



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公訴の利益（２）
Author(s)	能勢, 弘之; NOSE, Hiroyuki
Citation	北大法学論集, 19(2), 83-164
Issue Date	1968-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16104
Type	departmental bulletin paper
File Information	19(2)_p83-164.pdf



『公 訴 の 利 益』

(二)

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

(以上本誌前号)

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

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

1 前章で観察した諸現象はまさに刑事訴訟の場に発現して来る相対立し矛盾し合う諸利益の交錯現象であつたといえよう。われわれは、訴訟上の諸利益のシユパンヌング(Spannung der prozessualen Interessen)の姿をそこに見出し、つまりいかなる利益間のいかなるシユパンヌングであるかを見出し、それがいかに較量され調和されうべきかを問題にしてきた。すなわち、訴訟手続の過程においていかなる訴訟上の利益が、いつ、いかなる態様において、だれのための利益として発現してくるのかを問題にしてきた。そして、検察官の訴訟制度の利用を限界づけ、制限し拒絶しうべく機能する司法のとくに被告人の優越する利益の発現が観察されうべきことをみてきた。

その観察結果は、しかし、裁判所と検察官の立つ利益的基礎の同一性を前提とし、司法(『裁判所』)の機能あるいは目的が専らあるいは第一次的に実体刑法の確証したがつてまた実体的真実追及という国家利益の実現にあるとすることから、決して出てくるものではない。

その観察結果は、検察官と裁判所の立つ利益的基礎の非同一次性を前提とし、司法(『裁判所』)の消極的機能をつまみ国家(『検察官』)の刑法活動に対する制御機能^{コントロール}を重視する目的論的観察方法をとつたことによつて出てきたものである。

司法(『裁判所』)の機能あるいは目的をどのように把握するかは、したがつて、決定的な意味をもっているのではあ

る。右の目的論的觀察方法が正当なものであるか否かを検証しなければならない。その意味において、司法の機能あるいは目的について検討することに、以下、本節を当てよう。

2 まず、既判力をもつて訴訟目的 (die Rechtskraft als Prozeßziel) とみる見解がある。^(註1) この種の見解は、訴訟の終点 (Prozeßendpunkt) と訴訟の目的とを同視するものである。確かに、訴訟目的はいずれにせよ具体的な訴訟の終点にいたつて達成されるものであり、判決の既判力 (Rechtskraft) は具体的訴訟の終点である。しかし、檢察官 (そしてそれに対して被告人) が確定判決を求めて行為するのは、確定判決が訴訟の終着であるということのためにではないであろう。それだけでは、なぜ訴訟は開始されるのか、の間に答えられない。判決 (＝訴訟) それ自体が訴訟の目的であるとするところからは、訴訟のもつ意義は見出し得ないであろう。国家 (＝檢察官) は執行の債務名義を得るためには必ず訴訟により確定判決を得なければならない立場にある。したがつて、この訴訟外に存するものを得ようと欲するから、すなわち自己に帰属するだろう (争われる) 権利の最終的確定を欲するから、既判力 (＝確定力) ある判決をもつて終る訴訟を求めるのである。

(註1) Goldschmidt, prozeß als Rechtslage, s. 15 ff.

3 では、具体的事件を通して、この主観的意味での刑罰権を最終的に確定してやること (＝請求者の権利を保護すること) が刑事訴訟の目的なのであろうか。この種の見解は、刑事訴訟の目的を、(主観的) 権利の保護に (民事) 訴訟の目的を求めたあの民事訴訟法学に一代を風靡した権利保護請求権説とパラレルに、権利保護を付与すること (Rechtsschutzgewährung) にあるとする見解である。^(註2) 刑事訴訟学においてこの種の見解を主張したのはローゼンフェルトがそうであり、また、實際民事訴訟法学における権利保護請求権説の刑事訴訟法学への輸入を意図したヘーグレ

ル、^(註2)そしてボノットがそうであつた。したがつて、そこでは、ボノットのいうように^(註3)、「刑罰請求権の担い手としての国家は裁判権の担い手としての国家に対して権利保護請求権を持つ。(中略) 権利保護請求は刑事訴訟の領域では国家刑罰権に対してだけでなく、また被告人も不当な訴追からの保護を裁判所に求める権利を持つ。同様にまた被害者も保護請求権(Schutzanspruch)を有している」とされ、訴訟は権利者にその権利の保護を与えるための制度として把握される。主観的権利は、その是認保護機関を通して是認され、保護されてはじめて権利といえるのだが、そこでは、権利の実在性が前提されている。さらに、より決定的なことは、国家機関としての裁判所は同じく国家機関(両者の区別を明確に意識しているとしても)たる検察官の主観的権利あるいは利益の保護機関であることにあ
る。確かに、この種の見解は、何故に訴訟は開始されるのか、の間には答え得る。しかし、何故に主観的刑罰権の担い手である国家機関とは別の国家機関が訴訟を営為するのかの間には十分答え得るものではない。すなわち、何故に訴訟手続はあのように小やかましくそして制限的に規定されているのであろうか、という素朴な疑問に答えられないだろう。権利保護説は、その意味からして、訴訟の目的規定に対しては十分ではない。しかし、我々は、この種の見解から、何故に訴は起こされるのか、すなわち、公訴の目的の意味の本質的要素に対する示唆を与えられるだろう。しかし、公訴の目的と訴訟の目的とを混同してはいけない。この点は、はつきりさせておかねばならない。

(註1) Rosenfeld, der Reichs-Strafprozeß, 4/5 Aufl., S. 29. Aum. (1912).

(註2) August Hagler, Zur Stellung der Gericht im Strafverfahren : Festschrift für Karl Binding, Bd.2, (1911).

(註3) Maximilian Schuster von Bonnot, Die Gesamtrechtliche Bedeutung der Lehre von Rechtsschutzansprüche : Festschrift für Adolf Wach, Bd.3, (1913) S. 115.

4 権利保護説が Rechtsschutz の Recht (この場合とくに Strafrecht) の主観的側面の強調にあるとするならば、

その客観的側面の強調のもとに訴訟の目的観が現われてきてもふしぎではない。「ヘーリングもまた Strafrechtsschutzの観念を使用しているが、この観念は『権利保護』ではなく『刑法の保護』の意味に理解される。」^(註1)

かくして、具体的事件における実体刑法の実現 (Verwirklichung) あるいは確証 (Bewährung) あるいはまた維持 (Aufrechterhaltung) にあるとする伝統的通説的見解^(註2)が出現する。その説くところ説明の仕方は様々ではあるが、国家は自から制定した刑法秩序を維持し、その実効性あるいは妥当性を保障するために刑事訴訟を設けるとする見解である。そして、その実現あるいは確証は正しいものでなければならない^(註3)、あるいは正義を内容とするから、また実体的真実の発見こそ刑事訴訟の目的である^(註4)とされるのである。

(註1) 団藤「公訴権理論とその批判」刑法と刑事訴訟法との交錯、二八頁。なお Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht (1928), S. 1, 101, 272.

(註2) Beling, a. a. O., S. 22ff u. 281ff ; R. v. Hippel, Strafprozess (1941) S. 3ff, 313ff ; Kern, Strafverfahrensrecht. 2. Aufl. (1951) §1 ; Karl Peters, Strafprozess (1952) §2 ; Eberhard Schmidt, Lehrgang (1952) Nr. 16ff ; Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen (1950), S. 31 ; Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung, Grosskommentar, 21. neu bearbeitete Aufl., 1962, S. 42 ; Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre (1951) S. 7.

(註3) ショットスタット (Ulrich Stock, Das Ziel des Strafverfahrens, Festschrift für Edmund Mezger (1954) S. 429ff) は、それ(＝刑事訴訟の目的)は正しい応報 (gerechte Vergeltung) であるとして、その実現(＝実効性ある一般予防として特別予防)のために、訴訟の手続はいかにあるべきかを論じている。

(註4) 刑法の具体的実現、それを「刑事司法による正義の実現」とされるのは小野博士である。「刑事訴訟法の基礎理論」刑事法講座五巻九〇五頁以下。

(註5) 例えばニーゼ (Niese, a. a. O., S. 16, 110) は「訴訟の目的は真実と正義である」という、ヘーヴィンゲン・ローゼンベルグ (Löwe-Rosenberg, a. a. O., S. 42) は「訴訟の目的は何にもまして事実関係の解明すなわち真実の探究にある」という。ザウアーはまた「訴

訟は裁判官による法理念の形成である。」「訴訟における事実および法形成は、それが真実と正義に適合することによって、法理念自体に接近して行く」(Sauer, a. O., S. 3, 106) といふ。

5 刑事訴訟の目的観において、裁判所による実体的真実発見を基調としあるいは強調するドイツのそしてわが国の通説的立場は、裁判所と検察官との本質的な差異を否定する。すなわち、裁判所と検察官の立つ利益の基礎の異なるものであることを否定する。否、その同一性を前提にするものだといえよう。そして、裁判所の有する(あるいは有すべき)機能と検察官の有する(あるいは有すべき)機能は共に同一の積極的目的つまり実体的真実の発見(国家刑罰権の発動)に向けられている。したがって、ここでは、司法(裁判所)のもつ消極的機能は見出し難いであり、検察官の当事者性と裁判所の第三者的消極性は否定されるのである。そして、刑事訴訟における「訴訟」形態は単に被告人の人権の保障に必要な限りにおいて意味を与えられているにしかすぎない。^(註2)そこにおける被告人の人権の保障は、そのためには実体的真実を捨てなければならぬ事態が生じてくることを予想するものではないし、またそのような事態にあつては実体的真実を捨てても人権の擁護をはかろうとするものでもない。そこにあつては、だからまた、被告人の人権の保障それ自体がまさに実体的真実の発見によつて担保されるという論議も^(註3)でてくるのである。被告人(＝個人)の基本的な人権の確保という利益と実体的真実発見という(＝公の)利益とは実質的に相矛盾する契機であることは経験的に明白である。互に相矛盾する契機を同程度に満すなどということは空論であり、どちらか一方の要請に重点を置かざるをえない。その意味において、裁判所(＝司法)と検察官(＝国家)の利益の基礎の同一性を前提にする限り、実体的真実発見の利益が、個人の利益に常に優越するものとして、司法を支配するものとするのは自然である。

しかし、わが現行刑事訴訟法は、裁判所と検察官の手続を切斷し、職権主義的な訴訟構造を捨てて当事者主義的構

造をとつてゐることを知らねばならない。すなわち、平野教授が正当に指摘してゐるように、「裁判所の判断者としての性格は純化され、その探究者としての性格はほとんど消滅」してゐるのである。^(註5) この経験的に観察し確定しうる事実は、裁判所と検察官の機能の相違を認識させ、また両者の基づく利益の基礎の同一性を疑わせしめる。そして、さらには、まさに相異なるところのそれが奉仕すべき目的を観念せしめるのである。かくして、ここに、国家の利益を代表するのはあくまで検察官であり、刑事訴訟(司法つまり裁判所)の機能は刑法秩序の維持にあるのではなく専ら被告人の人權の保障を目的とした国家権力に対する抑制にのみあるべきである、とする訴訟観が唱えられるのである。^(註6)

(註1) ドイツにおける通説は、検察官の当事者性、したがってまた裁判所の第三者の消極性を否定する。そのいうところは、刑事訴訟の構造が決して当事者主義をその本質とするものでないとするいづれも最近の代表的学者と目されているヘンケル、エー・シュミットそしてペーテルスの教科書のその説とくろをきけば、はつきりするだろう。

まず、ヘンケルのいうところ (Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953) から聴いていこう。ヘンケルは、次の三点を論拠にして真の(=民事訴訟でいわれる)意味の当事者主義および当事者概念の刑事訴訟における存在を否定する(§ 121ff)。その第一点は、真の当事者であるためには当事者の法的地位の平等性(武器の平等性(Waffengleichheit))が少なくとも必要であるが、刑事訴訟における検察官と被告人の法的地位は平等ではなく、明かに、検察官のそれは被告人のそれよりは上位にすえられている(übergeordnet)ことである。すなわち、両者の不平等にかかわらず平等とすれば、強力な当事者の主張だけが真実とされ、実体的真実発見の目的に適合するものではないというわけである。(その第二点は)真の当事者手続であるならば当事者支配性(Parteiherrschaft)が存するが、現行法はそれを認めていない。また、被告人にも認諾は認められないし、場合によっては真実の発見のために強制処分の客体にもなる。それはなぜかといへば、実体的真実は害されてはならないものであるからで、不完全な真実発見が被告人にとって不利になる場合は決して少なくはない、という点である。(第三点は)、現行法では、両当事者の対立的な追行は考えられないということである。すなわち、検察官は被告人に不利な事情のみならず、有利な事情をも探して、それを提示しなければならぬ義務を有するものである。そして、この裁判官と全く同一である検察官の真実発見の義務はしたがって検察官の非当事者の地位を義務づけるものである。以上彼の否定説では、実体的真実発見という訴訟目的(§ 96)が前面に出

されることによって、真実発見の義務が裁判所に、また同様に、検察官にあることが強調され、その当然の帰結として当事者主義の後退が余儀なくされるのである。そこでは、検察官の独立性、そしてその上に立ったその独自の訴追活動は完全に否定されている。なぜそうなのかは、民事訴訟における「訴」と刑事訴訟における「公訴」の意味とその作用に関して、その述べるところを聞けば、はつきりするだろう。いわく、「刑事訴訟の公訴(Anklage)は民事上の争訟の訴(Sage)と次の点においてだけ共通性をもつ。すなわち、それによって裁判所はその審査と態度決定を義務づけられるという点である。そのことを除けば、しかし、両訴訟の訴訟対象の相違によって公訴と訴の意味ならびにその作用は完全に相違する。訴の提起によって開始される民事上の争訴手続においては、その訴において、真実であるとして証明しなければならぬ準備をつくした主張(eine fertige Behauptung)をなす。そうでなければ原告は敗訴することになる。捜査手続が公訴提起に先行する通常の刑事訴訟では、公訴はある犯罪行為の準備をつくした主張を何ら表現するものではなく、単に特定人に対して成立するある犯罪の嫌疑(Verdacht)だけを述べるものにしかすぎない。それは、嫌疑ある人の有責な行為を犯したことの蓋然性の仮定(Annahme)を根拠にしている。このことに対応して、裁判官の手続における(im richterlichen Verfahren)原告の任務は提示した主張を正しいものであるとして証明することにあるのではないであって、むしろ、訴のなかに述べられる嫌疑が当該事件の裁判官による取調べ(Untersuchung)に当たって根拠の十分にあるもの(stichhaltig)として証明されるかどうか、すなわち蓋然性の仮定が固まって真実の認識になるかどうかの審査に協力する(mitwirken)ことにある。公訴提起者の行動性向(Tätigkeitsrichtung)のなかに存するものは、主張されたところのことが行なわれたとして証明すること(etwas, was behauptet wird, als geschehen nachzuweisen)ではないのであって、「およそ行われたことからの確定とその弁論において助力すること(mitzuhelfen bei der Feststellung und Erörterung dessen, was geschehen ist)なのである」(S. 114)と。すなわちかかる理解を前提とするからである。

ニー・シュミット(Eh. Schmidt, Lehnkommentar, 1952)も同様である。すなわち、「検察官は、被告人に対しては、常に国家権力を賦与せられた官庁として止まり、その訴訟上の利益(prozessuals Interesse)は被告人のそれと全く比較することはできない。当事者(Partei)ということは、裁判所の前に現われる権利主張者(Rechtsnehmende)が、国家からみて等しい価値平面(gleiche Wertebene)上に存する利益を主張する場合に、はじめて語られることにすぎない。刑事訴訟の場合の事情は異なる。検察官は、まさに裁判所、自体と同様に、真実探究と正しい判決の発見(Ermittelung der Wahrheit u. Findung eines gerechten Urteils)に利益を有するのであり、したがって必要とあれば、被告人のためにも行動しなければならない。被告人に対しては、彼が刑事訴

訟において真実と正義のためにのみ争うということを期待する者はいない。すなわち、被告人については、国家の刑法上の違法な結果を作り出す侵害から、その個人的自由(Persönliche Freiheit)に関してその有する利益が比較できるものではない(inkommensurabel)ところ者(S. 62, S. 63)「訴訟対象(Prozeßgegenstand)に関してその有する利益が比較できるものではない(inkommensurabel)ところの権利主張者が裁判所の前に立つ場合に、これを実体的当事者(materielle Partei)とか形式的当事者(formelle Partei)とかいうことは全くいうことはできない。権利主張者は、権利を保障する裁判所(rechtsgewährendes Gericht)と、その訴訟上の役割において同じくするものではないというごくあたりまえの事実を述べるものとしての(したがって不必要な)表現であるとするならば、そのことはなおさらである」(S. 63)「また「当事者」ということは、刑事訴訟においては、刑事訴訟の構造に関する理由からしても語ることはできない。真の当事者は、この紛争を裁判する裁判所の前で争う。しかしまた、協定を結ぶ可能性もっている。なぜならば、紛争の対象(Streitgegenstand)に関する当事者の利益は平等な価値平面に存するからでもある。民事訴訟ではそうである。そこでは当事者は互に、判決裁判所の前で(vor dem erkennenden Gericht)弁論(民訴法一二八条)そして準備書面を互に交換する(民訴法一二九条)。そこで和解(Vergleich)すなわち、判決手続における訴訟形式において締結される私法上の契約による紛争の解決が可能であり、またそれを好む。それらすべては真の当事者としての地位および民事裁判所の前で争訟する者の機能に合致する。しかし、何にもまして、刑事訴訟においては事情は異なる。原告および被告は裁判所の前で「相争うものではない。むしろ裁判長が、その取調べ、計画にしたがって、原告と一緒になつて、また同様に被告と一緒になつて、すなわち、前者に対して発問すること(Fragen zu stellen)によつてまた後者に対しては聴取する(vernehmen)こと(刑訴法二四三条二項、三項)によつて審理する。原告および被告人は、互に論争をかわし合うパートナー(Streitgesprächspartner)ではないのである、基本的にはその論述をもつて裁判所に問い合せている(sich an das Gericht wenden)者なのである」(傍点筆者)。(S. 63, 64.)それは「あらゆる訴訟に關係する國家機關の目的が実体的真実の探究にあるから」である(S. 151)。彼はここでもさらに言葉をつづけて、実体的真実の追求、それは糾問訴訟から得たものだが、決して後退を意味するものでない。ただ十九世紀の改革された訴訟がさらにそこから得た大きな進歩は、この実体的真実の探求を司法形式に合致した仕方であつて auf justizförmiger Weise 進めねばならないということであるとする、すなわち、この「すべての關係國家機關の実体的真実に対する義務はドイツ刑事訴訟の法倫理的内容を規定するものである。(中略)檢察官が一面の当事者性をもつて被告人たる市民と戦うという目的のために、國家的權威と權力を檢察官に委ねるとすれば、それはまさに實際非倫理的(unethisch)であらう」(S. 152)からである、と。

さらに、また、ペーテルスは次のように述べて当事者訴訟を否定する (Peters, Strafprozess, I. Aufl., 1952)。すなわち、彼は、まず、民事訴訟上の法律関係と刑事訴訟上の法律関係とは根本的に異なること、つまり、前者は三面的 (dreiseitig) であるのに対して後者は二面的 (zweiseitig) である、とする (S. 80)。それはなぜかといえは、当事者間の紛争 (Streit) ということが、刑事訴訟においては、民事訴訟に反して、本質的な問題ではないと考えるからである。すなわち、「民事訴訟においては一つの権利紛争 (Rechtsstreit) に関する。二人の同権的 (Gleichberechtigtes)、相争う対立者が国家機関すなわち裁判所の前に立つ。刑事訴訟は、国家がその機関を通じて一個人に関して事実関係を解明し判断を下す、一つの手続 (Verfahren) である。民事訴訟に反して、刑事訴訟にとって紛争は本質的なもの (wesentlich) ではない。刑事訴訟手続は、被告人欠席のまま (事故の場合、検挙できない場合) でも、出席せる被告人が国家機関と一致して裁判を志向している場合でも、何ら紛争なくしても遂行され得る」(S. 80) と。そして、したがって「このように、刑事訴訟において成立する法律関係は、国家から被告人へ、逆にまた被告人から国家への関係であるから、当事者訴訟の概念は刑事訴訟には適合するものではない。国家課題 (hoheitrechtliche Aufgabe) の担い手としての、つまり司法機能の所有者としての国家は当事者 (Partei) とみなされ得ない。そのことは、国家機関についても全く同様にいえる。なぜならば、被告人に対立するのは国家機関なのではないのであって、まさに国家であるからである。国家機関、なかんずく、検察官はその固有の基礎をもった法的地位 (die eigenbegründete Rechtsstellung) を有するものではない。その機関を通じて国家が語っているにすぎないのである」(S. 81) とする。そして、さらに、しかしそのように考えることによって被告人の法的地位の保障は何ら侵されるものではなく、むしろ当事者訴訟の概念は、逆に、刑事訴訟にとって危険なものであり、またそれを曖昧にする (verdunkeln) ものである、とする。なぜならば、まず、当事者訴訟の概念は、武器の平等 (Waffengleichheit) の考えとなるが、両者の武器は決して平等でなく、強力な武器の前に被告人はまさに実際危険に脅かされることにこそなる、と共に、また当事者訴訟の概念は検察官のもつ真実を追求しなければならない義務、したがってまた被告人の利益をも代表 (wahrzunehmen) しなければならない義務を曖昧にするものであるからである (S. 81) とする。

以上、当事者訴訟を否定するドイツの最近の代表的学者三人の述べるところを見てきたが、かかる主張は、彼等三人に限られるものではなく、古くからも、たえず、その消極論者によってくりかえされているところである。なお、消極説として最近のものでは、他は Dahm, Deutsches Recht (1954), S. 641; Bader, NJW, 1949, 737ff.; Niese, DRZ, 1950, 47; Schöнке, DRZ, 1950, 436; Eh. Schmidt, MDR, 1951, 11f; Stock, Grundriss, S. 200ff. などがある。

しかし、ドイツにおいても、検察官の当事者性と裁判所の第三者性を強調する見解があることを見逃せない。すなわち、時代は古くなるが、かつてミッテルマイヤーが強調したのはその点である (Mittelman, Die Parteilichkeit der Staatsanwaltschaft im Reformierten Deutschen Strafverfahren, 1897)。ミッテルマイヤーはいう。「刑事訴訟は、客観法の確定 (Feststellung des objektiven Rechts) と、個々の法律関係において客観法の貫徹 (Durchführung) の保証 (Gewährleistung) のための法的手続であり、したがって、その目的と本質は民事訴訟のそれと一致する」(S. 85)。「たとえば、法定性 (Legalität) とか歴史的眞実とかいった刑法において国家に与えられる、そしてまた訴訟において実現される、その他のすべての任務は、その保証のために訴訟を必要としない」(S. 85)。「客観法に嚴格に従った刑法の実現は国家の利益である」(S. 86)。「刑法の訴追は国家の任務である。その訴追は、しかし決して客観的利益、つまり国家刑法のなかに存するそして刑法の形成を左右する客観的な利益を提示するものではない。刑法に存する国家の利益は生活利益の評価 (Wertung der Lebensgüter) である。その点においては個人の利益と全く同様である。ただ、刑法の場合は、国家はその利益を全体 (Allgemeinheit) を顧慮して評価しているにすぎない」(S. 86)。「その利益の追及はその性質からして一面的 (einseitig) である。そういうのは単に人間の不完全性の故に利益を一面的にししかみれないということだけでもとづくものではない。その利益の追及に対しては、生活利益の評価計算においてその人なりの仕方をする相手方 (Gegner) が常に対立するものである」(S. 88)。「裁判官が国家の唯一の代弁者あるいは刑法における国家利益の唯一の提示者であるとすれば、彼はこの一面的な法の力 (einseitige Rechtsgewalt) を代表しなければならなくなる。しかし、われわれは裁判官にその一面的な法の力を与えてはいけない。それを代表すべき者としてわれわれは裁判官から独立した訴訟主体を定立しなければならない」(S. 88)。すなわち、検察官は国家利益の一面的あるいは一面的な主張者なのであって、裁判所は「国家の利益主張の監視 (Überwachung der Interessensvertretung des Staates)」のための機関 (S. 89) でなければならぬ。他方、被告人には「その行為が合法であることの主張に基づく刑罰からの自由 (Freiheit von Strafe)」(S. 89) がある。「それは個人のもつ主観的権利である。すなわち、法の範囲内で自由な活動をする権利」であり、「それが故に、被告人も独立した当事者として訴訟によりその保護を求めうる」のである (S. 90)。したがって「刑法法律関係は民事上の法律関係と同様の形態の利益関係 (Interessensverhältnis) にある」(S. 85) のであって、「われわれは (実体的) 法律関係に利益を有しない裁判官 (der an dem Rechtsverhältnis uninteressierte Richter) を絶対的に必要とする」のである (S. 86)。「刑罰請求権を処分するのは検察官だけである。すなわち、検察官は刑罰請求権を公訴において取り上げ、そして判決によってそれは確定される」。

「検察官が訴訟において裁判所および被告人に対して一面的 (einseitig) であることが忘れられている」(S. 197)。右のように、ミッテルマイヤーにあっては、国家の刑罰権力と裁判権力との分離の主張、そして裁判所の第三者性と検察官の当事者性の主張が、同じく国家機関ではあるが裁判所と検察官の立つ利益的基礎の非同一性の強調によって、展開されているのである。

(註2) わが現行刑事訴訟についての所説に限ってみるなら、右にみたドイツの諸学者の所説と通じる見解があり、そしてそれが通説であるというて良いだろう。

通説の見解として、まずあげねばならないのは、小野博士のそれであり、また、団藤教授のそれである。小野博士は「私は、刑事訴訟法において刑事司法による正義、刑法の適用による国民的道義の維持、その線における公共の福祉の確保という国家的・国民的な目的が基本でなければならないと思う。その意味で超個人的・超人格的な原理が基礎となっている。国家がいかに民主主義化し、自由主義化しようとも、この基礎は否定されない。刑事訴訟法におけるこの超個人主義は職権主義となつて現れる。すなわち、警察および検察官が職権によつて犯罪を捜査し、公訴を提起すると同時に裁判所も亦その職権によつて手続を進め、『事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現する』ことに努力しなければならない(『刑事訴訟法』(『刑事訴訟法』講義第五卷刑事訴訟法(九)「しかし、刑事司法における正義は刑事司法による正義を目的としながらも、その手続において二二頁、九三頁。なお傍点筆者)「しかし、刑事司法における正義は刑事司法による正義を目的としながらも、その手続において個人的自由を保障しなければならない」(同九三頁。傍点筆者)。その意味において、すなわち、基本目的とは矛盾する(博士はその矛盾性を明言する。九二二頁)が、同じく実質的目的として競合して刑事手続に存在する目的である個人的自由を不当に害してはならないということの意味において、刑事訴訟も手続の「訴訟的」構造を要請し、また現行法はその当事者訴訟構造を強化しているのである、とする。刑事訴訟の構造を以上のように把握するのは、博士が民事訴訟のそれとを比較して、次のような理解の上に立つからである。すなわち、「民訴においては、その訴訟の目的物は私法上の権利である。それは個人と個人との関係であるから、均衡的正義の理念によつて支配される。その権利関係を確認し又は形成する手続においても、原告と被告とは、いずれも一人として対立する。国又は公法人が当事者である場合もあるが、その場合にも、私権の主体としては対等であり、訴訟の当事者としても全く対等でないければならない。当事者が自己のために攻撃・防禦するのが民訴である。すなわち、そこでは、実体的にも手続的にも均衡的正義と当事者主義とが透徹している。勿論、苟しくも国家の司法である限り公共的関心にもとづく職権的な作用のあることを否定できないが、それはむしろ補充的なものであつて、根幹はあくまでも当事者主義である。然るに、刑訴においては、その訴訟の実体は刑法上の関係であり、犯罪を原由とする刑罰権である。それは全く公法的な配分的正義の問題である。そこから、手続の

性格も民訴と異らざるを得ない。檢察官は國家の機關として公益のために訴追を行うのである。それは『公訴』である。檢察官は『法の正當な適用を請求する』ものであって、被告人の正當な利益を保護することは、亦その職權である(檢察官も亦國民である限り、正當な裁判を受けることに異存はない筈である。ただ、しかし、現実においては原告たる檢察官と被告人との間に利害相反することはこれを認めなければならない。ここに刑事手続が訴訟の構造をとる理由がある)(同・九)。しかし、刑事では民訴と異って、訴訟物についての当事者の処分、すなわち、和解、請求の認諾又は拋棄を認めない。また、民訴では、訴訟の運命は当事者の訴訟追行によって決定されるが、刑事では、たとえ自白された事実であっても、裁判所は必ず証拠によって認定しなければならない。これは、あくまでも客觀的証拠によって『事案の真相を明らかにする』ことを目的とするからである(刑事)。いわゆる実体的眞実主義である。同時にそれは、裁判所がその職權によって眞実の發見に努力すべきことを意味するのであって、職權主義がその基底にあることは明らかである」(九三三頁と。傍点筆者)。

團藤教授の説かれるところも、その軌を一にしているものであるといえよう。いわく、現行法では「訴訟は原則的に當事者の攻撃・防禦によって進行し、職權主義はむしろ補充的なものとされた」(網要六訂版、七四頁)。「しかし、刑罰權の実現は、もともと、國家的な問題である。むろん、國家機關としての檢察官が原告官となつて、國家としての立場から公訴を遂行するものではあるが、審判の主体としての裁判所もまた國家機關であつて、刑罰權の実現に積極的な関心をもちなければならぬのは當然である。かようにして、刑事裁判については、職權主義は本質的なものであるといわなければならない。新法では當事者主義が強調されることになったが、その背後にはつねに職權主義がひそんでおり、必要なときにはそれが表面にあらわれてくるのである。表面だけの考察によつて、當事者主義が職權主義の内容を當事者主義の形式に盛つたものだといふことができる。かようにして、また、刑事手続における當事者訴訟の構造は、單に被告人の保護を目的とする技術的當事者構成だともいえる。しかし、そのことは、當事者が実質的な利益の對立の關係にあることを否定するものではない」(同・七)(五頁)。「しかし、『檢察官と被告人との對立は、いわば全体と部分との對立である。そこに民事訴訟との本質的な差異があり、したがつてまた、いわゆる『刑事訴訟の民事訴訟化』には、おのずから限度がある。ことに訴訟物の処分を許す當事者処分主義をみとめることは、刑法そのものに、いわゆる私法的見解をもちこむものといわなければならない」(同・七)(六頁)と。

(註3) たとえば井戸田・「刑事訴訟における當事者主義について」司法研修所創立十周年記念論文集・下・刑事編・二一六頁以下。

(註4) 小野・前掲・九二三頁はその矛盾性を明言する。

(註5) 平野・刑事訴訟の基礎理論・七頁。教授はいう。「現行法では、いわゆる起訴状一本主義がとられ、起訴のときは起訴状が提出されるだけで、証拠は提出されません。裁判所は、よくいわれるように白紙の状態で公判に臨むのです。公判廷でも原則として当事者が提出する証拠だけを調べるのですし、証人の尋問も主として当事者が行います(現行刑訴法三〇四条によれば裁判長の尋問が原則になっていますが、これは現行法制定当時、当事者、とくに弁護人が尋問に慣れていないという特殊事情によるもので、まもなく実際上は当事者尋問が原則になり現在にいたっています)。裁判所は、原則として検察官の探究の結果が正しいかどうかだけ判断します。みずから新しい事実を探究することはないのです」。

(註6) 三宅・「刑事司法の機能についての一つのメモ」司法研修所報二六号五四頁以下、二七号八八頁以下、二九号五七頁以下。三宅裁判官はいう。検察官は「刑罰権の主体たる国家権力の代表機関として、刑罰権の存在および範囲の主張をするものである」。「このように検察官が直接的に国家権力を代表する立場であるのに対して、裁判官は、それが国家機関の一つでありながら、国家権力のあり方を批判する使命をもち、国家権力に対してコントロールを加える立場にある。刑事司法において、それは、国家が国家権力のあり方を裁くという国家の自己批判的機関である。(中略)。検察官の任務が社会の秩序の維持(国家権力の利益擁護)にあるのに対して、裁判官の任務は法秩序の維持(国民の人権の保障)にある。そもそも国家の訴追機関である検察官とは別個の国家機関である裁判官が裁判するというのも右のような奉仕する目的の相違、すなわち裁判官による国家権力からの人権保障という目的の確保に基因している。それゆえ、もしも検察官と裁判官とは形式的には別個の機関としても、その間に本質的な差異を認めず単に社会的分業に基づく役割の相違とするならば、したがって同じ目的に奉仕するものと考えるならば、司法における国家権力からの人権保障、すなわち公正な裁判は期待しえないであろう。司法の意義はまさに裁判官が、国家権力に対する抑制作用という、検察官の機能とは質的に異った目的をもつて人権の保障に公正な裁判を行うところにあるのだから。」(二九号五九頁)と。すなわち、国家権力の利益を代表するのはあくまでも検察官のみであって、裁判官にはそのような性格は全く与えられていず、刑事訴訟の機能は刑法秩序の維持にあるのではなく、端的に被告人の人権保障を目的とした(二六号六四頁)国家権力に対する抑制にある、とするものである。しかし、刑事訴訟を通じて、実体刑法の实效性が保障される、あるいはその妥当性が表示されるという機能が現実的に刑事訴訟の場において営まれる事実は見落されるべきではない。また、経験的に観察できる事実としての刑事訴訟の機能と、いかなる目的あるいは利益のために機能すべきかという理念として観念された刑事訴

訟の機能との区別は認識していなければならない。後者の意味において、われわれ三宅裁判官の主張を傾聴しなければならない。かような刑事訴訟観は、既に夙に井上教授によって説えられていたところでもある。すなわち井上・「刑事訴訟法の基礎」はいう。「実体的真実発見主義とは信仰以外のなにものでもありません。(中略)われわれの裁判手続は、裁判手続たる以上つねに実体真実の発見に寄与していることは当然のことであります。ただいかなる制度の下において実体真実の発見に貢献すべきかということだけが考えられなくてはならない点であります」(六八頁)。「刑事裁判を裁判という形でチェックしなければならなかったのは、人権保障のみが唯一の理由であります。人々が糾問手続を許し難いと考えて、裁判という枠にはめ込んだのは、かように人権保障のみが唯一の理由であったのであります。十人の処罰を免れしめても一人の人権を保障しようという啓蒙的約束の中に近代裁判の意義は存在します。そのためには思い切って当事者訴訟に転換しなくてはなりません。そうならば、旧来の如く、事件が審判の対象であって、被告人の防禦方法さえ十分考慮すれば、裁判官は、自由自在に、何が真実であるかを探し廻れるというのでは、折角の転換も全く意味をなさなくなります。刑事裁判は、訴訟たる限り、裁判所を判断者たる地位に後退せしめる必要があります。訴因に掲げられた事実以外、実体を探し廻れないことであります。もし裁判所が実体を探し廻ったのでは、裁判官も実は検察官と同じ系列に属してしまいます。それでは、裁判官も検察官も、本来なんらの区別もなく、たんに伝統を尊重して、そのみによって訴訟という機構を設け、じつは刑罰権の行使という——本来行政処分たる——国家目的を遂行しているということになってしまいます。検察官こそ、国家機関として、その刑罰権の主体であると考えます。そしてその行使という行政処分をチェックしコントロールするために裁判という制度を必要とするものだと思えるべきではないでしょうか。だから裁判所は、まさに司法権の主体として、検察官とははっきりと区別され、最後まで判断者たる地位にとどまらなくてはなりません。こうなつてこそ、刑事裁判も文字どおり訴訟たり得る理由があると思ふのであります」(九〇頁、九一頁)と。

6 確かに具体的訴訟を通じて実体刑法の実効性あるいはその普遍妥当性が表示される。しかし、刑法秩序維持の直接のそして最高の責任者を検察官だと観念する以上、刑事訴訟が刑事訴訟制度として存立しているのは実体刑法の実効性の表示に積極的に寄与せんがためではない、といわなければならないであろう。

検察官は国家の刑法秩序維持の最高のそして直接の責任者であつて、実体刑法の実効性の表示を求めて、自己に帰

属するだろう刑罰権の確認のために（『実体法的利益の実現のために』、具体的訴訟においては訴訟対象を設定し、それを訴追する訴訟上の利益あるいは権能を有する。つまり、国家権力の利益（『刑法秩序維持』）を専ら代表し、また現実の訴訟の場において訴訟主体として、その利益を訴訟対象化し、その自ら設定したテーマについて立証し、立証の有無について裁判所の判断を求める訴訟上の利益を代表し主張するのは檢察官だけなのであつて、裁判所には、同じく国家機関ではあつても、かかる性格は与えられているものではない。裁判所は、国家権力からの利益の主張に對して、それを制御する^{コントロール}という消極的な地位にあるといわなければならない。制御するまた制御しなければならないということとは、ところで、国家権力から主張される利益に對して、それに対抗しかつ優越する利益の存在が予定されていることを意味する。具体的事例において、對抗する利益が国家権力の側からの利益よりも優越する場合には、その前者の利益の保護あるいは実現のために刑事訴訟の制御作用が機能することを意味する。すなわち、その場合には、かかる国家権力の利益に優越する利益の実現ということが、まさに刑事訴訟の自己目的なのであり、その利益の前に国家権力は自己の利益主張の貫徹をなすことができなくなる、といわなければならない。かかる利益の源泉は刑事訴訟を国家権力に對する制御のための制度となさしめた国民（『個人』）の基本的人権（『利益』）保障の思想であり賢明さである。すなわち、被疑者、被告人とされる個人の人権（『優越する個人利益』）の司法手続による保障ということにこそ裁判所はその存在理由をもつているのである。この意味において、刑事訴訟はまた国家権力からの攻撃に向つて被告人が自己の人権あるいは利益を防禦しうべき被告人のための砦だといわねばならない。もはや、必罰主義は放棄され、被告人はその自己の砦において自己の利益のために檢察官の不当な公訴、訴追に對してそれを攻撃し、それを阻止する訴訟上の利益の、したがつて裁判所に對して檢察官の不当な公訴、訴追の制御を請求しうべき訴訟上の利益の担い手たる独立した訴訟主体（『訴訟当事者』）だといわねばならない。

第二節 法的評価の範疇との関係において

1 前章において、われわれは、検察官の訴訟制度の利用を限界づけ拒絶すべく機能する優越する利益のとくに明文規定の間隙における発現が観察される場合に、公訴は「無効」であるとの判断が下されるべきであると考えてきた。すなわち、公訴を無効として、公訴棄却の形式裁判をなすべきであると考えてきた。しかも、その判断には検察官の公訴提起行為に対する「非難」つまり検察官の訴訟追行が「違法」であるとの意味が含まれているものであると考えてきた。

換言すれば、本稿の問題は、いかなる範囲にまで実体裁判の問題と観念されている問題に形式裁判をもつて接近しえるか、つまり形式裁判によつてその解決がもたらされうるか、ということに関する。そして、この両裁判の形式的な意味での区別が、公訴に対する理由具備性(Begründetheit)の判断をするか(＝実体裁判)、有効性あるいは許容性(Wirksamkeit oder Zulässigkeit)の判断をするか(＝形式裁判)の差異にあることはいうまでもない。実体裁判によつて実体刑法が確証された被告人の社会的地位が決定されること^(註1)、また形式裁判の正文が訴訟進行(Prozessgang)についてしかふれないことも、経験的に確定された論証を要しないことであろう。しかし、形式裁判の性格を「その宣言のなかに何ら価値的性格(Wertcharakter)を含んでいないものでない。それは論理的には無色である^(註2)」ということができるであろうか。形式裁判は、検察官の被告人に対する国家刑罰権の存在そして被告の社会的地位の低下(Minderung)の主張に対して、裁判所は答えるものではないという意味において、つまり実体刑法上の意味においては、その違法および責任と結合するものではない。しかし、検察官の公訴提起行為に対する倫理的・価値的・批判的・訴訟内的なそれを違法とする判断が形式裁判のなかに含まれていることを見落してはならないであらう。

う。^(註5)このように考えるのは、ところで、訴訟行為とくに検察官の公訴、追行行為(その準備行為をも含めて)につき訴訟上「義務」の存在を前提とし、刑事訴訟は訴訟上の義務違反に対してその非難を明確にするために形式裁判をもつて臨むものである、とするものである。右のようにいうことができるものか、以下において論及しなければならない。

(註1) Peters, Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidung, ZStW. Bd. 68, S. 377 は「実体裁判の内容的側面からの特性(Kernzeichen)は刑法の確証と被告人の社会的地位の決定にある」という。

(註2) Ibid., S. 387.

(註3) 公訴棄却の形式裁判に関して、「公訴棄却という裁判には、その公訴を不適法なものとするとする判断とともにそれを違法だとする非難を含むものと思うべきである」(井上・判例学説刑事訴訟法・八一頁)。「刑事訴訟では訴訟条件が具備しなければ被告人を訴追してはいけないという規範の表現として『単に審理判決をしないというだけではなく、公訴提起行為に対する批判という意味も含んで』いる。つまり検察官の公訴追行が適法か違法かというのである」(田宮・「刑事訴訟における一事不再理の効力」・法協七六卷一四六頁)といわれているが、そのゆえんをわれわれは明らかにしなければならない。

2 ところで、いわゆる訴訟的法観察方法 (prozessuale Rechtsbetrachtungsweise) に立脚して訴訟現象を把握する訴訟法律状態説^{(註1)(註2)}からは、訴訟空間には当事者の行為義務は存在せず、したがって、その帰結として、義務違反としての違法性の価値範疇は無縁のものとして訴訟空間から排除されている。すなわち、「訴訟上の違法性 (prozessuale Widerrechtlichkeit) というものは存在しないのである。なぜならば訴訟上の当事者義務 (prozessuale Parteipflichten) は存在しないからである。」「合法性 (Rechtmäßigkeit) および違法性 (Rechtswidrigkeit) という価値範疇は訴訟空間においては適用しないのである。」^(註4)との命題をその原則とする。したがって、もし真正な行為義務が訴訟上存在するとしても、その義務違反の違法性は、財産や人的自由に対する侵害として、常に実体空間においてのみ、効力を有すると、つまりそれを違法に對して無感覚な訴訟上のものではなく、実体国法上の問題に還元してしまうことになる。^(註5)

このように、訴訟上ある行為^(注7)（^{（たおわれわれは不作為を含め）}をすることを「義務」としてとらえずに単なる「負担」としてとらえる、つまり訴訟の性格のなかに義務の存在を許さないことにはそれなりの理由があつた。すなわち、ゴールドシュミットは「既判力の招来に向けられた手続（das auf die Herbeiführung von Rechtskraft gerichtete Verfahren）」と定義する訴訟^(注7)の概念（経験的な意味における概念）から出発することによつて、パツハをして訴訟を権利保護請求権の実現として把握させるにいたつたような「刑而上の」な意味における概念（それは、訴訟法を実体法に依存せしめる）からではなしに、実体法と訴訟法との關係をとらえ、そしてまた訴訟の独立性（Selbstständigkeit des Prozesses）を確保しよう^(注8)と志向したのであつた。そして、所期の訴訟の独立性を理論上確保することに成功した。しかし、他面、その立場を貫く限り、そのために、訴訟が文化的・社会的・国家的制度として果すべき存在意義あるいは機能は完全に捨象せざるをえなくなつていたのである。^(注9)法が行為規範として行為者に命令または禁止を課している機能面に触れることは完全に放棄せざるをえなくなつていたのである。その立場を貫く限り、公訴提起行為はもちろん、刑事訴訟の存在目的自体も無色な現象的意義しか有しないものといわざるをえない。むしろ、それは訴訟制度の目的論的考察の否定をこそ意味しているだろう。われわれは、ところで、訴訟の存在意義あるいはその機能（それは決して無色ではありえない）が依存せざるをえない訴訟制度の目的を觀念しなければなるまい。しかし、訴訟状態説のとする訴訟的觀察方法のみをもつてして訴訟の機能それ自体を觀念することは、しよせん無理な話なのである。ニーゼは「真実と正義」をもつて訴訟の目的としてかかげた。^(注10)しかし、他面、訴訟から実体的法觀察方法を完全に排斥して訟訟上の義務の存在を否定する彼にあつて、はたしてそこに自己矛盾がなかつたといえるであろうか。経験的概念としての判決と経験的な現象である訴訟法法律状態を説明するためにしか意味のない訴訟的法觀察方法が何故に正義とか真実という究極理念を持ち出しうるのであろうか。

フオン・ヒツベルの次の指摘は、かくして示唆に富む。すなわち、いわく、^(註1)「すべてのいわゆる『訴訟』は『国家的』由来と性格をもつものであり、したがって『実体的』なものである。」「いわゆる『実体』空間と『訴訟』空間との区別は完全に曖昧であり」「『訴訟的法観察方法』に適合する特殊な『訴訟的』な対象ははじめからないのであり、あらゆる法は『実体的』法になつてゐる。」他方「また、いわゆる『実体』法においても常に『追求される目的 (estrebes Ziel)』に向つての『生成 (Werden)』の発展 (Entwicklung)』のそしてまた『経過 (Durchgang)』のプロセスが見い出される」と。すなわち、訴訟上の現象に対して実体的法観察方法をもつて臨むことは許されこそすれ、排除されるべきものではないのである。否、むしろ、何故に瑕疵ある訴訟行為を、またその行為の結果を既判力の招来(＝判決)へと生成させるのか、あるいはその経路を断絶せしめるのか、という理由は訴訟的法観察方法からは本来得られべくもない。確かに、訴訟上の義務違反行為の結果をどのように司法は判決への生成との関係において評価するかはその違法性判断そのものとは異なる。また、その違反行為につき刑罰をあるいは損害賠償請求を発生させるのは、訴訟を越えた違法判断の効果である。しかし、それはあくまでその効果の一面面でしかない。訴訟法は、他面また、かかる違法行為の結果を判決への経過においてそのままにし、あるいは排斥する現象を訴訟の過程において発現せしめている。それは、まさに、訴訟上の違法行為の訴訟的違法判断が原因力を及ぼした訴訟内での訴訟的效果の発現現象である。この訴訟的效果を発生させるあるいは不発生に終らせる司法的判断は、およそ訴訟的法観察方法のみをもつてしては不可能なことなのである。

(註1) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S.228 是いう。「私は次のことを主張する。(中略)。實際、法は国民 (Untertanen) ならびに国家机关あるいはむしろ国家に対して向けられた命令の總体 (Inbegriff von Imperativen) であるとする理論は、¹⁾ 実体法学のとりべき—靜的な (statisch)—觀察方法である。訴訟法学は、これに反して、法を裁判官の判決行為のための規準 (Maßstab

für die Urteilstätigkeit des Richters) とみる動的な (dynamisch) 観察方法から出発しなければならない」と。なお、さらに言葉をつづけて、このように法を命令の総体とみる見方である実体的法観察方法と法を裁判官の判決行為のための規準とみる見方である訴訟的法観察方法の両者が「実体的司法法 (materielles Justizrecht) の学については可能である (fähig)」と主張していることが注目されるが、これに対して Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 77 は「訴訟的法観察方法は訴訟法にいつてのみ適合する」として批判を加えている。

- (註2) Goldschmidt, a. a. O., S. 255 は「法律状態 (Rechtslage)」とは「法の基準によつて期待されうる裁判官の判決、つまり有利なあるいは不利な裁判官の判決に対する、したがつて主張された請求の法的に理由ありあるいは理由なしとの裁判所の通用性 (gerichtliche Geltung) (＝裁判所効力 Gerichtskraft) 既判力 (Rechtskraft) に対する法的に理由づけられた見込みの観点の下に考察された、ある人の事件 (Gegenheit) の状態である」といふ、その S. 259 で「訴訟上の法律状態 (die prozessuale Rechtslage)」や「ある当事者の訴訟上の見込み (Aussicht) 可能性 (Möglichkeit) 負担 (Lasten) からの解放 (Befreiungen) の総体」と定義している。

- (註3) Goldschmidt, a. a. O., S. 354.
 (註4) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 75.
 (註5) Ibid., S. 76.
 (註6) 一例を挙げれば、違法な方法で強制された被告人の出頭も、実体法上の違法 (損害賠償義務の成立、反抗についての公務執行妨害罪の不成立) にかかわらず、訴訟上は常に斟酌できる (stets beachtlich)。したがつて、また、そのことについての被告人の抗弁は斟酌されない (Niese, a. a. O., S. 136)。あるいはまた、不法な押収捜査によつて得られた証拠も、その実体空間での違法にかかわらず、訴訟空間における証拠評価に原則として影響しない (Niese, a. a. O., S. 138ff) とする。

- (註7) Goldschmidt, a. a. O., S. 151.
 (註8) Ibid., S. 150.

- (註9) 三月月・「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」民事訴訟法研究一卷・二六二頁は「訴訟状態説を貫いて行く限り、訴訟の機能という観点は何時か捨象され、訴訟の現象的・観照的考察に道を開いていくという事実は、他ならぬその提唱者ゴルトシュミットの理論の中にはっきり窺われるのである。彼自身かかる発展する訴訟状態の目標を周知の如く既判力の取得に求めた。そし

て注意すべきは、この既判力も、実は訴訟状態の凝結として判断活動の最終性を表現すべき制度として捉えられているのであって、決して既判力を紛争解決ということの機能的な関連において捉えているのではない。少なくともその観点は背景に退いているという事実である」という。

(註10) Niese, a. a. O., S. 16.

(註11) Fritz von Hippel, Zur modernen konstruktiven Epoche der „deutschen Prozeßrechtswissenschaft“, Z. Z. P., Bd. 65, S. 447

—448—

3 ところで、訴訟上の義務の特徴は、いかなる点にあるのだろうか。ゴールドシュニッツは、訴訟上の負担について、「それは、ある訴訟行為の着手 (Vornahme) によるある訴訟上の不利益 (Nachteil)」、つまり最終的に不利な判決 (ein ungünstige Urteil) を避ける必要 (Nötigung) である^(註1)。この必要は、「(負担を負っているその当事者の)『自分、自身、利益からの命令 (Gebot des eigenen Interesses)』にのみ、常に基づくものである」^(註2)。この意味において、訴訟上の義務といわれているものは、いずれも訴訟上の負担にしかすぎない^(註3)、という。では、「他者の利益からの命令」に基づくある行為 (不作為をも含めて) の必要とされる場合があるとすれば、それはもはや単なる負担にすぎぬものではなく、その行為の必要は義務たる性質を帯びてくることになる。なるほど、そこにいう「利益」あるいは「不利益」を専ら判決における勝・負との関係におけるのみとらえる限り、論者のいう通り、訴訟上の義務は存在しないかもしれない。しかし、訴訟には、判決における勝・負だけでなく、それ以外にも多様な利益が発現する。

刑事訴訟においては、また何にもまして、勝・負とは関係なく、市民のそもそも被告人にされないという利益あるいは被告人にされることの不利利益は決定的な意味をもっている。訴訟におけるある行為 (とくに不作為) の必要が他者の利益、とくに被告人の利益からの命令に基づくものである場合のあることを否定することはできない。いずれにもせよ、訴訟上の義務のメルクヌールの一つを、われわれは、まさにこの他者の利益からの命令に基づく必要、つまり

ある行為が実行されるあるいは実行されないことについてその行為者本人以外の者が利益を有するものであるということに求めることができる。

何故に、ある行為の必要が、自己自身の利益からの命令に基づく場合にそれは負担であり、他者の利益からの命令に基づく場合にそれは義務となるのか。その点をよりつっ込んで考えるならば、一般的にいえば法の、具体的にいえば裁判所の当事者の態度に対する内面的評価がそこにひそんでいることを知るであろう。すなわち、自己の利益からの命令に基づく場合、当事者がいかなる態度をとろうと法にとつてはどうでもよいこと (*gleichgültig*) であるという意味において、法はそれを当事者の随意に委ねている (*Freistellung ins Belieben der Partei*) といえる。法は、それに対して不同意あるいは非難を何ら示すものではない。だが、他者の利益からの命令に基づく必要の場合には、当事者がいかなる態度をとるか、法にとつてはどうでもよいことではない。まさに、当事者がその態度に出ることは非難 (*Mißbilligung*) に値するが故に、その態度をとることを許さず、別の態度に出ることを要求するといえよう。^(註4) かくして、義務のメルクマールの一つの要素は、また、法の当事者の態度に対する不同意あるいは「非難」にある。

(註1) Goldschmidt, a. a. O., S. 335.

(註2) Ibid., S. 336.

(註3) Ibid., S. 100, 108, 123.

(註4) なお、「負担」と「義務」の区別のメルクマールを、当事者の態度 (*Verhalten*) に対する法の内面的評価、あるいは法の内面的態度決定 (*die innere Stellungnahme des Gesetzes*) を求める論については Lent, *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Partei in Zivilprozess*, Z. Z. P., Bd. 67, S. 344ff 参照。

4 判決における勝・負という経験的に観察しうる利益以外の刑事訴訟に現われる諸利益を観念し、法の内面的評価を問題にする以上、もはや訴訟的法観察方法は発言力をもちえない。まさに、具体的な場合において、負担と義務のいずれであるかは、訴訟の目的をあるいは機能をいかに観念するかによつて決定的に左右されるだろう。それは、結局のところ、訴訟がいかなる利益のためにいかに機能すべく存在しているかの問題確定によつて律せられるものである。その問題の確定は、よりつきつめていえば、法律規定以外の社会的・文化的規範、あるいは「現代社会における法律意識一般に於ける直観的、具体的価値判断」^(註1)、つまり合法・違法の判断に仰がなければならないであろう。

(註1) 小野・「訴訟行為の適法及び不適法」法学志林(大正一四)二七卷四号四五頁。

5 以上に論じてきたところから、訴訟行為に対する訴訟法的^(註2)評価にまで訴訟的法観察方法を適用することのできないことを理解できよう。その前提に立つて、ここで改めて、訴訟行為とくに公訴提起行為^(註3)に対する訴訟法的判断あるいは評価の範疇について考えてみよう。

さて、刑事訴訟における適法、不適法(zulässig-unzulässig)の観念と合法・違法(rechtsmässig-rechtswidrig)の観念の関係についてベールリングが重要な論文を残していることを忘れてはなるまい。ベールリングによれば、合法・違法とは「法秩序の意味における(im Sinne der Rechtsordnung)行為の価値判断の表現である」^(註3)が、「法と一致する(entsprechen)行為は合法であり、法に違背する(widersprechen)行為は違法である。そして、われわれは実定法全体の立法者(Urheber des positiven Rechts in seiner Gesamtheit)である意思の代表者(Willensträger)の見地に立ち入つてそれを考えなければならない。すなわち、その見地からして好ましい(justbetont)行為が法に一致するのであり、その見地からして好ましくない(unlustbetont)行為が法に違背するのである」^(註4)。それは、結局、利益較量の問題

である。そして、「われわれが刑事訴訟と名づけている人間生活の場は無数の利益と関係しているが、刑事訴訟法自体はこれらの利益のごく限られたものだけをその標準としているにしかすぎない。」^(註5)したがって、「いかなる刑事訴訟行為が合法(Rechts)であり、また違法(Unrechts)であるかの問題に対して、刑事訴訟法はすくなくとも最終的に決定することはできないのである。しかし、刑事訴訟法がある訴訟行為を適法あるいは不適法と判断している場合に、それは、通常、その行為を許さない(nicht zu gestatten)が別の行為は許すことの利益の較量の表現なのである。したがって、出発点において適法即合法(zulässig=rechtsmässig)不適法即違法(unzulässig=rechtswidrig)とすることは誤りではない。」^(註6)すなわち、「行為の刑事訴訟法的評価(die strafprozessgerichtliche Wertung)と法的評価一般(die rechtliche Wertung überhaupt)との概念的一致(das begriffliche Zusammenfallen)から出発しなければならぬ。」^(註7)しかし、訴訟法の水平線(Horizont)を越えるところではこの一致はこわれる場合が出てくるとして、ベーリングは、訴訟法上適法ではあるが違法となる場合のあること、また反対に訴訟法上不適法な行為であつても直ちにそれを違法な行為とすることのできない場合^(註8)のあることを論じたのである。そして、そのように論ずることには次の意味において実益があることを強調した。^(註9)すなわち、その実益とは、まず官吏の行為が刑事訴訟法上適法でも違法である場合にはその者に対して懲戒、賠償、刑罰等の責任を生ずること。次にその行為に対して被告人が相当の反抗をしてもそれが公務執行妨害とはならず正当防衛となることである。このように、ベーリングは、刑事訴訟における合法・違法の観念の適用の場を結局のところ民法上および刑法上の問題として展開した。しかし、その訴訟法上における影響について意識していなかつたわけではない。すなわち、前記論文の二ヶ所の註書きにおいて右の問題についてふれているからである。^(註10)ベーリングはいう。「問題は、いかなる範囲において違法性が訴訟それ自体(Prozess selber)に影響を及ぼすか、すなわち、いかなる範囲にまで訴訟の発展(Prozessfortentwicklung)が訴訟的に適法ではあるが違

法な行為に基づかねばならないのか、ということである。すなわち、『Actus sollemnis tamen illegitimus』がいかなる訴訟上の結果を生ぜしめるのか。その答は帰一するもの (einheitlich) ではない。一般的にいって、訴訟外の (ausserprozessual) な理由による違法な行為はたとえ違法ではあつても訴訟法上の効果を与えられるべきである (たとえば、被告人の無罪を知っている検察官の提起した公訴は刑事訴訟法二〇一条以下の規定により裁判所の決定に服すが捨てられねばならぬ (Bei Strafe zu liegen) ものではない)。

しかし、違法な行為の結果が違法性を引き起す場合には、その行為は中止 (unterbleiben) されるべきであることは当然である (たとえば、違法な押収命令の執行は許されない)。

注意すべきことは、行為の悪しきこと (Viosität) に伴うべき効果、たとえば、撤回可能性 (Widerruflichkeit)、取消し可能性 (Anfechtbarkeit)、絶対無効 (absolute Nichtigkeit)、証拠禁止 (Unbenutzbarkeit bei der Beweisaufnahme) が、また、違法性によつてまぎに発生せしめられうるということである (すなわち、たとえば、抗告 (Beschwerde) は本来の「手続違反」(prozessuale) に限らずに違法な訴訟行為に対してもなしうべきである。違法に収集された証拠は利 (註12) 用を禁止される。)

他方、不適法ではあるが訴訟外的理由から合法とされるべき行為の訴訟に及ぼす影響については、その不適法の効果は変るものではない、という。(註13) すなわち、ベーリングは、不適法な訴訟行為はその不適法の効果を免れえないが、適法な訴訟行為にあつてはその行為が違法であることによつてその訴訟上の効果を阻却される場合があることを、意識していたといえる。

これに対して、わが小野博士は、「適法・不適法の概念は法律的構成として権利・義務の如く直接ある行為を是認し又は義務づけるものではなく、寧ろ或る権利義務の効果を生ずべき法律事実としての評価に関するものである、と考へる。も少し具体的にいへば、訴訟行為が其の訴訟行為を前提として訴訟を進行せしめ得るや否やの法律効果に関する法律的事実要件 juristischer Tatbestand を充足するや否やの判断である」として、(註14) ベーリングの適法即合法、不適法即違法を出発点とすることを次のように批判した。いわく、「純粹に訴訟法の水平線内に於てもある行為を『許す』『許さぬ』といふことと、其の行為の適法・不適法とは必ずしも一致してはいないと思ふ。ベーリングは上述

の如く訴訟法に於ける訓示規定が当該官吏を拘束すること厳格規定と異らざるに拘らず、之に反する行為の結果は尚合法として受取られるといふことを例として挙げてゐるが、私をしていはしむれば、此は直接合法・違法の問題ではない。訓示規定なるものがすでに訴訟法的範疇に属するので、之に反する行為の結果を合法なるものとして受取る(ベールリングの用語に於て)とは、即ち訓示規定の違反に拘らず之を適法とするといふことである。即ち訴訟法上『許さざる』ところであるに拘らず、其の行為は適法なのである。之に反して、或る訴訟行為が不適法なるに拘らず何等訴訟法上の義務に反せざる(『許される』)場合もある。例えば方式に違反する訴の提起があつた場合に於て、それは不適法として棄却されることは勿論であるが、其の行為を以て訴訟法上の義務に反するものといふことは出来ぬ。斯くの如く、すでに訴訟法の構成の内部に於て或る行為の適法・不適法といふことは、未だ其の行為の義務に反するや否やを決定することが出来ぬとせば、法律意識一般に於ける直観的具体的価値判断たる合法・違法と異なるものあることは固より当然のことと謂はねばならぬ」(注15)

では、小野博士にあつては、その「前法律概念的 *vorjuristisch* な具体的実質的な」(注16)「法律意識一般に於ける直観的価値判断」である合法・違法と「*juristisch* な抽象的形式的な」(注17)「概念的法律構成」である適法・不適法との関係をどのように考えられてゐるのであろうか。博士はいう。「元来すべての法律的概念は結局唯一なる法律意識一般の価値判断を基礎とするものであつて、いはばその上に築かれた建築物である。またあらゆる法律の構成は法律意識一般に於ける価値判断の表現であるといふことが出来るであらう。(此の意味に於てのみ、法律的概念的評価も亦規範的 *normativ* なものである)。故に合法・違法は法律の世界に於ける極限的観念であつて、すべての概念的構成は之によつて制約され、之によつて変更を受けることを免れない」(注18)と。そして、たとえば民法で法律行為が公序良俗により制限を受けまた刑法の犯罪理論が構成要件該当性と違法性を區別して「後者を以て犯罪成立の限界たらしむる如き」は

いずれも直観的価値判断によつて法律構成の理論的適用が制限される実例であることを指摘する。^(註18) 右のように考える結果、博士は「果して然らば、此の意味に於て訴訟法に於ける適法・不適法の適用も亦合法・違法の觀念に依て制限される場合がないであらうか」^(註20)と問題を提起したのである。

そして、小野博士は次のように結論した。いわく、「訴訟行為の適法・不適法は刑法に於ける事実要件性と違法性との關係に似たものがあると謂はねばならぬ。」「不適法なる訴訟行為、即ち訴訟行為の事実要件を充足せざる行為は其の訴訟行為としての完全なる効果を生ずることはない。之に反して適法なる訴訟行為は必ず其の効力を生ずるかといふに、然りといふことは出来ぬ。訴訟行為として適法であるに拘らず、其の行為にして違法であるとせば、少くも其の或る場合に適法なる訴訟行為の効果は阻却されるのである」^(註21)と。すなわち、訴訟行為の違法なことによつてその訴訟行為が無効となる場合のあることを指摘したのである。

この点について、団藤教授は、「しかしこのばあいにも、訴訟法的には無効原因としての意味があるので、違法という価値判断それじたいが訴訟法的に意味があるのではない」^(註22)といつて、訴訟法的に意味があるのは成立・不成立、有効・無効、適法・不適法そして理由の有・無の判断の四対の範疇であるとし、訴訟上のこれらの法的判断についてのきわめて貴重な研究を残した。^(註23) その範疇のそれぞれについてここであらためて紹介するまでもないが、教授によれば、成立・不成立とは、訴訟行為が「法の認める訴訟行為の定型」^(註24)かならずしも法の明文があることを要しないに合致するかどうか^(註25)の判断である。有効・無効とは「訴訟行為の成立を前提として、これにその訴訟行為の本来的効力を認めるかどうか」^(註26)の判断である。また適法・不適法とは「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。」「それは法の規定に対する違反の有無であり」「ひとり厳格規定（効力規定）に対する違反の有無ばかりでなく、訓示的規定に対する違反の有無をも含む」ものである。「訴訟行為を行うべき主体はその規

範に従つて行為すべき義務を負うのである。しかし、その訴訟行為を行つた後において、はたしてこれにどのような効力を認めるべきかは、また別個の観点から考えなければならない問題である^(註26)とする。

そして教授は、「刑法における構成要件理論との対比において、有効条件をもつて違法性に相当するものと考ええる。成立があるときは一応その有効なことが推測され、とくに無効の原因（効力阻却の原因）がないかぎりこれを有効として取り扱うべき」ものと解した^(註27)。すなわち、「訴訟行為の成立とはその構成要件の充足を意味する。構成要件は効力を発生するに適当な行為の類型化であるから、この意味において成立があるときは訴訟行為として有効なることを推定せしめる。訴訟行為の成立がある限りたとひ無効であつてもこれを無視することを得ず、特にそれが申立なるときはこれに対して形式的裁判を与へることを要するとせられるのも、その理論的根拠はここに求められる^(註28)」というわけである。

小野博士がそうであつたように、右のように刑法の犯罪理論との対比において考える発想はすばらしい。しかし、問題はいかなる場合に訴訟行為の効力が阻却されるかにある。この点について、小野博士の関心は訴訟行為の違法であることがその阻却事由となる場合があるのではないかということにあつたことにはすでにみてきたところである。団藤教授にあつてはところでこの点は次のように展開された。すなわち、問題の基底に横わる利益の基礎に着眼し、更にこれを刑事訴訟法の理念にまで遡つ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である^(註29)。ところで、まさに「法の創造者として単に発生的契機たる意味をもつに止まらず、実に規範の意味を有する^(註30)」刑事訴訟のあるいは刑事司法の目的の把握において、団藤教授の見解に問題の存することはすでにみてきたところである。しかし、教授の提言した「利益なければ無効なし」という原理のもつ意味は多大であ

る。なぜなら、その原理によつて、正文がなくとも、国家（「檢察官」）の訴訟制度の利用を限界づけ制限しうべき優越する利益が存在するならば該公訴は無効な訴訟行為としてその効力は阻却されねばならないことが、しかし優越する利益の存しない限り有効として取り扱われることがはじめて原理的に説明されうるからである。無効（*unwirksam*）の判断はまさに明文規定のないところで問題とされ、前法律的（*vor-juristisch*）な概念であり、目的を重視するものであることは、ところで、ザウアーが指摘していた点であることはすでにみてきたところである。^(註31)そして、われわれは以上の論述から次のことを確定できるのである。すなわち、法律的構成要件としての成立要件の具備によつてその行為の有効の推定がなされ、「利益なければ無効なし」の原理によつて無効とされる原因のない限り有効として取扱われる。しかし、無効とされる原因「行為が違法とされる場合が含まれる」が存するならばその構成要件の効力は阻却され必要とする場合にはその行為は「無効」であるとの宣言が下されねばならない、と。

そして、これを公訴提起行為についていえば、公訴としてのいわば定型に合致した公訴に対して「訴訟条件」の不存在つまり訴訟障害の存在こそ右の意味において公訴の効力を阻却する事由であるといえるのだが、次に節をあらためてそのことを明らかにしよう。

（註1）公訴提起行為は訴訟を構成する手続であることは疑いない。それは、手続として、訴訟を構成する訴訟行為であることも疑いない。（何をもちて訴訟行為とするかは、ところで、学説の混沌として定説をみないが、*Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß*, S. 78 は訴の提起は経験的に確定されているその理由づけを必要としない訴訟行為である、という。）また「全体としての訴訟手続に対する訴訟的判断は、これを公訴提起という訴訟行為に対するそれに転換して考えることができる」（団藤・「訴訟の発展と判断の標準」訴訟状態と訴訟行為一八頁）であらう。

（註2）*Being, Grenzlinien zwischen Rechts und Unrechts in der Ausübung der Strafrechtspflege* (1913)。この論文は、なお小野・「訴訟行為の適法及び不適法」法学志林（大正一四）二七巻四号一九頁以下にて紹介され論及された。

- (註3)(註4) *Beling, a. a. O., S. 12.*
- (註5)(註9) *Ibid., S. 15.*
- (註7) *Ibid., S. 22.*
- (註8) 彼は次の場合をあげる。たとえば①公判開廷が危険な伝染病の伝播を生じる恐れのある場合 (*Ibid., S. 13*) ②検事が被告人の無罪を知っているが起訴した場合。この点についての彼のいうところはこうだ。「この刑事訴訟は適法でありまた適法でなければならぬ(中略)。しかし違法である。ここにおいては刑事訴訟法の水平線を越えたところに存する第三者の利益 (*Drittinteresse*) が決定的でなければならぬ。すなわち、官吏の職務執行の純潔性という公の利益 (*das öffentliche Interesse an der Reinheit der Amtsführung durch die Beamten*) である」(*S. 19*) と。③押収、搜索の行為が、他の法律上承認された公の利益を甚しく害する場合。たとえば、列車の運行を停止して搜索するとか、電話交換局の交換台を押収するとかいった場合。
- (註9) ①急迫不正の侵害を防ぐ手段として検事が押収に係る書類を閲覧する場合。②法律上上官の命令に服従すべき地位にある者がその命令によって行爲した場合、をあげる (*S. 23—24*)。
- (註10) *Beling, a. a. O., S. 7—9.*
- (註11) *Idib., S. 21 Ann. 3und S. 25 Ann. 2.*
- (註12) *Ibid., S. 21 Ann. 3.* なお、ベーリングは一九〇三のその論文 *Die Beweisverbot als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Str. Abh. Heft 46* で、刑事訴訟法秩序自体が時には真実発見を断念して、別の優越する利益(國家の利益、王族の利益、訴訟関係人の人格的利益、親族関係、業務上の秘密、私有財産)の保護のために収集された証拠の利用を禁止する、として「証拠禁止 (*Beweisverbot*)」なる觀念を確立している。その見解を紹介する花井・「刑事訴訟における証拠の禁止」法学新報四六卷八号、また松尾・「刑事訴訟における証拠禁止」警察研究三四卷五号三頁以下参照。
- (註13) たとえば、上告理由となる法律違反 (*Gesetzesverletzung*) のある場合、たとえばその法律違反が合法であっても、それが上告理由となることはかわりはない、という (*S. 25 Ann. 2*)。
- (註14) 小野・「訴訟行為の適法及び不適法」法学志林(大正一四)二七卷四号四六頁。
- (註15) 小野・前掲・四七頁、四八頁。
- (註16)(註17) 小野・前掲・三五頁。

(註18) 小野・前掲・四八頁。

(註19)(註20) 小野・前掲・四九頁。

(註21) 小野・前掲・五一頁。しかし、同時に「訴訟法に於ては行為の違法なるに因って常に適法なる訴訟行為の効力が阻却されることは考えられない」として、検事が被告人の無罪を知りつつ起訴した場合に、他の訴訟条件が具備している限りその「訴の提起が違法なるが故を以て訴の適法の効果が阻却されることなきものとせねばならぬ」(同・五一頁)とした。

(註22) 団藤・「訴訟の発展と判断の標準」訴訟状態と訴訟行為・二二頁(註六)。しかし、訴訟法的に無効原因として意味がある以上、それがまさに当該訴訟手続において問題とされその実現をみる場合に、その違法とする価値判断それ自体も訴訟的に意味をもっているといわねばならない。かくいえないとすれば、では、訴訟的に無効原因としての意味すらもない不適法という判断(教授の場合かかる場合が考えられることについては後註(註26)参照)はそれ自体訴訟的にどれだけの意味があるというのであるか。

(註23) 団藤・とくに「訴訟状態と訴訟行為」(昭和二四年)。

(註24) 団藤・前掲・二二頁。

(註25) 団藤・前掲・二六頁。

(註26) 団藤・前掲・二八頁、二九頁。そうだとすれば、この適法・不適法の判断は訴訟行為のなされた瞬間に、その意味を失ってしまうものといわねばならない(井上・判例学説刑事訴訟法七三頁)。したがって、また平野・法律学全集・刑事訴訟法・二六頁註四は「別個の判断の範疇として取り上げる必要に乏しい」という。賛成である。

(註27) 団藤・前掲(行為)二三頁註(一一)。

(註28) 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一三七頁。

(註29) 団藤・前掲(行為)一二四頁以下。

(註30) 団藤・前掲(行為)一四一頁。

(註31) 本稿・第一章・第二節・2参照。

第三節 訴訟条件との関係において

1 上に、訴訟条件不存在（『訴訟障害存在』）の場合公訴の効力は阻却されるという意味において、訴訟条件を公訴提起の有効条件と解した。その理解が正しいものであるかの検証が必要であろう。と共にその機能および内容についてはつきりさせねばならない。

2 訴訟条件が欠けた場合には、形式裁判で訴訟は終結されることは疑いない。すなわち管轄違・公訴棄却あるいは免訴が言い渡たされる。この訴訟条件に対する概念規定については、学者の所説区々としているところであるが、その概念を訴訟法律関係説に立つて最初に構成したのはオスカ・フオン・クリース^(註2)の「訴訟抗弁および訴訟要件の理論」^(註1)（一八六八年）においてであり、そしてその概念はフオン・クリース^(註2)によつて刑事訴訟法学に採り入れられた、とせられている。爾來、訴訟状態説の立場から（たとえば、ゴールドシュニット）、また「全体としての訴訟」との関係において（たとえば、ベーリング、ザウエル、ローゼンベルク）この問題をめぐつて諸説の発展がなされた。それは、またわが国の学説においても同様であつた。

（註1） Oskar Bülow, Die Lehre von den Prozesseinrede und die Prozeßvoraussetzungen.

（註2） von Kries, Die Prozeßvoraussetzungen des Reichsstrafprozesses, ZStW., 5, 1. (1885).

3 すなわち、ドイツにおけるそれから概観するならば、まず、ビュローは、訴訟法律関係の構成的要素（die konstitutiven Elemente des Prozeßverhältnisses）、すなわち、その発見によつて「如何なる人の間に訴訟法律関係は成立する（stiftenden）ことを許されるのか、如何なる対象にまで訴訟法律関係は及ぶか、如何なる出来事もし

くは行為が訴訟法律関係の基礎づけのために必要であるか、また誰れがこの行為を行う能力を有し (fähig) して資格を有する (befugt) のか^(註1) という問題が明らかにされ得べき訴訟法律関係の構成的要素に、訴訟要件 (＝訴訟条件) という表現をもつてすることを提唱した。しかし、ユー・シュミットの言葉をかりるならば、「しだいに、『訴訟条件』という名称の下に要約される諸現象はまさに実体裁判の可能性 (Möglichkeit der Sachentscheidung) のためのその意味において把握されるべきであるという考え方が浸透してきたのである。というのは、訴訟条件の審査は訴訟において行われるということ、したがって、訴訟条件は訴訟の対象 (Gegenstand) であつて、訴訟の条件 (Voraussetzung) ではありえないということが隠されたままではいられなくなつたからである。」^(註2) したがつて、ゴールドシュミットは、ビュローのように訴訟法律関係の構成的要素、したがつて訴訟関係の成立要件とみる見解を否定し、訴訟状態説に立脚して、訴訟条件を「実体裁判条件 (Sachentscheidungsvoraussetzungen)」として性格づけたのである。^(註3) そして、ここにいう「実体裁判条件」とは、少なくともテルミノロギツシュにいつて、「実体判決条件 (Sachurteilsvoraussetzungen)」と同義において用いられていることは確かである。^(註4) このように特徴づけることに對して、それだけでは訴訟条件の欠缺が実体裁判 (実体審理のみならず実体判決) にまで進みえない、すなわち実体判決にいたる訴訟過程をそれがいかなる段階にあれば全体として直ちに停止せしめるという訴訟条件として要約される諸現象の性格を表示しえないとされたのである。^(註5) かくして、訴訟条件とは、「実体的裁判に向けられた手続がかかるものとしてまた全体として許容される (zulassen) かどうか依存する諸事情」^(註6) 「全体においてである個々の訴訟段階であれ訴訟手続の許容性 (Zulässigkeit) が依存する事情もしくは行為」^(註7) 「一定の訴訟における一定の訴訟対象に關して実体判決が得られうるということがそれにかかつているところの条件のすべて」^(註8) 「訴訟がその任務、すなわち実体および法形成を果しうるために存在しなければならない諸条件」^(註9) などと定義されたのであ

る。このように全体としての訴訟 (Prozeß als eines Ganzes) の許容性 (Zulässigkeit) の条件として、すなわち実体判決を目的とする訴訟過程のすべての基本的条件として概念規定される。つまり、実体判決のみならずまた実体審理のための条件であるとされるわけである。

(註1) Bülow, a. a. O., S. 5.

(註2) Eh. Schmidt, Lehrkommentar, S. 67.

(註3) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 4.

(註4) なちニー・シユミットは「ゴールドシユミットのそれには公訴 (＝裁判官の科刑義務 Strafpflicht 実現への申立) をも含んでる」として弁護している。(Eh. Schmidt, a. a. O., S. 67).

(註5) Belling, Lb. S. 100 Anm. 2; Rosenberg, Lb. d. Ziv. Pr. R. 5. Aufl. S. 392; Sauer, Allg. Proz. R. Lehre, S. 201; Eh. Schmidt, Lehrkomm. INr. 108; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 287.

(註6) Rosenberg, a. a. O., S. 391.

(註7) Henkel, a. a. O., S. 279.

(註8) Eh. Schmidt, a. a. O., S. 68.

(註9) Sauer, a. a. O., S. 201.

4 訴訟条件を、それが実体判決のための条件であるために、実体判決のための実体審理の条件であると考えられてきたことはわが国の学説においても同様である。^(註1) たとえば、団藤教授は「訴訟条件は実体的訴訟関係を成立させる条件であり、いいかえれば実体的審判の条件、すなわち訴訟を進行させ実体判決をするための条件である^(註2)」とする。

(註1) なお、わが国の学説については、齋藤金作「訴訟条件」刑事訴訟講座一巻一六八頁以下、宮崎・「訴訟条件」刑事法講座五巻一〇二七頁以下参照。(註2) 団藤・綱要(六訂版)一三一頁。

5 訴訟条件という名称の下に要約されるものは、それが欠缺する場合に、実体裁判つまり実体判決そしてまた実体審理をも不要とし停止する現象であることは論証を要しない。しかし、その現象に存する機能をいかに観念すべきか、あるいは訴訟条件というものをいかに概念規定すべきかとなれば問題は別となる。まず、訴訟条件を有罪判決の要件と観念する（なお、この考え方は、無罪であることがいえる場合に、公訴棄却や（免訴よりも無罪判決をしてやつた方がよいとする考え方と親しむ））ことから検討していこう。確かに、訴訟条件の存在は有罪判決の前提条件であろう。しかし、そのように観念するならば、実体刑法上の要件とそれとの区別はつかなくなり、実体刑法上の要件と区別された意味での訴訟条件の意義は説明できなくなる。したがって、そのように観念することは正しくない。

6 では、訴訟条件を実体（有罪あるいは無罪）判決の要件と観念すべきであろうか。周知のように、民事訴訟法の分野においては、かく観念するのが通説である。^{（註1）}訴訟要件（Ⅱ条件）の存否の調査と本案の審理とが手続上明確に段階づけられていないことは刑事訴訟においても同様である。であれば、刑事訴訟においてもかく観念することは不可能ではない。しかし、かく観念することは、まず上の学説にみたように全体としての訴訟との関係からして不十分であるといえよう。さらに、実体審理を受けるということは、被告人にとつて決定的な意味をもつものであることを認識するならば、かく観念することは――刑事訴訟においては――正しくない。

（註1） 兼子教授は「訴訟要件は、本案判決の前提要件であって、その欠缺が発見された以上、裁判所が本案の審理に入り又はこれを続けることは不要となる点で、本案の審理并論の要件になるといえるが、訴訟要件の存否の調査と本案の審理とが手続上明確に段階づけられていないので、その実益は乏しい」（体系一四八頁）という。

（註2） 審理の間、被告人は勾留されるかもしれない。そうでなくとも証拠調が行なわれると証拠の収集に努めなければならない。訴訟はまた社会的に重圧であり苦痛である。その他、経済的負担等々、負担を忍ばなければならない。

7 それでは、訴訟条件は実体審理の条件であると観念すべきであろうか。現行法には、訴訟条件の有無を明らかにしてからでなければ実体審理を始めてはならないという明文の規定はないが、このことの理由だけをもつてかく観念することはできないとすることはできない。実体審理は被告人にとつてたえられない負担であることを考えるならば訴訟条件を実体審理の条件と観念することができよう。それはまた通説の採るところである。しかし、裁判所の能動性を前提にして、裁判所が実体審理、判決をするための要件として、もつばら裁判所の側からみてかく観念することには問題なしとすることはできない。すなわち、訴訟物の範囲の決定権が専ら検察官にあり、訴訟は検察官によつてかく形成された訴訟物たる訴因の証明の有無の判断の請求により開始され、検察官と被告人との間に展開されるその証明をめぐる抗争のうえに追行され、そこにおける裁判所の占める役割は検察官のその訴追活動に対する判断と制御をなすにすぎないとみなければならぬからである。このように裁判所を純粹に制御者、判断者の地位におろすならば、訴訟条件の機能は、それが存在する場合に、裁判所が証拠調べを開始し進行するという面においてすぐれてその機能を発揮するものとして、とらえられるべきでない。むしろ、訴訟条件が訴訟条件としてすぐれて発揮する機能はそれが不存在の場合に検察官の公訴追行を阻止する、つまり制御が働くという面にこそあると観念すべきである。

8 そうすると、訴訟条件は検察官の公訴追行の条件と観念すべきことになる。ところで、それは訴訟条件の欠缺が判明した以後の公訴追行を阻止するだけの条件なのか。あるいは遡つてその公訴追行のすべてを無とする条件なのか。もしそうだとすると、何故にすべてを無にするのか。またその無にするという判断はいかなる意味をもつものか。すでにみてきたように、司法の機能は（したがって裁判所の役割は）検察官の公訴追行行為を批判制御することにあるしまたあるべきである。刑事訴訟法は、訴訟条件が具備しなければ被疑者を被告人として訴追してはいけないとする検察官に対するその訴訟上の行為義務規範を内有している。そして、この行為義務規範に違反した公訴提起は、し

たがつてそのようなものとして、司法の非難を受けるべきであるという規範の表現として、檢察官の公訴提起自体が無効とせしめられるのである。

9 ところで、訴訟条件有無の判断は裁判所が行うものである。そして、その判断は実体審理（Ⅱ証拠調べ）に先行して行なわれなければならないということが要請される。それは訴訟自体被告人にとつてたえられない負担であるからである。さて、ドイツにおいては、公判開始前に、訴訟条件有無の判断を起訴状ばかりでなく、（檢察官の準備した）一件書類を利用してなし得る仕組になつてゐる。^(註1) わが国においては、しかし、公判前の特別の手續がないばかりでなく、起訴状一本主義による制限がある。実体審理に先行して訴訟条件有無の判断をすることの要請を徹底すれば、職権探知主義を採るならばいざしらず、実体審理前の特別な中間裁判を必要とするだろう。しかし、現行法上の問題としてはそれは採れない。したがつて、実体審理前の訴訟条件有無の判断は職権による訴因の形式的審査に限られることになるだろう。訴訟条件を起訴の段階において訴因を基準として判断すること、^(註2) そしてまた判断できることの理由として、井上教授は、「民訴ではまず第一に権利保護の利益があるかどうかということ（註3）は訴状をみただけでは判明しないでしょう。ところが刑訴では訴訟障害をすべて具体的に列举して決めております」として、刑訴と民訴との訴訟追行の利益に関する差異を挙げられる。すなわち、「本案裁判の前に、民事裁判では権利保護の利益があるかないかを確定しなければなりません。これに対し、刑事裁判では権利保護の利益のない場合を、法定しているのであります。これが第三三七条の規定であります。この規定の意義は、民事裁判で言う権利保護の利益と全く同じものであります。訴訟追行の利益があるかないかの問題だと思ひます。ただ刑事手続ではそのない場合を法定している点に特徴があります。その場合以外は訴訟追行の利益ありと見てゐるわけで、民訴のように、とりたてて権利保護の利益を問ふ必要はないのであります」^(註4)と説かれる。民事裁判における「権利保護の利益」に着眼された点は実に鋭い洞察で

ある。しかし、訴訟追行の利益の有無について、すべて具体的に定型化され刑事訴訟法に制限列举されている、といえるであろうか。まさに明文規定の間隙において（あるいは一般条項のなかに隠れて）公訴の利益なしとされるべき場合のあることを、すでに第二章でみてきたように、観察できるといわねばならないからである。訴の利益は元来非典型的なものであるから、それを具体的に法的に限定規定できるかは大いに疑問である。^(註5)このように考えると、訴訟条件不存在（＝公訴無効）の判断は、専ら裁判所による訴因の形式的な審査により、すべて可能なものであるというものではなくなるであろう。

(註1) Henkel, a. a. O., S. 362ff. なおまたドイツ刑事訴訟法二〇三条（公判開始決定）同二〇四条（公判開始の却下）（すなわち、訴訟条件の欠缺⁶とくに訴訟障害、行為の不可罰性（Nichtstrafbarkeit）あるいは証明可能な行為の十分な嫌疑の欠缺（Fehlen hinreichenden Verdachts einer beweisbaren Tat）があると裁判所が認めた場合に、公判開始の却下（Ablehnung des Eröffnungsbeschlusses）がなされる。）参照。

(註2) 訴因を標準として訴訟条件の有無の判断をすべきことを強調されたのは平野教授である。（平野・刑事訴訟法（昭28年）九一頁。同・法律学全集「刑事訴訟法」一五二頁参照）。

(註3) 井上・「刑事訴訟法の基礎」四七頁。

(註4) 井上・前掲・八一頁。

(註5) 田宮・「刑事訴訟における一事不再理の効力」(三)・法協七六卷一号七二頁註(7)参照。

10 また、井上教授が法三三七条に限って所説を進めていることも問題である。おもうに、教授がそうされるのは、免訴（三三七条）は純粹な形式裁判ではあるが、他の形式裁判と異つて一事不再理の効力が出るとするためのいわば伏線をひかれんがためであろう。すなわち、免訴には「なぜ、一事不再理の効力が出るか？それは訴訟追行の利益を永久に失うからであります^(註1)」とする。他方、三三七条に制限列举されている諸事項はⅡ定型化された訴訟条件不存

在の場合Ⅱいずれもそしてそれらだけが訴訟追行の利益を永久に失わせる場合であるとする。したがって、三三七条制限列举の事由のある場合、純粹な形式裁判をもつて訴訟は終結されるが、その理由たる訴訟条件の有する特殊性により三三七条列举事由の場合には一事不再理の効力が出る。とするわけである。しかし、訴訟追行の利益を永久に失わせる場合は、三三七条に列举された事由だけに限られるものであろうか。免訴を基礎づける訴訟条件の特殊性を訴訟追行の利益という点でとらえられるのは、また、平野教授においても同様である。すなわち、「それが欠けた場合には、およそ訴訟追行を許さない事由」をとくに訴訟追行条件—なお三三七条の「列举は、制限的なものでなく類推も許される」^(註2)として注意されたい—といい、これが欠けた場合、すなわち「訴因として掲げられた事実の存否について、審理し判断することが許される性質、いいかえると、その訴因に内在する訴訟追行の可能性ないし利益がないとき」免訴を言い渡すとされる。^(註3)

しかし、そもそも訴訟を許さない場合、つまり訴訟追行の利益の欠けるのは、何も免訴とされる場合—三三七条の場合—に限らないであろう。法が明文をもつて公訴棄却の事由とする場合でも、たとえば、被告人が死亡した時（三三九条四号）とか、あるいはまた公訴棄却の事由としてだれも疑わない場合である、たとえば、すべての告訴権者の告訴権の喪失の場合（三三八条四号）にも、それはいえるからである。そうだとすれば、免訴と公訴棄却とを法が区別している理由として、平野教授の指摘される区別、すなわち訴訟追行についての ob と vice の区別^(註4)（Ⅱ免訴は訴追が「およそ……できるか」、公訴棄却は訴追を「いかに……すべきか」）には問題が残るといわざるをえない。かくして、「公訴棄却であれ、管轄違であれ免訴であれ、すべて形式裁判の理由たる事項は、理由ごとにいわば千差万別で、強いていえば具体的な裁判の内容ないし対象ごとに別個のものだ」として、免訴との「区別に何ら理論的な意味があるわけでない」と鋭く洞察されたのは田宮教授である。^(註5)すなわち、わが免訴は、本質的に公訴棄却の一場面にしかすぎず、その「将

来にわたつての訴訟の遮断効は、判断される訴訟条件じたいの性質による」^(註6)とする田宮教授の主張は正当なものとして採れられねばならない。

しかし、すべて形式裁判の理由たる事項は理由ごとに別個のものだ、といつていられるのは、それぞれその事項に關する個別的明文の規定の存する限りにおいてであらう。明文の規定の存する限りでは、また、訴訟条件と「利益」の觀念との結合を当然のことであるとしてすませよう。すなわち、訴訟条件不存在の故をもつて、いずれも訴追が阻止され、かつまた遡つて公訴が無効とされる(「利益なければ、無効なし」の原理によつて)ということをとらたてて意識する実益はすくないであらう。しかし、個別的具体的明文の規定の存在しない、つまり利益の定型化・法定化されていないところにも(公訴の)無効の問題が存在するとすれば、そしてまたその問題の理論的解決が要請されるとすれば、訴訟条件という名称の下に要約される現象にひそんでいる原理を発見し、それを前面に押し出してこない限り、問題は一步も前進を見せないであらう。

その意味において、刑法法三三八条四号の規定が注目されねばならないといえる。この規定が、同じく公訴棄却事由を規定している、さらにまた免訴事由を規定しているその他の規定といささか様相を異にしていることは一見して認められるところであらう。後者の諸規定はいずれも個別的に具体的に定型化されている事実を列挙しているといえるのに対して、前者のそれは「公訴提起の手続がその規定に違反したため無効であるとき」との表現に明らかなごとく、一般的・総括的な規定の仕方をしている。それは、実は、この規定が公訴棄却の一般条項であるからで、本来公訴棄却としてはこの規定だけがあればよいともいえる性質のものであるからではなからうか。それは、また、訴訟条件を公訴の有効条件と観念することと一致すると共に、また、そう観念しうべきことの実定法上の根拠をも示すものであるといえよう。すなわち、訴訟条件との名称の下に要約される(全体としての訴訟が形式裁判をもって終結されるとい

う)現象は、より觀察を深めるならば、義務に違背した、すなわち優越する他者の利益の前に譲歩すべきあるいは排斥されるべき公訴提起という檢察官の訴訟行為^{II}それは訴訟手続を構成する手続である^{II}に対する裁判所による(利益なければ無効なし)の原理による)無効宣言により公訴が排斥される現象なのである。

とにかく、さらに一層の考察は次節にゆずるが、訴訟条件欠缺の場合、公訴は無効として、つまりその効力を阻却されて形式裁判をもつて排斥されるという面において、訴訟条件は刑事訴追の制限的条件といえよう。

(註1) 井上・前掲(基礎)・一〇三頁。

(註2) 平野・法律学全集・一四九頁、一五〇頁。

(註3) 平野・前掲・一五一頁。

(註4) 平野・「刑事訴訟法の基礎理論」六九頁。

(註5) 田宮・「刑事訴訟法における一事不再理の効力(三・完)」法協七六卷一号六九頁、七〇頁。そして、田宮教授は、「わが免訴は、公訴の不適法の事由のうち、とくに重要だとおもわれるもの数種をあげて、特殊の名称を冠したにすぎない」ものであって「何を免訴事由とするかは裁判の形式に関する立法の便宜の問題にすぎない」(七〇頁)とするが、賛成である。

(註6) 田宮・前掲・法協七六卷一号七六頁。なお、このように免訴の判決自体からは一事不再理の効力は発生しないと解する学説はこれまで見られなかったところであるが、田宮・前掲論文よって明解にそして十分の説得力をもって、はじめて説なえられたものである。

(註7) 田宮・判例批評(東京高裁・昭三八年六月二四日判決)、判例評論No.61(17)四五頁。脇田忠・「公判の裁判」法律実務講座七卷一五二五頁以下。

(註8) そうだとすれば、この三三八条四号以外の明文の規定する事由以外の事由により公訴無効とされうべき場合は、すべて本号を使えるはずのものである、といわねばならない。

第四節 公訴権との関係において

1 検察官が訴訟制度を利用して執行の債務名義を得るためには、そうすることについて何らかの利益あるいは必要性がなければならぬということとは自明の理であるといえよう。この何らかの（それが何であるかがまさに問題なのだが）利益あるいは必要を有するものであるということを、検察官の権利とみることが許されるならば、「公訴権」と呼ぶことができる。しかし、その利益はそれに対抗する優越する利益によつて限界づけられ制限されうべきものであり、この優越する利益に譲歩しなければならないものである。その意味において、われわれは「利益なければ公訴権なし」という命題をかかげることができるのである。そして、この「利益なければ公訴権なし」にいう利益はあの「利益なければ無効なし」にいう利益と併行するものであるといえるのである。はたして右のようにいうことができるか。それを以下において検討しよう。そして、またかくいうことの意味を明らかにしよう。

2 ところで、公訴権 (actio publica) なる觀念はとくにドイツ訴訟法学において民事訴訟法学の訴権論の影響のもとに刑事訴権 (Strafklage) 論としてその多彩な学説の發展をみたものである。これら公訴権理論の学説史的考察^(註1)を全面的に展開することは、しかし、本節の直接の目的とするところではない。

ただその大要を述べるならば、まず、公訴権を実体的な刑罰権そのものの機能あるいは刑罰権に内在する力として把握する見解 (プランク、ザムエリ、ウルマン等)^(註2)が説かれた。これは、サビニー、プファ、ヴァイントシャイト等^(註3)の説いたいわゆる私法的訴権説 (privatrechtliche Klagerechtstheorie) に対応するもので、実体法的公訴権説といわれている。こうした実体法的見解に対して、民事訴訟法における公法的訴権学説 (publizistische Klagerechtstheorie) の影響の下に、^(註4)実体法の面から独立した公訴権理論の構成が試みられた。かくして、権利保護請求権 (Rechtsnutz-

spruch) を唱えたる (バツハ、ヘルヴィヒ、シュタイン)^(註5) 具体的訴権説 (konkrete Klagrechtstheorie) の影響の下に、公訴権をもつて有罪判決を獲得する権利とみる具体的公訴権説と呼ばれる立場があらわれた (ローゼンフェルト、ヘークレル、ボノット、ビルクマイエル)^(註6)。民事訴訟法においては、この権利保護請求権および具体的訴権説に対して抽象的訴権論 (abstrakte Klagrechtstheorie) が反対し (ビュロー、デーゲンコルプ、プレスツ)、華しい訴権論争が展開された。^(註7) その上に立つて、具体的訴権論と抽象的訴権論の中間の訴権として、本案判決請求権 (Recht auf Sachentscheidung) を唱えたのがブライであり、またゴールドシュミットは、その実体的司法法^(註9) (materielles Justizrecht) の観念と「訴訟状態説」に立脚して、その司法許与請求権 (Justizgewährungsanspruch)^(註10) を説いた。刑事訴訟法においても、刑事訴権は実体判決請求権 (ビンデング)^(註11)、あるいは「手続を受ける権利 (ius ut procedatur)^(註12)」ないし「手続を請求する権利 (Recht auf Rechtsgang, auf Prozeß)」(＝実体審判請求権) (ハーリング)^(註13) として把握されるようになった。ザウエルは、また、訴訟の進行に応じて発展し変質する訴訟内訴権を説いた。すなわち、彼は、訴訟外の具体的訴権 (権利保護請求権) を否定しつつも、訴訟開始後の訴訟内での訴訟追行権能 (Verfolgungsrecht) を訴権と観念しこれが抽象的なものから具体的なものに変質していくと考えた。^(註14)

戦後のドイツの現状は、民事訴訟法においては、ブライの本案判決請求権説は熱意をもつて迎えられていず、^(註15) かつて抽象的訴権説を再興して、司法行為請求権 (Anspruch auf Rechtspflege) が通説とされ、^(註16) またさらにこれに対してその権利性が反省され、原告は単に「客観法の反射的效果 (Reflexwirkung des objektiven Rechts)」にあづかるもの^(註17) しかすぎないとさえされるにいたつていゝ。^(註18) 刑事訴訟においても、特殊訴訟法的な性格ではなくして実体国家法的性格を有する国家の司法許与義務 (die staatliche Justizgewährungspflicht) の強調の下に、^(註19) 訴訟法に特殊な範疇として刑事訴権を定立することを否定しあるいは無視する傾向にある。

わが国における公訴権論は、ドイツ法字の影響の下に発展したといえるが、とくに免訴の判決の法的性質と関連して論ぜられている。^(註1) 小野博士と宮本博士との間に重ねられた屢次の公訴権論争^(註2)として昭和十八年に発表された団藤教授の「公訴権理論とその批判」はもはや周知のことである。すなわち、団藤教授は、公訴権は実体的審判請求権と解するのが妥当であり、そうであれば、公訴権理論は訴訟条件理論の一場面にはかならないから、公訴権を独立に―しかも訴訟条件論と全く重複して―取り扱うことを無用であると説いた。この主張はその後の教授の教科書にもそのままひきつがれているが、^(註3) この主張をめぐる賛否両論^(註4)がたたかわされているのが戦後の現況であるといえる。

(註1) 団藤・「公訴権理論とその批判」刑法と刑事訴訟法との交錯、一〇二頁以下参照。(なお、民事訴訟における訴権学説については、小野木・「訴権論序説」、兼子・「訴権」、法律学辞典(岩波)三巻参照)。

(註2) Plank, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozessordnung seit 1848 (1857) ; A. Samuely, zur Lehre vor der Antragsdelicten, Gerichtssaal, Bd. 32 (1880) ; E. Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, (1893). S. 6ff.

(註3) Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts, (1856) ; ders., Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, (1857).

(註4) 齊藤・「公法字理論の訴権理論に及ぼせる影響」民商法雑誌十二巻八五頁参照。

(註5) Wach, Defensionspflicht und Klagrecht. Grünhuts Zeitschr. Bd. 6. S. 515ff., 593ff. ; ders. Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch., Windscheid-Festgabe (Leibz.). Sonderabdruck. (1889) ; ders. Der Rechtsschutzanspruch. ZJP. Bb. 32. S. 1ff. ; Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht, Fischers Abh. zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 5, Heft1. (1900) ; ders., Klagrecht und Klagmöglichkeit, Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Civilprozessrechts (1950) ; Stein, Die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbes, bei der Verurteilungsklage, Fitting-Festgabe. (1903).

(註6) Rosenfeld, Der Reichs-Strafprozess, 4/5. Aufl., (1912) ; A. Hegler, Zur Stellung der Gerichte im Strafverfahren,

Festschrift für Karl Binding, Bd. 2, (1911) ; M. S. von Bonhoff, Die gesamtrechtliche Bedeutung der Lehre vom Rechtsschutzansprüche, Festschrift für Adolf Wach, Bd. 3, (1913).

- (註7) Büllow, Klage und Urteil. Ein Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess, ZfP. Bd. 31, (1903) S. 191ff.; Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklage (1877) ; Beiträge zum Zivilprozess, (1905) Der Streit über den Klagebegriff. S. 1ff.; Pösz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, (1880).

- (註8) Bley, Klagerecht und rechtliche Interesse, (1923).

- (註9) J. Goldschmidt, Materielles Justizrecht, (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht), Hübler-Festg. (1905), ders., Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, Brunner-Festschr. (1914) 「ホーネンマン」は「権利保護請求権説を發展せよ」「実体的司法法」なる觀念を定立した。すなわち「國家に対する権利保護請求権に関する法規の全体 (Inbegriff der den Rechtsschutzanspruch gegen den Staat betreffenden Rechtssätze)」をすべて実体的司法法とする。それはまた実体私法あるいは実体刑法自体を意味するものであるが「ホーネンマン」の忠実な祖述者であるニーゼからせよ、「無用な誤った構成である」として批判を受けたこと (Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 105)。なお「実体的司法法に対する批判は Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 5-Auflage, §90. 参照。

- (註10) Prozeß als Rechtslage (1925) 特々 S. 78 ff., 138 ff., 263/265, 272 Anm. 1431。訴訟状態説「したがってその訴訟的法觀察方法の見地からは、從來訴訟上の権利義務と考えられていたものの多くは単なる「見込み」と「負担」の關係にすぎない。僅かに彼のいわゆる國家の司法許と義務 (Justizgewährungspflicht) と「それに対応する私人の國家に対する司法許と請求權」とに權利性を承認するが、しかし、それらは実体法的考察に服すべき実体國法上の範疇として訴訟外に排除される。すなわち、具体的訴訟説が權利保護請求權を訴訟前、訴訟外の權利としながら、結局具體的な勝訴判決請求權と構成して訴訟内に取り込んでしまったのに対して權利保護請求權と根拠を同じくする司法許と請求權を訴訟状態説によって、訴訟外の実体國法上の權利とみ、他方、初期の無内容な抽象的訴訟説に対しそれに内容を与えんとするものである。

- (註11) Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, (1885)。

- (註12) Binding, Deutsches Reichsstrafprozessrecht (1918) S. 97 ff. など、田藤教授は「リーディングが単に「手続」と言っているが「実

体的審判」の觀念におきかえるのが正当であるとし(交錯、一〇四頁註三)、「かれ(ペーリング)によれば、『刑事訴権は刑罰の受忍に向けられるものでもなければ裁判所の有罪を言い渡す活動に向けられるものでもなく、それは訴訟の対象についての裁判所の裁判を目的として規定どおり手続を進行させるということだけに向けられるものである。刑事訴権の効果として、国家は裁判所の資格において訴追者に対し被告人が可罰的かどうかを審理し返答する義務を負う。この権利は有罪であると無罪であることを問わず実体的審理および実体的判決にたいによって満足させられるものである』。かような実体的審判請求権説は正当といわなければならぬ。ただ、これをわが刑事訴訟法に即して考えるときは、免訴の問題を解決するために公訴権の理論構成にさらに一段の工夫を必要とする」(交錯三〇頁)として、その公訴権論を展開されたのである。

(註13) Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 2. Aufl. (1929) S. 524 ff. ders., Allgemeine Prozessrechtslehre (1951) § 10 II.

(註14) 戦後のわが民事訴訟における現状は、フライの本案判決請求権が、兼子博士によって「紛争解決請求権」と意味づけられて、定着しているといえる。(なお兼子「民事訴訟の出発点に立返って」法協六五巻二号二〇頁以下、同、「実体法と訴訟法」一〇一頁以下参照)。

(註15) ローゼンベルク(Rosenberg, Lehrbuch, 6-Aufl., § 2 II 3a)は次のように書いている。「裁判所は訴訟を営む(Rechtspflege zu üben)義務を負っている。そして、当事者はそれにつき権利を、すなわち司法行為請求権(Anspruch auf Rechtspflege)あるいは司法許与請求権(auf Justizgewährung)あるいは簡単に司法請求権(Justizanspruch)と称し得る権利を有している」。

ニッキニは「訴訟の遂行を求める(auf Durchführung des Prozesses) また法律に従って判決を下すことを求める(auf Erlass eines Urteils nach Maßgabe der Gesetze) 個人の請求権について論じ、この請求権をもって「訴権(Klagerecht)」と称する(Nikisch, Lehrbuch, 2. Aufl., § 2V)。

ザックスは(Sax, Das Unrichtige Sachurteil, ZfP. Bd. 67, S. 21 ff.)次のようにいう。すなわち「実体法に内在する権利保護請求権のまたコールドンニットによってさらに展開された実体的司法法の構成をもってしては実体法と訴訟法との間に架橋することはできない。その両者を架橋するものはヒツ・ゲノツセンのそれぞれが有する司法許与請求権(Anspruch jedes Rechtsgenossen auf Justizgewährung)であり、そしてそれに対する国家の履行である。ただし、国家は司法許与の顧慮(Ansehung der Justizgewährung)を義務づけられてゐるからである」(S. 48)。「しかし、この請求権は実体(民・刑)法それ自体のなかにその根拠を有するものではない。その確証(Bewährung)が具体的訴訟では問題となるが、この請求権は、その実体法の

訴訟的観点における「別の側面」ではないのであって、司法許与に対する国家の義務の裏面(Gegenseite der staatlich Rechtspflege zur Justizgewährung)なのであり、懲戒的・民事的・刑事的そして憲法的性質の諸規定によって保障されるものである」(S. 49)。「人は、この請求権に対して「権利保護請求権」と称しようと思えば称し得るだらう。しかし、その場合、それはある自明の理の言い換え(Umschreibung einer Binsenwahrheit)「すなわち自明な、国家法的に根拠づけられた、法共同体に属するすべての人の有する司法許与を求める「請求権」の言い換えであることを自覚していなければならない」(S. 49)と。

(註16) ハーブシャイト(Habscheid, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZfP, Bd. 67, S. 188 ff.)は「ローゼンシュタットの司法行為請求権に対して、「しかし、国家がこの「請求権」の実現を拒んだ場合にとられ得べき道については答えられてはいない。司法許与を求める公法的請求権の存在を承認するならば、その道は存在しなければならない。すなわち、法律に従って訴訟手続を進めることを国家に強制する可能性が成立しなければならない」(S. 193)とし、同様にニキッシュの「訴権」も「いかに裁判官をして訴を「受理(anzunehmen)」させ得るのか、その方途については何ら示してはいない」(S. 196)という。そして、「その実現を拒絶する、国家に対抗してそれを訴訟手続に訴えて(im Gerichtswege)貫徹する権能をもたない主観的権利というものはまさにナンセンス(Unding)である」(S. 196)とぎめつけ、原告に与えられる訴を提起する権能を次のように解する。すなわち、「私的諸利益の抗争を平滑にするために国家は民事訴訟を用立てる。しかし、国家は、原告が国家に対して権利保護請求権説のいう意味での権利保護請求権を有するが故に民事訴訟を設けているのではないのであって、裁判所の助けをかりて私的利益の対立を調整しもって動揺した法的平和の回復(der erschütterten Rechtsfrieden wiederherstellen)をはかることが国家の基本的な責務であるが故にそれをなすのである。国家はしたがって個人のために活動するものではないのである。国家の行為は、むしろ、法的平和と法的安定性の回復と維持(die Wiederherstellung und Erhaltung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit)とが何にもまして第一に問題となる一般利益(Interesse der Allgemeinheit)に命令されているのである」(S. 191 u. 192)。「くりかえしていうなら、国家は国家に与えられた文化使命(Kulturaufgabe)を果たすためにこそその権利保護体系を創設したのである。個人がそのひとりよがりの(vermeintlich)権利を無理やり貫徹しようとして以って国家秩序を危険にさらす事態の起ることを国家は阻止するであらう。そのために国家に訴訟法の諸規範のなかに(in den Normen des Verfahrensrechts)客観法(objektives Rechts)を定立したのである。すなわち、それ故に、国家は訴訟の諸々の権利保護保障(Rechtsschutzgarantien des Prozesses)を創造したのである。個々の国民は、その個人的利益のために作られたものでないこの制度から己れの利益を得るものであることは明らか

かなことである。他の國民がある國民と「その權利」を争っているならば裁判所への道は彼に開かれている。彼は訴を提起し判決を得る可能性をもっているのである。しかし、それは、彼が主觀的公權を國家に対して持っているが故にではない。また彼が「彼の權利保護請求權」を主張するが故になのでもない。それは、何故かといえば、客觀法によって彼にとって有利な法律狀態 (eine für ihm günstige Rechtslage) が生み出され、彼は「客觀法の反射的效果 (Reflexwirkung des objektiven Rechts)」を通して、その有利な法律狀態の分け前を共にしているからなのである。原告に与えられた訴を提起する權能は、かくのうとく理解されねばならないのであって、別様には理解され得べきではないのである」(S. 192) 。

(註 17) なお、訴訟の許与を求める國民の權能を實體國法「すなわちボン基本法一〇三条との関連において論じているものに、前掲ハーペンハイターの論文の他」¹⁷ Fritz Baur, Anspruch auf rechtliches Gehör, Archiv für civilistische Praxis, 153 Band, Heft 5 (1954) S. 394 ff; Peter Lerche, Zum „Anspruch auf rechtliches Gehör“, ZZP., Bd. 78, S. 1 ff. (1965) など。

(註 18) エ・シュミットの教科書 (Eh. Schmidt, Lehrkommentar, Nr. 8, Nr. 9, Nr. 10, 1952) の述べるところを引用すれば、「司法は國家の諸目的しがつてその諸々の責務 (Aufgabe) の一をなす。責務は何よりも義務を含む。國家による「司法独占 (Monopol für die Rechtspflege)」により國家の司法許与の義務 (Pflicht des Staates zur Justizgewährung) が實體國法的に基礎づけられた。この國家法的司法許与義務の上に、國家の司法機關を用立てる義務、また手続の過程を「真実と正義」という二重の目的をもって規制する義務は基づく。國家法的司法許与義務は、個人に対しては司法許与義務を法により規定された形式に従って履行しなければならぬ國家の定立した司法機關の義務としてあらわれる。この意味において、「司法許与請求權 (Anspruch auf Justizgewährung)」は語られうる。それは、國家法的性格を有するものであり、個人の側からみれば、市民たる身分からの流出物 (Ausfluß des Status civitatis) である。この國家の司法許与義務は、民事訴訟の、同様に刑事訴訟法の、つまり訴訟法の基礎なのである。國家の司法許与義務から導かれる國家司法機關 (裁判所、檢察官、執行機關) の個々の義務は手続およびその手続の遂行のためのその意味のなかにしばしば見い出される。しかし、ここで強調されねばならないことは、これらの義務は常に實體 (國家) 法的 (materiell-(staats-)rechtlich) 性格を有しているものであって、決して特殊訴訟法的 (speziellisch prozedrechtlich) 性格を有するものではないということである。この義務は、極めて密接に、「司法としての司法に関するのみならず、また個人の人権および自由の領域の憲法上の諸規定と關係するものである」と。

なお、Henkel, Strafverfahrensrecht (1953) S. 2, S. 93; Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen (1950), S. 59/60 参照。
(註 19) Eh. Schmidt, Lehrkommentar, Nr. 109, Anm. 121; Henkel, a. a. O., S. 280, Anm. 2 ;

(註20) 団藤・前掲(交錯)一二二頁以下。小野・「日本における刑事訴訟法学の発展」法学新報六六卷五号一頁以下参照。

(註21) 小野・「公訴権の理論」法学志林二五卷(大正一二)一号、宮本・「公訴権の觀念」法学論双一七卷(昭二)四号、小野・「公訴権について」法協四五卷(昭二)五号、宮本・「再び公訴権について」法学論双一八卷(昭二)一号、小野・「再び公訴権について宮本教授に答ふ」法協四五卷(昭二)九号、等。

(註22) 団藤・綱要六訂版(昭和三十三年)一三八頁。

(註23) 支持する見解としては、たとえば、宮崎・「訴訟条件」刑事法講座五卷(昭二八)一〇二七頁以下、なお、理由は若干ちがうが同じく公訴権の無用を説くものに青柳・新訂刑事訴訟法通論(昭三七)二一五頁以下。批判的立場をとるものにはたとえば齋藤・「刑事訴訟と応訴権」(中村還暦祝賀論集)訴訟法学と実体法学(昭三〇)二五三頁。井上・全訂刑事訴訟法原論(昭二七)九四頁以下。平場・改訂刑事訴訟法講義(昭二九)一四三頁以下。内田・「公訴権理論の一考察」(前掲中村還暦訴訟法学と実体法学)二六〇頁以下。高田・「公訴権理論の反省」木村還暦祝賀、刑事法学の基本問題、下(昭三三)八八一頁以下。

3 檢察官が被告人に対して自己に帰属するだろう刑罰権を主張し、執行の債務名義を得るためには刑事訴訟制度を利用しなければならない。すなわち、裁判所の実体裁判を経なければならない。わが刑事訴訟制度は、裁判所に自から事件を採させ裁判させるものでは決してない。裁判所の機能は檢察官の公訴をまづてはじめて開始されるにすぎない。

ところで、公訴権論は、そもそも、檢察官が市民を捉えて裁判所に何故訴えることができるか、を問うたものである。何故訴えることができるかということは、換言するならば、国家が自から設けた刑事訴訟制度を何故利用することができるかということであるが、同時にそれは、また、何故に訴えることはできないのか、つまり何故にそれを利用することができないのか、ということとでなければならない。それはすなわち、刑事訴訟制度の存在理由あるいは目的と国家(『檢察官』)のその利用目的とをいかに相関させるかにかかわる。公訴権のもつ意味は、そして、その相関点において見い出されてきたといえよう。

4 有罪判決請求権説は、(実体的) 刑罰権の保護に刑事訴訟制度の目的と国家Ⅱ檢察官のその利用目的との一致点を求めたといえる。すなわち、権利保護要件として訴訟外の国家刑罰権の存在を前提にして、それに対応する判決を請求する公訴権を認める点で、それは実体的公訴権を脱却するものでなく、国家Ⅱ檢察官の刑法上の義務違反者に対する刑罰請求権を、権利保護義務を負う裁判所に向け変えただけである。しかし、刑事訴訟制度の存在理由が刑罰権の保護のためにあるとすることのできないことは既に上にみてきたところである。

5 有罪判決請求権説に反対する論者のなかにあつては、訴訟の目的を实体刑法の実現あるいは確証あるいはまた維持、したがつて真実の発見に求める。それは、既に上にみてきたように、裁判所と檢察官との利益的基礎の同一性を認し、両者の関係は同一平面における単に事務引継の関係とみるものである。ところで、公訴権なるものを認めようとすれば、いかなる場合に公訴権が認められるのか(Ⅱ公訴権要件あるいは条件)の問題に直面せざるをえない。しかし、裁判所と檢察官の関係をそのようにみる限り、公訴権を实体判決請求権と解しようとするあるいは实体審理請求権と解しようと、とくに公訴権を別に独立して論じる必要はなくなる。すなわち、实体判決あるいは实体審理をするにはいかなる条件があれば良いかを専ら裁判所の側からみるだけで事足りるからである。団藤教授が、公訴権を实体審理請求権と解し、实体審判を行う条件を訴訟条件として、訴訟条件と公訴権要件との対応関係をはつきり打出して、公訴権論を訴訟条件論の中に解消すべきものであることを説いたのは、その意味において(しかしその意味においてだけ)正しかつたといえるのである。最近のドイツにおける教科書がいずれも刑事訴権(Strafklagerrecht)を無視し、あるいはベーリングの説いた広義の訴訟条件(Prozeßvoraussetzungen im weiteren Sinne)と刑事訴権(Ⅱ訴追)条件(Stafklagerrechts [Verfolgungs] voraussetzungen) (なお、この場合刑事訴追という言葉は原告の行為としての訴追でなく国家のなす刑法の保護活動(Stafrechtsschutzfunktion)の展開という意義に用いられている事に注意)との区別を实益のない不必要なものであるとするのは、また同様に、上述の意味においては誤つてはいないといえる

(註1) ベーリングは、「全体としての訴訟」(狭義の訴訟手続、すなわち、個々の訴訟行為を捨象して、公訴提起行為に対して裁判所が判断を下す基本的関係と訴訟の客体とを合せた概念)についても合法 (rechtmäßig) 違法 (rechtswidrig) の評価がなされるものとし、刑事訴追 (国家の刑法保護活動) を適法ならしめる条件、換言すれば刑事訴訟手続の許容性 (Zulässigkeit des Strafverfahrens) の条件として訴追条件 (Verfolgungsbedingungen) なるものを説く。さらに、これを刑事訴権 (Strafklagerecht) と関連せしめ、刑事訴権はすべての他の訴追条件を具備した訴の提起によって発生するとする。これらの条件は、広義の訴訟条件と名づけられる (Prozeßvoraussetzungen im weiteren Sinne = Klagevoraussetzungen + sämtlicher Verfolgungsbedingungen)。この広義の訴訟条件は更に、「一般的に原告の刑事訴権を満足せしめる条件 (抽象的な条件)」と、個々の訴訟についてこれを満足せしめる条件 (具体的な条件) とに区別する。そして、前者を狭義の訴訟条件 (Prozeßvoraussetzungen im engeren Sinne) 後者を狭義の刑事訴権条件 (Strafklagevoraussetzungen im engeren Sinne) とす。 (Belting, a. a. O., S. 82 ff. 特 S. 100/101) なお、ケルン (Kern, Strafverfahrensrecht, 4 Aufl., 1956, S. 79 ff.) は、ベーリングの体系をいわば単純化して採り入れている。すなわち、広義の訴訟条件を広義の訴訟条件と刑事訴権条件 (Voraussetzungen des Strafklagerechts) に区分する。

(註2) エー・シュミットは「この区別の実益性と必要性 (Fruchtbarkeit und Notwendigkeit) には疑問がある」とし、ケルンの区別も理解できないとし、「特殊訴訟的範疇としての刑事訴権を私は否定する。それは権利保護請求権の一つの変種 (ein Spielart) にすぎない」という (Eh. Schmidt, a. a. O., Nr. 109, Anm. 121)。また、ヘンケルは「ベーリングのその区別は「実際的に無用でありまた迷わすものである (praktisch entbehrlich u. irreführend)」ケルンのそれも「彼自身疑問を出さざるをえなかった」ものである」として批判する (Henkel, a. a. O., S. 280, Anm. 2)。

6 しかし、刑事訴訟の存在理由・目的をそのようにとらえることに問題の存することは上において詳論してきたところである。そして、われわれは、裁判所と検察官との利益的基础の同一性を否定し、裁判所 (司法) の存在理由を国家 (検察官) の活動の制御作用に専ら求め、裁判所に積極的な性格を与えようとはしなかった。裁判所の作用の制御機能の徹底は、訴訟の進行における検察官の積極的活動をそしてそれに対する被告人の積極的反対活動を中心にする

え、それを重視することに他ならない。檢察官は単に、犯罪の嫌疑だけを述べるにすぎないものではなく、(被告人に向けられている)刑罰権の要求を(裁判所に向って)証明しなければならぬところの準備をつくした主張(eine fertige Behauptung)をなさねばならない。檢察官の公訴は、裁判所の審理・判決のきつかけでは決してない。それは、専ら檢察官に属する決定権に基づいて画され主張される訴訟物(『訴訟^(註1)』)の証明の有無とそして(訴訟が証明されれば)相当と要求する刑罰の範囲の可否の判断の請求としての意味をもっている、と考えられる。他方、裁判所の制御作用は、檢察官の訴因の立証活動に対してのみならず、まさに、そもそも訴因の証明の有無の判断の請求それ自体を許すかどうかにかまらずかわるものである。すなわち、訴因の有無の証明を許すかいないかということは、司法の制御作用の最初のそして最も重要な内容の一つをなしているのである。とにかく、公訴の意味を上のように解する限り、すなわち、訴訟物の範囲の決定権が専ら檢察官にあり、訴訟は、檢察官によつてかく形成された訴訟物たる訴因の証明の有無の判断の請求により開始され、檢察官と被告人との間に展開される抗争の上に、追行され、そこにおける裁判所の占める役割は檢察官のその公訴・訴追活動に対する制御をなすものにしかすぎない、とみななければならないとすれば、事の事態を檢察官の側から考察することの意義と必要性は大であらう。

そして、檢察官が訴因について訴訟主体であるが故に有する彼に独自の訴訟法に固有な訴訟的利益、すなわち、具體的訴訟において訴因を設定しこれを訴追する利益の存在を無視し否定することができないとすれば、彼がその利益を有するものであるということ、彼の訴訟法上の権利としてとらえ、これを公訴権と称することは許されるであらう。

(註1) 審判の対象を公訴事実とみるか訴因とみるかで、公訴事実説(横川・「訴因と審判の範囲」訴因に関する研究一〇七頁以下に代表される)と、訴因説(平野・「訴因概説」訴因に関する研究一頁以下に代表される)、そしてまた、訴因を現実的審判の対象

公訴事実を潜在的審判の対象とする折衷説(岡藤・「訴因についての試論」小野博士還暦記念、刑事法の理論と現実(二)に代表される)の対立のあることは周知のことであろう。訴因説が正当であると思う。平野教授は「訴因はそれについて検察官が審判を請求する、検察官の主張である」(法律学全集、一三一頁)と抽象される。ところで、公訴事実説は訴因を被告人の防御のための便宜的な制度とするものであり、また公訴提起は、裁判所に対する検察官の嫌疑の伝達という意味をもち、裁判所はこの嫌疑を受けついで訴因に注意しつつ、公訴事実が何であるのか、の探究を行うことになる。したがって、また、訴因変更の主体は誰れかという点においても見解の対立は直接的に現われてくる。公訴事実説では、公訴提起後の訴因変更を、公訴事実についての嫌疑の変化、つまり裁判所の実体形成の手続面への反映として理解する(横川・「審判の範囲と訴因及び公訴事実」法律実務講座五巻八三一頁以下、岡藤・前掲論文一頁以下)。すなわち、公訴事実についての裁判所の認識が検察官の認識(＝訴因)と相違し、そのまま事実を認定すると被告人の防御に不利益を及ぼすという場合に訴因変更が必要となると考え、したがって、訴因変更の主体は、裁判所でなければならないことになる。訴因説に立てば、これに対し、公訴事実に対する検察官の認識が変化したときに訴因の変更が考えられ、それは主張の変更、訴の変更という意味をもち、したがって、その主体は検察官ということになる。ただ訴因説に立てば、無罪は、訴因証明なしにつぎる筈であるが、現行法はその法三三六条前段にて「被告事件が罪とならないとき」という無罪理由を挙げていることの説明ができないことの難点があろう。しかし、井上教授も正当に述べられているように、「検察官が証明できなかったものを、裁判所があせって探し廻らなければならない」ということは、従来の如く裁判所と検察官を一心同体と考えている誤りであると私は考えます。検察官が証明できたなら、それで有罪であり、検察官が証明できなかったら、それで、無罪であって、そのほかに有罪になる可能性があるかないかということは、問う必要はないということまで徹底し得ないものでしょうか」(刑事訴訟法の論点、昭和四〇年、七三頁)。

(註2) 平野教授は、免訴の性質を説明されるに当り、「訴因に内在する訴訟追行の可能性ないし利益」ということを述べられる(法律学全集一五一頁)、また鴨教授は「訴訟対象の構成要素を実質的に考察する場合、訴訟主体の利益の要素を無視することはできない」(「訴訟対象論序説」一八五頁)として、「訴訟対象には、一定の可罰的法律関係という実体的な客観的な利益が内在すること云うまでもないが、さらに、その実体的な客観的な利益を訴追者という特殊者の地位において把握し追行するという訴訟法的な主観的な利益が内在する」(「刑事訴訟における当事者概念」刑法雑誌七卷二・三・四号合併号四五頁)とする。そして、この訴訟法的な利益関係の考察の上に立って当事者概念を規定されようとする。

7 公訴権の実質的特性表示としては、それを内容的に訴訟対象たる訴因を設定しこれを訴追する利益とただ関連づけるだけでは、未だ不十分であろう。それは、国家が自から設けた刑事訴訟制度を檢察官をして利用せしめる、つまり檢察官はなぜ一般に刑事訴訟制度を利用できるのかについての説明は与える。しかし、それはまた、個々の具体的訴訟において何故に檢察官は刑事訴訟制度を利用することができないのかⅡ制御されるのかⅡということでもなければならなかつたからである。ここにおいて、われわれは、この利益との関連において、いかなる場合に公訴権は認められないのか(Ⅱその利益は否定されるのか)の問題に直面しなければならぬ。すなわち、一般的抽象的な制度的な權利^(註1)としてだけのいわば訴訟前の公訴権を問題にするならいざしらず、ここで問題とすべきは、個々の訴訟において檢察官がそれを利用するといういわば檢察官の具体的な訴訟利用權としての公訴権のそれについてでなければならぬからである。上に用いた言葉をもつて換言すれば、訴因の証明の有無の判断の請求權としての公訴権はいかなる場合に認められないのかを、この權利の内容をなしている訴訟的利益との関係において、さらにはつきりさせなければならぬであらう。

(註1) 刑事訴訟法二四七条、檢察庁法四条参照。

8 公訴権なしということは、上にみてきた限りでいえば、具体的手続において訴因を設定しこれを訴追する利益なしということの意味する。それは、また、檢察官は訴因の証明の有無の判断を裁判所に求めないことを意味する。それは、とりもなおさず、檢察官の公訴に対して訴訟は形式裁判をもつて終結される、ということの意味するものである。

ところで、訴訟法は、また、それが欠缺するならば実体裁判を不要とし形式裁判をもつて訴訟を終結せしめる諸事

情あるいは諸条件に関して「訴訟条件」という範疇を有している。

「公訴権なし」ということの意味を明らかにするには、したがつて、まずそのことと訴訟条件という名称の下に要約される現象との関係をみなければならぬであらう。その意味において、公訴権と訴訟条件との関係を明らかにしなければならないであらう。

9 訴訟条件を手續条件と訴訟追行条件に類別し、後者を公訴権と相関せしめる見解が有力に説かれている。それは、平野教授の「手續条件とは、それが欠けた状態のままでは、訴訟追行を許さないものをいう。この条件が欠けているときは、公訴棄却または管轄違の裁判で、訴訟を打ち切る。」「訴訟追行条件とは、それが欠けた場合には、およそ訴訟追行を許さない事由をいう。この事由があるとき、すなわち、狭義の公訴権がないときは、免訴の判決によつて訴訟を打ち切る。」「その訴因に内在する訴訟追行の可能性ないし利益がないときに免訴を言い渡すのである。」という見解に、また井上教授の「追行的訴訟条件の存否は、手続的訴訟条件の存否と異つて、公訴権の存否に係る。」「免訴の判決とは一定の訴訟条件が欠けるため、公訴権の不存在を理由とする形式裁判である。」という見解に、みることが出来る。それは、免訴の判決を公訴権の不存在に関連させて説明し、また、それによつて免訴の判決に一事不再理の効力の生じることを説明しようとするものである。^(註3)そして、そのいうところの公訴権は、当該事件に対する具体的手續を離れて存在するものである。すなわち、具体的手續においてたとえば公訴棄却事由の存する場合でも、免訴事由のない限り検察官は公訴権を有するものであると解するものである。したがつて、この立場は井上教授自身も述べられるように、^(註4)公訴権の存在を訴訟条件の一つと解するものである。

(註1) 平野・法律学全集、一四八頁、一四九頁、一五一頁。

(註2) 井上・判例学説刑事訴訟法、一〇二頁、一〇三頁。

(註3) なお、井上教授にあっては、公訴権不存在の場合は、法三三七条に制限列举された場合に限定されていることについては、本文、本論、第三章、第三節9・10参照。

(註4) 井上・前掲・一〇三頁。

10 しかし、およそ訴追自体ができないという場合は、刑訴法三三七条列举の場合にのみ限られているものではなく、そしてまた、法が公訴棄却の事由としている場合においても考えられる以上、そのいうところの公訴権なき場合を免訴事由の範囲にのみ限ることに問題はあろう。

さらにまた、免訴事由の場合およそ、訴訟追行自体ができないとする論者のその意味を考えてみるときに問題なしとすることはできないであろう。それは、とくに論者の公訴時効の性質そしてその存在理由についての把握^(註2)に対して尖鋭化される。両教授の理解には、共通した説明の仕方がみられよう。すなわち、刑罰権は、時の経過によつて、自己を実現する必要性(可罰性の減少)、あるいは自己を実現する可能性(採証上の困難)を、つまり自己実現の利益をそもそも喪失する。であれば、自己実現の利益を失つた刑罰権を被告人に主張し、かつその主張の当否の判断を裁判所に申し立てることの利益もまた喪失する。故に、その実現を阻止する手段を講じなければならず、訴訟障害とされる、と。

公訴時効制度の存在理由は、しかし、そこにあるといわねばならないものであろうか。この点を問題にし、時の経過と共に、可罰性が減少し、採証上の困難がますますということとは、具体的に観察すれば、すべての場合に生じる現象ではない。刑罰権の実現の必要性や可能性があろうとなかろうと、いなむしろ、その必要性や可能性があるのをあえて無視し否定するところに存在理由があると説かれたのは坂口助教授である。^(註3)刑罰権実現の必要性あるいは可能性の喪失の故にということは、ところで、純粹に訴訟手続上の理由(訴訟障害)^(註4)ではないであらう。しかし、坂口論文のな

説 かにある、公訴時効（『免訴事由』）は、もはや生来的に訴追を不必要・不可能ならしめるものとしてでなく、個人の負担危険を防止するための純粹に訴訟手続的規制あるいは制度としての刑事訴追の制限的条件である。この把握の仕方は正しいと思う。

訴因を設定し、その訴因の証明の有無につき判断を求めることは、訴訟主体たる檢察官の有すべき訴訟上の利益である。これに対し、訴追されていない、したがって応訴の負担危険からまぬがれているという事実状態は、また—少なくとも刑事訴訟手続を前提としている—訴訟上の個人の有する利益である。この個人の利益は、その事実状態が一定の期間経過する時に、檢察官の利益に優越することを法は擬制する。それ故に、それをあて公訴提起してきた場合には、この優越する個人の—利益それはまた司法の利益でもある—の前に檢察官の公訴は裁判所の制御を受け、訴訟は、檢察官は公訴をしてはいけなかつたのだという規範の表現として、形式裁判をもつて終結する、ものと考えることができよう。すなわち、それは、つまるところ国家（『檢察官』）と個人（『被告人』）との訴訟的利益の較量の問題に還元される点において、公訴が棄却される場合（『法三三八条四号』）と本質的な差異はないといわねばならない。

以上のように考えてくると、公訴権なしという場合は何も免訴事由のある場合のみに限られているものではないといわざるをえない。また、公訴権がないから免訴であるというべきものではないのであつて、つまりいわば論理は逆であつて、免訴事由の存在の故に公訴権なしとされるといふべきである。それは、もはや、公訴権の存在をもつて訴訟条件の一つであるとして、公訴権と訴訟条件との關係を把握するものではない。

（註1） 本稿第三章、第三節10に前述。

（註2） 平野教授は競合説に立たれるも、しかし、それは、時の経過によつて犯罪の社会的影響の微弱化によつて、また証拠も散逸することによつて、未確定の刑罰権が消滅することを理由として、これが訴訟に反映して訴訟条件となるとする意味での通説的競

合説(小野・刑事訴訟法議義、昭八、三版三八一頁、田藤・交錯・一五八頁)ではない。それは「可罰性の減少と証拠の散逸とによって訴訟を進行することが不当となるとする競合説」(平野・法律学全集、一五三頁)である。端的に刑罰権の消滅を理由とはしない。しかし、可罰性の減少をその理由とする。

また、井上教授は、「証拠の散逸はむしろ公訴時効の第二次的な存在理由にすぎないといわれる。しかし、この採証上の拘束の制度こそ、実はその存在理由でないか。採証上の困難を無視して、犯人を処罰しようとすることは危い。」「その存在理由はむしろ訴訟的なもの」(井上・学説刑例、一四〇頁)としてその訴訟法説く。しかし、他面、「ただ、公訴時効の完成が刑罰権(未確定であるが)を消滅させる限りで、実体法的なものに関連する」(同・一四〇頁)「検察官は、公訴の提起によって、被告人にたいし、刑法に基づく刑罰権の主張をなすと同時に、裁判所に対してその存否に関する実体裁判を申し立てるのである。刑罰権の主張は、刑事訴訟における訴訟物をなす。ところで訴訟法上(すでに確定判決を得たこと)ないし実体法上(大赦・刑の廃止など)の理由によって、刑罰権が消滅すれば、もはやその主張は許されなくなる。時効の制度も実は、刑罰権の消滅する一つの場合である」(同・一三八頁)という。

(註3)

坂口・「公訴時効について―混合説の批判―」法政研究二六巻四号六五頁以下、特に七二頁以下。これに対して、田宮教授は「しかし、時効は事実状態の尊重のために、まさにそうゆう擬制を用いるのだから、これはあたらない」として反対する(「公訴時効についての二三の問題」、ジュリスト二〇六号三〇頁以下、特に三三頁)。いわく、実体法説及び混合説のいけないのは、免訴という形式裁判でいいというような訴訟法説の結論だけを採用した不合理にある。公訴時効によって犯罪の社会的影響(違法)ないし刑罰要求がなくなるという考え方がいけないのではない、と。だから、次のようにもいう。「そこで立法論だが、(中略)むしろ実体法説をとり、いっそ無罪を言い渡すようにした方がよいのではないかという感がしなくもないのである」と。

おもうに、公訴時効は、現行法上一つの明文の訴訟上の制度である。そうである以上、そこにある擬制が伴うだろうことは確かである。しかし、坂口論文もその点を否定はしていないであらう。それは、事態を説明するに当り、擬制の内容を、そのようにいうことの不十分性を鋭く指摘したものとして受けとることができると思う。田宮教授が、坂口論文につきそのようにいわれながらも、他面、現行法の解釈としてではあるが、訴訟法説をとるとして、次のように述べるのも、まさにそうゆう擬制だけでは、説明しきれないからではなからうか。すなわち、「わが法は、この場合、形式裁判で訴訟を打ち切り、なるべく早く被告人を訴訟から解放しようと考えた。実体的な犯罪とその刑罰からの解放よりも、手続の負担を直視する。公訴は被告人を危険にお

くものである。こういう状態におかれなかったという事実ないしそれに対する一般の感覚を尊重するために設けられた一つの訴訟上のインスティテューションではないか」と。(同ジュリスト、二〇六号、三三頁)。

坂口論文では次のように展開される。いわく「公訴時効において重要なことは、国家の刑罰権の実現を犠牲にしても、時間的に個人が起訴される危険を免れる点にあるものと考ええる。刑事訴追を時間的に制限しておくことは、むしろ個人の利益に奉仕するものである。検察官に、事件発生後、無制限に起訴の自由を許しておくことは、個人に対する脅迫である。検察官が自分に都合のいいとき、あるいはその他の理由で、ある過去の条件に関し、何時でも、容疑者を逮捕し、取調べ、起訴することができるとしたら、それは、労働運動や、政治運動の弾圧に利用される危険を残すことになる。一方において起訴便宜主義が認められている制度のもとでは、この危険を防止するための手続的規制として公訴時効の存在理由が考えられる。公訴時効は国家に刑罰権実現の必要や可能性があるときに、それにも拘らず、この行使を禁止するという点に、その重要な機能を発揮するのである」(七三頁・四七頁)。

(註4) 両教授の所説を徹底すれば、結局のところ、団藤教授の「実体関係的形式裁判説」に戻ることにならざるをえないのではないか。

11 では、両者の関係は如何。訴訟条件不存在の場合に公訴権なしとする見解に移行せざるをえない。すなわち、訴訟障害の存在しない限り公訴権ありと考える立場(換言すれば、訴訟条件の具備する限りに於いて公訴権ありとみる立場)である。

ところで、この帰結それ自体は、一見、団藤教授のそれと同じものとみえるかもしれない。公訴権は「訴訟条件の有無と相俟つてその具体的内容を与えられるといわなければならない」^(註1)。しかし、だからといって、団藤教授のよう、「訴訟条件の具備する場合に、はじめに公訴権が存在する」^(傍点)とし、さらに「公訴権と訴訟条件とは全く表裏をなす」から「公訴権理論は訴訟条件理論の一局面にほかならない」^(註2)と考えるものではない。

訴訟条件は訴追の制限的条件としての意味をもつ。しかし、ただそれだけにしかすぎず決して訴追の原動力たる意味を有するものではない。訴訟障害が存在しなければ、訴追は制限(『制御』)されずに進行する。だが、その制御に

立向つて公訴追行が開始され、またその制御を乗り越えて公訴が追行されることのための積極的根拠を訴訟条件は与えるものではない。訴訟条件は、したがつて、被告人の利益のための制度といえよう。すなわち、検察官の訴追自体が被告人にとつてはたえがたい負担であるから、法は検察官の訴追を合理的なものにするために、訴訟条件という法的制限をつけたのである。しかし、検察官に公訴の利益が存するとみるかいなかのための出発点をなすのは、検察官に独自の利益状態にあることを見落してはならない。そのような意味において訴訟条件は公訴の要件なのであり、公訴権を限界づけるもののなのである。訴訟条件が具備する場合には、公訴権が存在するのではないのである。

具体的手続において、訴訟障害が存在しない(『訴訟条件が存在している』)限り、検察官は公訴権を有する。すなわち、裁判所は検察官の公訴を制御することはできない。このように、訴訟条件は、公訴に対する制御を左右する、事実である。事実は権利そのものではない。事実としての訴訟条件は権利としての公訴権と全く同じものではない。^(註3)だが、団藤教授は、「公訴権と訴訟条件とは全く表裏をなす」という。おもうに、そのいわんとするところは、「訴訟条件が具備するときは、裁判所は実体的審判をする権利、また当事者は実体審判を受ける権利を有する。これを検察官について考えたばあいが、すなわち、公訴権ではあるまいか。」^(註4)「被告人もまた、訴訟条件が具備する限り、実体的審判を請求する権利を有する。」^(註5)「訴訟条件はかように裁判所および両当事者に共通の意味を有する」ということであろう。訴訟条件が具備すれば、実体的審判を、裁判所はする、権利を当事者は受ける、権利を有するとの表現にも明らかなく、裁判所の訴訟的活動の能動性、当事者のその受動性を前提にし、訴訟条件の機能を専ら裁判所の側からみてそれが実体的審判をするための要件ととらえる限り、その言うところには矛盾はない。しかし、それは裁判所・検察官そして被告人の訴訟的活動の基礎をなしている利益の非同一次性を、そして裁判所の機能の消極性を顧慮するものではなかつた。しかし、われわれは右の利益的基礎の同一性を否定し、裁判所を純粋な判断者の地位に降して、検察官

の訴訟的活動の第一次的性格を顧慮しなければならない。そして、訴訟障害が存在する場合に公訴は制御されという意味において、訴訟条件が検察官の訴訟制度の利用に対してそれを限界づけ制限しうべき機能をもつものであると考へねばならない。

以上の論述においては問題を専ら検察官との関係において考察してきた。しかし、訴訟障害の存在（訴訟条件の不存在）は被告人側としては自己に無関係なものではない。では、訴訟条件は被告人側との関係においていかなる意味をもっているのか。次にこれを考察しなければならない。

（註1） 団藤・前掲（交錯）一四八頁。

（註2） 団藤・前掲、一五一頁・一〇二頁。

（註3） 斎藤・「刑事訴訟と応訴権」（刑事法の基礎、一三九頁）中村還暦、訴訟法学と実体法学、三五四頁。

（註4） 団藤・前掲・一〇二頁。

（註5） 同・一五五頁。

（註6） 同・一〇二頁。

12 まず考えられることは、訴訟条件不存在の場合に、被告人は端的に無罪判決請求権を有する、とすることである。^{（註1）}

われわれは、実体判決は、専ら検察官の訴因の有無にかかわるもので、その証明なしとの裁判所の判断をもつて無罪判決のその内容的特性表示としてきた。被告人は、そして、有罪判決が下されるまでは無罪の推定（Presumption of innocence）^{（註2）}を受けるものである。すなわち、検察官によつて合理的疑いの余地なく訴因が証明されない限り―被告人は何らの立証も要しない―被告人は罪のない者とみなされるといふ無罪の推定の法理が働いている、また働かな

ければならないと考える。だからといって、被告人側に、積極的な訴訟的な訴訟活動をする彼に個有な訴訟上の利益あるいは権利がないということとはできない。しかし、その利益あるいは権利を、公訴を受けたことによつて生じる被告人の無罪判決請求権として構成することには問題があろう。われわれの前提に立つてそれを換言するならば、そこでは、訴訟条件不存在のとき、檢察官の訴因の証明が許されないわけであるが、被告人がその立証をするまでもなく、無罪を主張しさえすれば、被告人の無罪判決請求権が認められることによつて、檢察官の証明がなかつたという判断を裁判所は下さなければならぬことになる。訴訟条件は、そこでは、檢察官の証明を許さないで且つ被告人の意思にかかるその証明なしとする条件ということになる。檢察官に有罪判決請求権を認め、訴訟条件をその要件とみるならばいざしらず、訴訟条件欠如の場合、被告人に、無罪判決請求権を認める十分な理由とその必要性はあるであらうか。否定的に解すべきであつて、それを支持することには躊躇しないわけにはゆかない。

(註1) 小野慶二氏は「被告人が自己に有利な判決を求める権利およびそのために認められる諸々の訴訟追行上の権利を総括して弁護権または応訴権という概念を構成することができよう。しかし、かような権利は訴訟係属に伴つて当然に生ずるものであるから、訴訟法の解釈においてそれほど実益はない。しかし、右のような弁護権の一部と考えられる無罪判決を請求する権利は、その他の権利とは性格を異にするもので、これを切り離して独自の権利として理解する価値があるように思われる」として、被告人の彼が起訴されることによつて生じる無罪判決請求権なる概念を定立し次のように論じている。(「免訴の判決についての試論」司法研修所十周年記念論文集、昭和三十一年、一三四頁以下) いわく、「無罪判決請求権は、抽象的には被告人一般の権利である。それは、国民の裁判を受ける権利に関する憲法三二条によりて保障される基本的な権利である。そうして、具体的には無罪を主張する被告人の権利である。この場合、無罪の被告人に対してのみこれが与えられるというような実体的な見解をとることは誤りである。無罪であることが一応推定される場合というような条件も必要でない。しかし、この権利は実体的審判請求権を含むものであるから、やはり、訴訟条件を前提としてのみ認められねばならない。ただ、私見によれば、刑の廃止・大赦・時効の三つの事由は上述したような実質的根拠から、無罪判決請求権に対する障害とならないのである。ここに重点がある」(傍

点筆者、二六五・二六六頁)と。小野論文のねらいは、刑の廃止・大赦・時効の場合、被告人が無罪を主張すれば、裁判所は無罪の判決を下さねばならないものであるとするとところにある。この小野論文に対し、田宮前掲(ジュリスト・二〇六号)論文は「これはすぐれた構想である。しかし、そこまでいうのなら、公訴棄却、管轄違の場合でも同じことではないか。論者はそこまで徹底しない。」「もし論者の立場をとるならば、訴訟条件欠如の一般の場合に無罪判決請求権を認めなければならない」(三二頁)と。この指摘は正しい。

(註2) Keny's Outline of Criminal law (1952) § 493 p. 365 参照。なお、大陸では「有罪の推定」があるといわれている(岡藤・綱要六訂版・九頁)が、ベートルスは次のようにいう。いわく、「公判開始決定後も、被告人は決して有罪の推定を受けている者(Teilverurteiler)ではない。彼は依然としてその侵されることのない社会的地位(unangestastete Sozialstellung)にある」(Peters, Die Parallelität von Prozeß- und Sach-entscheidung, ZStW. Bd. 68, S. 381.)と。

(註3) 柳原・「無罪の推定の法理についての一考察」司法研修所十周年記念論文集下、二八二頁参照。

(註4) 被告人の立証を要するとの構成に立てば、それは結局のところ、徹底的に証拠調をすることを許さねばならない。ただ、無罪の主張が立証できなかった場合でも、検察官は有罪をもらえず、被告人は形式裁判だけほもらえることになる。その場合、その形式裁判には実質的に有罪の推定がつくことになり、したがって、それはかえって被告人にとって不利であろうから(なお、田宮・前掲ジュリスト二〇六号三一頁参照)、この構想をとるとすれば、被告人の立証を不要とする方が一貫する。

13 だがしかし、右の論議は、訴訟条件を公訴の制限的要件であると解してきたことを、被告人の「訴訟上の利益あるいは権利」との相関において、さらに一步つっこんで考えさせる契機を与える。すなわち、訴訟条件は被告人の主張をまっしてはじめて判断するという構想^(註1)がそれである。これはすぐれた構想である。

これまでの論述においては、訴訟条件は被告人の利益のためのものであるとしてきたが、訴訟条件を、ただ、その利益のために「訴追を阻止する」公訴の制限的条件としてのみ説明してきた。しかし、いまや、訴訟条件の内容表示にさらに修飾を加えて、それを「被告人が訴追を阻止する一つの防壁」であり「その利益のための防御方法を提供する」ものといふべきものであるとしなければならぬのか、の問題に入らねばならない。このように特性表示する

ことは、ところで、訴訟条件は、被告人側のその不存在の主張がなければ、裁判所としてはこれにかかわらず必要のないものと解することに通じることになるから、その特性表示の是否の検討は重大な意味をもつてくる。

訴訟条件が欠缺している場合、いずれにせよ、検察官の公訴は瑕疵ある訴訟行為であるとして、裁判所による制御を受けるべきもの、つまり無効な訴訟行為として排斥されねばならないものとしてきたこれまでの論述は、右の構想に面しても矛盾するものではない。ただ、これまでの論述においては、その瑕疵の有無の判断は裁判所の判定にまつほかはないが、その瑕疵の排斥(＝公訴の制御)に対する責任を誰れが負うのか、の問題に対しての確定は残してきただといえる。その責任を専ら被告人に負わせようとする構想を前にして、いまや、その問題をはつきりさせなければならぬ。訴訟条件を、被告人が訴追を阻止する動議の理由として不当な公訴に対する被告人の攻撃方法として再認識されるべきものであることは強調してもしすぎることはないであらう。しかし、徹底して司法の制御機能を被告人の責任にかからしめるべきか。その是否を、とくに、本稿の意識してきた各訴訟主体の有する訴訟上の利益とのコンテックスにおいて、以下考えてみよう。

(註一) この構想を立てた田宮教授の説かれるところを、次に、引用しよう(田宮・前掲・ジュリスト二〇六号・三一頁、三二頁)。

「最近、刑事訴訟では、訴訟条件は、それが具備しなければ被告人を訴追してはいけないという規範の表現として、たんに審理判決できないというだけでなく、訴追行為に対する批判という意味をも含んでいるという観念がでてくる。この場合、なぜ批判されるのかというと、訴追じたいが被告人にとってたえられない負担だからである。法は、被告人の訴追を合理的なものとするために、訴訟条件という法的な制限をつけた。訴訟条件は被告人が訴追を阻止する一つの防御方法を提供する。とすれば、これをもう少し徹底すれば、被告人側の主張があつてはじめて判断するとしてよいのではないか。被告人の権利＝利益は放棄できる。逆に主張がなければ、放棄したものとして裁判所はこれにかかわらず必要はない。この思想は、訴訟の条件は公訴要件だという(中略)主張をいま一步つっこんで構成したものにはかならない。理論的にはこうした訴訟条件の再構成によって可能だが、ま

た実際的にも、いまの刑訴が大幅に英米法化、当事者主義化したことから肯定できる。(中略) 訴訟条件についても、もつと当事者の支配を認めていいのではないか。英米法では、一定の時機までに、あるいは時機を限らずに、動議ないしは抗弁を出させて、これによって訴訟を却下するという方式をとる。起訴状の表見上明瞭な訴訟手続上の欠陥その他の法則違反を理由とする *motion to quash indictment*、実体法の適用上の違反を理由とする *demurrer*、その他の欠陥を申立てる *plea in abatement*、管轄違の申立て *plea to the jurisdiction*、特別抗訴抗弁として名譽毀損におけるジャスティフィケーション、制定法による起訴時効、恩赦、二重の危険など、われわれが訴訟条件と称する実質をもつ事項は、みな被告人側が主張する。わが国でも、刑訴三三一条の土地管轄の抗弁はこういう考え方の一つの萌芽と見られるのではないか。同条によると、土地管轄は、被告人の申立がなければ管轄違の主張しかできないことになっている。訴訟条件を欠く場合も同様ではないか。(中略) これは一つの試論である。もし、この試論が承認されるなら、公訴時効も同じことで、被告人側が主張しなければ免訴を言い渡す必要はない。裁判所は有罪・無罪の結着をつけてかまわないことになる。これは当事者の利益を考えた最も急進的な結論になるだろう。

14 国家(「検察官」)の刑罰権実現活動に対して、それから独立した司法機関(「裁判所」)が存在するのには、裁判所に独自固有のその存在根拠が存するがためである。裁判所は、検察官そして被告人のそれとは次元を異にする司法利益の基盤の上に自己の機能を發揮しうべきものである。そして、われわれは、上において、訴訟手続を被告人の不利のままに検察官に追行させてはならないという訴訟手続の自然正義を支える司法の必要が、訴訟条件不存在の場合の被告人の利益を同時に司法それ自体の利益たらしめると述べてきた。ところで、これまでにおいては、この被告人の利益が司法の利益となるということの意味について深く論ずることのないままにしてきた。しかし、いまやそのことの意味を明らかにする時機が到来した。

まず、次のことをはつきりさせねばならない。すなわち、裁判所は、例えばその訴訟経済上の諸利益のように、裁判所に固有な利益(*eigenes Interesse*)を有していることは否定しうべきもない。しかし、この種の裁判所それ自体のいわば自己自身の利益からの命令に基づく必要の存することと、とくに本稿の意識してきた被告人の優越する利益の

命ずる必要とには、その性質に差異のあることを混同してはならない。後者のそれは、裁判所それ自体のものではなく、まさに他者すなわち被告人の利益に基礎を有するものである。したがって、前者の場合にあつては、裁判所が例えばその訴訟経済上の不利益、負担を避けるために出る行動は裁判所の義務ではない。ただ裁判所がその行動に出ることは、禁止されず、むしろ、一般的に、望ましい場合が多い。この意味において、それは、裁判所の権能であるといえる。しかし、この意味での義務を伴わない権能の行使により被告人の受ける利益は、権能行使の反射に止まり、被告人に対してその利益享受の期待権を生ぜしめるものではない。これに反して、後者の場合、それは、単なる権能に止まらず、他者（＝被告人）の利益からの命令に基づくところの必要、すなわち、義務を伴う権能であることは、改めて論ずるまでもなく、明らかであるところである。したがって、その命令に反する場合に、上訴の理由となることは勿論、裁判所のその違法行為が場合によつては実体法上の問責の対象にすらなりうるといえるものでもある。

だが、問題は、その裁判所の義務は何時発生するのかにある。換言すれば、その義務の発生・不発生は他者（＝被告人）の自治に委ねられるべきものかにある。それを他者の自治に委ねる、つまり公訴に対する制御を被告人の意思にかからしめるというなかには、次の思想があろう。すなわち、はげしく利害を対立させ抗争し合う両当事者の相互陳述のやりとりのなかで両当事者は制御し合う。とくに被告人のそれは、また手続の正義を支えるために確定される必要のある公訴にいたる過程の不当な経過についての明白な像を浮き上らせるであらう。かように、両当事者は、各々、訴訟上、己れの利益を積極的に追求しなければならない。それは、他面、自己の利益の処分の自由を意味する。また、その積極的追求の結果、それが不利益に終つてもそれを甘受しなければならない。その不利益を防止するのは当事者自身でなければならない。したがって、その利益享受の期待権は、自らそれを主張した時にはじめて生じる。自からの利益を放棄した、あるいは「お上に頼る」自主性のない人を法は予定するものではなく、またかかる場合の

その利益の保護 (Schutz des Interesses) を法は対象にしているものではない、という思想である。ところで、このように考えることに對して、次の諸根拠からの反撃があるだろうことを予想しなければならない。

まず、制御を両当事者のそれに委ねるだけの両当事者のほげしい対立、とくに被告人の抗争を、強力な檢察官に比較して被告人はあまりにも弱者である (また法的に無知でもある) という現実の前に、予定することは、司法目的 (『公訴追行に對する制御』) を内容空虚なものにするだろう、ということである。また、次のこともいわれるだろう。被告人の利益のための制御の命令を基礎づける利益は、当該被告人個人の個人的な利益ではなく、それは裁判所自体の職責を内容づける制度的・一般的ないわば公益なのである。だから、裁判所は手続の正義を支えるために確保しなければならない事項について、少なくとも積明義務を負うものと解さねばならない、と。すなわち、被告人を守るマグナ・カルタとしての機能を有すべき積明義務を裁判所は負うものである、と。

いま、ここで当事者主義・弁論主義に對する積明権^(註)の問題に深入りする余裕はないが、積明権がマグナカルタであるとするれば、それがマグナカルタであること自体、問題である。檢察官の公訴を制御するつまりその効力を阻却せしめる事由を基礎づける被告人の利益の存する限り、被告人はその利益を追求することは許される。また許されなければならない。しかも、その場合、その利益は己れの保護を裁判所に命令する。そして、その保護の実現を、裁判所による公訴無効の宣言のなかにみる。その利益につき、つまり訴訟条件の存否に関する主張とその証拠の提出が「十分に行なわれた」場合に、当事者間の制御は充実になされたという。その主張と事実と証拠が出つくして明確に整理された時に、それは「十分に行なわれた」といえる。その主張に對して判断を下すのは、ところで、裁判所である。すなわち、裁判所はその主張に對して判断する職責を負っている。判断を下す (『法に従つて』) ことは、当事者の責任ではない。それが裁判所の責任であることは疑問の余地はないであらう。当事者の主張の不明瞭・不完

全・誤謬・矛盾の盾のためにその職責を果せないことがあつてはならない。裁判所は、その職責を果すに必要なことは、したがつてまた、その必要性の限度内で、することが許されなければならない。裁判所の釈明義務の存在の根拠はここ（「この根拠が同時にその範囲を画する」にある。^(註2)）したがつて、当該事件の情報に最も精通しているはずの当事者の主張・陳述が不明瞭・不完全等の故に、それに対する判断をなさないことは釈明義務不履行ではあるが、その不要の場合にはもはや義務ではない。このように、裁判所の釈明義務は、判断者としての裁判所のためのものであり、当事者の利益保護のためのものである。

さらに、また、その利益を公益であるとした司法目的が内容空虚なものとなるだろうとする危惧に対してだが、確かに被告人は弱い。完全でない。しかし、法はかかる弱い、しかし弱くなつてはいけない、被告人の自治を予定すると解して良いと思う。そう解すべきかいはなは、まさに、国民にいかなる権利を与え、それをだれが・いつ・いかなる方法で、またいかなる形式で保護することが、刑事司法政策上いかなる意義を持ちうべきかの考慮に仰がねばならないところでもある。この問題について深く思索する能力経験の未だ十分に持ち合わせていない筆者において、即断する輕薄さを顧りみず述べるのが許されるならば、当事者主義・弁論主義の機能しうべき地盤が刑事訴訟においても成育しはじめている現在、それ故に、そのできる限りその純粹な形において徹底させる方向において考えるべきであると思う。かくいうことによつて、自己を弱者と信じ、すべてを「お上に頼らう」とする意識から、自己の有するだろう利益あるいは権利に対する確乎たる意識に目覚めた積極的な国民の自己利益のためのはげしい闘争の展開を期待しなければなるまい。その時に、はじめて、司法の許与あるいは保護が約束されているといえるのである。

したがつて、被告人のそのような地位にあることをもつて、彼は「制御請求権」をもつということが許されるならば、訴訟条件不存在の場合、被告人には制御請求権が認められ、それが主張されれば、裁判所は制御義務を負うこと

説
論
になり、檢察官は公訴権なしとされて、その公訴は形式裁判によつて裁判所の制御を受けるということになる。
このように、被告人は、訴訟障害の存在（＝訴訟条件不存在）する場合に、公訴を阻止する訴訟上の利益を有しているのである。

そして、その利益主張によつて公訴の利益は否定されるのである。

（註1）なお、民事訴訟の文献だが、Wolfgang Bernhart, „Die Aufklärung des Sachverhältnisses im Zivilprozeß“, Beiträge zum Zivilprozeßrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg (1914) S. 1 ff. 小山・「当事者主義・弁論主義の動向」
法律時報三二卷一〇号一七頁以下が示唆に富む。

（註2） 小山・前掲・一八頁参照。

第四章 「公訴の利益」不存在の場合の訴訟上の取扱

檢察官の訴訟制度の利用を限界づけ制限する優越する利益が発現する限りにおいて公訴の利益はない。その場合に訴訟上いかに取り扱われるのかについては、前章までにおいておりにふれて述べてきたところであり、ここであらためて論ずるまでもないだろう。しかし、それらを整理するという意味において、以下まとめることにする。

1 まず、公訴の利益のない場合に如何なる裁判をなすべきか。刑法法三三八条四号を使つて、公訴棄却の判決をすることになる。すなわち、明文の規定による公訴棄却事由（＝訴訟障害の事由）ではないが、その本質において他の訴訟条件欠缺の場合と同じく取り扱うことができるのである。しかも、われわれは公訴棄却事由に関する一般条項を実定法上所有しているのである。そしてわれわれはそれを利用する。

2 次に、われわれは、公訴の利益のない場合を訴訟障害とし、それを被告人の利益のための制度とみることによつて、裁判所はそれにかかずらう必要はない、と考えた。そのことは、訴訟障害の有無につき裁判所は職権による調査の義務を負うものではないということの意味するが、しかし職権で調査することの禁止を意味するものではない。訴訟障害とされる事由が裁判所の利益からの必要にも基づくものである場合に、あるいはまた専ら裁判所の利益からの必要に基づくものである場合に、被告人の主張があろうがなからうが、それに裁判所が自からかかずらうのは当然であり、決して禁止されるものではない。むしろ望ましい場合が多い。ただ、そのような場合においては、裁判所がその自からの負担において、その点についての調査をせずに手続を進行したとしても、非難されるべきもの(Ⅱ上訴理由とはならない)というだけである。

3 審理の順序に関してはどうか。まず、公訴の利益の有無の判断は、検察官の訴訟制度の利用の許否に関するものであり、検察官の訴因の証明の有無つまり有罪・無罪の判断に先行すべきものであることは、その理論的帰結である。公訴の利益の有無の判断は刑罰権の存否の判断よりも複雑な目的的判断を要することがあるだろうことは否定できない。またある程度実体関係に立ち入らねば判断できないことのあることも否定しえない(明文の規定による^(註1)おいてもある程度実体関係に立ち入らねば判断できないことのあることは同様である)。しかし、有罪・無罪の実体関係の確定は検察官の訴訟制度の利用が許されたうえではじめてなしうところである。公訴の利益の有無の判断が実体権存否の判断に先行すべきことはあくまで厳守されねばならない。^(註1)これに対して、訴訟条件(訴訟障害)相互間の審理の順序については、明文の規定によるものとして訴でないものとに特段の差別を与える必要はない。数個の訴訟条件の欠缺が競合する場合に、どの欠缺を理由として訴訟を打ち切るべきかについて、団藤教授は「瑕疵の程度の高いものによるのが妥当である」というが、この点についても明文によるものとそうでないものとに差別をする特段の必要はないであろう。^(註2)

(註) 民事訴訟における「訴の利益」について、その有無の判断の实体権存否の判断に失行すべきとされていることについては *Bley, Klagerecht und rechtliches Interesse*, S. 109; *Rosenberg, Lehrbuch*, 5 Aufl., S. 374; S. 374; *Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis*, S. 17; 三ヶ月・「権利保護の資格と利益」民事訴訟法研究一卷三七頁以下等参照。

(註2) 団藤・刑事訴訟法綱要六訂版一三六頁。

4 われわれは、公訴の利益のない場合を訴訟障害とし、その存在についての主張責任を被告人に負わした。そのことは、また、われわれは「証拠提出の責任」^(註1)、つまり公訴の利益が「ないかもしれないという疑いを生ぜしめるだけの一応の証拠」を提出する責任を被告人に負わすことを認めるものである。被告人はただ公訴の利益がないという主張だけすればよく、その主張があつた以上検察官はそれがないということについて証明しなければならぬ、と考えることも勿論可能である。しかし、主張だけでよいとするのでは、それが無責任になされるおそれがある。ただ一応の証拠を提出するというだけの負担であるならば、これを被告人に負わせても、不都合はないといわねばならない。^(註2)

(註1) この「証拠提出の責任」という概念は、わが国ではまだ必ずしも一般化していないが、英米法の *Burden of Producing Evidence* に相当するもので、平野教授がわが現行法を理解するのに必要な概念だとして導入したものである(なお、平野・「刑事訴訟における推定」法協七四巻三号一頁以下参照)。この概念が導入された契機は次のことにあった。違法阻却事由あるいは責任阻却事由については、検察官が構成要件の事実を証明する以上、とくに疑問の生じた場合にのみ立証すればよいことの説明において、通説は、そこに事実上の推定が働くからと説明する(たとえば団藤・綱要六訂版一九八頁)。しかし「事実上推定されれば、すでに証明されたことになり、証明の必要の問題は生じない」のみならず、「阻却事由は、構成要件事実の証明によって、常に事実上推定されるとはかぎらない」(平野・法律学全集・一八四頁)。「事実上の推定」という概念は、通常、裁判官の自然的な心証形成過程そのものを指して用いられるが、この説明では、当事者が規範的に何を要求されているかは必ずしも明らかではない」(松尾・「挙証責任および推定」刑事訴訟法講座(2)一一八頁)。ところで、このような疑問は、現行法が当事者

主義を採ったことを根拠にして、右の事項に対するいわゆる実質的あるいは客観的挙証責任を被告人に負わせしめるという見解となつて展開されることとなつた。すなわち、小野博士は「法律上犯罪の成立を妨げる理由となる事実―違法性阻却の原由、道義的責任阻却の原由を含む。―および法律上刑の減免の理由となる事実については、被告人に実体的挙証責任があると考ふべきである」(『新刑事訴訟における証拠の理論』刑法雑誌三九四頁。なお、同趣旨の主張は博士の次の論文にてもなされた。『新刑事訴訟と構成要件』刑法雑誌三卷二一頁以下とくに三二―三三頁。また、井上教授は、小野博士を支持して、さらにその範囲を広げた。すなわち「一切の犯罪成立阻却事由」のほか「末必の故意の存在せざること」および「主観的違法要素といわれるもの」についての客観的挙証責任を被告人に負ふべきだと説いた(『刑法における主観的要素の証明』滝川先生還暦記念・現代刑法学の課題(下)四四九以下)。しかし、このように被告人に客観的あるいは実質的挙証責任を課すことは疑わしき場合に被告人に不利になる点において問題がある。そこでできたのがこの証拠提出責任の概念である。すなわち、一応の証拠を提出する責任にとどめそれが提出された以上は、検察官はその不存在について合理的な疑いをいれない程度に証明しなければならない、とする考えである。

(註2) 平野・刑事訴訟法の基礎理論・一三八頁参照。

5 われわれは被告人に「証拠提出の責任」を負わせる。ところで、被告人が一応の証拠を提出し、これに対して検察官の反証が終つても、裁判所の心証において確信がえられない場合に、これによる不利益をどう考えるべきか。すなわち、いわゆる実質的あるいは客観的挙証責任^(註1)をだれが負うとするのか。

まず、判断者である裁判所がこの挙証責任を負うことは論理的に矛盾する。それは当事者についてのみにあることである。では、被告人がこれを負うのか。あるいは、そうではなく、公訴の利益の不存在(『訴訟障害の存在』)についても、「疑わしきは被告人の利益に(In dubio pro reo)」の原理^(註2)の適用があるといえるのか。

この点について、訴訟条件と訴訟障害とを区別して、後者には右の原理の適用がない、とする考えがある。たとえば、一事不再理の抗弁に対して、ドイツの一九四八年二月二日の Der Oberste Gerichtshof für die Britischen Zone^(註3)の判決の示した見解はこれである。それはいう。「この新たな訴訟に対する訴訟障害は、それが証明(erweisen)

される場合にのみ、それを斟酌する (beachten) ことができ、また斟酌することが許される。本件はその場合でない。被告人に対して一九四〇年に同一事実につき区裁判所の略式命令 (ein amtsrichterlicher Strafbefehl) がなされたということは、弁解として提出された証明されていない、そして——中略——また証明のできない単なる主張にしかすぎない。訴訟障害の存在の可能性は訴訟追行をさまたげない。——中略——In dubio pro reo の原則は、被告人の有罪を認定する場合に、被告人に対して証明しなければならぬ諸情況について適用があるにすぎない。要するに、構成要件のメルクマールである事実について、また訴訟条件 (Prozessvoraussetzungen) について適用があるのであつて、その存在の事実を実際斟酌されうべきものではあるが、しかし、それが存在しないという証明が尽されないとこの訴訟障害 (Prozeshindernisse) には適用がないのである」と。また、わが長島検事が「公訴時効の完成した事実の举证責任を被告人に負担せしめるのは、時効の停止の制度の存在とも考え合わせると、酷であつて公平を失するし親告罪における告訴、告発、請求の存在は、訴訟追行のための積極的要件であるから、検察官がその举证責任を負うものと解すべきである」(傍点) (筆者) が、「訴訟障礙事由の存在は原則として、それによつて利益を受ける被告人側の举证責任に属さしめてよいとおもう」(註⁴) とするのも同じ系列に属する見解としてうけとることができよう。

右の見解に対しては、ドイツの学説は反対する。すなわち、ある事由の存在を訴訟障害とするかあるいはその事由の不存在を訴訟条件とするかは定義の問題 (Formulierungsfrage) にすぎず、いずれにも解することが可能である。したがつて、訴訟条件と訴訟障害の区別をもつて、右の原則の適用に差別をつける根拠とはならないからである。そして、ドイツの学説は訴訟障害にも In dubio pro reo の原則の適用があるとする。(註⁵)

おもうに、確かに訴訟の当事者主義化は被告人のいわゆる主観的あるいは形式的举证責任を顕在化した。(註⁶) しかし、松尾助教授が正当に指摘したように、それは直ちに客観的あるいは実質的举证責任の分配と必然的な関係にはない。(註⁷)

すなわち、問題は、提出された公訴の利益の不存在についての疑いに対してそれを克服すべく檢察官が証拠を提出した後で、なおかつその疑いが残る場合に被告人に有利に解決するか否かの問題である。それは、公訴の利益の有無についての調査をたとえ職権によるものとしても、起りうる問題なのである。右の原理の適用を肯定するドイツの学者の立つ基本的立場が職権主義であるということはこの原理の適用を否定する理由にはならないのである。刑事訴訟に固有の根本原理としての *In dubio pro reo* の原理を無視しては、本旨に反する結果とならう。われわれは、被告人に一応の証拠の提出の責任を与えはするが、いわゆる実質的あるいは客観的挙証責任まで与えるものではない。

(註1) なお、刑事訴訟における挙証責任について、松尾・「刑事訴訟における挙証責任」上智法学論集一卷一号二三六頁以下の詳細にしてすぐれた分析がある。

(註2) この言葉は一八一一年ドイツの学者 Stübel によつてはじめて使用されたものだが、その原理は刑事訴訟の根本原理としてすでにローマ法の時代から承認されてゐる(Peters, Strafprozess, 2 Aufl., S. 249) など、その詳細は、Hottappels, Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes „in dubio pro reo“ (1965); Stree, In dubio pro reo, (1962) 参照。なおまた、英米法の「無罪の推定 (presumption of innocence)」原理も同一の内容をもつ原理だとされてゐることについては松尾・前掲・二七七頁参照。

(註3) OGHBrZKÖLN, Urt. v. 21. 12. 1948-StS 139/48 (Neue Juristische Wochenschrift, 1949, Heft 14, S. 556.)

(註4) 長島・「自由心証主義と挙証責任の諸問題」法律実務講座・刑事編九巻・二二五頁。

(註5) Reinicke, (Anmerkung zum Urteil), NJW, 1949, Heft 14, S. 556.

(註6) 訴訟条件と訴訟障害とはその法的効果 (rechtliches Tragweite) において全く同じであることは多くの学者の認めるところである。たとえば Beiling, Deutsches Reichsstrafprozeßordnung (1928), S. 96; Röwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 21 Aufl., S. 71; Peters, Strafprozess, 2 Aufl., S. 237.

(註7) たとえば Peters, a. a. O., S. 249; Eh. Schmidt, Lehrkommentar, Nr. 177; Löwe-Rosenberg, a. a. O., S. 76; Henkel,

Strafverfahrensrecht, S. 289.

(註8) 平野・刑事訴訟法の基礎理論一三五頁は、形式的挙証責任とは「誰が」証拠を出さなければならないのか、という問題であり、「証拠が出なかったら『誰の』不利益に判断されるかという問題」ではないという。松尾・前掲・二四二頁は、ドイツの挙証責任概念を分析して、「そこには、少なくとも二様の考え方が見られる。一は、要証事実についての裁判所の確信不到達がいずれの当事者の不利を結果するかの問題として把えるものであり、他は、裁判所による不利益な判断を免れるため、いずれの当事者に立証行為に出る必要があるかの問題として扱うものである。同一の事態に関しなげらるも、前者は形成された実体について謂い、後者は実体を形成する行為に着眼するものである。これらはそれぞれ客観的挙証責任、主観的挙証責任と呼んで区別することができる」という。

(註9) 松尾・前掲・二九〇頁。

結論 — 問題の解決のために —

第五章 「公訴の利益」概念の定立

民事訴訟における「訴の利益」に関していささか考えることのできる機会を与えられ、それにかかわる民事判例を観察する作業を進めている際に、^(註1) 刑事事件ではあるがかのあまねく知られている「一厘事件」のことなどが念頭に浮び、何故か私の心に呼びかけるものを感じた。この素朴な呼びかけは、検察官の訴訟制度の利用を限界づけ制限し阻止しうべく機能する優越する(被告人のそしてまた裁判所)の利益の発現を刑事訴訟においても尖鋭に意識し、前面に押し出すべきではないか、と問うのであった。実際、刑事訴訟において、明文の制度の基底においてはいうまでもなく、明文の個別的制度の間隙に、概括規定のなかに隠れて、すなわち、すくなくとも訴訟の対象との関係におい

て、証拠との関係において、不正手段によりなされた公訴の準備との関係において、迅速な裁判との関係等々において、具体的・個別的に被告人側に公訴を阻止しうべき訴訟上の利益の存在が、すなわち、検察官の訴訟制度の利用を限界づけ制限し拒絶しうべく機能する優越する利益の発現してきうべきことを観察できたのである。

そして、とくにかかる明文規定の間隙において優越する利益の発現してくる場合に、各訴訟主体の有すべき訴訟上の利益とそのシュパンヌング (Spannung) を表面に出して事態を処理し公訴の利益なしとして公訴棄却により公訴を制御しする、またかく処理しなければならぬ意義と実益の存することを知つたのである。

この事実認識から、本稿は、「公訴の利益」の不存在を尖鋭に意識し、その觀念を刑事訴訟に定立し、その存否の確定を検察官の独占から解放し、被告人側のその積極的抗争を期待し、裁判所のレベルでの問題として、その理論的位置づけを試みてみたのである。その位置づけにおいて、わが現行法の解釈論として問題に接近したく、とくにわが諸先輩の残された諸業績をきいた。そして、その遺産を引継ぎくみとりそれに踵を接して、本稿の問題意識から透視しながら、関係させ位置づけてみた。やはりわが先人達も公訴の利益の意識を持つていた。しかしながら、それらの意識は免訴の制度の説明のその限りにおいて、あるいは個別的問題の解決のその説明の限りにおいてわずかに表面にのぼつてくるものにしかなかつた。あるいは、また、他面、当然のこととして、ことさらに公訴の利益を觀念することの意義を見い出せずに終つていたといえよう。

しかし、われわれは刑事訴訟に「公訴の利益」の觀念を鮮明に定立することの意義の大なることを見い出さねばならない。

そして、さらに、かく定立されたこの觀念を通して、訴訟条件という名称のもとに要約される諸現象(＝その原因・その態様・その効果において極めて雑多であり、殆んどその統一原理の存在を疑わしめる)の統一原理が発見されうべきものであ

ることも、また明らかにできたかと思う。

ところで、「利益なければ公訴権なし」という命題を鋭に意識させた、つまり訴訟主体の利益的基礎に着眼して検察官の訴訟制度の利用の可否を問題にさせたゆえんをここであらためてふりかえつてみたい。すでにみてきたように、それは主として検察官の公訴提起についての裁量の可否に対する批判によつて表面化された。その表面化をうながしたものは、まさに、国民の権利を何によつて保障するかに関して、実体法的配慮あるいは結果さえよければよいとする思想、したがつて手続過程面での権利の保障を軽視する傾向に対する反省である。この意味において、結局、公訴の可否の決定を、捜査に始まり・公訴・裁判・科刑そしてさらに処遇にいたる全刑事手続において、だれが・いつ・いかなる方法で・そしてまたいかなる形式をもつて、することが刑事司法制度のいかなる目的に最も有効に合致した機能しうべきかの問題なのである。刑事訴訟の目的を専らいわゆる実体的真実主義におき、裁判所にその目的と結びついた積極的役割を与える限り、公訴の可否の判断を、いつ、だれにそしていかなる形式においてなさしめようとも意味のないことになる。刑事訴訟の目的において、刑事訴訟手続を支える価値として、実体的真実に対抗しその譲歩を要求するそれに優越する価値であるところの被告人の利益を保護すべき手続の適正さあるいは賢明さが登場してきて、はじめて、問題になりうるのである。だからといって、われわれは実体的真実主義を刑事訴訟から抹殺しようとする、またしたものではない。ただ、実体的真実発見とならんで、必要な場合には実体的真実発見の利益が譲歩しなければならぬそれに優越する（互に相矛盾する契機を同時に同程度に満すなどということとは机上の空論である）利益の保護のためにも、刑事司法は機能するものであるとするものである。そして、われわれは、司法（＝裁判所）のもつべき、国家（＝検察官）の利益主張に対する判断者・制御者としての消極的機能を重視する。

国家の利益を主張する主宰者は検察官なのである。^{（註2）}その利益主張は刑事訴訟制度という手続を利用しなければならぬ

ない。だが、この刑事訴訟手続は、実は、国民（＝被告人）の獲得した被告人のための砦なのである。被告人はこの自己の砦を檢察官に引渡すことはない。しかし、そのためには、この砦を楯にしての一戦を覚悟しなければならない。この砦が檢察官によつて不当に利用されることに對して、被告人は己れの責任においてそれを阻止しなければならない。いし、また阻止しえる立場にある。かくして、裁判所のレベルにおいて、檢察官の訴訟制度の利用を求める訴訟手続上の法的な利益つまり「公訴の利益」と、その利用の拒絶（＝公訴の制御・排斥）を求める被告人の訴訟手続上の法的な利益との對戦が許容されうるのである。

「公訴の利益」は実体刑法上の刑罰請求權と同一物ではない。すなわち、たとえ刑法上の刑罰請求權が成立する場合であつても、公訴の利益は欠缺しうるのである。確かに、刑法規範から生じるつまり刑法的に基礎づけられた客観的な利益 (ein strafrechtlich fundiertes objektives Interesse) は、公訴の利益の根源的なそして本質的な要素であることは否定しえない。しかし、われわれは、公訴の提起行為が「成立する」限り、つまりその行為としての明白な一般的な類型性を備えている限り、公訴の利益はあるものとの推定がなされる、と考える。そして、この推定を破るための（主張ならびに一応証拠提出）の責任は被告人側が負うものと考える。この意味において、公訴の利益を積極的に、客観的に基礎づける実体刑法上の規範から生じる利益要素をまず確定してから進む必要を認めない。すなわち、この刑法的に基礎づけられた客観的な利益が「公訴の利益」の外延を画す、と考えることはいらないし、またそう考えるべきではない。

「公訴の利益」は、それが無いという面において、そのもつ機能（＝訴訟制度利用の拒絶つまり公訴の制御）の眞価を發揮する。「公訴の利益」はむしろその利益に對抗し優越する個人（あるいは司法）利益によつてその外延を画される。したがつて、いかなる場合に公訴の利益はあるのかを問題にする必要はない。ただ、いかなる場合に公訴の

利益はないのかを問題にすればよいのであり、またそれを問題にしなければならない。換言するならば、「公訴の利益」のために必要である利益は具体的訴訟における訴訟の対象つまり訴因、そしてまた公訴の準備・追行行為のもつ被告人（あるいは司法）に与える訴訟上の意義および効果によつて実質を与えられる、といつてよい。かくして「公訴の利益」はすぐれて訴訟手続的な利益であるといわねばならない。すなわち、その実質は、刑事訴訟手続において適用される被告人の利益の手続面での保障を命ずる諸規範、つきつめていえば刑事訴訟手続を支える自然正義の文化規範の保護する被告人の利益を必要とするものである。

かかる意味において、刑事訴訟手続は被告人の砦なのである。しかし、われわれは、この刑事訴訟手続が刑事被告人のための砦だといわねばならないことの意味を、今一度、確かめておかねばならない。すなわち、そうであるならば、むしろこの手続を檢察官に利用させることこそ被告人の利益ではないか、という考え方も、そこから出てくるといえなくはないからである。まさに、公訴の利益の観念を定立して、起訴・不起訴の決定権を檢察官の独占から解放し、問題を裁判所のレベルにまで引き上げたのは、その考え方の表現でもあるといえなくはないからである。しかし、それはあたらない。問題を裁判所のレベルに引き上げた思想はそれにあるのではない。問題を裁判所のレベルに引き上げる思想の実質は次のことにある。その一つは、檢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、檢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、檢察官の刑事学的経験しがつて刑事訴訟上の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もつものではないが、その命令拘束性から出てくる危険で

(註³)ある。この危険性の故に、起訴の当・不当の最終的判断機関は裁判所でなければならない、ということが正当に帰結されるのであり、また裁判所の檢察官に優越する地位を認めさせるのである。さらに、また、問題を裁判所のレベルに引き上げることには味方するのは、手続の公正を担保する憲法によつて命令されている裁判所のもつ公開性である。右の意味において問題を裁判所のレベルに引き上げながらも、われわれは、同時に、他面において、公訴・訴追の即時的な停止つまり被告人の(訴訟手続からの)即時放免をより重視する。それはなぜか。われわれは裁判所を判断者・制御者の地位に後退させた。それは、他面・当事者(われわれは被告人に対してもその当事者としての訴訟主体性を徹底する)の訴訟活動の積極性を予定する。ところで、被告人にとつて、とくに無罪となる被告人にとつて、応訴とくに公判弁論は容易ならぬ精神的そして通常経済的な負担をまた苦痛を与える。そして、被告人の訴訟当事者としての主体性の徹底は、かかる負担・苦痛の増大をこそ意味すれ、決してその減少を意味するものではない(それは自明であらう)ことを、われわれは経験している。この自明の真理を前にして、われわれは被告人の訴訟からの一刻も早い放免を考へるのでありまた考へなければならぬのである。檢察官をして刑事訴訟制度を利用させない、つまり刑事訴訟の内面的阻止に味方する実質的なそして最も重要な理由は、ここにあるのである。

このように、われわれは、問題を裁判所のレベルに引き上げつつ、同時に他面、被告人の応訴の苦痛・負担からの解放をはからねばならない。「公訴の利益」の観念は右の要請に仕える訴訟上の有効な道具概念となりうべきものである。この観念の適用によつて右の要請の妥当なそして健全な発展と徹底をはからねばならない。そして、それが可能なのである。

伝統的な考えによると、起訴が形式的な要件を具えている以上、裁判所は実体的な審理および判決をせざるをえない。現行法上不当な不起訴は争えるが、不当な起訴をチェックする制度はない。旧法では予審がさうゆう役割を果し

ていたが、他に弊害があるので廃止されてしまった。不当な起訴にどう対処するかの問題は、切実な問題として、われわれにその解決をせまっている。実体法の分野での可罰的違法性の主張も、一つの問題解決への接近方法である。しかし、それで救済される例は限られるし、十分でない。公訴権の濫用論もまだ十分に展開されていない。^(註4)「宣告猶予」あるいは「絶対的釈放」の制度等の採用は立法論の問題である。こよう状況の下にあつて、解釈論の問題として、本稿は、「公訴の利益」という理論的立場で問題に接近し、あわせてその視座から在来の基礎理論をひろく反省してみたのである。

(註1)・能勢「所有権確認の訴の利益不存在の諸型態」北大法学論集・一六卷二・三合併号一四二頁以下。

(註2) なお、かくいうことの徹底のあまり、起訴前の手続の適正な法的規制の必要性を忘れ、あるいは隙に乘じて頭をもたげてくるかもしれない捜査手続の科問化への逆行に対して警戒を怠ってはならない。その意味において、本稿の問題との関係においては、「公訴提起の手続」はその範囲を捜査にまで及ぶものと考えたが、捜査に始まり起訴・不起訴の決定にいたる過程における国民の基本的人權のさらに一層の法的な手続的な保障手段の開発はわれわれの今後の課題の一つであるといえよう。

(註3) Peters, Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidung, ZStW, Bd. 68, S. 385°

(註4) 昭和四三年春の日本の刑法学会(五月一七・一八の両日同志社大学で開催)、刑事訴訟法分科会では、この問題が取り上げられ論じられたが、残された問題は少なくなかった。なお、「公訴の利益」論は公訴権濫用論よりはその及ぼす影響が広範となるだろう。

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 im letzten Heft, folgende im diesen 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 „Strafklageinter-
esse“.