

いわゆる攻防対象論について

高 橋 省 吾

1 はじめに

刑事控訴審の構造は、事後審であり、控訴審の審判の対象は原判決とされているが、刑訴法には、382条の2や392条2項、393条2項のような控訴審の事後審性を修正する条項が設けられていることから、これらの修正条項をどのように解するかにより、原判決対象説の中でも、学説に対立がある。第1説の原判決対象説は、原判決それ自体を審判対象とし、当事者の申立理由以外の破棄事由の存否も広く職権調査して、原判決のトータルな事後審査をなすとする。これに対し、第2説の申立理由対象説は、当事者の控訴申立理由を審査対象とし、控訴理由の審査を通じて原判決の事後審査をなすとする。この点については、上訴審の主たる目的は、法令解釈の統一というよりも、当事者の不服申立てに対する救済にあると考えるべきであるから、基本的には申立理由対象説を妥当とすべきであろう（田口守一・刑事訴訟法〔第6版〕462頁）。

控訴審の審判対象を申立理由対象説から理解するとしても、問題となるのは、控訴審の職権調査の範囲である。この点に関して、第1に問題となるのは、職権調査がどのような犯罪にまで及ぶかであり、第2に問題となるのは、控訴審の職権調査が一定の犯罪に限られるとして、その犯罪に関するどのような事実まで職権調査を及ぼすことができるか、である。

控訴審における調査の範囲について、刑訴法392条1項は、控訴趣意書に包

含まれた事項は、これを調査しなければならないと義務的調査を規定するとともに、同条2項は、控訴趣意書に包含されていない事項であっても職権で調査できると規定し、控訴審における職権調査権限を認めている。同条は、414条によって上告審に準用される。このように、刑訴法は、当事者が主張している上訴理由については上訴裁判所に職権調査義務を課し、主張されていなくても上訴理由となり得る事由については裁量による職権調査を認めている。

刑訴法は、上記職権調査の限界に関しては特に明文の規定をおいていないが、判例は、新島ミサイル事件決定（上告審につき大信実業事件判決）において、いわゆる攻防対象論を提示し、職権調査の範囲に限界があることを認めた。同決定は、牽連犯又は包括一罪として起訴された事実につき、その一部を有罪とし、その余については理由中で無罪の判断を示した第1審判決に対し被告人のみが控訴を申し立てた場合、無罪とされた部分については控訴審に移審係属するとしながらも、当事者の攻防の対象から外れたものとして、控訴審が職権調査をすることができないと判示したことから、この論理は「攻防対象論」と呼ばれ、その理論的根拠や適用の範囲が議論の対象となってきた。

そして、控訴審における事実調べに関しては、393条1項は、控訴審は、前条の調査をするについて必要があるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で事実の取調べをすることができるとしている。控訴審における事実の取調べについては、原判決前に生じた事実についての証拠は、取調べの対象となるが、原判決後に生じた事実についての証拠は取り調べられないのが原則である。この事実調査については、第1審の弁論終結前に取調べを請求することができなかったことに「やむを得ない事由」が認められる場合には、原裁判所で取り調べられなかった事実も審判の対象となり得るし、第1審の弁論終結後判決前に生じた事実についても同様である（382条の2）から、このような事実については、控訴裁判所は取調べの義務がある（393条1項但書き）。問題となるのは、そのような「やむを得ない事由」が認められない場合に、控訴裁判所がその裁量により職権調査（393条1項本文）を及ぼすこと

ができるかである。判例（最決昭59.9.20刑集38巻9号2810頁）は、「393条1項本文は、第1審判決以前に存在した事実に関する限り、第1審で取調べないし取調べ請求されていない新しい証拠につき、同項但書きの要件を欠く場合であっても、控訴裁判所が第1審判決の当否を判断するにつき必要と認めるときは裁量によってその取調べをすることができる旨定めたものである。」と判示し、原裁判所で取り調べられなかった被告人の前科調書等につき、「やむを得ない事由」が認められない場合であっても、第1審判決の当否を判断するにつき必要と認めるときは取調べをすることができるとした。「やむを得ない事由」の有無は、あくまで、393条1項但書きの取調べの義務にかかわる問題であって、同項本文の裁量による取調べを制約するものではないということになる。

近時、攻防対象論に関する新たな最高裁判例が出されたので、この判例を紹介するとともに、従前の学説、判例を整理し、若干の考察を加えることにしたい。

2 最高裁平成25年3月5日第一小法廷決定・刑集67巻3号267頁、 判例時報2185号151頁、判例タイムズ1389号120頁（最高裁平成24年 （あ）第512号 賭博開張凶利被告事件 上告棄却）

本決定の評釈として、豊崎七絵・法学セミナー700号135頁、波床昌則・刑事法ジャーナル37号95頁、土本武司・判例評論662号36頁がある。

【事案の概要】

1 本件は、本位的訴因を否定し予備的訴因を認定した第1審判決に対し検察官が控訴の申立てをしなかった場合に、控訴審が職権調査により本位的訴因について有罪の自判をすることが違法であるとされた事例である。

本件起訴状記載の公訴事実は、要旨、「被告人が、Aと共謀の上、平成22年5月8日、新潟県村上市内の稲川会甲野一家乙山組組事務所2階において、賭博場を開張し、賭客らをして、金銭を賭けて麻雀賭博をさせ、同人らから寺銭として金銭を徴収し、もって賭博場を開張して利益を凶った」という賭博開張

図利の共同正犯の訴因によるものであったが、検察官は、第1審公判において、要旨「被告人は、稲川会甲野一家乙山組組長であるが、Aが、平成22年5月8日、新潟県村上市内の乙山組組事務所2階において、賭博場を開張し、賭客らをして、金銭を賭けて麻雀賭博をさせて、同人らから寺銭として金銭を徴収し、賭博場を開張して利益を図った際、その情を知らず、Aが同所を麻雀賭博場として利用することを容認し、もって同人の前記犯行を容易にさせてこれを幫助した」という賭博開張図利の幫助犯の予備的訴因の追加請求をし、第1審裁判所もこれを許可した。

2 第1審判決は、本位的訴因については、被告人自身が主宰者として本件賭博場を開張したとは認められず、また、Aを主宰者とする賭博開張図利の共謀共同正犯の成否について検討しても、被告人には同罪の正犯意思を認め難く、Aとの共謀も認定できないとして、賭博開張図利の共同正犯は成立しないとした上、予備的訴因である賭博開張図利の幫助犯の成立を認め、被告人を懲役10月、5年間執行猶予に処した。

3 これに対し、被告人のみが控訴を申し立てたところ、原判決は、理由不備や訴訟手続の法令違反、法令適用の誤りをいう被告人の控訴趣意を排斥する一方、記録上認められる事実を総合勘案すれば、乙山組の組長である被告人が、配下のAと共謀して、乙山組の組ぐるみで本件賭博開張図利を敢行したものと認められ、被告人とAとの賭博開張図利の共同正犯を認定するのが相当であるから、被告人に賭博開張図利の幫助犯が成立するとした第1審判決には判決に影響を及ぼす事実を誤認した違法があり、破棄を免れないとして、第1審判決を破棄した上、本位的訴因である賭博開張図利の共同正犯を認定して被告人を有罪とし、第1審判決と同じ刑を言い渡した。

4 弁護人の上告趣意は、原判決が本位的訴因を認定したことの判例違反、原審の事実誤認の審査方法等に関して判例違反等を主張した。

【決定要旨】

上告審は、弁護人の上告趣意のうち、原判決が本位的訴因を認定したことの

判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであってし、本件に適切でなく、原審の事実誤認の審査方法等に関して判例違反をいう点は、実質は事実誤認の主張であり、その余は、単なる法令違反の主張であって、刑訴法405条の適法な上告理由に当たらないとした上、所論に鑑み、原判決が本位的訴因である賭博開張凶利の共同正犯を認定したことの当否につき、以下のような職権判断を示した。

「本件のように、第1審判決の理由中で、本位的訴因とされた賭博開張凶利の共同正犯は認定できないが、予備的訴因とされた賭博開張凶利の幫助犯は認定できるという判断が示されたにもかかわらず、同判決に対して検察官が控訴の申立てをしなかった場合には、検察官は、その時点で本位的訴因である共同正犯の訴因につき訴訟追行を断念したとみるべきであって、本位的訴因は、原審当時既に当事者間においては攻防の対象から外されていたものと解すべきである（最高裁昭和46年3月24日大法廷決定・刑集25巻2号293頁、同昭和47年3月9日第一小法廷判決・刑集26巻2号102頁参照）。そうすると、原審としては、本位的訴因については、これを排斥した第1審裁判所の判断を前提とするほかになく、職権により本位的訴因について調査を加えて有罪の自判をしたことは、職権の発動として許される限度を超えたものであり、違法というほかない。したがって、原判決には法令違反があり、この違法が判決に影響を及ぼす明らかである。」

その上で、「もっとも、原判決が理由不備や訴訟手続の法令違反、法令適用の誤りをいう被告人の控訴趣意を排斥した点には何ら違法はない上、記録によれば、賭博開張凶利の幫助犯を認定して被告人を懲役10月、5年間執行猶予に処した第1審判決には、被告人が控訴趣意において主張する事実誤認や量刑不当があるとは認められない。他方、原判決は、第1審判決と同一の刑を被告人に言い渡している。そうすると、原判決には上記の違法があるものの、原判決を破棄しなくてもいまだ著しく正義に反するものとは認められない。」

と判示して上告を棄却する決定をした。

3 従前の裁判例

(1) 最大決昭46.3.24刑集25巻2号293頁（新島ミサイル事件）

ア 被告人らは、共謀による住居侵入、暴力行為等処罰に関する法律1条1項違反（多衆の威力を示し、共同しての脅迫、暴行、器物損壊）、傷害に当たるものとして起訴されたのに対し、第1審判決は、住居侵入及び暴力行為等処罰に関する法律（以下「暴力行為法」という。）違反の一部（多衆の威力を示しての脅迫）については有罪と認めたが、暴力行為法違反のその余の部分（暴行、器物損壊）及び傷害については、証明不十分であるとした。ただ、これらの無罪部分は有罪部分と牽連犯ないし包括一罪の関係にある（住居侵入と暴力行為法違反、住居侵入と傷害がそれぞれ牽連犯、暴力行為法違反の内容たる脅迫、暴行、器物損壊が包括一罪）として起訴されたものと認められるからとして、主文で無罪の言渡しをせず、理由中で無罪の説明をするにとどめた。

イ 上記判決に対して、被告人側のみが控訴し、第1審が有罪とした各事実につき種々の点で犯罪の不成立を主張する旨の控訴趣意を述べたところ、控訴審判決は、被告人側の主張はすべて採用できないとした上、「以上被告人らの無罪を主張する本件各控訴は、その理由がないから、刑訴法396条によりこれを棄却し、同法392条2項による職権調査の結果原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認があるので、同法397条1項、382条により原判決を破棄し、同法400条但書により自判する。」として。被告人らに対する起訴事実を全面的に認めて全部有罪とし、刑だけは第1審判決と同じ刑（懲役3月ないし5月、各被告人とも2年間の執行猶予）を言い渡した。

ウ 控訴審判決に対して被告人側から上告がなされたが、本件大法廷決定は、上告趣第1点の引用する判例は事案を異にし本件に適切でなく、そのほか上告趣意はすべて適法な上告理由に当たらないとした上、上告趣意第1点に鑑み職権により調査するものとし、以下のように判示した。

「所論は、原審のした職権調査ならびに破棄自判の措置を不当と主張するので、按ずるに、1審判決が理由中において無罪とした点は、牽連犯ないし包括一罪として起訴された事実の一部なのであるから、右判決に対する控訴提起の効力は、それが被告人からだけの控訴であっても、公訴事実の全部に及び、右無罪部分を含めたすべてが控訴審に移審係属すると解すべきである。とすれば、控訴審は右起訴事実の全部の範囲にわたり職権調査を加えることが可能とみられないでもない。しかしながら、控訴審の職権調査の限度については、さらに慎重な検討を要する。現行法においては、当事者主義が基本原則とされ、職権主義は補充的、後見的なものとされているのである。当事者主義の現われとして、訴因制度がとられ、検察官が提起した訴因につき攻撃防禦をなさしめるものとしている。裁判所は、訴因が実体にそぐわないとみられる場合でも、原則として訴因変更を促し或いは命ずべき義務を負うものではなく（昭和33年5月20日第三小法廷判決参照）、反面、訴因の変更の請求があれば、従来の訴因について有罪となし得る場合でも、その訴因変更を許さなければならず（同42年8月31日第一小法廷判決参照）、また、訴因変更を要する場合にこれを変更しないで訴因と異なる事実を認定し有罪とすることはできないのである。このように審判の対象設定を原則として当事者の手に委ね、被告人に対する不意打を防止し、当事者の公正な訴訟活動を期待した1審の訴訟構造のうえに立って、刑訴法はさらに控訴審の性格を原則として事後審たるべきものとした。即ち、控訴審は、右のような当事者の訴訟活動を基礎として形成された1審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるものなのである。そして、その事後審査も当事者の控訴趣意を中心としてするのが建前であって、職権調査はあくまで補充的なものとして理解されなければならない。1審における当事者主義と職権主義との関係は、控訴審においても同様に考えられるべきだからである。

本件についてみるに、公訴事実中1審判決において有罪とされた部分と無罪とされた部分とは牽連犯ないし包括一罪を構成するものであるにしても、

その各部分は、それぞれ1個の犯罪構成要件を充足し得るものであり、訴因としても独立し得たものなのである。そして、右の無罪部分については、被告人から不服を申し立てる利益がなく、検察官からの控訴申立もないのであるから、当事者間においては攻防の対象から外されたものとみることができる。このような部分について、それが理論上は控訴審に移審係属しているからといって、事後審たる控訴審が職権により調査を加え有罪の自判をすることは、被告人控訴だけの場合刑訴402条により1審判決の刑より重い刑を言渡されないことが保障されているとはいっても、被告人に対し不意打ちを与えることであるから、前記のような現行刑事訴訟の基本構造、ことに現行控訴審の性格にかんがみるときは、職権の発動として許される限度をこえたものであって、違法なものといわなければならない。

以上によれば、原判決には法令違反のかどがあり、その違法は判決に影響を及ぼすことが明らかである。しかしながら、原判決が被告人らの控訴を理由がないものとしている点にはなんら違法がなく、さらに進んで職権調査を加え破棄自判をした点だけが違法と考えられるのであるから、原審がすべきであった裁判は控訴棄却であったといえる。そうすると、その結果は1審判決が維持されるべきであったということになるが、1審判決が言渡した刑と原判決が言渡した刑とは全く同一である。この点を考えれば、原判決の違法は、未だもってこれを破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない。」旨判示して被告人らの上告を棄却した。

上記大法廷決定は、関与裁判官14名のうち11名の多数意見によるものであって、これには3名の裁判官の意見（結論的には3裁判官とも上告棄却とされるので、反対意見とは表示されない。）が付されている。

エ 千葉 裕・担当調査官の判例解説（最高裁判例解説刑事篇昭和46年度99頁）には、上記判例に関し、次のとおり説明されている。

（私見として、科刑上一罪の起訴に対し、その一部を無罪とする場合にも、併合罪起訴に対する一部無罪と同様に、主文において無罪の言渡をなす

べきであり、その無罪部分と有罪部分とは可分であって、被告人のみの控訴によって有罪部分しか控訴審に係属しないとの見解も可能なのではなかろうか。そして本件の場合、主文で無罪の言渡がなされていないのであるが、主文に掲げられるべきものが掲げられなかっただけで効果が異なって来るのは不合理であるから、やはり有罪部分だけが控訴審に移り、無罪部分は1審で確定したとみることもできるのではなかろうか。包括一罪についてもこれに準じたことが考えられないではない、としている。)

従前の学説、判例（具体的な判例の記載は、上記判例解説96頁参照）は、控訴審に移審係属した起訴事実については、その全部につき当然に職権調査を加えるとの立場をとっていたのであるが、本決定により大審院及び名古屋高裁の判例は変更されたことになる。

刑訴402条の規定する不利益変更禁止の原則は、刑だけに関するものであり、犯罪事実については、被告人控訴だけの場合に控訴審が1審判決より被告人に不利益な認定をしても、右原則に違反するものではないと解するのが従来の通説、判例であった。近時の判例として、最決昭和36年9月6日・裁判集刑事139号129頁がこの趣旨を明言している。本決定の多数意見は、不利益変更禁止の問題とは別個に、控訴審の職権調査の範囲という見地から、本件原審の措置を違法としたものであって、不利益変更禁止に関する従来の通説、判例の立場を否定しものではない。しかし、本件のような事例に関しては、事実上の結果として、不利益変更禁止が事実認定面にも及ぶことになるのは否定できないところである。これに対し、単純一罪の構成要件内の事実に関する認定の変更については、本決定はなんら言及していないのであり、単純一罪に関する限りは従来からの通説、判例がそのまま維持されることになろう。この単純一罪の場合と本件のような場合との差異は、結局、1審判決に一部無罪とされる部分があるかないかという点にある。たとえ理由中の判断であっても一部無罪とみられる点があったことが、本件においてその可分性が肯定され、職権調査に限界づけがなされた基本的理由になると考えら

れるのである。なお、単純一罪の場合でも、例えば、強盗の起訴に対し1審判決が恐喝と認定し、これに被告人だけが量刑不当を理由に控訴した場合、控訴審が職権調査により事実誤認ありとして1審判決を破棄し強盗の自判をすることが許されるか、といった問題は、今後さらに検討される必要のある判例上の課題といえよう。

(2) 最判昭47.3.9刑集26巻2号102頁（大信実業事件）

ア 上記新島ミサイル事件大法廷決定を引用し、上告審の職権調査の範囲に関し、要旨、「公訴事実中第1審判決別表（四）記載の1、2、5ないし19、21ないし31の各事実につき（関税法上の）無免許又は無許可輸出罪の成立を否定したのは、いずれも法令の解釈を誤ったものというべきであるが、右無免許又は無許可輸出罪の訴因については、第1審判決において無罪とされ、検察官が控訴したが、原判決においても同じく犯罪は成立しないとされたので、原判決に対しては同被告人からこの点について不服を申し立てる利益がなく、検察官からの上告申立もなかったのであり、ただ原判決が前示のように右各事実は（外国為替及び外国貿易管理法上の）無承認輸出罪を構成する余地があるとして第1審判決を破棄し差し戻したことを違法として同被告人だけから上告の申立のあった現段階においては、現行刑訴法の基本的構造にかんがみ、もはや無免許又は無許可輸出罪の成否の点は当事者間において攻防の対象から外されたものとみるのが相当であり、当審が職権により調査を加え、これを有罪とすべきものとして破棄差し戻し、もしくはみずから有罪の裁判をすることは許されないものといわなければならない（前記昭和46年3月24日大法廷決定参照）。してみれば、当審としては、前記各訴因につき同被告人を無罪とした第1審判決を維持するほかないのである。」と判示した。

イ 上記新島ミサイル事件決定の事案は、訴因間に牽連犯又は包括一罪の関係がある事案であったが、本件決定は、上記無許可輸出罪と無承認輸出罪が観念的競合にある事例において、いわゆる攻防対象論を採用したものである。

新島ミサイル決定の事案は、控訴審の職権発動の問題であり、牽連犯ないし包括一罪の一部が1審で無罪とされた場合であるのに対し、本件の事案は、上告審における職権発動の問題であり、最初は無許可輸出罪という単純一罪の訴因しかなく、1審がこれを無罪としたのに対し、2審が無許可輸出罪の成否については1審の無罪判決を容認しながら、これと観念的競合の関係にある無承認輸出罪に訴因を変更するかどうかを1審が検察官に確かめなかったのは違法である、とした場合（いわば、2審判決によって初めて無承認輸出罪という別の訴因の問題が登場してきた。）であるから、新島ミサイル判例と本件とは一応事案を異にするものといってもよいであろうが、攻防対象論を述べている点については同じである。

本判決は、無罪の理由が事実問題でなく法律の解釈・適用の問題である場合にも、新島ミサイル決定の法理が適用されるとしたのである。

ウ 鬼塚賢太郎・担当調査官の判例解説（最高裁判例解説刑事篇昭和47年度）140頁には、上記判例に関して次のような説明がある。

（本件に関連して）単純一罪の場合にも言及しておきたい。単純一罪の場合、事実の一部が無罪とされた部分があっても、その部分が攻防の対象から外れるということは考えられない。この点について、新島ミサイル判例は触れていないが、単純一罪に関する限り従来からの判例通説が維持されるべきである。問題は、そのような事実の一部が無罪とされた場合でなく、事実認定はかわらないが、審級によって法律的な評価がくいちがった場合である。たとえば、窃盗・業務上横領・背任のどれにあたるかまぎらわしい事実関係が窃盗の訴因として起訴され、1審は、事実は認められるが窃盗罪を構成しないとして無罪判決をし、これに対し検察官があくまで窃盗に当たるとして控訴したが、控訴審は、やはり、右事実は窃盗罪を構成しないから検察官の控訴は理由がない、しかしながら、本件では業務上横領ないし背任罪を成立する余地があるとして職権で破棄差戻の判決をしたのに対し、被告人だけが上告し、上告審としては窃盗罪を構成すると判断した場合、窃盗罪の訴因は

攻防の対象から外れたとして無罪判決をすべきことになるのかどうか、という問題である。この場合は、本判決の事案と経過が酷似しており、多数意見の立場からすれば肯定的に解され得るように一見思われるけれども、私見としては、否定的に解すべきものと思う。この場合は、単に法的評価に変化をきたただけで、事案としてはあくまで単一罪の場合にすぎない。公訴事実につき窃盗罪が成立するならば、他の業務上横領ないし背任罪の成立の余地はないのである。その意味で、各部分が訴因として独立し得たものという新島ミサイル判例の基準に合致しない。したがって、同判例の射程距離外の事案である。このような場合まで本判決と同様に考え無罪判決をするほかないとするならば、当事者処分主義の色彩が濃厚になり、現行刑訴法の解釈として行き過ぎではないかと思う。その意味で、本件の事案は、新島ミサイル判例の射程距離としてまさに限界的な位置にあるものといえることができる。

当事者主義と職権主義とのバランスをどうみるかという刑訴法の基本構造の理解にかかわる問題であるだけに、新島ミサイル判例に引き続き本判決が出たことは、一面において問題の所在をより一層明確にするとともに、他面において相対立する立場での論議をますます深刻化する契機となるのではないと思われる。

(3) 最判昭57.4.22裁判集刑事227号75頁、判例時報1042号147頁（富士銀行背任事件）

本件は、包括一罪の一部無罪の判決に関する攻防対象論を判示したものであるが、事案の経過は次のとおりである。

第1審判決が認定した被告人らの共謀に基づく各背任行為について、原判決が、これらの各背任行為は包括して一罪を構成するものであると解した上、その一部の背任行為について事実誤認を理由に無罪とする一方、他の背任行為については第1審判決の有罪認定を維持した。これに対し、被告人らが上告したところ、上告審は、職権により調査し、上記有罪部分について共謀共同正犯を

認定することはできないとして、幫助犯の成立を認め、原判決及び原判決の支持する維持する第1審判決を破棄し自判した。その法令適用の中で、「第1審判決が摘示する被告人らに関する罪となるべき事実のうち本件事実以外の部分は既に原判決の理由中において無罪とされ、これに対して検察官から上告の申立がなく当事者間において攻防の対象からはずされたものとみるべきであるから（最高裁昭和46年3月24日大法廷決定、同47年3月9日第一小法廷判決参照）、この部分については原判決の無罪の結論に従うものとし、原判決が肯認した第1審判決の有罪部分についてのみ次のとおり判決する。」と判示した。

(4) 最決昭63.2.29刑集42巻2号314頁（熊本水俣病事件）

第1審判決が、観念的競合の関係にある各業務上過失致死傷事件の一部分につき免訴（時効完成）の判断を示した上、有罪の判決をしたところ、被告人のみが控訴を申し立てたという事案について、上記の免訴の部分は、「原審当時既に当事者間においては攻撃防御の対象からはずされているものとみることができる。」と判示した。

(5) 最決平元.5.1刑集43巻5号323頁（船橋交差点事件）

ア 起訴状記載の公訴事実の要旨は、「被告人は、業務として大型貨物自動車を運転し、交差点の出口に設けられている横断歩道の直前に停止した後発進するに当たり、対面信号機の表示に注意するとともに、自車直前の横断歩道を横断する者の有無及び動静に留意し、その安全を確認して発進すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、前車の動きに気をとられて信号機の表示に注意せず、かつ、横断者の有無等その安全確認不十分のまま漫然時速約2、3キロメートルで発進した過失により、横断歩道を信号に従い右から左に横断中の被害者運転の自転車に気がつかず、同車に自車左前部を衝突転倒させたうえ、その右腕を左後輪で轢過して右上腕骨骨折等の傷害を負わせた。」という業務上過失傷害の事実である。第一次第1審の途中で、検察官は、「自車の周辺を注視し、歩行者、自転車等の有無及び動静に留意し、その安全を確認して発進すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、自転

車等の有無等その安全確認不十分のまま漫然時速2、3キロメートルで発進した過失により、自転車左方にいた被害者運転の自転車に気がつかず、同車に自転車左側部を衝突転倒させた。」という過失を内容とする予備的訴因の追加請求をし、それが裁判所により許可された。

イ 第一次第1審裁判所は、起訴状の公訴事実として記載された本位的訴因を排斥し、予備的訴因に沿う過失を認定して被告人を有罪とした。同判決に対して被告人のみが控訴を申し立てたところ、第一次控訴審裁判所は、事故態様については原審の認定を支持した上で、被告人に過失があったとするには第1審で取り調べた証拠による限り合理的な疑いが残るとして、事実誤認の理由により第1審判決を破棄し事件を原裁判所に差し戻した。なお、検察官は、控訴を申し立てなかったが、答弁書の中では、予備的訴因についての事実誤認を主張する弁護人の論旨に反駁するとともに、本件の証拠関係からすれば、本位的訴因の成立を否定した第一審の認定には承服し難い旨をも主張していた。また、差し戻し後の第二次第1審の第1回公判期日においても、検察官は、本位的訴因及び予備的訴因のいずれも維持する旨の釈明を行った。

第二次第1審裁判所は、新たに証拠調べを行った上、本位的訴因に沿う事故態様及び過失を認定して被告人を有罪とした。そのため、弁護人は、第二次控訴審において、控訴趣意の一つとして、予備的訴因に沿う過失を認定した判決に対し被告人のみが控訴したのであるから、控訴審においては本位的訴因は当事者の攻防の対象から外れたとみるべきであり、差し戻後の第一審においても本位的訴因について審理判決することは許されないと主張した。

原判決は、上記主張を排斥して控訴を棄却した。本件に関する判断の骨子は、以下のとおりである。

「本件で審判の対象とされた2個の訴因は、本位的訴因と予備的訴因という両立し得ない関係にあるのであって、かかる場合、訴因、すなわち公訴事実に関する検察官の主張としては2個あるいはそれ以上存在し得ても、その背後にある実体的真実は、唯一にして不可分の存在であるものといわなけれ

ばならない。そして、本位的訴因と予備的訴因とは、唯一不可分の事実の訴訟追行面への投影である以上、表裏一体をなす不可分のものとして取り扱われるべきであり、従って、被告人のみが予備的訴因についての有罪認定を不服として控訴した場合であっても、両訴因とも控訴審に移審係属すると解すべきはもとよりのこと、検察官による明示的な訴因の撤回がなされない限り、控訴審において、本位的訴因が当事者間の攻防の対象から外されたものとみることも相当ではない。すなわち、この場合には、量的に可分な複数の事実の一部ではなく、単純一個の事実全部についての認定が争われているのであるから、当事者間において、訴因の一部を攻防の対象外におくことにより、裁判所の自由心証を制約することを認めるべきではない。また、検察官において、予備的訴因につき有罪の判断を得たことに一応満足して控訴の申立をしなかったとしても、本位的訴因についての有罪裁判の請求を完全にかつ確定的に放棄したものとは認められず、控訴審において予備的訴因が排斥されたときに備えてなお維持しているものとみるのが自然な意思解釈である。」

ウ 上告趣意は、判例違反、単なる法令違反、事実誤認であるが、そのうち本件に関する部分は、概略、「最高裁の新島ミサイル決定及び大信実業判決の趣旨に徴すると、第1審判決が本位的訴因を排斥して予備的訴因の成立を認め、検察官が控訴しなかった場合には、検察官は本位的訴因に基づく有罪の主張を放棄したとみられ、控訴審は本位的訴因については職権調査をすることは許されないと解すべきである。したがって、差戻後の第1審においても、本位的訴因は攻防の対象からはずされたものとみるべきである。そうすると、第二次第1審判決が本位的訴因の成立を認め、第二次第2審判決がこれを支持したのは、最高裁の判例の趣旨に違反し、ひいては訴訟手続の法令に違反する。」というものである。

本決定は、上告趣意は適法な上告理由に当たらないとした上、所論に鑑み、職権で以下のように判示して、上告を棄却した。

「本件の場合、本位的訴因の犯罪事実も予備的訴因の犯罪事実も同一の被害者に対する同一の交通事故に係るものであり、過失の態様についての証拠関係上本位的訴因と予備的訴因とが構成されたと認められるから、予備的訴因に沿う事実を認定した第1審判決に対し被告人のみが控訴したからといって、検察官が本位的訴因の訴訟追行を断念して、本位的訴因が当事者間の攻撃防禦の対象から外れたとみる余地はない。したがって、第二次第1審裁判所が本位的訴因について審理、判決した点に違法はなく、これと同旨の原判断は正当である。」

エ 山田利夫・担当調査官の判例解説（最高裁判例解説刑事篇平成元年度）

127頁には、本判例に関して次のような説明がある。

本決定は、本位的訴因の犯罪事実も予備的訴因の犯罪事実も同一の被害者に対する同一の交通事故に係るものであり、過失の態様についての証拠関係上本位的訴因と予備的訴因とが構成された事案に関するものである。すなわち、本件の本位的訴因の犯罪事実と予備的訴因の犯罪事実は相容れない関係にあって、いずれの犯罪事実を訴因として構成するかは証拠によって決定され、検察官が訴因構成の裁量権限を行使する余地はない。本位的訴因と予備的訴因との関係については、①本位的訴因が窃盗、予備的訴因が詐欺というように、両訴因の犯罪事実のいずれか一方しか成立し得ない類型のもの、②本位的訴因が公職選挙法における供与、予備的訴因が同法における交付（一方が他方の前段階的な犯罪という関係にある。）というように、両訴因の犯罪事実とも理論上は成立し得る場合や、本位的訴因が殺人、予備的訴因が重過失致死というように大小の関係にある場合など、両訴因の犯罪事実相互が排他的でない類型のもの2つに分類できるが、本件は、右の①の事例である。本件は、両訴因とも同一構成要件に該当する犯罪事実であってそのいずれか一方しか成立し得ない形態のものであるが、証拠上、両訴因の一方しか成立し得ないという関係にある限り、両訴因の構成要件が異なっても、同じ結論になるとと思われる。

(6) 最判平16.2.16刑集58巻2号133頁

この事案は、特異な訴訟経過をたどったものであるが、その概要は次のとおりである。

ア 被告人は、公園で野宿していた者であるが、パチンコ店でトイレを借用した際に、携帯していた折りたたみ式ナイフでパチンコ店従業員を脅迫したとされる事件を起こした後、公園に戻る途中の路上で、同ナイフを不法に携帯していたとして現行犯逮捕された。

検察官は、平成12年8月25日付け起訴状をもって、「被告人は、業務その他正当な理由による場合でないのに、平成12年8月14日午後9時53分ころ、福岡市内の路上において、刃体の長さ約8.9cmの折畳み式ナイフ1本（以下「本件ナイフ」という。）を携帯した。」旨の銃砲刀剣類所持等取締法違反の罪で起訴し、同年12月15日付け起訴状をもって、「被告人は、平成12年8月14日午後9時20分ころ、福岡市内にあるパチンコ店内において、同店従業員に対し、『お前、何か』などと語気鋭く申し向け、所携の本件ナイフを示すなどして同人の生命、身体等に危害を加えかねない氣勢を示し、もって、兇器を示して脅迫した。」旨の暴力行為等処罰に関する法律違反事件を起訴した（以下、同起訴状の公訴事実を「本件公訴事実」という。）。

イ 第1審裁判所は、両事実を併合して審理した上、次のとおり一部有罪一部無罪の判決をした。①平成12年8月25日付け起訴状の公訴事実については、被告人を無罪とする旨理由中で説示するとともに、その旨主文でも言い渡している。②本件公訴事実については、被告人を無罪とする旨理由中で説示しているものの、その旨主文では言い渡していない。③罪となるべき事実として、「被告人は、業務その他正当な理由による場合でないのに、平成12年8月14日午後9時20分ころ、福岡市内にあるパチンコ店内において、本件ナイフ1本を携帯した。」旨の銃砲刀剣類所持等取締法違反の事実（以下「本件犯罪事実」という。）を認定した上、本件犯罪事実について被告人を罰金10万円に処する旨主文で言い渡している。そして、この点に関し、本件公訴事

実には本件犯罪事実の主張も含まれているので、訴因変更の手続は不要である旨判示している。

ウ 被告人は、第1審判決中有罪部分について控訴を申し立てたが、検察官は控訴を申し立てなかった。このため、第1審判決中平成12年8月25日付け起訴状の公訴事実についての無罪部分は確定した。

原審において、弁護人は、本件公訴事実と併合罪の関係にあって起訴されていない本件犯罪事実を認定し有罪の判決をした第1審判決には、刑訴法378条3号後段の審判の請求を受けない事件について判決をした違法があるから破棄を免れない旨主張し、検察官は、弁護人の控訴趣意はその理由がない旨主張した。原判決は、弁護人の控訴趣意をいれるとともに、職権調査の結果によれば、本件公訴事実について被告人を無罪とする旨主文で言い渡していない第1審判決には、同号前段の審判の請求を受けた事件について判決をしなかった違法もあると認められる旨判示して、第1審判決中有罪部分を破棄して本件を第1審裁判所に差し戻した。原審において、弁護人は、攻防対象論に関する最高裁判例を援用して、本件において、被告人のみが控訴を申し立て、検察官において控訴を申し立てていない以上、第1審判決の理由中で無罪とされた事実は当事者間における攻防の対象から外されたことになり、控訴審裁判所が職権調査によって同事実に関する第1審判決の事実認定を審査することは許されないから、控訴審裁判所としては、第1審判決を破棄した上、主文で同事実について無罪を宣告しなければならない。」旨の主張もしていた。

なお、原判決の判文の趣旨からすると、差し戻し後の第1審裁判所には、示兇器脅迫の事実（本件公訴事実）につき有罪判決をする余地が残されたことになる」と解される。

エ 本判決は、「原判決が、第1審判決には刑訴法378条3号前段及び後段の違法があるとしてこれを破棄した点は、正当である。しかし、以下に述べるように、原判決が、本件を第1審裁判所に差し戻した点は、是認することがで

きない。

第1審判決は、罪数に関する法解釈を誤ったことが原因であるとはいえ、絶対的控訴理由である同号前段及び後段の違法を犯していたのであるが、検察官は控訴せず、被告人のみが控訴して、第1審判決には同号後段の違法がある旨主張していたものである。被告人は、本件公訴事実については、第1審判決の理由中において無罪とされており、不服を申し立てる利益がなかったことから、第1審判決中の有罪部分である本件犯罪事実についてのみ控訴を申し立てたが、本件公訴事実、被告人の控訴申立てに伴い、法律上当然に原審に移審係属するところとなったのである。このような訴訟の経過にかんがみると、被告人の控訴申立てを契機として、原審裁判所が、職権により本件公訴事実について調査を加え、同号前段の違法がある旨指摘して第1審判決を破棄するにとどまらず、本件公訴事実を有罪とする余地があるものとして第1審裁判所に差し戻し、あるいは自ら有罪の判決をすることは、職権の発動の限界を超えるものであって許されないというべきである。そうすると、本件公訴事実については、第1審判決の無罪の結論に従うほかないのであるから、原審裁判所としては、本件を第1審裁判所に差し戻すのではなく、自判して被告人に対し無罪を言い渡すべきであったといわねばならない。

また、本件犯罪事実、公訴提起がなかったにもかかわらず、第1審裁判所がこれを認定して有罪の判決をしたため、上記控訴申立てに伴い事実上原審に係属するに至ったものであるから、本件犯罪事実については、公訴提起の手續がその規定に違反したため無効である場合に準じて、公訴棄却を言い渡すべきであったと解される。」と判示し、原判決及び第1審判決中有罪部分を破棄し、本件公訴事実（示兇器脅迫事件）については被告人に無罪の言渡しを、本件犯罪事実（パチンコ店内における刃物不法携帯事件）については公訴棄却（刑訴法338条4号）の言渡しをそれぞれした。

上記のとおり、本件は特異な訴訟経過をたどった事件であり、「攻防の対

象」という語を用いていないことから、攻防対象論を採用したものではないとの説明もあるが（平木正洋・平成16年度最高裁判例解説刑事篇116頁）、その基底にあるものは攻防対象論と共通しているといえる（岩瀬徹「控訴審の破棄差戻し職権発動の限界」平成16年度重要判例解説206頁）。

4 学説の状況

新島ミサイル事件決定に対しては、無罪部分が上訴審に移審するとしながら、上訴審に審判の権利と義務がないというのは矛盾ではないか、不意打ち防止の必要があるなら、そのための措置を採ればいいだけのことではないかといった批判があり、少数意見に賛成する見解もあったが、その理論的な根拠づけは様々であるものの、上記決定に賛成する見解が圧倒的になっている（詳細は、大コンメンタール刑訴法〔第2版〕第9巻〔原田國男〕357頁以下参照）。その根拠については、移審効を否定する説、無罪部分の判断に一部確定力（拘束力）認める説、職権調査の権限が制約されるとする説に分けられるが、第3説の攻防対象論が通説となっている。

いわゆる攻防対象論を牽連犯又は包括一罪に適用した判例が上記新島ミサイル事件決定であり（包括一罪に関して上記富士銀行背任事件）、観念的競合の関係にあるものに適用した判例が大信実業事件判決である。上記のような科刑上一罪、包括一罪の場合のほか、どのような場合に攻防対象論が適用されて控訴審の職権調査が禁止されるのかについては、判例上必ずしも明らかでなかった。上記船橋交差点事件決定は、予備的訴因に沿う犯罪事実を認定した第1審判決に対し被告人のみが控訴した場合、本位的訴因が攻防の対象から外れるのかどうかという問題について、1つの回答を示したものである。

上記船橋交差点事件決定の調査官解説（山田・上掲127頁）は、「本決定は、本位的訴因の犯罪事実も予備的訴因の犯罪事実も同一の被害者に対する同一の交通事故に係るものであり、過失の態様についての証拠関係上本位的訴因と予備的訴因とが構成された事案に関するものである。本件の本位的訴因の犯罪事

実と予備的訴因の犯罪事実は相いれない関係にあつて、いずれの犯罪事実を訴因して構成するかは証拠によって決定され、検察官が訴因構成の裁量権限を行使する余地はない。」と指摘した上、本位的訴因と予備的訴因との関係については、①本位的訴因が窃盗、予備的訴因が詐欺というように、両訴因の犯罪事実のいずれか一方しか成立しない類型のもの、②本位的訴因が公職選挙法における供与、予備的訴因が同法における交付（一方が他方の前段階的な犯罪という関係にある。）というように、両訴因の犯罪事実とも理論上は成立し得る場合や、本位的訴因が殺人、予備的訴因が重過失致死というように大小の関係にある場合など、両訴因の犯罪事実相互が排他的ではない類型のものの2つに分類できるとし、船橋交差点事件決定は①の事例についての判断であり、②の事例が攻防の対象から外れるかどうかについては今後の判例をまたなければならぬと解説していたところである。

第3説の攻防対象論を認める学説においても、その適用範囲に関しては見解が分かれる。大まかにいえば、従前の最高裁判例で示された科刑上一罪や包括一罪の一部が無罪とされた場合に基本的な限るべきものとするもの、単純一罪に関しても前記②の類型に当たる事案などについては攻防対象論の適用が認められるとするもの、船橋交差点事件のような事案を含め本位的訴因に対して検察官の控訴がなかった場合には広く攻防対象論の適用を認めるべきものとするもの、に分かれる。以下、攻防対象論の論拠を含め、学説の主なものを紹介することにしよう。

(1) 従前の最高裁判例で示されていた科刑上一罪や包括一罪の一部が無罪とされた場合に基本的に限るべきであるとするもの。

岩瀬徹「いわゆる攻防対象論について」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下）374頁など。

岩瀬・上掲374頁以下は、慎重な留保を置きつつ、「①法令違反があるか否かの審査は本来裁判所の果たすべき重要な任務であるから、無罪判断部分について判決宣告手続の無効等の訴訟手続の法令違反がある場合はもとより、法令の

解釈適用に違法がある場合にも、攻防対象論は適用されないとする余地があり、その意味では前記大信実業事件上告審判決には疑問がある、②有罪判断部分と無罪判断部分が非両立の事実関係にある場合には、両者はまさに表裏一体の関係にあるから、一方が攻防の対象から外れることはない（両立し得る場合でも、これが併合罪関係になれば、そもそも公訴事実の同一性の枠の外に出るから、攻防対象論の問題外である。）、③包摂関係にある殺人と傷害致死についても、殺人の訴因で傷害致死が認定され、被告人のみが控訴した場合についても、控訴審が殺人を認定する余地がある、殺人の事案で、犯人の同一性が争われたような事案で、第1審判決が、犯人の同一性を認めたが、殺意を認定するには合理的な疑いが残るとして傷害致死を認定したとき、控訴審が、殺意を認定し、その上で犯人の同一性を肯定することが自然な判断だと考えることがないとはいえないであろう。要するに、検察官が認定から除外された部分についてこれを不服として控訴しないことと、検察官が訴因として初めからこれを掲げないことを同視することはできないのである。」としている。この見解は、攻防対象論の適用範囲をより限定しようとするものである。

(2) 単純一罪に関しても、前記②の類型に当たる事案などについては攻防対象論の適用が認められるとするもの。

これは、検察官の処罰意思（処分意思・訴追意思）がない部分については、職権調査は許されず、検察官に処罰意思がない事実についてまで裁判所が職権調査できるとすると、訴因制度に見られる検察官処分権主義に反することになるとするのである。そして、裁判所の職権調査が禁じられるのは、検察官が訴因を構成するに当たり処分権を有している事実に限られるとする。

香城敏磨「審判の対象」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕232頁、同「訴因制度の構造（下）」判例時報1240号9頁、注釈刑訴法〔新版〕第6巻〔小林充〕252頁、山田・上掲判例解説129頁、長沼範良「刑事訴訟法演習」法学教室201号133頁、川出敏裕「被告人の控訴により差し戻された事件の第二次第1審裁判所が第一次第1審で否定された本位的訴因につき判決したことに違法はない

とされた事例」警察研究64巻6号66頁、大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第9巻〔原田國男〕351頁、宮城啓子「職権調査の限界」刑事訴訟法の争点〔新版〕245頁など。

ア 香城・上掲判例百選〔第5版〕233頁（新島ミサイル事件決定の評釈）

当事者主義の原則により控訴審の職権調査権限が制約を受け、その権限を行使することが許されないことになるとの理解を基本にして、本決定の根拠を再構成し、「訴因制度は、検察官に処罰意思がない事実についてまで、裁判所が職権で審判するのは妥当でないという法原理を採用し、審判の対象設定についての検察官の処分権主義を認めた制度である。この主義は、控訴についても一定の制約（刑訴法257条等）の下で認められており、検察官は、第1審判決が事実認定又は法令適用を誤って科刑上一罪の一部を無罪としたことを認識した場合でも、その判決を維持し処罰を差し控えてよいと考えるときは、控訴しないことが許される。この場合、もし控訴審が職権調査により右の部分の有罪に変更することができるものとすれば、検察官に処罰意思がない部分についてまで裁判所が自ら処罰することになり、右の検察官の権限を侵す結果となる。また、本来職権調査は、当事者が主張すべきであるのにしなかった瑕疵を裁判所が後見的な立場で代わって取り上げて審査する趣旨のものであるから、検察官が主張を差し控える権限をもつ前記無罪部分の瑕疵を裁判所が後見的に取り上げて審査することは許されないものというべきである。結局、本決定は、当事者主義の一内容をなす検察官処分権主義が控訴についても認められているとの理解に立つものであり、十分な正当性を有していると考えられる。

裁判所の職権調査が禁止されるのは、第1に、検察官が訴因をまとめるにあたり処分権限を有している事実に限られる。したがって、職権調査の禁止は、併合罪、科刑上一罪、包括一罪の各一部分については全面的に及ぶが、単純一罪については、無罪又は縮小認定した場合に限られ、法令解釈のみの変更で有罪とする場合や両立しない事実認定を変更して有罪とする場合に

は及ばず、この場合には職権調査が許される。第2に、右の範囲は、第1審判決が処罰対象外とした事実であって検察官が控訴で争わないものに限定されるが、その範囲内では、職権調査が全面的に禁止される。したがって、検察官のみが無罪部分を控訴で争い、被告人が控訴しない場合に、有罪部分を職権調査して無罪としたり、被告人が有罪の一部分のみを控訴で争い、検察官が控訴しない場合に、他の有罪部分を職権調査して無罪とすることは許される。その反面、検察官が控訴した場合であっても、右の範囲内の事実について争わないときにはその部分の職権調査は禁止される。第3に、右の範囲は、検察官に処分権限のない判決部分には及ばない。したがって、判決宣告手続の無効を理由として破棄する場合には、争いのない無罪部分についても審判すべきである。他面、他の事実の瑕疵を理由として破棄し自判又は差戻をするときには、争いのない事実についての第1審判決の判断を維持すべきである。第4に、上告審の職権調査について当然本決定は妥当する（大信実業事件判決はこれを明言した。）とする。

香城・上掲「訴因制度の構造（下）」判例時報1240号9頁

「検察官は、第1審判決が事実認定又は法令適用を誤って科刑上一罪の一方を無罪としたことを認識した場合でも、その判決を維持し、それ以上の処罰を差し控えてよいと考えるときは、控訴しないことが許される。この場合、もし控訴審が職権調査により右の部分を有罪に変更することができるものとすれば、検察官に処罰意思がない部分についてまで裁判所が自ら処罰することになり、検察官処分権主義に反することになる。これが新島ミサイル決定の根拠であると解せられる。」とする。

イ 小林・上掲251頁

「現行刑訴法において当事者主義は審級制度全体を通ずる基本原則であって、職権主義は後見的、補充的なものとされていることに留意しなければならない。この当事者主義を最もはっきり示すのは、訴因制度である。すなわち、検察官は、公訴提起に当たって訴因を明示しなければならないが、この

訴因は審判の対象を限界づけ、それにつき当事者の攻撃防禦がなされるとともに、裁判所はその範囲を超えて有罪判決をなし得ない関係にある。科刑上一罪に例をとると、複数の訴因が考えられる場合であっても、検察官がその一部のみを訴因とし、かつ訴訟の過程においてもこれを維持するときは、裁判所として当該訴因を超えて有罪判決をすることはできないのである。これは、一罪中の独立して犯罪を構成し得る部分があっても、検察官がそれにつき訴因というかたちで処罰を求める意思を表明しない以上、裁判所はそれに対し審判を及ぼし得ないということの意味する。科刑上一罪のうち無罪とされた訴因につき検察官から控訴のない場合は、検察官において当該訴因につきもはや処罰を求める意思を表明していないものと解され、そうすると、当初からその部分を訴因としなかった場合と同じく、当該部分に対する裁判所の有罪認定及びそれを前提とする職権調査は禁止されるとするのが当事者主義の理念に適うものというべきであろう。包括一罪についても、訴因として独立し得る各部分を考え得るから、右の科刑上一罪の場合と同視してよいであろう。」、新島ミサイル事件決定の射程として、「新島ミサイル事件決定の趣旨は、甲訴因及び乙訴因が両立し得る関係にある場合に妥当するのであり、両訴因が両立し得ない関係にある場合にまで妥当するわけではない。例えば、第1審が窃盗の起訴に対し、窃盗は認められないが、これと択一的関係にある横領は認められるとして横領につき有罪の認定をしたのに対して、被告人のみが控訴したところ、控訴審は窃盗が認められると判断した場合、控訴審あるいは差戻後の第1審が窃盗で有罪認定することは差し支えないと解すべきである。この場合、検察官としては、当該事件につき処罰を求める意思は依然表明しているのであり、ただ、横領で有罪となるならばあえて窃盗で処罰を求めなくてもよいとの意向で上訴しなかつただけで、横領が成立しない場合にまで窃盗による処罰を断念する意思であると解されないからである。」としている。

ウ 山田・上掲128頁

「船橋交差点事件決定は、両訴因とも同一構成要件に該当する犯罪事実であってその一方しか成立し得ない形態のものであるが、証拠上、両訴因の一方しか成立し得ないという関係（上記①の事例）にある限り、両訴因の構成要件が異なっているとしても、同じ結論になるとと思われる。

新島ミサイル決定及び大信実業判決における攻防対象論の根拠について、『検察官は、第1審判決が事実認定又は法令適用を誤って科刑上一罪の一方を無罪としたことを認識した場合でも、その判決を維持し、それ以上の処罰を差し控えてよいと考えるときは、控訴しないことが許される。この場合、若し控訴審が職権調査により右の部分の有罪に変更することができるものとするれば、検察官に処罰意思がない部分についてまで裁判所が自ら処罰することになり、検察官処分権主義に反することになる。』という点がその根拠になると指摘されている（香城敏磨・判例時報1240号9頁）。このような考え方を徹底すると、裁判所の職権調査が禁止される範囲は、検察官が訴因構成の裁量権限を有している事実であるという結論に行き着くであろう。要するに、本決定は、前記のとおり検察官が訴因構成の裁量権を有していない事実についてのものであるが、その根底には右に指摘されたような新島ミサイル決定及び大信実業判決における攻撃防御対象論の考え方があると思われる。

上記②の事例について攻防の対象から外れるとする考え方をとれば、単純一罪の縮小認定の場合、例えば、強盗の訴因につき第1審が恐喝と認定し、被告人のみが控訴した場合、控訴審で強盗と認定することは許されないという結論になると考えられる。この場合、恐喝は、強盗の訴因に対し黙示的な予備的訴因という関係にある。」とする。

エ 長沼・上掲133頁

「攻防対象論の実質は、訴因制度の下では検察官に処罰範囲の限定につき裁量権が認められ、検察官の処罰請求が維持されていない事実には裁判所の職権調査が及ばない点にある。検察官が有する訴因構成の裁量権限内におい

て、有罪部分の処罰のみで十分であるとし、無罪部分については不服申立ての利益が認められるにもかかわらず、あえて控訴を申し立てなかった場合には、当該部分は攻防の対象から外れると理解すべきである。」「大小関係ないしこれに準ずる関係に立つ複数訴因について、検察官は、第1審裁判所による小さい訴因での有罪判決に満足できるとして大きい訴因を維持しない権限があり、検察官からの控訴がない以上、裁判所の職権調査の対象から外れると考えるべきである。これに対して、複数訴因が非両立の関係に立ち、証拠上いずれか一方しか成立しない場合には、これとは事情は異なる。その一方につき有罪を言い渡した第1審判決に対して、検察官が控訴しなかったとしても、訴因構成の裁量権限の一環として一部分を処罰対象から除外する選択をしたものではない。非両立の関係に立つ本位的訴因と予備的訴因の場合には、裁判所の判断順序に定めがあったに過ぎず、その実質において択一的な処罰を求めている以上、予備的訴因が否定された場合にまで本位的訴因による審判請求を検察官が放棄しているとはいえないであろう。」「殺人の訴因について重過失致死の予備的訴因が追加され、第1審裁判所は、予備的訴因により被告人に有罪判決を言い渡したのに対し、無罪を主張する被告人の控訴のみがあった場合の設例については、両訴因は大小関係に準じるものといえるから、控訴を申し立てなかった検察官は、重過失致死の限度でのみ処罰請求を維持し、殺人の訴因については、処罰意思を断念したものとみるべきであるから、控訴裁判所の職権調査の対象とすることはできないものというべきである。」「設例は、両訴因が同一の被害者に対する同一の法益侵害に関するものである。そして、両者の間には、殺人と傷害致死の場合のような大小関係はないものの、同一機会における拳銃による死亡惹起の結果は共通しつつ、ほぼ殺意の有無のみが両訴因の主要な相違となっている点で、大小に準じるものといえよう（殺人の事実から殺意の点を除外すれば重過失致死になるものではなく、重過失の存在を立証する必要があるが、設例の場合には、犯行の客観的態様が共通し、殺意が認定できないときは重過失が認定で

きるのが通例であろう)。」とする。

オ 川出・上掲66頁(船橋交差点事件決定の評釈)

同72頁以下は、「同決定(新島ミサイル事件決定)は、攻防対象論の主たる根拠を、現行法が当事者主義を原則としている点に求めているといえよう。そして、同決定が、当事者主義の現れとして訴因制度を特に取り上げている点から見て、そこで当事者主義の主たる内容と考えられているものは、現行法においては、審判対象の設定権が原則として検察官にあることだと思われる。そのように考えると、攻防対象論の実質的根拠は、検察官に対して審判対象の設定権を与えた現行法の下では、検察官が原判決に対して上訴しないことによって処罰意思を放棄したと評価される部分についてまで、上訴審が自ら審理の対象として処罰すべきでないという点にあるといえよう。攻防対象論の実質的根拠についてのこのような理解を前提とすれば、ある部分が攻撃防御の対象から外れたというためには、①検察官が、本来、当該部分を審判の対象から除外する権限を有していること、②当該部分に対する原審裁判所の判断に対して検察官が不服を申し立てられること、つまりそれを理由とした上訴が可能であること、③検察官が、上訴しないことにより当該部分について処罰を放棄したと評価されること、の3つの要件が満たされなければならないことになろう。」「本件のような場合、検察官が本位的訴因の成立を否定した原判決に対して上訴しなかったとしても、それは予備的訴因を通じてではあっても、ともかく想定した事実が処罰されたからであるとみるべきだと思われる。つまり、この場合に検察官が上訴しないことは、訴因主張の優先順位を放棄したというにとどまり、本位的訴因について確定的に処罰要求を放棄したとまでいうことはできないのである。この点で、有罪部分と無罪部分が事実として両立し得る可分なものであって、一方の事実の否定が他方の事実の肯定につながるような関係にもないため、それぞれについて独立に検察官の処罰意思を考え得る新島ミサイル事件・大信実業事件の事案と、本件の事案とは本質的な差異があるといえよう。」「本決定の射程は、ど

のよう案事例にまで及ぶことになるのであろうか。この点で、本位的訴因と予備的訴因との関係には、本件のように、両訴因の事実が両立しない関係にあって、そのうちいずれか一方しか成立しない類型と、本位的訴因の事実が認められることによって予備的訴因の事実自体が否定される関係になく、その意味で両訴因の事実自体は排斥し合う関係にない類型とがある（山田・前掲128頁）。後者には、両事実が、包摂関係（例えば、本位的訴因が強盗、予備的訴因が恐喝）あるいは吸収関係（例えば、本位的訴因が公選法上の供与、予備的訴因が交付）にある場合等が含まれる。このうち、前者の類型は、検察官が上訴しなかったとしても、本位的訴因についての処罰意思を放棄したわけではないということがそのままあてはまる場合である。これに対し、後者の類型については、検察官が上訴しなかったことにより、本位的訴因についての処罰意思を放棄したと評価されることになると考えられる。この場合は、上訴審で本位的訴因に沿う事実が認められることにより予備的訴因に沿う事実の存在が否定されることはなく、逆に、常にその存在が肯定されるという関係にある。そして、本位的訴因の成立を否定し予備的訴因の成立を認めた原判決に対して上訴していない以上は、予備的訴因が認められる限りは、もはや本位的訴因を主張しないというのが検察官の意思でもあると解釈されるべきであるから、上記のような関係の存在を前提としたうえで上訴しないということは、結局、本位的訴因についての主張を上訴審ではもはや維持しないということの意味することになるからである。従って、この類型については、本決定の射程外にあり、本位的訴因が攻防の対象から外れることになると思われる。」とする。

カ 原田・上掲351頁以下

原田・上掲360頁は、「それ（本来の攻防対象論）は、適法に無罪とされた部分（第1審判決が法律の解釈によって無罪とした場合も含む）について、上訴が不可分なため全体が移審する場合でも、検察官が上訴しなかった以上は、上訴審は職権調査を及ぼしてこれを有罪とすることができないというこ

とである。これは、前記の原則（一罪についてはその全体が移審し、本来その全部について審判の義務と権利が生じるという原則）に対するあくまで例外であって、無罪判断の特殊性に基づく政策的な判断である。すなわち、無罪とされた被告人の立場の安定と負担の軽減を考慮したものであり、一般化すべき理論に根拠を持つ結論ではないと考える。」とした上、種々のケースについて検討している。この見解は、現行刑訴法上の当事者主義的訴訟構造よりも、無罪判断の特殊性に基づく政策的な判断の点を強調する点に特徴がある。

キ 田口守一・刑事訴訟法〔第6版〕463頁

「この判例（新島ミサイル事件決定）は、無罪部分が控訴審に移審係属しながら、当事者の攻防の対象からはずれるとの論理をつかっているので、『攻防対象論』と呼ばれ、控訴審の事後審としての基本的性格をよく示すものである。また、上述の申立理由対象説からすれば、控訴審の職権調査は、当事者とくに被告人の申立てを後見する方向での職権調査がなされるべきこととなるので、その趣旨とも適合する判例といえよう。ただし、上記判例は、あくまで牽連犯という関係にある2個の犯罪の一部につき、控訴審の職権調査が及ばない、としたものがある。これに対して1個の犯罪について主張の仕方が2つある場合、例えば、過失犯について注意義務の構成が2つ考えられる場合に、その一方が攻防の対象から外れることはないことに注意をする必要がある。攻防の対象から外れるかどうかは、訴追意思が放棄されているか否かであることに注意すべきである。

最決平元.5.1刑集43巻5号323頁は、本位的訴因での有罪判決に被告人のみが控訴した場合に、予備的訴因の有無の問題は、当事者の攻防の対象から外れたということとはできない、とした。攻防の対象から外れるかどうかは、訴因の可分性ではなく、訴追意思が放棄されているか否かであることに注意すべきである。」（465頁）とする。

田口・ジュリスト849号60頁も、「船橋交差点事件のように本位的訴因・予

備的訴因という関係の場合には新島ミサイル判例の射程距離外であり、控訴審において本位的訴因が攻防の対象から外れているわけではないから、控訴審としては本位的訴因を認定しようと思えば認定できることになる。もっとも、控訴審において検察官が本位的訴因を特段主張していない場合には、裁判所としては本位的訴因が争点であることを顕在化したうえでないと違法な不意打ち認定となろう。」としている。

(3) 船橋交差点事件のような事案を含め、本位的訴因に対して検察官の控訴がなかった場合には広く攻防対象論の適用を認めるべきとするもの。

検察官の控訴申立てがなかった訴因は攻防の対象から外れるとする説（以下「攻防対象外説」ともいう。）は、本位的訴因を排斥して予備的訴因どおりの犯罪事実を認定した第1審判決に対し、検察官が控訴を申し立てなかった以上、本位的訴因についての訴訟追行を放棄したものとみなすことができるから、控訴審裁判所は、当事者主義の原理に従い、本位的訴因については職権調査をすることができないとする。

後藤昭「本位的・予備的訴因のある場合の攻防対象論の適用と破棄判決の拘束力」昭和60年度重要判例解説189頁、光藤景皎「審判の対象」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕200頁、能勢弘之・判例評論324号61頁（判例時報1173号223頁）、白取祐司・法学セミナー419号129頁など。

後藤・上掲190頁は、「検察官が訴訟追行を放棄したとみなし得る部分については、職権調査は許されない。すなわち、具体的事案について攻防対象論の適用の可否を考えるときには、原審で無罪とされた部分がその他の部分と可分か不可分かと抽象的に問うよりも、その部分について検察官は訴訟追行を放棄したとみなし得るかどうかを問うべきである。」とする。

光藤・上掲201頁は、「判例理論の実質的基礎は、検察官が訴追を放棄した事実について裁判所が職権で審理・判断すべきでないという当事者主義の控訴審における適用にあったのであるから、船橋交差点事件決定においても、検察官は本位的訴因を主張して控訴できたのにこれをしなかったのであり、このこと

は検察官が予備的訴因1つに『賭け』（後藤・上掲191頁）、本位的訴因についての『有罪判決の請求を実質的に放棄した』（能勢・上掲324号61頁）、とみることもできたのではなかろうか。」とする。

能勢・上掲225頁は、「本位的訴因と予備的訴因とが、法定刑を異にする別個の罪名に該たる場合、たとえば殺人の本位的訴因と傷害致死の予備的訴因の場合を考えてみると、まさに自体は深刻となるものといわねばならないことである。すなわち、殺人については当事者双方が攻防をし尽くして、ようやくにして被告人側の防禦が成功した後で、検察官からの控訴もないのに、つまり検察官としては殺人についての有罪裁判の請求を実質的に放棄した後で、したがって『黙示的』にその訴因の撤回があったとみてよい場合に、たとえ重刑の禁止が及ぶとしても、被告人の期待に反して、職権で殺人を認容するのは、はたして訴因制度の本旨に合致するものであろうか、ということである。まさに、新島ミサイル判例及び大信実業判例理論の趣旨を及ぼすべき余地がある場合だというべきではないのか、ということである。」とする。

白取・上掲129頁は、船橋交差点事件の評釈において、「第一次第1審における本位的訴因に関する防禦活動の成功という既得権が奪われる不利益は残る。理論的にも、検察官の不控訴部分（無罪の本位的訴因）に、訴訟追行放棄の効果を結びつけるのは、無理な構成とは思われない。」として、同事件決定に反対している。

5 若干の考察

(1) 新島ミサイル事件決定や大信実業事件判決のように、科刑上一罪（牽連犯、観念的競合）又は包括一罪として起訴された事実の一部を無罪とした第1審判決につき、被告人のみが控訴を申し立てた場合、無罪とされた部分については（なお、科刑上一罪又は包括一罪の関係に立つ数個の訴因の一部の訴因について犯罪の証明がない場合には、訴因が数個であっても公訴事実は同一であるところから、主文で無罪の言渡しをすることはできず、判決の理由中でその

判断を示すことになる。最判昭32.9.24裁判集刑事120号507頁参照)、当事者間において攻防の対象から外され、控訴審が職権調査をすることができないとする点においては、上記各学説は一致している。その論拠については、新島ミサイル事件決定が詳細に述べている。

同決定は、攻防対象論の主たる根拠を、現行刑訴法が当事者主義を原則としている点に求めているといえよう。そして、同決定が、当事者主義の現われとして訴因制度を取り上げている点から見て、そこでの当事者主義の主たる内容として考えられているのは、現行法においては、審判の対象設定権が原則として検察官にあるということである。そのように考えると、攻防対象論の実質的根拠は、検察官に対して審判対象の設定権を与えた現行法の下では、検察官が原判決に対して上訴しないことによって処罰意思を放棄したと評価される部分についてまで、上訴審が自ら審理の対象として処罰すべきではないという点にあるといえよう(川出・上掲72頁)。訴因制度の下では検察官に処罰範囲の限定について裁量権が認められ、その権限内において、有罪部分の処罰のみで十分であるとし、無罪部分については不服申立ての利益が認められるにもかかわらず、あえて控訴を申し立てなかった場合に、当該部分についてまで控訴審が職権調査により有罪に変更することができるものとするれば、検察官に処罰意思がない部分についてまで裁判所が自ら処罰することになり、検察官処分権主義に反することになる(香城・上掲判例百選233頁、長沼・上掲133頁)。

そうすると、攻防対象論の適用される範囲は、検察官が訴因を構成するに当たり処分権限を有している事実に限られる。すなわち、ある1つの犯罪事実について複数の訴因構成が考えられる場合に、それらが検察官の裁量権限内であるときは(検察官は、その訴因の一部を審判の対象から除外することもできるはずである)、検察官が一方につきあえて控訴を申し立てないのであれば、その部分は攻撃防御の対象から外れたと考えられる。

攻防対象論は、科刑上一罪、包括一罪の各一部分については全面的に及ぶ。併合罪については、公訴事実の同一性の枠外に出るから、本来の攻防対象論と

は異なるが、併合罪についても、1個の判決がなされたときは、分割不可能であり、その一部のみについて上訴することは許されないから（刑訴法357条）、一部の事実のみを不服として上訴しても、上訴の効力はその全体について生じるのであって、この場合は、不服申立てのない部分は職権調査の対象外とみるべきであり、実質的には攻防対象論の適用が考えられる。

単純一罪については、①船橋交差点事件のように、両訴因の事実が両立しない関係にあつて、そのうち1つしか成立しない類型、②本位的訴因の事実が認められることによって予備的訴因の事実自体が否定される関係になく、その意味で両訴因が排斥し合う関係にない類型がある。②には、包摂関係（殺人と傷害致死）あるいは、吸収関係（公選法上の供与と交付）があるが、大小関係にある事実の縮小認定の問題ともいえよう。①の類型では、攻防の対象から外れないが、②の類型では、外れるということになる。すなわち、①の類型については、本位的訴因の犯罪事実と予備的訴因の犯罪事実は相容れない関係にあつて、いずれの訴因として構成するかは証拠によって決定され、検察官が訴因構成の裁量権限を行使する余地はないのであって、このように両訴因が非両立の関係にある場合には、攻防対象論の適用がないというべきである。これが上記3(2)の多数説である。

(2) 上記のとおり、攻撃防御の対象から外れないとする説（以下「攻防対象内説」ともいう。）は、船橋交差点事件のような場合、本位的訴因と予備的訴因は非両立の関係にあり、検察官が訴因構成の裁量権限を行使する余地のない事例であるから、検察官が本位的訴因を排斥して予備的訴因どおりの犯罪事実を認定した第1審判決に対し控訴を申し立てないのは、予備的訴因につき有罪であれば、あえて本位的訴因で処罰を求めなくてもよいという意味であつて、予備的訴因が成立しない場合にまで本位的訴因による処罰を断念する意思であるとみるのは不自然であり、控訴審裁判所において、予備的訴因どおりの犯罪事実を認定した第1審判決は事実誤認であると判断した場合に、本位的訴因について職権調査ができると解するのが当事者主義に合致するとするのである。

これに対し、攻撃防御の対象から外れるとする攻防対象外説は、例えば、本位的訴因が窃盗、予備的訴因が詐欺という両訴因が両立しない事案においても、予備的訴因の詐欺を認定した第1審判決に対し被告人のみが控訴した場合、検察官は、控訴申立てができるにもかかわらず控訴を申し立てなかった以上、本位的訴因の窃盗について訴訟追行を放棄したものとみなすことができるから、本位的訴因は攻撃防御の対象から外れるとする。

しかし、攻防対象外説を採ると、控訴審において、被告人が、窃盗の事実を自白してそれに沿う証拠を提出した場合には、詐欺は認められず、さりとて窃盗は攻防の対象から外れている結果、被告人は無罪となると思われるが、そのような結論の妥当性は疑問である。検察官としては、窃盗と詐欺のいずれかについて有罪であればいいという考えで控訴しなかったのに、窃盗についての審理を受けないまま全面的に無罪となるのは、承服できないところであろう。窃盗と詐欺とは大小の関係ではなく、いずれか一方しか成立しない関係にある。このような場合、窃盗で起訴するか詐欺で起訴するかは証拠関係によって決定されるのであって、検察官は、窃盗の嫌疑があるのに詐欺で起訴することは許されないであろう。そうすると、予備的訴因の詐欺を認定した第1審判決に対し被告人のみが控訴したとしても、訴因構成の裁量権限が自由に働く場面ではないから、本位的訴因の窃盗は攻撃防御の対象から外れないとするのが合理的であろう（山田・上掲126頁）。

換言すれば、非両立の関係に立つ本位的訴因と予備的訴因の場合には、裁判所の判断順序に定めがあったに過ぎず、その実質において択一的な処罰を求めている以上、予備的訴因が否定された場合にまで本位的訴因による審判請求を検察官が放棄しているとはいえないと思われるのである（長沼・上掲133頁）。

(3) 攻防対象外説の論拠として、控訴審裁判所は、予備的訴因が認められない場合、本位的訴因の成否について検討することなく、破棄自判して無罪を言い渡すこともできるのであって、本位的訴因について判断を受ける機会がもともと検察官に保障されていないことを挙げるものがある（後藤・上掲191頁）。

しかし、この論拠は、検察官が本位的訴因については処罰を断念したとみることが前提となっはじめて妥当する。問題はそういえるかどうかである。検察官が本位的訴因について処罰を断念したとはいえず、本位的訴因が攻撃防御の対象から外れていなければ、控訴審が予備的訴因について無罪と考えて自判するときは、改めて本位的訴因の成否について審理すべきであると思われる（山田・上掲127頁）。

また、本位的訴因と予備的訴因がいわば大小の関係にある、例えば、本位的訴因が殺人、予備的訴因が傷害致死である場合に、傷害致死を認定した第1審判決に対し被告人のみが控訴を申し立てたとき、攻防対象内説では控訴審は殺人を認定できることになって事態は深刻になるという、攻防対象外説からの批判がある（能勢・上掲225頁）。

しかし、殺人の訴因は黙示的に傷害致死の予備的訴因を包含している（包摂関係、大小関係）と解されるので、明示的に傷害致死の予備的訴因を追加するのは実際的ではない。実際の裁判実務においても、殺人の訴因に対し傷害致死を認定する場合には、審判対象の画定及び被告人の防御権の保障という訴因の機能からしても（最決平13.4.11刑集55巻3号127頁参照）、訴因変更手続を要することなく、縮小認定として傷害致死の事実が認定されているところである。この場合、殺人と傷害致死は、後者が予備的訴因として殺人の訴因に含まれるとすることもできるし、大小の関係にあり、両訴因が両立し得る場合であるから、傷害致死の認定に対し被告人のみが控訴した場合、殺人の訴因は攻防の対象から外れると考えられるのであって、訴因対象外説からの批判は当たらないであろう。

本位的訴因が殺人、予備的訴因が重過失致死のような場合（殺人の事実から殺意の点を除外すれば直ちに重過失致死になるものではなく、重過失の存在を立証する必要があるが）においても、大小関係に準じるものと考えられることはできるであって、結論は同じとなろう。

(4) 上記のとおり、攻防対象論による職権調査の制限は、併合罪、科刑上一

罪又は包括一罪の各一部分については及ぶが、単純一罪については、縮小認定の場合に限られ、両立しない事実認定を変更して有罪とする場合には及ばない。無罪の理由が事実面の場合だけでなく、法令の解釈適用の誤りによる場合も含まれる。後者の点については、大信実業事件判決が、このことを明言している。

それでは、攻防対象論の考え方はどの範囲にまで及ぶのであろうか。場合を分かって検討することにしたい。

ア 検察官のみが無罪部分を控訴で争い、被告人が控訴しない場合に、有罪部分を職権調査して無罪としたり、被告人が有罪の一部分のみを控訴で争い、検察官が控訴しない場合に、他の有罪部分を職権調査して無罪とすることは許される。その反面、検察官が控訴した場合であっても、右の範囲内の事実について争わないときは、その部分について職権調査は禁止される（仙台高判昭57.5.25高刑集35巻1号66頁は、この立場を明らかにしている）。香城・上掲233頁参照。

イ 攻防対象論の適用範囲は、検察官に処分権限のない判決部分には及ばない。したがって、判決宣告手続の無効を理由として破棄する場合には、争いのない無罪部分についても審判すべきである。香城・上掲233頁参照。

原田・上掲327頁も、攻防対象論の適用範囲についての説明として、「適法」に無罪とされたことが前提になるとしているが、それは判決宣告手続に無効事由等がないことを意味するとしている。判決宣告手続自体が無効であったり、裁判所の構成が違法であったりしたため、判決宣告手続の無効を理由として、第1審判決を破棄するのが相当であるのに、それができなくなるのは不都合であると指摘されている（香城・上掲233頁）。

この見解に立った場合、先に紹介した最判平16.2.16刑集58巻2号133頁をどのように理解するのが問題となる。

同判決は、要旨、「第1審判決が、起訴された事実を理由中で無罪とした上、同事実に含まれているとして、同事実と併合罪の関係にある事実を認定

して有罪の判決をし、それに対し被告人のみが控訴したなどの判示の訴訟経過の下では、控訴審裁判所が、刑訴法378条3号前段、後段に違反する違法があるとして第1審判決を破棄するに当たり、第1審判決の理由中で無罪とされた事実について、有罪とする余地があるものとして第1審に差し戻すことは、職権の発動の限界を超えるものであって、許されない。」としている。特異な訴訟経過をたどった事件であるが、その基底にあるものは、攻防対象論と共通しているのではないかと先に指摘したとおりである。

この点に関しては、上記の「適法に」という趣旨は、専ら第1審判決の宣告手続に無効事由等がないことを意味しているのであって、上記判例については、無罪の判断がそのような意味で、「適法」にされなかったわけではないと考えられよう（原田・上掲366頁、岩瀬徹「控訴審の破棄差職権調査の限界」平成16年度重要判例解説206頁参照）。

ウ 新島ミサイル事件の例において、逆に、科刑上一罪の関係にある甲訴因と乙訴因について、検察官が乙訴因が無罪となったのを不服として控訴し、控訴趣意で無罪部分についてのみ事実誤認を主張したが、被告人は控訴しなかった場合、裁判所は有罪となった甲訴因につき職権調査を及ぼし得るか。肯定すべきであろう。甲訴因と乙訴因が一罪の関係にあることから、必然的に、検察官の控訴は両者についての同時処罰を求めることを前提としているものと解されるから、甲訴因が控訴審の攻撃防御の対象から欠落したとか、同訴因が控訴審に移審係属していないというようなことは到底いい得ない。そして、検察官控訴のこのような場合においても、被告人に利益な方向での職権調査が可能であることは、単純一罪の事案について検察官のみが控訴した場合において、被告人に有利な方向での職権調査が可能であることと異なるところはないからである。小林・上掲254頁、結論同旨、原田・上掲362頁参照。

エ 科刑上一罪の関係にある甲訴因、乙訴因とも無罪となり、検察官が控訴し、控訴趣意で甲訴因の無罪部分についてのみ事実誤認を主張した場合、検

察官が乙訴因の無罪部分については、処罰を求める意思を表明しているとは認められないから、本来の攻防対象論が適用される場合に準じて、職権調査を及ぼすことはできないと解するのが相当である。香城・上掲233頁、小林・上掲254頁、結論同旨、原田・上掲363頁参照。

オ 甲訴因と乙訴因、又は甲公訴事実と乙公訴事実とがともに有罪とされた場合、被告人のみがその1つだけを不服として控訴したとき、控訴審が被告人において不服のない他の1つにも職権調査を及ぼし得るか。この場合においても、検察官は、両訴因又は両事実につき同時処罰を求める意思を依然表明していると解されるから、積極的に解すべきである。小林・上掲255頁、結論同旨、原田・上掲362頁参照。

カ 傷害致死の訴因で有罪となり、被告人のみが控訴し、控訴趣意で事実誤認を主張した場合に、控訴審が殺人を認定することができるか。これは、不利益事実への変更認定の許否の問題であり、どこにも無罪判断はないのであるから、本来の攻防対象論が働く場面ではない。刑訴法402条の不利益変更禁止の原則は、原判決の刑より重い刑を言い渡すことを禁止しているのであって、被告人に不利益に事実認定又は法令の適用を変更することを禁ずるものではないが、縮小認定の拘束力により職権の発動が許されないのであり、この場合は、殺人について職権調査はできないと解すると説明されている（原田・上掲364頁）。殺人と傷害致死は包摂関係・大小関係にあるが、殺人の訴因については検察官が初めからこれを掲げないものとして訴因を構成しているのであるから、検察官による訴因構成の範囲外の事実については、職権調査は及ばないと解すべきである。

キ 単純一罪の一部が認定されず、しかも、被告人のみの控訴による場合に、除外された事実について職権調査が及ぶであろうか。

(i) 上記②の類型について攻防の対象から外れるとする考え方をとれば、単純一罪の縮小認定の場合、例えば、強盗の訴因につき第1審が恐喝と認定し、被告人のみが控訴した場合、控訴審で強盗と認定することは許されな

いという結論になると考えられる。この場合、強盗と恐喝は大小の関係にあり、恐喝は、強盗の訴因に対し黙示的な予備的訴因という関係にある（山田・上掲129頁）。上記の殺人と傷害致死の関係と同じである。この場合、被告人のみの控訴が量刑不当の主張であるときも同様であり、事実認定は攻防対象から外されたという帰結になるというべきである。

- (ii) 第1審が単純一罪の犯罪事実を縮小認定したのに対し、被告人のみが控訴した場合においても、控訴審が被告人の刑責を実質的に増大させない程度の拡大認定をすることは、訴因変更手続を採らなくても許容されると思料される。例えば、窃盗における被害品の数量、傷害における負傷の程度等については、被告人の刑責を実質的に増大させない限度であれば、訴因変更を待たずに拡大認定することが許されるとするのが一般的であるが、その理は、攻防対象の場面においても応用できるはずである（山田・上掲129頁）。

被告人のみの控訴の場合には、刑訴法402条の不利益変更の禁止が働き、原判決の刑より重い刑を言い渡すことは禁じられるが、被告人の刑責を実質的に増大させる事実の拡大認定は許されないと解すべきであろう。

この点に関する2つの高裁裁判例を見てみよう。

- ① 大阪高判昭58.12.22刑裁月報15巻11=12号1210頁

事案は、法人税法違反事件で第1審判決が損金である支出の部の額を過分に計算したため、法人税法違反としては被告人に有利な総所得金額、税金の逋脱税額を認定したというものである。被告人のみが控訴し、検察官が控訴していないところ、控訴審は、「事実問題については当事者主義が機能し、検察官が請求した訴因の範囲内で当事者が立証の責務を負い、第1審における当事者双方の攻防を通じて実体形成された結果が原判決に結実する建前であるから、原判決に対して検察官から不服申立がなかったときは、検察官は訴追を原判示の認定事実の範囲にとどめ、それを超えて被告人に不利益な事実認定を求めることを放棄したものといえるし、職権調

査は、事実問題に関しては不服申立者ことに被告人に対して後見的なものであるべきであるから、原判示認定の範囲を超えて被告人に不利益な方向での職権調査をし、原判決よりも被告人に不利益な事実について判断をしてそのこと故をもって事実誤認ありとして原判決を破棄することは許されないというべきである。本件において職権調査により原判示認定の各総所得金額、遁脱法人税額を超えて被告人に不利益な事実判断をして原判決を破棄することはできない。」と判示した。

② 東京高判平15.10.16高刑集56巻4号1頁、判例時報1859号158頁

事案は、公訴事実の要旨が、被告人が実妹に対し、その顔面を手拳で数回殴打し、馬乗りになって頸部に右腕を巻き付け首を絞めるなどの暴行を加えて、加療約3週間を要する傷害を負わせたというものであったところ、第1審判決が、顔面の殴打行為は1回のみと認定し、被害者の首を絞めた事実は認定せず、傷害の内容についてもごく一部縮小認定をしたというものである。これに対して、被告人のみが控訴したところ、控訴審は、職権調査の上、原判決を事実誤認で破棄して公訴事実のとおり的事实を認定した。

上記判決は、「第1に、本件においては、単純一罪である傷害につき、原判決が公訴事実の一部を除外して縮小認定したのに対し、当裁判所は公訴事実と同旨的事实を認定できるとするものである。第2に、本件的事实関係の下においては、暴行の態様と傷害の結果はまさしく不可分であって、原判決が認定した暴行のみでは原判決が認定した傷害の結果の多くを説明できないのみならず（この点は、弁護人が控訴趣意で指摘するとおりである。）、公訴事実のとおり的事实を認定すれば原判決が認定から除外した傷害の事実も当然に認定できることになるのである。第3に、原判決による、傷害の結果についての縮小認定は、傷病名や要加療日数の事実摘示の表現にも反映しない程度のものであり、しかも、原判決のように縮小認定すれば、要加療日数を正確に認定することが困難になるのである。換言

すれば、原判決が除外した傷害を加えて初めて、原判決の加療日数が正確なものといえるのである。第4に、検察官としては、本件は兄妹間の重大とまではいえない傷害事件であるところ、原判決も、事実摘示としては、公訴事実とほぼ同様の傷害を認定し、これを被告人の暴行によるものと認めて、被告人を罰金12万円（求刑同20万円）に処したのであるから、その犯罪事実の認定や量刑に若干の不満を覚えたとしても、この判決がそのまま確定するのであれば構わないと判断して、控訴の申立てには及ばなかったものと思われるところ、そのような判断は本件事案にかんがみ首肯し得るものである。第5に、当審において、検察官は、公訴事実のとおり的事实を認めるのが相当であるとして、職権調査を促しており、当裁判所の上記のような判断も被告人にとって不意打ちにはならない。このような諸点にかんがみると、本件のような場合には、職権調査の結果、上記のような理由により原判決を破棄することは許されると解するのが相当である。」と判示した。

上記大阪高裁判決については、被告人のみが控訴した場合に第1審判決の縮小認定した逋脱法人税額以上に控訴審が職権で認定をすることは許されないとしているが、②の類型について攻撃防御の対象から外れるとする考え方からすれば首肯されるであろう（なお、岩瀬・上掲392頁は、上記大阪高判について、控訴審は、事実誤認を理由に破棄すべきではないといえようが、破棄しない根拠を判旨のいうように攻防対象論に求めるのが良いかについてはなお問題がある、計算違いのため間違っただけで認定から除外された事実が存在することを指摘することが、職権調査の限界を超えることになるということには疑問があるからである、と指摘している。）。

上記東京高裁判決については、原判決の事実誤認を真正面から認めなければ、控訴趣意に矛盾なく応えられない場合で、やむなく職権調査を及ぼし、破棄に踏み切ったものと思われるのであって、その意味でこの裁判例は、控訴審において拡大認定が許される一般的基準を示したものではな

く、例外的事案というべきであろう。岩瀬・上掲392頁参照。

6 おわりに

(1) 今回の最高裁決定の事案は、船橋交差点事件と異なり、本位的訴因と予備的訴因が両立する関係にある。本位的訴因である賭博開張図利の共同正犯と、予備的訴因である同罪の幫助犯は大小の関係にあり、前者の訴因に後者の訴因が包摂される関係にあるから、本位的訴因を否定し予備的訴因を認めた第1審判決に対して検察官が控訴の申立てをしなかった場合には、検察官は、その時点で本位的訴因である賭博開張図利の共同正犯の訴因につき訴訟追行を断念したとみるべきであって、本位的訴因は原審当時既に当事者間において攻防の対象から外されていたものと解した本決定の結論は、上記の多数説からは是認できると思われる。

判例時報2185号152頁には、次のようなコメントの記載があり、適切な指摘といえよう。

本決定は、単純一罪の訴因に関しても攻防対象論の適用の余地を認めた初めての判断といえようが、その説示をみると、船橋交差点事件決定と同様に、第1審判決に対して検察官が控訴の申立てをしなかった時点で、検察官が本位的訴因の訴訟追行を断念したとみるべきかどうかという観点から同理論の適用の有無を判断しており、このあたりに最高裁の考え方が表れているように思われる。結論は、船橋交差点事件と異にしているが、これは、同事件が、過失の態様についての証拠関係上本位的訴因と予備的訴因が構成された事案であり、被告人に過失があるとする点では検察官の主張が両訴因につき一貫していて、予備的訴因を認定した第1審判決に対して検察官が控訴しなかったからといって、検察官が本位的訴因の訴訟追行を断念したとみる余地がなかったのに対し、本件の場合、賭博開張図利の共同正犯で起訴するか、幫助犯で起訴するかは検察官の裁量が働く問題であって、法定刑の重い共同正犯の訴因を排斥した第1審判決に対して検察官が控訴しなかった以上、検察官が本位的につき訴訟

追行を断念したとみるほかないと解したからではないかと思われる。このように、検察官の訴因構成についての裁量権限や処罰意思に着目してり攻防対象論の適用の有無を判断すべきと提唱する学説として、前掲川出論文、長沼論文などがある。

なお、本決定の判示内容からして、本決定は、本位的訴因を否定し、予備的訴因を認めた第1審判決に対し、検察官がそれを理由として控訴の申立てができるという考え方を前提としていると思われる。検察官の控訴の利益に関し、予備的訴因が認められた以上、検察官に控訴の利益はないとする見解（荒木伸怡「上訴の利益」刑事訴訟法判例百選〔第3版〕221頁）や、裁判所の訴因変更命令によって予備的訴因を追加請求した場合に限って検察官は控訴できるとする見解（団藤重光・新刑事訴訟法綱要〔第7訂版〕201頁など、東京高判昭43.4.9判例時報523号87頁）は採用していないと解される。

以上のとおり、本決定は、これまで実質数罪の事案に限って認められていた攻防対象論について、単純一罪の事案であってもその適用が認められる場合があることを示したものと解され、学説や高裁レベルの判例で見解が分かっていた攻防対象論の適用範囲の問題につき新たな一事例を追加したのものとして参考価値が高いと思われる。

(2) 次に、裁判員裁判と控訴審の在り方の見地から、若干、攻防対象論について検討することにした。裁判員の加わった第1審の判決に対する控訴審の審査の基本的な姿勢として、「あくまで裁判員の加わってなされた第1審の裁判を尊重するという意味から、事後審であるという控訴審本来の趣旨を運用上より徹底させることが望ましい。」といわれている（司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会における「考えられる裁判員制度の概要について」と題する井上正仁座長作成のもの。井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」ジュリスト1257号133頁）。

司法研修所編（研究員大澤裕外3名）「裁判員裁判における第1審の判決書及び控訴審の在り方」（司法研究報告書第61輯2号）96頁以下においても、「第

1 審の判断は裁判員と職業裁判官とで協働して行われるものとなり、その判断には、国民の視点、感覚、健全な社会常識などが反映されることになる。そして、そのことによって司法への信頼が高まることなどが正に裁判員制度導入の意義であり、控訴審としては、こうした国民の視点、感覚、健全な社会常識などが反映された結果をできる限り尊重しつつ審査に当たる必要がある。」「今後、第1 審では、裁判所が自ら積極的に『事案の真相は何か』を追求するのではなく、立証活動の集大成である論告において提示される検察官の主張を弁論において提示される弁護人の主張を踏まえつつ評価・検討し、検察官の主張する事実が合理的な疑いをいれない程度にまで立証されているかどうかを判断するという立場にその重点を移していくべきものとする。第1 審がそのような立場をとる以上、その判断を事後的に審査する控訴審も、原則として、第1 審の判決が弁護人の主張を踏まえた検察官の主張の評価として合理的なものであるかどうかについて判断すれば足りるのであり、それを超えて、独自に『事案の真相は何か』を追求するという姿勢をとるべきではないといえよう。」「裁判員裁判においては、第1 審における当事者主義の徹底が重要であるが、控訴審においても、この第1 審が目指す審理のモデルを十分意識しつつ審査に臨むことが肝要である。」と指摘されているところである。

酒巻匡「裁判員制度のために何が求められているのか」法律のひろば59巻10号7頁も、一般国民を含む裁判体によって行われる刑事裁判の目的と内容に関し、「当事者追行主義と弾劾主義の本則に立ち返れば、それ（証拠に基づいて認定されるべき『事実』）は、全面的挙証責任を負う検察官が設定し主張する具体的な犯罪事実と量刑判断に資する事実であるという点を強く意識する必要があると思われる。刑事裁判の目標は、検察官の主張する『証明予定事実』ひいては『冒頭陳述』により呈示される事実が合理的な疑いを超えて証明できているか否かという点に収斂され、関係者の活動もこの一点をめぐる攻防に純化されるべきであろう。」と指摘し、裁判員裁判における当事者主義の徹底を主張しているのである。

このように裁判員裁判においては当事者主義の徹底が強く要請されるところからすると、現行刑訴法における当事者主義的訴訟構造にその論拠をもつ攻防対象論は、上訴審の職権調査の場面において、その適用される範囲が広がるように思われる。