

機関番号：15401

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2008～2010

課題番号：20530055

研究課題名（和文） 訴追論と捜査の在り方

研究課題名（英文） Ideal Method of Prosecution and Criminal Investigation

研究代表者

大久保 隆志（OKUBO TAKASHI）

広島大学・大学院法務研究科・教授

研究者番号：20346472

研究成果の概要（和文）：

訴追の在り方をめぐって、その可否の最小単位を解明し、訴追の理論的境界を考察した上で、どのような訴追が適切かを検討した。その結果、訴追の在り方は、捜査によって収集された証拠と当該犯罪行為の当罰性との相関関係によると考えられるに至った。そこで、引き続き、新たな捜査の方向性を探るため、従来否定的に取り扱われていた利益提供型捜査の可否を検討した結果、これを肯定する余地を見出すことができた。これらの検討を通じて、新たな捜査と訴追の在り方について糸口を得ることができた。

研究成果の概要（英文）：

First, concerning with prosecution, I inquired into a minimum unit of prosecution and its theoretical limit. Through this consideration I reached that the best prosecution is based on an interrelation between sufficient evidence we could gather and necessity for punishment. Then in order to find a new direction of the criminal investigation, I studied the advisability of an offer of benefits for a suspect. As a result of this study I could acquire a valuable clue to elucidate new criminal investigation and prosecution.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	800,000	240,000	1,040,000
2009年度	500,000	150,000	650,000
2010年度	400,000	120,000	520,000
年度			
年度			
総計	1,700,000	510,000	2,210,000

研究分野：刑事法学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：訴追論，訴追の可否，訴追の当否，訴追の前提，利益提供

1. 研究開始当初の背景

今次の司法制度改革において、裁判員制度が導入された。しかし、その前提を構成する捜査と訴追については、制度的変更がなされることもなく、全て実務の運用に委ねられた。そのため、そのあるべき姿は依然として不明のままであった。そこで、裁

判員制度の趣旨を踏まえ、その前提についての見直しを図るとともに、制度に相応しい訴追の在り方とこれに向けられた捜査のあるべき姿を探り、もって、捜査権及び公訴権の新たな理念を提示する必要性が強く求められる状況にあった。

2. 研究の目的

本研究は、裁判員制度の導入によって大きな変化が生じると予想される刑事司法の充実を図るため、捜査と公判の結節点たる「公訴権」を軸に捜査と証拠の双方を検討し、訴追の在り方を見直し、新たな視点を提示することを目的とした。

3. 研究の方法

各種文献の調査と判例研究等を中心として検討した。

4. 研究成果

(1) 訴追の限界

第1に、証拠の簡素化と訴追水準を検討するための作業の一環として、「訴追のわかりやすさ」を実現するための理論的前提となる「訴因構成の在り方」を検討することとした。そのため、訴追の最小単位を追求し、罪数論との関係を含め、実体法と手続法との関係の在り方、特に両者のダイナミックな相互連関を明らかにするよう努めた。

そのために、まず、一罪の一部起訴の可否について検討した。すなわち、旧刑法においては公訴不可分の原則によって一部起訴の問題は生じなかったが（高田卓爾「公訴不可分の原則」刑事法講座5巻〔1953年〕1064頁、さらに、Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht, 22. Aufl., 1991, S. 127.）、戦後この原則が不要となったことから、一部起訴の可否の問題が生じた。一部起訴を否定する見解は、実体形成の限界は公訴事実の同一の限度に及んでおり（中武靖夫「訴追事実の選択」高田卓爾ほか編・演習刑事訴訟法〔1972年〕189頁）、実体的真実に反する訴因構成は不当であると主張し（岸盛一・刑事訴訟法要義新版第6版〔1978年〕53頁、宮崎澄夫「親告罪に関する訴訟法上の諸問題」刑事訴訟法講座1巻〔1963年〕192頁など）、これを肯定する見解は、当事者主義と処分権主義を持ち出す（田宮裕・刑事訴訟法新版〔1996年〕170頁、光藤景皎・刑事訴訟法Ⅰ〔2007年〕223頁、佐藤隆文「犯罪事実の一部の起訴」平野龍一ほか編・新実例刑事訴訟法Ⅱ〔1998年〕16頁など）。仮に後者の立場に立ったとしても、そこには限界があるのではないか（指宿信「公訴権の行使」川端博ほか編・基本問題セミナー刑事訴訟法〔1994年〕148頁、小田中聡樹・ゼミナール刑事訴訟法（下）演習編〔1988年〕115頁など参照）。例えば、強姦罪のような親告罪については、従来から議論のあるところであるが、判例はこれを肯定している（最大判昭28・12・16刑集7巻12号2550頁。なお、最判昭27・7・11刑集6巻7号896頁参照）。また、判例は、公職選挙法違反の供与罪と交付罪との関係においても、一部起訴を肯定し（最決昭57・1・27刑集28巻1号136頁）、さらに、議員証

言法上の複数の虚偽の証言のうち一部のみを起訴すること（最判平4・9・18刑集46巻6号355頁）、常習特殊窃盗を構成する複数の窃盗行為のうち一部のみを取り出して起訴すること（最大判平15・4・23刑集57巻4号467頁）などについて、これらを認めるに至っている（さらに、名古屋高判昭62・7・9判タ653号228頁、東京高判平17・12・26判時1918号122頁など参照）。

このような判例の傾向につき、学説の多くはこれを支持しているが（虫明満・包括一罪の研究〔1992年〕327頁、335頁、木谷明・最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和59年度〕27頁、石井一正「一罪の一部起訴」谷口正孝編・刑事法演習Ⅰ巻〔1974年〕108頁など）、その理論的根拠は必ずしも明確とは言えないように思われた（川崎英明「判批」昭和59年度重要判例解説ジュリスト837号〔1985年〕198頁参照）。

そこで、この点について検討した結果、いわゆる包括一罪はもとより、単純一罪と言われている結合犯、さらには法条競合の場合においても、一罪の一部として抽出された部分が、最小単位としての構成要件に該当する限り、そのような一部起訴を認めることが可能であると考えに至った（林幹人・刑法の基礎理論〔1995年〕232頁参照。反対説として、町野朔「法条競合論」平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻〔1990年〕414頁。）。すなわち、結合犯、例えば、強盗罪のように窃盗と暴行又は脅迫とが複合構成要件となっている場合には、最小単位としては分割可能と考える余地がある。また、法条競合のうち特別関係、例えば、業務上横領と単純横領との関係においては、前者から身分を除外すれば後者となるから、これを分離することが可能となる。さらに、補充関係、例えば、殺人未遂と殺人既遂のような発展的関係においては、前者を経て後者に至るのであるから、前者のみを分離することが可能であり、吸収関係、例えば、殺人の被害者の着衣の器物損壊のような場合においても、後者のみ分離することが可能である。このように、法条競合においては、いずれについても構成要件レベルでは分解可能と考える余地があり得る。そして、構成要件レベルの限度においては、いかなる犯罪であっても、最小構成要件まで分割することが可能であり、したがって、これをその単位で訴追することが可能であるとの結論に至ったものである。

以上の検討の結果、①公訴権の運用は、検察官の裁量に委ねられているが、その裁量的前提として理論的限界があること、②その限界は、実体法上の罪数論に大きく依拠していること、③一罪の一部起訴として従来から議論されている問題は、検察官の訴追裁量の限界に深く関わっており、一罪の一部起訴が理

論的になぜ可能であるかを解明することが重要であること、④一罪の一部起訴は、実体的には、結局、「分割不可分な一罪」の全部起訴の実態を有していること、⑤したがって、「分割不可能な一罪」こそが訴追の最小単位であり、これを前提に訴追の簡素化に関する議論を組み立てていくべきであることなどを明らかにすることができた。

そして、「分割不可能な一罪」こそが訴追の最小単位であるとすれば、科刑上の一罪はもとより、包括一罪、常習一罪など、緩やかな結合関係に立つ場合、さらには、法条競合の場合についてさえも、理論的にはその一部を取り出して起訴する可能性が認められ、その結果、訴追構成を簡素化するための理論的基礎を示すことができたのではないかと考えている。

(2) 訴追の当否

以上に引き続き、第2に、捜査及び証拠の簡素化と訴追水準を検討するための作業の一環として、「訴追の当否」を中心として、いかなる訴因を構成して訴追することが適切であるかを検討した。

そこで、まず、訴追と証拠との関係を検討し、訴追にはこれを裏付けるべき嫌疑が必要であって（検察講義案〔平成18年度版〕62頁参照）、嫌疑を導くに足る価値ある証拠の収集が前提となること、同時に、裁判員制度との関係では、簡素かつ明快で事件の中核部分を的確に捉えた訴因に基づく「核心司法」が強く求められることを確認した（田口守一「争点整理と核心司法」刑事法ジャーナル18号〔2009年〕48頁参照）。

次いで、訴追においていかなる事実をどのように選択するべきかについて検討した結果、その当否は、実体法上の罪数と密接に関連していることから、特に、一罪について、その一体性の程度に応じて、「強い一罪」と「弱い一罪」とがあること（宇藤崇「判批」平成15年度重要判例解説ジュリスト1269号〔2004年〕203頁、同「不可罰的（共罰的）事後行為—訴訟法の見地から—」刑事法ジャーナル14号〔2009年〕46頁参照）を確認した上、その結び付きに応じて訴追事実を選択するべきであることを確認した。すなわち、観念的競合における一方のみの起訴（東京地判昭49・4・2判時739号131頁、石川才顕「判批」昭和49年度重要判例解説ジュリスト590号〔1975年〕167頁。その上告審である最決昭50・5・30刑集29巻5号360頁参照）、牽連犯における手段又は目的となった犯罪のみの起訴（最判昭41・4・21刑集20巻4号275頁、大判大6・2・26刑録23輯134頁など）は可能であるが、特に後者の場合には、「かすがい現象」の処理に困難を来すので、十分留意する必要がある（朝山芳史「牽

連犯に関する覚書—かすがい現象を中心として—」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻〔2006年〕243頁、鈴木茂嗣「いわゆる『かすがい理論』について—罪数論の考え方試論—」法曹時報33巻8号〔1981年〕1頁以下）、場合によっては、これまでの既判力概念を修正する必要があるのではないかとの疑問も提起した（大澤裕「常習一罪と後訴遮断の範囲—最判平成15年10月7日に関する覚書—」研修685号〔2005年〕12頁、川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下巻〔2007年〕321頁など参照）。次いで、常習一罪の分割起訴は、刑事処罰の目的に照らして著しく不合理でない場合には相当と考えられること、包括一罪の分割起訴については、特段の事情がない限り、一括して処理するのが相当であること、さらに、単純一罪について分割起訴することは、通常の場合には核心を外れた訴追となるであろうことなどが明らかとなった。これらの検討の結果、分割するか否かの判断にとって重要な要素は、事案（特に被害法益）の大きさと立証の容易性とであって、両者のバランスによるのが相当であることを確認した。

次いで、訴追においてどこまで事実を包括するべきかについて検討したが、包括的に起訴することによって検察側の立証上の困難を回避するというメリットがある（最決平16・3・22刑集58巻3号187頁参照）ものの、それは同時に被告人にとってはデメリットとなる（最決平20・6・25刑集62巻6号1859頁参照。さらに、山口厚「判批」刑事法ジャーナル18号〔2009年〕82頁参照）ので、訴訟法の観点からは双方の利益調整が必要であること、処罰は事件に対する事実認定を前提とするから（前掲最決平16・3・22、最決平21・2・24刑集63巻2号1頁など参照）、社会的実在としての個性を度外視することはできないこと、他方、同時に、それは法的評価でもあるから、犯罪構成要件・違法・有責の枠組みを前提とせざるを得ないこと（松田俊也「判批」ジュリスト1385号〔2009年〕115頁参照）、したがって、実体法上の罪数評価を考慮せざるを得ないこと（高橋則夫「『早すぎる構成要件の実現』の一考察—いわゆるクロロホルム殺人事件をめぐる—」早稲田法学80巻4号〔2004年〕7頁参照）などを確認した。

以上の考察の結果、①公訴提起における訴因の選択は、実体法上の罪数に強く拘束されていること、したがって、②「強い一罪」であれば、これを分割して起訴することは相当ではないこと、しかし、③「弱い一罪」であれば、立証の容易性に応じて、これを分割することが相当である場合もあること（しかし、その場合には、残部を起訴することはできな

いと考えるべきであること)、さらに、④一連の複数の行為から一個の結果が生じた場合には、それが同一構成要件内であれば、仮に分割処理が可能であったとしても、それらを包括して起訴の方が適切であること、⑤以上、いずれの場合についても、当該事件における訴追の可否は、「証拠関係」(立証の容易性)と「当罰性」との「相関関係」によって相対的に定まるべきであることなどを明らかにすることができた。

そして、当罰性が極めて高い場合には、仮に立証の難度が高度であったとしても、なお訴追することが相当と言える場合もあり、裁判員制度になっても、その意味における訴追の基本は堅持されるべきであることを示唆することができた。

(3) 訴追の前提

そして、第3に、これまでの検討結果を前提として、その成果を踏まえ、捜査及び証拠と訴追の在り方を検討するための作業の一環として、「訴追の前提」としての証拠収集の在り方、取り分け、捜査における利益提供の可否について検討した。

そこで、まず、現行法の下において関連する問題として検討されてきた「約束自白」について、これまでの議論を振り返ってみることとした。学説においては、「約束自白」は古くから任意性がないと言われ、自白法則の下、その証拠能力が否定されてきたが(稲田隆司「イギリスの自白法則」寺崎嘉博ほか編・激動期の刑事訴訟法学・能勢弘之先生追悼論集〔2003年〕157頁、同「自白法則と虚偽排除説—コモン・ローにおけるその成立と展開—」法政理論30巻4号〔1988年〕41頁参照)、裁判例においては、必ずしも十分に論じられていたわけではない。その中で、リーディングケースとされてきたのは、最判昭41・7・1刑集20巻6号537頁であるが、自白法則に関する判例の立場によると、「約束自白」が許容されないのは、不当な利益誘導によって自由な自己決定が害され、その結果、虚偽の自白が誘発されあるいは人権が侵害される虞がある点に求められており(坂本武志・最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和41年度〕103頁。さらに、谷口正孝「判批」ジュリスト増刊昭和41・42年度重要判例解説〔1968年〕112頁、鈴木茂嗣「自白の任意性と約束自白」法律時報39巻4号〔1967年〕100頁など参照)、そのような不当な条件に基づかないで得られた自白であればなお許容される余地があり得ること(龍岡資晃「約束・偽計による自白」判タ379号〔1979年〕22頁、谷口正孝=太田幸夫「自白の証拠能力」判タ256号〔1971年〕67頁など)、心理学の知見によっても、ある種の約束が自白への大きな力動となって作用することには十分

留意するべきではあるが、一切否定されているわけではないこと(浜田寿美男・自白の研究新版〔2005年〕282頁など参照)などが確認できた。

そこで、引き続き、関連する下級審(高等裁判所及び地方裁判所)の裁判例(平成2年から同21年まで合計61件)を検証した結果、許容されない利益提供となるのは、結局のところ、①内容虚偽の情報を提供する場合(例えば、大阪地判平20・3・11LEX/DB28145296など)、②個々の情報自体は正しい情報であっても、情報提供の方法が恣意的であって、全体としては錯誤を導くような方法による場合(例えば、札幌高判平18・8・31判タ1229号116頁など)であることなどが明らかとなった。①②とも、正しい自己決定を阻害するおそれのある場合であるから、そのような経緯を経て得られた自白は排除されるべきであるが、仮に、正しい利益情報を正しい方法で提供し、被疑者がこれに基づいて正しい自己決定を行ったとすれば、そのような経過を経て得られた供述(ないし自白)は、必ずしも排除される必要はないものと考えられた(例えば、福岡高判平10・1・20判時1637号135頁など参照)。このような正しい情報提供を正しく実現するためには、情報提供者側において、提供された情報内容の実現について一定の権限を有すること、情報の真実性が確保されていること、情報の対等性が確保されていることなどが求められ、他方、供述者側において、自由な自己決定を行ったこと、提供する供述が真実であること、引換給付関係に立たない場合にはその旨了解していることなどが求められることを提示した。

このような利益提供に関する情報提供者側の権限は、検察官の訴追裁量権(刑訴法248条)に求めることになるが、勾留及び保釈に関する検察官の権限(同法204~207条、92条参照)なども考慮に値しよう。しかし、量刑に関しては権限がないので、この点に関する情報提供は不当となるであろう(大阪高判平19・12・10LEX/DB25400330など参照)。また、事実上の利益提供は、喫煙や喫茶の程度を越えた場合には違法となる可能性があり得よう(福岡高判平5・3・18判時1489号149頁など参照)。そして、このような限界を超えない限り、その限度における正しい利益情報の正しい方法による提供によって供述を得ることは、なお許容される余地があり得ると考えられた。

以上の考察の結果、①捜査活動と利益提供とは必ずしも矛盾するものではないこと、②近時の裁判例の傾向に照らすと、これまで当然に許されないとされてきた利益誘導に当たるとような方法によって得られた供述であっても、場合によっては許容される余地があり得ること、③そのためには、一定の法定権

限を有する捜査機関が、その正当な権限の範囲内において、正当な内容の利益を確実に提供し、これに対応して、相手方が、自らの任意かつ自由な自己決定に基づき、提供可能な正しい証拠を提供することが必要であることなどを明らかにすることができた。

(4) 今後の展望

公訴権を基軸として、訴追の基本的な在り方とその理論的裏付け、さらにその前提としての証拠収集の在り方を検討してきたが、その結果、従来、当然のように違法ないし不当とされてきた証拠収集（捜査）方法についても、一定の条件と限定を付することによって、なお許容される余地があり得ることが確認できたことから、今後は、英米法における「司法取引」や、ドイツ法における「覆面捜査官」あるいは「合意手続」など、海外の既存の法制度の導入という観点のみではなく、我が国の司法実務に根差して営まれてきた捜査方法の中にも、なお再確認すべき「間隙」ともいべきものがあり得るのではないかと、この視点に立って、従来の制度の地道な見直し作業を続けていく予定である。

今回の一連の検討においては、もとより当初の計画通りの十分な成果を挙げることはできなかったが、以上のような「新たな視点」を改めて再確認できたことが、最大の成果であると考えている。今後ともこの方向に沿った制度の再検討を虚心坦懐に続けていきたいと考えている。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計3件)

- 1 大久保隆志, 訴追の前提－捜査における利益提供の可否－, 広島法科大学院論集, 査読無, 7巻, 2011, pp49－140
- 2 大久保隆志, 訴追の当否－訴追における事実の選択と包括－, 広島法科大学院論集, 査読無, 6巻, 2010, pp75－143
- 3 大久保隆志, 訴追の限界－一罪の一部起訴は当然か－, 広島法科大学院論集, 査読無, 5巻, 2009, pp55－130

[学会発表] (計0件)

[その他] ホームページ等

なし

6. 研究組織

(1) 研究代表者

大久保 隆志 (OKUBO TAKASHI)
広島大学・大学院法務研究科・教授
研究者番号：20346472

(2) 研究分担者 ()

研究者番号：

(3) 連携研究者 ()

研究者番号：