

準起訴制度の問題点

原 田 保

- I 序 言
- II 検察審査制度との対比
- III 準起訴決定対象訴因
- IV 不当に軽い罪での起訴への対応
- V 結 語

I 序 言

近年、被害者の権利に関する議論が活発に行われてその趣旨の様々な立法動向がある中で、それにも拘らず、被害者の刑事法上の発言権を内包する準起訴制度に関する議論が乏しくなり、制度本体の改正がなされることのないまま、今日に至っている。そのため、当初からの問題が解決されていないだけでなく、他の制度との関係において新たな問題も指摘せざるを得ない状況であり、かかる放置という現状に対して問題提起を試みることに本稿の意図である。過去の拙稿と重複する叙述もあるが、御容赦を頂きたい。

II 検察審査制度との対比

昭23法131の現行刑事訴訟法で創設された準起訴制度⁽⁴⁾(262条～269条)は、

昭23法147の検察審査会法で創設された検察審査制度と並んで、検察官の不起訴処分に対する制御手段である。そして、準起訴制度は公務員の職権濫用罪⁽⁵⁾のみを対象とするが検察官が不起訴の判断を維持していても裁判所の決定により被告事件審判が開始されるという強制的効果を持ち、検察審査制度は原則的に全犯罪を対象とするが検察官に再考を求めるに留まり検察官が不起訴の判断を維持すると被告事件審判は行われぬままに終わる、という点が、両制度の当初の相違点であった。これは、訴追・処罰を求める被害者等の立場からすると「一長一短」⁽⁶⁾であったと評価できる。

ところが、平16法62の検察審査会法改正による起訴議決制度の追加は、この点の状況を大きく変化させた。起訴議決（41条の6）がなされると、準起訴制度と同様に検察官代行弁護士が指定され（41条の9）、義務的に公訴提起が行われる（41条の10）。即ち、検察審査制度に強制的効果が付与されたのである。このように強制的効果不存在という検察審査制度の「短」を消滅させる検察審査会法改正に伴い、準起訴制度に当初からある強制的効果はもはや「長」と評価できるものではなくなった。

また、請求権の範囲についても、両制度には当初から顕著な相違点があった。刑事訴訟法262条1項は準起訴請求権者を「告訴又は告発をした者」に限定しており、「犯罪により害を被った者」を規定していない。即ち、被害者であっても告訴人としてのみ準起訴請求可能とされているのであり、これは準起訴請求の要件として予め告訴・告発しておくことを要するという制限を加えることに他ならない。これに対して、検察審査会法2条2項および30条は当初から告訴・告発・請求をした者と並べて端的に「犯罪により害を被った者」を審査請求権者としており、被害者が予め告訴をしていなくても審査請求可能であるので、この点も検察審査制度に軍配の上がる相違点である。のみならず、請求時期についても、刑事訴訟法262条2項が不起訴処分通知受領から7日以内という制限を付しているのに対して、検察審査会法に請求時期制限規定⁽⁸⁾はない。

検察審査会法制定の2日前に制定された現行刑事訴訟法が、検察審査請

求権者である被害者を準起訴請求権者とせず、檢察審査会法にない請求期間制限を規定して、請求権の範囲を檢察審査会法より敢えて狭くしたことは実に不可解である。檢察審査制度との比較を措いても、訴追・処罰に最も関心を抱く筈の被害者を請求権者から外すという不可解な規定は準起訴制度の欠点と評し得るし、不起訴処分通知受領後に理由告知請求・理由告知が行われることに鑑みれば7日以内というのは些か過酷な制限である。

そして、平12法74の檢察審査会法改正により2条2項の被害者本人の後に「犯罪により害を被った者が死亡した場合においては、その配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹」が追加されると共に30条は2条2項を引用する規定に改められ、被害者遺族も請求権者に加えられたため、両制度の差異が⁽⁹⁾増大するに至った。

檢察審査制度が適切な改正を経ていることと対比すると、準起訴制度の欠点が依然として放置されていることは実に異様である。準起訴に関する刑事訴訟法の規定は制度創設以降3回改正されているが、いずれも他の法律の制定・改正に付随するものであり、準起訴制度自体に関する改正ではない。⁽¹⁰⁾その意味で、準起訴制度の内容は創設当初のままであり、当初からの欠点は是正されることなく今日に至っているのである。

このように檢察審査制度と対比すると、強制的効果に関する「長」が消滅した今日においては、檢察審査制度よりも使いにくい準起訴制度の存在価値如何という深刻な問題が生じる。両制度には、判断者が職業裁判官か一般国民か、起訴状が裁判所の決定書による代替が檢察官代行弁護士による作成か、という相違点があるが、これを以て直ちに檢察官の権限に対する控制のために2種類の制度を併存させるに値するとの説明は困難である。かかる状況に鑑みれば、今日では準起訴制度は不要になったとの理解に基づく廃止論も十分に提起可能である。これが、準起訴制度の現状として最も重大な点である。

かかる問題を解決するためには、まず準起訴請求権者に被害者・遺族を追加して檢察審査請求権者と同一にする法改正を要する。7日以内という

請求期間制限も再検討を要する。

そして、職権濫用罪については不当な被疑者庇護に関する危惧が他の犯罪よりも大きいことが準起訴制度創設の理由であるならば、それは檢察審査制度よりも強力なものでなければならない。準起訴制度創設当初は強制的効果の点で檢察審査制度よりも強力なものであったが、この点がほぼ同等となった今日では、別の点で準起訴制度を強化しなければ制度の存在価値が危うい。

そこで、判断者が職業裁判官であることに鑑みれば、準起訴請求審において当事者関与を認め、口頭弁論を可能にすることが、最も簡便かつ有効な対応策である。⁽¹¹⁾ 即ち、檢察官の不起訴相当という判断と準起訴請求人の起訴相当という判断との双方に、裁判官面前での主張・反論の機会を認め、法律家の視点から実体的真実発見・刑罰法令適正適用をより効率的に実現することは、檢察審査制度ではなく準起訴制度であるからこそ可能である。そして、決定を行う際には口頭弁論を「要しない」(刑事訴訟法43条2項)のであって口頭弁論が禁止されている訳ではなく、必要があれば事実取調も可能(同法同条3項)なのであるから、これは裁判所の運用で実現可能である。

準起訴請求審で当事者関与による口頭弁論を行うならば、それは被告事件審理と同様であり、被告事件審理の先取りになるとの批判は当然にあり得る。しかし、保護観察中の遵守事項違反を理由とする執行猶予取消(刑法26条の2・2号)の場合には、対象者の請求があれば口頭弁論を要する(刑事訴訟法349条の2・2項)のであり、遵守事項違反の内容が再犯であれば、当該再犯に係る被告事件と当該再犯を理由とする執行猶予取消請求事件とが各々審理され、犯罪事実の有無という同一争点が双方で論争されることもあり得るので⁽¹²⁾あって、故に、準起訴請求審の審理が被告事件の審理と同様になることは、問題視するべき異常事態ではない。準起訴制度に檢察審査制度とは別の存在価値を持たせるためには、このような法改正・運用変更が必須である。

Ⅲ 準起訴決定対象訴因

また、準起訴決定対象訴因に関する判例・通説にも問題がある。それは、職権濫用罪と別罪とが科刑上 1 罪の関係にある場合の措置である。このような場合、準起訴決定可能な訴因は職権濫用罪だけであり、別罪については準起訴請求を不適法として棄却するべきであるというのが判例・通説であるが、私見としては賛同できない⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾。

この点は、刑事訴訟法の文言としては、262条 1 項および266条 2 号に規定された「事件」の意義如何、即ち、職権濫用罪の「訴因」か、職権濫用罪の訴因を含む「公訴事実」⁽¹⁵⁾か、という問題である。他の規定では、例えば378条 3 号（判断遺漏および不告不理違反）の「事件」は訴因であるが、338条 3 号（二重起訴）の「事件」は公訴事実であると解されている。336条（無罪判決）においても、科刑上 1 罪の一部無罪を主文で宣告しないという判例は、同条の「事件」を公訴事実の意味で使用していると評価できる。準起訴制度の中では、検察官代行弁護士が職権濫用罪と科刑上 1 罪となる別罪の訴因を追加することが許容されていることに鑑みれば、268条 1 項の「事件」は公訴事実を意味すると解されていることになる。かようにして、これは各規定毎に検討すべき問題である。

そこで、準起訴においては、「職権濫用罪の」不起訴処分に対する控制という制度趣旨から、また、準起訴請求権者が「職権濫用罪について」告訴・告発をした者であるという262条 1 項の規定から、準起訴請求審の判断権限も職権濫用罪の範囲に留まると解することは、論理的に不可能ではない。然るに、準起訴決定がなされると被告事件として訴訟係属するのであるから、準起訴決定対象訴因の如何については、爾後の被告事件における実体裁判の審判対象および規範力との関係を含めた検討を要する。

即ち、職権濫用罪訴因が準起訴制度に対する拘束的性質を有すると解するならば、準起訴決定に基づく被告事件においても、実体裁判の審判対象

および規範力は同罪の訴因に限定されると解するのが一貫した論理である。かかる解釈を採用するならば、別罪成否の実体裁判は不可能であり、別罪を掲げる訴因の追加・変更は許されず、もしも準起訴決定が別罪の訴因を含めたものであったならば別罪について公訴棄却を宣告しなければならないことになる。同時に、実体裁判の規範力が職権濫用罪の訴因に留まることから、別罪訴因について検察官が別途起訴することも可能になる。

しかし、単一公訴事実である筈の科刑上1罪を被告事件審判に際して訴因毎(罪名毎)に分割することは、科刑上1罪の制度趣旨を没却するものであり、規範力を公訴事実単位で論じるという確立された解釈と矛盾し、二重起訴や再起訴を許容することとなって憲法39条違反の批判を回避し難い。故に、実体裁判の規範力は別罪訴因を含めた公訴事実(科刑上1罪)の全体に及ぶと解さなければならず、そうであるならば、被告事件審判において同一範囲の実体裁判が可能であり、別罪を掲げる訴因の追加・変更が可能であると解する他ない。⁽¹⁶⁾ かようにして、準起訴決定対象訴因を職権濫用罪に限定するとしても、被告事件審判に同じ限定を付することはできず、準起訴決定に基づく被告事件でも審判対象・規範力の範囲は検察官起訴事件と同一でなければならない。

そうすると、職権濫用罪と科刑上1罪の関係にある別罪の訴因は、準起訴決定の訴因に含めることができないが、準起訴決定による被告事件の公判で審判可能であり規範力が及ぶ、ということになる。そこで、職権濫用罪訴因の取扱をこのように準起訴請求事件と被告事件とで異にすることの当否を問題にしなければならない。

準起訴請求事件と被告事件とは、同一事実に関するものであっても「裁判」としては別々の事件であるから、各担当裁判所の権限の範囲が異なるのは背理ではない、との説明は可能である。しかし、検察官の不起訴処分に対する制御であるならば、検察官が正当に起訴した場合と同じ状態を実現すること、即ち、職権濫用罪と別罪とが科刑上1罪の関係にある事件であればそのまま両罪の科刑上1罪として審判に付することこそが、制度趣

旨に合致する。被告事件公判において訴因の追加・変更が可能であるからといって、検察官が正当に起訴した場合と同じ状態の実現を検察官代行弁護士による訴因の追加・変更に期待することは、この控制が準起訴請求審の職責であることと合致せず、検察官代行弁護士による訴因の追加・変更が制度的に保証されている訳でもない。むしろ、検察官代行弁護士の職責は準起訴決定に示された訴因のみであるとの理解や公判戦術上の理由から訴因の追加・変更を取えて行わないという判断もあり得るのであって、かかる判断が行われると検察官が正当に起訴した場合と同じ状態は実現の機会を失う。訴因の追加・変更が行われるとしても、被告事件で審判可能な訴因の請求を取えて棄却した後に被告事件公判で訴因の追加・変更によって準起訴請求時の訴因に復旧するというのは、明白な二度手間であり、訴訟経済に反すること甚だしい。

加えて、訴因による準起訴決定権限の限定は、一部訴因の不提示（一部不起訴）に留まらず、実体法上の成立罪名に影響することもある。特別公務員が職務に際して故意に違法な殺人を行った場合には特別公務員暴行陵虐罪・殺人罪の観念的競合と解するべきであるが、判例・通説のように準起訴決定を職権濫用罪の訴因に限定するならば、実体法上の成立罪名を取えて特別公務員暴行陵虐致死罪に変更して準起訴決定を行うこととなる。⁽¹⁹⁾

しかし、真実の罪名と異なる罪名に取えて変更して審判に付することは、実体的真実発見の任務に背くものであり、手続法から実体法への侵略行為である。更に、特別公務員による暴行陵虐行為に際して死亡結果に対する認容の有無が犯罪成否に影響することがあるとの解釈を採用するならば、そのような事案を審理する準起訴請求審は殺意の有無を認定しなければならないが、殺人罪に関する準起訴請求を不適法としながら、不適法な訴因とした殺人罪の構成要件要素たる殺意の有無を認定することは、矛盾である。即ち、準起訴請求審の権限を職権濫用罪の訴因に限定すると、殺意の有無が、犯罪成否=請求理由有無を判断するために認定を要するが、不適法な訴因に属するために認定できない、という解決不可能な二律背反に陥

ることになる。強いて殺意を認定して準起訴決定を行うとしても、殺意を記載した公訴事実「致死罪」という罪名との齟齬を生じ、殺意の記載を欠く公訴事実が殺意を要件とする犯罪事実の記載にならないので、いずれにしても矛盾に直面せざるを得ない。

このように、準起訴請求審の権限を職権濫用罪の訴因に限定することは、種々の点で著しく不合理であり、この不合理を忍受してでも達成すべき優越利益は存在しない。故に、職権濫用罪の訴因は準起訴制度の発動根拠であって準起訴請求審の権限を制約するものではないと解し、職権濫用罪と別罪とが科刑上1罪の関係にある事件はそのまま両罪の科刑上1罪として準起訴決定を行うべきである。⁽²¹⁾この解釈は、262条1項および266条2号の「事件」を職権濫用罪の訴因を含む公訴事実の意味に理解するものであるから、前述したように検察官代行弁護士に関する268条2項の「事件」が公訴事実の意味に解されていることとも一致し、準起訴制度に関する解釈としての一貫性を実現することにもなる。

IV 不当に軽い罪での起訴への対応

更に、検察官の「不起訴」処分に限定している点に、準起訴制度・検察審査制度の共通問題が存在する。検察官の公訴権行使が不当である状況には大別して「不当な起訴」と「不当な不起訴」との2種類があるところ、前者は被告事件として裁判所に訴訟係属するので起訴が不当である旨を裁判所に対して主張する機会があり、後者は別の制度を作らなければ主張の機会がない、との判断が、専ら「不起訴」の場合に関する制度を創設する理由であった。

しかし、この判断には重大な欠落がある。それは、不当な起訴における「不当」の内容を分類していないことによる。即ち、不当な起訴には、「起訴自体が不当（真実は無罪であるのに傷害致死罪で起訴した）」、「不当に重い罪での起訴（真実は過失致死罪であるのに傷害致死罪で起訴した）」、「不当に

軽い罪での起訴（真実は殺人罪であるのに傷害致死罪で起訴した）、という3種類があるところ、「公判で主張可能」というのは前2者のみに妥当する命題であって、「不当に軽い罪での起訴」には妥当しない。かかる場合に、被告人・弁護人が検察官主張よりも重い罪の成立を主張するという不利益主張を論じることは無意味であり、告訴人・告発人・被害者・被害者遺族には公判でそのような主張を行う機会が与えられていない。⁽²²⁾ 裁判所が検察官主張よりも重い罪が成立するとの心証を抱いたとしても、検察官が訴因を変更しない限りその重い罪での有罪認定は不可能である。⁽²³⁾

故に、現在の被告事件訴訟構造を前提とする限り、「不当に軽い罪での起訴」という問題を当該被告事件の中で解決することは不可能であり、別の手段がなければ対応できない。しかし、そのような「別の手段」として創設された筈の準起訴制度も検察審査制度も、専ら「不当な不起訴」のみを対象としており、「不当に軽い罪での起訴」を対象としていない。これは、「欠落」以外に表現方法の見当たらない事態である。

そして、これは教室設例を論じている訳では決してない。自動車運転に伴う死傷事件について被害者・遺族が危険運転致死傷罪成立を主張して検察官が過失運転致死傷罪で起訴したことを批判する例は珍しくもない。警察官が逃走中の窃盗犯人を背後からの拳銃発砲により死亡させた事件につき職権濫用罪および殺人罪での告訴があったにも拘らず業務上過失致死罪として起訴し、罰金で処理した事例や、⁽²⁴⁾ 留置場看守が被留置者に暴行を加えて傷害を負わせた事件につき職務外の行為であると強弁して単純傷害罪で起訴し、やはり罰金で処理した事例、⁽²⁵⁾ といった実例が現に存在する。これは放置できない現実問題なのである。⁽²⁶⁾

勿論、検察官の判断が正当であって被害者・遺族の主張が誤っている、ということも多々あると推測されるが、結論がどちらであるにせよ、検察官の判断が不当であると考える者があれば審査対象とすることが控制手段の意義である。検察官が説明して納得させることで解決されるなら準起訴制度も検察審査制度も不要なのであり、控制手段を設けながら「不当に軽

い罪での起訴」だけが対象外となっているという事実を看過してはならない。

故に、検察官が起訴した事件であっても、別の訴因を内容とする準起訴請求・検察審査請求を許容して当該訴因を内容とする準起訴決定・起訴議決を可能にするべきであり、同時に、二重問責を回避するために、既に訴訟係属している被告事件の審理をそのまま終局させることなく同一裁判体において同一公訴事実として当該被告事件の訴因（検察官主張）と準起訴決定・起訴議決を経た訴因（検察官代行弁護士主張）との択一的認定を可能にするべきである。そのためには刑事訴訟法・検察審査会法を改正しなければならない。これは、公衆訴追⁽²⁹⁾・私人訴追⁽³⁰⁾あるいは被害者参加人の訴因提出権の問題をも視野に入れた議論を要するところであるが、本稿にはその余裕がない。さしあたり、現在の準起訴制度・検察審査制度の枠内であれば国家訴追と矛盾するものではないと解する。

V 結 語

以上、現在の準起訴制度が抱える問題点を指摘し、解決策に関する試論を提示した。欠落や誤謬が多々あることを危惧するが、より適切な議論が行われることを期待したい。

（平26・6・30稿）

- (1) 「付審判」という名称も使用されるが、これは262条1項・266条2号の「審判に付する」という請求・決定の内容と267条の「公訴の提起があったものとみなす」という法効果とのどちらを使用して名称を付するかという選択であり、内容的相違を生じるものではない。本稿筆者としては、過去に「付審判」という名称を使用したことがあるものの、「審判に付する」こと自体は検察官の公訴提起でも同様であり、公訴提起「擬制」という点が本制度の中核であるとの理解に基づき、「準起訴」という名称を使用することとした。

また、毎年、最高裁判所事務総局『司法統計年報 2 刑事編』では、「刑事事件等の種類別受理、既済、未済人員-全地方裁判所-」（当初は「刑事事件の種類及び受理区分別新受人員-全地方裁判所-」）の表において、準起訴決定による場合が「起訴強制」と表記されている。同制度の強制的効果を表示する趣旨の用語と推測されるが、これは元々ドイツ刑事訴訟法において起訴法定主義違反が認められる場合に裁判所が検察官に公訴提起を義務付ける *Strafklageerzwingung* の訳語である。日本法での裁判所の権限は起訴によらない審判開始であって検察官に対する起訴の「強制」ではないし、検察審査会による起訴議決制度が存在する今日では同制度との識別が困難であるので、この用語は不適切である。

- (2) 昭和48年4月の刑法学会46回大会で準起訴が分科会共同研究の論題とされたところ、その前後の準起訴関係文献は突出した数に昇る。その相当数は「やぐら荘事件」に関するものであり、学会の動向は同事件を契機とするものであったと推測できるが、その後は目立った議論もなく、学会の論題とされることもなく、激論は過去の歴史となってしまった。文献数等の動向につき、楠本孝一「文献に見る付審判制度史」村井敏邦ほか編『検証付審判事件』（日本評論社、平6）673頁および同「付審判事件文献目録」同書681頁参照。

また、準起訴制度の対象たる職権濫用罪に関する活発な議論の契機となったのは「神奈川県警盗聴事件」や「宮本身分帳事件」であったところ、どの事件も日本共産党に対する違法捜査や謀略を内容とするものであり、民主主義の根幹に関わる政治問題の様相も帯びていた。しかし、政治問題がなければ反応しないというのは、法学研究の方法として適切と認め難い。村井ほか編・本註書は、前記のような政治動向と無関係に刑事司法の重要問題として詳細な記録および研究を遂げた貴重な労作であると思料されるが、このような作業が継承されていないことは遺憾である。

- (3) 準起訴に関する文献は多数あるが、全部を紹介・論評する余裕はないので、必要に応じて一部のみを引用するに留める。省略の非礼を御容赦頂きたい。
- (4) 小田中聡樹「準起訴手続とドイツ起訴強制手続の立法過程について」法律時報45巻9号（昭48）41頁～42頁および五藤恵梨子「旧刑事補償法制定史」愛知学院大学大学院法研会論集18巻1・2号（平15）210頁（1頁）、192（19）頁註12によれば、職権濫用罪に関する起訴・不起訴の判断を裁判所の権限とする準起訴類似の制度を含む法律案が、法律新聞主宰者かつ弁護士でもある高木益太郎・衆議院議員によって大正時代の帝国議会上に繰り返し提案された由である。審議未了・廃案となった法律案であるが、準起訴制度を論じる上で無視できない動向であると認められる。
- (5) 「職権濫用罪」という名称は、刑法193条に規定された「公務員職権濫用罪」の略称として使用されることもあるが、本稿では、法条毎の罪名を記述する場合以外は、簡略化のために刑事訴訟法262条1項に規定された準起訴請求対象犯罪全部を示す趣旨で使用する。

- (6) 検察審査会法30条は内乱罪および独占禁止法違反罪だけを対象外としているが、この点には言及しない。
- (7) 職権濫用罪に関しては「職務熱心」論による被疑者庇護等による不当な不起訴の危険性が他の犯罪よりも典型的に高いと判断する余地があることから、職権濫用罪の不起訴に対しては他の犯罪の不起訴よりも強力な控制手段を要するというのが、準起訴制度の趣旨である。故に、罪種限定は制度趣旨そのものであって、批判的ラベルを貼るべき事柄ではない。本文記述の趣旨は、請求対象犯罪に関する単純な広狭比較に留まる。
- (8) 但し、過日に検察審査会事務局に照会したところ、公訴時効完成後の審査請求は受理しない運用であるとのことであった。検察審査制度の目的が「正当な公訴提起」であるならば、公訴提起不可能な事件の審査は無意味であるから、その意味では当然である。準起訴制度においても、請求に対する結論は「審判に付するか否か」であって、公訴時効完成後であれば請求は「理由なし」として棄却されるので、この点は同様である。しかし、被害者・遺族の立場からは、公訴提起不可能になったとしても、「かつての不起訴処分は誤りであった」との公権的判断を求めたいという希望はあり得る。本稿筆者はその旨の相談を受けたことがあり、前記の照会はこの相談への回答のために行ったものである。現在のところかかる希望に対応できる制度が見当たらないことも、検討を要する問題である。
- (9) 改正前も遺族からの審査請求があった場合には検察審査会の職権裁量として審査対象とする実務運用があったので、この改正は実態を変化させるものではない。しかし、遺族の権利として法律に明記したことは、評価すべき改正である。
- (10) 昭27法240の破壊活動防止法制定に伴い同法45条の公安調査官職権濫用罪を本制度の対象に加える改正、平11法147の無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律制定に伴い同法42条・43条の職権濫用罪を本制度の対象に加える改正（以上、262条1項）、および、本文に述べた平16法62の検察審査会法改正による起訴議決制度追加に伴い検察審査会または起訴議決による検察官代行弁護士への準起訴決定通知を規定する改正（267条の2）である。
- (11) これは従前から少なからざる文献で主張されているところである。
- (12) 従って、犯罪行為の有無について各裁判所が異なる事実認定を行い、執行猶予取消決定の後に無罪判決が宣告されるという事態もあり得る。実例として、中日新聞平19・5・20朝刊29面参照。かかる事態への対応については相当の議論を要するが、本稿論題ではないので紹介に留める。吉田誠治「執行猶予取消しの原因となった脅迫行為について無罪が確定した被告人に対して非常救済措置として恩赦の上申を行った事例」研修715号（平20）55頁および五藤恵梨子「執行猶予取消の原因となった遵守事項違反行為につき被告事件で無罪となった場合の措置」愛知学院大学法科大学院HPブログ法科大学院研究報告会（平21）参照。
- (13) 藤永幸治ほか編『大コメンタール刑事訴訟法』4巻（青林書院、平7）282頁～283頁〔高橋省吾〕等参照。これに対して、福岡地決昭48・4・9刑月5巻

4号47頁は、公務員職権濫用罪・証拠隠滅罪の観念的競合および公務員職権濫用罪・公用文書毀棄罪の観念的競合に当たる内容の準起訴請求につき、別罪に関する部分も適法であると明言した上で、公訴時効完成・罪とならず・嫌疑なし、と認めて、請求を理由なしとして棄却している。本判例の解釈によれば、犯罪の嫌疑があつて公訴時効完成前なら別罪を含めた科刑上1罪の全体について準起訴決定が行われる筈である。私見としては賛同するが、かかる解釈を示した判例は他に見当たらない。

- (14) この問題については、原田保「警察官の拳銃使用を違法とし、付審判請求の一部を認めた事例」愛知学院大学論叢法学研究25巻3号（昭57）141頁、156頁～158頁、同「特別公務員暴行陵虐罪および準起訴に関する若干の試論」愛知学院大学論叢法学研究26巻3・4号（昭58）225頁、231頁～233頁、同「警察官の武器使用に関する法解釈問題」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集1巻『犯罪被害者論の新動向』（成文堂、平12）331頁、352頁～353頁で論じたが、本稿の主題であるので再度論じる。叙述の重複を御容赦頂きたい。
 - (15) 準起訴決定前の請求段階では「被疑事実」であるが、「訴因」と対置される概念は一般的に「公訴事実」であることに鑑み、このように表記しておく。
 - (16) 吉利用宜「付審判制度に関する一視角（三）・完」同志社法学28巻3号（昭51）190頁、207頁～208頁参照。
 - (17) 「尾道警察官発砲事件」において、第一審での検察官代行弁護士は、職責が準起訴決定訴因のみであるとの理解を明示していた。また、同事件控訴審で追加指定された検察官代行弁護士は、殺人罪成立の可能性を認めながら、争点追加に伴う訴追側の負担増加の他に裁判所の悪心証をも憂慮し、主争点たる拳銃使用の違法性に集中するとの戦術的理由により、同罪の訴因を断念した。以上は、本稿筆者が直接面談により得た情報である。
- 「奈良検察官発砲事件」では検察官代行弁護士によって殺人罪の訴因が追加されたが、これはかなり異例のことである。この点を含めて、同事件については論じるべき事柄が多々あると認められるが、本稿にはその余裕がない。なお、同事件公判の状況につき、岡奈津希「付審判事件は裁判員裁判で」毎日新聞平24・4・24朝刊9面「記者の目」参照。
- (18) 解釈方法としては、特別公務員暴行陵虐致死罪1罪、特別公務員暴行陵虐致死罪・殺人罪の観念的競合、殺人罪1罪、という結論も想定可能であるが、この点については、原田・前掲註14法学研究26巻3・4号論文227頁～229頁、同「警察官の武器使用、どこが問題か」法学セミナー36巻2号（平3）14頁～15頁、同・前掲註14宮澤古稀論文334頁～335頁で論じたので、本稿では論及しない。
 - (19) 「シージャック犯人狙撃事件」に関する広島地決昭46・2・27刑月3巻2号201頁は、殺人罪の成立が認められるとしても、殺人罪に内在する致死の部分を出し、特別公務員暴行陵虐罪とあわせて、特別公務員暴行陵虐致死罪1罪として準起訴決定を行うべきであるとの解釈を示して、準起訴決定に際して実体法上の

成立罪名が変更されることを肯定している。

なお、本判例については多数の文献があるが、大多数は違法性阻却を主題とするものであり、成立罪名および準起訴決定対象訴因に関する叙述は乏しい。

- (20) 警察官職務執行法 7 条但書は「危害」という単一言を規定しているが、これを「傷害に留まる危害」と「死亡に至る危害」とに細分し、逮捕のように相手の死亡と両立しない目的のための武器使用の場合には前者のみが許容されて後者は許容されない、という限定を付する解釈があり得る。原田保「警察官による武器使用の要件」鈴木義男先生古稀祝賀『アメリカ刑事法の諸相』（成文堂、平 8）169 頁、176 頁～179 頁参照。

- (21) このように解する場合、付随して、職権濫用罪のみでの準起訴請求に対して裁判所が科刑上 1 罪の関係にある別罪を付加して準起訴決定を行うことの可否という問題が生じる。これは準起訴請求審の職権の範囲に関する問題であり、審理の構造、不告不理原則の適用範囲、といった点の検討を要するが、本稿には詳論する余裕がないので、問題提起に留める。

なお、吉利・前掲誌 16 論文 209 頁では、職権濫用罪・別罪の科刑上 1 罪としての準起訴請求・準起訴決定が可能であると解すると、職権濫用罪は起訴猶予相当で別罪のみが起訴相当であると判断された場合の処理に困難が生じる旨が指摘されている。私見としては、職権濫用罪の訴因を含む準起訴決定が可能であるとの理解に基づき、この場合には「理由なし」による請求棄却決定を行うべきであると解する。尤も、これは準起訴請求審に訴追裁量権があることを前提とした議論であるが、この点に関する議論には立ち入らない。原田・前掲誌 14 法学研究 25 巻 3 号論文 172 頁～174 頁参照。

- (22) 被害者参加制度においても、参加および発言は検察官を経由することとされている（刑事訴訟法 316 条の 36・2 項、316 条の 37・2 項、316 条の 38・2 項）ので、被害者や遺族が起訴状記載訴因と異なる罪の成立を主張する機会は得られない。かかる制度は、「訴追・処罰を求める被害者の権利」ではなく「被害者を利用する検察官の権利」を内容としていると評さざるを得ない。

- (23) 訴因変更命令に形成効を認める見解によれば裁判所の判断により検察官の意向と無関係に起訴状記載訴因より重い罪の成立を認定することも可能であるが、今日の判例・学説の採用するところではないし、被害者・遺族にそのような主張の機会が保証されないことには変わりはない。

更に言えば、殺人罪成立の心証を抱きながら検察官主張通りに傷害致死罪成立を認定することは一種の縮小認定として一応の説明が可能であるとしても、検察官主張訴因が過失致死罪である場合には解決不可能な問題が生じる。過失犯成立は故意犯不成立を論理的前提とするから、故意犯成立の心証が形成されたならば過失犯成立を認定することができない。故に、過失犯の訴因については犯罪の証明がないことになり、無罪を宣告せざるを得ない。しかし、これは素朴な常識に照らして明らかに不当である。無罪を避けるためには真実の心証を隠して過失犯

成立を認定する他ないが、それは実体的真実に反する。このような場合に現在の訴因制度の下で適切な解決方法を提示することは、本稿筆者の能力を超える。

- (24) 従来、刑法211条2項本文の罪は一般に「自動車運転過失致死傷」と呼ばれていたが、平25法86の自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律により、自動車人身事故関係罰則は同法の規定するところとなって刑法から削除された。そして、刑法旧211条2項本文を継受した自動車運転死傷処罰法5条には「過失運転致死傷」という罪名が付されたので、本稿ではこれに従う。

- (25) 小倉簡命昭48・6・27判例集不登載。原田保「警察官職務執行法七条における危害許否の趣旨および公訴提起による準起訴請求の阻止」夏目文雄先生古稀記念論文集『刑事法学の新展開』（中部日本教育文化会、平12）175頁参照。

本件は「やぐら荘事件」と時期を同じくしており、前掲註2で述べたように当時の刑法学会では準起訴や職権濫用罪に関する空前絶後の激論が行われていたのであるが、「やぐら荘事件」と同じく「不当に軽い罪に落とした」との批判が可能でな事件であったにも拘らず、暴行事件よりも遥かに重大な死亡事件であったにも拘らず、本件が刑事法研究者の関心の対象となった形跡はない。新聞でも、事件発生や捜査経緯等は北部九州のローカルニュースに留まり、全国紙の全国版でも報道されたのは起訴（略式命令請求）だけである。そして、全国紙地方版・地方紙を含めて、起訴・罰金に関する報道は概ね「武器使用制限」という誤った認識に基づき「処罰」を強調する不適切なものであって、政治的配慮という批判的指摘を行ったのは毎日新聞（西部）昭48・6・19夕刊6面だけである。法学者の発言としては、朝日新聞（西部）昭47・11・20夕刊11面、毎日新聞（西部）昭47・11・22朝刊17面および同紙昭48・6・28朝刊15面に、斎藤文男・九州大学助教授（当時。後に教授）の批判的論評が掲載されているに留まる。憲法研究者の論評があるのに刑事法研究者の論評がないというのは、実に不可解である。なお、「斎藤文男教授著作目録」法政研究59巻3・4号（平5）581頁～585頁（末尾7頁～11頁）に本件を主題とする論文等は見当たらない。

- (26) 古賀康紀「付審判請求審における問題点及び改善策」自由と正義43巻7号（平4）54頁参照。

- (27) 職権濫用罪の法定刑は懲役または禁錮であるから、公務員たる被告人が同罪で有罪となれば（免除事由がない限り）公務員法上の欠格事由となって当然に失職する。罰金相当の罪で起訴すれば、職権濫用罪に関する準起訴請求も検察審査請求も不可能となり、罰金を代償として確実な失職回避が可能になる。かかる事情を考慮すれば、「不当に軽い罪での起訴」は、公務員犯罪とりわけ「職務熱心」論による被疑者庇護の可能性が指摘される職権濫用罪において、特に危惧される問題であることが明白になる。故に、論理的には準起訴制度・検察審査制度の共通問題であるが、現実的には主として準起訴制度の問題であると評価することができる。そうであるとしても、欠落の解消が両制度において必要とされることに変わりはない。

- (28) 具体的に摘示することは避けておくが、これは本稿筆者が某学会で本文記述の問題点について質問した際に報告者から述べられた回答である。
- (29) 刑事訴訟法262条1項および検察審査会法2条1項1号の「公訴を提起しない処分」を訴因毎に論じ、例えば傷害致死罪での起訴を特別公務員暴行陵虐致死罪・殺人罪に関する不起訴であると解するならば、現行法下での準起訴請求・検察審査請求が可能になる。しかし、不起訴裁定がないにも拘らず不起訴処分があったと解することは語義逸脱の批判を回避し難いし、現行法のままで準起訴決定・起訴議決を許容すると二重問責とならざるを得ない。
- (30) 吉利・前掲註16論文同頁参照。
- (31) 鯉越溢弘「準起訴手続と私人訴追主義」自由と正義43巻7号(平4)12頁参照。