HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	罪数論と一事不再理効の関係の再構成（１）：「かすがい」、集合犯を中心として
Author(s)	倪, 潤
Citation	北大法学論集, 65(6), 614[1]-573[42]
Issue Date	2015-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/58372
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no6_13.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

罪数論と一事不再理効の関係の再構成（1）

――「かすがい」、集合犯を中心として――

倪　　潤

目　次

第一章　序論
　一、問題の所在
　二、研究の対象とその視角
　三、本研究の意義

第二章　公訴事実（所為）単一性の判断基準
　一、日本法――公訴事実の単一性
　　（一）、学説の整理
　　１、伝統的な観点
　　２、批判
　　３、近時の新たな見解
　　（二）、判例の観点：「訴因基準説」
　二、ドイツ法――「所為の単一性」（Einheit der Tat）
　　（一）、学説の整理
　　１、「行為説」
　　（１）Keetsin Liu
　　（２）Herzberg
　　（３）Öhler
　　２、「法益侵害説」
　　（１）Bertel
　　（２）Barthel

（３）Geerds
３、「行為経過の択一説」
（１）Schöneborn
（２）Grünwald
４、「総合説」
（１）Schwinge
（２）Neuhaus
（３）Roxin
５、「起訴状限定説」（Volker Erb）
６、小括
（二）、判例の観点：行為単一と所為単一の制度目的の相違
三、私見　（以上、本号）

第三章　「かすがい」と一事不再理効
一、日本法の考察
（一）、問題の所在
（二）、学説の整理
１、刑法上の学説
２、刑事訴訟法上の学説
３、評価
（三）、判例の整理
１、刑法上の代表例
２、刑事訴訟法上の代表例
３、評価
二、ドイツ法の考察
（一）、学説の整理
１、刑法上の学説
２、刑事訴訟法上の学説
（二）、判例の整理
１、「かすがい」の一事不再理効を肯定した判例
２、「かすがい」の一事不再理効を否定した判例
３、評価
三、私見

第四章　集合犯と一事不再理効
一、日本法の考察
（一）、問題の所在

（二）、学説の整理
　１、実体法的な見解
　２、訴訟法的な見解
（三）、判例の整理：「心証基準説」から「訴因基準説」への転換
二、ドイツ法の考察
（一）、集合犯の概念と歴史的沿革
（二）、学説の整理
　１、刑法上の学説
　２、刑事訴訟法上の学説
　３、小括
（三）、判例の整理：実体的正義実現の方向へ
　１、訴訟法的な解決方法
　２、刑法的な解決方法
三、私見

第五章　結論
一、解釈論：「制度目的対応説」
二、立法論：集合犯の廃止

第一章　序論

一、問題の所在

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[1]。公訴事実の単一性は「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[2]。公訴事実の単一性の判断基

[1] 伊藤栄樹［ほか］著者代表『注釈刑事訴訟法』４巻（立花書房、1996年）354頁［小林充執筆］。

[2] 小野清一郎『新刑事訴訟法概論』（法文社、1948年）130頁。狭義の同一性と単一性の関係について、区別論（小野、団藤、平野、平場、高田、鈴木等）、及

準は、基本的に刑法上の罪数論によって決定される。たとえば、刑法45条の併合罪の関係にある数罪については、その個数だけの公訴事実が存在する。それに対して、観念的競合または牽連犯の関係に立つ数罪は、科刑上一罪として訴訟上も不可分ものとして一罪として取り扱われる（判例、通説）。公訴事実の狭義の同一性、単一性の範囲は一事不再理効及び、二重起訴禁止の範囲を画する[3]。

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。前者の意義は形式的数罪を違法、責任の点で十分に評価して量刑の基礎を提供することにある。後者の意義は、既に処罰されあるいは無罪となった被告人を、または、既に一回の訴追を受け、その犯罪行為についての刑事責任を問われる地位にあった被告人を、再度の刑事責任追及という二重の危険から解放することにあると解されている。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[4]。また、この基準の正当性も問題となる。「公訴事実の同一性が二重の危険の範囲を決定すべき憲法上の規範であると位置づけるならば、制定法上の罪数論によって憲法上の規範の範囲が決定されるというのは、基準としての正当性を疑わしめる」のである[5]。

近年、判例あるいは理論上、罪数論と一事不再理効の関係をめぐって、とくに「かすがい」と常習犯の判例について議論が激しくなされてきた。

まず、「かすがい」の裁判例として東京高裁平成17年12月26日判決（判時1918号122頁）および最高裁第二小法廷平成22年２月17日決定（刑集300号71頁）を取り上げる。

前者の東京高裁平成17年12月26日判決の事案は、前訴で、被告人が平成17年３月26日における被害児童に対する児童淫行罪により家裁に起訴

び統合論（田宮、松尾、小田中、坂本、香城、光藤、大澤裕、上口裕等）の対立がある。

[3] 伊藤・前掲注（１）355頁。

[4] 只木誠『罪数論の研究・補訂版』（成文堂、2009年）158、222頁。

[5] 白取祐司『一事不再理の研究』（日本評論社、1986年）４頁。

された後、後訴で、平成16年12月２日から平成17年２月17日までの間の６回にわたって実行された児童ポルノ製造罪により地裁に起訴されたというものである。弁護人は、児童淫行罪を「かすがい」として、後訴の６回にわたって実行された児童ポルノ製造罪と前訴の７回目の児童淫行罪は一罪となり、後訴の６回にわたって実行された児童ポルノ製造罪について公訴棄却されるべきだと主張した。もし「かすがい現象」を認めれば、後訴は前訴の一事不再理効により公訴棄却されることになる。しかし、東京高裁は「かすがい現象」の当否を議論せず、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しない検察官の措置を是認し、二重起訴にあたらないという結論を得た。判旨は以下のとおりである。「かすがい現象を承認すべきかどうかは大きな問題であるが、その当否はおくとして、かかる場合でも、検察官がかすがいに当たる児童淫行罪をあえて訴因に掲げないで、当該児童ポルノ製造罪を地方裁判所に、別件児童淫行罪を家庭裁判所に起訴する合理的な理由があれば、そのような措置も是認できるというべきである。一般的に言えば、検察官として、当該児童に対する児童淫行が証拠上明らかに認められるからといって、すべてを起訴すべき義務はないというべきである。そして、児童淫行罪が児童ポルノ製造罪に比べて、法定刑の上限はもとより、量刑上の犯情においても格段と重いことは明らかである。そうすると、検察官が児童淫行罪の訴因について、証拠上も確実なものに限るのはもとより、被害児童の心情を考慮して、その一部に限定して起訴するのは、合理的であるといわなければならない。また、そのほうが被告人にとっても一般的に有利であるといえる。ただ､そうした場合には､児童ポルノ製造罪と別件淫行罪とが別々の裁判所に起訴されることになるから、所論も強調するように、併合の利益が失われたり、二重評価の危険性が生じて、被告人には必要以上に重罰になる可能性もある。そうすると、裁判所としては、かすがいになる児童淫行罪が起訴されないことになり、必要以上に被告人が量刑上不利益になることは回避すべきである。そこで、児童ポルノ製造罪の量刑に当たっては、別件淫行罪との併合の利益を考慮し、かつ、量刑上の二重評価を防ぐような配慮をすべきである。そう解するのであれば、かすがいに当たる児童淫行罪を起訴しない検察官の措置も十分是認することができる」。

最高裁第二小法廷平成22年２月17日決定では、前訴で建造物侵入、窃盗被告事件により起訴され、有罪判決が確定したが、後訴で建造物侵入後の非現住建造物等放火被告事件により起訴された、という事案である。本件の第一審、原審と最高裁決定でそれぞれ三つの判決および決定とも国民の素朴な法感情に応じる「前訴の確定判決の一事不再理効は本件に及ばない」という判断が下されたが、各審級での論証の方法が異なる。一審裁判所は、後訴の放火が再侵入の際に実行されたと認定し、さらに最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決の「訴因基準説」を援用して、「犯行の手段となった再侵入行為は、両訴因を通じて訴訟手続に上程されていないから、公訴事実の単一性を判断するにあったてこの事実を基礎とすることは相当でなく、前訴の確定判決の一事不再理効は、本件に及ばない」と判示した。原審は、後訴の放火が初回侵入の際に実行されたと認定し、「かすがい現象」（住居侵入）を認めたが、実質的に見て前訴因および後訴因が別罪であるのを理由として、「かすがい現象」の一事不再理効を否定した。最高裁は、後訴の放火が再侵入の際に実行されたと認定したが、新たな犯意があり、両侵入行為の関連性を否定し、両訴因との間には公訴事実の単一性がなく、前訴の確定判決の一事不再理効は後訴に及ばないという、一審とは異なる方法を使った。

次に、常習犯の判例として、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決（判時1843号３頁）を取り上げる。事案は、被告人が、夜間の侵入盗を繰り返していたところ、その一部の犯行につき、まず単純窃盗の訴因により起訴されて有罪判決が確定し、その後、本件の窃盗事犯計22件が、単純窃盗の訴因により起訴されたというものであった。最高裁は「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗を常習の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、同罪を構成する各窃盗行為間に本来的な結びつきはない。…前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である（「訴因基準説」）。…本件では、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、別個の機会に犯された単純窃盗に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかである」と判示した。

これらの裁判例には、以下のような問題点がある。

まず、「かすがい」の場合に、「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持つ。前記・東京高判平成17年12月26日判決では、このような広い範囲での一事不再理効に対応して、実務において、検察官がそもそも「かすがい」となりうる犯罪については起訴しない、すなわち、一罪の一部を起訴するという運用が考えられる。本件では、裁判所は検察官が「かすがい」となる犯罪を起訴しないという方法を是認し、前訴の一事不再理が後訴に及ばないと判示した。では、検察官の「細切れ的起訴」が許容されるのか、また、裁判所はこのような措置に拘束されるのか。もしこれをを許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまうという批判がなされている。後述の常習犯の場合について、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との批判がなされているが[6]、同じ批判がここでも当てはまるのではないか。さらに、最高裁平22年２月17日第二小法廷決定は、新たな法律判断を含むものではないが、「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した点で注目される。最高裁は、「訴因基準説」の射程を吟味しているのではないだろうか。また、「かすがい現象」の一事不再理効に対して、判例の統一的な立場はまだ確立されていないのではないだろうか。

次に、常習犯（集合犯の一種）の場合についてだが、常習犯は実体法上の一罪となり、公訴事実の単一性を持つ。過去の判例において、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び、免訴とされている[7]。また、単純窃盗で確定判決があれば、後に右窃盗と同時期に行われた34回の窃盗で起訴しても、一事不再理効が及び、免訴とされる[8]。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。最高裁第三小法廷平成15年10

[6] 白取祐司『刑事訴訟法（第７版）』（日本評論社、2012年）452頁。
[7] 最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決刑集22巻３号153頁。
[8] 高松高判昭和59年１月24日判時1136号158頁。

月７日判決において、最高裁は「前訴及び後訴の各訴因のみを基準」とする、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[9]。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、検察官の裁量で一事不再理効を制限するような分断的起訴を許すと、一事不再理効の制度は骨抜きになってしまう」[10]などの批判がなされている。また、最高裁第二小法廷平成22年２月17日決定では、最高裁は公訴事実の単一性の判断基準について、時間的に近接し同一建物への２つの住居侵入が包括一罪かどうか問題となった事案について、住居侵入の二つの訴因を比較対照するのみならず、実体に立ち入って包括一罪性を否定した。この判例は具体的な解決としては適当であるが、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決との整合性に疑問も生じる[11]。さらに、常習罪としての「一罪」と一事不再理効の「一事」を対応させるべきなのであろうかなどの課題を残した。

二、研究の対象とその視角

前述のように、近年の判例は、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、ケースバイケースで解決策を提示したが、理論の側からこれに対応する体系的な解決策を提示するものは少ない[12]。しかも、判例の解決策の間に整合性の問題もある。例えば、最高裁第二小法廷平成22年２月17日決定と最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決の関係である。本論文は、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

[9] 白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』（日本評論社、2012年）308頁以下。
[10] 白取・前掲注（６）452頁。
[11] 白取・前掲注（６）452頁。
[12] 具体的な内容について、本論文の第２章、第３章、第４章それぞれの日本法の整理を参照されたい。

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ることにしたい。解釈論･立法論を検討する際に、いままで「かすがい」、集合犯に関する研究の空白を埋め新たな視座を提供するドイツ法について考察しながら、正義の実現と被疑者・被告人の権利の保護のバランスにつきどのように対応すべきなのかという点を念頭に置きつつ､目的論的解釈や立法論的解釈も重視する。また､本テーマは刑法と刑事訴訟法にまたがる課題であり、本論文では、刑事訴訟法の議論を検討しながら、刑法の議論にも必要な限りで触れる。

具体的には、まず第一章では序論として、問題の所在、研究の対象とその視角および研究の意義を提示する。

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する。「公訴事実の単一性」は、ドイツ刑事訴訟法における「所為単一性（Einheit der Tat）」の観念に対応するものであり[13]、「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」などの訴訟法的な学説を詳しく紹介する。さらに、リーディングケースである連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決（BGHSt. 29, 288）と、その憲法抗告審である連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）を考察する。最後に、ドイツの「起訴状限定説」及び連邦憲法裁判所決定と日本の「訴因基準説」を比較しながら、解釈論として私見である「制度目的対応説」を導くことを企図している。

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する。主に、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する。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」、「前法律的な、社会的な理解」、「違法行為の接近性」および「所為複数説」、「所為単一説」、「折衷説」などの諸説を、本章で逐次検討する。さらに、ドイツ連邦通常裁判所第三刑事部

[13] 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性と単一性」法学論叢92巻３号（1972年）２頁。

1980年６月11日判決（BGHSt 29, 288）で提示された「刑の軽重」基準を考察する。最後に、解釈論としての私見である「制度目的対応説」に導く。

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、実務とを比較しながら検討する。主に、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考察する。ドイツ理論上で提示された「行為複数説」、「所為複数説」に賛同する理由を本章で詳述する。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を詳しく紹介する。最後に、今後の立法論（集合犯の廃止）、解釈論（「制度目的対応説」）の一助となるための提案を自説として示す。

第五章では、罪数論、特に「かすがい」、集合犯の一事不再理効につき、日本法への示唆について論ずることとする。解釈論としての「制度目的対応説」に帰結する。さらに、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）を提案する。

三、本研究の意義

本研究の意義に関連して、職権主義を基調とし訴因制度を採用しないドイツの議論は、当事者主義に基づき訴因制度を採用する日本法の参考になるのか、という問題がある。

思うに、当事者主義に基づき訴因制度を採用する日本の刑事訴訟法では、審判対象を訴因に限定するという前提は、本研究のドイツの議論から示唆を受けることと衝突しない。その理由として、本研究の関心が、刑法の罪数問題の下における一事不再理効の範囲だからである。日本の通説によれば、一事不再理効の範囲が公訴事実の同一性・単一性により決定される。すなわち、本研究の関心は刑法の罪数問題の下における、公訴事実の単一性の範囲である。それに対して、職権主義を基調として訴因制度を採用しないドイツの刑事訴訟法では、審判対象を犯罪事実とするにもかかわらず、一事不再理効の範囲は、依然として公訴事実の単一性によって決定される。それゆえ、罪数問題に関する一事不再理効の範囲は、日本においてもドイツにおいても、公訴事実の単一性の範囲に

よって決定されるという結論が得られる。

以上の次第で、日本の最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決では、公訴事実の単一性の範囲が「前訴及び後訴の各訴因」によって決定されるとする「訴因基準説」が宣言されたが、にもかかわらず、訴因制度を採用しないドイツの刑事訴訟法の議論はなお参考に値する。ドイツの刑事訴訟法は、審判対象を犯罪事実とするものであるが、一回の手続でどこまで解決すべきか、被告人に不当な手続上の負担を課すものではないかという問題を、国家と被告人との関係における関係で検討対象としており、職権主義と当事者主義とで基本的に異なるものではない。職権主義を採用するドイツでは裁判所が一回の手続で解決すべきことについて最終的に責任を負うべきであるのに対して、当事者主義を採用する日本では、検察官が責任を負うべきであるという点に違いがあるに過ぎない[14]。

さらに、ドイツの論者 Volker Erb は、日本の「訴因基準説」に類似する学説「起訴状限定説」を提示した。「起訴状限定説」の根拠づけとドイツ連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）の判示は、日本の最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決の「訴因基準説」と比べても、正義の実現と被告人の権利の保護の価値衡量について、より本質的な検討を行っているように思われる。本論文は、主にこれらの新たな視角から示唆を受けて、「訴因基準説」とは異なる解決の道筋について、解釈論と立法論の両面から検討するものである。

第二章　公訴事実（所為）単一性の判断基準

一、日本法――「公訴事実の単一性」

（一）学説の整理

１、伝統的な観点

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

[14] 辻本典央「公訴事実の単一性について」刑法雑誌48巻２号（2009年）220頁。

者を含む概念である[15]。公訴事実の単一性は「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、狭義の同一性とは「手続の前後における事件の連続性の問題」である[16]。公訴事実の単一性、狭義の同一性の範囲は一事不再理効に及び、二重起訴禁止の範囲を画する。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。すなわち、刑法45条の併合罪の関係にある数罪については、その個数だけの公訴事実が存在する。それに反して、観念的競合又は牽連犯の関係に立つ数罪は、科刑上一罪として訴訟上も不可分ものとして一罪として取り扱われる（判例、通説）[17]。

公訴事実の単一性は罪数論に従属する、という見解は、当初はいわゆる「公訴不可分の原則」に結びつけて説明されていた。「『公訴不可分の原則』とは、事件が単一であるかぎり、公訴提起の効力は事件の全体に及ぶという原則である。すなわち、事件を単一・同一にする限り公訴提起の効力が及び、①一個の事件の一部のみを起訴することはできず、②事件の一部についてした判決は、事件の全体に及ぶ」と解されていた[18]。小野清一郎は、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」べきものであり、科刑上一罪の関係にある事実に関しても、「刑法上特に之を一罪として処断すべき」であるとし、「刑事訴訟法の関係に於いても之を一罪として取り扱わねばならぬ」と主張した[19]。この見解によれば、旧連続犯を構成する事実の一部が起訴された場合、裁判所の審判権限が検察官の主張を超えて、連続犯全体に及ぶことになる。

しかし、このような意味での公訴不可分の原則は、現行刑事訴訟法において訴因制度が導入され、裁判所の審判権限が検察官の主張する訴因の範囲に拘束されるとの見解（訴因審判対象説）が通説となったため、もはや妥当しえなくなった。「たとえば、『公訴不可分の原則』からすると、事件の一部だけを起訴することはできないはずである。にもかかわ

---

15 伊藤・前掲注（１）354頁。
16 小野・前掲注（２）130頁。
17 伊藤・前掲注（１）355頁。
18 三井誠等編『刑事法辞典』（信山社、2003年）253頁［寺崎嘉博執筆］。
19 小野清一郎『新刑事訴訟法講義（全訂第３版）』（有斐閣、1933年）192頁。

らず、実務においては、検察官が事件の一部を『呑む』ことがある。例えば、牽連犯である住居侵入罪と窃盗罪のうち、窃盗罪のみが起訴された（＝検察官が住居侵入を『呑んだ』）とき、裁判所は住居侵入罪の事実について審判することができない。このとき、住居侵入罪も観念的・潜在的には審判の対象であるという説明もあるが、当事者主義を基調とする現行法の下では妥当でない。このような実務の取り扱いは、『公訴不可分の原則』で説明するよりも、検察官が原則として審判対象の設定権を有するという当事者主義の原則と、訴因制度によって説明する方が適切であろう」[20]。

それにもかかわらず、公訴事実の単一性を実体法上の一罪に結びつける結論は、現在でもなお維持されている。平野龍一は、公訴事実の単一性は訴因間の比較において両立しうる事実間の関係であり、単純一罪や法条競合の場合だけでなく科刑上一罪の関係においても訴因変更が許されると主張する[21]。また、田宮裕は、「実際にも、単一性として問題になるのは、すべて罪数論上の問題だといってよい。…単一性として一番問題になるのは、科刑上一罪の場合であるが、これも、刑法54条があるため処断上一罪とされるからこそ単一性は肯定されるのである」と主張している[22]。さらに、鈴木茂嗣は、単一性についても「刑罰関心の単一性」という観点から、一個の手続において、複数の社会的問題の解決が要請されるべき公訴事実の確定基準として、やはり実体法上の一罪性が基準となるべきものと主張する[23]。

2、批判

（1）基準の正当性

このような実体法に従属するという見解に対して、一部の学説から批

---

[20] 三井・前掲注（18）452頁［寺崎嘉博執筆］。

[21] 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）134頁。

[22] 松尾浩也＝田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（有斐閣、1966年）85頁以下［田宮裕執筆］。

[23] 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』（成文堂、1979年）214頁。辻本・前掲注（14）211頁。

判がなされた。例えば、「公訴事実の同一性が二重の危険の範囲を決定すべき憲法上の規範であると位置づけるならば、制定法上の罪数論によって憲法上の規範の範囲が決定されるというのは、基準としての正当性を疑わしめる」という批判がある[24]。さらに、「実体法上の一罪」という考え方の理解それ自体についても論争があり、実体法上の罪数論への従属といっても、それが具体的に何を指すのか明確でない、との指摘もある。

（２）罪数論への従属の是非

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。前者の目的は形式的数罪を違法、責任の点で十分に評価して量刑の基礎を提供することにある。これに対して、後者の目的は、確定判決によって処罰され、あるいは無罪となった場合のように、既に一回の訴追を受け、その犯罪行為についての刑事責任を問われる地位にあった者を、再度の刑事責任追及という二重の危険から解放することにあると解されている。しかし、両者の対応関係を強く要求するため、実際の裁判実務において、かなり無理な法解釈もなされている[25]。

３、近時の新たな見解

近時、公訴事実（所為）単一性の判断基準について、ドイツの学説及び判例の影響を受けて展開された見解が注目されている。

第一に、「所為単一独立説」（只木説）である。同説は、上述の批判に基づき、「実体法上の罪数論から切り離し、実体法上の所為概念と訴訟法上の所為概念とは無関係であり、訴訟法上の所為は自然的観察や生活観にしたっがて判断され、実体法上数罪でも訴訟上一罪の場合があるが、実体法上一罪でも訴訟上数罪の場合がある」と主張する[26]。実体法上一個の犯罪であっても、一事不再理効の意義に照らすならば、必ずしも公訴事実の単一性を肯定しなければならないわけではない。

第二に、「所為の片面的従属説」（辻本説）は、次のように主張している。

---

[24] 白取・前掲注（５）４頁。

[25] 只木・前掲注（４）158、222頁。

[26] 只木・前掲注（４）248、257頁。

すなわち、「公訴事実の単一性如何の検討にあたり、社会的・歴史的事実といういわば社会において生起した生の事実を基軸にした一般的、社会的視点からの単位を基礎としつつ、なおも法的評価からの単一性、包括性という観点を取り込んで、最終的に一個の訴訟で解決されるべき内容が決定されるべきである」と主張する。即ち、「公訴事実の単一性を判断するにあたって決定的であるのは、一回の手続で処理されるべき社会的事実の範囲であり、それは実体法上の罪数論に拘束されるものではなく、犯罪処理に向けた社会システムとしての刑事裁判の機能から考察されるべきものである。実体法上の一罪関係を最小ユニットとし、観念的競合や牽連犯といった科刑上一罪の関係にあるものも、両訴因が両立しうるものであるにもかかわらず、実体法上の一罪関係から、公訴事実の単一性は基礎づけられる。もっとも、これを広げる方向においては、実体法上の一罪性に拘束されることはなく、数罪の場合にも単一性が認められる場合がある」。これを具体的にいえば、「飲酒運転と業過事件、窃盗教唆と盗品関与罪以外にも、覚せい罪常習使用者による複数回の使用行為、武器所持罪とそれを用いた強盗・恐喝罪、実体法上一罪が成立しうる場合になおも単純窃盗罪で起訴された場合の個別の窃盗行為（最大判平成15年10月７日刑集57巻９号1002頁）といった事例では、その実体法上の罪数評価にかかわらず、社会的・歴史的事実に対する一般的・社会的視点及び法的評価の観点から一個の手続で処理されるべき単一性を肯定することは、可能かつ適切であろう。さらに、東京高判平成17年12月26日（別訴で起訴された事実との間でかすがい現象による科刑上一罪を構成しうる一部の事実が、そのかすがいとなる部分を除外して起訴された事例）にみられるように、本来、実体法上一罪を構成しうる各事実が、検察官の起訴時点でその一部をいわば『呑んで』併合罪として起訴されたような場合に、なおも公訴事実の単一性を肯定することは可能である。この場合、訴因と訴因との比較だけでなく、訴因外の事情も考慮にいれるべきである」[27]としている。

[27] 辻本典央「公訴事実の同一性概念について（３）」近畿大学法学55巻２号（2007年）160頁以下。

（二）判例の観点――「心証基準説」から「訴因基準説」への転換

１、次に、判例について検討する[28]。

①最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決（単純窃盗→常習窃盗）[29]（「心証基準説」）

【事実の概要】

被告人は、前訴において、複数の窃盗行為の一部（昭和41年２月５日にＡ市において行った各窃盗行為）について単純窃盗罪で有罪判決が下され、確定した後、昭和40年６月４日から昭和42年１月28日にかけて行った各窃盗行為について常習累犯窃盗罪で起訴された。第一審（熊本地判昭和42年５月10日刑集22巻３号158頁）では、公訴事実どおり有罪判決が下され、控訴審（福岡高判昭和42年９月９日刑集22巻３号162頁）でも量刑が変更された以外は第一審の判断が維持されたため、被告人が上告した。

【判旨】

最高裁は、「各犯行の態様や被告人の前科などから、前訴で起訴された窃盗も常習累犯窃盗罪を構成するものとみるべきであり、本件所為のうち昭和40年６月４日の窃盗は前記確定判決前の犯行であるから、本件の窃盗と共に一個の常習累犯窃盗を構成すべきものであったから、右一罪の一部についてすでに確定判決があった以上、本件所為のうち昭和40年６月４日の窃盗について免訴とされるべきであり、この点を看過した第一審判決や原判決は法令の解釈適用を誤った違法がある。しかしながら、そのほかの窃盗行為が常習累犯窃盗罪を構成すべきであることに変りがなく、それらの犯行態様、被害額、被告人の前科などから考えて、原判決の認容する第一審判決が被告人を懲役５年に処した点が不当であるともいえず、これらの点からすれば、原判決を破棄しなければ著しい正義に反するものとは認められない」と判示して、上告を棄却した。

---

[28] 以下の判例の分析について、第４章で詳述する。

[29] 最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決刑集22巻３号153頁、辻本典央「常習窃盗罪における一事不再理効・形式裁判における訴因の拘束力：最三判平成15年10月７日刑集57巻９号1002頁」『近畿大学法学』第54巻第３号（2006年）294頁など。

②最高裁第二小法廷平成15年６月２日判決（常習痴漢→単純痴漢）[30]

【事実の概要】

「常習として電車内で痴漢行為を行った」旨の犯罪事実（平成13年大阪府条例第85号による改正前の『公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例』）により略式命令が発付され、確定した後に、その確定前に行われた余罪となる同様の痴漢行為が「単純痴漢罪」として起訴され、その略式命令も確定したところ、検察官から非常上告が申し立てられた。

【判旨】

最高裁は、「原略式命令が認定した各所為は、その態様などに照らすと、別件略式命令で認定された犯行と同様、条例５条１項、９条２項に該当するものとみるべきであり、かつ、別件略式命令の確定する前の犯行であるから、別件略式命令で認定された犯行とともに１個の条例５条１項、９条２項の罪を構成するものであったというべきである。そうすると、既に別件略式命令が上記常習一罪の一部について有罪の裁判をしており、これが確定していたのであるから、原裁判所としては、刑訴法463条１項により、通常の規定に従って審理をした上、同法337条１号により、免訴の言渡しをすべきであった。したがって、この点を看過し重ねて有罪の裁判をした原略式命令は、法令に違反し、かつ、被告人のため不利益である」と判示し、原略式命令を破棄し、被告人を免訴とした。

③最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決（単純窃盗→単純窃盗）（「訴因基準説」）[31]

【事実の概要】

被告人は、合計22件に及ぶ窃盗または建造物侵入・窃盗の罪で起訴された。弁護人は、本件各犯行は常習特殊窃盗罪（盗犯等防止法２条）に該当するものであるところ、被告人はすでに、本件起訴前に犯した別件

[30] 最高裁第二小法廷平成15年６月２日判決裁刑集284号353頁、多和田隆史「最判平成15.10.７解説」『最高裁判所解説刑事篇平成15年度』465頁以下など。

[31] 最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決刑集57巻９号1002頁、白取祐司「一事不再理効の範囲」井上正仁［ほか］編『刑事訴訟法判例百選（第９版）』（有斐閣、2011年）208頁以下。

の建造物侵入・窃盗罪により有罪判決を受け同判決は確定しているのであるから、本件各犯行は、一罪の一部について確定判決があることになり免訴とすべきだと主張したが、第一審（東京地八王子支判平成13年６月28日刑集58巻９号1018頁）は、起訴された各犯行と確定判決の窃盗罪等は「常習として」なされたものではないとして、これを退けた。原判決である東京高判平成14年３月15日高刑集55巻１号10頁は、「両訴因に掲げられた窃盗行為が実体的には常習特殊窃盗の一罪を構成することは、たやすく否定することができない」として第一審の判断を批判したうえで、現行法は訴因制度を採用しているので、「被疑者が実体的には常習特殊窃盗の一罪を構成する複数の窃盗行為（未遂を含む）を犯した場合であっても、検察官は、…単純窃盗として訴因を構成して起訴することもでき…『それが』確定判決を得ている場合、後訴において、そのほかの窃盗行為も単純窃盗の訴因で起訴すること、すなわち、前訴と後訴を通じて、常習特殊窃盗にいう常習性の評価を入れないで、単純窃盗として訴因を設定することは、前記のような検察官の訴追裁量権に照らして許容される」と判示し、本件についても、確定判決が単純窃盗などであり後訴の本件訴因も単純窃盗であるから、「前件確定判決の一事不再理効は本件起訴には及ばない」として第一審の結論を是認した。被告人が上告した。

【判旨】

「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪としてとらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない。したがって、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは、当然である。そして、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為が単純窃盗罪として起訴され、確定判決があった後、確定判決前に犯された余罪の窃盗行為（実体的には確定判決を経由した窃盗行為と共に一つの常習特殊窃盗罪を構成するとみられるもの）が、前同様に単純窃盗罪として起訴された場合には、当該被告事

件が確定判決を経たものとみるべきかどうかが、問題になるのである。この問題は、確定判決を経由した事件（以下「前訴」という。）の訴因及び確定判決後に起訴された確定判決前の行為に関する事件（以下「後訴」という。）の訴因が共に単純窃盗罪である場合において、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断するに当たり、①両訴因に記載された事実のみを基礎として両者は併合罪関係にあり一罪を構成しないから公訴事実の単一性はないとすべきか、それとも、②いずれの訴因の記載内容にもなっていないところの犯行の常習性という要素について証拠により心証形成をし、両者は常習特殊窃盗として包括的一罪を構成するから公訴事実の単一性を肯定できるとして、前訴の確定判決の一事不再理効が後訴にも及ぶとすべきか、という問題であると考えられる。

思うに、訴因制度を採用した現行刑訴法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである。そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。

以上の点は、各単純窃盗罪と科刑上一罪の関係にある各建造物侵入罪が併せて起訴された場合についても、異なるものではない。

なお、前訴の訴因が常習特殊窃盗罪又は常習累犯窃盗罪（以下、この両者を併せて「常習窃盗罪」という。）であり、後訴の訴因が余罪の単純窃盗罪である場合や、逆に、前訴の訴因は単純窃盗罪であるが、後訴の訴因が余罪の常習窃盗罪である場合には、両訴因の単純窃盗罪と常習窃

盗罪とは一罪を構成するものではないけれども、両訴因の記載の比較のみからでも、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪が実体的には常習窃盗罪の一罪ではないかと強くうかがわれるのであるから、訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の常習窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合であるとして、単純窃盗罪が常習性の発露として行われたか否かについて付随的に心証形成をし、両訴因間の公訴事実の単一性の有無を判断すべきであるが（最高裁昭和42年（あ）第2279号同43年３月29日第二小法廷判決･刑集22巻３号153頁参照）、本件は、これと異なり、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪の場合であるから、前記のとおり、常習性の点につき実体に立ち入って判断するのは相当ではないというべきである。」

２、判例に対する評価

前記・最高裁第二小法廷昭和43年３月29日判決は、両訴因の公訴事実の単一性の判断にあたり、単に訴因のみを比較対照するだけでなく、前訴の単純窃盗の訴因につき、実体に踏み込み、それが常習性の発露であるとの心証を形成した上で、常習累犯窃盗罪を構成することに変わりがないと認め、両訴因が一罪の関係にあると判断した。この判断手法は、「心証基準説」であるのか、それとも公訴事実の単一性の判定に必要な限りで、前訴の訴因の実体に踏み込んだというにすぎないのか、両方の理解が可能である[32]。また、最高裁第二小法廷平成15年６月２日判決において、前訴が常習痴漢、後訴が単純痴漢としてそれぞれ有罪が確定した後に、検察官から非常上告が申し立てられ、後訴を免訴としたものである。免訴の理由については、二つの解釈が成立する。第一に、前訴の常習痴漢の実体と後訴の訴因について心証形成された「実体」とを対照した（「心証基準説」）という解釈である。第二に、常習痴漢の訴因と後訴訴因について心証形成された「実体」とを比較対照した、という解釈である[33]。いずれにも解し得る余地があり、最高裁は、この時点まで一

[32] 多和田隆史「最判平成15年10月７日解説」『最高裁判例解説刑事篇平成15年度』467頁。

[33] 多和田・前掲注（32）468頁。

事不再理効の有無を判断する際に公訴事実の単一性の有無の判断方法について、未だ明確な立場を提示してこなかった。

これに対して、最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決は、最高裁として初めて、一事不再理効の有無を判断する局面における公訴事実の単一性の判断方法について明確に判示したものであって、極めて意義のあるものといえる。また、この判決は、これまで有力に主張されてきた実体裁判の拘束力や、同時訴追可能性の欠如、実体に踏み込む考察などの議論によらずに、公訴事実の単一性の有無の判断手法に修正を加えるという、いわば「第３の道」（実体に踏み込まない「訴因基準説」）を選択した原審の判断を維持するものである[34]。「訴因基準説」により、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当であり、訴訟手続に上程されていない常習性の発露という要素について実体に踏み込んで考慮する必要はない[35]。換言すれば、前訴の一事不再理効は前訴の起訴状で特定された犯罪行為にのみ及ぶというのである。

次に、公訴事実（所為）の単一性について、ドイツ法についてみていくことにしよう。

二、ドイツ法――「所為の単一性」（Einheit der Tat）

（一）学説の整理

公訴事実の同一性・単一性の観念は、ドイツ刑事訴訟法における

[34] 小島淳「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるときは、両者が実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成するとしても、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ばないとされた事例（最三小判平成15年10月７日）」現代刑事法６巻６号（2004年）95頁。

[35] 多和田隆史「前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪であるが実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成する場合と前訴の確定判決による一事不再理効の範囲（最三小判平成15.10.７）」ジュリスト1310号（2006年）442頁。

Identität und Einheit der Tat の観念に対応するものである[36]。公訴事実の単一性あるいは所為単一性（Einheit der Tat）の問題について、ドイツの判例、学説上においては、以前から刑法の罪数論に拘束されず、訴訟法上で考慮されるべきであるとする見解が支配的である。この見解は、「行為説」（Handlungstheorie）、「法益侵害説」（Rechtsgüterverletzungstheorien）、「行為経過の択一説」（Alternativitättheorie）、「総合説」（Kombinationstheorien）、「起訴状限定説」などに大別される[37]。

１、「行為説」（Handlungstheorie）

「行為説」は、訴訟法上の所為を判断する際に、刑法上の行為概念を参考にし、観念的競合の場合にのみ、所為単一が存在すると主張している[38]。この説を主張する主な論者は、Keetsin Liu、Rolf Dietrich Herzberg および Dietrich Öhler である。

（１）Keetsin Liu

Keetsin Liu は、審判の対象である訴訟法上の所為を、刑法上の行為概念と共通し、犯罪概念（Verbrechensbegriff）における構成要件該当性、違法性、有責性に上位するものであると考える。Liu の見解によれば、犯罪構成要素としての構成要件該当性、違法性、有責性は「名詞的行為事情（die substantivischen Tatumstände）」と「形容詞的行為事情（die adjektivischen Tatumstände）」とに区別される。構成要件該当性はメルクマール行為（das Merkmal Handlung）として「名詞的行為事情」に属

[36] 鈴木茂嗣・前掲注（13）２頁。

[37] 本章のドイツ学説の整理については、Henning Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess (Peter Lang, 1994), S.113ff; Kzung Lyul Lee, Die Präzisierung der Tateinheit und die Reichweite des Strafklageverbrauchs nach der Entscheidung BGHSt40, 138 zum Fortsetzungszusammenhang－Zurgleich ein Vergleich der Rechtsprechung des BGH und des korObGH (Logos, 2002), S.222ff および辻本典央「公訴事実の同一性概念について（２）」近畿大学法学54巻３号（2006年）165頁以下などを参考した。

[38] Vgl. Kzung Lyul Lee, a.a.O (37)., S.224.

し、これに対して、違法性、有責性は「形容詞的行為事情」に属する[39]。所為単一性を判断する際に、決定的なのは「形容詞的行為事情」の変化ではなく、「名詞的行為事情」の変化である。それゆえ、Liu の理解では、「名詞的行為事情」は重要なものであり、それに対して、「形容詞的行為事情」は相対的に重要ではないものである。常習窃盗罪に関しては、Liu は、そのなかでの個々の窃盗罪において名詞的事情が異なるから、常習窃盗罪全体とその一部としての個別の窃盗罪の間で所為単一性が否定されるべきであると主張した[40]。

（2）Herzberg

Rolf Dietrich Herzberg は、原則として、訴訟法上の所為単一が実体法上の競合理論に従属すると考える。なぜなら、実体法上の行為概念と訴訟法上の所為概念においては、評価の単一を刑法的な観点から人々の連続する活動を評価し限定すべきだからである[41]。このような実体法上の競合理論（罪数論）に従属させる見解は、所為そのものを規範的に理解する見解であるといえる。Herzberg によれば、実体法上の行為単一が訴訟法上の所為単一であり、それに対して、実体法上の行為複数が訴訟法上の所為複数である。上述の実体法上の行為単一は、原則として自然的意味における行為単一（natürliche handlungseinheit）のみならず、法的意味における行為単一（rechtliche Handlungseinheit）をも包含する。しかし、Herzberg は、一つの重要な例外を挙げていた。それは「継続的関連」（Fortsetzungszusammenhang）であり、この場合（たとえば、連続犯、集合犯）には、訴訟法上の所為単一性を有していないとする。ここでいう「継続的関連」という概念は、具体的に妥当な結論を導くための実際的な理由によって導入された一つの擬制（eine Fiktion）である[42]。

---

[39] Keetsin Liu, Der begriff der identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht, 1927, S.15.

[40] Vgl. Liu, a.a.O (39)., S.16ff.

[41] Herzberg, ne bis in idem－Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils, JuS 1972, 117ff.

[42] Vgl. Herzberg, a.a.O (41)., S.118.

（３）Öhler

Dietrich Öhler の以下の見解は、「行為説」に従っているにもかかわらず、Herzberg とは異なり、判例上の所為概念の規範的要素（die normativen Elemente im Tatbegriff）を批判する。Öhler の見解によれば、訴訟法上の所為が実体法上の行為と完全に一致することは不可能であり、前法律的・自然的な観察（auf eine natürliche vorjuristische Betrachtung）によって判断すべきこととされる。訴訟法上の所為単一を判断する際に重要なのは、単一的意思に基づく、法律によって規定された二つの外部の事件の同一である。ここで言及されている「同一」とは、少なくとも実行行為の部分的同一（die zumindest teilweise Übereinstimmung in der Substanz der Handlung）を指す[43]。具体的にいえば、二個の具体的な構成要件における実行行為を相互に含有している場合に、実行行為の部分的同一は成立する。これに対して、一個の行為のいずれの部分も他の行為の一部分ではない場合に、実行行為の部分的同一は成立しない。現在、ドイツ連邦通常裁判所は競合関係を判断する際に、単に実行行為の同一性によって判断されているため、訴訟法上の所為単一と観念的競合の両者は重なり合っている。しかし、Öhler は、訴訟上の所為概念と実体法上の行為概念との完全な重なりあいには、反対しているのである[44]。

Öhler は、訴訟上の所為概念を分析する際に、実体法上の行為概念を参考する一方で、訴訟経済、法的安定性及び正義の観点からも考慮されるべきだと主張する。Öhler は、BGH 刑事第二部は企業の詐欺罪に関する事件（BGH 26, 284）において、５年間にわたって日常的に行われた詐欺罪が「実体法上一個の行為の範囲を超える」ため、個々の行為ごとに別々の手続によって審理をすることに賛成した。さらに、Öhler は、所為の単一性は実行行為が部分的同一であるか、行為が連続している場合に成立すると主張しているが[45]、1938年４月21日の集合犯に関するラ

[43] Dietrich Öhler, Die Identität der Tat, in FS－Rosenfeld, 1949, S.139, 151, 157ff.
[44] Dietrich Öhler, Neuere Verschiebungen beim prozessualen Tatbegriff, in H.Schröder, 1978, S.450.
[45] Vgl. Öhler, a.a.O (43)., S. 157.

イヒ裁判所の決定（RGSt 72, 164）において[46]、個々の堕胎行為が連続的関係にない場合、それらを独立な所為とみなすとする判例の変更について、これを所為概念の変化の結果であると肯定的に分析している[47]。

２、「法益侵害説 / 評価説」

（Rechtsgüterverletzungstheorien/Bewertungstheorien）

「法益侵害説 / 評価説」によれば、訴訟上の所為単一は原則として規範的要素のみ（allein oder grundsätzlich durch normative Kriterien）によって決定される。そのゆえ、法的意味における行為複数も訴訟法上の所為単一に算入することができる[48]。これに対して、自然的意味における行為単一の場合においては、二つの訴訟法上の所為も存在しうる[49]。この見解を主張する論者は多く、主に、Wolfgang Barthel、Jürgen baumann、Christian Bertel、Friedrich Geerds、Joachim Hrschka などである。「法益侵害説 / 評価説」は、所為概念が不明確であるほか、判例における「事実上の所為概念」の解釈の幅が広く、常に正義違反の結果を導くなどの批判的観点をを挙げて分析する[50]。また、Joachim Hrschka によれば、「事実上の所為概念」に対する批判として次のように言う。同概念は、識別機能が十分ではない。なぜなら、判例における「事実上の所為概念」は、事実に対する客観的な理解から出発するものだからである。つまり、「事実上の所為概念」は「歴史的な経過」（historischen Vorgang）という「所為単一」の判断基準を設けたため、裁判官を歴史家として公訴された事実（「歴史的な経過」）を判断し、客観的な結論を得ることを要求する。しかし、社会科学領域において、価値判断による事実調査の必要性が一般的に認められており、客観的な事

[46] ライヒ裁判所の本決定（RGSt 72, 164）について、第４章で詳述する。

[47] Vgl. Öhler, a.a.O (44)., 440ff.

[48] Wolter, Tatidentität und Tatumgestaltung im Strafprozess, GA 1986, S.159.

[49] Wolfgang Barthel, Der Begriff der Tat im Strafprozeßrecht, S.171; Friedrich Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, S.411.

[50] Sebastian Cording, Strafklageverbrauch, S.34; Radtke, Systematik des Strafklageverbrauchs, S.126.

実というものは存在しないのである、と[51]。

以下では「法益侵害説／評価説」を代表する論者 Christian Bertel、Wolfgang Barthel、Friedrich Geerds の見解を紹介する。

（１）Bertel

Christian Bertel によれば、侵害された法益が同一（Identität hinsichtlich des verletzten Rechtsgutes）でなければ、訴訟法上の所為単一は成立しない。しかし、ただ被侵害法益の同一性という要件のみでは足りず、侵害の一致性（die Übereinstimmung der Verletzung）も要求されている。換言すれば、訴訟法上の所為単一を構成するのは二つの要件が必要であり、第一に被侵害法益の同一性であり、第二に侵害の一致性である。侵害の一致性とは、侵害行為の同一性（die Identität der Verletzungshandlungen）のことである[52]。侵害行為の同一性を要求する理由として、Bertel は以下のように分析する。もし訴訟法上の所為単一が、異なる行為の間での抽象的な法益侵害の一致性にのみ依存すれば、まったく異なる事実に基づく同一な法益が侵害されれば、訴訟法上の所為単一も認められることになる。もちろん、これは不可能である[53]。他方で、侵害行為の同一性という要件だけが存在していても、訴訟法上の所為単一も成立しない。Bertel は、複数の犯罪の間で実体法上の観念的競合が成立すれば、訴訟法上の所為複数が成立すると主張する。なぜなら、観念的競合の関係にある行為は原則として侵害された法益により区別されるからである[54]。

もちろん、例外もある。結合された構成要件（zusammengestzten Tatbeständen）および、基本犯（Grunddelikt）と加重犯（Qualifikation）の場合に、異なる法益侵害であるにもかかわらず、所為単一が自動的に排除されるわけではない[55]。

---

[51] Hruschka, JZ 1966, S.700, 702; Barthel, Der Begriff der Tat im Strafprozeßrecht, S.52.

[52] Christian Bertel, Die Identität der Tat, 1970, S.140ff.

[53] Vgl. Bertel, a.a.O (52)., S.141.

[54] Vgl. Bertel, a.a.O (52)., S.171.

[55] Vgl. Bertel, a.a.O (52)., S.141.

（2）Barthel

Wolfgang Barthel は、訴訟法上の所為単一を法益侵害に関連させるにもかかわらず、Bertel の見解と異なり、訴訟法上の所為単一が法益の一致性ではなく、「違法内容の比較（die Vergleichbarkeit des Unrechtsgehalts）」によって決定されると主張する[56]。比較の基準は、実現されたあるいは企てられた、外部の社会的に望ましくない結果（äußere sozial unerwünschte Erfolg）である。他方で、彼は、「違法内容の比較」の結論が、違法内容によって得られるだけではなく、所為の場所、時間、客体及び手段によって識別された所為の事実要素も、同様に比較の基準として機能すると主張する。そのほか、「違法内容の比較」という曖昧な公式を詳細に説明するために、Barthel は「構成要件群（Tatbestandsgruppen）」という法概念を創造し、異なる「構成要件群」のなかで、法益の類似性（Rechtsgutsverwandtschaft）がある場合にしか、訴訟法上の所為単一性が成立しないとするのである[57]。

（3）Geerds

Friedrich Geerds の見解で重要なのは、訴訟法上の所為単一を判断するにあたって、異なる犯罪の類型に関する事実から生じた「社会的な意味における関連（der soziale Sinnzusammenhang）」である。この「社会的な意味における関連」の範囲は広すぎてはならず、それぞれの犯罪の類型のうち同一の保護された法益に限定されなければならない。そうでなければ、この判断基準は内容的な具体性に欠け理解しにくいものとなり、実用性がない。実際に、Geerds は、Bertel と Barthe と異なり、訴訟法上の所為単一を判断する際に、規範の観点は単に判例における「自然的な観察方法」を補充するにすぎないと主張する。それに対して、Bertel と Barthe は、規範の観点が判例における「事実の観察方法」を代替することを主張する[58]。上述したところからみれば、Geerds は、訴訟法上の所為単一を判断するにあたって、判例における「自然的な観察

[56] Vgl. Barthel a.a.O (49)., S.93ff.

[57] Vgl. Barthel a.a.O (49)., S.93.

[58] Vgl. Geerds a.a.O (49)., S.363, 406.

方法」のほか、「法益侵害」の判断を補充的に用いるため[59]、「法益侵害説/評価説」の一類型といえる。

また、Geerds によれば、同一の保護法益を侵害しても、訴訟法上の所為単一であるとは限らない。連続犯を例として挙げると[60]、連続犯のうち個々の行為が訴訟法上の所為複数の関係にあり、前訴で連続犯のうち一個の個別行為だけが審判された後、他の個別行為が発見された場合に、それが行為者の不法内容を決定するのに重要であれば（前訴で判断されたものを本質的に変化させるのであれば）、後に発見した行為に対する公訴を提起することが可能である、とされる[61]。

３、「行為経過の択一説」（Alternativitättheorie）

「行為経過の択一説」とは、問題となる事実の間に論理的択一関係がある場合に「所為同一性」が認められるとする見解である。この見解は主に「所為同一性」を判断する学説であるといえるが、Christian Schöneborn は実体法上の行為複数に対して「行為経過の択一基準」で訴訟法上の所為単一性を判断する。以下では、まず Schöneborn の見解について紹介する。

（１）Schöneborn

Christian Schöneborn は、実体法上の行為単一と行為複数に対して、異なる判断基準を用いて訴訟法上の所為単一性を判断している。まず、実体法上の行為単一に対して、Schöneborn はそれを訴訟法上の所為単一と考える。すなわち、Schöneborn の見解によれば、自然的な意味における行為単一だけではなく、法的意味における行為単一や、「継続的関連」[62]も訴訟法上の所為単一に属する。それゆえ、集合犯、連続犯は

---

[59] Henning Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess, 1994, S.128.

[60] Geerds が論文を執筆した時、ドイツでは連続犯はまだ放棄されていなかった。その後、1994年３月３日に、ドイツ連邦通常裁判所は連続犯を放棄した（BGH 40, 138）。

[61] Vgl. Geerds a.a.O (49)., S.413ff.

[62] Christian Schöneborn, Alternativität der Handlungvorgänge als Kritrium des strafprozessualen Tatbegriffs, MDR 1974, 529, 531.

訴訟法上の所為単一性を有する。

次に、実体法上の行為複数に対して、Schöneborn は「行為経過の択一（起訴された事実の択一性）基準」によって訴訟法上の所為単一性を判断する。つまり、起訴された各事実が事実上一個の事件（ein tatsächliches Geschehen）の場合にしか、所為単一性が成立しない。もっとも、例外的に行為の不法内容を考慮しなければならない場合もあり、起訴された各事実が事実上一個の事件でも、所為単一性も成立しない場合も存在する。たとえば、被告人が飲酒のため運転不能の状態で車を運転して、別の車に衝突させ、事故を惹起した責任を免れるべく、すぐに事故現場から逃走したが、その後第二の事故を惹起し、自身の同乗者をも負傷させたという「かすがい」に関わる事例（BGHSt 23, 141）について、継続犯である飲酒運転を「かすがい」として、第一の事故と第二の事故が一個の事件にあたる。しかし、この場合、実体法上の「刑の軽重」という基準を借用し、訴訟法上において、「かすがい外し」の適用を拡張すべきであるとする[63]。すなわち、「かすがい」となる飲酒運転罪がそれによって結び付けられる犯罪（第一の事故：道路交通危殆化罪、事故現場不法逃走罪；第二の事故：過失致傷罪、道路交通危殆化罪）より法定刑が軽い場合、この軽微な継続犯によって各々の重大な犯罪が実体法上での一個の行為としない。それゆえ、前訴の一事不再理効は、後訴には及ばない。このような分析からみて、Schöneborn は「かすがい」の適用を制限するという判例の立場を明確に受け入れたことがわかる。

（２）Grünwald

Gerald Grünwald は、前訴と後訴で実体法上矛盾した判決を下す場合に、二重処罰禁止の観点からみれば後訴は不適法であると考える[64]。このような矛盾した判決を回避するために、Grünwald は「行為経過の択一説」を採用して公訴事実の同一性を判断する。すなわち、謀殺罪の不届出罪の有罪判決が確定された後、さらに謀殺教唆罪で公訴提起することはできない。なぜなら、謀殺教唆罪と謀殺罪の不届出罪は実体法上両

[63]「かすがい」の一事不再理の問題について、第３章で詳述する。

[64] Gerald Grünwald, Die materielle Rechtskraft im Strafverfahren der Bundesrepublid Deutschland, ZStW－Beiheft 86, 1974, S.108.

立しないため、訴訟法上での一個の所為に属するからである。以上からみれば、Grünwald の「行為経過の択一説」は、主に狭義の公訴事実の同一性を判断する基準であることがわかる。公訴事実の単一性に関しては、Grünwald は「行為説」の観点に類似している。Grünwald の見解によれば、実体法上一個の行為が一個の刑罰に対応し、さらに、一個の手続に対応するため、複数の犯罪が実体法上一個の行為と評価される時、刑罰の個数および手続も一個でなければならない。それゆえ、実体法上一個の行為の一部について有罪判決が下された後、そのほかの部分について審判を行い、刑を科すことはできないことになる[65]。

４、「総合説」（Kombinationstheorien）

「総合説」は「行為説」と「法益侵害説」において有益な要素（die brauchbaren Bausteine）を吸収し、観念的競合と実在的競合に対して、それぞれ異なる判断基準を採用する。観念的競合の場合、訴訟上の一個の所為である（「行為説」を採用する）。それに対して、実在的競合の場合、訴訟上の所為の個数が「規範的基準」によって決定される（von normativen Kriterien abhängen）（「法益侵害説」を採用する）。ライヒ裁判所が、最終的に「自然的所為概念」に戻る前に、いくつかの判例において「総合説」を採用しており[66]、その後、ドイツ連邦通常裁判所もいくつかの判例で「総合説」を採用した[67]。「総合説」は「規範的基準」を採るが部分的に「自然的観察方法」と入れ替える（ersetzt）、あるいは補完する（ergänzt）ものであるといえる。「総合説」の代表的な論者は Erich Schwinge、Ralf Neuhaus、Claus Roxin である。そのなかで、Claus Roxin は「総合説」を用いて、裁判所の判断枠組みを体系化することを試みた[68]。

（１）Schwinge

「総合説」の先駆的論者である Erich Schwinge は、「法益侵害説」から

[65] Gerald Grünwald, Anm. BGHSt 29, 288, StV 1981, 326.

[66] RGSt 5, 249; 8, 139; 9, 421; 15, 136; 46, 218.

[67] BGHSt 32, 146; 32, 215; BGH NJW 1955, 1240; BGH NStZ 1984, 469.

[68] Roxin, JR 1984, S.346ff; Wolter, GA 1986, S.143ff.

示唆を受け、訴訟法上の所為の内容および範囲が法律の評価を排除し、自然的な観察のみによって確定することはできないと考える[69]。Schwinge の見解によれば、訴訟法上の所為の内容および範囲に対する法律の評価は刑法的に構成要件該当行為（tatbestandsmäßig Handlung）を参考にすべきである。構成要件的意味での各実行行為は、完全に同一あるいは、少なくとも部分的に同一であるとき、訴訟法上の所為単一が成立する。しかし、実体法上の違法内容がほぼ一致する場合、刑法上の構成要件的意味での実行行為は異なっても、訴訟法上の所為単一も成立する。例えば、「継続的関連」や集合犯における個々の行為は、刑法上の構成要件的意味での実行行為は異なっても、実体法上の違法内容はほぼ一致するため、刑法上の一個の行為であり、内的関連性から一回の訴訟で対応すべきであり、訴訟法上の所為単一性が成立する[70]。Schwinge の観点は、刑法上の構成要件的意味での実行行為を中心とし、自然的な観察を補充し、行為の不法内容をも訴訟法上の所為単一性の判断基準に導入する「総合説」であるといえよう。

（２）Neuhaus

Ralf Neuhaus は、行為形式を「可分的行為」（Trennbarkeit）と「不可分的行為」（Untrennbarkeit）に区別する。前者は訴訟法上の所為単一を指し、後者は訴訟法上の所為複数を指す。Neuhaus によれば、前訴における犯罪行為と後訴における犯罪行為が「訴訟法上の所為単一性」を有しているかどうかは、自然的、規範的、訴訟的要因の全体像（Gesamtschau im Hinblick auf natürliche, bewertende und prozessuale Faktoren）によって決定される。Neuhaus は、訴訟法上の所為と実体法上の行為は相互に独立なものであり、両者が異なる目的を追求するため、観念的競合の場合が常に訴訟法上の所為単一であるという見解は成立せず、訴訟法上の所為単一が自然的な観察方法によって決定される、と主張する。Neuhaus は観念的競合の核心的事例（例えば、一個の自然の意味における行為で複数の刑法上の構成要件を実現する）を訴訟法上の所

[69] Erich Schwinge, Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung, ZStW 52, 203, 220.

[70] Vgl. Schwinge a.a.O (69)., S.228, 234.

為単一と認める。それに対して、時間的に延ばした犯罪の場合、「かすがい現象」が単に人為的に造られたにすぎないため、時間的に延ばした犯罪（たとえば、継続犯）とほかの観念的競合の犯罪とは、訴訟法上の所為単一とはならない[71]。連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決と連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（「かすがい」となる犯罪組織への参加罪と、その構成員であった期間内に実行した重い犯罪との間には訴訟上の所為単一が存在していないとされた事例）に関しては[72]、Neuhaus は、連邦憲法裁判所の判断に賛成し、刑事政策および実体的正義を考慮しながら、実体法上の行為概念と訴訟法上の所為概念の意義が違うから、後者が前者に従属すべきではないということを理由として、判例の結論を支持した[73]。

（３）Roxin

Claus Roxin は「総合説」を用いて、裁判所の見解を体系化することを試みた。Roxin の見解によれば、訴訟上の所為概念は、実体法上の概念である単一行為（Tateinheit）、連続行為、複数行為（Tatmehrheit）および集合犯に区別すべきであるとされる[74]。

「実体法上の観念的競合が存在する場合（例えば、一回の平手打ちの場合、刑法52条（行為の単一）、223条（傷害罪）、185条（侮辱罪）に該当するが、これらは、原則として、１個の訴訟上の所為が認められる。同時に武器と麻薬とを無許可輸入する場合には、１個の訴訟上の所為が問題となる。したがって、武器罪による確定した有罪判決は、後の麻酔法違反による終局判決を許さない。重大性においてより軽くない犯罪による『かすがい』によっても、観念的競合が構成される。裁判例として、BGH MDR 1981, 456によれば、刑法316条の酩酊運転とそれに引き続く強姦は、刑法237条の誘拐が介在することによって１個の訴訟上の所為

[71] Ralf Neuhaus, Anm., NStZ 1987, 139.

[72] この二つの裁判例について本章（二）および第３章で詳述する。

[73] Vgl. Neuhaus a.a.O (71)., S.138.

[74] Claus Roxin, Strafverfahrensrecht : ein Studienbuch, 25. Aufl, Verlag C.H. Beck München, 1998, S.152ff; クラウス・ロクシン［著］、新矢悦二、吉田宣之（翻訳）『ドイツ刑事手続法』（第一法規出版社、1992年）190頁以下。

に合体される。

連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決（BGHSt. 29, 288）によれば、刑法129条（犯罪組織への参加罪）、129条ａ（テロ組織への参加罪）の組織犯罪について、例外が適用される。すなわち、犯罪組織またはテロリスト組織の構成員である者が、この組織への服従として行った犯罪行為は、刑法129条、129条ａと観念的競合の関係に立つが、それにもかかわらず、これらの犯罪行為について、組織犯罪よりも重い最上限の刑が定められているとき、264条にいう独立した『犯罪事実』とすべきであるとする。この判例がその後の解釈論または実務に対して、どのような影響を及ぼすのかについて、全面的に予測することはできない。この判決は、連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）によって、単一行為（Tateinheit）は、事実上の行為単一の場合は連邦基本法103条３項にいう単一の出来事の認定に必然的に至るとの理由で追認されている。しかし、この決定は、特別な事情の下で例外が認められると判示している。例えば、『かすがい』である軽微な継続犯によって基礎づけられるような、単に法律上の行為単一（Handlungseinheit）には妥当しないのである。

これと関連して、ハム上級地方裁判所1985年９月９日決定（OLG Hamm NStZ 1986, 278）は、観念的競合とするにもかかわらず、また、ツバイブリュッケン上級地方裁判所OLG　Zweibrücken NJW 1986, 2841は実在的競合を認めることによって、いずれも武器罪による確定した有罪判決は、武器を用いて行われた殺人罪に関して公訴権消滅（Strafklageverbrauch）をもたらすことはないと言う。連邦通常裁判所刑事第四部1986年３月16日判決（BGHSt 36, 151）は、問題をツバイブリュッケン上級地方裁判所と類似した方法で、無許可武器所持と武器を用いて行われた強盗的恐喝未遂とは、実体法上でも、また訴訟法上でも二つの異なる犯罪であることを認めることによって解決する。そのため、かかる理由のみでも、武器法違反による確定有罪判決によっては、武器を用いて行われた犯罪に基づく公訴権は消滅しないということになる。

集合犯における個別行為（例えば、刑法260条の業としての盗品等蔵匿、集団形態での盗品等蔵匿）は、単に営業、常習または業務性のゆえに実体法上行為単一でもなく、訴訟上一個の所為でもない。同様に、一つの

可罰的組織の構成員がそのグループに所属していることによって犯罪を行ったときにも、訴訟上一個の所為があるとはいえない。その他、計画的な分担による犯行も、刑訴法264条（判決の対象となるのは起訴時に特定された行為である旨定める）にいう１個の唯一の所為を推定させることにはならない」[75]。

５、「起訴状限定説」

Volker Erb は、連続犯および継続犯に関する犯罪において、訴訟係属および既判力の範囲が、実体法上の競合関係にかかわらず、起訴状で特定された個々の行為または追起訴により刑事手続に取り入れられた行為にのみ及ぶという。Volker Erb の見解によれば、仮に既判力のある判決が存在すれば、前訴に取り込まれなかった個別の犯罪行為に対する訴追が前訴の既判力に対する違反には当たらず、実体刑法に対する違反でもない。なぜなら、前訴において、適切な刑罰（korrekte Strafe）が未だ言い渡されていないからである。上述の観点からみれば、複数の犯罪行為を含む刑法上の一個の行為に対して、前訴で適切な刑罰が言い渡されたかどうかが、Volker Erb の見解の核心であるということがわかる。仮に前訴で適切な刑罰が言い渡されれば、この複数の犯罪行為を含む刑法上の一個の行為のうちのほかの個別の犯罪行為に対して再起訴はできない。それに対して、仮に前訴で適切な刑罰が言い渡されなければ、そのうちのほかの個別の犯罪行為に対して再起訴はできる。しかし、再起訴の対象となった犯罪行為に対して、過剰な刑罰を科すことができず、前訴と後訴の刑罰合計が一回の手続（前訴と後訴で起訴された犯罪行為を一回で起訴すれば）により審判された場合に宣告された刑罰量を超えることはできない。つまり、被告人に不利益な結果をもたらすことが禁じられているのである（二重評価の禁止）。

具体的には、以下の二つの場合、再起訴することができない。第一に、裁判所が起訴状で特定された犯罪行為以外、刑法上の一個の行為のうちのほかの犯罪行為が存在する可能性があると考える場合、刑罰（嫌疑刑）を言い渡した後、そのうちのほかの犯罪行為に対する再起訴はできない。

[75] Vgl. Roxin a.a.O (74)., 152ff ; 新矢悦二［ほか］（翻訳）・前掲注（74）190頁以下。

その理由は、前訴の既判力ではなく、刑法52条１項であり[76]、実体法上の一個の行為に対して一個の刑罰に対応しなければならないからである。量刑に対する考慮は訴訟係属を前提としないから、前訴の量刑が合理的である。第二に、裁判所が時間的に継続する犯罪（たとえば、継続犯）のほか、より重い刑罰にあたる犯罪が存在することを認定した場合、刑法52条により、宣告刑はこれらの犯罪の構成要件の処罰範囲の中から得られる（この場合、宣告刑はこのより重い刑罰である）。裁判所が適切な刑罰を言い渡したため、その時間的に継続する犯罪（たとえば、継続犯）を実行中に犯されたほかの犯罪行為に対する再起訴はできない[77]。

６、小括

以上、ドイツ法における「所為の単一性」を判断する学説を概観してきた。以下では、上述の内容を総括する。

第一に「行為説」は、訴訟法上の所為概念を理解するときに、実体刑法上の行為概念を参考にしたため、「実体法従属説」といえよう。その結果、「行為説」による所為の範囲が非常に狭くなる。

第二に、「法益侵害説／評価説」では、訴訟上の所為単一性は原則として規範的要素のみによって決定される。それゆえ、刑法的意味における行為複数も訴訟上の所為単一に算入することができる。そのほか、「法益侵害説／評価説」により、自然の意味における行為単一の場合に、２個の訴訟上の所為も存在しうる。

第三に、「行為経過の択一説」を代表する論者 Schöneborn は、実体法上の行為単一と行為複数に対して、異なる判断基準を利用して、訴訟法上の所為単一性を判断する。実体法上の行為単一について、Schöneborn は訴訟法上の所為単一と考える。それゆえ、集合犯、連続犯が訴訟法上の所為単一に属する。これに対して、実体法上の行為複数に関して、

[76] 刑法52条１項：「ある同一の行為が、数個の刑罰法規に違反し又は同一の刑罰法規を数回侵害するときは、一個の刑のみが宣告される」。法務大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』法務資料第461号（2007年）34頁参照。

[77] Volker Erb, Die Reichweite des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten und bei fortgesetzten Taten, GA1994, 282.

Schöneborn は「行為経過の択一（起訴された事実の択一性）基準」で訴訟法上の所為単一を判断する。もっとも、例外的に行為の不法内容を考慮せざるを得ない場合も存在することを認めている。

第四に、「総合説」は「行為説」と「法益侵害説」の構成要素を吸収し、観念的競合と実在的競合に対して、それぞれ異なる判断基準を採用する。観念的競合の場合、これは訴訟上の一個の所為である（「行為説」を採用する）。これに対して、実在的競合の場合、訴訟上の所為の個数が「規範的基準」によって決定される（「法益侵害説」を採用する）。

第五に、「起訴状限定説」を提起した Volker Erb は、刑罰の二重評価の禁止の観点から、連続犯および継続犯に関する犯罪において、訴訟係属および既判力の範囲が、実体法上の競合関係にかかわらず、起訴状で特定された個々の行為または追起訴により刑事手続に取り入れられた行為にのみ及ぶとしている。

以上からみれば、「法益侵害説 / 評価説」を除いて、「行為説」、「行為経過の択一説」、「総合説」のいずれによっても、原則として「観念的競合の場合に、訴訟法上の所為単一が成立する」ことが認められる。

（二）判例の観点：行為単一と所為単一の制度目的の相違

１、判例の紹介

次に、ここでの問題のリーディングケースとして連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決 BGHSt. 29, 288と、その憲法抗告審である連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定 BverfGE 56, 22の見解を考察してみよう[78]。

①連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決（BGHSt. 29, 288）

【事実の概要】

被告人は、1971年から1972年までの間テロ組織の構成員であった。彼に対して、まず、「犯罪組織への参加罪」（ドイツ刑法129条）及び「文書偽造罪」（ドイツ刑法267条）の行為単一（ドイツ刑法52条）を理由として有罪判決が下された。その後、被告人がこの組織に属した期間内に、組

[78] 辻本典央「公訴事実の同一性概念について（１）」近畿大学法学53巻２号（2005）214頁以下を参考した。

織の目的を追求するため実行した謀殺罪や爆弾事件などの重大犯罪が発見され、被告人に対して未決勾留命令が発せられた。これに対して、被告人は、確定有罪判決を受けた罪と現在追及されている罪とは実体法上の行為単一の関係にあるゆえに、訴訟法上の所為単一の関係にあり、刑罰権はすでに消滅したという抗告を提起した。

この抗告に対し、OLG1977年６月24日決定（NJW 1977, 2222）は「組織の目的を構成する犯罪の実行は、犯罪組織への参加罪（ドイツ刑法129条）の構成要件に含まれない。その実行行為は、通常、部分的にも構成員という犯罪構成要件と重ならない」と判示した。すなわち、実体法により前訴で下された罪と現在訴追されている罪との関連を否定したのである。

これに対し、被告人は憲法抗告を提起したが、連邦憲法裁判所第二部1977年９月７日決定（BVerfGE 45, 434）は、罪数判断が制定法上の問題であり、OLG の判断が憲法上の恣意禁止に反しないという理由で、抗告を却下した。

この事件は、その後地裁で本案審理に入り、地裁は前訴と後訴とは実体法上行為複数の関係にあり、刑罰権がまだ消滅していないという理由で、被告人に対して有罪判決を下した。被告人は、再び刑罰権消滅を主張して上告した。

【BGH 判決】

連邦通常裁判所は、原判決を結論において支持した。BGH は、犯罪組織への参加罪（ドイツ刑法129条）と「この組織の目的を追求するために行われた本件事案を構成する犯罪」の間で実体法上行為複数の関係を認めたという原判決の基礎について誤りがある」と指摘した。もっとも、刑の軽重を考慮して、継続犯たる犯罪組織への参加罪（ドイツ刑法第129条）による「かすがい」を否定すべきであり、また、本件の対象となる犯罪がすでに審判された犯罪組織構成員罪との間で実体法上行為の単一が肯定されることも、本件の審判を妨げない。その理由として、刑法129条による犯罪組織への参加罪は、その犯罪構成要件の特殊な構造ゆえに、他の継続犯と同様に扱われないからである。犯罪組織への参加罪の構成要件が、犯罪組織に対する刑事訴追の可能性を高めようとする立法目的から種々の行為を犯罪として掲げ、しかも、それらを一罪として

処理しようとしているところから考察するならば、この罪を理由とする有罪判決が確定した場合における公訴権消滅の範囲には制限を施す必要があり、さもないと、犯罪組織に対する刑事訴追の可能性をむしろ低下させることになり、立法目的に反する事態を招きかねない。実体法上１個の行為が、常に刑事訴訟法264条の意味での１個の所為であるという原則は、犯罪組織への参加罪の特殊性のため、本件には適用することができないのである。

②連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）

【事実の概要】

被告人は連邦通常裁判所第三刑事部1980年６月11日判決（BGHSt. 29, 288）に対して憲法抗告を提出したが、連邦憲法裁判所は、以下のように判示して、申立を棄却した。

【BVerfG 決定】

行為単一（ドイツ刑法52条）の概念は、連邦基本法103条３項の所為概念から切り離されなければならない。…なぜなら、行為単一（ドイツ刑法52条）と所為の同一性（連邦基本法103条３項）とは、追求する目的が異なるからである。実体法上の罪数規定の目的は、複数の法違反の重なり合いに際して、問題となるすべての自由刑を合算すると通常は行為者の責任の範囲を凌駕するため、それを調整し、責任の範囲を限定するのである。…これに対して、連邦基本法103条３項における所為の同一性の概念の目的は、もっぱら、実体的確定力の範囲を画することである。確かに、実体刑法上の行為単一は、通常、訴訟法上の所為単一と重なり合う。しかし、それは、単に原則であるにすぎず、特別な事情があれば、例外も認められうる。…犯罪組織への参加罪（ドイツ刑法129条）の場合、この犯罪に統合された個々の行為が時間的に遠く離れることもありうる。これらの個々の行為は、連邦基本法103条３項の意味で独立した出来事と見える。

２、評価

ここで注意すべきなのは、連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）が、行為単一と所為単一の異なる制度目的を指摘したことである。刑法上の罪数論は、複数の犯罪を理由に科刑される場合に

それを全て合算することによる過剰な刑罰を回避するための調整規定（二重評価の禁止）であり、それに対して、訴訟法上の所為概念は、一事不再理効の範囲を画するための制度であり、また一事不再理効の範囲を画する目的は被告人が公訴に示された個別の事実関係を理由にして再び裁判に付されることがないようにしているのである。すなわち、連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なることを強調したものと言える。

三、私見――制度目的対応説

日本の最高裁第三小法廷平成15年10月７日判決は、「訴因基準説」を採り、両訴因の公訴事実の単一性の判断にあたり、基本的には、各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当であり、訴訟手続に上程されていない常習性の発露という要素について実体に踏み込んで考慮する必要はないと判断した。「訴因基準説」に関して、検察官が訴因設定権限を持ち、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などの批判がなされている[79]。それにもかかわらず、この最高裁平成15年判決は「訴因基準説」という新たな判断手法を通じて、具体的妥当性に疑問がある高松高裁昭和59年１月24日判決[80]とは異なり、国民の素朴な法感情に応える判決を出し、実体的正義を実現した。ここからみれば、最高裁は実体的正義の実現について明確に言及していないが、実体的正義の実現を重視する道を探ったといえよう。では、ここでの実体的正義とは果たしてどのようなものだろうか。この解答は日本の最高裁平成15年判決では理論的に十分解明されなかた

[79] 白取・前掲注（６）、452頁。

[80] 高松高裁昭和59年１月24日判決は、理論的は明快とは言えるものの、当該事実では、被害額1360万円相当の単純窃盗１件の確定判決があったことにより、後に起訴されたその余罪となる30件余り、被害総額４億円余りの窃盗がすべて免訴となるという結果となっており、具体的妥当性の観点から疑問が呈され、この判決を機に、後訴が免訴とならないための様々な理論的提言がされてきた。多和田・前掲注（35）441頁参照。

が、前述のドイツの論者 Volker Erb による「起訴状限定説」にその手がかりを見出すことができる。Volker Erb は、前訴と後訴の量刑の均衡性（たとえば、前訴で適切な刑罰が言い渡されるかどうか、前訴と後訴での二重評価の禁止など）を考慮しつつ、連続犯および継続犯に関する犯罪において、最高裁第三小法廷平成15年判決の「訴因基準説」と類似した主張、すなわち、前訴の一事不再理効の範囲を「起訴状で特定された犯罪行為」にのみ限定されると主張した。これによれば、前訴と後訴の公訴事実の単一性（つまり、一事不再理効と罪数の関係）の判断にあたり、罪数の形式（たとえば、観念的競合、集合犯とも一罪に属する）だけに従属すべきではなく、前訴と後訴の量刑の均衡性を考慮しなければならないことになる。ただ、判決結果の妥当性を実現するために、伝統的な罪数の形式を犠牲にする（たとえば、集合犯のうち各犯罪行為を分離し、個別の犯罪行為を独立した行為として数罪で処理する）正当性があるのかという問題は提起されるかもしれない。

上述のような罪数論に従わない見解の正当性について、ドイツ連邦憲法裁判所第二部1981年１月８日決定（BverfGE 56, 22）は、その理由を明らかにした。この決定は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的とは原則として異なるものだと強調した。「行為単一と所為の単一性とは、異なる目的を追求するものである。実体法上の罪数論は、複数の犯罪を理由に科刑される場合にそれを全て合算することによる過剰な刑罰を回避するための調整規定（二重評価の禁止）であり、それに対して、訴訟法上の所為概念は、一事不再理効の範囲を画するための制度であり、また一事不再理効の範囲を画する目的は被告人が公訴に示された個別の事実関係を理由にして再び裁判に付されることがないようにしているのである」。それゆえ、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるからこそ、前訴と後訴の公訴事実の単一性（一事不再理効と罪数の関係）を判断する際に、罪数の形式だけに従属すべきではない。さらに、判決結果の妥当性に疑問がある場合に、その罪数形式が一事不再理効に対応しうるのかを検討すべきである。

このドイツ連邦憲法裁判所1981年１月８日決定は、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は原則として異なるものであるとの指摘はしたものの、実体刑法上の行為単一は、原則として、訴訟法上の所為単一

と重なり合うことを認めたうえで、特別な事情の下で例外が存在する（「かすがい」となる犯罪組織への参加罪と、その構成員であった期間内に実行した重い犯罪との間で訴訟上の所為単一に対する否定に限定する）ことを判示したにとどまる。具体的にどのような罪数形式が一事不再理効に対応しうるのか、どのような罪数形式が一事不再理効に対応しえないのか、という類型的な検討はこの決定においてはまだ見られない。

筆者は上述の示唆を受けて、解釈論として「制度目的対応説」を提案する。具体的には、罪数形式ごとの制度目的を検討する必要があり、そのうえで、各罪数形式と一事不再理効の対応関係を類型化することができると考える。例えば、観念的競合（罪数）の場合には、一つの行為に対する二重評価の禁止は制度の目的である。それに対して、現在の通説によれば、一事不再理効の制度目的は一つの事件に対する二重の危険を禁止するものである。一つの行為（事件）に対する二重評価の禁止はこの二つの制度の共通の目的である。ゆえに、観念的競合の場合には、罪数論の制度目的と一事不再理効の制度目的は類似しているといえよう。したがって、観念的競合の場合に、その一事不再理効の「一事」を判断する時に、その一行為の判断基準を借用することができる。また、「かすがい」が介入する場合には、「刑の軽重」という基準によって、その一事不再理効の「一事」を判断する際に、「かすがい」の罪数論の判断基準をも借用することができる（詳しくは、第３章を参照されたい）。それに対して、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り、二重評価の禁止と直接的な関係がない。そのため、一事不再理効の「一事」を判断する際に、罪数論での集合犯の判断標準を借用する必然性がないのである。しかし、その一事不再理効の「一事」を判断する際に、集合犯の判断標準を全く借用できないわけではない。なぜなら、集合犯の制度目的は二重評価の禁止と直接的な関係はないが、全然関係がないとは言えないからである（詳しくは、第４章を参照されたい）。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2014年３月25日授与）「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」に加筆・修正したものである。本稿の作成にあたり、指

導教員である白取祐司教授をはじめとして、北大刑事研究会の皆様には貴重なるご指導とご鞭撻を賜り、さらに北海道大学大学院博士後期課程の瀧本京太郎氏には日本語の訂正をしていただいた。心からの感謝を申し上げる次第である。