

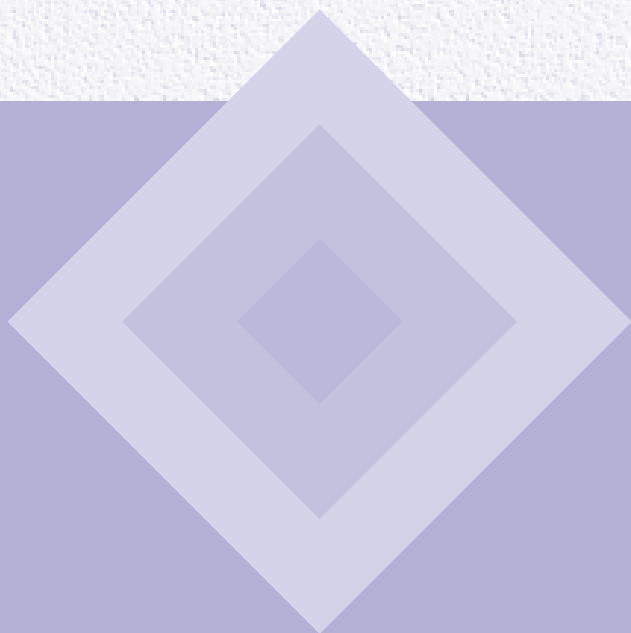
判例講座

刑事訴訟法

〔公訴提起・公判・裁判・上訴篇〕

川出 敏裕 著

第2版



立花書房

判例講座

刑事訴訟法

〔公訴提起・公判・裁判・上訴篇〕

川出 敏裕 著

第2版

立花書房

第2版はしがき

初版の刊行から5年余りが経過した。この間に、本書が扱っている領域においても、多くの重要な判例・裁判例が出された。第2版では、それらを漏れなく盛り込むとともに、初版にはなかった2つの項目（「被告人の訴訟能力」、「量刑と余罪」）について、新たに講を起こして取り上げることにした。また、初版では、上訴の分野はそもそも対象外としていたが、第2版では、上訴制度のいわば骨格部分にあたり、かつ、裁判員制度の導入を契機として議論が進展し、判例が積み重なっている「控訴審の審査」を、新たな項目として取り上げることとした。将来、刑事実務を担う立場になる法学部・法科大学院の学生の皆さんに、この間の議論の推移をぜひ知っておいてもらいたいと考えたからである。結果として、初版に比べて大幅な増頁となったが、新たに付け加えた項目を含めて、判例の最新の動向を示すものとなったのではないかと思う。

第2版も、初版と同じく、それぞれのテーマに関する重要判例をできるかぎり詳しく紹介するとともに、その内容を分析し、解説することに主眼を置いている。初版と同様に、本書が、刑事訴訟法を学んでいる皆さんが判例を理解するうえでの一助となれば幸いである。

第2版の刊行にあたっては、初版に引き続き、立花書房編集部の中埜誠也氏に大変お世話になった。この場を借りて厚くお礼申し上げる。

令和5年5月

川出 敏裕

はしがき

本書は、拙著『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、2016年）の続篇として、前書では扱っていなかった、公訴提起、公判及び裁判の部分を取り上げたものである。「刑事法ジャーナル」誌上（第51号～55号、成文堂、2017～2018年）に連載した「判例講座・刑事訴訟法〔公訴・公判篇〕」が元になっているが、連載後に公表された文献等をふまえた加筆、修正を行うとともに、連載では扱えなかったいくつかの項目を新たに書き加えた。連載のために誌面を提供していただいた同誌編集長の田中伸治氏に、この場を借りてお礼を申し上げたい。

本書も、前書と同じく、それぞれのテーマに関する重要判例をできるかぎり詳しく紹介するとともに、その内容を分析し、解説することに主眼を置いている。訴因に関係する一連の問題をはじめとして、本書が扱った領域においては、それに関して多様な学説が主張、展開されている問題が少なくないが、それらについては、判例を理解するうえで必要な範囲で言及するにとどめている。前書と同様に、本書が、刑事訴訟法を学んでいる皆さんが判例を理解するうえでの一助となれば幸いである。

本書の公刊にあたっては、立花書房出版部の安部義彦氏と中埜誠也氏に大変お世話になった。厚くお礼申し上げます。

平成30年3月

川出 敏裕

目 次

第2版はしがき

はしがき

凡 例

第1講 公訴権の運用と規制	1
I 公訴権運用の実状	1
II 公訴権の規制	2
1 不起訴処分に対する規制	2
2 起訴処分に対する規制——公訴権濫用論	5
第2講 公訴提起の要件と手続	21
I 公訴提起の要件	21
1 意 義	21
2 公 訴 時 効	21
II 公訴提起の手続——予断排除の原則	39
1 意 義	39
2 判例の状況	40
第3講 訴因の明示・特定	45
I 訴因の特定の趣旨と基準	45
1 訴因の記載事項	45
2 訴因の特定の趣旨	47

II	判例の状況	49
1	訴因の特定の基準——白山丸事件判決	49
2	判例の展開	53
III	訴因の特定の判断手続	66
第4講 訴因と裁判所の審理の範囲		69
I	問題の所在	69
II	判例の状況	70
III	訴因による裁判所の審理範囲の限定	74
1	訴因外の事実の位置づけ	74
2	一部起訴の当否	77
第5講 訴因・罰条の変更(1)——訴因変更の要否		85
I	問題の所在	85
II	判例の状況	86
1	従来の判例	86
2	判例の展開——平成13年決定	90
3	その後の判例	95
III	訴因変更の要否の基準	98
1	審判対象の画定の見地からの訴因変更	98
2	訴因変更が典型的に不要な場合——縮小認定	100
IV	過失犯における訴因変更の要否	102
1	判例の展開	102
2	訴因変更の要否の基準	106
V	積明内容と異なる事実の認定	108

第6講 訴因・罰条の変更(2)——訴因変更の可否	113
I 公訴事実の単一性と同一性	113
II 公訴事実の同一性の判断基準	115
1 同一性判断の際の基本的な考え方	115
2 判例の状況	116
3 覚醒剤使用罪における訴因変更	127
第7講 訴因・罰条の変更(3) ——訴因変更の許否・訴因変更命令	131
I 訴因変更の許否	131
1 問題の所在	131
2 訴因変更の時機	132
3 変更前の訴因が成立する場合の訴因変更	140
II 訴因変更命令	143
1 訴因変更の命令・勧告義務の存否	143
2 訴因変更命令の形成力	156
第8講 訴因・罰条の変更(4)——その他の諸問題	159
I 罰条変更	159
II 罪数判断の変化と訴因	161
1 問題の所在	161
2 一罪から数罪への変化	162
3 数罪から一罪への変化	165

III	訴訟条件（公訴提起の要件）と訴因	167
1	訴訟条件の存否の判断対象	167
2	公訴時効と訴因	173
第9講	公判前整理手続(1)——手続の概要・証拠開示	175
I	手続の概要	175
1	目的	175
2	手続の内容	175
3	手続の流れ	176
II	証拠開示制度	179
1	制度創設の背景	179
2	制度の枠組み	180
3	証拠開示の対象	186
第10講	公判前整理手続(2)——その後の公判手続	199
I	証拠調べ請求の制限	199
1	制度趣旨	199
2	裁判例の状況	200
3	職権による証拠調べ	202
II	主張制限	203
1	問題の所在	203
2	判例の状況	204
3	主張制限の可否	206
III	公判前整理手続後の訴因変更	209
1	裁判例の状況	209
2	訴因変更請求の制限	211

IV 期日間整理手続	213
第11講 被告人の訴訟能力	215
I 訴訟能力の意義	215
1 平成7年決定	215
2 訴訟能力の概念	218
II 訴訟能力の判断基準	220
1 判例の展開	220
2 訴訟能力の判断基準	223
3 訴訟運営への影響	226
III 訴訟能力の回復の見込みがない場合の処理	227
1 判例の展開	227
2 裁判所による手続打ちりの可否	229
第12講 概括的認定・択一的認定	233
I 「罪となるべき事実」の記載	233
II 択一的認定	235
1 問題の所在	235
2 同一構成要件内における択一的認定	236
3 異なる構成要件にまたがる択一的認定	238
4 過失犯における択一的認定	245
5 単独犯と共同正犯の択一的認定	249
第13講 量刑と余罪	261
I 問題の所在	261

II	判例の内容	262
1	昭和41年判決	262
2	昭和42年判決	264
3	実質処罰型と情状推知型の区別の判断要素	265
III	裁判例の展開	267
IV	実質処罰型と情状推知型の区別基準	272
第14講 裁判の効力		277
I	総説	277
II	内容的確定力	278
1	内容的確定力の発生根拠	278
2	内容的確定力が生じる裁判	279
3	内容的確定力が生じる範囲	281
4	内容的確定力の存否	282
III	一事不再理効	286
1	意義と根拠	286
2	一事不再理効の発生事由・発生時期	288
3	一事不再理効の客観的範囲	289
4	一事不再理効の時間的範囲	298
第15講 控訴審の審査		305
I	総説	305
1	上訴制度の仕組み	305
2	控訴審の構造	306

Ⅱ 事実誤認の審査	307
1 事実誤認の意義	307
2 経験則違反の判断	314
Ⅲ 量刑不当の審査	320
1 量刑審査の枠組み	320
2 死刑事件における審査	322
事項索引	327
判例索引	330

第1講 公訴権の運用と規制

I 公訴権運用の実状

公訴提起の権限は、検察官のみが有している（刑訴247条）。そして、わが国の検察組織は中央集権的な国家組織であるから、起訴・不起訴の決定につき、地域差や個人差の少ない統一した運用が行われていることは間違いない。そのうえで、検察官による公訴提起の判断は、かなり慎重になされている。それは2つの面で現れる。

第1に、検察官は、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、つまり、起訴した事件につき公判において合理的な疑いを超える証明ができると考えるだけの証拠がある事件しか起訴しない¹⁾。その結果、通常第1審における有罪率は、令和3（2021）年では99.81%に達しており²⁾、無罪率は0.19%にとどまる。この無罪率は、比較法的には極めて低いものである。諸外国では、嫌疑の程度がより低い事件でも起訴しており、その結果として無罪率も高い。

第2に、検察官は、有罪判決が得られる高度の見込みがある事件についても、起訴猶予権限（刑訴248条）を刑事政策的観点から積極的に行使している。令和3年の統計でみると、検察庁で処理された刑法犯³⁾のうちの52.6%が起訴猶予となっている。つまり、半数を超える事件が、有罪判決

1) 司法研修所検察教官室編『検察講義案 [平成30年版]』（法曹会、2020年）71。

2) 最高裁判所事務総局刑事局「令和3年における刑事事件の概況(上)」曹時69・2・253。これは全部無罪の率であり、一部無罪を含めると、無罪率は0.33%となる。また、否認事件における全部無罪の率は2.0%である。

3) 刑法典に規定された罪及び行為の基本類型が刑法典上の罪と共通する一定の特別法上の罪（盗犯等防止法違反、暴力行為等処罰法違反、組織的犯罪処罰法違反等）をいう。

が得られる高度の見込みがあるにもかかわらず起訴されることなく終わっているのである。また、罪名別にみても、殺人で14.3%、強盗で16.1%、強制性交等で37.8%が起訴猶予となっており⁴⁾、起訴猶予制度は、単に軽微な事件を刑事手続から外すだけの機能をはたしているわけではない。

II 公訴権の規制

このように、検察官の権限が大きいだけに、それが誤って行使されると極めて正義に反する結果も生まれる。この点、検察官は、それぞれが独任制の官庁として、独立してその権限を行使するものではあるが、他方で、行政官として上司の指揮命令を受ける立場にあり、起訴・不起訴の決定についても、上司である検察官の決裁を受けることになっている。このことが誤った権限行使に対する一つの歯止めとして機能しうが、それはあくまで内部での規制であって限界があることは否定できない。それゆえ、その権限を外から規制する仕組みが重要である。

1 不起訴処分に対する規制

不起訴処分を規制するための制度としては、検察審査会制度と付審判請求制度がある。

(1) 検察審査会制度

検察審査会については、平成16(2004)年の検察審査会法の改正により、一定の場合に、その議決に法的拘束力が認められることになった。すなわち、検察審査会が起訴相当の議決を行った事件について、検察官が再考のうえ、もう一度不起訴処分をした場合には(検審41条1項)、検察審査会が、その不起訴処分を審査する(同41条の2第1項)⁵⁾。そのうえで、検察審査

4) 罪名には、予備、未遂、教唆・幫助が含まれる。また、殺人には、同意殺人、自殺関与が含まれる。

5) 検察審査会による審査にあたっては、事件ごとに、弁護士の中から審査補助員を委嘱することができる(検審39条の2第1項)、検察官による再度の不起訴処分を審査する際には、その議決がもたらす効果の重大性ゆえに、審査補助員の委嘱が必要的とされている(同41条の4)。

会が、なお起訴を相当と認めるときは、起訴すべき旨の議決（起訴議決）を行う（同41条の6第1項）。この起訴議決がなされた場合には、裁判所が、弁護士の中から公訴の提起及び維持にあたる者を指定し（同41条の9第1項）、その指定弁護士により、議決に従った公訴提起が行われる（同41条の10）。

この改正は、検察官の起訴独占主義の例外を認めたものであると同時に、裁判員制度とならんで、刑事司法への国民参加の導入の一環をなすものである。そして、その運用次第では、国民の視点から、公訴の提起に、従来とは異なる意味を持たせることになる可能性を持ったものといえる⁶⁾。実際、これまでに起訴議決がなされた事件のうちの1つである明石市の歩道橋事故に関する事件では、その議決文において、有罪か無罪かという従来への検察の立場ではなく、市民感覚の視点から、公開の裁判で本件の事実関係及び責任の所在を明らかにする立場に立った旨が述べられており、これは、まさに、検察審査会が、従来の起訴基準とは異なる基準で起訴をすべきという考え方を示したものといえる。起訴議決によって起訴がなされた事件においては無罪判決が相次いでおり⁷⁾、そこから本制度の見直しを求める意見もあるが、上記の考え方によれば、この結果は、むしろ本制度が機能していることの現れということになろう。

6) 渡辺咲子「検察官の訴追裁量」井上=酒巻・刑訴の争点110。

7) 令和5（2023）年3月末までに起訴議決に基づき起訴されたのは、10件14人であるが、その判決の内訳は、有罪が2件2人、無罪が5件10人、免訴（公訴時効完成）が1件1人、公訴棄却（起訴状不送達・被告人死亡）が2件2人となっている。このうち、無罪判決が言い渡されたものとしては、JR福知山線の脱線事故に係る業務上過失致死傷事件（神戸地判平25・9・27判時2292・128、大阪高判平27・3・27判時2292・112、最決平29・6・12刑集71・5・315）、小沢一郎議員に係る政治資金規正法違反事件（東京地判平24・4・26判タ1385・311、東京高判平24・11・12東時63・1=12・234）、東京電力福島第一原発事故に係る業務上過失致死傷事件（東京地判令元・9・19判時2431=2432・5、東京高判令5・1・18裁判所ウェブサイト）等がある。明石市花火大会歩道橋事故に係る業務上過失致死傷事件では、起訴事実が認定できないことから、他の被告人との共犯関係が否定され、公訴時効完成による免訴判決が言い渡されている（神戸地判平25・2・20刑集70・6・483、大阪高判平26・4・23刑集70・6・544、最決平28・7・12刑集70・6・411）。

第2講 公訴提起の要件と手続

I 公訴提起の要件

1 意 義

公訴提起の要件が欠ける場合には、実体審理に入ることなく、形式裁判で手続が打ち切られる。したがって、その具体的な内容は、刑訴法329条の管轄違い、同法337条から339条までに列挙された免訴事由又は公訴棄却事由の裏返しということになる。さらに、そこに規定された事由以外でも、実質的にみて、公訴提起を有効とすべきではないと評価される場合があれば、手続を打ち切ることが認められるべきであろう。公訴権濫用論は、刑訴法338条4号の「公訴提起の手続がその規定に違反(する)」という意味を広く捉えることにより、それを実現しようとするものであり、判例も、理論上はそれを認めている(最決昭55・12・17刑集34・7・672)¹⁾。

以下では、条文に明記された個別の公訴提起の要件のうち、判例上問題とされることの多い公訴時効を取り上げる。

2 公訴時効

(1) 制度根拠

公訴が提起された罪につき公訴時効が完成している場合には、免訴の言

1) 公訴提起は有効になされたものの、その後、法に定められた免訴事由又は公訴棄却事由に該当する事情が生じた場合にも、免訴又は公訴棄却により手続が打ち切られる。そして、公訴提起の段階と同様に、ここでも、法定された免訴事由又は公訴棄却事由には該当しないけれども、実質的に公判審理を継続すべきでない事情が生じたために手続が打ち切られる場合がありうる。迅速な裁判を受ける被告人の権利が侵害されたとして免訴の言渡しをした最大判昭47・12・20刑集26・10・631は、まさにそれを認めたものである。近年でも、最判平28・12・19刑集70・8・865は、被告人に訴訟能力がないために公判手続が停止された後、訴訟能力の回復の見込みがなく公判手続の再開の可能性がないと判断される場合には、裁判所が、刑訴法338条4号に準じて公訴を棄却することができるかと判示している。

第3講 訴因の明示・特定

I 訴因の特定の趣旨と基準

1 訴因の記載事項

刑訴法は、起訴状の記載事項の1つとして、「公訴事実」を掲げている(256条2項2号)。そして、公訴事実は訴因を明示して記載しなければならず、訴因を明示するには、できるかぎり、日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならぬとされている(同条3項)。ここにいう「罪となるべき事実」とは、刑罰法規に規定された特定の構成要件に該当する事実を意味する¹⁾。

一般に、訴因には、いわゆる六何の原則に従い、誰が(犯罪の主体)、いつ(犯罪の日時)、どこで(犯罪の場所)、何を又は誰に対し(犯罪の客体)、どのような方法で(犯罪の方法)、何をしたか(犯罪の行為と結果)を具体的に記載するかたちがとられる²⁾。判例では、このうち、犯罪の主体、客体、行為と結果は、当然に「罪となるべき事実」を構成するのに対して、日時、場所、方法は、それが犯罪の構成要素となっている場合を除いて、「罪となるべき事実」ではなく、訴因を特定する一手段として具体的な記載が要請されているにとどまるとされている(最大判昭37・11・28刑集16・11・1633)。他方で、犯罪の主体、客体、行為と結果は、それ自身が「罪となるべき事実」であると同時に、その具体的記載により、訴因が特定されるという関係にある。

1) 刑罰法規の各本条に規定された特定の構成要件に該当する事実だけでなく、構成要件の修正形式である共犯や未遂に該当する事実も含まれる(白井滋夫・注釈刑訴(3)464)。

2) 条解刑訴558。

第4講 訴因と裁判所の審理の範囲

I 問題の所在

現行刑訴法の制定当初においては、刑事裁判における審判の対象が訴因であるのか、それとも公訴事実であるのかにつき意見の対立があったが、現在では、訴因が審判の対象であることにほぼ争いはない。この見解のもとでは、公判における審理の対象は、検察官によって起訴状に訴因として掲げられた事実限定される。つまり、訴因に記載されていない事実を裁判所が自ら取り上げて審理の対象とすることはできないわけであり、この意味で、検察官は、刑事裁判における審判の対象を設定する権限を持つことになる。

問題は、そうだとすると、検察官がいかようにも審判の対象を設定することが許されるのかである。具体的には、検察官が、実体法上の一罪を構成する事実の一部を取り出して訴因を構成し、起訴することができるかが問題とされてきた。この意味での一部起訴にも様々な場合があり、その典型例は、強盗致傷の事実が認められる場合に、軽微な傷害の事実を除外して強盗で起訴するとか、住居侵入窃盗の事実が認められる場合に、窃盗のみを起訴するというように、結合犯、結果的加重犯、科刑上一罪などの一部のみを起訴する事例である。そのほかに、強盗の事実が認められる場合に、その予備行為を起訴するというように、ある犯罪の前段階を構成する犯罪であって、後の犯罪が成立すればそれに吸収されるもののみを起訴するという例もある。いずれの場合であれ、このような起訴を認めると、裁判所の審理の範囲が訴因に拘束される結果、裁判において実体的真実とは異なる事実認定をせざるをえない場合が生じるために、それが許されるのか問題となるのである。

第5講 訴因・罰条の変更(1)——訴因変更の要否

I 問題の所在

刑事裁判における審判の対象は、検察官の主張たる訴因であり、裁判所の審理・判決の範囲は訴因に限定される。それゆえ、訴訟が進行する過程で、訴因に記載された事実とは異なる事実が存在した可能性が高くなったという場合にも、裁判所が直ちにその事実を認定することはできない。それを行うには、認定しようとする事実にあわせるかたちで審判の対象を変更する必要がある、そのための制度が訴因変更である。

もっとも、訴因に記載された事実と裁判所が認定しようとする事実との間のずれには、様々な場合がありうる。わずかなずれがあっても訴因の変更を要するということになると、手続が極めて煩雑になるし、被告人の防御の観点からもあまり意味がない。そこで、その基準が問題となるのである。

この点につき、現行法の制定当初は、訴因の法的性格論と結び付けて議論がなされ、訴因は裸の事実ではなく、公訴事実を法律的に構成し直したものであるとする公訴事実対象説を基盤として、訴因変更を要するのは、罰条に変動が生じる場合とする見解（罰条同一説）や、それに加えて、構成要件の修正形式の変更（例えば、既遂と未遂）や、法律構成の変更（例えば、作為犯と不作為犯）があった場合とする見解（法律構成説）も主張された。しかし、現在では、審判対象について訴因対象説が確立したものとなったことを受けて、訴因変更を要するかどうか、法的評価が異なるかではなく、事実がどれだけ異なるかを基準とすべきだとする考え方（事実記載説）が通説となり、実務もこの考え方に立っている¹⁾。

もっとも、このように事実の変化に着目する場合には、そのうえで、ど

第6講 訴因・罰条の変更(2)——訴因変更の可否

I 公訴事実の単一性と同一性

裁判所は、検察官の請求があるときは、「公訴事実の同一性を害しない限度において」、起訴状に記載された訴因の変更を許さなければならない(刑訴312条1項)。それゆえ、訴因変更がどの範囲で許されるのか(訴因変更の可否)という問題は、「公訴事実の同一性」とはいかなる意味かという問題にほかならない¹⁾。

この点につき、従来から、「公訴事実の同一性」には、(a)公訴事実の単一性と、(b)(狭義の)公訴事実の同一性という2つのものが含まれるとされてきた。その意味について、かつては、旧刑法における公訴不可分の原則²⁾のもとでの議論を引き継ぐかたちで、単一性とは、訴訟のある時点で公訴事実が1個であるかという問題であるのに対し、(狭義の)同一性とは、異なる時点で比べた場合に同じ事実といえるかという問題であるとする見解が主張された³⁾。

しかし、現行法においては、訴因制度の導入により公訴不可分の原則がなくなったことに加えて、公訴事実の同一性は、2つの事実を訴訟の特定

1) 「公訴事実の同一性」は、訴因変更の限界を画する基準であるだけでなく、予備的・択一的訴因が認められるか否かの基準、二重起訴に該当するか否かの基準、一事不再理効が及ぶ範囲を画する基準ともなるとされている。これは、「公訴事実の同一性」が、どの範囲の事実までを1つの手続に取り込めるかを画する基準であることによるものである。

2) 事件が単一であるかぎり、公訴の効力はその全部に及ぶという原則をいう(団藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂書房、1943年)227)。したがって、事件の一部のみが起訴状に記載されている場合であっても、公訴提起の効力はその事件全体に及んでいることから、裁判所は記載がなされていない部分も含めて審理判決すべきものとされた。

3) 団藤・綱要145以下。

第7講 訴因・罰条の変更(3) ——訴因変更の許否・訴因変更命令

I 訴因変更の許否

1 問題の所在

刑訴法312条1項は、裁判所は、公訴事実の同一性を害しない限度において、検察官による訴因変更の請求を許さなければならないとしており、条文の文言上は、訴因変更について、公訴事実の同一性以外の制限は付されていない。しかし、事情によっては、公訴事実の同一性の範囲内であっても、裁判所が訴因変更を認めるべきでない場合があるのではないかが問題とされてきた。従来、この観点からの訴因変更に対する制約を導く根拠として挙げられてきたのは、次の2点である。

第1は、訴因変更に伴って被告人に重大な不利益が生じることである。つまり、訴因変更を認めることが、新たな訴因に対する防御を強いられる被告人の立場からみて不当と評価される場合であり、具体的には、訴因変更の時機が問題とされる。

第2は、訴因変更により実体的真実の解明とそれに基づく処罰が妨げられることである。例えば、重大な犯罪につき、現状の訴因のままでは有罪にできるにもかかわらず、検察官の請求に応じて訴因を変更すると無罪になってしまう場合が、これにあたる。ここでは、訴因設定権限を持つ検察官の判断が、裁判所の目からみて誤っていると考えられる場合に、実体的真実を解明するという観点から、訴因変更を認めないというかたちで、審判対象の設定に裁判所が介入することの当否が問題とされる。それゆえ、その問題状況は、裁判所が訴因変更命令を発する場合と共通している。つまり、裁判所が積極的に審判対象を動かすかたちでの介入が問題とされるのが、訴因変更命令の場面であるのに対し、ここでは、裁判所が審判対象

第8講 訴因・罰条の変更(4)——その他の諸問題

I 罰条変更

刑訴法312条1項は、訴因の変更とあわせて、罰条の変更についても規定している。例えば、訴因の変更に伴い、変更後の訴因記載の事実が該当する罰条と、当初の訴因に対応する罰条の間にずれが生じる場合には、訴因と共に罰条を変更することになる。また、当初の訴因と事実自体は変化していないが、その法的評価が変わった場合には、罰条だけが変更されることになる。

罰条の変更が必要であるにもかかわらず、検察官がそれを請求しない場合、法令の適用は裁判所の職責であることから、訴因変更とは異なり、裁判所には罰条変更命令を出す義務があり、命令には形成力があるとされている¹⁾。

このように、法令の適用は裁判所の職責であり、罰条の適用に関する検察官の判断が裁判所を拘束しないというのであれば、さらに進んで、そもそも罰条変更の手續自体が不要な場合もあるのではないかという疑問も出てくる。この問題について判断を示したのが、最決昭53・2・16刑集32・1・47である。事案は、以下のようなものであった。

X(被告人)は、Yらと共に謀のうえ、昭和50年2月2日午前1時40分頃、京都市内のスナック甲において、A、B、C、Dに対し、殴る蹴るなどの暴行を加え、Aに対し加療約2週間、Bに対し加療約3日間、Dに対し加療約2週間を要する傷害をそれぞれ負わせたという訴因で起訴された。その罪名及び罰条は、「傷害、暴行 刑法第204条、第208条、第60条」とさ

1) 酒巻・刑訴315、田宮・刑訴212、松尾・刑訴(上)311。

第9講 公判前整理手続(1)——手続の概要・証拠開示

I 手続の概要

1 目的

公判前整理手続は、一部の事件における公判審理の長期化が、わが国の刑事裁判が抱える問題点の1つであるという認識のもと、平成16年の刑訴法改正により、第1回公判期日前の新たな準備手続として創設されたものである。その目的は、充実した公判審理を継続的、計画的かつ迅速に行うことができるようにすることにある（刑訴316条の2第1項）。この手続をとるかどうかは、刑訴法上は、公判を担当する裁判所の裁量に委ねられているが¹⁾、裁判員裁判においては、争点に集中し、公判廷で心証をとることができるわかりやすい審理を実現するとともに、合理的期間内に公判審理を終えて、審理に参加する国民の負担をできるかぎり軽減することが求められることから、裁判員制度の対象事件については、公判前整理手続に付すことが必要だとされている（裁判員49条）。

2 手続の内容

公判前整理手続では、公判審理に向けた事件の争点及び証拠の整理が行われる。そのために具体的に行うことができる事項として、刑訴法上は、①訴因又は罰条を明確にさせること、②訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許すこと、③公判期日においてすることを予定している主張を明らかにさせて事件の争点を整理すること、④証拠調べの請求をさせること、⑤

1) 従前は、事件を公判前整理手続に付す決定は、裁判所が、専ら職権で行うものとされていたが、平成28年の改正により、検察官、被告人・弁護人に公判前整理手続の請求権が認められた（刑訴316条の2第1項）。これにより、請求があった場合には、裁判所が合理的期間内に「決定」という方式で判断を示す義務を負うことになったが、裁判所の決定に対する不服申立ては定められていない。

第10講 公判前整理手続(2)——その後の公判手続

I 証拠調べ請求の制限

1 制度趣旨

公判前整理手続では、検察官と被告人・弁護人の双方が、証明予定事実やその他の主張を明示するとともに、それを証明するために用いる証拠の取調べを請求し、それに基づき争点と証拠の整理、そして、審理計画の策定が行われる。そうであるのに、その後の公判で新たな主張や証拠調べの請求が無制限にできるということになれば、審理計画が崩れてしまい、公判前整理手続において争点と証拠を整理した意味が失われる。

そこで、検察官、被告人・弁護人は、「やむを得ない事由」によって、公判前整理手続において請求ができなかったものを除き、公判前整理手続の終了後には、証拠調べ請求をすることはできないものとされている(刑訴316条の32第1項)。上記のとおり、公判前整理手続の終了後に新たな証拠調べ請求を無制限にすることができるのであれば、当事者が、本来公判前整理手続でなされるべき証拠調べ請求を怠るおそれがあるばかりか、新証拠の取調べが請求されると、当該証拠を出発点として、当事者間で新たに主張、証拠調べ請求のやり取りが行われることになり、公判前整理手続における争点及び証拠の整理の実効性が損なわれてしまうためである¹⁾。

ここでいう「やむを得ない事由」は、①証拠は存在していたが、それを知らなかったことがやむを得なかった場合、②証人の所在不明等の理由により証人尋問請求ができなかったときなど、証拠の存在は知っていたが、物理的にその取調べ請求が不可能であった場合、③証拠の存在を知ってお

1) 条解刑訴862。

第11講 被告人の訴訟能力

I 訴訟能力の意義

1 平成7年決定

被告人は公判手続の当事者であり、その進行と結果に直接的な利害関係を有する者であるから、公判手続を進めるためには、被告人に訴訟能力が備わっている必要がある。このことに争いはない。問題は、訴訟能力とはいかなる内容のものであり、どのような場合にそれが欠けることになるのかである。それが問題とされたのが、最決平7・2・28刑集49・2・481（以下、「平成7年決定」という）である。

事案は、全部で11件の窃盗で起訴されたX（被告人）が、重度の聴覚障害者であるうえに、言葉も話せず、文字もほとんど読めず、手話もできないため、通訳人の通訳を介しても、黙秘権を告知することは不可能であり、また、法廷で行われている各種行為の内容を正確に伝えることは困難で、X自身、現在自分が置かれている立場を理解しているかどうかも疑問である状態であったというものである。

第1審裁判所は、Xに対する通訳の手段は、ほとんど身振り手振りの動作に限られているため、Xに対して抽象的な言葉や仮定的話法などの通訳をすることは全くといってよいほど不可能であるうえ、仮にXに通訳できた事項があったとしても、正確性の保証を確保しえないから、本件審理における通訳の有効性はほとんど失われているといわざるをえないとした。そして、本件のような極限的な事例においては、刑訴法が公訴の適法要件として本来当然に要求する訴追の正当な利益が失われているとして、同法338条4号により、公訴提起の手続自体が不適法であった場合に準じて、公訴棄却の判決を言い渡した（岡山地判昭62・11・12判時1255・39）。

第12講 概括的認定・択一的認定

I 「罪となるべき事実」の記載

有罪判決は、「被告事件について犯罪の証明があつたとき」になされる(刑訴333条1項)。刑事裁判における審判の対象は訴因であり、それは「罪となるべき事実」を特定するかたちで明示される(同256条3項)。それゆえ、公判において検察官による現実の立証対象となるのは、起訴状に記載された罪となるべき事実であり、それが証明された場合に、有罪判決が言い渡されることになる。そこから、刑訴法では、有罪の言渡しをする場合には、「罪となるべき事実」を示さなければならないとされている(335条1項)。

罪となるべき事実とは、「刑罰法令各本条における犯罪の構成要件に該当する具体的事実」をいう。そして、それを判決書に判示するには、「その各本条の構成要件に該当すべき具体的事実を該構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的に明白にし、かくしてその各本条を適用する事実上の根拠を確認し得られるようにするを以て足る」¹⁾のであり、それ以上に当該構成要件の内容を精密に説示しなければならないものではないとされている(最判昭24・2・10刑集3・2・155)²⁾。

本判決の事案は、賭博罪の有罪判決における罪となるべき事実として、「被告人等は外数名と共に花札を使用し、金銭を賭け俗にコイコイ又は後

1) 裁判所が、当該構成要件に該当する事実の存在について合理的な疑いを超える確信を形成できる程度の具体性が要求されると言い換えることもできよう(松尾・刑訴(下)127)。

2) 有罪判決における罪となるべき事実の記載が、本判決が要求する具体性を欠き、そこから犯罪の構成要件に該当する具体的事実を窺知しえない場合には、理由不備の違法があることになる(高松高判昭39・12・3高刑集17・8・828)。

第13講 量刑と余罪

I 問題の所在

刑事裁判において、起訴されていない犯罪事実（余罪）の存否及び内容について証拠調べを行い、それを認定したうえで、量刑の資料として利用することは許されるか。この問題に関するリーディングケースである、最大判昭41・7・13刑集20・6・609（以下、「昭和41年判決」という）は、起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料として考慮し、被告人を重く処罰すること（以下、「実質処罰型」という）は許されないが、余罪を単に被告人の性格、経歴及び犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料として考慮すること（以下、「情状推知型」という）は許されるとしている。

このうち、実質処罰型が許されないことは、刑事裁判に不告不理の原則が妥当する以上、明らかである¹⁾。他方で、情状推知型が許される理由としては、余罪は、起訴された犯罪の犯情に関する間接事実となるとともに、被告人の悪性格を徴表しうるものであるから、前科や非行と区別して、余罪だけを量刑資料から除外するのは不合理であることが挙げられている²⁾。これに対しては、情状推知型といっても、余罪が起訴事実について

1) 昭和41年判決は、実質処罰型が許されない理由として、それが不告不理の原則に反し、憲法31条にいう法律に定める手続によらずに刑罰を科することになるという点に加えて、刑訴法317条に定める証拠裁判主義に反し、かつ、自白と補強証拠に関する憲法38条3項、刑訴法319条2項・3項の制約を免れることとなるおそれがあること、さらに、法律上その余罪が後日起訴されないという保障はないから、もしその余罪について起訴され有罪の判決を受けた場合は、既に量刑上責任を問われた事実について再び刑事上の責任を問われることになり、憲法39条にも反することになる点を挙げている。

2) 中野次雄「余罪と量刑」ひろば20・9・27、龍岡資見「余罪と量刑」別冊判タ7（刑事訴訟法の理論と実務）324等。

第14講 裁判の効力

I 総 説

裁判は、その成立により効力を生じる。裁判の成立には、内部的な成立と外部的な成立がある。内部的成立は、裁判機関内部で判断内容が形成されることを意味し、合議体の場合は評議と評決により、単独体の場合は裁判書の作成によって認められるとされる¹⁾。裁判が内部的成立の段階に至れば、その後に裁判官が交替しても、更新手続をする必要がなくなる。これに対し、外部的成立は、内部的に形成された判断内容が告知によって外部に表示されたときに認められる。告知は、公判廷の場合は、裁判長による宣告というかたちをとる（刑訴規34条、35条1項）。

裁判が外部的に成立すると、当該裁判所がそれを自ら取り消し、変更することができなくなるという効力（羈束力）が生じるとともに、裁判の内容に応じて、刑訴法に定められた一定の効力が発生することになる（343条～345条²⁾）。

もっとも、不服申立てが可能な裁判については、この段階では、それが上訴審によって取り消されたり、その内容が変更されたりする可能性が残されているが、上訴期間の徒過や上訴の放棄・取下げにより、それが不可能になった場合、あるいは、上訴はなされたが上訴審でそれが退けられ、不服申立ての手段が尽きた場合には、その可能性も消滅する。このように、裁判がもはや通常の不不服申立方法によって争うことができなくなった状態を、裁判の（形式的）確定と呼ぶ。

裁判が確定すると、それが当然無効という場合を除いて³⁾、その内容も

1) 団藤・綱要295-296。もっとも、手続の明確性という観点から、合議体の場合にも裁判書の作成時点とする見解も有力である（田宮・刑訴419、平野・刑訴284）。

第15講 控訴審の審査

I 総 説

1 上訴制度の仕組み

未確定の裁判に対して、上級裁判所による是正を求める不服申立てを上訴という。現行刑法では、判決に対する控訴・上告と、決定・命令に対する抗告が定められている。

上訴の目的は、原裁判の誤りの是正にあるが、裁判は、法律に定められた手続に従い、事実を認定し、それに法令を適用し、有罪の場合には刑を量定するというプロセスをたどるから、それぞれのプロセスにおける誤りが上訴による是正の対象となりうる。そして、このうち、どの部分の誤りを上訴の対象とし、また、わが国のように上訴が2段階になっている場合に、その対象をそれぞれの審級にどのように割り当てるかについては、様々な仕組みが考えられるところであり、実際にも、上訴制度は国ごとに異なっている。

大陸法系の諸国では、重罪については控訴を認めず、手続違反を含む法令違反を理由とする最上級審への上告のみを認めている。他方で、軽罪については、控訴を認めただうえて、第1審と同様に審理を全面的にやり直すという方式がとられている。これに対し、英米法系の諸国は、事実誤認や量刑不当を理由とした上訴には消極的であり、法令違反のみが上訴理由とされている場合が多い。

これに対し、わが国の現行刑法は、法令違反、事実誤認、量刑不当のいずれをも控訴理由として認めており、控訴審は、法律審と事実審双方の役割を担っている。そのうえで、最高裁への上告は、憲法違反と判例違反に限定されている。

事項索引

[あ 行]

一事不再理効	6, 56, 113, 286
一訴因一罪の原則	114, 161
一部起訴	69, 77, 294
一般情状	268, 273, 321
営業犯	33
おとり捜査	10

[か 行]

概括的認定	234, 237
科刑上一罪	33, 69
過失の態様	102, 107
過失犯	245
過失犯の訴因	102
かすがい理論	80
鑑定書	181
観念的競合	34
期日間整理手続	213
起訴議決	3
羈束力	277
起訴状	39, 40, 45
起訴状一本主義	39
起訴独占主義	3
起訴猶予	1, 12, 77
既判力	279, 290
基本的事実関係の同一性	116, 119, 120
求釈明	67, 108
競合説	22
供述録取書	180, 181, 185
共謀	48, 76
共謀共同正犯	237, 255
具体的防御説	88
経験則	314

形式裁判	5, 21, 279, 284, 288
継続犯	32
結果時説	31
結果的加重犯	69
結合犯	69
検察官請求証拠	180, 184
検察官手持ち証拠	192
検察審査会	2
検証調書	181
権利濫用	135
牽連犯	34
行為時説	31
行為責任	273, 321
抗告	305
構成要件	88, 99, 233, 236, 241
控訴	302, 305
公訴棄却	5, 21, 67, 82
公訴権濫用論	5, 21
公訴時効	21, 173
公訴時効期間	23
公訴時効の起算点	32
公訴時効の停止	30, 38
公訴事実	45, 69, 286
公訴事実対象説	85, 173, 287
公訴事実の単一性	113, 123, 293
公訴事実の同一性	100, 113, 115, 131, 173, 286, 289
公訴の取消し	217, 229, 285
控訴の取下げ	219
公訴不可分の原則	113, 286
口頭主義	310
公判前整理手続	150
公判手続続行能力	219
公判手続の停止	218
告訴の追完	172

判例索引

[大審院・最高裁判所]

大判大12・12・5 刑集2・922	34
大判昭6・12・3 刑集10・682	218
最大判昭23・6・9 刑集2・7・658	8
最大判昭23・10・6 刑集2・11・1275	19
最大判昭23・12・1 刑集2・13・1679	8
最判昭24・2・10 刑集3・2・155	46, 233
最大判昭25・9・27 刑集4・9・1805	288, 289
最判昭26・6・15 刑集5・7・1277	100
最判昭26・9・14 刑集5・10・1933	19
最判昭26・12・18 刑集5・13・2527	43
最大判昭27・3・5 刑集6・3・351	42
最大判昭27・11・19 刑集6・10・1217	278
最判昭28・5・29 刑集7・5・1158	116
最判昭28・7・31 刑集7・7・1654	32
最大判昭28・12・16 刑集7・12・2550	82
最判昭29・1・21 刑集8・1・71	86
最判昭29・3・2 刑集8・3・217	162
最判昭29・5・14 刑集8・5・676	118
最決昭29・7・14 刑集8・7・1100	173
最決昭29・7・30 刑集8・7・1231	218
最判昭29・8・20 刑集8・8・1249	88
最判昭29・9・7 刑集8・9・1447	117
最決昭29・9・8 刑集8・9・1471	171
最判昭30・5・10 刑集9・6・1006	19
最判昭30・7・5 刑集9・9・1777	89
最判昭31・4・12 刑集10・4・540	170
最判昭31・6・26 刑集10・6・874	72
最判昭31・8・3 刑集10・8・1202	33
最決昭31・10・25 刑集10・10・1447	33
最大判昭32・2・20 刑集11・2・802	178

〈著者紹介〉

川出 敏裕 (かわいで としひろ)

東京大学大学院法学政治学研究科教授

【主要著書】

『別件逮捕・勾留の研究』（東京大学出版会、1998年）

『わかりやすい犯罪被害者保護制度』（有斐閣、2001年）〔共著〕

『ケースブック刑事訴訟法 [第5版]』（有斐閣、2018年）〔共著〕

『刑事手続法の論点』（立花書房、2019年）

『判例講座 刑事訴訟法 [捜査・証拠篇] 第2版』

(立花書房、2021年)

『少年法 [第2版]』（有斐閣、2022年）

『刑事政策 [第3版]』（成文堂、2023年）〔共著〕

判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判・上訴篇〕第2版

令和5年8月10日 第1刷発行

著者 川出 敏裕

発行者 橋 茂雄

発行所 立花書房

東京都千代田区神田小川町3-28-2

電話(代表) 03(3291)1561

FAX 03(3233)2871

<https://tachibanashobo.co.jp>

平成30年5月15日 初版発行

令和3年10月10日 第4刷発行

©2023 Kawaide Toshihiro

印刷・製本／加藤文明社

乱丁・落丁の際は当社でお取り替えいたします。