

択一的認定について

上田 正和

1. はじめに
2. 前提となる事柄 ― 概括的認定と予備的認定を含めて
3. 択一的認定が問題となる主なケース
 - (1) 保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪
 - (2) 窃盗罪と盗品譲受罪
 - (3) 単独犯と共同正犯
4. おわりに

1. はじめに

裁判における事実認定は難しい。過去の特定の出来事について、体験者ではなく目撃者でもない人間たる裁判官が、いくつかの材料（証拠）に基づいて認定する作業であるからである。とりわけ刑事裁判においては、有罪か無罪か、実刑か執行猶予か、そして具体的な量刑は（例えば、懲役〇年）、という被告人の重大な利益に直ちにつながるので、事実認定には（特に事実関係に争いがある事件については）格段の厳密さと慎重性が求められる。もっとも、科学技術の進歩により、証拠収集及び立証手段の精度は日々進歩していることも事実であり⁽¹⁾、今後も、一層その傾向は進むであろう。

ところで、刑事裁判においては、近い将来、裁判員制度が導入されることが決定しており⁽²⁾、最初のごく限られた事件が対象であるものの、その範囲は次第に拡大されていく予定である。裁判員制度の紹介やその問題点ないし課題等については、既に多くの文献が出ているので、本稿では立ち入らない。

本稿は、裁判員制度という新たな時代を目の前にして、事実認定の分野における従来からの難問である択一的認定（Wahlfeststellung）の問題を取り上げ、いくつかの代表的なケースについてのこれまでの判例（裁判例）・学説の整理と確認を行うと共に、私なりの若干の検討を行おうというものである⁽³⁾。択一的認定としてこれまで論じられてきた全てのケースを網羅するものではなく、主要ないくつかのケースについて検討を加えるに過ぎないものであり、内容的にも不十分であろうが、択一的認定の問題に関する私自身の今後の研究の出発点としたい。

択一的認定の議論を改めて簡潔に表現すれば、「事実がA又はBのいずれかであることは間違いないが、AとBのいずれであるのかが明らかでない」という場合において、①「A又はBである」という認定か、②（少なくとも）「（軽い犯罪事実である）Bである」という認定を行い、それによって被告人を有罪とすることができるのか、という問題である。

あらかじめ私の考えを簡単に述べると、一定の場合にはこのような択一的な事実認定を行うことができるというものであって、学説としては少数説である積極説に立つものである⁽⁴⁾。

2. 前提となる事柄 ― 概括的認定と予備的認定を含めて

裁判所がある被告人の特定の行為について有罪判決を言い渡すことができるのは、「被告事件について犯罪の証明があったとき」に限られる（刑事訴訟法333条1項）。そして、ここで言う「犯罪の証明があったとき」とは、検察官が起訴した訴因（公訴事実）について、裁判所に「合理的な疑いを容れない程度の心証が形成されたとき」を意味する。つまり、訴因事実について、「誰が見ても間違いがない事実である」という程度に達している必要がある。

とすると、検察官が「A事実である」と裁判所に提起したことに対して、裁判所が「A事実又はB事実のいずれかである」とか、「(少なくとも軽い) B事実である」との認定を行うことは許されないことになろう。また、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に違反していることや、刑事訴訟法は、起訴の際の訴因については予備的・択一的な記載を許しているにもかかわらず（256条5項）、有罪判決の罪となるべき事実の記載としてはこのような記載を認めていないこと（335条1項参照）が指摘され、さらに、実体刑法の面からは、「A又はB」という合成的構成要件を裁判所が作り出すことになり、罪刑法定主義に違反するとも言われている。

これらは、いずれも刑事法の基本的な原則として無視することができない事柄であるが、それにもかかわらず択一的認定の可否が論じられ、判例（裁判例）において認められたケースが存在する実は最大の理由は、「AかBのいずれかで有罪であることが明らかであるのに、AとBのいずれかであることが特定されなければ無罪になる、というのはおかしい」という素朴な法感情であろう。また、裁判における事実認定は、事件の発生から数ヵ月後（場合によっては1年以上の後）の時点から、事件の場に居なかった人間が過去の出来事を検証していく作業であるので、多少の幅があり得ることを否定できないという面もあろう。問題は、これらの諸事情が、厳格な事実の認定に基づいた処罰を要請する刑事裁判の場（そして、そこで通用する法理）において、どの程度まで曖昧性の残る事実認定を許容する要素として機能し得るのか、ということでもある。それは、刑事法の法理の側（さらに実務家や研究者の側）からすれば、刑事法の法原理・法原則がどこまで強固なものであるのか、ということでもある。

なお、改めて言うまでもないことであるが、択一的認定の是非の議論は、「事実はA又はBのいずれかである」ことが前提であるので、A事実とB事実との間に「公訴事実の同一性」が備わっていることが必要である⁽⁵⁾。

広い意味では択一的な認定の中に含めて議論されているが、本来の択一的認定とは区別すべきであるとされ、ほぼ共通して認められているのが、①概括的認定（不特定認定とも言われる）、及び、②予備的認定、の2類型である。

① 概括的認定について

概括的認定とは、罪となるべき事実の認定が一義的ではなく多少の幅を含んでいるが、構成要件に該当する事実の存在（処罰されるべき違法行為の存在）については合理的な疑いを容れない、という程度に認定事実が概括的なものを言う。

例えば、(a) 被害者を屋上から落下させて殺害しようとしたケースについて、「被害者の身体を、有形力を行使して、……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」という適示であっても、「被告人の犯罪行為としては具体的に特定しており……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」とされている⁽⁶⁾。

さらに、最近の最高裁判例では、(b) 詐欺の口封じのため共謀して殺害及び死体遺棄を行ったケースについて、「被告人は、X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、X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Vを殺害した」という判示について、「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『X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Xの2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」とされており⁽⁷⁾、実行行為者の択一性すら認めるに至っている。

このように、同一の構成要件内における事実の認定について幅があったとしても、特定の構成要件に該当する事実の存在が合理的な疑いを容れない程度に立証されていれば、概括的な認定を行うことに問題はないであろう⁽⁸⁾。もっとも、上記（b）は、共犯者間における具体的な実行行為者についての択一的認定を認めるものであって、この延長線上にあるものとして、共犯事例において単独犯か共同正犯であるのかが明らかでないケース（直接の実行行為を分担していない者についての共謀の成否が確定できないケース）が問題となり、これに関するいくつかの裁判例があるが、これは後に取り上げる。

② 予備的認定について

予備的認定とは、概括的認定のような同一構成要件内における認定ではなく、異なった構成要件にわたって認定事実の択一性が認められるが、その構成要件相互の間に大小関係（包摂関係）が認められるので、少なくとも確実に認定できる小さい事実の認定を行うというものである。

例えば、（a）殺人事件について、死亡との因果関係の存否がいずれとも確定できないケースについて、殺人未遂罪を認定し、（b）業務上横領事件について、業務性の有無がいずれとも確定できないケースについて、（単純）横領罪を認定するというものである（他に、殺人罪と傷害致死罪、強盗罪と恐喝罪等、多くの例がある）。

重い犯罪事実（より大きい事実）の存在について合理的な疑いを容れる余地が残る以上、構成要件上は実質的に包摂されている軽い犯罪事実（小さい事実）を認定することは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用した結果であって、問題はない⁽⁹⁾。もっとも、構成要件上の大小関係（包摂関係）の理解の仕方によっては、軽い犯罪事実での認定の是非が問題となり、後に取り上げる保護責任者遺棄罪か死体遺棄罪であるのかが明らかでないケース（遺棄行為の時点での被害者の生存が確定できないケース）の取り扱いをめぐる議論がある。

3. 択一的認定が問題となる主なケース

（1）保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪

〔設例1〕

Xが保護責任を負う関係にあるVを遺棄したことは証拠によって明らかであるが、遺棄行為の時点でVが生存していたか否かが確定できない場合、裁判所は有罪判決を行うことができるか。仮に有罪判決を行えるとすると、いかなる判決となるのか。

ア 人間である被害者の状態は、「生か死のいずれか」でしかあり得ない。従って、被害者に対して保護責任を負う者が遺棄行為を行ったことが明らかな場合には、「保護責任者遺棄罪（刑法218条前段）又は死体遺棄罪（刑法190条）のいずれか」が成立することになる。

ところが、遺棄の時点における被害者の生死が、鑑定の実施によっても確定できない場合に、裁判所としてはどのような判断を行うべきであろうか。被害者の「生」を前提とする保護責任者遺棄罪については、客体の「生」が合理的な疑いを容れない程度に証明されていないので有罪とできず、同様に、被害者の「死」を前提とする死体遺棄罪についても、客体の「死」が合理的な疑いを容れない程度に証明されていないので有罪とできず、結果として、裁判所はいずれについても無罪を言い渡すことになりそうである。そして、実際にも、多くの学説は、無罪にすべきであると主張している⁽¹⁰⁾。

イ 裁判例においては、大阪地判昭和46年9月9日判時662号101頁が、“生後1ヵ月余の子どもに暴行を加えて死亡させて捨てた”、という事案において、傷害致死罪の成立は認めているものの、遺棄罪（本位的訴因が死体遺棄罪、予備的訴因が保護責任者遺棄罪）については、
「右各訴因の犯罪時における同児の生死は不明ということにならざるを得ないが、このような場合、右両訴因につきいずれも証明が十分でないものとして無罪の言渡すべきものか、それとも、二者のうちいずれか一方の訴因が成立することは間違いないものとして択一的に或いは被告人に有利な訴因につき有罪の認定をなすべきかは困難な問題であるが、現行刑事訴訟法上の挙証責任の法則に忠実である限り、後者のような認定は許されないものと解すべきであるから……右各訴因についてはいずれも証明が十分でないものとして無罪の言渡をするほかはない。」

としている⁽¹¹⁾。

ところが、その後、札幌高判昭和61年3月24日高刑集39巻1号8頁が、遺棄行為の時点における被害者の生死が不明であったという同様の事案において、被害者の死亡を認定して本位的訴因である死体遺棄罪で有罪との判断を行った。この裁判例は、我が国において、いわゆる択一的認定を正面から行ったものとして、多くの注目を浴びるに至った。

この札幌高判昭和61年3月24日の事案は、“除雪作業終了後、除雪作業中に除雪車で妻を轢いて死亡させてしまったものと思った被告人が、殺人の嫌疑をかけられるのを恐れ、妻の死が交通事故によるものであると見せかけようとして、妻を国道脇まで運んで投げ捨てた”，というものであって、遺棄行為の時点における被害者の生死を確定することができなかった。

同判決の原審判決（旭川地判昭和60年8月23日判タ607号108頁）は、死体遺棄罪の故意で保護責任者遺棄罪を犯したものであるとして、抽象的事実の錯誤の理論を適用して構成要件の重なり合いを認め、軽い死体遺棄罪の成立を認めたが⁽¹²⁾、控訴審判決（上記・札幌高判昭和61年3月24日）は、被害者が死亡していたとの事実認定を行い、死体遺棄罪の成立を認めている。同判決は次のように述べている。

「前記死亡推定時刻は、あくまでも死体解剖所見のみに基づく厳密な法医学的判断にとどまるから、刑事裁判における事実認定としては、同判断に加えて、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どうかという法的観点をふまえて、Vが死亡したと認定できるか否かを考察すべきである。……本件では、Vは生きていたか死んでいたかのいずれか以外にはないところ、重い罪に当たる生存事実が確定できないのであるから、軽い罪である死体遺棄罪の成否を判断するに際し死亡事実が存在するものとみることも合理的な事実認定として許されてよいものと思われる。……本件においては被告人の遺棄行為当時Vは死亡していたものと認定するのが相当である。」

ウ 上記・札幌高判昭和61年3月24日においては、2つのポイントが示されてい

る。1つめは、刑事裁判における事実認定は、刑事責任を問い得るか否かという法的観点を踏まえるべきものであること。2つめは、重い事実である生存事実が確定できないので、軽い罪である死体遺棄罪の成否を判断するに当たって死亡事実が存在するものと見ることは合理的な事実認定であること、である。

1つめの刑事裁判における事実認定のあり方についての理解は肯定されるべきであろう。刑事裁判の役割は、起訴された被告人に対して、起訴事実（訴因事実）を根拠理由として刑罰を課することができるか否か（仮に、できるとすれば、その内容はどのようなものであるのか）を、証拠に基づいて明らかにしていく作業である。そこでは、当該構成要件事実が存在したことについて、合理的な疑いを容れない程度の証明がなされたかどうか为正に問題であって、その判断は、判断権者であり被告人の法的責任の有無・内容を明らかにする裁判所（裁判官）が行う。そこにおいては、自然科学の世界と同様の正確な判断が求められてはいない。もとより、刑事裁判における事実認定が、自然科学上の諸判断と乖離することは避けられるべきであって、被害者の「生」と「死」について言えば、医学的な判断を可能な限り尊重すべきではあるが、医学上の判断においても「生」と「死」は完全に断絶するものではないとされており、ましてやその限界線上における法的判断としての「生体」と「死体」は、それぞれの構成要件が予定している保護法益や処罰（刑罰）の内容や程度等の観点から、独自に「生体であるとの認定」や「死体であるとの認定」を行うことが許されるべきである⁽¹³⁾。

このような観点からすれば、上記・札幌高判昭和61年3月24日が、「被告人は、……午後8時40分ころ、Vに対し、自力脱出不能な程度の傷害を負わせた上、厳寒時雪山に埋没させてしまい、約4時間20分後の翌日午前1時ころ、ようやく同女を雪中から発掘したが、その際すでに同女は前示のように被告人の呼び掛けにも全く答えず、雪に触れていた身体部分は氷のように冷たく、着衣におおわれていた胸にもほとんどぬくもりはなく、両腕や下肢部分は冷たく硬くなっており、手を当てるなどして確かめても心臓の鼓動も呼吸も全く感じられなかったという状態であつたので……氷点下13、4度の寒冷な外気中で同

女を抱えたまま、何の手当も加えず、それから約1時間40分経過した午前2時40分ころに至り、ついに同女を敷地内に遺棄したというのであるから、少なくともその時点においては、被告人のみならず、一般人から見ても、同女は既に死亡していたものとするのが極めて自然であるといえることができる。……法医学上の観点からみても、前記のとおり、死体解剖所見によるVの死亡推定時刻は、同月29日午後7時10分ころから同月30日午前3時10分ころまでの間であるが、同女を発掘した時点において、仮に同女がいまだ生存していたとしても凍死に至る最終段階である虚脱期にあつたものと推定でき、発掘後から遺棄までの気象条件、時間なども勘案すると、少なくとも遺棄時においては、Vは死亡していた可能性が極めて高いと考えられる。」

として、正に「法的な」死亡事実の認定を行ったのは正当であろう。

2つめの点は、多くの議論を呼ぶところであって、この点に異を唱える学説は多数に上っている。本件では、遺棄行為時点において、人間である被害者は「生体」であったか「死体」であったかのいずれかでしかあり得ず、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って考えれば、他の可能性が全くあり得ない以上、軽い犯罪事実である「死体」遺棄罪を認定することは合理的であるように見えるが⁽¹⁴⁾、実は、初めから軽い犯罪事実について有罪とすべきであるという結論が先行して存在しているのではないか、という指摘が有力になされている⁽¹⁵⁾。つまり、なぜ、重い犯罪事実（「生体」の遺棄（保護責任者遺棄罪））から先に「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用するのかについての説明がなされていないという指摘であり、上記・札幌高判昭和61年3月24日の事案について言えば、本位的訴因が軽い「死体」遺棄罪であることも合わせて問題となり得る。

しかし、これらの点についても、私は、刑事裁判における事実認定のあり方として問題はなく、軽い犯罪事実である「死体」遺棄罪の成立を認めてよいと考えるが、それは次のような理由からである。

行為者（被告人）の遺棄行為が明らかであれば、「保護責任者」という要件は充たしているという前提で考えると）残る要件である被害者の生死について

は、「生きていたのか」「死んでいたのか」の二者いずれかでしかあり得ない。第3の選択肢（可能性）は全く存在し得ない。つまり、他の要件が充たされている限り、行為者（被告人）に対する法的評価は、遺棄行為者として有罪以外にはあり得ない。この場合、「生体」であることについての合理的な疑いを容れない程度の証明はなされておらず、「死体」であることについての合理的な疑いを容れない程度の証明についても、同様になされていない。しかし、両者のいずれかであることについては、合理的な疑いを容れない程度の証明どころか、100パーセント確実である。このような局面において、重い犯罪事実であるのか軽い犯罪事実であるのかが確定できないと言うのであるから、刑事裁判の大原則である「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従うと重い犯罪事実を認定することができない以上、「生体」と「死体」という両者間では、重い「生体」が認定できず、軽い「死体」であるとの認定を行うことは、刑事裁判における事実認定のあり方として、十分に合理性のあるものである。「黒」であるのか「白」であるのかが明確にできない「灰色」については「白」とみなす（つまり、「白」であると「擬制」する）、というのが刑事裁判の世界において通用する「疑わしきは被告人の利益に」の原則である⁽¹⁶⁾。従って、保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪のいずれかであることが明らかな場合に、死体遺棄罪との認定を行うことには合理性があり、また、そのように認定すべきでもある。そして、このことは、軽い犯罪事実である死体遺棄罪が本位的訴因であることによっても何ら妨げられるものではない。なぜなら、「客体が生であるのか死であるのか」の判断を刑事裁判における事実認定という観点から行うべき場面であるからである。死体遺棄罪の成立を認めず、無罪とすべきであるという反対説は、死体遺棄罪という訴因、保護責任者遺棄罪という訴因を、それぞれ単体として見ることにとらわれ過ぎており、過大とも言える当事者主義の強調によって、正しい事実認定のあり方を見失っているものと言うべきであろう。

このように、保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪との間では、軽い死体遺棄罪の成立を認定することが可能であり、その限りで軽い犯罪事実を択一的に認定することが許されると考える。従って、「保護責任者遺棄罪又は死体遺棄罪」とい

う明示的な形での特一的認定は許されない⁽¹⁷⁾。

(2) 窃盗罪と盗品譲受罪

〔設例2〕

Xが他人から盗品を手に入れたことは証拠によって明らかであるが、Xが自ら窃取したのか、それともXは窃盗犯人から無償で譲り受けたのか、そのいずれかであることは間違いないが、そのいずれであるかの確定ができない場合、裁判所は有罪判決を行うことができるか。仮に有罪判決を行えるとすると、いかなる判決となるのか。

ア この設例は、保護責任者遺棄罪か死体遺棄罪かのケースと並んで典型的な択一的認定のケースとして議論されているが、保護責任者遺棄罪か死体遺棄罪かのケース（被害者が生存しているか死亡しているか）と異なり、両者が論理的な択一関係に立っていない。遺失物等横領罪その他の第3の可能性が、論理的にも、そして実際上も存在し得る。

そのため、保護責任者遺棄罪か死体遺棄罪かのケースについて、仮に死体遺棄罪の成立を認める見解に立ったとしても、このケースについては無罪とすべきであると一般的に考えられてきたようである。つまり、窃盗罪と盗品譲受罪の関係においては、そのいずれかであることが明らかであったとしても、「窃盗罪又は盗品譲受罪」という形はもちろんのこと、（軽い犯罪事実である）盗品譲受罪での有罪判決を行うことも許されないと考えられてきた⁽¹⁸⁾。

イ この「窃盗罪か盗品譲受罪かのいずれか」というケースに関する裁判例としては、東京高判昭和35年1月27日東高時報11巻1号4頁が、被告人がスクーターの窃盗犯人であることについて、運搬委託者の存在が否定できないことからその証明は不十分であるとして、被告人がスクーターが盗品であるかもしれないという程度の認識を有していたことを前提に、同スクーターについての贓物（現行刑法上は「盗品」）運搬罪の成立を認めている。

もっとも、この裁判例は特殊な証拠関係に基づく事例判断であるともされており⁽¹⁹⁾、窃盗罪か盗品譲受罪かのいずれかのケースに関する直接的な裁判例はないようである。「人間の生死」という論理的な択一関係の場面と異なり、第3の

可能性が常に問題となり、盗品性についての認識その他の犯罪成立の要件が証拠上問題となることが少なくないので、「窃盗罪か盗品譲受罪かのいずれかであることは間違いないが、そのいずれであるのかが明らかでない」ということは実務上は極めて起こりにくいと言えるであろう。

ウ それでは、このケースはどのように考えたらよいのであろうか。いずれかであることが明らかであるので（少なくとも軽い犯罪事実で）有罪にすべきである、というのが一般人の法感情であろうが、これでは法的な説明としては少々荒っぽい。

先にも述べたが、人間の生死については論理的に二者択一であるから、その場合に限って択一的認定（死体遺棄罪との認定）を行うことが許される、との見解があるが、本稿で問題としている択一的認定の議論は、論理的な択一性の有無とは関係なく、証拠評価上（裁判官の心証形成上）、他の可能性は絶対にあり得ないが二者のうちいずれかまでは特定できない、という場面である。つまり、裁判官の心証上は第3の可能性が排除されていることを前提として考えなければならない。

もっとも、択一的認定を論じる前提を以上のように明確にしたとしても、学説の多くは、択一的認定を否定し、窃盗罪についても盗品譲受罪についても、各々が合理的な疑いを容れない程度の証明に達していない以上、（軽い犯罪事実である盗品譲受罪を理由としても）有罪判決を行うことはできないと考えている。その主要な論拠として、窃盗罪についても盗品譲受罪についてもそれぞれ有罪であることの確信に至っていない以上は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によっていずれについても無罪にすべきであることや、択一的認定を肯定することは「窃盗罪又は盗品譲受罪」という合成的な構成要件によって処罰することになってしまい、罪刑法定主義に反すること等が挙げられてきた。

しかし、これらの論拠は果たして合理的であろうか。論理的な可能性はともかくとして、窃盗罪か盗品譲受罪かのいずれかでしかあり得えないという心証が形成された以上は、被告人に対する裁判所の判断は、「窃盗罪又は盗品譲受罪による有罪」という範囲に既に限定され、他の可能性である「無罪」という選

択肢は消去されているはずである。

そして次に、「窃盗罪又は盗品譲受罪による有罪」という限定された範囲の中で、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、重い犯罪事実である窃盗罪について合理的な疑いを容れない程度の証明がなされていない以上、「窃盗行為の不存在」という事実を以後において裁判所は前提とせざるを得ず、結果として、残された唯一の可能性である盗品譲受罪の心証形成に至るのである。もとより、盗品譲受罪が予備的訴因として示されていないければ盗品譲受罪による有罪判決を行うことはできないが、仮に（予備的な）訴因として掲げられている場合には、「盗品譲受罪」の構成要件に該当する犯罪事実（盗品であることの認識その他の盗品譲受罪の構成要件該当事実）が合理的な疑いを容れない程度に証明されたものとして、同罪を理由として有罪判決を行うのであるから、「窃盗罪又は盗品譲受罪」という合成的な構成要件によって処罰することになってしまうという批判は当たっていない。また、「保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪のいずれか」のケースと同様であるが、盗品譲受罪の成立を認めず、結果として無罪とすべきであるという多数説は、起訴事実を構成要件毎に単体として見ることにとらわれ過ぎており、正しい事実認定のあり方を見失っているのではなかろうか。

このように、窃盗罪と盗品譲受罪との間においては、軽い盗品譲受罪の成立を認定することが可能であり、その限りで盗品譲受罪という軽い犯罪事実を択一的に認定することが許され则认为。ここでも、「窃盗罪又は盗品譲受罪」という形での明示的な択一的認定は許されない。

(3) 単独犯と共同正犯

〔設例3〕

Xは単独で商店に入り店員に暴行脅迫を加えて現金を奪ったが、かかる強盗の実行についてYとの共謀の存在が強く疑われたものの、共謀の成否について確定ができない場合、裁判所はXに対してどのような判決を行うべきか。

ア この設例においては、Xは、単独で強盗罪の構成要件を全て充たしている。

もっとも、判例・実務上は、自らは直接の実行行為を行わない共謀共同正犯を

認めることが確立しており⁽²⁰⁾、仮にXとYとの間の共謀関係が認定できれば、Xは強盗罪の共同正犯となる。つまり、他者Yとの共謀関係の成否如何によって、強盗罪の単独犯又は共同正犯が成立するのであり、共謀の成否が明らかでないということは、「単独犯か共同正犯のいずれかであるが、そのいずれであるのかが明らかでない」という択一的認定の問題となる。

この問題は、単独犯の構成要件と共同正犯の構成要件の関係をどのように理解したらよいのかという刑法理論上の難問にも関わっており⁽²¹⁾、また、単独犯と認定されることと共同正犯と認定されることとの違い、つまり、実行正犯者に対する刑法的評価のあり方（量刑に反映するような類型的差異の有無）を考える必要がある困難な問題である。そして、この問題に関する裁判例はそれぞれ異なった結論を示しており、問題の深さを示している⁽²²⁾。以下、裁判例を見ながら、検討していきたい。

イ まず、東京高判平成4年10月14日高刑集45巻3号66頁は、設例3とほぼ同様の事案において⁽²³⁾、以下のように縷縷述べて、単独犯と共同正犯との明示的な択一的認定を正面から認めた⁽²⁴⁾。極めて注目すべき裁判例であると言ってよい。

「本件のような場合においては……強盗の共同正犯と単独犯を択一的に認定した上、犯情が軽く被告人に利益な共同正犯の事実を基礎に量刑を行うものとすることが、最も事案に即した適正な法的解決であり、現行刑訴法の解釈として、十分支持され得るものと思われる。刑訴法には、択一的認定に関する規定はないけれども、択一的認定が全て直ちに刑訴法の原則に反するとは考えられず、少なくとも本件のような場合には、これが許されると解するのが相当である。」

そして、このような択一的認定を肯定する結論を導く理由として、
「本件強盗は、被告人がFと共謀の上実行したか（共同正犯）、単独で実行したか（単独犯）のいずれかであって、第三の可能性は存在しないと認められる上……両者は、互いに両立し得ない択一関係にあり、訴訟法上は同一の公訴事実に属する。しかも、本件強盗の共同正犯と単独犯とを比較すると、被告人が実行行為を全て単独で行ったことに変わりはなく、単に、被告人が右犯行につい

てFと共謀を遂げていたかどうかには違いがあるにすぎないのである。そして、法的評価の上でも、両者は、基本形式か修正形式かの違いはあるにせよ、同一の犯罪構成要件に該当するものであり、法定刑及び処断刑を異にする余地もない。」「このような事案について、強盗の共同正犯と単独犯を択一的に認定することができるものとしても、その量刑が、犯情が軽く、被告人に利益と認められる共同正犯の事実を基礎に行われる限り、共同正犯又は単独犯のいずれかの事実を一義的に認定して被告人を処罰する場合と比べ、実体法の適用上、被告人に不利益を及ぼす余地は全くない。」「本件において、被告人が自ら強盗の実行行為の全てを行っていることが明らかであるにもかかわらず、それがFとの共謀に基づくものであるか否かが判然としないため、結局、強盗の単独犯及びその共同正犯のいずれについても犯罪の証明がないとして、被告人に無罪を言い渡すべきものとするのは、明らかに国民の法感情に背反し、事案の真相を究明して適正な刑罰法令の適用を図る刑訴法の理念にもそぐわないといわなければならない。……本件においては、被告人が自ら強盗の実行行為の全てを行った証拠は十分であり、Fと右強盗を共謀した証拠は十分でないことからすると、証拠によって認定することができる限度で、強盗の単独犯を認定すべきではないかとも考えられるが、前記のとおり、本件の場合には、強盗の共同正犯の方が単独犯に比べて犯情が軽く、被告人に利益であると認められるのであるから、共同正犯であるかもしれないという合理的疑いがあるにもかかわらず、被告人に不利益な単独犯の事実を認定し、これを基礎に量刑をして被告人を処罰するのは、『疑わしきは被告人の利益に』の原則に反するといわざるを得ないであろう。」と述べている。

また、択一的に認定することによって生じ得る被告人の防御上の不利益の有無については、

「右択一的認定が許されるとすれば、訴訟手続上、被告人は、強盗の共同正犯と単独犯の双方の事実について防御しなければならなくなり、その分だけ負担が増すことは事実であるが、右負担の増加は、公訴事実を同一にする事実の範囲

内において、予備的又は択一的訴因が掲げられた場合と異なることなく、刑訴法上当然に予想されたものというべきであって、これをもって、被告人に過大な負担を課すものとはいえない。」「本件のように、強盗の実行行為を全て被告人が行ったとされていてそのこと自体に争いはなく、ただ、被告人と共犯者との共謀の有無につき、両名の各供述が顕著に対立しているにすぎない事案においては、共同正犯の訴因に対し、共同正犯と単独犯の事実を択一的に認定しても、被告人の防御権を実質的に侵害することはないと認められる」

として、防御上の点においても特段の問題がないことを明らかにしている。

そして、択一的認定を認める場合の有罪判決中の「罪となるべき事実」の記載方法について、次のように特筆すべきことを述べている。

「刑訴法には、判決の『罪となるべき事実』について択一的な記載をすることができる旨の規定はないが、刑訴法335条1項の解釈として、事案により、一定の範囲でそのような記載が許される場合がある……その範囲について考えると、先ず、判決の『罪となるべき事実』においては処罰の対象とされる事実を特定の犯罪構成要件に即して明示すべきものとされている趣旨からすると、犯罪構成要件を全く異にする複数の事実を『罪となるべき事実』として択一的に記載することは許されず、この場合には、軽い罪の限度で事実を認定して、その事実を判示すべきものと解される……これに対し、同一の犯罪構成要件に該当する事実中、例えば犯行の態様等については、これを択一的に認定、判示することが許される余地が大きいと解される。けだし、この場合には、『罪となるべき事実』の法的評価に動揺を来とし、これを不明確にするおそれが多いことが多く、また、事案の性質上、そのような認定をせざるを得ない場合には、その具体的な認定事実を率直に判示するものとする方が、『罪となるべき事実』の明確性を高めることになると考えられるからである」

「本件のような強盗の共同正犯と単独犯の択一的認定の場合には、同一の犯罪構成要件の基本形式と修正形式に当る事実の間の択一が問題となる事案であり、前記二つの事例の中間に位置するものと見られるが、その実質においては、同一の犯罪構成要件に当る行為態様に関する択一的認定に類似し、かつ、『罪とな

るべき事実』の基本的な法的評価に差異を来しこれを不明確にするおそれがないという点で、あとの事例に近い。強盗の共同正犯と単独犯の間には、罪質はもとより、罪の軽重の面でも定型的な差異が認められない……裁判所が実質上『強盗の共同正犯か単独犯のいずれかである』との心証しか得ていないのに、『罪となるべき事実』においては、強盗の共同正犯の事実を判示、認定せよというのは、いささか無理を強いるきらいがある……なお、現にそのような判示をした場合、強盗の共犯者とされるFに対し『共謀の証明がない』として無罪判決が言い渡されたときは……両判決の事実認定に実質上何らの矛盾がないにもかかわらず、あたかもその間に矛盾があるかのような観を呈することを避けられない。これらの点を考えると、本件のような場合においては、判決の『罪となるべき事実』として、裁判所が現に行った択一的な事実認定をそのまま判示する方が、明確性において優るとも考えられる。なお、このような判示を許容しても、量刑が犯情の軽い強盗の共同正犯の事実を基礎に行われる限り、被告人に実質的な不利益を及ぼすおそれがないことは、いうまでもない。」

上記・東京高判平成4年10月14日が「単独犯又は共同正犯」という択一的認定を肯定した理由を要約すれば、以下のとおりである。

- i) 単独犯と共同正犯の構成要件は、基本形式と修正形式という違いはあるが、同一の犯罪構成要件に該当する。
- ii) （強盗罪の）単独犯と共同正犯の間には、罪質や刑の軽重において定型的な違いはない。
- iii) 単独犯と共同正犯とでは、共同正犯の方が犯情が軽く、被告人に利益である。従って、量刑が共同正犯の事実を基礎に行われる限り、実体法の適用上、被告人に不利益を及ぼす余地はない。

ウ これに対して、札幌高判平成5年10月26日判タ865号291頁は、“暴力団幹部である被告人が、幹部間の確執に絡み、某幹部に対して発砲して傷害を負わせた、として殺人未遂罪の単独犯として起訴されたが、被告人は、最高幹部Cからの命令や他の組合員Dの援助があったと主張して、単独での犯行を争った”、という事案において⁽²⁵⁾、

「検察官主張にかかる被告人単独の犯行を内容とする起訴事実は、いわゆる合理的な疑いが残るもの」

であることを前提に、被告人に対する認定について、

「ことを被告人の利益に判定し、本件では所論主張のような態様でのCらの犯行関与があった、したがって、これによれば、被告人とCらとの間に事前の謀議があり、被告人はこの謀議（共謀）に基づき犯行をした……ものと認定すべきである。」

とした。

そして、共犯者の有無（つまり、単独犯であるのか共同正犯であるのか）が有する意味については、

「共犯者の有無は、単に量刑事情にとどまらず、罪となるべき事実の認定や刑法60条の適用にも係る事項である」

とした（もっとも、本件の具体的な処理としては、「被告人が……実行行為のすべてをしたことは明らかであるから、……被告人が単独でしたか他の者と共謀をしていたかの違いにすぎない」、「Cらが所論のように関与していたとして被告人の量刑を判断しても……原判決の量刑は是認し得るものであること」等を挙げつつ、「原判決が、その『犯罪事実』欄や『法令の適用』欄で共犯の認定・処理をしていない点をかしくみても、それらは判決に影響を及ぼすことが明らかな場合であるとはいえない。」としている）。

上記・札幌高判平成5年10月26日の判示のポイントは、以下のとおりである。

- i) 単独犯と共同正犯とでは、共同正犯の方が被告人に利益である。
- ii) （上記i)を前提として）被告人に有利な（共謀）共同正犯との認定を行うべきである。

エ さらに、東京高判平成10年6月8日判タ987号301頁は、“駐車中の自己の自動車内で覚せい剤を所持したとして起訴されたが、「通称Aと共謀の上」との当初の訴因が、「単独で又は通称Aと共謀の上」との択一的な訴因に変更された（被告人は、捜査段階から一貫して、覚せい剤はAのものであって、Aに頼まれて覚せい剤の入ったスポーツバッグを預かっていた、と主張）”，という事案に

において、

「被告人がAと共謀の上これを所持したという事実が証明されていないのに、これを択一的にせよ認定することは、証明されていない事実を認定することに帰して許されないというべきである。これに対し、被告人が本件覚せい剤を所持したことは証拠上明白であって、Aと共謀の上これを所持した疑いがあっても、そう認定することに問題はなく、択一的に認定する必要はなかったのである。」として、単独犯との認定を行うべきであるとした。

同判決は、さらに択一的認定の許容性について、次のように述べている。
「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、2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2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。」

もっとも、同判決は、
「原判決には事実誤認があることになるが、本件においては被告人自身が覚せい剤を所持していたことは明白であり、ただ被告人が共謀による所持であると主張していたため共謀の点が念のため付加されたにとどまると解することができるので、右の誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであるとはいえない。」としている。

上記・東京高判平成10年6月8日の判示のポイントは、以下のとおりである。

- i) 共謀の事実が証明されていないのに択一的にせよ共謀の事実を認定することは、証明されていない事実を認定するものであって許されない。
- ii) (上記 i) を前提として) 被告人の覚せい剤所持が明白であるその限度で、単独犯との認定を行うべきであった。

オ このように、単独犯と共同正犯のいずれであるのかが明らかでないケースについては、比較的最近の下級審裁判例は三者三様であり、その評価をめぐって

学説も混沌としているが、私なりに多少の検討を行ってみたい。

この問題は、事実として「共謀」という新たな要素（しかも、認定が難しい要素）が加わることによって刑事責任が軽くなる、とされる点に特徴があり、①単独犯の構成要件と共同正犯の構成要件の関係をどのように理解するのか、②単独犯と認定されることと共同正犯と認定されることの間には類型的な違いがあるのか（「疑わしきは被告人の利益に」の原則を発動させるに足りる程度の質的な違いがあるのか）、という実体刑法上の理論的な事柄を検討することが求められる。しかし、それと同時に、具体的に問題になっているのが、共謀関係を認め得るだけの関係にあったか否か、という言わば（刑法的な）「規範的評価」が常に問題になるべき場面（評価以前に、当然ながら事実認定も問題となり得る。）でもある。

実務上、共謀の成否（共謀関係を認めることができるか否か）は、当該被告人と他者との間の犯行前後の諸々の事情（動機、役割、行動、利益の取得その他）を総合的に踏まえて行われる裁判所による総合的な規範的評価である⁽²⁶⁾。つまり、当該犯行に向けての関与者間の一連の会話や互いの役割や行動、そして具体的な犯行実行中の行動、犯行によって得た利益の分配や程度等が具体的にどのようなものであったのが重要な要素として評価の対象とされ、これらの各場面における関与者の役割や行動等の意味を理解するには、それまでの関与者相互の人間関係の内容や程度をも考慮しなければならない。実務上は、供述調書の信用性が大きな問題となる。そして、当該犯行についての関与者相互の関係について認定された内容が「一定程度以上の水準（親密さ）」に達している、つまり、各人についていずれも「自己の犯罪と評価し得る」場合には、共謀関係の存在が認定されて、共謀共同正犯（つまり、正犯者）とされ、そこまでの水準に達していないと認定（評価）されれば、共謀の存在が否定され、共同正犯であるとの認定は行われない。

従って、この分水嶺である「一定程度以上の水準（親密さ）」「自己の犯罪と評価し得るか否か」が重要になってくるわけであるが、それは、具体的な犯罪毎に（殺人罪とか強盗罪という構成要件の類型よりもさらに具体化された言わ

ば事件毎)に異なり、かつ、時代ないし社会的状況によっても異なり得るものであろう。例えて言えば、薬物犯罪の趨勢やそれに対する国民の意識、行政刑罰法規による取締り状況等によって(薬物犯罪における)故意論が微妙に影響を受け、あるいは、科学技術の手段の有用性と危険性によって過失犯の成否(注意義務違反)に関する刑事実務が影響を受けてきたように、具体的な共犯現象(共謀現象)の趨勢によっても、共謀の成否を分ける「一定程度以上の水準(親密さ)」のラインは変動すると言えよう。

このことを、単独犯と共同正犯の構成要件という実体刑法の理論的な面に推し及ぼすとすれば、特定の具体的な事案において「関与者相互に共謀があったと評価してよいか否か」という問題であることに照らし、単独犯と共同正犯の違いは「質的」なものではなく「量的」のものであって、両者の構成要件は連続的なものとして考えるべきことになるであろう。そして、刑法を初めとする我が国の実体刑罰法規における法定刑の範囲がかなり幅のあるものとなっている(なお、構成要件の行為自体も、かなり包括的な定め方をしている)ことも、このような理解を可能にし得るであろう。

このように考えるとすれば、単独犯か共同正犯かが問題になるケースは、他のケース(保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪のケースや窃盗罪と盗品譲受罪のケース)と異なり、いわゆる本来の択一的認定の場面とは区別されるべきであると言え、上記・東京高判平成4年10月14日が示したように、単独犯と共同正犯を正面から択一的な形で認定することも許されるであろう。

そして、具体的な量刑については、単独で犯罪を実現する方が複数人で同一犯罪を実現する場合よりも当該行為者がより多くのことを行う(実行行為全てを担当する)という点に着目すれば、上記・東京高判平成4年10月14日が述べるように、共同正犯の方が単独犯よりは犯情が軽く被告人に利益であると言えそうであるが⁽²⁷⁾、この点は、必ずしもそうは言えないであろう。

刑罰を課すことは、単に道義的な責任追及に尽きるものではなく、国民が安心して生活する社会を実現すべく、犯罪を防止する、という目的をも有しており(目的刑論ないし刑罰の手段性)、そこでは、国民がその時点で国家に対して

期待する処罰の要請、という一定の政策的要素が不可欠であり、単独行為者と犯罪結果とが「1対1の関係で対応」している場面とは異なる共犯現象・共犯処罰については、とりわけその要素が大きく入り込むであろう。例えば、事前の共謀を企画立案し関与者を集めた共謀者については、厳格な処罰が期待されると言ってもよいであろうし⁽²⁸⁾、反社会的な危険行為を主導した者については、(その当時の犯罪発生状況や治安状況等にもよるが) 厳しい刑法的評価を加えることが許されると言ってもよいのではなかろうか。

このように考えると、共同正犯の方が単独犯よりも犯情が軽く被告人に利益であるとは必ずしも言えないが、そもそも択一的認定が問題にされてきた単独犯と共同正犯は既に述べたように連続的なものであるので、両者のいずれが典型的に(質的に) 重い刑法的評価(量刑)を受けるのかという議論自体が絶対性を有するものではないと考える。また、刑事裁判実務上、単独犯と共同正犯それぞれについてのいわゆる量刑相場が存在しているとしても、それはあくまでも相場であって、もとより一般化し得るものではない。

4. おわりに

本稿は、刑事訴訟手続の最終場面である事実認定に関する難問とされてきた択一的認定について、代表的なケースをいくつか取り上げ、問題点を改めて確認し、これまでの代表的な判例(裁判例)を事案と共に紹介し整理しながら、私なりの多少の検討を行ってみたものである。

確立された判例・実務上の考え方が存在しているわけではなく、学説上は、択一的な認定を行うことについて消極的な見解が多いものの、実務家の側(とりわけ検察官側)からは、択一的認定に積極的な見解も有力に展開されてきた。私も、未だ研究途上であって不完全な検討段階に過ぎないが、どちらかと言えば択一的認定に積極的な観点に立ちつつ若干の考察を行ってきた。

もとより、本稿で取り上げた3ケース以外にも、故意犯か過失犯かが問題になるケース⁽²⁹⁾や、過失犯の注意義務違反の態様が択一的なケース⁽³⁰⁾等、択一的な認定の可

否が議論される場面はいくつか存在する。今後は、これらのケースを含めて、今回必ずしも十分に掘り下げることができなかった問題点について、さらに検討を深めていきたい。

刑事裁判における事実認定は刑罰権発動の根拠であり、とりわけ厳密性が要求される。科学技術の成果を活用した捜査活動ないし証拠収集手段の活用により、事実認定の精度（鑑定内容の精度）は以前よりは格段に高まっているが、犯罪発生から数ヵ月後（場合によっては1年以上の後）に、人間である裁判官（近い将来、これに裁判員が加わる。）が事実を明らかにすることの困難性は、いつの時代になっても完全には否定できないであろう。また、共謀の内容や程度という人間相互の関係を、後の時点から他者が解きほぐしていくことの難しさはあえて言うまでもないことである。

我が国の刑事訴訟法が明文をもって示している証拠法則は決して多くはないが、近い将来に訪れる裁判員時代における事実認定のあり方をめぐっては、今後、各方面で議論がなされるであろう。その際、従来の刑事法領域において展開されてきた法律論にのみ依拠しては、国民の司法参加という裁判員制度の本来の制度趣旨に悖ることにもなる。その意味で、刑事訴訟の実務及び研究に携わる者に課せられた役割はとても大きい。

【注】

- (1) 犯罪現象の広域化・組織化・密行化への対応という視点も存在する。
科学的捜査方法としては、写真撮影やビデオ録画、通信傍受等がこれまで議論されてきた代表例である。これらの捜査方法については、捜査対象者の利益保護（人権保障）という観点も必要である。
- (2) 「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（法律63号）（平成16年5月28日公布）。公布から5年以内に施行される。
- (3) 択一的認定に関する議論状況は、各基本テキスト（体系書）やコンメンタールの他に、一般的なものとして、三井誠「概括的認定・択一的認定〔1〕～〔3〕」法学教室213号115頁以下・同214号101頁以下・同215号97頁以下（いずれも1998年）や寺崎嘉博「択一的事実認定」刑事訴訟法の争点〔第3版〕（2002年）200頁以下等。
比較法を含む詳細な体系的な研究として、大澤裕「刑事訴訟における『択一的認定』（1）～

(4・完) 』(法学協会雑誌109巻6号(1992年)919頁以下・同111巻6号(1994年)822頁以下・同112巻7号(1995年)921頁以下・同113巻5号(1996年)711頁以下。

- (4) 学説上は、択一的認定に消極的な見解(否定説)が一般的である。主なものとして、松尾浩也『刑事訴訟法(下)[新版補正第二版]』(1999年)128頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法 中』(1992年)278頁、田口守一『刑事訴訟法〔第4版〕』(2005年)429頁以下等。これに対して、実務家側からは積極的な見解も主張されている。

なお、ドイツでは、択一的認定(Wahlfeststellung)が広範に認められているようである(ちなみに、ナチス時代のドイツは択一的認定を明文をもって認めていた)。この点については、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(1992年)423頁。詳しいものとして、大澤・前掲(3)の(2)～(4・完)。

- (5) この点については争いが見られない。

なお、「公訴事実の同一性」の理解については、学説は多岐に分かれているが、具体的な結論は、判例・実務における基本的事実関係の同一性という基準(最決昭和25年6月17日刑集4巻6号1013頁等)とほぼ同様である。

- (6) 最決昭和58年5月6日刑集37巻4号375頁。

- (7) 最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁。

- (8) もっとも、公訴時効の起算点や土地管轄との関係で、概括的認定が制約されるべき場面は生じ得る。

- (9) これに対して、中野次雄「択一的認定」刑事訴訟法判例百選〔第4版〕(1981年)195頁は、殺意があるかもしれない、既遂であるかもしれないのに、どうして傷害や未遂が疑いなく証明されたといえるのか、として、これは実質的に見て一種の択一的認定と言わざるを得ない、とする。もっとも、択一的認定を肯定する立場からの指摘である点に注意を要する。

- (10) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(1979年)332頁、松尾・前掲(4)、田口守一「択一的認定」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕(1998年)198頁等。

これに対して、死体遺棄罪の成立を認めるものとして、田宮・前掲(4)424頁。

- (11) 但し、傷害致死罪によって有罪とされている。

- (12) 刑法学説上は、死体遺棄罪と保護責任者遺棄罪との間に構成要件の重なり合いを認める考え方(平野龍一『刑法総論I』(1972年)179頁等)は少数である。

- (13) 前田雅英『刑法各論講義(第3版)』(1999年)424頁は、死の時期には一定の幅があり得るとし、行為者が死体だと思って損壊したところ、医学的には行為時に生命現象が残っていた可能性がある場合、抽象的事実の錯誤を問題にするまでもなく、客観的にも死体損壊罪が成立する余地がある、とする。

択一的認定を否定する田口・前掲(10)199頁も、札幌高判昭和61年3月24日の事案については、死亡事実の合理的な疑いを容れない認定は十分に可能であったように思われる、としている。

なお、町野朔『犯罪各論の現在』(1996年)75頁は、妻の死体を葬祭する義務を有していたものであるから、それを単に放置しただけでも死体遺棄罪が成立する、とした上で、仮

に放棄された時点では妻が生きていてその後に死んだとした場合、そのまま放置していたわけであるから、死体遺棄罪の客観面は存在するに至ったことになり、結果的には死体遺棄罪の構成要件が実現している、とする。同様の観点から死体損壊罪を認めたものとして、東京高判昭和62年7月30日判時1246号143頁。

- (14) 中野・前掲(9) 194頁、佐藤文哉「択一的認定」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕(1992年) 185頁。
なお、被害者が生存していた場合には、保護責任者遺棄罪の他に(重)過失致死罪の成立の可能性もある。
- (15) 田口・前掲(10) 199頁。
- (16) 佐々木正輝「択一的認定」田口守一・寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』(2004年) 326頁以下によると、「疑わしきは被告人の利益に」の原則は、自然的な事実認定に人為的な修正を施して、存否不明を「ない」とするものであり、そこから事実認定の次のステップへと進んでいくこと、また、不存在とされた事実は後にも不存在とされ続けるのでなければ、裁判体として統一的整合的な事実判断を果たし得ないこと等が主張されている。
- (17) このような明示的な択一的認定を正面から認める見解は、今日では、殆ど見当たらない。
- (18) 田宮・前掲(4) 423頁は、盗品とされた物品の取得というそれ自体では犯罪を構成しない事実で処罰されることになる、とする。
なお、鈴木茂嗣「概括的・択一的認定と訴因変更の要否」ジュリスト臨時増刊1224号(平成13年度重要判例解説)(2002年) 196頁は、窃盗罪と盗品等譲受罪の間には、財物の領得罪という点で等質性があるのに対し、保護責任者遺棄罪は個人の生命・身体を害する個人的法益に対する罪で、死体遺棄罪は社会的法益に対する罪であって、両者は全く罪質を異にするので、罪刑法定主義的観点からの疑問は一層強い、とする。
- (19) 佐々木・前掲(16) 332頁。
- (20) 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁(練馬事件判決)、最決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁等。
- (21) 伝統的には、単独犯の構成要件が共同正犯の規定(60条)によって修正される(修正された構成要件)という説明が行われている。
- (22) 代表的な3つの裁判例を紹介して詳細な検討を行ったものとして、大澤裕「いわゆる単独犯と共同正犯の択一的認定について」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 下巻』(2003年) 481頁以下。
- (23) 東京高判平成4年10月14日の事案においては、共犯者Yは、被告人X(強盗罪の共同正犯として起訴されている)の強盗の実行行為の前後に被告人Xをオートバイに同乗させていたことや、両者が犯行後に現金を山分けしていた等の事情があった。
- (24) 原審の東京地判平成4年3月6日判タ794号266頁は、両者の手続きを分離し、Xについては単独犯と共同正犯の択一的認定を行い有罪としたが、共犯者Yについては、共謀の事実を認定するに足る証拠がないとして、無罪とした。
- (25) この札幌高判平成5年10月26日(控訴審)においては、被告人は、CやDの関与について、

1 審判決が事実誤認であるとの主張を行わず、量刑不当の事情として主張するにとどまっている。

- (26) 共謀共同正犯における共謀の認定については、石井一正・片岡博「共謀共同正犯」小林充・香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——（上）』（1992年）341頁以下が詳しい。要点を分かりやすくまとめた最近の文献としては、石井一正『刑事事実認定入門』（2005年）122頁以下。さらに、小林充・植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）』（2005年）の196頁以下（村瀬均執筆）及び207頁以下（菊池則明執筆）。
- (27) なお、中野目義則「択一的認定」ジュリスト臨時増刊1157号（平成10年度重要判例解説）（1999年）194頁は、合理的な疑いを容れない程度に証明されたとは言えない（共同正犯の）事実を量刑の基礎として扱うことは、刑事裁判における証明の意味を失わせるものである、とする。
- (28) これに関連して、反対論が根強い“共謀罪”の新設という問題がある。
- (29) 予備的認定の一種と考えれば、軽い過失犯での認定が許される。この点について、田宮・前掲（4）424頁は、純粋な大小関係にはないが、同一行為についてもっばら行為者の主観面だけが二義的に解される場合は、大小関係の理を用いることも許されよう、とする（それぞれ別の故意行為と過失行為の選択的認定はできないとする）。
なお、実行正犯と間接正犯についても、同様の問題が生じ得る。
- (30) 煙草の火から火災が生じた事案（失火罪）において、自己の直接過失が従業員を監督しなかった過失のいずれであるのかが確定できないとして、軽い監督過失を認定したものとして、秋田地判昭和37年4月24日判タ131号166頁。