



Title	一事不再理の客観的効力（４・完）
Author(s)	白取, 祐司
Citation	北大法学論集, 35(3-4), 49-132
Issue Date	1984-11-30
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16457">http://hdl.handle.net/2115/16457</a>
Type	bulletin (article)
File Information	35(3-4)_p49-132.pdf



[Instructions for use](#)

一事不再理の客観的効力(四・完)

白  
取  
祐  
司

△目次▽

序 說

第一章 フランスにおける「既判力」概念

第二章 客観的効力論(一)

——既判力論争——(以上三四卷三・四号、同五号)

第三章 客観的効力論(二)

——「自然的事実」論——

第四章 わが国の既判力理論

第一節 フランス刑法訴訟法継受の時代

第一款 治罪法の成立とフランス法

第二款 ボワソナードと既判力規定

第三款 井上正一の既判力理論

第二節 憲法三九条と「二重の危険」

第一款 憲法三九条の成立過程

第二款 評 価

第三節 新刑事訴訟法の下における議論

第一款 はじめに

第二款 新刑事訴訟法定着期の制約理論（以上三五卷一・二号）

第四節 判 例

小 括

第五章 課題と展望

第一節 理論状況の概観

第一款 一事不再理の基礎理論

第二款 「公訴事実」の理論

第三款 新青柳説

第四款 新青柳説批判

第二節 客観的効力に関する一試論

第一款 一事不再理の基礎理論

第二款 客観的効力の理論

結 語（以上本号）

第四節 判例

〔凡例〕(略号)

- 刑集『最高裁判所刑事判例集』
- 裁判集『最高裁判所裁判集(刑事)』
- 高刑集『高等裁判所刑事判例集』
- 高刑判特『高等裁判所刑事判決特報』
- 高刑裁特『高等裁判所刑事裁判特報』
- 刑月『刑事裁判月報』
- 東高時報『東京高等裁判所判決時報(刑事)』
- 判時『判例時報』
- 判タ『判例タイムズ』
- 新聞『法律新聞』

一 一事不再理が、刑事手続法の基礎理論の中核をなすと同時に、現実に再訴を認めるかという極めて実践的問題でもあることは、何人も異論がないであろう。ここに判例の重要性がある。<sup>(1)</sup> 本節で、一事不再理原則の生きた動態(判例)に改めて眼を向けることは、ややもすると理論に埋没しがちな一事不再理「論」に反省を促すとともに、次章(学説及び私見)への架橋をも可能にするものであると解する。

## 二 基礎 理論

新憲法、新刑法の施行から未だ日の浅い昭和二四年、同二五年の二つの判決で、最高裁は、新法下における一事不再理原則の本旨を——いずれも大法廷で——明快に宣言した。

【1】最高裁昭和二四年五月一八日（大法廷）判決<sup>2)</sup>

事案は、いわゆる占領軍物資不法所持罪につき所持という行為の個数と一事不再理原則の適用とが問題となったものである。そこでまず「一事不再理原則の本質」を明らかにする必要があるとして、「一事不再理の原則は判決の既判力の一作用に過ぎない」としたうえ、判決は、次のような詳細な判示をした。

「刑事においては人権擁護の見地から検事は一罪の一部について起訴を為し、他の一部についてはこれが公訴を他日に保留して置くというような措置をとることが許されないと解されている。所謂公訴不可分の原則というのがそれである。例えば一個の窃盗行為で衣類と金銭とを窃取した犯人に対して、その衣類の窃盗のみについて公訴を提起し、金銭の窃盗については、その公訴を他日に保留して置くというが如きである。従って仮りに検事が設例のような公訴を提起したとしても裁判所は検事の保留にも拘わらず、衣類の窃盗と併せて金銭窃盗の部分をも審理し判決を為すことができる」と解されている。かくて、不告不理の原則の例外を認めるかのように見えるのであるが、実は一罪の一部につき公訴の提起があった以上その全部につき公訴の提起があったものと見ようというに過ぎないのである。この事は、検事が故意に一罪の一部につき公訴を保留した場合のみに限定されるものではなく、設例の場合起訴当時においては衣類の窃盗だけしか発覚していなかったため、この部分のみについて公訴が提起され、裁判所の審理中に残余の金銭の窃盗が発見されたというようになるときにも亦同様に取扱われるのである。しかし、その反面、右金銭の窃盗が裁判所の審理中にも発見されず遂に衣類窃盗の点のみについて判決が為され、金銭窃盗の点については全然審判さ

れなかつたような場合においても、この判決の既判力は、金銭窃盜の部分にも及ぶものとせられ、一事不再理の原則の適用を受けることとなるのである。かように一面不告不理の原則を後退させると同時に他面一事不再理の原則を前進せしめることとした所以のものは、かく被告人の利害を裁判上按配することによって、一罪の一部につき不当に刑を免れるもののないよう適当な措置を講ずると共に、検事の起訴のやり方によって一罪につき数度に亘つて処罰される危険から被告人を救済して、人權擁護の理想を現実のものとしようとしたりに外ならない。この事は人類多年に亘つて幾多の犠牲を払つて贏<sup>か</sup>ち得た刑事裁判上の体験の教うるところなのである」

格調高く一事不再理原則の本質論を述べているが、本件については、所持罪に関する再訴を免訴にした原判決を差戻した。その限りでは、右の一事不再理原則の宣明も傍論にすぎないのだが、検事の不当(再)起訴の危険から被告人を救済しようという人權擁護の理想は、最高裁(大法廷)によつてはつきり認知されたとみることができ<sup>る</sup>。

【2】最高裁昭和二五年九月二七日(大法廷)判決

檢察官上訴の合憲性に関連して、一事不再理の本質論が戦わされた事案である。最高裁は次のような判示をしてい<sup>る</sup>。

「元来一事不再理の原則は、何人も同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝されるべきものではないという、根本思想に基くことは言うをまたぬ。そして、その危険とは、同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末に至るまでの一つの継続的狀態と見るを相当とする。されば、一審の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎないのである。従つて同じ事件において、いかなる段階においても唯一の危険があるのみであつて、そこには二重危険(ダブル、ジェンバデー)ないし二度危険(トワイス、ジェンバデー)というものは存在しない」

この大法院判決は、判示中に「二重危険」と明確に述べているところから、かなり好意的に迎えられた。田宮教授は、右判決に対して、「わたくしは、これは二重の危険について高い見識を示したものとして敬意を表する」と言われた。<sup>(3)</sup>しかしこの判決も、具体的事案としては檢察官上訴を合憲としており、右宣明もあくまで宣明の域に止どまるものであった。

しかし、ともかくも右の二つの大法院判決によって判例の基礎が固められたと言うことができよう。

### 三 公訴事実の同一性（狭義）

「公訴事実」の同一性については、それが一事不再理の客観的範囲<sup>(4)</sup>＝二重起訴禁止の範囲<sup>(5)</sup>＝訴因変更の限界（法三二条一項）に関する基準になるだけに、戦後だけに限っても夥しい判例が出されている。判例が公訴事実の同一性を画する基準は、一般に「基本的事実関係同一説」と呼ばれるが、個々具体的な解決基準を貫く統一的な基準とまでは言えない憾みがある。ただ、その中で注目されるのは、数こそ多くないが、公訴事実の同一性（狭義）を、「非両立性」という基準で説明する幾つかの判例である。まず、ここからはじめることにしたい。

#### (i) 非両立性基準

【3】最高裁昭和二十九年五月一日判決<sup>(7)</sup>

問題となったのは、起訴状記載の訴因「被告人は昭和二五年一〇月一四日頃、静岡県長岡温泉古奈ホテルに於て宿泊中のOの所有にかかる紺色背広上下一着、身分証明書及び定期券一枚在中の豚皮定期入れ一個を窃取したものである」（刑法二三五条）と、予備的に追加された訴因「被告人は赃物たるの情を知りながら、一〇月一九日頃東京都内において自称Oから紺色背広上下一着の処分方を依頼され、同日同都豊島区池袋二丁目一〇三四番地Y方に於て金四千円を借受け、その担保として右背広一着を質入れし、以って赃物の牙保をなしたものである」（刑法二五六条二項）との間の

公訴事実の同一性であった。

判決は、次のように判示して公訴事実の同一性を肯定した。

「右二訴因はともにOの窃取された同人所有の背広一着に関するものであって、ただこれに関する被告人の所為が窃盗であるか、それとも事後における贓物牙保であるかという点に差異があるにすぎない。そして、両者は罪質上密接な関係があるばかりでなく、本件においては事柄の性質上両者間に犯罪の日時場所等について相異の生ずべきことは免れないけれども、その日時の先後及び場所の地理的關係とその双方の近接性に鑑みれば、一方の犯罪が認められるときは他方の犯罪の成立を認め得ない関係にあると認めざるを得ないから、かような場合には両訴因は基本的事実関係を同じくするものと解するを相当とすべく、従って公訴事実の同一性の範囲内に属するものといわなければならぬ。本件の如き場合において、公訴事実の同一性なしとするにおいては、一方につき既に確定判決があっても、その既判力は他に及ばないと解せざるを得ないから、被告人の法的地位の安定性は、そのため却って脅かされるに至る。」

同一性肯定の理由のひとつに、既判力（一事不再理）Ⅱ「被告人の法的地位の安定性」が挙げられている点は、注目される。

【4】最高裁昭和三年五月二〇日判決<sup>8)</sup>

本判決で同一性が問題とされたのは、「被告人は九州産業交通株式会社代表取締役として同会社の営業を総理しているものであるが、昭和二五年七月一四日頃同会社において被告人保管にかかる同会社資金中より甲が同人所有にかかる同会社株式一万株を被告人に譲渡する代金として金五〇万円を同会社社会計課長丙をして勝手に右甲に対し支払わしめて横領した」との業務上横領の訴因と、「被告人は九州産業交通株式会社取締役社長であるところ、同会社がその甲名義



の株式五千株、乙名義の株式五千株、計一万株を取得するに際し、法定の除外事由なく、昭和二五年七月一日頃同会社において、会社資金中より同会社会計課長丙をして金五〇万円を右一万株の代金として支払わしめ、もって会社の計算において不正に右一万株の株式を取得した」との商法四八九条二号前段違反の訴因であった。<sup>(9)</sup>

最高裁は、両者の公訴事実の同一性を肯定するのに「択一関係」という基準をあげて、次のように判示している。

「本件五〇万円が会社資金中から支出された金員であることは両者異なることなく、またこの金員の支出が、被告人N個人の株式取得のためになされた業務上横領行為であるか、あるいは商法四八九条二号前段に違反する会社の自己株式取得のためになされた支出行為であるかは、いずれも被告人Nの会社社長としての行為に関するものである以上、同一事実の表裏をなすものにほかならない。それゆえ本来の訴因と追加請求の訴因とは択一的関係にあって公訴事実の同一性を害するものでないとした原審の判断は相当である」

【5】最高裁昭和三四年一月一日判決<sup>(10)</sup>

本件は、別件で公訴提起された訴因と当初の訴因に公訴事実の同一性があり、したがって「刑訴三三八条三号に違反し、引いて憲法三九条後段の一事不再理の原則に違反する」として上告がなされたものである。この当初の訴因は、「被告人は家畜商を営んでいるものであるが、昭和二五年七月二五日頃北海道空知郡上富良野町市街地家畜商Rより同人所有の馬四頭の売却方を依頼され、同月二九日うち二頭を新潟県西蒲原郡巻町Sに代金六万円で売却し、これを業務上保管中、同月三〇日同郡曾根町台丸旅館において、Rに右代金を引渡す際ほしいままに、馬二頭を一二万で売ったが日曜日で銀行もなく、買主より三万円だけ内金として受取った旨嘘のことを申し向け、その場において残金三万円を着服して横領したものである」という業務上横領の訴因であり、後に起訴されたのは窃盗の訴因すなわち「被告人は昭和二五年七月三〇日新潟県西蒲原郡鑑郷村大字西汰上A方から同人が一時北海道空知郡上富良野町市街地Rより預ってい

たRの父R<sub>2</sub>所有の牝馬鹿毛及び青毛各一頭(価格合計一三万円相当)を窃取したものである」というものであった。最高裁は次のように判示して、弁護人の主張を認容した。

「前者が馬の売却代金の着服横領であるのに対し、後者は馬そのものの窃盗である点並びに犯行の場所や行為の態様において多少の差異はあるけれども、いずれも同一被害者に対する一定の物とその換価代金を中心とする不法領得行為であつて、一方が有罪となれば他方がその不可罰行為として不処罰となる関係にあり、その間基本的事実関係の同一を肯認することができるから、両者は公訴事実の同一性を有する」

【6】最高裁昭和五三年三月六日決定<sup>(1)</sup>

事案は、予備的訴因変更の当否に關して、枉法収賄と贈賄の公訴事実の同一性が争われた。最高裁は、これについて以下のように判示して原審を肯認した。

「『被告人甲は、公務員乙と共謀のうえ、乙の職務上の不正行為に対する謝礼の趣旨で、丙から賄賂を收受した』という枉法収賄の訴因と、『被告人甲は、丙と共謀のうえ、右と同じ趣旨で、公務員乙に対して賄賂を供与した』という贈賄の訴因とは、收受したとされる賄賂と供与したとされる賄賂との間に事実上の共通性がある場合には、両立しない関係にあり、かつ、一連の同一事象に対する法的評価を異にするに過ぎないものであつて、基本的事実関係において同一であるということが出来る」

右判示中、「法的評価を異にするに過ぎない」という表現からみても、判例が、基本的には、「公訴事実」を事実的側面から捉えていることが推測される。

【7】最高裁昭和四四年六月二九日決定<sup>(2)</sup>

被告人は、「公安委員会の免許を受けないで、昭和四八年一月一七日午前零時五〇分頃、横浜市南区六ッ川一丁目

三九番地付近道路において、普通乗用自動車を運転した」罪（道交法六四条、一一八条一項一号）（他に四回の同種無免許運転）で懲役の実刑判決を受けた。しかし被告人は、右の日時場所において、取締り警官に「免許証を家に忘れた」と虚偽の弁解をしたため、免許証不携帯（道交法九五条一項、同一二二条一項一〇号）により反則行為に関する処理事手続により反則金を科され、納付済みであった。弁護人はこの点を捉え、「被告人は既に刑罰〔反則金のこと〕引用者注」を科されたものであり、本件の如く右処罰が事実の誤認に基づくものであっても、既に反則金を納付した後にあってこれを被告人に不利益に変更し、改めて本件の如く刑罰を科することは憲法第三九条後段の一事不再理の原則に反し、無効の裁判というべきである」と主張し、上告した。<sup>(13)</sup>

最高裁は、「右無免許運転の事実と免許証不携帯の事実との間には、事実の同一性がある」ことは認めしたが、本件反則通告を無効なものとして一事不再理違反の主張を拒けた。両事実の間に「事実の同一性」を認めた理由は、決定文からは明らかでないが、最高裁調査官による解説によれば、右【3】判例の非両立基準に従ったもののようなのである。<sup>(14)</sup>

非両立性基準を用いた最高裁判例は以上である。その評価、殊に判例の伝統的立場である基本的事実関係同一説との関係をどうみるべきか、という困難な問題がここに生じる。右の【6】判例の最高裁調査官、香城敏磨氏による判例解説は、「非両立性」基準を独立の同一性基準とすることには非常に消極的で、この基準が「基本的事実関係の同一性の基準」に代わるものではないとされる。<sup>(15)</sup> この点評価の岐れるところであるのだが、では、香城判事の言う判例の基本的事実関係の同一性の基準とは何か。次に幾つかの最高裁判例を採り上げなければならない。

(ii) 基本的事実関係同一基準

【8】最高裁昭和二七年四月二四日判決<sup>(16)</sup>

これは、不告不理原則違反との関係で、占領軍物資不法所持と贓物收受の公訴事実の同一性が問題にされた事案(旧刑訴法事件)である。

「公判請求書記載の事実『被告人が昭和二三年四月一〇日省線高崎駅において進駐軍物資であるチョコレート三ポンドを所持し、政令一六五号違反の事実』をこれに照応する第一審判決の第二〇の判示事実に対照すると目的物の名称と罪名とが異なるだけであって犯行の日時場所、犯人及び目的物の数量において符合し、しかも判決挙示の証拠によれば目的物は『チューインガム』であることが認められるのである。そして不法所持の公訴の効果はその不法所持を為すに至った收受行為にも及ぶものと解すべきであるから、所論公訴事実と判示事実との間には基本的事実関係において同一性を欠くものということはできない」

「基本事実関係」として、犯行の日時場所、目的物の数量が掲げられている(「犯人」が同一なのは当然である)。

【9】最高裁昭和二八年五月二九日判決<sup>(17)</sup>

事案は、主たる詐欺の訴因と、予備的に追加された横領の訴因と、原判決が認定した遺失物横領の事実の間の公訴事実の同一性が争われたもので、判決は、「右詐欺の基本事實は被告人が大垣信用組合において一に支払うべき預金払戻金三万五千円を不法に領得したとの事実であり、これと原審が認定した占有離脱物横領の事実とは、犯罪の日時、場所において近接し、しかも同一財物、同一被害者に対するいずれも領得罪であって、その基本事実関係において異なるどころがない」と言つて、同一性を肯定した。基準として考慮された事項は、犯罪の日時場所、被害物件・被害者の共通性、「領得罪」という罪質の同一性であった。

【10】最高裁昭和三〇年七月一日決定<sup>(18)</sup>

本件の第一審判決の有罪認定事實は、「被告人はCことC<sub>2</sub>と共謀の上、昭和二十五年九月一七日東京都北区赤羽町一

丁目七十番地所在赤羽公衆劇場においてストリップ・ガール、ポラ旭ことY子をして伴奏曲『湯島の白梅』に合せて脚光をうけ逐次着衣を脱ぎ且つ衣裳を両手で押えこれを左右に振りつつ多数観客の面前で踊りながら時折衣裳をわきにずらせ陰部を露出させる等猥褻な行為をなさしめたものである」というもので、刑法一七五条の猥せつ物陳列罪を適用した。これに対して控訴審(原審)は、同一事実を前提にして、公然猥せつ教唆(刑法一七四条、同六一一条一項)という評価を下した。この評価が「公訴の範囲を逸脱した」ものとして上告されたが、最高裁は、「原審において認定した事実は事実に対する法律的判断を異にするだけで本件公訴事実と全く同一であつて公訴事実の同一性の範囲内罰条の記載の誤を正したとしても所論のように被告人の防禦に実質的な不利益を生じたものとは記録上認められない」として上告を斥けた。

単なる「法律的判断」が変わるだけでは、公訴事実の同一性は影響を受けないのである。<sup>(19)</sup>

【11】最高裁昭和三〇年七月一九日判決<sup>(20)</sup>

本件は麻薬取締法違反(所持罪)が問題になつた事案で、弁護人の上告理由は、「本件起訴は……第一の起訴に於て被告人は昭和二四年九月初旬頃自宅に於てモルヒネを所持した事実であり、追起訴は同年九月十日頃自宅に於てモルヒネを所持した事実である。然るに第一審裁判所は追起訴に係る事実に就て審判せずして『第一ノ(二)同月十日頃大宮市大門田子作事I方に於て塩酸モルヒネ注射液二百五本(一本一cc入)を所持し』たと判示して居る」がこれは不告不理原則に反する、というものであつた。最高裁は次のように判示してこれを斥けている。

「なるほど本件所持罪においては、所持の場所はかなり重要な訴因の内容をなすことではあるが、所持の目的物が同一である限りその場所に多少の変更があつたとしてもその一事を以て直ちに公訴事実の同一性が失われると解すべきではないから、第一審判決が公訴事実と全然別箇の事実を認定したものであることはできないとした原判決の判断

は相当である」

所持罪における所持の場所の相違(自宅⇄I方)——重要な要素の筈であるが——が無視され、目的物が同一であれば公訴事実の同一性は肯定される、とされたわけである。一種の救済判例であろうか。

【12】最高裁昭和三五年七月一五日判決<sup>(2)</sup>

本件は、「公訴事実の同一性」が、一事不再理の客観的範囲の問題として正面から争われた重要な事案である。

すなわち、被告人Mは、当初「被告人M、Iの両名は、いずれも幡豆郡一色町大字味浜字北乾地四七番地大洋製油株式会社

の工具であつて、昭和二十三年一月二日夜共同して宿直勤務中、右会社工場事務室において、同夜九時頃から煉炭火鉢(口径、高さ、各一尺五寸位)に多量の木炭を使用して暖をとっていたのであるが、その際数回飛火した事例もあり、且つ現場はその火鉢に接近して菜種入吠、書類、用紙、帳簿、ポロ布、菜種油充滿の無蓋ドラム罐、油等各種多量の可燃物が存置してあり、かかる場所においては火氣の使用については飛火等防止のため適切な措置を講じ、以て火災を未然に防止すべき注意義務があつたのにかかわらず、右両名は不注意にも同夜一〇時頃右火鉢の火氣を始末せず、そのまま放置して外出したため、同残火の飛火により同夜一二時頃前記可燃物に燃え移り発火するところとなり、右会社所有の木造杉皮葺平家建工場四棟(九八坪の建物)を焼燬したものである」という訴因につき、西尾簡裁において昭和二十四年一月八日付略式命令により罰金一〇〇〇円に処せられ同月二七日確定した。ところがその後、事件はS、K(いずれも本件原審相被告人)の保険金目当の放火であることが発覚し、被告人Mは改めて、「被告人Mは同月二日夜同工場宿直員であつたのであるが、同日右Kから当夜の放火の計画を打ち明けられ、情を知らない他の宿直員Iを放火現場である同工場より誘い出して遊興するよう命ぜられるや、これに応じて右Iを伴つて同夜工場を抜け出し前記Sの放火を容易ならしめて以て幫助したものである」(要旨)との訴因で起訴された。これが本件である。

第一審は、「火災の原因について相違はあるが工場の焼燬という結果は同一である」として公訴事実の同一性を認め、三三七条一号の免訴を言渡した。検察官は「社会感情」等を理由に控訴。原審は、「本件の場合は、被告人が同一であり、社会的、歴史的事実が同一である以上、基本的事実関係は同一であり、公訴事実の同一性があると言ふべきである。従つて、本件工場の焼燬について、被告人Mが既に失火罪により処罰せられ確定している限り、重ねて、同一の工場焼燬の事実につき、放火幫助罪によって処罰し得ざるは当然である。従つて本件公訴は、不適法と言わねばならぬ。英、米法が『二重の危険』として、刑事訴訟法上、最も禁忌するところは、これであり、わが憲法第三十九条が宣明するところも、これに属する。即ち、国家機関によつて一度審判せられ、国家意思が表明された限りは、同一の社会的、歴史的事実について、再び責任を問はないことが、刑事裁判における共通の鉄則である」と判示して一審の免訴判決を維持した。検察官からの上告に対し、最高裁は次のように判示して原判決を維持した。

「右放火幫助と失火との両公訴事實は、同一被告人に対する同一日時場所における同一客体の焼燬に関するものであり、正に社会的、歴史的事実は同一であつて、すなわち基本的事実関係を同じくするものであり、両者間には公訴事実の同一性があること疑を容れる余地がない。従つて本件工場の焼燬について、被告人Mが既に失火罪により罰金刑に処せられ、その罰金刑が確定している以上、重ねて同被告人を放火幫助罪に問擬し、これを処罰することはできないことは当然である。原審がこれと同旨に出で被告人Mに対し免訴の言渡をなしたのは正当であつて、論旨は理由がない」

最高裁がここで「基本的事実関係」と考えたのは、結局、同一日時場所であること、同一客体であることの二点であるが、故意犯と過失犯の間に「基本的事実関係」を認めた点が興味深い。

以上、基本的事実関係の同一性が肯定された最高裁判例を五件みたが、その内容は多様であつた。故意犯または過失

犯の択一関係のあるもの〔12〕、同じ日の別の場所における各所持罪〔11〕などは、「非両立性」基準で解決のつく事案ともいえる。また、〔10〕のように、罪名の択一関係（法条競合）が問題にされた事案、〔9〕のような、占有離脱物横領と横領・詐欺の間に非両立性の関係があるが、横領と詐欺の間には単一性の余地があるといったやや複雑な事案、両立するが原因・結果という連続した事実に関する事案〔8〕などもあり、統一した「基準」を抽出するのを殆んど困難にするほどである。<sup>(23)</sup>

#### 四 公訴事実の単一性

公訴事実の広義の同一性の一種として、「単一性」なる範疇を認めるのは、小野博士の創唱にかかる講学上のものである。判例上は広義で、これも「同一性」とされるが、伝統的に「同一性（単一性）」≠罪数論と考えられており、科刑上一罪・包括一罪は単一性が肯定される。例外は認められていない。したがって、ここでの「同一性」は、罪数論に関する立法あるいは解釈が変われば、それに応じて変わってしまう。この関係で、次の連続犯に関する判例が興味深い。

【13】最高裁昭和二十七年九月一二日判決<sup>(24)</sup>

「連続犯の規定は昭和二十二年法律第一二四号で削除されたのである。従って右規定廃止後は数個の窃盗行為が数日の期間を経て行なわれたときは、たとえその被害者が同一人であるにしてもこれを併合罪として処断すべきものであり、併合罪の関係にある一部の罪について判決がなされても、その判決の既判力は他の部分の罪には及ばないのである。本件において第一審判決認定の第一の罪は被告人は昭和二十三年一月三〇日頃N方から同人所有に係る衣類合計一六点を窃取したというのであり、被告人が昭和二十四年二月二五日名古屋地方裁判所で受けた所論確定判決の罪は第一、昭和二十三年一月一日頃N方で同人所有の衣類十数点を窃取し、第二、同二十四年一月七日頃前同所に於て同人所



有の衣類五、六点を窃取し、第三、同年同月二七日窃盜の目的で前記N方風呂場より同屋内に侵入し衣類等を物色したるも被害者に『泥棒、泥棒』と騒がれて其の目的を遂げなかつた事実であつて併合罪として処断せられているのである。されば右確定判決を経た各犯行と原判決の是認した第一審判決第一の犯行とは同一の犯罪ではなく別個の犯罪であり併合罪として処断さるべきものであるから本件第一の犯行を審理裁判したことは前記確定判決に判示された各犯行につき再び審理裁判をしたものといふことはできない。従つて所論憲法三九条違反の主張はその前提において既にその理由がないものである」

連続犯が科刑上一罪ではなくなつたため、各犯罪が併合罪扱いとなり、その結果、一事不再理効も分断されることになつたのである。<sup>(25)</sup>

【14】最高裁昭和二九年一月二八日判決<sup>(26)</sup>

本件では、貿易等臨時措置令違反（密輸入）の訴因で起訴後、関税法違反（関税遁脱）の訴因でなされた追起訴が二重起訴にならないかが争われた。弁護人の「右貿易等臨時措置令違反の訴因と関税法違反の訴因とは其の基礎たる事実を共通とするものであつて一個の行為にして数個の罪名に触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付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囲に及ぶ」から追起訴は二重起訴にあたるとの主張に対し、最高裁は、この両罪の観念的競合の成否には直接触れることなく、単に、「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実であり、また、本件関税法違反の公訴事實は、判示関税の遁脱を図つた事実であつて、その公訴事實を異にするものと解するのが相当である」と言つて、右主張を斥けるに止どまつた。

【15】最高裁昭和三三年二月二一日判決<sup>(27)</sup>

事案は、窃盜幫助(銅板を工場から盗み出そうとする者にリヤカー貸与)の訴因に、予備的訴因として赃物故買(右銅板の買受)を追加することの適否に関して、公訴事実の同一性(単一性)が争われたものである。最高裁は、両罪「併合罪」であることを理由にこれを否定した。

「窃盜の幫助をした者が、正犯の盜取した財物を、その赃物たるの情を知りながら買受けた場合においては、窃盜幫助罪の外赃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(昭和二十四(れ)第一五〇六号同年一月一日第二小法廷判決刑集三卷一〇号一六二九頁、昭和二十四(れ)第三六四号同年七月三〇日第二小法廷判決刑集三卷八号一四一八頁参照)から、右窃盜幫助と赃物故買の各事実はその間に公訴事実の同一性を欠くものといわねばならない」

右の事案に「単一性」を認めないことについては、批判も強い<sup>(28)</sup>。

【16】鹿兒島地裁昭和三四年八月一九日判決<sup>(29)</sup>

本件は、「包括一罪」か「併合罪」かが、一事不再理との關係でシヴィアに争われた興味深い事例である。

被告人は、昭和二八年一月七日から同年五月二〇日頃までの間に、同一被害者に対して、合計二二回にわたる有価証券偽造・行使・詐欺を働いたとして被害者から右二二回全部につき告訴を受けた。本判決によれば、二二回全部につき証拠も完備し十分起訴できたのに、檢察官は昭和二八年一月七日の犯行のみを起訴し、これは昭和三〇年三月三十一日、懲役一〇月執行猶予三年が言渡され確定した。その後被告人は別件(恐喝)で実刑判決を受け、昭和三三年一月五日に仮釈放で出獄したところ、昭和三四年二月一九日、先の有価証券偽造・行使・詐欺の残り二二回分について起訴された。檢察官は、当然右二二回の犯行を「併合罪」と解したのだが、被告人は「包括一罪」だから免訴が言渡されるべきだと主張した。

判決は、「惟うに、包括一罪なる観念は、実体法と訴訟法との調和的解釈に基くべきものであり、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、まず実体法（刑法）上併合罪と評価できることを説いたうえ、以下のような訴訟法的な観点を提示している。

「……若し検察官主張の如く、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、被告人の更生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、……〔中略〕……結果においては、斯かる起訴は、刑事訴訟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を図るようこれを解釈し、運用しなければならぬ』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」

判決は、さらに続けて、連続犯廃止後も包括一罪の観念が認められる理由のひとつが「徒らなる刑罰権の行使をも禁止」することだと述べているが、これなどは、ただしく一事不再理本質論であろう。

【17】大阪高裁昭和五〇年八月二七日判決<sup>30)</sup>

本件被告人は、昭和四八年四月、Yと廃油処理で儲けることを相談し、同年五月上旬に自宅付近の空地に縦約九メートル横約七メートル深さ約二メートルの素堀りの穴をつくり同月中旬頃大阪市大正区鶴町の油槽所から前後二〇回ばかりバキュームカーにより廃油合計約一六万二〇〇〇リットルを右穴に引き取り（「無許可収集営業」「危険物貯蔵」、右穴が充満すると大阪府下各地の用水路、貯炭場、マンホール、水道管敷設溝に前後八回にわたり合計約一〇万リットルの廃油を投棄した（「廃油不法投棄」「器物損壊」）。

このうち、「無許可収集営業」と「危険物貯蔵」の罪については大阪地方裁判所に起訴され、「廃油不法投棄」も量刑資料とされて実刑判決（懲役一〇月及び罰金一〇万円）が言渡され確定した。ところがその後、被告人は、「廃油不法

「投棄」と「器物損壊」の罪について京都地方裁判所に起訴された。被告人は、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て争った。大阪高裁は、「廃油不法投棄」についてののみ右主張を容れたが、その結論は次のような論理の過程を経たものであった。

①大阪地裁において確定判決を経た罪となるべき事実は「無許可収集営業」と「危険物貯蔵」であるのに対し、京都地裁に起訴された事実は「廃油不法投棄」と「器物損壊」であって、「前者と後者とは別個の犯罪事実で併合罪の關係に立つべきものであるから、前者について為された確定判決の既判力ないし一事不再理の効力が後者にまで及ぶいわれはなく、従って所論憲法三九条後段違反の主張はその前提において既に理由がない」かのであるが、――

②しかし、「廃油不法投棄」が、大阪地裁の実刑判決において「実質上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」たのだから、一事不再理効は「廃棄物不法投棄」及びこれと観念的競合の關係に立つ「器物損壊」にまで及ぶかのであるが、――

③しかし、「器物損壊」については科刑上一罪の關係といっても「同時審判の可能性はありえない以上これにまで一事不再理の効力が及ぶと解すべき根拠はなく」、結局、確定判決の一事不再理の効力は「廃棄物（廃油）不法投棄」の点にのみ及ぶと解すべきことになる。

②については、判決も引用する二つの最高裁大法廷判決のあるところであり、③については、青柳教授の所説の影響と思われるが、この点、青柳説を採り入れた東京地裁昭和四九年四月二日判決も含めて後述するところに譲る。<sup>(32)</sup> 問題は①であるが、やや安易に「併合罪↓一事不再理効なし」と割り切ってしまったようにも思える。<sup>(33)</sup>

【18】高松高裁昭和四八年一月一四日判決<sup>(34)</sup>

本件は、未決の算入に關して「併合罪」を「一罪」と扱った興味深い事例であり、一事不再理の「単一性」を考える

うえでも参考になるといえよう。

被告人は、「刀剣類を用いて相手方に斬りつけ殺害しようとしたが、傷害を負わせたに止まり殺害の目的を遂げなかった」との殺人未遂の嫌疑で逮捕勾留されたが、結局、右容疑事実と同一日時場所における「あい、くちの不法所持」（銃刀法違反）のみで起訴された。原審が殺人未遂の未決勾留日数を、起訴された銃刀法事件に未決算入したため、検察官から控訴がなされた。判決は、「併合罪」という前提は崩さなかったが、未決との関係では、以下のように述べて一罪処理をした。

「殺人未遂の事実と、その際の刀剣類の不法所持の事実とは、併合罪の關係に立ち、別個のものであるとしても、事件を法律的に構成する以前の社会的事実としては、両者は全く一個の事実であり、捜査は必然的にその全体に及び、殺人未遂罪についての捜査は、そのまま刀剣類不法所持の嫌疑についての捜査となっていたのであるから、殺人未遂罪に基づく勾留と本件銃砲刀剣類所持等取締法違反罪の捜査との間には極めて緊密な關係があるものといわなければならぬ」

もっとも、両罪を併合罪とするのが、確定した最高裁判例である（最判昭和二四・一二・八等）<sup>(35)</sup>。

- (1) フランス既判力論争が、少なくとも一九世紀後半以降、「判例」対学説の間の争いであったことが想起される。
- (2) 刑集三卷六号七九六頁。
- (3) 最終審の判決における「傍論」の重要性につき、司法研修所『法令・判例・学説の調査について』（一九六二年）四三頁。なお、金策誠志「主論と傍論——刑事判例について——」『司法研修所論集』五二号（一九七三年）一二五頁参照。

- (4) 刑集四卷九号一八〇五頁。
- (5) 田宮・前掲『一事不再理の原則』一〇七頁。
- (6) 後述するように（第五章第二節第二款）、私は一事不再理の客観的範囲と訴因変更の限界が同一である必然性はないと解するが、判

例・通説が両者同一として區別していないので、本節では同一であるものとして叙述する。

- (7) 刑集八卷五号六七六頁。
- (8) 刑集一二卷七号一四一六頁。
- (9) 以上の訴因事實は、同右・一四一七頁(判決要旨)。
- (10) 刑集一三卷一三号三一九五頁。
- (11) 刑集二三卷二号二一八頁。
- (12) 刑集三三卷四号三八九頁。
- (13) 同右・三九三頁。
- (14) 『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和五十四年度)』一七八—一七九頁。なお、同旨の高裁判例として既に、東京高判昭和四八・八・一五刑月五卷八号一一八三頁。
- (15) 『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和五三年度)』八二—八三頁。
- (16) 刑集六卷四号六九三頁。
- (17) 刑集七卷五号一一五八頁。
- (18) 刑集九卷九号一七六九頁。
- (19) わが国最高裁は、フランス既判力論争のいわゆる「法的事実説」を採らないことが、ここから端的に明らかになったといえよう。か。もつとも、本件で「法的事実説」を採っても、「新たな要素」があるわけではないので、結局再訴は許されなことになる。
- (20) 刑集九卷九号一八八五頁。
- (21) 刑集一四卷九号一一五二頁。
- (22) 詐欺罪と横領罪のいづれも成立しうるような場合に、どのように擬律すべきかは極めて困難な問題といえる(藤木英雄『経済取引と犯罪』(一九六五年)七〇—七四頁参照)。
- (23) 本文掲記以外の公訴事實の同一性に関する最高裁判例として、(一)同一性肯定事例Ⅱ最判昭和二十四年一月二五日刑集三卷一号五八頁(詐欺—赃物收受)、最判昭和二十五年五月一六日刑集四卷五号八一八頁(窃盜—赃物運搬)、最決昭和二十五年六月一七日刑集四卷六号一〇一三頁(騒擾罪の日時・場所・方法の追加変更)、最判昭和二十五年六月三〇日刑集四卷六号一一四六頁(窃盜—遺失物横領)、最判昭

- 和二年九月二日刑集四卷九号一七二八頁（恐喝―收賄）、最判昭和二年一月一七日刑集五卷一〇二〇頁（殺人―過失致死）、最判昭和二年五月一日刑集五卷六号一〇九一頁（竊盜共同正犯―贓物寄蔵）、最判昭和二年六月二十九日刑集五卷七号一三七一頁（三名に対する一個の竊盜教唆―一名に対する竊盜教唆〔被教唆者が他二名と共謀により竊盜〕）（以上、旧法関係）、最決昭和二十七年一月三日〇日刑集六卷九号一―一二二頁（竊盜共同正犯―贓物運搬）、最決昭和二十八年三月五日刑集七卷三三〇四五七頁（收賄―贈賄）、最決昭和二十九年三月二三日刑集八卷三三〇五頁（横領―詐欺）、最判昭和二十九年八月二四日刑集八卷八号一四二六頁（竊盜―詐欺、同未遂）、最判昭和二十九年九月七日刑集八卷九号一四四七頁（竊盜―贓物寄蔵）、最決昭和二十九年九月八日刑集八卷九号一四七一頁（親族相盜―竊盜）、最判昭和三〇年二月二六日刑集九卷一四号三〇一頁（業務上横領―背任）、最決昭和三四年五月一日刑集一三卷五号六九九頁（麻薬取締法違反の譲渡の場所、相手の変更）、最決昭和三五年七月一九日裁判集一三四号六三三頁（偽造公文書行使―公文書偽造の共犯）、最決昭和三七年三月一五〇日刑集一六卷三三〇二七四頁（竊盜―横領）、最決昭和四三年一月二六日刑集二二卷一―二二二頁（殺人―重過失致死）、最決昭和四七年七月二五日刑集二六卷六号三六六頁（詐欺―金沢市金銭物品等の寄附募集に関する条例違反、小松市寄附金品取締条例違反）、（一）同一性否定事例Ⅱ最判昭和二十六年一月二三日刑集五卷一七三頁（強盜傷人―詐欺）（旧法関係）、最判昭和二十八年一月二七日刑集七卷一―四四頁（銃砲等所持禁止令違反の日本刀と所持の態様の異別）、最決昭和三三年三月一七日刑集一二卷四号五八一頁（無謀換綴―業務上過失致死）、最判昭和四一年四月二二日判時四五五五頁（詐欺―業務上横領）。
- (24) 刑集六卷八号一〇七一頁。
- (25) 類似の事案だが連続犯廃止前に犯行が行なわれたため、免訴が認められたものとして、最判昭和四二年二月八日刑集三卷二二―四頁参照。
- (26) 刑集八卷一―九五頁。
- (27) 刑集一二卷二二―八八頁。
- (28) 「単一性」を認めなかった点を批判する者のほか、その前提たる「併合罪」自体に疑いを向ける者もある。詳細は、第五章第一節第二款。
- (29) 下刑集一卷八号一八〇二頁。
- (30) 高刑集二八卷三三―三二一頁。『別冊ジュリスト・刑事訴訟法判例百選（第四版）』90事件（白井滋夫）でもある。

(31) 最大判昭和四一年七月一日刑集二〇卷六号六〇九頁、最大判昭和四二年七月五日刑集二一巻六号七四八頁。

(32) 第五章第一節第三款。

(33) 第五章第一節第二款参照。私見については同第二節第二款。

(34) 判時七三七号一〇九頁。

(35) 刑集三巻一二号一九一五頁。この判決は兩罪が牽連犯であるとの主張を拒けたものだが、最高裁が併合罪と判示したのは、処断刑の差異とか法益の違いからではなく、牽連犯とすると一事不再理効が全体に及んで妥当でないと考えたからであろう(青柳教授は、「被告人が強盗事件が発覚する前に短刀の不法所持だけで確定判決を受けていれば、その既判力が強盗の点にも及び、極端な場合を想像すれば強盗殺人を犯した者さえ処断できなくなったのでは社会の犠牲において余りに犯人を保護し過ぎるからである」と右判決について指摘される、青柳文雄「法益と実務」『随想注釈刑法』(『注釈刑法(4)』(一九六五年) 栗、四頁)。短刀不法所持と強盗を併合罪とする彼の最高裁判例として、最大判昭和二四年二月二一日刑集三巻一二号二〇四八頁、最判昭和二五年五月二日刑集四巻五号七二五頁。

## 小 括

わが国が初めて一事不再理原則を知ったのは、フランス法を通じてのことであった。明治前期において、フランス法摂取にかける熱意はわが治罪法を成立させたが、しかし、少なくとも一事不再理に関しては、フランス治罪法典の忠実な模倣にはなっていない。これは、ボワソナードがより完成度の高い法典を作るために母国法典に必ずしもこだわらなかつたことによるのであろうが、フランス法のような明文の一事不再理規定が置かれなかつたことは、残念なことである。フランス法は、法典よりも井上正一ら仏法系の論者によって鼓舞されたのであるが、ここでは「継受法」としてのフランス法の意義を明らかにしたことで、満足しなければならぬ。

次のドイツ法の影響については、他の優れた論稿に譲り、一事不再理解釈論を決定的に規定することになった憲法三



九条の制定経過について検討を加えた。その結果、同条の普遍的性格が明らかに、必ずしもアメリカ法だけを参照して解釈しなければならぬ必然性のないことが論証された。憲法三九条の人権規定（特にその前段後句）は、一七九一年フランス革命憲法の一事不再理規定と共通のフレーズ、共通のベースを有し、ひいて右規定を起点とするフランス治罪法典、刑訴法典の一事不再理の解釈論も、わが国一事不再理論に際して参照しうることを知った。<sup>(1)</sup>

ところで、新憲法・新刑訴法による捜査権の制限、証拠能力の制約は、一事不再理の効力論にいかなる影響を及ぼしたか。本章（第三節）では、新法施行当初の在朝実務法曹の、幾分処罰の確保の方向に傾斜した所説を幾つかみた。今日からみると、一事不再理の客観的範囲を狭めることで被告人の地位を甚だ不安定なものにしてしまふこれらの所説も、治安確保を強く要請する当時の社会的背景、新刑訴で秩序維持ができるのかという捜査当局の不安などを考慮すれば、それなりに了解できないではない。ただ、論者らが、一方で右のように客観的範囲を狭めながら、他方で併合罪の一定の場合に「公訴事実の同一」を認めようとしていた点は、もっと注目されてよい。今日、たとえば斎藤判事の所説のうち、客観的範囲を狭めようとする箇所だけが引用され、他方の拡張論が無視されているのは遺憾である。

裁判官を含む実務家が各種見解を発表したのにもかかわらず、実際に出される判決の方は、ずっと安定しており、ごく一部の例外判例を除いて、客観的範囲は「基本的事実関係の同一」という基準に画されている。一部判例の用いる「非両立」基準も、有力なものではあるが判例の主流とまでは言えず、また万能でもないことを知った。

判例は個々の事案を最も妥当に解決する叡智を示すが、必ずしも理論的に明快な基準を示してはくれない。では学説はどうか。

次章では、学説の検討を終えた上で、私なりの「基準」を示したいと考えている。

(1) なお、基本的には英米法系に属する一九八二年のカナダ憲法(正確には、一九八二年カナダ法・別表B・一九八二年憲法的法律)第一条(h)は、刑事被告人の権利として、「無罪が最終的に確定した場合に、その事実に関し重ねてその責任を問われぬ権利、及び、最終的に有罪とされ、その犯罪に対し刑罰を受けた場合に、重ねてその責任を問われ又は刑罰を科せられることのない権利」を保障している。無罪者の権利、有罪者の権利と別個に書き分けている点が注目される(カナダ憲法の特殊な法構造及び条文につき、斎藤憲司「一九八二年カナダ憲法——憲法構造と制定過程——」『レファレンス』昭和五七年一〇月号七四頁)。

## 第五章 課題と展望

一事不再理原則の理論に関する今日的情況を概観するとともに、これまでの考察を踏まえつついちおうの試論を提示することが、本章の目的である。

法解釈学において、理論と言ひ政策と言つても、そこに本質的相違があると解すべきではない。問題なのは、そこでなされる価値衡量であつて、あとはそれをどの程度前面に押しだすかということであろう。もちろん、私も理論と政策の調和を目指すものであるが、政策論に引張られた情緒的理論、あるいは逆に政策論を忘れた理論の自己目的化のいずれにも、警戒の眼を向けたいと思う。

ただし、理論は同時に、歴史的・時代的制約の下にあることも忘れてはならない。かつて、フランスの法的事実説論者トレビュシアンは、既判力を「社会の錨」と呼んだが、既判力の自由主義的理解が一般化した今日では、むしろ「個人の錨」あるいは、「個人が難波を免れるための港」と言うべきであろう。一事不再理の基礎も、トレビュシアンの「社会秩序・真実推定」ではなく、今日にふさわしい基礎づけが与えられなければならない。むしろ、歴史的背景は、解釈論の重要なモメントとして尊重されなければならない。

しかし、他方において、一事不再理が極めて実践的問題であることもまた、忘れてはならない。一事不再理が実際に作用する場面は、従来言われてきたような「稀有」なことではない。判例・実務上も、検察官の不当起訴ということが意識されるようになって久しいが、一事不再理原則は、反対利益（自由権）を提示して検察官の不当な再起訴を妨げる、被告人の重要な防禦方法なのである。一事不再理違反の問題を、いわゆる「公訴権濫用」の一環に組み込んで理解する論者がいるのも、故なしとしない。<sup>(4)</sup>

右のような視点から、以下、考察を進めていくことにしたい。

(1) 刑事訴訟法学の政策論の基準につき、平野博士は「どうすれば、被告人の人権を護りながら、真実を発見することができるか」(平野『刑事訴訟法』(一九五八年)「はしがき」と言われ、基礎理論については、松尾教授が「どうすれば政策的な要請を受容しながら、手続法独自の意義を確保できるか」(松尾「刑事法学の動き」『法律時報』四六卷三号(一九七四年)一二八頁)と言われている。私も基本的にこれに従うものである。

(2) TREBUTJEN (E.), *op. cit.*, t. II, p. 635. 同所で彼は次のように述べている。

「既判力は『社会の錨』あるいは、それなしでは社会が難波を免れないような港と呼ばれる。ちょうど、時効が人類の保護者と呼ばれるように」。

(3) 鴨良弼「確定判決の効力」『刑事訴訟法講座』三卷(一九六四年)四一頁は、「一事不再理が実際に作用するといった場合は、訴訟ではむしろ稀有」だと指摘し、田宮・前掲書三九四頁は、これを「日本法の特色のひとつ」だと言う。しかし、本稿・序論に挙げた近時の判例を含め、一事不再理関係の判例が他の領域と比べて特に少ないといえるか、疑問がある。

(4) 井戸田侃『公訴権濫用論』(一九七八年)三〇五―三〇六頁は、余罪と一事不再理効に関連して、この理を説く。

## 第一節 理論状況の概観

### 第一款 一事不再理の基礎理論

一 わが国の一事不再理の理論は、小野博士以降「確定力 (Rechtskraft)」の理論が通説であった。<sup>(1)</sup> この点につき、  
精細な確定力理論を確立したのは、小野博士を承けた団藤博士であった。<sup>(2)</sup> 団藤博士の『刑事訴訟法綱要』(一九四三年)  
には、実体的確定力について次のように記されている。

「実体的裁判を為すには一方において実体法に解釈を施して具体的事実近づかしめると同時に、他方において事  
実の認定も法規の要件、殊に前述のごとく犯罪構成要件を指導形象としつつ為されることを要し、最後に法律に対す  
る事実の当嵌が為さるべきである。刑言渡の判決においては更に刑の量定が為されねばならぬ。かようにして抽象的  
な実体法は具体化される。これまで浮動的であった訴訟法律状態は実体判決の形式的確定に至って確定的な法律関係  
にまで擬結する。かやうな具体化された実体法が実体的確定力 (materielle Rechtskraft) 殊にその内部的効力の  
本質である」<sup>(3)</sup>。

そしてこの実体的確定力の外部的効力が、「一事不再理 (Ne bis in idem) の効力」であるとされる。<sup>(4)</sup>  
博士の、この精緻な概念法学的構成は、今日まで基本的には維持されている。<sup>(5)</sup>

高田教授は、その旧著では右と同趣旨の論旨を展開していたし、<sup>(6)</sup> 鴨教授も、判決による具体的法規範の形成を重視  
する立場から、実体的確定力Ⅱ判決内容の規準性Ⅱ一事不再理と理解する。<sup>(7)</sup>

中武教授は、裁判の実体的確定力が実体法関係を変更、形成するものであることを否定し、「裁判の既判力は、訴訟の外における権利関係とは無関係であって、前訴訟裁判所の判断内容が後訴訟裁判所を拘束するのは、あくまでも訴訟法上の効力であって、国家の裁判制度に内在する司法作用の統一性あるいは一回性の要求から出る効力にすぎない」と言うのであるが（訴訟法説）、他方、「形式的確定力を持つ裁判が、同一訴訟手続内において変更不可能となるのみならず、更に進んで、別訴においても取消、変更ができなくなる状態をいう。すなわち後訴訟裁判所を内容的に拘束することによって不動のものとなる。これを裁判の実体的確定力又は既判力（一事不再理の効力）と呼ぶ」と解しており、教授も実体的確定力論者に加えることができる。

しかし、周知のように、一事不再理を実体的確定力の効果として理解することに対しては、「二重の危険」説の論者から、被告人保護の見地からの鋭い批判がなされた。<sup>(10)</sup>井上博士は、一事不再理は訴訟手続が終局的に確定したいわゆる形式的確定力の効果であるとの見解を提起され、また、平野教授は、これを裁判の存在的効力のうちの対外的効力であると主張された。<sup>(12)</sup>両氏とも、この一事不再理を憲法三九条に由来する一種の「二重の危険」と解するのだが、田宮教授はこの点さらに徹底され、一事不再理は二重の危険を端的に被告人が実質的に危険に曝されたことの効果であると構成された。<sup>(13)</sup>そしてこのような「二重の危険」説が支持者を増し、近時通説化してきたこともまた、周知のことである。<sup>(14)</sup>

この「二重の危険」説の学説史的意義はどこに見出すべきだろうか。私は、先に述べたように、法系論としての「二重の危険」論は必ずしも成功したものではないと考えている。しかし、そのことから「二重の危険」説のもつ意義を否定する立場をとるわけではない。「二重の危険」説は、従来の裁判所の実体判決形成を中心に据えた理念的、法哲学的な確定力理論、ひいては刑事訴訟法の方法論に反省を促し、憲法の人権規定を基軸に据えて被告人の権利保護、人権尊

重を實質的、法政策的に追求・構成しようとしたものであって、まず第一に、この点に「二重の危険」説の意義が認められる筈のものである。<sup>(15)</sup>

第二に、戦後の刑事訴訟法解釈にデュー・プロセス等英米法概念の輸入が行なわれたが、「二重の危険」説は、その先駆的役割を果たしたと言えるのではないだろうか。前述の、井上説<sup>(16)</sup>平野説<sup>(17)</sup>田宮説の推移にしても、当初は従来の理論との調和が企図されていたが(井上説)、田宮説になると、むしろ大胆に「二重の危険」の導入が図られる。これを以って、その後の英米法諸原理の紹介、導入の嚆矢とみることは許されるであろう。

「二重の危険」説の第三の役割は、特に田宮教授の創唱にかかることだが、訴因と公訴事実の間隙を埋める説明の道具概念として、「二重の危険」が用いられたことである。これについては、後に少しく説明しなければならぬ。

二 確定力理論と二重の危険理論との対立は、後者の圧倒的な優勢のうち、終熄したといえる。その後の学説は殆んどすべて、後者の線上に位置づけられる。しかし、二重の危険説に基本的に従いながらも、同説の大胆なポリシーの強調を廃して、むしろセオリーの深化に意を用いた鈴木教授、田口助教教授の所説の出現は、今日の特徴として特筆されなければならないであろう。

鈴木教授は、田宮説に従って「一事不再理効を支えるものは、被告人にとっての刑事手続に伴う諸々の負担を最少限度にとどめようとする人権擁護の思想であり、二重の危険禁止という発想である。憲法三九条が国民の基本的人權として一事不再理につき定めているのは、まさにこのことを意味するといえよう」と言われる。<sup>(18)</sup>しかし、他方で「犯人必罰」という国家的利益とのバランスも考慮せざるをえない。このような観点からすると、一般に事件につき終局的処理がなされた場合には再び被告人に二重に危険を負わせないとするのが、最も妥当な調和点といえるのではなからうか」として、一事不再理効が発生するためには終局的処理<sup>(19)</sup>「本案裁判」がなされることが必要だと言う。この点、実体審理の

事実自体から二重の危険の発生する余地を認める田宮説よりも後退しているが、<sup>(18)</sup>しかし、鈴木教授は免訴Ⅱ「本案裁判」と構成するから、免訴に一事不再理効を認めない田宮教授よりも、この限りでは被告人の保護が厚くなる。

田口助教授は、一事不再理効を「確認効のうち刑罰権確認の点を基礎として、被告人がそこまで手続の苦痛を受けたとの考慮から認められるもので、やはり確定裁判の効力といつてよい」<sup>(19)</sup>と定義される。そこから、同助教授も「一事不再理効の場合にも訴訟終結の要請が重視されなければならない」と言つて田宮教授に反対される。また、免訴<sup>(20)</sup>に關しても、免訴は「新たな意味で実体裁判」であるとして、一事不再理効を肯定している。<sup>(21)</sup>

しかし、何よりも批判が集中したのは、鈴木教授の、「訴訟対象Ⅱ公訴事実、審判対象Ⅱ訴因」論である。その論旨のポイントを次に示すと、――

「実体空間において問題とされた『事件』についての解答である一定の犯罪事実の主張が、検察官によつて『訴因』という形で訴訟空間に持ち込まれる。これが公訴の提起である。公訴提起とは、訴訟外的考察に立てば、一定の社会的問題すなわち『事件』を全体としての訴訟の対象として設定する行為であるとともに、訴訟内的考察に立てば、その事件についての解答たる『訴因』を訴訟内で提示する行為でもある」<sup>(22)</sup>

「実体裁判についても、また、この両側面からの考察が可能であろう。すなわち、主張吟味型訴訟においては、訴訟内的には、検察官により提示された訴因を審判対象として手続が進行する。判決も、この訴因についての裁判所の具体的判断の表示であるといつてよい。しかし、これを訴訟外から客観的にみれば、それは、全体としての訴訟の対象とされた『事件』についての終局処理という意味をもつのである。訴訟を、裁判官・検察官・被告人（弁護士）という三主体の共同作業として、外部から全体的・客観的にみれば、それは事件を対象として進行しているといつても差支えない」<sup>(23)</sup>

この「事件」とは、「訴訟課題」たる「公訴事実」のことである。そして、この「訴訟課題」の解明こそが、「全体としての訴訟」に課せられた任務であり、課題である、と言われる。<sup>(24)</sup>

しかし、右の鈴木教授の見解に対する学説の態度は、必ずしも好意的なものではなかった。松尾教授は、鈴木説が、訴訟外的にしる公訴事実を「訴因の指向対象」としている点を捉え、いかに鈴木説が審判の対象は訴因であることをくつかえし明言するとしても、「しかし、そこには、『訴訟内的考察』という制約が付され、一方で『訴訟外的考察』の重要性が強調されている。結局、この論文においては、いわゆる公訴事対象説の——部分的な——復権が意図されていると結論しても誤りではないように思われる」と批判された。<sup>(25)</sup>その後、鈴木教授からの反論を受けて、さらに「しかし、『公訴事実』は、——教授の概念規定によっても——終始訴訟外に止まりうるものではなく、公判の過程に影響を与える可能性をもつ」が、これは旧法への回帰の危険、および基礎理論の錯雑化という負の要因」をほらむものだと再度批判されている。<sup>(26)</sup>また、田宮教授も、鈴木教授の「訴訟外的考察」は、「訴訟法にふさわしくない静的・実体法的観察方法であるばかりか、旧法における職権主義的な訴訟観を想起させる」と批判される。<sup>(27)</sup>

これらの批判に対する鈴木教授からの再反論も行なわれているが、従来の論争点より出るものではない。<sup>(28)</sup>その後、右の論争に触発された山中教授が、「公訴の対象」「審判の対象」という対概念を立てることによって、ほぼ右の鈴木説に沿った所説を發表されている。<sup>(29)</sup>

三　ところで、「二重の危険」説の最大の特徴は、一事不再理原則を端的に被告人の手續負担に結びつけたことではなかったか。鈴木教授は「犯人必罰という国家的利益とのバランスも考慮」しようとして、結果的に、一事不再理原則の自由権的性格を稀釈してしまったように思う。かつての小野・団藤博士らの確定力理論は、実体法と手続法の有機的結合を可能にした点に功績は認められるが、<sup>(30)</sup>他方、一事不再理を考える際に、確定判決に至る手続過程を無視し「具体



化された実体法」のみを基準に理論を樹ち立てたため、判決までの被告人の手続負担といった実践的観点が脱落してしまつた。鈴木教授が「『事件』についての終局処理」としての判決を重視し、田口助教授が「確認効」を基礎に理論構成をする点に、かつての「確定力理論」と同じ誤りを冒す危惧が感じられるのである。鈴木教授の行なつた「公訴事実」概念の実質化それ自体は、必ずしも職権主義的だという批判に結びつくとは思われないが、しかし、右に述べた限りにおいて、松尾、田宮両教授の批判は当たつていと言えよう。

ただし、鈴木教授の理論は、訴訟物たる訴因に対する判決の効力（一事不再理効）が、社会的問題たる公訴事実の全体に及ぶことの説明の理論としては、明確ですっきりしたものである。従来の説明は、①訴因変更命令に形成力を認め、②検察官の同時訴追義務を媒介とする、③公訴事実の範囲で「二重の危険」が及ぶ、といったものであつたが、それぞれに難があつた。<sup>(32)</sup> その点では、鈴木説の方に歩があるが、先に述べたように、実体判決（実体形成）を所与のものとして捉え、それまでの審理過程を軽視している点で、なお問題が残る。後に述べる私見（本章第二節第一款）が、鈴木説から一定の示唆を受けつつも、基本的には見解を異にする理由も、ここにある。

(1) 小野博士以前にも、ドイツ法学の影響の下に「実体的確定力」すなわち一事不再理とする理解はなされていた（たとえば、平沼麒一郎『新刑事訴訟法要論全』（改訂増補・一九二六年）二二九頁）が、小野博士は、当時としては新しいザウアー、ゴルトシュミットの訴訟理論を参考に「全体としての訴訟」の中に既判力を位置づけられた。すなわち、博士によれば「全体としての訴訟は、訴訟関係・訴訟状態を中心とするが、公訴権の理論を損し、さらに既判力の理論を含む。訴訟関係と訴訟状態とは、必ずしも矛盾する概念ではない。訴訟における基本的な訴訟関係の存在を否定することはできない。同時に、手続の進行に伴つて訴訟行為によるそれぞれの効果（法律関係）がもたらされ、その全体的な内容は変化する。その意味で訴訟は一つの法律状態でもある」（小野・前掲「日本における刑事訴訟法学の発展」二二頁）と。

(2) 岡藤博士にあつては、小野博士と異なり、①公訴権概念を否定し、これを訴訟条件論に解消することを提唱され（後註）(3) 二三

五頁以下)、②訴訟状態、訴訟関係をそれぞれ実体面、手続面に結びつけて理解するのであるが、他面、この実体形成、手続形成の終結としての確定力の理論は、小野博士の見解を一層徹底したものといえる。

- (3) 団藤重光『刑事訴訟法綱要』(一九四三年)四七八―四七九頁。
- (4) 同右・四八〇頁。
- (5) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要(七訂版)』(一九七三年)三一〇頁以下、ただし同三一二頁注(一)参照。
- (6) 高田卓爾『刑事訴訟法』(現代法学全書) (一九五七年)三二〇頁以下。しかしその後、高田卓爾『刑事訴訟法』(現代法律学全集) (一九七一年)二七八頁で改説されて「二重の危険」説に基本的に従うこととされ、今日に至っている。
- (7) 鴨良弼・前掲「確定判決の効力」四四―四五頁。
- (8) 中武靖夫『既判力』(別冊ジュリスト・法学教室)八第一期)六号(一九六三年)六二頁。  
同右・六一頁。
- (9) 「二重の危険」論については、既述の第四章第二節第二款参照。
- (10) 井上正治『判決の確定力』(刑事法講座)六卷(一九五三年)一二四〇頁。
- (11) 平野龍一『刑事訴訟法』(一九五八年)二八一頁以下。
- (12) 田宮・前掲『一事不再理の原則』八二頁。
- (13) 第四章第二節第二款註(17)参照。
- (14) 以上の叙述につき、白井駿「一事不再理の効力」(別冊ジュリスト・法学教室)八第二期)七号(一九七五年)八〇頁参照。
- (15) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(一九七九年)三六四頁。
- (16) 同右。
- (17) 田宮・前掲書二六一頁。
- (18) 田口守一『刑事裁判の拘束力』(一九八〇年)四一三頁。
- (19) 同右・四一四頁。
- (20) 同右・四一〇頁。
- (21) 鈴木・前掲書一五七頁。
- (22)

(23) 同右。

(24) 最近のものとして、鈴木茂嗣「公訴事実と訴因」『法学セミナー』三三六号（一九八三年）一〇〇頁。

(25) 松尾浩也「刑事法学の動き」『法律時報』四六卷三号（一九七四年）一二七頁。

(26) 松尾浩也「刑事訴訟法の基礎理論」『法律時報』四八卷一〇号（一九七六年）四〇頁。

この、鈴木教授と松尾教授、それに正田満三郎氏も加わっての基礎理論論争は、一九七〇年代前半における学界の貴重な財産ともいふべきものであって、論争の正しい評価あるいは総括がなされてもよい時期に、そろそろ来ているのではないかと思う。論争の経過を、時系列に沿って述べておくと、①鈴木茂嗣「訴訟対象と審判対象——訴訟対象試験論(1)」『法学論叢』九二卷二号（一九七二年）、同「公訴事実の同一性と単一性——訴訟対象試験論(2)」同九二卷三号（同年）、同「公訴事実の同一性と訴因——訴訟対象試験論(3)」同九四卷一号（一九七三年）、②正田満三郎「公訴提起の効力と公訴時効の停止および告訴の追完——公訴事実の同一性・単一性、訴因制度の理解に関連して(1)〜(5)」『判例時報』七一七号、七一九号（以上一九七三年）、七二〇号、七二三号（以上一九七四年）、③松尾浩也「刑事法学の動き」（前註(25)）「三月号」、④鈴木「刑訴基礎理論と当事者主義——正田・松尾両氏の批判に答えて」『法律時報』四六卷六号（一九七四年）「六月号」、⑤松尾「公訴事実と訴因」『研修』三三三三号（一九七四年）「七月号」、⑥鈴木・田宮・松尾・横山（座談会）「刑事訴訟における理論と政策」『別冊ジュリスト・法学教室』八二期（一九七四年）「九月刊」、⑦正田「公訴事実の単一性・同一性の理解の仕方——鈴木茂嗣教授の反批判に答えて」『法律時報』四六卷一〇号（一九七四年）「一〇月号」、⑧鈴木「免訴判決の本質——訴訟対象試験論(4)」『法学論叢』九七卷六号（一九七五年）、⑨松尾「刑事訴訟の基礎理論——その現代的状況についての一考察」（註(26)）。

(27) 田宮裕編著『刑事訴訟法I』〈大学双書〉（一九七五年）五六九頁（田宮執筆）。

(28) 前註(24)に、前註(27)田宮批判に対する反論がある。

(29) 山中俊夫「刑事訴訟法の基礎理論に関するノート(一)——訴因と公訴事実——」『同志社法学』二九卷一号（一九七七年）一頁、同「刑事訴訟法の基礎理論に関するノート(三)——『公訴の対象』と『審判の対象』——」『同志社法学』二九卷二号（同年）四四頁。

(30) 殊に、団藤博士の確定力理論は、いわば構成要件理論を刑事訴訟法の理論においても生かそうとしたものと言えようか。ただ、博士が、「抽象的実体法→具体化」という点に確定力の根拠を求めたため、一事不再理の根拠として「法的安定性」をあげるに止どまったように思う（団藤・前掲『新刑事訴訟法綱要（七訂版）』三一二頁参照）。その意味では、博士の理論は、——訴訟過程論で「実体面」

「手続面」という二面的な分析を採られる点では訴訟法的な観察方法によっているとは言えるが——靜的な、形而上学的な性格のものといえる。

(31) この点に関しては、平場博士が、「歴史的事実同一説」に対する「職権主義的な考え方だ」との批判に答えて、「それは訴因制度を採らない場合の話で、訴因制度を採る限りは、その範囲で検察官の主張を許し、その主張されたものについて裁判するのだから、職権主義と何の関係もない」(平場安治「公訴事実の同一性」『刑事訴訟法講座』二卷(一九六四年)六七頁)と言われた点が参考になる。

(32) 横川敏雄『増訂版・刑事裁判の実際』(一九五三年)一六〇頁以下、特に一六五頁以下、正田満三郎『責任と処罰の連鎖——罪数論を中心として——』(一九六八年)七一頁、七六頁以下。

(33) 平野・前掲「訴因概説」『法曹時報』三卷四号三四頁、三六頁注(14)。

(34) 田宮・前掲『一事不再理の原則』一二五頁。

(35) ①説の論拠たる訴因変更命令の形成力は最高裁大法廷判決で否定されてしまったし(最大判昭和四〇・四・二八刑集一九卷三号二七〇頁)、②説は同時訴追の「可能性」のない場合の説明に窮するし(そこを突いたのが新・青柳説)、③説は「危険」が「公訴事実」全体に及ぶ説明の媒介項として、やはり訴因変更から論理を組み立てるといふ点で、方法的に難があるように思われる。

## 第二款 「公訴事実」の理論

一 戦後の「公訴事実」論を考えるにあたって、「訴因」制度の導入がこれに及ぼした影響を無視することはできない。この「訴因」をめぐる夥しい議論のうちで、一事不再理の客観的範囲としての「公訴事実」論との関係で重要なものは、訴訟物(訴因Ⅱ「判断されたもの」と一事不再理効(公訴事実Ⅱ「判断されなかったもの」)のずれの問題と、訴因変更の限界を画する基準として「公訴事実の同一性」が新たに問題にされるようになったことである。ここでは後者の問題を考えてみる。

判例・通説は、一事不再理の及ぶ範囲としての「公訴事実」の同一性と、訴因変更の限界としての「公訴事実の同一性」(法三二二条一項)をイコールと解してきた。その結果、「訴因・罰条を変更しようとする場合と、一事不再理の効力によって再度の起訴を阻止する場合とは、検察官と被告人との利害が逆転する——同一性を広く認める方が、前者では検察官に有利、後者では、被告人に有利。同一性を認める範囲を狭くすれば、ちょうど逆になる——」<sup>(1)</sup>といった現象が生じる。この逆転現象を踏まえて、「訴因変更の限界」の方から公訴事実を画定していこうという有力な主張がなされてきた。平野博士は、狭義の同一性の基準として、「訴因と訴因とを比較した場合にその重要な部分が重なりあうことが必要である。重要な部分が重なりあっているというためには、行為または結果が重なりあえばよい。しかし法益が重なりあっただけでは足りない」<sup>(2)</sup>と主張された。そして同時に、前述の逆転現象を取り上げ、同一性は兩者衡量して「訴訟上の合目的性に従って決定されなければならない」<sup>(3)</sup>と言われた。公訴事実から存在論的色彩を追放し、より機能的に考察しようとしたものと評価しうるが、それにしては不徹底であり、その「基準」も、結果的には判例の基本的事実関係同一説と余り異ならないようにも思われる。この点、機能的に捉える見地をより徹底されたのは田宮教授であった。教授は、明快に次のように言われる。

「公訴事実の同一性は、機能的には、旧法のように『事件』の指標ではなく、たんに訴因変更の限界を画するものであり、本質的には、一個の実在物(その表象)ではなく、単純な操作概念となった。訴因変更の限界を画するということは、その範囲で被告人は審判の危険にさらされるから、判決が確定すれば、二重の危険の効果<sup>(4)</sup>——一事不再理の効力が働くことをも意味する。したがって、公訴事実の同一性とは、起訴状に書かれた公訴事実(訴因)を基準にこれを変更するのが妥当な範囲、したがって一事不再理の働く範囲はどの程度が妥当かという機能概念(相関概念)にはかならない」<sup>(5)</sup>。

しかし、このような訴因変更の限界から出発する公訴事実論の方法論に対しては、早くから疑問が提起されてきた。

平場博士は、「〔訴因制度の採用により〕不告不理の問題は、訴因を変更しないで、どこまで訴因と違った事実を認定して差し支えないかという訴因の同一性の問題に移行したといつてよい。そして訴因の追加・変更でいくのもの、追起訴でいくのもの、ともに、請求の拡張であり、請求されたものに対する判決であるとする」と、この面から、両者の限界としての公訴事実の同一性を機能的に決定するのは困難となつて来る」ばかりでなく、「訴因制度を採用すると、訴因変更手続と防禦のための手続進行停止によって、防禦の権利は保護せられ、また訴因変更を検察官の権利とすることによって不告不理は守られる。だから、公訴提起の関係では、公訴事実同一の範囲を限定する必要はなくなつたといえる。むしろ一事不再理の範囲との関係で、被告人の人権と実体的正義のバランスを考えれば足りる」とされる。鈴木教授は「訴因変更の範囲と一事不再理効の範囲を一致せよとする見解は、むしろ審判手続における実体的眞実主義の要請という伝統的考え方にこだわりすぎる立場といわねばならない」と指摘されているし、高田助教授も、「公訴事実の同一性の範囲では起訴後も検察官は起訴状記載事実を越えて訴を自由に変更しうるのだという構成を容認し、積極的にそれに依拠して一事不再理の客観的範囲を確定する方法論には問題があらう」と言われる。<sup>8)</sup>

かくして、機能概念説もそろそろ見直しの時期に来ているのではなからうか。

二 公訴事実の同一性は、右のように機能概念とみる論者も含めて、狹義の同一性と単一性に区分して考察するのが一般である。そしてこの両者の関係をどう捉えるかについては、①同一性・単一性の区分を否定し、独自の同一性(広義)基準を提示する立場、②同一性、単一性の同質的共通性を前提として各々について基準を示す立場、③同一性、単一性の用語に従うが、単一性を同一性とは切り離し、これをまったく異質なものと理解する立場、さらに④として、③を徹底させ単一性概念を否定し去る立場を区別することができる。

①として、坂本武志判事の所説がある。判事は、前章第四節【3】【5】判例にヒントを得て、同一性・単一性を區別しない次のような統一基準をあげる。

『訴因として掲げられた特定の犯罪事実を中心として、それが一罪として成立することになれば、もはやそれとは別個な独立した犯罪の成立が否定される範囲内の事実を、その公訴事実といい、その範囲内に含まれる犯罪事實は同一性があり、それに含まれない犯罪事實は同一性がない』

ただ、右の「別個な独立した犯罪の成立が否定される」場合といっても漠然としているので、坂本判事はさらにこれを、法律上、論理上、事実上成立が否定される場合の三つに分けてさらに緻密にしているのだが、この三区分別自体曖昧な点が残されており、批判を浴びている。

②同一性・単一性を同質なものとして理解するのが通説だが、その区別のしかたは一樣ではない。

団藤博士の區別、すなわち「事件の単一性は、訴訟の發展をしばらく捨象して、いわば横断的に靜的に觀察したばあいに事件が一個であることをいう」のに対し、「事件の同一性は、手続の發展に着眼して、いわば縦断的に動的に觀察されるばあいに、事件が前後同一であることをいう」という區別が、中では一般的なものといえようか。これに対して、

平野博士は、「同一性とは、兩立しえない訴因の間の關係で、単一性は、兩立しうる訴因の間の關係をいう」との區別を對置した。しかし、これは、田宮教授の指摘するように、「単一性・同一性の名を冠してはいるが、従来の概念が横の關係か縦の關係かという觀察方法で區別をしていたのに、それぞれについて兩立か非兩立かで區別する新しい分析方法（通説に對しちょうど交叉する考え方）を提唱したもので、いわば単一性・同一性についての新定義にはかならない」。平野博士の右區別論に對し、団藤博士は反論を加えているが、両者はまったく別個の観点からの區別論であって、噛み合った議論にはなっていない。

③の単一性、同一性を本質的に異なったものとする論者として、田宮、鈴木両教授をあげることができる。

田宮教授は、「両立・非両立による単一・同一の区別を批判し、それは「事態を説明しうる概念ではあるが、必ずしも有用ではない」<sup>(16)</sup>としたうえ、次のように言われる。「思うに、訴訟法においてあるものの範囲を問題にするときは、二つのものの比較ということに本質があるので、ずれの問題としての狭義の同一性だけを論ずれば足りるのではなからうか。これは、通説的な分析方法によりつつ、同一性だけを論じようとするものである。単一性は、一個の刑罰の加えられるべき対象の範囲の問題で、端的に実体法上の一罪か数罪かということできる。……〔中略〕……こうして、単一性論は『公訴事実の同一性』の理論から切り離すのが妥当である」<sup>(17)</sup>と。そして、公訴事実の単一性は「一個の訴追とみうるかどうかということであり、一個の訴追かどうかは現行法では訴因によって画されるから、それは訴因の個数の問題であって、一罪一訴因の原則の反射にはかならない」<sup>(18)</sup>として、「単一性Ⅱ訴因の個数」の命題を得る。

鈴木教授は、「公訴問題事実」「公訴犯罪事実」なる観念を提唱し、これに「同一性」「単一性」を対応させようとする。すなわち、「公訴問題事実」とは、前款に述べた鈴木教授のいわゆる「社会的问题」であって、全体としての刑事手続によって解決される範囲であるから、これについては『公訴事実』の内容を具体的に確定することも可能になり、公訴事実概念を実質化することもできる<sup>(19)</sup>。他方、単一性が肯定される場合、たとえば住居侵入・窃盗のそれぞれに対応する「社会的问题」すなわち「公訴問題事実」はまったく別個である。『単一性』を問題にすべき公訴事実とは、公訴問題事実ではなく、現に公訴が提起され主張されている犯罪事実、すなわち『公訴犯罪事実』なのである。それは、内容的には全く訴因と同一である<sup>(20)</sup>。

こうして、鈴木教授も「単一性Ⅱ訴因の問題」という命題に辿りつく。ただし、田宮教授が平野博士に倣って、科刑上一罪を一個の訴因と解されるのに対し<sup>(21)</sup>、鈴木教授は実務の通説に倣って、科刑上一罪の各構成要件ごとに一個の訴因



説を考へる<sup>(22)</sup>。したがって、鈴木教授にあっては、「公訴犯罪事実の単一性の観念は、複数の訴因の手續上の一体性を端的に表現する観念として重要性をもってくる」から、「たとえは、住居侵入・窃盗という牽連犯の起訴の場合には、訴因は二個であるが、この二個の訴因は、公訴犯罪事実としては単一である」といった理論操作が必要になる<sup>(23)</sup>。その点では繁雑といえなくもないが、科刑上一罪の各構成要件ごとに訴因を観念する方が、訴因の性格にふさわしく、理論としても素直なものといえよう<sup>(24)</sup>。

④は、小田中教授の最近の主張にかかるものである<sup>(25)</sup>。教授は、③の「狭義の同一性だけを論ずれば足りる」という見地に基本的に立脚しつつ、従来単一性の典型とされた観念的競合および法条競合（吸収関係）についても「明らかに行為の重なりがある」という、注目すべき指摘をされた。小田中教授によれば、観念的競合および法条競合（吸収関係）の場合「行為の重なり」すなわち訴因の重要部分で重なりが認められるから公訴事実は同一であり、牽連犯についても、利益較量の結果ないし「もともと一訴因（一罪）」として構成しうるほどの不可分一体的な関係がある」ことから、同様に同一性が認められるのである<sup>(26)</sup>。教授の「公訴事実の単一性不要論」は、同一性・単一性を安易に所与のものとして議論してきたかにも見える学説に対して、再考を迫るものといえよう。

### 三 公訴事実の同一性（狭義）

右の②、③に立った場合、公訴事実の同一・単一の各々について、基準を与えなければならぬ。まず狭義の同一性から考察する。

同一性基準につき、先に平野博士の「訴因共通説」など機能的に理解する学説をみたが、その他にも諸説百出の状態にある。これを大別すれば、(I)構成要件を何らかの指標にして基準を設定しようとする見解、(II)構成要件以前の前法律的・社会的事実と捉えて基準を探ろうとする見解に岐れる<sup>(27)</sup>。そしてさらに、(I)(II)とはやや異質な、(III)機能概念説を最後

に採り上げなければならぬ。

(I) 構成要件指標説 (法的事実説)

① 罪質同一説

小野博士の主張になるもので、博士は、「公訴にかかる犯罪事実における構成要件は、実体形成過程を一貫する指導形象でなければならない」とする立場から、「裸の社会的事実としては同一であっても、すでに法律的评价を通過した被告事件としては、全く構成要件の性質を異にするものは、もはや同一の公訴事実といへないであらう。これは、公訴事実、すなはち刑法的に評価された犯罪事実として考へる限り、避くべからざる結論である。その意味で、私は、公訴事実の同一性は、構成要件又は罪名の基本的同一性、本質的同一性又は範疇的同一性によって制約されると考へる。亦これを罪質の同一性によって制約されると思ふ<sup>28)</sup>」と言われる。

② 構成要件共通説

団藤博士が、小野博士の①説を継承・発展させたのが、構成要件共通説である。団藤博士は、Ⅱ説を批判して、「同一性の問題は、小野博士の指摘されるとおり、規範的・法律的な見地をまったくはなれて、これを論じることではできない<sup>29)</sup>」としたうえ、「実体形成が構成要件を指導形象として行なわれるものである以上、構成要件の見地から同一性が判断されるべきことは当然である。比較される二つの事実が構成要件にまったく重なり合うことのないものであるときは、たとえ前法律的な生活事実として一つのものであるとしても、事実の同一性をみとめるべきではない。しかし、はじめの段階で指示されたA事実が甲という構成要件にあたり、のちに判明したB事実が乙という構成要件にあたるばあい、B事実が甲構成要件にも相当の程度にあてはまるときは——そうして、そのようなばあいかぎり——両事實は同一性があるというべきであらう (構成要件共通説<sup>30)</sup>)」と言われる。

①説との相違は、団藤博士が必ずしも罪質の同一を要求していないことからみて (たとえば、暴行罪と職権濫用罪)、意外に大きいようである<sup>31)</sup>。

③ 指導形象類似説

公訴事実の同一性に関して、構成要件を指導形象として重視しながら、事実的側面も合わせて重視しようとするものとして、高田卓爾教授の所説がある。教授は次のように言われる。

「一定の犯罪構成要件に該当する可能性のあるものとして検察官により表象され把握された、ある範囲内の外界的（社会的）出来事が公訴事実である。従って、公訴事實は、ある範囲の外界的出来事と一定の法律的観点との総合的所産だといわねばならないのであり、……〔中略〕……公訴事實が出来事と法律的観点との二要素から成ると考えられる以上、その同一性もこの出来事の面と法律的な面との二つによって決定されるものといふべきである。私は、このような観点からして、一方では事実的な面において行為態様の類似性が認められ、他方で法律的な面で指導形象としての構成要件の類似性が認められる場合に、公訴事実の同一性が肯定されると考えている」<sup>32</sup>。

「行為態様の類似性」が認められても、同時に「構成要件の類似性」がなければ「同一性」は否定されるのであるから、この説も、構成要件を指標とする説のひとつと看做してよいであろう。

なお、鴨教授も、「基本的事実説のように法的評価以前の歴史的事実を基準とすることは訴訟の客体そのものの性格を無視する」<sup>33</sup>ことだと批判されたうえ、訴訟法的観点に刑法的観点を加えた独自の所説を展開されている。

(Ⅱ) 前法律的事実説

① 基本的事実関係同一説 前章第四節にみた判例の採用する基準である。

② 社会的嫌疑説 平場博士の提唱される見解である。博士は、「……公訴事実の同一性は、むしろ一定のひろがりを持った事実の範囲として観念せられるべきで、構成要件の法的評価に拘束される必然性はない。というのは、現行法では、公訴事実の同一性は、訴えられたものに対して裁判し、確定したものの効果が及ぶという関係にはないからである」<sup>34</sup>として、(Ⅰ)ではなく(Ⅱ)の見地に立つことを明言される。このような立場から、博士は、歴史的事実の同一説に

賛意を示し、これを「一層適切」に「社会的嫌疑の同一」と言い換えられる。ここに「社会的嫌疑」とは「社会的な問題」観念の世界の出来事である。それは「法的」嫌疑ではなく「社会的」(つまり事実的側面に重点がある)であり、主観的「嫌疑」ではなく「端的に嫌疑の内容である客観的事実」を言う。

③ 法益侵害同一説 ②説の方向を受け継ぎ、さらに判例の詳細な分析を素材に「法益侵害」を基準にすべきことを主張されたのは鈴木教授である。教授は②説の提示した「社会的問題」という視点をさらに純化して把握すること「公訴事実」を捉えなおそうという観点から、まず多数の判例の分析から「法益侵害の同一性」と「犯罪の非両立性」という二つの基準を帰納する。そしてこの二つの基準は、「それぞれ別個の基準ではなく、訴訟の対象たる社会的問題を法益侵害の基軸として捉え、公訴事実の同一性を、『一定の法益侵害について被告人による犯罪的関与があったか否か。また、あったとすれば、それは如何なる犯罪か』(簡単にいえば、「一定の法益侵害に関する被告人の犯罪の存否」という社会的問題の同一性として把握することによって、理論的に統合しうる」とし、「右の前提から出発するならば、『法益侵害の同一性』の維持される限り『社会的問題の同一性』も維持され、したがって、『公訴事実の同一性』が認められることになる」と論結する。<sup>35)</sup>

しかし、公訴事実の同一性を問題にするのに、すぐれて実体法的概念である「法益」を基準にすることには疑問が持たれる。「法益」が異なれば「社会的問題」も別個ということになると、とりわけ特別刑法違反の場合などにおいて、一事不再理の客観的範囲は狭隘なものにならざるを得ないであろう。

### (Ⅲ) 機能概念説

この立場を、(ⅠⅡ)と並列的に置いたのは、便宜的なものであって、本来は別個に位置づけられるべきものであろう。この(Ⅲ)説は、「公訴事実」が実質的な社会的・法的基盤をもったものであることを否定し、その「同一性」に単なる

便宜的な機能概念以上の意味を認めない立場である。ただ、以下にみるように、これらの論者のあげる基準自体は(Ⅱ)説に極めて近く、その基本的立場との論理関係がやや不明瞭にも思われる。

### ① 訴因共通説

平野博士のこの所説の問題点については既に触れたが、博士があげる具体的基準は、訴因の「基本的部分」すなわち「行為または結果のいずれかが共通であれば、公訴事実は同一であると考えてよい」とされるのである。その場合、単なる行為または結果だけの一致では足りず——前章第四節【3】判例を批判しつつ——「一つの訴訟の対象は日時、場所の点で重なりあったもの、あるいはかなり近接したものでなければならぬ」と述べられているところからみて、実質的には、(Ⅱ)①説と同じとみてよいであろう。

### ② 刑罰関心同一説

田宮教授は、先にも触れたように、基本的に右①説に従って「公訴事実」が觀念形象としても事実ではないとの立場をとるが、他方、その基準については、平場博士の所説(Ⅱ)②に示唆されて「刑罰関心の同一」という指標を考案された<sup>36)</sup>。具体的には、「同一性の基準としては、比較される訴因と訴因が両立しうるかどうかの択一関係が基本的な指標とならざるをえない。その択一関係とは、抽象的なある構成要件とある構成要件の比較ではなく、訴因の内容たる具体的事実がかりに両方とも認められたとして併存しうるか否かの個別的判断である<sup>39)</sup>」。その判断のためには、「罪質の近似性、日時・場所の近接、地理的關係などの具体的事情が関連性をもつことはいうまでもない<sup>40)</sup>」と言うところをみると、①説のライン上に位置しつつも、次の③説とも強い親和性を有するようである。

### ③ 総合評価説

松尾教授も、右①②の線に沿って訴因と訴因の比較の機能概念として「同一性」を考える<sup>41)</sup>。その場合の要素として、「犯罪主体としての被告人のほか、犯罪の日時、犯罪の場所、犯罪の方法ないし行為の態様、被害利益の内容、その主体としての被害者、共犯関係などが考えられる。これらのうち、いずれか一個だけの変動にとどまる場合は、かなりの程度まで『同一性』を肯定できよう。逆に、二個以上が変動する場合は、各要素間に、一致、類

似、近接、包含等の関係を求める必要が増大する。同一性の判断は、これらの要素間の関係を総合的に評価し、検察官と被告人との間の対立利益を比較考量して決定される<sup>(42)</sup>と。

これは、極力具体的妥当性を図る意図にでた基準と思われるが、逆に「基準」として有すべき明快さを欠く憾みがないではない。

#### 四 公訴事実の単一性

公訴事実の同一性(広義)の一範疇として「単一性」なるカテゴリーを認めること、及び単一性が罪数論に一致することについては、判例・通説の合意がある(但し、「単一性」は講学上の概念に止どまる)。「罪数論」の結果、単一性が肯定されるのは、立法上の罪数論、解釈上の罪数論と仮りに分けることが許されるとすれば、前者として「科刑上一罪」<sup>(43)</sup>「常習犯」<sup>(43)</sup>「営業犯」など、後者として「包括一罪」<sup>(43)</sup>「継続犯」<sup>(43)</sup>「法条競合」などである。「法条競合」については、狭義の同一性に組み込む見解がある<sup>(43)</sup>。

「併合罪」は、問題としては単一性の問題だが、単一性が否定される場合である<sup>(45)</sup>。

しかし、果たして右のように単純に割り切ってよいのか、疑問がないではない。松尾教授は、かつて、「併合罪」のうち両罪の関係が密接な場合に憲法三九条が問題になりうることを示唆されたうえ、「刑法上の罪数論は、憲法三九条の趣旨だけに忠実なように構成されているわけではないから、刑法上は別罪と判断される場合でも、憲法にいう『同一の犯罪』にあたることがないとは断定できない」という指摘をされたことがある<sup>(46)</sup>。他方、これとは逆の方向からの疑問も出されている。すなわち、刑法(特別刑法も含む)上一罪とされていれば、常に、一事不再理効が一罪の全部に及ぶのか、という疑問である。特に、一罪の一部について同時審判の可能性のない場合につき、青柳教授から、一事不再理効を制限しようという有力な見解が出されているが、これについては次款以下で詳細な検討を予定している。その他、

一罪を広く認めることへの訴追側の危惧を示すものとしては、常習累犯窃盜と窃盜目的の住居侵入罪（窃盜の着手に至らず）が一罪であるかが争われた事案で、檢察官が上告趣意の中で、「〔一罪とすると〕常習累犯窃盜犯人に該当すべき者がたまたま住居侵入の現行犯人として逮捕されたという場合に、他の窃盜余罪を発見しないかぎり、法定刑の軽い住居侵入の罪で罰金または短い懲役刑で処罰され、その後<sup>47</sup>に常習累犯窃盜を構成する多数の窃盜余罪が発覚しても、すでに既判力が及んでいて重ねて訴追することは許されない」ことになって不当だと主張したものが<sup>47</sup>ある。罪教論が既判力論としても重要であることが、示されている。

しかし、ここでは松尾教授の指摘された問題、すなわち、併合罪の関係にある両罪が密接な関係にある場合の「単一性」の擬律の問題を、(I)罪教論から離れて訴訟法レビューで解決しようとする見解と、(II)罪教論との一致は貫いて実体法レビューで解決しようとする見解に分けて概観する。

#### (I) 訴訟法レビューで解決する説

この見地は、既に前章第三節の各論者の基準に、その淵源をみることができるとは、青柳教授が証拠同一の原則により併合罪の一定の場合（強盜と手段として用いた銃刀法違反、贓物故買と窃盜教唆など）に同一性（単一性）を認め（旧説）、齋藤判事は「訴訟法の自主性」を主張して、右の青柳教授の挙げる例のほか、密入国罪と貨物の密輸入罪の併合罪の間にも公訴事実の同一性を認めていた。これらは罪教論から一事不再理の客観的効力を解放しようとする点で、示唆に富むものであった。<sup>48</sup>

伊達教授は、右の齋藤判事の所説に対し、「その結論の具体的妥当性においてまことに正当な主張」としながらも、罪教論＝単一性の分離に反対する。しかし、窃盜教唆と贓物罪の事案に関しては、併合罪を前提にしつつ、「窃盜教唆の基礎において、窃盜教唆と共に併せて贓物罪についてまで有罪認定をすることは、公訴事実の同一性の範囲を逸脱す

るものではあるが、起訴事実である窃盜教唆の認められない場合において予備的訴因である贓物罪を認めることは何等同一性を害するものではない。何となれば両者は同一目的物の領得行為に對する関与行為としてその基本的事実關係を同じくするものであるから」として、無罪の場合のみ同一性を認めるが、有罪、無罪を区別する理由がよく説明されていない。<sup>(49)</sup>

解釈による訴訟法独自の単一性論として、平場博士の、解釈による「連続犯」論も忘れてはならない。博士は、社会が数個の行為の全体に對し包括的に関心を示し、その個々の行為に重要性を認めない場合、一個の判断を示せば足りるとする見地（社会的嫌疑説）から、「解釈上事件の単一性を認めるべきものに連続犯がある。これは元来一罪として処断されていたが、昭和二三年の改正により削除された。連続犯を併合罪として刑を加重する理由はあろう。然し、連続犯のばあい、やはり社会的関心はその個々の行為につき重要性を認めないのだから、包括的に一個の判決で足りる筈である。又、連続犯の事実の一部が判示に漏れたばあい、再訴を許し、再び有罪判決を受けさせるのは被告人にとつても酷である」と主張された。<sup>(51)</sup>客観的効力を考えるうえで、含蓄深い理論であるが、今日では「包括一罪」として扱う方が適切である。<sup>(52)</sup>

萩原判事は、併合罪の特殊な場合（といつても実務上稀れではないのだが）、すなわち住居侵入後二個の殺人を犯した被告人に關して、住居侵入を表面に出さずに二個の殺人を併合罪と扱うことを認める実務の大勢に反對し、一事不再理効を及ぼそうと主張された。<sup>(53)</sup>

立法上の罪数論に關しては、連続犯廃止立法に参画された中野次雄教授が、廃止当時、観念的競合を「連続犯に做つて数罪ということにしても、憲法三九条との關係で、これを分断して処断することには大きな制限があると考えざるを得ない」と言われた点は、注目される。教授のこの指摘は、憲法三九条との關係で、罪数に關する立法にも一定の制約



があることを教えてくれる。

最近では、高田昭正助教、筑間正泰助教が、併合罪の一定の場合に、一事不再理効の及ぶことを示唆されている。<sup>(55)</sup>

(II) 罪数論との一致を貫く説

右の見解のように、罪数論と単一性を分離してしまうと、単一性の基準が曖昧になるといふ批判を受けるかもしれない。この問題のほか、(I)説のもつもうひとつの問題点は、一事不再理効の問題を捨象した罪数論の空しさであろう。従来の刑法学説が、一事不再理の問題をどの程度意識して罪数を論じてきたかという点は別にしても、罪数論が極めて実践的・実務的な問題でもあることは、反省されてよい。また、その意味で以下の二人の実務家の論旨から学ぶべきものは、少なくない。

坂本判事は、次のように言われる。(I)で問題とされた例、窃盜教唆(幫助)と贓物罪を例にとると、(I)の各説は併合罪であることを前提としている。しかし、「右の両罪が併合罪であるかどうかは学説上争いのあるところであって、単一罪とするものや牽連犯とするものが有力に主張されているのである。わたくし自身も牽連犯説に賛成しているのであるが、もし一罪の關係にあることになれば、公訴事實は同一であるということになるわけである。〔斎藤(朔)〕博士や〔伊達〕教授が同一性を肯定しようとして、いろいろ努力を払われているにもかかわらず、なおそこに理論的でないものがあるのは、むしろ両罪を併合罪とされていること自体に問題があるためではなからうか」<sup>(57)</sup>。

また、広瀬健二氏は、「刑罰権の一個性の前提となる罪数判断については従来の判例には問題もある」として同じ例を挙げたうえ、「本来同時訴追されるべきものが単一性を否定されたり、再訴が許容されるべきものが単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、むしろ罪数論を検討すべき場合が多いと思われる」と指摘される。<sup>(56)</sup>

右の(Ⅰ)、(Ⅱ)の方向の違いは、同じ問題意識から出発しながら、解決を訴訟法レベルで行なうか(Ⅰ)、実体法レベルで行なうか(Ⅱ)の相違に由来するものといえよう。そのいずれが妥当かという問題も含め、次節で私なりの一事不再理・客観的効力論を展開することになっているが、その前に、基本的には(Ⅰ)の方向に立って単一性を限定しようとする青柳教授の所説を検討しなければならない。

- (1) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)』(一九七九年)二四九頁。この点の指摘は古くからなされていた。たとえば、横川敏雄「審判の範囲と訴因及び公訴事実」『法律実務講座・刑事編』五卷(一九五四年)八七八頁以下、平野・前掲書一三九頁、なお小瀬保郎「公訴事実の同一性」『ジュリスト増刊・刑事訴訟法の争点』(一九七九年)一三九頁など。
- (2) 平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』(一九六四年)一一五―一一六頁。
- (3) 平野・前掲『刑事訴訟法』一三九頁。
- (4) 田宮編・前掲書五九六頁〔田宮執筆〕。
- (5) 平場・前掲「公訴事実の同一性」六〇頁。
- (6) 同右・六一頁。
- (7) 鈴木・前掲書三八一頁。
- (8) 高田・前掲「一事不再理の客観的範囲」七〇頁。
- (9) 坂本武志「公訴事実の同一性について」『司法研修所創立十五周年記念論文集』下巻(一九六三年)三七八頁。
- (10) 同右・三七九頁。
- (11) 香城判事による批判である(前章第四節註(15)八九―九〇頁)。
- (12) 団藤・前掲書(前款註(5))一四七頁。
- (13) 同右・一四九頁。
- (14) 平野・前掲書(註(3))一三五頁注(一)。
- (15) 田宮編・前掲書五九九―六〇〇頁〔田宮執筆〕。
- (16) 同右・六〇一頁。

- (17) 同右。なお、同六〇二頁注(21)参照。
- (18) 同右・六〇三頁。
- (19) 鈴木・前掲書二一九頁。
- (20) 同右・二二〇頁。
- (21) 田宮編・前掲書五八七頁〔田宮執筆〕。したがって田宮教授によれば、科刑上一罪の範囲内では、訴因変更の問題は起らず、補正によることになる(六〇三頁)。
- (22) 鈴木・前掲書二二〇頁。
- (23) 同右。
- (24) 実務が、構成要件ごとに一個の訴因を認めることに對し、鈴木教授は、「私も、このような理解が議論を錯雑化しないために有用であるし、訴因の性格にもふさわしいと考える。ただし、訴因の重要な意義は、ある事実を主張するとともに、その犯罪としての可罰的評価を示すところにあると考えるからである」(同右)と言われる。同感である。
- (25) 小田中聡樹「公訴事実の単一性について」『Law School』五一号(一九八二年)九八頁。
- (26) 同右・一〇二頁。
- (27) この(1)の見解の対立は、旧法時代にその淵源をたずねることが可能であろう。すなわち、旧法時代、審判の対象としての「公訴事実」を法律的なものとみるか、前法律的なものとみるかが争われ、前者の代表が(1)の(1)の小野博士であった。後者に立つ論者として、まず、島方武夫『刑事判決書の研究』(一九四一年)を挙げることができる。島方判事は、公訴事実を「社会現象」と捉え、検事の主張する罪名の表示も「単に社会現象を識別するに役立つべき一つの目じるしに過ぎない」(同書一八四頁)と言われている。
- (28) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(一九五三年)一五二—一五三頁。第二章にみだ法的事実説が想起される。
- (29) 団藤・前掲書一五一頁。
- (30) 同右。
- (31) 同右の、他の例として、内乱予備と殺人予備、収賄と恐喝のそれぞれの間について、小野博士とは異なり、同一性を肯定される。また、団藤博士は、同一性判例についても支持を与える。以上からみると、団藤博士にあっては、「構成要件」と言っても、その事実的要素の共通性が中心に考えられているようにも思われ、そうだとすると、実質的には(1)説に近い見解といえそうである。

- (32) 高田卓爾「刑事訴訟法」(改訂版)(一九七八年)一三三—一三四頁。
- (33) 鴨良弼「公訴事実の同一性」『総合判例研究叢書刑事訴訟法』(一九五八年)九—一〇頁。
- (34) 平場・前掲論文六五頁。
- (35) 鈴木・前掲書二二—二三三頁。
- (36) 平野・前掲『刑事訴訟法』一三九頁。
- (37) 平野・前掲『刑事訴訟法の基礎理論』一一三—一四頁。
- (38) 田宮編・前掲書六〇七頁(田宮執筆)。
- (39) 同右。しかし、「刑罰関心の同一」ということから「非両立性」ということが理論的に如何にして導出されるのか。香城判事はこの点を批判され、たとえば、「両立しない窃盜の訴因と贓物罪の訴因に公訴事実の同一性があるのは「刑罰権が一個であるからなのではなく、事実認定上の判断が矛盾するからである」(前註(11)八三頁)と言われる。「非両立性」基準の基礎づけに関する私見については、次節第二款参照。
- (40) 田宮裕『三訂版刑事訴訟法入門』(一九八二年)一五二頁。
- (41) 松尾・前掲書二五〇—二五一頁。
- (42) 同右・二四九頁。
- (43) 改正刑法準備草案一七条に「包括一罪」規定が置かれたが、改正刑法草案ではこれは削除された。
- (44) 鈴木・前掲書二三三頁。
- (45) 前章第四節【14】【15】判例参照。
- (46) 『注釈刑法(2)のⅡ』(一九六九年)六〇四頁(松尾執筆)。その後の教授の概説書によれば、「一罪の場合を『単一』とするのも、必然性のあることではない」(西ドイツの学説・判例では、併合罪の場合も『単一』でありうると考えられている)(松尾浩也『刑事訴訟法(上)』(一九七九年)二九二頁)とされる。併合罪の一定の場合に「単一性」を認めようとの論旨であろうか。
- (47) これに対し、最高裁は、結局一罪を認め右主張を斥けた、最判昭和五五年一月二三日刑集三四卷七号七六七頁。
- (48) 第四章第三節第二款参照。
- (49) 伊達秋雄「公訴事実の同一性——最近の論説に因んで——」『ジュリスト』六五号(一九五四年)八頁。

- (50) この点、坂本判事が批判されている（前註（9）三八九頁）。なお、その後公刊された伊達教授の概説書では、本文の事例には特に触れることなく、公訴事実の単一性は「刑法の罪数理論によるべきである」とされる（伊達秋夫『刑事訴訟法講話』（一九五九年）一三六頁）。
- (51) 平場安治『改訂刑事訴訟法講義』（一九五四年）一二四—一二五頁。
- (52) 前章第四節【16】判例参照。
- (53) 萩原太郎「訴因と罪数——起訴にかかる二個の殺人が一個の住居侵入の結果である場合」『刑事実務ノート』二卷（一九六九年）六四頁。
- (54) 中野次雄『逐条改正刑法の研究』（一九四八年）八九頁。
- (55) 高田昭正「一事不再理の客観的範囲」『法学雑誌』二三卷二号（一九七六年）九三頁、筑間正泰「一事不再理の客観的範囲についての一考察」『法学研究』四九卷一号（一九七六年）一九〇頁。なお、田宮教授も、最近の論稿の中で「併合罪の關係に立つ数罪であっても、相互に密着しているため社会的觀察上は一個の事象とみられ、同時捜査・同時立証が通常であるような場合には、同時訴追義務が生ずることがあるのではなからうか」と言われている（田宮裕「既判力・再論」『法学』四七卷五号（一九八四年）二〇八頁）。これまでの田宮教授の所説を大きく踏み出すものといえようか。
- (56) 刑法の罪数論において、一事不再理の問題が全く意識されてこなかったわけではないと思われる。しかし、刑法学者のこれまでの罪数論に一事不再理の観点で明示的に示されたことは少なく、示された場合でも、それは「第二次的」問題にすぎないとされたり（中山善房「罪数論の現状」中野次雄判事還暦祝賀『刑事裁判の課題』（一九七二年）一七〇頁）、重要性で刑罰の軽重の問題の方が優るとされたり（内田文昭『刑法Ⅰ（総論）』（一九七七年）三三四頁）してきた。
- (57) 坂本・前掲論文三九〇頁。
- (58) 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。

一 公訴事実と訴因の間隙を埋める理論の樹立に学説が苦吟しているとき、これに最も鋭いアンチ・テーゼを打ち出したのは、青柳教授であった。教授は、前著『犯罪の個数の訴訟法的考察』<sup>(1)</sup>の五年後、そこに展開した旧説を發展させ、新しい「刑事既判力の客観的範囲」論を発表した(一九五六年)。ここでは、旧著の特徴をなした「訴訟法的考察方法」一辺倒から、図式的に言うと、公訴事実と実体的考察方法、一事不再理の範囲と区別し、その結果、旧説と異なり公訴事実と一事不再理の範囲がくいちがうこととなった。<sup>(3)</sup>教授の新説を以下、「新青柳説」と称することにする。ただし、その具体的帰結の相違自体は、以下にみるように新説と旧説で必ずしも大きなものではない。

(1) 「刑法は、併合罪の場合には必ずしもつねに同時に審判されないことを予定して規定を設けているが、その他の場合には何らの規定も置いていない。本位的一罪または科刑上の一罪は同時に審判されることが多いことは事実であるが、そうでない場合も決して少なくない。そのような場合に刑法が同時審判を予想しているからというだけの理由によってつねに既判力を及ぼさせて何ら疑いはないものであろうか」<sup>(4)</sup>。

青柳教授は、まず、このように問題提起する。教授のあげる既判力を及ぼすことに疑問な場合とは、「本位的一罪については一定の構成要件が数個の行為を予想している常習犯、職業犯、営業犯の場合、接続犯を従前の連続犯に近い觀念にまで拡張すればその場合にも、その他継続犯についても起り、科刑上一罪については観念的一罪の場合および牽連犯」などの多くの場合に問題になる。そしてこのような場合に、通説は、裁判官によって評価されなかった部分の事実

についても審判の対象になりえたという理由で既判力を及ぼすが、しかし、審判の対象とすることが「法律上不能であり、または事実上不能であった場合には、同時審判の可能性は存在せず、通説の根拠も失われるように思われる」<sup>(5)</sup>。「例えば牽連犯の一方が親告罪であり、それについて告訴を欠く場合においては同時審判は法律上不能であり、麻薬の不法所持罪についてその所持の場所を異にし、捜査機関、裁判機関によっても全く同時の捜査、審判が不能であった場合には、同時審判は事実上不能であった」<sup>(6)</sup>として、この不能部分には既判力は及ばないと言う。

(2)以上は、公訴事実(単一性)より一事不再理の範囲が狭くなる場合であるが、逆に、次の場合には公訴事実の枠を超えて一事不再理を認める。すなわち、「被告人が公訴事実の範囲に属しないような犯罪を行なったものとして、それが量刑に斟酌されたと認めるべき場合においては、被告人は既判力による保護を受けるべきである」<sup>(7)</sup>というのが、この主張である。青柳教授はその例として、「業務上過失致死と道路交通取締法違反の轢逃げ」「刀を所持する銃砲等所持禁止令違反とそれを用いての強盗」「強盗予備と拳銃の不法所持」などを挙げるが、以上の帰結が認められるのは「公訴事実の単一性、同一性の範囲外の事実が事実上審判され、有罪として量刑に酌量されたと判断される場合について」<sup>(8)</sup>だけだというのだから、一事不再理の拡張は、ごく限られた場合にしか認められないことにならう。

(3)その後教授は、「常習犯か常習犯人か」<sup>(9)</sup>(一九七〇年)という論文で、各種常習犯罪を分析検討したうえ、常習累犯窃盗と常習暴行について、一事不再理を制限する見解を発表している。

二 この(新)青柳説は、学説の系譜という点からみると、戦前の中川、宮本、戦後の井上(正)、中村、斎藤(朝)など一連の一事不再理制約理論と軌を一にするものと位置づけうるが、青柳教授の論稿が比較法を踏まえた周到な論理と実務感覚に裏付けられたものであったこともあって、その後の学説、判例に与えたインパクトは小さくないものがあった。

横井検事は、青柳教授の一九五六年論文を紹介した後、「この説は、同時審判の法律上または事実上の不能というこの意味が必ずしも明確でない点になお検討の余地があるが、私は傾聴すべき意見であると思う<sup>(1)</sup>」と言ひ、従来通説に従っていたが「青柳教授の極めて実際に即した研究を得て私もその方向で考えてみようと思うようになったのである<sup>(2)</sup>」と結んでいる。

石川教授は、特に観念的競合の場合について、「訴訟法的考察方法」の見地から、その一部についての判決の既判力（一事不再理）は告訴のない親告罪部分まで及ばないとする所説を発表され<sup>(3)</sup>、吉田（常）教授も同様の結論を示された<sup>(4)</sup>。また筑間助教授も、独特の一事不再理の理論に立って、青柳説に賛成している<sup>(5)</sup>。

三 しかし、新青柳説に弾みをつけたのは、何と云っても、東京地裁昭和四九年四月二日判決であった<sup>(6)</sup>。同判決は、青柳説を採用して「既判力の範囲を公訴事実のそれよりも狭く解すべき場合のあることを認められた点で、おそらく最初の裁判例<sup>(7)</sup>」として重要なものといえる。

事案は、「被告人が無免許で、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、その他人の氏名を偽称して免許を有しているように装い、酒気帯び運転の罪についてだけ発覚、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」というものである。

判決はまず、両罪が観念的競合であることを認めたらうえ、次のように判示した。

「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裁判の既判力は他の罪についても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、その一部の罪についての確定裁判の既判力は他の罪については及ばないと解すべきであつて、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關係にある数罪に関して、確定裁判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つ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裁判の既判力は、他の罪については及ばないと解するのが相当である」

この判決は、特に検察サイドから、好意的に迎えられた。

白井検事は、「本判決のもつパイオニア的意義はきわめて大きく、この判決に示された考え方が上級審でも支持されるとともに、それにそつた理論的發展がみられることを切に期待したいものである」と評価しているし、土本検事、伊藤検事、横井検事も右判決を絶賛している。ただ、横井検事は右判決の言う既判力の制限について、エストoppelなどではなく、「その制限の根拠は何よりも交通事件捜査処理手続の特異性に求めるべきものと思う」と述べているのは、右判決の射程範囲を限定しようとするもののようにも読み取れ、注目される。

四 この、近時次第に有力化しつつある「少数説」を批判検討する前に、その論者らがしばしば口にする「正義」という論拠について、考察を加えておく。

白井検事は、科刑上一罪の一部についての判決の一事不再理効が常に残部に及ぶとする通説は、「ときに不当に犯人を利し、正義の要請にそむく結果を招く」と言う。この点、青柳説の「最大の長所」は、——土本検事によれば——

「本説が、国民の正義感情に合致する既判力理論の樹立を旨としたものであるということである。被告人を不当に苛酷に取り扱うことも被告人を不当に厚く保護することも国民の願う正義ではない。罰せられるべきを罰し、罰せられざるものを罰しない」、重かるべきを重く、軽かるべきを軽く、これが国民の期待する正義である。この正義の基本的図式が既判力論にもあてはまるように組み立てられなければならない」と。

この「正義」という概念は、戦後間もない頃の一事不再理制約論の中にも用いられているが、その共通に意味するところは、結局は、本稿で私が繰り返し「処罰の確保」「治安の維持」と言っていることと同じである。中立的な「正義」というよりは、訴追者側すなわち国家にとっての「正義」であることに注意しなければならないであろう。

(1) 本書に展開された教授の理論は、既に前章第三節第二款にみた。

(2) 青柳文雄「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)七七三頁(同『犯罪と証明』(一九七二年)所収)。

(3) 青柳教授自身、この改説に関して後に次のように述べておられる。

すなわち、当初、訴訟法的考察方法を基軸に考えたが、「しかし、その後更に考えた上で公訴事実はその上に審理を展開しなければならない基礎であり、明確を要するものであるから、実体的な考察に従い、一事不再理の範囲は、過去の審理を受けた被告人をどの程度に保護すべきかということであるから、訴訟法的考察方法に従うことにし、右資料(司法研修所資料四号Ⅱ旧説(引用者注))の立場である公訴事実と一事不再理の範囲をとくに訴訟法的に考察するのは改めることにして、岩松裁判官還暦祝賀論文集ではこの立場によって私見を展開した」(青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論(上)』(一九七六年)四六〇頁)。

(4) 青柳・前掲論文七九九頁。

(5) 同右。

(6) 同右。

(7) 同右・八二五頁。

(8) 同右・八二七頁。

- (9) 青柳文雄「常習犯か常習犯人か」『研修』二八〇号(一九七〇年)三頁〔同「犯罪と証明」(一九七二年)所収〕。
- (10) 中川孝太郎「申告罪の告訴」『法学協会雑誌』二四卷七号(一九〇六年)八六七頁、宮本英脩『刑法大綱』(一九三二年)二一九—二二〇頁、井上正治『新刑事訴訟法原論』(一九四九年)二六五—二六七頁。中村、斎藤両氏の見解は、既に前章第三節第二款にみた。
- (11) 横井大三「刑訴裁判例ノート(4)公判」(一九七二年)二五四頁。
- (12) 同右。
- (13) 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』三〇卷三号(一九六四年)九一頁。
- (14) 吉田常次郎「公訴不可分原則」『刑事訴訟法基本問題46講』(一九六五年)一八七頁、特に一九三頁(一)。
- (15) 筑間正泰「一事不再理の客観的範囲に関する諸問題——罪数を中心として——」『政経論叢』二六卷五号(一九七七年)二五一頁。
- (16) 判時七三九号一三一頁。
- (17) これは前註(16)のコメントからの引用であるが、本判決が青柳説を採った初めての裁判例であることの指摘として他に、伊藤栄樹「刑事判例研究」52「『警察学論集』二七卷八号(一九七四年)二三一頁。
- (18) 臼井滋夫「判例研究・観念的競合の関係にある甲・乙両罪のうちの甲罪に対する略式命令の一事不再理の効力は隠れた乙罪にも及ぶか」『研修』三二五号(一九七四年)四六頁。
- (19) 土本武司「訴因の拘束力と既判力の範囲」『司法研修所論集』五五号(一九七五年)八七頁。
- (20) 伊藤・前掲註(17)二三一頁。
- (21) 横井大三「既判力の主観的範囲と客観的範囲」『研修』三二〇号(一九七五年)五一頁。
- (22) 同右・五三頁。横井検事の言われるように、「このような道義的非難に値する行為であっても、刑事手続では比較的大目に見られるのが一般である」(同所)管で、エストッペルの強調は、被疑者・被告人に過大な要求をすることになってしまふ。
- (23) なお、本件地裁判決は、控訴、上告がなされたが、控訴審上告審とも、先の略式命令の名宛人は氏名の被冒用者であって「略式命令は冒用者である被告人に効力を生じない」としたため、一事不再理効の例外というここでの論点に関して「あるいは最高裁において判断が示されるかも知れない」(大久保太郎「審担当裁判官」『交通事故の罪数』『警察学論集』二八卷四号(一九七五年)八五頁)という期待は裏切られた。

なお、右上告審である最決昭和五〇年五月三〇日刑集二九卷五号三六〇頁につき、『警察研究』五三卷四号(一九八二年)八一頁(井

上正仁評釈」。

(24) 註(23) 井上評釈八二頁。

(25) 臼井・前掲評釈四〇頁。

(26) 土本・前掲論文八五頁。

(27) 前章第三節第二款の諸論者についてみると、同時訴訟ないし審判できないのに再訴を許さないのは、「社会の正義をも侵害」(中村

(英)・前掲論文八四頁)するものであり、またそのようなことで「正義の要求が満足されるであろうか」(川口・前掲論文一六六頁)、

あるいは不当に犯人に利益を与えるのは、「刑事訴訟法を支配している配分的正義の許さないところである」(斎藤(朔)・前掲論文四四頁)、といった用いられ方をしている。

(28) たとえば、青柳教授が連続犯廃止を「正義」の観念で合理化する次の叙述を参照されたい。

「……すでに旧刑訴の下において連続犯についての判例の態度があまりに実体法的考察に傾き過ぎ、ついに刑訴応急措置法の実施を機会に連続犯の規定そのものが廃止されるに至ったのも、極度の抽象化が現実と遊離し、正義の要請と矛盾するに至ったからというべきである」(青柳・前掲「刑事既判力の客観的範囲」八〇一頁)。

法における「正義」の問題に関しては、田中成明「正義の実現と裁判の役割——チソソ水俣病川本事件控訴審判決の問題提起をめぐって——」『判例タイムズ』三五四号(一九七八年)〔同〕裁判をめぐる法と政治(一九七九年)所収〕四頁が示唆に富む優れた論稿である。

#### 第四款 新青柳説批判

一 新青柳説及び支持判例が、多分に現実的な実務感覚を背景にしていることは、先にみた「正義」の強調からも明らかであるが、他方、同じ実務感覚にもとづいた批判も、強力になされている。

角谷判事は、新青柳説のように「事実上同時審判を請求する可能性があったかどうかを基準とすることになると、当

該被告人の前科、前歴、前件当時の捜査官に対する供述態度などの被告人側の事情並びに担当捜査官の捜査能力、当時の捜査態勢、余罪捜査の状況など捜査官側の事情等、いずれもきわめて個別性の強い幾多の要素を総合して既判力の範囲を確定しなければならぬこととなり、既判力制度の画一性を害するばかりか、被告人の立場をきわめて不安定なものにするおそれがある<sup>(1)</sup>と批判する。しかも、「被告人が前件当時余罪を秘匿していたこと等による捜査の困難を理由に既判力の及ぶ範囲に例外を設け、被告人に不利益な結論を認めるのは、黙秘権等を保障した法の趣旨にそむくことにもなりかねないであろう<sup>(2)</sup>。しかし、問題は黙秘権だけに止どまらない。高田昭正助教が指摘されるように、「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のだろうか<sup>(3)</sup>」との疑問は拭い切れないように思われる。この点、田宮教授はより断定的に（例外的に再訴を認めることは）「現在の再審法制に矛盾して、無制約の不利益再審を肯認するに等しい事態を招く<sup>(4)</sup>」と批判されるほか、さらに次のように言われる。すなわち、このような立場は「訴追側にしてみれば、広げようと思えばいつでも審判の範囲を広げることができる一方、それが不可能なら再起訴でやりなおしがきくということを意味するわけで、官憲優位のご都合主義といわれてもしかたがあるまい。それは、『審判の事実的可能性』を基準とする考えにほかならず、必罰主義の要請の前に被告人の法的安定性への配慮を譲った、あまりにもバランス感覚を失した考え方であろう<sup>(5)</sup>」と。

二 青柳教授の所説は、実体的真実発見を重視する実務的な（必罰的）「正義」感と、それを論証する英米、独、仏の比較刑事訴訟法によって成り立っていると云える。後者の比較刑事法のうち、英米法、ドイツ法を素材とする論証に關しては、既に高田助教が批判的検討を加えているところでもあるので、ここでは、教授が論拠のひとつとされるフランス法について述べる。

青柳教授が、論文「刑事既判力の客観的範囲」を世に問うたのは一九五六年のことであった。すなわち、法的事実説

を否定し自然的事実説を採用した破棄院判例の出た二年後であることもあって、教授の紹介する「判例」(旧判例の法的事実説)は「正義に反することになることを恐れて」学説を受け入れず、「重罪裁判所において謀殺として無罪判決確定後軽罪裁判所に対してされた過失殺の訴追は、有効であるとする」との理解が示されることになる。そして、フランス法における既判力の範囲は、「正義の維持と被告人の保護との調和」が考慮されていると言われる。しかし、その後のフランス法の発展が、確実に「正義」より「被告人の保護」を優越させる方向にあることは、既に本稿に詳細に展開されたとおりである。

フランス既判力論争の出発点となった一八一二年の破棄院の判例変更の最大の契機は、治罪法典になって裁判長の補充設問義務が消滅したこと、すなわち同時審判義務構成が不能となったことであった。新破棄院判例(法的事実説)によっても、たまたま裁判長が別の罪名を補充設問として提出すれば、これについては既判力が及ぶ。しかしこれでは、ペローの言うように、「既判力の範囲が、……設問を提出する重罪院裁判長の示しうる聡明さに、多かれ少なかれ依存することになるのは、実際奇妙である<sup>(8)</sup>」。とすれば、同様にわが国で、捜査官側の能力、事情によって一事不再理の客観的範囲が異なってくるというのも、奇妙なことであろう。否、「奇妙」にとどまらず、「被告人の立場をきわめて不安定なものにする<sup>(9)</sup>」と言わざるをえない。そして、フランスでは、既にみたようにこの問題は、歴史的に(立法レヴェルでも)被告人に利益に解決済みといつてよい。

青柳教授は、一事不再理の本質を、「実体判決および免訴判決の確定によってその判断内容の確定したことによって生じる<sup>(10)</sup>」確定力と捉え、客観的範囲についてはエストoppel<sup>(11)</sup>ということを強調する。ここでは、被告人の地位ないし人権という一事不再理の本質が忘れ去られ、エストoppelというかたちで、黙秘権など被告人の防禦権まで脅しかねない必罰志向が貫かれている<sup>(12)</sup>。教授が、せつかく一事不再理を「中世までにあった嫌疑刑とか、仮放免の制度を脱皮してで

き上がったもの」<sup>(13)</sup>と措定しながら、その自由権的性格を見逃がしているのは残念である。

さらには、新青柳説は、社会の複雑化に伴う刑罰法規のインフレーションの時代に即応しないものである。特別刑法、行政刑法の増加に伴い、一個の自然的行為に複数の罪名が適用される場合は、今後増えこそすれ減ることはないであろう。そうなると、「事実上同時審判が不能」な場合が益々多くなる。その場合に、再訴をすべて許していくのでは、余りに被告人の地位を不安定なものにしてしまう。そもそも、「法的事実」説は、陪審の不当な無罪の濫用に対処するものであったし、わが国の戦後間もない頃の一事不再理制限説は新法による治安維持への不安を動因としていた。今日、とりたてて治安の深刻な悪化など外部的条件の存在しないわが国の現況下に、被告人の地位を犠牲にすることで、あえてこのような制約説を採用しなければならないような必要性は、見出しえない。

なお付言すれば、今後増加の予想される国際犯罪について、同時審判の可能性の基準をもち出すことは不当な結果を招くことになろう。<sup>(14)</sup>この点からも、新青柳説は採用すべきではない。

三 以上の批判は、科刑上一罪の一部についての「無罪」判決は他の部分に既判力を及ぼさないと一部学説に対しても、より一層強い根拠をもって当て嵌る。この説は、先にみたように、戦前の大審院判例が採用し、<sup>(15)</sup>戦後も一部の学説が主張しているのであるが、根本的にみて、一事不再理原則が、伝統的に「無罪者」の権利としてきたことを無視している点で、<sup>(16)</sup>厳しい批判を免れない。

右の所説、及び新青柳説が、その出発点において批判されるべきものがあるとするれば、逆に、それではあるべき出発点がどのようなものなのか、問われることになろう。この点は、節を改めて、私の試論を提示したいと思う。

(1) 角谷三千夫「確定裁判の効力」平野龍一・松尾浩也編『実例法学全集・刑事訴訟法(新版)』(一九七七年)四六二頁。

(2) 同右。

- (3) 高田昭正「判例研究・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)四三頁。
- (4) 田宮裕・前掲「既判力・再論」二〇八頁。
- (5) 同右・二〇七頁。
- (6) 前款註(28)参照。
- (7) 前註(3)参照。
- (8) 第二章第二節第二款註(75)。
- (9) 角谷・前掲論文四六二頁。
- (10) 青柳・前掲『五訂刑事訴訟法通論(下巻)』四七六頁。
- (11) 同右四九一頁。
- (12) 教授は、先の岩松還暦記念論文「刑事既判力の客観的範囲」を前掲『犯罪と証明』に収める際、補注で新たに、「その後の研究では実体的真実の発見が刑事訴訟において重要であることを考え、どちらかといえば〔手続の公正より〕重点をそこに置くに至っている」(同書三七六頁補注(二))と述べておられる。この「実体的真実主義」の強調が、ひいてはエストッペルの強調に結びついているのであろうが、刑事においてエストッペルの強調の不当なことにつき、前款註(22)。
- (13) 青柳・前掲註(10)四七五頁。
- (14) 現行法は、犯人の国外逃亡あるいは国外にいる場合につき、公訴時効の停止(法二五五条)を認めることで対処しようとするが、国際犯罪に対してこれだけではたよりない。しかし、だからといって「同時審判可能性」がないことを理由に、たとえ外国で通貨偽造↓日本で行使(これについてはのみ有罪判決)のとき、後に「偽造」を起訴できる、というのはいかがなものだろうか。
- (15) 大判大正一四年六月二九日刑集四卷四四九頁、大判昭和六年一月二〇日新聞三二三五号四頁。
- (16) 右大審院判例に賛成するものとして、『ポケット註釈全書・改訂刑事訴訟法』(一九六六年)七九四頁〔横川執筆〕、平場安治ほか著『注解刑事訴訟法〔中巻〕〔全訂新版)』(一九八二年)八七頁〔中武執筆〕があるが、これは余りに実体面にとらわれた解釈と云うべきである(角谷・前掲論文四六三―四六四頁参照)。



## 第二節 客観的効力に関する一試論

### 第一款 一事不再理の基礎理論

一 一事不再理の基礎を画定する作業をする場合、歴史的背景、時代（現代）の価値観などの制約は免れない。しかし、一事不再理法解釈の最大の制約原理は、何よりも実定法体系の頂点に位置する憲法三九条である。ただ、憲法三九条については、必ずしも英米法（特にアメリカ憲法）に密着した理解、解釈をする必要がないことにつき、既に詳細に論証したつもりである。<sup>1)</sup> 憲法三九条前後後句は、その成立経過、フレイズからして、一旦アメリカ法から離れ、大陸型一事不再理の典型を示すフランス法を解釈の参考にする基礎を提供してくれる。

そこで、以下、「二重の危険」ということに余り捉われることなく、一事不再理の基礎を明らかにしていこうと思う。その手法として、従来「拘束力（既判力）」と対比することで、一事不再理の特質を浮彫りにする試みがなされてきた。この点、最も簡明かつ優れた説明をされたのは、ここでも田宮教授であった。しかし、教授が、一事不再理 $\parallel$ 二重の危険（英米法）、既判力 $\parallel$ 実質的確定力（大陸法）と相違点を強調したために却って両者の関係は（ルーツが共にローマ法であることを除けば）曖昧にされていったようにも思われる。しかも、正しく大陸法概念である一事不再理の實質に被告人の人権の観念を採り入れるため英米法特有の「二重の危険」を導入し完結させてしまったため、大陸法的事不再理の本来的にもつ自由権的性格が等閑視されてしまった。一事不再理の解釈は、その母法の議論がまず第一義的に参考にされるべきではなかったか。<sup>2)</sup>

一事不再理の客観的効力 (4・完)

一事不再理	拘束力
①捜査=公訴とも密接に 関連	①裁判(判決・決定・命 令)とのみ関連
②被告人の自由権	②裁判所の当為
③後の「公訴」を禁止	③後の「矛盾判断」を禁 止
④不利益再審を禁止 (憲法上絶対禁止)	④利益再審の制約原理 (刑事政策による幅)
⑤前訴が終局判決に至ら なくても働く (二重起訴禁止)	⑤前訴が終局判決に至る こと必要
⑥客観的範囲 =公訴事実	⑥客観的範囲 =訴因

田口助教授は、一事不再理と拘束力の関係を「確認効」を媒介に説明する。<sup>(3)</sup> ここに両者は理論的に架橋されることとなった。しかし一事不再理効について、「刑罰権確認」ということと「被告人がそこまで手続の苦痛を受けたとの考慮」が、いかにして結びつくのだろうか。<sup>(4)</sup> また「具体的規範説」にルーツをもつ「確認効」を基本に据えて「刑罰権」を中に論じているところからみて、被告人の人権が二次的なもののように考えられているかの印象が拭い切れないように思われる。

パッカー(Packer)が「二重の危険」をデュー・プロセス・モデルの帰結と位置づけたとき、この「二重の危険」とは反権力的価値を満足させる「被告人の保護のためのルール」ということであつた。<sup>(5)</sup> われわれが「二重の危険」論から学ぶべきは、まさにこの点ではなかつただろうか。

二 一事不再理と拘束力の対比は、——私見によれば——表のようになる。拘束力に関して殊更目新しいことは述べていないが、一事不再理については、その政策的、理論的基礎をここで明らかにしておかなければならない。

(1) 政策的基礎

一事不再理は、何よりも歴史的に形成確立されてきた自由権であつた。憲法三九条も「世界の通説に従つて」<sup>(6)</sup> 規定されたものであつて、ひとり英米法の独占物ではない。また、憲法三九条によって憲法上の確固たる根拠は得ているが、憲法に仮りに規定がなくても、法律で一事不再理を一

切認めないということは、人権という本質上、許されないと解する。したがってまた、現行憲法三九条の下で、たとえば刑法を改正して科刑上一罪をすべて廃止し、分割起訴を認めるということは、一事不再理を骨抜きにするものとして、許されない。

この点、被告人の手續負担に着目する「二重の危険」説と共通のものをもつが、客観的範囲について「二重の危険」から答えを得ることは困難であらう。<sup>(8)</sup>

次に、一事不再理は、個々の被告人の地位を安定させることを通して、社会的利益にも資する。この限りで、法的安定性が一事不再理の政策的基礎となる。

また、先にバックカーを引用したところからも知られるように、一事不再理は、元来、デュー・プロセス・モデルに相應する反権力的価値をもつ被告人保護ルールであった。このことは、今日でも、英米、フランスで一事不再理が「抗弁」とされていることから知られる。そして重要なのは、このことから、一事不再理に関する解釈論における片面的構成を導くことを可能にするという点である。一例をあげれば、立法レベルの問題であるが、戦後憲法三九条のために「不利益」再審だけが廃止されたのもこの理に由る。<sup>(9)</sup>

## (2) 理論的基礎

被告人の手續負担の苦痛は、公判の準備活動たる捜査の段階からはじまる。場合によっては、公判より捜査段階の苦痛の方が大きいとさえいえる。捜査機関は、生の（自然的・社会的）事実を相手に捜査を遂げる。捜査の結果を、検察官は、「訴因」という形に法的構成をして裁判所に主張する。あとに残った自然的・社会的事実が、「公訴事実」である。「訴因」という法的主張を構成する素材とされた「公訴事実」が前法律的な自然的事実であることは、訴因制度の採用によって明らかなることであると思う。<sup>(10)</sup>

公訴事實は、そこから訴因が抽出され、公訴という形で裁判所に主張されることによって、第一段階の役割を終える。これを以って「公訴権消滅」と称することは、いちおう可能である。たとえば、「公訴権消滅」のため同一公訴事實の範囲内での別訴は、二重起訴禁止原則に反して許されない、と。しかし、「公訴事實」が問題となる第二段階（後述）を考えると、右の表現は余り厳密なものとはいえない。公訴権が単に「消滅」したというだけでは理論として余りに不十分である。<sup>11)</sup>

では、どのように構成すべきか。公訴権が「消滅」とするとは、公訴権に優越する反対利益（妨害権ないし妨害利益）が現出したことである。<sup>12)</sup>そしてここでの反対利益は、既に捜査—公訴という手続負担を受けた被告人が、この負担を重複・反復されないという利益ないし権利である。その結果として、まず二重起訴が禁止される（法三三八条三号）。この禁止の範囲は、条文には「事件」とあるが、その意味するところは前法律的な自然的事実すなわち「公訴事實」を指す。次に、公訴を検察官が取消した場合でも、容易に再訴は認められない（法三四〇条）。<sup>13)</sup>しかし、このように制限的にせよ再訴が認められていることから分かるとおり、この段階での「公訴権消滅」は未だ絶対的なものではない。すなわち、再公訴の利益（必要性）と被告人の妨害の利益とを衡量した場合、後者がいちおう上回るといえるが、しかし「新証拠」の出たような場合、前者が再び上回る余地は残されているのである。<sup>14)</sup>

次いで公判段階に至り、判決まで進んだ場合を考える。この場合、公訴はその当否の審理を受け、最終目標たる判決まで至ったのだから、再公訴の利益は極めて小さくなったと言える。これに対して被告人の側は、捜査—公訴の手続負担に加えて、公判審理—判決の負担を受けたのであるから、妨害の利益はさらに一層大きくなる。したがって、両者価値衡量すると、後者が圧倒的に優越することになる。この段階に至ってはじめて、「公訴権消滅」という言葉が文字通り、妥当しよう。再審を除けば、再訴は「公訴事實」の範囲内で絶対的に否定される。これが一事不再理原則であり、

「公訴事実」が問題になる第二段階である。

論  
このように解することによって、二重起訴禁止原則も一事不再理原則も同一の本質をもつとの理解がなされうることになる。<sup>(15)</sup>

三 右に述べた理論を前提にして、次に形式裁判と一事不再理効の問題を検討してみよう。

既述のように、一事不再理の効力は、確定判決の段階では絶対的なかたちであらわれるが、起訴後の段階では未だ訴追者側の利益も無視できないので、二重起訴の禁止という弱いかたちであらわれるにすぎない。前者が後者よりも強い効力（被告人の防禦の利益）を与えるのは、前者の場合、起訴後さらに公判審理という「手続負担」を受けたからである。

われわれは先に、「非難すべき一個の行為の行為者を、複数の反復訴訟の苦痛に曝すというのは、ゆきすぎた厳格さを示すものである」というフランスの学説をみた。<sup>(16)</sup> また、前訴が停止状態における後訴を、一事不再理原則を理由に排斥したフランス破棄院判例（一九六一・五・九）をみた。<sup>(17)</sup> 一事不再理原則は、被告人の手続負担に着目することによって、確定判決という呪縛から、一步、手続的自由権へと踏み出したのである。

わが国においても、この理は妥当しよう。フランス刑法には、わが国の形式裁判に対応する予審免訴についても、例外（新たな証拠にもとづく再訴）はあるが、一事不再理効を認める明文がある（一八八条）。しかし、二重起訴禁止規定を欠く。他方、わが現行法は、二重起訴禁止規定（三三八条三号）はあるが、実体判決以外の裁判についての一事不再理規定はなく、わずかに公訴取消後の再訴についての制限規定（三四〇条）をみるにすぎない。しかし、一事不再理原則が訴訟制度の本質に根ざす内在的原理であり、憲法上も自由権として保障されていることを考えると、その効力について、単に明文の有無で決するのは正しくない。わが国では、免訴については争いがあるが、その他の形式裁判に

ついでには拘束力のみが生じ、一事不再理の効力が生じないのは当然のこととされてきた。そして、一部の学説は、免訴判決に一事不再理効を認めるために、免訴が他の形式裁判とは異なる本質をもつことを論証しようとする<sup>18)</sup>。しかし、形式裁判が「免訴」と名付けられるか「公訴棄却」と名付けられるかは、歴史的偶然にもとづくものであることは、既に論証済みではなかった<sup>19)</sup>。免訴、公訴棄却、管轄違いのいずれもが、手続き打切りの形式裁判として共通の本質をもつことを前提にしながら、なお一事不再理効を有しうる場合がないか、が問われなければならない。先に述べたように、現行法上、公訴取消後の再訴にさへ、厳格な制約がある。また、二重起訴を禁止する明文がある。これらの規定からみて、終局的な実体判決に至らない段階で手続きを打ち切られる形式裁判に一定の効力を認め、被告人を再訴から保護する法理を法が禁じているとは考えられない。一事不再理の効力が、被告人の手續負担の量に比例して認められると解すれば、実体判決に至らない形式裁判の効力は、一般にはより弱い効力ということになる。ただ、一事不再理効は、事柄の性格上、要するに再訴を認めるか否かに尽きるわけで、それに程度<sup>20)</sup>の差を設けることはできない。したがって、形式裁判に「より、弱い効力」を認めることの意味は、実体判決には認められない再訴禁止の例外を一定の範囲で許容することでなければならぬ。そして、その場合の例外許容の中心的メルクマールが、①被告人の手續負担の程度であることはこれまでの叙述から明らかであるが、その他、さしあたり②形式裁判で打ち切られた原因に対する訴追者側の落度の有無・程度、③再訴の否定によって果たしうる政策的効果、④再訴を許容して処罰を確保する必要性の程度等が考えられよう。

以上は公訴が何らかの理由で無効な場合に関するが、同じことは、無効な交通反則通告の場合にも言える。前章第四節【7】判例の場合について——同一日時場所における「運転免許証不携帯」と「無免許運転」が同一事実であることを前提にしつつ——考えてみよう。最高裁は、「運転の免許を受けていない者を運転の免許を受けている者と誤認して

した通告は無効」として、無免許運転を理由とする公訴を適法と判示した。しかし、形式上行政行為として当然無効であるとしても、反則金が刑罰に準ずる性格を併有し反則金納付が公訴権消滅という刑事手続に直結する効果をもつものであることからすれば、「通告」が「無効」でも一事不再理効の発生する余地は否定できない。それゆえ、一事不再理効の有無は別途考慮されなければならないのだが、反則通告手続が現場警察官の簡易な手続で行なわれること（右のメルクマール①）、したがって警察官に無免許であることを見抜くことを期待し難いこと②）などから再訴は許される（一事不再理効はない）との結論が導かれる。この限りで、右最高裁と結論が一致するのである。<sup>20)</sup>

四 最後に、「公訴事実」と「訴因」のずれの問題につき、私見を述べる。

これまで述べてきた私の見解によれば、この「ずれ」についても比較的容易に理論づけることができるが、ここでの問題の中心は第二段階における「公訴事実」である。

この問題に先立ち、まず、フランス重罪院の審判を想起してみよう。重罪院裁判長は、事実に予め付されている移送決定書の「罪名」の他に、補充設問として別の「罪名」を陪審に提出することが可能であるし、それが義務でもある。裁判長がこの権限（義務）を果たさなかった場合、つまり別の「罪名」が陪審の評価に服することなく終わった場合でも、該罪名のむし返しは許されない（刑法典三六八条<sup>21)</sup>）。陪審が評価できなかった法的側面も含めて、自然的事実が解決されたとみなされるのである。

わが国の事実審の裁判はどうか。わが国では、検察官が「訴因」というかたちで事実に対する自己の法的評価を主張する。「訴因」に関するイニシアティブはもっぱら検察官にあり、裁判官はこれに容喙できない（裁判官の訴因変更命令に形成力はない<sup>22)</sup>）。しかしこれは、『事実は当事者に、法律は裁判所に（De jure iudices, de facto juratores, respondent）』の原則からみると、大きな修正<sup>23)</sup>といふべきである。この修正は、現行法が当事者主義というポリシーを

採用したからにはかならない。これをセオリーとして考える場合、本来あるべき裁判所の罪名付与・変更権限が右ポリシーのため、一方当事者たる検察官に移譲されたものとみざるをえない。また、被告人側にも、一定の権限が与えられ、反対立証の責任が負わされているとみることができると、広義では検察官も被告人（弁護人）も一種の裁判機関であって、狭義の裁判所を含めた三者——「広義の裁判所」とでも言えようか——によって、全体として「公訴事実」が解決されたとみなされることになる。機能的にみれば、フランス重罪院と本質上差異はない。ただ、フランス刑事訴訟法の場合との（構造上の）大きな相違点として、わが法は、ポリシーとしての当事者追行主義の性格をかなり色濃く有しているため、「公訴事実」は検察官の背後にあるものとして措定される。この点で、鈴木教授の所説とは基本的に異なる<sup>(23)</sup>。私見はあくまで「公訴事実」を公訴権の背景にあると考え、検察官⇄裁判所⇄被告人の三者で解決される「公訴事実」ということも、解決の結果、公訴権⇓公訴事実を「消滅」させると主張するものである。その「消滅」の意味は既に述べたとおりである。

(1) 第四章第二節第一款、第二款。

(2) 三井教授の、「これまではともするとわが国にとって、英米法は『良い』制度であり、大陸法は『悪い』制度であるという図式なし前提があり、そこから諸種の解決策を導き出す傾向が強かった」(三井誠「日本の法制度と英米法・刑事訴訟法」『ジュリスト』六〇〇号(一九七五年)二六〇頁)との指摘が、ここでも想起される。

(3) 田口・前掲書四一三頁。

(4) 同右。

(5) H. L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 413 (1968)。

(6) 国務大臣金森徳次郎の衆議院委員会での答弁(第四章第二節第一款)。

(7) 高田教授は次のように指摘する。

「一事不再理効は、憲三九の規定の有無にかかわらず認められてきたし、また認めるべき効力である。従って、憲三九に直接結びつ



けまたはそれに由来するとする見解には賛成できない。ただ、その規定によって一事不再理が憲法上の要求にまで高められたというにすぎない」(高田・前掲『刑事訴訟法(改訂版)』二八四頁)。

右の指摘は、一事不再理が刑事訴訟の公理ともいうべき本質的なものであること、その関係で憲法三九条は一事不再理の創設規定ではなく確認規定とみるべきことを言う点では支持できるが、「解釈論」の作業において法体系の頂点に位置する憲法から出発すること自体まで否定するのであれば、賛成できない。

(8) ただ、最近では、英米法の「二重の危険」の客観的範囲について「コンバルソリー・ジョインダー」など新しい動きもあり、これをわが国が摂取することで「弾劾主義、当事者主義の本質と調和した一事不再理の客観的範囲理論の徹底化」の途を志向するものとして、高田(昭)・前掲「一事不再理の客観的範囲(二)」九二―九三頁。

(9) フランス法の影響の強かった治罪法、明治刑訴に不利益再審はなく、ドイツ法の影響下につくられた大正刑訴において、わが国で初めて不利益再審の規定がなされた。それが戦後、新憲法三九条との関係で不利益再審がなくなったため、これをもって「フランス主義に復帰した」(団藤・前掲『憲法第三九条と『二重の危険』』四〇頁。以後、このような言い方をする者が多い)との表現がなされる。フランスの既判力論が被告人に利益な方向への片面的理論に馴染む(第三章第三節第一款の片面的主観的効力論など)ことからいうと、「フランス主義に復帰」との言い方もできないではないが、新証拠による再審請求権がフランスでは司法大臣にしかない(現行法典六二三条)など、制度自体の相違は小さくない。

(10) 平場・前掲「公訴事実の同一性」六五頁。「訴因」制度が「公訴事実」論に及ぼした影響の一端につき、前節第二款参照。

(11) 第一章第二節第一款参照。フランスの判例では、伝統的に「公訴権は消滅」したとの表現が用いられるが、今日、慣習的な意味以上のもので定められているとは思われない。そこで言いたいのは、「公訴権消滅原因」たとえば「既判力」(一事不再理)の抗弁が認められるから、公訴はもはや維持できない、ということである。

(12) この理論構成については、能勢弘之「公訴の利益(二)」『北大法学論集』一九卷一号(一九六八年)二二頁、同二号(同年)八三頁を参考にさせていただいた。

(13) 法三四〇条に対しては、批判が多い。私も、同条は極力厳格かつ制限的に解釈すべきだと思う。

(14) 刑訴法三四〇条。前註(13)参照。

(15) 庭山教授が、二重起訴禁止条項(法三三八条三号)を、端的に「憲法三九条後段の保障する二重の危険禁止の法理(ダブル・ジュ

パディー)に基づく」(庭山英雄『刑事訴訟法』(一九七七年)二二一頁)とされているのが、注目される。田宮教授は、二重起訴禁止の効力を、一事不再理の「先駆的効力」とされるが(田宮・前掲書七七頁)、その意味が、両者の本質的共通性を踏まえたうえでの議論であるとすれば、本文に述べた私見と共通の理解に立つといえよう。

(16) これは、レガルの所説である(第二章第二節第二款註(81))が、自然的事実学説の中に同旨の指摘をみることができ。

(17) この判決については、第二章第四節第二款五参照。

(18) 鈴木・前掲『刑事訴訟の基本構造』三四一頁以下、田口・前掲『刑事裁判の拘束力』四〇三頁以下。鈴木教授は、 $\uparrow$ 形式裁判 $\downarrow$ の対概念のほかに、 $\leftarrow$ 本案裁判 $\rightarrow$ 手続裁判 $\rightarrow$ なるものを認め、そのうえで、免許は「実質」において形式裁判であるが「形式」においては本案裁判であると言ひ、一事不再理効を認める。田口助教授も、免許は「新たな意味で実体裁判」であるとして一事不再理効を承認されるが、用語を別にすれば鈴木教授とほぼ同じ論旨のように思われる。

(19) 田宮・前掲『一事不再理の原則』二四九頁以下。

(20) 土本武司「行政と刑事の交錯——交通反則通告制度と刑事手続」『警察研究』五四卷一〇号(一九八三年)一二頁以下は、反則金納付の効力につき詳述する。

(21) 同条の法文および立法趣旨につき、第二章第四節第一款(『北大法学論集』三四卷五号六三頁以下)参照。

(22) 本章第一節第一款註(35)①参照。

(23) 本章第一節第一款二参照。私見は、「公訴事実」を、検察官の背後にある訴訟内的なものと理解するものである。

## 第二款 客観的効力の理論

一 従来、客観的効力(範囲)の理論は、「公訴事実」の理論であった。そしてその「公訴事実」は、刑事訴訟法三二二条を出発点として、訴因変更を幅広く認める代償として一事不再理の客観的範囲が確保されてきたといえる。しかしこの代償は、決して小さなものではなかった。小田中教授の、「当初の甲訴因について被告人側が積み重ねた防御活

動の結果として生じた無罪の利益（刑事補償法上の利益も含む）が訴因変更によって一方的に一挙に奪われてしまふことを容認してよいだろうか<sup>(1)</sup>という、貴重な問題提起に対して、機能概念説の急先鋒である田宮教授が否定的態度を取られるのは、この「代償」の重さを端的に物語るものといえよう。

私は、公判審理における「訴因変更の限界」と、判決確定後の新たな起訴を禁止する範囲・限界とを同じ基準で律しうるのか、という点に、そもそも疑問をもつ。前者は公訴事実という大枠の内で訴訟の進行に依りて変動しうる「動的」なものであってよいし、後者は本質的に「静的」であらねばならない。前者を「静的」に捉えること、つまり訴訟の最終段階まで幅広い訴因変更を認めることが、被告人に過重な手続負担を強いる結果になるのは容易に予想できる。

小田中教授の挙げる事例の場合、そこまでの防禦の負担は、確定判決後の一事不再理効を与えることで償われるものだろうか。

近時、最高裁判決（最判昭和五八・二・二四<sup>(3)</sup>）の補足意見の中で、田藤裁判官が、「おもうに、手続の初期の段階におけるのちがって、実体形成がここまで進んだ手続段階において、しかも弁護側の防禦活動の結果を逆手にとるような訴因変更をみとめることは、公正な攻撃防禦を主眼とする当事者主義の理念にもとるといふべきであらう<sup>(4)</sup>」と云われている点が注目される。事案は、贓物故買で起訴された被告人が、一貫して、盗品とは知らずに借金の担保として預ったにすぎないと主張していたところ、裁判所が結審後弁論を再開して贓物寄蔵の予備的訴因の追加を認めたというもので、田藤意見はこの訴因の追加の当否を問題にしているのである<sup>(5)</sup>。このような場合、私も、贓物寄蔵と故買の間に公訴事実の同一性が認められるとしても、訴因変更を許すべきではないと解する。より一般化して言えば、一事不再理の客観的範囲たる公訴事実を最大限とする訴因変更の可能性（限界）が、訴訟の進行に依りて縮小していくと考えるのである。これは従来、「訴因変更の時期的限界」として論じられてきた問題だが、時の経過、審理の積み重ねに依りて訴因

変更の余地すなわち「公訴事実」が制限されることは、——説明の仕方の問題を別にすれば——今日ではほぼ異論のないところであろう。<sup>(6)</sup> そうであるとするれば、前節第二款二にみた「機能概念」説(訴因変更の限界)、「公訴事実」は、ここで重大な困難に逢着する。すなわち、機能概念説は、(検察官が)「いつでも、訴因変更をして訴訟対象を新しく構成して出直しをすることができる」「したいとおもえば、いつでも、全事実を訴追することが許される」という意味で、被告人としては常に訴追の危険、したがって有罪判決を受ける危険にさらされているとみることができ(傍点白取)ことを根拠に一事不再理の効力が、訴因ではなく公訴事実に及ぶと説明してきた。しかし、検察官がいつまでも訴因変更できるといふ前提は、既にみたように今日否定されたとみるべきである。したがって、機能的概念説は前提を失い、もはや維持することはできないのである。では、「公訴事実」はどのような内容をもつものとして理解されるべきだろうか。

二 機能概念ではない「公訴事実」の同一性を考える場合、前節第二款三にみたように、(I)構成要件を何らかの指標にする見解と、(II)構成要件以前の前法律的・社会的事実とみる見解があった。そして、これまでの全叙述よりすれば、ここでわれわれが採るべき途は明らかであろう。コンバルデュは、法的事実説を批判して「われわれの唯一の関心は、訴追の理由とされた事実から、法律家の巧妙緻密な博学がその事実と付与しうるすべての罪名が奪われぬ限り、被告人が相次ぐ複数裁判所で連続的な苦痛を受けるといった事態を避けることである」と言った。同じ批判を、われわれは(I)に向けたと思う。むしろ、わが現行法はフランス法と異なり訴因制度を採るが、しかしこのことは(II)説を根拠づけこそすれ、決して(I)説に味方するものではない。すなわち、平場教授の言われるように、「現行法では、公訴事実の同一性は、訴えられたものに対して裁判し、確定したものの効果が及ぶという関係にはないから」、<sup>(9)</sup> 公訴事実を構成要件の法的評価に拘束されるとする必然性はない。訴因が検察官の法的主張である以上、その素材たる公訴事実は前法律的な自然的・社会的事実と構成する方が自然であろう。

ところで、フランスの既判力論争で問題とされた事例というのは、自然的事実<sup>(1)</sup>に複数罪名が競合する場合であり、その典型が観念的競合 (concoirs (ou cumul) d'infractions) にあたる場合であった。しかるにわが国では、フランス法と異なり、科刑上一罪のひとつとして明文で罪数論上一罪とされているためか(刑法五四条一項前段)、これは「同一性」と区別される「単一性」という特殊な領域の問題とされている。しかし、最高裁によれば、観念的競合とは「法的評価をはなれ構成要件の観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的、見解上一個」(傍点白取)の行為に<sup>(1)</sup>数個の罪名が競合する場合である(最大判昭和四九・五・二九、同昭和五一・九・二二)。<sup>(10)</sup> そうであるとすれば、観念的競合の場合というのは、わが国のいわゆる狭義の同一性を肯定できる場合でもあるのである。<sup>(12)</sup> 同じことは法条競合についてもいえる。すなわち、右の最高裁判例の示した自然的・社会的一個性を満たすか否かという基準は、狭義の同一性基準にそのまま当て嵌まる。そうなるに従来の「同一性」「単一性」の区分による基準設定は、極めて不正確で曖昧なものになってしまう。なぜなら、従来、有力説が「同一性」「単一性」を「縦断的」「横断的」あるいは「非両立」「両立」と区別してきたことから分かるように、両者は択一的基準と考えられてきた。ところが、より厳密に考えれば、観念的競合、法条競合などは両者に跨るものであることは明らかである。<sup>(13)</sup> この場合のひとつの解決策は、小田中教授のように単一性不要論を採り、狭義の同一性一本でいくことであろう。しかしそうすると、牽連犯や以下に述べる一部の非両立事例で無理をしなければならぬ。<sup>(14)</sup>

私は、「同一性」(広義)基準を設定する場合、二つの点に注意すべきであると思う。第一は、一個の基準が無理で択一的に複数の基準をたてるのであれば、その両者が矛盾したり両者に跨る場合が生じたりすることのない、論理的に明晰なものでなければならぬこと、第二は、罪数論との対応関係に余りこだわらべきではない、ということである。第一の点に関していえば、たとえば「単一性」は罪数論に一致すると言いながら、併合罪の一定の場合に特別に同一性

(広義?) を認める一部学説が指摘されなければならない。<sup>(15)</sup> 第二の点は異論が少なくないと思われる。しかし、これまでの、余りに訴訟法殊に一事不再理効の問題を軽視した罪数論に従うことは、正しい解答を得るのに適切な方途とは思われない。現に罪数論自体、浮動的要素を今なお有しているばかりでなく、普遍的性格をもつべき一事不再理効が、刑法の沿革等による個別的影響から逃がられない罪数論によって決定的な拘束を受けるといふのは、人権上も好ましくないからである。<sup>(16)</sup>

三　そこで、以上の諸点を踏まえた公訴事実の同一性の基準であるが、私は次のように解する。

(1) 自然的・社会的に一個の行為(事実)が認められる場合、公訴事實は同一である。

これは、憲法三九条前段後句の「行為」に基礎をもつ。この範囲で、前款にみたように全体としての「公訴事實」が解決されたのである。この基準は、事実的側面を重視する点で判例の基本的事実関係同一説と共通するが、他面、この(事実的)基準を満たす典型例として観念的競合を挙げる点で、従来の通説とは大きく異なることになる。また、法条競合もこの基準で処理できることが多いであろうが、これで解決されない場合も残りうる。前章第四節【5】判例の場合でいうと、窃盗と横領の「択一関係」ではあるが、両行為の日時・場所が異なり、これを一個の自然的・社会的行為というには若干の無理がある。私見では、これを(2)(ii)「非両立事実」(後述)として公訴事実の同一性を認めるのが正しいと解する。

さて、自然的・社会的事実が同一か否かの具体的判断であるが、結局は、行為の主観面・客観面それぞれの共通性を勘案した総合判断ということになる。接統犯の多くの場合、主観面の共通性を根拠に一個性を認めうることが多いであらうし、殺人Ⅱ傷害致死Ⅱ過失致死が客観面(たとえば人を轢殺する行為、多量の睡眠薬の投与)の共通性を理由に一個の公訴事実の範囲内とされるのである。

(2) 自然的・社会的な行為（事実）が複数であると認められる場合、当該複数事実が密接に関連する場合のみ（1）に準じて）公訴事実は同一である。

複数事実が密接に関連する場合として、次の二類型がある。

(i) 罪数論上一罪とされる場合（1）を除く）

これは、憲法三九条後段の「犯罪」に基礎をもつ基準であり、これを「単一性」と称してもよい。罪数論上の一罪といっても、憲法に根拠がありその制約下にあるのだから、その意味でこれを「憲法上の一罪」と名付けることにしたい。むろん罪数論は基本的には法律レヴェルの問題であるから、立法政策の変化によって法律上の罪数が影響されるのはやむをえない。しかしその場合にも、「憲法上の一罪」である以上、立法の裁量にも憲法上の一定の制約があるべきであろう。<sup>17</sup> 同様に、裁判所の解釈にも制約があるとみるべきで、たとえば前章第四節【16】判例の事実で「併合罪」として再訴を許すような解釈は認めべきではない。この事案は、自然的・社会的に一個の事実（したがって、(1)）を認めうる場合と解されるが、仮りにそうでないとしても、少なくとも包括一罪として「憲法上の一罪」を認めることができる。

なお、「単一性」の例として、牽連犯、包括一罪、常習一罪などが考えられるが、<sup>18</sup> 牽連犯とされるものうちでも、偽造私文書行使―詐欺のように(1)の自然的・社会的な一個の行為とみた方がよい場合もある。<sup>19</sup>

(ii) 非両立の複数事実（1）を除く）

複数の自然的事実の間に「非両立」の関係があること自体、その事実の間に既に密接な関係があるものとして同一性（ないし「単一性」）が認められるのである。この基準は、後述するように憲法三一条にその基礎をもつと解する。この類型にあたる場合として、(1)で触れた前章第四節【5】判例のほか、窃盗とその贓物の牙保（窃盗とは日時場所が異なる

る場合) (前章第四節【3】判例)、車による業務上過失致死傷の事実と同じ事件の犯人隠避の事実 (東京高判昭和四〇・七・八)<sup>(20)</sup> などがある。これらの場合、特に最後の事例などについて、学説は一事不再理効ではなく「拘束力」の問題として処理しようとする<sup>(21)</sup>。しかし、既に見たように判例は非両立性を公訴事実の同一性の一基準としてきたわけだし、何よりも、右の諸事例の場合、判断内容の矛盾抵触にその本質があるのではなく、まさに一事不再理、すなわち國家機關の不当な再訴追の当否が問題なのである<sup>(22)</sup>。被告人は、十分な証拠があるという理由で有罪とされるべきであつて、反復訴追によつて高くなる有罪の確率のゆえに有罪とされてはいけない。窃盜の本犯者なのか、盜品を譲受けただけなのか不明な場合に、その双方を相前後して訴追するというのは、余りに訴追者の側に傾いた発想といわなければならない。ナチス刑法は、このような場合に、択一的事実認定 (alternative Tatfeststellung) を認めることで対処したが (旧二条(b))、これとても今日、明快に否定されているところである<sup>(23)</sup>。

以上要するに、非両立の關係にある複數事實を「反復して訴追することは、治安維持を重視する余り」「疑わしきは被告人の利益に」原則を弛め、一方當事者たる訴追者の利益を過度に優先する態度であつて、適正手続 (憲法三一条) に反するものといわなければならない。これが、非両立基準を獨立の基準に据えようとする實質的論拠である。

四 私見をまとめると、次のようになる。第一の基準(1)は、自然的・社会的に一個の行為 (事實) というもので、これは憲法三九条前段後句の「行為」に由来する。これを(2) (i) 「憲法上の「一罪」と對比する意味で、「憲法上一個の行為」と呼んでもよい。第二の基準(2)は、自然的・社会的な行為 (事實) は複數あるが、複數事實が (i) 罪數論上一罪とされ (憲法三九条後段の「犯罪」に照応)、あるいは (ii) 非両立の關係にあるため (憲法三一条参照)、公訴事實の同一性 (広義) が認められる、というものである。(i) は「憲法上の「一罪」」、(ii) は「一個の非両立事實」と、それぞれ仮称する。いずれも憲法に基礎をもつ基準であるから、その違反が上告理由になることは言うまでもない。



- (1) 小田中聰樹「訴訟条件を欠く訴因に変更できるか」『別冊ジュリスト・法学教室』第二期、四号（一九七三年）〔同「刑事訴訟と人權の理論」（一九八三年）所収〕七四頁。
- (2) 田宮・前掲『一事不再理の原則』二六二頁。
- (3) 判時一〇七〇号五頁〔刑集不登載〕。
- (4) 同右・八頁。
- (5) ただし、本件最高裁は、実体的理由から原審を破棄し無罪を言い渡しているため、この訴因変更の問題は中心的な争点とはされていない（変更後の訴因について無罪とされた）。この点、同じ判決の谷口正孝裁判官の意見は、予備的訴因の追加（及びその許可）そのものの違法を問題とし、本件予備的訴因追加の申立は「公平の理念に反するもの」であり「被告人及び弁護人の虚をつき、実質的に防禦上の不利益を強いるもの」であるとされる（同右・一〇頁）。
- (6) 訴訟の進行・成熟に応じて訴因変更を制約しようとする判例として、横浜地小田原支判昭和四三年一〇月九日下刑集一〇卷一〇号一〇三〇頁（起訴後七年を経て結審した後、検察官から弁論再開請求。そこで予備的訴因・罰条の追加請求するのは刑訴規則一条の精神に反し、信義則上許されない）、福岡高那覇支判昭和五一年四月五日判タ三四五号三二一頁（当事者主義及び裁判の生命ともいうべき公平を損うおそれが顕著な場合には、裁判所は検察官の訴因変更の請求を許さないことが例外として認められる。事案は、殺人の訴因を約二年六月後に傷害致死に訴因変更申立てたもの）、神戸地判昭和五六年三月二七日判時一〇一二号三五頁（背任及び同未遂の訴因を無罪にするにあたって、「なお」窃盗ないし詐欺の可能性につき、起訴後一三年を経て「訴因の変更」を検討することは相当でない）。判例ではないが、最決昭和四七年七月二五日刑集二六卷六号三六六頁の田中裁判官の反対意見（起訴後九年二月経過した後の予備的訴因の追加は正義に反し、信頼の原則にも反する）がある。なお、東京高判昭和四五年四月二〇日高刑集二三卷二二号三二二頁参照。学説については、前掲判時一〇七〇号一〇頁の上告趣意引用のもの参照。
- (7) 田宮・前掲『一事不再理の原則』一二五頁。
- (8) COMBALDIEU (R.), *op. cit.*, p. 370.
- (9) 平場・前掲「公訴事実の同一性」六五頁。
- (10) 刑集二八卷四号一一四頁。
- (11) 刑集三〇卷八号一六四〇頁。

- (12) 小田中教授も、「観念的競合および法条競合(吸収関係)については明らかに行為の重なりがある」と指摘される(小田中・前掲「公訴事実の単一性について」一〇〇頁)。このような、観念的競合にみられる狭義の同一性と共通性を明らかにし、観念的競合における判例の一個性の基準を逆に狭義の公訴事実の同一性に導入しようというのが、私見の発想である。従来は、科刑上一罪を一事不再理効との関係で捉えることは余りなされず、科刑上一罪の概念は「一事不再理効の目的からみて犯行の個数を決定する」というものには、結局はならなかったのである」と言われてきた(渥美東洋「いわゆる余罪と二重危険禁止の原則」比較法雑誌一七卷四号(一九四四年)九頁)。
- (13) 詳細は、小田中・前註(12)論文参照。
- (14) 小田中教授は、牽連犯の場合について「もともと一訴因(一罪)として構成しうるほどの不可分一体的な関係がある」ことを理由に、訴因の共通する場合に準じて一事不再理効を認められるが(前掲論文一〇二頁)、なぜ準じることができるのか、明らかにされていない。
- (15) 本章第一節第二款四参照、殊に同款註(46)。
- (16) 本章第一節第二款註(56)参照。判例をみても、罪数に関しては、なお安定したものとは言えない。たとえば、最判昭和五八年九月二十九日刑集三七卷七号一一〇頁は、覚せい剤取締法一三条、四一条の輸入罪と、関税法一一一条の無許可輸入罪との罪数関係につき、これまでの高裁の併合罪判例を否定し、「自然的観察・社会的見解」の見地から、観念的競合とした。なお、大麻の輸入に關しても同旨、最決昭和五八・一二・二一判時一一〇二号二九頁(刑集登載予定)。
- (17) 第四章第三節第一款註(2)参照。改正刑法草案における牽連犯廃止も、同草案三二一条(加重窃盜)、三二五条(加重強盜)などの手当てがなければ(あるいは手当てがなお不十分ということになれば)、違憲の疑いも生じうる。
- (18) 本章第一節第二款にみた平場博士の解釈による「連続犯」論(単一性論)を含めることもできよう。
- (19) この場合は、そもそも両罪を牽連犯とすること自体に無理があるように思われる。自然的・社会的に素直に観察すれば、むしろ観念的競合として(1)の場合と考えるのが正しい。
- (20) 高刑集一八卷五号四九一頁。
- (21) その代表的論者として、山田博「確定裁判の拘束力と訴追上一罪」『司法研修所創立二十周年記念論文集』三卷(刑事編)(一九六七年)六六五頁、田口・前掲書三〇〇頁。前者の山田論文は、ここでの非両立関係(山田氏は「択一性」と呼ぶ)を主観的―客観的扱

一性に分析・検討した示唆に富むものである。山田氏は、択一関係にある両罪の間に公訴事実の「単一性」はないが、「有罪確定判決の効果を受けて単一事実のごとく取り扱わねばならないというべきであり」(六七八頁)、「有罪確定判決の存在の効力を受けて相互に訴追上一罪とでもいうべき関係に立ち、これが訴訟障碍になる」(六七九頁)(傍点白取)と言われる。山田氏自身は、「存在の効力」説にたち、「拘束力」内容的効力」をいおう批判するが(六七九頁)、前訴が有罪の場合にしか判決効が後訴に及ばないとする点でなお、拘束力説の残渣を持つ。しかし、本文にも述べたように、そもそも択一関係の各事実を別個に(順次)訴追すること自体適正か否かの問題なのであるから、前訴が有罪か無罪かで結論を分けるのはおかしい。

(22) 「非両立性」基準をはじめ主張された小西氏は、その理由づけとして、この場合「同一性を否定すれば、職権主義に反する」と言われたが、ここに言う「職権主義」とは、両立しえないA罪、B罪がともに有罪となる可能性を回避する原理のようである(第四章第三節第二款註(18)(参照)。確かに、両立しない訴因について別訴を認めると、判決の矛盾抵触を招来しかねない。このような事態を避け、裁判の権威を維持するのは国家的関心でもあるのだから、その意味で「職権主義」に反するというのなら、理解できる。しかし、それだけに止まるものでないことは本文に述べたとおりである。

(23) 「択一的事実認定」と「疑わしきは被告人の利益に」の関係につき Wolter, *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht*, 1972, S. 24 ff. が詳しく、邦文献として『ジュリスト増刊・昭和五八年度重要判例解説』一八一頁「安富潔執筆」掲記のもの参照。多数学説及び同所で解説されている札幌高判昭和五八年五月二四日(判時一〇八号一三五頁)は、択一的認定に対して否定的であるといえよう。

## 結 語

裁判所で実体審理を受け、無罪を言渡された被告人を、同じ事実について別の法律的観点から再度訴追し、審判するのは、正しくない。なぜ正しくないかといえば、被告人に二重の手続き負担をかけることになるという問題や、国家の営為としての「裁判」の権威の問題があるからであり、もし無罪が陪審によるものであれば民衆の代表たる陪審の評決

は尊重されなければならないからである。<sup>(1)</sup>したがって、再訴を提起された裁判所は、この再訴を排斥する裁判をすることになるのだが、その説明原理として、公訴権消滅、既判力、一事不再理、二重の危険などの概念が用いられてきた。しかし、どのような概念を用いてどのような理論構成を採るか、それ自体は歴史的要因に限定づけられた多分に偶然的なものにすぎない。現実の問題として重要なのは、どの範囲で再訴遮断の効果を認めるかということである。これが本稿のテーマであるわけだが、この点もその国がどのような法制・法理論を採用しているかに規定される。英米では、「same offense」という狭い犯罪概念から出発するため、再訴遮断の範囲を拡げるのに——「同一証拠の基準」「強制的併合」など——色々と苦心を要するようである。これに対してフランス、ドイツでは、「事実 (fait; Tat)」という相当に幅の広い概念をもつため、客観的範囲を拡げることも相対的に容易であった。

翻ってわが国をみると、右の「事実」に対応する「公訴事実」が法文上も存在するのだが、戦後、新鮮かつ魅力的な「訴因」なる概念がアメリカから導入されたために、「公訴事実」はともすると戦前の遺物たる「お荷物」のように遇されてきた。しかし、一事不再理の客観的効力を画定しようとする場合、「公訴事実」に依存せざるをえないのである。この点に異論はない。そうであるなら、むしろ、せっかく「公訴事実」概念が目前にあるのだから、これを活用しない手はないと言える。本稿が、フランス既判力理論の中心的な争点であった「同一事実」の問題を執拗に追求したのも、このような問題意識からであった。かつて、小野博士は「刑事訴訟法の諸原則は、歴史的、ことに社会史的、文化史的な状況に即してその実践的な意義を発揮するものである」と言われた。<sup>(2)</sup>この理は、一事不再理原則にも、もちろん当て嵌まる。すなわち、一事不再理原則の比較法的考察も、本来、歴史的、社会史的、文化史的になされるべきものであり、この点で本稿は極めて不十分な考察に終わった。しかし、これまで「参考とされるべきものは多くはない」と言われてきたフランスの既判力理論にも、幾分かはわれわれの議論に裨益するところがあることは、示しえたのではなから

ただ、本稿では、わが国の刑事訴訟の基礎理論に重要な影響を与えてきたドイツ法、ポリシーの面で戦後多大の影響を与えた英米法についての十分な考察を行なうことができなかった。この点も、私の今後の宿題である。また、戦前のわが国の公訴権論争、免訴論、再審と既判力の問題等不十分な点、残された問題は少なくない。しかし、(実体判決の)一事不再理の客観的効力に関する解釈論の系譜を探るといふ本稿の目的について言えば、その一応の解明は、本稿の叙述によって、得ることができたように思われる。

(1) プラーズは、これを「陪審決定の不可変更性の原則」と呼んでいる (BRAAS (C.), *op. cit.*, t. I., n° 158)。

(2) 小野・前掲「日本における刑事訴訟法学の発展」二二頁。

(3) 田宮・前掲「一事不再理の原則」二六頁。

(完)

※ 本稿は、北海道大学審査学位論文「一事不再理の客観的効力」(昭和五九年三月二四日授与)に必要最小限の補筆を施したものである。

なお、本稿連載中及び脱稿後に左記の文献に接し得た。中野目善則「検察官上訴と二重の危険」『比較法雑誌』一七卷二号(一九八三年)四九頁、田宮裕「既判力・再論」『法学』四七卷五号(一九八四年)一九二頁、渥美東洋「いわゆる余罪と二重危険禁止の原則」『比較法雑誌』一七卷四号(一九八四年)一頁、島伸一「公訴事実の同一性」高田卓爾・田宮裕編『演習刑事訴訟法』(一九八四年)二二〇頁、能勢弘之「一事不再理の原則」同書四一六頁(以上、本稿「序説」註(1)(7)に追加して掲記するものとする)。

(一九八四・八・七稿)

De l'autorité objective de la chose jugée au  
criminel sur le criminel (4)

Yuji SHIRATORI\*

Introduction

TITRE PREMIER La notion de l'autorité de la chose jugée en France

TITRE II. L'autorité objective de la chose jugée (1) (vol. XXXIV, n<sup>os</sup>  
3-4, n<sup>o</sup> 5)

TITRE III. L'autorité objective de la chose jugée (2)

TITRE IV. L'évolution de l'autorité de la chose jugée au Japon

CHAPITRE III. Les dispositions sous le nouveau CPP du Japon (vol.  
XXXV, n<sup>os</sup> 1-2)

CHAPITRE IV. La jurisprudence

CONCLUSION (de ce TITRE)

TITRE V. Les problèmes d'aujourd'hui à envisager et les perspectives  
d'avenir

CHAPITRE PREMIER Vue générale

SECTION I. La justification de la règle de *non bis in idem*

SECTION II. Doctrine quant au fait d'accusation

SECTION III. La thèse de M. Aoyagi

SECTION IV. La critique de la thèse ci-dessus

CHAPITRE II. Essai sur l'autorité objective de la chose jugée

SECTION I. La justification de la règle de *non bis in idem*

SECTION II. La théorie de l'autorité objective

CONCLUSION

\* \* \* \*

Alors, après la guerre, la jurisprudence a pris une position favorable au principe de la chose jugée au criminel sur le criminel sous l'influence de la nouvelle Constitution. Par exemple, la Cour Suprême a décidé, "La justification de la règle de *non bis in idem* est d'assurer au prévenu que son sort ne sera pas remis en question pour protéger la liberté individuelle,

\*Professeur adjoint à la faculté de droit de l'Université de Sapporogakuin

” ou “ Nul ne peut être soumis, pour une même offense, à courir deux fois le risque de la perte d'un membre (c'est à dire ' double jeopardy) ”. Mais, à propos de l'autorité objective, la jurisprudence a continué à utiliser la conception du “ fait d'accusation ” qui tire son origine du “ même fait ” (du droit français et allemand). Par conséquent, aujourd'hui aussi, on peut dire qu'il est traditionnellement admis que le fait d'accusation doit être interprété matériellement (Tit. IV., Chap. IV).

La doctrine d'après guerre, bien que certains gardent leur théorie de *Rechtskraft* (Allemand), a commencé à soutenir la nouvelle théorie de *double jeopardy* (Anglo-Américain) en reconstituant les théories générales de procédure pénale conformément au droit anglo-américain. C'est ainsi qu'elle accorde plus d'importance à la conception de *count* (chef d'accusation) et la majorité des auteurs entendent le fait d'accusation d'une façon plus fonctionnelle et de pure forme.

La doctrine japonaise, depuis longtemps, distinguait le même fait du fait unique avec lequel on doit mettre unité ou pluralité d'infractions. Pourtant, on ne peut pas faire l'unanimité sur le critère de la distinction entre ces deux conceptions.

Or, M. Aoyagi (célèbre pénaliste japonais) affirme qu'il n'y a pas d'autorité objective, lorsqu'il était impossible de poursuivre toutes les infractions du même fait à cause des difficultés de l'enquête aux infractions restant non poursuivies. Mais, est-il souhaitable d'admettre l'exception arbitraire à l'autorité objective de la chose jugée pour sauvegarder l'ordre public (Tit. V., Chap. I.) ?

Finalement, ici, nous devons proposer une justification de règle de *non bis in idem* de cette thèse.

La raison principale d'interdiction de reprendre des poursuites après une décision définitive est de garantir la liberté individuelle, d'éviter que l'accusé puisse subir une série d'épreuves successives. Cette garantie contre la reprise des poursuites, en même temps, s'accordent avec l'intérêt social. C'est pour cela que la chose jugée interdit que la même personne soit poursuivie deux fois pour le même fait.

Le même fait, ce sera le fait matériel et social, car le prévenu subit des épreuves pour le fait matériel et social, envisagé sous des qualifications différentes (Tit. V., Chap. II.).

Il nous reste encore beaucoup à élargir notre étude sur les autres problèmes concernant l'autorité de la chose jugée. Cependant, nous espérons

avoir pu jeter, jusqu'à certain point, une nouvelle lumière sur ce sujet dans notre thèse (CONCLUSION).