

攻防対象論の適用範囲

最決平25・3・5刑集67巻3号267頁*

辻 本 典 央

I. 事件の概要

本件は、1審が本位的訴因を否定し予備的訴因を認定したが、検察官がこれに控訴しなかった場合に、控訴審が職権調査により本位的訴因につき有罪の自判をすることの適否が問題とされた事案である。本最高裁決定は、これを消極に解し、原判決の手續を違法であると断じた（但し、著反正義性を否定し、上告棄却とした）。

被告人は、暴力団組長であるが、「Aと共謀の上、平成22年5月8日、新潟県村上所在の甲組組事務所2階において、賭博場を開張し、賭客Bらをして、麻雀牌等を使用し、金銭を賭けて、麻雀賭博をさせ、その際、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図ったものである」との訴因（賭博開帳図利罪の共同正犯）で起訴された。1審公判は、6回の期日を経て結審したが、その後、検察官が、「被告人は、Aが平成22年5月8日、新潟県村上所在の甲組組事務所2階において、賭博場を開張し、賭客Bらをして、金銭を賭けて麻雀賭博をさせ、その際、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、

* 本稿は、刑事判例研究会（2013年11月23日・同志社大学）及び判例刑事法研究会（2013年12月7日・神戸大学）での報告原稿に加筆修正したものである。両研究会では、多くの有益な指摘を得た。

その情を知りながら、同所を麻雀賭博の場所として提供して前記Aが麻雀賭博場として利用することを容認し、もって、同人の犯行を容易にさせてこれを幫助したものである」との訴因（賭博開張図利罪の幫助犯）を予備的に追加した。1審判決（新潟地判平23・9・9刑集67巻3号288頁）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」として、本位的訴因は否定しつつ、予備的訴因である賭博開張図利の幫助犯の成立は認められるとして、被告人を懲役10月（執行猶予5年）に処した。

検察官は控訴せず、被告人側のみ控訴したところ、2審判決（東京高判平24・2・22刑集67巻3号310頁）は、「甲組の組長である被告人が、配下のAと共謀して、甲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、1審判決を破棄し、本位的訴因である賭博開張図利の共同正犯を認定して、1審判決と同じ刑を言い渡した。

被告人側は、これに対して上告したが、主たる上告趣意は、原判決は攻防対象論に関する最高裁判例と相反する、というものであった。本最高裁決定は、次のとおり判示し、上記の限りで上告の主張を認めたが、結論において上告を棄却した。

II. 決定要旨

「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

図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図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るのが相当である（判例引用省略）。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、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ことも明らかである。

もっとも、原判決が理由不備や訴訟手続の法令違反、法令適用の誤りと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、賭博開張図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。」（下線評者、以下同じ）

Ⅲ. 研 究

1. 攻防対象論の展開

1審の有罪判決が公訴事実の一部を対象とし、これに対して被告人のみが控訴した場合、控訴審裁判所は、1審有罪部分を超えて職権調査（392条2項）を行うことができるか。この問題に初めて明確な回答を与えたの

が、「新島ミサイル事件」⁽¹⁾であった。この事件は、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1審判決に対し、被告人だけが控訴を申し立てた事案である。最高裁大法廷は、次のとおり判示し、控訴審裁判所が起訴事実の全部につき有罪とすることは、職権の発動として許される限度をこえて違法であると断じた。

「本件公訴事実中第一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ものなのである。そして、右のうち無罪とされた部分については、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はず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法402条により第1審判決の刑より重い刑を言い渡されないことが被告人に保障されているとはいっても、被告人に対し不意打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〔評者注：当事者主義訴訟構造〕、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。」

この最高裁大法廷判決で示された「攻防対象論」は、その後の判例においても継承され、観念的競合⁽²⁾又は包括一罪⁽³⁾の事案で、控訴審の職権調

(1) 最大決昭46・3・24刑集25巻2号293頁。

(2) 最判昭47・3・9刑集26巻2号102頁「大信実業事件」、最決昭63・2・29刑集42巻2号314頁「水俣病刑事事件」。

(3) 最判昭57・4・22集刑227号75頁「富士銀行背任事件」。

査に制限を認める判断が続いた。

しかし、この流れに一定の歯止めをかけたのが、「船橋交差点事件」⁽⁴⁾である。この事件は、交差点内で発生した同一被害者に対する同一交通事故に関して、被告人の過失態様について本位的訴因と予備的訴因が主張され、1審が予備的訴因を認定して有罪判決を下したが、被告人のみ控訴したという事案である。2審が原審を破棄差戻しとし、第2次1審が本位的訴因を認定して有罪とした点に、攻防対象論の適否が問題となった。最高裁は、次のとおり判示し、第2次1審の手続は適法であったとした。

「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禦の対象から外れたとみる余地はない。」

この最高裁決定に関して、学説上評価が分かれたが（後述Ⅲ3）、主たる争点は、本件が従来的事案とは異なり、単純一罪についてのものであったことから、攻防対象論の適用は従来のような実質（認識）上数罪の場合に限定されるのか、という点であった。中でも、本件と同様に、本位的訴因として共同正犯、予備的訴因として幫助犯の訴因が主張されたときに、1審が幫助犯を認定して有罪とし、被告人のみが控訴した場合に、控訴審は本位的訴因である共同正犯について職権調査を及ぼすことができるかという問題について、高裁レベルで見解が分かれていた。前述（Ⅰ）のお

(4) 最決平1・5・1刑集43巻5号323頁。

り、本件控訴審判決は、攻防対象論の適用を認めず、本位的訴因につき有罪としたのに対して、福岡高裁⁽⁵⁾は、次のとおり判示し、職権調査の制限を認めていた。

「殺人の共同正犯の訴因と1審の裁判所が認定した殺人の補助の訴因とは大小の関係にあって、いわゆる縮小認定であることからすると、1審判決では、大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1審判決に対する検察官の控訴の申立てがない以上、その無罪部分（殺人の共同正犯の訴因）について、控訴審であるこの裁判所は、職権による調査を行うことができず、1審判決の無罪判断に従うほかないと解するのが相当である。」

本決定は、このような展開の中で、共同正犯と補助犯の関係にある場合においても攻防対象論の適用を肯定したことで、攻防対象論の適用範囲について新たな判断を示した点にその意義が認められる。

2. 攻防対象論の理論的根拠

攻防対象論の適用範囲を検討するにあたり、その理論的根拠を確認しておく。評者は、この点について既に前稿⁽⁶⁾で詳論しているが、これを要約すると次のとおりである。

(1) 控訴（上訴）審の構造

我が国では、事実誤認を上訴理由とする控訴審はなおのこと（刑訴法382条）、上告審でも事実誤認が原判決破棄の理由とされていることから（刑

(5) 福岡高判平20・4・22 LEX/DB 25421350。

(6) 辻本典央・近法55巻3号33頁。

訴法411条)、上訴審は純粹な法律審ではなく、一定の事実審査を予定するものである。それゆえ、その構造は如何なるものであるべきかという点が、従来から議論されてきた。

控訴審の構造モデルとして、①覆審、②統審(継続審)、③事後審(事後審査審)の3つが挙げられるが、現在の刑訴法学説では、控訴審を③事後審と理解する見解が支配的となっている⁽⁷⁾。但し、事後審モデルからは、原判決に瑕疵があり(当事者の申立てに理由があり)、これを破棄する場合には原審へ差し戻されるべきことになるが、現行法上、上訴審による自判及びそのための上訴審自身による証拠調べも予定されている(刑訴法400条但書)。それゆえ、事後審モデルが徹底されているわけではなく、実務上、統審又は覆審化しているとの分析も、早くから見られた⁽⁸⁾。また、被告人に有利な方向でのみ職権調査範囲を拡張する見解も、有力に主張されている⁽⁹⁾。

このようにして、上訴審も厳密な意味での事後審査審であるにとどまらず、一定程度実体形成を行うべき実体審(覆審又は統審)としての性質を有していることから、その審判権限は如何なる範囲に及ぶべきものであるかが、検討されなければならない。

(2) 訴訟係属(移審)の範囲

控訴審の審判権限の範囲を検討するにあたり、先行する問題として、そもそも原判決で審判された事件が如何なる範囲で控訴審に移審・係属するのかが問われなければならない。具体的には、例えば、原判決において公

(7) 最判昭26・7・17刑集5巻8号1448頁。

(8) 田宮裕『刑事訴訟とデュープロセス』363頁。

(9) この中でも、刑訴法393条1項を根拠とする見解(小田中聰樹『刑事訴訟と人權の理論』393頁)や、383条1号を根拠とする見解(鈴木茂嗣『統・刑事訴訟の基本構造・下巻』632頁)などに分かれる。

訴事実の一部のみ有罪とされ残部が無罪とされたときに、当事者の一方、特に被告人のみが控訴した場合、控訴審に移審・係属する範囲は被告人控訴の対象となる有罪部分に限定されるのか、又は、無罪部分も含めて全体がその対象となるのかが問題となる。

この問題について、有罪部分と無罪部分とが可分である場合、一部上訴を認める規定上（刑法357条）、上訴されなかった無罪部分は移審・係属せず、検察官が控訴しなかった時点で確定する。如何なる場合に双方の部分が可分であるかが問題となるが、我が国では一般に、一部上訴は裁判本文に関係付けられる概念として理解され、併合罪につき複数の主文が言渡された場合に限られるものとされている⁹⁰。これによると、例えば、併合罪中の一部について有罪その他について無罪の言渡しがあり、被告人のみが有罪部分につき控訴した場合は、無罪部分は控訴審に移審しない⁹¹。

他方、実体法上一罪の場合（単純一罪、包括一罪、科刑上一罪）だけでなく、併合罪の場合でも裁判が不可分の場合、つまり併合罪科刑により全体として一個の刑が言渡された場合はどうか。この点、我が国の通説・判例は、裁判は不可分のものとして一部上訴は許されず、その結果、公訴事実全体が上訴審に移審・係属するという⁹²。実体法上一罪の関係にある事実については、訴訟法上一個の手続、一個の審判のみが予定され、その分割は否定されるべきものであることから（刑法54条は同51条を準用していない）、上訴との関係においても不可分性が前提とされているように思われる。

(90) 大判昭9・7・23大刑集13巻997頁、河上他編（原田國男）『大コメンタール刑事訴訟法・第2版・第9巻』37頁。

(91) 大判大15・10・26大刑集5巻463頁、最判昭28・9・25刑集7巻9号1832頁。

(92) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要・7訂版』511頁。名古屋高判昭32・12・25高刑集10巻12号809頁、最決昭36・12・26刑集15巻12号2046頁。

(3) 攻防対象論の理論的根拠

原判決の有罪部分と無罪部分とが実体法上の一罪性（又は併合罪科刑）により不可分の関係にあるとき、被告人のみが控訴した場合でも公訴事実全体が控訴審に移審・係属するという支配的見解を前提とした場合、控訴裁判所は、直ちに公訴事実全体に審判権限を及ぼすことができるのであろうか。具体的には、上訴審裁判所は、検察官からの控訴提起がないにもかかわらず、原判決を破棄し、自判する際に、量刑を加重することはできないとしても（刑訴法402条、414条）、事実認定を被告人に不利な方向に修正すること、つまり原判決が無罪とした部分を有罪と変更することができるのであろうか。

この点、新島ミサイル事件判決以来、判例及び通説は、攻防対象論による制限を認め、その理論的根拠を当事者主義訴訟構造に求めている。すなわち、「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。すなわち、控訴審は、第一審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、前記のような当事者の訴訟活動を基礎として形成された第一審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるべきものである。そして、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。けだし、前記の第一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。」というわけである⁰³⁰⁴。

03) 最大判昭46・3・24（前掲注(1)）。

04) このような当事者主義の強調に対して、最判昭47・3・9（前掲注(2)）では、岸裁判官より、「『現行刑訴法の当事者主義化を強調するあまり、『刑事訴訟法の民事訴訟法化』の限界を超えて刑事訴訟に民訴法の当事者処分権主義を導入し、

3. 攻防対象論の適用範囲

攻防対象論が、当事者主義訴訟構造に基づき、各当事者、特に検察官の訴追活動の意味に着目した理論的構造を持つものであるとして、その適用範囲は如何に解するべきか。

第1に、従来の判例の展開を踏まえて、実体法上一罪とされる場合で、科刑上一罪又は包括一罪といった実質数罪の場合に適用されうことは、すでに争いが無い。第2に、実体法上併合罪とされる場合にも、本理論の趣旨が及ぶものといってよい。最高裁も、1審判決が、起訴された事実を理由中で無罪とした上、その事実と併合罪の関係にある事実を認定して有罪判決をし、それに対して被告人のみが控訴したという事案について、控訴審裁判所が、1審判決を破棄するに当たり、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1審に差し戻すことは、職権発動の限界を超えるものであって許されない、と判断している⁹⁹。

そこで、攻防対象論の適用範囲に関して主たる争点は、実質数罪に限らず、単純一罪の事案においても、攻防対象論が適用されるか、という点にある。

この点について、一部で、攻防対象論の適用は実質数罪の場合に限定されるとする見解がある¹⁰⁰。これによると、「一般論として、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のであるから、一方が攻防の対象から外れることはない」。吸収関係や包摂関係にある場合は、包括一罪の一類型といえる限りで攻防対象論の適用があり、ただ既遂と未遂の類型等では、392条2項の趣旨から、職権調査は例外的場合に限定されるべきとされる。

↓たものとして反対」であるとの反対意見が示されていた。

(99) 最判平16・2・16刑集58巻2号133頁。

(100) 岩瀬徹・小林／佐藤古稀（下）374頁（特に387頁）。

これに対して、学説上は、単純一罪の場合も攻防対象論の適用を認める見解が支配的となっている。但し、その中でも、適用を広く認める見解と、限定的に解する見解とに分かれる。特に前掲「船橋交差点事件」の結論をめぐり、その当否について論争が繰り広げられた。

まず、攻防対象論の適用を包括的に認め、同一の業務上過失致死傷罪における過失態様についても、「検察官は有罪判決の可能性を予備的訴因一つに「賭けた」のであり、本位的訴因については訴訟追行を放棄したと見做されても已むを得なかった」といいうる場合には、控訴審は、検察官が控訴によって主張することをしなかった本位的訴因について調査することはできない、とする見解がある¹⁷⁾。これは、検察官の不控訴の事実を包括的に訴訟追行放棄とみなすもの、と評価することができよう¹⁸⁾。

これに対し、単純一罪の場合にも攻防対象論の適用を認めつつ、一定の制限を付する見解がみられる¹⁹⁾。この見解も、「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もとでは、検察官が原判決に対し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処罰すべきではないという点にある」²⁰⁾とするが、そこから、攻防対象論の適用につき典型的な要件を定立する。これによると、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当該部分に対する上訴可能性があること、③上訴しないことにより、当該部分につき処罰意思を放棄したと評価されることが、攻防対象論の適用条件とされるが、特に③に関しては、「両訴因を通じて処罰を求めている事実」を想定し、これが共通である限りで、

17) 後藤昭・重判昭60年189頁。

18) 同旨として、光藤景校・百選6版200頁。

19) 川出敏裕・警研64巻6号66頁。

20) 川出（前掲注19）72頁。

1 審判決によって一方の訴因による処罰が維持されている場合には、検察官の処罰放棄意思は認められないとする。具体的には、同一の業務上過失致死傷罪においては、証拠関係に基づく過失態様の差異に過ぎない場合には、両訴因を通じて処罰を求めている事実は共通であるから、検察官が予備的訴因で有罪とされた場合に控訴しないとしても、処罰放棄意思は否定される（それゆえ、控訴審の職権調査範囲は本位的訴因にも及ぶ）というわけである²⁰。

4. 本決定の意義と考察

(1) 本決定の意義

以上の判例の展開及び学説における論争を踏まえて、あらためて、本決定の意義を確認しておきたい。

第1に、本決定は、本位的訴因を共同正犯、予備的訴因を幫助犯とする類型において、高裁レベルで対立していた問題につき、はっきりと攻防対象論の適用を認めて、論争に決着をつけた。このことは、今後、特に検察官の訴追活動の在り方について明確な指針を示すとともに、被告人の防御にとっても不意打ちを防止するという点で、大きな意義が認められる。

第2に、攻防対象論の適用範囲に関しても、最高裁判例として一定の見解を提示した。すなわち、本決定の問題とした類型は、少なくとも従来の判例で対象とされてきた実質数罪（科刑上一罪、包括一罪）の類型とは異なることから、実質数罪に限定されるべきとしていた見解を否定したことは明らかである。

(2) 若干の考察

そこで残された問題は、先の「船橋交差点事件」をめぐる論争で明らか

20) 川田（前掲注68）75頁。

になったように、本位的訴因と予備的訴因が主張され、予備的訴因につき有罪とされたときに被告人のみが控訴した場合に、本位的訴因に対する検察官の訴追意思の放棄を包括的に認めて広く攻防対象からの除外を肯定するか、又は、一定の基準に基づく制限を付するか、という点である。

この点は、基本的に、両訴因の両立又は非両立との区別を前提にして攻防対象論の適用範囲を前者の場合に限定すべきとする立場⁶²⁾と、実質的に検察官の訴追意思を判断すべきとする立場⁶³⁾との争いであった。換言すると、「原審で無罪とされた部分その他の部分と可分か不可分かと抽象的に問う」べきか否かという問題である⁶⁴⁾。

本決定は、この点に関して、攻防対象論の理論的根拠については、「新島ミサイル事件」大法廷判決及び「大信実業事件」判決を引用するのみである。両判決では、前述（Ⅲ 2 (3)）のとおり、当事者主義的訴訟構造を前提にした検察官の訴因設定権限を理論的基礎として、問題となる訴因の「各部分は、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もの」であることが、攻防対象論の適用基準として判示されている。少くとも、判例の基本的な考え方に変化がないものと仮定するならば、本決定も、この意味での抽象的基準によるものと理解されなければならない。

では、両訴因の両立性という観点から、攻防対象論の適用範囲を決定する抽象的基準として妥当であり、本決定の結論を説明しうるものであろうか。この点について、前述（Ⅲ 3）の限定的な見解⁶⁵⁾は、「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」（傍点

62) 河上他編（小林充）『註釈刑事訴訟法・第3版・第7巻』321頁、川出（前掲注69）66頁。

63) 後藤（前掲注47）191頁。

64) 光藤（前掲注48）201頁。

65) 川出（前掲注49）77頁。

評者、以下同じ)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当てはまる場合」であるとし、他方、「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はなく、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」(包摂関係(例えば強盗と恐喝)及び吸収関係(例えば公選法上の供与と交付))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」と説明する。そして、両者が区別されるべき根拠として、「両訴因を通じて処罰を求めている事実」が想定されうるか否か、という点を挙げるわけである。

この基準にもとづいて本決定の事案をみると、これを吸収関係とみることはできず⁶⁹⁾、包摂関係として両訴因事実自体が排斥し合う関係にないといえるか、又は否か(両訴因事実が非両立の関係にあるか)が、攻防対象論の適否を決定することになる。この点について、論者は、強盗と恐喝を典型例とし、また、殺人と重過失致死との間でも過失の理解(結果回避義務違反)によっては包摂関係にあたりと説明する。これによるならば、本件のように、「共犯者と共謀の上、……賭博場を開帳して利益を図った」という事実と、共犯者の賭博開帳行為につき「その情を知りながら、……同人の犯行を容易にさせてこれを補助した」との事実の間には、前者の認定が後者の認定を否定させる関係にはないという意味での包摂関係を認めることは困難である。1つの賭博開帳行為についてこれを共同正犯とするか、又は補助犯とするかという観点には、論者のいう「両訴因を通じて処罰を求めている事実」としては共通であることが想定されうるのであり、そ

⁶⁹⁾ 共同正犯と狭義の共犯(教唆犯又は補助犯)との間で「吸収」関係を認めた判例(大判明42・6・7刑録15輯721頁)は、事実として、先に教唆を行い、その後共同正犯まで実行していた事案であって、本件とは異なる。

れゆえ、予備的訴因である幫助犯によって有罪とされたことで、本位的訴因である共同正犯の処罰意思が放棄されたとみることも難しいのではないだろうか。

そこで、攻防対象論の適否を決定づける基準が、なおも考察されなければならない。この点、検察官の不控訴という訴訟態度において、1審で有罪とされなかった訴因部分につき攻防の対象から除外されたかという観点から考察するならば、それは、検察官において控訴可能であった（つまり、上訴の利益が存在した）にもかかわらず、控訴しなかったことが、攻防対象論の適用を決定づける基準になるというべきである。つまり、1審で有罪としたにもかかわらず、なおも検察官においてその是正を求めるべき利益が存在するならば、検察官は、控訴しないことにより、その限りにおいて1審の（本来は不服が残る）認定に満足し、その余の認定・評価から漏れた部分については訴追意思を放棄したといえるのである。

そして、訴因相互のそのような関係は、単に事実面の両立性だけでなく、実体法上の評価も加味して考察されなければならない。すなわち、1個の財産侵害について、これを窃盗として評価するか又は詐欺として評価するかは、事実レベルでも、評価レベルでも単純に択一的な関係にあり、一方が認定されれば他方の評価を求めて上訴するべき利益はない。他方、同じく1個の財産侵害について、強盗と恐喝が暴行（又は恐喝）行為の強弱によって区別されるとの理解を前提にすると、恐喝の認定に対して検察官はより強度の暴行を伴う強盗の認定を求める利益を有しているのであり、このような場合に、恐喝の認定で満足し、控訴しないときには、すでに強盗の評価について攻防対象から除外されたとみることは可能である。但し、この評価は、事実レベルの「包摂関係」に求められるわけではない。1個の暴行が一定の基準を超える強度のものであるか否かという意味では、これは非両立の関係にあり、ただ、強度の暴行が認定できる場合には同規定

が優先的に適用されるべきという実体法上の評価（法条競合関係）によるもの（一種の補充関係）である⁷⁰⁾。

この意味では、本決定の事案のように、共同正犯と幫助犯との間においても、1個の法益侵害に対する関与の形式及び程度の違いにより（つまり、択一的関係にあることを前提に）、重い共同正犯が認定される場合には、より軽微な幫助犯の認定が否定されるという関係にある。そして、このような事案では、本位的訴因として共同正犯、予備的訴因として幫助犯が挙げられ、幫助犯として有罪とされたときに、検察官は、より重い共同正犯の認定を求めて上訴する利益が認められるのであり、このことは、実体法上の評価から導かれるものである。このような場合に検察官があえて1審の幫助犯で満足し、控訴しない場合には、より重い共同正犯の成否は当事者間の攻防から除外されたといえる。

5. 著反正義による破棄

最後に、本決定は、攻防対象論の適用により控訴審の職権調査を違法としつつ、著反正義性はないとして、上告を棄却した。この点につき、若干付言しておきたい⁷¹⁾。

本決定は、原判決による職権調査・自判を違法とし、それが判決に影響を及ぼすことも明らかであるとしつつ、原判決が被告人の控訴趣意を排斥した点に違法はないこと、他方で、原判決が1審と同一の刑を言い渡していることを挙げ、著反正義性を否定した。確かに、原判決が攻防対象から除外された訴因事実につき職権調査を行うという違法な手続があった場合、当該瑕疵が認定されたとしても、それだけで原判決を破棄して審理をやり

70) 井田良『講義刑法学・総論』524頁。

71) 評者は、この問題についてすでに検討を行っている（辻本典央・近法56巻2号1頁）。判例展開の詳細は、同文献を参照。

直させることについては、1審にそもそも事実誤認があり、全て無罪とされるべきか又は量刑が著しく不当であるといった場合を除いては、実質的な意味はない。本決定も、「記録によれば」として1審の事実誤認や量刑不当がないことを認定し、著反正義性を否定したものである。

上告審における原判決破棄の要件とされる著反正義性は、近時の判例において、その傾向を顕著に見て取ることができる。例えば、訴因変更なく訴因と異なる事実を認定した点に違法性が認められた事案⁵⁹では、「被告人に与えた防御上の不利益の程度は大きいとまではいえない」こと、及び、「訴因の範囲内で実行行為を認定することも可能であった」ことから、「原審において更に審理を尽くさせる必要性が高いともいえない」とされた⁶⁰。他方、1審が罪数判断を誤り、起訴された事実と公訴事実の同一性が認められない事実について有罪とし、これに被告人のみが上訴したにもかかわらず、原審が1審で無罪とされた公訴事実について有罪認定した事案⁶¹では、結論として、公訴事実については（実質的に攻防対象論の適用を認めて）無罪とし、1審が有罪とした事実については公訴棄却とすべきであったとして、公訴事実につき被告人を有罪とした原判決を破棄している。

このような傾向をみると、原判決を破棄することにより結論が実質的に変更される可能性があったか否かが、著反正義性の判断基準とされていることがうかがわれる。このような判断構造からは、本件事案のように原判

⁵⁹ 最決平24・2・29刑集66巻4号589頁。

⁶⁰ 同決定千葉裁判官反対意見は、「刑事訴訟手続における審理の基本構造は、訴因を基に検察官と弁護人とが攻撃防御を尽くし、適正な手続に基づいて審理を尽くすというものであるから、訴因の変更の要否についての手続的な過誤は、それが、被告人に不意打ちを与えるものとして、違法とされ、訴因変更手続を経るべきであるとされた以上は、この過誤は刑事裁判における手続的正義に反する重大なものであるべきであり、被告人の納得も得られないところである。」と述べている。

⁶¹ 最判平16・2・16（前掲注55）。

決に攻防対象論違反が認定されたとしても、およそ不利益変更禁止原則がある以上、右瑕疵を理由に著反正義性が認められる余地はない⁶⁰⁾。

60) 「新島ミサイル事件」も同様であった。なお、「大信実業事件」及び「富士銀行背任事件」では、原判決が破棄されているが、これは上告審における攻防対象論の適否が問題となった事案であり、本件とて事案を異にする。