



Title	非常上告をめぐる一考察 ー前提事実誤認の理論を基軸としてー
Author(s)	川原, 廣美; KAWAHARA, Hiromi
Citation	北大法学論集, 35(1-2), 273-302
Issue Date	1984-08-15
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16455">https://hdl.handle.net/2115/16455</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	35(1-2)_p273-302.pdf



# 非常上告をめぐる一考察

——前提事実誤認の理論を基軸として——

川原廣美

## 目次

はじめに

一 非常上告制度の目的

二 前提事実誤認の理論

一 最高裁昭和五七年九月二八日判決

二 判例の変遷

三 学説の対応と解決方向

三 判決の法令違反と訴訟手続の法令違反

おわりに

## はじめに

非常上告の許否に関して、微妙な態度変化を示す判決（昭和五六年(3)第四号・昭和五七年九月二八日最高裁第三小法廷判決）が下されているが、<sup>(1)</sup>「本判決」以下このように略す<sup>(2)</sup>についての論評は少なく、<sup>(3)</sup>再審に関する最高裁判所の積極的運用がかなりの注目を浴びているのとは、好対照といって過言ではない。<sup>(3)</sup>「本判決」は、いわゆる前提事実の誤認に係わるもので、非常上告制度の目的と密接な関係をもつ問題を扱っている。そして、この点で最高裁判所が一つの動きを示したことは、非常上告が再審とならば非常救済手続であることを考えれば、運動性を示すものとして、特に不思議はないと思われる。ただし、非常上告制度自体はもとより、その現行の運用については、いくつかの問題点があり、それはまた再審制度と同様のことでもある。本稿は、「本判決」を機縁として、現実の運用上重要と思われる、前提事実誤認の理論を取り上げ、よって妥当な運用を指導する、非常上告論への足掛りにしたいと考えている。なお、非常上告制度に関する他の論点として、通例、判決の法令違反と訴訟手続の法令違反との区別が挙げられるが、これについても先の問題との関連で論及し、制度の目的・機能を浮き彫りにできればと

思う。<sup>(4)</sup>

- (1) 判時一〇五八号一四五頁以下。
- (2) 白井滋夫「非常上告判例の新展開」(『研修』四一五号・一九八三)二三頁以下、能勢弘之「非常上告を認容した事例」(『ジュリスト』昭和五七年度重要判例解説)七九二号・一九八三)一九二頁以下など。
- (3) このような傾向が最高裁白鳥決定(最決昭和五〇年五月二〇日刑集二九卷五号一七七頁)に負っていることはいうまでもない。また、最近では少年審判に関する、最高裁昭和五八年九月五日第三小法廷決定(判時一〇九一号三頁)が議論を呼んでいる。
- (4) 非常上告に関する代表的論稿として、溝淵孝雄「非常上告を論ず」(『完』(『法曹会雑誌』八卷八号、一〇号・一九三〇)一頁以下、六七頁以下、安平政吉「非常上告について」(『法学新報』五八卷一二号・一九五一)一二九五頁以下、平野龍一「非常上告」日本刑法学会編『刑事法講座第六卷 刑事訴訟法』(有斐閣・一九五三)一三二―一七頁以下)なお、同、『裁判と上訴 刑事法研究第五卷』(有斐閣・一九八二)二二―二八頁以下に所収、<sup>1</sup> 榑淵理「非常上告の本質とその理由」(『司法研修所創立十周年記念論文下(刑事編)』(司法研修所・一九五七)四〇四頁以下、平出禾「非常上告」<sup>2</sup> 岡藤重光編『法律実務講座刑事編第一二卷』(有斐閣・一九六二)二二―二七頁以下、光藤景皎「非常上告」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座』<sup>3</sup> 裁判・上訴(有斐

関・一九六三)一六二頁以下、筑間正泰「非常上告の沿革とその問題点(一)」(『広島大学・政経論集』二二卷三・四号・一九七二、五・六号・一九七三)四七頁以下、五九頁以下等参照。

## 一 非常上告制度の目的

〔一〕 現行刑事訴訟法上、非常上告は、判決確定後、その審判の法令違反を理由に申し立てる非常救済手続として規定されている(刑事訴訟法第四五四条)。本制度の目的を考えるについては、このような規定に至った経緯をまず見ておくことが有益であろう。そこで、以下、非常上告制度の沿革の概観から始めることにしたい。

現在の非常上告制度は、旧刑事訴訟法、旧々刑事訴訟法、治罪法、同草案およびボアソナード草案に順次溯り、最終的には、フランスの「法律のための上告」(recours dans interet de la loi)および「公益のための上告」(recours dans interet public)にまで溯源する<sup>(1)</sup>。この「法律のための上告」というのは、一七九〇年、フランスにおける破棄院の設立とともに設けられた制度で、終審裁判の法律違反の破棄を当事者が申し立てなかった場合に、破棄院検事長が自ら破棄を申し立てることによって始まる。そして、破棄の言渡は当事者に対しては効果をもたず、また執行にも影響を与えないという、純粹に理論的破棄を行なうものとして規定されていた<sup>(2)</sup>。これ

が、革命八年の法律第八条、一八〇八年の治罪法(Code d'instruction criminelle)第四四二条を經由して、一九五九年の刑事訴訟法典(Code de procedure penale)第六二一条に引き継がれるのである<sup>(3)</sup>。以上に対して、「公益のための上告」は、一七九一年のフランス憲法第二七条に置かれ、裁判官のあらゆる行為が「権限を越えた」とき、司法大臣の命によって破棄院検事長が破棄院に申し立てる制度として考案されている。なお、「権限を越えた」とはたんなる法令違反ではなくて、司法権の権限を越えることを意味し、ここに、憲法的・国法的制度としての所以がある<sup>(4)</sup>。その後この条項は、革命三年の憲法第二六二条、第二六三条、革命八年の法律第八〇条に引き継がれたが、その際、権限踰越だけでなくて裁判官の職務犯罪を理由としても申立が可能となり、懲戒紀律的性格を有するに至った<sup>(5)</sup>。ところが、さらに一八〇八年の治罪法は、これを「法令の違反」(contravention a la loi)全般にまで広げたので、「公益のための上告」は訴訟法的な救済手段へと変容した<sup>(6)</sup>。ただし、当初規定されていた「当事者の救済を害することなく」という文言が、一八〇八年の治罪法で削除されたこともあって、その効果については争いがあり、学説、判例上も、かなりの混乱が見られた。しかし、被告人に利益なものは現実的效果をもつが、不利益なものはその効果をもたないとする見解が通説的地位を占め、実務も一八三九年以

降、これに同調するに至っている。<sup>(7)</sup>この治罪法第四四一条の規定が、ほとんどそのまま一九五九年の刑事訴訟法典第六二〇条に引き継がれ、第六二一条の「法律のための上告」とともに、「Recours dans l'interet de la loi」(「広義の」法律のための上告)の表題下に統合されたのである。

「公益のための上告」が法令違反一般をその対象とすることになったことから、「法律のための上告」との区別が曖昧になってしまった観があるが、前者には後者とは違つて、司法大臣の命令に基づく点、申立の対象が終局判決に限らない点、現実的效果をもつ点、そして移送の手續がある点などがあり、必ずしも同一ではない。したがつて、このような二元主義的立場において、現行フランス刑事訴訟法は非常上告制度を整備していると評価できる。<sup>(8)</sup>この制度は、一八四八年の革命の際ドイツに継受され、また同時に、オーストリア、イタリヤ等にも輸入されていく。<sup>(9)</sup>しかし、いづれにおいても、二元主義的立場は基本的には採用されていない。さらに戦後のドイツなどでは、このような制度規定自体が廃され、恩赦制度の運用によつて、現実の不都合が補われるに至っている。<sup>(10)</sup>わが国の非常上告制度もフランス法を継受したものであるが、他の被継受諸国と同様、二元的立場を採っていない。そこで、それが狭義の「法律のための上告」から発展したのか、あるいは「公益のための上告」に起源す

るのか、それとも両者の統一であるのか等が、次に問われなければならない。

さて、一八七九年(明治十二年)に奏進されたボアソナード草案においては、その第五四〇条で、法律の許さざる宣告を載せた裁判または審判に対する非常上告、第五四一条で、放免・免訴もしくは法律の命するところの刑より軽刑の宣告をなした裁判もしくは審判に対する非常上告、そして第五四二条で、第五三二条第一二号(同一の裁判または数個の裁判の簡条抵触)により破棄すべき裁判に対する非常上告がそれぞれ規定されている。このうち、第五四〇条の「法律ノ許サザル宣言ヲ載セタ裁判又ハ審判」の意義が明確にされ、「法律ニ於テ罰セサル所為ニ対シ刑ヲ言渡シ又ハ相当ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタル場合ニ於テ」という修正が加えられ、同時に他の規定にも若干の修正が施され、治罪法草案第五四〇条ないし第五四三条となる。この数条のうち、一八八二年(明治一五年)施行の治罪法は、草案第五四〇条のみを承認し、その第四三五条に「法律ニ於テ罰セサル所為ニ対シ刑ヲ言渡シ又ハ相当ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタル場合ニ於テ定期内ニ上訴スル者ナクシテ其裁判言渡確定シタル時ハ大審院検事長ヨリ司法卿ノ命ニ由リ又ハ職權ヲ以テ何時ニテモ非常上告ヲ為スコトヲ得 非常上告アリタル時ハ原裁判言渡ヲ破毀シ大審院ニ於テ直チニ裁判言渡ヲ為スコシ」と法文化し、「第五編大

審院の職務 第一章 上告」の中に置いたのである。そして、一八九〇年（明治二三年）施行の旧々刑事訴訟法も、この条文を踏襲する<sup>(14)</sup>。条項の各文言からもわかるように、いづれにしても、原判決の被告人以下被告人と略す一救済を第一とする、一元主義的立法であった。それゆえ、この点でいまだ事実問題と法律問題との区別が、十分認識されていないという指摘がある<sup>(15)</sup>。

以上のように、治罪法、旧々刑事訴訟法が、ポアソナード草案から被告人救済という方向での非常上告制度へと進んだのに対して、この流れを明らかに変えたのが、一九二四年（大正十三年）施行の旧刑事訴訟法である。非常上告を第六編として上告の部から独立させ、第五一六条から第五二二条に一連の規定を置く。刑事訴訟法案理由書によれば、「…法律ノ適用ヲ統一スルヲ以テ其ノ目的トス 仏国刑事訴訟法ニハ法律ノ利益ノ為ニスル上告ノ制度アリ其目的トスル所亦法律適用ノ統一ニ在リ大体ニ於テ本案ト主義ヲ同シクスルモノナリ現行法（旧々刑事訴訟法―筆者挿入）ハ単ニ判決力被告人ニ不利益ナル場合ニ於テノミ非常上告ヲ許スヘキモノトシ且其ノ理由ヲ限定セリ…而シテ現行法ニ於ケル非常上告ノ目的トスル所ハ法律適用ノ統一ヨリハ寧ろ被告人ノ救済ニ在リ故ニ其ノ範圍及効果ノ本案ト異ナルハ当然ナリ」とされている。具体的には、第五一六条は、「判決確定後其ノ事件ノ審判法令ニ違反シタルコト

ヲ発見シタルトキハ検事総長ハ大審院ニ非常上告ヲ為スコトヲ得」、第五二〇条は、「非常上告ヲ理由アリトスルトキハ左ノ區別ニ從ヒ判決ヲ為スヘシ 一 原判決法令ニ違反シタルトキハ其ノ違反シタル部分ヲ破毀ス但シ原判決被告人ノ為不利益ナルトキハ之ヲ破毀シ被告事件ニ付判決ヲ為ス 二 訴訟手続法令ニ違反シタルトキハ其ノ違反シタル手続ヲ破毀ス」、第五二二条は、「非常上告ノ判決ハ前条第一号但書ノ規定ニ依リ為シタルモノヲ除クノ外其ノ効力ヲ被告人ニ及ホサス」と規定している<sup>(17)</sup>。理由書もいのように、旧刑事訴訟法は、フランスの「法律のための上告」に範をとり、被告人の救済から法律適用の統一を任務とする、非常上告制度へと変転させたのである。しかしながら、注意しなければならないのは、例外的には、破棄に現実的効力が認められ、被告人救済の道が残されていることである。この非常上告制度が、一九四八年（昭和二十三年）改正の現行刑事訴訟法に、何ら改められることなく受け継がれたのである<sup>(18)</sup>。

(1) この両制度はフランス革命に由来する。したがって、それ以前の旧フランス法にはこのような制度はない。Vgl. Teodor Rittler, Über die Entwicklung der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes im Strafverfahren, ZStW, Bd. 32, 1911, S. 436.

- (2) Ebd., S. 436 f. 「裁判の衣をまとつた学説」といわれる所以  
 である。
- (3) Ebd., S. 439.
- (4) Ebd., S. 439 f.
- (5) Ebd., S. 440 f.
- (6) Ebd., S. 441 f.
- (7) Ebd., S. 447-452.
- (8) G・ステファニ／G・ルヴァースル／B・ブローック『フランス刑事法〔刑事訴訟法〕』沢登佳人・沢登俊雄・新倉修訳（成文堂・一九八二）五七五—五七六頁参照。
- (9) ドイツの各ラントは、基本的にはフランスの「法律のための上告」に習ったが、原判決が被告人に不利益な場合には、恩赦の申請による解決を選ぶ（バイエルン、オーストリアは裁量的、ハノーバー、オルデンブルグは義務的）。ただし、プロシヤは、原判決の利益、不利益を問わず破棄院の創設的判決を許し、それが被告人に不利益な場合には、司法大臣が裁判の執行停止を命ずる立法をとる。しかし、ライヒ刑事訴訟法は「法律のための上告」の制度を採用していない。Vgl. Erich Schwingel, *Grundlagen des Revisionsrechts* (Bonn, 1935), S. 218. オーストリア刑事訴訟法は、第三三条に規定する。実際の運用は、フランスの「公益のための上告」に近いものである。イタリア刑事訴訟法も同様である。Vgl. Rittler, aaO., S. 459-465. ちなみに、英米法では、当事者主義の徹底のため、非常上告の制度は採用されていない。
- (10) ナチス政権下では「検事総長の無効上告」(Nichtigkeitsbeschwerde des Oberreichsanwalts) が認められており、原判決が被告人に利益であると不利益であるとを問わず、破棄院は、もっぱら事件処理の是正を期すため、現実的效果をもつ判決を下していった。Vgl. August Schoetensack, *Die Nichtigkeitsbeschwerde des Oberreichsanwalts*, G. S., Bd. 114, 1940, S. 259; Esrl, *Rechtsmittel zur Wahrung der Gesetzmäßigkeit und der materiellen Wahrheit*, G. S., Bd. 112, 1939, S. 222. イタリアも、一九三〇年の刑事訴訟法で前注(9)の制度を廃している。
- (11) 非常上告の歴史として、〈山科生幹事件〉(尾佐竹猛「明治裁判物語(九)二 非常上告の始め」『法曹会雑誌』七巻五号・一九二九、一〇三頁参照)を契機とする「期限外上告」の制度があった。一八七六年(明治九年)の太政官布告第八号によれば、「凡ソ上告期限内ニ検事及罪犯ヨリ上告セスシテ司法卿其裁判不当ナリトスル事アル時ハ期限ニ拘ラス大審院検事ヲテ上告セシムルコトヲ得ヘシ此旨布告候事」とされており、被告人の利益、不利益を問わず申立ができ、被告人に不利益な場合にも、その効力が現実に及ぶものである。しかし、その後の実務では、被告人に不利益に変更された場合には執行されないことになり、実際には被告人救済の制度に変貌している。後の治罪法、旧々刑事訴訟法がこの期限外上告の、被告人救済的役割を吸収していったと見ることもできる。期限外上告につき、筑間、前掲論文(一)、六〇—七一頁参照。

(12) 第五〇条は、次のように規定されている。すなわち、「破

毀院ノ検事長ハ何時ニテモ其職権ヲ以テ或ハ司法卿ノ命ニ依リ法律ノ許ササル宣告ヲ載セタル裁判又ハ審判ニシテ宣告ヲ受ケタル者モ裁判ヲ与ヘタル裁判所ノ検察官モ定限内ニ攻撃ヲ為サル者ニ対シ其裁判ニテ認メタル事実ニ付キ非常ノ上告ニ因テ破毀院ニ願訴スルヲ得此ノ場合ニ於テ該院ハ其裁判又ハ審判ヲ破毀シ且ツ下ノ第五六一条ニ循テ自ラ法ヲ適用ス可シ」と。

(13) 以上の経緯の簡易な紹介として、溝淵、前掲論文(一)、九一—一頁。ポアソナード草案の引用も本論文によっている。

(14) ポアソナード草案を出発点としながらも、結局は、前注(11)で触れた期限外上告の実際の運用を吸収していったことが、被告人救済を第一とする原因となっていたように思われる。石井良助編『明治文化史第二巻法制編』(洋々社・一九五四)四四六頁は、端的に「復活」と述べる。

(15) 筑間、前掲論文(一)、七五頁。再審事由以外の事実誤認の結果、法令の解釈適用を誤った場合も、非常上告の対象とされていることをその理由とする。これは、期限外上告についてもいえることである。

(16) 『刑事訴訟法案理由書』(日本大学日本法政学会・出版年不明)二七二頁。

(17) 第五二一条ないし第五二三条(旧刑事訴訟法第五一九条ないし第五二一条に相当)の立法理由につき、「…而シテ破毀ノ効果ノ被告人ニ及ハサルヲ原則トス是レ非常上告ノ目的カ法律適用ノ統一ニ在ルヲ以テナリ此ノ原則ニ対スル例外ハ法令ニ違反

シタル判決カ被告人ノ為不利益ナルトキナリ此ノ場合ニ於テハ判決自体ヲ破毀シ被告事件ニ付更ニ判決ヲ為シ其ノ効力ヲ被告人ニ及ホスモノトス」とされている。

(18) 近い制度として、オーストリア刑事訴訟法上の「法律維持のための無効上告」(Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes)がある(筑間、前掲論文(一)、七九頁)。溝淵、前掲論文(一)、三頁は、「仏国母法に対して日澳法は姉妹法の血縁を有するを以て我法律解釈としては仏澳の制を参照し文理解釈と相俟つ可く」という。なお、前注(9)参照。

(19) 一九四八年(昭和二十三年)の『改正刑事訴訟法提案理由書』(法務庁検務局)六七頁は、「非常上告については、何等現行法と変るところはない」と述べる。

〔二〕 既述したように、現行刑事訴訟法は旧刑事訴訟法の非常上告制度をそのまま引き継いでいる。したがって、その任務も(旧)刑事訴訟法案理由書にあったとおり、フランスの「法律のための上告」と同様、法律適用の統一を基本とし、ただ原判決が被告人に不利益な場合には、例外的に被告人救済も付加的に行ない、そのかぎりでは、「法律のための上告」との相違点をもつ制度として考案されている。そして、刑法第四五四条に規定されるように、判決確定後の「審判の法令違反」をその対象とするのである。ところが、現行刑事訴訟法は、職権主義から当事者主義へと移行し、旧法の手

統構造を著しく変革している。しかも、控訴審、上告審は事後審化され、上告理由も制限化されている。にもかかわらず、非常上告に關しては旧制度をそのまま踏襲したことから、一つの問題が提起されるに至る。すなわち、旧制度下では上告理由として法令違反が広く認められ、大審院はこれら法令違反を審査しえたから、法令違反一般が非常上告の理由とされているのと相応する。しかし、現行制度では固有的上告理由は憲法違反と判例違反とに限られ、原則的に、最高裁判所は憲法裁判所ないしは法律審に純化された傾向があるにもかかわらず、非常上告審としては、職権破棄理由にもあたらないような、法令違反一般について審査しなければならないのである。この点に關する齟齬の指摘である。これは、通常上告審としての最高裁の目的・機能と、非常上告審としての最高裁の目的・機能との調和の問題である。解決方向には大きく二つあり、一つは、通常上告に代って非常上告が法令違反の審査の責務を負い、非常上告の活用を計る方向であり、他は、最高裁の性格に合わせて非常上告の対象ないし理由を限定する方向である。

さらに、再審手続との關係で、非常上告をいかに捉えるかということも、併せて考えておかなければならない。確定判決の是正は、現行法上、再審が非常上告によるほかになく、大要区別すれば、再審は事実問題、非常上告は法律問題を対象とする非常救済手続という

ことになる。そして、再審における事実をどう把握するかは、非常上告における法律問題をどう理解するかに影響を与えることは、論をまたない。

以上のような制度的枠組・制約を念頭において、非常上告の目的をいかに考えるかであるが、まず概括的にいえることは、旧法下の制度をそのまま受け継いだものであるにせよ、非常上告がまちがいなく現行法上の制度として規定されている、という事実から出発すべきであるということである。つまり、非常上告制度のもっている特性を生かすということであり、少なくとも、そこには、およそ限定的に解さなければならない理由はない。むしろ、過大な任務を期待してはならないが、たとえば、「最高裁の負担軽減」の一事をもつて、非常上告限定の理由としてはならないのである。終審裁判所として、刑事司法の適正を任務にもつ最高裁判所の、その一機能としての非常上告制度であるからである。しかも、非常上告申立の権限は検事総長だけに限られており、負担軽減はすでに計られているともいえるからである。

最高裁判所自体は、非常上告の目的につき、だいたいにおいて、立法理由に忠実であったようである。「非常上告は法律命令の解釈適用を統一することを目的とする」(最大判昭和五年一月八日刑集四卷一一号三二二頁)、「非常上告は抽象的に法規適用の誤を

正すことを目的とする」(最判昭和二六年一月二三日刑集五卷一号八六頁)、「非常上告は、法令の適用の誤りを正し、もって、法令の解釈適用の統一を目的とする」(最大判昭和二七年四月二三日刑集六卷四号六八五頁)などと判示されている。旧刑事訴訟法において、被告人救済から法律の適用の統一を目的とする制度に変わったことを考えれば、そのかぎりでは、以上の判示も十分領けるところである。

学説における支配の見解も、法令解釈の統一を目的とする<sup>(9)</sup>、法令の適用の統一を主たる目的とする<sup>(10)</sup>、あるいは法令の解釈適用の統一を目的とする等と解しており、「法律のための上告」の趣旨に従った線を打ち出している<sup>(11)</sup>。しかし、これをさらに限定しようという見解があり、たとえは、齊藤朔郎氏は、当事者主義の訴訟構造においては、「通常の上訴方法で原判決又は原決定を攻撃することを、被告人に期待することが酷であると認められるような場合に」限って、非常上告を許容すれば足り、その例として、裁判所自身のしなければならぬ手続を履まなかった場合、裁判所だけのために生じた誤りの場合、そして、被告人にその責の一半を負わせることが不当な場合などを挙げられている<sup>(12)</sup>。また、青柳教授は、解釈論上、次のような制限をつけるべきといわれる。すなわち当事者の争わなかつた訴訟手続の瑕疵、あるいは当事者がその責められるべき事由から自

ら上訴権を行使しなかつたものについては、確定後、これを争いえない。少なくとも、その違法が著しく正義に反するものでなければ、非常上告の対象とはなりえないとするものである<sup>(13)</sup>。これらの主張は、非常上告を通常上訴の枠内もしくは延長線で、理解しようとしている。その当否については、非常上告の現実の機能を見たうえでなければ、なかなか、判断することは難しいと思われる。

そこで、判例、学説の具体的検討を行なわなければならないが、それは、本稿二以下に譲ることにして、ここでは、次の指摘のみに触れておくことにする。すなわち、非常上告制度の目的に関し、一応、「法令解釈適用の統一」にあると確認した。けれども、立法理由にはまた被告人救済の役割が語られ、判例においても、法令の適用の誤りを正し、もって、法令の解釈適用の統一を目的とすると述べられていること、くわえて、非常上告制度の実際の機能を顧慮することなく、通常上告審としての最高裁判所の役割から、いたずらに非常上告に制限を課すことには疑問があること、にである。

(一) これは、昭和二八年の、平出禾「非常上告に関する判例の傾向について」(『ジュリス』二九号・一九五三)六頁以下と、齊藤朔郎「非常上告に関する判例は逆行すべきか」(『ジュリス』三四号・一九五三)二六頁以下との、論争過程から頭在化してきている。なお、後者は、『事実認定論』(有斐閣・一九五

- 四) 一三三頁以下に収録された。
- (2) 平野、前掲『裁判と上訴』二二二頁。
- (3) 平出、前掲『法律実務講座』二七七七—二七七八頁。くわえて、司法裁判的に処理するのか、司法行政的措置に任せるかという問題もある。
- (4) 非常上告制度の機能を考え、その特性を十分活用するという意味で、とにかく、非常上告制度を利用しなければならぬという趣旨ではない。平出、前掲『法律実務講座』二七七七頁、光藤、前掲論文、一六六頁参照。
- (5) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣・一九五八)三四四頁。再審制度が例外的救済手段だからといって、そのことから限定的に解す必要がないどころか、かえって、その機能に注目すべきであることと同様の理である。
- (6) 筑間、前掲論文(二)、一〇二頁参照。
- (7) 同旨、最判昭和二五年一月三〇日刑集四卷一二号二四六八頁。
- (8) 同旨、最判昭和二八年七月一八日刑集七卷七号一五四一頁。
- (9) 小野清一郎・横川敏雄・横井大三・粟本一夫『改訂刑事訴訟法ポケット註釈全書(3)』(有斐閣・一九六六)九八一頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要七訂版』(創文社・一九六七)五九七頁など。
- (10) 前掲『刑事訴訟法案理由書』二七二頁、小野清一郎『刑事訴訟法講義全訂第三版』(有斐閣・一九三三)五八八頁など。
- (11) 平野、前掲『刑事訴訟法』三四四頁、伊達秋雄『刑事訴訟法

- 講話』(日本評論社・一九五九)三一七頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔改訂版〕』(青林書院新社・一九七八)五八七頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(青林書院新社・一九八〇)三〇一頁、田宮裕『三訂版刑事訴訟法入門』(有信堂・一九八二)三〇五頁。ただし、それぞれ一定の留保がつけられている(本稿二の三〔二〕注(9)参照)。
- (12) 溝淵、前掲論文(一)、一二頁参照。エストルは、刑事事件判決の合法・斉一の保障をいい(Earl, a.o., S. 226) また、リットラーは、法律の利益のための無効上告につき、これは、判決の誤りを指摘することによって法律の抽象的利益を實現し、判決の統一と法律の正しい解釈を維持するという目的をもつ、との見解を紹介する(Rittler, a.o., S. 443)。
- (13) ただし、これは事実誤認に基づく訴訟手続違反に限っての主張である(齊藤、前掲書、一三七、一三九、一四二、一四三頁参照)。
- (14) 青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論下巻』(立花書房・一九七六)七一—七二頁。ちなみに、非常上告の目的は「法の権威の維持」とされる(同書、七一—七四頁)。他に、刑事法第四一一条の制限を考える主張として、岸盛一『刑事訴訟法要義新訂五版』(広文堂・一九七二)四一六頁、高田、前掲書、五八九頁。
- (15) 厳密にいえば、「法令解釈の統一」と「法令適用の統一」とは同じではないが、それぞれを主張する見解とも、他を排斥する趣旨とは思われないので、「法令解釈適用の統一」とした。実際の運用に関し、この点では、「結局法令の解釈の統一というのと異なるところがない」と指摘されている(平出末「非常上

告」佐伯千似・岡藤重光編『総合判例研究叢書刑事訴訟法(14)』  
有斐閣・一九六三、三三〇頁。

## 二 前提事実誤認の理論

以下では、非常上告の法令の解釈適用の統一という目的が、実際、最高裁判所によってどのように実現されていたかを考察し、よって、逆に、このような目的設定の当否を反省してみたいと思う。そのため、まず、最高裁昭和五七年九月二八日第三小法廷判決の検討から、議論を進めていくことにしたい。

### 一 最高裁昭和五七年九月二八日判決

〔一〕 本件は、運転免許証に誤記がなされたことから、本来ならば反則事件として処理されるべきものが、非反則事件として取り扱われ、結果的に、有罪の略式命令が確定するに至った事件であり、その経過は次のとおりである。

〈事実〉 被告人は、昭和五五年一月一日、二七キロメートル超過の速度違反を犯した等のため、道交法第一〇三条第二項第二号に該当することを理由として、同項の規定により、同年二月二〇日、六〇日間の免許の効力停止処分を受けたが、その後、所定の講習を終

了したことによって、右効力停止の期間は、三〇日に短縮された。本来、被告人の運転免許証裏面の行政処分欄には、右の事実どおりの記載がなされるべきであるところ、被告人の居住地を管轄する警察署の係員は、昭和五五年二月末頃、同欄に誤って行政処分の日を昭和五六年二月二〇日である旨の記載をした。

その後、被告人は、昭和五六年五月二三日、午前一〇時二三分頃、岡山県倉敷市内道路において、最高速度三〇キロメートル毎時の指定速度を一七キロメートル越える、四七キロメートル毎時で普通乗用自動車運転して進行し、道交法第二二条第一項、第四条第一項、第一一八条第一項第二号違反の事実で検挙された。当該検挙警察官は、前記のとおり被告人の運転免許証裏面の行政処分欄の記載から、被告人は道交法第一二五条第二項第二号に該当し、反則者にあたらぬと判断して、本件を非反則事件として取り扱った。また、被告人自身も、前記行政処分を受けたのは昭和五六年であると錯覚し、本件を受理した岡山区検察庁検察官事務取扱検察事務官の取調べに対し、その旨供述した。そこで、右検察事務官は、昭和五六年六月一日、罰金一万二〇〇〇円の求刑意見を付して岡山簡易裁判所に公訴を提起し略式命令を請求したところ、同裁判所は、同月一七日、本件速度違反の事実につき関係法条を適用して、求刑どおりの略式命令を発付し、この略式命令は、正式裁判請求期間の経過により、昭和五六年七月一日に確定した。

本件略式命令が確定した後、昭和五六年七月二七日、被告人が右罰金を納付するため、岡山区検察庁に来庁した際、前記検察事務官に対し、「自分が行政処分を受けたのは昭和五五年であった」旨申

し述べたことから、本件過誤が発覚した。そのため、昭和五六年一月一二日、検事総長から最高裁判所に、「被告人を罰金に処した本件略式命令は、明らかに法令に違反したものであり、しかも、被告人のため不利益であるから、本件略式命令を破棄して、相当な裁判を求める」旨の非常上告の申立がなされたのである。

〔判旨〕 【主文】 原略式命令を破棄する。本件公訴を棄却する。

【理由】 〔略〕 しかしながら、当審の事実取調の結果によれば、被告人が免許の効力停止処分を受けたのが昭和五六年二月二〇日である旨の免許証の記載は昭和五五年二月二〇日の誤記であり、被告人には道路交通法一二五条二項各号に掲げる事由は存せず、被告人は同法第九章にいう「反則者」に該当するものと認められる。したがって、被告人に対しては、同法二三〇条、一二七条一項、一二八条一項により、岡山県警察本部長が反則金の納付を通告し、かつ、所定の納付期間が経過した後でなければ公訴を提起することができないのであるから、公訴提起を受けた岡山簡易裁判所としては、刑訴法四六三条一項に従い、事件を通常の手続に移したうえ、同法三三八条四号により公訴棄却の判決をすべきであったにもかかわらず、右公訴事実につき有罪を認定して略式命令を発付したものであって、右略式命令は法令に違反していることが明らかである。

よって、本件非常上告は理由があり、しかも原略式命令は被告人のため不利益であるから、刑訴法四五八条一号但書により、右略式命令を破棄し、同法三三八条四号により本件公訴を棄却することとし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(1) 本件の事実の経過については、白井、前掲「非常上告判例の新展開」二四―二五頁を参照させていただいた。

(2) 被告人の免許証に行政処分歴が誤記された経緯についての検事作成報告書と、本件速度違反を非反則事件として処理した経緯等に関する、検察官事務取扱検察官作成の執行書各一通が、検察官より提出され、それを取り調べた結果である(白井、前掲「非常上告判例の新展開」二六頁)。

〔二〕 被告人の運転免許証に、免許の効力停止処分の年月日が誤記されたため、検察官、裁判官ともにその事実を誤認し、本来ならば反則事件として処理され、したがって、反則金の納付を通告し、かつ所定の納付期間が経過した後でなければ公訴提起できないのに、非反則事件として取り扱われたため、有罪の略式命令が確定するに至った、まさに、訴訟法的前提事実の誤認に基づく、違法な有罪裁判といえることができる。本件の中心的課題は、これが、刑訴法四五四条一判決が確定した後その事件の審判が法令に違反したことにあたるか否かである。

まず、略式命令も、刑訴法四五四条の判決に該当することは、判例上、すでに確認されている<sup>1)</sup>。ただし、確定した略式命令は(そして即決裁判も)、確定判決と同一の効力を有するからである。さて、次に法令違反の意義であるが、この場合、特に、以下の分析が

議論の前提にされる。すなわち、実体法、訴訟法とを問わず、その法令違反は、事実認定そのものは正しくとも、それに対する法令の解釈適用を誤る場合と、前提事実誤認の結果、法令の解釈適用を誤る場合との二つに区別されることである。前者が法律事項、後者が事実事項であることはいうまでもなく、非常上告と再審の対象の分別と密接に係わることがらである。現行法上、再審の対象が罪と罰とに関する実体法的事実に限定されていることを考えれば、非常上告でいう法令違反としては、一応それを除いたうちの一部、あるいは全部ということになる。非常上告の目的を法令の解釈適用の統一とした場合、法律事項に関してその対象とすることは容易に認められるであろうが、事実事項中、再審の対象からは除かれた手続的事実の誤認をいかに扱うかが、結局、問題として残る。そして、本件は、まさしくこの領域内にある事案なのである。

「本判決」では、最高裁判所自ら事実の取調べを行ない、前提事実の誤認を是正し、原判決（略式命令）破棄の上、公訴棄却を言い渡している。けれども、このような結論を説明する論理が明確に語られているというわけではなく、また従来の最高裁判所の立場から、このような結論が容易に導き出せるというわけでもない。それゆえ、判例全体の中での「本判決」の位置づけを確認し、そのうえで、「本判決」の意義を明らかにする必要があると思われる。

- (1) 大判昭和二年四月二日刑集六卷三号一二五頁。
- (2) 刑訴法第四七〇条、交通事件即決裁判手続法第一四条参照。
- (3) いわゆる罪となるべき事実、およびこれを中心とする犯罪の成立を阻却すべき理由にあたる事実である。刑訴法第四三五条参照。

## 二 判例の変遷

〔一〕 非常上告の目的を法令の解釈適用の統一と捉えた判例が、前提事実誤認の結果、法令違反を来した場合について、どのような判断を下していったか、その変遷の過程を見ていくことにする。

罪となるべき事実に準ずる、累犯加重の理由たる前科事実の誤認により、累犯加重の規定を適用したケースにつき、最高裁判所は、当初、非常上告を許容していた。たとえば、

- (1) 最判昭和三年一月一日刑集二卷一三〇号一八二頁。<sup>1)</sup>

原判決を破棄する。被告人を懲役一年二月に処する。「へ略」然るに所論「身分帳についての件回答と題する書面」並びに「恩赦事項についてと題する書面」によれば、原判決の認めた前科は二年間その執行を猶豫せられたものであるのみならず、昭和二〇年一月一七日勅令第五七九號大赦令によりその罪は赦免せられたものであること明白である。従ってその前科の刑の言渡は執行猶豫期間の終了を俟つまでもなく、即日将来に向つてその効力を失つたものとい

わねばならぬ。然るに原確定判決は、前述のごとく、この前科の刑の言渡を消滅せざるものと誤認して累犯加重をしたものであるから、結局不當に累犯加重の規定を適用した法令違反あるものといわざるを得ない。それ故本件非常上告は結局その理由あるものと認める。」

しかし、最高裁判所は、その後大法廷判決をもって以上の考え方を変更する。すなわち、

(2) 最大判昭和二五年一月八日刑集四卷一一号二二二頁。<sup>(2)</sup>

本件非常上告を棄却する。「非常上告は法律命令の解釈適用を統一することを目的とするものであるから、刑訴四五四条の『事件の審判が法令に違反したこと』とは、該事件の審判に手続上の違背あるか、または確定判決において認定した事実を変更することなくして、これを前提として実体法の適用に違法あることをいうものである。しからば、たとえ本件確定判決が所論の如く累犯加重の条件を具備しない前科を、被告人の供述その他によって、その条件を具備した前科と誤認して累犯加重の規定を適用した瑕疵があったとしても、それは事実誤認を前提とするものであるから、前示非常上告の条件たる法令違反ありということとはできない。それ故本件非常上告は、その理由なきものである。」

こうして、まず実体的事実に関する前提事実誤認の結果生じた法令違反は、非常上告の理由とはなりえないという見解が、成立す

るに至るのである。一方、訴訟法的事実に関する前提事実の誤認についても、被告人から控訴取下書が提出されているのを知らないでした控訴審判決につき、初期の判例は、非常上告を認めていた。

(3) 最判昭和二四年五月一九日刑集三卷六号八五五頁。<sup>(3)</sup>

原判決を破棄する。「(略) 従って、本件控訴事件は、主たる控訴申立の取下によって同裁判所は最早審判することができなくなつたかにかかわらず、同裁判所書記課においては、誤って該書面を被告人に送還したため、同裁判所は前記控訴取下の事実を知るに由なく、同月一二日所論の有罪判決を言渡し、該判決は同月一八日確定するに至つた事情を認めることができる。」

かように、名古屋高等裁判所が主たる控訴取下が効力を発生し最早審判すべからざるに至つたにかかわらず、その翌日有罪の判決を言渡したことは、明らかに違法である。論旨は、だから理由があり、原判決は破棄さるべきである。」

ところが、間もなく、控訴趣意書が提出されていたにもかかわらず、提出されていないと誤認して控訴を棄却した事案につき、前記(2)の大法廷判決を引用して、消極的判断を下す判決が現われた。

(4) 最判昭和二五年一月三〇日刑集四卷一一号二四六八頁。

本件非常上告を棄却する。「非常上告は、法令の解釈適用の統一を目的とするものであるから、その申立が法律命令の解釈に誤があ

るといのでなく、単に法令の適用される前提事実の誤認によって適用してはならない法令を適用したとの主張は刑訴四五四条にいわゆる『事件の審判が法令に違反したこと』の主張にあたらぬと解すべきことは当裁判所昭和二五年(さ)第三六号同年一月八日大法廷判決の趣旨とするところである。ところで本件申立は、原確定決定は期間内に適法な控訴趣意書が提出されていたのを提出されてないものと誤認して刑訴三八六条一項一号を適用したというのであって、何等同条号の規定の解釈に誤があるというのでないから非常上告適法の理由とすることはできない。」

前記(2)の大法廷判決は、具体的事案としては、実体的事実に関する事実誤認であり、しかも、判旨においても手続上の事実と実体法上の事実との区別が前提とされている。けれども、本件は具体的事案としては、訴訟的事実に関する事実誤認であり、判旨においてはおよそ事実の性質を区別することなく、非常上告の目的を強調して、前提事実一般としている。この点で、本判決が前記(2)の「大法廷判決の趣旨」というのには疑問があり、先の大法廷判決を、さらに一歩進めたものと理解すべきであろう。だが、かりに本件判示を承認するとしても、刑訴法第四六〇条第二項が、一定の手続的事実の取調べを許容していることと、矛盾するかのように思われる。そこで、最高裁判所は、少年を成人に誤認した結果、家庭裁判所を経な

いで起訴され、定期刑を科された事案で、次のように判示したのである。

(5) 最判昭和二六年一月二三日刑集五卷一号八六頁。<sup>(4)</sup>

本件非常上告を棄却する。「非常上告は抽象的に法規適用の誤を正すことを目的とするものであって、個々の裁判の事実認定等の誤を是正することを目的とするのではない。本件非常上告の理由とする処は要するに掛川簡易裁判所が冒濫した判決において被告人は当時満十八才未満の少年であったに拘わらず、満十八才以上の者と誤認したという、事実認定非難を前提として手続違反を主張するものであって、かくの如きは非常上告の理由とならないものである。」

(刑事訴訟法第四六〇条第二項にいう事実の取調とは例えば公判請求書が適式なりや否や、真正に権限ある者によって作成されたりや否や、公判を公開したりや否や等手続そのものについての事実をいうのであって被告人が幾才であったかという様な前提事実を指すものではない。)<sup>(5)</sup>

本件の場合、少年の年齢は実体法的事実であると同時に、訴訟法的事実であったわけであるが、この延長線で、それまでの判例を総括して、同事案・同判決の二つの大法廷判決が下されるのである。

(6) 最大判昭和二七年四月九日裁判集(刑)六三号一九九頁。

(7) 最大判昭和二七年四月二二日刑集六卷四号六八五頁。<sup>(5)</sup>

本件非常上告を棄却する。「非常上告は、法令の適用の誤りを正し、もって、法令の解釈適用の統一を目的とするものであって、個々の事件における事実認定の誤りを是正して被告人を救済することを目的とするものではない。されば、実体法たると手続法たるを問わず、その法令の解釈に誤りがあるというのでなく、単にその法令適用の前提事実の誤りのため当然法令違反の結果を来す場合のごときは、法令の解釈適用を統一する目的に少しも役立つまいから、本件では、本案事件の公訴提起当時においては勿論その第一審判決当時においても、被告人の年齢が二〇歳以上であると認定されていたことは記録上明白なのであるから、たとえ、その判決後にあって被告人が実際は少年であったことが判明したとしても檢察官が公訴提起前あらかじめ事件を家庭裁判所に送致する手続を執らなかつたのを目して、公訴提起の手続規定の解釈を誤りその結果その手続規定に違反したとはいえないし、また、第一審裁判所が公訴提起手続違反を理由として公訴棄却の判決をしないで被告人を懲役一年但し三年間その刑の執行を猶予する旨の判決を言渡したのを、まさしくその審判法令に違反した場合に当るものということではできない。それ故、本件非常上告は採ることができない。」

本件(6)(7)の大法廷判決に至って、実体法たると手続法たるを問わず、たんにその法令適用の前提事実の誤りのため法令違反を生ずる場合には、法令の解釈適用を統一する目的に少しも役立つまいことから、刑法第四五四条の「事件の審判が法令に違反したこと」

にあたらぬ、とまで解されるようになったのである。そして、この大法廷判決を補充するものとして、次の判決が下される。

(8) 最判昭和二八年七月一八日刑集七卷七号一五四一頁。<sup>(6)</sup>

本件上告を棄却する。「非常上告は、法令の適用の誤りを正し、もって法令の解釈適用の統一を目的とするものであって、個々の事件における事実認定の誤りを是正して被告人を救済することを目的とするものではない。されば、単にその法令適用の前提事実を誤認したため法令違反の結果を来す場合の如きは、法令の解釈適用を統一する目的に役立つまいから旧刑訴五一六条(現行刑訴四五四条)にいわゆる『事件ノ審判法令ニ違反シタルコト』に当らぬと解するを相当とする。(昭和二五年(さ)第三九号、昭和二六年一月二三日当裁判所第三小法廷判決参照。)」

「しかるに本件非常上告は、第二審判決前の昭和二四年五月一日被告人が既に死亡して居たものと主張し、その事実を前提として、原審が公訴棄却の裁判をしなかつたのは法令違反であるというのである。しかしかかる事実については第二審判決言渡前には何等の申出もなく又これを認むべき何等の資料もなく、第二審裁判所は被告人はなお生存するものと前提して判決したものであることは記録上疑ない。そして右原審の前提とした事実を基礎とすれば、原判決には何等法令違反はないのであって、法令違反ありや否やは前提たる事実(被告人が死亡したりや、死亡したりとせばその日時は原判決言渡以前なりや否や)につき当審において新に提出された証拠に基

き証拠調をして事実の認定をしなければわからないのである。されば本件は結局前提たる事実について原審の誤認を主張するに帰するものであって、かかる事実の認定非難は非常上告の理由となるものではない。」

「旧刑事訴訟法第四三五条は『裁判所は裁判所の管轄、公訴の受理及訴訟手続に關しては事実の取調をすることが出来る』旨を規定して居るけれども、此規定は上来記載の理由に鑑み広く手続に關係ある限り總ての事実調を最高裁判所がしなければならぬ趣旨と解すべきものではない。非常上告に關する限り右規定の『手続に關して』手続そのものを構成する形式的事実、例えば弁論が公開されたか否か、公開されなかつたとすれば裁判官全員一致で公序良俗を害する虞ありとして公開すべからざるものと決したか否か等の形式的事実を指すものと解しなければならぬ。右の規定が存するから右の如き手続そのものについては事実調をするのであって、その結果該手続が法令に違反して居たことがわかればその手続だけを破毀するのである。(右設例の場合裁判官全員で公開すべからざるものと決したか否かの事實は一見公開するか否かの前提たる事實の様であるけれども、裁判官全員で決することそれ自体一つの手続事實に外ならぬ。被告人が何年何月何日生れたりや又は死亡したりやの如きは単に手続の前提たる事實に過ぎないのであって、それ自体手続そのものの構成事實でないことを俟たない。かかる事實の誤認を前提として非常上告をすることは許されないものである。前提たるに過ぎない事實の誤認のみを前提とする非常上告は許されないものとする。こと当裁判所の一貫した判例である。)」

前記(5)の判例を敷衍して、手続そのものを構成する事実と手続の前提たる事実とを区別することによって、判例理論と刑法第四六〇条第二項との抵触を避けようとしたのである。かくして、前提事實誤認の理論が、判例上、確立するに至るのである。

(1) 同じく、最判昭和二五年九月五日裁判集(刑)一九号一五五頁。

(2) 最判昭和二八年四月二八日刑集七卷四号八九〇頁参照。他に、成人を少年と誤認し少年法を適用した事案につき、最判昭和二六年七月六日刑集五卷八号一四〇八頁。

(3) 同じく、最判昭和二四年六月四日裁判集(刑)一一号一一五頁。ただし、この種の「当然無効の判決」については、「有効な確定した判決」が存在しない以上、非常上告は許されないとされるに至っている(最大判昭和二七年一月一九日刑集六卷一〇号一一七頁)。しかし、これには異論が多い(平野、前掲『裁判と上訴』二四四(注七)頁)。また、公判期日の通知が到達しなかつたのに到達したと思ひ、公判を開いて、上告棄却の決定をした事案につき、非常上告を認め、くわえて、公判期日を指定し審判した判決もある(最大判昭和二五年四月一三日刑集四卷四号五六七頁)。ちなみに、上告審がさらに審判したことについて、「理論的には重大な疑問が残されるが、最後の保障的機能を営む最高裁判所内部における処置でもあるし、具體的処理としてはやむを得ない特殊な先例として考えるほかは

ない」という意見がある(岸、前掲書、四二二頁)。

(4) 同事案として、最判昭和二六年六月二九日裁判集(刑)四八号七二二頁、同昭和二六年七月六日(昭二五年(送)三八八号)。

(5) 本判決には、真野裁判官の反対意見がある。その主張は、多数意見が、実体的事実の認定と訴訟手続に関する事実の認定という、全く異質的なものを同様に取り扱っているというものである。そして、「実体的事実の認定は、前にも述べたとおり結局は裁判所の自由裁量に委されているから、単なる事実の誤認及びこれを前提とする実体法の適用は、毫も法令違反を来すことではなく、従って非常上告の理由とはなり得ない性質のものである。これと異り、訴訟手続に関する事実の認識は、結局において事実裁判所の自由裁量に委されておらず、どこまでも客観的真実によらなければならないから、この前提事実の認識を誤れば当然訴訟手続が法令に違反することとなるわけである。それ故、この場合には非常上告は許さるべきものと言わなければならない」とする。また、刑訴法第四六〇条第二項の意義に触れ、前記(5)の判例を批判し、手続そのものについての事実と手続の前提事実とを区別することはできないという。

(6) 本判決のような立場に立つと抜け落ちてしまう事件の解決につき、括弧内で、次のように述べる。すなわち、「右の如き個々の事件の救済については法は再審の規定を設けて居るのである。その規定で足りないと思ふならば再審の規定の改正を企図すべきであつて、非常上告をその目的に使用せんとするが如きは筋違いである」と。なお、本件事案は再審事由にもあたらない

ない(最決昭和四三年七月四日刑集三二巻七号五八一頁)。

(二) [一]に挙げたような経過を辿って、結局、最高裁判所は、法令の解釈適用の統一に役立たないものは、審判の対象にあたらぬとするに至り、実体法、手続法たるを問わず、その法令の解釈に誤りがあるのでなく、たんにその法令適用の前提事実の誤りのため、法令違反の結果を来した場合、「事件の審判が法令に違反した事」に該当しないと解釈するのである。これを前提事実誤認の理論と呼ぶ。しかしながら、この前提事実誤認の理論には、刑訴法第四六〇条第二項による、例外が含まれている。つまり、手続そのものを構成する形式的事実については、最高裁判所は事実の取調べをし、その結果、当該手続が法令に違反していれば、その手続だけを破棄するというのである。手続そのものを構成する形式的事実と、手続の前提となる事実との区別である。この範囲では事実の取調べをせざるをえない以上、法令の解釈適用の統一という目的は、完全には貫きえてはいない。

前提事実誤認の理論は、いうまでもなく、非常上告の目的を法令の解釈適用の統一に、強く求めたことに起因している。また、その背景には、当事者主義の立場から、前提事実の誤認一般に関しては、通常の上訴方法による是正に期待すれば足りるという、思考が潜ん

でいると思われる。これは、最高裁判所の負担軽減論と結びついての主張でもある。

ところが、最高裁判所の判例中には、この理論に従ったとはどうして考えられない、幾つかの判決がある。特に、一個の事件について二重起訴がなされ、それに基づいて二重に実体裁判があり、ともに確定した（二重裁判）の場合、破棄の方法・理由はさておき、判例は一貫して非常上告を認めている。たとえば、先に起訴された事件が確定した後に、再び起訴、事件の確定があった場合に關して、(9) 最判昭和二十七年一月二八日裁判集（刑）六九号一〇八九頁。

昭和二十五年四月一九日附の略式命令を破棄する。右略式命令記載の犯罪事実について被告人を免訴する。「略」叙上二個の公訴事實は、一見異なるようであるが、一件記録を精査すれば、それは全く同一の事実であることが認められる。とすれば後の起訴を受けた東京中野簡易裁判所は、既に同一公訴事實について確定の略式命令があったのであるから、右起訴に係る公訴事實については、本来刑罰三三七条一号に則り判決で免訴の言渡をすべきであったのである。然るに同裁判所において更に略式命令をなした為同一犯罪事実について相前後して二個の略式命令がなされそれぞれ確定するに至ったわけである。即ち後になされた略式命令は明らかに違法なものであるから本件非常上告は理由がある。」

また、収税官吏の告発がないのに酒税法違反の事実について公訴

された事案につき、

(10) 最判昭和三十一年二月二十四日刑集一一卷一四号三三七頁。

原略式命令中第一事実に關する部分を破棄する。右第一事実に關する本件公訴を棄却する。「略」略式命令の請求を受けた豊橋簡易裁判所は、その公訴事実中第一の酒税法違反の事実及びこの事実にかかる没収につき被告人は通告処分を履行し、収税官吏の告発がなかったのであるから、すべからず刑罰四六三条により通常の規定に従って、審判をした上、右の部分については公訴提起の手續がその規定に違反したものととして同三三八条四号により判決をもって公訴を棄却し、その余の第二事実に關するのみ有罪の言渡をすべきであったといわなければならない。しかるに、このことなく前記のように、右第一事実につき有罪の認定をし、被告人を罰金五千元に処し、前示四つの物件を没収する旨の略式命令をしたのは違法であり、かつ、被告人に不利益であることが明らかである。」

そのほかに、道交法違反の反則行為につきすでに反則金納付済であるにもかかわらず、その事実が看過されたため誤って有罪判決が確定した場合についても、非常上告が認められ、公訴棄却が言い渡されている。そして、その上での「本判決」である。「本判決」の場合、「当審の事実取調の結果」と明言され、法令違反が事実誤認の結果であることが明確である点で、注目に値する。

(1) 平出、前掲論文、六頁以下。

(2) 平野、前掲『裁判と上訴』二四九頁。

(3) 前記(8)の判決は、「此の事は現行法が上告理由を著しく制限し最高裁判所には殆事実調の義務を負わしめない様にして居ること、しかるに再審と異なり非常上告は常に最高裁判所に提起することとして居ること等に見ても明であろう」という。なお、[一注(6)]参照。

(4) 二重起訴・二重裁判に関する事件は、昭和二三年から五五年までに、三二件程ある(平出、前掲『法律実務講座』二七七四頁、白井滋夫「非常上告制度の運用と問題点」『研修』三九二号・一九八一、八頁参照)。なお、これに関する分析として、坂本武志「二重裁判事件の非常上告判決について」『刑事裁判の課題中野次雄判事還暦祝賀』(有斐閣・一九七二)四一九頁。

(5) 前記(6)(7)の大法廷判決以前のもので、最判昭和二四年二月八日刑集三卷二号二二四頁、同昭和二五年五月二日刑集四卷五号七五二頁など。

(6) 最判昭和四六年一月二三日裁判集(刑)一八二号五三二頁、同昭和四四年五月一〇日裁判集二二六号四八五頁など。

### 三 学説の対応と解決方向

(一) 最高裁判所は、一方では、前提事実誤認の理論より、訴訟的な前提事実の誤認に基づく法令違反に非常上告を認めず、他方では、

〔二重裁判〕に典型的に見られる事案には、非常上告を許容するという態度をとる。このような判例の態度に対しては、その統一性の欠如に批判が加えられている。<sup>(1)</sup> 最高裁判所の立場からこれらの判例を矛盾なく説明しようとするれば、〔二重裁判〕などの事例は、手続の前提たる事実の誤認ではなくて、手続そのものを構成する形式的事実の誤認と捉えるほかはない。そして、まさにこのように解し、判例の展開を基本的には支持する見解もある。たとえば、〔二重起訴あるいは確定判決の存在を看過したため同一事件について重ねて判決がなされ確定した場合のときは、いわゆる前提事実の誤認というよりも訴訟法そのものについての事実ないし手続そのものを構成する事実と誤りがあったとみるべきである〕という主張である。<sup>(2)(3)</sup> もちろん、これに対しては、手続そのものを構成する事実と手続の前提たる事実の区別は、曖昧、不可能という根源的批判がある。が、かりにそのような区別が可能であるとしても、先の〔二重裁判〕などの事例は、手続の前提たる事実の場合と見るべきである。先の論者も、その後、「二重起訴の事実が顕出されなかったために誤って二重に実体裁判が行われ、それが確定するに至ったものであるから、やはり広い意味では前提事実の誤認により審判の法令違反が招来されたものといわなければならない」と改説される。<sup>(3)</sup> しかも、「本判決」では手続的前提事実の誤認であることが明らかなので、前記(6)

(7)の大法廷判決とこれら流れを異にする判決群との不整合性が一層鮮明になってくる。<sup>(6)</sup>

最高裁判所自身が自分の立てたドグマに従っていないということ、そのドグマが前提としている目的以外の機能を、現実の非常上告が果しているということである。この理は、 $\langle$ 二重裁判 $\rangle$ あるいは「本判決」も含めて、いずれも、原判決破棄自判の被告人救済の事案であるということから、明らかになると思われる。つまり、最高裁判所の主観的意図とは離れて、非常上告が客観的に一定の役割を果しているということであり、しかも、それは、被告人救済の必要性に支えられているのである。このような現実の運用の視点から、ドグマに捉われることなく、もう一度、非常上告制度の目的・機能を探ってみる必要がある。

最高裁判所が、非常上告の目的を法令の解釈適用の統一に求めたことに対して、これも、実際の運用上の問題として、次のような反駁が提出されている。すなわち、「この理論を貫けば、法令解釈の統一ということとは、実体法適用の誤の場合に限定されてこざるをえない。というのは訴訟手続の法令違反は具体的事実と結びついた形であらわれてその点をベトーンすれば全体が具体的判断の性格をもつことになり『法令解釈適用の統一』に少しも役立たないから」というものである。前記(6)(7)の大法廷判決自体、すでに指摘したよ

うに、法令の適用の誤りを正し、もって、法令の解釈適用の統一を目的とすると述べている。法令の(解釈)適用の誤りの是正とその統一とは、明らかに異なる。前提事実誤認の理論は、その出発点において、この両者を混同していたのではないであろうか。非常上告制度の本来の目的は、審判の法令解釈、適用の誤りを是正することにあり、多くの場合には、それによって法令の解釈適用の統一が計られる。しかし、これは付随する効果と考えるべきであって、それを第一の目的とすることは、逆は真ならずの論理命題にあたるものである。こう解すれば、先のような批判を受けることがなく、運用の実際とも適合するよう思われる。次に、「本判決」も含めた一連の判例は、被告人救済の事例である。この運用の現実から論じていけば、被告人救済も非常上告の重要な目的といわざるをえない。このような理解は、比重をどう見るかは別として、刑法第四五八条第一号但書を設置した立法理由にも副うものである。それゆえ、「非常上告の本質は『違法(法令違反)の宣言』にある。この『違法の宣言』によって法令の正しい解釈・適用が統一されることは、非常上告の一つの機能であることには疑はないが、又この『違法の宣言』によって被告人のための非常救済の機能を営むものであることも否定できない」という見解は、運用の実際にも適合した、正しい主張を含むものと思われる。<sup>(6)(7)</sup>

かくして、(一)重裁判、「本判決」は、非常上告の「違法宣言」、「被告人の救済」という役割を前提として、出現したものと いわなければならぬ。

- (1) 高田卓爾編(鬼塚賢太郎)『判例コンメンタール18 刑事訴訟法Ⅱ第二七一条—第五〇六条』(三省堂・一九七六)七五六頁、平場安治・高田卓爾・中武靖夫・鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法下巻』(351-506・附則)〔青林書院新社・一九七七〕三七二—三七三頁。
- (2) 齊藤、前掲書、一四二—一四三頁、柏木千秋『刑事訴訟法』(有斐閣・一九七〇)四三三頁、白井、前掲「非常上告制度の運用と問題点」二—三頁、青柳文雄・伊藤栄樹・柏木千秋・佐々木史朗・西原春夫(白井滋夫)『註釈刑事訴訟法第四巻』(351-506・附則)〔立花書房・一九八一〕五二〇頁。
- (3) 前掲『註釈刑事訴訟法第四巻』五二〇頁。
- (4) 平野、前掲『裁判と上訴』二四九頁、平出、前掲『法律実務講座』二七九二頁、光藤、前掲論文、一八六頁。その他に、前掲『注解刑事訴訟法下巻』三八六頁、田宮、前掲書、三〇八—三〇九頁。
- (5) 白井、前掲「非常上告判例の新展開」三一頁。
- (6) 高田昭正『判例回顧 刑事訴訟法』(法律時報 判例回顧と展望一九八三)六七九号・一九八四)一三五頁。
- (7) 光藤、前掲論文、一六五頁。重大な法令違反を犯しているにもかかわらず、それが一見明瞭である場合には、「法令の解釈

適用を統一する目的に少しも役立たないから」、非常上告の対象とはならないという極論も出ている(平出、前掲論文、一頁)。

- (8) 本稿一〔二〕参照。なお、溝淵、前掲論文(一)、二二—二三頁は、反対の趣旨である。
- (9) 平出、前掲『法律実務講座』二七七九—二七八〇頁。ただし、非常上告の本質は不服申立てであり、その目的が違法の宣言(ならびに被告人救済)というのが、より正しい表現であろう(筑間、前掲論文(一)、九七頁、同論文(二)、五九頁参照)。光藤、前掲論文、一六五頁。なお、檜淵、前掲論文、四一—三頁参照。
- (10) 平野、前掲書、三四四頁は、「具体的事件の救済」、高田、前掲書、五八七頁は、「本人が不当に不利益を蒙っている場合に人権保障の趣旨からいってこれを傍観することは許されない」、鈴木、前掲書、三〇一頁は、「原確定判決の具体的な法令解釈の適用の誤りを宣言することによって、正しい法令の解釈適用を示すという面が強く、またその誤りが被告人に不利益な場合にはその具体的救済をはかるという機能を併用している」、田宮、前掲書、三〇五頁は、「第一に、法令の解釈・適用の統一といっても、…(略)…正当な法の解釈を宣言する具体的な必要がある場合になされること、第二に、被告人に利益な方向には現実的效果をもつことである」と、それぞれ主張する。
- (11) 白井、前掲「非常上告判例の新展開」三一頁。

〔二〕非常上告制度の目的は、一つには、審判の法令解釈、適用の誤

りを是正するという、「違法宣言」のなかにある。刑訴法第四五九条で判決の効力が被告人に及ばないというのも、まさに、この宣言的あるいは理論的効力を意味している。そのかぎりでは、フランスの「法律のための上告」を受け継いでいる。しかしながら、非常上告制度の目的は、以上に止まらず、他には、刑訴法第四五八条第一号但書、第四五九条に表明されている、被告人救済の任務を有しているのである。もちろん、これに対して、それはたんなる反射的効果に過ぎないという異論もありうる。<sup>(1)</sup>ところが、判例の実際の運用が、前提事実誤認の事例で、それゆえ原則的には非常上告の対象にはなりえないはずの場合にも、非常上告を認め、破棄自判していることを考えれば、被告人救済の役割は、すでに反射効の枠組を越えている。それゆえ、被告人救済の役割も、同時に、非常上告の重要な目的として措定せざるをえないのである。<sup>(2)</sup>

では、このような非常上告の目的・機能の確認から、非常上告の対象との関連において、前提事実誤認の場合をいかに扱うべきであろうか。

厳格な証明によって確定した実体的事実、たとえば、罪となるべき事実や犯罪の成立を阻却すべき原因にあたる事実は、もっぱら再審の問題であることはいうまでもない。したがって、同様の理由から、累犯加重の条件となる前科の有無の誤認も、非常上告の対象か

ら除かれる。<sup>(3)</sup>これについても非常上告を認めよという見解があるが、<sup>(4)</sup>しかし、再審と非常上告との役割分担は、やはり無視されてはならない。

実体法の解釈適用の誤りは、非常上告が認められる、もっとも典型的な場合である。<sup>(5)</sup>誤りの是正によって、法令の解釈適用の統一に資することも多いし、実体に関するがゆえに、その是正が被告人に利益、不利益を及ぼす可能性も高い。以上を非常上告の問題とすることに異論はない。そして、この点で訴訟法の解釈適用の誤りも、同じく、非常上告で是正されるべきものである。<sup>(6)</sup>ただし、実体法の場合とは異なって、訴訟手続の法令違反は具体的判断をもつので、判例のように法令の解釈適用の統一を強調すると、必ずしもカヴァーしきれない面がでる。しかし、判例がその場合を非常上告から除外する趣旨とも思われないので、目的について、解釈適用の誤りの是正という立場に立たねばならないわけである。この地点から出発すれば、当然、非常上告の問題となる。また、直接実体と係わるのではないから、被告人にとって、その是正は、常に利益、不利益を生むというわけでもない点で、実体法の場合とさらに違うのである。<sup>(7)</sup>

さて、次に訴訟的事実の誤認であるが、この領域を非常上告から外すと、再審によってもそして非常上告によっても、是正されない空間を認めてしまうことになる。このような認識を前提にしなが

次のような特性を加えて解決を考慮する必要がある。すなわち、(一) 訴訟の事実とは自由な証明によっており、そのような意味で、再審のような厳格な手続を踏む必要はない。(二) 訴訟上の事実につき、正しく認定しながら法の適用を誤ることはほとんどなく、実際上も事実誤認が原因の場合が多く、しかも、これを除くと訴訟法の違反を非常上告から締め出すことになりにかねない。(三) 刑訴法第四六〇条第二項が、訴訟事項に関して事実の取調を規定している。以上からすれば、訴訟法的事実に関しては、非常上告の制度内で考えるのが適当であると思われる。しかしながら、訴訟的事実誤認が原因である場合には、非常上告の法令の解釈適用の是正という目的とは、一次的には結びつかない。事実誤認に基づく手続の違反も、重要な場合に、これを宣言するのは、将来の訴訟に対する警告として、十分意義があるといわれるのも、このことを意味しているのである。(11)

「重要な場合」の意味であるが、非常上告の違法宣言とならば、被告人救済の役割から立論していくのが自然である。すなわち、事実誤認がまさに被告人に不利に作用している場合、非常上告の被告人救済の役割に引きづられて、それは非常上告の対象となり、救済実現の手段として、違法宣言が行なわれるのである。およそ訴訟法的事実の誤認が非常上告の問題となるのではなくて、被告人救済と結びつかぎりにおいてと解すべきである。ということは、それを越

えるについては、前提事実誤認の理論が生き残り、作用するということでもある。

したがって、訴訟法的事実たると実体的事実たるを問わず、法令違反が前提事実の誤認に由来する場合にも非常上告が許容されるべきものとする説(12)、訴訟法的事実に関する前提事実の誤認の場合のほか、簡単な一件記録の閲覧、調査のみによって容易に判明できるような実体的事実に関する前提事実の誤認の場合も認容する説(13)には、いずれも左袒できない。訴訟法的事実に関する前提事実の誤認の場合のみを許容する説についても、さらに、被告人救済の場合に限ってという条件をつけなければならぬ。

訴訟的事実であると同時に、実体的事実である場合には、厳格な証明によつた実体的事実を優先させるべきであろう。(14)

(1) 溝淵、前掲論文(一)、一二頁。

(2) そのため、確定判決における法令違反によって、被告人の利益が不当に害されているような場合には、非常上告の申立が検事総長に義務づけられる(井戸田侃『刑事訴訟法要説3』有斐閣・一九七四、六六頁参照)。

(3) 平野、前掲『裁判と上訴』二五〇頁。

(4) 平出、前掲論文、七一八頁、同、前掲『法律実務講座』二八〇頁一八八頁、光藤、前掲論文、一八八頁。他に、田宮、前

掲書、三〇九頁など。

- (5) 犯罪の成否に関する法令違反として、すでに廃止された罰則を適用した誤り（最判昭和二十七年四月四日刑集六卷四号五七八頁）などがある。また、刑に関する法令違反として、法定刑を超える科料を言渡したもの（最判昭和二十五年七月四日刑集四卷七号一七四頁）、法定刑を超える罰金を言渡したもの（最判昭和二十四年二月一日刑集三卷二号六五頁等）などがある。なお、戸田弘「最高裁判所の非常上告判例」〔法曹時報〕六卷四号・一九五四）三九八頁以下参照。

- (6) 訴訟条件に関する法令違反、管轄に関する法令違反、そしてその他訴訟手続に関する法令違反一般である。

(7) ただし、「二重裁判」などはこの例外である。

- (8) 平野、前掲『裁判と上訴』二四九—二五〇頁。

- (9) そのうえ、訴訟法上の事実認定は、実体的事実のように判決中に明示されないから、訴訟法違反が事実誤認に基づくのか、解釈適用の誤りに由来するのか、見分けるのは困難である（岡、前掲『裁判と上訴』一三三—三三三頁参照）。

- (10) 同旨、光藤、前掲論文、一八六—一八七頁、田宮、前掲書、三〇八—三〇九頁。

- (11) 平野、前掲『刑事訴訟法』三四五頁、伊達、前掲書、三二〇頁。

- (12) 前注(4)参照。

- (13) 高田、前掲書、五九一頁、前掲『注解刑事訴訟法下巻』三七三頁。

(14) 一度確定した事実の審査は、訴訟法の一般原則とは逆に、実法適用の当否、免訴、公訴棄却等となされるべきだからである（平野龍一「非常上告」日本刑法学会編『刑事訴訟法演習』有斐閣・一九六二、二二二頁—前掲『裁判と上訴』二五三頁以下所収）。反対説として、平出、前掲『法律実務講座』二八—五（注四）頁。また、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣・一九五三）一九一頁。

### 三 判決の法令違反と訴訟手続の法令違反

非常上告の対象となる、審判の法令違反は、本稿の確認によれば、次の三つに分類される。すなわち、

(一) 実体法の解釈適用の誤りの場合。その是正（違法宣言）によって、法令の解釈適用の統一に資することが多い。また、実体に関するものであるがゆえに、被告人に利益、不利益を及ぼし、そこから被告人救済の必要性も生じてくる。

(二) 訴訟法の解釈適用の誤りの場合。その是正は、まさに将来に対する警告的意義を有する（違法宣言）。場合によっては、その誤りおよび是正が、実体にまで影響を与えるなどにより、被告人に対して利益、不利益を及ぼすことがある。そのような場合には、したがって、被告人救済の必要性が生まれてくるといわなければなら

ない。

(三) 訴訟法的前提事実の誤認により訴訟法の解釈適用を誤った場合。この場合には、被告人救済の目的から非常上告が許容され、逆に、その手段として、訴訟法の解釈適用の誤りが是正されるのである。

では、これら三つの場合を、現実には、いかなる手続に載せていったらよいであろうか。つまり、刑訴法第四五八条の第一号本文によるのか、但書によるのか、あるいは第二号によるのかという問題である。

現行法は、控訴理由として、「法令適用の誤り」(刑訴法第三八〇条)と「訴訟手続の法令違反」(同法第三七九条)とを区別する。これを、そのまま、「判決の法令違反」と「訴訟手続の法令違反」に対応させるべきか、あるいは非常上告の目的・機能から独自に論定すべきかで、議論が分れている。ただし、「法令適用の誤り」が「判決の法令違反」(同第一号)に、「判決前の訴訟手続の法令違反」が「訴訟手続の法令違反」(同第二号)にあたることには、学説、判例とも争いが無い。それゆえ、実際懸案となるのは、実体的・形式的訴訟条件が具備しないため、本来は免訴、公訴棄却または管轄違の裁判がなされるべきであったのに、誤って実体判決が確定した場合と、公開停止、被告人不出頭のまま判決が宣告されたような、

判決手続に法令違反があった場合とである。

error in procedendo と error in iudicatio との本質的区別を理由に、(一) 免訴の判決をすべきであるのに実体判決をした場合のみ、法令適用の誤りと同様、第一号に該当するが、管轄違、公訴棄却の誤り、および判決手続の法令違反は、全て第二号にあたるとする説がある<sup>(1)</sup>。これに対して、刑訴法第四六〇条第二項の文言を一つの理由に、(二) 実体判決をした場合、判決手続に法令違反がある場合とも、いずれも第一号に該当し、判決前の訴訟手続に法令違反がある場合だけ、第二号にあたるとする説がある<sup>(2)</sup>。さらに、(三) 実体的・形式的訴訟条件の不備を看過して実体判決をした違法は、第一号に、判決前と判決それ自体との手続を問わず、訴訟手続の法令違反は、第二号に該当するとなす説<sup>(3)</sup>、あるいは判決の内容の誤り(法令適用の誤り、ならびに訴訟条件の存否、種類を誤認した場合に起こりうる、判決の内容に直接影響を及ぼす訴訟手続の法令違反)が、第一号に、判決の内容に直接影響を及ぼさないような訴訟手続の法令違反が、第二号に該当するとする説<sup>(4)</sup>がある。

判例は、形式的訴訟条件の不備、欠如を看過し、誤って有罪判決が確定した場合のうち、公訴棄却の誤りの場合については、第一号但書にあたる<sup>(5)</sup>として、公訴棄却の自判をしている。それゆえ、第一の見解とは一致しない。くわえて、管轄違の誤りの場合について

は、第二号により訴訟手続を破棄すべきものとして<sup>(6)</sup>、第二、第三の見解とも一致しない。では、これらとの関連で、いかに構成したらよいであろうか。

出発点は、やはり本質的区別である、「法令適用の誤り」と「訴訟手続の法令違反」とである。前者が第一号、後者が第二号に該当する。しかし、第一号と第二号との決定的な差は、第一号但書において、原判決が被告人に不利な場合に破棄自判するという、被告人救済の規定があることである。つまり、被告人救済は、刑法第四五八条第一号但書によるしかないということである。この事態

が、先の区別に、次のような修正を加える。まず、冒頭(一)の場合には、本質的区別に従うならば当然に、そして機能的に考えても、第一号本文および但書で十分である。前記(二)の場合には、本質的区別に従えば、第二号であるが、機能的に考えると、第一号但書にしなればならない場合がある。たとえば、実体的訴訟条件の誤り(免訴)、あるいは形式的訴訟条件の誤りの、あるものである。<sup>(7)</sup>この場合、原判決が被告人にとって不利益であるかどうか、その区別のメルクマールとなる。前記(三)の場合には、第一号但書しかありえない。なぜなら、被告人救済によって指導された場合であるからである。これを総括すれば、第一号にあたるのは、(a)法令適用の誤り、(b)実体的訴訟条件の看過から有罪判決をした場合、(c)形式的訴訟条件中、

公訴棄却を言渡すべきものに有罪判決をしたなど、被告人救済の必要がある場合である。そして、(d)前提事実誤認の結果、訴訟手続の法令違反が生じ、しかも被告人救済の必要に迫られた場合である。(a)に関しては、破棄と破棄自判とがありえようが、(b)(c)(d)に関しては、機能から第一号にもってこられたので破棄自判しかない。これに対して、第二号にあたるのは、上のほかの訴訟手続の法令違反の場合である。したがって、管轄の誤りの場合は、ここに含まれ、破棄に止まる。<sup>(8)</sup>

以上は、非常上告の違法宣言とならば被告人救済の目的を、刑法第四五八条の解釈に反映させた結果である。それゆえ、最高裁判所の実際の運用が、この構成によって説明できるということは、最高裁判所がその内在的論理として、非常上告の目的を法令の解釈適用の統一ではなく、その是正と被告人救済とに置いている、<sup>(9)</sup>ということを示唆するものである。このように考えるならば、第一号但書「原判決が被告人のため不利益であるとき」の意義も、やはり、被告人救済の必要という観点から、実質的に把握すべきことはいうまでもない。<sup>(10)</sup>

(1) 平野、前掲『裁判と上訴』二四一—二四二頁、同、前掲『刑事訴訟法』三四五頁、光藤、前掲論文、一七九—一八〇頁、前掲『ポケット註釈全書(3)』九八四頁など。

- (2) 団藤、前掲書、六〇一頁、平出、前掲『法律実務講座』二七九六頁、田宮、前掲書、三〇七―三〇八頁など。
- (3) 岸、前掲書、四一―四一三頁、青柳、前掲書、七一七―七三〇頁、伊達、前掲書、三三四頁、前掲『注解刑事訴訟法下巻』三八〇頁など。
- (4) 柏木、前掲書、四三六―四三七頁、高田、前掲書、五九六頁、鈴木、前掲書、三〇七頁など。
- (5) 二重裁判中、最判昭和二年五月二日刑集四卷五号七七五二頁、同昭和三年一月三〇日刑集一〇卷一―一五七七頁、同昭和四〇年七月一日刑集一九卷五号五〇三頁など。その他、最判昭和三七年六月一四日刑集一六卷七号一二四五頁、同昭和四二年六月二〇日刑集二二卷六号七四一頁。
- (6) 最判昭和三年二月五日刑集一一卷二号四九八頁。科刑権の制限違反につき、最大判昭和四〇年四月二八日刑集一九卷三号三四四頁、最判昭和五三年二月二三日刑集三二卷一―七七七頁参照。
- (7) 前注(5)参照。
- (8) 最高裁判所調査官室編(田原義衛)『最高裁判所判例解説刑事篇昭和三二年度』(法曹会・一九六四)七七頁参照。
- (9) 同編(海老原巖一)『最高裁判所判例解説刑事篇昭和四二年度』(法曹会・一九七二)一九五頁参照。
- (10) 「原判決が被告人のため不利益であるとき」の意義について、これは、判決の内容が実体的に被告人に不利益な場合を指すと解されており(刑事判例研究会編(小野清一郎)『刑事判例評

釈集第四卷昭和一六年度」有斐閣・一九四九、一六七頁)、判例は、さらになされるべき判決が原判決より利益なことが法律上明白な場合、合というが(最判昭和二六年二月二日刑集五卷一三二六―七頁)、それに類する事実上でもよい場合があると思われる。たとえば、罰金のみにあたる罪を犯した少年の事件について、家庭裁判所を経由することなく公訴が提起され、略式命令が確定した場合について(前記最判昭和四二年六月二〇日)、法律的には、再起訴の可能性がないわけではない。けれども、通常は、家庭裁判所が事件を刑事処分相当として検察官に逆送することなく、したがって、本件では、原判決(略式命令)破棄のうえ、第一号但書で公訴棄却の言渡がなされている。

## おわりに

本稿は、前提事実誤認の理論を媒介として、非常上告制度の目的の確認を志向するものであった。最後に、「本判決」への評価を下し、今後の非常上告研究の出発点について触れ、結論に代えたいと思う。

前記(6)(7)の大法廷判決に文字どおり従えば、「本判決」は明らかに矛盾した解決を示す。しかし、すでに見たように、これと流れを異にする一連の判例があり、特に、二重裁判の事例は、先の大法院判決の前後に早くから存在していた。これらの事実からは、最

高裁判所が、これらを前提事実の誤認の場合とは全く考えていなかったことが推認される。<sup>(1)</sup>けれども、前提事実誤認が明らかでない「本判決」においては、この抗弁は成り立たない。そこで、次のような理解が生まれてくる。すなわち、「二重裁判」から「本判決」に至る判例群は、その誤りが、被告人救済のためは正しければならないほど重大で、この被告人救済とそのため、手続は正の必要性という観点から、非常上告に包摂されるのである。このような判例群の存在は、非常上告の目的を法令の解釈適用の統一と捉え、そこから、前提事実誤認の理論を引き出す、判例理論の明白な破綻を示している。ひるがえって前記大法廷判決を見れば、手続的事実であると同時に実体的事実でもある、少年の年齢の誤認の事案であり、実体的事実の優先において、そもそも、非常上告制度の枠外にあったといえるのである。にもかかわらず、法令の解釈適用の統一を強調するあまり、「実体法」と訴訟法とを問わず、前提事実誤認の理論を打ち立ててしまうのである。それゆえ、最高裁判所の「ドグマ」ではなく、具体的解決方向に目を向けるならば、大方、妥当な解決をとっていると評価でき、「本判決」も、そのような運用のなかで生まれてきたのである。「本判決」の場合、通告手続がとられるならば、反則金不納付の事実がないかぎり、有効に公訴提起しえなかったわけである。しかも、反則行為を認める反則者が、反則金を

納付しないということは実際極めてまれであるから、正規の手続を経るならば、有罪の判決に至る可能性は、通常ほとんどない場合に属する。したがって、これに非常上告を認め、刑訴法第四五八条第一号但書によって公訴棄却したのは正当であり、従来の運用の射程内におさまる事案でもある。判示内容に躊躇がないだけに、かつての大法廷判決の影響を完全に払拭しているといえよう。

最高裁判所は、運用上の論理として、非常上告の目的を、結局は、違法宣言と被告人救済とに置いている。<sup>(2)</sup>とりわけ、手続的前提事実誤認の場合には、被告人救済の目的が決定的な役割を果している。この点を勘案すれば、「原判決が被告人に不利益」ということの意義が、次に、是非とも解明されなければならない問題として、提示されてくるといわなければならない。本稿は、この解明を直接の目的とはしていないので、残念ながら、さらに述べる余裕はないが、この点の分析が、非常上告制度の新展開の基点になることは、まちがいないと思われる。ゆえに、付言すれば、これを以後における、非常上告研究の出発点としたいと考えている。

(1) このあたりにも、手続を構成する形式的事実と手続の前提となる事実との区別の、困難さが見られる。

(2) いずれにせよ、具体的救済をはかることが肝要なのであるから、判例の動きは健全なものであり、「本判決」もその線上に

あることは、「重要判例として評価しなければならない」(能勢、前掲『重要判例解説』一九四頁参照)。

(3) 前掲(6)(7)の大法廷判決をその前後に存在する(二重裁判)と抱き合わせて考えれば、前提事実の誤認が救済を必要とするほど重大な場合を、最高裁判所が非常上告から排除する趣旨とは解されない。「本判決」が小法廷によって下された所以である。ただし、この点、大法廷判決で明確にするのが好ましいし、その時期に来ているように思われる。

(完)

## Eine Betrachtung über die Nichtigkeitsbeschwerde

Hiromi KAWAHARA\*

- I. Der Zweck der Nichtigkeitsbeschwerdesystem
- II. Sog. Theorie von der Verkennung der vorausgesetzten Tatsachen
- III. Die Unterscheidung von den Abs. 1 und 2 des § 458 der StPO

---

\* Assistent an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido.