慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁刑訴事例研究六二〕 一 少年の被疑事件につき捜査等に日時を要したため家庭裁判所の審判を受ける機会が失われたときと捜査手続の違法 二 捜査手続の違法と公訴提起の効力 業務上過失傷害被告事件 (昭和四四年一二月五日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	筑間, 正泰(Chikuma, Masayoshi) 刑事訴訟法研究会(Keiji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.11 (1972. 11) ,p.115- 121
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19721115-0115

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁刑訴事例研究　六二〕

昭四四20（最高刑集二三巻二号一五八三頁）

一　少年の被疑事件につき捜査等に日時を要したため家庭裁判所の審判を受ける機会が失われたときと捜査手続の違法

二　捜査手続の違法と公訴提起の効力

業務上過失傷害被告事件（昭四四・一二・五第二小法廷判決）

昭和二三年一月二〇日生れの被告人は、その年齢まだ一九年三月であつた昭和四二年五月六日午後一〇時一五分頃、自動二輪車を運転した際、業務上必要な注意義務を怠つて幼児に接触転倒させ、全治二ヶ月間を要する傷害を負わせた。被告人からの事故の届出により、久慈警察署種市巡査部長派出所の警察官が、翌朝実況見分を行なうことにより捜査が開始され、関係人等の供述調書等も作成されて、同年七月中旬頃一件書類は本署に進達された。しかし、実況見分調書の図面は、縮尺で作成しなければならないのに略図的図面を作成したために訂正を命ぜられ、それによつて訂正したが、消ゴムや刃物を使用したために図面に削穴ができたことや、誤字、脱字（たとえば、「判明」を「犯明」と誤記したり、「業務上重過失傷害」の不動文字の「重」を削除しなかつたり、一字抹消につき欄外に「削一字」がなかつたりしたことなど）のため、一件書類は二回にわたり右派出所に返戻され、右派出所から、同年一一月下旬頃最終的に本署に進達され、同署は、同年一二月一五日に事件を一件書類とともに盛岡地方検察庁に郵送して送致した。しかし、同検察庁は、年末事務処理のため一二月一五日以降に受理すべき事件は原則として翌年一月四日以降に持ち越すことを例としていたために、翌年一月五日に事件を受理し、同月一六日頃に担当検察官に配点されたが、前記実況見分調書に不備が認められたこともあつて、被告人が成年に達した同月二〇日を経過したのち、同検察庁から同地検二戸支部へ、さらに久慈区検察庁に移送され、なお補充捜査が行なわれ、検察官は事件発生後一〇ヶ月余を経過した後の昭和四三年三月一五日に久慈簡易裁判所に略式命令の請求をした。

右事実に対し、久慈簡易裁判所は、仙台高判昭和四二年一〇月一七日刑事二部の判決をかかげたうえで、この種事件については特別の事情がないかぎり、捜査に必要な期間は大体四ヶ月であると認定したうえ、捜査に一〇ヶ月余を費やしたため被告人に家庭裁判所における審判の機会を失わせた本件捜査手続は違法であり、その違法は公訴提起の手続を無効ならしめるものとして刑訴法三三八条四号により公訴を棄却した。

これに対し、検察官が控訴を申し立てたところ、一審が引用した判決をなしたと同じ仙台高裁刑事二部に事件が係属した。

二審である仙台高裁は、本件公訴の提起にいたる捜査の過程を詳細に認定したうえ、原審が事案の具体的な内容、捜査官の執務体勢、事務負担

量および事務処理能力等を検討しないままに統計数字だけをもとにして早急に捜査所要期間を算出することができるとする点において当を得ないが、本件は、警察官がその捜査に必要やむを得ない限度を越えて日時を徒過し、そのために家庭裁判所における審判の機会を失わせるに至らせたものにほかならず、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、警察官による右事件送致に至るまでの捜査手続はまさに違法で、一審の結論は正しいとしたうえ、一般に、捜査段階における違法がすべてその後の公訴提起の手続を当然に無効ならしめるものではないが、当該捜査手続の違法が重大なものであり、かつ、その違法な手続を前提にしてはじめて公訴提起の手続が可能であつ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、公訴の提起自体がどのように法定の手続を践んでなされていても、公訴提起前の捜査手続における違法は公訴提起そのものに違法性を帯有させ、公訴の提起を違法としなければならない実質上の理由が存するものとして、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、本件公訴の提起は刑訴法三三八条四号にかかげる場合にあたるとして、一審の結論を維持した。

これに対し、検察官は、原判決は昭和四三年一〇月二八日東京高裁第九刑事部判決（判時五四六号九六頁）に相反し、また刑訴法三三八条四号の解釈適用を誤つた違法があるとして、上告を申し立てた。

最高裁判所第二小法廷は、判例違反をいう点は、引用判例が本件と事案を異にし適切でなく、第二点は、単なる法令違反の主張であつて、いずれも適法な上告理由にあたらないとし、職権調査のうえ、少年の被疑事件について、家庭裁判所に送致するためには、司法警察員または検察官において、犯罪の嫌疑があると認め得る程度に証拠を収集し、捜査を遂げる必要がある。したがつて、捜査機構、捜査官の捜査能力、事件の輻輳の程度、被疑事件の難易等の事情に左右されるとはいえ、その捜査にそれ相応の日時を要することはいうまでもなく、捜査に長期の日時を要したため、家庭裁判所に送致して審判を受ける機会が失われたとしても、それのみをもつて少年法の趣旨に反し違法であつたと言えず、捜査官において、家庭裁判所の審判の機会を失わせる意図をもつてことさら捜査を遅らせ、あるいは特段の事情もなくいたずらに事件の処理を放置し、そのため手続を設けた制度の趣旨が失われる程度に著しく捜査の遅延をみる等、極めて重大な職務違反が認められる場合においては、捜査官の措置は制度を設けた趣旨に反するものとして違法となることがあると解すべきである。しかし本件においてはいまだ前示の如き極めて重大な職務違反があると認めがたいから、その捜査手続は違法とすることはできない。仮りに捜査手続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囲の裁量にかかる公訴提起の性質にかんがみ明らかであつて、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、として原判決および一審判決を破棄し、一審に差し戻した。

判旨の結論に賛成する。

刑事訴訟（手続）は、具体的刑罰権の存否および範囲の確認、形成という目的に向けられた多数行為者による多数行為の統一的・発展的な総体からなるもので、手続を構成するそれぞれの訴訟行為に必要な条件があるほかに全体としての訴訟の条件すなわち訴訟条件がある。訴訟条件とは、広義の訴訟すなわち全刑事手続（捜査手続、公判手続および刑の執行手続）がその本来の任務すなわち具体的刑罰権の観念的並びに現実的形成の任務を果すにふさわしく開始、発展、終了せしめられるために存すべき条件であるので、その現実的な姿は上記した訴訟条件の本質的意味が問題とされるだけの価値のある

訴訟手続すなわち捜査、公訴の提起、公判の審理ならびに裁判および刑の執行等についてのみ考えられるものである。捜査における訴訟条件事項は嫌疑であり、公訴提起の訴訟条件事項は、(1) 有罪判決を得られる見込（嫌疑の充分性と証拠の充分性）(2) 公訴提起の必要性（刑訴法二四八条）(3) 公訴提起に関する手続的条件（刑訴法三三七条、三三八条、三三九条等の諸条件）である。[1] したがつて、当事者たる地位および公益の代表者たる地位をもつ検察官も法というものを正しく解釈適用しなければならない以上、(1) 有罪判決を得られる見込がないとき、(2) 公訴提起の必要性がないとき、および(3) 手続的条件を欠く場合はそれぞれの事由によつて不起訴処分にすべきであるが、ひとたび公訴の提起がなされると起訴状一本主義、訴因制度、検察官の裁量権が広範であること等との関連で公訴提起の訴訟条件事項のうちの(1)の有罪判決を得られる見込、(2)の公訴提起の必要性の各訴訟条件事項は充足しているものと事実上推定されて、職権調査事項とされる公判の審理および裁判に関する訴訟条件事項とはならず、裁判所は、公判の審理および裁判に関する訴訟条件事項である刑訴法一〇条、一一条、二五六条、三二九条、三三八条、三三九条、三三七条の諸条件等が充足されている限り、実体審理をしてよい。しかしながら、起訴便宜主義の下に認められる検察官の裁量は、いわゆる自由裁量でなく、羈束裁量に属するから理論的にこの基準の逸脱は裁判所の審査の対象になる。[2] いわゆる公訴権[3]の濫用の問題である。しかし、(1) 有罪判決を得られる見込、(2) 公訴提起の必要性という訴訟条件事項は、公訴提起の条件であつて、公判の審理および裁判の訴訟条件事項ではないので職権調査事項には含まれない。したがつて、裁判所は、公訴権の濫用があるという被告人側の主張をまつて審査すれば足り、その挙証責任は検察官側が負うのである。主張時期等についてはなお難しい問題があるが、公訴権の濫用の要件は、有罪判決を得られる見込がないのに起訴したとか、起訴猶予の基準を逸脱して起訴したというだけでは足りず、そのような客観面に加えて、検察官が刑罰以外の他の目的を追及したという主観面とがあわさつた場合に公訴権の濫用になるものといえよう。[4] このような要件がそなわつた場合、いかなる方法で不当起訴をチェックするかは現行法上担保規定がないので、各条件事項の性質によつて免訴なり公訴棄却の裁判を利用することによつて裁判を打ち切ることになるが、その結果、不当起訴が是正されると同時に被告人を訴訟から早期に解放し、将来の不当起訴の防止に資することになるのである。

さて、捜査手続における訴訟条件事項は嫌疑であり、この嫌疑の存否および範囲を確認、形成し、公訴を維持するにふさわしいかどうかを判断する一連の行為の統一的・発展的総体が捜査手続である。したがつて、違法収集証拠の問題は、捜査手続という一連の行為の中の証拠収集という行為の問題であると同時に収集された証拠の価値の問題であるので、有罪判決を得られる見込の訴訟条件のうちの証拠の充分性の一側面の問題であつて、それに対しては証拠法に規定があり、おとり捜査の問題は有罪判決を得られる見込という訴訟条件事項のうちの嫌疑の充分性の一側面の問題であるというこ

とができる。これに対して、逮捕、勾留の手続の違法（最大判昭二三・六・九日刑集二・七・六五八頁）や、逮捕の際被疑者に対して警察官による暴行凌虐の行為があった場合（最一小判昭四一・七・二一日刑集二〇・六・六九六頁、東高判昭四〇・一・二七日下刑集八・一・一一頁、大森簡判昭四〇・四・五日下刑集七・四・五九六頁）、海上保安官に捜査権のない犯罪について、海上保安官が捜査し、それに基づき検察官が公訴の提起をした場合（東高判昭三九・六・一九日刑集一七・四・四〇〇頁、その第一審千葉地八日市場支判昭三八・八・一九日高刑集一七・四・四一一頁）はもちろんのこと、本件のように捜査の遅延が少年をして家庭裁判所における審判の機会を失わせるにいたつた瑕疵があるときは、刑訴法二四八条の訴追裁量の一要件になるものと解すべきで、それらの瑕疵が検察官の起訴猶予の裁量の逸脱に相当する場合は、公訴権の濫用にあたるものとして刑訴法三三八条四号を利用して公訴を棄却すべきであろう。しかし、原判決はこのような論理構成をとらないで、捜査手続の違法が重大であり、公訴の提起が右の違法な手続があつてはじめて可能なときは、公訴提起は捜査手続の違法に密接不可分のものとしてそれ自体も無効となるとし、上告審は、事後審であることから、原判決の法令の解釈適用の当否について検討しているにすぎない。

さて、本件で問題となるのは、(1)　いかなる場合に捜査手続を違法と認定しうるか、(2)　捜査手続が違法と認定された場合に公訴提起を無効ならしめるかの二点である。

そこで(1)の点から検討することにする。

まず、本件と同じような事案について下級審判例がいかなる場合に捜査手続を違法としていたかをみてみると、いずれも家庭裁判所における審判の機会を奪うことを要件とし、その奪い方について、(i)　捜査官の故意または重大な過失を必要とするもの（広島高判昭四四・七・二九日最高刑集二四・五・二五一頁掲記の原判決、東京高判昭四三・一〇・二八日判時五四六号九六頁）、(ii)　捜査のため必要やむを得ない限度をこえた日時の徒過があれば違法となるとするもの（仙台高判昭四二・一〇・一七日刑集二〇・五・六九九頁、および本件原審）があり、右の判例のうちで、東京高裁のものはまだ捜査手続を違法にするものではないとしたために家庭裁判所の審判の機会を奪うことが公訴提起の効力に影響を及ぼすものかどうか問題とならなかつたが、広島高裁、仙台高裁の各事案にあつてはいずれも捜査手続が違法であるとしたため、その違法は公訴提起の効力を無効ならしめるものとして刑訴法三三八条四号により公訴棄却の判決が言い渡された。そのうち、仙台高裁の事案は、軽四輪を無免許運転したという軽微な事案であつたためか、検察官の上告がなく確定し、広島高裁の事案は、本件と同じく最高裁判所第二小法廷に係属し、本件とほぼ同趣旨の説示をして、捜査手続に違法はないとしたために、捜査手続の違法が公訴提起の効力に影響を及ぼすかどうかは判示されなかつた（最二小判昭四五・五・二九日刑集二四・五・二二三頁）。したがつて、今後、本件のような場合に最高裁判所第一小法廷、第三小法廷がどのような判断をするかまたれるところである。

さて、一般に、手続の遅延は、担当者の行政上の責任（懲戒）を

きたすことがあつても手続自体にはなんらの効果を及ぼさないとするのが従来の判例の立場である（最大判昭二三・一二・二二日刑集二・一四・一八五三頁、最一小判昭二四・三・一二日刑集三・三・二九三頁）が、遅延が著しい場合には捜査手続が違法となり、事案の軽重等の関連で訴追裁量の逸脱になることになつて公訴の提起が無効になる場合があることは前述したとおりである。

そこで、いかなる要件を具備すると捜査手続の遅延が違法となるのか検討してみると、原審は、少年法が少年の福祉を図るため家庭裁判所先議主義および保護処分優先主義を基本理念とする以上、少年にできる限り家庭裁判所の審判を受けさせるのが少年法四一条、四二条の趣旨で、本件、捜査手続の遅延は、刑訴法二四六条に違反し、公訴提起を無効ならしめるというが、少年法は、家庭裁判所の審判中に成人に達した少年にいわゆる審判権の留保を認めず（少年法三三条三項、一九条二項）、また捜査機関は家庭裁判所に少年事件を送致するにあたり犯罪の嫌疑があると認めうる程度に捜査を遂げる必要がある（少年法四一条、四二条）としているために、一般的に、捜査の遅延により少年から家庭裁判所の審判を受ける機会を奪うことになつても、それのみをもつて直ちに捜査を違法とすることには問題がある。もつとも、現実的な問題として、少年の少年時の犯罪が少年である中に処理されることによつて、審判不開始、不処分および保護処分中の非収容処分に終れば、少年に有利であるので[5]、少年被疑事件の捜査を急ぐ必要はあるが、捜査が遅延したからといつて、刑訴法二四六条に違反し、公訴の提起を無効にするものとも思われない。けだし刑訴法二四六条は、すみやかに書類および証拠物とともに事件を検察官に送致しなければならないと規定しているが、そもそも手続は一定の目的に向けられた多数行為者による多数行為の統一的・発展的総体であるのでそれ相応の期間が必要であるために、刑訴法二四六条は、期間を明定せずまた要件と効果との関係も不明瞭であるから訓示規定とみるべきだからである[6]。したがつて、本判示が、捜査機構、捜査官の捜査能力、事件の輻輳の程度、被疑事件の難易等の事情に左右されるとはいえ、その捜査にそれ相応の日時を要することはいうまでもなく、捜査に長期の日時を要したため、家庭裁判所に送致して審判を受ける機会が失われたとしても、それのみをもつて少年法の趣旨に反し違法であつたと言えず、捜査官において、家庭裁判所の審判の機会を失わせる意図をもつてことさら捜査を遅らせ、あるいは特段の事情もなくいたずらに事件の処理を放置し、そのため手続を設けた制度の趣旨が失われる程度に著しく捜査の遅延をみる等、極めて重大な職務違反が認められる場合においては、捜査官の措置は、制度を設けた趣旨に反するものとして、違法となることがあると解すべきであるとしていることは正当である。

そこで、本件遅延が右規準に達するかどうかであるが、(1) 警察の段階では年齢切迫に対する警告措置としてたとえば年齢切迫の符箋がつけられていなかつたこと、(2) 初歩的、機械的ミスの訂正に約三ヶ月を要していること、(3) 捜査の着手から送検までに七ヶ月余かかつていることが、捜査の遅延の原因であるが、(1)については

法規の上で義務づけられていないし、(3)については、捜査機構、捜査官の捜査能力、事件の輻輳の程度、被疑事件の難易等の事情に左右されるとはいえ、その捜査にそれ相応の日時を要するので、この点から右規準に反するとはいえない。そこで一番問題となるのは(2)で、「判明」を「犯明」と書いたとか、「削一字」を挿入しなかつたこと等の初歩的、機械的ミスの訂正に相当の期間を要していることは怠慢の譏りは免れないが、この程度ではまだ極めて重大な職務違反があるとは思われないので、本件判示が、本件捜査手続は違法でないとしたのは正当である。

しからば、捜査の遅延により家庭裁判所における審判の機会を奪うことが違法とされた場合には公訴提起を無効ならしめるものかが本件の重点であるが、本件遅延は違法ではないとされたので、この点に関する判示は傍論である。

この点について、石川＝横山両氏は、本件における捜査の遅延は少年の家庭裁判所における審判を受ける機会を奪うことになつたのであるから、結局、現行少年法の根本理念である保護処分優先主義および家庭裁判所先議主義を没却することになり、少年法四一条、四二条の趣旨に全く反し、担当官の故意または重大な過失をまたずとも、違法であるとしたうえで、本件の場合、本来の手続を適法にすすめていれば、本件は家庭裁判所に送致されていたものであり、仮に家庭裁判所より送致を受けたとしても、検察官には、起訴・不起訴の裁量権はないのであり、公訴権に関する裁量権は、事実上、検察官にはなく、むしろ家庭裁判所にあつたものといわざるを得ない、……家庭裁判所に送致されていただろうと認められる少年事件について、有効な公訴提起をなすには、家庭裁判所の判断を経由することが必要であるとして刑訴法三三八条四号にあたるとしている。(7)

しかし、少年法は、元来、少年についてふさわしい処遇をすることを目的として定められたものであるので、公訴提起の際に被告人が成人に達していれば少年法を適用されないのを建前とするのであり、かつまた、本件のような実質的なものを刑訴法三三八条四号の形式的要件（(1)　起訴状の方式違反、(2)　親告罪の告訴等訴訟条件の欠缺、(3)　権限のない者による公訴の提起、(4)　公訴の提起がないのに、あやまつて訴訟係属が生じた場合のような形式的瑕疵等）に含めて、公判の審理および裁判の訴訟条件事項として職権調査事項に数え上げることは、公訴提起についての検察官の裁量権が広範であること、起訴状一本主義の採用および非常上告における確定判決の法令違反の是正という観点等から考えて、石川＝横山両氏の見解は妥当でない。また原審は本件捜査手続の違法は公訴提起そのものに直接に違法性を帯びさせるという理論構成のもとに刑訴法三三八条四号に該当するとし、前述した広島高裁の事案の第一審である徳山簡易裁判所は、直截に、本来ならば少年事件として家裁に送致し得た事件を訴追する側において、いたずらに時間を空費して右少年を成人たらしめ、しかる後に公訴を提起したという措置は、家裁を経由せしむべきであつたのに、その手続を履践しなかつたという点では、前記家裁不経由事件と何ら実質上別異に解すべき理由は認め難いとして刑訴法三三八条四号に該当するとしている（昭四三・一〇・八日最高刑集二四・五・

二四九頁以下）が、いずれも石川＝横山両氏の見解のところで述べた欠点を包蔵することになる。したがつて、私は、もし本件に捜査手続の違法があるとすれば、その違法は前記したように刑訴法二四八条の訴追裁量の一つの判断資料になるにすぎないものと考えるべきものと思う。[8] すなわち刑訴法二四八条のような要件があつて、公訴を提起する必要のない場合、起訴猶予処分とするか否かは検察官の健全な裁量ではあるが、誰れが見ても起訴猶予処分が相当であつて、公訴提起が著しく不当と見られる場合には、検察官は起訴猶予処分とすべく、これに反する公訴提起は国法上の義務違反となり、それが場合によつては訴訟法に反映して公訴を無効ならしめるものと考え、その場合は、刑訴法三三八条四号を利用して裁判を打ち切るべきものと考えるのである。[9] しかし、本件は、全治二ケ月という傷害事故であり、証拠も充分であるので、捜査の遅延を考慮しても訴追裁量を逸脱したものとは思われない。

以上の理由により判旨の結論に賛成する。

(1) 宮崎・「訴訟条件」刑事法講座5一〇二七頁以下、青柳・日本刑事訴訟論六四頁以下。

(2) 青柳・前掲七四頁、田宮・「訴追裁量のコントロール」立教法学11一七〇頁、「公訴権の運用とその司法的審査」研修二四五号八頁、平場編・刑訴法要論九九頁等。

(3) 公訴権の概念については今後検討しなければならないが、鴨教授は、「公訴権と憲法第一四条」法律のひろば二一巻四号七頁で公訴権を訴追実施の権能とされ、田宮教授は、前掲立教法学11一一八頁で公訴権を訴追権とされ、能勢教授は、「公訴の利益」北大法学論集一九巻一号八八頁で、公訴権を刑事訴訟制度を利用する権利とされている。

(4) 青柳・前掲七四頁。

(5) 横井・研修二五九号四九頁。

(6) 森岡・警察研究四二巻六号一一八頁。

(7) 石川＝横山・日本法学三五巻四号一二七頁以下。

(8) 船田・本件解説・最高裁判例解説刑事編昭44年度四六八頁以下。

(9) 青柳・新訂刑訴法通論二一〇頁。なお、本件評釈として、引用したもののほか、亀山継夫・判例評論一三七号三八頁、最二小判昭四五・五・二九日刑集二四・五・二三三頁の判例解説としては、岡部・ジュリスト昭和四五年度重要判例解説一五八頁がある。

（筑間　正泰）