



Doshisha University Academic Repository

同志社大学学術リポジトリ

一罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について

著者	佐藤 嘉彦
雑誌名	同志社法學
巻	56
号	6
ページ	533-554
発行年	2005-02-28
権利	同志社法學會
URL	http://doi.org/10.14988/pa.2017.0000007558

一罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について

佐藤嘉彦

一 はじめに

二 一罪の一部起訴はどのような場合に許されるか

三 許されない一罪の一部起訴がされた場合、裁判所はどうすべきか

四 一罪の一部起訴がされて判決が確定した場合、一事不再理効はどうなるのか

一 はじめに

本稿では、客観的にみて、実体法上一罪とされる罪の全体について訴因を構成・設定することが可能であるのに、その一部だけが訴因として構成・設定された場合に生ずる諸問題について考察する。一罪の一部起訴はどのような場合に許されるのか、^①一罪の一部起訴がされた場合、裁判所はどうすべきか、一罪の一部起訴がされて判決が確定した場合、一事不再理効はどうなるのか、といった点が総花的にはなるが主たる検討課題である。これらの問題は、当事

者主義、公訴提起に関する基本原則、審判の対象論、一事不再理効の範囲などといった刑事訴訟法の根幹に関わる理論的な問題であるとともに、実務上もしばしば生ずる実践的な課題でもある。被害者の地位を顧みれば、新たな問題意識も必要となる。^②

一一 一罪の一部起訴はどのような場合に許されるか

1 古くから、一罪の一部起訴の可否として論じられてきたところであって、学説上、これを肯定的に解する見解もあるが、これを肯定的に解するのが通説であり、判例も、これを肯定的に解している。現行刑事訴訟法が当事者主義に立ち、訴因制度を採用して審判の対象の設定を検察官の権限とするともに、起訴便宜主義を採用し、検察官に事件を不起訴にする権限を与えていることからすると、原則的にはこれを肯定的に解する見解が相当である。^③^④^⑤^⑥

2 一罪の一部起訴が許される限界については、大略、①一罪の一部起訴は、起訴便宜主義適用の一面面であるから、違法と認められない場合に限られる、②検察官は市民から刑事訴追権限を負託され、市民に代わって公訴権を行使するものであるから、当罰性及び可罰性が高く立証も比較的容易と思われる事件をことさらに起訴しないという裁量は許されない、③実体的真実主義にとつてたえられないような極限的な一罪の一部起訴は、正義に反するものとして許されない、④明かに重大犯罪が認められるのに正当な理由もなくそのごく一部しか起訴しないことは許されない、⑤檢察審査会の審査を免れるために一罪の一部を起訴したり、実質上申告罪の起訴に代用する狙いで非申告罪の部分の起訴したりすることは、権限の濫用にわたるもので許されない、⑥一罪の一部起訴を是認するためには、最

小限度何らかの合理的理由が必要であり、応報感情が到底満足されないような一部起訴は、檢察審査会の審査の機会を不当に奪うという意味でも問題であり、また、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も許されない¹²⁾、⑦不当な一罪の一部起訴は、直ちに公訴提起の効力を左右するものではないが、公訴の提起が職務犯罪を構成するような極限的な場合には無効となる¹³⁾、⑧不当な一罪の一部起訴であっても、公訴提起は無効とならない、などといった見解が示されている。いずれにしても起訴裁量権・公訴権の濫用に当たる一部起訴は許されるべきではないが、具体的な限界は必ずしも明確ではなく、判例理論といったものも確立されていない¹⁴⁾。

3 一罪の一部起訴といっても、①一個の罰条のみが問題となる一罪の一部起訴（窃盜の被害品の一部を除外して起訴したり、一連の暴行のうちある部分に限定して起訴したりすること）、②結合犯の一部起訴（強盜致傷を強盜で起訴したり、強盜を窃盜で起訴したりすること）、③加重的構成要件該当の罪の基本的構成要件該当の罪による起訴（業務上横領を横領で起訴したり、常習特殊窃盜を窃盜で起訴したりすること）、④科刑上一罪の一部起訴（殺人、強盜、窃盜につき牽連関係にある住居侵入を除外して起訴したり、觀念的競合の関係にある罪の一部を除外して起訴したりすること）、⑤包括一罪の一部起訴（常習犯ないし接統犯となる窃盜の一部を起訴したり、集合犯となる無免許営業行為の一部を起訴したりすること）、⑥法条競合の一部起訴（強盜を恐喝で起訴したり、強姦を暴行で起訴したりすること）、⑦既遂の未遂による起訴、⑧共同正犯の従犯による起訴など、本来的一罪の一部起訴もあれば科刑上一罪の一部起訴もある¹⁵⁾。個別的にみてみよう。

(1) 一個の罰条のみが問題となる一罪の一部起訴について

一個の罰条のみが問題となる一罪の一部起訴は、本来的な一罪のいわば量的な意味における一部起訴である。このような起訴は、捜査の肥大化・糾問化を避け、その長期化を防ぐためにも、また、立証の困難に配慮し、争点の複雑化を避け、裁判の迅速化を図るためにも必要であり、起訴裁量権・公訴権の濫用に当たらない限り許されてよい。実務上も、窃盗の被害品の一部を除外して起訴したり、一連の暴行のうちある部分に限定して起訴したりすることは、しばしば行われているところである。

最高裁判平成四年九月一八日判決⁽¹⁸⁾も、議員証言法の偽証罪について、「偽証罪として一罪を構成すべき事実の一部について告発を受けた場合にも、右一罪を構成すべき事実のうちどの範囲の事実について公訴を提起するかは、検察官の合理的裁量に委ねられ⁽¹⁹⁾」ているとして、単純一罪について一部起訴を認めている。

(2) 結合犯の一部起訴について

結合犯を構成する罪のうちその一部のみを起訴することは、本来的な一罪のいわば質的な意味における一部起訴である。このような起訴も、起訴裁量権・公訴権の濫用に当たらない限り許されてよい⁽¹⁹⁾。

実務上、あえて強盗致傷罪を強盗罪で起訴したり、強盗罪を窃盗罪で起訴したりするのは、これらの罪の法定刑が極めて重く、事案によっては過酷な処断刑になることを避けるためであって、実務の知恵である⁽²⁰⁾。

しかし、そのような理由で一罪の一部起訴をすることは、実質的にみると、法定刑の事実上の変更にはかならず、本来的には実体法の解釈ないし法改正をもって対処すべき問題である。質的な意味における一部起訴には、その必要

性と合理性の判断について考えさせられるものがなくはない。²¹⁾

ちなみに、起訴猶予されるのと軽い罪の刑で起訴されるのでは、前者の場合、検察審査会の審査に服するし、再起によって重い罪の刑に処せられる可能性があるので、後者の場合、そのような可能性がない点で異なっており、事件を不起訴にする権限があるからといって、そのことから直ちに一部起訴をする権限が理由づけられるわけではない。

(3) 加重的構成要件該当の罪の基本的構成要件該当の罪による起訴について

加重的構成要件該当の罪を基本的構成要件該当の罪で起訴することは、本来の一罪の質的な意味における一部起訴である。このような起訴も、起訴裁量権・公訴権の濫用に当たらない限り許されてよい。ただし、その必要性と合理性については、前記②と同様の問題がある。

(4) 包括一罪の一部起訴について

包括一罪の一部を起訴することは、本来の一罪の量的な意味における一部起訴である。このような起訴も、起訴裁量権の濫用に当たらない限り許されてよい。実務上も、常習一罪ないし接続犯となる窃盗の一部を起訴したり、集合犯となる無免許営業行為の一部を起訴することはしばしば見受けられるところである。なお、さらに質的な意味における一部起訴にも当たる場合には、前記②の問題がある。

(5) 法条競合の一部起訴について

法条競合の一部を起訴することは、本来の一罪の質的な意味における一部起訴である。このような起訴も、起訴裁

量権・公訴権の濫用に当たらない限り許されてよい。ただし、その必要性と合理性については、前記(2)と同様の問題がある。

最高裁昭和五九年一月二七日決定⁽²²⁾は、公職選挙法上の供与罪(同法三二二条一項一号)を犯した疑いがあるのに、交付罪(同五号)のみで起訴することが許される⁽²³⁾として、吸収一罪の関係にある罪の一部起訴を認めている。

実務上、強盗致傷罪が窃盗罪と傷害罪、強盗が暴行と窃盗に分けて起訴されることもない⁽²⁴⁾ではない⁽²⁵⁾。同一の裁判所に対し、強盗罪を暴行と窃盗、強盗致傷を窃盗と傷害に分けて起訴することは、併合審理するのであれば、許されてよい。実質的にみると、質的な意味における一罪の一部起訴であつて、二重起訴に伴う不利益・不都合もないから、二重起訴(刑事訴訟法三三八条三号)には当たらないといえよう⁽²⁶⁾。もつとも、強盗致傷罪や強盗罪の場合、現行法上分けて起訴することにより処断刑が重くなることはないが、重くなる罪の場合には、後記(7)で論ずる問題が生ずる。

(6) 既遂の未遂による起訴や共同正犯の従犯による起訴について

既遂の未遂による起訴や共同正犯の従犯による起訴についても、起訴裁量権の濫用に当たらない限り許されてよい。ただし、その必要性と合理性については、前記(2)と同様の問題がある。

(7) 科刑上一罪の一部起訴について

科刑上一罪の一部を起訴することも、起訴裁量権・公訴権の濫用に当たらない限り許されてよい。実務上、殺人罪、強盗罪、窃盗罪につき牽連関係にある住居侵入罪を除外して起訴したり、観念的競合の関係にある罪の一部を除

外して起訴したりすることはしばしば行われているところであつて、必要性も合理性も十分ある。⁽²⁶⁾

問題は、住居侵入のうえ複数人が殺害された事案について、住居侵入罪を除いて起訴することが許されるかである。これを許すと、形式上併合罪加重が可能となり、同罪を除いて起訴した場合の処断刑が、除かないで起訴した場合のそれを超えることになるからであるが、⁽²⁷⁾ 同罪を除いて起訴すること自体は許されてよい。具体的な量刑が加重刑の部分（住居侵入罪が起訴された場合の処断刑を超える部分）に入りこむおそれが強い場合、裁判所には住居侵入の訴因の追加を促しまたは命ずる義務があると見る見解もあるが、⁽²⁸⁾ 訴因を追加させる必要はない。⁽²⁹⁾ 裁判所が併合罪加重をするためには、併合罪であることが認められなければならないから、それが認められない可能性が生じた場合には、積極的に一罪であることが認定されなくとも、併合罪加重をすることは許されないはずである。⁽³⁰⁾ 科刑上一罪となる可能性があれば、一罪の一部であることを前提として量刑をすれば足りよう。⁽³¹⁾

(8) 申告罪と一部起訴について

強姦罪を共同暴行罪で起訴することは、判例上適法であるとされているが、その射程に入らない申告罪の一部起訴（例えば、強姦罪の暴行又は脅迫罪による起訴など）について、下級審判例は分かれている。⁽³²⁾ 学説上も、⁽³³⁾ ①親告罪の一部起訴は、すべて違法になるという見解、⁽³⁴⁾ ②一定の場合には違法になるという見解、⁽³⁵⁾ ③すべて違法にはならないという見解の対立がある。⁽³⁶⁾

肯定的な見解は、親告罪の一部起訴が許されないとすると、「本件は実体としては申告罪たる強姦罪であるから、暴行罪による起訴は違法である」といった不当な主張・立証を許さざるを得なくなり、かえって被害者の名誉・利益

を害して申告罪の立証趣旨を没却し、かつ、実務を混乱させる結果となるという。⁽³⁷⁾ たしかに、強姦罪の告訴期間に制限があった時代には、安全地帯に身を置き、理不尽な主張をすることも可能であったが、現在では告訴期間も廃止され、被告人から理不尽な主張・立証がされるおそれは少なくなっている。

折衷的な見解は、訴追を求めないという被害者の意思が表明されているときには不適法であるが、単に告訴がないというにとどまるときには適法であるという。たしかに、検察官が申告罪の一部を構成するものではないと考え、被害者の意向を確認することなくその一部を起訴したところ、審理の結果、申告罪の一部であることが判明したような場合にまで公訴提起を無効とする必要はないように思われるが、そのような場合でも、被害者が訴訟の打切りを望んでいるのに訴訟の継続が認められることになるとすれば問題である。審理の結果、申告罪の一部であることが判明したような場合には、告訴の追完に準じた扱いをすれば足りよう。なお、訴因とされた暴行、脅迫が強姦行為と接しているか隔たっているかによって分ける考え方は、現実の審理が動機や背景的事実に絡んでおり、暴行や脅迫にのみ限定して行い得るものでないことにかんがみると合理性に乏しい。

そうすると、親告罪の立法趣旨を優先し、いかなる場合にも親告罪の一部起訴は許されないと解してよい。もっとも、強姦罪の告訴期間の制約がなくなつたことにより、あえて性急な一部起訴をする必要は最早ない。

三 許されない一罪の一部起訴がされた場合、裁判所はどうすべきか

1 起訴裁量権の濫用・公訴権の濫用に当たるとする公訴が提起された場合、裁判所は、刑事訴訟法三三八条四号

により、公訴を棄却すべきである。⁽³⁸⁾ 不当な起訴を容認すれば、檢察審査会の審査の機会を不当に奪うことにもなるが、公訴が棄却されれば、檢察審査会の審査が可能となる。もつとも、許されない一罪の一部起訴であっても、訴因の追加・変更による瑕疵の治癒は認めてよい。あえて公訴を棄却し、再訴させる必要はない。なお、裁判所は、審理の結果、⁽⁴⁰⁾ 起訴裁量権の濫用・公訴権の濫用に当たるとの心証を得た場合、いきなり公訴を棄却するのではなく、檢察官に対し釈明を求め、訴因の追加・変更を促すべきであろう。

2 訴追裁量権・公訴権の濫用は、訴訟条件に関わるものであり、裁判所は、当事者の主張がなくとも、その有無を調査することができる。⁽⁴¹⁾ しかし、現行刑事訴訟法が訴因制度を採用し、審判の対象を訴因に限定した趣旨にかんがみると、訴追裁量権・公訴権の濫用を窺わせるような特段の事情がない限り、裁判所は、訴因以外の事実の調査に積極的に関わるべきではない。もつとも、当該起訴が一罪の一部起訴であるのかそうでないのかは、訴因の特定や争点設定の過程においても証拠調べの過程においても、裁判所にとって看過できない問題である。積極的であるべきではないが、無関心であつてもならない。⁽⁴²⁾ 当該起訴が一罪の一部起訴であるのかそうでないのか疑問であれば、檢察官に対し十分釈明を求めるべきである。そうしないと、計画審理は実現できないし、後訴で一事不再理効が問題になった場合にも、重要な判断資料を提供できないことになる。

3 公訴提起による公訴時効の停止は、公訴事実の同一性の範囲に及ぶから、⁽⁴³⁾ 檢察官は、公訴棄却後、公訴時効の残存期間内に公訴を提起すればよい。もつとも、前訴が公訴時効の期間ぎりぎりに提起されていたような場合には、檢察審査会の審査が機能するいとまはない。

四 一罪の一部起訴がされて判決が確定した場合、一事不再理効はどうなるか

1 一事不再理効は、訴追・判決された訴因と公訴事実を同一にするすべての事実⁽⁴⁴⁾に及んでいる。その根拠については諸説あるが、少なくとも同時訴追の可能性が決定的な要因であるといつてよい。したがって、その可能性が抽象的にせよ認められない場合には、一事不再理効の及ぶ範囲について例外を認めざるを得ない⁽⁴⁵⁾。判決の確定後に一罪性のある行為が行われた場合などがその典型である。個別的にみてみよう。

2 一個の罰条のみが問題となる一罪・結合犯の一部起訴の場合について

一個の罰条のみが問題となる一罪あるいは結合犯の一部について確定裁判が存在するときは、これと証拠上一罪と認定できる事実全体について一事不再理効を認めてよい。なお、公訴事実の単一性を判断するについては、単に訴因のみを比較対象するだけではなく、実体に踏み込んで一罪を構成するか否か判断すべきである⁽⁴⁶⁾。

3 科刑上一罪・包括一罪の一部起訴の場合について

科刑上一罪・包括一罪の一部について確定裁判が存在するときも、これと証拠上科刑上一罪・包括一罪と認定できる他の罪について一事不再理効を認めてよい⁽⁴⁷⁾。前訴が無罪判決である場合も同様である。

なお、科刑上一罪の一部申告罪について告訴がない場合には、その部分について同時訴追の法律的可能性がないが、一事不再理効は認めてよい⁽⁴⁸⁾。

4 実体的には常習一罪を構成するのに単純一罪で訴追・判決された場合について

(1) 前訴において常習特殊窃盗罪ないし常習累犯窃盗罪に当たる数個の行為の一部についてこれらの罪が成立するとの判決が確定している場合、これと常習一罪となる他の窃盗行為の全部に一事不再理効が及ぶことは、後訴がこれらの罪による起訴であると単純窃盗罪による起訴であるにかかわらず、ほぼ異論がない⁽⁴⁹⁾。また、前訴において単純窃盗罪の判決が確定しているが、後訴においてこれと常習一罪となる他の窃盗行為が常習特殊窃盗罪ないし常習累犯窃盗罪で起訴された場合、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶこともほぼ異論がない⁽⁵⁰⁾。問題は、前訴において単純窃盗罪で訴追・判決された場合、後訴においてこれと常習一罪となる他の窃盗行為が単純窃盗罪で起訴された場合、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶかである。

(2) 最高裁平成一五年一〇月七日判決⁽⁵¹⁾は、現行刑事訴訟法が採用した訴因制度の趣旨と常習特殊窃盗罪という犯罪類型の性質を根拠に高松高裁昭和五九年一月二四日判決の判例変更をし、前訴の一事不再理効は後訴に及ばないとしているが、その根拠と射程には検討すべき点が残されている。

(3) 最高裁昭和一五年一〇月七日判決は、まず、訴因制度の趣旨から、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性の判断は、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べきであるとしているが、訴訟条件の存否が問題になっている場合において、実体に踏み込んでその判断をすることが訴因制度の趣旨に反するとはいい切れない⁽⁵²⁾。また、最高裁昭和一五年一〇月七日判決は、常習特殊窃盗罪という犯罪類型の性質に言及しているが、同罪の性質から直ちに、「後訴の場面で、実体上公訴事実の単一性の範囲にある事実を分断して起訴する権限（訴因構成権限）」が導き出せるわけではない⁽⁵³⁾。なお、原審の東京高裁平成一四年三月一五日

判決は、「訴因制度を採用している現行法上、検察官は訴因の設定構成に関する訴追裁量権を有している」と判示しているが、訴因制度や起訴便宜主義から直ちにそのような権限を導き出すことは困難である。⁽⁵⁷⁾

(4) 最高裁昭和一五年一〇月七日判決の射程は、同判決が常習特殊窃盗罪という犯罪類型の性質に言及していることからしても、観念的競合関係や牽連犯の関係にある犯罪類型の一事不再理効の範囲には及ばないといつてよい。

問題は、前訴及び後訴の訴因がいずれも単純窃盗である場合において、前訴における検察官の訴因に対する釈明、冒頭陳述、証拠請求、請求された証拠等の証拠調べの結果から、常習性の発露という要素を考慮すべき契機が十分あるが、それが訴因として記載されていない場合である。⁽⁵⁸⁾

最高裁昭和一五年一〇月七日判決は、「前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性の判断は、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」と判示しており、一罪の判断方法につき例外を許さないとはいっていない。また、「本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗であつて、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」と判示しているだけで、訴因として訴訟手続に上程されていないければ、審理の過程で常習性の発露という要素を考慮すべき契機が存在していたとしても、同要素を絶対的に考慮してはならないとまではいっていない。⁽⁵⁹⁾「訴訟手続に上程されておらず、」なる説示は、十分条件にすぎないと解する余地がある。この判決の射程は、正しく「基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準として」という説示

の解釈にかかっていることになる。⁽⁶¹⁾

検察官が常習一罪を単純窃盗罪として起訴する理由としては、①常習一罪で起訴することは可能であったが、刑事政策的な配慮等あった、②常習一罪となる可能性は認識していたが、証拠収集に日時等を要するおそれがあった、③常習一罪となる可能性を全く認識していなかった、ことなどが考えられるが、①の場合に前訴の一事不再理効が後訴に及ばないとすることは禁反言の法理に反するし、②の場合に前訴の一事不再理効が後訴に及ぶ余地が全くないとするのはあまりに被告人の手続的負担を考慮しないことになるから、無条件に一事不再理効を否定することには躊躇がある。

最高裁判昭和一五年一〇月七日判決の射程は、訴因として常習性の発露という面が訴訟手続に上程されていないことも、前訴の審理過程において、常習一罪となる可能性が十分窺われ、同時審判を期待し得たような場合にまでは及ばないと解したい。⁽⁶²⁾

なお、後訴において、①ないし③の場合に当たるのか認定することは必ずしも容易でない。前記三二で述べたとおり、裁判所としては、審理の過程において、当該起訴が一罪の一部起訴であるのかそうでないのか疑問が生じた場合、検察官に対し十分積明を求めておくべきである。

(5) 仮に、①や②の場合に前訴の一事不再理効が後訴に及ばないと解するのであれば、少なくとも検察官が合理的な理由もないのにあえて細切れ起訴をしたような場合には、現実には希有なケースであろうが、公訴権濫用論の適用が考えられるべきである。

5 一罪の一部起訴の問題の要諦は、つまるところ前訴の場面では不当な不起訴の問題であり、後訴の場面では不当な起訴の問題である。なにが「不当」かを今こそ問い直さなければならぬ。

(1) 一罪の一部起訴が許されないという場合、①当該起訴が違法であり無効である、②当該起訴は違法であるが無効ではない、③当該起訴は適法であるが残りの部分の起訴が許されない、という場合が考えられるが、本稿では、原則として、①の意味で用いる。なお、民事訴訟法においても一部請求の可否が問題とされるが、それは、「一部に限定した最初の訴えが二四六条により適法であることを前提としてうえで、残部の請求が許されるか」という問題であり(高橋宏志「重点講義民事訴訟法〔新版〕」八八頁)、③の意味である。

(2) 川端・田口編『基本問題セミナー刑事訴訟法』一五〇頁(指宿信)は、違法な一罪の一部起訴の問題を、被害者保護の観点から捉えるべきであるという考え方を示されている。

(3) 岸盛一『刑事訴訟法要義』五三頁、『注解刑事訴訟』八九〇頁(中武靖夫)、内田一郎「公訴事実の一部起訴は適法か」刑事訴訟法の争点(第一版)一一五頁。

(4) 平野龍一『刑事訴訟法』一四二頁、柏木千秋『刑事訴訟法』二八六頁、高田卓爾『刑事訴訟法(二訂版)』一三八頁、松尾浩也『刑事訴訟法(新版)』一一一頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説Ⅱ』二〇頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』一七〇頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改定版)』一〇〇頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』一五二頁、石川才顯『判例評論』三〇八号(判例時報一一二三号)六九頁、香城敏磨「訴因制度の構造(中)」判例時報一一三三八号三頁、石井一正「一罪の一部起訴」判例タイムス二七四号五〇頁、『大コンメンタール刑事訴訟法第四卷』一七頁(河村博)、平野・松尾編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』一七頁(佐藤隆文)等。

(5) 最決昭和五九年一月二七日刑集三八卷一号一三六頁、名古屋高判昭和六二年九月七日判例タイムス六五三号二二八頁、最判平成四年九月一八日刑集四六卷六号三五五頁。

(6) 肯定説といっても、消極的な肯定説から積極的な肯定説までかなりのニュアンスがある。この点について、新屋達之「犯罪事実の

一部起訴」刑事訴訟法の争点〔第三版〕一〇八頁に簡潔な要約がある。

(7) 井戸田・前掲注(4) 二〇頁。

(8) 白取祐司『刑事訴訟法〔第二版〕』一九〇頁。なお、新屋・前掲注(6) 一〇八頁は、政治的犯罪や公務員の職務犯罪など市民にとって優越的利益のある場合をも例示されている。

(9) 石井・前掲注(4) 五三頁。なお、特別の理由がないにもかかわらず、数回殴打して人を撲殺したという事実があるのに、最初の殴打だけを暴行罪として起訴するような場合などはこれに当たるとされている。

(10) 田口守一『刑事訴訟法〔第三版〕』一七一頁。

(11) 松尾・前掲注(4) 一八二頁。

(12) 木谷明「訴因と裁判所の審判の範囲」刑事訴訟法判例百選〔第六版〕一〇〇頁。特別の理由がないにもかかわらず、一撃のもと、瞬時に人を殺害した場合であるのに、死に至るまでのわずかな時間の傷害の事実を摘出して殺人未遂又は傷害罪により起訴する場合などはこれに当たるとされている。

(13) 『注釈刑事訴訟法〔新版〕第三卷』四六〇頁〔白井滋夫〕。

(14) 古田佑紀「公選法の供与罪の疑いがある場合に交付罪で起訴することの可否」研修四三七号四三頁は、裁判所が一罪の一部起訴につきその適否を判断することを一般的に否定し、検察官は公益の代表者として公益上どのような範囲内で処罰を求めるかについて判断権を保有しているとされている。

(15) 最決昭和五五年二月十七日刑集三四卷七号六七二頁は、起訴が無効となるのは、公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限の場合に限られるとしているが、この理論を一罪の一部起訴の場合に適用することについては異論がある(指宿・前掲注(2) 一五〇頁、新屋・前掲注(6) 一〇九頁参照)。

(16) 大谷實『刑法講義総論〔新版〕』五〇三頁の分類によれば、一罪には、本来の一罪と科刑上の一罪があり、前者には単純一罪と包括一罪が、後者には観念的競合と牽連犯がある。そして、単純一罪にも、一個の罰条のみが問題になる場合、法条競合の場合、結合犯の場合があり、また、包括一罪にも、同質的包括一罪と異質的包括一罪があり、前者には集合犯と狭義の包括一罪があり、後

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 五六卷六号

五四八 (二〇三二)

者には共罰的(不可罰的)事前行為と共罰的(不可罰的)事後行為がある。

(17) 三井・前掲注(4) 一五三頁。

(18) 刑集四六卷六号三五五頁(前掲注(5))。

(19) 田宮・前掲注(4) 一七〇頁、三井・前掲注(4) 一五二頁。なお、『ワークブック刑事訴訟法(新版)』五二頁(三井誠)は、強盜の事実が認められるが、初犯でもあり若年であるという理由で、強盜を窃盜で起訴することについて、「訴因制度の導入は檢察官の主張の枠をこえた徹底的な実体的眞実発見を避けるものであるからやむをえないと解すべきであろう」とされている。

(20) 岸・前掲注(3) 五三頁は、このような起訴を許すことは、「実体的眞実発見ということを見無視して檢察官の恣意を許すことになりはしまいか」とされている。ちなみに、団藤重光『新刑事訴訟法綱要(七訂版)』三七五頁は、「單純一罪についてはむろんのと、科刑上一罪についても、一部公訴は認められない」とされているが、「一部公訴が認められない」とは、「別に公訴の提起を許さない」という趣旨であつて、一部公訴を無効とする趣旨と思われない(前掲注(1)参照)。

(21) 三井・前掲注(4) 三三頁は、起訴便宜主義のあり方について提言されている。また、小田中聡樹『ゼミナル刑事訴訟法(下)』一二九頁は、起訴便宜主義における起訴裁量権限の客観化と限定付けが課題であるとされている。

(22) 一号一三六頁(刑集三八卷前掲注(5))。

(23) 三井・前掲注(4) 一五二頁は、広義には一罪の一部起訴の問題であるとされている。

(24) 異なる裁判所に対し起訴されることは、現実には考えたいが、同様に扱えない。

(25) 田宮・前掲注(4) 一七〇頁は、準強盜を窃盜と暴行に分けて起訴することが許されるとされている。また、松本時夫「罪数論と刑事裁判実務」現代刑事法六卷七号四六頁は、「立証の結果からみると一個の結合犯(強盜致傷)と考えられる事業であっても、檢察官が結合部分を切り離して二個の訴因(恐喝と傷害)を掲げて起訴したときは、罪数的にも二個の訴因に対応する判断をしなければならぬ」とされている。なお、このような起訴を許すことについては、前掲注(20)のとおり、実体的眞実の発見を見無視することになるとの批判に加え、手続上も、二重起訴に当たるとして疑問視する考えもある。現行法上、併合罪加重による不利益はないが、併合審理を前提としてのみ許されるといふような訴因設定には問題があるとす。ちなみに、檢察官が併合罪と認めて起訴し

た事実を裁判所が審理した結果一罪あるいは科刑上一罪と認定した場合の学説・判例については、例題解説刑事訴訟法〔三訂版〕一三八頁に簡潔な要約がある。

(26) 三井・前掲注(4)一五四頁。

(27) この問題は、そもそもかすがい理論を前提とするから生ずる問題であつて、相対的罪数論をとれば不都合は解消する。『大コンメンタール刑法〔第二版〕第四卷〕三六〇頁〔中谷雄二郎〕に詳しい解説がある。

(28) 萩原太郎「訴因と罪数」『刑事実務ノート第二卷〕五七頁は、「具体的な量刑が加重刑の部分に入りこむおそれが強い場合にのみ、裁判所に対し住居侵入の訴因の追加を求める義務を肯定し、その追加によつて処断刑を一罪の限度に規制する方途を講ぜしめるべきである」とされている。この見解は、訴因制度の下では、検察官の主張である訴因が審判の対象であるから、裁判所は、訴因の追加・変更がない限り、住居侵入の事実の存否を判断することができないことを前提としての立論である。この点は、訴因制度の下で、どこまで訴因外の実事について踏み込んだ判断ができるかという問題と関わるものである。なお、柏木・前掲注(4)二八四頁は、「審判の対象は訴因である」ということの意味について、緻密な分析をされている。

(29) 香城・前掲注(4)六頁は、「実質上そのことにより宣告刑が重くなることは考えられないばかりか、法律上も住居侵入を訴追した場合の処断刑を超える宣告刑は禁止されると解することにより不都合は避けられるので、そのような縮小訴因自体を違法とする必要はない」とされている。

(30) 併合罪として起訴された各窃盗行為について、「犯意の継続」等が認められることにより、併合罪であることに疑いが生じた場合も同様の問題が生じよう。そのような事実は、併合罪加重の場面では、検察官から主張されていなくとも、その疑いがあれば考慮すべきであろう。

(31) 法令の適用に際しては、併合罪加重をしない旨を注記すれば足りよう。

(32) 最判昭和二十七年七月一日刑集六卷七号八九六頁は、輪姦を暴力行為等処罰二関スル法律一条違反で起訴することは強姦罪を申告罪とした趣旨に反するとして許されないとしていたが、この事件の非常上告事件において、最大判昭和二十八年二月一六日刑集七卷二二五〇頁は、適法であるとしている。

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 五六卷六号

五四九 (二〇二七)

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

五六卷六号

五五〇(二〇三八)

(33) 名古屋高金沢支判昭和三〇年三月八日裁特二卷五号一一九頁は肯定し、東京地判昭和三八年二月二一日下刑集五卷一一・一二号一一八四頁は否定している。

(34) 石井・前掲注(4)五五頁、木谷・前掲注(12)一〇〇頁、松尾・前掲注(4)一八二頁、三井・前掲注(4)一五七頁。

(35) 青柳文雄『刑事訴訟法通論(上)』二七八頁は、「訴因とされた暴行、脅迫が強姦行為に接合し、ないしはその内容をなすものであれば消極に、これに反してその前のかなり隔たった暴行、脅迫行為であれば積極に解してよい」とされ、香城・前掲注(4)六頁は、「訴追を認めないという被害者の意思が表明されているときには」不適法であるが、「単に告訴がないというにとどまるときは」適法であるとされている。

(36) 佐藤・前掲注(4)二七頁。なお、柏木・前掲注(4)二八六頁は、「実体的真実には反するが検察官の裁量にまかされている問題とみてよい」とされている。

(37) 佐藤・前掲注(4)二七頁。

(38) 三井・前掲注(4)一五四頁は、「学説上、一罪の一部起訴の可否について消極説をとった場合、裁判所のとるべき処置いかんにつき、不分明な部分がある」とされている。許されない一罪の一部起訴がされた場合に裁判所がとるべき措置については、必ずしも十分な議論がされているわけではない。なお、業務上過失致死であることが判明したのに、業務上過失致傷の訴因を維持した事案において、名古屋高裁昭和六二年九月七日判決(前掲注(5))は、「合理的裁量に基づき、現に生じた法益侵害のいわば部分的結果である傷害の事実のみを摘出して、これを構成要件要素として訴因を構成して訴追し、その限度において審判を求めることも、なんら法の禁ずるところではない」としたが、原判決は、検察官が業務上過失致死への訴因変更の勧告に応じなかったところから、無罪判決を言い渡している。原判決の問題意識を貫くならば、無罪ではなく、公訴を棄却すべきであったように思われる。

(39) 一罪の一部起訴が不当でも、不起訴処分はされていないので、現行法上、検察審査会の審査を受けることはできない。なお、三井・前掲注(4)一五八頁は、再考の余地はあるとされている。田口・前掲注(10)一四三頁は、「起訴部分と不起訴部分とが法律上可分の場合には、不起訴部分につき事実上不起訴処分があったとみて、審査対象とすることは不可能ではあるまい。それも困難な場合には、一部起訴の公判における裁判長の適切な訴訟指揮に期待するほかないが、訴因変更命令などの職権発動にも限界がある

のであるから、根本的に立法的解決をはかる必要がある」とされている。

- (40) 検察官は公判に提出されていない広範な資料に基づいて判断しているのであるから、裁判所が公判記録から当該起訴が起訴裁量権・公訴権の濫用に当たるといふ心証を有するに至ったからといって、直ちに当該起訴が起訴裁量権の濫用に当たるとはいえない。

- (41) 不当な起訴の場合の公訴権の濫用については、いわゆる妨訴抗弁的訴訟条件と構成できるが、不当な不起訴の場合の公訴権の濫用については、被告人の申立が期待できず、また、被告人に主張させること自体が不当な場合があるから（前掲注（37）参照）、そのようには構成することはできない。そこで、指宿・前掲注（2）一五一頁は、被害者保護という観点から、裁判所の職権判断の重要性を強調されている。

- (42) 『新刑事手続Ⅱ』二〇五頁（中山隆夫）が、公訴事実の同一性の判断に関し、検察官が訴因として化体した特定の犯罪事実を直接、あるいは間接に指向する訴因の背後にある具体的な社会的諸事情に着目しなければならぬとされたうえ、「上記の具体的な社会的諸事情は、訴因だけでなく、検察官の訴因に対する釈明、冒頭陳述、証拠請求、請求された証拠等の証拠調べの結果をも含めた審理の全過程に現れたところを資料として確定すべきものである」とされているところが想起されるべきである。

- (43) 通説である。なお、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本構造』二六五頁は、公訴事実の単一の事実には及ばないとされている。

- (44) 判例・通説である。これに対し、青柳文雄『刑事訴訟法通論（下）』四八九頁は、公訴事実の同一性の範囲外であっても、余罪として認定されたものなどには一事不再理効が及ぶが、公訴事実の同一性の範囲外であっても、法律上・事実上全く同時審判が全く不可能であり、この点について被告人に責むべき点があるときは一事不再理効は及ばないとされている。古田佑紀『罪数論の功罪』判例タイムス五三三五号七七頁も、問題提起をされている。ちなみに、田宮・前掲注（4）五五頁は、一挙解決の要請がある場合、渥美東洋『刑事訴訟法（新版）』三九八頁は、同時捜査・同時立証が可能な場合、田口・前掲注（10）三七八頁は、公訴事実の同一性がある場合には無条件に、一定の場合には併合罪関係にある罪についても、一事不再理効が及ぶとされている。

- (45) 宇藤崇『常習特殊窃盗と一事不再理の効力』ジュリスト平成一五年度重要判例解説二〇三頁。

- (46) 中谷雄二郎『訴因と罪数』刑事訴訟法の争点〔第三版〕一三二頁は、最決昭和五〇年一月二七日刑集二九卷一号二二頁も同様の

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 五六卷六号

五五二(一〇四〇)

考え方をしていると考えられている。

(47) 判例としては、最大判昭和二十四年五月一八日刑集三卷六号七九六頁〔連続犯〕、最判昭和三十三年五月六日刑集一二卷七号一二九七頁〔観念的競合〕、最判昭和三十七年四月二六日刑集一六卷四号四四九頁〔観念的競合〕がある。なお、東京地判昭和四九年四月二日判例時報七三九号一三二頁は、観念的競合の關係にある一部の罪につき一事不再理効が及ばないことを認めた事例である。学説としては、団藤・前掲注(20)三七五頁、田宮・前掲注(4)四五三頁、『注解刑事訴訟法(中)』八七三頁〔中武靖夫〕がある。なお、右注解書八七四頁〔中武靖夫〕は、確定判決が科刑上一罪等の一部について無罪である場合について、一事不再理効を否定し、『註釈刑事訴訟法第三卷』九七〇頁〔柴田孝夫〕は、疑問を呈している。

(48) 平野・前掲注(4)一八三頁は、被告人からみれば告訴権者も訴追側であることを理由とし、田口・前掲注(10)三七七頁は、公訴事実の同一性の範囲については、一個の刑罰権のみが認められることを理由とされている。

(49) 最高裁平成一五年六月二日判決(裁判集登載予定)は、前訴が常習痴漢の訴因、後訴が単純痴漢の訴因の場合において、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶとしている。

(50) 最判昭和四三年三月二九日刑集二二卷三号一五三頁は、前訴が単純窃盜の訴因、後訴が常習累犯窃盜の訴因の場合について、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶとしている。

(51) 刑集五七卷九号一〇〇二頁。

(52) 判例時報一一三六号一五八頁。同判決は、①後に起訴された事件について確定判決を経ているか否かということ、その事件の公訴事実の全部又は一部について既に判決がなされているかどうかの問題であって、確定判決の拘束力を問題にする余地はない、②同時訴追が事実上不能であることを理由に一事不再理効の及ぶ範囲に例外を設けることは、既判力制度の画一性を害し、被告人の立場を不安定ならしめる、③確定判決の有無という訴訟条件の存否は職権調査事項であるうえ、その結果免訴判決がなされても、被告人の防御権を侵害するおそれは全くないから、訴因の拘束力を認める理由も必要性も存しないし、実体に併せて訴因が変更されれば免訴、そうでなければ有罪判決というのは不合理である、として前訴の一事不再理効が後訴に及ぶとしている。これに対し、古田佑紀「一事不再理効の範囲」刑事訴訟法判例白選〔第五版〕一一三頁は、「たまたま一個の窃盜行為について既に確定判決を経

ていることを理由として、他の窃盗行為にまで一事不再理効を及ぼすことには、もともと社会的事実としては別個の事実なのであるから、国民の正義感と合致しないとともに、本人にとっても予期しないことのように思われ、確定判決を経た行為が常習罪として起訴され、したがって常習性の評価を経いたものならば格別、真に被告人の地位を害する結果になるかどうかについて検討すべき問題があると思われる」とされている。なお、押谷鞆雄「大泥棒法網を潜る」判例タイムス五三三号六九頁、柳俊夫「常習特殊窃盗罪の一部と見られる単純窃盗の確定判決の効力等」研修四三八号五九頁参照。大泥棒に法網を潜らせないためには、網のどこをつくろうべきか、むずかしい問題である。法の網は、疎にして漏らさずとはいかない。

(53) 『大コンメンタール刑事訴訟法第五卷Ⅱ』一八六頁(田口守一)は、「公訴事実の同一性の判断の問題は、自然的事実たる公訴事実を基準として基本的事実の同一性を判断すると考えるべきものではなく、あくまで旧訴因と新訴因との比較の問題である」と考へるべきであるから、必ずしも公訴事実が基準となるわけではないであろう」とされ、他方、『ポケット刑事訴訟法(新版)』下九八六頁は、確定判決を経たものであるかどうかの判断は、既判力が公訴事実の全部に生ずると考えられる以上、常に公訴事実を基準として行うほかないとされている。なお、中谷・前掲注(46)一三一頁は、構成要件的评价に差異が生ずる場合、「檢察官は、構成要件的评价に差異が生じない場合と異なり、訴因に掲げられた事実と審判の対象を限定し、その余の事実を審判の対象から除外する意思の下に、その訴追裁量権を行使したものと考えられるから、裁判所としては、訴因に含まれない事実を罪数判断において考慮することは許されない」とされている。ちなみに、前出最高裁昭四三年三月二十九日判決は、公訴事実の単一性の判断するについて、単に訴因のみを比較対象するだけではなく、実体に踏み込んで一罪を構成するか判断しているし、前出高松高裁昭五九年一月二四日判決も同様である。

(54) 宇藤・前掲注(45)二〇四頁は、「訴訟条件といえども、実体にある程度踏み込まなければ判断できないようなものがあることに、一定の限度で共通の理解がある」とされている。なお、判例時報一八四三三号四頁の解説では、「前訴及び後訴が共に単純窃盗である本件のような場合においても、公訴事実の単一性の判断に当たり、実体に踏み込み、それぞれの訴因につき、両訴因に含まれていない「常習性」の有無について心証を形成し、それを基準として、実体上両訴因が常習一罪を構成するか否かを検討する」という考え方も成り立ち得るのではないかと思われる」とされている。

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 五六卷六号 五五四 (二〇四)

(55) 井上宏「刑事判例研究」警察学論集五五卷一—号一九〇頁、尾崎道明「刑事判例研究」警察学論集五一卷八号二二二頁は、同罪の性質から、一事不再理を及ぼすことは実質的にみても相当でないとされている。

(56) 宇藤・前掲注(45)二〇四頁は、「一罪性の希薄さを例外を支える直接の理由とすることには、若干の無理が認められよう」とされている。なお、岡田悦典「窃盜罪・常習特殊窃盜罪に関する一事不再理効の範囲」法学セミナー五九〇号一—二三頁も、手続的負担を正当化する根拠がないとされている。

(57) 判例時報一一三六号一六二頁。なお、同判決は、最高裁昭和五九年一月二七日判決が右権限を当然の内容であるとしているが、異論がある(後藤昭「訴因と裁判所の審判の範囲」刑事訴訟法判例百選〔第五版〕一〇九頁)。

(58) 井上・前掲注(55)一八八頁は、これを認めないと、検察官の訴追権限・訴因構成権が無視されるから、当然の前提であるとされている。

(59) 宇藤・前掲注(45)二〇三頁は、「本判決の論理を突き詰めると、常習特殊窃盜で起訴せず、個々の単純窃盜罪が細切れに起訴されるうとの前提が帰結されることになろうか」とされている。岡田・前掲注(56)一—三三頁も、同様の危惧を示されている。

(60) 訴因への上程に決定的な意義を認めることは、後訴の場面で、実体上公訴事実の単一性の範囲にある事実を分断して起訴する権限を認めることにはかならないが、常習特殊窃盜ないし常習累犯窃盜という犯罪類型の性質から、そのような権限を導き出すことはできない。

(61) 岡田・前掲注(56)一—三三頁は、「基本的には」の意味が全く不明であるとされている。

(62) 常習一罪であることから、直ちに単純一罪とは異なる手続き上の受理が容認されるわけではない。

(63) 英米法には、二重の危険が及ぶ範囲が狭いため、分割起訴を避けるべく強制併合の原則(compulsory joinder rule)があることが想起されるべきである。