

〔判例研究〕

常習一罪と一事不再理効の範囲

—— 最高裁判所第一小法廷令和3年6月28日決定を巡る若干の考察 ——

大 島 隆 明

序

一昨年最高裁判所は常習特殊窃盗罪の一事不再理の時間的範囲について重要な判断を示した（最高裁判所第一小法廷令和3年6月28日決定刑集75巻7号909頁以下）。「前訴で住居侵入，窃盗の訴因につき有罪の第1審判決が確定した場合において，後訴の訴因である常習特殊窃盗を構成する住居侵入，窃盗の各行為が前訴の第1審判決後にされたものであるときは，前訴の訴因が常習性の発露として行われたか否かについて検討するまでもなく，前訴の確定判決による一事不再理効は，後訴に及ばない」としたものである。これは，訴因と罪数との関係を判示した平成15年10月7日判決（刑集57巻9号1002頁以下）を前提にその時的限界を判断したものといえる。すなわち，弁護人は，同判例を前提に新旧訴因には公訴事実の同一性があり，免訴の言渡しをしなかった違法があると主張したが，原審及び本判例は後訴の訴因の犯行時が第1審判決の言渡し後であることを理由に後訴には一事不再理効が及ばないとしたのである。

なお，本判例の判例集の判示事項は，「前訴の訴因につき有罪の第1審判決が確定した場合において，後訴の訴因である常習特殊窃盗を構成する行為が前訴の第1審判決後にされたものであるときの前訴の確定判決による一事不再理効の範囲」というも

ので，決定の本文においても罪数等には触れた部分はないが，一事不再理効という訴訟法上の効力のみで処罰根拠を説明できるのか疑問があり，また，一事不再理効について第1審判決言渡しが基準時となるという本判例と同旨の通説は控訴審の構造を根拠にしているのので，この点についても併せて検討する。

I 事案の概要と審理経過

被告人は，平成30年7月19日，東京地方裁判所で，窃盗，住居侵入の罪により懲役2年6月に処せられ，控訴及び上告が棄却されて平成31年3月21日に第1審判決が確定した（前訴）が，その後起訴された本件常習特殊窃盗を構成する4件の住居侵入，窃盗，1件の窃盗目的の住居侵入の各行為は，いずれも前訴の第1審判決後，その確定前に犯されたものである⁽¹⁾。

原原審（第1審）においては，前訴との関係について弁護人から特に主張はなかったようで，判決では住居侵入が窃盗目的であったか否かのみが補足説明で説示され，被告人は懲役4年に処されている。控訴審では，弁護人は，原裁判所は，本件を前訴の訴因と一罪になることを理由に免訴にすべきであったのに有罪判決をした違法があると主張をした。これに対し，原判決は，以下のような判断を示して，控訴を棄却した。

(1) 原原審は福岡地判令元11.26刑集75-7-914，原審は福岡高判令2.6.19刑集75-7-918であり，事実関係は本決定，原判決及び原原判決を参照した。

「しかしながら、本件常習特殊窃盗が、確定裁判に係る住居侵入、窃盗と実体的には一罪の関係にあるとしても、本件常習特殊窃盗に係る各住居侵入及び各窃盗が、いずれも確定裁判に係る第一審判決宣告日である平成30年7月19日よりも後に犯された犯行である（本件常習特殊窃盗を構成する平成30年11月6日の侵入盗の行為は控訴審係属中に、その余の行為は上告審係属中に犯されたものである。）ことからすると、検察官が、上記の第一審判決宣告時までに、同犯行を含む訴因の変更を請求し、確定裁判に係る事件との同時審判を求めることは不可能であった。

次に、確定裁判に係る控訴審以降の手續の中で、上記の訴因の変更（なお、上記のとおり、本件常習特殊窃盗を構成する行為の中には上告審係属中に犯されたものもあるが、控訴審に事件が差し戻されることもあり得るので、便宜上、本件常習特殊窃盗を含む訴因の変更の問題として検討を進める。）を求めることを検察官に義務付けることができるかについて見ると、（1）現行刑訴法の下においては、控訴審における第一審の犯罪事実認定に関する審査の基準時が第一審判決宣告時であり、第一審判決後に生じた事実について考慮することができるのは、刑の量定に影響を及ぼすべき情状に限られていること（刑訴法382条の2、393条2項。なお、上記の第一審判決後に本件常習特殊窃盗を犯したことが同法393条2項の「第一審判決後の刑の量定に影響を及ぼすべき情状」に当たるか検討すると、検察官の訴追意思のほか、本件常習特殊窃盗は、常習性の要件を除けば、確定裁判に係る住居侵入、窃盗とは客観的に関連性が薄く、独立的色彩の強い全く別個の、第一審判決後に犯された住居侵入、窃盗から構成されたものであり、第一審判決後に生じた情状とはいえず、その内容に照らしても情状を推知するための資料として考慮し得る限度を超えていることからすると、同項にいう情状には当たらない。）、（2）確定裁判に係る控訴審において、仮に上記の訴因変

更が許されたとしても、これについてどのような審理、判断がされるかは、控訴審での訴訟進行及び本来の控訴理由に対する判断として第一審判決が破棄されるか否かなど控訴審判決の内容による（最高裁判所昭和42年5月25日第一小法廷判決・刑集21巻4号705頁参照）など浮動的であり、上記の常習特殊窃盗に係る訴追手續の安定性及び迅速性を害し、被告人の防御にも影響を生じさせかねない上、本件においては、上告棄却の裁判により確定裁判に係る被告人の控訴を棄却した控訴審判決が確定していることから、仮に検察官において本件常習特殊窃盗を審判の対象に加えようとしても、それはできなかったこと、さらに、（3）本件のように上記の第一審判決に対する検察官の控訴がないときは、不利益変更禁止の原則が働く（同法402条）ために、検察官は上記の訴因の変更によっても上記の第一審判決より重い刑を求めることはできず、適正な量刑を図ることができないこと、以上の点を併せ考慮すると、検察官に対し、上記の控訴審以降の手續の中で、本件常習特殊窃盗を審判の対象に加えるために訴因の変更を求めることを義務付けることはできないというべきである。したがって、検察官は、確定裁判に係る訴訟手續において、本件常習特殊窃盗について、確定裁判に係る訴因との同時訴追義務を負うものではないから、確定裁判の一事不再理効は本件常習特殊窃盗には及ばないと解するのが相当である。」

これに対して被告人が上告した。

II 本決定要旨

本決定は、弁護人の上告趣意は適法な上告理由に当たらないとしつつ、なお書きで、被告人は、前訴で住居侵入、窃盗につき有罪の第一審判決の宣告を受け、控訴及び上告が棄却されて同判決は確定したが、その後起訴された本件の常習特殊窃盗を構成する住居侵入、窃盗の各行為は、いずれも前訴の第一審判決後、その確定前にされたものであることが認められるとし、「このように、前訴で住居侵入、窃

盗の訴因につき有罪の第1審判決が確定した場合において、後訴の訴因である常習特殊窃盗を構成する住居侵入、窃盗の各行為が前訴の第1審判決後にされたものであるときは、前訴の訴因が常習性の発露として行われたか否かについて検討するまでもなく、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴に及ばない。したがって、本件について同法337条1号により判決で免訴の言渡しをしなかった第1審判決に誤りはないとした原判決の結論は正当として是認できる。」と判示した。

Ⅲ 本決定の意義等

1 本決定の背景

(1) 一事不再理効の根拠と範囲については、諸説があるが、通説は、一事不再理効は、前訴の訴因事実との間に公訴事実の同一性がある事実⁽¹⁾に及ぶものと解している。被告人は、現行の訴因制度の下では、訴因事実との間で公訴事実の同一性（単一性と狭義の公訴事実の同一性）が認められる範囲の事実については、同一訴訟手続内で訴追され、処罰される危険にさらされていて、検察官においても、公訴事実の同一性の範囲内の犯罪事実については、同一訴訟手続内で訴追を求めべき義務を負っていると考えられていることがその根拠となっている。⁽²⁾

もっとも、そうであるとすれば、確定裁判に至った手続過程において、検察官が訴因変更により公訴事実とは別の事実に対する訴追意思を実現することが事実上不可能または著しく困難であった事情が認められるような場合（例えば常習一罪として起訴さ

れた事実に含まれていないが一罪の一部を構成する事実が判決確定後に新たに発覚したような場合）には、被告人側は、現実にはそのような一部の事実については訴追・処罰を受ける危険にさらされていなかったのであるから、確定判決の事実と一罪を構成する事実であっても、例外的に一事不再理の効力を及ぼさないと解することもできなくはないという見解もある。⁽³⁾

しかし、①そのような例外を認めると、後訴を担当する裁判所は、前訴における一部事実についての同時訴追の可能性について、逐一捜査官・検察官側の事情と被告人側の事情を個別に調査して判断しなければならず、しかも多くの場合には訴訟記録のみでは判断できず、捜査資料にまで踏み込んで検討せざるを得ないことになる。しかも、不提出の捜査資料を全部提出させる法的根拠も十分ではなく、所管していた警察署が複数にまたがる場合には事実上調査が不可能な場合もあり、保管期間経過後に捜査記録が廃棄されれば事情が不明になることは避けられない。そうなれば、一事不再理効の及ぶ範囲が著しく不明確になって、確定判決の効力であるとされる一事不再理効の範囲がかなり不鮮明なものにせざるを得ないという批判がされている。②また、訴訟法的側面だけを検討して、時機的にそのような訴因変更が不可能であった場合などに一定の例外を認めたとしても、実体法の解釈をどうするかという問題が残る。実体法上一罪であると考えられる（単一性のある）一部事実を後から処罰することについては、処断刑の上限をどうするか、あるいは執行時に刑量

(2) 一事不再理効が公訴事実の同一性の範囲に及ぶことは旧法以来の通説であるが、旧法下では公訴事実の同一性の範囲内の犯罪事実全体に職権審理を及ぼすことから、審判対象である公訴事実の同一性の範囲内に内容的確定力（既判力）が及ぶものとされていたが、現在の審判の対象を訴因とみる通説は、二重の危険の禁止という手続上の要請にその根拠を求めている（例えば、酒巻匡『刑事訴訟法』第2版（有斐閣2020年）628頁以下）。これを「既判力」として説明している文献も散見されるが、通説のような説明が妥当であろうから、「既判力」という表現は用いないこととする。

(3) 東京地判昭49.4.2判時739-131は、氏名詐称で酒気帯び運転で処罰された後に無免許運転が発覚した事案で「同一手続で訴追することが著しく困難であった」として一事不再理効が及ばないとしているが、学説は概ね反対している。

の調整ができるのかなどの問題が生じるが、刑法には何らこれに関する規定がない⁽⁴⁾。併合罪に関する刑法51条2項のような規定もないことから、場合によっては2個の判決の刑を合算すると法定刑を超える刑が執行される可能性もあるが、⁽⁵⁾執行機関が両者の一罪性を判断して裁判の執行に限度を設けるといのは現実的でないだけでなく、その適法性にも疑義がある。そうすると、刑法は、一罪の一部ずつを複数回処罰するというようなことはおよそ予定していないと考えるべきであろう。そうであれば、罪数の判断(単一性)と一事不再理の範囲はリンクさせて考えるのが相当ではないかということになる。⁽⁶⁾

このようなことから、広義の一罪の一部事実について確定判決があれば、一事不再理の効力はそれを含む広義の一罪の全部に及び、他の一部事実を新たに起訴することは許されないという形式的、画一的基準によるべきであるとするのが通説、判例となっていると考えられる。

(2) 一事不再理効の前提となる前訴(確定判決)と後訴の各訴因の罪数の判断はどのようにされるべき

かについては、前述の平成15年10月7日最高裁判決(刑集57巻9号1002頁)がある。すなわち、①「現行刑訴法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判の対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴及び後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。本件においては、前訴及び後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として訴訟手続に上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するに当たり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当でな(く、・・中略)別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかである」とし、訴因同士

(4) 立法をすれば追加判決も可能ではないかとの議論もある。平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣1958年)283頁参照。例えば、単純一罪の場合においても、傷害の被害者が第1審判決後に死亡した場合には、傷害致死で訴追することはおよそ不可能であったのであるから、死亡の結果のみについて、裁量の余地のない刑量を前訴の刑に付加すること(例えば懲役2年を追加すること)は理論的には不可能とはいえない。しかし、その場合であっても、執行猶予付きの傷害罪の刑と併せると懲役3年を超えてしまう場合にどうするかなどの問題が生じるほか、前訴で傷害罪で余命が短いことが考慮されていた場合と、そうでない場合に一律に死の結果を評価するのは合理性があるかなどの疑問も生じよう。また、単に前訴の第1審判決後の事情をも合わせて判決した場合の量刑から前訴の確定判決の刑を減じた刑を追加すればよいとの立法については、審理の蒸し返しを許すことになる上、実質的には後訴の裁判所が前訴の確定判決の量刑を見直すことを許容することになり、まさに二重の危険に触れることになる。追加的な判決ができる場合を前訴で物理的に訴追が不可能であった場合に絞っても、現実には立法で解決することは極めて困難であろう。

(5) 常習累犯窃盗罪などでは考えにくいだが、迷惑防止条例違反の罪(常習的痴漢行為等)等の軽微な刑が定められている場合には双方の罰金額を合算すると上限額を超えるという可能性もないではない。とりわけ、罰金刑については略式命令によるものが多く、ほとんどが身柄拘束のない在宅事件で、処罰を受けた犯罪が前科記録に反映するまでには若干のタイムラグもあるので、別々の区検察庁で事件が処理されるとこのような事態が起り得る。

(6) そのほかに、二重の危険は刑法の罪数や公訴事実の同一性とリンクさせる必要はなく、訴訟法独自の概念であるとして、広義の1個の犯罪のほか、併合罪の関係にある数罪でも、社会的観察上は1個の事象と見られ、同時捜査・同時立証が通常であるような事実については一事不再理効を及ぼすべきとの解釈もある。こちらの方の解釈は学説上有力である(松田岳士ほか『刑事訴訟法』第2版(有斐閣2018年)松田執筆部分496頁参照)。この点は本件とは無関係であるので深入りはしないが、基準自体が不明確になることは一事不再理効を制限する解釈と同様の批判が当てはまる上、仮に故意に起訴する事実を小出しにして全体で重い刑を求めようとするような訴追行為を検察官がした場合には、訴因変更請求の時機的限界の問題等と同様に、検察官の訴追権限の濫用として扱うことも考えられるので、これを違法とするために敢えて裁判の効力を持ち出して説明する必要があるのかは疑問がある。

較によることを原則としつつ、②「前訴の訴因が常習特殊窃盗罪又は常習累犯窃盗罪（以下、この両者を併せて「常習窃盗罪」という。）であり、後訴の訴因が余罪の単純窃盗罪である場合や、逆に、前訴の訴因は単純窃盗罪であるが、後訴の訴因が余罪の常習窃盗罪である場合には、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪とは一罪を構成するものではないけれども、両訴因の記載の比較のみからでも、両訴因の単純窃盗罪と常習窃盗罪が実体的には常習窃盗罪の一罪ではないかと強くうかがわれるのであるから、訴因自体において一方の単純窃盗罪が他方の常習窃盗罪と実体的に一罪を構成するかどうかにつき検討すべき契機が存在する場合であるとして、単純窃盗罪が常習性の発露として行われたか否かについて付随的に心証形成をし、両訴因間の公訴事実の単一性の有無を判断すべきである」とし、①訴因同士の比較を原則としながら、②どちらかの訴因が常習一罪の場合には、常習性の発露の限度で単一罪の訴因が常習一罪の訴因に含まれないかを訴因の比較以外の方法で判断することを認めている。

前述のとおり、本件判例に係る上告理由はこの判例を前提としたものと考えられるところ、本決定はそもそも後訴の訴因である常習特殊窃盗を構成する住居侵入、窃盗の各行為が前訴の第1審判決後にされたものであるときは、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したもので、後訴の訴因を前訴の訴因と比較するまでもなく、後訴の訴因に係る罪については別に処罰することができると判断したものである。

2 本決定の意義

(1) 従来判例との関係

本判決の出される前の関連する最高裁判例としては、最判昭43.3.29刑集22-3-153がある。この判例は、4件の常習累犯窃盗罪を構成する窃盗につき有罪とした第1審判決及び原判決に対して、1件目と2件目の窃盗の間に2件の窃盗罪についての確定判決があり、この確定判決に係る各窃盗も常習累犯窃

盗に当たる行為であるから、1件目の窃盗は「確定判決前の犯行」であるとし、確定判決に係る各窃盗犯行と共に一個の常習累犯窃盗罪を構成すべきものであったから、常習累犯窃盗の一部として起訴された1件目の窃盗は免訴にすべきものと判示している。この判決は、一見すると判決確定時を境に別罪を構成するという確定時説を採用したかのようにも読めるような表現をしているが、判決確定により一事不再理効が生じる旨、すなわち一事不再理効の発生時点をいうがために、単に「確定判決前の犯行」と表現しているだけとも解し得る。なぜなら、1件目の窃盗は確定判決に係る各窃盗の犯行日前に犯されたもので、2件目ないし4件目の窃盗は確定判決の確定時以降に犯されていて、第1審判決言渡し後その確定前の犯行が問題となったような事案ではないからである。結局、この判例は判決の確定が一事不再理効の発生原因になることを前提に、その前後に跨る犯行について、別罪となることを明らかにしたもので、厳密な時間的範囲又は時期的限界を判示したものではないとみるのが相当であろう。その他、本判例の以前には明示的に時間的限界ないし範囲を判示した判例はないが、高裁判例としては、代表的なものとして大阪高判昭61.9.5高刑集39-4-347が挙げられる。これは常習累犯窃盗罪で起訴された被告人が、第1審判決言渡し後に住居侵入罪を犯して起訴され、こちらの方が先に確定したという事案で、同判決の法令の適用の欄において、括弧書きで「なお、昭和61年7月18日確定の判決に係る住居侵入罪は、窃盗目的の犯行であり、本来、実体的には本件常習累犯窃盗罪と包括一罪となりうる関係にあったものではあるけれども、他面右住居侵入罪は本件原判決言渡し後に犯した犯行であり、併合審理の可能性が全く存しない以上、被告人に対する本件常習累犯窃盗罪の公訴の効力は、第一審判決の言渡時をもって遮断されるものと解するのが相当であるから、本件と右住居侵入事件とは別個に審理され判決されるべき筋合のものであり、右常習累犯窃盗罪

の公訴の効力は、右確定判決の存在によって影響されない。」と判示されている（ただし、この点が争点とされて判示された形跡はない。）。「常習累犯窃盗罪の公訴の効力は、第一審判決の言渡時をもつて遮断される」という趣旨は若干分かりにくい、住居侵入罪と常習累犯窃盗罪を併合罪として処断していることからすると、第一審判決言渡しを境にその後の犯行は別罪を構成するので、その後の犯行である住居侵入の判決が確定しても、その効力として常習累犯窃盗に一事不再理効が及ぶことはないことを説示したものといえる⁽⁷⁾。そして、この見解が実務の上でも長く定着し、最高裁の本判例によりそのような裁判実務、通説の見解が明示的に是認されたことになる。

(2) 罪数と一事不再理効との関係

常習一罪は、構成要件上同種の行為の反復が予定されていることから、同種の行為が次々重ねられても一罪であるとされている犯罪である⁽⁸⁾。しかし、例えば、常習累犯窃盗罪で有罪の判決が確定し、服役して出所した後に新たに窃盗を行えば、それは別個の常習累犯窃盗罪を構成すると考えることが自然であり、どこかで一罪を画する時点があると考えられる。この点につき若干敷衍すると、実体法上の権利関係を規律する民事法と異なり、刑法は国家の刑罰権の発動を許す根拠となるもので、その刑罰権の実現手続を定めたのが刑事訴訟手続に関する規定であり、刑事訴訟手続とは無関係に行為規範として機能するものではないので、両者はもともと密接な関係にあり、刑法の解釈も訴訟手続とは完全に別個独

(7) その他の裁判例については、大阪刑事実務研究会『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社1994年）所収栗原宏武「常習犯の罪数と公訴の効力および既判力の及ぶ範囲」502頁以下が詳しい。

(8) 例えば、井田良『講義刑法学総論』第2版（有斐閣2018年）580頁。学説により単純一罪に含めるものと包括一罪の一種とするものがある。このような常習犯の規定を設けることは、本件のように一事不再理の問題が生じる上、再逮捕・再勾留の可否などの複雑な問題が生じるという弊害があるほか、実際にはこのような常習一罪の規定がなくても、多くの場合は訴追事実が累犯加重の対象となるので、適正な刑罰の実現が図れない事案は皆無といってもよいのではないかと思われる（実際には初めての常習窃盗罪の場合には酌量減軽がされることが少なくなく、また、単なる窃盗罪でも累犯前科があれば懲役20年以下、なくても複数の窃盗があれば懲役15年以下で処断されるので、不都合は全くない）。立法論的には疑問とする見解が多い。同じく常習一罪を定める暴力行為等処罰に関する法律1条の3の常習的暴行・傷害の罪についても、元々懲役刑の下限が1年、上限が15年であるところ、下限が低く、上限も傷害罪のそれと同じであるのではほとんど意味がない規定になり、実際にもこの規定の適用を求める事例は稀有であろう。本件で検察官がなぜ常習特殊窃盗の訴因を設定したのかは不明であるが（「特殊」とはいても、その構成要件をみると何ら特殊な窃盗ではない。）、実務上は、累犯者が刑務所を出てから間がない時期に窃盗を犯したような場合に常習累犯窃盗で起訴される例が多く、その内容もコンビニでのカップ酒の万引きや自転車置き場からの自転車の乗り逃げなど、職業的とは思えない単純な事案が多く、筆者の裁判官としての長い経験の中で単純な窃盗罪ではなく常習窃盗罪で処罰するのが相当であると判断できる事案を担当したことはまったくない（むしろ、社会内で自立できるような矯正保護の在り方や社会福祉との連携の必要性を考えさせられることが多い。）。したがって、立法論的には立法事実を欠くようになった盗犯等防止法は廃止するのが相当であり、常習的暴行・脅迫等の規定も削除するのが相当であると考えられる。

なお、常習犯はすべて集合犯とされるべきであるとする十分な根拠があるとは考え難い。常習性がなぜ刑の加重要素となるかについては諸説があり、ここでは特に掘り下げて検討はしないが、行為の違法性を高める要素であるという説明は実態と合わない感が強く、特別予防ないし責任の観点からの説明が相当であろう。したがって、集合犯とせずに常習性のみを刑の加重事由とする場合に、一般の犯罪より相当に重くすることには合理性はないが、常習性を刑の加重要素とすること自体はできなくはないと考えられる。そうすると、例えば、常習犯の場合ではないが、業態犯との関連でいえば、「業として」金銭の貸し付けを行う場合について規定した、出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律5条2項、3項の罪等のように、集合犯としないで単に常習性を加重類型とする立法も考えられる。従来のように「常習として〇条に違反したときは」というような条文の立法をすれば、従来と同様に集合犯と解されてしまうが（各県の迷惑防止条例がその典型である。）、条文の表現の工夫次第であろう。

ただし、そのような立法や法改正がされても、業態犯（営業犯、職業犯）等には本件と同様の問題は残るであろう。

立したものとはいえない。常習一罪等の集合犯については、通常であれば一罪性を断ち切る実体上の事情が生じなければ、犯罪行為を繰り返しても一罪であるといえても、いったんその犯罪行為を対象に公訴提起がされ、確定裁判を受けたのに、さらに同じ構成要件に該当する行為を行えば、それは別個の犯罪として国家が刑罰権を行使する対象となる、すなわち、実体法上も確定裁判を受けた罪とは別個の犯罪であると解するのが当然ではないかということである。冒頭で服役した場合を例に挙げたが、服役の有無を問わず、いったん裁判を経た効果として、それ以降の同種行為については、別罪と扱われるべきであるという趣旨である。単に一事不再理だけの問題として一罪でも別途処罰できるという不自然な解釈を採るよりも、実体法上も別罪になると解することが正当なのではないかと考えられる。もっとも、実体法の罪数の解釈と刑事訴訟法の一事不再理効の解釈は無関係であるとの立場もありうる。多くの刑法の教科書では、罪数の解釈は専ら構成要件の充足、保護法益の同一性、行為の連続性等の刑法上の概念等による判断が記述されていて、裁判との関係について論じられることはほとんどなく、刑法学者が一般的にどのように解しているのかは必ずしも判然としないが、訴訟手続上の事由により罪数が左右

されるところには抵抗があるであろうことは予想される。一方で、実務家の間では、公訴事実の同一性（単一性）が罪数判断とリンクしていることもあってか、一事不再理効の時的限界は、実体法上も別罪を構成する基準時と同一とみなされるのが通常で、⁽⁹⁾第1審判決の言渡しが基準時となれば、集合犯等の広義の一罪がそれを境に分断され別罪になることはほとんど自明のこととして意識されているであろう。⁽¹⁰⁾一事不再理効が及ばないということは、それ以降の犯行はそれ自体で構成要件を充足する限り別罪として処罰されることになるので、1個の犯罪が続いているとは考え難いからである。実体法の解釈と訴訟法の解釈は別個独立したものであるとの見解を採用し、実体法上の罪数の判断は裁判の影響を受けないとすれば、例えば、常習として賭博を続けければ、1個の犯罪を行いつづけているだけであるから、複数回処罰をすることは「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」とする憲法39条との関係も問題となろう。犯罪の個数はいわば処罰の対象たる行為の最小単位であるはずで、憲法39条の保障を広義の一罪にまで広げる解釈は当然考えられるとしても、処罰対象の最小単位である1個の犯罪（常習一罪は、単純一罪の一類型であると

(9) もっとも後述するように本件の原判決はそうでないかのようにも読める。

(10) 併合罪の場合には、確定裁判があるときは、それを判決書に記載し、その確定裁判とどの罪が併合罪に当たるかを明示し、未だ確定裁判を経ていない罪につき処断するという記載をするのが通常である。これは、確定裁判による区切りを明示することのほか、その確定前の罪（余罪）と確定裁判の罪とが併合罪関係になることを示すことによって、量刑上の考慮することを明らかにする趣旨でもあるといわれている。余罪についてさらに処断する基準は刑法上定められていないが、実務上、確定裁判の刑と無関係に余罪の刑を量定するのでなく、確定裁判を経た罪と同時にすべての罪について裁判した場合の量刑を念頭に置いて余罪の刑を量定するのが通例であるといわれている。そうであるとなれば、仮に、常習一罪が裁判の影響を受けずに一罪の状態を判決確定後も継続すると考え、かつ、訴訟法上は判決確定後の行為について新たに処罰できると考えるのであれば、判決上も確定裁判に係る罪とその後の行為を対象とした罪とが一罪になることを明示することが要求されることになろう（後訴の訴因に係る罪も前訴の罪と同一の罪の一部であるから、前訴の刑と合わせて法定刑の範囲内で処罰することが求められることになるはずである、あるいは、前訴と後訴の犯罪行為を包括して刑を量定し、そこから前訴の刑を差し引いて後訴の刑を量定すべきではないか、などの考え方が想定されるが、いずれにせよ、一罪である以上、後訴の訴因事実を独立して評価し刑を量定することは許されないのではなかろうか）。しかしながら、我が国ではそのような記載をした裁判例や量刑の理由で確定裁判と一罪の関係にあることを示してその点を考慮したような裁判例を目にしたことはなく、むしろ、別個の罪であることを前提に、前に同種行為で裁判を受けながら、また同種犯罪を繰り返したというのは刑を重くする事情として考慮されるのが通常である。したがって、実務家の多くは当然に実体法上も別罪になると解しているものと思われる。

解釈はかなり無理であろう。なお、実体法の解釈と訴訟法上の解釈に関する貴重な労作として只木誠『罪数論の研究』補訂版（成文堂2009年）所収の「第8章 一事不再理効の客観的範囲について」（同著221頁）を挙げることができる。著者は、わが国では実体法上の一罪と訴訟法上の一罪との対応関係を認めようとするのが一般的であるとの認識に立った上で、実体法にいう「一罪」と手続法上の「一罪」とはその目的と機能を異にし、したがって、その論じる意味を異にするので、必ずしも一致させるべきものとはいえず、両者を連動させることは法的安定性に資するとしても、対応関係をあまり強く要求することには問題があるとして、対応を否定する独立説を提唱する。同論文は本件のような一罪となる集合犯や継続犯と確定判決との関係を主として論じたものではないが、訴訟法と実体法の双方にわたって詳しく論じていて参考になる点が少なくない。ただし、同論文が指摘する実体法と訴訟法上の罪数関係を一致させることの不都合さとして挙げる例は必ずしもそうは言えないのではないかの疑問がある。本稿とは直接関係しないので、この点についても深入りはしないが、実体法によって定められた刑罰権を行使する手続を定めたのが訴訟法であるから、訴訟手続は実体法の解釈に従って進められる

べきもので、一罪性をそれぞれ独自に考える場合の判断基準の不明確さ等からみても、やはり訴訟法と実体法とで一罪性を別異に解するのは相当でないと思われる。なお、この点、本件原判決は「本件常習特殊窃盗が、確定裁判に係る住居侵入、窃盗と実体的には一罪の関係にあるとしても、」と説示しており、実体法上は一罪であっても一事不再理効が及ばなければ別個に処罰できるとの独立説的な考えに立っているようにも読めるが、そうであるとすれば、そのような見解には賛同できないことは前記の通りである。⁽¹¹⁾

本決定は、罪数に関しては何も述べていない。一事不再理効が及ばないと判断すればそれで充分ともいえなくはないが、実体法上も別罪としなければ何故に第1審判決後の行為を処罰できるのかが問われることになるので、別罪となることを当然の前提にしたものと考えられる。

(3) 一事不再理効の基準時（時間的範囲）

これまで主に本件のような集合犯について一事不再理効の時的範囲が論じられてきたが、その基準時としては、従来、起訴時説、第1審弁論終結時説、第1審判決言渡し時説、これに加え控訴審で破棄された場合はその判決時とする説⁽¹²⁾、判決確定時説、あるいはこれらの複数の時点が境目となる考え方な

(11) ドイツにおける集合犯を巡る同様の議論については、伊藤利明『『集合犯』序説』法學49巻4号699頁が詳しい。

(12) 前田巖「一事不再理効の範囲」松尾浩也ほか『実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院2012年）242頁、角谷三千夫「確定裁判の効力」平野龍一ほか編『実例法学全集刑事訴訟法（新版）』465頁等。裁判例として大阪高裁昭27.9.16高刑集5-10-1995等。

どがあるとしていたところ、そのうち第1審判決言い渡し時説が多数説であり⁽¹³⁾、本決定の見解でもある。本決定は、理由は明示していないが、①弁論終結後であっても判決宣告前であれば弁論の再開を請求して（刑訴法313条）訴因変更を行うことが可能であること、②第1審判決言い渡し後の新たな犯罪行為については、控訴をして訴因変更請求をするしかないが、控訴審は事後審であって、第1審の審理・判決に誤りがなければ控訴理由はないことになるので、第1審判決後の犯行をも含めた処罰を求めのために適法な控訴をすることはできないことなどが考慮されているものといえる。

もっとも、②の点については、傷害事件の第1審判決後に被害者が死亡した場合には、検察官が控訴をして刑訴法393条2項により死亡の事実を原判決後の情状として取調べをすることができ、同法397条2項により原判決を破棄し得るとというのが従来の多数説であり、その場合には控訴審で傷害致死に訴因変更をして自判することもできるという考え方も有力になっていた⁽¹⁴⁾。その見解に準じれば、常習窃盗罪においても、控訴審において第1審判決後の犯行を原判決後の情状として主張するとともに、これを付加する訴因変更請求をすることも許され、したがって、一事不再理効の基準時も控訴審の判決時に

(13) 松本時夫ほか『条解刑事訴訟法』（第5版）（弘文堂2022年）1023頁等。なお、各説の紹介は、栗原前掲注（7）502頁以下参照。本判例が従来の多数説を採用していることから、他の説については特に詳しく論じない。ただし、各説のうち被告人に対する感銘力を根拠とする説もあるが、これには賛成できない。併合罪の関係ではあるが、実務上、身柄不拘束の被告人が、第1審判決の前後の日にも、あるいは極端な場合には確定日の午前零時前後に同種犯罪を繰り返している事例も少なくなく、常に被告人が確定日や判決言い渡しなどの基準時を意識して行動しているとは思われず、感銘力があるはずであるというのは実証性を欠く議論であり、手続的な効力の基準時をこのようないわば情緒的な根拠で説明することには到底賛同できない。また、併合罪の基準時である判決確定時と平仄を合わせて判決確定時と解すべきではないかとの見解もあるが、併合罪については基準時に「確定裁判」を経たかどうかという明確な基準が刑法で規定されている（刑法45条、51条）。しかも併合罪関係は一つの刑を科せる範囲を定めているだけであって、確定裁判の前に犯した罪が不問に付されるわけではなく、逆に確定裁判を挟むことによってその前後の犯罪行為に対し別々に刑が科されるので、一般的には被告人に不利に作用する。しかし、常習一罪の場合には、基準時以前の行為は現実に処罰対象とすることが可能であったかを問わず、処罰を受けた犯罪行為と一罪となるために、これを新たに処罰対象とすることはできなくなるので、裁判による遮断効の趣旨が併合罪の場合とは全く異なるのである。また、既述のとおり、一定の時点以降の行為を別罪とする根拠は、いったん処罰対象として裁判を受け、その判決が確定したという点に求められ、そうであるからこそ、その裁判以降の行為はまだ処罰を受けていない別個の犯罪行為として別途処罰の対象となるべきであるということになる。したがって、その境目の時点はどこに求めるにせよ、上述の各時点の複数の犯罪行為を遮断する基準時と解し、場合により3罪以上になるような解釈は採り得ないというべきであろう。

(14) 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』（判例タイムズ社2010年）292等。川口政明「第1審判決後の事実の変化」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院1998年）246頁。もっとも、このような実務家の説はいささか無理を感じざるを得ない。原判決後の事実の変更を裁判の対象に含めるために、事後審の例外として弁護人側の要望で追加されたとされている原判決後の情状の規定を用いながら、その情状証拠（死亡関係のもの）を訴因変更後の事実を認定する証拠としても用いるという手法であり、そもそも明らかに別罪の構成要件に該当するような事実を情状として立証するというのはいささか無理がある。第1審に置き換えてみると、傷害の訴因であるのに、その傷害によって死亡したという証拠を調べて刑を量定したら、その実質は訴因となっていない傷害致死を前提に刑を量定した違法があることにもなりかねない。1審判決確定前に被害者が死亡したという事実が判明しながらこれを反映できる途が他にないということから生みだされた便法であろうが、このような手法を一般化することは厳に避けるべきであろう。また、別の観点にはなるが、上述の解釈は、傷害致死が裁判員対象事件（裁判員法2条1項1号）になったことから、裁判員裁判としての判断を経っていないのに控訴審で破棄自判をすることは疑問であり、上記のような従来の解釈が可能であるとしても、破棄して差し戻すべきであろう。

なるという見解も成り立ちうるようにも考えられなくはない。⁽¹⁵⁾

しかし、原判決後の情状だけを理由に適法に控訴することはできないことは前述のとおりであり、職権で取り上げられることがあるに過ぎないので、これらの条文を根拠に、常習一罪の場合に、一罪性を分ける基準時を第1審判決言渡し時以降（例えば判決確定時）に求めるのは相当ではないといえる。また、前述の傷害致死の場合には、傷害の有罪判決確定後に再訴ができないことは明白であり、原判決言渡し後に被害者が死亡した場合には、検察官が控訴をして、原判決後の情状を職権で取り調べてもらうことしか被害者の死亡を判断の対象に含める途はないが、常習一罪の場合には、第1審判決言い渡し時が一事不再理の基準時になるとすれば、その後の犯行については別訴を提起すれば済むことであって、そもそも第1審判決後の犯行を理由に控訴をする必要もないといえる。また、常習一罪の場合には、原判決後に行った犯罪行為を新たに訴因に含める訴因変更を許して自判するということは、控訴審が第1審の段階では訴因に含まれていなかった新たな犯罪行為を含む訴因を認定することになり、事後審である控訴審の性格と相反するのではないかという点においても疑義があり、そもそもこのような訴因変更を控訴審において適法にしうるのか大いに疑問であることは後述するとおりである。したがって、被告人控訴以外の場合も含め、第1審判決が確定した

ときには、一事不再理の基準時は第1審の判決時とするのが相当であろう。

3 本判例の関連問題

(1) 控訴審で破棄された場合

本判例は、単純一罪の訴因で有罪の第1審判決が確定した場合において、後訴の訴因である常習一罪を構成する各行為が前訴の第1審判決後にされたものであるときは、前訴の訴因が常習性の発露として行われたか否かについて検討するまでもなく、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴に及ばないとしたもので、控訴審において第1審判決が破棄された場合については特に言及されていない。

この点については、本判例の文言どおり、第1審判決が確定した場合には、その言渡しが基準時となるが、控訴審で破棄された場合は、控訴審でも訴因変更が不可能ではないことから、破棄自判の場合は確定した控訴審判決時を基準にすべきとの見解も有力である。以下、場合分けをして検討するが、破棄自判の場合であっても基準時を控訴審判決時とすることには疑問がある。

① 被告人側のみの控訴（被告人または被告人のための控訴）の場合

この場合には、破棄自判のみならず差戻しの場合であっても、不利益変更禁止（刑訴法402条）が働くので、仮に検察官が訴因変更請求をすることが可能であったとしても、科刑に制約があり、訴因変更による適切な刑罰権の実現が図れないこ

(15) 原審判決がこの考えを意識していることは、原判決の(1)の説示のとおりである。ただし、この理由の説示は必ずしも説得的でない。第1審判決後も窃盗を繰り返していることは常習性が改まっていないことを示す情状であるともいえる上、常習一罪を構成する住居侵入・窃盗は行為としては独立性が強いとしても、常習性ゆえに一罪とされていることからすれば関連性は相当あり、「常習性の要件を除けば」関連性が薄いというのは、関連性を薄めたいという結論ありきの理由付けにも見えなくはない。情状を推知するための資料として考慮し得る限度を超えているという評価も、傷害の場合に「致死」を立証することとの違い（致死を証明すれば構成要件を異にする犯罪の立証になる。）が説明できなければ十分な理由付けにはならないであろう。検察官の訴因変更請求の可否をいうのであれば、本文のように原判決後の情状はそもそも適法な控訴理由でないこと、傷害の場合には死亡というのはいわば自然の推移として生じた結果であるが、常習窃盗の場合は原判決後の被告人の新たな犯罪行為を対象にするので、情状として考慮することも相当でなく、また訴因変更請求も許されないとすべきことを根拠にすべきであろう。原判決の(2)についても、そもそも控訴審での訴因変更は破棄を前提にした条件付きのもので、浮動的であることは当然であり、むしろ、(3)のとおり、被告人控訴の本件では、不利益変更禁止との関係から、訴因変更請求が可能であったことを理由として基準時を第1審判決時より遅らせることはできないという点が重要となろう。

とになる。⁽¹⁶⁾ そうであれば、被告人側の控訴のみの場合には控訴審で破棄された場合、それが自判であっても差戻しであっても、第1審判決言い渡し時を基準とせざるを得ないのではないかと考えられる。また、そもそも、原判決後の被告人の新たな犯罪行為を付加する訴因変更請求は、当然のことながら、新たな犯罪行為についての証拠調べを伴うことになり、その部分については控訴審段階で新たな犯罪行為を審判することになるので、控訴審としての性格に反することになり許されないのではないと思われる。事後審としての位置付けは破棄するか否かの段階までで、破棄後は別であるとする考えを採ったとしても、控訴審の事後審としての性格上、破棄事由についての審理をして、破棄事由ありと判断した時点で、自判に適した状態にあれば自判が可能となり、そうでなければ破棄差戻しをするのが原則であって、破棄事由があったとしても控訴審が控訴理由と無関係な新たな犯罪事実につき審理をすることは許されず、もとより控訴審としての性格上、控訴審で追起訴ができるわけではない。第1審判決後の窃盗行為を追加する訴因変更請求は、一罪かどうかの違いがあるだけで、実質的には追起訴と異ならない性質を有し、その追加部分につき第1審と同様の審理をすることは控訴審としての性格に反するものというべきである。そうすると、この場合の基準時は、原判決は破棄されているものの、原

判決の言渡し時が基準時になると解するほかはない。

しかしながら、破棄自判の場合には上述のようにいえるとしても、破棄差戻しの場合に同様に解すべきかについてはさらに検討する必要がある。破棄差戻しの場合にも被告人の利益のために不利益変更の禁止が働くことは前述のとおりであるが、それは、審判の対象に変動がないことが前提となる。言い換えれば同じ訴因のまま、若しくはこれを縮小した訴因であれば、不利益変更の禁止によって、差戻し前第1審判決の刑を上回る刑を言い渡すことはできないが、追起訴や審判の併合などによって、審判の対象となる訴因が増えた場合には同様に解せない。差戻し審の構造は基本的に続審であることは今日ではほとんど異論はないと思われるが、そうであれば、差戻し前の原判決が既に破棄されている以上、追起訴や審判の併合による弁論の併合も原則的には自由に行え、その結果として、差戻し前の原判決より重い刑を言い渡すことも許されると考えてよいと思われる。⁽¹⁷⁾ 差戻し審であることを理由に審判の対象を差戻し前の原審のそれに限ってしまうことは被告人の併合の利益を奪うことになり、相当でないであろう。そうであれば、同様に差戻し前第1審の判決言渡し後に生じた事実について追加的訴因変更をすることも許されると考えられ、その場合には審判の対象がより重いものに変更されているのであ

(16) 本件のような場合がまさにそうであり、第1審判決後に被告人が犯した常習特殊窃盗の方が確定判決に係る窃盗より重く、常習特殊窃盗を含めて確定判決の懲役2年6月の刑を上限として処断するのは不当である。

(17) もっとも、不利益変更の趣旨は働くと考えらるべきであろうから、差戻し前の原判決の段階での訴因に対してした差戻し前の原判決の刑の量定はその訴因だけであればそれが上限となるということを意識しつつ、差戻し後の審判の対象全体の刑を量定すべきことになろう。

るから、同様に差戻し前の原判決の刑を上回る刑を言い渡すことも許されると解される⁽¹⁸⁾。そうすると、破棄差戻しの場合には、差戻し後の第1審判決言渡し時が基準時になるものと解される。

② 検察官控訴

ア 破棄自判の場合

検察官が控訴をしても必ず破棄されるわけではないから、破棄自判に備え、控訴審判決言い渡し時までの間に新たに被告人の犯行が発覚した場合には、検察官が常に訴因変更請求をすべき義務を負っているというのは、破棄する場合には差戻しが原則とされていること（刑訴法400本文）などに照らしても相当な解釈とは言えない。また、原判決後の犯行が原判決後の情状となり得ると解しても、原判決後の情状は適法な控訴理由ではなく、検察官は原判決後の情状について取調べ請求権を有していないのであるから、同時訴追義務を控訴審にまで拡張するような解釈をすることはできない。このことからしても、破棄自判の場合であれば基準時がずれるとは解しがたい。さらに、このような訴因変更請求をすること自体に疑問があることは既に述べたとおりである。したがって、現実には検察官が控訴審で訴因変更請求をしたか否かを問わず、基準時は原判決言渡し時が相当であるといえよう。もっとも、現実には控訴審で原判決後の犯行を含める追加的な訴因変更が許可された上で破棄自判がされ、そのまま確定した場合に

は、控訴審判決言い渡し時を基準とせざるを得ないが、法解釈としては疑問が残る。

イ 破棄差戻しの場合

破棄差戻しの場合には、差し戻し審において、検察官が差戻し前第1審判決言い渡し後の事実を付加する追加的訴因変更請求をすることには特に支障はない。したがって、差戻し後の第1審判決言い渡し時が別罪を分ける基準となるものと解するのが相当であろう⁽¹⁹⁾。

(2) 略式手続

十分に調査したわけではないが、略式手続の場合に基準時をどこにおくべきかを論じた学説やこれに触れた判例は見当たらなかった。実務上これが問題になるのは常習犯でも罰金が法定刑に含まれる条例違反の罪くらいであろうが⁽²⁰⁾、公判請求された通常事件の場合とパラレルに考えると、刑訴法465条1項によれば、検察官は略式命令の告知を受けた日から14日以内であれば正式裁判の請求をすることができ、通常の審判に移行して訴因変更請求をすることも可能となるので、検察官の正式裁判の請求期間経過時が一事不再理効の基準時になるものと解されよう。

(3) 罪種と本件判例の射程

本件は、常習窃盗罪に関する判示であるが、広く常習一罪に関する同様の問題については、特に解釈を異にすべき事情もないので、本件判例の射程が及ぶと考えられる上、同様の問題が生じ得る業態犯や継続犯についても、特にこれと別異に解する根拠も

(18) もっとも、本文で述べたとおり、訴因変更が許されるとしても一定の制約があると考えらるべきであろう。不利益変更の禁止は刑の量定に関する限りのものであるが、いったん控訴審を経ていることの制約は残っていると見るべきではないかと思われる。すなわち、検察官が控訴していない以上は、検察官が差戻し前の原判決言渡し前に実行された常習窃盗罪を構成する住居侵入・窃盗行為（いわば余罪）が控訴後に判明していたとしても、それを付加する訴因変更請求は許されず、差戻しを受けた事件の訴因を変更できる事実変更の範囲は、差戻し前の原判決言渡し後の被告人の犯罪行為に関するものに限られると解するのが相当ではないかと考えられる。同様に、常習一罪の場合ではないが、差戻し前の原判決の訴因が傷害であったのに、これを殺人未遂に変更したり、窃盗の訴因に被害品を追加したりするような変更をすることも許されないと解すべきではないかと思われる。攻防対象論と同様の考え方に基づくものであるが、未だ検討が十分ではなく、試論の域を出ない。

(19) ただし訴因変更請求に一定の制約があることは前述のとおりである。

(20) 非常上告の事案であるが、一時不再理を理由に略式命令につき刑訴法337条1号により免訴の判決を言い渡した事例として、最判平15.6.2集刑284-353がある。

ないので同様の解釈が採られることになると思われる。

もっとも、業態犯や継続犯についても同様に解し得るとした場合、共犯事件においては、共同の意思に基づく犯罪行為の実行という点では共犯者の間で何ら変わりはないのに、共犯Aに対する第1審判決後にもその犯罪行為が継続されているときには、共犯A以外の共犯者についてはその後の行為も一罪の一部であるのに、共犯Aについては、確定した第1審判決により2罪に分かれることになるが、これは、実体法の解釈として不自然にならないか、という問題もある。常習一罪であれば、行為者の属性に関わる事由であるとみることもできるから行為者ごとに判断が変わるのは当然のことともいえようが、営業犯等については当初から客観的には全く同一の犯罪行為を共同で行っているのに、共犯者によって一罪の範囲が異なるというのは、やや不自然さを免れないといえようか。

IV 付言

一応の検討は以上のとおりであるが、実体法上の一罪の範囲が訴訟法上の制約から導かれるというのは、実体法の解釈として適切なのかという点で疑問が残らないわけではない。訴訟法が変われば一罪の範囲も変わるということになりかねないが、罪数はそのような因子で変わるものとしてよいのかとの疑問である。ただし、罪数を国家の刑罰権の発動機会として複数回の評価をすべきか否かの問題として捉えることができるとすれば、可能ではないかというのが本稿の一応の結論である。そのような前提で本判例は正当であると考えられる。

