

「1罪」の機能

小木曾 綾

1. はじめに
2. 複数の法律上の関心
3. 公訴事実の同一性に関して
4. 身体拘束に関して
5. 二重危険の禁止（一事不再理）法理に関して
6. 1罪の理解

1. はじめに

刑事訴訟法適用のさまざまな場面、たとえば、1罪1逮捕・勾留、公訴事実の同一性、二重危険の禁止（一事不再理）などについて考察する場面で、「1罪」の意義が問われることがある。教壇に立っていると、たとえば、逮捕前置主義に関して「A罪の勾留にはA罪の逮捕が前置されなければならない。逮捕された罪と勾留請求を受けた罪が同一であるかどうかは、捜査も刑罰権行使のために行われるものであるから、公訴事実の同一性で判断する。」といった記述に接することがある。

犯罪捜査がすべて公判手続や科刑に結びつくものではないことは統計的に明らかだが、被疑者と証拠の捜査が公判手続を念頭に行われることは間違いない。しかし、そのことを前提としても、筆者には、ある罪が公訴提起されてもいない段階で、訴因変更の可否基準として定められている「公訴事実の同一性」を、なぜ身体拘束を律する基準としてもちだすことがで

きるのか、という素朴な疑問がある。

教壇で接する前記のような記述は、その淵源と思われる以下の記述と比べても実は不正確ないし不十分なのであるが、同様の記述は、1罪1勾留の原則について、同原則が適用される「同一の犯罪事実とは公訴事実の単一性および同一性がある犯罪事実であり」などとする裁判例にもみられ¹⁾、その淵源は、事件単位の原則についての、「『事件』が異なれば、同一被疑者について、事件の数だけ勾留できる。ここに『事件』とは、公訴事実の同一性に準じた基準で判断をする。」(傍点筆者)といった教科書の記載や²⁾、「分割して勾留することが許されず、1回の勾留のみを許すのを原則とする犯罪事実とは何かについて、我が国では、実体法において罪数の概念を採用し、訴因単位ではなく実体法上一罪とされる事実ごとに1個の刑罰権が生じ、一事不再理効は一罪とされる事実すべてについて生じるもので、刑事訴訟はこの刑罰権を実現する手続であるので、公判手続・裁判のみならず捜査段階においても、実体法上一罪となる犯罪事実は1個のものとして取り扱うべきで、令状に記載された事実に限らず、『一罪一勾留』の『一罪』とは公訴事実におけるのと同様に実体法上一罪関係にある事実のことであるとし、これについては原則として勾留は1回とする」、「事実が同一かどうかの範囲・外延を実体法上の一罪に求めるのは基準として明確であり、……その実質的根拠を判決の一事不再理効に類似した検察官の同時処理義務に求めることにより、同時処理が不可能であった場合には例外を認めることで実質的に妥当な結論を導いている」という理解・解説にあるものと思われる³⁾。

1) 仙台地決昭和49年5月16日判タ319号300頁。

2) 田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』92頁 (1996年, 有斐閣)。もっとも、その記載の後に「勾留をめぐるすべての法律関係は、勾留状に記載された被疑事実を基準に処理する」との記述があることから (93頁)、「事件」は「被疑事実」と同義と思われる。

3) 河村博「一罪一勾留の原則」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選 [第10版]』

この小論では、このように、捜査から公判を通じて「1罪」を同じように理解することの合理性を検証する。

2. 複数の法律上の関心

本稿の目的に照らして念頭におかれるべき関心にはいくつかのものがある。

まず、身体拘束との関係である。個人の身体の自由は正当な理由なく侵されてはならないが、犯罪捜査のためには、被疑者の身体の自由を制約しなければならないことがある。個人の身体拘束を、正当な社会の利益を実現する場合に限定するためにあるのが逮捕・勾留要件であって、それは具体的には、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる理由があり、身体拘束しなければ捜査が遂行できない場合、すなわち、被疑者の逃亡または罪証隠滅の虞のある場合である⁴⁾。この理由と必要が充たされるときは、捜査機関は被疑者の身体の自由を制約することができるが、逮捕・勾留は刑罰と異なり、自由を奪うこと自体を目的とするわけではなく、また、その期間は、逮捕で最大72時間、これに引き続く勾留で最大20日間であり、その間は保釈が許されないこともあって（207条1項但書）、逮捕・勾留がいたずらに繰り返されることで、本来侵してはならない人の身体の自由への制約が長引くことは許されない（憲法33条）。

次いで、検察官の公訴提起にかかる訴因が認定されない場合であっても、開始された手続を利用・継続して実体裁判をすることを刑事訴訟法（以下「刑訴法」という）は選択している。このときは、適正な処罰と二重危険の防止、および、訴訟経済が主要な関心であり、それらを実現するための訴

39頁（2017年、有斐閣）。

4) 勾留要件は、逮捕要件と定め方が異なっているが、基本的に、両者は同じ関心で定められていると解するべきであろう。小木曾「原理・原則、文脈から考える刑事訴訟法の諸問題（3）逮捕・勾留」刑事法ジャーナル73号98頁。

因変更制度の限界を画するのが「公訴事実の同一性」である。

最後に、憲法39条によれば、何人も既に無罪とされた行為または同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない。この二重危険禁止（一事不再理）の関心は、社会・国の科刑権の実現と、個人の自由の間に適切なバランスをとることにある⁵⁾。ただし、人の犯す罪には、複数の犯罪構成要件にわたったり、当初の公訴提起にかかる罪は認定されないものの、別の犯罪が認定できると判断されるものがあったりするため、このことと、二重危険禁止が及ぶ範囲をどのように理解するのが問われる。

以上のような複数の関心を念頭に、捜査段階と公判段階、再訴遮断（二重危険禁止）の段階で、「1罪」の範囲を同じようにとらえることに合理性があるのかを検討する。

3. 公訴事実の同一性に関して

(1) 「公訴事実の同一性」という文言は、刑訴法312条1項において、訴因変更の限界を画する概念として用いられている。旧刑事訴訟法にも「公訴事実」という文言があったところへ、現行法では新たに「訴因」という概念が登場し、「訴因」を「公訴事実」が同一である限り変更できる、と同項が定めたことから、「公訴事実の同一性」が何を意味するのかについて、さまざまな学説が展開されてきたが、現在では、これを機能的、すなわち、訴因変更制度の目的との関係でとらえる考え方が定着してきているように思われる⁶⁾。

次のような事案で考えよう。

5) 渥美東洋『レッスン刑事訴訟法 [下]』163頁 (1987年, 中央大学出版部), 中野目善則編著『法の機能と法解釈』34頁 (1993年, 八千代出版), 同『二重危険の法理』(2015年, 中央大学出版部)。

6) 酒巻匡『刑事訴訟法 [第2版]』291頁 (2020年, 有斐閣), 小木曾『条文で学ぶ刑事訴訟法』(2015年, 法学書院) 121頁。

被告人が、飲酒運転のうへ追突事故を起こして人を死傷させた事件について、検察官は、危険運転致死傷および道路交通法違反（救護・報告義務違反）の訴因により被告人を起訴したが、裁判所は審理の結果、検察官に対し、危険運転致死傷の訴因につき、業務上過失致死傷（当時）および道路交通法違反（酒気帯び運転）からなる予備的訴因の追加命令を発し、検察官はこれに従って予備的訴因を追加して、裁判所は、この予備的訴因にかかる事実を認定して有罪判決を言い渡した⁷⁾。

裁判は、過去の事実を証拠によって再構成する営みであるため、しばしば言われる「真実」は流動的で、公判前整理手続や公判審理を通じて、検察官が公訴提起時に罪となるべき事実だと考えた罪は立証・認定できないものの、それ以外の罪が立証・認定できると考えられるにいたることがある。

上記事案では、裁判所は、検察官が当初の訴因で主張した危険運転致死傷罪を認定しなかったが、被告人が飲酒のうへ自動車を運転して人を死傷させたこと自体は認められるとの心証を形成し、これを当時の業務上過失致死傷と認定した。このとき、検察官の主張する訴因が認定されない・立証されない以上は、あくまで無罪判決を言い渡さなければならないとすると、憲法39条が「既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問われない。」としていることから、後にこの被告人を同じ追突事故について業務上過失致死傷で起訴することは許されず、仮に起訴しても免訴判決（337条1号）が下ることになる。そうすると、被告人の行為によって人が死傷していることが認定される事件について刑事責任を追及することはできないことになり、このような不正義は看過できない。仮に、二度目の訴追が可能であるとしても、同じ事実について2度の公判手続を経ることは、被告人側にも国側にも過剰な負担である。他方で、このような不当な結果

7) 最決平成23年10月31日刑集65巻7号1138頁参照。後に、最高裁判所では、危険運転致死傷の成立が肯定された。

を防ぐために、「被告人は、飲酒のうえ自車を被害者の車両に追突させて人を死傷させた。」といった、日時場所方法を特定しない訴因で起訴することを許せば、審判対象の識別と被告人の防御が不可能になり、これは弾劾主義・当事者主義に従った刑事裁判の根幹を否定することになる。

そこで、現行法は、一定の限度、すなわち、公訴事実を同一にする範囲で、訴因の追加・撤回・変更を許し、開始された手続をいわばご破算にすることなく継続して、一度の手続で事件を処理する途を選択した。これが訴因変更制度の機能・目的であり⁸⁾、したがって、「公訴事実の同一性」とは、この訴因変更制度の限界を画するために用いられる概念である⁹⁾。

(2) 当初訴因とその後の手続において判明した訴因のずれの類型としては、新旧訴因が併合罪を構成し、当初から別訴因で起訴すべきなので訴因変更は問題にならない場合¹⁰⁾、ずれがあっても訴因変更手続を要しない場合のほか¹¹⁾、訴因変更制度の対象となる、新旧両訴因が科刑上一罪の範囲に収まる場合と、先に挙げたように、飲酒運転のうえで事故を起こした行為を検察官は危険運転致死傷罪の訴因で起訴したが、裁判所はこれを過失運転致死傷と認定したというような場合が考えられる。

たとえば、被疑者が窃盗目的で住居に侵入して窃盗の罪を犯したとすると、刑罰法令に触れる行為としては住居侵入と窃盗があるものの、この住居侵入は、刑法上、「犯罪の手段……である行為が他の罪名に触れるとき」にあたり、科刑上は、「その最も重い刑により処断」されることになる(刑法54条1項)。同一機会に複数の罪が犯されたとき、その罪をそれぞれ個別に評価して刑を加算する方法も考えられるところ、刑法はそのような処理を選択せず、犯罪の手段たる行為が独自に法令に触れることを認めつつ、

8) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法』372頁(2006年、有斐閣)、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』191頁(1996年、有斐閣)。

9) 小木曾監修『設題解説刑事訴訟法(二)』54頁(2015年、法曹会)。

10) たとえば、最判昭和33年2月21日刑集12巻2号288頁。

11) 最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁参照。

これらを最も重い刑により処断することで、一罪として刑法上の評価を終えることを選択している。

刑事手続の視点から見てみると、住居内での窃盗行為が判明しているのであれば、その住居への侵入行為も当然判明しているはずで、通常は住居侵入と窃盗を双方とも起訴するか、窃盗だけを起訴するかを当初から決めることができるはずではあるが、仮に、検察官がこの事案の公訴提起を窃盗の訴因だけにとどめ、後に住居侵入の訴因を追加する場合を考えてみよう。訴因変更の目的を、「別訴で二つ以上の有罪判決が併存し二重処罰の実質が生じるのを回避すること」に求めると¹²⁾、上記の設定では住居侵入と窃盗は科刑上一罪であるから、想定される有罪判決はひとつだけで、両者を別々の訴因で起訴することはできず、同一の手続で処理すべき場合であることから、訴因の追加を許すことができる場合、すなわち、「公訴事実の同一性」がある場合と解することになる。

これに加えて、訴因変更が許される公訴事実が同一である場合を訴訟法的な視点から考えると、開始された手続を継続して審理することが許される場合とは、それまでの審理で採用された証拠と心証形成をそのまま利用することができる場合でなければならないはずである。これを上記の事案についてみると、当初訴因の窃盗を審理する際には、窃盗の日時場所と被害者、被害物件が特定されているはずで、そのための住居侵入であれば、住居侵入の日時は窃盗の手段として不自然ではないくらいに窃盗のそれに近接し、侵入された場所は窃盗が犯された住居と同一であるはずであって、そうすると、犯行の日時場所を証明する証拠は共通し、被告人がその場所にいた、という心証はそのまま引き継ぐことができる、ということになる。筆者の見解では、このような、同一証拠と心証の引継ぎが可能な範囲を公訴事実が同一の範囲とみることになる¹³⁾。

12) 酒巻前掲注6) 302頁。

13) 渥美前掲注8) 372頁。

さらに、いわゆる択一・非両立関係であるが、判例は、そのような場合であれば、基本的な事実が同一であることから、公訴事実が同一であると解してよいと判示している¹⁴⁾。つまり、同一人物が、ある物を静岡で窃取したうえ、その物を誰かから譲り受けて東京で質入れするということは、通常、事実として両立し得ず、歴史的事実としては、犯人がその物を窃取したか質入れたかのいずれかしかないはずで、そうであれば、犯人、被害者、被害物品等の基本的な事実が重なり合うことになるので、基本的な事実が同一であり、その場合は公訴事実が同一であると解したものとみられる。そうすると、実体法的には処罰すべき事実はひとつであり、証拠および心証の引継ぎという視点から見ても、被告人が被害品を所持していたという事実は共通のものとして、審理を継続してもよい場合、すなわち、公訴事実が同一の場合であるとみることになろう。

飲酒運転のうえで事故を起こした行為を、検察官は危険運転致死傷罪の訴因で起訴したが、裁判所はこれを過失運転致死傷と認定したという場合についても見てみると、処罰されるべき行為は飲酒運転のうえ人を死傷させたという行為であって、これを危険運転致死傷とみるか過失運転致死傷とみるかという違いであるから、実体法的には科刑対象たる行為はひとつであって、この事実について、危険運転致死傷で無罪としたうえ過失運転致死傷で起訴しなおすことは、まさに既に無罪とされた行為について再び刑事上の責任を問うものであって許されない。この場合は、別訴で二つ以上の有罪判決が併存し二重処罰の実質が生じる虞があるというより、別訴が元来許されない場合であって、同一の手続で処理しておかなければならない場合である。訴訟法的には、罪となるべき行為の日時場所は同一であって、方法についての評価が異なるだけであるから、当初訴因についての審理で採用された証拠もそれについての心証も、被告人が飲酒のうえ事故を起こして人を死傷させた、という限度では引き継ぐことができる。

14) 最判昭和29年5月14日刑集8巻5号676頁。

このように、当初訴因と立証結果等に不一致があっても¹⁵⁾、開始された手続を継続することのできる場合の限界を画するのが、公訴事実の同一性という概念である。

4. 身体拘束に関して

逮捕・勾留は、前述のとおり自由を奪うこと自体に目的があるわけではなく、捜査の必要上、罪を犯したことが疑われる被疑者の逃亡や罪証隠滅を防止するためになされるものである。本来、人の自由を制約することは許されず、捜査のための理由と必要のある場合に限ってその権限が政府機関に与えられるにすぎないという原理（憲法33条）からすれば、人の自由を制約する処分はいたずらに繰り返されたり、不必要に長期化したりしてはならない¹⁶⁾。

逮捕・勾留に関しては、ひとつの被疑事実については一回の逮捕・勾留しか許されない、という1罪1逮捕・勾留の原則があるとされ、かつてはその根拠を刑罰権がひとつであることに求める見解もあったが、現在では、身体拘束の回数と刑罰権の個数には理論的なつながりはないという理解が広がってきている¹⁷⁾。刑法199条3項は、むしろ「逮捕状を請求する場合において、同一の犯罪事実についてその被疑者に対し前に逮捕状の請求又はその発付があったときは、その旨を裁判所に通知しなければならない。」として、同一被疑事実についての再逮捕を想定しており、さらに、刑事訴訟規則142条1項8号は、「同一の犯罪事実」だけでなく「現に捜査中である他の犯罪事実」についても、その被害者に対し前に逮捕状の請

15) 立証結果「等」としたのは、現在では公判前整理手続でも訴因変更が予定されているためである（316条の5第2号）。

16) 小木曾前掲注4) 参照。

17) 榎原敬「同一事件における再逮捕」田中康郎監修『令状実務詳解』（2020年、立花書房）137頁。

求または発付があったときはその旨と犯罪事実を逮捕状の請求書に記載することを求めている。とりわけ、同規則が、前に他の犯罪事実についても身体拘束があったときには身体拘束の判断を慎重にすることを求めていると解されることにも、人の自由を制約する処分はいたずらに繰り返されてはならないという法の趣旨を見てとることができるであろう。

通常逮捕が、相当程度捜査の進んだ段階で行われる日本の実務とも合わせて考えると、たとえば、住居侵入窃盗について窃盗罪を被疑事実として逮捕・勾留手続がとられたのに、これを釈放した後、特段の理由なくその窃盗の手段であった住居侵入を被疑事実として逮捕することは、人の自由への不当な制約とみなされよう。これは、住居侵入と窃盗が実体法上1罪として扱われるから繰り返しが許されないのではなく、窃盗のために住居に侵入したことは捜査の過程で判明するため、窃盗での逮捕・勾留に加えて、住居侵入での逮捕・勾留が必要とは思われない（同時処理ができるはずである）からである。

他方、常習特殊窃盗罪は、窃盗行為が多数繰り返されるものを1罪として処罰するものであるが、窃盗は刑法犯の中で最も認知件数が多く検挙率が低い犯罪であって、判明しない窃盗行為も多い。そこで、ある窃盗の現行犯人として逮捕された者について、逮捕・勾留の後起訴したが、この者が保釈中にさらに窃盗を犯したというような場合、実体法上これらの窃盗は常習特殊窃盗とみるべきであるとしても、前の逮捕・勾留時に判明していない行為については、逮捕・勾留の理由が後に認知されるに至ったのだから、このときには新たに逮捕・勾留の理由が備わったことになる。このようなときの逮捕・勾留を許さない法理はない¹⁸⁾。

18) これに対して、現行犯逮捕された窃盗をきっかけに余罪を捜査した結果、他にいくつもの罪を犯したことを疑う相当理由が浮かび上がったとすれば、それらが実体法上一罪の関係にあってもなくても、同時に処理できるものを小分けにして逮捕・勾留を繰り返すことは許されない、と解することになる。大阪地決平成21年6月11日判タ1321号283頁は、被疑者が、同一被害者に対して、強

5. 二重危険の禁止（一事不再理）法理に関して

一事不再理とは、読んで字の如しで、一度審理された事項は再び審理されないことを指し、かつては、確定裁判によって法が形成され、形成された法を覆してはならないという既判力論がその根拠とされていたが、現在では、憲法39条が保障する、同じ事実について再び裁判を受けることのない権利は、二重危険禁止法理で説明する立場が大勢であるとされる。

二重危険禁止も一事不再理も、その起源は同じくローマ法にあるというのが¹⁹⁾、大陸法は刑事裁判を裁判所による真実を解明する場であるにとらえるのに対し、英米法は、これを、罪を犯した被告人の処罰を求める国側の主張の正当性を吟味する場であるにとらえる。後者の考え方からすると、犯罪行為を解明し、処罰するのは社会の利益にかなうことであるから、国には罪を犯した者を訴追する機会が与えられなければならないが、訴追される個人にとっては、被告人として裁判にかけられることだけで、大きな負担を背負うことになるため、両者の間に適正なバランスをとることが考えられなければならない。そこで、国側には一度の訴追機会を与えるが、国側がそれを利用しなかったり、失敗したりしたときには、再び訴追の機会を与えないというルールを設け、犯罪処罰の実現と個人の自由のバランスをとろうとするのが、二重危険禁止法理である²⁰⁾。この法理では、再訴遮断を裁判の効力としてとらえるわけではないはずなのであるが、日本で

要および恐喝行為を働いた翌日に恐喝未遂を行った事案で、強要および恐喝の捜査時点で恐喝未遂の事実についても捜査が及んでおり、両事実につき前回勾留の際に同時処理を行うことが困難であったとは認められないとして、強要および恐喝で釈放された被疑者を恐喝未遂で勾留することは許されないと判示している。

19) 田宮裕『一事不再理の原則』1頁（1978年、有斐閣）。

20) 渥美前掲注5) 163頁、中野目前掲注5)『法の機能と法解釈』34頁。

は、「一事不再理効を二重危険説で基礎づけるとして、これを裁判の効力と解するかについては争いがある」などと解説されることもある²¹⁾。これを裁判の効力と解すると、実体裁判が下った範囲に二重危険禁止の効力が及ぶと解することになるはずであるが、実体裁判の「可能性」のある公訴事実の同一性の範囲にまで二重危険禁止効が及ぶと解する立場が大勢である。

その当否はひとまずおくとして、そうすると、「既に無罪とされた行為」や、重ねて刑事上の責任を問われない「同一の犯罪」は、訴因変更を含めて実体裁判を下しうる範囲と理解することになる。したがって、これには、単純1罪はもちろん、前記のとおり科刑上1罪の場合や、処罰対象たる行為がひとつの択一・非両立関係の場合などが含まれることになる。「二重危険を裁判の効力とみる」というハイブリッド的な解釈によらず、国側が訴追に失敗したか、その機会を利用しなかったときは二重危険禁止効が発生するとみる立場からすれば、訴因変更が可能であれば、新訴因の対象となりうる事実については検察官が認知していたのであって、審理の経過により訴因変更が必要であれば、それをすれば裁判所の心証との溝を埋めることができることを領知していたことになるので、訴追の機会を利用しなかったものとして二重危険禁止の対象になると説明することになる。

慎重な検討を要するのは、複数の罪が成立しながら、これらを科刑上一罪とする場合である。実体法上は常習特殊窃盗を構成する窃盗罪について判決が確定した後に、その常習特殊窃盗を構成する別の窃盗罪が起訴されたという最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁で最高裁は、「この問題は、確定判決を経由した事件（以下「前訴」という。）の訴因及び確定判決後に起訴された確定判決前の行為に関する事件（以下「後訴」という。）の訴因が共に単純窃盗罪である場合において、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断するに当たり、〔1〕両訴因に記載された事実のみ

21) 田口守一『刑事訴訟法〔第七版〕474頁（2017年、弘文堂）。

を基礎として両者は併合罪関係にあり一罪を構成しないから公訴事実の単一性はないとすべきか、それとも、〔2〕いずれの訴因の記載内容にもなっていないところの犯行の常習性という要素について証拠により心証形成をし、両者は常習特殊窃盗として包括的一罪を構成するから公訴事実の単一性を肯定できるとして、前訴の確定判決の一事不再理効が後訴にも及ぶとすべきか、という問題である（が）、……訴因制度を採用した現行刑訴訟法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、……前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でないというべきである。そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。」と述べて、実体法上は常習特殊窃盗を構成する行為であっても、検察官がそれをいずれも単純窃盗として起訴した以上は、単純窃盗として審理すべきで、そうすると、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶはずはない、と結論した。

このような考え方によれば、この判決が覆した高松高判昭和59年1月24日判時1136号158頁の考え方、すなわち、同様の事案において、常習窃盗の一部を構成する前訴の窃盗についての既判力をその常習窃盗全体に及ぼすことによって、捜査・審判の可能性のない行為を不問に付すことの不都合を回避することができる。同高松高判は、国側の訴追機会の有無をひとつひとつの窃盗について確認することは事実上困難であること、確定判決

の既判力を実体法上の一罪で画することの明確性をその理由として挙げたが、前記平成15年最判は、裁判の効力の問題として一事不再理効を論じつつ、その裁判の効力を検察官の設定した訴因に限定することでこの不都合を回避したもののようである²²⁾。

純粋な二重危険禁止の視点からは、公訴提起にかかる罪が併合罪であろうと実体法一罪であろうと、同時に処理（公訴提起）できる事件を分割して起訴することは許されないが²³⁾、訴追の機会がなかった行為については、それが実体法上は一罪を構成するものであったとしても二重危険禁止効は及ばないとみることになる。実体法上の一罪は、その行為が認知されたうえ、刑法上一罪と評価する、すなわち、被告人の行為についての刑法上の評価が尽くされているとみるからこそ一罪なのであって、刑法上の評価が及んでいない行為について訴追を禁ずる理由はない。窃盗罪は、前述のとおり発生件数は多いが検挙率の低い犯罪であって、たまたま認知された行為について通常の捜査を遂げ、公訴提起した後、さらに他の窃盗行為が発覚したのであれば、その訴追を阻む理由はなく、これを阻めば、先に述べたように罪を不問に付することになる。他方で、単純窃盗数個であれ、常習特殊窃盗であれ、同時に捜査・公判請求できるものを分割・小出しにして、個人を何度も被告人の地位におくことは許されない。前記平成15年判決が、そのような訴追に途を開く危惧があると批判される理由もここにある²⁴⁾。

22) 最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度456頁（多和田隆史）。

23) 複数の窃盗を併合罪として分割訴追しても、同一の犯罪について重ねて刑事責任を問うわけではなく、確定判決を経たわけでもないが、同時処理できるものを分割することは国が個人を何度も被告人とすることでその地位を不安定にすることに通ずるので、法の趣旨に反する。

24) 高田昭正「一事不再理効の範囲」前掲注3）「刑事訴訟法判例百選 [第10版]」223頁。捜査機関がどの犯罪を認知することができ、どの犯罪を認知することができなかったのかは、訴訟条件として職権調査の対象とし、検察官にその立証を促せばよい。

6. 1罪の理解

以上の考察を基にして、冒頭に引用した、「実体法上一罪とされる事実ごとに1個の刑罰権が生じ、一事不再理効は一罪とされる事実すべてについて生じるもので、刑事訴訟はこの刑罰権を実現する手続であるので、公判手続・裁判のみならず捜査段階においても、実体法上一罪となる犯罪事実は1個のものとして取り扱うべきで、令状に記載された事実に限らず、『一罪一勾留』の『一罪』とは公訴事実におけるのと同様に実体法上一罪関係にある事実のことであり、これについては原則として勾留は1回とする」といった記述の合理性を検討してみよう。

まず、公訴事実の同一性と二重危険禁止効の範囲は、同一の手続で処理することのできる範囲（同一証拠で立証できる範囲）については、同一の手続で処理すべきで、重ねて国側に訴追の機会を与えないという限度で、その関心と範囲が重なる。ただし、純粋な二重危険禁止法理によれば、実体裁判の可能性を越えた範囲に二重危険禁止効が及ぶこともありうる²⁵⁾。また、前述のとおり、公訴事実の同一性について、「二つ以上の有罪判決が併存して二重処罰の実質が生ずるのを回避する」ために訴因変更制度があると説明があるが²⁶⁾、むしろ、二重危険禁止との関係では、同一事実についての再訴が遮断されるために、当初訴因を固定して無罪とすれば適正な処罰ができなくなるので、開始された手続を継続して処理するのが訴因変更制度の狙いであると説明することになろう。

捜査も刑罰権実現のためであるから、身体拘束を原則として1回で済ませるべき範囲を公訴事実の同一性に準じて判断する、という表現についてはどうだろうか。

25) 渥美前掲注8) 372頁、478頁。

26) 酒巻前掲注6) 302頁。

被疑者・被告人が、ある住居に侵入して窃盗を働いたという事件を今一度想起しよう。仮に、検察官がこの事案の公訴提起を窃盗の訴因だけにとどめ、後に住居侵入を訴因として追加する場合は、前記のとおり、「公訴事実の同一性」がある場合と解することになる。また、二重危険禁止（一事不再理）効に関しても、窃盗罪が無罪とされ、または、有罪とされた後、その手段であった住居侵入を起訴することは許されない。逮捕・勾留に関しては、窃盗で逮捕・勾留して捜査をするのであれば、その手段である住居侵入についても同時に捜査できるはずで、住居侵入だけを被疑事実として、窃盗とは別に逮捕・勾留をすることには、その必要が認められず、許されない。このように見てくると、住居侵入窃盗罪を、住居侵入と窃盗に分けて逮捕・勾留することはできず、両者は公訴事実が同一の範囲にあり、二重危険禁止（一事不再理）効との関係でも両者を同一の犯罪とみることになり、結果的にいずれの場面でも同じ結論が導かれる。しかし、とりわけ、逮捕・勾留と公判以後の場面では、すでに述べてきたようにその関心が異なる。ここに、おそらくは、冒頭に引用したように、捜査段階の事件は公訴事実の同一性に「準じて」考える、という表記の意味があるのであって、捜査も刑罰権の実現のためであるから、公訴事実の同一性が逮捕・勾留における一罪や逮捕前置主義における事件の同一性の判断の基準となる、というのは、理論的な整合性を欠く。このことは、以下のような場合ではさらに明白になる。

窃盗罪が認知されたので、単純窃盗として逮捕・勾留した後、さらに別の窃盗罪が認知され、全体としてみるとそれらは常習特殊窃盗であったという場合を考えよう。逮捕・勾留については、最初の窃盗罪の逮捕の際に認知されていない窃盗について、それを含めて常習特殊窃盗として逮捕・勾留の請求をすることは不可能であり、新たに理由と必要が認められるのであれば、実体法上一罪とみなされる行為であっても、さらに逮捕・勾留することは違法ではない。また、それらを常習特殊窃盗として起訴した後、判明していなかった窃盗罪をそれに含まれるものとして訴因の追加請求を

することは公訴事実が同一の範囲にあるとして許されるだろうが、他方、前記平成15年最判に従えば、これらを単純窃盗として起訴した場合は併合罪となるので、訴因変更の問題ではなくなる（公訴事実の同一性は当然ない）。同時に、併合罪として起訴された罪の一事不再理効（既判力）が別の併合罪に及ぶこともない。しかし、同時処理できるものを分割して逮捕・勾留し、訴追することが、個人の自由保障との関係で許されないことは前述のとおりである。

たとえば、静岡での指輪の窃盗で公訴提起されたが、同じ指輪を東京で質入れたものであると認定される場合はどうだろうか。両者は、択一・非両立関係にあり、公訴事実の同一性はある。検察官としては、当初訴因での心証が得られていないことが判明した段階で質入れを処罰する意思があれば訴因変更を請求するべきで、それをしないで無罪判決が確定した後、同じ指輪の質入れで被告人を再び起訴することは国の訴追権の濫用であって、二重危険にあたる。しかし、静岡における指輪の窃盗で逮捕され、処分保留で釈放された者を、東京におけるその指輪の質入れで逮捕することは許されないだろうか。または、窃盗の逮捕に引き続いて質入れで勾留請求があったとして、逮捕が前置されていると解することはできるだろうか。この場合、「現に捜査中である他の犯罪事実」として注意が促されるにせよ、捜査段階では、いずれの場合も被疑事実としてはその内容が異なっており、被害品が同じだという理由で窃盗と質入れを一罪とみて逮捕が許されないと解したり、窃盗での逮捕を質入れの勾留請求に前置された逮捕と解したりすることはできないのではないだろうか。

このように、逮捕・勾留、訴因変更、二重危険禁止（一事不再理）は、関心が重なり合い、結果的に同じような結論に至る場合があるとしても、それぞれ制度趣旨、関心を異にしているのであって、捜査も刑罰権実現のためであるからとして、捜査段階でも「公訴事実の同一性」概念をもちだす理論的な根拠はない。とりわけ、捜査と公判で発生する諸問題を同じ関心で規律されるべきものとするのは、両段階を通じて裁判所が真実発見

に責任を負う職権主義になじむ考え方となりかねないことに注意すべきである。

(本学法科大学院教授)