

# 公訴事実の同一性について

——実務の採用している考え方とその運用上の参考事項——

本吉 邦夫

法科大学院で刑事訴訟法の授業を担当したところ、院生の中には公訴事実の同一性を理解し、これを課題に適切に当てはめて解答するのに、戸惑っている者が少なくない。公訴事実の同一性に関して、院生たちが勉強している学説がさまざまに分かれて詳細な見解を展開しているのを見ると、戸惑うのも無理からぬところがあると思われる。本稿は、院生の理解の一助のために、公訴事実の同一性に関して、実務が採用している考え方の重要点、特に院生の答案および質問から窺われる初心者が迷いがちな点を中心に提起して説明し、その運用上の参考事項を示そうとするものである。

学説の代表として、平野説（法律学全集刑事訴訟法及び刑事訴訟法の基礎理論）を取り上げてきた。しかし、田宮裕・刑事訴訟法（新版）、田口守一・刑事訴訟法（第3版）を基本書にしている院生が少なくなく、またこの両者はこの問題に関して松尾浩也・刑事訴訟法上（新版）、下（新版補正第2版）をその基礎の一部としているので、この3学説を随時取り上げる。

## 1. 訴因変更が許される要件は何か

検察官が審判の対象とすることを求めていた訴因すなわち起訴状に記載されたA訴因から新たに審判の対象にすることを検察官が請求するB訴因に変更することが、刑訴法312条1項のいう公訴事実の同一性を害しないことである。

## 2. 「公訴事実の同一性」という概念の機能

公訴事実の同一性という概念の意義、その判断基準については、見解がさまざまに分かれている。しかし、その働き、機能、効果についての結論は、おおむね集約され、帰一しているといえる<sup>1)</sup>。

公訴事実の同一性は、

- ① 訴因変更の許される範囲
- ② 二重起訴禁止の効果の生ずる範囲
- ③ 一事不再理の効果の及ぶ範囲

を、画するものであること、すなわち、1つの訴訟で解決でき、かつ、解決すべき範囲を画するものであるという、実際上の結論については、一致しているといえよう。

なお、田口教授（刑事訴訟法第3版224頁）は、そのほかに、「④公訴時効停止効の範囲を画する（254条）機能を有する。さらに、捜査段階における『事件』の範囲もこの公訴事実の同一性の概念によって画されることになる（ただし、公判段階では訴因を基準に考えるが、捜査段階では解明された犯罪事実そのものを基準とするほかはない）。」ことを指摘される。「勾留中の被疑者について、勾留事実と同一の事実で公訴提起された場合、特段の手續を要せず公訴提起の日から当然に被告人としての勾留が開始する（208条、60条2項）」（監修松尾浩也、編集代表松本時夫＝土本武司・条解刑事訴訟法第3版518頁参照）が、その場合の事実の同一性の判断は公訴事実の同一性の判断に準じるので、その関係での機能もある。

公訴事実の同一性の意義、その判断基準についてさまざまな見解を詳細に紹介し、検討することは、控える。学説の紹介、整理は、教科書にあるのを参照されたい。例、小林充・刑事訴訟法（第3版）134頁以下、池田修＝前田雅英・刑事訴訟法講義（第2版）252頁以下参照。

なお、院生は、上述の機能のうち、主として①の点を過度に重視しがちである（当面の訴訟における被告人の利益の保護の強調）。特に日時場所の異なっ

た（離れた）事実について同一性を認めることへの抵抗・反発が強い。後に引用する平野・刑事訴訟法の基礎理論113-114頁に照らしても、その心情は理解できないわけではない。しかし、その反面として、③の点への考慮が不十分で、幾たびも法廷に引き出される不利益に目が行き届かないきらいがある<sup>2)</sup>。

### 3. 広義の公訴事実の同一性

刑訴法312条にいう公訴事実の同一性は、実は、広義の公訴事実の同一性であり、これには、公訴事実の単一性と狭義の公訴事実の同一性が含まれる<sup>3)</sup>。

### 4. 公訴事実の単一性

公訴事実が単一であるとき、すなわち公訴事実の単一性があるときは、その事実全部が訴訟係属している。公訴事実として単一であれば、その範囲内の事実は当然1回の訴訟で解決さるべきものである。訴因変更を許し、二重起訴を禁止し、一事不再理効を及ぼすべきである。

つまり、公訴事実の単一性があれば、広義の公訴事実の同一性が認められるのであり、刑訴法312条の公訴事実の同一性の存否の問題は、実務としては、決着がついたのである。狭い意味での公訴事実の同一性を検討する必要はない<sup>4)</sup>。

憲法39条は「同一の犯罪」という言葉を用いているが、まず、単一の犯罪は当然1回処理すべきものであり、単一でなくとも、同一と認められるときは、同じである、という趣旨に解しえよう。刑訴法312条も同様であろう。

この単一性の判断は、実体法上の罪数判断に制約され、事実上そこに帰着する（池田＝前田・前掲251頁参照。なお、田宮・前掲203頁「罪数論で片がつく」）。この実体法上の一罪には、科刑上の一罪が含まれる。

判断の基礎について、訴因と実体との関係につき、後記「9. 公訴事実の同一性を判断する基礎となるのは、訴因か、実体か」参照。

罪数の判断権者につき、後記「12. 訴因変更許否判断の根拠として単一性、狭義の同一性の判断権者は誰か」参照。

## 5. 複数の犯罪が存在し、両立するとき

公訴事実の単一性がないとき、すなわち複数の罪があり、それらが実体法上一罪（科刑上の一罪は、この関係では罪として単一と扱う）でないとき、それらの罪が両立する場合は、別罪であり、別個の処理が可能である。同時に審判されるときは、刑法45条の要件が満たされれば併合罪となる。それらの罪相互間では追起訴をしなければならず、訴因変更は許されない。一事不再理効も及ばない。

すなわち、複数の犯罪が存在し、両立すると判断されたら、公訴事実の同一性はないのであって、公訴事実の同一性の存否の問題は決着がついたのである。

なお、この場合を併合罪の場合という例があるが、それは、語弊があると思われる。刑法45条の要件が満たされず、併合罪にならなくとも、数罪として両立する場合があるからである。これを単純数罪ともいう（編集代表前田雅英他・条解刑法175頁参照。なお、本稿で単に「条解」というときは、前掲条解刑事訴訟法を指す）。

## 6. 狭義の公訴事実の同一性

複数の犯罪があり、両立すると直ちに判断できる場合以外の同一性の問題が狭義の公訴事実の同一性の問題である。

## 7. 狭義の公訴事実の同一性の判断基準——実務の採用している基準

(1) 狭義の同一性の範囲の基準については、さまざまな説があるが、実務が従っている判例の示している基準は、2つの（訴因）事実が、その基本的事実関係が同一であれば公訴事実の同一性が認められるとする基本的事実同一説である。

この説では基本的事実関係が同一であれば、公訴事実（犯罪事実）として同一性があり、1回の訴訟で処理されるべきものであるとされる。

(2) 基本的事実関係が同一であるのは、どのような場合か

実務家としては、判例に従うことになる。そうすると、判例がどういつているかを知らなくてはならない。判例は多いが、院生にとって手近の資料の一例として、前掲条解刑事訴訟法（第3版）630頁以下に挙げられている判例を資料室備え付けの判例集によって勉強するのがよいであろう。後記〈参考判例〉参照。なお、それらの判例は、おおむね、井上正仁教授等のケースブック刑事訴訟法に収録されている。

判例の内容の基本は次のように理解できよう。

原則として、両訴因の基本的な部分が共通であることが必要である。そのためには、訴因は具体的事実であるから、両訴因の具体的事実が共通であることを必要とする。

どの程度に共通であれば足りるか。基本的部分が同一であれば足り、その大部分が同一である必要はない。すなわち、犯罪を構成する主要な要素は、行為と結果であるが、両者が同一である必要はなく、そのいずれかが共通であれば、公訴事実は同一であると考えてよい。この立場からすると、暴行と器物毀棄とは行為の点で共通でありうるし、窃盗と詐欺とは結果の点で同一性をもつ。以上につき、平野・刑事訴訟法（法律学全集）138-143頁参照。

判例は、その際、行為あるいは結果の同一性について異論のないと思われるもの以外にも、後掲〈参考判例〉①のように同一物品に関するものであることに着眼して日時場所の異なる窃盗と牙保について、〈参考判例〉③のように日にちが同一であるが（時刻は明確でない）場所の異なる、物品を処分して得て保管中の金員の一部の横領と当該物品の窃盗について、〈参考判例〉④のように収受された賄賂の一部が供与された賄賂であるという点に共通性がある点に着眼して、賄賂授受の日時、場所、人などの点で異なる収賄と贈賄について、〈参考判例〉⑤のように使用された覚せい剤が同一である点に着眼して日時場所の異なる使用行為について、〈参考判例〉⑦のように同一物品の領得行為である点に着眼して日時場所の異なる窃盗と横領について、いずれも同一性を肯定している。その際、判例は、近接性を肯定する場合には、日時場所が「かな

り近接」「ほぼ同じ」としている。そして、厳密に刑法的に判断して行為または結果が同一というべきか否かということよりも、社会的見解上同一との評価を受けることで足りるとしているようである（なお、最判昭和49年5月29日刑集28巻4号114頁等「法的評価をはなれ構成要件的観点を捨象した自然的観察のもとで」、「社会的見解上1個のものとの評価をうける」参照）。

学説と判例が対立しており、院生が苦勞している点であるので、さらに説明を付加する。

### (3) 学説

学界への抜群の指導力があり、院生の大多数が直接間接に大きな影響を受けている有力説である平野説は、基礎理論105頁で日時場所が著しく異なっている場合には窃盗と贓物故買につき同一性を否定され、基礎理論113-115頁で「検察官としては同一法益の侵害について調べてゆくうちにだんだんわかってきたことですから、同一性を認めてもらった方がいいかもしれませんが、全然覚えのない被告人の場合を考えてみますと、そうあちこちされてはかなわないように思われます。同一性があるというためにはどこかで切らなければならないのではないのでしょうか。1個の訴訟の対象は日時、場所の点で重なりあったもの、あるいはかなり近接したものでなければならないと思われます。それがいちじるしくちがうときは、あらためて別個の訴訟とするのが妥当です。」とされ、後掲〈参考判例〉③最判昭和34年12月11日刑集13巻13号3195頁は疑問だとされる。

そして、多くの学説は、多かれ少なかれこれに従っているといえよう。

### (4) 考察

私には、平野説の理論構成の骨組みは正しいと思われる。そして、判例の立場を理解する上でも、基本的に平野説を参考にして考えるのがよいと考えている。ただ、基本的事実関係の同一性の判断に当たり、どの程度日時、場所が異なると公訴事実として別の事実になると見るのが妥当かというような、「かな

り近接」「ほぼ同じ」というような程度問題に関する社会的な評価については、実務家としてはそのような社会的な評価に関して意見の分かれるときに決着をつける権限、役割をもつ最高裁判所の判例に従うべきものと思われる（なお、平野博士も同一性の有無の判断は程度の問題であることを承認される。前掲基礎理論117頁「同一性の有無は程度の問題であり、どの程度を『重要な部分』と考えるかという問題であって、白か黒かどちらかだといった問題ではありません。」参照）。そうすると、後掲〈参考判例〉などの事案と対比して、それらの事案から窺われる枠の中にあると思われるものは、日時、場所が異なっているときも、狭義の同一性を認めるのが相当であるということになる。

#### (5) 社会的事実同一説について

この関係で、社会的事実同一説が提唱されている。すなわち、香城敏磨・最高裁判所判例解説昭和53年81頁以下。特に、88頁参照。判例に示された「両訴因の非両立性」という基準の内容について、84頁以下参照。「第3の解釈は、両訴因の背後にある社会的事実が重なり合って同一の社会的事実を構成している場合において、両訴因が両立しない関係にあることをいう。同一の社会的事実に対する評価として両訴因のいずれか一方しか成立しない場合をいう、といってもよい。最判昭和29年5月14日については、同一被告人に対する同一物の窃盗と贓物牙保という法律上両立しない犯罪が問題とされていることから直ちに公訴事実の同一性が肯定されたのではなく、『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』という事実面での非両立関係から公訴事実の同一性が肯定されていることに留意したい。すなわち、この事案では、長岡温泉で摂取された背広をその数日後に被告人が東京で所持していたことを中心とする一連の事実関係から見て、被告人を右背広の窃盗犯人とみるか、依頼を受けて買い入れ牙保をした者とみるかが争われたものであって、まさに同一の社会的事実をどちらに評価するかが争点であったと解される。」

同旨出田孝一・判例百選第8版104-105頁「判例は、訴因の背後にある社会

的事実を比較する方法によっている。」

社会的事実同一説は、説得力に富んだ見解である。しかし、判例は、「社会的事実」という概念を用いてそれが同一であるときという基準を示していないこと、判例は「社会的事実」という実体を承認しているというより（なお、平野・基礎理論116頁参照）、むしろ訴因を対比判断する物差しとして社会的見解を用いているように思われること、社会的事実の同一性の判断基準が必ずしも明確でないこと、第1次的にまず行為、結果の重なり合いを比較し、それが認められれば、基本的事実関係の同一性を肯定し、それが認められないときになお、基本的事実関係の同一性が認められるかどうかを判断するときに慎重に社会的見解上同一との評価を受けるかどうかを考え、その際、非両立性を参考にするという手法による方が安定した結論を得やすいと思われること、実務の大勢もそうしているように思われることなどからして、新しい判例が出れば別であるが、直ちに社会的事実同一説に賛同することはできないであろう。

(6) 判例が前述のように比較的広く基本的事実の同一を認める立場をとるのは、訴訟上の合目的性を考慮するからである。検察官の立場からは、同一性の範囲を狭くすると、訴因の変更ができず、一度無罪の判決を受けて、再起訴しなければならないという手数がかかる。同一性を広く解すると、訴因の変更はできるが、他方既判力が及ぶため、訴因を変更せずに無罪判決を受けたときは、再起訴できない不利益がある。被告人の立場から見ると、利害はおおむね逆である。訴因変更という制度があるから、準備の期間さえ与えれば、広く解しても被告人の防御の利益を害することはない（平野・前掲刑事訴訟法139頁、松尾・前掲上265頁参照）。

## 8. 非両立性と基本的事実関係の同一

非両立性と基本的事実関係の同一との関係はどうであるのか。非両立であれば、基本的事実は当然同一になるのか。そうだとすれば、狭義の公訴事実の同一性の根拠として非両立をいえば十分となる。それとも非両立で、しかも、基



本的事実関係が同一でないことはあるのか。

下記(1)の判例の状況、そして(2)の学説の状況に照らし、非両立で、しかも、基本的事実関係が同一でないことがありうることは否定できない。

(1) 判例には、両立しえない関係にあることを認めた上で、同一性を否定した例は見当たらない。しかし、非両立であればそれだけで当然に基本的事実関係が同一になると言い切った判例も見当たらない。ことに、後掲〈参考判例〉(b)記載の判例のように両立しえないということだけでは結論を出さず、それに付け加えて事実の共通性を挙げているものもある。

(2) 学説は、非両立で、しかも、基本的事実関係が同一でないことを肯定するものが有力である。

a. 平野・基礎理論113-114頁において、判例は、「両立しえない関係にあるときは同一性が『ある』としているようです。〔筆者注・上記(1)に照らし、この見方は必ずしも当たっていないと思われるのであるが。〕これは果たして正当でしょうか。そういう考え方も不可能でないと思われます。しかし適当であるかどうかは疑問です。」「一個の訴訟の対象は日時、場所の点で重なり合ったもの、あるいはかなり近接したものでなければならぬと思われます。それがいちじるしくちがうときは、あらためて別個の訴訟とするのが妥当です。」とされる。つまり、両立しない関係にあるからといって、常に同一性があるとはいえない、とされるのである。

b. 小林充・刑事訴訟法第3版136-137頁は、両立不能でありながら公訴事実の同一性が否定される場合があることを明確に主張される。「両立しえないときでも、日時、場所が著しくかけ離れる場合（たとえば同一日時における東京と札幌の窃盗）、及び罪質が全く異なる場合（たとえば、特定の日時、場所における業務上過失傷害とその犯人の隠避）には例外的に公訴事実の同一性は否定されるところと思われる」。

c. 前掲条解刑事訴訟法621頁。択一関係は同一性を認める必要要件ではあ

っても、必ずしも十分条件とはいえない。例えば、交通事故の身代わり犯人がまず業務上過失致死の罪で起訴されたが、後に身代わりと判明して、犯人隠避の罪で起訴されたような場合、2つの公訴事実とは両立しえない関係にあるが、さりとて両者の基本的事実が社会通念上同一であるとはいえず、公訴事実の同一性はないものと考えべきであろう。

d. 田口・前掲227-228頁。「非両立関係があっても、一定的事実的共通性がなければ同一とはいえない。」(上記条解を援用。)

e. 出田・前掲104-105頁。「共通性を基準とするものとは別に、両訴因の非両立ないし択一的関係にあることを基準とする判例」「がある。」「これらの事案」「では、犯罪の日時、場所、行為、客体等の面で重なり合いが少なく、共通性基準が有効に機能しないため、非両立基準が用いられたものと推測される。」「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て同一の事実と見ることができ、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。」「この考え方からすると、両訴因がこの意味における非両立の関係にあると認められるときは、たとえ日時場所に隔たりがあっても、同一性は失われたいと思われる。」「一方、両訴因が論理的に両立しない関係にあっても、上記の意味で非両立の関係にあると認められないときは、同一性は否定される。例えば、業務上過失致死傷とその後身代わりと判明した場合の犯人隠避は、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見るかが問題になるような関係にないから、同一性を否定すべきである。非両立の基準によった各判例は、両訴因の非両立関係の観点から社会的事実として同一かどうかを判断するものであり、その基本的立場は、従前の判例のそれと変わらないものと考えられる。」

結局、実務家としては、判例を基準とする。そうすると、狭義の公訴事実の同一性は、基本的事実関係の同一を基準とし、その判断の手助けとして、非両立性を用いることになろう。なお、〈参考判例〉⑤最決昭和63年10月25日につき、最決平成13年11月12日刑集55巻6号519頁(なお、その事案は継続犯)

の朝山芳史調査官解説196頁「両訴因間における犯行の日時、場所、態様等の重なり合いが少なく、一見しただけではその間の基本的事実関係の同一性があるかどうか必ずしも明確でないため、『両訴因の非両立性』の基準を用いているにすぎず、その基準をもって『基本的事実の同一性』の基準に代える趣旨ではないと解される」との指摘参照。

事案によっては、一応基本的事実関係の同一という判断に到達したとき、よく検討してみると、両立するという判断に達したときは、公訴事実の同一性は否定される。非両立という判断に達したときでも、よく検討してみると、基本的事実関係の同一性がないという判断に達したときは、公訴事実の同一性が否定される。

## 9. 公訴事実の同一性を判断する基礎となるのは、訴因か、実体か

上記のように訴因事実を比較することによって判断する立場では、基礎となるのは、検察官の主張する訴因である。

まず、単一性について見る。最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁は、「実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起しうる」。「前訴の訴因と後訴の訴因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」から、前訴及び後訴の各訴因が共に単純窃盗罪である場合には、両者が実体的には1つの常習特殊窃盗罪を構成するとしても、公訴事実の単一性に欠け、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴に及ばない、とする。

これに従えば、基本的には、訴因の範囲を超えた実体ではなく、前訴および後訴の各訴因を基準として行うべきであるといえる。

しかし、訴因といっても、その言葉だけではなく、それによって指されている実体を考えることが重要である。すなわち、最判昭和49年5月29日刑集28巻4号114頁は、運転行為が通常は時間的継続と場所的移動を伴うものである

のに対し、その過程で事故を発生させる行為が1時点1場所における事象であることを理由として、酒酔い運転の罪と運転中止義務違反を過失とする業務上致死傷罪とを併合罪であるとした。ところで、その事案における酒酔い運転の訴因は、言葉の上では、事故発生時点、場所の行為を捉えているものであるが、その実体は時間的継続と場所的移動を伴うものであった。そこで、この場合は、訴因の言葉でなく、訴因の内容をなす実体によって罪数を判断したと考えられる（拙稿・同判例についての最高裁判所判例解説昭和49年度刑事篇115頁参照）。

また、狭義の公訴事実の同一性について見ると、狭義の同一性にとっては、両訴因の基本的な部分が共通であることが必要であり、訴因は具体的事実であるから、両訴因の具体的事実が共通であることが必要となる。両立性の有無の判断についても実体が影響を及ぼす。池田＝前田・前掲256頁「非両立性が認められるのは、①Xという訴因事実が存在すればYという訴因事実は論理的に考えられないという場合だけでなく、②両訴因が論理的に両立することもあり得るがその事案の具体的事実を前提とすると考え難いという場合もあることである。」参照。また、出田・前掲105頁「上記の社会的事実とは、証拠に裏付けられた実体的事実であり、検察官が主張し、釈明するだけでは足りない。証拠がないときは、検察官の主張に従って同一性を判断するほかないが、審理の結果、両立し得る別の事実であることが判明したときは、訴因変更許可を取り消し、当初の訴因について審理、判決することになる。」参照。

いずれも、検察官の主張する訴因の内容をなす実体が重要なのであって、訴因の範囲を超える実体によっているのではないことに注意する必要がある。この点については、平野「訴因の単一性」（前掲刑事訴訟法134頁）、「訴因の同一性」（同136頁）、香城「検察官処分権主義の観点からする訴因の拘束力」の理論（著作集第2巻261頁以下、290頁以下、302頁以下）参照。

## 10. 訴因変更の基準となるのは、起訴状記載の訴因か、 変更により審判の対象となっている訴因か

起訴状記載の訴因と考えるべきであろう。

最判昭和33年2月21日刑集12巻2号288頁の事案では、起訴状には窃盗幫助の訴因が記載されていたが、第一審の公判において、検察官は、贓物故買の訴因の予備的追加を請求し、裁判所は、被告人、弁護人の同意を得た上、これを許可した。審理の結果、第一審は、本位的訴因に当たる窃盗幫助の事実を認定して被告人を有罪とした。原審は、事実誤認を理由に第一審判決を破棄した上、自判し、予備的訴因に当たる贓物故買の事実を認定し被告人有罪とした。

上告審判決、破棄自判無罪「窃盗の幫助をした者が、正犯の盗取した財物を、その贓物たるの情を知りながら買い受けた場合においては、窃盗幫助罪の外贓物故買罪が別個に成立し両者は併合罪の関係にある」「から、」「右窃盗幫助と贓物故買とは公訴事実の同一性を欠く」と判断した。

ケースブック刑事訴訟法第2版329頁のQ47は、「本件において、窃盗幫助の訴因から、窃盗共同正犯の訴因に訴因変更することは許されるか。一旦、窃盗共同正犯の訴因に変更した後、さらに贓物故買の訴因に訴因変更することは許されるか。」という問題を提出している。

窃盗幫助の訴因から、窃盗共同正犯の訴因に訴因変更することは許される。基本的事実関係が同一であるからである。

窃盗幫助の訴因を、一旦、窃盗共同正犯の訴因に変更した後、さらに贓物故買の訴因に訴因変更することは許されるか。

齋藤朔郎・公訴事実の同一性について（事実認定論所収による）は、窃盗教唆〔筆者注・窃盗教唆と同幫助とは、この問題の関係では同視してよい。〕と贓物故買が併合罪であるからといって、直ちに公訴事実の同一性がないと言い切る考え方が新刑訴法の下でも正しいかどうかには多大の疑問をもつものである（123頁）。窃盗教唆の訴因を一旦共謀共同正犯に変更し、さらに贓物故買に変更したとすれば、この訴因の変更は認めざるをえないであろう（125頁）と主

張される。

足立勝義調査官は、この主張に大なる疑問をもつといわれる。すなわち、この設例の場合は、窃盗教唆の訴因を一旦共謀共同正犯に変更したのを撤回し、窃盗教唆の訴因を贓物故買に変更するものと考えるべきではないか、換言すると、基本の訴因はあくまで窃盗教唆であるということである。そうでなければ、(1)窃盗の訴因を(2)準強盗に変更し、さらにこれを(3)準強盗傷人に変更し、なおこれを(4)単なる傷害に変更することが許されることになろう。かくては、訴因なる制度を設けた理由の大半が失われることになるという趣旨をいわれる。なお、香城著作集2巻276頁注7、注8に引用されている学説参照。違う場面について、前に7.(3)で引用した平野・基礎理論113-114頁「検察官としては同一法益の侵害について調べてゆくうちにだんだんわかってきたことですから、同一性を認めてもらった方がいいかもしれませんが、全然覚えのない被告人の場合を考えてみますと、そうあちこちされてはかなわないように思われます。同一性があるというためにはどこかできらなければならないのではないのでしょうか。」は、むしろここによく当たると思われる。

312条は、「起訴状に記載された訴因」の変更を認めている。この文言が決定的な意味をもつというわけではないが、立法者も「起訴状に記載された訴因」基準に訴因変更の許否の問題を考えていたと思われる。そして、変更された訴因基準説をとると、結果的に、起訴状に記載された訴因と対比すると併合罪等別罪の関係にある訴因にまで（直前の訴因との単一性を理由として）変更できる結果となり、訴因変更の範囲が浮動的となる場合が生じるおそれがあることを考えると、「起訴状に記載された訴因」基準説に左袒すべきものと思われる。反対、香城著作集2巻266-267頁。

ただし、変更されて現に訴因となっているものから別の訴因に変更することがないわけではないであろう。それがすべて許されないとすべきであるとはいうものではない（中間省略登記の考え方を参照）。ただし、起訴状に掲げられた当初の訴因とは別罪の関係にある訴因への変更を認める結果となるようなものは許されないとすべきであろう。

## 11. 訴因と認定とで罪数が変化したら広義の公訴事実の同一性を失うか

罪数が変化する事案に直面すると、苦勞する院生がいる。そこでその点を説明しておく。

訴因が強盜致傷で認定が強盜および傷害であるとき、逆に、訴因が強盜および傷害で認定が強盜致傷であるとき、前者では1罪から2罪に、後者では2罪から1罪に罪数が変化する。

この場合の訴因変更の要否の問題については、池田＝前田・前掲262-263頁参照。なお、250頁参照。

その前提となる訴因変更の可否について考える。

まず、以上説明してきたとおり、判例の立場では、単一性があれば、広義の公訴事実の同一性があるとされるのである。単一性がなければ、広義の公訴事実の同一性はないということではないことを忘れてはならない。また、狭義の同一性があれば、広義の公訴事実の同一性があるとされるのである。その場合単一性の有無は問題とならないのである。

ところで、上述の訴因が強盜致傷で認定が強盜および傷害であるとき、逆に、訴因が強盜および傷害で認定が強盜致傷であるとき、いずれも基本的事実関係が同一であり、狭義の公訴事実の同一性がある。したがって、判例の立場では、広義の公訴事実の同一性が肯定される。

さらに、次の項で罪数の判断権について、説明する。

## 12. 訴因変更許否判断の根拠として単一性、狭義の同一性の判断権者は誰か

まず、訴因変更許否の判断権者は、いうまでもなく裁判所であり、したがって、訴因変更許否判断の根拠としての単一性、狭義の同一性の判断権者も裁判所である（312条1項）。

その判断には、事実認定問題と法律解釈適用問題の解決が必要となる場合があるが、いずれも裁判所の判断による。裁判所には、1罪を併合罪など数罪とし、併合罪を1罪とし、併合罪を観念的競合あるいは牽連犯とし、またその逆

にする権限があるのである（罪数判断は、法令解釈適用の問題として、裁判所の専権であることについて、平野・前掲刑事訴訟法135頁、香城・前掲著作集2巻303頁参照）。

### 13. 訴因変更許可の判断の資料は何か

訴因変更許可の判断に当たり、記載された両訴因の実体を対象として、その時点までの全資料に基づいて行われるべきものである。必要があれば当事者に釈明を求める。

許可した後、事情が変わったときは、新資料が提出された場合、あるいは判断の誤りに気づいた場合を含めて、変更許可決定の取消しも可能であり、かつ、取り消さなければならないこともある。

その問題については、最判昭和62年12月3日刑集41巻8号323頁およびその安廣文夫調査官による解説参照。

### 14. 公訴事実の単一性・狭義の同一性と訴訟の横断的観察・縦断的観察

公訴事実の単一性・狭義の同一性の説明に当たり、訴訟の横断的観察・縦断的観察を挙げる院生が多い。下記a. 団藤説に従っていると思われる小林・前掲126-128頁などによるのであろう。池田＝前田・前掲239-241頁も同旨に読めないことはない。しかし、下記b. 平野説を否定することはできないと思われる。そうすると、下記c. 条解の説明、表現が相当と思われる。したがって、この点を挙げるのは、必ずしも必要ではない。

a. 団藤重光・刑事訴訟法綱要7訂版147頁「事件の単一性は、訴訟の発展をしばらく捨象して、いわば横断的に静的に観察した場合に、事件が1個であることをいう。」149頁「事件の同一性は、訴訟の発展に着眼していわば縦断的に動的に観察される場合に、事件が前後同一であることをいう。ただその変形としては、縦の関係で前後同一である場合のほか、横の関係で彼此同一であることが問題になる場合もある（10条、11条）。」

b. 平野・前掲基礎理論102頁以下「同一性とは両訴因が両立しえない場合



の関係であり、単一性は両立しうる場合の関係であると考えます。訴訟を横断的に見た場合にも同一性の問題はおこるし、訴訟を発展的に見た場合にも単一性の問題はおこるのです。」

c. 前掲条解刑事訴訟法第3版620頁「単一性の有無の問題は『多くは』訴訟の静的横断面において見られる。これに対し狭義の公訴事実の同一性の問題は、『多くは』訴訟の動的縦断面において生じる問題である。」(『 』は筆者が付したものである。)

## 15. 実務の判断の基本線はどう把握できるか

実務を分析し要約すると、刑訴法312条の公訴事実の同一性、すなわち広義の公訴事実の同一性の判断に当たり、まず、第1に、罪数判断により、単一性が認められるかどうかを判断し、認められるときは、広義の同一性が認められるという結論を出す。第2に、単一性が認められないとき、両立するかどうかを検討し、両立するときは、数罪であり、広義の同一性はないという結論を出す。第3に、両立するとはいえないときは、狭義の同一性の問題となる。そして、狭義の同一性の問題は、基本的事実関係の同一性の有無による。その際非両立が補助的な判断手段として再度登場する。

いずれにしても事案に基づいて判断するのであり、例えば第1、第2の点が明白であるときは、その点の判断は、意識に上ることもなく、また意識してもことさら取り上げることなく、第3の判断だけが示されることもある。

### 〈参考判例〉

条解312条に引用された判例を挙げる。

当初の訴因を前に、変更されて登場した訴因を後に示す。

#### (a) 非両立ないし択一関係のみをいうもの

①最判昭和29年5月14日刑集8巻5号676頁「昭和25年10月14日頃、静岡県長岡温泉Kホテルにおいて宿泊中のAの所有にかかる紺色背広上下、外雑品数

点を窃取」→「贓物たるの情を知りながら、同月19日頃東京都内において自称Aから右紺色背広上下一着の処分を依頼され、同日同都豊島区池袋2丁目Y方においてこれを質入れ牙保」

②最判昭和33年5月20日刑集12巻7号1416頁「被告人はA株式会社代表取締役として同会社の営業を総理しているもの、昭和25年7月14日頃同会社において、被告人保管にかかる同会社資金中より甲が同人所有にかかる同会社株式1万株を被告人に譲渡する代金として金50万円を同会社会計課長丙をして勝手に右甲に対して支払わしめて横領」業務上横領→「被告人はA株式会社代表取締役社長であるところ、同会社がその甲名義の株式5千株、乙名義の株式5千株、計1万株を取得するに際し、法定の除外事由なく、昭和25年7月14日頃同会社において、会社資金中より、同会社会計課長丙をして金50万円を右1万株の代金として支払わしめ、もって会社の計算において不正に右1万株の株式を取得」商法489条2項前段違反

③最判昭和34年12月11日刑集13巻13号3195頁「被告人は家畜商を営む者であるが、昭和25年7月25日頃家畜商Aより同人所有の馬4頭の売却方を依頼され、同月29日うち2頭をBに代金6万円で売却しこれを保管中、同月30日新潟県西蒲原郡曾根町C旅館において、内金3万円を着服」横領→「昭和25年7月30日新潟県西蒲原郡鎧郷村大字西汰上D方から同人が一時Aから預かっていたAの父E所有の牝馬鹿毛及び青色各1頭を窃取」窃盗

(b) 非両立に加えて事実上の共通性をいうもの（ないしいうものと思われるもの）

④最決昭和53年3月6日刑集32巻2号218頁「公務員Yと共謀の上、Yの職務上の不正行為に対する謝礼の趣旨で、Zから賄賂を収受した」枉法収賄→「Zと共謀の上、右と同じ趣旨で、公務員Yに対して賄賂を供与」贈賄。解説88頁によれば、「本件では、両訴因における賄賂授受の日時、場所、人などの点では異なっており、ただ本位的訴因において収受されたとされる賄賂の一部が予備的訴因において供与されたとされる賄賂であることという点においてのみ共

通性がある場合であった」。判示「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、基本的事実関係においては同一であるといえることができる」

⑤最決昭和63年10月25日刑集42巻8号1100頁「Yと共謀の上、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Yをして自己の左腕部に覚せい剤約0.04グラムを含有する水溶液を注射させた」覚せい剤使用→「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本752番地の1所在スナック店舗内において、覚せい剤約0.04グラムを含有する水溶液を自己の左腕部に注射し」覚せい剤使用。判示「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えることができる」

(c) 非両立をいわないもの

⑥最判昭和29年9月7日刑集8巻9号1447頁「某日午前1時頃京都市下京区大宮通り丹波口下る路上において某所有のリヤカー1台（時価1万円位）を窃取」窃盗→「同日午前1時頃京都市下京区七条大宮南入路上において知人より、その盗賊たるの情を知りながら、リヤカー1台（時価1万円位）を預かった」贓物寄蔵

⑦最決昭和37年3月15日刑集16巻3号274頁「Xは、某日午後11時40分頃千葉県印旛郡八街町某病院前付近の道路において、Aの保管にかかるその兄所有の腕時計1個を窃取」→「Xは、前同日時、場所において、AとYとが喧嘩闘争をする際、Aがその場に脱ぎ捨てたジャンパーのポケットから路上に転がり出た右時計を拾得してAのために占有保管し、その翌日Yをして右時計をAに届けさせるためにYに預け、同人においてAのために占有保管中、同日Yと共謀の上、右時計を同町八街某質店に入質」横領

- 1) 公訴事実の同一性に関しては、田宮教授がいわれるように（刑事訴訟法新版205頁）「学説は、さながら覇を競うがごとく多彩にオンパレードをくりひろげているの観がある」のであるが、松尾教授がいわれるように（刑事訴訟法上新版266-267頁）、現在の対立は、多分に観念的なもので、直ちに実際上の差異を生ずることはない、と考えられる。
- 2) この点について、松尾・前掲上265頁「公訴事実の同一性の範囲を不当に広くすることは、むろん避けなければならない。しかし、刑事訴訟の現状に照らすと、検察官は一般に広範かつ綿密な捜査を遂げて公訴を提起しており、被告人は、いったん起訴されると、かなりの期間を被告人として費やした上、ほぼ確実に有罪判決を受けている。したがって、1回の手続である程度広く片付くことにした方が、被告人の利益に合致すると思われる。」、田宮・前掲208頁「一回的解決をめぐる利益状況としては、検察官と被告人でも利害が対立するので、利益較量が必要である。たしかに、検察官にとっては再訴遮断効が広すぎない方がよいし、被告人にとっては審判の範囲が限定されている方がよいようにも思われるが、捜査が周到・広範に行われ、解決される事件の幅が広いわが国では、検察官にこま切れ訴追の要求はあまりないし、訴因変更に際しては被告人の防御上の不都合を防止するための規定（312条4項）も用意されているので、ある程度ゆるやかに解してもよいと思われる。」参照。
- 3) 学界では、平野教授に至るまでこの考え方であったとあってよからう。ところが、近時学界でこの点に異論が出ている。

まず、松尾教授が異論を示しておられる。松尾・前掲上308頁「旧法以来、学説は『同一性』を『狭義の同一性』と『単一性』とに分けるという操作に親しんできたため、罪数による規制を『単一性』の問題と同視する傾向があることは否めない。もともと、『単一性』の観念は、公訴不可分の原則と結びつくものであり、また、一罪の場合を『単一』とするのも、必然性のあることではない（ドイツの学説・判例では、併合罪の場合も単一でありうると考えられている）。したがって、罪数による規制は、むしろ公訴事実の同一性とは別個の観念として、いわゆる一訴因一罪の原則とともに考察するのが適切だと思われる。」

一訴因一罪の原則について、同181頁「2個以上の罪を同時に起訴する場合は、一罪ごとに訴因を示さなくてはならず、1個の訴因に一括することは適当ではない。」、同182頁「1個の訴因には一罪しか記載できないとするのが、学説及び判例の一致した見解である。これを一訴因一罪の原則と名づけることができよう。」「公訴提起の効力が実体法上の罪数の観念によって規整される点では、公訴不可分の原則と類似の機能をもつが、公訴不可分の原則は公訴提起の効力を一罪の範囲まで拡大するものであるのに対し、一訴因一罪の原則は一罪の範囲に限定するものであるから、両者の意義は異なる。」参照。

次に、田宮教授が、基本的に松尾教授と同旨を説かれる。田宮裕・前掲202頁「公訴事実の同一性（広義。以下ことわらない限り、これをさす）は、単一性と狭義の同一性に分けて論ずるのが、伝統的方法である。」、同203頁「このうち単一性については、旧法では公訴不可分の原則があったため、起訴状の記載がその一部の事実に限られていても、公訴の効力は当然に一罪の全部に及んだので、『どこまで広がるか』を説明するため、その概念の必要性（実益）があった。しかし、今日では、訴因制度の導入により、右の公訴不可分の原則はなくなり、他方、同一性論（広義）は訴因変更や択一的・予備的記載という局面でだけ問題となるので、ずれの問題である『かれこれ同じか』という

狭義の同一性論で足りることになったといえる。」

ただし、田宮教授は(新)単一性、(新)同一性という観念を導入して、ここで問題としている点に関しては、本稿の上述と同旨を説いておられるようである。同203頁「もっとも同一性(ずれ)が問題となる場合に2種あると考える方が便利である。すなわち、①ずれでも罪数論上一罪(包括一罪はもちろん、科刑上一罪をも含む)の範囲に入るために同一性が肯定される場合(かつてはばを論じた単一性論で主として問題とした場合であるので、(新)単一性とよんでもよい)と、②ずれが一罪の外にまたがるにもかかわらず同一性が肯定される場合((新)同一性)である。同一性論としてその基準がとくに問題となるのは、この後者であり(前者は罪数論で片がつくので、訴訟上の基準論は不要)、以下これを取りあげる。」「(新)単一性を『罪数による規制』(いわば一罪一公訴事実の原則)として『公訴事実の同一性』論から切り離すという整理の方法も考えられる(松尾・上292頁)。これは論理的に徹底した1つの提案であるが、訴因変更の限界として問題となることにはかわりがないので、『公訴事実の同一性』(312条)の1分野と構成しておいた方が便利だと考える。」

なお、近時の実務の大勢は、公訴不可分の原則をとらず、訴因対象説と同様の運用をしていると見られるのであって(最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁「思うに、訴因制度を採用した現行刑訴法の下においては、少なくとも第1次的には訴因が審判の対象であると解される」参照)、実務において用いられる単一性、狭義の同一性の概念は、田宮教授の(新)単一性と(新)同一性の概念と内容的、結果的には同旨と考えられる。

田口教授は、公訴事実が単一であることを前提として公訴事実の同一が、問題となるといわれる。田口225頁「公訴事実が単一であることを前提として公訴事実の同一が、問題となる(したがって、単一性なき事実については同一性は認められない。通説)。」

本稿にいう単一性が認められれば、後述のように実務は、直ちに広義の公訴事実の同一性が認められ、それだけで訴因変更が許されるとする。訴因変更が許されるか、を判断するために、それを前提として、さらに狭義の同一性を検討する必要はないのである。そこで考えると、実務における単一性は、訴因変更の可否が問題となる2つの訴因の関係の問題としているのである。旧訴因、新訴因それぞれの内部での単一性を問題とするものではない。これに対し、ここに挙げた田口説、前記松尾・一訴因一罪の原則などの学説は、旧訴因、新訴因それぞれの内部での単一性を問題とするのであろうか。これについて、田宮教授が前掲書204頁で「旧法では公訴事実『事件(訴訟物)』のユニットであったから、単一かつ同一のときに同一とされた」といわれるのを参照。

一方、田口教授は、松尾説と意見を異にし、「公訴事実の同一性論には単一性論も含まれると解してよいであろう(このような単一性論をかつての単一性論と区別して「(新)単一性」と呼ぶのは、田宮203頁)。」といわれる。この点では、田宮説に近い。

- 4) 訴因の個数に関する用語について、平野説では、科刑上の一罪については、すでに科刑上一罪と扱われる以上、訴因は1個であり、住居侵入の訴因に、窃盗を付け加えるのは、訴因の変更であって、追加ではないとされるが、実務では一般に、これを訴因の追加と称している(例、池田=前田・前掲248頁)。この点につき、松尾・前掲上261頁も「科刑上一罪や包括一罪の場合には、一罪であっても複数の訴因だと考え、その一部を加えたり削ったりすることは訴因の追加ないし撤回だとする用語法も慣用されている。」

としておられる。なお、312条の「訴因の」「追加、撤回又は変更」の総称として、広義の「訴因の変更」という用法が用いられる。