

# 起訴基準見直し論に対する一考察

加藤 康 榮

- I はじめに
- II 検察官の公訴権行使の在り方
  - 1 戦前の予審制度の廃止から戦後の新しい検察官制度へ
  - 2 検察官の公訴権行使に対する制御・チェック機能
  - 3 裁判員制度の導入及び検察審査会法の起訴強制制度への改正の意義と問題点
  - 4 小括
- III 起訴基準見直しへの展開
  - 1 起訴するために必要な「嫌疑の程度」の基準
  - 2 起訴基準見直し論を巡っての学説展望
  - 3 起訴基準見直しへの管見の整序
- IV おわりに

## I はじめに

我が国の刑事司法は、戦後予審制度が廃止されてアメリカ法の当事者主義による公判中心主義が導入されたが、運用実態は検察官が捜査を徹底し起訴を厳選することで始まる「精密司法」であり、一〇〇パーセント近い有罪率を維持してきた。この運用に対し、学界から平野龍一博士が「捜査は糾問的でなく、これを弾劾的捜査観で抑制し、緩やかな基準で速やかに起訴し、公判中心主義を徹底するべし」との主張がなされた。しかし、多数説も弾劾的捜査観にはゲットしながらも、実務の「綿密捜査・慎重起訴」の運用はむしろ支持し、「精密司法」の現状が維持されてきた。

ところが、二一世紀に入り被害者参加を皮切りに国民の司法参加が潮流となった。特に裁判員制度は、「国民が司法執行の主体」との建前論に始まり、結局、司法に対する国民の「理解増進と信頼向上」に資することとして(裁判員法一条)、制度設計の趣旨を変えながら導入され、五年間の周知準備期間を経て平成二十一年五月から実施された。更には、検察審査会法の起訴強制制度への改正もなされたが、これら制度の定着に向け担い手の奮闘は続いている。しかし、折から足利事件等の再審冤罪事件や取調べの問題事件が相次ぎ、被疑者取調べの可視化(録音・録画)が具体的に検討され始めた。そして、その可視化の試行も始められている過程で、今度は検察官の重大な職務上の不祥事が起きたことから、「検察再生に向けて」の検討に入り、法制審議会特別部会も「被疑者の取調べ及びその供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方」の審議に入った。その結果、取調べ可視化や一部司法取引等新たな制度導入となる法改正案が同二十七年通常国会に提出され、衆議院では一部修正の上可決されたが参議院において一旦継続審査となったものの、翌二八年通常国会の五月二四日成立するに至っている。他方、従来の運用である「綿密捜査・慎重起

訴」の現状に対しても、田宮裕博士らの「慎重な起訴基準を維持しつつ、当事者によるチェックを推進する」との改革案では不十分として、先の平野博士の主張を支持する議論が再浮上してきた。<sup>①</sup>

そこで本稿では、元検察官の立場から従来からの起訴基準見直し論を再考することとした。<sup>②</sup> その視点としては、① 検察官が戦後廃止された予審判事の役割も一部担い、公訴権を原則独占して遂行するに至った経緯とそのチェック状況を概観した上で、② 導入された裁判員制度や検察審査会の起訴強制制度の意義、その運用状況、問題点と改善点を分析し、次に、③ これら制度が検察官の起訴基準の見直し論と連動する構造を考察する。そして、④ 起訴に必要な犯罪の「嫌疑の程度」に関し、主要な判例・学説を分析して、戦前からの起訴基準である「有罪の確信」（確信基準）を堅持するのか、それともより緩やかな基準へと見直すのかという根本問題を検討し、また、これに関連して、⑤ 検察官の起訴裁量権に基づく事件処理（略式命令請求等起訴の種類）のセレクト基準の問題にも言及することとした。

こうして管見としては、検察官の公訴権行使の在り方として起訴基準は基本的には従来の確信基準を維持すべきものと考ええる。しかし、民意反映と公判活性化への視座から、一定の事件については確信基準の「柔軟弾力的」な運用化を図り、その基本ガイドラインの策定へと展開することを提言するものである。

なお、刑訴法二四八条の起訴猶予の基準とその運用や関連する問題自体の検討は、別の機会に譲ることとした。

## II 檢察官の公訴権行使の在り方

### 1 戦前の予審制度の廃止から戦後の新しい檢察官制度へ

#### (1) 予審制度における検事と予審判事の役割分担の意義

戦前の刑事司法では、当初は起訴法定主義と解されて檢察官(検事)が緩やかな捜査結果を踏まえて公訴を提起し、予審判事が、嫌疑が十分でない被疑者を早期に見極めて釈放する役割を担任していた。その意味では、アメリカ法の予備審問にも類似し、既にして手続構造上は「公判(法廷)中心主義」を志向していたと言えよう。

我が国の檢察官は、フランス法に倣った明治の治罪法時代では自ら捜査することは殆どなかったが(欧米の檢察官は、今も殆ど直接の捜査や被疑者取調べなどはしない)、改正法になるいわゆる明治刑法(明治二三年公布)以後、檢察官が被疑者取調べをしないで起訴することはないという世界無比の慣行が生まれた。それは当時、無罪率が予審免訴を含めて約五〇パーセントの高率で国民の批判を受けたことからであった。そこで、検事が明治三〇年(一八九八年)ころから、捜査・起訴の運用に関し、自ら事前に取調べをする「実質捜査する弾劾機関(公訴官)」へ、しかも「綿密捜査・慎重起訴」へと変え、それは必然的に起訴便宜主義(大正二一年公布の大正刑訴法で明文化)への流れともなった。その結果、大正五年(一九一六年)の統計では予審免訴七パーセント、公判無罪二・五パーセントまで激減させる実績を示し、<sup>3)</sup>以後檢察官の公訴権行使は一〇〇パーセント近い有罪率となる「綿密捜査・慎重起訴」との起訴基準を定着させるに至った。これは、我が国の刑事司法の基本柱が実体的眞実主義である以上、必然的な流れであった。

## (2) 戦後の改正現行刑事訴訟法の制定過程と検察官の権限

現行法は戦後、GHQ（連合国軍総司令部）の指示・指導の下、予審制度は廃止したが、その後もGHQからは勾留中の被告人が裁判官に対して、事件を公判に付する嫌疑があるかどうかの決定を求める予備審問制度の導入が示唆されたり、学界の一部からも更なる新しい予審制度の提言があつたり、<sup>(4)</sup>あるいはこの戦後の改正現行法の立案に関与した法務当局者から、予審有用論が出されたりもした。<sup>(5)</sup>しかし、今やそのストレートな予審復活論には接しない。それは、捜査に関し、警察が第一次捜査機関として独立した地位・役割を果たして事件処分を裁判所へ繋ぐにあたって、予審判事の代わりに検察官をその媒介者として介在させることが、有用なシステムとして十分機能してきたからであると言えよう。検察官の機能に関する改革は、裁判所から分離独立し、予審制度廃止に伴いその強制捜査権限を検察官等の捜査機関に移管した上、その代替措置として令状主義を憲法、改正現行法に規定し、また、検察官には国家訴追主義としての公訴権の原則独占と起訴便宜主義が維持される一方で、当事者主義も導入された。また、GHQは検察官の公訴権行使を、アメリカ法流に捜査記録を読んだだけで嫌疑のない起訴かどうかが判明する程度の「緩やかな起訴基準」を前提に捉えるが、日本側は法曹三者とも、検察官が起訴するには嫌疑の程度が一〇〇パーセント近く有罪と確信するものでなければならぬとする戦前からの実務での確信基準を撤回しなかつた。このため、GHQも結局これを諒としたが、捜査の勾留期間は予審制度での「二か月間」（更新あり）<sup>(6)</sup>とすることを認めず、新しい捜査の勾留期間は延長を含め原則最大二〇日間に短縮された。しかし、この短い勾留期間の中でも検察官は国民の要請に従い、「綿密捜査・慎重起訴（確信基準）」の基本を貫いてきた。ただ、検察官への権限集中型になる役割分担の在り方については、極めて重要な論点を提供することとなった。すなわち、司法手続の出発点となる重要な公訴提起行為が裁量

行為であることから、可能性としては起訴・不起訴判断の誤り、高じての公訴権濫用、違法な捜査手続等の危険のほか、被疑者等事件関係者に対し人権蹂躪を招く危険をも孕むダイナミックな制度設計であるとの指摘になる。

確かに、検察官の公訴権行使は独占的であるだけに、その救済手段、制御・チェック機能の吟味は重要である。

## 2 検察官の公訴権行使に対する制御・チェック機能

そこで、検察官の捜査権限は刑事司法システム上補充的な範囲で認め、公訴官に原則徹しさせて起訴基準を従来よりも緩和した運用へと変革を遂げさせることにより、必然的に公判（法廷）中心主義へ導出させるとの案が生まれる。

ところが、検察官は廃止された予審判事に代わってその起訴・不起訴処分の適否のチェックという重い役割を「自己チェック」で担ってきた。それは、検察官は独任官庁ながら内部での有効な決裁制度のほか、重要事件では上級庁まで協議をし、最後は「検察官同一体の原則」で整理統一を図るという組織構造から、誤りは組織的には是正してきた。そして、起訴された事件は裁判所が「精密司法」で、収集された証拠が適正手続を履践しての誤りのないものかどうかを、検察官と弁護人間の本証と反証の攻撃防御のなかで精査して、事案の真相を解明し冤罪を防ぎながら適正な科刑に至るというものであった。一方、不起訴処分に対しては、民意反映の制度として、検察審査会法による審査員（選挙権を有する国民から抽選で選任）の審査のほか、公務員の職権濫用等罪については裁判所が直接チェックする付審判制度（準起訴手続—刑訴法二六二条以下）によって、その機能の役割分担をしてきた。予審判事の機能的役割を検察官にだけに集中的に負わせることから、この検察官による捜査の主宰と起訴・不起訴の処分を巡っては、予審的機能を有する公判前の「前捌きのシステム」の構築など、その裁判官的機能の抑制・分散化、あるいはその他の実質的制御方策等新たな具体的制度設計の議論も呼ぶが、ともかくもそのような思索をすること自体に、現代的意義があらう

かと思われる。

そこで、今や国民の司法参加と、それによる「公判の活性化」という大きな時代の潮流にあつて、予審制度再来による裁判所からのチェックではなく、「民意」の関与・反映こそ重要であるとの「現代的視座」の確認である。

### 3 裁判員制度の導入及び檢察審査会法の起訴強制制度への改正の意義と問題点

#### (1) 檢察官の公訴権行使に対する「民意」からの控制・チェック

起訴された重罪事件の「裁判」に国民が裁判官と同等の権限で参加する裁判員制度が導入された。また、不起訴事件に対しても、檢察審査会法で是正勧告の議決でチェックしてきた参加国民に「起訴強制」権限まで改正付与し、檢察官の公訴権行使に対するチェック機能を強化し、一部民衆訴追に途をつけ、あるいは、アメリカ法の大陪審的制度志向かと思われるような変容を図った。

こうして生まれた「国民による刑事司法チェック」というパラダイムシフトをどう受容していくかである。実務では、従来の公訴権行使の運用を基本としつつ、適宜改善を重ねて新制度の定着化に努め、新たな制度改革の要請が生まれればこれに対応するということであろう。しかし、司法参加の「主体国民」(裁判員、檢察審査員、更に「被害者参加」の被害者)と「客体国民」(犯罪者)との「国民の二分化」、「ペナル・ポピュリズム」の問題、「訴追抑制の要請との関係」等の問題点の指摘も考慮し、<sup>(7)</sup> また起訴強制制度も、その実施以降件数が少なく無罪判決も多いが、引き続き検討課題としていく必要がある。

#### (2) 裁判員制度の導入経緯と問題点

この制度改革の真の契機となった事由は、必ずしも分明ではない。<sup>(8)</sup> アメリカや経済界からの日本の民事裁判の迅速

化要請の声は耳にした。ところが、刑事裁判では再審無罪等の個別問題点の検討などはあったものの、その審理迅速化の要請や誤判が多発するなどの事実もなく、陪審制の復活等制度改革の動きなども殆ど見られなかった。むしろ、訴訟当事者の協働による「精密司法」の運用実態が積極評価のなかで定着し、世界に冠たる事件の検挙率、治安の良さや有罪率を誇り、法曹、学界や当の国民もこの大改革には戸惑いを示す者が多かつたというのが実情であつた。<sup>9)</sup>

裁判員制度では、否認して争う事件こそ公判(法廷)審理に一層意義が見出されるが(自白事件を含めて対象重罪事件は、年間全事件の約三パーセントの二〇〇〇件台で推移)、否認して争う事件は、従来からアメリカの陪審事件と割合的には大差がない。すなわち、アメリカでは、全処理事件の九五パーセントはアレインメント(有罪答弁)で証拠調べなくして有罪とされ、そのための司法取引が定着し、陪審を選択するのは、陪審員の無罪審判に一縷の望みをかけ、敏腕弁護士を擁して争う重罪被告人であることが多い傾向にあることはよく指摘されているところである。<sup>10)</sup>

我が国では自白事件の場合、供述調書が同意されてその供述の信用性の程度で裁判が決せられる。そして、否認事件の「争う法廷」では、証人や被告人が真実を語ることを避ける傾向があるため、結局、捜査段階での供述調書が伝聞証拠の例外規定によって証拠として採用され(証人は刑訴法三二二条一項二号の書面が多い。また、被告人の自白調書は三二二条一項書面になる。)、それに信用性が認められるというのがこれまでの審理の実情であつた。そのため「調書裁判」とまで言われるが、裁判員制度を導入したからと言って、争いのない自白事件では調書が同意されるのは証拠法が従前通りである以上当然である(証人の捜査段階での供述調書は刑訴法三二六条の同意書面であり、被告人の供述調書も同様の扱いとなる。)

結局、裁判員制度は、裁判員のリテラシー、判断の不安定さ等問題点も抱えており、種々の見直し点の指摘もある。

また、制度が国民の多大な労力、膨大なコストと資源投資（制度運用のために投ぜられている国家予算等）で運用されている点での「費用対効果」の観点からの指摘もあり、積極的に改善に向けて対応すべきでもの<sup>11)</sup>と考<sup>12)</sup>える。

### (3) 検察審査会法の起訴強制制度への改正法の問題点

今関源成教授は、広い裁量権を有する検察官の権限行使の適正を監視する必要性は認めながらも、検察審査会（検審）がその議決の法的拘束力の付与によって、対検察の監視機関から「被疑者の起訴を直接決定する権力機関」に変質したことから、検察が不起訴とした被疑者の「訴追されない利益」を直接侵害する権能を手に入れたこと等を指摘する。このため、検審は権力機関として、その制度の正統性及び決定手続の透明性、公正さ、決定内容の妥当性等を問われざるを得ず、その人権保障の姿勢が問われること、さらに、このような起訴強制手続の公開性、透明性、公正さの欠如に対する批判も、検審が権力化すれば当然先鋭化し、検審は匿名の告発者が検察不起訴の場合に政治家の政治生命を絶つことを目的として政治的に利用することも可能な制度となったとの批判を展開している<sup>13)</sup>。

検察審査会の役割が「公訴権の実行に関し民意を反映させその適正を図るため」（検審法一条）としている限りで、検察官の公訴権行使の制御・チェック機能がその制度目的となるが、起訴強制制度となった以上は、本来の制度趣旨を超えて自ら訴追権限を行使する一部民衆訴追ないし米大陪審の起訴陪審的な機能へと存在意義を変えた。戦後GHQの指導で制定された同法の改正の意義は重要であるが、司法は、憲法上統治機構の一角を占め、その専門性から独立性が保障される法原理部門である。起訴強制制度は司法に直結する訴追方法に関し、裁判員制度同様、民主主義原理からの「民意」をもって被告人の生殺与奪の権を握ることとなった。してみれば、事件の審理過程をブラックボックス化させてはならない。判決書や審査議決書における判断と審査国民の匿名性は、司法への「理解増進、信頼

向上」と「民意反映」とする制度目的と、それが重大な影響を及ぼす判断・審査結果との間に許容できないギャップを生じさせかねない。その判断・審査過程の透明性を確保した制度でなければ、国民の広範な持続的支持は望めないだろう。

時代の要請が刑事司法への「国民参加」であるならば、検察官の起訴処分に対しても起訴陪審ないしは検察審査員に「起訴審査」権限も与え、これに法的拘束力を付与するとの案も――私は支持しないが――、現実味を帯びてこよう。それは予審判事の役割をも付与するものであるが、そこまでいけば、アメリカ法の大陪審制度そのものの導入論にまで発展し、国民による検察官の公訴権行使に対する究極の制御・チェック制度となつていこう。<sup>14</sup>

#### 4 小括

如上のように、我が国の検察官の公訴権行使は、予審判事との役割分担の時代を経て、これが廃止された以後は一層慎重に行使用することで「精密司法」をもたらし、高い有罪率を維持するのが運用実態であることを概観してきたが、時代は今や「国民の司法参加」にある。ところが、裁判員制度の導入や検察審査会法の起訴強制制度への改正については、種々の問題点の指摘もある。このため、訴訟関係者には各制度設計の趣旨・目的を理解し、種々の問題点を改善しながら、その定着に向けて努力することが期待される。また、検察官の公訴権行使に対しては、至大な民意に因應するための起訴基準の見直しを検討し、更にはこれに必然的に関連する捜査の在り方、その方向性を再確認する必要があることである。

### Ⅲ 起訴基準見直しへの展開

#### 1 起訴するために必要な「嫌疑の程度」の基準

##### (1) 起訴するための嫌疑の程度が「有罪の確信」であることの意義

起訴基準は、戦前から嫌疑の程度を「有罪の確信」に達することに置くところの確信基準にある（ただ、刑事政策の観点から、犯罪の嫌疑は十分であっても、起訴便宜主義に基づいて起訴猶予処分とする事件は別論である）。

検察官は、刑訴法一条が標榜する実体的真実主義、そして同法二四八条が規定する起訴便宜主義の下で、起訴基準は従来の予審判事の役割も果たすべく、当然有罪判決が得られる程度の嫌疑を有するものであることを求める。したがって、有罪の確信が持てないのに起訴すれば、検察官の行為規範になる誠実な公訴権行使義務を壟断する行為となる。「有罪の確信」とは、証拠を質量両面から客観的に総合判断して、有罪判決の「高度の蓋然性」があるとの確信的心証の形成心理をいうものと解される。有罪無罪の可能性が半々とか、被告人の反証の不十分さを期待しての有罪見込みなどであってはならない。戦前の予審時代の当初は、前述したように検事は役割分担によって、ある程度の「嫌疑」の見極めでもって起訴を行っていたが、それでは無罪が多く、国民の批判に晒されたがために、自らも取り調べ「綿密捜査」と「慎重起訴」で運用するようになり、その結果有罪率が格段に高くなってこれが国民の強い支持を得、その運用が定着して行ったという歴史的事実がある。起訴基準の嫌疑の程度を、「有罪の確信」になる高度の蓋然性にまで高めたものであった。

ドイツ刑事訴訟法では、近時は起訴便宜主義的に手続打ち切りの処分による範囲も増えてはいるが、伝統的に起訴

法定主義の原則を維持している。検察官は十分な事実上の根拠が存する限り、訴追可能な全ての犯罪行為に関して捜査を開始する義務があること(一五二条二項)、捜査により十分な根拠が備わったときは、公訴を提起しなければならぬことを規定して(一七二条一項)、公訴提起に十分な理由がある限りは起訴が義務付けられている。一方、被疑者の行為が犯罪を構成しない場合や、証拠が不十分である場合は、検察官は手続を打ち切らなければならない(一七二条二項)。なお、起訴便宜主義的理由により手続を打ち切ることもできることは一五三条以下<sup>15)</sup>。ドイツでは、今や起訴便宜主義的な手続打ち切りの運用が活発に行われており、このことに鑑みれば、起訴が同法の厳格な実体的眞実主義の理念での捜査義務を前提にする判断である以上、「嫌疑(証拠)十分」との判断(それは、当然有罪の高度の蓋然性の判断となる)ができない限りは起訴しないこととなる。そこで、我が国でも起訴基準を明文化するとすれば、起訴便宜主義下であっても、結局はドイツ法とほぼ同内容の規定になり、それは確信基準での判断となるかと思われる。

また、英米法の刑事司法での有罪基準は「合理的な疑いを超える証明」に求め、その起訴基準は「起訴するに足りる十分な証拠」(有罪判決の現実的な見込み―無罪よりも有罪とする可能性が高い。)の有無を判断基準にしているとされる。その民事訴訟法では「証拠の優越」(蓋然性の程度が五〇パーセントを超える程度)で足りるとされている。<sup>16)</sup>

## (2) 起訴基準に関する裁判例・判例概観

裁判例として、①東京地判昭三九・四・一五(判時三七一・五)は、強姦致傷事件で無罪判決を受けた被告人提訴の国家賠償請求事件において、検察官の公訴が違法どうかの判断基準を「起訴時に、公訴事実が犯罪の嫌疑十分で有罪の可能性の存否、すなわち犯罪の嫌疑が十分で有罪の判決を期待しうる合理的な根拠があつたかどうかによるべきである」としている。判決は、実体上の犯罪の嫌疑の存在については「起訴時と判決時において証拠の量と質において

差異があるのが通常であり、かつ有罪判決と起訴の各段階においてそれぞれ要求される心証の程度には差があると考  
えられるから、起訴された事実について無罪判決のあった場合といえども直ちに起訴が要件を欠く違法なものであつ  
たとはいえず、起訴時に有罪判決の可能性が存じた限り当該起訴は適法である」とした上、その有罪判決の可能性と  
は「犯罪の嫌疑が十分で有罪の判決を期待しうる合理的な根拠のあることをいうのであって、単に犯罪事実の存在の  
可能性をいうのではない」とし、そこで要求される心証の程度については、罪を犯したことを疑うに足りる「充分な  
理由」（刑訴法二二〇条―緊急逮捕の要件）、「相当な理由」（同法六〇条―起訴前の勾留要件）よりも高度の犯罪の蓋然性が  
認められることを要するが、合理的な疑いをいれないまでの確実性は要求されない」としている。しかし、②名古屋  
高判平一九・六・二七（判時一九七七・八〇）は、住居侵入・窃盗事件で無罪となった被告人提訴の国家賠償請求事件  
においては、「現場の被告人の指紋が三年前のエアコン取付け工事の際に付着した可能性を排斥する合理的根拠が客  
観的に欠如しているのに検察官が起訴したのは違法である」として、国家賠償責任を認めている。

最高裁判例では、③最判昭五三・一〇・二〇（民集三一・七・一三六七）は、鉄道爆破等事件で無罪となった被告人  
提訴の芦別国家賠償請求事件において、検察官の公訴提起は、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」と判示している。また、有罪判決の程度に関し、④最判昭四八・一二・一三  
（裁判集刑事一九〇・七八一、判時七二五・一〇四）は、放火事件での犯人性認定の原判決を事実誤認があるとして、破棄  
無罪とし「『犯罪の証明がある』とは、『高度の蓋然性』が認められる場合」をいい、それは「反対事実の存否の可能

性を許さないほどの確実性を志向したうえで『犯罪の証明は十分』であるという確信的な判断に基づくもの」とする。また、⑤最決平一九・一〇・一六(判時一九八八・一五九)は、爆発物郵送による殺人未遂事件において「刑事裁判における有罪の認定に当たっては、合理的な疑いを挟む余地のない程度の立証が必要である」と判示する。

次に、公訴権行使の適否に関する視点から、⑥最決昭五九・一・二七(刑集三八・一・一三六、判タ五一九・七六)は、宇野元代議士選挙違反事件につき、交付された金銭等が交付者との共謀の趣旨に従い受交付者から第三者に供与された疑いがあるにもかかわらず検察官が交付罪で起訴したことの可否について、「検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮して、被告人を交付罪のみで起訴することが許されるのであって、このような場合、裁判所としては、訴因の制約のもとにおいて、被告人(交付者)についての交付罪の成否を判断すれば足り、訴因として掲げられていない受交付者との共謀による供与罪の成否につき審理したり、検察官に対し、右供与罪の訴因の追加・変更を促したりする義務はない」と判示している。当事者主義の下で起訴裁量権を有する検察官が、証拠上「有罪の確信」が持てない訴因での起訴は避け、実体的真実の点では縮小認定になるとしても、証拠上「有罪の確信」がある訴因で起訴するという公訴権行使を認める裁判所の判断が前提となっていると解し得よう。

そして、⑦最決昭五五・一二・一七(刑集三四・七・六七二)は、熊本水俣病補償請求に関連して生じたチッソ川本事件(四名に対する傷害事件)の上告審の判断である。原審が公訴権濫用として公訴棄却の判決を言い渡したのに対し、公訴権濫用論については「検察官の訴追裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合がありうるが、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」場合であると判示し、本件では検察官の訴追裁量権の逸脱はないとした(ただし、検察官の上告自体は刑訴法四二一条のいわゆる著反正義の解釈から棄却とした)。

この公訴権濫用論は、明文の規定はないが、従来から講学上、事由によっては類型的訴訟条件と同視すべき訴訟障害事由が考えられるとして、(a) 犯罪の嫌疑なき起訴、(b) 違法捜査に基づく起訴、(c) 訴追裁量権限の逸脱・濫用ないし不平等起訴の三類型が挙げられている。およそ「有罪の確信」がないまま殊更恣意的に起訴するようなことがあれば、この公訴権濫用論の対象となり得ようが、弁護側による法廷戦術の一環としての濫用的主張も多く、この最高裁決定で本来は決着が図られたと見るべき法理と思われる<sup>17)</sup>。そして、この議論は「捜査・訴追を緩やかにし、あとは充実した公判審理でこそ行うべし」とする弾劾的捜査観からは本来的には繋がり難く、この公訴権濫用論は、むしろ検察官の公益の代表者性と起訴の確信基準を厳格に求める視点からの主張と言えよう<sup>18)</sup>。

以上通観した公訴権行使に関する裁判例・判例によれば、裁判官の有罪判決における心証は「合理的な疑いを挟まない程度」に真実であるとの確信が必要であるが、国家賠償訴訟での「起訴の適法性」については、証拠を合理的に判断して「有罪と認められる嫌疑の程度」の起訴で足りるとしたものと解してよいであろう。ただ、検察官は有罪判決を求める以上、裁判所の有罪基準に合わせた確信基準をもって起訴せざるを得ない。しかも、前記平成一九年名古屋高裁判決(③判決)の見解に従えば、確信基準を緩和した起訴基準では許容されず、またその確信が境界線上にある事例ならば、なおさら起訴の慎重さが一層求められることとなる。

### (3) 有罪判決を求める起訴と確信基準との関係法理

検察官の公訴提起は、有罪判決を求めるものであるから、裁判所の有罪判決の判断基準に従ってこれを決定するのは当然の法理である。起訴基準が「有罪の確信」であることは、いやすくも人を起訴して裁判にかけるといふ重大な公訴権を行使する以上、職務の当然の行為規範として戦前から定着しているものである。

また、証拠は時間の経過とともにその価値が逓減し（人証では記憶の減退化や他の情報の混入による記憶の汚染混濁化、物証では変質化・散逸化の可能性が避けられない）、起訴時点ではより多めの新鮮な証拠を揃えての判断が求められる。このため、検察官にとって一〇〇パーセント近い有罪の高度の蓋然性・確信がなければ起訴しないという「確信基準」は、当然の法理と解されてきた。起訴時までには収集し得た証拠能力を有する人証・物証の質量両面の総合的価値判断を行い、その結果「有罪の確信」の心証形成に達すれば起訴を決定する。そしてこの確信基準は、起訴前において到達し得る必要がある。例えば放火事件において、自白に基づくその実行行為に関する重要な火災実験を起訴後に行うということは、起訴時にその行為が科学的にそして経験則等から有罪の確信が持てる場合でない限り許されないものである。つまり、起訴後の証拠収集の可能性を見込んでの「見切り発車的起訴」などは許されないものである。また起訴後の補充捜査も許されてはいるが、それは起訴前に有罪の確信に達していたがその後証拠価値の逓減化に対応し、あるいは有罪の確実性を図つての上積みになる証拠の収集をする場合くらいである。

問題は、起訴時の「有罪の確信」が、有罪判決を得るための微妙な境界線上にある場合である。一般的に、起訴後の証拠価値逓減による補充捜査も見越しての起訴の積極判断は許されようが、そのような場合では、検察官によっては消極判断を採る者も少なくない。<sup>19)</sup>ただ、法律判断や社会の耳目を集めた重大な特殊大規模事故事件等裁判所の判断を求める価値と必要のある事件かどうか等の視点も判断基準に加えて、そのような事件については積極的な公訴権行使（起訴）によるべきではないかと考えるが、この点は起訴基準見直し論の考え方にも関連するので後に詳論する。

## 2 起訴基準見直し論を巡っての学説展望

### (1) 弾劾的捜査観の徹底による起訴基準見直し論(平野説)

平野龍一博士は、検察官の「綿密な捜査・慎重な起訴」の運用は公判中心主義を形骸化させるから、「確信のあるものだけを起訴するのではなく、何はともあれ裁判所へ連れて行き、ある程度の無罪はがまんすべき」と主張する。

これは、刑事司法の在り方は弾劾的捜査観に立脚し、捜査機関の捜査は一方当事者が行う公判の準備行為として、糾問的でなく抑制的に行い、検察官は緩やかな基準で起訴し、法廷で有罪無罪を決することこそ本来の姿とするものである。「現に、欧米ではそうであり、アメリカでは、検察官は被害者の告訴がある以上『一応の証拠』で起訴しなければならぬこととなっている。ところが、日本の裁判所は『有罪の確認』をすることになっている。その起訴に必要な嫌疑は、逮捕・勾留に必要な『相当の嫌疑』よりも高く、嫌疑が十二分確認されてはじめて起訴すべきものとしている。起訴が慎重なこと自体は好ましいようにも見えるが、起訴に高度の嫌疑が要求されると、訴訟の実質が捜査手続に移って、捜査機関に強力な強制権限を与えざるを得なくなる一方で、裁判所は検察官が有罪と確信したものを『念のために確かめる』だけになってしまう。実際我が国の第一審は、『検察官に対する控訴審にすぎない』と言えなくもなく、『検察官司法』といわれる。したがって、その刑事訴訟の実質は捜査手続にあり、それは検察官・警察官による糾問手続であるところから、問題はこの捜査手続ないし公判前手続をどのように構成するべきかにある」とされる。また、「ドイツでは予審制度が一九六四年の刑事訴訟法の改正により、検察官に予審判事の権限の一部を移譲することでその廃止が実現した。我が国では、予審制度を戦後廃止したが、刑事訴訟法上では予審判事の権限が検察官に移譲されてはいないものの運営上はかなり移譲され、これが現実にはむしろ強化方向にある。結局、参審

か陪審制にでもしない限り変革できず、『我が国の刑事裁判はかなり絶望的である』と評された。<sup>(20)</sup>

同博士は、その後は参審制を採用すれば、法廷で心証をとるようになり、捜査記録も「要を得た、事件の核心を突いた」短いものになって、取調べや身柄拘束の長さにも影響を及ぼし、法廷での証人尋問、反対尋問も核心的なものになるかもしれないとし、それは「ラフ・ジャスティス」ではなく、「核心司法」であると説かれるようになった。<sup>(21)</sup>

## （2） 捜査と起訴（基準）に対する当事者によるチェック論（田宮説）

田宮裕博士は、弾劾的捜査観に立脚しながらも、その捜査観の本旨は「起訴は被告人にとって極めて重大な処分で、検察官は仮にも有罪の確信のもてない者を起訴すべきではないし、刑政の目的を他の手段で十分達しうるため刑事制裁を使うまでもない起訴猶予相当の情状がある場合には起訴を控えるべきは当然である。そういう確信をもてない場合は、不起訴にすることにある」と深い分析をされる。そして裁判所は、検察官の訴訟の監督者として嫌疑の有無を「相当の証拠」で審査するが、このことは「嫌疑の引継」とはならず、予断排除の原則にも反しない、として捜査に始まる訴訟構造をシステムの捉え、我が国での当事者主義の徹底を主張されるのである。

このように、捜査は当事者である捜査機関側と被疑者・弁護人側とが公判活動と同様、対等当事者として各準備し合う弾劾的捜査観によるべきであるが、ただそれと現行の訴追制度とはナチュラルには繋がらず、法の正当な適用を請求するという準司法官的性格を持つ検察官の「司法処分」的な訴追と、捜査の当事者の性格とはうまく繋がりに難い。したがって検察官に司法処分を行う地位・役割までを付与する訴訟構造は、当事者主義、弾劾的捜査の理想に反して本来は相当でないとの考えを示す。しかし同博士は、検察官の地位・役割が客観義務を負う準司法官として、確信基準での起訴になる現状はむしろ積極評価とする。すなわち、検察官制度が国家訴追主義を支えていることを前提に、

捜査の結果を調書にまとめ、これが証拠として事実認定に供する手続が定着し、それは起訴状一本主義を「一段階遅れた書証の引き継ぎ」と化させて捜査の結果が実質上優先することから、調書尊重主義すなわち書面審査の「調書裁判」となり、口頭弁論・公判中心主義を形骸化させる危険を孕んでいるということを指摘するが、しかしこの裁判手法によって、無罪率を最小限に抑え込んでいて、それは有罪の確信に至るまで証拠を厳選してこれを決定しているからであり、それ自体は「人権に配慮し、裁判の効率化にも寄与している」と評価される。

もつとも、田宮博士は、訴訟構造上の深い問題点も指摘もされている。それは、現状で裁判が公正に誤りなく行われ、正しい結果を出しているならばよいのであるが、運用の実態は公判中心主義を形骸化させ、ひいては当事者主義のチェック機能を働き難くさせ、冤罪を易々と有罪と裁判してしまう危険が避け難く、そこに「検察官が準司法官の立場で完璧を期そうとすればするほど、それは非当事者主義化する」という制度的な問題点があるとするものである。<sup>22)</sup>

### (3) 捜査と起訴基準見直し論の検討

ア 平野説は、「緩やかな捜査と起訴」を提言し、参審制導入などをもって、一気呵成に核心司法で公判中心主義が実現されることを志向する。そして、起訴基準を緩和させることは、これと相関関係にある捜査にも必然的に相応の変革をもたらせることも視野に入れ、そのことにより無罪事件が相当数増加することも、敢えて受容せよとする。

これに対し、田宮説は、検察官の起訴・不起訴のセレクト機能とその実績を評価し、また、生々しい捜査から起訴への過程のリアリズムにあつて、起訴の確信基準がそのセレクトにおける当然の志向であることを認め、その上でこれを被告人・弁護人が厳格にチェックすることにより、運用の充実を図らせ、これにより公判活動の活性化を加速させるという、いわば刑事手続の中核部分を当事者自治に委ね、以て当事者主義を深化させようとするものである。

平野説と田宮説の違いは、刑事司法の担い手における役割分担の見直しに対する基本的理念と変革手法の捉え方にある。平野説は、検察官の「綿密な捜査・慎重な起訴」の運用により公判中心主義を形骸化させているとするが、実務では支持されずその運用に変更をもたらせなかった。そればかりか、学界の反応も「被疑者の主体性の承認という点では弾劾的捜査観を支持しながら、起訴のための嫌疑の基準を下げるべきである」というこの平野主張に従わなかった<sup>(23)</sup>のである。確かに、平野博士も無罪判決は検察官・警察官の失態とされ、マスコミその他国民の多数もそう考えがちであること、一審有罪、上級審無罪の場合でさえ、検察官の起訴に対し賠償が求められ許容されていること（憲法第四〇条、国家賠償法一条）、公訴提起に高度の嫌疑を要求するのは、一度公訴が提起されると被告人に大きな負担がかかるからとされることなどを指摘される。さらに、我が国の定着した取調べと「任意性の疑い」の裁判所の扱いからの調書裁判の実体や、最高裁判所も書面による事実認定にかなり自信を持っていること、警察の取調べによって、自白させることができないときは、国民やマスコミもしばしば「もどかしさ」を表明し、ところが自白の内容が客観的事実と喰い違うと、急に「人権」を問題にすることなどがあって、現在の捜査のやり方はある意味では世論に支えられているともいえよう、として起訴基準変更の難しさに理解は示されていた<sup>(24)</sup>。

ただ、同博士は「参審制導入で核心司法となり、現状打開ができる」とも主張され、国民参加となってその方向性が見え始めた今は、その点では慧眼であったとされる。もつとも、松尾浩也教授は現状を是認した上ではあるが、平野説にも理解を示されて、「起訴基準を少しずつ引き下げ、無罪判決の若干の増加を覚悟すれば、事態は動くはずである。その方向に踏み出す決断をするかどうか、二一世紀に向けての大局的な課題だと言えよう」とされていた<sup>(25)</sup>。

イ 石田倫識准教授は、平野説を「捜査段階における供述採取は基本的に公判での被告人質問及び証人尋問に委ね

るべきであるという考え方であり、いわば『捜査抑制』型改革案といえよう」として支持する。そして、田宮説については、「今日の高い起訴基準―検察官による事件選別機能―を保持するために、被疑者及び参考人からの供述採取の必要性を正面から承認したうえで、同時に反対当事者によるチェックを可及的に強化していこうとする考え方であり、いわば『当事者点検』型の改革案といえよう」と評し、しかしそれは「検察官に裁判官の役割を求めめるものであり、我が国の刑事司法が目指すべき方向といえるかは甚だ疑問であろう」と述べ、続いて自説を次のように展開する。

すなわち、検察官に予審判事と同様の役割を担わせるには法制度（刑訴法二二六条・二二七条、三二一条一項二号等）が十分でもなく無理があること、検察官に一極集中型で予審判事としての役割を担わせるのではなく、権限と責任の分散型が健全な刑事司法の在り方としては望ましいこと、当事者点検型の田宮説には限界があることを指摘し、「供述証拠は、その性質上、供述採取の方法によって、その本来の証拠価値（供述の純真性）が汚染される危険性があることに留意しなければならない。・捜査段階における供述採取は必要最小限度に抑え、検察官がいちおうの選別を済ませた後は、速やかに公判に付し、当事者の対等かつ同時の手續参加が保障される公判での供述採取（証人尋問・被告人質問）に委ねるべきである、という『捜査抑制』型のアプローチを基軸に据えた改革案が支持されることになろう」とする。<sup>26</sup> その一方で、イギリス法が、逮捕後二四時間以内に留置管理官が被疑者に「起訴するに十分な証拠」（有罪判決の現実的見込み。「裁判所が、被告人を無罪とするよりも有罪とする可能性が高い、という程度の見込み」―検事規定）があると判断されれば、捜査を終結しなければならないとする法制を参考例とする。これは「一定の時点」で起訴・不起訴の決定を行うものとし、この決定を留保することで身体拘束下における被疑者取調べの継続を可能にすることは許されず、有罪判決をより確実なものにするために、取調べによる嫌疑の積み増しを無制約に行うことを許さない

ということであるとして、我が国でも「有罪の確信」とする起訴基準の再検討の参考にすることを提言する。

その提言は、検察官は勾留期間が満了するまでは「慎重な起訴」の名において、「有罪の確信」が得られるまで——自白が得られるまで——被疑者取調べを無制約に続けることを可能とするが、そのような「有罪の確信」が得られた時点をもって「捜査の終結」と解することは、公判中心主義のためには妥当でない。したがって、この時点を前倒しする方向で、刑事手続全体の見直しを図っていくことが今後の課題となる<sup>27)</sup>とする。

ウ 平野説支持論者からは、刑事司法は法廷での審理判断こそ中核になるものであって、公判中心主義は当然の法の要請とするが、「真相解明は捜査段階よりも公判段階の方が優れている」という実証的主張とは成っていない（真相解明は、むしろ捜査段階でこそなされる場合が多い）。それは刑事司法の「在り方論」という理念的なテーゼのアイデアリスティック（理想的）な主張であり、またドラスチックな役割分担の究極の変革の提言と言えよう。

ところが、起訴基準を緩和させることが直ちに真相解明のための公判中心主義の実現とはならず、検察審査会法の起訴強制制度への法改正も、これまで検察官の起訴基準を見直す契機とはなっていない（かえって、起訴強制事件の裁判では、殆どが無罪となっている）。また、「供述証拠が捜査段階では汚染される危険性がある」とする石田准教授の見解は、捜査機関における被疑者等の取調べとその供述調書作成の過程をもって、それ自体「汚染」の始まりとワープするデジャビュ（既視感）に囚われたような純粹思惟になる。あたかも、「捜査は衛生状態が悪い場所での作業だから、汚染の危険がある。だから、確信基準に達するまで捜査を続ければ、折角の事件の『鮮度』を徒<sup>いたずら</sup>に落とさせるので（汚染化）、可及的速やかに事件を公判へ持ち込むべきである」とし、捜査における取調べをひたすら危険源として排他律とするような見方と言えよう。それは「公判廷での審理こそ、真相解明の最高の機会」とする、より踏み込

んだ「公判至上主義」になるが、現況は起訴後も公判前整理手続が平均七か月余、最長約四年を要し、かえって未決勾留の長期化の弊害や、人証の記憶減退・混濁化の危険を生んでいることも指摘しておかなければならない。

また、同准教授のイギリス法に倣う「捜査終結時点の前倒し論」も、これが「有罪の確信の有無の決定ができる時点に至れば、勾留満期前でも処分を決定するべき」との主張ならば管見と同じになるが、それがイギリス法の起訴基準である「有罪の一応の証拠程度」を前提にする以上、噛み合う議論とはならない。<sup>28)</sup>

### 3 起訴基準見直しへの管見の整序

#### (1) 起訴の基本型としての確信基準論

適正手続をもって事案の真相を解明し、相応の刑罰を科するには、事件の鮮度が落ちない「絶好の機会」を捉えての充実した初動の被疑者取調べ（供述調書の作成）を含む捜査の徹底にある。その旬を過ぎた起訴後の法廷では、そこそ供述等の「汚染」ないしその「繁殖」が易く、法廷戦術駆使の中で真相解明から遠ざかった審理状況を招き、もし「一応の嫌疑」程度の証拠で起訴したならば、公判では結局、「捜査不十分のつけ」を前にして、悪質者ほど巧みに逃れる危険が拡大する。「そして、証拠不十分で悪は逃れた」（真実の有罪者が、証拠不足で無罪）、という「空しい結果累々」となること瞭然と言つてよい。これは、刑事司法の現場における切々たる憂慮の見方と言えよう。

もつとも、被疑者の取調べが強圧的で虚偽供述を招く「冤罪発生危険装置」となることは、厳に避けなければならないこと刑事司法の厳然たる眼目である。しかし、その任意性・信用性の立証は、実務で既に試行し、また法改正によりそれが一定の事件で義務化されるに至っている被疑者取調べの可視化（録音・録画）が有効である。それは、誤判回避にも資する一面もあつて、捜査段階の「供述汚染の危険」という議論は杞憂とならう。公判至上主義者は、

「捜査での被疑者らの取調べとその供述調書の作成には『汚染の危険』があるから、弁解録取程度にとどめて速やかに裁判所へ送る」こと、つまり起訴基準を「有罪の確信」ではなく、それより不確かな程度でよいとする。また、「人証以外の物証の収集は綿密に行うべし」としているようであるが、捜査の実際は旬のうちに、人証と物証の収集を同時並行で迅速に行い、両者の相互作用でこれを深化させ、真相解明に至るものである（人証の供述から物証を、また、物証から人証の詳しい供述を導くという相互作用である。もとより、自然な秘密の暴露獲得は重要であるが、被疑者の自白に安易に頼って証拠物に結び付けるといふ捜査方法なら危うい）。特に、供述がなければ真相が解明し難い犯罪では（犯罪の故意・過失、知情、目的、共謀、動機等の主観的な要素や、贈収賄、公職選挙法違反事件等供述なくしては立証し難い事件の取調べの必要要素は多い）、勢い捜査段階では「鮮度」が高く、それこそ「汚染されていない供述」が取調べによつて獲得され、これが裏付け証拠で証明されるという真相解明の過程は重要である。要は、捜査機関はいかにして適正捜査による任意性を優にクリアした信用性のある良質の捜査結果（証拠）を法廷に提出できるのかということが議論されるべきである。そして、実務では従来から自白を求めても、拘泥はせず間接証拠を集積しての確信基準で起訴して高い有罪率を維持している。「真相は、適正捜査から明らかになる」ことの確認である。

平野説は「捜査と起訴は緩やかにして、事件の黒白は速やかに法廷で決めるべき」とする理念的形而上学的な公判モデル論であるが、それではいわば「生煮え料理」のままの起訴事件が増加するため、裁判員裁判対象事件も含め、裁判では難しい判断を迫られることも多く、必然的に審理時間を要し、その裁判の結果も無罪事件が増えて真の有罪者を逸し、冤罪者も生じさせるといふ「誤判の危険」も多くなろう（裁判官ら訴訟当事者の担い手の拡充でも、カバーは容易ではないであろう）。「捜査は冤罪を生む危険な場」——「法廷は真相が発見される究極的アイデアの場」との二項対

立的な主張がいかにリアリティーに欠けるバイアスか。綿密捜査・慎重起訴であつてこそ、核心司法での冷静な真相解明の吟味をする法廷となるという実相が確認されよう。平野説が実務を動かし難い真の理由は、実はここにあると言えよう。

これに対し、田宮説は確信基準によるスクリーンの必要性を認めた上で、検察官の公訴権行使に恣意や誤りが入らないよう、その捜査から起訴に至る過程に弁護人や民意からの的確な制御・チェックが欠かせないと説かれる。

起訴におけるセレクトが組織的チェックを経て厳正に行われるべきことは、実務が虚心に服膺<sup>くわくよう</sup>すべき点である。

## (2) 管見の整序

ア 平野博士の起訴基準緩和説は、多数の支持は得られず、検察も確信基準を変更することなく今に至っている。

その理由を整理すれば第一に、国民が慎重な起訴で高い有罪率が維持されることを強く期待し、検察官も綿密な捜査で起訴を確信基準により厳選することによって、これに応えてきたことにある。その結果、自白に至った事件が九〇パーセント以上を占め、三十数パーセントの起訴率の中で、その起訴種別において略式命令請求、即決裁判手続、そして通常の公判請求等事件にセレクトして、結局争う事件では(起訴事件中、法廷でも否認する事件は地裁が七、八パーセント、簡裁が三、四パーセントで例年推移している。<sup>29</sup>)、法廷では現に核心司法で十分な攻撃防御が展開されている。検察官は犯人違いを断固避けるため確信基準で起訴するが、それでも稀に冤罪・誤判が生じる。ただこれは、三審制(更には再審)になる刑事司法の制度設計自体に「適正」な範囲での無罪率と誤判率を織り込んでいるものと冷静に理解すべきである。それ故に、一層確信基準で冤罪・誤判の極小化に努めるのは、実務の当然の姿勢と言える。

第二の理由として、いわゆる「調書裁判」の所以は、被疑者や事件関係者は捜査官の前では真実を語りながら、法

廷では他を慮って真実を語りたがらない傾向が強く、裁判所も「調書信頼の対応」で事実認定をするという必然性があつたことである（捜査機関の「自白調書への依存傾向」の背景には、実は裁判所の「直接証拠の自白調書があれば安心して裁判ができる」という姿勢に対応したものであつたことも見逃せない）。ただ、これは言うまでもなく、取調べとその調書が「適正手続を履践し、真相をうがった信頼できるもの」であることが当然の前提となつていたものである。

イ そこで、従来の捜査と起訴の運用状況の検証から始めるとして、先ず法制審議会特別部会が提示した「新たな刑事司法制度の基本構想」でも、刑法等の実体法の構成要件が主観的要素を区分し、量刑幅も大きい規定であることから、情状等も含め諸要素を解明するため取調べの必要性があることを確認した上での議論であつた。したがって、今後も構成要件の根本的改正問題、誤れる見込み捜査や取調べに過度に依存するがあまりの強圧的取調べフォースによる虚偽の自白誤導等の危険な「捜査体質」がないかなどを、リスクマネジメントも含め分析することは重要である。

ウ 次に、検察官の起訴基準は、予審時代の当初は「緩やかな捜査・起訴」であつたが、予審無罪が多く国民の批判に晒され、やがて「綿密な捜査・慎重な起訴」の運用に移行し、「有罪の確信」が起訴基準となり戦後の改正法を経ながら、法的安定性をもって定着しこれが慣行化していることである。このため、これを変更するには、例えば、「検察官は、犯罪について有罪と認定するに足りる相当の証拠があると思料するとき、これを公訴提起することができる」というような規定を設けるくらいでなければ変更はできないであろう。いや、仮にそのような明文化をなしても、検察官制度が存在する限り、プロの矜持から先の予審時代の検察官の起訴基準の変遷のように、公判での証拠減の傾向と国民の非難を考慮し、やがて確信基準が行為規範とされる現状へ回帰する可能性が高いものと思われる。

平成二二年四月になされた特殊大規模事故事件における検察審査会の起訴強制事件例としては、明石火花大会歩道

橋事故事件と福知山線列車脱線事故事件があるが、一、二審とも前者は実質無罪となる免訴、後者は無罪となっている（いずれも検察官役の指定弁護士が上告しているが、うち前者の事件は最高裁も原判決を支持して既に同二八年七月一日被告人の上告を棄却している）。ほかに、同二七年七月に起訴強制の議決のあった福島原発事故事件もある（東京電力の元会長ら旧経営陣三人に対する業務上過失致死傷事件での起訴強制事件で、同二八年二月二十九日強制起訴されている<sup>30</sup>）。しかし、検察官はこれら起訴強制事件では、再捜査でも過失犯における「具体的な予見可能性の有無」という従来の過失基準に従い、確信基準を変更しなかった。また、平成二三年一月三十一日強制起訴された小沢民主党代表に対する政治資金規正法違反起訴強制事件においては、検察官は一回目の起訴相当議決後の再捜査の結果でも嫌疑が不十分であったため、通常の確信基準に従って不起訴処分としたものであった。

これに対し、「検察官が民意を無視するのは偏狭」との見方もあり得ようが、従来から「起訴相当」や「不起訴不当」の議決があった多くの検察審査会受理事件では、検察官は再捜査を経て既に相当数起訴を以て「民意」にこたえてきた実績がある<sup>31</sup>。ただ、検察官は、先の起訴強制事件では法的安定性の観点から、従来の定着している起訴基準を特に「被疑者に不利益な方向で変更すべきではない」（この点「起訴猶予の基準」も同様である。）との法理、<sup>32</sup> 矩に従った処分をしたものと思われる。

エ ここで管見を整理すれば、検察官のこのような運用は個別事例としては基本的に支持するものである。

検察官は、検察審査会の起訴強制事件も含め、裁判所の有罪基準が変更されれば（例えば、過失事件の「具体的な予見可能性」の基準が、一定の危険事業部門では「危惧感説」が妥当するとの判例変更があるなどの例が考えられよう<sup>32</sup>）、もとよりその判例変更に従って起訴基準を変更するが、そうならない以上はこれまでの職務倫理・行為規範に従って、なお

従来の確信基準を継続するのが、基本的には法的安定性・手続の継続性からしても適切な公訴権行使と考える。

しかし、国民の司法参加の制度趣旨から、検察官は綿密捜査を持続し、起訴も確信基準を基本とした上で、民意反映のセンサーは精錬させ、その起訴基準の「柔軟弾力的」な運用化とその基本ガイドラインを策定することを提言したい。

その指針としては、第一に、事実認定はよいとしても、更なる擬律判断において法解釈上疑義がある事件、第二に、「有罪の確信」が境界線上にあつて起訴を躊躇するような事件でも、国民の関心が高い候補者に係る公職選挙法違反事件や特殊過失事故事件等については、裁判所に判断を求めて起訴するという少し大掴みな起訴基準も考えるべきである。

また、第三に、不起訴事件に対する檢察審査会の当初の「起訴相当」の議決の場合の再捜査における檢察官処分基準の変革である。一度「起訴相当」の民意が示された以上、再捜査では法・先例と証拠に照らして、犯罪が軽微・形式的事実とか、情緒的・魔女裁判的判断等不合理な議決ならば、再捜査でも処分を変えず起訴強制議決に委ねるが、当初議決に明らかな不合理性がない限りは、民意の判断が大掴みで確信基準の境界線上にある事件でも、特に民主主義の根幹をなす候補者に係る実質犯の公職選挙法違反事件等<sup>33</sup>では、従来の民意尊重の起訴実績を踏まえて起訴に転じ、その結果が無罪であつても、起訴意見の民意を檢察官の「免罪符」とするくらいの「意識改革」を遂げて起訴する、との起訴基準の「理念チェンジ」である<sup>34</sup>。それがまた、公判活性化に繋がる方策にもなると考えるのである。

なお、第四として、告訴・告発（関税法等の訴訟条件となる告発を含む。）に対する実務での「慎重受理」の対応も、民意反映等の視点から、「受理の柔軟化」も、起訴基準の見直し論と関連して検討の必要があることが指摘されよう。

オ 最後に、起訴基準の問題は検察官の事件処理のセレクトにおいて、略式命令請求、即決裁判手続、そして通常公判請求の各事件に分かれるが、前二者の処分については、立証の難易等からの理由でその起訴裁量権の範囲で行う一種の「秘められたる司法取引」も含めた決定があることについてである<sup>35</sup>。

それは、通常公判請求をするには立証上の難点がある場合に、捜査や訴訟経済上からして被疑者との阿吽の呼吸と相まって、その承諾を得て相当な範囲で罰金の略式命令請求をする場合である。公判請求事案では、公判で争いが続く限り捜査は念のための分を含めて省力化ができないが、刑政の理由等で執行猶予が許容範囲ならば、即決裁判手続は「核心司法」の観点からも有益な制度改革と言える。また、通常公判請求事件でも、検察官は「核心司法」を目指して、自白して「争わない事件」と、否認して「真に争う事件」とを捜査段階から被疑者（被告人）・弁護人側と十分協議もし（平成二八年に一部司法取引の法改正が行われている）、これをセレクトし「核心司法」を現に行っているが、この起訴種別のセレクトが粗放であれば、通常公判請求事件が氾濫して「法廷崩壊」を招きかねない。この点、裁判員裁判になって同意書面でも採用せず、証人や被告人の尋問を実施する傾向にあるのは在るべき刑事司法を導くとの流れにそぐわないと言うべきであり、問題である。法廷での審理の核は真に争う事件に絞ってこそ「核心司法」になるものである<sup>36</sup>。

こうして、起訴基準の見直し論は、刑事司法システムの全過程の見直し点を広角度で見据えながら、それとの整合性を図り統一的に改善点を整理し、至大な民意の熟成に歩を合わせつつ、更に進化させていくべきものと考ええる。

## IV おわりに

本稿では、検察官の公訴権の行使の在るべき姿を求め、捜査と起訴基準の有り様の再検討を行ってきた。その起訴基準は、裁判所に有罪判決を求める以上、その嫌疑立証が「有罪の確信」に達した程度になる確信基準で現に運用されているが、綿密捜査を抑制し、もつと緩やかな基準で速やかに起訴すべしとの弾劾的捜査観が根強くあった。それが近時の「被疑者の取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方」の再検討の結果に基づき、改革のための法改正へと向かう大きな時代の潮流にあつて、起訴基準の見直し論を元検察官の立場から考察してきた。

裁判員制度の導入を契機に、「自白事件」と「争う事件」とを運用上区分けし、後者の事件においてこそ公判における口頭主義・公判中心主義を濃密に展開すれば「核心司法」となつて、従来の「綿密捜査・慎重起訴」の「精密司法」自体を変える必要はないとの結論が導き出されよう（ただ、供述調書は核心内容の一、二通にまとめ、ほかは取調べの録音・録画の記録媒体を公判で実質証拠として採用するとの改善策を考慮すべきであろう）。裁判員制度の施行後も、高い有罪率には殆ど変化がなく、これは従来からの刑事司法の運用が相当であることの証左であると言えよう。また、検察官が従来の起訴基準で不起訴にした事件が強制起訴となつた例でも、殆どが無罪で検察官の不起訴処分の相当性が示されている。緩やかな捜査・起訴では、あたり無罪になる者を徒に法廷に晒して人権侵害を続出させ、国民の支持を失わせること必定と言えよう。また、捜査については、自白事件でも否認に転ずれば、万全の立証を行わなければならない、その場合に備えて証拠収集の捜査を徹底しておく必要がある、立証の省力化には限界がある。起訴後の証拠収集では、後追いで遅きに失し有効な捜査とはなり難い。したがつて、捜査では基本的には従来通り「綿密捜査」とな

らざるを得ず、検察官も適正な公訴権の行使をするためには、これまで通り実質的に捜査に深く関与することが必要と言える。

裁判員制度、不起訴事件の起訴強制制度という国民の司法参加制度の改革は、検察官の起訴要否決定の基準要素に「民意の反映」が加えられ、これが大きな影響力を持つことを確認し、しかしこれら制度自体及びその個々の民意には問題もあり得るが、今や検察官は起訴基準の見直しの検討が必要であり、その一定の枠組みについて管見を述べたところである。ただ、刑事司法が制度理念通りの展開がないとして、性急に回天を図る近時の潮流に雪崩現象的テンション高揚の危うさを感じないわけでもない。我が国の刑事司法は、明治以降だけを見てもフランス法やドイツ法に倣い、そして戦後はこれに当事者主義などアメリカ法も接ぎ木して実施してきたが、その各時代の国民が形成する法文化が、これら範とした外国法の理念を智慧と要領をもって換骨奪胎し、「自家菜籠中の物」として使いこなしてきたものであった。およそ「理論」は、積み重ねられてきた現状の運用を理念的に前進させる力を顕現させるものではない。それが欠けるリアリティーを欠く抽象論は机上の「空論」視される。我が国で、アメリカ法の当事者主義や公判中心主義を、ア・プリオリな理念として無批判に受容すべではない。刑事司法の運用は、日本の「ポピュリズム」をスクリーニングした国民性や法文化に従って、「温故知新」で従来からの実務の運用と背景事情にも十分配慮し、その改革をするにしても、飽くまでも国民の共鳴が得られるバランスのとれたものであることが求められる。検察は、制度疲労の危機から脱し、「頼り甲斐のある検察」への再生に向けて今、鼎の軽重が問われている。

船山泰範先生の古稀を心からお祝いし、日ごろからの学恩と御厚情に深謝しつつ、拙稿を献呈させていただく。

【注】

- (1) 例えば、石田倫識の①「起訴の基準に関する一試論―黙秘権の実質的保障に向けて―」法政研究七八卷三号（九州大学法学会二〇一一年）八三九頁、②「捜査改革と起訴基準」法律時報八五卷八号（二〇一三年）三六頁参照。
- (2) 検察官の公訴権行使の在り方については、拙稿「刑事司法における検察官の役割」日本法學第八一卷第二号（二〇一五年）（一）、同巻第三号（二）、同巻第四号（二〇一六年）（三）、同八二巻一号（四・完）で詳論し、起訴基準の見直しの必要性についても言及している。
- (3) 出射義夫『検察・裁判・弁護』（有斐閣）五二頁。佐伯千仞「刑事訴訟法の四〇年と無罪率の減少」ジュリスト九三〇号一六頁参照。
- (4) 青柳文雄「新しい予審制度の検討」ジュリスト一九九号（一九六〇年）五二頁以下で、予審制度に内在する欠陥の克服となる新予審制度が提言されている。同「刑事手続論」『刑事裁判と国民性（機能編）』（成文堂一九七六年）二九頁・三三頁、三四頁の（注8）。
- (5) 横井大三（元検察官・元最高裁判事）「現行刑事訴訟法の四つの改正点―二十数年後に見る」ジュリスト（一九七四年）五五一号一七二頁では、予審的な手続がない国は少なく、スクリーニングの役割を持つ予審があった方がよいとする。
- (6) 渡辺咲子「現行刑事訴訟法制定時における公訴提起に必要な嫌疑の程度」『田宮裕博士追悼論集上巻』（信山社二〇〇一年）八五頁。
- (7) 新屋達之「刑事訴追と国民」『刑法雑誌』（有斐閣二〇〇六年）四五六頁。検察審査会の起訴議決の改正の問題点等につき、『週刊朝日』（二〇一二年一〇月一五号）一三〇頁は、小沢民主党代表に対する政治資金規正法違反事件の「起訴強制事件」の控訴について、「強大な権力を有する検察をチェックするという検察制度の趣旨は正しいが、その運用がポピュリズムに染まった時、歯止めは誰がかかるのか。そこに流れているのは『推定有罪』の論理である」との批判を展開している。
- (8) 裁判員制度の成立過程とその制度の問題点については、柳瀬昇『裁判員制度の立法学』（日本評論社二〇〇九年）が詳しい。

(9) 酒卷匡「裁判員制度の導入に向けて 裁判員制度の意義と問題点」法学教室三〇八号（有斐閣二〇〇六年）一一頁では「戦後改革以来これまでの間に、諸外国でも類を見ない、極めて精度の高い、しかし特殊日本的な側面も含んだ刑事司法の運用が確立し、そのこと自体に対しては多くの国民の支持が得られていたのであるかと考えている」と評する。椎橋隆幸「裁判員制度が克服すべき問題点」『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社二〇〇三年）一二三頁は「裁判員制度が、国民の強い要望から構想されたものでない」と分析する。

(10) ジュリスト一一四八号（一九九九年）—アメリカの刑事手続法の実情について、①ダニエル・H・フット「日米比較刑事司法の講義を振り返って」一六五頁以下。②B・J・ジョージ「外国人から見た日本の刑事訴訟法」（佐伯仁志訳）一七四頁。③ジョーゼフ・ホフマン「『真実』と日本の刑事訴訟法」（長沼範良訳）一七八頁（審理陪審（小陪審）、大陪審（非公開制）の問題点が指摘されている。）。

(11) 拙稿「『裁判員制度』は今」『罪と罰』（日本刑事政策研究会報）四九巻四号（二〇一二年）四五頁以下では、①被告人への裁判員裁判の選択権の付与、②裁判員の事実認定・量刑の判断の裁判官への勧告制化、③対象事件を国民に身近な軽罪、少年・家事事件等や否認事件に限定し、薬物密輸事件、性犯罪を除外、④予断排除の原則と推定無罪の徹底を期しての事件報道の改善、⑤裁判員の選定におけるリテラシー問題、裁判員構成等の偏りを排しその平準・公平化—具体的には年齢・男女の構成比の制度化、人的・地域的固有の不公平判断のおそれからの回避、就職禁止と辞退事由規定の緩和化等、⑥裁判員の公判前整理手続への出席可能化、⑦その他、裁判員に関し守秘義務の緩和化、記者会見の自由化、トラウマ対策、検察審査員との負担度の対比と平準化等がある。また、⑧裁判の真相解明への到達過程は本来易しくはなく、犯行場面の証拠写真をイラストに変えたり、過剰な「最良証拠」と「分かり易さ至上主義」の運用上の改善等々が見直し点である。ほかに、笠松健「裁判員制度のあるべき姿」法と民主主義三六七号（二〇〇二年）二三頁・二四頁は、裁判員裁判の被告人への辞退・選択権の付与制度問題は、立法過程で殆ど議論が行われなかった経緯を述べる。椎橋前掲（注9）書一二五頁は、「裁判員の記憶違いや理解力の不足が心証形成に影響を与えないと誰がいえようか。法定刑の重い重大事件の中には事実関係が複雑に入り組んだ事件も相当存在することが予想されるが、裁判員がそれをいかに的確に整理・把握するのであるか」と疑問を呈されている。

なお、平成二八年五月末現在で裁判員候補者の選任者は累計八五万人余になるが（うち、裁判員・補充裁判員を現に務めるに至った者は約七万人）、その選任候補者からの辞退率は当初が五三パーセントであったものが年々増加し、同年五月末現在では六五パーセントまで増加し、無断欠席者も加えると実に候補者の七六パーセント余が裁判員に参加していないという、国民のあたかも徴兵忌避のような裁判員選任に対する敬遠現象がみられ、これが続けば、やがて裁判員の職業別属性にも偏りを生じさせ、これが制度崩壊の途を辿りかねないことも懸念されている（平成二八年七月三一日付け日本経済新聞朝刊・中外時評―大島三緒「裁判員制度はどこへいく―『不参加八割』の危うい現実」記事参照）。

(12) 平野龍一「参審制度採用の提唱」ジュリスト一一八九号（二〇〇〇年）五二頁は、陪審を参審と比較してその問題点は、「事実認定が不安定である」（陪審員が、感情的、個性差が大きい。証拠評価に不慣れがために、当事者の訴訟技術や証拠外のマスコミ報道等にひきずられやすい）、陪審を支える司法文化について、「陪審は国民を国家から保護するために存在するのではなく、国家を国民から保護するために存在するのだ」（アメリカの長い歴史の重みと独特の司法文化に支えられ、陪審が決められたことは「しかたがない」として受け入れる信仰に近い観念）といわれ、我が国の場合は、「国の捜査資料にたより、これにいつまでも（お上のなさることは完璧でなければならぬという前提で）『文句をつける』、わが国の司法文化とはかなり違っている」と評し、「異なった法文化のなかに、既成品として率然として移し植えようとしても、できるものではない」と、「とくに陪審への『信仰』は到底輸入できないであろう」とする。陪審で裁判官が証拠能力の有無や適用すべき実体法についての説示を正確に理解しているかどうかは問題とされ、参審は公判中心主義となるので、調書裁判・精密司法からの脱却の契機となるとされる。しかし、陪審の問題点は裁判員制度にも残るであろう。

また、長谷部恭男「司法権の概念と裁判の在り方」ジュリスト一一三三号（二〇〇二年）一四六頁は、「裁判員制度の設計者としては、あくまで国民の司法参加がより適切な裁判を実現する効果的な方途であることを主張し、立証すべきである。かりに、国民の司法参加がより適切な裁判を実現するか否かについて十分な確信を共有することができなかったがために、それにかえて国民の司法に対する理解を深めるという目標が掲げられているのだとすれば、むしろ、国民の司法参加の仕組みの導入は控えるべき」とされる。

なお、最高裁は、「裁判員制度は、司法の国民的基盤の強化を目的とするものであるが、それは、国民の視点や感覚と法曹の専門性とは常に交流することによって、相互の理解を深め、それぞれの長所が生かされるような刑事裁判の実現を目指すものといえることができる」と判示している（最大判平二三・一一・一六刑集六五巻八号一二八五号）。

- (13) 今関源成「検察審査会による強制起訴―『統治主体』としての『国民』」法律時報八三巻四号（二〇一一年）一―二頁。
- (14) 松尾浩也「公訴権の行使と民衆参加」『佐伯千仞博士還暦祝賀 犯罪と刑罰（下）』（有斐閣一九六八年）一八五頁は、裁判所が、起訴猶予ないし公訴取消しが適切でないかと疑問を抱く事件について、審査を命ずることにする特別検察審査会の設置案を示す。
- (15) クラウス・ロクシン『ドイツ刑事手続法』新矢悦二・吉田宣之共訳（第一法規一九九二年）一〇四頁。辻本典英「起訴強制手続」『ドイツ刑事法入門』法律文化社（二〇一五年）一八三頁。
- (16) 石田倫識「起訴基準の再検討―いつ捜査は終結するのか？」法律時報八四巻一三三号（二〇一二年）三四九頁・三五〇頁。
- (17) 拙著『適正捜査と検察官の役割』（北樹出版二〇〇八年）一九九頁以下。
- (18) 鈴木義男・田宮裕・松本時夫・三井誠・宮原守男「川本事件最高裁決定をめぐって―公訴権濫用論と最高裁」ジュリスト七三七号（一九八一年）三九頁参照。特に鈴木、田宮発言参照。
- (19) 法律のひろば一七巻八号（一九六四年）―岩下肇「検察官はいかなる場合に起訴すべきか」二三頁、難波治「起訴をめぐって」八頁参照。
- (20) 平野龍一の①「刑事訴訟の促進の二つの方法」『訴因と証拠』（有斐閣一九八一年）一八六頁―初出ジュリスト二二七号（一九六一年）八頁。②「現行刑事訴訟法の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第四巻』（有斐閣一九八五年）四〇七頁。なお、被疑者側からの証拠保全手続―刑訴法一七九条につき、最決平一七・一一・二五刑集五九・九・一八三―は「捜査機関が収集して保管している証拠については、特段の事情がない限り、証拠保全手続の対象とはならない」と判示しており、弾劾的捜査観を支持していない。
- (21) 平野龍一「参審制の採用による『核心司法』を―刑事司法改革の動きと方向」ジュリスト一一四八号（一九九九年）



果検察官により起訴された人員は、延べ一五四三人になる。そして、一三八〇人が有罪（自由刑四九〇人、罰金刑八九〇人）、九七人が無罪となっている（『平成二七年版犯罪白書』二〇一頁）。

(32) 福島原発事故事件の処理につき、危惧感説を以て起訴すべきとするのは、古川元晴・船山泰範『福島原発、裁かれないでいいのか』（朝日新書二〇一五年）一三九頁。

(33) 中山善房「刑事手続の活性化」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第四卷』（成文堂一九九八年）一七頁は、起訴積極の事件を指摘する。

(34) 田宮前掲（注22①）書一一頁は、検察審査会は「検察の守護神たる機能を果たしうるといえよう」と評している。

(35) 拙稿「検察官の適正な公訴権行使と司法取引」法務研究八号（日本大学法科大学院二〇一二年）一九頁以下参照。なお、即決裁判手続の捜査の省力化問題に関連し、宇藤崇「即決裁判手続と事実認定における『証拠の量』」研修第八一〇号（二〇一五年）一二頁では、即決裁判手続は、公訴提起以前の段階での事件の「解明度を下げる訴訟類型の利用を自ら選択したことを前提にしている」とする。

(36) 裁判所は自白事件でも、検察官申請の被告人供述調書（刑訴法三二二条一項の要件充足）について、被告人質問を先行し、自白調書は法廷での供述と重要な点で相反する供述部分だけを採用する傾向になっているが、刑訴規則一九八条の二が、争いのない事実の証拠調べでは、同意書面や合意書面（刑訴法三二七条）の活用を検討するなどして、当該事実及び証拠の内容・性質に応じた適切な証拠調べが行われるよう努めることを求めていることからすれば、この最近の裁判所の審理方式には疑問がある（清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判例時報二二五二号（二〇一五年）三頁以下参照）。この風潮は一般事件にまで及び、その結果、現に覚せい剤使用事件で裁判所が被告人の捜査段階の自白調書を採用せず、公判廷の被告人質問だけで否認供述のまま有罪判決を言い渡したが、その「罪となるべき事実」で覚せい剤使用の方法・場所を全く特定し得ない事実認定であったことから、控訴審では原判決には理由不備の違法があるとして、破棄自判（有罪）とした裁判例が現れるに至っている（福岡高判平二七・三・二五（確定）―辻昌文解説『研修』第八〇七号（二〇一五年）六九頁）。

