

# 訴追の当否

## — 訴追における事実の選択と包括 —

大久保 隆 志

- 第1 はじめに
  - 1 問題の所在
  - 2 検討の前提
- 第2 訴追と証拠
  - 1 訴追と嫌疑の程度
  - 2 核心訴追—「核心司法」の前提—
- 第3 訴因と事実の選択—どのような事実を選ぶか—
  - 1 訴追における事実の選択と罪数
  - 2 「強い一罪」と「弱い一罪」
  - 3 科刑上一罪の取扱い
  - 4 常習一罪の分割起訴
  - 5 包括一罪の分割起訴
  - 6 単純一罪の一部起訴
  - 7 小括
- 第4 訴因と事実の包括—事実をどのように取り纏めるか—
  - 1 訴追における事実の包括
  - 2 社会的実在としての行為の一個性
  - 3 法的評価としての行為の一個性
  - 4 小括
- 第5 おわりに

### 第1 はじめに

#### 1 問題の所在

平成21年5月から実施された裁判員制度の導入に伴い、訴訟の簡易・迅速

化と分かり易さを目指して、訴訟関係者の努力が積み重ねられているが、各地裁判所の裁判員裁判の実施状況を瞥見する限り、概ね順調な滑り出しを迎えているように思われる<sup>(1)</sup>。しかしながら、簡易・迅速化の陰で、事案の真相究明が疎かになっているのではないかと、迅速な裁判を実現しようとする余り、拙速な処理と粗雑な審理に陥っているのではないかと、公判前整理手続において、行き過ぎた証拠整理がなされ、本来提出されるべき証拠や重要な証拠が裁判員の目に触れないまま脱落しているのではないかと、裁判員は緻密な認定ができないのではなく、緻密な認定をさせてもらえないような骨格の証拠しか呈示されていないのではないかと、確かに精密司法は遠のいたが、逆に粗雑司法に陥っているのではないかなど、どちらかという旧来の精密司法に対する郷愁を示すような感想も表明されているようである<sup>(2)</sup>。真実主義との関係については、将来の見直しを含め、議論の一層の深化が望まれるところであるが、裁判員制度の実施はようやく始まったばかりであるし、そもそも刑事訴訟の本質にかかわる重要な問題であって、軽々に結論を導くことができるものとは思われないので、この点については、今後の推移を見守っていきたいと思う<sup>(3)</sup>。

ところで、このような現状に鑑みると、訴追と立証について、事案の本質を突いた洗練された訴訟活動が一層強く求められていることは間違いないと思われるし、その意味において、「核心司法」<sup>(4)</sup>の本来の意味が改めて問い直されなければならないように思われる。

---

(1) 松尾浩也「刑事裁判と国民参加—裁判員法施行半歳を顧みて」法律のひろば61巻1号(2010年)7頁(「予想を超える順調な滑り出し」と言われる。)、座談会「法曹三者が語り合う本格開始した裁判員裁判と見えてきた課題」法律のひろば63巻1号(2010年)12頁〔河本雅也発言など〕、座談会「裁判員裁判の経験と課題—裁判員制度直後の運用を見て—」法学セミナー660号(2009年)10頁〔後藤昭発言など〕。なお、同号の「特集裁判員制度」同号10~34頁参照。

(2) 例えば、2009年9月25日付け毎日新聞、同月27日付け朝日新聞など参照。なお、模擬裁判においても同様の指摘がなされていた(最高裁判所事務総局刑事局「模擬裁判の成果と課題」判タ1289号(2009年)13頁)。

そこで、本稿においては、訴追という訴訟活動をめぐる「核心司法」の意味を検討しつつ、事案の真相を突いた訴追とは一体何かという問題意識の下に、訴追の本来の在り方を改めて検討してみようと思う。そして、それは、結局のところ、「核心」とは何かという根本問題にかかわる。しかし、これを訴訟的にみれば、錯綜した社会的事実の中からどのような行為を選択し、選択された行為をどのように訴因として構成するかということにかかってくる。そして、それには、大きく分けて2つ類型があり得るように思われる。

第1は、一連の複数行為から複数の結果が生じた場合、あるいは、外見的には1個の結果が生じたように見えながら、見方によっては複数の結果が生じたとも評価することができる場合である。例えば、強盗致傷事件について、傷害行為と窃盗行為とから構成され、身体的被害と財産的被害が生じているような場合である。この点については、これまで、いわゆる一罪の一部起訴をめぐって、最小限度の訴追単位として独立に取り出すことが可能な犯罪であれば、理論上、これを独立して訴追することが可能であることを検討してきた<sup>(5)</sup>。しかし、そのような訴追が理論的に可能であるからといって、それが事案の処理として適切かつ妥当であるか否かは別問題である。独立に取り

- (3) 公判前整理手続と核心司法との関係につき、田口守一「争点整理と核心司法」刑事法ジャーナル18号(2009年)44頁。この点に関連する初めての判例として、最判平21・10・16裁判所時報1493号9頁(原審広島高判平20・12・9, 第一審広島地判平18・7・4判タ1220号118頁参照)。また、これまでの公判前整理手続の運用状況について、長井秀典「公判前整理手続の運用と現状の課題」判タ1294号(2009年)53頁, 岩倉広修「公判前整理手続の実施(進行)に関する問題」判タ1295号(2009年)5頁, 杉田宗久「公判前整理手続の現状と課題—裁判所の立場から—」刑法雑誌49巻1号(2009年)49頁, 保坂和人「公判前整理手続の現状と課題—検察官の立場から—」同号81頁, 秋田真志「弁護人の立場からみた公判前整理手続の現状と課題」同号93頁。
- (4) 平野龍一「参審制の採用による『核心司法』を—刑事司法改革の動きと方向—」ジュリスト1148号(1999年)2頁。
- (5) 拙稿「訴追の限界—一罪の一部起訴は当然か—」広島大学法科大学院論集5号(2009年)55頁以下。なお、拙稿「刃物携帯の罪数と訴因構成」同4号(2008年)61頁以下, 同「訴因設定権限と罪数に関する覚書」同3号(2007年)145頁以下参照。

出すことが可能な犯罪のうち、どれを選択して訴追するか。全くの自由裁量で選択できるか。事件の核心を選択する基準は何か。このような点については、論理的に割り切ることができる問題ではなく、事案に応じて個別的に検討すべきであって、一般的な基準を見出すことは困難かもしれない。しかし、何がしかのメルクマールを考えることが可能であれば、それなりに有効であるように思われる。そこで本稿では、まずこの点について検討したい。

第2は、一連の複数行為から1個の結果が生じたような場合、あるいは、外見的には複数の結果が生じているように見えるが、結局は1個の結果であると評価できるような場合である。例えば、麻酔薬を準備し、被害者を呼び出してこれを服用させて意識不明にした後、自動車で埠頭まで運んで海に投棄して殺害したような場合<sup>(6)</sup>である。この場合、複数行為のどの行為からどの結果が生じたのか必ずしも明確とは言えないことがしばしばあり得る。しかし、それでも最終的には人の死が発生している以上、それについては最も核心となる行為を選択して訴追する必要があるだろう。その場合、果たしてどの行為をどのように選択しあるいは包括して訴追するのが妥当であろうか。それら複数の行為は、相互に関連し、相互に影響し合うことも少なくないので、前後一体として、取り纏めて訴追した方が合理的であると考えられる場合も少なくないように思われるが、果たしてそのような取り纏めが可能なのであるだろうか。仮に可能であるとしても、その「最大単位」を想定することができるのであろう。そして、仮にそれが可能であるとすれば、その基準は何であろうか。このような点についても、必ずしも理論的に割り切ることができるとは限らないし、また、事案に応じて検討すべきかもしれないが、それでも何がしかのメルクマールを見出すことができるかもしれないし、もしそうであるとすれば、それに従って事案の核心を突く訴追を行うことができるかも

---

(6) 例えば、最決平16・3・22刑集58巻3号187頁。なお、同決定と類似した事案として、名古屋地判44・6・25判時589号95頁、大阪地判昭57・4・6判タ477号221頁、名古屋高判平19・2・18判タ1247号342頁参照。

しれない。そこで、本稿では、この点についても検討したいと思う。

以上のような検討の結果、複数行為を分割して「最小単位」を選択する基準、複数行為を取り纏めて「最大単位」を構成し得る基準、さらには、これら両者を通じて一貫した包括的な「訴追の当否」の基準について、何がしかの示唆を得ることが本稿の目的である。

## 2 検討の前提

ところで、何を起訴するか(行為の選択)は、どの程度証拠があるか(事件の立証)と密接に関連する。すなわち、証拠がある場合に初めて選択が可能となる。捜査は、これに引き続く公判を見据えた証拠収集活動である<sup>(7)</sup>から、捜査の終結としての事件処理は、当然のことながら、証拠の冷静な検討に基づかなければならない。もっとも、捜査は流動的であり、証拠を集めながら暫定的に事実を選択し、更に証拠を集めて再検討するという作業を往復する。あるいは、当初複数の事件を想定し、その証拠を収集して捜査を行った結果、次第に1個に集約され、自ずから選択されるという場合もあり得よう。また、証拠が多義的であるため、多方向の推認が可能であって、一つの事実に集約し得ない場合もあり得るであろう。いずれにしても、証拠と事件(ないし事実)の選択とは、相互に補完しながら並行して進行する。したがって、いかなる訴追をなすべきかを検討する際には、当該事件においてどの程度の証拠が収集されているか、何がどこまで立証可能となっているかということの検討が不可欠とならざるを得ない。

そこでまず、本稿の課題を検討する前提作業として、証拠と訴追との関係

---

(7) 捜査は、一般には「公訴の提起・遂行のための準備活動」と言われているが(田宮裕・刑事訴訟法〔新版〕(1996年)45頁)、起訴・不起訴の決定と公判の準備の双方を視野に入れて展開するのが通常である(田口守一・刑事訴訟法〔第5版〕(2009年)36頁、鈴木茂嗣・刑事訴訟法〔改訂版〕(1990年)59頁)。捜査の定義と捜査構造論との関係につき、松尾浩也=田宮裕・刑事訴訟法の基礎知識(1966年)32頁以下参照。

について、一応の方向を確認しておくことにしよう。

## 第2 訴追と証拠

### 1 訴追と嫌疑の程度

#### (1) 訴追と公訴権

公訴権とは、「公訴を提起し、これを維持する検察官の権限」である<sup>(8)</sup>。その実質につき、これまで数々の議論が積み重ねられてきたが<sup>(9)</sup>、現在においては、裁判所に実体判決を請求する権利であるとする「実体判決請求権説」が通説とされている<sup>(10)</sup>。この見解を純化すれば、無罪判決を求めることもあり得るのだから、全く嫌疑のない起訴であっても、その他の訴訟条件が具備されている限り、その起訴は有効であって、嫌疑を公訴提起の要件とするべきではないという見解<sup>(11)</sup>が有力に主張された。これに対し、単に有罪無罪を問わず実体判決を求めるための公訴提起は、極めて非現実的であって、検察

---

(8) 田口守一・前掲(7) 165頁。

(9) 公訴権の意義をめぐって、「訴訟法説」が主張されて以来、「具体的公訴権説(有罪判決請求権説)」と「実体判決請求権説」とで争われ、ほぼ後者に決着したとされている(田宮裕・前掲注(7) 214頁, 田口守一・前掲注(7) 166頁)。ただし、実際上の運用においては、「公訴権は、依然として有罪判決請求権説と解されてきた」といわれる(亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻(1998年) 6頁)。なお、公訴権の用語はフランス法に由来し、「公訴ヲ為スノ権」として治刑法9条に取り入れられていた(松尾浩也・刑事訴訟法上〔新版〕(1999年) 144頁, 白取祐司・刑事訴訟法〔第5版〕(2008年) 199頁, 伊藤榮樹ほか編・註釈刑事訴訟法〔新版〕第3巻330頁(白井滋夫)参照)。公訴権論の歴史については、団藤重光・刑法と刑事訴訟法との交錯(1950年) 102頁以下参照。

(10) 田宮裕・前掲注(7) 214頁, 田口守一・前掲注(7) 166頁。嫌疑のない起訴をめぐる戦前戦後のいわゆる公訴権論争の詳細については、鈴木茂嗣・続・刑事訴訟法の基本構造上巻(1996年) 194頁参照。民事訴訟における訴権論の展開との比較については、内田武吉「公訴権理論の一考察—民事訴訟法学における考察態度を基礎として—」中村宗雄教授還暦祝賀論集・訴訟法学と実体法学(1955年) 286頁参照。

官は有罪判決を求めて公訴を提起するのであるから、「有罪判決を得られる見込み」を前提要件とする「有罪判決の請求を主張する権利」こそが公訴権である<sup>(12)</sup>との反論がなされた。その後、「客観的な犯罪の嫌疑」<sup>(13)</sup>、「犯罪の客観的嫌疑」<sup>(14)</sup>、あるいは「犯罪の確実な嫌疑」<sup>(15)</sup>、さらには「高度の嫌疑」<sup>(16)</sup>などが必要であるとの見解が主張され、近時、公訴提起にはこのような「嫌疑」を要求する見解が多数を占めて今日に至っているようである<sup>(17)</sup>。

もっとも、嫌疑の中味についてどのように解するかは、必ずしも一致しているわけではない。伝統的な糾問的捜査観によれば、十分な証拠を収集して嫌疑の存在を確認してから起訴するのは当然とされよう。そのような嫌疑について、旧法下では、形式的には予審判事が審査し、「公判ニ付スヘキカ否カラ決スル」(旧刑訴法295条1項) ことになっていた<sup>(18)</sup>。しかし、現行法下では、予審が廃止されたため、その機能が検察官によって担われることとなり、検察官は、予審における公判に付する決定とほぼ同程度の高度の嫌疑をもって起訴している<sup>(19)</sup>と言われている。ただし、実際には、旧法下においても、検察官において相当程度の嫌疑を得た上で起訴していたから(起訴によ

- (11) 平野龍一「刑事訴訟における実体判決請求権説—いわゆる修正された糺問訴訟をめぐって—」捜査と人権〔刑事法研究第3巻〕(1981年)189頁, 同・刑事訴訟法の基礎理論(1964年)49頁。
- (12) 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(上)(1958年)902頁。
- (13) 井戸田侃・刑事手続構造論の展開(1982年)131頁, 149頁。
- (14) 田口守一・前掲注(7)167頁。
- (15) 松尾浩也・前掲注(9)149頁。
- (16) 鈴木茂嗣・前掲注(7)127頁。
- (17) 阪村幸男「公訴権理論の再構成—検察官の主観的確信との関連において—」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, 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(1973年)63頁参照。
- (18) なお、旧法下においても、予審は歴史的産物であって、立法政策的に二重の手続を維持する必要があるかという疑問が提起されていた(小野清一郎・刑事訴訟法講義〔全訂第3版〕(1933年)393頁)。

って事件は捜査から公判に引き継がれていたが、引継のためには事件の実体が必要であり、それが嫌疑であるとされていた。)、裁判所は、「捜査機関と裁判所との等質性にかんがみて (相互に信頼し得る間柄だから)、特にその存在を審査確認することはしない」<sup>(20)</sup>とされていた。このような見解は、当事者主義を標榜する現行刑訴法の下において、新たな展開をみたが、それは、嫌疑の存在を要求した上で、その審査をも要求するという形で主張されたのである。そこで、これに対する批判として、さらに当事者主義を徹底し、嫌疑の引継を否定することを徹底するため、そもそも嫌疑の存在を要しないという主張がなされるに至ったのである。そして、これらを止揚する形で、当事者主義の立場から嫌疑を考え、要求されるのは、「検察官のいわば一方当事者からみた嫌疑」であって、審査されるのは、「当事者たる検察官の起訴処分の当否」という主張<sup>(21)</sup>がなされるようになった<sup>(22)</sup>。ここでは、表面的にみれば、訴追には嫌疑を要求し、裁判所による審査を要求しているが、嫌疑の内容が実質的に大きく変容していることを確認しておく必要がある。

## (2) 訴追の実際

なるほど、犯罪事実の有無の認定は、最終的には裁判所 (重大事件におい

(19) 藤永幸治ほか編・大コンメンタル刑事訴訟法第3巻 (1996年) 422頁 [渡辺咲子]。現行刑訴法の制定経過に照らし、「起訴前の身体拘束は、GHQ流の緩やかな起訴を前提とし、公訴提起は、従来の日本流の100%に有罪に近い嫌疑を要求することとなった」と言われている (渡辺咲子「現行刑事訴訟法制定時における公訴提起に必要な嫌疑の程度」田宮裕博士追悼記念論集上巻 (2001年) 86頁)。

(20) 田宮裕・日本の刑事訴追 (1998年) 87頁。

(21) 田宮裕・前掲注 (20) 88頁。このような嫌疑は、人権保障のために訴追をスクリーニングするという消極的機能を担い、当事者の機能を外部から審査するにとどまり、一応のもので客観的なものにならざるを得ないと言われている (同頁)。

(22) 嫌疑の意義につき、嫌疑の存在は、起訴が「実体的訴訟関係」を成立させるために充分な訴訟行為であることを示しており、嫌疑さえない場合には、そもそも「実体的訴訟関係」が成立しないと考えるべきであって、実体的理由の存在する「蓋然性」もないのであるから、訴訟的判断であるとの見解が主張されている (寺崎嘉博・訴訟条件論の再構成 (1994年) 104頁)。



ては一般市民である裁判員を含む裁判所)が行うのであるから、刑罰法令に違反するかもしれない社会的事件は、原則として全て裁判所の判断に委ねるべきであるという議論は、それとして傾聴に値しよう。起訴されなければ、その事件は、およそ裁判所の目に、従って一般市民の目に触れることもなく処理されてしまう。しかしながら、公訴提起がなされれば、被告人は被告人として応訴を強制され、長期間にわたって事実上の社会的不利益を被るのであって<sup>(23)</sup>、仮に最終的には無罪となったとしても、その被った物理的・精神的・社会的な不利益がほとんど筆舌に尽くしがたいものであることは、多くの冤罪事件が証明しているとおりである。社会的制度としての裁判制度を前提とする限り、以上のようなデメリットを無視することはできないように思われる<sup>(24)</sup>。そうだとすれば、「有罪判決が得られる高度の見込み」がある程度の証拠を揃えて訴追している現状<sup>(25)</sup>を一概に否定することはできないのではなからうか。

- 
- (23) 松尾浩也・前掲注(9)149頁参照。なお、訴訟条件との関係で、不当な応訴強制を拒否する構成について、川端博ほか編・基本問題セミナー刑事訴訟法(1994年)168頁〔川崎英明〕参照。「公訴が無効であるときに、実体審理を受けない権利」としての「応訴権」が主張されている(平野龍一・刑事訴訟法(1958年)28頁、田口守一・前掲注(7)168頁)。
- (24) 「大づかみの捜査」と「大胆な起訴」が受け入れられなかった理由につき、亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻(1998年)9頁参照。
- (25) 検察実務においては、「的確な証拠に基づき有罪判決が得られる高度の見込みがある場合に限って起訴するという原則に厳格に従っている」とされる(検察講義案(平成18年度版)62頁)。訴追段階における国家賠償法上の過失の有無に関する判断について、最判昭53・10・20民集32巻7号1367頁参照(「訴追時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる」)。当事者主義構造の下における嫌疑であるから、その程度については、相当高度な程度を要するが、その内容については、当事者たる検察官の主張を合理的に裏付けるもので足りよう(「有罪判決獲得の可能性ないし犯罪の嫌疑」とする見解(伊藤栄樹ほか編・註釈刑事訴訟法〔新版〕第3巻351頁(白井滋夫))もある)。なお、英国が51%基準と言われるのと比較し、日本においては「99パーセント基準」と言われている(松尾浩也・前掲注(9)150頁)。

そして、この点は、裁判員制度のもとにおいても、判断者に市民が加わったとはいえ、刑事裁判それ自体の基本構造に変更があったわけではないから、なお維持するに値する価値であるように思われる<sup>(26)</sup>。

以上を前提とする限り、訴追に際して、まず第1に考慮すべき事項は、「有罪判決が得られる高度の見込み」があると認められるに相応しい証拠が揃っているか否かであって<sup>(27)</sup>、仮にこの点において否とされるのであれば、およそ訴追の当否を論ずる余地はないように思われる<sup>(28)</sup>。しかし、仮にそのように十全の立証を期待し難いとしても、その本質部分が社会の根幹にかかわるような重要な事案であって、社会的にその事件の重みを無視し得ないような場合には、立証の困難性を多少犠牲にしたとしても敢えて訴追し、有罪立証の努力を尽くして裁判所の判断を仰ぐべき場合が、あるいはあり得るかもしれない。そのような場合、果たしていかなる対応をなすべきであろうか。そして、そもそも事案の本質部分とは何であろうか。

そこで、その後の検討を容易にするために、この段階において、事案の本質部分についての考え方の方向性を一瞥しておくこととしたい。

## 2 核心訴追—「核心司法」の前提—

「核心司法」を目指すべきであるとの指摘がなされて久しいが、その後、長きにわたってその実現はなされないままであった。しかし、今次の司法制度改革とともに、ようやくその機運が現実化し、裁判員制度の導入とともに、

---

(26) この点につき、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)67頁参照。

(27) 前掲注(25) 檢察講義案62頁。「有罪判決」を求めて起訴するのであるから、合理的な疑いを超えて立証できるという基準と殆ど同趣旨と考えられる。

(28) 犯罪の嫌疑がない場合、又はその嫌疑が十分でない場合に「公訴を提起しない処分」(刑訴法259条ないし261条)をすることができることを前提として、事件事務規定72条2項は、その場合の裁定主文につき、「嫌疑なし」及び「嫌疑不十分」を規定している。

その実現が不可避と言われるまでに熟してきた<sup>(29)</sup>。もとより、裁判員制度になったからといって、必ずしも直ちにこれが実現するわけではないことは、これまで試行されてきた模擬裁判の結果が示す通りであろう<sup>(30)</sup>。おそらく、次第にその方向が現実化することは間違いないと思われるが、そのみで完結するわけではない。そのためには、その前提として、核心訴追を必要とするように思われる。そこで、その前提作業として、考えられるいくつかの要素を検討しておくことにしよう。

まず第1に、訴追の法的性質を考慮する必要がある。すなわち、上述したとおり、訴追の出発点となる起訴は、その後の立証活動を行うための証明対象の提示であるから、起訴に際しては、立証の難易を十分に考慮せざるを得ない。証拠能力はもとより、証明力判断が微妙な場合、より確実な範囲で処理を行うことは、合理的選択である。たとえ殺人事件として捜査を行ってきたとしても、殺意の立証に困難を伴う場合に傷害致死罪で起訴することは、合理的な処理というべきである。

第2に、訴追は、最終的には刑罰権の実現を目指す行為であるから、最も適切に刑罰権を実現することができるような訴追を行うべきである。事案全体の本質部分のみを適切に切り取る訴追が最も望ましい。事案の本質部分とは、生じた被害の大きさ（法益侵害の程度）と当該行為の社会的影響（反社

---

(29) 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・裁判員裁判の下における大型否認事件の審理の在り方（2008年）2頁（なお、その概要として、今崎幸彦「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頁以下参照）、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頁など。

(30) 模擬裁判の運用結果について、河本雅也＝大西直樹＝小野寺明「『模擬裁判の成果と課題』について」判タ1287号（2009年）5頁（最高裁判所事務総局刑事局が取り纏めたものの解説である。）、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89頁、神山啓史＝岡慎一「模擬裁判から見た審理の課題」法律時報81巻1号（2009年）7頁。

会性の程度)とを総合的に衡量して、大局的見地から合理的に判断することになると思われる。すなわち、まず、何よりも法益侵害という結果の重大さに相応しい事件処理を行うべきであって、この点が軽視されては個人の安全も社会の秩序も保つことはできないであろう。しかし、犯罪が社会的存在であることを考えれば、法益侵害の重大さも当該社会の中で相対化されざるを得ず、その意味で、社会と相応しい距離を保つような事件処理が望まれる。それゆえ、前者を重視しつつ後者とのバランスを保つような処理が適切であろう。例えば、殺人事件と思われる事件が発生し、その捜査がなされ、殺人罪を裏付けるに足る証拠が収集されたのであれば、やはり殺人罪として訴追するのが適切であって、これを暴行罪として罰金刑で処理するのは、仮にそれが不可能ではないとしても、法益侵害の大きさの点においても、また社会との距離の取り方の点においても<sup>(31)</sup>、やはり相当な処理とは言い難いであろう。

「核心」とは何か。訴追において、その本質が問われる<sup>(32)</sup>。この問題については、なお慎重な検討が必要であるが、そのための準備作業として、本稿では、初めに提起した2つの類型のうち、第1の類型から検討することとする。

---

(31) この点、もう少し具体的に言えば、例えば、当該犯罪を取り巻く社会の処罰要求である。その意味で、広い意味では「当罰性」と言っても良いかもしれない。起訴されなければ、およそ処罰されることもないし、公開の法廷に提示されることもなくひっそりと消えていくこととなるが、民主主義社会において、果たしてそれで良いかということは問われても良いように思われる。刑罰権も社会的存在である以上、社会からの要求を無視することはできないであろう。ポピュリズムに流されるべきではないが、さりとて社会の要請を無視することも相当でないように思われる。

(32) 審理における「核心」の本質につき、田口守一・前掲注(3)44頁参照。

### 第3 訴因事実の選択—どのような事実を選ぶか—

第1の類型の問題は、訴因事実の選択である。すなわち、仮に「最小単位」で起訴することが不当だとすれば、一体どのような訴因事実を選択して起訴するのが妥当かという問題である。この点は、罪数と密接に結びついていると考えられるので、訴因をどのように構成するかについても、初めに罪数の方向からみておくこととする。

#### 1 訴追における事実の選択と罪数

一罪は、通常、一訴因によって構成される<sup>(33)</sup>。一行為による単純一罪の場合であれば、そのような構成に不都合はない。しかし、複数行為が一罪を構成するとされている場合、ことはさほど簡単ではない。そもそも一罪と言えるかどうか、それ自体が問題となるからである。一見して一罪のように見えながら、実は数罪である場合、逆に一見して数罪であるように見えながら、実は一罪である場合、そのそれぞれについて、行為が複数であったり単数であったりするので、行為の単複と罪数の単複とは必ずしも一致しない。そこで、ここでは、特に罪数との関係を意識しながら、複数行為によって複数の結果が生じた場合の取扱いについて検討してみようと思う。

ところで、単純一罪と単純数罪を除くと、罪数上問題があり得るのは、法条競合、包括一罪、科刑上一罪、併合罪であると言われる<sup>(34)</sup>。まず、法条競合につき、数個の構成要件該当性を認める余地があり得る否かは議論がある

(33) 実体法上の一罪が一訴因であることはほぼ争いがないが、科刑上一罪については数個の訴因とする見解と1個の訴因とする見解とに分かれており(安富潔・刑事訴訟法(2009年)258頁)、前者が多数説と言われている(上口裕・刑事訴訟法(2009年)211頁)。

(34) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(1975年)407頁、山口厚・刑法(2005年)179頁以下参照。

が<sup>(35)</sup>、仮に数個の構成要件該当性があり得るとした場合でも、その前提は、あくまで「1個の法益侵害事実」であるから、社会的事実も1個以外ではあり得ない。次に、包括一罪は、「複数の法益侵害事実」を前提としており、その意味で、単純一罪ではなく科刑上一罪に近似した性格を有するとされるが<sup>(36)</sup>、法益侵害をまとめて評価できることから包括されるとされている。しかし、その実態は個別行為の集合であって、法益評価を除けば科刑上一罪と言って良いであろう。さらに、科刑上一罪のうち、観念的競合は「一行為多数法」と言われるように社会的行為は1個であるが、牽連犯は手段・結果の関係にある数罪であるから、社会的行為は明らかに複数存在している。最後に、併合罪が数個の社会的行為を前提とした数罪であることは言うまでもない。

以上のように、犯罪が競合しあるいは競合するよう見える各種現象に対し、実体法はそれぞれに応じて異なった法的評価を行っている。訴訟法は、これを踏まえた上で訴追を行うことになる。そこでは、罪数評価との整合性を考慮することになるから、法益侵害と行為とを基軸にして、おそらく当該事件によって生じたであろう「法益侵害事実」に最も相応しい行為を選定して訴追することになるように思われる。なお、その場合でも、当然のことながら、「社会的妥当性」を考慮しなければならないから、それが社会的意味において当該事件の中心かつ核心的な地位を占めているような本質部分を

(35) この点につき、複数の構成要件該当性があるとするものとして、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「罪数論」中山研一ほか編・現代刑法講座第3巻(1979年)287頁、虫明満・包括一罪の研究(1992年)52頁、香城敏磨「罪数概論」獨協法学61号(2003年)21頁、林幹人・刑法総論〔第2版〕(2008年)452頁など。1個の構成要件該当性しかあり得ないとするものとして、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、平野龍一・前掲注(34)409頁、山口厚・刑法総論〔第2版〕(2007年)365頁、川端博・刑法総論講義〔第2版〕(2006年)613頁など。

(36) 従来は本来の一罪と言われていたが、近時、科刑上一罪とする見解が多いとされる(只木誠・罪数論の研究〔補訂版〕(2009年)169頁)。

訴因事実として選択して訴追することが最も望ましいことは言うまでもない。

このようにみえてくると、「法益侵害事実」が1個である場合には、仮に複数の犯罪が成立し得る場合であっても、1個の処罰で対応するのが相当であるが、「法益侵害事実」が数個である場合には、基本的にはそれぞれに応じた処罰で対応するのが相当であるように思われる。法条競合と観念的競合の場合には1個の処罰で対応し、包括一罪と牽連犯、さらには併合罪の場合には数個の処罰で対応するのが原則であろうが、法益侵害の包括性ないし一体性という性質がある場合には、実体法的にも、違法性及び有責性の程度が単純数罪における単純加算よりも縮減的に評価され得るので、その程度の強弱に応じて、競合犯罪を合一的に処断することにも合理性があるとも考えられよう<sup>(37)</sup>。しかし、包括一罪であるから常にそのような縮減的处理をしなければならないと言えるかどうか、また、牽連犯であるからといって、現実に常にそのような縮減的な実体を有していると言えるかどうか、必ずしも断言できるとは限らない。逆に、併合罪であるからといって、常に独立的な実体を有していることに疑いがなくとも限らないようにも思われる。そして、これらがそのような実体を有するとすれば、訴訟法においても、合理的理由が認められる限り、併合罪であっても、一体的処理に漏れた犯罪について、場合によっては重ねて訴追し得ないと考えることも不合理ではない<sup>(38)</sup>、逆に、牽連犯であっても、一括して処理できない特段の事由があった場合には、分割して訴追することも一概に不合理とまでは言えないように思われる<sup>(39)</sup>。分割が相当でないかどうかは、一体的処理に相応しいか否かによるのであって、

---

(37) この点につき、只木誠「包括的混合一罪の前提」獨協法学37号(1993年)102頁、林幹人・刑法総論【第2版】(2008年)450頁、林幹人「罪数論」芝原邦爾編・刑法理論の現代的展開Ⅱ(1990年)273頁、山中敬一・刑法総論【第2版】(2008年)975頁など。さらに、石川才顕「観念的競合における事件単一性評価の妥当領域」日大法学30巻3号(1964年)88頁、89頁参照。

それは、原則として、包括一罪か牽連犯か併合罪かによってある程度類型的に定まるとはいえ、常に例外なく画一的に定まっているわけではないように思われる。事案の実体に即した合理的理由があれば、例外を認めることもあり得て良いのではなからうか。逆に、併合罪であっても、例外的に一罪的处理が相当である場合もあり得るように思われる。

また、科刑上一罪であれば、仮に分割してその一部を訴追したとしても、残部を別途独立して起訴することはできないとされている。牽連犯にせよ観念的競合にせよ、手続的には明らかに合一処罰を前提としているからである。それ故、細切れ起訴は許さない<sup>(40)</sup>。しかし、常習一罪、例えば常習特殊窃盗の場合には、常習性を排除しさえすれば単純窃盗となるとするのが判例であるから<sup>(41)</sup>、原則として併合罪となり、それ故これを個別に単純窃盗として、実質的に分割して起訴することが可能とされている。常習一罪は、広義の包括一罪と言われており、それ故、包括一罪と科刑上一罪との間でアンバラン

(38) 併合罪についても既判力を及しても良い場合があり得るとも言われる(筑間正泰「一事不再理効の客観的範囲に関する諸問題」政経論叢26巻5号(1977年)241頁。なお、林幹人・前掲注(37)「罪数論」271頁参照)。また、一事不再理効の効力の及ぶ範囲につき、二重の危険の観点から、併合罪であっても、一挙解決の要請がある場合、同時訴追・同時立証が可能なときは一事不再理効を及ぼせる必要があるとの見解も有力である(渥美東洋・全訂刑事訴訟法(2006年)407頁、田宮裕・前掲注(7)455頁、田口守一・前掲注(7)436頁など)。

(39) 古田祐紀「罪数論の功罪」判タ535号(1979年)78頁など。

(40) この場合には、訴因の追加的変更を行うことになる。仮に、誤って併合罪として、新たに追起訴された場合には、訴因の補正を行うか(松尾浩也=田宮裕・前掲注(7)97頁〔田宮裕〕)、釈明手続が適正になされていれば補正することなく全体を一罪と判断して1個の裁判を行えば足りる(三井誠・刑事手続Ⅱ(2003年)250頁)とされている。なお、最決昭35・11・15刑集14巻13号1677頁参照(数罪として起訴された訴因に対し一罪として処断する場合、別途公訴棄却や訴因変更を要しないとした。)。既に起訴された裁判が確定した場合には、一罪である以上、一事不再理効によって再訴が禁止される。

(41) 最判平15・10・7刑集57巻9号1002頁。



スが生じるように思われる。すなわち、ある罪と他の罪との関係が科刑上一罪とされた途端、一部起訴した部分以外の残部を別途独立に起訴することができなくなり、他方、包括一罪とされれば、一部起訴はもとより、場合によっては残部を別途独立に起訴することができる場合もあり得るのである。要するに、本来は1回処罰が想定されている一罪の中でも、分割して起訴することができない場合とこれが可能となる場合とがあるのである。このような事情を考慮すれば、分割して独立に起訴できるどうかは、科刑上一罪か包括一罪かというような実体法上の罪数判断によって常にアプリオリに決まるといよりも、もう少し柔軟な考慮を加味する余地があり得るように思われる。もとより、訴訟法が実体法の実現を目的とするとすれば、処罰の個数は実体法上の罪数によるというのはそれなりに論理的であり<sup>(42)</sup>、判断基準の明確化の点からも合理的ではあるが、常にそれに従うことによる不都合があることもまた事実である。その点を考慮して、罪数の拘束から幾分か開放された訴訟法的な考慮も、また同時にあり得ても良いのではなからうか<sup>(43)</sup>。

そこで次に、一罪の性質に応じて、どのように異なった取扱いをするのが望ましいか、実体法上の拘束を超えて、そのような取扱いをする訴訟法上の考慮とは何か、そして、そのような訴訟法上の考慮の基準をどのように設定できるかどうかについて、当面の検討を試みてみようと思う。

(42) 訴因との関係で「罪数による規整」が主張されている(松尾浩也・前掲注(9)308頁)。

(43) 宇藤崇「判批」平成15年度重要判例解説ジュリスト1269号(2004年)203頁参照。なお、かねてから、一事不再理効との関係で、「二重の危険」法理を表面に掲げ、これを実体法上の罪数判断に代わる基準として訴追の当否を論じようとする見解(例えば、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。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頁参照。)が主張されてきたが、これも実体法一元主義の論理に対抗する訴訟法的な考慮と考えることもできよう。

## 2 「強い一罪」と「弱い一罪」

一罪にも「強い一罪」と「弱い一罪」とがある<sup>(44)</sup>。前者は、理論的最小単位としては分割可能であるが、独立した1個の犯罪として立法されており、訴追においては分割処理すべきでない場合である。例えば、強盗罪のような結合犯については、一応、暴行又は脅迫と窃盗とに分解可能であり、それぞれが犯罪の最小単位であるから、理論的には、独立して訴追することは可能ではあるが<sup>(45)</sup>、全体として強盗罪として認定できる限り<sup>(46)</sup>、1個の犯罪として処理することが予定され想定されている。したがって、訴追段階において強盗罪に該当する事実が認定可能であるのに、これを分割して訴追することは相当でないというべきであろう。

他方、後者は、理論的に分割可能であるばかりか、訴追においても、原則として分割処理することが許容される。しかし、分割して処理した場合の取扱いについては、さらに2つの場合があり得る。第1は、全体としては1個の刑罰権に支えられており、1回処罰が実現されなければならない場合である(弱い一罪①)。この場合には、仮に分割して一部を起訴したとすれば、残りの部分については、もはや独立して起訴することはできなくなる。例えば、牽連犯の場合、刑法54条1項によって、刑罰実現は1個であることが当然に予定されているので、仮にこれが分割されその一部が起訴された場合には、比喩的に言えば、いわば刑罰権が行使し尽くされたのであるから、残部を独立して起訴することはできない。したがって、既に起訴された部分の裁

---

(44) 「強い一罪」は「固い一罪」と、「弱い一罪」は「柔らかい一罪」と言っても良い。なお、宇藤・前掲注(43)203頁、同「不可罰的(共罰的)事後行為—訴訟法の見地から—」刑事法ジャーナル14号(2009年)46頁参照。

(45) この点につき、拙稿・前掲注(5)広島大学法科大学院論集5号125頁。

(46) 証拠上認定可能であることが当然の前提であって、そもそも証拠上認定困難であるような場合は検討の対象外である。後者の場合には、単に暴行罪のみ、あるいは窃盗罪のみで認定せざるを得ないというだけであって、まさに暴行罪のみ、あるいは窃盗罪のみしか成立しないのであるから、分割の問題はそもそも生じない。

判が確定した場合には、一事不再理の効力が及ぶため再訴できず、裁判係属中の場合には、訴因変更が考えられるだけである<sup>(47)</sup>。第2は、全体として複数の刑罰権に支えられており、特別な事情のために本来は複数の刑罰権が合体して1回で実現されることが予定されている場合である(弱い一罪②)。この場合には、そのような特殊な事情が除外され得る場合には、その限りで、複数の刑罰権を本来の姿に立ち戻らせ、これらをそれぞれ独立させることが可能となる。したがって、仮に分割してその一部を起訴したとしても、その残りの部分については、更に独立して起訴することができる。例えば、常習一罪の一部について、常習性という特殊な事情を除外し、その一部を非常習犯として起訴した場合には、残りの部分も非常習犯として独立に起訴することが可能となる<sup>(48)</sup>。この場合、複数の刑罰権を統合しているのは常習性という特殊な事情である。したがって、この特殊な事情を除外することができたとすれば、各窃盗行為を独立した単純窃盗罪として訴追することができることになる。

このようにみえてくると、その判断基準については別途検討するとしても、

- 
- (47) 一般には、既判力ないし一事不再理効が及ぶという形で議論がなされている。この点、同時処理が事実上極めて困難であった場合、被告人が処罰を免れるための偽装工作をするなどした場合など、特殊事情がある場合には、その例外を認めて別途訴追可能として良いとの見解(石川才顕・前掲注(37)88頁など)も有力である。この見解に立つと、科刑上一罪の一部を分割して別々に訴追することを理論上認めることになってしまう(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、小出諒一「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年)65頁、山本和昭「判批」専修ロージャーナル創刊号(2006年)77頁など参照)。なお、一事不再理の例外を認める考え方につき、田宮裕・一事不再理の原則(1978年)114頁参照。
- (48) 最判平15・10・7刑集57巻9号1002頁参照(「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」と指摘している。)

訴追における「強い一罪」, 「弱い一罪①」及び「弱い一罪②」の区別は, 実体法上の罪数処理に常に一致するわけではないと考えることもあり得ないわけではないように思われる。その意味で, 公訴事実の単一性を罪数論で割り切ってきた従来の立場には, なお検討の余地があり得るようにも思われる<sup>(49)</sup>。

そこで, 以上を念頭において, 一罪と言われている各場合について, 訴追処理の妥当性(当否)をそれぞれ検討してみよう。

### 3 科刑上一罪の取扱い

#### (1) 観念的競合における競合犯罪の一方のみの起訴

観念的競合における犯罪事実は, 前法律的事実ないし社会的事実としては1個の事実であるから, 通常は証拠が共通することが多い。したがって, 捜査の段階で一方のみが判明し他方が判明していないということは, 極めて稀有であろう。確かに, 無免許で酒に酔って自動車を運転した者が, 免許のある者を名乗って捜査を受け処罰されるという特異な場合もあり得るが, そのような場合は極めて稀有であって, 通常の場合には, 捜査段階において他方が発覚しないということはある程度あり得ないであろう。仮に, 捜査段階において両罪が発覚していれば, 罪責の相違等に鑑み, 一般的には他方を不起訴とするメリットはないと思われるので, 観念的競合として双方とも起訴されていたであろうと思われる。そうだとすれば, 他方が特に軽微であって, 事件全体からみて大勢に影響がないような特別な場合を除いて, 双方とも起訴するのが相当であろう。その意味で, 観念的競合の場合には, 軽重が極端に異なっているため, 一方のみを起訴すれば十分であって, 他方については起訴価値が低いというような場合を除き, 双方とも訴追するべきであろう。

そこで, 念のため, 上記のような例外的事案について, 若干検討してみよ

---

(49) この点につき, 松尾浩也・前掲注(9)308頁参照。さらに, 辻本典央「『公訴事実の同一性』概念について(3・完)」近畿大学法学55巻2号(2007年)104頁以下, 特に119頁参照。

う。最高裁は、無免許の発覚を恐れ、酒気帯び運転で他人の氏名を名乗って略式命令を受けた場合について、被告人に対しては既判力を生じないとして、発覚後の新たな無免許運転の訴追を有効としている<sup>(50)</sup>。ここでは、一事不再理効それ自体については判断することなく、裁判の名宛人の問題として解決が図られている。そして、在庁略式の場合と異なり、「冒用者の特定について身柄拘束の場合のような確固たる保障がない」ことから「合理性がある」と言われている<sup>(51)</sup>。しかし、この場合、名宛人の問題としては、公訴提起の相手方の特定に際して、表示に重点を置くか行動に重点を置くかという問題であって、偶々在庁略式であったかどうかという身柄拘束の有無によって決定的に異なっているとは考えられない。したがって、冒用者の特定というような技術的問題としてではなく、在庁略式の場合と同様に処理した上で、その前提となる二重起訴の問題を検討しておくべきであったようにも思われる<sup>(52)</sup>。

---

(50) 最決昭50・5・30刑集29巻5号360頁。いわゆる「三者即日処理方式」による略式手続の場合である。従来の判例は、通常略式について、いわゆる表示説の立場に立つものとされており、冒用者が送達を受ける点において異なっている「三者即日処理方式」の場合も同様か否か争われたが、本決定は、同様の取扱いをすることとしたものである。この点につき、最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和50年度〕109頁〔内藤丈夫〕、井上正仁「判批」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕(1986年)119頁参照。本決定が是認した東京高判昭49・8・29高刑27巻4号374頁につき、既判力判断を回避した結論は妥当であるとして、結論に賛成する見解として、高窪真人「判批」昭和49年度重要判例解説ジュリスト590号(1975年)176頁、専ら被告人の特定に限った判断は評価しつつ、結論に反対する見解として、小林充「判批」判タ315号(1974年)147頁。なお、その後、大阪高判昭52・3・17刑裁月報9巻3・4号212頁は、逮捕中在庁のいわゆる「在庁略式」につき、冒用者に効力が及ぶことを認めた(東京高決昭61・9・19高検速報2855号も同様)。

(51) 三好幹夫「判批」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)117頁。

(52) 本件の第一審判決である東京地判昭49・4・2判時739号131頁は、既判力の観点から検討した上、同時訴追が「著しく困難」であった場合には、既判力は及ばないとした。この点につき、石川才顕「判批」昭和49年度重要判例解説ジュリスト590号(1975年)167頁参照。

やはり、問題の本質は、このような場合であっても、被告人は、なお二重起訴として訴追を免れるべきか否かという問題であったと考えられる。そして、このように考えると、被告人が欺罔手段を用いて捜査を欺くなど、捜査機関において真にやむを得ない事情で発覚しえなかった特別の事情がある事案については、観念的競合の場合であっても、なお別途訴追可能とすることを検討する余地もあったように思われる。訴追の問題としては、本来は一括処理がなされるべきであったが、被告人が意識的に敢えてこれを妨害した場合には、その不利益を被告人に帰属させても、必ずしも不合理とは言えないであろう。もとより、このような功利的な見方には、既判力は訴因変更可能な全てに及ぶという当然の前提に反するという厳しい批判があることは承知している。既判力というドグマティッシュな見方からすれば、およそ当事者の利益衡量を容れる余地はないように思われる。しかし、本来の一事不再理の理念からみれば、要は、国家と被告人の間の利益調整であるという側面も否定できないのであって<sup>(53)</sup>、このような分割的処理も、全く不合理とは言えないのではなかろうか。

なお、観念的競合の場合において、これを分割して訴追することに合理性があり得るとすれば、それは公訴時効期間が異なる場合であろうか。一般に、観念的競合の時効起算点については、判例は一体説とされている<sup>(54)</sup>。これによると、その最も重い刑を定めた罪を基準として時効期間が計算される。これに対し、通説とされている個別説によれば、科刑上一罪は本来数罪であって、公訴時効はそれぞれの罪について別々に進行することになるので、観念的競合の一部のみにつき時効完成という事態も当然に発生することになる。確かに、科刑上一罪は本来の数罪であるが、訴訟においては一個の刑罰権が実現される。それ故、直ちに個別説に与するわけにはいかないが、可罰性の減少と証拠の散逸とに鑑みれば、あるいは被告人の利益を考慮すれば、個別的に考察することにも合理性があるように思われる。そのような実態に鑑みれば、理論的には一体説に従うとしても、実際上の処理としては、仮に分離

して考えれば時効が完成していると認められる犯罪を分離して、時効未完成部分の犯罪のみを訴追するのが妥当であるように思われる。

## (2) 牽連犯における手段又は結果のみの起訴

住居侵入と侵入先の屋内における犯罪は、概ね牽連犯とされている。すなわち、被害者方住居に侵入して財物を窃取した場合、住居侵入罪と窃盗罪との牽連犯とされ<sup>(55)</sup>、侵入して強盗を犯した場合<sup>(56)</sup>、殺人を犯した場合<sup>(57)</sup>、強姦を犯した場合<sup>(58)</sup>、放火を犯した場合<sup>(59)</sup>など、いずれも牽連犯とされてい

(53) 一事不再理効を二重の危険から説明する立場に立つと、二重の危険の本質は「国家の活動権と個人の自由な生活権との調和の限界」あるいは「全体と個との、利益較量による調和点」にあるとされる(田宮裕・前掲注(47)82頁)。そして、二重の危険禁止の効力の及ぶ範囲については、「訴追側=政府と被告人との間の有利さのバランスを保つことが、しかも憲法上の刑事裁判の原則に照らしてそうすることが、最大の関心となる」と言われる(渥美東洋「いわゆる余罪と二重危険禁止の原則」比較法雑誌17巻4号(1984年)13頁)。同旨、中野目善則「合衆国憲法第五修正の二重危険禁止条項に関する最近の動向-再訴遮断の範囲をめぐって-」法学新報103巻10号(1997年)40頁、同「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25頁(ただし、政府と市民の利益バランスは、法制定時に定められたものであって、その時々々の憶測的なコスト・アンド・ベネフィットの利益衡量を予定したものではないとされる[同28頁注(30)])、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)192頁。なお、アメリカ法における既判力の範囲につき、「被告人の保護と検察官の恣意の抑制なる手続面の要請として現れている」と言われ(青柳文雄・犯罪と証明(1972年)349頁)、また、フランス法における既判力の範囲についても、「正義の維持と被告人の保護との調和という考慮の上に成り立っている」と言われるが(同356頁)、後者に関する批判として、白取祐司・一事不再理の研究(1986年)316頁。

(54) 最判昭41・4・21刑集20巻4号275頁。

(55) 大判大6・2・26刑録23輯134頁。なお、大判明45・5・23刑録18輯658頁参照。

(56) 事後強盗による強盗傷人との関係につき、大5・8・28刑録22輯1326頁。

(57) 大判明43・6・17刑録16輯1220頁、大判大12・11・10刑集2巻755頁、大判昭5・1・27刑集9巻16頁(侵入後に偶発した殺人)。なお、殺人未遂との関係につき、大判明44・12・21刑録17輯2273頁。

る<sup>(60)</sup>。また、盗んだ通帳と印鑑を利用し、払出書類を勝手に作成した上で銀行から預金を引き出す場合、有印私文書偽造・同行使・詐欺が牽連犯になると解されている<sup>(61)</sup>。前者においては、概ね住居侵入罪を起訴せず、窃盗罪等目的となった犯罪のみで起訴されることが多く、他方、後者においては、全ての犯罪が牽連犯として、一括して起訴されるのが通例である。そこにどのような考慮が働いているのか、必ずしも明らかではない。しかし、前者の場合、例えば、屋内への侵入窃盗の場合には、その屋内への侵入行為は、侵入しなければ窃盗できない点において、窃盗行為の不可欠の前提となっており、むしろ窃盗行為に含まれるかのような一体性ないし一体的実態を有すると考えられており<sup>(62)</sup>、単なる手段・目的の関係を越えた結合的な実態を有するのが通例であるのに対し、後者の場合には、法定刑の重さや原因行為と結果行為の法益性の相違が目立ち、実態からみても詐欺に含まれるような一体的実態を有していないと考えられているのではないと思われる。その意味において、理論的に分割が可能な事象である場合には、事案全体の実態からみて中心的部分のみを選択して訴追することも、実態に即した合理的判断であるということができよう<sup>(63)</sup>。

(58) 大判明44・5・23刑録17輯953頁，大判昭7・5・12刑集11巻621頁。

(59) 大判明43・2・28刑録16輯349頁，大判昭5・11・22刑集9巻823頁，大判昭7・5・25刑集11巻680頁。

(60) 牽連犯の限界は明確ではなく、牽連犯とは、判例により認められた牽連犯のことをいうとさえ言われている（大谷實・刑法講義総論〔新版第2版〕（2007年）494頁）。ただし、判例では漸次縮減の方向にあるとされる（只木誠「観念的競合・牽連犯」西田典之ほか編・刑法の争点（2007年）124頁）。たとえば、監禁致傷と恐喝とは従来から牽連犯とされていたが（大判大15・10・14刑集5巻456頁）、近時判例変更され、併合罪とされるに至った（最判平17・4・14刑集59巻3号283頁）。

(61) 大判昭7・7・20刑集11巻1113頁。なお、私文書偽造・同行使・横領についても同様とされる（大判明42・8・31刑録15輯1097頁）。これに対し、殺人と死体遺棄については併合罪とされている（大判明44・7・6刑録17輯1388頁，大判昭11・1・29刑集15巻30頁）。



こうして選択から漏れた犯罪については、もともと事案全体からみれば周辺の犯罪であって、敢えて訴追の要はないと判断された部分であるから、通常の場合には、当然のことながら「不起訴」とされている。ただし、その場合には、不起訴裁定書を作成しないのが通例である<sup>(64)</sup>。その趣旨は必ずしも明確ではないが、おそらく、事案に対する刑罰権が適切に実現されたと評価され、主たる刑罰権が適切に行使された以上、仮に刑罰権が一部残存していたとしても、実質的には軽微な刑罰権であると考えられるので、これに対して敢えて不起訴処分を行う必要まではないということであろう<sup>(65)</sup>。

- 
- (62) 盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律に定められた常習特殊窃盗における住居侵入はもとより、常習累犯窃盗においてさえも、住居侵入は常習窃盗に吸収されると解されている(最決昭55・12・23刑集34巻7号767頁。なお、本決定に至るまで、裁判例は一罪説と併合罪説とに分かれていた。この点につき、最高裁判所判例解説刑事篇【昭和55年度】469頁【稲田輝明】参照。)ことも、このような態様による窃盗と住居侵入とは密接な関連性があることを示して余りあるように思われる。なお、住居侵入・強盗致傷における共犯からの離脱に関し、他の共犯者が着手する前であるにもかかわらず、防止措置を講じることなく離脱したときには、なお共犯関係の解消を認めなかった判例(最決平21・6・30裁判所時報1486号1頁)があるが、これも、住居侵入と強盗致傷とを一体として考察すれば理解可能であるように思われる。
- (63) 前掲注(60)のとおり、監禁罪と恐喝罪との関係につき、牽連犯とした従来の判例が変更され、恐喝を手段とした監禁が行われた場合であっても併合罪であるとされるに至った(最決平17・4・14刑集59巻3号283頁)が、このような場合、たとえ併合罪であったとしても、一旦監禁罪のみを起訴した後、別罪として新たに恐喝罪を独立して起訴するのは、事案全体の処罰の妥当性からみて相当とは思われない。監禁罪の裁判において、手段についても審理せざるを得ないと思われるので、恐喝を起訴するのであれば、一括して起訴すべきであろう。
- (64) 検察講義案(平成12年版)159頁注①(「事務の簡素化のため」と言われている。)。なお、平成15年版以降は、この点に関する記述がないようである。
- (65) もっとも、刑罰権が消滅し尽くしたわけではないので(前掲注(25)検察講義案80頁参照)、敢えて訴追しようとするればできないわけではない(検察官が不起訴にした犯罪を後日起訴しても憲法39条に違反しないことにつき、最判昭32・5・24刑集11巻5号1542頁)。その場合、再起した上で、先に訴追した訴因について、訴因変更(追加的変更)を行うことになる。

## (3) かすがい外しの起訴

以上のような牽連犯においては、いわゆる「かすがい現象」によって、併合罪が一罪となることがあるとされる<sup>(66)</sup>。例えば、家屋に侵入して、その家の夫婦を両名とも殺害したような場合、法益との関係で殺人2罪が成立するが、そのいずれもがそれぞれ住居侵入と牽連犯関係に立つことになるので、住居侵入罪が「かすがい」となって、2個の殺人罪が一罪関係になるとされる。仮に、屋外で2件の連続殺人を犯した場合には、殺人2罪の併合罪となるにもかかわらず、屋内に侵入して犯した場合には、2罪の殺人罪が住居侵入罪を含めて科刑上一罪とされるのである。これは明らかに不合理ではないかとの批判が強いが、判例はこの考え方を堅持している<sup>(67)</sup>。そこで、訴追段階において、住居侵入罪を除外し、単純な2個の殺人罪として起訴することが少なくない<sup>(68)</sup>。しかし、そうすると、今度は、2個の異なった法益侵害がなされているのであるから、通常の場合には殺人罪2罪の併合罪となり、併合罪加重されることになる。結局のところ、数罪になるか一罪になるかは、訴追の判断いかんによって定まることになるが、これはこれで不合理ではないかとの批判も強い。

この点は、従来から実体法の罪数処理の問題として論争がなされたきたこ

(66) かすがい現象については、かねてから罪数論における難問として、いかなる罪数処理をなすべきかをめぐって、多くの議論が重ねられてきた。しかし、ここでは、訴追の在り方に限定して検討するにとどめ、その本質に関する検討は他日を期することとする。なお、山火正則「科刑上一罪について一観念的競合と「かすがい理論」を中心として」刑法雑誌23巻1=2号（1979年）1頁以下、中野次雄「併合罪と科刑上の一罪との競合—いわゆる「かすがい作用」について—」刑法雑誌22巻3=4号（1979年）311頁以下、鈴木茂嗣「いわゆる「かすがい」理論について—罪数論の考え方試論—」法曹時報33巻8号（1981年）1頁以下、大塚仁ほか編・大コンメンタール刑法第4巻〔第2版〕（1999年）355頁以下〔中谷雄二郎〕など参照。

(67) 大判明45・3・28刑録18輯383頁、最決昭29・5・27刑集8巻5号741頁など。

(68) 朝山芳史「牽連犯に関する覚書—かすがい現象を中心として」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集〔上巻〕（2006年）243頁。

とは周知の通りである。そして、訴訟法においても、科刑上一罪が訴訟法上も1個の事件として取り扱われ、公訴提起の効力、既判力の客観的範囲は科刑上一罪の全体に及ぶという原則は、実体法から獲得されたものであることを理由として<sup>(69)</sup>、実体法上の議論が当然の前提としてされてきた<sup>(70)</sup>。ところが、かすがい外しの起訴は、実体法上の罪数の在り方を公訴提起の効力によって破ろうとするものであるから、いかに結論の妥当性があろうとも、理論的には到底許されないようにも思われる。もっとも、公訴提起の段階において、果たして真実かすがい現象となっているのかどうか、証拠上必ずしも明確ではないという場合もあり得るので、そのような場合であれば、立証の難易等を考慮して、かすがい外しの訴追を行うこともそれなりの合理性を有するであろう<sup>(71)</sup>。

そこで問題は、証拠上は明白であるにもかかわらず、科刑上一罪となる事

---

(69) 科刑上一罪は実在的競合（その意味で、「広義の併合罪」とも言われる（団藤重光編・注釈刑法（2）のⅡ総則（3）（1969年）617頁〔高田卓爾〕。）とするのが通説であるが、刑の取扱いとして吸収主義を採用したものとされる（大谷實・前掲注（60）487頁）。その実質的理由は、複数罰条の合一的評価によって、初めて「犯罪事実の不法・責任内容の全体が評価できる」ことから一罪とされたものであると言われる（只木誠「観念的競合・牽連犯」西田典之ほか編・刑法の争点（2007年）124頁、同「観念的競合の一罪性とその根拠」法学新報95巻5=6号（1988年）190頁。なお、「違法評価の重複」とする見解（中野次雄・刑事法と裁判の諸問題（1987年）82頁）もある。ただし、「手続的な訴追上の一罪」とする見解（田宮裕「判批」刑法の判例〔第2版〕（1973年）169頁）もある。）。したがって、いずれにせよ刑罰権はあくまで1個である。そこで、「実体刑法上一個の刑罰が加えられるべき犯罪事実が訴訟上からみて公訴事実と称するものであるが、検察官は一個の刑罰権を実現するために、この範囲の事実はいつでも訴訟の内部へとりこむことができる」とされる（田宮裕・前掲注（47）118頁）。さらに、藤尾彰「いわゆる集合的一罪論の批判的考察（一）」法学論叢71巻6号（1962年）42頁参照。

(70) 田口守一・前掲注（7）313頁、上口裕・前掲注（33）317頁、安富潔・前掲注（33）270頁、大澤裕「公訴事実の同一性と単一性（上）」法学教室（2003年）58頁。この点に関する学説につき、辻本典典「『公訴事実の同一性』概念について（3・完）」近大法学55巻2号（2007年）107頁参照。

態を取って回避するために、意図的に、かすがいとなる犯罪を除外して起訴したような場合である。ところで、仮に、住居に侵入し1件の殺人を犯したような場合、住居侵入を起訴しないことは通常あり得ることであって、その点が非難されることはないのが一般的である。そうだとすれば、殺人が2件になったからといって、住居侵入を常に起訴しなければならないというのは相当ではあるまい。もしこれを肯定するのであれば、いわば一罪とするために住居侵入を起訴すべしということになり、逆に、実体法上の罪数処理を維持するために取って住居侵入を起訴しなければならないということを取らざるを得ないであろう。訴追裁量権に対するそのような制約は、果たして合理的な制約であろうか。逆に言うと、訴追裁量権をそのように運用しなければ、合理的裁量を逸脱しているということになるのであろうか<sup>(72)</sup>。また、事案全体からみれば、最も重要な殺人罪は2件とも起訴されているのであるから、仮に住居侵入を起訴しなくても、直ちに社会的妥当性を欠くことはないように思われる。社会的事実としての事件全体の中で、最も重要かつ中心的な犯罪事実については、漏れなく抽出され訴追されているのである。その上、裁判所に呈示された事実も非常に分かり易く簡明であって、法の適用においても複雑な問題を生じることがない。その意味では、法律の素人である裁判員にとっても、むしろ望ましい処理であって、合理的裁量を逸脱しているとは思われない。

---

(71) そのような場合は、訴追段階においてそもそもかすがいであったかどうかすら明らかではなかったのであるから、そもそも「かすがい外し」とまでは言えない。

(72) 一部起訴の限界として、「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」は許されない(石井一正「一罪の一部起訴」谷口正孝編・刑事法演習第1巻(1974年)119頁)、「一部起訴が可能なのは、実体法の解釈として、一罪の一部の事実だけを取り出してもそれが犯罪を構成する場合に限られる」(後藤昭「判批」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕(1986年)109頁)、「一罪性が極めて強固な罪を無理矢理分解する結果となる一部起訴」は許されない(木谷明「判批」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕(1992年)101頁)などと言われる。これらに照らすと、本件のような場合には、おそらく裁量逸脱とはならないであろう。

ところで、このような処理によって理論上問題となるのは<sup>(73)</sup>、仮にかすがい部分の犯罪を起訴していれば、全体が科刑上一罪となり、したがって、処断刑において併合罪よりも有利に取り扱われるということである。また、殺人のような事案では殆ど想定できないが、仮に一軒の家に忍び込んで2名を殺害したが、1名の殺害しか判明せず、住居侵入・殺人1件で起訴し有罪判決が確定した後、他の1名の殺人が判明したような場合を想定すれば、後者の殺人については既に確定した一罪の一部であるから一事不再理効が機能することによって、改めて訴追できないという不都合が生じる。処断刑が重くなる点は、事実上量刑の問題として処理することもあり得ようが、既判力の客観的範囲の問題は、科刑上一罪とする以上、簡単には回避できない。確かに、訴追機関において、同時処理をすることができなかった場合には、既判力が及ばないという考え方<sup>(74)</sup>もあり得よう。そもそも、法は不可能を強いるものではないとも言えよう。しかし、そのように不可能か否かによって既判力の客観的範囲が変動するとすれば、被告人の法的地位の不安定は容易に解

---

(73) かすがい現象の問題点につき、訴訟法と実体法の両面から検討したものとして、辻本典央「罪数論と手続法との交錯—かすがい現象について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕(2007年)546頁参照。

(74) 東京地判昭49・4・2判時739号131頁。学説として、青柳文雄・五訂刑事訴訟法通論(1976年)491頁、同「判批」判例評論189号(1974年)11頁、同・犯罪と証明(1972年)393頁、白井滋夫ほか・刑事訴訟法判例研究(1983年)〔白井滋夫〕511頁、横井大三・刑事裁判例ノート(4)(1972年)254頁、平野龍一ほか編・続実例刑事訴訟法(1979年)〔本江威憲〕347頁、筑間正泰「一事不再理効の客観的範囲に関する諸問題—罪数を中心として—」政経論叢26巻5号(1977年)251頁、古田祐紀・前掲注(39)77頁、同「判批」刑事訴訟法判例百選〔第4版〕(1981年)203頁など。限定的ながら、一部につき既判力が及ばない場合を認める見解として、白井滋夫ほか・刑事訴訟法判例研究(1983年)〔鈴木義男〕522頁。なお、中野目善則「常習犯と後訴遮断の範囲」法学新報92巻10=12号(1986年)50頁参照。さらに、訴追側に例外事由に当たるといふ举证責任を課した上で、再訴遮断を防ぐことを認める見解として、松田龍彦「一訴追の範囲・一罪の範囲と訴追濫用の抑制」法学新報111巻3=4号(2004年)315頁。

決できないことにもなる(75)。また、被告人が事実を秘匿し、あるいは素直に自白しなかった以上、不利益を受けるのはやむを得ないという考え方も、黙秘権との関係について、更に検討する必要があるようにも思われる。従来、既判力の客観的範囲を明確にするためにも、公訴事実の同一性、とりわけその単一性は、科刑上一罪という罪数論によって決定されてきたのも、もっともと言えよう。

しかし、既判力の客観的範囲の不安定を回避できるのであれば、実体法上の罪数論と公訴事実の単一性とを一致させなくても良いと考える余地もあり得るのかもしれない。そうだとすれば、実体法上の罪数処理に反する訴追もその限度で許容する余地があり得るかもしれない。例えば、1通の文書で数名の名誉を毀損したような場合に、告訴があったのは内1名だけであって、他の者が告訴していないとすれば、告訴のあった1名についての名誉毀損を訴追したとしても、他の者については告訴がない以上、理論上起訴し得ないのであるから、このような場合には、当該訴追にかかる裁判が確定したとしても、観念的競合関係に立つ他の者についての名誉毀損について、その後告訴があったとすれば、なお起訴できるとする余地はあり得るようにも思われる。なぜなら、確定裁判について訴追した時点では、およそ他の者についての名誉毀損は、理論上法的に訴追することが不可能であったから、既判力の客観的範囲が不明確となることはないからである(76)。しかしながら、かすが

---

(75) 高松高判昭59・1・24判時1136号158頁。さらに、「法治国家の理念にさからう結果」となる(田宮裕・前掲注(7)455頁)とさえ言われている。なお、この考え方が通説・判例とされている(村上光鶴「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)323頁参照)。もっとも、再考を説く見解も少なくなかったと言われている(大澤裕「常習一罪と一事不再理の効力—最判平成15年10月7日に関する覚書—」研修685号(2005年)4頁)。

(76) 石川才顕・前掲注(37)94頁。このような場合における大陸法の取扱いにつき、田宮裕・前掲注(47)114頁参照。

い外しの場合はどうであろうか。この場合、理論的に住居侵入を訴追することができなかつたわけではない。むしろ、証拠は十分であつて、容易に訴追し得たにもかかわらず、公訴官が敢えてこれを除外したのである。もっとも、そのための不利益は、既判力の客観的範囲が不明確になるという点ではなく、処断刑において不利益となるという限度にとどまっている。後日、住居侵入のみを独立して起訴することを認める訳ではないから、既判力の客観的範囲については、それが縮小され、あるいは被告人に不利に限定されたわけではない。そこでの実質上の不利益は、処断刑上の不利益であるが、実際の裁判においては、結局のところ、最終的には量刑の取扱いに委ねられることになり、量刑上の不利益が及ばないように配慮するということが可能であるから、事実上、これによって、被告人の不利益は回避されることになる。問題は、そのような実質的配慮で足りるか否かである。

そこで、この点について参考となる裁判例をみておくことにしよう。すなわち、東京高判平17・12・26判時1918号122頁である。この事例は、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)の訴因とが実体法上いわゆるかすがい現象と同様の関係にある場合に、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しなかつた検察官の措置につき、そのような措置も是認できるとしたものである。これをさらに具体的に述べると、地裁に起訴されたのは、6個の児童ポルノ製造の事実であるが、これらはいずれも同一児童にかかるものであるから包括一罪と解されるところ、そのうち3個については同時に児童淫行罪にも該当し、これと児童ポルノ製造罪とは観念的競合の関係に立ち<sup>(77)</sup>、しかも家裁に起訴された児童淫行罪は、上記3個の児童淫行罪と同一児童であったことから、これまた全体として包括一罪の関係に立つと解されることから、かすがい現象を認める限り、全ての罪が全体として科刑上一罪

---

(77) その後、最高裁は、両罪の罪数関係につき併合罪であるとした(最決平21・10・21裁判所時報1494号3頁)ので、本件のような問題は生じないことになった。

を構成することとなり、当該児童ポルノ製造罪についても、少年法37条2項により<sup>(78)</sup>、別件淫行罪と併せて、家庭裁判所に起訴すべきことになるのである。しかるに、検察官は、上記3個の児童淫行罪を起訴しないことによって、別件淫行罪と児童ポルノ製造罪とを併合罪関係とした上で別々に訴追した<sup>(79)</sup>。そこで、弁護人は、併合罪として児童ポルノ製造罪について地裁の管轄を認めたのは違法であり、別件淫行罪が起訴されている以上、地裁への起訴は二重起訴に当たるなどとして控訴したのである。

これに対し、高等裁判所は、「かすがい現象を承認すべきかどうかは大きな問題であるが、その当否はおくとして、かかる場合でも、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。そして「一般的に言えば、検察官として、当該児童に対する児童淫行が証拠上明らかに認められるからといって、すべてを起訴すべき義務はないというべきである」とした上、「児童淫行罪が児童ポルノ製造罪に比べて、法定刑の上限はもとより、量刑上の犯情においても格段と重いことは明らかである。そうすると、検察官が児童淫行罪の訴因について、証拠上も確実なものに限るのはもとより、被害児童の心情等をも考慮して、その一部に限定して起訴するのは、合理的であるといわなければならない。また、そのほうが被告人にとっても一般的に有利であるといえる。」とした。ただし、そうすると「併合の利益が失われたり、二重評価の危険性が生じて、被告人には必要以上に重罰になる可能性もある」ので、「裁判所としては、かすがいになる児童淫行罪が起訴されないことにより、

---

(78) なお、同条については、近時、その削除を求める見解が主張されている(植村立郎「司法改革期における少年法に関する若干の考察—少年法37条の削除について—」判タ1197号(2006年)60頁)。

(79) その理由は必ずしも明らかではないと言われる(川出敏裕「判批」平成17年度重要判例解説ジュリスト1332号(2007年)189頁)。



必要以上に被告人が量刑上不利益になることは回避すべきである。」とした上で、「児童ポルノ製造罪の量刑に当たっては、別件淫行罪との併合の利益を考慮し、かつ、量刑上の二重評価を防ぐような配慮をすべきである。そう解するのであれば、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しない検察官の措置も十分に認することができる。」とした。

ここでは、被告人に不利益が生じる可能性を認めた上で、これを量刑上の配慮によって回避できるとして検察官の措置を是認しているが、そもそも検察官の訴追の当否は、それ自体独立して検討すべきであって、裁判所による量刑上の考慮によって正当化することは、理論的には説明困難であるようにも思われる。仮に量刑上の考慮を除外すると、検察官の措置を合理的だとした理論的根拠は、①児童淫行罪の方が児童ポルノ製造罪よりも格段重く犯情も良くないことから、②前者の訴追については証拠が確実であるものに限るとともに、③被害者の心情を考慮するという点にあると思われる。①については、②及び③の根拠ないし前提となっている事情であるから、実質的には②及び③が理由となっている。重い犯罪であるから一層慎重に証拠評価を行い、証拠が確実であるものを厳選したのであれば、それなりに理解はできる。また、犯情が重いから被害者の心情に一層配慮し、その意向を慎重に考慮したというのであれば、これもまたそれなりに理解はできよう。したがって、本件事案が仮にそのような事案であるとすれば、裁量権の行使に合理的根拠があると考えることはできよう<sup>(80)</sup>。

ところで、仮にこれが、意図的なかすがい外しであったとすればどうであろうか。一罪性の強弱の点からみると、一般的には科刑上一罪の一部を除外して起訴すること自体は、被告人にも有利であるし、仮に訴追官の主観的意図がどうあれ、裁量権の範囲内であると考えられている<sup>(81)</sup>。したがって、こ

---

(80) 川出敏裕・前掲注(79)189頁。これに対し、石井徹哉「判批」刑事法ジャーナル5号(2006年)159頁は、別の裁判所に起訴すればかえって被害児童を苦しめることになり、必ずしも合理的とは言えないとする。

れがかすがい外しでなければ、特段問題とされることはなかったであろう。それにもかかわらず問題視されたのは、処理の仕方によって一罪が併合罪になるからである。そうなると、本来は一罪として既判力が及ぶため、公訴棄却になるべきところ、併合罪のため既判力が及ばず、再度処罰されることになるというのである。ところで、罪数判断は裁判所が行うべき専権的な法律判断であって、公訴官が罪数を決めることは不当であるとされる<sup>(82)</sup>。確かに、公訴提起された訴因事実についての罪数判断は、裁判所の専権的判断事項である。しかし、公訴提起されていない事項についても併せて考慮し、これを含めて罪数判断することまでも専権的判断事項であるとは言えない。公訴提起は公訴官たる検察官の専権的権限であり、訴因制度を採用した以上、犯罪事実の選定、従って、訴訟対象の限界設定は、検察官の専権事項である<sup>(83)</sup>。それ故、相手方当事者といえども、訴因外事項を主張して争点を訴因外に設定することは、原則として許されない<sup>(84)</sup>。もっとも、アリバイを主張し、あるいは正当防衛を主張するために、訴因外の事項を取って主張することは、無罪の主張と表裏一体の主張であるから、そのような主張は許されて良いで

(81) 松尾浩也・前掲注(9)181頁, 田宮裕・前掲注(7)170頁, 光藤景峻・刑事訴訟法I(2007年)222頁, 田口守一・前掲注(7)189頁, 白取祐司・前掲注(9)203頁など。

(82) 平野龍一・前掲注(11)刑事訴訟法の基礎理論125頁, 香城敏磨「訴因制度の構造(下)」判時1240号(1987年)12頁, 鈴木茂嗣・前掲注(10)314頁など。

(83) 訴訟対象の設定権限が検察官にあることは、広く認められている(田宮裕・前掲注(20)326頁など)。この点、「検察官処分権主義」と言われることもある(香城敏磨「訴因制度の構造(中)」判時1238号(1987年)3頁, 同「訴訟法における処分権主義」研修664号(2003年)6頁, 井上正治「告訴」日本刑法学会編・刑事訴訟法演習(1963年)49頁など)。

(84) ただし、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(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・前掲注(44)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。)

あろう。したがって、例えば、訴追にかかる犯罪のアリバイの犯行時点において、別途殺人を実行していたという主張をアリバイとして主張することは可能である。しかし、それは、被疑者自ら殺人犯人であることを主張立証しているのではなく、偶々その時点で殺人現場にいたということを主張立証すれば足りるのであるから、別の犯罪を自ら犯したことを自ら主張しているわけではない。ところが、かすがい外しの事案においては、被告人自身が、かすがいとして外された犯罪それ自体を自ら犯し、かつ有罪であることを自ら主張立証しなければならないのである。単にその場にいたという証明では足りないのである。仮に、これが許されるとすれば、裁判所は訴因外の独立した犯罪について、有罪無罪の心証を形成しなければならないのではなからうか。そうなると、新たに被告人が審判範囲の限界を設定することになり、訴因制度と明らかに矛盾するように思われる。

他方、裁判所が、外されたかすがい犯罪を職権で調査し、自らその有罪を認定することができるのであろうか。法律判断は裁判所の権限であって、仮にかすがい犯罪が認定されたとすれば、全体として一罪となり既判力が及ぶので、免訴の判断ができることになるから、後訴裁判所としては、自ら職権を発動してそのような判断をすべきであると考えられることでもできよう<sup>(85)</sup>。しかし、そのためには、まず訴追されていない訴因外の犯罪事実を認定する必要がある。はずされた犯罪事実が認定できるからこそ、全体として一罪という評価が可能となるのである。しかし、そのような職権発動は、新たな犯罪を独自に認定することであるから、裁判所が自ら審判範囲を定めるに等しく、明らかに刑訴法の当事者主義に反するように思われる。

そうすると、被告人側からみても、裁判所の側からみても、いずれにしても、訴追において外されたかすがい犯罪を訴訟において取り上げて審理することは許されないように思われる。そうだとすれば、結局のところ、かすがい

---

(85) そのような考え方として、高松高判昭58・1・24判時1136号158頁。これに対し、検察官の訴因設定権限を肯定した最判平15・10・7刑集57卷9号1002頁参照。

い外しの訴追を前提にするほかなく、仮にその訴追が恣意的であったとしても、公訴権濫用論の現状を勘案すれば、直ちにその結論を左右することはないように思われる<sup>(86)</sup>。

以上、いずれにしても、かすがい外しの起訴は有効であって、違法と評価されるべき事情がないばかりか、必ずしも不当というべきものでもないように思われる。

#### 4 常習一罪の分割起訴

常習一罪は、特別な事情のために複数の刑罰権が合体して1回実現されることが予定されている場合と考えられる。そこで、これを単独犯に区分して、その単純加算によって処理することができるかどうかという点から考えてみたい。すなわち、単純加算を超えて包括している特殊事情とは何か、そして、この特殊事情を除外することができる理論的根拠は何かである。

立法者が特殊な事情を構成要件要素として設定した以上、証拠上立証可能である限り、これをむやみに除外することはできないというべきであろう。この点、除外する合理的理由の一つとして、立証の困難性が考えられる。しかし、もともと立証できないのであれば起訴できないのは当然であって、問題は、証拠上十分に立証可能である場合でも、敢えて常習性を除外することができるかという点にある。確かに、併合罪加重の場合と常習一罪の場合とを比較し、訴追裁量として前者を採用することは、理論的には可能であろうが、立証の難易を除くと、その実益は疑わしいし、また、果たして合理的裁量と言えるか否か、必ずしも疑問なしとしない。例えば、常習累犯窃盗の場合には、法定刑が3年以上の有期懲役となっており、長期が懲役15年となる

---

(86) 仮に、かすがい外しの訴追判断が合理的でないとした場合には、公訴提起自体が無効となるのであろうか。もしそうだとすれば、裁判所は公訴棄却の判決をすべきであって、免訴とすべきではないことになる。公訴権濫用論があり得るとしても、極めて「極限的な場合」に限られることにつき、最決昭55・12・17刑集34巻7号672頁参照。

に過ぎない単純窃盗の併合罪加重に比べ、遙かに重くなっているのであるから、後者で起訴することは、科刑の実態を考慮したとしても、必ずしも合理的裁量とは言いにくいようにも思われる。

そこでまず、立法者において、常習一罪を一罪とした所以を検討しておく必要がある。日本において常習性が初めて立法化されたのは、常習賭博であるとされる<sup>(87)</sup>。常習賭博の立法趣旨は、賭博開張罪や博徒結合罪で処罰できる博徒の「周辺部分に限りなく広がり、徒党性をもちながら賭博集団を員数の面から強固な組織として決定的に補強してゆく」「準博徒」を取り締まるためであった<sup>(88)</sup>と言われている。したがって、「不断賭博をする」という行為面が重要であって、習癖は重視されなかったと考えられている。それゆえ、常習賭博における常習性は、本来の立法の趣旨に照らすと、「漫然と、賭博をよくする者、賭博を慣行する者、といういわば行為刑法的な認識であった」<sup>(89)</sup>と言われている。確かに、その後の判例によると、常習性とは、「反覆シテ賭博行為ヲ為ス習癖」をいうものとされ<sup>(90)</sup>、身分の一種であるとされており<sup>(91)</sup>、常習賭博は、身分により単純賭博の刑を加重する加重的身分犯であると解されるに至っている<sup>(92)</sup>。しかし、本来の趣旨に立ち戻ってみ

---

(87) 中島広樹「常習犯に関する一考察」平成法政研究7巻1号(2002年)43頁。ドイツにおける常習犯導入の経緯について、内田文昭「常習犯と違法性の意識」神奈川法学34巻2号(2001年)17頁参照。なお、常習犯を含む集合犯のドイツにおける成立経過について、伊藤利明「『集合犯』序説」法学49巻4号(1986年)161頁、藤尾彰「いわゆる集合的一罪の批判的検討(一)」法学論叢71巻6号(1962年)33頁。

(88) 中島広樹・前掲注(87)69頁。

(89) 中島広樹・前掲注(87)69頁。常習性は、従来から行為の特性と考えられてきたことにつき、内田文昭・前掲注(87)33頁参照。

(90) 大判大3・4・6刑録20輯465頁。なお、最判昭23・7・29刑集2巻9号1067頁参照。

(91) 大判大2・3・18刑録19輯353頁。

(92) 西田典之・刑法各論〔第3版〕(2005年)363頁、前田雅英・刑法各論講義〔第4版〕(2006年)493頁、山口厚・刑法各論(2003年)512頁など。

ば、上記のような行為面を重視して準博徒を対象とすれば足りるとも言えるのであって、認定しにくい習癖に基づく通常の賭博行為を敢えて常習賭博罪で訴追する<sup>(93)</sup> 必要はなく、単純賭博罪に分割して処理することも許されて良いように思われる。

また、常習累犯窃盗については、大正から昭和にかけて窃盗等の累犯前科者が増加し、職業犯人となって強窃盗事犯を頻発させていたことに対する厳しい世論の指弾の上に立って、常習累犯者にできる限り長期刑を科すべきであるという刑事政策的見地から制定されたものと言われている<sup>(94)</sup>。そして、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律3条の立法趣旨に照らすと、既に3回の処罰を受けた者であっても当然に常習者とは見ていない<sup>(95)</sup>のであるから、本条の常習性とは、「頗る進んだ深い常習性」ある者に限られると言われていたのである<sup>(96)</sup>。そうすると、当該犯行の態様のみによっては常習性が希薄な場合には、常習性認定は極めて慎重でなければならないことになる。確かに、その後の判例によると、本条の常習性についても、「反復シテ同法所定ノ條件ニ依ル窃盗又ハ強盗ヲ為ス習癖」<sup>(97)</sup>と解されており、そこでいう習癖とは、「人格的ないし性格的傾向もしくは意思傾向」として理解されてきたと言わ

(93) 判例によれば、このような場合でも常習賭博罪が成立するとされている（大判大4・9・16刑録21輯1315頁）。

(94) 中島広樹「常習累犯窃盗罪における「常習性」」渡部保夫先生古稀祝賀論文集・誤判防止と刑事司法の課題（2000年）563頁注（3）、最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和55年度〕472頁及び476頁注（7）〔稲田輝明〕、庭山英雄「判批」判例評論269（判時1001）号（1981年）45（183）頁など。さらに、谷口正孝「盗犯防止法の運用について—施行20年判例回顧—」法律時報23巻10号（1951年）31頁参照。

(95) 寺尾淳「判批」研修391号（1981年）128頁。なお、最判昭33・7・11刑集12巻11号2553頁参照。

(96) 立法の経緯や司法省の説明につき、伊藤栄樹ほか編・注釈特別刑法第2巻（1982年）255頁、287頁〔中谷理子〕参照。さらに、簡潔な引用として、林正弘「判批」判例評論499（判時1715）号（2000年）46（226）頁。

(97) 大判昭7・8・6刑集11巻1169頁。

れている<sup>(98)</sup>。そして、そこでの常習性は、単に窃盗の習癖とされている<sup>(99)</sup>。しかし、本来の趣旨に立ち戻ってみれば、従来の前科の態様との関係で本件行為の手口・態様の類似性を重視して常習性を判断し、職業犯人とまでは言いにくい場合には、仮に常習累犯窃盗罪が成立する場合であっても、なお単純窃盗として訴追することも許されて良いように思われる<sup>(100)</sup>。

このようにみれば、常習性については、判例上常習性が肯定されるような場合であっても、なおこれを除外し、単純賭博あるいは単純窃盗に分割して訴追することも可能ではないかと思われる。とりわけ常習性は、犯人の習癖という主観的内在的要素であることと相まって、その認定は必ずしも容易ではなく、相当に困難を来す場合も少なくないし、習癖の顕現である限り1回の行為でも良いとされているのであるから、その場合の常習性の認定はますます困難となる<sup>(101)</sup>。そのような一般的類型的困難性を前提とすれば、具体的な宣告刑において特段の不都合が生じない限り、そしてその刑で当該処罰の目的が達成できる限り、敢えて常習性を除外して単純賭博ないし単純窃盗の罪で訴追することは、必ずしも不合理とは言えないように思われる<sup>(102)</sup>。

(98) 中島広樹・前掲注(94)565頁注(5)。

(99) 重井輝忠「判批」阪大法学49号(2000年)956頁参照。

(100) さらに、行為主義の原則から、そもそも常習性は行為の属性(違法要素)と捉えるべきであるとすれば(ただし、判例は常習性を行為者の属性と捉えているとされる。谷村允裕「常習犯罪における常習性の認定」判タ711号(1990年)54頁参照。)、常習性による刑の加重は、複数の個別行為責任の集積に基づくものであるから、同じ態様の窃盗等が反復して行われたときに一括して1個の集合犯とされると解される。このような立場に立てば、これを個々の行為に分割して訴追することも、必ずしも不当とは言えないように思われる(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)52頁、同「行為者の属性としての常習性概念の問題性」大宮ローレビュー1号(2005年)22頁、同「集合犯概念」平成法政研究7巻2号(2003年)141頁、城下裕二「判批」現代刑事法2巻5号(2000年)90頁など参照)。

(101) 常習性の認定につき、谷村允裕・前掲注(100)54頁、林正弘・前掲注(96)44(222)頁など参照。

そして、この場合における訴追の合理性は、立証の難易に加え、そのような訴追によって、当該事件全体における処罰の目的が達成できたか否かということにかかわる政策的な考慮によるのであって、それは、極めて広範な政策的裁量というべきもののように思われる。そうだとすれば、その裁量は極めて広範であって、訴追それ自体が犯罪を構成するような特異な場合を除き、違法無効となる余地はない<sup>(103)</sup>と考えることができるのであるから、常習犯罪を単純犯罪として訴追するかどうかは、挙げて検察官の訴追裁量に委ねられているということもできよう。

結局のところ、当不当の判断は、常習累犯窃盗罪で起訴した場合と、単純窃盗罪で起訴した場合との間において現実に生じる差異が、刑事処罰の目的に照らして著しく不合理であるか否かによると言っても良いであろう。刑罰の目的が教育か応報かの論争はさておき、少なくとも責任主義の限度内における応報的性格を否定できないという意味において、刑罰が応報であることが否定し得ないとすれば<sup>(104)</sup>、侵害法益に相応しい刑罰の実現は、やはり刑事処

(102) 常習累犯窃盗の科刑の多くが酌量減輕されているのが実情であると言われており、「法定刑が安易に破られる」とさえ言われている(田邊信好「常習累犯窃盗についての判決の実情と刑事政策的課題」ジュリスト929号(1989年)57頁)。

(103) 最決昭55・12・17刑集34巻7号672頁参照。すべてを公訴権濫用論で解決しようとする従来の公訴権濫用論の肥大化と、これに全面的に依拠してきた裁判例に対し、新たな枠組みによる手続打ちりを主張する見解として、指宿信「『公訴権濫用論』の現在と将来—裁判例の検討を通じて—」浅田和茂ほか編・井戸田侃先生古稀祝賀論文集・換期の刑事司法(1999年)253頁。なお、米国と比べ、日本の検察制度の下では、訴追裁量の濫用・逸脱のおそれが低いことにつき、清水真「検察官の訴追裁量をめぐる我が国とアメリカ合衆国との構造的比較」東京国際大学論叢経済学部編18号(1998年)161頁参照。米国の検察官の広範な訴追裁量とその内部的コントロールにつき、木本強「訴追裁量と選択的起訴」大阪学院大学法学研究26巻2号(2000年)239頁、黒川享子「差別的起訴の研究—アメリカ合衆国における要件論・立法論を中心に—」大阪市立大学法学雑誌54巻3号(2008年)56頁。

(104) 山口厚・前掲注(35)182頁、同・刑法入門(2008年)51頁。さらに、平川宗信・刑事法の基礎(2008年)106頁参照。



罰の目的と言って良いように思われる。その意味で、例えば、殺人罪で起訴できる事件を暴行罪で罰金処理するような場合には、両者の間の差異は余りに著しく、特段の事情がない限り、刑事処罰の目的に照らして著しく不合理とされてもやむを得ないであろう。その合理性は、刑罰の目的を問題とする限り、最終的な宣告刑の比較で足り、それまでの法定刑や処断刑を必ずしも重視する必要はないように思われる。法定刑や処断刑を問題とすることも、もとより可能ではあるし、そのような立場もあり得るであろうが、最も重要な指標が、刑罰の目的を達成できたか否かということである以上、最終的な宣告刑を問題とすれば足りるように思われる。従来、社会的な妥当な裁量とか合理的な裁量とか言われていたものは、要するに刑事処罰(ないし刑罰)の目的に照らして著しく不合理か否かを指標とし、可能な最大限度の起訴によって得られるであろう最終成果である処断刑に基づく宣告刑と、可能な最小限度の起訴によって得られるであろう最終成果である処断刑に基づく宣告刑とを数量的に比較し、その差が著しい不合理か否かによって評価するのが相当であるように思われる。もちろん、その場合、いわゆるレッテル効果も考慮に値するが、刑罰の目的に照らすと、レッテルの違いが決定的であるとまでは言えない。傷害致死でも殺人既遂でも量刑上決定的な差異がないことは、しばしばあり得ることであって、刑罰の目的からみれば、適切な科刑が実現できる限り、その違いを決定的と考える必要はないであろう。もちろん、訴追の段階においては、あくまで将来予測の問題である。訴追の結果が、想定されたように立証され、想定通りに処断されるかどうかは、もとより一概には言い難い。しかし、訴追の時点において、合理的な想定がなされたと評価できる限り、そのような想定を前提とした訴追は相当なものとして評価することができるし、それで足りるといふべきであろう。

このような観点からみれば、常習一罪を非常習犯罪として起訴することは、

---

(105) 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)289頁。

特段の事情がない限り、違法無効となる余地はないと思われるし、必ずしも不当であるともいえないであろう。

## 5 包括一罪の分割起訴

包括一罪の定義は錯綜しており、必ずしも一致しているわけではないが、例えば、「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」<sup>(105)</sup>、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」<sup>(106)</sup>、さらには、「複数の法益侵害事実が存在するが、一つの罰条の適用によりそれを包括的に評価しうる場合」<sup>(107)</sup>とされている<sup>(108)</sup>。そこで、一応これらを前提に、一般的に包括一罪と言われている場合について検討しておくことにしよう<sup>(109)</sup>。

第1は、構成要件上包括される場合である。例えば、賄賂を要求し、約束し、收受したような場合である。通常は賄賂罪一罪が成立するとされる<sup>(110)</sup>。この場合には、事件全体の計画からみて、要求、約束は、一般には收受の「前段階」<sup>(111)</sup>の行為とみられ、本来の目的となっているのは、最終形態である賄賂の授受であろうから、証拠関係に問題がない限り、收受行為を訴追するのが適当であり、またそのような訴追が簡明であろう<sup>(112)</sup>。したがって、その

(106) 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。

(107) 山口厚・前掲注(35)371頁。

(108) なお、広義の包括一罪には常習犯、営業犯及び職業犯を含むとされているが(大谷實・前掲注(60)481頁)、常習犯は別途検討するので、ここでは狭義のそれについてのみ取り扱うこととする。前田雅英・刑法総論講義〔第4版〕(2006年)500頁参照。

(109) なお、包括一罪が一罪か数罪かについては争いがあるが、近時、「科刑上の一罪の一種」とする見解が有力とされている(平野龍一・前掲注(34)413頁、同「法条競合と包括一罪」警察研究64巻5号(1993年)8頁など参照)。

(110) 大判昭10・10・23刑集14巻1052頁。

(111) 山口厚・前掲注(92)614頁。「通常は、要求、約束、收受の順序で行われる」(西田典之・前掲注(92)452頁)。

ような一部起訴は相当であると思われる。これに対し、賄賂を受受したにもかかわらず要求罪だけを起訴することは、事案全体からみて核心部分を抽出したものとはいえないので、そのような起訴は相当でないと言ふべきであろう。

第2は、接続犯と言われる場合である。例えば、夜中に2時間内に3回にわたり同一倉庫から玄米3俵ずつ合計9俵を窃取したような場合である<sup>(113)</sup>。この場合には、3回の窃盗行為のうち、1回のみを起訴することは、それ自体としては不合理とは言えない。もっとも、どの1回を起訴するかが問題であり、しかも特定の回の窃取行為と特定の米俵との対応関係が合理的疑いを超えて立証できることが前提となる。その対応関係が立証できない場合には、全体を一括して起訴するほかないであろう。その意味において、この場合における一部起訴は、証拠関係の点で困難を伴うことが多いと思われる上、このような場合に一部のみ起訴する実益は殆どないであろうから、結局のところ、一部起訴は相当でないと言ふべきであろう。

第3は、同一構成要件に当たる行為が場所的・時間的に連続して同一法益に向けられた単一犯意に基づく場合である(削除された旧55条の「連続犯」に近い類型)。例えば、数ヶ月間に、数十回にわたり、同一中毒患者に麻薬を施用したような場合である<sup>(114)</sup>。この場合には、併合罪であると評価する余地もあり得ないわけではないから、複数回に分割して起訴することも考えられないわけではない<sup>(115)</sup>。そこで、明白な目撃等の証拠が認められる一部の確実な施用行為のみを取り出して起訴することは、それなりに合理性があるように思われる。もっとも、麻薬施用に関する日時等の記載のあるメモないし帳

---

(112) 要求、約束、收受が一連の行為として行われた場合には、「包括的ニ觀察シテ一箇ノ収賄罪」とされている(前掲注(110)大判昭10・10・23)が、最終行為である收受が事案の本質とみるべきであろう。しかし、その立証が困難な場合には、前段階にとどまったと認定せざるを得ないから、要求罪ないし約束罪で起訴するほかはない。

(113) 最判昭24・7・23刑集3巻8号1373頁。

(114) 最判昭32・8・3刑集10巻8号1202頁。

簿類を自白の補強証拠として起訴するような場合には、特定の一部のみを除くことは困難であろうから、そのような場合の一部起訴は相当でないように思われる。おそらく、後者のような場合が多いのではないかと思われるので、そうであれば、一部起訴は不適當と言わざるを得ない。

第4は、共罰（不可罰）的事前行為又は共罰（不可罰）的事後行為と言われる場合である。殺人予備を行った者が殺人の既遂に達した場合、あるいは窃盗犯人が窃取した財物を毀損したような場合である。この場合には、殺人の既遂、あるいは窃盗自体が事案の中核であって、それ故に事前ないし事後の行為が包括的に評価されるのであるから、殺人既遂あるいは窃盗既遂を当然に起訴すべきであって、殺人未遂あるいは器物損壊で起訴することは明らかに不適當であろう<sup>(116)</sup>。

第5は、混合的包括一罪と言われる場合である。例えば、詐欺を犯した後、その財物の代金の支払いを免れるために強盗を犯したような場合<sup>(117)</sup>である。この場合には、強盗の前提が詐欺であるから、その代金支払い債務があることを当然に立証しなければならず、強盗のみを起訴しても、立証におい

(115) 最判昭25・12・19刑集4巻12号2577頁は、同一場所で近接して行われた同一内容の前後7回にわたる公然わいせつ行為につき、55条が廃止された以上、意思継続があったからといって一罪としなければならないわけではないとして、併合罪とした原判決を容認している。なお、覚せい剤の使用の場合については、尿の同一検出可能期間内である限り、連続使用であっても、一般には併合罪であると解されている（渡辺修「訴因の特定（覚せい剤自己使用罪）」刑事訴訟法の争点〔第3版〕（2002年）116頁参照）。

(116) なお、共罰という考え方に立つと、窃盗とその器物損壊とが両方とも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、そうでない場合には併合罪となるとするのが「当然の帰結」とであるとされる（山口厚「罪数論」法学教室306号（2006年）85頁）。ただし、横領物の横領については、「特殊な包括一罪」と言われる（同83頁）。

(117) 最判昭61・11・18刑集41巻7号523頁、大阪地判昭57・7・9判時1083号158頁。ただし、併合罪とする裁判例（大分地判昭52・9・26判時879号161頁）もあった。

て簡潔になるわけではないように思われる。したがって、事案全体を明らかにするためにも、全体を起訴するのが相当と思われる。仮に、一部起訴するとしても、詐欺のみで起訴することは事案の中核を欠くことになり、明らかに不相当であろう。

以上、包括一罪については、特段の事情がない限り、原則として、全体を起訴するのが相当であって、仮に一部起訴を行う場合であっても、事案の核心部分を選定して起訴することが肝要である<sup>(118)</sup>。

## 6 単純一罪の一部起訴

次に、単純一罪において一部起訴が問題となる主な場合を検討しておくこととする。

第1は、いくつかの連続した複数行為によって1個の法益侵害を惹起した場合、例えば、1軒の家から財布、証券、現金等を連続して窃取した場合における一連の窃盗行為のような場合である<sup>(119)</sup>。この場合は、被害物の一部を除外して起訴することは可能であるが、それは一罪の一部を起訴したというよりも、単に被害物品の確定において一部除外したに過ぎず、他人の財物という意味では一罪の全部起訴ということもできよう。そもそも、窃盗の対象

(118) なお、包括一罪については、包括一罪と評価される限り、一回処罰が要請されるのであるから、仮に分割して一部起訴を行ったとしても、その残部についてもはや起訴できないのが原則である。しかし、本来は複数の犯罪が包括されて評価されているので、場合によっては併合罪関係にあると評価することもあり得ないわけではなく、その限界は必ずしも明確とは言えないように思われる。この点、罪数によって画一的に仕分けするよりも、実体に即して一回処罰を強く要請されるべきか否かという訴訟的観点を考慮するのが相当であると考えられることも可能であるように思われるが(実体法上の犯罪の数と訴訟の回数とは「未分化の問題」であったが、次第に分離されてきたことにつき、田宮裕・前掲注(47)208頁参照)、更に検討を要するので、結論は留保しておきたい。

(119) 包括一罪と単純一罪との限界が「流動的」であることにつき、山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号(2009年)82頁注(12)。

たる財物については、「財布ほか数点」という程度の特定でも足りというべきであるから<sup>(120)</sup>、その限度において、これを一部起訴というまでもない。もともと、その価額において極めて高価な物を除外した場合には、多少問題あるかもしれない。その意味で、その窃盗にとって中心のかつ本質的で重要な財物が起訴されている限り、その余の被害物品を除外することは、さほど意味があるとは思われない。したがって、そのような起訴は不当とは言えないであろう。それでは、その価額において極めて高額な対象物を除外して起訴した場合はどうか。この場合も、被害法益が1個である限り、犯罪それ自体については一部起訴というよりも全部起訴であろう。量的には全部であるが、その質において低下した起訴である<sup>(121)</sup>。量刑に影響を及ぼすであろうことを考慮すれば、証拠の点で特に問題がない限り、そのような起訴は相当ではないというべきであろう。

第2は、結合犯のような場合、例えば、暴行又は脅迫によって財物を奪取したような場合である。この場合は、仮に証拠関係に問題がないのであれば、強盗罪で起訴すべきであって、暴行又は脅迫だけで起訴することは相当ではあるまい。特に、そのような罪名で略式起訴して略式命令が確定したような場合、既判力が全体に及び、被害者としては、検察審査会に不服を申し立てることもできなくなる<sup>(122)</sup>。特段の事情がない限り、そのような起訴は相当で

---

(120) 「罪となるべき事実」の認定に関し、「不特定認定」又は「概括的認定」として許されると言われているが(田宮裕・前掲注(7)423頁, 田口守一・前掲注(7)414頁, 三井誠「概括的認定・択一的認定[1]」法学教室213号(1998年)115頁など)、訴因の特定についても同様とされる(松尾浩也監修・条解刑事訴訟法〔第4版〕(2009年)931頁, 449頁。なお、最判昭23・7・22刑集2巻9号1000頁参照〔強盗罪の「他人の財物」の判示につき、財物の種類・数量等をいちいち詳細に掲示する必要はないとする。〕)。

(121) この場合は質的な一部起訴とみることもできるが、一部起訴は量的な一部起訴を意味するのが一般的であると思われる(田宮裕・前掲注(7)170頁参照)。なお、被害物品の価格の増大が量刑に影響することにつき、平野龍一ほか編・新実例刑事訴訟法〔Ⅱ〕(1998年)60頁〔毛利晴光〕参照。

ないというほかないように思われる。

第3は、結果的加重犯の場合、例えば、暴行・傷害から死亡の結果が生じたときに、死亡の結果を除外して暴行・傷害のみで起訴するような場合である。この場合も、仮に因果関係をめぐる証拠関係に問題がないのであれば<sup>(123)</sup>、傷害致死罪で起訴すべきであって、致死の結果をみだりに除外するのは相当ではないであろう。ましてや、傷害罪で略式起訴するようなことは、第2の場合と同様、明らかに不当であろう。

第4は、既遂を未遂として起訴するような場合、例えば、殺人既遂を殺人未遂として起訴するような場合である。この場合も、仮に証拠関係に問題がないのであれば、その限りにおいて、殺人既遂で起訴すべきであって、特段の事情がない限り、殺人未遂による起訴は相当ではあるまい。ましてや、暴行ないし傷害で起訴することは、明らかに事案の真相からかけ離れており、一般的には論外というべきであろう。

## 7 小括

以上、いくつかの類型を検討してきたが、その結果、少なくとも言えることは、立証するための「証拠」が十分な事実であって、その事件の「核心」となる事実が起訴されることがもっとも適切であるということである。いくつかの訴追可能な選択肢があり得た場合、いずれも最終的に有罪判決を得るだけの証拠が整っているということが前提である。もし、証拠が整っていない

---

(122) 略式命令の請求は、「公訴の提起」と同時に行う(刑訴法462条1項)から、審査を申し立てることができる対象である「公訴を提起しない処分」(檢察審査会法30条)には当たらない。

(123) 死因の立証は、主として法医鑑定の結果によるが、法的因果関係も条件関係を前提とする以上、医学的判断を尊重せざるを得ない。したがって、鑑定医において原因結果の解明が困難であれば、その他の情況証拠のみによって合理的疑いを越えた心証を得ることは、かなり難しくなる(米山正明「因果関係の認定」木谷明編著・刑事事実認定の基本問題(2008年)91頁参照)。

い選択肢があったとすれば、それはそれだけで選択対象から除外せざるを得ない。証拠が必ずしも十分でない、あるいはその立証に著しく困難を伴うような訴追は、それだけで躊躇せざるを得ない。

以上を前提とした上で、「核心」となる事実か否かが問題となるが、当面、次のような要素が十分に考慮されるべきであると思われる。

第1の判断要素は、やはり事案の軽重、特に、被害法益の大きさ、更に抽象化すれば、立証可能な罪の法定刑の重さであるように思われる。すなわち、まずは、その事件全体からみて、「中心」となる部分であるか否か検討されるべきであるが、「中心」とは、もっとも重大な侵害法益を構成要素とする犯罪であるか否かである。犯罪が法益侵害であり、刑法の主たる役割が法益保護であるとすれば、本質的にどのような法益侵害がなされているかを、まず第一に検討せざるを得ない。その意味で、事件の枝葉末節ではなく事案の本質部分であると国民が納得できる部分を切り取る必要がある。例えば、強姦事件の本質的部分は、やはり姦淫であろう。暴行又は脅迫は、これを「用いて」(刑法177条)という構成要件であるから、あくまで手段に過ぎない。仮に告訴がない場合に暴行で起訴することが理論上可能であるとしても、本質的部分についての名誉に配慮して親告罪としている以上、やはり起訴しないのが相当であると思われる。

第2の判断要素は、立証可能でかつ本質的部分が切り出されたとすれば、それが立証容易であるか否かである。立証の難易として考慮されるのは、立証の簡易性ないし簡潔性であり、証拠自体の簡索性、証拠構造の簡索性など、立証効率の良さであろう。否認を前提とすれば、一般には、客観的証拠が多ければ多いほど立証は容易であり、供述に頼る立証が多ければ多いほど立証は困難である。また、供述に頼る場合も、敵性証人に頼らざるを得ない場合、あるいは、2号書面に頼らざるを得ない場合には、立証は相当に困難であることを覚悟する必要がある<sup>(124)</sup>。

問題は、事案の本質部分であると考えられる部分が、立証可能ではあって



も、非常に錯綜した証拠構造で立証に極めて手間暇がかかるような場合である。裁判員制度との関係を考慮すれば、事案の本質かどうかを多少犠牲にしても、立証の容易さを優先させるべき場合もあり得るように思われる。もとより、本質部分の犯罪が立証困難であるからといって、単にその外形である形式犯罪のみを起訴すれば足りるというわけではないし、場合によっては、多少の立証の困難性が伴っても、なお本質部分を起訴すべきこともあり得よう。しかし、裁判員制度を前提とする限り、立証の容易さに重きを置かざるを得ないように思われる<sup>(125)</sup>。もとより、事案に応じて適正なバランスを図るほかないが、今後一層、全ての事件の完璧な立証よりも、本質部分のみの選択的立証を選択せざるを得ない場合<sup>(126)</sup>が増加せざるを得ないのではないかと思われる。

- (124) 判例は、公判廷における供述より検察官調書の方が詳細な場合にも「相反性」を満たすとする(最決昭30・9・30刑集11巻9号2403頁)が、公判中心主義を徹底すべき裁判員制度との関係では、このような考え方を採るべきではなく、また、従来の判例には、裁判員制度との関係で見直しが求められるものが少なからずあると言われている(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(2008年)94頁)。
- (125) 公判前整理手続において、証拠の厳選が一層進んでいること、分かり易い証拠が強く求められていることなどにつき、長井秀典「公判前整理手続の運用と現状の課題」判タ1294号(2009年)65頁。なお、最高裁判所も、公判前整理手続等に関連し、「合理的な期間内に充実した審理を行って事実の真相を解明することができるよう、具体的な事件ごとに、争点、その解明に必要な事実の認定、そのための証拠の採否を考える必要がある」と述べている(前掲注(3)最決平21・10・16)。
- (126) 問題の性質は全く異なるが、被告人松本智津夫に対するいわゆるオウム真理教事件において、東京地検は、平成12年10月5日、起訴されていた17件のうち、実質的な被害者が出ていない事件4件につき、審理の迅速化を図るため、公訴取消しを行ったことがあったが(<http://www.alpha-net.ne.jp/users2/knight9/aum.htm>参照)、発想としては同様の発想と思われる。なお、裁判員法では、訴因多数事件の小型化を図る制度として、区分審理決定ができるようになってきている(同法71条1項)。この点につき、田淵浩二「大型否認事件の審理上の課題—部分判決制度を含む」法律時報61巻1号(2009年)47頁参照。

## 第4 訴因事実の包括—事実をどのように取り纏めるか—

次に、第2の類型について検討しよう。この類型は、第1類型と異なり、刑法の犯罪論体系と密接に結びついてくるので、この点を踏まえた慎重な検討が必要である。現時点では、必ずしも十分な検討を行う余裕がないので、改めて再検討を期することとし、ここでは、現段階における問題提起と若干の素描を試みるにとどめておきたい。

### 1 訴追における事実の包括

#### (1) 問題の所在

訴因は、社会的事実を前提として、当該事実を法律に当てはめて構成する。社会的前法律的な事実に基づいて実体法に当てはめるに相応しい事実を抽出し、これを法律的に構成し直した事実だとも言えよう<sup>(127)</sup>。その意味で、単なる社会的事実とは異なっている。ところで、犯罪行為が単純な単一行為によって構成されている場合には、そのいずれの行為をもって訴因を構成するかという問題は生じない。しかし、複数の行為によって1個の法益が侵害された場合<sup>(128)</sup>には、そのいずれかの行為を選択して起訴するのか、あるいはそれらを包括して起訴するのか、必ずしも明確であるとは言えない。例えば、人を殺害する目的の下に甘言を弄して被疑者に麻酔薬を服用させ、意識不明にした上で(第1行為)、自動車に乗せ、郊外の埠頭まで運搬して自動車ごと海に転落させて溺死させる(第2行為)という計画を実行したとしよう。

---

(127) 訴因には、「事實的側面」と「法律的側面」とがあるとされ(田口守一・前掲注(7) 194頁)、法律構成説を取り込んだ事実記載説に立つべき(鈴木茂嗣・前掲注(7) 107頁)と言われる。なお、田宮裕・前掲注(7) 177頁も「特定・具体化された犯罪構成事実」とされる。

(128) 複数の法益が侵害された場合には、通常複数の犯罪が成立するので、それぞれ訴追されるのが通常である。これを包括一罪とするか否かは、成立した犯罪の数の問題であって、訴追の当否は、それぞれの犯罪について検討すれば良いであろう。

おそらく、訴因構成としては、第1行為及び第2行為の双方を1個の訴因として記載し、一連の行為によって人を殺害したという公訴事実によって公訴提起がなされることになるであろう<sup>(129)</sup>。しかし、本件殺人罪の「実行行為」は、意識不明の被害者を自動車ごと海に転落させたという行為(第2行為)であって、麻酔薬を服用させた行為(第1行為)は、そもそも殺人の「実行行為」には当たらないのではないかとの疑問もあり得る。仮にそうだとすれば、第1行為は何であろうか。単なる準備ないし予備行為であろうか、あるいは第2行為の前提となる行為としてこれと一体を構成しているのであろうか。それとも、そもそも第1行為と第2行為とは一連の単純な1個の行為として、全体が殺人罪の構成要件該当行為に当たるのであろうか<sup>(130)</sup>。分かり易い訴因という意味では、計画全体の記載が望ましいが、理論的にもそのように記載すべきか否かは、必ずしも明らかとは言えない。

(129) 最決平16・3・22刑集58巻3号187頁参照。同決定の解説として、最高裁判所判例解説刑事篇〔平成16年度〕155頁〔平木正洋〕。評釈につき、同189頁(後注)掲記の文献参照。さらに、いわゆる「実行行為」概念の意義と機能につき、佐久間修「実行行為と故意の概念—早すぎた結果発生を素材として—」法曹時報57巻12号(2005年)1頁、高橋則夫「『早すぎた構成要件実現』の一考察—いわゆるクロロホルム殺人事件をめぐる—」早稲田法学80巻4号(2005年)1頁、山口厚「実行行為の一断面」研修627号(2000年)3頁、島田聡一郎「実行行為という概念について」刑法雑誌45巻2号(2006年)60頁、奥村正雄「実行行為概念の意義と機能」刑法雑誌45巻2号(2006年)91頁など。

(130) 犯罪行為の一体と分割についての検討として、高橋則夫「犯罪論における分断的評価と全体的評価—複数行為における分断と総合の問題—」刑事法ジャーナル19号(2009年)39頁参照。なお、過失犯においては、段階的過失論を採れば別論としても、過失併存説に従うと、多数の過失行為が相互に影響しあって、複数の過失が併存していることになるから、そのそれぞれを包括する一連の過失行為として訴因を構成している。過失の態様につき、「前方を注視せず、進路の安全を確認しなかった」という訴因を「前方を注視せず、ハンドルを右方向に転把して進行した」と認定する場合にも、過失の態様を「補充訂正」したにとどまるから、訴因変更が不要とされている(最決平15・2・20判時1820号149頁)。なお、過失態様の変化につき、訴因変更を必要とした最判昭46・6・22刑集25巻4号588頁参照。

## (2) 行為の包括とそのメリット

一連の行為について、そもそもどこを切り取って訴因として構成すべきであろうか。例えば、被疑者の顔面頭部を手拳で多数回殴打して、頭部外傷に基づく硬膜下出血で死亡させたような場合、連続殴打である限り、回数を特定することなく一連の殴打行為として訴因構成するのが通例であろう。しかし、この場合でも、厳密に見れば、殴打1回ごとに1回の暴行構成要件に該当しており（それゆえ、殴打行為が1回に止まった場合には、1回の殴打という訴因となる。）、連続した多数回の構成要件該当性が認められるはずである。罪数評価としては単純一罪とされるのであろうが、そもそも構成要件該当行為の個数としてはどうなるのであろうか。多数回の構成要件該当行為が認定されるものの、侵害法益が1個であるから、違法評価において包括されて単純一罪となるのであろうか。問題となるのは、例えば、第3回目の殴打行為によって内出血が決定的となり、これが原因で死亡したということが立証できたような場合である。この場合、仮に行為を分割できたとすれば、第3回目の殴打のみが死亡と因果関係を有する殴打行為であるから、これのみを訴因として起訴すれば足りるとも言えよう。しかし、何回目の殴打によって死亡結果が発生したのかが不明の場合（一般には、このような場合が通常であろう。）にはどうなるのであろうか。この場合、仮に行為を複数回に分割したとすれば、いずれの殴打によって死亡が発生したか不明なのであるから、行為と結果との因果関係の証明がないとして、単なる暴行（あるいはせいぜい傷害）のみに止まるというのであろうか。ところが、これを一連の行為として一括処理できるとすれば、少なくともその一連の行為から死亡が発生したことは証明できるのであるから、因果関係の証明ありとして、傷害致死の罪責を問うことができるようになるのである。そうすると、この場合、行為を分割すればするほど被告人に有利となり、包括すればするほど被告人に不利になる。そうすると、検察官の訴因構成としては、できる限り包括して訴因を構成しておく方が無難であるということになる。また、分かり易さ

という点からも、全体を包括して記載しておく方が、分割してその特定部分のみを取り出して構成した訴因よりも、遙かに分かり易いであろう。さらに、裁判員による事実認定についても、その方が遙かに容易であるように思われる。

連続殴打の場合は、いわば極端な場合である。しかし、先に掲げた第1行為と第2行為の場合は、決して極端な場合ではなく、しばしばあり得るケースであろう。もし、これら両行為を一括して1個の行為と評価することができれば、いずれの行為によって結果が発生したかを問わず、一連の行為の結果として、被告人に責任を負わせることができることとなるであろう。

また、いわゆる過剰防衛における量的過剰の場合を考えると、正当防衛状況において、当初、相手方の不正な侵害行為に対する防衛行為として開始された行為が、途中で相手方の攻撃がやんだにもかかわらず、引き続き反撃を継続して、とうとう相手方を死亡させたとするれば、少なくとも途中からは過剰になっており、一般には過剰防衛が認められ、全体として違法と評価されることになろう<sup>(131)</sup>。しかし、途中までの行為(第1行為)と途中からの行為(第2行為)との間に時間的間隙ないし場所的隔離が生じているような場合、さらには、両行為との間に意思の断絶が生じているような場合、例えば、防衛の意思から単なる攻撃意思に転じたような場合には、両行為が分断

---

(131) 量的過剰を認めない見解もあるが、一般には量的過剰も過剰防衛とされており(平野龍一・前掲注(34)246頁,西田典之・刑法総論(2006年)167頁,山口厚・前掲注(35)134頁,前田雅英・前掲注(108)354頁,大谷實・前掲注(60)294頁,浅田和茂・刑法総論(2005年)236頁,佐久間修「過剰防衛・誤想過剰防衛」西田典之ほか編・刑法の争点(2007年)48頁,丸山隆司「時間的過剰防衛の構造とその限界」東京都立大学法学会雑誌37巻1号(1996年)338頁など。なお,曾根威彦・刑法総論〔第4版〕(2008年)107頁,同・刑法の重要問題総論〔第2版〕(2005年)114頁,山本輝之「正当防衛と過剰防衛—その根拠・要件・効果—」刑法雑誌35巻2号(1996年)53頁,橋田久「外延的過剰防衛」産大法学32巻2・3号(1998年)227頁参照。),判例も同様である(最判昭34・2・5刑集13巻1号1頁)。

され、第1行為は正当防衛であるが、第2行為は単なる違法行為に過ぎないと評価される可能性もある<sup>(132)</sup>。そして、この場合に、第1行為によって死亡の結果が発生したことが証明された場合には、一見すると奇妙な結果が生じることになる。すなわち、仮に一括して評価されれば、全体が傷害致死の過剰防衛として、全ての行為及び結果が違法となるのに対し、分割して評価されれば、第1行為は正当防衛であるから死亡結果は適法結果となり、その罪責を問われず、単に第2行為のみについて傷害罪等の罪責を負うことになるのである<sup>(133)</sup>。ここでも、一括すれば検察側に有利となり、分割すれば被告人側に有利となるのである。果たしてそれで良いのであろうか。

このように、行為を包括して1個と構成するかどうか、一連の行為をどのように包括して訴因を構成すべきかという問題は、ある意味では、被告人の利益と訴追側の利益と鋭く対立することがあり得るし、ひいては事実認定の在り方、さらには犯罪構成要件の考え方それ自体に深く影響するように思われる。

そこで、そのために必要と思われる若干の視点を予め確認しておきたい。

### (3) 検討の視点

一連の行為を取り纏めて一括して訴因を構成することができるかどうかについては、少なくとも、次のような観点を考慮する必要があるように思われる<sup>(134)</sup>。

---

(132) そのような事例として、最決平20・6・25刑集62巻6号1859頁。その評釈として、山本輝之「判批」平成20年度重要判例解説ジュリスト1376号（2009年）176頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー645号（2008年）131頁、山口厚「正当防衛と過剰防衛」刑事法ジャーナル15号（2009年）頁。他方、逆に「一連一体」の行為として全体を過剰防衛とした事例として、最決平21・2・24刑集63巻2号1頁。その評釈として、山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号（2009年）76頁。

(133) そのような不合理につき、山口厚・前掲注（132）刑事法ジャーナル18号82頁、山本輝之・前掲注（132）平成20年度重要判例解説177頁参照。

第1に、法律評価の対象となる行為は、あくまで社会的な実在行為であるということである。したがって、一連の行為と評価し、さらにはこれを1個の行為と評価するには、時間的場所的近接性が考慮されざるを得ないように思われる<sup>(135)</sup>。また、複数行為の前後を通じて、一心不乱に被害者を攻撃し、その間の内心状態が被害者の死を目指したものであったような場合には、多少の時間的場所的間隔が存在していたとしても、やはり一括した一連の行為と評価されるに相応しい場合もあり得よう。したがって、客観的な状況に加えて、行為者の主観的意図も併せて考慮されて良いように思われる<sup>(136)</sup>。

第2に、そのような社会的実在である行為を構成要件該当行為として認定する以上、あくまで構成要件の解釈にかかわるということである。その意味において、実体法に拘束されているとも言えよう。例えば、前後全ての行為を一括して認定しても「人を殺した」(刑法199条)と評価できるかどうか、

(134) 従来判例を検討し判断基準と呈示するものとして、曾根威彦「侵害の継続性と量的過剰」研修654号(2002年)10頁。なお、山口厚・前掲注(132)刑事法ジャーナル15号(2009年)56頁参照。

(135) 前掲注(129)最決平16・3・22は、考慮要素として「時間的場所的近接性」を挙げ、また、前掲注(132)最決平21・2・24も「時間的・場所的に接着してなされた一連一体の行為」と述べている。

(136) 前掲注(132)最決20・6・25は、行為を分断する理由として、「侵害の継続性及び被告人の防衛の意思の有無という点で、明らかに性質を異にし」と述べている。この点、「防衛の意思」の不存在の意味につき、「完全な犯罪性の認識そのもの」であって、正当防衛における防衛の意思の要否の判例とは無関係のものとして位置付ける見解として、深町晋也「『一連の行為』論について—全体的考案の意義と限界—」立教法務研究3号(2010年)掲載予定。なお、「行為」には「故意」と異なる「行為意思」を要求する見解として、高山佳奈子「相当因果関係」山口厚編著・クローズアップ刑法総論(2003年)16頁など。さらに、そこから問責対象行為を特定する基準として「法益侵害を指向する行為意思」が重要であるとする見解として、仲道祐樹「複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定」早稲田法学会誌59号2号(2009年)442頁。その前提としての実行行為概念の実質化とこれに対する批判として、同「実行行為概念による問責行為の特定(2・完)」早稲田大学大学院法研論集124号(2007年)152頁参照。

「身体を傷害し、よって人を死亡させた」（刑法205条）と評価できるかどうかである<sup>(137)</sup>。仮に、有罪判決における「罪となるべき事実」（刑訴法335条1項）として、そのような犯罪構成要件に該当する事実が存在することを合理的疑いを超えて認定し得るのであれば、有罪を言い渡すことができるであろう。そうすると、当該犯罪事実が構成要件該当事実と認定できるか否かが、認定の詳細さを緩和する許容限度であろうか。

第3に、違法阻却事由ないし責任阻却事由との関係である。例えば、過剰防衛が問題となる場合に、それが過剰防衛になるのか、単なる違法行為となるのか、あるいは正当防衛となるのかという検討に際して、阻却事由の存否との関係で行為の一個性が左右されるかどうかである。本来であれば、構成要件行為の存在が認定された後に、違法性を検討するのであるから、正当防衛かどうかは行為の一個性に関係がないと考えることができるが<sup>(138)</sup>、構成要件が違法類型でもあることから、構成要件判断自体に違法判断が影響する可能性を排除できないようにも思われる<sup>(139)</sup>。敢えて極端に言えば、犯罪成立の観点から行為の一個性を検討する場合と、犯罪不成立の観点からそれを検討する場合とによって、その判断に相違が生じる余地がないかどうかということである。そして、この点は、なお検討の余地があり得るように思われる。

これらの点は、いずれも犯罪論の本質にもかかわる問題であって、現段階で詳細に検討する余裕はないので、ここでは若干の方向性を示すに止めておきたい。

---

(137) なお、罪数論との関係でも、そもそも犯罪の成否を認識する基準は構成要件であって、構成要件に該当するからこそ一定の犯罪を「認識」できる（「認識上の犯罪」という指摘がなされている（鈴木茂嗣・刑事訴訟の基本構造（1979年）235頁）。

(138) そのような考え方につき、松田俊也「判批」ジュリスト1385号（2009年）115頁。

(139) 林幹人「量的過剰について」判時2038号（2009年）17頁は、「およそ違法・責任の判断と無関係に、行為の一連性・一体性を問題とすることに対しては、疑問がある」とされる。



## 2 社会的実在としての行為の一個性

法的評価の対象となる行為は、あくまで社会的実在である。行為が1個か否かは、実在を離れた法的評価のみによって決定されるわけではない。余りに遠く離れた複数行為や余りに異なった意図に基づく複数行為は、特段の事情がない限り、原則として一個性を有しないと考えるべきであろう。なぜなら、法的評価の対象となる人の行為は、物理的な実在的存在であるから、時間的間隔と場所的近接性によってその一体性が左右されざるを得ないし、また、同時に、それは主観によって担われ、一定の方向性を定めらる存在であるから、内心の意図や計画によって一体性が左右されざるを得ないからである。したがって、その限りにおいて、時間的・場所的近接性（客観的要素）は、一体性評価の考慮要素となって良く、また、主観的意図・計画（主観的要素）も同様に、その要素となって良いように思われる<sup>(140)</sup>。もっとも、これが法的評価から全く独立したものであるかどうかは、裸の行為論に対する批判を考慮すれば<sup>(141)</sup>、必ずしも自明とは言えないかもしれないが、独立したものの否かは措くとしても、少なくとも最終的な法的評価を行うためには、いずれかの段階において、以上の各要素を考慮し、両要素がある程度満たされている必要があるように思われる。

しかし、訴因における「罪となるべき事実」は、常に1個の行為であることを前提とするものではない。通常、一罪は一訴因として構成されるべきであって、また、一罪は1個の行為から構成されるのが一般的であろうから、その意味で、一訴因一行為となるのが通例であろう。しかし、一罪が常に1個の行為によって構成されるとは限らないのであれば、一訴因が複数行為によって構成されることも可能であろう。さらに言えば、一訴因における犯罪

(140) 量的過剰をめぐる行為の一体性に関し、曾根威彦「侵害の継続性と量的過剰」研修654号(2002年)10頁参照。

(141) 小野清一郎・犯罪構成要件の理論(1953年)54頁、大塚仁・刑法概説(総論)[第4版](2008年)115頁、町野朔・刑法総論講義案[第2版](1995年)121頁。

行為が一罪である限り、行為の単複を確定するまでもなく、一括して訴因構成しても良いのかもしれない。行為の一個性が問題ではなく一罪性のみを問題とすれば足りると考える余地もあり得よう。その意味において、社会的実在としての行為の一個性は一応のメルクマールであって、必ずしも常にこれに拘束される必要はないとも言えよう。もともと包括一罪と単純一罪の限界は、必ずしも明確ではないと言われており<sup>(142)</sup>、複数行為であっても単純一罪とすることが可能なのであれば、社会的事実としての行為の個数は、犯罪の成否について決定的な要因であるとはまでは言えないようにも思われる。そうすると、訴因に複数の行為を一括して記載し、これを一罪として評価し、複数行為のいずれかの行為から結果が発生したことが明白であれば、いずれの行為によって発生したかが特定できない場合であっても、結果を含む当該犯罪の成立を肯定して良いと言う余地もあり得るのかもしれない。

しかし、そのような一括評価を許容する限界は何であろう。一罪評価との関係はどうなっているのであろうか。これらの点を検討するためには、犯罪構成要件との関係のみをみておく必要があるように思われるので、次に、行為の一個性の法的評価について若干検討しておくことにしよう。

### 3 法的評価としての行為の一個性

#### (1) 犯罪構成要件との関係

実体法の前提となる事実は、訴訟において証拠によって認定された事実のみである。証拠によって認定できない場合には、真偽不明として、挙証責任の分配に従って当事者のいずれかに不利益に判断される。しかし、被告人を有罪とするためには、当該犯罪に関わるあらゆる事実の細部にわたって、常に真偽いずれかに決定しなければならないわけではない。有罪判決の「罪となるべき事実」には、高度の有罪心証を担保する機能と関係者を納得させる

---

(142) 山口厚・前掲注(132) 刑事法ジャーナル18号82頁注(12) など参照。

機能とが求められるから、それに相応しい程度であることを要する。事実認定の特定性が要求されるのは、「裁判所の確実な心証を支えるため」である<sup>(143)</sup>。それ故、「特定の刑罰法規を適用するに足りる、構成要件該当の具体的事実」を合理的疑いを超えて示す必要があるが<sup>(144)</sup>、それ以上の詳細さを要求されるわけではない。したがって、仮に、細部について未確定部分が残ったとしても、それでもなお合理的疑いを超えて有罪の判断ができるのであれば、それ以上詳細に細かい事実を認定する必要はないと考えることができる。

それでは、どこまで詳細さを求められるのであろうか。この点については、「日時、場所及び方法」によって「できる限り」特定されているか否か(刑訴法256条3項)が重要となる。そのような特定を欠く場合には、一般には、犯罪事実の存在について合理的疑いを超えた心証を抱くことが困難であるとされているからである<sup>(145)</sup>。しかし、例えば「人を殺した」という事案の場合、その日時、場所、方法は、これを特定するために求められる要素であって、罪となるべき事実それ自体ではないとされている<sup>(146)</sup>。罪となるべき事実は、あくまで「人を殺した」事実である。したがって、彼が間違いなく「人を殺した」のであれば、たとえ日時や方法が不明確であっても、なお有罪判決を言い渡すことができる<sup>(147)</sup>。その意味で、緩和の限界は、「人を殺した」か否かである。そうだとすれば、例えば、複数行為が存在し、特定の一行為と結果との因果関係が必ずしも明確ではないが、当該複数行為以外によって結果

(143) 松尾浩也・刑事訴訟法下〔新版補正第2版〕(1999年)127頁。

(144) 田宮裕・前掲注(7)426頁。

(145) 田口守一・前掲注(7)414頁、松尾浩也・前掲注(143)127頁。さらに、田宮裕・前掲注(7)426頁、三井誠・前掲注(120)115頁参照。

(146) 最判昭37・11・28刑集16卷11号1633頁参照。

(147) 最決平14・7・28刑集56巻6号307頁参照。なお、東京高判平20・9・25(LEX/DB25450073)は、「岐阜県、愛知県ないしそれらの周辺地域において、殺意をもって、不詳の方法により、A(当時24歳)を殺害し」との訴因について、特定に欠けるとは言えないとしている。

が発生した可能性はないと認定できるのであれば、したがって、複数行為が全体が「人を殺し」と言えるのであれば、この一連の行為を1個の行為とみて構成要件該当性ありと評価する余地はあり得よう。もしこれが可能であるとすれば、それ以上細かく、いずれの行為によって結果が発生したかということまで認定をする必要はない。その意味において、「包括」可能な「最大限度の訴追単位」は、構成要件該当行為と評価できる行為であって、複数行為のいずれかから結果が発生した（したがって、それ以外ではあり得ない）ことが明らかである以上、複数行為中いずれの行為によって結果が発生したかまで特定する必要はないと考えることができるように思われる。

また、仮に、行為として1個と評価することができないとしても、その「いずれも」が構成要件に該当する行為だとすれば、その「いずれか」から結果が発生したことが認定できるのであれば、そのいずれの行為によって発生したことまで確定できなくても、やはり有罪として良いのではあるまいか。これに対し、そのような見方は、因果関係について、いわば択一的認定を許すものであって許容できないとの批判もあり得よう。しかしながら、異なった構成要件間の択一的認定を認めるものではないし、同一構成要件内の、しかもいずれも構成要件該当行為と評価し得る2個の行為のうちのいずれかとは、間違いなく因果関係が認められるのであるから、いわゆる概括的認定の許容範囲内にあると考えることもできよう。そうすると、訴因構成としては、仮に厳密にみると2個の行為であったとしても、連続した一連の行為として記載すれば足りるように思われる<sup>(148)</sup>。

このようにみてくれば、犯罪構成要件のレベルでは、一連の行為として訴因構成をなし得るとしても、阻却事由との関係ではどうであろうか。そこで、次にこの点について若干検討してみよう。

---

(148) この場合、訴因構成としては、択一的訴因として記載することもあり得るが、そもそも概括的認定をなし得るのであれば、訴因構成としても、敢えて択一的に構成する必要はないようにも思われる。

## (2) 違法阻却事由及び責任阻却事由との関係

例えば、過剰防衛が問題となる時、それが量的過剰の場合には、時間経過に沿って反撃行為をみれば、途中までが適法でその後は過剰ということもあり得よう。仮に、途中までが正当防衛として相当であって、そこから致死等の結果が生じ場合には、その結果は正当防衛行為の結果であって、違法とは言えないことになる。しかし、その後の過剰部分を含めて全体の反撃行為が1個の行為だとすれば、1個の過剰行為から結果が生じたとも評価できるので、致死等の結果を含めて全体が違法行為ということになる。そうすると、途中で行為を分断するか否かによって、致死等の責任を負うか負わないかという重大な相違が生じる。このような場合、訴追側は、当然ながら、全体が1個の行為であると主張し、他方、弁護側は、途中までとそれ以降とで2個の行為に分断されると主張することになる。

同様の問題は、責任能力が問題となる場合でもあり得よう。例えば、当初は責任能力を備えていたのに、行為の途中からこれを喪失したような場合である<sup>(149)</sup>。殴打行為のように、1回の行為自体は単発であるが、多数回連続で繰り返されるような場合には、そのような事態が生じることもあり得るように思われる。

ところで、このような場合、行為の一個性はどのように考えるべきであろうか。法的効果との関係で相対的に判断すれば足りるという見方もあり得るように思われるか<sup>(150)</sup>、他方、行為は構成要件該当行為であるから、違法責任評価以前の段階で既に確定しているという見方<sup>(151)</sup>もあり得よう。特に、行為の個数については、法的観点を捨象した社会的見解によるべきであるとすれ

---

(149) 行為と責任の同時存在につき、石井徹哉「行為と責任の同時存在の原則」刑法雑誌45巻2号(2006年)76頁、高橋則夫「犯罪論における同時存在の原則とその例外」佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践(2002年)47頁、佐藤拓磨「早すぎた構成要件実現について」法学政治学論究63号(2004年)239頁、244頁。

(150) 高橋則夫・前掲注(130)39頁参照。

(151) 松田俊也・前掲注(138)115頁。

ば<sup>(152)</sup>、正当防衛ないし過剰防衛であるか否かによって左右されるべきではないとも考えられる。理論的にはいずれもあり得るかもしれない。しかし、ここで考慮すべき点は、訴因構成は当事者たる検察官の専権に属する公訴権に基づくということである。公判審理を経た後の裁判所の判断と合致していることが要求されるわけではない。したがって、訴追当時の関係証拠に照らして、生じた結果が被告人に帰属されるべきであるとの判断を合理的になし得るのであれば、訴追としてはそれに相応しい訴因構成を採るべきであって、それが全体を1個の行為とする構成であれば、そのような訴因を構成して訴追するのが相当と思われる。確かに、初めから阻却事由を考慮した上で、2個の行為に分断し、その限度で被告人に問い得る最大限の訴因構成をなすべきであるとの考え方もあり得るかもしれない。もとより、証拠関係に照らして、行為を2個に分断する以外に合理的な構成を行うことが困難であるというのであれば、そのような構成もあり得るであろうし、その点は証拠から認定可能な行為の態様によるほかない。しかし、阻却事由は主張されないかもしれないし、仮に主張されたとしても、それを十分に排斥し得るに足る証拠に基づいて訴追する以上、訴追に有利な訴因構成を採ることはそれなりに合理的判断であろうと思われる。

このように、阻却事由との関係においても、少なくとも訴追の段階においては、一連の行為として訴因構成すれば足りるように思われる。そこで、以上を前提に、訴因構成として包括可能な「最大限度の訴追単位」について若干の検討をしておこう。

### (3) 訴因構成における「最大限度の訴追単位」

---

(152) 最判昭49・5・29刑集28巻4号114頁参照。ただし、刑法的評価の対象となる行為の判断と罪数問題における行為の判断とが全く同一の判断となるわけではないとも言われている(高橋則夫「『早すぎる構成要件の実現』の一考察—いわゆるクロロホルム殺人事件をめぐる—」早稲田法学80巻4号(2005年)7頁及び17頁注(12))。

ア 一罪と行為の一個性

訴因設定の権限は、検察官が独占する権限であるから、訴因構成においては、実体法上およそ不可能な構成でない限り、理論的には、可能なあらゆる構成を選択することができるものと思われる。それは、「分割」可能な「最小限度の訴追単位」としての犯罪構成を最低限度として、「包括」可能な「最大限度の訴追単位」としての犯罪構成を最高限度とする幅の範囲内で、自由な選択が可能であろう。一罪の一部起訴が許される限界として、前者の問題を検討したが、数個の社会的事実<sup>(153)</sup>の一括起訴が許される限界として、後者の問題を検討することになる。ところで、後者の問題は、罪数判断とも境を接する問題であり、その意味において、公訴事実の単一性の問題とも密接に関連しており、事実上、罪数判断に委ねられていたのではないかと思われる。すなわち、一般的に一罪は一訴因として構成されるため<sup>(154)</sup>、問題は一罪か否かという実体法の領域において解決されることになる（したがって、それが理論上の限界である）と考えられてきた。しかし、もともと数罪と一罪との区別は、必ずしも疑問の余地なく一義的に決定されるとも言えないのであって、流動的な側面を有しているのであるから、罪数判断の変更によって、直ちに訴因構成に変更を来すということ自体が、必ずしも合理的であったとは言い難いようにも思われる。この点については、改めて検討せざるを

- (152) 最判昭49・5・29刑集28巻4号114頁参照。ただし、刑法的評価の対象となる行為の判断と罪数問題における行為の判断とが全く同一の判断となるわけではないとも言われている（高橋則夫「『早すぎる構成要件の実現』の一考察—いわゆるクロロホルム殺人事件をめぐる—」早稲田法学80巻4号（2005年）7頁及び17頁注（12））。
- (153) 一罪で数個の場合があれば、数罪で数個の場合もあろう。罪数については、改めて問題とせざるを得ないが、ここでは、取り敢えず、従来の一般的な立場を中心に措定しておくこととする。
- (154) 「一罪一訴因の原則」とされる（松尾浩也・前掲注（9）182頁、上口裕・注（33）211頁、安富潔・前掲注（33）258頁、なお、田宮裕・前掲注（7）196頁、三井誠・前掲注（40）249頁参照。

得ないので、ここでは、当面その限界を実体法に従った「一罪」であると一応措定した上で、行為の個数と実体法上の罪数及び訴訟法上の訴追（訴因構成）権との関係については、なお再考の余地があり得るのではないかということを描するに止める。

#### イ 行為の一個性の立証責任

ところで、行為の一個性の立証責任はどう考えるべきであろうか。犯罪構成要件該当事実の立証責任が検察側にあることは疑いない。それ故、行為の存在それ自体の立証責任は検察側にあるが、それは、事象経過としての行為であって、そのような事象経過を踏まえてこれを1個と評価するか2個と評価するかについてはどうであろうか。仮にこれが罪数判断だとすれば、法的評価であるから、証明の対象ではなく、むしろ裁判官の専権に属する事項と考えることができる。行為の個数は罪数評価に重要な影響を及ぼすとはいえ、罪数評価それ自体のような法的評価ではなく、その前提としての事実評価であろう。しかし、例えば、「わいせつ」のような規範的事実<sup>(155)</sup>でもない。その意味で、単なる事実認定の問題に過ぎないとも言い難い側面を有している。また、仮に、行為の一個性の認定も利益原則に従うべき事実認定の問題だとすれば、事実認定者において、合理的疑いを超えて行為が1個であるとの心証形成ができない場合には、2個であると認定することになるのであろうか。仮に2個と認定できれば、過剰防衛との関係で被告人に有利になるので、そのような判断も一応あり得るようには思われる。しかし、逆に検察側が2個と主張しているような場合はどうであろうか。例えば、途中までは正当防衛であって、引き続き量的過剰になったものの、過剰部分の行為から結果が生じており、全体を1個とすれば過剰防衛として刑の減軽又は免除の可能性があるが、行為を2個に分断すれば、第2行為は完全に違法行為であって、そ

---

(155) 規範的・評価的価値判断を要する要素は「規範的構成要件要素」と称されている（大谷實・前掲（60）133頁，前田雅英・前掲注（108）229頁，山口厚・前掲注（35）189頁参照）。



の可能性がないというような場合である。この場合、検察側は2個の行為として、違法な第2行為部分のみを起訴し、弁護側は第1行為を含めて全体が1個であることを主張することになるように思われるのである。しかし、行為の個性は、当事者の主張態度によって定まるような事項ではないようにも思われる。そうすると、これは、そもそも証明対象とは言えないという理解もあり得るように思われる<sup>(156)</sup>。立証責任の分配対象とは言えないのであれば、事実を前提とした評価として、判断者が最終的判断を下すということになり、結果的には、法的評価に近づくように思われる。仮にそうだとすれば、訴因構成としては、検察側に有利な法解釈に従うのと同様、自己に有利な行為の個数を前提として良いように思われる。

#### 4 小括

結局のところ、2個の行為を一括するか分割するかは、それが全体として構成要件該当性を満たす限り、訴追における検察官の合理的評価に従えば足りるように思われる。そのような訴因構成が実体法的に可能であって、当時の証拠関係に照らして訴訟法的に合理的である限り、一括しても分割しても構わないであろう。予備的行為を取り込もうと、事後的行為を取り込もうと、いずれも可能である。最終目的に向けられた計画(ないし意図)によって包括されている場合には、一連の行為を一括評価するか分割評価するかは、いずれも構成可能である。しかし、立証の難易等、訴訟法上の観点からみれば、一般には、一連の行為を包括的に評価して、全体を一括して訴因構成をする方が無難であり、その方が事案全体の理解を容易にするように思われる。要は、構成要件該当事実について、被告人が有罪であるとの合理的疑いを超え

---

(156) なお、法解釈についても利益原則を主張する見解として、村井敏邦「疑わしきは被告人の利益に解釈すべし—刑法解釈における静と動—」福田平・大塚仁博士古稀記念・刑事法学の総合的検討(下)(1993年)177頁。さらに、村井敏邦・罪と罰のクロスワード(2000年)276頁以下参照。

た心証を得ることができるか否かが決定的であるから、その限度において包括して訴因構成をすることが最も合理的であると言えよう。その意味において、訴因構成における「最大限度の訴追単位」は、当該犯罪の構成要件を充足する「一罪」と言っても良いであろう<sup>(157)</sup>。そのような公訴提起を受けた裁判所は、検察官にその主張に沿った立証活動を行わせ、弁護人の反証活動を経て、当該訴因にかかる行為が分割評価をされるべきであると考えれば、分割して認定すればよいだけであって、それ故に当初の訴因構成が違法と評価されることになるわけではない。そうすると、行為の包括についても、結局のところ、立証の難易等を考慮した上で、当該犯罪現象に最も相応しい訴因を構成して訴追すれば足りるという、極めて当然の帰結に至るように思われる。

## 第5 おわりに

さて、本稿を閉じるに当たって、「訴追の当否」について、当面の検討結果を簡単にまとめておくことにしよう。

第1に、複数の行為から複数の結果が生じている場合（又はそのように見える場合）には、それらを分割することが相当である場合と、一括することが相当である場合とがある。結合犯のように「強い一罪」であれば、分割することは相当ではないが、常習一罪のような「弱い一罪」の場合には、分割することが相当である場合もあり得る。その相当性は、訴追段階において立証が容易か否かにかかわってくる。分割することによって事案全体からみると不合理な帰結に至ることもあり得るので、そのような場合には一括する方が望ましいが、その場合でも、証拠関係からみて、一括行為とすることに伴う構成要件該当性を立証することが困難であるとすれば、分割することも裁

---

(157) 構成要件該当・充足の数と罪数との関係につき、山火正則「犯罪の個数」河上和雄先生古稀祝賀論文集（2003年）121頁参照。

量の範囲内と言って良い。しかし、分割してその一部を起訴した場合には、残部を起訴し得なくなることがある点にも留意すべきであって、分割による法的効果と証拠関係に基づく立証の難易とを十分に検討した上で、慎重な判断をする必要がある。

第2に、複数の行為から1個の結果が生じている場合（又はそのように見える場合）には、それらの行為が構成要件に該当する行為である限り、これを一括して取り纏めた上で、訴因を構成するのが相当であろう。分割処理が可能であったとしても、特にその必要がない限り、そのような処理を行う必要はないし、そのような処理は、却って訴訟を混乱させる可能性さえある。分割して各行為と結果との結合関係を細密に立証することによって、一見核心を突いた訴追が可能となるようにも見えるが、それは、木を見て森を見ない処理であって、事案全体の筋を見失った分りにくい処理となるように思われる。犯罪構成要件に該当する事実の立証という限度において複数行為を一体化して取り扱うことは、却って事案の核心の明確化に資するというべきであろう。

第3に、以上いずれの場合についても、事案の核心は、証拠との関係を見捨てて判断することはできないということに留意すべきである。それ故、訴訟を前提とする限り、事案の核心とは、証拠によって裏付けられた事実の範囲における核心と言わざるを得ない。社会現象としての事件と訴追される刑事被告事件とは証拠裁判主義を通じて必然的に落差が生じる。したがって、あくまで合理的疑いを超えて立証可能な事実（証拠によって裏付けられた事実）の中から、何が最も社会現象に近く、国民の正義感と処罰感情とに裏付けられた「当罰性」<sup>(158)</sup>に相応しいかを検討するほかない。その意味において、訴追の当否は、「証拠」と「当罰性」との「相関関係」によって定まると言って良いように思われる。

訴追の当否について、何がしかのメルクマールを得ることが本稿の目的であった。しかし、せいぜい抽象的な判断要素を指摘するにとどまってしまう

た。その具体化は、他日を期したい。また、訴因構成の在り方は、結局のところ、実体法の解釈とその理論構成に依拠するところが大きいということが確認された。それ故にこそ、訴訟法の枠内のみでは解決し得ない問題があることを改めて痛感させられる結果となってしまった。そこで、残された重要な点を2つほど指摘しておきたい。第1は、訴因と罪数評価の関係をめぐる実体法上の問題である。本稿における検討は不十分であったので、この点は改めて検討したい。第2に、訴因構成における行為の一体的評価の在り方である。この点についても、実体法上の見解に大きく左右されるので、本稿では方向性を示唆するにとどまらざるを得なかった。この点についても、改めて検討することとしたい。

最後に、裁判員制度との関係について、若干付言して本稿を閉じることにしよう。

平成21年5月に施行された裁判員制度は、今のところ比較的順調に推移しているように窺われ、当初危惧されたいくつかの問題点も、それほど大きな障碍となることなく、それなりの成果を上げているように思われる。しかし、訴追において、一層分かり易く簡潔な訴追が求められるとともに、立証においても、簡潔明瞭で効果的な立証が求められることに変わりはなく、その方向が一層強く要請されることに疑いはない。

そこで、立証可能性（ないし立証の難易）が同程度であれば、証拠構造の分かり易さが優先されるであろうし、立証の容易さとの関係で「縮小起訴」（安全起訴）が有益となることもあり得るであろう。その意味で、こじんまりと小さく纏まった起訴がなされることも懸念されよう。しかし、これまで

---

(158) 刑法においても、「限定的な処罰」から「妥当な処罰」へ転換しつつあり、「処罰に値するか否か」という「国民の常識」に則った「実質的判断」が重要であるとの見解が有力である（前田雅英・前掲注（108）6頁）。なお、本稿でいう「当罰性」とは、「刑罰という制裁に相当する性質を有するもの」（大谷實・前掲注（60）87頁）よりも広い概念であって、国民の常識に照らして最も処罰に相応しい実質を有するものという趣旨である。

の裁判員の理性的かつ安定的な活動を見る限り、むやみやたらと安全起訴に拘泥する必要はないように思われる。訴追官としては、適正かつ十分な証拠を収集し、その焦点を鋭く突いて事件の真相に迫る起訴をすべきであるし、結局のところ、そのような真相を突いた訴追が裁判員の幅広い支持を得るのではなかろうか。その意味において、現時点においては、従前の訴追方針を敢えて変更ないし修正する必要はないように思われる。もとより、裁判員制度はようやく運用が開始されたばかりであるから、将来の見直しを含め、さらにより良いものに修正されていくことになるであろう。したがって、軽々に将来の予測を立てることはできないが、これまで多くの模擬裁判の経験を踏まえて施行された運用状況に照らす限り、より分かり易く簡潔明瞭で事件の核心を突いた起訴を行うという従前の訴追方針を一層強化こそすれ、にわかに変更する必要はないように思われる。

(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。