

# 「公訴の取消」の再生

指 宿 信

## 〈目次〉

- 一 問題の所在
- 二 沿革的検討 —— 旧刑訴法二九二条と現行法二五七条
- 三 解釈論的検討
- 四 比較法的検討
- 五 立法論的検討
- 六 まとめにかえて

## 一 問題の所在

(1) 一九九一年三月二五日、福井地方検察庁は公判中の業務上横領事件に関する証拠書類のほぼ全部に当たる三二七点を誤って廃棄処分にし、これを焼却してしまったことを明らかにしたが、その後二七日までに公訴の取消を福井地方裁判所に申し立てた<sup>1)</sup>。既に公訴提起から四年がたち三六回も公判を重ねていたものの、伝票や帳簿類などの紛失により「公判を維持するのが困難」であるとの理由から公訴を取消することになったとされている<sup>2)</sup>。福井地裁は右申立てにともない、同月二七日に公訴棄却の決定をおこなった。

さて、公訴の取消制度は「公訴は、第一審の判決のあるまでこれを取り消すことができる」と刑事訴訟法二五七条において定められているように、公訴提起後であってもなお検察官に当該起訴に対する処分権を認めただけである。これはまた、一般に起訴便宜主義と呼ばれる二四八条において認められた訴追裁量の権限を、公訴提起前だけではなく、提起後においても確保するという趣旨に基づいており、「起訴変更主義」を具体化した規定と言われている。<sup>3)</sup>

しかしながら、この公訴取消制度は活用されていないことが指摘されて久しい。<sup>4)</sup> 実際には起訴便宜主義とは無関係に、被告人行方不明の場合等のかぎられた運用しかなされておらず（表Ⅰ参照）、公訴の取消の利用件数は年間百件を大きく割っており、一九六六年の二百件をピークに減少傾向にある（表Ⅱ参照——ただしこの件数も全通中郵事件の最高裁判決・昭和四一年一〇月二六日・刑集二〇巻八号九〇一頁の影響とみられている）。道交法を含む年間総公判請求人員（たとえば一九八九年で約十万件）ならびに起訴猶予率（同年で約二六％、刑法犯では約五七％）などと比較してみたとき、公訴の取消の例外的性格は明らかで、実態は「起訴不変更主義」に近い。<sup>5)</sup> そのような経緯にかんがみると、右の福井地検による取消はまことに希有な事態であることはもちろんだが、公訴の取消制度のあり方、またその運用について興味深い問題を提示しているように思われ、これを以下に述べることにする。なお、本事件では証拠の紛失という重大な実務上の問題も存在しているが、この点については取消制度とは別個の論点と思われるので本稿では検討の外に置いた。<sup>6)</sup>

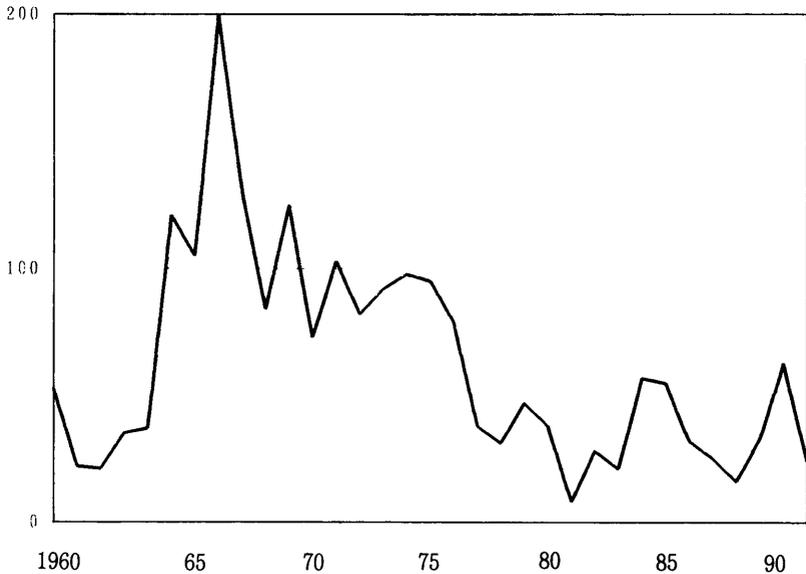
(2) 立法上、公訴の取消にあたってはその濫用的運用を避けるためいくつかの措置が講じられている。①二五七条は時期的な制限として「第一審の判決のあるまで」との要件を課した。これは一審判決が出された以上、検察官の一方的な判断において裁判の効力を消滅させる結果となるのを避けるためとされている。<sup>7)</sup> ②刑事訴訟規則一六八条は「公訴の取消は理由を記載した書面で」おこなうことを要請し、「書面」が必要であることを示している。<sup>8)</sup> さらに、③訴追の成功を思うばかりに公判維持の見込みがたない場合において一旦公訴を取消し再び爾後に訴追をおこなう、といった訴訟戦術の濫用をあらかじめ防止するため、再起訴にあたっては「あらたに重要な証拠が発見された場合に限り」（三四〇条）許される

表 I 1980年以降の公訴取消の理由別人員 (1980—1991年)

年	理由	総数	嫌疑不十分	嫌疑なし	罪とならず	刑事未成年	心神喪失	親告罪の告発請求の取消など	確定判決、刑の廃止・免除、大赦	時効完成	被告人死亡 法人の消滅	所在不明	その他
1980		38		3	1		2					25	7
1981		8		2								1	5
1982		28		6			3					14	5
1983		21		7			1				1	8	4
1984		57		8			2				1	39	7
1985		55		2	1		3				5	42	2
1986		32		1			1				4	17	9
1987		25		1					1			13	10
1988		16		1								9	6
1989		33		1			2				2	27	1
1990		63					2				4	46	11
1991		24		2			1				2	14	5

(検察統計年報より作成)

表Ⅱ 公訴取消人員総数グラフ（1959年—91年）



（検察統計年報より作成）

との規定が置かれた。<sup>9)</sup>

(3) ここで本事件との関係で問題と思われるのは主に①②の二点についてであろう。まず①については、被告人が無罪を主張していた場合に、その利益を失わしめる場合があるのではないか、という危惧である。たとえば、結審まじかになり無罪立証も済んでいるような段階に達しているにもかかわらず、検察官において一方的に公訴の取消をおこなうことは果たして正義になつた訴追政策であるかどうか疑問がもたれよう。刑事補償制度上、無罪でなければ補償が受けられないわけではなく、公訴の取消であつても刑事補償法二五条によつて補償を求める道が設けられているものの、費用補償は受けられないし（刑訴法一八八条の二）、刑事補償自体の手続もかなり面倒である。<sup>10)</sup>まして事は単に経済的な救済に止まらないのであつて、被告人から無罪の裁判を受ける権利を奪う場合があることを認めないわけにはいかないであろう。現行法は、起訴猶予者との均衡の確保といった旧法以来の趣旨に加えて、捜査権の制約が厳しくなつたため、公訴の維持が難しい場合には無罪の確定判決を避けて再起訴の可能性を確保しようと、三四〇条によ

る制約の下で公訴の取消を活用しようとした<sup>(12)</sup>——しかし、実際には再起訴のおこなわれた事案は皆無とのことである<sup>(13)</sup>。もとより本事件での詳しい経緯は筆者にはあきらかではない。しかし弁護士側は無罪の主張をおこなっていたようであり、そうした場合について審理の終局段階における検察官の取消に制約が設けられていないのは法の不備ではないかとも考えられ、殊に訴因の変更については判例上一定の时期的制約が認められていることと比べても公平を欠くとも言えよう<sup>(14)</sup>。そうであれば、一審段階での时期的限界に明文で制約がないとしても、相当と思われない場合においては裁判所は取消申立てを却下すべきものと思われる。

他方、法文で明示されている公訴の取消に対する时期的な制約である「第一審の判決のあるまで」の解釈については、長期不動産事件に関し破棄差戻し後の第一審における取消が認められるかとの問題が近時焦点となっているけれども<sup>(15)</sup>、本稿ではこの点については特に触れない。

(4) 次に、②についても右に指摘したところと関連するが、取消を申し立てる「理由」の有無について、裁判所はその適否を判断することが可能かという問題がある。たとえば実務統計上比較的多く記録されている理由は、犯罪事実に関する「嫌疑なし」「心神喪失」、および犯罪後の状況に関する被告人の「所在不明」「出国」「病気」あるいは当該事実や同種事案に対する法的評価に最高裁の判例に基づく変更があった場合などである「表し参照」。実態は、起訴猶予処分との均衡に基づいた情状面での利用はなく、公判の維持が不可能な場合や公訴維持価値がない場合を中心に取り消されていると言つてよい<sup>(16)</sup>。そこで、本事件のような証拠の紛失といった場合について、これを取消理由に含めてよいか、が問われることになる。通説は公訴の取消理由に制限はないとの立場を採っており<sup>(17)</sup>、福井地裁の措置もこれに従っているよう。しかしながら、通常の「公判の維持が不可能」といった手続上の理由以外に、一方当事者の手落ちから生じた理由についてまで取消を認めてよいかどうかについては再考が必要ではなからうか。であるとすれば、理由に関する一定の合理的な制約を認め、特に被告人の利益との慎重な衡量が求められよう<sup>(18)</sup>。

(5) さらに本稿では、右事件を契機として、これまであまり議論されてこなかった「公訴の取消」にまつわる右の二点の検討と共に、さらにすすめて「公訴の取消」制度を活性化させるといふ観点から、本制度の「再生」を考えてみたい。その際、比較法的な素材として、コモン・ロー系諸国において発展してきた検察官による訴追の取下げ制度、すなわち「訴追の中止 (nolle-prosequi)」権限に関する判例理論ならびに立法の変遷をとり上げて、わが国への参考としたい。従来、公訴の取消が活用されていなかったという実務的な理由から、検察官の絶対的処分権としての本制度の側面にはあまり注意がはらわれてこなかったように思われる。しかしながら、手続打切りという視点から見たととき、公訴提起後における手続離脱規定は我が法では検察官による公訴の取消しか存在せず、そのことが解釈理論としての「公訴権濫用論」を肥大化させる要因ともなってきたと言っても過言ではあるまい。<sup>19)</sup>そこで、本稿では特に公訴の取消の持つ「手続打切り」としての側面に着目し、この見地から従来の立法論の検討を行い、公訴の取消制度の「再生」に向けて論じることとする。

〈注〉

- (1) 一九九一年三月二六日付け各紙朝刊。
- (2) 同月二七日付け。右各紙は、福井地方検察庁・内宮光一検事正の談話としてこのことを伝える。
- (3) 起訴変更主義を起訴便宜主義の当然の結果とするのは、『ポケット註釈刑事訴訟法(上)』(新版)六二七頁、『註釈刑事訴訟法』巻四九九頁(伊藤栄樹担当)など。それに対して、便宜主義と変更主義を不可分とする必要がないと指摘するのは、『注解刑事訴訟法(全訂新版)』中巻三四二頁(鈴木茂嗣担当)。
- (4) 古くは団藤重光『刑事訴訟法綱要(初版)』(一九四三年)五二八頁が、「施行当初は格別、その後における公訴取消制度の成績は、全く立法者の予想を裏切るものといわざるをえない」と指摘している。
- (5) これら一九八九年の数値は、「平成元年の検察実務の概況」法曹時報四二巻一〇号一一〇頁以下を参照した。取消の少ない原因を公判前のスクリーニングの充実に求める見解も多いが、公訴取消が最高検の認可事項とされており内部的にも実施しにくいとの指摘は見逃すことができない。出射義夫『検察・裁判・弁護』(一九七三年)二二九頁参照。
- (6) 本事件に関連して既に田口守一教授より問題提起が行われ、公訴取消理由の制限と、証拠物の「借り出し」慣行についての検討

- がなされている。「証拠紛失に基づく公訴取消の問題点」法律時報六三卷九号（一九九一年）。
- (7) ポケット刑訴六二七頁、田宮裕『注釈刑事訴訟法』二八二頁、伊藤前掲四九九頁、鈴木前掲三四二頁など。
- (8) 同右参照。
- (9) 旧法では取消後の再起訴は許されなかった。この点、三四〇条の制限はあっても取消後に証拠収集をおこなった上で再起訴を許す現行法には、学説上、中世の「仮放免」制度を思わせる（団藤重光『刑事訴訟法網要（七訂版）』三七二頁）、憲法三九条違反の疑いがある（前掲田宮・三九五頁、鈴木・三四五頁）など批判が強い。
- (10) 二五条は、免訴または公訴棄却の裁判があつた場合でも、もしこれらの裁判をすべき事由がなかったなら無罪の裁判を受けるべきものと認められる十分な事由があるときは無罪と同様に扱われることを定める。現行刑事補償法では当初、旧法と同様に無罪の裁判の場合のみ補償するものとされていたが、参議院の修正案として同条が追加された。高田卓爾『刑事補償法』四一頁。なお長崎地裁厳早支部判決昭和二五年八月一日（裁報六五号六頁）は、検察官の証拠薄弱を理由とする公訴取消により公訴棄却となつた場合には、無罪の裁判をうけるべき十分な事由があるとす。
- (11) 横山晃一郎『刑事補償』総合判例研究叢書・刑事訴訟法(13)一五七頁以下。
- (12) 宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ』（一九四九年）一六四一五頁、横井大三『同Ⅲ』（一九四九年）一三七一八頁、滝川幸辰ほか『法律学大系コンメンタール刑事訴訟法』（一九五〇年）三五〇頁など。
- (13) 朝日新聞一九九一年三月二六日。
- (14) 福岡高裁那覇支部昭和五一年四月五日判決・判例タイムズ三四五号三二二頁。
- (15) 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三二頁。なお、千葉地裁佐倉支部昭和六〇年三月二九日決定・判例タイムズ五五〇号二九三頁以降、積極判例が続いている。
- (16) 土本前掲三七七八頁、河上和雄『公訴の取消』『公判法大系Ⅰ』三三八頁以下、特に三三二頁。
- (17) 『ポケット註釈刑事訴訟法』五一六頁、伊藤前掲五〇〇頁。
- (18) 鈴木前掲三四四頁は、起訴後に新事実が発見された場合や不起訴を相当とする事情が明白な場合といった理由に限定する。
- (19) 公訴権濫用論と公訴の取消との関係を論じた数少ない文献として、河上前掲三三五一六頁。ただし、明文がないため検察官に取消の作為義務を課することは不可能とする。他方、公訴の義務的取消が認められる場合を主張する、米田泰邦『犯罪と可罰的評価』三三八―九頁もある。
- (20) 公訴の取消を公訴権濫用の場合に活用しうることを示唆する見解もある。田宮前掲二八二頁など。

## 二 沿革的検討——旧刑訴法二九二条と現行法二五七条

(1) わが国では、旧刑訴法(大正十一年)二九二条において公訴の取消がはじめて採用された。それ以前の旧々刑訴法(明治三十三年)までは起訴不変更主義が採られ、公訴提起後の訴追の取下げは許されていなかった。本節ではまず取消制度について旧刑訴法の立法経緯から振り返っておくことにしたい。<sup>(1)</sup>

旧々刑訴法の改正作業は古く明治二八年まで遡る。この改正作業中において公訴の取消制度の採用がはじめて論議され、明治三十一年の司法省草案一八三条に「公訴ハ之ヲ取消スコトヲ得」との、さらに法典調査会が作成した明治三十四年案一九七条の「公訴ハ第一審ノ弁論開始ニ至ルマテ之ヲ取消スコトヲ得」との規定に結びつき、ここに一定の时期的制約のもとに公訴の取消が認められた。続いて明治三六年案においても二〇二条にまったく同様の規定が置かれている。しかしながら、大正五年案では二九一条で単に「公訴ハ之ヲ取消スコトヲ得」とされ、明治三十二年案の無制限な取消に逆戻りし、起訴変更主義を認めながらも、时期的制限について述べることはない。<sup>(2)</sup>

当時の立法動機については、起訴変更主義が起訴便宜主義の採用と表裏をなすためとこれまで一般に説明されてきた。<sup>(3)</sup>しかしながら、この点、当初三十一年草案、三四年草案のいずれにも便宜主義の明文規定が設けられていなかったことに注意する必要がある。<sup>(4)</sup>つまり、右草案時において公訴の取消が明文化されたということは当時の訴追原理である起訴法定主義が揺らぐこととなり、これでは先の立法動機に理論的な齟齬が生じてしまうのである。<sup>(5)</sup>むしろ、沿革的には起訴猶予処分者との均衡という配慮からでたものではなく、検察官処分主義の拡張がねらいであったと見る事ができないか。もちろん、宣告猶予制度や絶対的放免の制度のないわが国において(これは現在も同様であるが)、公訴権の発動後に公訴の取消が被告人に利益となる処分になりうる点については疑いなく、理論上はさておき、右のような制度的不備を補う意図から取消制度は主張・擁護されていた(「積極論」)。もつともその後、実務では便宜主義が立法に先行して実施されたた

め、慣行化された便宜主義を基礎に、大正二年案で訴追の任意主義の明文化（二八四条）が計られ、理論的にも取消制度を有することの障害はなくなつたのである。

(2) さて、こうした公訴の取消の立法提案が先の大正五年案に盛り込まれた際、広く公開された本草案に対して「削除スルコト」との意見が法曹各界に非常に多く見られた（消極論<sup>6</sup>）。これは、取消行為が任意にされると訴追権限濫用の事態を招くという危惧から出たものが多い。在野法曹に消極論が強かつた点については、大浦事件がかなり影響しているように見受けられる<sup>7</sup>。検察当局の不起訴処分に必要な禍根を残した右事件は、訴追政策への不信感を生み、さらに便宜主義への危機感を生んでいたようである。そのため、一方的な当事者処分としておこなわれる取消についても専断的な運用への危惧が反対論につながつたのであろう。そこでこうした反対意見を斟酌した結果か、大正一〇年準備草案では書面による理由の提示にとどまっていた要件につき、第四五回帝国議会提出案（政府案）では時期的制限を復活させ、「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 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」（二九四條）との規定に直された<sup>8</sup>。

この政府案の提案理由を見てみると、第一に、理論的な観点から、検察官に処分権を認める以上、公訴提起後においてもその権限を認めることは一貫性があること、第二に、裁判実務上の観点から、起訴猶予あるいは宣告猶予とは異なり、執行猶予は有罪判決を逃れえないところ、公訴提起後に起訴猶予相当の事情が発見された場合にあっては起訴猶予者との公平を欠く事態も予想されること、が挙げられている。理論面では公益に、政策面では被告人に有利に制度が働くことがわかる。そのうえで、（消極論の危惧するような）悪用の弊害を防止するために、そして判決後に公訴が検察官の意思によつて消滅するとなれば司法の威信がそこなわれ判決が不安定になることを防ぐために、時期的な制限を設けることがふさわしいとされ、理由について書面への記載を要求するという形式的な制約が設けられたわけである<sup>10</sup>。

加えて、当時刑事訴訟法案の作成にかかわり、検事総長の地位にあつた平沼騏一郎は、以上に挙げられた理論的、政策

の見地に加えて、諸外国の立法を参考に公訴の取消の必要を示唆している。<sup>(11)</sup> 大正五年案に対して平沼は、公訴の取消制度を支持しつつ諸外国の立法が制限付きでこれを認めていることに触れて、時期的制限あるいは理由上の制限を付すことを提案した。右の立法例は、オーストリア、ハンガリー、ノルウェーの刑事訴訟法とドイツの同草案であり、<sup>(12)</sup> 当然ながら大陸法系諸国である。すなわち、オーストリア刑事訴訟法二五九条では公判開始まで、ハンガリー刑事訴訟法三八条では審理の終了まで、ドイツの草案では審理開始までという時期的制限が置かれていたのである。

おそらく、こうした平沼による比較法的資料の裏付けもあってであろう、在野法曹の反対の著しかった公訴の取消制度は、大正一〇年の準備草案では、なんらの制約もない大正五年案と同様であったのに、先に見たように政府原案においては「第一審判決まで」との時期的制約が設けられ、これが旧刑事訴訟法二九二条となった。

(3) 以上のような経緯を経て公訴の取消制度はスタートしたが期待どおりには運用されず、団藤博士も指摘するように「その成績は……予想を裏切る」結果となっている（表Ⅲ参照<sup>(13)</sup>）。その理由は、①草案段階での実務法曹における消極論が強く、その影響が残っていたこと、そしてなにより②取消後の再起訴が許されていなかったこと、が考えられる。①は在野法曹における姿勢ならびに解釈に、②は法制上の取消措置の性質に由来するが、加えて、③昭和六年以降一〇年間のうちわずかに一件というほとんど死文化した事態（表Ⅲ参照）そのものに由来しよう。

(4) 第一の理由については、在野法曹の消極論に対する配慮から慎重な運用が当局自身によって望まれていた事実を明らかにしておかねばならない。それは、取消理由に対する厳しいしほりによって実施されていたことである。たとえば大正一二年一二月五日の通牒は以下のように述べている。

「公訴の取消に関する規定は司法手続の威信に関する重大な事態を惹起するをもつて公訴を取消すは公訴提起後に至り新事実を発見し不起訴を至当とすべき事情ありしこと明白なりし場合に限るべく、いやしくも外部より公正を疑わるるか如きことなきを期せざるべからず」<sup>(14)</sup>

表Ⅲ 旧刑事訴訟法期の公訴取消人員

年	総数	理由		
		罪とならず 嫌疑なし	訴訟条件等 欠缺	事情変化 その他
大正13	27	4	11	12
14	6	2	3	1
昭和1	11	1	9	1
2	8	—	8	—
3	6	4	2	—
4	2	—	1	1
5	2	—	2	—
6	—	—	—	—
7	—	—	—	—
8	—	—	—	—
9	—	—	—	—
10	1	—	1	—
11	—	—	—	—
12	—	—	—	—
13	—	—	—	—
14	—	—	—	—
15	—	—	—	—

出典・団藤重光「刑事訴訟法綱要」(1943) 528頁

は主としてこの場合において公訴の取消を是認せんとするなり」(草刈 融 関西大学講師<sup>15</sup>) (傍線筆者)との「主としてこの場合」とは起訴猶予にあたる場合を意味し、論者は「本旨に副わざるがごとき公訴の取消は努めてこれを防止」するよういさめている。このほか、「公訴不提起の場合につき述べたることとき事由は取消の理由となり得べし。元来公訴の取消を認めたる理由は、起訴猶予をなすべき情状の事件を誤って起訴したる場合にして、裁判をもつて救済しがたき事情ある事件の救済を主たる目的となしたるものというべし。故に免訴または公訴棄却等の裁判を受くべき事件を救済したるときは…公訴の取消の必要なしと言うべし」(清水孝藏 大審院部長<sup>16</sup>) (傍線筆者)として、先に示された立法理由の理論面および政策面に限定した見解も見られる。

二九二条は、文言上取消理由についてなら制限を設けていない。そのため、どのような理由が適法なのかは実務において判断しなければならず、右のような通牒が指針として示されたわけであろう。しかしながら、どのような理由に基づいて公訴を取消するかについては、以下に見るように、当時から学説の見解が分かっていた。

その一つは、起訴便宜主義の貫徹という理論的理由を立法趣旨とする以上、取消理由は二七九条の起訴猶予の基準に限定されるとする<sup>17</sup> 限定説<sup>18</sup>の立場である。たとえば、「立法の趣旨

これに対して、理由の制限が明文化されていない以上、いかなる理由によっても公訴は取り消すことができるとする（非限定説）の立場がある。それは、「取消理由については何らの制限なきをもって、ただに処罰 unnecessary の場合のみならず、証拠不十分、罪とならざる場合、起訴条件の欠缺したる場合等をも包含するものとす」という主張であり、例示的に「起訴前弁償するにおいては公訴を提起せざりし事件にして起訴後弁償したるとき」や「起訴前予想せざりし無罪、免訴等の証拠を公判において新たに発見したるとき」（平井彦三郎 大審院検事<sup>17</sup>）といった理由が挙げられている。

要するに、起訴便宜主義（任意主義）が法律においても採用された結果、公訴の取消制度（＝起訴変更主義）の範囲を便宜主義に沿って解釈するのか、それとも明文がないことを理由に自由な解釈をおこなうか、といったところに争いがあったわけである。

現実には、取消という立法を得たものの、先の通牒に見られるように検事局は法曹界の危惧する濫用の生ずることを懸念するあまり、真犯人発見といった裁量の余地のない場合に理由を限定したために、学説の対立はあまり意味をもつところではなかった。しかしながら、現行法においても取消理由の範囲については明文上示されておらず、その解釈の争いは旧法まで遡ることを明らかにしておくことは重要であろう。

(5) さて、取消が不活発であったことに関する理由の第二、「法制上に関する」点をめぐっては、再訴が許されないため必然的に取消に対する内部的な要件が厳しくされた結果か、あるいは自己規制が働いた結果かと考えられる。また、再訴が許されないことについてはこれは理論的にも興味ある問題であり、このことは公訴の取消制度の本質を大きく左右していたように思われる。例えば宮本博士は、再起訴が許されない以上刑罰権の放棄と解すべきであり、公訴の取消は実体的公訴棄却の裁判とされている。<sup>19</sup> 平沼も「形式訴権と共に実体訴権を消滅せしむと解す」としている。<sup>20</sup> とは言え、立法動機でも「被告人の利益となる処分」を設けようとの考え方があったにもかかわらず、旧法下における公訴の取消は一方的な検察官の処分権を前提とした絶対的権利であり、理由に制限のないことも加えると文言上は検察官の権限拡大の発露には

かならなかつたことを見逃すわけにはいかない。<sup>(21)</sup>つまり、再訴の可能性がなかつたという点において、被告人に有利な処分でありえたと評することはできよう。が、それも本稿が取り扱う問題意識からすれば、早期における取消はたしかに一面で有利であるかもしれないが、公判終了間際においてはその期待を異にする場合もある。こうした側面について、一方当事者である検察官の裁量にしか被告人の立場をゆだねざるをえない本規定は、当事者の利益や立場を無視した「偏頗な当事者主義」の現れと言わざるをないだろう。

(6) 旧法で採用された公訴の取消制度は、戦後大きな改革を経た現行法でも継受されることになる。まず、昭和二二(一九四七)年にGHQ—GS(連合軍総司令部政治部)に提出された日本政府案の二一九条において「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」との規定が置かれた。これは大正刑訴と基本的に同じで、「予審最終決定あるまで」の文言は予審が廃止されたため当然削除されている。また「理由記載の書面」の要請は条文からは落とされ、規則にまわされている。

重要な点は、取消手続自体ではなく再訴について案二九〇条に「公訴の取消による公訴棄却の決定が確定したときは、公訴の取消後犯罪事実につきあらたな証拠を発見した場合に限り、同一事件につき更に公訴を提起することができる」との規定が置かれたことであろう。これが現行法の三四〇条の規定につながっているわけだが、旧法では再訴が認められなかつたことを考えると、この規定は取消制度の性格を著しく訴追側に有利に変更したことになる。<sup>(22)</sup>立法当時には、この再訴を可能にした事情について「現行法で捜査活動が制約された結果、無罪判決を甘受せざるをえない不都合が考えられるので、これを回避して他日の公訴提起を期するため」と説明されている。<sup>(23)</sup>

もちろんこのような考え方には違憲論も含めて批判が強く、そのためか、公訴取消後の再起訴はほとんど見られないのが実情のようである。しかし実質的には、現行法三四〇条が「あらたに重要な証拠の発見」というかなり厳しい基準を示したことに理由があるとみたほうが適当であろう。<sup>(24)</sup>同条がこのように証拠面での制約を政府案よりも厳しくしたのは、

G Sとのプロブレム・シートに基づく討議において、「重要な」という文言の挿入が勧告されたためである。<sup>(25)</sup> けれども、取消制度の沿革からすれば、もともと起訴便宜主義を起訴後にも延長した政策的配慮であるはずなのに、無罪判決回避という便宜主義とはなんの関連もない立法目的をもって再起訴を可能にした立法当時の説明には問題が残ろう。すなわち、旧法は被告人に起訴猶予者との均衡性に配慮した有利な処分を与えるものであったのに対して、現行法は捜査・訴追側に、いわば「時間かせぎ」の利点を与えようという政策目的に立っていた、という点に重大な変質が認められる。現行法は、公訴―取消―再起訴という手続に対して、濫用があつた場合にそなえて三四〇条において「重要な」との文言を備えたけれども、これは「不当な再起訴」に対する制限であつて、およそ「不当な取消」そのものを制限する趣旨ではない。取消制度の適正な運用の確保という観点からすれば、ただしく取消そのものに合理性および必要性を担保させる手続を制定すべきであつたと言えるだろう。

(7) 再起訴が全くないという現在の運用実態は置くとして、以上の点から戦後、法制度上被告人をきわめて不安定な地位におく取消制度になつたことは疑いなく、この点、立案当時に反対論が示されなかつたという事実は興味深いものがある。あれほど旧刑法訴訟法の草案当時に反対論をまきおこした公訴の取消制度がいともあつさり、それも被告人に不利益となる形で認められた経緯は、必ずしも資料的に明らかではない。

実際的な理由として考えられるのは、戦前に実施された取消制度が先に示した慎重あるいは消極的な運用の結果、実数が限られ、こうした実績から在野法曹も以前ほどの危惧を表面化させることがなかつたためであろう。<sup>(26)</sup> さらに研究者にも本制度を批判する比較法的資料や、またこれを探究する時間的余裕がなかつたことも理由のひとつと思われる。<sup>(27)</sup> また、米国内側(G S)から三四〇条の制約以外に示唆がなかつた点については、当時のアメリカですら連邦刑事手続法が準備中という時期であつて、公訴の取消行為に該当する「訴追の中止」(後述四節参照)について連邦レベルでの規律が法定されていなかつた点も挙げられようか。<sup>(28)</sup>

より実際的には、立案過程において検討すべき重大な変更・改革が多く、取消制度をめぐる手続的な問題が見過ごされてしまった感もある。しかし、これまでの沿革的な検討から明らかなように、現行法が当事者主義を採用した以上は、取消制度についてもこれをその角度から再考しておく必要があったと思われる。すなわち、形式的な当事者主義であれば、検察官に起訴後にも絶対的な処分権を認めることも許されようが、実質的に当事者の地位あるいは利益を保護しようとするれば、そうした一方当事者たる検察官の手続上の処分を無限定に認めることは許されないはずである。旧法に偏頗な当事者主義という評価を与えたのはその観点からであつて、公訴提起という手続に進み、裁判過程を利用しようという検察官の責任から、またそうした負担を強いられた被告人の不利益への配慮から、取消制度においてもその適正さを確保する手段を置いておくべきであつた。そのような措置のない取消制度には当事者主義の見地から言つて制度的な欠陥を指摘せざるをえないし、現行法において、三四〇条によつて再訴を可能にするなど、さらに被告人の立場を不安定にするという逆方向へと進んでいることを無視することができない。

福井の事件とのかかわりから言えば、被告人の無罪を求める意思をどのように尊重しうるか、あるいは検察官に無罪を回避しようという悪意がなかつたかを審査しえないのか、といった課題が提示されよう。残念なことに、こうした事態について現行法は沿革的にも予想していなかつたし、被告人の権利保護や取消権の濫用抑制のための手段が裁判所に用意されていなかつたことははっきりしている。そこで、こうした限界をどのように補うべきか、異なつた角度から検討を続けて行くことにする。

△注▽

- (一) 旧刑訴法における公訴の取消制度の沿革を示した文献として、早川義郎「わが国における起訴便宜主義の沿革」家庭裁判月報二三巻一号四五―七頁ならびに三井誠「検察官の起訴猶予裁量(2)」法学協会雑誌九一卷七号(一九七四年)六六―七〇頁、小田中聰樹「刑事訴訟法の歴史的分析」(一九七六年)等がある。草案に関する議事資料など、本節の記述はこれらの研究に負うと

ころが大きい。公訴の取消に関する立法資料として、たとえば大正一一年二月二十八日の第六回衆議院特別調査委員会の議事記録した『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会議録』（大正一一年・法曹会）六〇八―九頁や、『改正刑事訴訟法精義』（大正一一年）八七―四頁以下などを参照。

(2) 無制限の取消を強力に主張したのは花井卓蔵である。明治四三年あるいは四四年当時の花井の発言については、三井前掲注(1)六六―七頁を参照。

(3) 旧法についての説明は、日本法政学会『刑事訴訟法案理由書』一五四頁を、現行法について同じ説明が示されるものとしては、第一節注(3)の諸文献参照。

(4) 三井誠「検察官の起訴猶予裁量(1)」法学協会雑誌八七巻九・一〇号四四―四五頁。

(5) そのため、三四年草案の二二六条に言われた「公訴ヲ提起ス可キモノト思料シタルトキ」とは起訴勵行主義を言うのではなく、むしろ起訴便宜主義を含蓄するとの見方がより実質的な意味を持つとの解釈は、こうした取消制度の規定が先行した事実に基づく考え方だと言えよう。

(6) 三井前掲注(1)六八頁あるいは小田中前掲注(1)三五九頁参照。大審院をはじめ二三裁判所、九弁護士会から制限を付すよう意見が出されたとのことである。

(7) 大浦事件とは、大正三年、当時農林水産大臣であった大浦兼武が議員買収をおこなったが、公職を辞して政界を引退したため起訴猶予処分となった事件を言う。その処分について、たとえば三井誠「大浦事件」の投げ掛けた波紋」神戸法学雑誌(〇)巻三二四号(一九七一年)四二―八頁を参照。

(8) 当時の反対論を『法律新聞』紙上から拾ってみると、  
 「現在に於てすら多くの弊害を生じつつあるを以て、此規定を存するの必要あらば寧ろ刑の量定と犯罪の種類とを限りて條件付のものとするを便宜にして公平に近きものと思考す」(一一八五号五頁)

「斯の如きは改正草案は被告人との関係において甚だしく当事者対等主義に背くのみならず、更に裁判所との関係に於いて主客転倒し、検事をして無限の権力を有せしめた」(大場茂馬・一一九二号一四頁)

「如何に被告人が自己の冤罪を立証して其無罪の判決を得んとするも之れを許さず、被告人をして冤枉を雪ぐの機会を失わしむ」(同・一一九四号一四頁)

「検事にして若し公正の心を失い、或種の勢力に利用せらるるか、もしくは被告人の地位、運動に眩惑することあらむか、此規定は非常なる危険を含むものといわざるべからず」(一一九〇号三頁)

「不起訴処分濫用と同様な危険を生ずべきを以て、利害勘案し寧ろ此規定を全然削除するを可なりとす」(中川孝太郎・一一九四

- 号六頁)  
「斯る活殺自在の大権を以て検事に付与するの結果は、更に層一層の大浦事件を醸成せざるとも限るべからず」(不破清警・一一九五号三頁)
- 「余は疑う該草案第二九一條を設くるの結果無罪の判決は其後を絶つに至らんとを」(岩井尊文・一二一〇号四頁)
- といったように、多くの批判は檢察権力の拡大への危惧から生まれており、立法趣旨にあつた被告人に有利な処理を積極的に評価する声は少ない。
- (9) 前掲注(3) 日本法政学会・同頁参照。既に立案当初より、検事総長平沼騏一郎は「時を以て制限を附し或は場合を示して限界を設くるの道なきに非ず是大いに講究を要すべき点なりと思考す」と示唆していた。法律新聞一二四三号(大正六年)六頁参照。同旨のものとして、平沼「刑事訴訟法改正案の要旨(五完)」法学協会雑誌三五卷六号(大正六年)八五頁がある。
- (10) 日本法政学会・同右。
- (11) 平沼騏一郎「刑事訴訟法改正案要旨」(大正六年)一七四―九頁。また小山松吉「刑事訴訟法提要」(大正一四年)三四六―七頁もドイツ、オーストリアを例に示す。
- (12) オーストリア刑事訴訟法二五九条  
被告人は左の場合においては裁判所の判決をもつて免訴せらる。  
(中略)  
二 公訴原告が公判開始の後裁判所が判決をなすため退廷する以前に訴えを取下げたとき。  
ハンガリー 三八条 検事局は理由を附し起訴を変更する権利を有する  
検事局は判決をなすための合議の開始に至るまで、陪審裁判所の手続においては陪審に対してなす問いを確定する前、区裁判所における手続においては審理の終了前 刑罰の命令の発布の申請ありたる場合においては、その命令発布前理由を附して起訴を廃棄することを得  
ノルウェー 八三条  
裁判所は刑事につき起訴権利者の要求に基づき行動をなし、その要求を取下ぐるときは行動を停止す。ただし法律に別段の規定あるときはこの限りにあらず  
ドイツ 一五四条  
公訴は審理開始の後これを取消すことをえず  
(13) 団藤重光「刑事訴訟法網要(初版)」(一九四三年)五二八頁。

- (14) 大正十二年十二月五日刑事第九五四号刑事局長通牒より。
- (15) 草刈融「改正刑事訴訟法詳解」(大正十一年)三四〇頁。
- (16) 清水孝藏「増訂刑事訴訟法理論」(昭和六年)三一八頁。
- (17) 平井彦三郎「刑事訴訟法要論」(大正十五年)五七九頁。
- (18) 金澤次郎「刑事訴訟法講義」(昭和十三年)四五四頁参照。
- (19) 宮本英脩「刑事訴訟法大綱」(昭和十一年)一七五頁。
- (20) 平沼騏一郎「新刑事訴訟法要論」(大正十二年)四六一頁。
- (21) 小田中前掲注(1)二四七頁も、「公訴取消の規定は……公訴提起に当つての刑事の裁量権限の強化、すなわち起訴便宜主義の裏からの導入にこそ狙いがあつた」として同様の見解を示す。
- (22) ただし、旧法では予審での免訴決定について、後にあらたな事実あるいは証拠を発見した場合に、同一事件について再訴を認めていた(旧三二五③、三六四③条)。三四〇条に立法的な疑義を示す論者は多い。瀧川ほか「刑事訴訟法・法律学体系コンメンタール」(一九五〇年)四九三頁、団藤重光・前掲注(12)三七七頁、高田卓爾「刑事訴訟法(二訂版)」三七五頁など。
- (23) 宮下明義「新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ」(一九四九年)一六四―五頁、横井大三「同Ⅲ」(一九四九年)一三七―八頁。
- (24) この点を指摘するものとして、たとえば河上和雄「公訴の取消」『公判法大系Ⅰ』三三四頁。実務上の例としては、笹内純一「新版実務刑事訴訟法」(一九五一年)三三六頁が参考にならう。ここでは、第一回公判期日前に逃亡した者について公訴取消が許されるかという質問に対して、取消後の再起訴について「嚴重な制限がある」からなすべきでない、との答えが用意されている。
- (25) 勧告については、法務府検務局「新刑事訴訟法制定資料(一)」(檢察資料(二八))一一二頁参照。
- (26) 同右はしがきによれば、GSとの委員会には東京弁護士会の代表も出席していたとのことであり、在野法曹も立案過程にアクセスすることは不可能ではなかつた。
- (27) この間の事情をリアルに物語るものとして、たとえば団藤重光「わが心の旅路」(一九八六年)一一〇頁以下など。
- (28) 連邦の地区裁判所での刑事手続法で訴追の中止が立法化されるのは一九四六年で、それまではコモン・ロー上のそれしかなかつた。詳しくは本稿、第四節を参照。

### 三 解釈論的検討

(1) 現行法の二五七条に定められた公訴の取消をめぐって、時期的制限以外には明文上の規制がないため、「取消理由の限界」については旧法と同様解釈がわかれている。もちろん、「取消時期の限界」についても先に問題点を指摘したように、たとえ第一審の判決前であっても結審間近になってもなお公訴の取消を許容してよいか、という点をめぐって解釈上議論の余地が残る。これは政策的配慮ばかりではなく、英米法では理論的にも「二重の危険」が何時発生するかという重要な問題と関係してきた。わが国では二重の危険の発生という考え方はないものの、やはり「取消の時期的制限」についても検討しておく必要がある。そこで、理由そして時期という二面からの制約によって、公訴取消の適法性をどのように担保するかについて、従来の見解を検討しておくことにしたい。

まず、理由の限界についてはこれを認める見解と、認めないものとに大別される。そして前者は認めるとすればどのような基準によってかという点でさらに説がわかれよう。一般に、取消理由に制限はないとする立場Ⅱ「非限定説」、二四八条（起訴猶予の基準を示した規定）を基準とする「二四八条基準説」、三四〇条（公訴取消後の再起訴に関する規定）を基準とする「三四〇条基準説」、の三説の対立が見られるようである。

#### (2) ①非限定説

通説は旧法以来一貫して、法文上なら理由の制約が設けられていない以上理由を制限する必要はないとして①説を採っている。単に検察官が相当と認める場合にはいつでも取り消すことができると解し、起訴猶予事情はもちろん、証拠不十分の場合や、訴訟条件が失われ形式裁判が予想される場合なども含まれるとする。たしかに二五七条の条文自体を眺めた場合には、文理解釈としての妥当性を失うとは言えない。けれどもこの考え方は、まず起訴便宜主義と「表裏」関係にある起訴変更主義を認めた旧法以来の立法趣旨から、二四八条に起訴猶予の考慮事由が例示されていることとの均衡を

失するし、起訴後は対裁判所あるいは対被告人との関係からより慎重かつ限定的な態度が必要とされること、第二に、取消理由に重大かつ明白な瑕疵がある場合は違法な訴訟行為としてその法的効果を否定すべき場合も予想できないわけではなく一定の制約は必要なこと、など沿革的な解釈の必要性や政策的見地から批判が加えられている。第一の観点からは、取消を公訴提起後の起訴猶予と捉えて、取消裁量も訴追裁量の基準を例示した二四八条に従うべき（後述②説）という主張が示され、第二の観点からは司法のコントロールや、立法的な抑制策の必要（後述五節参照）が説かれることになる。<sup>3)</sup>

### 【②二四八条基準説】

②説は先の沿革的検討でも見たように、起訴猶予された者との均衡をはかるという刑事政策的な立法理由はもちろん、理論上も起訴便宜主義と起訴変更主義との整合性から起訴後においても同様の基準に従うことに合理性があることが主たる論拠となっている。当初の訴追決定時点において法律による一定の規律を示しておきながら、起訴後には全く無限定な取消裁量を認めるというのでは、起訴処分という不利益を受けた被告人の立場に鑑みても一貫した政策基準と言えないからである。旧法時代にも、二九二条の理由の制約に起訴猶予の基準（旧二七九条）を準用するとの「限定説」が説かれており、非限定説との争いは現行法下においてもなお続いていると言つてよからう。<sup>4)</sup>しかし、この考え方に立った場合、訴訟外的な要因を起訴後に考慮することが困難となり、長期不動産事件など公訴維持の見地から経済的にも現実的にも訴訟追行が相当と思われるい事案についてこれを取り消すことが出来ない事態が生まれてくるため、適当でないとの批判も加えられる。

### 【③三四〇条基準説】

これは戦後出てきた考え方である。同条が公訴取消後の再起訴の要件として「犯罪事実につきあらたに発見した重要な証拠」があればこれを認めるとしたのを受けて、事実面での証拠が十分でなくなった場合を基準に取消をおこなうとする。現行法になつて三四〇条により取消後の再起訴が可能となつたことの理由として立案当局者からは、現行法で捜査権限の

行使が厳しい制約を受けた結果、一応の有罪の見込みのもとに起訴せざるをえなくなり、見込みがはずれた場合の担保手段として公訴取消後の再起訴が許された、という立法趣旨が説かれた。一方、条文では情状面での重要な証拠の発見に基づく再起訴は許されていない。そこで、もともと公訴取消は情状面での理由に基づいておこなうことは意図されていないかと考え、事実面での証拠の充分性を取消の根拠に据えれば、三四〇条の再起訴の要件と合わせて説明しやす<sup>(6)</sup>い。

しかしそうになると、「起訴便宜主義」を起訴後にも確保する起訴変更主義の実現、という旧法時代以来の立法目的が失われることになり、もともと被疑者に有利な取消制度であったものを捜査側に有利に改正する必要を挙げた現行法制定時に示された訴追側優位の政策的理由を肯定することになって当事者間の均衡性に欠くのではないか、という非難を免れない。また、三四〇条は再訴に関する規定であって取消時点の裁量に関して本条文で規律するのは相当でなく、取消時点では再訴するかどうか未定なのであるから、再訴の要件から取消の要件を導き出そうとするには無理があるという批判もある。

(3) さて実務は、取消が量的にはわずかであるにもかかわらず、通説のとおり非限定説に従い理由を拡大して幅広い適用をおこなっており、判例もこれを限定的にとらえようとするものは見られない<sup>(7)</sup>。旧法時代からの立法趣旨に沿った二四八条の起訴猶予の基準である情状面での理由はほとんどなく、また現行法の立法趣旨とされた、取調べの時間的ハンディを補って再起訴を期して取り消すという処理も現実にはなく、そもそも統計上、理由欄に挙げられてもいない。被告人所在不明であるとか、回復不能の病人や強制送還された、あるいは出国した外国人、といった理由がほとんどで、実際上公訴の維持が不可能な場合において取消がおこなわれているのが実情のようである（前掲表Ⅰ参照）。つまり、実質的に公訴維持が不要あるいは不相当と思われる事態の処理に、ほとんどの理由が集中していると言えよう。

たしかに①非限定説にたてば右のような実態を説明することが可能であるものの、具体的な法の目的や指針の提示という点ではあまりに不明確であるし、なにより立法趣旨に沿った運用との乖離ははなはだしい。しかしながら、②③説が実

態を規制する解釈となりうるかについては、批判も強い。そこで近時あらたに、公訴の取消を公訴権の放棄と位置づけ、公訴を放棄することによって得られる公益とそれによって失われる他の公益とを比較衡量し、前者が優越していれば取消は認められてよいとする功利的な判断を示す新説が現れた。これを【④公益基準説】と呼んでおこう。<sup>(8)</sup>

④説は、公訴の取消を公訴権の放棄と捉える独特の考え方を基礎にしており、二五七条の時期的制限である「第一審の判決のあるまで」の文言を、ひろく破棄差戻・移送後の第一審についてまで拡張する解釈を説明する際に土本教授によって用意された見解であった。<sup>(9)</sup> しかしながら、右の基準を満たさない「放棄」、すなわち取消については、法的効力が否定されるというのであるから、これを①から③説と同様に取消基準のメルクマールとすることは当然許されてよいだろう。それに加えて、現状の公訴維持不必要・不相当の判断は単なる訴追価値の評価を超えて、現在のところ公判の量的調整機能を負わされている検察官の判断に依拠しているわけであるから、刑事司法制度のコストあるいは手間などと、正義の実現といった規範的な目標とを衡量することは、まさに「公益」的見地からなされると評価できる。そうした判断であれば、取消の基準を公益に置くことは不当とはいえない。

だが反対に、「公益」といつても内容が抽象的で明確な基準となりえないとの批判が予想されるし、また、二四八条や三四〇条は公訴の提起あるいは再提起に関連する規定であり、これらの手続と連続した公訴の取消との類似性をそれなりに推認できるけれども、「公益」はせいぜい検察庁法四条の組織に関する一般規定に示されるにとどまるのであって、<sup>(10)</sup> 解釈指針としての具体性に乏しく不当といった批判もあろうか。

以上、各説に多少の不満が残ることはいずれも否定できず、もつともな反論も用意されている。そこで以下に具体的に各説の有効性を検証するために、その射程範囲を明らかにする作業をおこなっておきたい。

(4) たとえば、福井の事件での公訴の取消を右各説に照らすとどうなるであろうか。まず当然ながら、通説Ⅱ①説は取消理由を限定する必要を認めないため取消は適法となる。しかし、②説では基本的に二四八条に列挙された情状を基準とす

る以上、本件は「証拠」あるいは「証明」を理由とするものであるから、取消は許されず、無罪判決をなすべきと考える。<sup>(11)</sup>

③説は「証拠不十分」の場合を基準とするので、証拠の紛失によって証拠不十分となったと理解すれば取消は許されようが、証拠の紛失という事態を手続問題ではなく実体問題だと捉えれば無罪論告が求められるだろう。<sup>(12)</sup> ④説によれば、証拠不十分の事態を公訴の取消による無罪回避というかたちで処理することによって得られる公益と、それによって失われる公益とを比較する。かりに無罪回避が必要だとすればこれを示す事実あるいは事情が提示されるべきだろうが、紛失した証拠にはコピーも存在したようであるし、これに弁護側が同意すれば公判を維持する可能性もあったはずである。<sup>(13)</sup> そして、取消によって被告人の無罪判決の可能性が消滅したという不利益が「失われる公益」に含まれるとするならば、右事情がこの逸失利益を上回ることを明示しなければならない。

また④説は、理由の適法性のみならず時期的限界についても公益的見地から判断が可能であって、結審まじかの無罪回避を公益が求める程度が示されないかぎり実体裁判が優先すると考えるのが当然である以上、取消は認められないこととなろう。

(5) このように④説によれば、時期的限界についても取消の適法性の判断に含めて総合的かつ実質的な評価を加えることが可能であり、適法性についてはかなり実質的な基準を提示しうることが示された。もともと公益基準説は、沿革的には取消の時期的限界を「後ろにずらす」ための説明から生み出されたものであったけれども、福井の事件のような事例について時期的限界を「前にずらす」ための理由付けとして援用可能であることが確認された。しかしながら、「公益」とはいつでもそこに何を求めるか判断は難しく、明確性に欠けるうらみが残ろう。また、特に被告人の無罪判決への期待は刑事訴訟において「無罪推定」の原則を持ち出すまでもなく被告人にとって重大な利益であり、これを単に功利的見地から消失させてよいとの思考に対して根本的な疑問が差し挟まれることは否定できない。

他方、それ以外の説を採った場合においては、必要とされる時期的限界に関するなんらかの規律が必要であるところ、

学説は一般に「第一審判決のあるまで」であれば相当と認めているに過ぎず、適正な時期的限界の設定の必要といった問題提起に答える見解は見られない。二五七条に定められた右の時期的限界は旧法以来維持されているものの、立法趣旨あるいは学説上、「司法の威信を害する」ことのないため、とか「裁判所の終局的判断を無にしない」ように一定の時期的制約を必要として定められた、といった説明に変更はないからである。<sup>15)</sup>

(6) たしかに時期的制限がないとすると、一審で有罪となつた被告人が控訴しても、その後になつて公訴が取り消されれば、それは裁判所の徒勞を余儀なくさせ、威信(独立)をも阻害することにならう。しかしながら一審で被告人が無罪となつた場合を考えれば、検察官の控訴後において公訴の取消を認めることは単に司法と公訴権者との関係にとどまらず、被告人の得た無罪の利益をも侵害することになるのであつて、上訴の放棄・取下(三五九条)を行えば無罪が確定するにもかかわらず、公訴の取消がなされたときにはまったく被告人の得た裁判が無に帰してしまふこととなり不当であらう。そう考えれば、現行法における公訴の取消の時期的な制約は、これまで言われてきた、裁判あるいは司法制度との関連からこれを論ずるのではなく、訴追によつて不利益な立場に立たされている被告人の地位に配慮した新しい解釈が必要ではなからうか。<sup>16)</sup>むしろ、従来の説明がもつぱら職権主義の時代の旧法案章時において示された立法理由の単純な焼き直しに過ぎなかつたことに批判の目を向けておくべきである。

旧立法過程においても「第一審ノ判決アルマデ」との制限について、一議員より審議中、「第一審ノ判決ヲ為スニ熟シタ場合、若クハ既ニ判決書ヲ書イテ宣言ダケ残ツテ居ル場合」には一事不再理の原則に抵触しはしないかとの疑問が示されており、大変興味深い。<sup>16)</sup>もつとも、質問の視点が被告人の利益よりも裁判の効力といった観点に立っているが、これは職権主義という時代的な制約によるもので、ここでは深く問わない。それより、右に指摘された同じ事態にあつても現行法では公訴の取消申立てを裁判所は拒否しえないのか、という点が重要であつて、これまで言われてきたような、取消理由に制限がない以上取消やむなしと判断し、取消後の再起訴の段階において二重の危険の問題に代えようとする発想で<sup>17)</sup>

は不十分であることを指摘しておかねばなるまい。

そこで、取消の適法性、相当性はいうまでもなく、適正な取消時期の限界をめぐってどのような制約が妥当かを考察するさらなる資料を求めるため、以下、比較法的見地からこれを取り上げることとする。<sup>(18)</sup>

〈注〉

- (1) 小野清一郎ほか「ポケット註釈刑事訴訟法(上)〔新版〕」六二八頁、松本〓土本編『条解刑事訴訟法(増補補正版)』四三九頁など。
- (2) 取消裁量は必ずしも検察官の専権に属さないという見解として、たとえば、振津隆行「いわゆる公訴権濫用の主張が排斥された事例」同志社法学二八巻二号(一九七六年)一二四頁。
- (3) 河上和雄「公訴の取消」『公判法大系I』三二八頁。
- (4) 前節参照。
- (5) 『註釈刑事訴訟法二巻』四九九頁(伊藤栄樹担当部分)、田口守一「証拠紛失に基づく公訴取消の問題点」法律時報六三巻九号(一九九一年)二四頁など参照。
- (6) 高田卓爾『刑事訴訟法(二訂版)』(一九八四年)三七五頁、岸『刑事訴訟法要義』(一九六二年)八一頁、平野竜一『刑事訴訟法』(一九五八年)二二六頁など。
- (7) 札幌地決昭和四〇年二月一六日・下刑集七巻一二号二三〇〇頁。
- (8) 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四三―四頁。
- (9) 土本同右。
- (10) 公益の意味について土本同右はあらためて定義を付していないが、たとえば、亀山継夫「検察の機能」『現代刑罰法大系5』三五頁は「法律の正当な適用、法の実現」による利益を求める。かかる任務を通してえられる公益は具体的な種々の政策的公益に優先するとする。
- (11) 公訴取消を起訴猶予の撤回による起訴の条件と同様に限定しようとする説を示す、渥美東洋教授の見解を参照。『刑事訴訟法(新版)』二八一頁。同旨は、田藤重光「憲法第三九条と「二重の危険」」法曹時報一卷五号(一九四九年)五〇頁。
- (12) 田口前掲注(5)二五頁。
- (13) 証拠のコピーの問題については、たとえば白井滋夫『証拠・刑事法重点講座／理論と実際』(一九八二年)二九七頁以下など参

- 照。
- (14) 時期的制約については、土本前掲注(8)三八一三九頁が詳しい。
- (15) 既に旧立法案過程において、無罪が減る、冤罪が明らかにされなくなる、といった同様の問題提起がおこなわれていたことについて、前節、注(8)参照。
- (16) 法律新聞社編『改正刑事訴訟法精義』(大正二年)八七五—六頁。
- (17) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(一九九〇年)三四四—五頁や青柳文雄『刑事訴訟法通論』(一九四九年)一九八頁は、「第一審判決のあるまで」の規定につき、証拠不十分での公訴取消は第一回公判期日までとの解釈を示し、それ以後の公訴取消は被告人の同意があれば三四〇条の制約の下で再起訴を許し、そうでない場合には危険が発生すると考える。平場安治『改訂刑事訴訟法講義』三七八頁(一九五四年)も同旨。立法論は、団藤博士(前掲注(11))、江家義男『刑事訴訟法教室(上)』(一九五五年)二六八頁、平場安治編『刑事訴訟法』(一九五九年)一四二頁など。
- (18) 解釈論のほかに、公訴の取消が不活発であるためこの利用を高めようとする、あるいは刑事政策上の目的を実現するためこの制度を利用しようとする「運用論」に触れるものも多い。たとえば、一定の条件で取消の義務が生ずるとする米田泰邦『犯罪と可罰的評価』三三八頁や、裁判所の勧告を求める坂口裕英『行為者の心情の中の他害性——起訴猶予の理論』名城法学三七巻別冊(一九八八年)三八〇頁がある一方、公訴権濫用の場合に利用しようという、田宮裕『注釈刑事訴訟法』二八二頁や松尾浩也『刑事訴訟法(上)〔補正版〕』一八〇—一頁などがある。

#### 四 比較法的検討

(1) コモン・ローではもともと私人訴追主義が採られていたので、検察官のように公訴を独占的に遂行する官吏はない。ところが、私人が開始した訴追について公的な観点からこれを抑制する必要があるため、法務総裁 (Attorney General) が裁量によって介入し訴追を中止させるという制度が置かれた。これが「訴追の中止 (nolle prosequi)」と呼ばれる手続で、公訴取消に該当する<sup>1)</sup>。コモン・ロー系諸国の多くは、いったん提起された訴追を取り下げる場合、古くからこの訴追

の中止を利用してきた。

以下では、中止制度を継受しながらも、私人訴追主義から離れて官吏訴追主義、いわゆる検察官制度を採用したアメリカを中心<sup>(2)</sup>に、公訴取消制度に対する比較法的な示唆を求めることにする。既に触れたように、わが国の公訴取消は沿革的には大陸法系の立法例が参考にされていたが、そこで例示されたドイツ法などは起訴法定主義が原則であつて、公訴取消を採用した旧刑事訴訟法において同時に採用された起訴便宜主義と表裏の関係にあるといわれる取消制度の比較法的資料としてはかならずしも適當ではないと言える。もちろん、その後、立法当時に参照されたドイツ法の取消規定は広く手続の打切り規定として発展し、以後、検察官主導でおこなわれるようになったという経緯がある<sup>(3)</sup>。そしてこれが起訴猶予と同様の機能を果たしていることは知られるところである。しかし、そうした展開はむしろドイツ法に起訴便宜主義がなかつたことが打切り規定の発展を促したという固有の事情があることを忘れてはならない<sup>(4)</sup>。そうした理由から、實際上、広く訴追裁量が認められているアメリカ等を例にして、どのような取消が実際におこなわれ、そこにどういった規律が働いているかを探ることがむしろわが国の取消規定への考察には意味があるように思われる。さらにまた、現行刑法法の制定過程との関係からもアメリカ法の参照は大きな意味があると言えよう。

(2) さて、大陪審制度と検察官制度を併用した起訴のシステムを持つアメリカでは、ほぼ一九世紀に公衆訴追主義と呼ばれる独自の制度が完成する<sup>(5)</sup>。そして、実際には私人訴追を抑制する必要がそれほどなかったにもかかわらず訴追の中止権をイギリス法から引き継いだアメリカの検察官は、私人訴追の濫用抑制といった本来の目的をもたないまま自由な（訴追の）取消権を手にする<sup>(6)</sup>こととなり、さらにこの取消権は独占的、排他的な権限として定着するに至つた。イギリスでは私人訴追が警察訴追にとって代わられるにつれ、訴追の中止はほとんど行われなくなつてしまつたが、アメリカでは検察官による訴追過程での処置として中止権がまったく無制限に行われるようになる。そのため、適正な中止権行使のあり方が問われはじめ、「裁判所による、訴追の中止」申立て拒否<sup>(6)</sup>の可能性についてアメリカの裁判所は判断を迫られたわけで

ある。

一九世紀のはじめには、多くの裁判所はコモン・ロー上の訴追の中止権限が不可侵であることを理由に、これに統制をかけることを消極的に解していた。<sup>(7)</sup> たとえばペンシルバニア州では、一八二四年の判例で「訴追の中止は決して裁判所によって発動されることはなく、法務総裁によって行われる」と判示されていたし、連邦でも一八六八年に「検察官は、議会によって定められた法律の例外がある場合を除いて、陪審が構成される前の段階ではいかなる時点においても訴追の中止を提起することができる」という判例が見られた。しかし反対に、一八七五年のニュー・ハンプシャー州の裁判所は「極端な事例にあつては裁判所はその申立てを却下することが出来る」として、検察官の取消裁量に抑制がはたらくことを認めている。<sup>(10)</sup> また、今世紀初頭にはロスコー・パウンドが「もともとこの訴追の中止制度は私人訴追に対する公共の側からの抑制策であつた。ところがいまや訴追の中止は……抑制を必要とする制度となつた」と述べたように、取消の適正さの確保が司法制度に必要という意識は次第に強くなつていく。<sup>(11)</sup>

こうして問題は立法による解決という点に移り始めるが、いちはやく中止権に対する司法的抑制を認めたのはニューヨーク州であつた。既に一八二八年には「今後検察官は、当該訴追について中止をおこなつたり、他のいかなる方法でも訴追を打ち切る場合には、起訴状が提出されている犯罪を審理する管轄のある裁判所の同意なしにおこなえない」との規定が置かれ、それは一八八一年の刑事手続法にも受け継がれた。<sup>(12)</sup> このように、中止権を裁判所あるいは裁判官の統制に服させようという立法は一八七二年のカリフォルニア州をはじめ各州がならうところとなる。<sup>(14)</sup>

(3) 連邦も一九四六年によく統一、近代的な刑事手続法典を持つに至るが、その四八条(a)で以下のような規定により訴追の中止権を継受した。

「検察官ないし司法長官は、裁判所の許可を得て (By leave of court) 訴追の打切りをおこなふことが出来る (dismiss a prosecution)。また公判中においては被告人の同意なしに打切りはおこなわれない。」<sup>(15)</sup>

この条文で重要な点は、公判前の段階での裁判所の許可と、公判中の被告人同意という手続の段階に応じた要件の制定であろう。前者は州法の動向に沿うものだが、後者の要件はルイジアナ州の立法などに限られていた<sup>(16)</sup>。もつとも判例には、公判開始後の訴追の中止に被告人の同意が必要との見解も見られ、連邦がこうした立法をおこなったことはそれほど意外ではない<sup>(18)</sup>。ただ、草案作成段階では裁判所の許可に関する文言はなく、最終的な法案段階ではじめて司法的統制が規定されており<sup>(19)</sup>、この経緯は比較法的な意味で重要かと思われる。

というのも、丁度当時、わが国の刑事法の立案時期でもあり、そのような中で草案時から置かれていなかった司法的抑制策が連邦法によりやく示されたという事実は、わが国の立案にかかわったアメリカ側関係者において、(訴追の中止、つまり日本法では公訴の取消権に対する)抑制の問題がどれほど重要かについて明確な方針が存在しなかったのではないかと、との疑念をいだかせるからである。たとえば、当時の代表的なアメリカの刑訴法に関する資料文献であったアボットなどのテキストにおいても既に立法例の紹介などによつて陪審官暫後の裁判所の同意などの規律が紹介されていたにもかかわらず<sup>(20)</sup>、GHQ側から草案作成委員会に提出された「プロブレム・シート」の中には、検察官の打切り権限に対する抑制策は格別示されていなかった<sup>(21)</sup>。

アメリカの連邦法の規定と同様に、コモン・ロー系諸国でも検察官による訴追の打切り申立てにつき裁判所の承認あるいは同意が要件となつている例は多い。カナダ、イスラエル、オーストラリアそしてニュージーランドなどにおいて同様の規定<sup>(22)</sup>が置かれている。このように、いわゆる当事者主義の公判構造をとるコモン・ロー系諸国であるにもかかわらず、公訴提起後の一方的な訴追側からの訴追の取消あるいは取下げについて、適正な取消実務のための制度上の抑制策が用意されている点が重要だろう。同じ当事者主義を採用しながら、公訴取消に関してなら司法的コントロールを定めていない我が法とは対照的と言わざるを得ない。しかしながら、諸国の規定のように、たとえ検察側の取消申立てに司法部の審査が認められるとしても、どのような基準でこれを判断すべきかという問題は依然残される。つまり、個々の裁判所が具

体的に中止の申立てに対してどのような許容・不許容の基準を持つているかが検討されなければならない。そこで、以下にアメリカの連邦および州判例からいくつかのアプローチを採り上げて見ておきたい。

(4) 連邦刑事手続規則四八条(a)において裁判所の許可が要請された主たる理由のひとつは「被告人の権利の保護」にあるが、そのことは判例においても「本規則の目的は、被告人を二重の危険の状態に置くことなく、起訴状取下げ、再起訴という訴追による被告人に対するいやがらせ(arrangement)を防ぐことにある」と述べられていたことから明らかだろう。さらにこの規定は最近、裁判所に公益や刑事裁判の公正さ、そして司法の廉潔性の確保を考慮するよう促す目的があるとも考えられているのである<sup>(24)</sup>。そうした趣旨を貫徹させるために、四八条(a)では、公判前における裁判所の許可に加えて、公判中においては被告人の同意までも要件としたわけであろう<sup>(25)</sup>。このことは一層の被告人の権利保護への配慮が伺われるが、以下においてはまず公判前の裁判所の許可の判断基準を見ておきたい。

訴追側による濫訴の「いやがらせ」を裁判所が判断する基準は、通常、主観的要件として「善意—悪意テスト」が、客観的要件として「公益基準」が用いられてきた。前者は、司法と行政部の信頼関係を維持するうえでの重要な推定原則であり<sup>(26)</sup>、後者は、先のふたつめの立法目的から導かれる。すなわち、打切りが公益にかなうという十分な理由が検察側によって示されること、それが十分でない場合には、裁判所は手続の打切りを認めてはならないということである<sup>(27)</sup>。裁判所は、十分な理由が示されたときには、検察官が善意に基づいて打切り申立てを行ったという推定の下に判断をおこなう。この十分な理由とは、判例上、「単なる結果的な利益」では足りないと言われており、事実的な基礎を提供しなければならぬとされている<sup>(28)</sup>。しかしながら、通常の実務では検察官は当該取消申立てが公益に適用することを証明する必要はなく、公益に反するとの反証が示された時に初めてその推定が覆されるにすぎない。同じように、訴追側の悪意についても弁護側の立証事項となっている。

さらに、いやがらせは時期的に遅い申立てによって被告人の無罪を受ける権利を奪うために実施される可能性もあるた

め、州によっては中止の内容的な要件ばかりでなく、手続の進行状況に依じて訴追中止の理由に関する必要性の度合いが強まると解する場合もある<sup>30)</sup>。いずれにせよ、検察側から示された訴追の中止申立ての理由が相当かどうかという判断が可能になってはじめて、先に述べられた「裁判所の許可」の実質的な意味が保障されるというべきであり、そこには公訴の取扱がいつさい検察官の手に委ねられているとの考えが妥当なのではなく、裁判手続に持ち込まれた以上、当事者主義とはいえ裁判所の監督の下で被告人の権利を保護していく、という考え方が必要なことを示していると言えよう。

(5) 州レベルでも訴追の取下げに対する裁判所による許認可の裁量を法律上認めている例は多く、そのような規定のない州であっても判例は様々な規律を定めて、取下げの濫用に至らないよう配慮している。この点もわが国の公訴の取消をめぐる裁判実務での処理ときわめて対照的であると言っほかない。たしかに一見すると、取消に対する司法的な統制は当事者主義あるいは当事者対立的システムといった基本原理と理念的に抵触するかに思えるかもしれないが、その疑問への答えは、「司法制度」を利用するものは制度自体に内在する廉潔性を侵すことは許されず、制度を利用して被告人の権利を侵害することも許されない、という確かな哲学に求められようか。さらに、たとえこれらの哲学を保護する規定がない場合であっても、裁判所には、こうした目的を実現するために手続を監督し、必要な場合においては立法的措置も講ずるといふ、「司法の監督権」という理念の存在が大きいと言わねばならない<sup>33)</sup>。

わが国に、既にそうした観念の存在があるかどうかについては議論がわかれてきたが、右の哲学をわが国の裁判所において貫徹することがまったく不可能な場合はいざしらず、刑事手続においては既に証拠排除や証拠開示といった制定法に明記されない、重要な手続上の規律を判例によって示してきた以上、公訴の取消についても訴追側において負うべき明確な責務を課すことはそれほど不合理なものとは思われない。むしろ、一方的で無制限な取消裁量を許容することに不合理さを認めて、公平な裁判を確保する見地から裁判所によって理由の審査を含めた実質的な取消審査をおこなう場合が必要と考えられる。

(6) その際に重要なことは、第一に、一方当事者の訴訟行為の適法性の審査として形式的な取消理由の審査に止まらず、当該取消に対する相手方の利益不利益といった影響を含めた実質的な審査が必要なことである。第二に、取消がおこなわれる手続段階によって判断基準も流動性を持たざるを得ないことである。

我が法における公益基準説の柔軟なアプローチの有用性は前節で指摘されたが、アメリカの連邦判例からも、公益に依拠した取消申立てへの判断が現実的であることが学ばれた。しかしながら、連邦法で公判開始後の訴追の中止に被告人の同意が要求されていたように、やはり手続段階それぞれの被告人の訴訟法的地位に配慮した取消手続が必要と思われる。アメリカでは、公判段階Ⅱ陪審宣誓後の訴追の中止には二重の危険が発生して再訴が禁じられると考えられているため、かかる危険の発生は、二度の訴追を受けないという被告人の利益となる法的効力の根拠であるから、被告人同意要件も不思議ではあるまい。この点、我が法では公訴の取消は三四〇条の要件（あらたに重要な証拠を発見）を満たせば必ずしも再訴が禁じられないことから、取消による公訴棄却に一事不再理の効力はないとされ、日米の差異は大きいと考えられてきた。ところが再訴が皆無という現実に立った場合には、運用上の差異はない。むしろ、公判終局間際の公訴取消は無罪判決への期待を失わせるものとなって、刑事補償などの点でもデメリットは大きいのであるから、少なくとも証拠調べ手続に入った段階以後の取消に再訴禁止を判例の解釈によって付しておくことが必要との示唆が比較法的視点からも得られるのではなからうか。<sup>(35)</sup>

さらに、法形式的な一事不再理の効力の有無とは別の観点から、ハラスメントとなりうる取消の機能に着目して公判段階での被告人の取消への同意を取消の要件に加えていくことが望まれるのではないか。

以下、本稿においては、今後の積極的な議論の展開を望むうえで、現在までのわが国における公訴の取消制度に関する立法論を検討し、右の比較法的知見を参考にしつつ採るべき方向——公訴取消規定の「再生」——について考察を進めることにしたい。

△注△

- (1) 訴訟の中止制度の沿革については、14 American Jurisprudence § 292-4; Note, Nolle Prosequi, 1958 CRIM. L. R. 572. を参考。
- (2) アメリカの検察官制度の沿革については、拙稿「合衆国検察官制度成立史序説」北大法学論集三九卷四号（一九八九年）六七頁を参照。
- (3) (西) ドイツにおける手続打切りの沿革および概要については、太田幸四郎「西ドイツにおける起訴猶予」法政論集七〇号（一九七七年）一〇四頁、高田昭正「西ドイツ刑事訴訟法改正における検察官と弁護人」岡山法学二九卷三二四号（一九八〇年）特に八七頁以下、松尾浩也「起訴法定主義の動向」『団藤重光博士古稀祝賀四巻』（一九八五年）一九七頁、Carmen Silvia Hergenrder, Das staatsanwaltschaftliche Verfahren (1986) を参考。
- (4) 松尾右・二〇二頁以下参照。
- (5) 拙稿・注(2) 一四九頁以下。
- (6) 拙稿「刑事訴訟における手続打切り」北大法学論集四三卷一号（一九九二年）二五頁を参照。
- (7) 69 American Law Reports Annotated 240, 241-3.
- (8) Agnew v. Cumberland County, 12 Serg. & R. (Pa.) 94 (1824).
- (9) Confiscation Case, 74 U. S. 454, 457 (1868).
- (10) State v. Tufts, 56 N. H. 137, 139 (1875).
- (11) Roscoe Pound, CRIMINAL JUSTICE IN AMERICA, 187 (1930).
- (12) Section 54 (part IV, ch. II, tit. VI) of the Revised Statutes of New York (1829).
- (13) Code of Criminal Procedure (1881), § 671.
- (14) West's Ann. Penal Code § 1385 (Cal. 1872). 各段の趣旨については、The American Law Institute, CODE OF CRIMINAL PROCEDURE, Official Draft, 895-6 (1930). を参考。
- (15) Federal Rules of Criminal Procedure § 48 (a).
- (16) See, ALI supra note 14 at 896.
- (17) See, La. Code Crim. Proc. (Dart, 1932).
- (18) Ex, United States v. Shoemaker, Fed. Cas. No. 16,279 (C. C. Ill., 1840); Confiscation Cases, 7 Wall. 454, 457 (1868); United States v. Stowell, Fed. Cas. No. 16,409, at 1356 (C. C. Mass., 1854).

- (19) 6 Orfield's CRIMINAL PROCEDURE UNDER THE FEDERAL RULES, 250-1 (1987); 1 DRAFTING HISTORY OF THE FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE, 191-2 (1991).
- (20) ノボット『刑事裁判手続』刑事裁判資料一九号(一九四九年)三四〇—一頁。原典は、Abbott, CRIMINAL TRIAL PRACTICE, 4th edition (1939)。
- (21) 法務府検務局「新刑事訴訟法制定資料(一)」檢察資料二八号一二二頁参照。リリビは再起訴の制限にどうつのみ触れられてゐる。当時の立法者は、新法による捜査権限の縮小弱体化を理由に起訴後の自由な取消の必要を強調してゐるので、取消権限の規定は時期的な問題を除いて考慮する必要を認めてゐなかつたやうに思われる。たゞせば、宮下明義「新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ」一六四—一五頁(一九四九年)なほを参照。
- (22) カナダ (Criminal Code, s. 579 (1) (2))、イギリス (Criminal Procedure Law, s. 83 "Withdrawal of Charge")、オーストラリア (Qd. Criminal Code 1899, s. 563; Tasm. Criminal Code 1924, s. 350; West. Aust. Criminal Code 1913, s. 581)、ニュージーランド (Crimes Act 1961, s. 378)。<sup>4</sup> たゞキリスビは「手続の手備段階(罪状認否)は立証以前」に於ける打切りには、被告人の同意が必要である (The Prosecution Offences Act 1985, § 23 (3) (7))。立証以後は、裁判官の同意が必要である (R. v. Grafton, 1992 All E. L. R. 609)。
- (23) United States v. Cox, 342 F. 2d 167, 171 (5th Cir. 1965), cert. denied sub nom. Cox v. Hauberg, 381 U. S. 935, (1965).
- (24) United States v. Carrigan, 778 F. 2d 1454, 1463 (10th Cir. 1985); United States v. Gonsalves, 781 F. 2d 1319, 1320 (9th Cir. 1986); United States v. Strayer, 846 F. 2d 1262 (1988).
- (25) 訴訟の中止(あるいは検察官の申立てに基づく訴訟の打切り)に被告人の同意を要件とするのは連邦ばかりでなく、コネチカッツ州なども同様の規定を置く。See, Connecticut General Statutes Sec. 54-56b. たゞ「同州には、重要な証拠の紛失や証人の死亡にどうしては例外規定がある。
- (26) United States v. Wallace, 848 F. 2d 1464, 1468 (9th Cir. 1988); see also, Rinaldi v. United States, 434 U. S. 22, 30 (1977).
- (27) 434 U. S. 22, 30. See, 48 American Law Reports Fed. 635.
- (28) United States v. Salinas, 693 F. 2d 348, 352 (5th Cir. 1982); United States v. Ammidown, 497 F. 2d 615, 620 (D. C. Cir. 1974).
- (29) United States v. Hamm, 659 F. 2d 624, 631 n. 23 (5th. Cir. 1981). その根拠は「訴訟が公益にかなつてゐるかどうかを最適切に判断するのは検察官である」という前提にあり、それは三権分立制から導かれる。

- (30) ヴァージニア州では、訴追の中止にあつて、陪審の宣誓前であれば十分な理由 (good cause) でよいが陪審の宣誓後では強い必要性 (manifest necessity) の存在を要請する判例もある。Cantrell v. Commonwealth, 373 S. E2d 328, 333 (Va. 1988).
- (31) 「再訴可能な訴追の打切りを回避し、有罪あるいは無罪となるまで公判を維持してもらつて被告人の権利を保護するために、裁判所の承認規定が置かれてゐる」として、有罪・無罪を求める権利を認める判例もある。United States v. Garces Dorrego, 17 F. R. D. 340, 341 (D. C. Puerto Rico 1955).
- (32) 裁判所の同意または許可を要する州として、以下を参照。Cr. Proc. Rule 30. 1 (MN); CrR 8. 3 (WA); ORS 135. 75 (OR); Ok. Stat. 22-815 (OK); Pa. Cons. Stat. 16-1402; Ga. Code 27-1801; Miss. Code Ann. 99-15-53; Cr. Proc. Rule 9. 64 (KY).
- (33) 司法の監督権については、たとえば、Notes, The Judge-made Supervisory Power of the Federal Courts, 1965 GEORGETOWN L. J. 1050. などを参照。
- (34) アメリカにおける「訴追の中止」の一事不再理の効力については、田宮裕「一事不再理の原則」(一九七八年) 九一―九七頁などを参照。
- (35) 同旨の見解として、岡部泰昌「破棄差戻し後の第一審における公訴の取消と公訴棄却」ジェリス ト六二号 (昭和六〇年度重要判例解説) 一八〇頁。

## 五 立法論的検討

(1) 以上検討したように、解釈論的にも比較法的にも公訴の取消に対する司法的抑制の必要は明らかと考えられる。そこで本節では、これまでわが国で提示された公訴取消規定に関する立法論を概観し、その問題点を指摘するとともに、比較法的な知見を参考にしながら今後の具体的な立法の方向性を示しておきたい。

まず、現行法の施行当時において立案過程にかかわつた学者から早くも取消規定について立法論が提起されていることは注目に値しよう。たとえば、団藤重光博士は、公訴の取消後において、「あらたに重要な証拠を発見した場合に限り」

再訴を許すという三四〇条の規定を憲法三九条の精神から問題とされたが、その際、解釈論として、公判の審理前に公訴取消があれば再訴を許容し、公判審理開始後は被告人の同意があつた場合にしか再訴は許されないとするよう提案されていた<sup>(1)</sup>。また、団藤重光博士は、「被告人にも公訴取消の申立権を認めるのが適當<sup>(2)</sup>」として、初期から被告人による公訴取消制度を示唆されている。このように、立法論は大きく検察官の取消権限の範囲を規律する方向と、反対に被告人にも取消権を承認すべきとする拡大方向のふたつに分かれていた。

しかしながら、後述するように以後の立法論では後者の主張はほとんど示されることなく、わずかに刑法改正論争の頃、公訴権濫用論などの代用として被告人の救済に「判決の宣告猶予」制度を利用するとの見解に対して、吉川教授などから、公訴取消制度に裁判所の命令権を認める見解が見られたことに止まる<sup>(3)</sup>。この方向については後ほど検討することにして、まず前者の、取消の規律あるいは取消制度の改革を目的としておこなわれた立法論を整理しておきたい。

(2) さて、従来の立法論をまとめてみると、第一の方向は、団藤博士のように公訴の取消について再訴禁止効が発生する段階を早くに認めようとする考え方で、取消裁量については立ち入らず、再訴を認めた三四〇条を解釈上制限することにより、被告人の不利益を可及的に減少させようという立場である<sup>(4)</sup>。また、この考えを發展させ、三四〇条そのものを違憲として廃止・削除を提案する見解も強い<sup>(5)</sup>。

第二は、被告人に取消に関する処分権を認めて、「同意」の得られた場合に限って裁判所は公訴の取消を許可して公訴棄却とし、そうでない場合には取消を却下するというものである。この考え方は、先に見た連邦刑事手続規則四八条(b)と同じだが、立証の見通しがくるつたからといって公訴を取り消されたのでは被告人の地位が不安定にされるばかりであるので、同意を要件とするのであろう<sup>(6)</sup>。

第三は、直接、司法による公訴の取消権の行使へのコントロールを認め、不当な取消の効力そのものを認めない、とする立場であろう。たとえば田宮裕教授は、「取消にあつて裁判所の許可を求めさせる等の工夫をすべき」とされていた<sup>(7)</sup>。

第四は、犯罪の被害者・告訴権者に取消実施への参加を促す方向であろう。たとえば、被害が回復された場合など、処罰の必要性に乏しいケースでは、被害者からの参与が実現されていけば公訴の取消をおこないやすくなるとの示唆もある。<sup>(8)</sup> 第五には、刑事司法制度内に、起訴猶予制度に加えて起訴後公判段階でも司法的レビューを実施する観点から、裁判所による条件付き公訴取消制が主張される。たとえば、宮澤節夫教授は公判前レビューの一方方法として、刑事訴追を裁判官の介入によって完全に打ち切る処理を、公訴の取消を利用しておこなうことを提案された。<sup>(9)</sup> こうした発想は既にアメリカのニューヨーク州などで立法化されており、軽微な犯罪や軽いマリファナ犯罪に関して裁判所の裁量で一定の留保条件を被告人に与えたいという手続が停止され、さらに一定期間の善行が確認できれば正式に手続が打ち切られる、という措置が導入され、爆発的な軽微犯罪発生<sup>(10)</sup>の現状への対処に一役買っている。

(3) 以上の立法論を支えている視座は、明らかに異なっている。これを仮に①「被告人保護」型、②「被害者参与」型、③「刑事政策的利用」型の三つに分けておきたい。それぞれ、①の被告人の無罪判決への期待という利益保護の見地からは第二、そして第三の方向が強調され、②の被害者の参加を刑事司法の中に組み入れていく考え方からは第四の方向が支持され、③の刑事政策的な観点からは第五の方向が主張される、とまとめられよう。

このように、「公訴取消」改革といってもその発想や根拠は様々であり、取消制度に盛り込まれる内容も多様である。本稿では、適正な取消実務の確保という当初からの問題意識から、①のタイプの立法論を検討すべきと思われる。そうすると、現行の公訴取消制度を前提にしたうえで、適正な取消権の発動の実現という目的達成のために、公判開始前の段階にあつてはすくなくとも裁判所の許可を、公判開始後には被告人の同意を、要件とする立法が必要と考える。諸外国においては、右のような目的のために取消手続については【検察官主導型モデル】から、【裁判官主導型モデル】への転換が進められているのには既に見たとおりであり、やはり一方当事者の訴訟活動が恣意的にわたるのを防ぎ、司法手続における適正さを確保し、一旦起訴されたダメージを勘案する何らかの立法上の抑制策が不可欠であろう。

(4) さらにより積極的に、「公訴の取消」を活性化するという視点に立った場合には、対立当事者である被告人にも公訴取消申立ての道を開いておくことが重要な立法課題ではないかとも思われる。先に、取消への改革として紹介された後者のアプローチであるが、これは、公訴取消制度を徹底して【当事者對抗型モデル】へと変容させていく考え方である。従来、解釈論においては公訴権濫用論という形で裁判の打切りが主張されたことがあったが、こうした公訴の終了の方法については実定法上の根拠を与えようとするものであると言えよう。訴追裁量の逸脱を理由とした公訴棄却のありうることは最高裁判例の示すところであるが、その実現の可能性はかなり低いというのが現実であり、実際これまで公訴権濫用論に対する裁判例は消極的姿勢を貫いている。そのため、立法課題であるとの主張が多く見られるようになってきているものの、それはほとんどが実体法領域に属するもので、宣告猶子や刑の免除、絶対的放免といった諸制度が示唆されてきた。<sup>(12)</sup> こうした実体法的処理とは別個に、手続法においても公訴を抑制しうる打切り処理が用意されてよいと考えられる。かかる趣旨は、被告人の申立てに基づく公訴の取消制度の整備によつて実現できらう。

学説上も、既に触れたように田藤重光博士が戦後早くから被告人の「公訴取消」申立権の承認を示唆されていたわけだし、<sup>(13)</sup> ドイツ法を参照した考え方として、平野教授が公訴取消制度の検察官主導の点に問題を指摘され、<sup>(14)</sup> 田宮教授も公訴取消権を検察官から奪ってしまうよう示唆されていた。<sup>(15)</sup> また、松尾浩也教授も、より一層手続打切りという観点を強調して公訴権濫用論への準用を提案されているし、<sup>(16)</sup> 庭山教授も迅速な裁判の保障に違背した場面での活用を示唆される。<sup>(17)</sup>

もちろん、いかなる場合に「公訴の取消」申立てを承認するかという基準論が重要となるであろうが（既に公訴権濫用論の場合においても「嫌疑の存在」への二重審理の間という批判が強かった）、政策的な取消事由を整備すれば、<sup>(18)</sup> 刑の免除や絶対的放免制度であつても同様の判断基準が必要となるはずで、それらと比べても不可能な制度とは思われない。むしろ「有罪」判決を前提にした諸制度に比べて、実体判決をおこなわない「手続打切り」処理の方が政策的にも特別予防効果が期待される場合が多いと思われ、さらに一般予防効果の全く不必要と思われる形式的でノミナルな処罰を回

避する場面で活用が期待されるのである。そうすれば、少なくとも、権利濫用事例の狭い意味での公訴権濫用のパターンは別にして、<sup>19)</sup>政策的にみて起訴あるいは処罰価値の乏しい事件を非刑罰化する手段が司法手続に加えられることになる。先の、条件付き公訴取消制度を提案した、第五の立法案も同じような趣旨によって刑罰制度の多様な処理を司法に可能とさせるものと言えよう。いずれにせよ、こうした意図に立って公訴の取消制度を捉え直すことが、ほとんど生かされていない現在の取消制度の「再生」に繋がることになるのではないかと思われる。

- (1) 田藤重光「憲法三九條と『二重の危険』」法曹時報一卷二号(一九四九年)五〇頁。
- (2) 同右五〇一五頁。
- (3) 吉川経夫「判決の宣告猶予」平場・平野編『刑法改正の研究I』(一九七二年)二九五頁。
- (4) 同右。他にたとえば、青柳文雄『刑事訴訟法通論』(一九四九年)一九八頁は第一回公判期日前に限って再訴可能とする、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(一九五四年)三七八頁は取消に再訴禁止効を認める、と言う。
- (5) 「三四〇条廃止論」である。たとえば、江家義男『刑事訴訟法教室(上)』(一九五五年)二六八頁、田宮裕「一事不再理の原則」(一九七八年)九四頁など。
- (6) 前掲・青柳同頁、前掲・田宮同頁は、証拠調べ段階での公訴取消に被告人の「同意」があった場合には再訴可能とするが、取消そのものを同意によって規制しようという趣旨ではない。この点、起訴前段階である起訴猶予処分に被疑者の同意要件を導入することを提案する、田代則春「起訴便宜主義をめぐる憲法上の諸問題・序説」『刑事法学の現代的展開(上)』(一九九二年)四六七頁を参照。
- (7) 田宮裕「刑事訴訟法入門(三訂版)」(一九八一年)一一四頁。
- (8) 野間禮二「わが国の刑事手続における犯罪被害者の保護」松山大学論集一卷四号(一九八九年)三二二頁参照。
- (9) 宮澤節夫「公判前ディヴァージョン」犯罪社会学研究八号(一九八三年)九四頁。
- (10) ニューヨーク州刑事手続法一七〇・五五条などに規定される Adjournalment in contemplation of dismissal の制度。拙稿「刑事訴訟における手続打ち切り(二)」北大法学論集四三巻三号(一九九二年)一〇七頁以下参照。
- (11) 最決昭和五五年二月一七日刑集三四巻七号六七二頁。

- (12) たとえば、田宮裕「刑事訴訟法」(一九九二年)二二三―四頁など。
- (13) 団藤・前掲注(1)五〇頁。
- (14) 平野竜一「可罰的違法性」ジュリスト三二二―三三三(一九六五年)六五頁。
- (15) 田宮・前掲注(5)九四頁。
- (16) 松尾浩也「刑事訴訟法(上)〔補正版〕」(一九八四年)二五三頁。その他、米田泰邦「犯罪と可罰的評価」(一九八三年)三三八―九頁など。横川敏雄「刑事訴訟」(一九八四年)一五三頁も「もはや公訴を維持するのが相当でないと思われるような場合にも……すべき」との活用論を示唆する。
- 公訴の取消を公訴権濫用論に援用することへの反対論として、河上和雄「公訴の取消」『公判法大系I』(一九七四年)三三三―頁以下を参照。
- (17) 庭山英雄「BULL刑事訴訟法」(一九七七年)一〇九頁。
- (18) この点、ニューヨーク州の訴追の打切り手続や、アメリカ諸州の軽微な犯罪に対する訴追の打切り手続は大いに参考となろう。ニューヨーク州では法律に判断因子が明示されており、その他の州でも判例上の要因の例示は多い。拙稿「刑事訴訟における手続打切り」―正義の増進のための訴追の打切り―制度を参考にして(一―六)北大法学論集四三卷一、三、四、五号、四四卷二、三号(一九九二―三年)、拙稿「軽微な犯罪に対する訴追の打切り制度・その1―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―二卷二号(一九九〇年)を参照。
- (19) 公訴権濫用論を狭義のものとしてと広義のものに区別する必要につき、たとえば、鈴木茂嗣「公訴権濫用論と訴訟条件論」『刑事訴訟法の基本問題』(一九八八年)一〇三頁以下など参照。

## 六 まとめにかえて

以上、検討してきたように、現在の不活発な公訴の取消制度であるにもかかわらず、その行使、不行使について問題が多いことが理解された。現行法が取消に再起訴を許容する規定を置いたため、従来は、再訴が憲法違反ではないかとの理

論的関心から公訴取消に伴う再訴を規律する必要が説かれることが多かった。

けれども、再訴が皆無という実態に着目した場合、むしろ現行の公訴の取消規定の問題点は、適正な取消を規律する手続が欠如していることにあると思われる。かかる現状に対する解釈論的解決のために、まず、理由あるいは時期について、個々の取消に対する審査をおこなう必要の承認とその判断基準の確立が求められる。その点、公益基準説は、個別具体的な判断基準を提示できるとの期待がかけられたわけである。これは、解釈による取消裁量への司法的コントロール（個別的アプローチ）という手法である。

これに対して、公判開始後の被告人の立場を尊重し、手続の進行に応じて被告人の同意を取消の要件に盛り込もうという立法論（当事者的アプローチ）が提起されている。この考え方には、被告人の同意によって実質的に取消裁量の適正化問題を解決できるメリットがあるものの、いかなる段階でも同意を要件とはできないだろうから、ある場面では裁判所の許可、すなわち裁判所の個別的判断が必要となり、個別的アプローチに依らざるを得ない場合も当然でてくることになるだろう。

当面、立法までにあたっては、諸々の批判は予想されるものの公益基準説を用いた公訴の取消への審査をおこない、取消理由や時期について実質的な判断をくだすべきと考える。その際、同意の要件は法律上はないけれども、被告側への取消に対する見解を求めて、反対がある場合には慎重な審査が必要とされ、訴追側に対して取消行為への公益存在の立証が要求されてよい。被告人不在（長期所在不明事件など）のケースにあつてはかかる手続は踏めないであろうから、裁判所独自の判断が必要となるだろう。その際も、長期不動のデメリットと取消によるメリットとを比較衡量して実質的判断をくだすべきである。

次に、検察官の取消権限のコントロールのみならず、公訴の取消規定はより重要な立法的発展の可能性を有しているこ

とを指摘しておかねばならない。既に、現行法の立法者が取消制度の継受にあたって念頭に置いていた「現行法の被告人優位のシステムが起訴後の取消を必要とする」ような事態は一般論としては妥当でない。むしろ、その後の犯罪学あるいは刑事政策学の展開が示すように、時代はディヴァージョン（＝手続離脱）を刑事司法制度の中に組み込み、必要と思われない処罰、予防効果のない処罰を回避する必要を制度化しておくことを通説的見地としている。

現行法は起訴前においては起訴猶予制度を採用することにより、大幅な訴追裁量権を檢察に与えているが、起訴後の司法的ディヴァージョンはまったくなく、証拠があるかぎり実体判断に突き進む以外にない、というのがわが国の刑事裁判の現状である。一方では大量の初犯者や微罪処理に起訴猶予制度はおおきな役割を担っているが、他方で、いったん訴追されればいかなる微罪での処罰もしなければならぬわけで、その結果、罰金刑への執行猶予など、ノミナルな処罰を余儀無くさせられ、裁判の存在意義すら失わしめるような実態が生まれている。

かかる刑事裁判を本当に処罰の必要を確認する場合へと転換させる装置として、公訴の取消規定を「再生」させていくことが望ましい。諸外国の立法がそのような方向で進んできたこともその証左である。従来の学説は、公訴権濫用論に代わるものとして、公訴の取消の運用論に期待を寄せていたが、起訴裁量あるいは公訴の維持に対する異議申立てとしての使命を担ってきた濫用論の代替物としては、取消申立て権の承認がむしろ筋と言えるのではなからうか。<sup>(1)</sup>

(1) この点、ニューヨーク州などアメリカ合衆国諸州の立法動向をまとめた上で、公訴の取消規定の改正を示唆した、拙稿「刑事訴訟における手続の打切り（二一九完）——正義の増進のための訴追の打切り制度を参考にして——」北大法学論集四三巻一・三・四・五号、四四巻二・三・四・五・六号（一九九二—四年）を参照。

【後記】本研究は、平成四年度文部省科学研究費奨励研究（A）の助成を得ておこなわれた「アメリカ連邦刑事訴訟規則の立法過程・当事者主義の神話と実像」と題する研究の一部である。