



Title	刑事訴訟における手続打切り（ 8 ） - 「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(5), 123-189
Issue Date	1994-01-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15550
Type	bulletin (article)
File Information	44(5)_p123-189.pdf



[Instructions for use](#)

刑事訴訟における手続打切り（八）

——「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	
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	(四三卷一号)
第一節 旧刑事訴訟法(CCP)六七一条——「正義の増進」原理の成立——	
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——	(四三卷二号)
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——	(四三卷四号)
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——	(四三卷五号)

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——

(四四卷二号)
(四四卷三号)

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

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

〈二〉 手続打切り論の原理的、制度的基礎

〈三〉 手続打切り論の機能的基礎

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

(以上本号)

第三章 手続打切り論の構造

第二節 手続打切り論の基礎的考察

承前

（三） 手続打切り論の機能的基礎

政策的基礎、原理的基礎に続いて、本項では実際に訴追を打切るべき類型として既にわが国の学説、判例の議論の俎上に登った具体的問題領域と、その打切りの形式および対照しうるいくつかの方法について機能的考察を進めていきたい。一、二においてはアメリカ、特にニューヨーク州を中心に訴追の打ち切り形式を問題領域別に考察し、三から五においては手続打切りと同様の法的機能を有する諸制度との比較を行う。それぞれの点についてわが国固有の問題点と米国のそれとを比べながら、比較法的に「手続打切り」制度の機能的な意義を探ってみる。具体的には、法律問題の解決として手続打切りが考慮される問題領域の中から、おとり捜査が問題になった場合と公訴権の濫用が問題になった場合を取上げ、そして、機能的に類似の諸制度から、無条件放免制度と手続打切り制度との比較、軽微な犯罪に対する打切り制度の紹介、そして公訴の取消制度の活用の問題、を制度研究として採り上げることにした。

一 おとり捜査と手続打切り

1 一九七八年、アイザクソン事件（判例番号C⑬）においてニューヨーク州最高裁判所は、「わなの抗弁」によって打切りが認められなかった事案につき、禁制品（マリファナ）売買の罪で起訴されていた被告人に対する訴追を、「警察の活動をデュー・プロセスの基準によってテストしてみると、我々（裁判所）に打切りの義務を課すほどひどい、侵害の強いものである」と判示して、「正義の原理」に基いて打切るよう命じたのであった（事件の詳細は、第二章三節（五）五を参照⁽¹⁵⁾）。

こうした「おとり捜査」が不正なものである場合に、既に確立されている「わなの抗弁（entrapment defense）」以外に、「正義の原理」とデュー・プロセスの原理に基づいた手続の打切りが認められているニューヨーク州の実務に比べて、わが国では、判例が手続の打切りを行ったものは見られず、現在までのところ学説の提案に止まっている。

そこで、以下におとり捜査が判明した場合の手続の処理につき、諸説を掲げ、「打切り論」との関連性を探ってみたい。

(1) 無罪説

本説は、打切りという解決には該当しないと見えよう。むしろ、実体法的アプローチに立った解釈である。すなわち、「行為者の犯罪行為が、罔の不当な示唆に原因した場合は、犯罪は成立するが可罰性は阻却される」という構成をとる⁽¹⁶⁾。同様の見解は、下級審にも見られた⁽¹⁷⁾。

(2) 免訴説

団藤博士は、訴訟法的解決方法として、実体的訴訟条件が欠ける場合であるとの見解から免訴を言い渡すべきであると主張され⁽¹⁸⁾、また鈴木教授は「犯意を誘発した場合には、国家は「処罰適格」を欠くことになり、刑罰権を行使しえない」として「処罰不相当」の観念に基づき免訴（三三七条二号以下を準用）を主張される⁽¹⁹⁾。

(3) 違法収集証拠排除説

犯意を誘発するわなの行為は、「国家自身が犯罪者と同じ程度に墮落したことを意味する」ため、「適正手続の要請にほど遠い」証拠として、排除すべきであるとの見解に立たれるのが高田教授である。⁽¹²⁰⁾ これには、なお「違法行為の抑制」ならびに「司法廉潔性ないし司法の無瑕性(Judicial integrity)」等の見地が付け加えられよう。⁽¹²¹⁾

(4) 公訴棄却説

田宮教授は、「捜査機関が自己に課された任務を自ら放棄して、犯罪者と同じレベルにまで墮落したときは、それに基づく公訴は訴追の利益を喪失するということもできる。また、捜査の廉潔性を失い、いわゆる「きたない」方法がとられたものとして、デュー・プロセスに反する違法無効の捜査であるともいえる。そして、このような捜査方法なしには当該公訴の提起はありえなかつたという関係があるときは、違法な捜査方法を防圧する強度の必要があるから、公訴棄却の制裁も考えられる」との主張を展開され、合衆国最高裁の「主観的アプローチ」から「客観的アプローチ」への動向と同様の⁽¹²²⁾、解釈を示されている。⁽¹²³⁾

2 一般に、こうした「おとり捜査」に基づく公訴提起をめぐるては、「公訴権濫用論」という類型によつて議論されるよりも、「前手続の瑕疵と公訴の効力」といった観点から論ぜられることの方が多かつた。ここでは主に、実体法的観点から右(1)(2)が、訴訟法的観点から右(3)(4)が処理の方法として提示されてきている。しかしそのうち、(2)の免訴説と、(4)の公訴棄却説は、実質的には「手続打切り」による被告人の救済として位置づけることができよう。⁽¹²⁴⁾

ここでは、アイザクソン事件で示された連邦の諸判例においても傍論ながら示唆されていた「デュー・プロセス違反が打切りを構成する」という理論と、(4)「公訴棄却説」の思考との類似性を指摘しておきたい。すなわち、「きたない」捜査がデュー・プロセスに反する違法無効な手続となる、という「棄却説」の主張は、⁽¹²⁵⁾「警察の行動が、デュー・プロ

セスの基準によってテストしてみると、ひどい、侵害の強いものであ⁽¹²⁷⁾って、「著しく正義に反する」場合には訴追は打ち切られる、というアイザクソン事件の判旨と重なりあっている。ラッセル、ハンプトン両判決では、可能性を示唆する傍論ながら、「法執行官の行為があまりに正義に反する場合、デュー・プロセスが、有罪を獲得する司法手続の発動を政府に禁じることもあり得る⁽¹²⁸⁾」という「手続発動阻止の原理」が明らかにされたけれども、ニューヨーク州は連邦に先立ち、この原理を「正義の原理」に依拠して「訴追の打ち切り」によって具体化したのであ⁽¹²⁹⁾った。その根拠は、「正義」という基本的公正さ(Basic fairness)を促進する義務を、デュー・プロセス(法)が裁判所に課していること⁽¹³⁰⁾に求められている。

このように、おとり捜査をめぐる事案であっても、「打ち切り論」のもとで論ずることは格別無理なものではなく、むしろ、ニューヨーク州のようにデュー・プロセスが「正義の原理」の発動を促し、違法なおとり捜査に続く訴追を打ち切ることができるのであれば、「手続打ち切り」が憲法上の平面で構成される場面も予定されていると解されよう。

3 こうした比較に基づき、本稿では「手続打ち切り論」の見地から、「おとり捜査」の問題について、(4)の「公訴棄却説」を最も妥当な処理と解することを述べておきたい。その理由は、第一に、「処罰の相当性」や「実体的訴訟条件」という実体法的アプローチに拠るよりも、むしろ憲法に定められているデュー・プロセスが直截に「手続発動阻止の原理」として機能する、と捉える方が、裁判所に無理のない「手続打ち切り」を促すこととなるであろうこと、第二に、その他の公訴権濫用の諸事例への「打ち切り」とも関連するが、筆者が、非類型的訴訟障害による「手続打ち切り」については「公訴棄却」の処理を基本と考えており(詳しくは後述)、「打ち切り論」全体の整合性からも妥当であること、第三に、筆者は、免訴か公訴棄却かは歴史的な背景に基づくもので、公訴棄却にも一事不再理効を認めることが許されると解するか⁽¹³¹⁾らである。

刑事訴訟における手続打切り（8）

二 公訴権濫用論と手続打切り

さて、「公訴権濫用論」が意図するところの、不当起訴に対する起訴無効、起訴抑制の原理の確立を、「打切り論」の中で位置づけていく方向を探ることが適切であるとの主張は既に繰り返されてきたものであるけれども、ここでは、ニューヨーク州の二一〇・四〇条の手続、すなわち「正義の増進のための訴追の打切り」の諸類型と「公訴権濫用論」に代表される日本法の諸事例とを比較することにより、学説によりその範疇に幅のある「濫用論」よりも、「打切り論」による再構成を行う方がより明確で直截な救済に繋がることを示してみたい。

下表Ⅱから明らかなように、打切りの類型は一〇のパターンが確認されている。

表の左側は旧法CCP時代に挙げられていた事例であり、右の新法CPL下での事例と対照させてある（この表の原表は、第一章第三節（五）

表Ⅱ 〈CCP671条、CPL210：40条の下での打切りの種類と事例〉

	旧法の事案の類型	CPL210：40、170：40条	事案の類型
(1)	迅速裁判権の侵害	スクリンスキー（C⑪）、ゲラー（C⑫）	審理の遅延（クレイトン基準(f)）
(2)	検察官の不正行為	オニール（C⑦）、ヒル（C⑧）、カルゾ（C⑨）、ヒルシュ（D⑳）	訴追裁量の問題
(3)	憲法上の権利侵害	カーター（C⑬）	——
(4)	——	コリアー（C⑬）、ベルコタ（C⑭）、アイザクソン（C⑮）、ロングウッド（D22）	捜査活動の違法
(5)	公衆が害を被っていない場合	ベイカー（D㉔）	（クレイトン基準(b)）
(6)	既に刑が十分に課されている場合	インシグナーズ（D⑬）	（クレイトン基準(d)）
(7)	証拠に問題がある場合	フリードマン（D⑰）	（クレイトン基準(b)）
(8)	被告人が精神異常・身体障害	バーゲス（C④）、ラスドン（C⑤）、ミッチェル（C⑥）、カマルゴ（D⑨）、ブルックス（D⑩）	被告人に何らかの障害がある場合
(9)	——	ブルマー（C①）、ビッグ（C②）、ベリッツ（C③）	やむをえない事情
(10)	——	ラオ（C⑯）、ヴェルノン（C⑰）、シュバルツ（C⑱）、ベネベント（C⑲）、リンゼイ（C⑳）	手続上の問題（ヒアリング等）

四CCP時代との比較を参照)。右一〇の適用類型は、「打切り」の幅の広さを表すものであるが、⑩の「手続上の問題」はニューヨーク州の打切りに独特のものであって、比較対照に挙げることはできないが、これ以外のものについてはわが国における処理方式との比較が可能であると思われる(表中の各判例については判例表Cおよび第二章三節における事案の説明を参照)。

さて、こうした諸類型に対応するわが国の「打切り」の事案はどのようなものがあるか。

(1) 迅速裁判権の侵害

これについては多くを語るを要しないであろう。一九七二年の「高田事件」がまず念頭に置かれよう。⁽¹³²⁾ また上級審で破棄されたが、一九六二年の「八王子職安事件」も著名である。前者は「憲法的免訴」と評されたように、免訴判決による打切りが行われ、後者は第一審、東京地裁八王子支部によって「公訴棄却の判決」が下されたものである。⁽¹³³⁾

(2) 検察官の不正行為

まずオニール事件(判例番号C⑦)は訴追裁量の濫用が問題とされ、ヒル事件(C⑧)は差別的起訴の事例であって、カルーゾ事件(C⑨)、ならびにカーター事件(C⑩)は検察官の悪意の起訴の事案であった。また旧法CCP下でのサントロ事件(A⑥)も同様である。このうち、検察官の不正行為が認定され、訴追の打切りが命じられたのは、カルーゾ、ヒル、サントロ事件が挙げられる(詳細は第二章の各節を参照)。

わが国においては、未だ検察官の悪意の起訴の類型が認められたケースはない。他方、差別的起訴が争われた事案としては、「赤崎町長選挙違反事件」⁽¹³⁴⁾が代表的なものと考えられよう。

(4) 捜査活動の違法

おとり捜査を主な内容とするが、先ほど述べたアイザクソン事件以外にも、コリアー事件(C⑬)では、余りに長期

にわたる内偵活動はプライバシーの侵害に当たるとして、被告人に対する権利侵害を認め、さらに刑事司法制度自体の廉潔性といった観点も加味しつつ、訴追を打ち切っている。

一方、わが国においては、捜査活動の違法がただちに公訴提起を無効とするという構成に裁判所が消極的であるため、学説レベルの展開が主流である。しかし、上訴審で破棄されたものの、大森簡易裁判所の「ウィップラッシュ傷害事件」での公訴棄却判決がこれに該当すると考えられる⁽¹³⁵⁾。

(5) 公衆が害を被っていない場合

クレイトン基準に、(g)の「公益基準」を提供する政策的要件として盛り込まれているものであり、七九年の新基準においても(b)において「犯罪の被害の範囲」および(g)、(h)の「インパクト要件」の中に含まれていた。さらに、旧法C C P下でのデービス事件(A①)の第一要件としても提示されていた。この類似判例として、クイル事件(A②)がある。どちらも打ち切りが認められた事案であり、「正義の増進のための訴追の打ち切り」の先例として著名である。

かかる類型に対応する事案は、わが国においては、おそらく「可罰的違法性」が問題となるケースであろう。たとえば、一厘事件⁽¹³⁶⁾やたばこ専売法違反事件⁽¹³⁷⁾等が挙げられる。こうした軽微事案は、事実的、法的に犯罪を構成することは否定できないにせよ、処罰に値しないような、すなわち「公衆に害を与えた」ことを認定するに足る事実がない場合に当たることは論ずるに待たないからである。特に、被害法益に着目した場合、これらの犯罪が個人的な法益侵害をもたらすものではなく、もつばら社会的法益に関連する事案であることから見ても、打ち切った際の「公益へのインパクト」が希薄であることを認めることができる。

(6) 既に刑が十分に科されている場合

これは、クレイトン基準の(d)に含まれ、なお新基準においても(f)で「刑を科す目的と効果」として考慮するよう要件

となつてゐる。たとえば事案としては、クレイトン基準を援用した一九七五年のシャーマニス事件（B②）、デイボノ事
件（B⑥）、七九年のジェームズ事件（B⑪）等が挙げられる。この種の事案は迅速な裁判を受ける権利の侵害とも密
接な関連を有しており、起訴後一六余年を経て罰金三千元、執行猶予一年が確定した吹田事件⁽¹³⁸⁾など、まさに刑をあがな
つて余りあるほどの遅延を認めうる事案であらう。

(7) 証拠に問題がある場合

これはクレイトン基準の(b)、新基準の(c)に該当するものであつて、七四年のチュルバ事件（B⑨）のように決定的な
証拠が紛失した事案が挙げられる。我が国では、これによつて証拠が充分でなくなった場合は、三三六条により端的に
無罪判決が妥当とされよう。

(8) 被告人に何らかの障害がある場合

本類型に該当するのは、一九七六年のバーゲス事件（C④）、七七年のラストン事件（C⑤）、七八年のミッチェル事
件（C⑥）等である。これに該当する事案は、未確定ではあるけれども、前節で挙げられていた岡山地裁が公訴棄却判
決を下した「いんあ者事件」⁽¹³⁹⁾であらう。

(9) やむをえない事情

一九七五年のブルマー事件（C①）は、刑務所内で刑務官に対して暴行を加えたとして、二級暴行罪等で起訴された
被告人が、後の暴動によつて歩行障害を負つていたため、裁判所は当該訴追を打ち切つた。こうした、手続を打ち切る
「やむをえない要因・事情・状況」の存在を理由に、裁量によつて「訴追を打ち切る」手続が我が法にはない。

仮に、チッソ川本事件⁽¹⁴⁰⁾や、年齢切迫少年事件等の事案に「打ち切り」を認めることがあるとすれば、「公訴維持の濫用」
と言われた川本事件のように、暴行を加えられた側のチッソ社長による嘆願書の提出といった起訴後の事情の変化を、

打切りのためのやむをえない状況と捉えることも出来るであろうし、またかかる適用が「正義の利益」となることも論ずるに待たない。そのことは、最高裁が控訴審の公訴棄却の判断を正義に著しく反しないと判示したことからも支持されようし、また、七九年基準の政策的要件である「公益インパクト」を考慮しても十分正当化される判断ではないか。⁽¹⁴²⁾

また、年齢切迫少年事件についても、この種の事案が家裁で審判不可能となった原因を被告人側に転嫁できない場合には、当然これを「やむをえない事情」の存在ありと判断して手続を打ち切ることも可能だからである。この際、当初から家裁での審判が妥当な事件であれば、凶悪犯として公益にそれほどインパクトもないであろうから、これもまた充分正当化される事案であろう。

本稿の「序」で紹介されていた「コロンビア大学不法侵入事件」のように、大学内での処分が期待できることが明らかな場合には、学生紛争という特殊な背景にも鑑みて大学の自治を重んじ、処罰を回避する手段が採られることも、司法制度への公衆の信頼に何らインパクトを与えないものとならない。

以上の比較検討から、「手続打切り」の射程範囲の広さが、「公訴権濫用論」を排斥するものではなく、むしろこれを「打切り論」の中に取り込み、その他の「非犯罪化」の類型と合わせて検討することによって、「救済の法理」、すなわち起訴抑制ないしは起訴無効の法理をより多角的に構成していくことになる⁽¹⁴³⁾と考えられはしまいか。

前節において指摘しておいたように、ここに「手続打切り論」のねらいと真の意義が存すると言えよう。

三 軽微な犯罪と手続打切り

軽微な犯罪をめぐる処理については従来「可罰的違法性の理論」を中心にして論じられてきたが、これを訴訟法的な観点から眺めると、わが国においては、警察段階における「微罪不送致」と、起訴前段階における検察官による「起訴

「猶予」処分が代表的であろう。また判決言渡しにおいては裁判官による「執行猶予」もこれに含まれることができよう。しかしながら近時、より積極的な司法の介入を求めて、起訴後公判前の段階においても、軽微事犯を手続から除外していかうとする見解が主張されていることに注目しておきたい。わが国では、軽微な犯罪について通常ならば起訴猶予に相当する事案であるにもかかわらず検察官がこれを起訴した場合には、裁判官は有罪宣告をするほかない。このような不合理を回避するため、公訴権濫用論の見地から当該検察官の公訴権の行使を非難し、これを訴追裁量の濫用と位置づけて、裁判を打ち切るべきであるとの主張が見られた。⁽¹⁴⁴⁾ 他方、実体的に見た場合には「可罰的違法性なし」⁽¹⁴⁵⁾ または「実質的違法性なし」として軽微な犯罪に対して無罪を言い渡すことも考えられてきたわけである。

アメリカにおいては犯罪の軽微性を理由に手続を打ち切る制度が立法上確立されている州がある。これらの法律は一九六二年、アメリカ法律協会によって制定された模範刑法典(MPC)二・一一条を範として定められており、⁽¹⁴⁶⁾ 手続打ち切りを求める実定法上の根拠を明示する興味深い規定となっている。⁽¹⁴⁷⁾ たとえば先に(二)の中の「監督権」問題で例とされたニュージャージー州の場合は、次のような微罪打ち切り規定を置いている。

2 C : 二一一条 微罪 (de minimis infractions)

「裁判官は、犯罪を構成するとして訴追された行為の性質ならびに付随する事情の性質に照らして、被告人の行為が以下に該当するとみなされる場合には、訴追を打ち切ることができる (Judge may dismiss a prosecution)

- (a) 「当該行為が」習慣的な許容ないしは我慢される範囲を超えないものであって、利益を侵害された者によって積極的に否定されず、またその罪を定めた法の目的に一致しないとき。
- (b) 被告人の行為が、その罪を定めた法律の防止しようとする害悪またはその脅威を実際には生じさせず、または生じさせたる害悪または脅威の程度が全く軽微であつて、有罪認定 (condemnation of conviction) に値しない時、また、
- (c) その罪を犯罪として禁止するに当たり、立法者によって予想されたとは合理的に認められない程度の酌量事情

(examination) が存在する時。裁判官は、検察官に対して告知を怠り、聴問の機会を与えずに、この項に基づいて訴追を打ち切つてはならない。検察官は、当該打切りに対して上訴する権利を有する。⁽¹⁴⁸⁾

前段の文章から明らかなように、本条文は手続法の一規定であり、「手続打切り」を裁判所の裁量によって認めるものである。被告人は(a)から(c)までに定められた類型に従い、罪とされた行為をめぐる事情を立証するよう求められている。微罪の打切りについても裁判所の裁量権の発動という観点が要求されることから、MPCの注釈はこの点についてニューヨーク州の「正義の増進のための訴追の打切り」制度を援用している。⁽¹⁴⁹⁾ 同条がニューヨーク州の打切りのように、非類型的な訴追の打切り一般を認める趣旨ではないにせよ、軽微性の判断をおこなう点では判断基準の重なりも判例に表れてきているところから、⁽¹⁵⁰⁾ 両者の関係はきわめて親密である。それはとりわけ、犯罪の軽微性という言葉が実体法的な判断基準が手続法の判断要件に入っているという点で類似しているし、そこには我が法の実体—手続のあまりの厳格な峻別と対比した場合に示唆に富むものが多いのではなからうか。⁽¹⁵¹⁾

他方で、制定法に盛り込まれる以前から、*de minimis non curat lex* (法律は些事にかかわらず) という法格言はコン・ローに受け継がれ、民事法あるいは刑事法の両分野において「軽微性の原理 (*de minimis rule*)」としてしばしば判例上用いられてきた。⁽¹⁵²⁾ とりわけ刑事法の領域では、このルールが抗弁として使用されるようになり、我が国で言うところの「可罰的違法性、実質的違法性の理論」と同様の効果が期待されるに至ったわけである。たとえばG・ウィリアムズ教授はそうした思想について、「立法者が数的に正確(な値を設定すること)を意図しておらず、通常の文言の中に多少の多い少ないを含んだ適用が意図されている場合、微罪の原理は生きることにならう」と評された。⁽¹⁵³⁾ ただ実際には裁判官がこの原理を適用することはまれであり非常に躊躇するとも述べている。とはいえ、具体的な事案を見た場合、

道路妨害罪を例に挙げたうえで、形式的にあるいは表面上「妨害 (obstruction)」があつたとしても、実質的に見た時に「それは法的な妨害の程度に達していない」と解されるのであり、こうした考え方の背後には「軽微性の原理」が潜んでいると指摘されていた。⁽¹⁵⁴⁾

同原理に消極的なイギリスとは異なり、カナダにおいては、微量の薬物の所持罪に関してひんばんにこの「軽微性の原理」が被告人から主張された。最も早期に右原理の適用を示した判例は一九四九年のパレシヤティ事件⁽¹⁵⁵⁾である。更に五四年にはリン事件⁽¹⁵⁶⁾で初めて薬物事犯に同原理が適用されることとなった。

リン事件は被告人のポケットから〇・〇〇一グラムのヘロインが検出されたという事案であつたが、事実審のマックブライド裁判官は以下のように「軽微性の原理」の適用を判示している。

「本件被告人が不法にヘロインを所持していたかどうかという問題は、私にとって裁判所が不合理なもの、ばからしいものを認定するように求められていると思われる。しかしながらそれではあまりにわざとらしく、現実離れしてしまい、ほとんど空想的な広がりを感じるばかりであろう。……そこで私は本件について、パレシヤティ事件⁽¹⁵⁵⁾において軽微性の原理を民法⁽¹⁵⁷⁾事法ばかりでなく刑事法にも適用するとしたマニトバ郡上訴裁判所の見解に賛成したい。」

こうした積極的な見解がある一方で、一九八四年にはオンタリオ郡最高裁判所がある商店から一ドルに相当する商品を窃取した事案において、事実審の「軽微性の原理」による打切り判決を破棄し、右原理は刑法には適用されないと述べている。⁽¹⁵⁸⁾ また同原理を採用せず、常識に照らして無に等しい薬物の場合には所持罪は成立しないとする「常識テスト」と呼ばれる方法により、肉眼で認識できない量の薬物について無罪を言い渡す判例もあるが、そうした考え方の背後には「軽微性の原理」と同様のものが隠されていると言ふことが出来るのであり、実質的には右原理の機能は失われていないと評することも可能であろう。⁽¹⁵⁹⁾

このように「輕微性の原理」が手続打切りを求めるのは、アメリカの制定法を持つ管轄ばかりではなく、コモン・ロー諸国においても同様であることが理解された。それならば、「輕微な犯罪」を手続打切り論の一態様として類型的な問題のひとつに位置づけておくことは重要と考えられる。しかしながら、微罪の打切り制度が「犯罪の輕微性」にのみ着目することに鑑みると、手続的な解決方法を探る点あるいは実体的な基準を含んだ要件を考慮する点で似通っているにせよ、輕微な事案に止まらない全ての犯罪についても打切りを認めることが出来る。「正義の増進のための訴追の打切り」とのあいだにはやはり本質的な違いが横たわっていることを指摘しておく必要がある。つまり、「輕微性」の価値判断には司法経済的な配慮や、刑事政策的な要請がかなり強く反映され、「政策の法理」が大きく働いている。ところが「正義の増進のための訴追の打切り」の場合には、それらの考慮が要因として含まれていることはこれまでの検討から明らかであったが、より高次の価値基準、すなわち「正義の利益」という観点から実質的な価値判断が加えられていたと言えよう。それは結局のところ、「正義の増進」原理による打切りが「政策の法理」のみならず、被告人に対する「救済の法理」までもその目的に取り込んでいたからであり、「輕微性の原理」はもっぱら「政策の法理」として、輕微な犯罪を手続きから開放するという謙抑主義的な運用を刑事司法に実現する機能を担っていたという相違に帰着すると言えるのではなからうか(次頁表Ⅲ参照)。

四 無条件放免と手続打切り

元来、英米法には、有罪判決を科したものの、刑を言い渡すことがなんらの効果をもたないと見なされるような場合に、刑の宣告を猶予する(宣告猶予 suspended sentence)⁽¹⁶⁾ほかに、Discharge (放免)が言い渡されることがあるとされており、コモン・ローでは刑を留保する権限は裁判所に固有のものであると解されていた。⁽¹⁶⁾イギリスには、放免に条件

を付す conditional discharge (条件付き放免) と、無条件に放免を認めたと absolute discharge (絶対的放免などと訳される) があつた。これは、一般的な「刑の免除」制度と言うべきものであろう。(167) この制度は新大陸に渡つても特別予防の見地からの処遇の一貫として位置づけられたが、有罪判決を下しつつも実刑を避けることから、「非刑罰化」(非犯罪化でない点に注意したい)の重要な機能を担うとの評価を与えられてきた。ニューヨーク州においても、一九四〇年に旧刑法の改正として放免制度が制定法化されて⁽¹⁶⁸⁾いる。

その後、一九六五年に全面改定された現行の刑法典では六五・二

〔表Ⅲ〕

	MPC型の微罪打切り	正義の増進のための訴追の打切り
打切りの理由	当該犯罪が①習慣的な許容範囲内かつ被害者に消極的同意があり、②行為により生じた害悪・脅威の程度が軽微で、③酌量事情が存在する場合。	正義を増進するため、訴追を打ち切るのもやむをえない事情、状況のある場合
打切りの適用範囲	殺人犯にも適用しうる (全面説)。 軽微犯に限る (限定説)。(161a)	犯罪類型、等級による区別はない
打切りの判断基準	◆公共のリスク・テスト (ヘインズ基準) (162) ①犯行の周辺状況 ②禁制品の所持 ③当該物品の量と価値 ④暴力の使用 ⑤武器使用の有無 ◆パーク基準 (9項目) (163) ①被告人の経歴、性格 ②結果への被告人の認識 ③犯罪をめぐる情況 ④生じた結果の害悪 ⑤コミュニティへのインパクト ⑥刑罰に照らした侵害行為の重大性 ⑦軽減事情 ⑧不当な告訴、起訴の可能性 ⑨その他の非難可能性の性質と程度を示す資料	◆NY州10項目新基準 (CPL・1979年改正) ①犯罪の重大性 ②犯罪によつてもたらされた被害の範囲 ③有罪証拠の使用可能性 ④被告人の生い立ち、性格、環境 ⑤官憲の重大な不正行為 ⑥刑を科すことの目的と効果 ⑦刑事司法制度への公衆の信頼に対するインパクト ⑧コミュニティの安全と福祉に対する打切りのインパクト ⑨告発者、被害者の態度 ⑩その他の関係事実 ◆アイオワ州ランディーン判決基準 (12項目・1980年) +拘禁時間、拘禁による損失利益
採用州	ニュージャージー、ペンシルバニア、ハワイ	ニューヨーク、カリフォルニア、アイダホ、モンタナ、オクラホマ、オレゴン、ユタ、ワシントン、アリゾナ、ヴァージニア、アラスカ

○条で、これを unconditional discharge (無条件放免) として以下のように定めるに至る。⁽¹⁶⁾

六五・二〇条 無条件放免の言渡し (Sentence of unconditional discharge)

① 基準。裁判所は、六五・〇五条の規定により、条件付き放免の言渡しをすることが出来る場合において、被告人の放免に条件をつけても正当な目的に役立つことはないと認める時は、無条件放免の言渡しをすることができる。

重罪について無条件放免の言渡しをする場合には、裁判所はその理由を訴訟記録に記載しなければならない。

② 言渡し。裁判所が無条件放免の言渡しをしたときは、被告人は、その言渡しがあつた犯罪に対する有罪認定との関係では、拘禁刑、罰金またはプロベーションの監督を受けることなく放免される。無条件放免の言渡しは、すべての点で、終局的な有罪判決である (a final judgement of conviction)。

わが国においても公訴権濫用論に関連して、宣告猶予の他に立法論として「無条件放免」制度によって濫用の際の救済に代用させようという主張がしばしば見られるが、⁽¹⁷⁾ 裁判を打ち切ることが求められている場合にはたして無条件放免が実質的な救済・解決の方法足りうるか、検討の余地がある。右条文を手掛かりに、「無条件放免」と「訴追の打切り」を比較するならば、まず、無条件放免の「終局的有罪判決」という法的な効果と、「有罪無罪に無関係」とされる訴追の打切り (Dismissal) との違いを強調しなければならぬ。⁽¹⁸⁾ 「正義の原理」を根拠とした訴追の打切りにあつては、当該訴追の遂行を遮断し、公訴の有効性を否定すること、すなわち救済の法理が一つの目標であり、有罪を回避することが重要であつた、と考へてよいが、無条件放免はあくまで、プロベーションや、罰金刑、拘禁刑といった諸々の有罪処分に付随した代替制度とパラレルな処置に近いのではないだろうか。

たしかに、無条件放免の前提となる「条件付き放免 (conditional discharge)」について定めた六五・〇五条一項には、

「裁判所は、犯罪の性質および状況ならびに被告人の生活歴、性格および状態を考慮して、拘禁刑または罰金刑を言い渡すことが公共の利益にも正義の目的(ends of justice)にも役立たず、かつプロベーションによる監督が適当でないと認める時は、犯罪を犯したものに条件付き放免を言い渡すことが出来る。」

として、公共の利益や正義の目的といった文言が添えられ、放免を考慮する際の要因として位置づけられている。しかしながら、条件付き放免ならびに無条件放免制度の目的は、もっぱら「短期自由刑の弊害の回避」と改善の機会を提示するという特別予防的見地からこれを言い渡すものと考えられているのであって、有罪判決という汚名を被告人に残さない「正義の増進のための打切り」手続とは社会的にも、法的にも、その効果ならびに目的に相違を認めざるを得ないであろう。もちろん、同様の配慮が打切りの際にも判断の中に入ってくることは否定しがたいが、第二章一節において分析された訴追の打切りの「直接的構成」のような救済への思考が含まれていない以上、その相違を明らかにしておくことは必要だと考えられる。また、無条件放免の適用範囲については、制定当時は六五・〇五条一項の条件付き放免自体が「A級重罪、B級重罪、二二〇節に定める危険薬物に関する罪を除く」とされていたことから、限定的なものであったことに鑑みても、明白な違いが伺えよう。もつとも一九八一年の改正でこの制限が削除されたために、現在はその適用範囲は限定されていないと言つてよい⁽¹³⁾。そのため効果の点では手続打切りとの相違がなくなつたと評価することも可能である。

しかしながら、審査の開始が有罪認定後であること、放免の理由がもっぱら刑事政策的であることなどから、かかる制度を「公訴権濫用」の代替物としたり、また「手続打切り」に替える、といった発想はその基本的な機能から見て支持することは出来ないと言ふべきではあるまいか⁽¹⁴⁾（次頁表参照）。

刑事訴訟における手続打ち切り (8)

なおこの条件付き放免ないし無条件放免制度は、ニューヨーク州では、宣告猶予 (suspended sentence) 制度の代わりに用いられており、現在、宣告猶予は存在しないことに留意する必要がある⁽¹⁷⁾。一方、本制度の本家とも言うべきイギリスにおいては、プロバーション、放免制度とならんでこれを運用しているが、ある犯罪に対する宣告猶予処分が、他の犯罪に対するプロバーションや社会奉仕命令と平行して命じられることはない⁽¹⁸⁾とされている。

五 公訴の取消と手続打ち切り

刑訴法二五七条は、「公訴は、第一審の判決があるまでこれを取り消すことができる」と定めて、検察官による公訴の取消を認めている。これは、起訴便宜主義を採用する以上、事後的に重要な事実の発見等により訴追が適当と思われない事態に至った場合、起訴前と同様に訴追を差し控えることを認めるのは理論上当然であるから設けられた、と説明されることが多い⁽¹⁹⁾。いわゆる起訴変更主義の採用を示した条項である。我が国では旧法 (大正十一年刑事訴訟法) 下で初めて公訴の取消が定められた (旧二九二条⁽¹⁹⁾)。しかしこの場合、現行法とは異なって再

〔表Ⅳ〕

	(対照表)	打ち切り (Dismiss)	無条件放免 (Unconditional discharge)
法典		刑事訴訟法170:40、210:40	刑法65:20
効力		有無罪と関係なし	終局的な有罪判決 (同法参照)
目的		正義の増進	短期自由刑の弊害の回避 特別予防 (改善の機会の提供)
基礎		多種 (手続的、実体法的、政策的、証拠上)	刑事政策的
理由		正義に反する、止むを得ない要因、事情、状況、がある場合	放免に条件をつけても正当な目的に役立つことがないと認められる時
適用範囲		正式起訴状、略式起訴状 (不特定)	不特定
審査		有罪答弁の記録、公判開始前 ただし例外あり255:20-3 (公判終了前)	有罪認定後
判断開始		訴追側、被告人の申立て、裁判所の職権	裁判所の職権
再訴		裁判所の裁量	二重の危険発生

訴が認められていなかったため、公訴の取消は刑罰権の放棄と捉えられ、公訴取消を理由にする公訴棄却の裁判は「実体的公訴棄却、本案裁判」と考えられていたのである。⁽¹⁸⁰⁾ところが現行法では制限的ではあるが再訴が可能となり（三四〇条）、公訴の取消に刑罰権の放棄の意味はないと考えられるようになった。⁽¹⁸¹⁾

さて、現行法における「公訴取消」制度が活用されておらず、この制度を「手続打ち切り」に援用しようという提案はかねてより佐伯博士、米田弁護士等⁽¹⁸²⁾から、また実務サイドでは出射検事⁽¹⁸³⁾などからも主張されていた。近年は公判段階におけるディヴァージョンとして、「公訴取消」が利用可能であることを示唆する宮沢節生教授の見解もある。⁽¹⁸⁴⁾筆者は、かかる「公訴取消」制度に対して、本稿において紹介されていた「訴追の中止」手続を重ね合わせてみる事が出来るのではないかと考えている。というのも、本稿第一章で見たように、訴追の中止という訴追官の打ち切り権限がそもそも「Dismissalの法理」の起源であり、アメリカにおける打ち切り論も、もともと訴追側の打ち切り権限への抑制という観点からスタートし、これを「Dismissalの法理」と名付けたように、特にニューヨーク州にあつては裁判所独自の打ち切り権の発動、そして被告人の申立て権の承認に至るといふ流れを辿っていたからである。⁽¹⁸⁵⁾

現在我が国に「公訴の取消」権の濫用という事態はなく、訴追の中止の濫用に対する抑制の必要からアメリカにおいて「Dismissalの法理」が発展したという経過とは事情が異なることは当然としても、筆者は検察官による「打ち切り（権限）」として設けられている「公訴取消」制度を換骨奪胎せしめ、文言上ただちに裁判所にかかる権限を委譲することが困難であるにしても、勧告は可能なのであるからこれを行い、さらに立法によって独自の打ち切り権限が付与されるまでは、三三八条四号による公訴棄却による担保手段を置くことが考えられる。⁽¹⁸⁶⁾

たとえば、ニューヨーク州に「Dismissal」規定が設けられる以前、すなわち一八八一年以前であっても、一八四七年のハリス事件においては、裁判所に事件を止める権限がなかったにもかかわらず、裁判所が訴追の中止を勧告した場

合、「検察官はそれに従うよう拘束されなかつたけれども、その勧告を無視するということは稀なことであつた」と判示されて⁽¹⁸⁷⁾いた。我が法には、裁判所が独自の裁量によつて「手続を打ち切る」規定がない。この状況は一八八一年以前のニューヨーク州と同様であると言つてよい。そこでこうした勧告制度が考慮される余地は充分あると考えられるのである。

さらにわが国の判例においても、「公訴棄却」によつて裁判を打ち切る際に、「公訴取消」が望まれた、ないしは妥当であつたことを指摘しているものが散見されることから、こうした解釈が実務に全くなじまないとして排斥されるものではない、と考えるべきであらう。⁽¹⁸⁸⁾他方、このような趣旨を敷衍した場合、公判において弁護人は裁判所に公訴取消が適当であると申し立てることにならうが、かかる申立ては法規に基づく訴訟行為ではないとして、これに消極的見解を示されたのは岸元最高裁判事である。同判事は公訴の取消という訴訟行為は「裁判所の職権をうながす意味すらもないもの」に当たるため、こうした陳述は「関連性がないか相当でないとして禁止されなければならない」と⁽¹⁸⁹⁾されている。けれども、裁判所の職権による取消が現行法認められていないのは当然のことながら、冒頭陳述の機会に「公訴取消」が適当な事案であつたことを申し述べておくことは何人も妨げるところでないであらう。この弁護人の陳述を受けて裁判所が検察官に対して取消を勧告することは、実定法に定められた訴訟指揮権の範疇には含まれていないものの、裁判所の一般的な訴訟への監督権として承認されてよいのではあるまいか。そこで、こうした手続を実定法に盛り込む立法論を含めた詳細な提案については、次節(二)四「立法論的提案と運用論的提案」のなかで示してみたい。

なお、現行刑事訴訟法の英訳を見ると、「公訴取消」については様々な訳が付けられている。あるものには、*cancellation* とされているけれども、本来 *cancellation* ないしは *cancel* という語は民事法における取消に関する語法であり、刑事法にお

いては相應しいものとは言えないのではあるまいか。むしろ、裁判所の許可を必要としない点で *nolle prosequi* により似た制度であることから、*dismissal* あるいは端的に *termination* とすべきではなかったか。

法務庁官房涉外課および法務庁検務局総務課の共訳によれば、*withdraw* が用いられていて、以下のように表されている。

Article 257. *Public action may be withdrawn before the judgement in the first instance rendered.*

この *withdraw* は訴訟の取下げという意味でよく用いられるものであるけれども、これもまた、民事法で主として使われる用語であることから、意味は通じるけれども、刑事法においては適当とは思われない。

また、「裁判の打切り」という性質上、(西) ドイツ法の「手続中止 (*Einstellung*)」をも比較法的な参考とすべきであろうが、これは筆者の今回の対象からは外されている(概要については第一章第二節註(6)を参照)。というのも、ドイツの手続中止は裁判所の職権によるものと検察官によるものとの二種があり、前者が、検察官の同意を必要としていることが、われわれが「*Dismissal*の法理」で捉えた被告人の申立て権の承認というテーゼからは距離があると考えたからである。

固有権を承認する立場からは、裁判所が打切りを相当と認めた場合にその裁量に検察官の同意を(法的に)要請することは趣旨に反するのではないか。もつとも、当事者主義の捉え方や司法制度に対する個々の国に特有の思想があるため、一概に断ずることは出来ない。とは言え、裁判官と検察官の等質構造を脱却したところに我々の司法制度の出発点を認めた経過がある以上、裁判所の打切りは検察官の同意を必要としないと考えた方が相当ではなからうか。ドイツにあつても、検察官の同意を不必要とする見解が有力に唱えられていることから見て、この見解は裏付けられよう。

しかしながら、この西ドイツの制度にしても検察官の同意が必要であるにせよ既に裁判所による打切りを立法で認めたといい点からは、我が法の「公訴の取消」制度の一步先を進むものであり、十分評価に値するものであることは言う

までもない。また「おとり捜査」の類型については、憲法的な観点から訴訟障害事由が発生し手続は打ち切られる、との下級審判例も示されている^(四a)ところから、右の評価は一層重要であろう。

〔四〕 手続打切り論の理論的基礎

さて今日までわが国では、訴訟手続において特定の法的瑕疵のない場合であっても裁判を打ち切ることを認めようとする、すなわち非典型的もしくは非類型的な訴訟障害の存在を承認する学説は、かなり通説的な地位を占めるに至った^(四b)言えよう。もつともその形式については、一般に現行法上の裁判打切り規定である免訴あるいは公訴棄却の裁判の形を取ることを余儀無くされ、それは各論者の「免訴論」「一事不再理効論」や「刑罰論」「公訴権論」などに沿って説明されていたために、多種多様な見解を生み出す結果となっていた。そこで、本項ではこれまで非類型的な訴訟の打切りを説明していた主な見解を分類し、ここにおおよそその鳥瞰を行ってみたい。

一 訴訟条件説

1 刑事訴訟における「手続打切り」をどのような理論構成で行うか、という問題について、これを実体裁判に入るための条件が存在である、つまり形式裁判を言い渡す場合と同じ場面の問題であると捉え、訴訟条件論において論じようという諸説がある。ここではそれを**訴訟条件説**と呼ぶことにする。主としてこのアプローチには、訴訟条件による体系化の中に「手続打切り」を招来する訴訟障害事由の発生を位置づける方向が有力である。たとえば、井戸田教授は「迅速な裁判を受ける権利の侵害」といった類型をも取り込んだ、幅広い訴訟条件論を展開することによって、権利侵害の

発生Ⅱ訴訟障害事由の発生という図式から「手続打切り」の間口を広げようとされている。⁽¹⁹²⁾ また庭山教授も、「開かれた訴訟条件論」という思考に基づき、訴訟条件をこれまでの伝統的かつ法定的な事由以外から採用しようという姿勢を見せ、これらの障害事由の発生によって手続を打ち切ることを示唆された。⁽¹⁹³⁾ これらはいずれも、訴訟障害事由の形成あるとき、当該公訴を無効とする、という思考に基づいていることが共通している。そこで、こうした諸説を訴訟障害説と呼ぶこともある。

このような思考は、田宮教授によれば「当事者主義は、当事者の訴訟追行を媒介に審判活動が行われるという構造をとるので、訴訟条件は、第一義的には公訴の適法要件と考えるべきだといわれる」のであった。すなわち、当事者主義的訴訟条件観に立った訴訟条件の理解によって初めて公訴への批判も可能とされたわけである。⁽¹⁹⁴⁾

しかしながら井戸田教授の場合は、「起訴猶予すべき事実の不存在」を訴訟条件に取り込まれ、これを媒介とした「公訴権濫用論」を拡大する方向で議論を進めようとしている。これは、「打切り論」が持つ「非犯罪化」といった視点に依拠しているのではなく、検察官批判を基礎に置こうという考え方に立っている。そうなると、「手続打切り論」一般の意図とのズレができることになろう。たしかに「公訴権」の濫用を弾劾する理論構成としては適当かもしれないが、こうした視点に依るのみでは未だ打切り論全体の理論的基礎となりえない、との批判が「打切り論」から示されると考えられる。

2 一方、近年、当事者主義的訴訟条件を基礎として訴訟条件を再構成しようという方向を示す、いわゆる「直接構成」の立場を採る論者もある。⁽¹⁹⁵⁾ これは、西ドイツの近年の判例の動向を、「職権主義的訴訟障害論」から「憲法的訴訟障害論」への転換として紹介される川崎教授の指摘などに代表されよう。しかし、その直接構成が前節において指摘された如く、憲法的平面にのみ限定されるとすると、むしろ「打切り」の適用の幅を狭める懸念があることから、これを「手続打切

り」の一類型として把握し、より広範な論拠を求めることが必要ではないか、という批判が打切り論から寄せられるであろう。

しかしながらその一方で、川崎教授はおとり捜査を違法とする西ドイツ判例を基にして訴訟障害論を展望されているが、この点は、アイザクソン事件（C⑮）に見られるように、ニューヨーク州にあつてもおとり捜査におけるデュー・プロセスの侵害を理由に「訴追を打切る」という憲法的なアプローチ、すなわち憲法的な訴訟障害の発生を承認する考えがあるのであって、米独に共通した思考があることを物語っている。「訴訟障害」の設定を言うにせよ、結局これを非類型的に捉えなければならぬ以上、後述する「憲法的訴訟打切り」論と同様の、憲法条項を保障するために要請される直接的な訴訟の打切りを認める考え方であると言えるのではあるまいか。

このことは、「訴訟条件説」が非類型的な訴訟条件の設定によつてスタートするアプローチを採ることに疑義を發していた岡部教授の批判に対する一つの解答を提示することにもなる。岡部教授の批判は、訴訟条件といった「狭い」思考に基づいては憲法によつて保証されている被告人の権利が侵害された場合に直截な救済手段としての機能に懸念が生じる、というところにあつた。⁽¹⁹⁾ 教授はより直接的に、かつ広範な「憲法的訴訟打切り」の事態を設定されるよう主張していたのである。⁽²⁰⁾

3 しかし先ほど指摘したように、訴訟障害論を採るにせよ、現実にとどのような訴訟障害を設定するかについては、たとえ非類型的と言えども、万人の納得するような「障害事由」となる憲法上の権利侵害がその一つに予定されることから、結局のところ、岡部教授の言う「憲法的訴訟打切り」と類型的には何ら変わりがない事態を描いていくことになる。逆に言うと、訴訟障害論であつても憲法上の権利侵害をその障害事由に取り込むことになるのである。もし障害論がこの範疇を超えて構成されると言うのなら、そうした枠組みを実際に提示できなければなるまい。ただ「開かれた」とい

う形容だけでは、いかなる基準で訴訟障礙が形成されるかは明らかにならない。松尾教授が「全ての場合を統一的に説明することは、むしろ不可能だといふべきかもしれない」^(198a)と述べたことも、そういった難点を意識されたことであろう。そのように考えると、訴訟条件説は現在までのところ、直接構成を採った場合であれ、論理の枠組みを示してはいるものの、打切りを導く判断内容（すなわち何故打ち切らなければならないのか）についての説明はなされていないわけであつて、必ずしも説得的とはいひがたいと評さねばならない。

二 固有権説

1 これは、「手続（ないしは裁判の）打切り」を裁判所の固有の権限（inherent power）を發動する一場面として位置づける考え方である。これは特に司法の優位を認める英米法からのアプローチであると言ふことができよう。ところが、我が法にも同様の観念の存在を認めることが出来るという見解もある。

「英米には、伝統的に裁判所の「固有権」という観念があり、原則として裁判所に訴訟を管理する権限があると考えられているが、わが国にはそういう観念はあるだろうか。……理論的には、当事者訴訟をとる以上このような観念は必要ならば、憲法が規則制定権を明定したのは（憲法七七条）、裁判所の監督権限を一般に認めようとしたものと解釈できなくはないだろう。」

このように述べた上で田宮教授は、訴追裁量へのコントロールという視点から、訴訟手続に関する一般的な権限が、裁判所に付託されていることの承認を主張され、裁判所による訴追裁量の司法審査の可能性を理論的に肯定されようとした。このことは、既に学界、学説の一致した見解となつていてと了解されよう。もちろん、この論拠を「固有権」に求めることについては、田宮教授も指摘されていたように、固有権という観念自体が実定法的なものではないうえ、ま

さに「事実としての規範」として実務慣行に定着するものであることに留意する必要がある。しかしながら、川本事件における公訴権濫用の例示を見ても、また違法捜査に基づく公訴無効の問題⁽²⁰⁾についても、最高裁の見解には、訴追裁量ならびに訴追行為の適法性の審査という問題を理論的には承認したとの見方が一般的である。したがって、既に「司法審査」問題を通じて、わが国にも固有権の観念が定着を見せ始めた、との評価を行うことも可能な時期に來ているのではあるまいか。

さて、アメリカにおいて、訴追裁量を裁判所の審査に置くことはもちろん判例の認めるところであり、これをここであえて採り上げる必要もないであろう。しかし、その裁判所の持つ固有の権限につき、どのような見解が示されたかをしておく必要がある。たとえばニューヨーク州判例においても「訴追の打切り(Dismiss indictment)」をめぐる事案において、一九八三年のカービー事件での上級裁判所控訴部は、

「事実審裁判所は、適正な司法の裁量を行使用することによって訴追を打ち切る固有の権限を有している」⁽²¹⁾

と述べていたし、古くは、一九四六年のサントロ事件(判例番号A⑥)でキングス・カウンティ裁判所は、

「裁判所は、求められる救済を保証する制定法上の権限と同様、固有の権限を付与されている」⁽²²⁾

との見解を示していた。

ここでは、打切りの権限を裁判所が有する理由について、言い換えるならば、「Dismissalの法理」にいうところの、裁判所が檢察官の打切り権を統制しようという第一段階に見られた法理の基礎について、これを固有権の思想に求めていることは自明である。⁽²³⁾

2 このような「手続打切り」を固有の権限の存在から説明可能なアメリカと異なり、わが国において直ちにこれを「固有権」の思想と結び付けることが困難であることは否めないところである。そこでこの関連性を論じる前に、そもそも

「固有権」の存在自体について消極的見解を採られる伊藤正己元最高裁判事、そして小田中教授の指摘を振りかえることにしたい。

まず、その歴史的、社会的背景の相違を中心に消極論を説かれる伊藤博士の見解であるが、その論拠として、わが国が判例法国でなく、制定法国という形態を採ってきたという歴史的原因に拠るところが大きいと思われる。実定法に沿った法運用を期待される制定法国にあつては、判例法国において見られるような裁判所の柔軟な法の適用と解釈が規制される方向に在ることはよく指摘されるところである。⁽²⁰⁾

英米の裁判所を育てあげた特殊性が生みだした、極めて特殊な（固有 *inherency* のごとき普遍的意味の言葉を用いるにもかかわらず）諸権限を、全く異なつた歴史的社会的背景をもつ我が国の裁判所の固有のものとすることは、到底許されない。もちろん、憲法は決して固定的であるべきではない。憲法上の「司法権」の内容も、社会的な背景の変遷とともに転移するであろう。将来において、我が国の裁判所として、特殊の固有権の主張されることも、ありうるかもしれない。権力の分立と司法部の優越的地位において、米國憲法に倣うところの多いのを考えるとき、特に明文のある規則制定権のごときが固有権化してゆくことも予想される。だがそのためには、憲法慣習ともいえるほどに昇華した慣行が、社会に承認されること⁽²⁰⁾が必要であろう。

このように、同博士がわが国の（法文化における）歴史的、社会的背景に照らして、英米の裁判所の持つような強い権限をただちにわが国において固有のものとすることはできないとされる「消極説」の言うところも一面正しいであろう。

しかしながら、既に訴訟法の制定後四〇年を経て、高田事件に見られるような超法規的な救済を認めた最高裁の姿勢について、これを「固有権」否定の思想であるとも見られることもまた適当でないと⁽²⁰⁾思われる。高田事件の免訴という手続上の解決方法については様々な見方が可能であるものの、⁽²⁰⁾ともかく最高裁のとつた態度は、「類推」解釈である以上に、

憲法三七条を実現するための裁判所の「法創造」である、と見るべきものであろうから、⁽²⁰⁾ こうした憲法の趣旨を実現する裁判所の超実定法規的権限は、まさしく訴訟法上の「固有権」としてわが国の判例に既に明確に現れていると言つてよいのではなからうか。このほか、証拠開示の問題についても、最高裁判所は二九四条の訴訟指揮権に基づく検察官の手持ち証拠の弁護人への閲覧を命ずることが出来ると判断している（最決昭和四四年四月二五日刑集二三卷四号二四八頁）。このように見ると、憲法施行後の四〇年の間にわたつて、伊藤博士の言われる「憲法慣習」なるものも少しずつではあるが、根づいていると見ることもあながち不当というものではない。⁽²¹⁾

3 さて、このような「固有権」思想の定着を当事者主義にそぐわない嫌いがあるとして、もつぱら理論的側面から批判されるのは小田中教授であるが、⁽²²⁾ 同教授の批判の根拠も第一義的には伊藤博士と同様、裁判所の信頼が前提であつて、この意味で「歴史的土壌が全く異なる」「固有権」理論は、訴訟指揮権を過度に職権主義化し、その権力主義化を正当化する役割を果たすことになりはしないかと私は危惧する」と述べられていたのである。⁽²³⁾ しかしその理論的側面に関して詳細に検討するならば、小田中教授の批判のおもな論拠は、伊藤博士と異なつて、現行の官僚的な司法政策のイデオログとされない「ための」危惧にあるようである。たしかに、小田中教授の危惧が現実のものとなる可能性を非常に強く感じる昨今の司法状況は否定できないものと言えよう。とはいふものの、訴訟の様々な局面においては、当事者主義であるからといって裁判所の権限を發動することを回避することの方が、より現実的には、被告人に不利益が与えられる場面のあることはだれしも認めるところではなからうか。

であるからこそ、高田事件判決においても、最高裁は「当事者主義を高度にとりいれた現行刑事訴訟法の訴訟構造のもとにおいては、検察官および被告人にも積極的な訴訟活動が要請される」としながらも、期日指定の申立てを被告人側がしなかつたことをもつて権利放棄を推定することは許されないと判示した。⁽²⁴⁾ このことは、当事者主義訴訟を前提と

しながらも、憲法上の権利が侵害された場合の救済として裁判所の職権が発動されてよいとの認識のあらわれであろう。一方、小田中教授の懸念される事態とは、被告人の裁判を受ける権利の保障に逆行するようなかたちで「固有権」が行使されることであると思われる。これは「迅速過ぎる」訴訟指揮への批判や、弁護人抜き裁判への批判にただしく表されていると言えよう。しかし、高田事件で示されたような処理については、これを「固有権」の適正なありかたであったと評価できるのであるから、いちがいに「固有権」を職権主義的とのレッテルによつて排斥することは妥当とは言えないのではあるまいか。

さらに、先程紹介したカービー事件においてニューヨーク州の裁判所は、固有権の存在を三権分立の原理と、司法の廉潔性に基礎付けていたことに鑑みると、我が国においてもかかる理論的根拠を同様に求める基盤は当然にあると思われる。また、伊藤博士の意見もすでに四〇年前のものであつて、まさに訴訟法がスタートした時点での解釈であることに鑑みると、今これだけの判例の蓄積を果たしてきたわが国の裁判所に固有の権限を認めていくことにつき、理論的側面においても、歴史的にまた社会的にも障害があるとは思われないのである。否、硬直した官僚的、形式至上主義の裁判を防ぐ意味でも、とりわけ下級審の裁判官にそうした権限を与えておくことはむしろ適当と思われる。

4 もちろん、具体的に何が裁判所の固有権の内容として含まれるのか、という問題が残るのであるし、そこに、明文のない「手続打切り」が認められるべきか、という問題は別個議論されねばならないだろう。しかし、いかなる場合において免訴をすべきかという法規上の要請を超えて訴追を打ち切つた高田事件の解決方法は、決して非難されるべきものではなく、「固有権」を認める立場からすれば当然導かれる裁判所の権限の一部である。これは、先に本節(二)の「三権分立論の克服——固有権と手続打切り」という箇所ですでに触れたことであり、繰り返しとなるが、「手続打切り」の発動を認めるにはやはり制定法の存在にかかわらず固有権をまず認めておき、そうした救済の法理の存在を前提に様々

な事由を法制化していくという手順が不可欠であろう。そうは言うものの、問題とすべきはいかなる論理が裁判所に「固有の」「打ち切り」権の発動を促すか、という点につきると思われる。その意味で「固有権説」は問題の出発点ないしは基礎と成りえても、手続き打ち切り論全体の論理構成とされることはない。けれども、先の（一）（二）で原理的な基礎付けに関して学んだように「司法監督権」がアメリカで定着を見せているように、こうした権限が固有権思想から発展し、具体的な問題解決につながったことを忘れてはならないであろう。

三 憲法的訴訟打ち切り説

わが国における刑事手続での非典型的な「手続打ち切り」を認めた最高裁判例は、一九八〇年の「チッソ水俣病事件」と一九七二年の「高田事件」に限られている。高田事件において最高裁判所は、「免訴」判決を下した一審判決を支持するに至ったのであるが、かかる免訴による訴訟の打ち切りをどう評価するかについては見解の分かれるところであった。迅速な裁判を受ける権利が侵害された類型に当たる、高田事件では、一審判決は公訴時効の完成した場合に準じて刑法三三七条四号により免訴という判断を下したのに対して、二審判決はこれを解釈適用の誤りであるとして実定法主義を厳格に解する立場を堅持し、一審判決を破棄した。しかし、最高裁は免訴を言い渡したものの、一審の打ち切り理由となった「三三七条四号準用」については全く触れることなく、憲法三七条一項の保障する迅速な裁判を受ける権利が侵害された場合に、非常救済手段として審理を打ち切ることも許されると判示した。⁽²⁴⁾

そこで、補充立法のない手続についていきなり憲法上の救済をはかったこの判決を、「憲法の要請を受けた刑事訴訟法の解釈論」として捉え、最高裁の免訴判決を、憲法の内容を具体化する「憲法による訴訟打ち切り」と評価されたのは田宮教授であった。⁽²⁵⁾我々はここで、この立場を「憲法的訴訟打ち切り」説と呼ぶことにしたい。

既に、憲法の要請を解釈論に明確に展開することを要請する立場を「憲法的刑事訴訟法」と呼んで久しいが、まさに田宮教授は高田事件の免訴判決について、免訴であったか公訴棄却であったかは解釈論としてそれほど問題ではないとの見解を示されていたのであり、これは「憲法的刑事訴訟法」という視座からすれば当然の帰結であったと言える。なぜなら本件では、憲法三七条一項自体に自効性 (self-execution provision) を求めるならば、当然に「憲法上の訴訟打切り」という新たな形式が与えられるべきであった場合だからである。しかしながら、最高裁はそこまで議論を押し進め、判例法による新しい打切り形式を創造することなく、現行法にある「裁判打切り」の手続の一つである免訴を用いた。これを一番の準用解釈を認めたと評価することも可能であるけれども、最高裁の判文を読むかぎりでは、特段に一番の判決を公訴棄却に変更する論拠が見当たらないこと、またこれを公訴棄却と変更した場合には、「憲法上の訴訟打切り」は公訴棄却による、との判断によって今後の法形成を限定してしまうおそれも出てくることから、免訴判決を言い渡したものと見るべきなのではないか。

同様に、「憲法的訴訟打切り」論を支持されるのは、岡部教授である。同教授は高田事件に論及した際、免訴を定める三三七条四項が制限列举である点を指摘され、むしろ多数説の言う、「落ち穂拾いの」な総括規定である三三八条四号の「公訴棄却」のほかに、さらに、これとは別に「憲法的公訴棄却」の可能性をも示唆されている。⁽²¹⁸⁾

この見解は公訴権濫用論との関連から議論されたものであったけれども、近年、訴訟の追行が困難な障害者の訴訟打切りに関する事例(いんあ者の事例)につき、これを公訴権濫用論の枠組みにおいて打ち切った裁判所の判決を批判し、「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」することを主張された。⁽²¹⁹⁾ おそらく、この発想は先の「憲法的公訴棄却」につながるものであろうが、ともかく実定法上の根拠からすれば三三八条四号を準用するほうが「憲法的形式裁判にはより適合する」との解釈を示されたのである。

先に述べた「固有権」の思想も、まぎれもなくこの「憲法的形式裁判」の理論的基礎となっていると評しえよう。実定法上の規定を超えて、こうした法創造が許されるとすれば、それを發揮させた源は、この裁判所の持つ「固有権」に裏付けられるからである。

そしてかかる「手続打切り」手段を憲法レベルで採るべし、とする「憲法的訴訟打切り説」は、打ち切り要因を広く被告人に対する憲法上の人権規定から取り込むことを許し、これを理由に形式裁判によつて解決を見出そうとしたものである。このような憲法的解釈の意義は大きい。まさに「打切り論」の当事者主義化、とでも言うべき視座を有していると見てよい。しかしながら、前節でも指摘されたように、こうした理論構成のみを「手続打切り」論の枠組みとしてしまうことは、かえつて「打切り論」のパラダイムをデッサンするという作業にあつては不十分であると評価された。それゆえ、より広範な「打切り論」の展開を筆者は必要と考える。

四 義務的公訴取消説

1 かねてより、訴訟法二五七条の「公訴取消」が実効のない制度となつていくこと、空洞化した制度であることを指摘され、新たに「公訴維持便宜主義」を基礎にして公判中途において公訴を取消す法的基準を整備するような「公訴取消」制度の活用を説かれているのは米田弁護士である。⁽²⁰⁾ 同弁護士はその根拠として、たとえば松川国家賠償事件の控訴審判決を例に出され、

「アリバイの成立が明らかになつたときは、公訴の維持にこだわることなく、公訴の取消などの相当な処置に出るべき」⁽²¹⁾

との文言に判例上の「公訴の義務的取消」論が認められると主張される。そして、高田事件もまた一つの公訴取消の基準を提供しているとの見解を示された。さらに、検察官が「義務的」取消を行わない場合、サンクションとして形式

説 裁判による打ち切りが行われるべきであるとの提案をされている。

論 かつて平野教授は、可罰的違法性の具体的解決手段として公訴取消に触れた際、(西)ドイツの打ち切り手続(Einstellung)との比較から、現行法の取消制度が検察官に主体を与える点に障害があると述べられ、ドイツ型の制度に改め、裁判官の主導による方式を提案されていた。⁽²²²⁾米田弁護士は、さらにこれを一步押し進めたかたちで、

公訴取消権の「機能すべき場面についての解明」が必要であるという問題意識から、「刑法法二五七条はその適用基準を定めておら」ないとしても、その「制度が起訴便宜主義の論理的帰結である以上……審理の見通しなどの起訴後の事情も考慮して公訴維持の必要がないとみられるときは……取り消すべきだ」⁽²²³⁾との運用論的な提言をされたのである。

2 さて、この「公訴取消義務論」の是非を論ずるにあたっては、まず①公訴取消制度の沿革とその解釈、②公訴取消義務の発生の根拠が問われることとなろう。

第一の点について考えると、一般にこれを起訴便宜主義の論理的帰結として位置づける見解が多数である。その理由は、公訴取消制度の発生が、旧刑事訴訟法(大正十一年法律七五号、同一三年施行)において起訴法定主義から起訴便宜主義(同二七九条)に転換された際に、設けられた規定(同二九二条)にあり、これが、現行法(二五七条)に受け継がれたものであるからであろう。この転換を通説は、公訴を一旦提起した以上、取消、変更を許さない不変更主義から、変更主義への移行と捉えている。⁽²²⁴⁾また、本規定には二四八条の不起訴基準に相当するなんらの具体的な基準が示されていないために、その恣意的運用が懸念されるところであったが、現実には取消はほとんど活用されずに今日にいたっている。⁽²²⁵⁾

たとえば、一九八七年を例に採ると、取消総数は二五件で、その理由は「嫌疑なし」が一件、「大赦ほか」が一件、

「被告人所在不明」が一三件、その他が一〇件であり、「その他」には、回復見込みのない病気の場合や、外国人である被告人の出国、強制送還の場合が含まれている。こうした取消理由に見られるように、抑制的な実務の方向を見ると、立法の趣旨に関する多数説とは異なり、不変更主義に近いことが伺えるし、起訴便宜主義とはほとんど無関係に運用されていると言ふことができる。⁽²²⁶⁾ 前述のように、宣告猶予制度を持たない我が国においては、不起訴を相当とする情状を発見した場合に、公訴の取消によって不起訴と同一の効果を生むものとの期待もあつて、むしろ、制定当時の一般的な解釈は、起訴便宜主義との調和をとるために、起訴後の取消制度を認めていたのであつた。⁽²²⁸⁾ しかし、かかる運用が現実には皆無である以上、適正な運用への改善という意味からも、米田弁護士のような主張が意味を持つと言ふこともできよう。

3 しかしながら次に、公訴を取り消すよう裁判所が勧告するにせよ、その勧告を無視した場合に、なぜそこに「公訴取消義務」の発生を認めて、検察官に取消についての作為義務を課すことが出来るかとの、理論的な問題が検討されるべきであろう。

まず米田弁護士の主張には、前提として「検察官に公訴を取り消すべき」客観的義務が存するとの考えがある。

どんなに検察官の裁量を尊重するにしても、そのように棄却されるべき公訴を維持する権限を認めることは出来ないであろう。それは当然に検察官の取消義務を予定しているのである。検察官の客観義務からも当然の帰結である。⁽²²⁹⁾

このように、公訴権濫用論は、何よりも検察官の公訴取消義務を中核に展開されるべきものであつたといえるのである。けれども、現時点では批判の多い検察官の客観義務論を媒介とするよりも、むしろ、証拠開示命令に見られるように、裁判所の独自の裁量権限を行使して、「公訴取消命令」を出すべきとの見解を採るほうが直接的ではなからうか。

もちろん、こうした「命令」論は、当事者主義訴訟構造や訴訟条件論の意義を没却するものとの批判にさらされよう。

しかしながら、訴追の遂行を檢察官の専権事項とする以上、これに義務的打切りを認めることのほうが当事者主義に反する論理と言うべきではないか。これは檢察官の客観義務論に対する強い批判、客観化が司法官化につながるとの認識が一般であり、当事者性を希薄にするという欠点が説かれていることにも裏付けられている⁽²³⁾。

たしかに、松川国賠訴訟控訴審が言うように、アリバイ成立が明らかであれば檢察官は公訴の取消などの相当の処置にでるべきとの指摘はもつともであるが、これをもつて直ちに檢察官に訴訟法上、公訴の取消義務が生じるというのはやや次元を異にする問題と言うべきではないか。というのも、アリバイの存在は実体的な一方当事者の防御としての無罪方向の主張につながるものであり、証拠開示義務の問題を発生させるが、それは必ずしも形式裁判を要請する訴訟障害事由とすべき性格のものではないからである。かような実体的に無罪を証明することがあきらかな場合は、無罪判決を言い渡すことが政策的に妥当ではあろう。以上の観点から見ても、「公訴取消」制度の活用という主張については問題は無いものの、そこに「檢察官の公訴取消義務」を求めることには理論的な問題が多いと言わなければならない。

五 実体法説（処罰不相当説）

1 最後に、訴追の打切りを実体的な観点から主張されていた鈴木茂嗣教授の見解、ならびにこれを継承する立場から刑罰消滅事由の法的効果として公訴権濫用論を發展させようとする松宮孝明教授の見解を採り上げてみたい。鈴木説については既に第一節（二）の「手続打切り論の登場」において、公訴権濫用論以来の学説の展開の中で「実体的構合理論」として紹介、検討を加えているため、ここでは様々な「打切り論」の一見解として、刑罰が相当でない場合に「免訴」判決を適当とする構成があることを明らかにして、むしろ先に示された諸学説との相違を中心に見ておきたい。

これまで紹介されてきた見解が、主に訴訟法的な視点からアプローチされていたのに対して、実体法説は、名の如く、

当該起訴犯罪について刑罰を加えることが妥当か否かという実体法的な、それも「刑罰権行使の相当性」あるいは「科刑の必要性」といった政策的判断を中心とした考慮を加えようというのが特徴的である。⁽²¹⁾ こうした論拠が広範な手続打切り事由を取り込むことになるのは明らかであろう。すなわち、従来議論の的になっていた「憲法上の権利侵害」についても「原因⇨処罰の不当性⇨訴訟障害の発生⇨手続の打切り」との論理展開により包括できるし、また憲法上の問題に止まらない軽微な犯罪に対する訴追が「相当でない」と思われるような場合にも打切りを認めることが出来るからである。

さて、先の「訴訟条件説・訴訟障害説」や「憲法的訴訟打切り説」、また「義務的公訴取消説」が、「原因⇨訴訟障害の発生⇨手続の打切り」といった直接構成を示していたのと比べると、原因の発生の後に「処罰の相当性」の判断という中間論拠を含み、そこにおいて実質的な「打切り判断の可否」を行おうという構成に実体法説の特徴が表れているように思われる。それは鈴木教授自身が示されたように、結局のところ、当該訴追の「可罰性」との関連から有罪判決回避の論理を探ろうという姿勢に基づいている。⁽²²⁾

しかしながら、直接構成を採る見解においても、原因を認める場合にはそれが「処罰の相当性」を失わしめるような原因であるからこそ打切り事由に当たるとするのであって、格別三段論法的に中間論拠として位置づけなければならぬ「必要性」は認められないのではないか。また、第一節で指摘しておいたように、鈴木教授も、初期のリジッドな「実体法説」から、しだいに「非典型的訴訟条件論」による打切り論の展開に理論構成の主軸を移されているようでもあり、⁽²³⁾ そうした打切り論の構成の際の包括的な思考の基礎に「処罰の相当性」の考慮を据えていこうとされているようである。そうなると、原因に対する価値判断の時点で「処罰の相当性」を考へることが出来ればよいわけだが、どのような基準が当該起訴事実に対する処罰の「当、不当」を決するのかという問いが残されていると言わなければならないであろう。

2 この点、松宮説は、その当、不当の価値判断を必要性の判断のみならず「処罰の有効性」の「減少」に求めようとする⁽²³⁴⁾。たしかに松宮説は、公訴権の濫用問題から科刑の適、不適の問題に焦点を移しており、その点は手続打切り論の主旨とほぼ重なるものである。しかしながら、起訴判断をおこなう検察官による評価とは別に、処罰の相当性の判断を裁判所がおこなないという論拠を量刑権限のアナロジーから説明するのは問題が残ると言わなければならず、まさにその点に実体法説の弱点が顕著に現れているようにも思われる⁽²³⁵⁾。

すなわち、裁判所が処罰が相当かどうかを判断するには当事者の立証活動が終了しなければならぬことが予想され、実体審理が不可欠ということになってしまふのではなからうか。実体法説からは手続上の権利濫用問題から刑罰論への移替えが重要と説かれるが、手続の打切り問題を刑罰論という土俵のみに限ってしまうと、可罰性判断と同様、科刑の必要性の主張すなわち訴追側の立証とそれに対する判断が不可避となるであろう。そうなると、松宮教授は否定的に解されるけれども、刑の免除や宣告猶予といった実体審理後の処理について代替措置があれば足りるといふことになるのではないか。

さらにこうした手続上の時期的問題のみならず、より根本的に、起訴後公判前あるいは公判冒頭手続であっても裁判所の打切り判断を可能とするには、「有罪回避」⁽²³⁶⁾のための措置とは別の目的、すなわち手続の主管者としての裁判所のより積極的な役割の説明と、手続固有の価値に基づいたより高次の打切りへの論拠が必要とされるのではなからうか⁽²³⁷⁾。

3 このように、手続打切り論を構成する場合にどのような理論的基礎が必要であるかは大いに議論の余地が残されているところ、実体法説は、考慮されるべき理論的基礎の一要素に「処罰の相当性」という見地が必要であることを示唆したという意味で貴重な見解であったといふことができる。特に、直接構成を採る有力説のなかではあまり検討されてこなかった、「刑罰権行使」の是非をめぐる判断が「手続打切り」の論拠の重要なファクターとして意識されなければ

ならない点を明らかにした功績は大きいと言わねばなるまい。それはまた、訴訟外的な判断要素を持ち込むことを可能にしたという意味でも重要であり、その趣旨は排斥されるものでは決してない。とはいうものの、実体法説では先の打ち切り公式のうち、いかなる「原因」、すなわち打ち切り事由にいかなるものを取り込むかについては説明が充分ではないし、またその基準も示されているとはいいがたい。

むしろ実体法説は、手続打ち論に対して目的論的な観点を与えるところに重きが置かれていたと評価できるのでないか。そうした意味では、処罰の必要性や有効性といった政策的因子を盛り込み、従来欠如していた「政策の法理」を前面に押し出したこと、また、「濫用」論からの離脱を認識させた点を評価すべきだろう。しかし、そのために打ち切りの対象範囲を巡っては政策的な考慮によって決せられる他ないということになってしまい、打ち切りの対象を実体法的思考によって限定してしまう可能性も残している。また実体法的アプローチは、とりわけ公判が二分化されていないわが国では実体審理の終了まで判断が留保され易いという難点をはらんでいるように思われる。

六 まとめ

今日までの「手続打ち論」につながる大方の考え方を振り返ってみた。けれども、「救済の法理」と「政策の法理」という打ち切り論の二面的な要請を満足させる理論構成は、今のところ不十分ではないか、と思われる。

訴訟条件説は、当事者主義的訴訟条件観に立つて、旧来の訴訟理論の延長線上に新たな手続打ち論を訴訟条件という場において確立させようとしていた。しかし結局どのような新たな非類型的訴訟条件を盛り込むかが不明確で、基本的には従来の「公訴権濫用論」を脱していないことが指摘された。

固有権説は、訴訟を打ち切る権限が裁判所に置かれていることを明示的に、理論的に示した功績があった。しかし当

事者主義の観点からは、そのような権限を發動させる被告人の申立て権と、その論拠を確立させることが要請されていることから、未だ打切り論全体を支える理論とは成りえないといった難点がある。

憲法的訴訟打切り説は、公訴権濫用論の範疇に含まれない類型を網羅する意図が評価されたものの、憲法論において議論しえない法律上、ないしは事実上の理由に基づく打切り論や「政策の法理」までも包括することが困難である、という短所が示された。

義務的公訴取消説も、現行の法規を有効に活用することのメリットはあるものの、検察官の客観義務論を前提にしていることや、理論的な公訴取消権の位置づけが不十分であることから、当事者主義の下での打切り論を支える理論とは言いがたいとの批判がある。

さらに実体法説は、「公訴権濫用論」の影響から「救済の法理」を強調しようという余り、「打切り論」の全体像を捉え切れなかったこれまでの諸説の欠点を補ったという成果は大きい。が、実体的判断が優位に過ぎ、非有罪処理の立法によれば問題が解決されるとの印象を与えかねない。

筆者としては、これらの理論的な相剋を踏まえた上で、「手続打切り論」を当事者主義の訴訟構造論においても機能させうる、また「政策」論においても「救済」論においても実質的な論拠を提示しうるような理論的基礎を提示することを考えたい。具体的には、ニューヨーク州の「正義の増進のための訴追の打切り」制度を参考にする事となる。この制度は「救済の法理」としても、また「政策の法理」としてもいずれにも機能することが確認されていた。また「正義の原理」の發動を促す打切りのファクターには様々な角度から打切り理由を取り込んでいた。そのような包括的な打切りの枠組みを我が国においても展開することが可能なのではないかと考えるものである。

もともと、こうした「正義原理」は実体法、手続法を混同しているとの批判が示されるかもしれない。しかし、打切

りが訴訟法的な解決方法であることは、その論拠を訴訟法的に構成しなければならない、という理由にはならないであろう。現に現行法制の中でも、起訴猶予処分は犯行に関する諸状況を考慮することが認められているのであって、訴訟外的事情を打切り段階における考慮の対象とすることが手続法的に不当とは思われない。

以上第二節では、「手続打切り論」を支える政策論的基礎に始まって、制度的基礎、比較法的基礎そして理論的な基礎の概観を終えることになる。

本稿は、「公訴権濫用論」にとどまらない、否むしろ「公訴権濫用論」ではカバーできない事態を認めて、これを「手続打切り論」が包括的に基礎付ける必要があるとの問題意識に立つてスタートしたわけであるが、第二章にまとめられたニューヨーク州の打切りの実際紹介に続いて、ここまで第三章では、わが国における「手続打切り論」の登場と、そしてこの動向を支え、また導いている基本的な視座について、多様な見地から考察することができたと見えよう。そこで最後に私見を含めて、どのようなパラダイムをこの「打切り論」に描くことができるのか、運用論ならびに立法論を示しつつ、第三節で論じることにした。

- (1) 有罪率をめぐるわが国の刑事司法の問題点を扱ったものとして、たとえば佐伯千仞「刑事訴訟法の四〇年と無罪率の減少」ジュリスト九三〇号（一九八九年）一六頁、座談会「刑事裁判の実態——九九・八六%の有罪率をめぐる」自由と正義三八巻二号（一九八七年）などを参照。
- (2) 田宮裕「公訴権の濫用」法学教室八四号（一九八七年）五五頁。
- (3) 同五九一六〇頁参照。田宮教授はこの類型は訴追裁量の逸脱などとは問題の本質を異にし、違法捜査の抑制原理として排除法則の延長で考えることを示されている。

(4) 井戸田侃『公訴権濫用論』(一九七八年) 一三二頁以下。この点、迅速な裁判を受ける権利が侵害された場合には、「裁判権」なしとして法三三八条一号で打ち切るべきとする能勢弘之「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)』(一九七七年) 二〇六頁が注目される。

(5) 昭和六二年一月二日岡山地裁判決(判例時報一二五五号三九頁)。

(6) 田宮裕編『刑事訴訟法I』(一九七五年)〔田宮担当部分〕四九一頁。

(7) 田宮同書四八八頁以下は以下のように公訴権濫用論を評価する。

公訴権濫用論は訴追裁量のコントロールという「問題」解決のための完全無欠な「きめ手」であるのではなく、他のベターな制度が現実にはない場合に、さしあたり不当起訴による手続負担から被告人を解放するという目的を最優先させるべきだという政策的主張であることを忘れてはならない。

(中略)

公訴権濫用論が当座の現実的主張であることを注意すべきであろう。

(8) 同書四九一頁。

(9) 田宮・前掲註(2) 五七頁参照。また宣告猶予、予審制度、絶対的釈放、一般的刑の免除規定などがなくが国における公訴権濫用論の意味を強調する、田宮前掲註(6) 四九一頁参照。他方、これらの諸制度の立法を求め、公訴権濫用論には消極的な見解を示す、平野竜一「刑事訴訟における実体判決請求権説——いわゆる修正された札問捜査をめぐって」『捜査と人権・刑事法研究第三巻』(一九八一年)〔兼子博士還暦記念・裁判法の諸問題(下)』(一九七〇年) 初出〕一九三頁を参照。

(10) ここではとりあえず、第一三回国際刑法会議の定義を参考にしていく。すなわちデイヴァージョンとは、「(1) 刑事司法制度の外部において社会統制を行っている公的機関の諸活動、(2) 刑事訴追を差し控える旨の警察または検察官の裁量の行使、および(3) 司法当局によって是認されている刑事訴追に代わる代替手続」である。田中開訳「第一三回国際刑法会議決議第三部会決議 デイヴァージョンおよびメディアエイション」刑法雑誌二七巻二号(一九八六年) 五一―五二頁参照。

(11) こうした観点については鈴木茂嗣「軽微事犯の処理・総論」刑法雑誌二八巻二号(一九八七年) 一六二頁以下参照。

(12) この用語についても論者による定義付けの違いが目につくが、鈴木茂嗣教授は藤本、森下、朝倉各教授の定義に疑義を

- 示され、広義あるいは狭義の区分、また法律上あるいは事実上の区分に基づいて再整理されている。同一六四頁参照。
- (13) Report of the President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *The Challenge of Crime in a Free Society* (1967). 邦訳は法務総合研究所『自由社会における犯罪の挑戦(1)』(3)『研究部資料二一—三三号(一九六八年)』を参照。紹介については、たとえば松尾浩也「刑事司法の運用に関する大統領諮問委員会報告書について」『家庭裁判所月報二』三卷六号(一九七一年)など参照。
- (14) 井上正仁「犯罪の非刑罰的処理——「デイヴァージョン」の観念を手懸りにして」『岩波講座 基本法学八——紛争』(一九八三年)三九五頁以下。
- (14a) 田宮裕「公訴権の運用と裁判官」『刑事裁判の課題・中野次雄判事還暦記念』(一九七二年)八六頁参照。
- (15) ラベリング論一般については例えば、森田洋司「犯罪社会学とラベリング論」『犯罪社会学研究第二号(一九七七年)』、室月誠「ラベリング論の検討(1)(2)」『大阪府立大学紀要(人文・社会科学)』二二、二五卷(一九七三、七七年)等を参照。
- (16) 謙抑主義の解釈原理的側面を指摘するものとして、小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第二卷』(一九八四年)一頁以下を参照。
- (17) 可罰的違法性にかかわる論議をめぐっては、前田雅英『可罰的違法性の研究』(一九八二年)を参照。
- (17a) 実質的犯罪理論については、前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』(一九九二年)参照。こうした流れに対する反論として、大谷實『実質的犯罪論と形式的犯罪論』『法学教室一五八号(一九九三年)』。
- (18) この点、前田・同右四五七頁参照。またアメリカ法における微罪打切り規定の紹介として、拙稿「軽微な犯罪に対する訴追の打切り制度・その一——アメリカにおける微罪 (de minimis infractions) 打切り規定をめぐって——」『北大法学論集四』一卷二号(一九九〇年)を参照。
- (19) 謙抑の思想を刑事法の底流に位置づけ、刑事司法をトータルな謙抑の体系として捉えなおそうとする、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』(一九八三年)三八七頁以下、また小暮・前掲註(16)を参照。
- (20) 前掲註(13)の文献を参照。
- (21) しはしばアメリカの刑事手続や刑事司法制度の教科書などに引用される刑事手続のフローチャートは、この委員会の報告書から生まれたものであった。前掲註(13)『法務総合研究所研究部資料二一・三四—五頁参照』。

(22) 松尾浩也「刑事手続とシステム思考」『現代刑罰法大系第五卷』（一九八三年）五頁参照。

(23) システム論をめぐっては、同右の松尾教授の指摘を参考にした。

(24) 「本命令〔証拠開示命令〕の効力については、これが適法に確定した場合、なおかつ、検察官においてこれに従わないものは殆どないと考えますし、万一これに従わないとすれば、検察官において本件公訴を誠実に追行する意思がないものとして、公訴棄却の措置をとる等考慮しなければならぬと考えます」（刑事訴訟法二二六条による証人尋問調書開示問題についての当裁判所の見解より）との見解が付されているが、最高裁は開示命令自体は支持しつつ、公訴棄却の措置をとりうる点については原裁判所の判断を是認すべき内容から除かれている。昭和四四年四月二五日最高裁第二小法廷決定・刑集二三巻四号二四八頁以下参照。

(25) たとえば、大森簡易裁判所判決昭和四〇年四月五日・判例時報四一五号一三頁では現行犯で逮捕後の暴行陵虐が認められた事案につき、「憲法三二一条の運用が期待される典型的な事例」であるとして「憲法三二一条を適用し、刑事訴訟法三三三条四号を準用して、公訴棄却の言渡しをすることが適当である」との判断を下している。本件は最高裁の認めるところとならなかつた（最高裁昭和四一年七月二二日判決・刑集二〇巻六号六九六頁以下）。また起訴段階の違法につき京都地裁昭和四六年一月一八日見解・判例時報六五四号一〇五頁では、「例えば、証拠上初めより有罪を確信づける蓋然性のないことが明認されながら、あえて公訴を提起した場合、または、起訴猶予を相当と認められる明白な諸事情があるのに、ことさら公訴を提起したことが客観的に明瞭な場合など、公訴提起それ自体に違憲、違法のかが看取されるとき（以下、公訴権の濫用という）は、実体審理の如何を問わず、公訴棄却等の形式裁判に出る場合もありうるであろう」と指摘されていた（傍線筆者）。

(26) この点、本稿第一章第一節（一）（二）を参照。

イギリスの判例ではたとえば *Reg. v. Comptroller Gen.* [1899] 1 Q. B. (Eng.) 909、アメリカの判例ではたとえば *Com. v. Cundiff* (1912) 149 Ky. 37, 147 S. W. 767; *Com. v. Hughes* (1913) 153 Ky. 34, 154 S. W. 399; *Com. v. Flynn* (1914) 161 Ky. 289, 170 S. W. 617; *State v. McLane* (1868) 31 Tex. 260; *People v. Zobel* (1913) 54 Colo. 284, 130 Pac. 837, など。ニューヨーク州のベネット事件では、「裁判所は検察官の申立てを除いては訴追の中止をおこなう権限を有していない。そして裁判所の同意の要件は近年の制定法上の要請である。この制限は検察官にのみ適用され、司法長官はいまだ裁判所の

同意なくいかなる訴追についても中止する権限を有してゐる。」と判示された。See, *People v. Bennett*, 49 N. Y. 137, 141 (1872).

- (27) このため多くの州が制定法による何らかの解決を計ろうとした。詳しくは第一章第一節(一)二を参照。
- (28) 第一章第一節(一)二
- (29) *State v. Carr*, 376 A. 2d 74, 76 (1977).
- (30) *City of St. Paul v. Landreville*, 221 N. W. 2d 532, 534 (1974).
- (30 a) See, 69 A. L. R. 240; C. B. Orfield, *CRIMINAL PROCEDURE FROM ARREST TO APPEAL*, 337-(1947).
- (30 b) エセフ・ストーリー裁判官(*Joseph Story*: 1779-1845)。一八一一年から四五年まで合衆国最高裁判所判事を務めた。同時に一八二九年から四五年までハーヴァード大学教授。
- (31) *People v. Brickner*, 15 N. Y. S. 528, 529 (1891).
- (32) C. C. P. § 三三三〔申立てにより取り消される正式起訴〕
 被告人が拘留された裁判所において、同人の申立が以下の場合のいずれかに該当するときは、正式起訴は取り消されなければならない。
 一・当該起訴状が、二六八条ならびに二七二条において述べられたような点についてなんら見当たらず、確認されず、提示されない場合。
 二・二六二条、二六三条、二六四条の場合を除いて、正式起訴状に盛り込まれた公訴事実が考慮されている間、ある者が大陪審の討議に出席を認められていた場合。
- (33) 15 N. Y. S. 528, 530.
- (34) *People v. Kirby*, 447 N. Y. S. 2d 606 (1982).
- (35) *People v. Kirby*, 460 N. Y. S. 2d 572 (1983).
- (36) *State v. Witt*, 572 S. W. 2d 913, 917 (1978).
- (37) *People v. Douglass*, 469 N. Y. S. 2d 56 (1983).
- (38) *Id.* at 57.

- (39) *Id.* at 59.
- (40) *Id.* at 62.
- (41) *People v. Rickert*, 459 N. Y. S. 2d 734 (1983).
- (42) 469 N. Y. S. 2d 62-3. この件に関する先例を見てみると、たとえば一九七五年のジョンソン事件では、「事実審は日程の調整をする固有の権限に従い、また正義の利益のために働くこと (act pursuant to its inherent power to control its own calendar and in the interest of justice)」が可能かどうか争われたが、第二控訴部は、固有の権限の存否についてはこれを否定することなく、打切りの根拠について明示が必要であることを理由に事実審の打切り決定を破棄している (*People v. Johnson*, 374 N. Y. S. 2d 120 (1975))。すると今回、最高裁判所は日程の調整をする「固有権」の所在につき明らかに新たな判断を示した、と言えるだろう。
- (43) 一七〇・四〇条については、第二章第二節〈一〉を参照。
- (44) *People v. Williams*, 410 N. Y. S. 2d 978 (1978).
- (45) *Holtzman v. Goldman*, 528 N. Y. S. 2d 21 (1988).
- (45 a) これらの最高裁判例を受けて、ニューヨーク州では立法により、二一〇・四〇条のフアクターの中に新たに訴追の打切りを認める類型を盛り込もうとしている。本稿第二章第四節〈一〉註(45)参照。
- (45 b) 監督権一般については、たとえば、Note, *The Supervisory Power of the Federal Courts*, 76 HARVARD LAW REVIEW 1656 (1963); Notes, *Judge-made Supervisory Power of the Federal Courts*, 53 GEORGETOWN LAW JOURNAL 1050 (1965); Comment, *Judicially Required Rulemaking as Fourth Amendment Policy: An Applied Analysis of the Supervisory Power of Federal Courts*, 72 NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW 595 (1978); Sara Sun Beale, *Reconsidering Supervisory Power in Criminal Cases: Constitutional and Statutory Limits on the Authority of the Federal Courts*, 84 COLUMBIA LAW REVIEW 1433 (1984). などを参照。
- (46) *McNabb v. United States*, 318 U. S. 332(1943). 本判決の紹介として、田宮裕・シエリスト臨時増刊「英米法判例巨選」(一九六四年)七六頁。
- (47) *Id.* at 340. また「こうした連邦裁判所における司法の執行に関する〔裁判所の〕監督権 (supervisory authority)

を行使するに当たって、本裁判所は裁判所が始まって以来、連邦の刑法の執行において適用されるような証拠に
関するルールを形成してきた。(略)そして連邦の刑事裁判における諸々の証拠法を作るに当たって、本法廷は証
拠上の関連性に関する厳格な法律に限定されない正義についての配慮によって導かれてきた」とも述べている。

See, *id.* at 341.

(48) *Id.* at 333-8. 事件は一九四〇年、テネシー州で起こった。アルコールの密売の情報を得た歳入局アルコール税
部門の職員が張り込み、犯人を捕まえようとした。その際に職員一名が射殺されたが、その疑いがマクナッブ親
子に対してかけられたものである。

(49) *Id.* at 340. たとえば、共同被告人であるフリーマン・マクナッブ、レイモンド・マクナッブ、ベンジャミン・
マクナッブのうち、フリーマンは、事件の次の日(木曜日)の早朝三時に逮捕された。しかし合衆国コミッションナ
ーにも裁判官にも引致されなかったし、弁護士も付けられないままで一四時間拘束され、夕方五時までそのまま
あった。そして始まった尋問は翌一時まで続いた。そして金曜日朝九時ないし一〇時から再び尋問が開始されて
いる。その間一切接見は認められていない。

(49 a) *Id.*

(50) Thiel v. Southern Pac. Co., 328 U. S. 217, 225 (1946).

(51) Alfred Hill, *The Bill of Rights and the Supervisory Power*, 69 COLUMBIA LAW REVIEW 181, 194 (1969).

(52) *Id.* at 194-6.

(53) *Id.* at 197-9.

(54) *Id.* at 199-213.

(55) On Lee v. United States, 343 U. S. 747 (1952).

(56) Jencks v. United States, 353 U. S. 657 (1957).

(57) 18 U. S. C. §3500 (1957). つれについては、たとえば酒巻匡『刑事証拠開示の研究』(一九八八年)一〇七頁以
下にシェンクス法制定前後の連邦の動向が詳しい。

(58) Barker v. Wingo, 407 U. S. 514 (1972). つれについては、たとえば、時武英男「迅速な裁判を受ける権利——バー

カー事件判決とその批判を中心として——『現代の刑事法学（下）平場安治博士還暦記念』（一九七七年）一八五頁、荒木伸怡「迅速な裁判を受ける権利(1)』立教法学一五号（一九七六年）が詳しい。同『迅速な裁判を受ける権利』（一九九三年）一七頁以下も参照。

(59) 原田國男「Speedy Trial Act of 1974」アメリカ法[1978]九八頁以下参照。

(60) 18 U. S. C. §3501 (1985).

(61) ①の分類は、Note, *Supervisory Power meets the Harmless Error Rule in Federal Grand Jury Proceedings*, 79 THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW & CRIMINOLOGY 1037 (1988) によろ。ヒール教授によれば、監督権が発揮される場面は、①陪審員の選定手続に関する公正さ、②陪審の公正を確保するため再審理を要請するとき、③陪審の宣誓に関する手続、④証拠開示の命令、⑤有罪答弁の受理、⑥弾劾手続の制限に分かれるとする。Beale, *supra* note 45b, at 1449.

(62) United States v. Cortina, 630 F. 2d 1207 (7th Cir. 1980).

(63) United States v. Singer, 710 F. 2d 431 (8th Cir. 1983).

(64) United States v. Pino, 708 F. 2d 523 (10th Cir. 1983).

(65) United States v. Gervase, 562 F. Supp. 632 (N. D. Ill. 1983).

(66) United States v. Jacobs, 436 U. S. 31 (1978).

(67) United States v. Serubo, 604 F. 2d 807 (3d Cir. 1979).

(68) United States v. Hogan, 712 F. 2d 757 (2d Cir. 1983).

(69) Note, *supra* note 61, at 1042.

(70) United States v. Hastings, 461 U. S. 499, 505 (1983).

(71) 監督権への消極的な見解を示すヒール教授とは反対の立場の論稿として、たとえば、Note, *The Exercise of Supervisory Powers to Dismiss a Grand Jury Indictment — A Bases for Curbing Prosecutorial Misconduct*, 45 OHIO STATE LAW JOURNAL 1077 (1984). 及び、監督権への批判について検討を加えている。

(72) State v. Gaffey, 456 A. 2d 511, 514 (1983). その例としてハンドラー裁判官は、大陪審が起訴した事件を検察

官が「中止」(nolle prosequi)する場合に、裁判所の許可なしには行えないと判断したキャバナー事件、アッシュビー事件を引用している。See, *State v. Kavanaugh*, 243 A. 2d 225 (1968); *State v. Ashby*, 204 A. 2d 1 (1964).

- (73) *Id.*
- (74) *State v. Laganella*, 365 A. 2d 224 (App. Div. 1976), *appeal dismissed*, 377 A. 2d 652 (1976).
- (75) *State v. Hunt*, 445 A. 2d 1186 (Law Div. 1981).
- (76) *State v. Cichetto*, 365 A. 2d 207 (App. Div. 1976).
- (77) *State v. Hart*, 354 A. 2d 679 (App. Div. 1976).
- (78) *State v. Abbati*, 478 A. 2d 1212 (N. J. Super. A. D. 1984).
- (79) *State v. Abbati*, 493 A. 2d 513 (N. J. 1985).
- (80) *Id.* at 515-6.
- (81) 478 A. 2d 1212, 1214.
- (82) *Id.* at 1214-6.
- (83) *Id.* at 1216.
- (84) 493 A. 2d 513.
- (85) *Id.* at 516-7.
- (86) *Id.* at 517.
- (87) *Id.*
- (88) *Id.* at 518.
- (89) *Id.* at 518.
- (89 a) *Id.* at 518-9.
- (90) *Id.* at 521-2.
- (90 a) 456 A. 2d 511.
- (90 b) 365 A. 2d 224.

- (91) 田宮裕「訴追裁量のコントロール——公訴権の濫用について——」立教法学二一〇号（一九六九年）参照。
- (92) 田宮裕「刑事裁判官論の意義」刑法雑誌一八卷三〇四号（一九七〇年）（のち『一事不再理の原則』（一九七八年）に所収）、同「適正手続」『演習刑事訴訟法』（高田卓爾・田宮裕編）（一九七四年）など参照。またこの「担い手論」批判については小田中聰樹「刑事司法論の基礎視点——田宮裕著『刑事訴訟とデュー・プロセス』を読んで」法律時報一九七二年一月号など参照。
- (93) 小田中・前掲註（92）参照。
- (93 a) 伊藤幸吉「公訴権の濫用」研修二五二一〇号（一九六九年）八九頁、竹村照雄「公訴権濫用論と公判審理における問題点」法律のひろば二一巻四号（一九六八年）一七頁。
- (94) 田宮・前掲註（91）特に一七一頁以下。
- (95) 同書一六八、一七一頁。
- (96) 最二決昭和四四年四月二五日・刑集二三巻四号二四八頁。
- (97) 最大判昭和四七年二月二〇日・刑集二六巻一〇号六三一頁。
- (98) 田宮裕「迅速な裁判と高田事件」法律時報四五巻五号（一九七三年）一一頁では以下のように述べられている。「刑事手続に関しては、裁判所は、訴訟の基本構造や法規に違反しないかぎり、被告人のためにゆるやかに手続を形成する権能をもつ。これは司法に内在する権能であるといってもよい。そのよい例が訴訟指揮権である。」
- (99) 最一決昭和五五年二月一七日・刑集三四巻七号六七二頁。
- (100) 研究会「川本事件最高裁決定をめぐって——公訴権濫用論と最高裁——」ジュリスト七三七号（一九八一年）三六頁上段の三井教授の発言。ただし、司法の監督権という用語がミスリーディングであるとの指摘が河上検事から示されている。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）六八頁参照。この点について触れておくと、最高裁は訴追裁量に対して審査が及ぶことがあることを示唆したにすぎず、その合理的な根拠を示さなかった。しかし、こうした審査権限は司法が本来的に有する固有権から導かれる手続の廉潔性や適正さへの監督権に基づく、と考えておくのが適当であろう。
- (101) 川本事件最高裁決定以後の八〇年代の諸判例については、本書「序一」の註（二）にまとめられている。

- (102) 鴨良弼「訴訟管理権」刑法雑誌一五卷二号(一九六七年)(のち『刑事訴訟法の新展開』(一九七三年)所収)参照。同書の書評としては、松尾浩也・法律時報四一卷一号(一九六九年)一二五頁以下参照。
- (103) 同七頁。
- (104) 同一頁以下。
- (104 a) 同一七頁。
- (104 q) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, §42DV, 21. Aufl. 1989.
- (105) 岡部泰昌「起訴前手続における違法と公訴提起の効力」刑法雑誌一六卷二〥三〥四号(一九六八年)二五七頁参照。
- (106) 同右。
- (107) 青柳・伊藤・柏木・佐々木・西原『註釈刑事訴訟法 第三卷』(一九七八年)一四七頁参照。
- (108) 田宮裕『注釈刑事訴訟法』(一九八〇年)三二四頁参照。
- (109) 同右。岸盛一「訴訟指揮と法廷警察」『法律実務講座・刑事編・第五卷』(一九五四年)一〇一五頁以下は「明文規定がなくても、もともと訴訟指揮の範囲に属するのだから、公判期日における手続の進行に秩序を与える性質のものではなく、もともと訴訟指揮の範囲に属するのである。例えば、審理の開始及び終結、審理の休憩を宣し、法二九五条にあたる場合における訴訟関係人の発言の許否及び一時的発言の禁止等のごとき法規になんらの定めのないもの、証人の人定尋問、証人に対する宣誓趣旨の説明、宣誓を命ずる権限、偽証の警告、証言拒絶権の告知(規則一一五条―一七条、一二〇条、一二一条)等のごとく特に裁判長がこれをする旨の明文のないものも事柄の性質上裁判長の権限に属する」とする。
- (110) 青柳ほか・前掲註(107)一四八頁参照。なお、平場安治「証拠開示と被告人の権利」法律時報四〇卷一一号(一九六八年)六三頁は「訴訟指揮権は司法権に内在する一機能である。すなわち……裁判所の事件に対する支配権の一機能である」とするし、鈴木茂嗣「刑事訴訟における証拠開示(2)」神戸法学雑誌一四卷二号(一九六四年)二八六頁は「わが国の裁判所の有する固有権としての訴訟指揮権は……明示の法規上の根拠がなければ行使しえないほど非力なものと解すべきではない」とする。

また、田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』（一九七二年）二二四頁以下（初出「刑事手続と裁判所の役割」判例タイムズ二五九号（一九七一年））では、最高裁が一九六九年四月二五日の決定により証拠開示命令を訴訟指揮権に基づいて発しうることを認めた点につき、「具体的には固有権の思想を背後にもつ訴訟指揮権の概念を用いたもの」と評している（同二三九頁）（傍線筆者）。

(111) 法務廳官房涉外課・法務廳検務局総務課共訳『The Code of Criminal Procedure』（一九四九年）七三頁。

(112) 岡部・前掲註（105）二五三―七頁参照。

(113) 岸・前掲註（109）一〇七―一二頁参照。

(114) 岡山地裁昭和六二年一月二二日判決〔未確定〕判例時報一二五五号三九頁。この判決については、本章第一節（二）参照。

(114 a) 田宮裕『注釈刑事訴訟法』（一九八〇年）二―三頁参照。

(114 b) 松尾浩也「実体的真実主義とは何か」『刑事訴訟の原理』（一九七四年）九〇―三頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（一九八八年）一頁以下など参照。

(114 c) この点を指摘するものとして、たとえば平場・高田・中武・鈴木編『注解刑事訴訟法・上巻（改訂増補）』（一九七六年）四頁〔中武担当部分〕では、「刑事手続における国家目的の実現を「公共の福祉」と同視し、公共の福祉の名のもとに、現実の社会的基盤の発展の当然の要請を越えた外部的制約を被告人に課するおそれがあり、

また、過去において現実にこれを課した条例も必ずしも少なくなかった」と指摘している。

(114 d) たとえば、田宮裕「公訴権の運用と裁判官」『刑事裁判の課題・中野次雄判事還暦祝賀』（一九七二年）八五―七頁参照。

(115) *People v. Issacson*, 406 N. Y. S. 2d 714 (1978).

(116) 田中正義「捜査に関する諸問題」法学新報五九卷三号（一九五二年）二〇頁。

(117) 横浜地裁昭和二六年六月一九日判決・〔控訴審〕東京高裁昭和二六年十一月二六日判決（高刑集四卷一三三―九三三頁）、東京交際昭和二七年七月二九日判決（高刑集五卷九号一五〇二頁）等は、抽象的危険の存在すら否定し、無罪を言い渡している。

- (118) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』(一九七二年)一五九頁。
- (119) 鈴木茂嗣「おとり捜査」刑事訴訟法判例百選〔第三版〕(一九七六年)三〇頁。
- (120) 高田卓爾『刑事訴訟法〔改訂版〕』(一九七八年)三二〇頁。
- (121) 島田仁郎「英国におけるおとり捜査」司法研修所論集五六号(一九七五年)三六頁。
- (122) 田宮裕編著『刑事訴訟法Ⅰ』(一九七五年)一三八頁。
- (123) 一九七三年のラッセル事件によって、合衆国最高裁は「わなの抗弁」自体は認めなかったものの、デュー・プロセス条項による救済の可能性がないとまで認定しなかった(United States v. Russell, 411 U.S. 423(1973))。一九七六年のハンプトン事件では、二名の結論同調意見および三名の反対意見の中において、事案によっては、政府の違法な犯罪誘発行為に対して、デュー・プロセス違反の主張が成り立つ可能性があることも認めるに至った(Hampton v. United States, 425 U.S. 484(1976))。これらの事件の詳細については、渡辺修「囲捜査と異抗弁——アメリカ合衆国判例を中心に——」法学論叢一〇五巻二号(一九七九年)六二頁以下、L. M. リード・酒巻匡「わな」の抗弁とデュー・プロセス」ジュリスト七七八(一九八二年)三三—三三頁等を参照。
- (124) 田宮裕「おとり捜査」警察関係基本判例解説一〇〇・別冊判例タイムズ九号(一九八五年)一〇三頁。
- (125) 処罰の相当性、司法の無瑕性ないし廉潔性の保護、違法捜査の抑制と言った視点を総合した手続打切りの方向を示唆するものとして、たとえば渡辺前掲註(123)七五—六頁参照。
- (126) 田宮前掲註(124)一〇五—六頁。
- (127) 406 N. Y. S. 2d 714, 717-8.
- (128) 411 U. S. 423, 431-32; 425 U. S. 484, 495 n. 7; Bennett Gershman, PROSECUTORIAL MISCONDUCT, 1-6, 7 (1987).
原文は“due process would bar the government from invoking judicial process to obtain a conviction”である。
- (129) もっとも、下級審レベルでは連邦においてデュー・プロセス・アプローチが実現している。たとえば、トゥイック事件(United States v. Twigg, 588 F. 2d 373 (3rd Cir. 1978))、トスカニーノ事件(United States v. Toscanino, 500 F. 2d 267 (2d Cir. 1974))がある。
- (130) 406 N. Y. S. 2d 714, 718. 同様の指摘をするものとして、リード前掲註(123)二九頁。「判例の傾向は、法執行

機関の活動の適切な限界を設定するために、デュー・プロセスによる基礎付けを、すなわち、基本的な公正の觀念によるテスト (Basic fairness test) を目指す方向に向かっているように思われるのである」と述べる。

(131) 公訴棄却と免訴との差異を強調されず、むしろ、免訴も公訴棄却の一場面に過ぎないと主張をされるのは田宮教授である。たとえば、田宮・前掲註(110)三〇七頁参照。

(132) 註(97) 参照。

(133) 東京地裁八王子支部判決昭和三七年五月一六日下刑集四卷五〇六号四四四頁。控訴審は、東京高裁昭和三八年六月二四日判例時報三三八号四三頁、上告審は最高裁昭和三八年一月二七日判例時報三五九号六二頁。

(134) 最大判昭和五六年六月二六日刑集三五卷四号四二六頁。

(135) 大森簡判昭和四〇年四月五日判例時報四一五号一三頁。事案は、タクシー会社勤務の運転手である被告人が、警察官に停車を命ぜられ、速度違反であることを告げられたが、運転免許の提示を拒否するなどして警察官と押し問答を重ねたが、道路交通法違反の現行犯として逮捕されたもの。逮捕後、被告人はM警部補に首筋を強くつかまれ、左手を背中にねじあげられるなどの暴行を加えられたため、翌日検察庁で取り調べられた後に首筋に痛みを訴え、病院でウィップブラッシュ傷害(頸椎変型症の一種)と診断された。そこで大森簡裁は、公訴事実を認めつつも逮捕の違法性およびM警部補の暴行は黙過できないものとして公訴棄却を言い渡した。

本件控訴審は、一番を破棄、事件を差し戻した(東京高判昭和四一年一月一七日下刑集八卷一号一一頁)。さらに上告して争われたものの、最高裁第一小法廷は「逮捕手続に違法があったとしても、公訴提起の手続が憲法三一条に違反し無効となるものといえない」と述べて高裁判決を維持した。本件については、たとえば、岡部泰昌「起訴前手続と公訴の効力」刑法雑誌一六卷二〇三三―四号(一九六九年)、松尾浩也「刑事訴訟の原理」(一九七四年)三二〇頁以下等を参照。最近、駐車違反の事案でずさんな捜査を理由に公訴権濫用論を認めた判例が現れた。山口簡判平成二年一〇月二二日判決判例時報二二六号一五八頁。

(136) 大審院判明治四三年一〇月一一日刑録一六輯一六二〇頁。たばこを耕作していた農夫である被告人は、自分の作ったたばこのうちごく少量、葉たばこ七分を手刻みにして消費した。大体当時の価格にして一厘程度のものであったため、事件にこの名がついた。一審宇都宮地裁は無罪、東京控訴院は有罪となったが、大審院は無罪の判

決を言い渡した。

(137) 最二判昭和三〇年一月一日刑集九卷一二号二四二〇頁。被告人は闇たばこを一〇本買い、五本吸ったが、残りの五本を戸棚に残しておいたところ、それをたまたま発見され、たばこ専売法違反で起訴された。一審の須崎簡裁は無罪、二審の高松高裁が有罪の自判をした。第二小法廷は「一厘事件」を引用した上告趣意を事案が異なり適切でないと退けたが、職権で調査したうえで無罪の自判をした。

(138) 大阪高判昭和四三年七月二五日判例時報五二五号三頁、上告審は最判昭和四七年三月一六日判例時報六六一号六頁。また、昭和五二年七月二一日、札幌高裁は「自動車による業務上過失致死傷事件」で、起訴が合理的理由なく甚だしく遅延したため、実刑の原判決を破棄し、執行猶予を言い渡した。裁判所は、犯行日時は昭和四七年五月一八日で、起訴が五一年一〇月三〇日という本件の経過に鑑み、「被告人の迅速な裁判を受ける権利を保障した憲法三七条一項の趣旨に照らし、上記のような本件の特殊な事情を充分に考慮するならば、ここで被告人に実刑をもって臨むことが、適切な量刑であるとは思われない」と述べ、禁錮一年八月の実刑に処した原判決の量刑を重すぎて不当とし、執行猶予に変更する自判をした。

(139) 岡山地判昭和六二年一月二二日判例時報一二五五号三九頁。その後、広島高裁岡山支判平三年九月一三日判例時報一四〇二号二二七頁によって破棄されている。

(140) 最決昭和五五年二月一七日判例時報九八四号三七頁、控訴審は東京高判昭和五二年六月一四日判例時報八五二号三頁。

(141) 逮捕時に少年であった被告人が、手続に手間取るうちに成人し、家裁送致が不可能になるという事案であるが、たとえば最判昭和四四年二月五日刑集二三卷一二号一五八三頁は、家裁の審判を受ける機会が失われても、必ずしもこれを捜査手続の違法とみることはできないし、公訴提起の効力を失わせるものでもないと判断した。二審の仙台高裁および第一審の久慈簡易裁判所は、公訴棄却の判決を行っている。

同種事案については、たとえば井戸田侃「公訴権濫用論」二六二頁以下(一九七八年)、寺崎嘉博「公訴抑制の法理と有罪判決阻止の法理——公訴権濫用論試論(1)」山形大学紀要(社会科学)一九卷一号(一九八八年)一五四頁以下等を参照。

- (142) 事情変更による手続打ちりを主張するのは、たとえば、米田・前掲註(119)七一頁以下。
- (143) こうした積極説については、前項(二)を参照。
- (144) 軽微事犯への公訴権濫用論の適用を説くものとして、たとえば井上正治「公訴権の濫用」ジュリスト三八九号(一九六八年)二七頁、田宮・前掲註(91)一七九—一八〇頁、三井誠「検察官の起訴猶予裁量」神戸法学二一卷一・二号(一九七一年)九〇—九四頁などを参照。井戸田侃「公訴権濫用論」(一九七八年)一六四—一六頁は軽微事犯のみに濫用論の範囲を止めようという意見に批判的である。
- (145) 藤木英雄「可罰的違法性」(一九七五年)特に九四頁以下、一三九頁以下、二〇五頁以下など、前田・前掲註(117)四五—二頁以下、四八〇頁以下などを参照。
- (146) American Law Institute, Model Penal Code§2-11 (1962).
- (147) こうした立法「ならびに判例の動向については、拙稿・前掲註(118)を参照。
- (148) N. J. C. A. 2C: 2-11 (1978).
- (149) American Law Institute, MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES, 404-5 (1985).
- (150) この点は拙稿前掲註(118)・特に第三節を参照されたい。
- (151) もちろんこのような主張は、実体的評価と手続的評価を混同するとして批判を受けることになろうが、この点については本節(四)の「理論的基礎」のところで検討することにした。
- (152) 拙稿前掲註(118)第一節を参照。
- (153) Glanville Williams, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 2d ed., 620 (1983).
- (154) *Id.* at 621.
- (155) R. v. Paleshaty (1949), 96 C. C. C. 147 (Man. C. A.).
- (156) R. v. Arne Ling (1954), 109 C. C. C. 306 (Alta. S. C.).
- (157) *Id.* at 310.
- (158) R. v. Li (1984), 16 C. C. C. (3d)382, 384.
- (159) R. v. Lesmeister and Lesmeister (1983), 33 C. R. (3d) 315 (Alt. Prov. Ct.), *see*, R. v. Carver [1978] 3 All E. R. 60.

63.

(60) Don Stuart, CANADIAN CRIMINAL LAW, A TREATISE 2d ed. 498 (1987). スチュアート教授は、「この古い軽微性の原理は、裁判官がある疑わしい事案では刑法が謙抑をもって用いられうることを、また被告人がたとえ法技術的には有罪であっても疑問が残る場合には十分な利益が与えられうることを確信する理想的な手段を提供することが出来る」と述べている。

(161) 「正義の増進のための訴追の打切り」の基準に関する分析は、主に本稿第二章第四節(一)一 クレイトン基準と一九七九年基準、もしくは同五節(一)一 C P L下での「正義の原理」——具体的要件」の項を参照。

(161 a) 全面説に立つ判例として、State v. Evans, 475 A. 2d 97, 100 (1984)。限定説に立つ判例は、State v. Brown, 458 A. 2d 165 (1983) など多数説となつてゐる。

(162) State v. Zarrilli, 523 A. 2d 284(N. J. 1987)。

(163) State v. Park, 525 P. 2d 586 (Ha. 1974)。

(164) 宣告猶予については、刑法改正の際にこれが採り上げられたところから多くの文献が存する。以下の註において紹介されるもののほか、たとえば、法律時報臨時増刊「改正刑法準備草案の総合的検討」(一九六〇年) 四六二頁以下の対談が興味深い。準備会においては、「放免」制度が提案されたにもかかわらず、検察側の強い反対があったとの発言(伊達、吉川)がある。この点、日本刑法学会「改正刑法準備草案」刑法雑誌一一卷一一二二号(一九五一年)二九頁参照。須々木主一「宣告猶予の目的」早稲田法学四二卷一・二号(一九六六年)一五二頁は、刑事政策的観点から、微罪について訴追の必要性を勘案し、宣告猶予とすることを提案されている。また、正田満三郎「刑事訴訟における課題と解決」刑法雑誌一五卷三二四号(一九六八年)五一四頁以下では、宣告猶予は「起訴権の濫用を含む公訴権行使に対する司法的抑制を狙つたものであろう。……これによってある程度、司法による人権保障の機能が拡大強化されることは間違いない」とする。

(165) People ex rel. Forsyth v. Court of Session, 141 N. Y. 288, 36 N. E. 386 (1894)。

(166) Criminal Justice Act 1948, S. 7 (1). 明治大学刑事法研究室「刑の執行・宣告の猶予と保護観察制度」法律論叢二六一五(一九五三年)七一頁、特に一〇一頁参照。ただし、一九七三年「Power of Criminal Justice Act 1973,

s. 7(1)において、有罪判決前に無条件釈放を行える旨、法律の改正が行われている。こうなると、「訴追の打切り」とかなり近接した処分となろう。

(167) 平野竜一「執行猶予と宣告猶予(2)」警察研究三二巻二号(一九六一年)二八頁参照。

(168) N. Y. Penal Law of 1909, §2188.

(169) 鈴木義男「アメリカ法律協会の模範刑法典とニューヨーク州の新刑法(1)―(6)」法曹時報一九卷五二六号、二〇卷九号、二二巻二二三、九号、二三巻六号、二五巻一二号(一九六七―七三年)による一九六五年法の紹介に際して、無条件釈放について触れられている。二二巻九号参照。

(170) N. Y. Penal Law §65:20.

(171) 無条件放免制度を示唆したものとして、たとえば、三井誠「訴追裁量」高田・田宮編『演習刑事訴訟法』(一九八四年)一八一頁などを参照。

(172) Dismissalの法的な効力については、二章五節〈三〉を参照。

(173) L. 1981, Ch. 742, *eff.* Sept. 1, 1981.

(174) 多くの論者がこの見解を支持していることに注意したい。平野前掲註(147)二八頁には、ドイツにおける、「宣告猶予」制度を不当起訴抑制の手段とすることには多くの異義が唱えられていたが(たとえば、日弁連「刑法全面改正要綱案に対する意見」自由と正義二三巻四号(一九七二年)一一五頁以下参照)、訴訟法において「公訴の取消」に関する規定を改正するか、直接に裁判所が公訴を棄却する規定を設けるか、を主張する吉川経夫教授の見解は基本的に筆者と同一である。平場安治・平野竜一編『刑法改正の研究I』二九五頁(吉川経夫執筆部分)(一九七二年)参照。

(175) *See*, *People v. Szymkiewicz*, 297 N. Y. S. 2d 594 (1969); *People v. Darling*, 377 N. Y. S. 2d 718 (1975).

(176) *Power of Criminal Court Act 1973, s. 57(1)*によれば、二年を超えない拘禁刑につき、裁判所はこれを宣告猶予することができる。しかし、被告人はプロバेशन・オフィサーの指示を受けねばならず、住所の変動を連絡する義務がある。また、プロバेशनと異なり、非刑罰処分(non-punitive order)に含まれない。Celia

(17) *Id.* at 261.

(178) 「公訴取消」を手續打切りの一手段であることに積極的な見解ないしはその可能性を示唆する見解を採るものとして、たとえば、田宮教授・松尾教授らの諸説がある。

「起訴された以上、裁判所は実体判決をするほかないわが国の法制のもとでは、訴訟打切りが妥当な場合に、公訴権濫用論のほか公訴取消しの利用が求められることにもなろう。」(田宮裕『注釈刑事訴訟法』二八二頁(一九八〇年))

「いわゆる公訴権濫用論の変形として、公訴の取消しが主張されることも考えられよう。」(松尾浩也『刑事訴訟法・上(補正版)』二五三頁(一九八四年))

更に、同旨の発言が、研究会「公訴権の濫用をめぐって」判例タイムズ三五四号(一九七八年)四七頁でもなされている。

この他、鈴木一郎「公訴権濫用論——弁護の立場から」三井誠他編『刑事手続(上)』四一一頁(一九八八年)も、裁判所が積極的に「公訴の取消し」を勧告することを主張する。またこれに対するコメント(裁判)中山善房)も「公訴取消」の検討を示唆するが、「効率的な運用の観点から」という留保が付されており、裁判効率論としての「打切り論」であることに注意しなければならぬであろう。もちろんかかる点の重要性を否定するのではないものの、筆者がニューヨーク州の打切り制度を研究する目的は、単なる効率的な司法の運用という観点からではなく、訴訟内的な被告人の救済、すなわち早期の手続からの開放という点にあったことを落としてはならないし、現実にニューヨーク州の判例においてもこうした見地から、「Dismissal」の法理」が形成されていったのではないかったか。

さらに、特に起訴後の事情変更を理由に同様の手続を主張されるのは、藤木教授である。「このような措置としては、検察官の公訴の取消しという方法がもっとも望ましいところであるが、検察官が取消しに応じない場合で取り消さないことが極端に正義に反すると認められる場合もあり得ないではない。かような場合、起訴後の事情の変更が起訴前の段階において予見可能であるのにそれをことさら無視したというような事情が認められる場合

には、起訴における裁量権の行使について重大な過失があった、として公訴提起の手續を違法ならしめる場合が例外的には、認める余地を生ずるのであろう」（藤木英雄「可罰的違法性」二二八頁（一九七五年）（傍線筆者）。

(179) 二九二条「公訴ハ予審終結決定又ハ第一審ノ判決アル迄之ヲ取消スコトヲ得。②公訴ノ取消ハ理由ヲ記載シタル書面ヲ以テ之ヲ為スヘシ」

(180) 宮本英脩『刑事訴訟法大綱 宮本英脩著作集第五卷』一七五頁（一九三六年（一九八六年復刻））参照。

(181) 平場安治『改訂刑事訴訟法講義』三七八頁（一九五二年）参照。

(182) 佐伯千仞、米田泰邦『集團事件の刑事手續』「続・生きている刑事訴訟法」三四九頁（一九七〇年）、同『集團犯罪裁判の論理』法律時報四四卷一号（一九七二年）一三頁、米田・前掲註（19）七〇頁以下および三三七頁以下。

(183) 出射義夫『檢察・裁判・弁護』二二八頁（一九七三年）（原典は「檢察の新しい目標」ジュリススト五〇七号（一九七二年）は実務でこうした見解がうけ入れられていない状況を指摘しながら、現在「公訴取消」を行う際に、検事長に請訓しその指揮を受けてすることとされている内部手續の厳格性を批判する。

また被告人所在不明事件などと並んで「起訴当時は起訴価値があったが年月の経過によって現在において起訴価値のなくなった事件」も「一旦公訴を取り消し、再起訴できるようになって必要から再起訴するといった活き活きとした公訴権の活用をすべきである」との指摘もある。同二九頁。なお公訴取消をめぐる実務については、土本武司「破棄差戻・移送事件と公訴の取消」法律のひろば三七卷六号（一九八四年）三五頁以下が詳しい。

(184) 宮沢節生「公判前デヴァージョン——制度改革の試論と実証的課題——」犯罪社会学研究第八号（一九八三年）九四頁参照。

(185) 詳しくは第一章第一節（三）「Dismissalの法理の展開」の項を参照。

(186) 米田・前掲註（19）三三七—九頁では、「公訴の義務的取消」という理論構成を開陳されている。

「もともと近年の公訴権濫用論も、ここでの遅延裁判の超法規的救済も、この公訴取消制度が適正に運用されていないために生まれたものといえるのである。事態の解決は、その死文化を改めることから始めるのが本筋なのである。そのためには、取消を単なる自由裁量の世界から引き出し、その明確な基準を与えることが必要であり、そこでは公訴権濫用に対応するものとして、公訴提起後の事情変更による公訴「維持」の濫用という問題の視角

も要求される。」

そして、高田事件を参考に公訴取消の基準を確立し、検察官が従わない場合のサンクションとして、形式裁判による打切りという新しい局面を開くことを示唆されている。詳細は次項を参照。

(187) *People v. Harris*, 1847, 1 Edm. Sel. Cas. 453.

(188) たとえば、近時のものでは、岡山地裁の「いんあ者事件」が挙げられよう。

「……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、実体審理をせず、もしくはこれを打切り、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つたかと思う。」(傍線筆者)

【岡山地裁昭和六十二年一月二二日判決(未確定) 判時二二五号三九頁】

アメリカにおいて検察官の訴追の中止を勧告した判例として、*Williams v. State*, 23 S. E. 822 (1896 Ge.)。

(189) 岸盛一『刑事訴訟法要義』二五五頁(一九六二年・新版)参照。

(190) 法務庁官房渉外課・法務庁検務局総務課共訳『英文刑事訴訟法』(一九四九年)など参照。他に、法務省刑事局外国法令研究会編『法律用語対訳集 英語編』(一九九〇年) 八一頁および最高裁事務総局編『法廷通訳ハンドブック【英語】』(一九九〇年)一一〇頁では *Withdrawal of public prosecution* とする。

(191) 手続打切りについて検察官の同意を廃する見解として、たとえば内藤謙「軽微犯罪と刑事裁判——立法論的考察——」『刑事裁判の課題・中野次雄判事還暦記念』(一九七二年) 四六〇頁は、公訴権濫用論を射程に入れつつ同意の要件を否定的に解する。また米田泰邦「長すぎる刑事手続からの救済——高田事件上告判決をめぐる諸問題」判例タイムズ二八七号(一九七三年) 八六、九三頁参照。

(191a) 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——」島大法学三二巻三号(一九八八年) 参照。

(191b) 田宮裕「訴訟条件」法学教室八五号(一九八七年) 特に八二頁以下、三井誠「公訴権と訴訟条件」松尾・鈴木編『刑事訴訟法を学ぶ』(一九七七年) 一五〇頁以下などを参照。

(192) たとえば、井戸田、前掲註(158)、特に二八一—三一頁、八五—一六六頁参照。

- (193) 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)、渥美東洋・庭山英雄ほか編『増補刑事訴訟法』(一九七七年)八三頁以下など参照。
- (194) 川崎・前掲註(191a)。
- (195) たとえば、小田中聰樹「公訴抑制の理論と展望」法学セミナー一九八二年一月号(一九八二年)、『刑事訴訟と人権の理論』二〇三頁以下(一九八三年)や、妨訴利益ないし妨訴権への侵害を基礎にした能勢弘之「訴訟条件」『刑事訴訟法』二五講三四頁以下など。
- (196) 川崎・前掲註(191a)六五頁。
- (197) 岡部泰昌「訴訟条件論の新しい動向に対する考察(上・下)」判例タイムズ三〇八、九号(一九七四年)。
- (198) たとえば超訴訟的な憲法的形式裁判を示唆する、同右(下)五一頁など参照。
- (198a) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)』〔補正版〕(一九八四年)一四四頁参照。
- (199) 田宮・前掲註(191)一七二頁参照。なお憲法七十七条の規則制定権から司法の固有権を承認する見解として、たとえば河原峻一郎「憲法第七七條と裁判所固有の権限」法律新報七五一号(一九四九年)六頁参照。
- (200) 最高裁昭和五六年六月二六日第二小法廷判決(判例時報一〇〇六号二頁)。この判決についてはたとえば、岡部泰昌「違法捜査に基づく公訴提起の効力(上・下)」判例時報一〇一八、一九号(一九八一年)、田宮裕「不公平な捜査と公訴の提起」別冊ジュリスト『刑事訴訟法判例百選(第五版)』(一九八六年)六二頁。このほか大森簡裁昭和四〇年四月五日判決(下刑集七巻四号五九六頁)参照。これについては、松尾浩也『刑事訴訟の原理』(一九七四年)三二〇頁以下。
- (201) *People v. Kirby*, 460 N. Y. S. 2d 572 (1983), *appeal dismissed* 484 N. Y. S. 2d 814.
- (202) *People v. Santoro*, 63 N. Y. S. 2d 615 (1946).
- (203) この点、第一章第一節〈一〉二、および第二章第五節〈一〉四、を参照。
- (204) 一般的なものとして、たとえば伊藤正己Ⅱ田島裕『英米法』(一九八五年)三三三頁以下参照。
- (205) 伊藤正己「裁判所の固有権について——裁判所侮辱処罰権を中心として——」法曹時報一卷九号(一九四九年)特に八〇頁以下参照。

「固有権というも、歴史的社会的特殊性の上に立って成立したものであり、特殊の史的背景をもって発展してきた英米の裁判所にはじめて獲得しえたものであることである。豊富な法的伝統のもとにおいてのみ認められるのみで、いかに制度的に英米の裁判所を模倣したとしても、かかる伝統の欠くところにあつては、憲法または法律の明文なくして、裁判所侮辱処罰権その他があるといえないことはいうまでもないであろう。」(傍点筆者)

(206) 高田事件を論じたものは多いが、その特殊な解決方法に触れたものとしては、たとえば、岡部泰昌「当事者主義と公訴権濫用(三三)」判例タイムズ二九五号(一九七三年)四六一八頁、田宮裕「迅速な裁判と高田事件」法律時報四五巻五号(一九七三年)一二頁、熊本典道「最高裁によるデュ・プロセスの展開」判例タイムズ二八七号(一九七三年)九六頁。

(207) この免訴判決を当然の判決として受け止め、公訴権濫用論の射程において論ずべきとするのは、井戸田教授である。前掲註(158)一五〇頁参照。反対に、高田事件を公訴権濫用の範疇よりもなお広い観点から問題を捉えるべきことを主張し、はたして検察官に公訴権行使の誤りがあったかどうか、疑問を提起する、能勢弘之「迅速を欠いた裁判処理についての一試論」平場博士還暦祝賀『現代の刑事法学(下)』(一九七七年)二〇六頁以下を参照。また田宮教授は、井戸田教授とは異なり、司法の積極的な救済を憲法の条文から直接に導くことが重要であることを指摘し、高田事件においては免訴か公訴棄却かの選択は解釈論として重要でないとも主張されている。「立法と司法のダイナミックス——法形成における最高裁の役割——」社会科学の方法四九号(一九七三年)。後に、同「一事不再理の原則」(一九七八年)三八一頁以下に収録。なお裁判所の「法創造」については、鴨良弼『刑事訴訟法の新展開』(一九七三年)一頁以下などを参照。

他方、岡部教授も、本判決を三三七条の準用ではなく、超法規的免訴であつて実質的には「憲法的免訴」との評価を与える。前掲註(206)「当事者主義と公訴権濫用論(三三)」四七頁参照。

(208) 青柳文雄他編『註釈刑事訴訟法・三巻』(一九七八年)五〇三頁以下。

(209) たとえば鴨良弼「裁判過程における法解釈」『刑事訴訟法の新展開』所収(一九七三年)を参照。高田事件の最高裁判決を評して、従来のクローズドな解釈から、オープンな解釈へ踏み出したとして、異常な事態が生じたときは、たとえ具体的規定がなくても審理打ち切りの非常救済手段がとられるべきであるとの意見を示され、右判決

を高く評価される。

(210) 小田中聡樹『現代刑事訴訟法論』(一九七七年)二九四―七頁参照。

(211) 同二九五頁。同様の批判としてたとえば、横山晃一郎『憲法と刑事訴訟法の交錯』(一九七七年)三六頁以下。横山教授は、宮本事件などであきらかにデュー・プロセスに反した処分を貫く最高裁にデュー・プロセスへの歩みを期待する、いわゆる「担い手論」の評価に疑問を投げ掛けている。

(212) 刑事法の分野において、近時の官僚的な司法政策への批判は枚挙に暇がない。手近なものとしてたとえば、下村幸雄「刑事裁判はこのままでいいのか」、喜多村治雄「裁判所の黄昏」(ともに『刑事裁判の現代的展開―小野慶二判事退官記念論文集』(一九八八年)所収)、「特集・いま日本の刑事裁判は」自由と正義三八巻二号(一九八八年)。判検交流の問題については、一九八六年六月一七日朝日新聞論壇、昭和六一年一月の日弁連『裁判所と法務省の人事交流に関する意見書』等参照。また小田中聡樹「戦後刑事手続政策の展開」法律時報一九七二年一月号参照。

(213) 判例時報六八七号一八頁以下。

(214) 同一九頁。

(215) 田宮・前掲註(207)三八五―七頁。また同・前掲註(206)一二頁や岡部・前掲註(200)(下)四七頁などは「憲法的免訴」との表現を用いる。

(216) たとえば、能勢弘之『刑事訴訟法二五講』(一九八七年)三頁以下。

(217) 田宮・前掲註(207)三八五頁。

(218) 岡部・前掲註(206)四八頁。

(219) 岡部泰昌「刑事手続と障害者の人権保障(上・下)」判例時報二二七〇、四号(一九八八年)特に一二七四号一四頁参照。なお、本章一節(二)四参照。

(220) 米田・前掲註(19)参照。特に、七〇頁以下および三三七頁以下参照。その他、検察官の実質的弁護義務という観点から公訴取消の活用を説くものとして、石川才顯「公判手続における検察官の役割」『刑事手続と人権』(一九八六年)二〇二頁を参照。

刑事訴訟における手続打切り（8）

総数	89	88	87	86	85	84	83	82	81	80	年
313	33	16	25	32	55	57	21	28	8	38	合計
32	1	1	1	1	2	8	7	6	2	3	嫌疑なし
2				1						1	罪とならず
14	2		1	3	2	1	3			2	心神喪失
1			1								大赦・刑の廢止・刑の免除など
0											時効完成
13	2		4	5	1	1					被告人死亡
195	27	9	13	17	42	39	8	14	1	25	所在不明
56	1	6	10	9	2	7	4	5	5	7	その他

(221) 米田・前掲註(19) 三三八頁。

(222) 平野・前掲註(39) 六五頁。

(223) 米田・前掲註(19) 三三八頁、原典は、佐伯千仞『米田泰邦「集団事件の刑事手続——大医学部事件第一審判決——」法律時報四二巻八号(一九七〇年)』

(224) 河上和雄「公訴の取消」『公判法大系I』(一九七四年) 三二一八頁以下。

このほか、公訴取消一般については、曾我部正實「公訴の提起」『法律実務講座刑事編第四巻』七五七頁以下(一九五四年)、『註釈刑事訴訟法第二巻』四九九頁以下(伊藤栄樹)、土本武司「破棄差戻・移送事件と公訴の取消」法律のひろば三七巻六号(一九八四年) 三二頁以下など。

(225) 河上・右三三〇—一頁

(226) 第一三檢察統計年報・昭和六二年(一九八七年) 三五六頁参照。
なおここ一〇年の公訴の取消人員は以下のとおり。(檢察統計年報より)

- (227) 黒瀬善治『実用刑事訴訟法』(一九二六年)三三〇頁。
- (228) たとえば新刑事訴訟法施行六か月後に出版された、司法研修所『新刑事訴訟法逐條解説Ⅱ』(宮下明義執筆)(一九四九年)一六四頁は不起訴処分を受けた者との均衡を失すると指摘する。
- (229) 米田・前掲註(19)七一頁。
- (230) 松本一郎「検察官の客観義務」『刑事訴訟法の争点』(一九七九年)、坂口裕英「検察官の客観義務」別冊判例タイムズNo. 7「刑事訴訟法の理論と実務」(一九八〇年)参照。
- (231) 鈴木茂嗣「公訴権の濫用と可罰性の理論」判例タイムズ三五四号(一九七八年)三一頁以下。
- (232) 同右。ほかに同「公訴権行使の限界」『公判法大系Ⅰ・公訴』(一九七四年)六七頁など。
- (233) 同「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。
- (234) 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、立命館法学二二三・四号(一九九二年)二一四―八頁。
- (235) 同右二二二頁。
- (236) 松宮教授自身も「刑罰消滅事由」の場合には、本来は実体審理をした結果としてその有無を判断する」ことを認める(同右二三五頁・注(1)参照)。そのうえで当初から右事由の存在があきらかな場合に訴訟障害となると解される。その理由は訴訟障害じたいが刑罰消滅事由の反射効果だからだということとある。たしかに公訴時効の性質からそのような考えもなりたちうるかもしれないが、公訴時効は法的な一種のフィクションなので、政策的考慮が強い。反対に、たとえば平等原則違反の訴追とか、グーティーなおとり捜査といったデュー・プロセス違反の訴追とか、処罰の有効性や必要性といった改策面よりも救済的動機の強い手続的訴訟障害事由についてまで刑罰消滅事由に含ませることには無理があるのではないか。
- (237) 同右二二三頁。
- (238) 同右二〇〇頁では「有罪判決不相当」という表現が、一九九頁では「有罪回避」という表現が用いられている。同義と解される。
- (239) 松宮教授も、「道義的観念から遊離した刑法」となる刑罰を避け、「司法権」を冒瀆するような有罪判決を回避」する裁

判所の可能性を示唆される。同二三五頁。

また、可罰性や処罰相当性を裁判所が判断する根拠を固有権に求められている点に注意したい（同二三四頁）。しかしながら、かかる裁判所の固有の権限は実体法的性質のものではなく、むしろ手続法的な必要性から生まれたものではないか。