

少年法の起訴強制手続について

吉 中 信 人

目次

はじめに

一 逆送決定と公訴提起の関係

二 訴訟行為の評価

三 逆送手続の適正性

四 形式裁判の効力

おわりに

はじめに

平成九年九月二八日最高裁第一小法廷は、いわゆる調布駅南口集団暴行事件（以下単に調布事件とする^①）の上告審として原判決を破棄し、さらに検察官の控訴を棄却する判決を下した^②。これにより、第一審東京地裁八王子支部の公訴棄却判決が確定することになった。起訴時少年であったCは第一審判決時既に成人に達していたが、ようやく手続から解放され、また同地裁同支部に係属中であった四人の被告人も、同年一〇月二八日、公訴の取消を受けて同支部で公訴棄却の決定を得た^③。

調布事件は実に多くの論点を含んでおり、とりわけ少年事件における不利益変更禁止原則適用の可否については、特に控訴審^⑦の判断をめぐって多く論じられ、上告審判決後も優れた論稿が散見されるところである^⑧。従来の論点もまだ十分に議論され尽くしたとは言いがたい状況にはあるが、本稿は、これら諸先学の成果に屋上屋を架そうとするものではなく、また調布事件につき正面から検討を加えようとするものでもない。調布事件を素材としつつも、これまでの考察で詳しく論じられることが少なかつた逆送決定と公訴提起行為との関係およびその評価に焦点を当てて、少年事件における起訴強制の意味について考察しようとするものである。このような論点は調布事件の意義に照らすと周知的なものにすぎないが、最高裁の判決で決着を迎えた結果、結局この裁判によって何が非難されたのかは、いぜんとして理論的には十分詰められているようには思われないからである。

(1) 複雑なこの事件の経緯については、すでに多くの論稿によって触れられているので省略する。公訴提起に至るまで、また上告審に至るまでの簡単な経緯については、注(2)などを参照されたい。調布事件について論じたものは、以下特に挙げるもののほか、葛野尋之「少年審判制度への挑戦——家庭裁判所の事実認定と成人後の起訴、検察官関与——」法学セミナー三九巻九号六頁、上田信太郎「少年法と刑事訴訟法との一接点——調布駅南口事件」抗告審判決の拘束力解除をめぐって——「香川法学一四巻三・四号二九一頁、荒木伸怡「少年審判における審判手続と事実認定方法——調布駅前傷害事件を契機に」法律時報六六巻八号六五頁、多田元「調布駅南口傷害事件の意味するもの」自由と正義四六巻一号九六頁、斉藤豊治「調布駅南口事件」が問いかけるもの——学者の立場から——「自由と正義四六巻一号一〇二頁」調布駅前事件と少年司法——東京家裁八王子支部の差戻審決定の問題点——「少年法研究一——適正手続と誤判救済——」二〇七頁(成文堂、一九九七)、津田玄児「少年司法のあり方について」自由と正義四六巻一号一〇五頁、村山裕「少年司法を根底から覆す成人後の起訴」季刊刑事弁護一号六五頁、東京弁護士会少年事件部「調布事件の提起した問題点」法律実務研究一〇号一四一頁、特集「なぜ、少年たちは二度裁かれるのか」法学セミナー四九〇号三八頁以下の諸論文、などがある。

(2) 最判平九・九・一八(判時一六一五号三頁、判タ九五二九五頁)。評釈として、平良木登規男「調布駅前事件について」法学教室二〇八号三九頁、池田修「中谷雄二郎「時の判例」ジュリスト一一二五号一〇三頁、などがある。

(3) 東京地八王子支判平七・六・二〇(判時一五三六号二七頁、判タ八八〇号一三四頁、家月四七卷二二号六四頁)。この判決に関する論稿としては、斉藤豊治「調布駅前事件判決と少年司法のゆくえ」『少年法研究』——適正手続と誤判救済——二二四頁(成文堂、一九九七)(法律時報六七卷九号二頁)、村山裕「豊田判決(地裁)の意義は」法学セミナー四九〇号六二頁、同「調布事件の現段階——豊田判決の内容と意義」法と民主主義三〇一頁、葛野尋之「調布事件再考——適正手続の強化と豊田判決の意義」同四〇頁、高田昭正「少年保護事件における不利益変更禁止」判例評論四四九号二七頁、荒木伸怡「調布駅前口事件の現状と課題」季刊刑事弁護五号二二頁、などがある。

(4) 村井敏邦「少年手続をめぐる現今の議論状況」国土館法学第二十八号四二〇頁は、東京地裁八王子支部の判断について、「起訴時少年であったか否かは、家庭裁判所における逆送処分の不利益性を判断するうえでならん関係のないことであろう」とされて、起訴時少年であった一人についてだけ不利益変更禁止原則の適用を認めてその他の少年について認めなかったことを批判されている。本件は起訴当時少年のC被告人に対する判決で(刑法三二三条の併合決定があったかどうかは明らかでないが、一通の起訴状に記載されている数個の事件を分けて審理する場合にも、特に併合決定がなければ分離決定も必要ではないと考えられている)、他の四人については別事件となっているが、少年法四九条二項の趣旨を排除される意図では勿論ないであろう。裁判所の判断が、他の四人に対する不利益変更禁止原則の適用を認める趣旨が否かは不明であるが、事件を分離したひとつの理由に、少年の被告人に対しては少年法四五条五号の起訴強制が働くことを重視したであろうことが挙げられる。起訴強制がかかる場合には刑事手続の負担ないし刑罰賦課の蓋然性は格段に高まるので、逆送決定の問題性も他の成人事件よりも高まることになり、それにとまらぬ公訴提起の無効を容易に導きだせるものと思われる。ただし、逆送決定時少年で起訴時成人となったKおよびIに対しても起訴強制の効果が残るとする説を採れば、Cと全く同じ判断をしなければならないということは言えるであろう。

(5) 葛野尋之「少年司法における不利益変更禁止原則——新しい「保護」理念と少年審判を受ける権利——」法政研究第二巻二号一四四頁

(6) 斉藤豊治・前掲注(3)論文二二五頁は、非行事実なしの不処分決定と成人後の刑事訴追の可否、保護処分決定・執行と二重の危険ないし二重処罰の禁止の適用の有無、補充捜査の限界と抗告審決定の拘束力、不利益変更禁止の原則の適用の有無、を少年

法の根幹に触れる論点として指摘している。また、直接の論点ではないが、調布事件がこうした混迷を極めた背景には、家裁の事実認定機能の脆弱さがあることは否めない。その意味では、非行事実認定過程の構造論も、ここに関わってくることになる。

(7) 東京高判平八・七・五(判時一五七二号三九頁、判夕九一六号七二頁、家月四八巻九号八六頁)

(8) 荒木伸恰「少年を翻弄し続ける裁判官と検察官」法律時報六八巻一四四頁、山下幸夫「調布駅南口事件東京高裁判決・利益変更禁止への無理解」季刊刑事弁護八号五六頁、葛野尋之「少年審判と利益変更禁止原則」法学セミナー一四一巻一四二頁、同・前掲注(5)論文、斉藤豊治「少年保護事件と利益変更禁止——調布駅前事件控訴審判決の検討——」『少年法研究1——適正手続と誤判救済——』二四八頁(成文堂、一九九七)、同「少年保護事件と利益変更禁止の原則」ジュリスト一一一三号一八九頁(平成八年度重要判例解説)、などがある。

(9) 澤登俊雄「健全育成理念再考——少年事件と処分の軽重——」刑政一二六五号九二頁、川出敏裕「少年保護手続と利益変更禁止の原則」研修五九五号一五頁、など。ただし、澤登論文が、最高裁判決につき「少年事件についても利益変更禁止原則(刑事訴訟法四〇二条)が適用されると判示し」たとされているところには疑問もある。この判決の多数意見は、実質的には利益変更禁止原則を適用したのと同様の口吻を示しているが(刑事処分が、保護処分その他少年法の枠内における処遇よりも一般的、類型的に不利益なものとは解する)、利益変更禁止原則適用の有無については明言を避けている。井嶋裁判官の反対意見も、多数意見が不利益変更禁止原則を適用したとは見ておらず、「これと同様の思想に基づくものとして攻撃の対象としているのである。しかしながら、多数意見は不利益変更禁止原則の理念に賛同しているのであり、ただ明文規定を欠くことと、それ故に「原則」化への躊躇があつたのではないかと推測される。この点、不利益変更禁止原則の適用を正面から認めた第一審および控訴審判決と対照的である(勿論第一審と控訴審の基準は全く異なること周知のごとくであるが)。一方澤登教授は、「健全育成を唯一の目的と定めるわが国の少年法のもとにおいては保護処分も刑事処分も本質的に少年に利益をもたらすものでなければならぬから、いずれが不利益か、あるいはいはずれが例外的かという区別はあり得ない」とされる。現行少年法の一元的システムを前提とするならば、むしろこのような考え方のほうが少年法の理念とより整合性があるものと言わなければならない。であるとすれば、大切なことは長期間不安定な状況におかれる少年の救済にこそあるのだから、その救済のために「不利益変更禁止原則の適用」問題に拘泥しなくても済むのであれば、それに越したことはないであろう。この意味で、村井・前掲論文四一〇頁が、「この事件については、不利益変更禁止の原則適用の是非以前にもっと重要な論点がある。すなわち、二重の危険禁止の原則の適用の有無である。」とされているの

は重要な指摘である。

一 逆送決定と公訴提起の関係

少年法四五条五号本文は、「検察官は、家庭裁判所から送致を受けた事件について、公訴を提起するに足りる犯罪の嫌疑があると思料するときは、公訴を提起しなければならぬ。」として、刑法二四八条の起訴便宜主義に制限を加えている。但書に規定される三つの例外の場合を除いて、起訴が強制されるのである。そうであれば、家庭裁判所による少年法二〇条送致(二三条一項に規定される場合も含むが、以下では特に断らず、単に逆送とする)に問題があつた場合でも、例外事由がない以上、検察官としては起訴猶予とすることはできないので、その公訴提起行為を非難されるいわれはないのではないか、という疑問が生じる。実際、この点につき検察官は第一審においてこの旨の主張をしたようであるが、「家庭裁判所の検察官送致決定が違法、無効である以上、本件起訴もまた違法、無効であるといわざるを得ず、検察官の右主張は、独自の見解であつて、採用することができない。」と一蹴されている⁽¹⁰⁾。また、控訴審では「本件検察官送致には、不利益変更禁止の原則に反する違法はない、とされたので、「これを受けた検察官による本件公訴提起も有効である」とされ、第一審を支持した上告審でも「本件検察官送致決定は違法、無効というべきである。したがつて、右検察官送致決定を前提として少年法四五条五号に従つて行なわれた本件公訴提起の手続は違法、無効といわざるを得ない。」とされており、逆送決定の問題性(控訴審の場合は問題のないこと)がそのまま公訴提起の問題性(問題のないこと)に承継されることが明らかにされている⁽¹¹⁾。

学説においても、起訴強制がかかっている以上、このことは自明のこととされているようであり、特に疑問は提示

されていない¹⁶⁾。しかし、そもそも非難されるべきは不利益変更禁止原則に違反した差戻審たる逆送決定である、という理解は、第一審および上告審、そして学説の多くに共有されているのではなからうか。現行法上、不服申立を認める明文規定がなく、¹⁷⁾ それどころか抗告を否定した裁判例もあるため、¹⁸⁾ 逆送決定したいの非難ができないがゆえにこれを承継した公訴提起行為の瑕疵を問題にしている、というにすぎないのではないかと思われるのである。¹⁹⁾

しかし、ここにはひとつのパラドックスがある。つまり、単純に逆送決定の瑕疵が公訴提起行為に承継すると考える見解によると、その瑕疵ある公訴提起行為のおかげで刑事裁判所への係属が果たされ、そこにおける審理の結果、はじめて元の逆送決定の瑕疵を認定してもらうことができる、ということが言えるのである。もし瑕疵ある公訴提起行為がなされない場合、たとえば例外事由に該当して不起訴処分となったようなときは、たとえば家裁に再送致されても、その審判で元の逆送決定の瑕疵を認定してこれに対して非難を向けることはできないと考えられる。²⁰⁾ なぜなら、上訴とは異なり再送致されても審判の対象に変化はなく、元の逆送決定それじたいの当否が再送致審の審判対象に組み入れられるわけではないからである。

こうしてみると、立法論をいうのでなければ、現行法の解釈としては、瑕疵ある公訴提起行為はあつたほうが良いということにはならないだろうか。だとすればこれまでのように、逆送決定違法・無効、故に公訴提起違法・無効といった一元的且つ単純な論法で公訴提起行為の非を強調するのはどこかに問題があるようにも思われる。逆送決定や公訴提起行為をもう少し精緻に検討してみる必要があるであろうである。それには、近年議論されることが少ないが、訴訟行為論の視点が不可欠且つ重要であると考えられるので、以下これに基づき考察してみたい。

(10) 従来、少年法四五条五号については、但書の三つの例外事由を中心に論じられている。さしあたり、田宮裕編『少年法』二六八

頁以下(有斐閣、一九八六)、平場安治「少年法(新版)」四三二頁以下(有斐閣、昭六二)などを参照されたい。また、逆送決定の拘束力については、井上勝正「少年法——解釈と実務」一八九頁以下(日世社、昭四六)、早川義郎「少年刑事被告事件の取扱について」家月二五巻八号九頁以下、など参照。

- (11) 正木裕史「逆送規定の合憲性(2)・(完)」二橋研究二二巻三九五、九六頁・注(四)は、廣瀬健二氏の論稿における「二重の誤解」を指摘し、「犯罪の成立に問題がある場合には起訴猶予ではなく不起訴処分となるはずであろう」とされ、「少年法四一条・四二条は、送致の条件として嫌疑の存在を明確に規定しているのであつて、嫌疑のない事件を家裁に送致することはそもそもできないはずである。」とされている。まず最初の点について、犯罪の成立に問題がある場合に起訴猶予とならないことはもつともな指摘であるが、起訴猶予は不起訴処分の裁定本文のひとつであるから(検察庁法三二条に基づく事件事務規程七二条に不起訴裁定の定めがある。なお、筑間正泰「刑事訴訟法三三九条一項五号について」法学研究六七巻五号四〇頁、司法研修所検察教官室編「檢察講義案」一四〇頁(法曹会、平五)、起訴猶予も不起訴処分であることに違いはなく(不起訴処分」という本文があるわけではない)、「起訴猶予ではなく不起訴処分となる」とされると、逆に概念の混乱を招きかねない。次の点も、四一条・四二条は、いずれも、「犯罪の嫌疑がない場合でも、家庭裁判所の審判に付すべき事由があると思料するときは、同様である。」と明確に規定しているから、「嫌疑のない事件を家裁に送致することはそもそもできないはずである」ことにはならないのではなからうか。審判に付すべき少年(少年法三条)が犯罪少年に限られないことは、正に全件送致主義の要請するところである。

(12) 判時一五三六号三二頁

(13) 判時一五七二号四三頁

(14) 判時一六一五号七頁

- (15) 葛野・前掲注(5)論文一〇四頁は、「差戻審の検察官送致決定の後に検察官が公訴提起を行なつた場合、この公訴提起は差戻審が違法に検察官送致を決定しなげればなしなかつたものであり、この意味において違法な差戻審の決定と公訴提起とのあいだには条件関係が存在するから、公訴提起それ自体も違法である。」とされている。被告人のすみやかな救済を念願されての論旨展開であり、そのこと自体に異議を唱えるものではないが、この違法承継の論理は、いささか大様な議論である。条件関係の存在は規範的評価の前提にしかすぎず、両者のあいだに条件関係があるからといって、直ちに違法判断が下されるというのは論理に飛躍がある。もう少し、この部分を理論的に詰める必要があるのである。また、一一四頁では、「起訴を受けた裁判所は起訴それ自体を違法

として(公訴権濫用の法理)、形式裁判により手続を打ち切るべきである。」とされている。これも手続打ち切りそのものには賛同できるのであるが、起訴強制の例外事由がある場合は別論としても、そうでなければ、起訴強制の結果、公訴を提起するに足りる犯罪の嫌疑があると思料するかぎり必ず公訴提起しなければならないのであり(本件の場合この意味の嫌疑の存在につき疑義は提出されていないようである)、検察官としては、「濫用」しようと思ってもそもそも裁量の余地は与えられていないのであるから、「公訴権の濫用」というのは少し言い過ぎではなからうか。

- (16) 池田修・中谷雄二郎前掲注(2)論文一〇五頁は、本件公訴提起の効力として、「本件公訴提起は、本件検察官送致決定を前提として少年法四五条五号による起訴強制の効力に従って行われたものであるから、同決定が有する瑕疵をそのまま承継するものと解される。本判決が、同決定について違法、無効であると判断した上、同決定を前提として同条項に従って行われた本件公訴提起の手続も違法、無効としたのは、このような考え方に基づくものと思われる。」とされる。本文で述べるように、ここでも、瑕疵承継の論理的説明が十分に成功しているとは言えない。

- (17) 田宮裕編・前掲注(10)一三一頁

- (18) 東京高決昭四五・八・四(家月二三巻五号一〇八頁)は、凶器準備集合・公務執行妨害・傷害保護事件に対する抗告事件であったが、原審東京家裁の検察官送致決定に対する抗告申立を棄却した。逆送決定は少年法三二条所定の保護処分決定ではなく、また少年の実体的権利関係に変動をもたらすものではないから同条による抗告はできず、さらにこの決定は刑訴法上の決定でもないから刑訴法四一九条に則り抗告することもできない、と判示した。

- (19) 勿論立法論としては別論である。

- (20) 稀なケースではあるが、少年法四二条の「犯罪の嫌疑」さえ消滅し、さらに「審判に付すべき事由」ももはやないと思料される場合は、検察官かぎりで事件が終結することも考えられる。このときには逆送決定に瑕疵が存在するとの評価を行う機会は全く失われてしまうように思われる。

二 訴訟行為の評価

ここでは、まず考察に利用されるべき(一)訴訟行為の評価基準、を提示し、それを用いて従来の考察方法を、(二)逆送決定、(三)公訴提起行為、の順に批判的に検討し、(四)小括、を行なう。ただし本稿は、訴訟行為論それじたいを検討対象とするものではないので、これについては、別の機会に譲りたい。

(一) 訴訟行為の評価基準

一般に、訴訟行為とは、訴訟手続を組成する行為で訴訟法上の効果を認められるものをいう。ここで問題としたいのは、その評価基準である。調布事件の第一審、控訴審、上告審の各判旨および学者の評釈・論稿のほとんど全てにおいて、逆送決定と公訴提起行為が、違法・無効という概念によって評価されている(控訴審においては、「違法はなく」ゆえに「有効」という論法をとっている)。このような評価方法はこの事件に限ったことではないが、有効・無効のほうはともかく、合法(technisch)とか違法(rechtswidrig)という概念はもともと実体法分野での評価基準であつたはずである。訴訟行為の評価にこのような概念を用いるのは本来好ましいことではない。捜査過程などを想起するまでもなく、ひとつの行為に対して実体法上の評価と訴訟法上の評価は両立し得るからである。ここでも、逆送決定や公訴提起行為の犯罪成立性を問題にしているわけではないことは明らかである。では、どのような基準を用いるべきか。わが国では、ザウアーの示した古典的な四つの評価カテゴリーがいまだ通説的地位を占めていると思われるので、基本的にはこの区分に従うこととしよう。すなわち、成立性、有効性、適法性、および理由具備性⁽²³⁾である。このうち問題があるのは、有効性と適法性の関係についてである。学説のほとんどにおいては、この点につき、適法であれ

ば原則として有効であるが、不合法であっても必ずしも無効とは限らない、という点で一致がみられるようである。²⁴しかし、ペーリングが、適法性と有効性の条件につき、「ある行為が unzulässig であっても, wirksam であり、もしくは zulässig であっても, unwirksam であるというほどまでに分解しうる」としていることには注意すべきである。²⁵このような考え方は、後述するように、とりわけ事前判断としての適法性を導くために有用であるだろう。

そこで、こうしたことを念頭に置きつつ、逆送決定と公訴提起行為の評価を行なってみたい。訴訟行為の評価は、成立性、有効性、適法性、理由具備性、の順序によって行なわれるものとされているので、²⁶本稿でもこれに従うものとする。ただし、成立性について問題とする状況は認められないので、訴訟行為は成立しているとの前提から出発したい。

(二) 逆送決定

有効性について、まず抽象的に考えてみよう。逆送決定のそれを判断するさいに重要なことは、この訴訟行為が、裁判所を行為主体とする「裁判」であるという点にある。裁判は、裁判所および裁判官の行なう公権的判断であって、少なくとも確定した場合には、もし当事者の一方が無効を理由としてこれに従わないようなことにでもなれば、著しく法的安定性を害することとなり、法治国家の基礎は失われてしまう。その代わり、裁判に対しては、裁判書が作成され、原則として理由を付さなければならず(刑訴法四四一条一項、ただし二項)、²⁷上訴等によって不服申立の機会が与えられているのである。そこで、裁判には原則として無効はないと考えるべきであると思われる。²⁸ただ、現行法上逆送決定に対しては抗告が認められないとされているので、²⁹有効性を論じる余地があるいはあるかも知れない。しかし、決定書には必ず理由を付すこととされている(少年審判規則二条四項一号)、訴訟行為の有効性があとに続くべき行為の適法性の条件だとすると、³⁰起訴強制の結果検察官の公訴提起が行なわれるのは逆送決定の有効性を前提としている

からだ、ということになる。従つて、この逆送決定も有効であるとしなければならぬこととなるのである。檢察官が、逆送決定の無効を理由として不起訴処分を行なうことなど、およそ考えられないからである。では、具体的な有効要件についてはどうか。逆送決定の有効要件は次の三つであるとされている。²⁰⁾すなわち、(1)判事または特例判事補によつてなされるものであること、(2)死刑、懲役又は禁錮にあたる罪の事件であること、(3)送致時少年が満一六歳に達していること、である。調布事件において、これらにつき疑義は提出されていない。以上のことから、逆送決定の訴訟行為的評価は有効とされることになる。

次に、適法性について検討しよう。適法とされるためには、一般に、厳格(効力)規定と訓示規定の両者に合致していることが必要とされる。逆送決定については、二〇条による場合九条に掲げる専門的智識を活用しなかつたとき、二三条一項による場合は二三条一項の要件を満たさなかつたとき、²¹⁾などが考えられるが、いずれにせよ、調布事件につきこれら訓示規定に違反したという様子もなく、既に有効であることからしても、適法との評価は比較的容易に導けるように思われる。不利益変更禁止の問題も、少年法には訓示規定すら無いのであるから、特に最高裁先例もなかつた当時の事前判断の問題としては、この逆送決定を不適法と評価するのはかなり無理がある。

そうすると、該逆送決定は訴訟行為として適法・有効と評価されることになるが、では第一審および上告審が違法・無効と判断していることはどう考えたら良いであろうか。裁判例が原審の訴訟手続の適法・不適法に言及する場合、それは事後判断であつて、有効性および理由具備性を併せ合せて用いていることが多いのであるが、²²⁾調布事件においては不利益変更禁止原則違反にポイントが置かれており、²³⁾これを非難するのに違法・無効という表現を用いているにすぎないものと考えられる。換言すれば、「不利益変更禁止原則に違反している」から「違法・無効である」という表現になつたにすぎないので、重点は前者にあることは言うまでもない。しかしながら、事後判断といえども、前述し

たように「違法」という用語はそもそも実体法的評価基準であり、また訴訟法的评价基準と区別する観点からも、なるべく使用しないほうが良いと思われる。だが、では不適法なのかと問われれば、これまでの検討からは適法と言わざるを得ない。有効性についても裁判の原則的有効性に十分な根拠があることは指摘してきたとおりなのである。

こうしてみると、該逆送決定に問題があるとすれば、結局理由具備性に求めざるを得ないことになる。裁判については、その理由具備性を論じることには実益が無いと言われることがあるが、裁判も意思表示的訴訟行為であり、その意思表示の内容が正当であるか否かを判断することはできるのである。とりわけ、逆送決定のように爾後の訴訟行為を予定した裁判では、その理由具備性を論じる実益は大きいものと思われる。そこで、不利益変更禁止原則違反をいう第一審、そしてこれと同様の思考を示す上告審の評価は、実質的に、この理由具備性段階の瑕疵を指摘したものと解すべきなのである。この「理由無」判断を正当性という価値判断で捉え、「不当」との評価を下すことも、同様のことを述べていることになる。³⁵⁾

(三) 公訴提起行為

調布事件における公訴提起は、結局、刑法法三三八条四号によって棄却されている。この規定は、「公訴提起の手續がその規定に違反したため無効であるとき」と明言しており、該公訴提起行為の有効性に関しては、結論的には無効であるとの評価が成り立つことは動かない。しかし、この場合の無効は、最初から無効のではなく、いったん有効に成立した訴訟行為が、訴訟手續の途中で裁判をもって無効との評価をうける後発的無効、すなわち審理無効と呼ばれるものである。³⁶⁾これは、公訴棄却を言い渡すべき場合の手續が、公訴時効停止の効力を有する(二五四条一項)ことから明らかである。さらに、この公訴提起は少年法四五条五号の効力規定に違反するどころか、これに従ったものであるので、むしろ原則有効と考えるべきものである。

そこで、次に適法性の問題となるが、該公訴提起行為が少年法四五条五号但書の例外事由に該当しているにも拘らず行なわれたものであるとか、他の訴訟条件を欠くとかいった事情は無く、また、なんらかの訓示規定に違反しているといった瑕疵も指摘されていない。そして、適法・不適法の問題とは、これから訴訟行為を行なうにあたり、現在の行為を行なうことを法が許すか否かの事前判断の問題であり、事後に後発無効になる場合でもその時点での適法性判断には及ばないと解すべきである。³⁷⁾たとえ不利益変更禁止原則違反という場合でも、検察官独自の判断で(つまり逆送決定がこれに違反すると考えるときに)これを理由として不起訴とすべき明文はなく、なおこの公訴提起は適法行為と言わざるを得ない。

こうして、該公訴提起は、訴訟行為として適法・有効と評価されることになるが、第一審および上告審は、これを違法・無効と判断しているわけである。有効性の問題については両者に矛盾はなく、訴訟行為的判斷では当初有効を、³⁸⁾両判旨では後発無効を指摘しているまでである。これは、起訴条件として有効だが実体審理の条件としては無効だということでもある。有効な起訴であればこそ訴訟係属が生じ無効を宣言してもらえ、ということにもなる。このように、後発的無効で訴訟条件を欠くことから当然実体審理には入れないので、理由具備性についても問題とならない。問題となるのはやはり、適法性評価の違いである。両判旨は、後発的に無効となることから当然に「違法」評価をも導き出しているようであるが、後に無効となる現在有効な行為がその時点で適法とされる場合に、なぜに事後判断によつて不適法行為に転換されるのであろうか。むしろ当初有効であるからこそ、事後判断によつても適法行為とされるべきではあるまいか。やはり、後発無効となる該公訴提起行為は適法行為であり、第一審の判旨が言うような、検察官の「独自の見解」ということにはならないように思われる。

では、なぜ適法な公訴提起行為が無効とされることになるのか。これを説明するには、いわゆる「無効の波及」論

が参考になる。⁽⁴⁾すなわち、二個の訴訟行為が密接に関連しており、先になされたA行為の瑕疵が次のB行為を無効にする、というものである。B行為自体に瑕疵がないからといって常に有効と扱うのでは、適正手続の要請を没却することにもなる。⁽⁵⁾たとえ「適法」であつても「適正」であるとは限らないといつてもよい。⁽⁶⁾しかし、このことは逆にB行為の適法性を裏書きすることにもなる。そしてまた、無効行為を適法に承継することはありえないので、A行為は有効としなければならない。こうして、該公訴提起は、「無効」の波及を受けるというよりも、適法に、有効な「不当」逆送決定に従つたがゆえに無効とされるということになるのである。そしてこの密接な連鎖性から、先行逆送決定を「不当」と宣言することが可能となる。もし不適法にも、有効な「不当」逆送決定に従わなければ、先行逆送決定の「不当」性は、診断され得ないのである。したがつて、不当な逆送決定に基づく公訴提起の無効をいうためには公訴提起自体は適法でなければならぬことになる。「無効の波及」論は、A行為が裁判である場合にはとりわけ問題もあるので、ここでは、とりあえず「不当の無効的波及」とでもしておこう。

(四) 小 括

わが国現行の単線の少年司法制度⁽⁴³⁾における解釈論としては、逆送決定は保護手続から刑事手続に移行する重要な決定のひとつであり、その点、他の保護処分決定とは一線を画すものであることに疑いはないが、それでもその流れは連続的であつて、刑事手続および刑罰においても少年法一条に掲げる健全育成の理念が断念されているわけではない。そうすると、逆送決定はやはり中間決定とみるべきで、少年事件の手続もとりわけ逆送決定以降は、訴訟行為の連鎖によつて発展していくものと考えることができるといふことができる。起訴強制手続は単なる起訴法定主義に尽きるものではなく、保護手続・刑事手続間の少年法理念の連続性を担保するという意味があり(検察官の裁量を排して理念を直結させる)、通常の成人刑事事件における公訴提起とはその起訴の意味が異なると考えることができる。しかし、この連続性をもつて単

純に逆送決定違法・無効、ゆえに公訴提起違法・無効とすることはできない。訴訟行為評価の観点からは、むしろ逆送決定の有効性が公訴提起行為の連続性を担保するのであり、逆送決定の無効を宣言すると、理論的には公訴提起行為は不適法となり、少年法が起訴強制手続をもって企図した保護手続から刑事手続への理念的連続性は頓挫してしまうことになりかねない。ペーリングは、訴訟行為の無効性は、それに照応して後続する訴訟行為の不適法性と同義であるとすら言っているのである。⁴⁴したがって、公訴提起行為の適法性は論理的に導出されることになり、第一審および上告審の公訴提起行為の無効を導く論理は修正を余儀なくされる。すなわち、適法・有効な不当逆送決定に適法に従った当初有効な公訴提起行為は、逆送決定の「不当」性を(適法に)承継したがゆえに、後発的に無効(審理無効)とされる、と。

しかしながら、以上のように訴訟手続を分解して考え、その論理的脈絡を明確化しても、逆送決定と公訴提起行為からなる全体としての逆送手続が「適正」であるかどうかは別個の考察を必要とする問題である。そこで、次には、訴訟条件との関係も踏まえ、第一審および上告審と控訴審との逆送手続に対する捉え方の違いを見ながら、このことを考えてみよう。

(21) 福井厚『刑事訴訟法講義』二四三頁(法律文化社、一九九四)

(22) 従って、違法収集証拠排除といった用例では、その行為を不適法だとする判断とともに、実体的意味においてそれを違法だとする非難が入りこんでいるものと思われる。

(23) このうち、「適法性(Zulässigkeit)」については、かつては「許容性」と訳されることも多く、こちらのほうが適訳だとは思われるのであるが、「許容性」は証拠能力についてむしろ使用されており、また現在ではほとんど「適法性」で統一されつつあるようなので、これを使用する。「許容性」を支持する理由は、「適法性」ではなお実体的概念との区別がつきにくいこと、事前判断性に

ついでには、むしろ「許容性」といったほうがその日本語からしても理解しやすいこと、さらに、ドイツ語の日常感覚からすると、「許されている」、「受け入れられる」といった原語の意義に対し、「適法性」という訳語はもう少し厳格に感じられること、などである。

- (24) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要(七訂版)』一九一頁(創文社、一九六六)、高田卓爾『刑事訴訟法(二訂版)』一二六頁(青林書院、一九八四)、裁判所書記官研修所編『刑事訴訟法講義案(再訂版)』四一七頁(司法協会、昭六三)、福井・前掲書二四三頁等
- (25) 光藤景皎『刑事訴訟法行為論』二七頁(有斐閣、昭四九)
- (26) 光藤・前掲書二六頁
- (27) 青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論(上巻)』二二八頁(立花書房、昭五〇)
- (28) 注(17)および(18)を参照
- (29) 光藤・前掲書二二頁
- (30) 早川義郎「少年の刑事被告事件の取扱いについて」家月二五巻八号七頁
- (31) 「行なわなければならない」としていることから疑問もあるが、事の性質上、効力規定とするには馴染まないのではなからうか。ただ、非形式性も、合理的裁量の中にあることは当然である。
- (32) 青柳・前掲注(27)二二六頁
- (33) もっとも、前述のように最高裁は慎重にも、不利益変更禁止原則違反のゆえに逆送決定違法・無効との判示を避けており、「家庭裁判所が少年をいったん保護処分にした以上、その後少年側の抗告によって当初の保護処分が取り消された場合には、家庭裁判所は、少年に対し保護処分その他少年法の枠内における処遇をすべきものであり、これらの処遇より不利益な刑事処分を相当であるとして、少年法二〇条により事件を検察官に送致することはもはや許されないというべきである」から「違法・無効」としているにとどまる。
- (34) 高田・前掲書一二七頁等
- (35) 平野龍一『刑事訴訟法』九三頁(弘文堂、一九五四)
- (36) 石丸俊彦『刑事訴訟法』五二六頁(成文堂、一九九二)
- (37) 光藤・前掲書二二三頁参照

(38) 訴訟行為評価の順序としては、まず有効であることを前提とする必要があり、また逆に、通説によれば適法であれば原則有効とされることとなるので、後発無効はその時点における公訴提起行為の評価としてはなお顕在化したものではない。

(39) 裁判では公訴提起行為の最終的な効力を判断することとなるので、結局審理無効をいうことになる。この場合、事後的には適法・無効の評価が成り立つことになるが、前述のごとく、ペーリング説を採ればこのことはなんら問題とするには当たらない。

(40) 松尾浩也『刑事訴訟法(下)(新版)』三四五、三四六頁(弘文堂、一九九三)。ただし、先行する訴訟行為の有効性は、後行する訴訟行為の適法性に繋がるものであり、無効であるとは爾後の訴訟行為を遮断することであるから、およそ「無効」が波及するというのは表現に問題があるように思われる。

(41) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)(補正第四版)』八六頁(弘文堂、一九九六)は、違法逮捕に引き続き勾留請求について、(1)勾留請求を有効として扱うことが、将来における違法逮捕のくり返しを招くおそれがある場合、(2)適正手続の理念に反し司法の誠実性を傷つける場合、にはこれを無効としなければならないとする。

(42) 青柳・前掲注(27)二三五頁参照

(43) See N. Yoshinaka, Historical Analysis of the Juvenile Justice System in Japan, *The Hiroshima Law Journal*, Vol. 20 No. 3, Feb. 1997. また、拙稿「少年法三七条一項に掲げる少年刑事事件の事物管轄」*広島法學*二十一卷一号一四二頁参照。

(44) 光藤・前掲書二二頁

四 逆送手続の適正性

調布事件における逆送手続の適正性を考えるにあたっては、第一審および上告審と、控訴審との逆送手続の捉え方の違いを検証してみることが必要である。それには、これまでの考察に加えて、訴訟条件論の視点が重要となってくる。

少年刑事事件においては、すべて家庭裁判所を経由したものでなければならず、これが書かれざる訴訟条件である

ことは、判例・学説⁽⁴⁵⁾において、一般に認識されているところである。全件送致主義の建前からいっても、これは当然であるだろう。では、ここで「家庭裁判所を経由していること」とはどのような内容を指すのだろうか。これをもう少し厳密にいう学説は、「適法な検察官送致をもって少年刑事裁判の訴訟条件」としている⁽⁴⁷⁾。ここでの作業は、この内容を一層精密化することである。

まず、訴訟条件の意義であるが、ここでは少年法四五条五号に基づく公訴提起行為⁽⁴⁸⁾が検討対象に入ってくるので、一応、実体審判条件説を念頭において議論を進めることとする。それゆえ、「検察官送致」とはひとり逆送決定のみを指すものではなく、それ以前の手続やそれ以降の公訴提起行為をも指すことになる。ここではこれを逆送手続として一括する。もっともその中心となるのは、いうまでもなく、逆送決定と公訴提起行為である。

検討を要するのは、「適法な」という部分である。ここで「適法」とは、おそらく訴訟行為論的評価における適法・有効であることを要する、とすることには問題はない。すなわち、控訴審と、第一審および上告審との間で、適法・有効な逆送手続を訴訟条件とする点では一致があるとみてよいだろう。両者の違いは、それで十分か、という点にある。控訴審では、適法・有効な逆送手続（それは、適法・有効な逆送決定と、適法・有効な公訴提起行為とからなる）をもって、訴訟条件としては十分だとするものである。したがって、不利益変更禁止原則の適用も訴訟条件の問題ではないから、実体審理に入ってからその実体的処分と当初保護処分との比較を行なえばよい、と考えることになる。これに対して第一審および上告審では、適法・有効な逆送手続というだけではならず、特に適法・有効・正当な逆送決定と、適法・有効な公訴提起行為とが訴訟条件として求められることになる。したがって本件では、逆送決定の理由具備（正当）性判断で不当と評価されて結局公訴提起行為が後発的無効とされることにより訴訟条件を欠き公訴棄却、となったわけである。不利益変更禁止原則違反の問題も訴訟条件レベルで処理されることになる。この点、控訴

審の論理は、逆送決定が中間的処分であるから利益・不利益の比較対象とならないとするのであるが、そうではなく、訴訟条件を組成する中間処分たる逆送決定の訴訟行為的要件が、理由具備(正当)性判断の段階を不要としているがために訴訟条件レベルで問題とならないというにすぎない。逆送決定を中間的処分だとしても、前述したように訴訟行為論としては理由具備性を裁判について取り入れることはなお可能であり、そうだとすればこの部分で不利益変更禁止の問題も処理できるのである。⁽⁴⁹⁾

理論的には、訴訟条件の内容を控訴審のように考えることは十分可能である。しかし、現行法上それ自体に対して抗告できない逆送決定の正当性審査を、通常の訴訟条件審査段階以降の問題、すなわち実体審理の段階に持ち越すことになれば、それだけ被告人の身柄拘束が長期化する畏れがある。確かに正当性判断はある程度実質的なものにならざるを得ないが、抗告権規定を欠くこととの権衡上、少なくとも訴訟条件レベルで問題とする性質のものがあると考えることには十分な合理性がある。そのさいには、保護処分決定に対して抗告した結果の差戻審における逆送決定であるという点を顧慮し、形式裁判の活用を図るべきであると思われるのである。

このように考えてくると、訴訟条件としての逆送手続が適正であると言い得るためには、特に逆送決定の訴訟行為論的評価が、適法・有効であるだけではならず、理由具備性において理由有、すなわち正当であるとの評価まで必要とされ、それが訴訟条件レベルの問題として欠ける場合は、実質的に被告人早期解放の形式裁判として具体化するということまでを要するものと解される。現実的に被告人救済のための法理とならなければ、訴訟行為論も不毛なものとならざるを得ない。ただし、だからといって逆送決定が少年から少年審判を受ける権利それ自体を剝奪するものであるとまで積極的に攻撃する必要はないであろう。逆送決定に実質的理由がなければ逆送手続は適正とは言えず、形式裁判で打ち切られるとすれば十分である。公開の法廷で犯罪責任を追及され、さらに手続にさらされ続けるという、⁽⁵⁰⁾

いけば消極的理由があるから逆送決定には否定的判断が加わるので、少年審判を受ける権利を奪われるから逆送決定は悪だという積極的理由を加える必要はない。第一、合衆国の大部分の州におけるウェイヴァー規定と異なり、わが国の逆送決定はそれ自体が保護手続なのであり、特に調布事件の場合、審判開始決定を経たものであるから論理的には他の保護処分決定と変わらず、「特別な権利の保障をともなう少年審判」を既に受けており、その保障を受けて決定された検察官送致そのものが、さらに当該「少年審判を受ける権利を剝奪する」というのはいささか理解困難である。

さて、逆送決定の適正性が、被告人早期救済のための形式裁判を要請するとすれば、残された問題は、その形式裁判の効力と訴訟行為評価との関係である。個々の訴訟行為は、適法性や有効性の判断を加えられながら、裁判の成立を目指して訴訟を進展させていく。しかし、適法・有効な訴訟行為であっても、それが裁判の効力として認定され得るかどうかとは当然別問題である。そこで、最後に、調布事件の公訴棄却判決で確認されたものはいったい何かについて整理しておく。

(45) 東京高判昭二六・七・八高刑四卷九号一〇九八頁は、窃盜被告事件について、少年を成人と誤認し、少年法四二条、二〇条、四五条五号等の規定による手続を経ないでなされた公訴提起は、刑訴法三三八条四号によって棄却されるべきであるとした。

(46) 内藤文質「少年に対する刑事手続」『法律実務講座刑事編第七卷』一七一九頁(有斐閣、昭三〇)等

(47) 田宮編・前掲注(10)一三二頁

(48) 筑間正泰「刑事訴訟法三三九条一項四号について」慶応義塾大学法学研究会編『法学研究』六七巻五号三九頁によれば、訴訟事件とは、「訴訟の任務(具体的犯罪事実に基づく刑罰権の存否及びその範囲の確定・形成・定立すること)を果たすにふさわしく、開始、発展、終了の条件であり、このうち開始の条件を公訴提起の条件といい、発展、終了の条件を实体審判の条件という。」と定

義づけられる。訴訟条件論については様々な議論があるが、別の機会に譲らざるを得ない。

- (49) ただ、要は問題を訴訟条件レベルに解消して被告人の早期解放を図ることにあり、理由具備性の内実を明文規定のない不利益変更禁止原則にかからしめることがはたして妥当なものかどうかについては、なお今後の課題としたい。利益・不利益の比較問題にはなお困難性があるように思われる。葛野・前掲注(5)一一三頁は、「いかなる刑罰も保護処分に対して利益となる余地はない。」と断言され、いくつかの例を出されている。しかし、いかなる刑罰も「前科となつて、犯罪人名簿に登録されるわけではない(原則として罰金以上の刑の言渡しがあつたとき)」、「資格制限の事由にもなるわけではない(これも罰金以上でしかも裁量的なものが多い。重要なものは禁錮以上がほとんどである)。また、執行猶予付き懲役刑と少年院送致とを比べられて、執行猶予が取り消されると刑が執行されて身柄の拘禁と刑務作業が強制される可能性があるから後者は前者より利益であるとはいえない」とされる。しかしこの場合も、わが国の執行猶予制度は条件付有罪判決主義を採用しており、猶予期間の経過により刑の言渡しはその効力を失うことから累犯認定の關係で前科とはならないので、無事経過すればどちらが利益であるとかは断言できないと思われる。しかし、より本質的な問題は、利益・不利益の比較を行うことじたいが、少年の健全育成の理念のもと保護も刑事も一元的に統一した現行少年法の立法趣旨に副うものかどうかであり、被告人救済の論理であるなら、むしろ二重の危険論のほうが、前提課題ではないかと考えられるのである。

- (50) 栗原平八郎「少年事件」『公判法体系Ⅲ』一九〇頁(日本評論社、一九七四)によれば、実務では、検察官が証拠調手続の冒頭に逆送決定の原本または謄本の証拠調を請求し、これによって逆送決定の存否を確認するという。

- (51) 葛野・前掲注(5)一〇三頁

四 形式裁判の効力

調布事件においては、結局第一審の、被告人Cに対する公訴棄却判決が確定し、「公訴提起の手続」は、その規定に違反したため無効である、ということになった(刑訴法三三八条四号)。これを直截に見ると、前提問題に対する色々

な判断はあったが、結局は公訴提起手続無効の宣言に、この事件の評価は収斂する、ということになるであろうか。しかし、これまで述べてきたように、公訴提起行為そのものは起訴強制の結果逆送決定の不当性を承継したのであり、むしろ問題は先行逆送決定にこそあったはずである。それにもかかわらず、該逆送決定の不当性は判決内容としては理由中に存するにすぎない。これは、逆送決定自体に対する抗告ができないことから、実体的判断を求める裁判の訴訟条件として直接審査対象となる公訴提起手続の有効性を判断するのに必要な限度で言及される以上、仕方ないことかもしれない。そこであとは、理由中の判断に何らかの効力を認めることができるか否か、という点に議論は移行することになる。

まず、既判力³²⁾との関係で考えてみたい。實際上ほとんどありえないが、もし仮に検察官が、第一審判決に顕れた逆送決定の法的判断と異なる判断または法律構成を主張して再訴を提起した場合はどうなるのだろうか。第一審判決の法的判断は、訴訟行為評価の点についてはともかく、不利益変更禁止原則の適用を認めたくえでこれを訴訟条件の問題としたということであった。同じく不利益変更禁止原則の適用を認めた控訴審判決は、この原則適用の場面は実体的審理の段階にあるとしている。ただ控訴審の法律構成は既に上告審で破棄されたので、問題となるのはもつと別の法律構成であろう。例えば、不利益変更禁止の問題をやはり訴訟条件レベルにあるとしつつ、その逆送決定の理由有判断を積極的に行なって正当性を主張し、訴訟条件に欠けるところはない、とするような構成が考えられる。裁判理由中に一定程度で拘束力を認めようとする見解³³⁾、あるいは形式裁判の正文は本件公訴を棄却するというにすぎないから判決理由中の判断に後訴への拘束力を認めなければ意味がないという見解³⁴⁾は、このような場合の再訴を封じることの意義を指摘するのもかもしれない。しかし、既判力は裁判の意思表示部分である正文に生じるとする見解³⁵⁾においても、事情変更の無い同一事態のもとにおいては、やはり前の判断に拘束されると考えられるので、特に法的判断の問題に

關しては理由中に拘束力を認めたのと同様の効果が得られるのではあるまいか。⁽⁵⁶⁾ だとすれば、既判力の問題としては理由中にも拘束力が及ぶとする必要はない。訴訟理論としては、刑事訴訟の訴訟物は具体的犯罪事実に基づく刑罰権の存否及びその範囲であつて、その前提にとどまる裁判の理由は具体的規範とはなり得ず、そしてまた裁判の規準性もそもそも主張された具体的刑罰権に対して生じるものであるから、本来は当事者間にしか及び得ないと考えられるのである。⁽⁵⁷⁾ このような立場は被告人の法的地位を不安定なものにする畏れがあるとの懸念もあるが、その手当ては、実は刑事政策論的考慮によつてまかなわれる必要があるのではないかと思われる。⁽⁵⁸⁾

こうして、逆送決定の不当性判断も、理論的には当該手続外における効力にまでは及ばないと考えざるを得ない。しかし、その前提となる裁判効力の問題としては、なお検討の余地があるのであるのではなからうか。まず、当該手続内における効力すなわち形式的確定力についてはどうか。現行法上拘束力を問題にする実益はほとんどないといつてよいが、⁽⁵⁹⁾ 刑訴法四一五条一項における判決内容は主文と理由の重要部分を含むと考えられており、また上訴については理由中の判断を問題とせざるを得ないので、⁽⁶⁰⁾ 拘束力の生じる範囲について、主文を導く直接の理由にまで広げてよいのか、もしれない。さらに、確定力の前提となる確認効については、そのものについて上訴や別訴を予定していないので、理由を含む意思表示内容の範囲をもつと広げて考えることができるようにも思われる。少なくとも主文を導くうえで必要不可欠な理由にまでは広げることができよう。そうすると、形式的確定力と確認効については、逆送決定の不当性にまでその効力が及ぶと考えることができるのである。この意味において、第一審の判旨が「逆送決定の違法」を認定しながら、判決時被告人が成人となつてゐるという理由とは別に、経緯に照らして少年法五五條の移送が妥当でない⁽⁶¹⁾と積極的に判断しているのは、論理的ではない。逆送に問題があつたことが確認されれば、観念的には家裁再送致が論理的であり、実際もし被告人がなお少年であれば五五條移送の余地はあつたはずだからである。

(52) 内容的確定力といってもよいが、その場合執行力を含む趣旨の学説も多いので、確定裁判の別訴に対する効力としてこの用語を使う。

(53) 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』四四三頁(有斐閣、一九九六)等

(54) 光藤景皎「公訴棄却の裁判」『公判法体系Ⅲ』二六九頁(日本評論社、一九七四)

(55) 筑間・前掲論文五六頁、福井・前掲書三六七頁等

(56) 勿論この場合の不可変更点の範囲は、主文を支える事実のみ及ぶと考えられるので、主文を導くうえで必要不可欠な理由にまで拘束力を認めるとする見解との隔たりは少なくない。

(57) 筑間正泰「一事件一裁判の原則」『広島法学』四巻四号一二七頁

(58) 井上正治「形式裁判の内容的確定力」『法政研究(九州大学)』二一巻三・四号二五四頁

(59) 井上・前掲論文二五八頁も、「自由心証主義には合理性がある。もしこれを制限するものがあるとすれば、別の政策的な配慮にもとづく結果である。」とされている。

(60) 青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論(下巻)』六三〇頁(立花書房、昭五〇)

(61) 団藤・前掲書五二二頁参照

おわりに

本稿では、少年法における起訴強制手続の意義について、調布事件を素材として検討してみた。従来、調布事件の考察にあたっては、逆送決定の瑕疵が公訴提起の瑕疵として承継される論理につき、十分な説明は加えられてこなかった。それは少年法四五条五号の起訴強制が働くがゆえに自明のことであるとされてきたようにも思える。しかし逆に、起訴強制が働くのだから検察官としては不当な逆送があった場合にも起訴せざるを得ず、この公訴提起行為は本

来非難できないはずのものである。それどころか、判例・学説の論理に従うと、この「違法・無効」と判断される公訴提起行為によって、逆送決定の「違法・無効」を認定するという理屈になるが、前者は「違法・無効」であるから打ち消されるべきであるとしながら、その打ち消されるべき前者を用いて後者の判断を行なわなければならないということになる。ここには明らかな矛盾があり、論理的には公訴提起行為を適法・当初有効と解しなければ、逆送決定の不当性は導けないはずである。したがって、訴訟行為論としては、該公訴提起行為は事後の評価においても適法とされるべきでなのである。むしろ、逆説的であるが、検察官には、適法に起訴して逆送決定の不当性を裁判所に判断してもらおうことが求められているとさえいつてよい。逆送決定に対する抗告権規定のない現行制度のもとにおいては、このような解釈論が必要であり、いたずらに検察官の訴訟行為を批判するのは理論的とはいえない。

こうして、調布事件における逆送手続の問題性はむしろ逆送決定にこそ存するとしなければならぬ。しかし、その逆送決定の実質的な問題性を実体審理の段階まで持ち越すことは、被告人に耐えがたい手続負担を強いることになり。つまり、訴訟条件としての逆送決定の評価を適法性で十分としてしまつては、逆送手続の適正性は担保されないものと考えられる。逆送手続の適正性は、訴訟条件の内実として逆送決定の適法性のみならず実質的な正当性判断をも要請するのである。それは、形式裁判によつて被告人を早期に手続から解放することを可能にする。そしてその形式裁判である公訴棄却の判決は、形式的確定力ないし確認効として逆送決定の不当性を肯定するところとなる。したがつて、被告人がなお少年であつたならば、五五条移送によつて再び家裁に係属し、例えば不処分といった終局決定を得られる、という論理になるのである。

以上、大変不十分乍ら、少年法における起訴強制手続の一場面について考えてみた。現行少年法の理念は、起訴強制という検察官の訴追裁量を排除したシステムを持つことによつて、刑事手続移行後もその連続性を担保することが

でき、さらに訴訟条件としての正当な逆送決定を内実とすることによって、適正手続の保障として具体化されているとみることができるのである。なお本稿は、その問題解決の性質上、刑訴法学の基礎理論等については、ある程度所与の前提として議論を進めざるを得なかったが、訴訟行為論や訴訟条件論等、それじたいにまだまだ論ずべき点が残されているのは当然であり、正当な逆送決定の内容解明と同様、今後の課題としていきたい。