九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

フランスの原子力法研究センターと原予力関係法令

菊池, 勇夫
九州大学法学部教授

https://doi.org/10.15017/1411

出版情報：法政研究. 27 (2/4), pp.395-403, 1961-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

一部有罪一部無罪の判決に対し全部について控訴の申立があり有罪部分について理由がなく無罪部分について第一審判決破棄の理由があるときの措置

江藤　孝

（最高裁第三小法廷昭和三八年一一月一二日判決　刑集一七巻一一号二三六七頁）

〈参照条文〉　刑法四五条、四七条、刑訴三五七条、三九七条

〔事実〕　本件被告人は、窃盗及び現住建造物放火未遂の各公訴事実について起訴せられた。

第一審は、各事実につき、窃盗については有罪として懲役一〇月に処したが、放火未遂については、各情況事実を総合すれば「被告人が放火したのではないかとの疑は多分に存するけれども」未だ証拠が不十分であるとして、無罪を言い渡した。

この判決に対し、検察官は有罪無罪の全部につき控訴を申し立てる旨の控訴申立書を提出し（但し、控訴趣意書においては、無罪部分に対する事実誤認を主張するのみで、有罪部分については何ら主張するところがなかった）、一方、被告人も有罪部分につき事実誤認等を主張して控訴した。

原審は、放火未遂の点につき、「本件の放火が具体的にどのようにしてなされたかを明確にすべき直接証拠の存在しないことは、まさに原判決の説くとおりであるけれども、」「何らかの方法によって点火の処置をとったものと認めても決して経験則に反するものではない」として、一審判決を破棄し被告人を懲役三年に処し（石丸調査官は「情況証拠によって放火を認定した好判例をなすものといえる。」と解説しておられる―法曹時報一六巻二号二八七頁）、他方、有罪部分に対する被告人の控訴を棄却した（なお、原判決は検察官の有罪部分の控訴申立については何ら判断を示していないが、この点につき前掲法曹時報解説は、検察官のその部分に対する控訴申立はないと判断しているようである、としている）。

これに対し弁護人は、原審が放火未遂に対する無罪判決を破棄し有罪に処したのは憲法違反である等の主張をするとともに、次のごとき判例違反、法令解釈の誤を主張した。

「放火未遂の罪と窃盗の罪とは刑法第四五条の併合罪であるからこれに関する条項が適用されねばならぬ筈であるが、原判決は併合罪の条項を適用することなく、放火未遂の罪について単独で懲役三年を言い渡している。他方弁護人の有罪部分に対する控訴を棄却したので、第一審判決が窃盗の罪についてなした懲役十月の判決はそのまま残っている観を呈している。そうならば、原判決は併合罪の各訴因毎に別個の判決を言い渡したことになり、被告人は放火未遂の罪で三年、窃盗の罪で十月の各懲役役を科されたことになる。」「しかしこれは刑法第四五条の規定を看過した処置であり、被告人を不利に陥らしめるものである。」「結局第二審判決は本件の放火未遂の罪と窃盗の罪について敢えて刑法第四五条を適用しなかったのであり、これは明かに法令の解釈を誤ったものである。」「しかも第二審判決は以上の点につき」大審院大正一四年一二月二二日決定に違反し、また東京高裁昭和二八年一二月二二日判決に反している。

〔判旨〕 最高裁判所は、弁護人の違憲の主張等については、刑訴四〇五条の上告理由に当らないとしたが、刑法四五条の適用についての判例違反、法令解釈の誤の論旨については、「一つの判決において、認定にかかる被告人の窃盗と現住建造物放火未遂とが刑法四五条前段の併合罪の関係に立ち、そのそれぞれにつき被告人を有期懲役に処すべきものとする場合には、同法四七条を適用し、よって定まった刑期範囲内において、被告人に対し一個の有期懲役を言い渡すべきものであって、その各罪につきそれぞれの刑法各本条所定の刑期範囲内で各別の懲役刑を言い渡すが如きは許されないところである。」と説示した上、「原判決の認めたところによれば、原判示の窃盗と放火未遂とは刑法四五条前段の併合罪の関係に立つものであり、かつ、原審は、そのそれぞれにつき有期懲役に処すべきものとするのであるから、原審としては、第一審判決中無罪部分を破棄して被告人の放火未遂罪につき懲役三年を言い渡す一方、窃盗有罪の部分についての控訴を棄却するが如きことはなすべきでなく、すべからく第一審判決全部を破棄した上、原審の認めた放火未遂と窃盗との両罪につき刑法四五条、四七条を適用して、併合罪の加重をした刑期範囲内で被告人を一個の有期懲役刑に処すべきであった。しかるに原判決はこれをしなかったのであるから、結局論旨引用の判例（東京高等裁判所昭和二八年（う）第一八八一号同年一二月二二日言渡第四刑事部判決、高等裁判所刑事判決集六巻一三号一八九七頁）の趣旨に反し、刑法四七条に違反する。」と判示して原判決を破棄し差し戻した。

なお、垂水裁判官には、①刑法四五条、四七条の立法趣旨は、その各罪の最高限または最下限もしくは最高限と最下限の刑の併科をしたり、執行猶予付の懲役刑とそれの付かない懲役刑を言い渡したりするがごときことを、特別の犯罪は別として、不都合不合理であって、有機的でないものとして禁止しようとするにある旨、②本件を差し戻すのは、どれほどの刑期の一個の有期懲役刑に処すべきかの問題は、書面審理審である上告審としては、一般の場合（刑訴四一一条二号）とくらべてむつかしいからである旨、の補足意見がある。

〔研究〕 一 本判決の趣旨とするところは、一部有罪（有期懲役刑）一部無罪の第一審判決に対し、全部について控訴の申立があり、無罪部分について判決を破棄すべき理由があって、これを有期懲役刑に処するには、有罪部分について控訴の理由がない場合でも、全部について第一審判決を破棄し、刑法四五条、四七条を適用して一個の有期懲役刑をもって処断すべきである、というにある。

そこで、まず、「有罪部分について、控訴申立の理由がない場合でも」全部について破棄すべきであって、原審のとったごとき措置は法律上当然に許されないのかを考えてみなければならない。それには、併合罪についての刑法刑事訴訟法上の取扱いを考察しつつ検討する必要がある。

刑法は、四五条以下において、併合罪とは何か、その刑は吸収主義・加重主義・併科主義のいずれによるべきか、余罪の裁判及びその刑の執行をどうするかについて規定している。しかし、少なくともその法文上からは、併合罪は必ず併合審理さるべきであるとか、同時に裁判の言い渡しをすべきであるとかの、結論は引き出せない。ただ、併合罪であるときは、刑の適用上または執行上のいづれかでそれを考慮しなければならず、もし同時に裁判を言い渡すときには必ず刑の適用上の考慮をすべし（本判決もこのことを説示している）とするにすぎない。

一方、刑事訴訟法上は、併合罪の関係にある数罪は、同一裁判所に係属している場合（一通の起訴状に数個の事件が記載されている場合、追起訴のあった場合等）に適当とみとめるときには、当事者の請求または職権により、決定（黙示の場合もありうる—最判昭二七年一一月一四日刑集六巻一一九九頁。但し、平野・刑事訴訟法（昭和三三年）二六二頁は、検察官が併合して起訴したときは、当然に併合される、と解している）で審理を併合（客観的併合）することができ（刑訴三条一項）、他の裁判所に係属している場合でも関連事件として一定の条件のもとに併合審理ができる（刑訴五条、八条）。しかし、事件を併合するには何らの要件もない（平野・前掲書二六二頁）から、併合罪であり、同時審判の可能性があっても、必ずしも同時に裁判しなければならないものではないし（大判昭七年一二月一三日刑集一一巻一八四四頁—本事案では、予審判事が併合罪の関係にある他事件が係属していることを知りつつ、当該事件と併合審理しなかったのであるか

ら、正に同時審判の可能性があるのに）、かえって審級の利益を害してまで審理を併合することは許されないとされる（最判昭三七年三月四日刑集六巻三三九頁）。また、併合審理される場合でも、それによって事件が単一になるのではなく、訴訟行為は、通常数個の事件に共同の効果をもつというにとどまり、性質上または特に一方の事件についてだけ、訴訟行為を行なうことも不可能ではない（平野・刑事訴訟法（昭和二九年）一五〇頁）のだから、併合罪中のある罪につき終局裁判に熟し他事件が相当な長期にわたることが予想されるような場合には、迅速な裁判の要請からも、何も他事件と常に運命を共にさせる必要はないであろうから、弁論分離決定をして裁判することは勿論、そうでなくとも、民訴一八三条のごとく、一部判決（刑事訴訟法上は規定がないから、黙示的に弁論の分離決定があったと考えることになるであろうが）をすることも考えられぬことではない（この場合には、残部については余罪としての裁判を行なうことになる。刑法五〇条は「既ニ裁判ヲ経タル罪ト未タ裁判ヲ経サル罪トアルトキハ」と規定するのであって、刑法四五条のごとく「確定裁判」とはしていないから、四五条前段に該当すれば必ず四七条（有期懲役選択のとき）を適用すべしとすることができないのは勿論である。中野・併合罪（刑事法講座七巻）一三八〇頁は、四五条後段と五〇条とを対応的に解していると思われる）。ただ、訴が、もしそうであれば、四五条前段の併合罪が別個にしかも同時に裁判された場合、不都合を生じることになろう）。訴訟法上、併合罪について一個の有期懲役（禁錮）の言渡しがあった場合には、一部上訴（刑訴三五七条）の関係で不可分となるにすぎない。

いずれにしても、刑法刑事訴訟法の形式的文言からただちには、併合罪について、併合審理、同時裁判の言渡しの必然性は出てこない。そうだとすれば、原審のとった有罪部分棄却無罪部分破棄自判の措置も法律上当然に不当だときめつけることはできないことになる。けだし、原審は、有罪部分については、単に事後審としてその当否を審査して申立の理由がないとしたにとどまり（心証形成をしていない）、審理は第一審において終了し（したがって、刑法五〇条の「併合罪中既ニ裁判ヲ経タル罪」に当るとし）、破棄自判した無罪部分（心証形成がある）と併合審理したことにならないから、破棄部分を余罪（刑法五〇条の「未タ裁判ヲ経サル罪」）として処断すれば足り、全部を破棄する必要がないと解したとも考えられるし（原審は刑法五〇条の適用は示していないが、併合罪につき既に裁判を経ていてもそれが看過されて余罪につき裁判がなされるような場合には、五〇条の適用を示しえないのであるから、五〇条の適用を示すこと自体はそれほど大きな意味をもたないであろう―大判大正一二年一〇月一八日刑集二巻七三五頁参照）、また、併

合審理したのだと解したとしても、有罪部分について申立の理由がない場合には、その点については第一審の判断を是認するにすぎず（判断は既にあった（「既ニ裁判ヲ経タ」）のであって）、同時に裁判を言い渡すことにならないから、刑法四七条の適用なく有期懲役刑が併存する結果となってもやむをえないとしたとも考えられるからである（なお、法律のひろば一七巻二号二四頁の石丸調査官の解説参照）。では、原審の措置を不当とする根拠は何であろうか。

二　従来、狭義の併合罪（実在的競合）の問題は、罪数論を別にすれば、主として、一人が数罪を犯した場合に、それが同時審判の可能性があるかあったとして、併合罪としての有利な取扱いをうけるべきか、それとも確定裁判によって遮断され同時審判の不可能な罪として、非併合罪としての不利な刑の併科をうけるべきか、という形で論じられている（不破・井上・刑法総論一二一頁、団藤・刑法綱要（総論）三四八頁、牧野・刑法総論四四八頁以下、小野・刑法概論一七〇頁、中野・前掲書一三七七頁）。判例もまた、「裁判確定前ニ犯シタル罪ト裁判確定後ニ犯シタル罪トハ併合罪ニ非ズ」（大判昭七年五月二六日刑集一一巻七二五頁）、「各其刑ヲ併科セラルベキモノナルヤ論ナシ」（大判明四四年九月二五日刑録一七輯一五六〇頁）と原則を判示し、連続犯、常習犯、継続犯、営業犯、包括一罪等については、それらの中間に確定裁判が介在するとき、その前後の行為は別罪を構成するかについて、あるいはこれを積極に解し（連続犯につき大判昭一〇年七月四日刑集一四巻七五三頁、包括一罪につき東京高判昭二九年九月二八日刑集七巻一五三〇頁）、あるいは消極に解し、犯行の始期を基準として併合罪の関係に立つとし（継続犯につき大阪高判昭三二年一月三〇日刑集一〇巻一七頁、常習犯につき大阪高判昭三二年一〇月二一日刑集一〇巻六九二頁）、または終期を基準として併合罪の関係に立たないとし（継続犯につき名古屋高判昭二六年三月一六日刑集四巻三二二頁、最決昭三五年二月九日刑集一四巻八二頁、営業犯につき東京高判昭三五年二月一六日刑集一三巻七三頁）、さらに確定裁判ということについては執行猶予期間経過後であれ（名古屋高判昭二八年七月二八日刑集六巻一二三三頁）、大赦があった場合であれ（仙台高判昭八年三月三一日刑集六巻三〇七頁）、その事実を抹殺するものでないとし、また確定裁判のあったことを認定する証拠書類の存在については、併合関係を遮断する被告人に不利な事実であるから、刑訴三〇五条による取り調べをすることを要するとしている（最判昭三六年一一月二八日刑集一五巻一七七四頁）。

しかし、同じく併合罪として有利な取扱いをうけるとされながら、本件のごとく二個の有期懲役を選択する場合、同時に裁判を言い渡され刑法四七条により加重されるときと（併科主義にくらべれば減軽―滝川春雄・併合罪と累犯（刑法講座四巻）一九四頁）、余罪として刑法五一条により執行の段階で調整されるにすぎないときとでは、後者がはなはだしく不利益であることに注意しなければならない。けだし、四七条の場合には、加重刑の限度において宣告刑が量定せられるのに対し、五一条の場合には、宣告刑が加重刑の限度まで併科せられることになるからである（牧野・刑法総論四五九頁）。ことに、余罪の法定刑の下限が高い場合この不利益は著しい（吉川経夫・刑法総論二八四頁）。そこで、被告人の不当な不利益を排除するには、できる限り、併合罪について併合審理、同時裁判の言い渡しが望ましいことになる。そうして判例もこのような考慮に無関心であったわけではない。

①まず、本判決及び弁護人の上告趣意に引用の東京高裁昭和二八年一二月二二日判決は、一部有罪一部無罪の判決に対し、検察官から全部につき控訴の申立があり、無罪部分につき原判決破棄の理由があるときには、「当然にいまだ確定をみない右全部につき原判決を破棄すべきものと解するのを相当とする」（大決大一四年一二月二二日刑集四巻七七四頁参照）と判示している（なお本事案では、検事もまた「有罪判決の部分は無罪判決の部分と併合罪として処理せられるのが妥当と思料せられるので右有罪判決の部分を確定せしむるときには検事控訴せる無罪判決と併合罪として処理せられる機会を失うに至るから有罪判決部分についても検事控訴を行なった次第である。」旨主張した）。

②次に、右引用の大審院決定は、原審の一部無罪一部有罪の判決につき検察官が無罪部分については事実誤認、有罪部分については量刑不当の上告申立をなしたのに対し、「記録ニ付審究スルニ原審カ所論強姦被告事件ニ付被告人ニ対シ犯罪ノ証明ナシトシテ無罪ノ言イ渡シヲ為シタルハ事実ノ真相ニ関シ重大ナル誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顕著ナル事由アリト認ム従テ当院ハ被告事件に付キ事実ノ審理ヲ為スヘキモノタリ而シテ所論強姦被告事件ト原判示堕胎未遂被告事件トハ併合罪ノ関係アリトシテ共ニ起訴セラレ原審ハ其ノ前者ニ対シテ無罪其ノ後者ニ対シテ有罪ノ言

イ渡シヲ為シ原審検事ハ其ノ両者ニ対シ上告申立ヲ為シタルモノナルカ故ニ叙上ノ理由ニ依リ右強姦被告事件ニ関シ事実ノ審理ヲ為スヘキモノナル以上ハ堕胎未遂被告事件ニ付テモ亦事実ノ審理ヲ為スヘキモノトス」と判示した（本事案の評釈として、小野・刑事訴訟判法例研究三五三頁）。

③さらに最高裁にも、原判決が一部無罪一部有罪とした場合に、無罪部分につき検事が有罪部分につき被告人が上告した事案につき、有罪部分に破棄事由がなくとも無罪部分に破棄事由があると認めるときには、原判決全部を破棄すべきである、との判例（最判昭三三年一一月四日刑集一二巻三四三九頁、法曹時報一一巻一号一四九頁）がある（この外判例の傾向については、前掲法律のひろば二二頁以下参照）。

以上の諸判例から、併合罪につき一部有罪一部無罪の裁判があり、その全部について上訴（控訴上告を問わず）の申立があった場合、有罪部分については破棄の理由がなく（②の大審院決定は、有罪の点について其の「刑ノ量定甚シク不当ナリト思料スヘキ顕著ナル事由アル」（旧刑訴四一二条）か否かを審査することなくして当然に事実審理を及ぼすべしとした事案であるが（小野・前掲書三五三頁）、それは無罪部分を事実誤認で破棄したから有罪部分の量刑不当を審査しなかったにとどまり、無罪部分に破棄事由があれば当然に有罪部分の申立について判断することなく全部を破棄すべしとした判例ではないと解する。けだし、現行刑訴上はすべての上訴理由について判断するのが原則だからである（刑訴三九二条一項、四一四条、平野・刑事訴訟法（昭和三三年）三一六頁以下、井上・刑事訴訟法の論点二二三頁以下）、無罪部分について破棄の理由があるときには、有罪部分のみを先に確定させることなく、判決全部を破棄するのを相当とする、との趣旨がうかがわれる。そして、本判決も、それらと同趣旨に解せられるべきである。ただ、右の諸判例はその上訴申立の態様を異にしているから、この点少しく検討してみる必要がある。第一は①の東京高裁及び②の大審院決定のごとく有罪部分無罪部分の両事実につき検察官のみが上訴した場合であり、第二は③の最高裁判決のごとく無罪部分につき検察官が有罪部分につき被告人が上訴した場合であり、第三は本件のごとく全部について検察官が有罪部分について被告人が上訴した場合である。まづ、第一の場合については、被告人は無罪部分が破棄された場合一個の有期懲役刑を科せられる利益を自ら放棄しているのではないかとの疑問がある（東京高判昭三八年九月三〇日刑集一六巻五四四頁は、併合罪として一個の刑を言い渡すべきところを誤って二個の刑を言い渡した場合に、被告人が一旦全部について上訴したが、その後一方について上訴の取下げをしたという事案につき、「上訴の取下げをなした分については、被告人は一個の有期懲役刑により科刑を受けることの利

益を自ら抛棄したものとして各これを訴訟法上有効と認めて）。しかし、一個の刑を科すべき機会がある限りはそうすべきも不当とはいえないと解すべきである。」としている）。

ものと解せられるから、この場合全部について破棄すべしとするのは妥当と言わなければならない。なお、本件の検察官のごとく、全部について控訴申立をなしたが、控訴趣意では有罪部分について何ら主張せず無罪部分についてのみ主張した場合についても、仙台高裁昭和二六年三月一三日判決高刑特報二二号一七頁のごとく（同判決は、かかる場合には有罪部分につき控訴不成立に帰すことになるから、刑訴三八六条一項一号により決定棄却すべし、とする）、有罪部分につき決定棄却すべきでなく、無罪部分について審査した上もしそれを破棄するときには全部について破棄すべきであると解する。次に、第二の場合については、上訴申立者を異にし審判の対象としても申立としてもその関係は非常に稀薄であるから、別個の判断をなしうるのではないかが問題となる。しかし、第一の場合についてすら被告人の利益に解したのであるから、この場合のごとく被告人の上訴申立がある場合にはなおさら、無罪部分が破棄された場合には一個の有期懲役刑を科せられる利益をも主張していると解しなければなるまい（なお、この場合被告人が控訴趣意書を提出しなかったとしても、前述の検察官が無罪部分についてのみ主張した場合と同様に、決定棄却すべきでないと解すべきものと思われる）。以上のことから、第三の場合すなわち本件では、問題なく全部を破棄すべきものと解せられることになる。いずれにしても、上訴申立の態様は重要な事実ではなく、むしろ上訴という訴訟行為の解釈として、被告人に一個の有期懲役刑を科すべき機会がある以上は、常に全部について破棄すべきものとしなければならない（前掲法律のひろば二五頁参照）。

三　以上の検討から、本判決は、併合罪につき二個以上の有期懲役刑に処すべき場合に、刑法四七条による加重主義と刑法五一条による併科主義との不均衡をできる限り是正し被告人に不当の不利益を科さない趣旨であることが認められるのであるが、それは、そのような政策的意図に合致するのみならず、刑罰の本旨にもそうものであると解せられる。

今や、併合罪について自由刑が競合する限りでは、「犯罪の数だけの刑罰」（Quot delicta tot poena）という刑

法の私法的見解は是認されえない。けだし、たとえ現に犯した罪が数個あったとしても、これに科せられる刑は単一のものであるべきであると同時に、その責任の分量が犯罪の個数と算術的に比例するというようなことは到底承認されることではないからである（中野・前掲書一三七五頁）。このことは、人格責任論、社会的責任論の見地からは当然の帰結であるが（団藤・前掲書三四九頁、牧野・罪刑法定主義と犯罪微表説二二七頁参照）、道義的責任論においてもまた然りとされるのである（小野・犯罪の重複と構成要件（構成要件の理論所収）四〇三頁参照）。また、Quot delicta tot poena の原則を堅持してきた大陸法においても、たとえばドイツ刑法七四条は自由刑の競合に関する限り併合加重主義（Gesamtstrafe）をとっている（Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 10 Aufl., 1961, S. 446）。ところで、現行刑法は併合罪において自由刑が競合する場合に、四七条において加重単一刑主義を採用しているのであるが、他方それは五一条の併科主義によって修正せられる（これに対し、仮案は同時裁判の場合も余罪の裁判の執行の場合も吸収主義たる単一刑主義を一貫している（仮案七九条、八二条）。一方、準備草案では同時裁判において吸収主義を採用しながら（準備草案六四条）、余罪の裁判の執行については現行刑法と同じく併科主義を原則とし（同六八条一項）、一定の場合に刑の一部の執行免除ができるにとどめた（同六八条二項）。統一刑主義の見地からは、余罪の裁判の場合、同時裁判の場合に準じて単一の刑に作り直す手続が考えられる（中野・前掲書一三八一頁）。しかし、刑罰の統一性の本旨から、あくまでも四七条が原則であって、五一条はやむをえない場合の例外と解すべきである。本判決はこのような趣旨をも含むものといわなければならない。

四　結局、本判決は被告人に不当な不利益を科さないとする政策的意図にも、また刑罰の統一性という本質にもそうものであって、正当と考える。