

| | |
|--------------|---|
| Title | 刑事訴訟法三一二条一項について（一）：脱「審判対象論」の試み |
| Author(s) | 松田, 岳士 |
| Citation | 阪大法学. 2010, 60(2), p. 85-99 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://doi.org/10.18910/55047 |
| rights | |
| Note | |

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

刑事訴訟法三二二条一項について(二)

——脱「審判対象論」の試み——

松 田 岳 士

一 はじめに

(1) 刑事訴訟法三二二条一項は、「裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならず」と定める。

同規定の「訴因又は罰条の追加、撤回又は変更」は、一般に、(広義の)「訴因の変更」と総称され、その「限界」を画する概念である「公訴事実の同一性」をめぐっては、学説上、「訴因」との関係が議論されるとともに、訴因変更の「可否」の判断基準が論じられてきた。しかし、その結果、この「公訴事実の同一性」をめぐる学説上の議論は、「多分に観念的なもの」⁽¹⁾となっていると同時に、「必ずしも落ち着き先を見出し得ていないように見える」⁽²⁾とも指摘される。

(2) このように、「公訴事実の同一性」をめぐる議論が、「今なお錯雑さを極め」⁽³⁾ているとすれば、その原因の一つは、従来の学説がとってきたこの問題の検討枠組それ自体に求められるように思われる。すなわち、より具体的には、その原因は、学説が、「公訴事実の同一性」について、①刑事訴訟法三二二条一項の趣旨——すなわち、同規定

が訴因の変更可能性を認めつつも、その範囲を「公訴事実の同一性を害しない限度」に留めている趣旨——との関係を明確に意識することなく、その概念論——すなわち、「そもそも『公訴事実』とは何か、またそれは『訴因』事実とどのように異なるか⁽⁴⁾」という問題をめぐる議論——に終始してきたこと、また、②その概念論についても、これを主として「審判対象論」の文脈において展開してきたために、「公訴事実の同一性」の問題が、「審判の対象事実」の同一性の問題である以前に、「公訴の対象事実」の同一性の問題でもあるということが等閑視される傾向があったことに求められるものと考えられるのである。

たしかに、「公訴事実」ないし「公訴事実の同一性」の概念を、とりわけ「訴因」との関係において説明することとは、訴因変更の「可否」判断の基準ないし方法を検討するにあたって重要な意味をもつであろう。しかし、それは、現行刑法法の解釈論として展開される以上、同時に、訴因変更の限界が同法三二二条一項により「公訴事実の同一性」に求められている趣旨と一貫するものでなければならぬというべきである。

また、従来の学説は、一般に、訴因変更の「限界」ないし「可否」の問題を、「審判対象論」の一環として扱ってきた。このことは、学説上、訴因変更の「可否」の問題が、「公訴事実」ないし「公訴事実の同一性」概念と「訴因」の関係論として扱われてきたことと無関係ではないと考えられるが、その前提として、そもそも同問題と「審判対象論」の間にかなる理論的関連性が認められるかについても十分な説明がなされてきたとは言い難いように思われる。たしかに、訴因制度のもとで、裁判所による「審判の対象」が訴因に限定されるとすれば、「審判の対象」は「公訴の対象」と一致することになる。しかしながら、それは、直接にはあくまで「審判の対象」が訴因に限定されることの結果にすぎないのであって、訴因変更の限界を画する「公訴事実の同一性」の問題は、その文言からしても、また、実質的にも、第一義的には、「公訴の対象事実の同一性」の問題として理解されるべき

ではないか。

(3) 「公訴事実の同一性」をめぐる従来の学説の議論枠組に以上のような問題が認められるとすれば、それは、「審判対象論」における「訴因対象説」の通説化と密接に関連するものといえることができる。

実際、かつては、刑法法三一二条一項については、同規定が、「起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許」すと同時に、その「前後を通じて公訴事実の同一性は維持されなければならない」旨定めているのは、「公訴事実が別個のものとなれば、被告事件そのものが変更されることになるのであつて、それは新たな起訴の手続によらなければならない」ためであると説明されてきた。⁽⁵⁾ すなわち、刑法法三一二条一項が、訴因の変更を「公訴事実の同一性を害しない限度において」のみ許しているのは、「公訴の効力は、公訴事実、すなはち検察官の起訴状において指定した犯罪事実によつて限定され」、「検察官の指定した公訴事実以外には及ばない」という意味において、公訴提起の効果の「物的限界」を確認する趣旨に理解されてきたのである。⁽⁶⁾

ここでは、訴因変更の可否の問題は、「審判の対象」というよりも、むしろ、「公訴の効力」が及ぶ範囲の問題として捉えられると同時に、刑法法三一二条一項が、訴因変更の限界を「公訴事実の同一性」によって画している趣旨は、公訴は、その対象者について、「検察官の指定した被告人以外の者にその効力を及ぼさない(二四九条)」と同様、その対象事実についても、訴因変更が許されるとしても、他の刑罰権の発生原因となるような事実には及びえない旨を明らかにする規定として理解されていたといえることができる。

(4) ところが、その後、いわゆる「審判対象論」において通説化した「訴因対象説」のもとで、「公訴事実の同一性」を訴因変更の限界を画する「機能概念」として理解する見解が有力化するにもない、訴因変更の「限界」ないし「可否」を、「訴訟上の合目的性」の問題として捉える見方が一般化することになる。⁽⁸⁾

これを代表するのが、「公訴事実の同一性」の判定は、「訴因・罰条を変更しようとする場合と、一事不再理の効力によって再度の起訴を阻止する場合とは、検察官と被告人との利害が逆転する——同一性を広く認めるほうが、前者では検察官に有利、後者では、被告人に有利、同一性を認める範囲を狭くすれば、ちょうど逆になる——」ので、あらかじめその両面を視野に入れて、全体的に判断しなければなら(傍点引用者)ず、「同一性の判断は、……検察官と被告人の間の対立利益を比較考量して決定される」⁹⁾ものとする見解である(手続的利益考量説)。

しかしながら、「一事不再理の効力」の及ぶ範囲が「公訴事実の同一性」によって画される理由は、一般に、概念によって「訴因変更の限界」が画されることに求められるのであり、後者は前者の「前提問題」として位置づけられるものというべきであろう。そうであるとすれば、「訴因変更の限界」が「公訴事実の同一性」によって画される趣旨・根拠については、少なくとも理論上は、「一事不再理の効力」の範囲の問題とは別個に論ずる必要があるというべきではないか。実際、これらの問題を「検察官と被告人の間の対立利益の比較考量」の名のもとに同一次元で扱うことは、訴因変更の「限界」ないし「可否」という「前提問題」について、その「結論」である「一事不再理の効力」を最初から織り込んで論ずることを意味するが、このことは、「公訴事実の同一性」の判断に過度に政策的な性格を付与し、また、その内容によっては、同判断を個別事案ごとの裸の「利益考量」に委ねることにつながるおそれがあるように思われる。

さらに、最近では、「公訴事実の同一性」を、「刑事手続による一つの刑罰権(実体法)の具体的実現に際して、別訴で二つ以上の有罪判決が併存し二重処罰の実質が生じるのを回避するための道具概念」として理解すべきだとする見解¹⁰⁾も有力化している。この見解によれば、刑法法三二二条一項の趣旨は、「一罪の關係にある訴因」や「別訴で同時に有罪とすることが一個の刑罰権に対する二重(多重)処罰の実質を有する訴因」について、「別訴その

ものを許さず、訴因変更による一回的処理を図る¹¹⁾こと、あるいは、「実質的な二重処罰状態の発生を防ぐために、そのような可能性を生じる訴因を別訴で主張すること自体を許さないとする¹²⁾」ことに求められることになることとされる(二重処罰回避説)。

この見解は、訴因変更の「限界」ないし「可否」を「訴訟上の合目的性」の問題として捉えつつも、「二重処罰の実質が生ずるのを回避する」という実体法的観点から刑訴法三一二条一項の趣旨を説明する点において、上述の手続的利益考量説に対して向けられる批判からは免れているということができよう。しかし、この見解も、少なくとも、刑訴法三一二条一項の解釈論としては妥当であるとはいえないように思われる。なぜなら、同規定の主たる問題関心は、その文言からしても、一方で訴因の変更可能性を認めつつも、その範囲を「同一性を害しない限度」に留めようとする点にあると考えられるところ、二重処罰回避説は、当初の訴因との間に「公訴事実の同一性」が認められる訴因による別訴が禁じられる理由、そして、その範囲で訴因変更による一回的処理が図られる(べき)理由を説明するものであるとしても、「公訴事実の同一性」を害する訴因変更については、とくにこれを禁ずる理由を提示するものではないからである。実際、「公訴事実の同一性」を害する訴因変更がなされたとしても、「一個の刑罰権しか存在しないところ」に二個以上の有罪判決が下されることを回避する¹³⁾にはとくに不都合はないといふべきであるから、同趣旨説明の下ではとくにこれを禁ずる意味はないことになるのではないか。

(5) ところで、「公訴事実の同一性」をめぐる従来の学説上の議論に、上記①および②のような問題が認められるとすれば、その背景には、いわゆる「審判の対象」をめぐる議論において訴因対象説が有力化するなかで、「公訴事実の同一性」が「機能概念」として理解され、同概念が画する訴因変更の「限界」ないし「可否」の判断基準を論ずるにあたって、同概念のもつその他の手続上の機能、とりわけ、一事不再理効や二重(多重)起訴禁止の

範囲を画する機能が予め考慮に入れられてきたとの事情を指摘することができるように思われる。そして、このことは、従来の学説が、訴因変更の「限界」ないし「可否」を、その理由を十分に検討しないままほとんど無前提に、「公訴対象論」の問題としてではなく、「審判対象論」の問題として位置づけてきたことも無関係ではないように思われる。

そこで、本稿においては、以上のような問題関心から、訴因変更の「限界」または「可否」の問題に関する最近の有力説である手続的利益考量説および二重処罰回避説について、刑法法三二二条一項の趣旨説明としての妥当性を検討しつつ、同問題と「審判対象論」との関連性、そして、刑法法三二二条一項の趣旨を改めて確認したうえで、公訴事実の「(狭義の)同一性」と「単一性」の区別の意義、そして、その判断基準について試論を展開することにした。

- (1) 松尾浩也『刑事訴訟法上』(弘文堂、新版、一九九九年)二六七頁。
- (2) 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、二〇〇二年)一一三頁。
- (3) 鈴木・前掲註(2)一一三頁。
- (4) 鈴木・前掲註(2)一一三頁。
- (5) 小野清一郎『新刑事訴訟法概論』(法文社、一九四八年)二五八頁以下。
- (6) 小野・前掲註(5)二五八頁は、このことは、「訴訟主義の原理上当然に要請されるもの」であるとする。
- (7) この点、小野・前掲註(5)二五八頁以下は、刑法法二四九条が、「公訴は、検察官の指定した被告人以外の者にその効力を及ぼさない」として、「公訴提起の効果」の「人的限界」を定めるのと対比して扱っている。
- (8) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年)一三九頁。
- (9) 松尾・前掲註(1)二六四頁以下。
- (10) 酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因(4)」法学教室三〇二号(二〇〇五年)六四頁。

- (11) 大澤裕「公訴事実の同一性と単一性(下)」法学教室一七二号(二〇〇三年)八八頁。
- (12) 長沼範良・池田修「対話で学ぶ刑訴法判例 第九回 覚せい剤使用罪の訴因の特定」法学教室三二二号(二〇〇七年)一〇一頁以下〔長沼発言〕。
- (13) 田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣、新版、一九九六年)二〇五頁。

二 刑訴法三二二条一項の趣旨説明に関する従来の学説の検討

(1) 「公訴事実の同一性」、あるいは、訴因変更の「限界」ないし「可否」をめぐる従来の学説については、「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」¹³⁾と指摘され、これまでも様々な分類が試みられてきたところであるが、刑訴法三二二条一項の趣旨説明という観点からは、大きく、①手続的利益考量説、②二重処罰回避説、③涉猟的処罰理由探索禁止説とも呼ぶべき三つの立場に分類することができるように思われる。

本節では、このうち、①および②の見解の内容およびその妥当性について検討することにした。

(2) まず、①手続的利益考量説は、刑訴法三二二条一項が、訴因変更の範囲を「公訴事実の同一性」により画する趣旨を、「検察官と被告人の間の対立利益の比較考量」という「訴訟上の合目的性」に求める立場である。

この立場を代表するのが、(a)「検察官の立場から見た場合、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。被告人の立場からみるとその利害はおおむね逆である。さらに、旧刑訴のように訴因変更という手続がない場合には、

公訴事実の同一性を狭く解しない、被告人の防禦に不利益であるが、訴因変更という制度があれば、準備の期間を与えさえすれば、広く解しても被告人の防禦の利益を害することはない。このような考慮の結果、「新旧訴因間に「公訴事実の同一性」を認めるためには」現行法では基本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」とする見解である⁽¹⁴⁾。

この見解は、「審判対象論」における訴因対象説を前提に、とりわけ、「公訴事実の同一性」を、「起訴状に書かれた公訴事実（訴因）を基準にこれを変更するのが妥当な範囲、したがって一事不再理の働く範囲はどの程度が妥当かという機能概念（相関概念）⁽¹⁵⁾」として理解する立場と親和性をもつものとされる。しかし、このような考え方は、「問に対して問で答えているようなもの」⁽¹⁶⁾であるといわざるをえないように思われる。なぜなら、一般に、「一事不再理」の効力が「公訴事実の同一性」の範囲に及ぶものとされる理由は、まさしく、同概念によって「訴因変更の限界」が画されることに求められるのであり、そうであるとすれば、理論的には、後者は前者の「前提問題」として、前者とは別個の理由によって根拠づけられるべきものだからである⁽¹⁷⁾。

実際、これらの問題を「検察官と被告人の間の対立利益の比較考量」の名のもとに同一次元で扱うことは、訴因変更の限界ないし可否という「前提問題」について、その「結論」である一事不再理効の範囲を最初から織り込んで論ずることを意味し、「公訴事実の同一性」の判断に過度に政策的な性格を付与し、また、その内容によっては、同判断を個別事案ごとの裸の「利益考量」に委ねることになりかねず⁽¹⁸⁾、妥当でないというべきであろう。

(3) もっとも、刑法法三二二条一項を当事者の手続的な利益を問題とする規定として理解する立場のなかには、(a) 説以外にも、(b) 「立証過程の論争主義の充実」、あるいは、「審理、訴因審査の充実を図り、被告人に十分な訴因批判を認めて、認定過程の合理性を担保」するという訴因制度導入の理念から、「証明結果の同一性」を重視し、

「前の訴因の構成要件該当『事実』が後の訴因の構成『事実』となるときに、(公訴事実の)単一性・同一性の問題が生じ、一方の証明結果が後者の事実の存在をも立証しようときに、公訴事実が同一であることになる」とする見解¹⁹⁾や、(c)「公訴事実の同一性」判断における「訴因どうしの比較において考慮されるべきことは、……一回の刑事訴訟によって解決を図るべき範囲である」としたうえで、「その場合の考慮要因は少なくないが、訴因の機能からもわかる通り……、基本は訴因を変更しても当初の訴因がもつ告知機能を害することにならないか、被告人の防禦範囲に実質的な差異はないかにおくべきである」とする見解²⁰⁾も提示されている。²¹⁾

これらの見解は、「一事不再理効」の範囲を利益考量の考慮要因として挙げてはならず、その限りにおいては、(a)説に対する上記批判からは免れているということができよう。しかし、これらの見解が、「公訴事実の同一性」判断を、「証明結果」や「防禦範囲」といった、その性質上、具体的な訴訟の進展状況と切り離して論じることのできない手続上の事情に委ねるものであるとすれば、²²⁾訴因変更の可否の判断を過度に不安定なものとするおそれがあるといわなければならない。²³⁾また、とりわけ、(c)説に対しては、刑法三二条四項が、訴因変更により「被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞がある」と認められるときは公判手続の停止に対応することを予定していることも整合性を欠くとの批判²⁴⁾も妥当するものと思われる。

(4) つぎに、②二重処罰回避説を代表するのは、刑法法三二条一項の趣旨を、「一罪の関係にある訴因」および「別訴で同時に有罪とすることが一個の刑罰権に対する二重(多重)処罰の実質を有する訴因」について、それぞれ「一罪に対する二個以上の有罪判決という実体的に見て整合性に欠ける裁判」および「一個の刑罰権しか存在しないところに二個以上の有罪判決が下される」という事態を回避するために、「別訴そのものを許さず、訴因変更による一回的処理を図ること」という「訴訟上の合目的性」に求める見解²⁵⁾である。²⁶⁾

この見解を採用しないし支持する論者によれば、刑法法三二二条一項を支えるのは、「一つの刑罰権については一つの有罪判決が対応してこれを一回だけ具体的に実現すべきであり、実質的な二重処罰状態の発生を防ぐためには、そのような可能性を生じる訴因を別訴で主張すること自体を許さないとすることが、手続の在り方として合理的な方策である」ところ、「そのためには、併存すれば二重処罰の実質を持つような両立し得ない関係にある訴因間においては別訴を許さず、当該訴訟手続において訴因の変更により処理を図ることが要請される」という発想であり、また、同規定が、「この訴訟内での決着を許容し、反面で別訴での処理を認めない趣旨」は、「一つの刑罰権について複数の実体判決が下されることを回避するための確実な仕組みを用意しておくこと」⁽²⁸⁾に求められるものとされる。二重処罰回避説は、このように、刑法法三二二条一項を、当初の訴因との間に「公訴事実の同一性」が認められる訴因による別訴を許さず、訴因変更による一回的処理を図ることに主眼をおく規定として捉えるものということができる。しかし、他方で、このような要請は、それ自体、当初の訴因との間に「公訴事実の同一性」が認められない訴因への変更が許されない理由を何ら提示するものではないことに注意しなければならない。なぜなら、かりに「公訴事実の同一性」を害する訴因変更が許されたとしても、「二重処罰の実質が生じる」おそれほとくに認められないはずであり、その意味で、これを禁ずることは「実質的な二重処罰状態の発生」⁽³⁰⁾の防止には役立たないといふべきだからである。

もっとも、この点に関しては、「一回の刑事手続により一度だけ処罰すれば足りる」という意味で両立しえない関係にある訴因の間では当該訴訟手続内で訴因の変更を認め、同時に訴追処理をはからなければならない」が、「他方、複数の有罪判決が併存しても二重処罰にならない関係にある事実に対する刑罰権の実現は、別訴に拠らなければならない」のであり、「こうすることにより、手続の安定と実体法の具体的適用実現という刑事手続の目的が、

適切に遂行されることになる」との説明³¹⁾もないわけではない。そして、この「手続の安定」の要請については、「一個の訴訟手続において一回処罰すれば足りる関係にある事実の主張を超えた訴因変更を許せば、本来別個の刑事手続によるべき刑罰権の実現過程に混乱が生じ、手続の安定が著しく害されるので、このような訴因の変更は許されない³²⁾」と説明されるが、その具体的内容はかならずしも明らかではなく、いづれにしても、「二重処罰の実質が生ずるのを回避する」要請とは異なる別個の要請として位置づけられているようである。

しかしながら、刑法法三二条一項は、「裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならぬ」と定めるのであるから、その文言からしても、訴因の変更可能性を認める一方で、その範囲を、「公訴事実の同一性を害しない限度」に留める旨の規定として理解するのが素直であり（逆に、その文言からは、当初の訴因との間に「公訴事実の同一性」が認められる訴因による別訴を許さず、あるいは、そのような訴因については訴因変更により一回的処理を図る旨の要請を同規定に直接読み込むのは無理があるように思われる）、その意味で、同規定が「公訴事実の同一性」概念を援用するにあたっては、むしろ、それを「害する」訴因変更を禁止することに主眼が置かれているというべきではないか。

そうであるとすれば、同規定の趣旨説明としては、——当初の訴因との間に「公訴事実の同一性」が認められる訴因について、「別訴そのものを許さず、訴因変更による一回的処理を図ること」が要請される理由ではなく——まさしく、「一個の訴訟手続において一回処罰すれば足りる関係にある事実の主張を超えた訴因」による刑罰権の実現が、なぜ「本来別個の刑事手続」によってなされるべきであるのか、その理由こそが提示されなければならぬというべきであろう。他方、現行法上、当初の訴因との間に「公訴事実の同一性」が認められる事実による訴追

について、別訴ではなく、訴因変更によって対処することが要請されるとすれば、それは、直接には、刑訴法三二二条一項によってではなく、むしろ、二重（多重）起訴禁止（あるいは、刑訴法三三八条三号および三三九条一項五号）の反射的效果として理解されるべきではないか。

(5) 以上、①手続的利益考量量と②二重処罰回避説の内容を検討してきたが、この二つの見解は、その具体的な主張内容を異にしているものの、共通の問題関心を出発点としており、右に指摘したような両見解の問題点は、まさしく、この両見解が共有する問題関心に起因するものであるように思われる。それは、すなわち、いわゆる「審判対象論」における訴因対象説を前提として、「公訴事実の同一性」を訴因変更の「限界」を画する「機能概念」として理解したうえで、その判断基準を、同概念に一事不再理ないし二重起訴禁止の効力の範囲を画するという他の手続的機能が認められる理由と整合するかたちで提示しようという問題関心である³³。

その結果、両見解は、訴因変更の「限界」ないし「可否」を、「公訴」それ自体の問題というよりも、むしろ、一事不再理や二重処罰の禁止といった、本来的には「裁判」の問題として扱われるべき問題と関連つけて論ずることとなっているが、このことは、これら二つの見解が、訴因変更の「限界」ないし「可否」を、基本的に、「審判対象論」の問題として扱い、したがって、「公訴事実の同一性」の問題を、まさしく、「審判対象の同一性」の問題として理解してきたことに起因するものと考えられる。

しかしながら、「公訴事実の同一性」は、その文言からしても、また、その内容からしても、第一義的には、「審判の対象」というよりも、むしろ、「公訴の対象」の問題として捉えるべきではなからうか。たしかに、訴因変更の「限界」は「審判の対象」の限界でもありうるが、それは、まさしく、訴因制度のもとで「審判」の範囲が「公訴」の範囲に限定される結果であるというべきではないか。そうであるとすれば、訴因変更の「限界」ないし「可

「否」については、「審判対象論」の問題として扱う以前に、まずは、「公訴対象論」——あるいは、「公訴」の効力の物的範囲——の問題として検討すべきではなからうか。

次節においては、以上のような問題関心から、訴因変更の「限界」ないし「可否」の問題といわゆる「審判対象論」の関連性について改めて検討をくわえつつ、刑法法三一二条一項の趣旨説明を再構成してみることにしたい。

(14) 平野・前掲註(8)一三九頁。そのほか、能勢弘之『刑事訴訟法、二五講』(青林書院、一九八七年)九七頁以下、松尾・前掲註(1)二六四頁以下、小田中聰樹『ゼミナル刑事訴訟法(上)——争点編』(有斐閣、一九八七年)一三〇頁、中山隆夫「訴因——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続上』(筑摩書房、一九八八年)二〇三頁等。

(15) 田宮裕『刑事訴訟法Ⅰ——捜査・公訴の現代的展開』(有斐閣、一九七五年)六〇六頁。

(16) 田宮裕『刑事訴訟法入門』(有信堂高文社、三訂版、一九八二年)一五一頁。

(17) この点、田宮・前掲(15)六〇六頁は、「公訴事実の同一性」は、「どの範囲で訴因変更を許し、一回の訴訟で事件を解決し、一事不再理の効力の発生を許すのが合理的か、という合目的的判断」であり、「具体的事情を総合評価するところの、バランスング・テストによる利益考量を本質とする」ものであるとしつつ、「これでは問に対して問で答えているに等しく、トートロジーに墮するおそれがある」として、「訴因変更を法が許した根拠」を「一個の刑罰関心に対しては、法は一回の訴訟を留意した」ことに求める。

(18) たとえば、能勢・前掲註(14)一〇一頁は、「公訴事実の同一性」の判断は、「訴因変更の許容によって、その処罰の債務名義をもちうる検察官の利益と、その処罰だけでけりをつけてもらいうる被告人の利益との較量という、結局は訴訟上の利益の個別的・具体的比較考量を本質とする」としており、また、中山・前掲註(14)二〇三頁は、「訴因変更をどの範囲で認めるかは、社会的に生じたある犯罪事実について一回の刑事訴訟でどこまで解決するのが妥当かという、優れて実践的な問題であり、政策的考慮も必要である(傍点引用者)」と指摘する。なお、上口裕「公訴事実の同一性——鈴木茂嗣教授の批判に接して」法律時報七四卷一〇号(二〇〇二年)六九頁は、「平野説」について、同説が提示する「公訴事実の同一性」の判断基準の実質的内容からすれば、「実体的な評価という観点が……背景をなしていると解される」

とするが、そうであるとすれば、この見解に関しては、「実体的な評価」という観点」と刑法法三二二条一項の趣旨説明の間の関連性が問われなければならないというべきであろう。

(19) 澤美東洋『刑事訴訟法要諦』（中央大学出版部、一九七四年）二六四頁、二七二頁。そのほか、鈴木・前掲註(2)二二四頁も、「訴因変更の限界基準」として、「犯罪の法的評価に着目した訴因変更の限界基準」のほかに、「犯罪の事実認定面に着目した訴因変更の限界基準」をも考えることができるとしたうえで、前者を「刑罰関心の同一性・単一性」に、後者を「二つの犯罪事実の立証に当たり問題となる証拠の共通性」に求める。そして、「刑罰関心の同一性・単一性が認められない場合にも、二つの犯罪事実の立証に当たり問題となる証拠の共通性が高い場合には、訴訟経済からいっても当事者の便宜からいっても、それらの相互利用を認めて手続上一回の処理するのが相当である」とする。

(20) 三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、二〇〇三年）二二三頁。

(21) そのほか、旧刑法下における学説であるが、島方武夫「刑事訴訟法に於ける事実の同一性（一・完）」法曹會雜誌一六卷一〇号（一九三三年）七七頁以下は、「訴訟法の事実の同一性」は、「基本たる社会現象の同一性によって決定される」としたうえで、その「社会現象の同一性」は、訴訟関係人の利益の較量に基づいて目的論的に決定されるべきであるところ、「原告官たる検事の利益は可及的迅速且経済的に刑罰請求権を実現することに存し、被告人の利益は訴訟手続の發展過程に於て不当に防禦権を侵害されないことに存する」から、「同一訴訟手続に於て広く訴の変更を認め、速かに科刑権を実現するは、訴訟経済なる国家的目的に合致するわけであるが、之が為に不当に被告人の防禦権を侵害してはならぬ」としていた。

(22) もっとも、三井・前掲註(20)二三三頁は、「防禦範囲が同一か否かの判断は、旧訴因における主張・証拠提出はどのような内容であったか等、個々の訴訟の具体的進展を考慮しておこなうのではなく、あくまでも類型的・抽象的な基準でなされるものである」とする。しかし、ここにいう「類型的・抽象的な基準」の具体的内容はかならずしも明らかではない。

(23) 鈴木・前掲註(2)二二五頁は、これにくわえて、「たとえ被告人の防禦権への配慮から訴因変更の許容性を限定したとしても、その犯罪事実について別に追起訴がなされうるのであれば、結局、訴因変更を許すのと大差ないことになる」として、「利益衡量説的見解」を批判する。

- (24) 鈴木・前掲註(2) 二二五頁。
- (25) 大澤裕「公訴事実の同一性と単一性(上)」法学教室二七〇号(二〇〇三年) 六〇頁。
- (26) なお、このような考え方の原型は、刑訴法三一二条一項により、訴因の変更が「公訴事実の同一性がある範囲内で許されている」ことについて、「明らかに、同一事件に属する二つの訴因を別訴で訴追することが二重起訴の禁止に触れることに対応する制度」であると指摘する見解(香城敏磨「訴因制度の構造」同『刑事訴訟法の構造』(信山社、二〇〇五年) 二六四頁)や、「公訴提起は一罪ごと一訴因を提示して行われる。訴因変更制度のもとでは、検察官の主張である訴因が変化する場合、これが同一の一罪に関する主張の変化にすぎないならば、旧訴因によって開始された手続において新訴因を審判してよい。新旧訴因の違いが『同一事件に関する主張の違い』にすぎないならば、旧訴因で開始された手続によって新訴因を審判することが合理的だからである。したがって、『同一事件に関する異なる主張』にすぎないという新旧訴因の同質性が、公訴事実の同一性の判断基準である」としたうえで、この「二罪性」の意味を、「新旧訴因でそれぞれ処罰することが端的に二重処罰になる」ことに求める見解(上口裕「公訴事実の同一性」光藤景皎先生古稀祝賀論文集編集委員会編『光藤景皎先生古稀祝賀論文集 上巻』(成文堂、二〇〇一年) 三七九頁以下)にも見られたところである。
- (27) 酒巻・前掲註(10) 六四頁。
- (28) 長沼=池田・前掲註(12) 一〇二頁〔長沼発言〕。
- (29) たとえば、(2)説によっても「公訴事実の同一性」が認められないとされる(併合罪関係にあるA罪とB罪について、仮にA罪の訴因へのB罪の訴因の「追加」、あるいは、A罪の訴因からB罪の訴因への「変更」を認めたとしても、とくに「一個の刑罰権しか存在しないところに二個以上の有罪判決が下される」おそれは生じないというべきであろう。
- (30) 酒巻・前掲註(10) 六五頁。
- (31) 酒巻・前掲註(10) 六五頁。
- (32) 酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因(3)」法学教室三〇〇号(二〇〇五年) 一二二頁。
- (33) たとえば、(2)説を採る酒巻・前掲註(10) 六四頁は、「法が訴因変更に限界を設定している趣旨・目的は何か。この制度趣旨を検討することにより、そこから『公訴事実の同一性』という訴因変更の限界を画すと共に、「二重起訴の禁止と一事不再理の効力が及ぶ範囲を画する法概念の意味内容を統一的・整合的に説明することができるであろう」とする。