

《論説》

国家公訴権論 (一)

安 藤 泰 子

はじめに

I 概観——学説の検討 (以上, 本号)

II 公訴権論の変遷

1 外国法の影響

2 公訴権論の変移

3 公訴権論の展望 (以上, 「国家公訴権論 (二)」として順次掲載予定)

はじめに

我が国の治罪法における社会公訴権の意義および内容, また本概念に関する論点の変移については, 既に幾つかの拙稿¹⁾を通じて考察を加えてきた。フランス人ボアソナード (Gustave Émile Boissonade de Fontarabie, 1825–1910) によって起草された我が国の治罪法 (以下, フランス治罪法と区別するため単に「治罪法」という) はその後, 明治23年, 大正11年そして昭和23年という三度にわたる (刑事訴訟法) 改纂を経ることとなった。この間, 我が国の刑事訴訟法学はドイツ刑事訴訟法学の影響を強く受けたといわれている。小早川欣吾は明治後半において我が国の憲法がプロシヤ憲法を模した事実と並行し, 刑事法の分野においてもドイツ法に変わっていった傾向を描出している。そして小早川は明治におけるこの事態を「佛

1) 安藤泰子「社会公訴権論」青山法学論集第60巻3号 (2018.12) 1–41頁, 同「公訴権論の変容」同第60巻4号 (2019.3) 123–137頁, 同「刑事訴訟理論史における社会公訴権論」青山ローフォーラム第7巻2号 (2019.2) 1–21頁。

法は捨てられ」²⁾たと指摘している。

しかし、本論においてフランス刑事訴訟法の基礎は、明治刑事訴訟法（以下、「明治刑訴法」という）はいうまでもなく大正刑事訴訟法（以下、「大正刑訴法」という）へと至るなかでその連続性を保ってきたものと考えている。団藤重光は、明治刑訴法が大正刑訴法へと変わっていったことについて、いっそう官権主義が強化された側面がある点を指摘しつつも、「治罪法以来の刑事手続を根本的に変革するものではなかった」³⁾と論じている。

1880（明治13）年太政官布告の治罪法が、1882（明治15）年施行されたことは、我が国における近代刑事訴訟法の確立に布石を置いたことを意味するものである。我が国の治罪法はボアソナードによって起草され1878（明治11）年の完成をみて、元老院での修正を経、明治13年太政官布告第37号として公布された。ボアソナードは、1873（明治6）年に来日後、司法省によって創設された明法寮で明治8年頃からフランス治罪法等に解説を加えるため講義を行っていた。ボアソナードが我が国の刑事訴訟法学の発展に多大な貢献をなしたことについては、多言を要しない。オルトラン（Joseph Louis Elzéar Ortolan, 1802-1873）をその師としたボアソナードがフランス刑事法における新古典派を継ぐ訴訟法学を我が国へと導入したことは周知の通りである。

我が国の治罪法の範とされたフランス治罪法は、その中心に公訴権概念が置かれていた。ボアソナードが治罪法に被告人の死亡、親告罪における告訴権の放棄、確定判決、法律による刑の廃止、時効などによって公訴権が消滅する旨を明文化した功績は、我が国の刑事法学の発展において巨歩を印するものであったといえよう。本論の中心的なテーマである公訴権論に焦点を当てれば、我が国の治罪法は、「公訴は犯罪の発生とともに発生し適用すべき刑罰の消滅とともに消滅す」というフランス治罪法典における

2) 小早川欣吾『明治法制史論 公法之部 下巻』巖松堂（1940〔昭和15〕）1201頁。

3) 団藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法律時報第20巻9号（1948.9）10-15頁、特に10頁。

公訴権の刑罰権への従属性を継受するものであるといえる。

治罪法に代わって1890(明治23)年にいわゆる明治刑訴法(旧々刑事訴訟法)が制定された。これに伴って、旧来、治罪法に置かれていた裁判所組織の諸規定は、裁判所構成法に移行する形で置かれることとなった。同法はドイツ人のルードルフ(Otto Rudorff, 1845-1922)により起草されたものである。この時期は、いわゆる「絶対主権主義国家確立の自覚」⁴⁾が認められはじめ、フランス法ないし同国の法制度を採用することを止めて、むしろプロシヤの絶対的司法制度を採り入れた⁵⁾頃であったといわれている。それ以降、我が国の刑事訴訟法はドイツ法の影響を強く受けたという解説が加えられている。染野義信によれば、「裁判所構成法の原案起草に限って最初からボアソナードが排除され、ルードルフにその任が与えられたことは注目に値する」⁶⁾という。1889(明治22)年には帝国憲法が制定された。これに伴って上に述べた裁判所構成法が制定された。これらはドイツ法の影響を受けたもので、近代国家への過程にあったものといわれている。堀内捷三は、「憲法・裁判所構成法・民事訴訟法という三本のドイツ型の法典は、その後の日本の全法律制度のドイツ法への傾斜を規定し、わが法制をドイツ法一色に染め上げる路線を切り拓いたものといわなくてはならない」⁷⁾と指摘し、続けて「その後の司法制度の面におけるドイツ法の優先は決定的」⁸⁾となったと論じている。一般に、治罪法から明治刑訴法へと移行するなかで、我が国の刑事法はドイツ法の強い影響下のもとにあったと説明されている。

しかしながら、本論においては、治罪法と明治刑訴法はその本質および

4) 染野義信「司法制度(法体制確立期)」『日本近代法発達史2』勁草書房(1958〔昭和33〕)99-176頁、特に159-160頁、注釈(1)。

5) 染野・前掲注(4)154頁。

6) 染野・前掲注(4)154頁。

7) 堀内捷三「2 刑事法」石井紫郎編『日本近代法史講義』青林書院(1972)113-166頁、特に154頁。

8) 堀内・前掲注(7)154頁。

国家公訴権論（一）（安藤）

訴訟手続の構造において大きく相違するものではなく、明治刑訴法はなおフランス治罪法の系譜をひくものであったと考えている。問題は、その後の展開である。明治期、とりわけ明治中期から盛んに説かれていた社会公訴権論から明治中・後期以降、そして大正期には国家公訴権論へと移行していくことになるのであるが、本論ではその後の刑事訴訟法学における公訴権概念の展開に焦点を当て、これがどのように変容してきたのか、それを表わしたと思われる主要な刑事訴訟法研究者の主張について以下概観することとする。いうまでもなく、本論はその後の刑事訴訟法研究者の主張をすべて網羅するものではなく、本考察との関係において必要と思われる主だった論者の公訴権に関する見解を概観するにとどまるものであることを付言する。

I 概観——学説の検討

（1）松室致

松室致は、『佛國訴訟法講義』（1888）⁹⁾、『日本刑法 總則之部』（1893）¹⁰⁾、『刑法 總則之部 完』（1894, 1896）¹¹⁾、『刑法 完』（1895）¹²⁾、『改正 刑事訴訟法論』（1899）¹³⁾、『刑事訴訟法：漢文』（1907）¹⁴⁾、『改正 刑事訴訟法論 全 第六版』（1908）¹⁵⁾ の他、秋山雅之介・勝本勘三郎との共著として『和佛法律學校講義録』（1900）¹⁶⁾ など多くの著を残している。

松室は当初、社会公訴権論に立脚していた。すなわち、1895年に公刊し

9) 松室致『佛國訴訟法講義』中央法學會（1888〔明治21〕）。
10) 松室致『日本刑法 總則之部』東京専門學校（1893〔明治26〕）。
11) 松室致『刑法 總則之部 完』東京専門學校（1894〔明治27〕, 1896〔明治29〕）。
12) 松室致『刑法 完』東京専門學校（1895〔明治28〕）。
13) 松室致『改正 刑事訴訟法論』明法堂・有斐閣書房（1899〔明治32〕）。
14) 松室致『刑事訴訟法：漢文』（1907〔明治40〕）。
15) 松室致『改正 刑事訴訟法論 全 第六版』有斐閣書房（1908〔明治41〕）。
16) 松室致・秋山雅之介・勝本勘三郎『和佛法律學校講義録』和佛法律學校（1900〔明治33〕）。

た『刑法 完』では「刑法は社會の刑罰權を行ふ」¹⁷⁾とし、「犯罪とは何ぞや社會が有害と認むる所爲即ち是なり」¹⁸⁾と論じていた。他方で、松室はこれとは異なると思われる表記をしていることには注意を要する。すなわち、彼はこれに続く説明で「而して其處罰の權は國家の有する所にして被害者」の有するものではないと記している。これを「國家に於いて有する所の權利なり」¹⁹⁾と記しており、この点については1894年『刑法 總則之部 完』(18頁)、1896年『刑法 總則之部 完』(18頁)のいずれにおいても変わりはない。体系的な流れにおいて彼は、社会刑罰權論から国家刑罰權論へと持論を変更していったものとも考えられる。ただ、この点については、文言上の表記の変化であって、社会と国家が対立的な概念であることでも、また両者の相違を強調したものでもなく、組織が次第に確立するなかで抽象的な社会という概念よりも、次第に確立していく国家を意味するものであったと推察される。むしろ、社会や国家という文言に関する表記を巡る概念や觀念よりも、被害者が置かれるべき位置づけについての検討が求められていたと考えられる²⁰⁾。

後の1899(明治32)に公刊した『改正 刑事訴訟法論』で、松室は公訴權は犯罪より生じるがこれを人民に委ねれば濫訴の虞を招来することとなる、ゆえに公訴權を行使する主体は國家の委任を受けた検事である²¹⁾と帰結している。他方で、初期において社会刑罰權論に立脚していたとも考えられる松室は、治罪法から明治刑訴法へと移行するなかで削除された110条2項に関する規定、すなわち民事原告人に関する規定が明治刑訴法で置かれなかった点に関し、「實ニ惜ム可シ余ハ寧ロ告朔ノ餼羊トシテ之ヲ存セザリシヲ憾ム」²²⁾と論じていた。

17) 松室・前掲注(12)『刑法 完』1頁。

18) 松室・前掲注(11)『刑法 總則之部 完』(1896〔明治29〕)特に2頁。

19) 松室・前掲注(12)『刑法 完』1頁。

20) この点については、さらに精査する必要があると考える。

21) 松室・前掲注(13)『改正 刑事訴訟法論』特に137頁。

22) 松室・前掲注(13)135-136頁、特に136頁。

（2）豊島直通

豊島直通は、1900（明治33）年に『刑事訴訟法原論』²³⁾を、また同年に『刑事訴訟法原論 全』²⁴⁾を出版している。豊島は『刑事訴訟法原論』のなかでドイツにおける学説、とりわけビルクマイヤーを紹介しながら独自の理論を展開していった。豊島は、刑事訴訟法について、これを実体法上の法律関係とは別個の法律関係であると捉えていた。この点においてドイツは先行していた。我が国でこれを明確に区別し先駆的な論理を展開したのが豊島であるといっても過言ではなかろう²⁵⁾。小野清一郎は、松室の著書より一年遅れで公刊された豊島の『刑事訴訟法原論』について、「その学問的水準において松室の『修正 刑事訴訟法新論』を抜いている」²⁶⁾と論じている。

上に指摘したようにビルクマイヤーから強い影響を受け、ドイツ法学を我が国の刑事訴訟学へと先行的に採り入れた書が豊島の『刑事訴訟法原論』であるといわれている。この点で、小野は以下のように豊島の業績を評価している。すなわち、ドイツではビンディング以降、フランス法における公訴権にあたる刑事訴権という概念が確立している。しかし、ドイツで論じられる刑事訴権という概念は検察官の一般的権限として把握されるのみであり、訴訟理論としては形成されてはいない。フランス治罪法に由来する公訴権概念を我が国の刑事訴訟法に採り入れた豊島の業績を、小野は豊島特有の「鋭い理論的直観」²⁷⁾であったと記している。公訴権については、豊島は訴訟上の公訴権と実体上の公訴権とを分かち、後者については刑罰請求権と捉え、前者について国家処罰権を目的とする裁判上の権利関係と

23) 豊島直通『刑事訴訟法原論』明治図書出版（1900〔明治33〕）。

24) 豊島直通『刑事訴訟法原論 全』修學堂書店（1900〔明治33〕）。

25) 平野龍一「刑事訴訟法」法律時報第22巻4号（1950.4）47-50頁、特に48頁。

26) 小野清一郎「日本における刑事訴訟法学の発展」法學新報第66巻5号（1959.5）381-405頁、特に390頁。

27) 小野・前掲注（26）391頁。

把握した²⁸⁾。公訴権概念について、二つの概念、すなわち、実体的公訴権と形式的公訴権概念が存在すると捉えていたのである。また、刑事訴訟法と刑法における各法律関係を二分し、公訴権の成立条件について、いわゆる訴訟条件に関する考察を加えたものといえよう。豊島は、刑事訴訟を国家が刑罰権の有無に関し判定するものである、当事者主義のもとでは国家は検事を代理人たる当事者として現出する。検事が代表し護るべき利益は国家の生存(ママ)条件であるという²⁹⁾。他方で、被告人はこれに対し自らの利益を主張する。ここに当事者主義構造の枠組みについて、自らの理論を示したものと評価し得ると考える。彼は実体的真実の追求を刑事訴訟と捉え、これを踏まえた上で検察の強制捜査権を認める主張を展開していった³⁰⁾。

豊島は1905年に『刑事訴訟法新論』³¹⁾(以下、「新論」という)を、続く1915年に『修正 刑事訴訟法新論』³²⁾(以下、「修正 新論」という)を著すが、そのなか「修正 新論」で公訴の目的を「犯罪ヨリ生シタル國家ノ科刑權ナリ」³³⁾と論じ、公訴権は裁判所に対し国家の科刑権につき判決を求める訴権をいうとしている³⁴⁾。豊島は「新論」および「修正 新論」を通して刑事訴訟の目的物論を発展させ、そのなかで独自の公訴権論を展開させた。換言すれば、実体上の公訴権概念について捉え直し、公訴権概念を訴訟法上の概念へと位置づけた。このような点から、豊島の業績のひとつとして、公訴権概念に関する訴訟法上概念への位置づけへの明確化を挙げることができると考える。

28) 豊島・前掲注(23)『刑事訴訟法原論』15頁、小野・前掲注(26)391-392頁。

29) 豊島・前掲注(23)170頁。

30) 豊島・前掲注(23)480頁。

31) 豊島直通『刑事訴訟法新論』日本大學(1905〔明治38〕)

32) 豊島直通『修正 刑事訴訟法新論』日本大學(1910〔明治43〕)。

33) 豊島・前掲注(32)216頁。

34) 豊島・前掲注(32)216-217頁。

（3） 富田山壽

明治 40 年代になると、清水孝蔵の『刑事訴訟法論綱』（1910）³⁵⁾ や富田山壽の『家近 刑事訴訟法要論 上巻』（1911）³⁶⁾（以下、「家近 要論」という）が公開されている。これらはドイツ刑事訴訟法の基礎と多くの点で類似性を有するものであり、ドイツ法に強い影響を受けたものといわれている。富田は、『家近 刑事訴訟法要論 上巻』（1911）、『家近 刑事訴訟法要論 下巻』（1911）³⁷⁾ のほかに、510 頁に及ぶ『刑事訴訟法講義』³⁸⁾、さらに『日本刑法』³⁹⁾ を著している。富田は京都大学において講義を担当しながら、また検事の職を兼ねつつ実務にもあたっていたという⁴⁰⁾。留学にて海外に在った折は現地の裁判および監獄の実地見分に多くを費やし、帰国後、勝本勘三郎の後任として刑事訴訟法を担当している。勝本が同大学を退官した後、これにかわって富田が勝本の講義を担当することとなったが、翌 1916（大正 5）年、富田は急逝した。富田の刑事訴訟法については、ベンネッケ・ペーリングに代表されるドイツ法学の影響を受けたものであり、概念法学として優れたものであった⁴¹⁾といわれている。松尾浩也は富田の業績を「日本の刑事訴訟法学発展の礎石を置」⁴²⁾ いたと記し、富田（および中川孝太郎）による功績により「ボアソナードにはじまったフランス法学的な刑事訴訟法学は、完全にドイツ法学的なものに変換された」⁴³⁾ と指摘していた。また

35) 清水孝蔵『刑事訴訟法論綱』巖松堂（1910）。

36) 富田山壽『家近 刑事訴訟法要論 上巻 第三版』有斐閣書房（1911〔明治 44〕）。

37) 富田山壽『家近 刑事訴訟法要論 下巻 第三版』有斐閣書房（1911〔明治 44〕）。

38) 富田山壽『刑事訴訟法講義』有斐閣書房（1912〔明治 45・大正元〕）。

39) 富田山壽『日本刑法』講法會・清水書店（1918〔大正 8〕）。

40) 織田萬「富田博士ヲ悼ム」『經濟論叢』第 2 巻 4 號（1916.4）630-632 頁、特に 631 頁。

41) 「部局史編 1 第 4 章 大学院法学研究科・法学部」『京都大学百年史 部局史編 1』京都大学百年史編集委員会（1997.3）242-376 頁、特に 357 頁。

42) 松尾浩也「日本における刑事訴訟法学の発展——明治・大正期の東京大学を中心として——」『法学協会雑誌』第 106 巻 8 号（1989.8）1339-1373 頁、特に 1365-1366 頁。

43) 松尾・前掲注（42）1366 頁。

平野龍一は富田をして「わが国における開拓者の一人たるを失わない」⁴⁴⁾と評している。

富田は、国家刑罰権独占原則および起訴独占主義を明確に論じていた。富田による刑罰権の意義は次の如くである。すなわち「刑罰権ノ主體タル國家ハ又自ラ刑事訴訟ノ原告タルモノナルヲ以テ國家ハ原告トシテ其公訴ヲ實行スルカ爲メ檢事ナル機關ヲ設ケ此機關ヲシテ自己ヲ代表シ自己ノ公訴權ヲ實行セシム(刑, 訴, 一條) 所謂檢事制度 (ministere public, Institute der Staatsanwaltschaft) 即チ是レナリ」⁴⁵⁾ という。本論の主たるテーマである公訴権や公衆訴追に焦点を当て、「窠近 要論」を確認していけば、富田は以下のように論じていた。すなわち、英米法においては今なお一般公衆をして犯罪を追及させる制度を置いている。いわゆる公衆追及主義 (Popularklagesystem) である。その理由は一般公衆もまた国家構成の一分子であるため自ら犯罪追及に関する権利義務を有しなければならないと説明している。また同様にオーストリア・ドイツ法について、狭義の私人追及主義 (Privatklagesystem) を残している点を指摘している。オーストリア・ドイツの両国においては、(単独主義ではなく) 検事制度を採用しつつ特殊の場合についてのみこの主義を残存させたという。オーストリア法においては被害者の追及を検事の起訴がない場合に限っており、他方ドイツ法においては被害者の追及を検事の起訴がない場合に限定するものではないが、当該犯罪が微罪である場合に限定している。このような制度を採用した理由については、ともに被害者の利益もまた(ある場合に関しては) 顧慮しなければならぬためという⁴⁶⁾。

富田は我が国の治罪法に関し、民事原告人の規定、すなわち「豫審判事直チニ被害者ヨリ民事原告人ト爲ル可キノ申立ヲ受ケタル時ハ檢察官ノ起訴ナシト雖モ公訴私訴ヲ併セテ受理シタル者トス」という 110 条 2 項が引

44) 平野・前掲注(25)「刑事訴訟法」48頁。

45) 富田・前掲注(36)『窠近 刑事訴訟法要論 上巻 第三版』375頁。

46) 富田・前掲注(36)375-376頁。

国家公訴権論（一）（安藤）

き続き採り入れられなかった根拠に関し、以下のような説明を加えていた。
すなわち、

- 「一 刑罰権カ國家ノ請求權タル以上ハ此請求權ノ實行モ亦國家自
ラ之ヲ行フ可キハ當然ナリ
- 二 又一私人ヲシテ犯罪ヲ追及セシムルニ於テハ脱漏誣陷ノ弊到
底忍フ可カラサルモノアリ
- 三 加之親告罪ノ除外（刑，訴三條但書，六條二號）及ヒ檢事ノ
不起訴處分ニ對スル抗告（裁，構，一四〇條）ヲ認ムルニ於
テハ被害者ノ利益モ亦充分ニ之ヲ保護スルコトヲ得」⁴⁷⁾ とい
うものである。

そして、現行法（明治刑法）が上に論じてきた私人追及の残影を排斥した理由については、「故ニ我現行法ハ此私人追及ノ殘影ヲ排斥シテ模範ヲ佛國ノ檢事制度ニ採リ公訴ハ國家ノ機關タル檢事之ヲ行ヒ被害者ノ告訴ヲ待テ起ルモノニ非ス又告訴私訴ノ拋棄ニ因テ消滅スルモノニ非スト規定シ（刑訴一條三條）以テ私人追及主義ヲ排斥シ檢事制度ニ依リ國家追及主義又ハ職權訴追主義ノ思想ヲ採用シタルコトヲ明カニセリ」⁴⁸⁾と論じていた。

しかしながら、明治刑法がフランス治罪法を範として檢察制度を採り入れたものであるとするならば、富田における解釈、とりわけ「公訴ハ國家ノ機關タル檢事之ヲ行ヒ被害者ノ告訴ヲ待テ起ルモノニ非ス」または「私人追及主義ヲ排斥シ檢事制度ニ依リ國家追及主義又ハ職權訴追主義ノ思想ヲ採用シタル」と論じることの妥当性については、疑問を排除し得ないものとする。本論において富田の当該部分に関する解釈論については、必ずしもフランス治罪法の趣旨に沿ったものとはいえないと考える。

（4）板倉松太郎

板倉松太郎は、（刑事法の単著に限っていえば）1913（大正2年）年に公

47) 富田・前掲注(36) 376-377頁。

48) 富田・前掲注(36) 377頁。

刊した『刑事訴訟法玄義 上巻』⁴⁹⁾を起点に、同年『刑事訴訟法玄義 中巻』(1913)⁵⁰⁾、そして翌年『刑事訴訟法玄義 下巻』(1913)⁵¹⁾を出版している。また板倉は、中尾芳助とともに1926年『刑事訴訟法指歸』⁵²⁾他を著している。小野清一郎は板倉について、明治40年代のドイツ法学の開花期においてフランス法の基礎をもって刑事訴訟法の解釈論を展開した研究者であると論じている⁵³⁾。そして、板倉がいかに幅広い問題意識を有していたかと指摘し、その著を高く評価している。すなわち、板倉の著においては、フランスの学説を紹介しつつ、歴史、比較法学など多角的視点から刑事訴訟法を論じた著と評価している⁵⁴⁾。板倉の著書はいずれの箇所においても刑事訴訟に関する広汎かつ詳細な検討を加えているが、とりわけ1912(大正元)年に著した『刑事訴訟法玄義』は、上巻(以下、「玄義 上巻」という)のみに限定しても1145頁にも及ぶ大著である。本書は、刑事訴訟に関する広汎な知見と精緻な理論を収めたものといえよう。本書は、緒論と第一編および第二編という構成から成る。本書の特徴ともいえる緒論においては、第一章「刑事訴訟法ノ目的」を冒頭に、続く第二章「刑事訴訟ノ三大範制」を、そして第三章で「刑事訴訟ニ關スル各國立法ノ概要」について詳細に論じている。当時の刑事訴訟法に関する一般の著書には、フランス、ベルギー、ドイツ、イタリア、イギリスなどの法体制や法編纂の紹介がみられるが、「玄義 上巻」の同章では、さらにモナコ小王国やバルカン諸国、スカンデナビア諸国のほか、北アメリカ、南アメリカ、大清国など多数国の立法に関する概要について32頁から89頁にも亘って詳解されている。続く第四章の「各國刑事訴訟ノ精髓」では公訴・予審および公判に関する主要な規定について論じている。そして、同じく緒論の第五章では本書の

49) 板倉松太郎『刑事訴訟法玄義 上巻』法政大學・巖松堂書店(1913〔大正2〕)。

50) 板倉松太郎『刑事訴訟法玄義 中巻』法政大學・巖松堂書店(1913〔大正2〕)。

51) 板倉松太郎『刑事訴訟法玄義 下巻』巖松堂書店(1913〔大正2〕)。

52) 板倉松太郎・中尾芳助『刑事訴訟法指歸』清水書店(1926〔大正15〕)。

53) 小野・前掲注(26)393頁。

54) 小野・前掲注(26)393頁。

国家公訴権論（一）（安藤）

特徴ともいふべき「刑事訴訟法ニ關スル文學史ノ梗概及刑事訴訟法ノ補助學」と題し、そこでは刑事訴訟文学史が1808年のフランス法典に依り二つの時期に分かれること、さらにその第一期・第二期の諸学者における見解が詳述されている。第七章では「刑事訴訟」を論じ、そして第八章の「刑事訴訟行為」へと続き、幾つかの章を置きながら第一二章の「陪審制、豫審公開制及び豫審辯護制」で終わっている。緒論に続く本論第一編では主として「公訴及ヒ私訴」について、同第二編では「訴訟活動者」として裁判所や検事、被告人、代理人などに関するそれぞれの意義や位置づけのみならず、役割などについて多角的観点から詳細に論じられている。

板倉は『刑事訴訟法玄義』において、幾つかの箇所公訴に関し論じている。板倉は、同書で「社會ノ代表」または「社會ノ代表者」⁵⁵⁾ という文言を用いて検察官を説明していた。検察官については、「社会の代理人」としての訴追官と示しており、「刑事ニアリテハ社會ノ訴即チ公訴ノ制度ナル者」⁵⁶⁾ と捉え社会公訴権論に言及していた⁵⁷⁾。

他方で、『刑事訴訟法玄義』においては、国家公訴権論に立脚している論述が展開されている。板倉は公訴権と私訴権との関係について、両者は同一の事実より発生するものであるが、法律上の原因を異にするものである。公訴権は国家の秩序を壊乱する犯罪より生じるものであり、私訴権は個人に対する侵害より生じるものである。前者は犯人と国家との公法関係より生じるものであり、後者は犯人と被害者との私法関係から生じるものであると捉えていた⁵⁸⁾。板倉は公訴権の主体を国家と論じていた。すなわち、「昔時ニ在リテハ個人ハ公訴権ニ相當スル權利ヲ有セリ例ヘハ羅馬及ヒ佛國ノ古代ニ於テハ強、竊盜ノ被害者ハ犯人ノ處罰ヲ請求スルノ權利ヲ有」⁵⁹⁾ し

55) 板倉・前掲(49)『刑事訴訟法玄義 上巻』18頁他。

56) 板倉・前掲注(49)17頁。

57) 板倉・前掲注(49)18頁。

58) 板倉・前掲注(49)372頁。

59) 板倉・前掲注(49)400-401頁。

ていたが、今日に至ってはそうではない。現在では「國家は公訴權ノ所有者ナリ而シテ國家ハ唯一ノ所有者ニシテ國家以外ニ公訴權ヲ有スル者ナキコトハ現時文明諸國ニ通スル一般ノ法律的現象ナリ」⁶⁰⁾と指摘していた。

(5) 林頼三郎

明治時代から下って大正時代になると、林頼三郎ほかが活躍することになる。林は1916(大正5)年に『刑事訴訟法論』⁶¹⁾を公刊した。本書はドイツ刑事訴訟法学について総括的に論じた著書である。同書の特徴は、刑事手続についてこれを訴訟手続総論と各論とに分け、網羅的に論じている点である。林は、実体法の助法として手続法を把握した。すなわち、刑事訴訟法を刑法の助法であると位置づけ、具体的刑罰権を適確正当に発現させる助法、これを刑事訴訟法と捉え説明した上で刑事訴訟を論じたのである⁶²⁾。

公訴権について、林は刑法上の科刑権と訴訟法上の公訴権とを明確に分けていた。すなわち、科刑権が刑法上認められる場合についてこれを実質的公訴権と把握し、嫌疑が生じる場合における公訴権を形式的公訴権と位置づけた。公訴権概念について、林は明確に両者を区別していた。

(6) 牧野英一

牧野英一は、判事、検事という職歴を経て、東京大学に1907(明治40)年着任した。着任から3年後の1910(明治43)年以降留学に赴いている。ドイツでフランツ・フォン・リスト(Franz Eduard von Liszt, 1851–1919)に、またイタリアではエンリコ・フェリー(Enrico Ferri, 1856–1929)からの学びを得て、1913(大正2)年に帰国した。帰国後、1915(大正4)年から同大学で刑法および刑事訴訟法の講義を担当した。1916(大正5)年に

60) 板倉・前掲注(49)400頁。

61) 林頼三郎『刑事訴訟法論』巖松堂書店(1916〔大正5〕)。

62) 林・前掲注(61)『刑事訴訟法論』1頁。

国家公訴権論（一）（安藤）

『刑事訴訟法』⁶³⁾、『改訂 刑事訴訟法 全』⁶⁴⁾を公刊した牧野は、刑事訴訟を「刑罰権ノ具體的行使、即チ刑罰権ノ存否及範圍ヲ定スルコトヲ其ノ本來ノ客體トス」⁶⁵⁾と論じていた。牧野における公訴の意義は二つに分けられる。第一に客観的意味における「刑事訴訟其者」、これは旧刑訴法一条の「公訴ハ犯罪ヲ證明シ、刑ヲ適用スルコトヲ目的トスト謂フカ如シ」⁶⁶⁾と解説される。これに対し第二の主観的意味においては「刑事裁判所ニ對スル檢事ノ訴權ヲ意味ス」⁶⁷⁾という。そして公訴という語については両者の意義において錯綜して用いられることを常とする、したがって実際においては必ずしもこれを厳格に区別することなく法規の趣旨を理解すべきであると指摘していた⁶⁸⁾。

以下、牧野における公訴権の意義を明らかにする⁶⁹⁾。牧野は以下の如く論じた。すなわち、一般に犯罪を証明することは刑の適用を前提とするものであるとするが、公訴は単にこれ（刑の適用）をもって最終的な目的とすることはできない。一般予防作用や被害者に対する作用は主として犯罪の証明を待たなければならない。したがって法律上刑を免除する場合、刑の執行猶予をなすべき場合においても犯罪の証明を目的として公訴を提起すべき場合があり得る⁷⁰⁾ことを論じていた。

牧野は公訴権を訴訟上の権利と捉えた。公訴権の目的は国家刑罰権を具体的に行使するところにあるが、一定の事件について国家刑罰権が客観的

63) 牧野英一『刑事訴訟法』有斐閣書房（1916〔大正5〕）。

64) 牧野英一『改訂 刑事訴訟法 全』有斐閣（1940〔昭和15年改訂〕）。

65) 牧野・前掲注（64）98頁。

66) 牧野・前掲注（64）99頁。

67) 牧野・前掲注（64）99頁。

68) 牧野・前掲注（64）99頁。

69) 本論の牧野に関する論述表記については、牧野・前掲注（64）98頁以下に拠ったものであり、これを筆者において纏めたものであることを注記する。なお、牧野における公訴権概念の把握については、沢登佳人「フランス刑事訴訟法は検察官と私人原告人との協同による公衆訴追主義を採る」法政理論第16巻1号（1983.10）（新潟大学法学会）96-175頁、特に108頁を参照。

70) 牧野・前掲注（64）99-100頁。

に存在するか否かは裁判を待たなければ確定することはできない。ゆえに、検事は主観的に犯罪の成立を認める場合、すなわち犯罪に対し嫌疑を抱くときは、適法に公訴を提起し得る。裁判所は犯罪が成立しないと認める場合、公訴を不適法とすることなく無罪の判決をなさなければならない（予審においては、公訴が不適法である場合と無罪の場合とを区別せず、すべて免訴の終結決定をなすが、公判において両者は厳格に区別されることを要する）。すなわち、公訴権と刑罰権とは両者を区別して観念されなければならない。公訴権は刑罰権の効力または作用として捉えられるべきものではない⁷¹⁾。

公訴権の観念を定めるについては、刑罰権による国家の科刑請求権と公訴権の主体としての国家の審判請求権とを区別することを要する。国家が公訴により刑罰権に基づいて科刑を請求するのは、実体上の関係に根拠を有するためである。公訴権の語に観念上、両者を包含させるという考え方もあり得るが、この点について牧野は刑事訴訟の法律関係を論じる場合の公訴ないし公訴権とは、単に訴訟法上の関係を示すことをもって足りるとした⁷²⁾。

続いて公訴権の帰属について、牧野は以下の如く論じていた。すなわち、公訴権は国家に属する。国家の機関である検事においてこれを行う（278条）。私人は、ただ告訴、告発の方法によって検事の行動を促し得るに過ぎない。その内容は、被告人である一定の人と被告事件である一定の犯罪とを指示することにある（291条）。両者は訴訟関係成立の必要条件である。但し、その指示については、その被告人及び被告事件が特定し得ることをもって足りる⁷³⁾としている。

牧野は公訴権について、訴訟客体論のなかで説明しようと試みた。牧野は、訴権を実体上の刑罰権または科刑権から分別されるべき点を強調して

71) 牧野・前掲注(64) 100頁。

72) 牧野・前掲注(64) 100-101頁。

73) 牧野・前掲注(64) 103頁。

国家公訴権論（一）（安藤）

いた。換言すれば、公訴権と刑罰権の分離である。牧野は同書において「公訴権ハ訴訟法上ノ權利ナリ。公訴権ノ目的ハ國家刑罰権ヲ具體的ニ行使スルニ在リ」⁷⁴⁾と論じた。牧野の主張は、実体的公訴権は刑罰権から独立して存在していること、換言すれば、公訴権が刑罰権に従属するものではないことを明らかにした点である。公訴権を訴訟法上の権利と位置づけ、公訴権の目的は国家刑罰権を具体的に行使するためのものとしつつも、一定の事件について国家刑罰権が客観的に存在するか否かは、裁判を待たなければこれを確定することができないと主張した⁷⁵⁾。公訴権は刑罰権の効力または作用として認識するものではないと説明したのである⁷⁶⁾。

牧野の公訴権論、すなわち、実質的公訴権概念を認めず形式的公訴権概念のみとして理論化を図ったことは、刑事訴訟法学における理論的發展の大きな進歩といえよう。

74) 牧野・前掲(64)100頁。

75) 牧野・前掲(64)100頁。

76) 牧野英一『新訂版 刑事訴訟法』(1926〔大正15〕)100頁。