

論説

# 刑事訴訟における択一的認定

## —同一構成要件内の択一的認定を中心に—

2007年4月入学

松本 渉

### I. はじめに

- 1 序
- 2 本稿の構成, 用語法

### II. 学説, 判例の流れ

- 1 第一期 (60年代前半～70年代前半)
  - ・松尾説
  - ・横井説
  - ・その後の学説
  - ・最高裁判例
- 2 第二期 (70年代～80年代)
  - ・異なる構成要件間の択一的認定
  - ・学説の反応
  - ・肯定説
  - ・否定説
  - ・利益原則による肯定説
  - ・同一構成要件内の択一的認定
- 3 第三期 (90年代以降)
  - ・異なる構成要件間の択一的認定
  - ・札幌高判昭和61年3月24日
  - ・同一構成要件内の択一的認定
- 4 小考察
  - (1) 学説, 判例の変遷とともに取り残された問題
  - (2) 学説, 判例の変遷によって解決された問題

### III. 同一構成要件内の択一的認定における判例, 裁判例

- 1 狭義の択一的認定の条件
- 2 狭義の択一的認定に関わる判例, 裁判例の選り分け
  - (1) 時, 場所
  - (2) 行為態様
  - (3) 過失の態様
  - (4) 客体, 主体
- 3 狭義の択一的認定に対する判例, 裁判例の態度
  - (1) 同一適用法令アプローチ
  - (2) 上位の構成要件要素アプローチ

### IV. 考察

- 1 各アプローチの考察
  - (1) 同一適用法令アプローチに対して
  - (2) 上位の構成要件要素アプローチに対して
- 2 事例へのあてはめ
  - (1) 居住者と非居住者
  - (2) 暴行と脅迫
  - (3) 事後強盗罪の目的
  - (4) 共謀共同正犯の実行行為者
  - (5) 因果経過

### V. 終わりに

## I. はじめに

### 1 序

自由心証主義を採用する刑事訴訟においては、審理を尽くしてなお、裁判所がある事実の存否について有罪判決に必要な心証が得られないという状況が生じる。もっとも、例えば、犯行の日時はいずれか特定できないが、被告人の犯行自体は間違いがないという場合など、微細な事実の存否が明らかでないだけという場合には、殊更その事実の存否についての判断を示すことなく、有罪判決を下すことも可能である。

他方、それが有罪判決を下すために不可欠な事実である場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則<sup>1)</sup>(以下、「利益原則」と呼ぶ)に従い、当該事実は訴訟上存在しなかったものと扱われ、その結果無罪判決を下すことになる。

しかし、「A」という事実の存在については確信を得られない場合であっても、別の「B」という事実の存在との二通り—あるいは三通り以上—のいずれかであるということまでは確信が得られ、そのいずれの事実の存在が認定されたとしても有罪判決が下せるといふ場合にあっては、いずれにせよ有罪であるということから、有罪判決を下すことができなからという疑問が生じる。

このように、有罪判決を下すために必要な事実について「A又はB」との確信しか得られていない場合にも有罪判決を下すことができるのかという問題を指して、刑事訴訟における択一的認定の問題と呼んでいる。

従来、択一的認定の問題は、主として二つの局面に分けて議論されてきた。

一つは、「A」という事実と「B」という事実でいずれも適用される刑罰法令は同一であるときに、当該刑罰法令の適用を認めてよい

かという場合である。これは、「A」及び「B」が同一構成要件内にとどまることから、「同一構成要件内の択一的認定」と呼ばれてきた。

もう一つは、「A」という事実と「B」という事実とで適用される刑罰法令が異なるが、その中で被告人に最も有利なものの適用を認めてよいかという場合である。こちらは、両事実が異なる構成要件にまたがることから、「異なる構成要件間の択一的認定」と呼ばれてきた。

二つの局面における議論は、一般に、正反対の様相を呈してきた。すなわち、同一構成要件内の択一的認定は、それが同一構成要件内にとどまるという理由で認められ、異なる構成要件間の択一的認定については、罪刑法定主義や利益原則と抵触する、あるいはそれを認める明文規定がないという理由で、否定的に解されてきた。

本稿は、このような議論状況を踏まえた上で、同一構成要件内の択一的認定における問題性を浮き彫りにすることにより、構成要件の異同という形式的なメルクマールで結論が分けられるという命題に対して、再考を促すものである。

今、これまで相対的に軽視されてきた、同一構成要件内の択一的認定に焦点を当てるのは、以下の理由による。

まず、同一構成要件内の択一的認定の問題は、ある時期以前にはむしろ盛んに議論されてきたが、議論の中心が異なる構成要件間の択一的認定に移るにつれてその問題性に対する意識は希薄となり、明確な回答が下されなまま現在に至っている、ということがある。

また、異なる構成要件間の択一的認定については、学説上の活発な議論に比してこれを扱った判例は少ない。反対に同一構成要件内の択一的認定については裁判例の蓄積があり、しかも、最近では最高裁が積極的に判例形成を行っている。例えば、後述する最三決平成13年4月11日<sup>2)</sup>では、共謀共同正犯

1) 利益原則は様々な意味で用いられることがあるが、本稿では、客観的挙証責任を検察官が負い、合理的な疑いが残る限り、当該事実が証明されたとして扱ってはならないことを示すルールという意味でこの語を用いる。

2) 刑集55巻3号127頁。

の実行行為者について、「被告人又はAあるいはその両名」といった択一的認定を認めているが、犯行の日時場所などに比べて、実行行為者まで択一的に認定するのは、当然には認められがたい。しかし、この場合でも、同一構成要件（この場合は刑法60条）であるということが、許容する立場の決定的な論拠となっているのである。

さらに、同一構成要件内の択一的認定と異なる構成要件間の択一的認定とは連続性を有する問題であり、前者の理解を深めることは、後者にとっても議論を深めることになる。近時の学説は、両者を全く別の問題として扱い、後者のみを念頭においた議論を展開してきた。しかし、まずは同一構成要件内の択一的認定において、どこまでが、なぜ許されるのかを考えた上で、構成要件が異なる場合にはその上にどのような要素が加わるのかを考えるのが正しい思考順序であろう。

## 2 本稿の構成、用語法

検討は以下のような順序で行う。

まず第二章では、択一的認定における学説、判例の流れを概観し、同一構成要件内の択一的認定から、異なる構成要件間の択一的認定へと議論の中心が推移していった経緯を分析する。そして、議論の推移の中で置き去りにされてきた中にも、未解決の問題があり、異なる構成要件間の択一的認定の問題と連続性を有するものであることを指摘する。

第三章では、前章で指摘した問題意識を踏まえ、同一構成要件内の択一的認定に関する判例、裁判例の中から、そのような問題を扱ったものを選別する。結論から言えば、判例、裁判例の中に択一的認定が許されなかったものはないが、仔細に分析すると、同一構成要件内の択一的認定を当然に適法視するアプローチと、そうではないアプローチが抽出できる。

そして、第四章では、裁判所のアプローチを批判的に考察しながら、同一構成要件内の択一的認定を当然には適法視できないことを

再度主張し、適法性を限界付ける規範の定立と、各事例へのあてはめを実験的に試みる。第五章は、まとめである。

なお、検討に入る前に、本稿で用いられる用語法を若干整理しておく必要がある。とりわけ、「構成要件」「構成要件要素」「構成要件該当事実」という三つの概念である。なお、以下の語法は本稿で独自に設定したものであり、必ずしも他の文献と完全に対応するものでないことを断っておく。

まず、「構成要件」とは、刑法典に規定された犯罪行為の類型である。例えば、窃盗罪では、「他人の財物を窃取した」こと、殺人罪では、「人を殺した」ことが構成要件となる。構成要件は、通常、適用罰条によって区切られる。条文番号が同じでも、項や号が異なる場合には、同一構成要件か否かは判断が難しくなる場合があるが、本稿ではその点の検討は回避する。

これに対して、「構成要件要素」とは、構成要件に記載され、その要素となる個々の事実である。例えば、窃盗罪では、「他人の」「財物を」「窃取した」ことが、それぞれ構成要件要素となる。

構成要件要素は、必ずしも刑法典に記載されているとは限らない。その例としては、窃盗罪における不法領得の意思や、横領罪における委託信任関係などを想定すればよい。

他方、定義上、構成要件要素を全て足すと、一つの構成要件を形成する。しかし、一つの構成要件要素の中に、複数の並列的な構成要件要素が含まれていることがしばしばある。強盗罪における「暴行」と「脅迫」、事後強盗における各種の目的などである。そこで、並列的な構成要件要素は、むしろ別の構成要件とみるべき（暴行による強盗、脅迫による強盗など）ではないかという疑問が生ずるかもしれない。そのような概念構成をとっても、私見は崩れることはない。しかし、従来の学説は、構成要件は適用罰条によって画されると考えてきたこと、その区切りを境にして、罪刑法定主義の適用の有無が決まると考えてきたことから、本稿でも、適用罰条ごとの一つの構成要件が存在するとの理解に従う。こ

の点は後でも触れる。

最後に、「構成要件該当事実」とは、問題となった事案においてそれぞれの構成要件要素に該当することを示す具体的事実である。例えば、窃盗罪においては、「Aから」「財布を」「盗んだ（意思に反して占有を移転させた）」ことが、それぞれ構成要件該当事実となる。構成要件該当事実は、事案によってはかなり不特定の認定がなされることもあるが（例えば、「氏名不詳者から」などの認定がなされることもありうる）、なにも認定しないままでは、有罪判決を下すことはできない。全ての構成要件要素に対応する形で、構成要件該当事実が存在することになる。

理論上は、このように構成要件要素と構成要件該当事実とは明確に区別されるが、しかし、実際には、両者の境は明確でないことがある。この点も後に詳しく述べる。

## II. 学説、判例の流れ

わが国における択一的認定についての議論は、実質的な争点が形成されたのが1960年代といわれる。それ以降の判例、学説の推移を把握するには、大きく三つの時期に分類して整理するのが有益である。

### 1 第一期 (60年代前半～70年代前半)

第一期は、択一的認定の実質的な争点が形成された時期である。それ以前であっても、択一的認定の問題性を指摘した文献や、関連する裁判例は散見されるが、そこでは、単に罪となるべき事実の記載方法の問題であるか、又は裁判所の意思表示の効果の問題と捉えられ、実質的な論争はあまりなされなかった。

#### ・松尾説

このような時期にあつて、択一的認定の可否に関する詳細な研究を行ったのが、松尾浩也教授であった<sup>3)</sup>。

松尾教授は、択一的認定の問題を大きく三つの領域に分類した上で、それぞれについて検討を行った。第一は、犯罪の方法、日時、場所等の、罪となるべき事実の細目的部分における択一的（不特定の）認定であり、判決書への記載の技術的な限界から、必ずしも強度の具体化は要求されない領域、第二に、被告人の直接の失火か使用人を介する失火か判明しないような場合など、二個の訴因が含まれている場合であり、この場合の択一的認定が証明の緩和を目指して創案されていることは明らかであるから、利益原則を動揺させるものとして否定的に答えるべき領域である。そして、第三が、窃盗であるか贓物譲受であるかが判明しないときで、ここでは第二の領域の問題に加えて罪刑法定主義の要求も加わるから、当然に認められない領域である。

松尾教授の見解においては、三つの領域がどのように分類されるのかは必ずしも明らかにされなかった。しかし、注目すべきは、択一的認定が違法となるものの中でも、利益原則の要請から違法となる領域と、罪刑法定主義の要請が加わって違法となる領域が別個に存在することを論じていた点である。そして、同教授は罪刑法定主義の要請が加わる第三の領域は当然に違法となるものとしており、問題の中心は、むしろ利益原則の要請から違法となる第二の領域であると捉えていたように思われる。

#### ・横井説

このように問題領域を把握することに対しては、批判もあった。横井大三検事の見解がそれである<sup>4)</sup>。横井検事は、犯罪定型に関係のない事実の択一的認定は択一的認定を問題

3) 松尾浩也「いわゆる不特定の認定について」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集刑事訴訟法』（青林書院新社、1963）458頁、463頁 [同『実例法学全集 刑事訴訟法（新版）』（青林書院新社、1977）471頁、475頁]。

4) 横井大三「追起訴状と刑訴256条6項・択一的事実認定」研修175号61頁、66頁（1963）[同『公判—刑訴裁判例ノート（4）』（有斐閣、1972）130頁所収]。

とする必要はないとして、より狭い問題領域を設定した。すなわち、犯罪定型を異にする択一的認定（本稿の語法に従えば、異なる構成要件間の択一的認定）のみを検討対象としたのである。また、同検事は、犯罪定型を異にする択一的認定であっても一定限度は許されてよいと主張し、松尾教授とは大きく異なる立場をとるものであった。両氏の研究は、択一的認定論の争点形成に大きく貢献した。

#### ・その後の学説

しかし、その後に続いた学説は、問題領域の設定についても、択一的認定の可否についての態度においても、ほぼ松尾教授の見解と同じ路線をたどった。

例えば、青柳文雄教授は、異なる構成要件に該当し処罰規定が異なるという場合には、択一的認定が認められないのは明らかであってそれほど疑問がないとしつつ、適用罰条に差がない場合であっても、裁判という公権的判断の明確性を損なう場合には、やはり択一的認定が許されないとした<sup>5)</sup>。そして、そのような類型として、構成要件が反社会的行為として種々の類型を包含している場合（刑法178条2項の準強姦の場合に心神喪失に乗じたのか、心神喪失せしめたのかなど）、同一構成要件に属し、同一の法概念で表示されていても反社会的行為の類型としては異なる場合（横領罪における着服、携帯、費消など）、さらに、法概念としても同一であり、反社会的行為の態様としても同一であるが、なお被告人の防御方法に重大な差異を生じさせる場合（被告人が身体のどの部分に暴行を加えたかにより因果関係に問題を生じるような場合など）を挙げた。

また、米田泰判事は、択一的事実認定の問題のもっとも重要なものは択一の対象が別個の犯罪類型に該当する場合であり、その場合には利益原則の問題を超えて罪刑法定主義

の要請に反して許されないとしながらも、他方で、一つの犯罪類型に関する択一的認定についても、無制約ではないとの立場を表明していた<sup>6)</sup>。とりわけ問題なのは法文上並列的に記載された行為態様の択一的認定であるとし、例えば、強盗における「暴行又は脅迫」となると択一的認定を肯定しうるのは大いに問題であるとした。

このように、第一期の学説は、同一構成要件内の択一的認定についても無制限に許されるとは必ずしも考えておらず、異なる構成要件間の択一的認定と同様に、あるいはそれ以上に議論の必要があると認識していたように思われる。そして、その場合に違法事由となるのは、罪刑法定主義との関係ではなく、利益原則との関係と捉えていたようである。

#### ・最高裁判例

他方、この時期の最高裁判例も、同一構成要件内の択一的認定に対して、必ずしも当然に認められるとの立場はとっていなかったように思われる。そのことを示すのが、最三判昭和38年11月12日<sup>7)</sup>である。

この事件は、被告人宅の床の節穴から真下の居室内にある衣類等にガソリンを流し込んだ後、それらを燃え上がらせるためにいかなる手段で火を落としたのかが明らかでなかったという事案であり、最高裁は、結論として「右節穴から落された火は、隣寸に点火されたものであつたか、ガソリンに濡れ滲みたボロ切れ、ガーゼ、紙又は蠟燭等に点火されたものであつたか或いはその他の火であつたかというような更に詳細な事情は明らかでなくても、被告人が判示住居に火を放つたという原判決の放火未遂罪の事実認定並びに罪となるべき事実の判示としては何ら欠けるところはないといわねばならない」と述べ、放火罪の成立を認めたが、他方で、原審が「なんらかの方法によって点火の措置をとつたもの」

5) 青柳文雄「判批」我妻榮編集代表『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、1965）140頁、141頁。

6) 米田泰邦「択一的事実認定について」法律時報39巻3号84頁、85頁（1967）【佐伯千代編『続・生きている刑事訴訟法』（日本評論社、1970）264頁所収】。

7) 刑集17巻11号2367頁。

と認定したことについては、「措辞妥当でない点があるけれども」との留保を付していた。

この判示から、最高裁が同一構成要件内の択一的認定に対して否定的な立場をとっていたとはもちろんいえないが、しかし、当然に認められるとの立場であったともいえないだろう。

## 2 第二期（70年代～80年代）

### ・異なる構成要件間の択一的認定

第二期は、異なる構成要件間の択一的認定をめぐる議論が、大きく進展した時期である。進展のきっかけとなったのは、大阪地判昭和46年9月9日<sup>8)</sup>であると思われる。

事案は、生後1ヶ月あまりの乳児に暴行を加えた母親が、泣き止んでぐったりとなった乳児を付近に置いて立ち去ったというもので、審理の結果、母親が立ち去った時点で乳児が死亡していたかどうかは不明であった。検察官は、乳児の置き去りについて主的に死体遺棄罪、予備的に保護責任者遺棄罪で起訴したが、大阪地裁は、「現行刑事訴訟法上の挙証責任の法則に忠実である限り、後者のような認定（筆者注：死体遺棄罪の認定）は許されないものと解すべきである」と述べて遺棄の部分については無罪とした。つまり、異なる構成要件間の択一的認定の問題を正面から取り上げて、無罪としたのである。

### ・学説の反応

この判決は地裁の判決でありながら、大きな波紋を呼び起こした。一方では、択一的認定に対してかねてより否定的であった前出の米田弁護士（当時）により、「法治国性と刑

事裁判の厳格性の確保というかけがえのない正義を守ったもの」という評価が加えられたが<sup>9)</sup>、他方では、「常識的に見ると、子どもに暴行を加えて捨てたという事実があるのに捨てたのは死んでから捨てたのかまだ息のあるうちに捨てたのかわからないので捨てた刑事責任を問えないというもおかしな話である」との批判もあった<sup>10)</sup>。

その後の学説は、異なる構成要件間の択一的認定が罪刑法定主義や利益原則との関係で問題があるという態度は維持しつつ、全く別の理論構成で有罪判決を下せる場合があるとの方向に向かった。かくして、議論の中心は、異なる構成要件間の択一的認定へと移ったのである。

議論の方向は、概ね三つの見解に分けることができるように思われる。

### ・肯定説

まず、異なる構成要件間の択一的認定の場面には、軽い罪に該当する事実が認定できるとして、軽い罪の成立を認める見解である。この見解は、A罪かB罪のいずれかにあたることが確実な場合には、択一的認定をするまでもなく軽い方の罪の事実が認定できるとすることで、罪刑法定主義との抵触を回避しようとした。この見解は、択一的認定の肯定説と呼ばれることがある<sup>11)</sup>。代表的な論者として、小林充判事を挙げることができる<sup>12)</sup>。

### ・否定説

次に、異なる構成要件間の択一的認定は合成的構成要件を作出するので許されないとの立場を堅持しようとする見解がある。この見解は、否定説と呼ばれることがある。代表的な論者として、鈴木茂嗣教授を挙げることができる<sup>13)</sup>。

8) 判時662号101頁。

9) 米田泰邦「判批」判評165号36頁、39頁（1972）。

10) 匿名記事「判批」判時662号101頁、102頁（1972）。

11) 択一的に複数の罪を記載することなく被告人に有利な罪の方だけを認めることから、秘められた択一的認定説と呼ばれることがある。が、実質的にみれば択一的認定の場合に有罪判決を下すという意味では等しいので、本稿では単に肯定説と呼ぶ。

12) 小林充「択一的事実認定」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』ジュリ増刊（1979）238頁、241頁。

13) 鈴木茂嗣「択一的認定」法教（第二期）3号65頁、66頁（1973）[同『刑事訴訟の基本構造』（成文堂、1979）331頁所収]。

しかし、この見解のアキレス腱は、前掲大阪地判昭和46年9月9日のような事案において、不当な結論を導いてしまうということにあった。そこで、鈴木教授は、殺人罪の訴因で故意の有無が真偽不明な場合に傷害致死罪を認定することがいわゆる予備的認定として認められるように、これまで択一的認定の問題として捉えられてきた事例においても、個別の解釈によって予備的認定の問題に置き換えられるものがあると主張した。

・利益原則による肯定説

他方、一部の択一的認定の事案を予備的認定として認められないかという否定説の考え方をさらに推し進めて、結果的には肯定説と同じ帰結を導く見解がある。この見解は以下のように述べる。予備的認定の場面において、殺意があるかもしれないのに傷害致死罪が疑いなく証明されたとするのは、実質的にみて択一的認定である。そして、このような択一的認定が許されるのは利益原則の適用によって殺意の不存在が認定されるからである。そうだとすれば、保護責任者遺棄と死体遺棄のような場合であっても、重い保護責任者遺棄の要素である「生きていたこと」が認定できなければ、利益原則の働きによって生きていたという事実の不存在、すなわち死んでいたという事実が認定でき、死体遺棄罪が適用される、とする。この見解は、利益原則による肯定説と呼ぶことができる。中野次雄判事の見解がそれにあたる<sup>14)</sup>。

以上の議論は、異なる構成要件間の択一的認定について利益原則と罪刑法定主義の双方との関係で問題があるとしながら、実際には罪刑法定主義との抵触のみを念頭に置いた上で、抵触を克服するための理論構成の探求が

行われた。利益原則との関係は相対的に軽視され、むしろ、利益原則の働きによって有罪判決を導くことができないか、という文脈で同原則の利用可能性が検討された。

・同一構成要件内の択一的認定

他方、同一構成要件内の択一的認定における議論についてはどうか。議論の中心が異なる構成要件間の択一的認定に移ったとはいえ、択一的認定の問題領域が構成要件の異なる場合だけではないという認識は、維持されていたように思われる。

例えば、鈴木教授は、罪となるべき事実の中核をなす「行為態様」については、相当厳格な認定が必要であるとして、失火罪における過失の態様の択一的認定については否定的な態度を表明していた<sup>15)</sup>。あるいは、小林判事は、手拳または鈍器で殴ったという択一的認定は許されず、その場合には、異なる構成要件間の択一的認定の場面で軽い罪を成立させるのと同様に、手拳で殴ったと認定すべきであるとしていた<sup>16)</sup>。

このように、議論の比重は減少したものの、同一構成要件内の択一的認定に対しても、第一期と同じく問題性を認識する学説は少なからず存在していた。

3 第三期（90年代以降）

・異なる構成要件間の択一的認定

まず、異なる構成要件間の択一的認定の議論においては、この時期においても、概ね前記三つの見解を維持したまま、推移していった<sup>17)</sup>。

14) 中野次雄「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選（第4版）』（有斐閣、1981）194頁、195頁〔平野ほか編『刑事訴訟法判例百選（第5版）』（有斐閣、1986）206頁、207頁、同『刑事法と裁判の諸問題』（成文堂、1987）171頁所収〕。

15) 鈴木・前掲注13)65頁。

16) 小林・前掲注12)239頁。

17) 肯定説の代表的な研究として古田佑紀検事、否定説の代表的な研究として大澤裕教授、利益原則による肯定説の代表的な見解として佐藤文哉判事、戸倉三郎判事を挙げることができる。それぞれ、古田佑紀「判批」研修538号13頁、17頁（1993）、大澤裕「刑事訴訟における『択一的認定』（一）～（四・完）」法協109巻6号1頁（1992）、111巻6号54頁（1994）、112巻7号83頁（1995）、113巻5号1頁（1996）、佐藤文哉「判批」松尾浩也＝井上正

このうち、通説的な立場を得たのは否定説であった。その過程で重要な役割を果たしたのが大澤裕教授の研究である<sup>18)</sup>。同教授は、罪刑法定主義の自由主義的機能と民主主義的機能とに着目した上で、自由主義的機能との関係では、択一的に認定される犯罪は既に示されている以上、国民の行動の自由を害することはないとしても、「A又はB」という合成的構成要件を裁判所が作出することは立法府との権限分担を侵すものであり、民主主義的機能から許されない、とする。そして、利益原則による肯定説に対しては、利益原則に重い罪の事実が存在しないことを擬制する効果はない、として批判した。

#### ・札幌高判昭和61年3月24日<sup>19)</sup>

否定説の立場を後押ししたと思われるのが、札幌高判昭和61年3月24日の存在である。この事件は、前掲大阪地判昭和46年9月9日と同様に、死亡時期が不明なために保護責任者遺棄罪か死体遺棄罪といずれに該当するか特定できないという事案であったが、札幌高裁は、死亡推定時刻の法医学的判断に加えて「行為時における具体的諸状況を総合し、社会通念と、被告人に対し死体遺棄罪という刑事責任を問い得るかかどうかという法的観点をふまえて、Sが死亡したと認定できるか否かを考察すべきである。」と述べた上で、本件では死亡事実が存在したとみることも合理的な事実認定として許される、として死体遺棄罪で有罪判決を下した。

この判決は、個別的解釈によって結論の妥当性との調和を企図する否定説にとって、法的観点を加味した事実認定の可能性など、さらなる解釈論の余地を示唆するものであった。この事件について、確実な死亡時点以降

の死体放置行為を捉えて、葬祭義務者である被告人の死体遺棄罪を認めることができるとする見解なども現れた<sup>20)</sup>。

#### ・同一構成要件内の択一的認定

他方、同一構成要件内の択一的認定については、問題性の認識が相対的に低下した。その契機となったものの一つとして、最二決昭和58年5月6日<sup>21)</sup>がある。

この事件では、「被害者の身体を、有形力行使して、被告人方屋上の高さ約0.8メートルの転落防護壁の手摺り越しに約7.3メートル下方のコンクリート舗装の被告人方北側路上に落下させて、路面に激突させた」との原審の認定に対して、「被告人がどのようにして被害者の身体を右屋上から道路に落下させたのか、その手段・方法については、単に『有形力行使して』とするのみで、それ以上具体的に摘示していないことは、所論のとおりであるが、前記程度の判示であっても、被告人の犯罪行為としては具体的に特定しており、第一審判決の罪となるべき事実の判示は、被告人の本件犯行について、殺人未遂罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、右構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明白にしているものというべきである」として、殺人未遂罪で有罪判決を下した。

ここで問題となった罪となるべき事実の摘示は、第一期における前掲最三判昭和38年11月12日よりも、さらに抽象度の高いものである。同事件では被告人の放火方法がかなりの程度明らかにされていたのに対して、本件では、被害者を屋上から落下させた手段につき「有形力の行使」とするのみでその詳細を明らかにしていなかったからである。しか

仁編『刑事訴訟法判例百選（第6版）』（有斐閣、1992）184頁、185頁、戸倉三郎「いわゆる不特定の認定」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法』（青林書院、1998）191頁。

18) 大澤・前掲注17)。

19) 判タ607号105頁。

20) 町野朔「死の概念と死の認定—死者と死体についてI」法教154号51頁、57頁（1993）[同『犯罪各論の現在』（有斐閣、1996）70頁所収]。

21) 刑集37巻4号375頁。

し、最高裁は、このような判示であっても構成要件の該当性を具体的に明白にしているとして、留保をつけずに、これを肯定した。

この判決を後追いするように、学説は、同一構成要件内の択一的認定は概括的認定の問題の一場面に過ぎないと捉え、問題性に対する認識は希薄化した。

例えば、佐藤文哉教授<sup>22)</sup>は、同一構成要件内の択一的認定は、一般に概括的認定と呼ばれている問題の一場面であり、択一的にしか認定できないことが、個々の事案において、事実を構成要件に該当するか否か判定するに足りる程度に具体的に明白にするのに支障がなければ、「A又はBである」と認定判示することが許される、とした。具体的には、失火罪の過失の態様などでも択一的認定は認められるとし、許される択一的認定を一個の訴因の内部における細目的事項に関する場合に限られるとする見解は狭すぎる、とした<sup>23)</sup>。略取、誘拐罪の目的や、事後強盗の目的など、法律の文言上要件が書き分けられている場合についても、択一的認定を認める見解もあった<sup>24)</sup>。

こうして、異なる構成要件間の択一的認定の問題が主として議論の対象となり、同一構成要件内の択一的認定は、概括的認定の一場面として、構成要件該当性が証明できるならばその限りで問題がないと認識されていたのである。

## 4 小考察

### (1) 学説、判例の変遷とともに 取り残された問題

以上のように、同一構成要件内の択一的認定を巡る議論は、異なる構成要件間の択一的認定に関する議論の深化と反比例して、問題性に関する認識は低下した。

しかし、同一構成要件内の択一的認定について活発に議論がなされた第一期学説の問題意識の中には、正しい指摘も含まれていたように思われる。

そのことを顕著に示すのが、法律の文言において並列的な要件の記載がなされている場合の択一的認定であり、例えば、刑法178条2項の準強姦の場合に心神喪失に「乗じた」のか、「喪失させ」たのか不明の場合や、「暴行又は脅迫」のいずれか不明な場合などである。本稿では、このタイプの択一的認定を以降「並列的構成要件要素の択一的認定」と呼ぶこととする。

#### ・並列的構成要件要素の択一的認定

同一構成要件内の択一的認定を緩やかに認める第三期の学説は、その根拠として、概括的（不特定の）認定が認められるのだから、より明確な形として、択一的な認定も許されるということを挙げる。これは、つまるところ、当該事実を認定せずとも、有罪判決を下せるという論理である。認定を要しない事実については、前掲最二決昭和58年5月6日のように「有形力の行使によって」といった抽象的、概括的に定めることも許されるのであるから、それをより明確にして、択一的に認定することも当然許される、というわけである。

確かに、殺人未遂罪では、殺人の実行行為が証明されれば構成要件の該当性が証明されるところ、当該事案では、認定された罪となるべき事実から「有形力の行使によって」の部分だけ抜けたとしても、被告人が被害者を屋上から落下させたことが認定されており、殺人の実行行為を証明することは可能であった。

しかし、並列的構成要件要素の場合はどうであろうか。例えば、「暴行又は脅迫」の択一的認定の場合には、罪となるべき事実から「暴行又は脅迫」が抜け落ちた場合には、強

22) 佐藤・前掲注17)184頁。

23) 問題となる領域を異なる構成要件間の択一的認定に限定する他の論者として、田口守一「判批」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選（第7版）』（有斐閣、1998）198頁、199頁、戸倉・前掲注17)194頁など。

24) 三井誠「概括的認定・択一的認定（2）」法教214号101頁、102頁（1998）。

盗罪の構成要件の該当性は認定されたことにならず、強盗罪で有罪判決を下すことはできない。したがって、並列的構成要件要素は、認定が不要な事実であるとはいえず、択一的認定があつて初めて、有罪判決を下すことができる。この問題を概括的認定の中に解消させることはできない。

#### ・問題の所在

むろん、概括的に認定できないからといって、択一的認定が直ちに違法だということにはならない。では、並列的構成要件要素の択一的認定の場面において、どのような違法事由が生じるのか。

ここで、並列的に規定された構成要件要素「A」「B」があるとす。まず、「A」「B」がそれぞれに証明の対象となると考えるのであれば、「A又はB」であるとの心証を抱いたとしても、「A」「B」それぞれについては有罪判決を下せる程度に証明されていないのであるから、利益原則によって、無罪判決を下すべきとの帰結が導かれる。

他方、初めから「A又はB」が一つの証明対象であると考えれば、「A又はB」との心証によって有罪判決を下すのは、当然に認められる。この場合でも、「A」「B」のいずれにあたるかを証明することも可能であり、望ましいが、それは有罪判決を下すためには本来不要な証明であるということになる。

そうすると、問題となっているのは、証明の対象が「A」「B」それぞれなのか、あるいは「A又はB」なのか、という点である。第一期の学説は、この問題をして、利益原則との関係での問題と捉えていたが、より厳密には、利益原則それ自体ではなく、利益原則の適用の対象となる事実をどのように捉えるか、という問題であるといえる。

しかし、利益原則と無関係かといえば、そうとも限らない。同原則は、形式的には、証明対象となる事実について合理的な疑いを超える限度で証明がなされなければ有罪判決を下すことができないというものであるが、その実質的な考慮は、裁判官による恣意的な事実認定を排除し、事実認定の適正を担保する点にある。そうだとすれば、証明の対象もそ

れにふさわしい具体的で特定されたものでなければならぬ。択一的認定の場面では、通常「A」および「B」はそれぞれ両立しない事実として現れることになるが、そのような複数の事実がひとまとまりに証明対象となるということは、利益原則との関係で疑問がないとはいえない。

さらに、並列的にせよ、個別に設けられた複数の構成要件要素をして一つのまとまりと考えることは（比喩的にいえば、並列的な構成要件要素を「合成」することは）、それぞれの構成要件要素が設けられた趣旨を無視することになりはしないか、という問題がある。利益原則とは別に、主として実体法的な観点から提起される問題である。

これは、第三期の学説においても指摘される、罪刑法定主義の民主主義的機能との関係とパラレルに捉えることができる。すなわち、「個別の犯罪（罰条）にはそれぞれに立法趣旨があるので、それらを合成することは、立法府との関係で裁判所に許された権限を超える」というとき、その主張は、そのまま個別の構成要件要素についても、妥当する。もちろん、別個の構成要件として規定するのと、別個の構成要件要素として規定するのでは、立法趣旨の開きにおいて一般的には大きな差があるだろう。しかし、問題の性質は同じであり、程度の差によって結論が正反対となるのは、自明ではないのである。

これまでの学説は、一貫して、罪刑法定主義と抵触するのは異なる構成要件間の択一的認定のみだと捉えてきた。罪刑法定主義という原則が、なによりも新たな犯罪類型を作出することを禁止するものだと考えるのであれば、この理解は正しいといえよう。しかし、同原則の機能にまで遡って考えるならば、それを罪刑法定主義の問題と呼ぶかどうかは別として、同一構成要件内の択一的認定についても同質の問題が生じているのである。

このように考えるのであれば、構成要件をいかに区切るかは、さほどの意味を持たない。択一的認定の対象となるそれぞれの構成要件あるいは構成要件要素が、どれほど異なる趣旨で規定されているかを実質的に考察

すればよいだけであるからである。その際、適用罰条が異なるということは、大きな要素ではあるけれども、絶対的な基準になるとは限らない。従って、暴行による強盗、脅迫による強盗がそれぞれ別個の構成要件だと考えることも、概念構成としては可能である。ただ、既に述べたとおり、本稿では、従来の学説の理解に従い、罰条の異同をもって構成要件が区切られるとの前提で検討を進める。

以上のように、同一構成要件内の択一的認定であっても、並列的構成要件要素の択一的認定の場合には、概括的認定の一場面ということでは説明の付かない問題が生じているといえよう。これを要約すれば、利益原則の適用対象としての具体性、特定性の問題と、各構成要件要素の立法趣旨の没却、潜脱の問題である。

#### ・その他の場合

そして、このような未解決の問題があるということは、単に一部の論点が見落とされてきたというだけの問題にとどまらない。なぜなら、現在の通説的な立場においては、異なる構成要件間の択一的認定は認められないとの立場を貫きつつ、個別の事案における解釈によって有罪判決を下せる余地を探求し、結果の妥当性と調和を図ろうとしてきた。結果の妥当性と調和を図る必要があるのか、ということ自体が一つの争点ではあるが、もしその必要があるとして、並列的構成要件要素間の択一的認定にも許されない場合があるとするならば、結果の妥当性と調和は大きく損なわれることになる。そうだとすると、異なる構成要件間の択一的認定だけでなく、同一構成要件内の択一的認定についても妥当な結論が導けることが示されなければ、択一的認定の問題はその全般にわたって解決には至らないのである。

しかも、同様の問題が生じるのは、並列的構成要件要素の択一的認定の場合だけに限られない。同じ構成要件要素について、複数の

構成要件該当事実が考えられ、そのいずれにあたるのが不明な場合ということも考えられる。例えば、詐欺の被欺罔者がAとBのいずれであったかは不明だがいずれかが欺罔されたのかは間違いのない場合、構成要件要素としては、いずれも刑法246条の「人を」にあたる事実ではあるが、この要素への該当性を判断するにあたって、単に「人を欺罔して」とするだけでAかBかを判断しなければ、罪となるべき事実として十分とはいえないだろう。その意味で、この場合にも概括的認定の延長としては解消できない問題が生じており、これも、同一構成要件内の択一的認定の中でも検討に値する類型といえることができるだろう。もっとも、こちらでは立法趣旨を没却、潜脱するといった問題は生じていないといえるが、利益原則の適用対象として、「A又はB」という事実を想定してよいのかという問題は、同様に生じていると考えられる。

ところで、第一期学説においては、択一的認定の中に異なる複数の訴因が含まれている場合についても、問題性が大きいと認識していた。その代表例となるものが、過失の具体的態様の択一的認定である。しかし、過失の態様によって訴因を異にするという主張の背後には、過失という抽象的で開かれた構成要件要素は、それを基礎付ける具体的な該当事実を認定しなければ、罪となるべき事実として十分とはいえないという理解がある。そうであるならば、過失の態様の択一的認定は、異なる構成要件該当事実の択一的認定として把握することも可能だろう。訴因が異なる場合と、構成要件該当事実が異なる場合とは、必ずしも範囲が一致するとは限らないが、異なる構成要件該当事実の択一的認定も、やはり未解決の問題であったということの、一つの根拠にはなるだろう<sup>25)</sup>。

25) 近時、川出敏裕教授は、択一的認定の可否を判断する際のメルクマールは構成要件でなく訴因であると主張する。訴因のみがメルクマールになるかには疑問だが、同一構成要件内の択一的認定においても問題となる領域があるという指摘として、正当なものと考えている。川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル6号120頁、126頁(2007)。

## (2) 学説、判例の変遷によって

### 解決された問題

以上のように、同一構成要件内の択一的認定であっても、利益原則の回避の疑いや裁判所による立法への疑いから、許容性に問題がある類型が存在するという事は、第一期、第二期学説による正しい指摘として、受け止めるべきだろう。

しかし、他方では、第一期、第二期学説が問題性を指摘した事例が、全て検討に値するものとは限らない。第三期学説による、同一構成要件内の択一的認定が概括的認定の一場面として許容されるという指摘は、その指摘を全ての同一構成要件内の択一的認定に及ぼすことには問題があるが、それ自体としては正当であるといえる。

#### ・行為態様の択一的認定

こうして、概括的認定の一場面として見直されてきたものとして、法文に記載されていない行為態様の択一的認定（覚せい剤使用が注射か飲用かなど）や、犯情に違いがある事実（凶器がナイフか拳銃かなど）の択一的認定などがある。

これらの事実の択一的認定においても、第一期、第二期の学説は問題性を認識したものがあつた。それは、重要な間接事実であるか、あるいは、量刑の判断上重要な事実である場合であつて、利益原則の適用を受けるからであらう。

#### ・間接事実と利益原則の関係

確かに、利益原則が適用されるのは、構成要件該当事実、言い換えれば、主要事実のみに限られない。およそ、刑事訴訟において、合理的な疑いがある事実を重要な間接事実や量刑上の事実として判決を下すことは、許されないといえよう。

しかし、利益原則が適用されるということと、その事実が認められなければ有罪判決が下せないということとの間には、距離がある。なぜなら、当該事実が認定できなくとも、他の事実や証拠から有罪判決を下せる場合があ

りうるからである。

たとえば、間接事実について考えてみると、ある構成要件要素を証明する際にどのような間接事実を設定するかは、裁判所の判断に委ねられている。例えば、覚せい剤使用罪において覚せい剤の使用という主要事実を証明する上で、注射したのか飲用したのかは重要な間接事実となる場合もあるかもしれないが、そうではなく「体内に摂取する方法で」という間接事実を設定することも合理的な事実認定の方法として認められる。そして、「体内で摂取する方法で」が証明できるのであれば、注射か飲用かの択一的認定を経ずに、その事実を根拠として構成要件要素を証明することもできるのであるから、その場合、注射か飲用かという事実は、本来認定が不要な事実であるということになる。

#### ・量刑の判断上重要な事実と

##### 利益原則の関係

また、量刑の判断上重要な事実について考えると、量刑事情は、有罪判決を下せるとした上で裁判所が裁量的に取り上げるものであり、存否が不明確な事実ならば一切取り上げないということも許される。すなわち、殺人にナイフを用いたか拳銃を用いたかが量刑上意味をもつとしても、裁判所はいずれの事実も認定せず、ただ量刑を加重する事実の存在を前提としない量刑判断をすることができる。このような量刑判断がなされる限りにおいては、判決書の記載内容として、あえて「ナイフ又は拳銃を用いた」と記載することは、形式上の問題にすぎず、認められるであらう。

これらの事実は、判例によれば、罪となるべき事実として特定することを要さず、従つて検察官が進んで訴因に記載しない限り、有罪判決を下す上で認定することを要しない。すなわち、最一判昭和24年2月10日<sup>26)</sup>は、(罪となるべき)「事実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

26) 刑集3巻2号155頁。

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」と述べ、同様の表現はその後の前掲最二決昭和58年5月6日でも繰り返されているところ、これを前提とすれば、構成要件該当性を判定する上で不要な事実、これを個々具体的に認定せずとも有罪判決を下すことができることになる。

以上のように、間接事実や量刑上重要な事実については、確かに、利益原則の適用を受けることはあるが、それらの事実の認定を回避して有罪判決を下すこともできるのであり、その場合、本来認定が不要な事実として、概括的認定の中に解消することが可能である。そうすると、択一的認定の問題として真に検討に値するのは、概括的認定の中に解消できないものであり、異なる構成要件要素の択一的認定や、異なる構成要件該当事実の択一的認定、さらには、これらと一部重複するものとして、異なる訴因間の択一的認定に差し当たり絞られると考えられる。

以降、本稿では、概括的認定の中に解消不能な類型を「狭義の択一的認定」と呼び、その場面における解釈の指針を検討することとしたい。

### III. 同一構成要件内の択一的認定における判例、裁判例

#### 1 狭義の択一的認定の条件

それでは、狭義の択一的認定は、果たして又はいかなる範囲で認められるべきなのか。

このことを議論するに際して、まずは、狭義の択一的認定に対して裁判所がどのような態度をとってきたのかを分析することにしよう。

しかし、同一構成要件内の択一的認定の判例、裁判例としてこれまで認識されてきたものの中には、種々様々なものがあり、これらの中から、狭義の択一的認定についてのものを選び分ける必要がある。

選別作業において中心的な役割を果たすのは、前章でも述べた、(ア) 概括的認定の中

に解消できるか、という条件である。言い換えれば、択一的に表示された個々の事実が、いずれも有罪判決を下すために認定を要する事実であることが、狭義の択一的認定の条件となる(認定の必要性)。

しかし、判決書において「A又はB」と記載されるもののうちには、実に様々な場合があり、上記の条件だけでは選別の上で十分でない。択一的認定は、定義上、「A」「B」それぞれが犯罪の成立を認めるために不可欠なものであり、いずれも単独では確信がないが、「A又はB」という形式であれば確信があるという場合のみに絞られ、逆にそれ以外のは、択一的認定ではない。このことを分解すると、四つのサブルールを導くことができる。

まず、(イ) 択一的に表示された個々の事実が、それぞれ単独では認定できないことが必要である(個別認定の不可能性)。もしこの条件に欠ける場合には、単独で認定できる事実によって有罪判決を下すことができるのであるから、それらの事実が択一的に記載されていたとしても、狭義の択一的認定の問題とはならない。

また、(ウ) 択一的に表示された個々の事実のうち、そのいずれかであるとの心証が得られていることが必要である(択一的心証)。これを満たさない場合には、「A又はB」という心証すら得られていないのであるから、択一的認定の可否を論じるまでもなく、当然に無罪判決が下されることになる。

さらに、(エ) 択一的な判示の中に犯罪事実が複数存在する可能性がないことが必要である(犯罪事実の単一性)。仮にそのような可能性がある場合には、一方の存在が他方の不存在を意味するという関係には立たないのであるから、単純にいずれの事実も認定できないとして無罪とするほかない。例えば、覚せい剤の使用日時の択一的認定がなされた場合に、いずれの日時においても使用した可能性があった場合などである。もっとも、このような場合には複数の犯罪事実を同一の手続内で審理しているとして、公訴事実の同一性を欠くとされる場合がほとんどであろう。

最後に、(オ) 仮に択一的に表示されたいずれかの事実が認定できれば、いずれの事実の場合でも、構成要件を充足させ、有罪判決が下せる場合であることが必要である(仮定的充足性)。もし一方の事実が認定された場合無罪となる場合には、択一的に認定することで有罪判決を下すことは、まさに無罪の疑いが残るまま有罪とするものであって、許されない。例えば、複数回の暴行のうち、いずれによって傷害結果が発生したか不明だが、そのうちの一部については正当防衛が成り立つという場合がそれである。この場合に傷害結果を帰責できないのは当然であって、択一的認定が認められないからではない。

以上の(ア)～(オ)の全ての条件を満たす場合であれば、有罪判決を下す上で必要不可欠な事実について、択一的な心証が得られている場合であるといえ、狭義の択一的認定にあたりと考えられる。

## 2 狭義の択一的認定に関わる判例、裁判例の選り分け

では、これまで同一構成要件内の択一的認定がなされたとして紹介されてきた判例、裁判例の中で、狭義の択一的認定に当てはまるものはどのようなものか。伝統的な分類に従って裁判例をみていく。

### (1) 時、場所

時、場所の択一的認定については、裁判例上に現れたものもかなり多いが、そのほとんどが、上記の(ア)認定の必要性の条件に欠けるものである。

例えば、収賄罪における受供与の事実について「昭和60年12月16日頃…『松花堂』において」と「同日ころ…被告人方において」との択一的認定を認めた仙台高判平成4年12月21日<sup>27)</sup>は、構成要件に該当する事実としては受供与のみを認定すればよいので、そ

の日時場所については本来認定する必要がなく、(ア)認定の必要性の条件に欠け、狭義の択一的認定の問題とならない。

同様に、共謀共同正犯の事案で謀議の場所について「事務所又は…寿司屋」との択一的認定を認めた東京高判昭和60年12月4日<sup>28)</sup>については、共謀共同正犯においては、謀議それ自身が証明の対象となる事実ではなく、共謀の意思があったことを証明すれば有罪判決を下せると考えられるから、(ア)認定の必要性の条件に欠け、狭義の択一的認定の問題とならない。

### (2) 行為態様

行為態様の択一的認定についても、裁判例上かなりの例があり、(1)と同様に、上記の(ア)認定の必要性の条件に欠けるものが多い。

代表的なものとして、まず、密造焼酎が甲類か乙類かを確定できない場合にも酒税法違反の罪を認めた最三決昭和33年7月22日<sup>29)</sup>がある。甲類か乙類という蒸留方法が課税要件として別個に定められており、罰金額が課税額に連動して定められているために、被告人は甲類か乙類かによって事実上の影響を受ける。しかし、酒税法違反の罪を問うためには焼酎密造の事実のみを認定できればよい。したがって、甲類か乙類かは量刑上考慮される事実でしかないから、本来証明を要せず、(ア)認定の必要性の条件に欠ける。

また、「有形力の行使によって」被害者を屋上から落下させて死亡させたという認定により殺人罪の成立を認めた前掲最二決昭和58年5月6日も、被害者を屋上から落下させたことが証明されれば殺人罪の実行行為の証明としては十分なので、その具体的な方法までは証明する必要がなく、(ア)認定の必要性の条件に欠け、狭義の択一的認定の問題とならない。

他方、覚せい剤の自己使用罪について、その方法が注射であるか、嚥下であるかの

27) 高等裁判所刑事裁判速報集(平4)号106頁。

28) 判時1190号143頁。

29) 刑集12巻12号2712頁。

選択的な認定は許されないとした札幌高判昭和58年5月24日<sup>30)</sup>と、注射又は飲用等の方法によるとの選択的記載も許されるとした東京高判昭和63年5月23日<sup>31)</sup>がある。これらは一見すると矛盾しているように思える。しかし、札幌高判の事案では、原審で注射による使用と嚙下による使用とが併存していた可能性を指摘しており、複数回の犯罪事実の可能性があり、(エ)犯罪事実の単一性の条件が欠けるために犯罪の成立が認められず、他方で、東京高判の事案ではそのような事情はなく、(ア)認定の必要性の条件に欠けるために択一的な認定を許したものであると考えられる。したがって両者は矛盾するものではなく、しかもいずれも狭義の択一的認定の裁判例ではない。

これに対して、事情が異なるのが、クロロホルムを吸引させた行為と車ごと海中に転落させた行為とのいずれにより死亡したか不明な場合に殺人罪の成立を認めた仙台高判平成15年7月8日<sup>32)</sup>である。この事案では、吸引行為と転落行為のいずれも証明されており、実行行為について択一的に記載されていること自体は、狭義の択一的認定の問題ではない(条件(イ)個別認定の不可能性に欠ける。)。しかし、両実行行為と死亡結果との因果関係の成立には疑いがあり、海中に転落させる前に、クロロホルムによって死亡していた可能性があった。

ここで、クロロホルムの吸引による死亡と、海中への転落による死亡について、そのいずれも認定しないで因果関係を認めることはできない。いずれかの事実が認められて初めて有罪判決を下すことができる。したがって、二つの因果経過は、本来認定不要な事実であるとはいえず、狭義の択一的認定の問題の一場面であるといえることができる。先の分類に従えば、因果関係という一つの構成要件要素

に対応して複数の構成要件該当事実が考えられる場合であり、構成要件該当事実の択一的認定が認められたものであるといえることができるだろう。

### (3) 過失の態様

異なる過失の態様の択一的認定については、秋田地判昭和40年3月31日<sup>33)</sup>が知られている。この事件では工事責任者であった被告人が配下2名と3名ともども喫煙しながら屋上工事に従事していたところ、いずれかの喫煙による吸殻が建造物に燃え移ったという事案について、被告人自ら喫煙をするという過失と、配下の者に喫煙をやめるよう注意することを怠った過失と、二個の注意義務違反はいずれも重過失に相当するから、いずれにせよ被告人には当時の刑法117条の2の重過失失火罪が成立するとして有罪判決を下している。

この判示については、過失の態様の択一的認定を認めたものと説明されることがある<sup>34)</sup>。しかし、このような説明は若干不正確である。本件では、被告人自らが屋上工事の最中に喫煙したという過失と、配下に喫煙をやめるよう注意することを怠った過失とがいずれも証明されている。従って、過失の態様が択一的に記載されていること自体は、狭義の択一的認定の問題ではない(条件(イ)個別認定の不可能性に欠ける。)。しかし、いずれの過失行為によって結果が発生したのかが明らかでないというのだから、因果経過が択一的に認定されている。従って、因果関係についての構成要件該当事実の択一的認定の一例として把握することができ、前掲仙台高判平成15年7月8日と同列に並べることができる。なお、過失の態様によって訴因が異なるという理解から、本件を異なる訴因間の択一的認定と把握することも可能である。このことは先に述べたとおりである。

30) 判時1108号135頁。

31) 東京高等裁判所(刑事)判決時報39巻5-8号18頁。

32) 刑集58巻3号225頁。

33) 下刑集7巻3号536頁。

34) 松尾・前掲注3)465頁等。

過失にかかわる他の裁判例としては、軽自動車二輪車の酔酩運転中に被害者と激突したことを理由とする重過失致死罪の成立が問題となった事案で、被害者が「道路前方を自転車を押していたか又は自転車と共に路上に倒れていた」との認定では罪となるべき事実の明示を欠くとした名古屋高判昭和36年9月25日<sup>35)</sup>がある。しかし、判示は、被害者が路上に倒れていた場合は相対的に発見が困難であることを指摘して差し戻していることから、路上に倒れていた場合には過失自体が認められない可能性があった。そうだとすると、一方の事実からでは有罪判決を下すことができない場合にあたり、(オ)仮定的充足性の条件に欠け、狭義の択一的認定の問題ではない。

#### (4) 客体、主体

犯罪行為の客体に関する裁判例としては、まず、被欺罔者がAかBであることに間違いが無く、両名の外には被欺罔者がいないことが明白であるとして詐欺罪の成立を認めた東京高判昭和46年3月30日<sup>36)</sup>がある。この事件ではA、Bの従事する会社を被害者とする多数回の詐欺的取引が行われ、その際にはAが被欺罔者となったものもBが被欺罔者となったものもあるが、個々の取引についてはいずれが担当したのかわからないというものであった。

判示からは、多数回の取引についてどのような罪数処理がなされたのかは明らかではな

いが、仮に全てが包括一罪となとしても、訴訟の場面においては、個々の取引が証明対象となるのであるから、その個々の取引において被欺罔者が誰であったかを認定しなければ、詐欺罪の成立を認めることはできない。そうだとすれば、この場合も有罪判決を下すために必要な事実の択一的認定がなされたものとして、狭義の択一的認定の場合にあたる。これは、「人を」という構成要件要素に対応する複数の構成要件該当事実についての択一的認定の例である。

他方、構成要件要素の択一的認定についての裁判例であると見られるのが、大阪高判昭和42年1月28日<sup>37)</sup>である。判旨は、外国為替及び外国貿易管理法(旧外為法)27条1項2号、3号のいずれに違反するか明らかでない場合であっても、同法70条7号の罰則が適用できるとしたものであるが、事件当時の旧外為法の定めは、27条1項各号で支払が禁止される場合を定め、2号では、「非居住者に対する支払」を、3号で「非居住者のためにする居住者に対する支払」を挙げ<sup>38)</sup>、そのいずれの号に該当する場合であっても、同法70条7号で、「第二十七条の規定に違反した者」に対して刑罰が科されることを規定していた。すなわち、支払の相手方が非居住者である場合と居住者である場合とが法文上分けて規定されていたのであるから、この裁判例は並列的構成要件要素の択一的認定の場合にあたり、狭義の択一的認定の問題を扱ったものであるといえる<sup>39)</sup>。

35) 高刑集14巻8号548頁。

36) 判時639号109頁。

37) 判時501号108頁。

38) 外国為替及び外国貿易管理法第27条1項(1980年改正前のもの、関係箇所のみ抜粋)。

第二十七条 この法律の他の規定又は政令で定める場合を除いては、何人も、本邦において左に掲げる行為をしてはならない。

二 非居住者に対する支払又は非居住者からの支払の受領

三 非居住者のためにする居住者に対する支払又は当該支払の受領

第七十条 左の各号の一に該当する者は、三年以下の懲役若しくは三十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

七 第二十七条第一項の規定に違反した者

39) もっとも、本件は27条1項2号と3号とで号番号が異なることから、異なる構成要件間の択一的認定の場合にあたるということも考えられるかもしれない。しかし、いずれにせよ適用罰条は70条7号となるのであるから、同一構成要件内の択一的認定と考えて構わないように思われる。後述の判旨引用部分において、大阪高裁も同様の判断をしている。

主体に関して、放火罪において自ら又は第三者をして放火し又は放火せしめたとの原審の認定に対して、これを取り消して放火罪につき無罪とした大阪高判昭和59年9月19日<sup>40)</sup>がある。

しかし、この事件では、第三の可能性もあつたことを指摘して、「両事実のどちらかであつてそれ以外の事実の可能性がないという確信に到達するということはありません」として、無罪の判決を下しているから、(ウ)択一的心証の条件に欠け、狭義の択一的認定の問題とはならない。

他方で、共謀共同正犯の実行行為者について、前掲最三決平成13年4月11日が、「被告人はAと共謀の上、…A又は被告人あるいはその両名において…殺害した」との択一的認定を認めている。この事件では、「被告人は、Aと共謀の上、前同日午後8時ころから翌25日未明までの間に、青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において、A又は被告人あるいはその両名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法で窒息死させて殺害したと罪となるべき事実を認定して、殺人罪の共同正犯の成立を認めている<sup>41)</sup>。

判例の採用する共謀共同正犯の法理によれば、刑法60条の共同正犯の成立を認めるためには、被告人が他の者と共謀の上、共謀参加者のいずれかが犯罪を実行したことが要件となる<sup>42)</sup>。言い換えれば、実行行為者が共謀参加者のいずれかであるということの認定をしないまま有罪判決を下すことができない。そうだとすると、共謀共同正犯においても、実行行為者は本来認定を要しない事実とはいえ、実行行為者の択一的認定は狭義の択一的認定の問題にあたる。

もっとも、この場合の択一的認定が、構成要件要素の択一的認定なのか、構成要件該当事実の択一的認定なのかは、難しい問題である。共同正犯においては、条文の文言上構成要件要素が具体的に設定されておらず、解釈

に委ねられる部分が多いからである。

もし、構成要件要素を「共謀参加者が」と捉えるならば、具体的に誰が実行したのかは、構成要件該当事実であるということになるだろう。他方で、「自ら又は共謀参加者あるいはその両名が」などとすれば、別個の構成要件要素だということになり、被告人を含む実行行為者の択一的認定は、構成要件要素の択一的認定ということになる。

共謀共同正犯に対する理解にも関わるが、被告人自らが実行した場合と、共謀参加者を通じて因果的寄与を及ぼした場合とでは、別個の構成要件要素と考えるべきだろう。従って、被告人自らの実行と共謀参加者の実行をひとまとめに「共謀参加者が」という要素にすることはできないように思われる。そうだとすれば、被告人を含む実行行為者の択一的認定は、構成要件該当事実の択一的認定ではなく、構成要件要素の択一的認定と把握すべきであると考ええる。

### 3 狭義の択一的認定に対する判例、裁判例の態度

以上のように、裁判例の中には、狭義の択一的認定の問題を扱ったものが複数存在する。裁判所は結論としてはいずれも犯罪の成立を認めているが、その理由付けを仔細に分析すると、この問題に対する若干異なる態度を看取することができるように思われる。そのことを、裁判例の理由付けの分析によって確認したい。

まず、構成要件該当事実の択一的認定についての裁判例は、いずれも、択一的認定が認められる理由を明らかにしない。たとえば、前掲仙台高判平成15年7月8日では、それぞれの行為と死亡の結果との間の因果関係を認めることはできないから結局殺人未遂罪が成立するにすぎないと弁護人の控訴主張に

40) 判タ548号282頁。

41) 判旨原文では、共犯者は実名で掲載されているが、便宜上、「A」と表示している。

42) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第5巻(第2版)』(青林書院, 1999) 259頁〔村上光瑠〕。

対して、特に理由を示すことなく、「死亡の原因が、クロロホルム吸引によるものか、その後の海中転落による溺死であるか断定できないとしても、被害者の死亡原因がそのいずれかであることは明白であり」として、殺人罪の成立を認めている。前掲秋田地判昭和40年3月31日や、前掲東京高判昭和46年3月30日も同様である。

これらの判示からは、裁判所が択一的認定を認めているということ以上に、なぜそのように解することができるかについては、明らかでない。

### (1) 同一適用法令アプローチ

他方、実行行為者の択一的認定を認めた前掲最三決平成13年4月11日は、択一的認定の可否について、以下のように述べる。

「上記判示は、殺害の日時・場所・方法が概括的なものであるほか、実行行為者が『A又は被告人あるいはその両名』という択一的なものであるにとどまるが、その事件が被告人とAの二名の共謀による犯行であるというのであるから、この程度の判示であっても、殺人罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、それが構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにしているものというべきであって、罪となるべき事実の判示として不十分とはいえない」。

上記判示では、「その事件が被告人とAの二名の共謀による犯行であるというのであるから」というのが択一的認定を認める理由となっているように見える。その意味するところは必ずしも明らかでないが、同判決の調査官解説において、本件で択一的認定が認められる理由について、「共謀共同正犯の法理においては共謀関与者の間で刑事責任の成否に差異はなく、実行行為を担当した者も担当しなかった者も、いずれも共同正犯として処罰されることになるからである<sup>43)</sup>。」と述べていることからすると、共謀関与者の誰が犯行を実行しても、適用法令が同一であるという点に着目しているのだと考えるのが素直であ

ろう。

このように、択一的認定を認めたとしても、適用法令が同一であるということ、言い換えると、当該刑罰法令が適用されることについては証明がなされているということを経由からこれを認める考え方を、以下、「同一適用法令アプローチ」と呼ぶ。

### (2) 上位の構成要件要素アプローチ

これに対して、態度が若干異なるのが、前掲大阪高判昭和42年1月28日である。同判決は、択一的認定を認める理由として、以下のように述べる。

「本件記録を精査しても前記氏名不詳の男が外為法上非居住者なのか、それとも居住者であるのか、いずれとも断定し難いことは所論のとおりである。しかしながら、同人が本邦にある非居住者であるか、それとも居住者であるかのいずれかの身分を有していたことは明らかであるから、若し同人が非居住者であるとすれば、被告会社が同人に支払った行為は、同条一項二号前段に、また、居住者とすれば同様同項三号前段に該当することが明らかである。…そして、右氏名不詳の外国人がTの代理人であつたか、使者であつたかは判明しないが右いずれの場合でも支払という法的効果は非居住者たるT本人に帰属するものであるから、わが国の金銭財産の外国への流出ないしそのおそれを伴うことは明らかであつて、前段説示の如く同法が支払を制限又は禁止している目的から考えると、本件のような場合を処罰できないとすることは法の趣旨に反するものといわざるを得ないのである。従つて、原判決が、本件支払行為が同法二七条一項二号又は三号のいずれかに該当するとして、右各号違反の罰則規定である同法七〇条八号（当時施行のもの、現行法では同条七号）の適用上原判示第二の所為につき単に同法二七条一項とのみ擬律したことは止むを得ないものと考えられ、必ずしも違法であるとはいえない。」

判示は、「いずれの場合でも支払という法

43) 池田修「判解」最判解刑事篇平成13年度57頁、66頁（2004）。

的效果は非居住者たるT本人に帰属するものである」<sup>44)</sup>、その場合を処罰するのが法の趣旨であるとして、択一的認定を肯定している。適用法令が同一であるということを経験的理由としているわけではない。

むしろ、判示は、「支払の法的効果が非居住者に帰属する」ことが証明されれば、さらに進んで支払の直接の相手方が非居住者であるか居住者であるか判明せずとも、有罪判決を下すことができるとしている。これは、「法的効果が非居住者に帰属する」という、法文には直接記載されていない上位の構成要件要素を設定し、それが証明されれば有罪判決を下せるという考え方であるといえる。

実はこのような考え方を示す裁判例は他にも存在する。東京高判平成10年6月8日<sup>44)</sup>は、単独での犯行か共謀に基づく犯行かの択一的認定が問題となった事件であるが、この事件の判断において、傍論ではあるが、「罪となるべき事実の要件事実を単一では認定することができず、他の要件事実と択一的にのみ認定することができる場合においても、二つの要件事実のいずれかという択一的な形で認定することは、証明されていない要件事実を認定することに帰して原則として許されず、外形上二つの要件事実があってもこれらを包含する上位の要件事実が存在していると認められるような特殊な関係があるため、択一的な形で上位の一つの要件事実が証明されていることになる場合に限り許されるものというべきである。」と述べる<sup>45)</sup>。

上記判示に示されるような、上位の構成要件要素を設定する考え方を、「上位の構成要件要素アプローチ」と呼ぶとすれば、このアプローチは、先述の同一適用法令アプローチとは、どのように異なるか。

この点、同一適用法令アプローチでは、同一構成要件内の択一的認定は、原則として適法となる。他方、上位の構成要件要素アプロー

チは、反対に同一構成要件内の択一的認定であってもむしろ認められないのが原則との立場から出発して、上位の構成要件要素が設定できるような特殊な関係がある場合にのみ、択一的認定が認められるとするものである。

そうだとすれば、以上の二つのアプローチは、次の二つの点で異なる考え方だといえる。まず、同一構成要件内の択一的認定を、原則として許容するか否定するかという点。同一適用法令アプローチでは、原則として同一構成要件内の択一的認定を許容するが、上位の構成要件要素アプローチでは、原則として否定する。

次に、構成要件の定め方に着目した実質的な解釈の余地を残すかという点。同一適用法令アプローチはこれを残さない。形式的だが明確な基準である。他方、上位の構成要件要素アプローチでは、いかなる場合に例外が認められるかという点からの検討が必要となる。そしてその検討は、構成要件がどのように定められているか、その文言、趣旨、意義等に手がかりを求めるほかない。いずれの考え方を採用すべきか。次章にて考察する。

## IV. 考察

### 1 各アプローチの考察

これまで見てきたように、狭義の択一的認定について扱った裁判例はいずれも有罪判決を下してきたが、その理由付けについては、同一適用法令アプローチと、上位の構成要件要素アプローチという、二つの異なる態度が確認できた。それでは、それらのアプローチは適切な理由付けといえるだろうか。議論を整理するために、まずは、並列的構成要件要素の場合を想定して、考察する。

44) 判タ 987 号 301 頁。

45) なお、この事件で問題となった単独正犯か共同正犯かの択一的認定は、異なる構成要件間の択一的認定とみる余地もあり、あるいは予備的認定の問題としてみる余地もあり、本稿のテーマとも関係するが、より広い問題領域を含んでいるので、関係部分を紹介するに留める。

## (1) 同一適用法令アプローチに対して

このアプローチは、同一構成要件内の択一的認定においては、対象となる事実がいずれも同一の法令の適用を基礎付けるものであるのだから、択一的認定を行っても、当該刑罰法令が適用されるという点までの立証はなされているとして、一般的に択一的認定を認める考え方である。

この考え方を採用するならば、必然的に、同一構成要件内の択一的認定は、すべて認められるということになる。

しかし、第二章で検討したように、並列的に設けられた複数の構成要件要素の択一的認定を認めるならば、両立しない複数の事実が同時に証明の対象になるという事態が生じ、事実認定の適正さを目指す利益原則との関係で問題がないとはいえない。

また、構成要件要素がそれぞれ設けられた立法趣旨が択一的認定によって没却、潜脱されるという問題もある。

むしろ、並列的構成要件内の択一的認定が全て違法だということになれば、結論の妥当性が図れないという事態は生じよう。並列的構成要件内の択一的認定であっても、一定の限度で、なんらかの理論構成で認める必要があるのは確かである。しかし、同一適用法令アプローチに問題があるのは、同一構成要件内の択一的認定が全て認められるとしてしまうところにある。

並列的に記載された構成要件要素の中には、事実的な開きが相当大きなものがあり、その場合の択一的認定が認められるとするのは、不当であろう。例えば、刑法 126 条 2 項の該当性を証明するにあたり、現に人のいる艦船を「転覆させ、沈没させ、又は破壊した」ことが証明対象となるとするのは、証明対象としての具体性、特定性を著しく欠き、また、危険性が極度に大きい行為としてそれぞれを列挙した立法趣旨との関係でも問題があるだろう。

この点、予備的、あるいは選択的な訴因と

して、複数の事実が証明の対象として掲げられることがあり、その中には事実的な開きがかなり大きな場合もありうる。しかし、ここでは複数の事実のいずれかであることが証明対象となっているわけではなく、それぞれが証明の対象であり、一方が認められない場合に備えて他方が主張されるという関係にある点で、事情が異なるといえるだろう。

同一適用法令アプローチの背後にあるのは、適用される刑罰法令が明らかになるのであれば、それ以上の特定は必要ではないという考え方があるだろう。

しかし、有罪判決を下すためには、法令の適用のほかに罪となるべき事実を示す必要があり（刑事訴訟法 335 条 1 項）、罪となるべき事実は、構成要件に該当する違法で有責な事実であるという理解が一般である<sup>46)</sup>。そうだとすると、現行法上、有罪判決を下すためには、適用法令が明らかにされればそれでよいというわけではなく、全ての構成要件要素がそれぞれに対応する具体的事実によって充足されていることまでの証明がなされなければならない。

翻って考えると、同一構成要件内の択一的認定を一般的に認めるべきとする主張の背後には、「A 又は B」であることまでは明らかになったのに、そのいずれに該当するかが判明しないというだけで無罪判決を下すは不当である、という実質的な価値判断があったように思われる。

しかし、仮に「A」「B」がそれぞれ証明対象となるとみるのであれば、そのそれぞれについて合理的な疑いが残る場合には、たとえ「おそらくこの犯罪を行っただろう」という心証をもったとしても、無罪判決を下さなければならないのが利益原則の帰結である。したがって、たとえ国民感情からは無罪判決を下すことに違和感があるという場合であっても、証明対象を「A 又は B」と見ることができず、「A」「B」それぞれが証明の対象とみなければならないのであれば、無罪判決を下

46) 伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法第 5 巻』（立花書房、1998）409 頁〔柴田孝夫〕。

すのは利益原則の当然の適用の結果である。逆に、このような場合にも「A又はB」という合成的構成要件要素を作出して有罪判決を下すのは、利益原則の適用を不当に回避しているとの批判が妥当するようと思われる。

以上より、同一適用法令アプローチは、並列的な構成要件要素はまとめて証明の対象とできるとするために、立法の予定しない新しい構成要件要素を作出して利益原則の適用を不当に回避することを認め、しかも明確性を欠く立証対象を設定することになるという点で、択一的認定を認める理由付けとして適当でないと考えられる。

## (2) 上位の構成要件要素アプローチに 対して

### ・上位の構成要件要素アプローチの 妥当性

では、上位の構成要件要素アプローチについてはどうか。

このアプローチは、「A又はB」という並列的構成要件要素の択一的認定の場面において、そのいずれにあたるかが証明されていない場合であっても、「A」「B」を包含する、より上位の構成要件要素が存在していると認められる関係がある場合には、その上位の構成要件要素が証明されていることによって択一的認定が認められるという考え方である。

このように考えるならば、並列的構成要件間の択一的認定の場合にあっても、「A」でも「B」でも「A又はB」でもなく、その上位の「C」という構成要件要素が証明の対象となるので、「C」の存在が明らかである限り、当該犯罪の成立を認めることも可能だろう。しかし、問題は、このような上位の構成要件要素を考えることが本当に可能であるのか、という点である。

ここで、同一構成要件内の択一的認定においても、利益原則の適用対象となるべき事実としての具体性、特定性との関係、及び、構成要件の機能との関係で問題があることはすでに述べた。上位の構成要件要素は、このよ

うな問題をクリアするようなものでなければならない。

ところで、構成要件の機能は、萎縮効果を防止し、国民の予測可能性を確保するという自由主義的機能と、可罰的行為を民意に基づき制定される立法によって定めるという民主主義的な要請から定められるものであり<sup>47)</sup>、その趣旨は、個々の構成要件要素についても妥当する。

そして、上位の構成要件要素が、国民の予測可能性を害さず、萎縮効果も発生させないものであるとすれば、そのような要素は証明対象としての具体性、明確性も備えているだろうと考えられる。

そうだとすれば、上位の構成要件要素を考えることが可能であるかという問題は、二つの問題に分けることができる。すなわち、(い)条文に記載されていない要件を取り出して罰することで、国民の予測可能性を害しないかという点（予測可能性の担保）、および、(ろ)条文が「A又はB」と記載している場合に、裁判所がより上位の構成要件要素を設定することが、立法との関係で許された裁判所の役割分担を超えないか、という点である（立法との権限分配）。

### ・予測可能性担保の要請との関係

このうち、(い) 予測可能性の担保については、確かに、上位の構成要件要素を設定した結果、AでもBでもない行為が可罰的になるとすれば、国民の予測可能性を害することになるだろう。しかし、前掲大阪高判昭和42年1月28日の事例を考えるならば、法文上の構成要件要素としては「非居住者への支払」と「非居住者のためにする居住者への支払」を捕捉しているのに対して、上位の構成要件要素として「法的効果が非居住者に帰属する支払」を設定したとしても、法文上の構成要件要素のいずれでもない場合を処罰することにはなるとは考えられない。このように、上位の構成要件要素が法文上の構成要件要素をそのまま合わせたものであるような関係があ

47) 大澤・前掲注17) 法協113巻5号33頁以降参照。

る場合には、AでもBでもない行為は捕捉されず、国民の予測可能性が害されるということにはならないと考えられる。そうだとすれば、上位の構成要件要素を設定することが全て国民の予測可能性を害し許されないとはいえず、そのような構成要件要素の認められる範囲を適切に調整することで予測可能性の担保を図るべきだろう。

#### ・立法との権限分配との関係

次に、(ろ)立法との権限分配については、確かに、並列的に構成要件要素が規定されている場合にも一般的に上位の構成要件要素を設定できるとすれば、個々の構成要件要素を規定した趣旨が損なわれ、許されないと考えられる。しかし、構成要件要素も種々多様であり、「偽造」と「変造」(刑法159条3項)のように法益侵害の大きさに相当の差があるものもあれば、単に禁止行為を具体的に説明するために書き分けられているようなものもある。そして、それぞれの構成要件要素が独自の意味を持っていない場合には、上位の構成要件要素を設定したとしても、立法府の真の規定趣旨を解釈するにとどまり、立法府と裁判所との権限分担を害するというにはならないように思われる。

そうだとすれば、上位の構成要件要素を設定することが裁判所の権限を超えるかという点についても、これを一切認めないとする必要はなく、立法の規定の趣旨を解釈するにとどまる範囲でそのような要素を設定することが認められるとすればそれで足りると思われる。

#### ・上位の構成要件要素が認められる条件

そうなると、次なる問題は、上位の構成要件要素が認められる条件である。これを検討するにあたっては、(い)(ろ)の要請から考えるべきであろう。

#### ・予測可能性担保の要請との関係

(い)予測可能性の担保の要請からは、AでもBでもない行為を捕捉することがないよう、条文上の構成要件要素を全て足したものと全く同一の範囲となるような事実であることが必要である。例えば、事後強盗の目的は、条文上、財物奪取の防止、逮捕の回避、

罪証隠滅の三つが列挙されているがこれらを包含して、「窃取した財物を確保する目的」といった構成要件要素を設定することは、この条件から許されないことになろう。

また、国民の予測可能性を害するかという観点からは、上位の構成要件要素が、法文上の構成要件要素から容易に導けるようなものであり、かつ、要件として明確性を有するものであることが必要であると考えられる。すなわち、条文上の要件と同一の範囲となるように無理やり複雑な構成要件要素を設定することは許されない。

#### ・立法との権限分配との関係

次に(ろ)立法との権限分配の要請からは、法文上の個々の構成要件要素がそれぞれ別個の処罰理由に基づいて記載されていないことが必要である。例えば、二項詐欺罪(刑法246条2項)、二項恐喝罪(同249条2項)においては、「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者は」とあるが、自分で利益を得る場合と第三者に利益を得させる場合とでは本人の財産に対する危険性に差があると考えれば、「本人以外の者に利益を得させて」という上位の構成要件要素を設定することは許されないと考えることができるだろう。

このように、個々の構成要件要素が別個の処罰理由に基づくものか、それとも同一の処罰理由に基づいているのかという点は、当該構成要件要素が規定された趣旨、侵害される法益の大小、侵害発生にいたる危険性の大小等から実質的に考えていくことになるだろう。ただし、構成要件の該当性を厳格に要求される刑法においては、構成要件要素がわざわざ別個に規定される以上はそれぞれ別個の処罰理由を有していると考えるのが原則であり、それぞれの要素に実質的な差が見られない場合に限って例外的に上位の構成要件要素を設定できると解する。

以上の条件は、それぞれ(い)(ろ)の要請から別々に導かれるものであり、そのいずれが欠けることも許されないと考えられるから、「かつ」で結ばれる要件である。

他方で、上記の二つの要件を満たす場合に

は、上位の構成要件要素を設定することも許され、かかる構成要件要素の証明がなされた場合には、それ以上進んで法文上の構成要件要素まで証明せずとも、有罪判決を下すことが可能であると考えられる。

なお、その場合に判決書においてどのような記載をすべきかは別途問題となる。上位の構成要件要素は犯罪の成立を実質的に根拠付けるものではあっても、条文上記載されているわけではないので、判決書においては、いかなる条文の文言に従って有罪判決を下したのかを明らかにするために、構成要件要素を択一的に認定することを認めるべきであるだろう。

## 2 事例へのあてはめ

以上述べてきたように、同一適用法令アプローチではなく、上位の構成要件要素アプローチが妥当であると考えられるが、このアプローチを採用した場合、各事例においてどのような帰結をもたらすかを検討する。

### (1) 居住者と非居住者

前掲大阪高判昭和42年1月28日の事案は、支払の相手方が居住者か非居住者かが判明しないために旧外為法27条の「非居住者に対する」と「非居住者のためにする居住者に対する」のいずれに該当するか判明しないというものだった。そして、裁判所は、支払の直接の相手方が居住者か非居住者のいずれであっても、法的効果が非居住者に帰属するような場合には、法の趣旨からこれを罰しないとするのは不当であるとした。

そこで、この場合、27条1項2号は「非居住者に対する支払」を、3号は「非居住者のためにする居住者に対する支払」と別々に規定しているが、その上位の構成要件要素として、法的効果が非居住者に帰属する支払を設定することが可能ではないかと思われる。

すなわち、法的効果が非居住者に帰属する

ような支払のうちには、非居住者が直接の相手方として支払を受けるものと、居住者が非居住者の代理人として支払を受けるものとの二通りが考えられ、かつ、それに尽きるのであるから、このような上位の構成要件要素を設定しても（い）予測可能性の担保の要請はみたされると解される。

そして、直接の相手方が非居住者であるか、非居住者としての代理人としての居住者であるかは、国外への不正な財産脱出を防止するという趣旨からは、いずれも危険性は変わらないと考えられ、ただ、直接の相手方を居住者としただけでは同条の適用を回避できないことを確認的に示すために、3号が設けられたのでありと考えられるから、（ろ）立法との権限分配の要請も満たされると解する。

そうだとすると、27条1項2号3号の各要件に対して非居住者に法的効果が帰属する支払という上位の構成要件要素を設定することも可能であり、その要件の該当性が証明されている場合には、「非居住者に対して、又は非居住者のために居住者に対して支払った」という択一的認定も許されると考える。

### (2) 暴行と脅迫

刑法では公務執行妨害罪（95条）、騒乱罪（106条）、強姦罪（177条）、強盗罪（236条）など、様々な条文に、「暴行又は脅迫」という規定がなされている。これらの上位の構成要件要素を設定することは可能だろうか。

一般に、暴行罪（208条）における「暴行」は人の身体に対する有形力の行使を指し<sup>48)</sup>、脅迫罪（222条）における「脅迫」は人を畏怖させる目的で、害を加える旨を告知することを指す<sup>49)</sup>とされる。しかし、「暴行」「脅迫」の定義は、各犯罪の性格の相違に基づく相対的な概念とされており、強盗罪を例にとって考えると、同罪にいう「暴行」は、人の抵抗を抑圧するに足る有形力の行使を指し、「脅迫」は、人の抵抗を抑圧するに足りる程度の畏怖心を惹起する害悪の告知を指すとされる。すなわち、両概念ともに、人の抵抗を抑

48) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第10巻（第2版）』（青林書院，2006）488頁〔渡辺咲子〕。

49) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第11巻（第2版）』（青林書院，2002）304頁〔伊藤納〕。

圧する程度の強制行為を想定している。

そして、脅迫における害悪の告知については、具体的に害悪を告知せずとも、態度によって害悪告知を行うことも含むとされ<sup>50)</sup>、日本刀を振り回すのは暴行であっても、単に日本刀を抜いて示し、相手に恐怖心を生じさせるのは脅迫にすぎないとされる<sup>51)</sup>から、両者は連続的な概念であるといえる。

このように、暴行と脅迫とは、いずれも人の抵抗を抑圧するに足りる強制行為をさし、両者は、当該行為が「有形力の行使」と評価されるか否かのみによって区別される連続的なものといえる。そうだとすると、強盗罪における「暴行又は脅迫」の上位の構成要件要素として、「人の抵抗を抑圧するに足りる強制行為」という上位の構成要件要素を設定しても、暴行、脅迫のいずれでもない第三の行為を補足することにはならず、(い) 予測可能性の担保の要請を満たすと考えられる<sup>52)</sup>。

また、「暴行」、「脅迫」は、暴行罪、脅迫罪との関係では、それぞれに法定刑が異なることからしても、これらを同一の処罰理由に基づいて規定されたものとみることはできない。しかし、強盗罪との関係においては、暴行、脅迫は財物窃取の手段として強制行為が行われたことに着目して規定されたものであり、両者は別個の処罰理由に基づいて規定されたものではないと考えるのが妥当である。そうだとすれば、(ろ) 立法との権限分配の要請も満たすといえよう。

したがって、強盗罪の「暴行又は脅迫」については、人の抵抗を抑圧する程度に足りる強制行為という上位の構成要件要素を設定することも十分可能であり、その存在が証明されている限度において、暴行又は脅迫についての択一的認定も可能であると解する。

なお、他の犯罪類型の場合にも同様に考えられるかは更なる考察を要すると思われる

が、例えば、強姦罪の手段としての暴行又は脅迫は、相手方の抵抗を著しく困難にする程度のものであるという点以外は、強盗罪の場合とは変わらないと考えられるので、「暴行又は脅迫」の択一的認定が許されると解する。

### (3) 事後強盗罪の目的

事後強盗罪を定めた刑法 238 条は、財物を得て「これを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するため」との要件が記載されている。ここには、財物取還の防止、逮捕の免脱、罪跡隠滅の三つの目的が並列的な構成要件要素として規定されている。

この場合、当該三つの目的を包含するような上位の構成要件要素を設定するとすれば、「窃取した財物を確保する目的」ということになると思われるが、そのような要素を設定した場合には、列記された三つの目的以外のものも含まれてしまうことになるだろう。従ってこのような上位の構成要件要素を設定することは、国民の予測可能性を害し、(い) 予測可能性の担保の要請を満たさないと考えられる。

また、事後強盗罪は、財物奪取のために暴行、脅迫を用いていないために、236 条に定める典型的な強盗罪に該当しないが、それに準ずるものとして処罰されるものであり、通常の強盗罪よりも暴行、脅迫と財物奪取行為との関連性が明確でない場合がありうるために、特定の目的が要求されている<sup>53)</sup>。

そして、238 条に規定される三つの目的のうち、財物取還の目的は、財物の占有を侵害し終えた後を想定しているが、他二者はそうとは限らない。また、罪跡隠滅の目的は、後日生じうる障害を除去するためのものであるのに対して、残りの二者は、窃盗現場での障害を除去するものである<sup>54)</sup>。

このように、それぞれの目的は、想定する場面が財物の占有を侵奪し終えた後であるか

50) 大塚ほか編・前掲注 49)327 頁〔伊藤納〕。

51) 大塚ほか編・前掲注 48)493 頁〔渡辺咲子〕。

52) なお、裁判例の中には、暴行又は脅迫を「強制行為」と言い換えて事実認定を行っているものもある。大阪高決平成 19 年 6 月 19 日判例集未掲載(平成 19 年(う) 86 号)等。

53) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 12 卷(第 2 版)』(青林書院, 2003) 379 頁〔米澤慶治=高部道彦〕。

54) 大塚ほか編・前掲注 53)380 頁〔米澤慶治=高部道彦〕。

否か、あるいは取り払うべき障害が即時のものであるか後日のものであるか否かといった点で、財物奪取行為との関連性の態様、程度がそれぞれ異なっている。

したがって、これら三つの目的を同一の処罰理由に基づく要件とみることはできず、それを包含する上位の構成要件要素を設定することは(ろ)立法との権限分配の要請の観点からも問題がある。

以上のように考えると、事後強盗罪における目的の択一的認定は、前記(い)(ろ)のいずれの関係においても問題があり、認められないと考えられる。

#### (4) 共謀共同正犯の実行行為者

刑法 60 条の共同正犯においては、「二人以上共同して犯罪を実行して」としか記載されておらず、並列的に構成要件要素が記載されているわけではない。

しかし、先述のように、共謀共同正犯の法理を前提とすれば、共同正犯が成立するためには、被告人が他の者と共謀の上、共謀参加者のいずれかが実行したことが要件となり、解釈上の並列的構成要件要素として、「暴行又は脅迫」などの場合と同様に捉えることができる。そうだとすれば、この場合においても、並列的構成要件要素間の択一的認定の場合と同様に、上位の構成要件要素アプローチに従って、択一的認定の可否を判定することができると考えられる。

そこで上位の構成要件要素を設定できるか検討すると、前掲最三決平成 13 年 4 月 11 日における「被告人又は A 若しくはその両名が」という択一的認定は、共謀参加者の誰かが実行したということを考えられる全ての例を挙げて述べているのであるから、「共謀参加者が」という上位の構成要件要素を設定すれば、

択一的に認定された場合を全て包含し、かつ、それ以外の可能性を含む余地はないともいえる。また、構成要件要素として特別不明確ということもいえない。したがって、(い) 予測可能性の担保の要請との関係では問題がないとも考えられる<sup>55)</sup>。

しかし、このような上位の構成要件要素を認めるにあたっては、(い) 予測可能性の担保の要請よりも、むしろ(ろ)立法との権限分配の要請との関係で問題が生じる。

すなわち、被告人自らが実行した場合にあっては、被告人の罪責を問う上では、殺人罪の単独正犯(199条)として処罰することも可能であり、その場合に共同正犯の規定は、共謀に基づいて行った場合にも犯罪の成立は変わらないという意味で確認的に規定したにすぎないといえる。他方、被告人と A が共同して実行した場合、あるいは、A が単独で実行した場合には、被告人は一部実行しか行っていないために単独正犯では処罰することができず、共同正犯としてしか罰し得ない。従って、この場合における共同正犯は、単独正犯との関係で補充規定ないし拡張規定と位置づけられる。そうだとすると、これらの場合はそれぞれ異なる処罰理由に基づいて規定されていると考えることができるだろう。

また、法益侵害の程度、危険性を考えた場合にも、被告人が実行行為を単独で行った場合と、その一部しか行っていない場合では、被告人が惹起した法益侵害の程度やその危険性には、大きな差があると考えられる。

最高裁自身、訴因変更の要否について述べるにあたり、共同正犯における実行行為者は審判対象の画定の見地からは訴因変更が必要な事項ではないが、「実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項である」と述べている<sup>56)</sup>。被告

55) もっとも、「共謀参加者が」という事実が、本当に証明対象として特定されているか否かは別途問題かもしれない。すなわち、「共謀参加者が」という証明対象を設定したとしても、実際に当事者の攻撃防御の対象となるのは個々の共謀参加者の状況やアリバイになるから、やはり「被告人が」「A が」「被告人又は A が」がそれぞれ別個に証明対象となっているに過ぎないと考えられる余地もあるかもしれない。ただし、共謀共同正犯の実行行為者の択一的認定については後述のように(ろ)立法との権限分配の要請の点からの問題がより大きいと考えられるから、ここでは、問題点を指摘するにとどめる。

56) 前掲最三決平成 13 年 4 月 11 日。

人の防御上重要な差異があるからといってただちに別の処罰理由で規定されたことにはならないが、いずれにせよ共同正犯が成立するにもかかわらず、それでも実行行為者の認定が被告人の防御にとって重要な事項であるとすれば、それは犯罪としての性質が異なるからであると考えるのが合理的ではないだろうか。

そうだとすると、被告人が全部実行した場合と、一部実行した場合とでは、異なる処罰理由に基づいているということがいえそうであり、そのように考えるのであれば、上位の構成要件要素を設定することは、(ろ)立法との権限分配の要請に反し許されず、択一的認定は認められないと考えられる。

なお、実務的には、共謀共同正犯の場合に実行行為者を罪となるべき事実の特定に記載しないという運用が一般的になされている<sup>57)</sup>。しかし、この運用の趣旨が、共謀さえあれば共謀関与者の誰かが犯罪を実行したことの証明を要しないということであれば当然認められないであろう。他方、運用の趣旨が、共謀関与者の誰かが犯罪を実行したことまでの証明でよいという趣旨であっても、そのような上位の構成要件要素を設定することは許されないと解する。

#### (5) 因果経過

最後に、異なる構成要件該当事実の択一的認定について検討する。ここでは、裁判例で現れた因果経過の択一的認定を取り上げる。

因果経過の択一的認定の場合として裁判例上確認できたものは、クロロホルムの吸引行為による死亡と、海中への転落行為による死亡の択一的認定を認めた前掲仙台高判平成15年7月8日、及び、自ら喫煙をする過失による失火と、配下の者に喫煙をやめるよう注意することを怠った過失の択一的認定を認めた前掲秋田地判昭和40年3月31日、そして、詐欺罪における被欺罔者の択一的認定

を認めた前掲東京高判昭和46年3月30日である。

これらの場合においては、択一的認定によって構成要件を合成するとかひとまとまりにしているといった問題は生じない。構成要件の機能との関係では問題は生じない。しかし、利益原則の適用対象となるべき事実の具体性、明確性との関係では、やはり問題が生じているとみるべきであろう。従って、複数の構成要件該当事実を包含する、上位の構成要件該当事実を想定することができるか否かは、証明対象としての具体性、特定性を欠くかという観点のみから検討すれば足り、実質的には、先述の(い)予測可能性の担保の要請と重なるだろう。

これを前掲仙台高判平成15年7月8日についてみると、クロロホルムの吸引行為と、海中への転落行為とは、同一の犯意のもとで継続して行われた、相互に密接に関連する一連の行為であり<sup>58)</sup>、吸引行為による死亡と転落行為による死亡とを包含する上位の構成要件該当事実として、「クロロホルムの吸引により抵抗不能にしたうえで自動車に載せて海中に転落させるという一連の犯意に基づいた行為による死亡」という認定をすることも許されてよいように思われる。同様に、前掲東京高判昭和46年3月30日の事案では、AとBとが共通して従事する会社に対する詐欺として、「会社に対する一連の取引による詐欺」という上位の構成要件該当事実を設定することも不可能ではないように思われる。

他方、自ら喫煙をする過失による失火と、配下の者に喫煙をやめるよう注意することを怠った過失の場合には、それぞれの過失行為についての関連性は薄く、個々の過失行為を一連のもの、一体のものと思われるような関係にはない。そうだとすると、「屋上行為中における過失」といった上位の事実を設定することは、利益原則の適用対象としての特定性、具体性を欠き、択一的認定は認められない

57) 池田・前掲注43)73頁。

58) 当該事件の上告審では、両行為の密接関連性を根拠に、クロロホルム吸引行為の実行行為性を認めた。最一決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁。

いだろう。

## V. 終わりに

以上、択一的認定をめぐるこれまでの議論状況を振り返り、裁判例と照らし合わせながら、同一構成要件内における択一的認定についての限界付けを試みた。

第二章で検討したように、択一的認定論をめぐる学説、判例の流れは、当初においては構成要件の異同を問わず活発に議論されたものの、その後異なる構成要件間の択一的認定の議論が活発化するのと反比例して、同一構成要件内の択一的認定に対する関心は希薄化していった。その結果、択一的認定の問題性としては主として罪刑法定主義との関係のみが考慮され、当初の学説が利益原則との関係で問題があると認識した同一構成要件内の択一的認定は、概括的認定の一場面として許容されるとの見解が支配的になっていった。

しかし、概括的認定の一場面として許容されるのは、択一的認定に係る事実が犯罪の成否を決する上で本来認定が不要な事実と互る場合のみであるが、同一構成要件内の択一的認定においては、それに該当しない場合も含まれていたと考えられる。その典型例が並列的構成要件要素の択一的認定であるが、これを一般的に認めることは、利益原則の適用対象としての具体性、特定性の観点から、また、個々の構成要件要素の立法趣旨の没却、潜脱の観点から、問題がある。

他方、裁判例の中には、概括的認定の一局面に解消できない「狭義の択一的認定」を認めたとされるものが複数あるが、その中でも、単に適用される刑罰法令が同一であるからという理由ではなく、上位の構成要件要素を設定できるか否かを保護法益等との関係で考察したうえでこれを認めたものもあった。本稿は、このような手法を上位の構成要件要素アプローチと呼び、支持するものである。

このアプローチは、利益原則の適用対象としての具体性、特定性、あるいは、構成要件の自由主義的な機能および民主主義的な機能

を考慮し、それらを害することのない範囲で上位の構成要件要素が設定でき、その限度でのみ同一構成要件内の択一的認定が認められると解するものである。

この立場に立ったとしても、いかなる場合に上位の構成要件要素が設定できるかは、一義的な答えは出ず、個別の解釈論の余地がある。しかし、私見としては、前掲大阪高判昭和42年1月28日における居住者と非居住者の択一的認定や、暴行と脅迫との択一的認定については許され、逆に、事後強盗における目的の択一的認定や、前掲最三決平成13年4月11日における共謀共同正犯の実行行為者の択一的認定については、許されないと考える。

そして、以上の議論は、同一構成要件内の択一的認定と、異なる構成要件間の択一的認定を、連続的に把握するものである。すなわち、いずれの択一的認定においても、利益原則の適用対象となる事実としての具体性、特定性の観点、及び、構成要件の自由主義的機能、民主主義的機能との関係での考察を行なうことになる。しかし、異なる構成要件間の択一的認定においては、適用罰条が異なるので、通常は、異なった立法趣旨に基づいて規定されていると考える場面が多くなる。

いずれにせよ、異なる構成要件間の択一的認定だけで議論が完結することなく、同一構成要件内の択一的認定と連続した議論を展開することが必要であると思われる。適用される刑罰法令が同一であるからとして、無批判的に同一構成要件内の択一的認定を認めることなく、より実質的に択一的認定が認められる場合とそうでない場合との条件付けを行うべきである。

(まつもと・わたる)