

『訴因設定権限と罪数に関する覚書』

大久保 隆 志

- 1 はじめに
- 2 罪数判断と訴因設定権限
- 3 包括一罪の分割起訴
- 4 結合犯の分割起訴
- 5 罪数判断を巡る検察官の訴因設定権限の限界
- 6 おわりに

1 はじめに

最高裁判所は、近時、検察官の訴因設定の権限に関して、注目すべき判断を下した。

その1は、平成15年4月23日の大法廷判決(刑集57巻4号467頁)である⁽¹⁾。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、検察官は、事案の軽重、

(1) 本判決の解説として、福崎伸一郎・ジュリスト1255号(2003年)139頁、山口厚・法学教室278号(2003年)34頁、浅田和茂・ジュリスト1269号〔平成15年重判解〕(2004年)168頁、野村稔・現代刑事法6巻7号(2004年)75頁、高木俊夫・ジュリスト1281号(2004年)167頁、小田直樹・判評550〔判時1870〕号(2004年)39頁など。なお、林幹人「横領物の横領」現代刑事法6巻9号(2004年)82頁、山口厚・新判例から見た刑法(2006年)90頁以下参照。

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。

その2は、平成15年10月7日の第三小法廷判決(刑集57巻9号1002頁)である⁽²⁾。既に窃盗罪として有罪判決が確定した後に、それ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が問題となった事案に関し、「訴因制度を採用した現行刑法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである。そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判

(2) 本判決の解説として、宇藤崇・ジュリスト1269号〔平成15年重判解〕(2004年)202頁、長沼範良・刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)204頁、多和田隆史・ジュリスト1310号(2006年)150頁など。なお、大澤裕「常習一罪と一事不再理の効力」研修685号(2005年)3頁以下参照。

決による一事不再理効は、後訴には及ばない」とした。

そこでは、「事案の軽重、立証の難易等諸事情を考慮し」という限定が付されてはいるものの⁽³⁾、検察官の「訴因設定権限」が最大限尊重されている。事件の切り取り方は検察官の権限に委ねられているから、裁判所は、検察官の罪数判断に従って切り取られた結果として提示された対象に限定して審理すべきであるという方向に強く傾斜しているように思われる⁽⁴⁾。その結果、裁判所の罪数判断にも、訴因との関係において、あたかも一定の限界があるかのように見えるのである⁽⁵⁾。もとより、これらの判例も事例判断であって、かような一般論にまで踏み込んだものではないが、検察官の「訴因設定権限」を最大限尊重していること自体は間違いのないように思われる⁽⁶⁾。

しかしながら、そもそも罪数判断は法適用の問題であるから、裁判所は職権で判断すべきであって、検察官が一定の罪数判断に従った訴因を掲げて起訴しても、その罪数判断には拘束されないとするのが、これまで一般的であ

(3) なお、最高裁は、従来から「一罪の一部起訴」を肯定するに際し、「立証の難易等諸般の事情を考慮し」という表現を用いていた(最決昭59・1・27刑集38巻1号136頁)。

(4) 一罪の一部起訴に関する判例の基本的態度は、「全面的な積極説であると考えるところ、不可能ではない」と言われている(木谷明・最高裁判所判例解説〔刑事篇〕昭和59年度27頁)。なお、訴因制度の趣旨に照らし、現行法は徹底した「検察官処分権主義」を採っていると評価されている(香城敏磨「訴因制度の構造(中)判時1238号(1987年)3頁)。

(5) これに対し、大阪高判平15・10・29(判時1682号176頁)は、最高裁判所の立場を踏まえた上で、「検察官がその裁量権に基づいて実体法上一罪の関係にある複数の事実を個別に起訴した場合には、犯罪事実各訴因ごとに認定すべきであるが、そのうちの一つの訴因が他の訴因と一罪の関係にあることがその訴因の記載自体によりうかがわれる場合には、罪数判断に当たっては、証拠により認められる実体法上の罪数関係に従うべきである。」としている。

(6) この判例の傾向は、検察官の訴因構成権ないし訴追裁量権からみて当然と解されており、実務においては歓迎される傾向にあるようである(小出鏗一「一事不再理効の及ぶ範囲に関する一試論」刑事法ジャーナル2号(2006年)56頁参照)。

ったように思われる⁽⁷⁾。そうすると、裁判所は検察官の訴因構成に拘束されることなく、実体法の理論に従って自らの責任で罪数判断を行い、これに従った判決をすることができるというべきであろう。にもかかわらず、これらの判例が、検察官の罪数判断に沿って構成された訴因に従うとしたのは、どのように考えるべきであろうか。はたして、検察官の「罪数判断」に従ったのであろうか、それとも検察官の「訴因設定権限」に従ったのであろうか。これらの判例では、その両者が微妙に絡み合っているように思われる。

ところで、そもそも裁判所の審判対象は訴因に限定されている(訴因対象説)。したがって、裁判所は、検察官によって設定された訴因を超えて事実を認定することはできない。しかし、罪数判断は法律判断であるから、最終的には裁判所の専権に属し、裁判所は検察官の罪数判断に拘束されるわけではないはずである。ところが、検察官の罪数判断に沿って構成された訴因に従うということは、結果として検察官の罪数判断に従うことになるようにも思われる。仮にそうだとすれば、検察官の「訴因設定権限」を通じて、検察官の罪数判断に拘束力があることになるのであろうか。そもそも、検察官の「訴因設定権限」の限界はどこにあるのであろうか⁽⁸⁾。

この点、一般論としては、公訴権濫用論の観点から検察官の「訴因設定権限」には一定の限界が想定されるが、これとは別に、今少し明確な限界があ

(7) 香城敏磨「訴因制度の構造(下)」判時1240号(1987年)12頁、平野龍一・刑事訴訟法(1958年)135頁、同・刑事訴訟法の基礎理論(1964年)125頁、田宮裕・刑事訴訟法〔新版〕(1996年)196頁など。なお、高松高判昭59・1・24(判時1136号158頁)参照。

(8) もし何らの限界がないとすれば、検察官の恣意的判断によって被告人は併合罪加重されたりされなかったり、既判力の範囲の広狭が検察官の判断のみによって定まったりすることになってしまうおそれもある。従来、その不都合は、審判対象の拡大という訴訟法的な処理のほか、量刑や罪数処理の変更というような実体法上の処理で対処されていたようである(中谷雄二郎「訴因と罪数」刑事訴訟法の争点〔第3版〕(2002年)130頁)。

り得るようにも思われる。しかし、これらの点については、従来必ずしも明確ではなく、あるいは「裁量権の濫用として違法の問題も生じるであろう」⁽⁹⁾とされ、あるいは「いったんは判例で否定された訴因変更命令の形成力の例外的賦与・・・など、これから議論されるべき問題はまだまだ多いと言わなければならない」⁽¹⁰⁾などとされるにとどまっていたように思われる。

ところで、罪数との関係で検察官の「訴因設定権限」の限界が問題となる場合として、「一罪の一部起訴」⁽¹¹⁾(起訴された一部以外は、必然的に「一部不起訴」となる。)のほか、「一罪の分割起訴」ともいうべき場合(起訴の仕方それ自体は一種の一部起訴ではあるが、最終的には全部起訴となるので、いわば「一罪の全部起訴」である。)が考えられる。そして、罪数判断が「訴因設定権限」に直接かかわってくるのは、実は後者の場合である。なぜなら、後者の場合は一部起訴ではなく全部起訴であり、起訴(訴因設定)の仕方(したがって「訴因の単一性」判断)が罪数判断によって直ちに異なってくるからである⁽¹²⁾。

そこで本稿では、第1に、検察官の「訴因設定権限」と罪数判断について問題点を概観して、問題の所在を今少し明確にし、引き続き第2に、一罪、特に包括一罪及び結合犯の分割起訴の可否について類型ごとに検討して、そ

(9) 三井誠・刑事手続法Ⅱ(2003年)158頁。

(10) 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)291頁。

(11) 一罪の一部起訴については、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頁以下及び同論文所掲の文献参照。また、その理論的根拠を要領よくまとめたものとして、新屋達之「犯罪事実の一部起訴」刑事訴訟法の争点〔第3版〕(2001年)108頁以下、実務上の問題点につき、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)534頁以下参照。

(12) 罪数判断は、訴訟法的には訴因の個数の問題、したがって「訴因の単一性」の問題として現れる(平野龍一・前掲注(7)基礎理論120頁参照)。

の類型に応じて検察官の罪数判断と訴因構成のあり方に一定の限界があることを明らかにし、ついで第3に、訴因における罪数判断が違法な場合において採るべき法的措置について考えた上で、最後に若干の方向性を素描することとしたい⁽¹³⁾。

2 罪数判断と訴因設定権限

(1) 罪数判断

一般に、罪数判断は法律判断であるから、裁判所の専権に属するとされている⁽¹⁴⁾。したがって、訴訟の進展に応じて罪数が変化した場合のうち、事実関係に全く変更がなく単に罪数評価のみが変化した場合には、訴因の変更⁽¹⁵⁾にかかわりなく新たな評価に応じた裁判をすることができる。例えば、検察官が数個の犯罪と認めて同一裁判所に数回にわたって起訴したところ、裁判所において審理の結果それが一罪をなすことが判明した場合、一罪として一個の裁判をすればよく、重ねて公訴棄却の判断は不要であるとされている⁽¹⁶⁾。その理由は、公訴提起の効力は公訴提起の時点を基準にその当時の実体形成

(13) 訴追と罪数との関係につき、拙稿「罪数判断と検察実務」現代刑事法6巻7号(2004年)53頁以下参照。なお、これに関連して、第1に、法条競合における選択的起訴とも言うべき場合、例えば、業務上横領に代えて単純横領の訴因を構成することの可否、第2に、いずれかは処罰される択一関係にある事実のうち一方のみを取り上げて訴因を構成する場合、例えば、選挙における共謀供与を交付とし、あるいは保護責任者遺棄を死体遺棄として起訴することの可否などについても検討すべきであろうが、ここでは罪数との関係に絞ることとする。

(14) 香城敏磨・前掲注(7)12頁、平野龍一・前掲注(7)基礎理論125頁など。

(15) 判例は訴因変更の問題としているが(変更不要とするものとして、最判昭29・3・2刑集8巻3号217頁、最決昭35・11・15刑集14巻13号1677頁など)、学説上は「補正」すべきであるとの見解が有力である(松尾浩也・田宮裕・刑事訴訟法の基礎知識(1966年)99頁[田宮裕]、田口守一・刑事訴訟法〔第4版〕(2005年)312頁など)。

を標準とすれば足り、公訴提起において、一罪の主張が一個の訴因として、数罪の主張が数個の訴因として構成されている以上、公訴提起には何らの瑕疵はないからである⁽¹⁷⁾。公訴提起における検察官の判断は適法という意味で尊重されるが、検察官の判断は裁判所の裁判を拘束しない。起訴された犯罪につき一罪として処理すべきか数罪として処理すべきかは、これを処理する際の審判対象の客観的状态が基準とされるからである。そして、このような処理は、罪数判断が裁判所の専権に属するとする立場とも符合している⁽¹⁸⁾。

(2) 訴因設定権限

ところで、検察官は捜査した犯罪をどのように切り取って訴因構成するかの権限を有しており、いわゆる「一罪の一部起訴」も当然に許されるものと解されている。その意味では、一種の処分権を有しているとも言える⁽¹⁹⁾。この方向を推し進めると、検察官が数罪として起訴した以上、裁判所は数罪を前提として判断するべきではないかとも考えられる。しかしながら、検察官が処分権を有するのは事実についてであるから、処分権は事実の切り取り方の権限であって、切り取られた事実をどのように法律構成するかは処分権の問題ではない。したがって、単なる罪数の問題であれば法律構成（ないし適

-
- (16) 香城敏磨・前掲注(7) 12頁、高田卓爾・刑事訴訟法〔改訂版〕(1978年) 448頁など。なお、平場安治ほか・注解刑事訴訟法中巻〔全訂新版〕(1982年) 630頁〔高田卓爾〕参照。別途公訴棄却等の判断は不要であるという結論としては同様であるが、追起訴を訴因の変更追加の趣旨と解釈して二重起訴にはならないという見解も有力である(平野龍一・前掲注(7) 刑事訴訟法 135頁、最判昭31・12・26刑集10巻12号1746頁など)。なお、起訴行為を1個の行為と解釈し得ないときは訴因の「補正」が必要であるとする見解(松尾浩也・田宮裕・前掲注(14) 102頁)もある。
- (17) 鈴木茂嗣・続・刑事訴訟の基本構造上巻(1996年) 324頁。
- (18) 罪数判断は裁判所の専権であり法令解釈事項であるから、「一起訴一判決の原則」は適用がないとされる(小林充「罪数の評価と訴訟手続」研修696号(2006年) 12頁)。
- (19) 香城敏磨・前掲注(4) 3頁。ただし、起訴便宜主義と一部起訴肯定説とが論理必然的に結びつくわけではないとの指摘もある(新屋達之・前掲注(11) 109頁)。

用)の問題であるから、処分権の問題ではない。例えば、数回の窃盗が包括一罪か併合罪かという場合には、事実の構成要件該当性に変化はなく、ただ数個の窃盗として同一構成要件に数回該当するか、包括して一個の窃盗として同一構成要件に一回該当するかという区別に過ぎない⁽²⁰⁾。

しかしながら、常習一罪かどうかの問題となる場合、例えば、数個の単純窃盗か常習特殊窃盗一罪かが問題となる場合には、該当すべき構成要件自体が異なってくる。仮に縮小認定できるのであれば、訴因変更がなくても縮小された構成要件該当性を認定すれば足りるとも言えるが、数個の窃盗を1個の常習特殊窃盗と認定するには、常習性という新たな事実を付加して認定しなければならない。いわば拡大認定であって、訴因変更なく後者を認定することはできないであろう。検察官が設定した土俵を裁判所が勝手に拡大することはできないからである。すなわち、検察官はこの場合、「結果的にみれば」、いわば一罪の一部起訴をしたのであるから、裁判所において勝手に全部についての判断を下すことはできないのである。少なくともこのような場合には、検察官の「訴因設定権限」が尊重されることになる。そして、この場合は、一見して罪数判断の問題のように見えるが、実は単なる罪数判断の問題ではない。審判対象たる事実それ自体が変化し、構成要件該当性判断が異なっているのである。

かようにして、同じく訴因と罪数の問題と言われる場合でも、実は性質の異なる問題が混在していることが分かる。第1は、純粋に罪数判断(したがって法的評価〔法律適用〕)が問題となる場合であり、第2は、単なる罪数判断にとどまらず、審判対象の変化(したがって事実評価〔事実認定〕)が問題となる場合である。

そこで、以上を踏まえた上で、第1に、主として罪数判断が問題になると

(20) 一般に、包括一罪と数罪とは特定の程度に差があっても良いとされている(中谷雄二郎・前掲注(8)130頁)が、ここでは数罪しても一罪としても訴因が特定していることを前提とする。

思われる場合として、科刑上の一罪（この場合、実体法上数罪であるから、それぞれ独立に起訴できる。）と境を接する実体法上の一罪、特に、包括一罪を数罪に分割して起訴する場合を検討し、第2に、罪数判断に加えて審判対象それ自体の変化が問題になると思われる場合として、法が複数の行為を合わせて一罪としている犯罪、特に、結合犯を数罪に分割して起訴する場合について検討することとする。

なお、この問題は、既判力の範囲（ないし一事不再理効）の問題として、裁判の効力との関係で検討されることが多いが⁽²¹⁾、ここでは検察官の「訴因設定権限」の問題として、公訴権との関係で検討する。

3 包括一罪の分割起訴

そこでまず、包括一罪の分割起訴について検討する。包括一罪については様々な見解があるが、一般には、「数個の構成要件に該当する事実が、全体として一罪となる場合」⁽²²⁾、あるいは「実質において、構成要件に該当する数個の行為が存在し、数個の罰条を適用しうるにもかかわらず、一定の根拠・基準に基づいて、これらを包括的に評価し、一罪として処断する場合」⁽²³⁾などとされている。

ところで、包括一罪が一罪か数罪かについては争いがあるが、近時、「一罪と数罪の中間領域」⁽²⁴⁾とし、あるいは「単純一罪の一種ではなく、むしろ科刑上の一罪の一種」⁽²⁵⁾「黙示的な科刑上の一罪」⁽²⁶⁾とする見解が有力である。

(21) 中野目善則「二重危険の原理－罪数と二重危険禁止条項の「関係」を中心に－」刑法雑誌31巻4号(1991年)13頁以下、只木誠「一事不再理効の客観的範囲について－罪数判断との対応を維持すべきか－」獨協法学53号(2000年)89頁以下(同・罪数論の研究(2004年)219頁以下所収)参照。

(22) 虫明満「包括一罪」阿部純二ほか編・刑法基本講座第4巻未遂／共犯／罪数(1992年)298頁。

(23) 奈良俊夫「いわゆる『包括一罪』の再検討序説」研修471号(1987年)3頁。

いずれにしても、一罪である以上、訴訟法的には、一個の起訴がなされ一個の判決がなされることが想定されており⁽²⁷⁾、その判決の既判力の範囲、公訴時効の起算点、親告罪の処理、訴因特定の方法、さらには事実認定の方法など、様々な点で影響を及ぼすことになる。しかし、仮に包括一罪が単純な一罪とは異なり数罪に近いとすれば、その分割起訴も不可能ではないと思われる。

そこで、一般に包括一罪として取り上げられる「集合犯」、「接続犯」、「同一構成要件内の数個の行為」、「不可罰的事後行為」、「不可罰的事前行為」及び「吸収一罪」の各場合について⁽²⁸⁾、そもそも分割起訴があり得るか、仮にあり得るとしたらその法的効力はどうなるかなどについて検討しよう。

(1) 集合犯の場合

第1は集合犯、例えば、常習犯、営業犯、職業犯のような場合である。この場合には、個別単独の構成要件行為が一定の習癖ないし業務性などによって包括されることになるから、これらを取り除けば単純な行為の集合に過ぎない⁽²⁹⁾。習癖ないし業務性も刑を加重する要素としての構成要件要素であるから、その

(24) 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。

(25) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(1975年)413頁。

(26) 平野龍一「法条競合と包括一罪」警察研究64巻5号(1993年)8頁。

(27) 小林充・前掲注(18)3頁。これに対し、「実体法上一罪は手続法上一罪」の原則に異を唱え、実体法上一罪でも訴訟法上数罪を肯定するいわゆる「独立説」を支持するものとして、只木誠・前掲注(21)128頁(同・研究255頁)。なお、古田佑紀「罪数論の功罪」判タ535号(1984年)78頁参照。

(28) これらのうち、第4ないし第6の場合、特に第6の場合は、包括一罪というべきかどうか疑問がないわけではないが、訴因構成との関係で広めに検討しておくこととした。なお、「混合的包括一罪」についてはやや類型が異なるので、ここでは言及しない(只木誠「混合的包括一罪論の前提」獨協法学37号(1993年)99頁以下(同・罪数論の研究(2004年)163頁以下所収)参照)。

(29) 前掲最決平15・10・7刑集57巻9号1002頁参照。

部分を除いた起訴は、いわば一部起訴とみることも可能であろう。検察官が、公訴提起の時点における証拠関係に照らして習癖ないし業務性の認定は困難であると判断した場合、少なくともその時点においては、習癖ないし業務性が存在しないものとするはかはない。そうである以上、個別行為の併合罪と解するはかはないから、そのようなものとして起訴するはかはあるまい。その意味において、この場合の分割起訴は許されて良いであろう⁽³⁰⁾。

それでは、習癖ないし常習性を優に認定できる(あるいは認定した)のに敢えて恣意的にこれを除いて起訴した場合はどうか。ただし、その場合でも、恣意的なのは除外したことであって起訴それ自体ではない⁽³¹⁾。そうすると問題は、除外の恣意性が公訴提起にどう影響するかである。確かに、除外と公訴提起とは裏表のような関係にあることに照らすと、両者一体として判断すべきであるとも考えられる⁽³²⁾。しかし、除外とは、本質的には「習癖等を含めた事実としての訴追をしない」という不起訴判断であって、その後改めて「単純窃盗で起訴する」という起訴判断が独立してなされているのである。

(30) これに対し、例えば無免許歯科医業について職業犯であることを前提に起訴しながら、同一人に対し同一場所において訴因に洩れた歯科医業行為を処罰するためにさらに訴追する場合には、当初訴因が職業犯としての訴因であるから、追起訴することは二重起訴に当たり、訴因変更で対処すべきであろう(高松高判昭27・4・16高刑集5巻8号1183頁)。なお、当初起訴は単純な覚せい剤所持で、追起訴が常習としての覚せい剤譲受・譲渡であった場合には、起訴自体は適法であり、両者を包括して常習一罪と認定すればよとした裁判例がある(名古屋高判昭30・11・15裁判特報2巻22号1171頁)。

(31) 例えば、殺意が優に認められるのに傷害致死で起訴し、あるいは単なる傷害のみで起訴したとしても、起訴それ自体が恣意的であるからといって直ちに違法無効ということにはなるまい。公判段階で訴因変更命令の問題は生じるかもしれないが、それはとりもなおさず訴追それ自体は有効かつ適法であることを意味しているように思われる。

(32) その意味で、「公訴権の消極的濫用」(新屋・前掲注(11)109頁。)とみることもできる。

したがって、論理的には両者を区別することができる。前者の判断は、必ずしも後者の判断と不可分一体ではない。仮に常習一罪としては起訴しないという不起訴判断が恣意的であったとしても、直ちに単純窃盗として起訴するという起訴判断それ自体の瑕疵となるわけではない。

もっとも、常習一罪として起訴しないのは、後日判明するかもしれない同種事案に対して既判力が及ぶことによって被告人が不当に利益を得ることを回避するためかもしれない。そうだとすれば、そのために被告人が不当に不利益を受けることも回避しなければなるまい⁽³³⁾。しかし、既判力が及ばないというのは、本来処罰されるべきものが処罰を免れない状態になるというに過ぎないから（仮に一罪としても、本来処罰されないというのではなく、包括的ではあれ処罰されたとみるのであるから、そもそも処罰を免れることは不当であろう。）、この点は不当な不利益ではない。また、併合罪として加重される点については、確かに一罪であれば加重されないから不当な不利益とも言えようが、習癖等が備わっていればそれ自体重い構成要件が予定され、併合罪加重以上に重く処罰されるのであるから、必ずしも不当な加重とは言えない。そうすると、仮に検察官が恣意的に習癖なしと判断して併合罪で起訴したとしても、少なくとも被告人に「不当な」不利益はないと言えよう。

してみれば、この場合の分割起訴も許されて良いように思われる。

（２）接続犯の場合

第２は、窃盗行為を連続して行う接続犯のような場合である。この場合には、個別構成要件が場所的・時間的に接続して実現されているために、包括して一個の窃盗罪を認めようとするものである。したがって、単独行為の集合を超えて特別の要件が付加されているわけではない。第１の場合のように一罪の一部起訴ではなく、一罪の全部起訴である。そして、接続しているかど

(33) 一部起訴がかえって被告人に不利となる場合には許されないとする見解として、後藤昭「訴因と裁判所の審判の範囲」刑事訴訟法判例百選〔第５版〕（１９８６年）１０９頁。

うかは、事実の問題というよりむしろ評価の問題である。検察官は接続性が薄いと評価し併合罪として起訴したところ、裁判所は接続性があると判断して一罪と評価することもあり得る。この場合、少なくとも審判対象事実としては全部提示されており、提示された事実の特定に問題がない限り、仮に異なった罪数評価がなされたとしても特に防御上の不利益もない。確かに、検察官が行為者の主観的意図は切断されており新たな意図の下に新たな窃盗行為を行ったものと評価して起訴したところ、証拠調べの結果、1個の意図の下に包括されて次々に窃盗行為を重ねたと認定できるのであれば、行為者の意図についての認定事実が変化し、その結果、罪数評価が変化したのであるから、厳密にいうと一種の事実の変化とも言えよう。しかし、その場合でも、新たに特別な構成要件要素に当たる事実が付加されたわけではなく、行為者の主観的意図が切断されていると評価するかどうかの問題であって、提示された事実に対する評価の違いと考えることもできよう。その意味において、起訴自体には問題がなかったというべきであろう。

そこで問題は、検察官が、当初から1個の意図の下に包括されて次々に窃盗がなされたという事実認定をしながら、敢えて分割起訴した場合である。例えば、併合罪加重を狙って敢えて分割起訴したことが一見して明白であるような場合には、公訴権の行使それ自体が、少なくとも検察官の主観的意図において相当でないことは疑いがない。また、分割して起訴すれば併合罪加重されることになるから、その意味で被告人にとって不当に重くなる可能性がある。しかも検察官は、1個の訴追権しかないと認識しながら敢えてこれを2個に分割し2個の訴追権として行使しているのである。

しかしながら、この場合、前述のとおり、公訴提起の時点と比べて実質的な事実の変化はない。したがって、単に罪数評価の問題に過ぎず、一罪と認定するかどうかは裁判所の専権に属すると考えることもできよう。そうすると、裁判所は、検察官の意図にかかわらず、1個の訴追権の行使があったものと解釈し直して、訴因変更なく一罪を認定することができるとも言えよう。

そして、これによって被告人の実質的不利益も回避することができる。そうだとすれば、公訴提起は表面上2個の訴追権に分断され別々のものとして行使されているように見えながら、実は1個の訴追権の行使に過ぎなかったと解釈することもできる⁽³⁴⁾。そうすると、表面上の瑕疵も実質的にみると瑕疵ではなかったのであって、公訴提起それ自体は有効であったと評価することも可能であろう。

確かに、1個の訴追権を分割して行使すること自体が訴追権の違法な行使であるとすれば、訴追全体を違法無効とすることも可能であろう。しかし、仮にその公訴提起が違法になるとしても、犯罪が成立するという主張それ自体が違法なのではなく、その主張で提示された犯罪の個数の数え方が違法となるだけである。成立する犯罪事実(窃盗の事実)の主張それ自体には瑕疵がないのに、主張にかかる犯罪の個数の数え方が違うというだけで、主張全体が違法となるのであろうか。しかも、仮にそれが違法だとしても、それは検察官の主観的意図ないし判断の恣意性のみ起因するものである⁽³⁵⁾。そもそも、犯罪の個数の数え方は裁判所の専権であって、検察官の判断に拘束されることはない。極論すれば、罪数に関する検察官の主張は、実は事実の主張ではなく単に法的判断を述べているだけであるから、仮にこれが誤っていたからといって事実の主張それ自体に直ちに瑕疵を生じるいわれはないとも考えられる。

このように考えれば、確かに訴追権の裁量範囲を超えていると考える余地はあり、公訴提起の時点で何らかの措置を講ずることを考慮する余地もあるが、この場合の分割起訴を直ちに無効とするのは相当ではないように思われ

(34) 例えば、追起訴を訴因変更申立てと解釈することならば可能であるように思われる。

(35) そのような検察官の主観が違法ないし無効だとすれば、裁判所は一旦公訴棄却等の判断をした上で、再度出直しを求めることになるだろうが、それは余りに迂遠というほかあるまい。

る。

(3) 同一構成要件内の数個の行為の場合

第3は、逮捕、監禁のように、同一構成要件内の数個の行為が密接に関連している場合である⁽³⁶⁾。この場合、逮捕罪と監禁罪とを併合罪として起訴することが許されるであろうか。例えば、同一被害者に対する逮捕行為に引き続いて監禁行為がなされたような場合を考えると、その場合においても、逮捕罪又は監禁罪のみで起訴することは許されるであろう。犯罪全体からみれば、いわば一部の起訴ではあるが、個々の犯罪構成要件の一部のみの起訴とは異なっている。逮捕罪についていえば全部起訴であり、監禁罪についてみても全部起訴である。しかし、一連の逮捕・監禁行為である限り、一連の行為全部が起訴された場合には、全体として一罪と評価されるのである。

さて、このように、訴追時点の事実関係としては一連の逮捕・監禁行為と認められる場合において、まず逮捕罪を起訴した後に、引き続き監禁罪を追起訴すること（あるいは、逮捕罪と監禁罪とを初めから併合罪として起訴すること）ができるであろうか。もし追起訴できないのに追起訴したとすれば、後訴は二重起訴として公訴棄却の判断を受けるであろう。したがって、追起訴について公訴を棄却し、当初起訴について訴因の変更をすべきであると考えることもできよう。しかし、この場合には、仮に追起訴しても（あるいは併合罪として起訴したとしても）、当初から逮捕・監禁一罪として起訴した場合に比べ、事実関係には何ら変化がないと思われるから、犯罪事実の主張に欠けることなく、審判対象事実はもれなく提示されているのである。また、被告人に対し特段の不利益が生じるわけでもない。したがって、裁判所は、新たな事実を認定することなく、全体を一罪と評価することができるであろう。この場合も、表面上2個の訴追権が行使されているように見える

(36) そのほか、賄賂を要求し、約束し、收受した場合、犯人を蔵匿し、隠避した場合、贓物を運搬し、寄蔵し、牙保した場合などがあげられる（虫明満「法条競合と包括一罪（四・完）」香川法学5巻2号（1985年）127頁）。

に過ぎないのである。その意味で、第2の場合と同様に考えることができよう。

それでは、検察官において、同一機会に連続してなされたという事実認定をしたのに、併合罪加重を狙って敢えて併合罪として起訴した場合にはどうであろうか。確かに、公訴提起を違法とする余地はあろう。しかし、たとえそのような場合であっても、客観的な事実関係に変化がない限り、犯罪事実の主張それ自体は過不足なくなされており、単に、犯罪の個数の数え方が恣意的になされたに過ぎないのである。裁判所は犯罪の個数の数え方については専権を有するから、これを一罪として判決することができるであろう。被告人にも特段の不利益は生じない。したがって、少なくとも公訴提起が直ちに無効とされる必然性はない。その意味においても、この場合は第2の場合と同様に考えることができる。

(4) いわゆる不可罰的事後行為の場合

第4は、窃取した財物を処分しあるいは毀損した場合である。不可罰的事後行為ないし共罰的事後行為と言われるものである。この場合も、当初の窃盗の起訴がなされた後に、改めて器物損壊が追起訴された場合には、そのような追起訴は無効となるのであろうか。この点、不可罰ではなく共罰であるから、双方起訴された場合には、両者の一体性が認められるときには包括一罪であるが、そうでない限りは併合罪となるとするのが「当然の帰結」であるとしつつも、横領罪の場合に限っては、横領の一回性という「横領罪の罪質の特殊性に基づく特殊な包括一罪」とする見解⁽³⁷⁾が主張されている。

また、検察官は、「訴追可能な犯罪を自由に訴因として構成し、裁判所に訴追することができる」から、窃盗犯人が当該窃取にかかる物を毀棄した場合には、窃盗罪ではなく器物損壊罪として起訴することができ、他方、裁判

(37) 山口厚「罪数論」法学教室306号(2006年)85頁。一連の過程で一体として行われた先行行為と後行為との双方が訴追された場合には、重い事前行為の罪の刑に事後行為の罪が吸収され、包括一罪になるとされる(同83頁)。

所は訴因に拘束されるから窃盗罪を認定して有罪とすることはできないとする見解⁽³⁸⁾も主張されている。その理由は、被告人が自ら窃盗を主張立証することは「極めて不自然で奇妙な事態」であるからとされる。確かに、不自然かつ奇妙ではあるが、理論的に窃盗事実の立証が許されないのは何故であろうか。検察官は、窃盗であることが立証可能であり、証拠が揃っている場合であっても、なお器物損壊で起訴できるのは何故であろうか。この場合、器物損壊の訴追を認めるためには、窃盗が成立する場合においてもなお器物損壊は成立し窃盗と共罰関係にあると考えるほかにないと思われる。そう考えれば、訴追の時点で窃盗犯人が盗品を損壊したという事実を認定できる場合であっても、器物損壊が全く不処罰というわけではなく、通常の場合にはこれを含めて窃盗で評価すれば足りると考えられているに過ぎない。したがって、通常でなければ器物損壊を独立して起訴することもあり得ることが想定されている。仮に、器物損壊のみで処分が終了するのであれば、いわば一罪の一部起訴の様相を呈すると考えることも可能であろう。

そこで、問題となるのは、それにもかかわらず恣意的に敢えて器物損壊で起訴したような場合である。この場合でも、後に窃盗で起訴せず、単に器物損壊のみの処罰で終了しようというのであれば、仮に恣意的であっても、被告人に特段の不利益はなく、訴追は有効と解しても良いように思われる⁽³⁹⁾。後の窃盗についても一罪として既判力は及ぶし、窃盗よりも重く処罰されることは考えられないからである(もともと、その場合には、無効行為の瑕疵の治癒と解するのが論理的かもしれない)。ところが、後日窃盗を追起訴した場合にはどうであろうか。この場合には、表面的には2個の訴追権が行使

(38) 高木俊夫・前掲注(10)276頁。

(39) なお、一部起訴との関係で、検察官の縮小訴因の設定が恣意的と考えられる場合でも、「不処罰の方向で訴因を縮小することを違法とするまでの理由は見あたらず、検察官の裁量に伴う結果として是認してよい」との見解が主張されている(香城敏磨・前掲注(4)6頁)。

されているように見えるが、その実体は1個の訴追権の枝分かれに過ぎないから、裁判所は全体として一罪と評価し、1個の訴追権の行使があったものと解釈し直して⁽⁴⁰⁾、窃盗一罪の判決をすれば足りるように思われる。

(5) いわゆる不可罰的事前行為の場合

第5は、数回にわたる毒殺に失敗し、その後被害者を刺殺して既遂に達したような場合である。不可罰的事前行為ないし共罰的事前行為と言われるものである。これを包括一罪というべきか否か疑問もあるが、広い意味で包括的に処理されているとも言えるので、一応検討しておこう。

さて、この場合、仮に殺人未遂のみを起訴することが許されるとしても、引き続き殺人既遂を併合罪として追起訴することが許されるであろうか。仮にこれが許されるとすれば、追起訴されたとたんに当初有効であった前訴が無効になるのであろうか。あるいはこの場合、実体法的には既遂のみで処罰されるのが相当であるから、そもそも未遂で起訴することは許されなかったのであろうか。この点、訴追の時点において、数回にわたる未遂の挙げ句既遂に達したとの事実が認定できるのであれば、その時点における実体法の論理に従うと通常は既遂一罪とされるであろうから、既遂によってのみ訴追可能であって未遂の訴追はそもそも許されないことになるだろう。

そこで問題は、この場合において恣意的に敢えて未遂のみで起訴し、あるいは未遂と既遂との併合罪として起訴した場合である。まず、未遂のみで起訴した場合については、起訴当時に検察官が認定した事実関係に基づいても、事実としての未遂がおよそ不成立ないし完全に吸収されて存在しなくなるというわけではないから、既遂によって包括的に評価されているに過ぎないと解することもできよう。そうすると、既遂のみで訴追するのが相当ではあったが、未遂処罰が論理的に不可能というわけではないから、例えば、仮に未遂のみで訴追が終了するのであれば、その妥当性は措くとしても、いわば一

(40) この場合は、訴因の交換的変更と解することになるだろうか。

罪の一部起訴と同様に考える余地もあり得よう⁽⁴¹⁾。次に、未遂と既遂とを併合して起訴した場合については、表面的には2個の訴追があるものの、仮に一罪の訴追と構成し直したとしても事実それ自体が変わるわけではなく、事実の数え方が異なるだけである。そして事実の数え方については裁判所の専権である。裁判所は、自らの判断で、これを1個の訴追権の行使があったものと解釈し直して、全体として1個の裁判をすれば足りると解することも可能であろう。裁判所は、証拠調べの結果既遂一罪として処罰することができるのであるから、いわば枝分かれした未遂の起訴について公訴棄却の判断をするまでもなく、単に既遂についてのみ判断すれば足りるように思われる。したがって、いずれの場合も、少なくとも検察官の主観的意図ないし恣意性のみによって当該訴追を直ちに無効とする要はないと思われる。

もっとも、既遂が成立すれば未遂は完全に吸収されて消滅するという考え方もあり得よう。そうすると、既遂が起訴された場合には、そもそも未遂の刑罰権が存在しないのであるから、その嫌疑も認め難いことになり、およそ未遂では起訴できないとも考えられる。したがって、仮に未遂による起訴がなされたとしても、当初から無効と解する余地もあり得よう。

そうすると、この場合における訴追可能性は、結局のところ、実体法上の理論構成いかんにかかることになる。

(6) 吸収一罪の場合

第6は、刺殺によって殺人を犯した際に同時に着衣を損壊したような場合である。この場合、実体法的にはそもそも数罪であるとの見解⁽⁴²⁾もあるが、多くは一罪が成立すると解されているようである⁽⁴³⁾。そうだとすれば、殺人で

(41) そのような「実体的真実主義にとつてたえられない極限的な一部起訴」は許されないというような訴訟法的な説明がなされるのが一般的のようであるが(石井一正「一罪の一部起訴」判タ274号(1972年)53頁など)、「実体法の理論が訴追裁量の限界を画する」という観点からの説明もなされている(小田直樹「法条競合一考」広島法科大学院論集1号(2005年)216頁)。

起訴された後に、改めて着衣の器物損壊で追起訴されたとすれば、そのような追起訴は無効となるのであろうか。訴追時点における合理的認定に従うと、刺殺した刃物で同時に着衣を貫き損壊した事実を認定できるのであれば、着衣損壊についての刑罰権はそもそも発生していないと考えることもできる⁽⁴⁴⁾。これを数罪とすれば、器物損壊が成立している以上、その訴追も理論的には可能であろうが、着衣損壊は刺殺行為に必然的に付随し、着衣損壊のない刺殺行為は原則としてあり得ない以上、殺人行為は着衣損壊を当然に含むものとして想定されていると評価する方が合理的であるように思われる。そうすると、着衣損傷のみについて独立した刑罰権はそもそも存在しなかったとも考えられるので、その嫌疑も認め難いということになり、これを独立の訴因として構成することは困難とも言えよう。このように考えれば、上記(4)及び(5)の場合と異なり、そもそも分割起訴という問題は生じないと考えることもできよう。

(7) 小括

以上、いずれの場合においても、訴追時点における証拠で認定された事実を前提にして訴追権行使の在り方を考えるほかはないから、仮に裁判時点における証拠関係に照らして訴追時点の判断が相当でなかったとしても、訴追

(42) 林幹人「罪数論」芝原邦爾編・刑法理論の現代的展開総論Ⅱ(1990年)278頁、鈴木茂嗣「罪数論」現代刑法講座第3巻(1979年)285頁(認識上数罪とした上で評価上一罪とする)など。

(43) 大谷實・新版刑法講義総論(2000年)508頁、前田雅英・刑法総論講義〔第4版〕(2006年)500頁など。古くは法条競合と解されていた(山火正則「法条競合の諸問題(二)」神奈川法学7巻2号(1791年)17頁)。なお、小田直樹・前掲注(41)217頁参照。

(44) 訴追権は訴因として構成され、検察官の事実主張として顕在化するが、あくまで刑罰権の実現手段であるから、実体法と無関係に存在するわけではない(もっとも、公訴提起には嫌疑は不要であるとすれば、実体法と無関係に構成することも可能かもしれない)。ただその前提となる事実は、裁判によって確定された事実でも神のみぞ知る事実でもなく、訴追時点において認定された事実であるというに過ぎない。

それ自体が遡って無効となるわけではない⁽⁴⁵⁾。訴追の適法性ないし有効性は、訴追時点の認定事実に基づき、実体法の罪数判断に従って判断されれば足りよう。

そこで、これを前提として「包括一罪の分割起訴」について、一応4つの類型に分けて考えてみよう。すなわち、第1類型は、第1の場合である。この場合には、単純な構成要件該当行為が複数積み重なるというだけではなく、これに新たな構成要件要素としての常習性や営業性が付加される点が特徴である。第2類型は、第2ないし第3の場合である。この場合には、新たな構成要件要素の付加はないが、構成要件該当行為が複数存在すること自体に争いはなく、その評価が問題となる場合である。第3類型は、第4ないし第5の場合である。この場合には、構成要件該当行為が複数あると考えるべきか否か争いがあるものの、そう考えることも十分可能な場合である。第4類型は、第6の場合である。この場合には、構成要件該当行為が複数存在するか否かということ自体が極めて疑わしい場合である。

各類型における分割起訴の可否について検討すると、第1類型においては分割起訴は可能であって、裁判所は訴因に拘束されると考えられるのに対し(もったも、その場合にも、訴追裁量の逸脱という問題は生じ得る。)、第4類型では分割起訴は不可能であって、本来であれば公訴棄却等の形式裁判で公訴提起の手續違反を明確にすべきであると考えられる(その場合には、訴追権それ自体の違法性の問題となろう。)。他方、第2類型においても、一応分割起訴は可能であるから、公訴提起は一応有効かつ適法であるが、裁判所は、検察官の訴因構成に拘束されるわけではないから、自らの責任で事実主

(45) 検察官の判断が誤っていた場合、訴追は遡って違法となるという考え方もあり得るであろう(小林充・前掲注(18)7頁参照。)が、訴追判断を検察官の独占的な裁量とし、訴追権を全面的に検察官に委ねた現行刑法の諸規定に照らすと、やはり訴追時点の検察官の判断は訴訟行為の適法性ないし有効性を判断する際にもこれを尊重するのが法の趣旨であろうと思われる。

張たる訴因に対する法的評価を改めて行い、独自に罪数判断をすることができ、分割された訴因を一罪と評価し直して一個の裁判をすることが可能と考えられる。そして、第3類型についても、実体法の理論によっては、これと同様に考えることができる(ただし、実体法の理論によっては第4類型と同様に考えることもあり得る)。

そこで問題は、第2(ないし第3)類型において、訴追当時の認定事実を照らして相当でない恣意的な罪数判断に基づいて起訴された場合に、検察官の主観的意図ないし悪意のみによって、直ちに公訴提起それ自体を無効ないし違法とすべきか否かである。確かにそのような判断も十分にあり得よう。いわゆる公訴権濫用論は、あるいはそのような立場を前提としていると言えるかもしれない⁽⁴⁶⁾。しかし、訴訟行為当事者の単なる主観的意図ないし悪意のみによって、当該訴訟行為が直ちに無効ないし違法となる理由は何であろうか。例えば、かねて強盗犯人に恨みを抱いていた検察官が、その恨みを晴らす意図を秘して彼を起訴したからといって、その意図のみによって直ちに公訴提起が無効ないし違法となるわけではあるまい。証拠に基づき客観的に相当の嫌疑が認められる限り、その主観的意図にもかかわらず起訴は有効とすべきであろう⁽⁴⁷⁾。もとより、訴訟行為において訴訟当事者の主観的意図を全く無視することはできないが、悪意ないし恣意性を全面的に考慮して訴訟行為自体を無効とすることもまた適当とは思われない。確かに、訴追行為の

(46) なお、公訴権濫用論を認めたチツソ水俣病川本事件控訴審判決(東京高判昭52・6・14高刑集30号3巻341頁)に関し、主観的な悪意などを中心に据えるべきではなく、むしろ客観的な違法訴追類型として理解すべきであるとの見解が有力である(鈴木茂嗣・前掲注(17)182頁など)。なお、井戸田侃・刑事手続構造論の展開(1982年)174頁、同・刑事訴訟理論と実務の交錯(2004年)94頁、289頁参照。

(47) 民事における権利濫用も、単に主観的意図によって判断されているわけではなく、むしろ保護すべき権利と被侵害利益との「客観的利益衡量」によって判断される方向に移ってきているとされる(谷口知平ほか編・新版注釈民法(1)総則(1)(1988年)127頁〔安永正昭〕)。

重要性に鑑み、極端な悪意ないし恣意性ゆえにもはや公訴提起行為とは言えないような場合には、これを無効とすることもあり得ようが、通常の場合、そのような評価は困難であろう。そうすると、訴追者の主観的意図にかかりなく、訴追時点における認定事実に即した罪数評価かどうかという客観的判断によって評価すべきであろう。そして、裁判所は、事実認定に変更が生じない限り、訴追時点の合理的事実認定に即した罪数評価に基づく起訴ではないと判断した場合、したがって訴追時点における罪数評価が誤っていると判断した場合には、自ら相当と認める罪数判断に従って実体判決を下すことができる。なぜなら、検察官の罪数評価は、訴因を構成する事実主張の本質をなす要素ではなく、単に犯罪の個数の数え方に関する主張に過ぎず、その限度にとどまる限り、極論すれば単なる参考意見に過ぎないとも言える（したがって、その拘束力を考える余地はない。）からである。参考意見が恣意的であった（その意味で違法であった）としても、公訴提起それ自体が無効となるいわれはない。

また、実質的に考えても、敢えて形式裁判によって訴追の違法性を明らかにする実益は考えられない。もちろん、実益がないからといって理論的に不可能ということにはならない。しかし、仮に公訴棄却等の裁判をしたとしても、要は罪数判断の問題であるから、検察官が罪数を整えて再起訴すれば、犯罪事実が認められる限り有罪判決をしなければならないのである。確かに、違法宣言の意味はあるかもしれない。しかし、裁判所が、自ら罪数判断をなし得るということは、たとえ訴追行為が違法ではあっても有効である（少なくとも無効の瑕疵が治癒された）ことを前提としているのではなかろうか。

それでは、その違法性はどのように評価すべきであろうか。この点を検討する前に、結合犯の分割起訴についてもみておこう。

- * なお、同一裁判所に併合罪として起訴するのではなく、別の裁判所に分割起訴する場合には、さらに問題を生じる。例えば、①A日米10俵を倉庫から窃取した行為と、②B日同じ倉庫から米20俵を窃取した行為とにつき、①については甲裁判所に、②に

ついては乙裁判所に起訴されたが、関連事件として甲裁判所に併合された結果、ともにA日に行ったもので一罪であると判明したという場合、「明らかに二個の公訴提起行為があり一方を実質上の訴因の追加変更だと解することは困難であるから、これを一個の主張として扱うわけにはいかない」とした上で、②について公訴棄却、①が②を含む形で訴因変更されたときに①②を一罪として有罪とし得るに過ぎないとの見解が主張されている⁽⁴⁸⁾。しかし、併合されてしまえば甲裁判所に公訴提起があったのと同様に取り扱い、一罪とみて別途公訴棄却は不要であるとする見解⁽⁴⁹⁾もある。確かに併合決定には2個の主張を一体化する意味はないともいえるが、甲裁判所に併合罪として公訴提起された2個の行為が、甲裁判所と乙裁判所に分かれて公訴提起された2個の訴訟行為と質的に異なるわけではなく、同一裁判所になされた2個の訴訟行為を「実質的にみて一罪の起訴」(併合起訴の場合)あるいは「実質的に訴因の追加変更」(追起訴の場合)とみることができるのであれば、別裁判所に起訴された上で併合された場合も、同様に取り扱うことができないわけではないように思われる。裁判所の管轄によって当事者の行為が質的に異なるものとも言えないから、併合決定の効力としてではなく、「隠れたる一罪の起訴」が併合によって表面化したとみることができるのではなかろうか。

4 結合犯の分割起訴

次に結合犯、例えば強盗を窃盗と暴行とに分けて起訴することは許されるであろうか⁽⁵⁰⁾。この場合、仮に併合罪加重を行ったとしても、強盗一罪のほろが重くなると思われるので、被告人から異論が出されることはないであろう。この点は措くとしても、この場合の分割起訴は、暴行脅迫によって財物を奪取するという目的手段の密接関係が切断されることで、主観的には犯意が縮小し、客観的には占有移転の態様が平穩化するという意味でやはり縮小する。その意味で、一種の一部起訴の様相を呈するといつてよい。

(48) 鈴木・前掲注(17) 316頁。なお、平野龍一・前掲注(7) 基礎理論 126頁参照。

(49) 小林充・前掲注(18) 8頁。

(50) 結合犯の一部起訴を認めるとしても、分割して起訴することまで認めることにはならないとするのが、一般的ようである(石井一正・前掲注(41) 52頁)。

それでは、恐喝を脅迫と窃盗に分けて起訴することは許されるであろうか。この場合には併合罪加重を行うと恐喝一罪よりも重くなると思われるので、被告人から異論が出されることがあり得よう（もっとも、量刑の面で考慮されるから、現実には重くなることはあり得ないであろうが、問題は処断刑の範囲である。）。したがって、検察官の恣意的な訴因設定によって刑が加重されたりされなかったりという問題が生じ得る。もっとも、恐喝が成立するか単なる脅迫と窃盗が成立するに止まるかは、微妙な証拠判断によるから、問題は明らかに恐喝であることが明白な場合に、それにもかかわらず脅迫と窃盗とに分けて起訴した場合である。検察官の意図が併合罪加重を狙った場合にはなおさらである。仮に、脅迫のみで起訴するとすれば、それは一罪の一部起訴ともいうべきであるから、原則として許されるものと思われるが、そうするとその後さらに窃盗で追起訴することを拒否する理由はないようにも思われる。それならば分割起訴も許されるのであろうか。この場合、検察官の訴因設定権限が全てに優先するのであろうか。

ところで、「一事不再理効の範囲と訴因設定権限との間に相克がある場合、それが調整対象となることまでは確かであろうが、訴追裁量権・訴因構成権の実質的制約という一事をもって、一事不再理効の客観的範囲が直ちに制約されるとは思われない」⁽⁵¹⁾と言われる。しかし、問題はそのような抽象的相克ではなく、前訴が単純窃盗の確定判決である場合にその一事不再理効が当該単純窃盗の範囲を超えてどこまで及ぶかという問題である。そうすると、その一事不再理効の範囲は、当該単純窃盗と公訴事実の同一の範囲を考えれば足りるように思われる。単純窃盗という訴因を前提として訴訟が進行し確定したのであるから、一事不再理効が問題となった途端に遡って訴因設定の権限が侵されるというのは相当ではあるまい。訴因設定権限が一事不再理効に優越するとまでは言えないとしても、一事不再理効は設定された訴因を前

(51) 宇藤崇・前掲注(1)203頁。

提としていると考える余地はあり得るように思われる⁽⁵²⁾。

このようにみてくると、検察官の訴因設定の権限は、事実上無制限であるかのような様相を呈するが、果たしてそれでよいのであろうか。確かに、検察官の公訴権運用は全くの自由裁量ではなく合理的な羈束裁量であるとされる。それならば、例えば恐喝について、敢えて意図的に脅迫と窃盗とに分けて起訴することは、その裁量を逸脱しているのであろうか。意図的である点で主観的・情動的に相当でないことは確かであるが、客観的にも相当ではないと言えるのであろうか。もし言えるとすれば、それは一部起訴それ自体に問題があったことになるのではないか。あるいは、結合犯については、そもそも一部起訴を許すことはできなかつたのであろうか。実体法が結合犯として構成した以上、そもそも分割することはできないから、恐喝の証拠がある以上、全体を起訴猶予にするか恐喝で起訴するかのいずれかであって、それ以外にはあり得ないとも考えられる。しかし、両極端が許容されることを認め、かつ一部起訴を肯定する限り、その中間的処理を否定する理由は見出し難いようにも思われる⁽⁵³⁾。そうだとすれば、仮に検察官にどのような意図があったとしても、脅迫での起訴は許され、したがってまた窃盗の追起訴も許されて良いのではなかろうか。これを否定するとすれば、検察官の主観的意図が訴訟行為の効力に影響し、悪意は起訴を無効にすると言わざるを得ないであろう。しかし、客観的に証拠が整い、立証可能である限り、検察官が被告人に悪意をもって起訴したからといって、それだけで直ちに公訴提起の効力が否定されるいわれはないように思われる。そうだとすれば、結合犯についても、

(52) なお、前訴は単純窃盗であるときに、後訴が常習特殊窃盗の場合と単純窃盗である場合とで結論を分ける決定的理由について、「手続的観点からの論理には限界がある」として、「『一罪性の強弱』論が決定的となることは確か」であろうとする理解(宇藤崇・前掲注(1)204頁。)が主張されている。この点、大澤裕・前掲注(2)11頁は、「一部起訴としての許容性の差異に遡ることができる」とする。

(53) 本来の一罪であるから分断できないとは簡単には言えないとされる(石井一正「包括一罪と訴訟条件」谷口正孝編・刑事法演習第1巻(1974年)100頁。

その当不当は措くとして、分割起訴すること自体が理論的に全く不可能というわけではないように思われる。そうすると、この場合は前述の「第3類型」に類することになるか。

5 罪数判断を巡る検察官の訴因設定権限の限界

(1) 一般論としての限界

検察官は、自ら訴因を設定する権限を有するが、恣意的設定が許されるわけではない。訴因の設定も広い意味での公訴権運用の問題である。公訴権運用については、周知のとおり、公訴権濫用が問題とされた。そこでは、嫌疑なき起訴、起訴猶予相当事案の起訴、違法捜査に基づく起訴の三類型が問題とされたが、いずれも訴因の構成の仕方が問題ではなく、起訴するかどうかの問題であった。その意味で、公訴権濫用論は、訴因構成の仕方に直結するものではなかった。訴因構成の仕方が問題とされてきたのは、一部起訴の可否の問題であったが、そこでは、原則として、ほぼ全面的に検察官に委ねているかのような様相を呈していた⁽⁵⁴⁾。すなわち、これまでの議論では、社会的事実からどの部分をどのように切り取って訴因を構成するかは、原則として検察官の裁量に委ねられており、「実体的真実主義にとってたえられないような極限的な一部起訴」⁽⁵⁵⁾を除き、せいぜい、親告罪との関係で強姦を暴行で起訴できるかという特殊な場合が問題とされてきたにとどまる。確かに、この場合、親告罪という特殊性から、被害者の名誉という全く別個の配慮が要求され、訴因構成権限を制約していたが、その他、一般的に訴因構成の仕方それ自体を問題とすることはなかったように思われる。というのは、一罪

(54) もっとも最高裁判所の立場は「一定の留保を付された積極説」であるとも評されている(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。

(55) 石井一正・注(41)53頁。

の一部起訴がなされたとしても、残りの部分の起訴をしないという前提でその一部が選択されていたため、次に述べる分割起訴のような問題が生じなかったからである。

これに対し、一罪の分割起訴については、既判力(ないし一事不再理効)の問題として、いわば裁判の効力が及ぶ範囲という問題が設定され、訴因構成の仕方それ自体は余り問題にされてこなかったように思われる。しかし、ここでは分割された全て事件を起訴することが前提とされるから、仮にその構成の仕方が恣意的になされたならば、全てが併合罪として加重されることとなり、その意味で被告人に不利益となってしまう。一罪の一部起訴は被告人に有利にこそなれ、原則として不利益を生じなかった点において、一罪の分割起訴とは利益状況が異なっていた。したがって、一罪の分割起訴においては、少なくとも被告人の利益という観点からは、恣意的な訴因構成を阻止し、公正妥当な訴因構成を目指すべき要請が強く働くように思われる。それでは、その基準はどう考えるべきであろうか。

(2) 「一罪の分割起訴」をめぐる限界

これまで検討してきたとおり、一罪の分割起訴といっても、常習一罪のように、もともと数罪というべきものが常習性という習癖ゆえに一罪にまとめられるという場合の分割起訴の場合(第1の場合=前述の第1類型)と、実体法の理論によっては分割が可能な包括一罪についての分割起訴の場合(第2の場合=第2〔ないし3〕類型)とでは、その利益状況が全く異なっているように思われる。第1の場合は、もともと数罪とされるべきものに常習性という習癖が加わることによって一罪と構成されるのであるから、これを数罪として起訴することは、構成要件の一部を取り出して起訴する点においていわば一罪の一部起訴とも言うべき実体を有しているが、第2の場合はそのような実体はない。さらに、第2の場合でも、例えば結合犯とされる強盗について、被疑者の反抗を抑圧する程度の暴行があったにもかかわらずこれを窃盗と暴行の併合罪として起訴する場合⁽⁵⁶⁾と、恐喝を脅迫と窃盗で起訴する

場合とでは利益状況が異なる。前者の場合には、併合罪加重をしても強盗のほうが重いから被告人に実質的不利益はないが、後者の場合には、窃盗と脅迫の併合罪加重を行うとかえって重くなる。前者の場合には、被告人には不利益にならないから、起訴猶予制度の趣旨に照らしても、また、一部起訴の適法性に照らしても、許容されても良いであろうが、後者の場合には、いずれの趣旨に照らしても問題が残ることは前述のとおりである。

このようにみえてくると、訴追時点において、いわば一罪の一部起訴ともいふべき第1の場合と第2の場合のうち分割しても被告人に実質的不利益を及ぼさない場合には、検察官の公訴権運用に咎められる契機は認められない。その限りにおいて公訴提起は適法であり、裁判所は訴因の構成に拘束されると考えられる。この場合の分割起訴は、いわば一罪の一部起訴の延長にあるとみることができるからである。被告人に有利な分割起訴は適法かつ有効であって、裁判所は訴因の限度と範囲で(訴因に拘束されて)審判しなければならないというべきであろう。その意味において、裁判所は、表面的には検察官の罪数判断に拘束されるかのような外観を呈する結果となる。

他方、被告人に不利益な分割起訴の場合には、訴因構成が公正さを欠くものとして何らかの措置が採られるべきであるように思われる。なぜなら、単に検察官の主観的意図のみが問題となるというより、被告人の具体的権利が侵害されるおそれがあるからである。この場合、裁判所の専権で改めて適切な罪数判断を行えば、これによってその不利益は救済され得るからそれで足りると解することもできるが、そうであるからといって検察官の訴因構成が何らの制御も受けないことにはならないであろう。そのような検察官の訴因構成に対しては、裁判所の専権で改めて罪数判断ができることは別に、やはり何らかの制御があり得て良いようにも思われる。

(56) なお、その暴行が被害者の反抗を抑圧する程度に至らなかったのであれば、そもそも強盗が成立しないのであるから、窃盗と暴行で起訴することは当然である。

もっとも、この場合に訴訟行為の効力として直ちに無効になるか否かは別論であって、前述のように、むしろ無効にはならないと解すべきであろう。しかし、そのことから直ちに検察官の訴追行為が適法になるわけではなく、いわば違法ではあるが有効という状態を考えることも不可能ではないように思われる。裁判所は、公訴提起の有効を前提として、改めてその専権で罪数判断を行うことができるが、そのことは検察官の訴因構成の違法を直ちに治癒するわけではない。被告人の具体的権利が侵害され得るのであれば、その違法に対する何らかの対応の余地を裁判所に残しておくべきように思われる。要するに、このような分割起訴も一応有効な訴訟行為であり、これを直ちに無効とすることはできないから、裁判所は職権で改めて罪数判断を行い、これに従った判決を行うことも可能であり、それはそれで適法ではあるが、他方、公訴提起の違法は完全には治癒されないから、違法を宣言するための何らかの措置を講ずる方途も残しておくべきではないかということである。一般に、違法収集証拠排除法則に従うと、その収集手続に重大な違法があつて排除相当である場合に排除されるとされているが、これと同様、公訴提起における検察官の判断が、少なくとも重大な違法と言い得るような場合には（その具体的判断基準はしばらく措くとしても）、違法を宣言する何らかの措置を講ずる余地が残されていても良いように思われる⁽⁵⁷⁾。

(57) 当面考えられる措置は公訴棄却であろうか。違法捜査があつた場合に刑訴法 338 条 4 号を適用できるというのであれば（田宮裕・注釈刑事訴訟法（1980 年）338 頁。なお、田宮裕・前掲注（7）226 頁は「落穂拾いの条項」とする。）、訴因構成の仕方が違法な場合に同号を適用することも不可能とは思われぬ（例えば、訴追時点における検察官の認定事実を前提として、実体法の理論としても数罪とすることは困難であるのに、悪意で恣意的に数罪として訴追していることが明らかような場合など）。

6 おわりに

罪数をめぐる議論は、今なお錯綜しており、刑法と刑訴法との交錯する場面であると言われる。実体法的な静態的罪数判断と訴訟法的な動態的訴因構成との整合的評価が求められるように思われるが、なおこの点については必ずしも透明ではない。その中で、訴因設定権限と罪数に絞って検討してみると、一方では、訴因設定権限が検察官の専権とされており、一罪の一部起訴が許されていることに鑑みれば、一罪の分割起訴も当然に許されてよいように思われるが、他方では、そもそも罪数判断は裁判所の職権判断事項であるから、事実関係に変化がない限り、数罪として起訴されようと一罪として起訴されようと、裁判所が自らの責任で法的評価を加え、罪数を認定することに問題がないようにも思われる。

もっとも、罪数判断といっても常習一罪のような場合と単純一罪のような場合とでは全く状況が異なる。前者の場合には、いわば一罪の一部起訴の準じて検察官の訴因設定権限を尊重し、裁判所は訴因に拘束されるというべきであろう。後者の場合、被告人に不利な場合には裁判所は訴因に拘束されず適切な罪数判断を行うことができるが、分割訴因が被告人に有利な場合には、訴因に拘束されてそれ以上に別異の罪数判断を行うことができないとする余地もあり得て良いであろう。このような意味において、検察官の訴因構成には一定の限界があるとともに、裁判所の罪数判断にも、訴因との関係において一定の限界があるように思われる。

未だ明確な理念ないし理論に至らない段階で、このような覚書を試みたのは、最近のいくつかの裁判例において、罪数との関係においても、検察官の訴因構成の仕方にあたかも検察官の専権を認めるかのような方向性を見出すことができるように思われ、果たしてそのような在り方が相当かどうか、また、従来は既判力という観点から論じられてきたこの問題について、実は訴

因構成それ自体をめぐる公訴権運用の問題として検討し、その段階で何らかの制御を考慮すべきではないかという素朴な疑問を払拭し得なかったからである。現段階では、もとより素描の域を出ない。さらに検討を重ねたい。