

いわゆる非両立性基準の問題点について

梅 田 豊

1. はじめに
2. 2つの非両立性（第1＝行為事実が1つの場合）
3. 2つの非両立性（第2＝行為事実が2つある場合）
4. 最高裁判例の問題点
5. 同一被告人の2つの行為事実が（法的に）非両立になる場合
6. 本来の（第1＝行為事実が1つの場合の）非両立性の問題点
7. 非両立性基準に関する議論の系譜
8. 一事不再理（二重起訴禁止）の効力の及ぶ範囲との関係
9. 弾劾主義の理念の徹底（試論）

1. はじめに

刑事訴訟法312条1項は、「公訴事実の同一性を害しない限度において」検察官の請求による訴因・罰条の追加、撤回又は変更（以下、単に「訴因変更」という。）を許すとし、訴因変更の可能な範囲について「公訴事実の同一性」という基準を定めている。ところが、その基準の具体的な内容については特に定めがないため、その判断基準、範囲をどのように考えるべきかに関わり、様々な議論がなされてきたことは周知のとおりである。従来、公訴事実の同一性（広義）には単一性と狭義の同一性とが含まれ、単一性については罪数論による規整が働き、狭義の同一性については、様々

な説が主張されているが、判例はいわゆる基本的事実同一説をとるとされ、「基本的事実関係の同一」と「両立しない関係（非両立性＝択一関係）」で判断されてきた、というのが一般的な理解であると思われる。⁽¹⁾

ところで、この「基本的事実関係の同一」の基準と「非両立性」の基準との両者の関係については、判例の表現上は後者が前者を根拠付け、補充・補完する趣旨で用いられているように見え、そのように理解する考え方が多い。⁽²⁾ところが近時、むしろ後者の非両立性基準こそ本来的基準であり、いわゆる単一性も含めてこの非両立性基準によって統一的に理解しようとする主張が唱えられつつある⁽³⁾（以下、仮に「非両立性基準説」と呼ぶ。）。

しかし、このような非両立性基準によって公訴事実の同一性すなわち訴因変更の範囲を考えることについては根本的な疑問がある。本稿では、主としてこの疑問の理由について、以下で検討する。他方で、非両立性基準は一事不再理（二重起訴禁止）の効力の及ぶ範囲を考える上では有用である、と考える。この点についても付随的に検討したい。結果として、公訴事実の同一性すなわち訴因変更の許される範囲と一事不再理（二重起訴禁止）⁽⁴⁾の効力の及ぶ範囲とは、全く異なることになる。

(1) 公訴事実の同一性について、平野龍一の理論以降の学説を中心に詳細に検討する最近の文献として、富田真「訴因変更の可否の基準について」東北学院法学70号（2010年）1頁以下、同「いわゆる公訴事実の単一性概念について」同前119頁以下がある。また、ドイツ及び日本の判例・学説を詳細に分析・検討する最近の文献として、辻本典央『公訴事実の同一性』概念について（1）～（3）近畿大学法学53巻2号（2005年）173頁以下、54巻3号（2006年）165頁以下、55巻2号（2007年）95頁以下がある。なお、公訴事実の同一性に関わる比較的最近の論争として、鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」『田宮裕博士追悼論集・上巻』（信山社、2001年）93頁以下、上口裕「公訴事実の同一性」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集・上巻』（成文堂、2001年）379頁以下、鈴木茂嗣「刑事法学の動き」法律時報74巻6号（2002年）120頁以下、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74巻10号（2002年）68頁以下がある。

(2) 田宮裕「高田理論と公訴事実の同一性」『刑事訴訟の現代的動向—高田卓爾博士古稀祝賀』（三省堂、1991年）144頁（同『日本の刑事訴追』（有斐閣、1998年）300頁）、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、2003年）217、225頁、香城敏麿『刑事訴

訟法の構造』（信山社、2005年）369頁以下、田口守一『刑事訴訟法〔第六版〕』（弘文堂、2012年）332頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2015年）229頁等。

- (3) 中山隆夫「訴因の変更」『新刑事手続Ⅱ』（悠々社、2002年）203頁以下、大澤裕「公訴事実の同一性と単一性（上）（下）」法学教室270号56頁以下・同272号85頁以下（2003年）、佐藤文哉「公訴事実の同一性に関する非両立性の基準について」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2003年）251頁以下、酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）297頁以下等。その他、岩瀬徹「訴因変更の可否」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）618頁も、一定の留保をしながらも、「非両立関係にあることこそが同一性判断の中核をなすものであることを肯定する」とする。
- (4) この点については、すでに沢登佳人「訴因と公訴事実と同じ物である、公訴事実同一の範囲と一事不再理の効力の及ぶ範囲とは異なる」法制論集70号（1977年）136頁以下がある。同論文は、結論が過激（？）なこともあり、あまり参照・引用されることがないようであるが、本稿は結論的には同論文とほぼ同趣旨である。

2. 2つの非両立性（第1＝行為事実が1つの場合）

A 訴因（事実）とB 訴因（事実）との間に公訴事実の同一性があるかどうかの判断において、非両立性が意味を持つと考えられているのは、以下のような理屈によるものである。まず前提として、訴因事実とは、被告人がある行為を行い、それが犯罪である、という検察官の主張である。ここで、被告人が行ったと主張される事実を仮に行為事実と呼ぼう。その行為主体としては、とりあえず被告人のみを前提とする。また、行為事実について、もう少し細かく分析すると、それは、いつ（日時）、どこで（場所）、どのように（方法）、何（誰）を（対象）、どうした（行為・結果）か、という要素からなる。このうち、対象と行為・結果が同じ場合には、日時、場所、方法のいずれか（あるいはそのいずれも）が異なる訴因Aと訴因Bとは、通常両立しない（非両立の）関係にある。

例えば、「被告人Xは、〇〇年1月1日午後10時頃（＝日時）被害者宅付近のM公園で（＝場所）ロープでその首を絞め（＝方法）被害者Vを

(=対象) 殺害した (=行為・結果)」という当初訴因 A について、時間のみが「午後10時頃」から「午後12時頃」に変えられた訴因 B への変更が請求された場合を考えると、人間が死ぬのは1度だけであるから、被告人 X が異なる時間に同じ被害者 V を2度殺害するということはありません、その意味で訴因 A と訴因 B とは両立しない、つまりいずれか1つの訴因しか成り立たない関係にあり、いずれも同じ1つの事実(被害者 V の殺害)についての主張なのだから、公訴事実の同一性があり訴因変更を認めてもよい、と考えられる。もっとも、この場合は、時間以外の要素(場所、方法、対象、行為・結果)は変わらない(つまり共通性がある)ので、非両立性を問題にする以前に、公訴事実の同一性すなわち訴因変更を認めることにそれほど違和感はないであろう。

これが、日時以外にも、場所も方法も異なってくると微妙になる。例えば、前記の当初訴因 A に対して、「被告人 X は、〇〇年1月3日午後8時頃被告人宅で致死量の毒物入りのジュースを飲ませ被害者 V を殺害した」という訴因 C への変更が請求されたとする。常識的に考えると、「だいたい話が違うな」という印象を受けるであろう。しかし、非両立性基準説は、この場合も、同じ被害者 V を異なる日時、場所、方法で2度殺害することはできないので、2つの訴因は両立しない関係にあり、他方で「被告人 X が被害者 V を殺害した」という基本的事実関係は共通である、と考える。従って、非両立性基準説は、この場合には公訴事実の同一性を認め、訴因変更が可能であると考え(少なくとも、理論上はそう考えるであろう、と推測される⁽⁵⁾)。

要するに、被告人 X が被害者 V を殺害した行為を問題にしているのだから、同じ1つの(つまり「同一」の)事実についての主張の変更と考えてよい、というわけである(果たして、それが妥当かどうかについては後で更に検討する)。ここでは、対象と行為・結果が同じである限り、行為事実は1つしかあり得ない、という点がポイントである。

これに対して、対象と行為・結果が異なる場合は、通常、行為事実が2

つある（可能性がある）と考えられる。例えば、前記の当初訴因 A に対して、前記訴因 C 中の被害者が V ではなく Z（つまり別人）となっている訴因 D への変更請求がなされたとする。この場合、日時、場所、方法が異なるだけでなく、対象となる被害者も異なるのであるから、被告人 X がどちらも実行することは、論理的に可能である。つまり両立する関係にある。この場合は、被害者 V の殺害という事実と被害者 Z の殺害という事実との 2 つの行為事実が存在し、両方とも被告人 X がやったとすれば併合罪の関係になる（可能性がある）。従って、同じ 1 つの事実（についての主張）とは言えないので、公訴事実の同一性はない。もっとも、このように同じく罪名は殺人であるとはいえ、日時、場所、方法も対象（被害者）も異なれば、両立するとかいう以前に、別の事実（事件）であって公訴事実の同一性がないのは一見して明らかであろう。

- (5) このような事例について、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）207頁は否定的だが、佐藤・前掲論文268頁注（34）は肯定的である。

3. 2つの非両立性（第2＝行為事実が2つある場合）

一般に、このように2つの行為事実が問題になる（つまり公訴事実の同一性がない）場合には当然両立するはずだ、という固定観念があるように思われる。ところが、1人の被告人を前提にした上で、2つの行為事実が問題となり、その両方を1人の人間が実行することは不可能である、その意味で両立しない、という関係があり得る。その典型例が相互にアリバイ関係にある2つの事実である。

同一日時の異なる場所における同一被告人の犯行を記載した2つの訴因は、当然非両立である（例えば、同一日時の島根県松江市市内での殺人事件と愛知県日進市での窃盗（万引き）事件）。しかし、この場合、2つの訴因は同一のつまり同じ1つの事実についての主張なのかと言えば、もちろんそう

ではない。この場合は、明らかに、2つの行為事実が問題となっている（殺人行為と窃盗行為）。

では、なぜ両立しないのか。それは、行為主体について被告人1人を前提としているからである。つまり、同じ被告人が同一日時に異なる場所で2つの行為を行うことはできない。この場合の非両立性は、行為事実が1つしかない場合の非両立性とは意味が異なる。相互にアリバイ関係にある事実の場合は、もう1人別の行為主体を考えれば両立するのである。言うまでもなく、アリバイ事実とは、真犯人が被告人以外である可能性を示す事実である。アリバイ事実が成立するなら、訴因事実の主体は被告人ではない、すなわち真犯人が他にいるということになる。訴因事実とアリバイ事実とについて、それぞれ別の行為主体を想定すれば、両立する関係にあるのである。この場合、2つの訴因はそれぞれ別の2つの行為事実についての主張である。

このように、盲点となっているのは、行為主体として、1人の被告人を暗黙の前提としているところにあるように思われる（なお、議論を単純化するために、当面、共犯関係等は除外し単独犯を念頭に置く。）。それは、公訴の効力の人的範囲について、「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」（刑訴法249条）と規定されていることもあり、被告人以外の行為主体を考えることを無意識的に排除していたからではなからうか。

これに対して、公訴事実の同一性が問題になると考えられている場合の本来の非両立性は、別の行為主体を想定してもやはり両立しない関係にある。問題となる行為事実が1つしかないからである。例えば、前記のように、「被害者Vを絞殺した」という訴因Aと同じ「被害者Vを毒殺した」という訴因Cとは、両立しない。この場合、いずれかの訴因の行為主体について被告人以外の者を想定しても両立しない。被害者Vを殺害する行為は1つ（1回）しかありえず、2人の行為主体を考えることはできないからである。それがすなわち公訴事実は同一であるということ、つまり

同じ1つの行為事実が問題になっているということである。

従って、単独の被告人を前提にした場合には両立しない関係にある2つの訴因であっても、一方の訴因について別の行為主体を想定すれば両立する関係にある場合には、それは2つの行為事実が問題になっているのであり、公訴事実の同一性はない。

Yが自動車を運転して被害者Vに衝突し過失運転致死の結果を発生させたところ、Yの弟XがYの身代りとして出頭し、起訴された後に身代りの事実が判明した場合、過失運転致死の訴因Eと犯人隠避の訴因Fとは、Xのみを被告人として前提にする限り、両立しない。しかし、Yを訴因Eの行為主体と考えれば両立するのである。この場合も、アリバイ関係にある2つの訴因の例と同様の構造がある。過失運転致死という事実と犯人隠避という事実との2つの行為事実が問題となっており、1人の人間が両方の行為主体となることはありえない。犯人を隠避するためには、隠避行為をする者以外の者が犯人でなければならないのだから、これは当然のことである。

この身代り犯人の事例については、公訴事実の同一性を認めないのが通説である。その理由としては、⁽⁶⁾ 事実的共通性がないという点に加えて、罪質⁽⁷⁾あるいは違法の核心的内容が異なる、などと説明される。

(6) 田口・前掲書332頁、光藤景皎『刑事訴訟法I』（成文堂、2007年）317頁等。
 なお、裁判例として、東京高判昭和40年7月8日判時438号62頁が挙げられることがあるが、同裁判例は、「乙の犯した業務上過失傷害事故の身替り犯人となつた甲に対し略式命令が発付され右裁判が確定した後乙が業務上過失傷害甲が乙犯人隠避の各罪につきそれぞれ起訴された事案において、甲に対する公訴は右確定裁判の既判力の影響を受けない」との判断を示す前提として「公訴事実の同一性がない」としたもので、訴因変更の可否に関わる判断ではない。つまり、一事不再理効が生じないという意味で公訴事実の同一性を否定したものである。この点は、公訴事実の同一性＝訴因変更の範囲を一事不再理効の及ぶ範囲と同じであるとする通説・判例に従えばその通りであるが、本稿の立場からすれば、甲について一事不再理効を認めなかったのは不当である。

(7) あるいは、「実体法上の刑罰権の非両立性すなわち法律上の非両立性」と「証

拠に基づく事実認定上の判断の矛盾・非両立」とを区別し、アリバイ関係にある 2 つの訴因の事例や身代わり犯人の事例は前者ではなく後者であるので、公訴事実の同一性はないとするものもある（酒巻・前掲書303-304頁）。しかし、この区別の意味は理解しかねる。公訴事実の同一性があるかないかの判断は、証拠に基づく事実認定の結果とは関係ないはずである。あくまでも訴因と訴因との比較の結果として判断すべきものではなからうか。もっとも、酒巻は、判例の理解に関連して、「訴因変更が問題となった審理の段階における裁判所の実事認定（心証）そのものが両立性判断の『対象』とされている」のではなく、「判断対象はあくまで検察官の主張する事実である」ともいう（同304頁）。いずれにしても、分かりにくい。

4. 最高裁判例の問題点

さて、窃盗（その他の財産犯）と盗品等関与との関係についても同様のことが言える。ここでも窃盗と盗品関与との 2 つの行為事実が問題となり、行為主体は異ならなければならない。盗品等関与罪とは、「前提となる財産犯を本犯といい、本犯者及びその共同正犯者以外の者を主体とする⁽⁸⁾」犯罪だからである。従って、公訴事実の同一性はない。

ところが、最判昭和29年5月14日（刑集8巻5号676頁）は、背広等の窃盗と赃物牙保との関係について、非両立性基準により公訴事実の同一性＝訴因変更を認めた。すなわち、「被告人は昭和25年10月14日頃、静岡県内のホテルにおいて宿泊中の O の所有にかかる紺色背広一着他を窃取した」との窃盗の訴因と、「被告人は赃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 O から右紺色背広一着の処分方を依頼され、……これを質入れ牙保をした」との赃物牙保の訴因との間に、「その日時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認めざるを得ないから、かような場合には両訴因は基本的事実関係を同じくするものと解するを相当」としたのである。これが公訴事実の同一性（＝訴因変更）の判断における非両立性基準に関するリーディング・ケースとされることに

なった。しかし、すでに明らかなように、両立しないということの意味を勘違いしているように思われる。

このケースが勘違いされ易い理由として、同一の被害財物（盗品）その他の共通点があるということが考えられる⁽⁹⁾。そこが、ほとんど全く共通点のない先の身代り犯人の事例と異なるところである。しかし、ここでも、占有を奪う（被害財物が盗品となる）段階の行為とその後盗品に関与する行為との2つの行為事実が問題となっているのである。そして、後の行為事実は、前の行為事実が他者によって行われなければ、盗品関与罪とはならない。従って、その基本的な構造は身代り犯人の事例と同じと考えるべきであろう⁽¹⁰⁾。

窃盗等と盗品関与のケースが勘違いされやすいもう1つの理由として、次のような事例との類似性が考えられる。例えば、当初訴因は「知人宅で時価100万円相当の腕時計を窃取した」として窃盗で起訴されたが、「盗んだのではなく知人の了解を得て借りていたものを急にまとまった金銭が必要になったため無断で質入れした」との被告人の弁解により横領の訴因への変更請求がなされたという事例を想定してみよう。この場合、腕時計の占有が知人から被告人に移転した時点で犯罪（窃盗）が成立するのか、腕時計を質入れした時点で犯罪（横領）が成立するのか、いずれかである。前者が成立するならば後者は不可罰的事後行為となり、後者が成立するとすれば前者は適法行為である。その意味で、刑罰関心（あるいは処罰上）の視点からは非両立の関係にあり、通説によれば、公訴事実の同一性従って訴因変更が認められるであろう（この点にも問題があることについては次節5で検討する。）。

窃盗本犯と盗品関与の関係は、一見するとこの窃盗と横領の関係に似ているように見える。被告人が、実は窃盗を自ら犯しているならば、その後の盗品関与（と見える）行為は不可罰的事後行為になるからである。この点が、勘違いされ易いもう1つの理由であろう。しかし、前述のように、逆に盗品関与が成立するとすれば、前提となる窃盗は他者の行為でなければ

ばならない。従って、公訴事実の同一性はないと考えるべきであり、訴因変更は認められない。この場合は、盗品関与を訴追しようとする（例えば、別訴として起訴する）のであれば、まず先に窃盗の起訴を取り下げなければ⁽¹¹⁾ならないと考えるべきである。

(8) 高橋和之他編『法律学小辞典』第5版（有斐閣、2016年）994頁。

(9) そのため、窃盗等の財産犯と盗品関与については、非両立性基準によるのではなく、むしろ共通性基準（いわゆる「基本的事実関係の同一」）により公訴事実の同一性を認めた判例が多い。最判昭和24年1月25日刑集3巻1号58頁（詐欺の公訴事実に対し赃物収受の事実を認定。「その基本たる事実関係においては同一である」）、最判昭和25年5月16日刑集4巻5号818頁（窃盗の公訴事実に対して赃物運搬を認定。「基本的事実には変動がない」）、最判昭和26年5月11日刑集5巻6号1091頁（窃盗共同正犯の公訴事実に対して贓物寄蔵を認定。「基本的事実において同一性を保持している」）、最決昭和27年10月30日刑集6巻9号1122頁（窃盗共同正犯の公訴事実に対して赃物運搬の訴因に変更。「事実関係は出来事の推移につき多少の異同あるに止まりその同一性を失わない」）、最判昭和29年9月7日刑集8巻9号1447頁（窃盗の公訴事実に対して赃物寄蔵の訴因及び罰条を予備的に追加。「日時の同一、場所的關係の近接性及び不法に領得された赃物に被告人が関与したという事実に変りはないから、右両訴因の間の基本的事実関係は、その同一性を失うものでない」）等。

(10) なお、身代わり犯人（犯人蔵匿（隠避）の罪）と盗品関与（贓物に関する罪）とは、本犯との関係では別個の事件である（もちろん公訴事実の同一性はない）が、共犯関係と同様に関連事件として審判の分離・併合の対象となり得ることについて、刑法9条2項参照。ちなみに、ドイツにおいても、例えば、「犯人が窃盗により起訴され、公判において犯罪庇護が立証された場合」及び「犯人が贓物罪により有罪判決を受けた後に、贓物と思われる物を自ら窃取したことが判明した場合」などにおいては、「訴訟上の意味での2つの『犯罪事実』が存在する」とされ、「そのための新たな起訴が行われなければならない」とのことである。もっとも、2つの事実単一性が認められれば、一事不再理の可能性が問題になる。以上につき、クラウス・ロクシン著、新矢悦二・吉田宣之共訳『ドイツ刑事手続法』（第一法規、1992年）193頁参照。

(11) もっとも、現実問題としては、窃盗等の財産犯から盗品関与への変更が問題になるような事件においては、被告人の側からしても、一端窃盗等の公訴を取り下げて改めて盗品関与で起訴し直すという手間をかけるより、そのまま続けて審判してもらう方が良く、と考えられる場合も多いかもしれない。しかし、後述するように、検察官の公訴提起について慎重さと厳格性を求める本稿の立場からすれば、一

事不再理効が発生する可能性も考えられる。その意味で、原理原則的な視点を重視したいと考える。この点は、次節5で採り上げる問題についても、同様である。なお、関連して、窃盗幫助→窃盗正犯→盗品関与という順次的訴因変更の問題が、机上の議論として、しばしば設例などでも出題されているが、以上の検討を踏まえて「窃盗正犯→盗品関与」について訴因変更を認めないという立場からすれば、もはや議論する意味はないということになろう。

5. 同一被告人の2つの行為事実が（法的に）非両立になる場合

ところで、今採り上げた窃盗と横領のケースについては、前述のとおり判例・通説によれば公訴事実の同一性を認める場合であると思われるが、そもそも果たしてそれは正当であろうか。⁽¹²⁾ この場合にも、2つの行為事実が問題となっており、しかも、一連の行為として、いずれも被告人が行うことが可能であるという関係にある。⁽¹³⁾ つまり、どちらの行為事実も被告人が実行可能という点で両立する関係にあるのである。⁽¹⁴⁾ この場合は、どちらか一方しか犯罪にならないという意味で、法的に非両立の関係にあるにすぎない。そこで、刑罰関心の非両立性とか処罰上の非両立性とかの判断基準が主張されるのであろう。

しかし、ここには根本的な疑問がある。この窃盗から横領への訴因変更の場合は、本来であれば、腕時計の占有が知人から被告人に移転した時点で犯罪（窃盗）が成立するという検察官の当初の主張（公訴事実＝訴因）が間違いであったということである。単に間違っていたというよりも、もっとはっきり言えば、窃盗については無罪（無実）であることを検察官自らが認めているということである。とすれば、横領による訴追を考える前に、まずそちらの処理（窃盗について、公訴を取り下げさせるか、無罪を言い渡すか）を先にすべきではなからうか。

つまり、2つの行為事実が問題となっており、一方が有罪であれば他方が無罪となる関係にあるという論理構造は、同一日時における異なる場所

での相互にアリバイ関係にある2つの訴因の場合と同様である。そこには、片方が無罪となるのなら、せめてもう一方について有罪を確保したい、確保すべきである、という一種の犯人必罰的発想があるように思われる。それが、つまり「刑罰関心の非両立性」とか「処罰上の非両立性」ということであろう。2つの行為事実が問題となっているにも関わらず、せめてどちらか一方だけでも処罰を確保しようという願望から無理やり2つの事実を同一公訴事実として結びつけるために「非両立」という概念が用いられているのではなかろうか。

しかし、刑罰関心からは非両立であろうとも、2つの行為事実が問題になっていると共に、一方は無罪となる事実ともう一方は有罪となる事実との間に同一性がある（同じ1つの事実である）というのは、どう考えてもおかしいのではなかろうか。これは論理的には別訴にすべきであろう。もし、被告人側が横領と弁解しているのだから良いというのであれば、それは、殺人の起訴事件でアリバイ事実として同時刻に別の場所で窃盗（万引き）をしていたと被告人が弁解している場合に、殺人から窃盗への訴因変更を認めるというのと同じことではなかろうか。

(12) 判例としては、最判昭和34年12月11日刑集13巻13号3195頁が、馬の売却代金の着服横領と馬そのものの窃盗との間に、非両立性を根拠に、公訴事実の同一性を認めている。

(13) 同様に、被告人の一連の2つの行為事実について、非両立性を根拠に公訴事実の同一性を認めた判例として、最決昭和53年3月6日刑集32巻2号218頁が、Aとの共謀によるBからの枉法収賄の訴因からBとの共謀によるAへの贈賄の訴因への変更を認めた。

(14) 上記昭和53年判例について、高田昭正「訴因変更の可否」『村井敏邦先生古稀祝賀記念論文集』（日本評論社、2011年）518頁以下は、「外形的な事実としては両立する」として批判的に検討している。筆者と共通の問題意識があるように思われる。なお、厳密に言えば、この例ではいずれか一方の行為事実は犯罪行為とはならないのであるから、高田のように「外形的な事実としては」というような表現をするほうが正確であろう。

6. 本来の（第1＝行為事実が1つの場合の）非両立性の問題点

以上のように、2つの行為事実が問題となっている場合については、1人の被告人を前提にすると事実上あるいは法的に非両立の関係になるときでも、公訴事実の同一性すなわち訴因変更を認めるべきではない。ならば、本来の1つの行為事実が問題になる場合に、非両立性基準は、果たして有用なのだろうか。

最初に出した例をもう一度考えてみよう。当初訴因が「被告人Xは、〇〇年1月1日午後10時頃被害者宅付近のM公園でロープでその首を絞め被害者Vを殺害した」という訴因Aであったところ、「被告人Xは、〇〇年1月3日午後8時頃被告人宅で致死量の毒物入りのジュースを飲ませ被害者Vを殺害した」という訴因Cへの変更が請求されたとする。この場合は、同じ被害者Vを異なる日時、場所、方法で2度殺害することはできないので、2つの訴因は両立しない関係にあり、他方で「被告人Xが被害者Vを殺害した」という基本的事実関係は共通であることからして、非両立性基準説の立場では、公訴事実の同一性を認め訴因変更が可能であると考え（少なくとも、理論上はそう考えるであろう、と推測される。）、と述べた。しかしその前に、常識的に考えると、「だいぶ話が違うな」という印象を受けるであろう、とも書いておいた。

この常識的な感覚こそが重要である。いくら同じ被害者Vの殺害行為であるとしても、このように日時も場所も方法も全く異なる訴因への変更が請求されたとしたら、「最初の起訴状に記載されていた公訴事実＝訴因は一体何だったの？」と考えるのが常識人である（裁判員はそうであると想定されるであろう）。検察官の最初の主張は一体何だったのか、きちんと捜査をしたのか、という疑問が浮かぶであろう。「そんないい加減な起訴を訴因変更という形で継続させて良いのだろうか？ しかもこんなに話

が違ってしまっているのに?!」という根本的疑問を持つのが良識のある人間である。そのような良識ある人間（裁判員）に対して、「両立しない関係ですから、訴因変更を認めて良いんですよ。」という説明が、果たしてどれだけの説得力を持つであろうか（もっとも、殺人事件（裁判員裁判）の公判審理の途中で、上記のような訴因変更をするためには、期日間整理手続（刑訴法316条の28）が必要となろうが、検察官の立場からすれば、そこまでして同じ裁判員に同一事件を審理させたいとは思えないかもしれないが。）。

そもそも公訴事実とは何かと言えば、検察官が起訴状に記載する（刑訴法256条2項）被告人が行ったという犯罪についての検察官の主張である。その公訴事実は訴因を明示して記載しなければならず、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実を特定しなければならない（同条3項）。その公訴事実の同一性を害しない限度で訴因の変更が認められるのである（刑訴法312条1項）。そのように条文の順序に従って素直に読めば、公訴事実とは、訴因として日時・場所・方法を明記して特定された犯罪事実についての検察官の主張（起訴状に書かれた事実）であり、それと同一性を害しない（つまり同一であると評価できる）限度でその主張の変更が認められるということである。「同一」とは「同じ1つの事実だね」と言えるものでなければならない。もっと分かりやすく言えば、最初起訴状に書いてあったことと、違う部分があるけど、基本的には同じこと（同じ話）だね、と言える限度のものを言う。先のように、同じ被害者の殺人行為だと言っても、「全然話が違うじゃないか?!」というようなものについて訴因変更を認めるべきではない。従って、訴因変更が認められる幅というものはかなり狭い、と考えなければならない。

7. 非両立性基準に関する議論の系譜

以上のように考えてみれば、公訴事実の同一性すなわち訴因変更の範囲を画する基準として非両立性の概念を用いることは、百害あって一利なし

というべきであろう。このような基準が用いられるに至った（しかも、最近ではそれが本来的な唯一の基準であるなどと主張されるようになった）原因は、一体どこにあるのだろうか。

平野は非両立性基準を提示しているが、非両立性のみで公訴事実の同一性を判断すべきだとしていたわけではない。両立しえない関係にあるときは同一性の「問題」であるが、さらに進んでそれは直ちに同一性が「ある」ことを意味するものではないとして、「一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ぬ」とし、「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⁽¹⁵⁾」としている。

それに対して、田宮は、非両立性基準の位置づけをより徹底し、「比較される訴因と訴因が両立しうるかどうかの択一関係が基本的な指標にならざるをえない⁽¹⁶⁾」と主張した。田宮は、非両立性基準にこだわる理由として「多くの事例（判例）を統一的に説明でき、簡明である」ということをあげ⁽¹⁷⁾る。判例の結論を肯定するのであれば、そこにはある意味必然性があると言えるように思われる。その正当化の根拠として、「刑罰関心の択一関係（非両立性）」や「刑罰関心の1個性」を持ち出すことになる。

これに対しては、「刑罰権」や「刑罰関心」という概念を持ち出すのは、現行法の当事者主義的訴訟法理論と相容れないのでは、という批判が生じ⁽¹⁸⁾る。大澤も「刑罰権」という言葉が「客観的嫌疑を想起させる」とし、またそれに代えて「刑罰関心」という概念が用いられることがあるが、これも「訴因の背後に刑罰関心の対象となる犯罪事実の存在を想定する限りでは、問題の実質は変わらない⁽¹⁹⁾」と批判する。

しかし、大澤自身も、結局は「公訴事実の同一性判断が刑罰権の観念とおおよそ無関係であることまで意味するものではない⁽²⁰⁾」として、1個の刑罰権について2個以上の有罪判決が下されるのを回避するために、非両立関係にある訴因の間で公訴事実の同一性を認める。技巧を凝らしてはいるが、刑罰権ないし刑罰関心をベースにしているという点では同様の発想と

思われる。なお、佐藤は、⁽²¹⁾田宮説や⁽²²⁾光藤説を同じ方向性にあるものとして⁽²³⁾評価している。

そのような流れの中で、夙に非両立性基準に疑問を提起していたのは、小田中である。「もともと両立・非両立という関係概念は、共通・非共通という関係概念に比べれば抽象的、観念的なものであり、そうであるだけに訴因を離れた抽象的なあるもの (etwas) が訴因間の関係を規制しているという思考になじみやすい。むしろ端的に言えば、両立・非両立という概念は、このような etwas を想定して初めて成り立ち得るものであるとすらいい」。そのことは、社会問題たる「公訴問題事実」⁽²⁴⁾や国家的刑罰関心の⁽²⁵⁾一個性なるものが持ち出されるところに示されている。そして、「その etwas として提示されているところからみる限りでも、両立・非両立という発想は、いってみれば訴追側 (刑罰権) からみた訴因変更の許容範囲の捉え方だといっているのではないだろうか」と指摘する。結論として、小田中は「訴因変更の許容範囲の限界を論定するに当って重要なのは、訴因変更の許容によって受ける被告人の防御上の不利益 (および検察官の有罪追求上の利益) と、訴因変更の許容に伴い生ずる一事不再理効の拡大による被告人の利益 (および検察官の不利益) とを比較衡量することであるが、この考察がビジブル (可視的) に明示的になされるためにも、訴因の共通性が基準とされるべきであると思われる」⁽²⁷⁾とするのである。

(15) 平野龍一『刑事訴訟の基礎理論』(日本評論社、1964年)113~114頁。

(16) 田宮裕編著『刑事訴訟法I』(有斐閣、1975年)607頁。

(17) 田宮・前掲『刑事訴訟法〔新版〕』206頁。

(18) 小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法(下)』(有斐閣、1988年)143頁等。

(19) 大澤・前掲論文(法学教室272号)87頁。これに対して、富田・前掲論文東北学院法学70号32頁以下は、大澤に反論する。

(20) 大澤・同所。

(21) 田宮・前掲『刑事訴訟法〔新版〕』207頁。

(22) いわゆる処罰上非両立説。光藤・前掲書315頁。

- (23) 佐藤・前掲論文257～258頁。
- (24) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』（成文堂、1979年）232頁以下。
- (25) 田宮・前掲編著606頁。
- (26) 以上、小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法（上）』（有斐閣、1987年）157頁。
- (27) 小田中・前掲書（上）162頁。同（下）144頁も同旨。なお、沢登・前掲論文199頁以下も、判例の非両立性基準について厳しく批判する。また、三井・前掲書225頁も、非両立性（択一関係）の「独り歩き」の危険性には「留意を要する」とする。

8. 一事不再理（二重起訴禁止）の効力の及ぶ範囲との関係

基本的には、この小田中の「訴因の共通性が基準とされるべきである」という考え方が妥当であると思われるが、被告人と検察官の両者の利益の比較衡量を必要とする点すなわち公訴事実の同一性＝訴因変更が認められる範囲と一事不再理効の及ぶ範囲とが同じであると考えられている点は、通説・判例が非両立性基準にこだわる大きな理由の1つとなっているのではなかろうか。小田中も、そのドグマから抜け出せていないと言わざるを得ない。

この両者の範囲が同じものという理解は、戦後一貫して判例・通説であり続けてきた。その背景には、特に大陸法系刑事訴訟法において、職権主義的訴訟理論を背景に、審判対象の範囲と一事不再理効の及ぶ範囲とについて、両者を不可分のものとする理解が支配的となり、日本もその影響を受けていたことがあるものと思われる。高田昭正は、特にドイツの判例・学説の展開を踏まえて、「こうして、罪責認定の法的可能性が現実にある客観的範囲、言い換えれば、裁判所の職権調査権限が及ぶ客観的範囲（＝審判対象）によって一事不再理の客観的範囲を画し、両者を相即不離のものとして捉えるという理論構成が、実は、刑事手続の職権主義構造を確保する⁽²⁸⁾という流れを支えるのに不可欠のものとされた」と位置づけられると指摘する。それを受けた戦前の日本における旧刑訴法の議論の影響を、新

刑訴法における審判対象及び一事不再理効の範囲に関する議論も、引きずっているように思われる。

例えば、一事不再理の効力を確定力の理論によって基礎づけていた戦前の議論を払拭し、二重の危険（double jeopardy）の理論を提案した平野⁽²⁹⁾においても、公訴事実の同一性＝訴因変更の範囲と一事不再理効の及ぶ範囲とは同じであると考えられていた。平野はその理由として、検察官の同時訴追義務をあげる。「既判力は、……客観的には、その訴因だけでなく、公訴事実を単一または同一にする範囲全体に及ぶ。これらの事実についても、検察官は、訴因を変更して、審判を受けることが可能であったのであり、かつ、その義務があるものと解すべきものであるから、再度の訴追は禁止されるのである⁽³⁰⁾」。

それに対して、高田卓爾は、1 刑罰権 1 手続の原則で説明する。1 個の刑罰権に服する事項は 1 回の手続で解決されるべきであるという法の要請があり、これが同時訴追の可能性に優先するため、その可能性の有無を問わず、公訴事実の同一性のある範囲につき一事不再理の効力が生ずるとす⁽³¹⁾る。他方、香城は現行刑訴法が審判対象を訴因に限定していることから、同時訴追義務の存在という中間的な論理の介在が必要である、とい⁽³²⁾う。

ところで、田宮も「検察官が同一手続において、したいとおもえばいつでも全事実を訴追することが許されるという意味で、被告人としては常に訴追の危険、したがって有罪判決を受ける危険にさらされているとみることができる」ので、「一事不再理の効力は、審判の範囲たる訴因でなく公訴事実の同一性の認められる全体に及ぶ⁽³³⁾」とするが、他方で次のように述べる。「二重の危険とは、一度だけ忍従を強いられる苦痛とは何か、観点をかえれば、リプロセキューションが不当といえるのはどんな場合かという、本質的にカズイスティックな内容をもつ原則である⁽³⁴⁾」として、「危険がある程度抽象化されて一定範囲での一挙解決（換言すれば同時訴追）を要求するものだとすると、併合罪の關係に立つ数罪でも、相互に密接しているため社会的観察上は一個の事象とみられ、同時捜査・同時立証が通常

であるような場合には、同時訴追が要求され、したがって一事不再理効が及ぶのではないか⁽³⁵⁾とする。つまり、二重の危険の及ぶ範囲を公訴事実の同一性すなわち訴因変更可能な範囲と必ずしも一致させる必要はないことが示唆⁽³⁶⁾されている。

そして、その後通説・判例の立場に対する根本的・理論的な批判も展開されるようになってきた。まず鈴木は、「訴因変更の範囲と一事不再理効の範囲を一致させようとする見解は、むしろ審判手続における実体的真実主義の要請という伝統的な考え方にこだわりすぎる立場といわねばならない」と⁽³⁷⁾する。また高田昭正も、「わが国の刑訴312条は、『公訴事実の同一性を害しない限度において』起訴状記載の事実から大幅に逸脱するような訴因の変更も許すものとして、解釈・運用されて」おり、「そのような『検察官の訴因変更の自由』に依拠して一事不再理効の客観的範囲を画する」という方法論⁽³⁸⁾には問題があることを指摘する。

更に、白取は次のように指摘する。⁽³⁹⁾「私は、公判審理における『訴因変更の限界』と、判決確定後の新たな起訴を禁止する範囲・限界とを同じ基準で律しうるのか、という点に、そもそも疑問をもつ。前者は公訴事実という大枠の内で訴訟の進行に応じて変動しうる『動的』なものであってよいし、後者は本質的に『静的』であらねばならない。前者を『静的』に捉えること、つまり訴訟の最終段階まで幅広い訴因変更を認めることが、被告人に過重な手続負担を強いる結果になるのは容易に予想できる」として、小田中の指摘する「当初の甲訴因について被告人側が積み重ねた防御活動の結果として生じた無罪の利益（刑事補償法上の利益をも含む）が訴因変更によって一方的に一挙に奪われてしまうことを容認してよいだろうか⁽⁴⁰⁾」との問題提起を引き合いにして、「そこまでの防御の負担は、確定判決後の一事不再理効を与えることで償われるものだろうか」と疑問を呈している。

(28) 高田昭正『刑事訴訟の構造と救済』（成文堂、1994年）11頁。なお、現在でも、

- ドイツでは、審判対象（「所為」）の理解として、「裁判所の審査権限が及ぶ範囲については一回の手續で処理され、その範囲において一事不再理効が生じるとの見解が支配的である」とされる（辻本・前掲論文（2）近畿大学法学54巻3号203頁）。
- (29) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）31頁。なお、戦後における確定力論から二重の危険論への理論的推移についての要領を得た分析として、高倉新喜「一事不再理の効力と既判力（拘束力）について（3）」北大法学論集51巻3号（2000年）82頁以下参照。
- (30) 平野・前掲『刑事訴訟法』282-283頁。
- (31) 高田卓爾『刑事訴訟法〔2訂版〕』（青林書院、1984年）299頁以下。
- (32) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造』（信山社、2005年）278-279頁。
- (33) 田宮裕『一事不再理の原則』（有斐閣、1978年）125頁。
- (34) 田宮・前掲『刑事訴訟法〔新版〕』453頁。
- (35) 同前455頁。なお、渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2009年）513頁は、訴追決定にあつて、背景事情のなかに考慮されたとみるのが合理的な事実の範囲では、何らかの1つの犯行について訴追があつた以上、その背景事情をなす「関係」全体に、二重危険禁止の効力が及ぶ、すなわち1人の被告人について發覚している犯行全体を基準に、二重危険禁止の効力の範囲を決めようとする「手續単位」説を主張する。
- (36) 公訴事実の同一性外の余罪でも量刑に斟酌されれば及ぶし、同一性の範囲内でも、法律上または事実上審判が不可能であれば及ばないとする考え方（青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論・下』（立花書房、1976年）489頁）も、一部方向性は逆であるが、公訴事実の同一性の範囲と一事不再理効の及ぶ範囲とを必ずしも一致させて考えないものである。なお、白取祐司『一事不再理の研究』（日本評論社、1986年）308頁以下参照。
- (37) 鈴木・前掲書381頁。
- (38) 高田昭正・前掲書2頁。なお、白取・前掲書292～293頁参照。
- (39) 白取・前掲書330頁。
- (40) 小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』（成文堂、1983年）329頁。

9. 弾劾主義の理念の徹底（試論）

以上のような議論を踏まえれば、公訴事実の同一性＝訴因変更の範囲と一事不再理（二重起訴禁止）の効力の及ぶ範囲とについて、新たな視点からの再検討の余地は十分にあると言えるであろう。そこで最後に、弾劾主

義の理念を徹底した場合に、審判対象すなわち訴因変更のあるべき範囲と一事不再理（二重起訴禁止）の効力の及ぶ範囲とをどのように考えるべきかという点について、1つの試論を展開してみたい。

田宮は、一事不再理の効力に関する歴史的検討の中で、ドイツでは、当初、既判力の概念ではなく、公訴権消滅（消耗）の理論が中心であったことに触れ、その中で特にプランクの主張に注目する。すなわち、プランクによれば、「弾劾訴訟の性質を深くおもいめぐらすならば、立法者は、公平の理由から、『同一の行為については、新たな公訴は不適法である』という規定を設けることによって、前の終局判決の効力を拡張することを強く要求するようにおもわれる」。「この公平の理由は、何よりもまず被告人に関して存在する。同一の行為について刑事手続の苦痛に二度もさらすことは、被告人にその忍従を期待しえないことである」。だから、「弾劾訴訟の意味における公訴の提起および追行は、つぎのように理解さるべきである。すなわち、原告は当該公訴の基礎たる行為については、裁判上の承認を申し立てているまさにその刑罰権だけを発見し、かくて他の刑罰権の理由づけのために行為を他様に利用することはこれを放棄したのである」。「なぜなら、公訴は注意深い審査の後に提起されるというばかりでなく、原告はその義務上、被告人の刑責にとって重要な行為の側面はすべて顧慮しなければならないからである」。

このプランクの所説につき、田宮は平野の検察官の同時審判請求義務という概念と酷似している、と指摘する⁽⁴²⁾。しかし、このプランクの発想は、平野の発想のさらに先に進んでいるように思われる。なぜなら、プランクの主張は「公訴提起の段階」における原告（検察官）の同時処理義務を強調しているように思われるからである。つまり同時処理しなければならないのは、もっぱら公訴提起の前すなわち捜査段階だということになろう。もちろん、プランクの所説は、歴史的にはもちろん、その当時においても必ずしも主流の考え方ではなかったであろうが、純理論的に見ると、弾劾主義の理念を突き詰めた場合にどう考えるべきかという点で参考になるよ

うに思われる。

すなわち、検察官が尽くすべき同時処理の義務は、もっぱら公訴提起の前すなわち捜査段階において課されるのだ、と考えるのである。したがって、アリバイ事実の存在の可能性はもちろんのこと、本犯と犯人隠避の関係、財産犯本犯と盗品関与等の関係、窃盗・詐欺・横領のいずれなのかという関係など、捜査段階でしっかり調べた上で公訴を提起する以上は、公訴事実＝訴因として特定・明示した主張を簡単に変更してはならない（変更を簡単に許せば被告人の防御を侵害することになる。）。仮に変更が許されるとしても、最初の主張から離れたものに変更することは許されず、その範囲は限定的だと考えなければならない。

どうしても最初の主張が維持できない、という場合には、公訴を取り下げるしかない。もちろん、公訴の取下げを安易に許すことは被告人の防御上問題であるから、相当に公判審理が進んでいる場合には（すでに危険が発生していると考えて）、取下げを許さず、当初の主張（公訴事実＝訴因）が立証できない以上、無罪とする（この点、田宮は、公訴取消し後の再起訴について、「多分に違憲の疑いがある」としている⁽⁴³⁾）。また、公訴の取下げを許す場合にも、再起訴の要件（刑訴法340条）は厳格に判断する。

他方で、一事不再理（二重起訴禁止）の効力の及ぶ範囲については、本稿で先に論じた意味での第1・第2の非両立性も含めた、全ての非両立事実に及ぶと考える。なぜなら、捜査・訴追機関には、それらすべての事実の可能性を慎重に検討する義務（同時処理義務）があり、その結果として、公訴提起がなされる以上、その全範囲について、訴追側に禁反言の効力が及ぶと考えるのである。ここで、訴追側の禁反言とは、一度被告人に対して特定の犯罪事実について公訴を提起した（被告人が当該犯罪事実について有罪であると主張した）以上、爾後それと矛盾する（両立しない）主張による訴追活動が禁止されるということである。

例えば、「〇〇年5月25日午後10時頃島根県松江市内の某所で紐様のもので被害者Vの首を絞め殺害した」との訴因＝公訴事実で起訴されてい

た被告人 X が、「同日午後 9 時半頃愛知県日進市内のスーパー M 店内で 3000 円相当の S 社製化粧品を万引きしていた」とのアリバイ事実を主張したとする。裏付けを取ったところ、同日同時刻に同スーパーで万引き犯人が発見され追跡したが逃げられてしまい、店員が直後に調べたところ確かに同化粧品が紛失しており、警察が被告人宅を捜索したところ、同化粧品が発見されたとする。それらの事実が間違いないと確信した検察官が、殺人事件の訴因から窃盗事件の訴因に変更できるかと言えば、それを認める者はいないであろう。殺人事件の起訴を取り下げ、別途窃盗事件で起訴し直すのが筋である。

あるいは、万引きの事実は実は X が友人 Y に頼んで仕組んだ虚偽のアリバイ工作である可能性があるとの情報が入っていたが、Y の所在が分からずその情報の真偽に確信が持てないというケースを考えてみよう。検察官としては、殺人の起訴も維持しつつ、最悪の場合に備えて窃盗も訴追しておきたいと考えたとしよう。この場合、窃盗の訴因を予備的・択一的に殺人の起訴に追加できるであろうか。もちろん、公訴事実の同一性がなから認められない、と誰もが答えるであろう。

では、別訴で窃盗を起訴することは許されるであろうか。相互に矛盾する（両立しない）二つの起訴を認めることは妥当ではない、と普通は考えるであろう。この場合、後の窃盗の起訴が許されないとする理論的根拠は何であろうか。広い意味での二重の危険と考えるべきであろう。つまり、同一時刻に行われた 2 つの行為事実の両方について、1 人の被告人を訴追することは矛盾（非両立）であると共に、同被告人に対して二重に危険を負担させることになる、と考えるべきである。刑罰権を行使する国家は、相矛盾する行為（訴追）をすることは許されない。白取は、一事不再理を「国家機関の不当な再訴追の当否」の問題であると指摘する。⁽⁴⁴⁾そして、二重の危険の原則を根拠とするならば、当然二重起訴の場面のみならず、例えば、殺人事件の無罪が確定した後の窃盗による起訴も許されないとすべきであろう。⁽⁴⁵⁾

同一時刻の（相矛盾する＝両立しない）2つの行為事実を同一被告人が行ったと主張しているという意味で同一事件と考えるべきである（刑訴法10条、11条、338条3項）。他方で、先にも述べたように、訴因変更の対象としては同一事件とは言えない（公訴事実の同一性はない）。一見矛盾するように聞こえるかもしれないが、訴因変更の可否について考える場合には、2つの行為事実を問題にしているという意味で、同一事件ではない、従って公訴事実の同一性はない。他方で、一事不再理及び二重起訴禁止の範囲について考える場合には、同一時刻の（両立しない）同一被告人の行為事実を問題にしているという意味で同一事件である。つまり、アリバイ関係にある2つの事実の例は、非両立性の基準が、訴因変更の可否を考える場面ではなく、一事不再理及び二重起訴禁止に該当するかどうかを判断する場面で有用であることを示唆するものである。

さて、以上のような主張については、審判対象（訴因変更）の範囲や既判力・一事不再理効の及ぶ範囲についての、歴史的経緯や実務の現実等を考慮すれば、結論としてあまりに過激である、という印象を受けるかもしれない。それは筆者も自覚しているつもりである。その点で、本稿のきっかけとなった沢登・前掲論文と同様に、当面相手にされることはないかもしれないが、少なくとも、特に公訴事実の同一性＝訴因変更の範囲に関するいわゆる非両立性基準については、重大な問題があるように思われるし、一事不再理効との関係をどう考えるかという点についても、将来的な検討の方向性という点では、多少の意味があるのではなかろうか。

(41) 田宮・前掲『一事不再理の原則』6頁以下。

(42) 田宮・同書9頁注20参照。なお、以下の検討にも関連するが、渥美・前掲書510頁以下の議論は非常に示唆的である。

(43) 田宮・同書93頁。

(44) 白取・前掲書335頁。

(45) この点に関しても、白取同所は、「窃盗の本犯者なのか、盗品を譲り受けただ

けなのか不明な場合に、その双方を相前後して訴追するというのは、あまりに訴追者の側に傾いた発想といわなければならない」と指摘する。