HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事訴訟における手続打切り（７）　－「正義の増進のための訴追の打切り」制度を参考にして－
Author(s)	指宿, 信
Citation	北大法学論集, 44(4), 1-61
Issue Date	1993-12-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15535
Type	bulletin (article)
File Information	44(4)_p1-61.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

刑事訴訟における手続打切り（七）

――「正義の増進のための訴追の打切り」制度を参考にして――

指宿信

〈目次〉

序　（四三巻一号）
第一章　訴追の打切り制度の沿革と概要
第二章　ニューヨーク州における「正義の増進のための訴追の打切り」制度
第一節　旧刑事訴訟法（ＣＣＰ）六七一条――「正義の増進」原理の成立――　（四三巻二号）
第二節　一九七〇年法（現行刑事訴訟法／ＣＰＬ）の制定――「正義の増進」原理の継受――　（四三巻四号）
第三節　ＣＰＬによる訴追の打切り判例――「正義の増進」原理の展開――　（四三巻五号）
第四節　一九七九年以降の立法と判例の動向――「正義の増進」原理の新展開――

第五節　「正義の原理」の意義とその機能――「正義の増進」原理の周辺――（四四巻二号）
第六節　各州の打切り制度の比較と検討――「正義の増進」原理の普及――（四四巻三号）
第三章　手続打切り論の構造
第一節　公訴権濫用論から手続打切り論へ
〈一〉　公訴権濫用論の展開
一　訴訟条件論と公訴権濫用論――六〇年代から七〇年代――
二　非類型的訴訟条件論――七〇年代から八〇年代――
〈二〉　「手続打切り論」の登場とその批判
一　鈴木説
二　田宮説
三　岡部説
四　私見
第二節　手続打切り論の基礎的考察
〈一〉　手続打切り論の政策的基礎
一　訴訟法的観点
二　刑事政策的観点
三　実体法的観点
四　刑事司法論的観点
〈二〉　手続打切り論の原理的、制度的基礎
一　三権分立論の克服――固有権と打切り権
二　職権主義の克服――司法監督権の観念
三　実体的真実主義の克服――不処罰機能の承認
〈三〉　手続打切り論の機能的基礎（以上　本号）
（以下　次号）

一　おとり捜査と手続打切り
二　公訴権濫用と手続打切り
三　軽微な犯罪と手続打切り
四　無条件放免と手続打切り
五　公訴取消と手続打切り
〈四〉　手続打切り論の理論的基礎
一　訴訟条件説
二　固有権説
三　憲法的訴訟打切り説
四　義務的公訴取消説
五　実体法説
六　まとめ

第三章　手続打切り論の構造

第一節　公訴権濫用論から手続打切り論へ

第二章では、「ニューヨーク州における訴追の打切り制度」が、「正義の原理」という基礎に立って、具体的な制定法に定められた基準に基づきながら発展したことを知ることが出来た。また既に第一章では「Dismissal の法理」が、コ

モン・ローの検察官による訴追の中止(nolle prosequi)権に源を発し、制定法の発展とともに被告人の権利として認められていったことも学んでいる。

そこで本章では、まず第一節において、わが国における「手続打切り論」の沿革、すなわち「公訴権濫用論」から現在の「ポスト公訴権濫用論」へと至る学説の動向を概観する。こうした流れは言わば公訴権濫用論自体の閉ざされた性質に由来しており、ポスト公訴権濫用論においては、旧来の公訴権濫用論の限定的理解の必要と肥大化した濫用論の属性を明確にすることが肝要で、新たに「手続打切り論」を構築することが必須であることを明らかにする。第二節では、打切り論の基礎的な論拠を政策的、制度的、理論的、比較法的といった様々な見地に求め、手続打切り論が幅広い法思想や法原理に支えられていることを検証する。そして最後に第三節では、「手続打切り論」のおおよそのパラダイムを描くことにし、その前提として、変革のためのキー・ワードである「正義の原理」の普遍性と解釈上の意義を探っておきたい。加えて、本稿が探究してきた「正義の原理」が比較法的な発想にのみ依拠した考えでないことを明らかにするため、わが国の刑事訴訟法から同様の視座を汲み取る作業をおこない、我が法への解釈、運用、そして立法論にまたがる検討を尽くしたいと考えている。

第一節　公訴権濫用論から手続打切り論へ

〈一〉　公訴権濫用論の展開

一　訴訟条件論と公訴権濫用論――六〇年代から七〇年代――

刑事訴追において不当な公訴提起が問題とされる場合に、裁判所による公訴無効の判断を通してこれを抑制しようという主張は、一般に「公訴権濫用論」と呼ばれ、一九六〇年頃から活発に学界を賑わすテーマとされてきた。もちろんこうした発想自体は、既に戦後早くから実務において着目されていたのであったが[1]、当事者主義的な訴訟構造論の形成が促されるなかで、すぐれて実践的課題として理論上受け止められるようになり、特に公訴権論あるいは訴訟条件論との関係から盛んに議論されるようになった[2]。

そもそも「公訴権濫用論」を論じる制度的な問題の源は、不当な起訴に対する抑制制度が現行法上規定されていないことにある。そこで、公訴の濫用状態を批判するために、法二四八条に定められる「（検察官による）起訴便宜主義」と、三三八条四号の「違法な手続を理由とする公訴棄却」等の諸々の裁判打切りの規定とを結びつけることが必要となる。その結果、これを解釈で補おうとする学界の理論的なアプローチが「公訴権濫用論」の展開を促し、さらにこれは、憲法に保障されるデュー・プロセスの要請や平等原則の規定と合わせて憲法的な解釈論争につながるものとなった、と言って差し支えないであろう[3]。

まずその契機となったのは、一九五八年の高田教授による「公訴権理論の見直し」と、一九六五年の井戸田教授の「訴訟条件論」であった。すなわち、高田教授は「有罪判決の見込み」を公訴権の成立要件、公訴の有効要件に採り入れることにより、「嫌疑なき起訴」を公訴権濫用と位置づけ、これを無効とする理論構成を取られたのである[4]。井戸田教授は、「客観的嫌疑の存在」と「起訴猶予すべき事実の不存在」を訴訟条件に含ませることによって、公訴権濫用論を独自の訴訟条件論の中で解決できることを示され、次項で見る「非類型的訴訟条件論」の先駆となった[5]。

不当な公訴を抑制するために、こうした訴訟条件の理論的再構成に解決を求める方向に対して、他方では、訴追裁量

ないし公訴提起そのものを問題の検討課題としようという動きが見られる。まず一九六八年に能勢教授が、検察官の公訴追行利益（公訴の利益）に優越する被告人の利益（妨訴利益）の存在を根拠に、公訴を無効と捉えようという大胆な発想を持ち込まれた。[6] また、一九六七年から七〇年にかけて岡部教授が、検察官に「デュー・プロセスの侵害が明らかなケースでは公訴提起を抑止すべき、また起訴猶予をすべき客観的な義務」が存するという、いわゆる「検察官の客観義務論」を展開され、「客観義務」を媒介項とした公訴権濫用論を示された。[7] 能勢教授、岡部教授の所説は、従来の公訴権理論、訴訟条件理論の構造から脱却した独自の理論構成が特徴的であった。

さて、一九六九年に田宮教授は、軽微な犯罪、平等原則違反、検察官の悪意の訴追が問題となった場合には、訴追裁量の逸脱としてこれを位置づけ、公訴が無効（公訴棄却）となるとの主張をされている。[8] 田宮教授の所説は、訴訟条件論や公訴権理論に拘泥しない直截なアプローチであり、以後の同教授の「デュー・プロセス論」において展開される「司法の担い手」としての裁判所が、検察官の訴追裁量をチェックしうる唯一の機関であることを明確にしたところにその特色があった。

続いて七〇年代に入ると、七一年に三井教授が「起訴猶予処分」を検討する中で、「公訴権濫用論」の成立について「不法意図に基づく軽微な犯罪の訴追」を公訴権の濫用として捉えていくという制限的な方向を打ち出し、[9] また松尾教授も同じ立場から、かかる類型を「起訴猶予・起訴便宜主義逸脱」として公訴権の濫用の中に位置づけられたのである。[10] 判例においてもこうした捉え方と同様の見解を採るものも多く見られるようになった。[11]

このような「公訴権濫用」理論の発展と、結論的には消極論ばかりではあったが理論的にこれを承認した判例の、双方の積み重ねによって、七〇年代には通説的に次頁のような「公訴権濫用」の類型が出来上がったのである。

類型には論者の個々の見解によって異論はあろうが、それぞれの見解に含まれる公訴権濫用の適用場面はおおむね右

(1) 客観的嫌疑不十分の起訴
(2) 訴追裁量を逸脱した起訴
(3) 違法捜査に基づく起訴

(a) 違法性の軽微な場合
(b) 刑事政策的観点から見た場合
(c) 悪意の訴追の場合
(d) 憲法上の平等原則に反した場合（いわゆる不平等訴追、差別的訴追）[12]

の範疇にあった。最も強い異論は、第三類型の「違法捜査に基づく起訴」は「公訴権」の濫用問題ではないというもので、こうした政策的問題は違法収集証拠排除法則などと等質の問題であると批判された。[13] たしかに、裁量の適正問題にとどまらず、公訴にかかわる諸事情すべてを濫用論で解決しようという考え方では、必然的に当初の濫用論と掛け離れた姿とならざるをえない。政策的価値判断にかかわる諸事情をつぎつぎと公訴権濫用論に解決が求められたことが、結果として濫用論の肥大化につながっていったのである。

二　非類型的訴訟条件論——七〇年代から八〇年代——

1　こうして学界における「公訴権濫用論」が出揃ったところで、これら相互の、またそれ以外の論者らも加わった批判と検討作業が開始されることになる。その最初の例は、一九七二年に、小田中教授が岡部、松尾両教授の所説を批判し、媒介項を用いた「公訴権濫用論」（間接構成・B構成）に代わる、直接構成（A構成）の道を開陳されたことであった。すなわち、先の公訴権濫用の類型中「(3)違法捜査に基づく起訴」の場合、「捜査手続に付着する違法がただちに訴訟障害事由を形成し公訴を無効ならしめる」との主張を示され非類型的な訴訟障害論を展開されている。[14]

さらに一九七四年に庭山英雄教授が、訴訟条件の当事者主義的な見直し、とりわけ被告人の申立てに基づく「訴訟障

害」事由の発生がありうることを説かれ、これを基礎づけるのが、「妨訴抗弁」「応訴拒否権」「手続打切り請求権」であると主張されたのであった。[15]

このように、七〇年前後に展開された「起訴猶予裁量逸脱」に公訴権濫用の根拠を見出そうとする田宮・三井・松尾教授らの理論構成に対して、あくまで訴訟条件論あるいは訴訟障害論の枠内においてこれを位置づけ、特にその当事者主義的な再構成を図ろうという意見が盛んに主張されるようになる。[15a] 前者をここでは便宜的に**裁量基準説**と呼び、後者を**訴訟条件説**と呼んで「公訴権濫用論」に対する視座の違いを明らかにしておきたい。後者の特徴は、従前の訴訟条件論を換骨奪胎し、当事者主義的にこれを構成しなおし、検察官の目を通して考察せざるを得ない裁量基準説の思考方法を乗り越え、被告人の視点から公訴を抑制、無効とする「訴訟障害」、あるいは「非類型的訴訟条件」として構成する点にあった。

その一方で、訴訟条件説に立ちつつ、公訴の「濫用」問題のみが公訴の無効を招来するのではないとの指摘がなされる。チッソ川本事件の控訴審判決（一九七七年）につき、七八年に鈴木教授が、川本事件の差別的（と社会的あるいは法的に批判されていた）起訴の問題に対して、これを裁量の濫用、逸脱という視点で眺めるよりも、訴訟条件論の観点から論じることが妥当とされ、「公訴権濫用論」にかわる「違法訴訟追行論」による問題の再整理を提案されたのである。[16] つまり、違法訴追状態の除去をもっとも火急の問題であることを重視し、従来の理論があまりに検察官の「権利濫用」批判に拘泥し過ぎていたことを指摘されたわけである。そこでは公訴の濫用状態の違法を主張するのではなく、刑罰権実現の「相当性」の問題によって解決することを主張される。以後の鈴木教授の「手続打切り論」の萌芽はここに認めることが出来よう。[17]

2　こうした学界の論争を背景として、一九八〇年、八一年と、最高裁は川本事件[18]、赤崎町長選挙違反事件[19]の上告審決

定ならびに判決をそれぞれ言い渡す。前者は、これまで理論的には下級審で認められていた「公訴権の濫用」につき、たとえば「極限的な場合」がそれに当たること、つまり公訴の提起自体が職権濫用を構成するような場合に、裁量権の逸脱行為を「濫用」と認めうることを判示したものであり、後者は、「不平等起訴」に関して、憲法一四条違反を認めた控訴審の判断を誤りであるとして、対向的共犯に立つ疑いのある者が捜査段階で有利な取扱を受けたとしても、それがただちに被告人自身に対する捜査手続の憲法一四条違反を構成するものではないと判示した。

とりわけ、傍論ながら川本事件の最高裁による「公訴権濫用」の定義は、一般論としての判例上の承認を意味しつつ、それがきわめて限定的な表現であったため、学説は以前の活気を失うこととなる。公訴権の濫用がありうるとの判示については、それまでの濫用論のof状態からwieの状態への移行という指摘もされたが[20]、実際には「極限的な事態にあたると判断されることは殆どありえない[21]」と考えられ、訴追の差別性や不当性を批判しようとした当初の濫用論の意気が殺がれたことは間違いなく、その結果、実質上「濫用論は終焉した」との評価を受けるまでに至った[22]。

他方、先に見た三類型の「公訴権濫用論」の範疇には含まれないものの、一九七二年に、いわゆる高田事件において、迅速な裁判を受ける権利が侵害された事案につき、最高裁は免訴による訴追の打切りというドラスチックな解決方法を認めた[23]。論者によっては、これを手掛かりに訴訟条件論の中に「迅速な裁判を受ける権利への侵害」を取り込み、公訴権濫用論の展開を探ろうという試みも存した[24]が、本件では検察官に何らの落ち度もなかったことから、「濫用論」というタームに馴染まないものであるという批判もあって、必ずしも十分な理論構成とはなりえなかった。そこで、これまで「公訴権濫用論」として構成されていた諸類型への捉え直しという機運が強まっていく。というのも、高田事件で示されたような「迅速裁判権侵害」事件につき、憲法条項からの直接的な打切りによる救済という解決方法を裁判所が創造したことに示唆を受け、幅広い「手続打切り論」を提示することが可能ではないか、との思考が働いたためである。

3　そうなると、打切りを従来の狭い訴訟条件の中で基礎づけることが困難であったところから、実定法に盛られていない、新たな訴訟条件、非類型的訴訟条件[25]を解釈論上整備することが課題とされる[26]。かかる方向性は、先に触れたように、従来から広範な「手続打切り論」を独自の訴訟条件論のなかで示唆されていた鈴木茂嗣教授によってまず展開され[27]、さらにおとり捜査の類型についてこれを非類型的訴訟条件論という角度から構成し訴訟障害の発生を根拠とする「憲法的訴訟障害論」を示された川崎教授などによって主張され[28]、さらに近時は、「全体としての法秩序違反」を訴訟障害として構成し「訴訟そのもの」の不許容性を問題としようとする寺崎嘉博助教授などの見解も現れている[29]。こうしたアプローチについて、訴訟の打切りに検察官に対する形式裁判の持つ批判性を強調しようとする「公訴権濫用論」の延長に位置づけることはもはや適当であるまい。たとえば、鈴木教授は「公訴権濫用論」と「手続打切り論」との属性をはっきりと区別され、狭義の公訴権濫用論を「実質的公訴権濫用論」とされ、手続打切り論は「非典型的訴訟条件論」として違法訴訟追行論の観点から論ずるべき、とされている[30]。

しかしながら、手続打切り論の可能性を示唆する論者には、訴訟条件的アプローチを採用していない「裁量基準説」に立つ三井、松尾両教授も含まれており、ポスト公訴権濫用論が手続打切り論というかたちで展開されるにせよ、その方法論をめぐる理論状況は混沌とした状況にある。そこで次項では、こうした最近の「手続打切り論」について肯定説、否定説のうち重要な三人の見解を中心に考察し、打切り論の課題を整理しておきたい。

〈二〉「手続打切り論」の登場とその批判

一　鈴木説

1　鈴木教授は、チッソ川本事件について、先に触れたように控訴審判決当時（一九七七年）から「公訴権濫用論」の枠組みに包含されえない類型であることを主張されてきている。[31] 現在、「手続打切り論」を最も包括的に論じられているのが同教授であることに異論はないであろうから、同教授の論稿を年代順に追ってみることにしよう。

まず打切り論に触れた最も初期の文献は一九七四年の「公訴権行使の限界」という論文であろう。ここで鈴木教授は、特に違法捜査に基づく起訴の場合につき検察官の各種の義務を媒介とした理論構成を採る岡部教授、松尾教授らを批判され、端的に「捜査の違法→処罰の不相当性→訴訟障害」という構成から、一事不再理効のある免訴による解決を提案されていた。[32] さらに一九七八年には「川本事件」の控訴審判決を論評して、主に可罰性との関連から問題を捉え、有罪判決回避の基本的理由ないし根拠を、やはり、処罰が相当かどうかといった「処罰論（処罰相当性論）」に求める実体法的な解決を示唆され、三三七条を準用した免訴判決が妥当であると主張されたのである。こうした考えを仮にここでは「実体的構成理論」と呼び、以降、**実体法説**と呼ぶことにしておこう。

ところが一九八〇年には、「公訴権濫用論」で全てをくくる危険性を指摘されたものの、「手続打切り論」ないしは「訴訟条件論」によって考察することを適当とし、先の実体的構成はその考察の際に重要性を持つとして直接の理論上の根拠というよりも、言わば包括的な事情考慮の基礎にこれを据えたのであった。[33]

こうした枠組みは、一九八三年の論稿で一層強調されることになる。[34] すなわち、手続打切り論を「（旧来の典型的）訴訟条件論」と「非典型的訴訟条件論」に分けて論じ、その非典型的訴訟条件論を、形式的な「公訴権濫用論」と同視し、実質的な権利濫用論としての「公訴権濫用論」と区別された。そして形式的「公訴権濫用論」の①嫌疑なき起訴、②起訴猶予相当、③違法捜査に基づく起訴という類型に従えば、②の起訴猶予相当の類型の中に、（イ）可罰的違法性を欠く微罪起訴、（ロ）不平等起訴、（ハ）悪意の起訴、があると説明され、こうした非典型的訴訟条件違反の類型は、

違法訴訟追行論として訴訟過程論のなかで取り扱えると説明されている。一方、実質的にはこの（ハ）が、公訴権濫用の典型、すなわち狭義の公訴権濫用論であるとされた。

このように鈴木教授の「非典型的訴訟条件論」の提示により、「手続打切り論」がようやく政策論のみならず理論的にも体系的に論じる素地を見出すに至ったと言えよう。

2　さてこんにち、「公訴権濫用論」から「手続打切り論」への問題の捉え直しが鈴木教授のみならずその他の論者によっても支持されている背景を示しておかねばなるまい。

まず第一に、チッソ水俣病川本事件の最高裁決定[35]が、「公訴権濫用論」を否定はしなかったものの著しく限定した場面に限られると例示した結果、「公訴権濫用論の終焉」とも評されるような事態が生じたことである[36]。つまり、検察官の公訴権行使への批判が容易には裁判所に承認されないことから、被告人の利益、ないしは裁判所の権限に目を向けた議論に活路を見出そうとしたのである。第二は、川本事件最高裁決定じたいの「捉え直し」である。すなわち、川本事件はそもそも「公訴権濫用論の事案ではなかった」という指摘であり、それは、最高裁が原審の「裁量権の逸脱」による公訴棄却の判断を誤りとしつつも、一審の罰金五万円執行猶予一年という有罪判決を回復しなければ著しく正義に反するとは言えないとの判断から原審の打切り裁判を確定させた背後にある「正義の観念」を基礎とした最高裁自らの打切り判断に着目する[37]。

また第三には、理論的な関心から、公訴権「濫用論」という枠組みで公訴権行使の適正さを訴訟条件として取り込むことよりも、訴訟障害論を「当事者主義的」に構成し直し、これに違背した場合に打切りを規定する方が、より広い被告人救済の法理となると考えられてきたことである[38]。すなわち、「公訴権濫用論は出発点だった狭い枠を飛び出して、裁判打切り論に発展している[39]」と言われる所以である。

3 さらに、打切り論の各論的展開を追うならば、鈴木教授は「おとり捜査」の事案につき、「違法捜査に基づく起訴」は、処罰不相当として（教授独自の「実体的構成理論」に基づく）免訴で打ち切ることを従来主張されてきた。(40)（近時、若干の幅を認められ、「無罪処理」の可能性も示唆されていることに注意したい）(41)さらに可罰的違法性が微弱な起訴についても、また不平等訴追についても免訴を主張されていた。(42)こうした「打切りの方式」については、免訴と公訴棄却の効力の差異に着目されたことと、教授独自の訴訟条件論に裏付けられたためと考えられる。（これについては後に触れたい。）

しかし、一九八〇年の論稿において「実体的構成理論」を言わば脇役へと退かせ、端的に「手続打切り論」を示されたことからみても、(43)「打切りの方式」には多様な可能性が存することを認められているのではないであろうか。たとえば、八三年の論稿「公訴権濫用論と訴訟条件論」では、不平等捜査などに基づく「不平等訴追」に対しては「免訴」ではなく三三八条四項による公訴棄却が相当であることを認められ、従前からの見解に修正を加えられているからである。(44)最終的には、「打切り論」の広がりと共に、その処理についても緩やかに解していくという結論に至ったと理解してよいであろう。

ところで、先ほど指摘した「打切りの方式」について「免訴」を妥当とされる際の鈴木教授の見解は、免訴の裁判が公訴棄却と異なり「一事不再理」の効力を有するところから主に導かれているようである。同教授は免訴の裁判を、形式的本案裁判と理解する。すなわち、基本的に免訴裁判に対して「二分説」（一事不再理効のある一号免訴と、これのない二号以下の免訴とを分けて考える）の立場に立ち、「実体審理の継続を禁じるという免訴事由の訴訟障害としての性格を純粋に維持しながら、なお免訴判決の一事不再理効の理論的基礎を与えうる考え方として、現行法に最もふさわしい見解である」と主張されている。(45)けれども「免訴の裁判」論からすれば、かかる免訴裁判に「国家の処罰適格自体

の消滅」といった実体法的解釈を持ち込むことが常に妥当するかどうかが検討されねばならないし、「手続打切り」論から見るときには、常に「国家の処罰適格」を検討し、その適格性を判断する必要があるかは疑問で、場合によっては、処罰適格が問題となるような事情が存しない場合であっても被告人救済の必要が強い場面や政策的に打切りの必要が認められる場面では手続の打切りが要請されることになるのではないか。さらに適格性の判断基準をどう構成するかについては充分な説明がこれまでなされていない点も今後の課題として残されているように思われる。

二　田宮説

1　では続いて、「公訴権濫用論」が「手続打切り論」に転じ、訴訟条件一般論に拡散していく傾向を消極的に解される田宮教授の見解を検討してみたい。もっとも田宮教授がこの問題について全面的に反論を加えられているわけではなく、アプローチについての懸念を表明しているに過ぎない、という見方もあろうかと思う。

しかし、その「訴訟条件一般に拡散する」傾向をよしとするか否かは、「打切り論」の展開の分水嶺とも言え、充分な検討が必要と思われる。というのも、田宮教授は訴訟条件を当事者主義的に構成する立場を採られるところから、これに裁判所の審判の要式性といった意義付けを与えるのではなく、検察官の訴追に対する抑制機能にその本質を求められているように思われる。そこでは、「形式裁判による訴訟の打切り」には「検察官に対する批判性」を含めておくべきだという思考がベースにされているのである。(46)

こうした訴訟条件論に立つ以上、鈴木教授が主張されるような端的な「形式裁判による打切り」論には検察官への批判が含まれず、職権主義的な訴訟条件に逆戻りする可能性を含んでいる、との批判が成り立つのであろう。たしかに田宮教授は次のように「打切り論」に疑問を発せられていた。

「理論的には、かえって、訴追過程論が批判しようとしたかつての職権主義的な訴訟条件論に親近性があるのではないかとの疑念をも禁じえないものがある。」[47]

「単純な打切り論は、「起訴前は訴追官の自制、起訴後は裁判所の主宰」という考えに結びつくのであって、それは検察官と裁判所を連続した等質のものとみる方法に親近性があり、その意味でいわゆる「自制」論の延長という考え方であるばかりか、あまりに職権主義的思考方法ではないかという疑問がある。」[48]

まず第一に、「打切り論＝職権主義」という批判について考えてみたい。たとえば、われわれが第一章、第二章で見た、ニューヨーク州における「訴追の打切り」も、また「Dismissal の法理」から見ても、現実には被告人の申立てが裁判所の裁量を発動させていたのであって、必ずしも手続打切り論を進めることが直ちに職権主義的な訴訟条件の判断につながっていくということは言えないのではあるまいか。この点は、「Dismissal の法理」をどのように評価するかといった問題とかかわる重要な論点であるが、裁判所の裁量による打切り制度を有することイコール職権主義的な訴訟条件観、という図式は余りに容易に過ぎ、裁判所のエクィティ的な機能を承認する立場に立つ以上、こうした批判は適当ではないように思われる。

何故なら、田宮教授の批判される職権主義的訴訟条件観とは、実体的真実主義が強調され、その実現が最終的に裁判所に求められる観念であり、訴訟がまさに犯人処罰のために機能することを目的とすることにあった。[49] しかし、アメリカがデュー・プロセスの実現を訴訟の過程において実現しようとした国としてモデルとされてきたことは言うまでもないことであり、これはニューヨーク州とて例外ではなかった。このことは、第二章三節〈五〉**五**で紹介されたアイザクソン事件（C⑮）などに明らかであろう。

従って、非類型的・非典型的な訴訟障害の発生を理由に訴追を打ち切るという理論構成にも、またニューヨーク州の

ように「正義の原理」を基礎とした「Dismissal の法理」が第一テーゼから被告人の申立て権（スタンディング）に関する第三テーゼにまで展開されたことの何れにも、当事者主義的な打切り論の営みが確認されるのであり、当事者主義的訴訟条件観と反することがないと考えられるのである。

2　第二に、単純な打切り論が、検察官と裁判所の等質性と必然的に結びつくとの指摘は、はたして正当であろうか。おそらく田宮教授が、この等質性の観念を持ち出された理由には、ドイツの打切り(Einstellung)を念頭に置いて、検察官論の視角から批判をされようとしておられるのであろう。たとえば、「乱用論が、訴追裁量論、検察官論を本籍とする日本刑訴の特色に直結する問題であることが、ややもすると忘れ去られるおそれがあると思われる」[50]との指摘がこのことを裏付けていよう。そこで、ドイツへの評価はさておき[51]、アメリカ、とくに「Dismissal の法理」を有するニューヨーク州との比較から一言触れておきたい。

アメリカの検察官をいかに位置づけるべきかについてはここで多くを紹介する余裕を持たないが、その当事者的な地位が強調されていることは論ずるに待たない。それは、機能論のみならず、検察官への概念的な分析からも明らかにされてきたことである[52]。また、Dismissal の法理が明らかにした、非類型的な「訴追の打切り」制度の沿革を見た場合に、その道のりは、検察官に与えられていた「訴追の中止」権限に対する抑制の必要から司法の積極的な打切り権限の承認へと至り、そしてさらに被告人の打切りへの「申立て権」の保障へとつながる[53]。その途上において、検察官を一当事者として位置づけた上で申立て権者の一人とする考え方が確立されていったわけである。

それが本稿で採り上げた「正義の増進のための訴追の打切り」の背景であり、かかる「正義の原理」に基づく打切り手続を、検察官―裁判所との等質性に依拠したものと評価することは的外れの批判となるのではなかろうか。たしかに、「Dismissal の法理」が訴追の中止という検察官の訴追の中止権限に由来していたという歴史的沿革を見ると、その裁

判所への権限移行が職権主義的な規制方法であるとすることもあるいは可能であろう。しかし正確には、「Dismissal の法理」の段階的な発展から学んだように、今日の法理は、被告人の訴追の打ち切り申立て権を認めていく、という方向にあるのであって（第三段階）、旧来の「訴追の中止」権限が換骨奪胎された点を見逃してはならないと思われる。

3 また第三の問題として採り上げておく必要があるのは、打切り論が「公訴権濫用論が公訴棄却を論証しえないような場合まで打切りを認めるラディカルな主張」[54]という点であり、広範に過ぎ、「打切りの基準もあいまいにならざるをえない」[55]という評価をめぐってである。

たしかに、田宮教授の指摘されるように、従来の「起訴の違法→公訴権の濫用」という図式を前提とした場合、起訴の違法がない以上「公訴権濫用論」を論ずる余地はない。ところが、起訴の抑制、起訴の無効を解釈論で補おうとする「公訴権濫用論」の限界も同時にここにあったのではないであろうか。不当起訴を司法のコントロールのもとに抑制する、という「濫用論」の持つ使命が、大陪審制度などの起訴抑制装置を有しないわが国において、この点に課せられてきたことは言わば当然であろう[56]。加えて、宣告猶予や、刑の免除等の制度上の政策的な、実体法的な「非犯罪化」の手段も起訴後段階ではわが国に与えられていない。

そうすると、これらの方法のないわが国で「打切り制度」の導入を提言することは、筆者の考えではそれ自体きわめてノーマルな主張であって、むしろ、訴追権への批判といった価値的な判断を内容とした理論である「公訴権濫用論」こそがラディカルな発想であったと言えるのではあるまいか（たとえば労働公安事件で同理論が頻繁に主張されたことを思い出したい）。しかし、もちろん真に解決されるべき問題は、どちらがラディカルかなどという単純な議論ではなく、「広範に過ぎ、基準があいまい」なものと評されている「打切り論」の内容と機能を明らかにすることであるのは言うまでもない。この点は、第三節でこれまでの比較法的知見に基づきながら述べることにしたい。

三　岡部説

続いて、田宮教授と同様に「打切り論」に批判を加えている岡部泰昌教授の見解にも触れておく必要があると思われる。すなわち、岡部教授もほぼ田宮教授と同じ観点に立って、以下のように述べられているからである。

公訴権濫用論を「違法訴追追行遮断論」ないし「手続打切り論」の一部としてそのなかに埋没させてしまって議論すればよいとの批判である。この批判は、迅速裁判違反などを理由とする手続の打切りまでも包含すべきだとの意図をもっているが、たとえ同種の事案処理を指向するにせよ、公訴権濫用論はあくまでも公訴権濫用論の枠を守るべきであって、その意味において、検察官批判の面を強調する公訴権濫用論はその問題領域を自ら狭く限定する方向に傾かざるをえないとの批判はむしろ当然であって、いたずらに問題領域を拡大して、なにが真の問題なのか焦点をぼかし、漠然とせしめるよりも、自らの分限を明確にしたうえで、検察官の過去の違法な起訴処分を厳しく非難し、被告人の人権を擁護することを主眼とすべきである。[57]

やはり岡部教授も、「打切り論」が検察官の責任追求を回避するのみで、公訴権濫用論を骨抜きにしてしまうことを警戒し、また広範な問題領域の設定を非難されている。この点は田宮教授も同様に、「問題の特質が不鮮明になるおそれがある」との指摘を加えられていた。[58] しかしながら、第二章で紹介されたニューヨーク州の訴追の打切りが、抽象的アプローチから、具体的アプローチへと、判例・立法化によって歩んでいったことを知る時、また最終的には包括的アプローチへと、総合的な「打切り(Dismissal)」判断の様式を確立させていったことを知る時、我が法における「打切り論」の未熟な段階を覚えることはもちろんであるが、そこに「広範に過ぎ、基準があいまい」であるとして排斥できない十分な判例の積み重ねと、「非犯罪化」や「被告人の早期の手続からの解放」の思想を学ぶことが可能ではないであろうか。

たしかに、「正義の原理」という一見あいまいな原理がニューヨーク州、ひいてはアメリカの「打切り論」を主導しているようではあるけれども、要件化・基準化と共に、上級審の審査、記録の確保等の司法・立法の努力によって一定の成果が得られていることも否定できまい。[59] こうした観点からしても今後の「手続打切り論」の持つ可能性が理解されてよいと思われるのである。

また、「Dismissal の法理」自体に、デュー・プロセスの侵害発生を根拠に、被告人を救済する打切りが認められること、さらに七九年の新基準に挙げられた「法執行官の不正行為（misconduct）」が、連邦法域での「検察官の不正行為（Prosecutorial Misconduct）の法理」をも取り込み、検察官のみならず、法執行に携わるものの不当な行為を理由とした「救済の法理」として訴追の打切りが機能している点も強調されねばならないだろう。[60]

すなわち、「手続打切り論」が目標とするところは、「公訴権濫用論」の解体や埋没ではなく、これを「打切り」機能の中に体系化し、整理し、形式裁判による「手続打切り」を理論づけていこうとするものである。[61] ニューヨーク州においても「Dismissal の法理」が「検察官の不正行為の法理」を取り込んで発展していったわけで、検察官の違法・不正行為を問えない場合についても、正義の利益にかなう場合には「打切り」を認めていくという広い機能を有していた。その限りにおいては「問題領域を拡大」してはいるものの、問題領域を拡大することが被告人の人権を擁護しない、となるのではなく、むしろ、「公訴権濫用論」でカバーしきれない範囲の存在を率直に認め、これを「打切り論」のなかに位置づけ、手続からの早期解放を目指していくような「救済の法理」と「政策の法理」を実現する理論と法制度を確立することこそ、真に被告人に益となるものではなかろうか。[62]

四　私見

1　実際に被告人救済のための「打切り論」が、ニューヨーク州において「いたずらに拡大され」ているのではないことは判例から明らかだろう。しかし、筆者はむしろ、手続を打ち切る論理として、従来の「公訴権濫用論」が逆に「いたずらにその範囲を狭める」結果となることを恐れるものであり、現に最高裁はチッソ水俣事件でそうした路線を敷いてしまったかのように思われる。

たとえば近年、次のように、障害がひどい刑事被告人に対して現実に訴訟を追行することが不可能と思われるような事案について「公訴棄却」の判断を下した判例がある（いんあ者事件）。

「被告人は、耳が聞こえず、言葉も話せない聴覚および言語の障害者であり、しかも、学校教育や手話教育を満足に受けていないらしく、文字を読むことができず、手話も会得していない。」

「本件の審理の実態を通訳という側面から眺めるとき、通訳の実効性はほとんど失われているといわざるを得ない。そこに堆積しているのは、いうまでもなく、被告人を除く訴訟関係人が単に形式的に手続を踏んでいるという事実のみである。その意味で、本件の審理は常識ではおよそ理解し得ない状態に置かれているというほかはない。そのことはまた同時に、被告人に対する訴追の維持ないし追行が相当性の点で救い難い影響を受けているということにほかならない。

本件の審理には、昭和五五年一一月二五日の第一回公判期日から昭和六二年七月七日の第六六回公判期日に至るまで、実に七人の裁判官が関与してきた。そして、それぞれがそれこそ暗中模索の思いで審理を進めてきたであろうことは、推測に難くない。だが、今になって考えると、本件のようにまことに希有な実例については、その法形式はどこにもとめるかはともかく、実態審理をせず、もしくはこれを打ち切り、訴訟を終結させることもできたのではないかと思えてならない。あるいは、検察官による公訴取消が考えられてもよかったかと思う。」

「いずれにしても、先に述べたとおり、本件のような極限的事例においては、被告人に対する訴追の維持ないし追行は救い難い影響を受けているというほかはない。それはまた同時に、刑訴法が公訴の適法要件として本来当然に要求する訴追の正当な利益が失われているということである。

したがって、本件各公訴については、刑訴法三三八条四号を使って、公訴提起の手続自体が不適法であった場合に準じ、

公訴棄却をするのが相当である。それ以外に解決をする手段を見出すことができない。」（傍線筆者）

【岡山地裁・昭和六二年一一月一二日判決・未確定[63]】

岡部教授は本判例を評釈された際に、「公訴の利益」なる実務において定着していない観念を用いた判旨を批判され、憲法上の平面で公訴棄却を導くことを強調されていた[64]。しかしながら、かような事案で「公訴権濫用論」を持ち出すことが不適当であることについてはこれを認め、以下のように「憲法的形式裁判」の必要を説いている。

「要するに、適正手続の保障、法の下の平等保護条項、被告人の迅速な裁判を受ける権利の保障を中心的基準とし、これらに関連する刑訴法の諸規定に対する重大な違背があったことを明確に認定できよう。これらは公訴権濫用論の枠内に収斂させて立論することを既に超えているように思われるし、検察官の訴追裁量を中心にとりあげることも許さないほどに幅員も奥行も広くて深いといわざるをえない。したがって、全体的に捜査、公訴、公判審理における基本的人権の保障に対する重大な侵害を理由にした憲法的形式裁判による手続の早期打切りと被告人の放免を構成せざるをえないと考える。この場合、刑訴法は形式裁判として免訴と公訴棄却の二つを規定しているにすぎないため、実定法上の根拠としては、いずれかを選択せざるをえなくなるが、刑訴法三三八条四号の公訴棄却を準用するほうが憲法的形式裁判にはより適応するように思われる[65]。」（傍線筆者）

ここにははっきりと憲法的形式裁判という形の「打切り論」が提示されており、これが「公訴権濫用論」の枠内で構成されるものでないことは傍線で示された部分に明らかであろう。すなわち、かような事案にあって「形式裁判による手続打切り」を考慮することは刑事訴訟法全体の理念から見て明らかであって、「公訴の利益[66]」論を採るにせよ、岡部教授の言われる「憲法的形式裁判論」によるにせよ、まことに当然の主張である。

結局、岡部教授も「打切り論」という表現こそ用いられないにせよ、憲法的刑事訴訟法という発想から直截に「打切り」を主張されており、従来の「検察官の客観義務論」によって構成された「公訴権濫用論[67]」と合わせて端的な「打切

り論」を我々に提示せられていると解されるのではなかろうか。

2　「手続打切り論」がまかなおうとする事態とは、本件のように、「訴追の追行に救い難い影響があり、相当性もない」ものをも射程に入れているのであって、検察官の公訴権の行使を直接非難する点を有しないような場合まで含まれている。反対に、公訴権濫用論を支える「裁量基準説」の立場を採る限りは、本件事案のように検察官の判断の非難すべき点を明示することが困難であるため、打切りの結論を支持できないと言わねばならない。裁量基準説の難点は、結局、検察官の裁量行為に責任を帰せしめえない場合についてこれを説明できず、公訴権濫用論の論拠とはなりえても、打切り論全体の論拠とはなりえないことである。また「訴訟条件説」に立つ場合も、本件事案においていかなる訴訟障害の発生を認めるかは明確に確定しがたいため、やはり現段階では打切りを構成する論拠として適当とすることは出来ないだろう。思うに、田宮教授をはじめ多くの論者は、公訴権濫用論を論じた当初から「訴追裁量をいかにコントロールするか」というテーマに則して濫用論を検討してこられたのであって、手続打切り論の総体的な目的とは視座や次元を異にしていたのではあるまいか。

そうした方向性については、公訴権濫用論について「裁量基準説」を採られる松尾教授自らも、高田事件を例に引いて

「公訴提起後に、公訴維持の相当性が失われる場合――手続の著しい遅延――もあるので、手続の打切りは、「公訴権の濫用」というわくを超えて、「公訴の維持ないし続行が著しく不当な場合」にも認められなければならない」[68]

と述べて、手続打切り論という枠組みの妥当性を承認していたのである。このように、迅速を欠いた裁判の処理を筆頭に、手続打切りの範疇を構成しなおす必要を認める論者は少なくない[69]。

3　たとえば、「公訴権濫用論」そのものについては裁量基準説に立ち、濫用論の可能性を限定的に示された三井教授も、

「打切り」の企図自体については積極的に評価する立場を示している。

公訴権濫用論は手続を打ち切って検察官に対する批判の面を明らかにすることが強調されてきました。しかし、最近では、批判されるべきは誰かの視点は重要ではなく、要は早期に手続を打ち切って被告人を刑事手続の桎梏から開放することろにある、したがって検察官の悪意といった主観的な面は必ずしも必要でないという見解も出されています。権利濫用という意味での公訴権濫用論を一歩進めて広く手続打切り論を展開しようというわけです。私も形式裁判による打切りに検察官批判の意味を強調する必要はなく、そのほうが裁判官にとっては形式裁判を出しやすいだろうと思います。また、理論的にはこのような考え方も十分成り立ちうるでしょう。[70]（傍線筆者）

以上のように述べて、「公訴権濫用論」から「手続打切り論」への展開を自然なものと捉え、また理論的にも妥当することを示唆している。

同じく「裁量基準説」に立たれる松尾教授もディスミッサルの語を明示されて、「手続打切り論」に対する展望を明らかにされている。

無罪判決と区別された公訴棄却という判断形式は、手続の打ち切り、つまりディスミッサルの裁判として機能するわけですが、その場合、手続の違法を宣言するということに重点をおきますと、要件の方も、つねに違法とかあるいは場合によっては有責まで要求することになって、機能する範囲がおのずから制限されてくることになるでしょう。むろん、「違法捜査に基づく起訴」という論点の存在からも明らかなように違法や有責ということも重要なファクターですが、必ずしもそれだけでなく、いろんな事情からみて、公訴提起あるいはその続行が不適当な場合の手続打ち切りを認めておく必要があると思いますね。[71]（傍線筆者）

しかし他方で三井教授は、「打切り論」を展開するにせよ、

① 現段階では、我が法にこの種の打切り規定が存せず、

② 打ち切りに際しては実質的な考量を避けることが出来ないため、

③　結局「打切りが出来る場合はいかなる事態かを考える必要」に迫られ、誰もが納得できる類型に限られるであろうから、

それは現実の「公訴権の濫用」といった事態に直面することとなる――結局は出発点にもどってしまう――旨の指摘をしている。

すなわち、「打切り論」の問題提起が、端的な「手続の打切りによる被告人の救済」を目的に置いても、実際にはその根拠を求めて従来の「公訴権濫用論」と同種の議論が不可欠となり、堂々巡りの議論ではないか、との批判が加えられているのである。ただし、鈴木教授の類型化では、従来の「(狭義の)公訴権濫用論」を否定して理論構成されるのではなく、これは「悪意の起訴」として非典型的訴訟条件論の一類型として論ずるとされているところから、「検察官の主観」を批判する「打切り」が全く存在しないと想定されているのではないことに注意したい。(72)

4　では、「打切り論」の根拠は岡部教授の指摘されるように常に「憲法論」の平面で議論されるべき、あるいは三井教授が懸念されたように裁量濫用の事例に限定されてしまうものであろうか。もちろん、先のいんあ者事件において迅速な裁判を受ける権利、反対尋問権の保障等に重大な侵害が考えられることから見ても、これを「憲法的」に構成することが不可能とはしえないだろう。

しかしながら、「公訴権濫用論」にも、「憲法的形式裁判論」にも馴染まないような事案について、現行法に規定がないという理由のみによって、どのように「打切り」を構成すればよいかという問題を積み残すわけにはいかない。ここが「問題の拡散」と評される所以である。しかしここで、「正義の増進のためにやむをえない場合」に訴追を打ち切る思考を採るとして、その原理に基づいて広い範囲で「打切り該当事例」を拾うような方向を考える必要はないであろうか。

たしかに、「正義の原理」に基づいた多くの打切り事例のうちに「濫用論」や「憲法論」に重なる部分は多い。けれども、クレイトン基準や七九年の新基準を見ると必ずしもそうした事由ばかりに限定されていたわけではないことは明らかであろう。これは「正義の増進のための」打ち切りが非犯罪化、非刑罰化といった広い意味での刑事政策的な一定の効果を有していたことに鑑みても、常に「濫用論」や「憲法論」だけが打切りの原理として妥当するわけではないことを示している。Dismissal の法理が既に第三テーゼ、被告人の申立て権の有無の問題という段階にまで進んできたことや第二テーゼにおいて裁判所の独自の裁量による打切りが認められてきたことはトータルな意味での打切り論の再構成を必要とさせる比較法的素材と言うべきではあるまいか。

また具体的に、どのような事例が政策的に「非犯罪化・非刑罰化」が望ましいと考えられるような事案に該当するかについても問題とされよう。[73] これについては次節において、ニューヨーク州の打切り事例との対照から考察することにしたい。さしあたりここでは、本稿「序」で記された「コロンビア大学不法侵入事件」を指摘しておく。

（1）桜山炭鉱事件・最高裁昭和二四年一二月一〇日判決（刑集三巻一号一九三三頁）。

（2）判例の動きも重要であるが、ここでは次の著作に譲りたい。たとえば、井戸田侃『公訴権濫用論』（一九七八年）三二頁以下、小田中聡樹『刑事訴訟と人権の理論』（一九八三年）二〇四頁以下。

（3）田宮教授は、二四八条と三三八条四項の関係が問題とならなかった原因として、わが国では、①司法と検察の共働関係が戦前から存在していたため、司法による検察権の監督という観念がなかったこと、②司法と行政という作用が概念的に峻別されていること、③起訴処分は裁量行為であって、法的評価には馴染まないとする考えがあること、を指摘しておられる。田宮裕『刑事訴訟法入門』（一九七三年）九九頁。

（4）高田卓爾「公訴権理論の反省」『木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題（下）』（一九五八年）。

(5) 井戸田侃「訴訟条件の機能と内容」立命館法学六二号（一九六五年）。
(6) 能勢弘之「公訴の利益(1)(2)」北大法学論集一九巻一、二号（一九六八年）。
(7) 岡部泰昌「刑事手続における検察官の客観義務」金沢法学一一巻二号、一三巻一、二号、一四巻一、二号、一五巻一＝二号（一九六七―七〇年）。
(8) 田宮裕「訴追裁量のコントロール」立教法学一一号（一九六九年）。
(9) 三井誠「検察官の起訴猶予裁量――その訴訟法的および比較法制的考察――」神戸法学二一巻一・二号（一九七一年）。
(10) 松尾浩也「公訴権について」書研所報二二号（一九七二年）。
(11) たとえば「ことさら公訴権本来の目的と異なる不当な目的のために起訴したものと認めるときで、起訴猶予とされることの明白性の程度および不当目的の内容、程度を総合的に考慮して、公訴提起自体が著しく不公正になされたものと認められる場合には、公訴権を濫用してなされた違法な起訴として……これを棄却する」との例示をした、仙台地裁昭和四八年三月二九日判決・判例時報七五〇号一一〇頁の他、以下の裁判例がある。佐賀地裁昭和五〇年一月二九日判決、仙台地裁古川支部昭和五〇年三月四日判決、京都地裁昭和四九年四月一二日判決、神戸地裁昭和四九年八月二九日判決、横浜地裁昭和四九年一〇月二五日判決、大阪地裁昭和四九年一一月一二日判決、長崎地裁昭和五〇年二月八日判決など。
(12) 能勢弘之「チッソ水俣病の補償交渉における傷害事件と「公訴権の濫用」の法理――いわゆる寺尾判決をめぐって」ジュリスト六四七号（一九七七年）一〇一頁参照。
(13) 田宮裕編著『刑事訴訟法Ⅰ』（一九七五年）四八七頁は、公訴の無効は捜査の違法抑制のための「手段」にすぎないとする。
(14) 小田中聡樹「違法逮捕と公訴提起の効力」『捜査法大系Ⅰ　逮捕・取調』（一九七二年）二〇九―一〇頁参照。
(15) 庭山英雄「高田事件と公訴権濫用論」一橋論叢七一巻一号（一九七四年）。
(15a) 井戸田教授がその代表とされよう。例えば、井戸田侃『公訴権濫用論』一四七頁以下（一九七八年）を参照。
(16) 鈴木茂嗣「公訴権濫用と可罰的違法性の理論」判例タイムズ三五四（一九七八年）。同様の指摘が研究会の席上でもなされている。同号、七六頁、松尾教授の発言には「公訴維持の濫用」という表現が見られ、新たな区分が必要であることを田宮教授と共に示唆されている。

(17) 鈴木茂嗣「公訴権行使の限界」『公判法大系Ⅰ・公訴』（一九七四年）六七頁以下。

(18) 最高裁昭和五五年一二月一七日第一小法廷決定（刑集三四巻七号六七二頁、判時九八四号三七頁）。本件に関する評釈は多数あるが、たとえば、『別冊ジュリスト・判例百選第五版』六〇頁以下〔田宮裕担当部分〕（一九八六年）、『昭和五五年度重要判例解説』ジュリスト七四三号二二五頁以下〔鈴木茂嗣担当部分〕（一九八一年）を参照。

(19) 最高裁昭和五六年六月二六日第二小法廷判決（刑集三五巻四号四二六頁、判時一〇〇六号二二頁）。本件の評釈も多数あるが、例えば、田宮裕『別冊ジュリスト・判例百選第五版』六二頁以下（一九八六年）、三井誠「対向的共犯者の一部に対する不当に有利な取扱いと被告人自身に対する捜査手続の合憲性――赤碕町長選挙違反事件」警察研究六一巻七号（一九九〇年）五〇頁などを参照。

(19) 岡部泰昌「公訴権の濫用とその抑制」法学セミナー増刊・現代の検察（一九八一年）一一三頁。

(20) 岡部泰昌「最高裁判所と公訴権濫用論（中）」判例時報一〇〇二号（一九八一年）三頁。

(21) 渡部保夫「公訴権濫用論に関する最高裁決定」ジュリスト七三七号（一九八一年）五九頁。

(22) 河上和雄「公訴権濫用論の終焉」判例タイムズ四二八号（一九八一年）。

(23) 最高裁昭和四七年一二月二〇日大法廷判決（刑集二六巻一〇号六三一頁）。

(24) 能勢弘之「迅速を欠いた裁判の処理についての一試論」『平場博士還暦祝賀論文集・現代の刑事法学（下）』二〇六頁以下（一九七七年）。

(25) 非類型的訴訟条件と言う名称を用いられるのは田宮教授である。たとえば、田宮裕編『刑事訴訟法Ⅰ』六一九―二〇頁（一九七五年）など参照。

(26) 訴訟条件整備論は田宮教授によって主張されている。「形式裁判の体系」刑事訴訟法の理論と現実・別冊判例タイムズ七号（一九八〇年）二二〇頁参照。

(27) 鈴木茂嗣「公訴権濫用について」書研所報三〇巻（一九八〇年）一八三―四頁。

(28) 川崎英明「違法捜査と訴訟障害――西ドイツ訴訟障害論の最近の動向について――」島大法学三一巻三号（一九八八年）。

(29) 寺崎嘉博「訴訟条件論の再構成」刑法雑誌三三巻二号（一九九三年）二六頁。

(30) 鈴木茂嗣「公訴権濫用論と訴訟条件論」法学セミナー一九八三年三月号（一九八三年）〔同『刑事訴訟法の基本問題』第

一〇講（一九八八年）に収録）参照。

(31) 鈴木茂嗣「公訴権の濫用と可罰性の理論――チッソ水俣病川本事件控訴審判決をめぐって――」判例タイムズ三五四（一九七八年）三一頁以下。また同『刑事訴訟法・改訂版〔現代法律学講座二八〕』（一九九〇年）一二四―五頁参照。

(32) 鈴木茂嗣「公訴権行使の限界」『公判法大系Ⅰ・公訴』六七頁（一九七四年）、特に七四頁以下参照。

(33) 鈴木・前掲註（27）同頁。

(34) 鈴木・前掲注（30）参照。

(35) 最高裁昭和五五年一二月一七日第一小法廷決定（判例時報九八四号三七頁）。

(36) 河上・前掲注（22）がこうした見解を強く主張する。かかる見解への批判としてたとえば、穴澤成巳「不平等起訴をめぐる試論（一・二）」判例時報一〇五三―五四号（一九八一年）参照。なお、「公訴権濫用論」に一貫して消極的立場を表明する河上氏の一連の論稿として、「公訴権の濫用（上・下）」警察学論集二一巻六、九号（一九六八年）、「公訴権濫用論に対する批判的検討」ＬＳ五号（一九七九年）等を参照。

(37) 松宮孝明「「公訴権濫用」と「処罰不相当」――「非典型的刑罰消滅事由」について」立命館法学一二三＝四号一九七頁（一九九二年）は二二七頁で、「問題は――裁判時点での「処罰不相当」の判断なのである」と捉える。

弁護側自身も当初より、本件を公訴権「濫用」の問題を越えた、あるいは公訴権濫用論がそれまで予定していた類型を超えるような、事情をかかえたケースであったことを指摘しており、濫用論ではなく独自の「公訴棄却論」を主張していたことが重要であろう。この点、錦織　淳「〝開かずの扉〟を開いたとき」判例タイムズ四二八（一九八一年）二二頁以下を参照。

(38) こうした展望を概略したものとして、田宮、前掲註（26）を参照。

(39) 研究会「川本事件最高裁決定をめぐって」ジュリスト七三七（一九八一年）四四頁の田宮裕教授の発言。

(40) 鈴木・前掲註（32）七四―七七頁参照。

(41) 同・前掲註（30）『基本問題』一一四頁参照。

(42) 同・前掲註（32）七〇および七三頁参照。

(43) 同・前掲註（27）一八四頁参照。

(44) 同・前掲註(30)『基本問題』一一四―五頁。
(45) 同、二六八頁。
(46) 田宮裕「公訴権の運用と裁判官」『中野次雄判事還暦祝賀論文集・刑事裁判の課題』（一九七二年）六三頁以下。
(47) 同・前掲注(26)二二〇頁。
(48) 同『刑事訴訟法入門〔三訂版〕』（一九八二年）一二三頁。
(49) 田宮・注(46)六四―五頁参照。
(50) 田宮・注(48)同頁参照。
(51) 西ドイツにおける検察官と裁判所の等質性を論じたものとして、たとえば、松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」法学協会雑誌八四巻一〇号（一九六七年）参照。
(52) アメリカの検察官の位置づけについては、拙稿「合衆国検察官概念の発展――二〇世紀における合衆国検察官の概念化の分析」北大法学論集三七巻六号（一九八七年）参照。
(53) これらの展開は本稿第一章一節。
(54) 註(39)研究会、四三頁の田宮教授の発言より。
(55) 田宮、前掲註(26)「形式裁判の体系」二二〇頁。
(56) 戦前の不当不起訴から、戦後は問題が不当起訴の点に転換したことを、説明される田宮教授の論稿を参照。前掲註(46)八二―八七頁。
(57) 岡部泰昌「違法捜査と公訴提起の効力」井上博士還暦祝賀論文集「刑事法学の諸相（上）」（一九八一年）一八八頁以下。特に二〇二―三頁参照。
(58) 田宮・前掲註(48)『入門』一二三頁。
(59) この点、第二章第五節〈五〉一を参照。
(60) 同二を参照。この点からも、田宮教授の言われるような、「濫用論が、訴追裁量論、検察官論を本籍とする日本刑訴の特色に直結する問題であることが、ややもすると忘れ去られるおそれ」（田宮・前掲注(48)一二三頁）も、打切り論の体系のなかでは、理論上は問題とされないと言えるであろう。

(61) 打切り論の趣旨を田宮教授は全く否定されるわけではない。たとえば、「濫用論と区別された打切り裁判論が、今後検討を要すべき課題であることは事実であろう。ただ、それは濫用論にとって代わるものでも、またその一部でもなく、したがって、形式裁判のきめこまかな類型論というかたちで展開するのが、今後の方向であるべきだと思われる」として、「打切り論」＝「形式裁判整備論」とでも呼ぶべき方向づけを示された。田宮・前掲註(26)「形式裁判の体系」二一〇頁参照。

また、公訴権濫用論から「裁判手続早期打切論」への移行現象について、もともと濫用論が主観面を理由にしたものであったことから、打切り論がそれを「カバーしえない」ので「その発展には自ら限界がある」と批判する、河上和雄「川本事件最高裁決定に対するコメント」刑法雑誌二六巻一号(一九八四年)七五―六頁がある。

ただしなぜカバーしえないかについては説明がなく、限界の理由も定かでない。むしろ主観面に限定されないからこそ打切り論に発展性を見出すことが出来るのではないかと筆者は考えている。

(62) こうした観点から岡部説に批判を加えるものとして、たとえば、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』(一九八三年)三八六―七頁参照。

(63) 判例時報一二五号(一九八八年)三九頁。本件評釈として、高田昭正「訴訟能力を欠く被告人と刑事手続」ジュリスト九〇二(一九八八年)三九頁以下、白取祐司「訴訟能力を欠く被告人と手続打切り」法学セミナー四〇一(一九八八年)一三七頁、がある。高裁で破棄され(判例時報一四〇二号一一七頁)、上告中。

(64) 岡部泰昌「刑事手続と障害者の人権保障(上・下)」判例時報一二七〇・四号(一九八八年)。

(65) 同、一二七四号一四頁。

(66) 能勢、前掲註(6)参照。

(67) いわゆる媒介項理論。これについてはたとえば、違法捜査に基づく起訴の類型につき、岡部泰昌「違法捜査に基づく公訴提起の効力(下)」判例時報一〇一九号(一九八一年)六頁以下、同「公訴権の濫用とその抑制」『現代の検察・法学セミナー増刊』(一九八一年)一〇四頁、同・前掲註(57)等参照。

(68) 松尾浩也『刑事訴訟法・上』増補版(一九八四年)一四五―六頁参照。

(69) 能勢弘之『刑事訴訟法25講』(一九八七年)四一―二頁および、同・前掲註(12)、米田・前掲註(62)三四三頁以下など参照。前述の三井教授の発言、註(39)(40)参照。なお、手続打切り論が「形式裁判」の持つ「検察官に対する批判」

性にのみ依存しないことを検討する、寺崎嘉博「「検察官の訴追に対する形式裁判の批判性」の意味について」山形法学一六号（一九九〇年）を参照。

(70) 注（39）四三頁。

(71) 研究会「公訴権の運用をめぐって」判例タイムズ三五四号（一九七八年）六四頁の松尾教授の発言。

(72) 鈴木・前掲註（30）『基本問題』一一一頁以下。

(73) もちろんこうした事案が、実体法的アプローチ、すなわち「可罰的違法性」などの観点から議論されうることはもちろんであるが、訴訟法的視座に立つという本稿の基本的立場からは、「手続打切り論」の訴訟法的な解決策の提示を第一の課題と考える。

実体法的アプローチについては、次節〈四〉三を参照。

第二節　手続打切り論の基礎的考察

前節では、「公訴権濫用論」から発展した「手続打切り論」の学説的展開によって同理論のいわば「歴史的」位置づけが与えられた。それは「なぜ手続打切り論が生まれたか」という問いへの答えとなろう。と同時に、続いて、より体系的に「なぜ手続打切りを行うべきなのか」あるいは「なにが手続打切りを可能とするのか」を問う作業が必要である。前者については、前節〈二〉中でポスト公訴権濫用論として手続打切り論という枠組みが必要であることを既に指摘したが、本節ではすこし体系的にそのことを取り上げ、さらに後者の問いである手続打切りを実現する起動力となる法思想や法原理を求めてみたい。こうした思索は、手続打切り論を構成するとされた「救済の法理」と「政策の法理」の二面性の意味と機能を考察するうえで不可欠な手順であり、手続打切りの多元的な構造を解明するうえでも必要と思われ

る。本節では、そうした手続打切り論の基礎理論ともいうべき部分を描くことにしたい。

〈一〉　手続打切り論の政策的基礎

まず最初に、「手続打切り論」を構成する上で政策論を土台として語られてきた論拠を検討する。政策的な見地と言っても、それは訴訟法的な思考、実体法的なそれ、刑事政策的なそれ、と様々な政策論が含まれよう。更に、こうした実定法に内在する思考とは別に、外在的な視座として刑事司法制度をどのように運営していくのか、といった見地も必要と考えられる。それは従来、公訴権濫用論で強調されていた「救済の法理」に加えて「政策の法理」としての手続打切り論の存在根拠が考察されなければならないからである。

一　訴訟法的観点

「手続を打ち切る」ことがなぜ必要なのかを考えるとき、訴訟法の立場からは主として次の二点が主張されることが多い。第一は、「公平の感覚から刑罰を加えることが耐えられないような場合に訴追の打切りを求める」という**政策的要請**であり、第二は「不当な起訴そのものに対する異議申立て」という**手続的要請**である。とりわけ後者の観点は「救済の法理」としての公訴権濫用論の成立根拠としてこれまで主張されることが多かった。

また現実の刑事司法の社会的効果に着目した場合、現在の公判有罪率が九九パーセントを超えるという異常な状態にあることから[1]、訴追のダメージング・エフェクトがきわめて大きくなっているため、社会的に「被告人」の地位に置かれること自体が強い影響力を持つようになった。そこで**社会的要請**としても、被告人の手続からの早期の解放が求めら

れていると言ってよい。[2]

これまで我が国では、理論上にかぎってみると以上の要請は包括的には「公訴権濫用論」によってまかなわれてきたと言えるだろう。しかしながら、「公訴権濫用論」が手続の打切りについてオールマイティでないことは先の学説の流れから見ることができた。たとえば、第一の公平の感覚から見た政策的要請についてもすべて「濫用論」の範疇に収斂される必要性、必然性はない。典型的な例としては、「公訴権濫用論」に含めるべきか否かで評価の別れている「違法な捜査に基づく起訴」の場合[3]や、これも論者によっては「濫用論」に含ませようという主張が見られた「迅速な裁判を受ける権利が侵害された場合」[4]などがこれに当たる。また具体的な事案としては、前節〈二〉四の私見において触れた岡山の「いんあ者事件」[5]を挙げることが出来よう。

第二の手続的要請の範囲を考えると、これを不当な起訴＝公訴権濫用という見地から捉えることもできるだろうが、捜査段階においてきわめてダーティーな方法でおとり捜査がしくまれた場合などについて、これを「公訴権濫用論」に含ませることに疑義がでていることは第一の場合と同様である。右のような事案は「訴追の追行に救いがたい影響があり、〔訴追の〕相当性もない」ようなケース、「だれがみても刑事法廷に被告人を引き出すのは不正義だと思われる場合」[6]、であると評されており、このような場合に検察官による公訴権行使が基準を逸脱するとか、公訴権濫用の事案である、といった概括的評価を常に与えることはふさわしくないであろう。そこで、「現実的な」[7]「解釈論」[8]としての公訴権濫用論の重要性を斟酌しつつ、「公平の見地から耐えられない」訴追については、「濫用論」をも含んだトータルな「手続打切り論」が構成されなければならないことになるのである。

また、「手続からの早期解放」という社会的要請については、刑事司法制度の全段階を通じて実現されるべき課題であることはもちろんである。だが現実の「無罪判決」までの長い道のりを考えた場合には、理論的には当然それがベス

トであるとは言えようが、できるだけ（もちろん被告人の申立てに基づいて）早期に手続を終了させた方が結果として、また社会的な効果として、被告人の利益になると想定することができる場合も多い。これまでも、立法代替論としての「公訴権濫用論」が「嫌疑なき起訴」をも取り込んで論じられた背景に、かかる要請が盛り込まれていたことを見逃してはならないだろう。(9)

二　刑事政策的観点

刑事政策学あるいは犯罪学において「ディヴァージョン」という言葉が語られ出してから久しい。ここでは一応「手続離脱」としてディヴァージョンを位置づけておきたいが、この用語の意味はかなり多義的であり、論者によってニュアンスの違いがあることに注意したい。(10) さて、刑事手続のラインに乗った被告人をその処罰の対象から除外する＝離脱させる処分は様々な段階において可能であり、警察段階（捜査段階）・検察段階（起訴段階）・公判段階・公判後の段階とそれぞれ用意することが出来るだろう。(11)

ところが、本稿で扱う「手続打切り論」という観点からみた場合、これはもっぱら公判段階ないしは起訴後・公判前（Post-prosecution pre-trial）段階における「手続離脱の申立て」が中心となる。つまり、ディヴァージョンの担う範囲の一部分を論じるに過ぎない。しかしながら、たとえ一部に過ぎないものであっても、ディヴァージョンを支える思想的な要請は同じくこの「手続打切り」を正当化していると言わねばならない。

この要請は一般に、**「非刑罰化」「非犯罪化」**という刑事政策における今日の重要な流れから主張されており、厳格な必罰主義的刑事司法観に対するアンチ・テーゼとされてきた。(12) ディヴァージョンを最初に提案した米大統領委員会(13)によれば、おおよそ以下のような考えが現代の刑事司法制度に必要であるとされている。

「犯罪を犯したとはいうものの犯罪性がそれほど進んでいない者に対し、刑事手続を発動し、これに「犯罪者」というレッテルを貼ることは、その者が正常な社会生活に戻ることを妨げ、却って、その者を真の犯罪者としてしまうおそれがある。また特に、家庭内や親しい人間集団内で行われた軽微な犯罪や、初犯者による万引き、青少年による軽微な犯罪、それに責任無能力という程ではないにしろ何らかの情緒障害を有する者による犯罪については、刑事手続による処理が望ましくない場合が少なくない。更に、刑事事件の中で酩酊や浮浪、風紀紊乱、単純暴行、少額の窃盗などが大きな割合を占めるが、これらは危険な犯罪というよりは、他人にとって不快な、あるいは迷惑な行為という程度のものであり、また、それを犯す者も、経済的に、あるいは身体的ないし精神的に、更には教育の面などでもハンディを負っているような者がほとんどであり、効果的な法執行という観点からみても、刑事訴追を必要としないことが多い。それ故、そのような場合には、刑罰的処理、殊に検察官による訴追は取り止めるべきである。」[14]（傍線筆者）

ここでは、非犯罪化をその延長線上にとらえつつも、とりあえずは「刑罰過剰」を回避する目的で刑罰とは異なる処理方法が必要なこと、すなわち非刑罰化が語られている。しかしながら、単に検察官の訴追を取り止める処理というならばこれは起訴猶予や警察段階での不送致によってまかなうことが出来るだろう。この法執行機関独自に主催するフォーマルな制度（行政的ディヴァージョン）と並んで、公判段階においても裁判所が被告人の申立てを受けて、当該犯罪事実に対する訴追につき「効果的な法執行」といった観点からみた場合に、訴追は取り止めた方がよいとの評価をくだす場面（司法的ディヴァージョン）を用意しようというのが「手続打切り論」の主張なのである。このことが「政策の法理」を同理論に盛り込む重要な観点になっていよう。

とりわけわが国では、ディヴァージョン機能は検察官に多くを委ねて、裁判所による司法的ディヴァージョンの働く機会が非常に乏しい。起訴後にも公訴の取下げ（二五七条）という司法過程からのディヴァージョンを現行法が定めているにもかかわらず、これは検察官の専権とされ、裁判所は検察官の申し立てなく公訴を取り消すことはできない。

しかし、非犯罪化の手段が立法的に用意されていない現状に立って、「公訴権濫用論」を「非犯罪化の解釈論的形態」[14a]とする解釈が示されたように、手続打切り論は必ずしも立法論によってしか実現できないものではなく、非犯罪化への申立てを被告人がおこない、それを司法的に承認するとの構成も考えられるわけであり、その際にいかなる論拠がそうした非犯罪化を正当化づけるかが解釈論上の問題となるであろう。ニューヨーク州にあってはそれは「正義の増進のため」という実定法化された原理であり、刑事手続全般にわたる指針とされていた観念だったのである。

三　実体法的観点

「手続打切り」という処理自体が訴訟法的解決方法であるため、ニューヨーク州においても実体法的な理由付けがこれに加えられることはあまり見られない。しかしながら今日、刑罰の適用については、殊に「ラベリング論」などの犯罪学の影響も手伝って[15]、より慎重に、より限定的に、そしてより寛容に、といった**「謙抑主義」**の思想が強調され、実体法において一つの重要な解釈原理となっていることは言うまでもない[16]。そこで、実体法に止まらず、「手続打切り」についてもその背景には謙抑的な刑事司法運営の要請が存在し、かつ「打切り」自体がその手続的な具体化であると捉えることも可能ではないかと思われるのである。すなわち、実体法上の構成要件、責任、違法性といった諸形式における評価の際には無罪を示すことが困難であって実体的には犯罪というほかない場合でも、「やむをえない事情」を認めて手続を打ち切ろうという政策的判断を促す原理として、「謙抑主義」が働くことになる。

それは特に具体的には「軽微な事案」において発揮されることが期待されるのではあるまいか。これまでのところ、わが国では学説上こうした観点はもっぱら「可罰的違法性の理論」や「社会的相当性の理論」によって主張されてきたと言えよう[17]。さらに最近では、形式的解釈理論を超えた実質的犯罪理論の構成を促していると言われている[17a]。しかしな

がら、「たとえ形式的には違法があっても、それを罪と定めた立法が意図したほどの害悪、脅威を発生させなかった」場合には当該起訴を打ち切り、被告人を釈放していこうという思考は今や世界的な「非犯罪化」の潮流で、特にわが国固有の理論展開なのではない。[18]（本節でも〈三〉**四**において「軽微な犯罪への処理」を検討する）

このように実体法の分野においては、「謙抑主義」の解釈論的形態として可罰的違法性の理論が展開されたが、しかしそれは可罰的違法性という着想に止まるところをよしとしないだろう。謙抑の思想は、いわば全刑事法体系の底流に置かれてしかるべき原理と言わなければならないからである。[19]

四　刑事司法論的観点

さて以上の要請は、手続打切りに対する実定法の内在的視点から発せられたものが中心であった。しかし、刑事司法制度もまた社会のシステムの一環として、刑罰適用の実施そして究極的には正義の具現という目的を持つメカニズムである。そのようなシステムとしての刑事司法をみた場合に、「手続打切り」がどのように位置づけられ、かつまた必要とされるかを検討してみなければなるまい。

刑事司法制度をシステムとしてとらえ、ひとつのストリーム（流れ）に例えたのは一九六七年のアメリカ大統領委員会に始まるとされている。[20]刑事司法制度を「ＣＪＳ(Criminal Justice System)」と呼び、包括的に論じようという意識はこの委員会をきっかけに生まれた。[21]手続打切りはこのＣＪＳというストリームをいわば「断ち切る」機能を担っている。それはシステムのインプット（入力）段階、プロセッシング（処理）段階、そしてアウトプット（出力）段階のそれぞれで行われる可能性があろう。かりに同委員会のように「警察（入力）→裁判所（処理）→矯正（出力）」という構成要素をその段階にあてはめるとするならば、[22]われわれが主に取り上げてきた訴追の打切り制度は処理（プロセッシン

グ）段階での機能を意味しよう。それも、被告人の申立てと裁判所の判断による手続を踏んだものとして、インプット段階の警察による微罪処理であるとか、検察による起訴猶予といった行政府に委ねられた権限によって行われるものとは異なった断絶機能を持っていることが特徴的である。

というのも、通常、わが国では検察に起訴、不起訴の裁量権が存するところから、ストリームの量的調節、質的調節のいっさいは検察官の手に委ねられていると言ってよい。それが公判有罪率九九パーセントを超える驚異的数字となって現れて来るひとつの原因になっていることはいまさら指摘するまでもないだろう。こうした有罪の見込みのない事件を振るい落とす機能に加えて、事実が明らかである場合でも法は不起訴を認め、刑事政策的な考慮を働かせることを承認しているので、現実にはプロセッシング段階に持ち込むことを政策的に回避し、処分対象者に対する特別予防を実現する機能をも検察官が担っている。

ところが、司法制度の公正な運用という観点から見た場合、システムが効果的で健全に、また迅速に機能するためには、システムの個々のパーツに対する刺激（インセンティヴ）が必要とされる。人的な組織である以上、これを潤滑させる機能が必要なのは当然であるが、そこで期待されるのは各パーツに対する管理、統制のメカニズムであり、これは同時に不正へのサンクションという強い刺激を予定するだろう。

すなわち、「良い働きには良い結果⇩有罪認定・量刑⇩効果的な刑事司法制度の実現」といった図式が出来上がるが、このような言わば「正の方程式」とは逆に、「不十分な、また不誠実な働きには悪い結果⇩事件を打切り、適正さを維持⇩健全な刑事司法制度の実現」といった「負の方程式」を組み立てる必要がある。その負の関数は、被告人をプロセッシング段階に進めることを排除することを意味している。

まさにこの負の方程式のサンクションこそ、訴訟法的観点から言われる「不当な起訴に対する異議申立て制度」とい

う要請なのであり、しばしば指摘されることであるが、違法収集証拠排除法則の持つ「抑止効」への期待と共通しているのである。このようなカウンター・バランスのとれていないシステムは独善的、一方的、恣意的な運用に陥りがちであることは言うまでもない。いかなるシステムもそれが健全な機能を維持するためには、常に各構成部位の適正な働きを促すインセンティブが不可欠であり、手続打切りもシステムの目的を「正当に」達成するための必要なコントローラーということが出来よう。(23)

実際の裁判においても下級審レベルではあるが、こうした「サンクション」として手続きを打ち切る機能を積極的に評価したものが見られる。たとえば、証拠の開示において被告人に有利な証拠を故意に隠していた場合、検察側に違法ありとの判断から公訴を棄却することを示した、大阪地裁昭和四三年七月三〇日命令（刑集二三巻四号二六八頁以下所収）がその一例であるし、(24)違法捜査に基づく起訴が行われた場合でも打ち切る（公訴棄却を行う）場合のあることを示唆した判決も見られるところである。(25)ただし、証拠排除の場合と異なり、この問題を将来の違法抑止の見地から観点から論じた判例はほとんど見られない。

さらに司法制度の効率的な運用といった側面からは、制度の資力（人的、施設的、時間的なものいっさいを含む）の総量と、制度に加えられる負担とのバランスといった観点が必要とされる。いわば「司法政策的な観点」である。被処分者の負担という観点からも、また刑事司法制度に対する公衆の信頼を確保するという観点からも、あまりに非効率的な制度では社会の必要性に応えることが出来ない。しかし、それは単純に経済的な効率性によってのみ判断されるものではないことはもちろんである。

具体的には、システムの処理段階に送り込まれた事案を、真に処理するに値する事案かどうか、すなわち「起訴価値」「処罰価値」のある事案であったかどうかを審査する場が要求されてこよう。司法の資力をそそぎ込むに値するだけの

価値を有していないようなものまで取り込むことは、「必罰主義」を言うならいざ知らず、先ほど示された「謙抑主義」の要請を受けた現代の刑事司法システムにあっては、不必要と言わざるを得ない。まして、処理メカニズムに対する国民の信頼や司法の威信といったものを阻害するだけであろう。こうした点が、システム上の処理すなわち国家刑罰権の発動、の正当化段階において「手続打切り」を判断する機会を要求する理由なのである。

〈二〉　手続打切り論の原理的、制度的基礎

本項では、政策論のみならず司法制度を支えてきた諸原理からも「手続打切り論」を論証することが可能であり、またそうした原理自体が「手続打切り論」の必要性、実効性を認めていることを明らかにしておきたい。さしあたり、第一章で学ばれた「Dismissal の法理」の展開をアメリカ法において可能とした背景である、三権分立原理の克服ならびに司法の監督権という観念の誕生、そして必罰主義的な司法観からの離脱が「手続打切り論」を支える重要な柱であると思われるので、これらについて若干の考察をおこなっておく。

一　三権分立論の克服――固有権と打切り権限

(1)　正義の原理と固有権

1　まず、ニューヨーク州を中心に展開された「Dismissal の法理」の段階的な形成過程を思い起こしてみたい（第一章第一節〈三〉参照）。当初、三権分立という伝統的な原理は、第一段階の「検察官の打切りへの統制権問題」と、第二段階の「裁判所独自の打切り権問題」における大きな理論的障害であった。そしてそれは、コモン・ロー上の訴追の

維持に関する権限一切が検察官の手にあり、起訴手続ないしは起訴状自体に法律上の問題がなければ、被告人はもちろん裁判所もその権限には介入できないとの見解を導いていた。[26] つまり、司法と行政という権力の分配が行われた以上、国家機関としての訴追権は検察官に一任されており、司法はそれに干渉することはできないという考え方に立つものであった。

そのような状況では、立法が権限の配分を改める制度的な措置を採らない以上、裁判所が自らこれを変えることがなかったと言ってよい。[27] そこでニューヨーク州は他州に先駆けて第一テーゼ（検察官の訴追の中止権への裁判所の統制問題）ならびに第二テーゼ（裁判所独自の打切り権限の問題）について立法による解決を行うことになったのである（第二章第一節参照）。一九世紀の終わりには事実審裁判所は「正義の増進のための訴追の打切り」をおこなう権限を与えられるに至った。

2 その結果、この裁判所の持つ新たな権限をどのように理解するかが、CCP（旧刑訴法）ならびにCPL（新刑訴法）における「訴追の打切り」規定の解釈に当たって重要な課題とされてきた。しかし、判決の多くが正義の原理、すなわち正義の増進や正義の利益についての説明を主とし、制定法の沿革の叙述に止まっている。このことはすなわち、「正義の原理」に基づく訴追の打切りを行使する裁判所の権限がもっぱら制定法上のものと考えられ、第一テーゼないし第二テーゼの解決は立法によるとの解釈が一般的であったことが原因であろう。先に第一章で描かれたコモン・ローからの展開を見れば、殆どの州が検察官にのみ「訴追の中止」権限を認めていたコモン・ローの解釈を受け継いでいた事実もまたこのことを裏付けている。[28] こうして多数説は、「正義の原理」に基づく裁判所の権限の固有性を積極的に解することはなかったのである。ニューヨーク州においても、またほかの州においても、多くの判例が「立法の定めのないかぎり、裁判所は事件がいつ打ち切られるかという問題にかかわらない」という消極的な見解を支持していたのもそ

のためであった。

たとえば、コネチカット州は、制定法上の「正義の増進のため」といった「正義の原理」に基づく打切り条項を有していない。そこで、一九七七年の州対カー事件[29]では、被告人側が「裁判所はその権限が制定法によって与えられたにせよ、元来含まれたものであるにせよ、正義を増進するために事件を打ち切る固有の権限を持つ」というミネソタ州の判例[30]を引用していることについて、「ミネソタ州は制定法上の権限があるが、コネチカット州には制定法がないのであるから、その結果、憲法上の権利の侵害があるか、制定法の定めがある場合でなければ裁判所は打切りの権限を持たない」との見解が示されていた。多くの州でも、これが「打切り権限」に関する支配的な解釈であったと言ってよい[30a]。

3　しかしながら、ニューヨーク州判例の中には制定法において打切りが規定された後ではあるが（つまり一八八一年、CCP六七一条によって初めて裁判所の非類型的な打切りが認められた後）、一八九一年のブリックナー事件において以下のような判示が見られることに注目したい。

彼〔ストーリー裁判官[30b]〕は「いかなる市民も適当な裁決機関(tribunal)によって適法に訴追されるまでは公判にかけられない、ということが最も重要なことである。全ての訴追は裁判所の統制に属する(Every indictment is subject to the control of the court)。」と言っている。そして〔その訴追が〕不適法であるとわかった場合、宣誓のない証人の供述によって訴えられた場合、これは取り消されるべきである。自らの手続を統制し(The power to controle its own process)、正義の増進のために手続を規制し、抑圧や害悪を避けるための権限は裁判所に固有のものである。裁判所の全ての機関、部署はその実現のためにある[31]。

このラムゼイ裁判官が示した意見は、裁判所が固有の権限を発揮するすくなくとも三つの根拠が示されている。第一に「手続のコントロール」、第二に「正義の増進のための手続の規制」、第三に「弊害の回避」である。このうち、二番目の「正義の増進」については既にニューヨーク州に制定法上の規定があるものの、他の二点については実定法にない

目的が挙げられている。つまりこのブリックナー事件判決に従えば、制定法に定められた場合はもちろん、そうでない場合であっても、適当な目的のために、裁判所はその「固有の権限」を発揮してよいのである。本件が、州側の「規定にない打切りは無効」とする反対にもかかわらず、〔打切りの類型を規定した〕旧三一三条にない訴追の一般的な打切りを承認した、という事実に鑑みて、かかる先例が示された意義は大きい。

特に、形式的な打切り理由を並べた旧三一三条[32]の性格についてラムゼイ裁判官は、「本規定は、示されている以外の理由で訴追を取り消す申立てについて言及しているのではなく、これらの理由に基づいて申し立てる法的権利を被告人に与え、そして、申立てを行うかどうかの裁量を裁判所から奪うことによってコモン・ローを変更した」と解したのである[33]。すなわち、従来は公訴無効の抗弁(motion to quash an indictment)等を裁量によって裁判官が判断していたのであって、この旧法の制定により公訴の遂行を阻止するために取消を申し立てる権利が被告人に付与された、いわば当事者主義的訴訟障害論とでも評すべき規定が生まれたことを意味している。

このような理解によれば、打切りを認める裁判所の「固有の権限」が制定法に必ずしも拘束されないことは明らかであろう。もっとも、ニューヨークのばあい、「正義の原理」が制定法に定められている以上、固有の権限を議論せずとも、制定法上の権限を用いることによって事実審は非類型的な訴追の打切りが可能である（ただ可能であるだけで、その範囲をめぐっては二章で見たように一定の限界がある）。しかしながら、多数説の言うように「固有の権限」の存在を認めず、もっぱら制定法上の権利としてのみこれを捉えることは、「正義の原理」に基づく打切り条項の根拠をただ限定的に解釈する方向に向かわせるばかりではないかとの危惧を抱かせよう。

(2) 固有権論争の展開

1　八〇年代に入り、こうした固有権の解釈について積極的な意見を示したのは、キルビー事件における第一控訴部のマーフィー裁判官らである。一九八三年三月三一日、同事件において、第一控訴部は打切り決定を下した事実審の判断[34]を破棄したものの[35]、打切りに関する事実審の権限については訴追側の主張を退けて、以下のように述べていた（全員一致）。

「我々は、二一〇・四〇条で定められたものを除いては下級裁判所に裁量権がないという州側の求める主張に沿って判断しない。事実審はテネシー州の最高裁判所の理由付けを引用していたが[36]、我々も、事実審裁判所が「適正な司法の裁量の行使において、訴追を打ち切る固有の権限を持つ（trial court has inherent authority to terminate a prosecution in the exercise of a sound judicial discretion）」ことが基本であると信じている。この裁量の源は、裁判所の管轄に内在する司法の廉潔性を確保する裁判所の最終的責務に基づくばかりでなく、もっと単純に、我が政府の基づいている三権分立の原理に起因するのである。」

本判決における「固有の権限」という文言は、「固有権（inherent power）」と言葉は違うものの、実質的には訴追を打ち切る裁判所に固有の権限を指していることは明らかである。それゆえ同裁判所がこの理由づけを、第一に三権分立原理に、第二に司法の廉潔性に求めていることが注目されよう。これまで、「固有権」については、もっぱらコモン・ロー上にその源を辿ろうとする歴史的なアプローチが強かったなかで、こうした実定法的あるいは政策的理由を基礎にした解釈が示されたことは、打切りに関する裁判所の裁量の存在意義をめぐって重要な視点を提供している。

つまり、従来の三権分立論が裁判所の固有の打切り権限の発動に対して消極的であったのに対して、第一控訴部は三権分立原理が「司法の介入を正当化する」と解したのである。これは厳格な三権分立論ではなく、三権分立の真の意味を「他の権力による権力のチェック」という目的に求める機能的、目的的な「三権分立論」と言えよう。

2　しかしながら、同じ年の一一月一日、ニューヨーク州最高裁判所は、事実審裁判官による訴追の打切りの権限を限

定的に捉えるような、特にその固有の権限に基づく打切りを消極的に解釈しようとする趣旨の判決を下している。

ダグラス事件[37]において、最高裁判所は軽罪の告発事件につき「訴追の不履行(failure to prosecute)」ないし「日程の調整(calender controle)」を理由に訴追を打ち切った事実審の裁量を支持した控訴裁判所の判断を退けて、破棄差戻しを行った。本件では四件の告発事件が合わせて審理されたが、どのケースにも迅速な裁判に関する規定（ＣＰＬ三〇・一〇条）に違反するほどの期限の超過はなかった。ただ制定法上の、正義の増進のための打切り規定（同一七〇・四〇条）を用いずに、「裁判所が自らの手続を統括する裁判所固有の権限に基づき、また検察官が遅延につき何らの理由も示さないことに基づいて」、訴追が打ち切られている[38]。

最高裁は、ジャーセン裁判官執筆による全員一致の意見により、裁判所の打切り権限の歴史的沿革を示しながら、実定法規に拠らないで訴追を打ち切る権限が裁判所にはなく、また固有権という思想が神話に過ぎないと判示した[39]。それは「訴追の不履行」や「日程の調整」が制定法の定める（具体的には一七〇・四〇条一項）理由として掲げられていないからであり、また州の手続法は十分な打切り権限を規定上付与しているのだからその中で権限が行使されるべきである[40]、といった打切り権限の「実定法的権限論」を繰り広げた。

さらに、リッカルト（ボイヤー）事件で最高裁自身が「正義の増進のために打ち切る固有の権限」について言及したことに触れ[41]、これは、本件での「訴追の不履行」や「日程調整」のために打ち切る裁判所の固有の権限との何らの関連性も有していないこと、また単に被告人の主張するリッカルト事件の判示部分はdictum（付随的意見）にすぎないことを指摘してその主張を退けた[42]。しかしながら、この最高裁判決は打切り一般に関する「固有権」について何ら触れておらず、また制定法に明記されない「固有権」に基づく打切りを認めたブリックナー事件に言及することなく、先例の扱いに疑問を残す形となっている。

おそらく、現行の「正義の増進」のための打切り規定の理由として一七〇・四〇条二項(j)に「そのほか有罪の判決がいかなる目的にも奉仕しないことを示す理由」という一般的、非類型的、非定型的基準が挙げられているので、この規定を用いることによって全ての事態に対応しうる、というのが最高裁の見解と推測されよう。(43)

しかし問題は、制定法が十分整備されたから「固有権」を狭く解してよいということではなく、これは問題のとりちがえであって、「固有権」に基づく事実審裁判官の打切りが可能かどうか、という論理構成を正しく採るべきでなかったかとの批判が生じよう。そうでないと、もともと「司法過程において最も基本的な概念」とされてきた(44)「正義の原理」が、柔軟な事実審の裁量、すなわち固有の権限に裏付けられた裁量ではなく、単に制定法に規定された手続上の裁量として規制されることになる恐れがある。これは「正義の原理」に関する厳格解釈説に近い考え方であろう。

3　あに図らんや、一九八八年のホルツマン対ゴールドマン事件(45)において最高裁判所は、事実審裁判所が事件を「正義の利益」を理由にして打ち切る場合、「基本的な衡平さ(basic equity)」を理由にするのではなく、クライテリアに挙げられている一〇の要件を考慮し、いかなる要素が打切りの基準として働いたかを明らかにすべきとの判示を下して、基準の拘束性を認める判決を言い渡している。

このように、打切りの要件化が進んだ結果、裁判官の裁量がその要件に拘束され、これを厳格に審査、判定するという現象が生じてきた。先のダグラス事件同様、打切りについて「実定法的権限論」を押し進め、抽象的な根拠を拒否し、もちろん「固有権論」のアプローチを排斥する方向がその中心に据えられている。これでは、「正義の原理」に基づく訴追の打切り制度におけるニューヨーク州の有する先進的な制定法が逆に災いし、固有権を狭く解釈する方向に導く役割を果たしていると評価されるおそれも含んでいよう。(45a)もちろん、そうした見解を打ち出させた背景には、あまりに多くの事案において「正義の増進のための訴追の打切り」が申し立てられていて、裁判所の判断をより形式的に迅速に、

あるいは画一的に実施させるには、法定の要件に従った打切り手続に限定しておくのが肝要であるという司法政策的配慮もあるかと思われる。

いずれにせよ、当初ニューヨーク州においては「正義の増進」という原理の「固有権」的性格を承認して三権分立論を克服する見解も示されたけれども、裁判所は「正義の増進のための訴追の打切り」権限すら立法の付与によると解し、打切り権限に内在する「固有権」思想を排除する方向に進むに至った。

ところでこの「固有権」的思想は、従来「職権主義」的なアプローチであると非難されることが多かった。それはわが国において「手続打切り論」自体にも向けられた批判である。しかしながら、打切り論は「救済の法理」としては被告人の利益に働き、なおかつ「政策の法理」としても、先に示された刑事司法の抱える様々な問題解決の一手段として有効であるばかりでなく、当事者〔対立〕式の訴訟構造においてしばしば弱者の立場に置かれる被告人を保護する、いわば当事者主義の補完的役割を担っていることを指摘しておかなければならないだろう。殊に、当事者型のモデルとされてきた英米の訴訟構造の中で、裁判所の固有の権限が行使されてきた意味を再度確認する必要がある。そこで次節では更にニューヨーク州以外の裁判所の権限論に眼を向けて考察を進めてみることにしたい。

二　職権主義の克服——「司法の監督権」の観念

(1)　監督権概念の登場

1　さて前項にまとめられた経緯には、固有権思想が「司法による刑事司法制度における統制」権限を承認する理論としては抽象的に過ぎ、そのことが制定法によらない裁判所の権限を限定的に解釈する方向に歩ませてしまったことが明らかになった。

これに対して、同じ裁判所の権限を説明する概念でありながら、今世紀に連邦最高裁の判決から生まれた司法の「監督権(Supervisory Power)」の観念はより明快で具体的、直接的であり、様々な手続きの段階において利用することが可能な柔軟な考え方であるように思われる。そこでこの監督権の概念の沿革と機能を学び、打切りを促す司法制度上の原理的側面を見ることにしたい。(45b)

司法の「監督権」という考え方は、一九四三年のマクナップ事件において、合衆国最高裁判所によって初めて判例法上確立したとされている。(46)すなわち、「司法は、連邦の裁判所において刑事司法の執行における手続きや証拠をめぐる文明化された基準が確立され、それが維持されるよう〔これを〕監督する」(47)のであって、司法が刑事手続において持つべき「監督権」によって、刑事司法における全ての手続きに裁判所の監督機能が及ぶとされた。マクナップ一家は公務員(歳入局アルコール税部門)殺害の疑いで逮捕されたものの、(48)まず捜査当局は、酒に関する連邦税を収めずにウイスキーを売買した罪で取り調べた。こうした取調べの経過を審査したうえで、フランクファーター判事による法廷意見は、自白が不法な拘禁状態で得られたこと、逮捕・拘禁に当たって司法官憲の面前に引致する手続を踏んでいなかったこと、弁護士や知人の面会もなく援助も得られなかったことなどを理由に、事実審の有罪判決を破棄した。(49)その際に、憲法問題に立ち入ることなく先の監督権の観念を明らかにして、先例の見地を適用する裁判所の機能がこうした司法の役割によって担われているという考え方を示したのである。(49a)

この「監督権」の観念はすぐに民事にも波及し、一九四六年にはスィール対南太平洋会社事件で民事手続においても用いられることになる。(50)

2　さて、ヒル教授の分類によれば、監督権と呼ばれる概念は三つの機能を担っているとされる。(51)第一に、司法手続きの質を〔保護し改善するために〕見渡す(overseeing)場合である。それには、マクナップ事件のように証拠のルールが

憲法上の観点に照らして不十分な場合であるとか、憲法上許される範囲内で裁判所が最善のルールを形成することを欲する場合（いわゆる規則制定権）が考えられている。もちろんこの機能は、法の進展、改善によってその働く範囲が狭められていくことは否めないが、続く第二、第三の機能を認める以上前提として認めておかなければならないし、かつまた必要不可欠なものである。[52] 第二は、制定法の違反についてこれを適示する（addressing）場合である。証拠法について言えば、伝聞法則の違背や自白法則の無視（たとえば偽計による自白など）が挙げられる。[53] 第三に、憲法上、制定法上の違反はないが、司法の眼から見ると不当な行為について救済が必要な場合である。特に証拠の収集や訴追の裁量過程における法執行官の不正行為を理由に、司法へ事件が持ち込まれることを認めない処置が考えられてきた。[54] 一九五二年のオン・リー事件などは、おとり捜査官の捜査方法が「きたない」ものであったためフランクファーター判事が不法な捜索差押であると評価した場合である。[55]

3 こうした監督権が実定法に取り込まれたという事実はあまり知られていないが、一九五七年のジェンクス事件[56]が契機となって生まれた、証拠開示法（ジェンクス法）[57]、また迅速な裁判を受ける権利の保障に関して、七二年のバーカー対ウィンゴ事件[58]を契機に定められた一九七四年の迅速裁判法などは第一の機能との関係から貴重な例となっている。[59] 逆に、一九八五年の犯罪統制・街路法のように監督権を抑制する方向に位置づけられる立法も出現しており、[60] 立法と司法との緊張関係は続いている。実務上、下級審を中心に監督権はさまざまな場面で用いられてきたが、近年連邦法域において、監督権が裁判所の判断の基礎とされている三つの重要な問題領域を以下に紹介したい。[61]

第一の領域は、証拠の提出をめぐる問題を解決し、手続的なルールを創設したりする際に司法の廉潔性（judicial integrity）を確保することを目的として監督権が利用される場合である。一九八〇年のコルティナ事件[62]、一九八三年のジンガー事件[63]などがこの代表とされる。第二の領域は、検察官の不正行為に対するサンクションを実施したり、職務上

の基準を確立したり、さらには不当な行為によって提示された証拠を排除する際に監督権が用いられる場合である。たとえば一九八〇年のコルティナ事件、一九八三年のピノ事件[64]、一九八三年のゲルバーシ事件[65]などが挙げられよう。第三は、大陪審の手続きに関して、監督権が起訴を打ち切る権限を認める論拠とされる場合である。一九七八年のヤコブス事件[66]、一九七九年のセルボ事件[67]、一九八三年のホーガン事件[68]などがその例である。

4　これらの問題領域を通じて言えることは、監督権は実際に裁判所が手続上の基準を見出せない場合の、当座の間に合わせという性格を持っている[69]、ということである。この点はわが国の「公訴権濫用論」と同じ機能を果たしていると言えるのではなかろうか。つまり、立法が望まれるがまだ救済を実現する具体的手立てがない場合に、また、判断を下す枠組みが実定法上提供されていない場合に、司法判断によって何らかの処置が講ぜられるわけである。

従来こうした司法の介入を正当化する際に用いられていたのは「固有権」の思想であったが、マクナップ事件以降、連邦判例はこの「監督権」概念を正面に据えて問題解決のための論拠とするに至った。合衆国最高裁判所は、大きく二つの観点からこの監督権の目的をとらえている。例えば一九八三年のヘイスティングス事件によれば、監督権の目的には違法の抑止という「**政策的目的**」と、司法の廉潔性を保護するためという「**倫理的目的**」の二つが存在するとされた[70]。しばしば前者は、憲法の要請する「公平な裁判を受ける権利の保障」から導き出されるけれども、実際には、個人の権利保護という面と、司法制度において生じる違法状態を抑制しようという面の異なる二つのアプローチから構成されているようである。これはたとえば違法収集証拠排除などの理論構成を見た場合に理解されよう。つまり一方からは、当該手続において適法に取り扱われる権利を持っていた被告人の救済が「排除」の理由として示される（**権利保護説**）が、他方からは視点を司法そのものに据えて、以後の司法〔過程〕の利用における正当性を維持すべく、違法を「排除」することが抑止に効果的だという見地（**抑止効説**）が示されるのであった。このように監督権の考え方は、固有権の観念

がただ裁判所に固有の権限があると強調するばかりであるのと対照的に、政策的にも制度的にもその存在理由を明らかにするところが特徴であると考えられ、また同時に自らの目的と機能を明確にすることで裁判実務に奉仕しうる観念へと成長したものだと言えよう。(71)

(2) ニュージャージー州における「監督権」論争

1 さてここでは、この監督権が実際に州の裁判所を舞台にどのように行使されているのかを見てみたい。一九八三年、ニュージャージー州のガフィー事件では、ハンドラー判事が「刑法の執行に関する裁判所の監督権限（supervisory authority）は、刑事訴追の継続的な保全（メインテナンス）にまで広がっている」(72)と述べて、広範な裁判所の監督権を認めるとともに、その対象が刑事訴追〔手続〕全体に広がることを示唆している。ガフィー事件は、無能力の被告人に対する訴追を打切り、州の精神病院へ収容するよう命じた事実審の命令が妥当かどうかが争われた事案である。最高裁判所は全員一致の意見により、「刑法の執行は通常は主に行政の責任であるけれども、〔個々の〕裁判所は公益に基づいてそうした〔行政の〕責任について免除に関する適切な監督権を持っている」との見解を示して、監督権の観念を明示し、事実審の命令を支持したのであった。(73)

また実際に監督権の発動が見られたものとして、証拠開示がなされない場合の制裁として監督権を発動することによって訴追を打ち切るとの見解を示した七六年のラガネラ事件判決(74)や八一年のハント事件(75)、大陪審への不合理な訴状の遅延が行われた場合の打切りを示したチチェット事件(76)、さらに大陪審における不正な行為を理由に打切りを行ったハート事件(78)、などが具体的な事案として注目される。そして次に紹介する一九八五年のアバチ事件に関する州最高裁判決は、固有権ないしは監督権に関するもっとも示唆に富む判決であろう。八四年、NJ州中間上訴裁判所は、二度のミストラ

イアルに達した後、被告人から訴追の打切りを申し立てられた事案につき、この問題に関するハワイ州の先例モリウォク事件を参考に右申立てを認めた事実審裁判所の判断を、ガールキン裁判官執筆の多数意見により破棄した。[79] 被告人の上告を受けたニュージャージー最高裁判所は初めて監督権問題に関する具体的な事案に直面することとなったのであった。

2　【アバチ事件】被告人は一級の誘拐罪、一級の加重的性暴行罪、ならびに四級の不法な銃剣の所持罪、そして不法な目的のための銃剣の所持罪で起訴されていたものであり、告発人である女性を朝七時にバス・ストップから誘拐し、車でマリファナを吸って性交をし、アパートに連れ込んだという事案である。陪審は被告人、告発人それぞれの証言の信用性をめぐって紛糾し、右の各訴因について陪審の評決がわかれたため二度のミストライアルとなり、事実審裁判官は「訴追を打ち切る固有の権限(inherent power to dismiss the indictment)」に基づき、当該訴追を打ち切ったのである。[80] 州側はこれを不服として控訴し、「制定法上の権限のないところで、または明確な被告人の憲法上の権利侵害がないところでは、裁判所は訴追を打ち切る権限はない」と主張した。[81]

ニュージャージー州にはニューヨーク州のような「正義の増進のための訴追の打切り」制度が制定法上用意されていない。そこで控訴審は他州やニュージャージーの先例を手掛かりにして、制定法のない場合でも裁判所が手続を打ち切る権限を有していることを様々な事由を挙げて論証し、裁判所は検察官のおこなった訴追裁量を審査することが可能であると判示した。[82] しかし一方でそれは確立された基準に従わなければならないこと、検察側の主張との明白な違いについて明らかにすること、の二点が判断に際して求められるとしている。その結果、事実審の審査では未だ検察官の主張との相違について判断されていないため、この点につき、事実審での再審査を義務づけて差し戻すと判示した(二対一)。[83] ただし、少数意見としてマテュー裁判官は、検察側は三度もチャンスを与えられる必要はなく、事実審の打切り命令を

支持するとの見解を示している。[84] ところが被告人側の上告を受けた最高裁は、一九八五年にハンドラー裁判官以下七人全員一致で原判決を破棄する判決を下した。[85]

最高裁は、被告人の憲法上の権利を検察が侵害した場合に訴追を打ち切ることに異議がないことをまず確認した上で、二重の危険条項はミストライアル後の再審理を妨げないとした。[86] それゆえ本件で連邦ないしはニュージャージー州憲法の二重の危険条項を持ち出すことはミスリーディングとなると解している。すなわち二度のミストライアル後に訴追を打ち切る権限をそれらの憲法条項は付与するものではない、とした。

そして、本事例の打切りのような裁判所の権限は、デュー・プロセスおよび基本的公正さという二つの原理によって考慮されることが相応しいとの考えを示し、以下のような一般論を展開している。

「我々は、適当かつ妥当な救済を創造する司法の必要性と共に、基本的公正さの金言と刑事司法制度の全体的な効率的遂行を確保する一般的な責任が、陪審がデッドロックを繰り返してミストライアルを続けた場合には、再訴不可能な訴追の打切りを行う事実審裁判所の固有の権限(an inherent power in a trial court to dismiss an indictment with prejudice)を承認している、と考えている。[87]」

そう考えると、本件で検討しなければならないのは、右権限を用いた事実審裁判所の「権限の範囲と性質(the scope and nature)」となる。最高裁は「われわれの裁判所の固有権は〔憲法に規定された〕司法条項によって定義されるのではないし、これらの権限に関して研究し尽くされたどんな定義を与えることも実務上不可能である。[88]」と述べている一方で、乏しい司法条項から、必要とされ、かつ適当な救済を導く権限が正当化されていることを示している（特に裁判所は、これまでさまざまな情況の下で固有権を基礎に打切られてきた事例を挙げている。[89]）。さらに、固有の権限を導く論拠とされる「基本的公正さ(fundamental fairness)」がデュー・プロセスの権利の不可欠な部分であると見られるこ

とを指摘し、憲法の条項からも「公正さ」の観念が導けると説明した。[89a] そして最後に本件打切りにあたって用いられるべき基準を挙げつつ事件を事実審に差し戻している。[90]

ニュージャージー州最高裁判例では監督権という文言を直接用いなかったが「固有権」によって司法の刑事手続過程における介入、とりわけ打切り権限が明確に位置づけられていることが理解されよう。特に、デュー・プロセスの観念から敷衍された「基本的公正さ」の原理と、一般的な裁判所の刑事司法への責任との両面からこの「固有権」が論証された意義は大きいと思われる。

先に政策的目的と倫理的目的との二者が監督権の目的として示されたけれども、このようにNJ州では、ガーフィー事件はもっぱら政策的な判断から、[90a] またラガネラ事件はもっぱら倫理的な判断から裁判所が裁量権限を発揮させた事例であった。[90b] 更にこのアバチ事件においては政策的にも倫理的にも、救済原理として「固有権」の発動が認められている。以上にかいつまんだアメリカの連邦および州における打切りの法理の具体的な展開は、「手続打切り論」が職権主義的だという批判〔本章第一節を参照〕が的外れであるとの反証に資することとなろう。

アメリカにおける判例・学説の紹介についてはここまでとし、続いて我が法における同様の思想の可能性を検討することにしたい。とりわけ当事者主義原理に立った刑事手続においても、裁判所の権限の発動を求める原理的な要請が存在することを確認しておくことにする。

(3)　わが国における司法監督権の思想

1　従来わが国では、アメリカに見られるような手続全体に対する裁判所の監督的な地位を押し進めることは当事者主義に反し、職権主義への道を逆戻りするとの指摘が強かったように思われる。しかし、公訴権濫用論の登場によって「司

法のコントロール」の観念が当事者主義訴訟においても必要なこと、否むしろ当事者主義訴訟であるからこそ必要な場面があることが明らかにされ[91]、さらにデュー・プロセスの担い手としての「裁判官論」が提示されるに及び[92]、こうした方向性が必ずしも当事者主義に違背するものではないと主張されるに至った。

しかしながら一方で、デュー・プロセスの担い手に裁判所を位置づけうるかという点については、わが国の裁判所に民主的基盤がないことなどから、いわゆる「担い手論」批判が登場したこともあって[93]、公訴権濫用論をめぐっては、裁判所の権限論はあまり議論されずに、被告人の主張の根拠論や打切りの方法論に議論が集中するという事態に至る。他方で、公訴権濫用論を否定的に解する立場からは、法律に定めのないような訴訟条件違反を理由に手続の打切りをおこなうことは、裁判所の権限を逸脱したものとの批判があり、これは三権分立の原則に反するとの見地が示されていた[93a]。つまり、司法の権限論は、「担い手論」と「分立論」の狭間で、十分な展開の素地を見出さないまま今日まで立ち至っていると評することができる。そこで以下ではまず、わが国における権限論の沿革を見ておくことにしたい。

2 当事者主義訴訟下での裁判所のコントロールの可能性に着目し、これにデュー・プロセスの機能を盛り込みつつ刑事訴訟法の解釈原理にまで高められたのは言うまでもなく田宮裕教授であろう。田宮教授は一九六九年に『訴追裁量のコントロール――公訴権の濫用について――』という論文を公にされたが、検察官によって行われる訴追裁量に対する裁判所の統制権の存在を証明するため、規則制定権の規定からわが国の裁判所にも「固有権」の観念が妥当するとの解釈を示された[94]。そして「監督権限」という文言を用いて、検察作用も司法による「訴訟的監督下」に入ることを明らかにされたのであった。しかし当時の判例状況から見た場合には、こうした「監督権限」を認めるにしてもどの程度までこの権限が働くことになるかは自明でなく、実務慣行などによって徐々に形成されていく「事実としての規範」に依るほかないとされていた[95]。

その後、田宮教授の示唆された「監督権限」は実際の裁判において発揮されることとなり、その積み重ねによって、この権限を行使する範囲を伺わせる「事実としての規範」的内容も少しづつではあるが明らかにされていったのである。その第一の類型は、証拠開示の問題に関してであり、第二は、迅速裁判の実現に向けた裁判所の権限についてである。最高裁判所は第一の点について、一九六九年に「裁判所はその訴訟上の地位にかんがみ、法規の明文ないし訴訟の基本構造に違背しないかぎり、適切な裁量により公正な訴訟指揮を行ない、訴訟の合目的的進行をはかるべき権限と職責を有するものであるから……訴訟指揮権に基づき、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させるよう命ずることができるものと解すべき」との判断を示して[96]、訴訟指揮権に基づく裁判所の権限の発動を具体的に認めた。また第二の点についても、七二年の高田事件の判決中、いかなる権限に基づくかを明示しないまま、「これ以上実体審理を進めることは適当でないから、その手続をこの段階において打ち切るという非常の救済手段を用いることが憲法上要請されるものと解すべき」と述べているが[97]、審理の進行が「適当でない」から「打ち切る」との判断は明らかに裁判所の裁量による判断であって、たとえ憲法の要請であるにせよその実現を計る上で、明文法規がないままこれを具体化させることは裁判全体に対する監督権限の行使によってであることは明らか[98]であろう。

さらに手続打切りに関して振り返るならば、一九八〇年に最高裁判所が「チッソ川本事件」への決定[99]において、公訴提起に対する審査を限定的ながら認めたという事案につき、たとえば三井教授などは、「最高裁が検察官の行政的処分に対して司法の審査が及びうると明言したことは、重要な意味を持」ち、「当事者主義訴訟の内実が検察の訴追活動に対する司法の監督権をも肯定することを認めたというのは、刑事司法の価値転換を示すものとして象徴的意味合いがある」との評価を加えられた[100]。つまり、従来の形式的当事者主義を敷衍したかたちの、訴追裁量への審査を否定的に捉えてきた実務のあり方に実質的な転換が起こったと位置づけたわけである。もっともその後、下級審裁判所は公訴権濫用

の主張に対していずれも最高裁の基準にしたがって消極的に解してきたのであるから、[101] 理論的立場の転換がただちに積極的な監督権の発揮に至ったわけではない。

3 このように、これまでわが国に定着を見せていなかった「司法の監督権」の観念が存在することを公訴権濫用の審査に当たる裁判所の姿勢に対して描いてみせた田宮教授の指摘は重要である。しかし、司法権に監督機能が内在するという捉え方自体は一九六七年に鴨教授が、「訴訟管理権」という概念を提唱された中に既に現れていた。同教授は「基本的人権と公正な裁判を保障し司法の優位を是認する現法制下では、糺問制度とは逆な立場から、あらためて、刑事訴訟における裁判機関の訴訟管理権のありかたを究明する必要がある」と述べて、[102] 当事者主義訴訟の構造においても裁判機関の有する手続への一種の介入権限が必要なことを示されていたのである。管理権は、訴訟の中では衡平的機能、抑制的機能、促進的機能の三つの役割に分けられるという。[103] このうち、手続打切りの判断は第二の抑制的機能に属することとなろうか。鴨教授自身も、訴訟条件欠缺の場合に言い渡される形式裁判を抑制的機能に含ませていたところから、手続打切りの権限も同様に解することが可能だろう。[104]

管理権という概念はドイツ法の Fürsorgepflicht ということばに由来しているとされるが、[104a] これは要するに「被疑者被告人への後見的な裁判所の責務」と解される。[104b] 鴨教授の「糺問制度とは逆な立場から」裁判所の権限を発揮する事態とは、まさにこの「後見的」役割が果される場面と思われる。そうした意味では「管理権」という訳語はあまりなじまないように思えるが、いずれにせよそこでは職権主義的な「真実発見」への裁判所の役割とは大いに内容を異にする。

岡部教授も、起訴前手続の違法が公訴の効力に影響を与える点についての政策的基礎を考察するに当たり、「訴訟管理権が裁判によるデュー・プロセスの実効性ある保障に依拠している限り」という条件付きながら、「訴訟条件に対する裁判所の管理ということが当然に導き出される」と述べて訴訟管理権の観念を承認されていた。[105] そして同教授は、訴

訟管理権の観念が訴訟条件を拡張的かつ実質的に解釈する方向を認めること、ひいては形式裁判による手続の打切りを正当化することになるとの見解を示したのであった。[106]そう考えると「管理権」と言おうと「監督権」と言おうと、いずれにせよ行政作用である訴追権の行使に司法からの実質的な評価を形式的訴訟条件から離れて行うことができる、という論理を支える原理としては同じ意味を与えていると評することが出来るのではなかろうか。

(4)　訴訟指揮権に関する固有権的解釈

最後に、司法の固有権あるいは監督権という観念が解釈論上機能することが期待されている領域に付言して考察を終えたい。

我が法においては、裁判所の一般的な訴訟の指揮権限を認める規定は刑事訴訟法二九四条に置かれている。二九四条〔訴訟指揮権〕公判期日における訴訟の指揮は、裁判長がこれを行う。

この条文は訴訟の進行を秩序づけるため、裁判所が合目的的活動をおこなえるよう規定されたと考えられている。[107]本条は公判期日における訴訟指揮についての一般規定であり、裁判所の訴訟指揮権全般を定めたものではない。しかし、訴訟指揮権は本来的に裁判所が有する権限と解されており、[108]禁止規定がない以上明文根拠がなくても発揮されることが認められるとの見解が通説的であろう。[109]右権限の存立根拠については従来、「本来的」に裁判所に帰属する権限である、という以上の説明は見られなかったが、近時その本質を裁判所の「固有の権限」であると明言する論者が多い（固有権説）。[110]

さて二九四条にいう権限の内容を考えるにあたっては、「指揮」とはいかなる意味を持つかが問われなければならないが、たとえば訴訟法の英訳ではpresideという言葉が用いられている。[111]これは「管理する」とか「統括する」という意味を持っているとされており、さきほどの「訴訟管理権」の観念に通じると言ってよい。すなわち、当事者主義訴訟

を基礎とする刑事司法制度にあっても、その短所を補い、公平・迅速な裁判を確保するためにもこうした裁判所の権限の発動を法は本来的に求め、かつ認めていると考えることが肝要とされよう。(112)

このように考えると、本条文以外に明示的に裁判所に特に留保される権限として法によって与えられている権限(113)の他に、訴訟条件の審査といった裁量行為が存在することを認めることも不当ではあるまい。そうでなければ固有権を訴訟指揮の根底に据えることを問い直さなければならないわけであり、そうなると、いったい明文根拠がない場合の裁判所の訴訟行為はいかなる権限によって行われるのかを説明することは出来なくなってしまうからである。

結局のところ、先の証拠開示問題や迅速裁判への救済にとどまらず、広く固有権的観点から「裁判所の手続打切り権」を認めておくことは正しいと言えよう。それは理論的な要請のみならず、先に〈一〉で考察されたさまざまな政策的な要請によっても基礎付けられるものであって、固有権を基礎にした司法の「監督権」もしくは「管理権」、「指揮権」を手続打切りのために発動することが求められる事態を承認する必要があるだろう。そうした観点から高田事件やいんあ者事件(114)などの打切りのケースを捉えておくことが肝要だと思われる。

三　実体的真実主義の克服——不処罰機能の実現

我が刑事訴訟法の基本的な目標に何を位置づけるかについては、既に議論が繰り返されてきており、ここであらためてそれを開陳する必要性は乏しいかもしれない。しかしながら、法一条に定められている「事案の真相を明らかにし」「刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現すること」については手続打切りを支える理論状況を左右しかねない問題をはらんでいるため、今一度これを検討しておくことにする。

真相の発見とは一般に「実体的真実主義」という観念によって代表されることが多い。(114a)この考え方、特に積極的真実

主義と呼ばれるものは、実体法を常に優先させるものであり、従って刑罰法令の完全な実施を含んでいた。そうした意味で、しばしば「必罰主義」と同義に用いられている[114b]。刑事訴訟法をこうした原理で貫徹させることは、一条が予定していないことは言うまでもない。それはこの部分に先立って「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ」という制約の下にあることから理解されよう。すなわち、刑事訴訟法は「被告人絶対処罰」という価値観念には束縛されることなく、常に右の手続的な制約および合目的性の下で運用されなければならないのである。

そうした意味で、右制約の前段は「公共の福祉の維持」という要件を課しているわけだが、従来は「公共の福祉」概念は、治安の維持や秩序の維持、という国家の警察作用の目的としばしば混同していたように思われる[114c]。この考えは、「処罰しなければ公共の福祉の維持に合致しない」とする必罰主義的思考につながるものであって、一条の解釈としては適当ではない。ここでは、たとえ処罰を行わなくてもそれが「公共の福祉」に合致し、適当な場合においては、処罰の実施は「必要ではない」というだけではなく、むしろ「適当ではない」と言わなければならないだろう。それはすなわち、処罰を行わないことも「正義にかなう」という「正義の原理」につながる思想に裏付けられる。

こうした思想は、不処罰志向の考えであり、ディクリミナリゼーション（非犯罪化）やディペナライゼーション（非刑罰化）と呼ばれる近時の刑罰思想とも重なるものがある。これらの関係については、先に〈一〉において「政策論的基礎」という観点からまとめられたけれども、それは刑事訴訟法が実体的真実主義から離脱し、デュー・プロセスの要請を満たしながら、公共の福祉の維持に奉仕しうる制度を規定する法律として理解されるようになるための、ひとつのキーワードであったと言ってよい[114d]。

犯罪と刑罰効果の不可離的一体の関係を言う時代は既に終わっている。現行法でさえ、刑事政策的観点から、起訴猶予制度を承認し、特別予防に資するとしてこれを積極的に活用しているし、警察段階での微罪処分なども同様であろう。

これらの延長線に「政策の法理」として、手続打切りを位置づけておくことが許されるのではなかろうか。もちろんこうした考え方には、犯罪と刑罰効果を一体としてそれ自体を訴訟法の課題であると捉える従来の考え方からすれば大いに反論が予想される。けれども、現行法の起訴猶予規定などがそうした考え方を前提に組み立てられていないことは明らかである。やはり、犯罪と刑罰効果は分離して考えていくことが妥当であって、そうすれば、手続の打切りに対する当事者主義的な再編成も要請されるであろうし、訴訟理論もその範囲で修正を余儀なくされてこよう。本章第一節で紹介された公訴権濫用論とこれをめぐる訴訟条件論ならびに公訴権論の変遷は、そうした諸課題に対する解決の道を探ろうとする生みの苦しみであったわけであり、それは「手続打切り論」においては、特に「政策の法理」としていかなる場合に処罰を不要とするのか、をめぐる議論となっていたわけである。

（〈三〉以下　次号に続く）