

Title	余罪と量刑：最高裁判所大法廷判決後の裁判例を中心として
Sub Title	Taking other offences into consideration
Author	安富, 潔(Yasutomi, Kiyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1987
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.60, No.2 (1987. 2) ,p.219- 236
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	田中實・中谷瑾子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19870228-0219">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19870228-0219</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 余罪と量刑

——最高裁判所大法廷判決後の裁判例を中心として——

安 富 潔

- 一 はじめに
- 二 裁判例の動向
- 三 学説の評価と検討
- 四 おわりに

## 一 はじめに

同一被告人の起訴されていない犯罪事実いわゆる余罪を量刑の資料として考慮することができるかという問題については、最高裁判所昭和四一年七月一三日大法廷判決（刑集二〇巻六号六〇九頁）および最高裁判所昭和四二年七月五日大法廷判決（刑集二二巻六号七四八頁）が「判例」として、「起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、被告人を重く処罰する場合」は、「刑法の基本原則である不告不理の

原則の原則に反し、憲法三一条にいう法定手続によらずして刑罰を科すことになり、刑訴法三一七条に定める証拠裁判主義に反し、かつ、自白と補強証拠に関する憲法三八条三項、刑訴法三一九条二項、三項の制約を免れることとなる虞れがあり、その余罪が後日起訴され有罪判決を受けた場合には、既に量刑上責任を問われた事実について再び刑事上の責任を問われることになり、憲法三九条にも反する<sup>(1)</sup>ことになって、許されないが、「単に被告人の性格、経歴及び犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料として、いわゆる余罪をも考慮すること」は、「刑事裁判における量刑は、被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等すべての事情を考慮して、裁判所が法定刑の範囲内において、適当に決定すべきものであるから、その量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは必ずしも禁ぜられるところではない<sup>(2)</sup>」としている。

この二つの最高裁判所大法廷判決が出される以前、下級審裁判例や学説において積極・消極の判断が示されていた<sup>(1)</sup>が、これによって、余罪を実質上処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し重い刑を科すことは許されないが、量刑の一情状として考慮するにすぎないときは許されるとの「判例」が確立したといえる<sup>(2)</sup>。そこで、実務上は、二つの類型に分けて運用されているといつてよいが、このような判例の二つの類型に分けた問題解決の仕方については、学説において、理論上は肯定できるとしながらも、実際上の区別は容易ではないとの疑問が提示され、その後も議論が続いているところである<sup>(3)</sup>。明確な基準を明らかにするには、さらに具体的に事案の積み重ねが必要であると指摘されている<sup>(4)</sup>。本稿では、その後の最高裁判所の裁判例を整理し、判例の示した二つの類型による問題解決について改めて検討してみたいと考へる。

(1) 裁判例において、積極説—札幌高判昭和二六年一月一日判決特報一八号一頁、東京高判昭和二六年八月一〇日同二二号一六九頁、札幌高判昭和二九年四月一五日同三三二号六八頁、高松高判昭和三〇年一〇月一日裁判特報二卷二二号一一〇三頁など、消極説—名古屋高判昭和二四年九月二四日判例総覧刑事編五卷三四九頁、札幌高判昭和二六年十一月一九日判決特報一

八号六四頁、仙台高秋田支判昭和三〇年二月八日裁判特報二卷一―三号四二頁、東京地決昭和三九年一月二日下刑集六卷一・一―二号一五九四頁、大阪高判昭和四〇年五月八日高刑集一八卷三三―一六二頁など。

学説において、積極説―岸盛一・刑事訴訟法要義一五七頁（一九六一年）、青柳文雄・新訂刑事訴訟法通論七九八頁（一九六二年）、小松正富「余罪の關係にある事実を情状証拠として提出することができるか」実例刑訴（旧版）二九〇頁（一九六三年）、鈴木義男「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料とすることができるか」研修二二五号六一頁（一九六五年）（刑法判例研究II二三四頁（一九六八年）所収）など、消極説―佐伯千仞「量刑理由としての自由と否認―木村博士還曆祝賀・刑事法学の基本問題下巻一〇〇―一頁（一九五八年）、平野龍一・刑事訴訟法一八一―二頁（一九六一年）など。

- (2) 判例としては、余罪の量刑への考慮の仕方によっては、単なる量刑不当の問題にとどまらず、違憲の問題となり、上告理由となりうるということが明らかにされた点にも意義がある。龍岡資晃「余罪と量刑」別冊判例タイムズ七号三二三頁（一九八〇年）。
- (3) 最近のものとして、加藤光康「起訴外の実事と証拠調べ」判例タイムズ五三四号五〇頁（一九八四年）、河上和雄「起訴されていない余罪と刑事責任」判例タイムズ五五四号五八頁（一九八五年）、高部道彦「起訴されていない余罪と量刑に関する一事例」捜査研究三五卷六号五六頁（一九八六年）、井戸田侃「起訴されざる余罪と量刑」判例評論三二七号六六頁（一九八六年）など。

下級審において、東京高判昭和四二年九月二六日高刑集二〇卷五号六〇一頁は、一審が、起訴事実についての証拠調の終了前に余罪だけに関する自供調書等の証拠を取り調べており、起訴にかかるものに比べ被害額が相当多額にのぼる余罪がある旨判示していることなどから、余罪を認定し実質上処罰する趣旨で量刑に考慮し、被告人を重く処罰したものとしている。また、大阪高判昭和六〇年六月二二日判例時報一一六三三―一六三三頁は、覚醒剤取締法違反事件において、起訴されていない覚醒剤譲渡の事実而言及した原判決の量刑理由に関する説示が、「起訴されざる犯罪を余罪として認定して処罰する趣旨であるとの疑いを招きかねず、少なくともはなはだ適切を欠くものであるとの非難を免れ難い」としている。いずれも最高裁判所の判例の基準が必ずしも明らかでないことからなお運用においても議論が続いていることを伺わせるものである。

(4) 龍岡・前掲注(2)三三三頁。

## 二 裁判例の動向

最高裁判所昭和四一年七月一三日大法廷判決（刑集二〇巻六号六〇九頁）は、郵便物四通（被害額一万円余り）の窃盗の公訴事実について、それ以前にも約六ヶ月間約八〇回にわたり被害額約八万円と同種の窃取行為を重ねていたという余罪を量刑に考慮したのは、実質上余罪を処罰する趣旨ではなく、量刑のための一情状として考慮したものといえるとしたが、ほぼ同じ事案である最高裁判所昭和四二年七月五日大法廷判決（刑集二二巻六号七四八頁）は、郵便物二九通（被害額八千五百円余り）の窃盗の公訴事実について、一審判決が、被告人の公判廷における弁解を排斥し、自供調書によれば、被告人は約一三〇回にわたり約三千通の郵便物を窃取し被害額約八九万円に達しているとして、「その期間、回数、被害数額等のいずれの点よりしても、この種の犯行としては他に余り例を見ない程度のもので」あり、「事件の性質上量刑にあたって、この事実を考慮に入れない訳にはいかない」としたのは、「起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、これをも実質上処罰する趣旨のもとに、被告人に重い刑を科したものであった。」

その後の最高裁判所の裁判例において、「起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、これをも実質上処罰する趣旨のもとに、被告人に重い刑を科したものと」の判断を示したものは見られない。すべて、「量刑のための一情状として考慮したもの」として、許容されるとしている。

① 最二小判昭和四二年九月一日（裁判集一六四号一一頁）は、詐欺の公訴事実について同種詐欺を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「起訴されていない所論N、Oに対するいわゆる余罪事実を量刑上参斟することは犯情の一として参斟するものであって違法ではないとした原判断は、最高裁判所昭和四一年七月一三日大法廷判決に反する判断をしていない」とし上告を棄却した。

② 最一小決昭和四二年九月一日（裁判集一六四号三八七頁）は、業務上過失傷害の公訴事実について道交法違反の酒気帯び運転を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原判決は、所論のように道交法六五条違反の犯罪事実に当るものとして酒気帯び運転した旨の事実を認定したのではなく、業務上過失傷害の犯罪事実中の過失の一態様として右事実を挙げ、これを量刑の一資料として考慮したに止ま」り違憲ではないとして上告を棄却した。

③ 最三小決昭和四三年四月一日（裁判集一六六号七一九頁）は、賭博開帳図利幫助の公訴事実について同種余罪を認定し量刑上考慮したとして争われた事案で、一審判決について「所論のように、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、これをも実質上処罰する趣旨のもとに被告人に重い刑を科したことを記録上認めることができな」いとし上告を棄却している。

④ 最二小決昭和四三年六月三日（裁判集一六七号四一一頁）は、強姦・恐喝の公訴事実について強姦・強姦未遂の余罪を量刑理由として日時・対象をかなり具体的に判示したうえ量刑に考慮した事案で、「原判決は、いわゆる余罪を量刑の一情状として考慮しているだけで、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料としているものとは認められな」いとし上告を棄却している。

⑤ 最二小決昭和四四年一〇月一五日（裁判集一七三号四〇一頁）は、業務上過失致死・道交法違反（無免許運転）の公訴事実についてひき逃げ（道交法上の救護義務違反）の余罪を認定し量刑上考慮した原判決は憲法に反するとして争われた事案で、「本件起訴にかかる犯罪事実の情状として認定し、量刑の資料としているにすぎない」とし上告を棄却している。

⑥ 最一小決昭和四四年一〇月三〇日（裁判集一七三号六〇三頁）は、道交法違反（酒酔い運転）の公訴事実について物損・人身事故の事実を余罪として認定し量刑上考慮したとして争われた事案で、「第一審が起訴されていない事実

を認定し、これを実質上処罰する趣旨のもとに量刑の資料に考慮したものと認められないとした原審の判断は相当」として上告を棄却している。

⑦ 最一小決昭和四五年三月一〇日（裁判集一七五号二三三頁）は、共同被告人の一四回一五七万円にわたる贈賄・収賄の公訴事実について二三回一千八百万円の同種贈賄・収賄を余罪として認定し量刑上考慮したとして争われた事案で、「原判決は、措辞に妥当を欠く点がないではないが、所論指摘の事実を被告人の本件各犯行の犯情を推知する一情状として考慮したにすぎないものと認められる」として上告棄却している。

⑧ 最一小決昭和四五年六月一日（刑集二四巻六号二五三頁）は、殺人未遂・爆発物取締法違反（二条）の公訴事実についてその機会に生じた傷害・物損被害を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原判決が起訴されていない事実を認定し、これを実質上処罰する趣旨のもとに量刑の資料に考慮したものと認められない」として上告を棄却している。

⑨ 最一小決昭和四六年四月一五日（裁判集一八〇号一一三頁）は、道交法違反の公訴事実について同種道交法違反を余罪として認定し量刑上考慮したとして争われた事案で、「原判決は、被告人が本件裁判中に再び道交法違反の嫌疑で、公訴を提起されているとの事実を量刑のための一情状として考慮したにとどまり、右違反の事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に供し、これがため被告人を重く処罰したものではない」とが判文上明らかである」として上告を棄却している。

⑩ 最一小決昭和四六年六月一七日（裁判集一八一号二七五頁）は、道交法違反（薬物飲用運転）の公訴事実について同種道交法違反を余罪として認定し量刑上考慮したとして争われた事案で、「原審において、所論の別件起訴状謄本等を証拠として採用し、関係証人を調べた事実があり、これを量刑の資料としたのではないかと窺われるふしがあるけれども、これにより右余罪を処罰する趣旨であったことは到底認められない」として上告を棄却している。

① 最一小決昭和四六年九月九日（裁判集一八一号四四九頁）は、業務上過失傷害の公訴事実について道交法違反（酒気帯び運転）を余罪として認定し量刑上考慮したとして争われた事案で、「酒酔いと睡気のため、正常な運転が期しがたい状態となったのに、ただちに運転を中止することなく、右状態のまま運転を継続したことを過失の内容とする本件事案に即し、犯罪事実の概要を摘記して被告人の過失の大きいことを明らかにし、これを量刑のための一事情として考慮したにとどまり、本件業務上過失傷害の罪のほかに、道交法の所論条項に該当する事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑に供し、これがため被告人を重く処罰したものでないことが判文上明白である」として上告を棄却した。

② 最三小決昭和四七年四月一八日（裁判集一八四号一三七頁）は、業務上横領（二十百十万四千二百七十五円）の公訴事実について同種余罪（総額三千八百万円）を認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「被害弁償の点を本件量刑につき被告人に有利な一情状として考慮したものであって、所論事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料とし、これがため被告人を重く処罰したものでないことが判文上明らかである」として上告を棄却している。

③ 最一小決昭和四七年六月八日（裁判集一八四号五五一頁）は、恐喝の公訴事実について「被告人は本件以外にも本件暴行脅迫の翌日Tをして会社事務所の借主名義を被告人に変更させたり、その後も電話加入権等の会社の金目の財産を処分させその代金を領得していること」を余罪として認定し量刑に考慮したとの上告趣意に対し、「原審は、第一審判決の量刑審査にあたり、所論の事実をもってその一資料としたにとどまり、これを余罪と見て実質上処罰する趣旨に出たものでない」として上告を棄却している。

④ 最三小決昭和四七年六月三〇日（裁判集一八四号八〇九頁）は、強盗の公訴事実について強盗の際の強姦未遂を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「所論の事実をいわゆる余罪として認定し、これを実質上



処罰する趣旨に出たものであるとは認められない」とし、上告を棄却している。

⑮ 最三小決昭和四九年一月二十九日(裁判集一九一号一九頁)は、スピード違反による業務上過失致死傷の公訴事実について納屋の火災を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「第一審判決が余罪を量刑のための一情状として考慮したものと認められるとした原判決の判断は正当」とし上告を棄却している。

⑯ 最三小決昭和四九年六月二〇日(裁判集一九二号八〇七頁)は、道交法違反(無免許運転)の公訴事実について業務上過失傷害の事実を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原判決が所論の事実を余罪として認定した趣旨でないことは判文上明らか」として上告を棄却している。

⑰ 最三小決昭和四九年九月一日(裁判集一九三号二五九頁)は、覚醒剤取締法違反・関税法違反の公訴事実について同種行為の反復を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「第一審が所論余罪を實質上処罰する趣旨で量刑の資料に供したと疑うべきかどは旨の原判断に誤りは認められない」とし上告を棄却している。

⑱ 最二小決昭和五〇年六月一九日(裁判集一九六号六六一頁)は、覚醒剤取締法違反(二回の譲渡行為)の公訴事実について覚醒剤取締法違反(自己使用行為)を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原判決は起訴されていない犯罪事実を余罪として認定したものではなく、本件犯行の動機、態様などを判示するため所論の事実を指摘したにとどまる」として上告を棄却している。

⑲ 最二小決昭和五〇年一月二十九日(裁判集一九八号八九七頁)は、業務上過失傷害・道交法違反の公訴事実について銘酩酊運転の事実を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原判決は飲酒の影響が残っているおそれのある状態で自動車を運転したその態度を量刑の一事情として考慮したにすぎず、所論酩酊運転の事実をいわゆる余罪として認定し、これをも實質上処罰する趣旨で量刑の資料に供し、被告人を重く処罰したものでない」として上告を棄却している。

⑳ 最三小決昭和五〇年一月二三日（裁判集一九八号九九頁）は、業務上過失致死の公訴事実について道交法違反（歩行者専用道路通行）の事実を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「第一審が所論の事実をいわゆる余罪として認定し、これを実質上処罰する趣旨で量刑の資料として考慮したことは認められない」として上告を棄却している。

㉑ 最一小決昭和五一年六月二四日（裁判集二〇一号七九頁）は、業務上過失致死、同傷害、道交法違反の公訴事実について道交法違反（ひき逃げ・飲酒運転）の事実を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原判決が所論事実をいわゆる余罪として認定し、これを実質上処罰する趣旨で量刑の資料として考慮したものでない」として上告を棄却している。

㉒ 最一小決昭和五二年四月一二日（裁判集二〇三号五七三頁）は、業務上過失傷害の公訴事実について道交法違反（速度違反・はみ出し禁止違反）の事実を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「余罪を量刑の一情状として考慮すること、これを実質的に処罰する趣旨で量刑上考慮することは区別することができるのみならず、原判決は所論事実を量刑の一情状として考慮したものにすぎないものと認められる」として上告を棄却している。

㉓ 最三小決昭和五二年四月一五日（裁判集二〇三号五九七頁）は、道交法違反（無免許運転）の公訴事実について別の機会に犯した同種道交法違反（無免許運転）の事実を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「所論事実をいわゆる余罪として認定し実質上これを処罰する趣旨で量刑資料に供し被告人を重く処罰したものでない」として上告を棄却していることと、これを実質的に処罰する趣旨で量刑上考慮することは区別することができるのみならず、原判決は所論事実を量刑の一情状として考慮したものにすぎないものと認められる」として上告を棄却している。

㉔ 最三小決昭和五四年一月三〇日（裁判集二二四号四一頁）は、覚醒剤取締法違反（譲渡行為）の公訴事実について

同種の覚醒剤取締法違反（譲渡行為）を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「第一審判決が被告人の自白を唯一の証拠として被告人を有罪としたものでないこと、また、原判決が起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定して実質上これを処罰する趣旨で量刑に考慮したものでないことが判文上明らかである」として上告を棄却している。

㉕ 最一小決昭和五四年九月一日四（裁判集二二五号三〇三頁）は、覚醒剤取締法違反（自己使用）の公訴事実について同種の覚醒剤取締法違反（自己使用）を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原審が被告人の自白のみでいわゆる余罪を認定し、これをも処罰する趣旨で量刑の資料に用いて被告人を処罰したものでないことは、判文上明らかである」として上告を棄却している。

㉖ 最一小決昭和五五年三月一日三（裁判集二二七号一八九頁）は、暴力行為等処罰に関する法律違反・恐喝・銃刀法違反・火薬取締法違反の公訴事実について同種のいやがらせ行為を恐喝・暴力行為等取締法違反の余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原審は、所論指摘の事実を、量刑のための一情状として考慮したにとどまり、右事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に供したものでないことが原判決の判文上明らかである」として上告を棄却している。

㉗ 最一小決昭和五五年一月二四日（裁判集二二〇号八一三頁）は、覚醒剤取締法違反（譲渡・所持）の公訴事実について同種の覚醒剤取締法違反（譲渡）を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原判決は起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に供したものでないことが判文上明らかである」として上告を棄却している。

㉘ 最一小決昭和五六年一月九日（裁判集二二四号三頁）は、覚醒剤取締法違反の公訴事実について同種の覚醒剤取締法違反を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「記録によれば、検察官の控訴趣意は、所論

のように起訴されていない犯罪事実を実質的に処罰する趣旨で量刑上考慮すべきことを求めるものとは解されず、原判決も右犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に供したのではない」として上告を棄却している。

㉔ 最一小決昭和五七年九月三〇日（裁判集二二八号六四五頁）は、暴力行為等処罰に関する法律違反・監禁・住居侵入の公訴事実について同種の暴力行為等処罰に関する法律違反行為を余罪として認定し量刑に考慮したとして争われた事案で、「原判決は所論事実をいわゆる余罪として認定しこれを実質上処罰する趣旨で量刑の資料として考慮したものでないことが判文上明らかである」として上告を棄却している。

㉕ 最一小決昭和五八年一月二九日（裁判集二三二号九九五頁）は、殺人・死体損壊・遺棄・窃盗の公訴事実について類似の起訴されていない殺人を検察官が冒頭陳述で述べたのは余罪として認定し量刑に考慮しようとしたものとして争われた事案で、「原判決が所論主張の余罪をも処罰する趣旨で量刑したものでないことは判文上明らかである」として上告を棄却している。

㉖ 最一小決昭和五九年九月七日（判例タイムズ五四六号八二頁）は、常習賭博（のみ行為）の公訴事実について同種の常習賭博の事実を余罪として認定し量刑に考慮しようとしたとして争われた事案で、「原判決は所論指摘の事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑に供し、これがため被告人を重く処罰したものでないことが判文上明白である」として上告を棄却している。

以上昭和四二年大法院判決後の最高裁判所の裁判例を概観してみると、「起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑に考慮し被告人を重く処罰した」とされた裁判例はみられず、すべて「量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮」したものとされている。ところで、これらの裁判例にあらわれた

事案をみてみると、(一) 交通事故における業務上過失と道交法違反や強盜の際の強姦というような公訴事実と余罪とが社会的事実として密接に関連しており、いわば「社会的に一個の行為と評価できるような場合」と(二) 覚醒剤や詐欺、賭博など「同種行為が反復された場合」とに分けることができよう。

刑事訴訟においてある犯罪事実が余罪とされるのは、その犯罪事実について、客観的証拠や補強証拠などの証拠が十分でなく起訴できないような場合のほか、証拠は十分であっても訴訟条件が欠けていたり訴因が特定できないなどにより起訴できない場合、証拠は十分であっても検察官の訴追裁量により起訴価値がないとして不起訴にされた場合等である。<sup>(5)</sup>

起訴価値があつて起訴が可能な限りは、犯罪事実は起訴すべきであるが、当事者主義・対審構造をとる現行法においては、検察官にはいかなる範囲で起訴すべきか、立証範囲の拡大や争点の混乱を避け訴訟経済にも適うよう諸般の事情を具体的に検討して合理的な選択的訴追裁量判断が求められているといえる（刑法法二四八条）。そこで「社会的に一個の行為と評価できるような余罪」については、証拠が十分であるのに訴訟条件が欠けていたり、訴因が特定できないなどにより起訴できない場合のほか、検察官が起訴価値がないと判断して不起訴にした場合など、処罰されるべきであるが起訴しえない事実について余罪として実質上処罰しようとしたのではないか、また、本来起訴すべき事実について余罪とすることで起訴を控え実質上処罰しようとしたのではないかが問題とされているといえる。また、「同種行為の反復による余罪」については、多数の窃盜の同種反復事実についてその一部が起訴された昭和四一年・四二年の大法廷判決の事案にみられるように、被告人の自白だけで補強証拠が欠けている場合など、証拠が十分でなく起訴できないような場合に余罪として実質上処罰しようとしたのではないかが問題とされているといえよう。検察官の選択的訴追裁量の合理性に寄せる関心と同じものがあるといつてよいと思われる。

(5) 河上・前掲注(3)五八頁は、余罪について、起訴し、有罪判決を得るに十分な証拠はあるが、必ずしも、起訴の必要の

ないもの、犯罪の客観的証拠はあるが、訴因の明確化に難点のあるもの、犯罪の客観的証拠のないものや具体性のない推測的証拠に分けておられる。

### 三 学説の評価と検討

いわゆる余罪を量刑に考慮することが許されるかという問題において、理論上、「起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑に考慮し被告人を重く処罰する」場合と「量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮する」場合とに区分して論ずるという判例の立場は、多くの学説によっても基本的に承認されている。<sup>(6)</sup>

そして、「起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑に考慮し被告人を重く処罰する」場合について、それが違憲・違法であり許されないことについては、判例の指摘する論拠に従ってほぼ学説上も異論をみない。<sup>(7)</sup>しかし、「量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮する」場合については、判例の立場に賛成し、これを許されるとする見解（積極説）ばかりでなく、むしろこの場合にも余罪を量刑に考慮すべきでないとして反対ないし疑問を提示する見解（消極説）も有力に主張されている。<sup>(8)</sup>この消極説の論拠とするところは、「量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮する」場合であっても、余罪が量刑を重くする契機として機能することは否定できず、程度の差はあっても余罪を実質的に処罰することとかわりがないし、<sup>(9)</sup>二つの類型を区分する基準が理論上はともかく實際上明確でないうえ、<sup>(11)</sup>わが国においては事実認定手続と量刑手続が二分されておらず、余罪の証拠を量刑資料として取り調べ、これを考慮することが、事実認定に予断、偏見等の不当な影響を及ぼすおそれがないとはいえず、<sup>(12)</sup>また余罪について補強証拠がないなど証拠が不十分な場合に、脱法的に量刑の資料とすることに

よって実質的に処罰しようとする虞れがある<sup>(13)</sup>、というにある。

もっとも、積極説からも、先の二つの大法廷判決を比較検討してみても、余罪の認定、判示の仕方等の形式的な差異は認めうるとしても、二つの類型を区別する実質的な基準を見出すことは困難とされて、その後の裁判例を通して具体的基準を明らかにする検討が必要とされていた<sup>(14)</sup>。また、消極説においても、余罪によって、公訴事実についての動機、目的、方法等、公訴事実との間に社会的事実として密接な関連性がある事実（狭義の情状）を立証しようとする場合には、公訴事実の間接証拠として許容されるとする見解もある。そして、この見解によれば、この結果、副次的に被告人の悪性格が明らかとなっても、それは、公訴事実の立証に当然随伴する結果で許されるとする<sup>(15)</sup>。その意味では、これら積極説と消極説とはそれほど異ったものではなく、実際上の差異は、余罪を広義の情状、すなわち、被告人の悪性格等の立証の資料とすることの許否への関心にあらわれるといえよう<sup>(16)</sup>。

ところで、量刑は、行為責任を中心としつつ、合目的な刑事政策的配慮を不可欠とするものであり（改正刑法草案四八条参照）、そのためには、起訴された犯罪事実と密接な関係にある公訴事実の属性に関する資料のみならず、被告人の属性に関する資料も考慮されるべきことにならうし、余罪が何らかの情状あるいは情状認定の資料としての意味をもつかぎりは、悪性格を推知するための資料としての前科や非行と区別して量刑資料から排除される理由は乏しいといえる<sup>(17)</sup>。

さらに、余罪が量刑上の資料として用いられる場合は、公訴事実の属性として、起訴された犯罪事実との間に社会的事実として密接な関連性があるときに、公訴事実そのものに関する具体的情状、すなわち行為の動機、目的、方法、計画性、決意の時期などを証明するための間接証拠として用いられる場合だけでなく、被告人の属性として、被告人の性格、経歴、素行などを示す資料として用いられる場合とがあるといえるが、前者は、「罪となるべき事実」の間接証拠として余罪が用いられるべきであり、当然許されるものといつてよいと考える<sup>(18)</sup>。ただ、この場合でも、余罪

を量刑上考慮の必要な限度にとどめるべきであるから、手続的に、立証の段階、範囲、程度に考慮を払い、関連性の判断は厳格になされるべきである。そこで「厳格な証明」方式により、「明白かつ確信的証明」程度の証明量が必要であろう。後者は、被告人の悪性格の徴表として余罪が利用されるばあいである。ここではいかにして手続の公正が図られるべきかが問題であり、そのためには、手続上、悪性格の立証としての余罪の取調べが、事実認定に不当な影響を与えないよう事実認定終了後になされるよう配慮されるとともに、余罪の立証趣旨の明確化（規則四四条一項二号）、関連性・必要性判断の厳格化が考慮されるべきであり、「厳格な証明」を求め、「明白かつ確信的証明」による立証によるべきである<sup>(19)</sup>と考える。

(6) 青柳文雄「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料とすることの可否」判例評論九七号一一頁（一九六六年）、同「起訴されざる事実と量刑」昭和四一・四二年度重要判例解説一一三頁（一九七三年）、同「起訴されざる事実と量刑」ジュリス卜年鑑一九六七年版三四三頁（一九六七年）、青木英五郎「沢田修「余罪をめぐる訴訟法上の問題」法律時報三八卷一一号九四頁（統・生きている刑事訴訟法一一〇頁所収）木梨節夫・最高裁判所判例解説刑事編昭和四一年度一六五頁（一九六六年）、海老原震一・最高裁判所判例解説刑事編昭和四二年度二五五頁（一九六七年）、佐古田英郎「情状の立証と起訴されていない犯罪」判例タイムズ二〇〇号六九頁（一九六七年）佐伯千飯「悪性格と類似事実」法律時報三九卷八号八〇頁（統・生きている刑事訴訟法二九八頁所収）（一九六七年）、横井大三「余罪と量刑」研修二二〇号三九頁（一九六七年）、同二二七号三九頁（一九六八年）（刑訴裁判例ノート4二六三、二七三頁所収）、中野次雄「余罪と量刑」法律のひろば二〇卷九号二一頁（一九六七年）、光藤景皎「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料として考慮することは許されるか」法学セミナー一三四号八九頁（一九六七年）、同「余罪と量刑」昭和四一・四二年度重要判例解説二四六頁（一九七三年）、杉山英巳「余罪の量刑への考慮」法学新報七四卷一一―一二号八五頁（一九六七年）、関詰「石川才頭「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料にする」ことの可否」日本法学三四卷一―一八六頁（一九六八年）、大久保太郎「量刑に関する二問題」司法研修所二〇周年記念論文集三卷六一九頁（一九六七年）、西川道夫「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料として考慮しうるか」司法研修所二〇周年記念論文集三卷六三七頁（一九六七年）、団藤重光・新刑事訴訟法綱要（七訂版）二七九頁（一九六七年）、松尾浩也「いわゆる余罪を量刑上考慮したことが違憲とされた事例」判例タイムズ二二二号八〇頁（一九六八年）、同「刑事訴訟法下I一三



一頁、豊田健「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料として考慮することと憲法三二条三九条」法学研究四一巻一〇号一二〇頁（一九六八年）、田宮裕「余罪と量刑」憲法判例百選（新版）八八頁（一九六八年）（第三版）一二二頁（一九七四年）、同「一四六頁（一九八〇年）、同・刑事訴訟法入門二二四頁（一九七三年）（新版）二四七頁（一九七七年）、又平雅之「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料として考慮したことが憲法三二条三九条三項に違反するとされた事例等」法学研究四二巻一一号一二四頁（一九六八年）、魚住庸夫「情状としての余罪の自白調書」判例タイムズ二六五号五〇頁（一九七一年）（刑事法演習一八〇頁所収）、松岡正章「量刑資料としての余罪について」法政理論三巻二号一頁、四巻二号三〇頁（一九七一年、七二年）同「余罪と量刑をめぐる若干の考察」甲南法学一五巻三・四号一頁（一九七五年）（量刑手続法序説一頁（一九八六年）以下所収）、久岡康成「犯罪の嫌疑と刑の量定」立命館法学九五巻六七頁（一九七一年）、同「量刑事情の実質的検証責任について」同「一九九〇号一〇頁（一九七七年）、同「量刑」ジュリスト五〇〇号四五〇頁（一九七二年）、小松正富「余罪と量刑」証拠法大系一七二頁（一九七〇年）、鈴木義男「余罪と量刑」刑訴法判例百選（新版）一二二頁（一九七一年）（第三版）一四六頁（一九七六年）、大野平吉「余罪と量刑」法学教室二期六号二一五頁（一九七四年）、吉田淳一「犯罪事実多数の場合の問題」公判法大系一四四六、一四九頁（一九七四年）、三井誠「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料として考慮することができるか」警察研究四七巻五号六二頁（一九七六年）、岡部泰昌「量刑手続に関する序論的考察（中）」犯罪と非行二九号三〇頁以下（一九七六年）、龍岡・前掲注（二）三二二頁、安富潔「量刑と余罪」刑訴法判例百選（第四版）二〇〇頁（一九八一年）（第五版）、岩井宜子「余罪と量刑」高田卓爾・田宮裕編演習刑事訴訟法二六〇頁（一九八四年）、加藤・前掲注（三）五〇頁、河上・前掲注（三）五八頁、高部・前掲注（三）五六頁、井戸田・前掲注（三）六六頁など。

これに批判的なものに平野龍一「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料として考慮することの可否」警察研究四七巻五号六二頁（一九七七年）、渥美東洋「刑事訴訟法二七八頁（一九八二年）など。

(7) 横井・前掲注6ノート二七二頁は、不告不理の原則に反することは、訴訟法違反にはなっても、直ちには憲法三二条違反にならないのではないかと疑問を提起する。

(8) 青柳文雄・五訂刑訴法通論下四九一頁（一九七六年）、団藤・前掲注（6）二七九頁、中野前掲注（6）二二頁、大久保前掲注（6）六二二頁、西川前掲注（6）六四〇頁、龍岡前掲注（2）三二四頁、岩井前掲注（6）二六六頁等。

(9) 青木・沢田・前掲注（6）九四頁、平野・前掲注（6）五六七頁、佐伯・前掲注（6）三一三―四頁、光藤・前掲注（6）法七ミ九〇―一頁、三井・前掲注（6）六七―七頁、久岡・前掲注（6）ジュリ四五二―三頁、佐古田・前掲注（6）ノート一三二頁、

- 岡部・前掲注(6)三九頁、松岡・前掲注(6)序説一四五頁以下、渥美・前掲注(6)二七八頁、鈴木茂嗣・刑事訴訟法一七三頁(一九八〇年)、井戸田前掲注(3)評論六九頁等。
- (10) 佐伯・前掲注(6)三一三～四頁、光藤・前掲注(6)法セミ九〇～一頁、三井・前掲注(6)六七～七頁、久岡・前掲注(6)ジュリ四五二～三頁、佐古田・前掲注(6)ノート一三二頁、岡部・前掲注(6)三九頁等。
- (11) 松岡・前掲注(6)序説一三三頁以下。
- (12) 佐伯・前掲注(6)三一三～四頁、三井・前掲注(6)六七～七頁、久岡・前掲注(6)ジュリ四五二～三頁、佐古田・前掲注(6)ノート一三二頁、岡部・前掲注(6)三九頁等。
- (13) 平野・前掲注(1)一八二頁、同・前掲注(6)五六～七頁。
- (14) 青柳・前掲注(6)重判一一五頁、横井・前掲注(6)ノート二六七頁、吉田・前掲注(6)一五一頁等。
- (15) 平野・前掲注(6)五六～七頁以下、三井・前掲注(6)六七～七頁、小松・前掲注(6)一七二頁参照。
- (16) 三井・前掲注(6)六七～七頁は、四一年大法院判決が、余罪が、広義の情状、ことに悪性格を明らかにするための資料として利用される場合の可否を問題とし、これを肯定したとみるべきであるとする。高部・前掲注(3)六二頁参照。
- なお、悪性格立証と余罪については、安富潔「余罪の証拠」慶應義塾創立一二五年記念論文集四一三頁(一九八三年)、同「性格立証と余罪の証拠」法学研究五八巻三号一頁(一九八五年)参照。
- (17) 中野・前掲注(6)二三～四頁、大久保前掲注(6)六三二～三頁、龍岡前掲注(2)三三四頁等。
- (18) 河上前掲注(3)六二頁参照。
- (19) 小松・前掲注(6)実例新版三二〇～一頁、龍岡前掲注(2)三三四頁、加藤・前掲注(3)五一～二頁等。
- なお、補強証拠を必要としたり(小松・前掲注(6)実例新版三一〇～一頁)、合理的な疑いを容れない程度の立証を必要とする見解もある(西川・前掲注(6)六四六～七頁)が、かえって起訴された犯罪事実と同様に取扱うことになりかねないように思われる。

#### 四 おわりに

いわゆる余罪と量刑について、最高裁判所昭和四一年七月一三日及び同昭和四二年七月五日大法廷判決後の最高裁判所の裁判例をみると、社会的事実として密接な関連を有しており、いわば「社会的に一個の行為と評価できるような」場合と「同種行為の反復された」場合に、被告人の性格、経歴及び犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料として量刑に考慮することが許されるといえるであろう。このような場合は、公訴事実の属性や被告人の属性を示す量刑事情として比較的明らかな場合と違ってよいであろう。とはいえ、具体的事案においてその評価してよいかはかなり微妙なものもある。ことに、起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑に考慮し、被告人を重く処罰したことにならないといえるかはなおこれらの裁判例をみても明確な基準が展開されているとはいえないように思われる。<sup>20)</sup>

(20) その意味で、余罪立証を許しそれに二重の危険が生ずるものとして問題解決を図る見解（渥美・前掲注（6）二七八頁、青柳・前掲注（8）通論下四九一頁）は実践的解決を意図するものといえよう。安富潔「余罪と二重の危険」法学研究五九巻一二号二七五頁（一九八六年）。