

覚せい剤自己使用罪における訴因の特定について

佐藤嘉彦

- 一 はじめに
- 二 判例の検討
- 三 学説の検討
- 四 関連問題（訴因変更の可否）
- 五 おわりに

一 はじめに

一 訴因は、裁判所に対して審判の対象を明らかにし、被告人に対して防御の範囲を示すものである。訴因の特定を欠く起訴は無効であり、公訴は棄却される（刑法三三三・三三八条四号）。被疑者が自白しないと、犯行の日時・場所・態様を明らかにすることが困難な犯罪は少なくない。覚せい剤自己使用罪はその典型である。このような犯罪につ

いて訴因の特定を厳格に求めると、尿の鑑定結果などから同罪を犯していることが明らかなる者を訴追できなくなる。それを避けようとするれば、捜査は自白偏重を余儀なくされる¹⁾、肥大化・糾問化を余儀なくされる。

そうすると、検察官は、概括的な訴因によって起訴するほかない。被疑者の尿から覚せい剤が検出された場合、「①覚せい剤の体内滞留期間の範囲内で、②被疑者が行動していた地域内において、③何らかの方法によって覚せい剤を体内に摂取した」といった訴因で起訴する。裁判実務もこれを是認し、訴因の特定を欠く起訴として無効としない²⁾。

もつとも、その理論的根拠は十分でない。二重起訴、一事不再理効等の処理などについて検討すべき課題が残されている³⁾。その検討が本稿の目的である。

二 覚せい剤自己使用事犯においては、自白に基づいて起訴したところ、自白を翻し、別の使用行為を自白することも稀ではなく、審理の結果、訴因変更が必要となる事案が少なくない。

そこで、訴因変更の要否やその可否も問題となる⁴⁾。関連問題としてその検討をする。

一 判例の検討

一 最高裁昭和五六年四月二五日第一小法廷決定は⁵⁾、「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若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もって覚せい剤を使用したものである」という訴因で起訴された事件において、「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、覚せい剤使用罪の特定に欠けるところはない」と判示して、実務の扱いを追認した。⁽⁶⁾

その形式的根拠は、罪となるべき事実が、「できる限り」特定されなければならない（刑訴法二五六条三項）とされていることにあり、⁽⁷⁾その実質的根拠は、「薬物の自己使用事犯の性質上、捜査が困難であることと、被告人の尿から覚せい剤が検出されている場合には、被告人の防御に直接の不利益は生じないこと」にある。⁽⁸⁾

二 最高裁昭和三七年一月二十八日大法廷判決は、「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認印を受けないで、本邦より本邦外の地域たる中国に出国したものである」という訴因で起訴された事件において、「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、罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する手段として、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ふことはできない」と一般論を述べたうえ、「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ゐ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たるといふべく、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、被告人の防禦に實質的の障礙を与えるおそれはない」と判示して、訴因の特定を欠くとする被告人の主張を排斥した¹⁰⁾。

訴因の特定に関する重要な先例であり、本決定の第一・二審もこれを引用しているが、本決定は引用していない¹¹⁾。

三 両者の構造は、事実認定上類似している点もあるが、明らかな違いもある。論理上、国外から帰国したという特定の事実に対応する出国は一回しかありえないし、事実上も、「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、引き続き本邦外にあり」とされており、複数回の出国はない。これに対し、尿中から覚せい剤が検出されたという特定の事実に対応する自己使用は、論理上も事実上も複数回あり得る。訴因の識別機能についてみると、前者の場合、一事不再理効の範囲は確定しており、その機能は果たされているが、後者の場合、その機能は果たされていない。訴因が特定されているといえるためには、更になんらかの説明が必要であるが、明確な説示はない。

四 本決定は、結論的に檢察官が証拠上可能な限り特定したものである以上、覚せい剤使用事犯について本件程度の幅のある訴因の記載が適法であるとしているにすぎず¹⁴⁾、その後の最高裁判例にも明確な説示はない¹⁵⁾。

三 学説の検討

一 学説は、実務の扱いを是認し、その理論的根拠を明らかにするとともに、二重起訴、一事不再理効等の処理など

の課題について、実法的な解決や手続法的な解決を試みる。

二 実体法説は、問題の解決を実体的に図ろうとする。

この見解は、同一検出可能期間内の使用が複数回行われていても、法益の単一性・行為の継続性ないし機会の同一性があり、全体が包括一罪に当たるとして、判例程度の概括的記載を容認する⁽¹⁶⁾。包括一罪の訴因について、反復された同種犯行をそれぞれ独立した事実として記載する必要はなく、犯行の始期及び終期並びに方法、被害金額の合計等を記載すれば足りるとする判例・実務に適っているし、二重起訴、一事不再理効等の処理などの課題の解決も容易である。

しかし、判例・実務は、連続的な使用であっても、一回の使用毎に一罪として処理しており、同一検出可能期間内の使用が常に包括一罪を構成するとは解していない⁽¹⁸⁾。

そうすると、実務上、実体的解決には限界があり、手続法的解決を模索するほかない⁽¹⁹⁾。もともと、罪数論には実体的側面と訴訟法的側面があり、包括一罪や科刑上一罪の解釈に訴訟法的考察を加えることは、手続法的解決を検討するに際しても有益である。

三 手続法説は、問題の解決を手続法的に図ろうとする。

(1) 最終行為説は、尿採取または逮捕時に直近する最終使用を起訴の対象したものととして、あるいは、尿から検出された覚せい剤を体内摂取したうちの最終の使用行為を起訴の対象したものととして特定する⁽²¹⁾。実務的に言えば、検察官が、冒頭手続において、「訴因と同一の検出可能期間内に二回以上の使用があったのであれば、そのうち

尿採取または逮捕時に直近する一回使用を起訴したものである」旨釈明すれば、それをもって特定されたとするものである。あくまでも検察官の釈明・主張が前提となる。

この説に対しては、大略、①尿中から検出された覚せい剤が最後に使用した分であることを確定することは極めて困難である、②鑑定書の存在のみで検出した覚せい剤が最終の使用行為によるとは特定できないから、事実認定につき擬制を要し、妥当でない、③「勝手に入れられたかも知れない」といった弁解について、最終の使用行為との関連性について被告人に事実上の立証の負担がかかる、④A日の使用行為により有罪として確定した後、その後のB日の使用行為が最終の使用行為であったことが判明すれば、再審をするほかにないことになる、⑤「A日使用」との訴因が「B日使用」との訴因に変更され、これがそのまま有罪として確定した場合であっても、A日の使用行為には理論上既判力は及ばないことになるし、その後当該尿の採取前であつたB日より後のC日にも被告人は覚せい剤を使用していた事実が判明したとすると、既判力は右「C日」の使用行為に及んでいるのである、C日の使用行為を起訴しても免訴となる反面、B日使用行為は再訴が可能となり、確定判決の安定を害する、⑥A日とB日の二回使用したのか、あるいはいずれか一回の使用であるかを確定できない場合、これを有罪とすることはできない、²⁷ などといった批判がある。

しかし、最終行為説が審判の対象とするのは、鑑定の対象となった尿中に検出された覚せい剤に対応する最終の使用行為であり、鑑定結果と関連させずに、尿を採取したときに最も近い使用行為を意味するものではない。²⁸

①及び②の批判は理由がない。

たしかに、最終行為説の特定方法は、「全く観念的な特定方法」であり、⁽²⁰⁾ 実質的にはかなり便宜的なものにすぎないし、「勝手に入れられたかも知れない」といった弁解がされた場合、最終の使用行為との関連性について被告人に立証の負担を事実上かけるおそれがない。

しかし、最終行為説においても、被告人の弁解と最終の使用行為との関連性が完全に否定されない限り、⁽²¹⁾ 被告人の弁解と最終の使用行為との関連性を認めるべきものとすれば、被告人に「事実上の立証の負担」をかけることはないし、⁽²²⁾ そう解することに理論的障害はない。疑わしきは被告の利益にの原則からしても当然である。⁽²³⁾ の批判は避けられよう。

翻って被告人の立場からみると、最終使用の行為という特定方法は、被告人が複数回の犯行に及んでいる場合には、極めて簡明直截的なものであり、決して観念的なものではない。被告人が全く犯行に及んでいない場合には、具体性に欠けるが、前述したとおり、防御権の行使に遺漏なきを期すべきであろう。

問題は、最終行為説によると、無条件に追起訴が可能であり、一事不再理効も、同一検出可能期間内のすべての行為には及ばないと解されるところにある。⁽²⁴⁾ ⁽²⁵⁾ それでは、追起訴・再訴のないことを前提として訴訟の進行が図られていた場合、被告人の信頼は裏切られる。⁽²⁶⁾ 計画審理も叶わず、訴訟遅延の原因である「追起訴待ち」の遠因ともなる。⁽²⁷⁾ ④及び⑤の批判に應えるためには、最終行為説においても、同一検出可能期間内の使用行為は、原則として同時捜査・同時訴追が可能であったと認め、追起訴・再訴に一定の制約を認めるべきである。⁽²⁸⁾ あえて追起訴・再訴する必要がある事案は稀であろうが、少なくとも余罪の不起訴が約束されたとみられるような場合に

は、追起訴・再訴を排斥する理論が活用されるべきである。⁽³⁶⁾ 起訴後の約束なら、司法取引の弊もない。

なお、⑥の批判は、「A日からB日までの間に使用した」と認定すれば足りるから、理由がない。論理的には特定できるし、立証の負担については、前述した点に配慮すれば足りよう。択一的認定に加えられる誹りは避けられる。

そうすると、検察官から「最終の使用行為を起訴したものである」旨の釈明がなされた場合、訴因の特定は、最終行為説の説くところによってなされたと認めてよい。最終行為説に起因する不当な認定・追起訴・再訴がなされているとは聞かない。

(2) 最低一行為説は、尿から検出された覚せい剤を体内摂取した行為のうち少なくとも一回を起訴の対象としたものとして特定する。⁽³⁷⁾ 実務的に言えば、検察官は、訴因と同一の検出可能期間内の少なくとも一回の使用を起訴したものであると解し、審理の過程で複数回の使用の可能性が問題になっても、その趣旨で審理・判決すれば足りるとするものである。検察官の釈明・主張が別異のものでないことが前提となる。

この説に対しては、①実質的にみると、公訴事実の同一性の枠を超えた択一的認定を許容する結果となるし、防御上も問題がある、⁽³⁸⁾ ②一事不再理効が尿中の覚せい剤が検出可能期間内のすべての使用行為に及ぶとするのであれば、実質的にその間の使用を包括一罪として扱っていることになり不当である、⁽³⁹⁾ などといった批判がある。

「公訴事実の同一性を欠く択一的認定のおそれがあっても実害を生じない」という反論は、余りに便宜的すぎるし、少くとも一回は使用している者を逃さない点で魅力的であるが、防御上も問題がないとはいいい切れない。

複数回の使用が認められると、無罪を主張する被告人は、そのすべてについて弁解が容れられる必要があり、勝手に飲まれた疑いがあっても、そういう可能性が一回しか認められないのであれば主張は認められない。それでは、すべての使用が起訴の対象とされた場合と同等の防御活動を強いられることになる。^① ①の批判は無視できない。

なお、②の批判は、最低一行為説を正解しないものであり、必ずしも理由があるとはいえない。

そうすると、検察官から「少なくとも一回の使用を起訴の対象としたものである」旨釈明されたとしても、それをもって訴因の特定があったと認めるのは疑問である。

- ③ 最低一行為説を徹底し、「少なくとも一回」ではなく、「一回のみの使用である」という趣旨の起訴である」と解する見解もある。「検察官が一回の使用しかないと主張する限りは、二重起訴や一事不再理効の問題が生じる虞はなく、その解決のために訴因の識別機能が不十分になることはない」としたうえ、「前訴における幅のある記載の範囲に含まれるどんな具体的な使用行為にも、訴因を変更できたことになる」とし、「その結果、判決確定後に複数回の使用行為が明らかとなった場合であつても、それが幅のある記載の中に含まれる行為である限り、一律に一事不再理の効果が及ぶべきである」とするもので、「実質的には、検察官が幅のある記載の範囲内では一つの使用行為しか訴追しないと約束したと解釈することによって、初めてこのような訴因が許容されることを意味している」とする。^②

この見解によれば、複数回の使用がうかがわれる場合、無罪を主張する被告人は、そのすべてについて弁解し

なくともよい。すべての使用に一事不再理効を認める理由づけもはつきりしている。審理の結果、複数回の使用行為が明白になっても、追起訴は許されないことになろう。

しかし、「検察官が幅のある記載の範囲内では一つの使用行為しか訴追しないと約束したと解釈することによって、初めてこのような訴因が許容される」と解することについては理論的な詰めが必要であり、「約束」の訴因的意味が問われなくてはならない。⁽⁴³⁾ 検察官がそのような約束をしたと解釈できない場合、公訴棄却とせざるを得ないであろうが、不当な追起訴や再訴を排斥すれば足りるのに、それでは大仰すぎよう。

(4) 単純一回説は、証拠上複数回の使用の疑いがある場合以外は、同一検出可能期間内の一回の使用行為を起訴する趣旨であるとする。

たしかに、複数回の使用が問題にならない事案なら問題はない。通常の事件の進行である。

しかし、複数回の使用が証拠調べによって明らかになった場合、これらが併合罪の關係に立つ限り、訴因がどの使用行為に対応するのか具体的に特定する必要がある⁽⁴⁴⁾、問題は未解決のままである。

四 関連問題（訴因変更の可否）

一 訴因の変更は、公訴事実の同一性の範囲で許される（刑事訴訟法三二二条一項）。同一性には、単一性の問題と狭義の同一性の問題があるが、訴因の特定について実体法的解決を試みようとする⁽⁴⁵⁾と、前者が重要であり、手続法的解釈を試みよう⁽⁴⁵⁾とすると、後者が重要である。

狭義の同一性の判断基準について、学説の説くところは多岐に分かれているが、最高裁判例は、基本的事実同一

説を採っている。⁽⁴⁶⁾ 犯行の日時、場所、行為の態様、被害の客体等の基本的事実関係の共通性を判断資料として、公訴事実の同一性の有無を判断する。判例の中には、新旧両訴因の非両立という基準を用いているものもあり、⁽⁴⁷⁾ 二つの基準の関係が問題となる。学説の理解は微妙に分かれているが、基本的事実関係の同一性から切り離された基準として「両訴因の非両立性」という基準を持ち込むものではない。⁽⁴⁸⁾ 非両立性という基準は、同一性の判断に資することも多いが万能薬ではない。非両立でなければ、同一性があるとはいえないが、非両立であるからといって、同一性があるとはいえない。非両立といえるために、基本的事実関係の比較が不可欠な場合もある。⁽⁴⁹⁾ 両訴因が非両立の関係にあるのか、基本的事実関係に共通性があるのかという判断は、新旧訴因の記載事実のみを比較して行われるのではなく、その背後にある社会的歴史的事実を比較して行われるべきである。⁽⁵⁰⁾ もとより、「素朴的模写説」に回帰するものでは決してない。

訴因変更の可否の判断に際し、覚せい剤自己使用罪における訴因の特定に関する諸説が、どのように機能するかみておこう。

二 具体例の検討

(1) A日の使用で起訴したところ、審理の結果、A日の使用は誤りであることが判明したが、いつの使用か不明な場合に、検出可能期間内の幅のある日時の使用に変更することについて

① 審理の結果、被告人の自白に信用が措けなくなった場合などに起り得るケースであるが、いずれの見解によっても、訴因の変更が認められる。⁽⁵¹⁾ 実務上も異論はない。概括的記載の可否は、起訴の場合と同様である。

札幌高判平成元年九月五日判例時報一三三三九号一五九頁、東京高判平成六年二月七日高刑集四七卷三号三〇九頁も、この理を認める。

② 最終行為説によれば、A日の使用行為と検出可能期間内の最終の使用行為とは、「尿の鑑定に対応する一定期間における最終使用」という点で共通し、両立しない関係にあるから、公訴事実の同一性があるといえよう。

③ 最低一行為説によっても、A日の使用行為と検出可能期間内の使用行為とは、「尿の鑑定に対応する一定期間における少なくとも一回の使用」という点で共通し、両立しない関係にあるから、公訴事実の同一性があるといつてよい。

④ もっとも、A日のアリバイが争点とされ、そのために審理の大半が費やされていたような場合には、訴因変更の許否が問題となろう。

(2) 検出可能期間内の幅のある日時の使用で起訴したところ、審理の結果、犯行日時が明らかになった場合に、A日の使用に変更することについて

① 審理の結果、否認していた被告人が自供するに至ったような場合などに起こり得るケースである、いずれの見解によっても、訴因の変更が認められる。特別な基準を持ち出すまでもない。

② なお、東京高判平成六年八月二日判例タイムス八七六号二九〇頁は、このような場合、裁判所には、検察官に対して釈明を求め、訴因変更を促す義務もあるとする。

③ 当初からA日に特定することができたといえるような場合には、できる限り犯行の日時を明示したとはいえない。そのような訴因は、理論上無効であるが、検察官の証拠評価に関わるものであり、実務上無効とはされまい。

③ A日の使用で起訴したところ、A日か、B日か確定できない場合に、A日ころからB日ころの使用に変更することについて

(1)と同様の場合に起こり得るケースであるが、いずれの見解によっても、訴因の変更が認められる。(1)の変形である。⁽⁵²⁾

(4) A日の使用で起訴したところ、A日は誤りで、B日であると判明した場合に、B日の使用に変更することについて

① (1)や(3)と同様の場合に起こり得るケースであるが、いずれの見解によっても、訴因の変更が認められる。⁽⁵³⁾

② 最終行為説によれば、検出可能期間内における使用行為が一回であるとすると、両立しない関係にあるから、公訴事実の同一性があるといえよう。

③ 最低一行為説によっても、検出可能期間内における使用行為が一回であるとすると、両立しない関係にあるから、公訴事実の同一性があるといつてよい。

④ なお、「A日の使用とB日の使用との間で、使用場所や使用方法等について個別性が顕著である場合には、「最終使用」を起訴したという検察官の釈明にかかわらず、A日の使用を起訴したものと理解すべきであって、

A日の使用と両立し得るB日の使用への訴因変更は許されない⁵⁴⁾、と解する余地はある。しかし、「最終の使用行為」を起訴したという検察官の意思が明確ならば、使用場所や使用方法等の個性よりも、検察官の意思が重視されるべきであろう⁵⁵⁾。

(5) A日の使用で起訴したところ、A日の使用が認められるほか、その後B日に使用したことも判明した場合に、B日の使用に変更することについて

- ① 審理の結果、被告人の自供や証言から新たな事実が判明した場合などに起こり得るケースであるが、最終行為説によれば、検察官が最終の使用行為を起訴している以上、公訴事実はあくまでも「最終の使用行為」であるから、A日の使用とB日の使用とは両立しない関係にあるから公訴事実の同一性が認められ、B日への訴因変更は許されよう⁵⁶⁾。このような訴因の変更が必要となるのは、「最終の使用行為」を起訴した旨の釈明と平仄を合わせるためであろうが、A日の訴因をそのままにして、B日の使用を追起訴することは許されまい。追起訴するとすれば、純理論的には、訴因をA日からB日に訴因変更したうえ、A日の使用を追起訴すべきであろう。もつとも、追起訴が信義に反するような場合には、再訴と同様、なんらかの制約が認められるべきである。

- ② 最低一行為説によれば、A日の使用が認められる以上、その日の使用が起訴されたと解するほかに、これとB日の使用とは両立する関係にあるから、B日への訴因変更は許されないと解される⁵⁷⁾。B日の使用が同一検出可能期間内であれば、同日の使用による追起訴も許されないことになろう。

(6) ちなみに、最高裁昭和六三年一〇月二五日⁽⁵⁶⁾は、「甲と共謀の上、法定の除外事由がないのに、昭和六〇年一〇月二六日午後五時三〇分ころ、栃木県芳賀郡…の被告人方において、甲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約〇・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」という訴因で起訴されたが、「昭和六〇年一〇月二六日午後六時三〇分ころ、茨城県下館市…所在のスナック『珊瑚』店舗内において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン約〇・〇四グラムを含有する水溶液約〇・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」という訴因に変更された事案において、「両訴因は、その間に覚せい剤の使用時間、場所、方法において多少の差異があるものの、いずれも被告人の尿中から検出された同一覚せい剤の使用行為に関するものであって、事実上の共通性があり、両立しない関係にあると認められるから、基本的事実関係において同一であるといえることができる」と判示して、公訴事実の同一性を認めているが、以上検討したところと背馳するところはない。

五 おわりに

以上検討したところによると、覚せい剤使用事犯における訴因の特定は、最終行為説に従うのが実務的には無難であり、理論的にも無理がないように思われる。ただし、前述のとおり、被告人の防御権の行使に遺漏なきを期し、不当な再訴を排斥する解釈・運用が図られる必要がある。

(1) 松宮孝明「訴因の明示」判例百選〈第七版〉九八頁は、「薬物自己使用罪を、その所持罪とは別に犯罪化しておくことのデメリット

覚せい剤自己使用罪における訴因の特定について

同志社法学 五七卷六号

七六 (一七〇二)

トは、深刻に反省されるべきであろう」されているが、一般予防的見地からも特別予防的見地からも、薬物自己使用事犯の訴追をないがしろにすることはできない。なお、薬物事犯の関係者は、自己も刑事訴追を受ける可能性を有している者が多く、事案解明を一層困難にしている。

(2) 後述する最判和五六年四月二五日刑集三五卷三号一頁までも、名古屋高判昭和五四年二月一四日判例時報九三九号一二八頁、東京高判昭和五四年一〇月二四日刑裁月報一卷一〇号一四一四号、東京高判昭和五五年二月二八日高刑集三三卷一号七二頁は、これを是認していた。

(3) 三井誠・刑事手続法(Ⅱ) 一六七頁。

(4) 訴因変更の要否についても、薬物使用事犯特有の視点からの考案が必要であるが、別稿で検討したい。

(5) 刑集三五卷三号一六六頁。

(6) 前掲注(2)参照。

(7) 金筑誠志・最高裁判例解説刑事編五六年度一〇七頁は、「できる限り」の要請にすぎないからといって、「犯罪の日時、場所の記載を全く欠く起訴状を有効と解しうるかは疑問であるし、方法についても、最小限、犯罪構成要件に該当する行為の存在を主張することが必要であることはいうまでもない」とされている。

(8) 金筑誠志・前掲書一〇八頁は、「被告人の尿から覚せい剤が検出されたことが立証された場合、被告人がなんらかの方法により覚せい剤を使用したことは通常推認してよいことであり、使用の日時、場所、及び注射か服用かというような具体的な使用方法のいかんは犯罪の成否に影響がなく、アリバイの主張も防御の方法として意味をもたない。覚せい剤取締法一九条各号に掲げる法定の除外事由も、もしそれが存在するならば容易に被告人が立証できるはずであって、主張立証がない限り、その不存在を事実上推定してよい。既判力、二重起訴、公訴時効等の点でも、被告人に不利益はない。訴訟条件の存否が疑わし場合もまた被告人の利益に従うべきだからである(最判昭三二・一一・一〇刑集一一卷一三号三二九七頁)」とされている。

(9) 刑集一六卷一一号一六三三頁。

(10) 奥野裁判官の「本件公訴事實は、本件の起訴状の記載と検察官の冒頭陳述による釈明とを総合考察するときは、被告人が昭和三

三年七月八日中国から白山丸に乗船し同月一三日に本邦へ帰国した事実に対応する出国の事実、すなわち右帰国に最も接着、直結する日時における出国の事実を起訴したものと解すべきである。然らば、右帰国に対応する出国の事実は理論上ただ一回あるのみであって、二回以上あることは許されないものであるから、本件公訴事実である出国の事実は特定されており、その日時、場所について明確を欠くといえども、なお犯罪事実は特定されていると言い得る」とする補足意見が付されている。

(11) 古田佑紀「訴因の特定」判例百選〈第六版〉八四頁・酒巻匡・刑事判例評釈(四三)三〇二頁は、密出国事犯や覚せい剤自己使用事犯のような特殊な犯罪類型に限って適用される趣旨とされているが、後藤昭「訴因の特定・明示」判例百選〈第八版〉一〇〇頁は、必ずしも特殊な犯罪類型に限られないという立場を示唆したように見える、とされている。

(12) 前者の場合、被告人の尿中から覚せい剤が検出されたという事実と除外事由がないという事実が立証されれば、少なくとも一回覚せい剤を不正使用したという事実が推認され、後者の場合、被告人が国外から帰国したという事実と正規の出国手続が採られていないという事実が立証されれば、少なくとも一回密出国したという事実が推認される。

(13) したがって、もっぱら、訴因の防御機能が問題となる。

(14) 古田佑紀・前掲書八四頁。もつとも、奥野裁判官の補足意見は、前掲注(10)のとおり、説示している。

(15) 訴因の特定に関する重要な判例として、最決平成一三年四月一日刑集五五卷三三号一二七頁と最判平成一四年七月一八日刑集五六卷六号三〇七頁等があるが、この問題に直接関わるものではない。

(16) 鈴木茂嗣・統刑事訴訟法の基本構造(上)二七八頁。なお、荒木伸治・警察研究五四卷七号六九頁は、「使用罪の罪質は、採尿時点での「体内保有」である、したがって、訴因には尿採取の日時・場所を記載すれば足りるから、使用の日時・場所を概括記載する必要はない、同一検出可能期間内であれば使用回数に関わらず一罪として扱う」とされている。

(17) 名古屋高判昭和二九年五月二五日高等裁判所刑事裁判特報三三三号八三頁。司法研修所編・刑事判決起家の手引(平成一三年版)二六頁。もつとも、実務では、各犯行を特定して記載する例が多い(司法研修所検察教官室編・検察官講義案(平成一五年版)六五頁)。

(18) 金筑誠志・前掲書一一二頁は、「覚せい剤の自己使用が反復継続された場合について、これを包括一罪と認めた判例としては、福

覚せい剤自己使用罪における訴因の特定について

同志社法学 五七卷六号

七八 (一七〇四)

岡高判昭和三〇年六月一日高検速報四九九号しか見当たらない」とされている。

- (19) 金筑誠志・前掲書一一二頁。なお、酒巻匡・「公訴の提起・追行と訴因(2)」法学教室一九九卷七四頁は、「刑事手続法の基本枠組を同揺る不安定化するよりは、むしろ実体法の解釈ないし要件を変更することを再考・検討する方が望ましい合理的な途であるように思われる」とされている。もつとも、一事不再理効の範囲を再考するには、常習特殊窃盗罪の一部起訴などと同様、格好の素材を提供するものである。(後記(20)参照)。

- (20) もつとも、一事不再理効の範囲を画する単一性の基準を罪数論の解消すること自体の問題性については再考を要しよう。この点については、古田佑紀「罪数論の功罪」判例タイムス五三三号七頁参照。

- (21) 町田幸雄「覚せい剤使用事犯の捜査と訴因の特定」捜査研究三二卷五号一八頁、宇津呂英雄「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一四五頁、神田忠治「覚せい剤使用罪における訴因の特定と訴因の変更」書記官一一四号四頁、松浦恂「覚せい剤使用事犯の公訴事実の同一性」研修四五〇三号七頁、馬場俊行「覚せい剤使用罪における訴因変更について」研修一八三頁、田宮裕「公訴事実の同一性について」研修五〇三号七頁、馬場俊行「覚せい剤使用罪における訴因変更について」研修四九三号四九頁など。裁判例として、東京高判昭和五四年一〇月二四日刑裁月報一一卷一〇号一一四一頁、東京高判昭和五五年二月二八日高刑集三三卷一七二頁、東京高判昭和五七年三月二四日判例時報一〇六三三二二四頁など。なお、最終行為説の理解において、次の指摘は重要である。「最終行為説は、複数の使用の具体的可能性がある場合であつて、しかも、日時、場所、方法等による訴因の特定が不可能であるときに最終使用という基準をも補完的に考慮すべきであるという趣旨に理解すべきであつて、日時場所方法等による訴因の特定が可能なきにまで、常に最終使用ということを第一義的に考慮すべきであるという趣旨に理解すべきではない(小林充「覚せい剤自己使用罪における訴因の特定」判例タイムス九八九号四頁)。

- (22) 香城敏磨「覚せい剤取締法」平野龍一ほか編・注解特別刑法五Ⅱ(第二版)二四九頁。

- (23) 渡辺修「訴因の特定(覚せい剤自己使用罪)」刑事訴訟法の争点(第三版)一一六頁。

- (24) 渡辺修・前掲書一一六頁。

- (25) 香城敏磨・前掲書二五六頁。

- (26) 宮崎礼壹・注釈特別刑法八卷二九三頁・二九四頁。
- (27) 後藤昭・前掲書一〇〇頁、松宮孝明・前掲書九八頁参照。
- (28) 中山隆夫「訴因の特定」三井誠ほか編・新刑事手続(Ⅱ)一九二頁。
- (29) 金筑誠志・前掲書一〇〇頁。
- (30) 古田佑紀「覚せい剤取締法」大コンメンタール薬物法Ⅱ二三七頁。
- (31) 最終の使用行為以外の使用行為の存在が、厳格な証明によって立証されたとえ、関連性が完全に否定されなければならない。
- (32) その他の不利益が生じないことについては、前掲注(8)参照。
- (33) 中山隆夫・前掲書一九三頁。なお、有罪判決と無罪判決とでは最終行為の意味に違いがある。前者の場合、文字通り審判の対象とされ、有罪と認定されるのは最終行為であるが、後者の場合、そうはいえない。検察官が最終行為を起訴したという主張に対する判断を遺脱しないためには、同一検出可能期間内の使用行為が認められない、といわねばならない。したがって、構成要件阻却・違法性阻却・責任阻却の場合を除き、一事不再理効はすべての行為に及んでいるといえよう。
- (34) 被告人側が弁護方針を立てるうえで、追起訴があるのかないのかは極めて重要であり、手続負担の問題のみではない。
- (35) 田口「刑事訴訟法」三七八頁、田宮「刑事訴訟法へ新版」四五五頁参照。なお、渡辺修・前掲書一六六頁は、「この場合、検察官は後の起訴にあたり前の概括的記載の事件とは区別できる旨疎明を要するが、覚せい剤の検出について尿の鑑定書を利用する限り、検出可能期間が重複している場合、二重起訴、二重処罰の危険を否定できない(から、最終行為為説でも、最低一行為為説でも)、再訴禁止効・一事不再理効が生ずべきである」とされている。
- (36) 松尾浩也「刑事訴訟法(上)一七六頁は、「このような形の公訴提起をした以上、検察官はそれ以上の訴追を放棄したものと処理すべきであろう」とされている。なお、渡辺修・前掲書一六六頁は、「概括記載でも一個の使用行為を処罰する趣旨は明白だ。同一検出可能期間内には再訴禁止効・一事不再理効が及ぶのに、起訴行為に公訴権の消滅効を与えるのは過剰な法理であり適切でない」とされているが、不当な追起訴を排斥する法理としても同様であろうか。
- (37) 香城敏磨・前掲書二四五頁、古田佑紀・研修四〇六号五三頁。なお、川口幸護・最高裁判例解説刑事編六三年度三九七頁は、最

覚せい剤自己使用罪における訴因の特定について

同志社法学 五七卷六号

八〇（一七〇六）

終行為説と最低一行為説の實質的意味を分析し、「両説はその説明の差異にすぎないように思われる」とされている。

(38) 馬場俊行・前掲書五六頁。

(39) 中山隆夫一八三頁、松宮孝明・前掲書九八頁。

(40) 渡辺修・前掲一一六頁。

(41) 複数回の使用の事実が窺われるだけなら、最終行為説との違いはない。

(42) 後藤昭・前掲書九八頁は、「検察官が一回の使用しかないと主張する限りは、二重起訴や一事不再理効の問題は生じる虞がなく、その解決のために訴因の識別機能が不十分になることはない」ことを前提とし、「前訴における幅のある記載の範囲に含まれるどんな具体的な使用行為にも、訴因を変更することができたことになる。その結果、判決確定後に複数回の使用行為が明らかとなった場合であっても、それが幅のある記載の中に含まれる行為である限り、一律に一事不再理の効果が及ぶべきである。これは実質的には、検察官が幅のある記載の範囲内では一つの使用行為しか訴追しないと約束したと解釈することによって、初めてこのような訴因が許容されることを意味している」とされている。

(43) 古田佑紀・前掲書八四頁は、「検察官は、特定の期間内の一回の使用行為を起訴した趣旨であることは明らかであるから、現実に証拠上複数回使用の疑いがあるときは格別、単に複数回使用した一般的な可能性があるという意味で訴因を不特定とすることはできない」と解するものであり、最高裁昭和六三年一〇月二五日刑集四二巻八号一一〇〇頁は、この説の考え方に近いとされている。

(44) 松宮孝明・前掲書九八頁。

(45) 訴因の特定について、実体法的解決を試みようとする、前者も重要である。

(46) 最決昭和二五年六月一七日刑集四卷六号一〇一三頁ほか多数。

(47) 最判昭和二五年六月一七日刑集八卷五号六七六頁ほか多数。

(48) 香城敏磨・昭和五三年度最高裁判例解説刑事編八二頁、川口幸護・昭和六三年度最高裁判例解説刑事編三九〇頁。

(49) 川口幸護・前掲書三七四頁、山室恵・平野龍一ほか新実例刑事訴訟法(Ⅱ) 六四頁、古田佑紀・「公訴事実の同一性」判例百選

〈第七版〉一〇二頁、中山隆夫・前掲書一九二頁参照。

(50) 前掲注(49)参照。

(51) ただし、後記(4)④の場合については、異論があろう。

(52) 山室恵・前掲書六四頁。

(53) 山室恵・前掲書六四頁。

(54) 山室恵・前掲書六四頁。

(55) 信田昌男・前掲書一五八頁は、「最終使用」を起訴したという検察官の意思が明確ならば、使用場所や使用方法等の個性いかんにかかわらず、最終使用行為をもって起訴の対象と認めるべきである」とされている。

(56) 松浦・前掲書四九頁、馬場・前掲書五八頁・田宮・前掲書一四頁。なお、前記(4)④の問題はある。

(57) 香城敏磨・判例時報一二三六号一九頁・前掲書二五五頁。

(58) 刑集四二卷八号一一〇〇頁。