



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公訴の利益（1）
Author(s)	能勢, 弘之; NOSE, Hiroyuki
Citation	北大法学論集, 19(1), 21-122
Issue Date	1968-08-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16098
Type	departmental bulletin paper
File Information	19(1)_p21-122.pdf



『公 訴 の 利 益』
(一)

能 勢 弘 之

目 次

序論―視 点―

第一章 「公訴の利益」概念の系譜

第一節 はじめに

第二節 「訴の利益」

第三節 「訴の利益」と「公訴の利益」

本論―問題の展開―

第二章 「公訴の利益」不存在の発現

第一節 はじめに

第二節 訴訟対象との関係において

第三節 証拠との関係において

第四節 不正手段によりなされた公訴の準備との
関係において

第五節 迅速な裁判との関係において

第六節 その他

(以上 本 号)

第三章 「公訴の利益」の占める位置

第一節 刑事訴訟の機能との関係において

第二節 法的評価の範疇との関係において

第三節 訴訟条件との関係において

第四節 公訴権との関係において

第四章 「公訴の利益」不存在の場合の訴訟上の取扱

結論―問題の解決のために―

第五章 「公訴の利益」概念の定立

序 論 — 視 点 —

第一章 「公訴の利益」概念の系譜

第一節 はじめに

検察官の起訴・不起訴の判断は常に公正で妥当なものであるとは限らない。収集しうべき証拠の収集を怠って起訴することもある。また通常であれば微罪処分となる。たとえば端的に違法性の低い場合、あるいは通常であれば起訴猶予となる場合であるにも拘らず起訴されることもある。あるいはまた、証拠は十分であっても、その公訴の準備は実は官憲の汚れた手によって、たとえば被疑者を暴行陵辱し、または「わな」にまでかけるといった不正な手段によってなされている場合もあるだろう。しかし、そのような場合に、検察官がいったん公訴を提起すれば、現行の通説の下では、市民は被告人として検察官の訴訟追行に最後までついていかなければならず、裁判所は実体裁判を最後まで押し進め実体判決をなさざるをえない。そこに問題が存することは最近指摘されてきたところである。^(註1)

本稿は、右の事象が、解釈論上、はたして形式裁判の対象として考察されまた処理されうべきものかという問題に対して、「公訴の利益」という観点から、とくに「公訴の利益」を限界づけるすなわち刑事訴訟に発現する検察官の訴訟制度の利用を限界づけ制限しうべく機能する優越する利益の観点から透視することの意義を明らかにしたい。

訴訟制度の利用の許否をめぐる発現してくる利益の問題は、民事訴訟法学の分野においては、権利保護の資格(Rechtsschutzfähigkeit)・権利保護の必要(Rechtsschutzbedürfnis)・権利保護の利益(Rechtsschutzinteresse)・正当

な利益 (berechtigtes Interesse) あるいは法的利益 (rechtliches Interesse) などの観念のもとに、古くから尖鋭に意識されているところである。すなわち、訴として形式上の要件を充足し且つ実体法上の法律関係または権利の存否が明瞭である場合でも、裁判所はなお実体裁判をなしえぬ場合があり、そこに訴訟における特殊な利益の有無という具体的な関係の構成¹¹「訴の利益」¹²が要求されることが認識されている。

本稿は民事訴訟にいうところのその訴訟における特殊な利益の概念それ自体を問題にするわけではない。しかし、われわれは、われわれがかかえている問題に対して、訴訟における特殊な利益概念を導入しその概念分析の発展をみている民事訴訟法学の遺産から示唆され教えられるところすくなくない。そして、本稿の立つ視点は、その多くを、そこから示唆され教えられたものである。

したがって、本稿の立つ視点の一応の意味を、本論に立ち入る前に、提示しておくためにも、順序としてまず「訴の利益」の一応の解明を与えておかなければならない。すなわち、「公訴の利益」の観念の一応の意味を、そのいわば系譜をまず辿ることによって、明らかにしておかねばならない。本章は、まず、それに当てられる。

(註1) その代表的見解をあげるならば、平野教授は「訴訟を促進することによって、できるだけ救済すべきである」(法律学全集・刑事訴訟法・一二八頁)とする。また、實際上重要なものは、いわば端的に違法性が低い場合である(「可罰的違法性」ジュリス ト №三一一三・六四頁)として、「将来刑の宣告猶予、あるいは釈放の裁判など、何らかの措置が必要であろう」(全集一二八頁)という。これに対して、井戸田助教授は「立法論としてのみその問題を片付けることは何としても正当とはいえないように思われる。その前に、解釈論上、果たして絶対に現行法上解釈しえないものかの努力が忘れられてはならない」として「公訴提起を許容する客観的嫌疑の存在」および「起訴猶予すべき事実の存在」が訴訟条件に含まれる(前者は公訴棄却判決事由として、後者は免訴判決事由として)との解釈論を試みている(「訴訟条件の機能と内容」立命館法学・一九六五、№四・二頁以下)。

第二節 「訴」の利益

1、権利保護の資格として必要あるいは利益^(第1)という概念の構成にまず寄与したのは、純粹に手続的な訴訟要件 (Prozessvoraussetzungen) と區別される訴の要件 (Klagevoraussetzungen) あるいは権利保護要件 (Rechtsschutzvoraussetzungen) なるものを定立する権利保護請求權説の立場に立つ學説であつた。

権利保護要件の定立に努力したシュタインに語らせよう。権利保護要件とは当事者が権利保護請求權を有するためにあるいは換言するならば裁判官が当事者に有利な実体判決をするために与えられねばならない諸情況である^(第2)。かかる情況として、まず第一にある特定の法律要件、すなわち「ある法文への包摂 (Subsumption) のために集め合わされた一組の諸事實」が存在しなければならぬが、この法律要件は求められた権利保護の資格をもつもの (thing) でなければならぬ。さらにまた、その権利保護は請求者の必要 (Bedürfnis des Anspruchenden) を満足させるものでなければならぬ。すなわち、彼は権利保護の利益 (Rechtsschutzinteresse) をもつものでなければならぬ。かくして、國家の権利保護行為がなされるためには、この三つの要件、すなわち (一) 法律要件 (Tatbestand) (二) 権利保護の資格 (Rechtsschutzfähigkeit) (三) 権利保護の必要 (Rechtsschutzbedürfnis) が与えられていなければならぬ。さて、この権利保護要件は訴訟要件とは根本的に異なるものである。すなわち、「権利保護要件は単に有利な実体判決の諸条件である。これに対し、訴訟要件は訴訟關係 (Prozessverhältnis) が成立するためにすなわち申立人がとにかく彼の申立についての裁判 (Verhandlung u. Entscheidung) を獲得するために与えられねばならないものであつて、訴訟要件は有利な実体判決をまた同様に不利な実体判決をも条件づけるものである。」^(第3) 兩者の實際的差異はその欠缺の効果にある。訴訟要件の欠缺の場合は訴訟却下 (Prozessabweisung) である。これに反して、権利保護要件は「訴の理由」(Klaggrund) の一部を形成するものであり、その審理は本案 (実体) 審理 (Verhandlung zur Hauptsache) なのであり、その欠缺の場合になされねばならない却下 (Abweisung) は、訴訟要件の確認後にはじめて許される本案 (実体) 判決 (Schurteil) (理由なしとして) 却下 (Abweisung) なのである^(第4)。

このように、シュタインによれば、権利保護の資格および必要の存否は、訴訟要件の存否と明確に區別され、実体的な法律關係の存否と同一平面に位置づけられまた取扱われている。しかし、地面「権利保護要件を定める (aufstellen) ことは訴訟の件務である」^(第5) として、権利保護の資格および必要はあくまでも公法たる訴訟法プログラムの領域に属するものであるとする。いわく、権利保護の資格は「明らかに私法的性質のものではない。それは債務者との關係 (Verhältnis zum Verpflichteten) に關係 (Betreffen) するものではな

いのであって国家との関係に關係する。というのは、それは訴訟(Prozess)に対してまた裁判所に対してのみ意味をもつものであるからである。すなわち、その内容はある権利保護請求権の肯定(Bestätigung)であり、権利保護請求権を肯定する立法者はしたがって裁判所に行爲を命令しているのである。^(註9)すなわち、権利保護の資格として必要あるいは利益があるか否かは、専ら訴訟法の見地からつまり国家的見地から評價されるべきものであるとする。

権利保護請求権説に立つ学説は、いずれも訴訟における特殊な利益概念の構成の必要を説くが、右のシユタインの所説に最も顯著にみられるように、その性質の把握およびその取扱いにおいて実体法的な要素および観察方法と訴訟法的要素および観察方法とが交錯しあるいは混在していることにその特徴がある。^(註10)

(註1) この要件を説いたのはホルヴィンである(Hellwig, *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, 1905)。すなわち、彼は訴の目的を勝訴にせよ、この目的な達成するための条件としてKlagevoraussetzungenを考えた。そして、それをmaterielle Klagevoraussetzungenとprozessuale Klagevoraussetzungenに分け、後者をのみとしてbesondereprozessuale Klagevoraussetzungenと allgemeineprozessuale Klagevoraussetzungenに分け、権利保護の利益は、このbesondereprozessuale Klagevoraussetzungenであると見た。そして、それが欠缺する場合に、Klageabweisung als unzulässig oder zur Zeit unanwendbarと見た。

(註2) Stein, „Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage“, *Festgabe der Juristischen Fakultät der Vereinigten Friedrich-Universität Halle-Wittenberg*, (1903), S. 345.

(註3) *Ibid.*, S. 346.

(註4) (註3) *Ibid.*, S. 347.

(註5) *Ibid.*, S. 350.

(註6) *Ibid.*, S. 357.

(註7) *Ibid.*, S. 359.

(註8) *Ibid.*, S. 361.

(註9) *Ibid.*, S. 361.

(註10) 特殊な権利保護要件を定立し、それが訴訟において訴訟要件のようにではなく、実体法的な法律要件のように取扱われるものであるとする考え方は、ゴールドドシニエミットによって特異な形において徹底された。すなわち、右の権利保護要件の特殊性から、彼は、これらの要件を規律する規定は訴訟法に帰属するのではなく実体法に帰属する、しかし、それらの規定は「疑

いもなく公法的性質」を有するものであるから私法に属するものではないとして、それらの規定の属すべき実体的民事司法法 (materielle Ziviljustizrecht) なる法領域を想定したのである (Goldschmidt, Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, Brunner-Festschrift, 1914; derselber, Materielle Justizrecht, Hübler-Festsgabe, 1905)。

2、訴訟要件の三分説をそして法的評価の四分説を唱えるザウアーにおいては、この訴訟における利益の問題の特異なそして興味深い展開がなされる。すなわち、彼は、「訴における利益の主張」と「訴訟上の利益」を並びに「正当な利益 (ein berechtigtes Interesse)」とを区別し、利益の主張の欠缺の場合には unzulässig (不合法) として、訴訟上の利益の欠缺の場合には unwirksam (無効) として、正当な利益の欠缺の場合には unbegründet (理由なし) として、訴はそれぞれ abweisen (却下) される、と説くのであった。その説くところを次にすこし詳しく観察しよう。

まず、訴における利益の原告の主張 (Behauptung) の不存在が訴を unzulässig として abweisen せよとする立論からみて、それは彼の実体あるいは法形成 (Sach-od. Rechtsgestaltung) の理念に根拠をもつ。その理念は訴訟要件として実体形成要件 (Sachgestaltungsvoraussetzungen) なるものを定立せよ。そこで実体形成要件とのコンテックストにおいてこれをみよう。実体形成要件とは何か。彼のいうところはこうだ。それは「純粹な訴訟要件ではない。それは実体要件 (Sachvoraussetzungen) により近りが実体要件それ自体ではない。訴訟の発展状態における (im Zustand prozessualer Entwicklung) 実体要件なのであり、まさに実体形成の形相 (Erscheinungsform) における実体要件である。すなわち、それは、訴追要件 (Verfolgungsvoraussetzungen) が権利訴追 (Rechtsverfolgung) の許容性 (Zulässigkeit) を条件づけるように、実体形成の許容性を条件づけるものである。したがって、それは、その訴訟法的意味において、訴訟要件に属する。内容的には、しかしそれは実体 (Sache) に属し、実体法的性格を有し、したがって一方ではまた實際その本質的な意味においては実体法の特質を共有する。」^(註1)より具体的にこれをいうならば、実体形成要件とは「客観的に理由づけられた十分な嫌疑 (der objectiv begründete hinreichende Verdacht)、客観的に理由づけられた訴の原因 (Klaggrund)、客観的に新しい事実 (die objectiv neuen Tatsachen) 等々ではない。すなわち、裁判所の評価に先行するもの」^(註2)であり、「主張された (behauptet) 十分な嫌疑、主張された訴の原因であり、實際次に続く訴訟段階のためのものである。」^(註3)それは、訴訟の進行において、個人の単なる主張 (bloÙe Behauptung) から官庁の宣言 (Spruch der Behörde) にまでそしてその実現へと発展するということにおいて、その他の純粹な訴訟要件と本質的に異なる。それはまさに発展中の実体要件なのであり、次に続く段階のための条件として、ある実体的評価つまりある可能性・蓋然性あるいは確実性判断を必要とするあらゆる分岐点においてのある私的な主張のあるいはある官庁の行為のあ

るいは判決の形成において、訴訟要件となるのである。^(註4) 以上のことからして、実体形成要件は「実体あるいは法形成の(あるいはより一層の形成の)以前に手続的に実体と関係する訴訟主体の判断における手続的な対象(der prozessuale Gegenstand im Urteil des Prozesssubjekts)」^(註5)として規定される。すなわち、すくなくとも勝訴の実体判決を得る蓋然性が原告の観点からして存在しているというこの原告の実体についての主張の存在なくして(裁判官による)一層の実体形成はなしえないという意味において、それは訴訟の許容性を条件づける、というわけである。したがって、それは、まず客観的な意味における原告勝訴の蓋然性の存在それ自体ではない。また、原告のその蓋然性判断それ自体も一旦次に続く段階に入れば、つまり裁判所による実体形成のひきつぎがなされるやいなや、その意味を失ってしまうことに注意する必要がある。すなわち、実体形成要件は次に続く段階においてはもはや存続しつづける必要がないとされるからである。そして、ザウアーは、この点においてこの要件はある一つの訴訟段階のみならず訴訟全体(der Gesamte Prozess) (の許容性)を条件づける訴追条件(Verfolgungsvoraussetzungen)と本質的に相違する、とする。結局、そこにおいて意味あるものとして残るのは、勝訴の蓋然性の主観的価値(=利益)判断の主張、それ自体の存在だ、ということになる。

他面、訴訟全体の許容性をまた訴訟上の権利訴追(Rechtsverfolgung)を条件づける^(註6)ところの訴追要件との関係において「訴訟上の利益(ein prozessuales Interesse)」が、それが欠缺する場合に無効(unwirksam)としての評価を受けるものとして、問題にされる。これを彼の法的評価の範疇の四分説とくにそのunwirksamの評価とのコンテクストにおいて観察しよう。周知のように、ザウアーは、法的評価の範疇として、gültig-ungültig(成立—不成立)、wirksam-unwirksam(有効—無効)、zulässig-unzulässig(適法—不適法)、begründet-unbegründet(理由の有—無)の四分説を説く。wirksam-unwirksamならびにgültig-ungültigの評価は、純粹に法律的な(juristisch)評価であり、zulässig-unzulässigおよびbegründet-unbegründetの評価とは異って、法律外的(たとえば社会的な)現象に對してもまた向けられる。^(註7) zulässig-unzulässigは実定法的(positivgesetzlich)評価をその内容とするに對して、wirksam-unwirksamおよびgültig-ungültigはまた明文規定のないところ、で問題とされる。すなわち、事柄の性質それ自体から出てくる前法律的(vor-juristisch)な問題である。そして、gültig-ungültigの評価は評価の対象となる行為にその本質的なメルクマールが存するか否かの問題である。これに對して、wirksam-unwirksamの評価はその行為に固有の目的が存するか否かの問題である。すなわち、何ら法的効果を有しない行為はunwirksamである。なぜならその行為に固有の目的を欠くからである。^(註8) 実際、unwirksamな行為は、すべての本質的メルクマールを満しているが、訴訟上権利を訴追するその目的を欠いているものである。^(註9) すなわち、「訴訟上の利益は常に要求されている」^(註10)のであり、それは事柄の性質自体から出てくる前法律的な問題であり、その有無は訴追の目的の有無と対応させられている

のである。

しかし、ザウアーにあっては、さらに次のことが主張される。すなわちいわく、「この利益はしかしさらに正当なもの (Berechtigung) でなければならぬ。すなわち、それは実体的な合法性および違法性 (Rechtmäßigkeit u. Rechtswirksamkeit) に関する最終的な訴訟的ななとしてまた超訴訟的な評価の前に屈する。この評価は実体法に属するものである。すなわち、実体要件の領域と関係する」と。すなわち、この訴訟上の利益それ自体は「Begründetheit」の訴訟的価値判断のための客体^(註17)ではあるが、さらに訴訟上の利益の認可 (Berechtigung) が問題にされるのである。それは次の理由による。

ザウアーによれば、訴訟は単なる形式的・法律的事務 (formal-juristische Angelegenheit) ではない。社会現象として、訴訟は、社会倫理的 (sozial-ethisch) な任務をはたさねばならない。すなわち、訴訟^(註18)の任務は社会倫理的に生活関係の正義への接近 (Annäherung eines Lebensverhältnisses an die Gerechtigkeit) として規定されねばならない。正義とは妥当している共同体価値 (Gemeinschaftswert) と個々の価値 (Einzelwert) との調和を意味する^(註19)。したがって、訴訟においては法の適用の公共の利益 (Gemeinschaftswert) との一致が常に問題とされ、便宜主義 (Opportunitätsprinzip) が支配することになる。ここにいう便宜主義とは「法律の目的との関連において内面化された (verinnerlicht) 法定主義 (Legalitätsprinzip) であり、法律からの自由あるいは恣意を意味するものではなく法律の精神的 (gedanklich) な内容つまりその意味と目的をひきあいに出すものである」^(註20)。そして、この便宜主義は、「基本的には、国家に具現された共同体の利益を標準とする。その標準として、また、優越する私人の利益、文化的 (Kulturell) 利益そして特殊国家的 (官庁的) 利益が、それらがまさに右の国家的、社会的利益と一致する限りにおいて、問題となりうる」^(註21)とす。具体的にいかなる点においてこれらの標準が問題にされるのか。まず私人の利益の標準についてだが、ザウアーは、国家の利益が私人の利益と比較して非常に低い場合、あるいは国家が私人の利益を自己自身の利益とする場合が考えられるとする^(註22)。そしてその具体例として次の場合をあげる。すなわち、証人に対するいわゆるお礼まいるの恐れのある場合、あるいは重病の被告人の病状の鑑定の公判廷での報告の場合に、証拠調べあるいは公判廷へ出席する当事者の訴訟上の利益 (das prozessuale Interesse) はより高い価値をもつ私人の利益の前に後退する。すなわち、その出席を嚴格に規定する法律に対する形式的な違背は、違法ではなく、また上訴理由とはならない^(註23)。また、証明者とくに証人あるいは当事者の不必要な暴露 (Bilgstellung) や、彼等に対する煩わしさの負課、たびかさなる召喚は避けられねばならない^(註24)。次に、文化的利益の標準だが、ザウアーは次の場合をあげる。公開性 (Öffentlichkeit) を基礎とする訴訟は、それが重大な国際政治的あるいは国内政治的損失を生じる場合には、停止されねばならない。たとえば、重要な国家機密の開示の場合がそうである。また、証拠が危険

な伝染病をもたらすような場合がそうだとする^(註25)。最後に、特殊国家的(官庁の)利益は直接的な国家利益のつまり法的安定性(rechtlicherheiß)および訴訟経済の利益較量の問題であるとして、まず軽微な事件を問題にする。すなわち、軽微な事件においては、時間と費用のかかる証拠調べをできるだけはぶいて、すみやかに判決をしなければならず、道義的非難および社会的危険性の軽微な刑事事件の場合には検察官はその取調べを停止することが許される^(註26)。また、民事事件においては、より簡単な方法がとられなければならないであつて、時間と費用のかかる方法は形式的には合法(gesetzmäßig)ではあつても許容されない(unzulässig)といふ。

かくして、この便宜主義は、刑事訴訟においてもまた同様に民事訴訟においても、正当な訴追利益の要請(Erfordernis eines berechtigten Verfolgungsinteresses)を意味することになる。すなわち、「刑事訴訟において、便宜主義は正当な訴追利益の要請を意味する。より重要でないつまりより重要な利益の存在の故に刑事訴追が適切でない事件の排除(Ausscheiden)を要求する。便宜主義は、許容規定(zulassende Prozessschritt)の不存在的の場合あるいは不許容規定(unzulässige Prozessschritt)の存在の場合に訴訟を許容するものではないことは自明である。すなわち、法律を越えて刑事訴追を拡張するものではないのであつて、それを制限するものである。私人起訴事件(Privatklagen)の場合に、検察官による刑事訴追は、『公の利益(öffentliches Interesse)』の存する場合にのみ許容される^(刑訴法三)。公の利益とは国家の利益(staatliches Interesse)を意味する。この原則はしかし一般的に妥当する。すなわち、それは刑事訴訟に投影された司法の根本原則の表現なのである。たとえば殺人と同時にそれに使用した銃砲の不法所持による帰罪の場合のように、他の犯行に比し重要なならざる犯行の訴追の停止^(刑訴法一)はその一つの適用例である。これに対して、犯人の(社会倫理的)責任が軽微であり、また行為の結果が無価値である(つまり保護法益の侵害が低い)場合に訴追は停止されねばならないあるいは停止することができるとする規定^(刑訴法五三三)は実体法に属するものであつて、訴訟法に属するものではない。なぜならば、この場合において、固有の刑罰要件(Strafvoraussetzungen)である責任と(實質的 materiell)違法性がない場合であり、可罰行為はしたがつて(法律の文言には反するが)全く存在していないのである。訴追の制限は、ところで、裁判所の裁判をもたらす公の利益が成立する限りにおいて、今一度訴追に關係してくる。すなわち、この種の訴追の利益は、低度の犯罪性はより高度のその「温床(Misbeben)』であるが故に、たとへばある種の軽罪の累犯の場合に、成立する^(註28)。」「民事訴訟においても、また同様に、正当な訴追の利益(訴の利益(Klageninteresse) せらにいわゆる権利保護の利益)が必要である。実定法上の規定として民事訴訟法一五六条は確認の訴には『法的確認の利益(rechtliches Feststellungsinteresse)』が必要である、とつたっている。しかしこの法律の立場は多くの面において狭まざる。まず、確認の利益はまた正当なもの(Darreichung) (違法性(rechtswidrig)と対立する)でなければならぬ。すなわち、単に『法的

(rechlich)なもの』(つまり単に事実上のもの (fatsächlich)であるということと対立する法的に重要である (rechtsheblich)ということ)であるというだけでは足りないのである。さらに、正当な利益の存在は給付の訴においても同様に必要とされねばならないのである。正当な利益が欠缺する場合には、訴は不適法 (inadäquat)としてではなくして理由なし (unbegründet)として abweisen されねばならない。すでに利益が欠缺している場合 (たとえば原告がすでに判決をもらってしまっているために)には、訴は無効 (unwirksam)として abweisen されねばならない。シカーネ的な債権の分割請求は、したがって、その形式的な合法性 (Rechtsmäßigkeit)にもかかわらず、 unbegründet である。すなわち、この場合、原告は確かに単なる利益 (bloßes Interesse)を有しているだろう (相手方に費用ならびに煩わしさを課す)。しかし、おびただしい分割請求の利益は、訴の要求 (Klageforderungen)は成立しているとしても、正当な利益ではない。同様の考量から、法律が認めているより簡単なより費用のかからないより迅速な方法によらない訴はその正当な利益を欠く^(註29)と。

さて、この「正当な利益」においては、右にみてきたように、その訴訟的性格を失ってしまったといえよう。しかし、われわれは、訴訟上の利益—正当な訴訟上の法的利益のもつ意味が、訴追を積極的に根拠づける機能をもつものとしてではなく、むしろ訴訟の任務の目的論的見地からして訴追を制限するための機能をもつものとして構成されていることに注目しなければならない。ただ、ザウアーにあっては、その訴追を限界づけ制限する優越する利益要素として専ら国家的利益が問題にされ、したがってまたその利益の帰属者も専ら「國家」であると考えられているにすぎない。

(註1) Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951, S. 209, 210.

(註2) Ibid., S. 210.

(註3) Ibid., S. 210.

(註4) Ibid., S. 210, 211.

(註5) Ibid., S. 211.

(註6) Ibid., S. 213.

(註7) Ibid., S. 213.

(註8) Ibid., S. 206.

(註9) Ibid., S. 276, Anm. 28.

公 訴 の 利 益 (一)

- (註 10) Ibid., S. 217.
- (註 11) Ibid., S. 220.
- (註 12) Ibid., S. 221.
- (註 13) Ibid., S. 220.
- (註 14) Ibid., S. 223.
- (註 15) Ibid., S. 231.
- (註 16) Ibid., S. 231.
- (註 17) Derselber, Grundlagen des Prozeßrechts, 1919, S. 529.
- (註 18) Derselber, Allgemeine Prozeßlehre, S. 1.
- (註 19) Ibid., S. 1 u. 260.
- (註 20) Ibid., S. 272.
- (註 21) Ibid., S. 272.
- (註 22) Ibid., S. 272.
- (註 23) Ibid., S. 273.
- (註 24) Ibid., S. 273.
- (註 25) Ibid., S. 274.
- (註 26) Ibid., S. 274.
- (註 27) Ibid., S. 275.
- (註 28) Ibid., S. 275 u. 276.
- (註 29) Ibid., S. 276.

3. プライは、保護の客体 (Schutzgegenstand) すなわち実体判決によって確定されるべき対象つまり訴訟物としての権利または法律関係の内容としての利益と訴訟上の利益 (prozessuales Interesse) とは明確に区別されねばならない^(註 1)、という立場から、訴訟における法的利益 (rechtliches Interesse) を問題とする⁹⁸。

彼によれば、この法的利益は(一)訴訟物と関係するところの「実体的関係における(在 sachlicher Beziehung) 法的利益」(二)原告となり(als Partei den Rechtsstreit zu führen) そして他人を被告人とする(gegen anderen als Partei zu verklagen) 利益と関係するところの「人的関係における(在 persönlicher Beziehung) 法的利益」(三)として(三)手続形式および訴の種類(Verfahrensform u. Klageart)の利益であるところの「態容のおよび形式的関係における(在 modaler und formaler Beziehung) 法的利益」に分類され、「権利保護の資格」は実体的関係における法的利益の問題にすぎず、また「権利保護の利益」は態容的關係における法的利益の問題にすぎない。そして、それは「訴訟上の概念であり、実体的・人的・態容的また形式的関係における実体裁判要件(Sachentscheidungs voraussetzungen)であり、したがって許容性(Zulässigkeit)の問題なのであって、勝訴の要件ではなくしたがってまた理由具備性(Begründetheit)の問題なのではない」(註5)のである。かくして、法的利益は実体裁判の許容性の要件としての訴訟要件(Prozessvoraussetzung)とその本質においてまたその取扱いにおいて何等異なるところはないとして、「法的利益」を訴訟要件に加え入れるのである。このように、ブライは、「法的利益の実体法的性格の否認を徹底する。しかし、「他の訴訟要件とはことなつて法的利益は実体裁判を求める権利の実体的要素(sachst. antheilige Element)であり」(註7)「(実体)私法規範からみて法的利益を評価しなければならないことがしばしばである」(註8)ことを認めざるをえなかつた。

(註1) Bley, Klagrecht und rechtliches Interesse, 1923, S. 5, S. 42, S. 53 usw.

(註2) Ibid., S. 92 ff.

(註3) Ibid., S. 93 ff.

(註4) Ibid., S. 102 ff.

(註5) Ibid., S. 5.

(註6) Ibid., S. 108 ff.

(註7) Ibid., S. 111

(註8) Ibid., S. 5.

4、権利の秩序と特別な権利保護の秩序とを対立させるに二元論的考え方に反対して両法秩序の統一を強調するビンダーは次のようにいう。

「訴と権利との法律関係は、訴訟によって、原告の即自(im sich)に有するものではないが有していると主張する利益が、その前提

のもとで法が保護を約束するところの法律要件の存在の証明がなされる限りにおいて、保護されるということにある。この保護される利益は特別な権利保護の利益なのではないのであって、許容された権利保護によって満されるべき実体的な利益なのである。あるいはむしろ、われわれが権利保護のある特別な利益を想定したいとするならば、(保護される実体的利益とこの特別な利益とは)同一 (Identität) の関係にあること、あるいは多分両者の一致 (Koinzidenz) の関係があることが主張されなければならない。すなわち、原告のその所有権の享有あるいは債務者からの給付等々の実体的利益 (das materielle Interesse) は権利保護の許容 (Gewährung) によってのみ満されるにすぎないのであるから、権利保護の利益それ自体について語ることは意味はなくてはならないが、しかしそれは請求の充足 (Befriedigung) の利益と一致する。この点において私法的利益 (privatrechtliches Interesse) —それが主観的私権の基礎としてとにかく承認される限り—とならんで特別な権利保護の利益を想定し、この後者の利益を権利保護請求権のまた訴権の要件として主張する一元論の見解は否定されねばならない。訴の願 (Klagebitte) に応ずる判決の要件は、実は常に一つ、すなわち判決を命合する法規範と一致する法律要件の確証 (Einhaltung) でしかない。そして、確認の訴における民訴法一五六条の即時確定の利益がそれに共に帰属 (mitgehören) していることは明らかなことである」と。

(註一) Binder, Prozeß und Recht, 1927, S. 386.

5、形式法規範と実体法規範との境界は決してア・プリオリに確定されているものではないことを、そして権利保護の利益は異った見地からすれば異った規範領域に属するとみることが可能である両規範の移行領域 (der fließende Übergang) に属する法現象であることを強調したのはノイナーである。

すなわち、「ある国家行為において国家机关によって適用される法規範のその行為の内容を規定する(実体的な materielle) 規範とその要件を規定する(形式的な formelle) 規範との区別は決してア・プリオリに必然的 (apriorisch notwendig) なものではない」のであって、「ある規範が実体的なものであるかあるいは訴訟法的 (verfahrensrechtlich) なものであるかの問題は法秩序の精神につきまり結局のところ合目的な判断 (nach Zweckmäßigkeitsgründen zu entscheiden) によらねばならない解釈の問題なのである」。

では、訴訟における特殊な利益の問題に対していかなる合目的な判断が下されるべきなのであろうか。彼はいう。「特殊な訴の利益の存する場合にのみ訴は許容されるという規定 (Vorschrift) の立法目的として、まず不必要な (überflüssig) 訴から裁判所を守ろうとする志向が、そしてまた訴訟の被告人に与える負担に対して保護に値する (schutzwürdig) 利益が原告の方に凌駕する場合にしか被告人にその負担を課さないようにしようとする志向が観取されねばならない。そして、この二つの目的は互に排斥し合うものではない。

訴訟における権利保護の利益の意味 (Bedeutung des Rechtsschutzinteresses) はこの二つの目的から導き出されねばならない。^(註4)

すなわち、権利保護の利益は、訴を積極的に基礎づけるという方向において原告のためのものとしての意味をもつものではなく、それを制限するという方向において裁判所のためのものとしての意味とかつまた被告人の利益のためのものとしての意味をもつものである、というわけである。そして、「権利保護の利益のない場合には Sachabweisen ではなくして Prozeßabweisen しかなされるべきでない」とは争う余地のないところとして妥当しえる。そのことはその規定の目的から出てくる^(註5)と帰結するのである。

さらに、権利保護の利益の欠缺の有無が職権調査事項であることにノイナーは疑問を提出する。いわく「権利保護の利益を要求する規定の目的が裁判所の保護であるとしてももしかした次のようにいうことができるからである。すなわち、被告人はどっちみち國家のその利益をこころゆくまで利用するであろう、ということがいえるからである。」^(註6)「不必要な訴によって煩わされないという國家(「裁判所」)の利益は、それらのほとんどすべての場合にまた同様に被告人も同じ利益を有しているということによって、恐らく十分に保護される。その規定は専ら被告人の利益において与えられているのであり、己れの利益を弁護することのできない被告人の母親 (Kindsnutzer) になつてやることの利益を國家は恐らくほとんど有するものではないだろう。」^(註7)と。ここにいたっては、もはや、権利保護の利益の有すべき二つの意味のうち、被告人の利益のためのものとしての意味に重点が移されていることが窺取られるのである。

(註1) Neuner, Privatrec. und Prozeßrecht, 1925, 特ニ S. 77.

(註2) Ibid., S. 7.

(註3) Ibid., S. 8.

(註4) Ibid., S. 63.

(註5) Ibid., S. 64.

(註6) Ibid., S. 65.

(註7) Ibid., S. 80.

6) 「Rechtsschutzbedürfnis」と題するモノグラフィイがシエンケによって一九五〇年に仕上げられた。^(註1)そこにおいて、シエンケは、権利保護の必要のいわば本質論の一層のほり下げというよりは、権利保護の必要が實際上問題となりうる場合を詳細にかつ多数抽出して、豊富な判例研究に基づいたいわば各論的にその適用場面の吟味とその整理を試みた。^(註2)したがって、シエンケの意図するところを示すには同書を全訳して示す以外には適切な方法がないであらう。それをすることは、しかし、民事訴訟における個別的な問題

それ自体に本稿の目的があつたわけではないから、本稿にとっては必要はない。ただ、彼が前提するその基本的立場の省察にとどめたい。

彼は、まず、権利保護の必要にとつて目的論的考察が必要である点を強調し、次のようにいう。「制度としての民事訴訟にとつては、公共の利益 (Interesse der Allgemeinheit) が前面に立つ。すなわち、法の確証 (Bewahrung des Rechts) と法的平和の維持 (Wahrung des Rechtsfriedens) とがその目的であるからである。したがつて、個人は権利保護の必要が在するときにのみ、しかしその時には常にそしてその限りにおいてのみ、国家裁判所の時間と力とを要求することが許される。権利保護の必要はこれまで何にもまして訴 (Klage) との関連において取扱われてきた。権利保護の必要は、しかし、すべての訴訟行為の要件である。それは一般的権利保護付与要件 (allgemeine Rechtsschutzgewährungsvermutungen) である。国家はその裁判および強制の権力を、権限ある官庁の合義務的裁量 (pflichtmäßiges Ermessen) によつて、十分な利益 (ein ausreichendes Interesse) すなわち権利保護の必要を有すると認めたる者に対してのみ、付与するのである。」

ところで、「申立人の個人的利益状態 (Interssentslage) は国家が権利保護を付与する公の利益 (öffentliches Interesse) が存するとみるか否かのための出発点である。」すなわち、「私法規範から生じる利益は大部分の訴訟行為にあつては権利保護の必要のための本質的要素である。しかし、一般的権利保護付与要件としての権利保護の必要はすべての訴訟行為に必要であるが故に、私法的に基礎づけられた利益 (ein privatrechtlich fundiertes Interesse) は権利保護の必要の「一般的要素 (allgemeines Element) ではない。」^(註4)「権利保護の利益 (Rechtsschutzinteresse) は私法上の請求権と同一物ではない。あるいはまた、訴訟手続中に適用されるべき諸規定によつて保護されているその他の利益とも同一物ではない。すなわち、たとえ私法上の請求権が成立する場合であっても権利保護の必要は欠缺しうるのである。」^(註5)

かくして、「権利保護の必要のために存在すべき利益は、訴訟の対象あるいは当該訴訟行為の訴訟上の意義および効果を基礎として生じうる、という結論」^(註6)に到達する。すなわち、権利保護の必要は訴訟行為の対象・意義・効果と同一物ではないが、一般のつまり公共の利益を前面に立てる訴訟制度目的との関連において、それを基礎として生じる利益を必要とする、というわけである。

したがつて、その利益は、具体的には、訴訟物や訴訟行為の多様性にに応じて種々様々でありうるものであり、そのそれぞれの利益有無の判断は、シエンケによれば、具体的には (原理的には公共の利益を前面に立てる訴訟制度目的による) 次の基準による、とされる。すなわち、次の場合には権利保護の必要はない。(一)申立てられた効果が訴訟外の方法によつて得られうる場合。^(註7)(二)他に特殊なまたはよ

り簡易な権利保護方法があつて、これによつて同一の効果が得られる場合。(註12) 訴訟の目標 (prozessuals Ziel) は保護に値するもの (Schutzwürdig) でなければならぬ。「したがつて、④履行不能な給付、反道徳的給付を求め訴、放棄に (unwilling) (証拠なくして提出) 開始された訴の場合。(註13) ⑤訴訟と無縁な (prozessfremd) 目的を訴追する利益は保護に値しない。(註14) ⑥利益が一般道徳からして国家の権利保護制度の利用を是認させない程に僅少 (gering) であるとみられる場合。(註15) また、次の基準に合致しない場合にも権利保護の必要はない。すなわち、⑦権利保護の必要は現在のもの (Bewahrung) でなければならぬ。(註16) ⑧権利保護の必要は、申立人の実体法上のあるいは訴訟上の地位に関する利益、すなわち人的な利益 (ein persönliches Interesse) を必要とする。(註17) ⑨申立人の利益だけでなく、相手方の利益も顧慮されることが必要である。(註18) なお、権利保護の必要をとるものは争ある権利の主体に限られるものではない。(註19) また当該行為から損害賠償の問題を生じる可能性は権利保護の必要を妨げない。(註20)

右にあげた具体的基準によつてその有無を判断される権利保護の必要は、シエンケによれば、理由具備 (Begründetheit) の問題ではなくして、当該訴訟行為の許容性 (Zulässigkeit) の要件である。この点に関して彼のいうところはこうだ。「権利保護の必要は一般的権利保護付与要件である。この要件は訴訟要件 (Prozessvoraussetzungen) とその効果において一致する。この要件の適用範囲は、しかし、訴訟要件のそれよりも広い。すなわち、権利保護の必要は本案判決要件 (Sachurteilsvoraussetzungen) であるのみならず、また、その存在はすべての訴訟行為の許容性の要件でもあるからである。ある本案判決要件の存在あるいは欠缺の確定は全訴訟法律関係に関係してゐるが、権利保護の必要の場合その存否の確定は常に全体の訴訟法律関係にかかわる必要はない。つまり、それがあつた特定の訴訟行為に対してあるいはある特定の訴訟段階に対してしか意味をもたない場合がしばしば起るのである。この権利保護の必要の適用範囲と本案判決要件の適用範囲との差異は、しかし、両者の法的な効果 (rechtliche Wirkung) における何等の差異をも理由づけらるものではない」と。(註21)

何故にこのように権利保護の必要が理由具備性の要件の問題ではなくして(すべての訴訟行為の)許容性の要件であるか、に關しての特にはり下げた理由づけは、しかし、示されてはいない。彼に於ては、権利保護の必要が許容性の要件なのかあるいは理由具備性の要件なのかということよりも、許容性の要件としての権利保護の必要が具体的かつ実際の事例においていつ、いかなる場合に問題となるかという点にその主たる関心が向けられていたのである。そして、われわれは、たとえ基本的問題の把握に説得力が弱いとしても、許容性の要件としての権利保護の必要の具体的かつ実際の適用場面を地道ではあるがしかし実証的に詳細に吟味していくことの意義をシエンケから教えられるのである。

公 訴 の 利 益 (一)

- (註1) Adolf Schönke。なま'やの一年前に内容的には同一の論文を Archiv für die civilistische Praxis, N. F. 30. Bd., S. 216-234 に発表している。
- (註2) なま'本の書評として Pöhl, Besprechung des RSchB, Z. Z. P. Bd. 64, (1951) S. 94 f。伊藤乾・慶応大学法学研究二五巻七号六一頁以下。木川統一郎・法学新報六〇巻一号五一頁がある。
- (註3) Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 13.
- (註4) Ibid., S. 13.
- (註5) 9' 7' ∞) Ibid., S. 23.
- (註6) Ibid., S. 24.
- (註10) Ibid., S. 25.
- (註11) Ibid., S. 33.
- (註12) Ibid., S. 33 u. 34.
- (註13) Ibid., S. 34.
- (註14) Ibid., S. 35.
- (註15) Ibid., S. 36 f.
- (註16) Ibid., S. 38 f.
- (註17) Ibid., S. 39.
- (註18) Ibid., S. 39 f.
- (註19) Ibid., S. 41.
- (註20) Ibid., S. 14 u. 15.

7. シェンケによって提示された詳細な解釈論はそのすべてにおいて承認されはしなかった。すなわち、ドイツにおける最近の教科書はいずれも権利保護の必要を本案(実体)判決要件として取扱ひあの上べての訴訟行為の要件だとする点については賛意を示すものではない。^(註1)また、「権利保護の必要」の概念の不要なることを論ずるアロリオからの徹底した攻撃が、^(註2)そしてまたシェンケの跡を継いだポールからの修正が与えられている。^(註3)次にこの二人の説くところをきこう。

(註 1) Lehrbuch von : Lenz, § 30 IV § 39 ; Nikisch, § 37 II 3, § 56 II 5 ; Rosenberg, § 85 II 2 b, § 89.

(註 2) Enrico Allorio, Rechtsschutzbedürfnis 2 Z. Z. P., Bd. 67, 1954, S. 321 ff.

(註 3) Rudolf Pohle, Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Friedrich Lenz zum 75. Geburtstag, 1957, S. 195 ff.
 8) アロリオは権利保護の必要という概念の不必要なことを説く。

いわく、『保護 (Schutz)』の個々の型の定義のなかには『保護の利益 (Interesse am Schutz)』の要素が『生来的に (angeboren)』含まれている。その定義に保護の利益の要素は内在している (immanent zu sein) ものであるから、私の見解によれば、『保護の利益』は『保護』の概念で自己自体のなかに消失する。『利益』の存在に関する価値判断は『保護』それ自体の認容の事実においてすでに言い尽くされている。ある利益 (すなわち、誰れでもというのではなくして裁判官のある特定の型の行動を要求する資格のある (legitimiert) 人の有する利益) の存在に対する価値判断は、立法者が裁判官の保護の諸々の型のそれぞれを規定したその瞬間にすでに立法者によって下されているのである。まさに、立法者が保護を求める利益があると最初から解したが故にこそ、その保護の許与がなされるのである。^(註 1) すなわち、「権利保護の必要は独立した訴訟上の要件ではない (kein eigenständig prozessuales Erfordernis) のであって、それは訴訟において主張される実体的権利の単なる一つの面であるにすぎない。すなわち、それは訴の理由具備性の要件 (Bedingungen der Begründetheit der Klage) にすでに吸収 (absorbieren) されてしまっているものなのである。」^(註 2) したがって、あらゆる訴訟行為における特殊な保護の必要あるいは利益の存在に思弁的虚構の公式化の所産 (Frucht irriger logischer Formulierung) の追求は、『利益』あるいは『権利保護の必要』が欠缺するというみせかけの下での権利保障の拒絶にそれが役に立たないところでは、少なくとも完全に無駄な結果に終る、という結論に到達する。^(註 3)

確かにアロリオの説くところは、主張された請求権の民法上の法律要件に対しては妥当しよう。しかし、それがシエンケの提示した具体的個別的問題のすべてに対して妥当するかは大いに疑問である。

(註 1) Allorio, a. a. O., S. 324.

(註 2) Ibid., S. 330.

(註 3) Ibid., S. 342.

9) シエンケの提示した権利保護の必要の概念は不明確 (unbestimmt) なものであり、「一般的溜池 (allgemeines Sammelbecken) 」^(註 1) だときめつけるポールの詳細な再検討はまずシエンケのとった目的論的考察方法 (die teleologische Betrachtungsweise) の適否から開

始される。

ポーレはいう。「法の確証という目的はその崩壊を威嚇する手におえなくなった鬼子を生み出してしまった。」^(註2)すなわち、訴訟の対象の利益が僅少である場合、シエンケによれば権利保護の必要は否定される。しかし、その場合であっても法の確証がなされることは疑いのないところである。^(註3)そこでは、法の確証という目的がそれとは全くことなるそして矛盾する観念である権利保護の価値 (Schutzwürdigkeit) という観念によって制限されている。また、たとえば、履行不能あるいは良俗違反の給付の場合のように、それが理由がないからという理由だけで、理由のない訴を理由なしとして棄却せずには不適法として却下するとすれば、法の確証の目的は十分に達成されはしない。理由のない請求は理由なしとして棄却してこそ法の確証はなしうる。さらにまた、権利保護の方法が複数ある場合に最も簡易なそして費用のかからない方法について権利保護の必要があるとするが、いずれの方法によってもシエンケの掲げる二つの目的は達成される。^(註4)そこで問われている問題は、法の確証ではなくして(たとえば手続の促進、費用、裁判官の質といった)特定の権利保護のためのその適合性 (Eignung) および特別な手続形成の特性 (Eigentum) にしかすぎない。要するに、「法の確証という目的からは民事訴訟における公の利益の一般的な優越性 (ein allgemeiner Vorgang des öffentlichen Interesses) を、そしてまた権利保護の必要の理論をも導き出されはしない」^(註5)のである。

右の批判は、権利保護の必要なるものの意味あるいはその機能に対するポーレの次の基本的理解に基礎づけられる。すなわち、「権利保護の必要が権利保護の許与の特別な要件とされている場合に、その権利保護の必要は、権利保護を根拠づけるのではなくして、権利保護を限界づけまた制限する。(中略)。権利の裁判上の強制可能性 (gerichtliche Erwingbarkeit) を出発点としなければならぬであって、裁判上の保護の拒絶 (Versagen gerichtlichen Schutzes) は例外 (Ausnahme) なのである。まず第一に問われなければならないのは法制度の目的 (Ziel der Rechtsinrichtung) についてであり、そのあとではじめてその限界あるいは制限が問われなければならない。権利保護の必要は、したがって第二次的な目的 (Zweck zweiten Ranges) に仕えるものである。権利保護の許与が原則であり、その拒絶は例外である。」

ところで、ポーレにあっては、権利保護の制限あるいは拒絶を強めるという方向にその政策的考慮が働いているものではないことを指摘しておかねばならない。むしろ、その制限があつてはいけないという政策的な考慮に立つが故に、右の基本的理解は、不明確なあるいは「一般的溜池」である権利保護の必要の概念の適用領域を極力せばめていこうとする態度と結合して、個々の具体的問題を展開させる。^(註6)特殊な「権利保護の必要」の要求は国家裁判所の時間とエネルギーの保護の要請をその理由とするが、この理由から一般的に

(überhaupt) 権利保護を否定することには、したがって、ポーレの賛成は与えられない。^(註11) 個別的に権利保護の拒絶のより具体的なより実質的な理由があつてはじめて彼の賛成を得るのである。

したがって、また、権利保護の必要の不存在の場合のみを問題にすればよいわけである。そして、その場合に、これまでは権利保護を制限するための利益として公の利益 (Öffentliches Interesse) ということがあまりにも一方的に前面に据えられてきたことに対して、ポーレは、被告人側の利益を、すくなくとも司法の利益とならんで、考慮しなければならぬことを説いていることに注目しなければならぬ。すなわち、彼によれば、特殊な種類の実体判決要件としての権利保護の必要は限られた範囲においてではあるが裁判所ならびに反対当事者の不必要な負担 (ein unnotige Belastung) の回避に仕えるものな^(註12)のである。

このように権利保護の必要が例外的、第二次的な目的に仕えるものであり、しかもそれが被告人の利益のためのものでもあるという認識は、その主張ならびに挙証責任の被告人側への分配という彼の主張と結びつく。

(註1) Pohle, a. a. O., S. 204 u. 216.

(註2) e) Ibid., S. 198.

(註4) 5) Ibid., S. 199.

(註6) 7) Ibid., S. 202.

(註8) Ibid., S. 234.

(註9) Ibid., S. 204.

(註10) 個別的問題においてシェンケの解釈に対するポーレの全面的修正は本文に述べた基本的立場から展開されるが、その修正点のいくつかを次にあげておこう。

(一) 権利保護の要求が僅少である場合。彼は権利保護を拒絶すべきではないとする。したがって、(権利保護の拒絶の場合ではないから) 権利保護の必要は問題とはならない (S. 219)。(二) 放念になされた訴の場合。法的不確実性の克服 (Rechtungswil-
heit zu bekämpfen) ということはまさに訴訟の任務であるから、権利保護の必要のない場合だとはいえない。そして「当事者は広範囲な裁判に対して既判力ある判決によって確固たる基礎 (Grundlagen) を得ることの明白な利益を有している」(S. 219) という。(三) 訴訟と無縁な目的の訴求する場合。すなわちたとえ仮装訴訟の場合、彼は、合意によるそれと一方的なそれとも区別し、前者にあつては実体判決で請求を棄却すべきであり、後者のそれは(訴訟却下とすべきだが) Klagbarkeitの問題で

ある(S. 217)とする。(四)履行不能あるいは良俗違反の訴のような場合。ポールは、従来裁判上強制できないとされてきた権利関係のうち、そもそも(実体法上)強制不可能な(不完全)債務のあることを指摘しその場合には本案判決で請求を棄却すべきであるとする。これに対して、単に裁判上強制不可能な場合には「単に訴訟却下の効果を生じる純粹な訴訟上の欠缺とみる見解がすぐれていると私はみたい。そしてその場合 Klagenart (= Rechtschutzfähigkeit) の欠缺ということが語られる」(S. 215)とする。(五)複数の方法のある場合。この場合にも彼は権利保護の必要が欠缺するからという一般的抽象的な論じ方をしない(S. 221 D)。なお、ポールの解釈の細目についての紹介を試みている石川明「権利保護の必要」慶応創立百年記念論文集法学編四二九頁以下がある。

(註11) Pohle, a. a. O., S. 204.

(註12) Ibid., S. 205 u. 206. なお、ポールによれば、実体判決を得る法的利益が原告において欠缺している場合でも、被告にとってその利益がある場合には、事情によっては、被告のそれが原告のそれを治療することがあるという。たとえば民訴訟法二七

一条による実体判決がなされねばならない場合がそうだという(S. 206)

(註13) Ibid., S. 206 f.

(註14) Ibid., S. 209.

第三節「訴の利益」と「公訴の利益」

実体法によって保護されている利益の訴求は、裁判所という国家机关の利用つまり訴訟制度という手続を利用しなければなしえない。すなわち、その利益主張は訴訟手続の利用の許与によってはじめて可能となり、またその実現をみる。他方、その利用の許与によって、この訴訟と名づけられている人間生活関係は他者に対していろいろの不利のあるいは負担を強いる(それが強いられないこと)によって享有されている利益の存在を前提とすることはいうまでもない)。その不利益あるいは負担が不当なものであってはならないことは自明の理である。この自明の理は訴訟手続の利用の許与を限界づけ制限する。換言すれば、われわれが訴訟と名づけている人間生活関係は相対立し相矛盾し

説 合う諸利益の衝突の場合なのであって、まさにこれらの衝突の決済の過程である訴訟秩序は、^(註1)まず訴訟手続の利用の許与をめぐって発現してくる相矛盾し対立し合う利益と利益との衝突の決済にあたらねばならない。そのことは、民事訴訟についてもまた同様に刑事訴訟についても等しく妥当する。

前節において観察してきた民事訴訟学者達は、いづれも、この訴訟手続利用の許与をめぐってそれを条件づけあるいは限界づけるものとして訴訟の場に発現してくる諸利益を問題にしているのである。すなわち、彼等は、まず、訴訟制度の利用の許与を求めるためにはしたがってまたそれを許与するためには訴訟における特殊なる利益^{II}以後これを「訴の利益」と称しよう^{II}の存在が必要であることを説いたのである。そして、それらの主張はシエンケの「権利保護の必要 (Rechtsschutzbedürfnis)」の理論に集大成されたのである。しかし、「訴の利益」が、その性質において異なるしたがってその欠缺の場合に下される判断の種類においてまたその効果において異るとされるところの、「実体法的」性格をもつものなのかあるいは「訴訟法的」性格をもつものなのか、という点において、未だ一致をみていないのである。それは、「訴の利益」が、ノイナーが正当に指摘したように、実体法と訴訟法との移行領域の問題であることによる。^(註2)

「訴の利益」という概念のもつ意味あるいは機能について訴訟制度の利用の許与を条件づけるつまり積極的に基礎づけるためのものとして理解する限り、この「訴の利益」の有する二重性格性が消去し難いものとして交錯し合って発現してくることはビンダーあるいはアロリオの所説とブライあるいはシエンケの所説とをつき合わせてみれば瞭然である。

しかし、「訴の利益」は訴を積極的に基礎づける、すなわち訴訟制度利用の許与を積極的に基礎づけるという意味と機能をもつものではないことは、すでにみてきたように、ザウアー、ノイナーそしてポールによって指摘され強調

されているところである。「訴の利益」は訴訟制度の利用の許与を限界づけ制限しあるいはまた拒絶するという意味と機能をもつものなのである。すなわち、ノイナーによって適切に語られたように、「訴の利益」なる觀念の構成とその定立は、必要なまた不当な訴訟制度の利用から裁判所をそして被告人を守らうとする志向に基づくものなのである。「訴の利益」有無の判断の標準を、ザウアー等のように、専ら公の利益にのみ求めることは正しくない。また、ポールのように被告人側の利益をその標準とすることを説きながら同時に「訴の利益」不存在の範圍をせばめていこうとする態度は、本論でふれるように特に被告人の利益保護に厚くあるべき刑事訴訟においては、賛成できない。さらに、裁判所の利益の保護という目的と被告人の利益の保護という目的は互に排斥し合うものではないとするノイナーの指摘は銘記しておかねばならない。

「訴の利益」のもつ目的あるいは意味と機能とを右のように解した場合、ところで、「訴の利益」の有する二重性格性という本質それ自体に変化が生じるわけではないだろうが、それを訴訟法的に觀察しかつまた訴訟法的に取扱うことの必要性和妥当性がさらには必然性が与えられるであろう。そして、その妥当性と必然性の前に「訴の利益」の実体的性格はその影をひそめていかざるをえないだろう。なぜなら、「訴の利益」は原告の訴訟利用の許与によって他者に生じる不利益あるいは負担から他者を守るという意味において(裁判所のそして)被告人のためのものであるとするのは、その不利益あるいは負担の即時的な排除つまりその不利益負担を与える手続の即時停止によるその保護を意味するものでなければならぬからである。

「訴の利益」不存在の場合とは訴訟手続の即時停止が要請されている場合なのである。そして、われわれはしたがってその意味において「訴の利益」不存在の場合のみを問題にすればよいのである。それはその実質的意味においてもはや実体裁判の問題ではなくして形式裁判の問題なのである。ザウアーが、「訴訟上の利益」と「正当な利益」と

説を区別し、後者を実体裁判の問題に位置づけたのは、したがって正当ではないだろう。

では、「訴の利益」不存在の場合に、形式的な意味においていかなる種類の判断が下されるべきものなのか。この点に関しては、法的判断の種類の四分法をとり「訴訟上の利益」不存在の場合には *unwirksam*（無効）であるとしたあの *wirksam—unwirksam* のカテゴリーは示唆に富むものである。すなわち、「訴の利益」の不存在をもたらす利益的基礎したがってまた目的の定め方についての彼の把握それ自体には賛成することはできないが、明文規定のないところで問題とされまた法律外的現象に対しても向けられるところの、利益的基礎との関連において目的論的に下される、本来的効果発生の有無に対する評価としてのあの有効・無効 (*wirksam—unwirksam*) の範疇である。「訴の利益」の不存在は、まさに明文規定の間隙に発現してくるものであり、その不存在をもたらすものは純粹に法律的な現象だけに限られるものではない。そして、その不存在は、訴訟制度を利用するという訴の本来的効果の発生を拒絶する。したがって、右の意味での無効という評価の範疇を承認する限り、「訴の利益」が不存在の場合にその形式的な意味において下される判断の種類として「無効」のその登場を許さねばならない。

さて、右にみてきた問題は、ひとり民事訴訟だけのものではないのであって、刑事訴訟においても同様にみられるのである。むしろ、訴訟制度の利用の許否をめぐって発現してくる利益の対立、矛盾そしてまたその衝突は、刑事訴訟においては一層深刻であり、したがって、より切実な問題としてその決済による被告人の利益の擁護が望まれるといつて過言でない。

右にみてきた「訴の利益」不存在とその根本的視点においてパラレルなものとして、刑事訴訟制度の利用の許否をめぐって発現してくる「公訴の利益」の不存在を問題にすることは、かくして、許されるであろう。百歩を譲って、はたして許されるものであるのか否かそれを検討することを本論の課題としよう。

ところで、現代ドイツの有力な刑事訴訟法学者の一人であるペーテルスはかつてその教科書（一九五二年版）では次のように述べていた。「権利保護の必要の刑事訴追条件 (eine Strafverfolgungsvoraussetzungen des Rechtsschutzbedürfnisses) は刑事訴訟には存在しない。この種の刑事訴追条件の問題は次の場合に生じうる。すなわち、刑法上の構成要件を充足しているにも拘らず専ら権利保護の利益 (Rechtsschutzinteresse) の欠缺という理由から刑事訴追が許され (statfinden) えない場合である。そのような場合は、しかし、存在しない」と。しかし、最近版を改訂（一九六六年）した彼は、その言を翻して、次のように説くにいたった。「権利保護の必要の刑事訴追条件が刑事訴訟に存在するか否かは問題 (fraglich) である。それを肯定するか否かは、刑法上の構成要件を充足しているにも拘らず専ら権利保護の利益の欠缺という理由から刑事訴追がスリップ・ダウン (entfallen) してしまふ場合があるか否かに依存する。実際、些細性 (Geringfügigkeit) による手続の中止 (Einstellung) (刑訴法一五三条・三八三条Ⅰ項) の場合あるいは他の犯行に比し重要ならざる犯行であること (Unerheblichkeit) による手続の中止 (刑訴法一五四条) の場合は、それを肯定できる場合である」と。ここに引用したことより以上のことは、この教科書では語られてはいない。しかし、彼が右のように説を翻がえすにいたったその間の事情をさぐることはまた興味があろう。と共に、彼が示したその態度の変更は刑事訴訟における「権利保護の利益の欠缺 (mangelndes Rechtsschutzinteresse)」の表現によればⅡの問題に対するわれわれの態度決定をせまるものだといえよう。それに答えるという意味においても本稿は以下において「公訴の利益」不存在の発現を問題にしたい。そして、そのそれぞれの発現の態様の解明とその取扱いについての論究を試みてみたい。

公訴の利益 (一)

(註1) 小山昇・「法の解釈の科学性について」北大法学論集七卷一号一頁以下参照。
(註2) なお、三ヶ月章・「権利保護の資格と利益」民事訴訟法研究第一卷一七頁参照。

(註3) 三ヶ月・法律学全集・民事訴訟法五六頁は「訴の利益の觀念は、これら明文の諸制度の間隙に機能するものとして捉える方が理論的にも實際的にも妥当である」という。

(註4) K. Peters, Strafprozess, 1925, S. 224.

(註5) Peters, Strafprozess, 2. Neubearbeitete und Erweiterte Auflage, 1966, S. 233.

本論 — 問題の展開 —

第二章 「公訴の利益」不存在の発現

第一節 はじめに

刑法秩序維持の利益の直接の担い手である検察官は、刑事訴訟手続を利用しない限り、その利益の実効性をすなわち刑罰権の執行の債務名義を得ることは全く不可能である。

検察官のこの刑事訴訟制度の利用に対して、特に明文規定の間隙に機能する、それを内面的に限界づけ制限しそして阻止する要素としての優越する司法の特に被告人の利益なるものは、はたして刑事訴訟に存在しているものであるうか。その存在が観察されるとして、ではそれは具体的にいかなる場合にいかなる形態をとって発現してくるものなのであるうか。

右の点に関する事実観察によって、その発現の事実が観察されえないならば、「公訴の利益」の觀念は単なる觀念論に止まり意味の少ない無用の概念と化してしまわねばならない。したがって、われわれはまず右の点を確定しな

ればならない。そして、本章はその事実有無の観察に当てられる。

第二節 訴訟対象との関係において

1 検察官によって特定され立証されねばならない実体裁判のテーマである訴因は刑法的に意味のあるもの、つまり犯罪事実である。それは、それ自体において、その立証の以前の問題として、そのテーマとして値するものでなければならぬ。そのテーマとして値しないものを立証することは無意味であると共に、その立証の許与によって応訴を強制される被告人側のこうむる精神的、物質的不利益、負担は目にみえている。このいわば訴因に内在する訴追無意味性、不可能性に対しては、わが刑事訴訟法はその三三九条一項二号に「起訴状に記載された事実が真実であつても、何らの罪となるべき事実を包含していないとき」には公訴棄却の決定をするとの明文の規定を以て、その訴追不許容性を明らかにしている。

ところで、たとえば微罪処分を相当とするような違法性の端的に低い犯罪事実の場合に、それを右の規定が予定している訴因自体に内存している―しかも訴因だけをみてすぐに判断が可能ない―訴追の無意味性、不可能性したがって不許容性のある場合だ、ということは困難であろう。すなわち、右の場合に、検察官にはそもそも公訴を提起し訴追するつまり刑事訴訟手続を利用する利益はないのだ、ということとはできない。

しかし、われわれは、右のような場合に、いわば訴追力 (Verfolgungsintensität) の低下現象が起っていることを、また被告人の利益の観点からしても訴訟制度を利用することの必要性あるいは相当性という点において問題が残されていることを、そこからしてまた「公訴の利益」の不存在の発現を、観察できるのである。それを以下に分説しよう。

2 ところで、訴訟対象との関係において「公訴の利益」がないとして被告人の即時放免を考えることは、他面その実質において、実体的な思想つまり違法性の端的に低い行為を刑法領域から除外しようとする考え方の訴訟法的な表現でもあることを指摘しておかねばならない。すなわち、実体的に十分な限界づけをもって把握することの困難な場合の訴訟手続的な解決つまり刑法領域の制限のための訴訟手続による架橋が可能でありまた不可欠であることの意味していることである。

勿論、可罰的違法性と不可罰的違法性の境界確定は実体刑法上の問題であり、したがって、刑法領域の制限の手がかりは実体面から得られることはいうまでもない。ごく最近問題にされ、また多くの関心を集めている「^(註1)可罰的違法性の理論」は、まさに右の問題に対する実体面でのアプローチに他ならない。

可罰的違法性の理論とは、周知のように、「^(註2)刑罰法規の構成要件に該当する形式、外觀を呈する行為についてその行為が当該構成要件が予想する可罰的程度の実質的違法性を欠くということを根拠にその構成要件該当性を否定すべき場合を肯定する理論」であり、その構成要件該当性を否定すべき場合こそ、端的に違法性の低い場合すなわち社会的常規からの逸脱はしているがその逸脱が軽微でありまた被害が軽微な場合である、とするものである。そして、この観察方法は異なるが、観察対象を同じくする「^(註3)可罰的違法性」の理論は、その理論の提唱者の一人である藤木教授の説くところによれば、被害の軽微性、逸脱の軽微性有無が構成要件該当性有無に先行する、という点にその体系の一つの特長をもっている。

すなわち——当該罰条の予想する刑罰という法的な不利益効果を帰属せしめるに足りるだけの社会的常規からの逸脱の有無により、社会的常規内の行為とそうでない行為を区別して、その社会的常規内の行為をまず刑法領域から落してしまふ。つぎに、この社会的常規を逸脱した行為について、これを典型的な行為と非典型的な行為に区別して、典型的な行為については構成要件該当性↓違法性(法規的、超法規的)違法阻却↓責任というこれまでの犯罪論の体系で処理していく。しかし、非典型的な行為については構成要

件該当性の判断をなす上において、可罰的違法性の有無、具体的にいえば被害の軽微性および行為の軽微性有無の判断を失行させることが必要である。つまり、この場合には、これまでの犯罪論の体系では十分でなく、可罰的違法性の有無→構成要件該当性→違法阻却→責任という体系をとることが必要である。したがって、社会的常規外の行為については、その典型的な行為は違法阻却のところにおいて阻却事由が存する場合にそこで刑法領域から落ちる。これに対して、非典型的な行為の場合には構成要件該当性に先行して、可罰違法有無を問題にして、可罰的違法性のない場合にまずそこで落ちさらに違法阻却のところでもまた落ちる場合がある——とする体系である。

この可罰違法性の有無を構成要件該当性に先行させる体系の構築に対して、「ただ格好が良いだけのもの」^(註6)といつてすませてしまふべきではない。われわれは、ここで、何故に、可罰的違法ということが問題にされ、またその理論的体系づけにおいてそれが構成要件該当性に先行させられているのか、ということを考えてみる必要がある。いうまでもなく、実質的違法の欠如を理由に刑事免責を根拠づける理論としては、すでにいわゆる超法規的違法阻却事由の理論が提唱されている。超法規的違法阻却事由の理論をいかに理解しまたそれを肯定するか否かの論議はさておき、右の理論に従えば、その事由の存する場合は該行為が表現としては適切ではないが「真白である」ということを意味しよう。これに対して、同じく実質的違法性を考慮する可罰的違法性の理論の提唱は、「真白」であるとはいえない(したがって逆に「真黒」であるともいえない)のだが刑罰という最も強力かつ決定的なサンクションを加えることに対してこれを消極に解すべき場合があるのではないか、ということだといえよう。また、可罰的違法性の理論は、その根幹として、「社会的相当性の理論」と、いま一つ違法性のもつ法的効果に関し違法性の相対性、段階性を肯定する理論とを結合させる。^(註6)すなわち、当該構成要件の法的効果を、その構成要件との関係においての違法性を無視することにより、否定するが、別個の法規に対する関係、たとえば民事上、行政上の問責との関係において違法性に伴う不利益的な法的効果の生じる余地を意識的に認めようとする。右のことは、軽微な事件は、刑事刑罰事件として

処理されるべきでなく、むしろ刑事裁判以外のルートにおいて処理されるべきではないか、ということの意味しているといえる。すなわち、事件をいかなる手続的なルートに乗せることが相当であるかという手続的な面での考慮の別な事件に対する刑事訴訟制度利用の相当性の否定に他ならないのである。

このように刑事刑罰事件としてではなく他の手続に解決を委ねることを相当とするということは、事件の輕微性ということを実體裁判の問題としてではなく形式裁判のそれとして改めて觀察することが不可欠であることを帰結し^(註7)よう。

(註1) 四二年春の日本刑法学会(五月七・八の両日慶応大学で開かれた)が「可罰違法性の理論」をそのトピックスの一つとして取り上げ、その理論の提唱者の一人である藤木教授の報告をめぐって論議がくりひろげられたことは周知の事実である。

(註2) 藤木・「可罰違法性の理論」法協八三巻七・八合併号六二頁。

(註3) 藤木・前掲九四頁以下。

(註4) 藤木・前掲七九頁以下。

(註5) 藤木・シエーマが問題にされた前註1の刑法学会において「格好」論争がたたかわされたことは記憶に新しい。

(註6) 藤木・前掲八五頁以下。

(註7) 輕微な事件あるいは犯罪の些細性といえは、すぐ思い起されるのは、あのあまりに有名な「一厘事件」における無罪判決、(大

審院・明四三・一〇・二・刑録一六輯一六二〇頁)であろう。これは、周知のように、「零細ナル反法行為ハ犯人ニ危険アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り」刑罰法の外に置かれると判旨したものである。該判決のいうところ、その行為が構成要件を欠くものとしているのか、それとも違法性を阻却するものとしているのか、はたまたま責任を阻却するものとすら解しうるのか、ここでは問題にしようとは思わない(藤木・前掲論文八二頁は、一厘事件判決こそ可罰的違法性の法理を端的に表明したものであると、いう)。ただ「共同生活ニ危害ヲ及ホササル零細ナル不法行為ヲ不問ニ付スルハ犯罪ノ檢査ニ関ル問題ニアラス」とし、「被告カ政府ニ対シテ怠納シタル葉煙草ハ僅僅七分ニ過キササル零細ノモノニシテ費用ト手数トヲ願

ミ、ス、テ、之、ヲ、誅、求、ス、ル、ハ、却、テ、税、法、ノ、精、神、ニ、背、戾、シ、寧、ロ、之、ヲ、不、向、ニ、付、ス、ル、ノ、勝、レ、ル、ニ、如、カ、サ、ル、(傍点)と述べていることに注目したい。なぜかならば、いわゆる微罪処分にするのが相当である些細な不法行為について、その処分をせずに公訴を提起した場合に、裁判所のレベルにおいて、その些細な不法行為を不問に付しうべきものであり、そしてそのことに訴追経済また訴訟経済上の理由が味方するということが右に述べているところから読みとれるからである。確かに一厘事件においては、問題を形式裁判のそれとしたものではない。しかし、一厘事件はすでにわれわれに問題を提示していたものだといえよう。

3 実体的に十分な限界づけをもって把握することの困難な場合の訴訟手続的な解決、つまり刑法領域の制限のための訴訟手続的架橋は、検察官のレベルにおいて、つまり起訴便宜主義の採用によって可能であること、そしてその意味での措置が採用されていることはいうまでもない。そして些細な行為に対してそれがまず考えられ実現にうつされたのであつた。(註1)すなわち、いわゆる微罪について、訴追官庁による(司法警察官の手によるにせよ、検察官の手によるにせよ)些細性に基づく訴訟手続の停止という意味において、起訴便宜主義が現在機能している。ペーテルスの言葉を借用するならば、刑法の実現のための基礎的な訴訟的な力(grundlegende prozessuale Kraft)である「訴追力(Verfolgungsmöglichkeit)」の些細な不法行為に対する低下現象がそこに起っている。

この訴追力の低下現象は、刑法領域の制限という方向において、法律の不可避的な硬直性あるいはまた一面的な理論に対する調整作用を営むこと、また営ませる必要のためのものであることはいうまでもない。またそれは、具体的に訴追官庁および裁判所の労働負担、経済負担を軽減せしめるその利益のために仕えるまた仕えさせる必要のためのものであることも全く疑いない。(註3)

と同時に、それは、被告人とされるかもしれない市民の利益のために仕えるまた仕えさせる必要のためのものであること、とくに具体的に被告人とされ強要される応訴の負担からの解放を意味するものでありまた意味すべきものであることを見落してはならない。

起訴便宜主義が適切に運用されている限り、右の諸利益と刑法秩序維持の國家（＝檢察官）利益との衝突は問題とはならない。しかし、いわゆる微罪不起訴が相当であるにも拘らず公訴の提起がなされた場合には問題は残る。すなわち、自己自身の利益との衝突には問題はない。なぜなら、己れの利益を放棄することは単なる「負担」にすぎず、その行為に対して他者は不同意あるいは非難を示す何等の筋合もたないからである。^{（註）}しかし、檢察官のレベルにおける訴追力の低下現象である微罪不起訴の処分が裁判所として被告人側の利益のためのものでなくてもありまたその利益からの命令に基づく必要でもあるということを肯定する限り、微罪不起訴が相当である場合に、檢察官の公訴提起行為は彼の単なる負担にしかすぎないとみることがもはや困難となる。なぜなら、公訴提起によって与えられる裁判所として被告人の不利益は、それが裁判所として被告人の承認によるものでないあるいは承認すべきものでない限り、檢察官の公訴提起行為に対する不同意あるいは非難を生み出す要素として機能するからである。換言すれば、司法（＝裁判所）そして被告人にとってどうでもよいという性質のものではないつまり檢察官に対して別の行為（＝不起訴）に出ることを要求する性質の利益との衝突が未決済の状態に未だ置かれている、といえよう。それは裁判所のレベルでの問題の解決の必要を意味しよう。

この問題に対して実体法的観点から接近したのが、ところで、可罰違法性の理論だといふことができる。可罰的違法性ということの表面化は、まさに、檢察官の公訴提起についての裁量に対する一つの批判にあることを見落してはならない。

しかし、われわれはこの問題の解決が実体法的配慮だけによって片がつくものだと考えることができるであろうか。問題は、犯罪の成否をめぐって勝つか負けるかの利益以前の、檢察官の訴訟制度利用の拒絶によって保護される利益との衝突の決済のそれである。公訴訴追の即時停止、被告人の即時放免が可能となつてはじめてその解決をみる

という性質のものである。したがって、被告人がその利益の保護を求めて訴追の停止を主張してきた場合に、それを無視して訴訟を進行してよいとする道理はあるであらうか。

右の被告人の利益の優越性有無については、結局のところ、刑事司法の理念にまで遡っての目的論的な直観的な価値判断におおがなければならぬところであらうが、^(註1)とにもかくにも被告人の刑事免責を肯定する立場を支持するならば、右の被告人の利益の優越性を肯定することは自然であらう。そうだとすれば、被告人はいわゆる微罪不起訴相当を理由に形式裁判を求める利益の帰属者であるといわねばならない。そして、この優越する利益によって「公訴の利益」は限界づけられるといわねばならない。

(註1) わが国の歴史的経緯において、これをふりかえってみるならば、明治一三年の治罪法および明二三年の刑事訴訟法にあっては起訴法定主義をとつていたといわれるが、実務上明治一八年頃から微罪について微罪不検挙の処置が認められた。その出発点をなしたのは国庫財政上の便をはかることであつたが、また、重点主義検挙の必要が強調された。そして明治三八年七月二八日司法大臣の全国検事正に対する訓令(「司法警察官告訴以外ノ原因ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタル場合ニ於テ所犯輕微ニシテ之ヲ処罰スルノ実益ナシト思料スルトキハ關係書種ノ有無ニ拘ラス検事ニ事件ヲ送致セシメテ単ニ其要領ヲ報告セシムル様取扱フ可シ」)において、ここ明白な形で微罪不検挙の制度がうちだされた。大正刑訴法になつて、その二七九条が「犯人ノ性格・年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」と明文をもつて、全面的な起訴便宜主義が採用されることになり、その結果、一方においては司法警察官による微罪処分が、他方において検察官による起訴便宜主義(Ⅱ起訴猶予)が法的に並存することとなつた。現行刑訴法は、起訴便宜主義に関するその二四八条の規定のなかに、新たに「犯罪の輕重」をつけ加えた。そして、司法警察官による微罪処分は、もっぱら法二四六条但書きの枠内でのものとされることとなつた。すなわち、司法警察官に対し、昭二五年七月二〇日検事総長通牒に基づき、同年八月一日全国地方検察庁検事正から法一九三条一項の指示権により同法二四六条但書の場合として、(微罪不送致処分についての)、「送致手続の特例の件」が警察隊長、市町村警察長に指示された。それによると、「司法警察員は、その捜査した成人の刑事事件につき、犯罪事実が輕微で、左の各号に該当する事由があり、刑罰を必要としないと明らかに認められるときは、送致の手続をと

ることを要せず、他の同一の取扱をした事件とともにその処理年月日、被疑者の氏名、年齢、職業、住所及び犯罪事実の要旨を毎月一括して検察官に報告すれば足りる。但し、法一九九条(通常逮捕)又は法二一〇条(緊急逮捕)の規定によって被疑者を逮捕した事件、告訴、告発若しくは自首のあった事件、法令が公訴を行わなければならないことを規定している事件及び検事正が特に送致すべきものと指示した事件についてはこの限りでない。①号、被害額僅少、且つ、犯情軽微であり、贓物の返還その他被害者の回復が行われ、被害者が処罰を希望せず、且つ、素行不良者でない者の偶発的犯行であつて、再犯の虞のない窃盗、詐欺又は横領事件及びこれに準すべき事由のある贓物に関する事件。②号、得喪の目的たる贓物が極めて僅少、且つ犯情も軽微であり、共犯者のすべてについて再犯の虞のない初犯者の賭博事件。③号、前各号の外、検事正が特に指定した特定罪種の事件であり、共犯者のすべてについて再犯の虞のない初犯者の賭博事件。④号、前各号の外、検事正が特に指定した特定罪種の事件であり、共犯者のすべてについて再犯の虞のない初犯者の賭博事件。④号以下略」となっている。このように、微罪に対する処置は、現行法下では、検察官から司法警察官へ微罪処分権の委任された形で、司法警察官のもとにおいて行われている。そして、検察官による「微罪処分」は現行實務上殆んど行われず「起訴猶予」として行われているのが普通である。ところで、微罪処分と起訴猶予処分との区別については次のごとき法務局長の通牒がある。「微罪釈放と起訴猶予の件(大七・三司・統三九号法務局長通)」。1.起訴猶予ハ所犯其性質、情状ニ於テ必スシモ輕微ナラスト雖モ被告ノ一身ノ事情ニ顧ミ一定ノ期間起訴ヲ猶予シテ其間ノ行状ヲ視察シ非行アルトキハ起訴ノ手續ヲ為スヘキ目的ヲ以テスル不起訴処分ヲ指ス。2.微罪釈放ハ罪質犯情輕微ナル為メ釈放処分ヲ為スモノニシテ被告人ノ身上ニ重キヲ措カサル場合ヲ指ス」(傍点) 本文中で微罪処分という場合、この通牒のいう意味に従つて用いられる。したがつて、實務上起訴猶予として行われている場合であつてもそれに含ませられる。

(註2) Peters: Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen, ZStW 63, S. 397.

(註3) 些細な事件に対して起訴便宜主義を採用することの意味するところは、起訴法定主義を基本としながらも法律上の例外を漸次拡大させたドイツの事情を知るならばより明瞭となる。エー・シュミットの教科書は(Eh. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Nr. 324-326) その辺の事情を次のように要領良くまとめている。「刑事訴訟法と共に実施された一五二条二項の起訴法定主義は、その施行日一八七九年一月一日以降の数十年の経過において、その実施をますます弱める必要性、つまり起訴便宜主義に次第に増大する意義を与える必要性を示したという点において興味ある歴史的展開を行ってきた。その展開は、わが国(著者註ドイツ)の社会関係の一般史と関係するが、わけでも実体刑法の発展と密接に関係している。一八七九年一月一日に刑事訴訟法が実施された時に、帝國刑法典(Reichsstrafgesetzbuch)は、なお、実際に実体刑法の法典(Kodifikation)であつた。すなわち、可罰的行為の大部分は刑法典のなかに含まれていて刑事特別法(Strafrechtliches Nebengesetz)の

数はごく僅かのものにしすぎなかった。しかし、その後、この点について急激な変化が生じ、刑事特別法がほとんど看過しえない範囲にわたって制定され、それはほとんどすべての領域に及んだ。このことは、ある意味では、十九世紀の法保護国家 (Rechtsschutzstaat) から二十世紀の行政および福祉国家へのわが国の国内的社会的発展の避けられない附随現象であった。この刑事特別立法の発展が合理的軌道に乗せられたのであったならば、行政法の刑事刑法 (Kriminalstrafrecht) 領域からの分離に対する学問的に問題にされ理由づけられた要求を理解し、またこれに従っていたらう。わが国の刑法発展にとって非常に不利なことであったが、そのことは行なわれなかったのである。常に、立法者が国家の命令を強行しなければならなかった場合に、立法者は刑罰威嚇の助けをかりて刑法規定という形でのれをなしたのである。そのことによって、とるにたらない些細な犯罪行為 (geringfügige Bagatelldelikte) の数は、数えきれない数に達したのである。どれ程このことが刑罰の道義的理念に有害なもの (abträglich) であったかは、ここではさらに論じない。しかし、訴追官庁はその労働負担の重荷に圧殺されるにいたったこと、そしてしたがって、雑多な些細な事件が重要な真正な刑事事件の精力的な訴追に被害を及ぼすだろう危険が生じるに違いないかったことは、火をみるより明らかであった。」かくて、一九四九年の経済刑法 (WStG von 1949) が刑法領域から秩序違反 (Ordnungswidrigkeit) を原理的に法學上分離する最初の試みを行った。「しかし、それ以前に、実施不可能になった起訴法定主義が起訴便宜主義による制限を受けたという、手続法上の展開がなされた。刑事訴訟法一五三条乃至一五四条bは、訴追官庁および裁判所が、些細な事件、また同様にドイツ刑事司法の見地からして刑法的解決をはかることについての十分な (Beachtlich) 利益が存しない事件の裁判 (Barbeitung) から解放されうるように配慮している。そのことは絶対に必要なことではある (unentbehrlich) が、一切の秩序違反から刑事刑法の刑法典の構成要件までへの一般純化 (Generalbereinigung) がなされなかった限りにおいて、刑事法一五三条乃至一五四条bにおいて行われた解決は中途半端に終わっているものであることが見落されるべきではない。また、この一般純化によって厳格な起訴法定主義に戻る事が可能であるというものでないことも、疑る余地のないところである。」

(註4、5) この点については、本稿第三章第二節に詳述する。

(註6) 刑事司法の目的あるいは機能については本稿第三章第一節で検討される。

5 さて、すでに指摘したように、^(註1)ペーテルスは、訴訟の対象が些細なものである場合に、それが「権利保の護利

論 説
「益」の欠缺を与え、そのことの理由から刑事訴追は許されなくなると説くにいたっている。彼の説くところをここでより立ち入って検討することが必要であろう。

「権利保護の利益」なるものについてまた右の定言の基礎づけについて彼はわれわれに直接語ってはくれない。しかし、かつて、「実体法と訴訟法との厳格な区別は必要と事実を正しく評価するものではない」といって、実体法と訴訟法の内面的関連性(innerer Zusammenhang)を明らかにすべく、「形式裁判と実体裁判との平行性(Parallelität)」を論じた彼の論文から、その辺の事情を窺い知ることができよう。

彼はその論文において、実体裁判の内容的特徴である刑法の確証とそして被告人の社会的地位の決定(Strafrechtsbewahrung u. Regelung der Sozialstellung des Beschuldigten)といふことが実体裁判のみせかけ(Gewand)のなかにおいてではなく形式裁判によっても行われうるであろうか、とまず問題を設定し、それに答えるために両裁判の関連の解明を試みた。そして、形式裁判のなかに、その形式と内容の多様性に応じて、実体裁判との(一)隠された(versteckt) (二)消耗する(konsumierend) (三)観念的な(ideal) (四)真の(real)そして(五)先鞭をつける(antizipierend) 平行性(Parallelität)の存在することを明らかにした。(註3) その分類において、些細な行為は真の平行性としてまた先鞭をつける平行性のある場合として位置づけられる。そこにいう真の平行性のある場合とは、それを手続的形式において同時にまた実体的形式においても規制することのできる場合である。(註4) また、先鞭をつける平行性のある場合では、それに対してふさわしい実体法的解決は未だ見出されていないが、形式裁判がその解決の可能性を開いてくれる場合である。(註5)

彼はいう。

「眞の平行性は軽微な可罰的行為 (geringfügige strafbare Handlung) の処理を明らかにする。その処理はまず訴追の免除 (Absehen von der Strafverfolgung) の方法により (刑訴法一五三条 一五三条^e) また刑の免除 (Absehen von Strafe) の方法 (刑法一七五条一項、一五七条、一五八条) により行われう。一般的にあるいはまた特定行為についてこの両方の道をとることが出来る。訴訟法的方法はその拘束性が弱い、と共にまた基本的でもない。それは固定していない (Beweglich)。形式裁判にはより容易に合目的性の考慮がとくに刑事政策的な観点が据えつけられる。訴訟経済的理由がこの方法に味方する。この方法はしかし檢察官の協力を必要とする結果檢察官の命令拘束性 (Weisungsbundenheit) の前に負ける。実体裁判が対応するところの実体法的方法はより強く公正 (Gerechtigkeit) と客観性 (Objektivität) を保障する。裁判官の実体判決は、たとえ裁判官の同意をもって成立する^(註6)とはいへ檢察官の裁判、あるいは裁判官の単なる形式裁判よりより確固たる強さを残す。とはいへここにも両方の方法の並存性は意味がある。」また「将来の実体法的規制のための準備は、刑訴法一五三条による軽微些細な犯罪行為の取扱いに現われている。この規定は実体法的法形成 (materielle Rechts-gestaltung) に対して非常に重要な影響を及ぼすものである。それは実体的思考の、つまり犯罪とはならない違法性、犯罪とはならない責任性そしてまた犯罪として処罰に値しない行為を刑法領域から除外しようとする思考の表現である。可罰的違法性と不可罰的違法性の境界確定の問題は構成要件によるだけでは克服されえない。構成要件は非犯罪領域 (Gebiet des Nichtkriminelle) のなかえの極端な拡張の可能性をたえず有している。(中略)。刑法を制限するための手がかりは確かに実体面から得られう。実体法的には構成要件の社会倫理的な再考が、また社会倫理的に理に叶うつけられた解釈方法が、また (とくに道路交通法に関して) 過失概念の制限が、あるいはすくなくとも民法上の過失概念と刑法上の過失概念の区別の重視が、考えられうべきであらう。また、通常いわれるように片づいたものとは私には決して思われぬあの犯罪人の型の思想 (Tätertypenbegriff) を再考することは、ここに救済の手段を与える力となるであらう。しかし、また、それらのいかなる立場に立とうと^(註7)、刑法の領域の制限をするためには、訴訟手続による架橋 (die Prozess-able Leiter) が今日不可欠 (unentbehrlich) なのである」と。

右の彼の所説は、些細な行為に対する訴訟法的な取扱い方を明文をもって規定している現行のドイツ刑事訴訟法一五三条^(註8)の存在のうえに、その明文の制度についての彼の理解として、展開されているものである。明文の制度を越えたところでの問題として展開されているものではない。その意味において、その論文で、彼が「権利保護の利益」

について何ら言及することのなかったことは至極当然であった。

われわれは、ところで、右のような明文の規定による制度を現有するものではない。したがって、彼がそこで説いたことは直接わが国において妥当するものではない。だが、最近彼の教科書がその版を改めるにいたって、右の問題を「権利保護の利益」と関連づけたことは、われわれにとって非常に重要な意味をもつものであると見て過言でない。すなわち、ドイツの右の明文の規定が「権利保護の利益」のない場合の一つの訴訟上の制度化に他ならないとすれば、それが規定する取扱い方は明文の規定の存在しないところでも——「権利保護の利益」の觀念を經由して——妥当しうべきものであるといえるからである。なぜなら、「権利保護の利益」は明文の規定の間隙に機能するものであるからである。ただ、いかなる意味において些細な行為は「権利保護の利益」のない場合であるとするのか、彼は直接多くを語ってはくれない。次のことから推察できるに止まる。彼は実体刑法の運命が依存する訴追力 (Verfolgungsinstant) つまり刑法の実現のための基礎的な訴訟的な力の些細な行為に対する低下を強調する。そしてそれに味方するものとして、刑法の社会倫理的な基本秩序への純化という政策的考慮と訴追官庁として裁判所の労働負担の軽減^(註11)といった専ら国家的観点からの利益を意識しているようである。しかし、すでに考察してきたように、些細な行為の場合、それに対する訴追力の低下現象が見られるとはいえず、その訴追力は皆無だとはいえない。また、刑法領域の制限ということも、実体判決によってその境界を明確にしてこそ、その目的の十分な達成がみられようものである。

訴追力の低下に味方し、訴追の停止に加担する決定的な力は被告人とされる個人の有すべきその利益享受の期待権にあるといわなければならない。すなわち、検察官のレベルにおいてその訴追力を低下せしめた被告人の利益は、裁判所のレベルにおいては検察官の訴訟制度の利用を阻止すべく機能する優越する利益として、発現してくるといえる

のである。

なおまた、アメリカの Advisory Committee and Council が一九六二年三月の ミーティングで採決した可罰的違法性のない場合の取扱いに関するアメリカ模範刑法典第一・一二条 (Model Penal Code, Section 2. 12 (De Minimis Infractions)) をあげておかなければならない。それは次のようなものである。^(註1)

裁判所は、罪となるべきものとして訴追された行為の性質および附随事情の性質を考慮し、被告人の行為に次の事由があると認められるときは、公訴を棄却しなければならない。

(一) その行為が、日常生活において許容または認容される程度をこえないものであり、利益を侵害された者の明示の否定がなく、かつ、その罪を定めた法律の趣旨に反するものでないとき。

(二) 被告人の行為が、その罪を定めた法律の防止しようとする被害またはその危険を生ぜしめず、または生じた被害もしくは危険が極めて軽微なものであって、有罪判決により言渡しをしないとき。

(三) その他の配慮事由があるため行為が処罰の対象として予想していたとは思われないものであるとき。

すなわち、ここにおいても問題が形式裁判のそれであるとして論じられ、公訴の棄却 \parallel "The court shall dismiss a prosecution \parallel が考えられねばならないとされているのである。

(註1) 本稿、第一章第三節。

(註2) Peters, Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen, ZStW, 68, (1956), S. 374ff

(註3) 「隠された平行性」とは、実体的評価と傾向が形式裁判の基底にかくれた形で存在する場合であり、その具体例として準備的保全的あるいは除外的性質を有する一連の前裁判 (Vorentscheidungen) つまり公訴あるいは検察官の訴訟の中止 (Einstellung)、公判開始決定、公判開始の却下、予審免訴 (Außerverfolgungsetzung) などをあげる (Ibid., S. 379-386)。「消耗する平行性」とは、実体的処理および形式的処理の両者が本来考えられうるが、法的にはそのどちらか一方だけがとられている場合で、具体例

として時効、大赦、既判力ある判決のある場合、少年、精神障害の場合をあげる (Ibid., S. 386-391)。「観念的平行性」とは、二種の内容を共有する場合、つまりある部分では内容的に形式裁判であり他の部分では内容的に実体裁判であっても形式的にはどちらかの裁判でしかありえない場合である。そして、その例として、子供に対する猥褻行為をなしたかどで公訴の提起があった。しかし、弁論において被害者はすでに婦人つまり一四才以上(刑法一七六条I項三号)に達していたことが判明した。しかし、告訴のない場合をあげる (Ibid., S. 392)。

(註4) Peters, a. a. O., S. 393ff

(註5) Ibid., S. 393ff

(註6) Ibid., S. 394

(註7) Ibid., S. 396

(註8) 同条は一九六五年に改正されていることに注意されたい。ペーテルスが平行性を論じた当時(一九五六年)のドイツ刑事訴訟法一五三条の規定は次のごとし。

一五三条 (I) 犯人の責任 (die Schuld des Täters) が軽微にして (gering) 且つ行為の結果 (die Folgen der Tat) が些細なる (unbedeutend) ときは、違警罪 (Übertretung) は訴追されない。但し、裁判所の裁判を招来するについての公の利益 (ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerechtfertigten Entscheidung) が存する場合にはこの限りでない。

(II) 軽罪 (Vergehen) につき犯人の責任が軽微にして行為の結果が些細なるときは、検察官は区裁判所 (Amtsrichter) の同意を得て公訴の提起を見合わせ (von der Erhebung der öffentlichen Klage abzusehen) ことを得。

(III) 公訴のすでに提起されている場合においては、裁判所は検察官の同意を得て手続をそのいかなる状況にあるを問わず中止する (das Verfahren einzustellen) ことを得。この決定に対しては不服を申立てることを得ず。

これに対して、一九六五年九月一七日付の Bundesgesetzblatt (Teil I S. 1373) にて公示された書き改められた同法一五三条は次のようになっている。

一五三条 (I) 犯人の責任が軽微 (gering) なるときは違警罪は訴追されない。但し、裁判所の裁判を招来するについての公の利益が存する場合にはこの限りでない。

(II) 軽罪につき、犯人の責任が軽微にして訴追の公の利益の存しない (kein öffentliches Interesse an der Verfolgung) ときは

檢察官は公判開始の裁判管轄を有する裁判所 (das zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständige Gericht) の同意を得て手続を停止する (das Verfahren einzustellen) ことを得。

(Ⅲ) 公訴のすでに提起されている場合においては、裁判所は被告人に聴取してから (nach Anhörung des Angeklagten) 檢察官の同意を得て手続をそのいかなる状況にあるかを問わず中止する (das Verfahren einzustellen) ことを得。この決定に対しては不服を申立てることを得ず。

右の改正において、第Ⅱ項が「訴追の公の利益 (öffentliches Interesse an der Verfolgung)」ということを、また第Ⅲ項が「被告人に聴取してから (nach Anhörung des Angeklagten)」ということを新たに付け加えていることが特に注目される。後者によって、被告人が、行為の可罰的でないことあるいは訴追不可能であることを、したがってまた被告人は手続から解放されるべきことを主張し証明する機会をもつ (Schwarz-Kleinhecht, Strafprozessordnung, (Kommentar), 26. Aufl., S. 336) こととなった意義は非常に大きい。

(註 9) Peters, a. a. O., S. 397

(註 10) Ibid., S. 396

(註 11) Ibid., S. 394

(註 12) The American Law Institute, Model Penal Code, Proposed Official Draft, (May 4, 1962), p. 42

第三節 証拠との関係において

(一) 利益の訴訟の公
1 「改革された手続 (reformiertes Verfahren)」が導入される以前のドイツでは、裁判所は、不当なそして勝訴の見込みのない公訴を即座に (a limine) 却下するすなわち公判を拒絶する可能性を有するものではなかった。したがって、公訴が提起されれば直ちに公判を開始しなければならなかったが、そこに次の欠点があったことを人は認めたのである。^(註 1)すなわち、「裁判所は公判に値しない事件 (verfahrensunwürdige Sachen) の重荷を負わされ、また被告人ははつきりしない (unschlüssig) 公訴により不必要な訴訟負担とその他にもらうの損失を伴う公判にひきづり込ま

れねばならない」ということであつた。そして、その認識は公判開始前手続と公判との間に公判の下検分を行う中間手続を要請し、その制度化がなされた。現行ドイツ刑法二〇三条の規定する公判開始決定 (Eröffnungsbeschluss) の制度がそれである。すなわち、裁判所は、公判前手続の結果から被告人は「罪となるべき行為につき十分な嫌疑ある (einer strafbare Handlung hinreichend verdächtig)」ものと認められるか否かを判断し、それが認められない場合には公判開始の却下 (同法二〇四条) をなすべき制度である。

この嫌疑は公判開始のために「十分」でなければならぬから、この嫌疑の標準を規定するに當つて公判開始あるいは不開始ということの訴訟上の目的を考慮することが必要であるが、この公判に先立つ中間手続は次のように機能するものであるとされる。すなわち、根拠のない公訴に対する「最初の防衛戦線 (erste Verteidigungslinie) ^(註2)」であるとナーグラーによつて形容されたこの中間手続において行われる公訴に対する裁判上の審査 (gerichtliche Anklageprüfung) は、「消極的制御機能 (negative Kontrollfunktion)」をはたすべきものであり、すべての公判に値しない公訴はそれによつて排除されるべきものである ^(註3) と。したがつて、リヌトガーは、この十分な嫌疑とは「事件の公判価値を基礎づける嫌疑 (ein die Verhandlungswürdigkeit der Strafsache begründenden Verdacht)」であればよ ^(註4) とする。このドイツ刑法二〇三条にいう十分な嫌疑、つまり「公判価値」は、ところで通説的見解によれば、一件記録の内容から事実的観点においてすくなくとも有罪認定の蓋然性 (Wahrscheinlichkeit der Verurteilung) が存在する場合にのみ成立する、とされる。なぜならば、かかる有罪認定の見込みのある場合にのみ、不可避免的に公判に伴う諸々の負担を被告人に課すことが正当化されるからである。しかし、有罪事実認定の蓋然性は、たとえば事実の刑法への包摂 (Subsumption) といった法的評価にも当然に依存することから、この「十分な嫌疑」は法的な観点においてもみることが必要であることが指摘されている。そしてその点を認識するペーテルスに従えば、この「十分な嫌疑

疑」は「事実的な観点において被疑者が責任を負う行為の公判での認定がすくなくとも蓋然的であり、そして予期せられるべき事実認定の基礎にもとづく有罪宣告が法的な観点において正当である場合」に存在する、とされている。^(註7)

さて、この公判開始決定がはたとされるその「消極的制御機能」だが、それは「しかし単に紙の上での保障にすぎず」、^(註8) 現実にその機能を發揮していないことがいわれている。^(註9) しかし、公判手続の開始に対して、被告人は、現行ドイツ刑法二〇一条一項により、異議を提出することができ、ことに留意しなければならぬ。そして、この規定が保障する公判開始に対する被告人の異議の制度が活用されるならば、それが公訴を遮断する実際に機能するフィルターになることを顧慮しなければならない。^(註10)

- (註1) Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953, S. 362.
- (註2) Nagler, Das Zwischenverfahren, GS 111 (1938), S. 349.
- (註3) たよんて BeJing, Deutsches Reichsstrafprozessrecht (1923) S. 361; Henkel, a. a. O., S. 362, 364.
- (註4) Lüttger, Der »Genügende Anlass« Zur Erhebung der öffentlichen Klage, Goltdammer's Archiv, 1957, S. 196.
- (註5) Ibid., S. 196.
- (註6) Lüttger, a. a. O., S. 211ff; Nagler, a. a. O., S. 361 ff; Sauer, Grundlagen, S. 82, 91, 224; Peters, Strafprozess, 2 Aufl., S. 147, 396f; von Hippel, Der Deutsche Strafprozess, (1941) S. 501.
- (註7) Perets, a. a. O., S. 147 u. 396.
- (註8) Eb.Schmidt, Lehrkommentar (1952) Teil I, S. 82, Anm. 152 a.
- (註9) Eb. Schmidt, Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluss, Hauptverfahren, Urteil, N. J. W., 16 Jahrg. 1963, Heft 24, S.1081 ff.
- (註10) なお、ドイツ刑法二〇一条一項をあげておくと、「裁判長は起訴状を被告人に通知し、同時に被告人に対して、指定せられるべき期間内に、公判開始の決定に先立ち各側の証拠調を実施せられんことを申立て、又は公判手続の開始に対して異議を提出せ

んと欲するやを表明せんことを催告すること(以下略)。

(註11) Eb. Schmidt, a. a. O. (N. J. W.) S. 1083.

2 公判において裁判所の前でその嫌疑について弁解しなければならぬことからまた公訴に伴う諸々の不利益から被告人を免れさす機能を有すべき手段、は右の中間手続のみに止まらない。^(註1)また目をドイツ法から転じて、公訴提起前の手続ではあるが、たとえば英米法の予備審問の手続にそのような機能をみることができよう。すなわち、「予備審問とは、犯人を発見し、犯人に不利益な証拠を準備するための訴追側の手段として企画されたが、それは、被疑者側を防御する楯と化し、被疑者に対して、彼に不利益に用いられるべきどのような資料があるかを正確につきとめることを許し、さらに、公平な人々が判断して、裁判を正当と認めるべき十分な証拠がない場合には、裁判に要する費用とそのいまわしさから被疑者を解放したのであつた」と、^(註2)デブリンがイギリスにおけるその歴史的発展の概要を簡潔に表現している予備審問 (Preliminary Examination) である。

アメリカ合衆国における現行の予備審問の手続を概観しながら、右の点を明らかにしよう。

予備審問、つまり一般に Magistrate といわれている予備審問官が犯罪事実が存することそして被疑者をその犯人と信すべき「相当の理由 (probable cause)」が存するか否かを審理する手続^(註3)、を受ける権利は、連邦憲法上の権利ではなく、^(註4)連邦の手続に關しては制定法および裁判所規則に基づいている。すなわち、連邦刑事訴訟規則 (Federal Rules of Criminal Procedure) 第五条がこれを規定している。いくつかの州の憲法は予備審問を保障しているが、その他の州ではこの権利は法律によるものである。それらの個々の手続間にはしたがって多くのバリエーションがあるが、その一般的な型は連邦刑事訴訟規則第五条のそれである。

すなわち、「告発状 (complaint) に基づいて発せられた令状により被疑者を逮捕した公務員または令状なしに被疑者を逮捕した者は、不必要な遅滞なく (without unnecessary delay) 被疑者を、最寄の司法委員 (commissioner) あるいは合衆国の法律に違反した犯罪で告発された者を勾留する権限を有する公務員の前えつれていかなければならない。」(同規則第五条(a))。

そして「司法委員は、被疑者に対し、告発状を告知し、弁護人を付しうる権利がある旨、ならびに予備審問を受ける権利がある旨、ならびに予備審問を受ける権利がある旨を告げなければならない。司法委員は、また、被疑者に供述をする義務のないこと、そして被疑者のなす供述が彼に不利益に使用されうる旨を告げなければならない。司法委員は被疑者に弁護人と相談する機会と合理的な時間を与えねばならない。また、この規則の定めに従って被疑者に保釈を許さねばならない。」(同条(b))。

「被疑者に有罪か無罪かの答弁を要求してはならない、(shall not be called upon to plead)。被疑者が予備審問を受ける権利を放棄するときには、司法委員は、直ちに、被疑者を地区裁判所における答弁のため勾留 (hold him to answer in the district court) しなければならない。被疑者が予備審問を受ける権利を放棄しないときには、司法委員は、合理的な時間以内に (within a reasonable time) 証拠の審問を行なわなければならない。被疑者は証人を反対尋問することができる。また被疑者は自分自身のために証拠を提出することができる。犯罪事実が存することとして被疑者がそれを犯したと信すべき相当の理由 (probable cause) が存在していると証拠から思われるときは、司法委員は、直ちに被疑者を地区裁判所における答弁のため勾留しなければならない。そうでないときには、司法委員は、直ちに被疑者を釈放 (discharge) しなければならない。」(同条(c)) というものである。

さて、右のような予備審問の手続はいかなる意味あるいは機能をもっているのであろうか。

その点につき、まずオフィールドのいうところを引用しよう。^(註6)「予備審問の目的は被疑者に不利な既知の証拠が被疑者に対してさらに一層の手続を進めることを正当化するに十分なものであるか否かを決定することにある。この予備審問は、歴史的には訴追側の利益のために存在していたとはいえ、今日においてはほとんど完全に (almost wholly) 被疑者 (defendant) の利益のためのものである。予備審問官は何ら証拠を得るための努力をしない。被疑者は、望むなら、彼自身の防衛のために供述することが許されている。予備審問官はしかし被疑者に不利な証拠を集めるために彼に質問することは許されない。明文規定のない場合に訊問 (interrogation) する何らの

権限をも予備審問官は有するものではない。この手続は『審問 (examination)』と称せられてはいるが、被疑者の審問を決して意味するものではない。そうではなくして、それは、国家による、国家がいかなる証拠を集めていくかを見とどけた確めるための審査である。その根本目的は、被疑者が有罪である蓋然性をすくなくとも示すに十分な証拠 (enough evidence to indicate at least a probability that he is guilty) が存在しないならば、被疑者のさらに一層の手続において自己を防御しなければならぬ厄介さと費用 (annoyance and costs) から被疑者を免れさせることにある。予備審問官は被疑者の有罪あるいは無罪について判断する (pass on) のではないのであって、ただ単にその蓋然性についてのみ判断するにすぎない。より一層の手続を正当化すべき十分な証拠が存在しないと判断するならば、予備審問官は被疑者をいかなる勾留 (custody) からもあるいは保釈の下でのいかなる義務からも解放 (discharge) する。警察官はもしやれば十分な証拠を集めることができたであろうと予備審問官に考えられても、そのことによって被疑者の釈放は防げられない。なぜなら、彼等はすでに十分に審理を尽くしたに違いないからである。地方、有罪の確信が合理的になされる十分な証拠があると考えられるならば予備審問官はより一層の手続のために被疑者を勾留する命令を出す。その場合、通常被疑者は保釈を受ける資格を有している。」

また、フェルマンは、次のように予備審問のもつ価値 (value) について述べ、それが被疑者の利益のために機能するものであることを強調する。すなわち、「予備審問を受ける権利は、予備審問官が有罪の一定証拠の存在する事件でない (no prima facie case of guilty) ことを認定する場合に予備審問の手続は被疑者をさらに一層の訴追手続 (further prosecution) から解放するものであるが故に、価値がある。実際、犯罪報告が示すように、非常に多くの事件がこの予備審問の時点で、通常証人の不出頭によりあるいは相当な理由 (probable cause) が見い出されないが故に、結審となる。『予備審問の目的は、早まった (hasty)、悪意の (malicious)、無思慮な (improvident)、そして横暴な (oppressive) 訴追を防ぐこと、被疑者を犯罪の公開の問責 (open and public accusation) から守ること、被告人および公衆の裁判の費用を避けること、公訴 (public prosecution) に伴う屈辱 (humiliation) と心配 (anxiety) から被告人を救うこと、そしてまた訴追の基礎となりうる実体的理由 (substantial grounds) が存するかどうかを発見すること』にあるといわれている。予備審問は、拷問に頼るといったような警察のゆきすめをなくし、自己負罪拒否権 (the individual's privilege against self-incrimination) を保護する。予備審問手続は、第一次的に (primarily) 被疑者の保護のためのものではあるが、それはまた訴追側にも価値がある。なぜなら、訴追側証人の告発状の内容 (substance) の予備テスト (early test) になり、また偏見や誤った情報に基づく薄弱な (flimsy) 訴追を排除するから、費用を節減しました不必要な遅延を避けることにもなるからである。」と。

右にみてきたように、英米法のもとにおいては、犯罪の問責におびやかされるすべての市民は二つの権利をもって
 いるといえる。すなわち、「その一つは、いうまでもなく、彼の有罪、無罪の問題が決定される公正で公平な裁判
 (a fair and impartial trial) を受ける権利である。そしていま一つは、右の権利に劣らぬそして実際にはより価値の
 ある権利であるところの、ある正当に構成された審問所 (some duly constituted tribunal) が彼を公判 (trial) に付す
 べきかいなかという予備の問題について判断するまでは刑事問責に対する応答のために召喚されないという権利」^(註1)で
 ある。

(註1) 一九六四年に改正されたドイツ刑事訴訟法は不当なまた不十分な根拠しかもたない公訴の提起から被疑者を守るフィルターの
 機能をはたさすべく、その一六九条bに公判開始前の手続として捜査の結果に対する一種の口頭弁論ともいえる Schlichter
 の制度を規定した。なお、この点については、光藤・「西ドイツ刑事訴訟法一九六四年改正の位置」〔甲南法学七巻三号一五六
 頁以下の紹介がある。

(註2) Devlin, *The Criminal Prosecution in England*, p. 12 (児島武雄訳「警察・検察と人権」一五頁)。

(註3) Moreland, *Modern Criminal Procedure*, 1959, p. 152.

(註4) D. Fellman, *The defendant's rights*, 1958, p. 19.

(註5) Orfield, *Criminal Procedure from Arrest to Appeal*, 1947, p. 78 は「逮捕から予備審問の時間は、日曜日か休日間にさま
 れていない限り、二四時間を越えることはまれである」という。しかし、Moreland, *op. cit.*, p. 154 は「この逮捕した者を不
 要な遅滞なく予備審問官のところにつれていかなければならないというルールは「正しく勵行されていない。その不勵行の責を
 負わねばならない公務員に対して民事上の問責が可能だが、現実にはそのような訴は起されないうし、起したとし
 ても無駄な (fruitless) ことであろう。そのような實際を阻止する唯一の道は、そのような手続のもとで得られた証拠を不許容
 (inadmissible) にすることである。かかる証拠が不許容となればかかる實際は止むであろう」と説き、一九四三年のマクナッ
 事件 (McNabb v. United States, 318 US 332, 87 Fed 819, 63 Sup Ct 608 (1943)) で最高裁がその点を示したことを指摘し
 ている。

(註6) 検察官または被疑者が正当な理由を疎明して申請すれば審問の開始を延期しまたは審問を一時停止することができる。しかし、この期間は六ヶ月に制限をかける。(American Law Institute Code of Criminal Procedure, Sec. 43)。

(註7) 検察官がこの決定に不服の場合、同一証拠により、または新たな証拠を追加して、大陪審 (grand jury) の審査に付する手続をとることができる。また「この釈放 (discharge) は無罪放免とは同義ではない (not equivalent to an acquittal)」(Williams v. State, 1907, 82 N. E. 790, 163 Ind. 334)とされている。したがってまた二重の危険の禁止の原則の適用はない (Ernst W. Puttkammer, Administration of Criminal Law, 1953, p. 94)とされる。なお、イギリスの制度でこの論じられる Devlin, op. cit., p. 153 は「予備審問手続に終局性がなく、またその釈放は無罪放免でない、つまり理論上は新規に事件を提出できるが「実際問題として、訴追側はそれを行わない」という。

(註8) Orfield, op. cit., p. 67, 63.

(註9) Fellman, op. cit., p. 20, 21.

(註10) Dickinson, J., in United States v. Fitzgerald, 29 F. 2d 573, 574 (E. D. Pa. 1928) (Fellman, op. cit., p. 20以下)。

3 わが国には、ドイツ法におけるような公判開始の中間手続もないし、また英米法におけるような予備審問の制度もない。しかし、右にみてきた制度は、いずれも、証拠との関係において根拠のない公訴に対する被告人の防衛職線あるいは楯として機能する手続的なフィルターないしスクリーンの構築の必要性和その意義を示している。そして、その必要は検察官の訴訟制度の利用を限界づけ制限する被告人の優越する利益に基づくものであり、まさにその利益の発現にかかる右にみた手続的明文制度の基底に見い出すことができるのである。

さて、公判開始の決定といった中間手続がないということは、検察官の公訴提起によって事件は裁判所に係属され、裁判所は前もって実体にかかわり合うことなしに、公判が開かれるということを意味する。しかし、すべての場合に右のことが無条件に妥当するわけではない。すなわち、訴訟条件が存在しているか否か、あるいは訴訟障害が存在していないかの問題がある。訴訟障害の存在が明らかであるならば、エー・シュミットが正当にいうように、「そ

の場合に裁判所は檢察官の公訴を決定により不許容として却下 (durch Beschluß als unzulässig zurückzuweisen) しなければならぬことは構造的に正しいこと (das strukturell Richtige) である。そしてまた「公判に入ってから」も、訴訟障害の存在が明らかになるならば、訴を判決により (durch Urteil) 不許容として却下する潮時は失われず、またその却下が要求されることは当然^(註1)のことである。

訴訟障害の存在の有無が裁判所の判断すべき事実関係に属する諸情況に依存する場合はあることはすでに認められているところである。すなわち、たとえ犯罪行為の日時は時効に対して標準となるし、ある特定の刑法条文への包摂可能性 (Subsumierbarkeit) は大赦の適用に対してあるいはまた親告罪であるか否かの問題に対して標準となる。では、「十分な嫌疑」あるいは「相当な理由」の不存在を訴訟障害としてみることができ得るであろうか。

その点に関する諸説を次にまづみよう。

周知のように、ザウプーは、訴訟条件を手続条件 (Verfahrensvoraussetzung)、訴追条件 (Verfolgungsvoraussetzung) として実体形成条件 (Sachgestaltungsvoraussetzung) の三つに分類し、その実体形成条件のなかに「十分な嫌疑 (hinreichender Verdacht)」を位置づけている。彼のいう訴訟条件 (実体形成条件) としての「十分な嫌疑」は、ところで、客観的なものではなく檢察官の観点からしてあるいは檢察官によって主張された (behaupten) 十分な嫌疑であることはすでに (第一章第二節2) みてきた。

これに対して、同じく訴訟条件の三分説に立つベートルスは、^(註3)「刑法上の行為の基礎 (Fundament) は主張ではなくして、内的蓋然性 (die innere Wahrscheinlichkeitsgehalt) でありえな^(註4)」として、嫌疑の確実性 (Gewißheit des Verdachts) (否定的場合、嫌疑の不確実性) もまた判決を下す条件として、実体形成条件に属するとする。すなわち、形式裁判は、訴訟上の諸事実 (Gefährlichkeit) に対する解答か、さもなくば実体裁判への心構え (Ausrichtung auf eine sachliche Entscheidung) を与えるものであるが、前者にあっては刑事訴追ならびに手続条件に関する裁判が問題となれ、実体裁判への心構えは実体形成条件 (十分な理由、十分なあるいは有力な (dringend) 嫌疑) との対決において、生ずる (erfolgen) とする。したがって、この種の形式裁判は証拠状態 (Beweislage) の再検査を必要とする。「すでに存するまたさらに調達可能な証拠方法は、口頭による直接弁論における事実の弁論を行うことを適切

であると思わせしめるかどうか、ということが精査されねばならぬ」ことになる。そして、ペーテルスにいわせると「その適切性 (Angemessenheit) は有罪判決のある確かな蓋然性 (eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung) がある場合に存する。十分な理由および十分な疑念は有罪判決の確実性 (Gewissheit) により高度の (hohe) 蓋然性を必要とはしない。そこにはたえずまた疑いが成立しうる。十分な理由および十分な嫌疑は勝訴の可能性 (Befähigkeit) への見込みだけ有しているものでなければならぬ。被疑者、被告人が犯人であるかどうかを裁判されるのではないのであって、犯人であることの確定のために適正な方法で訴訟は継続されうべきであるか否か、そしてまたいかなる形式においてであればそうなるのかということが裁判されるべきなのである。」

ところで、ザウアーにあっては、嫌疑それ自体は訴訟条件ではなかった。また、ゴールドシュミットの言葉を借りるならば、ザウアーのいう訴訟条件としての十分な嫌疑は、「訴訟法的に考察された実体要件 (prozessual betrachtete Sachveraussetzung)」である、といえよう。ペーテルスのそれについても同様にいうことができよう。ただ、前者にあっては、それは主観的な主張されたもの、つまり檢察官の十分な嫌疑ありとする判断の存在としてのそれであるが後者のいう訴訟条件としてのそれは内容的蓋然性の実質を伴うべきもの、つまり客観的な判断としてのその存在であるところに決定的な差異がある。

さて、わが國の學說に目を転じて、まず宮本博士の説くところからきいていこう。宮本博士はいう。「事件の発生したときには、検事の側にこの判断を求むる権利と義務とが発生しなければならぬ。(中略)。この権利と義務とが即ち公訴権であり公訴義務である。」如何なる場合に事件の発生があるかというところ「検事の風聞に因り又は告訴告発によつて捜査の必要を認めたといふだけでは固り充分でない。」「事件の取扱について終局的決定を為し得る者に於て一定の人が一定の罪を犯したりとの確信を懐いたときでなければならぬ。」かくして「有罪の確信があつて起訴した場合は公訴権その者の効果として訴訟關係が成立する。」そして有罪の確信なくして起訴した場合だが、「検事が悪意を以て起訴するが如き場合は所謂職權濫用であつて明に違法行為であり、場合によつては犯罪(間接正犯)である。それがその假權利―しかも法の保護する權利行使―であるといふことは、それが公法上のものであつても權利の正確なる意義に照らして許されぬことである。また悪意といふほどでないにしても、検事が確信なくして、或はもつと進んで謂へば、検事が極めて輕忽なる取調べによる過失に基づいて起訴するが如きことも正さしく理論上違法なる場合に外ならぬと思ふ」と。しかし、次のように言葉をつづけてしまつた。「但だこれらの場合にも、訴訟法は政策上、検事が確信を以て公訴を提起した場合と同一の効果(訴訟關係の成立)を獨立に認めるのであつて、この効果の発生は右の検事の行為それ自身に本来これに因つて、かかる効果を生ぜしめんとする法的意思(權利)が加はつてゐるからではない。かかる意思(權利)が加はつてゐるのは凡て適法行為に限られてゐるのである」と。したがつ

て、結局「検事が主観的に確信を以て起訴しても然らずして起訴しても訴訟法上訴訟關係が成立することには相異はない。従つて、そのことは裁判所として行うべき手続の上では全然問題でないことは私の立場からも当然」である^(註18)と帰結せざるをえなかつた。このように、宮本博士は、検事の悪意による起訴あるいはたとえ極めて粗漏なる捜査―過失―による起訴は違法行為であることを強調されたが、しかし結局のところそれを訴訟法的に訴訟障害として把握はしなかつた。この意味において、宮本博士に先立って、牧野博士が「検事がその地位を濫用し、被告人たるべき者に損害を与える意思を以て其の形式的な起訴をした場合に、裁判所はそれを適法な起訴として取扱はねばならぬか、ということに疑を抱く」といつて、「検事の悪意の起訴からして、事実上権利拘束が発生しても、之に依つて、検事の行為を公訴の提起として適法なものだと解する必要はない。ただ、其の場合に於ては、判決の方式として公訴不受理になるだけのことである」^(註14)として、検察官が主観的信念なしに行つた起訴の訴訟上の効力を問題にしていることが注目される^(註15)。とにかく、牧野博士に於ては、宮本博士より一步を進めて、検察官の有罪の主観的確信、つまり嫌疑ありとする検察官の主観的確信を訴訟条件としたといえよう。

小野博士は、右の宮本博士が「有罪の確信」をもつて訴訟關係成立の要件なりとする^(註16)ことに對して、「検事の主観的『確信』を取調べる裁判所が何処にあらうか」といつて、宮本博士の「要件」が無意味であることを批判され^(註17)、その興味深い公訴權論を展開した。そしてい^(註18)わく、「公訴理由ありや否は被告事件の实体法的關係に係わるが、しかし、其は超訴訟法的、純実体法的な犯罪の成立をいふのではない。訴訟手続に於て犯罪を証明し得べく、且つ有罪判決を言渡すべき法律上の利益を有する場合に於て始めて公訴理由あるものである。即ち、公訴理由ありや否は、やはり一の訴訟法上の概念である」もちろん「公訴理由ありや否は訴訟の最後に於て判断せられるべき事項であつて、公訴提起の際又は訴訟の進行中に於ては何人もその確定的なる判断を下すことを得るものではない。即ち、実体的公訴權の存在は公訴の適法条件ではない。」しかし、「公訴の提起及び遂行には手続發展の段階に於て、少なくとも其の実体的に理由あることの蓋然性を必要とする。斯かる蓋然性あるとき初めて公訴の提起及び遂行を許すものと為さねばならぬ。此の意味に於て実体的公訴權存在の蓋然性は亦一の公訴の適法条件である。実体的に理由なきことが明白なるときは形式的公訴權も亦存在せぬ」と。したがつて、公訴が実体的に理由があることの蓋然性のない場合に免訴が言い渡されるべきものとした。すなわち、客観的証拠による十分な嫌疑が不存在である場合、それが訴訟障害になると解したのである。

右の小野博士の見解を批判し、訴訟条件理論の一面面としての公訴權論を創唱^(註19)した團藤教授のいうところを次にきかねばならない。「被疑事件が罪とならずまたは公訴を提起するに足りるだけの犯罪の嫌疑がないときは」―團藤教授は次のように説く―とくに明文こ

そなけれ、公訴を提起するべきでないこと(註19)であり、「公訴権は存在しないものと考える。」(註21)「右のような事由は公訴提起に際して訴訟障害となるものと解すべきである。」(註20)しかし「それにもかかわらず公訴を提起したときはどうかというに、この場合にもその公訴提起はやはり有効といわなければならぬ」(註22)「無罪の実体的判決が言い渡されるべきである」と。(註23)このように説かれるのは次の理由による。訴訟条件といふことが考えられる限りにおいてその反面に公訴権の有無が考えられる。訴訟条件が問題とならない限りは公訴権も問題とならない、(註24)と考えるのが教授の立場である。すなわち、その一層の検討は後述するところ(第三章第四節)にゆずるが、「訴訟条件の具備とともに公訴権は発生し、その消滅とともに公訴権も消滅する。一たん欠けていた訴訟条件がふたたび具備するに至るときは、同じく一たん消滅した公訴権がふたたび発生する」とするものである。そして、教授は、訴訟条件は手続の段階に依りて変化しうるものである。すなわち、教授は、公訴を提起するに足りる十分な嫌疑(註25)の存在は、公訴提起の段階では訴訟条件(その不存は訴訟障害)ではあるが、公訴提起後の段階ではそうではないのである。換言すれば、公訴の提起によって一たん消滅した公訴権がふたたび発生するとするわけである。(註27)と同時に、他面、右の立場は訴訟上の法的評価の範疇に関する教授の見解からも基礎づけられている。すなわち、適法・不適法の問題と有効・無効の問題との関係からである。教授は「有効なりや否やの判断は行為の後においてその効力を考えるものであり、これに対して、適法かどうかは、むしろ行為の前において、この行為がどのように行われるべきかを考えるものである」とする。(註28)したがって、公訴を提起するに足りる十分な嫌疑が不存在の場合、その公訴提起は不適法ではあるが無効ではなく有効である。換言するならば、ここでは、公訴が提起される瞬間にその不適法の判断はその意味を失ってしまっている、といえるのである。何故にこの場合不適法である公訴が公訴の提起によって有効とされるのであろうか。かつて、「刑事訴訟行為の無効」の問題の基底に横わる利益的基礎に着眼され、更にこれを刑事訴訟法の理念にまで遡って目的論的に考察し、刑事訴訟行為の無効を刑事訴訟の目的達成の手段として認むべきことを強調し、この観点から、「正文なければ無効なし」という主義に対して「利益なければ無効なし」という原則を提言したのは団藤教授である。すなわち、「総ての効力の問題はその内的根拠に立入って突きつめるときに、常に対立する利益の較量乃至調和の問題に逢着する。」(註29)「刑事訴訟における国家の利益は迅速、的確、経済的に刑罰権を實現するに存し、被告人の利益は手続の過程及び判決の内容において不当に侵害されない点に存する。」(註30)十分な嫌疑の不存在の場合には、いかなる利益が対立し合ひ、いかなる標準によって、いかにその較量がなされるのであろうか。その点について教授は直接語ってはいない。しかし、「有効である」と結論づけているのである。そして、かく結論づけることは、「刑事訴訟は性格的に職権主義的・官憲主義的の實質を有すべきであって」「刑事訴訟の最終の目標が刑事実体法の実現に存する以上、判決の適正が最も重大な利益であり」「判

決の適正は実体的真実の発見を前提とする」「実体的真実の発見が刑事訴訟の第一次的原理である」とする教授にあっては、自然である。すなわち、刑事訴訟が職権主義の実質を有するということは、裁判所と検察官との間に本質的な差異をみずに、単に前後の事務引継ぎの關係にあるとみることを、したがってまた、裁判所と検察官の立つ利益的基礎の同一視を意味する。だから、嫌疑のない事件でも裁判所はそれを引継いで自らの手で処理する、つまり嫌疑が浮動しながら発展していく過程であり、また「絶えず発展する判断の連関」である訴訟の「実体面」あるいは実体形成を終局まで押し進め無罪の実体判決をすることに、十分な嫌疑の不存在は何ら障害とはならないのである。むしろ、無罪の実体裁判をすることは、裁判所(＝司法)と検察官(＝国家)の立つ利益的基礎を同一視する立場からは、無罪の実体裁判による実体刑法の実現という国家利益を優越させるその第一次的な要請にまさに合致するといえよう。しかし、裁判所と検察官の立つ利益的基礎の同一視は、同じく国家機関ではあっても裁判所としてまた検察官として分れて訴訟に登場してくる司法の構造あるいはその機能を正しく把握するものといえるであろうか。両者の利益的基礎を同一視する限り、その行動を指導する理念を同じくする、つまり行動を導く利益的基礎を同一にする両者の間には対立矛盾の關係はない、といわなければならない。そうだとすれば、その一方(検察官)と対立する第三者(被告人)の利益とその一方の利益との較量、調整ははたしてその地方(裁判所)において可能といえるだろうか。可能だとしても、無効判断を左右する対立、緊張し合った利益の正当な較量、調整は保障されるであろうか。公正な判断はその利益的基礎を同じくする者の為し能わざるところではなからうか(なお、右の点については章を改めて考察しよう)。

現行法下の論議に目を転じて、次にまず井上教授の所説からきいていこう。井上教授はいう。「この嫌疑も、窮極においては検察官の主観的確信ではあるが、まず、それは客観的標準によって規整されなければならない。この客観的なる標準がすなわち訴訟条件と称されるものである。(中略)。一定の事件に対し、訴訟条件が存在しているも、検察官に犯罪を証明し得る確信がなければ、また公訴権は存在しない。公訴権が検察官の嫌疑という主観的な確信によって発生するというのはこうゆうことを意味する。犯罪の嫌疑がなくても訴訟条件さえ存在しておれば、検察官の公訴提起は適法であろう。しかし、犯罪の嫌疑がないことを知りつつ、公訴を提起すれば、不適法ではなくても違法である。これは訴訟法的観察方法によれば、かりに適法であっても、実体的観察方法からして、違法となるということである。両者は次元を異にする判断であるから、違法な訴訟行為も、必ずしも不適法とはならない。しかし、この場合は、実体的観察方法を優先せしめて、一たん適法であった訴訟行為も不適法となり無効となると解すべきである。これは、検察官の官憲的なる恣意を抑制するために役立つのである。裁判所は、犯罪の証明がない場合として無罪を言い渡すべきではなく、検察官の非を

明らかにする意味で、公訴を棄却すべきである。むろん、検察官が嫌疑をもって起訴したものであるか否かを判断する裁判所はない。しかし、當事者主義に徹底すれば、この点に関する被告人側の異議の申立も相当活潑となり、そうゆう判断を下すことは必ずしも不可能ではなくなる。かくして、公訴権の存在は、他の訴訟条件と区別される。公訴権の存在も亦裁判所が実体審判をするための一つの条件である。ただ、両者の間には、実体的訴訟条件が存在しなければまた公訴権も存在しないという関係があるだけである。^(註37)

他方、高田教授は、「検察官の『主観的な』考え方如何が公訴権に影響し公訴提起の効力を左右するというのは現実的でないのみならず、理論的に正当でないと思う^(註38)」として、次のような見解を打ち出した。すなわち、まず、公訴権を「有罪判決請求権の存在を主張しうる権利」であると観念し、「有罪判決の得られる程度の証拠の充分性が公訴権の成立条件である」と、つまり「客観的に見て有罪判決の得られる見込み」と「犯罪の嫌疑」とを同義に解して、この「『有罪判決を得られる見込み』が、そしてこれのみが公訴権の成立要件である」とする。かく解して、検察官側の証拠がとうてい有罪を言い渡すに足りないことが客観的に判ったときは公訴提起を不^(註39)適法として手続を打ち切る^(註40)刑訴法三三九条一項二号を根拠とする公訴棄却の超訴訟法規的判決事由となる^(註41)ことが認められても然るべきである^(註42)と主張する。

井戸田助教授もまた、「公訴提起を許容する客観的な嫌疑の存在」を欠く場合は、「その訴訟客体において、『訴訟』関係を有効に構成するための条件を欠くものというべきである」として、公訴棄却の判決をもって手続を打切るべきことを主張するが、その主張の根拠は高田教授のそれと軌を一にするものといえよう。^(註43)

(註1) Eb. Schmidt, Anklageerhebung, Eröffnungsbeschuld, Hauptverfahren, Urteil, N. J. W., 16 Jahrg., Heft 24, S. 1084 (Juni 1963)

(註2) Ibid., S. 1084.

(註3) Peters, Strafprozess, I Aufl., (1952) S. 225.

(註4) Peters, Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidung, ZStW., 63Bd., S. 382. Anm. 9.

(註5) Ibid., S. 382.

(註6) Ibid., S. 383.

(註7) Ibid., S. 283.

(註 8) J. Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, (1962) S. 262. Ann. 1383 b.

(註 9) 宮本・「公訴権の概念」法学論双一七卷(昭二)四号八頁。

(註 10) 宮本・前掲・一〇頁。

(註 11) 宮本・「再び公訴権について」法学論双一八卷(昭二)一号四六頁、四七頁。

(註 12) 宮本・前掲・四七頁。

(註 13) 宮本・前掲・四八頁。

(註 14) 牧野・「公訴権の理論に就て——小野学士に答えて」法学志林二五卷(大正二二)二号一一六一—一一七頁。

(註 15) 信義誠実の原則の強調は牧野博士の周知の宿論であり、したがって、かかる主観的信念なしに行った起訴は、信義誠実原則に反するため——權利濫用としたがってなる——その公訴は無効となるものといえよう。なお、博士の最近の論述である「刑事手続における信義則」季刊刑政新二卷(昭二八)一号二八頁以下、「刑事訴訟法と信義誠実の原則」季刊刑政新八卷(昭三六)二号三頁以下参照。

(註 16) 小野・「公訴権について」法協四五卷(昭二)五号九六頁。

(註 17) 小野・前掲・九七頁。

(註 18) 小野・刑事訴訟法講義(三版・昭八)とくに一五八頁以下。

(註 19) 団藤・「公訴権理論とその批判」(宮本博士還暦祝賀「現代刑事法学の諸問題」昭一八)刑法と刑事訴訟法の交錯(昭二五)一〇二頁以下。

(註 20) 団藤・前掲(交錯)一六八頁。

(註 21) 団藤・前掲・一七五頁。

(註 22) 団藤・前掲・一六九頁。

(註 23) 団藤・前掲・一六九頁・一七一頁。

(註 24) 団藤・前掲・一七四頁。

(註 25) 団藤・前掲・一七四頁。

(註 26) この立場は、宮崎教授に支持され、展開されている(捜査における取調べに関する、公訴の提起に関する、公判の審理に関する

る、さらには理論的にその存在を肯定できるとする刑の執行に關する、それぞれの訴訟条件に類別して」ところである（宮崎「訴訟条件」刑事法講座第五卷・一〇二七頁以下）。宮崎教授はいわく、「公訴の提起について訴訟条件の不在はいふ迄もなく公訴の提起を妨げる。檢察官は公訴を提起することを得ず不起訴処分をなすべきである。然し訴訟条件が存在しないのに拘らず誤つて公訴を提起した場合には、問題は公判手続における訴訟条件の問題に転化する。従つて公訴提起の訴訟条件たる事項でも同時にそれが公判の審理及び裁判の訴訟条件とされて、いけないものは最早訴訟条件たるの作用を表わし得ない。例えば犯罪の十分なる嫌疑がないのに拘らず公訴を提起したような場合でも裁判所は実体判決をすることを妨げないのである」（筆者）と。それに違反しても違反したことにつき訴訟法上何らの効果も及ばない事由をもつて訴訟条件とすることは、ところで、一体いかなる意味があるというのであろうか。問題であるといわざるをえない。

- (註 27) 団藤・前掲(交錯) 一七四頁。
- (註 28) 団藤・前掲(交錯) 一七五頁。
- (註 29) 団藤・「訴訟の發展と判断の標準」(法協五九卷一〇号一六五二頁) 訴訟状態と訴訟行為(昭二四) 二八頁—二九頁。
- (註 30) 団藤・「刑事訴訟行為の無効」(法協五五卷一・二・三号) 訴訟状態と訴訟行為一二四頁以下。
- (註 31) 団藤・前掲(行為) 一四二頁。
- (註 32) 団藤・前掲(行為) 一四六頁。
- (註 33) 団藤・前掲(行為) 一四七・一五〇頁。
- (註 34) 平野・刑事訴訟法の基礎理論・一二頁。
- (註 35) 団藤・「訴訟の發展と判断の標準」前掲(行為) 一頁以下。
- (註 36) 本稿・第三章第一節。
- (註 37) 井上・全訂・刑事訴訟法原論・九七頁・九八頁。
- (註 38) 高田・「公訴権理論の反省」木村博士還曆祝賀・刑事法学の基本問題(下) 八八三頁以下。
- (註 39) 高田・前掲・九一三頁。
- (註 40) なお、高田・「公訴権論」ジュリスト三〇〇号三二八頁以下参照。
- (註 41) 井戸田・「訴訟条件の機能と内容」立命館法学六二号(一九六五. 4) 一頁以下。いわく「公訴提起を許容する客観的な犯罪

の嫌疑』とは、その主張の当否をめぐって訴訟を構成するための前提条件であると思われる。検察官が何と考えようと、何ら合理的な根拠のない架空の事実に対しては、それを対象として訴訟はありえない。それは場合によっては、訴因の表示自体において明白である場合もあろう。法三三九条一項二号の『起訴状に記載された事実が真実であっても何ら罪となるべき事実を包含していないとき』がその典型的な場合である。しかし、たとえ形式的には訴因そのものの表示は一見、正当な犯罪事実の主張であるかのようにみえながらも、それが『公訴提起を許容するに足りる嫌疑』のない架空の事実であることがあきらかな場合には、右と異って取扱うべき理由は存しない。形式的には『訴訟』関係を構成すべき形をとりながらも、その実は訴訟関係を構成するに足る実質のない場合である。したがってこの条件の欠缺は公訴棄却事由となり、これが性質上、口頭弁論を経ることを要する事項であることはあきらかであるから、結局この欠缺の場合には公訴棄却の判決をもって手続を打切らなければならない。(一七頁)と。

4 十分な嫌疑についての諸家のいうところを右にきいてきた。おもうに、検察官の主観的な有罪の確信としての嫌疑を要件とすることには、小野博士が宮本博士に与えた、それを取調べる裁判所がどこにあるか、という批判が妥当するといえる。井上教授にあっては、まず検察官を呼んでそれを取調べるべきであるというものではない。ただ、それをこの点に関する被告人側の異議の申立てにかからしめようとされている。しかし、検察官の主観それ自体が問題であるとするならば、被告人の異議に対して、検察官がその自己の主観を有していたという一言だけで事は結着するであろうから、結局無意味なことである。また、井上教授の公訴権と訴訟条件との関係把握に問題の存することについては後述するところにゆづりたい。^(註1)

では、高田教授のいう「有罪判決を得られる見込みの程度の証拠の充分性」という意味での嫌疑を要件とすることは如何。ところで、高田教授は、かく主張される根拠を「起訴状に記載された事実が真実であっても、何らの罪となるべき事実を包含していないとき」に決定で公訴を棄却すべきとする刑訴法三三九条一項二号の規定の有する実質的

意味に求める。しかし、本号の意味する内容は、訴因の有無に対する、しかも訴因の存在につき高度の蓋然性を与える証拠の充分性に関するものといえるであらうか。

起訴状に記載された事実 \parallel 訴因 \parallel は、検察官が訴訟において裁判所に対してその存在につき証明せんとして提示する、検察官によって訴訟対象化された主張された「事実」である。検察官は、ある生の事実が刑法秩序をみだしたものと確信する場合に、これを刑法的な観点から訴因として訴訟対象化して裁判所に提示しその存在を証明する訴訟上の利益を有している。つまり、いわば立証するテーマを確定し提出する利益を有している。この立証のテーマの内容たる事實は、単なる事實ではない。刑法秩序維持の直接の責任者である検察官によって、社会的事実関係から刑法的に意味のあるもの \parallel 犯罪事実 \parallel として選択されたものである。すなわち、専門の法律家としての検察官の観点から法的に性質を決定された事實である。それは、検察官の、被告人に対する刑罰請求権の原因として、その存在を裁判所に対して立証するそのテーマである。かような意味において、検察官によって主張された（犯罪）事実たる立証のテーマは、それ自体において、その立証の有無以前の問題として、訴訟対象それ自体として値するもの、すなわち犯罪事實の主張でなければならない。訴訟対象として無価値なものの立証を許すことは、無意味であるどころかそれによって応訴を強要される被告人の不利益は決定的であらう。したがって、被告人は無価値な訴訟対象につき公訴、訴追を受けない利益を有しているといわなければならない。刑法の適用についての検察官の主張に対する判断者としての機能を有する裁判所は、検察官の提示する立証のテーマそれ自体が刑法的に意味のあるもの、訴訟対象 \parallel 訴因として価値のあるもの、すなわち犯罪事實であるか否かを判断する利益を有し、また被告人のその利益の主張のあった場合には、判断するつまり検察官と被告人の利益較量、調整の責務を負うものである。この裁判所の判断により、検察官はその利益なしとされ、その利益なきにもかかわらず公訴を提起した非を明らかにする意味で、公訴は無効とされるべ

きものなのである。刑訴法三三九条一項二号は、そのような場合をいうのであって、立証の問題、つまり証拠の十分性とは関係がないものである。^(註五)

それ故に、法三三九条一項二号を根拠にしての「有罪判決を得られる見込みの程度の証拠の充分性」という意味での嫌疑を公訴の有効要件とすることはできない。

検察官は、その提示した立証のテーマについて、それが訴訟対象として価値あるものである限り、立証する利益を有する。つまり、訴因において主張されたところのことが行われたとして証明することの訴訟上の利益を有する。自から提示したテーマにつき自から立証することの利益は、ところで、その提示に先立つところの検察官側のその立証のためのつくされた準備との関係において限界づけられる、とはいえないものであろうか。その文脈^{コレマツクスト}において、公訴提起の時点における証拠の必要性あるいは十分性ということが考えられないであらうか。もし考えられるとすれば、それはいかなる意味での証拠の必要性あるいは十分性なのであろうか。

いうまでもなく、現行法にあっては、起訴状一本主義により、公訴と共に証拠は提出されない(されるべきでない)とされている)。したがって、平野教授は、嫌疑の存在は訴訟条件でないばかりか、刑訴法二五六条六項の趣旨から、「現行法ではさらに進んで、嫌疑がないこと、もっと正確にいえば、嫌疑が示されていないことが、訴訟条件^(註五)といわなければならない」と説く。しかし、検察官が起訴、不起訴を決定するに当り、何らその客観的基準によることなしに、ただ単なる主観的嫌疑だけに基づいて起訴の決定をしてよいというものではないだろう。

起訴の決定の根拠とした証拠の不十分性が実体法上、検察官の起訴行為を違法^(註五)たらしめ、この違法行為につき国は国家賠償の責に任ずべきこと(国家賠償法一条一項)のあることは、すでにいくつかの判例の認めるところである。それらの判例において、検察官の公訴提起行為を違法としたきめ手は、ところで、検察官の一定限度の主観的な確信と

しての嫌疑の必要性に求められてはいない。^(註)また、証拠の評価の誤りというよりは、むしろ、その違法としたきめ手は、収集しえるそして収集すべきにかかわらず証明の重要な点についての証拠の収集を怠って公訴を提起した、という点にあるといつてよい。

ところで、このように、収集しえるそして収集すべきにかかわらず証明の重要な点についての証拠の収集を怠って公訴を提起する事例は、何も国家賠償請求事件として持ち出されたものに限らず、ごくありふれた無罪の刑事裁判例のなかにおいても容易に見い出されうる。^(註)

検察官に対して、その嫌疑に対する心証形成の一定量という面においてはなく、むしろ、証拠収集との関係において、いかなる場合にいかなる仕方でも公訴に臨むかというすぐれて手続的な面において強調される義務の課せられていること、そしてまたその義務に違反して公訴提起のなされることのすくなくないという事実は否定しえない。ところで、この種の義務違反は、換言すれば訴因の証明の有無の判断を裁判所に求めるにはそれだけの資料をもって臨まなければならぬのかかわらず、それを怠った場合でもあろう。すなわち、検察官は、極端な場合をいえば何らの証拠もなしに公訴を提起してきた場合に明白であるように、裁判所が職権で証拠探知を行わない限り、そもそも証明の有無の判断をしてもらうためのその資料のない以上、もはや自ら証明を客観的に進めえないあるいは尽くせない場合であるともいえよう。したがって、多くの場合通常直ちにあるいはおそかれはやかれ、無罪となるだろう場合でもある。しかし、くりかえしになるが、かく無罪とならざるをえない事態が、証拠収集の仕方において課せられている義務に違背した違法行為の結果、惹起せしめられている、という点を見落してはならない。

この違法行為は該公訴の有効性を阻却する事由といえるであろうか。本節の問題はここにある。ところで、その違法行為が公訴無効の事由とはならない、つまりその場合訴訟は無罪の実体判決をもって終るとす

る立場にあつても、その違法行為を非難し該刑事手続を越えたところではあるが当然のこととして問責するのはなぜか。それは、いうまでもなく、被告人の利益が(その違法行為によって)不当に現実^に侵害されたからである。この被告人に与えた実害は、しかし、検察官が該公訴を提起していなければ生じえなかつたものである。また、検察官から該刑事訴訟手続の利用の申し出があつたとしても、それを拒絶していれば避けえたであらう性質のものである。たとえ結果が無罪とされようとも、検察官が収集しうべき証拠の収集をせずに刑事訴訟手続の利用を求めたことに対し、それを裁判所が許与しそのことよつて被告人が手続についていかなければならなくなつたことよつて生じた被告人の得べかりし利益に対する侵害なのである。被告人の得べかりし利益の保護は検察官の該刑事訴訟手続の利用に対するその拒絶によつてこそ真に担保されるといわなければならない。そのことは、捜査機関あるいは検察官が処罰を受けるかどうかということは理論上被告人自身にとつて何等関係のないことであるといふことから、そして実際彼等を起訴するということは実務上よほどの場合でない限り期待できないし、さらにまた民事上の問責ということにも立証の困難、費用の点等からしてその現実的な価値が低いといえることから、裏付けられるところであらう。

無罪の実体判決をもらうことは被告人にとつて利益であることはいうまでもない。しかし、公訴に伴う被告人の負担の、屈辱のそして心配のいかに重いものであるかを知るならば、無罪判決の利益のみを強調することは問題であらう。われわれは、証拠の収集との関係において検察官の訴訟制度利用を制限し限界づけるものとして機能する被告人の利益が発現してきうべきことを認めねばならない。

さて、検察官の不当な公訴提起行為を責めてその効力を阻却せしめ形式裁判をもつて直ちにあるいは一刻も早く訴訟を終結せしめうべき責任を被告人側に負わしめることができるならば、そのことは次のことを意味しよう。証拠との関係において発現しうべき被告人の優越する利益の存否について裁判所はまずかかずらう必要はなく、ただ被告人

がその利益の存在を主張する場合にのみ、判断してやればよい。^(註9)したがって、起訴状一本主義と矛盾することにはならない。また、無罪の実体裁判によって保護される被告人の利益と形式裁判によって保護される被告人の利益のうち、いずれを被告人は望むかによって、その望む方の利益の保護を裁判所は被告人に与えてやってよい、ということの意味しよう。すなわち、被告人が形式裁判によって保護される利益を求めて公訴無効を主張してきたときには、端的に形式裁判¹¹なお刑訴法三三八条四号を使うことについては後述する^(註10)で訴訟を打ち切ってもさしつかえはない、ということである。

ただ、次のことは注意しておかねばならない。すなわち、右にみた種の違法性の典型的にして重大な場合、たとえば自由に補強証拠のない場合だとか被告人に対して全く弁明の機会を与えなかったような場合には、そのことだけの故をもって手続の正義を支える最低限度の適正を欠いたが故に公訴の利益なしとして訴訟を打ち切りその非を明らかにしてこそ被告人の利益保護の意義が発揮されることである。したがって、被告人のそのことの主張のある場合に（そしてそれが証明されれば）そのことの事由だけをもって直ちに裁判所は公訴の利益なしと宣言する責務を負うものであるといえよう。また、たとえば「被疑者の精神状態に疑問を抱きながら、本件が当時社会の耳目を引いた殺人事件であるので、検察官限りで終局処分を行うよりはむしろ右精神状態に関する認定問題は公判鑑定の結果をまつを可と思慮して捜査段階で鑑定することなく直ちに公判請求^(註11)」するのは、自ら検査官の利益を放棄するものであり、そのことだけをもって、直ちに形式裁判をもって訴訟を打ち切り、その非を明らかにするに値しよう。^(註12)

(註1) 本稿・第三章第三節および第四節。

(註2) 鴨・刑事証拠法・第二章「立証のテーマ」参照。

(註3) 平野・法律学全集・刑事訴訟法二八頁は「主張自体が犯罪事実の主張でないときは、これを立証しても無意味であるから、そ

の公訴は無効である。『略』(三三九条一項二号)というのは、このような場合をいうのであって、嫌疑のないことが明らかな場合をいうのではない」というのが、賛成である。

(註4) 平野・刑事訴訟法の基礎理論、五二頁。

(註5) 傷害致死罪として起訴した事実についての東京地裁・昭四〇・一〇・二六判決・判例時報四二五号一六頁。強姦被告事件に関する東京地裁・昭三九・四・一五判決・下民集一五―四一七八一。詐欺の犯意のない原告を詐欺罪によって起訴した事案についての東京地裁昭三五・五・一一判決・下民集一―一五―一〇二九。千葉地裁・八日市支部・昭三七・六・二九判決・判例タイムス一三五号八一頁など。

(註6) なお、東京地裁・昭四〇・一〇・二六判決(判例時報四二五号・一六頁)では、「証人(公訴担当検察官)は、主観的には四分六分の割合で有罪の心証を有していたというが、右の程度で起訴すべきかは現行訴訟法のとる建前からみて問題なしとしないがそれはともかくとして」という。

(註7) いま、例えば、昭和三三年から昭和四〇年の八年間に札幌地方検察庁管内で無罪が言い渡され、検察官から控訴申立がなされずに第一審で確定した事件(五三件)だけを取り上げても、証拠評価の誤りによるもの(九件・一七%)、法律判断または解釈の誤りによるもの(八件・一五%)をのぞいた他の事件(三六件・六八%)はいずれも捜査不十分がその無罪原因とされている。なお、この捜査不十分の場合をみると、①弁解聴取不十分一〇件(二七・八%)。②自白に頼りすぎて客観的証拠の収集検討を怠ったもの六件(一六・七%)。③否認事件の弁解を崩すに十分な証拠の収集を怠ったもの一二件(三三・三%)。なお、この種の無罪事件が全体の三分の一を占めていることが注目される。④精神鑑定の依頼を怠ったもの三件(八・三%)。⑤知識不足のため捜査の行届かなかつたもの四件(一一・一%)。⑥否認の強姦事件で、遠隔地にいる被害者の取調べを囑託し、その調査だけによって心証を得て起訴した一件(二・八%)になる。

(註8) この点は本稿第三章第四節にて詳細に検討され論証されるだろう。

(註9) 一応の証拠を提出する責任を被告人は負うものと考え(しかし、実質的あるいは客観的举证責任まで与えるものではない)が、その点については本稿第四章に詳述する。なお、ここで簡単に本稿の考え方を述べておくと、検察官の訴訟制度の利用を限界づけ制限し拒絶しうべき優越する利益の発現する限りにおいてそれが訴訟障害(訴訟条件の不存在)を形成する。訴訟障害の存する限りにおいて公訴の利益はない。公訴の利益のない限りにおいてまた公訴権はない。すなわち、優越する被告人の利益の発

現する限りにおいて、被告人に公訴を阻止する訴訟上の利益が認められ、そこにきづかれる最初の防衛戦線において被告人の勝利が約束される。しかし、この防衛戦線は被告人の咎だと考えるから、また公訴の提起行為が「成立する」限り公訴の利益はあつるものとの推定が働くと考えるから、この推定を破る主張責任と一応の証拠を提出する責任は被告人側にあると考える。

(註10) 本稿第三章第三節。

(註11) 前記(註7)のうちの、実子と妻が不倫な関係にあるものと推推して実子を刺殺した事案で、裁判における鑑定の結果、酒精中毒幻覚病と認定されて無罪(札幌地裁・昭三五・二・一五判決)となった事件の報告文書のなかで本文引用の旨述べられた。

(註12) ところで、このような場合に発現する優越する利益は司法(裁判所)の利益ではあつても、直接的な被告人の利益だと考える

ことには問題がある。すなわち、被告人の優越する利益の故に訴訟制度の利用が否定される場合ではないだろう。しかし、公訴の利益不存在の一場合と考えるべきことについては本稿・第二章第六節(二)参照。

5 ところで、右の形式裁判に将来にわたつての訴訟の遮断効が出てくるのか否か、に触れておかねばなるまい。公訴棄却の裁判が終局裁判である以上それに内容的な確定力 \parallel 既判力はある。すなわち、証拠の収集の手續において収集しうべき証拠の収集を怠つたという違法があつたという判断は内容的確定力をもとう。しかし、その手續違反の有無という事由は(これをわれわれは訴訟障害の一つに数えることになるのだが)その事由それ自体の性質において将来にわたつての訴訟の遮断と直接的な結びつきは乏しいといわざるをえないだろう。すなわち、その判断は将来にわたつての訴訟の遮断に対して規準性をもつものであるとはいえないのではないか、という疑問に直面する。では、再訴をこばむことはできないのであろうか。

ここで、われわれは、何故に裁判所が被告人の要求を容れて形式裁判により被告人を訴追から即座に解放しなければならぬのか、その理由をあらためて考えてみなければならぬ。被告人はすでに国家権力による強制の要素の支配する一連の手續を歩まされてきた。すなわち、一定の反刑法秩序行為を犯したかどで逮捕され、捜査機関の取調、捜

查活動の客体とされ、勾留され、公訴提起の対象とされたのである。しかも、その手続たるや手続の公正に違背したものであった。そして、さらに拘禁を永続化されるであろう、また社会の関心と好奇、さげすみ、非難のなかで法廷の雰囲気と有罪への恐怖におのきなげながら嫌疑をうけた犯罪行為について檢察官の追及に對して防御の手段を構じていかなければならぬ状況に追い込まれてしまっているのである。しかし、刑事訴訟手続を支える最低限度の賢明さが、この刑事手続の（すでに与えてきた、そしてさらに与えるだろう）負担、苦痛をもちや被告人に与えるべきではない、と断じたのである。すなわち、国家の当該被告人に對する關係において、国家の眞実発見、犯人処罰という刑法上の利益に源泉する檢察官の有する訴訟制度を利用する訴訟上の利益と、刑事手続の与える悪によって危険に瀕している被告人の人権確保の憲法上の利益に源泉する被告人の有する檢察官に訴訟制度を利用させない訴訟上の利益との抗争は、前者の敗北に終つたのである。全体と個の利益較量の調和点は見出し出され、刑事訴訟の政策的目的是そこに実現をみたのである。このような意味において、該刑事訴訟手続は形式裁判の形式をとりながらも終結したのであり、それでもって司法機能は十分に果たされたのである。

したがって、このように考えてくるならば、檢察官の同一事實についての再訴の提起に對しては、このすでに画された全体と個の調和点を乱すものとして、司法（刑事訴訟）の政策的目的に反するものとして、その訴訟制度の再度の許与は承認されべきものではない、といえるのではなからうか。すなわち、再度の公訴に對しても、右の意味において「公訴の利益はない」として拒絶することができるのではなからうか。

そうだとすれば、無罪判決の方が「確定力を生じ、再起訴の恐れがないので、公訴棄却より被告人は厚く保護される」ということは一概にはいえないこととなるであろう。また免訴の形式裁判による構成を考えることもいらないことになるであろう。

第四節 不正手段によりなされた公訴の準備との関係において

(一) 暴行 陵 虐

1 刑事訴訟における手続の公正が強調されるようになってからすでに年久しい。そして最近、下級審判例ではあるが、注目に値する裁判例が出されるに至った。

それは、道交法(指定最高速度)違反につき、憲法第三一条の規定を根拠として公訴棄却を言い渡した、大森簡裁昭和四〇年四月五日判決^(註)である。すなわち、証人三人の供述により「最高速度を一二、一キロメートル超過する毎時六二、一キロメートルの速度を出していた」という公訴事実の存在を認め、「この限りにおいて被告人は有罪と認められるべきものであるが、本件においては次に述べるように法の適正な手続が行われていなかった」が故に、刑事法三三八条四号を「準用」して、公訴棄却の言い渡しをすることが適當であるとしたものである。

その、公訴手続全体を無効と判断しなければならない程の捜査手続における違法行為とは何か。本判決は次の二点を認定してそれを挙げる。すなわち、現行犯逮捕の要件が欠けており、かりにこれが備わっていたとしても逮捕の必要性はなかった点、次に、逮捕にあたった捜査官は「自分から車を下りて逮捕に応じよう」とし「その際には抵抗の色も逃走の気配も全く存在しなかった」被告人に対し「公衆環視の中で左手を背中にねじ上げ首筋を掴んでこれを強く前方に押し曲げるといふ暴行陵虐を連続的に加え、このために被告人は約二週間の入院加療とこれを含めて約一ヶ月の休養とを要するウィップブラッシュ傷害を受けた」点である。

さて、以上に認定されたような事由が存する場合に、何故に公訴手続全体を無効としなければならないのか、この点につき判例は次のように説明する。いわく、「違法又は不適正な逮捕が行われたというだけでは、未だ以て公訴手続全体を無効とするにはならず、従ってそれだけでは刑事訴訟法三三八条四号の規定を適用するに充分ではないであろう。しかし、本件の場合の如く軽い事案に対して不正当な逮捕を敢行し、その際に必要がないのに暴力を振って被告人に傷害を与え、その威力の影響下において取調べを行ったという事態を一全体として考察するときは、それは事實上憲法三六条に違反するものであり、同時にまた同法三一条に規定する法の公正な手続による裁判の保障（わが憲法三一条もアメリカ憲法にいうところの *due process of law* を規定するものであるとされている）を蹂躪するものと考えべきではないだろうか。犯罪の捜査が常に必ずしもキレイごとではあり得ないことは認められなければならないが、捜査活動中の官憲の故意の犯罪行為の上に公訴が行われるという如きことは、法治国として我慢のできないところであり、また本件の場合の如く、刑の最高限が懲役六月又は罰金五万円という程度の法定犯を取締るために、その捜査担当官が長期七年の懲役に当る自然犯を犯すというような事態は到底認容さるべきではなく、このような場合こそ憲法三一条の運用が期待される典型的な事例」であり、同条違反の訴訟手続において刑罰を科すことは許されないから、「本件の場合については、憲法三一条を適用し、刑事訴訟法三三八条四号を準用して公訴棄却の言渡をするところが適当である」という。

(註1) 判例時報四一五号・二三頁以下。

2 このように、被告人の罪責を肯定しえる―その限りにおいて公訴の利益は存在するといえるのだが―場合にあって、有罪の宣告を拒否し被告人の即時放免を敢行した本件判決の意味するところは大きい。罪のないものは放す

が、罪のあるものは必ず罰するという実体的眞実主義の理念は、そこではもはや維持されていない。判文は、憲法三一条の「解釈適用」という形をとることに苦心を注いで表現^(註1)こそしないが、そこには被告人の処罰を放棄してまでも、きれいな公正な手段による公訴の準備をなさしめんがために、それに違背した公訴を排斥するという、最も有効なそして思いきった措置をもって、それに臨まんとする政策的な思想^(註2)が存するといえよう。

この思想は、きれいな公正な手段によって準備された公訴・訴追においてこそ正当な公訴訴追の利益を有しうべきものであるということによって理論的に根拠づけられ、また正当化されうべきものである。被疑者、被告人に暴行陵虐を加えたそのようなきたない手で公訴の準備をすることは許されないのである。そこで保障されるべききれいな公訴の準備はいきつところ国民(被告人)の基本権を担保せんがためのものである。すなわち、不潔な不公正な手段によって公訴が準備されている場合に、その公訴を拒絶するつまり刑事訴訟制度の利用の許与を制限するものとして機能する優越する被告人の利益が発現してくるのである。かくして、国家利益に優越する個人(被告人)の利益からの命令に基づく必要として、公訴の利益は否定され、司法(裁判所)による該公訴に対する制御は義務づけられるのである。^(註3・4)

(註1) なお、松尾・判例評論46八五、九五頁以下(本件判例評釈)参照。

(註2) この種の思想は、近時とくにアメリカにおいて重視された判例法上形成発展をみているいわゆる違法収集証拠排除法則のなかに、はつきりした形においてみられる。なお、それらの法則のリーディング・ケースについての詳細はたとえば Moreland, Modern Criminal Procedure, (1959), p. 6-9, 16, 17; Schaefer, Federalism and State Criminal Procedure, 70 HARV. L. REV. (1956) p. 1; Scott, Federal Restrictions on Evidence in State Criminal Cases, 34 MINN. L. REV. (1950), p. 439; Boskey & Pickering, Federal Restriction on State Criminal Procedure, 13 U. CH. L. REV. (1946), p. 266 が詳しく論じているところであるが、この思想を簡潔に要約している Goldstein のいうところを次に引用しておこう。彼は次のようにいう。「社会に対する正義 (Justice to society) は、裁判が、直接裁判所にあられた事態を処理するためだけでなく、またより大なる公の利益 (公

larger public interest) に任えるためにも用いられることを時々要求する。刑事事件において、被告人のためにからでなく『真実』のためにからでなく、彼が策略によって被告人とされた (strategically located and motivated) ことの故に、刑法の執行における非道 (excesses in the administration of Criminal Justice) に裁判所の注意をうながすために、被告人は救済 (relief) を与えられるであらう。この思想の基礎となる前提 (premise) は社会功利主義 (social utilitarianism) のそれである。より大なるそしてより重要な目的に任えるために犯罪人 (criminal) がその罪を免れる場合に、たとえ個々の正義 (individual justice) の実現はないとしても、社会正義 (social justice) は実現される。たとえば、警察官が自由を得るために犯人に暴行を加えた場合に、社会の利益 (social interest) はそれにより得た自由の、たとえそれが十分に真実のものであっても、証拠からの排除を要求する。このことは他の多種多様な事案においてまた幾多の州において同様に真実として妥当する。すなわち、証拠が違法に収集され (illegally seized)、あるいは電話が盗聴され、あるいは弁護士が否定され、あるいは不当に (improperly) 陪審員が選任され、あるいは判事に偏見があった (biased) ような場合に、同じく、証拠は排除されるのである。かかる事案のそれぞれにおいては、被告人が罪を犯したか否かに構わずに、手続を檢察官に不利に終らせしめて、おじけつかせて行為をやめさせるということ (deterrence) の焦点は被告人から彼を訴追する側へと移されているのである (Goldstein, *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, 69 *Yale L. Journal*, p. 1149, (1960))。

このように、アメリカでの考え方は、捜査の違法を是正するために、捜査機関の収集した自由や証拠物を排除するもので、したがってその結果真実に反した無罪となることもあるが、しかし、捜査の違法を理由として公訴手続全体を無効とし公訴自体を棄却するものではない。その意味において、本文引用のわが判例は、右の思想を極限にまで拡張した最も急進的なものであるといえよう。したがって、右わが判例のもつ意義は大きい。なお、アメリカにおける違法収集証拠法則を論ずるものに、江家・「違法に収集した証拠の許容性」(英米の判例を中心として)「刑法雑誌」二巻三三三(一九五二)、高橋・「不正当な捜査により押収した物件の証拠能力について」(法曹時報五巻三三三(一九五三))、平野・「証拠排除による捜査の抑制」(刑法雑誌七巻一・二・三三三(一九五七))、光藤・「刑事訴訟における訴訟行為の違法とその効果」(法学志林五七巻二二(一九五九))、同・「押収捜索について」(甲南法学一卷一三(一九六〇))、田宮・「違法収集証拠と米連邦最高裁」(判例時報二八六―八号(一九六二))、同・「自由の証拠法上の地位」(警察研究三四巻二・三・四・六号(一九六三))、松尾・「刑事訴訟における証拠禁止」(警察研究三四巻七号(一九六三))などがある。

(註3) なお、アメリカにおける違法収集証拠法則の思想からすれば、それが被告人のための必要からする命題でない。しかし、それが被告人の利益に基づく必要であると考えるところについては後述するところ(本節(2)5)参照。

(註4) なお、また、きたないその行為の実行行為者は警察官であり、検察官ではない場合に、それは不正手段による公訴の準備ではない、といわれるかもしれない。確かに両者は異なる。しかし、その場合警察官の犯罪行為の上に、あるいはその不正なきたない行為の上に立って公訴が行われていること、したがって、それによって公訴は重大な影響をうけるべきものであることは否定できないであろう。われわれは、両者を同一視して、つまりその場合であっても不正手段による公訴の準備であるといいつてかまわないのではなからうか。両者を厳格に区別する必要はないであろう。否むしろ、官憲の捜査はまさに公訴追行の準備行為であるとして理解すべきである。この点は、実は、捜査の構造をどう理解するかという重要な問題にかかわる事柄なのである。すなわち、捜査を公訴の提起追行の準備としてとらえるか、あるいは公訴と隔絶した手続であるとみるかに関するそれ自体一つの大きな深く検討されねばならない重要な問題に関係しているのである。そのゆえんを簡単に述べれば、公判の手続と公訴の手続とを分離し、実体的真実追及を公判手続から後追させ、その直接のそして最高の責任者として検察官を考え、被告人にとって公訴を提起すること自体の重大性から検察官の起訴、不起訴の決定の公正・妥当性を強調することは、ところで「公訴官たる検察官、第一次的捜査機関である司法警察官、被疑者(弁護士)三者間における一種の『訴訟』的構造をとるものと解することができるのではないだろうか」(井戸田、「訴訟条件の機能と内容」立命館法学、一九六五、四四、六頁)という思想に結びつきやすい。そして、この思想は公訴(手続)と捜査(手続)との分離を意味する。しかし、このように公訴提起手続の捜査手続からの分離、独立を強調することは、公判(手続)以前の手続をいまだ支配しているといえる国家権力の一方的な糾問的な要素をさらに強める結果にこそなり、捜査手続の弾劾化の必要に逆行することになるかもしれない。われわれはそれを警戒しなければならぬ。それ故に、捜査は公訴の準備手続であると本稿は考える。

(二) オトリ 捜査

1 不潔な手によってあるいは不公正な手段によって公訴が準備されている場合に、公訴の利益を否定すべく、優越する司法利益(被告人の利益)が発現してくる状況は右の大森簡裁の認定したごとき場合に限られるものではない。

あろう。捜査官憲が「わな」をかけて、つまりいわゆるオトリ捜査によって公訴の準備を進めるような場合も同様であらう。

2 わが国においていわゆるオトリ捜査が公然と行われるようになったのは戦後とくに麻薬犯罪の捜査に關してであった。これは、麻薬事犯が隱密裡に行われ、通常の捜査手段をもってしては証拠の収集、檢挙が困難であることの他に、麻薬取締法五八条(旧法では五三条)が一種のオトリ捜査を許しているかのよう^(註1)に受けとれる規定をおいたことにも由来する。すなわち、麻薬取締官吏が、身分をかくして麻薬を売ってくれと申込み、相手が麻薬を持ってきたところを逮捕するという捜査の方法が合法視されている、といえる。そして、わが判例もこれに味方する^(註2)。学界においては、これに關連して、アメリカにおいて編み出された「わなの理論」(すなわち「わな」の抗弁 (entrapment as a defense))を認め、これが立証された時に被告人は不処罰・無罪とされるとする理論^(註3)が関心の対象とされ、すでに多くのすぐれた紹介ないし論説がある。

(註1) 同法五八条は「麻薬取締官及び麻薬取締員は、麻薬に關する犯罪の捜査にあたり、厚生大臣の許可を受けて、この法律の規定にかかわらず、何人からも麻薬を譲り受けることができる」と規定しているが、平野教授は「これは、おとり捜査をこの限度で合法化したものである」(法律学全集・刑事訴訟法八六頁)という。

(註2) 当初においては、下級審の判例の見解は分れていた。すなわち、まず横浜地裁は、憲法前文および同一三条に反するものであるとして一連の無罪判決を行っていた。(昭和二六年六月十九日判決・同年七月十七日判決・同年十月十一判決等)。これらの控訴に対して、高裁はあるいは原判決を維持し(東京高裁昭和二七年七月二九日判決・高裁判集五卷九号一五〇二頁)、あるいは原判決を破棄し有罪とした(東京高裁昭和二六年十一月二六日判決・高裁判集四卷一三号一九三三頁。同同年十二月一日判決・高裁判集四卷四号二〇七四頁)。このような状況にあつて、最高裁は、昭和二八年三月五日第一小法廷決定(刑集七卷三号四八二頁)で、「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に、わが刑事法上その誘惑者が場

合によっては麻薬取締法五三条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別、その他人である誘惑者が一人人でなく、捜査機関であるとの一事を以ってその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の手續規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめるものとすることはできないこと多言を要しない」と断じた。この最高裁決定によって、以後おとりにかかった者の罪責を否定する判決は下級審においてもあとを絶った。(なお、札幌高裁昭二八年四月十六日判決・高裁刑事判決特報三二卷一九頁、名古屋高裁昭和二八年六月二四日判決・特報三三卷三三頁は、単に機会を与えたにすぎず被告人の意思決定を左右したものでないししたがって、ワナではないしということ根拠にする有罪説に立っている)。また、無罪説を維持した前記東京高裁(昭二七・七・二九)判決も、右の最高裁決定を引用した最高裁第二小法廷で破棄された(昭和二九年一月五日判決・最高刑集八卷一一号一七一―一七五頁)。

(註3) 岡藤・『わな(エントラップメント)』の理論」刑法雑誌二卷三号二六頁。田中政義・「闇捜査に関する諸問題」法学新報五九卷三号九頁、同・「畏理論の展望」法曹時報五卷三号二〇頁、同四号一六頁等。

3 「わな」の理論についての紹介を試みるまでもないだろうが、その理論の一応の意味は明らかにしておかなければなるまい。

この、「わな」の抗弁の認められる場合には被告人は無罪である、とする理論について、詳細に検討を加え、はじめてその理論的根拠を与え、そしてその正当であることを判示したのがソレルズ対合衆国事件(Sorrells v. United States, 287 U. S. 435)に対する一九三二年の連邦最高裁判所の判決であり、以来同判決は先例として他の事案においても引用され支持されていることについては多くを語る必要はないであろう。

ソレルズ事件における裁判所の見解(多数意見^(註3))は、「わな」(の理論)を、有罪か無罪かの実体法上の問題として、つまり被告人の傾向(predispotion)および犯罪意図(criminal design)との関連において「そうでなければ無罪であった(otherwise innocent)」か否か、として把握するものである。そして、「わな」の場合は当該刑罰法規を適用しないのだというわな但書きが制定法自体に黙示的に内在している、ということその根拠とするものだと見える。

右のアメリカにおける「わな」の理論をそのままわが刑法の解釈論として採り入れられるか否かについては、と
 ころで、ほとんどの学者の疑問とするところである。^(註4)

しかし、「わな」あるいはオトリ捜査それ自体が違法である、あるいは「捜査方法として不当であり、不法であり」
 「反道義的であり」、「国家は自らさやうな反道義的な方法を用ふべきでない」^(註5)ことは疑はれてはいない。わが判例も
 その点を肯定していることは、東京高裁が「全然罪を犯す意思もなく又かつて同種の犯罪を犯したこともない者を執
 拗に詐術を用いて強いて罪を犯かさせてこれを検挙するというようなことは、違法な捜査方法と認めるのを相当」と
 いい、また最高裁も「その誘惑者が場合によっては麻薬取締法五三条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従
 犯として責を負うことのある」ということからして、明らかである。

しかし、判例は「捜査の端緒の不法と起訴の不法若しくは無効とは区別すべきである」と前記東京高裁はいい、ま
 た最高裁は「誘惑者が一私人でなく、捜査機関であることの一事を以て、(中略)公訴提起の手続規定に違反し若し
 くは公訴権を消滅せしめるものとするのでできないこと多言を要しない」と断じる。すなわち、オトリ捜査による
 犯罪の訴追は訴訟手続に対して何らの影響を与えるものではないという。

これに対して、団藤教授は「いわゆる『わな』——おとり捜査——の事案においては、実体的訴訟条件が欠けることに
 なるのではないかという疑^(註6)があり、「現行法の解釈としては、さしあたり免訴説に傾いている。しかし、本格的な
 研究は将来に待ちたい」という。^(註9)また、奥村正策氏は、オトリ捜査の違憲性と、その結果なされた犯罪を訴追するこ
 との違憲性を述べて刑法三三八条四号による公訴棄却がなされるべきであることを主張している。^(註10)

このように「わな」は犯罪を阻却する事由とはならないが、しかし、訴訟手続に対しては重大な影響を及ぼすもの
 といわなければならないのではなからうかというところは、とところで、ほかならぬ前述したソレルズ事件においてロバ

ーツ (Roberts) 判事の少数意見が鋭くついているところなのである。

ロバーツ判事はいう。

「司法官 (law officer) が起訴・有罪決定・判決を通して専ら勝利を獲得するただそれだけのために犯罪をもくろみ (envisage) 計画し、そうでなければ犯行をもくろむことのなかった者にその犯行をなきしめる場合に、その忌まわしい (revolving) 計画の完成が自尊心のある (self-respecting) すべての裁判所によって許されるべきでないことについては裁判所の意見は一致している。このことは、その罪がコモン・ローの罪であるか単に制定法の創造であるかを問わず真実である。」この見解は、それ自体における悪であるところの罪 (crime mala in se) とより軽い制定法の罪との区別を要求しない。また、有罪の被告人をよしとするものではない (attribute no merits)。それは、政府およびその手統の純潔 (purity of government and its processes) を保護するパブリック・ポリシイの中に、この理論の真の基礎を卒直に (frankly) 認めるものである。裁判所は、民事事件においては、不法な計画の遂行と完成を助けることを常に拒絶する。常に裁判所は、民事の訴の基礎が良俗に違反 (violation of the decencies of life) するものであり、人間の相互関係の倫理を規定する規則・制定法またはコモン・ローを無視するものである場合には、訴は無効とされ (abate) ねばならない、とする。衡平法裁判所 (courts of equity) もまた法的救済 (legal remedies) を行う裁判所も邪悪の完成に裁判所の手統の利用を許容 (tolerate the use of their process to consummate a wrong) しない。刑法における『わな』の理論は、民事手統に適用されるこの同じ法則のアナログ (analogue) である。『わな』の抗弁を可とする裁判所の真の基礎はまさにここにある。たとえこの法則が、政府は禁反言をした (estoppel) とか、被告人は有罪と証明されないといった宣言のもとにそのペールががぶざされていとしても。」(啓点 筆者)

「この理論は、パブリック・ポリシイの基本原則にもとづくものである。みずからの機能の保護とみずからの殿堂の純潔の維持 (preservation of the purity of its own temple) は裁判所にのみ帰属する。刑法の売淫 (prostitution of the criminal law) からみずからをそして政府を保護するのは裁判所のそして裁判所だけの領域 (province) である。不注意な者 (the unwary) を『わな』にかけて犯罪に陥れることによる正義の原則の侵害は、だれによって、また手統のどの段階においてその事実が裁判所の知るところとなつたかを問わず、裁判所によって顧慮されなければならない。裁判所は、まったく正当に、被告人をハイビラス・コーパスの令状 (writ of habeas corpus) によつて釈放 (discharge) する¹⁾ことができる。また同様に、起訴状を破棄し (quash the indictment)、また妨訴抗弁 (plea in bar) を容れてこれを審理することができる。しかし、裁判所の権限はこれに止まるものではない。『わな』の証明があつたと

きは手続のどの段階においても、裁判所は訴追を阻止し (stop the prosecution)、起訴状を破棄し、被告人を釈放 (set at liberty) しなければならぬ。もし事実が疑があるときは、裁判所は『わな』の争点を陪審に付してその助言を求めることができる。しかし、陪審の答申がどうであらうとも、行為する権限と義務 (power and duty) とは裁判所に存するのであって陪審にはない。』^(註1) かかる行為は有罪の被告人に免責 (immunity) を与えるものではない。制定法に基づかずして立法意味についての裁判所の解釈に基づく抗弁 (defense) を被告人に権利として認めることは被告人に不当な免責特権 (unwarranted immunity) を与えることになる。』^(註2) 邪悪の完成に裁判所自身の手続を貸してこれを助けることを拒絶すること、審理および有罪認定ののち科せられるべき刑 (punishment) に関し、制定法の命じることを司法立法 (judicial legislation) によって修正するということの間には大きな差異があることは明らかであって論ずるまでもない。『わな』の抗弁 (defense) を被告人に属するものと認め、これによって生じる争点は一般争点の抗弁 (plea of the general issue) により彼を審理するために召集される陪審員によって決定されるべきものとすれば、裁判所によって適用されるべき真の法則から全く逸脱する誤った争点を審理することになる。』^(註3) 被告人が悪評 (bad reputation) をとっていたり、前に法律違反を行った (transgress) という事実によつて、政府公務員の「(正当化されないわなの)」「行為が宥恕され (condone) または無害 (innocuous) と認められる」ということは、嫌悪すべき所為の完成に対して裁判所の手続を拒絶するという理由を全く無視するものである。それはこの理論の根柢を放棄するものであり、また政府と被告人の双方の権利 (equities) をはかりかけることになる。しかし、実は被告人には権利 (equity) はないのであり、また訴追の法則 (rule of action) は不正な手段 (foul means) による犯人の処罰から得られる利益 (good) の見積りを根柢にしうるものではないのである。』かくして、「適用されるべき原理は、政府みずからの職員によつてそそのかされた犯罪の裁判に対しては裁判所の門は閉ざされるべきものである (Courts must be closed to the trial of a crime instigated by the government's own agents) という点である。他のどのような争点も、また罪責ある公務員 (guilty official) と罪責ある被告人 (guilty defendant) との権利 (equities) の比較も、このパブリック・ポリシーの大原則の適用において地歩を占めるものではない。』^(註4)

(註1) R. C. Donnelly, "Judicial Control of Informants, Spies, Stool Pigeons and Agent Provocateurs" Yale Law Journal, Vol. 60, 1951, p. 1099.

(註2) 同事件は禁酒法違反の事案であるが、その他の事案としては、たとえば麻酔薬によつて Sherman v. United States, 386 U. S. 369 (1958) 偽造 (counterfeiting) のこと、United States v. Spadafora, 181 F.2d 957 (7th Cir 1950); United States v. Chinella,

148 F. 2d 203 (2d Cir. 1950) 物価統制違反の罪に Coff v. United States, 163 F. 2d 934 (5th Cir. 1947) ガス配給違反の罪に Shaw v. United States, 151 F. 1d 967 (6th Cir. 1945) 選択的兵役服務 (selective service) の罪に United States v. Carone 150 F. 2d 382 (7th Cir.), cert. denied 326 U. S. 756 (1945) 墮胎の密告 (abortion information) の罪に Weathers v. United States, 126F.2d 118 (5th Cir.), cert. denied 316 U. S. 631 (1942) またわんやの物 (obscene material) の罪に United States v. Becker, 62F. 2d 1007 (2d Cir. 1933) などがある。

(註 3) 56 American Law Reports, pp. 249° その見解はこうだ。「技巧と策略は犯罪業 (criminal enterprise) に従事している者を逃げるために用いられてもさしつかえないだろう。」しかし「犯罪の意図が政府公務員から源を発するものであり、そして公務員が訴追の目的で罪のない者の心中に犯罪を犯そうとする気持ちを植えつけ犯行を誘引する場合においては、問題は変わってくる。」(p. 253) 「連邦裁判所はこれまで一般的にリーディング・ケースである *Birts v. United States* (C. C. A. 8th) 18A. L. R. 14 3, 273 Fed. 38) 事件におけるサンボーン巡回判事 (Circuit Judge Sanborn) の次の見解を承認した。すなわち『法を執行する公務員の第一の職務は、犯罪を予防することであって、これを罰することではない。犯罪を訴追し処罰するという、ただそれだけの目的のために犯罪を煽動して作り出す (incite and create) ことは彼等の職務ではない。(中略) 意図において (in thought) もまた行為において (in deed) も決して犯すことのない罪、しかも公務員がそれを犯すように鼓舞 (inspire) し、(in thought) かつ (incite) 説得し、そして誘惑 (lure) しなかつたならば決して犯さなかつたであろう罪について、その行為者を罰することは良心に反することであり (unconscionable)、『ハブリック・ポリシイと国の確立した法 (the established law of land) とに反する』と。(p. 254, 255) 「この法律を議会が制定するに当って、もしそうでなければ無罪である (otherwise innocent) 者を誘惑して罪に陥れこれを処罰するために行われるその者に対する政府公務員の煽動 (instigation) によって捜査とこの法律の執行の手續が濫用されるということが、議会の意図であつたということはできない。われわれは法律の文言によって法律の精神と目的に違背するように強いられるものではない。(中略) 執行の完全性の維持 (maintenance of the integrity of administration) における最高のハブリック・ポリシイが本事実のような状況のもとにおいては法律の強行の排除を要求するものであるとすれば、その考慮は事件が法律の適用範囲の外にあるということ、そしてまたその条文がこのポリシイと矛盾した正義感に反した手續を要求すると解釈されてはならないという結論を正当なものとして根拠づける。」(p. 257) 「わなの抗弁は、被告人が有罪であるにかかわらず放免 (go free) されるという見地においてでなく、政府公務員が被告人の行為の煽動者 (instigator) である場合に政

府が被告人は有罪である (guilty) として主張することが許されえないという見地において利用することができる。」(p. 259)。
すなわち、「わな」があったか否かは、有罪無罪にかかわる要件として、陪審員によって判断されるべきものである。

(註 4) すなわち、とえばいわく、『わな』にかけられたといえ、行為そのものとしては犯罪の成立要件をすべて具備するのではない

かという点は、少なくとも大陸法系の犯罪理論からは最後まで割り切れないで残るようにおもう」(団藤・「わな」(エントラ

ップメント) の理論」刑法雑誌二巻三号四五頁)。「わが刑法理論としては、違法阻却又は責任阻却事由のない限り構成要件該

当の行為があれば原因動機の如何に拘らず一応犯罪は成立するのであって、単にペブリックポリシイ乃至憲法的一般条項を根拠

として直ちに犯罪性或は可罰性を阻却するという理論はその間に飛躍があると考えられ、又刑罰法規に『わな』の場合は不適法

と言う但書が常に内在しているとする見解も実定法の解釈としては余りにも牽引付合であり事実上司法による立法の修正と考え

られ、いずれも妥当なものとは考えられない」(奥村正義・(昭二八年三月五日最高裁) 判例評釈、神戸法学雑誌 Vol. III・No. 62、

一九五三年一〇月・四二八頁)。あるいは「犯罪の成立に必要なのは具体的な犯意である。以前から抽象的に犯罪の意図をもつ

てゐたかどうかは、情状論としてはともかく、犯罪の構成要件、行為の違法性、行為の道義的責任のいづれにも関係がない。オ

トリ捜査によって誘発され、検挙されたからといって実体的に無罪であるとすべき理由はどこにもない」(小野・(最判昭二

八・三・五) 判例研究・警察研究二五巻一一号・四七頁)と。なお、積極的に解するものとしては、田中政義・「罔捜査に関す

る若干の考察」判例タイムス一四号三七頁以下がある。

(註 5) 小野・前掲・四七頁。

(註 6) 東京高裁・昭和二六年十二月一日判決、高裁刑集・四巻四号二〇七四頁。

(註 7) 最高・昭和二八年三月五日決定、刑集・七巻三号四八二頁。

(註 8) 団藤・網要・六訂版・一三五頁。

(註 9) 団藤・前掲(刑法雑誌二巻三号)五〇頁。

(註 10) 奥村・前掲四三二―四三三頁はいう。オトリ捜査行為は「合目的見地から許容される場合もあるとは思ふが、目的は常に手段

を正当化するものではなく必ずそこに法治国家としての限界がある。」「本来国民の福祉にのみ奉任すべき捜査機関が平穩な生活

を営んでいる善良な市民に対してトリックを用いこれを誘惑教唆して犯罪に陥し入れると言う様な捜査行為は、本来犯罪の起り

得ないところに作為的に犯罪を作り上げるものであって合目的見地からみても許されなければかりでなく、捜査機関によつて

翻弁された個人は憲法十三条による個人の尊厳を全く無視された結果となり、もはや不当の問題を超えて正に憲法十三条に言う個人の自由及び幸福追求権の侵害行為である。」「一般的に言つて犯罪が公共の福祉に反するものであることは勿論であるが、ある特定の罪を訴追すべきかどうかは、犯罪の結果としての法益侵害のみが判断の基準となるのではなく、行為者そのもの及び行為の過程と結びつけてこれを放置することが公共の福祉に反するばあいに始めて訴追が許されるわけであり、本来善良であり平穩な生活を送り得た筈であるのに拘らず捜査機関のトリックによつて犯罪者となつた様な個人を放置しても公共の福祉に反するとは通常考えられないばかりでなく、最初捜査機関のトリックによつて憲法十三条の権利の侵害をうけた個人が、更に公共の福祉の名に於て訴追され憲法十三条の権利の制限を受けると言うことになれば、その個人は、終始憲法十三条の保護を受け得ないという不当な結果をもたらすことになるのであつて、結局かような訴追は妥当ではないのみならず憲法十三条に違反するものである。」したがつて、「少くとも全然犯意のなかつた者を誘惑教唆して犯行させた場合、これを訴追することは形式的には訴訟法規に違反するところはないが、實質的には直接憲法に違反するものであり、かようなばあいは公訴提起の手續が無効として刑事訴訟法三三八条四号に従い公訴棄却をすべきではないか」と。

(註11) 86 A. L. R. pp. 259. なお、ブランドイス、ストーン兩判事 (Brandeis and Stone) がこれに賛成している。

(註12) *ibid.*, p. 260.

(註13) *ibid.*, p. 261.

(註14) *ibid.*, p. 262.

4 右にみたように、ロバーツ判事の少数意見は、罰則の解釈の問題として取扱うことなしに、いかなる罪質の犯罪についても、「政府みずからの職員によつてそのかされた犯罪の裁判に対しては裁判所の門は閉ざされるべきだ」というパブリック、ポリシイを端的に、そして卒直に認めねばならない、とする。そのことを承認するとすれば、問題は、有罪、無罪すなわち実体法上の問題とは何ら関係のないものとなる。

確かに、「わな」が実体法上の問題であるとすれば、次のように、きみよなそして不合理なことになる。実体法的に把握する立場では、「わな」であつたかいなかは、結局のところ被告人が他の類似の犯罪を犯したことがあつた

かいなにかかかってくる。^(註1)しかし、被告人は、類似の犯罪を過去に犯してきたかもしれないとしても、彼が現に公判廷において裁判を受けるのはそのためではない。彼を処罰すべき以前の違反行為については証拠は不十分である。そうでなければ彼を「わな」に陥れることは不要であったはずである。実体的に把握する立場は、また、所犯の罪質を基準とする。すなわち、罪質が官憲の行動を非難するより以上に極悪非道のものであるかいなかが問題とされること^(註2)になる。しかし、罪質がどのようなものであれ、被告人は犯しもしない罪科のために公判廷において裁判を受けるものではない。他面、その被告人を公判廷に出廷せしめているのは、それが官憲によって「わな」にかけられなければ犯さなかつたであろうところの犯罪であることにかわりはない。にもかかわらず、ある場合には犯行の明白な事実が否定され、ある場合には肯定される、ということになる。

しかし、ことを訴訟手続上の問題とし、端的に「わな」の事実が判明すれば起訴を無効とすると考えると、被告人の悪評判あるいは以前の犯罪は当然審理の範囲外となり、また罪質を問題にすることもいらなくなる。その意味において、民事訴訟に適用される原理に着眼し、それとのアナロジーにおいて、いかなる罪質の犯罪についても「邪悪の完成に裁判所の手続の利用の許与を拒絶す」べきだとして、問題を手続面(形式裁判)において解決しようとするロバーツ判事の見解は示唆するところ多大である。

(註1) 官憲の詐術が犯意および意思決定を左右したか否か、に基準を求める一連のわが高裁判例の立場についても、同様のことがいえる。

(註2) わが判例においても、この点が考慮されている。たとえば無罪判決を支持した昭和二十七年七月二十九日東京高裁判決(高裁判集五一九一―一五〇二)では、被告人の所為は「予想される危険性を生来的に欠いている」ことを挙げる。地方、有罪を支持したたとえば昭和二十六年一月二十六日東京高裁判決(高裁判集四一―二二―一九三三)は「麻薬の不正な使用は人の健康に有害なばかりでなく、その害悪は容易に社会の各層に伝播する特性があつて、国民の健全な社会生活を破壊し、公共の福祉に重大な悪影響を

5 しかし、「被告人は『わな』にかけられたという理由でなんらの権利をもつものではない。」「みずからの機能の保護とみずからの殿堂の純潔の維持は、裁判所のみ帰属する。かような刑法の売淫からみずからを保護しまた政府を保護するのは裁判所の、そして裁判所だけの領域である」として、専ら裁判所の観点からのみ、みることには検討の余地がある。

確かに、ロバーツ判事のいう通り、裁判所は、不法な計画の遂行と完成を助けることをつねに拒絶すべきであり、その際に、罪質を問題にすべきでない。制定法の解釈も要求されるべきではない。また、実行行為に出た被告人をよしとすべきものでもない。そして、このように被告人の罪質にかかわらずらうことなく、裁判所が、とくに国家に対して、その門戸を閉ざすのは、裁判所みずからの機能を保護し、その純潔性を保護せんがためであろう。それは、また、政府（国家）および政府の手続の純潔を保護するためのものでもあろう。

しかし、もしそれが政府のためのものだけにしかすぎないものであるならば、それを政府は放棄してもかまわないであろう。それは許されない。なぜ許されないのか。ロバーツ判事のいうところは、それが裁判所のためのものでもあるからということになる。その限りにおいて、それは正しい。しかし、それは、はたして、（政府と）裁判所だけのためのものではないのか。そうだとするのであれば、裁判所はまたその純潔を己れの犠牲において棄てても、それは非難の対象とはならないであろう。しかし、判事も、刑法の売淫からみずからのそして政府の純潔を保持するのは、裁判所の責務であることを疑わない。なぜ、それが裁判所の責務となるのか。なぜ、それがペブリック・ポリシイとされ、その前に政府の訴追が阻止されねばならず、また裁判所はその阻止に当らねばならないのか。ロバーツ判

事は口を噤む。われわれは、さらに、つきつめて考えねばならない。

政府のそれにせよ、裁判所のそれにせよ、きれいな手続とは、当事者たる市民がその人権を侵される可能性を、實際上、最少限度に食い止めることに役立つ手続を意味するものである。きれいな手続によって保護される対象は、いきつとところ、被告人とされるだろう市民の権利、利益であることを忘れてはいけない。この市民の権利、利益が、これにかかわる国家活動に対して、それがきれいな手続によって遂行されるべきことを命令することを、すなわち、手続の純潔は被疑者、被告人とされる市民の利益からの命令に基づく必要であることを見落してはならない。国家(検察官)の訴追に対して、門を閉ざして、その請求の当否の判断から逃れることは、確かに、裁判所の利益である。しかし、それは、その放棄が自己の単なる負担を意味するだけのものではない。それは、市民(被告人)の利益からの命令に基づく必要でもあることを見落してはいけない。

そうであるならば、「被告人は『わな』にかけられたという理由でなんらの権利をもつものではない」といい切ることはできるであろうか。確かに「わな」にかけられたという理由で、被告人は自己の無罪を主張できるものではない。しかし、実は自分は「わな」(不潔な手続・不正な手段によって準備された公訴)によって訴追を受けていると主張し、かかる訴追に対する裁判所の制御を求めうべき訴訟上の地位にいない、といってよいものであろうか。「わな」の証明があったときには、手続のどの段階においても、裁判所は訴追を阻止することはできる。その結果は被告人にとって利益であることはいうまでもない。しかし、それは、被告人に対してその利益享受の期待権を伴うべきものではない単なる反射的な利益にすぎない、といわねばならないものであろうか。被告人は、かかる利益享受の期待権を訴訟上主張することのできる訴訟上の利益を有する者といえないのだろうか。勿論、被告人はその利益を、自己の負担犠牲において、放棄することができよう。しかし、被告人にその利益があると考えるはじめて、被告人がその訴

訟上の利益を主張した場合にはそして「わな」であることが証明された場合には、裁判所はかかる公訴に対してその門戸を閉ざす義務を負うものであるといえるのである。その場合に、被告人の傾向あるいは犯罪意図等は考慮の対象とはならないことはいうまでもないだろう。被告人に対する当該公訴の準備が官憲の不潔な手によって行われたか否か（官憲の詐術・陥穽があったか否か）が端的にその考慮の対象にのぼるにすぎない。

（註1） なお、訴訟上の「負担」と訴訟上の「義務」については本稿第三章第二節で詳述する。

6 以上右にみてきたところから、いわゆるオトリ捜査といった不正手段に基づく「邪悪な」公訴に対して、つまりかかる邪悪の完成を意味する検察官の一層の訴訟制度利用に対しては、それを拒絶すべく機能する被告人のそして裁判所の利益の発現することが認められねばならない。そして、かかる公訴は、「公訴の利益」のない場合として刑訴法三三八条四号を使って無効とされる、すなわち、訴訟は公訴棄却の判決をもって終結されうべき場合にほかならない、といえることについては後述されるであろう。また、一度失われた手続の純潔は、その性質上、もはやとり戻すことはできない。したがって、再訴の提起がなされたとしても、再度の排斥を受けるだろう。

（註1） とくに本稿第三章第三節。

第五節 迅速な裁判との関係において

1 最近、裁判の遅延が深刻な問題になっていることは周知のことである。そして、その対策に多くの人々が真剣に取り組み、論議、検討が重ねられていることも周知のことである。

他方、いわば大量現象としての遅延からでなく個々の具体的訴訟の遅延からの救済、つまり個々の事件で、どうい
う場合に遅延が問題となり、それに対してどういふ具体的救済が与えられるべきか、という問題が取り上げられ分析
され論じられはじめて^(註1)いる。現実の問題として、この具体的訴訟の遅延からの救済の問題の論議を展開させる契機を
作つたのは、昭和三八年一月二七日最高裁第二小法廷判決によって結着をみた裁判例^(註2)にほかならない。

右の論議は、そして、検官の訴訟制度の利用を阻止すべく機能する個人(「被告人」)の優越する利益の発現が、
迅速な裁判との関係においても問題にされねばならないことを証明した。次にそのことを明らかにしなければなら
ない。

(註1) この点をはじめて指摘したのは松尾・「起訴状の粉失と迅速な裁判」警察研究三四卷六号一三五頁(判例研究)であったが、ア
メリカの制度を紹介しながら、それとの比較法的考察の上に詳細にその論議を展開したのは田宮・「迅速な裁判を受ける権利」
警察研究三五卷二号二五頁、三号三五頁、四号三頁以下である。

(註2) その事案はこうだ。すなわち、被告人らは建造物侵入(なお公訴時効は三年、確定した刑の時効でも五年または三年にすぎない
ような事件である)として、昭和二五年三月一五日に在宅のまま公訴を提起された。第一回公判期日は、同年一月八日に開か
れたが、弁護人だけが出頭して、被告人らは全員欠席した。そこで、裁判所は、期日を延期して、次回期日は迫って指定する旨
告知した。しかし、その後十余年を経過した昭和三六年五月九日になって、やっと第二回公判期日が開かれた。弁護人はこれ
を、「迅速な裁判を受ける権利を保障する憲法に違反するものであり、公訴が適法要件を欠くに至つたから、刑訴三三八条一号
ないし四号または同三三七条四号に準じて、公訴棄却または免訴を言い渡すべきだ」と争つた。

第一審判決(東京地裁八王子支部・判・昭三七・五・一六・下級刑集四卷五・六号四四四頁)は、これを容れて、本件手続の遅
延は「被告人側の責にもとづく場合あるいは真にやむをえない事情による場合」でなく、「そして、本件のような訴因の事件に
ついて約十年の歳月は、単なる当否の問題のわくをこえていちじるしく長いのであり、実例としてもまことに稀有である。」「本
件の場合には、被告人兩名について手続がはなはだしく長期間不当に放置されていたものといふべきであり、このような極限的
事例においては、これにより、訴追の相当性は救いがたい影響を受け、手続の正義を支えるべき訴追の正当な利益が失われるに至

ったものと考えなければならぬ。そして、このような意味における訴追の正当な利益の存続は、公訴の適法要件として刑訴法が本来当然に要求するところであると解すべきものであるから、結局、被告人兩名に対する本件公訴は、適法要件を欠くに至ったものであ^(傍点)るとして、「公訴提起の手續自体が不^(傍点)適法であつた場合に準じて、刑訴法三三八条四号により、公訴棄却の判決^(傍点)」を言い渡した。これに対して検察官より控訴が申し立てられ、第二審判決(東京高裁・判・昭三八・六・二四・判例時報三三八号四三頁)は、「約十年余の審判の放置は、たしかに迅速な裁判の要請を無視するものであつて、大いに責められなければならない」としながらも、「本件が訴訟の遅延でなく、訴訟の放棄にひとしいとしても、その責任たるや、司法行政上のそれであつて、訴訟手続法は全く関知しないものである」といって、第一審判決を破棄し差戻した。そして、最高裁(判例時報三五九号六二頁)もこれを維持したものである。

具体的事例における訴訟の遅延について、これを、第一審はいうまでもなく控訴審さらに最高裁までもが、「迅速な裁判の要請を無視」したものだ^(傍点)と認定し、その救済の方法についてそれぞれ判示している、この注目すべき判例の出現は、迅速な裁判との関係において、公訴の利益が不存在となる場合があるのではないか、といふことの検討をせま^(傍点)つたものといえよう。しかも、その第一審判決は本件においては「訴追の正当な利益が失われるに至つた」として^(傍点)いるのである。

2 さて、迅速な裁判を受ける利益は、刑事被告人のそして被告人だけの権利^(併せ)として、わが憲法三七条において、その保護を約束されている。この規定はいうまでもなくアメリカ合衆国連邦憲法修正六条に由来する。アメリカにおける最近の判例であるアメリカ合衆国対ブロー^(併せ)事件 United States v. Provoost (17F. R. D. 183(D. Md. 1955))は、同修正六条の保障する迅速な裁判(speed trial)の違反に対してこれを救済する手段が公訴を棄却すること(dismissal of indictment)にあることを宣言し、憲法論あるいは訴訟理論としての裁判の遅延の法意と公訴棄却へ導く諸要素に^(併せ)ついての注目すべき問題を提起している。

右の事件^(併せ)に対するトムスン判事の公訴棄却の裁判は、政府がニューヨークの管轄の疑わしい(doubtful)ことを知つていたに違いないのにニューヨークで事件を裁判する道を選んだこと、そして検察官が管轄に関する事実の提出を

差し押えていた事実に基づいている。すなわち、検察官が故意に (deliberately) 遅延を引き起したという事実を認定して、その遅延によって被告人に不利益 (Prejudice) が生じることが推定されねばならないと説いた。そして、また、事実として不利益の生じていることを認定した。結論として、右のような条件の下での裁判はフェアなものではないと断じたのである。

すなわち、右の判例は、公訴棄却の判断を下すに当って、まず裁判の遅延の原因の分析を行った。そして評釈者は^(註3)、原因分析は被告人が公訴棄却の救済をもらえない場合を明らかにするであろう。被告人が遅延の原因を与えあるいは裁判に対する障害の除去に積極的に努力しなかった場合は、迅速性欠如を主張するのはエストoppelにも反するし、すでにその請求権を放棄したものとみなされる^(註4)。また司法制度 (judicial system) に固有の要素 (an inherent part) である遅延は被告人に迅速な裁判を受けさせぬものだといわれえない。しかし、故意に創り出された遅延、そしてエラー (過失によるにせよ善意 bona fide によるにせよ) の結果である遅延は司法に本質的なものではない。過失によるあるいは善意によるエラーに原因する遅延を、被告人に対する不当な負担とみないで、修正六条から除くことは、ところで害悪 (harm) から被告人を保護しようという「迅速な裁判」のポリシーに矛盾しよう。エラーに帰因する遅延はまれではないし、プロヴー事件が認めたように、被告人の苦しむ不利益あるいは損害の程度は遅延を許す理由とは関係がない。また、証明の問題としても、改意と過失を区別しなければならぬとすれば、裁判所あるいは検察官の意図が争点となる。また、過失と善意を区別しなければならぬならば、不当治療事件 (a malpractice case) に内在しているあの困難な問題に被告人は直面しなければならなくなる。他方、エラーに帰因する遅延の場合にいつも公訴を棄却するとすれば、犯人を裁判するという社会のポリシーが非常に損われることになる。そこで、評釈者は次のように考^(註5)える。すなわち、この二つの利益は、しかし、公訴を棄却する場合を被告人が現に損害

を与えられた場合だけに限ることによって調和させられる、と。

さて、遅延の原因分析 (cause analysis) によって被告人に救済を与える必要のない場合が除かれるが、さらに公訴棄却の救済へ導くためのファクターとして判例は被告人の受ける不利益を問題にする。ところで、その点に関して判例はオルタナティブな論理を展開する。すなわち、まず、裁判の遅延は被告人の不利益を不可避的にもたらすことが推定されるとする論理である。確かに、迅速な裁判の欠缺によって被告人は種々の負担に苦しめられるかもしれない。その負担とは(一)被告人にそしてその家族までも長い未決の間中させられる汚名であり、(二)拘禁あるいは保釈されていてもそれに伴う行動の自由の制限と保釈金の負担であり、(三)不確かな将来に対する心理的不安である。しかし、評釈者によれば、かかる負担のいくつかは公訴の棄却というドラステイックな手段によらなくても終らせうるものである。すなわち、無罪の判決を得るならば、その汚名をそぐことになるし、また釈放が可能である。また(四)ある場合には、公判前の長期にわたる未決状態は、公判で起るかもしれない緊張 (tension) に対して被告人を心理的に傷つけやすく (vulnerable) するかもしれない。さらに(五)裁判の遅延は、証人の死亡、記憶の不明確化さらには経済能力の低下等により、被告人が自からを防御する能力を低下させるかもしれない。かかる場合は検察官の有罪を証明する負担の軽減を意味し、被告人の防御の負担を増大を意味しよう。したがって、そのような状況の下で被告人の有罪を決定することは、プロヴー事件がいうように、デュー・プロセスの命ずるそして迅速な裁判の保障の意味するところのフェアネスの標準 (standards of fairness) に違背することになる。しかし、裁判の遅延が被告人にとって非常に利益である場合がある。すなわち、「遅延は有罪人が罪を免れるのに大いに助けとなる。なぜなら、証人はいなくなるし、記憶は不確かなものとなりまた時間の経過は訴追の義務をもつ検査官の訴追の活気 (zest) を減少せしめるからである。」したがって、評釈者によれば、遅延が不可避的に被告人の不利益をもたらすと推定されること

は妥当でない。

判例は、ところで、さらにまた、被告人の現実に与えられた不利益を認定する。すなわち、プロヴーの精神的状態が共同してみずからの弁護をする (to cooperate in his defense) ことができなくなっている程に害されて (deteriorated) しまっていることを認定した。そして、評釈者は、被告人の自己を防衛する能力に実質的に影響を及ぼす (materially affect) 不利益だけが公訴棄却を与える理由であるといつて、この点について賛意を表する。^(註9)

右にみたように、アメリカにおいては、裁判が遅延した、故にもはや被告人を罰しない、という単純な論理ではないが、不当な遅延によって被告人が現実に不利益に苦しめられ、それ故に裁判がアン・フェアである場合には被告人は罰せられない。そして、被告人は公訴棄却をもらうことができるのである。すなわち、不当な遅延によって被告人が現実に苦しめられている場合には真実と合致したフェアな裁判はのぞめず、公訴棄却で迅速な裁判の違反を非難しつつ被告人を放免することが必要である、とする。

(註1) なお、田宮・前掲・警察研究三五卷二号三二頁参照。

(註2) プロヴー (John David Provoo) に対する公訴事實は彼が第二次大戦中一九四二年五月から一九四五年八月にかけて日本軍に捕えられている間に叛逆の罪 (treason) を犯した、とするものであった。そして彼は一九四五年八月に逮捕されたが、一九四六年四月に釈放された。その後一九四九年に再逮捕されニューヨーク (Southern District of New York) で起訴された。一九五二年から五三年にかけて審理がなされ、有罪の認定が下された。しかし、一九五四年に控訴審は、裁判管轄がニューヨークにはなくメリーランド (Maryland) にあることの理由をもって、原判決を破棄した。メリーランドの大陪審 (Grand Jury) は、逮捕から教えて五年後の一九五四年一〇月に、彼を再び起訴した。一九五五年三月一四日、メリーランド連邦地方裁判所のトムスン判事 (Judge Thomson of the U. S. District Court of Maryland) は、連邦憲法修正六条の要求する迅速な裁判に違反するものだと判旨して、公訴を棄却した。そして、連邦最高裁 (United States v. Provoo, 350 U. S. 857) は一九五五年一〇月一七日、異口同音にこれを肯認した。

- (註3) Note, Dismissal of the indictment as a remedy for denial of the right to speedy trial, 64 Yale Law Journal, p. 1210.
 (註4) なお、田宮、前掲、警察研究三五卷三号四〇頁参照。
 (註5) Note, 64 Yale L. Journal, p. 1211.
 (註6) *ibid.*, p. 1212.
 (註7) Taft, C. J. in *Ponzi v. Fessenden* (Note, 64Y. L. J., p. 1214 の引用による)。
 (註8・9) Note, 64 Y. L. J., p. 1215.

3 わが国の判例に目を戻すと、ところで、その十年余の放置の原因については、第一審判決は「おそらく、当時しばらく送達不能になった相被告人らとの併合審理をするためだろうが(むろん―中略―放置の理由にならぬ)、のちに誤って全被告人について送達不能になっているものとして取扱われたらしい」と推定はこそすれ、不明にされている。憶測することが許されるならば、弁護人の上告趣意の指摘するように「事件が裁判所によって忘れ去られていた」ことによるものであろう。「検察官も起訴のしばなしでその訴追意思の実現に努力」した形跡は認められないとしても、この事例の遅延は専らそして積極的に検察官によってもたらされた迅速な裁判の阻止によるものではない^(註1)。裁判の遅延が専ら検察官の不当な作為、不作為によって創られたような場合であるならば、それが訴追の相当性に救い難い影響を与えうべきものであることは、ところで、みやすい道理であらう。

しかし、該事例は裁判所の寄与した遅延の場合である。それにも拘らず、第一審判決は「これにより訴追の相当性は救いがたい影響を受け」公訴の利益は失われるに至ったものと考えねばならないとして、この放置を(本来検察官の公訴に対する関係における問題である)公訴棄却の問題と解したのである。すなわち、いわば適式に提起された(と思われる)検察官の公訴が、その後の裁判所の寄与した異常な^{||}不当な裁判の放置という事情により、無効に帰せしめられているのである。

他方、上訴審判決は、これに対して、「その責任たるや、司法行政上のそれ」である（（＝高裁）、あるいは「場合に
より、係官の責任の問題を生ずるかもしれない」ものであるにしかすぎない（（＝最高裁））としたに止まる。すなわ
ち、ここに係官の責任とは刑訴法二七七条の規定する司法行政監督上の措置または裁判官弾劾法二条一号の場合の裁
判官の弾劾を指すものと解されているが、裁判の不当な放置はこのように係官の行政上の制裁の問題にしかすぎず、
訴訟法上の効果はないと上級審判決はいう。しかし、「司法行政上の措置は、そう度繁く使うわけにはいかないし、
げんにそれが発動されたという例をきかない。裁判の遅延がやかましい今日、最高裁がその担保方法だと宣言したこ
とが動いていない現状は、それが使用しにくいもので、かつ実効性のないものだということを証明している」といっ
てよいだろう。（注2）

（註1） なお、裁判長は公判期日を定めなければならない（刑訴法二七三条）。そして、その指定には、検察官・被告人または弁護人
の意見をきく必要はないとされている（山田・「公判開廷までの手続」法律実務講座・刑事編・六巻一一八九頁）。

（註2） 田宮・前掲・警察研究三五巻四号四頁。

4 裁判所の寄与した裁判の不当な放置の極限的事例において、では、公訴の利益なし（公訴無効）として、形式裁
判をもってその公訴を排斥しうべきものであろうか。

（一） 公訴の利益
そのことが肯定しうるためには、その前提として、すくなくとも、裁判の迅速が他者（（＝被告人））の利益からの命令
に基づく必要であること、そうだとして、さらに加えてその命令に違背した行為者の態度は非難されるものであるこ
と、非難に値する裁判の遅延を前にして、保護されるべきであったこの被告人の利益が刑法秩序維持（（＝実体的真実
発見））の国家利益よりも自己の優越性を主張しうべきものであること、がいえねばならない。すなわち、検察官の訴訟
制度の利用を制限し否定してまでも保護されねばならない、したがってまたその保護の要求を許容しなければなら

い程の優越する被告人の利益が発現していることがいえねばならない。

迅速な裁判は被告人にとってまた檢察官にとってさらには裁判所にとっても利益なことであることはいうまでもないであろう。他面三者に共通して、たとえば十分な時間をかけて慎重に事を進めることの利益にはつきりしているように、かえって迅速な裁判は不利益でありまた負担であるともいえよう。事実、すべての被告人が常に迅速な裁判を欲するとは限らない。むしろ迅速な裁判は檢察官あるいは裁判所の利益であることが多いかもしれない。しかし、わが憲法三七条一項は迅速な裁判を受ける利益を刑事被告人の憲法上の権利としてその保障を約束している。この意味において、迅速な裁判は憲法上の被告人の利益からの命令に基づく必要である。

この命令の各宛人は、ところで、誰れなのか。基本的人権を保障する憲法の諸条項は國民の人権を國家は侵さないとする國家と國民との間に取り交わされた約束の表現であったしまたあることは歴史的事実が証明する。したがって、その命令の各宛人は國家機關であり、檢察官はいうまでもなく、裁判所もまたその一人であることは多言を要しないであろう。すなわち、檢察官も裁判所も単に自己の負担において迅速な裁判の利益を放棄できるといえるものではないのである。

ところで、一般に裁判の遅延が問題になるのは、裁判所の事件の堆積によるそれであろう。しかし、「裁判所が現在の制度と陣容のもとで、相当の努力を払ってもなお事件が渋滞としていっているのは、司法制度そのものに内在する固有の情況だといってよい。そうすると、このいわば通常の事態で裁判の事務が展開していく過程を、迅速な裁判の違背という異常として、非難するわけにはいかない」^(註)である。では、いかなる場合に、迅速な裁判を欠いたとして非難することができ、また非難しなければならないのか。

この点につき、田宮教授は、まず被告人側の責めに帰すべき事由による遅延の場合には「迅速な裁判は問題になり

「えな^(註2)い」という。次に「迅速な裁判は、あくまでも被告人の権利であるから、被告人がこれをのぞん^(註3)で、いる、という実質的な事情」が必要である、つまり被告人側が真に審判の迅速を欲していたことが具体的に認定されねばならない、とする。そしてさらに、「具体的事情のいかんによっては、時の経過がすこしも被告人の不利にならないことがあ^(註4)るから、裁判所として公訴を棄却する場合には、現実の不利を認定しなければなら^(註5)ない」という。

確かに、被告人が現実^(註6)に不当な不利益に苦しめられているその状態のままでは、もはや「真実と合致したフェアな」裁判はのぞみうべくもない。したがって、その場合に被告人を放免することは刑事訴訟手続を支える公正に合致するといえよう。すなわち、被告人に与えてはならなかった、しかし、与えてしまった現実の不利益、苦痛のある以上、それを無視してさらに訴追を続けることの国家の利益は、その訴追の阻止を求める被告人の利益主張の前に、譲歩すべきであるとするのが刑事訴訟手続を支える公正と賢明であるといえるからである。

ところで、わが判例において第一審判決は、手続の遅延が被告人側の責めにもとづく真にやむをえない事情によるものでないことを説いてはいるが、事件は在宅起訴の場合であつて、被告人が真に審判の迅速を欲していたことを具体的に認定してはいない。また被告人の受けた現実の不利益も認定して^(註6)いない。迅速な裁判は被告人のための利益であるとするれば、それを被告人はその計算において任意に処分しえよう。しかし、憲法がその利益を刑事被告人の権利としてかかげていることは、被告人がその自己の利益を積極的に放棄しない限り、その利益はあるものと国家機関としてはみなければならぬことを意味する、といえないであらうか。すなわち、刑事被告人は迅速な裁判を欲していると推定される、といえないであらうか。また、十年余の事件の放置は、第一審判決のいうように、まさに極限的事例であり、異常な長期間の放置であるといつてよいであらう。そういう場合には、それによつて現実^(註7)に与えられた不利益をいちいち認定しなくても、被告人は不利益を受けたにちがいないと一般に推定されうべきものといえないであら

うか。あるいは、すくなくとも、不利益を与える高度の危険性の存することが肯認される、といえないものであらうか。

いずれにしても、われわれは右の論議から、「迅速な裁判」の違反があった場合に、検察官の訴訟制度の利用が拒絶されべきものであることを知ったであらう。そして、その拒絶は憲法上の要求である。すなわち、迅速な裁判の要求は、田宮教授が正当に説いたように、「一個の犯罪（公訴事実）についての訴訟遂行の迅速性が要求される。いわば訴追面の要求といつてよい。したがって、もし迅速にやらないというかしが生ずれば、これを補填するすべはない。公訴を棄却されれば、事件について迅速に追行しなかつたという判断が既判力をもつから、同一事件であるかぎり、その判断が規準性をもって永久に再訴をしや断することになる」^(註七)のである。また、田宮教授の次の指摘は重要である。すなわち、「現行法では刑訴三三八条四号を利用するのではあるが、それは違憲的に被告人の人権を侵害するから、公訴提起行為が無効になった、と理解するのである。しかし、公訴棄却は、わが国では一事不再理の効力はないと解されている。そこで再訴を禁ずるなら、むしろ免訴ではないかという反論があらう。訴訟を長期間遷延させることによって、国家は訴追の利益を喪失すると考へる場合には、とくにそうだらう。しかし、この場合の本質は、訴追の利益の喪失ということにより、憲法の保障する利益に訴訟が譲歩するところにある」^(註八)という指摘である。

なぜ憲法の保障する利益に訴訟は譲歩しなければならないのか。「迅速な裁判の利益が、実体的真実追及という利益に優越する場合には、刑事裁判は、まさに前者の利益の実現を自己目的としなければならぬ」^(註九)からである。実体的真実の追及は検察官の訴訟制度の利用の許与によって行われる。したがって、「迅速な裁判」の違背がある場合には、迅速な裁判を受ける被告人の利益が、検察官の訴訟制度利用を限界づけその許与を拒絶すべく機能する優越する

利益として、発現してくるといえるのである。

(註1) 田宮・前掲・警察研究三五卷三号三八頁。

(註2) 田宮・前掲・三五卷三号四三頁。

(註3) 田宮・前掲・三五卷三号四四頁。

(註4・5) 田宮・前掲・三五卷四号八頁。

(註6) だから、田宮・前掲三五卷四号二頁は「本件では最高裁の態度をジャスティファイできなくはない」という。

(註7) 田宮・前掲・三五卷四号一〇頁。

(註8) なお、田宮教授は、本文につづけて「しかも、免訴は三三九条の一号から四号までにその事由が制限的に列記されている。むしろ、類推を許すと解する説もあるが、公訴棄却の方に三三八条四号という総括規定がある以上、これを利用する方が合理的」であり、また理論的にも正しい、というが、この点についての検討は後述(本稿・第三章第三節)。

(註9) 田宮・前掲・三五卷四号七頁。

第六節 その他

(一) 起訴猶予相当が明白な場合

訴追力の低下現象は、微罪不起訴の場合にのみならず、また重大な結果を伴う事件についてもそれが起訴猶予される場合に観察される。その意味において、起訴猶予しうべき事由について、それが裁判所のレベルにおいても刑事訴訟を内面的に阻止しうべき要素といえるのか、以下において検討しなければならない。なお、ここに起訴猶予とは、所犯につき十分な嫌疑が存在し、また所犯軽微なものではないが、主として特別予防上起訴を必要としない場合に、その公訴を猶予するもの、と考えて進もう。^(註10)

ところで、起訴の段階にせよ、さらにはまた裁判所の段階にせよ、そもそも犯罪事実を否認しあるいは争っている被疑者、被告人に対しては、特別予防的な考慮は親しむものとはいえないであろう。したがって、被疑者、被告人が自認した場合に限られるといつてよいだろう。また、その考慮は、何をもって犯罪とするか、ということに対しては直接かかわりをもつものではないであろう。当該被疑者、被告人に対して、より正確にいえば当該事件の犯人に対して主としてその一身上の事情からして刑罰をもって彼に臨むことの効果に関しての考慮である、といえよう。その意味において、被疑者、被告人の犯罪行為、それ自身が請求のあるいは訴訟の対象として無価値なものであるというものではなくして、その犯罪行為を~~実行した~~その人に内在するあるいは外在する一身的な事由が、その本人に対する不訴追に味方するものである。

さらにまた、起訴猶予処分は、~~訴追官庁~~の時間と費用そして労働負担の軽減を直接的に意味するものでもない。否、むしろ、刑罰を課さずあるいはまた刑の執行猶予という有罪の烙印をおさずに特別予防の効果をあげうる更正保護の処置（これはもはや立法論の問題である）を予定した、起訴猶予とするのが相当であるか否かの判断である（それが望ましい）とすれば、そのための徹底的な調査の機会を必要とするだろう。それは、現行法の立前からは、期待することは困難なことといわざるをえない。

しかし、更正保護の措置の必要もなく、且つまた、特別予防上起訴の必要のないことが明白な場合が存することを~~見落せない~~。かかる状況は、ペーテルスも指摘しているように、とりわけ^{（重く）}激情犯あるいは過失犯の場合に出てこよう。前者の場合、例えば過ちを犯したわが子の命を自らの命と共に断とうと決意し実行に移した母親においてその愛するわが子の命は断ったが自己のその実行は失敗に終わった場合を考えるならば、後者の場合、例えば愛するわが子とその過失によって殺してしまった母親の場合を考えるならば、その婦人に対する刑罰は何らの報復力もまた贖罪力を

も持つものではない。また、威嚇作用の一般性あるいはその及ぼす影響の可能性も何ら与えるものではない。さらにまた、その母親に対する更正ということは一体いかなる意味をもつというのであろうか。何らの意味もないといわざるをえまい。そうであるならば、かかる者を起訴し、また被告人として、実体審理を最後まで進めて（通常かかる場合には被告人は犯罪事実を認めると考えられる）、処断刑の範囲内での有罪判決を言い渡すことにはいかなる意義があるというのであろうか。その不合理なことは多言を要し^{註3)}まい。

このように考へてくることは実体法的な考察態度であるが、ひるがえってこれを訴訟的に眺めるならば、右にあげた種類の事件はそもそも裁判の形式において適切に処理されうべきものであるのか、という問題が出てこよう。しかし、右の場合に、検察官の訴訟の利用を拒絶すべく機能する被告人の優越する利益の発現を観察できるかは疑問である。すなわち、右のような場合に、被告人の優越する利益からの命令に基づく必要として、つまり被告人が公訴、訴追に対してそれを阻止する自己防衛の楯としての意味をもつ訴訟障害が存在するかは疑問である。

しかし、起訴猶予の相当性が明白であり被疑者に刑罰を加える意義の存在しない場合の存することを承認するとすれば、その事件を裁判する意義もまた存在しないだろう。すなわち、裁判所としては検察官の訴訟の利用を許す意義の存しない国家の行為の完成に手を貸してやる必要はないであろう。裁判所は、したがって、そのような場合に、検察官の訴訟制度の利用を拒絶しうべき利益を有するといえないであろうか。このように考えることに味方するのは、ところで、検察官に対する裁判所の優位の思想である。いうまでもなく、検察官もその客観的信念ならびに法知識において裁判官と全く等しい法学修養を積んでいる。否、むしろ検察官の刑事学的専門的経験、したがって起訴猶予相当不相当の判断能力の方が裁判官のそれを凌駕していることが多いかもしれない。裁判官は、その意味においては、刑事手続に対する最も経験を積んだ最も専門に精通した参与者では必ずしもない、ということが實際いえるだ

ろう。しかし、この欠点は致命的ではない。より根本的なことは、起訴、不起訴の決定にあらわれるかもしれない檢察官の偏見と一面性の危険であり、正常な場合には重要な意味を持たないがその命令拘束性 (Weisungsgebundenheit) からでてくるかもしれない危険である。したがって、この危険性の故に起訴猶予の相当性判断における裁判所のそのの檢察官のそれに対する優位性を認めねばならない、とする思想である。

以上のように考えることが許されるならば、裁判所は起訴猶予の当、不当判断の最終機関として、(被告人の利益からの必要に基づくものであるとはいえないが) 右のような場合に公訴の利益なしとして訴訟の利用を拒絶しうべき地位にあるということができよう。すなわち、裁判所の利益としての檢察官の訴訟の利用を拒絶しうべき優越する利益が発現してくるといえよう。そして、被告人側としては、この裁判所の利益を自己のために活用することができらう。

(註1) 微罪処分との区別については、本稿第二章第二節3の(註1)参照。なお、平野教授は刑法二四八条は「犯罪の軽重のような主として一般予防的な標準から、犯人の性格・年齢・境遇など同様の意味を持つものを経て、犯罪後の状況のような主として特別予防的な標準に至るまで列挙し、必ずしも、そのどちらかを優先させていない」(平野・法律学全集・一二五頁)とし、「起訴猶予の標準についても再考の余地があると思われる。それは、本来は微罪に対する処分であって、かなり一般予防的な色彩の強いものであるべきではないかと思われる。——中略——。特別予防的な観点もむろん無視することはできないが、それは原則として特別予防上起訴の必要のないことが明白である場合、あるいは形式的に判断できる場合(例えば前科の有無など)に限られるべきであろう」(平野・犯罪者処遇法の諸問題・六四頁)という。しかし、用語法のレベルの問題としていえば、「起訴猶予」を「猶予」という語に相応させ、また「再訴を留保することによってその運用の妙を發揮」(中武・「起訴便宜主義」刑事訴訟法講座一・六九頁)させるべきものとすれば、一般予防的な見地からして最終的「不起訴処分」としての「微罪処分」と、一般予防的考慮に親しまないとみる方が自然である「猶予」という観念と結びついた「起訴猶予処分」とは判然区別されるべきであろう。

(註2) Peters, Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidung, ZStW, Bd. 68, S. 397

(註3) Ibid., S. 397 はこの点について「全く驚くわけではないが、実務はかかる例の場合、手続的にうまく合わせるように策を講じ

ている。すなわち、責任能力あるいは過失についての立証性の疑いを投じて、またそれを卒直に述べることによって、証明の問題で解決している。——中略——それは手続的に『十分な嫌疑』の否定による方法を意味している」という。

(註4) Ibid., S. 385

(二) 精神障害と少年

検察官の訴訟制度の利用を限界づけるべく機能する優越する利益の発現してくるのは上に述べてきたような場合にのみ限られるものではないであらう。

たとえば、被告人の精神に障害のある場合を考えてみよう。

犯人の行為時の精神障害は、実体的にすなわち責任を阻却する事由として把握されている。これを疑る者はいない。そしてこれが通説である。しかし、ここでの問題は、それが訴訟的意味をもちうべきものであり、訴訟障害になるのではないか^(註5)ということである。この考察態度に味方する根拠として、次のことがいえるからである。すなわち、およそ精神障害者は刑法的非難の各宛人たりえないとすれば、その者は刑法および刑事訴訟の領域内にいるものとはいえない。そうだとすれば、彼に対して公訴を提起し訴追することは可能ではあっても意味はないといわざるをえない。さらにまた、別の訴訟的評価からも、そのような彼に對する訴訟の停止あるいは阻止にもつていけよう。すなわち、そのような被告人は公判弁論において過去の出来事を秩序正しく再現しまた自ら評価する、つまり弁論において訴訟正義に適合した弁論をなしえない。したがって、弁論能力あるいは訴訟能力をもちえない、ということである。弁論能力^(註6)は被告人の事実^(註7)に即した自己弁論が可能であることを前提にしている。事件に對する態度決定は過去の出来事および事情の再生産的再現を意味する。当時のことの再生産のなかに現在のことがあるように、現在のことは再生産のなかに^(註8)おいて当時のことになる。当時のことはしかし訴追無意味であり、その再生産は被告人において不可能な

ことである。彼は再現しなければならぬ事情を正しく把握することもできないし、追想しながら当時の状態を評価判断することもできないのである。

したがって、精神障害の場合にも、形式裁判による公訴の阻止は考えられうるのでありまた意義のあることであるといわなければならない。しかし、被告人は検察官の訴訟の利用の拒絶を被告人の利益において許容されたその拒絶の責任を自ら負うものであるとすれば、弁論能力のない被告人はたして自己の利益の意味を理解し、かつまたその拒絶に出る訴訟活動に堪えることができるのか（訴訟活動ができないということが前提であったはずである）という疑問につき当る。事態は、ところで、全く失望しなければならないものではないだろう。われわれは弁護人の弁護活動に期待できるからである。しかし、だからといってわれわれは弁護人にすべてを頼るわけにはゆかない。と共に、被告人の訴訟手続からの即時放免に味方する理由のもつ意味を、さらにつつこんで、考えてみなければならない。すなわち、その意味するところは彼に対して通常の社会防衛手段としての刑罰を科することが無意味であるということであつた。したがって、彼を訴追することも無意味であるということであつた。この無意味な訴追によって、それにかかずらわねばならない裁判所の負担は、ところで、多大であろう。この無意味な訴追の拒絶に味方する利益は被告人のそれというよりも、むしろ裁判所のそれにあるといわねばならないだろう。また、刑罰を科すことが無意味であるということは彼を訴訟手続から放免しつばなしでよいことを、つまりその監護、治療・矯正等が必要であることの否定を決して意味するものではないだろう。否、むしろ実はその必要があればこそその議論だといわなければならない。^(註3)

右のこととの関連において、われわれは少年法の定める手続に注目しなければならない。すなわち、二〇才に満たない者（少年法二条一項）の刑事事件においては、検察官は必ず事件を家庭裁判所に送致することを要し^(四三法)、

家裁からいわゆる逆送（同法二〇条（同二条一項））された時に限って刑事訴追が許される（同法四五（条・五号））。しかも、その逆送は死刑、懲役または禁錮にあたる罪の事件で、かつ少年が現在一六才以上であることを要件として、家庭裁判所が罪質、情状にてらして刑事処分を相当と認めたとときに限って認められる。また、いったん保護処分（同法四四（条一項））を受けた事件については、刑事処分は許されない（同法四六（条））。このように檢察官の先議権主義を排し家庭裁判所にその権限を与えていることは、檢察官の少年事件起訴、不起訴決定に対する不適格性の宣言でもありといえよう。すなわち、少年事件についての檢察官の刑事訴訟制度の利用は、少年法により、一六才に満たない者の場合には許されず、一六才以上の場合には制限されている。そして、事件を刑事刑罰事件としてではなく保護事件として処理する。つまり少年の人格との調和をはかりながらいわゆる「社会化された手続（socialized procedure）」註4の制度の下で処理することが要請されているのである。換言するならば、訴訟外的手段方法によってこそ、少年事件に対する国家の利益（少年の健全な育成、非行少年の性格矯正および環境の調整）の効果的実現をみるものであることが認識され、承認されているということができるのである。すなわち、すくなくとも逆送されない少年事件においては、より効果的な訴訟外の手続があることによつて、檢察官の訴訟制度の利用は絶対されているといえるのである。この意味において、訴訟制度の利用によるよりも他の訴訟外の手続によつてより効果的な利益の実現が期待される場合に、われわれはまた「公訴の利益はない」ということができよう。しかし、この場合は被告人の優越する利益の発現の故に公訴の利益の否定される場合ではないことを認めねばならない。この場合に觀察される檢察官の訴訟制度利用を阻止する優越する利益は、むしろ裁判所のそれであるといえよう。すなわち、他により効果的なルートがある以上、より効果的でない訴訟制度の利用を拒絶することは、また訴訟経済を意味するからである。このように、右の場合の公訴の阻止は被告人の利益に基づく必要であるとはいえない。しかし、被告人側としては、この裁判所の利益を實際上活用できるであろうことは無視できない。

また、かくいうことによる公訴の阻止はその訴訟外の方法の充実、発展と不即不離の關係にあることを忘れてはならない。その充実発展が望まれる。

(註1) Peters, Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidung, ZStW, Bd. 68, S. 391.

(註2) 弁論能力 (Verhandlungsfähigkeit) と訴訟能力 (Prozeßfähigkeit) とは區別をねはならない(団藤・網要六訂版・九四頁)とされている。また、ドイツでも両者は異った意味で用いられるべきとされている。すなわち、訴訟能力を訴訟行為能力となし、弁論能力を「弁論についていきそれに対して自己の見解を筋を通して (vernünftig) 述べる自己弁護のできる精神的かつ肉体的能力」つまり意思能力となす (Peters, Strafprozeß, S. 203, 204; Hippel, Der Deutsche Strafprozeß, S. 274 註)。これに対して、平野教授は「弁論能力という別の概念は必要でない」(法律学全集・七二頁註(1))とするが、正当と考える。なお、本文で「弁論能力」という場合に、右のように法律概念的に區別された意味のものとしてではなく、単に事実的な意味で弁論をする能力という一般的な意味で用いるものである。

(註3) 現在では精神衛生法による純行政的な処分があるにすぎないが、これでは不十分である。刑法改正準備草案一〇条は保安処分を規定するが未だ現行法とはなっていない。

(註4) Mirian van Waters, The Socialization of Juvenile Court Procedure, J. Crim. Law, vol. 13, pp. 61.

(三) 親族相盜

直系血族、配偶者および同居の親族間のいわゆる親族相当の場合はどうか。

刑法は親族相盜の場合刑を免除する(刑法二四四条)。これにつき、かつて小野博士は、刑の免除の判決はいったん可罰性を生じたがそののちの事由によって科刑しない場合に限られるべきで、はじめから可罰的でない場合(親族相盜はこの場合に当る)には免訴の言渡しをすべきである(註1)と主張された。これに対して、団藤教授は「わたくしは、実体法上の評価として、犯罪は成立するが科刑しないという範疇をみとめている以上、両者の間に區別をみとめることに躊躇を感じる」としながらも、親族相盜について『法は家庭に入らない』という原則の一つの表現である

から、免訴で手続を打ち切ることと相当の理由がある^(註2)とした。そして、またこのように解するとき、かつて牧野博士の指摘した近親者とそれ以外の親族との間にみられる不均衡も救済されることにもなる、とした^(註3)。

おもうに、親族相盜の場合に免訴と考えることの基礎は次のことであろう。すなわち、まず、その場合には、小野博士の所説にうかがわれるように、そもそも訴追の利益はないとすることによる。しかし、「法は家庭に入らない」のは、法は家庭(＝個人)の利益を優先させ国家の利益の譲歩を要求するからであると解した方が自然であろう。また、もし訴追の利益が生来的にないとすれば、そのことの論理的帰結として無罪の実体判決の主張とならざるをえず、形式裁判による訴訟の即時停止へ導く根拠としては十分ではない。われわれは、訴訟の即時停止つまり検察官の訴訟制度の利用を阻止する実質的要素として、被告人の(あるいは裁判所)の訴訟に伴う不利益・負担のあるいはそれから免れる利益の発現を考慮しなければならない。ところで、刑の免除の判決は、有罪の認定はもらえても、刑が免除されることによってその執行はなしえないことを意味する。すなわち、検察官はたとえ訴訟制度の利用を許与されてもその利益主張は、親族相盜であることによって、その完全なる実現をこぼまれるのである。他方、検察官の訴訟制度利用の許与は被告人の応訴の負担と苦痛を伴うものであることはいうまでもない。裁判所についてもまた同様である。窃盜(刑法二三五条)あるいは不動産侵奪(刑法二三五条ノ二)を訴因とする公訴に対して、被告人と被害者が親族であることがその訴訟障害となるか否かは、いきつくところ右の検察官の訴追の利益と被告人の訴追から免れる利益(それはまた手続停止に対する裁判所さらには被害者の利益によってさらに強められるだろう)との較量においていづれを優先あるいは優越せしめるかの問題にかかわる。「法は家庭に入らない」という原則は後者の利益を優先せしめるものであるといつてよいだろう。すなわち、それは手続を即時に停止することに味方しよう。

また、免訴の形式裁判説に立つ見解の根拠は、免訴であればそれ以外の形式裁判と異って一事不再理の効力がでる

とすることにあらう。しかし、被告人と被害者との親族関係の存在は、ことの性質上永久に失われるものではない。そうだとすれば、免訴であらうと公訴棄却であらうと実質に大差はない。したがって、被告人側が親族相盜であることを事由として訴訟からの即時放免を希望しそれを主張してきた場合に、公訴棄却の形式裁判―刑訴三三八条四号を使って―をもって訴訟を終結しても不都合はないといえよう。かく解する場合にその他の親族の場合（この場合は告訴を待ってその罪を論ずる）との不均衡も救済されることになることはいうまでもない。

右のように親族であることが訴訟障害となると考えることが許されるならば、ここにおいても、検察官の訴訟制度の利用を阻止すべく機能する優越する被告人の利益の発現があるといわねばならない。

(註1) 小野・刑事訴訟法講義(全訂版・昭八)一七二頁・三八二頁。同、新刑事訴訟法概論(昭二三)一一八頁・一二三頁。同、刑法総論(昭二三)二二二頁等。

(註2) 団藤・「刑法と刑事訴訟法との関連」、刑法と刑事訴訟法との交錯一五頁。

(註3) 牧野・日本刑法(重訂版)下巻(昭一三)三六一頁。

(註4) 団藤・前掲・一五頁、註(21)。

Fehlen des "Strafklageinteresses"

— zum Rechtsschutzbedürfnis im Strafprozeß —

Dr. Hiroyuki Nose

Assistant, Juristische Fakultät
der Hokkaido-Universität.

Inhalt

Einleitung — Gesichtspunkt —

I. Kapitel : Das Rechtsschutzbedürfnis als allgemeines Verfahrensprinzip.

§ 1 Probleme.

§ 2 Die Entwicklung der Lehre des Rechtsschutzbedürfnisses.

§ 3 Das „Strafklageinteresse“, dessen Parallelität zum Rechtsschutzinteresse im Zivilprozeß.

Hauptteil — Entfaltung der Probleme —

II. Kapitel : Einzelfälle vom Fehlen des Strafklageinteresses

§ 1 Vorwort.

§ 2 In Beziehung zum Prozeßgegenstand.

§ 3 In Beziehung zum Beweis.

§ 4 In Beziehung zum ungerechten Ermittlungsverfahren.

§ 5 In Beziehung zum „speedy trial“.

§ 6 In anderen Beziehungen.

(oben erschienen in diesem Heft, folgende im nächsten Heft)

III. Kapitel : Zusammenhänge des Strafklageinteresses

§ 1 Mit der Funktion des Strafprozesses.

§ 2 Mit den Wertungskategorien der Prozeßhandlungen.

§ 3 Mit den Prozeßvoraussetzungen.

§ 4 Mit dem Strafklagerecht.

IV. Kapitel : Prozessuale Behandlungen im Fall vom Fehlen des Strafklageinteresses.

Schluß—zur Lösung der Probleme.

V. Kapitel : Die Aufstellung des Begriffes vom „Strafklageinteresse“.