HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	罪数論と一事不再理効の関係の再構成 ： 「かすがい」、集合犯を中心として［論文内容及び審査の要旨］
Author(s)	倪, 潤
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第11185号
Issue Date	2014-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/55510
Rights(URL)	https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.1/jp/
Type	doctoral thesis
File Information	Ni_Run_abstract.pdf, 論文内容の要旨

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

博士(法学)　倪　　潤

学 位 論 文 題 名

罪数論と一事不再理効の関係の再構成
――「かすがい」、集合犯を中心として

学 位 論 文 内 容 の 要 旨

刑事訴訟法上、「公訴事実の同一性」という文言が使われているのは 312 条であるが、同条にいう「同一性」は、単一性及び狭義の同一性の両者を含む概念であると解されている。公訴事実の単一性とは「一個の事件として不可分に取り扱われる範囲の問題」であるのに対して、狭義の同一性は「手続の前後における事件の連続性の問題」である。公訴事実の単一性の判断基準は、刑法上の罪数論によって決定される（判例、通説)。公訴事実の狭義の同一性、単一性の範囲は、訴因変更の限界を画するほか、一事不再理効及び二重起訴禁止の範囲を画する。しかし、罪数論に従属する公訴事実の単一性の判断基準については疑問が生じる。実体法上の「一罪」と訴訟法上の「一罪」はその目的と機能が異なる。両者の対応関係を強く要求すると、実際の裁判実務において、かなり無理な法解釈もなされることになる。

近年、罪数論と一事不再理効の関係にめぐって、とくに「かすがい」と常習犯について、判例・学説上の議論が激しくなされてきた。

まず、「かすがい」の場合について、「かすがい」を媒介とする本来併合罪にある複数の罪が「かすがい」犯罪とともに全体として一罪となり、公訴事実の単一性を有する。東京高判平成 17・12・26 判時 1918 号 122 頁では、このような広い範囲での一事不再理効に対処するため、検察官は「かすがい」となりうる犯罪については起訴しない運用を考えた。東京高裁はこの一罪の一部を起訴する方法を是認し、前訴の一事不再理が後訴に及ばないと判示した。検察官に訴因設定権限はあるが、一罪を分割起訴して一事不再理効をかいくぐることまで認められるのか。

次に、常習犯（集合犯の一種）の場合に、常習犯が実体法上の一罪となり、公訴事実の単一性を有する。最判昭和 43・3・29 刑集 22 巻 3 号 153 頁では、常習累犯窃盗罪の範囲で公訴事実の単一性があるから、常習累犯窃盗罪の一部の窃盗につき確定判決があれば、後に常習累犯窃盗罪で起訴されたとしても一事不再理効が及ぶとして免訴とされた（同様に、高松高判昭和 59・1・24 判時 1136 号 158 頁も、単純窃盗で確定判決があった後に同時期の 34 回の窃盗で起訴しても一事不再理効が及ぶとされた)。しかし、このような処理は、一事不再理効の範囲が広がり正義に反する。最判平成 15・10・7 刑集 57 巻 9 号 1002 頁において、最高裁は、独自の理論構成である「訴因基準説」によって、後訴を認めた。しかし、「訴因基準説」に対しては、本来常習一罪にあたる数罪を、検察官が分断的起訴をすることで一事不再理効を制限する結果になってもいいのか、という批判がなされている。

さらに、「かすがい」と「訴因基準説」が問題となる最決平成 22・2・17 刑集 300 号 71 頁では、最高裁は、「訴因基準説」を回避し、また「かすがい現象」の一事不再理効を直接に否定する方法も用いることなく、独自の「一罪性の強弱」という方法を採用し、前訴の一事不再理が後訴に及ばないと判示した。

以上からみれば、罪数論と一事不再理効のずれに関する問題(とくに「かすがい」、集合犯に関する事例)について、裁判所は、ケースバイケースで解決策を示してきたが、体系的な解決策を未だ提出し得ていない。他方、理論の側からこれに対応する体系的な解決策を提出するものも少ない。本稿は、以上のような問題意識に基づき、罪数論と一事不再理効

の関係につき理論と実務で豊富な議論を提供しているドイツ法との比較法的な検討を踏まえて、具体的な事例に着目するのみならず、一事不再理効と罪数論に繋がる機能的な概念である「公訴事実(所為)単一性」の判断基準を、罪数論に従属する通説と異なる視角から再検討し、解釈論・立法論の両面にわたり体系的な解決策の提案を試みた。

まず、第一章は序論として、上述のような問題の所在を示したうえで、 研究の対象とその視角および研究の意義を提示した。本テーマは刑法と刑事訴訟法にまたがる課題であり、刑事訴訟法の議論を検討しながら、刑法の議論にも触れる。また、正義の実現と被告人の権利保護のバランスについても考慮しながら、目的論的解釈や立法論的解釈も重視した。

第二章では、日本の「公訴事実の単一性」の判断基準を、ドイツ法と比較しながら検討した。「公訴事実の単一性」は、ドイツ刑訴法における「所為単一性(Einheit der Tat)」の観念に対応するものである。この「所為単一性」について、ドイツでは、判例および学説上、古くから実体法の罪数論における帰結には拘束されず、訴訟法の観点から決定されるべきとする見解が支配的である。本章では、ドイツ法における「行為説」、「法益侵害説」、「行為経過の択一説」、「総合説」、「起訴状限定説」という訴訟法的な学説を詳しく紹介した。さらに、リーディングケースとして BGH1980 年 6 月 11 日判決と、その憲法抗告審である BVerfG1981 年 1 月 8 日決定を考察した。最後に、ドイツの「起訴状限定説」及び上記 BVerfG 決定と日本の「訴因基準説」を参考にしながら、解釈論として「制度目的対応説」(私見)を導いた。

第三章では、「かすがい」と一事不再理効について、日本とドイツの理論を、実務とそれぞれ比較しながら検討した。とくにドイツでは、「かすがい」の一事不再理効に対して不合理な結果をどのように回避するのかを分析した。ドイツ法理論で提出された「観念的競合の解決」、「実質的競合の解決」、「優先の原則」および「所為複数説」、「所為単一説」、「折衷説」などの諸説を、本章で逐次検討した。さらに、上記 BGH 判決で提出された「刑の軽重」基準を考察した。最後に、解釈論としての「制度目的対応説」(私見)に導いた。

第四章では、集合犯と一事不再理効について、日本とドイツの理論・実務と比較しながら検討した。ドイツでは、集合犯の一事不再理効に対して不合理な結果をどのように回避するのかを分析した。ドイツ法理論では、「行為複数説」、「所為複数説」が注目される。さらに、ドイツ裁判所の訴訟法的な解決方法及び実体法的な解決方法についても検討し、最後に、立法論(集合犯の廃止)、解釈論(「制度目的対応説」)に関する私見を提示した。

第五章では、結論として、前章までの考察を踏まえて、罪数論と一事不再理効について、罪数形式ごとに制度目的を検討することで一事不再理効の有無を判断する私見(制度目的対応説)について述べた。具体的には、次のとおりである。(1)「かすがい」が介入する場合には、「刑の軽重」という基準のもとで、両者の制度目的が類似していることから、両者には対応関係があることが認められる(一事不再理効あり)。(2)集合犯の場合には、その罪数論の制度目的が一事不再理効の制度目的と異なるため、原則として、両者の対応関係がない(一事不再理効なし)。ただし、例外的に、起訴されなかった余罪が前訴で考慮されている可能性がある場合など、二重処罰(二重の危険)のおそれがあるため、後訴は禁止される。

最後に、集合犯の一事不再理効につき、日本の旧連続犯(刑法旧 55 条)が廃止された理由(刑事政策的理由及び訴訟法上の不公正な結果の回避)及び集合犯の「行為刑法」の属性などを参考したうえで、より抜本的な解決策として立法論(集合犯の廃止)を提案した。