

検察官事務取扱の職務命令の発令を受けていなかった検察事務官がした公訴に基づき発付された略式命令に対する非常上告が認められた事例

【文献種別】 判決／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 令和5年9月29日

【事件番号】 令和5年(さ)第11号

【事件名】 道路交通法違反被告事件に係る略式命令に対する非常上告事件

【裁判結果】 破棄自判、公訴棄却

【参照法令】 刑事訴訟法 454条・458条

【掲載誌】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25573178

宇都宮大学准教授 黒川亨子

事実の概要

小浜簡易裁判所は、道路交通法違反被告事件において、令和4年11月17日、被告人を罰金6万円に処する旨の略式命令を発付し（公刊物未登載、小浜簡裁令和4年(い)第2034号）、同命令は、同年12月3日に確定した。

しかし、同命令は、同年11月9日付け起訴状による略式命令の請求に対して発付されたものであるところ、その請求に係る起訴を行った検察事務官は、一時休職した後に復職した際に、従前受けていた「検察官事務取扱」（検察庁法附則2条）の職務命令の発令を受けないまま、公訴提起及び略式命令請求をしていたことが判明した。

公訴提起及び略式命令請求は、検察官でなければ行えない（刑訴法247条、461条）ところ、本件では、その権限のない者により行われたことになる。上記事情が判決確定前に判明した場合には、小浜簡裁は、通常の審判を行い（463条1項）、公訴棄却の判決（338条4号）をすところ、確定後に判明したため、検事総長により非常上告（454条）がなされた。

判決の要旨

破棄自判、公訴棄却。

「原略式命令は、同年11月9日付け起訴状による略式命令の請求に対して発付されたものであるところ、その請求に係る起訴を行った検察事務官は検察官事務取扱の職務命令の発令を受けてい

なかったことが認められ、公訴提起が権限のある者によって行われていなかったことが明らかである。したがって、本件略式命令の請求は、公訴提起の手続がその規定に違反したため無効であり、〔…〕同裁判所が原略式命令を発付したことは、同法454条の『事件の審判が法令に違反したこと』に当たると解するのが相当である。

よって、本件非常上告は理由があり、原略式命令は、法令に違反し、かつ、被告人のため不利益であるから、刑訴法458条1号により原略式命令を破棄し、同法338条4号により本件公訴を棄却する¹⁾」。

判例の解説

一 制度の説明

1 検察官事務取扱検察事務官制度とは

検察庁法附則2条(旧附則36条)は「法務大臣は、当分の間、検察官が足りないため必要と認めるときは、区検察庁の検察事務官にその庁の検察官の事務を取り扱わせることができる」と規定し、本来、検察官が取り扱うべき事務の一部を、検察事務官に取り扱わせている（この事務を取り扱う検察事務官を、以下、「検取事務官」という）。

区検察庁においても、検察官の事務は、検察官（検察庁法3条）が取り扱うことが原則である。しかし、検察庁法が施行された昭和22年当時、予算上の制約等から、事務量の累増に見合う検察官の増員が困難な実情に鑑み、同条は、比較的軽微な事件のみを取り扱うこととされる区検察庁に限

り、暫定的に検察事務官が、検察官の事務を取り扱うことを許容したものである²⁾。

2 非常上告とは

非常上告(刑訴法454条以下)は、法令違反を理由とする非常救済手続である。「上告」という用語を用いているが、非常上告は、確定した判決を対象とする点で、未確定の裁判につき上級裁判所の審判による救済を求める上訴とは異なり、もっぱら法令の誤りを対象とする点で、事実認定の誤りを是正する非常救済手続である再審とも異なる。

非常上告は、法令の解釈適用の統一を主たる目的とする制度であり、被告人の救済を直接目的とするものではない。申立権者は、検事総長に限られ、最高裁判所のみが管轄権がある(454条)。二重の危険禁止(憲法39条後段)の要請から、非常上告による判決により、被告人に不利益が及ぶことはない(刑訴法459条)。もっとも、原判決に法令違反があり、現判決が被告人のため不利益であるときは、これを破棄し、更に判決を行い(458条1号但書)、被告人の救済が図られることになる。この被告人の救済機能を、非常上告の付随的ないし反射的効果にすぎないととらえるか、重要な機能ととらえるかにより、非常上告理由の解釈に違いが生じる。

二 「事件の審判が法令に違反したこと」 (454条)の意義

非常上告は、「事件の審判が法令に違反した」場合に認められる。「事件の審判」とは、事実の審理及び判決を意味する。したがって、判決そのものに法令違反があった場合だけでなく、判決前の訴訟手続に法令違反があった場合も、非常上告の理由となる。

それでは、事実を誤認したために法令違反が生じた場合、当該法令違反は非常上告理由となるか。「事件の審判が法令に違反したこと」の意義に関し、法令適用の前提事実の誤認に基づく法令違反も含まれるか、あるいは、手続そのものの構成事実に関する誤りに限定されるのか、が議論されてきた。

1 判例の基本的立場

昭和20年代の最高裁は、法令適用の前提事実

の誤りに基づく法令違反は、非常上告理由に該当せず、手続そのものについての事実の誤りは、非常上告理由となる、との立場を採る。すなわち、最大判昭27・4・23刑集6巻4号685頁(以下、「昭27最大判」という)は、「非常上告は、法令の適用の誤りを正し、もって、法令の解釈適用の統一を目的とするもの」であるから、「実体法たると手続法たるとを問わず、その法令の解釈に誤りがあるというのでなく、単にその法令適用の前提事実の誤りのため当然法令違反の結果を来す場合のごとき」は、非常上告は許されないとした。また、最三小判昭26・1・23刑集5巻1号86頁(以下、「昭26最判」という)は、非常上告における事実の取調べの対象に関し、「例えば公判請求書が適式なりや否や、真正に権限ある者によって作成されたりや否や、公判を公開したりや否や等手続そのものについての事実をいうのであって被告人が幾才であったかという様な前提事実を指すものではない」とした。

このような判例の基本的立場については、「手続の前提事実の誤認」と「手続そのものの構成事実に関する誤認」との区別が明確でない、との批判³⁾がある。すなわち、訴訟法上の事実の認定は、実体法上の事実の認定とは異なり、必ずしも判決書に明示されないから、事実の誤認があったかどうかを区別することは困難である、との批判⁴⁾である。

2 判例の動向

最高裁が、非常上告を棄却した事例として、例えば、前科事実があったと誤認して累犯加重の規定を適用した事例(最大判昭25・11・8刑集4巻11号2221頁)、成人の被告人を少年と誤認して不定期刑を言い渡した事例(最二小判昭26・7・6刑集5巻8号1408頁)、控訴趣意書の提出があったのに、未提出だと誤認して控訴を棄却した事例(最一小判昭25・11・30刑集4巻12号2468頁)、少年の被告人を成人と誤認したため、家裁を経ずに起訴された事例(前記昭27最大判)、被告人死亡の事実を知らずに第二審が有罪判決をした事例(最三小判昭28・7・18刑集7巻7号1541頁)などがある。

他方で、最高裁が非常上告を認容した事例として、例えば、同一の公訴事実につき、2個の確定判決が出された事例(最二小判昭28・12・18刑集

7巻12号2578頁)、既に起訴がなされていた事件につき、重ねて起訴された事例(最二小判昭31・11・30刑集10巻11号1577頁)、原略式命令の生年月日の記載からも少年であると認められる被告人につき、家裁を経ずに起訴された事例(最三小判昭42・6・20刑集21巻6号741頁)、交通反則金納付済みの事実を看過して略式命令が出された事例(最一小判昭46・12・23集刑182号531頁)、免許停止処分を受けた時期を誤認して、反則金の手続を経ずに略式命令が出された事例(最三小判昭57・9・28判時1058号145頁)、反則行為に当たる速度違反を、非反則行為と誤認して略式命令が出された事例(最一小判平13・12・13集刑280号1043頁)、自転車専用通行帯を自転車道と誤認して通行区分違反に当たるとして略式命令が出された事例(最二小判平27・4・20集刑316号155頁)などがある。

以上のような判例の動向に関し、二重裁判の場合等を手続の前提事実の誤認とみるか、手続そのものの構成事実の誤りとみるかを含め、判例をどのように統一的に理解するかについては、議論がある⁵⁾。しかし、最高裁は、確定判決が既に存在する二重起訴の事例や、交通事件に関して反則事件を非反則事件と誤認して起訴された事例等についても、非常上告を認めており、「手続そのものの誤り」の範囲を過度に厳格には解さず⁶⁾、結果的には被告人を救済しているといえる。

三 本判決の検討

公訴を提起する権限のない検察事務官が、公訴を提起した場合は、「前提事実の誤認」になるのか、それとも、「手続そのものの誤り」になるのか。実際にはその権限がないにもかかわらず、検取事務官であると仮装して公訴提起がなされた場合、起訴状に当該記載がある以上、裁判所がその過誤を見破ることは、一般的には困難であろう。しかし仮に、その過誤が判明した場合には、当該公訴提起は違法かつ無効と判断されるため、前記過誤は「前提事実の誤認」すなわち、検察官の権限がない者を権限ある者と誤認した、と解する余地もないわけではない。他方で、公訴の提起は検察官しかできない(247条)にもかかわらず、本件では、その権限のない者による公訴提起がなされた。本件における公訴提起は、適法かつ有効な「公訴の提起」とはいえず、公訴提起という「手続そのもの

の誤り」があるともいえることから、問題となる。

1 起訴状が無効である点において本件と類似する、起訴状に検察官の署名(記名)及び押印がいずれも欠けていることを看過して略式命令が出された事例において、最三小判平18・7・18集刑289号503頁は、非常上告を認める。また、本件と同様、検察官事務取扱の職務命令の発令を受けずに検察事務官が公訴提起を行った事例において、最三小判平24・9・18刑集66巻9号958頁(以下、「平24最判」という)は、「公訴提起が権限ある者によって行われていなかったことは、手続の前提となる事実の誤認ではなく、手続そのものについての誤りであるから、同裁判所が原略式命令を発付したことは、同法454条の『事件の審判が法令に違反したこと』に当たると解するのが相当である(最高裁昭和〔…〕26年1月23日第三小法廷判決〔…〕、最高裁昭和〔…〕27年4月23日大法廷判決〔…〕参照)」とし、非常上告を認める。

昭26最判が、手続そのものの構成事実として「公判請求書が適式なりや否や、真正に権限ある者によって作成されたりや否や」との事実を例示しており、「公訴提起が権限ある者によって行われていなかったこと」は、「手続そのものの誤り」であることに疑いはない。平24最判は、昭26最判及び昭27最大判を参照判例として挙げており、手続そのものの誤りであることが判例に照らして明確な事例において、改めて従来の基本的立場を確認したものといえる⁷⁾。

2 本判決においては、平24最判のように、「公訴提起が権限ある者によって行われていなかったこと」が、「手続そのものについての誤りである」との判示はないが、これを当然の前提として考えると考えられる。本判決は、判例の基本的立場に従い、平24最判に続いて、検取事務官ではない検察事務官が公訴提起をした場合には、「手続そのものの誤り」に該当し、非常上告理由となることを認めた事例判断としての意義がある。「手続の前提となる事実の誤認」と「手続そのものについての誤り」とを区別する判断基準に関しては、平24最判及び本判決において言及はないため、今後の判例の集積を待たなければならない。

3 なお、本件では、原略式命令が破棄（458条1号但書）され、公訴棄却（338条4号）の判決が出された。公訴棄却の判決には一事不再理効は働かないため、理論上は、再訴は妨げられないとの見解⁸⁾がある。しかし、刑訴法458条1号但書による公訴棄却に対して、再訴可能であるとする自体、疑問であり⁹⁾、さらに、「検察官事務取扱」の発令を失念したという検察庁の単純ミスにより被告人に不必要な負担を負わせた本件のような場合には、再度の不利益処分となる再訴は、理論的にもできないと解すべきであろう¹⁰⁾。

四 まとめにかえて

最後に、立法論となるが、以下2点を指摘したい。

非常上告に関し、①被告人側の関与しない手続は適正とは言い難く、被告人が選任した弁護人に意見陳述権を認めるべきである¹¹⁾、②日弁連会長にも申立権が認められて然るべきである¹²⁾との指摘がある。①を否定する理由は見当たらない。また、②について、検事総長が関係者（弁護士、裁判官、検事総長以外の検察官等）からの問題提起を理由なく拒否する等、合理的な裁量行使を行わない可能性もありえないわけではないことから、検討する必要がある。

また検取事務官制度に関し、検取事務官が扱った事件において実際に発生した弊害を指摘し、同制度を廃止すべきとの意見書が、千葉県弁護士会及び日弁連から提出されている¹³⁾。国家予算の規模が増大し、法曹人口が激増した現在において、検察庁法施行当時の事情を鑑みた例外かつ暫定的な措置である同制度を存続させる理由及び必要性は存在しない。検察官の権限の強さ及び職責の重大性（刑訴法247条、検察庁法4条等）に鑑みれば、検察官の任命資格（検察庁法18条、19条）を高い基準に置くことは必要不可欠である。一方、検取事務官の能力を担保する制度はなく、また検取事務官に検察官のような身分保障（検察庁法25条）もないために、検察官事務の適正な遂行の制度的担保はない。このような本質的な欠陥を抱える検取事務官制度は、直ちに廃止すべきである。

●—注

1) 最二小判令5・9・22（裁判所ウェブサイト、LEX/DB25573177）は、同検察事務官が行った他の公訴提起

及び略式命令請求に対し、本判決と同一の理由により非常上告を認め、原略式命令破棄、公訴棄却の判決を言い渡した。

- 2) 伊藤栄樹『新版 検察庁法逐条解説』（良書普及会、1986年）173頁。
- 3) 平野龍一『裁判と上訴』（有斐閣、1982年）249頁。
- 4) 高田卓爾ほか編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法5』（三省堂、1995年）364頁〔庭山英雄〕。
- 5) ①榎清隆「判批」研修775号（2013年）25頁は、二重起訴の禁止、一事不再理という基本的事項に関する違背は、「手続そのものに関する誤り」であり、判例の立場は一貫すると評価する。②これに対し、平場安治ほか『注解刑事訴訟法下巻〔全訂新版〕』（青林書院新社、1983年）386頁〔高田卓爾〕は、二重起訴の事例は、確定判決の存在を看過して有罪判決をしたという前提事実の誤認に由来する法令違反の場合であって、判例の基本的立場によれば、非常上告の理由を認めることができない場合である、と批判する。③判例は一貫しているが、被告人の救済の観点から、二重の有罪裁判（反則金納付済みの事実が看過された事例も同様）をそのまま放置しておくことは、著しく正義に反し、国民の法感情にも沿わないため、例外的に非常上告を認めるとの評価もある。白井滋夫「非常上告判例の新展開」研修415号（1983年）30頁。
- 6) 榎・前掲注5）25頁、榎井英夫「判解」最判解刑事篇平成24年度348頁。
- 7) 榎井・前掲注6）348頁。
- 8) 滝沢誠「判批」専修ロー9号（2013年）167頁。
- 9) 光藤景皎『口述刑事訴訟法下』（成文堂、2005年）120頁は、憲法39条（二重の危険禁止）の保障が被告人の関知しないうちに検事総長の申立によって奪われるという前提には疑問があり、非常上告審の判決による原判決の確定力の排除も、二重起訴追まで認めるものではないという限界がある、と指摘する。
- 10) なお、榎・前掲注5）25頁は、仮に理論的には再起訴できると解したとしても、再起訴は差し控えることが望ましい、とする。
- 11) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔7訂版〕』（創文社、1967年）599頁。
- 12) 庭山・前掲注4）書359頁。
- 13) 千葉県弁護士会ウェブサイト『「検察官事務取扱検察事務官」制度の廃止を求める意見書（平成24年2月15日）』<https://www.chiba-ben.or.jp/opinion/pdf/voicelist/18b108d7d246c9d902a453d6a94b26a3.pdf>、日弁連ウェブサイト「検察官事務取扱検察事務官制度の廃止を求める意見書（2013年（平成25年）7月18日）」https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2013/opinion_130718_4.pdf（いずれも2024年6月25日最終確認）。