

檢察官聽取書成立無効確認の訴についての諸論點

中村 宗雄 (講演)

櫻井 孝一 (執筆)

本稿は、昭和三十四年十二月十二日早稲田大學大隈大講堂にて開催された全日本學生法律討論會において、出題者中村が講評した際の手控及びテープレコードを臺本として、櫻井が執筆し、さらに全部にわたり中村の校閲・修正を経たものである。紙數の關係上、一部省略したところがある。

討論題は、本誌別稿に掲げてある。参照されたい。

は し が き

- 一 民事訴訟法第二二五條の訴(證書眞否確認の訴)
- 二 檢察官聽取書の「成立が無効」であることの確認請求
- 三 文書の「成立が無効である」こと
- 四 無効確認請求
- 五 消極的確認の訴の對象としての檢察官聽取書の無効確認請求

檢察官聽取書成立無効確認の訴についての諸論點

檢察官聽取書成立無効確認の訴についての諸論點

六 その他若干の問題

七 權利保護の利益

むすび

はし ぎ

帝銀事件死刑囚平澤貞通が國を相手どつて提起した行政訴訟「檢察官聽取書成立無効確認の訴」^{(一)(二)}について、東京地方裁判所は、昭和三四年九月二三日、口頭辯論を開くことなく、書面審理でもつて直ちに却下の判決をなした。その判決理由^(三)はいたつて簡單である。「書面の眞否確定の訴が許されるのは、民事訴訟法第二二五條にいう法律關係を證する書面に限られるものであるところ、刑事訴訟手續において檢事が被疑者又は被告人の供述を録取した聽取書は右の書面に該當しないことは明かであり、他に右聽取書の有効または無効の確定を訴訟により求めることは現行法體系上からいつて許されない。」ということのみである。

しかし、この訴については色々の問題がある。原告の主張する事實が一切口頭辯論で審理されず、ただ書面審理でもつてかたづけられるほど、この訴は純法理論で解決されるものであろうか。たとえ純法理論で解決されるとしても、この判決のように三行ほどの理由で却下されてしまつてよいものであるかという點に疑問が生ずる。かくしてこの訴を純法律的に分析して、いくつかの論點を検討し、問題を提出してみようというのが本稿の意圖である。

ここで論及されるべき問題としては、まず第一に檢察官聽取書無効確認の訴は、民法第二二五條の規定する證書

眞否確認の訴に該當するのか、しないのか。それに該當しないとしても、一般確認訴訟として、現行法體系上、これを許しえないであろうか。また、果してこのような訴に、民事訴訟による権利保護の利益が存するか否か。これらの點を順を追って拾い上げ、以下に検討してみる。

- (一) この檢察官聽取書とは、後述するように、檢察官の作成した被疑者の供述調書のことである。
- (二) この訴は、要約するに、帝銀事件有罪判決の有力な證據となつた檢察官の聽取書(自白調書)が、原告の知らない間に、檢察官が勝手に虚偽の事實を偽造し、作成したものであるから(請求の原因)、その聽取書の成立の無効であることの確認を求める(請求の趣旨)ものである。註(三) 判例時報参照。
- (三) この判決は、遙か後になつて判例時報に掲載された。同二〇九號(昭和三五年一月一日發行)七頁。

一 民事訴訟法第二二五條の訴(證書眞否確認の訴)

確認の訴は「争いある權利または法律關係」をその訴訟の對象とする。事實關係は「訴訟の目的」とはなりえない^(一)。しかし、例外的に法律關係を證する書面の眞否を確定するために、確認の訴が許されている。民訴法第二二五條の證書眞否確認の訴がこれである。元來、書面の眞否は事實問題であるから、判決の對象となすことはできない。だが、證書^(二)すなわち法律關係を證する書面の場合、その眞否は、それに記載された法律關係の存否に直接關連するものであるから、沿革的理由とともに、獨立の訴として認められている^(三)。されば、民訴法第二二五條は、一般確認の訴の例外的規定であり、それを逆の面から眺めるとき、一般確認の訴は、民訴法第二二五條の規定對象となつていない^(四)。

- (一) 民事訴訟は權利保護の制度である。従つて確認判決はただ權利または法律關係の存在・不存在を確定することをその任務

とする。中村・民事訴訟法原理第一卷三七七頁參照。

(二) わが民法第二二五條では「法律關係ヲ證スル書面」となっているが、ドイツ民法第二五六條は「證書(Urkunde)」である。

(三) 中村・前掲三八〇頁以下參照。

(四) 事實問題を訴訟の對象とする民法第二二五條の訴は、現行民法體系において例外のものである。わが民法の起草者は、同條に「も」の一字を挿入したのは、これにより、當然一般確認の訴が許されることを示したものだといふ。

この證書眞否確認の訴は、事實關係の確認を求むる訴ではあるが、法律關係をその内容にもつ證書の特殊性にもとづいて認められているのであるから、この訴の要件は嚴格に解せられなければならない。^(五)

(五) 例外的のものであるから、證書の眞否以外の他の事實の存否の確定にまで、本條の適用を擴張することはできない。

その要件として、第一は一定の法律關係を證する文書であること^(六)を要する。その他の一般文書をこの訴訟の對象とすることはできない。^(七)

(六) 例えば遺言書、定款、手形などである。

(七) 昭和二十七年二月二日の最高裁判決は、『受取人不在ニ付差出人ニ返電ス廣島縣』と記載されているにすぎない書面は、民訴第三二五條にいわゆる法律關係を證する書面とはいえない』としている(最高民集六卷一一號八二頁)。

等二は證書の眞否の確定である。證書の眞否とは、その文書が眞文書であるか、偽文書であるかということである。これは刑法でいう有形偽造をさすのであり、内容の虚偽記載、すなわち無形偽造か否かは民法第二二五條の訴の對象とはならない。^(八)

(八) 昭和二十七年一月二〇日の最高裁判決も「民訴第三二五條にいわゆる書面の眞否とは、書面の成立が眞正であるか否かと

うことであつて書面の記載内容が實質的に客觀的事實に合致するか否かということまでも包含するものでない」としている
(最高民集六卷一〇號四二頁)。

二 檢察官聽取書の「成立が無効」であることの確認請求

(一) 檢察官聽取書の作成及びその効力 檢察官聽取書とは刑法第一九八條第三項にいう被疑者の供述を録取した書面のことである。これは訴訟に關する書類(刑訴第四七條)に屬し、一つの要式文書であつて、同條第四項、第五項に従い、被疑者に閱覽または讀み聞かせ、誤りがないうときには被疑者に署名押印させる。これらの要件が具備しているときに、刑訴法第三二二條その他の規定する證據書類となり、證據力をもつ。したがつて證據力という法律上の効力をもつが故に、檢察官聽取書は廣い意味において法律文書といえる。これが聽取書として成立しているか否か、成立しているとして、果して證據力をもつか、またどの程度の程度の證據力(證據價值)をもつか、すべて法律上の争いとして、問題となりうる。

(一) ここで證據書類とは「公判期日における供述に代えて證據となる書面」はすべて證據書類であるという見解に従う(江家義男博士・刑事證據法の基礎理論六九頁)。

(二) 檢察官聽取書は民訴法第二二五條にいう「證書」に該當するかどうか。前に述べたように、前記第二二五條の訴は證書の眞否を確定する訴である。證書とは、一定の法律關係を證する文書である。ところが檢察官聽取書は被疑者の供述を録取した書面であるから、證據力という法律上の効力を生ずるとしても、法律關係を證する書面というこ

とはできない。前記東京地裁判決がその理由に述べているように、「證書」に該當しないことは明白である。従つて檢察官聽取書無効確認請求は民法第二二五條の訴にはならない。

(三) だが、問題はこれで終るものでない。東京地裁は、この訴をもつて民法第二二五條の訴に該當しない、また、現行法體系の上からも許されないとして、本案審理を経ることなしに、訴却下の判決をなした。ここに問題がある。第二二五條の訴に該當しないとすれば、次に一般の確認訴訟となるか、ならないかの審査が必要である。「現行法體系上からいつて許されない」と、あつさりいい切れるものでない。必要があれば、當該請求の内容を取調べるため本案審理^(三)に入らなければならない。

(二) 本案審理とは、原告の請求が本案判決のための實體的要件(權利保護要件)を充足しているか否かの審査をすることである(中村・民事訴訟要論一四六頁)。

そこで檢察官聽取書の無効確認請求が一般確認請求に該當するか、どうか。この問題に解答するための前提として、聽取書の「成立が無効」とは、何を意味するかを分析するであらう。

三 文書の「成立が無効である」こと

(一) 文書の無効 有効・無効の対象となる文書は、當然、法律上の効力をもつ文書、すなわち法律文書でなければならない。その法律文書が無効である場合に、次の三つがある。

第一に、その文書の成立が真正でない、すなわち作成名義を偽れる有形偽造の場合である。有形偽造の文書は、法

律文書としての効力をもちえない。無効である。民法學に倣い、無効を不成立無効と瑕疵無効にわけらば、有形偽造の文書は、法律文書として不成立無効といえよう。

(一) 中村・株主總會決議を對象とする各訴についての訴訟法學的考察（早稻田法學第三三卷第一・二冊）四六頁、同・民法總則二二四頁參照。

第二は、要式文書であつて、その要件を具備しないため、その効力を生じない場合である。例えば要件を缺ける手形、小切手の如し。これは瑕疵無効にあたる。^(二)

(二) しかし、その瑕疵の程度が高まると不成立無効となる。

第三は、無形偽造の場合である。これは内容の虚偽であるから、一應、實質上の無効ということにならう。

(二) 檢察官聽取書の無効 檢察官聽取書が無効であるとは、どのような場合を指すのか。前述したところにあてはめて考えてみる。

第一に、有形偽造、すなわち檢察官でない者が檢察官聽取書を作成したような場合である。本件の如く、檢察官が自己の擔當事件につき聽取書を作つた事案である限り、作成名儀を偽る有形偽造（刑一五五條）の問題は生じえない。^(三)

(三) 檢察官は被疑者の供述調書を作成する權限を有するからである。擔當の事件でなかつた場合には、事情により問題を生ずる餘地もあろう。

第二に、手續違反のときである。これには、刑訴法第一九八條に違反し、正規の方法で訊問しなかつた、或いは調書の閲覽、讀み聞かせをしなかつた、署名押印をさせなかつたなど、形式的な欠缺の存する場合である。

刑訴法第一九八條の規定する檢察官聽取書は要式文書である。従つて前述のような瑕疵があれば、同第三三二條に規定される證據書類として使用しえない、すなわち證據能力^(四)をもちえない場合を生じうる。これは檢察官聽取書無効の一形態であり、前述の瑕疵無効にあたるといえよう。問題はいかなる程度の瑕疵が、聽取書として無効となるかというところである。

(四) 證據能力は、證據としての成立要件に屬する。證據能力を缺けば、證據となりえない。證據資格の問題である。これに對し、證據力とは、證據としての價值判斷の問題に屬し、證明力と同義に解せられる。

證據能力並びに證據力の意義に關しては、異説あるも、ここでは、以上の如く解しておく。しかして檢察官聽取書が、形式的要件を缺き、證據書類として使用しえないことは、證據としての價值判斷の問題でないから、證據能力の欠缺とみるのが相當である。證據能力を缺き、證據となりえないのであるから、もとより證據力をもたない。

第三に、無形偽造、すなわち内容の虚偽があげられる。本件についていえば、檢察官が全然被疑者を取調べないで、聽取書を作成したとき、または供述しないことを意識的に聽取書に記載したような場合である。

無形偽造の文書は、それが私人によつて偽造された場合、もとよりその内容において證據力^(五)をもちえないが(實質的無効)、證據としての成立を妨げるものでない。すなわち證據能力をもつ。しかし公務員による公文書の無形偽造は、すべて刑罰の對象となつていて(刑一五六條)、必ずしも以上の如くに論斷しえない。殊に刑事公判廷において、檢察官が無形偽造の聽取書を訴訟書類(刑訴四七條)として提出し、それを證據とするが如きことは到底許されるべきものでない^(六)。このような聽取書は、證據書類となしえない、すなわち證據能力を缺くとするのが當然である。本件

訴狀に聴取書の「成立が無効」とは、このような意味において理解することができよう。^(七)

(六) 現實にこのような事件例があるとはいわない。理論の問題としてである。

(七) 無形偽造は本来の文書偽造ではない。證據として提出された文書が無形偽造である場合には、その記載内容について證據力をもちえないというに止まる。すなわち證據價値の問題であつて、證據能力(證據として成立)の問題でない。本文に述べるのは、檢察官がみずから無形偽造を犯した聴取書は證據書類となしえないという特殊の場合である。この點で私人による無形偽造(刑一五七・一五九条)と異なる。

かくして檢察官聴取書が法律文書として無効とみられる各場合を検討した。本稿は檢察官が、擔當事件につき、作成した聴取書であることを前提としているので、問題となるのは要件欠缺による無効の場合と内容の虚偽による無効の場合とである。

そこで、これらの事由による無効、すなわち刑事訴訟手續において檢察官聴取書が證據書類となりえず、従つて證據能力をもちえない、との主張が、民事訴訟における一般無効確認訴訟の「訴訟の目的」となりうるか否かが研討されなければならない。

四 無効確認請求

(一) 無効確認請求 確認の訴には、権利または法律關係の存在の確定を求める「積極的確認の訴」と、その不存在の確定を求める「消極的確認の訴」とがある。^(二) しかして無効確認の訴は、消極的確認の訴に屬するが、これには多く

の問題が秘そむ。一般に確認の訴の「訴訟の目的」は、争いある権利若しくは法律關係だといわれているが、無効確認請求は、いかなる権利關係をもつて當該「訴訟の目的」としているのか。また、無効確認請求には、事實關係の不存在主張として現われる場合がある。⁽¹⁾ 例えば株主總會決議不存在確認請求の如し。本件の檢察官聽取書無効確認請求も、聽取書の作成過程における瑕疵を主張するものに外ならない。事實關係の確認は、民訴法第二二五條以外には許されないのであるが、それとの關連はどうか。なお、その他にも問題がある。

(一) 中村・民事訴訟要論九九頁參照。

(二) 事實と法規範が密接に結びついているといえる。

(三) 「訴訟の目的」は、訴訟上の請求である。それには、二つの分肢が内存する。⁽²⁾ 「請求ノ原因」によつて明確にされる権利根據と「請求の趣旨」に示される権利主張とである。しかして審理の對象となるところのものは、権利根據であつて、確認の訴の「訴訟の目的」は、この面から考察する場合、「争いある権利若しくは法律關係」として現われる。これに對し、判決の對象となるところのものは、権利主張である。それは、消極的確認の訴においては、「争いある権利若しくは法律關係」の「不存在の主張」として現われる。これは、一定の権利關係（請求ノ原因）に根據する法規範的主張をもつて、その内容とする。無効確認請求とは、否定的内容をもつ法規範的主張に外ならない。

(三) 中村・民事訴訟法の基礎理論七四頁、同・訴訟の目的・訴訟上の請求（受驗新報昭和三四年新年號）二三頁以下參照。

(三) 確認の訴のうちには、事實關係の確認請求とみられうるものがある。⁽⁴⁾ しかしこれ等の訴であつても、決して事實關係それ自體の確定を求めるのではない。事實關係の存否に依據する法規範的主張についての有權的判斷を求める

訴なのである。株主總會決議不存在確認の訴といい、親子關係不存在確認の訴という、その訴名いかに拘らず、事實關係の確定を求めるのではない。判決の對象としてその「訴訟の目的」となるところは、否定的内容をもち「法規範的主張」なのである。

(四) 例えば株主總會決議不存在確認の訴、親子關係不存在確認の訴である。商法第二五二條には株主總會決議無効確認の訴の規定はあるが、決議不存在確認の訴の規定はない。そこで、株主總會決議の存在または不存在は事實問題であるから、確認訴訟の對象となりうるか、問題となる。しかし株主總會決議不存在の確認請求は、總會決議のなかつた故に決議としての効力を生じないという効力不存在の主張といえる。また、親子關係不存在確認の訴についても、親子關係は事實關係であるから、確認訴訟の對象とならないといわれていた。この訴についても、同様に法律上の親子關係が不存在であるという確認請求と現在では一般に解されている。中村・前掲早稻田法學三三卷一・二册四四頁以下參照。

五 消極的確認の訴の對象としての檢察官聽取書の無効確認請求

消極的確認の訴の「訴訟の目的」となる消極的確認請求は一定の事實の不存在による法規範的効力の否定的主張といえる。檢察官聽取書無効確認請求も聽取書の無効による證據能力の不存在という法効果の否定的主張である。この内容をもつ檢察官聽取書無効確認の訴が、消極的確認の訴の一種として、果して許されるものであるか問題となる。

(一) 明治憲法のもと、わが國は行政國家であつた。裁判所は通常裁判所と特別裁判所としての行政裁判所に分れ（舊憲六一條）、通常裁判所は舊裁判所構成法により、民事と刑事の裁判權をもつていた（同二條）。民事と刑事とは、ともに傳統的にその事件範圍が定まり、おのずからの限界が存した。その範圍に屬する事件は、裁判所によつて受理

されるが、屬しないものは受理されない。また行政裁判所の管轄する行政裁判事項には、列舉主義がとられていた（舊行裁一五條）。

要するに明治憲法の下における裁判權の對象は、民事、刑事、行政事に岐れ、それぞれ限定的、閉鎖的な領域を支配するものであつた。本件の如き檢察官聽取書無効確認請求は、刑事訴訟手續によりえないものであり、傳統的な民事事件にも屬しない。また、行政事件としての列舉にも漏れている。結局、裁判所によつて裁判されえない請求事件であつた。前記判決が「檢事聽取書の有効または無効の確定を訴訟により求めることは現行法體系の上からいつて許されない」としているのは、このような明治憲法時代の裁判權の限定的、閉鎖的な考え方にもとづいていゝのではな
(一)
いかと思われる。

(一) 昭和二十七年二月二四日の最高裁判決は、檢察官に對する不起訴處分について民事訴訟ないし行政訴訟の提起はわが國法上許されないとしている（最高民集六卷一一號一二二四頁）。これは民衆訴訟であるから、特別の規定なき限り認められえない訴である（中村・民事訴訟法の基礎理論一一三頁）。檢察官聽取書無効確認請求は、これと異なる。

(二) しかし現行憲法のもとでは事情が全く異なる。憲法は、特別裁判所の設置を認めず（憲七六條一項）、裁判所系統を一本化するとともに、裁判所法は、その第三條で「裁判所は、日本國憲法に特別の定めある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判」する旨を規定している。現在、わが國では、三權分立のもと、司法權が最高裁判所をトップとする一本建の裁判所に專屬し、憲法に特別の定めある場合を除いて、「一切の法律上の争訟」を裁判する。この體系の下、司法權の領域は、明治憲法下におけると異なり、事件の種類によつて限界づけられない開放的なものであり、

無限定の性格をもつ。法律上の争訟は、刑事事件でなければ民事事件、民事事件でなければ行政事件として、裁判所の裁判を受ける^(二)。裁判が拒まれるには、制度上、或いは法規上の特別の理由が存しなければならぬ。

(二) 舊裁判所構成法が大陸法によつていたのに對し、現裁判所法は英米法の系統を牽けるものといわれる。

明治憲法の下においては、通常の民事・刑事裁判權と行政裁判權とが體系を異にし、また、民事裁判權と刑事裁判權とは異別のもととされてきた。しかし現在では、統一した一體系の裁判權の下における内部的區分として、民事・刑事・行政事件の別あるに過ぎない。その區分は、事件の實質に従つて定められ、そのいづれにも屬しない事件の如きは、この區分原理の下には存しえないわけである。

民事事件と刑事事件との區別であるが、刑事事件は、罪刑法定主義の制度の下、事件の種類範圍が、おのずから限定される。英米法において、クリミナル・ケース (Criminal case) に屬しない事件は、すべてシヴィル・ケース (Civil case) だとしていることには理由がある。刑事事件でないものは、廣義における民事事件に屬する。これには、行政事件をも含む (行政事件訴訟特別法一條參照)。

檢察官聽取書無効確認請求は、前述した如く、聽取書の證據書類としての効力を争うのであるから、疑いもなく、それは裁判所法第三條にいう「法律上の争訟」に屬する。従つて何らかの形で裁判所によつて裁判されるべき筋合のものであつて、前記東京地裁判決の如く、これが訴として現行法體系の上から許されないとすれば、その理由を示す必要がある。しかし本件の東京地裁判決は、現行法體系上から許されないと同時に止まる。この點、項を改めて研討することにする。

(三) 次に檢察官聽取書無効確認請求は、訴訟事件として限定的、閉鎖的な刑事事件に屬しないことは明かである (前註(二)參照)。廣義の民事事件だとして、それが狹義の民事事件か行政事件かについては、問題提起の餘地がある

しかし民事訴訟が、私法上の争訟を對象とすることは、沿革的・制度的所與なのであつて、これを肯定する立場においては、傳統的な民事事件（狹義）に屬しないものは、すべて行政事件ということになる。^(三) 本件、檢察官聽取書無効確認請求事件は、人身保護事件と同列に行政事件に屬する。^(四)

(三) 中村・民事訴訟法原理第一卷六五頁以下、雄川一郎教授・行政争訟法（法律學全集九卷）四四頁以下參照。

(四) 行政事件訴訟特例法第一條にいう「その他公法上の權利關係に關する訴訟」にあたるといえる。しかし同條が行政事件の範圍を限定的、閉鎖的に規定したものとみるならば、本件檢察官聽取書無効確認請求事件は行政事件に屬しないともいえるであらう。そうであるならば、これは狹義の民事事件に屬することになる。刑事事件でない限り、行政事件にも、狹義の民事事件にも屬しない「法律上の争訟」なるものは存しえない。

六 その他若干の問題

檢察官聽取書無効確認請求が「法律上の争訟」として裁判の對象となるとしても、果してこのような特殊の訴が、現行訴訟制度の上において許されるべきものであるか。殊にその確認訴訟としての適法性を阻む若干の論點がある。

(一) 檢察官聽取書無効確認請求は、刑事公判手續におけるその證據能力を争うことである。すなわち刑事訴訟手續進行の途上における事件なのであるから、當該手續の一環として解決すべく、別訴によるべきでないということである。しかし刑事訴訟において、例えば再審原因の如く、別訴の結果を待つ場合がある（刑訴四三五條）。

(二) さらに、檢察官聽取書無効の主張は、刑事公判手續においてその機會があるから、別訴により審判を求めることを許すならば、權利保護の方法が重複する。従つてそれは許されないといい。しかし明治憲法の下におけるが如く、

民事・刑事・行政事件の各裁判所がそれぞれ独自の閉鎖的領域を支配していた制度ならばともかく、現在の如く裁判所が統一した一體系を構成し、その内部において、各手續に岐れ、事件が處理されているのであるから、必要があれば同一事件について、別個の手續により、これが權利保護の途を與えて、敢えて差支のないわけである。當事者に對する權利保護を一本に限るとの原則は存しない。⁽¹⁾⁽¹¹⁾

(一) 權利保護方法の重復を認めた判例もある。例えば昭和二七年一月二八日の東京高裁判決は、登記官吏が登記すべきでない事項について登記した場合、登記權利者は登記官吏に對して登記抹消という行政處置を求めるところによつてその目的を達することができるとも、また訴訟によつて登記抹消手續を求めてもよいとしている(高民集五卷九號一頁)。なお、財産分與につき、家事審判手續と一般の民事訴訟手續とを二つの途が認められてゐることも、その適例である。

(二) 個別的な權利保護の利益の欠缺は、別個の問題として考えられなければならない。

(三) 消極的確認の訴は「權利若しくは法律關係の不存在」の確定を求める。しかるに檢察官聽取書無効確認請求は「權利關係の不存在」の主張ではないから、消極的確認訴訟の「訴訟の目的」とはなりえないとの見解がある。しかし「權利關係の不存在」⁽¹²⁾の主張といつても、それは「事實」としての不存在を指すのではなく、事實に則した、否定的内容をもつ法規範的主張を意味する(前出)。この點において檢察官聽取書無効確認請求も、また前述した株主總會決議不存在確認請求、親子關係不存在確認請求と異なるところは存しない。

(三) 獨民法第二五六條は、確認訴訟につき、「權利關係の存在若しくは不存在の確定(Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses)」と規定している。わが民法にはこのような規定が存しない。何が確認訴訟の目的であるかは、もつぱら學說に委せられる。

(四) 確認の訴の「訴訟の目的」は、現在の權利若しくは法律關係であつて、過去の權利關係については確認の訴は許されないという説がわが國では有力である。そこで、檢察官聽取書の「成立の無効」とは過去の權利關係であるから、確認訴訟の對象とはならないとの説もありうる。しかし、確認の訴の「訴訟の目的」が現在の權利若しくは法律關係に限られる理由は存しない。過去の權利關係であつても、現在において「確認の利益」があれば許されるべきものとす^(四)。なお、檢察官聽取書無効確認請求が過去の權利關係に屬するか否かも問題である。

(四) その詳細については、中村・前掲早稻田法學三三卷一・二册四〇頁以下参照。

(五) 檢察官聽取書無効確認請求は、公判廷におけるその證據力を争うのであるから、訴訟上の權利關係を對象とする訴訟訴訟 (Process-Process) の一種である。訴訟訴訟は一般の民事訴訟と異なり、手續技術的必要にもとづくのであるから、必要に應じて、訴訟法が、この種の訴を規定している (例、民訴五四四・五四五・五四九條等)。しかし訴訟訴訟も、「法律上の争訟」(裁三條)なのであるから、規定が存しない故をもつて、これが許されないとする理由に乏しい。必要があれば、許されて然るべきであろう。これは、次に述べる「權利保護の利益」の問題である。裁判上の和解調書無効確認の訴は、訴訟訴訟の一種であり、しかもこれに関する規定を缺くが、學説、判例ともにこれを認め^(五)てゐる。

(五) 中村・民事訴訟要論二二二頁、中村英郎教授・裁判上の和解 (民訴講座第三卷) 八四〇頁、菊井維大博士編・民事訴訟法

(七) (演習講座) 二七三頁、大正一四年四月二四日大民二判決、民集四卷一九五頁参照。

七 權利保護の利益

檢察官聽取書無効確認の訴が民事訴訟における消極的確認の訴として認められるとして、最後にのこる問題は、「權利保護の利益」である。

場合を分けて考えてみる。まず請求の原因（權利根據）として聽取書の無形偽造を主張する場合である。無形偽造による無効判決が確定すれば、聽取書の偽造が證明されたものとして再審原因となる（刑訴四三五條一號）。明かに權利保護の利益が存する。尤も同第四三七條に従えば、確定判決がえられないときは、その事實を證明して再審を請求することができるであつて、必ずしも訴の方法によることを要しない。従つて權利保護の利益を缺くとの主張もあろう。しかし訴によらない救済手段が存するからといつて、直ちにその訴について權利保護の利益を缺くことにはならない。前述したように、權利保護の方法の重複することは、宏く認められているところである。

(一) この確定判決は刑事判決に限るといふ説あるも、これは刑事裁判權と民事裁判權とが、別個の體系を構成するとす舊裁構法の下の考え方である。

つぎは聽取書が、その要件の欠缺することを「請求の原因」とし、その無効を主張する場合である。これは、確定判決をえても、再審原因に該當しない。尤も場合により、檢事總長のなす非常上告（刑訴四五四條）の事由ともなりうるであろう。しかし非常上告は再審と異なり、もつぱら檢事總長の職權發動に待つものであつて、しかも法令解釋の統一を目的とするものであるから、その事由となりうることに權利保護の利益の内在を認めることは困難である。

結局、實際問題としては、無形偽造を理由とする無効確認請求でなければ權利保護の利益を缺くことにならう。權利保護の利益を缺く場合、訴訟の終結は、訴却下の訴訟判決によるべきか、或いは請求棄却の本案判決とすべきかの問題がある。權利保護の利益は、請求原因を審査しなければ、その存否を判断することはできない。異説あるも、審理の序列を基準とする立場においては、權利保護の利益をもつて本案要件に屬せしめ、その欠缺により請求棄却の本案判決をなすべきものとする。^(一)

(二) 訴却下の訴訟判決か、或いは請求棄却の本案判決かの問題は、訴訟構造理論につながる法技術的性格のものである。權利保護の利益は權利保護の資格とともに實體法的性格と訴訟法的性格とを、ともに内在せしめる。その實體法的性格を重視するとき本案要件となり、訴訟法的性格を強調するとき訴訟要件となる。そのいずれをとるも背理ではない。しかし裁判の生成過程（裁判過程）は審理の論理的序列に對應するものであるから、これに従つて裁判の要件と形式とを定めることが、制度理論として最も適當したものと考えられる。

むすび

以上、述べてきたが如く、檢察官聽取書無効確認の訴には、種々な論點が内在する。この訴が民訴法第二二五條に該當しないとしても、さらに一般確認訴訟としての成立が問題となる。また、聽取書の無効を主張する事由（請求の原因）にも、無形偽造或いは手續要件の欠缺の如く異なるものがあり、すべて裁判所の審査を要する。本件の東京地裁判決の如く、あつさり片付けうる事件ではない。

元來こういう事件は稀である。現在の社會狀勢は、舊憲法時代から新憲法時代に移り變つた過渡期を未だ脱してい

ない。過渡期には、いろいろ變つた訴訟⁽¹⁾が現われる。本件などもその一つであつて、この種の事件の中には、相當検討しなければならぬ問題を含むものもある。裁判所としては、從來の考え方に捉われて、簡単に片付けることなく、慎重に吟味することが望まれる。

(一) 例えば、死刑は憲法に違反するとの死刑囚に關する諸事件、文書圖書閱覽制限解除の訴、死刑受執行義務不存在確認の訴等。

現在の裁判所は、「一切の法律上の争訟」を裁判する(裁三條)。さらに現行憲法のもと、裁判所が憲法審査權をもち、最高裁判所は終審として憲法審査を行う(憲八一條)。すなわち最高裁判所は憲法裁判所としての機能と、上告裁判所としての機能とを併せもつ。このように最高裁判所が、新たに二つの機能をもつに至つたことは、法史的に考察するならば法體系の變革を意味すると同時に、法の新たな體系への發展の契機が、それに内在する。かつて英法においてコモン・ローが硬化したため、新たな救済を與えるエキイティ・コートが現われた。さらに遡つてローマ法末期、アクチオが硬化したとき、アクチオによらざる裁判の手續、すなわち非常訴訟といわれるものを生じた。わが國の現段階においても、法體系の變革が既に胎動している。裁判所は、英法史上におけるエキイティ・コートの役割をももたなければならぬ⁽²⁾。

(二) 豫備隊違憲事件において、現行手續法に、その規定が存しないにも拘らず、最高裁判所は第一審かつ終審の裁判所として審理をなした。また、死刑受執行義務不存在確認の訴につき、東京地裁は執行停止の假處分をなした。これらは裁判所がエキイティ・コートの役割を演じたものといえる。

それには、多くの要因が錯綜してゐるであらう。とに角、現在の訴訟制度に動脈硬化の現象があることは、これを否みえない。これにいかに対處すべきかは、あまりにも大きな問題である。しかし本件の如き法律上の新たな論點を含む事件については、裁判所によつて充分に審理されることが、裁判形式化の現象を打破する契機ともなろう。裁判の政治性は、この邊にもある。