

訴追の限界

——一罪の一部起訴は当然か——

大久保 隆 志

- 第1 はじめに
- 第2 一罪の一部起訴
 - 1 否定する立場
 - 2 肯定する立場
 - 3 一部起訴の限界
- 第3 一部起訴に関する裁判例
 - 1 強姦罪と暴行罪
 - 2 供与罪と交付罪
 - 3 その他の裁判例
 - 4 小括
- 第4 訴追の限界
 - 1 法条競合の場合
 - 2 結合犯の場合
 - 3 最小単位の訴追可能性
- 第5 おわりに

第1 はじめに

裁判員制度の導入により、核心司法が叫ばれ、証拠の簡易化・簡素化が求められている⁽¹⁾。もとより、実体法の犯罪構成要件に変更が加えられた訳ではないし、証拠法についても何ら変更はなかったのであるから、犯罪を構成する事実は、検察官によって訴因として裁判所に提示され、訴訟当事者たる検察官が「合理的疑い」を超えてこれを立証しなければならない点において

は、全く変更がない⁽²⁾。しかし、その判断者が職業裁判官のみではなく、素人である裁判員が含まれることによって、素人に理解できる訴訟活動を行うことが強く求められている。そのために、実務関係者においては、大いに工夫を凝らし、言葉を選び、視覚に訴え、裁判員の理解を深めるための努力が日々行われていると聞いている⁽³⁾。

しかしながら、この本質はそのような技術的側面にあるのではない。それは、あくまで犯罪事実の認定のためにはどのような証拠をどのように提示

-
- (1) 裁判員法51条は、審理を「迅速で分かりやすいものとするに努めなければならない」と規定する。証拠の量の削減ともに（例えば、佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」判タ1110号（2003年）7頁、中谷雄二郎・合田悦三「裁判員制度における事実認定」現代刑事法6巻5号（2004年）41頁など）、簡潔明瞭な立証が求められている（例えば、吉丸眞「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」判時1807号（2003年）5頁など）。その意味において「核心司法」が望ましいと言われており（佐藤文哉・前掲論文10頁、酒巻匡「裁判員制度導入の意義と課題」法律のひろば57巻9号（2004年）55頁、村瀬均「刑事裁判の充実・迅速化—裁判官の立場から—」現代刑事法6巻12号（2004年）33頁など）、また、「事実」とは何かについて発想の転換が必要であると言われていた（堀江慎司「刑事裁判の充実・迅速化」ジュリスト1370号（2009年）126頁）。なお、従来の「調書裁判」に基づく「精密司法」は「名人芸に支えられた刑事手続」であって、既に「極限に近づいて」いたとの指摘もなされている（松尾浩也「刑事裁判と国民参加—裁判員法導入の必然性について—」法曹時報60巻9号（2008年）14頁）。なお、佐藤幸治「『国民の司法』確立のための裁判員制度」都市問題99巻12号（2008年）4頁参照。
- (2) 酒巻匡・前掲注（1）52頁、長沼範良「裁判員裁判における審理の在り方」法律のひろば60巻12号（2007年）4頁。なお、拙稿「刑事訴追の実務と刑事訴追論」刑法雑誌45巻3号（2006年）435頁参照。ただし、従来は、裁判所の事案の真相解明への強い指向と役割意識に依存するところが大きかったが、これが本来の「当事者追行主義」の理念型の訴訟に徹することになるであろうと言われており（酒巻匡「裁判員制度と公判手続」ジュリスト1370号（2009年）150頁）、従来以上に当事者の責任が大きくなると予想されている（同152頁）。この点につき、更に、村瀬均・河本雅也「裁判員裁判の審理等について—模擬裁判をふりかえって—」ジュリスト1358号（2008年）89頁、神山啓史・岡慎一「裁判員裁判と『当事者主義』の重視」判タ1274号（2008年）43頁参照。

すれば分かり易いかという「組立て」の分かり易さの追求に過ぎない。それは、決して犯罪事実の分かり易さでも、認定方法の分かり易さでも、ましてや、個別の証拠の分かり易さでもない。「分かり易さ」の中味を、提示方法の「組立て」の分かり易さに矮小化することの是非はともかく、犯罪事実それ自体は決して分かり易くなったわけでもないし、間接事実から推認できる程度や方法が分かり易くなったわけでもなく、ましてや個々の証拠それ自体が分かり易くなったわけでもない。分かり易さのためには、このようないくつかの阻害要因を取り除く必要があるが、しかし、それを取り除くことは、同時に刑事司法の本質を破壊することになる可能性もある⁽⁴⁾。そのために、辛うじて分かり易さの外観を作出するために、言葉を選び、視覚に訴えるような工夫が凝らされているのではないかとさえ思われる。

そこで、本稿では、いくつかの阻害要因のうち、犯罪事実の簡素化という

-
- (3) 東京地方裁判所公判審理手続検討委員会・同裁判員模擬裁判企画委員会「裁判員が関与する公判審理の在り方」判タ1278号(2008年)5頁, 司法研修所編「裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方(司法研究報告書60輯1号)(2008年), 今崎幸彦「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」判タ1255号(2008年)9頁, 同「裁判員裁判における複雑困難事件の審理—司法研修所における裁判官共同研究の概要—」判タ1221号(2006年)4頁, 特集「実体化する裁判員制度」法律のひろば60巻12号(2007年), 連続特集「裁判員裁判をどう闘うか②裁判員制度のもとでの評議」季刊刑事弁護52号(2007年), 同「同③裁判員制度における尋問技術」季刊刑事弁護53号(2008年)各所収の各論文, 河村宣信「裁判員裁判における審理の在り方(1) —公判前整理手続—裁判官の立場から—」刑事法ジャーナル12号(2008年)31頁, 高島智光「同一検察官の立場から—」同37頁, 宮村啓太「同一弁護人の立場から—」同46頁, 小野寺明「裁判員裁判における審理の在り方(2) —公判審理—裁判官の立場から—」刑事法ジャーナル13号(2008年)44頁, 神山啓史・岡慎一「裁判員裁判における審理の在り方(2) —「分かり易い審理」と弁護人の課題」刑事法ジャーナル13号(2008年)55頁, 上富敏伸・八澤健三郎「裁判員裁判における審理の在り方(2) —公判審理(1) —検察官の立場から—」刑事法ジャーナル13号(2008年)49頁, 同「裁判員裁判における審理の在り方(3) —公判審理(2) —検察官の立場から—」刑事法ジャーナル14号(2009年)47頁など参照。

側面から、訴追に際して訴因構成を簡素化することによって、幾ばくかの分かり易さを導くことができるのではないか、そのためには何をどのように考慮しなければならないか、取り分け真実主義の要請をどのように考慮すればよいか、これとのバランスをどのようにとれば良いかという問題意識のもとで、捜査と公判の結節点である公訴、とりわけ訴因について、その構成の在り方を検討してみようと思う。訴因が審判の対象である以上、その合理的で簡明な構成こそが審判の巧拙を左右するキーポイントであり、これをどのように構成するかによって審理の「分かり易さ」に大きな影響を及ぼすと考えるからである。

ただ、そうは言っても、訴因を分かり易くするために、複数の犯罪をむやみに包括ないし一括したり、あるいは一個の犯罪を無限定に分割したり、その一部のみを勝手に取り出して起訴することは、訴因構成の限界を超えている可能性も否定し難い。したがって、そもそもそのような一括ない分割が理論的に可能であることが前提となる。それ故、まずは、この前提を明確にするとともに、訴因構成の理論的限界を考えておく必要がある。

そこで、この問題をめぐって対立が最も先鋭化すると思われる「一罪の一部起訴⁽⁵⁾」の問題を素材として⁽⁶⁾、これまでの議論を概観した上で、その理論的根拠を考察するとともに、その理論的限界を検討し、この問題が単なる訴訟法上の問題ではなく、むしろその本籍は実体法にあるのではないかと思われること、そして、訴因構成の理論的限界が実体法上の一罪性にあると仮定すれば、いわゆる「一罪の一部起訴」という現象は、結局のところ、「単純一罪」という犯罪の「最小単位」に基づく起訴であると考えることができ、

(4) これまでの日本の司法の在り方は、「精密司法」と言われ、今後は「核心司法」に移行すべきであると言われているが、「精密司法」には、「司法の公正・冤罪の防止・判決の合理性など」の点で、「長所こそあれ、短所はない」という指摘もなされている（王雲海・日本の刑罰は重いか軽いか〔集英社新書〕（2008年）125頁）。しかし、同時に「青ざめた美女」とも言われる（松尾浩也・刑事訴訟法講演集（2004年）285頁）。

したがって、「一罪の一部起訴」という現象は、実は「一罪の全部起訴」であることを明らかにするとともに、その検討を通じて、最も分かり易い訴因構成とこれに基づく訴追の在り方を考えてみようと思う。

第2 一罪の一部起訴

いわゆる「一罪の一部起訴」は、実務においては当然のこととして認められており⁽⁷⁾、また実際の運用においても頻繁に行われている⁽⁸⁾。しかし、その理論的根拠となると、必ずしも明らかとは言い難いように思われる。そこで、まず、「一罪の一部起訴」に反対する議論の論拠を検討しながら、それらがいずれも妥当ではないことを明らかにした上で、引き続き、それだけでは、肯定の理由にならないことは当然であるから、さらに積極的な論拠を検討してみることにしよう。

1 一部起訴を否定する立場

-
- (5) 一罪の一部起訴とは、「実体法上ないし処罰上は一罪である犯罪事実のうち、検察官がその一部のみを訴因として訴追の対象とすること」とされる(新屋達之「犯罪事実の一部起訴」刑事訴訟法の争点〔第3版〕(2002年)108頁)。なお、佐藤嘉彦「一罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について」同志社法学56巻6号(2005年)533頁、佐藤隆文「犯罪事実の一部の起訴」平野龍一ほか編・新実例刑事訴訟法Ⅱ(1998年)16頁、石井一正「一罪の一部起訴」谷口正孝編・刑事法演習第Ⅰ巻(1974年)108頁参照。
- (6) 裁判員制度の導入との関係で、一部起訴の「より積極的な活用も検討されてしかるべき」と言われており(杉田宗久「訴因と裁判所の審判の範囲」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)91頁)、また、一部起訴の増加も予想されている(村上光鴉「一事不再理効の客観的範囲—常習一罪の一部についての確定判決の存在を巡って—」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀・刑事裁判論集下巻(2006年)372頁)。さらに、訴因の選択についても、「分かやすく迅速で的確な裁判を実現するという観点」から「意を用いる必要がある」と言われている(高崎秀雄「裁判員制度導入に向けた取組の現状②検察庁」法律のひろば60巻12号(2007年)30頁)。

そこでまず、これに反対する論拠からみていくことにしよう。第1は、公訴不可分の原則に反するという主張であり、第2は、実体的真実に反するという主張である⁽⁹⁾。

-
- (7) 伊藤榮樹ほか・注釈刑事訴訟法〔新版〕第3巻(1996年)458頁〔白井滋夫〕参照。なお、「一部起訴」と言われるものにも、単純一罪の一部を除外して起訴する場合、法条競合のうち軽い犯罪で起訴する場合、既遂を未遂で起訴する場合、結合犯の一部を起訴する場合、科刑上一罪の一部を起訴する場合など、種々のケースがあるが(田宮裕・刑事訴訟法〔新版〕(1996年)170頁、石井一正・前掲注(5)112頁)、その可否について、「判例の基本的態度は、全面的な積極説であると考えます、不可能ではない」と言われている(最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度27頁〔木谷明〕)。なお、ドイツにおいても、「1個の罪の可分的な一部」につき、一定の場合には「罪のその余の部分…に限定して訴追することができる」と規定されている(StPO154条a第1項。訳文は、法務大臣官房司法法制部編・ドイツ刑事訴訟法典(2001年)87頁)が、「性交の際の暴力」のように「個々の構成要件要素にとって意味のある行為事情」である場合には、そもそも「可分的な一部」ではないとされている(Karlsruher Kommentar, StPO, 6. Aufl., 2008, S.967, Rn.5., Pfeiffer, StPO, 4. Aufl., 2002, S. 452, Rn. 2. Vgl. Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl., 2008, S. 688, Rn. 5.)。訴追を限定できる主な理由としては、事実上又は法律上の理由で特に立証が困難であること(Meyer-Goßner, aaO. S. 689, Rn. 5.)、あるいは、「訴訟経済上の理由」(Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, S. 210, Rn. 339)、「除かれた部分が相対的に軽微であって、それを考慮に入れば訴訟手続が不相応に遅延する」こと(Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2005, S. 203, Rn. 573)などが挙げられている。もっとも、ドイツでは訴因制度がなく、訴訟対象は「犯罪事実の同一性」(Identität der Tat)に及ぶので、裁判所は、その範囲内であれば、「除外された部分又は罪名を追加することができる」(154条a第3項)とされているが、追加しない限りはそのまま裁判が行われる(C・ロクシン〔吉田宣之・新矢悦二訳〕ドイツ刑事手続法(1992年)189頁以下参照。Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 22. Aufl., 1991, S. 124ff.)。また、除外された部分を量刑上考慮できるかどうか争われている(Beulke, aaO. S. 177, Rn. 340. Vgl. Kühne, Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2003, S. 315, Rn. 594)。なお、この制度は、検察システムの「負担軽減」という発想に基づくものとして運用されていると言われており、「検察庁は訴追官庁から訴追打切り官庁への移行期にある」とさえ言われている(ハンス＝ユルゲン・ケルナー〔小川浩三訳〕ドイツにおける刑事訴追と制裁(2008年)182頁)。
- (8) 石井一正・前掲注(5)126頁注(5)参照。

(1) 公訴不可分の原則

旧刑事訴訟法においては、「公訴不可分の原則⁽¹⁰⁾」により、仮に検察官が犯罪事実一部のみを起訴したとしても、公訴提起の効力は公訴事実の単一性の範囲に及ぶとされていた⁽¹¹⁾。そして、このような事態を示すために「公訴は不可分である」という表現が用いられ、これを「公訴不可分の原則」としていた⁽¹²⁾。その意味において、一部起訴の可否を論ずる「実益が乏しかった」とされていた⁽¹³⁾。これに対し、単に公訴の効力が公訴事実全体に及ぶ（「公

- (9) 概要について、新屋達之・前掲注(5) 108頁、三井誠・刑事手続法Ⅱ(2003年) 153頁参照。
- (10) 公訴不可分の原則とは、「事件が単一である限り、公訴提起の効力は当然にその全部に及ぶ」という原則である(高田卓爾「公訴不可分の原則」刑事法講座5巻(1953年) 1064頁)。なお、ドイツにおいては、起訴による訴訟係属は「訴えにおいて特定された所為」(StPO155条第1項。訳文は前掲書89頁)に限られる。同条にいう「所為」は「特定の法律構成要件又は検察局によって提示された事実部分と解すべきではなく、むしろ訴えによって描き出された総体的な生活事象と解すべきである」とされるが(C・ロクシン[吉田宣之・新矢悦二訳]ドイツ刑事手続法(1992年) 394頁, Roxin, aaO, S. 258.), このような意味で、「訴訟対象は、原則として不可分である」とされている(同書194頁, Roxin, aaO, S. 127.)。なお、「所為」の概念につき, Vgl. Friedrich-Christian Schoeder, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2007, S. 44, Rn. 69(「生活の理解に従って統一性を構成する歴史的事実」), Beulke, aaO. S.269, Rn. 513(「訴追機関によって示された歴史的な事実で、生活の理解に従った事実で構成された統一的な経過」), Kindhäuser, Strafprozessrecht, 1. Aufl., 2006, S. 293(「実体法上の犯罪行為の概念と同一ではなく、…刑法的評価の対象となる事実的な事象」), Hellmann, aaO., S.287, Rn. 814(「訴追された歴史的事実」で、そこには「生活的理解に従った歴史的事実を伴う統一的な経過」が含まれる。)
- (11) 公訴不可分の原則は、「事件の不可分性即ちその単一性に関する原則である」(高田卓爾・前掲注(10) 1072頁注(4))。なお、田宮裕・前掲注(7) 203頁、岸盛一・刑事訴訟法要義〔新版第6版〕(1978年) 48頁参照。
- (12) 松尾浩也・刑事訴訟法(上)新版(1999年) 174頁、福井厚・刑事訴訟法講義〔第3版〕(2007年) 197頁、小田中聰樹・ゼミナール刑事訴訟法(下)一演習編(1988年) 111頁。
- (13) 三井誠・前掲注(9) 153頁、小田中聰樹・前掲注(12) 112頁。

訴の効力の不可分』)ということのみならず、そもそも一罪の一部についての起訴を許さないという「公訴自体の不可分」を含むとする見解⁽¹⁴⁾も主張されていたが、一般には前者の見方が多かったようである。

ところで、現行刑訴法の制定によって訴因制度が導入されたが、これによって、このような原則はなくなったと言われている⁽¹⁵⁾。すなわち、訴追の効力が及ぶ範囲は訴因に限定されることとなり、訴因を超えて公訴事実全体に及ぶことはなくなったため、その結果、公訴の効力の不可分を主張することはできなくなり、また、仮に公訴事実の一部について訴因を構成して起訴したとしても、公訴事実の同一性の範囲内で訴因変更が認められることから、当該訴因に対する判決の効力は公訴事実同一の範囲全てに及ぶ（一事不再理効）ので、その余の部分について再訴を許さず、公訴の効力が公訴事実全てに及ばないからといって、単一科刑を害することはなくなったのである⁽¹⁶⁾。

ところが、訴因制度の導入を前提としながらも、「当面の訴訟追行の目標を訴因に限定するということは認められるとしても、実体形成の限界は公訴事実の同一性の範囲にまでおよぶ」から、「事件の単一性が訴訟の単位として目的的に観念され、1個の事件の一部のみを訴訟の対象とすることはできず」として、検察官が訴因変更に応じなかった場合には、「訴因の事実は存在しないもの」と認めて無罪を言い渡すべきであるとの主張⁽¹⁷⁾もなされた。

この点、確かに、訴訟の対象という訴訟法の問題に限れば、訴因制度の導入によって、審判の対象が訴因に限定されることになったと解する（訴因対象説）以上、従来の公訴不可分の原則をそのまま維持することはできなくな

(14) 宮崎澄夫「親告罪に関する訴訟法上の諸問題」刑事訴訟法講座1巻（1963年）192頁。これに対し、「公訴自体の不可分」まで要求されているかどうか疑問とするものとして、虫明満・包括一罪の研究（1992年）327頁。

(15) 田宮裕・前掲注（7）203頁。なお、高田卓爾・刑事訴訟法〔二訂版〕（1984年）131頁参照。

(16) 石井一正・前掲注（5）118頁。なお、公訴不可分の原則は、単一科刑の実現にその本質の存在理由があると言われている（宮崎澄夫・前掲注（14）193頁）。

ったと言わざるを得ないであろう⁽¹⁸⁾。すなわち、訴因制度が導入され、裁判所の審判対象の範囲は検察官が起訴した訴因に限定されることとなったのであるから、検察官による訴因変更がなされない限り、原則として、公訴事実全体に審判対象が拡大される余地はなく、その意味において、もはや公訴不可分の原則によって一罪の一部起訴が許されないという説明は困難となったと言えよう。

しかし、訴因制度の導入によって訴訟法上明らかになったことは、例えば、強盗の事件について、仮に訴因を暴行に限定した場合には、審判対象はこれを超えることができないので、公訴不可分の原則を持ち出したとしても、審判対象が強盗全体に及ぶことはないということが明らかとなったにとどまり、かつこれに尽きるように思われる。仮に、訴因制度の導入によって公訴不可分の原則が破られたからといって、直ちに、暴行のみを取り出して起訴することができるということにはならない。すなわち、公訴不可分の原則を破ることによって、公訴事実の同一性の範囲内においてこれより小さい訴因を審判対象として構成することが可能であることは明らかとなったが、強盗という一罪の中から暴行のみを取り出し独立して訴因を構成することができるということまでも明らかとなったわけではない。言換すれば、この原則を破ることによって、訴因は公訴事実の同一性の範囲よりも狭いものであるこ

(17) 中武靖夫「訴追事実の選択」高田卓爾ほか編・演習刑事訴訟法(1972年)189頁。同様に、「単に一部についてのみの起訴は許されない」とする主張(宮崎澄夫・前掲注(14)192頁。ただし、「情状上または犯罪の性質上訴追を必要ないし適当としない場合」には「修正される必要がある」とされる(同194頁。))、「原則として許されない」とする主張(内田一郎「公訴事実の一部起訴は適法か」刑事訴訟法の争点(1979年)115頁)など。

(18) 田宮裕・前掲注(7)203頁、新屋達之・前掲注(5)108頁。なお、公訴不可分の原則を維持する見解も、例えば、科刑上一罪の一部で起訴状に記載されなかった部分も「当該訴訟の対象」となるが、訴因として追加又は変更がなされない限り、「現実の審判の対象」となることはできないという意味で、旧法と現行法とでは、この原則の「実質的な機能」において重要な差があるとされる(高田卓爾・前掲注(10)1065頁)。

とは明らかとなったが、どこまで細分化できるかについては直ちに明らかになるわけではない。後者の問題、すなわち、一罪の一部のみを独立して取り出し訴因として構成して起訴できるかどうかという問題については、訴因制度の導入によって公訴事実不可分の原則が破られたこととは別の観点から解明しなければならないのである。

それでは、訴因制度が導入された後も、なお公訴不可分の原則が主張されてきたのは何故であろうか。それは、おそらく、実体法上の単統一罪については、これ以上細分化して起訴することはできない、したがって、公訴提起には実体法上一罪という限界があるから、その意味において公訴は不可分であるという趣旨（すなわち、「公訴自体の不可分」）を含んでいたからではないかと思われる。例えば、強姦の事実について、これを実体法の面から見れば、強姦罪の一部としての有形力行使しか存在しないのであるから、単純な暴行は存在せず、したがって、暴行罪では起訴し得ないという理解もあり得ないわけではないように思われる⁽¹⁹⁾。すなわち、罪刑法定主義に従う以上、犯罪とは、まさに実体法の所産であるから、実体法の適用によって初めて犯罪となるのであり（実体法がなければ法律的には犯罪も存在しない）、そうだとすれば、当該事件において、強姦罪の構成要件該当性が肯定される以上、実体法上1個の犯罪としての強姦罪のみが認められるのであって、これが認められた以上、その中から他の犯罪を抜き出すことはできないと考えることも可能であるから、そこには暴行罪の構成要件該当性は存在していないと考えることも不可能ではないように思われる。換言すれば、そこに存在するのは強姦罪としての単統一罪であるから⁽²⁰⁾、およそ強姦罪一罪しか実在しないとも言える。その意味において、公訴不可分の原則は、実は、実体法上一罪である場合には、これを分割したりそこから一部取り出したりして別の訴

(19) この点につき、中武靖夫・前掲注(17)185頁参照。

(20) 多行為犯の一罪性につき、浅田和茂・刑法総論（2005年）473頁。なお、結合犯につき、例えば、大谷實・刑法総論講義新版第2版（2007年）480頁参照。

因を構成することはできないという意味を含んでいるとも考えられ、その意味で、実体法に拘束された範囲で訴追をすべきであるという趣旨とも考えられる。そうだとすれば、そこでは訴訟法上の訴追判断も、やはり実体法の一罪性に拘束されるのではないかという問題が考えられなければならないように思われるのである。

ところで、実体法の適用は訴訟法のみに従ってなされるから、実は、強姦罪の一部としての暴行しか存在しないのか、あるいは、単なる暴行罪の暴行が存在するのかは、訴訟法に従った事実認定によって決まる。その意味では、実体法のみによってアプリアリに決し得る事柄ではない⁽²¹⁾。生の自然的事実として、社会的に強姦と言われ得るような歴史的事実が存在していたとしても、これをいかなる犯罪として構成し訴追するかは、訴訟法に従って判断される。したがって、実体法に従うからといって、そのこと故に直ちに一部起訴ができないということが自明であるわけではない。訴訟法における事実認定に際して、どの証拠のどの部分を用いてどのような立証活動を行い、どのような事実認定を行うかは、結局のところ、訴訟法の取扱いに全面的に委ねられているから、問題は、訴訟法においてどのような取扱いをするかにかかっているとも言える。その際、訴訟法が、強姦という歴史的事実に対する訴追時点における法的評価を検察官に全面的に委ねたと解するか、あるいは全面的に実体法に従う（したがって、検察官は実体法上の一罪性を破ることができない）ことにしたと解するかは、結局のところ、訴訟法の解釈にかかってくる。そして、訴訟法は前者の立場を採ると考えれば、検察官の処分権等を強調することになり、他方、後者の立場を採ると考えれば、実体法における一罪性の限界を検討することになるであろう。両者いずれを採るべきかに

(21) 事実認定と法令解釈の関係について、「事実認定は、法令の解釈適用を事実の面から見たものだ」という指摘もなされている（香城敏磨「裁判と事実認定」法曹時報55巻8号（2003年）3頁）。なお、事実認定の複合性につき、植村「実践的刑事事実認定論（概論）」小林充ほか編・刑事事実認定重要判例50選（上）（2005年）2頁参照。

については、後に項を改めて検討することとする。

このように、公訴不可分の原則が破られることによって、公訴事実全体に対する審理はできなくなったものの、だからといって、直ちに一罪の一部を分割して取り出し訴因として構成できるようになったとも言えないのであるから、訴因制度との関係で公訴不可分の原則が破られたこと自体は、審判対象が訴因に限られるということ以上に、一罪の一部起訴の可否に直接的な影響を及ぼすものではないように思われる。

また、仮にこの点は措くとしても、そもそも公訴不可分の原則のもとにおいても、一部起訴それ自体は有効であった（公訴提起という訴訟行為それ自体が直ちに無効とされたわけではなく、その効力が検察官の意図に反して公訴事実全体に及ぶという効果を生じたに過ぎない。）と考えられていた⁽²²⁾のであるから、訴因対象説に従うことによって一部起訴の効力の及ぶ範囲が訴因に限定されたからといって、一部起訴の有効性それ自体には、実は全く変化がなかったとも言える。そうすると、一部起訴は許されないことの論拠として、公訴事実不可分の原則を持ち出すことは、実は、そもそもの外れであったようにも思われる。

(2) 実体的真実との関係

刑事訴訟法は、「事案の真相を明らかに」することをも目的としているから（刑訴法1条）、例えば、結合犯の一部を取り出して起訴することは、「実体的真実発見ということを見捨てて検察官の恣意を許すことになりはしまいか」として、一部起訴に疑問を呈する見解⁽²³⁾が主張された。事案の全部を訴因として構成し訴追しなければ、本当の真実を明らかにすることはできないか

(22) 松尾浩也・前掲注(12)173頁（公訴の提起に際しては、「犯人ヲ指名シ犯罪事実及罪名ヲ示」して起訴すればよく、裁判所は、公訴事実の同一性を失わない限度で、自ら真実を探求し、これに基づいて審理判決する権限と責務を有するということであった。）。なお、宮崎澄夫・前掲注(14)191頁参照。

ら、一部起訴は実体的真実を歪めることになり、許されるべきではないという発想であろう⁽²⁴⁾。

これに対しては、実体的真実主義も、人権保障や当事者主義に譲歩すべきであるから、一部起訴はこの点からも許されるとの見解⁽²⁵⁾が主張されている。すなわち、デュープロセスの枠内で実体的真実を見極めようとする立場に立つ限り、実体的真実の要請は、一部起訴を否定するほどの価値を有するものではないというのである。

また、事実認定は、厳格な証拠法則に則り、公判廷に顕出された証拠に基づいて行われるのであるから、実体的真実と訴訟的真実が被告人に有利な方向で異なるのは避けがたいこと⁽²⁶⁾も理由の一つとして挙げられる。さらに、訴訟の場においては、証拠によって認定されたもののみが実体的真実であるから、証拠を離れた歴史的眞実は、仮にそのようなものが存在していたとしても、訴訟の彼岸にある事象に過ぎない。その意味で、刑事訴訟における事実認定が常に実体的真実と一致するものではないこと⁽²⁷⁾、そもそも現行法下における刑事訴訟の目的は検察官の構成した訴因が証明されたか否かの判断

(23) 岸盛一・前掲注(11)53頁(ただし、「単一の公訴事実の内容をなす事実のうちある部分を不問に付しても全体的法律評価に余り影響のない場合…ならば、それも許されると考えてよいであろう」とされる〔同頁〕)。なお、横井大三・刑訴裁判例ノート(3)(1972年)135頁参照。

(24) 木谷明「訴因と裁判所の審判の範囲」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕(1992年)101頁参照(「一罪の一部起訴は、認定事実と実体的真実との乖離を、検察官自身が意識的に生じさせようとする訴訟追行行為である」とされる。)

(25) 石川才顕「判批」判評308(判時1123)号(1984年)71頁(233頁)。

(26) 藤永幸治ほか編・大コンメンタール刑事訴訟法第4巻(1994年)197頁〔河村博〕。なお、眞実に反する裁判が好ましいわけではないが、裁判所は訴因の範囲内の眞実の発見で満足するほかないと言われている(石井一正・前掲注(5)115頁)。また、刑訴法は、裁判官によって認定される事実が客観的眞実と乖離することを「当然に予定している」とも言われている(木谷明「刑事事実認定の基本的あり方」同編著・刑事事実認定の基本問題(2007年)4頁)。

にあるのであって、事件の真相を探すところにあるものではないこと⁽²⁸⁾も理由としてあげられている。

もっとも、訴因の範囲内の実体的真実であるとか、証拠に基づく真実に過ぎないというのは、起訴された後（判決する時点）の問題であって、起訴する時点（訴因を選定する時点）におけるそれとは異なる。したがって、判決時の認定事実といわゆる実体的真実とが仮に食い違うことがあるからといって、そのことから直ちに、一部起訴が実体的真実に反することになってもやむを得ないということにはならないように思われる。

実体的真実との関係で、訴追段階において一部起訴が許されるか否かを考える場合に問題とすべきは、訴追時点における実体的真実とは何か、これと訴追判断（訴因構成）とが意識的に異なる場合にどう評価するかという問題である。そこで考慮すべきは、訴因とは検察官の主張である⁽²⁹⁾ということであろう。主張である以上、そもそも実体的真実と一致しないことがあり得ることをむしろ前提としているとも考えられよう⁽³⁰⁾。その主張は、通常の場合、捜査活動によって訴追時点までに収集された証拠に基づく判断であるから、その限度で実体的真実と一致することがあり得るに過ぎない。訴因それ自体がそもそも実体的真実と一致しないことがあり得ることを想定している以

(27) 指宿信「公訴権の行使」川端博ほか編・基本問題セミナー刑事訴訟法（1994年）148頁参照。

(28) 井上正治「告訴」日本刑法学会編・刑事訴訟法演習（1962年）50頁。

(29) 平野龍一・刑事訴訟法（1958年）131頁，同・刑事訴訟法の基礎理論（1964年）75頁，田宮裕・前掲（7）187頁。なお，鈴木茂嗣・刑事訴訟法〔改訂版〕（1990年）112頁（審判対象は「訴因と罰条によって特定された検察官の具体的な犯罪事実の主張」とされる。）参照。

(30) 刑事訴訟法は、有効な公訴提起に対して無罪判決があり得ることを前提としており（刑訴法336条），無罪判決が確定したというだけで直ちに公訴提起・追行が違法となるわけではないとされている（最判昭53・10・20民集32巻7号1367頁）から，公訴提起時における訴因が実体的真実と一致しないからといって，公訴提起の効力には影響しないと考えられる。

上、一部起訴が仮に実体的真実に反するからといって、その不一致は敢えて異とするに足りないであろう。訴因という検察官の主張に嫌疑を要求するか否かはさておき⁽³¹⁾、少なくとも検察官が訴追時点の証拠に基づいて訴因を構成したのであれば、そのような公訴提起は訴訟行為として有効であり、訴因としては適法なものというほかない⁽³²⁾。そうだとすれば、一部起訴が許されるかどうかは、訴因構成の在り方が検察官の手に一任されているかどうかによるのであって、実体的真実とは理論上直接の関係はないようにも思われる。少なくとも、適正手続が実体的真実に優先するというような政策的な理由のみによって決せられるわけではないというべきであろう。そうすると、一部起訴が許されるかどうかという問題は、結局のところ、ここでも、そのような訴因構成が理論上可能であることを前提とした訴因構成の適切さという訴訟法上の問題に収斂されてくるのではなからうか。

(3) 小括

以上のように、いずれの主張についても、一罪の一部起訴を否定する決定的な論拠とはなり得ないことが明らかであるが、問題の焦点は、訴因構成の適切さにあると考えることができるように思われる。ただ、その場合に留意すべきは、当然のことながら、そのような訴因構成が理論上可能であるとい

(31) この点については、古くから争いがあるが(平野龍一・捜査と人権(刑事法研究第3巻)(1981年)11頁, 高田卓爾「公訴権理論の反省」木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題(下)(1958年)881頁, 阪村幸男「公訴権理論の再構成」高田卓爾博士古稀祝賀・刑事訴訟法の現代的動向(1991年)69頁参照。さらに、岡部泰昌「訴訟条件論の新しい動向に対する考察(上)―公訴権濫用論を媒介にして―」判タ308号(1974年)41頁参照。), 仮に公訴提起には嫌疑不要とすれば、訴因における実体的真実との不一致という点は殆ど問題にならないように思われる。

(32) したがって、裁判所は、そのような有効な訴訟行為に対して立証を許し、理由の有無を判断し、理由がないときは無罪の判決を言い渡すことになるだけである(平野龍一・刑事訴訟法(1958年)27頁)。

うことを前提としていることである。およそ論理的に成り立ち得ないような訴因であれば、適切さ以前の問題である。そこで、その理論的限界があるのかどうか、もしあるとすればそれは何かを考えてみたいが、その前に、一罪の一部起訴を肯定する理由について検討しておこう。しかし、残念ながら、これについてもまた、必ずしも明快なものとは言えないように思われる。

2 一部起訴を肯定する立場

一罪の一部起訴を肯定する論拠として、第1に、検察官には訴追裁量権があることを理由とする主張、第2に、当事者主義及び検察官処分権主義を理由とする主張がなされているので、これらについて検討しておこう。

(1) 訴追裁量との関係

刑訴法247条によれば、検察官は公訴を提起することができる（起訴独占主義）のであるから、その事件の全部について起訴することができ、また、同法248条によれば、検察官は公訴を提起しないことができる（起訴便宜主義）のであるから、その事件の全部について起訴しないこともできる。したがって、その中間形態である一部起訴は、論理上当然になし得るという主張がなされている⁽³³⁾。

これに対し、単統一罪の一部につき不当な起訴猶予がなされても、これを抑制することが不可能であることを理由に、訴追裁量が根拠となり得るか否かは疑わしいとの見解⁽³⁴⁾も主張された。もっとも、不当な一部不起訴の制約ができないのは、起訴猶予についてそもそも法定制約ができないことに起因

(33) 田宮裕・前掲注(7)170頁（「起訴猶予との類比」）、光藤景皎・刑事訴訟法I（2007年）223頁（「起訴便宜主義の背景」を「訴訟対象面に反映」）、近藤太郎「犯罪事実の一部の起訴」平野龍一ほか編・実例法学全集続刑事訴訟法（1980年）113頁（「趣旨からも類推」）、佐藤隆文・前掲注(5)26頁（「訴追裁量の範囲内」）など。なお、伊藤榮樹ほか・注釈刑事訴訟法〔新版〕第3巻（1996年）460頁〔臼井滋夫〕参照（不当な一部起訴につき「訴追裁量権の逸脱」ともいうべきとする。）。

するのであるから、一部起訴それ自体の問題であって⁽³⁵⁾、その根拠を訴追裁量に求めることの問題ではないように思われる。

ところで、形式論理的にみれば、訴追裁量を根拠に一部起訴を認めることが可能であるようにも思われる⁽³⁶⁾ので、この点についてみると、なるほど、事件全部について起訴も不起訴もできるのであれば、当然に一部不起訴もできるはずであろうから、同時に一部起訴も可能であるというのも理解はできる。しかし、第1に、少なくとも刑訴法には一部について起訴できるという明文規定は存在しない。第2に、刑訴法248条は、事案の軽重等の事情を考慮し、当該事件について「訴追を必要としないとき」には起訴しないことができる⁽³⁷⁾と規定しているのであるから、起訴しない処分することができるのは、当該事件の犯人を起訴しない方が刑事政策的にも優れていると考えられる場合である⁽³⁷⁾。したがって、一部にしろ起訴するのであれば、本来の刑事政策

(34) 小田中聰樹・前掲注(12)114頁。

(35) 小田中聰樹・前掲注(12)115頁もこの点は認める。

(36) 形式論理という点のみでみれば、例えば、次のような問題も類似の形式論理性を有する。すなわち、勾留請求を受けた裁判官は、これを却下することもできるし、10日間の勾留を認めることもできるから、その中間である10日未満の勾留を認めることもできるのではないかという問題、あるいは、勾留場所の変更について、裁判官の許可を得て検察官が行うことになっている(規則80条1項)が、裁判官は当初の勾留場所を決めることもできるし、勾留それ自体を取り消すこともできるのだから、勾留場所の変更もできるのではないかという問題である。学説の多くは、いずれも肯定しようとしている(例えば、田口守一・刑事訴訟法第4版(2005年)78頁、田宮裕・前掲注(7)85頁など)が、実務上、前者は否定され、後者は肯定(最決平7・4・12刑集49卷4号609頁)されている。

(37) 松尾浩也監・条解刑事訴訟法(第3版増補版)(2006年)449頁参照。治罪法当時から検察実務において認められ、旧刑訴法279条によって明文化された起訴猶予の本来の姿は、短期自由刑の弊害を防止し、改善更正の機会を与えるというものであった(小野清一郎ほか・刑事訴訟法(上)新版〔ポケット注釈全書〕(1985年)576頁、白井滋夫・前掲注(33)365頁、三井誠・前掲注(9)24頁以下など参照。さらに詳細につき、三井誠「検察官の起訴猶予裁量(五・完)―その歴史のおよび実証的研究―」法学協会雑誌94巻6号(1977年)98頁参照)。

的な役割を果たすことができないのではないかという疑問もある。事件を1個として処理し、当該事件の犯人を起訴するかしないかという二者択一の選択を許すのが同条の本来の趣旨に沿うとすれば、1個の犯罪事実を分割して、その一部のみを起訴することは、実は同条を超えた議論ではないかとも思われる。

そこで、起訴便宜主義の背景にある「一般予防又は特別予防に必要な限度での訴追」を訴訟対象面に反映させ、右目的以上の訴追をしなくてもよいことを検察官に認めた結果として一部起訴が容認される⁽³⁸⁾という説明がなされている。なるほど、必要な限度で訴追することで予防目的が達成できる場合もあり得るかもしれない。しかし、同条の趣旨が、裁判によって犯罪者のレッテルを貼ることを回避することによる自力更正を期待し想定しているとすれば、そのレッテルを部分的にとどめることによる更正を想定しているわけではない。中途半端なレッテルは、却って更正を妨げることになりかねない。そのような中途半端な犯罪者の増産を法が想定しているとは到底考えられないように思われる。

確かに、刑訴法248条が必要な限度での訴追という量的限界を規定したものであれば、先ほどのような説明も可能であろう。しかし、現在の起訴猶予制度は、特別予防を重視した刑事政策的配慮の処分という色彩を薄め、微罪処分型及びより一般予防的側面に留意した起訴放棄型になっているとして、これを「軽微犯罪の司法前処理⁽³⁹⁾」として位置付けるのであれば、むしろ訴追の質的限界を規定したものと解するのが相当であって、必ずしも一部起訴を許容する積極的な根拠とはなり得ないようにも思われる⁽⁴⁰⁾。

このように見てくれば、起訴猶予制度は、沿革的には「一般予防又は特別予防に必要な限度での訴追」を訴訟面に反映させたものということができるであろうが、それによって直ちに一部起訴が根拠付けられるわけではない上、

(38) 光藤景皎・前掲注(33)222頁。田宮裕・前掲注(7)170頁も「起訴猶予との類比から導かれる一部起訴権という積極的根拠」を挙げられる。

被害軽微で訴追不要な犯罪かどうかの仕分け機能を有するものとするれば、一部起訴とは直接関係がない制度ということにもなるように思われる。

(2) 当事者主義との関係

刑訴法が当事者主義構造をとっており、訴因制度を採用して検察官に起訴独占を認め、訴因変更命令にも形成力を認めていないこと、検察官の起訴について広範な裁量権を認め、裁量逸脱による起訴が無効になるのは極限的な場合に限られることからみて、立証の難易にかかわらず、一部起訴は積極的に認められると主張されることがある⁽⁴¹⁾。また、さらにこれを徹底し、刑訴法は、「訴追対象の設定につき検察官に対し裁判所の判断に優越する決定権と処分権を付与するという徹底した形」で、検察官を主体とする処分権主義（「検察官処分権主義」）を採用しており⁽⁴²⁾、これは訴追の必要性については、

- (39) 三井誠・前掲注(9) 33頁。なお、同「検察官の起訴猶予裁量(一) —その訴訟法的小および比較法制的考察—」神戸法学雑誌21巻1=2号(1971年) 36頁、田宮裕・日本の刑事訴追(1998年) 98頁(「微罪処分的考慮」が「前面に出た」とされる。ただし、「そう考えたいという願望」とも述べられている〔同書40頁〕)参照。また、検察講義案(平成12年版)によると、起訴猶予とすべきか否かにつき、「要は、刑罰を科さないことが、犯人の社会復帰を著しく容易にするかどうか、また、刑罰を科さなくても、社会の秩序の維持を図ることができるかどうかに重点を置き、刑事政策的配慮の下に決すべきである」(157頁)とされているが、起訴猶予に関する一般事件の簡易記載例は、「偶発的犯行」「態様悪質でない」「実害なし」「被害軽微」「被害回復」「被害弁償み」「示談成立」「被害者宥恕」の順序で犯行ないし被害が軽微な事情を順次列挙した上で、動機や前科など犯人に関する事情を述べており(付録42頁)、実際の運用は微罪処分型に傾いているように思われる。
- (40) 新屋達之・前掲注(5) 109頁(起訴便宜主義を「起訴放棄型」訴追裁量として構成し、訴追裁量権の客観化と限定付けをするならば、一部起訴が全く自由とは言い難いとする)。
- (41) 藤永幸治ほか編・大コンメンタール刑事訴訟法第4巻(1994年) 199頁〔河村博〕。なお、佐藤隆文・前掲注(5) 22頁参照。
- (42) 香城敏磨「訴因制度の構造(中)」判時1238号(1987年) 3頁、井上正治・前掲注(28) 49頁。

裁判所その他の主体の関与は必要がないという決断に基づくもので、当事者追行主義を主要な政策的背景とするものである⁽⁴³⁾と主張されることがある。

これに対し、検察官の訴追裁量は市民の付託を受けたものであるから、当事者主義は、原告である検察官と被告人とが対等であるということが重要であって、当事者主義を根拠に検察官が自由な処分権をもつと理解することは妥当ではない⁽⁴⁴⁾と批判される。ところで、当事者主義の概念は多義的であって、必ずしもその内容は明確とは言い難いが、一般に用いられている概念は、①いわゆる「当事者追行主義」の意味においてであるとされている⁽⁴⁵⁾。しかし、そのほかにも、②検察官も被告人も当事者であるから、訴訟法上の地位は対等であるという意味で用いる場合があるとされており⁽⁴⁶⁾、さらに、③被告人及び被疑者の権利を十分に保護すること自体を意味することもあるとされ、③の意味では、適正手続の尊重と「ほとんど同意義」であると言われ

(43) 香城敏磨「訴訟法における処分権主義」研修664号（2003年）6頁。なお、同5頁によると、「検察官処分権主義」は「検察官による審判対象の専横的決定という高次の権限」を導き出す「法原理」であるとされる。なお、田宮裕・前掲注（39）316頁は、「検察官処分権主義」を本来の当事者主義の一環であるかどうかは問題があると留保しつつも、「実務界に異論のない通念」と評価している。また、平場安治「実体的真実主義と当事者主義」刑事訴訟法講座第3巻（1963年）11頁も、「当事者主義」と「処分主義」とは必ずしも結びつくものではないとしている。

(44) 新屋達之・前掲注（5）109頁。したがって、「市民の立場から見て正当と評価される範囲」でのみ許されるとする（同頁）。しかし、それは、限界の問題であって、処分権主義に基づく一部起訴を否定する理由にはならないように思われる。

(45) 平場安治・前掲注（43）9頁、田口守一・前掲注（36）30頁、同「刑事訴訟の構造」川端博ほか編・基本問題セミナー刑事訴訟法（1994年）12頁、白取祐司・刑事訴訟法〔第5版〕（2008年）68頁、寺崎嘉博・刑事訴訟法〔第2版〕（2008年）3頁など。なお、井戸田侃・刑事訴訟理論と実務の交錯（2004年）126頁参照。

(46) 「当事者平等主義」とも言われる（鈴木茂嗣「刑訴基礎理論と当事者主義」法律時報46巻6号（1974年）206頁）が、その概念は「歴史的・政治的なもの」とも言われる（平場安治・前掲注（43）12頁）。そのほか、自己に不利なことをする必要がないという意味で「当事者自由主義」も用いられている（同頁）。

ている⁽⁴⁷⁾。先の批判は、当事者の対等性を重視しているから、おそらく②の意味で用いたものと思われる。しかし、検察官処分権主義を当事者主義で根拠付けようとする見解は、「捜査段階における当事者追行主義を徹底すること」を強調する⁽⁴⁸⁾のであるから、おそらく、①の一般的な意味で用いているものと思われる。そうすると、先の批判は、概念のすれ違いを無視した議論であって、既にその前提において妥当でないとも言えよう。

しかしながら、仮に「当事者追行主義」を前提に考えてみても、それは、現行刑訴法制定以前に既に形成されていたとされる捜査段階における検察権の強化、すなわち、捜査を綿密詳細なものにするとともに、起訴便宜主義を確立して公訴提起の精度を高め、無駄のない起訴の実現という「実質」に、「当事者追行主義」という「形式」を承認したに過ぎないと評価されている⁽⁴⁹⁾ことに照らすと、いわゆる「検察官処分権主義」は、必ずしも真の「当事者主義」を根拠とするものではなく、むしろ、単に国家訴追主義及び起訴独占主義に検察権の一方的強化が結びついた結果に過ぎないとも考えられるので

(47) 松尾浩也・前掲注(12)14頁。同・刑事訴訟法(下)新版補正第2版(1999年)340頁。このような当事者主義を「真の当事者主義」とされ、その内容として「適正手続を内容とする当事者主義観念」とされる(松尾浩也『『当事者主義』について』中野次雄判事還暦祝賀・刑事裁判の課題(1972年)59頁)。また、このような当事者主義こそが「現代における当事者主義の意義」とも言われている(平野龍一・前掲注(32)16頁)。このような考え方に対する批判として、鈴木茂嗣・刑事訴訟の基本構造(1978年)12頁参照。なお、団藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法律時報20巻9号(1948年)12頁は、審理が「原則として当事者双方の攻撃防御によって進められていく」ようになったことを、職権主義との対比で「当事者主義」と表現しているように思われる。また、横山晃一郎「戦後の刑事手続における当事者主義思想の展開」法律時報39巻11号(1967年)84頁は、「判定者と当事者との間の断絶」と「当事者相互間の最低限度の法的平等」とがなければ当事者主義と呼ぶにふさわしくないとされる。したがって、「当事者主義は、判定者が予断を抱くことなく白紙の状態で法廷にのぞみ、両当事者の攻撃防御の中から自己の心証を固めることを要請する」とされる(同・88頁)。

(48) 香城敏磨・前掲注(43)6頁。

ある。この点につき、当事者たる検察官の訴追で訴訟が始まり、審判の範囲が限定されるという意味では当事者主義ではあるから、「半分だけは当事者主義」と言っても良いが、「対立当事者による防御・論争を内容とするアドバサリーな手続きを必然的に前提とする原理」というわけではなく、相互処分へと連なる契機はないから、むしろ「旧法まで裁判所にあった訴訟物設定権＝刑罰請求権が、検察官に委譲されたという色彩が濃い」のであって、その実質は「当事者主義」とは言えない⁽⁵⁰⁾との評価がなされている。このような評価に立つ限り、当事者主義と検察官処分権主義とは直結しないということになろう。

他方、仮に、訴追権が市民の付託を受けた対等のものであるべきだとしても、そのことから直ちに、刑事訴訟における検察官と被告人の役割を度外視した対等性を要求するものではあるまい。したがって、当事者の一方のみが処分権を有することについて、当事者主義からはおよそ根拠付けることができないとまでは言えないように思われる。確かに、訴訟物の設定について、被告人側にも訴因設定に関与する権限を認めるのが当事者主義だと仮定すれ

(49) 松尾浩也・刑事訴訟法（下）新版補正第2版（1999年）339頁。このような当事者主義を「疑似当事者主義」と名付けられた（同・刑事訴訟法の原理（1974年）330頁、同・前掲注（12）15頁）。そして、現行刑訴法制定の経緯からみれば、「そこには、当初から『精密司法』を追求する『疑似当事者主義』の存在があり、それが、あるときは「検察権の強化」として、またあるときは、これを補完する『弁護権の強化』として現れる。現行法30年の推移は、要するに『疑似当事者主義』の前進とこれに対する抵抗の過程であった」との見解が述べられている（松尾浩也「当事者主義と弁護」鴨良弼先生古稀祝賀論集・刑事裁判の理論（1979年）61頁。）。なお、この名称は「いいえて妙」であり、特に、旧法上も検察官に訴追裁量があったことが、訴因という一見異質とみえる制度をもスムーズに生み出す原因であったと評されている（田宮裕・前掲注（39）331頁。）。その結果、戦後の「激震」にもかかわらず、「総じて検察制度は無傷でほとんどそのまま残った」と言われている（同書39頁）。

(50) 田宮裕・前掲注（39）328頁。その本質は「当事者の」処分権というより「検察官の」処分であることを忘れてはならないとされる（田宮裕・前掲注（7）170頁）。

ば、そのような意味での対等性は確保されていないのであるから、当事者主義をもって検察官処分権主義を根拠付けることができないのはその通りであろう。しかし、疑いなく当事者主義を標榜する民事訴訟においても、訴訟物の設定権限は原告にあるのであって、少なくとも訴因（訴訟物）の設定については、民事訴訟に準じて、原告官たる検察官の自由に属する事項であるとする余地はあり得よう。したがって、検察官と被告人との立場が対等でないからといって、訴因設定権限が検察官に属することを当事者主義を根拠に説明することが直ちに誤りであるとまでは言えないように思われる。もっとも、逆に、当事者主義であるから、直ちに検察官に訴因設定権限が属するとも言えないであろう。結局のところ、当事者主義によって一部起訴を説明することはできるとしても、一部起訴が当事者主義のみによって導きだすことができるわけではないということになるだろうか。そうすると、当事者主義と検察官処分権主義とが必然的に一体のものというわけではないから、一部起訴の理論的境界は、当事者主義とは別に、刑事訴訟における訴訟物の設定それ自体として検討する必要があるように思われる。

(3) 刑事訴訟における訴訟物の設定

検察官に訴訟物を設定する権限があることそれ自体が、当事者主義とは別に肯定できるのであれば、これを根拠に一部起訴を認める余地もあり得るように思われる。そこで、さらに、刑事訴訟における訴訟物の設定という観点から、改めて検察官の訴因設定権限を検討しておくことにしよう。

ところで、旧刑法においては、訴因制度が存在せず、訴訟物は公訴不可分の原則に従って確定していた。そこでは、刑事訴訟における訴訟物は公訴事実であって、公訴事実の同一かつ単一の範囲において裁判所は審判の権限と義務とを有した⁽⁵¹⁾。そして、その最終的な訴訟物の範囲は裁判所が判断し

(51) 松尾浩也・前掲注(12)173頁。なお、団藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法律時報20巻9号(1948年)14頁参照。

た。その意味において、訴訟物の設定権限は裁判所に属していたとってよい（検察官の起訴が訴訟開始の要件であった〔弾劾主義〕という意味では、旧刑訴法も現行刑訴法と同様であるが、それは、単に開始の要件であって、限界の設定権限は裁判所に属していた⁽⁵²⁾。)。ところが、現行刑訴法においては、訴因制度が導入されたことにより、前述のとおり、公訴不可分の原則はなくなったとされる。ここでは、刑事訴訟法における訴訟物は訴因であって、訴因の範囲内においてのみ裁判所は審判の権限と義務とを有することとなった。そして、訴因の設定の権限は検察官に属しているとされている（検察官の起訴が訴訟開始の要件であるのみならず、その限界の設定権限も検察官に属することになったとされる。）。しかし、旧刑訴法においても、検察官は起訴猶予裁量の権限を有していたのであって、検察官は訴追裁量権を掌握することによって、既に、捜査・訴追における実質的な「主宰者」としての地位を確保していたのである。その意味で、「法律の表層は不変のまま、実はその底部で、捜査権及び訴追権が裁判所（予審判事）から検察官へと地殻変動を起こしていた⁽⁵³⁾」と言われる。このような検察官の地位の強化の上に、訴因制度が導入されたのである。ここでは、裁判官の処分権を検察官に移行させ、検察官の独立した処分権を確立したものと理解されたのではなかろうか。当事者主義の主張と難なく接合され⁽⁵⁴⁾、検察官の処分権限が一層強化されたのも容易に理解されよう⁽⁵⁵⁾。このような検察官の処分権の理解に立つのであれば、一部起訴も検察官の処分権の内容であって、これに包摂されるものと

(52) その意味において、訴訟物は訴訟を通じて形成される「実体」であると言われていた（田宮裕「公訴権の運用と裁判官」中野次雄判事還暦祝賀・刑事裁判の課題（1972年）63頁）。さらには、刑事訴訟の訴訟物は「刑罰権」という「国家権能」であるとも言われた（平場安治・前掲注（43）11頁）。なお、「審判対象」と「訴訟対象」とを区別して検討するものとして、鈴木茂嗣・前掲注（47）156頁。

(53) 田宮裕・前掲注（39）330頁。「訴因はあたかも従来の訴追裁量論ないし検察移行論の延長線の上に生まれた制度であるかのようにとらえられて今日に至っているのが現実ではなかろうか」との指摘がなされている（同書331頁）。

して理解され得るかもしれない。

しかしながら、訴因制度を検察官の処分権の確立としてのみ理解することは、適正手続の観点からみると必ずしも十分ではないようにも思われる。訴因制度は、検察官の処分権限の強化を裏付けるために導入されたわけではなく、「地殻変動」として強化されてきた検察官の権限を、結果として正当化する役割を果たしたに過ぎないのであって、訴因制度が導入されたために検察官の処分権限が強化されたわけではない⁽⁵⁴⁾。表面的みれば、訴因の機能として処分権主義の側面があることは確かにその通りであるとしても、それが事柄の本質ではなく、むしろ、「被告人の防御の範囲を明定するという機能」こそがむしろ重要である⁽⁵⁷⁾という指摘を無視することはできないのではなからうか。そうだとすれば、訴因設定権限を一方当事者たる検察官による訴訟物の処分としてのみ評価することは、既に強化されていた検察官の権限について、偶々訴因制度が導入されたことを利用して説明しているに過ぎないようにも思われる。このように、訴因制度は、あくまで告知機能を重視して導入されたものであって、その意味では告知機能こそが訴因制度の本来機能で

(54) 現行刑訴法の立法過程をみると、「英米法的な—いわば本来の—当事者主義理念のほかに、日本特有の—いわば擬似的な—当事者主義の考え方が存在し、両者がからみ合って「当事者主義化」が進行した」と評価されている(松尾浩也・前掲注(49)鴨古稀57頁)。

(55) ここでいう「処分権」は、主に訴訟物の限界を画する権限が想定されており、いわゆるアラインメントのように被告人側の有罪の答弁によって事実を認定するような被告人側の「処分権」を想定しているわけではない。その意味において、「民訴法的な意味での当事者処分主義」を採用しているとまでは言えないと言われている(白取祐司・前掲注(45)69頁)。

(56) 「訴因」の導入をめぐるなされた刑訴法制定過程の議論の基調は「アメリカ的なものであり、日本側もこれを基本的に受け入れた」とされており、そこにおける議論の核心は、「公訴提起およびその後の訴追活動の当事者主義化」であって、日本側は最終的には「これに同意を与えている」と言われる(松尾浩也「訴因に関する規定の沿革」法学協会雑誌92巻2号(1975年)158頁)。

あるとすれば、この点を無視して訴因制度によって検察官の全面的な処分権限を根拠付けることは、訴因制度の本質を逆用しているようにも思われる。さらに言えば、一部起訴の実質的な根拠は、既に訴因制度が導入される以前に存在していたのであって、訴因制度は、それを後付けで説明する道具に過ぎなかったとも思われるのである。そうだとすれば、訴因制度の導入によって、直ちに一部起訴が肯定できるということにはならないように思われる。告知機能が訴因制度にとって本質的に重要であるとするれば、訴訟の対象はその限界や内実が相手方によく分かるように明示されなければならないということを示すのみであって、そのことは一部起訴を許容するかどうかとは直ちには結びつかないからである。そうだとすれば、一部起訴の根拠は、訴因制度とは別の理由から説明する必要があるように思われる。

もっとも、翻って再思すると、訴因とは、確かに「審判対象の設定」ではあるが、同時に、検察官という一方当事者の攻撃方法としての「主張」でもある。訴因の明示は、検察官の主張事実の提示に過ぎないとすれば、そのような事実主張は、告知及び防御という機能に照らして最もふさわしい構成を

(57) 田宮裕・前掲注(39) 333頁(告知機能こそが「第一義的」とされており、これこそが「実質的な当事者主義の真のねらい」とされる。)。三井誠「訴因の機能—訴訟条件と『縮小理論』—」研修501号(1990年) 4頁も「訴因説は、第一義的に訴因=防御の対象とする考え方であるべきであった」とされる。さらに、三井誠・前掲注(13) 179頁参照(「旧法から新法への訴訟構造の変革を踏まえば、…訴因説の真の意義は「防御の対象を事前に告知し、公判審理においてこの訴因に防御を集中していればその範囲を超えて不利益を与えることはない点にこそある」とされる。)。さらに、鈴木茂嗣・刑事訴訟法の基本問題(1983年) 132頁も参照(「当事者(とくに被告人)に対する不意打防止と人権擁護機関としての裁判所の権能の強化という二つの基本理念に基づいて導入された」とされる。)。もっとも、一般には、訴因は訴訟の対象であるという側面の方が強調されている(平野龍一・前掲注(32) 132頁、同・刑事訴訟法の基礎理論(1964年) 73頁、松尾浩也・前掲注(12) 173頁、光藤景皎・前掲注(33) 282頁など)。なお、川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル6号(2006年) 120頁、松本時夫「訴因の性格と機能について」法曹時報60巻6号(2008年) 5頁参照。

すれば良いのであって、訴訟法の観点に純化してみれば、検察官が訴因をどのように構成するかは、告知と防御の観点から最もふさわしい形状であれば足りるとも言えよう。被告人を最も攻撃し易いように構成され、かつ同時に、被告人にとって最も適切に反撃可能であるように構成された事実、それこそが訴因であるとするれば、それは、結局のところ、主張構成の技術の在り方にかかるのであるから、当該犯罪に関して、被告人を攻撃するのに最も適切な、かつ被告人に対する告知と防御にとって最も適切な訴因を技術的に構成するという事になる。そのような訴因として、一部起訴がふさわしいとすれば、一部起訴を肯定する根拠になり得ないわけでもないと思われる。しかしながら、仮にこのように考えることができたとしても、それは、訴訟物それ自体を処分しているというよりも、訴訟物が存在することを前提に、その限界部分を削減する修正を施しているのであって、訴訟物それ自体の存否に関してこれを処分していると解さなければならない必然性はないようにも思われる。その限度で、検察官の処分権を認めたということもできるが、せいぜいその程度に過ぎないのではなかろうか。もっとも、そうだとすれば、訴因制度の導入によって検察官の処分権が強化されたということは、その限度において一部起訴を肯定するための一応の根拠にはなり得るように思われる。

しかしながら、仮にそうだとしても、訴訟物の処分が必ずしも訴因制度の本質ではないとすれば、訴因制度によって検察官の一部起訴を全面的に根拠付けることは相当でないであろう。検察官の権限強化が旧刑訴法以来の起訴猶予制度に由来するのであれば、むしろその方向を再検討すべきであって、これを訴因制度と結び付けて説明したり、ましてや当事者主義と併せて説明するのは一種の野合であって、もう一度それぞれの制度の趣旨に遡って再検討してみる必要があるように思われる（もっとも、その歴史的経過からみて野合であるからといって、直ちに原理的にも野合となるわけではない。その意味で、歴史的経過を無視した論理の、しかも現在における論理の整合性も、一概に否定すべきものとはまでは言えないようにも思われる。この点を含めて

再検討を要しよう。)

しかし、本稿ではこの点の原理的検討については当面措くこととした上で、先に一部起訴が認められる場合の限界を検討することによって、その側面から、改めて一罪の一部起訴の根拠とその理論的限界について、検討を進めることにしよう。

3 一部起訴の限界

一罪の一部起訴が許されるとする立場においても、全く無制限に検察官による恣意的な分割を許容するものではなく、そこには自ずから一定の限界があるとされている。しかし、その限界については必ずしも明確とは言えない。そこで、まず、その限界について検討しておこう。

一部起訴の限界については、例えば、「検察官の客観義務によって客観的に規制された訴追行為の適正によって担保されうる限度⁽⁵⁸⁾」との主張がなされている。また、「公訴権の消極的濫用ともいうべき一部起訴⁽⁵⁹⁾」は許されないとも言われており、その例として、①検察審査会の審査逃れの名目的起訴⁽⁶⁰⁾、②「実体的真実主義にとってたえられない極限的な一部起訴⁽⁶¹⁾」、③当罰性及び可罰性が高く立証も比較的容易である事件のことさらな不起訴⁽⁶²⁾、④政治犯罪や公務員の職務犯罪など、市民にとって優越的な利益が考えられる場合⁽⁶³⁾などが挙げられている。さらに、「起訴便宜主義適用の一場面」であるから「違法と認められない場合にかぎられる⁽⁶⁴⁾」とも言われている。

(58) 石川才顕・前掲注(25)71頁(233頁)。立証の難易等のほか、「訴訟上の障害の存在」「起訴便宜主義の運用基準」をも考慮することが許されてよいとされる(同頁)。

(59) 新屋達之・前掲注(5)109頁。

(60) 松尾浩也・前掲注(12)182頁。

(61) 石井一正・前掲注(5)119頁。同旨、光藤景岐・前掲注(33)223頁。

(62) 白取祐司・前掲注(45)205頁。なお、田口守一・前掲注(36)200頁も、「明らか重大犯罪が認められるのに正当な理由もなくその極く一部しか起訴しないようなことは、訴追裁量権の濫用であって許されない」とする。

しかし、最高裁判例によると、訴追裁量権の逸脱については、「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」でないと裁量の濫用と認められておらず⁽⁶³⁾、一部起訴が裁量逸脱とされる場合は「非常に狭い⁽⁶⁶⁾」から、「当事者主義の形式によって実質は検察官の権限を強化する」という結果をもたらすものとなっているとの批判⁽⁶⁷⁾もある。現在の当事者主義が疑似当事者主義に過ぎないとする立場からみれば、検察官権限の強化は真の当事者主義ではないということになる。そうすると、そこでは検察官の権限の制約は、真の当事者主義の実現によるということになるのかもしれないが、これが仮に当事者対等主義を意味するのであれば、検察官が訴追を担当するという当事者の役割分担からみて、訴追権限を制御する機能を果たすことは困難であるように思われる。

確かに、公訴権の消極的濫用は、それとして理解できるし、一部起訴が訴訟物の処分だとすれば、処分権も権利ないし権限である以上、権利濫用ないし権限濫用ということは、それ自体として理解はできる。確かに、権利の濫用はこれを許すべきではないし、裁量権の濫用ないし逸脱は許されることではない。しかしながら、それは余りに一般論に過ぎ、一部起訴の限界を画する概念として実用に耐え得る機能を有しているとは言えないようにも思われる。なるほど権利濫用によって違法性を画し、あるいは法律効果の発生を否定することは、結論の妥当性においてこれを是認するにやぶさかではない。しかし、これを理論として予測可能性の原理とすることにはかなり無理があるように思われる。その下位概念として挙げられる上記①から④についても、それ自体としては十分理解できるが、果たして基準たり得るのであろうか。

(63) 新屋達之・前掲注(5) 109頁。

(64) 井戸田侃・刑事訴訟法要説2(1967年) 20頁。

(65) 最決昭55・12・17刑集34卷7号672頁。

(66) 指宿信・前掲注(27) 149頁。

(67) 後藤昭「訴因と裁判所の審判範囲」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕(1986年) 109頁。

①から③は、いわば訴追者たる検察官の「主観的意図」ないし「悪意」を問題とし、④は市民の付託に反しているとしてもいのであろうか。意図・悪意は、主観的要件として、市民の利益は、客観的要件として、全て立証の問題に解消してしまうのであろうか。そうだとすれば、立証の基準、少なくとも立証の際の肯定要素と否定要素とその総合の方法を提示すべきではあるまいか。

仮に以上の点を措くとしても、そもそも一部起訴は、犯罪全体の一部を切り取って訴追するものである上、大きな全体犯罪でも優に訴追可能な場合が想定されているのであるから、被告人にとってみれば、本来は大きな全体犯罪で起訴されて然るべきであるのに、敢えて軽い訴追がなされた場合である。そうすると、被告人側から自らに有利な軽い訴追を違法無効であると主張することは到底期待できないことになるのではなかろうか。そうだとすれば、上記①から④のような理由で、被告人側が異議を申し立てることは、想定し難いようにも思われる。このようにみれば、公訴権濫用論については、仮に最高裁の否定的立場を考慮しないとしても、必ずしも現実的な立論ではないように思われる。そして、その意味において、次の主張は大いに傾聴に値する。すなわち、公訴権濫用は、本来は被告人の申立てによるのが通常であるから、被告人に有利な一部起訴の場合には裁判所が職権で濫用の有無を調査することになり、「もともとの公訴権濫用の趣旨から大きく外れ、当事者主義の建前から問題が大きい」として、「不起訴部分についての被害者の保護といった見地から一部起訴の適法性を考慮するのが適当ではなかろうか」との見解⁽⁶⁸⁾である。しかしながら、確かに、被告人の申立てがない場合に公訴権濫用論だけで一部起訴の限界を処理するのは十分とは言えないが、当事者の申立てがない場合についての不都合は、訴訟条件論それ自体について再構成することによって解決すべき問題であって、公訴権濫用論それ自体

(68) 指宿信・前掲注(27) 150, 151頁。なお、「不当な一部不起訴」の抑制という視点を指摘するのは、小田中聰樹・前掲注(12) 115頁。

に帰すべき問題点ではないように思われる。被告人側の不利益がない場合について、被害者側の保護を検討して一部起訴の限界を画する見解は、視点の転換を図る意味において理解できないわけではないが、社会的法益や国家的法益を害する犯罪の場合にはどうなるのであろうか。これら全てについて、被害者の保護だけで説明するのは、かなり無理があるように思われる。

このように、いずれの見解もそれなりに理解はできるものの、必ずしも十分に説得力があるとは言えないように思われる。そこで、検察官が訴追を行う状況に立ち返ってこの問題を考えてみることにしよう。検察官が訴追の有無ないし程度を検討する際には、証拠が収集され、その証拠の信用性と証拠能力とを評価検討し、立証に必要でかつふさわしい証拠によって何がどのように立証可能であるかを検討するであろう。そうすると、その時点における証拠に基づいて立証可能な実体法上の犯罪の中から、最も適切と考える犯罪を選択し、これを起訴しあるいは起訴しないという決定を行うのである。ここでは、その時点における証拠を前提として、これによって実体法の要件が立証可能かどうかを検討するのであるから、当然のことながら、実体法とその要件を前提としている。検察官がふさわしいと判断する実体法に認定可能な事実を当て嵌めて判断するのであるから、やはり実体法に拘束されていると評価することができるのではなかろうか。実体法を前提としない訴追は到底考えられない。実体法を無視した訴追も考えられない。仮に、実体法の論理で法条競合として吸収関係にあるから、そもそも犯罪としては成立しないと解されるのであれば、吸収される法条のみを取り出しこれを適用して訴追するということはあり得ないという見方も十分に成り立ち得るのではなかろうか。もとより、刑法理論の上でそもそも吸収関係にあるかどうかという問題は、訴追それ自体の当否の問題とは全く別論である。しかし、訴追判断は、あくまで実体法において吸収関係にあることを前提として、その枠内で訴追の可否を検討するのである⁽⁶⁹⁾。確かに、検察官が実体法の解釈を誤って吸収関係ではない(例えば、併合罪関係)と判断して訴追した場合であっても、

訴因を事実の主張であると解すれば、その訴追が直ちに無効となるわけではない。しかしながら、裁判所において吸収されると評価された犯罪については、そもそも犯罪としては存在しなかったことになるのであれば、場合によっては、当該訴追それ自体を無効とする可能性があり得て良いようにも思われる⁽⁷⁰⁾。一部起訴においても、そのような意味における「実体法による拘束性」を全く否定することはできないのではなからうか。確かに、訴訟法に従った事実認定によって初めて実体法が実現できる。しかし、そこでの実体法は実現の対象であって、理論としての実体法を前提としているのである。法条競合は、既に前提とされているのであるから、そうだとすれば、実体法上吸収されると言われている犯罪についてまで、果たして訴訟法によって全く瑕疵なく実現できるのであろうか⁽⁷¹⁾。訴因が、法的に構成された事実主張であるとすれば、法的構成が訴因の有効性に影響を及ぼすと考えるこ

(69) やや局面を異にするが、例えば、公訴提起の効力は、実体法上の罪数の観念によって規制される（「一罪一訴因の原則」と言われている（松尾浩也・前掲注（12）182頁））。

(70) もっとも、この場合でも、公訴提起における判断が、その時点においては一応の合理性はあったと考えることができるとすれば、その瑕疵が小さいことを理由に訴因の補正を認めることは可能であろうし、場合によっては、裁判所において公訴提起の瑕疵を問題とせず有効な訴因と解釈し直して、正しい罪数判断に従った裁判を行えば足りると解することも可能であるように思われる。この点につき、鈴木茂嗣・続・刑事訴訟の基本構造上巻（1996年）326頁。さらに、松尾浩也・田宮裕・刑事訴訟法の基礎知識（1966年）101頁参照。なお、小林充「罪数の評価と訴訟手続」研修696号（2006年）12頁も参照。

(71) 法条競合と訴追との関係については、後に改めて検討する。ここでは、一般に、複数の構成要件に該当するよう見えても、片方で評価すれば足りるため一罪しか成立しない場合と言われているが（小田直樹「法条競合論一考」広島大学法科大学院論集1号（2005年）199頁参照）、1個の事実に対して2個の犯罪が成立するとした上で、不法、責任において1個であるため1個の犯罪として処断される場合とする立場（林幹人「罪数論」芝原邦爾ほか編・刑法理論の現代展開Ⅱ（1990年）275頁）も有力であることだけを指摘しておこう。

とも、あながち不当ではあるまい。その意味では、そして、その限度では(したがって、アプリアリな実体的真実を問題とするわけではない限り)、再度、強姦罪としての暴行は存在してはいるが、暴行罪としての暴行は存在しないというドグマが今一度見直されても良いようにも思われる。確かに、このドグマを全面的には是認することはできないとしても、仮に実体法からみて強姦罪一罪しか成立しないのであれば⁽⁷²⁾、なお一片の真理を含んでいと解する余地があり得るようにも思われる。仮にそうだとすれば、一罪の一部起訴の限界も、実はそこにこそ明快な理論的根拠が潜んでいるようにも思われるのである。

そこで、初心に立ち戻り、議論の出発点とされた問題を改めて考え直してみることにしよう。

第3 一部起訴に関する裁判例

1 強姦罪と暴行罪

親告罪において告訴がないとき、これと一罪を構成する他の罪について起訴できるかという点について、最高裁は、当初これを否定したが⁽⁷³⁾、その後大法廷判決においてこれを肯定する判断を下している⁽⁷⁴⁾ので、この点から検

(72) 訴追段階において、収集された証拠からみて優に強姦罪一罪の成立が認定できる(したがって、告訴さえあれば強姦罪で有罪立証できる)場合には、およそ暴行罪は成立する余地はなく、したがって暴行罪として訴因を構成する余地がないかどうかという問題であって、証拠関係に照らして強姦罪の立証が困難(ないし不可能)な場合は、そもそも検討の対象外である。

(73) 最判昭27・7・11刑集6巻7号896頁。以下、「27年判決」という。否定する裁判例として、広島高判昭25・12・26高刑集3巻4号692頁、札幌高判昭27・6・25高刑集5巻6号995頁などがあつた。その後、東京地判昭38・12・21下刑集5巻11=12号1184頁(強姦又は強制わいせつの構成部分である単純暴行の事実のみの起訴に対し、公訴棄却としたもの)。

討しよう⁽⁷⁵⁾。事案は、いずれもいわゆる輪姦事件である。当時、輪姦事件が親告罪とされていたことから、検察官は、告訴が取り下げられた後に、非親告罪である共同暴行の罪（暴力行為等ノ処罰ニ関スル法律1条違反）として起訴したというものである。

まず、27年判決は、「強姦罪の構成要件中の一部の事実たる暴行行為のみを抽出して之が公訴を提起することも亦許されない」とし、その理由として、強姦罪は「暴行又は脅迫と姦淫とが合一して構成される単一犯罪であるから」と述べるとともに、仮にそのような公訴提起が適法だとしても、裁判所は「当該犯情の全般に亘り審判すべきものであるから、通例の場合強姦被害の事実は凡そ公けにせられるところとなり」、その結果、「被害者の意思感情名誉を尊重することを重しとした立法の趣旨は到底之を達成することが不可能に帰する」と述べていた。しかし、この点については、藤田裁判官の少数意見が付されている。すなわち、「親告罪としての性格を顧慮しつつも、その犯罪の兇悪性にかんがみ、犯罪防止という社会上の必要と、被害者の名誉等という個人的立場とをいかに調節するか」ということに、これまでの立法、判例は苦慮してきたところ、強姦罪と共同暴行罪とは、「想像上の数罪の成立を観念すべきもの」であるが、後者の罪の保護法益は「単なる個人法益のみではなく公共に関する法益である」から、「専ら公共の立場に於て、訴追を行うべきもので訴追すると否とを被害者の利益乃至感情にかからしむる余地のないもの」であって、本件においても、強姦の手段である「暴行は単なる強姦罪の手段たるに止まらずそれと同時に国家が暴力行為等処罰法によって防護せんとせる別個の法益を侵害するものであって、…別個独立の犯罪が

(74) 最大判昭28・12・16刑集7巻12号2550頁。以下、「28年判決」という。肯定する裁判例として、仙台高判昭25・7・28裁判特報12号150頁、高松高判昭27・10・16高刑集5巻12号2134頁などがあつた。

(75) この点について要領よく検討したものとして、虫明満「親告罪における告訴の欠如と一罪の一部起訴」香川法学9巻1号（1989年）66頁。同・前掲注（14）331頁参照。

成立する」ので、「それ自体として、その親告罪性を否定すべき特別の理由がある」として、共同暴行による訴追は適法である旨を主張された。

これに対し、28年判決は、大法廷において、27年判決の藤田少数意見と同様の結論を採用し、同判決の多数意見が逆に少数意見となったのである。すなわち、28年判決によれば、「暴力行為等処罰に関する法律第1条の違反行為は、…強姦罪の構成要素ではなく、まして、これと不可分の一体を為すものではない」から、検察官が「何等姦淫の点に触れずに、同条違反の罪として起訴した以上、裁判所は、その公訴事実の範囲を逸脱して、職権で親告罪である強姦罪の被害者が姦淫された点にまで審理を為し、その暴力行為は、起訴されていない該強姦罪の一構成要素であると認定し、…公訴を棄却する」判決をすることは、却って被害者の名誉を害することにもなり、強姦罪を親告罪とした趣旨を没却することになるので「許されない」とした。これに対し、田中裁判官ほかの反対意見は、27年判決の判旨に賛意を表明した上で、次のような理由を付加している。すなわち、強姦罪は「合一して構成される単一の犯罪」であるから、暴行行為のみを抽出して起訴した場合、これが有罪として確定すれば、後日、強姦罪の適法な告訴がなされても「もはや同罪をもって起訴し及び審判することができないことになり、その結果は謂われなく強姦罪としての刑責(…)を免れるという不合理な結果を招来するに至る」というのである。もっとも、この点については、斉藤裁判官の補足意見において、そのような「不合理な結果」は、「親告罪である強姦罪においてのみ特有な問題ではなく、非親告罪である一罪の一部について、(…)確定判決を受けたような場合は、常に同一の不合理な結果を生ずる」として、これは「憲法39条所定の二重処罰禁止の規定を誤解し」たためであると主張されている。

第1の争点は、共同暴行が強姦罪の構成要素である場合に、独立に暴行だけを取り出して処罰することができるかどうかである。この点について、27年判決は、強姦罪は実体法上「単一犯罪」であることを強調し、他方、28年

判決は、共同暴行と強姦とは「不可分の一体」ではないことを強調する。第2の争点は、被害者の名誉を害するかどうかである。この点について、27年判決は、結局のところ強姦全般について審理をせざるを得ないから、姦淫の点も公になることを指摘し、他方、28年判決は、共同暴行を強姦の一要素と認定すること自体が却って名誉を害すると指摘する。さらに、第3の争点として、共同暴行で判決が確定した後に強姦の告訴がなされた場合に強姦で処罰できなくなることが不合理かどうかである。28年判決の反対意見は、これが不合理であると述べ、これに対して補足意見は、そのような不合理は強姦特有の問題ではなく、憲法39条の二重処罰禁止についての誤解にある旨を主張するのである。

このうち、第3の争点については、確定判決の既判力ないし一事不再理効の問題であって、今日の一般的な見解によれば、そのような結論は不合理ではないとされるであろうから⁽⁷⁶⁾、共同暴行で起訴できない理由とはならないであろう。また、第2の争点については、親告罪の趣旨それ自体を尊重すべきことについては争いがないところ、事件全体について公開法廷に顕出されないという意味では、共同暴行でも起訴できないとした方が被害者の名誉保護には適うであろう⁽⁷⁷⁾。28年判決が「却って被害者の名誉を毀損し」というのは、暴行で起訴された場合の判決における不合理を説くのであるから、そ

(76) 一事不再理効の効果が「公訴事実の同一性（広義）の範囲に及ぶ」とするのが通説とされている（田口守一・前掲注（36）450頁。なお、田宮裕・前掲注（7）452頁参照）。それゆえ、科刑上一罪の一部が親告罪であっても、一事不再理効の効力が及ぶとされる（平野龍一・前掲注（32）283頁、高田卓爾・前掲注（15）299頁。なお、この点につき、福井厚「一事不再理効の効力」川端博ほか編・基本問題セミナー刑事訴訟法（1994年）356頁参照）。

(77) 前掲注（73）東京地判昭38・12・21は、この点を強調し、暴行や脅迫に止まる強姦未遂や強制わいせつ未遂も親告罪としてされていることを指摘している。同様の指摘として、平場安治「判批」法学論叢59巻1号（1953年）84頁、虫明満・前掲論文注（75）70頁。

もそも共同暴行で起訴できないという見解の不当性を論難する論拠としては相当ではないように思われる。もっとも、全ての強姦罪において、共同暴行で起訴した場合、姦淫の事実について審理を行う必要があるかどうかは疑わしい⁽⁷⁸⁾。例えば、暴行によって畏怖が生じた数日後に、なおも継続する畏怖に乗じてホテルに呼び出して姦淫したような場合、暴行のみを取り出して審理することは必ずしも不可能ではあるまい。そうすると、いずれの立場からみても、名誉の保護という点のみが直ちに決定的理由となるわけではないように思われる。そこで、やはり第1の争点が重要ではなからうか。すなわち、強姦罪における暴行は、果たして、強姦罪の不可分の構成要素であって、これのみを単独で取り出すことができないような構造なのであろうか。

ところで、上記各判決に対する当時の学説の反応をみると、27年判決について、共同暴行と強姦との関係を法条競合と捉えたものと評価した上、その立場からは27年判決を支持する傾向にあり、他方、28年判決については、両者の関係を観念的競合と捉えたものと評価した上で、その立場からは28年判決を支持する傾向がある言われている⁽⁷⁹⁾。確かに、共同暴行の場合であれば、公共安全という社会的法益を考慮する余地はあり得よう⁽⁸⁰⁾が、単なる暴行又は脅迫の場合には、そのような要素を考慮する余地はない。そうすると、この場合にはそもそも観念的競合を論じる余地はないと思われるので、少な

(78) これに対し、井上正治・前掲注(28)50頁参照(「暴行を姦淫という事実から全く切りはなして審理することはできない」とする。)

(79) 虫明満・前掲論文注(75)68頁、同・前掲注(14)334頁参照。ここでは、罪数の問題が重視されており、親告罪とした法意や被害者の名誉の保護というような「実質論」は「考慮のほかにおいてよい問題」と考えられている(長島敦・刑法判例研究I(1966年)202頁)。

(80) 伊藤榮樹ほか編・注釈特別刑法第2巻(1982年)222頁,234頁[内田文昭],西原春夫ほか編・判例刑法研究第8巻(1981年)265頁[小西秀宣]。これに対し、平場安治・前掲注(77)84頁は、共同暴行は単純暴行に比べて処罰の必要性が高いとはいえ、一方が社会的法益で他方が個人的法益というほど「明確な相違」があるとは言えないとされる。これに賛成するものとして、向江瑋悦・刑事演習教室(1972年)168頁。

くともこの場合には、法条競合と解するほかないであろう。そうすると、問題は、法条競合とされる一罪について、その一部のみを取り出して独立犯罪として起訴できるかという点に絞られるはずである。ところが、この点については、28年判決は必ずしも正面から答えているわけではないとも言える。すなわち、28年判決が共同暴行で起訴できるとしたのは、これが「強姦罪の構成要素ではなく」「これと不可分の一体を為すものではない」からであって、そうでない場合、すなわち「一体を為す」場合には、むしろ独立して起訴できないのではないかとも思われるからである⁽⁸¹⁾。この点について、法条競合の場合も、「数個の構成要件に該当することが前提となっており、このような場合には、結局、構成要件に該当する数だけの訴因が形成されうることになる」として、法条競合であったとしても、共同暴行の罪と強姦罪の「両構成要件に該当する」から、「形式的にいえば、前者の罪のみによる起訴も可能である」との主張⁽⁸²⁾がなされている。この主張の当否については、後に改めて検討することにするが、いま仮に右主張に従えば、一罪の一部を独立犯罪として取り出すことの実体法上の問題は一応解消されることになるであろうから、問題は訴訟法の領域にシフトすることとなる。すなわち、訴因制度に基づく検察官の訴因構成権限と親告罪の趣旨のせめぎ合いという議論に収束することとなり、前者を強調すれば後者が後退し、後者を強調すれば前者の問題が残るという矛盾に陥ると指摘されることになる⁽⁸³⁾のである。

そこでまず、この点について検討してみると、多くの見解は、親告罪の趣旨を優先させ、強姦罪につき暴行罪のみで起訴することは、告訴意思を無視することになり、親告罪の趣旨の潜脱であるから許されない⁽⁸⁴⁾とするのが一

(81) 石井一正・前掲注(5)128頁注(19)参照(昭和28年判決は、強姦事件の手段である暴行のみで起訴するような場合についてまで肯定したとみることは「疑問がある」とされる。)

(82) 虫明満・前掲注(75)62頁,70頁,同・前掲注(14)327,335頁。

(83) 山火正則「判批」法学37巻1号(1973年)214頁。なお、虫明満・前掲注(75)81頁参照。

般的である。もっとも、この点について、若干の異論が提起されている。すなわち、強姦の告訴があった後に取り消された場合のように、訴追を求めない意思が表明されているときは、暴行のみによる訴追は不適法であるが、単に告訴がないにとどまるときは、暴行による起訴は不適法にならないとする見解⁽⁸⁵⁾である。その理由は、被告人が強姦であることを立証すれば無罪となるのは不当であるし、被害者が強姦罪で告訴しただけで直ちに暴行の訴追まで処分されたと解することはできないからであるとされる。確かに、先にも述べたように、暴行の日時場所と姦淫の日時場所とが隔たっている場合を考えてみれば、姦淫行為と関係なく暴行のみを処罰することは必ずしも不可能ではないであろうから、告訴のないときにまで親告罪の趣旨を全面的に及ぼすのは行き過ぎであるとも考えられるし、仮に両者が分離可能であるとすれば、分離された後の暴行については、本来の非親告罪に戻ると解することは可能であろう。訴追の利益を被害者意思に譲歩させたものが親告罪である⁽⁸⁶⁾から、結果と手段の分離不可能を前提とすればその通りであるが、分離可能である場合についてまで常にそうだとまでは言えないように思われる⁽⁸⁷⁾。

(84) 平場安治・前掲注(77)84頁, 近藤太朗・前掲注(33)116頁, 石井一正・前掲注(5)125頁, 後藤昭・前掲注(67)109頁, 虫明満・前掲注(75)81頁, 田口守一・前掲注(36)200頁, 松尾浩也・前掲注(12)182頁, 光藤景皎・前掲注(33)223頁など。

(85) 香城敏磨・前掲注(42)6頁。

(86) 新屋達之・前掲注(5)109頁, 西田典之・刑法各論〔第3版〕(2005年)86頁, 前田雅英・刑法各論講義〔第4版〕(2006年)122頁など。その意味で、告訴不可分の原則も制限されることがあるとされる(伊藤栄樹ほか編・注釈刑事訴訟法〔新版〕第3巻(1996年)297頁〔佐藤道夫〕, 田宮裕・注釈刑事訴訟法(1980年)260頁, 小野清一郎ほか・前掲注(37)ポケット552頁など)。

(87) 住居侵入・強姦が牽連犯として科刑上一罪となる場合について、住居侵入部分のみの訴追を認め、審判の範囲を訴因に限定することによって告訴権者の利益を保護するとの主張がなされているが(藤永幸治ほか編・大コンメンタル刑事訴訟法第3巻(1996年)657頁〔高崎秀雄〕), 分離可能な場合には分離した上で名誉を害しない範囲で処罰を実現するものと言えようか。

そこで、さらにこれを徹底し、「一部起訴の一般的肯定と親告罪の立法趣旨との調整という実質的な問題の解決」は、「個々の事件における具体的事情に応じた検察官の訴追裁量の行使に委ねられており、親告罪の一部起訴も適法である」との見解⁽⁸⁸⁾も主張されている。その理由は、もし違法な起訴だとすれば、暴行の起訴に対して強姦の主張・立証を許すことになり、かえって被害者の名誉・利益を害し親告罪の立法趣旨を没却し、訴訟に混乱を生じさせる結果となるからであるとされる。確かに、一部起訴が一般的に許されるということを前提にすれば、訴因外事実によって訴訟を混乱させることになると言えるから、それなりに合理性がある。しかし、だからこそこの場合には一部起訴が許されないとすれば、混乱を未然に防止することができるとも言える。そして、それにもかかわらず起訴した場合には、速やかに公訴棄却とすれば良いであろうし、仮に暴行のみで起訴したとしても、弁護人の主張にかかわらず、事案の動機・経過等をも審理するのであるから、実質的には姦淫事実の審理に及ばざるを得ないことが少なくないであろう。そうだとすれば、一部起訴を認める限り、親告罪の趣旨を没却する可能性は否定し難い。したがって、そのような場合であれば一部起訴を認めないことにそれなりに合理性があるように思われる。しかし、そのような合理性を理由とするのであれば、先に検討したとおり、事案によっては暴行のみを分離独立して審理できる場合も想定可能であるから、一部起訴を適法とする余地もあり得るのではなからうか。そして、その場合には、仮に動機や経過を審理するとしても、訴追の時点において、姦淫について検討することなく暴行のみを分離独立して審理できるとして起訴したのであるから、分離独立させた単純暴行の訴因についてのみ審理を限定すれば良いのであって⁽⁸⁹⁾、この場合には、弁護人による強姦の主張は、訴因外の主張として排斥する余地があり得るように思われる。そうであれば、その点の審理は全く不要であり、むしろ審理

(88) 佐藤隆文・前掲注(5) 27頁。

をすることは誤りであるようにも思われる⁽⁹⁰⁾。ただし、問題は、暴行のみを分離独立して審理できるかどうかによって一部起訴の適法性を判断するとすれば、その判断基準の曖昧性が否定できない点である。その判断を全て訴追裁量に委ねるとすれば、場合によっては違法な訴追裁量を認めることになるであろう。しかし、裁量権の逸脱は、仮に認めるとしてもそれ自体犯罪を構成するような極端な場合に限定されていること⁽⁹¹⁾に照らすと、一部起訴の適法性を訴追裁量に全て委ねることは、やはり相当ではないように思われる。この場合の一部起訴をそもそも否定するという帰結は、訴追裁量の自由度の高さを維持するためにも、そしてまた、親告罪の趣旨を貫くためにも、むし

- (89) 姦淫の事実は審判の対象でない以上その立証も本来なし得ないところ、暴行脅迫の訴因の限界を超えて強姦の訴因であるかのように審理するのでなければ、暴行脅迫が強姦の一部をなすという事実認定さえできないであろうとの指摘もなされている(高田義文「判批」警察研究24巻2号(1953年)80頁)。これに対し、裁判実務家からは、暴行に至った経緯、動機などに触れないで審理することはほとんど不可能であるとの指摘もなされている(大澤裕・今崎幸彦「検察官の訴因設定権限と裁判所の審判範囲」法学教室336号(2008年)84頁〔今崎発言〕)。
- (90) もっとも、訴因事実が否定される関係にある事実については、訴因外事実であっても当事者の主張を許すことができるとされているが(川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕(2007年)321頁、宇藤崇「不可罰的(共罰的)事後行為—訴訟法の立場から—」刑事法ジャーナル14号(2009年)42頁。なお、菊池則明「被告人が主張する訴因外事実の審理について」法学新法112巻1=2号(2005年)269頁参照。)、その場合には訴因事実の存否をめぐる主張であるとみることができるので、そもそも純然たる訴因外と評価するのが相当ではないように思われる(訴因事実を認定するために必要がある場合に、訴因外事実を考慮することができる点につき、多和田隆史「最高裁判所判例解説」法曹時報60巻5号268頁参照。)。姦淫と暴行とが時間的に隔たっている場合には、暴行後の姦淫行為に全く言及することなしに暴行の際の姦淫の故意を立証することは、一般的には無理であろうと思われるので、通常の場合、暴行とは別の姦淫行為をめぐる立証活動を行うことになると思われる。その意味において、無用な争点の混乱は免れないであろう(なお、この点につき、川出・前掲論文326頁参照。)
- (91) 公訴権濫用に関する最決昭55・12・17刑集34巻7号672頁参照。

ろ相当というべきであるかもしれない。

訴因及び親告罪との関係で訴訟法の問題として検討すれば、一応以上のように言うことはできよう。しかし、その前提として、そもそも実体法上の問題は解消されているのであろうか。確かに、法条競合においても競合する双方の構成要件に該当することを前提にすれば⁽⁹²⁾、問題は訴訟法の領域に移行するので、そのように言えるであろうが、果たしてこのような理解が相当かどうか、必ずしも疑問がないわけではない。仮に、法条競合においては、構成要件的にそもそも1個の構成要件にしか該当しないから単一罪であるとすれば⁽⁹³⁾、形式的にもそのようには言えないように思われる。そうだとすれば、問題の所在は単に訴因や親告罪の趣旨の捉え方にあるというよりも、むしろ実体法上の解釈にあるように思われる。すなわち、実体法上の単一罪であることが証拠上明白である場合に、これを2個に分割した上で、1個のみを独立した訴因と構成して起訴することが、理論上そもそも可能かどうかということである⁽⁹⁴⁾。訴訟法上の問題を検討する前提として、そもそもそのような訴追が理論上可能であることを検討しておく必要があるように思われ

(92) 鈴木茂嗣「罪数論」中山研一ほか編・現代刑法講座第3巻（1979年）284頁、前田雅英・刑法総論講義〔第4版〕（2006年）497頁（評価上の一罪として、単一罪と科刑上一罪の中間に位置するとされる。）。

(93) 平野龍一・刑法総論Ⅱ（1975年）409頁、大谷實・前掲注（20）479頁、山口厚・刑法総論第2版（2007年）365頁など。

(94) なお、科刑上一罪は「同時訴追要求の定型化」と考え、「強制的併合の要請が実体法上定型化された場合」であるとして、「科刑上一罪を含め罪数論上一罪とされる場合は、たとえ例外的にもせよ、切りきざんでこま切りに訴追することは許されない」とする見解（田宮裕「既判力・再論」法学47巻5号（1984年）802頁）が主張されている。そして、同じことは単一罪や包括一罪についても当てはまるとされている（同803頁）。もっとも、一事不再理との関係で一部確定した後に残りの部分をおもむろに訴追することを許さないという趣旨であり、証拠関係上やむなく一部起訴した後に、さらに捜査を遂げて全貌を明らかにし、残りの部分についての訴因変更を行うことまで許さないという趣旨ではないであろうから、一部起訴して確定後は全体に一事不再理効が及ぶことを述べたに過ぎないと考えられる。

る。

そこで、次にこの点を検討することとするが、その前に、一罪の一部起訴に関して判例の展開が見られるので、先にその動きをみておくことにしよう。問題となったのは、選挙における買収事案であった。すなわち、供与罪と交付罪の罪数関係とこれに関する訴因の構成の在り方をめぐる議論である。

2 供与罪と交付罪

昭和59年に至り、最高裁は、かねてから議論のあった供与罪と交付罪との罪数関係（前者が成立した場合には、後者は吸収されると解されている）を前提として、一罪の一部起訴を全面的に是認するような決定を行った⁽⁹⁵⁾。すなわち、「選挙運動者たる乙に対し、甲が公職選挙法221条1項1号所定の目的をもって金銭等を交付したと認められるときは、たとえ、甲乙間で右金銭等を第三者に供与することの共謀があり乙が右共謀の趣旨に従いこれを第三者に供与した疑いがあったとしても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮して、甲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、甲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乙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いうべきである。」と明言したのである。

前述のとおり、親告罪の手段たる集団暴行の行為を暴力行為等処罰法違反として起訴することができるかという点につき、判例は積極に転じており⁽⁹⁶⁾、本決定以前においても、一部起訴の可否についての判例の基本的態度は、

(95) 最決昭59・1・27刑集38巻1号136頁。以下、「59年決定」という。ただし、親告罪の場合には「その趣旨を考慮に入れる」余地を「示唆するとも解される」として、本決定の趣旨が親告罪の一部起訴にも妥当するかどうか検討の余地があるとの見方もある（川崎英明「判批」昭和59年度重要判例解説ジュリスト837号（1985年）198頁）。

(96) 最判28・12・16刑集7巻12号550頁。

「全面的な積極説であると考えることすら、不可能ではない⁽⁹⁷⁾」と評されていた。

交付罪と供与罪とは、強姦罪とその手段たる暴行の場合と比べ、一罪性が弱く、どちらかといえば「実体法上の数罪に近い性格を有する」ことから、これまでの判例の立場に照らすと、交付罪のみによる起訴を否定する根拠は乏しい⁽⁹⁸⁾と言われている。また、この判例は、供与罪の「疑いがあった」場合のみならず、「証拠上一応これを肯定しうる場合」であっても、検察官の裁量によって交付罪で起訴することを容認する趣旨であると解されている⁽⁹⁹⁾。

そこで、その前提として、まず両罪の罪数関係を検討しておくことにしよう。

ア 交付罪と供与罪の罪数関係

交付罪と供与罪との罪数関係については、判例と実務において、大審院以来、長い歴史があるが⁽¹⁰⁰⁾、結論のみを述べると、交付・受交付は、共謀による

(97) 木谷明・前掲注(7) 27頁。

(98) 木谷明・前掲注(7) 28頁。

(99) 木谷明・前掲注(7) 28頁（供与の認定ができない場合に交付で起訴するほかないのは余りにも当然であるから、「疑いがあったとしても」をそのような意味に解する限り無意味になるからとされる（同29頁注(11)）。）。石川才顕・前掲注(25) 71(233)頁も、「訴訟上の障害の存在」と「起訴便宜主義の運用基準」を考慮することが許されてよいとする。なお、供与罪の成否について捜査を尽くす必要がないとしたところに意味があるとの解釈もあり得ると言われている（大澤裕・今崎幸彦・前掲注(89) 78頁〔今崎発言〕）。

(100) この点について、大審院以来の判例を変更した最判昭41・7・13刑集20巻6号623頁に影響を与えたと言われている谷口正孝「共謀者間の金員授受—選挙犯罪における—」ジュリスト297号(1964年)90頁（佐藤博史「判批」警察研究59巻3号59頁によると「判例変更を促した」「記念碑的な論稿」とされる。）のほか、最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和41年度〕128頁（西川潔）、小林充「判批」警察研究48巻2号(1977年)56頁、浦辺衛「供与罪の共謀者間における金員の授受」判評95号(判時456号)(1966年)7(97)頁、松本時夫「判批」警察研究44巻1号(1973年)81頁など参照。

供与罪の予備的形態であることから、後者が成立した場合には前者は吸収されるが、後者に至らなかった場合には前者の罪のみが成立すると解されている。これを実体法上の吸収関係と解するか、処罰上の吸収関係と解するかについては争いがあるとされており、判例は、実体法上の吸収関係と解していると言われている⁽¹⁰¹⁾。すなわち、交付罪と共謀による供与罪との併合罪関係として起訴され、前者が有罪、後者が無罪となり、前者につき弁護人が、後者につき検察官がそれぞれ控訴したが、いずれも控訴棄却となった後に、前者のみ上告された(後者は控訴棄却で確定)という特異な経過をたどった事件について、最高裁判所は、共謀による供与が認められるとした上で、本件ではこれが無罪で確定していることを理由として、もはや交付罪の罪責を問うことができないと判断したのである⁽¹⁰²⁾。その前提として、そもそも両者が併合罪関係に立つこと自体に問題があるが、仮に併合罪関係にあるとしても、無罪部分は確定しているから、この部分は移審せず(もっとも、公訴事実は同一であるから訴因変更可能であって、併合罪関係に立たないとすれば、有罪部分に対する上訴によって全体として移審するかどうかという問題があるはずである。しかし、多くの見解は、無罪部分について上訴の申立てがない以上、この部分は確定したものと取り扱うようであるから、結局、併合罪として取り扱ったのと同様の結論に至る⁽¹⁰³⁾)、交付罪のみの成否を検討するこ

(101) 最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和61年度〕197頁, 200頁注(8)〔岩瀬徹〕参照。

(102) 最判昭43・3・21刑集22巻3号95頁。特異な経緯であったことにつき、谷口正孝「判批」判評118号(判時531号)(1968年)44(142)頁参照。

(103) この点については、3つの見解があるとされる。第1は、公訴事実同一であるから、その一部につき無罪判決がある以上、免訴とすべきであるとの見解である。第2は、静的には公訴事実同一であるが、動的に観察すれば2個の訴因のうち1個が無罪となって確定したのであるから、以後の手續においては公訴事実同一として扱うことができなくなったとして、2個の事件に分割されたものとして取り扱われるとの見解であり、多数説とされる。第3は、公訴事実が同一である以上、一体として不可分に移審するとの見解であり、最判昭34・12・11刑集13巻13号3195頁の採る見解とされている(松本時夫・前掲注(100)89頁, 谷口正孝・前掲注(102)46(144)頁など参照)。

ととなり、その成否は、共謀による供与罪が成立するか否かにかかっている。したがって、共謀による供与罪が認定できる場合であれば、交付罪はこれに吸収されるから、交付罪では処罰できないというのである。その意味で、実体法の要件を充足するか否かが問題となっている（犯罪吸収説）。これに対し、関係者の間で交付があっても、その発展形態の供与罪によって処罰されれば足りるのであるから、処罰されるかどうかが決定的であって、訴訟上の障碍や責任阻却事由があるため当該法規を適用して処罰できない場合には、吸収される罪に対する法規が適用されるとして、共謀による供与が無罪とされている以上、交付罪について罪責を問うことができるのではないかという考え方（処罰吸収説）が主張されている⁽¹⁰⁴⁾。処罰吸収説に対しては、罪数上の位置付けが未だ明らかではないという批判のほか、「吸収する供与罪が無罪として現実に吸収機能をはたしえないとき、吸収される交付罪をどう取扱うことになるのか、とくに交付罪で改めて起訴しうるのか⁽¹⁰⁵⁾」という「深刻な疑問⁽¹⁰⁶⁾」があり、この点について処罰吸収説から説得力ある回答を引き出すことは困難であるとの批判⁽¹⁰⁷⁾が提起されている。確かに、交付罪と供与罪とは公訴事実が同一であり、訴因変更可能である⁽¹⁰⁸⁾とする以上、無罪判決の一事不再理効は当然に及ぶことになるのであるから、後者を起訴することはで

(104) 谷口正孝・前掲注（102）47（145）頁。最判昭43・3・21刑集22巻3号95頁における長部裁判官の反対意見、最決昭59・1・27刑集38巻1号136頁における谷口裁判官の補足意見。

(105) 石川才顕・前掲注（25）70（232）頁。

(106) 木谷明・前掲注（7）31頁。

(107) 木谷明・前掲注（7）31頁。

(108) 最判昭41・7・13刑集20巻6号623頁（同判決は、従来の大審院判例を変更し、共謀者間の授受も交付罪を構成するとしたものであるが、そのほか、交付したとの主位的訴因と共謀で供与したとの予備的訴因との間には「公訴事実の同一性が認められる」としている。）。さらに、仙台高判昭31・9・29裁判特報3巻22号1061頁。なお、名古屋高判昭57・12・9高検速報（昭和57年）552頁参照（供与罪の起訴に対し、予備的訴因として掲げられた交付罪を認定したもの）。

きず、処罰吸収の機能を果たし得ないにもかかわらず処罰できないという破綻を生む。もっとも、そもそも、このような問題が生じるのは、交付罪と供与罪との双方が訴因として掲げられ、審判の対象とされている場合⁽¹⁰⁹⁾に限られるのであって、交付罪のみで起訴されているような場合には「吸収関係の生じる余地はない⁽¹¹⁰⁾」のであるから、この罪数関係を論ずる実益はないとも言える。しかし、そもそもの問題は、このような場合に交付罪のみによって起訴できるのはなぜかということであり、仮にこの点を措くとしても、このような問題が現に生じていることは事実であり、実際にも一罪か数罪かの判断が審級によって分かれる場合も少なくない上、仮に交付罪のみで起訴された場合であっても、弁護側は供与の共謀を主張して交付の吸収を理由とする無罪論を展開するのであるから、やはり両罪の罪数関係の在り方を明確にしておく必要があるように思われる⁽¹¹¹⁾。

そして、この実体法上の問題が再び議論となったのは、次のような事案である。すなわち、交付を受けてこれを供与しようという共謀がなされたものの、供与資金の交付が遅れたため、共謀者の一人が自己資金を提供して共謀に基づく供与を実行した翌日、遅れていた資金が交付されたという場合に、それでもなお交付は供与罪に吸収されるかどうか争われた事案⁽¹¹²⁾である。最高裁は、その場合でも吸収されるとしたのであるが、既に共謀に基づく供与が終了している以上、その後になされた交付がそれ以前の供与罪に吸収されるはずがないという谷口裁判官の反対意見が述べられている。最高裁が吸

(109) 最決昭59・1・27刑集38巻1号136頁における谷口裁判官の補足意見参照。最判昭43・3・21刑集22巻3号95頁はそのような特異な事例である。

(110) 石川才顕・前掲注(25)70(232)頁。

(111) この場合、そもそも訴因による審判の制約という訴訟法上の問題(これを「訴因の拘束力」とみることでもできるが、「審判対象」の問題とみることでもできる。)のみで解決できるものかどうか疑問の余地もある。やはり、罪数という実体法上の問題を解決しておくのが本来の在り方であると思われる。

(112) 最決昭61・7・17刑集40巻5号397頁。

収を認めた理由は、「供与の共謀者間でその手段として買収資金の交付が約束され、偶々供与直後にその交付約束が履行されたにすぎない場合であるから、その間に実質的な差があるとは認め難い」ということであった。これに対し、反対意見の実質的な根拠は、第1に、交付物が供与物と同一性を欠くこと、第2に、本件交付は本件供与の完成終了後の行為であるから供与の準備行為とは言えないことである⁽¹¹³⁾。確かに、同一性を欠くため供与物たる金銭が交付物と全く異なった金銭であることが明白な場合（例えば、封緘物とも言えるような場合）については、交付と供与は別個であって、そもそも交付が供与に発展したと言えないであろう。しかし、そうでない場合であれば、たとえ自己の金銭と混同したからといって、当該供与の共謀の実現と言える限り、吸収の趣旨は実現されているのであるから、当該交付が供与に発展したと評価することも可能であって、その限度においては、形式的な物の同一性は問わないというべきであろう⁽¹¹⁴⁾。また、確かに供与完成後の交付であるから準備行為とは言えないとも考えられるが、既に交付の約束がなされていたのであって、その履行が偶々遅れたというに過ぎない⁽¹¹⁵⁾のであるから、当該供与の共謀が実現したとみることはできよう。また、供与後の交付ではあるが、その交付はその後新たな供与に発展する可能性が全くなかったのであるから、単に先になされていた交付約束の履行であって、いわば立替払いの補填という実体を有している。その意味では、供与にこそ意味があるので

(113) 岩瀬徹・前掲注(101)195頁参照。原審の福岡高判昭60・12・25は、この2点を強調して吸収を否定し、併合罪関係を認めている。中義勝「判批」判評340（判時1227）号（1997年）69（215）頁も同様の理由で谷口反対意見に賛意を表明している。

(114) 最判昭45・11・20刑集24巻12号1647頁は、「供与に使用された交付金の残金が受交付者の手もとで他の金員と混同を生じた後、供与に使用されたとしても、右の混同のため右残金からだれに、いつ、いくらずつ供与されたか供与罪として特定できないときは、右残金については、供与罪に吸収されることなく、交付罪を構成する」としているが、これは、交付罪がどの供与罪に吸収されるか特定できない場合について吸収を否定したものと解されている（岩瀬徹・前掲注(101)196頁）。

ある。この場合の交付は、確かに準備行為ではないが、後始末行為とは言えようか⁽¹¹⁶⁾。これを谷口反対意見のように包括一罪とみることも可能ではあるが、対等的な関係に立つ犯罪同士の包括ではなく、圧倒的な主従の関係に立つ犯罪の一括評価であるから、吸収と見る方が素直であるように思われる。

確かに、本件では、そもそも吸収とは何かについて言及するところがない。しかし、このような場合にまで吸収関係を認めたことは、単なる準備関係を超えて吸収一罪と評価し得る場合があることを示しているようにも思われるし、またここにいる吸収一罪とは、いわゆる法条競合よりもやや広い場合を想定していると解することもできるように思われる。その意味で、両罪の関係について、「犯罪としては、交付罪も、供与罪も実在して競合している⁽¹¹⁷⁾」との評価がなされていることも理解できるところである⁽¹¹⁸⁾。

ところで、最高裁は、交付罪と供与罪との関係に関連して、昭和59年決定において、「選挙運動者たる乙に対し、甲が…所定の目的をもって金銭等を交付したと認められるときは、たとえ、甲乙間で右金銭等を第三者に供与することの共謀があり乙が右共謀の趣旨に従いこれを第三者に供与した疑いが

(115) 交付と供与の順序の逆転は、「決定的」であるから、「実質的な差」がないということとは「結びつき難い」という評価（真鍋毅「判批」昭和61年度重要判例解説ジュリスト887号（1987年）155頁）、「形式的側面での差異は、もはや事案の実質的側面により補完しえない」との評価（新村繁文「判批」法学新報95巻1＝2号（1998年）214頁）もある。これに対し、「交付は交付約束を介して供与に吸収される」から、供与の直後になされた交付は供与罪によって包括的に評価され、交付罪は供与罪に吸収されるとの見解（佐藤博史・前掲注（100）56頁）も主張されている。

(116) 岩瀬徹・前掲注（101）197頁参照。

(117) 岩瀬徹・前掲注（101）197頁。

(118) 交付・受交付罪と供与罪とは「現実的に競合関係が実在しているのであって、単に外観的に競合関係があるにすぎないというわけではない」から、判例のいう「吸収」は「本来の一罪である法条競合とは異質のものを含んでいる」との理解が主張されている（山火正則「判批」ジュリスト874号（1986年）72頁。ただし、法条競合と紛らわしいので包括一罪とされる（同・73頁））。

あったとしても…交付罪のみで起訴することが許される⁽¹¹⁹⁾」と判断している。この判例は、一罪の一部起訴を正面から認めたものとされているが、交付罪と供与罪の罪数関係については全く言及していない。しかし、谷口補足意見との関係で、法定意見は従来の犯罪吸収説の立場を変更⁽¹²⁰⁾ないし否定した⁽¹²¹⁾との評価、処罰吸収説に近付いた⁽¹²²⁾との評価がなされるとともに、他方では、犯罪吸収説を前提とした上で訴因の拘束力や一罪の一部起訴の可否という訴訟法上の議論を展開することで混乱の收拾を図ったとの見解⁽¹²³⁾も主張されていた。この判例では、従来から吸収関係に立つとされてきた交付罪と供与罪とについて、吸収される交付罪を起訴できるかという問題が議論されているのであるから、本来であれば、吸収される犯罪がなぜ独立した犯罪として起訴することができるのかという点について、正面から検討すべきであったように思われる。しかるに、法定意見は「吸収」については一切触れることなく純然たる訴訟法上の問題として処理したわけであるから、その当否はともかく、交付罪と供与罪との関係については何ら変更していないと解するのが相当であるように思われる⁽¹²⁴⁾。その意味で、昭和59年決定は、「破綻した議論の一種の弥縫策の域を出ない⁽¹²⁵⁾」と評価されるのももつともであろう。

このように、最高裁は「吸収」の意味について明確な判断を示していない上、「吸収」される交付罪を取り出して起訴できるとしたことが直ちに処罰

(119) 最決昭59・1・27刑集38巻1号136頁。

(120) 後藤昭・前掲注(67)109頁。

(121) 佐藤博史・前掲注(100)53頁。

(122) 岩瀬徹・前掲注(101)200頁。

(123) 木谷明・前掲注(7)31頁。

(124) 従来の判例も、少数意見あるいは補足意見との関係で「吸収」の意味が解釈されてきただけであって、少なくとも法定意見において「吸収」の意味を明確にしたものはなかったのであるから（前掲最決昭59・1・27の谷口補足意見参照）、従来の判例の立場自体が明らかでなかったとも言える。この点につき、大澤裕・今崎幸彦・前掲注(89)80頁〔今崎発言〕参照。

(125) 木谷明・前掲注(7)31頁。

吸収を意味するわけではない。しかも、昭和61年決定との関係からみると、犯罪吸収であるとしてもなお交付罪のみを取り出して起訴できるものと判断しているとも考えることもできるのである。しかし、翻ってみれば、そもそも「吸収」される犯罪をなぜ独立して取り出すことができ、しかも完全な犯罪として起訴できるのであろうか。問題の本質は、やはりこの点にあるように思われる⁽¹²⁶⁾。そうだとすれば、この問題は、単なる訴訟法上の処理によって解決すべき問題ではなく、実体法上の罪数判断を明確にすることによって解決すべき問題であるように思われるのである。そこで次に、この点について検討しておこう。

イ 吸収される罪の起訴

吸収される犯罪を独立して取り出し起訴するためには、これがその実体を有していなければならない。すなわち、少なくとも取り出される犯罪の構成要件該当性が認められることが前提となろう。したがって、交付罪と供与罪との吸収関係が、訴訟法的な処罰吸収であればもとより、実体法的に吸収関係にあるとしても、吸収される交付罪についてなお構成要件該当性を肯定することができると思えば、これを独立して起訴することは可能であると思われる。たとえ供与罪が成立した場合であっても、なお交付罪を1個の犯罪として取り出すことができるのであれば、交付罪を交付罪として起訴するのであるから、当該交付罪についてはいわば全部起訴の実体を有するのであって、一罪の一部起訴の可否という議論をするまでもないからである。確かに、供与罪が成立する限り、交付罪は吸収関係に立つから供与罪に吸収され、その意味で供与罪の一部となった交付罪を起訴するのであるから、一罪の一部起訴と考えることももっともである⁽¹²⁷⁾。従来、そのように考えられてきたこと

(126) 大澤裕・今崎幸彦・前掲注(89)80頁〔今崎発言〕参照(「検察官の訴因設定権限は、その背後にある実体まで動かすものではなく、逆にこれによって左右され得るものである」とされる)。

は周知の通りである。しかし、吸収される交付罪が、その構成要件レベルにおいては、交付罪の構成要件を一応充足していると解することができるのであれば、独立にこれを取り出して分離することもまた十分に可能であるように思われる。そしてそのように分離した交付罪のみをみれば、その限りでは一罪の全部起訴に過ぎない。交付罪のみを分離して取り出すことが論理的に不可能であるとすればともかく、これが分離可能であるとすれば、これを独立して処罰することも論理的には可能となってくるように思われる。

ところで、交付罪は、時間的経過によって供与罪が成立する場合に初めてこれに吸収されるのであるから、初めは交付罪しか存在していなかったのである。それが吸収される実質的な理由は、後に供与罪が成立すれば、後者のみを処罰すれば十分であって、それ以前の交付罪を独立に処罰する必要がなくなるというに過ぎない⁽¹²⁸⁾。そうすると、一旦成立した犯罪が時間の経過によって物理的に消滅するわけではなく、事後的に供与罪一罪が成立したことによりという法的評価の変更に過ぎない。処罰吸収という発想は、結局のところ、処罰上一罪を主張するのであるから、その意味では科刑上一罪に近いものとして考えているように思われるが、他方、犯罪吸収という発想も、当初から交付罪が全く存在しなかったというわけではないのはもとより、一旦成立した犯罪が遡って一切消滅するということを主張するものでもなく、要は、供与罪が成立したため交付罪の処罰の必要はなくなったので、供与罪一罪のみが成立したことによりというものであろう。そしてその限度にお

(127) 「広義における一罪の一部起訴」と言われている（木谷明・前掲注（7）26頁）。

(128) 浦辺衛・前掲注（100）10（100）頁，谷口正孝・前掲注（100）97頁，小林充・前掲注（100）61頁。なお，昭和59年決定における谷口補足意見は，「吸収関係」について，「法条競合の場合における一般法，特別法等の関係と異なり…処罰吸収関係をいうもの」と述べるが，その説明は「実体法上の吸収関係あるいは不可罰的（共罰的）事前行為の説明そのもの」であるとも評価されている（佐藤博史・前掲注（100）54頁）。同様の見解として，堀田力「交付・受交付と供与の関係」警察学論集24巻3号（1971年）36頁。

いては、いずれの立場を採っても変わりはないように思われる⁽¹²⁹⁾。したがって、それまで犯罪として存在していた交付罪は、供与罪が成立した以降は供与罪の背後に潜在化し、その結果、表面的には供与罪一罪しか見えなくなってしまうのではなからうか。その意味では、交付罪も、決して消滅してしまうわけではないように思われる⁽¹³⁰⁾。

このように見てくれば、交付罪の構成要件該当性それ自体が消滅するわけではないから、独立にこれを分離して取り出すことも不可能ではないと思われる。その意味において、従来、一罪の一部起訴と言われていたものの多くは、実は、実体法上の最小単位である一罪を一罪として起訴していたに過ぎなかったのではないかとと思われる。

しかしながら、果たして、それで十分に説明できるのであろうか。次に、この点を更に検討してみることにするが、その前に、その後の裁判例についても若干検討しておくことにしよう。

3 その他の裁判例

最高裁判所は、議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律により1個の宣誓に基づき同一の証人尋問手続においてされた数個の虚偽の陳述は、同法6条1項違反の罪として、一罪を構成するとした上で、「一罪を構成すべき事実のどの範囲について公訴を提起するかは、検察官の合理的裁量に委ねられ、議院等の告発意思は、その裁量権行使に当たって考慮されるべきもの

(129) 東條伸一郎ほか編・刑事新判例解説(3)(1992年)212頁〔古田祐紀〕は、処罰吸収説か犯罪吸収説かは「問題の本質を外れた議論」と評価している。なお、堀田力・前掲注(128)42頁(注15)も「基本的な考え方に差異はなく」とされる。

(130) 虫明満「公職選挙法上の交付・受交付罪と供与罪との罪数関係—最高裁判所判例における犯罪の「吸収」概念の検討—」香川法学7巻3=4号(1988年)377頁は、両者の関係を「狭義の包括一罪」とされ、これを「本来の一罪」とされる。これに対し、山火正則「判批」ジュリスト874号(1986年)73頁は、同じく包括一罪とされるが、「科刑上一罪」とされる。

である」とした⁽¹³¹⁾。これは、議院証言法上の偽証罪についても、告発の客観的不可分の原則が適用されるとの立場に立ち、告発の対象として摘示された証言以外の証言についても告発の効力が及ぶことを認めたこととの関係で、議院等の明示の意思に反して公訴を提起するという事態が生じた場合には、検察官の裁量権行使が合理的にされたかどうかという観点から、いわゆる公訴権濫用の問題に解消されることになるという考慮を踏まえての判示ではないかと言われている⁽¹³²⁾。そうすると、確かにこの場合にも、一罪の一部起訴の問題は生じるが、それは、いわば量的な一部起訴の問題であって、質的に一部を取り出して起訴するという場合とは異なっているように思われる。それは、例えてみれば、侵入窃盗において、居間のタンスから財布を、食器棚から商品券を、テレビ台から宝石を順次盗んだ場合に、宝石のみを選択して窃盗罪で起訴すると類似の関係であって、被害額10万円のうち8万円分を起訴することが純然たる裁量であるのと実質的には異ならないように思われる。その意味で、本稿で問題としてきた場合とはやや類型が異なっている⁽¹³³⁾。

その後、最高裁判所は、他人の不動産を受託占有する者が抵当権設定後にこれを売却した行為につき横領罪の成否が争われた事案に関し、その成立を認めた上で、「先行する抵当権設定行為について横領罪が成立する場合における同罪と後行の所有権移転による横領罪との罪数評価にかかわらず、検察

(131) 最判平4・9・18刑集46巻6号355頁。

(132) 最高裁判所判例解説刑事篇〔平成4年度〕87頁〔龍岡資見・大谷直人〕。同様に、井上宏「告発の効力範囲」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕（2005年）99頁（一部を除外する明示の意思があり、合理的理由が認められれば、「訴追裁量権の行使に際し、当然に適切な考慮を払うことになろう」とする。）。なお、指宿信「判批」平成4年度重要判例解説ジュリスト1024号191頁参照。

(133) なお、東京高判昭39・4・27高刑集17巻3号274頁も、これと同様の類型と思われる（「被告人が特定の日時場所で、一人の特定人に一回に各内容の異なるわいせつフィルム数本を販売した場合に、検察官は、その数本全部の販売事実を起訴することもまた一回に販売した数本のうちの一本乃至数本の販売事実を起訴することも、その自由裁量に任されたところである」としている。）。

官は、事案の軽重、立証の難易等諸事情を考慮し、先行の抵当権設定行為ではなく、後行の所有権移転行為をとらえて公訴を提起することができるものと解される」とした上、「そのような公訴の提起を受けた裁判所は、所有権移転の点だけを審判の対象とすべきであり、犯罪の成否を決するに当たり、売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行為があったかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない」とした⁽¹³⁴⁾。ここでは先行する横領行為と後行の横領行為との罪数関係については、慎重に判断を留保しており、いわゆる不可罰的事後行為について最高裁判所としていかなる見解を採るかは明らかにしていないが、後行の横領行為のみを取り出して訴追することが可能であることを明白に認めている。そして、「訴訟における犯罪事実の認定は、訴因外の実体法上の罪数関係の評価はひとまずおき、専ら訴因を対象として行われるべきことが、指針として明らかにされたものということができる」と評されている⁽¹³⁵⁾。その意味で、訴訟法のみの問題として解決を図っている。公訴提起それ自体に全く問題がないのであれば、そのような解決方法でも構わないと考えることはできるが、その前提としての訴追には、果たして全く問題がないのであろうか。理論上そのような訴追が可能であるかどうかは、実体法上の罪数関係に左右されるのではなかろうか⁽¹³⁶⁾。専ら訴因を対象として審理するというためには、後行行為を犯罪として独立して取り出し訴追できることがその前提となっているはずであるが、そうだとすれば、「罪数評価にかかわらず」としてこれを放置しておくわけにはいかなかったのではないかという疑問を払拭し得ないように思われる⁽¹³⁷⁾。

その後、最高裁判所は、既に窃盗罪として有罪判決が確定した後に、それ

(134) 最大判平15・4・23刑集57巻4号467頁。同判決に関する評釈については、最高裁判所判例解説刑事篇〔平成15年度〕294頁〔福崎伸一郎〕参照。

(135) 福崎伸一郎・前掲注(134)489頁。

(136) この点につき、宇藤崇・前掲注(90)44頁参照。

以前の複数の窃盗が単純窃盗として起訴された場合に、全体を常習特殊窃盗と評価した上で確定裁判に一事不再理効を認めることができるかどうかの問題となった事案に関し、「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない。したがって、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは、当然である。」とした⁽¹³⁸⁾。ここでは、そのような訴追が当然であることの理由として、「各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない」ことが挙げられている。確かに、常習犯は構成要件行為として複数の同種行為が予定されており、包括一罪の一種と考えられている⁽¹³⁹⁾から、常習特殊窃盗の

(137) なお、本件の罪数関係については、「違法吸収説以下の学説に近いものといえる」と解説されている（福崎伸一郎・前掲注（134）288頁。ここで「以下の学説」とは、違法吸収説、包括一罪説及び処罰一回説と言われるものである（同266頁））。

(138) 最判平15・10・7刑集57巻9号1002頁。同判決に関する評釈については、最高裁判所判例解説刑事篇〔平成15年度〕489頁（多和田隆史）参照。なお、この判決は常習犯について先例としての拘束力は「かなり強く」と言われるが、単純一罪、観念的競合、牽連犯は「射程外」とも言われている（村上光瑠・前掲注（6）360頁。なお、小出罇一「一事不再理効が及ぶ範囲に関する一試論」刑事法ジャーナル2号（2006）65頁も同様の理解を示している）。

(139) 大谷實・前掲注（20）481頁、川端博・刑法総論講義第2版（2006年）620頁など。常習累犯窃盗につき、最判昭55・12・23刑集34巻7号767頁（「包括して処罰する」）、常習賭博につき、最判昭26・4・10刑集5巻5号825頁（「包括し単純な一罪を構成する」）参照。これに対し、単純一罪とする見解もある（前田雅英・前掲注（92）496頁。なお、常習性の特性を分析した上、常習性を複数行為の集積と考えれば「本来的な結び付きはない」と言えるが、常習犯人の心的特性に重罰化の根拠があると考えれば単純一罪と考えられるとの指摘がなされている（中島広樹「行為の属性としての常習性概念の問題性」大宮ローレビュー2号（2006年）58頁）。

場合には、門戸障壁等を損壊するなど特殊な方法を用いる点を除けば、複数の独立した単純窃盗の構成要件に該当する行為の集合であって、単純窃盗が常習特殊窃盗罪の最小単位であることは明らかであろう。その限りにおいて、各別の単純窃盗行為を独立して取り出して起訴することそれ自体は、理論的には十分可能であるように思われる⁽¹⁴⁰⁾。

そのほか、いわゆる一罪の一部起訴を認めたとされる裁判例として、名古屋高裁における交通事故の事案がある⁽¹⁴¹⁾。すなわち、前方不注視の過失に基づき横断中の歩行者に衝突して傷害を負わせ、その11時間後に死亡させたという交通事故について、加療約3ヶ月の傷害を負わせたとして業務上過失傷害罪で起訴された事案である。一審判決は、検察官に訴因変更を促したが検察官がこれに応じなかったため、傷害を認めることができないとして無罪を言い渡したのに対し、控訴審である名古屋高裁は、「専権的に訴追権限を有する検察官が、審判の直接的対象である訴因を構成・設定するにあたって、被告人の業務上の過失行為と被害者の死亡との間の因果関係の立証の難易や訴訟経済等の諸般の事情を総合的に考慮して、合理的裁量に基づき、現に生じた法益侵害のいわば部分的結果である傷害の事実のみを摘出して、これを構成要件要素として訴因を構成して訴追し、その限度において審判を求めることも、なんら法の禁ずるところではない」と述べた上、公訴提起を受けた裁判所は訴因の範囲内において審判すれば足りるとして、原判決を破棄し自判（有罪）した。ここでは、①検察官は専権的に訴追権限を有するのでどの部分を取り出して起訴するかは裁量の問題であって、②法の禁ずるところではないという理由が述べられている。しかしながら、②は明文の禁止規定がないというだけのことであって、一罪の一部起訴が積極的に可能であることの理論的な根拠にはならないし、①は全て裁量に解消しているのであって、一部起訴が果たして理論的に可能か否かの検討が全くなされていないように思われる。ここでの問題は、業務上過失致死を優に認定できる場合においても、なお業務上過失傷害のみを独立して取り出して起訴することができるか

どうかであって、証拠上致死罪を認定できない場合を問題としているわけではないから、「立証の難易」によって致死罪を認定し難い場合には、疑わし

- (140) ただし、その結果、本来は一罪として処罰されるはずのものが併合罪として加重され、処断刑が重くなるという問題のほか、一事不再理効の範囲が狭くなるという問題も生じる。この点については、改めて検討する必要があるが、一般には、検察官の訴追裁量権の内容として、単一性を分割して一事不再理効を制限する権限があるとまでは理解されていないようである(多和田隆史・前掲注(138)480頁)。この点につき、長沼範良「一事不再理効の範囲」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)204頁、高倉新喜「一事不再理の効力の客観的範囲—最判平成15年10月7日を契機として」山形大学紀要(社会科学)38巻2号(2008年)76頁、長沼範良・秋吉淳一郎「一事不再理効の範囲」法学教室330号(2008年)110頁、宇藤崇「判批」平成15年度重要判例解説ジュリスト1296号(2004年)204頁、佐藤嘉彦・前掲注(5)545頁、辻本典央「判批」近畿大学法学54巻3号(2006号)310頁、小島淳「判批」現代刑事法6巻6号(2004年)93頁、高木俊夫「訴訟の場から見る不可罰的事後行為」河上和雄先生古稀祝賀論文集(2003年)290頁など参照。これに対し、従来から、一事不再理効が及ぶことに対する具体的妥当性の問題のほか、実体法上の罪数は訴訟法上変化し得て良いとの見解が主張されていたが(古田佑紀「罪数論の功罪」判タ535号(1984年)80頁)、前掲注(137)最判平15・10・7を契機に、検察官の訴因構成の立て方いかんにより、場合によっては一事不再理効の範囲が変動することを認める見解も主張されている(大澤裕「常習一罪と後訴遮断の範囲—最判平成15年10月7日に関する覚書—」研修685号(2005年)12頁、上口裕「常習罪における一事不再理効」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕(2007年)565頁、小出錠一・前掲注(138)65頁、山本和昭「判批」専修ロージャーナル創刊号(2006年)77頁。なお、村上光瑠・前掲注(6)356頁も同旨か)。また、そもそも「罪数と二重の危険とは別個の観点から考察されるべきもの」との見解(中野目善則「後訴遮断の視点と後訴遮断の範囲」渥美東洋先生古稀記念・犯罪の多角的検討(2006年)246頁)も主張されている。さらに、中野目善則「二重危険の原理—罪数と二重危険禁止条項との「関係」を中心に—」刑法雑誌31巻4号(1991年)13頁、同「検察官の裁量と二重危険禁止条項」法学新報96巻1=2号(1989年)187頁、同「常習罪と後訴遮断の範囲」法学新報92巻10=12号(1986年)23頁も参照。なお、罪数論との関係を検討するものとして、浅田和茂「罪数論と刑事手続」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕(2007年)527頁、辻本典央「罪数論と手続法との交錯」同書562頁など。
- (141) 名古屋高判昭62・9・7判タ653号228頁。同判決に対する評釈として、三浦守「一罪の一部起訴」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕(1998年)86頁、杉田宗久・前掲注(6)90頁、木谷明・前掲注(24)100頁。

きは被告人の利益に従って処分するのは当然である。問題は、証拠上、業務上過失致傷が発生し、被害者がその傷害に基づいて死亡したことが明らかである場合であっても、なお前者のみを取り出して起訴できるのは何故かという点にある。したがって、業務上過失傷害とその発展形態たる同致死との実体法上の関係をどうみることが問題であって、仮に両者がいわゆる吸収一罪の関係に立つのであれば⁽¹⁴²⁾、その実体は、交付罪と供与罪との関係に類するものとみることができよう⁽¹⁴³⁾。そして、致死に至った場合であっても、歴史的事実としての傷害が存在しなかったことになるわけではないとすれば、いわば一種の発展犯であって、そうであれば傷害の実在性を認め、これを独立して取り出して処分することは不可能ではないように思われる。

なお、やや特殊な事案について一罪の一部起訴を認めた裁判例として、東京高裁における児童ポルノ製造罪に関する事案がある⁽¹⁴⁴⁾。すなわち、家庭裁判所に起訴された児童福祉法違反(児童淫行罪)の訴因と地方裁判所に起訴された児童買春等処罰法違反(児童ポルノ製造罪)の訴因とが、実体的にいわれるかすがい現象と同様の関係にある場合において、「検察官がかすがいに当たる児童淫行罪をあえて訴因に掲げないで、当該児童ポルノ製造罪を地方裁判所に、別件淫行罪を家庭裁判所に起訴する合理的な理由があれば、そのような措置も是認できる」とした。この場合、同じ児童に対する複数の淫行行為は包括一罪とされており、かつ、それらと児童ポルノ製造罪とは観念的競合の関係にあるとされているから、結果的に全体が一罪の関係に立つことになる判断されたため、一罪の一部起訴の問題となったものであるが⁽¹⁴⁵⁾、後述するとおり、包括一罪にせよ観念的競合にせよ、実体法的には数罪とする有力な見解に従う限り、その一部を独立して取り出して処分することそれ自体は、常習特殊窃盗において単純窃盗を取り出して起訴する場合よりも一層容易であるように思われる。

4 小括

以上、これまでの裁判例を見る限り、一部起訴とされる場合にも、いくつ

-
- (142) いわゆる熊本水俣病刑事事件において、福岡高判昭57・9・6高刑集35卷2号85頁は、本来、業務上過失傷害と業務上過失致死とは「構成要件を異にし、犯罪としては別個の罪を組成し」ているが、「同一被害者に対して致死の結果が発生した場合には前者は後者に吸収される法条競合の関係にある」としている。また、その原審である熊本地判昭54・3・22刑裁月報11卷3号168頁も、業務上過失傷害と同致死との罪数関係につき、「講学上いわゆる法条競合」であるとしている。この点について、上告審〔最決昭63・2・29刑集42卷2号314頁〕は、明確な判断を示していないが、同一被害者に対して業務上過失傷害の公訴時効が完成した後に被害者が死亡した場合、再度公訴時効が進行するのは不当であるとの弁護人の主張に対し、「出生時に同人を被害者とする業務上過失傷害罪が成立したか否か、そして、その後同罪の公訴時効期間が経過したか否かは、前記業務上過失致死罪の公訴時効完成の有無を判定するに当たっては、格別の意義を有しない」と述べて、これを排斥している。その理論的根拠は必ずしも明確ではなく、原審の法条競合説が「説明としては明快」であると評価されているが（白取祐司「判批」法学セミナー405号（1988年）125頁）、同決定が「格別の意義を有しない」とした趣旨は、「業務上過失傷害罪につき公訴時効完成による免訴の確定判決を経由した場合と、単に同罪につき公訴時効期間が経過しただけの場合とを同一視することができないことは明らかであろう」ということのようなのである（最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和63年度〕176頁〔金谷利廣・永井敏雄〕。さらに、金澤文雄「判批」判タ682号（1989年）82頁参照〔「別個の犯罪」であるから「判旨は妥当」〕）。この点、両者が成立した場合には、「傷害罪は致死罪に吸収される法条競合一罪の関係」にあるから、傷害罪につき確定判決があれば致死罪の訴追もあり得ないが、この問題と公訴時効の問題とは別の問題であると説明されている（田口守一「判批」昭和63年度重要判例解説ジュリスト935号（1984年）170頁）。なお、殺人未遂と同既遂との関係については、包括一罪としての吸収一罪とする見解（平野龍一・前掲注（93）412頁、大谷實・前掲注（20）479頁、川端博・前掲注（139）616頁、浅田和茂・刑法総論（2005年）475頁など）のほか、法条競合の補充関係とする見解（前田雅英・前掲注（92）498頁、鈴木茂嗣・前掲注（92）288頁など）も主張されている。
- (143) もっとも、法条競合の吸収関係と包括一罪の吸収関係を区別すべきだとすれば（平野龍一・前掲注（93）412頁、齋野彦弥・刑法総論（2007年）316頁）、両者はやや類型が異なるというべきかもしれないが、そもそも法条競合としての吸収関係という概念を認めず、これらは全て包括一罪の問題とすべきだとも言われている（大谷實・前掲注（20）479頁、鈴木茂嗣・前掲注（92）289頁、前田雅英・前掲注（92）498頁、伊東研祐・刑法総論（2008年）373頁など）。

かの類型があるように思われる。すなわち、まず、量的な一部起訴と質的な一部起訴である。前者については、単なる訴追裁量の問題であるから、これが許容されることについては特に問題はないように思われる(刑法248条)。ここで検討しようとするのは、後者、すなわち質的な一部起訴である。その場合にも、(Ⅰ)複数の事象が並行して存在しながら一括評価されるときに、それにもかかわらずそのうちの一部を独立して取り出す場合(①)と、(Ⅱ)複数の事象が存在するよう見えながらも全体として1個の事象であると評価されるときに、それにもかかわらずそのうちの一部を独立して取り出す場合とがある。そして後者は、さらに、1個の事象がいわば時間軸に沿った事実経過の発展ないし展開に応じて姿形を変化させていく場合(②)と、1個の事象が一定の時間に固定されており姿形が変化しない場合(③)とがあるように思われる。①は、例えば、常習特殊窃盗の一部を単純窃盗として取り出す場合、②は、例えば、交付罪と供与罪において前者のみを取り出す場合、③は、例えば、強盗罪から暴行のみを取り出す場合である。そのうち、①については単独窃盗が独立して実在していることは明らかであろうから、これを独立して取り出すことは可能であると思われるが⁽¹⁴⁶⁾、②及び③については、やや問題があるようにも思われる。すなわち、②では交付罪は供与罪に吸収され、③は結合犯としての一罪であるから、交付罪あるいは暴行罪が

(144) 東京高判平17・12・26判時1918号122頁。

(145) これに対し、そもそもかすがいを考慮した上での一罪の一部起訴の問題として処理すべきではなかったとの批判もある(石井徹也「判批」刑事法ジャーナル5号(2006年)161頁)。

(146) 勾留段階においても、常習一罪たる常習傷害を構成する個々の傷害行為について、事実毎に勾留を認める見解が有力であり(福岡高決昭42・3・24刑集20巻2号114頁)、少なくとも同時訴追不可能であった場合にはこれを認めるのが多数説であるとされる(田中康郎「一罪一勾留の原則」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)45頁、秋葉康弘「一罪の一部についての再逮捕・再勾留」平野龍一ほか編・新実例刑事訴訟法I(1998年)121頁参照)ことも、参考になると思われる。

独立して実在しているか否か疑問が残るからである。すなわち、ここでは、これらが独立して存在していると評価できるかどうか、それを独立して取り出すことができるかどうか、そしてそれらを訴因として訴追し得るかどうか、という点が問題となる。したがって、一罪の一部起訴の問題は、まず何よりも、一罪の一部といわれるものにそのような実体があるか否かを確認することが出発点にならなければならない。すなわち、一罪の一部起訴の可否を考えるためには、まずもって一罪を構成する当該犯罪について、実体法上の罪数を検討することが必要となるのである。その意味で、その訴追の限界は、実体法上の罪数の問題をどう考えるかによって左右されるように思われる。しかし、ここでは罪数の問題を全面的に検討することはできないので、一罪の一部起訴を考える上で必要な限度において検討することにしよう。

第4 訴追の限界

これまでの検討から想定できる仮説は、従来、いわゆる一罪の一部起訴と言われていたものの多くは、実は実体法上の最小単位である一罪を一罪として起訴していたに過ぎないのではないかということである。仮に、このように考えることができるとすれば、一罪につき1個の訴因を構成するという訴訟法の当然の要請は、無理なく説明できるし、そもそも一罪の一部起訴というのは、問題の立て方が相当でなかったことになるようにも思われる。すなわち、ある犯罪の中から、これ以上小さな犯罪を取り出すことができないような「最小単位」としての犯罪を分離して取り出すことができた場合にのみ、これを独立の訴因として構成することができ、分離できないものについては独立の訴因を構成することができないと仮定すれば、実は、一罪の「一部」を起訴したわけではなく、「最小単位」である一罪の「全部」を起訴したとすることができるように思われる。いわゆる一罪の一部起訴という従来の問題に還元すれば、一部起訴の限界は、公訴権濫用というような一般的裁量的

な問題とは全く別に(そのような場合を肯定することもできるが、その問題とは異なった次元の問題として)、当該犯罪を実体法上の最小単位として取り出すことができるかどうかを基準となるように思われる⁽¹⁴⁷⁾。したがって、論理的に一部起訴として訴追できるか否かという問題の多くは、むしろ罪数論の問題に解消できるように思われるのである。そこで、この点を検証してみよう。

1 法条競合の場合

さて、問題の焦点が一罪か数罪かの問題だとすれば、明らかに単統一罪とされる場合(他に競合し得る犯罪が存在する可能性もない場合。すなわち、罪数判断の基準として、仮に構成要件該当性を基準とした場合には、単純な1個の構成要件に該当するのみで、それ以外の構成要件に該当しないことが明白な場合⁽¹⁴⁸⁾である。)には、それが犯罪の最小単位である限り、そもそもその中から何らかの犯罪を分離して独立に取り出すことができないのであるから、一罪の一部起訴という問題は生じないであろう。これに対し、実体法上数罪であることが明白な場合、例えば科刑上一罪のような場合には、複数の犯罪が実在的に競合しているのであるから⁽¹⁴⁹⁾、当然に一罪の一部起訴が可能であろう。例えば、住居侵入・窃盗が牽連犯関係にある場合には、窃盗の

(147) なお、この場合、証拠が十分でないため実体法上の最小単位を立証できないためにこれを独立に取り出すことができないことがあるのは当然であるが、これもまた全く別の次元の問題である。公判段階において、いわゆる縮小認定がなされる場合(例えば、強盗致死の起訴に対して傷害致死を認定した判決を是認した最判昭29・12・17刑集8巻13号2147頁参照)も同様である。

(148) 川端博・前掲注(139)613頁参照。なお、構成要件基準を出発点としつつ、「実質的な可罰類型的不法の全体的評価」によるとする見解(山中敬一・刑法総論〔第2版〕(2008年)968頁)も主張されている。

(149) 科刑上一罪が「実在的競合」であることは通説とされている(大谷實・前掲注(20)487頁、川端博・前掲注(139)626頁など)。

みを分離して起訴することができるが、それが可能となるのは、窃盗が実在しており独立に一罪として分離することが可能であるからである⁽¹⁵⁰⁾。これを訴訟法上一罪とするのは、一体として把握することができ、結合犯に近い密接な関係があるから、重い罪によって処罰すれば実質上軽い罪に対する処罰も含ませて良いという判断に基づくとされており⁽¹⁵¹⁾、少なくとも犯罪それ自体が単純な1個であるからではない。

そこで、とりわけ問題となるのは法条競合の場合である。すなわち、純粋な一罪に最も近く、しかし構成要件的には数個の構成要件に該当するように見える場合である。これがおよそ1個の構成要件にしか該当し得ないとすれば⁽¹⁵²⁾、当該構成要件に該当する犯罪こそが犯罪の最小単位であるから、そこ

(150) 最決昭41・2・3判時38号6頁参照（詐欺と補助金適正化法違反との関係について、「犯人側の為した所為は同一であり、相手方のこれに対応する態度の如何を構成要件の中に包含する罪とこれを構成要件としない罪とがある場合」に、検察官は「立証の有無難易等を考慮し或いは訴因を前者とし或いはこれを後者の罪として起訴することあるべく」としているが、一所為数法と捉えたものと評価されている（沢登俊雄「判批」刑法判例百選I総論〔第2版〕（1984年）21頁。）。

(151) 大塚仁・刑法概説（総論）〔第4版〕（2008年）503頁、川端博・前掲注（139）636頁。1回の意思決定又はそれに準ずるから責任が減少するとも言われている（山口厚・前掲注（93）378頁、西田典之・刑法総論（2006年）393頁。なお、平野龍一・前掲注（93）420頁参照。）。

(152) この点で、「適用罰条が結局において一つである以上、排除された刑罰法規の規定する犯罪は存在せず、それが競合することはあり得ない」との見解（町野朔「法条競合論」平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻（1990年）414頁）も主張されている（これに対する反論として、林幹人・刑法の基礎理論（1995年）232頁注（24）。なお、同注によると、尊属殺人罪が成立しているとしても、検察官は殺人罪で起訴できることを根拠の一つとされるが、そもそもなぜ起訴できるかを問題とすべきであるように思われる。）が、多くは複数の構成要件の充足があるとするようである（村崎精一「刑法における法条競合論」金沢大学法文学部論集法学篇14（1966年）18頁、山火正則「法条競合の諸問題（二）」神奈川法学7巻2号（1971年）39頁、鈴木茂嗣・前掲注（92）287頁、虫明満「法条競合と包括一罪（二）」香川法学2巻2号（1983年）2頁、香城敏磨「罪数概論」獨協法学61号（2003年）21頁など）。

から別の犯罪を分離して取り出すことは不可能ではないと思われる。しかし、構成要件的には2個以上の構成要件に該当していることを前提とするならば、なお別の犯罪を分離して取り出す余地があり得ることになる。そして、このようにして取り出したものこそが犯罪の最小単位であるから、これを訴追する可能性が生じるのである。さて、法条競合は、果たして前者のようなものであろうか、それとも後者のようなものであろうか。

法条競合といわれる場合にも、いくつかの類型があるとされている。すなわち、第1は特別関係、第2は補充関係、第3は択一関係、第4は吸収関係である⁽¹⁵³⁾。この点は、稿を改めて検討したいが、一罪の一部起訴を検討する上で、当面、必要な範囲において概観しておくことにしよう。

第1の特別関係には、横領罪と業務上横領罪、遺棄罪と保護責任者遺棄罪などが挙げられている。例えば、業務上横領の成立するような犯罪の場合には、そもそも横領罪の構成要件には該当しないのであろうか。前者は後者の構成要件を取り込んで特別な一罪を構成したのであるから、二重評価を排斥する法条競合の趣旨⁽¹⁵⁴⁾に照らせば、後者については、別途独立の構成要件該当性は存在しないとも言えよう⁽¹⁵⁵⁾。しかしながら、もし、業務上横領罪には独立した横領の構成要件該当性が存在しないとすれば、横領罪で起訴した場合に被告人が業務上横領に当たることを主張立証すれば無罪になってしまうこともあり得るのではなかろうか。なぜなら、業務上横領であることが立証されてしまえば、その犯罪は横領の構成要件に該当しないことが同時に立証

(153) 川端博・前掲注(139)614頁。この4類型を認めるのが通説とされている(山中敬一・前掲注(148)981頁)。ただし、吸収関係は包括一罪であるとする見解も有力である(前田雅英・前掲注(92)497頁,大谷實・前掲注(20)479頁,山口厚・前掲注(93)366頁など)。また、択一関係は法条競合ではないとする見解(虫明満・前掲注(14)109頁),補充関係,択一関係は不要とする見解(西田典之・前掲注(151)390頁)もある。

(154) 鈴木茂嗣・前掲注(92)287頁,虫明満・前掲注(152)24頁,平野龍一「法条競合と包括一罪—刑事法ノート7」警察研究64巻5号(1993年)4頁。

されることになるからである。確かに、訴因の制約がかかっており、そもそも訴因は横領であるから、訴因外の事実たる業務上横領を主張し立証することはおよそ許されないとも言えよう。しかし、無罪になる可能性があるのであれば、機能的には、いわばアリバイの主張と全く異ならないのではなからうか⁽¹⁵⁶⁾。被告人にその立証を全く許さないとする理由は、見出し難いようにも思われる。確かに、このような論理構成は明らかに不合理であろうが、このような主張を許さざるを得なくなる原因は、業務上横領には横領の構成要件該当性を包含していないと考えた点にあるのではなからうか。もし、前者に後者を包摂していると考え、包括して業務上横領が成立すると考えることができれば、そのような主張は横領の自認であって、被告人自ら有罪を立証するに等しいことになるので、そのような主張立証はおよそ自己矛盾であろう。もっとも、立証上の不都合によって実体法の罪数を左右することは相当でないとも言える。そこで、この点をさらに検討しておく必要がある。

判例によれば、業務上横領における業務上占有は一種の身分と解されているから⁽¹⁵⁷⁾、業務上横領の構成要件は、横領の構成要件に業務上占有という身分を付加した横領構成要件の加重類型と考えることができる。そうすると、そこには横領という独立した構成要件に該当する行為はそもそも存在しない

(155) 従来から、法条競合において一個の刑罰法規のみが適用されるのは、「構成要件相互の関係ないし刑罰法規相互の関係による」とされていた(虫明満・前掲注(152)2頁参照)。「各罰条の論理的な関係によって一罪とすべきばあい」(川端博・前掲注(139)614頁)であるとすれば、そもそも横領罪の構成要件該当性自体が認められない(「構成要件の評価は、結局、一回だけ行われる」(大塚仁・前掲注(151)494頁。同旨、福田平・全訂刑法総論〔第4版〕(2004年)306頁)と考えることも十分に可能であろう。

(156) 訴因事実が否定される関係にある事実については、訴因外事実であっても当事者の主張を許すことができると言われている(川出敏裕・前掲注(90)321頁。なお、高木俊夫・前掲注(140)279頁、宇藤崇・前掲注(90)41頁、菊池則明・前掲注(90)269頁参照。)

(157) 最判昭32・11・19刑集11巻12号3073頁など。

と考えることもできる。しかしながら、業務上横領は、横領の構成要件に加重要件としての身分を付加したという意味では、一般類型としての横領が特別類型としての業務上横領を包摂する関係にあるとも言える⁽¹⁵⁸⁾。そうすると、業務上横領は、もともと横領の構成要件該当に包摂されているとも言えるのであるから、前者の構成要件該当行為も、同時に後者の構成要件該当行為と評価することが可能となるのではなかろうか。この場合、確かに、構成要件の抽象的類型だけが包摂関係にあるのであって、構成要件該当行為としては排他的関係に立つと考えることもできないわけではないが⁽¹⁵⁹⁾、最終的に成立する犯罪が業務上横領という1個の犯罪のみであるからといって、そのことから直ちに一般類型である横領罪を抽象的な構成要件自体のレベルで完全に排斥しなければならない必然性はないように思われる⁽¹⁶⁰⁾。最終的に犯罪の成立について二重評価を回避できれば良いのであって⁽¹⁶¹⁾、業務上横領が成立する場合には併せて横領罪で処罰することはできないこと、特別法は一般法に優先するので最終的に業務上横領罪のみが成立することが確認できさえすれば良いように思われる。そもそも、社会的事実の中から何を犯罪として取り上げるかは、アプリアリに決定できるものではない。事実在即したものである限り、構成可能なあらゆる犯罪を想定できるのであって、事実からみて構成可能なあらゆる犯罪は、それが認識可能である限りにおいて、全てそ

(158) 山口厚・前掲注(93)366頁、林幹人・刑法総論〔第2版〕(2008年)452頁。なお、鈴木茂嗣・前掲注(92)287頁、香城敏磨・前掲注(152)22頁参照。

(159) 香城敏磨・前掲注(152)22頁は「一方の罪によって他方の罪が併せて評価されるのであれば、両罪の成立を認めることは二重評価になる」とする。

(160) 虫明満・前掲注(152)25頁、林幹人「罪数論」刑法理論の現代的展開総論Ⅱ(1990年)276頁参照。これに対し、町野朔・前掲注(152)414頁は、「森林窃盗罪(森林法197条・198条)として処断されるべきときに、窃盗罪(刑法235条)も成立しているわけではない」とされる。

(161) 法条競合は「二重処罰禁止の核心にあたる場合」と言われる(町野朔・前掲注(152)411頁)。

の構成要件該当性を認識することができるように思われる。そうすると、業務上横領についても、認識としては、業務上横領罪と横領罪とを同時に認識することができる、これに対する犯罪評価が一罪になることから、特別類型である業務上横領一罪が成立するに過ぎないとみることも不可能ではないように思われる⁽¹⁶²⁾。仮にそうだとすれば、横領と業務上横領のいずれについても、犯罪の最小単位としては、その各構成要件該当性を認めることができるのであって、その限りにおいて、いずれも独立して取り出すことが可能となり得るように思われる⁽¹⁶³⁾。

第2の補充関係には、現住建造物放火及び非現住建造物放火と建造物以外放火⁽¹⁶⁴⁾、あるいは殺人未遂と殺人既遂などが挙げられている。もっとも、後者の場合には、いわば発展犯であって、一種の不可罰的(共罰的)事前行為とも言われており、吸収関係に近い類型であるから、殺人未遂がおよそ存在しないというわけではない⁽¹⁶⁵⁾。したがって、殺人未遂のみを独立して取り出し処罰することが不可能というわけではあるまい。他方、建造物以外放火の

(162) 虫明満・前掲注(152)25頁は、「法条競合の場合、数個の構成要件該当性があるが、数個の犯罪の成立を認めると、二重評価(多重評価)となってしまうが故に、一個の犯罪のみが成立する」とする。これに対し、平野龍一・前掲注(154)4頁は「評価に用いられる構成要件としては法条単一性であり、単純一罪だとするのが論理的であろう」とされる。

(163) もっとも、この場合も一罪であるから、当然のことながら、犯罪の成立としては一罪のみが予定されている。したがって、仮に横領のみを独立して取り出して犯罪の成立を認めたのであれば、同一事案についてそれ以上に業務上横領が成立する余地はない。

(164) 法文に規定されており、明示的な補充関係といわれる(川端博・前掲注(139)615頁)。

(165) 発展犯は、一種の吸収一罪であるから包括一罪であるとする見解が有力である(平野龍一・前掲注(93)410頁、大塚仁・前掲注(151)491頁、大谷實・前掲注(20)479頁、川端博・前掲注(139)616頁、山口厚・前掲注(93)368頁など)。これに対し、法条競合とする見解として、前田雅英・前掲注(92)498頁、同「一罪と数罪」阿部純二ほか編・刑法基本講座4巻(1992年)277頁など。

場合には、放火対象が建造物であるとき以外の場合にのみ成立するので補充規定であるとされるが、包含関係ではなく交差関係であると言われている⁽¹⁶⁶⁾。そうだとすれば、この場合にはむしろ択一関係に近いとも言えるが、優劣関係が定められているから、優位法の犯罪が成立する場合には劣位法の犯罪は成立しない⁽¹⁶⁷⁾。したがって、優位に立つ犯罪の一部を独立して取り出すことはできないと考えられる。この意味で、交差関係にある場合における一罪の一部起訴の問題は、むしろ択一関係と同様に考えることが相当であろう。そこで、進んで択一関係を検討しよう。

第3の択一関係には、横領と背任、あるいは未成年者誘拐と営利誘拐などが挙げられている。一方の罰条が定める構成要件と他方の罰条が定める構成要件とが部分的に重なり合い、その部分について法益侵害が1個であるから一方の罰条しか適用がないとされるのである⁽¹⁶⁸⁾。この場合には、一方の犯罪が成立すれば他方の犯罪は論理的に両立し得ない関係にあるから、複数の構成要件が重複して競合しているわけではない⁽¹⁶⁹⁾。一方の罰条しか適用されないから、いずれかの罰条に基づく犯罪を選択して起訴することになるのである。そして、選択された罰条に基づく犯罪は、まさに一罪の全部であって、犯罪の最小単位なのであるから、質的にこれ以上分割することはできない⁽¹⁷⁰⁾。そうすると、そもそも一部起訴の問題は生じないように思われる。

(166) 山中敬一・前掲注(148)982頁, 山口厚・前掲注(93)366頁。これに対し、包摂関係とする見解もある(林幹人・前掲注(158)452頁)。仮にそうだとすれば、前述の特別関係と同様に考えることができるように思われる。

(167) 山口厚・前掲注(93)367頁。要するに、競合的に構成要件に該当することはないので、補充規定ではあるが、法条競合の補充関係ではないと言われている(香城敏磨・前掲注(152)25頁)。これに対し、鈴木茂嗣・前掲注(92)288頁は「構成要件間に論理的包摂関係が認められる場合」とする。

(168) 山口厚・前掲注(93)368頁, 川端博・前掲注(139)616頁。

(169) 部分的には重なり合うので交差関係と言われるが(林幹人・前掲注(166)453頁), 両立しない関係にある(香城敏磨・前掲注(152)25頁)。

第4の吸収関係には、殺人と着衣損壊による器物損壊のような付随犯，あるいは窃盗後の器物損壊のような不可罰の事後行為などが挙げられている。しかし、これらの場合には、いずれも、およそ器物損壊の構成要件該当行為が不存在というわけではない。前者の場合には、殺人罪には着衣の破損を伴うのが通常であり、かつ後者の被害法益は殺人のそれに比べて極めて軽少であるから、器物損壊罪を独立して評価する必要がないとされている⁽¹⁷¹⁾。しかし、この場合には器物損壊罪が別に成立しているのであるから、法条競合ではなく包括一罪であるとする見解が有力である⁽¹⁷²⁾。また、後者の場合にも、不可罰ではなく共罰であって、器物損壊罪も犯罪としては成立しているから、包括一罪であるとする見解が有力である⁽¹⁷³⁾。いずれにしても、一罪として処罰される実質的な理由は、殺人あるいは窃盗が成立して処罰されるのであれば、器物損壊は、「重い罪の情状の一つと大差がなく、立法者も重い罪の法定刑を定めるにあたって、これらの事情も考慮に入れていたと考えてさしつかえないような場合⁽¹⁷⁴⁾」であるから、これを独立して評価するまでもないという判断に基づくのである⁽¹⁷⁵⁾。したがって、仮に法条競合であるとしても、

(170) もとより、量的な分割、例えば、横領罪について横領金額の一部のみを取り出して起訴することはできるが、そのような起訴は単なる訴追裁量（刑訴法248条）の問題であって、本稿で検討してきた一罪の一部起訴という問題ではない。

(171) 大塚仁・前掲注（151）495頁注（9）。山火正則「法条競合の諸問題（二）」神奈川法学7巻2号（1971年）16頁参照。

(172) 平野龍一・前掲注（93）411頁，鈴木茂嗣・前掲注（92）290頁，川端博・前掲注（139）617頁，大谷實・前掲注（20）485頁，山口厚・前掲注（93）373頁，林幹人・前掲注（166）454頁など。

(173) 平野龍一・前掲注（93）412頁，鈴木茂嗣・前掲注（92）292頁，山口厚・前掲注（93）375頁，大谷實・前掲注（20）483頁，川端博・前掲注（139）624頁，小林充「不可罰の事前行為・不可罰の事後行為と共罰の事前行為・共罰の事後行為」法曹時報59巻2号（2007年）6頁など。

(174) 平野龍一・前掲注（93）413頁。

(175) 曾根威彦「不可罰の事後行為の法的性格」研修668号（2004年）7頁参照。

およそ器物損壊を独立して評価することが不可能というわけではない。そうだとすれば、その構成要件該当性のみを独立して取り出すことは十分に可能であるように思われる。また、これが仮に法条競合ではなく包括一罪であるとすれば、その独立性はより認められるであろうから、これを独立して取り出すことは一層容易であるように思われる。

2 結合犯の場合

一罪の一部起訴との関係で、次に問題となるのは、いわゆる結合犯の場合である。例えば、強盗殺人については、これを包括一罪とする見解、認識上の一罪とする見解、法条競合とする見解などに分かれている⁽¹⁷⁶⁾。仮に包括一罪であるとすれば、例えば、強盗殺人の場合であっても、強盗のみを独立して取り出して訴追することは可能であるし、仮に法条競合であるとしても、「特別関係⁽¹⁷⁷⁾」あるいは「特別関係の亜型⁽¹⁷⁸⁾」とするのであれば、同様に強盗のみを独立して取り出すことは可能であると思われる。また、「吸収関係」であるとしても、これは「一種の特別関係あるいは補充関係⁽¹⁷⁹⁾」とされているから、同様に考えることが可能と思われる。

これに対し、認識上の一罪である⁽¹⁸⁰⁾とすれば、これを分解し強盗のみを取り出すことには問題が生じるかもしれない。しかし、例えば、強盗罪について、暴行脅迫を行っただけで逃走した場合を想定してみると、強盗の故意があったとすれば強盗未遂となるが、仮に強盗未遂が成立するからといって、暴行脅迫の故意が全く欠落しているというわけではない。強盗罪は、暴行脅迫によって相手方の反抗を抑圧し、よって財物を奪取するのであるから、少

(176) 大谷實・前掲注(20)480頁、川端博・前掲注(139)615頁参照。

(177) 川端博・前掲注(139)615頁。

(178) 大谷實・前掲注(20)480頁。

(179) 平野龍一・前掲注(93)411頁。

(180) 前田雅英・前掲注(92)496頁、同・前掲注(165)276頁。

なくとも暴行脅迫の故意に基づく行為であることは明らかである。したがって、少なくともこの場合には、事実認識として暴行脅迫の構成要件に該当すると言わざるを得ないように思われる。その意味において、強盗未遂のみの構成要件にしか該当しないと考えることは相当ではあるまい。そうすると、少なくとも認識上の一罪としての単純一罪を超えているというべきではなからうか。このように考えてくれば、結合犯についても、その最小単位としては、結合前の各犯罪を認識することができるのであるから、これを独立して取り出して訴追することは、論理的には可能であるように思われる。

3 最小単位の訴追可能性

仮に、一罪性の強い法条競合や結合犯の場合においてさえ、犯罪の最小単位を取り出すことが理論的に可能であるとしても、さらに検討しておくべきことがある。すなわち、構成要件該当性ありとして独立に取り出すことができることが、直ちにこれを犯罪として訴追できることと同視できるかどうかである。犯罪とは、構成要件に該当し、違法・有責な行為である。したがって、当然のことながら違法・有責であるかどうかの検討も必要となる。この点、評価上の一罪は、複数の構成要件に該当しつつも、その「法益侵害」が1個であるから一罪であるとされている⁽¹⁸¹⁾。そうすると、それぞれの構成要件該当性に対してそれぞれ別個の不法評価がなされるわけではないから、仮に最小単位の構成要件に該当する行為を独立に取り出すことができたとしても、そのみか孤立して不法と評価されるわけではないというべきであろう。例えば、殺人未遂と殺人既遂とについてみれば、その不法評価は、法条競合

(181) 鈴木茂嗣・前掲注(92)286頁。なお、科刑上一罪の根拠について、違法の減少(中野次雄「併合罪」刑事法講座第7巻(1953年)1385頁)のほか、責任の減少(平野龍一・前掲注(93)420頁、林幹人・前掲注(158)459頁)、処罰の一回性(中山善房「罪数論の現状」中野次雄判事還暦祝賀・刑事裁判の課題(1972年)193頁)など
の見解が主張されている。

関係によって、一般的には最終的に選択されるであろう殺人既遂の構成要件該当行為についての不法となり、殺人既遂一罪が成立するということになるであろう。しかし、仮に殺人未遂の構成要件該当行為のみが取り出され、殺人既遂のそれが選択されなかった場合であっても、その不法性は共通しているから、殺人既遂の構成要件該当行為に対してなされていた不法評価(着手から既遂に至るまでの不法評価)が、殺人未遂の構成要件該当行為に対して付与されることとなり(着手から既遂に至る途中までの不法評価)、その結果、殺人未遂が犯罪として成立することになって良いように思われる。

それでは、この場合に、なぜ殺人既遂ではなく殺人未遂を選択して取り出すことができるのであろうか。前述したように、殺人未遂も構成要件的にはこれを独立して取り出すことが可能である。そして、取り出すことさえできれば、殺人未遂もそれ自体として違法・有責であることは疑いないので、取り出された殺人未遂のみが犯罪として成立すると考えることができるからである。そして、比喩的に言えば、殺人未遂によってその不法性を全て費消してしまうことになるので、その後改めて殺人既遂で訴追することはできなくなってしまうと考えることもできるように思われる。この点、確かに、十分な理論的説明にはなっていないかもしれないが、おそらくその結論それ自体は妥当であると思われる。しかし、仮にその理論的説明の不十分さは措くとしても、問題は、殺人未遂を選択したのは何故かという点にある。すなわち、そのような選択が理論的に可能であるからといって、それを選択しなければならぬ論理的必然性はない。しかも、これを実体法の論理に従えば、本来であれば殺人既遂のみが選択されて取り出されるはずである。それにもかかわらず、敢えてそのような選択をしないのである。この点については、結局のところ、訴追裁量に立ち戻るほかないように思われる。ただ、この場合には、いわゆる一部起訴について訴追裁量を持ち出し、全部訴追も全部不訴追も可能であるから当然にその一部の訴追は可能であると論じる場合とは異なり、そもそも複数の犯罪のうちどれを選択するかという問題であるから、ま

さに裁量の問題ということになる。その限りでは一罪の一部起訴ではなく、犯罪の最小単位である単純一罪が複数存在する場合にそのうちどれを選択して起訴するかという問題であるから、訴追裁量それ自体の問題ということになる。

以上のようにみれば、いわゆる一罪の一部起訴と言われていた問題領域は、実体法からみれば、結局のところ、一罪の全部起訴であるから、実は問題の立て方それ自体が相当でなかったのであって、むしろ選択した訴追対象がこれ以上分割できない最小単位たる一罪であるか否かを検討すれば足り、他方、訴訟法からみれば、そのような複数あり得る最小単位たる一罪のうちいずれを選択して起訴するかという意味において、結局のところ、訴追裁量の問題に解消されることになるように思われる。

第5 おわりに

さて、ようやく訴因構成の簡素化の可否という本稿の出発点に近付いた。裁判員制度の導入に伴い、犯罪立証の簡易明確化の要請に応える必要が強く求められるとともに、同時に、事象全体としての犯罪の重さに相応しい訴因を立てることが望まれることになった。前者の要請に応えるためには、できる限り簡潔で立証容易な訴因を構成することが望まれる。また、後者の要請に応えるためには、できるだけ事象の重さに即した訴因を立てることが望まれる。両者の要請にバランス良く応えなければならないとすれば、果たしていかなる訴因を設定すべきであろうか。

本稿では、まず、当面、その前提として、いわゆる一罪の一部起訴と言われる現象に焦点を当てて、訴因の簡素化を行うことができる論理的限界を検討してきた。そして、第1に、これが単に訴訟法上の問題、特に公訴権濫用論、あるいは当事者主義や処分権主義などの問題に止まるものではないこと、第2に、仮にそのような考え方に基づく訴訟法上の処理が可能であるとして

も、その前提として、そもそも訴訟法は実体法上の犯罪を前提としているのであるから、そのような処理が実体法からみて理論上可能であることを明らかにする必要があること、第3に、実体法上の問題としては、一罪の一部と言われる場合であっても、犯罪として処罰する以上は、やはり独立した犯罪として成立している必要があること、したがって、第4に、訴因構成の論理的限界は、実体法上の「一罪」性にあることを検討するとともに、その「一罪」とは、犯罪の最小単としての「単統一罪」であることを明らかにしてきた。そして、犯罪の最小単位として独立して取り出すことができる「単統一罪」は、「認識上の一罪」といわれる「単統一罪」であり、「評価上の一罪」と言われる場合はこれに当たらないこと、後者の場合には、そもそも複数の構成要件該当性を肯定することが可能であって、そうだとすれば、そのうちの最小単位のみを独立して取り出して訴追することが可能となると思われることを明らかにしてきた。

しかし、このように、いわゆる一罪の一部起訴と言われるものが、犯罪の最小単位を独立して取り出して訴追しているに過ぎないとすれば、したがって、実体法からみると、結局のところ一罪についての全部起訴に過ぎないとすれば、そのような訴追が可能であることについては特に異とするに足りない。そうだとすれば、次の問題は、起訴すべきか否かという純然たる訴訟法の領域に移行することになるように思われる。すなわち、犯罪の最小単位である「単統一罪」として訴追が可能であるとしても、これをそのまま訴追するか否かは全く別論であって、それは、結局のところ、訴追の当否の問題なのであるから、いわば訴追裁量の合理性の問題に帰着することになるであろう。

当面、確認することができたのはここまで過ぎない。したがって、さらに検討すべき課題が残されている。すなわち、第1に、本稿では、法条競合について当面複数の構成要件該当性を肯定してきたが、純然たる実体法の問題として、果たしてそれで良いのかどうか、さらに検証する必要がある。犯

罪の最小単位としての一罪の限界の問題である。第2に、本稿では触れることができなかったその先の問題，すなわち訴追裁量とこれに関連する問題が残されている。これらについては，稿を改めて検討することとする⁽¹⁸²⁾。

(以上)

追記：本稿は，平成20年度科学研究費補助金（基礎研究C）に基づくものである。

(182) さらに，いわゆる一罪の一部起訴の外延の問題として，いわば一罪の分割起訴の問題も重要である。すなわち，一罪の一部を取り出して起訴した場合に，その残りの部分を併合罪関係にある評価して独立して起訴できるか（例えば，常習一罪である常習累犯窃盗を個別の単純窃盗に分割して起訴できるか），特に，そもそも二重起訴に当たるか，更には一事不再理効との調整をどうするかという問題である。これらの点については，拙稿「罪数判断と検察実務」現代刑事法6巻7号（2004年）53頁以下，同「訴因設定権限と罪数に関する覚書」広島大学法科大学院論集3号（2007年）145頁以下参照。