

# 刃物携帯の罪数と訴因構成

大久保 隆 志

- 1 問題の所在
- 2 携帯罪の罪数
- 3 携帯罪と正当防衛との関係
- 4 訴因構成の在り方
- 5 おわりに

## 1 問題の所在

当初、正当な目的でナイフを携帯していたところ、途中から紛争が発生し、憤激の余りナイフを取り出して相手方を攻撃し傷害を負わせたような場合、特段の事由がない限り、傷害罪ないし殺人未遂罪とその殺傷行為の時点における刃物の携帯罪（銃砲刀剣類所持等取締法 22 条違反の罪〔以下、「携帯罪」という。〕）との双方が起訴され、これらが併合罪関係にあるとして処理されるのが一般的である<sup>(1)</sup>。したがって、起訴状の公訴事実には、第1として、某日某時分ころ某所において殺傷行為を行った事実が記載され、第2として、正当な理由がないのに前記日時場所において刃物を携帯した事実が記載される。このような場合、第1の行為に正当防衛が成立して無罪となった場合に

---

(1) 傷害との関係で併合罪と明示したものとして、例えば、福岡高判昭41・5・6下刑集8巻5号682頁など。なお、銃砲又は刀剣類の所持と殺傷犯との関係も、通常の場合、併合罪されており（伊藤榮樹ほか編・注釈特別刑法第7巻〔公害法・危険物編〕（1987年）635頁〔阿部純二＝北野通世〕）、携帯も同様とされる（同書654頁）。

は、第2の行為も適法とされ、無罪になる<sup>(2)</sup>とも考えられるが、他方、第1の行為が正当防衛になったからといって、第2の携帯行為それ自体が直ちに防衛行為であるとまでは言えないから正当防衛になるいわれはない<sup>(3)</sup>とも考えられる。そうすると、第2の行為は、第1の行為とは独立した正当な理由の有無が別途検討されるべきであろうか。この場合、携帯罪は一般に継続犯であると解されている<sup>(4)</sup>から、第2の行為は第1の行為の間継続的に刃物を身に付けていることになるが、実際にはそれ以前から携帯していたのであるから、第1の行為以前の携帯が適法である場合には、これを全体として1個の携帯であると評価し、全体として適法行為の一部であるから無罪であるという見方もあり得るように思われる<sup>(5)</sup>し、また、当初の携帯がそもそも違法な携帯であれば、これに引き続く第2の行為も当初の携帯と一体となり当然に違法であるという見方<sup>(6)</sup>もあり得るように思われる。

このようにみえてくると、刃物の携帯は、継続犯という性格上、どこまでが1個の行為で、どこからが別個の行為なのか、必ずしも明確ではない上、その途中において当該刃物を利用した正当防衛行為が発生した場合、携帯行為をどのように評価すべきかも明確ではないように思われる。そしてそうであれば、そのような場合には訴因設定の仕方によって有罪無罪の帰結も異なってくるのではないかという疑問もあり得るし、また逆に、設定の仕方でも有罪

---

(2) 最決平元・11・13刑集43巻10号823頁参照。

(3) 和歌山地判昭50・4・23刑裁月報7巻4号564頁。

(4) 平野龍一ほか編・注解特別刑法第6巻〔危険物編I〕銃砲刀剣類所持等取締法(1986年)47頁, 326頁〔米澤慶治〕, 中島治康・改訂増補銃砲刀剣類等の取締り(1981年)99頁, 258頁参照。なお、刀剣の所持罪につき継続犯とするものとして、最決昭35・2・9刑集14巻1号82頁。

(5) 古田佑紀「評釈」研修505号(1990年)45頁(正当な携帯の過程で脅迫に一時使用したような場合、これを不法携帯罪に問うこと自体問題があったことを示唆する。)参照。

(6) 最決平17・11・8刑集59巻9号1449頁。

無罪が分かれるような訴因の設定はそもそも許されないという考え方もあり得よう。刃物の携帯については、実体法的にも手続法的にも問題が残されているように思われる。

そこで、本稿では、第1に、問題の前提として、携帯における目的の変更による罪数変化の有無を検討することとする。すなわち、当初正当な目的で刃物を携帯していたところ、途中からその目的を変更した場合、例えば危害を加える目的に変更してその刃物を取り出して攻撃した場合、その時点で携帯形態自体も変化して新たな携帯が成立するのであろうか。仮に成立するとしても、その時点から犯罪が成立するに止まり遡って当初の適法な携帯を含む全体が違法となる余地はないのであろうか。また、途中で刃物を取り出して攻撃に出た場合には、仮に当初の携帯が違法目的であったとしても、携帯形態が変化した以上当然に二罪となるのであろうか、あるいは、違法な目的という限度で共通しているから、全体として一罪（ないし包括一罪）になるのであろうか。このような罪数の評価が第1の検討課題である。

第2に、携帯の途中から当該刃物を利用した正当防衛が成立した場合にはどのように処理されるべきかを検討する。すなわち、その場合には、途中までが違法で、途中からが適法となり当然に二罪が成立するのであろうか。そして、二罪が併合罪関係であるとすれば、正当防衛の要件該当性の検討はそれぞれについて独立に行うべきであって、一方につき正当防衛が成立したからといって直ちに他方も正当防衛であるというわけにはいかならないと思われるが、他方、積極的に刃物を使って反撃した場合ですら適法となるのであれば、それ以前の消極的に携帯していたことが直ちに違法であるとするのは不合理であるとも言えるから、全体として適法とする余地もあり得ないわけではないように思われる。あるいは、罪数判断と正当防衛の成否とは全く別に考え、一連の犯罪、あるいは付随的犯罪であれば、仮に罪数的には二罪と評価され得るとしても、全体として1個の正当防衛の成否を判断することができるのであろうか。このように、携帯の途中から適法となった場合の取扱いが第2

の検討課題である。

そして、以上のように、携帯の罪数判断をめぐって問題があるとするれば、検察官の起訴の仕方、すなわち訴因設定の仕方によって、あるいは有罪となり、あるいは無罪となるということが生じる余地もあり得るように思われる<sup>(7)</sup>。

そこで第3に、検察官の訴因設定の在り方について検討する。仮にもし、途中までが違法、途中からが適法となり得るのであれば、検察官の訴因設定の仕方によって、すなわち、前者の起訴であれば有罪、後者の起訴であれば無罪となるが、果たしてそれでよいのであろうか。これを併合罪関係にある二罪とみれば、そのような処理もあり得るかもしれないが、全体を一罪とみれば、一罪の一部起訴となり、その一部の選択の仕方によって有罪となったり無罪となったりするのは相当でないというべきであろう。そのような帰結を避けるために敢えてこれを二罪とするというのは、明らかに本末転倒の嫌いを免れまい。そうすると、全体を一罪とみて、全体を違法とするか全体を適法とするか、いずれかの選択となろうか。しかしながら、そのような全体的判断は、そもそも実体法上の罪数処理として適切かどうか問題があるように思われる。あるいは仮に一罪であるとしても、このような場合には、そもそも一罪の一部起訴を認めないという処理もあり得るのであろうか。検察官の訴因設定権限と罪数判断との関係はどのように考えるべきであろうか。このように、訴因設定の仕方はどうあるべきかが第3の検討課題である。

このように、この問題は、訴因と罪数に関する取扱いの在り方によって結論が異なってくる可能性があり、ひいては、実体法と手続法との関係をどのように考えるかについて、一つの具体的事例を提供しているように思われる。

---

(7) 例えば、最判平16・2・16刑集58巻2号133頁の第一審(福岡地判平13・5・30)は、ホームレスがナイフを持ち歩きパチンコ店で示兇器脅迫事件を起こしたとする事案において、パチンコ店におけるナイフの携帯を有罪としつつ、その約32分後に同店から約30m離れた公園で自転車かごに入れていた同じナイフの携帯を無罪としている。

その意味で、訴因構成と罪数との関係について、その在り方を考えてみようとするものである<sup>(8)</sup>。

## 2 携帯罪の罪数

### (1) 携帯の意義

銃刀法 22 条の「携帯」の意義について、従来の下級審裁判例の大勢は、「日常生活を営む自宅ないし居室以外の場所で」(場所的要件)、「刃物を身体に帯びるか直ちに使用しうる状態で自己の身邊近くに置き」(握時の要件)、「右状態を、ある程度の時間継続すること」(時間的要件)であると解されており、学説も概ね同様の見解であるとされている<sup>(9)</sup>。本条の趣旨は、多少の危険があってもその所持を禁止するに当たらない刀剣類以外の刃物について、危険防止のために持ち歩くことなどを禁止するものであるから、所持よりも狭い概念であるとされている。所持を禁止するほどには至らない程度の危険性を備えた刃物につき、これを持ち歩くことによって、禁止するほどに危険性が高まると考えれば<sup>(10)</sup>、そのためには一定の時間的継続性が必要であるとすることによって危険性の低さを補っていると考えられる。その意味で継続犯であり、瞬間的握時では足りないとされている。この点、①喧嘩の際に、偶々手に触れた刃物を取り上げその場で直ちに投げつけたよう

---

(8) この点に関する概括的検討として、拙稿「訴因設定権限と罪数に関する覚書」広島法科大学院論集 3 号 (2007 年) 145 頁以下。なお、同「麻薬密輸入に伴う所持と訴追の在り方」研修 706 号 (2007 年) 3 頁以下、同「罪数論と検察実務」現代刑事法 6 巻 7 号 (2004 年) 53 頁以下参照。

(9) 木谷明・最高裁判所判例解説【刑事篇】昭和 58 年度 57 頁。米澤慶治・前掲注 (4) 326 頁、阿部純二=北野通世・前掲注 (1) 651 頁。なお、最決昭 58・3・25 刑集 27 巻 2 号 201 頁参照。

(10) 自宅以外の場所で持ち歩くときは多数の面前で用い易い危険があることが指摘されている(木村静子「評釈」判評 299 (判時 1094) 号 (1984 年) 58 (220) 頁)。

な場合には携帯とは言えないが、共犯者からナイフを受け取りこれを手にして道路上を約 14 ～ 15m 走って行き傷害行為に及ぶまでの間、継続的に手にしていたという場合には携帯と言えとした裁判例<sup>(11)</sup>、②飲酒中口論となり一旦店外に出たが、相手を脅す積もりで店に引き返し、調理台にあった包丁を掴んで数歩移動し外に出かけたところ背後から包丁を取り上げられた事案につき、短時間又は近距離であっても携帯に当たるとした裁判例<sup>(12)</sup>、③喧嘩の際に、調理台から包丁を取り上げ出口に向かって数歩移動し外に出かけたところ、背後から包丁を取り上げられた場合で、2～3分、2～3m 移動したに過ぎない場合でも携帯に当たるとした裁判例<sup>(13)</sup>がある。

他方、④喧嘩の際に、炊事場の包丁を手にして店内を約 6 m 移動し出入口付近まで来たところで取り上げられた事案につき、「瞬間的な極めて短時間で、しかもこれを手にしてから屋内を距離にしてわずかに6米ばかり移動したに過ぎない」から、携帯には当たらないとした裁判例<sup>(14)</sup>、⑤喧嘩の際に、偶々作業場検査台の下にあったナイフを手に取り、作業場前路上で相手方を刺した後、直ちに同僚に交付した事案につき、「距離も時間も極く僅かであり、現場にあった兇器を手にとって直ちに人を突刺した場合と何等選ぶところはない」として、携帯に当たらないとした裁判例<sup>(15)</sup>がある。また、⑥当初正当に所持していた刃物をパチンコ店内で取り出してちらつかせた後に切りつけたという事案につき、「短かい時間内のことであり、これは、例えば偶発的な喧嘩の際業務上携えられた刃物をとっさに使用したような場合と評価

(11) 福岡高判昭 41・5・6 下刑集 8 卷 5 号 682 頁（携帯に当たらないとした原審を破棄）。

(12) 広島高判昭 43・1・26 判タ 221 号 229 頁。

(13) 仙台高判平 6・8・25 判時 1514 号 166 頁。

(14) 福岡高判昭 41・4・23 下刑集 8 卷 4 号 607 頁。もっとも、この事案では、店舗前路上において携帯したと認めた原判決を事実誤認としており、屋内か屋外かの違いが評価に影響した可能性もないわけではない。

(15) 大阪地判昭 36・2・13 下刑集 3 卷 1=2 号 116 頁。

のうえで選ぶところはない」として、携帯に当たらないとした裁判例<sup>(16)</sup>もある。

これらの裁判例は、いずれも、喧嘩に際して瞬間的に手に取り刺傷等に及んだ後、直ちにこれを放棄したような場合については携帯に当たらないとしている点では共通しており、結論に差を生じたのは、当該事案がそのような場合に当たると解することができるかどうかという評価の違いにあったものと思われる<sup>(17)</sup>。

## (2) 携帯罪の罪数

以上のように、携帯罪は継続犯であるから、一定程度の時間的継続を必要とする。したがって、例えば、刃物を自動車に載せて走り回っていた場合、これを自動車内に持ち込んだ時点から取り下ろすまで数分であっても数時間であっても、原則的には一罪となるであろう。そうすると、当初は一般的な護身用として携帯していたところ<sup>(18)</sup>、途中で喧嘩となり、これを車から取り下ろして身に付け、あるいは握りしめて喧嘩に使用したような場合にはどうなるのであろうか。取り下ろした時点で携帯形態が変化したとして新たな携帯が成立し二罪になるのであろうか。それとも、当初の携帯自体も違法であるから、あくまで違法状態が継続しているとみて、全体として一罪となるのであろうか。また、これと異なり、途中で紛争に巻き込まれて正当防衛状況が発生したため、やむなくこれを取り下ろして防衛の用に供した場合にはどうなるのであろうか。違法状態が変化したとして、二罪になるのであろうか。それとも、周辺状況の変化は罪数の変更を生じさせず、あくまで1個の行為

(16) 大阪地判昭44・11・4判タ247号322頁。

(17) 評価の基準として、例えば、「独立した一個の行為と認められるに足る時間的又は場所的移動」という観点が指摘されている(阿部純二=北野通世・前掲注(1)652頁)。なお、拳銃の所持罪につき、「数分間」ととどまる場合であっても所持に当たるとした最決昭52・11・29刑集31巻6号1030頁参照。

(18) そのような場合でも携帯罪が成立することにつき、米澤慶治・前掲注(4)323頁、阿部純二=北野通世・前掲注(1)653頁。

であることを前提にその一部に正当化事由が生じる余地があるにとどまるのであろうか。換言すれば、客観的行為の態様の変更こそが罪数の変化をもたらすのか、それとも周辺状況の変更あるいは主観的意図の変更が罪数の変化をもたらすのかという問題である。

この点で参考となるのは、高速道路における速度違反の事例である<sup>(19)</sup>。例えば、約2時間にわたって高速道路を走行中、全区間において制限速度を超過していた場合、約2時間にわたる1個の速度違反の罪が成立するようにも見えるが、その区間における指定制限速度が変化している場合には、その都度新たな速度違反が成立すると解する余地もあり得る。しかし、速度違反は一般には継続犯とされているから、違反状態を引き起こした場合には、それが解消されるまでは犯罪は実行されている。区間毎に一罪とするためには、指定速度の変更によって構成要件が異なると解するほかはないが、仮にそれが可能だとしても、各区間内においても現実の走行速度は微妙に変化するから、その微妙な変化毎に一罪が成立するとも解し得る<sup>(20)</sup>。しかしながら、この場合には構成要件に変化がない上、同一指定速度を超過して走行しているという事実にも変化がないから、客観的にも主観的にも変化は認められない

---

(19) 速度違反については、かねてから、速度違反状態が開始されれば直ちに速度違反罪が成立すること、その状態が時間的・場所的に継続しても新たな速度違反罪が成立するものではないこと、違反状態がいったん解消された後に新たな速度違反が開始された場合には別個の犯罪が成立することについては、大まかな見解の一致があったと言われていた(鈴木義男「評釈」平成3年度重判解ジュリスト1003号(1992年)154頁)。その後、最決平5・10・29刑集47巻8号98頁の事件(第一審は大阪地判平2・5・8判時1345号160頁、控訴審は大阪高判平3・4・16高刑集44巻1号56頁)を契機に、速度違反は即成犯であるとの見解が主張されたが、同決定は、即成犯か継続犯かについては明言することなく、道路状況等が変化している約19.4km離れた2地点の速度違反は併合罪であるとしたもので、速度違反が継続犯であることまで否定したのではないと解されているようである(大淵敏和・最高裁判所判例解説〔刑事篇〕平成5年度121頁、只木誠「評釈」法学教室163号(1994年)107頁、土本武司「評釈」判評429(判時1503)号(1994年)81(243)頁など参照)。

(走行速度の微妙な変化はあっても、構成要件該当事実という意味では変化がない)。したがって、同一の指定速度を超過している限り一罪であろう。問題は、速度超過のまま別の指定区間にさしかかった場合、別罪になるかである。この点、意思の面で見ると、1個の継続的な速度超過の意思とみることもできるが、制限速度の変化を知った場合には、新たな意思と見る余地もあり得ないではない<sup>(21)</sup>。他方、行為は、継続的な運転行為であって、速度の変化は見られるものの、無段階変化というに等しいので、むしろ連続した1個の行為とみるのが相当であろう。そうすると、上記のような意思の変化のみで罪数を分けることは必ずしも相当とは言えないように思われる。さらに、全て100 km毎時の制限と誤解して常にそれ以上の速度で走行していたとすれば、意思の面でも変化がないことになる。その場合でも客観的には速度規制が異なることを捉えて数罪とし得るかもしれない。すなわち、行為それ自体に変化はなくても、周囲の状況が変化したことによって、行為の位置付けが相対的に変化し、これによって別罪が成立したと評価する余地もあり得るか

---

(20) 速度違反は即成犯であるとする見解に立てば、多数の即成犯が連続して成立することになるが、継続犯説でも、具体的道路状況に応じて運転内容の変化があった場合には別罪が成立するという見解をとれば、実質的には即成犯説と同様の結論に至ると言われている(大淵敏和・前掲注(19)113頁,118頁)。その意味で、継続犯かどうかと併合罪かどうかは別の問題であると解されている(丸山雅夫「速度違反罪の罪質と連続してなされた速度違反の罪数」警察研究63巻9号(1992年)26頁,松原芳博「評釈」判タ812号(1993年)52頁,池田耕平「評釈」研修520号(1991年)32頁など参照)。

(21) 交通標識等を認識することで犯意も更新されたとみる見解として、内田幸隆「速度違反罪の一個性・数個性」交通刑事法の現代的課題〔岡野光雄先生古稀記念〕(2007年)232頁。また、速度違反の故意を「違反状態で運転するという継続的行為の認識、認容」ではなく「個々具体的な道路における指定最高速度又は法定最高速度を遵守すべきであるのに、これを守らず進行することの認識、認容」とする見解も主張されている(池田茂穂「評釈」警察学論集43巻8号(1990年)155頁,小島吉晴「評釈」研修505号(1990年)60頁)。この立場からは、速度違反状態が継続している限り、故意が更新されるとされる(小島・前掲論文60頁)。

らである<sup>(22)</sup>。確かに、一旦速度超過状態を脱して再度加速した場合には、客観的な速度違反がその時点で終了し、新たな速度超過が開始されるまでは違反ではないから、その後の再度の速度超過は別罪というほかない<sup>(23)</sup>。したがって、これとのバランスで超過速度の超過分が一旦減少した後再度増加したときには、別罪とする余地もあり得るかもしれない。しかし、前者は質の差であるのに対し、後者は量の差に過ぎない。前者は速度違反が一旦解消したのに対し、後者は速度違反状態が継続しており、社会的にみると1個の事象である<sup>(24)</sup>。そうすると、後者について別罪を構成するとみることは相当ではないであろう。

このように見てくると、少なくとも継続犯の場合には、周囲の状況の変化のみによって罪数が変化することはないと考える方がよいのではないと思われる<sup>(25)</sup>。そして、仮にそうだとすれば、刃物の携帯についても、違法状態が継続しているとすれば、周囲の状況の変化のみによって新たな携帯が成立し直ちに別罪を構成するとみるのは相当でないように思われる。

それでは、周囲の状況の変化に加えて意思的变化が生じた場合には罪数は変化するのであろうか。しかし、この場合の意思的变化が、仮に状況の変化に対応する認識の変化に限定されるとすれば、その限りでは客観的事実の認識面への反映に過ぎない。周囲の状況の変化によって罪数が変化することが

---

(22) 規制速度の変更により構成要件が変化し、数個の構成要件該当性が認められるから数罪であるとする見解として、内田幸隆・前掲注(21) 233頁。

(23) 最決昭49・11・28刑集28巻8号385頁参照。なお、全体を包括一罪とする見解として、曾根威彦「交通事故の罪数に関する最近の裁判例—最高裁昭和51年9月22日大法廷判決を中心として—」判タ342号(1977年)22頁など。

(24) 土本武司・前掲注(19) 82(294)頁、同「評釈」平成5年度重判解ジュリスト1046号(1994年)174頁、松原芳博・前掲注(20) 55頁注18参照。

(25) もっとも、速度違反の場合には、状況の変化によって客観的危険性が変化し、新たな危険が生じたと解する余地がある(大阪高判平3・4・16高刑集44巻1号56頁参照)。しかし、それはあくまで行為の客観的危険の変化であって、単なる周囲の状況の変化にとどまらないように思われる。

ないのであれば、そのような認識の変化によっても罪数が変化することはないと思われる。仮に、認識を超えた意欲の変化があったとしても、犯罪はあくまで行為であるから、意欲の変化によって直ちに犯罪の個数が変化することはないというべきであろう。やはり重視すべきは、行為の態様の客観的変化であるように思われる<sup>(26)</sup>。

このように見てくると、刃物の携帯においても、違法状態が継続している限り、周囲の状況や行為者の主観的意図が変化したとしても、それのみでは罪数に変更はなく、全体として一罪と考えることができるが、取り下ろしなどによって行為の客観的態様に変化すれば、その限りにおいて、罪数に変化が生じ得ると考えられる<sup>(27)</sup>。それでは、携帯の途中で正当防衛状況が生じた場合には、どの段階で罪数に変化を生じるのであろうか。それともそのよう

(26) この点、刃物の携帯においても、意思ないし目的という主観的要素よりも行為態様という客観的要素が重視されている。例えば、浮浪者が、果物ナイフの刃体を露出させたままの状態を着衣の内ポケットに入れて公園で飲酒し、あるいは持ち歩いていたような場合、それが生活必需品であったとしても、そのような態様のナイフの把持は携帯に当たるとした裁判例（仙台高判平6・8・25判時1514号166頁）、自動車で寝泊まりしていた被告人が、むき出しのままの鉈を助手席と床の間に差し込んだ状態で置き、刃体がむきだしのままの鎌を床に置いていた場合について、「数か月先の釣りに際して使用するために保管する日常的な方法」とは言えず、携帯に当たるとした裁判例（東京高判昭63・10・13高刑集41巻3号333頁）などがある。そのほか、東京高判昭58・9・19判時1113号141頁（斧をセメント袋の紙に包んで自動車の運転席の足下に置き、約10分間約4km離れた場所まで運転した場合に携帯を認めた）、浦和地判昭55・7・15刑裁月報12巻7号535頁（自動車の後部トランクに衣類を入れた段ボール製衣装箱を積み込み、その中に包丁を収納していた場合に携帯を認めた）など参照。

(27) 所持罪の所持が睡眠中や留守中も継続するのは、意思発動としての行為ではなく、支配状態という一種の結果によると言われる（松原芳博「継続犯と状態犯」刑法の争点（2007年）28頁）。なお、不法所持のような継続犯を「事態継続犯」として、物理的支配の客観的状況に変動がない限り、人の内心における支配意識の存否にかかわらず1個の不法所持を認めるものとして、正田満三郎「犯罪複合と包括一罪性」判タ150号（1963年）196頁。

な事情変更のみでは罪数の変化はなく、それにもかかわらず一罪の途中からその一部のみが正当化され得ることも可能なのであろうか。そもそも正当防衛状況と罪数の変化とは直接関係がないのであろうか<sup>(28)</sup>。

そこで次に、この点をめぐって、刃物の携帯と正当防衛に関する主要な裁判例を検討しておくことにしよう。

### 3 携帯罪と正当防衛との関係

この点に関する重要な裁判例としては、次の3件が挙げられる。第1は、最高裁昭和59年1月30日第2小法廷判決（刑集38巻1号185頁）（以下、「昭和59年判決」という。）、第2は、最高裁平成元年11月13日第2小法廷決定（刑集43巻10号823頁）（以下、「平成元年決定」という。）、そして第3は、最高裁平成17年11月8日第3小法廷決定（刑集59巻9号1449頁）（以下、「平成17年決定」という。）である。

#### (1) 昭和59年判決

同判決は、造船所の工具仲間の闘争において、被害者乙から一方的に攻撃を受け憤懣やるかたない気持ちで帰寮し、乙の帰りを待っていた被告人が、乙の声を聞き、木刀を携え、ズボンのポケットに理容用鋏を入れて寮2階ホールに行き、乙を難詰したところ、駆け付けた同僚の説得に応じて木刀をホール壁際の下駄箱の裏に投げ入れ、話合いをするために階段を下り始めた際、乙がいきなり下駄箱を倒して木刀を取り上げ甲を追い掛けてきたので、当初逃げ回っていたが、乙の攻撃が続くため、鋏を取り出して乙の胸部を13箇所

---

(28) ここで罪数という用語を用いたが、厳密にいうと、成立した犯罪の個数にとどまらず、その前提としての行為の個数を想定している。したがって、正当防衛が成立した場合には犯罪が成立していないのでその個数も問題にならないはずであるが、「社会的見解上一個のもの」（最大判昭49・5・29刑集28巻4号114頁）かどうかという評価は可能であり、犯罪不成立の場合には、そのような行為の個数を想定している。

所突き刺し死亡させたという事案である。最高裁は、殺人罪の過剰防衛を認めた上で、鋏の携帯については、「たとえそれが第一審判決の指摘するような防衛の目的でしかも時間的、場所的に限られた範囲にとどまったとしても、それをもって違法性が阻却されるべき事由となすことはできない」とし、刃物の携帯罪を認めた。仮に正当防衛が成立した場合であれば、携帯も「正当な理由による場合」とすることは可能であったと思われる<sup>(29)</sup>が、そもそも過剰防衛にとどまり違法な殺人行為と評価されたから、そのために用いた刃物の携帯も正当化されなかったのであろう。この点について、第一審のいう防衛の目的というのも、必ずしも正当防衛のためだけに使用するというのではなく、「もっと広く喧嘩になった際の応戦用のために持ち出した」というに過ぎないと解すべきであるから、「自室から持ち出し本田(乙)と対峙するまでの鋏の携帯は不法なもの」であって、その後偶々過剰防衛に使用されたからといって違法性が阻却される理由はない<sup>(30)</sup>と評価されている。そうすると、仮に本件殺人行為が正当防衛であった場合でも、それまでの携帯が不法なものである以上、偶々正当防衛に使用されたからといって、鋏の携帯についてまで直ちに違法性が阻却されるいわれはないということになるのであろうか。ここでは、殺人行為時における携帯の違法性の評価に際して、それま

---

(29) 中野次雄「評釈」判評308(判時1123)号(1984年)64(226)頁は、正当防衛の用に供するための携帯は「正当な理由による」携帯とするが、それは「明らかに具体的な正当防衛の必要が差し迫っている場合に限られる」として、「そのようなごく短時間の握時は、【携帯】とは言えない場合も生ずるであろう」とする(同頁)。なお、本判決の第一審判決は、殺人につき正当防衛を認めた上、その時は「当然違法性が阻却される」とし、さらに、それ以前の携帯についても、「未来の侵害に対する防衛準備行為」として当初から「防衛の目的」があったことなどから、「全体として違法性が阻却される」としている(刑集31巻1号281頁)。

(30) 松浦繁・最高裁判所判例解説【刑事篇】昭和59年度47頁。同旨、中野次雄・前掲注(29)64(226)頁。なお、大嶋一泰「評釈」昭和59年度重判解ジュリスト838号(1985年)165頁も「異論はない」とする。これに対し、緊急避難の問題となる場合があるとする指摘もある(内田文昭「評釈」判タ545号(1985年)46頁)。

での携帯の態様等が考慮されているように見えるが、果たしてそのような考慮は可能なのであろうか。また、殺人行為時における携帯の違法性を評価するために、それまでの携帯の態様等を併せて考慮すべきなのであろうか。この点については、改めて検討することとし、その前に他の判例を見ておこう。

## (2) 平成元年決定

同決定は、ダンプカーを運転してきたKが、自車を空地に入れようとした際、空地前の道路に駐車していた被告人の軽貨物自動車が悪魔になったことから、被告人に怒号するなどしてきたので、被告人がKに文句を言ったところ、Kが「お前、殴られたいか」と言って手拳を突き出し、足を蹴り上げる動作をしながら近付いてきたので怖くなり、自車の運転席前のコンソールボックス上に置いてあった菜切包丁を手に取り、腰の辺りに構えながら兇器を示して脅迫したという事案である。この事案につき、示兇器脅迫と菜切包丁の携帯罪の併合罪として起訴されたが、最高裁判所は、示兇器脅迫の行為について、正当防衛を認めるとともに、菜切包丁の携帯についても、上記「正当防衛行為の一部を構成し、併せてその違法性も阻却されるものと解するのが相当である」として、全部無罪とした。正当防衛との関係についてみると、被告人が菜切包丁を手にとって脅迫した行為に限れば、そのような脅迫行為が違法性を阻却される以上、「その行為の一部を構成している菜切包丁の携帯の違法性も阻却されることに異論はなからう」と言われている<sup>(31)</sup>。しかし、携帯行為と脅迫行為とは通常併合罪の関係に立つから<sup>(32)</sup>、脅迫行為に正当防

---

(31) 川口宰護・最高裁判所判例解説〔刑事篇〕平成元年度 358 頁。同旨、川端博「評釈」法学セミナー 425 号 (1990 年) 128 頁 (ただし、自動車内の携帯が正当化されることまで認めたものではないとされる。)、日高義博「評釈」判評 377 (判時 1346) 号 (1990 年) 68 (230) 頁など。

(32) 所持罪と示兇器脅迫罪とが併合罪の関係にあることにつき、阿部純二＝北野通世・前掲注 (1) 436 頁。

衛が成立したからといって、菜切包丁の携帯それ自体についてKの攻撃との関係で直ちに正当防衛の要件を充足するというわけではない<sup>(33)</sup>。そこで、これを適法とするために、脅迫行為の時点において兇器を手に持つことは示兇器脅迫の一部を構成するから、脅迫時点における兇器の携帯は適法行為の構成部分であるとみたのであろう。確かに、このように考えれば、脅迫時点の携帯を適法と解することは可能であるかもしれない。しかし、そもそも携帯罪は継続犯であるから一定時間の継続的携帯を前提とし、他方、示兇器脅迫罪は即成犯であるからその時点の脅迫行為に限定されて既遂となる。両者は社会的事実としては一瞬の交錯に過ぎないのであるから、正当化され得るのはその交錯部分のみであって、その余の部分について適法になるとまでは言えないのではなかろうか<sup>(34)</sup>。そこで、正当防衛のためという正当な目的があるから「正当な理由による場合」に当たるとみる考え方があるかもしれない。しかし、「正当な理由による場合」とは、「社会通念上その刃物を携帯することが当然に認められるような理由」を想定しているとされているから<sup>(35)</sup>、社会生活に照らして客観的な正当性が認められる場合を意味するというべきで

---

(33) この点、携帯が正当防衛行為に包含されるとして違法性を阻却したのは、「理論的には問題がある」との評価(山本輝之「評釈」法学教室 117号(1990年)99頁)や、保護法益の違いから、「せいぜい緊急避難によって正当化されるに過ぎない」との指摘(山口厚「評釈」警察研究 63巻1号(1992年)38頁)がなされている。

(34) もっとも、正当防衛行為に密着する前後の行為も適法となる余地もあるから、その間の携帯も適法になると解することは可能かもしれない。しかし、正当化されるのはあくまで脅迫行為であって、その着手から実行行為終了までである。その他の部分は正当化されるいわれはない(元々不法な携帯の途中で起こったとすれば、不法携帯のごく一部に正当防衛行為があったとしても、その携帯全体について違法性が阻却されるいわれはないとの指摘として、古田佑紀・前掲注(5)45頁)。そうすると、仮に着手前の携帯は正当防衛の予備として正当化し得たとしても、少なくとも実行行為終了後の携帯を正当化する余地はないように思われる。この点について、車外での携帯と正当防衛行為とが「完全に重なる」から違法性が阻却されたと解するものとして、阪井光平「評釈」警察公論 61巻7号(2006年)83頁参照。

(35) 米澤慶治・前掲注(4)323頁、阿部純二＝北野通世・前掲注(1)653頁。

あって、単に目的という内心傾向のみによって全ての携帯が適法となるわけではあるまい。そこでさらに、正当防衛に際して携帯していることは客観的に正当な態様の携帯であって、その意味で「正当な理由による場合」に当たるとみることが考えられる<sup>(36)</sup>。しかし、携帯行為が「正当防衛行為として行われた」、すなわち、携帯行為それ自体が防衛行為であるならともかく、両者が完全に一致するわけではないことは上述のとおりであるから、それを前提として正当化を導くことは必ずしも十分ではないように思われる。

そこで考えられるのは、脅迫行為以前における携帯行為、すなわち、車のコンソールボックス上に置いていた行為をも併せて考慮し正当化する余地があるかどうかである。仮にそれが可能であるとすれば、これらの行為を一体として評価する方向で検討することになろうが、そのためには、そのような評価がそもそも可能かどうかを検討しなければならない。この点については改めて検討することとし、その前にもう一つの決定をみておこう。

### (3) 平成17年決定

同決定は、かねて反目状態にある甲男との喧嘩に備える目的で、鋏の片刃を加工した本件刃物を自動車のダッシュボードに入れていたところ、運転中に会った甲を挑発したことから甲の自動車に意図的に追突されて転覆し、身の危険を感じた被告人が、ダッシュボードから本件刃物を取り出し、ズボンのポケットに入れて自車から這い出したが、他方、甲も車から降りゴルフクラブを手にして近付き、兩名路上で怒鳴り合う状態になったところ、たまたま事故を目撃した警察官らが2人の間に入って押しとどめていた際、被告人がポケットに本件刃物を入れていたことが発覚したことから、この発覚時点における本件刃物の不法携帯を訴因として起訴されたものである。これに対し、最高裁は、「被告人が自動車のダッシュボード内に本件刃物を入れておいたことは不法な刃物の携帯というべきであり、その後本件刃物を護身用

---

(36) 山口厚・前掲注(33)38頁参照。

にポケットに移し替えて携帯したとしても、それは不法な刃物の携帯の一部と評価するのが相当であるから、本件訴因記載時点における被告人の携帯行為について、「違法性が阻却される余地はない」とした。この決定は、「不法携帯の一部で正当防衛等に当たる場面があったとしても、その部分を含めて携帯行為の違法性は阻却されない」と一般化されると言われている<sup>(37)</sup>。すなわち、不法である当初の携帯とこれに引き続く携帯を分断して二罪とせず、全体として1個の携帯罪とした上、たとえその一部に正当防衛に至る可能性のある状況が生じたとしても、脅迫行為などの防衛行為に出ている以上、違法阻却の余地はないとして違法であるとしたと解されている<sup>(38)</sup>。しかし、一罪の一部起訴とみたのかどうかは必ずしも明らかではない。仮に一罪の一部のみを選択して起訴したものと解すれば、ダッシュボード内の携帯を考慮したことは訴因事実以外の事実を考慮したことになる<sup>(39)</sup>。しかし、そもそも携帯罪は継続犯であるから、ダッシュボードからの取り出しによって必ずしも新たな携帯が始まるわけではないとするのであれば、訴因の解釈として、発覚時点に限定された携帯のみを起訴したのではなく、むしろそのころの携帯全体を起訴したものと考え、実はダッシュボード内の携帯も、少なくとも取り出す直前の携帯は当該訴因に含まれていたと解釈する余地もあり得なかったわけではないと思われる。そうすると、必ずしも訴因外事実を考慮し

---

(37) 多和田隆史「評釈」ジュリスト1322号(2006年)165頁。

(38) 小名木明宏「評釈」平成17年度重判解ジュリスト1313号(2006年)168頁、阿部力也「評釈」判評587(判時1956)号(2007年)45(215)頁、判例時報コメント・判時1917号(2006年)155頁など。これに対し、本田稔「評釈」法学セミナー616号(2006年)120頁は、急迫性の要件を満たしていないと判断したものと主張する。なお、正当防衛に至る可能性のある状況が生ずれば、侵害排除行為に密接に結びつく準備行為にも違法阻却を認めることが可能であり、その余地を否定したものと解すべきではないとの見方(阪井光平・前掲注(34)84頁)もある。

(39) 本決定は、訴因外の実事実を考慮しているが、「継続犯で一罪関係にある携帯行為の違法性の判断に当たり、その直近の訴因外の事情を考慮することは許容される」と評されている(多和田隆史・前掲注(37)165頁)。

て訴因事実の成否を判断したわけではないと解する余地もあり得るのではなからうか。しかし、そのためには、ダッシュボードからの取り出しによってもそれまでの携帯とは別個独立の新たな携帯が成立するわけではないことを前提とするが、そもそもそのような前提は相当であろうか。この点は、改めて検討することにしよう。

#### (4) 平成元年決定と平成 17 年決定との関係

平成元年決定は、被害者 K に追い掛けられて逃げようとした際、「ふと被告人車運転席前のコンソールボックス上に平素果物の皮むきなどに用いている菜切包丁を置いていることを思い出し、とっさに、これで K を脅して…」としており、脅迫の際の携帯以前に自動車内に置いていたことはそれ自体正当な理由に基づくと考えることもできた<sup>(40)</sup>から、そもそも構成要件に該当しない行為が、コンソールボックス上から取り出すことによって携帯罪の構成要件に該当するようになったとしても、それは正当防衛行為の一部を構成するのであるから、全体として違法性が阻却されると考えることも可能であった。しかし、同決定はそのような考えではなく、刃物をコンソールボックス上に置いていたことが適法かどうかを明確に判断していないことから、「起訴の対象とされているのは、脅迫時の携帯のみであると解され、それは正当防衛行為の一部として違法性を阻却されるとする考え方」<sup>(41)</sup>を採ったものと言われている。そうすると、併合関係にある二罪のうちの 1 個を起訴したわけではないのはもとより、コンソールボックス上に置いていたことの違法性を判断していないとすれば、一罪の一部起訴でもないことになる。脅迫時の携帯は、一罪の全部起訴である。そうすると、コンソールボックス上に置いていた行為は、脅迫時の携帯と区別されたもので、自然的行為として

---

(40) 本件のように本来正当に携帯していた刃物をその過程で脅迫行為に一時使用したような場合、不法携帯に問うこと自体が法律の趣旨から見て問題であったとの指摘がある（古田佑紀・前掲注（5）45 頁）。

(41) 川口宰護・前掲注（31）359 頁。

は別個の行為であることを前提としている<sup>(42)</sup>ように思われる。そうだとすれば、平成元年決定において、仮に刃物をコンソールボックス上に置いていたことが違法だと仮定した場合には、その行為とその後の携帯とは別個の行為であるから、併合罪もしくは包括一罪として評価され、少なくとも単統一罪とは評価されないことになったであろうと思われる<sup>(43)</sup>。そうすると、平成17年決定と実質的には矛盾することにならないであろうか。この点、平成元年決定においては、先行する車内での携帯行為は適法であることが強くうかがわれること、訴因が正当防衛成立の脅迫行為と时期的に全く重なっていることなどの点で、事案が大きく異なっている<sup>(44)</sup>ことはその通りであるが、平成元年決定においては携帯行為が2個に分けられ、平成17年決定においては1個と考えられた実質的理由は何であろうか。時間的場所的に近接していたことは同様である。異なるとすれば、当初から反撃に用いる積もりであったか、とっさに攻撃意図を生じたかという目的ないし主観の相違であろうか<sup>(45)</sup>。しかし、そのような目的ないし主観の相違のみによって行為の個数が分かれるのが相当でないことは前述のとおりである。仮に、主観の違いも行為の個数を判断する要素の一つとなり得るにしても、それは、客観的要素と併せて判断要素の一つとして考慮すれば足りるように思われる。罪数判断の前提としての「1個の行為」かどうかについても、「自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上1個のものとの評価をうける」<sup>(46)</sup>という考え方が尊重されて良いように思われる<sup>(47)</sup>。「先行する車内での携帯が明らかに不法であった」

(42) 川口幸護・前掲注(31)359頁。なお、阪井光平・前掲注(34)82頁参照。

(43) 仮に、菜切包丁を自動車内に置いていた行為が違法であるとすれば、その後たまたま菜切包丁を用いた示現器脅迫の罪に正当防衛が成立し、その際の携帯が正当化されるとしても、それは偶然の結果にすぎず、それまでの違法な携帯が適法となるいわれはないと言われている(中野次雄・前掲注(29)64(226)頁)。

(44) 多和田隆史・前掲注(37)165頁。

(45) そのような見解として、阪井光平・前掲注(34)83頁。

(46) 最大判昭49・5・29刑集2巻8号114頁。

かどうかという点で、平成元年決定と平成17年決定が事案を異にする<sup>(46)</sup>ことは確かであるが、自然的観察に従った社会的見解からも両者が決定的に異なっているかどうか疑問がないわけではない。むしろ、行為者の動態を自然的観察のもとで見れば、車内に保管してある状態とポケットに入れて持ち歩く状態とは別個の動態であると見る方が、社会的実態に即していると考えられるように思われる<sup>(49)</sup>。そうだとすれば、平成17年決定の事案においても、取り出し行為以前の先行行為とそれ以後の携帯行為とは一応別個の行為とみた上で、同種ないし同一目的による連続した携帯行為であることから、これを一括して評価し包括一罪として処理するという考え方も可能ではなかったとも考えられる。もっとも、そうなると、訴因はあくまで持ち出し後の行為であるから、訴因外の事実を考慮するという問題に直面することになる。

そこで、この点を踏まえた上で、刃物の携帯をめぐる訴因構成の在り方を検討しよう。

## 4 訴因構成の在り方

### (1) 行為の個数と訴因構成の在り方

---

(47) 速度違反の個数につき、最決平5・10・29刑集47巻8号98頁の藤島補足意見において、「一個の社会事象」かどうかによるとの見解が述べられており、その趣旨は、「社会的に見て別個の速度違反の罪と評価できる実質があるかどうか」であるとされている（大淵敏和・前掲注（19）122頁）。

(48) 多和田隆史・前掲注（37）165頁。

(49) 確かに、平成元年決定の事案では、先行行為が適法である可能性が高く、仮に適法だとすれば先行行為はそもそも犯罪行為ではないから、罪数判断の前提として行為の一個性を検討する余地はないとも言える。しかし、行為の一個性が構成要件を捨象して検討すべき事柄であるとするれば、罪数判断を検討するかどうかにかかわらず行為の一個性は独立して検討し得るように思われる。

例えば、自動車に搭載していた刃物、あるいはポケットに入れて持ち歩いていた刃物を偶々生じた紛争に際して使用した場合、紛争に使用した際の携帯とそれ以前に搭載し又は持ち歩いていた携帯とは全体として1個の行為であろうか。この点、主観的目的の如何で区別する考え方、行為の客観的態様で社会的見地から区別する考え方、主観客観双方を考慮して区別する中間的な考え方等があり得るが、前述のように、主として行為の客観的態様で社会的見地から区別する考え方が相当であるように思われる。そして、殺傷等の行為時における刃物の携帯とそれ以前の携帯とが、仮に2個の行為であるとすれば、訴因外事実の考慮という前述の問題が顕在化する。そこで、この問題を回避するためには、これらの行為を全体として1個と評価した方が良いと思われるが、仮に1個の行為とみれば、どのような問題が生じ得るかを検討しておこう。

## (2) 1個の行為と評価した場合

第1に、殺傷等の行為時における携帯のみが訴因に掲げられていたとすれば、それは一罪の一部に過ぎないのか、また、一部起訴であるとすれば残余の部分の取扱いはどうなるかという問題がある。この点、継続犯においては、着手後既遂に達するまで一定時間の実行行為の継続を要するから、既遂として起訴する限り、最低限度、既遂に達するまでの実行行為の継続を起訴していることにならう<sup>(50)</sup>。そして、既遂後においても当該行為が継続する限り犯罪が終了しないとはいえ<sup>(51)</sup>、着手後既遂までの行為全部を捉えて起訴したのであるから、それは当該継続犯の全部起訴であって、もはや一罪の一部起訴とは言えないと考えられる。すなわち、既遂に達した後の行為も犯罪の一部

---

(50) もっとも、単純行為犯ないし挙動犯の場合には、行為の着手によって直ちに既遂に達する。しかし、継続犯である以上、それでもなお一定期間の継続が必要ということに変わりはあるまい。ただし、始期から終期までの時間の長短は問題ではないと言われる(銃刀法3条の所持罪につき、米澤慶治・前掲注(4)48頁参照)。

(51) 既遂と犯罪の終了の関係について、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号(1994年)15頁、古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判タ550号(1985年)90頁参照。

ではあるが、その部分も含めて既遂で評価され尽くされている（したがって、既遂後の行為を別罪として取り上げることはできない。）とすれば、実行行為が継続していることは、共犯の成否あるいは時効の起算点の問題としては極めて重要であるが<sup>(52)</sup>、一部起訴かどうかという意味では重要ではないとも言えるからである。通常の場合、既遂時点で検挙されるのが一般的であろうから、既遂後の継続の問題は生じないと思われるが、紛争に使用する前の段階での携帯は問題となる。これを含めて1個の行為だとすれば、自動車に搭載した時点が着手であり、一定時間の経過によって既遂に達し、その後紛争に際して使用した行為は、既遂後の継続実行行為となる。したがって、本来であれば、この時点のみを切り取って起訴するのは相当ではなく、それ以前の自動車に搭載した時点からの一定時間の携帯を起訴するのが相当ということになる。ただし、継続実行行為も実行行為であるから、立証の難易等を考慮し、紛争時点の継続実行行為を捉えて起訴することも許容されよう。しかし、そうなると、それ以前の行為はどのように位置付けられるのであろうか。訴因の解釈としてどこまで考慮できるのであろうか。

そこで、第2に、前後1個の行為であるとすれば、訴因の解釈として、どこまで訴因として掲げられた事実に含まれているかという問題が生じる。すなわち、携帯は継続犯であるから、殺傷等の行為の時間場所における携帯と記載されていても、その前後一定の時間的場所的間隔を包含したものと解する余地がある。形式的には訴因外の事実を考慮したように見えて<sup>(53)</sup>、実は訴

(52) 林美子「状態犯と継続犯」神奈川法学 24 巻 2 = 3 号 (1988 年) 3 頁、林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」西田典之ほか編・刑法の争点〔第3版〕(2000年) 30 頁、同「犯罪の終了—最高裁平成 18 年 12 月 13 日決定を契機として—」刑事法ジャーナル 9 号 (2007 年) 67 頁。なお、古田佑紀・前掲注 (5) 90 頁参照。

(53) 平成 17 年決定は、一罪とみた上で訴因外の事情を考慮したものと理解されており、「少なくとも、継続犯で一罪関係にある携帯行為の違法性の判断に当たり、その直近の訴因外事実を考慮することは許容される」と言われている (多和田隆史・前掲注 (37) 165 頁)。

因の解釈に止まるに過ぎないこともあるのではないかという問題である。この点、殺傷等の行為それ自体は極めて短時間であるのが通常であろうから、時間的には、それ以前の行為、例えば、自動車から持ち出した行為、持ち出す前に自動車に搭載していた行為についても、場合によっては一部含めることが可能となることもある得るかもしれない。また、空間的にも、短時間であれば空間的移動もさほど広範囲に及ぶことは考えられないから、自動車に搭載していた行為を一部含めることは可能であるかもしれない。そうすると、前後1個の行為であるとみる限り、その程度の拡大は訴因の解釈として許容する余地はあり得るように思われる<sup>(54)</sup>。それでもなお疑問が感じられるとすれば、おそらく、携帯の具体的目的ないし意図という主観的態様が大きく変更し、空間的にも自動車からポケットに移行したという点で客観的態様も大きく変化したことを考慮すべきであると考えからであろう。しかしながら、それは結局のところ、1個の行為と見たこと自体が相当ではなかったということに帰着する。その意味において、やはり2個の行為と評価した方が相当であるように思われる。そこで次に、その場合にはどのような問題が生じるかを検討しておこう。

### (3) 2個の行為と評価した場合

第1に、殺傷等の行為時における携帯とそれ以前の携帯とが2個の行為であるとしても、実は包括一罪の関係にあるのであって、結局は一罪になるのではないかという疑問が生じよう。すなわち、仮に併合罪関係にあると見える場合でも、保護法益の同一性、行為の連続性等に照らし、包括して評価すべきではないかとも考えられ、そうなると両方の起訴はできないのではな

---

(54) 基本的には、訴因の同一性が認められる範囲ということになろう(田宮裕・刑事訴訟法〔新版〕(1996年)196頁、田口守一・刑事訴訟法〔第4版〕(2005年)309頁など参照)。例えば、過失犯について、「進路前方を注視せず、進路の安全を確認しなかった」という訴因に対し、「進路前方を注視せず、ハンドルを右方向に転把して進行した」という認定をしたのは、当初訴因の「補充訂正」に過ぎないとした事案(最決平15・2・20判時1820号149頁)など参照。

いかという疑問である。包括一罪の性質についてはかねてから議論があるが、最近では本質的には数罪であって、いわば科刑上の一罪であるという見解が有力である<sup>(55)</sup>。そうすると、訴因として掲げることができないのではなく、訴因として掲げて一罪と評価すべきだということになるから、検察官がこれを二罪として評価し併合罪として訴因に掲げたとしても、裁判官において一罪と評価すれば足りるのであって、そもそも起訴できないかどうかという問題ではないように思われる<sup>(56)</sup>。

そこで第2に、仮に一方のみを起訴した場合、他方の事実を考慮することは可能か、すなわち、訴因外事実の考慮がどこまでできるかという問題が生じる。この点、前述のように、2個の行為ではあるが科刑上一罪であるとすれば、1個のみを起訴した場合には他方の事実は明らかに訴因外事実ということになる。しかも、2個であることを前提とする以上、起訴された訴因の解釈として幅を持たせて拡大するという処理は不可能であろう。そうすると、正面から訴因外事実を考慮できるかという問題に直面せざるを得ない。しかし、この点を除くと、前述のとおり、行為を1個とみるよりも2個とみた上で法的評価をする方が難点は少ないように思われる。

そこで最後に、訴因外事実をどこまで考慮できるかという残された問題について、検討しておくことにしよう。

#### (4) 訴因外事実の考慮

訴因外の実事の考慮については、刑事訴訟における訴訟物は何かという、かなり困難な問題が含まれており、容易に解決し難い。そこで、本格的検討は稿を改めて行うこととし、ここでは簡単に素描するにとどめておきたい<sup>(57)</sup>。

---

(55) 平野龍一・刑法総論Ⅱ（1975年）413頁、同「法条競合と包括一罪」警察研究64巻5号（1993年）8頁、前田雅英「一罪と数罪」阿部純二ほか編・刑法基本講座第4巻未遂／共犯／罪数（1992年）279頁など。

(56) この点につき、拙稿「訴因設定権限と罪数に関する覚書」広島法科大学院論集3号（2007年）157頁参照。

訴因外事実の考慮についても、いくつかの類型があるように思われる。

第1は、訴因事実の構成要件該当性を訴因外事実を考慮して判断することである。これは、訴因の解釈の限界を超えているように思われる。なぜなら、訴因外事実を考慮しなければ構成要件該当性が判断できないようであれば、訴因の特定を欠いているというべきであるし、訴因が特定しているのであれば、訴因外事実を考慮する要はないからである<sup>(58)</sup>。

第2は、訴因の違法性の判断に訴因外事実を考慮することである。これは、訴因行為の違法性判断の限界内であるように思われる。なぜなら、確かに、違法性の「有無」については、当該起訴にかかる行為それ自体の法益侵害ないしその危険性によって判断されるべきであるかもしれないが<sup>(59)</sup>、その「程度」については、当該訴因行為の結果のみならず行為の態様も深く関わりと考えられるので、当該行為の意味を解釈する上で、その動機、目的、原因、犯行に至る経緯等も重要な役割を有しているからである。それらが当該行為の違法性に影響する限度において<sup>(60)</sup>、これらを訴因外事実として考慮することは可能であるように思われる。そうすると、仮に行為を2個と評価した場合、訴因行為以外の事実も、それが独立した犯罪を構成するのであれば別途余罪考慮の問題は生じるものの<sup>(61)</sup>、少なくとも訴因の違法性の「程度」を評

(57) 裁判所の審判範囲との関係で訴因外事実の審理を検討したものとして、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)313頁、菊池則男「被告人側が主張する訴因外事実の審理について」法学新報112巻1=2号(2005年)253頁参照。

(58) なお、立証との関係で、類似事実による犯罪事実の立証の可否が問題とされているが(田口守一・前掲注(54)363頁、松尾浩也・刑事訴訟法下[新版補正第2版](1999年)116頁など参照)、これは証拠の関連性の問題であって、本稿でいう訴因外事実の考慮とは別の問題である。

(59) その意味において、起訴にかかる行為それ自体が適法と評価され得るときに、起訴されていない余罪を理由に起訴にかかる行為を違法と評価し直すことは相当でないと考えられる。なお、多和田隆史・前掲注(37)165頁参照。

(60) 大谷實・刑法講義総論[新版第2版](2007年)239頁参照。

価する限度においては考慮することが許容されて良いのではあるまいか。

このように見てくると、殺傷行為時の携帯とそれ以前の携帯とは、行為の客観的態様が変化する限り、原則として別個の行為であると評価した上で、訴因の構成としては、立証の容易性等を考慮して、いずれを選定することもでき、また、双方を起訴することもでき(ただし、包括的に評価されるかどうかは別論である。)、その場合、訴因外事実となった携帯については、訴因たる携帯の違法性を評価する限度において考慮できると解するのが相当であるように思われる。

#### (5) 訴因構成の在り方

訴因は、検察官によって法律的に構成された主張事実である。検察官は、社会的事実の中から法律的に有意な事実を抽出し構成要件に該当するように構成して審判対象を提示する。それが1個か2個かは第一次的には検察官が判断する<sup>(62)</sup>。社会的事実の中からどのような事実を抽出して法律構成を行うか、どのような事実を認定して主張するかは、まずは検察官の判断に委ねられている。検察官による判断資料(判断基底)は収集された証拠である。検察官の手に収集され集約された証拠に基づき、実体法的認識に従って判断する。したがって、その判断指標は実体法に関する認識である。その意味において、訴因構成の基準は実体法である。

しかしながら、検察官は、例えば、実体法的には吸収される犯罪であっても、これを訴因として構成しその処罰を求めることができるとされており、あるいは、共罰的事後(事前)行為(例えば、窃取後の器物損壊)であって

---

(61) 余罪考慮の問題は、主に刑の量定について論じられているが(最判昭41・7・13刑集20巻6号609頁、最判昭42・7・5刑集21巻6号748頁参照)、量刑が違法・責任の大きさに由来するのであれば、訴因外事実の考慮においても問題となり得るように思われる。

(62) したがって、検察官と裁判所の罪数判断が異なったとしても、最終的には裁判所の判断によるというだけであって、公訴提起それ自体は全く適法である(鈴木茂嗣・続刑事訴訟の基本構造上巻(1996年)315頁、321頁参照)。

も、これを訴因として構成してその有罪を主張することができる<sup>(63)</sup>。そうだとすれば、単に実体法のみに基づいて訴因を構成しているわけではないこともまた明らかであろう。ここでは、社会的事実としての実態が存在している限り（したがって、犯罪構成要件に該当するに足りる器物損壊という社会的事実が存在する限り）、これを法律的にどのように構成するかは検察官の裁量に委ねられており、吸収されるかどうか、共罰となるかどうか、結局のところ、検察官による訴因構成の仕方に依存するといっても過言ではないように思われる<sup>(64)</sup>。

ところで、罪数の問題がそのような問題であるとするれば、犯罪行為が1個の行為か2個の行為かも実体法の問題であるとともに、それらが論理的に成り立ち得ない場合でない限り、いずれに訴因構成して起訴するかは検察官の

(63) 最判平15・4・23刑集57巻4号467頁。なお、高木俊夫「訴訟の場から見ると不可罰的事後行為」河上和雄先生古稀祝賀論文集（2003年）278頁、福崎伸一郎・最高裁判所判例解説〔刑事篇〕平成15年度289頁、川出敏裕・前掲注（57）323頁参照。もっとも、例えば、窃盗後の器物損壊を窃盗と器物損壊と両方主張して処罰を求めることはできないであろう（高木俊夫「評釈」ジュリスト1281号（2004年）170頁〔ただし、およそ併合罪とみることを否定するものではないとされる。〕参照）。

(64) ここで「共罰」「吸収」というのは、単なる法条競合とは異なる犯罪の競合であるから、一種の「科刑上一罪」と考えることができよう（平野龍一・前掲注（55）総論II 412頁参照。さらに、西田典之「抵当権設定による横領について」研修657号（2003年）3頁以下参照。）。公職選挙法違反の交付罪と供与罪との関係につき、広義の「包括一罪」とする見解として、岩瀬徹・最高裁判所判例解説〔刑事篇〕昭和61年度197頁、山火正則「買収共謀にもとづく供与と事後的交付の罪数関係」ジュリスト874号（1986年）69頁など（なお、包括一罪説に好意的な見解として、木谷明・最高裁判所判例解説〔刑事篇〕昭和59年度31頁）。もっとも、本犯行為が起訴できない場合に共罰的事後行為を独立に起訴することが可能である（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）525頁。なお、曾根威彦「不可罰的事後行為の法的性格」研修668号（2006年）7頁参照。）とすれば、検察官の裁量の問題とは異なるというべきであろう。なお、共罰と不可罰とを区別し、前者は刑の吸収であるとする見解として、小林充「不可罰的事前行為・不可罰的事後行為と共罰的事前行為・共罰的事後行為」法曹時報59巻2号（2007年）6頁。

裁量に委ねられているという意味で訴訟法の問題でもあると考えることができる。そして、その裁量が合理的である限り、いずれの処理も適法である<sup>(65)</sup>。

そうすると、確かに検察官の訴因設定の仕方によって有罪となったり無罪となったりすることはあり得るが、行為の客観的態様に従って行為の一個性を判断し、それに従って訴因を構成し起訴したのであれば、その判断が合理的である限り、その責は訴因設定の仕方に帰せられるべきではあるまい。そして、設定された訴因行為の違法性判断について、訴因外事実をも考慮できるとすれば、その限度において、ある程度適切な結論に到達することができるように思われる。これを刃物の携帯についてみれば、例えば、検察官において、殺傷行為時の携帯とそれ以前の携帯とが2個の行為であると評価し、前者のみを起訴した場合であっても、その違法性の判断について、後者の事実を考慮する余地はあり得るし、逆に後者のみを起訴した場合であっても、前者の違法性を考慮して後者を違法とする余地もあり得ないわけではないように思われる。このように考えることができれば、検察官の訴因設定の仕方によって有罪になったり無罪になったりするという不都合をある程度回避することができるのではないかと思われる。

## 5 おわりに

刃物を用いた殺傷あるいは脅迫等の事件では、当該殺傷等の事犯とともに、その殺傷等の行為時点における刃物の携帯も併せて起訴されるのが通例である。立証の容易さからいっても、刃物による殺傷等の行為が立証されれば、ほぼ自動的にその際の刃物の携帯行為が立証され得る関係にあるから、この時点の携帯を併合罪として起訴することは合理性がある。しかし、仮に殺傷等の行為が正当防衛とされた場合には、立証の容易さが裏目に出て、刃物の

---

(65) 拙稿・前掲注(56)165頁参照。

携帯も併せて無罪となってしまうのが通例であろう。ところが、犯行時点ではなく、犯行時点より以前、例えば犯行着手直前の携帯行為を取り上げて起訴していた場合<sup>(66)</sup>には、これが犯行時点における携帯とは別罪とされる限り、殺傷等の行為とは別に携帯罪を有罪とすることができるであろうから、訴因の設定の仕方によって、あるいは有罪となりあるいは無罪となってしまう。

本稿では、以上のような問題意識に基づいて、罪数と訴因構成の在り方を検討してきた。未だ不十分ではあることは良く承知しているが、取り敢えず本稿で検討してきたところをまとめておきたい。

すなわち、刃物の携帯について、第1に、携帯罪が継続犯であることを前提とした上で、それが一連の行為であったとしても、なお当該行為の社会的態様の客観的变化に応じて、1個の行為ではなく2個の行為と評価することが妥当な場合もあり得ること、第2に、その場合には、継続犯ではあっても二罪となり、一応併合罪関係に立つが、事案によっては包括一罪と評価するのが相当であること、第3に、仮に2個の行為のうち1個のみが訴因として選択され起訴された場合であっても、訴因事実の違法性を判断する際には、選択されなかった訴因外事実をも考慮することが可能であること、第4に、そのような判断を行えば、検察官の訴因設定の仕方によって有罪になったり無罪になったりするという不都合をある程度は回避することができるのではないかということである。いずれについても当面の暫定的な検討に過ぎない。特に、第3及び第4の点については、刑事訴訟における審判対象をめぐって本質的な検討を行う必要があることは十分に承知しているが、これらの点については、他日、稿を改めて検討することとしたい。

---

(66) ただし、所持がその直後の犯行の予備となっているような場合には、その犯行が正当防衛となった場合には、携帯も併せて無罪とされる可能性もあり得るので、そのような場合は除外するものとする