

罪数と一事不再理効

——最二小決平成22年2月17日裁判集刑300号71頁¹⁾を素材として——

松 代 剛 枝

【事案の概要】

本件被告人は、平成19年3月17日午後10時55分ころ、その勤務先である会社建物内で放火しこれを全焼させて焼損したという非現住建造物等放火の罪で起訴された（以下、本件という）。しかし、この放火と同じ日（時刻記載なし）に犯したとされる同じ建物に対する侵入・窃盗の罪ですでに起訴されていたところ（以下、前件という）、本件〈放火〉はこの前件〈侵入・窃盗〉と一旦併合されたのちにあらためて分離されて別々に審理が進められ、本件よりも先に前件が有罪判決（懲役1年2月、執行猶予3年）の確定に至ったことから、この前件の一事不再理効が本件に及ぶか否かが問題となった（なお、本件審理において、被告人は犯行日とされる日の前日に勤務先で売上金着服等の不正行為の容疑をかけられたこと、また、この不正行為の証拠となりうる歳暮手配書が前件窃取物の中に含まれていること等の事情が明らかにされた）。

1審・山口地裁は、被告人は前件〈侵入・窃盗〉の直後に同じ建物に対する再侵入を行い、この2度目の侵入時に本件〈放火〉を行ったと認定したうえで、前後2つの侵入は包括一罪を構成しうるものとみた。その場合一見、2つの侵入と各々牽連関係に立つ前件〈窃盗〉と本件〈放火〉とは〈[包括一罪たる] 2つの侵入〉をかすがいとして一罪となるので、公訴事実の単一性・広義の同

1) 判時2096号152頁，判タ1335号88頁。本決定を検討した論文として，宇藤崇「訴訟における罪数論のあり方について」井上正仁・酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012，有斐閣）〔以下，三井古稀という〕703頁参照。また，本件2審判決の評釈として，小沢正明・研修735号（2009）107頁，豊崎七絵・法セミ658号（2009）120頁，岡田悦典・刑事法ジャーナル21号（2010）91頁がある。

一性が認められて前件の一事不再理効が本件にも及ぶことになるかにみえる。しかしここで、1審裁判所は、前件訴因と本件訴因とのみを比較対照した結果、検察官によって主張された本件訴因が〈放火〉のみであったことから、本件において2度目の侵入という訴因外の事実については考慮対象としないことによってかすがい現象を認めず、従って、公訴事実の単一性・広義の同一性はないから前件の一事不再理効は本件には及ばないと結論して、本件につき被告人に有罪判決（懲役3年6月）を下した。弁護側控訴。

2審・広島高裁は、本件建物に対する〈侵入・窃盗〉とその後の再侵入は認めつつ、本件〈放火〉が2つの侵入のいずれの機会に行われたのかは不明であるとしたうえで、より被告人に有利に、1度目の侵入時——前件〈窃盗〉と同じ機会——に行われたと想定して立論した。この場合、前件〈窃盗〉と本件〈放火〉とは〈[1度目の] 侵入〉をかすがいとして一罪となり、前件の一事不再理効が本件にも及ぶことになるかにみえる。そしてさらに、2審裁判所は、1審とは異なり、前件訴因と本件訴因との比較において犯行日及び犯行場所が同じであることを契機として訴因外の実体判断にまで踏み込み、かすがい現象の成立による一罪性を認めた。しかし、2審裁判所は、① 弁護人において弁論分離を請求して有罪無罪の判断を求めているながら、弁論終結後に一事不再理効の主張を持ち出して免訴を求めるのは、権利の濫用であって許されないこと（刑訴規則1条2項）、② 前件〈窃盗〉と本件〈放火〉とはかすがいがなければ本来的には併合罪であり、前件〈侵入〉と本件〈放火〉も牽連犯として科刑上一罪とはいえ本来的には別罪であること、③ 弁護人が別々の審判を受ける途を敢えて選択したことなどを挙げて、前件と本件とが公訴事実の単一性・広義の同一性の範囲内にあったとしても「実質的にみて」前件の一事不再理効を本件に及ぼすべき場面ではないとして、控訴を棄却をした。弁護側上告。

【決定要旨】

上告棄却。本件〈放火〉が2度目の侵入時に行われたとする1審の認定を前提とすべきであるが、この2度目の侵入は1度目の侵入とは異なる「新たな犯意

によるもの」で、前後2つの侵入は包括一罪を構成しない。そうすると、前件〈〔1度目の〕侵入〉と本件〈放火〉とは「牽連関係に……ないから、憲法39条後段違反をいう所論は前提を欠き」、前件の一事不再理効は本件には及ばない。

【評 釈】

はじめに

1 憲法39条後段は、「何人も……同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない (nor shall he be placed in *double jeopardy*)」ことを保障し、これを受けた刑事訴訟法337条1号は、すでに「確定判決を経」ている場合には判決で免訴を——有罪無罪ではなく——言い渡さねばならないと規定する。実体法上の罪数が1つであれば公訴事実の単一性・公訴事実の広義の同一性を認める通説理解の下で、一事不再理効はこの公訴事実の同一性の範囲で発生する。その理由は、二重の危険 (*double jeopardy*) 説によれば、公訴事実の同一性の範囲は検察官がその主張たる訴因の変更によって一訴追で対応できる範囲に合致する (刑訴法312条1項) から、現実には訴因変更がなされなくとも訴因変更可能な範囲において被告人はすでに一度危険に晒されていたからであると説明される。

2 しかし、公訴事実の同一性の範囲内にある限り現実には審判の対象とならなかった部分にも一事不再理効が常に及ぶとすると、時に一事不再理効の及ぶ範囲が不当に広いとの批判を生じる。牽連犯で一方の犯罪が非常に重い場合や、常習窃盗のように各個の窃盗行為が独立して解せるような場合にも、一罪のうち先に発覚した一部が有罪確定してしまえば後で知れた部分は全て免訴にせざるをえないのかと²⁾。平成15年に最高裁は、窃盗の有罪判決確定後に別件窃盗が発覚して全体として常習特殊窃盗の一罪性が疑われるに至った事案で、この葛藤に対峙した (以下、平成15年判決という)³⁾。本事案の場合も、一罪

2) この葛藤構造を端的に指摘した従前文献として、例えば押谷勲雄「大泥棒法を潜る」判タ532号 (1983) 69頁。

3) 最三小判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁。

の一部が先に確定したものであるとみれば、同様の葛藤を読みとることができる。

本決定は、最高裁が平成15年判決に続いて「公訴事実の単一性」という言い回しを用いた公判判例2例目にあたる。

— 1 審と2 審との分岐点——訴訟法上2 罪：検察官の訴因構成権による罪数分割——

1 この手法は、検察官がその主張たる訴因を構成する際に実体法上の罪数を変える（分割する）ことで公訴事実の単一性・（広義の）同一性の範囲を分割・縮減し、連動して一事不再理効の範囲を縮減するものである。

これは、従来から在る、検察官による「一罪の一部起訴」の中に位置づけられるが、一部起訴によって単なる事実の縮小以上の法的効果（一事不再理効の射程の縮減）が生じることから、裁判所としては検察官の主張する訴因以外の事実にも立ち入って一罪性を判断すべきである——あるいは判断すべき場合がある——と考えられる。

2 何を訴因として訴訟手続に載せるかを定める権限が当事者たる検察官にあること自体は、現在ほぼ異論なく認められている⁴⁾が、同時にそこには「合理的裁量」が要求される⁵⁾。この合理的裁量の一環として、実務では、立証の難易等を勘案して、一罪の一部、科刑上一罪のかすがい部分などを外して、併合罪として起訴する運用も行われている。このような運用自体すでに学説上は批判がある⁶⁾が、実務を含めても少なくとも一事不再理効射程を縮減させるような一部起訴の権限が一般的に承認されているわけではない。

そこで裁判所は、このような場合の一罪性について平成15年判決までの幾つかの事案において訴因外に立ち入って判断してきた⁷⁾ところ、最高裁平成15年

4) 最一小決昭和59年1月27日刑集38巻1号136頁等。

5) 最一小判平成4年9月18日刑集46巻6号355頁。

6) 例えば三井誠『刑事手続法Ⅱ』（2003、有斐閣）158頁。

7) かすがいの成立を認めて一罪と解し、前訴の一事不再理効を後訴に及ぼした例として、最三小判昭和33年5月6日刑集12巻7号1297頁（前訴＝職安法違反〔観念的競合の関係にある労基法違反は起訴せず〕、後訴＝労基法違反と職安法違反。労基法違反は営業犯一罪）。常習性を認めて一罪と解し、前訴の一事不再理効を後訴ノ

判決は「基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準として比較対照する」判断手法を打ち出した。そして具体的には、前訴（単純窃盗）と後訴（単純窃盗）のみを基準とし、両訴因のいずれにおいても訴訟手続に上程されていない「常習性の発露」という要素には立ち入らなかったために、常習窃盗一罪と判断するに至らず、従って前訴の一事不再理効は後訴に及ばないと結論したのである。但し、この平成15年判決として「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」は訴因外に立ち入って判断するものとしており、例えば前訴か後訴かのいずれかが常習窃盗であったならば常習性について「付随的に心証形成をし」て一罪性を判断するという限りで、従来の最高裁の立場との折り合いをもつけていた⁸⁾。

3 本件1・2審もこの平成15年判決に倣って、基本的には訴因と訴因（本件1審の文言によればこれら「のみ」）を比較対照する判断手法をとる。但し、本件1審によれば、かすがいとなるべき犯罪〈侵入〉2つのうち2度目の侵入については両訴因のどちらにおいても訴訟手続に上程されていないことになり、他方、本件2審によれば、かすがいとなるべき犯罪〈侵入〉は単純一罪なので、この侵入は前訴において上程されていることになる。

この違いを前提に、本件1審は、本件侵入のような包括一罪の場合には、平成15年判決における一罪のつなぎ要素であった常習性とは異なり、「個々の訴因自体には、包括効果を導く要素は存在しない」ので訴因外に立ち入る「契機」はないとみた。類似の先例——平成15年判決後の——としては、前訴が児童ポルノ製造罪、後訴が児童淫行罪であって、〈後訴の児童淫行罪と包括一罪

に及ぼした例として、①「前訴＝単純、後訴＝単純」につき高松高判昭和59年1月24日高刑集55巻1号10頁（窃盗）、②「前訴＝常習、後訴＝単純」につき最二小判平成15年6月2日裁判集刑284号353頁（痴漢）、③「前訴＝単純、後訴＝常習」につき最二小判昭和43年3月29日刑集22巻3号153頁（窃盗）、横浜地川崎支判昭和49年9月25日判時768号128頁（賭博）、東京地判昭和51年2月3日判時819号108頁（傷害）。

8) 従前判例において、最高裁の判断は前訴か後訴かのいずれかにおいて常習性が上程されていた事案でのみ示されており（前掲注7）の②③）、両訴因を通じて上程されていない事案ではいまだ示されていなかった（前掲注7）の①）。

の関係に立つ児童淫行罪であって、前訴の児童ポルノ製造罪と観念的競合の関係に立つもの〉が両訴因を通じて全く上程されていなかった場合に、「両訴因を比較対照して」一罪認定しなかった——後訴の児童淫行罪から包括効果を介して非上程の児童淫行罪に辿り着くことはなかった——東京高裁平成17年判決がある⁹⁾。他方本件2審は、「訴因と訴因とを比較対照すると、犯行日及び犯行場所が同一である両訴因が一罪ではないかという疑問が生じるのであり、それを契機として……実体的に判断するに……一罪」であるという。

ただ、このたび問題となった前件窃盗と本件放火の場合、同一日・同一場所での犯行であるのみならず前訴因には時刻記載がなかったことからすれば、仮に訴因と訴因のみを比較したとしても、訴因外に立ち入る「契機」は基本的にあったようにも思われる。もっともその場合にも、かすがいとなるべき犯罪を包括一罪と解する本件1審の場合は、訴訟手続に上程されていない〈2度目の侵入〉がそれ自体として犯罪を構成しうる点に（常習性などとは異なる）特徴があり、裁判所としてはこのような新たな犯罪探知的介入には謙抑的であるべきだと解する余地は残されている¹⁰⁾。

4 裁判所の判断は基本的に訴因と訴因との比較対照によるべきであるとするその根拠について、本件1審は、当事者主義に依拠して、特に①検察官に訴因構成権があることと②訴因が審判の対象であることとを挙げている。これらは、平成15年判決の主軸でもあった。

しかし、当事者主義とはいえ「事実当事者に、法律は裁判所に」であり、罪数判断は法令の適用の問題である以上、当事者の主張には拘束されない。そもそも裁判所には訴因変更の勧告義務等はないものの、その権限自体は認めら

9) 東京高判平成17年12月26日判時1918号122頁。地裁への前訴＝児童ポルノ製造罪（観念的競合の児童淫行罪は起訴せず）、家裁への後訴＝児童淫行罪で「両訴因を比較対照して」（児童淫行罪の包括一罪性に立ち入らずに）一罪ではないので二重起訴にあたらないとした。当時は児童淫行罪は家裁の専属管轄だったため、前訴と後訴が地裁と家裁とに別々に起訴されたものである。なお、その後の最一小決平成21年10月21日刑集63巻8号1070頁で、児童ポルノ製造罪と児童淫行罪とは併合罪と解されている。

10) 多和田隆史・最判解刑事篇平成15年度（2006，法曹会）456頁うち475-476頁参照。

れており、その限りで裁判所が訴因に記載された事実以外にも配慮する契機は存在する。まして免訴事由の有無（訴訟条件）の判定は裁判所の責務であるから、その判断のために訴因外の実実にまで考慮対象が広がったとしても、それは検察官による審判対象の設定・変更に介入しての真実究明活動とは性質を異にする。従って、検察官の訴追意思の内容について訴因のほかに必要に応じて訴訟経過等も考慮にいれて判断することは、当事者主義と矛盾しないというべきであろう¹¹⁾。

真の葛藤は、契機の有無ではなく実体に踏み込んで一罪であると判明したらどうすればよいかというところにこそある。この点で、この一で述べた手法はやや技巧的に過ぎ、本質的解決を示してはいない。また、検察官の訴因構成権を基盤とするがゆえに「訴追側にしてみれば、広げようと思えばいつでも審判の範囲を広げることができる一方、それが不可能なら再起訴でやりなおしがきく」¹²⁾ ことになるから、既判力制度の画一性を害し、被告人の立場を不安定にするとの批判を避けがたい。

二 2 審の論理①——訴訟法上 2 罪：犯罪の本来的性質による罪数分割——

1 前述一と同じく罪数部分の訴訟法的調整によって葛藤の解消を図るものではあるが、本手法の論者によれば、検察官の一部起訴が認められるか否かは、実体法上の一罪を「分割」して二重処罰を招来しないかどうかという「犯罪の性質」の問題に帰着させるべきである——検察官の訴因構成権の問題ではない——ことになる¹³⁾。この二の視座からは、平成15年判決が前訴と後訴を常習窃

11) 長沼範良＝秋吉淳一郎「一事不再理効の範囲」ジュリ330号（2008）101頁うち111-112頁〔長沼〕、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』（2005、有斐閣）338頁〔佐藤隆之〕、白取祐司・刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（2011）208頁うち209頁。

12) 田宮 裕「既判力・再論」法学47巻5号（1984）192頁うち207頁。

13) 川出敏裕「訴因による裁判所の審理範囲の限定について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』（2007、成文堂）〔以下、鈴木古稀（下）という〕313頁うち333頁、大澤裕「公訴事実の同一性と単一性（上）」法教270号（2003）56頁うち61頁。なお、「訴追上一罪」か否かを問う佐藤嘉彦「一事不再理効の原則についての一考察」瀬川晃編『大谷實先生喜寿記念論文集』（2011、成文堂）1頁も参照。

盗一罪でなく単純窃盗2罪に「分割」理解したことについても、同判決中「本来一体として処理すべきほどの結びつきはない」という件りにこそ力点が置かれる¹⁴⁾。その理論的特徴は、分割・別起訴対応を本来的・原理的に許容しうる点と、前述一において問題となった裁判所の立入判断が基本的に認められるであろう点とにあらわれる。

さらに、この論理には、併合罪であっても場合によっては同時処理すべきものとして1罪方向に調整する一事不再理効射程拡大のパターンも包摂されうる¹⁵⁾。従って、端的に、訴訟法上の「同一の犯罪」の基準について実体法上のそれとは別途に立てる発想ともなりうるのである。

2 平成15年判決自体は「常習特殊窃盗罪は……常習性の発露という面を除けば……各窃盗行為相互間に本来的な結びつきはない」としていたので、観念的競合は——場合によっては牽連犯も——この文言の射程外と解する余地を残していた¹⁶⁾。しかし本件では一罪であるとすれば牽連犯とかすがい現象とによってであるところ、本件2審はいずれについても本来的には一罪でない旨指摘しており、牽連犯をもこの射程に含めた。

ただ、平成15年判決については、一罪の訴訟法的「分割」手法が被告人に量刑上の不利益をもたらすことはなく、その後の東京高裁平成17年判決（前述一3）中においても、実務上同様の配慮がなされていた。この点、「分割」が量

14) 従前、常習窃盗について併合罪的处理を提言していたものとして、青柳文雄「刑事既判力の客観的範囲」垂水克己＝兼子一編『岩松裁判官還暦記念・訴訟と裁判』（1956、有斐閣）773頁〔同『犯罪と証明』（1972、有斐閣）339頁所収〕。齋藤朔郎「公訴事実の同一性について」曹時4巻9号（1951）26頁〔同『刑事訴訟論集』（1965、有斐閣）139頁所収〕も参照。

15) 例えば鹿児島地判昭和34年8月19日下刑集1巻8号1802頁。同一人に対する計22回の有価証券偽造・同行使詐欺について1件の有罪判決確定・服役後にその余の起訴が行われた事案である。前訴と後訴とが包括一罪の關係に立つとして、後訴につき免訴が言い渡された。

16) 宇藤崇・平成15年度重判（ジュリ1269号）（2004）202頁、山本和昭・専修ロージャーナル1号（2006）69頁うち79頁、村上光鴉「一事不再理効の客観的範囲」『小林充＝佐藤文哉古稀祝賀刑事裁判論集（下）』（2006、判例タイムズ社）322頁うち360頁。

刑面で被告人に不利益をもたらさう事態をどう解決してゆくかという課題を残している。

3 わが国の刑法及び旧刑事訴訟法と関係深いドイツ法と、わが国の現行刑事訴訟法と関係深いアメリカ法について、関連状況を管見する¹⁷⁾。

ドイツ法において。実体法と訴訟法とで罪数は必ずしも一致しないが、実体法上の観念的競合は訴訟法上も1つとされ、ドイツ基本法103条3項にいう「同一の犯罪 (derselbe Tat)」¹⁸⁾として既判力を生じるので、わが国の場合と同様の葛藤に直面する。例えば「無免許運転」で有罪が確定すれば、これと（ドイツ法では）観念的競合の関係にある「運転中の強盗及び性犯罪」にまでその既判力が及び、たとえ当局が当初探知しえなかったとしても後訴については公訴権消滅 (Strafklageverbrauch) に至る¹⁹⁾。しかるに、このような事態に対して実務では、例外的にはあるが、実体法上の Tat (犯罪行為・所為) は1つでも訴訟法上は複数と解釈して凌いだ例が見受けられる²⁰⁾。また、特にかすがい現象の成否においては、「かすがいとなる犯罪」が「それによって結びつけられる犯罪」よりも軽い場合には、かすがい現象を認めない傾向がある²¹⁾。

他方、アメリカ法において。実体法上の犯罪の訴訟法的な括りは、訴訟法独自の問題である。合衆国憲法第5修正は「同一の犯罪 (same offence)」に対す

17) 葛藤は「根本的には、戦後、手続法は旧刑訴法から新刑訴法に改められる等の変革があったが、実体法は旧刑訴法当時のものが依然として維持されている点に胚胎するもの」である（東京地判昭和49年4月2日高刑集27巻4号381頁）。

18) ドイツ基本法103条3項「Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden (何人も、一般刑法典の根拠に基づいて、同一の所為のゆえに重ねて処罰されてはならない)」。ドイツ法の状況につき、只野誠『罪数論の研究〔補訂版〕』（2009、成文堂）237頁以下参照。

19) BGH NStZ 1984, 135.

20) BGHSt 29, 288 (犯罪的団体編成とその団体の目的追求のための殺人等); BGH NStZ 1981, 229 (武器不法携帯と殺人); OLG Hamm NStZ 1986, 278 (武器不法所持と殺人); BGH StV 1990, 341 (武器不法所持・携帯と強盗的襲撃)。

21) BGHSt 1, 67; 2, 246; 6, 92. この点につき、詳しくは辻本典央「罪数論と手続法との交錯」鈴木古稀 (下) 541頁参照。

る二重の危険の防止を謳う²²⁾ が、この「同一の犯罪」は訴訟法上の括りによる。具体的には、所謂ブロックバーガー・ルール (Blockburger rule) に依拠するに、2つの実体法上の offences [offenses] を比べて相互に「他方が必要としない新たな事実の証明を必要とす」るか否かが判断基準となる²³⁾。この基準を適用すると、例えば「殺意ある暴行」と「致命的武器を持ての暴行」とは、各々「殺意」と「致命的武器の使用」の証明を要するから、「同一の犯罪」ではない。結局、わが国でいう包括一罪や牽連犯にあたるものの多くは、この「同一の犯罪」の射程外となるが、わが国でいう観念的競合にあたりうるものの一部が問題となる余地を残す²⁴⁾。しかるに、ここで「同一の犯罪」にあたることになったとしても、なお二重の危険防止の保護が及ばない場合がある (後述三三参照)。

4 わが国におけるこの二の手法をあらためて検討する。

前述一の手法とは異なり、検察官の裁量に依拠してこの範囲が伸縮することに対しては、より強い縛りが期待される。しかし、一事不再理効の発生する範囲を「同時処理できる範囲 (訴因変更可能な範囲)」から「同時処理しなければならない範囲 (二重処罰を招来しない範囲)」へと狭めることで、被告人に対して (少なくとも一罪分割方向の調整においては) 不利益を生じうる。一罪の訴訟法的分割は量刑も含めて被告人に不利にならないようにすべきではないかと思われるところ、量刑幅に依拠した実務の対処は格別、理論面での疑問は別途残されている²⁵⁾。

22) アメリカ合衆国憲法修正5条「... nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life and limb... (……何人も同一の犯罪について重ねて生命または身体の危険に晒されることはない……)」。

23) Blockburger v. United States, 284 U. S. 299 (1932).

24) Harris v. Oklahoma, 433 U. S. 682 (1977); Grady v. Corbin, 495 U. S. 508 (1990), *overruled by* United States v. Dixon, 506 U. S. 688 (1993). See also JOSHUA DRESSLER & ALAN C. MICHAELS, UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE, vol. 2, § 14. 07 (4th ed. 2006). 但し今日では、主たる争いの場はむしろ後述・適用除外の成否の方へ移っているようである。

25) この点につき、宇藤・前掲注1) 参照。

三 2 審の論理②——罪数と一事不再理効との連動に対する例外的分断——

1 これは、罪数と一事不再理効との連動を断ち、罪数論とは別の例外許容論理を用いて一事不再理効の射程縮減を図る手法である。本件2審は、同時審判できない事態が弁護側の手続分離請求から生じた点と、弁護側において手続分離請求（併合罪理解を前提とするもの）を行いながら弁論終結後に至って突如として「一事不再理効ゆえ免訴」の主張（一罪扱いを前提とするもの）に転じた権利濫用（刑訴規則1条2項）の点を指摘する。

例外許容論理の適用は、判例に先立ってまず一部学説において提唱されたが、そこでは一事不再理効が及ばない合理的例外として「専ら被告人に責むべき事由があり、そのため同時訴追の義務が果たせないような場合」が想定されていた²⁶⁾。一事不再理効の根拠を二重の危険防止に求めつつ、同時訴追不可能であった場合は前訴で危険は発生していなかったと説明するものであろう。

2 従前判例中の手がかりは、まず、同時審判可能性関連で2例挙げられる。

第1の事案である東京地裁昭和49年判決は、酒気帯び運転と無免許運転との観念的競合において、先に酒気帯び運転が発覚し、略式手続で有罪確定した後、無免許運転が発覚・起訴されたものである²⁷⁾。無免許については他人の免許証を悪用して発覚を免れていたという、被告人に起因する事情があった。裁判所は、一事不再理効の及ぶ範囲について「現実〔同時〕審判するのが極めて困難であったという事情が認められる場合には、合理的例外」がありうるとし、本件では①前訴が交通事件で略式手続処理だったことのほか、②「被告人が……氏名を詐称する等、検察官において……同一手続で訴追することが著しく困難であった」ことを挙げて、公訴事実の同一性の範囲よりも狭めることを認めた。第2の事案である大阪高裁昭和50年判決についても、被告人に帰責される事情はなかったものの「凡そ同時審判の可能性はありえない」犯罪については一事不再理効は及ばないとしているあたり、やはり③的思考から例外を許容

26) 青柳・前掲注14)参照。

27) 東京地判昭和49年4月2日高刑集27巻4号381頁。

したものともみることができる²⁸⁾。

しかし本件では、同時審判が「極めて困難」ないし「凡そ可能性なし」とはいえない。また、弁護側の分離請求は手続的権利としてあり、裁判所がこれを認めたのでもあるから、弁護側に責を問うべき性質のものでもない。この意味で本件は、先の2判例の場合とは一線を画する。

他方で、被告人に起因する事情という点については、従来、検察官の時機に遅れた訴因変更請求——具体的には論告弁論期日直前やその当日の訴因変更請求——について「権利濫用」論理を用いてこれを却けた下級審判例が存在する²⁹⁾。ただ本件の場合は、弁論終結後ではあるが弁護側の主張変更であり、そもそも検察官の訴因変更と同列に扱うべきものではない。このようにみえてくると、むしろ本件では、2罪前提の主張から1罪前提の主張への極端な豹変ぶりが禁反言的に捉えられ、「権利濫用」の語を引き出したのではないかと思われる。この点、確かに前掲第1事案・東京地裁昭和49年判決がそのような脈絡においても読める³⁰⁾ほか、保険金を騙取する目的で交通事故を偽装して業務上過失傷害罪により略式命令を受けた者からの再審請求が「衡平の精神、禁反言の原則等に反」するとして排斥された例も、先例的に援用しうる³¹⁾。

3 アメリカ法の場合、「同一の犯罪」の範囲内にあれば原則として一事不再理効が及ぶ（前掲二3）が、例外的に一事不再理効を遮断する論理として、例えば次のようなものが判例上認められている。

まず第一に、同時訴追が不可能な場合である。1977年の Brown 判決は、「適切な努力をしたにもかかわらず、起訴に必要な追加的事実が発生しなかったかあるいは発見されなかった (have not occurred or have not been discovered)

28) 大阪高判昭和50年8月27日高刑集28巻3号321頁。

29) 大阪地判平成10年4月16日判タ992号283頁、大阪地判平成20年2月12日判例集未登載 LEX/DB 登載。審理終結後の訴因変更請求につき「刑事訴訟法ことに同規則1条の精神にもとるもの」で「信義則上到底許されない」とした横浜地小田原支決昭和43年10月9日下刑集10巻10号1030頁もある。なお、浦和地決昭和63年9月28日判時1306号148頁（判タ687号267頁）参照。

30) 青柳文雄・判時753〔判評189〕号1頁。

31) 大阪高決平成4年11月19日判タ831号255頁。

ために、当局が当初、より重大な〔犯罪の〕起訴に基づき手続を進められなかった場合には、例外が存在しうる」と述べていた³²⁾。この例外の一内容として、例えば暴行・傷害の有罪判決確定後に被害者が同暴行・傷害により死亡した場合について、致死での後訴が許容される³³⁾。このとき前訴の確定判決は無効となり、前訴の刑期は後訴に算入される。ちなみにドイツ法では、同様の事態に対して一部学説が「補充の訴え (Vervollständigungsklage)」による事後的修正を主張するものの、一般的に承認されるには至っていない³⁴⁾。

第二に、弁護側の請求によって手続が分離された場合は、「同一の犯罪」にあたる可能性があっても一事不再理効は及ばなくなる³⁵⁾。

4 わが国におけるこの三の手法をあらためて検討する。

まず、同時処理の困難性に基づく例外について。第一に、この例外を認めると、決着したと思われる事件にもなお留意し続けなければならないという意味で、捜査の肥大化を生むとの批判がある。もっともこの点は、同時処理を厳しく義務づければ起訴前の徹底した余罪捜査を促すことと表裏であるといえる。第二に、捜査・訴追機関の運用において同時審判の事実上の可能性を基準とするような幅のある裁量を許すことになれば、被告人を不安定な地位に置き、既判力制度の画一性を害するとの批判がある³⁶⁾。さりとて、事実上の可能性を厳格に絞り込めば、この手法による葛藤解消は画餅となる。

次に、弁護側に起因する事情、権利濫用に基づく例外について。この例外を認めると、黙秘権・弁護権との抵触が懸念される。アメリカ法の下で弁護側が

32) Brown v. Ohio, 432 U. S. 161 (1977).

33) 暴行罪確定後に被害者が死亡した場合について Diaz v. United States, 223 U. S. 442 (1912)。同様に、重罪謀殺未遂の有罪判決確定後に被害者が死亡して重罪謀殺となった場合について People v. Harding, 506 N. W. 2d 482 (Mich. 1993) がある。犯罪事業を営んだ罪と薬物犯罪とに関する Garrett v. United States, 471 U. S. 773 (1985) も参照。

34) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl., 2012, § 52. 15.

35) Jeffers v. United States, 432 U. S. 137 (1977).

36) アメリカ法における同時処理困難性の例外 (前述三三) との比較において、香城敏磨『刑事訴訟法の構造』(2005, 信山社) 278頁, 田宮裕『一事不再理の原則〔復刻版〕』(2000〔初版, 1978〕, 有斐閣) 408頁参照。

一事不再理効のメリット（と併合によるコスト削減）を捨ててでも時に手続分離を請求するのは、陪審裁判における陪審の「偏見」を懸念しての戦略的選択で、実は黙秘権を放棄して刑事免責を得るのに似る。しかし、少なくとも現在の日本の伝統的な刑事訴訟法理解を前提とする限り、このような発想はなお受け容れがたいであろう。さらに、権利濫用における禁反言色彩の強調は、被告人に対して刑事手続の本質と相容れない過大な要求をすることになる³⁷⁾。また、権利濫用という語はそもそも内容を具体的に想定しにくく、実務上使いにくいといわざるをえない。

四 本決定の位置づけ——実体法上2罪——

1 本決定は、公訴事実の単一性と一事不再理効の発生範囲とを連動させる原則自体は維持しつつ、その前段階で本件と前件とを実体法上2罪と評価した。すなわち、窃盗は1度目の侵入時になされ、放火は2度目の侵入時になされたとの前提に立った上で、2つの侵入をそもそも罪数として複数に解したものである。

2 まず、2度目の侵入時に放火したことを前提に、2つの侵入を別罪であるとした点について検討する。

最高裁は、被告人が1度目の侵入時に不正行為の証拠を持ち出しかつ施錠退去していることを挙げて、「2回目の侵入が時間的に接着したもので、初回の侵入と同様、証拠隠滅の目的によるとしても、新たな犯意によるもの」として2つの侵入を峻別した。

この点、従前の包括一罪関連判例を概観すると、初期の最高裁は確かに「単一の犯意」という語の下に主観面を重視していた節がある。しかし近時、食料品万引の事案で、被告人がまず店外に陳列されているうどんを万引して一旦店

37) 白取祐司『一事不再理の研究』（1986、日本評論社）313頁。「このような道義的非難に値する行為であっても、刑事手続では比較的大目に見られるのが一般的である」（横井大三・研修320号51頁，53頁）。村岡啓一「身代わり犯人と再審請求」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（1998、青林書院）318頁うち328頁以下も参照。

駐車場の自分の車に持ち帰った後、妻を捜して店の中に入って新たな犯意を生じ、トマトを万引した旨を一貫して供述していたのに対し、名古屋高裁は「被告人の主観面だけではなく、窃取行為の時間的場所的關係、行為の態様、被害者の同一性などを総合して、考慮するのが相当である」「被告人の各行為は、10分程度の短時間に敢行されていること、各被害品の置かれた場所は店舗の内と外の差があるとはいえ……店舗内のレジを通じて購入すべき仕組みになっていること、いずれの犯行も食料品を対象とした万引き事案であること、被害者も同一であること」から「被告人の前記供述〔新たな犯意〕を考慮しても、本件各犯行は包括して一罪の關係にある」としている³⁸⁾。比べて本件では、建物敷地外約20メートルのところに駐車した車に一旦戻ったものの「2、3分程度」で取って返して同じ建物への2度目の侵入を行っており、証拠隠滅目的も一体化しているとみられるため、本件1審のように2つの侵入を包括一罪と解する方が素直であったように思われる。

さらに、2度目の侵入時に放火したという前提自体についても、若干の疑問がある。

本件を時系列に沿って整理すると、放火が2度目の侵入の際に行われたのならば、その放火行為は、知人による炎目撃の時点から遡って2分からせいぜい5分ほど前までに、1度目の侵入の際に行われたのならば、同じく炎目撃の時点から遡って4分ないしそれ以上前になされたはずである³⁹⁾。他方において、

38) 名古屋高判平成18年2月20日判タ1310号44頁。但し、類似の事案ながら、最二小判昭和24年7月23日刑集3巻8号1373頁にいう所謂「同一の機会を利用した」要件に欠けるので「単一の犯意の発現たる一連の動作である」とはいえないとした東京高判平成5年3月29日判タ840号222頁（パチンコ店で模造コインを不正に使用して景品引替券を窃取した事案）もある。

39) 被告人は1回目の侵入の後、建物出入口を施錠したうえ、段ボール箱を運び出して同建物敷地外約20メートル地点に駐車中の車に一旦戻って積み込み（建物からの退去直前の電話（午後10時50分）から3、4分後）、その直後に再侵入してまた車に戻り（所要時間2、3分程度との供述あり）、そのまま車で立ち去ろうとして窓に光を見て（今度は車の同乗者と）3回目の侵入をして上記炎を目撃した（所要時間約1、2分か）という経緯である（その後近隣住民による119番通報が午後11時1分）。最高裁は2度目の侵入時という認定の下に放火を10時55分ころとしている。

本件では、被告人による2度にわたる侵入の直後に建物内の2箇所で床から各々約1.2メートルと約1.5メートルの高さの炎が目撃されている。そして、本件2審は、この炎の高さから放火時間を逆算する可能性に言及しつつ、「そのような証拠の裏付けがない本件においては、原判決が指摘する事情だけから……〔2度目の侵入時に〕放火したとまで認定するのは困難である」としていた。

しかし、少なくとも一般的な逆算については可能である。火災初期における炎の高さ L_f (m) (目で見える間欠火災域) は、空気密度や燃焼物等の各条件の値が定まれば、あとは発熱速度 Q (kW) と火源面積の代表長さ D (m) とで算出されうる ($L_f = \gamma^n D$ [詳しくは後掲資料1参照])。発熱速度 (炎の熱エネルギー) Q は火災初期においては時間の二乗に比例して増大し ($Q = \alpha t^2$)、代表長さ D は火源が可変 (広がれる状態) の場合は、燃焼物が木質系ならばその二乗が発熱速度 Q に比例する ($D^2 = Q/1000$)。従って、本件所与の条件数値の下で炎の高さを時間経過に沿ってシミュレーションすると、目撃された炎の高さに成長するには3分50秒から4分5秒かかることがわかる (後掲資料2参照) が、これは、2度目の侵入時に放火したと断じることができない数字である。加えて留意すべき点として、第一に、炎が壁際の場合は壁の手前側にのみ広がるので通常よりも高く上がる (とはいえ、1.189...倍程度高くなるので、目撃された高さに達する時間でいえば約10秒早まるに過ぎない) 一方、火源面積が固定ならばなかなか成長しないこと、第二に、この算出式は炎が成長し始めてからのものであり、物によっては着火からなかなか成長を始めない——潜伏時間がある——ことが挙げられる。従って、1度目の侵入時に放火した可能性はなお排斥しがたいように思われる。そしてそうであれば、2審のように被告人に有利に、1度目の侵入時に放火した前提をとるべきであったことになる。

3 ドイツ法において。通常は実体法上一罪とされているものを、実在的競合として実体法上で複数扱いした例が、幾つかみられる。例えば、武器不法携帯と殺人とは (ドイツ法では) 通常は実体法上1つとされているが、これを訴訟法上は複数と解して葛藤を解消した事案が存在する (前述二3参照) 一方で、

これを実体法上で複数と解して葛藤を解消した事案も存在する⁴⁰⁾。

4 わが国のこの四の手法に対しては、実体法上の罪数評価を時に便宜的に曲げてしまう懸念、一事不再理効の射程に目配りした過度の別罪処理の懸念が指摘される⁴¹⁾。本決定においても、2つの侵入を包括一罪ではなく別罪と解釈した点に対しては、異論のありうところである。しかも、この手法は本来的に弥縫策に留まるものである⁴²⁾。本事案においても、仮に1度目の侵入時に放火したとの前提に立てば、葛藤に直面せざるをえなくなる。

おわりに

1 本決定は、罪数と一事不再理効射程との連動を所与としつつも罪数を実体法的に分割解釈することで一事不再理効の射程画定の要請に応えており、葛藤を潜在的に処理している。さらに、平成15年判決を受けて本件1審が採用したところの検察官の訴因構成権による手法も、罪数と一事不再理効射程との連動構造自体に手をつけるものではなく、その意味では罪数分割の一バリエーションとみうる。しかし、このような連動構造下での葛藤の解消には限界があるうえ、旧法以来の「公訴事実の単一性」枠組を前面に出す構成が、審判対象論との関係で現在の訴因対象説と整合しない疑義をも生じる。

審判対象論において実体法上の罪数論との訣別を図り、単一性基準を立てることなしに「公訴事実の（広義の）同一性」を説明する近時の有力説は、その

40) OLG Zweibrücken NWJ 1986, 2841 (武器不法携帯と殺人); BGHSt 36, 151 (武器不法所持・携帯と強盜的恐喝未遂)。

41) 最二小判昭和33年2月21日刑集12巻2号288頁(窃盜幫助と贓物故買を併合罪とした事案)、最二小決昭和62年2月23日刑集41巻1号1頁(前訴＝侵入具携帯罪と後訴＝常習累犯窃盜罪について、1審は一罪処理、2、3審は併合罪処理した事案)。

42) 本決定の裁判長の従前論文によれば「罪数論が一応明確な基準として働くと考えれば実は錯覚であって、……実質的には問題を罪数論に移しかえたにすぎ[ない]……。罪数論を手続面で活用するには、限界がある」(古田佑紀「罪数論の功罪」判タ535号(1984)77頁うち79-80頁)。同・刑事訴訟法判例百選〔第5版〕(1986)213頁も併せて参照。

発想において前述二の手法と通底する⁴³⁾。本件2審は、この二の手法とともに、同時処理の困難性等の論理を持ち出して罪数論との連動を例外的に断つという形で前述三の手法を併せ用いた。

2 比較法的にみると、本件1審及び最高裁がドイツ法的アプローチをとるのに対し、本件2審はこれにアメリカ法的アプローチを加味したものといえる。

もっとも、ドイツ法に徹すれば、本件の場合、本決定のとした手法以外に、おそらくはかすがい現象を認めないことによって一事不再理効を遮断するという選択肢があった。他方、アメリカ法に徹すれば、本件の場合、おそらくは弁護側が別々の審理を受ける途を敢えて選択したことのみをもって一事不再理効を遮断することになったであろう。

3 本決定は、葛藤の根本的解消策を示すものではない。しかし、「公訴事実の単一性」の語を用いて実体法上の罪数と一事不再理効射程とを連動させる原則の維持を明示したこと、そして、にもかかわらず、本件の如き事案において検察官の訴因構成権に依拠した構成をとらなかったことには、なお一定の意義を見出さう。

※ 本稿執筆にあたっては、火炎の高さからの放火時間逆算（本稿四2及び資料1・2）に関して、山田常圭氏（東京大学大学院工学系研究科消防防災科学技術寄附講座・特任教授）より大変貴重な御教示を賜った。この場をかりて、心より感謝・御礼申し上げる。

43) 酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因（4）」法教302号（2005）64頁うち65頁によれば、「公訴事実の広義の同一性」とは、「訴因と訴因とが……両立しえない関係にあり、別訴に拠り2つ以上の有罪判決が併存すれば二重処罰の実質を生じるような場合の訴因間の関係」である（下線、松代）。なお、三井・前掲注6)219頁は、公訴事実の同一性について公訴事実の単一性の基準を定立せずに「すべての事実の重要部分における共通性の有無で問題を解決できるとする見解」に対し、罪数判断による訴因変更の限界設定を考えることは基準が明快であり、また「牽連犯関係ないし包括一罪関係にある場合につき重なりを認めることができるかには疑問がある」という。岩瀬徹「訴因変更の可否」三井古稀609頁も参照。

[資料1] ある一定の火炎の高さに達するまでの時間の求め方

1. 火災成長の仮定 (時間2乗火災)

通常、火災時の初期 (フラッシュオーバー等が起きる前の、可燃物が自由燃焼をする場合の時期で、通常は出火後から5～6分程度) の燃焼は、時間の2乗の発熱速度 ($Q[\text{kW}]$) を想定するのが一般的である。

$$Q = \alpha t^2 \quad \dots\dots (1)$$

Q : 発熱の強さ $[\text{kW}]$ 。位時間あたりの熱エネルギー

t : 火災が成長し始めてからの時間 $[\text{秒}]$

α : 成長率 燃焼物、形態によって異なるが、NFPA (米国防火協会) の基準では、

中程度の燃焼	medium	$\alpha = 0.01172$
緩慢な燃焼	slow	0.00293
速い燃焼	fast	0.0469

とされている。一般的には中程度と考えてよいのではないかと思われる。

2. 火災時の火炎高さ

火炎の高さ ($L_f[\text{m}]$) には、間欠火炎域 (炎がちらついている高さ) と連続火炎域 (常に火炎が存在する領域) の2つの定義があるが、目で見える高さとなると前者の間欠火炎でよいと思われる。火炎の高さを決定するものは、火源の面積に関する代表長さ ($D[\text{m}]$) と発熱速度 ($Q[\text{kW}]$) で決まり、以下の式で求められる。

$$L_f = \gamma Q^{*n} D \quad \dots\dots (2)$$

ここで Q^* : 無次元発熱量で以下の式で与えられる値。

$$\begin{aligned} Q^* &= Q / \rho_a C_p T_a g^{1/2} D^{5/2} \\ &= Q / 1116 D^{5/2} \end{aligned} \quad \dots\dots (3)$$

なお、 ρ_a : 空気の密度 $= 353/T_a$, g : 重力加速度 $[\text{m/s}^2]$

C_p : 空気の定圧比熱 $[\text{kJ/kgK}]$

γ, n : 係数, べき乗数は Q^* の値によって変化し

$$0.3 < Q^* \leq 1.0 \quad \text{では} \quad n = 2/3 \quad \gamma = 3.3$$

$$1.0 < Q^* \quad \text{では} \quad n = 2/5 \quad \gamma = 3.3$$

D : 火源の代表長さ $[\text{m}]$ 一般的には火源面の水平面投影面積の相当直径ない

罪数と一事不再理効

しは正方形とみなした場合の一辺の長さ。カラーボックスや、ソファーのように形のしっかりとしている場合は、以下の式で与えられる。

$$D=\sqrt{W \times X} \quad (W: \text{幅}, X: \text{奥行き})$$

それ以外の面積が変化し、定義しにくい場合には、単位面積あたりの発熱速度を決めた上で、等価の直径をもとめることがある。燃焼物によって異なるが、木質系ならば 1000 kW/m^2 程度で逆算することができる。その場合は、以下の式で与えられる。

$$D=\sqrt{Q/1000}$$

[資料2] 代表長さが可変である場合のシミュレーション

火災成長率(α)=0.011720

	成長後の 経過時間	発熱速度	代表長さ	無次元発 熱速度	べき数	火炎高さ (間欠)
	[sec]	[kW]	[m]	Q^* [—]	n [—]	L_f [m]
1 分	0	0.0	0.00	0.000	0.667	0.000
	5	0.3	0.02	0.000	0.667	0.000
	10	1.2	0.03	0.000	0.667	0.000
	15	2.6	0.05	0.000	0.667	0.000
	20	4.7	0.07	0.000	0.667	0.000
	25	7.3	0.09	0.000	0.667	0.000
	30	10.5	0.10	0.000	0.667	0.000
	35	14.4	0.12	0.000	0.667	0.001
	40	18.8	0.14	0.000	0.667	0.001
	45	23.7	0.15	0.000	0.667	0.002
	50	29.3	0.17	0.000	0.667	0.003
	55	35.5	0.19	0.000	0.667	0.004
	60	42.2	0.21	0.001	0.667	0.005
	65	49.5	0.22	0.001	0.667	0.008
	70	57.4	0.24	0.001	0.667	0.010
	75	65.9	0.26	0.002	0.667	0.013
	80	75.0	0.27	0.003	0.667	0.017
	85	84.7	0.29	0.003	0.667	0.022
	90	94.9	0.31	0.004	0.667	0.028
	95	105.8	0.33	0.006	0.667	0.034
2 分	100	117.2	0.34	0.007	0.667	0.042
	105	129.2	0.36	0.009	0.667	0.051
	110	141.8	0.38	0.011	0.667	0.062
	115	155.0	0.39	0.014	0.667	0.074
	120	168.8	0.41	0.016	0.667	0.087
	125	183.1	0.43	0.020	0.667	0.103
	130	198.1	0.45	0.023	0.667	0.120
	135	213.6	0.46	0.028	0.667	0.140
	140	229.7	0.48	0.033	0.667	0.162
	145	246.4	0.50	0.038	0.667	0.186
	150	263.7	0.51	0.045	0.667	0.213
	155	281.6	0.53	0.052	0.667	0.243

罪数と一事不再理効

3 分	160	300.0	0.55	0.060	0.667	0.276
	165	319.1	0.56	0.069	0.667	0.312
	170	338.7	0.58	0.078	0.667	0.352
	175	358.9	0.60	0.089	0.667	0.395
	180	379.7	0.62	0.101	0.667	0.442
	185	401.1	0.63	0.115	0.667	0.493
	190	423.1	0.65	0.129	0.667	0.549
	195	445.7	0.67	0.145	0.667	0.609
	200	468.8	0.68	0.163	0.667	0.674
	205	492.5	0.70	0.182	0.667	0.744
	210	516.9	0.72	0.203	0.667	0.819
	215	541.8	0.74	0.226	0.667	0.900
	220	567.2	0.75	0.250	0.667	0.987
	225	593.3	0.77	0.277	0.667	1.080
4 分	230	620.0	0.79	0.306	0.667	1.179
	235	647.2	0.80	0.337	0.667	1.285
	240	675.1	0.82	0.370	0.667	1.398
	245	703.5	0.84	0.406	0.667	1.518
5 分	250	732.5	0.86	0.445	0.667	1.646
	255	762.1	0.87	0.486	0.667	1.781
	260	792.3	0.89	0.531	0.667	1.925
	265	823.0	0.91	0.578	0.667	2.078
	270	854.4	0.92	0.629	0.667	2.239
	275	886.3	0.94	0.683	0.667	2.409
	280	918.8	0.96	0.741	0.667	2.590
	285	952.0	0.98	0.802	0.667	2.780
	290	985.7	0.99	0.867	0.667	2.980
	295	1,019.9	1.01	0.937	0.667	3.191
	300	1,054.8	1.03	1.010	0.400	3.403
	305	1,090.3	1.04	1.088	0.400	3.564
	310	1,126.3	1.06	1.171	0.400	3.730
	315	1,162.9	1.08	1.258	0.400	3.901
	320	1,200.1	1.10	1.351	0.400	4.077