

# 控訴審における職権調査

——攻防対象論の適用範囲——

- 一 はじめに
- 二 控訴審の基礎理論
- 三 攻防対象論の理論的根拠
- 四 攻防対象論の適用範囲
  - 1 新島ミサイル事件決定の検討
  - 2 攻防対象論の適用範囲の検討
    - (1) 非両立の類型
    - (2) 両立する類型

控訴審における職権調査（関）

四〇五（六三七）

関  
正  
晴

(3) 同一構成要件内の事実の縮小認定

五 結びに代えて

## 一 はじめに

刑訴法は、控訴審における職権調査の範囲について、控訴趣意書を中心に原判決の当否を判断するとしているが（三九二条一項）、その例外として適正な裁判の維持のために控訴理由に対する職権調査権を控訴審裁判所に認めている（同条二項）。この権限の行使範囲については規定の文言上限定がないため理解が分かれていたが、控訴審の審理手続に当事者主義の理念が定着するにしたがい限定的に解する見解が有力となっている<sup>(1)</sup>。他方で、昭和四〇年代までに、最高裁判所が訴因に対し当事者主義を一貫させて裁判所の介入を控える運用を明確にしたことと対応して、この権限行使の限界と控訴審の審判範囲が関連して論じられるようになった。とりわけ新島ミサイル事件の最高裁大法廷決定（昭和四六年三月二四日刑集二五卷二号二九三頁、以下「新島ミサイル事件決定」という。）は、控訴審では、当事者が原判決のうち不服を申し立てていない一定部分は攻防対象から外れ職権調査を及ぼしえないとする、「攻防対象論」と呼ばれる新たな理論を示した。そこでは、検察官が起訴した牽連犯ないし包括一罪の一部を有罪、その余を無罪とした第一審判決に対して、被告人のみが控訴した事案について、控訴審に一罪が全体として移審するが、従来とは異なる<sup>(4)</sup>無罪部分は被告人に不服申立ての利益がなく検察官の控訴申立てもないから当事者間において攻防の対象から外れるとして、この権限の行使が当事者主義を基本に審判対象の理解の限定されることを明らかにした。その後、この理論は実務に定着しており、検察官が判決の無罪部分に対し控訴しなかったことを重視して、それを検察官の処

罰意思の放棄と評価することに根拠を求める理解が一般的となっている。

現在、同理論については適用範囲の理解に関心が移っていて、特に単純一罪を構成する事案に対する適用の有無が問題とされている。この点、船橋交差点事件の最高裁第一小法廷決定（平成元年五月一日刑集四三巻五号三三三頁、以下「船橋交差点事件決定」という。）は、同一交通事故の過失の態様に関して本位的訴因と予備的訴因が構成され、被告人のみが予備的訴因で有罪とした第一審判決に控訴した事案について、「検察官が本位的訴因の訴訟追行を断念したとはいえず、攻撃防御の対象から外れたとみる余地はない。」としている。その後、平成二五年三月五日最高裁第一小法廷決定（刑集六七巻三二六七頁）は、賭博開帳凶利罪の共同正犯の本位的訴因を否定し、同罪の幫助犯の予備的訴因を認定した第一審判決に対して、被告人のみが控訴した事案について、「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る。」としている。このように、最高裁は、同理論の適用について、本位的訴因と予備的訴因という構成がとられ後者で有罪とされた点で共通する二つの事案について異なる判断を示している。そのため、両者の判断理由を分析して同理論の適用基準を明らかにする必要があるが生じている。また、近年では、同理論について、「二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ふ原則の例外にすぎない場合についての理論付けがむしろ一般化し、その適用範囲が肥大化している<sup>5)</sup>」との指摘もあり、他方で、最高裁は、裁判員裁判によって第一審判決がなされた事案に関して、（そのこと自体を判決理由としては挙げずに）控訴審での事実誤認の審査方法は、「証拠の信用性評価や総合判断が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかという観点から行う」とする事後審性を徹底する方向の判断を示しているので（最高裁第一小法廷平成二四年二月一三日判決

刑集第六六卷四号四八二頁)、この判断の關係でも同理論の適用範囲を検討する必要が生じている。そこで、本稿では、同理論の適用が主に問題となる控訴審について、その目的・性質・構造等の基礎理論を検討し、新島ミサイル事件決定が示した判断枠組みの理論的根拠を分析した上で、その適用範囲を検討することとする。

## 二 控訴審の基礎理論

1 「攻防対象論」の検討の前提として、控訴審の目的・基本原理・構造等の基礎理論を概観しよう。現行法の控訴審は、原審の用いた証拠のみによって原判決時を基準に原判決の当否を審査する事後審制を採用している<sup>(6)</sup>。その採用の理由は、第一審の審理方式が直接主義・口頭主義を徹底し証人尋問に重点をおく手続に改められたことから、これを控訴審で繰返すことは実益に乏しく第一審軽視等の弊害のおそれがあることを考慮し、また、憲法違反と判例違反を最終審として審査する最高裁判所の法律審としての負担過重を防ぐために、<sup>(7)</sup> これをも控訴審が担当することになったことから事実審としての役割の負担軽減をはかる必要があったこと等である。この制度設計や事後審制の採用理由も反映して、控訴審は事実審と法律審の性格を併せ持っている。このため控訴審の目的には、控訴理由として、①法令適用の誤り、②訴訟手続の法令違反、③事実誤認、④量刑不当が法定されている(刑訴二七七ないし至三八三条)ことが示すように、法令解釈の統一と具体的事件の当事者の救済、特に被告人の救済が含まれている。この目的の理解については、事後審は伝統的に法律審とするのが理論的に一貫するとし、その目的は法令解釈の統一という国家目的に向けられていて、被告人の具体的救済は副次的・第二次的な機能にすぎない<sup>(8)</sup>とする見解もあった。しかし、控訴審の主目的は、現在、一般的に理解されているように、事件の当事者、とりわけ被告人の救済にあるべきであ

る。最高裁判所に対する上告理由は憲法違反と判例違反に限定されており事実審としては控訴審が最終審であるのでその具体的事件の救済機能は重要となり、<sup>9)</sup> また、控訴申立ては事実誤認及び量刑不当を理由に大部分が被告人によつてなされていることから、当事者の救済、とりわけ被告人を救済する目的を重視せざるを得ないからである。<sup>10)</sup>

2 このように控訴審の目的が複合的であることから、その審理手続の基本原理についての当事者主義と職権主義との関係は画一的な理解が難しい面もある。しかし、控訴審では、第一審と同じく当事者主義が基本とされ、<sup>11)</sup> 職権主義は補充的に機能すると理解すべきである(最高裁昭和四六年三月二四日決定刑集二五卷二号二九三頁参照)。それは、当事者主義を基本とする第一審と同様に理解して訴訟手続全体の調和を図る必要があるとともに、控訴審では、申立人は控訴理由を明らかにした控訴趣意書を提出して弁論をし(三七六条・二八九条)、相手方は答弁書を提出して公判期日に弁論する必要がある(三八九条、規則二四三条)など、手続の主体的地位が当事者に保障されているからである。但し、その場合でも、控訴審では、第一審と比して職権主義の補充の程度は高いと理解すべきである。<sup>12)</sup> なぜなら、上訴審としての控訴審は、第一審の訴訟過程を批判する任務を負っており、また、国家機関の公的判断である原判決の過誤を是正することは、当事者の主張がなくても顧慮されるべき公益的要請であるからである。<sup>13)</sup>

3 現行法の控訴審については、控訴裁判所が、「原審の用いた証拠」を基礎に「原裁判時」を基準に審査することを本質要素とする事後審であると理解されている。その場合の事実誤認の審査方法については、原判決の判断過程(又は結論)に経験法則・論理法則違反があることとする経験法則・論理法則違反説<sup>14)</sup>と、事実認定についての控訴審の心証と原判決のそれを比較し、それに不一致がある場合に控訴審の心証を優先させるとする心証優先説<sup>15)</sup>が対立しているが、事実誤認の審査は、前者に拠つて第一審判決が行つた証拠の信用性評価や総合判断が経験法則、論理法則等に

照らして合理的といえるかの観点から行うべきである。それは、①原審記録および原審で取調べた証拠のみに依拠して原判決の判断過程を検討する控訴審の事後審性に適合するし、②第一審では直接主義・口頭主義が採られていて、そこで証人尋問が行われた場合には証人の供述態度も証拠となり信用性の判断資料となるが、この点を必ずしも反映していないため控訴審が書面審査によつて獲得する心証は価値において第一審で直接に審理にあたった裁判官が形成した心証に一般に劣ると考えられるからである（最高裁第一小法廷平成二四年二月一三日判決刑集第六六卷四号四八二頁参照）。この理解によると、控訴審は積極的に自己が心証形成するのではなく、一步退いた立場から原判決を吟味することになり事実認定に介入する可能性が減るとされている。したがって、控訴審では、裁判所が積極的に職権調査をして事実認定を行う姿勢をとるべきでないといえよう。

以上のように、控訴審では、①その主たる目的は、当事者、とりわけ被告人の救済にあり、②第一審と同様に当事者主義が基本とされるが、上訴審としての控訴審には第一審の誤りの是正が期待されることから職権主義による補充の余地は大きくなる。③その事実誤認の審査では、経験法則・論理法則違反説に立って、裁判所は積極的な事実認定への介入を差し控えることが要請される。これらは、攻防対象論の適用範囲の検討に際して考慮する必要がある大きい控訴審の特質といえよう。

### 三 攻防対象論の理論的根拠

1 新島ミサイル事件決定が示した攻防対象論についての理論的説明には多様なものがあるが、この点を同理論の適用範囲を明らかにするために検討しよう。

同決定は、同理論の根拠に関して、「現行刑訴法においては、いわゆる当事者主義が基本原則とされ、職権主義はその補充的、後見的なものとされているのである。……この訴因につき、当事者の攻撃防禦をなさしめるものとして、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ちを防止し、当事者の公正な訴訟活動に期待した第一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ている。……その事後審査も当事者の申し立てた控訴趣意を中心としてこれをなすのが建前であつて、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。」とした上で、「右のうち無罪とされた部分については、被告人からの不服を申し立てる利益がなく、検察官からの控訴申立てもないのであるから、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ことができ。」と判示している。

ここで、同理論の根拠に関する部分を摘記すると、第一審判決が無罪部分を含むことを前提に、(i)控訴審でも当事者主義が基本とされる、(ii)控訴審は第一審判決に事後的審査をする事後審である、(iii)被告人に不服申立ての利益がない、(iv)検察官が控訴を申し立てていないことである。学説は、これらを中心に根拠を検討してきたが、その代表的見解には、①控訴申立ての際にそもそも無罪部分は確定し移審しないとする見解<sup>18</sup>、②無罪部分も移審するが相対的に確定し審理できないとして一部確定力を認める見解<sup>19</sup>、後述する③職権調査権に対する制約の観点によつて説明する立場<sup>20</sup>がある。このうち①の見解は、一罪の一部にのみ一事不再理効が生じるという問題が、②の見解は、判決宣告手続や裁判所の構成に違法があり破棄すべき場合にも確定力を認めるといふ問題が含まれていて、既に確立している従来の訴訟手続の理論に抵触する特殊な内容を含んでいる<sup>21</sup>だけでなく、同決定の判断内容と大きく乖離するので判例理論として形成された同理論の根拠とはなりえない。そこで、無罪部分に移審効を認めつつ職権調査権に対する制約を認め

る立場からその根拠を検討しよう。

2(1) 職権調査権に対する制約の観点から根拠付ける立場には、控訴審で当事者主義を基本とし人権保障を重視する現行法の下では、「職権による調査は主として被告人の利益のために後見的な立場から行われるべきで、…職権調査による事実認定（無罪の判断を含む）を被告人の不利益に変更する方向の判断に基づいて原判決を破棄することは許されない。」とする見解がある<sup>(22)</sup>。確かに、憲法の人権保障規定を受けて刑事訴訟は当事者主義を基本に相対的真實の発見を目的とする手続と理解されており、裁判所は公平性維持の観点から事案の真相解明に積極的役割を果たすことを控える運用が定着している<sup>(23)</sup>ので、この観点から職権調査を制限する方向性は一般的に支持できよう。また、この立場には、裁判所が当事者主義を基本に後見的な役割をはたすことを前提に、「被告人が主張することの本来許されない不利益な事項を裁判所が代わってとりあげるべきではない。」として、上訴の利益との関係で職権調査は制限されるとする見解もある<sup>(24)</sup>。確かに、この見解によるならば、無罪部分を調査しえないという同理論の結論を説明できる。しかし、この見解による職権調査の範囲の判断基準には限定性がないことから、例えば判決に影響をおよぼす法令違反が判決自体から明らかである場合にもその誤りを是正できない事態を生じることになり法令解釈の統一<sup>(25)</sup>という控訴審の役割を果たせない等の問題があるので、その根拠付けは不適切である。したがって、同理論は、当事者主義と被告人救済の理念を基礎とすると理解すべきであるが、より具体的に職権調査の範囲の判断基準を示すことができる根拠を必要とするといえよう。

(2) この点を示す見解を検討すると、まず、事後審である控訴審でも当事者主義を基本とした上で、「職権調査は、控訴趣意書を中心として形成された争点と、その争点とされた事項のみに限定されないとしても、その調査

に付随し、かつ併行してなされるといふ点に限界を有する」として、同理論を説明する見解もある<sup>(26)</sup>。しかし、控訴審で事実誤認が問題とされる事実とその他の事実は有機的に関連しており、原審の記録により争点を中心に調査すると自ずと他の事実の問題点も判明する場合も多いので、争点を基準にして同理論を説明すると被告人の控訴理由の不足を補うという職権調査に期待された機能を果たせず、また、明白な法令の解釈、適用の誤りを是正できないという不合理な結果が生じることもある<sup>(27)</sup>。むしろ同理論は争点形成の以前の問題として、控訴審の審判対象という物的範囲の次元で根拠付けて職権調査の範囲の判断基準を明確にすべきである<sup>(28)</sup>。

そこで、同理論は、検察官が無罪部分に控訴を申立てていないことを分析して根拠付けるべきである。この観点に立つ見解には、検察官が、訴訟追行を放棄したと見做し得る部分については職権調査が許されないとする見解<sup>(29)</sup>と、控訴申立てをしなかった無罪部分に関しては訴追意思・処罰意思を失ったとして職権調査は許されないとする見解<sup>(30)</sup>がある。前者は、現行法の控訴審を、「申立人が控訴の理由を主張する責任を負い、審査の範囲が原則として申立人の主張した点に限定される上訴審を意味する事後審で当事者主義の訴訟構造に適合した控訴審の形態である<sup>(31)</sup>」と理解した上で、検察官が無罪部分を控訴しなかったことから訴追意思がないと推定し、訴因が黙示的に撤回され検察官の訴訟追行が放棄された場合として説明している<sup>(32)</sup>。また、後者は、「訴因制度は、検察官に処罰意思がない事実について、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処分権主義を認めた制度である<sup>(33)</sup>」という、訴因制度と検察官処分権主義を基礎に検察官の訴訟追行行為の観点から説明するものである。

思うに、両者は、同理論を控訴審でも当事者主義が基本とされるとした上で、検察官の処罰請求が放棄された場合

として根拠づける点で親和性があるが、その適用の有無を判断する基準は比較的明確である。そこで、検察官が訴因を単位として訴追対象を決定する処分権限をもっていることを前提に、検察官が無罪部分に控訴を申立てていないことについて訴追意思の有無を具体的に検討して職権調査の許否を判断すべきで、その適用の有無は訴因を単位・基準にした検察官の実質的な訴追意思が認められるか否かによって判断すべきである。

#### 四 攻防対象論の適用範囲

##### 1 新島ミサイル事件決定の検討

新島ミサイル事件決定は、牽連犯ないし包括一罪の事案について、第一審判決の有罪部分と無罪部分とは、「それぞれ一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」ことを指摘して、攻防対象論の適用には、無罪部分の構成事実が有罪部分に対して独立性と可分性が必要であることを示した。ここで示された要件は、単一犯罪を構成する事実についての一部起訴の許否とも関連するが、学説の多くは、検察官設定の訴因に審判対象を限定する拘束力を認める現行法の下では真実の発見も一定の限度で断念せざるをえない、また、結合犯のように単一犯罪であってもその種類によって程度の差があっても事実を分割することが可能な場合もあるとしてこれを認めている。しかし、その場合でも積極的に一部起訴を認めるかについては、実体的真実発見の要請に反し好ましくないが訴因の拘束力との関係で認めざるをえないとする消極的な見解もある<sup>37</sup>。しかし、現行法では、検察官に不起訴裁量権が認められているので起訴の場合に限って実体的真実を貫く必然性はなく、訴因の拘束力は不処罰方向の処分を内在する検察官の裁量権を反映するので、これを積極的に認めるべきである<sup>38</sup>。その際に一部起訴を認める最小限度の要件と

しては、検察官の訴追決定の単位は訴因であることから、犯罪事実を分割しても各部分が一個の構成要件を充足し別個の訴因を構成する事実が存在することが要求されている。<sup>39)</sup>これを攻防対象論の適用要件は反映するものと理解できよう。

## 2 攻防対象論の適用範囲の検討

同理論の適用範囲を検討すると、単純一罪の事案について船橋交差点事件決定後は、本位的訴因と予備的訴因について、①犯罪事実全部を証明できないが別の犯罪事実を証明できる非両立の関係と、②犯罪事実の一部を証明できないが、それが排他的ではなく共に成立する吸収関係、大小関係（包摂関係）に分けて論じられているので、各々について検討しよう。

### (1) 非両立の類型

船橋交差点事件決定は、同一被害者に対する交通事故の過失の態様が問題とされた非両立の類型について、本位的訴因と予備的訴因が構成され、第一審が予備的訴因に沿う事実を認定したのに対して被告人のみが控訴したところ、本位的訴因を認めなかった無罪部分に職権調査が許されるかが問題とされた事案であるが、「予備的訴因に沿う事実を認定した第一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御の対象から外れたとみる余地はない。」と判示している。この結論を多くの学説は支持しているが、その代表的見解は、検察官が本位的訴因の成立を否定した原判決に対し上訴しなかったとしても、それは予備的訴因の認定を通じてでも想定した事実が処罰されたからで、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はいえないことを理由として支持して

いる。これに対して、検察官が控訴を申立てなかった以上、本位的訴因の訴訟追行を放棄したとみなせるとして同理論の適用を肯定する見解もある<sup>(42)</sup>。その論拠は、現行法が控訴審に採用した事後審は、審査範囲を原則として申立人の主張した点に限定する当事者主義訴訟構造に適合した形態であるとの理解を前提に、<sup>(43)</sup> 検察官が主張を放棄した事実について裁判所が有罪の認定をすべきではないという控訴審における当事者主義の表現としての事後審制から攻防対象論を根拠付けて、<sup>(44)</sup> 検察官が本位的訴因について控訴しないことから訴追意思が放棄されたと理解するものである。思うに、両者は、検察官が、本位的訴因（無罪部分）について控訴しなかったことを訴追意思の放棄と評価できるかの点で相違し、後者は検察官の犯罪事実の主張である訴因ごとに訴追意思を検討している。しかし、ここでは、訴因の予備的・択一的記載制度に遡って検討すべきである<sup>(45)</sup>。同制度の趣旨は、検察官が捜査で収集した証拠によっても、被告人の行った犯罪事実がいかなる構成要件に該当するかについて確定的な心証を形成できない場合などに、一個の犯罪事実を数個の訴因に構成して、そのうちのいずれかの認定でよいとする訴追方式を認めて、検察官と裁判所との判断の齟齬から本来有罪の被告人が無罪となる不都合を防ぐことにある<sup>(46)</sup>。とするならば、検察官の訴追意思については、いずれかの訴因が認められるならば特段の事情のないかぎりそれをもって満足する主張と理解するのが相当であり、有罪と認められた訴因に不服が申し立てられている以上、その訴因とともに、認められなかった訴因の主張をも維持しているとみなすのが合理的であるといえよう<sup>(47)</sup>。したがって、この類型に対しては同理論の適用は否定すべきである。

## (2) 両立する類型

本位的訴因と予備的訴因を構成する事実が両立する吸収関係と包摂関係について、後者の訴因が認定される場合は、

大の犯罪事実で構成された訴因が含んでいる訴因を認定する縮小認定と同様に評価できるので、以下では起訴された訴因を構成する犯罪事実に大小関係がある場合と共通に検討しよう。

① 両訴因の事実が吸収関係にある場合は、(i) 殺人罪の予備・未遂・既遂、(ii) 収賄罪における賄賂の要求・約束・收受、(iii) 公職選挙法上の金銭等の交付罪・供与罪などの発展犯の場合である。これらは、問題となる各行為が外形上複数の構成要件に該当する結果を発生させているが、軽い罪の法益侵害<sup>48</sup> 違法性が軽微であるため包括して重い罪一罪で処断する包括的一罪に属する。この包括的一罪では、数個の犯罪結果についての事実がそれぞれ構成要件に該当し独立した訴因を構成できるので、第一審が本位的訴因を排斥して予備的訴因で有罪とし被告人のみが控訴した場合には、前者の無罪部分について攻防対象論の適用が認められるといえよう。この場合は、第一審が重い犯罪事実を認定せずに軽い犯罪事実を認定した場合にあたり、各々の事実が構成要件に該当し独立性・可分性を有する訴因を構成するにもかかわらず、検察官が前者の無罪とされた訴因について控訴しなかった以上、第一審の認定事実と量刑判断を是認し訴追意思を放棄したと評価できるからである。

② 検察官が起訴した犯罪事実と第一審が認定した犯罪事実が包摂関係にある場合を検討しよう。

#### (i) 学説の検討

この類型では、第一審が殺人の訴因に対して傷害致死、強盗の訴因に対して恐喝や窃盗、暴行を認定した場合等について同理論の適用が問題となり、①各々の犯罪事実が独立した訴因を構成し判決に無罪部分が存在するか、②検察官の不控訴が無罪部分に対する訴追意思の放棄と評価できるかが問題となる。適用を肯定する見解は、例えば、殺人の訴因につき第一審が傷害致死を認定し被告人のみが控訴したという縮小認定のケースでは、控訴審は改めて職権調

査を行つて大の部分である事実を認定できないとする<sup>(49)</sup>。その論拠は、両者の犯罪事実は量的に大小関係にあり各々が独立した訴因を構成できることから、このことを考慮すると、①大の部分について無罪判断があるものとして例外に準じて扱える余地があること<sup>(50)</sup>、②検察官が、違法性・責任の程度に差があり量刑も異なると予想される犯罪事実について控訴しなかつた以上、無罪部分に対する処罰意思を放棄したものと考えられること等である<sup>(51)</sup>。これに対して、包摂関係では、一方の構成要件が他方を包摂する法条競合の関係にあり犯罪事実は一つで非両立の関係にあるとみることも可能であること<sup>(52)</sup>、また、(殺人罪と傷害致死罪の例で) 殺意が認定できない場合には、単純一罪の一部の認定しかなないことを意味し、独立した無罪部分はないとして、その適用を否定する見解もある<sup>(53)</sup>。

検討をすると、後者の見解は、包摂関係は法条競合の一類型にあたり犯罪事実は一つであるとの理解を基本にしてゐる。確かに、この理解によるならば無罪部分に独立性・可分性は認められない。しかし、法条競合による一罪性は、一個の刑罰法規が一回適用されることによって得られるもので単純一罪にほかならないが、そこでは一般の単純一罪の場合と同じく複数の行為が存在する場合がある<sup>(54)</sup>。とするならば、法条競合はある事実が複数の構成要件に該当し法規相互の論理的な関係により一方の適用が優先されるのにすぎず、法規が適用されなかつた罪にも構成要件に該当する事実は存在し独立の訴因を構成できる<sup>(55)</sup>ので両立性は認められる。また、同理論の適用要件と関連する一部起訴との関係では、例えば強盗を恐喝、殺人を傷害致死、共同正犯を幫助犯として起訴する場合は、暴行・脅迫の程度、殺意と傷害の故意、共同正犯と幫助犯とは、その量において流動的なもので軽い訴因を形成しうる事実が段階的に存在する<sup>(56)</sup>といえるので、それらは各々独立の訴因を形成できる。更に、この縮小認定のケースでは、小の犯罪事実を構成する訴因について有罪とされればあえて大の犯罪事実で構成される訴因について処罰を認めなくてもよいという検察官

の訴追意思を一般的に認定できる。したがって、包摂・大小関係にある類型に対しては、同理論の適用を認めるべきといえよう。

(ii) 裁判例の検討

単純一罪について本位的訴因と予備的訴因の犯罪事実が両立する事案を判断した裁判例は多くはないが、基本的なものを概観しよう。

① 福岡高裁平成二〇年四月二二日判決（公刊物未登載、季刊刑事弁護第五六号一八五頁以下収録）

（事案） 検察官は、被告人を殺人の共同正犯（事前共謀及び実行共同）として起訴した。第一審は、被告人と共犯者Aによる殺人の事前共謀は犯行の直前に解消され、Aが単独で実行したとして共同正犯を否定した。その上で訴因変更手続を経ずに、被告人はAの犯行の前後を通じて事後処理に協力意思を有しており、Aもそれを期待していたから犯行を心理的に容易にしたとして殺人の幫助犯で有罪を言渡した。被告人は控訴したが、控訴審では第一審で否定された共同正犯の事実を職権調査できるかが問題となった。

（判旨） 「殺人の共同正犯の訴因と一審の裁判所が認定した殺人の幫助の訴因とは大小の関係にあつて、いわゆる縮小認定であることからすると、一審判決では大の部分に当たる殺人の共同正犯の訴因については無罪判断があるものとして扱うのが相当であり、この一審判決に対する検察官の申立てがない以上、その無罪部分については、控訴審である裁判所は、職権による調査を行うことができない。」として、無罪部分である共同正犯の事実は攻防対象から外れるとした。

② 最高裁第一小法廷平成二五年三月五日決定（刑集六七卷三号二六七頁）

（事案） 検察官は、被告人を、「Aと共謀の上、平成二二年五月八日、新潟県M市内の甲組事務所二階において、賭博場を開帳し、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、もって賭博場を開帳して利益を収めた」という賭博開帳凶利罪の共同正犯の訴因で起訴した。第一審では、新たに「同日、同場所において、……Aが同所を麻雀賭博場として利用することを容認し同人の犯行を容易にさせて幫助した」という同罪幫助の予備的訴因が追加された。第一審は、本位的訴因である同罪の共同正犯の成立を否定して、予備的訴因である幫助犯の成立を認めた。これに対し、被告人のみが控訴したが、裁判所は職権調査により判決を破棄して本位的訴因の共同正犯で有罪とした。被告人は、検察官が本位的訴因について控訴しなかった時点で攻防対象論が適用され職権調査は許されないこと等を理由に上告した。

〔判旨〕 控訴審が行った職権調査の当否について、職権で以下の判断をした。

「第一審判決の理由中で、本位的訴因とされた賭博開帳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帳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つて、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するのが相当である。」

〔検討〕 本位的訴因を共同正犯、予備的訴因を幫助犯として起訴した場合に、第一審が後者で有罪としたのに対して、被告人のみが控訴したときに攻防対象論が適用されるかについては、これまでの裁判例は結論が分かれていた。例えば、①の判決は、殺人の共同正犯と幫助の訴因とは大小関係にあり、いわゆる縮小認定であること、大の部分に

当たる殺人の共同正犯の訴因については無罪判断があるとして扱うのが相当であること、検察官が控訴していないこと等を挙げてその適用を肯定している。

これに対して、②の最高裁決定の事案の控訴審判決（東京高裁平成二四年二月二二日判決刑集六七卷三号三一〇頁）は、正しい裁判の確保という控訴審の役割に配慮して適用を否定したものと考えられる。このように高等裁判所の裁判例が分かれる中で、最高裁が単純一罪における縮小認定の事案に同理論の適用を認めた実務上の意義は大きい。しかし、そこでは適用の理由を明示していないので、それを検討する必要が生じている。この点、既に述べたように同理論の適用要件は、①判決の無罪部分が有罪部分に対して独立性・可分性があること、②無罪部分に対する検察官の不控訴が訴追意思の放棄と解しえることであった。これらを検討すると、同事案では、本位的訴因の共同正犯と予備的訴因の幫助犯の犯罪事実は、被告人がAに賭博場を提供し、Aがそれを利用したという事実面で共通するが、被告人の行為が幫助から更に進んで正犯として寄与する程度に達すると共同正犯が認められることになるなど流動的なものである。つまり、そこでは事実が段階的に存在していて、幫助犯と共同正犯の構成要件に該当する犯罪事実が重なり合っており、各々の事実が独立性のある訴因を構成できることから両者は両立する場合として包摂・大小関係にある<sup>58</sup>。

次に、このように包摂・大小関係にある犯罪事実のうち第一審判決が予備的訴因で有罪を認定した場合に、その判断が本位的訴因についての無罪部分を含むといえるかが問題となる。この点、「単純一罪の一部が認定できないことを意味するにすぎず、独立した無罪部分はない<sup>59</sup>。」との指摘もある。しかし、前述のように、本件の両訴因は、訴因として独立性・可分性が認められるので単純一罪の一部認定（一部認定落ち）とは区別すべきである。また、「単純一罪の事案に関する本位的訴因を排斥して予備的訴因を認定する際にも、……判決の理由中で排斥する理由が実質的に

表示されるはずであり、結論として無罪判断がないという点は、攻防対象論の適用を否定する合理的な根拠にならない。<sup>(60)</sup>「ことから、無罪判断がある場合に準じて扱うことができるといえよう。更に、検察官が、本位的訴因に対する訴追意思を放棄したと解せるかが問題となるが、幫助犯と共同正犯の犯罪事実は各々が構成要件に該当し独立した訴因を形成できるので、それは同理論の適用と関連する一部起訴が許容される場合にあたる。とすると、予備的訴因を構成する幫助犯は刑の必要的減輕事由とされており共同正犯と異なる量刑判断が予想されるが、それにもかかわらず検察官が本位的訴因についての無罪部分に対し控訴しなかったことは訴追意思を放棄したと解するのが合理的である。したがって、上記最高裁決定が、攻防対象の適用を肯定したことは支持できよう。

### (3) 同一構成要件内の事実の縮小認定

(i) これまで単純一罪について、本位的訴因と予備的訴因を構成する犯罪事実が両立する事案と起訴時の訴因が維持され予備的訴因が構成されなまま同一構成要件内の犯罪事実について縮小認定がなされた(一部認定落ちがあった)事案とは、同じく攻防対象論の適用問題として議論されてきた。例えば、大阪高裁昭和五八年一月二二日判決(刑月一五卷一一―一二号二二一〇頁)は、法人税法違反事件で原判決が被告人に有利に総所得金額及び遁脱税額を誤って認定したが、検察官が控訴審においてその誤りを争わなかった事案について、同理論を基礎付ける当事者主義、検察官の訴追意思の放棄、職権調査権の被告人に対する後見性を挙げて、原判決の認定を超えて被告人に不利益な事実を職権調査しそれを破棄することは許されないとしている。確かに、この場合に控訴審による被告人に不利益な事実認定を限界付ける理由は、同理論の理論的基礎と重なるものがある。しかし、同一構成要件内の事実に対する縮小認定、つまり一部認定落ちの事案には、同理論は適用されないと解すべきである。<sup>(61)</sup> 同理論は、検察官の専権である訴因

設定権を前提に、検察官が独立した訴因を構成する無罪部分をあえて控訴しないのであれば攻防の対象から外れるとして、訴因を基準に控訴審の審判対象を限定し職権調査の範囲を限定する理論である。<sup>62</sup>とすると、同一訴因中の事実の縮小認定は、検察官が処罰対象を明示した訴因の枠内における量的問題にすぎず、一部認定落ちした部分に訴因としての独立性・可分性は認められないので適用要件を欠くからである。また、実務が採用する訴因構成事実の記載は訴追対象事実と他の事実を識別できる程度で足りるとする識別説の観点からの検討によっても職権調査が許されるといえよう。つまり、縮小認定の事実では、識別説で要求される「罪となるべき事実」の中核となる構成要件の評価と訴追対象事実を限定する要素となる犯行行為の態様又は結果の記載<sup>64</sup>には変化はなく、検察官の訴追意思の同一性は維持されているので職権調査が許されるからである。そこで、この問題は、同理論の適用ではなく刑法三九二条二項の職権調査権自体の解釈問題として検討すべきである。

(ii) 下級審の裁判例には、攻防対象論との関係を明らかにせずに、第一審が縮小認定した場合について、職権調査によって被告人に不利な事実を認定することが許されると判断したものがあがるが、その判断枠組については検討の必要がある。この問題についての代表的な裁判例として、東京高裁平成一五年一〇月一六日判決（高刑集五六卷四号一頁）<sup>66</sup>がある。その事案は、被告人は実妹に暴行を加え傷害を負わせたとして起訴されたが、第一審は公訴事実中の暴行行為の一部及び傷害結果の一部を除外し縮小認定して有罪を言渡した。これに対し被告人のみが控訴したが、控訴審は原判決を破棄し当初の公訴事実どおり認定した。そこでは、職権調査の許否について以下の判断をした。本件では、

「①単純一罪である傷害罪につき、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

実と同旨の事実を認定できるとするものである。

②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（……）、公訴事実のとおり暴行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。

③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。……

④検察官としては、……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と思われる……。

⑤検察官は、公訴事実のとおり事実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。」として、職権調査が許されるとした。

この判断が示した①ないし⑤を検討すると、縮小認定の事案の職権調査の許否の判断要素として、検察官が起訴した公訴事実と同一ないし同程度の態様の事実認定を挙げているが、これは検察官の訴追意思が及んでいる訴因の範囲内での認定であるので攻防対象論の適用はないというべきである。しかし、この問題については、職権調査の許否について、検察官意思の放棄が認められる等を理由に原則として否定説に立ち、「(ア) 不控訴から窺える検察官の処罰意思の放棄の有無及びその不控訴の判断の相当性、(イ) 第一審判決の事実認定を前提とした場合、控訴趣意に適切に答えられなくなるような矛盾の存在・程度（控訴審が第一審の事実誤認を指摘する必要性の程度）、(ウ) 被告人に対する上訴権行使の萎縮的効果の有無・程度、(エ) 被告人側への不意打ち防止策の実施状況、(オ) 訴訟経過に鑑みて被告

人に酷といえるか否か、(カ)事後審としての控訴審の在り方、控訴審の役割」などの縮小認定がなされた事案の具体的な諸事情や控訴審の性質と役割等を総合的に判断して肯定説を採用する場合を認める見解もある<sup>67</sup>。確かに、この見解が事案の諸要素を総合して職権調査の許否を判断するとすることは適切である。しかし、ここでは、控訴審は当事者主義を基本とし事後審としての性格をもつので同理論の考え方を参考にしながらも、それとは区別して検察官の訴追意思や控訴審に期待された正しい裁判の確保という役割の実現に配慮して、同理論の適用の問題としてではなく、職権調査権自体の限界の問題として検討すべきである。その際、当事者主義と被告人に対する防御権の保障の観点から職権調査権の行使を例外と位置付けた上で、控訴審の争点と、その調査に付随し、かつ併存してなされる範囲という基準によってその許否を検討すべきである<sup>68</sup>。この限度であれば控訴趣意書によって提起された問題を契機とするので当事者主義の理念に合致し、被告人の防御権も保障できるからである。また、その基準とも関連して、職権調査の許否は判決で認定から除外された事実についての検察官の不控訴が量刑上妥当として一応承認したにすぎず訴追意思は維持されている場合であるか等を検討して判断すべきである。更に、その際には、判決の事実認定に控訴趣意に適切に答えられなくなるような大きな問題がある場合等では、職権調査を認める余地が大きくなると解すべきである。なぜなら、正しい裁判の確保という控訴審に期待された役割を果たす必要が大きいことから限定された範囲であつても職権主義が機能する余地を認めるべきだからである<sup>69</sup>。

以上を前提として、縮小認定の事案(一部認定落ちがあつた事案)では、その事案の具体的な諸事情を総合的に考慮して職権調査の許否を判断すべきである。この点については、今後の裁判例の集積を待つて縮小認定の事案に対する職権調査の許される類型を明らかにしていくべきといえよう。

## 五 結びに代えて

近年導入された裁判員裁判では、「第一審の判断は、直接主義・口頭主義が徹底した形で裁判員と職業裁判官が協働して行われるものとなり、そこでは国民の健全な社会常識を反映した判断が示されることになるので、控訴審では第一審の判断の結果をできるだけ尊重して審理に当る必要があり、控訴審は事後審であるという本来の趣旨を運用上より徹底させるべきである。」旨の指摘があり、そこから「第一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ない。」との指摘がなされている。この指摘は、裁判員裁判では対象が一定の重大事件に限定されていることから、その他の第一審が通常裁判の場合の審理方法に直ちに及ぶとはいえない。しかし、前者による判決に対する控訴審の審査方法の方向性は、徐々に後者による判決に対する審査方法にも影響を与えることが考えられる。そこで、このように控訴審の審理において事後審制に徹した運用がなされることは、攻防対象論の適用範囲を広げる傾向を一般的に促すと考えられる。

このことに留意しつつ、攻防対象論の適用範囲は、その理論的根拠との関係で訴因を基準にして検察官が第一審判決の無罪部分に対して控訴しないことについて訴追意思の放棄を示したと評価されるか否かによって判断すべきである。これを前提にすると本稿の結論は、同理論は、各々の犯罪事実が独立性と可分性をもって訴因を構成できる包括一罪や科刑上一罪の事案についてその適用が判例上認められたが、問題となっっている単純一罪の事案では以下のとおりとなる。

① 本位的訴因と予備的訴因の犯罪事実が非両立の場合には、訴因の予備的記載制度の趣旨から同理論の適用を否定すべきである。

② 両訴因の犯罪事実が両立する関係としての吸収関係・包摂関係にある場合は、各々の犯罪事実が独立した訴因を構成でき檢察官の無罪部分に対する訴追意思の放棄が認められるので同理論の適用を基本的に認めるべきである。ただ、この類型に属する事案であつても直ちに檢察官の訴追意思の放棄が認められるわけではなく、その適用の有無は、あくまでも当該事案の具体的な事実関係に照らして判断されるべきである。<sup>(72)</sup> この場合の檢察官の訴追意思の有無の判断については、基本的には当該訴因及び公訴事実と原判断に対して檢察官が控訴しなかつたという事実から合理的意思解釈をしていくべきだからである。また、これと関連して同一構成要件内の事実の縮小認定（一部認定落ち）の場合は、檢察官の訴追意思は維持されているので同理論の適用は否定され、それとは別の刑訴法三九二条二項の職権調査権の行使の限界という次元で問題を検討すべきである。

現在、攻防対象論の適用について判断した裁判例は一部の事案のものにとどまっているので、その適用を認める場合を類型化し適用範囲の明確化に努めるべきである。そのためには、事案判断の集積が必要であるが、その点については事案の個別的検討も含めて今後の検討課題として他日を期したい。

- (1) 千葉裕「控訴審における当事者主義と職権主義」『鴨良弼先生古稀祝賀論集 刑事裁判の理論』三六五頁（日本評論社、一九七九年）、小野慶二「控訴審の審判における当事者主義」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第四卷』二六四頁以下（有斐閣、一九八五年）。

- (2) 松尾浩也『刑事訴訟法（下）』二二四頁（有斐閣、新版補正第二版、一九九九年）、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』四八〇頁（有斐閣、一九九二年）等。
- (3) 最判昭二九年八月二〇日刑集八卷八号一二四九頁、最第三小判昭三三年五月二〇日刑集一二卷七号一四一六頁、最第一小判昭四二年八月三一日刑集二二卷七号八七九頁等。
- (4) 名古屋高判昭和三三年一月二五日（高刑集一〇卷一二号八〇九頁）と最第三小決昭和三六年二月二六日（裁判集一四〇号七〇五頁）が代表するように、従来は被告人が科刑上一罪、包括一罪の一部である有罪部分のみに対し控訴しても、無罪部分を含めて全体が控訴審移審し職権調査権が及ぶとされていた。
- (5) 原田國男「三九二条の解説」河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第九卷）』三六〇頁（青林書院、第二版、二〇一一年）。
- (6) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』五一八頁（創文社、七訂版、一九六七年）。
- (7) 現行法の事後審構造採用の理由については、小林充『刑事控訴審の手續及び判決書の実際』三頁（法曹会、二〇〇〇年）、川口政明「上訴―裁判の立場から」三井誠ら編『新刑事手続Ⅲ』三九〇頁（悠々社、二〇〇四年）等参照。
- (8) 中武靖夫「三九二条の解説」平場安治ら編『注解刑事訴訟法（下巻）』一四三頁（青林書院新社、一九八三年）。
- (9) 小林・前掲注(7)一頁。
- (10) 平良木登規男『刑事控訴審』三四頁（成文堂、一九九〇年）。
- (11) 井戸田侃「刑事上訴の構造論」『現代の刑事法学（下）平場安治博士還暦祝賀』二四八頁（有斐閣、一九七七年）、小野・前掲注(1)二六四頁。
- (12) 齊藤朔郎『事実認定論』九六頁（有斐閣、一九五四年）。
- (13) 小林充「三九二条の解説」河上和雄ら編『注釈刑事訴訟法第七卷』三二五頁（立花書房、第三版、二〇一二年）。
- (14) 団藤重光「自由心証主義」『刑事法講座六卷』一一二四頁以下（有斐閣、一九五四年）、船田三雄「控訴審における事実審理のあり方」法曹時報第三四卷一〇号一九六三（一一）頁（一九八二年）。

- (15) 田宮・前掲注(2)四八八頁。
- (16) 団藤・前掲注(14)一一二七頁。
- (17) 後藤昭「刑訴法三八二条にいう事実誤認の意義とその判示方法」ジュリスト『平成二四年度重要判決解説』一八八頁(二〇一二年)。
- (18) 千葉裕『最高裁判例解説(刑事編昭和四六年度)』九七頁(法曹会、一九七二年)。
- (19) 田口守一『刑事裁判の拘束力』三三二頁以下(成文堂、一九八〇年)。
- (20) 小野・前掲注(1)二六七頁、中野次雄「上訴の利益」『総合判例研究叢書刑事訴訟法(17)』二三三頁以下(有斐閣、一九六五年)、小林充「索連犯または包括的一罪として起訴された事実の一部を無罪とした第一審判決につき被告人だけが控訴を申し立てた場合における控訴審の職権調査の範囲」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集(第三一・三三卷、昭和四五年度・四六年度)』三〇二頁以下(有斐閣、一九八七年)、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」ジュリスト『昭和六〇年度重要判例解説』一九〇頁(一九八六年)、香城敏磨「審判の対象」判例百選(第五版)二二三頁(一九八六年)、石井一正『刑事控訴審の理論と実務』三四二頁(判例タイムズ社、二〇一〇年)等。
- (21) 移審効を否定する見解、無罪判断部分に一部確定力を認める見解の問題点の詳細については、原田・前掲注(5)三五八頁以下参照。
- (22) 小野・前掲注(1)二六七頁。
- (23) 「刑事控訴審の諸問題(上)(座談会)」『河村澄夫発言』法曹時報第二四卷二二号二〇三二(一八)頁(法曹会、一九七二年)参照。
- (24) 中野・前掲注(20)二三三頁以下。
- (25) 小林・前掲注(13)三一八頁。
- (26) 小林・前掲注(20)三〇二頁以下。
- (27) 佐々木史朗「控訴審における審判の対象」判例百選(第三版)二二七頁(一九七六年)。

- (28) 田宮・前掲注(2)四六八頁は、攻防対象論を控訴審における審判対象設定の問題としている。
- (29) 後藤・前掲注(20)一九〇頁。
- (30) 香城・前掲注(20)二三三頁、石井・前掲注(20)三四二頁等。
- (31) 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』三一八頁以下（成文堂、一九八七年）。
- (32) 緑大輔「刑事控訴審の構造―当事者主義とのかかわりを中心に」法律時報一〇七一号一一八頁（二〇一四年）。
- (33) 香城・前掲注(20)二三三頁。
- (34) 緑・前掲注(32)一一九頁。
- (35) 石井・前掲注(20)三四四頁注(一一)。
- (36) 石井一正『刑事訴訟法の諸問題』一四九頁（判例タイムズ社、二〇一四年）。
- (37) 石井・前掲注(36)一四八頁。
- (38) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造』二九七頁（信山社、二〇〇五年）。
- (39) 光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』二三三頁（成文堂、二〇〇七年）。
- (40) 山田利夫『平成元年最高裁判例解説（刑事編）』二二八頁（法曹会、一九九一年）、川出敏裕「刑事判例研究 被告人の控訴により差し戻された事件の第二次第一審裁判所が第一次第一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」警察研究第六四卷六号七七頁（一九三三年）。
- (41) 川出・前掲注(40)七六頁。
- (42) 後藤・前掲注(20)一九一頁。
- (43) 後藤・前掲注(31)三一八頁。
- (44) 後藤・前掲注(20)一九〇頁。
- (45) 鈴木茂嗣「刑事控訴審の構造」『刑事裁判の復興―石松竹雄判事退官記念論文集』三七六頁（勁草書房、一九九〇年）。
- (46) 臼井滋夫「二五六条（五項）の解説」青柳文雄ら編『註釈刑事訴訟法第二卷』四六四頁（立花書房、一九七六年）。

- (47) 鈴木・前掲注(45)三七六頁。
- (48) 西田典之『刑法総論』四一四頁(弘文堂、第二版、二〇一〇年)。
- (49) 山田・前掲注(40)一二九頁、香城・前掲注(20)二二三頁。
- (50) 原田・前掲注(5)三六四頁。
- (51) 小林・前掲注(13)三三二頁。
- (52) 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巻』三八九頁、三九〇頁(判例タイムズ社、二〇〇六年)。
- (53) 岩瀬・前掲注(52)三八九頁。
- (54) 町野朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』四一五頁(有斐閣、一九九〇年)。
- (55) 長井秀典「控訴審における職権調査の対象と破棄後の手続における審判の対象について——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』四一七頁注(一七)(判例タイムズ社、二〇〇六年)。
- (56) 石井・前掲注(36)一四九頁以下。
- (57) 京明「刑事訴訟法判例研究 いわゆる攻防対象論の適用が単純一罪の事案に対しても認められた事例」法律時報第八六巻八号一二八頁(二〇一四年)。
- (58) 豊崎七絵「攻防対象論が適用された事例」法セミ第七〇〇号一三四頁(二〇一三年)、中島宏「控訴審による職権調査の範囲」法学教室判例セレクト二〇一三「II」四二頁(二〇一四年)。
- (59) 岩瀬・前掲注(52)三八九頁。
- (60) 矢崎直邦『最高裁判所判例解説平成二五年度(刑事編)』八六頁(法曹会、二〇一六年)。
- (61) 辻本典央「攻防対象論について」近畿大学法学五五巻三号五九頁(二〇〇七年)、波床昌則「刑事裁判例批評 本位的訴因を否定し予備的訴因を認定した第一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の可否」刑事法ジャーナル三七巻九九頁(二〇一三年)、大谷祐毅「刑事判例研究 本

位的訴因を否定し予備的訴因を認定した第一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」『論究ジュリスト一五』二三三四頁(二〇一五年)。

(62) 波床・前掲注(61)九九頁。

(63) 青柳文雄ら編『註釈刑事訴訟法第三卷』一二〇頁「佐々木史朗」(立花書房、一九七八年)。

(64) 香城・前掲注(38)二八六頁、三〇〇頁。

(65) 波床・前掲注(61)九八頁、大谷・前掲注(61)二三七頁、辻本・前掲注(61)五九頁。

(66) 同様の判断を示すものとして、福岡高判平成一二年九月五日(高検速報一四一三号一九五頁)、高松高判平成二五年四月一日(判タ一四一一号二五三頁)がある。

(67) 菊池則明「事実についての不利益変更」松尾浩也ら編『実例刑事訴訟法Ⅲ』三二二頁(青林書院、二〇一二年)。

(68) 小林・前掲注(20)三〇二頁以下。

(69) 小林・前掲注(13)三一五頁、三一九頁。

(70) 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審のあり方』九七頁以下(法曹会、二〇〇九年)。

(71) 司法研修所編・前掲注(70)九七頁以下。

(72) 京・前掲注(57)一二八頁。

(73) 矢崎・前掲注(60)八六頁。