

Title	訴因の特定における「他の犯罪事実との区別可能性」の意義について（一）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2016, 65(6), p. 1-24
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/75473
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

訴因の特定における「他の犯罪事実との区別可能性」 の意義について（一）

松 田 岳 士

一 はじめに

(1) 刑事訴訟法二五六条は、起訴状には、「被告人の氏名その他被告人を特定するに足りる事項」、「公訴事実」および「罪名」を記載しなければならないとし（二項）、このうち、「公訴事実」については、「訴因を明示して」記載しなければならないと定め、また、その訴因は、「できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定して明示しなければならない」と定める（三項）。この「公訴事実」の記載方法をめぐっては、従来、訴因の明示ないし特定の名のもとに議論が展開されてきた。

(2) この訴因の明示・特定の問題に関しては、一般に、「訴因には、犯罪事実を他の犯罪事実と区別できる程度に記載することを要し、かつそれをもって足りる」とする「識別説」と、「他の犯罪事実と区別できているというだけでは足りず、被告人の防御権の行使に十分な程度の記載がなされなければならない」とする「防御権説」が対

立し、実務においては、「識別説」による運用が定着しているとされる。⁽¹⁾しかしながら、いずれの見解に立つにせよ、「他の犯罪事実と区別できる」ことが、訴因の明示・特定があるというための不可欠ないし最低限の要請とされることについては、争いはないといってよい。

にもかかわらず、この「他の犯罪事実と区別できる」ということが、具体的に何を意味するのにかについては、従来の学説において、これを正面から定義し、あるいは説明する試みがなされてきたとは言い難く、いまだ不明確な点も少なくない。

とりわけ、ここにいう「区別（識別）」が、何からの「区別（識別）」を問題とするものであるか——言い換えれば、ここにいう「犯罪事実」とは何か——については、「他の犯罪事実との区別（識別）」のほか、「他の犯行との区別（識別）」、「他の訴因との区別（識別）」といった様々な表現がとられてきたのであり、⁽⁴⁾その代表例である「他の犯罪事実との区別（識別）」という表現についても、たとえば、「『被告人の犯罪行為により特定の人（A）が死亡した』という事実を示した場合、人が死亡するのは一度きりであるから、ここでは『他の事実との区別』の点は問題とならない」としても、「かかる事象について、特定の者（被告人）に対する刑罰権の発動を求めるためには、それがどの特定の構成要件の問題なのか（例えば殺人罪）がわかるように示さなければならぬことは当然」であり、「さもなくば、『他の犯罪事実との区別』はなされていないともいえよう」との指摘があることからわかる通り、⁽⁵⁾そこには、複数の意味が含まれると解する余地があった。⁽⁶⁾

「他の犯罪事実との区別」概念のこのような曖昧さは、通説とされる「識別説」の内容の不明確さとも無関係ではないように思われる。⁽⁷⁾すなわち、「識別説」の内容については、主として、①「訴因には、犯罪事実を他の犯罪事実と区別できる程度に記載することを要し、かつそれをもって足りる」とする見解であるとの説明のほか、②

「訴因……が特定しているといえるためには、……被告人の行為が当該犯罪の構成要件に該当するものであると認識することができる、他の犯罪事実と区別できる程度に特定されている必要がある」とする見解であるとの説明や、③訴因の特定・明示があつたか否かの判断に当たり、（防御権説が「訴因の防御機能を重視する」のに対して）「訴因の区別機能を基準とする」ものであるとする説明等がなされているが、これらの説明の間に認められる差異は、必ずしも形式的なものにとどまらないように思われる。

すなわち、「識別説」とは、①の説明によれば、訴因の特定・明示のあり方を論じる上で「他の犯罪事実と区別できる程度に特定されているかどうか」という点を問題とするものであるのに対して、②の説明によれば、これに加えて、「被告人の行為がどの構成要件に該当するかを判定できるかどうかという点」も、訴因が特定しているといえるための判断基準とするものであることとなる⁽¹¹⁾。また、③の説明のもとでは、「訴因の区別機能」の具体的内容をどのように理解するかによって、その主張内容に差異が生じうることになり、ここでも、「他の事実との識別」と「他の犯罪事実との識別」が明確に区別されてはいないのである⁽¹²⁾。

(3) このような「他の犯罪事実との区別可能性」概念の多義性は、かりにそこに含まれる複数の意味内容が、訴因の特定・明示のためにそれが要請される根拠という観点からみて同質のものであり、したがって、とくに区別する必要のないものであるとすれば、敢えて問題とするには及ばないといえよう⁽¹³⁾。

しかしながら、最近では、たとえば、「訴因が特定されているか否かという問題には、他の犯罪事実との識別ができているか否かだけには還元できない問題が含まれている」との指摘⁽¹⁴⁾、あるいは、「ただ『他の犯罪事実と識別できる』といういわば消極的な画定の仕方だけで、裁判所に対して審判の対象を必要十分に示し得たといえるかは疑問」であり、「審判対象を示すということと、他の犯罪事実と区別できる形で訴因を明示するということとは、

(重なり合うものの) 同延ではなく、前者は時に後者を超える特定の要請をもたらず」として、「他の犯罪事実との区別可能性」と、「それを超える要請」——具体的には、「より積極的に刑罰権発生事由たる事実的および法律的根拠を示すこと」——を区別して論ずべきであるとの指摘がなされるに至っている⁽¹⁶⁾。

これらの指摘は、「言葉の純粹な意味における『識別』⁽¹⁷⁾を可能とするという要請と、「他の犯罪事実との識別」を含む)「それを超える要請」は、訴因を特定・明示することの目的または機能の見地からみて質的に異なる「別個の問題」であるとの認識に基づくものと考えられるが、⁽¹⁸⁾そうであるとすれば、これ以上の議論の混乱を招かないためにも、「他の犯罪事実との区別」の語については、「他の事実との識別」、すなわち、「言葉の純粹な意味における『識別』」の意味に限定して用いるのが妥当であるように思われる(以下、本稿においても、「他の犯罪事実との区別」の語は、この意味で用いることにする⁽¹⁹⁾)。

このことは、単に講学上の便宜に資するというだけでなく、判例の立場を論ずるに当たっても同様に妥当するものと思われる。実際、訴因の特定・明示に関する従来の最高裁判例についても、「識別の要請が満たされていることから直ちに訴因の特定に欠けるところがないという結論を導いているかといえ、⁽²⁰⁾そうではないようにも見える」との指摘があったところであり、さらに、最高裁判所は、最決平成二六年三月一七日刑集六八卷三三三六八頁(以下、「平成二六年決定」という)において、当該事案における傷害罪の公訴事実の記載に関して、「他の犯罪事実との区別が可能であり、また、それが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされている」ことを理由に、「訴因の特定に欠けるところはないというべきである」と判示したが、⁽²¹⁾ここでも、「訴因の特定」において、「他の犯罪事実との区別」が可能であることと、「特定の」構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかに」することが、意識的に区別されているようにも思われるか

らである。⁽²¹⁾

(4) もつとも、訴因の特定・明示において「他の犯罪事実との区別可能性」と「それを超える要請」を区別すべきである旨主張する右の諸学説においては、その主眼が、後者の「それを超える要請」の具体的内容を検討することに置かれており、もう一つの要請である「他の犯罪事実との区別を可能とすること」が具体的にどのようなことを意味するのか、あるいは、この要請には、訴因の特定・明示の目的ないし機能との関係でどのような意義が認められるかといった点については、正面からこれを検討の対象としているわけではない。

しかしながら、後述のとおり、「他の犯罪事実との区別可能性」確保の要請については、これを「言葉の純粋な意味における『識別』」可能性の意味に限定して用いるとしてもなお、その内容に不明確なところが残されているように思われ、この点を明らかにすることは、訴因の特定・明示において不可欠ないし最低限の要請とされる「他の犯罪事実との区別可能性」確保の意義それ自体を明らかにするためだけでなく、この要請と上記の諸学説が指摘する「それを超える要請」を区別する意義が何処にあるのか、あるいは、両要請の間にはいかなる関係が認められるのかを解明し、さらには、訴因の特定・明示の問題と訴因変更に関する諸問題の関係を整理し直すためにも重要な意味をもつものと考えられる。

(5) そこで、本稿においては、訴因の特定において「他の犯罪事実からの区別を可能にする」要請の具体的内容について、従来の判例および学説がこれのように理解してきたかを改めて検討し直すとともに、このことが、訴因の特定にとって不可欠ないし最低限の要請とされる実質的根拠について改めて考察し、さらには、これを前提として、訴因の特定・明示の目的ないし機能との関係において、あるいは、訴因の変更に関する諸問題との関係において、「他の犯罪事実からの区別を可能にする」ことと「それを超える要請」に、それぞれいかなる意味が認め

られるのかについて、検討を加えることにしたい。

(1) 中山隆夫「訴因の特定」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（悠々社、二〇〇二年）一八六頁。なお、渥美東洋「訴因の特定・明示の意味」研修四四五号（一九八五年）三頁は、「従来の民事訴訟における訴訟物の特定をめぐる議論の強い影響を受けて、わが国では、当初から、訴因の特定とは、別の訴因との区別・識別に力点を置く見解を中心に問題が検討されてきた傾向があった」という。

(2) 渥美・前掲注(1)三頁。

(3) 松本一郎『事例式演習教室刑事訴訟法』（勁草書房、一九八七年）七五頁、臼井滋夫『注釈刑事訴訟法第三卷』（伊藤栄樹ほか編）（立花書房、新版、一九九六年）四六三頁、後掲の最高裁平成一四年決定に関する井上和治「判評」ジュリスト一二九号（二〇〇五年）一七七頁以下。

(4) そのほか、「同種の事件との識別」との表現を用いるものとして、後掲の最高裁平成一七年決定に関する渡辺修「判評」刑事法ジャーナル四号（二〇〇六年）一一三頁がある。

(5) 堀江慎司「訴因の明示・特定について」研修七三七号（二〇〇九年）六頁。

(6) この意味では、とりわけ「他の訴因との区別（識別）」という表現には問題が多いといえよう。この点について、たとえば、石丸俊彦『刑事訴訟法』（成文堂、一九九二年）一八六頁は、訴因特定の程度は、「他の訴因と区別できる、独立の特別構成要件を充足する具体的事実の記載でなければならない」とするが、ここでは、「区別」の語が、「他の事実との区別」だけでなく、「他の犯罪事実との区別」の意義でも用いられているものと考えられる。

(7) 石井一正『刑事訴訟の諸問題』（判例タイムズ社、二〇一四年）二二三頁も、「識別説」の内容について、「これを『他の犯罪事実と区別する要素が訴因の特定に不可欠な事項』と解しても、訴因の特定にこれさえあれば十分であるとは言い難い」ことを理由に、「判然としない」と指摘する。

(8) 中山・前掲注(1)一八六頁、川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル六号（二〇〇七年）一一二頁。

(9) 後掲最高裁平成一四年決定に関する平木正洋「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成一四年度）』（法曹会、二〇〇五年）一四九頁。この点については、そのほか、稗田雅洋「訴因の特定」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』（有斐

闊、二〇一五年）一一七頁参照。

(10) 田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、第六版、二〇二二年）二〇九頁。

(11) 平木・前掲注(9)一四九頁。

(12) このことは、いわゆる「識別説」と「防御権説」の対立が、主として、共謀共同正犯の訴因における共謀の事実に関する事実について、「共謀のうえ」との記載で足りるか否かという点をめぐるのであったことも無関係ではなからう。すなわち、この問題について、「識別説」は、「他の共謀者による実行行為が日時、場所、方法等によって特定している」ならば、「共謀の日時、場所、内容等が記載されていなくとも、訴因は全体として他の犯罪事実から識別・特定されており、明示に欠けるところはない」としたが（小林充「共謀と訴因」大阪刑事実務研究会『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、一九八九年）三〇頁、ここでは、当該訴因の記載から「被告人の行為が当該犯罪の構成要件に該当するものであると認識することができる」ことが当然の前提とされていたように思われるからである（石井・前掲注(7)七一頁参照）。なお、中山・前掲注(1)一八六頁は、「識別説」は、共謀共同正犯における訴因の特定に関する論争の過程で「他の事実との識別をいささか強調しすぎたらしい」があると指摘する。

(13) この点に関して、加藤克佳「訴因の特定」法学教室三六四号（二〇一一年）一七頁は、「他の犯罪事実との識別」の語を「およそ社会的事実の中から審判対象を括り出すという意味の識別と解する」なら、「被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかを判定するに足りる程度に具体的なものではない」という要請と「他の犯罪事実との区別」を必ずしも厳密に区別する必要はなからうとする。

(14) 川出敏裕「訴因の構造と機能」法曹時報六六卷一号（二〇一四年）八頁。

(15) 堀江・前掲注(5)五頁以下。

(16) そのほか、井上・前掲注(3)一七七頁は、「従来の判例が『識別可能性』を『審判対象の限定』の主たる判断基準としてきたこと自体に異論はないとしても、その更なる前提として、そもそも訴因において特定の構成要件に該当する具体的事実が記載されていることが求められており、かような条件の不充足を理由に訴因の特定が否定される場合もある、という二重の構造が明確に認識されるべきであろう（傍点引用者）」とし、また、後掲の最高裁判平成一七年決定に関する大澤裕「判評」ジュリスト一三五八号（二〇〇八年）一八四頁も、訴因の特定・明示においては、「一定限度の識別の要請

とは別の観点から、さらに、訴因における事実の具体性が要求されることがないかが問題となる」とした上で、「一定の事実については、識別の要請を越えて、証拠に基づきできるだけ限り具体的に特定することが求められる」とする。

(17) 堀江・前掲注(5)七頁。

(18) 井上・前掲注(3)一七七頁。また、川出・前掲注(14)一四頁も、「従来、訴因の特定の有無というかたちで論じられてきた問題の中には、この二つの異なる問題が含まれており、これまでは、それが明確に意識されなままに議論がなされてきた」が、両者は「別個の要請」であるとす。

(19) また、「他の犯罪事実と区別できる程度に特定されているかどうか」という点だけでなく、「被告人の行為がどの構成要件に該当するかを判定できるかどうかという点」をも訴因が特定しているといえるための判断基準とする見解を「識別説」と呼ぶことの妥当性にも、疑念が提示されえよう。石井・前掲注(7)二三四頁は、「この考え方の呼称としては、識別という言葉を使用しないで、これもよく使われている『特定説』という呼称の方が実体に沿っている」と指摘する。

(20) 大澤・前掲注(16)一八四頁。

(21) 最高裁判平成二六年決定に関する宮木康博「判評」『平成二六年度重要判例解説』(有斐閣、二〇一五年)一八五頁。そのほか、同決定に関する評釈類として、中島宏「判評」法学セミナー七二四号(二〇一四年)二三四頁、西山卓爾「判評」研修八〇〇号(二〇一五年)七七頁、吉川崇「判評」警察学論集六八巻三号(二〇一五年)一七七頁、岡田志乃布「判評」捜査研究七七六号(二〇一五年)二頁等があり、これらにおいても、同判例は、「他の犯罪事実との区別」が可能であることと、特定の「構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかに」することを区別して扱っているものとされる。

(22) 「他の犯罪事実との区別」を超える要請の具体的内容をめぐる議論については、そのほか、伊藤博路「訴因の特定に関する一考察」名城ロースクール・レビュー一八号(二〇一〇年)一頁、堀江慎司「訴因の明示・特定について——再論」研修七九三号(二〇一四年)三頁、三明翔「訴因の特定と訴因変更の要否」日本法学八〇巻一号(二〇一四年)一九七頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(有斐閣、第二版、二〇一五年)一九〇頁等を参照。

二 「他の犯罪事実からの区別可能性」の意義

(1) 上述のとおり、「他の犯罪事実との区別」を可能とすることは、訴因の特定・明示のために不可欠ないし最低限の要請とされてきた。にもかかわらず、多くの学説においては、——同概念の内容については、暗黙の了解があり、これ以上具体的な定義は不要であると考えられたためか——その一般的な内容・意義について正面から論及されることはほとんどなく、類型的にどのような場合にこの要請が充たされることになるかについての例をもとにその結論が示されるにとどまっていた。

とくに最近では、「他の犯罪事実からの区別可能性」の意味を説明するにあたって、殺人（既遂）や傷害致死等の「人を死亡させた犯罪」の訴因の特定方法の例が挙げられることが少なくない。すなわち、この類型の犯罪については、「人の死亡は一回しかありえない以上、被害者さえ特定されていれば、他の犯罪事実との識別という点では問題は生じない」⁽²³⁾、あるいは、「『被告人の犯罪行為により特定の人（A）が死亡した』という事実を示した場合、人が死亡するのは一度きりであるから、ここでは『他の事実との識別』の点は問題にならない」⁽²⁴⁾とされるのである。⁽²⁵⁾

このような説明は、また、最決平成一四年七月一八日刑集五六卷六号三〇七頁（以下、「平成一四年決定」という）が、「被告人は、単独又は甲及び乙と共謀の上、平成九年九月三〇日午後八時三〇分ころ、福岡市中央区所在のビジネス旅館A二階七号室において、被害者に対し、その頭部等に手段不明の暴行を加え、頭蓋冠、頭蓋底骨折等の傷害を負わせ、よって、そのころ、同所において、頭蓋冠、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの傷害により死亡させた」とする傷害致死の公訴事実の記載について、「暴行態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的なものであるにとどまる」ことを認めつつも、「検察官において、当時の証拠に基づき、できる限り日時、場所、

方法等をもって傷害致死の罪となるべき事実を特定して訴因を明示したものと認められるから、訴因の特定に欠けるところはないといふべきである」との判断を示した根拠の一つとしても援用されることがある。

すなわち、傷害致死の訴因については、暴行態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的なものであるとしても、被害者さえ特定されていれば、「被害者の死亡という事実是一回限りのものである以上、…他の犯罪事実との區別が問題になることはない」⁽²⁶⁾、あるいは、「人の死亡は一回しかありえない以上、特定の被害者が暴行を受けて死亡したという事実は、理論上一回しかないから、識別説に立つ以上は、被害者さえ特定できれば訴因の特定に欠けることはない」⁽²⁷⁾のであり、本決定が、本件訴因について「特定に欠けるところはない」という判断を行った前提にも、そのような認識があつたのではないかと指摘されるのである。⁽²⁸⁾

しかしながら、被害者を特定することによる「人を死亡させた罪」の「他の犯罪事実との區別可能性」の確保は、「人の死亡は一回しかありえない」ということから事実的かつ論理的に、したがって、理論上想定しうる他のすべての犯罪事実との関係において実現されるという点で特殊な例であるといえ、このことから、他の類型の犯罪も含めたこの問題一般についての学説の理解をうかがい知ることは困難である。

(2) もっとも、学説のなかには、少数ながら、「他の犯罪事実との區別可能性」について、一定の定義を示したものとみられるものもないわけではない。

たとえば、最近の学説のなかには、①「他の犯罪事実との區別可能性」について、「両立しうる複数の犯罪事実が存在すると仮定した場合に、訴因において、そのうちの一つの事実を、他の事実とは區別できる形で特定して起訴しているかということの問題とするもの」であるとした上で、これを、「並立しうる複数の犯罪事実を仮定した場合に、そのうちのどの事実を起訴したのが判別できるといふこと」と定義するものがある。⁽²⁹⁾

しかし、これに対しては、従前より、②「訴因は、検察官が訴追しようとする犯罪事実を記載したものであるから、いかなる犯罪が訴追の対象とされているかはもとより明らかでなければならぬが、その意味での訴追対象事実の特定性の程度と、類似の犯罪事実が併せて訴追されたときにこれと区別するため要求される特定性の程度には、自ずから差異があり」、「後の意味での特定性は、区別をすべき二個の犯罪事実が訴追の対象となり、又は立証過程に表われてきたときに初めて問題となるのであり、そのことと離れて抽象的に問題となるわけではない」との指摘もあり、ここで想定されている「区別」は、①説のいう「区別」とは若干意味合いを異にするものと解される。

すなわち、かりに「他の犯罪事実との区別」の意義が、②説がいうように、一定の具体的な犯罪事実が別個の訴追の対象となり、あるいは、立証過程に表われてくるなどした場合に、これと当該公訴の対象とされている犯罪事実を区別することに求められるとすれば、³²⁾それは、複数の具体的事実の間の異同を問題とするものであると考えられる。より具体的には、それは、比較の対象とされる具体的な犯罪事実を念頭において、それが、公訴の対象とされた犯罪事実と同じものであるといえるか、それとも異なるものというべきかを消極的に判断することを意味するにとどまり、より一般的に、「両立しうる複数の犯罪事実が存在すると仮定した」場合に「そのうちのどの事実を起訴したのか」を積極的に判断することまでを意味するものではないということになるように思われる。

さらに、「他の犯罪事実との区別」が、このように、別個の訴追の対象となり、あるいは、立証過程に表われてきた犯罪事実と、当該公訴の対象とされている犯罪事実が同じものであるか、それとも異なるものであるかの判断を問題とするものであるとすれば、その判断は、両事実が、同一被告人に対する訴追の対象事実として両立・並存しうるか否かの判断と重なることになると思われる。なぜなら、両犯罪事実が同一のものであれば、両者は訴追の対象事実として両立しえないはずであり、反対に、異なるのであれば両立しうるはずだからである。そうであると

すれば、①の定義に関しては、「他の犯罪事実との区別可能性」が認められるか否かの判断に先立って「両立しうる複数の犯罪事実が存在すると仮定」すること、あるいは、「他の犯罪事実との区別」が問題となる場面を予め「両立しうる複数の犯罪事実が存在すると仮定した場合」に限定することに意味があるかという問題も指摘されるように思われる。

(3) このような「他の犯罪事実との区別可能性」の具体的意味に関する理解の差異は、最大判昭和三十七年一月二八日刑集一六卷一六三三頁（以下、「昭和三十七年大法院判決」という）および最決昭和五十六年四月二五日刑集三五卷三三頁一六頁（以下、「昭和五十六年決定」という）、あるいは、この二つの判例において扱われたのと同様の事案における訴因の特定のある方をめぐる議論の背景にも存在していたものと考えられる。

このうち、昭和三十七年大法院判決は、いわゆる「白山丸事件」に関する判例であり、「被告人は、昭和二十七年四月頃より同三三年六月下旬までの間に、有効な旅券に出国の証印を受けないで、本邦より本邦外の地域たる中国に出国したものである」とする当時の出入国管理令六〇条違反の罪（密出国罪）の訴因について、「犯罪の日時を表示するに六年余の期間内とし、場所を単に本邦よりとし、その方法につき具体的な表示をしていないこと」を認めつつも、刑訴二五六条三項には違反しないとの判断を示したものである。

このような結論を導くにあたり、同判決は、まず、「刑訴二五六条三項において、公訴事實は訴因を明示してこれを記載しなければならない、訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事實を特定してこれをしなければならないと規定する所以のものは、裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防禦の範囲を示すことを目的とするものと解されるところ、犯罪の日時、場所及び方法は、これら事項が、犯罪を構成する要素になつている場合を除き、本来は、罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する

一手段として、できる限り具体的に表示すべきことを要請されているのであるから、犯罪の種類、性質等の如何により、これを詳らかにすることができない特殊事情がある場合には、前記法の目的を害さないかぎりの幅のある表示をしても、その一事のみを以て、罪となるべき事実を特定しない違法があるということはできない」との一般論を示したうえで、本件具体的事案については、「検察官は、本件第一審第一回公判における冒頭陳述において、証拠により証明すべき事実として、(一)昭和三十三年七月八日被告人は中国から白山丸に乗船し、同月一三日本邦に帰国した事実、(二)同二七年四月頃まで被告人は水俣市に居住していたが、その後所在が分らなくなった事実及び(三)被告人は出国の証印を受けていなかった事実を挙げており、これによれば検察官は、被告人が昭和二七年四月頃までは本邦に在住していたが、その後所在不明となつてから、日時は詳らかでないが中国に向けて不法に出国し、引き続いて本邦外にあり、同三三年七月八日白山丸に乗船して帰国したものであるとして、右不法出国の事実を起訴したものとみるべきである」とし、「本件密出国のように、本邦をひそかに出国してわが国と未だ国交を回復せず、外交関係を維持していない国に赴いた場合は、その出国の具体的顛末についてこれを確認することが極めて困難であつて、まさに上述の特殊事情のある場合に当るものというべく、たとえその出国の日時、場所及び方法を詳しく具体的に表示しなくても、起訴状及び右第一審第一回公判の冒頭陳述によつて本件公訴が裁判所に対し審判を求めようとする対象は、おのずから明らかであり、被告人の防禦の範囲もおのずから限定されているというべきであるから、被告人の防禦に実質的の障碍を与えるおそれはない」との判断を示した。

本件公訴事実の記載における訴因の特定をめぐつては、学説上、①「起訴状表示の期間内における密出国が一回であり、二回以上であるかもしれないという疑いのないかぎり訴因の特定性を具備したものと見える」とする説明⁽³³⁾や、②「特定された帰国に対応する出国行為を起訴したものと解すべきであるから、訴因の特定がある」とする説

明が示されているが、これらが、本件のような公訴事実の記載に訴因の特定があるか否かという問題を、他の犯罪事実との区別が可能であるか否かという観点から論じるものであることは明らかである⁽³⁵⁾。

もつとも、①説と②説とでは、それらが前提とする「他の犯罪事実との区別可能性」の具体的内容についての理解に差異があると解する余地があるように思われる。なぜなら、①説は、比較の対象とされる具体的な犯罪事実を念頭において、これと公訴の対象とされている犯罪事実が同じものであるか否かの判別可能性を問題とするものであるのに対して、②説においては、より積極的に、「幅のある期間内におけるどの密出国行為を起訴したのかということが問題とされて」⁽³⁶⁾いるようにも思われるからである。

他方、昭和五六年決定は、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和五四年九月二六日ころから同年一〇月三日までの間、広島県高田郡吉田町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もつて覚せい剤を使用したものである」とする公訴事実の記載について、「日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないといふべきである」と判示したものである。

同決定が扱った事案あるいはそれと同様の事案における公訴事実の記載について「訴因の特定に欠けるところはない」とされる理由についても、学説上、③「他の事実との区別は、審理の過程において、二回以上使用したことが具体的に明らかになった場合……に行うことにならざるを得ないし、またそれで足りる」とする説明や、④検察官が冒頭陳述又は釈明の段階において「訴因として表示した期間内に二回以上の使用があったとすれば、そのうち尿の提出時に最も近い一回を起訴した趣旨である」旨陳述したことを考慮し、最終の一回という形で訴因の特定が

なされているとする説明が示されているが、これらの説明も、やはり、「他の犯罪事実との区別を可能とする」ものであるか否かという観点から訴因の特定の有無を問題とするものと考えられる。

しかしながら、ここでも、㉔説と㉕説とでは、「他の犯罪事実との区別可能性」が何を意味するかについて、異なる理解を基礎とするものと解する余地があるように思われる。すなわち、㉔説は、別個に訴追の対象とされた犯罪事実や立証過程に表われてきた犯罪事実がある場合を念頭に置いて、その犯罪事実と公訴の対象とされている犯罪事実の異同を判別することができるか否かを問題とするものと考えられるのに対して、㉕説は、より一般的かつ積極的に、「その期間内に何度も覚せい剤を使用した可能性があり、そのどれを起訴したか」⁽³⁹⁾の判別可能性を問題とするものと考えられるのである。

ところで、一般に、「覚せい剤の使用の場合、一回の使用ごとに一個の使用罪が成立し、数個の使用罪は併合罪の関係にあるとする」実務の取扱いを前提とすれば、昭和五六年決定の事件で問題とされたような日時等の表示に幅のある公訴事実の記載では、「犯行日とされる期間内に数回の使用があることも十分に考えられるのであり、そのいずれを起訴したのが、公訴事実の記載自体からは明らかでないため、他の訴因との区別が明確に識別できる程度に特定されているといえるかが問題となる」とされる⁽⁴⁰⁾。

しかしながら、この場合に、「並立しうる複数の犯罪事実を仮定した場合に、そのうちのどの事実を起訴したのが判別できる」、すなわち、被告人が複数回覚せい剤を使用したと仮定した場合に、そのうちのどの使用の事実を起訴したのが判別できるようになかたちで訴因の特定を求めることは、現実的ではないといふべきであろう。なぜなら、「二回以上の可能性が絶対にならない程度の特定を要求するとすれば、特定の日を表示し、あるいは数時間の幅で表示しても不十分」であり、また、「そもそも、起訴事実と他の犯罪事実との区別ということをいっていても、

他の事実の存在自体が明らかでない場合には、どの程度特定すれば区別できたことになるのか、わからないはず」だからである。また、④説のように「最終の一回」という形で観念的に「どの使用の事実を起訴したのか」が特定されたと説明するとしても、あるいは、それを、具体的な日時、場所等により厳密に特定したとしても、別個に訴追の対象とされたり、立証過程に表われてきたりした使用の事実がある場合には、結局、それが、当該公訴の対象とされた使用の事実と同じものであるか否かが判別されなければならないこと⁴²に変わりはなく、しかも、これらの特定の仕方により常にその判別が可能となるとは限らないのである。そして、このことは、昭和三十七年大法院判決が取扱ったような密出国罪に関する訴因の特定を論じるにあたっても、同様に妥当するものと解される⁴³。

そうであるとすれば、ここでも、「他の犯罪事実との区別可能性」としては、別個に訴追の対象とされ、あるいは立証過程に表われてきた具体的な密出国や覚せい剤使用の事実を念頭において、それが、公訴の対象とされた密出国や覚せい剤使用の事実と同じ犯罪事実なのか、それとも他の犯罪事実なのか⁴⁴が判別できるか否かを問題とすれば足りるというべきであろう。そして、このように考える場合には、「並立しうる複数の犯罪事実を仮定」するまでもなく、公訴の対象とされた犯罪事実と、別個の訴追等の対象とされた犯罪事実が異なるものであるか否か——言い換えれば、同一被告人による犯罪事実として両者が「並立しうる」か否か——ということそれ自体を問題とすれば足りることになるものと考えられ、実際、このほうがより現実的であるだけでなく、直接的な問題解決方法であるように思われる。

(4) ところで、最高裁の昭和三十七年大法院判決および昭和五十六年決定との関係において右に検討した密出国罪や覚せい剤使用罪の例においては、被告人による密出国や覚せい剤使用の「行為」を基準として「他の犯罪事実との区別」を論ずることが可能であった。

たとえば、覚せい剤使用罪の例では、「公訴事実に記載された幅のある期間内に行われた可能性のある数回の使用行為のうちいずれを起訴したのか」、あるいは、「別個の訴追等の対象とされた使用行為は、公訴の対象とされた使用行為と同じ行為であるか、それとも他の行為であるか」というかたちで、「他の犯罪事実との区別」が論じられるのである。しかしながら、覚せい剤使用罪について、このように事実上の「使用行為」を基準として「他の犯罪との区別」が論じられるのは、一回の使用ごとに一個の使用罪が成立し、数個の使用罪は併合罪の關係にあるとする実務の取扱いの⁴⁴もとで、同罪については、「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の行為者の動態（作為・無作為）の個数とこれに法的評価を加えたうえでの刑法上の罪数」とが一致する⁴⁵からであることに注意しなければならない。このことは、上記昭和五六年決定が取り扱ったような事案について、学説上、「覚せい剤使用罪を、……体内に保有していることが罪となるべき事実である継続犯と考える」⁴⁶場合、あるいは、「通常問題とされるような二週間程度の期間内に、しかも覚せい剤体内保有中に、重ねてこれを使用するような行為は、連続一罪として包括一罪の關係にあると解」⁴⁷する場合には、公訴事実として記載された幅のある期間中の複数の使用行為相互間の区別が不要となると考えられている⁴⁸ことから明らかであろう。

このように、「他の犯罪行為との区別」の仕方は、「自然的観察のもとで」行う場合と「法的評価を加え」て行う場合とで、あるいは、いかなる罪数処理を行うかによって、その内容が異なってくる可能性があり、⁴⁹そうだとすれば、「他の犯罪行為との区別可能性」の意義については、このことをも考慮に入れて論ずる必要があるものと思われる。

実際、この点に関しては、「公訴事実の記載方法が問題になるのは、主として、自然的観察のもとでの行為者の動態の個数とこれに法的評価を加えた罪数とが一致しない場合」⁵⁰であるとの指摘もあり、この「他の犯罪事実との

「區別」の意義を検討するには、——密出国罪や覚せい剤使用罪のように、「自然的觀察のもとで」行う場合と「法的評価を加え」て行う場合とでその結論が一致するような事案ではなく——いずれの基準をとるかによって、「他の犯罪事実との區別」の仕方に差異が生じうる事例、すなわち、集合犯（常習犯、職業犯、営業犯等）や包括一罪（接続犯等）、科刑上一罪、併合罪等の「罪数と訴因の構成」が問題となる場合を考察の対象とするのが便宜であろう。

(5) この点に関して注目されるのが、最高裁判所の判例として、訴因の特定における「他の犯罪事実との區別」可能性の要請に初めて明示的に言及したとされる前掲の平成二六年決定である。

同決定は、「検察官主張に係る一連の暴行によつて各被害者に傷害を負わせた事實は、……約四か月間又は約一か月間という一定の期間内に、被告人が、被害者との（一定の）人間関係を背景として、ある程度限定された場所で、共通の動機から繰り返し犯意を生じ、主として同態様の暴行を反復実行し、その結果、個別の機会の暴行と傷害の発生、拡大ないし悪化との対応関係を個々に特定することはできないものの、結局は一人の被害者の身体に一定の傷害を負わせたというものであり、そのような事情に鑑みると、それぞれ、その全体を一体のものとして評価し、包括して一罪と解することができる」とした上で、本件傷害罪の訴因における「罪となるべき事実」について、個別の機会の暴行と傷害の発生、拡大ないし悪化との対応関係が個々に特定されていなくても、「その共犯者、被害者、期間、場所、暴行の態様及び傷害結果の記載により、他の犯罪事実との區別が可能であり、また、それが傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされているから、訴因の特定に欠けるところはないというべきである」と判示した。

本件訴因において、被告人は、同一の被害者に対して、「繰り返し犯意を生じ、……暴行を反復実行し」たとさ

れており、少なくとも自然的観察のもとでは、複数の「犯罪事実」が含まれていた⁽⁵²⁾。にもかかわらず、平成二六年決定は、本件訴因に「罪となるべき事実」として記載された「一連の暴行によつて各被害者に傷害を負わせた事実」について、（検察官が公判前整理手続において提出した証明予定事実記載書面の内容および検察官による釈明内容を考慮に入れてもなお）個別の機会の暴行と傷害の発生、拡大ないし悪化との対応関係が個々に特定されてはいなかったとしても、「他の犯罪事実との区別が可能」であるとしたのである⁽⁵³⁾。

同決定において、その理由は、本件における特定の被害者に対する複数の一連の暴行が、具体的事情に鑑みると、実体法上、「その全体を一体のもの」と評価し、包括して一罪と解することができ」ることを前提として、その「一罪」が、「共犯者、被害者、期間、場所、暴行の態様及び傷害結果の記載」により特定されていたことに求められているものと考えられるが⁽⁵⁴⁾、そうであるとすれば、ここには、「他の犯罪事実との区別」は、構成要件へのあてはめ、あるいは、罪数論における一罪性といった「法的评价を加え」て行われるとの認識を看取することができよう⁽⁵⁵⁾。

「他の犯罪事実との区別」の意義に関するこのような理解は、同概念への明示的な言及はとくにないものの、最決平成一七年一〇月一二日刑集五九卷八号一四二五頁（以下、「平成一七年決定」という）にも基本的に妥当するものといつてよいように思われる。

平成一七年決定は、麻薬特例法（「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」）五条違反の罪について、「四回の覚せい剤譲渡につき、譲渡年月日、譲渡場所、譲渡相手、譲渡数量、譲渡代金を記載した別表を添付した上、『被告人は、平成一四年六月ころから平成一六年三月四日までの間、営利の目的で、みだりに、別表記載のとおり、四回にわたり、大阪市阿倍野区王子町二丁目五番一三号先路上に停車中の軽自動車内ほか四か所において、甲ほか二名に対し、覚せい剤であ

る塩酸フェニルメチルアミノプロパノンの結晶合計約〇・五グラムを代金合計五万円で譲り渡すとともに、薬物犯罪を犯す意思をもって、多数回にわたり、同市内において、上記甲ほか氏名不詳の多数人に対し、覚せい剤様の結晶を覚せい剤として有償で譲り渡し、もって、覚せい剤を譲り渡す行為と薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡す行為を併せてすることを業としたものである。』旨を記載した本件公訴事実」は、「本罪の訴因の特定として欠けるところはないというべきである」との判断を示した。

同決定は、麻薬特例法五条の罪が、「規制薬物を譲り渡すなどの行為をすることを業とし、又はこれらの行為と薬物犯罪を犯す意思をもって薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡すなどの行為を併せてすることを業とすることをその構成要件とするものであり、専ら不正な利益の獲得を目的として反復継続して行われるこの種の薬物犯罪の特質にかんがみ、一定期間内に業として行われた一連の行為を総体として重く処罰することにより、薬物犯罪を広く禁圧することを目的としたものと解される」とし、「このような本罪の罪質等に照らせば」、多数回にわたり多数人に譲り渡した旨の概括的記載を含む本件のような公訴事実の記載でも、「本罪の訴因の特定として欠けるところはな」としている。

このことからすれば、同決定は、右のような結論を導くに当たり、麻薬特例法五条の罪の「罪質等」、すなわち、「〔同規定〕の一連の行為は、個別行為の個数に応じて数罪が成立するのではなく、五条違反の一罪を構成し、それは一個の業態として本来の一罪と考えられる」⁵⁶こと、あるいは、同規定が、「一定の期間において規制薬物等の譲渡し等の行為を『業とした』こと自体を犯罪化した」⁵⁷ものである点を重視しているものと解されるが、仮にこれが「他の犯罪事実との区別が可能」である旨の判断を含むものであるとすれば、ここでも、その「他の犯罪事実との区別」は、構成要件へのあてはめといった「法的評価を加え」て行われることが想定されているものということ

が
でき
よう。

- (23) 川出・前掲注(8)一四頁。
- (24) 堀江・前掲注(5)六頁。
- (25) そのほか、類似の例に言及するものとして、長沼範良「池田修「覚せい剤使用罪の訴因の特定」法学教室三三二号(二〇〇七年)九二頁(池田発言)、石井・前掲注(7)二三二頁、三明・前掲注(22)二〇〇頁等。
- (26) 平木・前掲注(9)一五四頁。
- (27) 川出・前掲注(14)七頁。なお、井上・前掲注(3)一七八頁は、「このような記載であっても、被害者の死亡は論理的に一回しかありえず、当該結果を惹起した一個の傷害致死罪が起訴されている以上、他の訴因との識別が問題となる余地は存在しないから、『審判対象の限定』の基準を専ら『識別可能性』という観点に求めるならば、本件訴因の特定は直ちに肯定されることになる」とする。
- (28) 稗田・前掲注(9)一七頁。
- (29) 川出・前掲注(14)二二頁。
- (30) 訴追対象事実と区別されるべき事実は、必ずしも「類似の犯罪事実」に限定されるわけではなからう。しかし、公訴の対象事実との間に「類似」点がなければ、通常は、そのこと自体によって「区別」が可能となるであろうから、實際上、「区別可能性」が問題となるのは、多くの場合、「類似の犯罪事実」との関係においてということになる。
- (31) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造』(信山社、二〇〇五年)二八二頁。同書は、したがって、「二個の同種の犯罪事実が二個の訴因として起訴状に記載されている場合において、その二個の犯罪事実を相互に識別することができないときは、訴因の特定性を欠いている」のに対し、「一個の犯罪事実が訴因に掲げられている場合には、その日時、場所、方法が漠然とした形で記載されていて、近接する日時、場所、方法による同種の犯罪行為が行われた可能性があるときでも、これと現在の訴因との間の識別ができないというだけで、訴因の特定性を欠くというべきでない」とする。
- (32) 長沼「池田・前掲注(25)九一頁(池田発言)」も、「他の犯罪事実の存在が浮かび上がってきた場合に初めてその犯罪事実との識別が問題となるので、そのような事態も生じていない段階で、常に理論上想定できる他のすべての犯罪事実と

区別できるものでなければならぬというわけではない」とする。この点については、そのほか、後掲昭和三十七年大法廷判決に関する山崎清「判評」警察研究三五巻二号（一九六四年）一一〇頁、昭和五十六年決定に関する金築誠志「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和五十六年度）』（法曹会、一九八五年）一一〇頁、上口裕「覚せい剤使用罪における訴因の特定と変更」小田中聰樹先生古稀記念論文集『民主主義法学・刑事法学の展望 上巻』（日本評論社、二〇〇五年）一八八頁以下も参照。

(33) 白井・前掲注(3)四七四頁、昭和三十七年大法廷判決に関する川添万夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和三十七年度）』（法曹会、一九六二年）二三五頁。

(34) 昭和三十七年大法廷判決に付せられた奥野健一裁判官補足意見のほか、時国康夫「訴因の特定」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第三版、一九七六年）九五頁等。

(35) 宇藤崇「過失犯の訴因における『罪となるべき事実』の記載」法曹時報六七巻六号（二〇一五年）一三頁も、昭和三十七年大法廷判決について、『他の犯罪事実との区別』という観点が、実質的に下敷きとなっていると解され」とする。

(36) 川出・前掲注(14)六頁。

(37) 金築・前掲注(32)一一〇頁、昭和五十六年決定に関する古田佑紀「判評」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第六版、一九九二年）八五頁。なお、香城敏磨『注解特別刑法第五・II巻 医事・薬事編(2)』（青林書院、第二版、一九九二年）二五三頁は、この説明を発展させた「最低一行為説」を提唱する。

(38) 昭和五十六年決定に関する宇津呂英雄「判評」警察学論集三五巻七号（一九八二年）一四五頁、飛田清弘「判評」研修四〇六号（一九八二年）四九頁等。

(39) 川出・前掲注(14)六頁。

(40) 神垣英郎「判評」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第五版、一九八六年）八三頁。

(41) 金築・前掲注(32)一一〇頁。

(42) 昭和五十六年決定に関する後藤昭「判評」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第八版、二〇〇五年）一一〇頁参照。

(43) 横井大三「公訴 刑事裁判例ノート(3)」(有斐閣、一九七二年) 二二八頁参照。

- (44) ただし、金山薫「覚せい剤使用罪における訴因の特定」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、二〇〇三年）三四五頁は、いわゆる「追い打ち」の場合には包括一罪として処理されることが多いという。
- (45) 白井・前掲注(3)四八五頁。
- (46) 荒木伸怡「覚せい剤使用罪における訴因」警察研究五四巻七号（一九八三年）六九頁。
- (47) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造』（成文堂、一九九六年）二八五頁。堀江・前掲注(5)五頁も、「包括一罪説の関心の一つも、期間中の複数の使用行為を併合罪ではなく一罪と解することで、それら相互間の『識別（区別）』を不要とする点にあるものと思われる」と指摘する。
- (48) 荒木・前掲注(46)六八頁は、「継続犯説」について、「実体法上の犯罪成立要件についての解釈を、手続法を視野に入れて行うものであるとし、鈴木・前掲注(47)二八五頁は、「包括一罪説」のもとでは、「検察官が尿中に検出された覚せい剤の使用行為を起訴する趣旨であるかぎり、それが一つの行為であろうと数個の行為であろうと、全体としては使用覚せい剤との関係でそれらの行為が特定されているのであるから、一応訴因の特定として最低限の要求は満たされているといつてよい」とする。
- (49) ほかに、たとえば、大阪高裁昭和五〇年八月二七日高裁判集二八巻三号三一〇頁に関する神垣英郎「判評」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第四版、一九八一年）七三頁は、一集団が他の集団に対し共同して暴行を加えたような事案について、被害者ごとに一罪の共同暴行罪（暴力行為等処罰に関する法律一条）が成立すると解するか、それとも包括一罪と解するかで、特定の被害者に対する暴行の訴因が他の被害者に対する暴行と識別できる程度に特定されることが要求されるか否かに差異が出てくるとする。
- (50) 白井・前掲注(3)四八五頁。
- (51) 宇藤・前掲注(35)一三頁。
- (52) なお、松田章「訴因の特定と訴因変更の要否——『刑事訴因事実論』の端緒（訴因の研究Ⅰ）」慶應法学七号（二〇〇七年）一一一頁以下は、殺人既遂の訴因については、「XはVを殺害した」との訴因であっても、「その被害者であるVが特定されている場合、犯罪の結果は明示されているので、特定被害者の殺人既遂という犯罪は二度と起こりえないことから、この訴因の記載だけで、他の犯罪からの区別という機能は十分に果たすことができる」のに対して、「XはVに傷

害を負わせた」との傷害罪の訴因は、「これだけの記載では、特定があるとはいえない」のであり、「少なくとも、犯罪行為の日時・場所が記載され、さらに暴行行為の内容や傷害結果の内容が記載されてはじめて訴因として特定されたことになる」とする。

(53) 平成二六年決定においては、本件訴因における罪となるべき事実が、「傷害罪の構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにされている」との判断も、やはり、本件「一連の暴行によって各被害者に傷害を負わせた事実」が「包括して一罪と解することができる」ことを前提とするものと考えられる(宮木・前掲注(21)一八頁)

(54) 包括一罪の訴因の特定についての判断を示した最高裁判例としては、そのほか、最決昭和三九年四月二三日裁判集刑事一五七頁一頁も挙げられる。同決定は、「本件公訴事実是一被害者に対し、一定期間反覆継続して行われた単一意思の発現と認めらるる同種の詐欺行為を包括して、一個の詐欺罪とし、八名の被害者につき各個の訴因毎に、被害者、詐欺の行われた日時(始期と終期)、場所及び被害物件の総計その価格の総額等を明示しているのであるから、詐欺罪の訴因の特定について欠くること(はない)」とする。

(55) 本件に関する第一審判決(大阪地判平成二二年一月二五日)は、この点について、「検察官は、被告人の〔甲〕に対する傷害は、一定の期間内において、被告人が〔甲〕を強度に支配する中で、一定の場所で同種の動機に基づき行った一連一体の暴行に基づくものであると主張しているのであって、この検察官の主張に当てはまる被告人及び共犯者の甲に対する暴行は、すべて審判の対象になっていると解され、審判の対象となつていない行為とそうでない行為との識別は果たされている」とする。ここでは、本件一連の暴行・傷害についての包括一罪としての成立可能性それ自体というよりも、むしろ、それを前提として、本件傷害を包括一罪として訴追するという検察官の意思内容に重点が置かれているように思われる。なお、吉川・前掲注(21)一九〇頁は、平成二六年決定にいう「他の犯罪事実との区別が可能」であることの内容的な内容も、この点に求められるという。

(56) 平成一七年決定に関する島根悟「判評」警察学論集五九卷五号(二〇〇六年)一八一頁。

(57) 大澤・前掲注(16)一八五頁。

(58) この点に関しては、平成一七年決定に関する渡辺咲子「判評」ジュリスト一三二二三四号(二〇〇六年)一九八頁、渡辺・前掲注(4)一一一頁も参照。