

「先決問題の拘束性」に関する一考察(三)完

——刑事訴訟を中心として——

山中 俊 夫

五、形成判決の刑事裁判に対する拘束性

形成効は、裁判による法律状態の変更——設定、変更、消滅——が成就せしめられることを本質とする。それ故に、形成効の場合においては、判断内容が決定的意義を有するのではなくして、それによって完成される法律状態の形成が重要なものとなる。この形成効の場合、換言すれば、形成判決の場合は、通例、民事判決は刑事判決を——刑事裁判官の判断を——拘束しない、という原則に対する例外をなしている。^①

例えば、確定離婚判決にもとずき、当事者間の家族的身分(Familienstand)が変更される。しかも、当該離婚判決により、最早、離婚原因が現実に存在していたかどうか、ということとは、何ら重要性を持たないのであって、その結果、先夫が先妻より財物を窃取した場合、刑事裁判官が、親族相盜規定を適用する余地は存在しない。^②さらに、婚姻が rechtskräftig に解消され、または、婚姻の無効(Nichtigkeit)が確認された場合、この判決を unrichtig であると評価せる刑事裁判官は、にもかかわらず婚姻の存続(Weiterbestehen der Ehe)を認めることは出来ず、その結果、重婚罪(Doppelhehe)にもとずき処罰することは出来ない。^③

以上の通例を前提としつつ、次に、形成効の分析を試みよう。

結論的にのべるならば、形成効それ自体は、実体的確定力の流出物ではない。逆に、このような判決の法形成力 (rechtsgestaltende Kraft) は、実体法規範が、形式的確定判決の „Tatsache“ に、法的効果としての権利変更の発現を結びつけるということにもとずいている。^④ 詳論すれば、民法においては、私法的法律関係は、当事者によって独自に設定せられるという「私的自治の原則」が存在する。それ故、民法の領域における主要「形成」手段は、法律行為である。^⑤ これに対し、一定の実体的法律効果——権利変更——が、構成要件該当性を条件に、判決中での宣言にもとずいてのみ発生する法律関係が存在する。この形成判決の特別な効果は、実体的法規範にもとずいている、と考えられる。

ローゼンベルクは、次のようにのべている。「形成判決の権利変更的効力 (rechtsändernde Kraft) は、裁判官の特別な法創造的権能 (besonderen rechtsschöpferischen Macht) にもとずくものではなく、法規範の命令にもとずくものである。その命令の不存在の場合、裁判官は、法を形成する必要はなく、その存在の場合、構成要件該当の事実を既存のものとして確認することの出来る限り、命令に従い形成するべきである」^⑥。かくして、形成効なるものは、非訟事件 (Freiwilligen Gerichtsbarkeit) の場合 (後見の任命 Bestellung eines Vormunds、登録簿への登記 Eintragung in ein Register 等) または、私的形成行為 (privaten Gestaltungsakte) の場合 (相殺 Aufrechnung、取消 Anfechtung、解約告知 Kündigung) のごとく、それ自体、実体法規範から生ぜしめられるものである。^⑦ この点から、形成判決の効力、就中、その形成効は、「既判力の拡張」 (Rechtskrafterstreckung) という訴訟上の問題ではない、という結論が引き出されてくる。^⑧

以上の見解は、先ず、古くより貫徹されてきたものであり、かつ、それは、実体的刑法関係に關与する民事判決に對する刑事裁判官の關係において、極度に實際的な重要性を有するのである。従来、この問題についての理論は、確定民事判決による刑事裁判官の拘束に關する問題の一つとして觀察されている。^⑨

ライヒ裁判所の当該問題に對する態度は、全ての形成判決に對する刑事裁判官の拘束を是認する。^⑩これに反して、ザウエル、ゴルトシュミットは、異った見解にたっていた。ザウエルは、右ライヒ裁判所の態度を拒否して、刑事裁判官は、確定せる離婚の存在にもかかわらず、離婚判決を、*unrichtig*であると判断する場合には、重婚(*Bigamie*)を認定し得る、とする。^⑪これに對して、ゴルトシュミットは、職權審理主義(*Untersuchungsgrundsatz*)により支配される訴訟手続に強制的にもとずかしめられる形成判決については、拘束性を固執する(例えば、離婚事件判決が例としてあげられる)が、弁論主義(*Verhandlungsgrundsatz*)の領域における形成判決については、拘束力を認めていない(例えば、合名会社の解散 *Ausschlussung der o. H. G.*、社員の除名 *Ausschluss eines Gesellschafters* 等があげられる^⑫)。

しかしながら、これらの見解は、誤った観点から出發しているように思われる。何故ならば、これら全ての場合において、判決の既判力に伴われ、実体法にもとずき、婚姻が解消され、会社の解散、社員の除名が宣言されるのである。^⑬

かくして、権利変更は、これら規範の構成要件の法的効果として、実体空間(*materielle Raum*)において惹起せられる。

① Peters, Strafprozess S. 20.

Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, S. 286.

Schwarz, Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassung und Nebengesetzen, § 262, I B.

Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 200 ff. RG 14, 375.

⑭ H. Brox, Die Bindung des Richters an Entscheidungen anderen Gerichte, (ZZP 73 Bd. Heft 1/2) S. 49. Peters, a. a. O. S. 20.

⑮ Peters, a. a. O. S. 20.

⑯ Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 124~S. 125.

⑰ Niese, a. a. O. S. 34.

⑱ Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 1949. S. 245.

⑲ Rosenberg, a. a. O. S. 363 f.

⑳ Bötticher, Zur Lehre vom Streitgegenstand in Ehesachen, S. 82. Anm. 8.

㉑ Niese, a. a. O. S. 125.

㉒ Niese, a. a. O. S. 125.

㉓ Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, S. 209.

㉔ Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 105.

Goldschmidt, Zivilprozessrecht, S. 211.

㉕ Niese, a. a. O. S. 125.

六、刑事判決の民事裁判への拘束性

すでにのべたように^①、刑事判決の民事裁判への拘束性は、今日、理論的に否定されてはいるが、その論拠については、既判力理論に立脚するもの、法政策論に立脚するもの、そして、実定法規に依拠するものと、その多きを数える。

前二者については、すでに若干触れるところがあつたが、ここでは、まず、後者について寸見してみよう。

§ 14 Abs. 2. Nr. 1 EGZPO は、「民事裁判官に対する刑事裁判所判決の拘束力に関する州の規定」は無効である旨規定している。^② その結果、「従来より、人は、刑事判決への民事裁判官の非拘束性の原則を、当該規定にもとずく既判力の実定法的制約という観点から判断することが出来るものと考えてきた」^③のである、とされている。そして、それ故に、「この点から逆に、刑事裁判官は、確定民事判決へ拘束され得ない、との結論を引き出そうと試みている」^④。この点については、ブルンスは、次のようにのべている。「全ての論証は、私見によれば、余り有効適切なものではない。すなわち、民事裁判官について適切に否定されている拘束性は、一般化の行われ易い § 14EG の実定法的規定には、全く基いていないのである。すでに、人は、OLG Hamburg によって刑事判決の既判力は、国家の刑罰請求権の消耗に該当する、ということから……民事裁判官に対する適切に否定された拘束性を明らかにすることが出来た。事実、既判力効の観点からする拘束性は、全く存在し得ない」^⑤と。

ヘルヴィッツは、同様に、拘束性を否定している。「この § 14 EG の規定は、自明のことを規定しているにすぎない。何故ならば、それは、異った訴訟対象（国家の刑罰請求権——当事者の民法上の請求権）に関する二つの訴訟において問題となるが故にであるのみならず、既判力と関係のない事実確認に関して問題となるが故にである」^⑥。したがって、民事裁判官は、——当然、確乎たる理由にもとずいて——刑事裁判官が、公判被告人に無罪を言渡したか否か、彼を有罪としたか否かにかかわらず、判断しなければならぬ。そのことは、既判力の効果に関する法解釈学的な考慮から生ずる、そして、それは、有意義なものであると考えられる。^⑦

かくして、刑事判決の民事裁判に対する拘束性は、既判力の実定法的制約という観点からは、認否の論証をなされ

得ない。

既判力理論にもとずき、拘束性を理論づける立場がある。ペーリングは、積極的確認効 (positiven Feststellungs-wirkung) を承認することによって、当該問題を積極的に解している。

ペーリングは、先ず、裁判の「撤回可能性」(Wiederuflichkeit) および、「取消可能性」(Anfechtlichkeit) を発見し、両者の「不可能性」の生じた場合、裁判は、形式的に確定する、という。次いで、彼によれば、「裁判が形式的確定によって終結点に達した当該手続を超えて、さらに規準性をもつか」の問題が、実体的確定力、いわゆる既判力の問題となる。ペーリングは、既判力を消極的効力と積極的効力とに区別し、前者は、「すでに、形式的確定と結びつけられた遮断効を強化すること、すなわち、終結した当該訴訟の続行を不適法にするだけでなく、同一訴訟物に対する全ての後行裁判および、これに関する手続を不適法にする」。これが一事不再理の効力である。これに対して、積極的効力は、「将来の裁判内容に対する先行裁判の規準性」すなわち、「拘束力」ないし、「確認効」を意味する。^⑧

ヘンケルは、ペーリングと同じく既判力の内容を「消極的効力」と「積極的効力」とに区別し、一事不再理を消極的効力において観察する。積極的効力として、拘束力、すなわち、積極的確認効を認める。^⑨

しかし、ブルンスが指摘しているように、ヘンケルの理論は、その後継者を見出しえなかった。そこには「既判力の本質から、そして、訴訟対象についての内容規定から、拘束性は導き出され得ない、」^⑩ ということへの考慮に欠けるところがあったからに他ならない。

ジーゲルトは、拘束性問題に関して改正論を積極的に論じていた。「民事裁判官は、刑事裁判官の審理手続の結果

を、例えば、公判被告人は、他人から窃取したものである、との事実を、刑事判決の積極的確認効によって考慮しなければならぬ^⑪、と。にもかかわらず、この改正要求は、実現されるところとはならなかった。ブルンスは、「§ 823 Abs. 2 BGB にもとづく損害賠償訴訟に関与する民事裁判官の確定刑事判決への拘束性は、否定される。何故ならば、既判力においてのみ生ずる国家の刑罰請求権は、原則的に、民事裁判に対して何ら先決性たり得ないが故にである、」とのべらる。^⑫

一部の学説を除いて、すでに寸見した如く、刑事判決の民事裁判官への拘束は否定されてきている。当該拘束性を否定してニーゼは次のようにのべている。

判決の確認効は、既判力の訴訟的領域においてのみ機能し、他の法律状態の主張を裁判所から排除する。更に、それは、真の法律状態に言及せしめられぬままである。確認効に関しては、既判力に関する学説の相異が *unrichtige Urteil* をめぐってその理論的意義を示したことにより、その内容が立証されている。訴訟法説にもとずけば、実体空間において論理的機能から生ずる判決の確認効は、拘束力のない思想的放射状態を維持する。それによって、実体的法律状態は、変更せられぬままである。^⑬

さらに、刑事訴訟を中心とするかぎり拘束性否定の論拠として、実体的真実主義が抬頭してくるのではなからうか。訴訟法説に立脚するならば、そこには、「有罪判決をうけた場合、その人間は、その責に帰せられた行為を実行したものであるか否か、ということは、刑事判決によっては確定されない」、というテーゼを有する。これは、「権利既存の観念」に導かれ、かつ人権思想に導かれた当該既判力理論の理念である。この面から、ニーゼのいう確認効の「思想的放射状態」が理解されよう。だとするならば、当該訴訟類型内の拘束性を否定する刑事判決が、他の訴訟類型

にまでその遠隔的効力を及ぼするとすることは自己矛盾である。実体的眞実主義が、社会的相当性に優位するということは、理論的に可能であろうけれども、刑事訴訟における実体的眞実主義は、訴訟全体について考えるならば、「無限かつ自由に眞実を追求する」主義である。それは、すでにのべたように罪刑法定主義の訴訟空間での保障を目的とするものである。かつ、同時に、それは、遮断効により法的安定性に道をゆずらねばならぬものであるが、拘束性問題に関するかぎり全訴訟機構におけるものとして考えられねばならないであろう。さらに語句の上だけで、実体的眞実主義と社会的相当性を比較することは、両者の機能する訴訟構造を無視すると同時に、危険でもある。

- ①
- ② Vgl. Bruns, a. a. O. S. 121.
- ③ Bruns, a. a. O. S. 121.
- ④ Bruns, a. a. O. S. 121～S. 122.
- ⑤ Bruns, a. a. O. S. 122.
- ⑥ Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, S. 788.
- ⑦ Vgl. Bettermann, MDR, 54, 8.
- ⑧ Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsgesetz, S. 254 ff. S. 259 f.
- ⑨ Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. S. 448.
- ⑩ Bruns, a. a. O. S. 124.
- ⑪ Siegert, Deutsche Strafrecht, 293 ff.
- ⑫ Bruns, a. a. O. S. 124.
- ⑬ Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, S. 125.

七、拘束性認否の論証

本章においては、拘束性につき、その認否を理論的に立証せんとする残された論議を、明確にし、引いては、拘束性に関する性格付けを試みんとするものである。

1、日本国憲法第七六条第三項は、「すべて裁判所は、その良心に従い独立してその職権を行ふ、この憲法および法律にのみ拘束される」と規定し、同様に、ボン基本法第二〇条第三項は、裁判は、法および法律にのみ拘束される旨規定する。しかし、両法は、先決問題、先行判決への拘束性については、積極的に触れていない。本条が、拘束性認否の論証について、積極的意義を有するものであるか否か、に關しては、問題があろう。何故ならば、三権分立とそれにもとづく司法権の独立、そして、そこからひき出されてくる裁判官の独立は、対外的独立として従来より把握されてきている。これに反して、対内的独立については、本来的に、三権分立、司法権独立等と同一平面で把え得るものであるかどうか問題である。そして、例えば、拘束性を認めることが、ただちに裁判官の対内的独立を侵害するものであるかどうかは結論され得ない。けだし、合目的的観点よりする拘束性を規定する法律がすでにのべたように存在しているからである。当該法律の違憲性が論証された時、三権分立理論は、拘束性問題の一つの重要な論拠となりうる。しかし、その場合においても問題となりうるのは、合目的的観点の当・不当であって、拘束性認否の法律による規定それ自体の問題ではないであろう。すでにのべたように、社会機構の複雑化とその拡大は、社会生活における事件処理を一層専門化、特殊化して行く傾向を生み出すであろう。裁判権が、刑・民両裁判権の二幹枝で構成されている今日から今一步すすむ時——例えば、西ドイツ等にすでに見られるように——裁判の専門化があらわれる。そ

ここでは、すでにブロックスが指摘しているように、「裁判官の特別な専門的知識^①」が、特別規定を通じて拘束性認容を方向づける。例えば、ライヒ租税法 (Reichsabgabebordnung) 第四六八条は、一定事項につき、最高財政裁判所 (Obersten Finanzgericht) の裁判は、刑事裁判官を拘束する旨規定する。^② 三権分立論からは、この点を説明しえない。

では、裁判の専門化と刑事訴訟における実体的真実主義との関連はどのようになるのであろうか、との疑問が生ずる。問題は、裁判の専門化が、実体的真実主義を助長するか否か、ということである。裁判の専門化が、実体的真実主義を助長し得ないと考えるならば、それは、一見自己矛盾でもある。しかし、拘束性の認められる範囲・事項まで一般的に決する必要はない。刑事訴訟を中心として考えるならば、専門裁判所よりする実体的真実主義の助長を限度とする特別規定による拘束性の認容ということになる。それは、立法技術の問題である。かくして、三権分立論は、拘束性問題に直接的関係を有しない。

2、拘束性認否の論議として、古く、国法の見解^③が存在した。ラーバント、ワッハ、ビンディング等に代表される当該理論は、次のように拘束性を理論づける。これらの理論の極究目標は、常に、既判力と拘束力とを概念上区別することに向けられていた。そして、人は、——当該理論をほとんど認めようとはしなかったのであるが——当該理論について、国法上の既判力概念 (staatliche Rechtskraft) と呼んだ。すなわち、確定判決は、単に具体的法の確認を包含するのみならず、同時に、当事者、および、全ての官庁を拘束する国家命令 (Staatsbefehl) を包含している。すなわち、かく行為せよ、との命令——それは、判決中で確定された法律関係に対応する——を包含しているということは、主として、国法の見解にもとずいている。判決は、有権的拘束性を有する国家命令 (autoritativ bindenden

Staatsbefehl)を意味する。裁判所は、国家支配権力(staatlichen Herrschermacht)の管理人(Verwalter)であり、裁判とは、裁判所による国家権力の流出である。その結果、そのかぎりにおいて、判決の正当性は、何ら他の官庁および裁判所によって検証される必要性を有しない。

しかしながら、この論証にもかかわらず、我々が、全ての国家機関および、訴訟当事者に向けられる判決の拘束性が引き出されるといふ「国法的既判力」概念(Begriff der ‘staatsrechtlichen Rechtskraft’)に到らねばならぬ必然性はないように思われる。たとえ、判決が、国家権力の流出であるとしても、その点からは、いわゆる拘束力は生じない。例えば、被告が、原告に一〇〇〇ドイツ・マルクを支払うべき旨の判決が、rechtskräftigに宣告されたとしても、債務履行につき他の定めをなすことは、当事者の自由である。^④ブルンスは、次のように批判している。「確かに、『司法的保護』(, Justizgewährung”)は、国家権力の流出を示している。しかし、その点から、全ての司法行為は、全ての国家官庁をして、その裁判の相互承認を義務づけ、しかも、内容的に拘束せしめるといった有権的拘束的命令を決して生ぜしめるものではない^⑤のである、と。

かくして、拘束性の問題は、国法上の問題ではなくして、訴訟法的问题に属するものである。既判力概念は、訴訟法的なものであって、決して、国法的なものではない。^⑥

前述した如く、訴訟法説の立場からは、拘束性問題は、既判力理論と無関係であることが明らかとなった。ここにおいて、本稿で論ぜられる拘束性問題は、決して、論理的観点からのみではなくして、合目的観点からも答えらるべきものであることが明らかとなる。結局、この場合、問題は、拘束性の限界が、一方において「正義」(Gerechtigkeit)と「法的安定性」(Rechtssicherheit)との間で、奈辺に引かれるべきかの検証が重要となると同時に、拘束性

の性格、あるいは法政策的な意図が明確となる。

3、正義の観点は、拘束性を否定する方向にいたらしめる。刑事訴訟を中心として考えるならば、正義は、実体的真実を意味する。「矛盾判決 (Widersprechende Entscheidungen) は、常に、不正な (ungerechte) 裁判よりも有害な (schädlichen) ものではない^⑦」、という観点は、正に、刑事訴訟につき適切にあてはまる。刑事訴訟の目的である実体的真実主義が、無制限に実体的真実に向ってその近似値を求めてゆくことを意味するならば、前訴の判断からの後訴の解放こそが唯一の手段にほかならない。

刑事訴訟を中心として考えるかぎり、右の点を支柱として、拘束性問題は取り扱われねばならない。すでにのべた裁判の専門化の方向で扱えられる当該問題も、この点を無視し去ることは出来ない。

「正義」の観点の反面、「法的安定性」の観点からの考察がなされなければならない。法的安定性を強調して考えるならば、後訴は前訴の判断を継承しつつ以後の法律関係を形成して行くことが、社会生活における法的関係の安定の上に資することになる。法的生活においては、「背反せる裁判 (abweichende Entscheidung) は、不正な (ungerechte) 裁判よりも有害であり得る^⑧」、という場面が存在する。この観点の下においては、すでにのべた民事形成判決の刑事裁判に対する拘束が一例として考えられ得るであろう。

訴訟経済 (Prozessökonomie) の観点は、しばしば、拘束性問題と関係してくる。例えば、「上告審裁判所 (Revisionsgericht) は、控訴審裁判所 (Berufungsgericht) により確定せられた実体関係につき拘束される。このことは、上告審裁判所が、それを超えて、なおかつ実体関係を確定するべきであるとするならば、このように極度な義務を負わされた上告審裁判所は、そこに係属せる事件の審判を完全に処理することは不可能であろうという考慮にもと

ずいている」^⑨とされるのがそれである。

さらに、ドイツ離婚法第七四条第四項、同民法第一六七一条第三項によれば、離婚に際して、子供の養育監護(Personensorge)に関する裁判をなす場合、裁判官は、離婚についてその有責性を考慮しなければならない。この規定は、離婚判決において、有責性の存否が明確化された者に関するものであり、客観的に有責であった者に関係するものではない。換言すれば、訴訟経済の観点から、離婚判決は、養育監護権に関する訴訟に対して、先決問題として拘束性を有する。そうでないとすれば、人は、養育監護に関する訴訟において、今一度離婚訴訟をくりかえさねばならぬという二重の負担を負わねばならなくなる。^⑩理論的には、形式判決の効力の問題となる事例であろう。

次に、裁判所の顧慮、尊厳保持の立場から、拘束性が否定される場合がある。

事件の移送決定(Verweisungsbefehl)は、事件を移送せられた裁判所に対して拘束的効力を有する。これによって、裁判管轄(Zuständigkeit)に関する「不愉快な争い」(unerfreulich Streitigkeiten)は、回避されることとなる。この拘束性は、正義の原則に反するものではない。何故ならば、客観的にも、訴訟対象に関しては、未だ、裁判がなされていないからである。さらに、この点に、訴訟事項(Rechtsweg)の許容性に関する裁判の拘束性を定める規定が属する。^⑪

裁判権の専門分化に伴う専門知識にもとづく拘束性に関しては、すでに若干触れた。ここで、典型的な拘束性解除の事例を見てみよう。ドイツの懲戒裁判所(Disziplinärgericht)は、刑事裁判所の確認に拘束されることを原則としている。しかしながら、懲戒裁判所が、全員一致で決定する場合には、新しい確認がなされ得るのであって、正義のための不拘束という例外をなしている。この一事例のみから即断することは出来ないが、裁判の専門分化の一つと

考えられる。この場合は、専門裁判所による拘束性の破棄という形をとってあらわれているが、結局、拘束性問題における専門裁判所の優位が示されているのではなかろうか。

- ① H. Brox, Die Bindung des Richters an Entscheidungen anderen Gerichte (ZZP 73 Bd. Heft 1/2) S. 53.
- ② H. Brox, a. a. O. S. 53.
- ③ P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. III, 5. Aufl., 1911, S. 352 ff.
- ④ H. Brox, a. a. O. S. 53.
- ⑤ Bruns, a. a. O. S. 116 f.
- ⑥ Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 2. Aufl. S. 103. Hellmann, Die Bindung des Strafrichters an Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichtsurteile, S. 103, Bruns, a. a. O. S. 116 f.
- ⑦ H. Brox, a. a. O. S. 52.
- ⑧ H. Brox, a. a. O. S. 52.
- ⑨ H. Brox, a. a. O. S. 53.
- ⑩ H. Brox, a. a. O. S. 53.
- ⑪ Rosenberg, Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs, in: Lent-Festschrift, S. 2, S. 7 ff.