

ドイツにおける起訴法定主義

内 田 一 郎

一 序 言

起訴法定主義（合法主義）とは、検察官が犯罪成立し且つ訴訟条件が完備するものと認めるときは、必ず公訴を提起すべき義務を負うものをいい、起訴便宜主義とは、検察官が犯罪成立し且つ訴訟条件が完備するものと認めた場合でも、公益上適当なときは、公訴を提起しないことができるものを用いのである。

ドイツでは、一八七七年の帝国刑事訴訟法第一五二条第二項で、『検事局は、法律に別段の定めある場合を除いて、裁判上可罰的にして訴追可能な一切の行為につき、十分な事実上の根拠の存するかぎり、公訴を提起すべき義務を負う』と規定して、初めて、起訴法定主義を採用して以来、今日まで、一貫して、これを維持しているのである。そして、当初、その例外はきわめて僅かなものであったのであるが、漸次、拡張されるに至っているのである。

二 起訴法定主義

ドイツの立法事業が檢察制度を継受するについては、主としてフランスの模範に従つたのであるが、検事局に対する裁判所の独立を擁護した点において、特色のあるものであつたとすれば、この起訴法定主義の明文化ということも、きわめてドイツ的色彩の強いものであるとすることができるのである。そして、この明文化にあずかつて力のあつた人は、シュヴァルツェであつた。^(一)彼は、検事局は正義の侍女であり、起訴法定主義はその必然的な帰結であること、従つて、「大法官は甚だ瑣末なる事には頓著せず」(Minima non curat praetor)とする命題によつて、便宜主義を庇護するところのフランスの見解を正当化しようとする立場には反対せざるを得ないこと、検事に対して公訴に関する自由な処分権を認めることは、取りも直さず恣意を認容することであり、これは許されるところでないこと、裁量は、偶然の事情であるとか主觀的気分^(二)に依存するものであり、検事の人格と個性とがそれぞれ異なるに依じて全く異つてくるものであり、また個々の地方の検事局によつても異つてくること、便宜主義を採用すると、これを容易に楯にとることのできる検事の答責性は弱められ、また上級官庁の統制力が弱められること、便宜性に関する裁量権を検事局の上級官庁に帰属させざるを得なくなるであろうが、これは恣意を助成するものであること、この恣意は検事局の活動の根底深く潜む害毒とされていゝものであること、「便宜性」のもつて、法の前の不平等が、人間性という外装に包まれて合法性と名付けられるようになるであろうこと、公訴に関する職務の遂行といふごとき状況においては、確固とした不動の規範が第一の要件であり、官吏は右の規範のうちに一箇の安定した支柱と、同時にもろもろの疑惑に対

する難攻不落の防禦を見出すものであること、もし、決定の標準が彼の裁量ということであるならば、右の疑惑は止むことがないであろうこと、従つて、制定法、常に制定法のうちからのみ、彼は自己の行動の規範をもちきたるべきこと、を理由として、^(二)その明文化を強力に推し進めたのであつた。

(一) 帝國刑事訴訟法の下での学説。当初、第一五二条第二項の起訴法定主義を採用する規定は、右の沿革からもわかるように、きわめて嚴格に解釈されたのである。すなわち、シュヴァルツェは、『検事局の公訴の提起に関する規範として起訴法定主義を承認することによつて、長い間、活潑に論議されてきた論争に終止符が打たれた。検事局に処分権主義または便宜主義を認める立場は、正義の命令にも、その履行に検事局が協力すべき刑事司法の任務にも一致し難いのであり、また党派性を導き、官庁の廉潔に対して不信を抱かせるに至るものである。』^(略中) 告発された行為が法律上可罰的であつて、容疑者が十分に疑わしい者であるにも拘らず、個々の事案において、これを訴追することが公益に適用ものであるかどうか、さらに検討するという検事局の自由は、この起訴法定主義によつて排除されるのである』^(三)とし、クリースは、『一定の犯罪を行つた者は、一定の刑罰を科せらるべし、と実体的刑法に関する諸制定法に規定されている場合、これによつて表現されているのは、その犯罪を犯した者は、誰れでも、さらにまた彼のみが処罰されるのであり、そしてまた彼は自己の所為よりも重く処罰されることがない、ということである。』
刑罰法規のうちの個々の法規が処罰を特定の諸条件（例えば告訴の申立を行なうこと、刑事訴追を授權すること）に依存させ、または刑事訴追をただ許容するものと規定し、これによつて、さらに、原則からの例外を基礎づけているような場合に、刑罰法規の上述した意義はとくに明瞭に示されるのである。すなわち、原則は例外を通してその意義

を明らかにするのである。

さらに、この点から、刑事事件の手續について、二重の結論が明らかになる。1. 充分な事実上の根拠の存する場合には、刑事手續は開始されなければならない。言いかえれば、何等かの、世にいわゆる合目的性を顧慮して刑事手續が開始されないことがあつてはならないのである。いわゆる起訴法定主義がこれである。2. 刑事手續そのものは、^(四) 実体的眞実を目指す努力によつて支配されるのである。』『起訴法定主義という言葉のもとで理解される基本原則は、検事局は、充分な事実上の根拠の存する場合に、有責者を処罰するため、公訴を提起すべき義務を負うこと、従つて、何等かの合目的性を顧慮して公訴を提起しない権限を有しないことである。便宜主義はこの後に挙げた権限を検事局に与えるものである。従つて、犯罪の訴追一般が国家のために行なわれることが前提とされる。もし、それが被害を受けた私人に任されているならば、法定主義ということも、便宜主義ということも問題とならないのである。前節の冒頭で述べたところから、起訴法定主義を承認することが実体的刑罰法規の定言的命令によつて命じられていることが、すでに、推測されるのである。言いかえれば、起訴便宜主義を採用することは実体的刑法を変更することを意味するのである。すなわち、例えば起訴便宜主義の支配に際して、些細なこと、または取るに足らないことを理由に公訴の提起を行なわないことが検事局に禁じられていない場合には、これによつて、例えば、窃盜および委託金費消に関する刑罰規定が変更されることになるのである。これから以後は、もはや、一切の窃盜、一切の委託金費消が第二四二条および第二四六条によつて例外なく処罰されるというのではなく、些細なそれはもはや処罰されなくなるのである。しかも、個々の事案が些細であるか否かを決定する者は、もつぱら、検事なのである。裁判所にこの決定を下

す権限は帰属しないのである。ことにこれを理由として無罪を宣告する権限が裁判所には存しないのである。

ところで、さらに、起訴便宜主義は、些細であることを理由に起訴しない権限のみならず、起訴しないことが検事の意見によれば合目的であるとするとする限りにおいて、全く、一般的に、起訴しない権限を検事に与えるものであり、このことから判明するのは、この主義を承認するとすれば、一箇の全く一般的な刑罰消滅事由（不適当という刑罰消滅事由）を設けることになり、しかもこの事由の存否を決定するものは検事局に限られ、裁判所はこれを行なうことができないことになる、ということである^(五)と説き、さらに、ビルクマイヤーは、国家の刑罰権は同時に刑罰義務でもあると考えることによつて、犯罪についての職権的訴追の原理と起訴法定主義とを導き出し、後者について、『国家は、国家機関の訴追義務を何等かの合目的性の考量に依存させること——いわゆる起訴便宜主義——があつてはならない、国家は右の訴追義務を、もつばら刑罰請求権の存在に依存させなければならないのである。何故なら、国家独自の刑罰義務は、犯罪あるが故に（quia peccatum est）、絶対的な義務であつて、応報的正義という国家目的以外の何等かの国家目的に依じて測定される義務ではないからである』と論じているのである^(六)。

しかし、このように嚴格に解釈された起訴法定主義は、実務上、これを行なうことの困難なものであつた。ビルクマイヤーと同じく国家の刑罰義務ということを説くビンディングが、刑罰の両刃の性質について顧慮し、起訴便宜主義が刑罰の性質から理論上導き出される可能性を認め、また、起訴法定主義を採用するにあつても、*minima non curat praetor* の原則を無視してはならないものと説いている点が注目されるのである。次の如くである。いわく、

『1. 刑罰の両刃の性質——犯人に対して一箇の害悪であると同時に国家にとつても一箇の害悪であるものとしての

——を考慮して、国家は刑事訴追についても、処罰にあつても、明らかに具体的な刑罰の必要が生じた場合、言いかえれば、具体的事件において、それが刑罰を免れるのを黙つて甘受することは法律の權威を動揺させることになると考えられる場合に限つて、刑事訴追および処罰の義務を負うものとする事が一方において考えられるのである。

その場合、言うまでもなく、このように微妙な問題の決定をば刑事訴追を任された官庁に委ねる以外に道は残されていまいであらう。法律の權威を維持するためには公訴の提起が不可欠であると考えられる場合に限つて、右の官庁は公訴を提起すべきことになるのである。

このような国家について、論者は、この国家は起訴便宜主義を信奉するものである、と言っているのである。便宜主義という呼称はこの思想を表現するには甚だ不適当なものであつて、幾多の不当な敵対者を輩出させた。何故なら、考えられる一切の合目的性を顧慮することができるようにすべきであるとするのでは決してなく、単に、法の權威を害することなく訴追せずに済ますことができるか、または法の權威を顧慮するならば訴追が必要であるか、という一点について顧慮することができるようにすべきである、と言ふものであるからである。

ノルウェーは起訴便宜主義に賛成したのである。

起訴便宜主義は、真正の原理であつて、しばしば好んで主張されるように、粗悪な、原理的に矛盾したものはないのである。何故なら、便宜主義は犯罪の性質からというよりは、むしろ、明らかに現存する刑罰——それ故また刑罰についての権利の性質から導き出されているからである。

しかし、そのような国家において否定し難く存在しまたは生起すること、それは、全犯罪領域の処罰が「当為」で

あることを告げる刑罰法規と、犯罪行為の一群すべてを顧みることなく度外視する刑事司法との間の矛盾である。そのような刑罰法規は、この法典第四条の如く「べし」とする代わりに「できる」とすべきであろう。

2. ところで、当罰的であると宣言された犯罪の中に一樣に含まれている諸法違反一切の例外なしの耐え難さによって国家が限なく貫ぬかれているならば、国家は犯行の一切の事案において、一樣に、刑罰義務、それ故また刑事訴追義務を負うものであることを宣言するであろう。この場合、その国家はいわゆる起訴法定主義を信奉するものであり、全く意識的に、刑罰効果の彼の両刃性を無視するのである。

起訴法定主義の支配下にあつては、司法は、刑罰法規の諸要求が一般に可能であると考えられる限り、この要求に応じるであろう。起訴便宜主義の支配の下では必然的に欠乏するところの同一の重さの事件の同等の取扱いということとは、あくまで、正義の自明の要求に合致するのである。他方、起訴法定主義は、必要な法の実証の程度を超えて刑罰を適用することに容易になりがちであり、また、*minima non curat praetor* という原則を無視することは、国家の威信を害するものであり、刑罰の信用を落し、国民を憤激させることがありうるのである』と。^(七)

他方、なかには、起訴法定主義を採用することは全く誤りであるとする見解もないわけではなかつたのである。例えば、コーラーは、『検事は正義の僕である。しかし可罰的に行なわれた事柄を何から何まで処罰するということが正義に適うことではないのである。正義が処罰をもつて臨まなければならないのは、このことが国民性および文化のために必要とされる場合に限られるのである。従つて、ドイツで行なわれている起訴法定主義の制度ほど間違つたものはないのである』と批判しているのである。^(八)

しかし、コーラーの如き考え方も極く例外的な存在であつて、学説の大勢は、原則として、起訴法定主義を維持する方向に向つてゐるのである。ただ、例外を漸次認める傾向にあり、また、一部には、起訴法定主義と起訴便宜主義との対立を解消しようとする考え方も見られるのである。

(イ) まず、原則として起訴法定主義に賛成し、さらに、特定の法律上の例外を認める考え方をとる者として、例えばヒッペルを挙げることができであろう。彼は次のように説いている。いわく、『彈劾主義は犯罪の捜査と公訴の提起とを一箇の独立の官庁である検事局に委ねている。この点と関連して、検事局は、何時、公訴を提起すべき義務を負うのであるか、という問題が生じてくるのである。この場合に、原則として、二箇の可能性が対立する。いわゆる起訴法定主義と起訴便宜主義とがこれである。起訴法定主義は法律上可罰的な一切の行為について公訴の義務ありとするものであり、起訴便宜主義は個々の事案において起訴を検事局の裁量に委ねるものである。』

1. ところで、起訴法定主義は訴訟における実体的刑法の成就という課題に適わしいものであるのに反して、起訴便宜主義が原則として意味するものは、検事局がそれを欲する場合に限つて可罰性が表面に現われるということである。この立場がもし無制約に実現されるものとすれば、その帰結として次のことが導かれるであろう。すなわち、検事局は、訴追を「不適當」と考える場合には、各可罰的行為を処罰から免かれさせることができる、上級官庁の影響を受けてそのようにすることも考えられないことではない、いずれにせよ、この態度をとる根拠は世間に知らされないものである。これによつて同時に、実務上の取扱ひが多様になる危険も発生するであろう。実体的刑法は、このようにして、統制のとれない諸例外によつて破られ、これによつて法の適用の正しさに対する不信が生まれ、一般予防

は弱められ、正当な応報の必要は害されることになるのである。さらに、立法者については、充分に考えをめぐらせることを怠る誘惑にかられ、検事が必要に応じて制限できることを頼りにして刑罰法規の法文を定めるようになりがちになるのである。

2. 従つて、一般原則としては、起訴便宜主義は有用ではないのである。法律上の出発点は、起訴法定主義でなければならぬのである。実際には、起訴便宜主義の主張者も、明示的にまたは黙示的に、公訴の提起をばそのために設置された公訴官庁の通常の任務とし、公訴の不起訴を特別の諸事由からする例外と考えているのである。後者の点について、承認すべきことは、無制約の起訴法定主義は、事情によつて、不必要に、行き過ぎることがあり得るといふことである。その場合、立法者の任務とされるのは、例外が許容されるべき諸事案の一群を明確にし、法律上確定して、検事局が法律上承認された枠内において公訴不起訴の際、行動できるようにし、右の枠内で初めて、検事局がさらに個々の場合に義務的裁量に従つて手続をとることを要するものとするのである。そこで、結論を総括してみるならば、原則として起訴法定主義、ただし、特定の法律上の諸例外を含む、ということになるであろう。このことは我が帝国法のたどつた道でもあるのである。結果として、通説も同様であつて、原則として、起訴法定主義に賛成しているのである』^(九)と。

(ロ) 以上の考え方に対して、少数説ではあるが、起訴法定主義と起訴便宜主義とは対立するものではないとする考え方も現われているのである。例えば、ザウアーは次のように説くのである。いわく、『便宜主義は目的論的關心を有する各法制度の指導思想である、これに反してその思想上の対立物である法定主義は、便宜主義の規範的な反映

を意味するものである。』^(二〇)『起訴便宜主義と起訴法定主義とは、まさに、対立物ではないのであつて、前者は後者の内容である。何故なら、制定法は非合目的なものではないからである。そして、すべてこのことは、費用についての利益という点でのみ妥当するのではなく、わが国の裁判の給付能力の増強のためにも妥当するのである。すなわち、刑事司法の目的は、「その進行に関して、全体としてもつと顧慮されるとき、そして検事局が些細な訴追を取り除くことによつて刑事訴追のエネルギーを真にその必要のあるところに集中するとき、無限に達成される」に違いないのである。また同じ事は検事局のみならず司法警察についてもより高度に妥当するのである。一切の違警罪を告発するといふことは不可能なことであるが、司法警察はどれほどその点に気付いていであらうか。それ故、われわれの考えからすれば、法律上の規定の限界を超えて、処罰にとつて重要でない競合の場合を静かに無視することができるのである。最も重い種類の重罪であるとわかつている暴力行為の行為者が、なお、その犯行の際に、刑法第三六七条の違警罪の一所為(ナイフの使用)について有責であつたかどうかを問題とすべき何物があるであらうか。聡明な検事はとくにその点に向けられた公訴を提起することがないであらう。そしてこのことは、法律の回避でも侵犯でもなく、法律の意味に適つているのである。また、若干の時間のうちに確実に行為者の死亡が予期され、その結果、刑の執行が不可能になるような場合には、刑事訴追を全く行なわないことができるであらう。

起訴便宜主義は、この場合、避けることのできない健全な司法の要求であることがわかるのである。^(略中)この意味での便宜主義は決して公訴の提起を検事の恣意および気分^(略)に依存させるものではなく、かえつて、検事を促して、義務に則した、また個々のものを顧慮するところの裁量を行なわせ、しかも法律の意味のうちに存する限界内でこれを

させるのである。

『公益、正当な公益の存する場合に限つて、刑事訴追が行なわれるのでなければならぬのである』^(二)『便宜主義、これは法定主義と対立するものではなく、まさにその目的論的な深化を示すものであり、——それは恰かも機械論的倫理学が目的論的倫理学に一層深い基礎づけを見出したのと同様である——われわれが既に見てきた通り、法律論の多彩な領域に属しているのである。「公益」の表現としてそれは法の窮極の原理を意味する。目的原理としてそれはすべての精神科学の最上位の方法論的思想を意味するのである。』^(略中)

便宜主義に対して提起された幾多の攻撃は、大概、ここで詳細に説明した意味でのこの原理に當つていないのである。それらのものは、一部、結果として次のようになつてゐる、すなわち、正義を（詳細に性格づけられていないところの）合目的性について顧慮することと対立させ、または全く司法を政策と、また社会的諸努力と対立させているのである。もし論者にして起訴法定主義のうちに、客観的に行なわれるべき司法に対する不可欠の保証を見出すのであるならば、この要求は、制定法の意味を詳細に説明する科学的規則に従つて便宜主義が完成される場合に、この起訴便宜主義によつても充足されるであらう。その場合には、また、検事に対して他の行政官庁が不当な圧力を加えるであらうというしばしば表明される不安は根拠のないものとなるのである。検事はもつぱら制定法の意思に則して完成された便宜主義に従ふことを要するのであるから、検事は言うまでもなく、また、刑法第三四六条による重罪の責を負わないで済むのである。何故なら、検事は何人かを「違法に」法定刑から免れさせることを欲しないからである。そして、論者が便宜主義において、それにも拘らず、裁判の法的安定性と統一性との危殆化を認めるならば、我々の

基本思想は、まさに、具体的事案において実体的正義よりも法的安定性により重点を置くべきところにおいて、法的安定性に対してその権利を得させるのである。我々はこの問題をその核心において把握することを欲したのである。そして次に残されている問題は、どこで、どれだけ、かの異論に従えば最高の原理とされなければならないところの法的安定性を、具体的正義よりも顧慮すべきであるかを調べることである。便宜主義の行なわれる場合に、官庁が党派性と恣意との疑いを免れるのが困難であることは、時として当つていることがあるであらう。しかし、そのような疑いを表明するものは、もつぱら、それ自身党派性をもつ出版物またはそのような与論であらう、与論は僅かな判断力をもつにすぎず、種々に判決の下された事案の差異について何等の感情をも持ち合わせていないのである。さらに、確かに、問題となるものは素人の疑いではなく、その疑いの客観的な正当化である。次に、適当な形式が見出せないとか、とくに、「公益」の基準が余りにも曖昧であると思われるからといつて、起訴便宜主義を非難することはできないのである——この基準が今日すでに立法者によつて私訴事件について承認されそして其処で実務により全く充分に運用されているにも拘らず。さらに、形式化が困難であるということから、正しいと認められる思想を放棄することとは許されないのである。(略中)

応報説と目的説との刑法上の論争と、起訴法定主義と起訴便宜主義との対立ということとは関係のないことである。応報説の多数の反対者が起訴法定主義を固執している。また他方、——言うまでもなく、論者が以前には考えることのできたように——応報説を信奉することが起訴法定主義の固執を余儀なくするものではないのである。何故なら、応報ということとは、それ自体、目的主義に服するものだからである。国家的応報の必要性は、個々の事案に存在する

ところのより高次の国家利益のために和らげられなければならないのである』^(二二)『便宜主義は法律をその意味と目的とに従つて解釈することにほかならないのであつて、その文言およびその形式的・論理的性格に従つてこれを解釈するものではないのである』^(二三)と。

(二) 現在の学説。 現行ドイツ刑事訴訟法第一五二条第二項も、帝国刑事訴訟法のそれと全く同一の内容の規定を置いているのである。

そして、現在のドイツの学説の大勢は、原則として起訴法定主義に賛成し、例外をこれに含めるものとする点で、結論において、帝国刑事訴訟法の下での通説と一致すると考えられるのである。例えば、ケルンは、起訴法定主義の意味は『各犯罪行為が誰れ彼れの区別なく訴追され、処罰されることに對する保証を提供する点にある。起訴法定主義は一様の、恣意から自由な刑事司法の最も重要な保証であり、従つて正しい司法に對する国民の信頼の不可欠な前提となつているのである。』

起訴法定主義に對立するものは起訴便宜主義である。もしこの原則によるとするならば、合目的性(＝便宜性)の諸根拠から、例えば費用がかさむとか、特定の被告人の占める高い地位を顧慮してであるとか、公のスクヤンダルを回避するためであるとかを理由として、裁量により刑事訴追を行なわない権限が検事局に与えられることになるであらう。^(二四)『公訴の強制は例外なしにこれを実施することはできないのである。法律上規制された諸条件のもとでは、公訴の提起は強行的に規定されてはいないのである』^(二五)とし、ヘンケルは、『現行刑事手続法は訴追強制の原則を信奉しているのである(起訴法定主義)』^(中)

訴追強制の支配は法治国家の主要な基礎の一つを確保するものである。これを保持することは刑事司法活動の客観性と不惑性を保証するものである。その取扱いの合目的性の問題をも、公益の観点から例外なく検討し、否定的な場合には個々の事案における刑事訴追を「不適當 (inopportun)」であるとして行なわないことが手続機関に任せられるとするならば、第三者の側からする、刑事訴追活動に対する事実在即さない影響力が人目をひくようになる危険が生じてくるであろうし、また、そのような影響力が効果を納める憂いのない場合であつても、確かに、影響を及ぼす可能性があるということが、すでに、刑事司法の無条件の客観性に対する信頼を失墜させることに力を借すことになるのである。それ故、「訴追を決定するものは万人に平等な法律であつて、個人的に異なる裁量ではない」(エクスマー) ようにするために配慮しなければならないのである。従つて、訴追強制は法の適用の平等を保証するものである。訴追強制は、誰れ彼れの区別なく、またあるいは行なわれるかもしれない第三者たる官庁の反対の要求を顧慮することなく処置すべし、とする検事局に対する一般的指示を含むものである。

刑事司法は、国民の生活秩序の安定と維持、それ故、全体の利益に奉仕するものである。もし刑事司法が刑事訴追の思想にあらゆる犠牲を払つて追従するならば、言いかえると完璧な訴追強制を実現するとするならば、このような窮極の目標点を見失つてしまうことであろう。そこでこの原則は合目的性の考量による一定の緩和を必要とするのである。例外的事案においては、硬直した訴追強制は破らるべきであり、そして個々の事案についての刑事訴追が公益を实体とするものであるかどうかに関する附加的検討が課せらるべきである。従つて局限された範囲内で、検事局が公益の存在を否定する場合には訴追は中止さるべきであるという意味において、起訴便宜主義の思想を入れる余地が

あるのである。

このような起訴法定主義の緩和が小規模にまたは大規模に許容されるべきかという問題は、きわめて強く、時代的に制約された諸要求によつて左右されるのであり、その結果、この分野で、帝国刑事訴訟法の施行以後、著しい改正が行なわれてきているのである。しかし、いづれにせよ、この場合に、訴追強制の例外を広範囲に認めるべきか、これを小範囲にとどめるべきかということが問題となるにすぎない点を強調しておかなければならないのである。そこで、注意すべきことは、例外の場合を除いては、労働力、時間、そして費用の、きわめて程度の高い消耗を根拠としたり、公共生活上の人格について外聞を悪くすることが予期されることを根拠として、またはその他の根拠からして、刑事手続が「不適當」であることを理由に訴追を断念することは決して検事に許されていない点である』と説き、シュミットは、『実体法的には国家の犯罪訴追の義務は、その限界および制約を含めて、国法上の司法承諾義務 (Justizgewährungspflicht) に根拠するものである。言うまでもなく、この義務から、通常の事件について、そのために設置されている官庁の訴追義務が導き出されなければならないのである。しかし、正義とも調和することのできる、あくまで注意すべきところの国家の諸利益が存在しうるといふことも、疑問の余地のないところである』^(一七)としてゐるのである。

(一) ミッテルマイヤーは、『我々が現在第一五二条の厳格な法文を有していることは、主として、確かに、シュヴァルツェの影響力に力むるのである』^(一八) (Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906, S. 151.)。

(二) Schwarze, Die Reform der Staatsanwaltschaft, in GerS., 16. Jahrgang, 1864, S. 426f.

- (三) Schwarze, in Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafprozessrechts, I., 1879, S. 589.
- (四) Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, 1892, S. 262f.
- (五) Kries, a. a. O. S. 266.
- (六) Birkeneyer, Deutsches Strafprozessrecht, 1898, S. 68. など、刑罰理論と起訴法定主義との関係について、ホルツェンドルッフは、『実利説に相応しいものはいわゆる起訴便宜主義であり、絶対説に相応しいものはいわゆる起訴法定主義であるとする限りにおいて、従来の絶対的刑罰理論と相対的刑罰理論との対立は、刑事訴訟および刑事訴訟官庁の組織にその影響を及ぼすのである。(略中)そのほか、基本原則として研究されるのは、刑事訴訟がその性質上、行政法上の事務として(Greist, Glaser)行なわれるべきか、刑法的作用として(v. Schwarze, v. Holtzendorff)行なわれるべきかということである。検事局は行政官庁として職務を行なうことを理由として、刑事訴訟が合目的事務として行なわれるものと仮定することは誤りであるとしてよいであろう。概念的には、各犯罪は社会の全体秩序に対する攻撃として、いわゆる公益をも害するのである。個々の事案において刑罰によつて不都合が生じるならば、恩赦、告誡権、条件附刑の免除の宣告が法の通常の進行を阻止することにならざるべし』とつづいて(Holtzendorff, Rechtslexikon, 3. Aufl., 2. Bd., 1881, S. 953)。これに対して、ベンネッケ・ヘーリングは、『公訴権は権利であつて義務ではない。ことに職権主義の支配下にあつては、国家は公訴義務を負うものではないのであつて、そのことは国内的に実体法上の国家的刑罰義務というものが存在しないのと同様である。』『国家的刑事訴訟の義務というものは存在しないのである。(略中)しかし、わが現行法は、刑事司法における一切の恣意を排除して、もつぱら正義のために自由な進路を拓くため、正当にも、職権主義と併せて起訴法定主義を設けたのである、これに基づいて、国家に対するその機関的な職務上の義務の構成部分として検事局の官吏の刑事訴訟義務が確定してゐるのである』とし(Bennecke-Beinig, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts, 2. Aufl., 1900, S. 218.; S. 275.)、ホルツェン

一は、明白に、刑法と起訴法定主義との関連を否定して、『この原則は普通いわれているような刑法との関係を全く有していないのである。生活上の一切の経験に対してよそよそしくする硬直した古典的な応報主義者のみが、起訴法定主義を絶対的刑罰義務の発露の一つと看做すことができるのである』。『起訴法定主義の角をとるべき便宜主義のみを我々が今日ほとんど一致して努力目標としているとする想定において私は誤りのないものと確信する』。『私があくまで希望するのは、我が立法者が、公益または事案の実際上の全くの些細性からして、便宜主義を妥当とせることが可能であるならば、いつでもこの方向へ、右の思想を拡張するところにある』と述べている(Aschroft, Reform des Strafprozesses, 1906, S. 149 f.; 158.)

(七) Binding, Die gestaltende Kraft der Prozessprinzipien, Straf. Ab. II, S. 183ff.

(八) Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1919, S. 192.

(九) Hippel, Der Deutsche Strafprozess, 1941, S. 337f. なお、ヒューナは、『刑事司法の運用の際の完全な不偏不党を無条件に保証するという厳格な起訴法定主義の長所は、言うまでもなく、これを看過してはならない。検事局がその自由を濫用するということよりはむしろ、検事局がそのような疑いをかけられることがありうるということが、起訴法定主義からの逸脱を疑問に思わせるのである。(中略)しかしまた、事情によつては、外見上の正義の良心的遵守から、まさに、甚だしい不公平の生じてくることがあるであろう』と述べている(Graf zu Dohna, Das Strafprozessrecht, 3. Aufl., 1929, S. 64.)。さらに、立論として、この立場をとるものに、メンネッタ・ペーリーングがある。すなわち、『立論論として起訴法定主義は論難されないものではない。それにもかかわらず、起訴法定主義は、もともと正しい原理であると考えられる、少なくとも、刑事司法の実行の一様性が切に望まれる点でそのように考えられる、刑事司法はいかなる恣意にも耐えられないものである。他方において、起訴法定主義が、刑事訴追を行なわれないこと以上に国家にとつて害悪となるような訴訟や処罰へ導くことのある点を見誤るべきではない。罰することはきわめて重要な国家の任務ではあつても、必ずしもまた無条件に最高の国家の任務ではない

のである。理論的に最も正当な規制は、従つて、起訴法定主義を原則として保持し、さらに特定の一般的事由を正確に公式化し、これらの事由の存する場合には刑事訴追を行なわなければならないことを要する、とするものである。いずれにせよ、現在あるような決疑的な便宜主義の許容では不十分であり、原理性のとほしいものがある』と説つてゐる (Bennecke-Beling, a. a. O. S. 279.)。

(一〇) Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 1919, S. 51.

(一一) Sauer, a. a. O. S. 606f.

(一二) Sauer, a. a. O. S. 609ff.

(一三) Sauer, a. a. O. S. 601. なお、結論として同趣旨の立場をとるオエトカーは、『内国の刑罰権に服する犯罪行為の訴追は、それ自体、明らかに国家利益の命じるところである。何故なら、刑罰威嚇のもとに宣言されている規範に対する侵害を、理由なく、不処罰のままにしておく国家制度は、これによつてその權威を放棄するものであり、自ら国家の安寧に対して最も重大な損害を加えるものだからである。』(中略) 国家の權威と国家の安寧とは不可分に結合しているのである。(中略) 国家の權威——刑罰制度はこの權威を保護するために役立つ——は国家利益に依存しない独立の目的を意味するものではない。(中略) 「合法性」という表現も、命じられた訴追の特徴を少しも表わしていない。何故なら、論者は合法性ということをその一面からのみ特徴づけているからである。確かに、合法性は国家利益に役立つものとして、同時に、最高度に、「便宜」なのである。他面において、刑罰法規の犯罪事実に相当するが、国家利益を害する訴追は、根底において、常に、「法に反する」ものなのである。特別に法規の上で承認された「起訴便宜主義」に反する場合は言うまでもないが、その場合に限らず、健全な国家生活・法律生活に不可欠な法則である「公安は最高の法なり (Salus publica suprema lex esto)」という法則を侵す場合についてもこのことが言えるのである。確かに、これらの考量は、起訴法定主義と起訴便宜主義との対立を解消させることに賛成するも

の『オエケル』(Oetker, Legalität, Opportunität, Klagerzwang, in Gers, Bd. 105, 1935, S. 370ff.)。なほ、
テールウエは、『最近四〇年にわたつて改正の努力のなされた際に』論者は繰り返し新たに起訴法定主義の緩和になつて
きた。その際、しばしば、起訴法定主義と職權主義の思想が融合せられ、または等置されているのを觀察することができ
るのである。種々の草案から、ただ少数の諸公式化の試みを取り出してみれば、次の如くである(この場合、私は違警罪と軽罪
との区別を度外視することにする)。「訴追と処罰とが司法上の利益に一致しないような些細な侵害」「公益の欠如」(一九〇
三年、〇五年)。「公益により訴追が必要とされない」(一九〇八年予備草案)。「過誤が些細である故に」(一九〇八年)。「訴
追が公益によりまたは(および)些細である故に必要とされない」「負責の程度および(または)所為の結果が些細である故
に」(第七回委員会)。「責任が僅かで所為の結果が些細な」(一九一九年、二〇年)。「裁判所が刑を免除できる諸条件が存する
場合」(EG, z. A. StGB)。(Töwe, Legalität und Opportunität, in Gers, Bd. 108, 1936, S. 148.)

(一四) Kern, Strafverfahrenrecht, 6. Aufl., 1960, S. 46.

(一五) Kern, a. a. O. S. 48.

(一六) Henkel, Strafverfahrenrecht, 1953, S. 109ff.

(一七) Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil I, 1952, S. 165. なほ、シキッターは、『起訴法定主義は
司法大臣をも拘束する。司法大臣の指示権は起訴法定主義にその限界を見出すのである。それ故、もし司法大臣が下屬の検事
局に対して、充分な事実上の根拠があるにも拘らず、また起訴法定主義の法律上の例外が問題となるのでないにも拘らず、裁
判上訴追可能な、そして可罰的な行為の訴追をしないよう指示を与えるとするならば、この指示は拘束力のないものと考えら
れる。いかなる検事もこの指示に従つてはならないのである。拘束力のないことを知りつつそのような指示に服する検事は刑
法三四六条に違反する者であり、裁判所構成法第一四六条は、この場合に正当化事由または宥恕事由を提供しないと考えられ

るのである。これと全く同様に、意識して刑法第一五二条第二項の訴追義務に違反して訴追しないよう命令する司法大臣または司法大臣に代わつて行爲する司法省の人は刑法第三四六条によつて可罰的となるのである』としている (Schmidt, a. a. O. S. 170f.)。この点に関連して、先にフランドラックは、『裁判手続に対する政治的影響力の問題が、結局は、常に、確かに、權力の問題 (Machtfrage) であること、そして最も厳格な起訴法定主義の支配下にあつても、たとえ隠れた形をとり、回り道をしたものであれ、政治的影響力を發揮することができるということを見過してはならないのである』としている点が注目される (Flandrak, Die persönlichen Sicherungsmittel im Strafrecht und im Strafverfahren, 1932, S. 70.)。

三 法律上の例外

一八七七年の刑事訴訟法に起訴法定主義の原則が規定された当時、法律上、例外の許された範囲はきわめて僅かなものであつた。すなわち、私訴の方法で訴追できる侮辱罪および傷害罪 (帝国刑事訴訟法第四一六条)、外国で行なわれた重罪 (刑法第四二条)、および犯罪物件に対する刑事手続についてのみ許されていた。時の経過とともに、次第に、この原則は破られていつた。とくに、一九二四年のエミンゲルの司法改革では比較的重要でない刑事事件について、また一九二九年には犯人引渡法による犯人引渡について、一九三一年一月六日の緊急命令により民事法上の困難な先決問題を含む事件について、この原則が破られたのであつた。

国家社会主義の支配のもとでは、例外の範囲は強喝の犠牲者 (一九三五年) や一切の親告罪 (一九四二年) に及び、また一九四二年には、公訴強制の運用に関する裁判官の統制が除去された。そしてついに、一九四四年には、第四次

簡易化令により一時、訴追強制（起訴法定主義）が全く除去されたのであつた。

今日において、起訴法定主義は再び妥当しており、一九四二年に廃止された法定主義の諸担保も再び採用され、一方、拡張された諸例外は、親告罪に関する例外を含めて、存続しているのが現状である。^(一八) 起訴法定主義の例外が立法の上で漸次拡大されてきた根拠について、ヘンケルは、『この変遷過程は、国家・社会の発展と、これと結合した実体的刑法の拡大とにその根拠を有するものである。帝国刑事訴訟法の施行の際に存在した国家は、その任務を法による保護を行なうことに限定されていた。この国家に相応しいものは、刑法においては明確に展望できる範囲の犯罪事実であり、これらの犯罪事実の大多数は刑法典に総括されていたのである。二〇世紀に国家制度が行政国家および福祉国家へと発展するにつれて、絶えず行なわれる、殆んど無限に近い国家の任務の拡大と結合したものは、刑罰威嚇の途方もない増大であつた。これらの刑罰威嚇は国家の統治活動に保護を与え、これを強調するために採用されるものである。このようにして、なかでも、行政と経済の領域で、その量において殆んど展望し難い「特別刑法」が誕生し、これを論者は刑法に組み入れたのである。ところで、まさにこの領域で、すでに多数にのぼる抵触と、その発現形態の多面性からみて、非本質的なものを本質的なものから分離し、そして些細な事件による刑事事件の洪水を回避しなければならなかつたので、起訴法定主義により刑事訴訟官庁を明確に義務的に拘束する代わりに、一層広範囲にわたつて、刑事訴追に關し便宜的尺度を承認する必要が生じたのである。近き将来における最も重要な課題の一つとしての刑事刑法からの単なる秩序違反の排除、およびこれによつて期待される眞の刑事上の不法の領域への刑事司法の限定とは、起訴法定主義の効力を再び確立することであらう、たとえ当初の厳格性におけるその再建を考慮に入

れることができず、依然として「便宜主義」の思想による相当の例外が不可避であるにしても』^(一九)と説き、さらにシュミットはこの点を詳述して、『刑事訴訟法とともに実施された第一五二条第二項の起訴法定主義は、一八七五年一月一日以降に経過した数十年の時の流れとともに、その効果をますます弱める必要、言いかえれば、起訴便宜主義に對して附与する意義を、漸次、増大させる必要を明らかにしてきたという点で、興味のある歴史的発展を遂げたのである。

この發展は、我が国の社会状態の一般史と関係のあるものであり、さらに、实体刑法の發展とも大いに関係のあるものである。一八七九年一月一日に刑事訴訟法が実施されたとき、帝国刑法典は、なお、实体刑法の法典を表わしていたのである。すなわち、可罰的行為の大部分は刑法典のうちに含まれていて、刑法に関する特別法の数はきわめて僅かなものであつた。しかし、その後、この点について急激な変化が起つたのである。刑法に関する特別立法は殆んど展望不可能なほどの範圍にわたつて行なわれ、ある程度まで、一切の分野に及んだのである。このことは、一九世紀の法保護國家から二〇世紀の行政國家および福祉國家へという我が国の国内的・社会的發展の、ある意味では避けられない附随的な現象であつた。ひるがえつて、もし刑法に関する特別立法のこのような發展を理性的軌道に乗せることができたならば、論者は、学問的に提起され、基礎づけられたところの、刑事刑法の領域から行政上の不法を分離せよとする要求を理解し、且つこれに従つていたであらう。このことが行なわれなかつたということは、我国の刑法にとつて、はなはだ遺憾なことであつた。立法者が國家の命令を強調する必要がある場合には、常に、立法者は刑法の命題という形をとつてこれを行なつたのである。このことによつて、些細な簡易犯罪の数は測り知れない數に

達した。どれほどこのことが刑罰の道義的理念に害を及ぼしたかということ、ここでは、これ以上探究しないことにしよう。しかし、訴追官庁の労働負担は圧倒的な量のものとなり、この場合、雑多な瑣末な事物が重要な眞の刑事事件の精力的訴追を害する危険を生じさせるに違いないことは火をみるよりも明らかであった。第一次世界大戦以後この点における諸事情はますます疑問のあるものとなつたのである。すなわち経済生活に対して加えられる一層の國家的規制は、刑事司法に重い負担をかける沢山の経済事犯をかもし出した。その後、比較的早期にこれらの経済事犯が再び姿を消したくとも、刑法に関する特別法の發展はついに休止ということを知らなかつたのである。さらに、国家社会主義のもとで、漸次、始められ、さらにますます強化された全生活の国家化、ことに経済の国营化は、この發展が絶頂に達し、或る程度、宙返りするようになつたのである。すなわち、まさに、経済刑法の領域において、司法と行政との欄柵が引き裂かれるに至つたのである。(略中)

一九四五年以後になると、万事は昔し通りに歸つた。一九四九年七月二六日の経済刑法は、初めて、経済刑法の領域において法治国の状態を回復させた。司法と行政との機能領域が嚴格に分離された。(略中)

一九四九年の経済刑法が刑法の領域から秩序違反を原理的に法學上分離する最初の試みを行なう以前において、先に叙述した發展は、一貫して実施することのできなかつた起訴法定主義が、起訴便宜主義による制限を受けたことによつて、手続法へ影響を及ぼした。刑事訴訟法第一五三条乃至第一五四条は簡易事務およびドイツ刑事司法の見地に立つて、刑法上解決をはかることに注目すべき利益の存しない事務から、訴追官庁および裁判所が解放されるやうに配慮している。このことがいかに欠くことのできないものであつても、一切の單なる行政上の不法、秩序違反か

ら刑事刑法を刑法上の諸犯罪事実へ一般的に純化することが行なわれなかつた点では、刑事訴訟法第一五三条乃至第一五四条bで行なわれた解決は中途半端に終つてゐるのである。このような一般的純化によつても厳格な起訴法定主義に戻ることのできないことは疑問の余地のないところである。しかし、それではどの程度まで、起訴法定主義は、なお、破られざるを得ないのか、⁽¹¹⁰⁾ ということとは、『ここで論議することのできない一箇の問題である』としてゐるのである。

(一八) Kern, a. a. O. S. 47.; Henkel, a. a. O. S. 352.

(一九) Henkel, a. a. O. S. 352f.

(二〇) Schmidt, a. a. O. S. 167ff.

四 結 語

以上に見られる如く、ドイツでは、帝国刑事訴訟法の実施以後、八〇有余年の間、起訴法定主義は一貫して維持され、学説の大勢も原則としてこれを支持してきているのである。その間、時の流れとともに法律上の例外は漸次その数を増してきたのであるが、最近では、その例外とされるものの内容に再検討を加えて、刑法実体法を純化し、これによつて再び起訴法定主義の意義を強調しようとしてゐるかに見受けられるのである。嘗つて、リストは、刑事政策の諸要求の一つとして、『わが国の今日の立法は刑罰という犯罪闘争の手段をおびただしく使用してゐる。訴訟法上の法命題(起訴法定主義の破關(Durchbrechung))としてであれ、実体法上の規則(侵害が些細である場合の刑の

免除)としてであれ、*minima non curat praetor* という古き命題が再び採用されてしかるべきではないかどうか、これを熟慮すべきものと考えられる^(二)』としたのであつた。起訴法定主義の排除ではなく、これに例外を認めるべきであるとしている点が注目されるのである。また、ザウアーの説も、起訴法定主義の規定をその意味と目的とに従つて解釈すべきであるとしているのである。起訴法定主義を原則とすることは、ドイツの国民の法感情に深く根ざしている点を看過することができないのである。一国の国民性といふことを思わざるを得ないのである。

(二一) Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. Aufl., 1900, S. 62.