

公訴時効について : 混合説の批判

坂口, 裕英

<https://doi.org/10.15017/1378>

出版情報 : 法政研究. 26 (4), pp.65-80, 1960-04-10. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

公訴時効について

——混合説の批判——

坂口裕英

- 一 はしがき
- 二 公訴時効と実体審判の条件
- 三 公訴時効と実体権の消滅原因
- 四 むすび

一 はしがき

検察官の訴追行為には、訴訟法上、いろいろな制約がつけられている。これらの制約の多くは、被告人の利益のために設けられたものであり、^(一)訴追行為を時間的に制限する公訴の時効も、その一つと考えることができる。国民はこの時間的制限によって、一定時間を経た事件を理由に起訴されるという危険を免れており、この点を誤った起訴は、結局、免訴の裁判により排除されてしまう。起訴が排除されることは、それによって、不当な訴追から被告人を救済することであり、公訴時効には、このような救済的機能のあることを忘れてはならない。それはともかくとして、公訴時効が、このようにして実体的刑罰権の実現を阻止する条件の一つであることには間違はない。^(二)

そこで以下二点について検討を加えることにする。一つは、我が国の現行法のもとでも、公訴時効を、従来通りに実体的審判の条件として考えることができるかということであり、他は、公訴時効が、刑罰権の実現を阻止する条件

であるためには、同時に、実体的刑罰権の消滅原因でなければならぬということである。具体的に検討すれば現行法のもとでは、公訴時効が、必ずしも現実には、実体審判（実体判決と実体審理）の条件となっていないし、公訴時効によって、実体的刑罰権が消滅していると考えする必要もない。それに反し、公訴時効が実体審判の許容性の条件であるという理論は、現実の実体審判のときには、その条件の存在の擬制を必要とし、公訴時効が実体権消滅原因であるとする理論は、また後に述べるようにある擬制を伴っている。しかしながら、公訴時効が、直接、検察官の訴追の正当性を担保する訴訟法上の条件であると考えるとき、これらの擬制を、なおも認めておかなければならぬ理由があるかは疑問である。

(一) 訴訟条件に当事者による処分主義が認められないことから直ちに公訴時効が、被告人の利益のためではないとはいえない。これに反し、フランスでは特にこの点から、公訴時効の公益性が強調されている。cf. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., 1947, p. 629 ; Braas, *précis de procédure pénale*, I, 1950 p. 97.

(二) 附随的・後発的な諸事情によって、結局、実体的刑罰権の実現が阻止される事実が、犯罪構成要件・客観的処罰条件・訴訟条件のいずれに属することになるかは、その範疇の立て方如何によって一概に決し得ない問題である。Vgl. Sauer, *Die beiden Tatbestandsbegriffe*, *Festschrift für E. Mezger zum 70. Geburtstag*, S. 117 ff. これに反し、例えば、ヴェルツェルは、姦通罪における離婚判決を訴訟条件としている (Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 6 Aufl. 1958, S. 53)。

二 公訴時効と実体審判の条件

公訴時効に限らず、実体的条件であってもそれが *prima facie* に不存在であれば、形式裁判によって、訴訟は打

ち切られる。すなわちこのような場合には、実体審理をする利益がないからである。しかし、だからといって、実体的条件は訴訟条件とはならない。実体的条件が *prima facie* に存在することが実体審理の許容性の条件であると全く同様に、公訴時効等の訴訟障碍が *prima facie* に不存在であることは、実体審理の許容性の条件である。

ドイツにおいては、この *prima facie* の判断は、起訴状ばかりでなく一件捜査書類等、主に書類を中心に、裁判所に入手しうるすべての資料から判断される。^(一)この際、起訴状の公訴事実の記載は、裁判所の判断を拘束しないし、^(二)裁判所は判断の際、被告人に異議がないかどうかを問ひ合わせなければならない。^{(三)(四)}

我が国においては、このような特別の裁判所による特別の手續というものがなければならず、起訴状一本主義による判断資料の制限があるので、この *prima facie* の判断は、訴因の形式的審査に制限される。その際、被告人の異議を問ひ合わせなければならぬ義務もない。しかし、大体において、起訴状から判断して、実体条件も、訴訟条件も存在すると判断すれば、実体審理に入ることができる。そこで裁判所としては、起訴状によって、訴訟条件、あるいは実体条件が、一見して明白に不存在である場合にのみ、公訴棄却、管轄違、免訴等の裁判によって訴訟の中止をしておけば足り、客観的事実として訴訟条件にせよ実体的条件にせよ、その存在については、そのどの当事者による事実の証明を基礎にして判断することになる。その結果、訴訟条件の不存在が判明すれば、やはり訴訟判決によって、訴訟を中止することになる。

従来、通説によると、訴訟条件は、実体判決の条件であるために、実体判決のための審理の条件、更には、その開始の条件と考えられてきている。^(五)しかし、この考えには無理がある。なぜなら、現行法のように、訴訟条件を証明せず、その存在が疑わしい場合にでも、実体審理に入ることができることになれば、その結果、訴訟条件の判断の前に、訴因事実の証明がないとして、無罪の判決が可能になる場合がでてくる。とすれば、それは実体判決の条件であ

るとはいえなくなる。それでは、無罪の判決を除いた実体判決、すなわち、有罪判決の条件か、ということを考えてみなければならない。なるほど、たとえば公訴時効の不存在は、有罪判決のときには、証拠によって判断されていなければならない。しかし、それは実体法上の要件事実の存在が証拠によって判断されていなければならないことと同じである。この意味では、公訴時効も、実体法上の要件も、共に有罪判決の条件であるということはできよう。が、それでは、実体法上の要件と区別した意味での、訴訟条件の意味はない。つまり訴訟条件を有罪判決の条件と呼ぶのであれば実体法上の要件も有罪判決の条件と呼ぶにふさわしい。

くりかえせば、公訴時効の不存在（訴訟条件）は形式的判断が可能な場合のあることから、それを実体審判の条件であるということができないということである。訴因によって公訴時効を判断し、免訴の裁判ができるということは、公訴時効が訴訟条件であるということの理由には何ら関係しない。^(六)すなわち公訴時効がたとえ実体条件であっても、訴因によって直ちに時効が判断される場合には、免訴の裁判が可能である。このことは、訴因によって違法阻却原因の存在が判断されれば、ただちに公訴棄却の決定が可能であるのと異なる理由はない。すなわちこの場合は、訴因の事実が真実であると仮定しても、刑罰権は実現されないという点で両者共通して、実体審理を不要とするのである。その存在が訴因の上で存在することが要求されているのは、実体的条件にせよ、訴訟条件にせよ同じなのであるから、このことによって、実体的条件か訴訟条件かを区別することはできない。公訴時効の不存在（訴訟条件）の *prima facie* の確定が実体審判の許容性の条件であるから、訴訟条件とは実体審判の許容性の条件であると主張するならば、実体的条件もまた、実体審判の許容性の条件であると主張することができるだろう。故に訴訟条件をどうしても実体審判のための前提条件であるというためには、普通法時代のごとく特別の審理手続を要求するか、あるいは、職権探知主義による証明を要求する方法しかない。この要求が、現行法上、採れないとすると、公訴時効は、実体審判

の条件でないといわなければならないことになる。にも拘らず、実際に実体審判を裁判所が行うときに、常に公訴時効の不存在を要求するとすれば、そこには公訴時効が不存在だとする一応の判断によって客観的不存在に代えた擬制が働いているとしなければならない。

従来、公訴時効等の抗弁を、単に職権発動を捉すものにすぎないとして、訴訟法上その意義を認めなかったのも、^(七)このような擬制があったからに他ならない。すなわち、職権調査によって、^(八)すべて訴訟条件の存否は判断されているという擬制が通用したからである。現在のように裁判所の職権調査に限度がある場合に、訴訟抗弁を、不適法・無効とする理由は認めがたいであろう。公訴時効のような場合に被告人の方から抗弁を提出し、その主張する事実を立証することを否認する理由は何もない。抗弁を無効とすれば、抗弁の事実を立証する行為も無効となるであろうから。もっとも、有効な抗弁を行うためには、犯罪の日時や、犯罪事実について被告人の主張する事実が真実であれば、公訴時効が認められるに足る具体的事実の主張をしておかなければならない。^(九)検察官は、この場合、これら事実不存在の举证責任を負うべきである。という意味は、検察官がこの点について何ら反対事実の証拠を提出しない場合は、形式的举证責任を認めて、被告人の有利な形式裁判をすることができるといふことである。^(一〇)もし、訴訟抗弁にこのような効果が認められるとすれば、訴訟法上、不適法・無効などということとはできない。裁判所は、時効を認めるに足りる具体的事実が主張してある以上、従来の如く、放置あるいは不適法として却下することはできず、却下する場合には理由無の判断をしなければならぬものと考ええる。^(一一)

職権探知が認められず、職権による調査も訴因を標準にして行われるものとすれば、訴訟条件の実際的機能は、かかる訴訟法上の異議の理由として不当な訴追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。^(一二)そして職権主義の後退があるところでは公訴時効を実体審判の条件と考えることがむづかしい。公訴時効の不存在は訴訟の

発展段階において許される全訴訟資料から常に判断さるべき一事項であり、判断の一対象がその判断の前提条件とはなり得ない。もし公訴時効について実体審判の許容性の条件というものを考えたとすれば、それはくりかえしのべるごとく、検察官の犯罪事実の主張を前提とした仮定上の判断というよりほかはない。

(一) Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953, S. 362.

(二) Gerland, Der Deutsche Strafprozess, 1927, S. 327; Rosenfeld, Der Reichs-Strafprozess, 1909, S. 188; Graf zu

Dohna, Das Strafprozessrecht, 3 Aufl., 1929, S. 143; Peters, Strafprozess, 1952, S. 362.

(三) Henkel, a. a. O., S. 363.

(四) この中間手続による開始決定の必要性についてはドイツにおうて争いがある。E. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, 1952, Teil 1, S. 82. Anm. 125 a; Peters, a. a. O., S. 364. 前者は批判的であり、後者は好意的である。

(五) 訴訟条件が実体的実理の許容性の条件と考えられるに至った経過をみると、そこにドイツ訴訟法学の特長がよく示されているように思える。すなわちそれは、まず根本となる一つの本質的命題を措定してそこから演繹によって導かれる結論を、具体的・個別的な事実へ、押しつけるという態度である。訴訟条件はまずビューローによって、訴訟現象を統一的に理解するための概念としての、訴訟法律関係の成立要件と考えられたが (Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868, S. 7 ff.)、その後、訴訟法律関係が、訴訟統一的に理解する概念としての地位を失い、訴訟状態がこれに代り、「既判力」の獲得が、訴訟の中心目的になると、訴訟条件も、訴訟法律関係の成立要件から、既判力を生じる実体判決の要件と考えられるようになった (Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, 1925, S. 5)。そして現在、この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いう極めて概括的・公約数的概念が、訴訟条件と考えられることになる (E. Schmidt, a. a. O., S. 65 ff.; Peters, a. a. O., S. 221 ff.; Henkel, a. a. O., S. 279 ff.)。このように実体審判の許容性の条件という概念は、すぐれて訴訟理論体系の要求する演繹的概念であって、帰納的概念ではない。なお光勝景皎「訴訟の発展と訴訟条件」法学志林五六巻一号三四頁以下参照。公訴時効がこのような概念で、文字通り適合するか否かは、まず疑問としなければならぬ。

(六) このことは、小野博士と宮本博士の論争にあらわれた。小野清一郎・「公訴権について」法協・四五巻・九〇三頁、「再び公訴権について宮本教授に答う」法協・四五巻・一七二六頁。宮本英脩・「再び公訴権の觀念について」論叢・一八巻・六三頁以下。この論争の新しい形態が、訴因標準説と実体標準説の対立であろう。例えば、小野慶二「免訴判決についての試論」司法研修所創立十周年記念論文集・下・昭三三・二三四頁以下をみよ。

(七) E. Schmidt, a. a. O., S. 94; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Strafprozessordnung, 19 Aufl., 1934, S. 28; 団藤重光・「訴訟行為の無効」・訴訟状態と訴訟行為(昭二四)二一五頁。長島敦・刑事判例評釈集・一三巻・二六三頁以下。戸田善一郎・「英米刑事法における被告人の妨訴抗弁について」・判例タイムズ・一〇号(昭二六)二九頁。青柳文雄・刑事訴訟法通論・全訂版(昭二九)一五一頁。我が国において明治刑訴の公訴不受理の申立が廃止されたこともこの理由になる。なお豊島直通・刑事訴訟法新論・四版(大二)四六一頁以下参照。判例も、否定的。最高裁・昭二三・九・二七・刑集一・一二二九。同・昭二六・七・二〇・刑集・五・一五一七。同・昭二九・二・四・刑集・八・一三一、等。

(八) 職権調査によって弁論主義・当事者処分主義の原則が否定されることを明らかにしたのは、いづれもなく Bülow, a. a. O., S. 305. である。刑訴では、もともと弁論主義・当事者処分主義の原則がないので、職権調査義務を強調する意義は少いといわねばならない。問題は当事者主義のもとにおける職権調査義務にある。

(九) この点実体法上の抗弁と異なる理由はない。井上正治・「第三三五条二項の主張」・判例学説刑事訴訟法・六六頁以下参照。

(一〇) 単に、訴因事実の証明をしておけば足りるという以上の、負担をもたらすであろう。因みに訴訟条件について実体的挙証責任を認めた判例がある。最高裁・昭三二・一二・一〇・刑集一・三一九七。ドイツの判例については、Niese, Prozess-voraussetzungen und hindernisse und ihre Feststellung im Strafprozess, Deutsche Rechts-Zeitschrift, Heft 22, 1949, S. 505 ff. があつて。

(一一) 理由があれば免訴の裁判。理由無の判断を申立毎に決定により示すか否かは裁判所の自由であろう。決定で行わない場合には、有罪判決においてかくれた判断として示されることになる。

(一二) 訴訟抗弁にある程度積極的意義を認めるものに、井上正治・全訂刑事訴訟法原論・昭二七・九八頁。高田卓爾・刑事訴訟法・昭和三二・一三八頁。

三 公訴時効と実体権の消滅。

ローマ法における公訴の時効は *accusatio* の消滅として考えることができる。^(一) 公訴時効の本質に関する現在の実体説・混合説・訴訟説の対立は、^(二) 普通法時代においては、全く同様にこのローマ法の *accusatio* の性格に関する学説の対立としてあらわれている。^(三) そして、このことが、歴史的に、公訴時効における実体的なものと訴訟的なものと分離しがたい結合を予想させる。が、果して、この予想は正しいものといひ得るであろうか。わたくしは公訴時効のこの中間的性格は従来の理論の産物であり、^(四) これを肯定するか否かは、こんごの理論的認識の如何によるものと考えている。

従来の公訴時効の理解にはいずれにも共通した説明の方法がみられる。すなわち、刑罰権は、一般に時の経過によって、自己を実現する必要性や、また正当に自己を実現する可能性（採証上の困難）を喪失する。であるとすれば、このように国家がすでに、その実現についての利益を失った刑罰権を、認めなければならないという理由はない。理由がないばかりか、そのような刑罰権を実現させることは却って危険である。故にこのような刑罰権の実現を阻止する手段を何とか講じておかなければならない。公訴時効が、あるいは刑罰権消滅原因として、あるいは訴訟障碍として考えられるのはこのためであり、そしてそれが公訴時効の根拠であると。^(五)

しかし、以上の説明では、現在の公訴時効を説明することはできない。というのは次の理由からである。すなわち時の経過によって、多くの場合、刑罰権は、それを実現する社会的必要を失う。あるいは正当に自己を実現する可能性を失う。しかし、それは、多くの場合であって、すべての場合ではない。実現の必要性や可能性を失った刑罰権が、実現を拒否されるのは、極めて当然のことである。それは、何も時の経過による場合のみではない。考えればい

るいろいろの場合がそうである。であるとすれば、公訴時効の本質は、刑罰権の実現の必要性や可能性があらうとあるま
いと、一律に刑罰権の実現ができなくなるところにあるといわなければならない。いなむしろ、刑罰権の実現の可能
性や必要性のあるものを、あえて、それを無視し、否定するところにあるものといわなければならない。ではその理
由は何であらうか。

従来の理論にそれを求めても、せいぜい、刑罰権の必要性や実現の可能性のあるばあいには、時の経過によってそれ
が奪われるのは、一般に多くの場合、必要性や可能性がないからだという以外にはない。すなわち、多くの場合がそ
うだから、個々の事件についてそれを検討するまでもなく、それを否定してしまうのである。これを擬制的説明とい
ったら言いすぎであらうか。すなわちそこには、実体権を実現する必要性や可能性が消滅することが、すべての場合
について擬制されている。このことは、時効によって実体権が消滅すると考える論者についてはばかりか、時効が、訴
訟条件であると考えられる論者についても同様に、指摘することができる。特に我が国で混合説に立つ論者にとっては、
実体権の消滅が、訴訟条件の基礎となっている（有罪判決の見込がなくなる理由、実体権の主張が許されなくなる理
由を考えよ^七）。問題は、公訴時効を実体的刑罰権の実現を阻止する条件と認めるためには、実体的刑罰権が消滅し、
それが訴訟法に反映すると考えなければならぬか、という点にある。

わたくしは、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
らう。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、ある過去の事件に関し、何時でも、容疑者を逮捕し、取調べ、起訴をす
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整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性や可能性があるときに、それにも拘らず、これの行使を禁止するという点に、その重要な機能を發揮するのである。このように考えれば公訴時効を刑事訴追の制限的条件であるとするために、その基礎に刑罰権の消滅を仮定しておく必要は失われる。

しかも実体法上の刑罰権というものは、単なる時の経過によって、例外なく消滅するとは考えることがむづかしい。^(八) 個別的・具体的に成立するものであれば、その消滅も、個別的、具体的になければ説明がつかない。^(九) また刑罰権の消滅と考えなければ、時効期間の差違を説明できないとする説もあるが、必ずしも、そうではない。重大な犯罪に対しては、国家は、その訴追の利益が大体不必要と考えられる時期まで、その期間を長くし、あるいは、全くこれを認めないということが理論上も実際上も考えられているし、個人の権利のために、一律に著るしく短くした例も存するの^{(一〇)(一一)}である。

(一) R. Loening, Die Verjährung, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeinen Teil, I, 1908, S. 395 ff.; Goldschmidt, a. a. O. S. 322—323.

ローマ法における抗弁が、実体法的なものであることを示すものとして Bülow, a. a. O., S. 82.

(二) 一般的説明として Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, I, 2 Aufl. 1927. S. 370 ff.; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 8 Aufl., 1957, S. 362 ff.; E. Schmidt, a. a. O., S. 70 ff. 等。

訴訟説は一九四二年のドイツ大審院の判例 (RGSt, 76—160) / 及びドイツ連邦裁判所の判例 (BGHSt, 2—306) の以後、支配的な学説となった。Jagusch, Leipziger Kommentar, § 66 Anm. 1 b; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre,

1949, S. 231 ; Peters, a. a. O., S. 15 ; Henkel, a. a. O., S. 282 ; Maurach, Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil, 1954, S. 752 ff. 我が国においては、林頼三郎・刑事訴訟法要義・各則上巻・三版(大一一五)九四—九五頁、牧野英一・改訂刑事訴訟法全・二二版・(昭一五)一六二頁以下、がかって、公訴時効によって、実体権が消滅するものではないとした。

現在ドイツにおいて、実体説の立場に立って訴訟説を攻撃するものと、Max Lorenz, Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung, Eine untersuchung de lege lata und de lege ferenda, 1955 があふ。また Moser, Zur Frage der rechtlichen Natur der Strafverfolgungsverjährung § 66 ff StGB, in Goldammer's Archiv, 1954, S. 301 ff. は、先のドイツ連邦裁判所の判例 (BGH St. 2—306) に詳細な反論をしたものである。Bränel, Die Verjährung der Strafverfolgung und der Vollstreckung von Strafen und Massregeln, in Materialien zur Strafrechtsreform 1954, II Band, Rechtsvergleichende Arbeiten, S. 429 ff. は諸外国の立法と代表的文献にあらわれる公訴時効、刑の時効の紹介であるが、ドイツ以外では、それが実体的か訴訟的かという論争は殆んど見当らないとして、論争の意義には批判的であるが、フランスとアメリカ合衆国ミシガン州を除いてはすべて、時効は刑法典に規定されておることを指摘し、彼自身、実体的刑罰権の消滅が本質であるとみる。その他 Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1912, S. 284 ; A. Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I, 1904, S. 571 ff. は、それが訴訟関係の開始を阻止する条件として立法することの可能を認めながら、現行法は、Klageverjährung ではなくて、Anspruchsverjährung を規定すると考へる (S. 574—575)。v. Bar, Verjährung, in die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, III, 1909, S. 398 ff. は主に犯罪の消滅か、刑罰権の消滅かという問題を論じてゐる。Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 24 Aufl. 1927, S. 436 ; M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1923, S. 437. は時効は、民法のように築かれた法律関係の尊重という政策を理由とするものではない、事実の力によるものだとする。(因みに民法での時効と異

て、いわゆる新派理論から、刑事上の時効の独自性を主張するものに、Christian Gauvalda, *La théorie de la prescription des actions en procédure pénale, Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, 1956, p. 77 et. suiv. がある。Beling, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, 1928, S. 84. は、証拠困難説は採りえないとして、時効は訴訟法上の制度ではないとする。Gerland, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 1922, S. 215—216. は、刑罰義務が消滅するとし、これを実体的本質の中にみながら、訴訟的効果として、中止の判決を認める。しかも、公訴の時効の理由は、証拠説が決定的だとするもので、すでに純粹な実体説ではない。我が国に於いて、実体説をとるものとして、豊島直通・刑事訴訟法新論・明四三・二六八頁。富田山寿・刑事訴訟法要論・三版・明四四・八四五頁。宮本英脩・再訂刑事訴訟講義・昭九・一五四頁以下。

しかし宮本博士の立場は、実体権の不存在を理由に公訴権の消滅を考えるもので（いわゆる存在の可能性ある刑罰権の消滅）、論理的には次に述べる混合説と異なる。ドイツにおいては実体説から訴訟説に移行する過程にあらわれるのが、混合説である。混合説は、公訴時効が本質的には、刑罰権を消滅させるものと考え、しかも、その訴訟障壁としての機能を重視し、消極的訴訟条件であると考へる。v. Risch, *Ueber den rechtlichen Charakter der Kriminalverjährung nach heutigem Recht, Gerichtssaal Bd. 36, S. 241/293*; derselbe, *Zur Frage der rechtlichen Konstruktion der Kriminalverjährung nach heutigem Rechte, ZStw. Bd. 9, S. 235/269*; Frank, *Kommentar 16 Aufl.*, 1925, § 66; Kern, *Strafverfahrensrecht*, 5 Aufl., 1957, S. 83., Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 6 Aufl. 1958, S. 219. 等。一九四二年まで、大体においてドイツ大審院の支配的見解であった。

我が国での混合説は特に免訴の統一的理解のために、実体的公訴権の理論として、小野博士によって提唱され（小野清一郎・公訴権の理論・志林・二五卷（大一二）・九九頁以下）、以後、宮本博士の見解と共に、我が国の学者が免訴及び公訴時効を考へるときの基礎を作った。すなわち「仮りに犯罪の成立ありとするも、其の後刑の廃止、大赦、時効等に因て、刑罰権消滅し、又はすでに同じ刑罰権について、確定判決を経たるため、更に審判を求め利益なき場合等においては、公訴権を

有せざることを明らから、最早実体上の審理を進行させる必要がない」(同書・一〇二頁)。実体的公訴権の概念は、その後団藤教授により批判をうけて、公訴時効は、実体關係的訴訟条件(団藤教授等)あるいはザウアーの Ob と Wie の考えに依う追行的訴訟条件(平野・井上教授等)、あるいは宮本博士に従う実体的訴訟条件(平場教授等)と考えられることになったが、いずれも、混合説による理論が構成されている点では、共通しているものといえる(故に実体的側面を強調するか(例・宮本説)、形式的側面を強調するか(例・小野説)の差が生じる)。

(三) Vgl. Dambach, Über den Rechtsgrund der Verjährung im Preussischen Strafrecht, Goldt. Arch., Bd. 9 (1861) S. 30 ff.; Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, S. 816 ff.; Loening, a. a. O., S. 395.

(四) Binding, a. a. O., S. 823. は時効の唯一の基礎は、時の経過による証明困難にあるとして、時効理論に新しい見解を導入したが(我が国では井上正治・公訴時効の本質・判例学説刑事訴訟法・昭三三・一四〇頁)時効の中間的性格はこれを否定するに至らなかった(Binding, Normen Bd. I, S. 19; derselbe, a. a. O., S. 826; derselbe, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7 Aufl., 1907, S. 298)。

これを批判した v. Risch は、証拠の困難という説を同時に採り入れて、混合説を主張した(v. Risch, a. a. O. (Konstruktion), S. 265 ff.)。更に Goldschmidt, Materielles Justizrecht(Rechtsschutzanspruch und Strafrecht), 1905, S. 39—40 は、その中間的性格を、独自の法分野を認めることに援用する。なお Glaser, Handbuch des Strafprozesses, 1883, II, S. 52. も公訴時効の抗弁の中間的性格を認めている。

(五) 従来の訴訟説には、俄に賛成しがたい。Laurié, Die Kriminalverjährung, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 178, S. 57 ff. und S. 106 ff. は、時効の理由については、折衷的な立場をとりながら、その効果は、刑罰請求権の消滅ではなく、請求権に関する法規を適用し、それを具体的に実現する国家の義務の消滅とする。このような訴訟追行の義務が消滅するため、訴訟の障碍となるとする。国家の義務が消滅するとする他の論者は W. Rosenberg, Beiträge zur Lehre von den Prozessvoraussetzungen, ZStW., Bd. 36, S. 529 ff. であって、その主たる根拠は、刑罰権は、訴訟によって初めて確定的に成立するものであるから、訴訟以前の刑罰権の消滅は認めがたいとする。二つの説に対しては特に国家の訴追義務

が消滅する根拠が不明なばかりでなく、訴追義務という概念が訴訟法上認められるかにも疑問が残るし、後者に対しては更にそれが、一種の一元観に由来し、訴訟以前の抽象的刑罰権の存在を直ちに否定する点は批判を免れない。

次に Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*, 1919, S. 331 は、時効によって請求権がなくなるのではなく、訴訟による追求だけが否定されるものとするが、その理由は、時間の経過による訴追利益の消滅と、証明の困難であるとする。その他実体権に関係なく公訴権だけが消滅するという理論（我が国では牧野・前掲書・林・前掲書・フランスでは Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 624; Braas, *op. cit.*, p. 97; Garraud, *Précis élémentaire de droit pénal*, 2 éd., 1933, p. 308; Cuche, *Précis de droit criminel*, 5 éd., 1934, p. 271）は、すべて実体権を実現する利益や必要が喪失したと、証拠の困難によって正当な刑罰権の実現が期待できぬことを、その理由としている。

(六) この理由は、公訴時効を是認するすべての実体説・混合説・訴訟説を通じていえることである。豊島直通・公訴の時効を設けたる理由・豊島博士追悼論文及遺稿集・昭八・四八二頁参照。Vgl. Lorenz, *a. a. O.*, S. 90 ff; Lourié, *a. a. O.*, S. 4 ff.

(七) 小野清一郎・刑事訴訟法講義・全訂三版（昭八）三八二頁。団勝重光・新刑事訴訟法綱要・六訂版（昭三三）三四八頁。井上正治・前掲原論・二七九頁。青柳文雄・全訂刑事訴訟法通論・下（昭二九）四七二頁。平野竜一・刑事訴訟法・法律学講座弘文堂（昭二九）八九頁。平場安治・改訂刑事訴訟法講義（昭二九）三九一頁。高田卓爾・前掲教科書三八九頁。等参照。平野教授は新しい教科書でザウアーと同じ（Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1949, S. 231.）ドイツにおけるいわゆる訴訟説に立場を変えられた（平野・刑事訴訟法・法律学全集・昭和三三・一五三頁）。

(八) Lourié, *a. a. O.*, S. 106. Rosenberg, *a. a. O.*, S. 530.

(九) BGHSt. 2—307 の真意もここにありとすべきである。

(一〇) フランス革命直後の立法、Loening, *a. a. O.*, S. 418.

(一一) 英米のロモン・ローには時効はないが制定法による起訴の制限がある。cf. Statute of limitations, 15 American Jurisprudence § 342, p. 31 et. seq.; 90 A. L. R. annotated, p. 452 et. seq.; Kennys Outline of criminal law,

1952, p. 443 ; A. M. Wisshere, *Criminal procedure*, 1950, p.1 ; Bowen-Rowland, *Criminal proceedings on indictment and information*, 2nd ed., 1910, p. 61 ; Clark, *Handbook of criminal procedure*, 1918, p. 149.

古代及び中世ドイツ法(カノン法・カロリナ法等)には時効はない。ローマ法の時効が慣習的に認められた。また時効に類する制度について His, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, 1920, S. 403 ff.。

四　む　す　び

公訴時効は、通説(混合説)によると、一方では実体的刑罰権の消滅原因であり、他方では訴訟条件として実体審判の条件である。ここに免訴の性格について争の生じる原因があった。ところが、公訴時効は、実体権の消滅にもとずく消極的実体審判条件であることにその本来の意味があるのではない。というのは、その理由である時の経過と共に、可罰性が減少し(実体的なもの)採証上の困難が増す(訴訟的のもの)ことは、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。であるとすれば、実体的刑罰権が、時の経過のみによって一律に消滅するということは考え難くなる。またその場合に、訴追だけが不当になる理由もない。にも拘らず、訴追が禁止される理由は、実体権実現の必要性(可罰性)や可能性(証明可能)に関係なく、起訴の自由を時間的に制限しておく方が、国家の権力の行使をより合理的にならしめる(事件処理遅延と起訴濫用の防止)という認識にもとづくものである。

さいごに、以上でふれる余裕のなかつた判決の二重性について一言しておきたい。わたくしは公訴の時効は実体権消滅原因ではないとするので、公訴時効に関する限り、免訴は、その性格として形式裁判であると考える。^(一)これに反し、有罪判決は、二重性をもつ。すなわち、有罪判決には、実体法的に公訴に理由の有ることの判断のほかに、更に、訴訟条件について、証拠による積極的判断が含まれている。かくして有罪判決は、形式的にも実体的にも訴追が正当であることを判断した上で、被告人に刑罰を言渡す裁判といふことができる。この意味で、有罪判決は、実体裁判であると共に、かくれた形式裁判であるといふことができる。^(二)

わたくしは、訴訟条件を訴追の形式的正当性の条件、実体的条件を訴追の実体的正当性の条件と考え、両者は相互に独立な条件として、司法審査の対象となるものと考え、この考えを基礎にして、公訴時効を考えている。有罪判決の二重性もその一つの結論といふことができる。しかしこの基礎としている考えが、どこまで有効なものであるかについては、未だ十分な確信はない。ただ、公訴時効に関する限りでは、この立場から、従来の理論とは異ってその訴訟条件としての意味を、幾分なりとも明らかにすることができたのではないかと思う。

(一) この免訴は形式裁判であるから実体的確定力の消極的効果としての再訴禁止の効力をもたない。たとえば、失火として起訴し、公訴時効の免訴の判決をうけたとしても、放火として起訴ができると考える。これは実体権の不存在を理由にした裁判ではないからである。ただし、免訴にも、全く同じことについては二度と判断はしないという一回性の原則¹¹一事不再理の原則は認めべきである(Vgl. Bötticher, Kritische Beiträge zu Lehre von der Materiiellen Rechtskraft, 1930, S. 201 ff.)。故に放火として起訴された事件が、失火として免訴になった後、再び同じ放火として起訴されれば、公訴棄却の裁判によって後訴に対する判断は遮断されるであろう。前訴と同一の後訴(同一性ある事実に対する異った再訴ではない)が前訴に対する刑事裁判によって遮断されるのは、一事不再理の原則によって認められる効力であって、裁判の内容的な積極的拘束力のためではないと思う(反対・田宮裕「刑事訴訟法における一事不再理の効力」法協・七五巻・三号・六四頁以下・四号・三三頁以下・七六巻・一号・一七頁以下参照)。このように考えれば、公訴時効の判断のときに実体について判断があったとしてもそれを実体的確定力と考えないでよい(平野竜一・刑事訴訟法・法律学講座・昭二九・九一頁・参照)。

(11) この点 Peters, Die Parallelität von Prozess und Sachentscheidungen, 68 ZStW S. 374 ff. に示唆をうけた。我が国では形式裁判という場合の形式という言葉は、二つの違った意味で使用されてきたといえる。一つは、一見して明白でその判断に実体審理を不要とするという意味で、他は、刑事責任の存否に係りしないという意味である。免訴の裁判は、公訴時効に二重的性格がないとすれば、後者の意味では、常に形式裁判といえる。