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_review.pdf, 審査の要旨

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

学 位 論 文 審 査 の 要 旨

博士の専攻分野の名称　博士（法学）　氏　名　　倪　　潤

審査担当者	主　査　教　授	白　取　祐　司
	副　査　教　授	小名木　明　宏
	副　査　教　授	緑　　大　輔

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

本論文は、刑事訴訟法学上の難問のひとつである、罪数論と一事不再理効の関係につき、両者を結合する機能概念である「公訴事実（所為）の単一性」の判断基準を、この点に関するドイツの判例・学説の比較法研究を踏まえて再検討し、解釈論・立法論の両面にわたる体系的な理論を提供しようという意欲的な論稿である。

まず、第一章「序論」では、「かすがい」と公訴事実の単一性が一事不再理効との関係で問題になった高裁判例、常習窃盗一罪を構成しうる複数の単純窃盗を別々に起訴することを容認する最高裁判例を採り上げ、それぞれ何が問題かを指摘する。すなわち、前者については、「かずがい」現象により広い範囲で一事不再理効が生じることを防ぐため「かすがい」となす犯罪を起訴しない運用を是認する高裁判例の妥当性、後者については、本来常習一罪として一事不再理効が及ぶものを分割起訴でかいくぐることの妥当性について、判例による解決の射程範囲と問題点を挙げたうえで、理論的かつ整合的解決のために、これまでの日本の判例・学説の検討のほか、日本の罪数論と公訴事実の単一性の議論に決定的な影響を与えてきたドイツ法の議論を参考にして問題を再検討すべきことが示される。

第二章では、日本の「公訴事実の単一性」に関する判例・学説と、ドイツの所為の単一性の議論とを比較しながら検討する。「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が、この「所為単一性」について、ドイツでは、判例および学説上、必ずしも実体法の罪数論に拘束されずに、訴訟法の観点から論じられており、とりわけ「起訴状限定説」は、前訴の後訴への効力を、前訴・後訴の量刑の均衡性（二重評価の禁止など）を考慮しつつ前訴の起訴状で特定された犯罪行為に限定されると主張する。また、ドイツ判例のリーディングケースである BGHSt1980 年 6 月 11 日判決とその憲法抗告審である BverfGE1981 年 1 月 8 日決定は、罪数論と一事不再理効の制度目的が原則として異なることが指摘されている。以上の検討から示唆を得て、本論文は、罪数論の各罪数形式における制度目的を検討し、そのうえで一事不再理効との対応関係を考えるべきだと主張する（制度目的対応説）。同説によれば、たとえば二重評価禁止を制度目的とする罪数形式（観念的競合）は、一事不再理効と制度目的が類似するため、一事不再理の「一事」を判断する際、この罪数形式を基準にできる。

第三章では、前章で導かれた単一性の判断基準（制度目的対応説）の有効性を、「かすがい」の場合について検証しようとする。日本の判例は、大審院以来「かすがい」を認めるが、その結果一事不再理効の範囲が不当に拡大することに苦慮しており、近時の最高裁（最決平 22・2・17）は、原審で「かすがい」にあたるとされた二度目の住居侵入を「新たな犯意」による犯行と認定して一事不再理効が後訴に及ぶ結果を回避したが、従前の判例と理論的に整合しない。ドイツの判例は、「刑の軽重」基準による解決を図る。同基準によれば、一罪か数罪かは重なる部分＝「かすがい」部分の犯罪中の比率によって決せられ、重なる部分が小さければ併合罪として処理され

る。では、制度目的対応説ではどうか。「かすがい」の罪数論上の制度目的と訴訟法上の一事不再理の制度目的は類似するから、一事不再理効は「かすがい」を通して一罪となるすべてに及ぶ。ただし、「刑の軽重」を考慮して、重なる部分が小さいときは二重評価の恐れがないから併合罪として処理してよい。この逆の場合は、全体が一罪と解されるから、起訴されなかった部分について一事不再理効が及び再訴が禁じられると解することになる。

第四章では、常習累犯窃盗に代表される集合犯と一事不再理効について、一事不再理効の範囲が広がりすぎる問題に対する日本とドイツの判例・学説の議論を採り上げ、分析・検討する。日本の最高裁（最判平 15・10・7）は、常習一罪を構成し得る窃盗罪を単純窃盗で起訴し確定した判決の一事不再理効について、「訴因基準説」にたって判決効を否定し後訴を認めたが、結論の妥当性のほか、従前の判例と整合性についても批判を受けた。ドイツでは、集合犯に関するこの問題について、ライヒ裁判所が集合犯概念を放棄するかたちで一事不再理効を制限し、訴訟法上も行為の一個性が否定され、問題は解消された。翻って、集合犯の制度目的は何かであるが、集合犯、たとえば常習窃盗は犯罪増加に対応するためであって、一事不再理の間に論理上必然的な関係はない。換言すれば集合犯の制度目的は、二重評価禁止と直接関係がないのであるから、一事不再理の「一事」を判断する際に集合犯の判断基準を借用する必然性はないのである（制度目的対応説）。ここから、立法論として集合犯（常習窃盗等）の廃止が解釈論として集合犯に一事不再理効を及ぼすことの制限が、それぞれ導かれる。

五章では、本論文の結論として、「制度目的対応説」の帰結を、罪数形式のうち、「かすがい」が介入する場合と「集合犯」の場合について、まとめと提言を行う。

本論文の概要は以上であるが、本論文の特長として、第１に、罪数と一事不再理に関する近時の判例理論の矛盾と弱点に果敢に切り込み、比較法的検討を踏まえた上で、各種罪数形式に共通する整合的な理論的基盤を提供したこと（理論的成果）、第２に、そのために、公訴事実単一性論の発祥地でもあるドイツ法から示唆を得るべく、ドイツの判例・学説をていねいに渉猟し分析することで、罪数論と一事不再理原則の理論的系譜を明らかにしたこと（比較法的成果）、第３に、個別に解決を迫られる一事不再理効の及ぶ範囲（単一性）について、制度目的に合致した適切な基準にもとづいた解決を導くことができたこと（解釈論的成果）、が挙げられる。

しかし他方で、本論文は、罪数論を一事不再理効との関係で捉えることに急な余り、訴因変更の限界としての側面について検討が不十分ではないか、罪数論のうち実務上重要とされている包括一罪について検討がなされていないこと、罪数の実体刑法的理解にやや不十分な点があることが指摘された。しかしこれらは、論文全体の価値を損なうまでのものではなく、今後論文公表までに修正が可能である。以上の次第で、審査委員全員一致を以て、本論文を博士法（法学）授与にふさわしいものとして判断した。