

Title	一事不再理効の客観的範囲についての一考察
Sub Title	Der objektive Umfang des "ne bis in idem"
Author	筑間, 正泰(Chikuma, Masayoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.1 (1976. 1) ,p.181- 203
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19760115-0181

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

一事不再理効の客観的範囲についての一考察

筑 間 正 泰

- 一 まえがき
- 二 理論的考察(一)
- 三 理論的考察(二)
- 四 判例の検討
- 五 あとがき

一 まえがき

私は先きに「非常上告の沿革とその問題点(一)、(二)」⁽¹⁾⁽²⁾で、憲法第三九条に基づく効力は被告人の利益という観点から規定された効力であつて、それは被告人の利益と国家の犯罪の訴追という利益との調和ということから要請せられる一事不再理の効力とは異なるものであるという結論⁽³⁾のみを述べ、理由づけをしなかつた。本稿を取り上げた所以はその理由づけの他に次の三つの理由による。第一は、非常救済手続のもう一つの制度である再審制度を研究していくうえで裁判の効力いかんとい

う問題をさけることができないこと、第二は、現在問題になつてゐる改正刑法草案が現行刑法第五四條一項後段の牽連犯の規定をもうけないこと⁽³⁾にしたために、現行法上牽連犯とされている住居侵入・殺人の罪や文書偽造・同行使の罪といった場合に一方についてのみ起訴があり、有罪が確定した後に他方について果して起訴することができるのかどうか、第三は、最高裁判所昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一五一頁大法院判決は、無免許の者が酒に酔つて車両を運転した場合における無免許運転の罪と酒酔い運転の罪との關係を觀念的競合にあたるとしたが、そうすると、たとえば、右の場合、運転者が検挙された際に、拾得してゐた他人の無免許証を悪用して他人になりすましたために無免許運転の罪を免れ、酒酔い運転の罪だけについて略式命令で罰金に処せられ、確定したが、その後になつて無免許運転の事実が発覚したとき、右の略式命令の一事不再理の効力が無免許運転の罪にも及んで無免許運転の罪を起訴し、処罰することができなくなるのかどうかを検討してみたいと思うからである。

二 理論的考察(一)

一事不再理の効力とは、一度確定判決を経た事件について再び起訴することができなくなる効力である。そこで、確定判決を経た事件が起訴された場合について、刑訴法第三三七條一号は判決で免訴の言渡をするものとしている。しかし、既判力⁽⁵⁾の本質、一事不再理の効力の基礎およびその範圍について、刑訴法は明確な規定をおくことなくこれを理論にまかせているので学説上種々の見解が主張せられてゐる。

さて、既判力の本質論いかにという問題は、鴨教授が正当にも指摘されるように、訴訟制度そのものをどのように把えるかという訴訟觀に直結し、既判力の理解のしかたは実生活と深い關係があり、部分的な考察や單なる論理的な技術的なみかたでは解決しがたいものである。かかる問題の比較法的考察、学説の考察などについてはすでに諸家⁽⁶⁾によつてなされてきて

いるか、わが国の訴訟観としては、被告人の権利保護・人權尊重を憲法上の公理的要請としてその制度的保障としての刑事訴訟のあり方をもつばら法政策的・法技術的に構成せんとする立場と従来どおりの裁判所の実体判決形成を中核としてその過程における具体的法規範の形成を考えそのための刑事訴訟のあり方を法哲学的・法理論的に構成せんとする二大潮流がある。⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

このような問題状況のもとで一事不再理の効力の基礎づけも種々試みられているが、刑事法上、一事不再理の効力いかに具体的に問題となるのは、第一に、免訴判決に果して一事不再理の効力が生じ得るのかどうか、第二に、訴因制度を導入し、公訴事実の同一性の範囲内で訴因の追加・撤回・変更を許す（刑事法第三二条一項）現行訴訟制度のもとで、裁判所が現実判断した事項以外に一事不再理の効力が及ぶのかどうか、及ぶとすれば何故か、第三に、内容不明な判決または当然無効の判決にも一事不再理の効力を付与すべきものかということである。なお、第一の免訴判決に一事不再理の効力が生ずるかどうかの問題は、懸案となつている「無罪判決に対する裁判費用の補償」との関連で議論するのが適當と考えるので別稿にゆずり、第二、第三の問題などに焦点を合わせて、わが国の代表的な見解や判例をあげながら検討を加えてみたいと思う。

団藤博士によると、裁判は、告知・送達によつて外部的に成立し、上訴権の放棄、上訴期間の経過、上訴の取下げなどによつて不服の申立が許されなくなると裁判は形式的に確定するにいたり、当事者は不服の申立を許されないという手続的拘束、すなわち形式的確定力が生ずるにいたる。そして、裁判の形式的確定に伴つて、その裁判の意思表示的内容も確定的となり、それを内容的確定力という。この内容的確定力は、刑事法第三三八条、第三三九条の公訴棄却の裁判、第三二九条の管轄違の裁判、第三三七条の実体関係的形式裁判たる免訴の判決、刑罰権の存否ならびにその範囲を問題とする実体裁判にも生じ、後者二つの内容的確定力を特に実体的確定力というとき、実体的確定力の本質は、これまで浮動的であつた訴訟

法律状態は確定的な法律関係に凝結し、具体化された実体法になる。それにもとづいて有罪判決には内部的効力として執行力が生ずるが、実体裁判、実体関係的形式裁判には、法的安定性の要求によつて、その事件について再度の起訴が許されなくなり、あやまつて再度の起訴がなされた場合には、一事不再理の原則によつて免訴の判決が言渡される。そして、一事不再理の効力の及ぶ範囲は、事件の単一性及び同一性の範囲、つまり主観的範囲は被告人の単一、同一の範囲に、客観的範囲は公訴事実の単一、同一の範囲に生ずるとされ、これは訴訟法上の原則ばかりでなく、憲法によつて保障されているが、憲法第三十九条はやはり一事不再理の原則を憲法上の原則として取り上げたにすぎないから、同一性の問題については従来と同じく大陸法的な考え方で臨むべきものとされる。⁽¹²⁾ なお、最高裁判所大法廷昭和二十四年五月一八日刑集三卷六号七九六頁の大塚仁子事件判決⁽¹³⁾もほぼ右と同様の見解を示し、憲法第三十九条の効力と一事不再理の効力との関係を必ずしも明らかにしなかつたが、一事不再理の原則は、刑事判決の既判力の一作用に外ならないとし、元来判決の既判力は一旦判決によつて一定の法律関係（刑罰権又は私権等）の存否が確定された以上、原則として、その後は法律上有効にこれを変動せしめないということをもその本質とし、民事においては、確定判決の趣旨と異なる裁判をなすことができないという裁判所に対する拘束力という形で現われるが、刑事においては、起訴独占主義であるから、確定判決を経た事件については、有効に再起訴ができないものとし、また裁判所も、これについては免訴裁判を為すべきものとさえしておけば確定判決の既判力は維持せられるのである、それに人権擁護の意味も加わり、一事不再理の原則という形をとつたものであるとしている。

しかし、現行刑法は、旧刑法に比して、訴訟における主導的地位を当事者に認め（刑法第二九八条など）、また対象決定の自由を否定する見解もあるが、例外的かほぼ全面的か⁽¹⁴⁾という争いがあるにせよ対象決定の自由などを認めて著しく訴訟を当事者主義化⁽¹⁵⁾し、訴因制度を導入した関係上（刑法第二五六条三項など）、科刑上の一罪とされる住居侵入・殺人の罪あるいは住居侵入・強姦の罪などについて検察官は一方のみを起訴することができるようになった。したがつて、検察官は科刑

上一罪の一部たる住居侵入の罪だけを起訴し、殺人の罪の訴因を追加しなかったり、あるいは強姦の罪についての告訴の欠缺によつて強姦の訴因の追加ができなかつたり、あるいは告訴があつて訴因の追加ができたけれども起訴便宜主義の原則に基づいて訴因の追加をしなかつたために、裁判所は住居侵入の罪についてのみ審理しかつ有罪判決を言い渡してそれが確定した場合、内容的確定力は住居侵入の罪を基礎とした刑罰権についてのみ生ずる筈である。したがつて、その内容的確定力の作用である外部的効力としての一事不再理の効力の及ぶ範囲も住居侵入の罪に限られる筈であるのに、何故に強姦の罪あるいは殺人の罪についてまで一事不再理の効力が及ぶのか。また、このような見解は、一事不再理の効力の基礎を内容的確定力におくので、判決謄本の紛失などで裁判内容が不明であつたり、法定刑以外の答一〇〇といった当然無効の判決には内容的確定力が生じえないので、それを基礎とする一事不再理の効力は発生しない⁽¹⁸⁾。したがつて、再起訴して実体裁判をすることが許されることになる。確かに民事訴訟にあつては、法的な私的紛争を解決することが目的であるから、判決内容が不明であつては紛争が解決されたことにはならないので、再度の裁判が必要となる。しかし、刑事訴訟にあつては、民事のような事情はないので、一度実体裁判を受けた被告人に再度実体裁判を受けさせることが果して妥当なりや否やという点から考察すべきであり、被告人の利益の擁護という点から考えると再度実体裁判をすることは妥当とはいえないものと考ええる。

ところで、前者すなわち科刑上の一事の一部について起訴があり、実体裁判がなされてそれが確定した場合に、起訴のなかつた部分にも、すなわち公訴事実の単一性、同一性の範囲に一事不再理の効力が及ぶというために、団藤博士は、公訴不可分の原則または審判不可分の原則を承認されて、訴訟係属は公訴事実の単一性、同一性の範囲について生ずるものとされ、現実的審判の対象は訴因であるが、潜在的審判の対象は公訴事実であり、⁽¹⁹⁾ 刑法第三一二条一項は公訴事実の同一性の範囲内で、訴因の追加・撤回・変更することができるとしているので、公訴事実について審判の法律的可能性があつたのであり、訴追側にかような可能性があればこそ、潜在的な審判の対象としての公訴事実の全体に一事不再理の効力が及ぶとさ

れるのである(傍点―筆者)⁽²⁰⁾。しかしながら、住居侵入・強姦の罪のような科刑上の一罪の場合、強姦の罪について告訴がなければ強姦の罪がたとえ住居侵入の罪と公訴事実を同一にしても、訴因の追加は法的に不可能であるから強姦の罪について一事不再理の効力が及ばない筈であるのに何故に及ぶといえるのか。⁽²¹⁾⁽²²⁾さらに、検察官が被告人を傷害で起訴し、有罪判決の言渡がなされ、それが確定した後被害者が死亡した場合に、何故に判断されていない死亡の点についてまで一事不再理の効力が生ずるといえるのかという疑問が生じてくる。この点について、ドイツ法も一事不再理の効力を既判力ないし既判力の内容としてとらえる見解が有力で、一事不再理の効力は原則として行為の単一性、同一性の全範囲に及ぶが、例外として、法律上実体的審判が不可能であつた部分には及ばないとするのが通説であり、さらに有力説は、たとえば、無許可で銃器を発射したとして有罪判決が言い渡され、確定後になつてはじめて銃器による殺人の罪が明らかになつた場合に前者の既判力を後者に及ぼすのは正義の要請に反するとして事実上審判が不可能であつた場合にも一事不再理の効力の例外を認めるべきものとしてゐるのである。⁽²⁴⁾

そこで、青柳教授は、一事不再理の効力は内容的確定力そのものではないがこれに関連して生ずると認められてきた被告人の保護と国家刑罰権の実現の調和を図る政策から生じ、憲法第三十九条は、この一事不再理の効力の保障を憲法上の保障にまで高めたものであるが、裁判所の訴因の追加、変更の命令ないし勧告が形成力を持たないとの意味が加わつて一事不再理の効力は、原則として訴因の拘束力の範囲を超えて公訴事実の同一性の範囲に及び、また法定刑、処断刑の幅が非常に広いこと、証拠の関連性が極めてゆるく認められるのでこのような証拠によつて余罪についても有罪であるとして刑の量定に斟酌された場合にはその事実についても及ぶとされたうえで、現行法が捜査時間の制限、訴因による制約などを導入したことから、たとえ公訴事実が同一で単一の科刑が要請される場合でも、同時に公訴を提起することが法律上不能であるような牽連犯の一部が親告罪であつた場合、常習者の犯罪の一部が後に発覚した場合のような事実上不能であつた場合、被告人の方

に本来の一罪または科刑上の一罪についてその一部を免れる積極的な工作があり、捜査官側がそれを看破することが不可能と認められる場合には、それらの部分にまで一事不再理の効力は及ばないとされる。⁽²⁷⁾

しかし、この見解によると、当然無効の判決、内容不明の判決については一事不再理の効力は生じないことになるうえに、常習犯の不都合については、現行麻薬取締法が、旧麻薬取締法が規定していた常習犯処罰規定を削除して立法的解決をはかり、単一科刑の要請を立法的に貫徹しようとする立法者の意思にも反することになり、しかも法律上、事実上審判が不可能な場合にはその部分については一事不再理の効力が及ばないとされ、たとえば科刑上の一罪とされる筈であつたものは併合罪になるとされるのであるが、かかる見解は実体法の建前をくずすことになるものといわなければならない。

三 理論的考察(二)

以上のような点から、一事不再理の効力を実体的確定力から切り離し、一事不再理の効力は、憲法第三九条すなわち「既に無罪とされた行為について、重ねて刑事上の責任を問われない。……」に基づくとする見解が主張されてくる。⁽²⁸⁾

井上博士は、実体的確定力は裁判所の判断内容の規準性であり、それに基づき対内的効力として執行力のみが生ずるが、判断されない内容については、いかに判断が可能であつてもその規準性は及ばない。一事不再理の効力は、憲法第三九条の一種の二重の危険を現わすものであり、その効力はある程度裁判所の判断から逸脱した部分についても及ぼさなければならぬ。そこで、一事不再理の効力は訴訟手続が終局的に確定したいわゆる形式的確定力の効果⁽²⁹⁾であり、純手続的、それ故刑事政策的に、考慮すれば足りまた考慮すべきである。そして、審判の対象は訴因であり、一事不再理の効力が公訴事実の単一性、同一性の範囲に及ぶのは、平野教授と同じように、その範囲で同時訴追の可能性があり、したがつて檢察官に同時訴追の義務があるからとされている。⁽³⁰⁾ この見解によれば、当然無効の判決、内容不明の判決にも一事不再理の効力は生ずる。

しかしながら、一事不再理の効力が公訴事実の単一性、同一性の範囲に及ぶのは檢察官に同時訴追義務があるからとすることで果して十分であるかは疑問であり、この点については平野教授の見解を検討する際に合わせて検討する。

平野教授は、裁判の効力を、存在に基づく効力と理由に基づく効力とに区別され、不服申立などが許されなくなると裁判は形式的に確定するにいたり、存在に基づく効力の対内的効力として訴訟係属は消滅し、対外的効力として一事不再理の効力⁽³³⁾が既判力が生じ、理由に基づく効力⁽³²⁾が内容的確定力の対内的効力として執行力が生じ、対外的効力として拘束力が生ずるとされる。そして、檢察官には訴訟対象の決定の自由があり、訴訟係属は訴因について生じ、審判の対象は訴因である⁽³⁴⁾が、訴因として明示されなかつた公訴事実の単一性、同一性の範囲に一事不再理の効力⁽³⁵⁾憲法第三九条の二重の危険の禁止の効力が生ずる所以は、刑法第三一二条一項が、公訴事実の同一性の範囲内で訴因を変更して審判を受ける可能性を付与しているので、その範囲で檢察官には同時訴追義務があるからだとされるのであるが、結局、その義務は憲法第三九条の同一の犯罪にあたるかどうかということに求められることになる。

この見解によれば、当然無効の判決、内容不明の判決にも一事不再理の効力が生ずることにはなる。

問題は、第一に、住居侵入・強姦の罪のように科刑上の一罪の一部が親告罪であつて告訴がなかつた場合、憲法上、同一の犯罪とはいええても告訴を欠くので檢察官には同時訴追の可能性はなく、したがつて同時訴追義務が生じえないのに何故に公訴事実の単一かつ同一性の範囲に一事不再理の効力が生ずるといえるのか。これについて平野教授は、告訴権者も訴追側であり、告訴権者が告訴できるにもかかわらずしなかつたときは、やはり訴追側は同時訴追の義務を果さなかつたといわなければならぬのであり、一事不再理の効力は親告罪の部分についても及ぶという巧妙な説明をされる(傍点―筆者)。しかし、何故に告訴権者は訴追側といえるのか、いえるとしても告訴権者が加害者からおどされて告訴しようにも告訴ができなかつた場合には親告罪の部分には一事不再理の効力は及ばないといふべきで別訴を認めるべきではないかという疑問が生ずる⁽³⁶⁾。

る。しかも一事不再理の原則は被告人の利益という点から規定された憲法第三九条の二重の危険の禁止の原則に基づくものとされるのであるから、被告人が積極的工作をすることによつて自己の利益を放棄したと認められるものである以上、併合罪になるとして別訴を認めても憲法第三九条に違反しない筈である。⁽³⁹⁾

第二に、我が国に特有なものといえる牽連犯の規定が刑法第五四条後段に設けられているが、その立法理由は、旧刑法第二〇三条が「官の文書を偽造して……行使したる者」とし、第二一〇条が「証書を偽造して……行使したる者」としていたために、文書偽造のみを行つたにすぎない場合には行使の予備として不可罰と考えられたので、その不都合を是正するために現行法が文書偽造などの罪を独立の犯罪とし、また詔書の偽造などについてはその当然の結果として立法上不問に付されていた行使を現行法が独立の犯罪としたことによる⁽⁴⁰⁾とされている。このようにして文書偽造の罪および同行使の罪（刑法第一五九条、第一六一一条など）などは、それぞれの部分が構成要件的には別個に評価される価値を有しているにもかかわらず、その各部分が手段・目的、原因・結果というように事実として密接に関連し、具体的刑罰権の確定の面からこれを合一して単一の刑を科すべきものとされているのである（刑法第五四条一項後段）が、果してかかるすべての場合に検察官に同時訴追の義務があるといえるのだろうか。なぜならば文書偽造の罪と同行使の罪は通例、場所的にも時間的にも間隔を置いて行われる犯罪であるので、常に検察官に同時訴追義務があるとはいえず、憲法第三九条の同一の犯罪とはいえないのではない⁽⁴¹⁾か。また偽造文書行使罪（刑法第一六一一条など）のみが起訴された場合でも、まず文書が偽造文書かどうかを確定する必要がある⁽⁴²⁾ので、文書偽造罪と同行使罪は性質上からも憲法第三九条の同一の犯罪とはいえないのではないか。ところが、平野教授は、文書偽造罪についてのみ起訴され、その有罪判決が確定した場合、一事不再理の効力は偽造文書行使罪にも及ぶことを肯定される。そうすると、偽造文書行使罪にも一事不再理の効力が及ぶのは憲法第三九条の同一の犯罪であるからということではなくて、文書偽造罪と同行使罪とが実体法上牽連犯になるからということになる。そうすると、一事不再理の効力は

憲法第三九条の二重の危険の禁止の効力であるとする建前がくずれることになりはしないか。このような矛盾を回避するためには、一事不再理の効力と憲法第三九条との効力とは異なるものと解する必要があると思う。もつとも改正刑法草案のように牽連犯の規定をもうけないことにしてしまえば第一の問題、第二の問題は解消することになる。

第三に、平野教授は、一事不再理の効力は、公訴事実の単一かつ同一の範囲全体に及びたとえ余罪を刑の量定の資料として用いてもこれに一事不再理の効力が及ぶとするのは現行法上困難とされる。⁽⁴³⁾しかし、最高裁判所昭和四九年五月二九日刑集二八巻四号一一四頁大法廷判決は、酒酔い運転の所為とその継続中の酒酔いを理由とする運転中止義務違反の過失による業務上過失致死の所為は併合罪にあたるとしたが、業務上過失致死は酒酔いが原因となつていたので実体法上たとえ併合罪であつても憲法第三九条の同一の犯罪ということができうえに、檢察官には同時訴追が可能であるから同時訴追義務があるというべきである。したがつて、かかる場合に檢察官が業務上過失致死の罪のみを起訴し、それについて有罪判決が確定した場合には、憲法第三九条の二重の危険の禁止の効力たる一事不再理の効力は酒酔い運転の罪にも及ぶと理解すべきではなからうか。⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾このように理解することによつて、来たるべき刑法で牽連犯の規定が廃止された場合に、現行法上、牽連犯とされているものの多くは観念的競合と構成されることによつて解決されるであらうが、かかる解決ができないために競合犯となつても憲法第三九条の同一の犯罪であるということを理由に一事不再理の効力を及ぼしうることになるものと思われる。

以上の検討により、実体法上、科刑上の一罪とされるものであつても同時訴追義務のある場合とない場合とがあり、併合罪であつても同時訴追義務のある場合とない場合とであり、一事不再理の効力の及ぶ範囲は必ずしも公訴事実の単一、同一性の範囲に限られないことになる。もし、一事不再理の効力が公訴事実の単一、同一性の範囲にしか生じないとするのであればかかる効力の基礎を憲法第三九条におき、檢察官の職務上の義務である同時訴追義務（説明原理である）でもつて説明するところに難点があるものといわなければならない。

これに対して、田宮教授は従来の考え方を一歩進めて、一罪一訴因の原則を承認されて訴訟係属は訴因について生じ、訴因が審判の対象とされたうえで、裁判が形式的に確定すると上訴審に対する不可変更力たる形式的確定力が生じ、他方、一切の裁判所に向けられる不可変更力たる実質的確定力⁽⁴⁶⁾（既判力（訴因の範囲で発生が生ずる（制度的効力説）が、一事不再理の効力は憲法第三十九条の二重の危険、すなわち被告人が実質的に危険にさらされたという事実そのものの直接の効果であつて、それは、刑訴法第三一二条一項により検察官は公訴事実の同一性の範囲でいつでも訴因を変更することができる（具体的能力の問題でなく、一般的許容性の問題とされる）結果、公訴事実の単一、同一性の範囲に生ずるとされる⁽⁴⁷⁾）。

この見解によると、当然無効の判決、内容不明の判決にも一事不再理の効力が生ずることは説明しうるが、実体法上、単一科刑が要請される場合と憲法第三十九条の同一の犯罪とは必ずしも一致しないので、この見解も平野教授の見解を検討した際の問題点一、二、三がおもむねあてはまることになる。

そこで、高田教授は、公訴不可分の原則を承認せられて訴訟係属は事件全部に生ずるが審判の対象は訴因であるとされた⁽⁴⁸⁾うえで、裁判は不服申立などが許されなくなると形式的に確定し、かような不可争の効力を形式的確定力と呼ぶとされ、裁判の形式的確定にともなつて判断内容も確定（内容的確定）し、判断内容たる一定の法律関係を不可動的に確定させる効力を内容的確定力（実体裁判のそれを特に実体的確定力という）とされ、その対内的効力として内容的拘束力が生ずるとされ、さらに一事不再理の効力を実体的確定力から切り離されて、それは憲法上の要求にまで高められているのであり、かかる効力が公訴事実の単一かつ同一の關係にある事実の全体に及ぶのは一個の刑罰権に服する事項は一回の手続で解決すべきだとの要請⁽⁴⁹⁾によるとされる。

確かにこの考え方によると実体裁判であればたとえ当然無効の判決、内容不明の判決であつても一事不再理の効力が生ずることも説明できるうえに、かかる効力が公訴事実の単一かつ同一の範囲に生ずる理由づけとして一個の刑罰権に服する事

項という訴訟法的考察方法によるとされること自身は正当である。しかしながら、一個の刑罰権に服する事項とは、要するに実体法上単一科刑の要請される一個の刑罰権に服せしむる事項をいうのであるから、すでに検討したようにそれは憲法第三九条の同一犯罪と符合しない筈であり、一個の刑罰権に服する事項と同一の犯罪との関係が必ずしも明らかとはいえない。しかもこの見解に限らず、実体的確定力あるいは実質的確定力から一事不再理の効力を切り離すことは、一事不再理の効力をすべて政策に帰することにつらなり、その時代のその社会が公益の維持を必要とするのか、個人の保護を重視するのかによつて広狭いずれにも解されるような危険をはらむことになる。⁽⁵⁰⁾

このような危険をさけ、通説のように単一科刑の要請を貫徹して公訴事実の単一かつ同一の範囲に一事不再理の効力が生ずるものとし、かつ当然無効の判決、内容不明の判決にも一事不再理の効力が生ずるとするためには、憲法第三九条の効力と一事不再理の効力とは作用面で確かに重なり合う部分は多いけれども、憲法第三九条の効力は専ら被告人の利益の保護という観点から規定された効力であつて（以後、一事不再理の効力と区別する意味で準一事不再理の効力と呼ぶ⁽⁵¹⁾）、それは被告人の利益と犯罪の訴追という国家の利益との調和ということから要請される一事不再理の効力とは異なるものと理解すべきである。

ところで、刑事訴訟の目的は、具体的事実に基づく具体的刑罰権の存否ならびにその範囲（実体という）の確定、形成、定立にあり、訴訟係属は実体について生ずるが、現行法は審判の範囲を特定し、十分攻撃・防禦を尽くさせるために訴因制度を導入した。他方、事柄の性質上、人の社会的、歴史的事実の中から、一定の行為を刑法的評価との関連において選択し、これを犯罪事実として把握することの困難性、不確実性などから公訴事実の同一性の範囲内で訴因の追加・撤回・変更⁽⁵²⁾できる⁽⁵³⁾として単一科刑の要請を全うしうるものとしている。

さて、裁判が形式的に確定すると、これにともなつて裁判の内容たる判断も確定的となり、その確定的となつた状態を実

質的確定あるいは内容的確定といい、実体裁判にあつては、宣言された有罪、無罪の裁判、すなわち具体的事実に基づく具体的刑罰権の存否ならびにその範囲が具体法として妥当し、他の訴訟行為を拘束し、その規準となる効力として現われ、それを実体的確定力という。それに単一科刑の要請が加わつて右妥当力の作用として現われる一事不再理の効力の客観的範囲は判断の対象となつた訴因と一定の関係を有する事実、すなわち公訴事実の単一かつ同一の範囲に及ぶのである。他方、実体裁判がなされると憲法第三九条の準一事不再理の効力が生ずるので、単一科刑の要請が働かないために併合罪となる場合でも憲法第三九条の同一の犯罪にあたるということができれば準一事不再理の効力が生ずるのであり、またかかる効力は内容不明の判決、当然無効の判決にも生ずることになる。⁽⁵⁴⁾

以上のように理解することによつて来たるべき改正刑法草案の施行に際し牽連犯の規定がもうけられず、現行法上牽連犯とされていたものが観念的競合と構成できなかったために競合犯とされることになつてもかかる理論によつて対処しうるものと考ええる。問題は一事不再理の効力の及ぶ範囲について例外が認められるべきかどうかが次の課題となる。

四 判例の検討

事案は、無免許であつた被告人が、かねて知人が遺失した自動車運転免許証を拾得したのに返還することなく着服横領し、これを携帯して、しかも酒気を帯びた状態で普通貨物自動車運転中、警察官の自動車検問を受け、酒気帯び運転が発覚した。しかし、被告人は右取調の際、知人の運転免許証を呈示し、知人の氏名を詐称して交通切符の「供述書」欄末尾に右知人の氏名を冒書したことにより無免許運転の事実の発覚を免れた。この結果、被告人は酒気帯び運転の罪だけについて交通切符によつて立件され、同罪について昭和四八年三月二七日罰金二万円の略式命令を受け、同年四月一日確定した。その後右事実が発覚し、運転免許証についての遺失物横領、右酒気帯び運転と同一機会の無免許運転の罪および交通切符「供

述書」欄への氏名の冒書による私文書偽造、同行使の各罪として起訴されたが、前の略式命令の既判力ないし一事不再理の効力が本件無免許運転の罪についても及んでいるかどうかが問題となつた。

昭和四九年四月二日東京地裁判決判例時報七三九号一三一頁は、本件無免許運転の罪と酒気帯び運転の罪とは、観念的競合にあたるとしたうえで、「このように単一の公訴事実に属する数罪中の一部の罪についての確定裁判の既判力は他の罪についても及ぶのを原則とすべきではあるけれども、絶対に例外を許さないとするのは相当ではなく、その一部の罪についての裁判手続において他の罪について現実に審判するのが極めて困難であつたという事情が認められる場合には、合理的な例外として、その一部の罪についての確定裁判の既判力は他の罪については及ばないと解すべきであつて、このことは、すでに一部の学説に説かれているところである（斎藤朔郎著『刑事訴訟論集』一四一頁、青柳文雄著『新訂刑事訴訟法通論』七九一頁参照）。その例外的な場合として、本件のように、刑法五四条一項のいわゆる処断上の一罪の關係にある数罪に関して、確定裁判を経た一部の罪が簡易迅速な処理を旨とするいわゆる交通切符制度の適用を受けたうえ、正式の裁判手続でない略式手続によつて処理されたものであり、かつ、被告人が他の罪責を免れるために氏名を詐称する等、検察官において他の罪をも探知して同一手続で訴追することが著しく困難であつたという事実が立証されている場合においては、一部の罪についての確定裁判の既判力は、他の罪について及ばないと解する（その他、このように既判力が及ばない例外的な場合がいかなる場合であるかは、今後事案ごとに裁判例によつて明らかにされて行くのが相当であらう）」として一事不再理の効力の客観的範囲の問題として解決した。⁽⁵⁵⁾

これに対して、昭和四九年八月二九日東京高裁決定判例タイムズ三一二号二八四頁は、本件は、一事不再理の効力の主観的範囲の問題であるとして、「およそ裁判の名宛人となる被告人を定めるについては、起訴状等書面にあらわれた被告人の表示、検察官の意思、被告人としての挙動等を基準として具体的な事例において、当該訴訟手続の段階、形態、経過等にか

んがみ合理的に確定すべきものである」としたうえで「簡易迅速を旨とする略式手続においては、通常の公判手続ないし交通事件即決裁判手続における人定質問のような被告人選別の機能をもつ慎重な手続ではなく、もっぱら書面上で特定された被告人に対し裁判が下されるのであり、裁判形成の過程において現実に被告人として行為する場面は原則として予定されていない……いわゆる三者即日処理方式により本件被告人が知人の氏名を冒用し一日のうちに捜査機関に対し被疑者として行動し、かつ裁判所において被告人として知人名義の略式命令の交付を受けて即日罰金を納付する等の事実があつたからといつて、本件被告人が外観上被告人として行為し、右略式命令の名宛人となつたということとはできない。また右事件において、検察官は起訴状の表示と本件被告人との同一性を信じて起訴したものはあるが、起訴状における被告人の表示は本件被告人の通称ないし単純な偽名ではなく、本件被告人によつて住居・氏名等を冒用された実在人であり、しかも本件被告人は当時勾留等の身柄拘束を受けて起訴されたわけでもないことにもかんがみると、右起訴状および略式命令表示の被告人と本件被告人との同一性を認めることはできないから、右の表示と検察官の意思によつて本件被告人に訂正ないし変更することは許されないものであり（東京高決昭三六・七・二八日東高時報一二・七刑一二八頁参照）、したがつて、右略式命令における被告人は本件被告人ではなく、結局その表示にしたがうべきである」とした。

最高裁判所第三小法廷昭和五〇年五月三〇日判例時報七七八号二四頁も、括弧書で、なお、原判示の事実関係のもとで被告人が他人の氏名を冒用して交付を受けた略式命令は冒用者である被告人に効力を生じないとした原判決の判断は、正当であるとして決定で上告を棄却した。

そこで、いかなる解決方法が妥当かを検討し、理論的検討でえた考え方にしたがつて本件を考えてみたい。

まず、高裁、最高裁の解決方法は、実質的被告人は誰かということの問題にしたものである。ところで、被告人を定める基準としては、表示説、意思説、挙動説の三説があり、刑事訴訟では表示説を中心に考えるが、これだけではすべての場合

を説明することが困難であることから、文字通り他の説を併用すべきであるとか、あるいは表示の合理的解釈の資料として検察官の意思および被告人の行為などを参酌すべきものとするが、これらの相違は単なる説明方法にすぎないと思われる。⁽⁵⁶⁾

ところで、本件は通常略式と異なり在庁略式であるので被告人の特定方法にも在庁略式に特有のものがある筈であり、たとえ起訴状に被冒用者の氏名が記載されていても、裁判所は冒用者を被告人として扱い、かつ冒用者に略式命令を送達したのであり、検察官の意思、挙動からも被告人は冒用者であつたというべきであり、かつ冒用者が被告人として積極的に行動していることから考えると、実質的被告人は冒用者であつたというべきであり、さらに昭和四十七年六月一日静岡地判は、被告人が、運転免許証の取消処分を受けたにもかかわらず、紛失したとしてこれを返納せず、後に発見したがこれを返還しないで所持し、酒酔い運転で検挙された際に右免許証を呈示したために無免許運転の罪を免れて酒酔い運転の罪で略式命令を受け、確定後、無免許運転であることが発覚した場合、併合罪であるから前の確定判決の効力は無免許運転の罪には及ばないとして解決しているが、⁽⁵⁷⁾ 今後もかかる事例の発生が予想され、しかも昭和四十九年五月二十九日大法院判決刑集二八巻四号一五一頁が無免許運転の罪と酒酔い運転の罪とは観念的競合になるとしたことを考え合わせると本件も一事不再理の効力の客観的範囲の問題として解決されるべきであつたと考える。

さて、一事不再理の効力の基礎およびその客観的範囲についてすでに検討したように、通説は公訴事実の単一かつ同一の範囲に一事不再理の効力が生ずるとして種々の理由づけをしているがいずれの見解も十分とはいいがたく、私は、憲法第三九条に基づく効力は被告人の利益という観点から規定された効力であつて、それは被告人の利益と国家の犯罪の訴追という利益との調和ということから要請せられる、実質的確定力に基礎をおく一事不再理の効力とは異なるという結論を得た。

そこで、右の立場から本件を検討してみると、無免許運転の罪と酒酔い運転の罪は同一機会の犯罪であるので、憲法第三九条の同一の犯罪にあたるということができる。したがつて、右の罪のうち一方についてのみ起訴され、実体裁判がなされる

とその準一事不再理の効力は他方の罪にも及ぶ筈であるが、本件のように被告人が積極的工作をして無免許運転の罪について捜査機関の捜査を妨げ、それについて裁判がなされなかつた場合には、被告人が積極的工作をして利益を放棄している以上、被告人の利益という点から規定された準一事不再理の効力は無免許運転の罪には及ばない筈であり、そうしても憲法に違反しない。問題は無免許運転の罪と酒酔い運転の罪とが観念的競合の關係に立ち、単一科刑の要請される場合に實質的確定力に基礎をおく一事不再理の効力の客觀的範圍に例外が認められるかということであるが、単一科刑が要請される理由は、そのそれぞれの部分が構成要件的に別個に評価される価値を有しているにもかかわらず、その各部分が事実としては密接に関連し、具体的刑罰權の確定の面からこれを合一して単一な刑を科すべきものとする点にあるが、かかる単一科刑の要請も被告人の利益から要請されるものと考えるならば、被告人が積極的工作をして利益を放棄している場合には、無免許運転の罪と酒酔い運転の罪は併合罪の關係に立つことになり、酒酔い運転の罪についての一事不再理の効力は無免許運転の罪には及ばないことになる。一步ゆずつて単一科刑の要請はその各部分が事実として密接に関連していさえすればよいとしても、無免許運転の罪と酒酔い運転の罪とはたまたま時間的に一致しただけであり、その点からすると兩行為は自然的行為としては必ずしも一個と見られなくはないが、価値的に通例一個の行為といふことはできないので、そもそも兩罪を観念的競合の關係に立つとするところに無理があつたのではないかと考える。なお、一審判決は、一事不再理の効力の及ぶ範圍の例外を認めるために事実上審判不可能な事由として略式命令であることも挙げているがそれはそれほど基本的なものではないと思われる。なぜならば、検察官は最初から事実が判明しているにもかかわらず、その事実についてあえて略式命令を請求しない場合も考えられ、かつ事実が判明している場合とそうでない場合との判別が困難であるうえに、略式命令にあつては訴因の追加・撤回・変更を認めることは相当でないとしても刑法第四六三条で通常手続に移行しうるからである。⁽⁶³⁾

五 あとがき

本稿において私は、憲法第三九条に基づく効力は被告人の利益から規定された効力であつて、それは被告人の利益と国家の犯罪の訴追という利益の調和ということから要請される一事不再理の効力とは異なることを論証し、確定、形成、定立された具体的刑罰権の存否ならびにその範圍の妥当力と単一科刑の要請とが相まつて一事不再理の効力の客觀的範圍は公訴事實の単一かつ同一の範圍に及ぶこと、またたとえ併合罪であつても憲法第三九条の同一の犯罪といひければ憲法第三九条の準一事不再理の効力が及びうるものとした。そして、このように解することが最も被告人の利益の擁護に副うものであるとてに來たるべき改正刑法草案が施行され、牽連犯の規定がもうけられないことになつた場合にも十分耐えうるものと考えゐる。

浅学の筆者が刑事訴訟法上の重要課題である一事不再理の効力の問題に首をつつこみ、大變お世話になつた青柳文雄先生の退職記念論文として捧げるには貧しい論考に終つてしまつた。また諸先学の學說の理解に思わざる誤解、曲解の非を犯したかもしれないことを畏れ、大方の御寛恕を希いつつ、一応稿を閉じる次第である。

(1) 筑間・政経論叢二卷三・四合併号四七頁以下、同五・六合併号五九頁以下。

(2) 宮崎・「裁判の形式的確定と実質的確定」刑訴法基本問題四六講所収四〇六頁。なお、平野教授は、一事不再理の効力を裁判の存在に基づくものとされ、その根拠は憲法第三九条にあるとされたいえ、免訴判決にも一事不再理の効力が認められる余地があるが、それは憲法上の要求ではないとされている(刑訴法Ⅱ全集二八二頁、二八八頁註11参照)。

(3) 改正刑法草案第三二五条、第三二九条は、現行法上、通説・判例により牽連犯とされている住居侵入・窃盜の罪、住居侵入・強盜の罪を本来の一罪としてゐる。

(4) 東京地判昭和四九年四月二日判例タイムズ三〇九号二四七頁、判例時報七三九号一三一頁は、かかる場合は一事不再理の効力の客觀的範圍の問題であるとし、原則として無免許運転の罪にも一事不再理の効力が及ぶが、本件の場合には例外にあたるとした。これに対して控訴審たる東京高決昭和四九年八月二九日判例タイムズ三二二号二八四頁は、一事不再理の効力の主觀的範圍の問題であるとし、他人の氏名を冒用された略式命令の効力は氏名冒用者には及ばないとし、上告審たる最高決昭和五〇年五月三〇日判例タイムズ三二三号一三六頁は原審を維持した。

(5) 既判力という言葉は訴訟観により、一事不再理の効力と同義で使うもの(平野・前掲全集二八二頁)、既判力と一事不再理の効力とは全く異なるとするもの(田宮・刑訴法入門二二三頁以下、石川・刑訴法講義三〇頁以下、井上・「確定判決の効力」刑事法講座6所収一二二頁以下など)、実体的確定力もしくは実質的確定力を既判力と称し、その作用として一事不再理の効力が生じるとするもの(宮崎・前掲基本問題三九九頁、鴨・「確定判決の効力」刑訴法講座3所収四四頁以下など)などさまざまである。

(6) 鴨・前掲講座三八頁。

(7) 青柳・「刑事既判力の客観的範囲」犯罪と証明所収三三九頁以下、田宮・「刑事訴訟における一事不再理の効力」(一)、(二)、(三)法学協会雑誌七五卷三、四号、七六卷一号など。

(8) 田宮・註(7)の文献参照。

(9) 鴨・前掲講座四六頁、団藤・新刑訴法綱要七訂版三一頁以下、宮崎・前掲基本問題三九七頁など通説である。

(10) 白井・「一事不再理の効力」法学教室二期7所収八〇頁以下。なお、既判力の本質については、規範的効力説(実体法説)確定判決は当事者の訴訟行為や法律行為にもとづいて当事者間に新たな法的確信を形成せしめるところにその本質があるとする。訴訟法説(既判力の効果を訴訟の領域にのみ限定し、既判力の本質は裁判上の矛盾禁止の拘束性にあるとする。具体的法規範説(具体的法的状態を形成する効力を既判力の本質とみる、わが国の通説)と制度的効力説(既判力は後訴に対する不可變更の効力であるとし、通説のいう意思表示的効力たる規範設定的効力は、裁判の本質論であつて、国家行為論ないし法哲学において、一般的な形で取り扱うべきものとする)田宮・前掲雑誌七六卷一四六頁以下など)の対立として現われている。

(11) 団藤・前掲綱要三一〇頁以下、一五三頁。

(12) 団藤・「憲法第三九条と『二重の危険』」法曹時報一卷二五二頁。

(13) 本件は、法定の除外事由がないのに占領軍物資を所持したとして、昭和二年政令第一六五号違反事件として立件されたものであるが、被告人は先きにその種の物資である衣類、食糧品、酒類、化粧品など三九七点を所持していたとして昭和二年一〇月七日搜索を受け、発見押収せられて有罪判決を受け、昭和二年一二月二七日確定したが、先きの搜索の際、ベニシリン九五本、ナイロン靴下二八足を秘かに隠匿して押収を免れ、その後引き続き所持していたが、先きの判決確定前に売却し、確定後に発覚して起訴されたものであり、先きの判決の一事不再理の効力が後の事件に及ぶかが争われたが、判例は隠匿した時点(昭和二年一〇月七日)から別個の所持になること、また刑法の一部改正によつて昭和二年一月一日以後は連続犯(刑法第五五條)は認められなくなつたから、少なくともその後の所持は一事不再理の効力を受けず、憲法第三九条後段の規定の精神にも反するものではないとした。

(14) 中武・「問題七」平野編・自習刑訴法31問所収六一頁以下。

(15) 宮崎教授は、被告事件(実体(具体的事実)に即した具体的刑罰権の存否ならびにその範囲)について訴訟係属が生ずるものとされ、審判は訴因に制約されるが、科刑上の一罪は実体の問題に関して一個の犯罪として取り扱うべきであるが、それは數個の訴因からなる(刑訴法一六七頁以下、一二三頁以下)とされたうえ、「親告罪に関する訴訟上の諸問題」刑訴法講座1所収八九頁以下で、右のように科刑上の一罪は數個の訴因からなるが単一科刑と

いう実体法上の要請を満足させるために手続法の原則として公訴不可分の原則（公訴自体の不可分の原則と公訴の効力の不可分の原則からなる）が必要であるとされ、そして、告訴の欠缺など全体を起訴することが法律上許されないような場合、たとえば住居侵入・強姦の罪といった科刑上の一罪や、強姦（暴行・脅迫と姦淫の結合犯）の単純一罪のときでも公訴自体の不可分の原則の例外が認められるべきであるので分割起訴が許されるが、公訴の効力の不可分の原則は維持されるとされる。

- (16) 井上・「告訴」刑法学会編・刑法法演習四九頁以下、平野・前掲全集一四二頁など。なお、平野教授は、訴訟係属は、訴因が特定しているときはその訴因についてのみ生ずるとされ、通説のように公訴事実について訴訟係属が生ずると考える必要はないとされて、公訴不可分の原則を無用のものとされる（前掲全集一四四頁以下）ようである。そして、これに代るものとして一罪一訴因の原則を持ち出され、科刑上の一罪も訴因は一個だとされたうえで、単純一罪の分割起訴も原則として認められる（例外として強姦罪）のである。しかし、一罪一訴因の原則を持ち出した結果、通説の認める公訴不可分の原則を持ち出す必要がないだけのこと、訴訟係属も形式的には訴因について生ずることになるが実質的には公訴事実について生じていることになつて結論的には通説とかわりはないのである。もつとも、たとえば住居侵入・窃盗という科刑上の一罪の場合に、訴因として住居侵入のみしか挙げられていないときに窃盗も審判してもらいたいときは、通説であれば訴因の追加という方法をとることになるのに対し、一罪一訴因という原則をとる立場では訴因の変更という方法をとることになる。なお、一罪一訴因の原則をとるものとして、たとえば、石川・前掲講義一六七頁、一七七頁などがある。

(17) 青柳教授は、最高裁の判例は、当事者処分的色彩を濃厚にしているとされる（「交通事犯と犯罪の個数」判例評論一八九号一二頁参照）。

- (18) 団藤・前掲綱要三一四頁。

- (19) 団藤・前掲綱要一四八頁以下。

- (20) 団藤・前掲綱要二〇六頁。

- (21) 団藤・前掲綱要三五九頁、同・「親告罪と非親告罪より成る牽連犯」刑事判例評釈集一卷所収二二六頁。

- (22) 及ばないとするもの、中川・「申告罪の告訴」法学協会雑誌二四卷七号八九〇頁、牧野・「親告罪と公訴不可分の原則」刑法研究二卷三八〇頁同・「牽連犯と親告罪」刑法研究三卷四三四頁、中村・「訴因について」早稲田法学二六卷二・三号二二〇頁以下、青柳・「刑事既判力の客観的範囲」前掲書三九一頁、石川・「親念的競合における事件単一評価の妥当領域」日本法学三〇卷三三七五頁以下、同・「親念的競合理論の原点」研修三二八号三頁以下など。

- (23) Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Gross-Kommentar, 22. Aufl, 1971, Bd. I, S. 101ff.

- (24) Peters, Strafprozess, 2. Aufl, 1966, S. 438ff. etc.

- (25) 青柳・「刑事裁判の確定力」法学研究四八卷一頁六頁。

- (26) 青柳・「刑事既判力の客観的範囲」前掲書三六〇頁、三七七頁。

- (27) 青柳・「刑事裁判の確定力」前掲研究八頁、同・新訂刑訴法通論七九〇頁以下、同・日本刑訴法論二二三頁以下。ほぼ同旨、斎藤・「公訴事実の同

一性について」刑訴法論集所収一三七頁以下。

(28) これに対して、田宮教授は、刑訴法の基礎知識一八六頁で、昔から、執行力を既判力と呼ぶ考え方などまつたくなかったとされている。

(29) 田宮教授は、刑訴法講義案(改訂版)八七頁で、形式的確定力は、裁判内容の上級審への不可変更力であるから、事実的・手続的效果とはいえない。実質的確定力の効果でなく形式的確定力なら手続的本質をもつと早合点するのは、あやまつているとされる。

(30) 井上・「確定判決の効力」前掲講座一二四〇頁以下。

(31) 訴訟行為の評価という点に着目した見解といえよう。

(32) 裁判理由の拘束力の是非については、偽装死亡による公訴棄却決定確定の効力(大阪地判昭和四九年五月二日判例時報七四五号四〇頁) いかんといったことに関連する重要な問題なので別稿にゆずりたいと思う。

(33) 平野・前掲全集二八〇頁以下。

(34) この点については註(17)参照。

(35) 平野・前掲全集二八二頁以下。

(36) 平野・前掲全集二八三頁。

(37) 高田・刑訴法(現代法律学全集28)二七九頁。

(38) 宮崎・「親告罪に関する訴訟上の諸問題」前掲講座一九一頁以下。

(39) かかる場合、立法論として、不利益再審を示唆するものとして、団藤・「憲法第三九条と『二重の危険』」前掲四九頁、田宮・前掲講義案八八頁があり、不利益再審に反対するものとして、青柳・「刑事裁判の確定力」前掲研究八頁があるが、教授は、告訴の欠缺などによつて法律上同時審判請求が不可能な場合には併合罪になつて別訴が許されるとされる。

(40) 草野・「牽連犯に於ける牽連性」刑事判例研究3一八三頁。

(41) 法制審議会刑事法特別部会第二小委員会議事要録(二)一〇二頁以下、一一五頁、同要録(四)三八七頁以下、三九一頁以下。

(42) 平野・前掲全集二八二頁。

(43) 平野・前掲全集一八二頁註5。

(44) 青柳・「刑事既判力の客観的範囲」前掲三七〇頁。なお、広島高判昭和五五年二月一日判決特報一四号一五八頁は、葉タバコの窃盗とその不法所持とを併合罪としながら、窃盗の既判力はタバコ専売法違反の不法所持にも及ぶから免訴になるとしている。

(45) 青柳教授は、「刑事裁判の確定力」前掲研究七頁で、併合罪であつても提出された証拠によつて有罪判決に際しその犯罪があつたものとして量刑に斟酌されたものと認められれば公訴事実の単一、同一性の範囲外の事実でも一事不再理の効力が及ぶとされる。ほぼ同旨、団藤・前掲綱要註4二八〇頁。

なお、高田・「既判力の範囲」法学セミナー三六号四六頁参照。故斎藤判事は、「公訴事実の同一性について」前掲論集一四二頁で、併合罪の關係にある二罪でも、その基本たる事実が社会的に見て一つの違法事実と認められる場合には、一罪について起訴があれば、その事実全体が審判の対象となりう

るとされ、沢登教授も、「刑事法体系の新構成要綱等」法政理論八巻二号一四頁で、公訴事実以外の事実でも、物理的社会に公訴事実と密接な関係のあったものは、同一の機会に起訴し審判を請求する可能性があつたのだから、一事不再理効を及ぼしうることになるとされている。

(46) 田宮・「刑事訴訟における一事不再理の効力」前掲雑誌七六巻一号三五頁。しかし、判決確定後に被害者が死亡した場合には、検察官には抽象的にも訴因の変更は不可能であるので、同・前掲入門二四五頁は、実体上一个の刑罰で制裁されるべき事象については、こまぎれの訴追を許すべきではないからとしている。

(47) 註(46)などの文献参照。

(48) 高田・前掲刑訴法一二〇頁以下。

(49) 高田・前掲刑訴法二七五頁以下。

(50) 青柳・「刑事裁判の確定力」前掲研究五頁、同旨、伊達・「一事不再理の効力」岩松裁判官還暦祝賀論文集所収七七〇頁。なお、白井・「一事不再理の効力」前掲八〇頁以下参照。

(51) 宮崎・前掲基本問題四〇六頁。

(52) 通説が、訴訟係属は、訴因または公訴事実について生ずるとし、一事不再理の効力についても実体的法律関係に生ずるとしない、で直截に公訴事実の単一かつ同一の範囲について生ずるとするのは、具体的事実のうえに成立する法律関係が多様であり、しかも發展的性格の強いものを取り扱う民事訴訟と異なつて、刑事訴訟では事実の發展もせいぜい未遂→既遂あるいは傷害→傷害致死といつたものにとどまり、しかも具体的事実のうえに成立する実体的法律関係も刑罰法的関係という一様なものであることと一事不再理の効力の主観的範囲も刑法上個人責任の原理が働くこともあつて、直截に刑罰権という形で論ぜられていないものと思われる。なお、中武判事は、注解刑訴法中巻七七一頁で、刑事訴訟の訴訟物は国家の刑罰権の存否にあるとされている。

(53) 宮崎・「公訴事実の同一性に関する若干の考察」研修二七五号三頁以下。

(54) 宮崎・前掲基本問題三九九頁以下。

(55) 本件研究として、白井・研修三二二五号三三頁、石川・ジュリスト五九〇号一六七頁、伊藤・刑事判例研究⁶²警察学論集二七巻八号二二九頁などがあり、判旨および結論を肯定している。

(56) 青柳・前掲通論一〇四頁。

(57) 平野・前掲全集七〇頁。

(58) 石川・「他人の氏名を冒用して交付を受けた略式命令が冒用者に効力を生じない」とされた事例」判例評論二〇〇号一五〇頁、小林・「他人の氏名を冒用して受けた略式命令の効力」判例タイムズ三二五号一四七頁、高窪・「他人の氏名を冒用して受けた略式命令の効力」ジュリスト五九〇号一七四頁、横井・「既判力の主観的範囲と客観的範囲」研修三二〇号五六頁など。なお、判旨に肯定的なものとして、伊藤・「刑事判例研究⁶³警察学論集二七巻一二号一五〇頁など。

(59) 大久保・「罪数」判例タイムズ二八四号一〇九頁。

(60) 同旨、青柳・「交通事犯と犯罪の個数」前掲評論一八九号一二頁。

(61) ドイツでは、判例・学説とも略式命令の既判力は審判が法律上または事実上不能な部分には及ばないとしている(Lowe-Rosenberg, op. cit., Bd. II, 21. Aufl., 1965, S. 151ff.)。なお、横井・「既判力の客観的範囲と主観的範囲」前掲三二〇号五二頁は、交通切符制度適用事件であることを重視すべきであるとされる。

(62) 青柳・「交通事犯と犯罪の個数」前掲評論一八九号一一頁。

(63) 青柳・前掲通論九五〇頁、柏木・「略式手続」刑事法講座6一三五〇頁、菅野・「略式手続」法律実務講座刑事編7一六五七頁、春山・略式手続(改訂版)四五頁、法曹二〇三号八一頁以下、刑事裁判資料一四〇号三四二頁以下など通説である。

〔追記〕脱稿後、田宮教授の「日本における刑事既判力の比較法的特色」立教法学14一七〇頁に接した。