

# 「公訴事実の同一性」に関する一考察

—— いわゆる「非両立」概念を切り口として ——

滝谷 英幸

## 【目次】

- 1 はじめに
- 2 「非両立」性の判断方法
- 3 「非両立」概念の根拠と射程
- 4 公訴事実の同一性の判断枠組み
- 5 おわりに

## 1 はじめに

刑事訴訟法（以下、特にことわらない限り条文は同法のものである）312条1項は、「裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならない」と定める。

この「公訴事実の同一性」という概念は、訴因変更の行われる範囲を画するものとして——また、通説的な理解によれば、二重起訴禁止（338条3号、339条1項5号）の範囲や一事不再理効（337条1号）の及ぶ客観的範囲をも定めるものとして——重要な意味をもっており、ふるくから議論の対象となってきた（いわゆる「訴因変更の可否」の問題）。その解釈をめぐるのは数十年の長きにわたって数多くの学説が提唱され、「さながら覇を競うがごとく多彩にオンパレードを繰り返しているの観がある」<sup>1</sup>

とも評される状況にある。また、公訴事実の同一性に関する判例は相当数に上っているが、それらの理解をめぐっても、やはり意見が分かれている。

筆者の個人的感覚でいえば、この議論には、他にあまり類を見ないような「見通しの悪さ」<sup>2</sup>がある。改めてその原因を考えてみると、「単一性」「狭義の同一性」「基本的事実関係の同一性」「非両立性」等々の（講学上の）概念が当然のように用いられているが、そもそもなぜそれらの概念が必要なのか（何を意図して生み出されたのか）、それらの概念は互いにどのような関係にあるのか、といったことが非常にわかりにくい上、それぞれの概念の意味内容自体が論者によって微妙に異なるという点を指摘することができる（後述するように、この点につき明快な説明を与えた一部の見解が有力になりつつあるのは、それ以前の議論に対して多くの者が「見通しの悪さ」を感じていたことのあらわれではなかろうか）。

多少見通しが悪くとも、実務における運用が完全に安定しており特段の問題を生じないのであれば、このような古典的ともいべきテーマについて今さら議論をする意味は乏しい、と感じる向きもあるかもしれない。実際、「実務では、日時、場所、方法の違いを見れば、理屈抜きに（社会通念的に）、訴因変更の可否について判断できる場合がほとんどであり、多少判断に迷うような微妙な場合についても、最高裁の判例の積み重ねによってほぼ安定的な基準が形成されてきている」ともいわれる<sup>3</sup>。しかし、数十年ものあいだ判例と学説が蓄積してきたにもかかわらず、なお、具体的な事実に対する評価（あてはめ）の差異というレベルにおいてではなく、その前提となる判断枠組みそのものに関する理解の違いを反映して、裁判所の間で意見が割れることもあるようである（近時におけるその好例として、東京地判令和元年10月4日判時2485号104頁とその控訴審判決で

---

1 田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、新版、1996年）205頁。

2 米田泰邦「判批」判例タイムズ368号（1978年）91頁の表現であるが、筆者もこれに大いに共感するところがある。

3 千田恵介「公判部P検事のとても忙しい1日」井田良ほか編『事例研究刑事法Ⅱ 刑事訴訟法』（日本評論社、2版、2015年）576頁。

ある東京高判令和2年2月5日判時2485号98頁を参照されたい。当初、検察官は、「被告人は、Aが肩から掛けていたバッグの中に手を差し入れて在中品を抜き取り窃取しようとしたが、その目的を遂げなかった」〔要旨〕という窃盗未遂の訴因を提示していたが、その後、被害者はAではなく〔当時、被害現場にAと一緒にいた〕Bであったことが判明したため、「被告人は、Bが肩から掛けていたバッグの中に手を差し入れて在中品を抜き取り窃取しようとしたが、その目的を遂げなかった」〔要旨〕という窃盗未遂の訴因への変更を試みた、という事案である。第1審はこれを認めなかったが、控訴審はこれを認めるべきであるとした。いずれも公訴事実の同一性の判断枠組みに関する判示を行っており、理論的にも興味深いところがある。この事案について筆者はすでに評釈を発表する機会を得ており<sup>4</sup>、それが本稿執筆の契機となった。理論的に整理ができるものならそれに越したことはないであろう。

これまでの判例・学説を筆者なりに分析してみた結果<sup>5</sup>、(この議論で頻出する)「非両立」という概念を軸としてこの問題にアプローチしてみると、いくらか「見通しの悪さ」が改善されるのではないか、という感触を得た。

本稿では、まず、「非両立」性の判断方法について検討を行う(後出2)。学説上は、いわゆる「帰属」のアプローチと「比較」のアプローチが審判対象論と関連づけられつつ対立的なものとして位置づけられることが多い。しかし、他方で、これら2つのアプローチは、事案によって使い分けられてもきた。なぜ、対立的なものであるはずの2つのアプローチを事案によって使い分けることができるのか。また、仮に使い分けが可能であるとして、ある事案でいずれのアプローチを用いるのかを、どのような

---

4 拙稿「判批」刑事法ジャーナル71号(2022年)140頁以下。また、鷗鷗昌二「判批」研修866号(2020年)15頁以下も参照。

5 この議論に関連する文献は膨大であり、それらを網羅的にフォローして学説史的な整理を試みるなどということは筆者の能力を遥かに超えている(そうした貴重な業績として、大澤裕「公訴事実の単一性と同一性(上)」法学教室270号〔2003年〕56頁以下及び同「公訴事実の単一性と同一性(下)」法学教室272号〔2003年〕85頁以下がある)。筆者の問題関心に即した「つまみ食い」的な取り上げ方になってしまうことをご海容いただきたい。

理由で決めるのか。「非両立」性の判断方法に潜在するこうした疑問に取り組むことで、「非両立」概念を扇の要とした議論の全体像の把握を試みる。

次に、「非両立」概念の理論的根拠とその射程を考える(後出3)。近時、「非両立」概念の根拠として「二重処罰防止」を掲げる見解が有力になっている。その理論構成は非常に明快であり、かつ、比較的明確な判断基準を提供することにも成功している。しかし、この見解については、「二重処罰防止」という根拠だけでは説明しきれない場面に対してもその射程が拡張されているのではないか、という疑問が残る。はたしてこの見解の射程はどこまで及ぶのか。また、仮にこの見解の射程が及ばない場面が残るとしたら、それをカバーするものがあるのか。

最後に、以上の考察をふまえて、公訴事実の同一性を判断する際の基本的な枠組みを提案する(後出4)。

## 2 「非両立」性の判断方法

### (1) 一般的な整理

周知のとおり、判例は、「基本的事実関係の同一」性という基準によって公訴事実の同一性を判断する立場を基本としている。しかし、中には、「非両立」性という概念を用いたものもみられる。すなわち、最判昭和29年5月14日刑集8巻5号676頁(背広の窃盗→その背広の赃物牙保という事案で公訴事実の同一性を肯定。以下「判例①」という)、最判昭和33年5月20日刑集12巻7号1416頁(自己株式の取得を目的とした会社の資金の業務上横領→その資金による自己株式の取得という事案で公訴事実の同一性を肯定。以下「判例②」という)<sup>6</sup>、最判昭和34年12月11日刑集13巻13号3195頁(売却を依頼された馬の代金の横領→その馬の窃

---

6 判文上は「非両立」ではなく「択一的関係」という表現が用いられているが、これは択一的訴因の追加の可否が争点となった事案であったためであり、実質的には判例①や判例③と同趣旨であると解される(香城敏磨「判解」昭和53年度最判解刑事篇78頁)。

盗という事案で公訴事実の同一性を肯定<sup>7</sup>。以下「判例③」という)、最決昭和53年3月6日刑集32巻2号218頁(警察官らと共謀して金員の供与を受けたという枉法収賄→警察官らにその金員を供与したという贈賄という事案で公訴事実の同一性を肯定。以下「判例④」という)、最決昭和63年10月25日刑集42巻8号1100頁(覚醒剤の自己使用につき、日時・場所・方法を変更した事案で公訴事実の同一性を肯定。以下「判例⑤」という)の5つがそれぞれである。また、学説においても、「非両立」性という概念は広く受容されている。

そして、「非両立」性の判断に際しては、「帰属」のアプローチと「比較」のアプローチと呼ばれる2つの発想<sup>8</sup>があるとされ、それがいわゆる審判対象論、すなわち、公訴事実対象説と訴因対象説の対立に結びつけられることが多い。本稿ではこの点の検討から議論を始めることにする。

この問題に関する一般的な理解は、次のように整理することができるであろう<sup>9</sup>。

まず、公訴事実対象説的な発想によれば、訴因の背後には訴因とは別に何らかの社会的事実が実体として存在するものとされる。そして、旧訴因と新訴因の背後にある社会的事実が同一のものである——すなわち、両訴因が同一の社会的事実「帰属」する——ならば、「訴因記載の事実だけをみると、2つの社会的事実があったようにもみえるが、そのどちらかしか成立しない関係にあることから、それは2つの社会的事実ではなく、1つの社会的事実がそのように異なってみえていただけ」<sup>10</sup>であると解され

---

7 なお、この事案では、検察官が窃盗の点につき(訴因変更を行うのではなく)別訴を提起しており、その可否が問題となった。判例②は、業務上横領と窃盗の間には公訴事実の同一性があると判断している。

8 田宮・前掲注1・205頁(ただし、田宮は、両アプローチの対立を「非両立」性の判断の場面に限定するものではないと解される)。また、両アプローチの対立を軸に学説の整理・分析を行ったものとして、辻本典央『刑事手続における審判対象』(成文堂、2015年)131以下。

9 この点については、川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起 公判・裁判篇〕』(立花書房、2018年)110～111頁の整理が明快であり、参考になる。

10 川出・前掲注9・110頁。

る。それゆえ、「非両立」とは、「両訴因に記載された事実そのものの非両立」<sup>11</sup> という意味である。こうした考え方は「帰属」のアプローチと呼ばれる。

これに対し、訴因対象説的な発想によれば、審判対象たる訴因の他に何らかの社会的事実が存在するということが訴訟上観念されないのであるから、公訴事実の同一性の判断に際しては、旧訴因と新訴因とが（検察官の主張するところの）事実としては併存するという想定のもと、両者を「比較」してその関係を判断することになる。そして、「非両立」とは、「それぞれの訴因記載の犯罪が実体法上両立せず、そのどちらか一方でしか処罰できないという意味」<sup>12</sup> である（このような意味での「非両立」は、「帰属」のアプローチにいう「事実そのものの非両立」とは区別する意図を込めて、「法律上の非両立」などと呼ばれる<sup>13</sup>）。こうした考え方は「比較」のアプローチと称される<sup>14</sup>。

これら2つのアプローチは相互に対立的なものとして位置づけられ、前者に対して、現行法が基調とする当事者主義的な訴訟構造にそぐわない、

11 川出・前掲注9・111頁。

12 川出・前掲注9・111頁。

13 たとえば、酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2版、2020年）308頁は、「実体法上の刑罰権の非両立性すなわち法律上の非両立性を意味する。証拠に基づく事実認定上の判断の矛盾・非両立をいうものではない」という。

14 「比較」のアプローチという用語は、より広く、訴因の記載どうしを比較してその関係を検討するという思考法一般を指すこともある（本文中挙げたような考え方は、「非両立」性を論じる場面において登場する1つのバリエーションである）。判例・学説上しばしばみられるように、たとえば、旧訴因と新訴因にどのような／どれほどの共通点ないし重なり合いがあるかによって公訴事実の同一性を判断するという方法も、そうした広い意味での「比較」のアプローチに含まれる（たとえば、平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』（日本評論社、1964年）105頁は、「甲はA日B所で乙から時計を窃取した」という訴因と「甲はX日Y所で丙から〔その〕時計を赃物と知りながら買い受けた」という訴因につき、日時や場所にかかなりの隔たりがあれば、「日時、場所がいちじるしく異なっているので同一性を否定しなければならないでしょう」とする。ここでは、両訴因〔の記載〕の間にどれほどの共通点ないし重なり合いがあるかが重視され、本文中挙げたような考え方とは異なって、両訴因の実体法上の関係は決定的な意味をもたされていないように思われる）。

という趣旨の批判がなされることもある<sup>15</sup>。しかし、はたしてこのような形での図式化は適切であろうか。

## (2) 審判対象論からの分析

現在、訴因対象説の採用については判例・学説上ほとんど異論をみない。しかし、「審判対象は訴因である」といっても、訴因の記載のみをみて訴因に対する評価を適切に行うことができるわけではない。訴因は、検察官が想定する一連のストーリーの中から、犯罪構成要件に該当する「核」の部分を取り取ったものであり、前後の脈絡をふまえずして訴因に対する評価を行うことはできないからである（しばしば「訴因の背後の社会的（歴史的）事実」などといった表現が用いられるが、それがこのような——訴因として切り取られた部分をも包摂する、訴因設定権者たる検察官が想定する一連の事実関係としての——ストーリーを意味するのであれば、それを観念すること自体をもって公訴事実対象説的であると批判するのは当を得ない<sup>16</sup>）。訴因として記載された事実が認定できるか否か、また、仮に認定できるとしてどれほどの刑罰を科すことがふさわしいか、という判断が刑事裁判におけるゴールであるが、そのゴールにたどり着くためには訴因の記載以外のさまざまな要素を考慮に入れなければならないのであ

---

15 たとえば、田宮裕「公訴事実の同一性について——覚せい剤使用事件の判例を契機に——」研修 503 号（1990 年）17～18 頁。

16 池田修＝長沼範良「覚せい剤使用罪の訴因の特定」法学教室 322 号（2007 年）104 頁〔長沼範良発言〕は、「訴因同士を比較するというのは、何も訴因を形式的に比べてみて、日時が近いとか、方法が類似又は同一であるとか、それだけを比較しろと言っているのではなくて、検察官の主張は主張として見るということです。……社会的・歴史的な関係ということを持ち出すと、それは説明として不適切なだけでなく、ここでなされている裁判所の判断の実質が、少しずれてしまうのではないかと危惧していたところです」と述べる。ここからも察せられるように、「訴因の記載」と「それ以外」という区別は、必ずしも、「検察官の主張」と「それ以外（たとえば、裁判所の心証や、およそ訴訟上の主体の認識を離れて客観的に存在する事実）」という区別に対応するものではない。訴因の記載以外の事情を考慮に入れて訴因に対する評価を行うこと自体が公訴事実対象説的な発想であるというのであれば、そこには論理の飛躍があるであろう。

る<sup>17</sup>。

公訴事実の同一性の判断、すなわち、旧訴因と新訴因の関係を検討する作業においてもそれは同じである。「帰属」のアプローチにおいてはもちろんであるが「比較」のアプローチにおいても、およそ訴因の記載のみを資料として——換言すれば、旧訴因や新訴因を包摂するストーリーを度外視して——両訴因の「比較」を適切に行うことができるとは思われない<sup>18</sup>。当然といえば当然のことながら、このことは確認しておく必要がある。繰り返しになるが、訴因の記載以外の何らかの要素を考慮に入れることそれ自体が訴因対象説——ひいてはその基礎となっている当事者主義的な訴訟構造観——に反するというのではないのである。

そして、訴因というものが検察官の主張であるということについても、広く理解が共有されている。そうすると、公訴事実の同一性の判断、すなわち、旧訴因と新訴因の関係の検討という作業は、旧訴因という形で表現された検察官の主張と新訴因という形で表現された検察官の主張の関係の検討であるということになる。検察官の主張と主張の関係を検討するのであれば、そもそも検察官がどのような意図でそれらの主張を掲げているのか、すなわち、訴因変更という場面における検察官の訴追意思がどのようなものであるのかを、両訴因の背景をなすストーリーをふまえて考えるほかないであろう。

---

17 この点については、拙稿『審判対象は訴因である』ということの意味 早稲田法学会誌 68 卷 1 号 (2017 年) 339 頁以下で詳説した (旧稿から一貫する筆者の問題意識は、訴因対象説が本来あるべき形を超えて「過剰適用」されているのではないか、というものである)。

18 中山隆夫「訴因の変更——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』(悠々社、2002 年) 206～207 頁は、「字義どおり証拠関係は全く無視して単に訴因の記載のみで非両立性を判断すべきであるというのであればそれは誤りであろう」とした上、「1 月 1 日に甲方において財物 A を窃取した」という訴因と「1 月 4 日に乙方付近において財物 A を贓物故買した」という訴因の間で公訴事実の同一性の有無が問題となるケースにつき、「仮に当該財物の A がその間にいったん被害者である甲に戻っていたというような特別の事情が証拠上認められるときには窃盗の訴因と贓物故買の訴因はいずれも成立し得ることになり、同一性は否定されるのであって、非両立の関係を考えるに当たっては、やはり証拠関係を無視できない」とする。



検察官が新たに訴因を追加しようとする場合、大別して2つのパターンがある。

1つは、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実が併存するという前提で、新訴因を追加する場合である。もう1つは、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実が併存しないという前提で、旧訴因が認定できない場合にはそれに代えて新訴因を認定してもらいたい（予備的な訴因の追加）、または、旧訴因か新訴因のいずれか一方を認定してもらいたい（択一的な訴因の追加）という趣旨で、新訴因を追加する場合である。

旧訴因にかかる罪名と新訴因にかかる罪名の組み合わせが同じであっても、検察官の訴追意思がどのようなものであるか——上記2つのパターンのいずれであるか——によって、両訴因の関係の把握のしかたは異なってくるであろう。

たとえば、旧訴因が「昭和25年10月14日頃、静岡県内のホテルに宿泊中のA所有にかかる背広1着を窃取した」というもの（窃盗）であり、新訴因が「昭和25年10月19日頃、自称Aから背広1着の処分を依頼され、その後、4000円を借り受けるに際して、盗品であることを知りながら背広1着を質入れした」というもの（贓物牙保）であるとする（判例①の事案を簡略化したもの）。両訴因で客体とされている背広1着が同一物であるとき、裁判所はどのような形で公訴事実の同一性を判断すべきであろうか。

（実際には考えにくいことであるが）仮に、検察官が、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実が併存するという前提で——すなわち、「被告人は、自ら背広1着を窃取した後、さらに、（具体的にどのような場面が想定できるかはひとまず措き、何らかの経緯で）他人にその処分を依頼されて質入れした」というストーリーを想定して<sup>19</sup>——新訴因を追加しよ

---

19 窃盗本犯はおおよそ盗品関与の主体とはなり得ないと考えるのであれば、盗品関与の書かれざる構成要件として「窃盗本犯ではないこと」が含まれているということもできる（たとえば、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論』〔弘文堂、7版、2019年〕298頁は、本犯者による盗品の運搬の例を挙げ、本犯者は「本罪の

うとしたのであれば、窃盗罪が成立すれば赃物牙保罪は不可罰的ないし共罰的事後行為となり、いずれにしても両訴因は同時に犯罪の成立を認められて処罰されるべき関係にはない——すなわち、「法律上の非両立」である——という理由によって、公訴事実の同一性が認められることになるであろう。これは「比較」のアプローチによる処理である。

これに対し、検察官が、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実は併存しないという前提で——すなわち、「被告人は、自ら背広1着を窃取したか、または、他人が窃取した背広1着を、事情を知りつつ、同人の依頼を受けて質入れした」というストーリーを想定して——新訴因を追加しようとしたのであれば、こうした処理が旧訴因と新訴因の関係に即したものであるとは思われない。旧訴因という形で表明された主張と新訴因という形で表明された主張は併存しないものとして提示されており、そもそも、両者の罪数関係を論じる前提を欠くからである<sup>20</sup>。この場合に強いて両訴因を罪数判断の俎上に乗せようとするれば、両訴因の記載のみを——そのような訴因を提示した検察官の訴追意思という文脈から切り離して——取り上げ、「仮に両者が事実として併存するとしたら」という仮定(?)を置いた上でこれを行うことになるであろう。しかし、いったい何のためにわざわざそのようなことをするのか、また、そのような判断のしかたがこの

---

本犯助長的性格から考えて……本来、運搬罪の主体たりえないと解すべきである。したがって、それは、共罰的事後行為ではなく、不可罰的事後行為ということになる」とする)。そうした理解を前提とすると、厳密に言えば、「被害品の窃取」という事実と「被害品の処分のあっせん」という事実自体は併存し得ても、窃盗本犯の旧訴因にかかる事実と赃物牙保の新訴因にかかる事実（そこには「窃盗本犯ではないこと」までが含まれる）はおよそ併存し得ない、ということになるであろう。その場合、そもそも新旧両訴因にかかる事実の併存を想定したストーリーは成り立ち得なくなる。

- 20 たとえば、「被告人は被害者の身体を海中に投棄した。その時点で被害者が生きていたか死んでいたかは不明であるが、被告人は被害者が生きていても死んでいてもかまわないと思っていた」という場合、「生きている被害者を海中に投棄して殺害した」という（殺人罪に該当する）事実と「被害者の死体を海中に投棄した」という（死体遺棄罪に該当する）事実とが併存しない以上、殺人罪と死体遺棄罪の罪数関係を論じるということは考えられないであろう（殺人未遂罪の成立する可能性については別論とする）。それと同じことであると思われる。

場面において適切なものであるのか、疑問を感じるところである。

訴因というものが検察官の主張であり、検察官が想定する一連のストーリーの中から「核」となる部分を切り出したものであるならば、はたして、検察官の想定するストーリーを離れて旧訴因と新訴因の関係を判断するなどということができるのであろうか。

たとえば、1本の映画の中にシーンAとシーンBがあり、この両シーンの関係をどのように解釈すべきか、ということ映画評論家が考えるとする。映画評論家は、もちろん、シーンAとシーンBだけを観て事足りりとするのではなく、その映画を最初から最後まで観て、それ以外のシーンとの関係もふまえた上で何らかの結論を出すであろう。映画全体の中での脈絡というものを考えなければ、シーンAとシーンBの関係を適切に把握することなどできないからである。しかし、仮にこのとき、シーンAとシーンBだけは元のままだが、それ以外の部分はすべてその映画評論家が自分で考えたものに変えてしまい、その改変されたストーリーの中に両シーンをはめ込んだ上でそれらの関係を考えるとしたらどうであろうか。たとえそこで何らかの結論を出したとしても、それはもはや——少なくとも、元の映画の1コマとしての——シーンAとシーンBの関係を解釈しているとはいえない。検察官が旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実は併存しないという趣旨で訴因変更を試みているにもかかわらず、両者が事実として併存するという仮定(?)で旧訴因と新訴因の関係を判断するというのは、2つの訴因がどのような文脈で提示されているかということ度を外視しているという意味で、これと同じではないだろうか。旧訴因と新訴因の記載内容だけは元のままであっても(また、たとえ最終的に「非両立」性を肯定するという結論は同じであっても)、そこで判断の対象とされているのは裁判所によって換骨奪胎された「訴因と同じ顔の、かつて訴因であったもの」であり、もはや検察官の主張としての訴因という実体を失っている、ということになりそうである<sup>21</sup>。

このように考えると、この場合には、検察官の訴追意思に基づき、端的に、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実は併存しないものであると

して、「非両立」性を肯定すべきことになる。それは、「被告人はどのような経緯でA所有にかかる背広1着を所持するに至ったのか」という同一のストーリーの内容が具体的にどのようなものであったか、という点について検察官が両立しない2つの可能性を主張している、という把握のしかたであり、「帰属」のアプローチによる処理ということになる<sup>22</sup>。

これに対して、旧訴因が「昭和27年12月30日頃、自宅において、銅板の窃取を計画しているAから運搬用のリヤカーを貸してくれと頼まれ、事情を知りつつこれを貸与した」というもの（窃盜幫助）であり、新訴因が「昭和27年12月31日頃、自宅において、それが盗品であることを知りながら、Aが窃取した銅板を買い受けた」というもの（贓物故買）であるという場合（最判昭和33年2月21日刑集12巻2号288頁の事案を簡略化したもの）はどうか。

この場合も、検察官がどのような趣旨で訴因変更を試みているのかが問題となる。まず、「被告人は、12月30日頃、銅板の窃取を企図するAに事情を知りつつリヤカーを貸与した。翌日、盗品であると知りながら、Aが盗んできた銅板を買い受けた」というストーリーを想定しているのであ

- 
- 21 このような理解に対しては、「旧訴因と新訴因の内容は元のままであるのだから、それらはなお検察官の主張としての実体を維持している」という反論があるかもしれない。それは、結局のところ、訴因の記載のみによって公訴事実であろう。それが適切と思われないことはすでに述べたとおりである。
- 22 判例①は、「右2訴因はともにAの窃取された同人所有の背広1着に関するものであって、ただこれに関する被告人の所為が窃盜であるか、それとも事後における贓物牙保であるかという点に差異があるにすぎない(i)。そして、両者は罪質上密接な関係があるばかりでなく、本件においては事柄の性質上両者間に犯罪の日時場所等について相違の生ずべきことは免れないけれども、その日時の先後及び場所の地理的關係とその双方の近接性に鑑みれば、一方の犯罪が認められるときは他方の犯罪の成立を認め得ない関係にあると認めざるを得ない(ii)」と述べて、公訴事実の同一性を肯定している（傍線とローマ数字は筆者が付した）。iの部分は「帰属」のアプローチに親和的な判示であるが、iiの部分は「比較」のアプローチを思わせる。この事案では、窃盜の旧訴因につき十分に立証がなされなかったため、検察官が予備的に贓物牙保の新訴因の追加を試みており（天野憲治「判解」昭和29年度最判解刑事篇104頁）、検察官は旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実は併存しないという趣旨であったようである。したがって、本稿の理解によれば、端的にiを理由として「非両立」性を認めれば足りたことになる。

れば、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実は併存するという主張なのであるから、両者の罪数関係を論じることになる。両者が併合罪の関係に立つと解するのであれば、「非両立」性は否定されよう。これに対して、「被告人は、12月30日頃、銅板の窃取を企図するAに事情を知りつつリヤカーを貸与したか、または、(リヤカーの貸与という事実はなかったが)その翌日、盗品であると知りながら、Aが盗んできた銅板を買い受けた」というストーリーを想定しているのであれば、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実は併存しないという主張なのであるから、それゆえに、「非両立」性は肯定されることになろう<sup>23,24</sup>。

判例①の事案のように窃盗本犯と赃物牙保という組み合わせであれば、「帰属」のアプローチによっても「比較」のアプローチによっても最終的

---

23 宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(有斐閣、2版、2018年)248頁〔松田岳士執筆〕は、「たとえば、同一被害物件をめぐる窃盗幫助と盗品有償譲受けの訴因の間でも、被告人が、①窃盗幫助に加え、その被害物件の有償譲受けも犯したとして訴追される場合には、(両者は併合罪関係にあるとする判例の立場を前提とするかぎり)公訴事実の単一性が否定されることについて争いはないが……②窃盗幫助と盗品有償譲受けのいずれか一方を犯したとして訴追される場合を考えてみると、両訴因が同一の処罰関心に属するものであるか否か、すなわち、両訴因間に公訴事実の狭義の同一性が認められるか否かについては議論があり得る」という。検察官の訴追意思のあり方如何によって両訴因に対する把握のしかたが異なり得ることを適切に指摘したものと見えよう。

24 最判昭和33年2月21日刑集12巻2号288頁は、「窃盗の幫助をした者が、正犯の盗取した財物を、その赃物たるの情を知りながら買受けた場合においては、窃盗幫助罪の外赃物故買罪が別個に成立し両者は併合罪の関係にあるものと解すべきである……から、右窃盗幫助と赃物故買の各事実はその間に公訴事実の同一性を欠くものといわねばならない」とした。この事案では、被告人は窃盗幫助の訴因について全面的に否認しており、検察官が予備的に赃物故買の訴因を追加したようである(足立勝義「判解」昭和33年度最判解刑事篇68頁)。仮に、検察官が、窃盗幫助の事実と赃物故買の事実は併存せず、被告人の関与はいずれか一方のみであるという趣旨で訴因変更を試みたのであれば、本文で述べたように、「帰属」のアプローチにより「非両立」性が肯定されるべきであったと思われる。これに対し、検察官が、窃盗幫助の事実と赃物故買の事実は併存するという趣旨で訴因変更を試みた(たとえば、窃盗幫助の訴因につき有罪となるのであればあえて赃物故買での処罰までは求めない、という意図で予備的訴因の追加という形をとった)のであれば、この判決のような処理がなされるべきことになろう。

に「非両立」性を肯定するという結論に至る<sup>25</sup>ため、両アプローチのいずれによるべきかという問題はそれほど意識されないのかもしれない（しかし、理論的には考えなければならないことである）。これに対し、窃盗幫助(ないし教唆)と贓物故買という組み合わせの場合にはいずれのアプローチをとるかによって結論が異なり得るため、この問題に正面から向き合う必要が出てくるのである。

### (3) 両アプローチの使い分け

すでにみたように、従来は、「帰属」のアプローチは公訴事実対象説的な発想から、「比較」のアプローチは訴因対象説的な発想からそれぞれ導かれるものであり、対立的な関係にあるから、その帰結として、「非両立」性を判断する際には各々が拠って立つ審判対象論に関する理解を前提に、常にいずれか一方のアプローチによらねばならない、という整理がなされてきたように思われる。しかし、ここまで述べてきたところから、筆者は、訴因対象説を前提としても「帰属」のアプローチをとることは可能であり、検察官が訴因変更を試みる際の訴追意思のあり方に応じて、2つのアプローチを使い分けるべきであると考えている。

このことは、実際には多くの論者に受け容れられているのではないだろうか。それが察せられるのが、判例⑤に対する評価である。

この事案では、旧訴因が「被告人は、『よっちゃん』ことAと共謀の上、法定の除外事由がないのに、昭和60年10月26日午後5時30分ころ、栃木県芳賀郡二宮町大字久下田543番地の被告人方において、右Aをして自己の左腕部に覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン約0.04グラムを含有する水溶液約0.25ミリリットルを注射させ、もって、覚せい剤を使用した」というもの、新訴因が「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和60年10月26日午後6時30分ころ、茨城県下館市大字折

---

25 もちろん、具体的な事実関係次第であるため、単純に罪名の組み合わせのみで判断ができるという趣旨ではない。

本 752 番地の 1 所在のスナック B 店舗内において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン約 0.04 グラムを含有する水溶液約 0.25 ミリリットルを自己の左腕部に注射し、もって、覚せい剤を使用したものである」というものであり、検察官は、両訴因はいずれも尿採の直近 1 回の使用を対象とするものである旨釈明していた<sup>26</sup>。

最高裁は、「両訴因は、その間に覚せい剤の使用時間、場所、方法において多少の差異があるものの、いずれも被告人の尿中から検出された同一覚せい剤の使用行為に関するものであって、事実上の共通性があり、両立しない関係にあると認められるから、基本的事実関係において同一であるということが出来る」と判示し、公訴事実の同一性を肯定している。「同一覚せい剤の使用行為に関するものであって、事実上の共通性があり、両立しない関係にあると認められる」という部分からは、最高裁が検察官の釈明をふまえ「帰属」のアプローチによって本件を処理したことがうかがわれる。旧訴因も新訴因も同一の覚せい剤使用行為を指向するものであり、ただ、審理の過程でその日時・場所・方法等がどのようなものであったかという点につき検察官の認識が変わったため、それに対応して訴因変更が試みられた、という理解である<sup>27</sup>。

仮にこの事案を「比較」のアプローチによって処理するのであれば、検察官が上記のように釈明しているにもかかわらず、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実が併存するという仮定(?)でその罪数関係を判断することになるのであろうか。その場合、旧訴因にかかる覚せい剤の使用と新訴因にかかる覚せい剤の使用とは(定着した実務の運用を前提とすれば)併合罪の関係に立ち、伝統的な理解にいうところの「単一性」を欠くため、

---

26 本件の経過に関しては、川口宰護「判解」昭和 63 年度最判解刑事篇 375 頁以下。

27 原判決(東京高判昭和 61 年 6 月 25 日高刑速昭和 61 年 97 頁)は「当初の訴因事実と変更請求にかかる訴因事実とは、同一の社会的、歴史的事象に属し、基本的事実関係を同じくするものとして、公訴事実の同一性の範囲内にあると解するのが相当である」と判示しており、「帰属」のアプローチの発想がより鮮明に表れている。この点につき、川出・前掲注 9・115～116 頁は、「[判例 ⑤の] 基本的な考え方は原審と同様であると考えられる」と評している。

公訴事実の同一性が認められない、ということになりそうである<sup>28,29</sup>。

しかし、一般論として（公訴事実対象説的であるとされる）「帰属」のアプローチに批判的な論者も含め、この事案に関しては、大方が本決定の判断プロセスを支持し、新旧両訴因がいずれも同一の使用行為を指向するものであるがゆえに「非両立」性を肯定すべきである、といった説明をしているようである<sup>30</sup>。このことは、訴因対象説とその帰結であるとされる「比較」のアプローチによるべきことを強調する論者においても、「帰属」のアプローチが受容可能なものであること、そして、検察官の訴追意思のあり方に応じて両アプローチが使い分けられていることを物語っているのではないか。

前述のように、訴因対象説と「帰属」のアプローチは矛盾しないと考えられるため、そのこと自体に問題はない。ただ、前出の窃盗／赃物牙保、窃盗幫助／赃物故買の事案では「比較」のアプローチを用い、覚醒剤使用

28 実際、川口・前掲注 26・376 頁によると、水戸地裁下妻支部の裁判官は、旧訴因と新訴因の「各事実を比較対照すると、犯行時刻、犯行場所が異なることのほか、共犯者の有無、覚せい剤の使用形態の点においても相違していることが指摘できる。このような場合にあっては、……各事実が両立しえない関係にあるとは認めることはできず、公訴事実の同一性はないといわざるを得ない」として、被告人の勾留を取り消したとのことである。

29 この点については、両訴因の時間的間隔はわずか 1 時間であるところ、場所は栃木県と茨城県でまったく異なるのであるから、2つの使用行為が併存する可能性は乏しい、という理由で「非両立」性を肯定すべきだという意見があるかもしれない。その場合、仮に両訴因の時間的間隔がより大きく、2つの使用行為が併存する可能性が高まれば、検察官の釈明を度外視して「非両立」性を否定することになるのであろうか（なお、そもそも裁判所の心証を基準として公訴事実の同一性の判断を行うことが適切か、という問題については後述する〔後出（5）〕）。

30 たとえば、「単純に両訴因の記載だけを比較対照するものではありません。そうかといって、記録に現れた被告人の覚せい剤使用状況なども考慮して、社会的・歴史的的事象として同一であるかというふうに判断したものでないと思います。むしろ、検察官の主張を、一定の覚せい剤使用行為に関するものとして位置づけたという限りで理解すべきでしょう。したがって、そこでいう尿中から検出された同一覚せい剤の使用行為というの、背景となる何か実体があるものというより、検察官の主張として、そのようなかたちでの使用行為を取り上げたということです」（池田＝長沼・前掲注 16・104 頁〔長沼発言〕）といった説明が考えられる。これはまさしく、（検察官の主張によれば）新旧両訴因はいずれも「直近 1 回の使用行為」に「帰属」する、という発想といえよう。



の事案では「帰属」のアプローチを用いるというあり方は、論理的に整合するのであろうか。おそらく、これらの事案を取り上げるとき、ほとんどの論者は、検察官が、旧訴因と新訴因はともに同一の事実——前者の事案であれば「被告人はどのような経緯で盗品を所持するに至ったのか」、「被告人は当該物品の窃取の前後にどのような形で関与したのか」というもの、後者の事案であれば「被告人はいつ、どこで、どのような方法でその覚醒剤使用を行ったのか」というもの——を指向するものであり、それゆえ、事実として併存しないという趣旨で訴因変更を試みている、という場面を想定しているであろう。そうであるならば、検察官の訴追意思がそのようなものであるがゆえに、これらの事案はひとしく「帰属」のアプローチによって処理すべきことになるのではないだろうか<sup>31</sup>。

#### (4) 小括

以上をふまえ、本稿では次のような整理を提案したい。

まず、訴因対象説を前提とした場合、「比較」のアプローチはもちろん、「帰属」のアプローチをとることも可能である。

そして、訴因が検察官の主張であり、公訴事実の同一性の判断が旧訴因という主張と新訴因という主張の関係を評価するという作業であるならば、そこでは、検察官が訴因変更を試みるにあたってどのような訴追意思を有するか、ということが決定的に重要となるはずである。検察官が旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実を併存するものとして主張している場合には、「比較」のアプローチに基づき、両訴因の罪数関係、すなわち、両訴因が実体法上数罪として両立しない（＝成立上ないし科刑上一罪の関係に立つ）関係にあるか否かによって「非両立」性の肯否が決められるこ

---

31 出田孝一「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、8版、2005年）105頁は、「非両立」概念を用いた判例①ないし⑤について、「これらの判例における両訴因の関係は一様ではない。……しかし、各事案で共通しているのは、いずれも訴因の背後にある社会的事実としての犯罪行為又は客体が共通している同一の事実とみることができ、両訴因はその事実をどちらとみるのかの違いに過ぎないということである」とする。

とになる。これに対し、検察官が旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実は併存しないという主張をしているのであれば、「帰属」のアプローチにより「非両立」性が肯定されることになるのである<sup>32</sup>。

前者のケースは、従来、「単一性」が問題となる場面として位置づけられてきたものである。これに対し、後者のケースは、従来、「狭義の同一性」が問題となる場面として位置づけられてきたものである<sup>33</sup>。「非両立」概念は、これら2つの場面をともにカバーするものということができる(なお、仮に両訴因が「非両立」の関係にあるとなった場合、ただちに公訴事実の同一性を認めてよいかについてはさらに検討を要すると思われる。この点については後述する〔後出3(3)参照〕)。

「実務において訴因変更の可否が問題となる場合には、まず罪数を考え、単一性の検討で結論が出ない場合には、事実関係がかなり変化するかどうかを考え、事実関係がかなり変化する場合に両立・非両立を考える〔※引用者注：いわゆる「狭義の同一性」を考える、という趣旨と思われる〕という思考段階を踏むのではないと思われる<sup>34</sup>ともいわれるが、本稿の理解からすると、これは妥当ではない。「単一性」の問題であるか「狭義の同一性」の問題であるかは事案によって——より厳密には、検察官の訴

---

32 なお、このように解した場合でも、実務上しばしばみられる予備的訴因の追加の場面のすべてにおいて「帰属」のアプローチにより「非両立」性が肯定されることになるわけではない。予備的訴因の追加が行われるのは基本的に公判段階で旧訴因が維持できない可能性が生じている場合であると思われるが、その中でも、①旧訴因にかかる事実と新訴因(予備的訴因)にかかる事実が併存しないものとして主張される場合と、②併存するものとして主張される場合とが考えられるからである。後者の例としては、「検察官は被告人が住居侵入・窃盗を犯したものと認識していたが、住居侵入は起訴せず(いわゆる「吞んで」)窃盗のみを起訴した。しかし、公判で窃盗の立証が難しくなったため、窃盗が認定されないならば住居侵入での処罰を求めるという趣旨で住居侵入の予備的訴因を追加した」などという場合が挙げられよう。この場合、旧訴因と新訴因は検察官の主張の上では事実として併存しているため、「比較」のアプローチによって処理されることになる。

33 たとえば、平野龍一『訴因と証拠』(有斐閣、1981年)158～162頁は、両訴因が事実として併存する場合を「単一性」の問題、事実として併存しない場合を(狭義の)「同一性」の問題として位置づけている。

34 千田・前掲注3・585～586頁。

追意思のあり方によって——異なり得るが、1つの事案（同じ新旧訴因のペア）について「単一性」と「狭義の同一性」の両方が順に検討されるということはないはずだからである。

#### (5) 補論：検察官と裁判所の間に事実認識の齟齬がある場合

ここまでは、さしあたり、訴因変更の許可の請求に際し、検察官が想定している事実関係（以下、「検察官の事実認識」という）と裁判所が証拠調べの結果として心証を形成しているところの事実関係（以下、「裁判所の事実認識」という）との間に齟齬がない場面を念頭に置いてきた。

しかし、両者が食い違っており、それが公訴事実の同一性の判断に影響を及ぼすこともある。たとえば、冒頭の東京高判令和2年2月5日の事案（前出1）で、検察官は「窃取行為は1回のみであり、ただ、その対象がAのバッグであるか（＝旧訴因）、Bのバッグであるか（＝新訴因）という違いがあるにすぎない」という認識で訴因変更を試みているのに対し、裁判所は、「AとBが並んで立っており、Aのバッグを対象とする窃取行為とBのバッグを対象とする窃取行為が短時間のうちに連続して行われた」と考えているような場合がそれに当たる。検察官の事実認識を前提とすれば旧訴因と新訴因は事実として両立しないため（伝統的な理解によれば）「狭義の同一性」が肯定され公訴事実の同一性が認められることになるであろう。これに対し、裁判所の事実認識を前提とすれば両者は事実として併存することになり、かつ、おそらくは併合罪の関係に立つと解されるため、（伝統的な理解によれば）「単一性」が否定され、公訴事実の同一性は認められない、ということになると思われる<sup>35</sup>。

---

35 この事案で、第1審判決は、「公訴事実の同一性の判断のうち、とりわけ単一性の判断にあつては、基本的に各訴因のみを基準として比較対照することにより行うことが相当であるところ、本件の旧訴因と新訴因のみを比較対照してみれば、AとBが同一の場所に居合わせ、その両名がそれぞれ所持するショルダーバッグに対し、被告人が順次手を入れて各在中品を窃取しようとし、それらを警備員に発見されて逮捕されたために窃盗の目的を遂げなかったものとしてそれぞれ成り立ちうることからすれば、公訴事実として両立するものといえる」と述べている（同判決の理解について、詳細は拙稿・前掲注4）。

こうした場合、公訴事実の同一性の判断の基礎となるのは、検察官の事実認識であるのか、それとも、裁判所の実事認識であるのか<sup>36</sup>。

明示的に取り上げられることが多くない問題であるため判然とはしないが、おそらく、多数の論者は、①いまだ証拠調べが進んでおらず、裁判所が事実関係について心証を形成するに至っていない段階では、さしあたり検察官の事実認識を基礎として暫定的に公訴事実の同一性を判断するが、②証拠調べが進み裁判所が事実関係について心証を形成した段階では裁判所の事実認識を基礎として公訴事実の同一性を判断する（もしその判断が①の段階で行ったものと異なる場合は、訴因変更の許可を取り消すとか、その時点で改めて訴因変更を許可するとかいった対応をすることになる）、というように考えているのではないだろうか<sup>37</sup>。つまり、本来、公訴事実の同一性の判断の基礎となるのは裁判所の実事認識であるべきだ、ということである<sup>38</sup>（なお、この点に関する判例の立場は必ずしも明らかではない。最判昭和 62 年 12 月 3 日刑集 41 卷 8 号 323 頁は、「検察官が誤って旧訴因とは併合罪の関係にある新訴因の追加を試みたところ、第 1 審裁判

---

36 前掲注 16 でも言及したが、この問題と、「公訴事実の同一性の判断に際して、訴因の記載のみを資料とするのか、それ以外の事情も考慮に入れるのか」という問題とは区別されなければならない。訴因の記載以外の事情をも考慮に入れるとして、さらに、それに関する検察官の事実認識と裁判所の実事認識が異なる場合、いずれを基礎とすべきか、という問題が生じるのである（山室恵「訴因変更の可否」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』〔青林書院、1998 年〕66 頁は、「非両立」性の判断に際して何と何とを比較するのか、という問題設定を行った上、「両訴因の記載事実のみを比較する」見解と「両訴因の背後にある社会的事実、すなわち、証拠調べの結果に表れた事実を比較する」見解とを対置している。これは、「訴因の記載以外の事情をも考慮に入れること＝裁判所の実事認識を基礎とすること」という理解によるものであるようにも思われるが、仮にそうだとすれば疑問である）。

37 たとえば、中山・前掲注 18・208 頁。

38 山室・前掲注 36・67～69 頁、佐藤文哉「公訴事実の同一性に関する非両立性の基準について」河上和雄先生古稀祝賀論文集刊行会編『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2003 年）261 頁、中谷雄二郎「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、10 版、2017 年）106～107 頁、池田＝長沼・前掲注 16・105 頁〔長沼発言〕、河村俊哉「訴因変更の可否」廣瀬健二編『刑事公判法演習』（立花書房、2013 年）39 頁、酒巻・前掲注 13・310 頁など。

所はこれを許可した。その後、検察官が訴因の追加の請求を撤回すると述べたため、第1審裁判所は、すでに行った訴因の追加の許可決定を取り消した」という事案において、第1審裁判所によるこうした措置を是認した。この判例は、訴因変更の可否に関する判断が誤っていたことが審理の進展により事後的に判明した場合全般〔そこには、罪数評価等の法的評価に関する誤りもあれば、事実認識に関する誤りも含まれ得る〕につき、裁判所は、その時点における自らの見解ないし認識に基づいて訴因変更の可否に関する判断をやり直すことができる、という立場をとっているようにも思われる。仮にそうだとすれば、そこでは、公訴事実の同一性の判断の基礎となるのは裁判所の実事認識である、という理解が前提とされていることになろう。しかし、この事案は、検察官が訴因の追加を試みた時点と訴因の追加の許可が取り消された時点とで裁判所の実事認識が変化し、その結果として検察官の実事認識と裁判所の実事認識に齟齬が生じるに至った、というのではなく、罪数評価が誤っていた〔本来は併合罪と評価すべきものを科刑上一罪と評価してしまった〕ことが判明した、というものであったようである。そうだとすると、この判例は、「公訴事実の同一性の判断の基礎となるのは検察官の実事認識か、裁判所の実事認識か」という問題について、上記のような理解を採用したものであるとは断じられないことになる。

これに対して、おそらくは少数ながら、「訴因は検察官の主張であり、いわゆる実体すなわち裁判所が証拠から得る心証とは別個のものである。そうだとすれば、そもそも訴因追加が許されるか否か、すなわち訴因の間に公訴事実の同一性があるか否かは、訴因自体について判断されるべきであり、実体形成とは無関係でなければならない」<sup>39</sup> という主張もなされている。たとえ裁判所がすでに事実関係について心証を形成しており、それが検察官の想定する事実関係とは異なる場合であっても、公訴事実の同一

---

39 大澤裕「公訴事実の同一性に欠ける訴因追加と事後措置」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下巻』（有斐閣、1998年）329頁。

性は検察官の事実認識を基礎として判断すべきだ、というのである<sup>40</sup>。

なお検討を要する問題ではあるが、現時点で筆者は後者の見解を支持したい。その理由として以下の4点を挙げておく。

第1点。すでに述べたところと重なるが(前出(2))、訴因が検察官の主張であり、公訴事実の同一性の判断が訴因と訴因、すなわち、検察官の主張と主張の関係を検討する作業であるとするなら、裁判所の事実認識を基礎としてこのような判断を行うことができるのか、という根本的な疑問がある。「公訴の提起が、嫌疑を伝達するものではなく、検察官の主張を明らかにするものだとすれば、訴因はまさにその主張された事実を示すものなのです。そしてその後の訴訟の過程でも、訴因は同じ性質を持ちつづけなければなりません。はじめは、訴因は、主張であるが、後には、証拠を反映したものになる、というわけにはゆかないのです」<sup>41</sup>と考えるのが一貫しているのではないか。訴因の記載の部分だけは同じものであっても、旧訴因と新訴因の背景をなすストーリーを裁判所が自らの事実認識に基づいて入れ替えてしまったら、もはや検察官の主張としての両訴因の関係を判断しているとはいえないように思われる。強いてそれをすれば、「裁判所が自らの心証を基準に審判対象の設定に介入することにはほかならず、検察官に委ねられた審判対象設定の権限を害することになる」<sup>42</sup>のではないか、ということになる。

第2点。検察官がある訴因を提示して起訴をしたとき、たとえ裁判所がその訴因にかかる事実は認定できないという心証を抱いたとしても、そ

---

40 田宮・前掲注 15・20 頁、川崎英明「判批」『昭和 62 年度重要判例解説』(有斐閣、1998 年) 186 頁、福井厚「判批」判例評論 357 号(1988 年) 232～233 頁、鈴木茂嗣「刑事訴訟法の基礎理論」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、新版、1991 年) 15 頁も同旨か。

41 平野龍一『訴因と証拠』(有斐閣、オンデマンド版、2002 年) 23～24 頁。なお、仮に平野のいう「嫌疑」が「検察官が想定する一連の事実関係であり、そのうち犯罪構成要件に該当する『核』の部分が切り取られ訴因として提示されるもの」を意味するのだとすれば、(表現の適否はともかく)訴因は検察官の抱く「嫌疑」を伝達するものであると位置づけてよいように思われる。

42 大澤・前掲注 39・340 頁。

の訴因ないし起訴そのものが不適法であるとはしない。訴因ないし起訴自体は適法と認めた上で、無罪の判決をするだけである。そこでは、ある主張をすること自体が適法であるか否かという問題と、(適法であるとして)その主張が理由のあるものとして認められるか否かという問題とが区別されているのである。訴因変更の場面はどうか。検察官は、(別訴提起ではなく)訴因変更という形によってではあるが、新たな訴因を提示し、その主張の当否について判断を求めている。たとえ裁判所が新訴因にかかる事実は認定できず無罪であるという心証を形成したとしても、それを理由として訴因変更を不許可とすることはしないであろう<sup>43</sup>。これに対し、検察官の事実認識を前提とすれば公訴事実の同一性が認められる状況で、裁判所の事実認識を基礎として公訴事実の同一性を否定するのであれば、それは、訴因変更により新たな訴因を提示するという方法での検察官の主張それ自体を、裁判所の事実認識を理由として不適法とすることを意味している。そうだとすると、同じ訴因変更の許可・不許可の判断であっても、公訴事実の同一性の有無が問題となる場面においては裁判所の事実認識を基礎とすべきだ、ということになるが、はたしてそのような扱いは整合的に説明され得るのであるか。

この点に関して、いわゆる「訴訟条件と訴因」の問題をめぐる議論が想起される。この問題につき、学説上は、裁判所の事実認識ではなく検察官の事実認識を基礎として訴訟条件が具備されているか否かを判断すべきだ、とする見解が通説的地位を占めているものとされる<sup>44</sup>(訴因変更を経ることなくただちに形式裁判を行うことができるとした判例がみられ<sup>45</sup>、それらは、裁判所の事実認識を基礎として訴訟条件の具備・不備を判断すべきであると解しているようにも思われる<sup>46</sup>)。しかし、それらはいずれも

43 香城・前掲注6・94～95頁参照。

44 後藤昭「予備的訴因と訴訟条件」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下巻』(有斐閣、1998年)354頁。

45 たとえば、最判昭和31年4月12日刑集10巻4号540頁、最判昭和48年3月15日刑集27巻2号128頁。

46 最判昭和29年9月8日刑集8巻9号1471頁は、「親告罪であるか否かは、最

形式裁判の対象とすべき事実を検察官が予備的ないし黙示的に主張していたとみることもできる事案に関するものであるため、上記の通説的見解によってもなお説明が可能なものといえよう<sup>47</sup>。そうだとすると、この問題に関する判例の立場はなお明らかではないことになる)。それはまさしく、訴因は検察官の主張であり、訴訟条件が具備されているか否かは検察官がそのような主張をすること自体が適法であるか否かの問題である、という理解によるのであろう。上記のように、訴因変更の可否の判断は、旧訴因と新訴因が公訴事実の同一性を有するか否かという形で、検察官が新訴因の提示という主張をすること自体の適法性を問うものである。その意味で、訴因変更の場面においては、「旧訴因と新訴因が公訴事実の同一性を有すること」を——厳密な用語法としては不正確であるかもしれないが——新訴因を提示するための訴訟条件（的なもの）として位置づけることができるであろう。仮にそうだとすると、「訴訟条件と訴因」の議論においては検察官の事実認識を基礎とすべきであるとしつつ、公訴事実の同一性の判断においては裁判所の実事認識を基礎とすべきであるというのは、矛盾しないであろうか。

第3点。公訴事実の同一性の判断を行う際には裁判所の実事認識を基礎とすべきであるという立場の根拠として、公訴事実の同一性を判断する権限が裁判所に与えられている点が挙げられることがある<sup>48</sup>。そして、そのことと、訴因は検察官の主張であり、それとは別に何らかの社会的実体の存在が訴訟上観念されるわけではない、という訴因対象説の理解とは、相反するものではないとされる<sup>49</sup>。

---

終的には、裁判所により事実審理の結果をまって、判定さるべきものであり、必ずしも起訴状記載の訴因に拘束されるものではない」と述べている。また、本吉邦夫「判解」昭和48年度最判解刑事篇38頁は、「公訴の適法性、有効性は、訴訟条件との関係では、当初は……起訴状の訴因を基準として判断する。しかし証拠調が進むと究極的には原則として裁判所の心証を基準として判断する」とする。

47 酒巻・前掲注13・320～322頁参照。

48 佐藤・前掲注38・261頁、酒巻・前掲注13・310頁など。

49 酒巻・前掲注13・310頁。



しかし、公訴事実の同一性に関する判断権限が裁判所にあることと、その判断に際して検察官の事実認識ではなく裁判所の事実認識を基礎とすべきであるということとは、論理的には連動しないように思われる。もし最終的な判断権限が裁判所にあるがゆえに裁判所の事実認識を基礎としてその判断をすべきであるというならば、すでに触れた「訴訟条件と訴因」の場面においてもまったく同じ論理が妥当するはずであるから、その一事を以てこの問題に関する通説的見解は成り立たないことになってしまう(が、そのようには考えられていないし、そうあるべきでもなかろう)。

あるいは、裁判所の事実認識を基礎とするのでなければ、公訴事実の同一性に関する判断権限を裁判所に与えている意味がなくなるのではないか——常に検察官の請求どおりに訴因変更を許可することになるのではないか——という疑問もあるかもしれない。しかし、検察官の事実認識を基礎とするにしてもなお裁判所が判断すべき事柄は少なからず残されているのであるから(たとえば、訴因の設定=起訴の対象とする事実の選定に関する権限は検察官にあるが、選定された事実に対する法的評価は裁判所の専権事項であるから、検察官が旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実とが併存するという趣旨で訴因変更を試みている場合には、両事実の罪数評価は裁判所が行うべきものである。また、後述のように〔後出3(3)ないし4〕、「非両立」性が認められるだけでただちに公訴事実の同一性を肯定することができるわけではない、という立場をとるのであれば、公訴事実の同一性の肯否にかかる他の要素についての判断は、やはり裁判所が行わなければならない)、裁判所が判断権限を有することには実質的な意味があるというべきである。

繰り返して述べているように、裁判所の事実認識を基礎とすることは、検察官の主張としての訴因という実体を喪失せしめるのではないか、という疑問がある。はたして上記のような理解が訴因対象説と整合するのか、検討の余地があるように思われる。

第4点。訴因変更という制度の趣旨に鑑みれば、公訴事実の同一性の判断を行う際には裁判所の事実認識を基礎とすべきである、と説かれるこ

とがある。訴因変更というのは、旧訴因について有罪判決は見込めないと検察官が判断した場合に新訴因を提示し、同一手続内で有罪判決を獲得するための制度であるから、そこで基礎となるのは裁判所の実事認識であるはずだ、というのである<sup>50</sup>。

訴因変更という制度が主としてこうした場面を想定したものであることについては特に異論はない。また、有罪判決を獲得できるか否かは裁判所の実事認識次第であるというのは、裁判所が実体裁判を行う際には証拠調べの結果として形成された自らの心証を基礎とすることになる、という当然の事理である（そうでなければ、検察官が有罪と主張すれば常に有罪であるということになってしまう）。そうであるからこそ、検察官は、旧訴因を維持した場合と新訴因を提示した場合のそれぞれについて実体裁判に至ったときの結果を予測し、その手続において最も適切と思われる結果を実現するため、訴因の設定につき然るべき措置をとる。しかし、検察官が訴因変更を行うか否かの（予測的な）判断に際して裁判所の実事認識を慮るからといって、そのことから、公訴事実の同一性の判断が裁判所の実事認識を基礎として行われるべきことになるわけではないであろう。検察官の実事認識を基礎として公訴事実の同一性が判断されると解しても、訴因変更制度の趣旨に関する上記の説明は十分に成り立ち得る。

問題は、訴因変更命令（312条2項）との関係である<sup>51</sup>。裁判所には、訴因変更を勧告するにとどまらず、これを命令する権限が与えられている。

---

50 たとえば、香城・前掲注6・96頁は、「社会的事実〔引用者注：本稿でいう裁判所の実事認識を指すと思われる〕が公訴事実の同一性の判断において決定的な役割を果すのは、事柄の本質に由来するものと思われる。すなわち、訴因変更の制度は、変更後の訴因に従って有罪を言渡す余地を認めるためのものであり、したがってまた、訴因変更の許容限度を画する公訴事実の同一性の保持という条件も、変更後の訴因に従って有罪を言渡すための条件であることになる。そうしてみると、変更後の訴因と矛盾するような社会的事実が存在し、変更後の訴因に従って有罪を言渡すことができないときには、さかのぼって公訴事実の同一性が失われると解すべきである」という。

51 この点に言及するものとして、中谷・前掲注38・106～107頁、千田・前掲注3・584頁など。

訴因変更命令に形成力はないとするのが判例<sup>52</sup>であり通説的見解でもあるが<sup>53</sup>、それでも、これを受けた検察官には訴因変更の法的な義務が生じるとされる。この場合、裁判所は、その時点における証拠関係から形成された自らの事実認識を基礎として然るべき新訴因を考案し、そのような新訴因を提示するよう検察官に命じるのであって、検察官はそれに従わなければならない。検察官が従えば、もちろん、その訴因変更は許可されることになる。そして、そこでは、旧訴因と新訴因の間における公訴事実の同一性の有無が裁判所の実事認識を基礎として判断されることになる。そうすると、訴因変更命令（に基づく訴因変更）という制度が設けられている以上、法は、訴因変更の場面全般において、公訴事実の同一性の判断に際しては裁判所の実事認識を基礎とすべきことを予定しているのではないかと、とも思われる。

しかし、そもそも、訴因変更命令は、検察官に訴因設定権限を与えると、いう当事者主義的な原則との関係ではごく例外的な位置づけの制度である。訴因変更命令が発せられる場合、新訴因を設定するのは——いささか語弊があるかもしれないが——形式的には検察官であっても、実質的には裁判所である。つまり、この制度の性質上、そもそも、新訴因は検察官の主張としての実体をもち得ない。したがって、実質的な訴因の設定者である裁判所の実事認識を基準として公訴事実の同一性を判断することは、当然といえば当然のことである（すでに取り上げた映画のシーンの解釈の比喩〔前出（2）〕を用いるなら、ここでは、ある映画の中から取り出したシーンAと、それと一定の関係をもつように映画評論家自身が作り出した〔元の映画の中には存在しない〕シーンBとの関係を解釈することが求められているのである。この場合、シーンAとシーンBの関係は、シーンBを作った映画評論家の想定するストーリー〔＝裁判所の実事認識〕に沿っ

52 最大判昭和40年4月28日刑集19巻3号270頁。

53 本稿と直接の関係はないが、筆者はかつてごく例外的に一定の場面では訴因変更命令に形成力を認めるべきではないか、という提言をしたことがある（拙稿・前掲注17・362～363頁）。

て解釈されるほかないであろう。そもそも元の映画の中にシーン B は存在しないのであるから、元の映画のストーリー〔＝検察官の事実認識〕に沿った解釈などは不可能である)。これに対して、一般的ないし原則的な訴因変更の場面（検察官が純粋に自発的に行う場合に加え、〔法的な拘束力のない〕裁判所の勧告による場合も含む）においては、新訴因の設定者は名実ともに検察官である。そこでは旧訴因と新訴因はいずれも検察官の主張であるから、すでに述べたとおり、両者の関係を判断するには、検察官の事実認識を基礎とすべきことになる。

このように考えると、訴因変更命令による場合とそれ以外の場合では、同じ訴因変更といっても、理解を異にすべきではないだろうか<sup>54</sup>。訴因変更命令という制度が存在することを根拠に、公訴事実の同一性の判断の場面全般につき裁判所の事実認識を基礎とすべきであるとすることはできないように思われる。

### 3 「非両立」概念の根拠と射程

#### (1) なぜ「非両立」性が要求されるのか

ここまで、判例・学説上広く用いられている「非両立」性の判断方法について整理を行ってきた。

しかし、そもそもなぜ公訴事実の同一性の判断において「非両立」という概念を用いるのか、なぜ「非両立」概念の内容をすでに述べたような形で理解すべきであるのかという点については、この段階では何ら説明がなされていない。

冒頭でも述べたように、公訴事実の同一性をめぐる議論がわかりにくいものとなっている理由の1つは、そこで用いられるさまざまな概念——「非両立」もその1つである——があたかも所与の前提であるかのように登

---

54 田宮・前掲注 15・20 頁は、『『歴史的事実』は、裁判所が訴因変更を命ずるような例外的な場合は別としてとくに強調すべきものではなく、訴因変更も検察官の主張・釈明を前提とすべきであり、そうすれば足りよう』（傍点は引用者）という。

場し、論者によりさまざまなニュアンスで用いられることではないかと思われる<sup>55</sup>。しかし、公訴事実の同一性というものが訴因変更という手続をとることが可能な／義務づけられる範囲を画する概念であるならば、そこには何らかの目的ないし機能が期待されているはずである。公訴事実の同一性をめぐる議論の中で用いられるさまざまな概念にも、なぜ、何のためにそのような概念を用いるのか、という観点からの説明があって然るべきであろう<sup>56</sup>。

そうした観点から注目されるのが、「非両立」という概念に「二重処罰防止」という機能をもたせ、かつ、それによって公訴事実の同一性の判断を統一的に指導しようとする見解である（本稿では、以下、この見解を「二重処罰防止説」と呼ぶ）<sup>57 58</sup>。

55 小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法（下）』（有斐閣、1988年）138～139頁は、平野龍一の見解に対し、「両立・非両立について明確な判断基準を示していないだけでなく、分類、区別すべき実質的、積極的根拠も示していないことと、両立・非両立という一罪性・訴因の共通性という訴因変更許否の判断基準とが内的関連性を与えられることなく並置されていることの2点で特徴を持つが、この2点こそ平野説を理解することを困難なものにする点である」と指摘する。この記述は直接的には平野説に向けられたものであるが、公訴事実の同一性をめぐる伝統的な議論に広く妥当するのではないだろうか（上口裕「公訴事実の同一性」光藤景皎先生古稀祝賀論文集編集委員会編『光藤景皎先生古稀祝賀論文集 上巻』〔成文堂、2001年〕384～388頁も参照）。

56 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）139頁は、「事實は無限に多様であり、事実それ自体の中に同一性を決定する絶対的な標準があるわけではないから、訴訟上の合目的性に従って決定されなければならない」という。

57 こうした見解が誰の創唱によるものであるのかは特定できないが、すでに、小西勝「新刑事訴訟法における事実の同一性と訴因」司法研究報告書4輯1号（1951年）には、「二重起訴禁止の範囲・既判力の範囲における同一性の効果否定の結果、A事実とB事実が別個の訴訟においても有罪判決を言渡される可能性を生ずる」（60頁）とか、「A事実とB事実の自然的行為が部分的にも共通でなく、前後の関係にある場合に、両事実のあてはめられた刑罰法規相互の関係上、前後両行為の中一方の行為に刑罰法規を適用すれば他方の行為に対する刑罰法規の適用が排除されるため、両事実が犯罪として両立し得ない関係にあれば、両事実は同一性がある、と考える」（61頁）とかいった記述がある。また、坂本武志「公訴事実の同一性について」中西彦次郎ほか編『司法研修所創立15周年記念論文集 下巻』（1963年）379頁も、「訴因として掲げられた特定の犯罪事実を中心として、それが一罪として成立することになれば、もはやそれとは別個な独立した犯罪の成立が否定される範囲内の事実を、その公訴事実といい、その範囲内に含まれる犯罪事実は同一性があり、それに含ま

二重処罰防止説の概要は、以下のとおりである。

まず、出発点となるのは、「1罪に対する2個以上の訴因が別々に審判されれば、1罪に対し2個以上の有罪判決がなされる危険があることは疑いない。これを回避する最も確実な方法は、1罪に対しては2個以上の審判そのものを許さないことである」<sup>59</sup>という理解である。そして、「1罪に対する2個以上の有罪判決という実体法的に見て整合性に欠ける裁判を回避するために、訴訟法上、1罪に対する別訴をそれ自体として許されないものとする」<sup>60</sup>ことが求められる。公訴事実の同一性の範囲内では別訴提起が許されず、同一手続内における訴因変更という措置が義務づけられるのは、そのためである。

そうだとすれば、公訴事実の同一性の有無とは、要するに、新旧両訴因が実体法上一罪（成立上一罪だけでなく、科刑上一罪も含む。以下、特にことわらない限り、「実体法上一罪」の語はこの意味で用いる）として処理されるべきものであるか否か、という問題であることになる。伝統的な議論においては「単一性」と「狭義の同一性」が区別されてきたが、それらはいずれもこうした説明のもとで統一的に理解される。すなわち、「単一性」は、「両訴因に記載されている罪となるべき事実が実体法上一罪（単純一罪のほか、包括一罪、科刑上一罪等を含む）と扱われる関係にある場合」<sup>61</sup>である。これに対し、「狭義の同一性」は、「両者が、1回の手続に

---

れない犯罪事実は同一性がない」という見解を明らかにしている。かなり早い時期には存在していたこうした発想が、その後の判例・学説の発展を経て精緻化されてきたということであろうか。

58 緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社、2版、2017年）は、伝統的な議論が新旧両訴因間の共通性を重視してきたことについて、「なぜ日時・場所の近接性が求められるのか、なぜ『行為または結果』が共通していればよいのか、という問い」（267頁）を立て、その上で、「この見解〔引用者注：二重処罰防止説〕は、言い換えれば、訴因変更を認めるために『行為または結果』が共通していること、あるいは日時・場所が近接していることを求めた訴因共通説に対し、『これらの要素がなぜ訴因変更の可否に影響するのか』という視点から指針を与えようとするもの」（269頁）である、という評価を与えている。

59 大澤・前掲注5（上）・60頁。

60 大澤・前掲注5（上）・60頁。

61 酒巻・前掲注13・303頁。

においてどちらか一方で一度だけ処罰すれば足りるかという観点から、両立し得ない択一関係にある場合<sup>62</sup>である。そうすると、「単一性」と「狭義の同一性」は、いずれも、「二重処罰を回避するための訴訟手続上の方策・要請という制度趣旨」から導かれる概念であるから、究極的には両者を区別する必要はないことになる<sup>63</sup>（ただ、前者においては新旧両訴因が事実として併存することが想定され、両者の罪数関係が問題とされるのに対し、後者においては新旧両訴因がいずれも同一の事実を指向しておりそもそも併存が想定されないため、当然ながらいずれか一方でしか処罰できないことになる、という「場面の違い」を表現したものであるにすぎない<sup>64</sup>）。「単一性」も「狭義の同一性」も、つまるところ実体法上数罪としての処罰が許されないという意味で新旧両訴因が「非両立」関係にあるという状態を指しているのであり、これを「法律上の非両立」（あるいは、「処罰上の非両立」と呼ぶことができる。それゆえ、公訴事実の同一性の有無は、挙げて新旧両訴因間における「法律上の非両立」という関係の肯否にかかることになる。

二重処罰防止説は、公訴事実の同一性という概念に「二重処罰防止」という合理的な機能を担わせ、そこから「非両立」という概念を明快な思考過程によって導き出している点、伝統的な議論においては、なぜ区別しなければならないのか、相互にどのような関係にあるのかといったことが必ずしも明らかではないまま並置されていた感のある「単一性」と「狭義の同一性」について「(法律上の)非両立」という概念のもと統一的な説明

---

62 酒巻・前掲注 13・304 頁。

63 酒巻・前掲注 13・305 頁。

64 これに対し、上口・前掲注 55・389 頁は、公訴事実の同一性の判断基準を実体法一罪の関係の肯否に求めるという前提は共有しつつ、①いわゆる「単一性」は科刑上一罪の場合を、②いわゆる「狭義の同一性」は単純一罪の場合を指す、という整理を提案する（ただし、上口自身は、「単一性」「狭義の同一性」ではなく、「両立」「非両立」という表現を用いている）。こうした整理も可能ではあるが、わかりやすさという点で、本文で述べたような方法が勝るのではないだろうか。

を加えることに成功している点<sup>65</sup>、(少なくとも相対的には)判断基準として明確である点などにおいて、優れたものといえる。実際、公訴事実の同一性をめぐる諸見解が数十年の長きにわたり「覇を競うがごとくオンパレードを繰り返して」きた中、近時にあっては、二重処罰防止説が有力説として支持者を増やしているように思われる。

## (2)「法律上の非両立」と「事実としての非両立」

筆者自身も二重処罰防止説に大いに魅力を感じている1人であるが、同説の主張の中にはなお理解を全うし得ないところが残っている。それは公訴事実の同一性をめぐる議論において重要なポイントになると思われるため、以下、検討を加えることにしたい<sup>66</sup>。

二重処罰防止説は、実体法上一罪として処理されるべき範囲の事実については訴因変更という方式により同一手続内で審理されなければならないとする。そして、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実とがそのような関係にある場合を「法律上の非両立」と呼び、それが肯定される場合に公訴事実の同一性が認められるのだという。

---

65 米田・前掲注2・91頁は、「単一性」と「狭義の同一性」という「この概念分析が、問題を錯綜させ、見通しを悪くしていることは否定できないであろう」とした上で、「ここでの問題にとって、真に必要なものは、単一性をも含めた実定法上の概念としての同一性の限界を定めることで、実践的には、それだけで足りる。それには……さしあたり、各訴因が……その関係からみて併合罪を構成しえない場合には、312条1項にいう公訴事実の同一性が認められる、とでもしておけばよいであろう」という。

66 なお、二重処罰防止説については、一事不再理効との関係でも疑問がある。通説的理解によれば、二重起訴禁止の範囲、訴因変更が許される／義務づけられる範囲、一事不再理効の生ずる客観的範囲は、いずれも、公訴事実の同一性という概念によって画される。これを前提とした場合、二重処罰防止説からは、前訴で無罪判決が確定した場合にも一事不再理効が生じるとされていることをどのように説明することになるのだろうか。前訴で無罪判決が確定していれば、仮に同一の事実について後訴が提起されても、二重処罰という事態は生じない。それにもかかわらず公訴事実の同一性が認められることを理由として後訴を遮断するのであれば、そこでは、公訴事実の同一性という概念の中に、「二重処罰防止」以外の何らかの要素が含まれていなければならないのではないだろうか。



二重処罰防止説の1つの特徴は、この「法律上の非両立」という概念に「限定された意味」<sup>67</sup>を付与することである。「非両立という概念は、それ自体、多義的である。……非両立とされる場合の中には、事実として両立しない場合と法的評価において両立しない場合とが混在している」<sup>68</sup>ところ、同説のいう「法律上の非両立」は、「事実としての非両立」（「事実認定上の非両立」<sup>69</sup>、「証明上の非両立」<sup>70</sup>などと表現されることもある<sup>71</sup>）とは区別されるものであるという。筆者が疑問を感じているのは、「事実としての非両立」ではあるが「法律上の非両立」ではない、とはいったいどういうことであるのか、両者はどのように区別されるのか、ということである。

「事実としての非両立」ではあっても「法律上の非両立」ではない、とされる典型的なケースとして、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実とが相互にアリバイとなるような事例が挙げられる。たとえば、「被告人は、令和4年12月1日午後10時頃、札幌市〇〇において、自らAの首を絞めて殺害した」という殺人の旧訴因が提示されているところ、そこに、「被告人は、令和4年12月1日午後10時頃、那覇市××において、自らBを銃撃して殺害した」という殺人の新訴因を予備的に追加しようとする場合がそれである<sup>72</sup>（以下、これを「アリバイ事例」と呼ぶ。他に、「被告人は過失運転致傷罪で起訴されたが、後に、事故を起こしたのは別人であ

---

67 池田＝長沼・前掲注16・101頁〔長沼発言〕。

68 大澤・前掲注5（下）・86頁。

69 池田＝長沼・前掲注16・101頁。

70 岩瀬徹『刑事訴訟法の基本問題』（成文堂、2021年）145頁。

71 田宮・前掲注1・207頁が「一方が成立すれば他方は成立しない（それぞれ別個に2個の刑罰を加えるのは妥当でない）という刑罰関心の択一関係（非両立性）」という基準を立てた上で、「この択一関係は、刑罰関心の同一という基準からみた事実上の非両立性のことであって、論理的な択一性一般を意味するのではない」とするものも、同様の発想によるものであろう。

72 なお、新旧両訴因における殺人の被害者が同一である場合については議論がある。1人の被害者は1度しか殺害できないため、同一被害者を対象とする2個の殺人の訴因は常に「事実としての非両立」であるはずであるところ、田宮・前掲注1・207頁は、刑罰関心の同一性という観点から、公訴事実の同一性を否定する。これに対し、辻本・前掲注8・147頁は、この場合には公訴事実の同一性を肯定すべきであるという。

り、被告人は身代わり犯人として出頭したものであることが判明したため、検察官は、犯人隠避罪の訴因を追加した」といったケース<sup>73</sup>〔以下、これを「身代わり犯人事例」と呼ぶ〕がこの議論の素材として取り上げられることも多いが、これについては一部に異見もある<sup>74</sup>ため、よりシンプルな形で議論を進めるべく、本稿ではアリバイ事例を主たる検討対象とすることにする。

同じ者が、同一時点で、一方では札幌で自ら殺人を犯し、他方では那覇で自ら殺人を犯すということは物理的に不可能であるから、新旧両訴因は

---

73 訴因変更の可否ではなく一事不再理効の及ぶ範囲という形で公訴事実の同一性が問題となった事案であるが、東京高判昭和40年7月8日高刑集18巻5号491頁をモデルとしたものである。同判決は、「右確定裁判〔※引用者注：業務上過失傷害罪に対する略式命令〕を経た業務上過失傷害の罪と被告人に対する本件犯人隠避の罪とは、なるほどその一方が認められるときは、他方がその成立する余地を失う関係にあることを否定しえない」としつつ、「両者はその罪質、被害法益、行為の客体及び態様等その主要な犯罪構成要素を全く異にし、その間に所論のいような公訴事実の同一性は到底認めることはできない」としている。

74 岩瀬・前掲注70・145～146頁は、「この自動車運転過失致死傷罪と犯人隠避罪とは、犯人本人が犯人隠避罪を遂行することはおよそできないという実体法上の解釈を前提とする以上、やはり犯罪成立・処罰上の非両立〔※引用者注：本稿でいう「法律上の非両立」〕の関係にあると考えるべきである。その限りでは、窃盗犯人には盗品等関与罪が成立しないの〔と〕同じであるように思われる」とする。「法律上の非両立」性が否定される場面の典型例として身代わり犯人事例がしばしば取り上げられる中、非常に示唆的な見解といえよう。筆者もその結論には賛成である。ただ、「犯人本人が犯人隠避罪を遂行することはおよそできないという実体法上の解釈」、「窃盗犯人には盗品等関与罪が成立しないの〔と〕同じ」という説明から推すと、これは、「自動車で人身事故を起こした」という事実と「事故を起こした真犯人の身代わりになった」という事実とが（公訴事実の同一性の判断においては、さしあたり）併存する——事故を起こした者が身代わりとして出頭する（？）——ように扱われ、その上で、事故の犯人であれば身代わりとして出頭しても（？）犯人隠避罪は成立しないのであるから、両訴因は「法律上の非両立」関係に立つ、との理解（「比較」のアプローチ）であるようにも思われる。これに対して、筆者は、すでに窃盗と赃物牙保のケースに関して述べたとおり（前出2（2））、ごくシンプルに、そもそも両事実は併存しないものとして主張されているため「法律上の非両立」性自体は肯定される（「帰属」のアプローチ）、とすれば足りるのではないかと考えている（なお、岩瀬は、「法律上の非両立」性を肯定しつつ、最終的には「基本的事実において『共通性』がおよそない」〔146頁〕という理由で公訴事実の同一性を否定する。この点については後に検討を加える〔後出（3）〕）。

まさに「事実としての非両立」関係にある。したがって、両訴因が共に処罰されるということはあってはならない（このこと自体に異論はないであろう）。しかし、二重処罰防止説の論者のほとんどは、このケースでは「法律上の非両立」性を否定する<sup>75</sup>。おそらく、そこでは、同説がいうところの「二重処罰防止」には何らかの限定的な意味合いがあり、アリバイ事例においては、新旧両訴因が共に処罰されてはならないが、ここでいう「二重処罰防止」の要請は当てはまらない——したがって、公訴事実の同一性が認められる範囲内では同一手続内における訴因変更という方式によらねばならない、という制度の守備範囲外である——と考えられているのであろう。それはいったいどういうことなのであろうか。

まず、仮にこれら両訴因が共に処罰されるような事態になったとしてもそれは単なる事実認定の誤りにすぎない、といわれることがある<sup>76</sup>。しかし、「事実認定の誤り」というのであれば、ほぼ異論なく「法律上の非両立」関係が認められる事案においても同じことではないだろうか。たとえば、判例⑤の事案において、検察官が「採尿の直近1回の使用行為」という趣旨で旧訴因と新訴因を提示している——したがって、両訴因は「事実としての非両立」である——にもかかわらず、両者が事実として併存す

---

75 身代わり犯人事例に関してであるが、坂口裕英「既判力」井戸田侃編『判例演習講座 刑事訴訟法』（世界思想社、3版、1977年）は、「事件の単一性とは、1個の刑罰権で処理される犯罪事実の範囲をいう。……同時に主張されれば、結局は排他的に1個の刑罰権のみ成立する場合として、本件でも単一性がないとはいえない」とする（318頁）。さらに「両訴因の事実を認めて、同時に2罪で罰することのできないという関係にある2つの訴因には、結局単一性があるということになろう。単一性のある事実の間では、公訴事実の同一性を認めなければならない。そうしないと同時に主張すれば排他的となる2訴因を、バラバラに訴えることによって、2罪として処理することができる（両立するが結局1罪となる2訴因のばあいも同じ）。この2つを別件として扱うことは、本来1刑罰権しか成立しない事実について、訴訟手続のやり方しだいでは2個の刑罰権を成立させることなのである」（318～319頁）としているため、おそらく、アリバイ事例についても「非両立」性ひいては公訴事実の同一性を肯定することになろう。また、白取祐司『一事不再理の研究』（日本評論社、1986年）334～335頁も、身代わり犯人事例について公訴事実の同一性を認めるべきであるとす。筆者が知り得た範囲では、例外はこれらのみである。

76 酒巻・前掲注13・308～309頁。

るかのように別訴で取り扱い、両方とも処罰するようなことがあれば、それは明らかに「事実認定の誤り」である。「事実認定の誤り」の中に「法律上の非両立」性が否定されるものとそうでないものの区別があること及びその根拠が明らかにされなければならないであろう。

また、ここで防止すべきものとされている「二重処罰」とは、旧訴因と新訴因が共に同一の事実を指向するとき、それにもかかわらず両者をそれぞれ処罰するという事態を指すのであって、アリバイ事例はこれに当たらない、という説明も考えられる。「論理的には非両立の関係にあるが、具体的な行為も客体も全く異なり、ある事実をどちらとみるかが問題となるような関係にない」<sup>77</sup>（傍点は引用者）というのは、まさにそうしたイメージを表現したものといえよう。「法律上の非両立」とは、旧訴因と新訴因が「ある事実をどちらとみるかが問題となるような関係」にある状況を指すのであり、それに当たらないアリバイ事例とはそもそも論理構造自体を異にする、というのである。

しかし、はたして、一般に「法律上の非両立」性が認められるケースとアリバイ事例との間に、このような論理構造の違いがあるのだろうか。

たとえば、判例②の事案で、新旧両訴因が指向する「ある事実」は、共に、「会社の代表取締役である被告人が、会社の資金を用いて自社の株式を購入した」というものであるから、同一の行為が対象となっている。ただ、業務上横領の旧訴因においては（少なくとも形式上）被告人個人がその株式を取得したとされているのに対し、商法（当時）違反の新訴因においては会社がこれを取得したとされ、その点で「どちらとみるか」が異なるにすぎない。これは、判例②がいうように、「同一事実の表裏をなすものにほかならない」という状況であり、その「同一事実」＝「ある事実」を「どちらとみるかが問題となるような関係」を容易に肯定することができよう。

77 出田・前掲注 31・105 頁。こうした形で明確に言語化されることは多くないが、「法律上の非両立」と「事実としての非両立」の区別を強調するとき、多くの論者が暗黙のうちにこうしたイメージを思い浮かべているのではないだろうか。

また、判例⑤の事案では、旧訴因と新訴因はいずれも同一の使用行為を指向しており、ただ、その日時・場所・方法等がどのようなものであるかが異なるにすぎない。そのため、「ある事実」が「その使用行為」という形でピンポイントで特定され、それを「どちらとみるか」、すなわち、日時・場所・方法等がどのようなものであるかが問題となっている、という構図が非常に鮮明である。

これに対し、判例①の事案では、旧訴因は窃盗、新訴因は赃物牙保に当たたる事実を内容としており、しかも、日時や場所もかなり異なるため、一見すると、「ある事実をどちらとみるかが問題となるような関係」にはないようにも思われる（だからこそ、この事案を「帰属」のアプローチではなく「比較」のアプローチで処理することが自然だと感じられるのかもしれない。もっとも、それが適当でないことはすでに述べたとおりである）。しかし、この事案でも、旧訴因と新訴因はいずれも「被告人はいかなる行為によって被害品を所持するに至ったか」という共通の問いに対する答えであり、だからこそ、検察官は、両訴因にかかる事実が併存しないという前提で訴因変更の許可を求めているのである。ここでは、「ある事実」が「被告人はいかなる行為によって被害品を所持するに至ったか」という形でやや抽象化しているものの、それを「どちらとみるか」——窃盗なのか、赃物牙保なのか——が新旧両訴因により表現されているという構図は、同様に当てはまっている。

判例③の事案では、旧訴因は被害者から売却を依頼され預けられた馬の売却代金を着服したというものであるのに対し、（別訴にかかる）新訴因<sup>78</sup>は被害者の承諾なく馬を連れ出したというものである。ここでは、「馬の売却代金の一部を被害者に渡さなかった」という事実と「被害者のもとから馬を連れ出した」という事実とは併存するものとして主張されており

---

78 先述のとおり（前掲注7）、この事案は検察官が訴因変更ではなく別訴提起を試みたものであるため、他の事案と同じように「旧訴因」「新訴因」という表現を用いることは適切ではないかもしれない。しかし、ここでは、便宜上この表現を用いることにする。

(時系列上は、馬の連れ出しが先、代金の一部を渡さなかったのが後である)、新旧両訴因が対象とする行為自体は併存するものとされている点で、これまでみてきた判例①・②・⑤とは異なっている。そのため、一見すると、両訴因が同じ「ある事実」を指向するとはいえないようにも思われる。しかし、新旧両訴因は、共に、「被告人は、被害者から馬の売却を依頼され、被害者のもとから馬を連れ出して売却したが、代金の一部を被害者に渡さなかった」という一連の事実(=「ある事実」)を対象とするものである。ただ、新訴因は、馬を連れ出した時点で被害者がそれを承諾していなかったという状況を想定しているのに対し、旧訴因は、馬を連れ出した時点では被害者がそれを承諾していたという状況を想定している(仮に被害者が承諾していなければ、そもそも被害者から被告人に対して馬やその売却代金の占有の委託があったとはいえないため、業務上横領の構成要件を満たさない)。つまり、新旧両訴因は、上記の一連の事実を共通のベースとしつつも、馬を連れ出した時点における被害者の承諾の有無という点で分岐する2つの併存しないストーリーを背景としたものなのである。判例③の事案においては、このような形で、「被告人は、被害者から馬の売却を依頼され、被害者のもとから馬を連れ出して売却したが、代金の一部を被害者に渡さなかった」という「ある事実」を「どちらとみるか」(馬の連れ出しの時点で被害者の承諾があったとみるのか、なかったとみるのか)という構図が存在している<sup>79</sup>。

---

79 判例③の事案では、「代金の一部を被害者に渡さなかった」という事実と「馬を連れ出した」という事実は併存するものとして主張されているため、端的に、前者にかかる業務上横領は後者にかかる窃盗との関係で不可罰的事後行為に当たり、それゆえに公訴事実の同一性が肯定される、という理解をすれば足りるように思われるかもしれない(「比較」のアプローチ)。しかし、前者の事実が業務上横領に当たるのは被害者が馬の連れ出しと売却を承諾していた(馬とその売却代金について被害者が占有を委託していた)ためであるし、他方、後者の事実が窃盗に当たるのはその時点で被害者が馬の連れ出しを承諾していなかったためである(窃盗の新訴因は、単に「馬を連れ出した」というだけではなく、「被害者が承諾していなかった」という事実をも黙示的に含んでいる)。このように、新旧両訴因は、(馬の連れ出しの時点における)「被害者の承諾の有無」という点で事実として択一的な関係にある。したがって、「代金の一部

また、判例④の事案では、旧訴因は被告人が公務員と共謀の上で賄賂として金員を受領したという枉法収賄に当たる事実であり、新訴因（予備的訴因）は被告人が賄賂の用に充てるための金員を受領した上で公務員にそれを供与したという贈賄に当たる事実である。これも、一見すると、金員の「受領」（収賄に対応）と「供与」（贈賄に対応）という正反対の方向性をもつ事実が併存するものとして取り上げられている<sup>80</sup>ため、「ある事実をどちらとみるかが問題となるような関係」にはないようにも思われる。しかし、両者はいずれも「その機会におけるその金員の受領や公務員に対する供与がどのような形で行われたか」という共通の問い——これがこの事案における「ある事実」に相当する——に対する答えである<sup>81</sup>。この「ある事実」について、あらかじめ公務員と共謀した上で金員を受領した（そして、それを公務員に供与した）のか、それとも、公務員との事前の共謀なしに金員を受領し、それを後に公務員に供与したのか、という「どちらとみるか」の問題があり、前者であれば枉法収賄に、後者であれば贈賄に

---

を被害者に渡さなかった」という事実と「馬を連れ出した」という事実自体は併存するとしても、新旧両訴因は事実として併存しないものというべきである。この事案で検察官が訴因変更ではなく別訴提起を行った理由は定かではないが、このように考えると、少なくとも検察官の訴追意思の合理的解釈としては新旧両訴因にかかる事実は併存しないとの主張であると理解すべきであり、それゆえ、判例③が「非両立」性を認めたことは妥当と思われる（もっとも、「一方が有罪となれば他方がその不可罰的行為として不処罰となる関係にあり」という判示が「比較」のアプローチを意図しているのであれば、疑問が残る）。

- 80 しかも、この事案では、「受領」行為と「供与」行為が異なる日時に異なる場所で行われている。その点で、感覚的には、同じ収賄／贈賄の組み合わせである最判昭和36年6月13日刑集15巻6号961頁の事案（新旧両訴因は日時・場所を同じくしており、同一の場面を指向するものであった）よりも公訴事実の同一性を認めることに若干の抵抗があるかもしれない。しかし、論理構造はまったく同じであると考えべきであろう。
- 81 米田・前掲注2・91頁が、判例④について、「ここでは、主位的訴因〔※引用者注：枉法収賄の訴因〕とその事後行為〔※引用者注：受領した金員を公務員に供与したという事実〕を併せたものと、予備的訴因〔※引用者注：贈賄の訴因〕とその予備行為〔※引用者注：公務員との共謀がない状態で金員を受領したという事実〕を含めたものが比較されるのである。本決定や原判決が『一連の』事象であることを強調しているのは、このような観点からみて正当である」とするのも同旨か。

当たることになる<sup>82</sup>。ここでも上記の構図がみられるのである。

このように、一般に「法律上の非両立」性が認められるいくつかのケースを比較してみると、旧訴因と新訴因が「ある事実をどちらとみるかが問題となるような関係」にあるという構図自体は共通しているが、想定される「ある事実」の「密度」ないし「幅」には違いがあることがわかる（ちなみに、判例⑤の調査官解説は、判例④と判例⑤を比較して、判例④が「『一連の同一事象に対する法的評価を異にするにすぎない』との理由を付していたのに対し、本決定〔※引用者注：判例⑤〕がこの点を判示していないのは、本件が、覚せい剤使用罪という同一構成要件内での公訴事実の同一性の問題であり、かつ、両訴因の背後にある社会的歴史的事実としての自己使用行為が正に同一のものであるかどうか」が問題となった事案であることから、一連の社会的歴史的事実を枉法収賄者の共犯とみるか贈賄者の共犯とみるかという法的評価を問題としていた右第1小法廷決定〔※引用者

---

82 判例④の事案では、旧訴因は賄賂の「受領」を、新訴因は賄賂の「供与」をそれぞれ対象としており、かつ、検察官は被告人がこれら両方の行為をしているという想定で訴因変更を試みているため、両訴因にかかる事実は同じストーリーの中に併存する——そのため、「受領」の部分を取り上げれば枉法収賄が成立して「供与」の部分は不可罰となり、「供与」の部分を取り上げれば贈賄が成立して「受領」の部分は不可罰となる——ようにも思われる。たしかに、検察官の主張の上でも、「受領」行為と「供与」行為それぞれ自体は併存している。しかし、公務員ではない被告人による「受領」行為が枉法収賄に当たるのは公務員との共謀が先行しているからであり、旧訴因はあくまで公務員と共謀した上での「受領」を内容とするものである。他方、公務員と共謀した上で賄賂として金員を受け取ったのであれば、その後に公務員に対してその金員を「供与」したとしても、いわば「収賄側」の内部で金員が移動しているにすぎないため、それが別途贈賄を構成するわけではない。したがって、旧訴因と新訴因は「公務員との共謀」という事実の有無を分岐点として択一的関係に立つ2つのストーリーに基づくものなのであり、やはり事実として併存しないものと考えべきであろう（判例③と並行して理解することができる）。同判例は「一連の同一事象に対する法的評価を異にするに過ぎない」と述べており、その趣旨は必ずしも明らかではないが、仮にこれが上記の理解（両訴因にかかる事実は同じ一連のストーリーの中に併存するものであり、「受領」部分を取り上げるか「供与」部分を取り上げるかによって法的評価が変わってくる、という「比較」のアプローチに基づく考え方）を示すものであるなら、疑問である（米田・前掲注2・92頁も同旨か）。



注:判例④)とは事案を異にすると考えたためであろう」<sup>83</sup>(傍点は引用者)と述べている。前述のとおり判例⑤においては新旧両訴因がいずれも同一の覚醒剤使用行為を指向しているため、「ある事実」の密度が非常に高い／幅が非常に小さいと感じられる。それが調査官解説において「正に同一のもの」と表現されたのであろう。これに対し、判例④の事案では、「ある事実」の密度が相対的に低い／幅が相対的に大きいと感じられることから、「正に同一」といった表現ではなく「一連の」という表現が用いられたのではないかと推測される)。

それでは、アリバイ事例はどうであろうか。繰り返しになるが、「被告人は、令和4年12月1日午後10時頃、札幌市〇〇において、自らAの首を絞めて殺害した」という旧訴因と、「被告人は、令和4年12月1日午後10時頃、那覇市××において、自らBを銃撃して殺害した」という新訴因は、事実として併存し得ないことは明らかである。ところが、この両訴因が共に何らかの同一の「ある事実」を指向しており、その「ある事実」を「どちらとみるかが問題となる」場面であるようには感じられない。両訴因にかかる事実の間には、判例①ないし⑤の事案とは異なり、相互の関連性がまったくといってよいほどみられないからである。したがって、旧訴因と新訴因が「ある事実をどちらとみるかが問題となるような関係」にある場合にのみ「二重処罰防止」という要請が働き、「法律上の非両立」性が肯定されるという理解からすれば、アリバイ事例においてその論理構造のゆえに「法律上の非両立」性が否定されるというのはいちもことであるようにも思われる。

しかし、はたして、アリバイ事例においては、旧訴因と新訴因が共に指向するところの「ある事実」というものを<sup>お</sup>よ<sup>そ</sup>観<sup>念</sup>す<sup>る</sup>こ<sup>と</sup>は<sup>で</sup>き<sup>な</sup>い<sup>の</sup>だ<sup>ら</sup>う<sup>か</sup>。そうではないであろう。旧訴因も新訴因も、「令和4年12月1日午後10時頃の時点で被告人が何をしてきたか」という問いに対す

---

83 川口・前掲注26・390頁。

る答えであることに違いはない。それがこの事例における「ある事実」である。そして、その「ある事実」の内容が、片や札幌でのAの殺害、片や那覇でのBの殺害という形で表れている。その意味で、アリバイ事例においても、旧訴因と新訴因が「ある事実をどちらとみるかが問題となるような関係」にあること自体は同じである。そうだとすれば、判例①ないし⑤の事案とアリバイ事例とを比べたとき、論理構造自体が異なるために後者については当然に「法律上の非両立」性が否定されるとはいえないのではないだろうか。

すでにみたように、一般に「法律上の非両立」性が肯定されるいくつかのケースにおいても、想定される「ある事実」の密度ないし幅には差がある。しかし、二重処罰防止説のロジックにおいて、それらは、旧訴因と新訴因が「ある事実をどちらとみるかが問題となるような関係」にあるという論理構造をもつがゆえに、「法律上の非両立」性を肯定されているように思われる。仮に「法律上の非両立」性の判断において「ある事実」の密度や幅の差は「程度の差」にすぎないとして捨象されるのであれば、たとえばアリバイ事例における「ある事実」が「その時点で被告人がしていたこと」という程度の極端に密度が低く幅の大きいものであったとしても、やはり「法律上の非両立」性が肯定されるべきことになりそうである<sup>84</sup>。

---

84 田宮・前掲注1・207頁(注(2))は、窃盗と盗品関与のケースを「帰属」のアプローチで処理しようとする見解に対し、『『不法領得物への関与』という社会的事実がそれ〔※引用者注:新旧両訴因が共に指向するところの「ある事実」〕だというのであろうが、実は抽象的な『関与』という事実はこの世にはなく、『××の形で関与した』ということがあるにすぎない(それは結局この事件の場合、窃盗が盗品の保管という関与形態になる)。また、……窃盗にも盗品処分のあっせんにもみえる何物かがあるかといえ、そんなものは実在しえないであろう(それは観念の世界にしかない怪物である。ある事象が漠然としているので多様に見えることがあるだけである)」と批判する。

しかし、措定される「ある事実」がどれほど観念的・抽象的であっても、1個の事実に対しては1個の刑罰権しか生じ得ないと考える限り、共にその「ある事実」を指向する——同じ「ある事実」を、「この世」に「実在」し得るような形で具体化させている——新旧両訴因の間では、(田宮の表現を借りれば)刑罰関心の同一性が肯定される——「二重処罰防止」の要請が働く——といわざるを得ないのではないだろうか。「ある事実」それ自体が具体的であるか抽象的であるかということは、この点に関する限り、論理的に意味をもたないと思われる。

ここでアリバイ事例においても「法律上の非両立」性を肯定し、公訴事実の同一性を認めるというのも1つの選択肢である。むしろ、二重処罰防止説の論理を貫徹するのであれば、本来はそうなるのではないかと思われる。しかし、筆者は、他の多くの論者と同様、それは妥当ではないと考えている。問題は、アリバイ事例において、「二重処罰防止」という要請が働く状況であるにもかかわらず、最終的に公訴事実の同一性を否定する理由である。ここまで「法律上の非両立」と「事実としての非両立」の違いという問題につき執拗な分析を加えてきたのは、それを考えるためである。

（なお、これまでみてきたように、判例①ないし⑤やアリバイ事例は、いずれも、新旧両訴因にかかる事実が論理的に併存し得ない——性質上、択一的関係にある——タイプの事案であった。そうした事案においては、検察官も、新旧両訴因にかかる事実は併存しないという前提で訴因変更を試みているであろうから、「帰属」のアプローチにより「非両立」性を肯定すべきであろう〔少なくとも検察官の訴追意思はそのようなものであると合理的に解釈すべきである〕。その意味で、これらは、「帰属」のアプローチにより「非両立」性が肯定される典型的場面であるといえる。これに対し、たとえば先に取り上げた窃盗幫助／赃物故買のケース〔前出2(2)〕のように、新旧両訴因にかかる事実が論理的には併存し得る——性質上は必ずしも択一的関係にない——という場合もある。すでに述べたとおり、そうした場合の処理は、検察官の訴追意思のあり方、すなわち、検察官がそれらの事実は併存するという想定でいるのか、それとも、いずれか一方のみが存在するという想定でいるのかによって異なり得る。私見によれば、「非両立」性の判断において決定的なポイントとなるのはあくまでそうした意味での検察官の訴追意思のあり方であり、新旧両訴因にかかる事実が論理的に併存し得るか否かではない。検察官が「いずれか一方の事実しか存在しない」という趣旨で新旧両訴因を提示しているのであれば、たとえ両訴因にかかる事実が論理的には併存し得るものであっても、それらを別訴で取り扱い同時に処罰するという事態は回避されなければならない、「二重処

罰防止」の要請が働く。したがって、そうした場合には、そのゆえをもって「非両立」性を肯定すべきであろう<sup>85</sup>。もっとも、次に述べるように、「非両立」性が認められさえすればただちに公訴事実の同一性を肯定すべきことになるかは、なお検討を要する問題である。）

### (3) 「法律上の非両立」概念の射程

二重処罰防止説は、別訴提起を許すと二重処罰という事態が生じ得るような場合に旧訴因と新訴因が「法律上の非両立」関係にあるとし、そうした関係が認められる場合に公訴事実の同一性を肯定する。そこでは、「法律上の非両立」性が公訴事実の同一性を肯定するための必要条件であり、かつ、十分条件でもあると解されているようにみえる。

筆者はそこに疑問を覚える。先述のように、一般に「法律上の非両立」性が肯定される事案とアリバイ事例を比べてみると、その違いは、措定される「ある事実」の密度ないし幅の差でしかない。二重処罰防止の要請が働くか否かという基準でみれば、こうした密度ないし幅の違いという「程度の差」は、結論に影響しないはずである。しかし、実際には、この「程度の差」が、アリバイ事例においては公訴事実の同一性を否定するという結論に結びつけられている——ただ、それが表面上は「法律上の非両立」性が認められない＝二重処罰防止の要請が働かないという形で説明されている——というのが実態ではないだろうか。

仮にそうだとすると、「ある事実」の密度ないし幅の違いが公訴事実の同一性の判断に影響を及ぼすと考えられるのは、いったいなぜなのか。「ある事実」の密度が低い／幅が大きいということは、その分だけ、さまざまな内容の訴因がそこに包摂され得るということである。「採尿の直近1回

---

85 新旧両訴因にかかる事実が論理的に併存し得ない状況であることが「帰属」のアプローチにより「非両立」性を肯定するための必要条件である（単に検察官がそれらの事実を併存しないものとして主張しているだけでは足りない）という「限定された意味」を付与するのであれば、そこには何らかの理由が求められるよう。

の使用行為」とか「(ある盗品が被害者のもとを離れてから被告人による所持が確認されるまでの期間内において) ある盗品を所持するに至った経緯」とかいった程度であれば、そこに包摂され得る訴因の間には自ずとある程度の関連性が生じてくる(したがって、必要な証拠も共通してくる)ものと思われる。しかし、たとえば「その時点で被告人がしていたこと」というところまで抽象化が進むと、そこに包摂され得る訴因の内容としてありとあらゆるものが考えられるため、相互にほとんど関連性がないような訴因どうし(たとえば札幌におけるAの殺害と那覇におけるBの殺害)であっても公訴事実の同一性が肯定され、常に同一手続内での審理が義務づけられることになりかねない。

そこに疑問を感じるとすれば、それは、二重処罰防止といういわば実体法的な観点ではなく、「1回の処理の相当性」とでもいった訴訟法的観点からではないかと思われる<sup>86</sup>。「訴因変更をどの範囲で認めるかは、社会的に生じたある犯罪事実について1回の刑事訴訟においてどこまで解決するのが妥当かという、優れて実践的な問題であり、政策的考慮も必要である。被告人の防禦の十全性と1回解決による訴訟経済、あるいは被告人を被告人という不安定な地位から解放する利益等を総合考慮して決せられるべき性質を有して」<sup>87</sup>いる、という感覚は、ごく自然で常識的なものとして、大なり小なり、多くの論者に共有されているのではないだろうか<sup>88,89</sup>。

---

86 たとえば、香城・前掲注6・89頁が「無限定な全社会的事実を照らして両訴因が法律上非両立関係にあると認められるだけでは足りず……1個のものとして認められる範囲の社会的事実を照らして両訴因が非両立関係にあると認められることを必要とすることになる」とするのは、こうした感覚の表れではないだろうか。

87 中山・前掲注18・203頁。

88 「刑罰関心の同一性」という(少なくとも、一見すると)実体法的な観点を基準とする田宮・前掲注1・207頁も、考慮要素の1つとしてこうした観点を挙げている。

89 なお、この点については、「防御範囲拡大の不利益に対しては、訴因変更を制限することによってではなく、公判手続の停止によって……証拠ないし防御内容共通の場合の一回的処理の要請には、弁論の併合によって……対処すべき

アリバイ事例において「法律上の非両立」性を否定するにあたり、旧訴因と新訴因が「完全に別事件」<sup>90</sup>であることが理由とされることがある<sup>91</sup>。「完全に別事件」であれば、当然ながら、同一手続内での審理に適さないこともあろう。これはまさに「1 回の処理の相当性」という発想が端的に表れたものといえるのではないだろうか。

また、判例は、「基本的事実関係の同一」性という判断基準をベースとしつつも、時に「非両立」性という判断基準を用いることがある。こうした判例の立場につき、「非両立」性基準を用いた判例①ないし⑤は、「従前の共通性を中核とする基本的事実同一の基準では、一見すると同一性に疑念をさしはさむ余地がないではない場合について、根本に遡り公訴事実の

---

であろう」との指摘がある（宇藤ほか・前掲注 23・239 頁〔松田岳士執筆〕）。たしかに、公判手続の停止や弁論の併合はそのような機能を担う制度である。しかし、前者については、被告人の防御権保障という観点から、およそ公訴事実の同一性を認めるべきではなく別訴によらしめるのが適当と思われる場合と、そこまでではないが速やかな対応が難しいため公判手続を停止すべき場合とが想定されている、という解釈も十分に可能であろう。また、後者についても、訴訟経済の観点から、1 度の手続で事件の処理を完結させることが検察官や裁判所に義務づけられる場合（公訴事実の同一性が肯定される場合）と、その判断が検察官や裁判所の合理的裁量に委ねられている場合（公訴事実の同一性は否定され、その上で、併合起訴ないし追起訴をすべきか、また、弁論を併合すべきかが問題になる場合）とが想定されていると考えることができるのではないだろうか。少なくとも、公判手続の停止や弁論の併合といった制度が設けられているという一事をもってこれらの要素が公訴事実の同一性の判断から排斥されると解するのは妥当ではないと思われる。

90 緑・前掲注 58・270 頁。

91 身代わり犯人事例について、「片や交通事故……片や犯人隠避であってその間に共通性はないばかりか指向する犯罪も全く異質であり……（平たくいえば、被害者の負傷の事実こそが社会的関心の対象であって、……被告人を犯人隠避したかどうかはその周辺で起きている社会的事象にすぎないのである）」（中山・前掲注 18・207～208 頁）、「前者の訴因はその人身事故による人の死亡ないし負傷ということの問題にしているのであって、そこに焦点を当てて考えているのです。そのことについて法律上、別途その事故の身代わり犯人として、何か行動するということは関心の外にあるわけです」（池田＝長沼・前掲注 16・101～102 頁〔長沼発言〕）、「事故の本犯者であることと、事故が起きた後に当該犯人を装って振る舞うこととは、全く異なる事柄であって、一罪性が問題とされる余地のないことである」（植村立郎「公訴事実の同一性」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』〔有斐閣、2013 年〕125 頁）などとされる。アリバイ事例においてはなおさらこうした理解ないし感覚は強く当てはまるであろう。

同一性を肯定したもので、その意味では、非両立性の基準は、共通性を中核とする従前の基本的事実同一説の背後にあった本来的基準である<sup>92</sup>（傍点は引用者）という理解が示されている。そうした解釈もあり得るであろう。しかし、「非両立」性基準を用いた判例が登場した後も従来どおり「基本的事実関係の同一」性という基準によった判例が少なからずあること（単純に数でいえば、「非両立」性基準を用いたものの方がかなりの少数派である）、（判例②を除いては）「非両立」性基準を用いた判例においてもなお「基本的事実関係の同一」性への言及がなされていること<sup>93</sup>に鑑みると、判例は、（二重処罰防止説から明快な説明を加えることのできる）「非両立」性基準をいわば補助線として適宜利用しつつも、やはり、「基本的事実関係の同一」性基準によっているものとみるのが妥当と思われる<sup>94</sup>。

そして、「基本的事実関係の同一」性基準は、新旧両訴因を包摂するものとして措定される「ある事実」の密度や幅がどの程度のものであるか——そこから、「1 回の処理の相当性」が認められるか否か——を判断するのに適したものと見える。このように考えると、判例が「非両立」性基準という道具を備え、したがって、理論的には二重処罰防止説に赴くことが可能な状況にあってなお「基本的事実関係の同一」性基準を維持している

92 中山・前掲注 18・205 頁。佐藤・前掲注 38・257～258 頁、酒巻・前掲注 13・306 頁なども同旨。

93 判例①は「一方の犯罪が認められるときは他方の犯罪の成立を認め得ない関係にあると認めざるを得ないから、かような場合には両訴因は基本的事実関係を同じくするものと解するを相当とすべく」と、判例③は「一方が有罪となれば他方がその不可罰行為として不処罰となる関係にあり、その間基本的事実関係の同一を是認することができる」と、判例④は「[新旧両訴因は] 收受したとされる賄賂と供与したとされる賄賂との間に事実上の共通性がある場合には、両立しない関係にあり、かつ、一連の同一事象に対する法的評価を異にするに過ぎないものであって」と、判例⑤は「両訴因は、……事実上の共通性があり、両立しない関係にあると認められるから、基本的事実関係において同一であるということができると、それぞれ述べている。

94 香城・前掲注 6・81～89 頁を参照。また、川出・前掲注 9・110 頁も、「両訴因が非両立関係にあることは、あくまで基本的事実関係の同一性を判断するための指標にとどまるから、非両立性は、それだけでは公訴事実の同一性を肯定する基準たりえないのであり、それが認められるためには、両訴因記載の事実について基本的部分が共通していることが必要とされる」との分析を示す。

ことも、公訴事実の同一性を「1 回的処理の相当性」という観点から（も）理解しようとする傾向の表れであるように思われるのである。

二重処罰防止説は、公訴事実の同一性をめぐる錯綜した議論の中であって、快刀乱麻とも評すべき明快さをもっている。この見解の登場によって議論の見通しが格段によくなったことは間違いないであろう。ただ、同説が二重処罰防止の要請という実体法的な観点から「法律上の非両立」という概念を用いて行う説明の中には、実際には、それとは異質の「1 回的処理の相当性」という訴訟法的な観点が混入しているのではないか<sup>95</sup>。「法律上の非両立」概念が本来カバーできる範囲を超えてやや過剰に用いられているのではないか、という趣旨の指摘があり<sup>96</sup>、筆者もそれに共感している。たとえばアリバイ事例について「法律上の非両立」性を否定するという説明は、同説がもつ論理の明快さという大きな利点を損なっているのではないだろうか。「法律上の非両立」という説明でカバーできる範囲はどこまでであるのか、それが及ばない場合にどう対処するのか——たとえば、アリバイ事例において、「法律上の非両立」性が認められるとして端的に公訴事実の同一性を肯定するのか、それとも、「法律上の非両立」性は認められるけれども「1 回的処理の相当性」という観点から最終的には

95 たとえば、佐藤・前掲注 38 は、「非両立」基準こそが判例理論の本質であると し、「非両立性の基準は実体法上 1 個の罪と扱われる関係があるか否かの基準であると解されるから……非両立であることを指摘しても事実の同一性の度合いが強まるわけではない」（258 頁）と述べつつ、他方で、判例④や判例⑤に関する説明として、『『事実上の共通性』がある場合における非両立性を基準としているので、論理的抽象的には非両立とみえる場合であっても、『事実上の共通性』がないときには、公訴事実の同一性を否定すべきことになる。両訴因の非両立性は、……事実関係が共通であるが故に法律上非両立を許さないということであるから、事実の共通性が問題になると理解すべきであろう。……従って、例えば、同じ時刻の異なる場所における犯行〔※引用者注：アリバイ事例〕や、業務上過失致死傷罪と身代わりによる犯人隠避罪〔※引用者注：身代わり犯人事例〕との間には、法律上の非両立性を問うまでもなく、『事実上の共通性』がないから、この点ですでに公訴事実の同一性がないと言ってよいように思われる」とする。ここでは、「法律上の非両立」性と論理的には結びつかないはずの「事実上の共通性」が、なお捨て去ることのできない重要な要素として位置づけられているように思われる。

96 岩瀬・前掲注 70・144～146 頁参照。



公訴事実の同一性を否定するのか——ということを自覚的・明示的に議論すべきであろう。

#### 4 公訴事実の同一性の判断枠組み

すでに述べたように、公訴事実の同一性をどのような基準ないし枠組みで判断すべきか、という問題は、公訴事実の同一性という概念にどのような機能を担わせるべきか、という観点から合目的的に考察されるべきものと思われる。

この点につき従来の議論を振り返ってみると、大別して、①二重処罰の防止、②被告人の負担軽減・防御権保障ないし訴訟経済の実現（すなわち、「1回の処理の相当性」）という2つの見解が挙げられる（①は実体法的観点、②は訴訟法的観点に基づくものと分類することができよう）<sup>97,98</sup>。

---

97 念のため付言すると、「帰属」のアプローチは、①のみならず、②とも結びつき得るものである。②においては、旧訴因の記載と新訴因の記載とを比較し、両者の間に共通性が多くみられれば、それだけ公訴事実の同一性を認めやすくなるといえるため、訴因の記載の比較という方法が有効である（その意味で、②は「比較」のアプローチと親和性を有している）。したがって、わざわざ「帰属」のアプローチを厳密に実践するまでもなく、一見して「基本的事実関係の同一」性を肯定できる場合であればそれで足りるのである（中山・前掲注18・205頁が「非両立性の基準を持ち出すことなく公訴事実の同一性を肯定した事案は、この基準を持ち出すまでもなく、犯罪の日時、場所、行為、結果等が共通しており、一見して公訴事実が同一であることが明らかであり、それゆえ、非両立の基準を持ち出す必要性がなかったと解することができる」とするのは、こうした実践的な感覚を表すものと思われる）。しかし、両訴因の記載の間に共通性が乏しい場合でも、それのみによってただちに②の観点から公訴事実の同一性を否定すべきことになるわけでもない。そうした場合には、（いわば本式に）「帰属」のアプローチを用い、一見すると共通性の乏しい新旧両訴因が、②の観点から公訴事実の同一性を認めるにふさわしい程度の密度・幅をもつ「ある事実」に包摂されるものであるかを検討することになるのである。

98 このほか、「検察官による涉猟的な訴追の防止」という観点も挙げられている。すなわち——公訴事実の同一性をめぐる議論には、「これを主として『審判対象論』の文脈において展開してきたために、『公訴事実の同一性』の問題が、『審判の対象事実』の同一性の問題である以前に、『公訴の対象事実』の同一性の問題でもあるということが等閑視される傾向があった」（松田岳士「刑事訴訟法312条1項について（1）：脱『審判対象論』の試み」阪大法学60巻2号〔2010年〕86頁）が、「第一義的には、『審判の対象』というよりも、むしろ、『公訴の対象』の問題として捉えるべき」（同96頁）である。具体的には、「『裁判所の審

ここで注意すべきは、「公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因……の変更を許さなければならない」という 312 条 1 項の文言である。この文言からすると、この規定には、(i)「公訴事実の同一性を害」する場合には訴因変更ではなく別訴提起という方式によるべきことを定める側面と、(ii)「公訴事実の同一性を害しない限度において」は別訴提起ではなく訴因変更という方式によるべきことを定める

---

判はいかなる事実と及ぶか』を問うよりも、むしろ、当事者である『検察官の公訴はいかなる事実と及ぶか』を問題とするほうが、刑訴法 312 条 1 項の『公訴事実の同一性』という文言に忠実な理解であるだけでなく、訴因制度の起訴にある『当事者主義』ないし『弾劾主義』に親和的な理論構成である(松田岳士「刑事訴訟法 312 条 1 項について (2): 脱『審判対象論』の試み」阪大法学 61 巻 5 号 [2012 年] 27～28 頁)り、公訴事実の同一性は、「特定の被告人について、1 つの(同一または単一の)『公訴』によって追及することが許される刑事責任の発生原因として検察官によりその存在が主張される事実の範囲はどこまでかという問題を意味する」(同 38 頁)と位置づけるべきである。そして、法が公訴事実の同一性が認められない場合に訴因変更という手続を許していないのは、『1 個の手続で被告人の一生のあらゆる部分が審理されること』、あるいは、『被告人は一旦起訴されれば検察官が有罪追及の意思のある限り……有罪に追い詰められる危険がある』こと、すなわち、1 個の『手続』によって、被告人が、同人に対する国家刑罰権(または刑事責任)の発生原因となる過去の犯罪事実を涉獵的に探索されること(松田岳士「刑事訴訟法 312 条 1 項について (3・完): 脱『審判対象論』の試み」阪大法学 63 巻 5 号 [2014 年] 28 頁)を防止するためである——と。

この見解は、312 条 1 項が「公訴事実の同一性を害しない限度において」のみ訴因変更を認める(その限度を超えた場合は別訴提起によらなければならない)としている点を重視し、上記のような説明を試みる。従来の議論が同項の文理にさほど注意を払ってこなかった(ように思われる)点を問題視し、これに忠実な解釈を指向する点で注目に値するものと思われるが、筆者は次のような疑問を感じている。

第 1 に、この見解では、「公訴事実の同一性を害しない限度において」、すなわち、公訴事実の同一性が認められる場合には別訴提起ではなく訴因変更によらなければならないことが定められていることの説明ができない(この点にも留意すべきであることについて、後掲注 99)。仮に、公訴事実の同一性が認められる場合に(も)訴因変更ではなく別訴提起によることを許したとしても、それによって検察官による涉獵的な訴追という事態が生じやすくなるとはいえないからである。したがって、少なくともこの見解単独では 312 条 1 項の解釈としては十分ではないように思われる。

第 2 に、「公訴事実の同一性を害」する場合、すなわち、公訴事実の同一性が認められない場合に訴因変更ではなく別訴提起によらなければならないことを、この見解が説得的に根拠づけ得ているのか、という疑問が残る。検察官による涉獵的な訴追という事態は、訴因変更においても追起訴においても、ひと

側面とがあるものと考えられる<sup>99</sup>。

まず、①の観点は、(ii)の説明に特化したものであり、(i)の説明ができない。公訴事実の同一性のない場合に別訴提起ではなく訴因変更を認めたととしても、それによって二重処罰という事態が生じるわけではないからである<sup>100</sup>。したがって、①は、312条1項の文理との関係において、少なくともそれ単体では同項の解釈として十分とはいえないように思われる。

これに対して、②の観点は、(i)と(ii)の両方をカバーすることが

---

しく起こり得るのではないかと思われるからである。はたして、公訴事実の同一性が認められない状況において、訴因変更による場合の方が別訴提起による場合に比べて涉獵的訴追という事態が起こりやすいとか、そうした事態が生じた場合の損害が大きいとかいったことがいえるのであろうか（強いていえば、訴因変更は別訴提起に比べると「語弊があるかもしれないが」軽い）手続であり、また、手順も簡易である〔訴因変更は書面ではなく口頭で行うこともできる（刑訴規則209条7項）。もっとも、実務上は、多くの場合訴因変更も別訴提起と同じく書面によって行われているようである〕ため、その分だけ涉獵的な訴追が行われやすくなるとはいえるかもしれない。しかし、それが312条1項の解釈における実質的な指針となるほどの決定的な重要性をもっているといえるのかは疑問である。公訴事実の同一性が認められない場合に訴因変更ではなく別訴提起によるべきことを定めたとしても、それによって、検察官による涉獵的な訴追やその損害を防止する上で有意な効果が生じるとは考えにくいように思われる。そうだとすると、検察官による涉獵的な訴追の防止という観点は、より広く検察官の訴追裁量権の行使一般の問題として重要なものではあるが、訴因変更の可能な範囲を画するという場面において特に当てはまるものとはいえないのではないか。

99 松田・前掲注98(1)・331頁は、「公訴事実の同一性を害しない」という規定ぶりから、312条1項の解釈においては(i)の側面が重視されるべきであるとする。しかし、訴因変更を——「許すことができる」ではなく——「許さなければならない」という文言が用いられている点については、二重起訴の禁止と相まって、むしろ、(ii)の側面と整合的であるように思われる。また、刑訴法は、新たな訴因を提示する場合には別訴提起によることを原則としており(必要に応じて弁論の併合を行う)、例外的に、公訴事実の同一性が認められる場合には同一手続内での審理を義務づけ、それを実現するための方法として訴因変更という制度を設けた、という理解もあり得るであろう。そのように考えると、(i)の側面については原則どおりであるがゆえに特別な説明は必要なく、(ii)の側面についてはそれが例外的場面であるがゆえに何らかの説明が求められる、ともいえそうである。312条1項の解釈論としては、(ii)の側面にも着目すべきであろう。

100 松田・前掲注98(1)・331頁。

できる。公訴事実の同一性が認められる場合には訴因どうしの間に関連性があるため同一手続内で審理を行うことが訴訟経済に適うし、公訴事実の同一性が一事不再理効の客観的範囲をも画するという通説的理解によれば、それが被告人の手続的負担の軽減につながるともいえよう（もちろん、同一手続内における防御の対象が増えれば当該手続内においては被告人の防御の負担が増すという側面もあるが）。これに対して、公訴事実の同一性が認められない場合、少なくとも常に同一手続内での審理を義務づけることは妥当ではない。関連性の乏しい複数の訴因を無理に同一手続内で取り扱えば円滑で充実した審理が実現できないおそれもあるし、被告人の防御に不都合を来す可能性もあるからである。

問題は、公訴事実の同一性の判断において、①と②をどのような形で組み入れるか、ということである。

まず、①のみによる一元的な判断はどうか。312条1項には(ii)だけでなく(i)の側面もあるのだとすれば、(i)を説明できない①のみを指針とすることは解釈論としていかにも据わりが悪い。また、すでに述べたように(前出3(2)及び(3))、二重処罰防止説の論者も、実際には、①のみでは説明がつかないと思われるような帰結を承認しており、そこではおそらく②が加味されているものと推測される。判例が「基本的事実関係の同一」性を主たる基準として維持しているのも、同様の発想によるのであろう。②は訴因変更という訴訟法上の制度を考えるにあたってごく常識的な観点であり、これをおよそ考慮しないのは妥当でないと思われる。

反対に、②のみによる一元的な判断はどうか。②は、(i)・(ii)の両方の側面を説明することができる。しかし、二重処罰防止という実体法的要請を訴訟法上の制度によって担保するというシステムには相応の合理性があるため、①を完全に排除してしまうことには躊躇がある<sup>101</sup>。また、②

---

101 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、3版、2002年)124頁は、「科刑上一罪に関しては、狭義の併合罪の場合と異なり複数の有罪判決の存在は予定されておらず、実定法上、別訴の余地のないことは明らかであろう」とする。

は、その性質上、判断基準としての明確性に乏しいという難点を抱えている。この点について一定の類型化を図ろうとする試み<sup>102</sup>もあり、その意図は十分に理解できるが、特定の形での類型化につき理論的な根拠を示すことは困難であるし、(類型化を試みる以上やむを得ないことながら) 事案によっては妥当な解決が図れないことも出てくるであろう<sup>103</sup>。

このように考えると、①・②の両方を何らかの形で組み合わせて公訴事実の同一性を判断するという方向性が妥当と思われる。さらに、①と②の守備範囲が実際にはかなりの程度重なり合う——それゆえ、①を基準とした場合でも、②は相当程度実現される<sup>104</sup>——こと、①は相対的に明確な基準を提供し得ること、(②はもちろん) ①も決して等閑視できないことなどを考えると、①を軸に据え(同時に、その範囲で②の要請も充たしつつ)、

102 たとえば、松尾浩也『刑事訴訟法 上』(弘文堂、新版、1999年) 265頁は、「訴因は、罪となるべき事実を特定して示したものであり、その要素としては、犯罪主体としての被告人のほか、犯罪の日時、犯罪の場所、犯罪の方法ないし行為の態様、被害法益の内容、その主体としての被害者、共犯関係などが考えられる。これらのうち、いずれか1個だけの変動にとどまる場合は、かなりの程度まで『同一性』を肯定できよう。逆に、2個以上が変動する場合は、各要素間に、一致、類似、近接、包含等の関係を求める必要が増大する」という。

103 鈴木・前掲注 101・124～125頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣、2005年) 223頁は、②に属する観点を基準としつつ、それが類型的なものであることを強調する。しかし、いわゆる訴因変更の要否の問題に関する最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁が被告人の防御権保障との関係について「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし」と述べているように、②は本質的に個別的・具体的な検討を要求するものであると思われる。

104 大澤・前掲注5(下)・87～88頁は、「現行法のもとにおける狭義の公訴事実の同一性判断が『目的性』や『比較考量』によって決せられる政策的なものであるとすれば、刑罰権の1個性から導かれた判断基準とこのような判断の基本的性格との整合性が問題にならざるを得ない」として②にも配慮を示しつつ、「同一性の要件として『行為又は結果の共通性』を導く限りでは、別訴で同時に有罪とすることが二重(多重)処罰にあたる場合という非両立性の基準で汲み尽くされているというべきであろう」と述べ、結論としては①のみを基準とすれば足りるとする。たしかに多くの場合はそのようにいえるであろうし、基準の明確性(判断の安定性)を重視すれば十分にあり得る選択肢といえよう。ただ、これまで述べてきたように、①と②の守備範囲にズレが生じる場合のあり得ることは否定できない(そして、「(法律上の)非両立」概念を拡張することでそのズレを埋めることには限界がある)。そうした場合に対応するため例外的な措置をとる余地を残しておくことが必要ではないだろうか。

それだけではカバーしきれない場面をフォローするための例外的な受け皿として②を加味するというあり方が望ましいのではないだろうか。

その場合、以下の3つの方法が考えられる。

1つめは、二重処罰防止の要請が働く場合には公訴事実の同一性を肯定するが、そうでない場合であっても公訴事実の同一性を認める余地を残す——公訴事実の同一性を肯定する上で、二重処罰防止の要請が働く状況であることは十分条件だが、必要条件ではないとする——方法である<sup>105</sup>。

2つめは、そもそも二重処罰防止の要請が働かない場合には公訴事実の同一性を否定するが、それが働く場合であってもなお、新旧両訴因の間に関連性が乏しく、同一手続内での審理に適さない場合には、例外的に公訴事実の同一性を否定する——公訴事実の同一性を肯定する上で、二重処罰防止の要請が働く状況であることは必要条件ではあるが、十分条件ではないとする——方法である<sup>106</sup>。

3つめは、原則としては二重処罰防止の要請が働く場面であるか否かによって公訴事実の同一性の肯否を決するが、例外的に、新旧両訴因の関連性の程度に鑑みて、公訴事実の同一性を肯定することも否定することも認める——公訴事実の同一性を肯定する上で、二重処罰防止の要請が働く状況であることは、必要条件でも十分条件でもないとする——方法である。

公訴事実の同一性という概念に二重処罰防止のための絶対的な「砦」としての役割を期待するのであれば、1つめの理解に至ることになるだろう。しかし、そのように考えると、すでに述べてきたように、アリバイ事例のようなケースにおいても公訴事実の同一性を肯定せざるを得なくなると思われる。それは訴訟制度の運用に対する過大な負担となるのではないだろうか<sup>107</sup>。他方で、二重処罰防止という要請は——それが最も確実な方法であ

---

105 鈴木・前掲注 101・124～125頁。

106 岩瀬・前掲注 70・147頁、植村・前掲注 91・125頁、中谷・前掲注 38・106頁など。

107 通説的理解に従い、公訴事実の同一性を一事不再理効の及ぶ客観的範囲をも画する概念であるとするならば、この問題はいっそう深刻である。検察官において同時処理が著しく困難な——事実上不可能に近い——ケースであっても、後訴が遮断されることになってしまいかねない。

ることは間違いないうにせよ——同一手続内での審理を常に義務づけるという方法によってしか実現できないわけではない。別個の手続に分かれていても、整合的な判断に努めることは可能であろう。したがって、二重処罰防止の要請が働く場合であってもなお、例外的に公訴事実の同一性を否定する余地を認めるのが妥当と思われる<sup>108</sup>。

それでは、二重処罰防止の要請が働く状況であることを、公訴事実の同一性を認めるための必要条件と解すべきであろうか。これを肯定することのメリットは、もっぱら、公訴事実の同一性の判断が相対的に明確なものとなる点に求められる。少なくとも、二重処罰防止の要請が働かない場合には、その時点で公訴事実の同一性を否定することができるからである。他方、デメリットとしては、二重処罰防止の要請は働かないけれども新旧両訴因間に密接な関連性が認められるケースについて、同一手続内での審理を義務づける余地がなくなるという点が挙げられる。

究極的には判断基準の明確性が実質的妥当性かという政策的な価値判断となるが、筆者としては、あくまで二重処罰防止の要請が働くか否かということを実質的な基準としつつも（すなわち、それが働く場合には原則として公訴事実の同一性を肯定し、働かない場合には原則として公訴事実の同一性を否定するとして）、例外的ないし補充的に②の観点によって

---

108 このように解した場合、(狭義の) 併合罪の場合における刑法 51 条のような調整規定が存在しないことから、科刑上一罪の場合には別訴による審理が実体法レベルで想定されていないのではないか、という疑問があり得よう(鈴木・前掲注 101・124 頁)。この点について、現時点では、刑法 51 条の趣旨を科刑上一罪の場合にも及ぼし、刑の執行段階での調整を求めることで対応すべきであると考えている(ただ、科刑上一罪の場合にもいわゆる併合の利益と同様の問題が生じ得るため、このような解釈は被告人に不利な類推に当たるのではないか、という疑問はなお残るであろう。さらに検討したい)。もっとも、刑法 45 条後段の併合罪の場合がそうであるように(西田典之ほか編『注釈刑法 第 1 巻』[有斐閣、2010 年] 739 頁 [伊藤涉執筆]) によれば、「実際の適用においては、併合罪の関係に立つ複数の罪について別個に判決を言い渡す場合、量刑の段階において、統一的に処断した場合に言い渡したであろう刑との均衡が考慮されることから、本項〔※引用者注：刑法 51 条 2 項〕による執行制限が生じる場合は少ないものと思われる」とのことである)、実際には、別訴を担当する裁判所が刑法 54 条 1 項の定める「最も重い刑」の範囲で宣告刑を定めるというのが最も穏当な処理といえよう。

修正を加えるという、先に挙げた3つめの判断枠組みを提案したい。

## 5 おわりに

本稿における考察の結果をまとめると、以下のとおりである。

①公訴事実の同一性を判断するには、まず、検察官の訴追意思のあり方、すなわち、旧訴因にかかる事実と新訴因にかかる事実が併存するものとして主張されているのか、併存しないものとして主張されているのかを考える。

②次に、併存するものとして主張されている場合（伝統的には「単一性」の問題領域とされてきた）は「比較」のアプローチにより両訴因にかかる事実の罪数関係を判断し、実体法上一罪ならば（原則として）公訴事実の同一性を肯定する。他方、併存しないものとして主張されている場合（伝統的には「狭義の同一性」の問題領域とされてきた）には「帰属」のアプローチにより（原則として）公訴事実の同一性を肯定する。これらはいずれも数罪としての処罰が許されないという意味での「非両立」概念によって統一的に説明されるものであり、二重処罰防止説の説くところが妥当する。

③ただし、②のいずれの場合も、例外的に、1回の処理の相当性という訴訟法的観点から、公訴事実の同一性を肯定／否定することがあり得る。すなわち、二重処罰防止の要請が妥当しても公訴事実の同一性を否定すべき場合があり得るし、逆に、二重処罰防止の要請が妥当しなくても公訴事実の同一性を肯定すべき場合があり得る。

本稿では、「非両立」概念の分析を軸として議論を展開し、最終的には公訴事実の同一性の判断全般に妥当するような提言にまで至った。本来はより緻密な整理ないし分析が必要であるものを大雑把にまとめたり切り捨てたりしてしまった箇所もあろうし、十分な準備もなく「見切り発車」で——しかも、既存の判例や多数説に反するような——意見を述べたところも少なくない（もしかすると、本稿の議論が根底から覆されるような前提を見落としているかもしれない）。



筆者自身、さらなる検討が必要だと感じてはいるが、ひとまず、初めてこの議論に接した時から感じ続けてきた疑問を発信し、諸賢のご教示に倅ちたいと思う。

〔追記〕本稿は、公益財団法人市原国際奨学財団による研究助成を得て執筆した。