



コア・カリキュラム 刑事訴訟法



第2編 公訴の提起

第1章 公訴権の運用とその規制

本書の使用方法

「コア・カリキュラム7法」シリーズの刑事訴訟法（第1編）です。

これは、コア・カリキュラムにそって、必要十分な記載を加えた司法試験受験対策ノートです。

【本書の特徴】

本書は、忠実にコア・カリキュラムにそって必要かつ十分な情報を加えたものです。

特に本書は条文の理解を重視したものになっています。

また、司法試験では判例の十分な理解が試されます。そこで、判例の理解の助けになる情報を積極的に記載しています。

ナンバリングは

1
(1)
ア
(ア)

という一般的なものにしています。

整理しやすくするために、要件や理由等は①②③など分けて把握やすくしています。

【使い方】

特定の項目だけを勉強したい場合にも対応

本書は、コア・カリキュラムにおいて「●」印で要求される事項に関して、論文・択一で問われる可能性のある情報を網羅しています。

そのため、他と往復する情報でもあえて記載を省略せず、各項目だけでも十分に理解できるように配慮しています。

もちろん、「自分にとっては不要だ」という場合はその事項を飛ばせばいいので、そのために小まめなナンバリングを心がけました。

【刑事訴訟法の特徴】

刑事訴訟法は学者と実務家の立場が鮮明に異なる分野でもあるため、実務家登用試験としては学者の書いたものでは、ときとして誤った理解になるおそれがあります。

もっとも、法解釈の能力も必要不可欠なので、判例の結論のみを知っておけばよいというわけでもありません。

このように、刑事訴訟法は学者と実務家の狭間で様々な要求が求められる科目です。そこで、司法試験が実務家登用試験であり、出題の趣旨等でも判例の理解が重視されていることも考えて、判例・実務の立場を重視した内容になっています。

ただし、コア・カリキュラムで、「主要な考え方をふまえて説明することができる」とされている部分については、学説についても必要十分な内容を加えています。

第1節 検察官の事件処理

第1節 検察官の事件処理

●検察官の行う事件処理の種類（狭義の不起訴処分・起訴猶予処分、起訴処分、家庭裁判所送致等）について理解している。

1 処理すべき事件

警察からの送致・送付、家庭裁判所からの送致（少19条2項.20条.23条1項・3項）、検察官に対する告訴・告発・請求・自首、他の検察庁の検察官からの送致（258条）などによって、処理すべき事件が検察官に集中する。

この他に、自ら捜査を開始した検察官認知事件、起訴猶予・中止処分後の新証拠の発見、検察審査会による起訴相当・不起訴不相当の議決（検審39条の5）などにともない再捜査を行った再起の事件がある。

検察官はこれらの事件について、終局または中間処分を行う。終局処分には、起訴・不起訴処分、少年事件の家裁送致（少42条1項）があり、中間処分には、一時的に捜査を中止する中止処分、所属検察庁に対応する裁判所の管轄に属しない事件を他の検察庁の検察官に送致する処分（258条）がある。

2 起訴・不起訴処分

（1）起訴

ア 意義

「公訴の提起」（256条1項）を起訴という。「公訴」（247条）とは、公の立場でなされる刑事の訴えである。公訴の提起は、捜査の一応のしめくりであると同時に、公判手続の出発点という意味をもつ。すなわち、それまで捜査機関によって一方的になされてきた捜査に一応の結着がつけられ、今度は裁単蹄本来の裁判機関として現われ、検察官の相手方としての被告人の立場が具体化し、当事者主義的な訴訟構造が明確化してくるわけである。

起訴は、裁判所に対し刑事事件の審判を求める検察官の意思表示である。

イ 公訴提起の効果

① 訴訟係属

公訴の対象となった事件について審判されるべき状態が生じる。

② 時効停止

公訴効は当該事件についての公訴提起によってその進行を停止する（254条）。

③ 二重起訴の禁止

公訴の提起があると、同一事件について重ねて公訴提起するととができない（338条3項）。

ウ 起訴の形式

起訴の形式は、求める審判の形式によって異なる。

① 公判請求（256条1項）

公判廷での審判（正式裁判（465条参照））を求めるもので、起訴の原則的形式である（271条以下参照）。

② 即決裁判手続の申立て（350条の2）

公判請求の一形式で、軽微で争いのない事件において、被告人の同意を得て行う、簡略な公判手続による審判の請求である。

③ 略式命令請求（461条）

100万円以下の罰金・料金を科すべき事件において、被告人に異議のない場合に行う、簡易裁判所の書面による審判の請求である。

④ 交通事故即決裁判の請求（交通裁判3条）

50万円以下の罰金または料金を科すべき道交法違反事件において、被告人に異議のない場合に、簡易裁判所における公判審理による即決裁判を求めるものである。1967年の道路交通法改正による交通反則通告制度の新設などにともない、実務では現在行われておらず、道交法違反事件の多くは在宅在庁方式の略式手続で処理されている。

（2） 不起訴

ア 不起訴処分の意味

公訴の提起をしない処分である。広義の不起訴処分は、

- ① 訴訟条件が欠ける、犯罪不成立、証拠不十分、刑の必要的免除事由があるなどの理由から起訴できない場合（狭義の不起訴）と、
- ② 訴訟条件および起訴するに足りる証拠があるが、起訴が不相当であるために起訴しない場合（起訴猶予）とに分かれる。

イ 起訴猶予処分の効果

起訴猶予処分は実体裁判のような確定力は生じないので、検察官、裁判官を羈束しない（名古屋高判昭和27年5月8日判特30号80頁。なお、最判昭和32年5月24日刑集11巻5号1540頁は、検察官が一旦不起訴にした犯罪を後日起訴しても、憲法39条に違反するものではないとする）。しかし、特別の事情もないのに、起訴猶予処分を取り消して起訴するのは相当でない。

起訴猶予処分に対する不服申立てには、他の理由による不起訴処分に対するのと同様、検察審査会への審査申立て（検審30条）、準起訴手続における付審判請求（262条以下）がある。検察庁法の認める監督権（検7～10条）の発動を求めることもその1つである。

告訴人等に対する事件処理結果、理由告知制度（260条以下）は不服申立制ではないが、事件処理に際して検察官に対する相当な心理的規制となり、前記各制度の前提となる制度である。

また、検察庁においては、平成11年4月から被害者通知制度を実施し、被害者その他の刑事事件関係者の要望に応じて事件の処理結果等を通知している。

ウ 起訴便宜主義の例外

家庭裁判所が、少年の保護事件について、少年法20条の規定により、刑事処分を相当と認めて検察官に送致した場合、検察官は、公訴を提起するに足りる犯罪の嫌疑がある以上、必ず公訴を提起しなければならない、新たな情状事実を発見したり、送致後の状況により訴追を相当でないと思料するときは、家庭裁判所に再送致しなければならない（少45条5号・42条）。

3 事件処理に伴う措置

- ① 不起訴処分をした場合において、検察官は、被疑者の請求があるときは、速やかにその旨を告げなければならない（259条）。被疑者は、検察官の終局（起訴・不起訴）処分が決定するま

では、精神的に不安定な立場に立つ。起訴処分（公訴の提起）の場合は起訴状が送達される（271条）が、不起訴処分の場合には被疑者に対する特段の手続はなしそのため不起訴処分がなされたことを知らない被疑者の不安は持続する。そこで、被疑者の地位の安定を図るため被疑者に不起訴処分の告知を求める権利を認めたのが259条の規定である。

② 告訴人・告発人・請求人には、起訴・不起訴・公訴の取消し・送致の処分をしたときは、速やかに通知しなければならない（260条）。告訴、告発および請求が訴追機関に犯罪事実を申告して犯人の処罰を求める意思表示であることから、検察官が当該犯罪事実につきいかなる処分をしたかを通知するのは当然である。しかし、260条の重要な目的は、不起訴処分の場合、その理由の告知の請求（261条）を容易ならしめて検察官の不起訴処分の当否につき検討する機会を与え、検察審査会に対する審査の請求権（検審30条）、準起訴の請求権（262条）を保全するとともに、検察官の恣意的な不起訴処分を抑制する点にある。

不起訴の処分をした場合において、告訴人などからの請求があるときは、速やかにその理由を告げなければならない（261条）。これは、検察官の不起訴処分に対する不服申立てとしての検察審査会による審査の申立て（検審30条）および付審判の請求（262条）の前提として不起訴処分理由を知らしめる趣旨である。

第2節 公訴提起の基本原則

第2節 公訴提起の基本原則

2-1 国家訴追主義・起訴独占主義

●国家訴追主義と起訴独占主義について、条文上の根拠を示した上、私人訴追主義等と対比しながら、その意義を説明することができる。

247条は、「公訴は、検察官がこれを行う」と定める。この規定は、国家機関である検察官が公訴権を行使するという点で国家訴追主義を、国家機関の中の検察官のみが公訴を行うという点で起訴独占主義を定めたものである。

国家訴追主義と起訴独占主義の両者の有する意義は、公益の代表者たる検察官（検4条）が、被害者訴追制度のように個人的復讐観念のみに支配されることなく、犯罪の軽重や社会的影響、その他の諸事情を総合的に考慮して公訴権を運用するといった点にある。

また、全国的な一体組織を有する検察官が訴追機関となることによって、起訴・不起訴の地域的不平等が是正され公訴権運用の公平が図られることになる。これらの利点は起訴便宜主義と結びつくことでより一層効果的になる。

反面、検察官の官僚的独善という批難を受けたり、公訴権行使が一方に片寄っていると見られる可能性がある。

2-2 起訴便宜主義

●起訴便宜主義について、条文上の根拠を示した上、起訴法定主義と対比しながら、その意義を説明することができる。

1 起訴便宜主義と起訴法定主義

248条は、「訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる」と定め、起訴便宜主義を規定する。すなわち、犯罪の嫌疑があり、かつ訴訟条件が具備していても、犯罪や犯人の個別的事情により公訴提起を差し控えることができる、という主義である。すなわち、犯罪が立証でき訴訟条件を具備することが明らかな場合でも、検察官の裁量により起訴猶予処分として訴追しないことが法律上認められている。

これに対立するのが、犯罪の嫌疑と訴訟条件が具備する限り訴訟が義務づけられるとする起訴法定主義である。起訴法定主義は公訴の取消を認めない考え方（不変更主義）と、起訴便宜主義はこれを徹底すると公訴の取消を認める考え方（変更主義）とにそれぞれ結びつく。現行法は便宜主義の制度目的を徹底するため、公訴取消について変更主義を採用している（257条）。

2 両制度の長所・短所

起訴法定主義は公訴権運用の際の不当な政治的考慮の介入の余地をなくし、公平な運用を期待できる長所があるとされているが、犯罪や犯人の個別的事情を起訴段階で考慮しないのはかえって不公平であり、一般予防、特別予防の効果も阻害することになる。

これに対し、起訴便宜主義は犯罪の予防的効果、特に特別予防的機能を発揮し、犯罪者に前科者の刻印を押さずに更生の機会を与え、また検察官、裁判所をして重要事件にその力を集中することを可能ならしめるものであり、わが国では旧刑訴法279条以来、明文でこの起訴便宜主義を採

用し、現行法においても諸外国に例をみないくらい大幅にこの制度を採用している。

なお、246条但書は微罪処分について規定し、検察官が指定した軽微犯罪について司法警察員の手もとで不問にすることができる旨認めているが、これも起訴猶予制度につながるものといえよう。

●起訴猶予処分を行う際の考慮要素について、条文に則して説明することができる。

起訴猶予処分を行う際の考慮要素について、248条において「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況」が列挙されている。列挙された事情は事件処理に際し考慮すべき事項であるが、結局、具体的事件の処理に際しては諸事情の総合考慮を要する。

「犯人の性格、年齢、境遇」というのは、主として犯人の危険性などの主体的条件である。境遇には生活歴とか保護環境も含む。

「犯罪の軽重、情状」とは、一般予防的見地を考慮したもので、犯罪に対する評価の問題であり、法定刑、法律上の加重減輕などの抽象的事由から、被害の大小、犯行動機、目的、計画性、犯行態様の残虐性等の具体的事由まで含まれる。この点は、いわゆる量刑の相場についていわれることとパラレルに考えられよう。

「犯行後の情況」とは、改俊の情、被害弁償、示談の有無等も含む。

248条に従い、共犯の1人が起訴され他の1人が起訴されないことになっても憲法14条に反しないのは当然である（最判昭和26年9月14刑集5巻10号1933頁、最判昭和33年10月24日刑集12巻14号3385頁）。

●公訴取消の制度について、条文上の根拠を示したうえで説明することができる。

257条は、「公訴は、第一審の判決があるまでこれを取り消すことができる」とする。これは、起訴変更主義を規定したものであり、起訴便宜主義（248条）をとる当然の帰結である。すなわち、公訴提起前においては犯罪の客観的嫌疑の存在にかかわらず、犯人の人的事由、犯罪の軽重・情状および犯罪後の情況により起訴を猶予できるとする起訴便宜主義の精神は、公訴提起後においてもこれを否定する理由はなく、したがって、公訴提起後にこのような事由が存するときは、検察官は公訴を取り消すことができることになる。

公訴取消がこのような起訴猶予相当事由の存在する場合に限られるものでないことはいうまでもなく、法文上何ら制限は設けられていない。もっとも、実際に公訴の取消がなされるのは、法人の消滅、被告人の死亡、確定判決の存在、起訴の基礎となった重要な判例の変更等を理由とする場合が多い。

なお、訴因がきわめて多数に上り、公判の著しい長期化が懸念された宗教集団教祖に対する殺人等被告事件について、審理促進のため、例外的に、量刑に関係がないと思われる一部の事件について、公訴の取消を行なった例がある。

公訴の取消後の再起訴については、制限規定があるが可能である（340条）。

公訴の取消は訴因の撤回とは異なる。数個の訴因で組成された公訴事実の中の一訴因を取り除くのは訴因の撤回であるが、全部の訴因を撤回するのは公訴の取消である。

第3節 公訴権運用の規制

第3節 公訴権運用の規制

3-1 不起訴処分に対する規制

3-1-1 検察審査会

●検察審査会制度の概要（構成、権限、申立・審査手続、議決の種類と効力等）及び趣旨について理解している。

1 意義

検察審査会とは、「公訴権の実行に関し民意を反映させてその適正を図るため」（検審1条1項）、検察審査会法に基づいて創設された機関である。地方裁判所およびその支部の所在地に置かれる。

起訴便宜主義を採用するわが国においては、検察官の官僚的独善のおそれや、公訴権行使が一方に片寄っていると見られる可能性がある。そこで、公訴権の適正 妥当な運用を確保するための諸制度が設けられている。検察審査会による不起訴処分の当否の審査は、検察官の個々の職務行為が適正を失わないようにするための制度である。

検察審査会による不起訴処分の審査については、従来、検事は、検察審査会の議決を参考にし、公訴を提起すべきものと思料するときは、起訴の手続をしなければならないとされていたものの、公訴を提起するかどうかは最終的には検察官が判断することとされていた。これに対して、平成16年の検察審査会法改正により、検察審査会の起訴議決に基づき公訴が提起される制度が導入された。

具体的には、検察審査会が、最初の審査において、起訴相当議決（検審39条の5第1項1号）をしたのに対し、検察官が再度不起訴処分をしたとき、あるいは、一定期間内に公訴を提起しないときは、検察審査会は、改めて審査を行なって（検審41条の2）、再度起訴を相当と認めるときは、起訴議決をし（検審41条の6第1項）、起訴議決があると、これに基づき、裁判所の指定により検察官の職務を行なう弁護士が公訴提起の手続をとるというものである（検審41条の10）。

2 構成・権限

検察審査会は、選挙人名簿からクジで選ばれた一般市民11名で構成され（検審4条）、申立てまたは職権によって、「検察官の公訴を提起しない処分の当否の審査」などを行う（検審2条）。従来、検察審査会が検察官の不起訴処分を不当として行った「起訴相当」の議決に法的拘束力がないことが問題となっていたが、平成16年の検察審査会法改正でこの点が改められた。

3 審査手続

（1） 申立権者

告訴人・告発人・請求人・被害者（被害者死亡のときはその配偶者・直系親族・兄弟姉妹）（検審2条2項）は、不起訴処分に不服があるときは、処分をした検察官の属する検察庁の所在地を管轄する検察審査会に、処分の当否の審査を申し立てることができる（検審30条）。

（2） 審査・議決

検察審査会は、審査の申立てがあれば、審査員全員が出席して審査会議を開き、事件記録を

調べ、ときには証人を呼んだり、公務所に照会して必要事項の報告を求めるなどして、不起訴処分が妥当であったか否かを検討する。事件の罪種には限定がなく、申立てがなくとも、審査会は職権で審査事件を取り上げることが可能である（検審21条以下・2条）。

審査を経て行う議決には、

- ① 起訴を相当（起訴すべきである）とする議決
- ② 不起訴処分を不当（捜査が不十分である）とする議決
- ③ 不起訴処分を相当とする議決

がある（検審39条の5第1項）。すなわち、積極的に起訴が相当であるとの意見がまとまれば①起訴相当、改めてより詳しい捜査を望むときは②不起訴不当、審査会は、審査の結果、不起訴処分は妥当であったと判断すれば③不起訴相当の各議決をすることになる。

②不起訴不当および③不起訴相当の議決は過半数で決することができるが（検審27条）、①起訴相当は、検察審査員8名以上（11名中）の多数決によらなければならない（39条の5第2項）。議決を行ったときは、議決書謄本が、不起訴処分をした検察官を指揮監督する検事正および検察官適格審査会に送付される（検審40条）。

①起訴相当または②不起訴不当の議決があった場合は、検察官は、速やかに、議決を参考にして起訴・不起訴の処分を行い、議決をした検察審査会にその旨を通知しなければならない（検審41条）。

（3） 起訴議決の拘束力

ア 再審査後の起訴議決

①起訴相当の議決を行った検察審査会が、検察官から不起訴処分の通知を受けたときは、不起訴処分の当否の審査を行わなければならない（検審41条の2第1項）。3か月以内に、検察官が起訴・不起訴の処分の通知をしない場合も、不起訴処分があったものとして審査を行う（検審2項）。

再審査にあたっては、弁護士の中から審査補助員を委嘱し法律に関する専門的な知見をも踏まえつつ、審査を行わなければならない（検審41条の4）。再審査の結果、起訴すべき旨の起訴議決をするときは、あらかじめ、検察官に検察審査会に出席して意見を述べる機会を与えなければならない（検審41条の6第2項）。

起訴議決は、検察審査員8名以上（11名中）の多数で行う（検審1項）。

起訴議決をしたときは、できる限り日時・場所・方法をもって犯罪構成事実を特定して、認定した犯罪事実を議決書に記載し、議決書謄本を当該検察審査会の所在地を管轄する地方裁判所に送付する（検審41条の7）。

イ 指定弁護士による公訴

議決書謄本の送付を受けた裁判所は、公訴提起・維持にあたる者を弁護士の中から指定し指定弁護士は公訴提起・維持のため検察官の職務を行う（検審41条の9第1項・3項本文）。

指定弁護士は、速やかに、起訴議決にかかる事件について公訴を提起しなければならない（検審41条の10第1項）。

検察事務官・司法警察職員に対する捜査の指揮は、検察官に囑託して行う（検審41条の9第3項但書き）。これによって、起訴議決に法的拘束力が付与され、公訴提起に民意が直接反映される

ことになった。

3-1-2付審判請求手続

●付審判請求手続の概要（対象犯罪、請求・審理手続、付審判決定の効果等）及び趣旨について理解している。

1 意義

付審判請求とは、告訴・告発をした者が、検察官の公訴を提起しない処分に不服があるときに、事件を裁判所の審判に付すことを、その検察官所属の検察庁の所在地を管轄する地方裁判所に請求することをいう（262条1項、通信傍受30条3項）。

検察官の不起訴処分の是正を目的とし、検察官の起訴独占主義に対する例外である裁判上の準起訴手続に関する制度である。

2 対象犯罪

刑法193条から196条（公務員職権濫用、特別公務員職権濫用、特別公務員暴行陵虐）、破防法45条（公安調査官の職権濫用）、無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律42条もしくは43条（公安調査官、警察職員の職権濫用）、通信傍受法30条1項・2項の罪（捜査・調査の権限を有する公務員による通信の秘密を侵す行為）が対象となる。検察官が公務員の職務犯罪を公正に訴追しない場合に備えた制度である。特に戦前に問題となった捜査における「人権蹂躪」の防止を目的とするので、職権濫用罪に限られている。

職権濫用の罪が他の罪と観念的競合など科刑上罪の関係になる場合および他の罪に吸収される場合に、全体として不起訴処分になれば、職権濫用罪につき付審判請求をなしうる（広島地決昭和46年2月26日判時622号27頁）。検察官が当該事件が職権濫用罪を構成しないと認めた場合でも、なお付審判請求をなしうる。

3 請求手続き

（1） 請求

付審判請求は、260条の不起訴の通知を受けてから7日以内に、犯罪事実および証拠を記載した請求書を、不起訴処分をした検察官に提出して行う（262条2項、規169条）。

検察官は、請求の理由があると認めるときは公訴を提起しなければならない（264条）。請求の理由がないと判断するときには、7日以内に、請求書を、不起訴の理由を付した意見書、書類・証拠物とともに裁判所に送付する（規171条）。

（2） 審理手続

付審判請求に関する審理および裁判は合議体で行う（265条1項）。

裁判所は、事実の取調べを行い（43条3項）、総則規定によって強制処分を行うことができる。

請求が不適法（法令上の方式違反または請求権消滅後の請求）または理由がないときは、決定で請求を棄却する（266条1号）。これについては、通常抗告をすることができる（最大決昭和28年12月22日刑集7巻13号2595頁）。

請求の理由があるときは、事件を管轄地方裁判所の審判に付す決定を行う（同2号）。

4 付審判決定の効果

（1） 指定弁護士による公訴

審判に付す決定があったときは、その事件について公訴の提起があったものとみなされる（267条）。起訴独占主義の例外である。

受訴裁判所は、公訴を維持し検察官の職務を行うべき者を弁護士の中から指定する（268条1項）。指定弁護士は、事件について公訴を維持するため、裁判の確定に至るまで検察官の職務を行うが、検察事務官・司法警察職員に対する捜査の指揮は、検察官に囑託して行う（268条2項）。

（2） 公訴時効の停止

「公訴の提起があったものとみなす」とした趣旨は、検察官の公訴提起を要せず当然に事件が管轄地方裁判所に係属し、検察官が公訴提起したのと同様の効力を生ずるところにある。公訴時効については、判例は、付審判決定があったときに停止する（254条）とする（最決昭和33年5月27日刑集12巻8号1665頁）。

3-2起訴処分に対する規制

●公訴権濫用論の意義について、判例の立場をふまえ、具体例を挙げながら説明することができる。

1 問題の所在

（1） 意義

公訴権濫用論とは、検察官による公訴権の行使が権限の濫用といえる場合には、裁判所は形式裁判で訴訟手続を打ち切るべきである旨の主張である。

公訴権の濫用として、一般に取り上げられてきた類型は、

- ① 起訴猶予裁量を逸脱した起訴
- ② 犯罪の嫌疑なき起訴
- ③ 違法捜査を伴う起訴

の3種である。

刑事訴訟法は、もともと検察官による公訴権の行使につき何らの制約も課していないわけではない。例えば、管轄違い、刑の廃止、大赦、公訴時効の完成、二重起訴、親告罪における告訴の欠如、被告人の死亡などの事実があれば、公訴の提起・追行は許されず、形式裁判で手続は打ち切られる。このような訴訟障害事由がないことを訴訟条件という。したがって、法定の訴訟条件を欠いた起訴は不適法・無効であり、これを公訴権の濫用と呼ぶこともできる。もっとも、これらの訴訟条件は個別的・具体的であり（329条、337～339条）、その存否は客観的に明確な基準で判断できる。

（2） 各類型の有する問題点

これに対して、冒頭の類型（①～③）は、これまで要求されてきたような法定の訴訟条件に欠けるところはないが、それでも不適法・無効であるとして手続を打ち切る裁判をすることはできないかを問題とするものである（実体裁判は適法・有効な起訴を前提として有罪か無罪を言い渡す裁判である）。

前記の3類型については、①については、手続を打ち切ることは理論的・実質的に相当か、②について、理論的に手続打ち切りは可能か、可能である場合その適用範囲・裁判形式はどうか、③について、そもそも公訴権の濫用論の範疇に入るかなど、それぞれのもつ論点に若干の違いがある。

2 判例の立場

(1) 起訴猶予裁量を逸脱した起訴

ア 意義

起訴猶予裁量（訴追裁量）を逸脱した起訴とは、起訴便宜主義の運用を誤り、起訴猶予にすべき場合であるのに公訴が提起された場合、その公訴の効力を否定するという見解である。つまり、客観的嫌疑はあるが起訴猶予事由があって不起訴にすることができる場合は、必ず不起訴処分にすべきであって起訴することは許されないとするのである。これは起訴猶予にすべき事情の不存在をもって起訴の要件とするものである。

起訴猶予は犯人に対する起訴前の裁判ではなく一応の捜査の結論にすぎず、また起訴猶予は全くの自由裁量ではなく248条の要件に基づく羈束裁量（法定的便宜主義）であり、さらに起訴猶予は積極的な刑事政策的処分でなく消極的な犯人の釈放処分（起訴放棄処分）にすぎない。起訴便宜主義の実際の機能をこのように評価すると、起訴の裁量にも客観的な一定の枠があり、それが裁判所の審査の対象となる。したがって、訴追裁量権の濫用となる起訴は違法・無効である。これは、「公訴権濫用」の観念がよくあてはまる場合である。

その例として、

- ① 不法意図に基づく軽微な犯罪の訴追
- ② 軽微犯罪の起訴、不平等起訴、違法な意図に基づく起訴
- ③ 軽微犯罪の起訴、差別的起訴

などがあげられる。

イ 判例

判例としては、水俣病患者である被告人が、被害交渉のためチッソ本社に赴いた際、排除しようとした社員に全治1～2週間の傷害を負わせたとして5件の傷害罪で起訴された事案がある。

第1審有罪判決に対する検察官・被告人双方の控訴を受けた控訴審は、「被告人に対する訴追はいかにも偏頗、不公平で、あり、これを是認することは法的正義に著るしく反する」と指摘し「本件は訴追を猶予することによって社会的に弊害の認むべきものがなく、むしろ訴追することによって国家が加害会社に加担するという誤りをおかすものでその弊害が大きいと考えられ、訴追裁量の濫用に当たる事案である」として、原判決を破棄し公訴棄却を自判した。

これに対し検察官上告を受けた最高裁判所は、職権で次のように判示して上告を棄却した。

- ① 検察官は公訴提起について広範な裁量権を有し、裁量権逸脱の公訴提起であっても直ちに無効とならない。もっとも、「検察官の裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合のありうることを否定することはできないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」
- ② 「本件についてみるに、原判決の認定によれば、本件犯罪事実の違法性及び有責性の評価については被告人に有利に参酌されるべき幾多の事情が存在することが認められるが、犯行そのものの態様はかならずしも軽微なものとはいえないのであって、当然に検察官の本件公訴提起を不当とすることはできない。」
- ③ 本件起訴につきその相当性に疑いが生じるのは、警察・検察当局による捜査権・公訴権の発

動状況に不公平があったとの点にあるが、起訴・不起訴の当不当は 犯罪事実の外面だけによっては断定できない。したがって、審判の対象とされていない他の被疑事件の公訴権の発動の当否を軽々に論定することは許されない。他の被疑事件に関する公訴権の発動状況との対比などを理由に本件起訴を不当とする原審判断は肯認できない。

要するに、

- ① 公訴権濫用の存在は理論的に否定できない（ただし、憲法上の根拠規定は示されていない）。
- ② しかし、それはきわめて狭い範囲に限定される。
- ③ 本件は犯行の態様は軽微でなく公訴権濫用に当たらない。
- ④ 審判対象でない他の被疑事件の公訴権発動の当否は軽々に論定できない。

と判示したのである。

訴追裁量権の逸脱があっても、職務犯罪を構成しない限り手続法上の効果を生じさせないという判旨に至る理由づけは必ずしも明らかではない。判例に対する評価は、公訴権濫用論による手続打切りの可能性を認めたことを重視する見解と、公訴権濫用論の適用を事実上封じたとする見解に分かれる。

（２） 犯罪の嫌疑なき起訴

ア 意義

（ア） 公訴棄却か無罪判決か

犯罪の嫌疑なき起訴とは、犯罪の客観的嫌疑がないのに公訴が提起された場合を指す。つまり、嫌疑の存在を有罪の要件とするだけでなく、起訴の要件とするのである。つまり、「公訴の提起を許容するに足る客観的な犯罪の嫌疑」は「訴訟」関係を有効に構成するための条件であるからこれが欠けたときは、339条2号の公訴棄却事由である「起訴状に記載された事実が真実であっても、何らの罪となるべき事実を包含していないとき」に当たるとする。

これは、公訴権は有罪判決請求権自体ではないが、その存在を主張しうる権利と構成すべきであり、したがって、有罪判決を得られる見込み（嫌疑）がなければ起訴が無効になる（公訴棄却決定〔339条2号〕）とするのである。そして、その「嫌疑がない」場合には、証拠不十分（事実的嫌疑の欠如）および罪とならない（法律的嫌疑の欠如）の双方の場合を含むとする。

しかし、これは一部の学説にとどまり、実際に犯罪の嫌疑なき起訴を理由として公訴が棄却されたことはない。実務上は、犯罪の嫌疑なき起訴の場合は無罪判決で終わることになる。

これに対して、不当起訴からの迅速な救済のために手続打切りが必要だという批判がある。

しかし、嫌疑の有無についての判断と有罪無罪の判断は、理論的にはともあれ実際には共通し、手続打切りが可能な事案では、「迅速な無罪判決」が可能である。手続打切りでは、再捜査のうえ再訴する余地が残ることも問題である（再訴を禁止するにしても、確定裁判の拘束力では遮断することができない）。端的に 無罪判決で手続を終結させるのが適切である。

（イ） 犯罪の嫌疑の程度

犯罪の嫌疑の程度については特段の規定はないが、

- ① 勾留の要件である「罪を犯したことを疑うに足る相当な理由」
- ② 有罪判決が得られる一応の可能性（見込み）

③ 有罪判決が得られる合理的可能性

④ 合理的疑いを容れない程度の確証

など、いくつかの段階が考えられる。

結論的には、公訴提起に当たって③程度の嫌疑が必要とされよう。もっとも、検察実務では、④までは要求しないにしろ、これに近く「有罪判決が得られる高度の見込み」がなければ公訴を提起しないのが実情であるとされる。むろんこれは積極的に評価できる面があるものの、刑事司法の全体のあり方からはなお見直すべき余地がある。

起訴処分を違法とする国家賠償請求訴訟に関する判例として、最判昭和53年10月20日（民集33巻7号1367頁〔芦別事件〕）がある。判決は、国鉄根室本線線路のダイナマイト爆破事件につき無罪が確定した者等からの国賠請求に対して「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに公訴の提起・追行が違法となるということはない。けだし、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである」と判示する。

また、ここでいう「証拠資料」は、最判平成1年6月29日（民集43巻6号664頁。参照判例〔沖縄ゼネスト警察官殺害事件〕）によれば、「公訴の提起時において、検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料」であるという。

嫌疑の程度につき、起訴時あるいは公訴追行時を基準に③の立場を採用したものとみることができ。

イ 判例

この問題に関する最高裁判例はないが、下級審の動向としては、理論として公訴棄却による手続打切りの可能性を認める裁判例はあるものの（東京地判昭和42年7月27日下刑集9巻7号925頁〔実際には証拠不十分で無罪〕ほか）、大勢は重複審理、予断排斥等を理由に嫌疑の存在を訴訟条件と捉えず、嫌疑ありとの心証が得られないときは無罪の言渡しをすべきであるとの立場を採るといえる（大阪地判昭和40年9月8日判タ206号148頁ほか）。

（3） 違法捜査を伴う起訴

ア 意義

違法な捜査に基づく起訴は許されないとする見解である。これには、前手続の違法がどの程度その後の手続に影響を及ぼすかという問題を含んでいる。具体的には、多くの場合、当該違法捜査による証拠排除の問題に解消されるが、個々の証拠排除によっては解決がつかない場合、または高度の違法がある場合、公訴自体を無効とすべきであるとする。

違法捜査に基づく起訴としては、おとり捜査のほか、いくつかの事例が判例上問題となった。手続打切りを肯定した下級審の判断は、すべて最高裁判所によって否定されている。

イ 判例

（ア） 公訴棄却を認めた下級審裁判例と最高裁の判断

この類型については、以下に挙げるような違法捜査に基づく公訴提起に対して、下級審段階で実際に公訴を棄却した例が若干ある。しかし、上述の通り最高裁段階までその結論が維持されたケースは1件もない。

① 大森鞭打ち傷害事件

警察官が速度違反取締中に現行犯逮捕したX（被告人）に対して逮捕の際暴行を加え加療2週間を要する鞭打ち傷害を負わせたとの事案である。

第一審の大森簡判昭和40年4月5日（下刑集7巻4号596頁）は、逮捕の必要性がなかったこと、逮捕の際の暴力行使は一種の「拷問」であること、本件事案が軽微（約12キロメートルの速度超過）であることを総合判断し、憲法31条を適用し、刑訴法338条4号を準用して公訴棄却の判決を言い渡した。これに対して、第二審の東京高判昭和41年1月27日（下刑集8巻1号11頁）は、逮捕は適正・適法であり暴行による威力の影響下で取調べを受けたとの事実は認められないとして第一審判決を破棄し差し戻した。

最判昭和41年7月12日（刑集20巻6号696頁）は「本件逮捕の手續に所論の違法があったとしても本件公訴提起の手續が憲法31条に違反し無効となるものとはいえないことは、当裁判所の判例（略）の趣旨に徴し明らかであるから、本件公訴の提起を有効であるとした原判決は正当であり、所論違憲の主張は理由がない」と判示し、原審判決を維持した。

② 久慈少年業過事件

X（少年）の業務上過失傷害被疑事件につき、実況見分調書の不備補正、年末事務処理等のため事件送致が遅れ、Xが家庭裁判所の審判を受ける機会が失われた事案である。

第二審の仙台高判昭和44年2月18日（判時561号87頁）は、日時を徒過した捜査手續は「保護処分優先主義、家庭裁判所先議主義をとる現行法制の趣意に照らして、まさに違法であり」「当該捜査手續の違法が重大なものであり、かつ、その違法な手續を前提としてはじめて公訴提起の手續が可能であったという意味で両者が密接不可分の関係を有する場合には、公訴提起の効力に影響を及ぼし、これを無効ならしめるものと解するのが相当である」として、公訴棄却判決を言い渡した第一審判決を維持した（なお、この種事案に関する公訴棄却例は仙台高判昭和42年10月17日高刑集20巻5号699頁ほか幾例がある）。

しかし、最判昭和44年21月5日（刑集23巻12号1583頁）は、きわめて重大な職務違反が認められる場合、捜査官の措置が違法となることはあるものの、本件においてはまだそこまでの違反があるとは認め難いのでその捜査手續を違法とすることはできないとした上で、「仮りに捜査手續に違法があるとしても、それが必ずしも公訴提起の効力を当然に失わせるものでないことは、検察官の極めて広範な裁量にかかる公訴提起の性質にかんがみ明らかであって、この点に関する原判示は、いまだ首肯するに足りるものではない」と判示して原審判決を破棄した。

③ 赤碓町長選挙事件

受供与・受饗応（公職選挙法違反）の罪で起訴されたX（被告人）と対向的な共犯関係に立つ疑いのあるA（町長）らが、警察段階の捜査において事件送致すらなく不当に有利な取扱いを受けて事実上刑事訴追を免れたとされた事案である。

第一審は捜査に問題点があったことを指摘しつつも、Xに対し罰金111万円の有罪判決を言い渡した。これに対して、第二審の広島高松江支判昭和55年2月4日（判時963号3頁）は、本件のよう

にXに対する警察の捜査がAに対するそれと比較して不当に不利益なものであり憲法14条の平等原則に違反する場合には、Xに対する起訴を含む検察段階の措置に不当な差別や裁量権の逸脱がなくとも起訴は憲法31条に違反し無効であるとして、刑訴法338条4号の準用ないし類推適用により公訴を棄却すべきであるとした。

最判昭和56年6月26日（刑集35巻4号426頁）は、検察官の上告申立てを受けて「被告人自身に対する警察の捜査が刑訴法にのっとり適正に行われており、被告人が、その思想、信条、社会的身分又は門地などを理由に、一般の場合に比べ捜査上不当に不利益に取り扱われたものでないときは、仮に、原判決の認定するように、当該被疑事実につき被告人と対向的な共犯関係に立つ疑いのある者の1部が、警察段階の捜査において不当に有利な取扱いを受け、事実上刑事訴追を免れるという事実があったとしても、そのために、被告人自身に対する捜査手続が憲法14条に違反することになるものでないことは、当裁判所の判例の趣旨に徴して明らかである」と判示し原判決を破棄した。

(イ) 判例の理解

以上の通り、捜査手続に重大な違法がある場合における公訴の効力につき、下級審裁判例には個別事案においてこれを否定したものがあるものの、最高裁判例には無効として手続を打ち切った例はない。ただ、理論としては、当初は前出①のように、断定的に消極の姿勢が見受けられたが、その後の②をみると積極の余地を残している趣旨とも読め、また③も、捜査過程に憲法違反の重大な違法があるときは起訴の効力を否定することがありうるとの立場を否定していないと解される。もっとも、②にしる③にしる、捜査手続に違法があったとは認定していないので、仮にそのような解釈が可能であるとしても、傍論にとどまることはいうまでもない。

3 公訴権濫用の主張があった場合の審理手続

公訴権濫用の主張があった場合の審理手続について、公訴権濫用論を説く立場からは、それが一見明白な場合は冒頭手続の段階で、そうでない場合には、冒頭手続終了後、証拠調開始前の中間段階で特別手続によってなされるべきであるといわれている。その場合の公訴権濫用の主張・立証責任は被告人側にあるとする。

その結果、当該起訴が公訴権濫用による起訴であると認められた場合の裁判所の措置については、公訴棄却にすべきであるとする見解と免訴にすべきであるとする見解とがあるが、338条4号を手続の無効の包括規定と解して、同号により公訴棄却にすべきであるとする説が有力である。

いずれにしてもこのことは、公訴権濫用論は訴訟条件を実質的にふくらましたことを意味する。この公訴権濫用の主張に対し、実務の上では、高裁レベルの2つの事例が、いずれも訴追裁量を誤ったという意味の公訴権濫用を認め、338条4号により公訴を棄却する判断をしたものの（「川本事件」に関する東京高判昭和52年6月14日高集30巻3号341頁、前記赤碓町事件参照）、最高裁は、検察官は広範な訴追裁量権を有しているのであるから、公訴提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合以外は公訴提起を無効ならしめることはないとして、高裁の判断を覆している（前者の上告審判決につき前記最決昭55年12月17日参照）。最高裁判例によると、少なくとも、起訴猶予裁量を逸脱した起訴を理由とする公訴権濫用論は、實際上、ほとんど認める余地

がないことになる。