

一事不再理効の客観的範圍について

——罪数判断との対応を維持すべきか——

只 木 誠

- 一 はじめに
- 二 日本の現状
- 三 ドイツの現状
- 四 検討
- 五 結

一 はじめに

一事不再理の効力とは、実体判決が形式的に確定すると、同一事件についての再度の起訴は許されなくなること

をいい、もし誤って再び起訴されるようなことがあれば、免訴の判決が言い渡されることになる(刑訴法三三七条一号)。その根拠は、被告人の法的地位の安定性の要請から導かれるとされている。⁽¹⁾一事不再理効の問題は、被告人の法的地位に多大な影響を及ぼすゆえに、その限界については、明確に定めておかなければならない。

一事不再理効は、いうまでもなく本来は手続法の領域に属する問題であるが、これまで、概して、実体法上の罪数の問題とリンクして論じられてきた。実体法の議論が手続法に影響を与え、手続法の問題の解決に実体法の問題が絡むこと自体、考えられないことではなく、むしろ同一の法体系の中にある、刑事訴訟法と刑法とが相互に有機的に結びついて議論されることは当然というべきであろう。とはいえ、実体法には実体法、手続法には手続法固有の意義や機能があるのであって、これを軽んじることはもとより許されるべきでないし、これを無視した形で論を進め法を運用することとなるとおのずから問題が生じるであろう。一方の都合に合わせる形で他方が論じられ、その本来の意義が見失われるようなことがあれば、本末転倒といわざるを得ないのもまた事実である。

筆者は、これまでも、一事不再理効の問題と罪数との関係について、不十分ながら論じてきた。⁽²⁾そして、ここでは、実体法にいう「一罪」と手続法上の「一罪」とはその目的と機能を異にしており、したがってその論じる意味を異にするゆえに、必ずしも一致せられるべきものとはいえないのであり、両者を連動させることは法的安定性に資するとしても、対応関係をあまりに強く要求するならば無理な法運用を招くこととなるのではないかとの疑念を呈してきた。実際の裁判実務においても、過度に両者の同一性を求めるところから歪みが生じ、無理な法解釈がなされていると思われる事例があると考えたからである。とはいえ、それらは、一事不再理効の問題を正面から論じたわけではなく、また、十分な検討を加えたものでもなかった。また、わが国やドイツにおける議論の紹介も必要最小限にとどめざるを得なかった。そこで本稿は、この問題についてのわが国の現状とドイツにおける近時の法

状況をもう一度紹介し、問題点を整理し、その上で若干の考察を加えようとするものである。ドイツでは実体法上一罪とされる範圍が広く、そのため、公訴時効の完成の点で問題が生じることを理由として連統犯が解体されるに至り、一方では、不真正結果的加重犯について故意犯との観念的競合を認めてこれを第六次刑法改正の不真正結果的加重犯の規定に結実させた。また、観念的競合の明示機能を示した連邦通常裁判所の判例が出されるなど、罪数・競合論に新たな展開がみられ注目されるが、法体系を同じくするドイツにおける一事不再理効についての議論は、わが国におけるこの問題を論ずるに際しても少なからず有益であると思われる。

（１）松本一郎『事例式演習教室 刑事訴訟法』（一九八七年）二一四頁。

（２）拙稿「罪数論の現状と今日的課題」刑法雑誌四〇巻二号（二〇〇〇年）一四七頁。同、「共犯の罪数」獨協法学四七号（一九九八年）一九七頁。

（３）連統犯の解体については、虫明満「ドイツにおける連統犯の解体」香川法学一五巻二号（一九九五年）一二九頁、拙稿「観念的競合の明示機能について」獨協法学三九号（一九九四年）七七頁。

二 わが国の現状

1 一事不再理効の法的性質⁽⁴⁾

一事不再理効の発生事由をなにに求めるかについては、学説は分かれる。一つは、判決の実体的判断の効果として理解するものであり、もう一つは、訴訟手続が一定の段階まで達したことの実際的な効果としてとらえるもので

ある。前者は内容説と呼ばれ大陸法流、後者は手続説と呼ばれ英米法流の考え方である。ドイツ法の流れをくむ旧刑法時代はもちろんのこと、現行法にあってもかつては、一事不再理効を实体判決の効力とする考え方が支配的であった。实体判決が形式的確定に至れば、その判断内容も確定したものとされて、以後同一の内容については異なった判断が許されなくなり（内容的確定力）、判決の意思表示的内容が確定する。これを実体的確定力というが、これが当該訴訟以外について及ぼす効力、すなわち実体的確定力の外部的効力が、一事不再理の効力である、と考えられてきたのである。⁽⁵⁾

確かに、このような思考方法は、公訴事実が審判の対象とみなされていた旧刑法下では十分成り立つものであった。しかし、現行法は訴因制度を採用しており、一事不再理効は審判の対象とされた訴因を超えて、（通説によれば）公訴事実の同一性のある範囲にまで及ぶと解するならば、すなわち、判決において実際には判断されていない、したがって内容的確定力が発生していない公訴事実全体にまで及ぶとするならば、一事不再理効の発生源を、もはや実体的確定力の外部的効力として把握することはできなくなったといわなければならない。かくして一事不再理効を内容的確定力とは別の原則で説明することが求められ、手続説が登場し、今日の通説となったのである。

さて、手続説も、その内部で見解が分かれる。一般には、純粹に手続の負担に着目して、被告人が一度実体審理を受け刑事訴追の苦痛を課されたならば、再度同じ苦痛を受けることはあってはならないとし、また、これに加え、同一犯行につき再度の訴追を許せば誤判に至らせる危険も高まることを理由とする英米法の二重の危険の禁止から一事不再理効を導く、すなわち、憲法三九条を二重の危険の禁止と結びつける考え方が有力であり、また最高裁の立場でもある。⁽⁸⁾これに対して、憲法三九条を大陸法における一事不再理の原則の憲法的保障と解したうえで、一事不再理効を被告人の法的安全のための政策的要請とみる考え方も依然として有力に主張されている。⁽⁹⁾後者の立

論の根拠は次のとおりである。すなわち、英米法の二重の危険の禁止からするならば、いったん無罪の評決があった以上は、検察官は、事実の誤認を理由として上訴することができないはずであるが、わが国の二重の危険の禁止説は、一般に「危険」を第一審から上告審まで「継続した一つの状態」と解し、二重の危険の問題は判決の確定によって初めて生じるとして、検察官上訴を認めているのである。⁽¹⁰⁾しかし、この「継続的危険」といった考え方は、根本的に二重の危険法理に反している。そこで、「二重の危険理論の趣旨をわが法の解釈に織り込むことは可能であり、またその必要はあるとしても、一事不再理理論の中心にそれを据えることは、解釈論として無理があるように思われる。」⁽¹¹⁾というのである。また、二重の危険の禁止は「同一犯罪」について認められるところ、同一犯罪という客観的範囲については、わが国では英米流の狭いとらえ方をしていないともいう。⁽¹²⁾ただ、いずれの説にせよ今日では、一事不再理効を裁判の内容的確定力とを切り離して論じている点については、争いがないといえよう。

- (4) 田宮裕『刑事訴訟法』（一九九六年）四四五頁、同、『一事不再理の原則』（一九七八年）、渥美東洋『刑事訴訟法』（一九九〇年）三九四頁、白取祐司『一事不再理の研究』（一九八六年）、田口守一『刑事裁判の拘束力』（一九八〇年）、松本・前掲二一四頁。

- (5) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（一九七二年）三一一頁以下。

- (6) 平野龍一『刑事訴訟法』（一九五八年）二八二頁、田宮・前掲四四五頁。

- (7) 渥美・前掲三九五頁。

- (8) 最大判昭和二五年九月二七日刑集四卷九号一八〇五頁など。

- (9) 松本・前掲二一四頁参照。

- (10) なお、渥美・前掲三一六頁、川崎英明「二重の危険と検察官上訴」『別冊判例タイムズ・刑事訴訟法の理論と実務』（一九八〇年）三五四頁、中野目善則「検察官上訴と二重危険」『比較法雑誌一七卷一号（一九八三年）四九頁はこれに反対する点

で論理一貫している。

(11) 松本・前掲二一四頁。

(12) 白取・前掲二三六頁以下参照。

2 一事不再理効の客観的範囲

一事不再理効の法的性質については以上に述べたとおりであるが、いずれの立場によるにせよ、ここでは、その本質を論ずるに、当然ながら実体法的な観点は入っておらず、一罪か数罪かという罪数論(競合論)と共通のところにより一事不再理効の機能・本質が求められているわけでない。それにもかかわらず、一事不再理効の客観的範囲についての議論をみると、一般にわが国では、公訴事実の同一性の範疇に公訴事実の単一性を認め、そしてこの公訴事実の単一性は罪数論上の一罪、すなわち本来の一罪、科刑上一罪、包括一罪、常習一罪などと対応せしめられ、罪数論にいう一罪の一部についての確定判決によって他の部分についても一事不再理効が及ぶとされている。したがって、罪数判断に一事不再理効の範囲が依存し、前者が変われば、後者もそれに伴って連動することになる。以下、一事不再理効が争点とされた、若干の判例を見てみることにする。⁽¹³⁾

(13) 判例の詳細は、白取・前掲二五六頁以下参照。

(1) 判 例

①最判昭和二九年一月二八日(刑集八卷一号九五頁)は、貿易等臨時措置令違反の訴因と関税法違反たる関税違脱の訴因とはその基礎となる事実を共通にするものであり、一個の行為にして数個の罪名にふれる場合であるか

ら、その一つの訴因である貿易等臨時措置令違反の点につき公訴が提起された以上、その効果は当然他の訴因である関税法違反の点を含む公訴事実の全範圍に及ぶとする主張に対して、觀念的競合の成立について触れることなく「本件貿易等臨時措置令違反の公訴事實は、判示物品を密輸入しようとした事實であり、また、本件関税法違反の公訴事實は、判示関税の遁脱を図った事實であつて、その公訴事實を異にするものと解するのが相当である」として、これを退けたものである⁽¹⁹⁾。

②最判昭和三年二月二一日（刑集一二卷二号二八八頁）は、窃盜幫助と贓物故買との間の公訴事實の同一性が争われた事例で、「窃盜の幫助をした者が、正犯の窃取した財物を、その贓物たるの情を知りながら買受けた場合においては、窃盜幫助罪の外贓物故買が別個に成立し両者は併合罪の關係にあるものと解すべきである……から、右窃盜幫助と贓物故買の各事實はその間に公訴事實の同一性を欠くものといわなければならない」としたものである。

③鹿兒島地判昭和三四年八月一九日（下刑集一卷八号一八〇二頁）は、告訴された二二回にわたる有価証券偽造・行使詐欺のうち、その一つの犯行について先に起訴がなされ確定判決があつた後、残りの二一件の犯行について起訴がなされたのに対し、檢察側がそれらを併合罪であるとしたが、弁護側は包括一罪を主張していたところ、「惟うに、包括一罪なる觀念は、実体法と訴訟法との調和的解釈に基づくものであり、特に憲法の所期するところの裁判の迅速と公正による被告人の基本的人權尊重の理念を含むところのものである」として、罪数判断については包括一罪であることを示し、その上で、「若し檢察官主張の如く、斯かる犯罪を併合罪なりとして一つ一つ分割して起訴し、且つ判決することを得るものと解すれば、被告人の更正を目的とする生活の安定は到底期待し難いところであるばかりでなく……結果においては、斯かる起訴は、刑事訴訟法規則第一条に宣明されている『この規則は、憲法の所期する裁判の迅速と公正とを図るようこれを解釈し、運用しなければならない、訴訟法上の權利は、誠実に

これを行使し、濫用してはならない』との訴訟法の根本精神に反することになるものと謂うべきである」とした。

④東京地判昭和四十九年四月二日（判時七三九号一三一頁）は、無免許で、かつ、酒気を帯びて車両を運転し警察官に発見された被告人が、かねて拾得して所持していた他人の免許証を悪用し、その氏名を詐称して免許を有しているように装い、検挙されて略式命令で罰金に処せられたところ、その後無免許であったことが発覚し、その無免許運転の罪につき起訴された、という件につき、まず、無免許運転の罪と酒酔い運転の罪とは時間的・場所的に相当程度重なっているから観念的競合の関係にあるとしつつ、「しかしながら、このように単一の公訴事実に属する数罪中の一部の罪についての確定判決の既判力は他の罪について及ぶの原則とすべきではあるけれども、絶対に例外を許さないとするのは相当ではなく、その一部の罪についての裁判手続において他の罪について現実に審判するのが極めて困難であったという事情が認められる場合には、合理的な例外として、その一部についての確定判決の既判力は他の罪については及ばないと解すべきであって、このことは、すでに一部の学説において説かれているところである（斎藤朔郎著「刑事訴訟論集」一四一頁、青柳文雄「新訂刑事訴訟法通論」七九一頁参照）。その例外的な場合を一般的に厳密に限定することはさておき、さしあたり本件の事案に即して考えるとき、本件のように、刑法五四条一項のいわゆる処断上の一罪の関係にある数罪に関して、確定判決を経た一部の罪が簡易迅速な処理を旨とするいわゆる交通切符制度の適用を受けたうえ、正式の裁判手続でない略式手続によって処理されたものであり、かつ、被告人が他の罪の罪責を免れるため氏名を詐称する等、検察官において他の罪をも探知して同一手続で訴追することが著しく困難であったという事実が立証されている場合においては、一部の罪についての確定判決の既判力は、他の罪については及ばないと解するのが相当である」と判示した。

⑤大阪高判昭和五〇年八月二七日（高刑集二八巻三号三二一頁）は、廃油の不法投棄にかかる無許可収集営業と

危険物貯蔵及び廃油不法投棄と器物損壊のうち、無許可収集営業と危険物貯蔵の罪について起訴がなされ、廃油不法投棄も量刑資料とされて確定判決が下された後、廃油不法投棄と器物損壊についてあらたに起訴がなされたので、被告人がこの起訴は憲法三九条後段の一事不再理原則に違反すると主張したのに対して、確定判決を経たのは無許可収集営業と危険物貯蔵であって、これと廃油不法投棄及び器物損壊は別個の犯罪事実であり併合罪の關係にあるから、前者についての一事不再理効は後者には及ばない。しかし、廃油不法投棄については、「実質的にこれを処罰する趣旨で認定され量刑の資料として考慮された」のであるから、前者の一事不再理効は、廃油不法投棄とこれと観念的競合の關係にある器物損壊についても及ぶ。しかし、器物損壊については科刑上一罪にあるとしても「同時審判の可能性はありえない以上これまで一事不再理の効力が及ぶと解すべき根拠はない」とし、廃油不法投棄については一事不再理効が及ぶとして、その範囲で被告人側の主張を容れたものである。

⑥ 高松高判昭和五九年一月二四日（判時一一三六号一五八頁）は、常習特殊窃盜の一罪を構成する窃盜行為についての判決確定後、右余罪の三四件について、窃盜罪により懲役に処する旨の判決が下されたところ、被告人から合計三五回にわたる窃盜は常習特殊窃盜に該当するものであり、その一部についての確定判決を経たものであるから免訴されるべきであると控訴がなされたのに対して、弁護人の主張を容れて免訴の判決を言い渡したその中で「本件の場合に、確定判決当時、他の余罪について常習特殊窃盜として審判を求めることが事実上不可能であったものであり、このような場合に確定判決の効果を及ぼすすると犯人を不当に利することとなって、正義の感情にそぐわない場合があるが、同時訴追が事実上不能の場合には既判力が及ばないとするのは、その例外的基準を定立することが困難であり、またその具体的適用には一層の困難を招来することとなって、既判力制度の画一性を害し、被告人の立場を不安定ならしめ、安定した基準と適用の合理性を持ち合わせていないという点で採用できな

い」とする判断を示した。

⑦最決昭和六二年二月二三日(刑集四一巻一号一頁)は、被告人は常習犯として現金を窃取し、常習累犯窃盗罪で大阪地方裁判所に起訴されたが、それ以前に被告人は金槌とペンライトを住居侵入窃盗のために携帯していたとして、軽犯罪法一条三号の侵入具携帯罪で起訴され、勾留二〇日の判決が確定していたという事案であるが、これに対して、一審は、常習累犯窃盗と侵入具携帯罪の両罪は一罪の關係にあるとして、前者について免訴の判決を下したが、高裁と最高裁は、両罪は併合罪の關係にあるとして前者について有罪判決を下したものである。最高裁は、両罪が機会を異にして行われた場合には、たとえ侵入具携帯が常習性の発現と認められる窃盗を目的とするものであっても、併合罪であるとしたのである。

⑧最決平成五年一〇月二十九日(判時一四七八号一五八頁、判タ八三三号一五七頁)は、約二〇キロメートル離れた甲、乙二つの地点を急カーブ等で減速をしたほかは、急坂、トンネルを経て、制限速度超過の状態で運転を続けた結果、甲、乙両地点で速度違反自動取締装置によって撮影された被告人に、まず、甲地点の速度違反行為につき罰金の略式命令が下されこれが確定したところ、それと前後して乙地点の行為についても公判請求がなされたという件につき、一審が両行為を包括一罪と評価して、包括一罪の一部につき略式命令が確定している以上、本件公訴は略式命令の既判力に触れるとして免訴の判決をしたのに対し、高裁は二つの行為は併合罪であるとして有罪判決を下したのを受けて、最高裁も、両地点が約二〇キロメートルも離れており、道路状況等が変化していることにもかんがみると、その各地点における速度違反の行為は別罪であるとして、高裁の判断を支持したものである。

⑨東京地判平成一二年二月一七日は、職務質問を受けた被告人の自動車内から覚せい剤が発見され、その後まもなく、長さ四一センチメートルのとび口一本が同車内から発見され、このとび口の携帯については、軽犯罪法違反

の罪として起訴され、科料の略式命令を受けたところ、その後に残る覚せい剤所持について起訴がなされたという事案であるが、これに対して、検察官は、本件覚せい剤とび口の存在形態は異なり（前者はセカンドバック、後者は床の上で発見された）、また、本件車両に積み込まれた時期も異なるなどと指摘して、併合罪を主張した。これに対して本判決は、次のように覚せい剤所持と本件とび口の携帯は一体のものと認められるとして、両者の関係を観念的競合と解したうえで、覚せい剤の所持について免訴を言い渡した。すなわち、被告人が車両に乗り込んでから職務質問を受けるまで、その所持と携帯の日時が重なり、その場所がいずれも同車内であるだけでなく、極めて近接しており、しかも被告人はいつでも持ち出せるように運転席から容易に手の届く位置に隠し置いて携帯していたのであり、これらの行為態様は極めて近似するものがある、としたのであった。判決では、さらに加えて、本件覚せい剤及び本件とび口はいずれも同一警察官が発見し押収していることなど、本件公訴提起に至る経緯を示した上で、「本件覚せい剤所持について本件とび口隠し携帯と同時に審判することに支障があったことを疑わせる状況は全く存在しないのである」と説示した。

（14） なお、一、二審は両罪は観念的競合であるとしていた。

（2）学 説

一事不再理効の客観的範囲の問題は、刑法法三三七条一号の「確定判決を経たとき」の解釈の問題であるが、これについて学説は、①訴追・判決された訴因と公訴事実の同一性がある範囲と解する説、②公訴事実以外の余罪でも量刑に斟酌されれば及ぶし、同一性の範囲内でも、法律上または事実上審判が不可能であれば及ばないとする

説、^③①一個の犯罪のほか、同時立証の可能な場合や、以前に判断された事項が争点の拘束力として働く場合をも含める説に大別される。^④

①説の論拠としては、審判の潜在的可能性の有無とか、検察官側の同時訴追の可能性とか、あるいは刑罰権の一回性などが挙げられている。しかし、このような考えに立つときには、実体法上の罪数概念が公訴事実の同一性判断に多大な影響を及ぼすことになり、公訴事実の同一性は罪数判断に依存し、これによって決せられることになる。数個の刑罰を科すことが予定されている併合罪にあつては、一部の事実についての確定判決の一事不再理効は他の部分には及ばず、したがって例外なく再訴が許されることになるのであるが、これに対して、本来の一罪はもとより、数個の構成要件が実現されている観念的競合や牽連犯などの科刑上一罪、あるいは数個の行為の存在が認められる包括一罪や常習罪など、およそ実体法上一個の刑罰権を内容としているものは、この説によると、訴訟法上も一個の訴訟対象となるとされ、そのうちの一部の事実についての確定判決があればその事実の全体に一事不再理効が及ぶことになる。

このような通説的な理解にまず異議を唱えたのは、②の考え方であつた。すなわちこの見解は、「訴訟法的考察方法」を採り、憲法三九条を「二重の危険法理」として捉えることができるとしつつ、英米法の証拠同一理論、行為の同一理論の可能性を示唆している。そのうえで、戦後、刑事訴訟法が捜査の時間と方法の制限や迅速な裁判について英米法を採り入れた結果、被告人にかかる犯罪のすべてを捜査し、審理し尽くすことは不可能となっているので、犯罪の同一性についても変更せざるを得ないのかと問題提起する。そして、一方では、併合罪であってもその一部についての審判に当たって既に他の部分が審判の対象となっている場合には、再訴は許されないとして、訴訟事実の同一性を超えて一事不再理効の範囲を広げ、逆に、観念的競合や牽連犯などの科刑上一罪や常習

犯、職業犯、営業犯などの本来の一罪については、親告罪であつて告訴がなかったような法律的不能の場合や、捜査機関、裁判機関による捜査、審判が事実上不能で、それについてはもっぱら被告人に帰すべき理由があつた場合には、たとえ実体法上一罪であつたとしても、その不能な部分については、一事不再理効を及ぼさないとする。このようにして、②説は従来当然とされていた一事不再理効の範囲と罪数との対応関係を一定の範囲で否定したのである。前者の例としては、住居侵入と強姦などが、後者の例としては、銃砲等の不法所持とこれを用いた強盜の例や、贓物故買と窃盜教唆などが挙げられている。この説に対しては、当然ながら、後の裁判に対する既判力が及ぶにはどの程度の証拠がなければならぬかが問われるのであるが、これについては、「第一の公訴事実についての実体の確定判決があつた場合においては、右同様にその際提出された証拠によつて審理の対象とされたような犯罪については、その証拠がそれによつて訴因としても判決書にも事実として記載されていなかったような犯罪の存否を明らかにし得る程度に達しておれば既判力がこれにも及び、免訴の判決をしなければならない」とする。

また、次のような見解も同様の立場にある。¹⁷⁾この見解は、一通の文書によつて、数名の名譽を毀損したところ、そのうちのある一名だけが有効な告訴をした場合、刑法法二三五条の告訴権を有する他の被害者にかかる名譽毀損事実について後日告訴をえても、もはや既判力不可分の原則上、再び有効な公訴を提起できないかを問う。そして「既判力の客観的範囲は、現実に裁判所によつて審判の対象とされた法定的範囲を超えることができない」ので、「當事者主義的訴訟觀の要請のもとに、訴因制度の採用がなされた現行法のもとでは、叙上に措定した事例の場合には、觀念的競合の單一性理論は、もはや法的に維持することが不可能となり、例外的にかかる場合には複數事件として構成するほかない」とする。さらにその実質的理由については、これを、告訴のない親告罪の一部分の犯罪事實は、刑事訴訟の実体的内容にも屬していないということに求めるのである。したがつて、「(刑法五四条の)訴訟

法的側面というのは、単に單一刑による一個の刑罰権行使の上限が刑の量定上制約されるという意味に止まらず、一個の刑罰権形成が訴訟法的に許容される場合に限って、吸収單一刑制度による量刑政策が可能であることをふくむ」とする。そして、こうした「公訴不可分の原則に例外を認め、公訴の提起されていない非告訴部分に既判力の及ぶことを否定し、この場合に限って、観念的競合の単一的評価の妥当領域から除外する理論が、単に告訴権者の私的意思やその主観的事情に追隨することのみを理由とするものでないことは明らかであろう」とするのである。

さらに、一事不再理効の範囲を罪数論から切り離すべきとする説は、次のような論拠を提示する。⁽¹⁸⁾ なるほど、罪数論は、社会的に一体の事実ではできるだけ一回で処理しようとする手続法の理念と親近性を有する。しかし、「罪数論は、実体法上の議論であるから、すべてがわかったこととしてある犯罪現象を一個の罪として扱うことが適当かどうかを議論しようというものであるのに対し、手続法は、常に全体が判明していないものを取り扱うという宿命を持っているのであり、全体がわかっていることを前提とする理論を、全部わかっている場合に応用しようとする点で無理があるのではないだろうか」。「その時点で他の犯罪行為につきこれを知る具体的可能性がなく、そのことからより重い罪で起訴する可能性が現実的でない限り、実体法の予定している刑罰評価は実現不可能であって、後の起訴は実体法上刑罰評価がなされ得なかった部分についてのみ行われるものであるから実体法の適正な実現の観点からも適当であろうし、また、被告人についても、その部分はもともと前訴において実質的に危険にさらされていたものではないので、その部分について後に起訴しても二重の危険にさらしたことにはならないであろう」。「手続の分野での議論が罪数論の一罪か数罪かによって決せられるとするのは実質的には問題を罪数論に移し替えたにすぎず、そのことによってかえって罪数論から行き過ぎた影響を蒙る結果となっているように思われるのである」。「実体法の理論があまりにも手続を制約し、そのために逆に実体法の目的が実現されないこととなるのは本末

転倒」であって、国民の正義感情とも合致しない結果になる。「その意味で一事不再理効の範囲について同時訴追等の可能性の事実上、法律上の有無を基準にする考え方には傾聴に値すべき」であるが、ただ、「このような考え方によるときは、被告人の地位を不安定ならしめない場合を類型化するとともに、訴追から審判に至るまでの過程において、将来、被告人に不安定な地位を生じさせることのないような手続的な措置をどうすべきか等の観点からの具体的な議論が必要ないように思われる。」と。さらに、常習累犯窃盗以外でも、牽連犯でいずれか一方が発覚しにくい重い犯罪であるとか、時間的な隔たりが非常に大きい場合や、住居侵入で罰金刑が科せられその後指輪の窃盗が発覚したような場合も同様である、さもないと、常習累犯窃盗などでは一事不再理効の及ぶことをおもんばかりで捜査段階において慎重かつ徹底的に余罪捜査をしておかなければならないことになる、というのである。⁽¹⁹⁾

さらに、再訴遮断を二重の危険法理で考える見解は、併合罪の関係にある数罪であっても、それらが密接に関連し合っているため、訴追決定はその複合行為を単位基準として下されるとみるのが合理的な場合には、同時訴追を義務づけられ、したがって、二重の危険（再訴遮断効）は、その複合行為・歴史的出来事の全体に及ぶとみるべきであるとするのが③の考え方である。⁽²⁰⁾ この見解によれば、強盗と銃砲等の不法所持や、麻薬の所持と販売、業務上過失致死傷と道交法違反などが社会的観察上一個の事象とされることになる。⁽²¹⁾ また、これを引き継ぐのは、次の見解である。⁽²²⁾ 再訴遮断、再訴追禁止に関しては、二重危険禁止条項は、政府の有罪立証の機会の一回性を基本に、再度の訴追をする政府の裁量に規制を加えようとするものであり、この憲法三九条の二重危険禁止条項の考えは、大陸法の一事不再理論とは立論の基礎を異にする。また、訴因制度は、「二重の処罰」の有無や「議会の意志」の解釈によって決せられる罪数の視点とも異なる。したがって、実体法上数罪であって同時訴追が求められることがあり、他方で、実体法上一罪であっても同時訴追が要件とはならない場合もありうるのである。訴因と罪数と再訴禁

止の問題はそれぞれ別個の視点から考察されるべきものである。そして、今日における構成要件の数の増加と犯罪形態の変化に照らすと、罪数と一致させて再訴追を扱うことにより、こま切れ訴追が可能となり、一方では訴追裁量の濫用がないにも拘わらず、社会に大きな弊害をもたらしている行為の規律(CCEやRICO法)は大幅に妨げられることになる。たとえば常習罪の場合、起訴時に捜査機関が合理的な努力をしても発見し得なかった犯行や被告人が起訴後に行った犯行を訴追しても、訴追裁量の濫用はなく、「二重処罰」に当たらず、一方、無免許運転と制限速度違反は併合罪であるが、無免許運転を理由に有罪が言い渡された場合には、速度違反についての後訴は許されない。もちろん、このような考えには、既判力の「画一性」が失われ、被告人の地位の安定を害し、法解釈が主観的、恣意的なものとなるという懸念もありえようが、「形式的な基準を重視して、そこから生ずる不合理な結果に目をつぶってよいことには決してならない」とするのである。

しかし、このような一事不再理効と罪数とを対応させない考え、とりわけ②の一事不再理効の範囲を広げる考えに対しては、多くの批判が加えられることとなる。

まず、このような考えは、「今後治安維持思想の強まりとともに力をえていくことも考えられる。しかし、おそらくそれは、落着いた事件に目を光らせ続けなければならないという意味で捜査・訴追機関の不必要な負担を増加させ、『事実上の可能性』という確定困難な訴訟上の争点を生ぜしめ、被告人を不安定な地位に置くなど、法治国の理念にさからう結果となり、妥当ではあるまい」とされる⁽²³⁾。また、「一罪の一部が親告罪で、告訴をえられない場合についてみれば、同時訴追が不可能であることについて、被告人にはなんらの責任もない。それにもかかわらず、一箇の犯罪について再度審判を受けさせられ、処罰される(あるいは、その危険にさらされる)ことは、憲法三九条を二重の危険と解すると否とを問わず、違憲というべきではないであろうか」。被告人がたとえ偽計を用いたとし

ても、②説が一事不再理効を判決の確定力の効果として理解する以上、「被告人の具体的な偽計の有無によって確定力さらには一事不再理効の範囲が変わることは、問題というべきである。さらにもっとも重大なことは、被告人・被疑者の黙秘権（憲法三八条一項）との関係である。被告人の『偽計』を問題とする発想は、被告人の真実義務の肯定につながるおそれが大きいからである」。たしかに、一事不再理効によって「罪を免れた被告人をそのまま放置することは、われわれの正義感情にそぐわないと思われたいではない。しかし、それにもかかわらず、右の憲法の各条項は貫かれなければならない。……同時審判の可能性がないとか、困難であったということは、軽々に言うべきでなく、いわんやそのツケを被告人に回してはならないのである」ともいわれるのである⁽²⁴⁾。ほかに、職務負担軽減という利益を享受する国側がその「リスク」を負担せず、むしろ被告人側に転嫁して再訴の不利を負わしているのは筋違いである、自ら「懈怠」した捜査のため未発覚の犯罪を残したままにしておく「リスク」は、やはり国側が負うべきではないか、「解釈により被告人に不利益に既判力の例外を認めるのはそもそも被告人の不利益再審を禁止した憲法三九条を潜脱しないだろうか」、既判力制度の画一性を害し、基準が不明確で、被告人の立場を不安定にするものであり、実体上一罪とされる範囲と既判力の及ぶ客観的範囲とは一致するという伝統的な考え方（公訴および既判力不可分の原則）とも抵触する、⁽²⁶⁾常習窃盗に関して「もともと立法者が常習犯規定……により重罰の可能性を創出したときに、このようなリスクの発生は折り込み済みであり、憲法三九条もこのことを踏まえて実体法上の一罪が『同一の犯罪』に含まれることを当然の前提にしているものと考えるべきである」⁽²⁷⁾、「一事不再理効の自由権的性格を見逃しており、刑罰法規のインフレーションといわれる今日では「事実上同時審判が不能」な場合があります⁽²⁸⁾多くなり、再訴を許すと被告人の地位を不安定とし、それを必要とするような治安の深刻な悪化などはみられない、などとの批判が加えられたのであった。

- (15) 青柳文雄『刑事訴訟法通論 下』(一九七六年) 四八九頁、同、「刑事既判力の客観的範囲」『岩松裁判官還暦記念 訴訟と裁判』(一九五六年) 七九九頁、八二八頁、同、「犯罪の個数の訴訟法的考察」『司法研修所資料』(一九五一年) 五八頁。
- (16) 渥美・前掲三九八頁。
- (17) 石川才顯「観念的競合における事件単一評価の妥当領域」日本法学三〇巻三号(一九六四年) 七五頁。なお、高田卓爾『注解刑事訴訟法(中巻)』(一九八二年) 一九九頁参照。
- (18) 古田祐紀「罪数論の功罪」判例タイムズ三五五号(一九八四年) 七七頁、同・「一事不再理効の範囲」『刑事訴訟法判例百選(五版)』(一九八六年) 二二二頁。
- (19) なお、的場純男「実務における罪数論の意義」刑法雑誌三七巻一号(一九九七年) 九七頁参照。
- (20) 渥美・前掲三九七頁。
- (21) 田宮・前掲四五五頁参照。
- (22) 中野目善則「二重危険の原理」刑法雑誌三一巻四号四三七頁、同、椎橋隆幸編『基本問題刑事訴訟法』(二〇〇〇年) 三一七頁。なお、渥美東洋『刑事訴訟法要諦』(一九七四年) 二八〇頁、同、『刑事訴訟法』(一九九〇年) 四〇五頁、同、「いわゆる余罪と二重危険の禁止」比較法雑誌一七巻四号(一九八四年) 一頁参照。
- (23) 田宮・前掲四五五頁。
- (24) 松本・前掲二一八頁。
- (25) 高田昭正「酒酔い運転罪につき確定した略式命令の既判力は、例外的に、公訴事実を同一にする無免許運転罪に及ばないか」同志社法学二七巻三号(一九七五年) 三六頁。
- (26) 栗原宏武「常習犯の罪数と公訴の効力および既判力の及ぶ範囲」判例タイムズ六五一号(一九八八年) 四九頁。同旨、角谷三千夫「確定裁判の効力」『実例判例刑事訴訟法』(一九九八年) 四六三頁。
- (27) 福井厚「一事不再理の効力」『基本問題セミナー刑事訴訟法』(一九九四年) 三四八頁。
- (28) 白取・前掲三一五頁。

三 ドイツの状況

ドイツでは、実体的確定力（既判力）によって公訴権が消滅するという意味での一事不再理効は、基本法一〇三条三項「何人も、同一の所為（*Ein Tatbestand*）につき、一般刑法の根拠に基づいて、重ねて罰せられてはならない」において憲法上保障されたものであるとされている。右三項は、新たな手続において、すでに既判力のある判決を得た事実と「同一の所為」を理由とした再度の処罰を禁止し、そこにいう「同一の所為」とは「生活關係の單一」をいい、実体法上のものとは別のものであるといわれている。⁽²⁹⁾ 一方、刑法二六四条「判決の対象は、公訴に示された所為であつて、公判審理の結果明らかになるものである」にいう「所為」は、基本法一〇三条三項にいう「所為」と同一であるとされており、これは、「歴史的な事象」を指し、一個の所為は自然的觀察や生活觀に従つて裁判官によつて決せられるとされている。また、一個の所為は、他の訴訟係屬が排除され既判力のある判断によつて公訴権が消滅させられる事象の範圍と完全に重なる。したがつて、複数の法律違反が互いに、一個の手続で判断されるべきであつたような關係にあつたのであれば、たとえそのうちの一つについてだけ既判力を伴つて有罪判決が言い渡されたり、あるいは無罪となつたりした場合であっても、その他についての公訴権は消滅することになる。換言すれば、一事不再理の原則は、先の判決において裁判所が公訴を形作る権限を持つていた範圍に及ぶことになるのである。もっとも、たとえば傷害罪で確定判決が下された後、被害者が死亡した場合、さらに傷害致死で起訴できるかについては争いがあるが、有力説は、このような補充起訴（*Ergänzungsklage*, *Verständigungsklage*）を認めている。⁽³⁰⁾

訴訟法上一個の所為と認められるものとして、故意の身体傷害と救助の不履行(刑法三二三条c)、時を同じくする武器と麻薬の輸入、武器と(不許可)文書の輸送、事故の原因となった法律違反とその後の事故現場から不法に離れる罪、酒酔い運転とその間に決意した誘拐と強姦、重い強盜的恐喝と逃走に際しての無免許運転などである。訴訟法上の所為の複数とされるのは、ピストルの窃盜とその後の数個の犯罪遂行のための使用、殺人と(公訴に含まれていなかった)所為の前後の武器の所持、所為の単一や自然的行為単一の存在しない複数の殺人、贈賄と職務上の不実記載などである。

ところで、この刑事訴訟法上の所為概念は、上述のごとく、実体法上の所為概念、すなわち、刑法五二条(所為の単一＝観念的競合)、刑法五三条(所為の複数＝實在的競合)にいう「所為」とは別であるとするのが一般であり、この点に争いはない。しかし、刑法五二条の所為の単一の關係に立つ犯罪は例外なく訴訟法上も単一の所為とされており(単一説)、実体法上所為の単一であっても訴訟法上は複数の所為とする見解(独立説)は少数説にとどまっている。⁽³²⁾したがって、観念的競合の關係にある一方の犯罪についての既判力は他のすべての犯罪に及び、たとえ他の犯罪について知ることができなかったとしても、それに関しては起訴できないとされている。たとえば、故意の無免許運転により確定力のある有罪判決が下されたならば、その運転中に自動車内で行われた強盜なしいし性犯罪を理由とした手続はもはや可能ではなく、そのほか酒酔い運転と誘拐や強姦の場合にも右の理は貫徹されねばならないというのである。⁽³³⁾

一方、実体法上独立の複数の行為、すなわち實在的競合の場合にも、次の場合には刑訴法二六四条の意味での一個の所為となるとされている。⁽³⁴⁾すなわち、個々の行為が単に外的に互いに混交するのではなく、それらの基礎にある事実についてその刑法的意義を考慮すると内的にも互いに結びつき、一方の行為の不法内容と責任内容は、他の

行為へ立ち至った事情を取り去った場合には正しく判断され得ず、そしてそれらを分離して評価し判断することは一個の単一の生活事象を不自然に引き裂くことになるようなそういう場合である。単に単一の基本的態度から行為したとか、同一の機会を利用したとか、同一の仲間を利用したとか、同一の法益を侵害したとかでは足りないと思われる。⁽³⁵⁾ この意味において手続法的意味での所為の単一性が肯定された事例として、有責に事故を引き起こすことと事故現場から不法に離れる罪、⁽³⁶⁾あるいは（事故が麻薬取引を追跡していた警察官から逃走中に発生した場合の）事故現場から不法に離れる罪と麻薬犯罪などがある。⁽³⁷⁾

もっとも争いがあるのは、継続犯⁽³⁸⁾や（判例において制限されながらも依然として残っている）継続犯の場合である。継続犯が行われている間に行われた犯罪、その継続犯と所為単一の関係に立ち、あるいはその間に行われた複数の犯罪は、かすがい作用が認められれば全体が所為の単一ということになり、かなり広い範囲で実体法上一罪が肯定され、したがって、その継続犯が確定判決を得た場合には、他の犯罪が既判力により訴追されないということになりかねないからである。

ところで、判例・通説の基礎とする訴訟法上の所為概念に対しては批判も強く、これを実体法上の行為概念と関係づけることで実体的確定力を制限する努力がなされてきた。⁽³⁹⁾ すなわち、自然的・歴史的所為概念を実体刑法規範に指導された規範的な所為概念によって代替する試みがこれである。ただ、論者によって基準はさまざまである。

所為の同一性には、「行為の実体」、「行為の方向」、「行為の結果」、「法益侵害の単一性」などの基準が挙げられている。Geerts は、犯罪事実を考慮して事実から生じるところの「社会的意味の連関」、Herzberg は、「行為の要素における一致」、Oehler は、「法的に規範化された事象の重なり」、Hruschka は、「事象の、同一かつ法的な核心」をそれぞれ基準に据えている。⁽⁴⁰⁾ このように訴訟法上の所為概念を狭めようとする見解の出発点は、自然的・歴史的な所為

概念に対して普遍妥当な基準を設定することは不可能であり、限界づけが困難であることと、一事不再理効の点で明らかに不合理な結論に至るゆえに、既判力作用を制限し一定の場合正義感に反するような訴追権の消滅を排除しようとする点にあるのである。⁽⁴⁾

以上のように、実体法上一个の行為は少なくとも訴訟法上も一つの所為ということになるとする前提に立った場合には不都合が生じるため、これを回避すべく、学説上種々の努力がなされているが、判例においても、ごく少数ながら一事不再理効の範囲を限定的に解したものである。

BGHSt. 29, 288, 289 は、次のように判示する。犯罪的団体を編成する(刑法一二九条)あるいはテロリスト団体の構成員となる(刑法一二九条a)犯罪は、その行為者が当該団体の構成員としてその目的を追求して行った犯罪行為と所為の単一の関係にある。しかし、構成員となる犯罪と団体の目的追求のためになされた他の犯罪とは、かりに後者が前者よりも重い犯罪であった場合には訴訟法上の一個の所為とはならず、この結論は基本法一〇三条三項にも違反するものではない。というのも、そのように解釈しないと、一二九条の組織犯罪の性格に反し、他の犯罪の処理については犯罪集団に属する者に有利になってしまい、実質的正義の要請に適合しないからである、と。もちろんこの判決は、すでに違法な団体に加わったとして確定力のある有罪判決を受けた者は、その間に行ったより重い犯罪、たとえば謀殺などを理由として起訴されえないという不都合を回避するためのものであった。そして、この判断は、以下のように、連邦憲法裁判所によっても追認されることになる。

すなわち、被告人からLG及び右BGH判決は憲法に違反するという主張がなされたのに対して、連邦憲法裁判所は、大要次のように説示した。⁽⁴⁾

BGH等の右判決は、何人も同一の所為について重ねて処罰されてはならない (ne bis in idem) という、基本法

一〇三条三項の原則に違反しない。この原則は所為概念について定義をしておらず、同三項に含まれる二重処罰禁止は、前憲法的な訴訟法の原則に關係している。この原則は、したがって、手続法上の所為概念から出発し、この所為概念は、とりわけ判例において通用している。この所為概念は、自然的な考察に従って判断されるべき単一の生活事象を志向し、この意味での「所為」は、歴史的―それゆえ時間と事実關係に限界づけられた―事象である。これによれば被告人の二つの所為は、異なる歴史的な出来事である。行為者が考えている犯罪行為の最終目的は、所為の単一性の判断に際して重要ではなく、このように解釈しないと、既判力の範圍が限りなく広がり同三項の追求する関心に反してしまう。

BGEは、謀殺と組織犯罪に属するという犯罪は、刑法五二条の所為の単一の關係にあるが、そのことは二つの事象にあっては基本法一〇三条三項の単一の所為にならないということを妨げないという。ところで、刑法五二条の所為の単一という概念は基本法一〇三条三項にいう所為概念から区別され、実在的競合にあっては訴訟法的に一個の所為ということとはあり、両者を分かつのがこれまでの判例である。というのも、「刑法五二条の所為の単一」という法形象と基本法一〇三条三項にいう所為の同一性という法形象とは異なる目的を追求するからである」。構成要件は、一つの構成要件を一回実現した場合を予定し、複数の構成要件實現に関する取り扱いについては触れるところがない。これを規定しているのが刑法五二条以下であり、そこではすべての対象となる自由刑を加算することは、通常は行為者の責任の量を超えるという考慮がある。これを回避するために法律は所為の単一と所為の複数とをおいた。五二条一項、二項は、最も重い刑を定める法律によって一個の刑が決まる。他の法律違反は、処断刑には影響せず、ただ量刑にあって意義を有することになる。一方、五三条は、実在的競合にあってはより重い責任があるとして、処断刑の範圍を最も重い刑の範圍を加重する總合刑という形で定めているのである。

これに対して、基本法一〇三条三項にいう所為の同一性は、法的安定性の要請を受けて実体的確定力の限界を示すことを目的とする。すなわち、被告人が公訴に示された個別の事実関係を理由にして再び裁判に付されることがないようにしているのである。先の手続では分かり得なかったより重大な事実が後に明らかになったとしても、新たな手続は許されない。その範囲で国家は、法的安定性のために可罰的行為の訴追権に一定の限界を引き、その限りで法適用の平等を保障する起訴法定主義を断念したのである。個別事例において不当であると思われる結果に至りうるとしても、事後的に正当な処罰を可能とするために、考慮されていなかった事情の重さに従って所為概念を変えることは、歴史の教えるところに従えば、できない。他方、このような遮断効は、訴訟法の所為概念の範囲が実体法の所為の単一と結びつけられることによって、その範囲が限度を超えて拡大しない限りでのみ受認できるものである。実体法と訴訟法の異なる目的設定は、かりに追求される原理に背理し、解決できない評価矛盾に陥ることになれば、実体法上の原理と訴訟法上の原理を同一視することを禁止することになる。

たしかに実体法上の行為の単一は訴訟法上のそれと通常一致する。それにもかかわらず「BGHの判例によって繰り返し強調された原則、すなわち実体法上一個の所為は基本法一〇三条三項の意味での所為の同一性であるという原則は、結局のところは例外のない妥当性を要求し得ないのである」⁽⁴³⁾。特別な場合には例外が許されるものなのである。そして、本件はそのような例外である。

以上のように連邦憲法裁判所は説示して、BGHの判断を支持したのであった⁽⁴³⁾。

そしてこのようにいわゆる独立説は次第に影響力を増しているように思われる。まず、BGH NSZ 1981, 299は、殺人と当初は起訴されていなかった武器の携帯についての処罰の可能性が争われた事例である。ところで、武器の携帯と殺人は、行為者が武器の所持の開始に際してすでにその武器を殺人のために使用する意思を有していた場合

にのみ所為の単一ということになり、さなければ所為の複数であるとされている⁽⁴⁴⁾。また、BGHSt 31, 29は、いわゆるかすがい理論に従って、殺人と武器犯罪は一定の場合、所為単一となるとしている⁽⁴⁵⁾。要するに、以上のごとく、武器法違反と殺人罪との関係は必ずしも所為の複数とされているわけではない。さて、本件は、武器を使用した過剰防衛として責任阻却がなされた場合に火器の使用の点でも責任を阻却し処罰され得ないとされた事案であるが、そこでは、原審が両罪の関係につき所為の単一を認めたのに対して、両罪の関係についてはここでは重要でないとしつつ（所為の単一ではないとはしていない）、起訴状に記載されていない武器法違反について判断すべきではなく、もしするならば追・起訴による他はなかったとして原審判断を退けている。この例からも分かるように、過去の判例に照らすと所為の単一とも思われるような事例においても、訴訟法上所為の複数とされることがある⁽⁴⁶⁾。

その後、明らかに、独立説を宣言した先のBGHSt 28, 288判決に影響を受け、これに従い、実体法上所為の単一でも手続法上は複数の所為であることを示す判決が現れてきた。すなわち、OLG Hamm NSiZ 1986, 278は、先の組織犯罪について示された趣旨を武器犯罪に及ぼし、たしかに殺人未遂と継続犯たる武器の不法所持とは刑法五二条にいう所為の単一の関係にあるが、武器法違反で既に確定力のある有罪判決を受けていても、その間に行われた武器をもってした殺人に関しては必ずしも訴追の消滅（Strafklageverbrauchs）がもたらされるものではなく、殺人未遂で有罪とすることを妨げないと判示した。単一説は一つの規則であり、正当性や他の関心事によっては例外を許すものだからである、というのである⁽⁴⁷⁾。また、その後、武器犯罪違反と武器を使用した強盜的恐喝の事例に関し、BGH StV 1990, 341でも、同様の判断が示されている⁽⁴⁸⁾。

また、このような判断は学説上の一部からも結論において支持されるに至った⁽⁴⁹⁾。

もっともこのような独立説に対しては、たとえ一般の法感情に合致しようとも現行刑法法の理解とは背理するものであるという通説からの批判がある。すなわち、刑法法は、裁判所で終結した事象を新たに訴追することができ、それは再審に限っており、しかも、被告人に不利益な再審を認めていない。この一義的な価値判断を、所為概念を狭めることですり抜けることは許されないというのである⁽⁵⁰⁾。

そのような批判を考慮してか、学説の中には、事案を観念的競合と解するのではなく実在的競合と解することで解決しようとする試みがある。それによると、一方の犯罪（たとえば重い強盜的恐喝）が継続犯（たとえば武器の無許可所持）よりも格段に重い場合には、実体法上二つの所為としてよいのである。あるいは、ある継続犯や連続犯が（かすがい作用によって）他の二つの実在的に競合する犯罪を訴訟法上一つの所為にすることができ、その継続犯、連続犯が他の二つの犯罪よりも重い場合や等しい場合であって、かりに軽い場合には一個の所為とすることは否定されなければならないというのである。たとえば、酒酔い運転（a）と、互いに独立した二つの交通事故（b、c）、無免許運転（x）と（包括的故意のない）二つの窃盜（y、z）の場合には、それぞれが継続犯と所為単一（aとb、aとc及びxとy、xとz）とはなるが、二つの重い犯罪（bとc及びyとz）は一個の所為ではないとする⁽⁵¹⁾。OLG Zweibrücken NJW 1986, 2841 und BGHSt 36, 151も、このような処理を行ったものである。すなわち火器の携帯を理由とする有罪判決があっても、その継続犯の間にその火器を用いて行われた殺人については公訴権は消滅しないとし、その根拠として両者は所為の複数（実在的競合）だからであるとする⁽⁵²⁾。同じく、NStZ 1989, 540は、武器の不法所持についての確定力ある有罪判決によって、その武器を用いてなされた犯罪（未遂の強盜的恐喝）の公訴権は消滅するかにつき検討し、未遂の強盜的恐喝と略式命令が下された武器の不法所持とは、所為の形象、所為の目的、所為の時間と場所の關係に照らせばかなり互いにかけ離れた事象であり、自然

的な観測をするならば単一の歴史的事象経過ではなくとして公訴権の消滅を否定するのである。⁽⁵⁵⁾

- (29) Vgl. Engelhardt, Karlsruher Kommentar Strafprozeßordnung, 4. Aufl., 1999, Rdn. 2ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §20 Rdn. 3ff, §50 Rdn. 6ff.; Kleinkecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 44. Aufl., 1999, §264 Rdn. 6; Schlüchter, in Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung, 13. Aufl., 1995, §264 Rdn. 1ff., 8ff.; Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 24. Aufl., 1987, §264 Rdn. 6; Schöke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch, 25. Aufl., 1997, §52 Rdn. 50; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, T. 2, 7. Aufl., 1989, §54 II C1; Wessels, Strafrecht, AT, 25. Aufl. 1995, Rdn. 756.
- (30) Vgl. Achenbach, Strafprozeßuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft, ZStW Bd. 87, S. 95; Roxin, a. a. O., §50 Rdn. 17; Beulke, Strafprozeßrecht, 4. Aufl., 1999, §24 Rdn. 509. 1) の場合には「死」という結果が判決後に生じており、その点が「不再理効が問題となる他の場合と異なる。ただ、このような形で補充起訴を認めることには疑問がある。」
- (31) その範囲は「連続犯の關係にある犯罪、あるいは自然的行為単一にある犯罪も同様である。」
- (32) Vgl. Schlüchter, a. a. O., Rdn. 9. Ebenso Loos, Alternativkommentar zur StPO, Bd. 2, 1993, §264 Rdn. 39f. 例外は以下に述べるBGHSt 29, 288。もともと「時間的に離れた予備行為などは、それが共罰的事前行為や事後行為として独立に処罰されるために排除される場合には、通常二六四条の意味での独立の所為であるとされている。」Vgl. Gollwitzer, a. a. O., Rdn. 8.
- (33) BGH NSStZ 84, 135. など、わが国では、継続犯と即成犯とは併合罪であるとされているので、この問題は生じない。
- (34) Vgl. Engelhardt, a. a. O., Rdn. 3ff.; Poulus, KMR Kommentar zur Strafprozeßordnung, Gruppe 2, 1994, §264 Rdn. 11ff.; Julius, Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1999, §264 Rdn. 5.
- (35) BGHSt 13, 21.
- (36) BGH NJW 1975, 177.
- (37) OLG Frankfurt/M StV1994, 199.
- (38) 上述のとくわが国では、継続犯と即成犯とは併合罪であるとされており、この判断は支持されるべきである。この立

場によると、以下で述べるドイツにおけるような継続犯と他の犯罪とが観念的競合となった場合の問題はなくなる。

- (39) Vgl. Gollwitzer, a.a.O., §264 Rdn. 10. 判例・通説のいう所為概念への批判の中心は、その概念は内容空虚な定式であるという点である。

- (40) Vgl. Gollwitzer, a.a.O., §264 Rdn. 10, Fn.43; Paulus, a.a.O., §264 Rdn. 8; Wolter, Tatidentität und Tatungestaltung im Strafprozess, GA 1986, 157ff. 上の問題についての詳細は、安富嶽「西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について」法学研究五一巻九号七五頁参照。

- (41) もっとも、既判力作用をあまりに嚴格に制限することは、一つの生活事象を理由に二回裁判に付されうることや妨げようとしていると解されている基本法一〇三条三項に反するという見解も有力である。あるいは、学説で展開された所為概念の限界づけは放棄されえないとして、ただ、実体法上の所為単一の場ではなく、むしろ五三条に従った実在的に競合する複数の犯罪の領域ではじめてなされなければならないとする見解もある(後述二五二頁)。その場合に考慮されなければならないのは、実在的に競合する複数の犯罪が一個の訴訟法上の所為に含まれるのか否かということであるとする。Vgl. Schlichter, a. a. O., §264 Rdn. 12; dieselbe, JR 1989, 48.

- (42) NJW 1981, 1433.

- (43) 上のような考えによれば、実体法上の所為の単一は、訴訟法上の一個の所為の徴憑作用しかないことになる。Vgl. Schlichter, a. a. O., §264 Rdn. 11.

- (44) Tröndle, Strafgesetzbuch, 48. Aufl., 1997, Rdn. 15; RGSt 59, 359.

- (45) Ebenso StV 83, 148. Vgl. auch Eser, Die Tötungsdelikte in Rechtsprechung seit BGH - GSSt 1/18 bis Ende Juni 1983 - 2. Teil, NSiZ 1984, 57ff.; Puppe, JR 86, 205.

- (46) ただ、この判例は武器法違反を処罰するために所為の複数を認めたものではない。

- (47) また、「法秩序は、犯罪者を不適当な処罰から免れさせなければならないだけでなく、実体法と手続法とで所為を同一に扱うという形式的な原理に固執することによって、市民の保護のための国家の処罰要求、やむを得ない場合をのぞき軽視されたり断念されたりしないようにするというそういう法発見にも奉仕しなければならない」とする。この点については、評価は分かれるであろう。

- (48) 所持と携帯とは、後者が新たな意思に基づくならば複数の所為となり、犯罪を犯す目的で武器を使うことを決意した場合にも複数の所為であるとする。なお、OLG Zweibrücken NJW 86, 2841 も参照。
- (49) Vgl. Neuhaus, NSiZ 1987, 138; Engelhardt, a. a. O., §264 Rdn. 8; Gollwitzer, a. a. O., Rdn. 7. なお、学説では、刑法二九条、一二九条 a に科された刑罰は、総合刑の範囲で後の犯罪において量刑判断する際に、これを算入しなければならないとされている。Kühne, Strafprozessrecht, 5. Aufl., 1999, Rdn. 651. そのほか学説では、連続犯や継続犯において、実体法上の所為概念から手続法上の所為概念を分離して、起訴状に示された連続犯や継続犯が他のより重い犯罪行為と明らかに観・2 念的競合の関係に立っているわけではない場合には、一個の刑罰を科されるにすぎないとしても、新たな訴追ができるべきである。Erb, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA 1994, 275ff.
- (50) Roxin, a. a. O., §50 Rdn. 16. 新矢悦二・吉田宣之訳『ドイツ刑事訴訟法』五二二頁参照。
- (51) Vgl. Kleinkecht/Meyer-Göbner, a. a. O., §264 Rdn. 6ff.; Julius, a. a. O., §264 Rdn. 5; Puppe, in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1979, §52 Rdn. 81ff.; dieselbe JR 1986, 205; Schlüchter, a. a. O., §264 Rdn. 12; dieselbe JR 1989, 48ff.; BGHSt 23, 141. なお、手続法的に複数の所為が認められるのは、上述のいくつ他の犯罪の刑法的重要性が結びついている連続犯や継続犯の重要性よりかなり高く、そしてそれらを分離して評価し判断することは、単一の生活事情を自然に分離することになると思われるような場合であるとして、実体法よりも手続法においてより広くかすがい作用による一個の所為を認めるものもある。Vgl. Engelhardt, a. a. O., §264 Rdn. 8.
- (52) そのほか、殺人は作為犯であり、それと武器の携帯をやめないという不作為犯とは単一とはならないとする理由も付されている。不作為犯と作為犯は、前者が継続犯で後者がその継続犯を維持するために用いられた場合以外は実在的競合であるとするのが、ドイツでは判例・通説である。RG 68.315; BGH 6.229. Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht, A.T., 5. Aufl., S. 723; Saan, StGB Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1998, §52 Rdn. 13.
- (53) この判断の背後には、行為者が継続犯を行っている間に初めて、武器を他の所為に利用すること、すなわち不法所持している火器を殺人に使うことを決意した場合には、所為複数であるとする見解による援護があった。Tröndle, a. a. O., §211 Rdn. 15. Vgl. Schönte/Schröder/Stree, a. a. O., Vor. §52 Rdn. 88ff.

四 検 討

わが国では、実体法上の一罪と訴訟法上一罪との対応関係を認めようとするのが一般であるが、これに対して、両者の対応関係を緩やかに解して、^a実体法上数罪でも訴訟法上一罪の場合がある、逆に、^b実体法上一罪でも訴訟法上数罪の場合がある(ドイツにいう独立説)、あるいは、^cそのいずれの場合もある、とする見解があることは、すでに示した。学説では、^aについては一般には好意的に迎えられているが、^bについては、その限りではないのは上述の通りである。本稿は^cの立場を前提としつつ、とりわけ、見解^bの場合について検討をなすものである。なるほど、^bに対しては、以下に述べるように批判が根強く、また、その論拠には軽視できないものがあるように思われる。当事者主義にあっても比較的弱い地位にある被告人、被疑者の法的地位は厚く保護されなければならない、これは憲法的要請でもあるからである。また、実体法的な一罪と手続法的な一罪の間で対応関係を認めるというのも法的安定性の観点からは、十分首肯しうるものである。⁵⁴しかし、一方ではかりに訴追側になんらの過失もない場合にあっても、一律に再訴を許さないという法運用に対する疑念も無視できないように思われる。少くとも、対応関係を^aに限って緩めて、^bに関しては否定することには、それなりの理由がなければならない。

ドイツでは、すでにみたように、実体法上の所為概念と手続法上の所為概念との間には必ずしも対応関係はないとされている。そして、後者は自然的観察や生活観に従って判断される。それゆえ、実在的競合の場合、多くは訴訟法上も所為複数となるとされつつも、一定の範囲では、単一の所為となることもあるとされている。それは、上述のように、複数の罪の基礎となっている違法事実と責任事実に共通点があり、分離して評価すると単一の生活事

象を不自然に引き裂くことになる場合であると説明される。だが、これは極めて規範的な判断であって、訴訟法上の所為単一に対して加えられているところの不明確であるというのと同様の批判が可能であろう。自然的観察や生活観による判断といっても、そこには、実体法上複数の罪であっても再訴を許すべきではないという、具体的妥当性を考慮した規範的な配慮が実質的には作用して、事案の解決がはかられているのではなからうか。かりにそうだとするなら、当初判断できなかった犯罪、とりわけそれが当初審判の対象となっていた犯罪よりも重い犯罪であった場合に、その犯罪についての再訴を一定範囲に限って認めること、すなわち、実体法上単一の所為である観念的競合の場合でも、訴訟法上の複数の所為を認めることができるのではなからうか。

わが国では、伝統的に実体法と手続法で所為の理解を一つにしてきたが、これを、訴訟法的根拠によって、場合によっては一事不再理効を広げる方向で修正することが有力に唱えられている。とするならば時にはこれを制限することもまた可能であるのではないか。これが本稿のもとになった素朴な疑問なのである。

その意味で、上述したところの、実体法上一个の所為でも必ずしも訴訟法上一个の所為となるわけではないとしたドイツの判例は興味深いといえよう。たしかに、これらの判例は、一事不再理効についての判例の流れの中では、一つは組織犯罪、もう一つは武器犯罪という継続犯に関わる判断であり、対応関係を堅持する多くの判例の中にあつては例外に属するものである。また、後者については、実体法上は実在的競合、すなわち複数の所為と解して、そのうえで、訴訟法上も複数の所為を認めようとする動きも見受けられる。さらに、判例で認められた範囲以外については独立説に消極的であるのが判例・通説の立場である。しかし、連邦通常裁判所がいみじくも指摘したように例外のない規則はないのである。

なるほど、わが国でも、実体法上の一罪との対応関係を否定する独立説には、上述のごとく、批判が強いことも

事実である。たとえば、捜査機関の不必要な負担を増加させる、被告人の地位を不安定にする、親告罪について告訴がないのは被告人とは無関係の事情にある、被告人の偽計と一事不再理効との関係はなく、偽計を問題とする発想は被告人の黙秘権保障に反する、などの批判がこれである。いずれも、訴訟手続における被告人がおかれた地位に配慮したものであって、論拠として十分なものがあらず、このような危惧は絶えず省みられなければならない。ただ、何故に、一事不再理効の本質は、これを訴訟法上の理由、根拠に求めながら、一事不再理効を制限するに際しては、罪数論上の一罪という限定を付しうるのか。たとえそれが、被告人の地位の安定を考慮したものとはいえ、これは例外を許さないものなのであろうか。⁵⁶⁾また、捜査機関に不必要な負担を強いることになるという点については、対応関係を認めることで、逆に、捜査機関側に「慎重かつ徹底的な余罪捜査」(古田)を意識させることにはならないであらうか。この懸念も、無視できないように思われる。

さらに、現行法は、刑法五一条以下において、確定判決を経ない数罪については、複数の訴追の可能性を肯定し、併合罪であれば訴訟法上も数罪であることを明示しているが、観念的競合や牽連犯の科刑上一罪(五四条一項)については、法文の配列からしても、(再訴を許さない)訴訟法上も一個の犯罪としているのではないかという批判もあるいは考えられる。そして、この批判の延長線上には、科刑上一罪の関係にある数罪を分離した場合には五一条の規定に該当しないことから、併合罪よりも重く処罰することになるのではないかという指摘もある。前者については、しかし、現行法が戦後の刑訴法改正に当たって、アメリカ法を採用したか否かについては争いがあるところであるが、⁵⁶⁾新憲法下では旧法下とは異なった新たな視点での解釈が可能なのではあるまいか。すなわち、たとえ旧法下では、四五条以下の規定において、罪数と訴訟法上の所為との対応を念頭に規定をおいたとしても、新憲法下では新たな視点で、すなわち二重の危険等の訴訟法的観点で訴訟法上の一罪を考えることもできるように思

われるのである。また後者については、科刑上一罪は、単純一罪と併合罪との間に位置し、併合罪は科刑上一罪と単純数罪との中間にあり、また、通説によると科刑上一罪は実質的には数罪と解されているのであって、このような事情に照らせば、科刑上一罪が分離されてもなお、確定判決を受けた罪と他の罪との併合罪として処理することが可能であると答えることもできよう。併合罪の成立を否定して一挙に単純数罪として扱うのは適切ではあるまい。そして、ドイツで主張されているように、かりに、新たな訴追を認めたとしても、その刑を定めるに際しては、先の刑を考慮することで、結果的には妥当な結論が得られるのではあるまいか。⁽⁵⁷⁾

そして、実務側から寄せられる、なによりも大きな批判は、実体法上の罪数関係を基準とする考えから訴訟法上一罪の判断を独立させてしまうと、個別事件ごとにカズイスティックに判断せざるをえず、基準が不明確となるという点である。確かにこの疑念に答える具体的な基準はこれまで十分には用意されてこなかった。ドイツでの例が示すように、実体法上の一所為と手続法上の一所為とを分離させると、たとえ、自然的観察や生活観というような基準を設定しても、それらは多くの批判にあるように基準としては極めて漠としており不明確であり、差し出されるカズイスティックな判断に、いかほどの統一的基準を読みとることができるか疑問は残る。「個別的な事例における判断」が強調されるのも、ことによるとこのような事情があるからであると考えるのは、あまりにも穿った見方であろうか。とはいえ、繰り返すこととなるが、何故に、一事不再理効を拡大する方向では罪数論との対応を否定することが許されるのかの問題は残るのである。すなわち、わが国の多数説は、手続法上固有の原理である二重の危険、同時訴追の可能性を理由として、実体法上数罪でも訴訟法上一罪の場合を肯定しており、この限度では対応が否定されている。同時訴追の可能性について判断の対象に据えることができるとするなら、そこにはそれを判断する一定の基準が設定されなければならないのであって、とすると逆に檢察官側に同時訴追の可能性がなかった

ことを判断の対象とすることもできるのではあるまいか。むしろ、実体法上一罪でも、一定の場合には、再訴が可能であるとしてその基準の設定に努力すべきではあるまいか。これについては、すでに「第一の公訴事実についての実体の確定判決があった場合においては、右同様にもその際提出された証拠によって審理の対象とされたような犯罪については、その証拠がそれによって訴因としても判決書にも事実として記載されていなかったような犯罪の存否を明らかにし得る程度に達しておれば既判力がこれにも及び・・・免訴の判決をしなければならない」（青柳）とする一つの基準が示されており、また、上述の東京地判昭和四十九年四月二日（②判例）は「・・・被告人が他の罪の罪責を免れるため氏名を詐称する等、検察官において他の罪をも探知して同一手続で訴追することが著しく困難であったという事実が立証されている場合」を基準に挙げている。⁵⁸ いずれにせよ、起訴の段階で明らかになつておらず、それについて検察官に責めを帰することができない状況では、例外的に再訴が許される場合を肯定してよいのではあるまいか。ここでは、検察官に挙証責任を負わせ、かつ（一事不再理効を広げるときとは異なり）厳格な証明を課すことで、バランスを採ることができるのではあるまいか。

独立説に対しては、たとえば法感情からして処罰すべきとの要求がだされ、それが正義にかなっているようにみえても、被告人の法的地位を犠牲にしてまで正義を通すべきではない、捜査が及び得なかった責任を被告人に転嫁してはならない、とする批判がある。上述のごとく、たしかに、この指摘は尊重しなければならない。ただ、例外を許すと歯止めがかからないのではないかとの批判をあえて甘受して再度問いたいのは、実体法上一罪はすべての場合に手続法上も一罪とすべきなのか、そこには例外はないのかということである。「正義」には譲歩を求め、「被告人の地位」についてはいかなる場合にも正義に道を譲るべきではないということが、果たして一事不再理効の本質と合致するのであろうか。厳格な対応を要求すると、一個の行為で数個の教唆を行い、それぞれ正犯が時間的に離

れて犯罪を實行したため、ある一個の正犯に対する教唆で処罰しても、他の教唆罪については認識できなかったとか、ある正犯行為に対する確定判決を得た後に他の正犯者が犯罪を行つたなどの場合の処理に困難をきたすであらうし、このほか、捜査側に明らかに不手際がない場合であっても一律に再訴を許さない法運用には限界はないか、検討の余地があるのではなからうか。

最後に、ドイツでも、この問題は、実体法上所為の複數と解することによって、すなわち実体法上の場面で解決すべきであるという意見がある。これは、その限りで、罪數論と一事不再理効の範圍の同一性を堅持する立場である。わが国でも、窃盜幫助と贓物故買とを併合罪とした判例など、刑罰権一個性の前提となる罪數判断自体に問題があるとして、「本来同時訴追されるべきものが單一性を否定されたり、再訴が許容されるべきものが單一性ありとされるようなときには、同一性や一事不再理の理論よりも、むしろ罪數論を検討すべき場合が多いと思われる」とされる⁽⁵⁹⁾。たしかに、罪數論との対応を維持する解決策は、問題が少ないかもしれない。ただ、対応を要求すると自体の問題性は払式されないのである。いずれにせよ、罪數論による解決は次善の策であることを認識しておくなければならない。

わが国の判例をみてみよう。①は、觀念的競合の成立の可能性も否定できないところであつて、それゆゑに公訴事實を異にする理由を示すべきであつたように思われる。②は、學説では牽連犯説が有力であるが、判例が併合罪説を採るその理由の一つは公訴事實の同一性があるとすると再起訴ができない不都合が暗黙のうちに了解されているからであらう。⁽⁶¹⁾③は、併合罪であっても必ずしも別個に訴追しうるものではないことを示した点にこの判決の意義があり、また、一般的な支持を得ることができよう。私見によつても、この判決は妥当であると思われる。④は、上述したいわゆる青柳説を採用し、一事不再理の範圍を公訴事實の範圍よりも狭く解したリーディングケース

であるといわれたものであり、実務、とりわけ検察側から好意的に評価されたものである。その結論は私見からも支持できると思われるが、ただ、科刑上一罪は訴訟法上も一個の訴訟対象とならないとしたこの判断は、訴因変更や訴訟係属などにも影響することもまた事実である。⁽⁶²⁾ ⑤は、その後半部分において青柳説に立ったものであることは明らかである。⑥は、これまでわが国の一事不再理効の問題に関してもっとも争われる事例であり、再訴ができない場合の不都合が強く意識されているものである。判旨に賛成するのが通説であるが、反対説も根強いこともまた上述の通りである。⑦は、常習としての窃盜と、これと機会を異にする窃盜(未遂)や、別の機会に窃盜目的で住居に侵入したが窃盜の着手に至らなかった事実とが判例によれば一罪とされており(最判昭和五五年一月二三日刑集三四卷七号七六七頁)、また、住居侵入罪と侵入具携帯罪とは牽連犯であるとされている(最判昭和五七年三月一六日判時一〇三九号一三八頁)ところからすると、結論に若干の疑問が生じるが、この判断の背後にも一事不再理効により常習累犯窃盜罪に関する捜査や処罰ができないことが理由のひとつとされているように思われる。⁽⁶³⁾ ⑧は、直接には罪数判断が問題となった事例であるが、その背後には一事不再理効による再訴遮断の問題が存する。この判例の罪数判断を基本的には支持するが、その判断の実質的理由がもっぱら一事不再理効の範囲の拡大を回避するところにあるとするならば、実務上の必要性から罪数論が論じられ、実体法と手続法の議論が逆転していることとなり、疑問とせざるを得ない。⁽⁶⁵⁾ ⑨は、罪数判断に訴訟法上の一罪を対応させたものであり、罪数判断として観念的競合を認めた点は支持できる。後者のこの部分は、かりに公訴事実が同一であっても同時審判の可能性がない場合には、それを立証すれば一事不再理効が及ばないとする青柳説を意識したものであるとされている。もちろん傍論ながら青柳説を採用したというのではなく、かりにそれによったとしても判断に齟齬を来さないと断ったものであろう。独立説によっても、この判決の結論は妥当であると思う。

- (54) Vgl. Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981, S. 135ff.
- (55) 実体法上の一罪の範囲を最小限の単位とすることは、一事不再理効の本質から当然導かれる自明のものではなく、一個の政策判断であることを念頭に置かねばならない。また、黙秘権の点についても、実体法上、黙秘権の範囲を超えて積極的に捜査機関をだました場合まで必ずしも処罰を免れるわけではない。さらに、常習犯については立法者が再訴ができないことのリスクを考えていたという論拠が妥当しても、科刑上一罪の場合にはそうはいえない。
- (56) 白取・前掲二三〇頁以下、中野目・前掲「二重危険の原理」四四〇頁以下参照。
- (57) ドイツでは、このように解されていることも参考となろう。上述注(49)参照。この問題について、わが国では、併合罪とする説、観念的競合とする説、数個の判決中もっとも重いものを執行する説に分かれている（石川・前掲九七頁参照）が、再訴の可能性の問題と罪数を分ける私見からすると、実体法上観念的競合であれば、やはり観念的競合としてみるべきであると思われる。
- (58) なお、ドイツでは窃盗（強盗）と犯罪隠匿は、訴えにおいて行為の客体、場所そして時間に従って具体化された窃盗が、犯罪隠匿を理由とした有罪判決の基礎でもある場合には、手続的にも一個の所為であるとされている。しかし、これには、批判もあり、また、自然的な考察によると他の結論にも至りうることもされている（Engelhardt, a. a. O., §264 Rdn. 7）。なお、ドイツでは窃盗と犯罪隠匿との罪数関係については、所為の單一説（Tondle, a. a. O., §242 Rdn. 28）と所為の複数説（Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 1997, §242 Rdn. 75）に分かれている。
- (59) なお、団藤・前掲三一一頁は、裁判所としての事実審理の法律的可能性のある最後の時を標準として、それ以後の継続犯等の行為には既判力が及ばず、実体法的にも別罪となるとする。もっとも、この場合には新たな行為がなされており、本文で述べた事例とは若干事情を異にする。むしろ、ドイツにおいて主張されている、裁判後に結果が生じた場合として補充訴追（Ergänzungsklage）をなし得るとする事例に近いといえよう。
- (60) 広瀬健二「公訴事実の同一性」『別冊判例タイムズ・刑事訴訟法の理論と実務』（一九八〇年）三〇七頁。
- (61) なお、ドイツでは、両者の関係は原則として所為複数であるとされている。Vgl. BGHSt 22, 206; MDR 1986, 793. Vgl.

Ruß. StGB Leipziger Kommentar. 11., Aufl. 1994, §242 Rdn. 84.

(62) この判決の上告審では、略式命令の被告人は免許証の落とし主であり、略式命令の既判力は本事件には及ばない、すなわち、他人の氏名を冒用して交付を受けた略式命令は冒用者には及ばないとされ、一事不再理に関する当該問題については、正面から論じられることはなかった。井上正仁「被告人の氏名の冒用と略式命令の効力」警察研究五三巻四号（一九八二年）八一頁。

(63) 渡辺保夫『ジュリスト昭和六十二年重要判例解説』（一九八八年）一五九頁参照。

(64) 拙稿「速度違反の罪数」法学教室一六三号（一九九四年）一〇六頁参照。

(65) 同旨、岡野光雄「速度違反罪の罪数に関する一考察」研修五三〇号（一九九二年）一〇頁。なお、的場・前掲九四頁参照。

五 結

わが国では、実体法上の罪数論に従って公訴事実の単一性が決定されるとされており、ドイツにおいては、実体法上の所為概念と訴訟法上の所為概念とは無関係であるとされている。ただ、ドイツにおいてもわが国でも、実体法上の一罪の範囲で公訴事実の同一性が認められ、その範囲で一事不再理効が生じるとされており、いうなれば「実体法上一罪は手続法上一罪」の原則が貫徹している。これは一事不再理効を訴訟法的原理に基づき構築して、実体法上数罪だが訴訟法上は単一の事実であるとする近時の有力説と照らすと、首尾一貫しないように思われる。実体法上数罪である場合に対応関係を否定するならば、実体法上一罪であっても、対応関係を否定して、訴訟法的観点から一罪か数罪かを決することはたして許されないものであろうか。それは、わが国でも主張され、ドイツの憲法裁判所もいうように、手続法と実体法では、一個の犯罪事実を論じる視点を異にするからである。

いうまでもなく罪数論とは、量刑論の基礎として、行為者について成立する具体的な犯罪の個数を示し、犯罪が複数成立する場合にはそれらの関係を明らかにして、科刑の前提を整える領域である。そして、この罪数論における科刑上一罪の示す意義はなにかというと、量刑規範を明らかにすること、すなわち、第一に、「一個の行為」による犯罪事実を複数の構成要件を用いて、その違法、責任を余すところなく評価し、量刑の基礎を提示すること、第二に、その上で、併合罪という本来の数罪におけるとは異なった処断刑を形成すること、そして第三に、併合罪と異なり加重はせず吸収主義をとるにしても、被吸収法を、量刑において刑を加重する方向で考慮する量刑資料とすることである。⁽⁶⁶⁾この点の理解については、ドイツにおいても異なるところはない。

他方、憲法三九条、及び訴訟法上の「同一の犯罪」を論じる意義は、既に処罰されあるいは無罪となった被告人を、または、すでに一回の訴追を受けその犯罪行為についての刑事責任を問われる地位にあった被告人を再度の刑事責任追及という二重の危険から解放することにあるとする見解、ないし、憲法三九条を一事不再理効の憲法的保障と解し、被告人の地位の法的安定のための政策的要請とみる見解が有力である。ドイツにおいても、憲法の定める一事不再理の効力は、単に二重処罰の回避だけではなく、既に処罰された、あるいは無罪となった行為者を同一の所為を理由に新たな訴追や処罰から守ることにあると説明されている。いずれにせよ、このように、刑法五四条一項前段（ドイツ刑法五二条）の規定のもつ意義・機能と、手続法にいう「一罪」を論じる意義（憲法三九条後段、ドイツ基本法一〇三条三項）とはその意図するところ、目的において異なるものであると考えられ、そのように解しうるのであれば、それぞれにおいて「一罪」を判断する基準もまた異なった原則に服しめられることが許されるばかりか、必要となるのではなからうか。⁽⁶⁷⁾

本稿は、このような視座のもと、一事不再理効の原理についての議論を概観し、その客観的範囲に関する判例・

学説を紹介し、併せて、ドイツの現状を紹介したものである。そして、実体法上一個の犯罪であっても、一事不再理効の意義に照らすならば、必ずしも公訴事実の単一性を肯定しなければならないわけではないという、わが国でもドイツでも未だ少数にとどまる見解を支持するものである。

ドイツでは、犯罪的団体の編成(刑法一二九条)などに関して、この少数説が支持され、この判断は、連邦憲法裁判所でも認められている。その後に、BGHは武器法に関して、継続犯と他の犯罪とは刑法上の一所為、しかし、訴訟法上は数所為であるとして、「刑法上一所為は訴訟法上一所為」という原則を変更した。たしかに、ドイツでは実体法上一所為と訴訟法上の一所為とは必然的に結びつくものではないとされており、その意味では、実体法上一所為が訴訟法上数所為となることも不思議ではない。また、これらの判例は、この問題に関する膨大な判例のなかにあつて例外に属するものであることも認めざるをえない。しかも、このような結論に至ったのは、そもそもドイツでは、継続犯とその間に行われた即成犯とは所為の単一(観念的競合)であるという、わが国とは異なった解釈が基礎となっていたことによるものであることもまた事実である。しかし、従前から実体法上一所為は、自然的観察からしてもとりもなおさず訴訟法上の一所為とされてきたところ、この関係を一定限度に限って否定したBGHの判決の意義、及び実体法と手続法では、所為概念を論ずる意味を異にするとするその理由づけの示す意義は少なくない。

拙稿は実体法上一罪の場合にも公訴事実の単一性を否定すべき場合があるのではないかという主張をなした。それは、そのこと自体に究極の目的があるというよりも、「実体法上一罪は訴訟法上一罪」という原則は、果たして例外を許さない性質のものなのか、それはどのような理由に基づくものであるのか、そしてその正当性はどのように説明されるのかをもう一度議論する必要があるのではないかということを強調したものである。反対に、右範圍

で公訴事実の同一性を否定する側では、どのような場合に不都合が生じるのか、再度の検討がなされなければならない。それがなければ、この立場の主張は、杞憂にもとづくというほかないからである。これについては、少数説に挙証責任があるといえる。

（66）拙稿・前掲「罪数論の現状と今日的課題」一五五頁、同、「共犯の罪数」獨協法学四七号二三三頁以下、的場・前掲二〇一頁参照。

（67）このように解すると罪数論の役割は相対的に減少する。しかし、たとえば併合罪とされた場合と一罪とされた場合とでは、刑法的評価の点で感銘力が違うのであって、この点を過小評価してはならないと思われる。また、併合罪加重によって法定刑を超える刑が科されることもまれではないのであるから、当然ながら刑の加重の可能性という点も重要である。

付記

理論、実務両面における多大な業績の点ではもちろんのこと、その人間的大きさ、魅力の点で、松本一郎先生は私がここから敬愛する先生であり、多くの教えを頂戴した。松嶋由紀子先生にも親しくお付き合いをさせて頂いた。まだ不十分な拙稿であるが、両先生へのお礼を込めて、また、今後のますますのご健康とご多幸を祈り本稿を捧げたいと思う。