

Title	西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について
Sub Title	Der objektive Umfang des „ne bis in idem“ im deutschen Strafprozeßrecht
Author	安富, 潔(Yasutomi, Kiyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.9 (1978. 9) ,p.75- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19780915-0075">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19780915-0075</a>

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.

## 西ドイツ刑事訴訟法における

### 一事不再理の効力の客観的範囲について

安 富 潔

#### 一 はじめに

わが国では、一事不再理の効力の客観的範囲について、その理由づけは区々であるが実体法上の罪数論との整合性から、実体法上一罪であるものは、訴訟法上、公訴事実の同一性が認められるとし、一事不再理の効力が及ぶが、実体法上数罪であるものは、訴訟法上、公訴事実の同一性が認められないとして、一事不再理の効力は及ばないとするのが一般的な見解である<sup>(1)</sup>。

しかし、このような見解によると、観念的競合の關係にある一部の罪について、それが被告人の欺罔行為により捜査・公判を通して判明しなかつた場合にも一事不再理の効力は及ぶことになる一方、量刑において考慮された併合罪たる余罪について一事不再理の

効力は及ばないことになってしまふ<sup>(3)</sup>。こうした帰結については、正義の要請や国民の法感情の観点から疑問であるとの見解が示され、理論上、実務上、多様な論議が展開されている<sup>(4)</sup>。そこで、このような事態を解決するにあたっては、実体法上の罪数論について反省を加え、訴訟法の動きに即して考察する「訴訟法的罪数論」<sup>(5)</sup>とでもいうべきものを導入するか、訴訟法上一事不再理の効力の客観的範囲について再検討することが必要となつてくるのではないだろうか。

これに対し、西ドイツでは、わが国とちがつて、訴訟法的考察に従い、一事不再理の効力の客観的範囲は、実体法上の競合論とは分離され、訴訟法的に裁判所の法的審理義務の及ぶ範囲ととらえられ、自

然的觀察に従つた一個の歴史的事象とすると解されている。本稿では、こうした訴訟法的な見地にたつて一事不再理の効力の客観的範囲を決定しようとする試みの準備作業として、最近の西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲をめぐる議論について整理してみようと思う。<sup>(5)</sup>

- (1) 田藤憲光・新刑事訴訟法綱要七訂版三二二頁、平野竜一・刑事訴訟法二八二頁、高田卓爾・刑事訴訟法(改訂版)二八四頁、田宮裕「刑事訴訟における一事不再理の効力」法協七五卷三三二頁、同四号四二二頁、七六卷一七頁など。
- (2) 反対、東京地判昭和四九年四月二日判時七三九号一三二頁参照。
- (3) 最大判昭和四一年七月一三日刑集二〇卷六号六〇九頁、同昭和四二年七月五日刑集二二卷六号七四八頁参照。なお、大阪高判昭和五〇年八月二七日高刑集二八卷三三三二頁は、余罪に一事不再理の効力が及ぶことを認めている。
- (4) 青柳文雄・刑事訴訟法通論(五訂版)下巻四八九頁、斉藤勇郎「公訴事実の同一性について」刑事訴訟論集一三九頁、臼井滋夫「觀念的競合の關係にある甲乙兩罪のうちの甲罪に対する略式命令の一事不再理の効力は隠れた乙罪にも及ぶか」研修三一五号四〇頁、土木武司「訴因の拘束力と既判力の範囲」司法研修所論集五五号四一頁から通説とは異つた一事不再理の効力の客観的範囲の理由づけがなされている。
- (5) 一九五〇年代までのドイツの状況については、高田卓爾・公訴事実の同一性に関する研究四頁以下、鴨良弼・訴訟対象論序説二二頁以下、田宮裕・前掲書七五卷三三〇頁以下で詳しく紹介されている。最近のものとしては、吉村弘「事実」同一性の問題―西ドイツ刑事訴訟における現状―法政研究四四卷三三三四三頁以下がある。なお、拘束力を扱つたものとして、田口守一「刑事訴訟における確定裁判の拘束力

―ドイツ法の概観(一)―愛知学院大学論叢法學研究二卷二・二(合併号三三三頁がある。

## 二 判例の概観

一、西ドイツ刑事訴訟法は、審判の範囲、判決の対象について、第一五五条①審理及び裁判の範囲は、訴において特定された所為「Tat」及び訴によつて罪ありとされた者に限る。

②裁判所は、前項の範囲内において、独立して活動を行なう権利及び義務を有する。とくに、刑罰法令の適用については、申立に拘束されない。

第二六四条①判決の対象は、公訴によつて特定された所為「Tat」であつて、公判の結果明らかになつたものである。

②裁判所は、公判開始決定の基礎となつた所為の評価には拘束されない。

と規定する。

所為「Tat」がどのような概念であるのか、また、いかなる範囲で所為の同一性 *Identität der Tat* が認められるのかということについては、刑事訴訟法は何も明定していない。

従つて、審判の対象、訴訟係属、一事不再理の効力の基礎となる「所為」の概念がどのようなものであるのか、また所為の同一性はどの範囲で認められるのかということについては、解釈上明らかにしていかなければならない。

二、そこで、まず、判例の見解からみていくことにする。<sup>(1)</sup>

判例の見解を概観すると、ライヒ裁判所の初期のころは、「所為」概念について必ずしも明確に定義することはなく、具体的挙動 *konkrete Tun* に着目し、所為の同一性は歴史の出来事の同一性である<sup>(2)</sup>と把握していたにすぎなかつたが、やがて、訴訟の意味における所為概念を明らかにするに至り、以来、一貫して、連邦裁判所の今日においても、刑法二六四条にいう「所為 [Tat] は、実体法上の「行為 Handlung」とは異なり、訴訟法独自の概念としてとらえられるべきであり、自然的観察に従つて、裁判所が公判開始決定の範囲で、何らかの法的観点のもとに判決することができた歴史的事象 *der geschichtlichen Vorgang* をいうと解し、所為の同一性と一事不再理の効力の範囲は一致するとの基本的立場にたつて、所為の同一性は自然的観察に従つて生活観 *Lebensauffassung* から一個の事象とされる被告人の全行態 *gesamte Verhalten* に認められるとし、一事不再理の効力の客観的範囲を広く解しているようである<sup>(3)</sup>。

三、ライヒ裁判所一八八〇年一〇月一六日第三刑事部判決は、公訴及び判決の基礎となつてゐる「外部的事象 *äußere Vorgang*」を同一性決定の標準とし、失火罪と放火罪との間に所為の同一性を認め、一事不再理の効力が両者の間に及ぶとしてゐる。<sup>(4)</sup>

この判決は、「所為の同一性」歴史の出来事の同一性」という公式にあらわされる一連の判例の基本的態度を明らかにした最初のもの

といえる。<sup>(3)</sup>

この判決では、失火罪と放火罪との間の具体的な外部の挙動に着目して所為を概念づけている。こうした具体的な外部の挙動に着目した所為の概念づけは、その後の判決にもみられるが、やがて、所為を、歴史の出来事ととらえるとともに、所為の同一性を、外部の挙動の完全な同一を必要とせずその本質的な要素において同一であればよいとの基準にたつてとらえるという、右の判例の見解を修正した判決が登場した。

ライヒ裁判所一八八三年三月一二日第一刑事部判決がそれである<sup>(5)</sup>。この判決は、贓物罪と窃盗罪との間に所為の同一性を肯定し、贓物罪についての無罪判決の一事不再理の効力は窃盗罪に及ぶとするにあつて、「ここに問題となつてゐる意味における所為の同一性は、公判開始決定において特定された歴史の出来事 *das historische Vorkommnis* が、その本質的要素において、新たに起訴された所為の中心点を構成しており、後者が最初の起訴の実質から付属的構成要素 *zugehöriger Bestandteil* としてともに把握される<sup>(6)</sup>ときはじめで存在する<sup>(7)</sup>」と判示した。また、ライヒ裁判所一八八四年一月一〇日第一刑事部判決は、「具体的な行動 *die konkreten Tätigkeiten* の外部的徴表における完全な同一は、被告人の意思の方向 *Willensrichtung* の合致と同じように所為の同一性の絶対的な要件ではない。」とし、雑誌を頒布するために預つた金を費消した場合、横領行為と詐欺行為とは部分的に合致しているので、所為の同一性が認められるとした。<sup>(8)</sup>

これらの判決にみられるように、所為の概念を歴史的事象ととらえるとともに、所為の同一性をその本質的要素の同一と論ずるなら、具体的な外部的挙動が同一であるということは、それほど重要ではないことになる。

このように、これらの判決の登場は、所為の同一性を論じるにあつて、自然的観察方法によるものと、それを規範的に修正したものととの二つの態度をとりうることを示したのであつた。<sup>(10)</sup>

しかし、自然的観察方法に基づく所為の同一性決定の態度は、これらの判決の登場で衰退し、捨て去られていつたものではなかつた。ライヒ裁判所がこの二つの判例の流れを明確に区別しなかつたので、むしろ、より広汎な自然的観察方法に基づく所為概念が定立されていくのであつた。<sup>(11)</sup>

ライヒ裁判所一九二七年六月二日第三刑事部判決は、所為という訴訟的概念は、刑法七三条（観念的競合）、七四条（実在的競合）——現行刑法では五二・五三条（筆者注）——の意味における行為という実体法概念とは何らの共通性をもつものではなく、従つて、所為の同一性は、公判開始決定によつて特定された事象を、「それと関連し又はそれと関係のある出来事および事実的事情 *tatsächlichen Umstände*」<sup>(12)</sup>、その範囲内で生じた被告人の挙動を何らかの法的観点のもとに、可罰的であるとするのに適したものを含めて包括する」と判示し、さらに、ライヒ裁判所一九三八年九月二日第二刑事部判決は、刑訴法二六四条にいう所為は、「法的な評価に際して、一個又は數個の可罰的行為が公判開始決定において特定された所為

の代わりにあるいは所為と並んで明らかとなるかどうかを考慮することなく、公判開始決定を通して特定された歴史の出来事をもつて、生活観に従つて一個の事象を構成する限り、被告人の全行態を意味する」と判示している。<sup>(15)</sup>

このようにライヒ裁判所の判例は、ますます、全体としての歴史的事象を問題とし、自然的観察に従つて、生活観から一個といえるかどうかということから所為の同一性を決定する態度を明確にしていつたのである。

四、ここでライヒ裁判所により所為の同一性が肯定あるいは否定されたのはどのような場合であるのかをみておくことにする。

所為の同一性が肯定された事例は、右にあげたもののほか、主要なものとしては、(一)犯罪不告知の罪につき無罪とされたときは、殺人罪の教唆として重ねて処罰できないとしたもの、<sup>(16)</sup>(二)騒擾罪で無罪となつた者は、その際に犯した名誉毀損で改めて処罰できないとしたもの、<sup>(17)</sup>(三)欺罔手段を用いて入手した財物を質入れして横領した場合に、詐欺罪で無罪となつたとき、もはや横領罪では処断できないとしたもの、<sup>(18)</sup>(四)人の居住地域での発砲により罰金刑に処せられた者は、後にその発砲で人を殺害していたことが判明しても殺人罪で処罰されないとしたもの、<sup>(19)</sup>などがある。<sup>(20)</sup>

一方、所為の同一性が否定された事例としては、(一)未婚の被告人が分晩に際して水桶の中へ嬰兒を生み落して殺害した事案について、嬰兒殺が認められない場合墮胎罪が認められるべきだとした検察官の主張に答えて、所為を歴史的事象ととらえる見解に立脚しつつ、

両者は実在的競合の關係にあるものと解し、嬰兒殺と墮胎罪とは別の所為であるとしたもの、(21) 保險金目あての放火事件につき、放火と保險金詐欺とは目的は共通でも行為が異なり、実在的競合の關係にあるから、所為の同一性は認められないとしたものなどがあ

る。  
五、そして、ライヒ裁判所は、所為の同一性の認められる範圍に一事不再理の効力は及ぶとして(23)いるので、右にあげたような所為の同一性が認められたものの間では、再訴が遮断されることになる。

六、このようなライヒ裁判所の判例の見解は、連邦裁判所の判例にもうけつがれていくのである。(24)

連邦裁判所一九六九年一月五日第四刑事部判決は、(25) こうしたライヒ裁判所、連邦裁判所を通しての伝統的見解を再確認して、「すでにライヒ裁判所は、手続法的所為概念を刑法七三・七四条——現行刑法五二・五三条筆者注——の実体法的行為概念から解放し、刑法二六四条の意味における一個の所為を、ある前提のもとに実体法上數個の獨立した行為であつても認めている。このような判例に従うならば、刑法二六四条における『所為』は、公判開始決定によつて特定された事象を、それと関連し又はそれと關係する出来事及び事實の事情で、その範圍内で生じた被告人の挙動を何らかの法的觀點のものに可罰的であると思わせるに適用しているものを含めて意味し、それ故、法的評価に際して、一個又は數個の可罰的行為が公判開始決定において特定された所為の代わりにあるいは所為と並んで明らかとなるかどうかを考慮することなく、公判開始決定を

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客觀的範圍について

通して特定された歴史的出来事をもつて、生活觀に従つて、一個の事象を構成する限り、被告人の全行態を意味する」とのべ、刑法三  
一五条c一項一号a、同三項の過失による交通危険罪と事故後の逃走は、実体法上実在的競合の關係にあるが、訴訟法上は所為の同一性が認められるとした。このような見解は、連邦裁判所において例外なく確立したものとなつたのである。(27)

このように、一事不再理の効力の客觀的範圍を画する刑法二六四条にいう所為の概念は、判例においては訴訟的に自然的觀察に従つて歴史的事象ととらえられてきている。

七、ところで、判例の見解によれば、訴訟法上の所為概念は、実体法上の行為概念と区別され、従つて所為の同一性も実体法上の競合論とは異つた基準で論じられることになるので、実体法上一罪とされる觀念的競合や連続犯とか數罪とされる実在的競合および集合犯という諸概念とは、一応乖離することになる。

しかし、実体法上、觀念的競合の場合には、通常、訴訟法上も一個の所為とされ、連続犯についても、全体として連続した關係にある個々の行為 *einzelne Handlung* が、法的に一個といえる場合には、訴訟法上も所為は一個であると解されているが、実在的競合の場合に、実体法上は數個の行為であるにもかかわらず、訴訟法上、自然的觀察に従つて一個であることが肯定されるような場合(29)には、所為は一個であるとされる。(30)

連邦裁判所一九五九年一月三日第一刑事部判決によれば、(31) 判決發見の対象は、生活觀に従つて自然的に単一性を構成する『全て

のそれに関連しかつそれと関係する出来事及び事実的事情を含めた』歴史的事象である。事実的な観点において、それは、公判の結果必要な場合に変更することができる。そこからまた、公判開始決定において、明白ではないが言及された被告人の作為あるいは不作為が、実際のな考察に際して、基礎になつた歴史的事象をもつて一個の自然的単一性を構成し、それ故、所為の範囲に入るような場合には、判決において法的な評価を受けうるのである」と判示している。

ただ、連邦裁判所一九五九年二月二四日第一刑事部判決もいのように、実体法上、実在的競合の関係にある場合に、訴訟法上、自然的觀察に従つて所為は一個であるということができるとは、<sup>(32)</sup>「数個の可罰的行為のより緊密な実体的関係が必要である」。即ち、「起訴のうちの一つが、それだけでは明らかに変更しえず、その別々の評価と判断が生活事象の不自然な分割と認められるような場合に、起訴を理由づけている行為および出来事からむしろ直接に、その刑法上の意味を考慮して、数個の起訴の必然的な内部的結合が生じなければならぬ<sup>(33)</sup>」のである。

さらに、集合犯については、その個々の行為は、職業性、常習性、営業性のゆえのみをもつて、実体法上一个の行為を構成するものでもなく、また訴訟法上も一個の所為を構成するものでもない。

集合犯については、古くは実体法上一罪とされ、訴訟法上も所為の同一性が認められていたが、ライヒ裁判所一九三八年四月二一日第三刑事部決定で、営業性について実体法上数罪と認めて以来、職

業性、常習性についても、個々の行為が独立して、それぞれ一罪となるとする判決が相次いで現われた。<sup>(37)</sup>連邦裁判所でもこの見解は支持され、<sup>(38)</sup>現在では、集合犯は、実体法上数罪とされ、訴訟法上も原則として所為の同一性は認められないと解されている。<sup>(39)</sup>

八、このように、判例の見解を概観すると、ドイツでは、所為の概念を歴史的事象ととらえ訴訟法的に自然的觀察方法に従つて、所為の同一性を決定し、その範囲で一事不再理の効力が生ずるとしているようである。この前提には、事件を一回の手続で解決しようとする実際の目的に加えて、<sup>(40)</sup>職権主義を基調とし、裁判所の法的な真実探究義務が事件全体に及ぶとする基本的思考があるように思われる。

このことは、裁判官の高度な能力を必要とするともに、広く一事不再理の効力を認めることになるので、ときとして被告人の利益を不当に保護することにもなる。さらに、所為の同一性を歴史的事象の同一性と解する場合、より具体的に基準を示す必要がある。単に、自然的觀察において一個であるとするだけでは必ずしも基準として明確ではない。判例の見解には、少なからず疑問がある

(1) 判例の見解について体系的に整理したものとす。Schwinge, Identität der Tat im Sinne der Strafprozessordnung, ZStW 52, 1932, S. 203ff, insb. S. 213 ff; Oehler, Die Identität der Tat, Fests. für Rosenfeld, 1949, S. 139 ff, insb. S143ff; Bindokat, Zur Frage des prozessualen Tatbegriffs, GA 1967, S. 362ff, insb. S. 365 ff; Barthel, Der Begriff der Tat

- im Strafprozessrecht, 1972 S. 36 ff. などがある。わが国では、高田卓爾・公訴事実の同一性に関する研究(昭和二十八年九月頁以下)が、シェビンゲの見解を紹介されている。ライヒ裁判所の見解を検討されている。
- (2) RG. St. 2, 347ff. この判決では、失火罪で有罪とされた者が、服役中に故意で放火したことを自供したので、検察官から再審のための予審請求がなされ、原審はこれを放火罪としたが、被告人から一事不再理の原則違反を理由に上告がされた。ライヒ裁判所は、所為の同一性の問題は、事実的なものではなく、法律的なものであるとして、被告人の責に帰せられたのはその可罰的行動によつて一定の火災を惹起したと認められ、公訴の対象としたのは一定の外部的事象であるという理由から再審は許されないとした (*Ibid.*, S. 349, 350)。
- (3) シェビンゲによれば、このような所為の同一性歴史的出来事の同一性という公式は、プロイセン控訴院一八八四年七月一五日判決にその淵源をみるべきであると云う (Schwinge, op. cit., S. 213)。
- (4) RG. St. 3, 132 : 4, 243.
- (5) RG. St. 8, 135. この判決は「シェビンゲは、これ以後、一方では実行行為の部分的同一で足りるとの原則が確定的なものとなり、他方では、結果の共通性ということが明確に前面におだされることがなつたと評している (Schwinge, op. cit., S. 214)。また、ベンチヤントは、この判決を「再びライヒ裁判所は、自らが昔の糾問官であるかのように感じてゐる。裁判所曰く『審理と判決発見との対象は、特定の時に、特定の第三者に加えられた窃盗に、特に指定された物と、被告人のその物への広義の加工であつた』と。訴追訴訟 Angeklagenprozess とされたおける訴の変更について何たる誤解か」と批判して、(Binding, Das rechtskräftiger Strafrecht im seinen strafprozessualen, strafrechtlichen und staatsrechtlichen Wirkungen, Strafrechtliche und Strafprozessualen Abhandlungen

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

- Bd II, 1915. S. 334.)
- (6) *Ibid.*, S. 239.
- (7) RG. St. 9, 420. ノーテルは、これらの判決について、歴史的出来事としての所為を自然的所為概念 natürliche Tatbegriff とするのではなく、規範的所為基準 normative Tatkräften に属するものと位置付けている (Barthel, op. cit., S. 37)。また、シェーネボーンは、行為事象の同一性の観点から賛成している (Schöneborn, Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafprozessualen Tatbegriffs, MDR Heft, 1974 S. 532)。
- (8) *Ibid.*, S. 420.
- (9) エーラーは、この判決について、行為の実質という観点から、具体的に異つた種類の事実関係の場合にもそれは認められるとして、第一の実行行為の一部が同時に異つた種類の犯罪の第二の実行行為の一部である場合に所為の同一性を肯定されるとして、この判決が横領から詐欺への移行を認めたのは正解であると云う (Oehler, op. cit., S. 150-152)。
- (10) シェビンゲは、ライヒ裁判所の判例には、歴史的所為の完全なあるいは部分的な同一性が所為の同一を決定するとする判例のグループと、同じ法益に向けられた方向が相互に比較される事象の共通のマルチプルとして存在するという判例のグループとが存在することになつたと分析している (Schwinge, op. cit., S. 215)。
- なお、シェビンゲによれば、前者に属するものと云う RG. St. 5, 249; 9, 420; 12, 187; 15, 133; 24, 419; 54, 299; 55, 76 等があり、後者に属するものと云う RG. St. 12, 187; 25, 334; 28, 323; 55, 76; 56, 324 等がある。
- (11) Schwinge, op. cit., S. 215.
- (12) RG. St. 61, 314.



- (23) Ibid., S. 317, RG. St. 62, 112, III, 29, 3. 1928 年同判。
- (24) RG. St. 72, 339.
- (25) Ibid., S. 340.
- (26) RG. St. 21, 78, II, 30, 9, 1890. マートン・ニー・ユーナが、この両者の間に同一性を認めざるを一事不再理の効力の誇張たることについて反対論(Graf zu Dohna, Das Strafprozessrecht, 3 Aufl., 1929, S. 218) 及びターマン・リッホが、所為の同一性を認めらるべきことを必ずしも所為の部分の共通性が必要たることからの判決は客観的同一性しかなく疑問とせざるべし (Keetstin Liu, Der Begriff der Identität der Tat in geltenden deutschen Strafprozessrecht, 1927, S. 86)° vgl. Belling, op. cit., S. 335. また高田正太郎博士の「疑念を提起せざる (Achenbach, Strafprozessuale Ergänzungslehre und materielle Rechtskraft, ZStW Bd 87 Heft 1, 1975, S. 93 Anm. 69)°」
- (27) RG. St. 23, 307, I, 17, 11, 1892; Binding, op. cit., S. 330.
- (28) RG. St. 44, 116, II, 8, 11, 1910.
- (29) RG. St. 70, 26, I, 3, 12, 1935.
- (30) RG. St. 3, 95, III, 8, 12, 1880 (詐欺〔刑法三三三〕—公文書偽造詐欺〔刑法三三七〕° 公文書偽造〔刑法三三八〕° RG. St. 44, 28, V, 1, 7, 1910 (詐欺—文書の虚偽記入〔刑法二六九〕など。高田・前掲書二二頁以下。
- (31) RG. St. 12, 409, III, 1, 10, 1885.
- (32) RG. St. 17, 62, II, 21, 1, 1888.
- (33) RG. St. 2, 41; 15, 11; 21, 80 など。へりかえり明言すること。
- (34) BGH. St. 6, 92, (95) III, 5, 11, 1953; 9, 10(11), VI, 10, 1, 1956; 10, 396, (397), V, 22, 10, 1957; 13, 320 (322), I, 3, 11, 1959; 15, 268, V, 13, 12, 1960; 16, 200(202), II, 28, 6, 1, 1961; BVerfG, NJW 68

- S. 982 ff. など。規範的所為基準にたつた判決もみられる。連邦裁判所一九五三年一〇月一三日第一刑事部判決 (BGH MDR 1954, 17) 及び「ある特定の対象」が同じでなければならぬこと。同一九五七年一月九日第四刑事部判決 (BGH St. 10, 65) は、外部の結果に關係せず所為の同一性を論じうる。° vgl. Barthel op. cit., S. 37.
- (35) BGH. St. 23, 141.
- (36) Ibid., S. 145.
- (37) その後の判決は、同旨のものとされうる。° BGH. St. 23, 270(273), W., 4, 6, 1970; 24, 185(186), W., 22, 7, 1971; (88) BGH St. 15, 268, V, 13, 12, 1960. なお、横山晃一郎「連続犯と公訴事実の同一性」別冊シクリスト三三号 (ドイツ判例百選) 一八六頁参照。
- (38) 例えば、税関吏に贈賄して、たばこの密売を隠し、脱税したとき、贈賄罪 (刑法三三三) と脱税の罪 (ライヒ公課法三九六) とは、実体法上、併合罪の關係であるが、訴訟法上は、同一の歴史的事象に属するものとするところ、所為の同一性を肯定したものが、° BGH. St. 10, 396(398), V, 22, 10, 1957.
- また、前掲 BGH. St. 23, 141 及び、らむるひき逃げの場合、過失による交通危険罪 (刑法三二五条一項一号 a 三項) と事故後の逃走とは、実体法上実在的競合の關係にあるが、訴訟法上、所為は一個で同一性が認められるとする一方、逃走後、さらに酒に酔つて運転し、その際犯した新たな過失による交通危険罪とは、所為の同一性が認められないところ、° 同判 BGH. St. 23, 270.
- (39) RG. St. 57, 51 など。法条競合、観念的競合、連続犯について、それら一個の所為こそを、実在的競合は、実体法上、数個の行為であり、訴訟法上も所為は数個であると解したが、前掲 RG. St. 61, 314; 62, 312 等。訴訟法的に所為を把握するにたつた、実在的競合の

場合でも訴訟法上所為は一個と解されるようになった (Barthel, op. cit. S. 36)。

(16) BGH. St. 13, 320.

(17) Ibid., S. 321.

(18) BGH. St. 13, 21 の事案は、数回に亘り、墮胎を企図したにもかかわらず、早産したので、生まれた子供を水桶に沈めて殺したというもので、墮胎未遂と嬰兒殺との間には所為の同一性は認められないとした。この判決について、通説にたつマッソンハハから、生活状況の同一性があることを理由で、所為の同一性を肯定する意見が主張されている (Achenbach, op. cit., S. 93, Anm. 70.) 一方、同じ通説のマッネホルンからは、これらの間には択一関係ではなく累積的關係が存在し、両者の行為事象に単一性は認められずとして、所為の同一性を否定すべきであるとの意見が主張をなしている (Schöneborn, Alterna-

tivität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafprozessualen Tatbegriffs)。

(19) Ibid., S. 25 ff.

(20) Ibid., S. 26.

(21) RG. St. 72, 164. 白井滋夫「営業犯の罪数」別冊ジュリスト二三号 (ドイツ判例百選) 一八二頁参照。藤尾彰「いわゆる集合の一罪論の批判的考察」法学論叢七二巻六号 (昭和三七) 五一頁。

(22) 白井・前掲書一八四頁。

(23) BGH. St. 1, 41, III, 20. 2. 1951 は、数個の営業的に遂行された墮胎は、各別の独立した行為であるとしている。

(24) 反例 E. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964 S. 176ff. 彼は、これをナチス時代の政治的影響を受けたものとして批判する。

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

(40) 高田・前掲書一七頁。

(41) このようなことから、所為である歴史的事象の一部分について、訴追者の訴追意思が欠けていても、それはさほど重要ではないことになる (BGH. St. 23, 270 (275)). 従って「刑法一五四条 a 一項 (二項) の訴追を限定された所為の一部分、即ち軽微な余罪について一事不再理の効力は及ばない」となる (BGH. St. 21, 326 (327), vgl. BGH. St. 18, 381 (386)).

### 三 通説の見解

一、公判開始決定の範囲で、法的に判断することができた歴史的事象を、訴訟の意味における「所為」ととらえ、自然的観察に従って生活観から単一性を構成することができるときに所為の同一性を認める判例の見解は、学説においても、通説として承認されている。最近では、E・シュミット、ザックス、G・シュミット、ビンドカート、シュエネボルン、グリュンワルト、アッペンバ、ハ、シュエファー、ヘルプリヒ、クラインクネヒト、ロクシン、ゲッセル、ツィッブラらによつて支持されている。

これらの見解によれば、訴訟法上の意味における「所為」の概念は、歴史的事象として法的評価に拘束されず、実体法上の競合論から独立して規定される。そして、一事不再理の効力の客観的範囲も、単一の歴史的事象としての所為の同一性の範囲で画されることになる。

E・シュミットによれば、刑事裁判所は、実体的真実発見の義務を有する一方、不告不理の原則から、その義務は、刑法一五五条・

二六四条によつて、公訴ないし公判開始決定で特定された「所為」を限界とすることになると説明されている。

すなわち、国家が、司法保障義務 *Pflicht zur Justizgewährung* を司法機関を通して遂行する<sup>(14)</sup>ということは、刑事裁判所に信託された「司法権 *rechtsprechenden Gewalt*」の行使において、実体的・法的に正当な判決を発見する任務を有する<sup>(15)</sup>ことを表わしているのであつて、裁判所には、判決の対象について、実体的真実を究明することが義務づけられている。しかし、それも、弾劾主義の採用によつて、不告不理の原則 *nemo iudex sine actore* から、一定の限界を有することになる。このことを明らかにしたのが、刑訴法一五五条及び二六四条である。一五五条一項及び二六四条一項によれば、裁判所の説明義務は、「所為」を限界とする。ただし、一五五条二項・二六四条二項は、その限界内で裁判所は独自に徹底した審理義務を有することを規定している。かくて、裁判所は、所為についての全面的な審理義務を負うことになる<sup>(18)</sup>。

かようにして、E・シュミットは、法二六四条の意味における「所為」を、裁判所の全面的な審理義務により説明される全歴史的事象 *der gesamte historische Vorgang* と規定する<sup>(19)</sup>。そして、生活観 *die Auffassung des Lebens* に従つて一個の事象に帰属するとされる場合に所為の同一性が肯定されるのである。彼によれば、所為の同一性が、一事不再理の効力の及ぶ範囲を画することになるので、所為の同一性の認められる場合には、判決の中で考慮されなかつた事実についても、一事不再理の効力は及ぶことになる<sup>(21)</sup>。これ

は、一事不再理の効力が、法的安定性と被告人の自由の保護とに奉仕するものだからである<sup>(22)</sup>。

E・シュミットのこうした見解は、法治国家的思考にもとづくもので基本的に賛成できる。

また、シェーファーは、次のように説明する。刑訴法二六四条一項は、「判決の対象は、公訴によつて特定された所為であつて、公判の結果明らかになつたものである」と規定しているので、一事不再理の効力も所為の同一性の範囲で及ぶことになる<sup>(23)</sup>。そこで、判決で評価された「所為」の範囲をどのようなメルクマールで決定するかが問題となるが、所為は、実体法上の競合論における行為概念とは一致しない独自の訴訟的概念としてとらえなければならず、一事不再理の効力も、歴史的事象としての所為を、判決裁判所が公訴を変更する権限を行使し、提示された訴訟資料をこえて説明義務が拡張する具体的な機会を、事情によつて有していたかを考慮することなく、刑訴法二六五条によつて公訴を変更しえた範囲でとらえられることになる<sup>(24)</sup>。

このように、通説は、一事不再理の効力の生ずる基礎となる所為概念を訴訟的にとらえ、その及ぶ範囲を、判決裁判所の具体的な説明義務や公訴変更権限の行使にかかわらずしめずに、公訴が変更される範囲においてとらえるのである。いいかえれば、一事不再理の効力は、裁判所の審判の法律的可能性の認められる範囲で生ずるのである。

二、さて、通説においては、具体的にどのような場合に所為の同一

性が承認され一事不再理の効力が及ぶことを認めるのであろうか。シェーファーによれば、次の三つの場合に、所為の同一性が認められ、一事不再理の効力は及ぶとしている。すなわち、(一)実体法上一罪としての観念的競合、法条競合、連続犯の場合、(二)実体法上数罪である実在的競合のうち自然的観察のもとに訴訟法上単一性を肯定しうる場合、(三)刑訴法一五四条a一項、二項で分割された所為のうち公訴が提起されなかつた部分、である。<sup>(26)</sup>

(一)観念的競合(刑法五二条一項)や法条競合は、実体法上一個の行為とされているが、訴訟法上も所為は一個であると解されている。連続犯については、連続した関係にある個々の所為が、全体として一個の社会的意味単一性 *eine soziale Sinnenheit* を構成する限り、訴訟法上も一個の所為とされる。<sup>(26)</sup>

(二)実在的競合(刑法五三条一項)は、実体法上、数個の行為と規定されているので、通常は、訴訟法上も数個の所為であると解されているが、自然的観察に従つて、それらの行為が一個の歴史的事象とみられる場合には、訴訟法上も所為の同一性を認めている。前述のように、判例では、分離して判断すれば「不自然な分割」といえるような自然的単一性をもつてその基準としているが、どのような場合に、所為の同一性が認められるかは、この基準でも、必ずしも明らかとはいえない。わが国でいういわゆる牽連犯の概念が存在しない西ドイツにおいては、わが国での牽連犯にあたるような場合を含めて、何らかの主観的・客観的な相互の密接な結びつきが必要なのではないかと思われる。

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

(三)刑訴法一五四条a一項は、「一個の所為の可分的な一部又は一個の所為によつて数個の罪名に触れた場合のその一部に対して見込まれる刑又は改善保安処分が重要性をもたないときは、検察官は、所為のその余の部分又はその余の罪名に限定して訴追することができる。」と規定し、軽微な余罪についての訴追の限定を可能にしている。この規定は、手続の簡素化、迅速化および明確化に奉仕するものとして、訴訟経済上の利益を考慮して、手続的な意味で設けられたもので、一個の所為を前提としている。<sup>(30)</sup>従つて、訴追を限定しても、軽い余罪について、所為の同一性は認められるので、一事不再理の効力も、余罪部分にまで及ぶと解される。

ところで、このような通説の見解においても、法律的に審判が不可能な場合には、一事不再理の効力は、その法律的審判不可能な部分には及ばないと解する者がある。<sup>(31)</sup>その見解では、例えば、非親告罪と親告罪とが所為の同一性が認められる関係にあるとき、親告罪について告訴がなかつたならば、その部分について審理判決できず非親告罪についてのみ審理判決することができるので、一事不再理の効力もその範囲にのみ及ぶことになり、従つて親告罪の部分には及ばない。<sup>(32)</sup>また、同様に、傷害罪の判決が確定したのち、被害者が死亡したような場合も、その死については法律的審判の可能性は存しなかつたのであるから、一事不再理の効力は及ばないこととなる。そこで、このような見解では、これらの場合正義に反するとして、補充訴訟 *Ergänzungsklage* を認めようとする。<sup>(33)</sup>

三、自然的観察に従つて、所為の同一性の認められる範囲に一事不

再理の効力は及ぶとする判例や通説の見解によれば、判決にあらわれたものが生活事象の一部分で、事件全体からすると比較的軽微なものであり、むしろ重要な部分は審理判決されなかつた場合にも、所為が同一である限り、全体に一事不再理の効力は及ぶので、そのかくれた重要な部分のちに発見されたとしてもその部分について新たに起訴することは許されないことになる。

例えはシェーファーによる<sup>(33)</sup>と、①ライヒ裁判所の判決の例にみられるものでよくとりあげられるものであるが、人の居住地域での発砲の罪(刑法三六七条一項)で処罰された者は、後に、その発砲によつて、故意又は過失で人を殺したことが判明しても、もはや、殺人罪ないし過失致死で訴追されえないことになる。また②運転免許証を所有していないAが、家へ送つてあげようということにかこつけて強姦しようとB女の心を動かし自分の車に乗せて全く無関係な方向に車を走らせた場合に、Aは無免許運転の罪(道路交通法二条一項一号)でのみ軽い罰金刑に処され、その判決が確定したとき、のちに、Aは、B女を強姦しようとしたのだが未遂に終つてしまつたことが判明したような場合<sup>(36)</sup>、③他人の乗用車と衝突して事故を起こした自動車運転者が、事故現場から無許可で逃走したとして有罪とされた(刑法一四二条)とき、判決時までには過失により衝突した自動車の乗客が死んでいたことが判明しなかつた場合<sup>(37)</sup>、④領得の意思でなされた財物の奪取は窃盗にあたる(刑法二四二条)として軽い刑罰を科された者が、実は背信目的のための国家機密を入手しようとしていた(刑法九六条一項)ことが判決時まで判明しなかつた場合<sup>(38)</sup>、

⑤過失傷害で有罪とされたが、その傷害の結果、被害者が死亡したことについては審理されなかつた場合、⑥単純故意傷害についてのみ判決されたが、重傷害であることが裁判所に認識されなかつたような場合、⑦連続犯について、二、三の行為だけが審理され、のちにそれが事実上犯された行為のうちのとるに足りない部分であつたことが判明したような場合—例えば、七個の詐欺で罰金刑に処せられたのち、三六九個の詐欺が判明したような場合—、<sup>(40)</sup>があげられている。

すでにのべたように、通説・判例の見解によると、所為の同一性の範囲で一事不再理の効力が生ずると解するところから、事件を全体としてとらえると軽微な部分にあたる所為について審理・判決され、判決が確定すると、判決時に判明しなかつた残された重要な部分についても一事不再理の効力が及ぶことになるので、<sup>(41)</sup>言い渡された刑が、全ての所為の可罰性とつりあわなくなることに<sup>(41)</sup>なり、結論的に妥当でないと感じられ、<sup>(42)</sup>実体的正義や法感情にそぐわないという批判がなされることになる。

通説・判例に対しては、このような法感情からする批判に加え、現行刑法法での再審理由との関係からする批判もある。

現行刑法法は、被告人に不利な再審を認めている(法三六二条)が、その理由は厳格で、単なる新事実や新証拠の発見を理由としてこれを許さないものとしている。そこで、判決時に明らかとならなかつた歴史的事象のうちのかくれた重要な部分について、確定判決後にそれが判明したとしても、単なる新事実の発見として、被告

人に不利益な再審は許されなるとなるのは、結局その部分についての新たな訴追の途は閉ざられしむ。従つて、現行法上、再審をめぐつては、先づのへた実質的の不相当結果を回避するに於て、<sup>(92)</sup> であるとの見解<sup>(93)</sup>。

ただ、通説・判例の見解のよつた、一事不再理の効力を広く認めることは、被告人にとって利益であり、人権擁護の観点からは強く支持される。その上、近時、所為概念の把握にあたつて、基本的には、自然的觀察に従つても若干の修正を加えて、なお通説的見解に賛意を示す見解も示されてゐる<sup>(94)</sup>。

- (一) E. Schmidt, Lehrkommentar Zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 1964, Teil I, 2 Aufl., Rdnr 295ff, S. 172; Deutsches Strafprozessrecht, 1967, S. 166.
- (二) Sax in Müller-Sax, KMR, 6 Aufl., 1966, Einl 14 B I f 3, S. 91.
- (三) G. Schmidt, Schuldspruch und Rechtskraft, JZ 1966, S. 90.
- (四) Bindokat, Zur Frage des prozeßualen Tatbegriffs GA 1967, S. 362 ff.
- (五) Schöneborn, Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafprozeßualen Tatbegriffs MDR 1974, Heft 7, S. 529 ff.
- (六) Grünwald, Die materielle Rechtskraft im Strafverfahren der Bundesrepublik Deutschland, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung Teheran 1974, S. 94 ff.

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

- (一) Achenbach, Strafprozeßuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft, ZStW 1975 Bd 87 Heft 1, S. 74 ff.
- (二) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung 23 Aufl., 1976, Einl, Kap 12, Rdnr 29-30, S. 173.
- (三) Helblich, Strafprozessrecht II, 1976, S. 129.
- (四) Kleinkecht, Strafprozessordnung, 33 Aufl., 1977, Einl, Rdnr. 170, S. 35; § 264 S. 661 ff.
- (五) Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 14 Aufl., 1977, S. 252 ff.
- (六) Gössel, Strafverfahrensrecht, 1977, S. 290f.
- (七) Zipf, Strafprozessrecht, 1977, S. 105 ff. その中、バーネン<sup>(95)</sup> (Barthel, Der Begriff der Tat im Strafprozessrecht, Diss. Saarbrücken, 1972)。
- (八) E. Schmidt, op. cit., S. 37.
- (九) Ibid., S. 160.
- (十) 普通法時代の犯罪手続における裁判所の無限定な活動といわれるが、これは被告人の耐えなかつた精神的負担からの解放をもちて採用された刑事手続上の政治国家的な理由による (Ibid., S. 199)。
- (十一) Ibid., S. 197ff. 裁判所の権限濫用から被告人を保護するに於てその本質を求め、裁判手続の設置とそれに対する裁判所の拘束をその内容とする。
- (十二) Ibid., S. 161; S. 202.
- (十三) Ibid., S. 172 ff.
- (十四) Ibid., S. 173.
- (十五) Ibid., S. 173 ff.
- (十六) Ibid., S. 178. 以下「ハイム」他と同様の信頼の保持といふべきである。
- (十七) Schäfer, op. cit., S. 172ff.

- (24) *Ibid.*, S. 173.
- (25) *Ibid.*, S. 173.
- (26) Kern-Roxin, op. cit., S. 96. 以下「*連続犯*」のごとく次のごとく。「*实体刑法の意味における連続犯は、その概念が正しく把握されるならば、きつかりのある社会的意味単一性として、常に一個の歴史的事象とされる。個々の構成要素は、すべて、未完成連続性を具有する。それらは、ある動作から他の動作へと連続させる『全体故意 Gesamtvorsatz』を種別して、その到達点への努力としての全体的結果とすべし。右在的題種を通じて結合して、遂行の体系的意義と法的意義の意義とを狭くするべきこと。』」(E. Schmidt, op. cit., S. 175). 以下「*連続犯の客観的集合犯*」及び「*客観的集合犯*」(E. Schmidt, op. cit., S. 176) 反対説をみる(Schäfer, op. cit., S. 191f; Müller-Sax, op. cit., S. 861; Kern-Roxin, op. cit., S. 97)。  
ただし「*ホーネホーネ*」は「*不法凶容を基準として、その不法凶容が比較的重的場合と同一性を認め、やむを得ず場合と同一性を肯定する*」(Schöneborn, op. cit., S. 535)。  
なお「*無罪判決の場合には、評価された個別行為だけが一事不再理の効力及び客観的客観が有る*」(Schäfer, op. cit., S. 190; Müller-Sax, op. cit., S. 90, Kern-Roxin, op. cit., S. 253; Bindokat, op. cit., S. 369.)  
E. Schmidt, op. cit., S. 176; Grünwald, op. cit., S. 115 には「*罪・無罪を区別せず論ずる*」など、*継続犯のごとく*の同様の帰結を主張する。Schäfer, op. cit., S. 192; Müller-Sax, op. cit., S. 90 以下も。*
- (27) E. Schmidt, op. cit., S. 173; Schäfer, op. cit., S. 173; Müller-Sax, op. cit., S. 861; Kleinkecht, op. cit., S. 662; Kern-Roxin, op. cit., S. 97; Grünwald, op. cit., S. 109, 115;

- Achenbach, op. cit., S. 95, 115;
- (28) BGH, St., 13, 21. 以下「*判例*」のごとく「*判例の基礎が、所定の規定と異なるべき罪種の異なるものである*」(Achenbach, op. cit., S. 91ff)。  
(29) 以下「*特定の事件群 Fallgruppe*」のごとく「*判例は、確かな解決を積み重ねていくべきものであり、判断の安定性は可能となる*」(Grünwald, op. cit., S. 109)。  
(30) Kleinkecht, op. cit., S. 442.  
(31) Schäfer, op. cit., S. 175, Anm. 6; Müller-Sax, op. cit., S. 91f; Kern-Roxin, op. cit., S. 254. 以下「*区別*」E. Schmidt, op. cit., Teil III, S. 765; Bindokat, op. cit., S. 370; Grünwald, op. cit., S. 116; Achenbach, op. cit., S. 100.  
(32) Vgl. Kern-Roxin, op. cit., S. 98.  
(33) 補充訴訟と認められる。Schäfer, op. cit., S. 175 Anm. 6; Kern-Roxin, op. cit., S. 254; Müller-Sax, op. cit., S. 91f 以下。  
以下「*反対説*」*「*悪説とは異なる理由で、これは客観的事不再理の効力を制限する。補充訴訟と認められる。』」(Vgl. Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., 1968, S. 389; Busch, Zum Verbranch der Strafklage bei späterer Erkenntnis anderweitiger Tatgestaltung, ZStW 68 S. 10f; Oehler, Identität der Tat, Fest. für Rosenfeld, 1949, S. 156.  
以下「*補完的訴訟*」*「*判決時の所為が誤って評価された場合の『*補完的訴訟* Berichtigungsklage』』*「*判決時の所為は正しく評価されたが、確定判決後に生じた事情により、所為の法的評価が変化した場合の『*補完的訴訟* Vervollständigungsklage』』*「*以下「*客観的集合犯*」(Achenbach, op. cit., S. 75)。  
(34) Schäfer, op. cit., S. 174.

(38) RG. StL. 70. 30. vgl. Peters, Strafprozess. 2 Aufl., 1966. S. 438; Henkel, op. cit., S. 387.

(39) BGH bei Dallinger MDR 1973 S. 556. シューネボルンは、行為事象の累積的關係 Kumulatives Verhältnis から所為の同一性は否定されたものとす (Schöneborn, op. cit., S. 534)。

(37) OLG Hamm NJW 1974, S. 68.

(36) RKG 2, 31 Niehammer ZWehrR 5, 261.

(35) Schäfer, op. cit., S. 174-175.

(40) BGH. St 6, 122.

(41) Schäfer, op. cit., S. 174.

(42) Vgl. Henkel, op. cit., S. 388f. <ンケルは、法的安定性が正当化せられざるは誇張なり、実体的正義が犠牲となっている。このような法的安定性の重要視は、訴訟法の要求するところでもなく、むしろ、訴訟法に矛盾する批判なり。

(43) Schäfer, op. cit., S. 177f.

(44) マンクニヒは、次のように言う。所為を「社会的経験 sozialer Erfahrung」と従って単一の事実的複合体 Tatsachenkomplex とし、所為の同一性は、言語の用法から決定されるが、それにより明確な結論がでない場合には、生活経験 Lebenserfahrung に着目すべきだとする。ただし、この場合でも限界領域では、実体法の基準に拠ることになる。蓋し、逸脱行態の社会的評価 gesellschaftliche Beurteilung とその法的評価 rechtlicher Qualifizierung とは相互作用の關係にあるからいふべき (Achenbach, op. cit., S. 91, 92)。<sup>(1)</sup>彼の主張は、実体法的な観点を考慮するとはいえず、一次的には、法的評価をはなれた自然的観察に従って所為の同一性を決定する点でなお通説の範疇にあるものといえよう。

また、シューネボルンは、択一的行為事象についての単一の裁判の必

す下ドイン刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

要件という訴訟法的観点から、所為の同一性を決定する (Schöneborn, op. cit., S. 535)。

#### 四 反対説の見解

判例・通説の見解のように、一事不再理の効力の客観的範囲を、所為の同一性の範囲に求め、自然的観察に従って単一の歴史的事象ととらえられる限りその全体に及ぶとすると、具体的に判決にあらわれてこなくても、所為の同一性が認められる限り一事不再理の効力は生ずることになるので、重大な法益侵害の結果が確定判決に際して判明しなかつたとしても、その部分に一事不再理の効力は及ぶという帰結を承認することになるが、これでは、正義や国民の法感情にそぐわないと、反対説は批判する。

一事不再理の効力は、事件を一回で解決する利益として、このような場合にも処罰を放棄することを承認すると考えるならともかく、そうでない場合には、正義や法感情を満足させる結論を導こうとする主張がなされることになる。

そこで、通説・判例の見解に対して何らかの観点からの修正が試みられている。それは、集約的には、実体法的観点からの修正といふことがいえる。それらを分けると、行為と結果に着目して所為概念を把握する結合説<sup>(1)</sup> Kombinierten Auffassung、所為概念を実体法上の行為概念と等置する行為説<sup>(2)</sup> Handlungstheorie、刑法上の不法内容に着目し、それが増加する場合に所為の同一性を否定する評価説<sup>(3)</sup> Bewertungstheorie となる。



一、結合説を主張するものにデーデスがある。

(一) デーデスの見解 デーデスは、「刑事訴訟における所為の同一性」<sup>(4)</sup>と題する論文で、一事不再理の効力の客観的範囲は、所為の同一性によつて画されるとしつゝ、それは、行為と結果に着目して決定されると説く。

彼によれば「所為の同一性の問題は、確定力の一事不再理の効力の問題という観点において解決されるべきであるのみならず、審判の対象においても考察され、解決されるべきである」<sup>(5)</sup>との基本的立場から、刑法一五五条及び二六四条にいう所為概念を通して、審判の対象の範囲と一事不再理の効力の及ぶ範囲とを同じに解し、

「解釈学上、その解決は、審判の対象の演繹 *Ableitung* を通じて、*Inquisitionsprozess* と弾劾訴訟 *Akkusationsprozess* との混合的形態をとつている大陸法の刑事訴訟像から根拠づけられようし、体系的には、起訴状の構造分析を通して根拠づけることができる」<sup>(6)</sup>との方法論にたつて、審判の対象を公訴を通して形成された刑罰請求権 *Strafanspruch* ではなく、公訴に含まれた所為及び公訴ないし「起訴された行為 *angeklagte Handlung*」の事情として考慮されうる全ての新事実をいうものと把握する。それゆえ、彼によれば、所為の同一性は、「起訴された行為」が変更されない場合だけでなく、新事実が加わつた場合にも認められることになる。

そして、公訴を検察官によつて起訴状に記載された構成要件に該当する可罰的行為としての事実 *Tatsachen* と解し、起訴されていない事実でも、それが「起訴された行為」の事情として特定されう

る場合および観念的競合の関係にある場合には審判の対象となりうる<sup>(7)</sup>としている。

ところで、彼は、公訴を右のように起訴状に記載された事実と解するが、それは、実体法的観点から、人の行態 *Verhalten* および結果 *Erfolg* を内容とする。そこで、デーデスは、所為の同一性の基準を、公訴の内容となつている人の行態(作為又は不作)ないし結果あるいはその両者に求め、二つの公訴の内容が同一 *derselbe* であるときにのみ所為の同一性は認められることになるとする。彼によれば所為の同一性は、事実を通して描かれたこれらの両要素によつて基礎づけられることになる<sup>(8)</sup>。

そして、「確定判決のうち、公訴において言及された事実が、歴史的出来事の一部であり、他の部分に刑法上重要な事態 *Materiel* が含まれていることが判明した場合には、当該刑罰請求権が消耗されてしまつたということは承認しえない」とし、「この新たに明らかにされた事実が判決された所為の諸事情とみなされない限り、残りの部分についての判決をすることを妨げることはできない」<sup>(10)</sup>と結論する。

行為と結果に着目して所為の同一性を決定しようとしたデーデスの態度は、わが国での公訴事実の同一性の判断基準に関する訴訟共通説に類似するところがあるように思われる。

二、実体法上の行為に着目し、刑法五二・五三条の競合論を基準に所為の同一性を論じようとしたのが行為説である。  
行為説を主張するものには、ヘルツベルヒがいる。

(二) ヘルツベルヒの見解 ヘルツベルヒは、「一事不再理の効力―刑事確定判決の遮断効について」と題する論文<sup>(11)</sup>で、通説の見解は、実体的正義を弱め、漠然として不確定な基準をとるもので、法的安定性からみて疑問であると非難しつつ、通説の欠点を所為概念の規範化を通してのぞくことは妥当でないとして評価説をも批判<sup>(13)</sup>する。

そこで、通説のとる不確定でとりとめもない「一個の生活事象 Lebensvorgang」にかわる出発点として、公訴に示された「行為 Handlung」に着目し、所為の同一性は、行為の具体的な実行 Ausföhrung の相互の重なり合ひ Sich-Überschneiden に依拠している<sup>(14)</sup>と考える。ヘルツベルヒは、「連続犯を除き、訴訟の意味における『一個の所為』と、実体法上の競合論における『一個の行為』とは一致する<sup>(15)</sup>」と主張する。このように、実体法上の行為に着目し、所為の同一性の範囲を論じようとするのは、すでにエラーにみられるところであるが、ヘルツベルヒの場合、実体法上の競合論をもつて、端的に所為の同一性決定の基準とする<sup>(17)</sup>ところに、実体法の行為概念との結びつきを拒もうとするエラーの主張とは異なる<sup>(18)</sup>ところがある。

そして、ヘルツベルヒは、続けて、「このテーゼは驚くべきものなのかもしれないが、今日では、訴訟法上の所為が、実体法上の行為の単一性と全くかわりあつていない<sup>(19)</sup>ということは、解決されたことなのかもしれない。しかし、一見しただけでも、この両概念は、相違しているというより一致している<sup>(20)</sup>ということがいえる。というの

も、両概念は、永続的な人間の活動から、刑法上の観点において、評価上の単一性をとりだし、限定すべきものだからである<sup>(19)</sup>。」と述べている。

ところで、ヘルツベルヒは、連続犯について、それを一個の行為とはみないが、その理由を「連続した関係にある個々の動作 Einzelakte が、現実に一個の行為を構成することはありえないからである<sup>(20)</sup>」と説明する。彼によれば連続犯を一個の行為とみることは、フィクション以外の何ものでもないのである<sup>(21)</sup>。

このように、ヘルツベルヒは実体法上の競合論を基準に同一性を決定するので、「刑法七三条（現刑法五二条）にあたる場合には一個の行為であるし、刑法七四条（同五三条）にあたる場合には数個の行為である<sup>(22)</sup>」ということになる。彼にとつて、行為が一個であるということは、一個の意思決定が一個の身体運動 Körperbewegung を惹起することであり、いかなる結果が生じたかは重要ではない。ただ、その場合、自然的な意味における一個の行為のほかに、法的な意味で一個の行為ということもある。いづれにせよ、ヘルツベルヒは、訴訟的所為概念を自然的事実的考察方法からとらえるのではなく、「事実の確定が法適用とからみあつて<sup>(25)</sup>に思いをいたせば、また、法規範と生活関係との双方を視野に入れて」実体法上の行為を基準に一事不再理の効力の範囲を論ずべきであるとする。

そして、「一個の所為」一個の行為の定式をもつて一事不再理の効力の範囲を説明することは、完全な解決というわけにはいかないが、実践的な確定力論との関係では何がしかの進歩にはなろうと

し、発砲と死の結果とが一個の意思活動に基づく場合、実体的に一個の行為であるといえるので、それは訴訟的にも一個の所為であるといえ、従つて、この場合、第一の裁判所が死について認識していなかつたとしても再度訴訟の対象とされることはないと解する一方、同様に、確定判決後、被害者が死亡した場合にも、改めて訴追することはできないとし、多くの説がこの場合、補充訴訟を許さうとするのに反対する。「われわれにとつては、一事不再理の原則が妥当するので、確定力の発生した後に生じた所為結果は、刑法上把握されえない」と主張するのである。そして、一事不再理の効力の本質を、実体における正当な処罰欲求の放棄ととらえ、正義に反する

という理由で、ある結果を受忍できないとすることは、それだけでは決定的な反対理由とはならないとする。彼によれば、確定力論の任務は、所為概念の解釈ということをして命じられた刑罰をそれが及ぶ限り可能にすることのみにあると考えるので、不利益再審事由の拡大を通して一事不再理を規定する基本権を制限することが立法論として論議されるべきであると結論する。<sup>(26)</sup>

一事不再理の効力の客観的範囲を制限しようとするにあつて、実体法上の競合論との一致を試みたヘルツベルヒの見解も、実体的正義の実現に成功したかは明らかではない。とくに、新事実の発見された場合に所為の同一性を否定しているので、新事実・新証拠の発見を不利益再審の理由にあげていない現行法の理念とは合致しないところが残つてしまふ。

三、評価説にたつものとして、エラー、ルシュカ、ペーターズ、

ヘンケルらがいる。

彼らは、通説の所為概念は漠然として不明確なもので、一事不再理の効力の客観的範囲を広く認める結果、実体的正義に反するとし、基準の明確化を試みるとともに、一事不再理の効力の客観的範囲を狭く限定しようとしている。

(三) エラーの見解　ここで、ヘルツベルヒに強い影響を与えたと思われるエラーの見解をみておくことにしよう。

エラーは「所為の同一性」と題する論文の中で、一事不再理の効力の客観的範囲を基礎づける所為の同一性の範囲を決定するにあつて、実体的正義 *materielle Gerechtigkeit* と法的安定性との較量に求めるところから出発する。即ち、所為の同一性は、「自由主義的法治国家の訴訟におけるように、法的安定性の理念が強調されるに従つて拡大する一方、糺問訴訟におけるように、実体的正義の理念が強調されるに従つて縮小する。」と、正当にも指摘する。

エラーによれば、所為の同一性の概念は、論理的な帰結ではなく、法治国家の理念より導かれるもので、訴訟係属、訴の変更及び確定力について同じでなければならないとされ、ライヒ裁判所の判例では、所為の同一性を、行為又は結果(同じ法益又は行為客体が基準となる結果)の部分的一致に従つて決定していたとし、「所為は、判決裁判所の具体的でない抽象的な認識可能性 *Kennnismöglichkeit* に従う裁判所の審理義務 *Kognitionspflicht* から明らかとなる」と説く。彼はこのようなライヒ裁判所の考え方について、法的安定性を尊重しようとする法治国家の理念に基づくものと評価する。

そして、彼は、歴史的展開を考察したあと、所為の同一性を訴訟法の問題である限り、訴訟的に理解されなければならないとの視点にたちつつ、<sup>(33)</sup> 実体法との関係を前提に、起訴された行為 *angeklagten Handlung* の法律的に評価された外部の出来事 *äußerliche Geschehen* が所為に属するとする。こうして、<sup>(34)</sup> 刑訴訟二六五条二項を根拠に実行 *Ausführung* の部分的に一致に同一性を認めるのである。従つて、過失傷害から重傷害へ、軽減の現象形式 *privilegierten Erscheinungsformen* から加重的現象形式 *qualifizierten Erscheinungsformen* へ、未遂から既遂へ移行することが許されると解する。しかし、共犯については、逃走するためにドアを開けておいた者が幫助として起訴されたが公判で正犯意思をもつていたことが判明した場合には同一性を認めるが、見張りに立つたとして幫助で起訴されたが実は自ら一緒に家の中へ侵入して窃盗を犯したということが判つた場合には同一性を認めない。なぜなら後者の場合、<sup>(36)</sup> 二つの構成要件の断片 *Tatbestandstücke* が合致していないからであるとする。

こうして、<sup>(37)</sup> エラーは、所為の同一性の基準を、行為の実質 *Handlungssubstanz* に求めるのである。

そこで、エラーは、集合犯 *Sammelstrafat* については、裁判所に知られなかつた全ての行為について公訴の対象とせらるゝとする<sup>(38)</sup> 一方、連統犯については、全体故意 *Gesamtvorsatz* が認められる場合に、裁判所に知られていようとまいと、所為の同一性を肯定する。この場合には、行為の実質は常に同じだからである。<sup>(39)</sup>

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

そして、判決後に生ずるものはすべて、たとえ評価された実体関係と因果的に関連するものであつても、従つて、その事象と所為<sup>(40)</sup> の実体法的・訴訟法的に同一の関係があつたとしても、刑訴訟二六四条を純粹に訴訟法的に考えればもはや「所為」の中に含まれないと解して補充訴訟を認めている。彼は、判決後になされた連続犯の行為についての考え方を補充訴訟にも及ぼそうとしているのである。

このように論じ来たつて、エラーは次のように結論する。  
「所為の同一性についての問題は、法的安定性と正義との相互作用 *Wechselwirkung* からのみ理解されなければならない。確定力の遮断効の根拠を、再度の裁判を目的に合わないものとするのみに求めるものは、問題の深さを誤認するものである。それは、目的思考 *Zweckdenken* を超越して、刑事訴訟の究極的原理に到達する。全ての要求を満たす解決は決してありえない。即ち、広い範囲を要求する訴の変更と狭い範囲を要求する確定力とは、それ自体正対立するからである。しかし、二つの制度が、前述の理由から共通の体系的限界概念のもとにおかれなければならないので、刑事訴訟において人間が主体であるということが最少要求として充足されなければならない一つの統合 *Synthese* が見い出されなければならない。しかし、全く確固たる基準に結びつけられた裁判所の認識義務 *Erkenntnispflicht* が、同時に終局判決の限界であるということがあらかじめ確立される場合にのみこのことが認められる。訴の変更の限界に影響を及ぼすと思われる訴訟経済は、訴と確定力を同じ法規のもとにおく法的安定性の背後に退かなければ

ならない。実体的正義のためには、所為の同一性の範囲は狭くしなければならぬ。法国的及び正しい訴訟法は、こうした原則から乖離することはできない。即ち、かようにして法的安定性と実体的正義の二つの理念が、主体としての人間を尊重する最大限度の相互採決に *gegenseitige Abstimmung* にもとめられるのである。」と。

彼が、法的安定性の理念によつて、審判の対象と一事不再理の効力の範囲とを同じに把握しようとしたのは意味がある。ただ、法文上、刑法二六四条は、公判の結果明らかにされた「所為」についても判決発見の対象としているので、両者を同じにとらえなければならぬことにはならない。そこに、後述するペーター・スの見解の契機があるように思われる。

また、エーラーは、通説の基準は内容がなく明確な基準となりえないとして、行為の実質に着目して、所為概念の把握を試みたが、その規範的態度で一事不再理の効力の客観的範囲を制限しようとすることは被告人からみて不安定さをぬぐいきれないところがある。

#### (四) ルシュカの見解

ルシュカは、「刑事手続における『所為』<sup>(43)</sup>の概念」という論文をあらわし、通説に対して、価値関係の考察を抜きにして「所為」を把握することができるのだろうかとの疑問を提示し、「所為」概念は、実体法上の評価とは切り離せないであり、具体的な法律事件の構成に際しての実体法の機能も考慮されるべきであるとの前提から、空間・時間及び構成要件に従つて確定されるべき事象の「法的核心 *rechtliche Kern*」を基準に、所為の同一性の範囲を決定しようとした。<sup>(44)</sup>

彼は、まず、通説が、価値関係の考察方法をとらずに所為を把握している点を問題にする。即ち、通説は、所為概念を把握するにあつて、裁判官がその評価をすることなしに、歴史家と同様、事実を確定しなければならぬとしている。このことは、通説の立場にたつ E・シュミットが歴史上の事実確定と裁判上の実体関係探究との比較に関係づけているのに代表されている。<sup>(45)</sup>しかし「その際、歴史家は、事実を価値とはなれて *wertfrei* 把握することができるということが暗黙の前提にされている。しかしながら、このことは適當ではない。」と批判する。そうして、「歴史学の方法論では、価値的な観点なしに事実を確定することは全くありえないということは周知のことである。」とし、「裁判官も事実の確定に際しては歴史家と同じように行なわなければならないということは認めざるをえない。しかし、このことは、裁判官が、価値的に彼の素材 *Sach* に近づいていくということをまさしく意味している。価値とはなれて考察することを裁判官に要求することは、彼に不可能を要求するのと同じことである。」と論じ、従つて、「法律事件、すなわち、評価されるべき事象は、たゞ『そこに』あるというのではなく、法理念に關係づけられたある特定の問題設定を通してはじめて構成されるのである。他の方法では決して把握しえないのである。」<sup>(46)</sup>としている。そして、所為の同一性を決定するコメントは、実体的価値であるとし、「評価を抽象化しようとする者は、『出来事 *Geschehen*』の無限の経過に到達しうるだけであり、作用の無限の結果を惹起する因果の無限の連鎖に到達しうるだけである。その際、全ての部分は、

原則として、無限に多くの分割された部分に分解されるのである。そうすると、すべては、直ちに融解してしまふ。すなわち、いかなる事象も、いかなる出来事も、いかなる『所為』も、もはや存在しなくなるのである。従つて、ここにおいては、どこに始めと終りが設定されるべきか、そして、それら自身再び説明が必要となる部分要素の統合である個々の部分の重要な内的関連がいかなることから明らかとなるのかは、こうした観察方法ではもはや説明されえない。」と通説への批判を結ぶ。<sup>(50)</sup>

また、通説は、一事不再理の効力の客観的範囲は所為の同一性をもつて画されるとしているが、その根拠として法的安定性の要請をもちだしてくる。ルシュカは、この点にも疑問を提示し、次のように論じている。法的安定性は、指向化安定性Orientierungssicherheit<sup>(51)</sup>と現実化安定性Realisierungssicherheit<sup>(52)</sup>との二つの構成要素からなるが、通説は、前者を基礎に論じている。しかし、この安定性は、判決の定立、不可変更性及び妥当性を根拠づけることはできないが、判決の効力範囲を決定することはできないのである。<sup>(53)</sup>

このように通説を批判したうえで、ルシュカは、実体法上の評価を加えて「法的核心」を基準に、所為の同一性を決定しようとした。つまり、「数個の現象の空間的・時間的結びつきやその連続ないし連鎖が、『所為』の同一性についての問題を示唆するとき、考慮される構成要件間の価値的比較が問題となる。」とする。<sup>(54)</sup>

そこで、彼は、択一的認定 Wahlfeststellung に際して採用されるのと同じように、「法倫理的・心理的等価値性 rechtsethsche

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

und psychologische Gleichwertigkeit」というフォーミュラーを用いて、<sup>(55)</sup>「第一の裁判所によつて認められた構成要件が、第二の手続において認められた構成要件と法倫理的に等価値である場合に、『所為』は同一である」との原則をたてる一方、それらの構成要件が等価値でない場合でも、法倫理的観点のもとでは、他の構成要件の修正形式であると認められる場合には、その構成要件は、同じ法的核心を有するとして、単純窃盗と重窃盗、過失犯と故意犯の間に所為の同一性を肯定する。従つて、それらの構成要件が法倫理的に比較できないほどの差異が認められるものである場合には、同一性が否定されることになる。

このようになルシュカの見解は、法倫理的等価値性という価値的な基準をもちだすので、基準として明確であるとはいえず、通説が自然的観察方法という漠然とした基準に依拠していることを批判したにもかかわらず、彼自身もまた、明確な基準の設定には成功したとはいえないだろう。

また、彼は、所為の同一性を決定するにあつて、刑法上の評価を前提に、構成要件を比較して「法倫理的等価値性」があるかどうかという観点から決定するが、刑法上、一個の行為であるかどうかは、不法内容の量と質を考慮することなく確定されるものであることを考えると、このような観点での同一性決定の態度には疑問があるといえる。<sup>(56)</sup>

(四) ペーターズの見解 訴訟係属の範囲と一事不再理の効力の客観的範囲とを同じ所為概念の基準でとらえようとしてきたこれま

での見解に対して、両者は訴訟的に、その機能を異にするものであるとして、合目的性・法的安定性・正義の三つの要請から、その範囲は、それぞれ決定されるべきであったのがペーターズである。<sup>(63)</sup>

刑訴法一五五条一項では、審判の範囲を「訴に特定された『所為』と規定しているのに対し、二六四条一項は、判決発見の対象を、「公訴において特定され、公判の結果明らかになつた『所為』と規定している。そこに、訴訟係属の範囲と一事不再理の効力の客観的範囲とが、異つた所為概念で把握される法的根拠を求め、ペーターズは、彼の訴訟の動態的性格論からその理由づけを試みようとする。

彼によれば、刑事訴訟の対象は、刑事手続において審理され、判決される出来事 *Geschehens* であり、それは、全刑事手続の基礎を構成するものとする。<sup>(64)</sup>そして、訴訟の動態的性格は、訴訟の発展過程との関連で出来事の変化をもたらすことになるとしううえで、「訴訟の動態は、出来事と法的評価の関係についても示される。ここでもまた、訴訟においてあらわれる変化が考察されなければならぬ。手続の当初においては、出来事は出来事としてその法的評価とは離れて前面にあらわれる。しかし、手続は、出来事の法的秩序 *rechtliche Einordnung* のために努力される。このことは、まず公訴と公判開始決定において生じ、最後には判決において生ずる。」<sup>(65)</sup>とし、出来事は、手続の発展過程において様々な判断段階を示し、捜査での可能的判断 *Möglichkeitsurteil*、公訴及び公判開始決定における蓋然的判断 *Wahrscheinlichkeitsurteil*、判決における確信

的判断 *Gewissheitsurteil* と発展していくと主張する。<sup>(61)</sup>

そして、この訴訟対象の発展的性格から訴訟係属と一事不再理の効力の客観的範囲とを画する所為の同一性の基準に差異があるとす。即ち、「所為の同一性の決定は、確定力の場合と訴訟係属の場合とで同様であることを必要としない。訴訟の動態という事実はその同一的な決定を当初から否定する。訴訟係属と判決言渡における手続状態は、それぞれ異つたものであるということから、この見解は理由づけられよう。」とし、「訴訟係属と確定力とは、訴訟手続において異つた機能を有する。従つて、確定力においては、所為の同一性の概念は、訴訟係属におけるそれとは別個に独自に把握されるべきである。」としよう。<sup>(62)</sup>

こうして、彼は、訴訟係属の範囲を画する所為を、公訴の基礎になつてゐる生活事象 *Lebensvorgang* ととらえ、<sup>(64)</sup>一事不再理の効力の客観的範囲を画する所為を、「行動の方向づけ *Richtung des Tätigkeitsaktes*」を基準としてとらえようとするのである。<sup>(65)</sup>

そこで、一事不再理の効力の客観的範囲の限界を画する所為の同一性についてみていくこととしよう。

ペーターズは、所為の同一性の決定にあつて、実体法的な観点に出発点を求めることに反省を加え、事実的な出来事について考察を進める。それによると、所為の同一性は、*außen* 的挙動 *außen Tun* に従属していると思われ、判決され新たに評価の対象となつてゐる出来事が、*außen* 的行動経過 *außen Tätigkeitsverlauf* において、全部あるいは一部重なり合つてゐるかどうかを問

題とならう」と、「所為概念の決定にあつては、外部的行動事象 äußeren Tätigkeitsvorgang、単なる挙動 Tun のみ着目すればよいのか、それと並んで、所為の特徴づけのために行動の方向づけ Tätigkeitsrichtung にも関連をせることが必要ではないのか、それは意味があるのかという問題がある。単なる外部的動作 bloße äußere akt (発砲、水の中への投棄、放火) が、ある特定の事象となるにはその方向づけ Richtung を通してである。挙動の方向づけが外部的に同じような事象を相互にきわたせるのは、その方向づけがその核心的内容 Kerngehalt において区別されることによる<sup>(68)</sup>。」  
としたうえ、発砲が空へむけてのものか、うさぎをねらつたものか、人をねらつたものが問題となるとき、ただ発砲の事象をみているだけの者は、この三つの区別に気づかず、その人が発砲したとだけいいうるだろうが、この三つの発砲は一個でもなければ同一でもないとの例をあげ、純粹に外見的な考察では足りず、「法秩序は、価値的な秩序である。判決は、行為者＝所為の関係 Vater-Tat-Beziehung での判断である」とする<sup>(69)</sup>。  
そして、確定力に際して所為の同一性は、「行動活動の方向づけ Richtung des Tätigkeitsaktes」によつて理解されなければならぬといし、「判決された事象と新たに問題となつてゐる事象とが同一の方向づけを有しているかどうかを審理されなければならず、方向づけの決定は、常に出来事の経過から外部的形式において明らかとなる<sup>(70)</sup>。」とする。

続いて、人をねらつた発砲は一つの複合体 Komplex であると

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

とらえ、その事象 Vorgang は、「発砲一人間」という関係において、その核心的内容を認める。彼によれば、それは、挙動の性質及び結果との結びつきから裁判所によつて判断されるとするのであるが、「裁判所が、挙動の性質についてのみ判断した場合には、裁判所は、その価値内容 Wertgehalt における本質的な他の事象を対象とすることになる(従つて、発砲を評価しても、殺すことを評価することにはならない)。このことは、逆には妥当しない(殺すことを評価することはまた発砲したことにもなる)。大は小をかねるのである」<sup>(71)</sup>  
彼は、所為の同一性を、訴訟法的に行為者と行為との関係における方向づけという観点からとらえていくので、実体法上の行為の様相 Handlungsnodahitäten とは切りはなされる。つまり「対象にむけての方向づけが事象を厳密に決定するので、行為の様相は問題ではない」<sup>(72)</sup>のである。従つて連続犯について実体法上一個であつても訴訟法上は分割できるとし、重大な考慮がなされなかつた個々の行為についてあらたに起訴し、判決することができるとする<sup>(73)</sup>一方、集合犯については、訴訟法上現実には審理された事象に判決の対象を制限することが認められるべきであるとす。

ペーターズのこのような見解は、実体的正義の実現に向かうものであるが、訴訟係属の範囲と一事不再理の効力の客観的範囲とを異つた所為の同一性の基準で把握しようとしたところに批判される点<sup>(74)</sup>がある。裁判所は、訴訟係属の範囲について、歴史的対象としてその全てを審理すべき義務を負つているにもかかわらず、一事不再理の効力の客観的範囲を限定するのは、裁判官の懈怠を被告人に転嫁す



ることになる。<sup>(76)</sup>

(六) ヘンケルの見解 さらに、裁判所が遂行しうる具体的な審理義務を前提とした事実上の審判可能性の観点から、一事不再理の効力の客観的範囲を限定しようとしたのがヘンケルである。<sup>(77)</sup>

ただ、彼もまた、確定判決の一事不再理の効力の客観的範囲を論ずるにあたって、訴訟の対象を構成する所為に関連させ、「所為の同一性」を基準として、その範囲を決定している。

彼によれば、所為の同一性は、判決が公訴及び公判開始決定を通して訴訟の対象として確定された全体としての歴史的生活事象およびその中に含まれる不法内容をもつてとらえられるとしている。<sup>(78)</sup>

ヘンケルは、このように、訴訟の意味における所為の同一性の概念をとらえるにあたって、実体法的意味における行為の単一性の概念をもちだすのではなく、訴訟法的に考察する点では通説と異ならない。

しかし、「一事不再理の効力は、裁判所が、その事象を評価できる範囲で生ずる」とするに及んで、通説からの訣別を図るのである。通説によれば、「裁判所が、公判に基づいて、事象を『法的に』評価することができたかどうかの問題である。即ち、事象を法律に従って、裁判所の独自の調査義務 *Forschungspflicht* に基づいて、必要な場合には、公訴の変更によつて判決の対象となしえたかどうかの問題となるのである。ここでは、裁判所が、公判で『事実上』判決することができたかどうかは重要ではない。それ故、事件の軽微な事情を認識しえず、そしてまた認識しえないはずであるという

ことも重要ではない。法律的、抽象的・仮説的判決可能性の限界が、一事不再理の効力の範囲を決定する要素として示されるのである。<sup>(80)</sup>とする。そして、連続犯や集合犯、傷害ないし殺人未遂で確定判決をうけた後に被害者が死亡した場合などについて、それらは法的安定性の期待のみ多くして実体的正義の損失を来たすことになると批判する。<sup>(81)</sup>

こうしたうえで、ヘンケルは、通説の欠点は、確定力の作用する範囲について、もっぱら所為の同一性を通して包括された裁判所が法的に、即ち抽象的・仮説的に公判で評価することのできた事実の複合体 *Tatsachenkomplex* を基準にしているところにあるとし、「判決権の消耗は、裁判所の審理・判決義務が、公判において事実上(具体的に)及ぶ範囲で生じうるにすぎないと個別的にのみ考えるのが正しい。公判で現存した状態にもとづき評価されるもので、裁判所の説明義務の遂行に際して、評価されなければならない訴訟資料のみが処理されるのである。『能力こえて義務なし *ultra posse nemo obligatur*』は、裁判所の審理義務 *Kognitionspflicht* の限界づけについても妥当する。仮説的に判決することができたというのみならず、真実探究義務 *Wahrheitsforschungspflicht* の綿密な遂行によつて判決されたということが一事不再理の効力の範囲を決定する。審理義務をつくしても判明しなかつた後になつて発見された諸事情は、異つた観点で新しい判決をすることを妨げるものではない」と主張する。<sup>(82)</sup>

彼は、かような観点から補充訴訟 *Ergänzungsklage* を認めよう

(83) となる。即ち、裁判所が審理義務をつくしても判明しえなかつた事情について、それが行為の本質的不法内容を考慮されていなければならぬのである場合、補充訴訟が認められるのである<sup>(84)</sup>。

彼の考え方は、一事不再理の効力を、個別化するもので、前の審理がどのように行なわれたのかを詳細に調査・検討することが必要となる。そこから、一事不再理の効力が発生したかどうかは、全く偶然に依存する可能性が大きくなり、これは、基本法一〇三条三項の趣旨と矛盾するものであるとの批判がなされる<sup>(85)</sup>。

四 以上のように、学説においては、「所為概念」の実質的な限定を通して、あるいは、実体法上の競合論との関連で、また、訴訟法上の裁判所の審理義務の観点から所為の同一性を狭く解すること、それぞれ、一事不再理の効力の客観的範囲を制限し、実体的正義や国民の法感情を満足させようとの努力がある。しかし、かような諸見解は、他方で、法的安定性をゆるがせにし被告人の保護に欠けるところがある。反対説は、正義の実現に力をそそぐあまり、こうした点に配慮が足りないといふことができる。とくに、実体的正義実現への解決が追求されるあまり、一事不再理の効力の客観的範囲の限界づけが極めて不明確となりぬるをえなむ。

このように考えると、なお基本的に通説の見解に立脚し、その基準の明確化を試みようとする最近の諸家の見解には、充分理由があることであらう。

(一) 結句説をとるものとして、以前にはクリース (Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, 1892, S. 570) のように

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

(Hippel), Der deutsche Strafprozess, 1941, S. 369; Anm. 1), シュワンケ (Schwinge, Identität der Tat in Sinne der Strafprozessordnung, ZStW 521, 1932, S. 203ff) などだ。Bertel, Die Identität der Tat, 1970, S. 56. 高田・前掲書三三頁 田中・前掲書七五卷三三二頁参照。

(2) 行爲説は、ベリナー (Bernier, Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozess, 1891, S. 52f.) の「ローレンス (Belting, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, 1928, S. 112f)」、ケーチン・ミン (Keetsin Liu, Der Begriff der Identität der Tat, 1927, S. 14ff, 21f.) など主張するだ。Bertel, op. cit., S. 52. 高田・前掲書二二頁以下。

(3) 評語説は、風土や思想などから「バインディング (Binding, Das rechtskräftigen Strafurteil in seinen strafprozessualen, strafrechtlichen und staatrechtlichen Wirkungen, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. II, 1915, S. 329ff)」、ミッテルマイヤー (Mittelmaier, Gutachten über § 300 RStGB, ZStW, Bd. 21, 1901, S. 197ff) キュンマー (Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, 2. Aufl., 1929, S. 196) などだ。高田・前掲書三四頁以下。など。最近では、本文よりむしろたローラー・レンショカ・ヴェーターズ・ケンケルの他の「ヒューマンが法的評価が著しく相違する場合に訴訟対象の同一性を否定」(Baumann, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts, 2. Aufl., 1972, S. 117) の「ヒューマンが基本的な「ヒューマン」の見解に従って、行為の目的要素を基準に所為の同一性を決定する」(Jeschek, JZ 1957, Nr. 1, S. 30) 見解を明かすことだ。

註文説は、ヘルベグ (Herberg, Ne bis in idem—Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils, Jus 1972, Heft 3, S.

116: Grünwald, Die materielle Rechtskraft im Straferfahren der Bundesrepublik Deutschland, Deutsche strafrechtliche Landesferate Zum IX. Internationale Kongress für Rechtsvergleichung Teheran 1974, S. 110f.

(4) Dedes, Die Identität der Tat im Strafprozess, GA 1965, S. 102-107, vgl. ders, Der Prozeßgegenstand im Straferfahren nach Griechischem und Deutschen Recht, GA 1962, S. 111f.

(5) Ibid., S. 102.

(6) Ibid., S. 103.

(7) Ibid., S. 103, なお「行為」を「公訴及び公判開始決定」によって特定された個別化された事実関係とみなさるべきことは「同一行為」の複数の所為を認め得るのである (Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 364f.)

(8) Ibid., S. 104, なお彼は「人の行態なら結果を基準とせず」が「法的・規範的」な自然の基準を出発点とする (Ibid., S. 104 Anm 16). 反例 Bindokat, Zur Frage des prozeßualen Tatbegriffs, GA 1967, S. 362, なお「行為」の結果に着目して所為の同一性を論ずるもの他に「コンセンサス」がある。彼は「同一性」によって「その所為を裁判所が法的に評価すること」が「範囲」の公訴権は消耗する。「問題」になっている犯罪の具体的な実行行為が完全に又は部分的に一致しているか、あるいは法的な行為の単一性が存在するかどうか、所為の同一性が認められる。(9) 実行行為は一致したが、問題となる犯罪行為がお互に同一の具体的法益(行為客體)を侵害するか又はその危険が生じているときにも所為の同一性は存在する。(10) 連続犯については、対象範囲に対して一人かつ同一の所有者に向けられる全ての個々の行為は、訴訟法上の意味において一個の所為を構成する。(11) 営業性・

常習性・職業性は、法的な行為の単一性を基礎づけなければならない。(12) 判決言渡し時において犯罪行為が延びている場合とは、その部分について公訴は消耗しない。(13) 所為の同一性は、行政犯と刑事犯との間には存在しない。」と總結する。(Busch, Zum Verbrauch der Strafklage bei späterer Erkenntnis anderweitiger Tatgestaltung, ZStW 68, 1956, S. 13)

また「キーンマンのコメント」は「結果に着目して」法益侵害説を主張する。彼は「墮胎未遂で起訴されたが、実はその墮胎行為は、その代償を払うために偽装されたものであることが判明したばあ、その行為は詐欺であるという事実をあげ」(Bertel, op. cit., S. 41, 59, 145)「行為の同一性は、法益侵害の同一性(法益の同一性)と侵害の同一性」を決めるのである(従って「右の例では」法益が異なるので行為の同一性は否定される)。Bertel, op. cit., S. 137ff. 同様で「法益侵害説」を主張する「キーマン」(Kadecka, Handlungseinheit und Identität der Tat, Juristische Blätter 1932 S. 50f.)「リッター」(Meyer, Die Bindung des Strafrichters an die eingeklagte Tat (Tatidentität) 1972, S. 99) がある。

(6) Dedes, op. cit., S. 106-107.

(10) Ibid., S. 107. キーンマンの行為と結果に着目して「それらの同一」が行為の同一性を決定するとう考え方は、わが国での平野教授の見解を想起させるものがある(平野龍一・刑事訴訟法一三九頁参照)。

(11) Herzberg, Ne bis in idem - Zur Sperrwirkung des rechtskräftiger Strafurteils Jus 1972 Heft 3, S. 113-120.

(12) Ibid., S. 114 ff.

(13) Ibid., S. 116. このような「所為概念の規範化を通して所為の同一性を決定する見解を彼は評価説 Bewertungstheorien」と名づけ、次のように批判する。すなわち、人の居住する場所での発砲の罪で罰金

刑の判決が確定した後、その発砲によつて殺人未遂がなされていたことが判明したとする場合、最初の訴訟では殺人の嫌疑が生じなかつたと考えられがちであるが、検察官や裁判官は、発砲だけでなく、殺人の嫌疑をもつと考えるのが実務的である。しかし、この場合、殺人未遂又は殺人の嫌疑が十分でないとは判断されれば、この段階では、起訴は、その発砲に限定される。しかし、判決確定後、以前の嫌疑を確証し、殺人の故意を立証する事実が、偶然明らかになつた場合、評価説からすれば、再度の訴追が要求されることになる。これは、実質的には、「新たな証拠による」有罪者の不利益な再審である。このことは新しい事実及び証拠をもつて再審を有罪者の利益な場合に限定する法意に反する (Ibid., S. 117)。<sup>(14)</sup> ミッテンワルト<sup>(15)</sup>の批判はヘルツベルヒ自身にもあつては *neuljuse* (Granwald, op. cit., S. 114, Anm. 71.)<sup>(16)</sup>

(14) Ibid., S. 117.

(15) Ibid., S. 118.

(16) Oehler, Die Identität der Tat, Fests. für Rosenfeld, 1949, S. 139 ff.

(17) Ibid., S. 118.

(18) ヘルツベルヒの考え方は、わが国の通説に近くといえよう。

(19) (20) Ibid., S. 118.

(21) Ibid., S. 118.

(22) Ibid., S. 118.

(23) ヘルツベルヒは、同一性が肯定される場合として、器物損壊と同一の身体運動による傷害、窃盗と窃取に先行する暴行、飲食物窃盗 *Mundraub* と同一の機會の他の財物の窃取とをあげる一方、連続犯の個々の行為に於いて、兇兇殺とそれに先行する墮胎未遂とに於いて、事故の惹起と事故現場からの逃走とに於いて、他人の物の奪取への協力とそれに先行する補助ないしはその贓物の故買とに於いて、殺人の不告知と殺

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

人教唆とに於いて、それぞれ同一性を否定する (Ibid., S. 119.)<sup>(24)</sup>

(24) Ibid., S. 118は構成要件を少しずつ実現した場合、結合犯、接続犯をあげて。

(25) Ibid., S. 118.

(26) Ibid., S. 120.

(27) Ibid., S. 120.

(28) *Idib.*, S. 120. もつともヘルツベルヒは、自由な法治国家においては、立法者がかような欲求に対して懐疑的であつてほしいとして、立法論としての解決に躊躇を示し、解釈論としての限界を意識して、本文のような図式をたてている。

なお、ヘルツベルヒのような主張は、すでにネーリングにおいてみられることであるが、ネーリングの場合、訴訟物不可分の原則を認めるの *neuljuse* により一事不再理の効力は広くなる (Belting, op. cit., S. 112-114.)<sup>(29)</sup>

(29) Oehler, Die Identität der Tat, Fests. für Rosenfeld, 1949, S. 139-159. 高田・前掲書三九頁以下に詳しく紹介がある。

(30) Ibid., S. 139.

(31) Ibid., S. 142.

(32) Ibid., S. 145.

(33) Ibid., S. 147.

(34) Ibid., S. 148.

(35) Ibid., S. 149.

(36) Ibid., S. 149. ネーラーは、この点からして、ライヒ裁判所の認められた殺人不告知と殺人教唆、窃盗と贓物の判例に反対している。

(37) Ibid., S. 151. 本文にのべたような行為の実質に着目して所為の同一性を決定することから、ヘルツベルヒは評価説に位置づけている (Herzberg, op. cit., S. 116.)<sup>(38)</sup>

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

1011 (1313)

なお、彼は、違警罪として評価された行為でも、新事実を加えると輕罪又は重罪とされる場合は、所為の同一性を否定する。従って、違警罪と観念的競合の關係にある刑事犯には一事不再理の効力は及ばない。*Ibid.*, S. 151.° 同旨の *de Vulp* Busch, op. cit., S. 12.

(38) *Ibid.*, S. 155.

(39) *Ibid.*, S. 156.

(40) *Ibid.*, S. 156f, vgl. Sauer, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, 1951, S. 241 f.

(41) 補充訴訟の場合、判決後生じた結果は、たとえ判決があつても同一の「所為」を構成する關係をかきえるものではないので連続犯とは異なるのである。その意味では、ローラーの見解には賛成できない。Achenbach, *Strafprozessuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft*, ZStW 87, 1975, S. 98.

(42) Oehler, op. cit., S. 158-159.

(43) Hruschka, *Der Begriff der „Tat“ im Strafverfahrensrecht*, JZ 1966, S. 700-703.

(44) *Ibid.*, S. 703.

(45) *Eb.* Schmidt, op. cit., Teil I, S. 267 Anm. 27f.

(46) ~ (48) Hruschka, op. cit., S. 702. こうしたルシマカの通説批判に対して、ウ・シユミックは、「所為」概念は、後になって初めて行なわれるべき実体的評価に依存することなく獲得されるべきであらうとの見解を述べた。G. Sehmidt, *Schuldanspruch und Rechtskraft*, JZ 1966, S. 89) ショーネホレンは、「刑事訴訟法的意味におこつて何が「所為」であったべきかを決定するにあつて、法的方法論の洞察は重要ではない。規範論という媒体を通じて、実体關係のメルクマールが生活事象からはじめてみることと出づるメルクマール (Schöneborn, *Alternativität der Handlungsvorgänge als Kriterium des strafprozessualen*

Tatbegriffs MDR Heft 7, 1974, S. 529. )°

(49) Hruschka, op. cit., S. 701 *Orientierungssicherheit* が「*positiv*」明白性 bestimmt「持続性 stabil」であるべき意旨である。

(50) *Ibid.*, S. 701 *Realisierungssicherheit* が「貫徹性 Durchsetzbarkeit」に反し Unverrücklichkeit を意味する。

(51) *Ibid.*, S. 702, vgl. Achenbach, op. cit., S. 98, Grunwald, op. cit., S. 103 ff.

(52) *Ibid.*, S. 703. 従つて、ルシマカは、過失致死と有罪とされた者は故意殺では再訴できないが、禁止された発砲の罪とのみ審理された者は、もつと故意殺・過失致死と有罪の判決をいけることを妨げないとする。

(53) 光藤景皎「択一認定」別冊マクニエ二三号 (マクニエ判例百選) 一九五頁、最近では、松尾浩世「らわゆる不特定事実の認定について」実例法学会集・刑事訴訟法(新版) 四七一頁、松原昌樹「選択的認定について」各大法政論集七〇号二四四頁など。

(54) Hruschka, op. cit., S. 703.

(55) Herzberg, op. cit., S. 118.

(56) Peters, *Strafprozess*, 2. Aufl., 1966, S. 242. 彼は、動態理論から説明するが、それに対して批判的 *de Vulp* Betel, op. cit., S. 14f. わが国では、嶋・前掲書六四頁注七四、高田卓爾「既判力の範圍法學セミナー三六号(昭和三四年)四五頁、吉村・前掲書四六八頁。

(57) Peters, op. cit., S. 241.

(58) *Ibid.*, S. 242.

(59) *Ibid.*, S. 242, vgl. Sauer, op. cit., S. 105.

(60) *Ibid.*, S. 437.

(61) *Ibid.*, S. 438.

(62) *Ibid.*, S. 391.

- (92) Ibid, S. 439.  
 (99) Ibid, S. 438.  
 (72) Ibid, S. 438.  
 (89) Ibid, S. 439. シューマナーは「核心的内容」に着目することは困難で欠点のある区別へと導くことになるを批判する (Scharfer, op. cit., S. 177).  
 (69) Peters, op. cit., S. 439.  
 (70) Ibid, S. 439. 彼によれば、人をねらうて発砲することは、一個の複合体 einen Komplex を表わしており、その発砲が、過失によるものとか、傷害なしに殺人の故意を伴ったものであるとか、殺人の加重事由を伴ったものであるとかは重要でない。過失傷害で有罪とされた者は、殺人未遂では重ねて責任を問われなくとする。  
 (71) Ibid, S. 440.  
 (72) Ibid, S. 440.  
 (73) Ibid, S. 442.  
 (74) Ibid, S. 443.  
 (75) Schönborn, op. cit., S. 530. わが国での批判として、鴨・前掲書六五頁がある。なお、わが国で同様の思考を示されるのが青柳教授である。青柳文雄・五訂刑事訴訟法通論一四七六、四八九頁以下。  
 (76) 吉村・前掲書四六九頁。  
 (77) Henkel, Strafverfahrensrecht, 2 Aufl., 1968, S. 386-392.  
 (78) Ibid, S. 387. その意味を評価説とすることができぬ。  
 (79) Ibid, S. 387. ンケルは、訴訟的確定力論にたち、確定力の内容を消極的効力と積極的効力とに分けて、一事不再理の効力を前者ととらえる (Ibid., S. 385)。そして、所為及び行為者を通して限定された訴訟の対象を反覆禁止することを一事不再理の効力と解し、その範囲で「公訴の消滅」がなされるとする (Ibid., S. 386)。なお、彼は、旧版で拘

西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について

- 束力 Bindungswirkung を認めた (Henkel, Strafverfahrensrecht, 1954, S. 448) が、二版では改説し、拘束力を否定している。  
 (80) Ibid, S. 388.  
 (18) Ibid, S. 388. ンケルは連続犯について次のような例をあげる。連続犯の個々の行為が、判決確定後に判明した場合、とくに、三個の行為が評価された後に、二五乃至は一〇〇個の行為が判明した場合。  
 (83) Ibid, S. 389.  
 (83) Ibid, S. 390. ンケルの場合、補充訴訟は、前の裁判で宣告された刑罰が通算されると解するので、前の判決を不当として破棄し、新たに判決する再審とは異なると主張する。  
 (84) Ibid, S. 389, Anm. 20. 略式命令について一事不再理の効力が制限されるのは、具体的な審理可能性が裁判所に欠けていることに基づいて ultra pose nemo obligatur の原則が適用されているから、この場合、通常の訴訟と略式命令とに区別される理由はないと主張する。  
 (93) Achenbach, op. cit., S. 90; Grünwald, op. cit., S. 110; Busch, op. cit., S. 6.  
 (93) Achenbach, op. cit., S. 90; Busch, op. cit., S. 7.  
 (87) ンケルの見解に対しては、シューマナーから一義的な解決 eindeutigen Lösungen ができないことの批判がなされる (Schäfer, op. cit., S. 177) ほか、E. シェンマーから司法に対する永続的な不信感をたらし契機となることの批判がなされる (Eb. Schmidt, op. cit., Teil I, S. 178)。この批判に答えて、ンケルは、裁判官が自己の調査義務を綿密につくしても手がかりとなる点を見出しえないときにだけ、再訴が許されるので、この基準の方が実際の、抽象的・法的審理義務の範囲についての判断よりも不安定でないとする。ここで主張されている意味の一事不再理の効力の制限が司法に対する永続

的不信の契機を示すことは、恐れるべきことではなく、通説のような確固とした確定力論から生ずる疑いもなく不当な結論がこのことにより回避され、まさに司法に対する不信がとりのぞかれるとする (Ibid., S. 390. Anm. 21)。

しかし、ヘンツェルの見解は、ねらいはともあれ著しく不安定なものであるべき (vgl. Busch, op. cit., S. 5 ff.)。

(88) Schäfer, op. cit., S. 177f.; Achenbach, op. cit., S. 102  
Schneeborn, op. cit., S. 535; Grünwald, op. cit., S. 108f. Barthele, op. cit., S. 90 ff.

## 五 おわりに

西ドイツにおける一事不再理の効力の客観的範囲について、通説・判例は、実体的真実の発見を任務とし、判決発見の対象を公訴及び公判で明らかとなつた所為ととらえるところから、裁判所の法的審理義務の及ぶ範囲でとらえようとしているが、このような見解によると、被告人の法的安定性は確保されることにはなるが、その基準の不明確さはどうしても拭いされないうえ、判決時に判明しない重大な法益侵害の結果まで一事不再理の効力が及ぶことになつて再訴が遮断されることになるので、必ずしも実体的正義の要請にそうごとくにはならない。そこで、反対説は、実体的正義の観点から、一事不再理の効力の客観的範囲を制限しようとして試みているが、これも、完全な解決を与えたわけではない。むしろ、一事不再理の効力の客観的範囲を不安定なものとするばかりでなく、そこには、法執行の確保という国家主義的な色彩を浮きあがらせている。

裁判の確定力が、裁判所の判断の統一という国家の側の要請と被告人の法的地位の安定という被告人の側の要請との調和のなかに求められるのであれば、いかなる範囲で一事不再理の効力が生ずるかという問題は、重大かつ困難なものではある。

弾劾主義を基調とし、被告人の法的安定性の保障をめざそうとするなら、反対説は再考を余儀なくされるであろう。このように考えると、通説・判例の見解は正当なものといえるし、基本的には通説に立脚しつつ基準の明確化を図ろうとする最近の動きは、さらに発展されることが望まれる。

ところで、西ドイツとわが国とのこうした考え方の差異は、すでに指摘したように、わが国では、公訴事実の同一性を実体法との密接な関連でとらえようとするのが一般であるのに対して、西ドイツでは、逆に、実体法と切りはなして訴訟法的にのみとらえるのが通説・判例であるところから、併合罪関係にある罪についての扱いに顕著である。わが国では、併合罪は数罪で公訴事実の同一性も認められないが、西ドイツでは、併合罪という場合、実体法上数罪でも訴訟法上所為の同一性が認められる。このような態度の差異はいつたいどのようなところにその理由が求められるのだろうか。

また、西ドイツのこうした態度決定は、訴訟法的考察方法によるものであるが、わが国で、訴訟法的考察方法に消極的なのはなぜであろうか。

こうした問題は、一事不再理の効力の客観的範囲について論ずる場合のみならず、訴訟構造や訴訟の対象の問題とも深くかかわりあ

つてゐる。これらの問題については、更に考察を進めたいと考えるが、その解決へのいとぐちとして、西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲についての議論を概観してみた。