



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一事不再理の効力と既判力（拘束力）について（４・完） —コラテラル・エストップペル（collateral estoppel）を参考にして—
Author(s)	高倉, 新喜; TAKAKURA, Shinki
Citation	北大法学論集, 51(4), 1-52
Issue Date	2000-11-10
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15025">https://hdl.handle.net/2115/15025</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	51(4)_p1-52.pdf



# 一事不再理の効力と既判力（拘束力）について（四・完）

—— コラテラル・エストoppel（collateral estoppel）を参考にして ——

高倉新喜

## 目次

- 一．問題の所在
- 二．アメリカにおけるレス・ジュディカタ（res judicata）
  - 1．レス・ジュディカタの政策的理論的根拠

2. レス・ジュディカータの意味
  3. レス・ジュディカータの機能
  4. レス・ジュディカータの要件
  5. レス・ジュディカータの効果
    - (一) 原告勝訴の判決の場合——混同効 (merger) ——
    - (二) 被告勝訴の判決の場合——遮断効 (bar) ——
  6. 小括
- 三. アメリカにおけるダブル・ジェパディ (double jeopardy)
1. ダブル・ジェパディの沿革
  2. ダブル・ジェパディの理念
  3. ダブル・ジェパディの機能
  4. ダブル・ジェパディの効力発生要件
  5. 合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパディ条項の「同一の犯罪 (same offence)」の解釈
    - (一) ヴァンダーコウム判決 (再訴型) (The King v. Vandercomb & Abbott, 168 Eng. Rep. 455 (1796))
    - (二) モーリー判決 (再訴型) (Morey v. Commonwealth, 108 Mass. (12 Browne) 433 (1871))
    - (三) ガヴィーレス判決 (再訴型) (Gavies v. United States, 220 U.S. 338 (1911))
    - (四) ブロックバーガー判決 (同一訴訟内二重処罰型) (Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932))
 (以上五一卷一号)
  6. ブロックバーガー・テストの欠点とその解決策
  7. 小括
- 四. アメリカにおけるコラテラル・エストッペル (collateral estoppel)
1. コラテラル・エストッペルの沿革
  2. コラテラル・エストッペルの発展——禁反言から終局判決の効力へ——
    - (一) オウトラム判決 (Outram v. Morewood, 102 Eng. Rep. 630 (1803))

- (二) クロムウエル判決 (Cromwell v. County of Sac, 94 U.S. 351 (1876))
  3. コラテラル・エストツペルの及ぶ範囲
  4. コラテラル・エストツペルの刑訴法への導入
    - (一) オッペンハイマー判決 (United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916))
    - (二) シールフォン判決 (Seafon v. United States, 332 U.S. 575 (1948))
  5. コラテラル・エストツペルの憲法化
    - (一) アッシュユ判決 (Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970))
    - (二) コラテラル・エストツペルの更なる発展
    - (三) グレイディ判決 (Grady v. Corbin, 495 U.S. 508 (1990))
6. 小括
- 五. わが国におけるコラテラル・エストツペルの応用
    1. わが国の一事不再理の効力論の再構成
    2. わが国の拘束力に関する学説の概要
    3. 一事不再理の効力論における「コラテラル・エストツペル」概念の定立
    4. コラテラル・エストツペルの形式裁判への適用
      - (一) 大阪地判昭和四九年五月二日刑裁月報六卷五号五八三頁
      - (二) 最決昭和五六年七月一四日(三小) 刑集三五卷五号四九七頁
      - (三) 訴因変更後の公訴棄却の場合
    - (四) 小括
  5. コラテラル・エストツペルの実体裁判への適用
    - (一) 常習犯の場合
    - (二) 保険金詐欺事件の場合
    - (三) 起訴されていない併合罪の余罪が量刑に斟酌されている場合

(大阪高判昭和五〇年八月二七日高刑集二八卷三三三二頁)

(四) 「強盜」と「銃砲等の不法所持」の場合

(最判昭和二十四年二月八日(一小)刑集三卷二二号一九一五頁を参考に)

(五) 科刑上一罪の一部が親告罪の場合

(六) 傷害罪の有罪判決確定後に被害者が死亡した場合

(七) 小括

六、結語

(以上本号)

4. コラテラル・エストツペルの形式裁判への適用

これから検討する事例は、前訴が形式裁判で終結している場合である。もともとアメリカにおけるコラテラル・エストツペルは、主要事実についてしか適用できないものであつた。<sup>(1)</sup>形式裁判で判断される事項はおよそ主要事実とは言えないであろう。それでは、前訴が形式裁判で終結している場合には、およそコラテラル・エストツペルが適用できないということになるのだろうか。この点、わが国においては、前訴において実体裁判が下された場合、最初から一事不再の効力が働くから拘束力は理論上の意味しかないと考えられたため、拘束力を考慮する実益があるのは、前訴において形式裁判が下された場合であつた(一般的に「拘束力」は、「内容的確定力」、「実質的確定力」あるいは「既判力」と呼ばれることもある)。今日、わが国において、前訴の裁判が形式裁判というだけでおよそ前訴の形式裁判の判断

内容が後訴を拘束しないという見解はない。形式裁判にも拘束力は認められているのである。それゆえ、前訴が形式裁判で終結している場合にも、コラテラル・エストoppelが適用される余地がある。前述したように、コラテラル・エストoppelは一事不再理の効力に根拠を求める拘束力であり、裁判所の矛盾判断を禁止するというよりはむしろ、同じ訴訟当事者間で実際に争われて前訴の裁判所に判断を下された事項を後訴において蒸し返すのを禁止することをより重視する法原理である。<sup>(3)</sup>以下では、この拘束力をコラテラル・エストoppelとしてとらえて、その具体的適用を考えてみる。ただ、主要事実という概念は形式裁判の判断事項には当てはまらない以上、その客観的範囲を不当に広げないためにも、前訴において訴訟当事者間で実際に争われて裁判所に判断を下された事項が前訴の形式裁判に密接に関連する場合でなければならぬ。

(一) 大阪地判昭和四九年五月二日刑裁月報六卷五号五八三頁

今日、前訴の裁判が形式裁判だというだけでおよそ前訴の形式裁判の判断内容が後訴を拘束しないという見解はない。ただ、本件のように、前訴の判断内容が被告人の積極的な欺罔行為によるものである場合に、後訴に拘束力を認めるか否かが問題になる。

【事実の概要】被告人は、昭和三七年一月一〇日大阪地方裁判所において懲役二年六月の有罪判決を受けた（暴力行為等処罰に関する法律違反、恐喝、詐欺、同未遂、傷害、監禁等）ため、大阪高等裁判所に控訴したが、昭和四一年一月五日控訴棄却の判決を受けた（A事件）。被告人はこれを不服として上告して保釈されている間に（A事件は昭和

四三年三月九日確定)、B事件(有価証券偽造・同行使・詐欺未遂、贓物牙保、恐喝、詐欺)をおこしたため起訴され、昭和四三年一月二四日に大阪地方裁判所において懲役三年及び罰金一〇万円の有罪判決を受けた。被告人はこれを不服として控訴し保釈されていた。

被告人は、A事件とB事件について実刑判決を回避することは困難な見通しとなり、その刑期も予想を上回るものであったので、自己が戸籍上死亡したことにして刑の執行を免れようと企てた。被告人は昭和四三年三月一日頃、自宅において、行使の目的をもって、死亡診断書一通を偽造した(氏名甲、死亡年月日昭和四三年三月一日午前一一時一〇分、死亡場所大阪市内の自宅、直接死因脳溢血、昭和四三年三月二日作成、診断医師乙等など)。もちろん、診断医師の記名印も偽造されたものである。翌三月二日頃、被告人は、自宅において、同居の妻名義の死亡届を偽造した。そして、大阪市浪速区役所において、同区役所戸籍係員に対して、偽造された死亡診断書一通と死亡届を提出して行使し、戸籍の原本にその旨の不実の記載をさせた。

その後、被告人死亡の旨を被告人の実弟を介して事件担当の弁護士に連絡し、さらに内容虚偽の除籍謄本を同弁護士に交付した。その結果、大阪高等裁判所は、B事件につき、昭和四三年四月一六日、被告人が同年三月一日に死亡したということで公訴棄却の決定をした(刑訴法三三九条一項四号)。同決定は即時抗告もなく確定した。

その後、被告人生存の事実がわかり逮捕されて、B事件について大阪地方裁判所に再起訴された。今度は、死亡診断書等の偽造に関する有印私文書偽造・同行使、公正証書原本不実記載・同行使も含まれていた。被告人は懲役四年六月及び罰金一〇万円の有罪判決を受けた。

弁護士は、本件昭和四八年二月二二日付起訴状による公訴提起は、すでに一審で有罪判決があり、控訴審で被告人死亡を理由とする公訴棄却決定の確定したのと同一の事実に対するものであるから違法であり、刑訴法三三八条四号によつ

て公訴を棄却するべきであると主張していた。この主張の理由付けとして、「形式裁判といえ公訴棄却の決定が確定すれば、内容的確定力が生ずるから、本訴において、先に大阪高等裁判所がした被告人死亡の認定を覆して、再度の公訴提起を肯定することはできない旨」を主張していた。

【判旨】「被告人を懲役四年六月および罰金一〇万円に処する。…」

「公訴棄却の決定はいわゆる形式裁判であるから、その裁判が確定しても再起訴は原則として妨げられないと解すべきであり、これは、刑事訴訟法三四〇条が例外的に、公訴取消による公訴棄却決定が確定したときに再起訴が妨げられる旨規定していることに照らしても明らかである。」

「このことは、被告人死亡を理由とする公訴棄却決定が確定するときも同様であり、まして、被告人死亡の事実認定が内容虚偽の証拠に基づくものであったことが、新たに発見された証拠によって明白になったような場合にまで、なおも、この公訴棄却決定の示した判断が拘束性を保有して、後の再起訴を妨げるものとは、とうてい解することはできない。」

「本件において、大阪高等裁判所の公訴棄却決定が内容虚偽の証拠に基づくものであり、それが新たに発見された証拠によって明白になったことも、…認定した経過に照らして明らかであり、何にもまして、死亡したとする被告人が当法廷に立つに至ったこと、この事実には優る証拠はないのであるから、大阪高等裁判所が公訴棄却決定で示した判断は当裁判所を拘束しないものと解するのが相当である。」

【コメント】形式裁判が確定しても原則として再訴は妨げられないという本判決の見解には、学説から疑問が示され

ている。特に光藤教授は、形式裁判も終局裁判であるから、被告人の法的地位の安定を得る必要からも、「何らかの後訴への拘束力」を認めるべきであり、その拘束力は「一種の禁反言」を基礎とするという見解のもとに、「一度ある訴因の下に応訴を強制し、それが裁判所により不当と判断されて公訴が棄却され確定したのに、その判断が誤りであることを示す新たな資料が出て来さえすれば再び応訴を強制しうるとすることは、公訴棄却の確定裁判を受けた者の法的地位を著しく不安定なものとするであろう。したがって一般的には確定形式裁判で有利に決定された者に対しては、後に『事情の変更がなき限り』再訴が許容されない」と主張される<sup>(4)</sup>。しかし、光藤教授は、本件のように被告人が訴訟条件事項について積極的な欺罔行為をして訴訟が打ち切られた場合には、「後に事情の変更が生じない限り絶対に再訴は許容されない、というものではない」という見解である<sup>(5)</sup>。光藤教授は本件を例外的なものとして位置づけられ、再訴を許容される。また、田口教授は、被告人に「拘束力の要求資格 (standing)」がなければならぬとされ、本件のような被告人側の欺罔行為の存在はかかる要求資格を失わせる可能性を認められる<sup>(6)</sup>。

これに対して、田宮博士は、本判決の趣旨を「かりに既判力があつても、新証拠の出現が既判力を排除する事情の変更となる」と理解し、この考えが既判力の觀念に真向から衝突するものであると主張される<sup>(7)</sup>。博士は、証拠と事実を峻別する立場から、「被告人死亡を理由とする公訴棄却の決定がなされたときは、事情の変更でもあればいざしらず（つまり、被告人が生きかえつてでもこないかぎり）、証拠が虚偽であつただけでは、再訴はできない」という見解を示される<sup>(8)</sup>。田宮博士は、光藤教授の見解に共感を示されつつも、「現行法の体系として、確定した裁判の再訴は、公訴取消後の三四〇条の場合と、再審に関する四三五条の場合にだけ可能である。死亡の場合の再起訴は、被告人に利益な再審にも比すべき場合であり、これを肯定するのは、解釈による不利益再審を創造するに等しい」として、本判決に反対される<sup>(9)</sup>。

コラテラル・エストツペルを適用する場合、田宮博士と同じ結論になる。B事件についての前訴での被告人死亡に基づく公訴棄却決定の際、被告人死亡の事実の有無が実際に訴訟当事者間で争われて裁判所に判断を下され、しかもそれが前訴の公訴棄却決定に密接に関連することは言うまでもない。B事件についての再訴は、まず被告人死亡の事実の有無を争わない限り進められないし、いざ進めるとなれば被告人が生存していることを前提として行われることになる。このことは、被告人死亡の事実の有無を再訴で蒸し返すというだけでなく、前訴の判断事項と矛盾する判断を被告人に不利益な方向であることを意味する。B事件についての再訴において被告人死亡の事実の有無を蒸し返すことは、田宮博士が言われるように「解釈による不利益再審の創造」を許すことになる。B事件についての再訴において被告人生存の事実を立証しようとすることは、前訴の判断事項を蒸し返すものとして、且つ被告人に不利益な方向での矛盾判断を求めるものとして、コラテラル・エストツペルによって禁止される。もしもコラテラル・エストツペルの根拠が信義則や禁反言であると理解するならば、光藤教授や田口教授の主張されるように、本件の再訴は許されることになろうが、コラテラル・エストツペルは一事不再理の効力を根拠とする裁判の効力であるから、実は被告人が欺罔行為をしていたという新証拠が出てきただけでその効力がなくなるものではない。B事件についての再訴において被告人死亡の事実の有無を争うことがコラテラル・エストツペルによって禁止される以上、被告人をB事件について再訴を維持することはできないことになる。

（二） 最決昭和五六年七月一四日（三三小）刑集三五卷五号四九七頁

民訴法では、主文の判断に限って後訴への拘束力が認められる（民訴法一一四条一項）。これに対して、刑訴法では、

およそ裁判が形式的に確定すると、その理由中の一定の判断につき拘束力を生じ、その判断は、事情変更等のない限り、同一訴訟当事者間の後訴を審理する裁判所の判断を拘束すると解されている。この最決昭和五六年七月一四日(三小)刑集三五卷五号四九七頁は、このことを判例上肯定した点で重要な意義がある。しかし、この拘束力の客観的範囲が問題となる。本件では、この問題について、多数意見と伊藤反対意見が対立している。この問題は、究極的には、訴訟観・価値観のちがいに遡りうる極めて解決困難な問題である。<sup>(10)</sup>

【事実の概要】 被告人らは、某建築会社にマンションを建てるよう発注したが、工事代金を支払えないためそのマンションの引き渡しも所有権の取得もできないにもかかわらず、またこの建築会社の承諾も受けることもないまま、虚偽の必要書類を作成してこの建物の所有権の登記をしようと企て、昭和四七年一〇月六日にそのようにしたとされていた。被告人らは、昭和五〇年一二月二六日に公正証書原本不実記載・同行使の事実により大阪地方裁判所に起訴された(前起訴)。同裁判所は、この公訴事実の記載中、罪となるべき事実を特定するにあたり最も重要である公正証書原本不実記載の内容として「保存登記」と記載されている部分が、文字どおりに不実の「保存登記」をなさしめた点を示しているのか「表示登記」の誤記であるのか、一見して明らかでなく、併合罪関係に立つと考えられるこれら二つの登記に関する不実記載のいずれともとれるような記載の存することなどの理由五点を挙げたうえ、たとえ検察官が「保存登記」とあるのは「表示登記」の誤記であると釈明したとしても「全体として、その訂正ないし補正の許される余地のないほど訴因が不特定である」として、公訴を棄却した(大阪地判昭和五一年一月一八日判例時報八七三号一一一頁)。この公訴棄却の判決はこのころ確定した。

ところが、その後、検察官が、昭和五三年六月二八日にこれらの被告人三人を、公訴事実第一として表示登記に関す

る公正証書原本不実記載・同行使の罪、公訴事実第二として保存登記に関する公正証書原本不実記載・同行使の罪についてあらためて起訴してきた。第一審判決は、旧起訴には、公訴提起の不存在と目される程度の重要な瑕疵があつて本件各公訴事実につき公訴時効の進行を停止する効力がないため、本件起訴当時すでに公訴時効が完成しているとしてこれらの被告人三人についていずれも免訴にした（大阪地判昭和四四年一〇月二四日判例時報九九〇号二五五頁）。これに対して、検察官は大阪高等裁判所に控訴した。同裁判所は、旧起訴は本件公訴事実第二（保存登記）については公訴時効の進行を停止する効力を有しないが、同第一（表示登記）については時効の進行停止の効力を有するとして、第一審判決のうち公訴事実第一に関する部分を破棄差戻しにし、同第二に関する部分の検察官の控訴は棄却した（大阪高判昭和五五年八月二八日判例時報九九〇号二五二頁）。同裁判所は、前訴において検察官が「保存登記」云々とあるのを「表示登記」云々と訂正し訴因を補正する旨を申立てたことを根拠にして、前訴によって「表示登記」の不実表示行為についての公訴時効の進行の停止が開始されたと判断したのである。

被告人らはこの原審判決の破棄差戻しの部分について上告した。幾つかある上告趣意のうちの一つが、原審判決が旧起訴の公訴棄却判決の拘束力に違反するということだった。すなわち、前訴においては、「訴因が不特定である」という判断（以下、「訴因不特定の判断」という。）が導かれる際に「『表示登記』の不実記載を起訴したのか『保存登記』の不実記載を起訴したのかが不明である」と判断された（以下、「公訴事実不特定の判断」という。）のであるが、前訴のこの「公訴事実不特定の判断」と後訴の「前訴の起訴は『表示登記』の不実記載についてである」という判断とが抵触するということだった。本決定は上告趣意のすべてを不適法とした。

【判旨】「本件各上告を棄却する。」

(1) 「刑訴法二五四条が、公訴時効の停止を檢察官の公訴提起にかからしめている趣旨は、これによって、特定の罪となるべき事実に関する檢察官の訴追意思が裁判所に明示されるのを重視した点にあると解されるから、起訴状の公訴事実の記載に不備があつて、実体審理を継続するのに十分な程度に訴因が特定していない場合であつても、それが特定の事実について檢察官が訴追意思を表明したものと認められるときは、右事実と公訴事実を同一にする範圍において、公訴時効の進行を停止する効力を有すると解するのが相当である。」

(2) 「本件についてこれを見ると、旧起訴状公訴事実中には、本件公訴事実第一を特定するうえで重要な『表示登記』という文言が一度も使用されておらず、かえつて、同第二を特定するうえで重要な『保存登記』という文言がくり返し使用されていて、そのいずれについてもなされた公訴提起であるのか一見まぎらわしく、訴因の特定が十分でないことは否定することができないけれども、右起訴状公訴事実に記載された犯行の日時、場所、方法及び不実登記の対象となる建物は、すべて本件公訴事実第一のそれと同一であること、その結果としてなされた不実登記の内容も、建物の所有名義を偽るという点で両者は共通していること、さらに、旧起訴審において、檢察官が、公訴事実中『保存登記』とあるのは『表示登記』の誤記であるとの釈明をし、その旨の訴因補正の申立をしていることなどを総合考察すると、旧起訴によつて檢察官が本件公訴事実第一と同一性を有する事実につき公訴を提起する趣旨であつたと認めるに十分であるから、これにより右事実に関する公訴時効の進行が停止されたとする原審の判断は正当である。」

(3) 「なお、所論は、本件旧起訴に対する前記確定判決のいわゆる内容的確定力を援用し、前記確定判決の判断内容と異なる判断をした原判決に法令解釈の誤りがあるとするのであるが、前記確定判決の理由中本件の受訴裁判所を拘束するのは、旧起訴は実体審理を継続するのに十分な程度に訴因が特定されていないという判断のみであり、右判断を導くための根拠の一つとして挙げられた、旧起訴状の公訴事実によつては併合罪關係に立つ建物の表示登記と保存登記に

関する各公正証書原本不実記載・同行使罪のいずれについて起訴がなされたのか一見明らかでない、という趣旨に解しうる部分は、本件の受訴裁判所を拘束しないと解すべきであるから、旧起訴によって、本件公訴事実第一と同一性を有する事実につき公訴時効の進行が停止されたとする原審の判断が、右確定判決のいわゆる内容的確定力に抵触するものとはいえない。」

【コメント】本件には、訴因が特定されていない起訴の場合の公訴時効停止の問題もあるが、ここでは、前訴の公訴棄却判決の拘束力の客観的範囲に重点をおいて論じる。ここで問題となるのは、前訴の公訴棄却判決には「訴因不特定の判断」と「公訴事実不特定の判断」が存在したが、後訴に拘束力が及ぶ範囲は前者の判断だけなのか、あるいは後者の判断にまでも及ぶのかということである。多数意見は前者の判断だけに拘束力を限定する（以下、限定説という。）のに対して、後述する伊藤正巳反対意見は後者の判断にも拘束力を及ぼされる（以下、非限定説という。）。

限定説をとる学説には次のようなものがある。まず、井上教授は、拘束力が及ぶのが一律に「主文を導くための直接の理由となる判断」に限られるという考えは妥当でない<sup>(11)</sup>とされる。拘束力が作用するためには、裁判の直接の内容をなす主文だけでは不十分であって、裁判所の意思表示の具体的内容を分かせなければならず、その具体性は裁判権の有無などの事情変更の有無の判断を可能にする程度のものでなければならぬ<sup>(12)</sup>とされる。このように考えれば、旧起訴の公訴棄却が「公訴事実不特定の判断」を理由にして「訴因不特定の判断」を導き出したから、「公訴事実不特定の判断」に拘束力を認めることも可能であるとされる<sup>(13)</sup>。しかしながら、本件においては、前起訴の公訴棄却判決が、「公訴事実不特定」の点まで立ち入って判断したかは疑わしいのであって、単に、前起訴を維持して審理を継続すべきか否かの当面の処置に必要な限りにおいて、訴因の記載が不十分であると判断しただけであるという見解である<sup>(14)</sup>。井上教授は、拘

束力の範囲を「訴因不特定の判断」に限定される。

鈴木茂嗣教授は、前訴の公訴棄却判決の役割を考える必要性を主張し、前訴の裁判所が時効停止効の有無についても判断する任務を有していたことに疑問を示される<sup>(15)</sup>。そして、「公訴事実不特定の判断」にまで拘束力を及ぼすのなら、検察官にこの判断の誤りを主張して控訴することを認めるべきであり、その控訴の余地を封じたまま拘束力を認めることは困難であるとされ、「公訴事実不特定の判断」にまで拘束力を及ぼすことに疑問を示される<sup>(16)</sup>。

鈴木義男教授は、形式裁判の拘束力が実体裁判のそれに比較して弱いことと、前訴の判断の対象（訴因不特定を理由に公訴棄却判決をするか否か）と後訴の判断の対象（公訴時効の完成を理由に免訴判決をするか否か）が異なることを根拠にして、形式裁判の拘束力の適用の幅を広げることが困難であるとされる<sup>(17)</sup>。宇津呂氏は、前起訴で公訴を棄却した前訴裁判の任務は訴因の特定か不特定かの判断であって、公訴時効の進行停止の有無は問題とならないから、「訴因不特定の判断」に拘束力が限定されるという趣旨のことを述べられている<sup>(18)</sup>。

これに対して、前述のように伊藤正巳裁判官は非限定説に立たれるが、本件の反対意見において、前訴の拘束力は、単に「訴因不特定の判断」についてだけでなく、その判断の前提となる「公訴事実不特定の判断」についても生じるという見解を示される。同裁判官は、確定判決の理由中の判断に拘束力を認める考え方の根本には、一定の事項について示された前訴の裁判所の判断が形式的に確定した以上、その後の同一訴訟当事者間の訴訟においては、前訴の判断と異なる主張・判断をすることを許さないことよって、被告人の地位の安定を図る配慮があると指摘される。同裁判官は、このように被告人の地位の安定を図る配慮があるとすれば、拘束力の生ずる範囲を、主文を導くための直接の理由となる判断だけに限定すべき合理的な根拠はなく、少なくとも、確定判決の主文を導くうえで必要不可欠な理由となる重要な判断についても拘束力が生じるという見解である。同裁判官は、多数意見のように、後訴を審理する裁判所が「前訴

は実は表示登記の不実記載を起訴したものであった」というような前訴の判断と根本的に矛盾する判断をすることを許すことは、被告人の法的地位を不安定なものにし、ひいては、裁判の權威を損なうと批判される。また、同裁判官は、前訴の確定判決中の「公訴事実不特定の判断」は、「訴因不特定の判断」を導くための最も重要な、いわば必要不可欠な理由であるというべきであるから、「公訴事実不特定の判断」が確定判決の「訴因不特定の判断」の唯一の理由ではないことが、「公訴事実不特定の判断」につき拘束力が生ずることの妨げになるものではないとされる。

非限定説をとる学説には次のようなものがある。まず、田宮博士は、多数意見は被告人の法的安定性より具体的正義への志向が強すぎると指摘され、もう少し拘束力を認める方が処罰と法的安定性とのバランスという観点から妥当であるという見解を示される。<sup>(19)</sup>

田口教授は、本件を「主文との関連性」と「判断の明示性」とに分けて分析された。<sup>(20)</sup>「判断の明示性」（「公訴事実不特定の判断」がはたして確定判決の中心的な理由であることが明らかであるか）について伊藤反対意見に賛同され、複数の理由の中から最も重要な判断を選別しなければならぬ場合、それらの理由を相互に比較して合理性に勝るものを主たる理由とすればよいとされる。<sup>(21)</sup>次に、「主文との関連性」については、「公訴事実不特定の判断」が「前訴裁判の任務（裁判主題と裁判目的）」に属するかを問題にする。田口教授は、前訴と後訴の任務の相違を根拠に拘束力を制限する前述の宇津呂氏の見解に疑問を示される。前起訴の公訴棄却の裁判は付随的ないし潜在的には時効停止効の有無に関する裁判であり、裁判の任務の一つに数えることが可能であると考え、時効停止効の有無を決する「公訴事実不特定の判断」は主文と関連性があるとされる。<sup>(22)</sup>よって、田口教授は、「公訴事実不特定の判断」が後訴を拘束するという伊藤反対意見と同じ結論をとられる。また、教授は、前起訴が「表示登記」の不実記載についての公訴提起であったという判旨（2）の判断がいささか強引であると批判され、「表示登記」についての不実記載なのか「保存登記」についての

不実記載なのか不明であるという認定がもつとも素直であるとされる。<sup>(23)</sup>

能勢教授は、前訴と後訴に与えられた課題の形式的な違いを理由に拘束力を制限する前述の宇津呂氏の見解を批判され、伊藤反対意見を正しい見解であると評価される。<sup>(24)</sup> 能勢教授は、公訴事実と訴因は同一物であつて両者は同一物の異なる名称に過ぎず、訴因の「明示」の問題（構成要件間の区別を明らかにしているか否か）と訴因の「特定」の問題（日時・場所・方法）を区別するべきであるという前提に立つ。<sup>(25)</sup> そして、訴因の「明示」を欠いた起訴状は、訴因の「特定」を欠いているがゆえではなく、「明示」を欠いているがゆえに補正不可能であり公訴時効停止不可能であるとされ、「公訴事実不特定の判断」は「訴因（＝公訴事実）の明示を欠いたという判断」を意味するとの見解を示される。<sup>(26)</sup> また、教授は、旧起訴の公訴棄却の判決が、訴因の「明示」を欠くという理由で検察官の補正申立を却下して確定していることの重要性を強調された上で、<sup>(27)</sup> この訴因の「明示」を欠くという判断が、伊藤反対意見で言われる「確定判決の正文を導くうえで必要不可欠な理由となる重要な判断」であると考え、検察官が「表示登記」の誤記であると釈明したのだから表示登記の公正証書原本不実記載罪の公訴提起であるという判旨（2）の判断は前起訴の公訴棄却判決の内容的確定力に抵触することを指摘される。<sup>(28)</sup>

川崎教授は、本件の内容的確定力の及ぶ範囲を確定するに際しては、被告人の法的安定性をどの程度保障するかにかかっているとされ、本件のような訴訟条件の欠缺を理由とする形式裁判は国家の不当な応訴の強制を批判し、被告人の権利を保護する意義があると主張される。<sup>(29)</sup> 教授は、前訴の「訴因不特定の判断」の理由は具体的事案に応じて多様であり、被告人の防御活動は訴因が不特定であることを示す具体的事情の立証に向けられていることを指摘され、かかる防御活動が成功して「訴因不特定の判断」がなされたならば、この立証活動の成功した部分に内容的確定力を認めるのが形式裁判の意義にかなうと主張され、本件の多数意見のように「訴因不特定の判断」を導いた具体的理由が後訴におい

て意味をもたないならば、被告人の法的地位はきわめて不安定なものになると指摘される<sup>(30)</sup>。川崎教授は、形式裁判の内容的確定力と実体裁判のそれとの強さの相違と、前訴と後訴の論点の相違を根拠にして形式裁判の内容的確定力を制限するといふ前述の鈴木義男教授の見解が、形式裁判の意義を軽視するものと批判される<sup>(31)</sup>。そして、被告人の妨訴抗弁活動が成功して利益な判断を得たにもかかわらず、単に前訴と後訴の判断の対象が形式的に異なるという理由でこれを無に帰せしめることが果して公正なのかと疑問を示される<sup>(32)</sup>。川崎教授は、本件においては、「公訴事実不特定の判断」にまで内容的確定力を及ぼすのが妥当であるという見解である<sup>(33)</sup>。

以上の学説を概観した上で、非現定説が妥当であると考える。前訴で訴訟当事者間で実際に争われた具体的事情は、前訴の起訴状の訴因が保存登記を対象としているのか表示登記を対象としているのかという「訴因の明示」の問題であると考えるのが素直である。そして、「訴因不特定の判断」のみが公訴棄却の判決に密接に関連すると言うよりはむしろ、「公訴事実不特定の判断」すなわち訴因の明示の問題に関する判断なくしては「訴因不特定の判断」はありえないのであり、この判断もまた公訴棄却の判決に密接に関連すると考えるのが素直である。コラテラル・エスツッペルは、前訴と後訴の訴訟課題の相違を問題とするのではなく、前訴において訴訟当事者間で実際に争われた事項が前訴の裁判に密接に関連するか否かを判断し、その判断事項が後訴において蒸し返されようとしているのか否かを問題とするのである。コラテラル・エスツッペルは一事不再理の効力を根拠とする拘束力であるから、その客観的範囲は被告人の法的安定性をどの程度保障するかという観点からなされなければならない。川崎教授が指摘されるように、前訴の被告人の防御活動は「訴因不特定の判断」を示す具体的事情の立証に向けられているのであり、この具体的事情こそが「公訴事実不特定の判断」なのであって、この判断が後訴に対して何の意味ももたないならば、被告人の法的地位はきわめて不安定なものになる。それゆえ、コラテラル・エスツッペルは公訴事実不特定の判断にもその効力が及ぶと考える。

後訴において、「表示登記」の不実記載の訴因についての公訴時効を主張するのは、被告人である。これに對して、この訴因の公訴時効の進行停止を主張するのは、檢察官である。その際、檢察官は、前訴が「表示登記」の不実記載についてであったと主張することになる。このことは、前訴の起訴状の訴因が保存登記を対象としているのか表示登記を対象にしているのかという訴因の明示の問題を蒸し返すだけでなく、前訴の判断事項と矛盾する判断を被告人に不利な方向で求めることを意味する。前述のように、宇津呂氏は、前訴で公訴棄却した裁判の任務が訴因の特定か不特定かの判断である一方、後訴の裁判の任務が公訴時効の進行停止の有無の判断であることを強調して、「公訴事実不特定の判断」に拘束力はないとされるが、後訴において公訴時効の進行停止の有無の判断の任務を遂行するためには、前訴の訴因の特定の問題はおろか訴因の明示の問題を蒸し返さざるを得ないのである。このように後訴において檢察官が、実は前訴が「表示登記」についての訴追であったと主張することは、前訴の「公訴事実不特定の判断」を後訴において蒸し返すものとして、且つ前訴の判断事項と矛盾する判断を被告人に不利な方向で求めるものとしてコラテラル・エス・トツベルによって禁止される。

### (三) 訴因変更後の公訴棄却の場合

起訴状の訴因によれば訴訟条件を具備しているが、審理していくうちに起訴状の訴因とは異なった事実が判明し、それによれば訴訟条件が欠ける場合が問題となる。

例えば、強姦致傷の訴因で起訴され、審理されているうちに単なる強姦であることが判明し告訴がない場合である。<sup>(34)</sup> まず、わが国では訴因制度が採られていることを考えれば、強姦致傷の訴因で訴追されているにもかかわらず、強姦を

認定して直ちに公訴棄却することは無理であろう。<sup>(35)</sup> 非親告罪と親告罪との質的差異を無視するべきではなく、訴因変更の手續を尊重すべきである。したがって、検察官に積明を求め強姦致傷の訴因のままならば無罪を言渡し、強姦に訴因が変更された場合に初めて公訴棄却を言渡すことができる。<sup>(36)</sup> この公訴棄却の確定判決は、強姦について告訴が欠けているということに拘束力が及ぶが、あらためて告訴があつた場合は強姦の訴因で再訴することが可能である。

しかし、この告訴を得た強姦についての再訴において、あらためて強姦致傷を認定することが許されるかということが問題となる。田宮博士と田口教授は、あらためて強姦致傷の認定されることを許容される（以下、許容説という）。田宮博士は、現行法が訴因制度を採っていることを理由に、たとえ強姦と強姦致傷が同一公訴事実に属していても、公訴棄却の判決は強姦の訴因事実のみ及ぶのであつて、強姦致傷の事実は判断の枠内に入つてこないから既判力は発生し得ないとされる。<sup>(37)</sup> 田口教授は、主文と関係する理由部分にはありえないとして、強姦致傷ではないという判断に拘束力は生じないとされる。<sup>(38)</sup>

これに対して、光藤教授と渥美教授と小田中教授は、あらためて強姦致傷を認定することに反対される（以下、非許容説という）。光藤教授は、このように強姦致傷をあらためて認定することに疑問を示される。すなわち、「致傷の不在の認定というところまで被告人に応訴を強制しつつその事項を撤回したのであるから、強姦の再訴において右と同一事項たる強姦致傷を再度訴訟の対象にすることは禁反言からいつて許されない」とされる。<sup>(39)</sup> 渥美教授は、審判対象を公訴事実と理解する立場では、公訴事実が強姦致傷ではないという認定が拘束力をもつのに対して、審判対象を訴因とする立場では、付随的禁反言の問題として処理される。すなわち、「訴因は公訴事実についての検察官の最大限主張であり、起訴時に、強姦を選択した以上、または、訴因を立証する証拠として、強姦致死傷を立証しうる証拠を提出しない選択がなされているかぎり、検察官は後訴で、強姦致死傷として、事実を訴因に構成することは許されない」とさ

れる。<sup>(40)</sup> 小田中教授は、かかる訴因変更は、被告人の当初の訴因についての「活動の成果」を一方的に奪うだけでなく、一公訴事実について二度にわたり実体審理に巻き込まれ防御活動を強いられる結果となり、これは二重の危険の禁止の観点からみて好ましくないのではないかと指摘されている。<sup>(41)</sup>

このような場合、前訴の公訴棄却の判決の直接の根拠となるのは、あくまでも強姦の告訴がないということだけであり、強姦致傷には何ら言及されていないことは確かである。しかし、強姦致傷の再度の立証を許すことは、小田中教授が指摘される通り、二重の危険禁止の理念に反するのではないか。また、光藤教授や渥美教授が指摘されていることから考えても、検察官の都合次第で被告人の地位が著しく不安定になりはしないだろうか。このようなことから、非許容説が妥当であると考ええる。ただ、光藤教授と渥美教授は、強姦致傷をあらためて認定することを禁止する根拠として「禁反言」や「付随的禁反言」を挙げられるが、これだけは検察官や裁判所を拘束する効果がいまいち弱いのではないか。前訴の裁判の効力による方が検察官をより強く拘束できるのではないだろうか。具体的には、強姦致傷の訴因から強姦の訴因への変更の「許可決定」を考えてみる。

訴因変更は裁判所の「許可決定」を前提とする（刑訴法三二二条一項）。必要であれば、裁判所の方から訴因変更命令をすることも可能である（同条二項）。訴因変更は、公訴提起に似た厳格な方式が要求される。訴因変更は、原則として書面で行われなければならないし（刑事訴訟規則二〇九条一項）、検察官は、公判期日において、その書面を朗読しなければならない（同条四項）。その上、実務では、冒頭手続に関する刑訴法二九一条二項に準じて、被告人と弁護人にその訴因変更に関して陳述の機会が与えられている。訴因変更は「公訴の変更」とでも言うべき重い意味をもってゐる。確かに、前訴における訴因変更許可決定は、強姦致傷の訴因から強姦の訴因への公訴の変更をとりあえず認める裁判であり、終局裁判とは言えないから、検察官を強く拘束するものではなく、状況によっては検察官が強姦致傷の訴

因にあらためて訴因変更することも可能であろう。しかしながら、一度終局裁判である公訴棄却の判決が確定したならば、この訴因変更許可決定に檢察官に対する何らかの拘束力を見出せると考える。公訴棄却判決の確定を前提とした訴因変更の許可決定には、井上博士の言葉を借りれば、結果的には「実体形成の結果、当該事件は強姦以外には犯罪とされないことまで確定された<sup>(42)</sup>」という意味があると考ええる。この井上博士の主張は、強姦以外の犯罪、すなわち強姦致傷の事実についての問題は一件落着したことを意味すると考えることができるのではないか。確かに、前訴の公訴棄却の判決（刑法三三八条四号）は強姦の訴因に対するものであって、強姦致傷の訴因とは無関係である。しかし、強姦致傷の訴因から強姦の訴因への変更の許可決定は、強姦致傷の事実の有無に密接に関連する裁判である。それゆえ、公訴棄却の判決が確定したことを前提条件に、この許可決定を通して強姦致傷の訴因に何らかの拘束力を認めることができると考える。

前訴において、強姦致傷の訴因が訴訟当事者間で実際に争われたことは確かである。その後、訴因変更の許可決定によつて審判対象が強姦の訴因になり、公訴棄却の判決の確定によつてこの許可決定は、当該事件は強姦致傷ではないこと、強姦致傷の問題は一件落着したと密接な関連をもつのである。そして、公訴棄却の判決が確定した以上、その許可決定は公訴棄却の判決と密接な関連をもつのである。この事例においては、強姦致傷から強姦への訴因変更がなければ、かかる判決はありえないからである。強姦致傷の訴因は、訴訟当事者間で実際に争われたのであり、公訴棄却の判決が確定した以上、許可決定の裁判によつて実際に判断を下されたことになるのである。ところが、告訴を得た強姦についての再訴において、檢察官が、強姦の訴因から強姦致傷の訴因へ訴因変更することによつて、この強姦致傷の立証をあらためて行うことは、前訴において訴訟当事者間で実際に争われ裁判所に判断を下された事項を再訴で蒸し返すことになるし、当該事件は強姦致傷ではないという前訴の判断と矛盾する判断を被告人に不利な方向であることを求

めることを意味する。かかる立証活動は、前訴の判断事項を蒸し返すものとして、且つ前訴の判断事項と矛盾した判断を求めるものとして、コラテラル・エストツペルによつて禁止されるのである。

#### (四) 小括

従来、拘束力は、前訴で形式裁判が下された場合に適用されてきた。前述したように、今日、前訴の裁判が形式裁判であるというだけでおよそ前訴の形式裁判の判断内容が後訴を拘束しないという見解はない。コラテラル・エストツペルは、一事不再理の効力に根拠を求める拘束力であり、被告人のための片面的構成を目指す拘束力である。前訴において形式裁判が下された場合、一事不再理の効力は働かないのが原則であるが、一事不再理の効力の付随的効力であるコラテラル・エストツペルは働き得る。ただ、主要事実という概念は形式裁判の判断事項には当てはまらない以上、その客観的範囲を不当に広げないためにも、前訴において訴訟当事者間で実際に争われて裁判所に判断を下された事項が前訴の形式裁判に密接に関連する場合でなければならない。

五―4 (一) においては、コラテラル・エストツペルは終局裁判の効力であつて、禁反言ではないことを述べた。被告人の積極的な欺罔行為があつたとしても被告人の死亡の事実の有無を再訴において蒸し返すことがコラテラル・エストツペルによつて禁止されるのは、確定的に無罪とされた真犯人に対する不利益再審が一事不再理の効力によつて禁止されることと類似している。この点で、コラテラル・エストツペルは一事不再理の効力の付随的効力なのである。

五―4 (二) においては、コラテラル・エストツペルが適用される客観的範囲を検討した。コラテラル・エストツペルは一事不再理の効力を根拠とする拘束力であるから、その客観的範囲は、前訴と後訴の訴訟課題の相違という観点で

はなく、被告人の法的安定性をどの程度保障するかという観点からなされなければならないことを示した。

五―4（三）においては、終局裁判が確定したことを条件として、非終局裁判に密接に関連する事項にコラテラル・エストoppelを及ぼす余地を考えた。

#### 5. コラテラル・エストoppelの実体裁判への適用

以下の事例は、前訴が実体裁判で終結している場合である。前述のように、前訴で実体裁判が下された場合は最初から一事不再理の効力が働くから、実体裁判の拘束力は理論上の意味しかないと考えられていたが、かかる実体裁判の場合にも拘束力が考えられるようになってきた。<sup>(43)</sup> 前述のように、コラテラル・エストoppelは、その根拠を一事不再理の効力に求める拘束力であり、「裁判所の矛盾判断禁止」よりもむしろ「蒸し返し禁止」を重視する法原理である。以下では、前訴が実体裁判の場合のコラテラル・エストoppelの具体的適用を検討する。

#### （一）常習犯の場合

常習犯についての訴追において、被告人の常習性を立証する目的で過去の前科が証拠として提出される場合があるが、かかる立証活動は許容されるであろうか。刑法において常習犯が処罰されている唯一の類型は常習賭博罪（刑法一八六条一項）であるが、これを例に考えてみる。<sup>(44)</sup> 被告人の過去の前科を証拠として提出することは、被告人の悪性格の立証の問題ともかかわってくるが、ここではコラテラル・エストoppelとの関連で論じる。

常習賭博罪は、賭博行為をした者が常習性をもつ場合に、刑を加重する目的で設けられた加重的身分犯である。賭博常習者とは、賭博を反復累行する習癖を有する者である。<sup>(45)</sup>常習として賭博したか否かの認定は、「賭博罪の前科」のほか反復累行の事実、さらには賭博の性質、勝負の回数、手段方法の如何、賭金の数額の諸事情を考慮して決定される。<sup>(46)</sup>この認定は、裁判所が自由な心証によって決定すべき事項である。<sup>(47)</sup>常習性の認定には、必ずしも既往に賭博累行の事実が存在することは必要ないのであって、現に賭博を反復累行する事実があればよい。<sup>(48)</sup>すなわち、これらの事項が本案にかかる当の賭博行為に關係するか、本案前の事実に関係するかは問わない。ここにいう「賭博罪の前科」とは、刑法第二三章に掲げられている賭博罪（単純賭博罪、常習賭博罪、賭博場開帳・博徒結合罪、富籤発売罪）のほか、これと罪質を同じくする罪の前科である。<sup>(49)</sup>前科にかかる賭博と本案の賭博とで種類・方法が異なるとしても、常習性を認定する妨げにはならない。<sup>(50)</sup>

一般的には、常習賭博罪のように前科が構成要件要素になっている場合は例外的に前科の立証が許されている。<sup>(51)</sup>確かに、常習賭博罪において、前科は構成要件要素としての「常習性」を立証するために提出される。しかし、この場合の前科は、後訴の常習賭博罪の成立を決定的にする主要事実となる。<sup>(52)</sup>前科は過去に確定有罪判決を受けたことを意味するのであるから、前訴において訴訟当事者間で実際に争われて裁判所によって判断を下された事項と言えるし、前訴における主要事実でもある。常習賭博罪に関する後訴において「常習性」を証明する目的で前科を提出することは、後訴において主要事実を立証する目的で前科を提出することを意味する。かかる前科の提出は、単なる量刑上の資料としての域を超えており、その前科を再度問責するに等しい。かかる前科の提出は、前訴の判断事項と矛盾する判断を後訴で求めるものではないけれども、前訴の判断事項を後訴において主要事実として蒸し返すものなので、コラテラル・エストツペルによって禁止される。たとえ前訴と後訴との間に矛盾した判断が存在しなくとも、コラテラル・エストツペルは、

前訴において主要事実として訴訟当事者間で実際に争われ裁判所に判断を下された事項を、後訴において主要事実として蒸し返すことを禁止するのである。それは、前訴において有罪判決を下された同一の公訴事実があらためて訴追された場合に、前訴と後訴の間に何の矛盾した判断が存在しないにもかかわらず、一事不再理の効力によつて後訴が禁止されることと類似している。

これに対して、有期懲役に処すべき犯罪の訴追において、累犯加重をする目的で過去の前科が提出される場合があるが（刑法五六条五七条）、かかる前科の提出は許されると考えられている。最高裁は、「刑法第五六条第五七条の再犯加重の規定は第五六条所定の再犯者であるという事由に基いて、新たに犯した罪に対する法定刑を加重し、重い刑罰を科し得べきことを是認したに過ぎないもので、前犯に対する確定判決を動かしたり、或は前犯に対し、重ねて刑罰を科する趣旨のものではないから所論憲法第三條の規定に反するものではない」と述べている<sup>(53)</sup>。累犯加重において処罰の対象となるのは、あくまでも後訴の罪である。前科は情状の一種として斟酌されているだけであり、後訴において主要事実にはなりえない。また、これと同様に、量刑の当否を判断するにあたり、累犯の要件にあたらぬ前科を考慮すること<sup>(54)</sup>も、二重刑を科する憲法違反にはならない。かかる前科も後訴において主要事実にはなりえない。このように、前訴において主要事実として訴訟当事者間で実際に争われ裁判所に判断を下された事項と矛盾する判断を後訴において求めるわけではない場合で、且つこの前訴の判断事項を後訴における主要事実として蒸し返すわけでもない場合は、コラテラル・エラストツペルは適用されない。

(二) 保険金詐欺事件の場合

被告人が自己の家屋（被告人以外に同居人がいる）への放火（刑法一〇八条）につき確定有罪判決を受けているにもかかわらず保険金を請求したため、このことについて詐欺未遂（刑法二四六条一項及び二五〇条）で起訴された際、檢察官が、この詐欺未遂罪についての訴追の中で、被告人が自ら自己の家屋に放火したことを証明しようとする場合を考えてみる。

詐欺罪とは、人を欺いて錯誤を生ぜしめ、その錯誤による瑕疵ある意思に基づいて財物や財産上の利益を交付させる罪である。詐欺罪が成立するためには、欺く行為（欺罔行為）、錯誤、処分（交付）行為、詐取という因果の系列を経て、財物や財産上の利益を取得することが必要である。欺罔行為とは、取引の相手方が真実を知っていれば財産的処分行為を行わないような重要な事実を偽ること（ここでは、被告人が自ら自己の家屋に放火したという事実を隠して、不可抗力によって自己の家屋が焼損されたと保険会社に偽ること）であり、財物又は財産上の利益の処分行為に向けられたものでなければならぬ。詐欺罪が成立するためには、欺罔行為により錯誤が生じ、この錯誤による瑕疵ある意思に基づいて財物又は財産上の利益を相手方に移転させる行為（ここでは、保険会社が被告人に保険金を交付すること）が存在しなければならぬ。処分行為があるというためには、被詐欺者の瑕疵ある意思に基づいて財物の占有が終局的に移転したことが必要である。ここでは、被告人が保険会社に保険金の交付を約束させたに止まり、まだ実際に保険金を受け取っていないから、一項詐欺の未遂になる。

放火罪についての前訴においては、被告人が当該家屋に自ら放火したと、それによって当該家屋が焼損したことが立証されなければならない。かかる放火の事実が前訴において主要事実であることは言うまでもない。詐欺未遂罪についての後訴においては、欺罔行為を立証する際に、被告人が当該家屋に自ら放火したことをあらためて立証しなければならない。コラテラル・エスツップルにおいて問題となるのは、詐欺未遂罪についての後訴において当該家屋への放

火の立証を許してよいか否かということである。

詐欺罪の着手時期は、財物を詐取する意思で欺罔行為を開始したときである。ここには二つの場合を考えなければならぬ。一つは、保険会社と保険契約を結ぶ時点では全くそのような目的を持っていなかったが、後になってからその建物について保険契約があることを奇貨として、放火及び保険金の詐取を思い立つ場合である。もう一つは、保険会社と保険契約を結ぶ時点において既に放火をして保険金を詐取する目的を有している場合である。

前者の場合、放火行為は詐欺罪の予備行為に止まり、不可抗力による焼損をよそおって保険会社に保険金の支払を請求したときに初めて詐欺の実行行為の着手があったものとされる<sup>(55)</sup>。判例においては、詐欺罪と放火罪との罪数関係は併合罪であるとされている<sup>(56)</sup>。放火は詐欺の予備行為にすぎないという理解を前提として、放火と詐欺は手段・結果の関係にないから併合罪であると考えている。後者の場合においても、判例においては、虚偽の通告をしたときに詐欺罪の実行の着手があったものとされるのであり、放火行為はその実行の着手にあたらぬ<sup>(57)</sup>。

ここで掲げている事例においては、既に放火罪の有罪判決が確定した後に欺罔行為がなされている場合であるから、詐欺未遂罪の後訴は一事不再理の効力によって禁止されない。田口教授は、このような事例を考える際、「刑事訴訟において拘束力が片面的に、つまり検察官の禁反言として作用するのは、ここでは過去の一回的な出来事の真実追及が問題となるからであり、民事におけるように法律関係が判決後も発展するような場合には、刑事訴訟に固有な拘束力の片面性は脱落し、拘束力本来の相互性が復活すると考えるべきではなからうか。」とされ、このような例外的な場合に限りて被告人に不利益な拘束力を認められる<sup>(58)</sup>。

コラテラル・エストoppelは、この場合、詐欺未遂罪についての後訴において放火の事実の証拠を提出することを許容する。コラテラル・エストoppelは、前訴において主要事実として訴訟当事者間で実際に争われて裁判所によって判

断された事項を後訴において主要事実として蒸し返すことを禁止するのである。前述のように、放火の事実は詐欺罪に  
とっては予備行為に止まり、実行の着手にならぬ。放火の事実は詐欺罪の構成要件要素に直接関わるものではないか  
ら、後訴における主要事実とは言えない。よって、前訴の放火の事実は詐欺罪についての後訴で提出することは、前訴  
の判断事項と矛盾する判断を後訴で求めるものでもないし、また、前訴の判断事項を後訴において主要事実として蒸し  
返すものでもないから、コラテラル・エストoppelによって禁止されない。

また、田口教授は、被告人が放火罪についての前訴において放火の事実はないという理由で確定的に無罪にされた場  
合は、前訴の判断事項が拘束力をもつとされる。<sup>(59)</sup>結果の妥当性から考えても、このことに異論はないと思う。しかし、  
前述のように、放火の事実は、詐欺罪にとつて予備行為に止まるものであり、詐欺罪の後訴においては主要事実になり  
得ないから、コラテラル・エストoppelはこの場合には働かぬことになるのだろうか。この場合、後訴において放  
火の事実を立証することは、どのような意味をもつであろうか。これは、前訴において訴訟当事者間で実際に争われて  
裁判所によって判断を下された事項を後訴においてあらためて「蒸し返す」というだけでなく、前訴の判断事項と「矛  
盾した判断」を被告人に不利益な方向で求めることになる。そもそもコラテラル・エストoppelは憲法三九条の一事不  
再理の効力に根拠を求める拘束力である。この場合のように被告人に不利益な方向での「矛盾した判断」をしてもらう  
べく前訴の判断事項を「蒸し返す」ことが、憲法三九条の一事不再理の効力の理念と相容れないことは明らかであるか  
ら、その付随的効力であるコラテラル・エストoppelとも相容れない。かかる状況においては、前訴の放火の事実は詐  
欺罪についての後訴において主要事実とはならないからコラテラル・エストoppelが働かないと簡単に割り切ることは  
できない。後訴の立証活動が、前訴の判断事項を蒸し返すだけでなく、なお且つ被告人の不利益な方向での矛盾した判  
断を求める性質をもつ場合には、コラテラル・エストoppelは、たとえ前訴の判断事項が後訴における主要事実として

蒸し返されるわけではなくとも、被告人にその保護を及ぼすのである。この場合、放火の事実を後訴において立証することは、被告人への不当な蒸し返しとして、且つ被告人に不利益な方向での矛盾した判断を求めるものとして、コラテラル・エストップベルによって禁止される。

(三) 起訴されていない併合罪の余罪が量刑に斟酌されている場合

(大阪高判昭和五〇年八月二七日高刑集二八卷三三三二頁)

【事実の概要】被告人Aは昭和四八年四月、Bと廃油処理で儲けることを共謀し、①大阪府内の自宅付近の空地に素掘りの穴をつくったうえ、廃油十六万二〇〇〇リットルを右穴に引き取り以て無許可で廃棄物収集業を営み（廃棄物の処理及び清掃に関する法律一四一条一項・二五条の無許可収集業の罪）、②指定数量以上の危険物たる廃油約六万リットルを右穴に貯蔵し（消防法一〇一条一項・四一条一項二号の危険物貯蔵の罪）、③右穴がすぐに充満したので大阪府内各地の用水路、貯炭場及びマンホールなどのほか京都府内の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不法投棄した（廃棄物の処理及び清掃に関する法律一六条二号・二七条の廃油不法投棄の罪）。被告人は間もなく同年五月二五日に大阪府牧方警察署に逮捕され、①の犯罪並びに②の犯罪のほか③の犯罪についても取調べを受け、捜査復命書、廃油不法投棄状況一覽表、前後八回の廃油不法投棄の経緯についての司法警察員に対する供述調書が作成された。

被告人はまず、大阪地方裁判所において、①の犯罪と②の犯罪のみについて起訴された。このとき③の廃油不法投棄の罪については起訴されなかった。ところが、その審理過程において、右不法投棄に関する証拠書類についても証拠調

べがなされた。そして、同裁判所は昭和四八年一月二八日に被告人に懲役一〇月及び罰金一〇万円の有罪判決を下したが、その際、判決中の「量刑について」と題する欄において廃油不法投棄の所為についても言及した。そこでは、「：：：さらに約一〇万リットルの廃油を用水路、第三者所有地内の貯炭場、市街地のマンホール等に投棄するなどして著しい汚染を招き幸い火災などの事態の発生に至らなかったものの付近住民に多大の衝撃を与え汚染処理に莫大な費用の投入を余儀なくさせるなど不法の限りをつくしたもので：：世論に挑戦するものとしてその責任は極めて重いと考えなければならず：：あえてその刑を猶予すべきではないと認めた」と判示されていた。この有罪判決は昭和四九年五月一日に確定した。

ところが、③の犯罪である廃油不法投棄の場所八箇所のうち一箇所は、京都府内の水道管敷設工事現場の水道管敷設溝であったため、投棄の翌日である昭和四八年五月一日日に直ちに京都府水道建設事務所長から京都府木津警察署に届出がなされ、次いで同年六月七日付けで告訴もなされた。京都府木津警察署は、被告人が前述のように五月二五日に大阪府枚方警察署に逮捕されるや、直ちに同警察署との間で連絡協議をしたが、当該水道管敷設溝への廃油投棄(③)の犯罪の一部である」と、よって惹起した水道管汚染の器物損壊の罪(刑法二六一条)について捜査を遂げて送致した結果、両犯罪について京都地方裁判所に公訴提起がなされ、被告人は有罪判決を受けた。被告人は、「さきに原判決掲載の確定判決の際に本件犯行についての証拠をも併せ取調べられたうえ本件犯行の存在の故に重く量刑されたものであるから、本件公訴は憲法三九条に違反し公訴権の濫用として公訴棄却されるべきであったか或は確定裁判を経たものとして免訴されるべきであったので、原判決は法令の解釈適用を誤り破棄を免れない」として大阪高等裁判所に控訴した。これに対して大阪高等裁判所は、当該水道管敷設溝への廃油投棄について控訴理由を認めて原判決を破棄し、器物損壊の罪については自判のうえ有罪にした。

【判旨】「原判決を破棄する。被告人を罰金一〇万円に処する。…」

(1) 「所論は原判決は既に確定判決を経た犯罪について刑罰を科したもので憲法三九条後段違反により破棄を免れないというが、前記のとおり大阪地方裁判所における確定判決を経た罪となるべき事実は無許可で廃棄物収集業を営んだ所為と指定数量以上の危険物を貯蔵した所為とであるのに対し京都地方裁判所の原判決認定の罪となるべき事実は廃棄物不法投棄と器物損壊の所為であつて、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、従つ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その理由がないといわざるを得ない。」

(2) 「しかしながら、前記のとおり、右確定判決の審理においてはその公訴犯罪事実たる無免許の廃棄物収集業を営んだ事実及び危険物貯蔵の事実についての証拠のほかに犯情の証拠として前後八回の不法投棄の具体的事実を認めるに足る自供調書と補強証拠とが取調べられたうえ前摘録の如き量刑欄の説示となつたことに徴すると、大阪地方裁判所に起訴されなかつた前後八回の不法投棄の事実が量刑のため一情状として考慮されたというよりはむしろ概括的であるにせよ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特に執行を猶予すべからざる事情として参酌されて重い刑を科されたというほかなく、…かかる場合には右大阪地方裁判所の確定判決の既判力はとも角として被告人のための二重の危険の禁止としての一事不再理の効力は廃棄物不法投棄の事実にも及ぶと解するのが相当である。」

(3) 「右確定判決の一事不再理の効力が及ぶと解すべき廃油不法投棄のうちの一部である原判示水道管敷設溝への不法投棄の所為がまさにその廃油による水道管二五本の汚染による損壊の所為と観念的競合の關係にある以上、科刑上一罪と認められる原判示犯罪事実全体にまで右一事不再理の効力が及ぶと解する余地があるものの如くである。しかしながら、既判力ないし一事不再理の効力は同時審判の可能性の故に訴因を超えて公訴事実全体に及ぶと解されるこの

とであるから、隔々確定裁判において余罪として認定され量刑に考慮された事実にも一事不再理の効力が及ぶと解すべき場合であつても、その事実と科刑上一罪の關係にある事実でも凡そ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その可罰の評価までも不問に付されて然るべき理はさらに無い筈である。従つて、確定判決の一事不再理の効力は結局原判決認定の本件公訴事実のうち廃棄物不法投棄の点には及んでいと解すべきであるが、器物損壞の点には及んでいないと解すべきである。」

(4)「しからば、原判決が廃棄物不法投棄の点について更に有罪の言渡をしたのは刑事訴訟法三三七条一号に違反しその違反が判決に影響を及ぼすこと明らかであるとともに憲法三九条後段に違反したものであるというほかなく、論旨はこの限度で理由がある。」

【コメント】まず本件では、そもそも余罪すなわち起訴されていない③の犯罪を量刑の資料とすることが許されるかということが問題になる。判例においては、起訴されていない犯罪事実を余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料とすることは許されないが、単に被告人の性格、経歴及び犯罪の動機、目的、方法などの情状を推知するための資料としてこれを考慮することは許される<sup>(60)</sup>。本件においては、証拠調べも相当程度行われたようであり、何よりも専ら余罪を理由に実刑としたものの如くであるから実質上処罰したといふべきである<sup>(61)</sup>。また、本来は、かかる余罪認定とその実質的な処罰は上訴によつてその違法を是正すべきであるが、本件のように有罪判決が確定してしまつた以上、既判力と一事不再理の効力との關係に関する基本的見解のいかんにかかわらず、判旨(2)のように判断して、当該水道管敷設溝への廃油不法投棄についての訴追を禁止せざるを得ないであらう<sup>(62)</sup>。

次に問題になるのは、このように実質的に処罰された余罪に一事不再理の効力が及ぶことを正当化できるのかという

ことである。現に判旨（2）は、廃棄物不法投棄の事実が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場合は、かかる事実にも一事不再理の効力を及ぼしている。しかし、その一方で判旨（1）は、無許可廃棄物収集営業及び指定数量以上の危険物所蔵の罪は、廃棄物不法投棄及び器物損壊の罪と併合罪の關係に立つから、一事不再理の効力は働かないとして<sup>(63)</sup>いる。この点に矛盾はないだろうか。安富教授は、何故余罪に一事不再理の効力が及ぶのかについて本判決は何も説明していないと指摘され、本判決のように「一事不再理の効力は同時審判の可能性の故に訴因を超えて公訴事実全体に及ぶ」とするならば、余罪について一事不再理の効力は及ばないと解するのが帰結であると指摘される<sup>(64)</sup>。

学説においても、起訴されていない余罪を実質的に処罰する趣旨で量刑の資料とされた場合に一事不再理の効力を及ぼす余地が認められている<sup>(65)</sup>。例えば、団藤博士は、実質上処罰された余罪につき事実上訴訟係属が生じたとして一事不再理の効力を及ぼされる<sup>(66)</sup>。これに対して、田口教授は、「あくまで訴因という形をとっていないので擬制の感を免れないばかりでなく、事実上の訴訟係属と認められないかぎり再訴は遮断されない点で理論的限界がある」と指摘されている<sup>(67)</sup>。また、安富教授は、かかる団藤博士の見解はあながち不当ではないとしながらも、「一事不再理の効力が公訴事実の単一性・同一性の範囲に及びかつその範囲にしか及ばないとする立場から何故併合罪たる犯罪事実<sup>(68)</sup>に一事不再理の効力が及ぶとするのか」という疑問を示されている。

確かに、当該水道管敷設溝への廃油不法投棄についての訴追が禁止されるという結論には賛成できるが、「一事不再理の効力」によってこの訴追が禁止されるという理由付けには疑問がある。田口教授と安富教授の指摘は的を得ていると思う。そもそも一事不再理の効力は、本件のような前訴の有罪判決の理由中で判断された事項に及ぶものであろうか。一事不再理の効力とは、訴因変更の可能性を画する「公訴事実の同一性」を基準とするものであり、前訴の起訴状の訴

因と後訴の起訴状の訴因とを比較することによってその効力發生の有無を判断するものである。そこに前訴の判決の理由中の判断が入り込む余地はないはずである。前訴の判決の理由中の判断事項の効力を考えるならば、それは拘束力の問題になってくるのではないだろうか。その点、本件判決や従来の学説が「一事不再理の効力」という言葉を用いて廃棄物不法投棄の後訴を禁止していることに疑問を感じる。前訴と後訴が併合罪関係である以上、基本的に一事不再理の効力は働かないのが原則である。それなのに本件で後訴が禁止されるのは、一事不再理の効力以外の効力が働いているからであると考える。それこそが拘束力なのであり、一事不再理の効力の付随的効力であるコラテラル・エストツペルであると考える。

前訴の大阪地裁の有罪判決において、八回の不法投棄（当該水道管敷設溝への不法投棄も含む）が訴訟当事者間で実際に争われて裁判所に判断された事項であり、判決の理由中に含まれていることは明らかであるが、当該不法投棄が前訴において主要事実であるとは言えない。それゆえ、コラテラル・エストツペルは当該不法投棄に適用されることはないように思える。しかしながら、当該不法投棄は、前訴において被告人に執行猶予を与えるか否かについて決定的な意味を持ったという点で、有罪判決の正文に密接に関連している事項と言える。コラテラル・エストツペルは、前訴の判断事項が前訴において主要事実とは言えない場合であっても、前訴の判決の正文に密接に関連すると言える場合には、その効力が及ぼされる。一方、京都地裁での後訴では、当該水道管敷設溝への廃油不法投棄が後訴において主要事実になることは明らかである。京都地裁での後訴において当該水道管敷設溝への廃油不法投棄を立証することは、前訴の判断事項と矛盾する判断を後訴において求めるものではないけれども、前訴の判断事項を後訴において主要事実として蒸し返すものであるため、コラテラル・エストツペルによって禁止される。それゆえ、結果的には当該水道管敷設溝への廃油不法投棄の訴追が維持できなくなる。

次に問題になるのは、実質的に処罰された余罪と科刑上一罪の關係にある他の余罪、すなわち当該水道管敷設溝への廃油不法投棄の罪と科刑上一罪の關係にある水道管汚染の器物損壊の罪に一事不再理の効力が及ぶのかということである。本判決は、判旨（3）において、この器物損壊の罪の訴追を、凡そ同時審判が不可能であったことを理由に許容している。この点について、田口教授は、実体法上観念的競合とされるものについて訴訟法の要求からその一罪性を否定する場合のありうることを例外的に認めることは、法的安定性の見地から容易に認容できないとされる。<sup>(69)</sup> 安富教授は、この判断が、前訴とは併合罪の關係にある廃油の不法投棄の罪については一事不再理の効力を及ぼしていることと理論的整合性がないと指摘される。<sup>(70)</sup> 一方、白井教授は、判旨（3）を「本来の一罪でも科刑上一罪でも、その一部が法律上又は事実上同時審判が不能であったことを検察官が証明すればその部分の再起訴を妨げない旨の見解」に立脚するものと推察され、かかる見解が実際的であるうえにさして理論的難点がないとされる。<sup>(71)</sup>

コラテラル・エストoppelは、このような同時審判の可能性や、実体法的考察と訴訟法的考察との調整を問題としない。前述のように、当該水道管敷設溝への不法投棄は、前訴において主要事実とは言えないが、前訴の有罪判決の正文と密接に関連する事項であり、コラテラル・エストoppelの保護が及びうる。また、当該水道管敷設溝への不法投棄は、後訴においては、器物損壊の罪を立証する上で主要事実と言える。器物損壊の罪についての後訴において当該水道管敷設溝への不法投棄を立証することは、前訴の判断事項と矛盾する判断を後訴において求めるものではないけれども、前訴の判決の正文に密接に関連する判断事項を後訴において主要事実として蒸し返すものであるので、コラテラル・エストoppelによつて禁止される。後訴において当該不法投棄を立証できない以上、水道管汚染の器物損壊の罪の訴追の維持は困難になる。

## (四)「強盗」と「銃砲等の不法所持」の場合

(最判昭和二十四年二月八日(一小)刑集三卷一二号一九一五頁を参考に)

被告人は、昭和二十三年三月一二日頃から同年三月一九日頃までの間短刀を違法に所持していたこと(銃砲等所持禁止令(ママ)一条二条)と、同年三月一三日午後七時頃同短刀を被害者に突きつけて現金三七〇〇円等を強取したこと(刑法二三六条)について起訴された(その他にも強盗未遂と窃盗について起訴されていた)。原審の広島高裁は、これらの犯罪を一括して併合罪(刑法四五条前段)と解釈して、被告人に懲役四年以上六年以下の有罪判決を下した。これに対して、被告人は上告した。上告趣意のうちの 하나가、昭和二十三年三月一二日頃から三月一九日頃までの短刀の所持には「被告人が強盗の目的をもってその手段としてこれを現実に携行して行った場合の所持」と「単に自宅において所持していた場合の所持」との区別があり、強盗をなした際の被告人の短刀の所持と強盗との関係は手段結果の関係にあるからこの場合における所持は牽連犯(刑法五四条一項後段)として処罰すべきであり、それ以外の場合における所持に關してのみ被告人の強盗罪との関係において併合罪とすべきであるということであった。しかし、最高裁は、「短刀不法所持と短刀を突き付けての強盗とは、犯罪構成要件も異なり被害法益も異なっているから、原判決が併合罪の規定を適用したのは正当である。また、短刀不法所持は、強盗罪の性質上その手段として普通に用いられる関係にあるものと言ふことができなから、両者は牽連関係を有しない」と判断した。かかる判断について、平野博士は、「継続犯の場合、(短刀を盗む行為と所持のように)新たに所持を取得する場合は別であるが、一度所持を始めた後には、殺人・強盗に用いる場合も、新たな所持の意思決定がなされるわけではないから、併合罪とすることに理由があると思われる。あるいはこの場合、所持という構成要件に該当する行為とそれを用いる行為とは、いわば層を異にする別個の

行為であるということもできるであろう。」とされ、かかる判断を支持される<sup>(72)</sup>。

それゆえ、同短刀を用いた強盗について確定有罪判決がなされた後に、当該強盗をなした際の同短刀不法所持についての訴追が理論上可能である。判例においては、前訴と後訴の犯罪どうしが併合罪関係の場合は、一事不再理の効力が及ばないのが原則だからである<sup>(73)</sup>。しかし、これに対しては、併合罪であるということだけで一事不再理の効力が必ずしも否定されるわけではないことを示唆する学説もあることは前にも述べた通りである。確かに併合罪関係は公訴事実の同一性を欠くとされる場合であるが、そのような場合でも、田宮博士が言われるように、「相互に密接しているため社会観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、一事不再理の効力を及ぼす余地が認められている<sup>(74)</sup>。このような場合には、コラテラル・エストoppelによつて後訴を禁止することも可能である。

強盗罪は、暴行又は脅迫を用い、相手の反抗を抑圧して、財物を奪取するか又は財産上不法な利益を得る犯罪である。強盗罪が成立するためには、暴行又は脅迫を用いて、相手の反抗を抑圧して、相手の意思に反して財物を奪取又は財産上不当な利益を得なくてはならない。この場合、相手の反抗を抑圧する程度の暴行又は脅迫がなされたことを立証するためには、被告人が昭和二三年三月一三日午後七時頃強盗の目的をもってその手段として被害者に当該短刀を突き付けた事実を証明しなくてはならない。すなわち、被告人が強盗の実行行為の時点で短刀を所持しており、それを被害者に突きつけて反抗を抑圧したことを証明しなくてはならない。この時点において強盗の目的をもってその手段として被害者に当該短刀を突き付けた事実は、強盗の構成要件要素の一部である暴行又は脅迫に直接関係してくる主要事実である。一方、当該強盗をなした際の同短刀不法所持についての後訴において、当該強盗をなした際の同短刀の所持が主要事実であることは明らかである。かかる後訴においてかかる事実を証明することは、前訴の判断事項と矛盾する判断を後訴で求めるものではないけれども、前訴において主要事実として訴訟当事者間で実際に争われて裁判所に判断された事項

を後訴において主要事実として蒸し返すことになるので、コラテラル・エスツッペルによつて禁止される。それゆえ、強盜をなした際の際の同短刀不法所持についての後訴は維持できなくなるであろう。

なお、単に自宅において所持していた場合の不法所持については、後訴が許容されることにならう。強盜についての前訴において、当該短刀がどのような経緯で入手されてどのように保管されていたかが問題になり、被告人が昭和二三年三月一二日頃から同年三月一九日頃まで当該短刀を不法所持していたことが立証されることがあるかもしれないが、かかる不法所持は、強盜罪にとつて主要事実とも言えないし、強盜の有罪判決に密接に関連しているとも言えない。よつて、単に自宅において所持していた場合の不法所持についての後訴は、コラテラル・エスツッペルによつて禁止されることはない。

#### (五) 科刑上一罪の一部が親告罪の場合

被告人が被害者の家屋に侵入して被害者を強姦したとする。前訴では、住居侵入罪と強姦罪の牽連犯として起訴されたが、被害者の告訴しない意思が固いため強姦罪（刑法一七七条）についての訴追ができず、住居侵入罪（刑法一三〇条前段）でのみ確定有罪判決を下さざるを得なかった。その後、被害者が翻意したため告訴を得て、強姦罪について再訴されたとする。このような場合、判例においては、かかる強姦罪についての再訴は一事不再理の効力によつて禁止されることになつて<sup>(75)</sup>いる。旧法においては、これが通説であつた。<sup>(76)</sup>確定判決の効果は一罪の全体すなわち一個の刑罰請求権の全体に及ぶからであつた。現行法においても、一事不再理の効力が及ぶとするのが通説であると言えらる。例えば、平野博士は、「被告人からみれば、告訴権者も訴追側である。その告訴権者が告訴できるにもかかわらずしなかつ

たときには、やはり訴追側は同時訴追の義務を果たさなかつたものといわなければならぬ。したがつて既判力は、この部分にも及ぶ。」と説明される。<sup>(77)</sup> また、強姦罪についての再訴を許すことは、科刑上一罪である住居侵入と強姦に対して二個の刑が言渡されることになり、その刑を合計すると、「重き刑」である強姦罪の法定刑よりも重くなる可能性も指摘されている。<sup>(78)</sup> 高田博士も、「一事不再理効は一個の刑罰権に服する事項は一回の手続で解決すべきだとの要請によると解し、しかもこの要請は檢察官の同時訴追の可能性に優先して尊重されるべきものと考えるならば、すべて再起訴は許されないという結論になる」として、かかる再訴を禁止される。<sup>(79)</sup> 田宮博士においては、公訴事実のある部分に一時的に訴追にとつて現実の障害があつても、全体的に考察するならば、訴追は決して妨げられていないこと、被告人にとつては、一個の刑罰を加えられるべき一定の事実について絶えず現実の訴追の可能性におびやかされている（刑罰Ⅱ訴追の危険におかれている）のであり、もはや二度と刑事訴追の苦痛にさらされるべきではないこと、公訴不可分の原則は二重の危険の禁止の反射であり、国家は公訴事実について一個の訴訟しか許されないことを要請していること、被告人の法的安定性の要求は告訴権者の私的意思や個人的事情に増して尊重されるべきであることを理由として、通説の結論を支持される。<sup>(80)</sup> 中武博士も、公訴不可分の原則に例外を設けて処分的一罪の既判力を分割することは憲法三九条後段から疑問であると指摘される。<sup>(81)</sup> 通説の根底にある考え方は、田宮博士が言われるように、「犯罪の主要な部分で審判がすすんでいるので、一件落着とみてよい。そうであれば被告人に再度負担を強いるのは過酷だし、国家としても、将来にわたつてそこまで目を光らせていなくても治安維持に支障はない」という常識である。<sup>(82)</sup>

しかし、かかる通説に対して疑問の声が全くなかつたわけではない。例えば、中川博士は、「抑モ法力申告罪ヲ設ケ而シテ右ノ如キ想像上ノ数罪具発ノ場合ニハ其規定ノ結果トシテ公訴ノ可分ヲ認ムルノ止ムヲ得ザルニ至レルモノニシテ決シテ裁判所ガ事実上凡テノ結果ニ付キ審理判決ヲ為シ得ルニ拘ラズ之ヲ為サ、リシ場合ト同一視スルヲ得ズ及チ結

果ノ全部ニ付キ起訴スルヲ得ザリシハ法律上ノ障害ニ基クモノニシテ裁判所ハ告訴無キ限りハ決シテ申告罪ニ該当スル結果ニ付キ裁判スルヲ得ザルナリ故ニ第一回ノ訴訟ニ於テ裁判セラレザリシ部分ノ結果ニ付キ確定判決後ニ告訴アリタルハ更ニ起訴スルコトヲ得ト云ハザル可カラズ」と言われる。<sup>(83)</sup>また、中村博士は、「新刑事訴訟法の下においては、審判の範囲は、常に起訴状に記載された訴因及び罰条によつて拘束されるのであつて（刑訴法二五六条・三一二条二項）、その訴因によつて示されていない事実（構成要件によつて評価されていない事実）に対しては、公訴の効力は及ぶべくして及び得ない。またたとえ、訴因と公訴事実を切離して考え、公訴の効力は訴因とは離れて、前法律的な社会的事実<sup>(84)</sup>に及ぶとしても、訴因・罰条の追加・撤回・変更がなければ、それを審判することは法律上不可能である。果して然らば、かような審理の不能の部分にまで、科刑上の一罪なるの故を以て、既判力を生ぜしめることは誤りといわざるをえない。：親告罪と非親告罪とが科刑上の一罪をなし、非親告罪を訴因とする公訴が提起せられた場合には、親告罪の部分については、被害者その他法定の告訴権者の告訴がない限り、裁判官は訴因の追加を命ずべくして命じ得ない。従つて、この部分について審判することは、法律上全く不可能である。：たとえ、通説に従い潜在的には公訴の効力がその部分にまで及ぶとしても、法律的な審判の範囲は検察官の訴因罰条に拘束されるのであつて、これを逸脱した部分は審判することは許されない。具体的に審判の対象とならなかつたものに既判力が及ぶということとは、訴訟法的に考えられない。既判力は、審理の充足を前提として生ぜしめられるものである。この点に反省の缺ける既判力理論は、既判力の本質を理解せざるものといわなければならない。」<sup>(84)</sup>と言われる。高田博士もかつては、「既判力が審判の法律的可能性のある限りで及ぶとする立場からは、たとえ単一事件の一部とはいへ、審判の法律的可能性のない部分については既判力は及ばぬ、従つてこの場合には事件の単一性理論の例外を認めるといふのが正しいと考える。」<sup>(85)</sup>と言われたことがある。井上博士も、審判しようにも法律上不可能であつた親告罪の部分に一事不再理の効力を及ぼすことについて、親告罪も

非親告罪と科刑上一罪を構成するというだけでは理由にならないとして、通説に疑問を示されたことがある。<sup>(86)</sup>

通説の結論及びその根底にある考え方に共感できないではない。しかし、反対説も指摘しているように、法律上全く審判が不可能であった事項すなわち強姦の事実について一事不再理の効力を及ぼすのは、訴訟法上考えられないのではないかと思う。検察官が、公訴事実の同一性の範囲内で訴因変更が可能であるにもかかわらず、それをあえて怠ったとか失念していたという場合には、被告人がその範囲で刑罰Ⅱ訴追の危険に置かれたということと一事不再理の効力を及ぼすことは理解できるが、法律上審判が全く不可能であった事項についても危険が及んでいるとするのは、二重の危険理論の行き過ぎではないだろうか。田宮博士は「危険をそこまで抽象化し、あるいはその残照を認めても不正義はない」と主張されるが、<sup>(87)</sup>そもそも一事不再理の効力の客観的範囲は訴因変更の可能性を画する「公訴事実の同一性」（刑法三一二条一項）ではなかったのか。訴因変更が可能ならば公訴事実の同一性があると言えるが、この事例のように法律上審判が全く不可能で訴因変更をしようにもできないならば、住居侵入罪と強姦罪とに公訴事実の同一性はないと考えるのが論理的ではないか。強姦罪についての再訴は一事不再理の効力によって禁止されないと考えるのが筋であろう。このような問題は拘束力の問題として処理すべきではないだろうか。

前訴の住居侵入罪の立証においては、被告人が被害者の住居に侵入した事実を証明しなければならぬ。告訴を得た強姦罪の再訴においては、被告人が暴行又は脅迫によって被害者の反抗を著しく困難にして姦淫したことが証明されなければならぬ。再訴における強姦の事実の立証活動においては、被告人がどのような経緯で強姦の現場に行き着いたかが問題となり、前訴の住居侵入の事実があらためて立証されようとする場合があるかもしれない。前訴において、住居侵入の事実が訴訟当事者間で実際に争われて裁判所によって判断を下された事項であることは確かであるし、前訴においては主要事実である。しかし、強姦罪についての再訴において、住居侵入の事実が主要事実とはならない。それゆ

え、強姦罪の再訴において前訴の住居侵入の事実をあらためて立証することは、前訴の判断事項と矛盾する判断を再訴において求めるものでもないし、前訴の判断事項を再訴において主要事実として蒸し返すものでもないので、コラテラル・エストツペルによつて禁止されない。それゆえ、強姦罪についての再訴は許されることになる。

もつとも、住居侵入罪についての前訴において、被告人が住居侵入の事実がないということで確定無罪判決を受けている場合は、コラテラル・エストツペルが適用される余地があろう。この場合に、強姦罪の再訴において前訴の住居侵入の事実をあらためて立証しようとすることは、前訴において訴訟当事者間で実際に争われて裁判所によつて判断された事項を再訴で蒸し返すというだけでなく、被告人に不利益な方向で前訴と矛盾した判断を再訴において求めることを意味する。そもそもコラテラル・エストツペルは憲法三九条の一事不再理の効力に根拠を求める拘束力である。<sup>(88)</sup>この場合のように被告人に不利益な方向での「矛盾した判断」をしてもらうべく前訴の判断事項を「蒸し返す」ことが憲法三九条の一事不再理の効力の理念と相容れないことは明らかであるから、その付随的効力であるコラテラル・エストツペルの理念とも相容れない。かかる状況においては、住居侵入の事実が再訴において主要事実とはならないからコラテラル・エストツペルが働かないと簡単に割り切ることはできない。再訴の立証活動が、前訴の判断事項を蒸し返すだけでなく、なお且つ被告人の不利益な方向での矛盾した判断を求める性質をもつ場合には、コラテラル・エストツペルは、たとえ前訴の判断事項が再訴において主要事実とは言えない場合であっても、被告人にその保護を及ぼすのである。この場合、強姦罪についての再訴において前訴の住居侵入の事実を立証することは、被告人への不当な蒸し返しとして、且つ被告人に不利益な方向での矛盾した判断を求めるものとして、コラテラル・エストツペルによつて禁止される。

(六) 傷害罪の有罪判決確定後に被害者が死亡した場合

被告人が被害者に傷害を加えたということ（刑法二〇四条）で確定有罪判決が下され、その後、被害者がその傷害が原因で死亡したため、傷害致死罪（刑法二〇五条）で再訴された場合も問題である。通説では、かかる場合にも傷害致死罪の再訴が禁止される。平野博士は、傷害致死の部分についての追加訴訟（死亡の部分だけの訴訟）を認めても憲法に違反しないが、現行法は追加訴訟制度を認めていないので、死亡を認定するためには傷害全体の審理をやりなおさなければならず、それが許されないため、一事不再理の効力を死亡の部分にも及ぼさざるを得ないとされる。<sup>(89)</sup> 高田博士は、一個の刑罰権に服する事項は一回の手続で解決すべきであるという一事不再理の効力の要請が検察官の同時訴追の可能性に優先するとして、傷害致死罪の再訴を禁止される。<sup>(90)</sup> 田宮博士は、「抽象的危険の観念」ないし「危険の残照（危険に包摂される付随部分）」を応用する余地を認められ、かかる再訴を禁止される。<sup>(91)</sup> しかし、この場合は、傷害罪の前訴において、傷害致死の事実の審判が法律上はおろか事実上も全く不可能である。傷害罪の公判中に傷害致死罪への訴因を変更することは、当時被害者が存命である以上全く不可能であったにもかかわらず、危険の残照を根拠にしてこれら二つの犯罪の公訴事実の同一性を認めて、一事不再理の効力を及ぼすのも、論理的整合性があるだろうか。傷害罪の前訴において被告人が傷害致死罪の訴追の危険に置かれていたと考えることができるのか疑問である。傷害致死罪の訴追が事実上全く不可能であった以上、一事不再理の効力は傷害致死罪の再訴に及ばないとするのが筋であると考えられる。このような問題も拘束力の問題として処理すべきではないか。

傷害致死罪は傷害罪の結果的加重犯である。すなわち、基本的犯罪である傷害罪から、傷害の故意の超えた重い結果が生じており、傷害罪よりも重く処罰すべき場合である。重い結果である死の認識及び予見も不要である。<sup>(92)</sup> 傷害致死罪には二つの類型が存在する。すなわち、傷害の故意のある通常の傷害罪から致死の結果が生じた場合と、暴行の故意しか存在しない暴行致傷から死の結果が生じた場合である。

前訴では、傷害の実行行為があったか否か、被害者に傷害の結果が起きたか否かが立証されなければならない。そして、前訴においては、被告人の傷害の実行行為と被害者の傷害の結果が主要事実として訴訟当事者間で実際に争われて裁判所によって判断を下された。一方、傷害致死罪については、後訴においては、被害者の死亡と傷害の実行行為との因果関係を立証しなければならぬのはもちろんであるが、それだけにとどまらず、追加訴訟の制度が存在しない以上、傷害の実行行為と被害者の傷害の結果もあらためて立証されなければならない。しかも、かかる傷害の実行行為と被害者の傷害の結果は、傷害致死罪の構成要件においても主要事実である。それゆえ、傷害致死罪についての後訴において被告人の傷害の実行行為と被害者の傷害の結果を立証することは、前訴の判断事項と矛盾する判断を後訴において求めるものではないが、前訴において主要事実として訴訟当事者間で実際に争われて裁判所に判断された事項を後訴において主要事実として蒸し返すものであるから、コラテラル・エストoppelによって禁止される。その結果、傷害致死罪についての後訴は維持できないことにつながる。このことは、暴行致傷の場合も変わらない。前訴と同一の暴行の実行行為及び被害者の傷害の結果を後訴において主要事実として立証する必要があるからである。

### (七) 小括

以上、前訴において実体裁判が下された場合の後訴におけるコラテラル・エストoppelの適用を検討してきた。

五―5 (一) においては、前訴の判断事項と矛盾する判断が後訴において求められているわけではない場合にコラテラル・エストoppelが適用されるのは、前訴で主要事実として訴訟当事者間で実際に争われて裁判所に判断された事項が、後訴においても主要事実として蒸し返される場合が原則であることを示した。

五―五（二）においては、かかる原則にも例外があることを示した。すなわち、被告人の不利な方向で前訴の判断事項と矛盾する判断が後訴において求められている場合は、たとえ前訴の判断事項が後訴において主要事実として蒸し返されるわけでなくとも、コラテラル・エストoppelが適用されることを示した。

五―五（三）においては、かかる原則のもう一つの例外を示した。すなわち、前訴の判断事項が前訴において主要事実とは言えない場合であっても、その判断事項が前訴判決の主文と密接に関連している場合には、コラテラル・エストoppelが適用されることを示した。

五―五（四）においては、前訴の犯罪と後訴の犯罪が併合罪関係であっても、後訴が禁止されるべきであると考えられる場合があり、コラテラル・エストoppelはその説明に役立つことを示した。

五―五（五）（六）においては、前訴において法律上も事実上も審判が不可能だった場合を検討し、従来の二重の危険理論ではない、コラテラル・エストoppelによる解決方法を示した。

## 六・結語

まず本稿では、わが国の一事不再理の効力の客観的範囲は広範囲であるため、被告人を広範囲に渡って再訴から保護できる反面、不告不理の原則の観点からその行き過ぎの危険があることを指摘した。例えば、前述の科刑上一罪の一部が告訴のない親告罪である場合や傷害の有罪確定判決の後に被害者が死亡したため傷害致死罪の再訴がなされた場合がある。それゆえ、近時議論が停滞気味の既判力（拘束力）の一事不再理の効力論における理論的位置づけを考え直し、政策論に傾き気味の観のある二重の危険理論に不告不理の原則から反省を加えることを試みた。そこで、わが国の憲法

三九条が制定される際に参考にされたアメリカ法のダブル・ジェパデイに示唆を求めた。アメリカでは、ダブル・ジェパデイの客観的範囲の基準はブロックバーガー・テストが主流であったが、この基準だけでは犯罪類型が複雑多様化している現代社会において合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパデイ条項の理念を十分に生かすことができなかつたため、連邦最高裁判例を通してコラテラル・エストツペルが同条項の中に取り込まれていった。かかるアメリカの動向に示唆を受けて、わが国においても、訴因変更の可能性を画する「公訴事実の同一性」を一事不再理の客観的範囲の唯一絶対の基準とするのではなく、コラテラル・エストツペルを補充的基準として導入し、不告不理の原則とより調和した一事不再理の効力論を提案したのである。そして、拘束力の根拠を、従来のように裁判の意思表示内容の効力である既判力に求めるのではなく、憲法三九条の一事不再理の効力に求め、被告人のための片面的構成を試みた。一事不再理の効力を根拠とした拘束力こそが、アメリカのダブル・ジェパデイ条項に取り込まれていったコラテラル・エストツペルに相当するのであり、一事不再理の効力の付随的効力なのである。そうであれば、これまで「公訴事実の同一性」を欠くとされた一定の場合にも、前訴で実際に訴訟上争われて判断を下された事項についてコラテラル・エストツペルを及ぼすことよって、再訴が禁止される余地も出てくる。本稿では、アメリカ法のコラテラル・エストツペルを参考にして、わが国の拘束力の一事不再理の効力論における理論上の位置づけを検討してきたが、今後はその具体的適用のより一層の理論的精緻化が要求されるところである。

註

(1) 本稿四一三(『北大法学論集』五一卷二号)、四一五(二)『北大法学論集』五一卷三号)参照。

- (2) 本稿五一三（『北大法学論集』五一卷三号）参照。
- (3) 本稿四一四（二）（『北大法学論集』五一卷二号）、四一五（二）（『北大法学論集』五一卷三号）参照。
- (4) 光藤景峻「ジュリスト・昭和四九年度重要判例解説」五九〇号（一九七四年）一七二頁。同「公訴棄却の裁判」熊谷弘他編『公判法大系Ⅲ』（日本評論社・一九七五年）二六八―六九頁も参照。
- (5) 光藤・前掲「ジュリスト・昭和四九年度重要判例解説」五九〇号・一七二―七三頁、同・前掲「公訴棄却の裁判」『公判法大系Ⅲ』二六九頁、同「口述刑事訴訟法 中」（成文堂・一九九二年）二九一頁。この他にも、横井大三「刑事裁判例ノート」(6)（有斐閣・一九七三年）二四四頁、青柳文雄「五訂刑事訴訟法通論 下巻」（立花書房・一九七六年）四八八頁註三、高田卓爾「刑事訴訟法」(二訂版)（青林書院新社・一九八四年）一九八頁、鈴木茂嗣「刑事訴訟法」(改訂版)（青林書院・一九九〇年）二三八―三九頁、松尾浩也「刑事訴訟法 下」（弘文堂・一九九九年）一七二頁参照。
- (6) 田口守一「刑事裁判の拘束力」（成文堂・一九八〇年）二八四頁、三三三頁【以下田口・頁数で表示】。
- (7) 田宮裕「一事不再理の原則」（有斐閣・一九七八年）二四五頁【以下田宮・頁数で表示】。同「既判力・再論」『法学』四七巻五号（一九八四年）二一七頁註八（同「日本の刑事訴追」（有斐閣・一九九八年）所収）も参照。
- (8) 田宮・二四六頁。
- (9) 同右・二四八頁。他にも能勢弘之「刑事訴訟法25講」（青林書院・一九八七年）一九七頁、白取祐司「刑事訴訟法」（日本評論社・一九九九年）三六六頁参照。特に、大阪高決昭和四七年一月三〇日高刑集二五巻六号九一―四頁参照。
- (10) 木谷明「最高裁判所判例解説」『法曹時報』三四巻六号（一九八二年）一四二頁。同「時の判例」『ジュリスト』七五二号（一九八一年）七四頁、鹿剛「訴因不特定の起訴と公訴時効停止の効力、形式裁判の内容的確定力」『立教大学大学院法学研究』五号（一九八四年）九三頁も参照。
- (11) 井上正仁「刑事判例研究」『警察研究』六〇巻二二号（一九八九年）四四頁。
- (12) 同右・四五頁。
- (13) 同右・四六頁。
- (14) 同右・四七頁。
- (15) 鈴木茂嗣「形式裁判の内容的確定力」『別冊ジュリスト』一四八号（一九九八年）二〇五頁。

- (16) 同右。
- (17) 鈴木義男「形式裁判の内容的確定力」『別冊ジュリスト』八九号（一九八六年）二二六頁。
- (18) 宇津呂英雄「訴因不特定の起訴と公訴時効停止の効力」『研修』三九九号（一九八一年）六一頁。
- (19) 田宮・前掲「既判力・再論」『法学』四七卷五号・二二六頁。
- (20) 田口守一「訴因不特定の起訴と公訴時効停止の効力、形式裁判の内容的確定力」『ジュリスト・昭和五六年度重要判例解説』七六八号（一九八二年）二〇〇―一頁。田口・二八二―八四頁も参照。
- 【七六八号（一九八二年）二〇〇―一頁。田口・二八二―八四頁も参照。】
- (21) 田口・前掲『ジュリスト・昭和五六年度重要判例解説』七六八号・二〇〇頁。
- (22) 同右・二〇一頁。
- (23) 同右・二〇〇頁。
- (24) 能勢弘之「判例時報」一〇三〇号（『判例評論』二七八号）（一九八二年）二〇二頁。
- (25) 同右・二〇〇頁。
- (26) 同右。
- (27) 同右・二〇一頁。
- (28) 同右・二〇二頁。
- (29) 川崎英明「形式裁判の内容的確定力」『別冊ジュリスト』一一九号（一九九二年）一九二頁。
- (30) 同右。
- (31) 同右。
- (32) 同右。
- (33) 同右。
- (34) 光藤・前掲「公訴棄却の裁判」『公判法大系Ⅲ』・二七〇―七三頁参照。
- (35) 平野博士は、訴因を標準としない考え方を採った場合ならば、形式裁判にも実体的確定力を認めざるをえず、強姦の事実が確定したことになる（平野龍一「刑事訴訟法」（有斐閣・一九五八年）二八七頁註一〇【以下平野・頁数で表  
示】）。

- (36) この点、かかる訴訟条件を欠く訴因への変更が許されるのかということが問題になるが、許されると考えるのが通説である。平野龍一「訴因概説」『訴因に関する研究』（判例タイムズ社・一九五二年）八三頁、光藤景皎「訴因変更の結果、訴訟条件を欠くに至る場合」『別冊ジュリスト』三三二号（一九七一年）九九頁、松尾浩也「公訴の時効」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座一卷』（有斐閣・一九六四年）二〇三頁参照。しかし、小田中教授からは、かかる訴訟条件の欠ける訴因への変更を無制限に認めることは、被告人の無罪判決を受ける利益を一方的に奪うことになるのではないかと疑問が提起されている。小田中聰樹「訴訟条件を欠く訴因に変更できるか」『法学教室』八第二期Ⅴ「二二号（一九七三年）七二頁」同「刑事訴訟と人権の理論」（成文堂・一九八三年）所収。
- (37) 田宮裕『刑事訴訟法入門（三訂版）』（有信堂・一九八一年）二六七頁。
- (38) 田口・二八三頁。
- (39) 光藤・前掲「公訴棄却の裁判」『公判法大系Ⅲ』・二七一頁。
- (40) 渥美東洋『刑事訴訟法要諦』（中央大学出版部・一九七四年）三三三頁。
- (41) 小田中・前掲『法学教室』八第二期Ⅴ「二二号」七四頁。
- (42) 井上正治「形式裁判の内容的確定力」『法政研究』二二卷三二四号（一九五四年）二五八頁。
- (43) 本稿五一・二（『北大法学論集』五一卷三号）参照。
- (44) なお、特別法においても若干の常習犯規定がある。暴力行為等処罰二關スル法律一条ノ三〔常習的暴行・傷害・脅迫・器物損壊〕、盗犯等ノ防止及処分二關スル法律二条〔常習強盜〕及び四条〔常習強盜傷人・常習強盜強姦〕参照。
- (45) 最判昭和三年七月二九日刑集二卷九号一〇六七頁。
- (46) 最判昭和四年二月一〇日刑集三卷二二号一五五頁。
- (47) 大判昭和六年三月九日法律新聞三二五四号一二頁、大判大正二二年二月一五日大審院刑事判例集二卷一六九頁。
- (48) 大判大正二二年三月二九日大審院刑事判例集二卷二七五頁。
- (49) 最判昭和三年一〇月一二日刑集二卷一三三四頁。この事件では、地方競馬法一六条三号違反の行為がその性質上賭博行為であるという前提に立ち、被告人が過去に競馬法違反で処罰されたことを常習性認定の資料としたことが経験則に反しないと判断された。

- (50) 最判昭和三年八月二日刑集二卷九号一一五〇頁。本案では「三枚」という賭博行為をしたことについて起訴されていたが、前科である賭博は「バカ」又は「後先」となっていた。
- (51) 三井誠「証拠の種類と証拠能力」『法学教室』二〇〇号（一九九七年）一三六頁。
- (52) 主要事実に関する説明は本稿四一三（北大法学論集）五一巻二号）参照。
- (53) 最大判昭和二年二月二日刑集三巻二二号二〇六二頁。
- (54) 最判昭和二年三月一日刑集五巻四号一六〇六頁。
- (55) 大判昭和七年六月一日大審院刑事判例集一一巻一一号八五九頁参照。この事件では、保険金詐取の目的で家屋に放火して焼損したが、未だ保険会社に保険金支払請求をしていないので、詐欺の着手とはならず、単に放火の一罪とされた。なお、この事件での弁護人の上告趣意では、詐取の目的をもった放火が同時に詐欺の着手であると主張されている。
- (56) 大判昭和五年二月二日大審院刑事判例集九巻一二号八九三頁。この事件も、保険契約を結んだ後、これを奇貨として、放火及び保険金の詐取を思い立ったものである。また、大判昭和九年九月二九日大審院刑事判例集一三巻一六号二二四五頁では、既に保険契約があることを奇貨として、保険金詐取の目的で放火を教唆し、被教唆者が放火した後、保険金を詐取した場合の放火教唆と詐欺も併合罪とされている。しかし、学説においては、放火罪と詐欺罪との関係は牽連犯であるという見解も有力である。例えば、小野清一郎『新訂刑法講義各論』（有斐閣・一九四九年）二五七頁、中山研一『刑法各論』（成文堂・一九八四年）三八六頁、内田文昭『刑法各論』（第二版）（青林書院新社・一九八四年）四五〇頁註一八、大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版）（有斐閣・一九九六年）三七七頁。
- (57) 大判大正一二年三月一日大審院刑事判例集二巻三号二一〇頁参照。この事件は、被告人が、自己の所有する船舶に保険契約をかけて故意にこれを沈没させて保険金を詐取することを思い立ち、保険契約を結んだ後、その船舶を故意に沈没させた上、保険金の請求をして保険金を交付させたものである。このような状況において、大審院は、虚偽の通告こそが詐欺罪の実行の着手であって、船舶の覆没行為はそれにあらず、詐欺の手段にもならないと判断した。そして、詐欺罪と船舶覆没罪とは併合罪であると判断した。

- (58) 田口・二九六頁。
- (59) 同右。

- (60) 最大判昭和四一年七月一三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二二卷六号七四八頁。
- (61) 田口守一「一事不再理効の範圍」『ジュリスト・昭和五一年度重要判例解説』（一九七七年）一九八頁。
- (62) 白井滋夫「一事不再理効の範圍」『別冊ジュリスト』七四号（一九八一年）二〇三頁。
- (63) 最判昭和二十七年九月一二日刑集六卷八号一〇七一頁も参照。
- (64) 安富潔「刑訴判例研究」『法学研究』四九卷八号（一九七六年）八四頁。
- (65) 団藤重光「新刑事訴訟法綱要」〔七訂版〕（創文社・一九六七年）二八〇頁、高田・前掲『刑事訴訟法』〔二訂版〕・三〇一頁、鈴木・前掲『刑事訴訟法』〔改訂版〕・二四二頁、青柳・前掲『五訂刑事訴訟法通論 下巻』・四九〇頁、安富・前掲『刑訴判例研究』『法学研究』四九卷八号・八五頁、田口・前掲「一事不再理効の範圍」『ジュリスト・昭和五一年度重要判例解説』・一九九頁、白井・前掲「一事不再理効の範圍」〔七訂版〕・二八〇頁。
- (66) 団藤・前掲『新刑事訴訟法綱要』〔七訂版〕・二八〇頁。
- (67) 田口・前掲「一事不再理効の範圍」『ジュリスト・昭和五一年度重要判例解説』・一九八頁。
- (68) 安富・前掲『刑訴判例研究』『法学研究』四九卷八号・八三頁。
- (69) 田口・前掲「一事不再理効の範圍」『ジュリスト・昭和五一年度重要判例解説』・一九九頁。
- (70) 安富・前掲『刑訴判例研究』『法学研究』四九卷八号・八五頁。
- (71) 白井・前掲「一事不再理効の範圍」『別冊ジュリスト』七四号・二〇三頁。
- (72) 平野龍一「刑法総論Ⅱ」（有斐閣・一九七五年）四二五頁。
- (73) 最判昭和二十七年九月一二日刑集六卷八号一〇七一頁。また、最決平成五年一〇月二九日刑集四七卷八号九八頁は、被告人が高速道路での一個の連続した運転行為において、お互いに約二〇キロメートルほど離れた二地点で速度違反をした事例であるが、これら二地点での速度違反どうしの関係は併合罪とされて一事不再理の効力が否定された。
- (74) 田宮裕『刑事訴訟法』〔新版Ⅱ〕（有斐閣・一九九六年）四五五頁。
- (75) 大判昭和二十三年六月一四日大審院刑事判例集一七卷一〇号四三三頁。
- (76) 宮本英脩『刑事訴訟法大綱』（松華堂・一九三七年）一六七頁、小野清一郎『刑事訴訟法講義 全』（有斐閣・一九三三年）三七五―七六頁。

- (77) 平野・二八三頁。
- (78) 平野龍一「刑事訴訟法の基礎理論」(日本評論社・一九六四年)一五三頁。
- (79) 高田・前掲「刑事訴訟法」〔二訂版〕・三〇〇頁。
- (80) 田宮・一一八一―一九頁。
- (81) 中武靖夫「告訴不可分の原則」『刑事法講座第五卷』(有斐閣・一九五四年)一〇五三頁。
- (82) 田宮・前掲「刑事訴訟法」〔新版〕・四五四頁。
- (83) 中川孝太郎「申告罪ノ告訴」『法学協会雜誌』二四卷七号(一九〇六年)八九〇頁。
- (84) 中村英郎「訴因について」『早稲田法学』二六卷二二三冊(一九五一年)二二一一―二二頁。
- (85) 高田卓爾「公訴不可分の原則」『刑事法講座第五卷』(有斐閣・一九五四年)一〇七三頁。
- (86) 井上正治「確定判決の既判力」『刑事法講座第六卷』(有斐閣・一九五三年)二二四四頁。
- (87) 田宮・前掲「刑事訴訟法」〔新版〕・四五四頁。
- (88) 本稿五一―三(『北大法学論集』五一卷二号)参照。
- (89) 平野・二八三頁。
- (90) 高田・前掲「刑事訴訟法」〔二訂版〕・三〇〇頁。
- (91) 田宮・前掲「刑事訴訟法」〔新版〕・四五四頁。
- (92) 最判昭和四六年六月一七日刑集二五卷四号五六七頁。