

20. 訴因の設定と審判の範囲～最大判平 15.4.23【百選 40】

【論述例】

- 1 宗教法人Aの責任役員である被告人（以下「X」という。）は、Aの代表役員らと共謀の上、(1)業務上占有するA所有の甲町の土地（土地甲）を、B社に対し代金1億324万円で売却し、その所有権移転登記手続を了して横領し、(2)業務上占有するA所有の乙町の土地（土地乙）を、C社に対し代金1500万円で売却し、その所有権移転登記手続を了して横領した、という事実で起訴されている。

ところが、上記各売却に先立ち、Xは、土地甲については、自らが経営するD社を債務者とする極度額2500万円の根抵当権を設定してその旨の登記を了した後、さらに、D社を債務者とする債権額4300万円の抵当権を設定してその旨の登記を了し、また、土地乙については、D社を債務者とする債権額3億円の抵当権を設定してその旨の登記を了していた。そこで、Xは、両土地につき抵当権を設定した時点で業務上横領罪が成立している以上、その後の売却等の行為は、不可罰的事後行為にあたるから、本件起訴事実について犯罪は成立しないと主張している。

そのため、裁判所が訴因外の事実に入り込んで審理判断すべきかどうか問題となる。

- 2 まず、仮に訴因外の事実の存在により訴因記載の犯罪の成立が妨げられる関係にある場合には、その事実は裁判所による審理の対象となるというほかない。この場合は、訴因外の事実の審理が、訴因記載の犯罪の成否を判断するために必要だからである。

しかし、委託を受けて他人の不動産を占有する者が、これにほしいままに抵当権を設定してその旨の登記を了した後においても、その不動産は他人の物であり、受託者がこれを占有していることに変わりはなく、受託者が、その後、その不動産につき、ほしいままに売却等による所有権移転行為を行いその旨の登記を了したときは、委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をしたものにほかならない。したがって、売却等による所有権移転行為について、横領罪の成立自体は、これを肯定することができるというべきであり、先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権移転行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならないと解するのが相当である（共罰的事後行為、包括一罪）。

- 3 次に、検察官が、実体法上一罪として処理される範囲の事実を取り出して訴因を構成し起訴をすることができるか。一罪の一部起訴が裁量権の逸脱であって許されないときは、裁判所は、検察官に対して訴因変更を促すなどの措置をとらなければならない、そうすると、訴因外の事情の審理判断の問題は生じないことになるから、問題となる。

刑訴法は実体的真実の発見をその目的としているところ（1条）、検察官は、単なる一当事者ではなく、「公益の代表者」（検察庁法4条）として公訴権を行使すべきなのだから、実体的真実に反する起訴は許されないとも思える。

しかし、現行法は当事者主義に立ち、訴因制度を採用しているので、審判の対象（訴訟物）をどのように構成するかは、訴追官たる検察官に委ねられている（検察官の訴因構成権）。そのため、裁判所は実体的真実の如何にかかわらず訴因の範囲内でしか審判できず、裁判所が実体的真実は別のところにあると認めて訴因変更命令（312条2項）を発しても、その命令には形成力がないのだから、刑訴法は、訴因と実体的真実との乖離を予定しているというべきである。また、検察官には、犯罪の全部について不起訴の裁量権が認められているのだから（248条。一部起訴は、その余の部分の不起訴である。）、犯罪の一部起訴についてだけ、実体的真実を貫徹しなければならないとする必然性はない。

したがって、検察官は、事案の軽重、立証の難易等を考慮し、先行の抵当権設定行為ではなく、後行の所有権移転行為をとらえて公訴を提起することができるものと解される。

- 4 そうすると、そのような公訴の提起を受けた裁判所は、所有権移転の点だけを審判の対象とすべきであり、犯罪の成否を決するにあたり、売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行為があったかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない。このような場合に、被告人に対し、訴因外の犯罪事実を主張立証することによって訴因とされている事実について犯罪の成否を争うことを許容することは、訴因外の犯罪事実をめぐって、被告人が犯罪成立の証明を、検察官が犯罪不成立の証明を志向するなど、当事者双方に不自然な訴訟活動を行わせることにもなりかねず、訴因制度を採る訴訟手続の本旨に沿わないものというべきである。

よって、裁判所は、訴因外の事実である先行行為に立ち入って審理判断すべきではない。

注1）論述例1第3段落については古江頼隆・事例演習刑事訴訟法〔第3版〕223頁、同2第1段落については安永健次・百選93頁、同第2段落第2文「（共罰的事後行為、包括一罪）」については古江・前掲書226頁、同3第1段落第1文については安永・前掲書92頁、同第2文については古江・前掲書226頁乃至227頁、同第2段落及び第3段落については古江・前掲書220頁乃至221頁を参照。

注2）論述例1について、古江・前掲書222頁は、「被告人は、一部起訴が違法で無効だから公訴棄却の判決をすべきだと主張していたわけではない」と述べている。

注3) 論述例2第1段落について、福崎伸一郎・最判解刑事篇平成15年度290頁は、「訴因の制約の下にあるといっても、裁判所が、実体法上犯罪として成立しないものについて有罪判断を下すことができるはずはない」と述べている。

注4) 論述例3第3段落第2文について、最大判昭40.4.28【百選A20】は、「検察官が裁判所の訴因変更命令に従わないのに、裁判所の訴因変更命令により訴因が変更されたものとするとは、裁判所に直接訴因を動かす権限を認めることになり、かくては、訴因の変更を検察官の権限としている刑訴法の基本的構造に反するから、訴因変更命令に右のような効力を認めることは到底できないものといわなければならない」と判示している。

注5) 本判決に関連して、最決昭59.1.27は、「選挙運動者たる乙に対し、甲が公職選挙法221条1項1号所定の目的をもって金銭等を交付したと認められるときは、たとえ、甲乙間で右金銭等を第三者に供与することの共謀があり乙が右共謀の趣旨に従いこれを第三者に供与した疑いがあつたとしても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮して、甲を交付罪のみで起訴することが許されるのであって、このような場合、裁判所としては、訴因の制約のもとにおいて、甲についての交付罪の成否を判断すれば足り、訴因として掲げられていない乙との共謀による供与罪の成否につき審理したり、検察官に対し、右供与罪の訴因の追加・変更を促したりする義務はないというべきである」と判示しているところ、これも、「訴因と裁判所の審理判断の範囲」が争点になった判例である（古江・前掲書223頁）。

※ なお、最判平15.10.7【百選95】も、「実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは、当然である」と判示している。