

「一事不再理の効力の客観的範囲— 最判平成15年10月7日を契機として」

高 倉 新 喜

(人文学部准教授 法経政策学科)

一. はじめに

一事不再理の効力の客観的範囲は、起訴状に記載された訴因に限定されず、これを起点とする一定の事実、すなわち公訴事実の同一性・単一性の範囲に及ぶとするのが通説・判例である¹。すなわち、裁判所の審判対象となった訴因(検察官の訴因構成権限あるいは訴因変更権限)を超えて、訴因変更の限界基準である公訴事実の同一性・単一性の範囲(刑訴法312条1項)にまで一事不再理の効力が及ぶ。公訴事実の同一性・単一性の範囲であれば、別の訴因を構成して再起訴しても、免訴判決が言渡される(刑訴法337条1号)。訴因が裁判所の審判対象であるのに、なぜ一事不再理の効力が当該訴因を超えて及ぶのかについては、検察官が公訴事実の同一性・単一性の範囲で同時訴追義務(一回の訴訟で解決する義務)を負っているからだの説明されたり²、あるいは、検察官は公訴事実の同一性・単一性の範囲でいつでも訴因を変更することができ、被告人はその範囲で訴追(=刑罰)の危険にさらされているからだの説明された³。たとえ同時訴追が法律上または事実上不可能であっても、一事不再理の効力が公訴事実の同一性・単一性の範囲に及ぶ理由は、実体法上一罪とされるものには一個の刑罰権が認められるべきであって、こま切れの訴追(分割起訴)を許すべきではないからである⁴。そもそも一事不再理の効力は、憲法39条の二重の危険の法理を根拠とするものであり、現在の学説ではほぼ一致して、被告人の利益に資するものとして位置づけられている。

そうであれば、実体法上一罪の一部に対する(有罪あるいは無罪の)確定判決の一事不再理の効力は、審判の対象とされた訴因に限らず、一罪全体(公訴事実の単一性)に及ぶべきであり、常習罪⁵の一罪についてもそうであるはずである。現に最高裁判例は、常習罪の一罪の場合

¹ 伊藤栄樹他『注釈刑事訴訟法<新版>第5巻』(立花書房、1998年)381頁[神垣英郎]参照。

² 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)282-83頁。

³ 田宮裕『〔三訂版〕刑事訴訟法入門』(有信堂高文社、1981年)271-72頁。

⁴ 同上272頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、1996年)454頁。もっとも、同時訴追の可能性が抽象的にも認められない場合には、一事不再理の効力は及ばない(典型的には、判決確定後に一罪性を有する行為が行われた場合)。

⁵ 「常習罪」とは、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律および暴力行為等処罰ニ関スル法律に規定する常習罪という意味で用いている。個人的法益を対象としていない常習賭博等とは区別して用いる。青柳文雄『犯罪と証明』

にも、実体法上一罪の一部に対する確定判決の一事不再理の効力が一罪全体に及ぶことを示している⁶。すなわち、起訴されなかった確定判決前の行為についても一事不再理の効力が及び、後訴が免訴になるのである。

しかしながら、周知のとおり、最判平15・10・7刑集57巻9号1002頁⁷（以下、最判平成15年10月7日という。）は、高松高判昭59・1・24判時1136号158頁（以下、高松高判昭59年1月24日という。）について判例変更をした上、「前訴およ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の効力は後訴に及ばない」という判断を示した。この最高裁判例については、確定判決の拘束力や検察官の訴追裁量権・訴因構成権や訴因の拘束力などの刑訴法の基本原則が関わってくるが、究極的には一事不再理の効力の客観的範囲だけでなく一事不再理の効力そのものの意義が問題となるであろう。本稿では、常習罪の一罪の一部に対する確定判決の一事不再理の効力に関する判例および学説を概観し、一事不再理の効力の客観的範囲および一事不再理の効力の意義について検討したい。

二．最判平成15年10月7日以前の学説および判例

1．学説

実体法上一罪の一部に対する（有罪あるいは無罪の）確定判決の一事不再理の効力が、審判

（有斐閣、1972年）156頁参照。

⁶ 最判昭43・3・29刑集22巻3号153頁（前訴が単純窃盗罪で後訴が常習窃盗罪の事案）、高松高判昭59・1・24判時1136号158頁（前訴および後訴が単純窃盗罪の事案）、最判平15・6・2最高裁判事裁判集284号353頁（前訴が常習痴漢で後訴が単純痴漢の事案）参照。

⁷ この最高裁判例に関連する文献として、上口裕「常習罪における一事不再理効」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集[下巻]』（成文堂、2007年）565頁、川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集[下巻]』（成文堂、2007年）313頁、大久保隆志「訴因構成権限と罪数に関する覚書」『広島法科大学院論集』3号（2007年）145頁、水野谷幸夫「常習累犯窃盗と既判力（1）（2）」『研修』709号（2007年）69頁、710号（2007年）27頁、多和田隆史「最高裁判所判例解説」『法曹時報』58巻7号（2006年）323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効力」『近畿大学法学』54巻3号（2006年）287頁、山本和昭「常習特殊窃盗と一事不再理の効力」『専修ロージャーナル』1号（2006年）69頁、村上光鷗「一事不再理効の客観的範囲—常習一罪の一部についての確定判決の存在を巡って」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻』（判例タイムズ社、2006年）322頁、中野目善則「後訴遮断の視点と後訴遮断の範囲」『犯罪の多角的検討・渥美東洋先生古稀記念』（有斐閣、2006年）227頁、小出諒一「一事不再理効の及ぶ範囲に関する一試論」『刑事法ジャーナル』2号（2006年）54頁、大澤裕「常習一罪と一事不再理の効力」『研修』685号（2005年）3頁、長沼範良「一事不再理効の範囲」『刑事訴訟法判例百選[第8版]・別冊ジュリスト』174号（2005年）204頁、佐藤嘉彦「一罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について」『同志社法学』56巻6号（2005年）533頁、小島淳「最新重要判例評釈」『現代刑事法』6巻6号（2004年）88頁、宇藤崇「常習特殊窃盗と一事不再理の効力」『ジュリスト（平成15年度重要判例解説）』1269号（2004年）202頁、岡田悦典「窃盗罪・常習窃盗罪に関する一事不再理効の範囲」『法学セミナー』590号（2004年）123頁等。

の対象とされた訴因に限らず、一罪全体（公訴事実の単一性）に及ぶべきか否かについては、実体法基準説⁸と訴訟法基準説⁹が対立してきた。前者は、被告人の地位の法的安定性ないし一事不再理の効力の客観的範囲を画する基準としての一貫性を確保するべく、実体法上の罪数論を基準として、科刑上一罪や常習罪の一罪についてもその例外を認めないとするものである。後者は、結論の妥当性を確保するべく、同時訴追の可能性や訴因の拘束力や確定判決の拘束力等を根拠に、一定の場合には例外的に一事不再理の効力が及ばないとするものである。

判例の基本的傾向は実体法基準説であり、最判平成15年10月7日以前のリーディングケースである高松高判昭和59年1月24日¹⁰もその立場に立つ。

2. 高松高判昭和59年1月24日

高松高判昭和59年1月24日の被告人は、昭和56年10月22日に大阪地裁岸和田支部において、犯行日が昭和55年6月20日とされる単純窃盗罪（以下、A事件という。）等について懲役1年8月の有罪判決を受け、同判決は昭和56年11月6日に確定していた。その後、被告人は、昭和58年6月8日に徳島地裁阿南支部において、昭和54年6月28日ころから同56年9月15日ころまでの34回にわたる単純窃盗罪（以下、B事件という。）について懲役6年6月の有罪判決を受けた。弁護人は控訴した上、A事件もB事件も盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律2条の常習特殊窃盗罪に該当し、両者は一罪を構成するため、B事件は一罪の一部についてすでに確定判決があったことになるから、免訴とされるべきであると主張した。これに対して検察側は、（一）本件起訴にかかる各行為は常習特殊窃盗罪にいう常習性を備えておらず単純窃盗罪とみるべきである、（二）単純窃盗罪として確定した判決は、たとえそれが事後的にみて常習窃盗罪（以下、常習特殊窃盗罪と常習累犯窃盗罪を併せた意味で、常習窃盗罪ということがある。）の一部とみられても、既判力は他の部分には及ばず、事実上同時審判の可能性がなかった場合にも既判力が及ぶとすることは、訴訟の実際からみて是認できず、犯人を不当に利することになる、（三）本件は単純窃盗罪として起訴されており、訴因を動かす権限のない裁判所としては、右訴因の範囲において審判すべきであり、これを超えて常習特殊窃盗罪を認定することはできない、と主張した。

⁸ 白取祐司『刑事訴訟法 [第4版]』（日本評論社、2007年）419頁、福井厚『刑事訴訟法講義 [第3版]』（法律文化社、2007年）395-96頁、田口守一『刑事訴訟法 [第4版補正版]』（弘文堂、2006年）457頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法 中 [補訂版]』（成文堂、2005年）292頁、渡辺修『刑事訴訟法判例百選 [第6版]・別冊ジュリスト』119号（1992年）189頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法 [改訂版]』（青林書院、1990年）241頁、栗原宏武「常習犯の罪数と公訴の効力および既判力の及ぶ範囲」大阪刑事実務研究会『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、1989年）529頁、田宮裕「既判力・再論」『法学』47巻5号（1984年）207頁（同『日本の刑事訴追』（有斐閣、1998年）に所収）、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）』（青林書院新社、1977年）462頁等。

⁹ 後注11から15に引用されている文献を参照。

¹⁰ 高松高判昭33・11・10高刑裁特報5巻11号452頁、名古屋地裁岡崎支判昭48・12・11判タ304号289頁、横浜地裁川崎支判昭49・9・25判時768号128頁、東京高判昭50・12・22判時819号107頁、東京地判昭51・2・3判時819号107頁も参照。

控訴審の高松高裁は、検察官の主張（一）については、A事件とB事件の（約2年3ヶ月の間の35回にわたる）窃盗が常習特殊窃盗罪であると認定した上、「[A事件の]確定判決には本件[B事件]起訴の窃盗行為とともに常習特殊窃盗の一罪を構成する窃盗行為が含まれており、しかも本件起訴の窃盗行為はいずれも確定判決前の行為である。そうすると、本件起訴事実については、一罪の一部につき既に確定判決を経ていることになるから、免訴されるべき筋合である」と判断した。同高裁は、原審を破棄して免訴の自判をし、同判決は確定した。

検察官の主張（二）（三）については、以下のような判断をした。（a）検察官の主張（二）について同判決は、「[同じ一罪の一部についての確定判決の効力を及ぼすことが]ときに犯人を不当に利することにもなり、正義の感情にそぐわぬ場合があることは否定できない」ことを認めながらも、「検察官主張のように、訴追の事実上の不能の場合に既判力が及んでいないとすると、その例外的基準を具体的に定立すること自体が甚だ困難であるうえ、仮に基準が設けられても、それを具体的に適用するにあたって一層の困難を招来せざるを得ない。…既判力制度の画一性を害し、被告人の立場を不安定ならしめることになる」と判断して、同時訴追の事実上の困難性を理由に一事不再理の効力の及ぶ範囲（公訴事実の同一性・単一性）に例外を設けることを否定した。（b）検察官の主張（三）¹¹について同判決は、裁判所は訴因を超えて事実を認定し有罪判決をすることは許されないが、有罪判決ではなく形式裁判をする場合には訴因に拘束されず常習特殊窃盗罪を認定できるとした。すなわち、「訴因は有罪を求めて検察官により提示された審判の対象であり、訴因を超えて有罪判決をすることは、被告人の防禦の権利を侵害するから許されないが、これに対し、確定判決の有無という訴訟条件の存否は職権調査事項であるうえ、その結果免訴判決がなされても、被告人の防禦権を侵害するおそれは全くないから、訴因の拘束力を認める理由も必要性も存しない」と判断した。（c）そして、この点と関連して、「このように解さなければ、実体に合せて訴因が変更されれば免訴となるが、そうでなければ有罪判決になるということになり、検察官の選択によって両極端の結果を生じさせるのは、不合理であって、とうてい容認できず、かかる実際の観点からも、検察官の主張は採り得ない」と判断した。（d）また、確定判決で単純窃盗罪と認定されたものを後訴において常習特殊窃盗罪と認定することは、確定判決の拘束力を無視することになるのではないかという点については¹²、「後に起訴された事件について確定判決を経ているか否かということは、その事

¹¹ 後訴の裁判所は訴因に拘束され、訴因外の常習性の事実には立ち入ることはできないとするものとして、小池健治「新判例解説」『研修』650号（2002年）43頁、井上宏「刑事判例研究」『警察学論集』55巻11号（2002年）189頁。これによれば、検察官による訴因構成が、後訴の裁判所の訴訟条件の審判権を左右する結果になる（上口・前注（7）・570頁）。

¹² 確定判決の拘束力を肯定するものとして、土本武司「訴因の拘束力と既判力の範囲」『司法研修所論集』55号（1975年）73頁、中野目善則「常習罪と後訴遮断の範囲」『法学新報』92巻10・12号（1986年）58頁、田口守一「刑事裁判の拘束力」（成文堂、1980年）305頁（ただし、特殊な場合に限定）、柳俊夫「新判例解説」『研修』438号（1984年）67頁、鈴木義男「常習犯の一部に対する有罪裁判の既判力」『研修』345号（1977年）61頁参照。

件の公訴事実の全部又は一部について既に判決がなされているかどうかの問題であって、判決の罪名等その判断内容とは関係がなく、従って確定判決の拘束力を問題とする余地はない。これを本件についていえば、一個の常習特殊窃盗の一部について、確定判決では単純窃盗と認定されているが、ともかく有罪の判決がなされている以上、確定判決を経ていることになる」と判断した。

このように高松高判昭和59年1月24日は、訴訟法基準説の根拠となりうる同時訴追の可能性、確定判決の拘束力、訴因の拘束力を否定し、前訴および後訴の訴因が非常習罪である場合についても実体法基準説が妥当であるとした¹³。

3. 高松高判昭和59年1月24日への批判

しかしながら、高松高判昭和59年1月24日については問題点が指摘された。なぜなら、本件のような常習罪の一罪は、一罪を構成する犯罪行為相互の間に本来的な結びつきが弱いにもかかわらず、それらの犯罪行為を行為者の常習性の発露という共通項のゆえに一罪とする性質を持つからである。すなわち、公訴事実の単一性論と実体法上の罪数論は観点が異なるのではないかという疑問¹⁴のもと、「本件のような場合に、たまたま1個の窃盗行為について既に確定判決を経ていることを理由として、他の窃盗行為にまで一事不再理効を及ぼすことには、もともと社会的事実としては別個の事実なのであるから、国民の正義感と合致しないとともに、本人にとっても予期しないことのように思われ、確定判決を経た行為が常習罪として起訴され、したがって常習性の評価を経ていたものならば格別、真に被告人の地位を害する結果となるのかどうかについて検討すべき問題があると思われる」¹⁵との指摘がなされる。とくに、本件では、前訴の確定判決後に多数の窃盗が発覚しているにもかかわらず、単純窃盗罪の後訴が免訴とされて、多数かつ重大な余罪が訴追を免れた点で、結論の具体的妥当性について疑問が出された¹⁶。

¹³ 実体法基準説に立つ判例の一つとして、前訴が単純窃盗罪で後訴が常習累犯窃盗罪の事案について免訴とした最判昭43・3・29刑集22巻3号153頁があるが、高松高判昭和59年1月24日は、この考え方を進めたものだと言われる(尾崎道明「刑事判例研究」『警察学論集』51巻8号(1998年)220頁)。

¹⁴ 古田祐紀「罪数論の功罪」『判例タイムズ』535号(1984年)79頁。

¹⁵ 同「一事不再理効の範囲」『刑事訴訟法判例百選[第5版]・別冊ジュリスト』89号(1986年)213頁。また、実体法上一罪とされる場合に一律に一事不再理の効力を及ぼすことに対して疑問を持つものとして、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』(有斐閣、1956年)799頁(同・前注(5)に所収)同『刑事訴訟法通論 下巻[5訂版]』(立花書房、1976年)491頁、横井大三「常習累犯窃盗の一部たる単純窃盗の確定判決の既判力」『刑事裁判例ノート(4)』(有斐閣、1972年)244頁、土本・前注(12)・75-76頁、中野目・前注(12)・50-54頁、只木誠「一事不再理効の客観的範囲について」『独協法学』53号(2000年)120頁(同『罪数論の研究』(成文堂、2004年)に所収)参照。

¹⁶ 柳俊夫「新判例解説」『研修』438号(1984年)59頁、押谷靱雄「大泥棒法網を潜る」『判例タイムズ』532号(1984年)69頁、古田・前注(15)・212頁、井上宏・前注(11)・190頁、中野目・前注(7)・240頁、243頁、245頁参照。

また、後述する最判平成15年10月7日の原審判決¹⁷は、高松高判昭和59年1月24日について、「このような立場は、検察官の訴追裁量権を考慮しないに等しく、訴因制度の建前から遊離するものといわざるを得ず、左袒することができない」、「[盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律]2条各号所定の方法という危険な方法による窃盗行為を反復累行した犯人を重く処罰しようとする法の趣旨を著しく没却し、不合理な結果となる」¹⁸、「後訴裁判所としては、両訴因の比較という観点を基礎として検討するだけでは足りず、訴訟条件に関わる免訴事由存否の判断のために、常に両訴因に掲げられた窃盗行為が一つの常習特殊窃盗罪を構成するものであるか否かを検討しなければならず、場合によっては、この点を解明するために証拠調べを重ねなければならないことも考えられるのであって、およそ実務処理上も妥当とはいえない帰結に至ることが明らかである」¹⁹として、高松高判昭和59年1月24日と相反する判断をした。そして、最判平成15年10月7日は、この原審判決を支持し、高松高判昭和59年1月24日について判例変更することになる。

三．最判平成15年10月7日

本件は、実体的には常習特殊窃盗罪を構成することが認められる事実関係のある窃盗の事案について、すでに単純窃盗罪で起訴され有罪判決が確定している者につき、更に後に判明した余罪を単純窃盗罪として起訴した事案である²⁰。

1．原々審

被告人Nは、平成12年4月11日に立川簡易裁判所において、平成11年1月22日から同年4月16日までの間の1件の単純窃盗罪（と3件の建造物侵入罪）で懲役1年の有罪判決を受け、同判決は平成12年4月26日に確定していた（以下、前訴Nという）。被告人Iは、平成12年4月14日に立川簡易裁判所において、平成11年1月22日から同年4月16日までの間の（被告人Nとともに犯した）1件の単純窃盗罪（と3件の建造物侵入）および単独での単純窃盗罪で懲役1年2月の有罪判決を受け、同判決は平成12年9月20日に確定していた（以下、前訴Iという）。その後、被告人Nは、平成13年6月28日に東京地裁八王子支部において、平成9年9月から平成11年4月までの23件の単純窃盗罪（または建造物侵入を伴う単純窃盗罪）で懲役2年の有罪判決を受けた（以下、後訴Nという）。一方、被告人Iは、同日同地裁同支部において、平成10年10月から平成11年8月までの22件の単純窃盗罪（または建造物侵入を伴う単純窃盗罪）で、Nとともに懲役2年の有罪判決を受けた（以下、後訴Iという）。この後訴Nと後訴Iの第一審において、被告人NとI両名の弁護

¹⁷ 東京高判平14・3・15高刑集55巻1号10頁。

¹⁸ 常習性の要件をみたまない共犯者について小出・前注（7）・56頁参照。

¹⁹ 村上・前注（7）・364頁も同旨。

²⁰ 『判例時報』1843号3-6頁の解説と『判例タイムズ』1139号57-60頁の解説も参照。

人は、前訴Nと前訴Iの確定判決が認定した建造物侵入、窃盗の行為と、後訴Nと後訴Iにかかる窃盗の行為とが、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律2条にいう常習特殊窃盗罪の一罪が成立する関係にある上、同時審判も可能であったから、確定裁判の存在による一事不再理の効力が及ぶと考えるべきであり、高松高判昭和59年1月24日に従い、免訴の言渡しをするべきであると主張していた。これに対して、東京地裁八王子支部は、前訴Nの確定裁判の内容と前訴Iの確定裁判の内容（ただし、単独での単純窃盗罪は除く。）と後訴Nで認定された犯罪事実と後訴Iで認定された犯罪事実が盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律2条1号ないし4号のいずれかに該当することを認めたが、A事件の確定判決前に多大な前科がある高松高判昭和59年1月24日の被告人と比較して、被告人Nには、前訴Nの確定判決前に前科が存在せず、被告人Iには、前訴Iの確定判決前の前科が少ないことを理由に、両名を窃盗常習者と認定することを躊躇した。また、弁護人の主張は、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律2条各号に該当する行為をした者に対して、常に常習特殊窃盗罪を適用して重い刑罰を科すことを検察官に要求するものであり、現行刑法の採用する考え方ではないとしている。結局、同地裁同支部は、弁護人の主張を退けてはいるが、しかし、「本件のようなケースの場合には、その科刑の限度については、被告人らに対して常習特殊窃盗罪を適用して審理、処断しているのではないかと疑われるような、重い刑を科すことは許されないというべきである。」「本件捜査の経緯等を検討すると、検察官は、確定裁判の相当以前から、被告人両名には多数の窃盗の余罪があることを察知していながら、余罪の捜査を進めることなく、捜査すべき事件を事実上放置していたことがうかがわれるのであって、本来は適正迅速な捜査を行って、同時審判を求めることにより、被告人らに不利益を蒙らせることを避けるべき責務があることが明らかであり、この点において、検察側には厳しい反省が求められることを指摘せざるを得ない」ということを付言している。

2. 原審

被告人NとIは控訴したが、原審である東京高判平14・3・15高刑集55巻1号10頁は、第一審の有罪判決を維持して被告人側の控訴を棄却した。被告人Nは、第一審判決が不法に公訴を受理した（Nに対する本件起訴は憲法37条1項と刑法1条に違反してなされた無効なものであるから刑法338条4号により公訴棄却されるべき）ことと量刑不当を主張したが、いずれも退けられた。一方、被告人Iは、法令適用の誤り（前訴Iの確定判決の内容と後訴Iについて第一審が認定した犯罪事実とは常習特殊窃盗罪の一罪であり、一罪の一部についてすでに確定判決があることになるから、高松高判昭和59年1月24日に従い、後訴Iは免訴とされるべきこと）を主張したが、これも退けられた。この問題についての検察側の主張は、（1）被告人Iの前訴Iの犯行と後訴Iの犯行とも、常習性を有するに至っておらず、常習特殊窃盗罪には該当しない、（2）確定判決の拘束力があるから、前訴Iの確定判決が単純窃盗罪と認定した行為を、後訴Iにおいて常習特殊窃盗罪と認定することはできない、（3）前訴Iにおける審理は単純窃盗罪の範囲に限定

されていたから、その判決の既判力の客観的範囲（一事不再理の効力）は、単純窃盗罪としての公訴事実の単一性・同一性の認められる範囲に限定されるべきである、（４）弁護人らの所論によると、検察官は、常習特殊窃盗罪を犯した者に対しては、常に同罪により公訴を提起すべきことになるが、それは刑訴法で認められた検察官の訴追裁量権を侵害する、（５）訴因の拘束力からして、単純窃盗罪等として起訴された後訴Ⅰの各犯行について、重い常習特殊窃盗罪に該当すると認定することはできない、ということであった。東京高裁は、（１）の点（「本件の証拠関係に照らすと、〔前訴Ⅰと後訴Ⅰの〕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罪の一罪を構成することは、たやすく否定することはできない」と判断した。）を除いて、検察側の主張をほぼ認めた。（２）について、「確定判決を経た場合に当たるか否かという免訴事由の存否に係る公訴事実の同一性の判断は、後訴裁判所において、〔前訴Ⅰの〕確定判決に係る訴因（単純窃盗罪等）と後訴の訴因（単純窃盗罪等）を基礎として判断するべきであって、ここに両訴因に含まれていない常習特殊窃盗罪にいう常習性という要素を持ち込み、両訴因に係る窃盗行為が常習特殊窃盗の一罪を構成するものであるとして、両訴因が公訴事実の同一性の範囲内にある、したがって、〔前訴Ⅰの〕確定判決の一事不再理効が後訴に及ぶと解することはできない」と判断した。（３）について、「併合罪関係にある数個の事実のうちの一部の事実に関する確定判決の一事不再理効は、公訴事実の同一性の範囲を超える他の事実には及ばないから、単純窃盗の訴因に係る確定判決の一事不再理効は、これと併合罪関係にある単純窃盗の訴因で起訴がなされた後訴には及ばないのである。…これを本件についてみると…〔前訴Ⅰと後訴Ⅰの〕両訴因は併合罪の関係に立ち、公訴事実の同一性を欠くことが明らかであるから、〔前訴Ⅰの〕確定判決の一事不再理効は後訴である本件〔後訴Ⅰ〕には及ばない」と判断した。（４）（５）については、「訴因制度を採用している現行法上、検察官は訴因の設定構成に関する訴追裁量権を有しているから、起訴が可能な犯罪事実の全部を訴因に含めて起訴する必要は必ずしもないのであり、また、裁判所も検察官が設定した訴因の範囲内で審判を行うことになる。したがって、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、立証の難易、当該被疑者の犯罪傾向等、諸般の事情を考慮して、併合罪関係にある単純窃盗として訴因を構成して起訴することもできるのであり、その場合、公判裁判所もその訴因に拘束され、併合罪関係にある単純窃盗として審判することになる…実体的には一つの常習特殊窃盗罪を構成する複数の窃盗行為の一部を単純窃盗の訴因で起訴して確定判決を得ている場合、…前訴及び後訴を通じて、常習特殊窃盗という常習性の評価を入れずに、単純窃盗として訴因を設定することは、…検察官の訴追裁量権に照らして許容されるところである（…）」と判断した。

原審判決においては、検察官の「訴因の設定構成に関する訴追裁量権」が重視される結果、訴訟条件の有無という裁判所の職権調査事項に関わることにについても、裁判所の審判が訴因に拘束され、その判断もまた訴因のみを基礎としてなされなければならないことが示されたよう

に思える。これは、立法による常習窃盗罪の併合罪化、あるいは一事不再理の効力の客観的範囲を公訴事実の単一性で画すること自体を見直すというドラスティックな解決方法を採用することで、従来の理論への影響が過大なものになってしまうことを懸念し、あえて、従来の通説的な理解を維持しつつ結論の具体的妥当性をも確保しようような「第3の道」を示したものであると考えられる²¹。

3. 上告審

被告人Iは上告し、原審判決とこれが支持する原々審判決が高松高判昭和59年1月24日に相反すると主張したが、最高裁は上告を棄却する判決（以下、本判決という。）をした。本判決は、原審判決が「同様の事案において、『確定判決を経たとき』に当たるとして免訴を言渡した」高松高判昭和59年1月24日と「相反するものであること」を認めたが、高松高判昭和59年1月24日の解釈は採用できないとして、判例変更をして原審判決を維持した。

本判決は、「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ものとみられるもの）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」という問題設定をした。換言すれば、「この問題は、確定判決を経由した事件[前訴]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[後訴]の訴因が共に単純窃盗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、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、いずれの訴因の記載内容にもなっていないところ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及ぶべきか」ということになる。本判決は、この立場をとった。

本判決は、常習特殊窃盗罪の性質と一罪の一部起訴について次のような判断をした。すなわち、「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つきはない。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として公訴を提起し得ることは、当然である。」

²¹ 小島・前注(7)・91頁。また、「一事不再理効の客観的範囲に関する実体法基準説に、手続法的観点から若干の修正を加えたもの」とするのは、井上・前注(11)・191頁。

本判決は、（１）少なくとも第一次的には訴因が審判対象であること、（２）無罪判決も一事不再理の効力を有すること、（３）常習特殊窃盗罪の性質、（４）一罪の一部起訴の適法性を根拠に、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性の判断について以下のように述べた。すなわち、その判断は「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。」そして、「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から、前訴[I]の確定判決による一事不再理効は、後訴[I]には及ばない」という結論をとった。

なお、本判決は、前訴の訴因が常習特殊窃盗罪または常習累犯窃盗罪で、後訴の訴因が余罪の単純窃盗罪である場合や、その逆の場合には、「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」と述べている。

４．本判決の意義

本判決により、一事不再理の効力が及ぶか否かは、基本的には罪数判断を基本とする公訴事実の単一性により決まることが明らかにされた²²。本判決の意義は、前訴が単純窃盗罪で訴追されて有罪判決が確定した後、後訴が常習特殊窃盗罪ではなく、単純窃盗罪の訴因でなされることが許されるか否かの問題を解決するべく、最高裁判所として初めて、公訴事実の単一性の判断方法に関して踏み込んだ判断を示したことである。すなわち、訴因制度の趣旨と、常習特殊窃盗罪という犯罪類型における検察官の訴追裁量権・訴因構成権を根拠に、一事不再理の効力は及ばないと判断した。本判決は、一事不再理の効力の客観的範囲を公訴事実の同一性・単一性で画する原則自体には重大な変更を加えることなく、実体裁判の拘束力や同時訴追の可能性の欠如等の議論によらず、上記のような基準を立てることによって、少なくとも常習特殊窃盗罪や常習累犯窃盗罪のような犯罪類型との関係で一事不再理の効力の例外を認め

²² 小出・前注（７）・57頁。

たのである²³。

本判決の根底にある考え方は、「検察官が、常習窃盗罪での起訴を回避し、窃盗罪で起訴したという訴因に裁判所が拘束されず、訴訟条件は職権調査事項であるとして訴因の拘束を越えて証拠から公訴事実の同一性の判断をし直し、事後的に常習一罪であると認定して前訴の確定判決の一事不再理効により公訴が遮断されることを認めると、検察官としては、前訴において常習窃盗罪として起訴を義務づけられたのと同じことになり、その訴追裁量権・訴因構成権が無視されることになる」²⁴という批判であると思われる。

一事不再理の効力はこれまで実体法的な罪数関係から考えられてきた面があったが、本判決は、訴因自体の重なり合いの有無を基準とする訴訟法的な考え方に重点を移すことによって、公訴事実の単一性ないし罪数関係を、単に実体法的な罪数関係（静態的なもの）からのみ見るのではなく、訴因として構成された事実を基本として見るという訴訟法的な見方（動態的な手続を踏まえたもの）へと発想の重点を移したものと解される²⁵。最高裁の立場は、審判対象如何のみならず、訴訟条件の存否という問題に関しても（被告人の有利・不利を問わず）訴因の拘束力を肯定するという見解で固まったといえる²⁶。

本判決によれば、「立証の難易等諸般の事情を考慮し」単純窃盗罪として起訴し、確定判決を経た後に余罪を起訴することもできると解されるから、検察官において余罪を認知していたという事情はそれ自体後訴の適法性に影響しないことになろう²⁷。そして、検察官が認知していたのにあえて訴追しなかった余罪や、当該訴追後に判明した余罪については、たとえすでに訴追がなされた行為との関係で常習罪の一罪性が明らかに認められる（その立証も容易であるという場合もある）としても、その常習類型としての犯罪ではなく、それぞれその基本類型としての犯罪として訴因を構成して訴追せざるをえないこととなり、後訴裁判所において公訴事実の単一性が認定される余地はなく、したがって、前訴における確定判決の一事不再理の効力によって後訴が遮断される余地もないこととなる²⁸。すなわち、立証の困難性などの事件固有

²³ 小島・前注(7)・95頁。なお、中野目・前注(7)・239頁は、本判決が罪数判断によって後訴遮断の範囲を決めようとしている点について、前訴または（および）後訴に常習罪が関係する場合には、未発見・未発覚の部分にまで一事不再理の効力が及ぶ、ここで検察官に無理を強いることになるという根本的な問いは全く解決されていないと指摘する。

²⁴ 井上・前注(11)・189頁。これに対して辻本・前注(7)・310頁は、「前訴で一罪の一部についてどのような形で訴因を構成するかということと、後訴において前訴と同一の事件であると判断することは次元を異にする問題であり（…）また罪数判断は一般に裁判所の専権と理解されていることも考慮すると、[この]批判は的を射たものとは思われない」と反論する。

²⁵ 小出・前注(7)・57頁。

²⁶ 辻本・前注(7)・308頁。

²⁷ 上口・前注(7)・577頁。

²⁸ 小島・前注(7)・95頁。中野目・前注(7)・241-42頁、247頁注13も参照。なお、辻本・前注(7)・303頁は、「仮に前訴と後訴で掲げられた公訴事実の間で常習性が否定され、実体法上併合罪の関係にあると評価される場

の諸事情の有無にかかわらず、本来的に常習特殊窃盗罪で起訴せず、個々の単純窃盗罪がこま切れに起訴されうる前提が帰結されることになろう²⁹。本判決は、前訴の訴因が常習窃盗罪で、後訴の訴因が単純窃盗罪である場合や、その逆の場合には、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とするが、そうであれば、検察官は、一事不再理の効力によって後訴が遮断されることを避けるようになり、あえて常習窃盗罪で起訴するよりは、むしろ個々の単純窃盗罪でこま切れに起訴する方が無難であると考えようになるであろう。

本判決は、本事案へのあてはめの箇所において、「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」と述べているが、被告人側の一罪性の主張は、少なくとも「訴因として」訴訟手続に上程するものではないため、裁判所としては、その主張を判断の基礎としてはならないことを示していると考えられる³⁰。

本判決は、常習特殊窃盗罪の犯罪の性質を理由の一つとして挙げていることから、その先例としての効力は、厳密には常習罪の一罪に関するものと理解するのが相当であろう³¹。また、本判決の射程は、一罪性が強固とされるであろう観念的競合や牽連犯の関係にある犯罪については及ばないと解される³²。また、本判決は、あくまでも「別個の機会に犯された」単純窃盗罪について併合罪関係を認めている事案に関するものであり、同一機会に犯された併合罪関係にある事実相互間の問題は、本判決の対象の範囲外の問題である³³。

5．本判決を支持する学説

本判決については、その結論を支持する学説があり、また、本判決を前提とした理論が展開されている。

小出判事は、本判決が、これまで支配的であったと思われる実体法的な視点から公訴事実の単一性を画一的に決めるという見解とは異なる見解に立ち、訴因として構成されたもののみを基準とするという方法により公訴事実の単一性を判断しようとする手法に、実務的・訴訟法的視点を加えていると評する³⁴。すなわち、併合罪が一罪（科刑上一罪を含む）かの罪数関係は、訴訟手続の進展やそれに伴う訴因の設定いかんにより変化するものであり、当初から明確にな

合であっても、相互の関連性から公訴事実の同一性・単一性を肯定し、前訴における同時処理義務を前提とする一事不再理効による後訴の遮断という結論を認めることも可能であったと思われる」と述べている。

²⁹ 宇藤・前注（7）・203頁。

³⁰ 小島・前注（7）・94頁。

³¹ 小出・前注（7）・57頁。

³² 宇藤・前注（7）・203頁。

³³ 小出・前注（7）・66頁。

³⁴ 同上57頁。

っているとは限らない³⁵、罪数を基準として公訴事実の単一性を考える限り、証拠の状態などを踏まえ、証拠のよる証明の対象として定められた訴因いかににより、罪数評価に変動があり得るから、一事不再理の効力の及ぶ範囲も、審理の対象として上程された事項である訴因を基準として判断するほかはなく、そのように理解することにより、明確かつ妥当な解決が得られるし、判断基準も明確なものとなる³⁶、とされる。そして、本判決の判断手法が、訴訟の動態を前提としたものとして基本的には肯定されてよいとされる³⁷。

大澤教授は、最判平成15年10月7日において、被告人Iが、実体的には一つの常習窃盗罪を構成する22件の窃盗行為について、併合罪関係にある単純窃盗罪として起訴されたことと、高松高判昭和59年1月24日において、被告人が、実体的には一つの常習窃盗罪を構成する34件の窃盗行為について、併合罪関係にある単純窃盗罪として起訴されたことについて、二重起訴の問題を指摘する見解が見当たらないことを指摘される。そして、「このように、常習窃盗罪を構成する複数の窃盗行為が併合罪関係にある複数の単純窃盗として同時起訴された場合に、二重起訴の禁止に触れることなく、併合罪として審判されうるとすれば、二重起訴の禁止の範囲と確定判決の一事不再理の効力が及ぶ範囲とは一致するべきであるから、前訴及び後訴の各訴因が単純窃盗の場合において前訴の確定判決による一事不再理の効力は後訴に及ばないとする[本判決]の結論も、正当化されうる」³⁸とされる。また、一つの常習窃盗罪をこま切れにして繰り返し起訴できるとすることが、被告人の法的安定性の見地から問題であるという主張については、犯罪が社会的に密接な関係にあり、同時処理が可能かつ通常であるにもかかわらず、その一部のみが起訴され確定判決を経たというような場合には、相当の説得力があることを認められつつも³⁹、「常習一罪を構成する個々の犯罪行為の場合、…犯罪自体に必ずしも強固な結びつきがなく、同時処理が常に期待できるとはいえない。…常習窃盗罪を構成する複数の窃盗行為を併合罪関係にある複数の単純窃盗として起訴する場合が、常にその考え方の適切な適用例に当たるかには、疑問が残るように思われる」⁴⁰と反論される。そして、こま切れ訴追の問題については、より個別の事情を考慮した対応を求められる⁴¹。

上口教授は、本判決を前提とした理論を展開されるが、常習罪の犯罪類型としての性格に照

³⁵ 同上55頁。

³⁶ 同上58頁。

³⁷ 同上65-66頁。

³⁸ 大澤・前注(7)・10-11頁。しかしながら、最判平成15年10月7日の事案にしても高松高判昭和59年1月24日の事案にしても、すでに前訴の確定した有罪判決が存在する以上、「生成中の二重の危険」(田宮裕『注釈刑事訴訟法』(有斐閣、1980年)392頁)ならぬ「生成された二重の危険」がすでに存在するのであるから、一事不再理の効力が直接の問題であり、二重起訴の問題を指摘する見解が見当たらないのは、むしろ当然ではないのだろうか。

³⁹ 大澤・前注(7)・12頁。

⁴⁰ 同上。川出・前注(7)・334頁も参照。

⁴¹ 大澤・前注(7)・12頁。

らし、場合によって補充的な再訴を認めるべき合理性と、一事不再理の効力による再訴遮断効という訴訟法上の基本原則と、常習罪を一罪とすることに由来する適正な事件処理の困難性について同時に配慮する方法を検討する必要性を認められた上⁴²、従来の議論の出発点（一般的な同時訴追の可能性という観点から見た両者の違いを考慮しないで、科刑上一罪および常習罪は一律に一罪として処理すべきこと）に対して疑問を持たれる⁴³。そして、行為者属性としての常習性を介して複数行為が一罪を構成するものとされる常習罪は、科刑上一罪と比較して、常習罪を構成する「行為相互間に本来的な結びつきはない」ために、同時訴追の可能性は高くはなく、常習罪の一部に対する確定判決によって余罪の訴追が遮断されることの不都合が著しいと感じられる場合が生じうることを理由として、本来的な一罪と科刑上一罪の中間的な形態として、検察官の訴追形式の選択によって罪数が決まるという罪数決定のありかたを想定される⁴⁴。すなわち、このような罪数決定のあり方が「訴追上の一罪」であるが、常習罪規定の場合、検察官が公訴提起に際して、非常習罪または常習罪のいずれの訴因を選択するかによって、事後、余罪を一罪として扱うか、併合罪として扱うべきかが決まるとされる⁴⁵。また、「被告人の手続的負担との関係では、常習罪規定はそもそも被告人に一回的処理を保障する趣旨ではないので、非常習罪としての分割起訴が一回的処理を受ける被告人の権利を侵害し、本来的に許されない二重の応訴を被告人に強いるとはいえない。常習罪規定は、非常習罪での訴追という基本的訴追形式と並んで選択的に認められた訴追形式であるから、非常習罪としての再訴は本来的に一罪として処理すべき事件を分割して起訴したと捉えるべきではない」とされるが⁴⁶、分割起訴が合理性を欠き、被告人の応訴負担との関係では認しがたい場合は、個別的事案ごとに公訴権濫用として処理すべきだとされる⁴⁷。

6．本判決の問題点

本判決は、（１）少なくとも第一次的には訴因が審判対象であること、（２）無罪判決も一事不再理の効力を有すること、（３）常習特殊窃盗罪の性質、（４）一罪の一部起訴の適法性を根拠に⁴⁸、公訴事実の単一性の判断は、「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」方法によるべきだとする。これらの中でも核心となるのは、（１）と（４）である。たしかに、現行法上、訴因が審判対象であり、検察官がこの訴因の設定権限を持っている。検察官には、「立証の難易等諸般の事情を考慮して」訴因を構成する権限があり、犯罪事

⁴² 上口・前注（７）・584頁。

⁴³ 同上585頁。

⁴⁴ 同上585頁。

⁴⁵ 同上585-86頁。

⁴⁶ 同上587-88頁。

⁴⁷ 同上588頁。

⁴⁸ 長沼・前注（７）・205頁は、本判決のあげる根拠のいずれについても議論の余地があるとする。

実中どの部分を訴因として取り上げるかを定める一罪の一部起訴の権限がある⁴⁹。これに対し裁判所は、検察官の設定した訴因に拘束されて審理するのであり、それを超えて訴因の追加・変更を促す義務はない⁵⁰。これが、本判決でも前提をなす基本的な考え方である。

しかし、次のような問題点が指摘されている。

(1)については、「[審判対象が訴因であるという]原則の意味するところは、検察官の請求にかかる訴因の成否についてのみ裁判所の審判の権利・義務があるということである。...このような意味で裁判所が訴因に拘束されるということから、公訴事実の単一性を含む訴訟条件の有無は審判対象である訴因について判断するべきだということはできても、単一性判断に際し、『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』べきであって、単一性判断の資料は訴因に限定されるべきだ、とは必ずしもいえない。訴因外の実事を判断資料に用いたとしても、『審判の請求を受けない事件について判断をした』ことにはならないからである」⁵¹との指摘がある。本判決は、免訴事由(訴訟条件)の存否の判断は、前訴の訴因と後訴の訴因とを基準とすべきであって、訴因に上程されていない「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」とするが、訴訟条件といえども、実体にある程度踏み込まなければ判断できないようなものがあることは、一定の範囲で共通の理解があるように思われる⁵²。また、一事不再理の効力は、審判対象そのものについて発生するわけではなく、本来的には検察官の訴因構成権限(あるいは訴因変更権限)を超えたところで発生するものであり、一事不再理の効力が認められる理由に遡って考えた場合、憲法39条のいわゆる二重の危険の法理が指摘され、現在では学説上ほぼ一致して被告人の利益に資するものであると位置づけられていることに鑑みれば、一事不再理の効力の客観的範囲と訴因構成権限との間に相克がある場合、訴追裁量権・訴因構成権の実質的制約という一事をもって、一事不再理の効力が直ちに制約されることにはならない⁵³。

(2)では、犯罪の証明なしとする無罪判決についても一事不再理の効力が生じることが、本判決でいう公訴事実の単一性の判断方法の根拠とされているが、この点については、「訴因記載の要素で単一性判断が可能となる場合があることを示すに止まり、訴因のみを基準として単一性判断が可能かどうかは、訴訟条件にかかわる事実の性質によるだろう。...無罪判決の場合

⁴⁹ 大澤・前注(7)・9-10頁参照。

⁵⁰ 最決昭59・1・27刑集38巻1号136頁。

⁵¹ 上口・前注(7)・578頁。辻本・前注(7)・310頁も同旨。

⁵² 宇藤・前注(7)・204頁。

⁵³ 同上203頁。これに関連して大久保・前注(7)・169-70頁は、「問題はそのような抽象的相克ではなく、前訴が単純窃盗の確定判決である場合にその一事不再理効が当該単純窃盗の範囲を超えてどこまで及ぶかという問題である。...その一事不再理効の範囲は、当該単純窃盗と公訴事実の同一の範囲を考えれば足りるように思われる。...訴因構成権限が一事不再理効に優越するとはまでは言えないとしても、一事不再理効は設定された訴因を前提としていると考える余地があり得るように思われる」と述べている。

に訴因を基準に単一性判断が行われることは、訴因のみを比較して行うという方法を一般化し、原則化する根拠にはならない⁵⁴との指摘がある。また、本判決は、訴因に実体を伴うか否かを問題としているが、一事不再理の効力を憲法39条の二重の危険の法理に基づくものと捉え、被告人が危険に置かれたといえる範囲にその効力が及ぶと考える立場からすれば、ある行為が実体的に存在したものであるとして認定されたか否かではなく、被告人がいかなる範囲で危険に置かれたといえるかが問題である⁵⁵。

（３）（４）では、常習特殊窃盗罪の性質と一罪の一部起訴の適法性も、本判決でいう公訴事実の単一性の判断方法の根拠とされている。たしかに、常習特殊窃盗罪は、「一般の窃盗に比し危険な方法により窃盗を行うことを常習とする犯人を重く処罰しようとするもの」⁵⁶である一方、「いわゆる集合犯」であり、「複数回の反復が構成要件上も予定されているので、数個の窃盗行為であっても、それらが単純一罪（常習一罪）を構成する」⁵⁷性質を有しているので、本判決の指摘する「常習性の発露」は、一定の窃取行為を重く処罰する根拠となると同時に、本来はそれぞれ独立した複数の窃取行為を一罪としてつなげる役割をも果たしているといえる⁵⁸。それゆえ、本判決は、常習特殊窃盗罪という犯罪類型の性質につき、「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つきはない」とし、いわば「一罪性」の希薄さを指摘した上で、これを一罪の一部起訴が許される典型的事例として位置づけて検察官の訴因構成権限を強固にし、一事不再理の効力の例外を認めているといえる⁵⁹。しかしながら、常習罪が一罪であるかぎり、一罪を分割して起訴することは一事不再理の効力に対する被告人の利益を害するから、まずこの問題が解消されなければならないが、本判決はこの点に触れるところがない⁶⁰。本判決は、前述の高松高判昭和59年1月24日が指摘している（ａ）と（ｃ）の点について、判断を避けている⁶¹。そして、このような分割起訴によるこま切れの訴追を懸念する学説が少なくない⁶²。たしかに、一事不再理の効力の客観的

⁵⁴ 上口・前注（７）・579頁。

⁵⁵ 小島・前注（７）・93頁。

⁵⁶ 大塚仁ほか編『大コメンタール刑法〔第2版〕第12巻』（青林書院、2003年）304頁〔川合昌幸〕。

⁵⁷ 同上306頁。なお、最判昭55・12・23刑集34巻7号767頁は、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律3条の中の常習累犯窃盗に関する部分については、「一定期間内に数個の同種前科のあることを要件として常習性の発現と認められる窃盗罪（窃盗未遂罪を含む。）を包括して処罰することとし、これに対する刑罰を加重する趣旨のものである」と述べている。

⁵⁸ 小島・前注（７）・91頁。

⁵⁹ 宇藤・前注（７）・203頁。

⁶⁰ 上口・前注（７）・479頁。

⁶¹ 宇藤・前注（７）・203頁。

⁶² 光藤・前注（８）・292頁、田口・前注（８）・458頁、白取・前注（８）・419頁、宇藤・前注（７）・203頁、小島・前注（７）・96頁、佐藤嘉彦・前注（７）・554頁注59と注60、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』（有斐閣、2005年）339頁〔佐藤隆之〕、岡田・前注（７）・123頁参照。

範囲は、少なくとも同時訴追の可能性（という危険）が理由、あるいはその範囲を規定する決定的要因をなすことには、ほぼ一致があるといってもよく、同時訴追の可能性が抽象的にも認められない場合には、原理内在的に例外を認めざるを得ないが、かかる一罪性の希薄さに基づく例外が、これと同列に論じられるかは疑問である⁶³。また、このように実体的には常習特殊窃盗罪に該当し一罪として処断されるべき複数の行為を、それぞれその基本類型として単純窃盗罪で起訴することは、加重処罰および一罪としての処断という盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律2条の趣旨のいずれも損なう可能性が指摘されている⁶⁴。

本判決は、被告人の不利益に一定の配慮をしている。すなわち、前訴および後訴のいずれかが常習窃盗罪の場合については、「両訴因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、「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」として、単一性判断は訴因のみの比較によるという原則の例外を認めることにより、常習窃盗罪および単純窃盗罪で二重に処罰される被告人の不利益を回避している⁶⁵。しかし、この場合にだけ他方の単純窃盗罪の訴因について常習性の発露という訴因外の要素を考慮できるとすることが、「基本的に」訴因のみの比較によるとすることと一貫性があるか疑問である⁶⁶。このことは、検察官の主張たる訴因の記載に応じて裁判所の職権調査の範囲を拡大したり縮小したりすることを認めることになるが、その一方で、被告人の主張には一切その余地を認めないというのは、バランスを失っている⁶⁷。また、仮に前訴と後訴が単純窃盗罪である場合でも、後訴が複数の単純窃盗罪であるためごく自然に、「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」場合においても、常に常習性の認定ができないとする理由付けは十分でない⁶⁸。さらに、訴因外事実に踏み込む「必要性」が、訴因記載の事実がその契機となる場合に限られなければならないのか疑問が残る⁶⁹。

⁶³ 宇藤・前注(7)・203-04頁。

⁶⁴ 小島・前注(7)・92頁。

⁶⁵ 多和田・前注(7)・344頁、347頁も参照。

⁶⁶ 長沼・前注(7)・205頁。なお、岡田・前注(7)・123頁は、逆に「基本的」ではない場合とはいかなる場合かが明らかにされていないと指摘している。

⁶⁷ 小島・前注(7)・95頁。

⁶⁸ 上口・前注(7)・480頁、大澤・前注(7)・9頁、宇藤・前注(7)・204頁、佐藤隆之・前注(62)・338頁。また、「最高裁判例紹介」『法律時報』76巻5号(2004年)107頁は、「[最判昭43・3・29刑集22巻3号153頁の]判断手法を一貫させるとすれば、前訴及び後訴が共に単純窃盗の訴因である本件のような場合においても、公訴事実の単一性の判断に当たり、実体に踏み込み、それぞれの訴因につき、両訴因に含まれていない『常習性』の有無について心証を形成し、それを基準として、実体上両訴因が常習窃盗罪の一罪を構成するか否かを検討するという考え方も成り立ち得るのではないと思われる」と述べている。

⁶⁹ 上口・前注(7)・581頁、宇藤・前注(7)・204頁。また、佐藤嘉彦・前注(7)・545頁は、最判平成15年10月7日の射程は、訴因として常習性の発露という面が訴訟手続に上程されていなくとも、前審の審理過程において、常習一罪となる可能性が十分に窺われ、同時審判を期待しえたような場合にまでは及ばないと述べている。

四．検討

本判決は、一事不再理の効力の客観的範囲である公訴事実の同一性・単一性の範囲について大きな変更を加えるものではなく、常習罪の一罪に関して検察官の訴追裁量権・訴因構成権を根拠にして一事不再理の効力の例外を認めるものである。このような例外を認めた背景には、高松高判昭和59年1月24日の被告人が、多数回にわたる夥しい被害額の窃盗行為について不当に訴追を免れたという不合理な結論に対する疑問があったと考えられる。とくに実体法基準説を貫き、画一的に実体法の罪数論を基準として一事不再理の効力の客観的範囲（公訴事実の単一性）を判断する方法に対する疑問である。しかし、逆に訴訟法基準説のように、同時訴追の可能性等を根拠に結論の妥当性を確保しようとすれば、一事不再理の効力の適用について画一性が失われるという難点がある。だからと言って、従来のように公訴事実の同一性・単一性によって一事不再理の効力の客観的範囲を画すること自体を問い直したり、常習罪の一罪を併合罪と捉え直すことは、とくに実務に対して混乱をもたらす。そこで、本判決は、従来の通説に大きな変更を加えることなく、常習罪の一罪の射程に限り、検察官の訴追裁量権・訴因構成権を尊重して、前訴および後訴の各訴因のみを基準として一事不再理の効力の客観的範囲を判断する方法を考え出した。一事不再理の効力の適用の画一性と結論の妥当性の確保とをいかにして調和させるかについて、本判決が悩みぬいたあとを窺い知ることができる。

しかしながら、私は、本判決の理由にも結論にも賛成することはできない。主な理由は、第1に、本判決が、（遡及処罰の禁止との関連で憲法39条に触れてはいるが）一事不再理の効力の根拠規定である憲法39条に全く触れていない点である⁷⁰。そもそも憲法39条は、「刑事手続に伴う被告人の諸々の負担を最小限度にとどめ、被告人をいつまでも不安定な状態におくことを避けるという人権擁護の思想、すなわち被告人に対する二重の危険禁止という発想」⁷¹であり、「一個の刑罰権に服する事項は一回の手続で解決されるべきだとの被告人の法的安定性のための政策的要請」⁷²であり、「実体審理を受け終り、実体判決が形式的に確定した後に、ふたたび実体審理を行うことを禁止したもの」⁷³であり、「いちど個人が刑事訴追の苦しみをうけたならば、再度同じ苦しみをうけることはないという原則」⁷⁴である。換言すれば、同一犯罪事実に対する被告人の防禦権の反復行使を強制することの禁止である⁷⁵。そして、常習窃盗罪のようないわゆる集合犯（包括一罪）も含めて実体法上一罪とされるものについては、「一個の行為」ないし「一個に準じる行為」と考えることが可能なのであるから、公訴事実の単一性があるものと

⁷⁰ 中野目・前注（7）・234頁、246頁注7も、本判決が憲法39条に全く触れていない点を批判している。

⁷¹ 鈴木・前注（8）・240頁。

⁷² 高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（青林書院新社、1984年）299頁。

⁷³ 平野・前注（2）・282頁。

⁷⁴ 田宮・前注（3）・268頁。

⁷⁵ 渡辺・前注（8）・189頁。

して、一罪＝一訴因（公訴事実）＝一手続の原則を投影しつつ、これに一事不再理の効力を及ぼすことを肯定してよいのである⁷⁶。しかも、罪数論上一罪であるか否かは、立法政策上の変化による影響を受けるにしても、憲法上の制約がある⁷⁷。これらの点をどのように認識しているのか、本判決からは伝わってこない。

第2は、本判決が、検察官の訴追裁量権・訴因構成権を優先させることにより、憲法39条が禁止している検察官のこま切れの訴追（常習罪の一罪を分割して起訴すること）を容認（ないし奨励、強制）しているが、この問題についての解決策を示していない点である⁷⁸。これは、本判決が憲法39条に全く触れずに公訴事実の単一性から議論を始め、検察官の訴追裁量権・訴因構成権を前面に押し出していることの当然の結果ともいえようか。本判決は、常習罪の一罪が、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相互間に本来的な結びつきはないと説明しているが⁷⁹、実体法上の一罪が、検察官の訴追裁量権・訴因構成権によって分割され、こま切れの訴追がなされる事態を軽く見るべきではない。前述のように本判決は、前訴および後訴の各訴因のみを比較対照することにより、両訴因が単純窃盗罪であるため公訴事実の単一性を欠くとして、一事不再理の効力を後訴に及ぼすことを否定した。このように「少なくとも、第一次的には訴因が審判対象である」と考えることに問題があることは、すでに触れたとおりである⁸⁰。前述の憲法39条の理念と（検察官主義ではない）当事者主義の理念⁸¹からすれば、裁判所は確定判決の有無に関する職権調査義務を負うのみならず、被告人のかかる再訴追の申立てに対し免訴判決をすべき義務を負うべきである。本件では、高松高判昭和59年1月24日のように、前訴および後訴における両訴因にとらわれずに常習性の発露の有無を判断した上で、常習特殊窃盗罪の一罪として公訴事実の単一性を肯定し、それについての確定判決があったものとして免訴判決を言渡すべきであったと考える。

本判決は、「本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗であって、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」と述べているが、前述のように原々審判決が、「本件捜査の経緯等を検討すると、検察官は、確定裁判の相当以前から、被告人両名には多数の窃盗の余罪があることを察知していながら、余罪の捜査を進めることなく、捜査すべき事件を事実上放置していたことがうかがわれるのであって、本来は適正迅速な捜査を行って、同時審判を求めることにより、被告人らに不利益を蒙らせることを避け

⁷⁶ 能勢弘之「憲法上の一罪」高見勝利編『人権論の新展開』（北海道大学図書刊行会、1999年）225頁。

⁷⁷ 白取祐司『一事不再理の研究』（日本評論社、1986年）334頁。

⁷⁸ 前注60から62参照。

⁷⁹ 前注40と44も参照。

⁸⁰ 前注51から53参照。

⁸¹ 前注67参照。

るべき責務があることが明らかであり、この点において、検察側には厳しい反省が求められることを指摘せざるを得ない」と付言していることをどのように受け止めているのか。このような状況があるとすれば、前訴において、被告人Nも被告人Iも、単純窃盗罪はおろか常習窃盗罪としても訴追される危険に置かれていたと言えるのであり、当初は単純窃盗罪として起訴されていたとしても、いつでも訴因の変更（または補正）により、常習窃盗罪について訴追される危険に置かれていたと言える。後訴の裁判所としては、確定判決の有無に関する職権調査義務を負うのみならず、後訴について免訴判決すべき必要性が高かったのではないだろうか。それなのに、「第一次的には訴因が審判対象である」として検察官の訴追裁量権・訴因構成権を優先させることは、こま切れの訴追を容認（ないし奨励、強制）することになり、憲法39条の理念を損なうことになる。同時捜査の困難性や処罰の必要性により憲法39条の例外を認めることは許されない⁸²。まして、検察官の訴追裁量権・訴因構成権によって一事不再理の効力の例外を認めることは許されないと考える。

本判決が考えている検察官の訴追裁量権・訴因構成権とは何であろうか。たしかに、現行法上、訴因が審判対象であり、検察官が訴因構成権を持っており、裁判所は訴因に拘束されて審理することになっている⁸³。そして、検察官が、常習窃盗罪での起訴を回避し、単純窃盗罪で起訴したのに、裁判所が事後的に常習罪の一罪であると認定して、前訴の確定判決の一事不再理の効力を及ぼすならば、検察官としては、前訴において常習窃盗罪としての起訴を義務づけられたのと同じことになり、その訴追裁量権・訴因構成権が無視される、ということが本判決の根底にある考え方であった⁸⁴。たしかに、検察官の立場になれば、自らの訴追裁量権・訴因構成権が「無視された」ように思えるであろう。しかし、この訴追裁量権・訴因構成権の対極にあるものは、憲法39条の二重の危険の法理である。すなわち、検察官が「常習窃盗罪での起訴を回避し、単純窃盗罪で起訴した」ということは、その反面、被告人が「訴因が終始、単純窃盗罪であったとしても、（訴因の変更または補正によって）潜在的には常習窃盗罪で訴追される危険に置かれていた」ということであり、前訴の有罪判決が確定した以上、もはやその常習窃盗罪の一罪について二重の危険に置かれてはいけなないのである。検察官は、訴追裁量権・訴因構成権を自由に行使して、常習窃盗罪での起訴を回避して単純窃盗罪で起訴できるが、この憲法39条の利益があるゆえに、ときには前訴の確定判決の一事不再理の効力を及ぼされる結果責任も負わなければならない、と考えるべきではないだろうか。本判決は、検察官の訴追裁量権・訴因構成権を重視するあまり、憲法39条を軽視しているように思える。

⁸² 村井敏邦編『現代刑事訴訟法 第2版』（三省堂、1998年）282頁〔白取祐司〕高田昭正「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』27巻3号（1975年）43頁等。

⁸³ 前注 49 と 50 参照。

⁸⁴ 前注 24 参照。

五．結語

最判平成15年10月7日は、常習罪の一罪の射程において、高松高判昭和59年1月24日について判例変更し、一事不再理の効力の客観的範囲について大きな変更を加えることなく、検察官の訴追裁量権・訴因構成権を優先させることにより、常習罪の一罪に対する確定判決の一事不再理の効力の例外を認めた。本判決により結論の妥当性は、ある程度確保できることになるであろうが、しかし、検察官の訴追裁量権・訴因構成権によって常習罪の一罪が分割して起訴されるこま切れの訴追の問題は、憲法39条に抵触する重大な問題であり、未解決のままである。高松高判昭和59年1月24日の結論が不合理であったからといって、検察官の訴追裁量権・訴因構成権が憲法39条に優先されるべき利益なのだろうか。検察官の訴追裁量権・訴因構成権による実体法上一罪のこま切れの訴追を防止することこそが、一事不再理の効力の客観的範囲の役割であり、一事不再理の効力の意義ではないのだろうか。

“What Shall No Person be Placed in Double Jeopardy for?”

Shinki TAKAKURA

(Department of Law, Economics and Public Policy, Faculty of Literature and Social Sciences)

If a defendant commits multiple larceny as a habitual offender, he will, despite being punished more severely than a non-habitual offender, be regarded as having committed only one offence. For example, if he is alleged to have committed 35 counts of larceny as a habitual offender, is charged on one count and convicted, he will be regarded as being placed in jeopardy for that one offence. Even if he were to be charged on another of the 34 counts later, the prosecution would be prohibited because he would be placed in double jeopardy for the same offence. However, this would appear to be irrational and the Supreme Court held in 2003 that if a defendant is convicted of committing larceny as a non-habitual offender and is later charged on another count of non-habitual larceny, then prosecution will not be prohibited. This places more importance on the discretion of the prosecutor to charge a defendant with non-habitual larceny even though he actually may have committed as a habitual offender, and also allows a prosecutor to split multiple thefts and prosecute a defendant for one offence many times, meaning he will be placed in double jeopardy for one offence. This is, however, what Article 39 of the Constitution of Japan expressly prohibits.