

覚せい剤使用罪における訴因と公訴事実の同一性

島 倉 隆

一 は し が き

刑訴法第二五六条第三項後段は「訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以って罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない」と定める。最高裁判所は出入国管理令違反事件で、「被告人は、昭和二七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」との公訴事実で起訴された事案について、右公訴事實は、日時、場所、方法につき具体的な表示をしてはいないことを認めつつも、次のように判示した。「(刑訴法二五六条三項の)規定する所似のものは、裁判所に對し審判の対象を限定するとともに、被告人に對し防禦の範圍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ゐる場合を除き、本来は、罪となるべき事實そのものではなく、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ゐるのであるから、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、その一事のみを以って、罪となるべき事実を特定しない違法があるということとはできない⁽¹⁾。右事件におけるその「特殊事情」とは、「本件密出国のように本邦をひそかに出国してわが邦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」あることが挙げられている⁽²⁾。すなわち外交関係に基く捜査の困難さを特殊事情とみて、そのばあいはある程度緩和された表示を認めてよいとしたものである。

ところで覚せい剤取締法第十九条は、所定の除外事由に該当しない覚せい剤の「使用」を構成要件として規定しており、同条違反の罪における「罪となるべき事実」は日時、場所等によって特定された「使用」（注射、服用、塗布）である。この使用行為については、捜査において、任意提出されたまたは令状により押収された尿の鑑定の結果覚せい剤（フェニルメチルアミノプロパン塩類）が検出されただけでは、最大限一〇日ないし二週間とされる覚せい剤の体内滞留期間を根拠に覚せい剤が使用されたことが間違いないとされたとしても、使用の日時・場所・方法、使用量、右期間内における使用回数、単独犯が共犯かという使用形態などについては不明であって、しかも被害者や行為の相手方や目撃者がいないことが通常なので、右不明な点を特定するためには、被疑者、被告人の供述に頼らなければ説明は困難とされている。もちろん、黙秘するか否認するかそれとも事実を認めるかは、被訴追者の自由な選択に委ねられてはいるが、使用事実に関しより詳しく訴因の特定を求めると、捜査機関に自白獲得を重視した取調べを許容することになりかねないことも指摘されている⁽⁴⁾。このように、犯行の具体的内容につき自白に頼らざるをえないような性質の犯罪にあっては、捜査上犯行の具体的説明が極めて困難であるから、訴因の特定が緩やかにならざるをえない。そこで、訴因の特定性の緩和は審判の対象と被告人の防禦の範囲の明確化に支障を来すことにならないか、訴因の特定は起訴状以外の釈明や証拠などにより補正することができるか、覚せい剤の体内滞留期間に一回以上使用した可能性を

否定しえないとすると、その一回の使用を起訴したとする訴因の特定性が充されていないことになるのではないか、さらに二重起訴、既判力、公訴時効などの点で被告人に不利益を生じることはないか、などの点が問題とされてきた。

以下は、覚せい剤事犯が刑事手続の面に及ぼした数多くの問題のうち、二つの点を判例を辿りつつ検討を加えてみようと思う。一つは、使用事実を否認したり黙秘したりしたばあい、法二五六条三項の訴因の特定の要請に対応してどの程度の事実記載や資料を以って足りるかということであり、訴因の特定の問題である。いま一つは、日時、場所等により特定された使用事実を認める供述をしたものの、のちにこの供述を翻えし、別の日時、場所等による使用事実を供述したばあい、この両事実は公訴事実の同一性があるかという問題である。これらの点には多くの論稿があるが、争点には対立がみられ、実務の運営や判例の解釈についても疑問と思われる点もあるので、若干の考察を加えてみたい。

(1) 最大判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一一号一六三三頁(白山丸事件)。

(2) 本件原判決は、「刑事訴訟法第二五六条第三項の規定が、審判の対象の範囲を明確にして被告人の防禦に実質的不利益を与えないためのもの」とし、本件訴因は、日時・場所および方法につき具体的詳細を欠いてはいるが、直ちに訴因の特定を欠くと速断してはならず、「日時の表示としての一定期間の長短が訴因の特定に影響を及ぼすことは否み難いところではあるが、それは犯罪の種類、態様、難易等によって著しい差異を齎すものというべく、従って国内事犯における比較的軽微な犯罪の如く自らしようと思えばいつでも容易にその機会を掴みうる犯罪であれば、日時の表示としての期間も自ら短期なることを要すべく、これに反し、本件の如き中国のような遠隔の地域に赴く密出国においては、船舶、飛行機何れの方法によるを問わず、その機会を得ることがなかなか容易な業でないものであるから、極めて長期に亘る期間を以って日時を表示しても必ずしも訴因の特定を害するものではないと解するのが相当である」としている。本件最高裁は、右原判決をそのまま肯定し、捜査の困難性を「特殊事情」という言葉で説明したものである。なお本件ではすでに起訴状において訴因が特定されているとみれば、本最高裁判決が、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知れないという疑いのないかぎり訴因の特定があるとする考え方で、特定された帰国に対応する出国行動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考え方

とのいずれに拠ったかは見解が岐れる。川添万夫・最高裁判例解説刑事編昭和三七年度二三五頁、金築誠志・同昭和五六年度一一頁（注五）。

(3) 東京高判昭和四四年一〇月二四日判例時報九七三号一三二頁、飛田他・覚せい剤事犯とその捜査。なお、宮野豊、安藤皓章・尿に含まれる覚せい剤の鑑定について、法律のひろば三三巻五号二六頁。

(4) 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六五頁。

(5) 三井誠・刑事訴訟法の課題（上）（下）、ジュリスト七三一一号一九五頁、七三三号一一〇頁。

二 覚せい剤の自己使用につき否認または黙秘したばあい

1 先にも述べたとおり、覚せい剤の自己使用は、尿検査により覚せい剤が検出されたとしても、犯罪の性質上人等の供述による以外は使用の日時、場所等を具体的に詳しく特定できないので、起訴状記載の公訴事實は次のような記載がなされるのが通例である。

「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和五三年一月中旬頃から同月二二日までの間東京都内において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン若干量を自己の体内に施用し、もって覚せい剤を使用したものである。」⁽⁶⁾
 日時については、覚せい剤の体内残留期間を根拠に採尿または逮捕の日から一週間ないし一〇日程度の期間を犯行日とし、犯行場所については、被告人の行動状況等からある程度幅のある表示がなされ、方法、使用量については特定しないのが一般である。⁽⁷⁾

このような公訴事實の記載は適法なものとして判例上確立されているものである（注(6)および(7)の各判例参照）。まず第一に、昭和五六年最高裁決定（注(7)参照）が出される前は、下級審判例は白山丸事件の最高裁判例を援用してこれに依拠し、否認のため犯行の日時、場所等の具体的特定をなすに足りる証拠を収集しえない捜査の困難法を、「特

殊事情」があるものと認めて、ある程度幅のある表示が許されないわけではないとした。第二に、それらの下級審判例は、幅のある表示であったとしても、訴因の特定に欠けるところはないとした。もともと、起訴状の記載だけによって訴因の特定が認められるとするのか、起訴状以外の、冒頭手続、冒頭陳述、その他公判期日における釈明、判決言渡前の論告、証拠調べの結果提出された証拠なども加えて訴因の特定性の判断がなされたのかは、問題である。この点につき、右下級審判例では後者の扱いがなされてきたと捉えられてきているようである。⁽⁸⁾

白山丸事件最高裁大法廷判定については、まず殊事情があれば緩やかな公訴事実の記載が許され、次いで、冒頭陳述での釈明と相俟ってその内容が明確になれば、訴因は特定する、それで審判の対象と被告人の防禦の範囲が明らかになりまた限定されるとしたものと解されてきた。⁽⁹⁾ 右事件では、検察官は、冒頭陳述で、①白山丸で帰国したこと、②ある時点まで日本においてその後所在が不明になったこと、③出国の認印を受けていなかったことを釈明した。右②と③の点は公訴事実として記載がなされているところを一層明らかにしたものであるのに対し、①の帰国事実の点は初めて主張された事実で、それによって、いつどこからどのようにして無許可出国したかの具体的事実が明らかにされたわけではないが、被告人の帰国事実に対応する密出国を確実に推認させるものであった。「冒頭陳述を考慮に入れない限り、白山丸での帰国に対応する密出国の事実が起訴されたものとみることが不可能であった」(注(9)の時国・解説、したがって、出国に対応する帰国事実も起訴状に記載すべきであり、そのことが余事記載に当たらないとする主張として注(9)土本論文)。このように冒陳をも素材として、帰国に対応した出国事実につき訴因が特定されたということは、その出国事実が他の出国事実と区別され審判の対象として明らかにされると共に、帰国事実や帰国に対応した出国事実を争うという点で被告人の防禦の範囲も限定され、その保障に役立つものであった。しかし、このように解する見解とは別に、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知れないという疑いがなく

り、訴因の特定性は具備されているという見解に立つと、白山丸事件のような特殊事情のある具体的事案では、その起訴状記載の公訴事実の趣旨を、右期間内に行われた一回の密出国行為を対象として起訴したものと解し、検察官の冒陳による補充前に訴因はすでに特定していると解することになる。⁽¹¹⁾ そうだとすると幅のある公訴事実の記載でも審判の対象としては明らかであり、ただ被告人の防禦の保障のをはかる上で、起訴状提出後のできる限り早い段階に釈明などによりより一層明確にすることが望ましいということにならう。⁽¹²⁾ しかし、日時等において幅のある記載もやむをえないものとして認め、審判の対象はその限度である程度明らかであるとする右のような見解は、公訴事実審判対象説であり、被告人の防禦の保障を制約することになるのを否定しえない。密出国は一回であり、二回以上ではないという意味で訴因の特定が充されているとすると、その内容はかなり抽象的、観念的なものであって、被告人は防禦の対応に戸惑うことにならざるをえない。むしろ、右大法院判決は、訴因は原則として起訴状自体において特定されていないなければならないが、例外的にやむをえないばあいは、ある程度幅のある記載も許容され、公訴提起後検察官の釈明等により事実がより具体化される余地があつたとしても——そしてのちにより具体化、明確化されなければならないが——、直ちに公訴の提起を無効としないのが、法二五六条二項、三項の趣旨と解したものであろう。右判決が、法の目的、すなわち審判の範囲と防禦の範囲を明らかにする目的を害さないかぎり幅のある表示も違法でなく、検察官の冒頭陳述と相俟つて右の範囲は限定されたと述べているのは、その趣旨であらう。

ところで、覚せい剤使用罪における捜査の困難さを特殊事情とみて、右大法院判決に倣い幅のある公訴事実の記載も認められるとした、使用罪に関する前記昭和五六年最決以前の下級審判例は、のちの検察官の釈明等によりどのように訴因の特定が認められたであらうか。

① 昭和五四年二月一四日の名古屋高判(注(7)参照)

この事例では第一審第一回公判期間で日時、場所につき検察官の釈明があり、同第九回公判の論告で、体内残存期間(四日間)と使用量と令状による採尿および覚せい剤検出事実が陳述され(判決はこの論告で公訴事実がいつそう具体化されたと述べる)、同判決は「前記のような釈明及び論告によって」、使用時期は採尿時以前四日以内であることが明示されている以上、審判の対象は明らかで被告人の防禦も限定されているから、「公訴事実の特定に関し前記のような表示を許しても」被告人の防禦に実質的な障碍を与えないとした。これは、第九回公判期日の論告において、起訴状に六月下旬とあるのを、尿検出日以前四日以内に使用行為があったと期間をさらに限定したことで、初めて訴因が特定したとするものであろうか。この判例は、公訴事実を六月下旬における一回の使用行為が起訴されたものと認め(検察官もその趣旨で起訴していると思われる)、幅のある表示でもその限度で訴因は特定されており、のちの釈明や論告により一層具体化されたとしているものと解され、論告を訴因特定の資料としたものではあるまい。白山丸事件大法院判決が冒頭陳述までの段階で訴因が特定されればよいとしたことを示したとすると、本判決は右大法院判決と異なるものであり、事実関係について比べても、出国事実と覚せい剤使用事実に関する訴因の記載は、後者の方がより特定性が認められるであろう。本判決が訴因の特定を論告時に認めたとして右大法院判決を拡大し逸脱したと評するのは当をえないものと思われる。

② 昭和五四年一〇月二四日の東京高判(注(6)参照)

この事例では、一審第一回公判期日で、①二月中旬ころとは一〇日から二〇日まで、ころとは一両中の幅をいう、②使用回数は右期間中一回、複数回ならば尿鑑定時より直近の一回を指す(同鑑定日時も明らかにされた)、③若干量とは注射一回分(〇・〇二〜〇・〇五g)の量を指す、④施用とは注射のこととの検察官の釈明があり、同判決によつてこの釈明と「右起訴状の記載と併せてみれば」審判の対象は明らかであり被告人の防禦の範囲も限定されていると

された、起訴状の記載と右釈明とを併せてみてより一層具体化された事実は、右期間中の尿検出日より直近の注射による一同の使用行為とすることであり、この判例も、起訴状と釈明とを併せてみればという表現をしながらも、二月中旬ころから同月二二日ころまでの一回の使用行為が起訴されたものと認め、幅のある記載ながらも特定している公訴事実が第一回公判期日の右釈明により一層明らかにされたとするものであろう。「本件訴因が犯罪の日時・場所および方法につき幅のある表示をしているからといって、その特定に欠けるところはない」と本判決が述べるころはその趣旨であろう。やはり、白山丸大法廷判決とは異り、同判決の奥野裁判官の補足意見の立場とむしろ類似する。

③ 昭和五五年二月二十八日の東京高判（注(7)参照）

この事案では、第一審第一回公判で弁護士から訴因の不特定を理由に公訴棄却の申立がなされたが、これに対する判断を留保して実体審理に入り公訴事実に対し判断したことにつき、東京高裁は、訴因の特定について、「関係証拠によって認められる覚せい剤の人体滞留推定日数、被告人の当時の行動状況ないしその地域範囲に照し、なお本件では被告人が逮捕された日時に最も近接した時点での自己使用一回を起訴したものである旨の検察官の釈明をも考慮すると」、本件公訴事実「の程度の幅のある日時、場所の表示でも特定性を欠くものとすることはできない」と判断した。判決文からは、公判のどの段階で、尿検出事実と逮捕日直近の使用行為を起訴する旨が釈明によって明らかにされたかは判然としないが、右に述べた二つの高裁判例と同様の見解に立つものであろう。

右三つの高裁判例は、白山丸事件大法廷判決を引用し、これを踏襲したとされているものであるが、公訴事実中の一定の期間内の一回の使用行為が起訴されていることが認められるかぎり、訴因は不特定といえないとする点で、先にもふれたように右大法廷判決の奥野補足意見に近い。もっとも、覚せい剤使用の訴訟上の事実認定に関する争点は、尿検出鑑定書が提出されれば、日時等において幅のある表示がなされても、被告人の防禦に支障を来すほど複雑

でも不明確なものではなく、実体審理の早い段階で、尿検出事実とそれに対応する使用一回分の行為が審判の対象であることが明らかにされることが一般であろう。他方、従来の最高裁の基本的な立場は、「訴因の記載が明確でない場合には、検察官の釈明を求め、もしこれを明確にしないときにこそ、訴因が特定しないものとして公訴を棄却すべきである⁽¹⁴⁾」とするものであった。

2 訴因は起訴状の記載自体において特定されていなければならず、特定を欠けば公訴棄却をしなければならぬとされている⁽¹⁵⁾。但し、特定はしているが不明確なばあいは、明確性についての瑕疵がそれほど重大ではなく補正による治癒が可能なきは、冒頭手続の段階までの補正は認められてよいとされている⁽¹⁶⁾。そこで、訴因特定の具体性につき、日時・場所・方法の記載は訴因に不可欠な要素とみて、これに関し幅のある記載は訴因の特定を充さないし、実体審理で提出・釈明された資料にもつき訴因を特定することは許されないとする見解がある⁽¹⁷⁾。当初の無効な起訴状を遡って有効とすることはできないというわけである。これに対し、不明確な記載が訴因を不特定とする程度のものであるばあいにも補正を許してよいとする見解も存する⁽¹⁸⁾。これらの見解の差異は、審判の対象の特定と被告人の防禦の保障との訴因の機能について、どの段階でどの程度に訴因事実を具体化すれば訴因の役割りを果たしたことになるかという見解の相違である。この点につき判例は一般に緩やかな立場にあったとみてよいであろう（冒頭陳述よりあとの公判期日でなお幅のある事実の主張であつてもよい）。

白山丸事件大法廷判決は、訴因は不明確で特定せず、冒頭陳述と併せて特定されたのか、それとも訴因は特定しているが不明確なばあいであったか、解釈が岐れたが、この問題を意識的に取り上げたのが、覚せい剤使用罪に関する昭和五六年四月二五日最高裁第一小法廷の決定であった（刑集三五卷三号一六頁）。公訴事実は、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、Y町およびその周辺において、若干量の覚せい剤を自己の身体に注射または服

用して施用し、覚せい剤を使用した、というものであった。

「本件公訴事実の記載は、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、覚せい剤使用の訴因の特定に欠けるところはないといふべきである」(刑集三五卷三号一一六頁)。

右決定は、法二五六条三項後段の「できる限り……、特定しなければならぬ」という文言につき、できる限りという方に重点をおいた解釈をとることによって、従来の覚せい剤使用罪の公訴事実⁽¹⁹⁾は起訴状記載自体の公訴事実において訴因として特定されていることを明言したものである。これがその判例上の意義であると思われる。

「できる限り」の解釈については、知りうる限り (as far as known) とする説とできる限り 厳格にとする説とがあったが、⁽¹⁹⁾右決定は「起訴当時の証拠に基づき」としているので、起訴時まで⁽²⁰⁾に集取された証拠資料から知りうるかぎりの範囲で特定されていれば足りるとしたものと解せられ、前説に拠ったものと認められる。これは、日時等にある記載であっても、すでに起訴状において訴因として特定しているといふことであるから、白山丸事件の大法廷判決やその後の覚せい剤使用事犯の下級審判例のように、特殊事情というものを⁽²⁰⁾はや考慮しないといふことである。おそらく、右決定をなした最高裁は、右下級審が判示した特殊事情に疑念をいだき反省するところがあったに違いない。

それまでの下級審判例が挙げた特殊事情とは次のようなものであった。⁽²⁰⁾(イ)被害者の不在、(ロ)行為の相手方の不在、(ハ)目撃者の不在、(ニ)被訴追者の犯行否認または黙秘、(ホ)捜査の困難性、(ヘ)尿の検出、(ト)注射痕、注射筒等の存在。しかし、右捜査の困難性を白山丸事件の困難性のばあいと対比しても、その各々の特殊事情は質的に異なるものであることは指摘しているとおりであるが、右に挙げられた特殊事情が他の犯罪のばあいと対比しても果してどれほどの特殊性があるかも問題であり、犯罪の種類、性質等の特質と捜査の困難性という特殊事情を強調しそれを楯とし

て、杜撰な捜査から不十分に取得された証拠にもとづくばあいでも、やむをえないものとして緩やかな訴因の記載を許容することにもなりかねない。もともと白山丸事件大法廷判決にいわゆる特殊事情とは、国交のない国に出国したばあいには捜査上その出国の具体的顛末につき確認するのが困難という意味であったが、捜査の困難というものを一般化すると、特殊事情という概念は曖昧となり、右に掲げたように様々な意味合いを有するようにならざるをえない。幅のある記載が許されるためには特殊事情の存在が要件となるが、特殊事情とは何かは必ずしも判然とせず、単に捜査の困難性を指すにとどまる。しかし、先に見たとおり、右昭和五六年最決以前の覚せい剤使用罪に関する下級審判例は、一方で白山丸事件大法廷判決を引用し特殊事情があれば幅のある記載が許されるとしながら、他方で、ある期間中の一回の使用行為を起訴されたものとみて訴因の特定を認めていたと解されるので、その意味で右下級審の立場は曖昧なものがあり、徹底したものではなかったと評しえよう。捜査が困難ならば幅のある記載も許される、但し訴因は特定しているというわけである。これに対し右昭和五六年最決は特殊事情という概念を斥けて、従来の右下級審判例の立場すなわちある期間中の一回の使用行為が起訴されたと認められるかぎりには訴因は特定しているという点のみを端的に取り上げた。これは白山丸事件における奥野補足意見の立場であり、抽象的、観念的と批判されたところのものであった。結局、問題は今日においても、不明確な訴因でもちの手続で明らかにされればいいのか、幅のある記載でも訴因として特定性が認められればいいのか、という白山丸事件の投じた領域内にあり、最高裁は覚せい剤使用事件においては、後者の事実とみたわけである。したがって、不明確な訴因も必ずしも無効ではないがのちに明確にされなければ訴因不特定として公訴を棄却するとする前記昭和三十三年一月二三日最判の立場を否定するものではないが、ただ右昭和五六年最決はそのような立場は好ましいものとはしなかったと思われる。問題は、訴因特定における被告人の防禦の保障機能であるが、幅のある記載はのちの手続での積明や資料により当然日

時・場所等が具体化されてゆくので特別に支障は生じないとされたものであろう。しかし、必ずしも具体化され明確にされないこともありうるので、そのばあいにおける被告人の不利益は今後の課題であることに十分留意する必要がある。以下は、それとは別に、幅のある記載方法もやむえないものと認められるとしても、そのばあい、右五六年最決が一回の使用行為があったと認めうるとする点で、果してその行為は特定しているかを検討してみよう。

3 右昭和五六年最決以後の覚せい剤使用罪事件の下級審判例は、右最決に従い起訴状記載の公訴事実自体において訴因の特定に欠けるところはないとした。⁽²¹⁾ いわく、「本件公訴事実の記載は、日時、場所の記載にかなりの幅があるけれども、その幅の中のどの日時、場所を採っても法令の適用上異なる裁判結果に至る可能性はなく、また、その幅の中に含まれる唯一回の行為のみを起訴したものであるから、訴因としての特定性に欠けるところはない」(昭和五七年三月二四日東京高判)。また、「本件公訴事実記載の犯行の日時、場所及び覚せい剤の使用量は、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と認めるのほかな(い)」(昭和五六年一月一七日仙台高秋田支判)。

この幅のある記載方法において問題となるのは、日時の点である。いうまでもなく、被告人の尿中から覚せい剤が検出されたとしても、それに対応する使用行為は必ずしも一回とは限らず複数回の可能性があるからである。この問題は従来より存したが、昭和五六年最高裁決定では触れるところがなかった。そこで判例に現われたもので一つの方法は、公訴事実記載の期間中最終一回分を起訴した旨の検察官の釈明に拠って、最終一回分が起訴されたと解釈することである(直近一回説)⁽²²⁾。いま一つは、「公訴事実に複数回の使用行為が記載されていない以上、検察官としては右使用行為は一回である旨の起訴をしたもの」(最小限一回説)⁽²³⁾と解釈することである。後者は、右昭和五六年最決の原審が、「被告人が任意提出した尿から検出された覚せい剤を自己の体内に撮取したその使用行為」と述べた趣旨と同一のものとして解され、白山丸事件の下級審判例に見られたいわゆる特定の帰国に対応する出国という特定方法である。し

かし、覚せい剤使用のばあいには白山丸事件のそれと異り尿中の覚せい剤検出事実に対しては複数回の使用があうりから、特定方法としては後者は妥当ではないとされている。⁽²⁴⁾ また前者については、観念的にすぎ、被告人の防禦には無意味だとの批判がある。⁽²⁵⁾

日時、場所等が具体的に、明確に特定されていない以上、具体的事実から離れたものとして観念的だと評するならば、右二つの記載方法はいずれも観念的だといえよう。⁽²⁶⁾ しかし、記載に幅のある公訴事実でも訴因が特定されていることを承認するならば、右訴因事実は、まったくの抽象的、観念的なものではなく、幅のある限度である程度の具体性を有するものといえよう。昭和五六年最決はその趣旨であろう。そこで、幅のある期間内でも一回のみ使用したことが明らかであるばあいは、争点が明確で被告人の防禦に支障はなく、不告不理の原則に反せず、また右期間を基準とすれば公訴時効、既判力の点でも問題はない。問題は、ある期間内に少くも一回は使用したことが明らかだが、その日時等が具体的に特定できないばあいであり、この点につき起訴状の解釈として先に述べたように実務上二つの方法がとられたのである。すなわち証拠上二回以上の使用の可能性を認めうるばあいに、他の犯行との識別が可能か問われる。

直近一回説は、直近一回分の使用は尿検出結果に確実に対応し直結することを前提として行為を特定するもので、たとい証拠上その期間中における日時が特定されうるとしても、自白の変転や新たな証拠の提出などにより日時等を固定することが却って訴訟手続上複雑な問題を招来することになるので、「(日時等を)固定するのでなく、逮捕時直近の使用となり尿検査に結果として出たその覚せい剤使用を訴追したとして事実を特定」⁽²⁷⁾するといふものである。複数の犯行があると尿検査結果は直近のものとしてそれ以前のものとの混在しかつ分離しえないが、それ故に「尿鑑定により立証しうるのは、採尿直近の一回の使用しかないこととなる」⁽²⁸⁾とする。これに対する批判は、尿および覚せい剤

の排泄の機構は未だ十分に解明されていないから（使用後数時間ないし三日位後初めて排泄されることもある）、「尿検査の結果のみからでは最終の使用の事実を疑問の余地なく立証することはできず、その時期に覚せい剤を使用した事実があることを立証することができるとどまる⁽²⁹⁾」というものである。尿検査結果はある期間犯行があったことを十分合理的に推認させるが、直近一回分と特定された犯行について必らずしも確実な証拠とはならないというものである。そうすると、直近一回説の問題点は、尿検査結果と直近一回分との因果関係が争われたばあい、今日科学的に解明されている尿鑑定の妥当な適用領域内において認定されたかどうかという事実認定の問題に帰することになる。しかし、直近一回説に対する右批判は、直近一回と特定するまでもなく、尿検査結果からみてある期間に一回の使用があったと主張すれば足りるのではないかということになるであろう。

最少限一回説は、尿検査結果に対応する一回の使用行為といっても、要するにその期間内少くも一回の使用があったとする見解と解され⁽³⁰⁾、訴因は幅のある記載ながらも特定していると見られる。横井大三氏はかつて訴因は可能性だとしたが⁽³¹⁾、これは、訴因とは、審理の過程で幾つかの事実が現われる可能性があるものの、検察官がある程度の具体的な立証テーマを掲げ、それについて証拠に基いた立証の可能性を表示したものであることであろう。訴因の記載事実が具体性においてある程度の幅があるとしても、その期間内、その地域で一回の使用行為の立証の可能性があるならば、裁判所は実体審理に入らなければならない。すなわち、たとえ二回以上の使用の可能性があったとしても、そのことから直ちに訴因が不特定とはいえないとするのである。これはある程度幅のある訴因を認める以上、正当な考え方であって、この考え方からすると、前記昭和五六年一月一七日仙台高秋田支判の判示が正しいことなる。それは、その期間中の使用行動は一回である旨の検察官の釈明の有無にかかわらず、起訴状自体からその旨を読みとりうる程度の訴因の特定があればよいということである。二回以上の使用の可能性があることを念頭において、期間中最

後の一回分とか逮捕日または鑑定日から直近一回分とかいう必要はないことになる。この立場によると、尿検査結果は、ある期間中一回の使用があったことを徴表する証拠である。

では、一回の使用行為を起訴した趣旨として審理を進めたところ、具体的に二回以上使用された可能性が認められれば、どのよう処理すべきであろうか。一つの考え方は、どの使用を訴追するかが明らかになるように訴因の補正すべきだとするものである。⁽³²⁾ いま一つは、使用日時がA日の一回かその後のB日の一回か、またはその両日の合計二回のいずれであることが明白であるが、そのいずれであるか確定できないばあいは、当該期間中一回使用したとの訴因があり、かつ検査結果が右期間中少くも一回使用された事実を証明していれば、よって両日中に一回の使用があったことを認定してよいとするものである。⁽³³⁾ このようにかなりの程度限定された日時に一回の使用事実が証拠上認めらるれば、具体的・明確に特定された日時等が明らかにされることは必ずしも必要ではなく、特に否認している被告人には争点が明らかであり、防禦上支障を生じることがあるとはいえないので、後説の処理方法および認定が妥当と考える。

4 既判力については、起訴状記載の期間中の一回の使用行為が認定されたとしても、右期間中のすべての使用行為に及ぶと解されている。⁽³⁴⁾ その理由については、困惑し防禦を余儀なくされたことでその期間中の使用行為に危険が及んだこと、その期間中の使用行為はそのうちの一回分のみの立証に用いられ、一回の手続で刑事責任を追及するために用いられているので、二重の危険の禁止によりその期間中の行動は重ねて責任を問われないこと、包括一罪の關係にあることが挙げられている。これに対し、「起訴状に記載された期間内に自己使用が一回しかない場合であれ、複数回あって屈検査結果に対応する逮捕直近の一回を起訴した場合であれ、起訴された当該一回に既判力が及ぶ」とする見解がある。この見解は、直近以前の使用行為の覚せい剤が検出結果において混合して分離できないことを認め

ており、またある期間中使用日時が明らかになされたとしてもそれにとらわれずに直近一回分としては訴追するとしながら、期間中の直近以外の使用行為を危険にさらされたものとしないう点で、被告人の地位の保障に欠けるものがあり、正当さを欠くと思われる。

なお、仙台高秋田支判（昭五六・一一・一七）が、既判力の及ぶ範囲につき、検察官が一回分を起訴した趣旨とする以上、「後日本件公訴事実の期間内に複数回の使用行為があることが判明した場合（複数の使用行為の時間的先後関係が明らかになった場合も含む）にも、それが前記被告人の尿から検出された覚せい剤と無関係であることが立証できない限りその全部に既判力が及び検察官は起訴できない」とした点につき、「尿から検出された覚せい剤の当該使用行為とは別個の使用行為が立証できない限り実際上既判力の対象たる使用行為との区別がつかないであろうことをいいたもの」⁽³⁶⁾であることは確かであるが、実質的には、「犯行日とされた期間の内のすべての使用行為に及ぶ」⁽³⁷⁾ことを述べたものと解しえよう。

(6) 東京高判昭和五四年一〇月二四日判例時報九七三号一三三頁。

(7) 「昭和六二年六月下旬旨」「桑名市附近」「若干量」(名古屋地一宮支判昭和五三年五月一日、二審判決の名古屋高判昭和五四年二月一四日判例時報九三九号一八頁参照)、「昭和五四年五月初旨ころから同月一五日ころまでの間」「東京都市内又はその周辺」「若干量」(東京高判昭和五五年二月二八日判例時報九三九号一八頁)、「昭和五四年九月二六日ころから一〇三月〇日までの間」「広島県高田郡吉田町及びその周辺」「若干量」(広島地判昭和五五年三月一二日、最決昭和五六年四月二五日刑集三五卷三号一一六頁参照)、「昭和五六年二月末ころから同年三月六日ころまで」「青森市内若しくは五所ヶ原市内」「若干量」(仙台高秋田支判昭和五六年一月一七日判例時報一〇二七号一三三頁)、「昭和五六年八月中旬ころから同月下旬ころ」「東京都市内某所」「相当量」(東京高判昭和五七年三月二四日判例時報一〇六三号二一四頁)。

(8) 渡辺修・覚せい剤使用罪における訴因の特定、判例評論二七五号六二頁(判例時報一〇二〇号二〇八頁)、金築・前掲一〇九頁、一一二頁(注一一)。

(9) 時国康夫・訴因の特定、刑事訴訟法判例百選(第三版)九五頁、土本・訴因の特定・公判法大系一四〇頁、高田卓爾編・

- 判例コンメンタール刑事訴訟法一七五一頁（能勢弘之）。
- (10) 仙台高判昭和三四年四月一日高刑集一二巻四号四四七頁。
- (11) 川添・前掲二三五頁、なお、奥野裁判官の補足意見。
- (12) 松尾・刑事訴訟法上一六〇頁は、「起訴状の記載は、『罪となるべき事実』の特定に必要かつ十分な程度にとどめ、被告人の防禦の利益は、起訴状提出以後の手続過程——事前準備、起訴状に対する釈明、冒頭陳述など——を含めてその保障に遺憾なきを期する方が、全体的にみて適切だと思われる」とし、「これらの場合、検察官の意思表明は、むろん訴訟法上の意義を有し、内容によっては、訴因を限定する効果を持つはずである」とする。これは訴因の特定されていることが前提とされているが、起訴状の訴因が必ずしも特定されてはいないとされるばあい、起訴状以外のどのような資料がどの段階で考慮されてよいか問題となる。
- (13) 渡辺・前掲六三頁、金築・前掲一一二頁（注一一）。
- (14) 最判昭和三三年一月二三日刑集一二巻一号三四頁。
- (15) 横井大三・公訴、刑事裁判例ノート(3)一一二頁、船田三雄・刑事裁判における訴訟指揮、法曹時報二五巻五号一四頁、土本武司・前掲一四五頁、鈴木茂嗣・刑事訴訟法九六頁。
- (16) 平場ほか共著・注解刑事訴訟法中巻（全訂新版）三〇九—一〇頁（平場安治）、青柳ほか共著・注釈刑事訴訟法第二巻四九四頁（臼井滋夫）、なお横井・前掲一二二—二頁。
- (17) 渡辺・前掲六二頁、高田昭正・訴因の特定、昭和五六年度重要判例解説一九五頁、小田中聰樹・訴因の特定について、Law School No.43 七七頁。
- (18) 横井・前掲一二二頁（何が起訴されたか判らないような場合はともかく、そうでなければやはり補正を許すべきものと考える）、土本・前掲一四五頁、青柳ほか共著・前掲四九一頁（臼井）（明確性に関する瑕疵がきわめて重大であって補正による治癒不可能な場合（いわば絶対的無効の場合）は補正は認めず、それ以外は認めうるとする）。なお、平場ほか共著・前掲二〇九—一〇頁（平場）は、訴因の明示を構成要件間の区別を明らかにするものと観念し、訴因の明示があれば冒頭手続までの補正を認める。同書三一六一—七頁は、右横井説らと同旨と解せられる。以上に対し、船田・前掲一四頁は、不特定な訴因は補正が許されないとする。
- (19) 前説は法案起草者の意図とされる（川添・前掲二三六頁、土本・前掲一二六頁）。後説は、平野龍一・訴因概説、訴因と証

拠、刑事法研究第四卷一〇三頁、土本・前掲二二六頁、田宮裕編・刑事訴訟法I五〇三頁（山本和昭）。但しこの説でも、やむをえない事情に基くばあいはある程の幅のある記載を認める（平野、同書一〇四頁）。

(20) 青木紀博・覚せい剤の自己使用罪における訴因の特定、同志社法学三四卷四号一六〇頁。

(21) 東京高判昭和五七年三月二四日判例時報一〇六三号二四頁、仙台高秋田支判昭和五六年一月一七日判例時報一〇二七号一三頁。右東京高判は、幅のある公訴事実につき、日時幅が二〇日間に及んでいるのは、他の訴因と区別しうるから訴因の特定上問題は生じないし、その間複数回使用の可能性があっても最終一回の起訴との検察官の釈明があったし、犯行方法については訴因特定機能は高くなく、使用量については訴因の特定要素ではなく一定範囲を想定しうるから、具体的に明示するまでもないと、公訴事実の記載に沿って判示した。

(22) 東京高判昭和五七年三月二四日（注(21)）、東京高判昭和五四年一月二四日鑑定日より直近一回（注(6)）、東京高判昭和五五年二月二八日逮捕日より直近一回（注(7)）。

(23) 仙台高秋田支判昭和五六年一月一七日（注(21)）。

(24) 金築・前掲一一〇頁。なお、川添・前掲二三五頁は、具体的事案を離れ、抽象的観念的な特定方法とする。

(25) 土本・前掲一四〇頁、高田昭正・前掲一九七頁、金築・前掲一一〇頁。なお、渡辺・前掲六三頁は、特定されていないという。

(26) 渡辺・前掲六三頁は、昭和五六年最決の事案は訴因の特定を欠くとし、「検察官が『いつどこかは不明だが、ともかく犯罪をやつたらしいので処罰せよ』と主張することを許すに等しい」とする。しかし、尿から覚せい剤が検出され、体内滞留期間により使用期間が限定され、被告人の行動状況などから日時、場所が限定されているので、具体性に幅があるとはいえず、期間内の一回の使用の処罰を求める訴因は特定されているといつてよいであろう。

(27) 宇津宮英雄・覚せい剤使用罪における訴因の特定と既判力、警察学論集三五卷七号一五四頁。

(28) 松浦恂・覚せい剤使用事犯の公訴事実の同一性、研修四五号四八頁。

(29) 香城敏磨・覚せい剤取締法、平野ほか編・注解特別刑法5二二〇頁。

(30) 古田佑紀・覚せい剤の自己使用事犯における使用日時・場所の幅のある記載と訴因の特定、研修四〇六号五九〜六〇頁

(31) 横井・前掲二二八頁。

起訴状によると、被告人A・B・Cは共謀の上昭和三六年三月中旬頃から同年五月中旬頃までの間前後二十数回にわたり北緯三〇度以北の北大平洋にある釜石沖一五哩付近海上で猟銃を使用しておとせし合計約七〇頭を猟獲し、被告人D・Eは共謀の

上昭和三六年三月中旬頃から同年四月上旬頃までの間前後二十数回にわたり前回同様の岩手県大槌沖二〇哩付近海上でおっとせい合計六八頭を獵獲し、被告人Fは昭和三六年二月一日頃から同年三月五日頃までの間前後八回にわたり前回同様の場所たる岩手県山田、宮古沖でおっとせい合計四八頭を獵獲したという事案につき、第一審は、右獵獲行為は接統犯でも包括一罪でもなく併合罪であるが、右行為は個別犯されていないから訴因の特定性を欠くとして公訴を棄却したのに対し、仙台高裁は、審理を尽くことなしには包括一罪か否かは判らないとして一審を破棄し差戻しをした。横井氏は、白山丸事件などとみられた訴因不特定説に對立する右高裁判決を正当とし、「期間内に一回の犯行しかない可能性があれば、単に理論上二回以上の可能性があるというだけで、直ちに訴因不特定とすることはできない」とされる。

(32) 金築・前掲一一〇頁、神崎英郎・訴因の特定刑事訴訟法判例百選(第五版)八三頁。

(33) 香城・前掲二二頁、二一六頁。

(34) 高田(昭)、前掲一九七頁、神崎・前掲八三頁、古田・前掲五七頁、渥美東洋・訴因の特定・明示の意味、研修四四五号一

二頁、鈴木茂嗣・覚せい剤使用罪と訴因の特定、法学論叢一一八卷四・五・六号一九三頁。

(35) 宇津呂・前掲一五四頁。なお、金築・前掲一〇八頁は、「使用の日時の点で確定裁判や別件の起訴と重なる新たな起訴は、他の点で両者を識別することができなければ、すべて、既判力に触れ、あるいは二重起訴となる疑いがあるとされてよい」とする。

(36) 宇津呂・前掲一五六頁。

(37) 神垣・前掲八三頁。

三 覚せい剤の自己使用につき自白に変転があつたばあい

1 前橋地決昭和五六年六月一九日(判例時報一〇一四号一四頁)の事例は次のとおりである。被告人は覚せい剤所持罪の現行犯で逮捕され、使用の事実につき最後に注射をしたのが昭和五五年九月二四日午前零時半ころ自宅においてである旨自白したので、同使用事実につき一〇月三十一日起訴されたが、のちに公判廷で、九月二四日には覚せい剤をきらして使用の可能性はなく、同月二六日にAから覚せい剤を入手しこれを注射して使用したものであり、以前九月

二四日に使用したといったのは全部虚偽である旨供述した。そこで検察官は、「被告人は法定の除外事由がないのに、昭和五五年九月二四日午前零時三〇分ころ、大田市（番地略）の自宅においてフェニルナチルアルミノプロパンを含有する覚せい剤水溶液約〇・一五ccを自己の左腕に注射し、もって覚せい剤を使用したものである」とする起訴状記載の訴因につき、日時の点を「九月二六日午前三時一五分ころ」に覚せい剤水溶液の量を「約〇・二五cc」に変更することを求めた。これに対し、前橋地裁は、決定で、「被告人は、昭和五五年九月当時覚せい剤を常用し、多い時は一日二、三回使用していたことが認められ、犯行日のくいちがいがたとえ二日であっても両訴因は両立する可能性が強く、しかも旧訴因については、前記のような、相当詳細な自由も存在したのである」とし、九月二四日から九月二六日の間に犯行は一回であったということは不自然として、「公判審理を通じて、新旧両訴因が両立する可能性を否定することができず、従って公訴事実の同一性がないといわざるを得ない」と判示した。

さらに検察官が、本件起訴は被告人の逮捕前の最終一回を起訴した趣旨であり、当初不明確であった犯行日時の方が公判審理の過程で明確になったにすぎないから、旧新両訴因の間に公訴事実の同一性があると主張した点につき、

① 否認事件では、一定期間の間に使用したと起訴し、最終一回分の起訴との釈明により犯行を特定する方法が実務上なされているが、これは日時を特定する証拠がないばあいやむをえない方法であり、起訴の当初から証拠により日時が特定し起訴したばあいには右方法を及ぼすことは許されない。「けだし、右のような場合には、不明確な訴因が明確になったのではなく、まさにある事実から他の事実に移り換えることにほかならない」。

② 犯行の日時場所の特定を自由に頼らざるをえず、従って日時場所についての誤りが公訴提起訴に判明することかしばしば起りうることは理解しうるが、「本件のような場合を起訴手続によらず、「最終使用」一回のみを起訴したという検察官の意思（もしくは使用罪は通常「最終使用」一回のみを起訴するという実務上の取扱い）を根拠として公訴事

実の同一性を認め、訴因変更手続でまかなうとすれば、あまりにも刑事訴訟の基本構造を無視した便宜的措置であるとの非難を免れないのではあるまいか。」と判示した。

2 いま一つ、東京高判昭和六一和六月二五日(判例時報二二一八号一四二頁)を掲げよう。被告人の覚せい剤使用罪についての自白に基づき起訴したが、のちに起訴前の自白は虚偽であったといて新たな事実を供述した点で、右前橋地裁と同種の事案である。起訴状記載の訴因は、「被告人は、『Yちゃん』ことKと共謀のうえ、法定の除外事由がないのに、昭和六〇年一月二六月午後五時三〇分ころ、栃木県芳賀郡二宮町大字久下田(番地略)の被告人方で、右Kをして自己の左腕部に覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン約〇・〇四グラムを含有する水溶液〇・二五ミリリットルを注射させ、もって、覚せい剤を使用した」というものであったが、検察官は、右訴因を、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和六〇年一月二六日午後六時三〇分ころ、茨城県下館市大字折本(番地略)所在、スナックS店舗内で、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン約〇・〇四グラムを含有する水溶液約〇・二五ミリリットルを自己の左腕部に注射し、もって、覚せい剤を使用した」との訴因に変更を求めた。第一審は、右両訴因は公訴事実の同一性がないとしてこれを許可せず、当初の訴因につき無罪を言渡した。これに対し、右東京高裁は次のような判断を示した。

「本件において、検察官は、前記被告人の尿中から検出された覚せい剤にかかる本件逮捕(同年一〇月二八日)に直近する一回の使用行為を訴追する趣旨で、これが当初の訴因記載の日時、場所及び態様におけるものとして起訴したところ、前記の経緯で、右使用行為は、右訴因記載のようなものでなく、同訴因記載の場所から約一・八キロメートルの距離にある、変更請求にかかる訴因に示された場所におけるものであり、かつ、その態様は被告人自らが自己の

左腕部に注射をするというものであることが判明したとして、本件訴因変更請求に及んだことが明らかであり、かつ、右の変更請求にかかる訴因に示された日時以降逮捕時迄に被告人が覚せい剤を使用した証跡はない。以上のような事実関係の下においては、当初の訴因事実と変更請求にかかる訴因事実とは、同一の社会的歴史的事実に属し、基本的な事実関係を同じくするものとして、公訴事実の同一性の範囲内にあると解するのが相当である。」

3 覚せい剤の使用は通常注射または燕下の方法によるが、僅かの時間で足り、一日数回行われることも可能であるとされている。したがって犯行が反復継続して行われ、複数の犯行を識別するに往々困難を生じるが、日時場所等に異りがあれば、使用行為は各々異り併合罪の關係に立つことになるので、各犯行を具体的に個別化し特定するには日時、場所等が重要な意味を持つ。日時、場所等が異れば二つの事実は両立する可能性があり、公訴事実の同一性は認められない。もっとも前橋地裁決定が述べるように、「覚せい剤を使用したことがそのころ一回限りであり、他に同種犯行の形跡がないことが認められる場合や、他の者と一緒に覚せい剤を注射したというように、ある覚せい剤使用の犯行を他と区別する特徴があつて、その事実が両訴因を通じて同一である場合には、当該犯行は一回限りのものであつて、日時が異つても両立する可能性はないと認めよう。しかし、同決定の事案では、常用者である被告人がたとえ二日間であっても使用しなかつたとする事情は認められないとして、公訴事実の同一性はないとされたものであつた。

他方東京高裁の事案は、時間的には約一時間、場所的には約一・八キロメートルの差があり、また共犯と単独犯の相違があつた。このばあい、両訴因事実は、主要な事実關係において、一般的には同一または共通であるとはいえないであろう（入手先も異なる）。しかし、東京高裁は、①検察官は被告人の尿中から採取した覚せい剤にかかる使用につき最終一回の使用だけを起訴している、その使用は、前の訴因事実ではなく、後の訴因事実であることが判明した

ので、訴因の変更が求められた、③このような事実関係の下では両訴因は公訴事実の同一性があるとしたのである。しかし、両事実とは、「同一の社会的、歴史的事実に属し、基本的事実関係を同じくする」というのみで、なぜ公訴事実の同一性があるかを具体的に判示するところはない。

公訴事実の同一性についての最高裁の判例を辿ると、

①同一の背広につき日時、場所を異にする窃盗と贓物牙保につき、その日時の先後および場所の地理的關係と双方の近接法に鑑みると一方の犯罪が成立すると他方の犯罪は成立しない関係にあるから、公訴事実の同一性ありとしたもの（最判昭和二九年五月一四日刑集八巻五号六七六頁）、②同一の麻薬につき場所を異にして所持したばあいにつき、その目的が同一であるかぎり公訴事実の同一性は失われまいとしたもの（最判昭和三〇年七月一九日刑集九巻九号三四一頁）、③被告人個人の株式取得のためになされた業務上横領と、自己株式不正取得罪（商法第四八九条二号前段）に違反する会社の自己採取得のための支出行為につき、いずれも被告人の行為であり、同一事実の表裏をなし、それ故両訴因事實は択一的関係にあるものとして公訴事実の同一性を認めたもの（最判昭和三年五月二〇日刑集二二巻七号一四一六頁）、④同一の麻薬につき場所と相手方を異にする譲渡につき、麻薬を譲渡したという基本的事実関係は同一であるとして公訴事実の同一性を認めたもの（最判昭和三四年五月二一日刑集二三巻五号二七二頁）、⑤馬の売却を依頼されていた者が売却代金を業務上横領した行為と、家畜商から預っていた馬を窃取した行為につき、いずれも同一被害者に対する一定の物とその換価代金を中心とする不法領得行為であり、一方が有罪となれば他方は不可罰的行為として不処罰となる関係にあるとして、基本的事実関係の同一性を認めたもの（最判昭和三四年二月二一日刑集二三巻一三三三一九五頁）、⑥枉法取賄と贈賄の各訴因につき、收受と供与の各賄賂の間に事実性の共通性があり、かつ両立しえない関係にあるとして公訴事実の同一性を認めたもの（最決昭和五三年三月六日刑集三三巻二二八頁）などがある。これらの判

例は屢々取上げられ、判例の流れをみるに特徴的なものとして取り上げたのであるが、判例はいわゆる基本的事実同一性を示すに当り、一つは、自然的、社会的事実を比較し、行為または犯罪態様、犯罪の日時・場所等の自然的事実に異同があっても、行為、客体、結果、法益侵害などの基本的とされる事実の一つまたは幾つかが重なり合っているならば同一性を認めるもの(②、④など)と、他は事実の密接性、近接性、共通性を認めた上、一方の訴因が成立すれば他方の訴因は成立しないという関係にあれば同一性があるとするもの(①、③、⑤など)とがある。もっとも当初、判例は旧刑法、応急措置法にかかるとして、詐欺事実と赃物收受は互いに密接な関係があるから基本的事実が同一であるとしたものがあり(最決昭和二十四年一月二五日刑集三卷一五八頁)、訴因制度を導入した現行法施行後間もない頃において、社会的事実の同一という広範囲の公訴事実から審判の及ぶ範囲をある程度縮小しようという趣旨が「密接の関係を有する」という判示に現われているように思われる。その後判例は右にみたように近接性等の關係のほかは、兩訴因事実の非両立性ということを示した。これに対しては、兩立しえないということと基本的事実が同一であるということとは本来何の關係もないことであるから、それにもかかわらず基本的事実關係の同一という基準をいうのは、その内容が空虚で無意味なものになってしまったし、また、判例が兩罪の時間的および地理的近接性を兩立しえないことの重要な要素としていっているとすれば、窃盜と贓物牙保のように兩立しえなくても時間的、場所的に隔りがあるばあいは同一性がないので、同一性の基準に非両立性をいうのは「不必要にしてかつ誤まった」ものだとする、高田教授の批判がある⁽³⁸⁾。日時、場所が近接しているとは認め難いばあ(前記①)、行為、客体、場所(同⑤)あるいは日時、場所、人など(同⑥)においてかなりの隔りがあるばあいに、兩立性を否定し、事實關係の同一性を認めた判例は、単に基本的に事實關係が一致しているだけのように解され、その上非兩立性をいうのは蛇足にすぎないから、その点に関する右高田教授の批判は當を得ているといわねばならない。これに対し、前記①③⑤⑥の各判

例につき、「判文上明らかかなように、両訴因の間における基本的事実関係の同一性の有無を究極の検討主題とした上で、従前の判例の事例とは異なって両訴因の間における行為・結果の日時・場所などの点でかなりの相違を免れない事例について、なお基本的事実関係の同一性を肯定しうる根拠を『両訴因の非両立性』に求めたものであって、基本的事実関係の同一性と切り離された基準として『両訴因の両立性』の基準を持ち込んだものではない」と理解する見解がある⁽⁴⁰⁾。しかし、前記昭和二九年最判が述べているように、犯罪の日時・場所等の関係の近接性から非両立性は認められたのであり、その近接性自体に重きをおいて基本的事実関係の同一性が肯定されたものであろう。判例は、その当否は別としても、両訴因事実を具体的に比較検討の上その背後にある社会的事実が重なり合い、あるいは近接しているとしたとき、基本的事実関係の存在を肯定してきたのであり、決して基本的事実を肯定しうる根拠を「非両立性」に求めたものではないと思われる。論者も、両訴因事実が両立しえないからといって公訴事実の同一性があるとはいえないことは認めており⁽⁴¹⁾、逆に両訴因が両立するという一般的、理論的可能性から直ちに公訴事実の同一性がないとはいえないとされている⁽⁴²⁾。公訴事実の同一性あるものももちろん両立しえないが、その逆は必ずしも成り立つわけではない。判例のいう非両立性は、基本的事実の同一性判断の決定要因ではなく、一応の目安にすぎないといふべきであらう。基本的事実関係の同一性は、高田教授が指摘したようにスローガンないしレットテルではなく、十分に活用された内容をもったものではあるが、非両立性の基準は、補助的なものであったとしても必要なものではなく、時には誤ることさえあるように思われる。要するに判例の立場は、歴史的、社会的事実につき基本的な事実関係の同一性を認めうるばあいに、公訴事実の同一性を肯定することに変わりはない。基本的事実同一説の問題性は、犯罪の日時・場所等にかんがりのくいちがいがあるので、基本的事実関係の同一性を認めることであり、また両立しないことから直ちに同一性を認める傾向にあることで、このようなことは、基本的事実として訴因に構成された事実以前の歴史

的、社会的事実を対象としていることに起因する。公訴事実の同一性については、訴因を構成する犯罪主体、犯罪の日時・場所・方法、行為態様、罪質、被害法益、結果、被害者、共犯関係などにつき比較検討の上総合的に評価し同一性を決定しなければならないが、⁽⁴⁸⁾特に前の訴因事実と後の訴因事実とが近接した関係にあることが必要であり、また刑法法三一二条四項の趣旨から被告人の防禦の保障も考慮し、証拠関係もかなり重なり合うことも求められよう。

4 ところで、覚せい剤使用にかかる前記東京高裁判決は、前の訴因と後の訴因とは同一の社会的、歴史的事実に属するとして、公訴事実の同一性を認めた。犯罪の日時、場所、態様、覚せい剤の入手先に異同があるにもかかわらず同一性を認めたのは、どのような理由によるものであろうか。その判示に従えば、まず検察官は逮捕直近の使用として前の訴因を起訴した、のちに検察官は前の訴因から後の訴因に変更を求めた、後の訴因にかかる犯罪行為時から逮捕時まで使用事実はない、よって両訴因事実は、逮捕直近一回の使用（社会的、歴史的事実）と同一の事実に属し、基本的事実が同一であるから、公訴事実の同一性があると。右判決は、明言されていないが、右一回の使用について両訴因は択一的関係にあると捉えたのではなからうか。右直近一回の使用としての前の訴因から同じく右直近一回の後の訴因に変更するに当り、後の訴因が成立すれば当然に前の訴因は成立しないと考えたのではなからうか。すなわち両訴因は両立しえない関係にあると。しかし択一的であるとすれば同一性があるということであるから、明白に択一的であるばあいは別として、なぜ択一的なのかの説明されねばならない。しかし、両訴因の事実関係の異同や犯行方法の可能性からみると、択一的関係にあるとするには疑問とされるであろう。元々、逮捕または検尿直近一回の使用とは、数回の使用があるかも知れないというばあひ、訴因の特定方法として主張されたものであることはいうまでもない。その前提として、それ以前の数回の使用が日時、場所などが異れば併合罪と解すのが一般であったから、これらの使用は逮捕直近の一回使用とは公訴事実を異にする別個の事実と解されていた。これに対し、右東京高裁の事

例は訴因が特定しているから、直近一回の使用という主張は固より意味をなさないが、訴因の変更が問題とされるばあいには、どちらの訴因も逮捕直近一回の使用という主張となる。これは覚せい剤使用罪において新たに生じた問題である。しかし、そのばあい俄かにどちらかの訴因が右直近一回の使用と考えてはならず、むしろ訴因が特定しているときは右直近一回の使用というのは意味をなさないから、直近一回の使用は別にして、あくまでも日時・場所等によって特定された両訴因事実における公訴事実の同一性が考慮されなければならないと考える。その上で両訴因が択一的かどうかが決まる余地がないではないが、それには両事実の密接性を要するであろう。しかし、右東京高裁判決は、右のような択一的関係を認定したのではなく、両訴因の基本的な事定関係を比較検討した上、社会的、歴史的事実が同一のものに属するとしたのかも知れない。しかし、時間的に一時間の差をその根拠としたとすれば、両事実の密接性は果してその時間的な差異で明らかであると断定するには足りないのではなからうか。常識的な社会的嫌疑からみると、尿から検出された覚せい剤はあるいは両訴因事実のいずれかの使用に起因するものかも知れないが、それは、具体的事実により特定され、審判の対象と被告人の防禦の保障を明確する訴因制度を無視した、余りに職権主義的な手続ではなからうかと思われる。検察官は、逮捕直近一回の使用事実とは、別の使用事実を起訴してしまつたのかも知れない、両訴因の比較からはそう認定するのが自然である、右東京高裁の原審はおそらくそう判断して、公訴事実の同一性が無いとして訴因の変更を認めず、無罪を言渡したものであろう。原審の判断が正当なように思われる。前記前橋地裁決定のいうように、最終一回あるいは逮捕直近一回のみを起訴したという検察官の意思にひきずられて、公訴事実の同一性を認めてはならないのである。⁴⁴⁾

なお前橋地裁決定の事例は証拠上公訴事実の同一性が認められなかったものであるが、同決定は、最終使用一回の起訴である旨の検察官の釈明に対して、この検察官の意思に拘束されずに正当に対処したものである。ただ公訴事実

の同一性の判断をなすに当り、常時覚せい剤使用をなしていたという両訴因事実以外の事実を資料とした点につき疑問がないわけではない。

- (39) 平場安治ほか共著・注解刑事訴訟法中巻(全訂新版)(高田)六二〇頁。
- (40) 香城敏磨・最高裁判所判例解説刑事篇昭和五三年度八二頁。
- (41) 香城・前掲書八四頁。なお松本一郎・覚せい剤使用事犯において、使用の時刻・場所・態様を異にする訴因につき、公訴事実の同一性を認めた事例、判例評論三四二号六九頁(判例時報一二三四号三二二頁)、平場他三名著前掲書(高田)六二二頁。
- (42) 松本・前掲七一頁。
- (43) 松尾浩也・刑事訴訟法上二四九頁。
- (44) 使用の日時、場所等の具体的な供述を被疑者・被告人がえられたとしても、その証明力を特に信用しえないかぎり、被疑者・被告人の供述が変遷したばあいは何れが真実の使用日時なのか客観的に確認しえないので、否認事件と質的に差異はなく、自白事件のばあいでも検察官に「最終一回を起訴した趣旨である」との釈明をなしておくのは有意義だとする見解がある(荒木・前掲六五頁以下、同趣旨宇津呂・前掲一五二頁以下)。これは本文昭和六一年東京高裁判決が択一的認定をとったとすれば、同判決と同じ考え方であるが、自白の日時、場所等に変更があっても同じく最終使用一回である以上公訴事実の同一性があるとするのは、訴因制度を無視しとりわけ被告人の防禦の保障を制約した過度の職権主義的な手続であり、到底是認しえない。覚せい剤等の取締に急なあまりの便宜的措置から考え出されたこのような考えは、木をみて森をみざることの甚しきものというべきであろう。