

憲法第 39 条と二重危険法理

—— 特に政府による再度の訴追に関する若干の考察 ——

松 田 龍 彦

1. は じ め に

我が日本国憲法第 39 条は、「何人も……既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」と定める。一般的にこの条項は「一事不再理」とか、「二重処罰禁止」と呼ばれることが多い¹⁾。この中で、特に「既に無罪とされた」及び「重ねて」の解釈には幅があり、それによっては、わが刑事司法手続における上訴審の意味合いに大きな差異が生じることとなる、と考えられる。

また、刑事訴訟法（以下、刑訴法）第 351 条第 1 項は、「検察官または被告人は、上訴をすることができる」として、被告人のみならず検察官にも無制約に上訴を認めているかのように読める。この点について、いくつか新しい論考、研究はあるものの、判例及び学説の多数は、特に異論を唱えず、検察官すなわち政府による上訴は基本的に許される、との方向性で一致している²⁾。すなわち、裁判は第一審に始まって形式的に「確定」するまでが一連の手続であり、無罪判決が「確定」することによって初めて「無罪とされ」ることになり、「重ねて刑事上の責任を問はれ」なくなる、とする考え方である。その理由として、裁判所が一定の法規を具体的事実に応用し、その結果一定の、例えば無罪という意思を形成し、これが確定にまで至るとその意思は他の裁判所を拘束するので、もはやこれに反する意思表示、例えば同一事案について再度の訴追を受け付けることができなくなる、と説明されてきた。換言するなら、裁判が確定し

ない限りは、被告人はもとより検察官も上訴をして、「既の下された」無罪判決を覆すように裁判所に求めても、憲法に違反するものではない、ということになる。

しかし、この論旨については、判例においてもそうであるが、学説によってもあまり明確な理由付けがなされていないと思われる。また、公判で提出されなかった証拠を上訴審で新規に提出する問題³⁾や、裁判の長期化に伴う被告人の負担の増大の問題⁴⁾等、上訴審における問題点はいくつか存在するが、これらについても明確な位置付けや対策論⁵⁾は一部を除き見あたらないように思われる。

また、裁判員制度の開始を約3年後に控えてもなお、上訴審の役割についての抜本的な見直し案、改善提言はあまり多くない⁶⁾ように思われる。

このような状況のもと、現行の憲法、刑事訴訟法における、検察官＝政府による「上訴」を中心とする再度の訴追の可否について、判例、旧来の学説などに批判的検討を加えるのが本稿の目的である。

注

- 1) 手元にある六法を見ると、「一事不再理」ポケット六法平成18年度版（有斐閣）、「二重処罰の禁止」岩波判例基本六法平成18年度版等の編者タイトルが付いている。
- 2) リーディング・ケースとなるのは、最（大）判昭和25年9月27日、刑集4巻9号1805頁。学説の例として、団藤重光「憲法三九条と『二重の危険』」法曹時報1巻2号、平野龍一『刑事訴訟法』282頁、田宮裕『一事不再理の原則』118頁、高田昭正「一事不再理の客観的範囲——英米法を中心として（1・2完）」法学雑誌（大阪市立大学）23巻1号68頁～23巻2号242頁等。新たな論考として、例えば小島淳「アメリカ合衆国における二重の危険の発展過程（1～7）」早稲田法学77巻1号163頁～79巻1号149頁、高倉新喜「一事不再理の効力と既判力（拘束力）について コラテラル・エストoppel（collateral estoppel）を参考にして（1～4完）」北大法学論集（北海道大学）51巻1号1頁～51巻4号1211頁、笹木信宏「裁判員制度の下での量刑——事実認定と量刑の手続二分論について」桐蔭論叢（桐蔭横浜大学）13号（2005）217頁。
- 3) 著名な事例として、いわゆる千葉大チフス事件控訴審判決、東京高判昭和51年4月20日、判例時報851号21頁がある。疫学的証明を状況証拠とし、自白の信用性を認めるな

ど、公判では証明不十分とされたものを覆して有罪を認定（破棄自判）した。

- 4) 例えば、いわゆる松川事件判決、最（一小）判昭和 38 年 9 月 12 日、刑集 17 卷 7 号 661 頁。あるいは、いわゆる八海事件判決、最（二小）判昭和 43 年 10 月 25 日、刑集 22 卷 11 号 961 頁。前者は事件発生から 14 年強、後者はほぼ 17 年を費やし、いずれも無罪判決で終局を見た。迅速裁判という観点からも問題は多い。
- 5) 例えば、「被告人の地位の安定の保障は判決の確定したときに認めれば充分である。判決の言渡と同時にかなような保障（＝無罪による再訴遮断の効力）をみとめるのは行きすぎといわなくてはならない」団藤前掲 47 頁。何と比較して充分か、あるいは行きすぎか、という比較衡量を行っていないようであるから、一事不再理理念を前提とした判断と思われる。
- 6) 例えば、椎橋隆幸「裁判員制度が克服すべき問題点」田宮追悼論集下巻 119 頁、西野喜一「日本国憲法と裁判員制度（上・下）」判例時報 1874 号 3 頁、同 1875 号 3 頁等。制度趣旨としては、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（平成 16 年法律第 63 号、通称裁判員法）、司法制度改革審議会意見書（平成 13 年 6 月 12 日付け）を参照。

2. 我が国の最高裁判例の検討

憲法第 39 条と検察官上訴の関係についての、おそらくは唯一の最高裁の判断が、昭和 25 年 9 月 27 日の大法廷判決⁷⁾である。

弁護人の上告趣意によれば、投票の不当な勧誘によって公職選挙法違反に問われた被告人は公判で罰金刑を宣告され、これに対して検察官は量刑不当を主な理由として控訴した。控訴審は原審を破棄して禁固 3 ヶ月を自判したため、被告人は憲法第 39 条と合衆国憲法第 5 修正⁸⁾との同趣旨性を根拠として、検察官上訴を認めた刑訴法第 351 条の違憲無効を理由として上告した。これに対する最高裁の判断は、主要部分についてはほぼ全員一致による原判断確認、上告棄却であった。

法廷意見の判旨は、およそ以下の通りである。

「元来一事不再理の原則は、何人も同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではないという、根本的思想に基づくことは言うをまたぬ。そしてその危険とは、同一の事件においては、訴訟手

続の開始から終末に至るまでの一つの継続的状态と見るを相当とする。されば、一審の手續も控訴審の手續もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎないのである。従つて同じ事件においては、いかなる段階においても唯一の危険があるのみであつて、そこには二重危険（ダブル、ジエバーデイ）ないし二度危険（トワイス、ジエバーデイ）というものは存在しない。それ故に、下級審における無罪又は有罪判決に対し、検察官が上訴をなし有罪又はより重き刑の判決を求めることは、被告人を二重の危険に曝すものでもなく、従つてまた憲法三九条に違反して重ねて刑事上の責任を問うものでもないと言わなければならぬ。」（下線筆者）

二重危険の概念を、一事不再理の概念に還元しようとし、または両者を同一視しようとしている。この点は措くとしても、いわゆる危険継続論⁹⁾をなぜ相当とするのかについては一切述べられていない。これは致命的な欠陥であると思われる¹⁰⁾ある立場とそれに反対する立場が俎上にのぼり、いずれかを選択せねばならない場合、「一方が適切である」との言説だけでは「なぜ」「どういう点で」「どのように」適切なのか、あるいは反対説が不適切なのか理解しようがないのである。英米流の二重危険と、おそらくはこれまで採用してきて、これからも採用しようとする大陸法、特にドイツ法流の一事不再理とを比較衡量し、一事不再理の利点を挙げるならばまだしも、これでは前提のない三段論法、あるいは印象批評を展開しているに過ぎず、反論の余地すら残さない、といった感も拭えず、説得力を持ち得ない、と考える。

また、補足意見、（少数）意見などにも同様の傾向が見られる。

長谷川裁判官の補足意見の要旨は、以下の如し。

（上訴理由と、そこで挙げられている憲法第39条及び合衆国憲法第5修正の文言比較、解釈に言及し）「同（憲法第39）条が二重危険の原則をそのまま採用したものとすれば、……米國憲法修正五条と同様の文字を用いれば事足るわけである。しかるに、これを区別して英訳している点等に鑑みるときは、同条と米國憲法修正五条とが同一趣旨であるとはいいい得ない。従つて所論英訳を根

拠として日本国憲法三九条は所論二重危険の原則をそのまま採用したものであると断定することは早計である。そして被告人の地位の安定の保障は、判決確定の時に与えれば充分であつて、二重危険の原則が示すが如く、未だ判決が確定しない場合とか、訴訟のある段階に達した場合において、地位の安定を保障することは我国情にてらし行過ぎと言はなければならない。(以下略)」(下線筆者)

確かに第39条英文と第5修正の文面は同一ではない¹¹⁾しかしながら、一時不再理論を採ったことを別途論証するならば格別、さもなくば二重危険の法理を採用していないとの論証にはならないのである。これも論理的に十分な説得力を持ち得ない。また、「我国情にてらし」で、なぜ「地位の安定の保証は、判決確定の時に与えれば充分」なのか、これも危険継続論を採る明確な理由が述べられていない¹²⁾ため、説得力に欠けると言わざるを得ない。

さらに極端な考え方が、沢田・斎藤裁判官の補足意見である。

「元来広義における『一事不再理』とは、通常訴訟手続において既に裁判所に係属した同一事件については、再び審理（勿論裁判も）を行わないという意味であつて、確定裁判の既判力の効果を指す狭義のものをいうものではない。……それ故、……刑事訴訟手続では特に「免訴」という形式で前の確定裁判を再確認する実体裁判をするのである。……米国憲法におけるいわゆる『二重危険の原則』は、死刑又は自由刑にあたる刑事事件の訴訟手続における寧ろ『広義の一事不再理の原則』に該当するものようである。

しかるに、わが憲法三九条は、読んで字のごとく『刑事上の責任を問わない』というだけであつて、実体刑罰法上の責任……に関する規定であり、一事不再理のような訴訟手続に関する原則等を直接規定した規定ではない。ことに同条後段は、同一犯罪行為につき、同一人に対し、二重の刑事責任（これを実体刑罰法上の意味における『二重危険』と翻訳しても差支えない。）を問わないという三歳の国民にもわかるような実体刑罰法上の原則を定めたに過ぎないものである。何もこの条文を事々しく解釈して『刑事訴訟法的な一事不再理の原則

を憲法的な保障にまで高めると共にこれを拡張強化した』と見るべき根拠も必要もないのである。されば、同条の趣旨は、実行の時に適法であつた行為は、犯罪ではないから、後に立法等を以てこれが刑事上の責任を問うてはならないし、既に無罪とされた行為については、通常訴訟手続たると非常訴訟手続たるとを問わず刑事上の責任を問うてはならないし（それ故、被告人にその効果を及ぼさない、従つて、その刑事上の責任を問うものでない非常上告手続は許される。）また、同一の犯罪について、同一人を二重に処罰してはならないが、その犯罪について確定判決があつても、他の共犯者を罰し若しくは同一被告人の利益たると不利益たるとを問わず、非常手続を以て本来負担すべき相当の刑事上の責任を問うことは妨げないとするにある。従つて、わが新立法において、被告人の利益のための再審手続を維持したのは当然であるが、被告人の不利益のための再審手続規定（無罪を有罪とする場合を除く。）並びに刑法五八条を廃止したのは、全く条理に背く、明白な誤解であり、極めて顕著な『行過ぎ』の一例である。

そして、新刑訴における控訴制度は、同一事件の続審手続であつて、もとより、同一犯罪について、重ねて刑事上の責任を問うものではない。それ故、検事上訴制度を認めた刑事訴訟は、何等憲法三九条に違反するところはない。」

二重危険法理を一事不再理の一類型として捉えている点、および不利益再審を是としている論旨についてはとりあえず措く。しかしながら、規定を字義通りに解すべき、とされる国家機関、いわゆる統治機構に関する憲法規定ならばともかく、人権規定たる第39条の意味をここまで絞るとなると、果たして憲法上の規定を置いておく意味があるのか、という疑問さえ頭をもたげてくる。哲学的・理論的背景のない、換言するなら「法のねらいとするところの不明な」人権規定などおよそその名に値しない。よつてこの解釈は、少なくとも現時点では不適切極まりないもの、と言わざるを得ない。これは、控訴手続を事後審ではなく続審と捉える点についても同様である。

また、藤田裁判官の「少数意見」は以下のように説く。

「……一旦無罪とされた行為に対し後に有罪の裁判をすることを禁じ一旦有罪として処罰された行為に対しては重ねて処罰すること（二重処罰）を禁ずる趣旨を明らかにしているのであるが、その一旦無罪とされ、若しくは有罪として処罰されたことは、確定の裁判によつてその有罪無罪なることが終局的に確定した場合をいうのであつて、事件が訴訟手続進行の中途にあつて、有罪無罪の裁判が宣告されてもその効力が未確定浮動の状態にある場合のごときはこれを含まないと解すべきである。従つて、かかる裁判に対して検事が上訴してさらに、上級審の裁判を求めるがごときことは、何ら右憲法の条規に触れるところはないのである。」

これは、内容を一見すればわかるように長谷川意見とほぼ同趣旨である。少数意見というよりもむしろ判旨補足意見であり、終局的確定を「無罪」の必要要件とする点や、「未確定浮動」の場合の保護を必要としない点、及びこれらの理由について述べられていない点は変わりがない。

栗山裁判官の意見は、これまでのものとは趣きが多少異なる。

「憲法三九条末段の何人も同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問はれないという規定を、既に有罪とされた行為について二重に処罰されない趣旨と解するだけでは狭きに失する。公訴の取消後同一事件について公訴を提起することもこの保障によつて阻止さるべきものであるから、右末段の趣旨は同一の犯罪について二重に訴追（Second Prosecution）されないことに対する保障と解すべきものと思う。」

憲法三九条末段の規定が普通法の二重危険の原則を踏襲したものとしても、（実は二重危険の原則を踏襲したものとするれば三九条末段ばかりでなく、後段全部に及ぶべきものである）、これが日本国憲法に移植されて、それを一事不再理の法諺に還元するだけでは憲法上の保障としてはその意義不明瞭であり、殊にそれを多数意見のように解するとすれば狭きに失すると思う。

まず最初に、我刑事訴訟手続の建前から、右三九条末段の間責がどの段階で始まるかが問題である。元来本件の人権も、三七条、三八条等の人権と等しく

なるべく刑事被告人に有利に解釈するのが憲法本来の趣旨に合するものであるから、之を二重追訴に対する保障と解すべきこと前に述べたとおりである。従つて公訴が裁判所に繫属したとき（単に公訴が提起されたときではない。）に右問責の状態が始まつたものと解すべきであろう。論旨は米法流の二重危険の原則がそのまま適用されるとすれば上訴を以て一つの継続した訴訟ではないということになるという主張に帰する。しかし我刑事訴訟手続では上訴少くとも控訴審を以て非常救済の手段としていないのであつて、一連の訴訟手続の一部としているのである。控訴審が一連の訴訟手続の一部である以上は、同一問責の状態は継続するものであるから、第一審の判決に対し検事が被告人に不利益な上訴をしても二重問責の問題を生じないのである。

前記憲法三九条末段の権利は、刑事被告人に対し保障された権利であつて、憲法三七条、三八条一項の権利のように被告人が抛棄しうる権利であるから、再審は被告人としては重ねて責任を問はれることになるけれども、被告人にとつて有利な場合は被告人は右権利を抛棄したものととして、立法者は新法において被告人に不利益な再審の請求を認めないことにしたものと解する。……卑見によれば、新法においては、上告は非常救済の手段たる性格を多分に帯びるに至つたものであるから、再審同様に被告人に不利益な検事上告は認むべきものでないと思う。尤もこれも憲法三九条末段の解釈の問題ではないから敢て憲法適否の問題を生ずるものではない。」（下線筆者）

憲法の構造ないし視点についての考察は、前四者に比べて、例えば第37条、第38条との比較論や、権利放棄を視野に入れている点などをみると相当に深いと思われる。また、二重危険法理についての考察もいくつかうかがえる。控訴審を「一連の訴訟手続」として、やはり続審と捉えている点などは現時点では首肯できないが、控訴審と上告審についての性格付けの違い——非常手続と通常手続——で差異を設け、通常手続が終了したものについては「危険」が生じるもの、と捉えている点などは、上告審を純然たる「法律審査審」と考える合衆国流の二重危険禁止の考え方を理解しているように思われる。この意

見が少数意見に留まったのは残念であるが、最高裁が合衆国流の二重危険法理を全く理解していなかったわけでは無いようである。

憲法第39条が公訴棄却との関連で問題となるかを扱った事案としては、昭和28年の判決¹³⁾がある。起訴状の瑕疵、すなわち公訴事実の記載が欠けている点が問題となった事案において、刑訴法第338条4号による公訴棄却判決が下った後に、同一公訴事実によって再起訴された事案である。最高裁は、「同一事件につき再度公訴を提起することを禁ずる趣旨を包含するものではないと解するのを相当とする」と述べたのみで、相当とする理由についてはやはり一切示していない。

その他の判例としては、憲法第39条というよりもむしろ刑法第6条、刑訴法第337条2号に関連する昭和26年の一連もの¹⁴⁾また、旧法上の附帯控訴とともに第一審の無罪を第二審で有罪とすることの可否が争われた事件¹⁵⁾があるが、前者については法律の変更ないしは恩赦があった場合の取り扱いに関する事例であるし、後者についても主たる論点は附帯控訴についてで、判旨も昭和25年大法廷判決を確認したのみであるので、これらについては詳述しない。

このように、なぜ再訴追が禁止されるために終局判決が必要なのか、なぜ公判（第一審）での無罪に対して検察官上訴が許されるのか、さらには、そもそもなぜ憲法第39条は二重危険法理を表したといえないのか、等について、我が最高裁判所は結論こそ述べたものの、合理的かつ説得力のある理由付けは一切示さず、それにもかかわらずこれを先例として墨守しているという、妙な状況で50年以上を経過したということになるのである。

注

7) 前掲注2) 参照のこと。

8) U. S. Const. Amend. 5th (1791). “……nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb, ……”. 一般に“Double Jeopardy Clause”（二重危険条項）と呼ばれる部分である。なお、日本国憲法第39条の英文は以下の通り。Article 39.

“No person shall be held criminally liable for an act……, or of which he has been acquittal,

nor shall he be placed in double jeopardy.”

- 9) この危険継続論は、合衆国最高裁の反対意見で展開された経緯はあるが、多数意見となったことは一度もない。Kepner v. United States, 144 U.S. 100 (1904)を参照のこと。米西戦争の結果、アメリカ領となったフィリピンでは、元来無罪に関しての検察官上訴が認められていたが、合衆国最高裁は控訴審での破棄有罪自判を無効とした。この反対意見の中で主張されたのが危険継続論である。
- 10) もっとも、わが最高裁の判断については、特に職権判断部分でこの傾向はいまだに顕著である。
- 11) 前掲注8)参照のこと。
- 12) 前掲注5)参照のこと。一見して同旨とわかることから、この時点での通説的見解であったことは理解できる。
- 13) 最(大)判昭和28年12月9日、刑集7巻12号2415頁。争われた内容としては、共犯者たる被告人についても公訴の効力が及んでいるはずであるのに、起訴状にその旨の記載がないことが問題となっている。最高裁で反対意見などは述べられていない。
- 14) 最(大)判昭和26年5月30日刑集5巻6号1205頁、最(二小)判昭和26年7月6日刑集5巻8号1395頁、最(大)判昭和26年12月5日、刑集5巻13号2741頁。
- 15) 最(大)判昭和25年11月8日、刑集4巻13号2215頁。

3. 「一事不再理」を採用できない理由

ここからは、最高裁判例の検討を前提として、諸学説を考慮に入れた上、我が国における検察官＝政府による再度の訴追、とりわけ上訴の可否について検討することにする。

前述のように、我が国では、憲法第39条すなわち「一事不再理」の問題は、裁判が「確定」しない限りは一事不再理の効力は発生せず、また、被告人の刑事責任について、裁判所による判断＝実体裁判が下され、それが規範とならなければやはり発生しない、という前提を、帝国憲法及び旧刑訴法のもとで採ってきた。これは、現行憲法、刑訴法のもとで、未だに妥当な解釈といえるのであろうか。

憲法第39条は、制定過程等をみるに、合衆国憲法第5修正をその母法とすると考えられる¹⁶⁾が、現在の学説の主なものとして、日本国憲法の英文はあ

くまでも日本語の英語訳であってそれほど拘泥する必要はないとか、その英訳が二重危険をそのまま取り入れたとするには甚だ不正確であるとか、新憲法全体を見れば社会民主主義的、ワイマール憲法的要求というべきものが多く取り込まれており、それゆえ二重危険の観点も合衆国からそのまま取り入れられたのではなく、一事不再理の原則を強化したに過ぎないとかの説明がなされ、それがあまり抵抗なく受け入れられているように思われる¹⁷⁾。また、憲法の人権規定は「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果（憲法第97条）」なのだから、その解釈をアメリカ法の枠の中にとどめることは、人権規定の自由で柔軟な適用を妨げるおそれがある、等の意見も主流であろう¹⁸⁾。あるいは、我が憲法は、少なくとも陪審制度を積極的に要求していないのであるから、陪審制度を基調とした合衆国とは同一視できない¹⁹⁾ などともいわれる。すなわち、憲法に新たな条文が加えられ、刑事法の規定が変わっても、戦前までの流れで構わないのだ、ととれる。

しかし、これらの意見は、何れも説得力ある反対論とは言い難いもの、と考える。

日本国憲法の成立過程やそれを取り巻く環境、及びその原案提供者がいかなる立場に立っていたか²⁰⁾ を考慮に入れば、さすがに日本国憲法のオリジナルは英文であり、日本文がその日本語訳に過ぎない、とまでは言い得ないにしても、双方の文章に法規範性を認める必要はあると思われる。同様の理由から、同一の文言である必然性もなく²¹⁾ 憲法第39条の英文に“Double Jeopardy”との記述があることから、この条文は「一事不再理」ではなく「二重危険」の法理を取り込んだものとみるのが自然である。また、ワイマール憲法的、社会民主主義的規定が日本国憲法中に存在するが、主にそれらは社会権規定においてであり、個人の自由、とりわけ刑事被告人に関連する人権規定には、合衆国の憲法修正条項が色濃く影響を与えている、あるいはそのまま継受されたとみるべきである²²⁾。

たとえ本来の法がどのような形であろうと、日本国憲法となった以上、我が

国流の解釈に全てを委ねてよい、という考え方はあまりに乱暴である。国家の間で事情、置かれている状況、風土、気質、その他様々な差異があることから、法運用のあり方に差異があるのはむしろ当然ではあるが、これは、よい部分をあちこちからかき集めてつまみ食いしてよい、ということではない。母法から継承している基本的なねらいを無視してよいことにはならない²³⁾のである。さもなくば、全体として統一性のない寄せ集めの文言がいつしか独り歩きを始め、それをを用いるものの都合のよいように「解釈」された挙句、当初のねらいとかけ離れた方向に司法、ひいては国家全体を引きずりかねない。「法の支配」の原則からも黙止できないのである。

我が国が陪審制度を採用していないことを理由とする主張に対して反対する、あるいは裁判員制度の新規導入にともない、上訴制度を根本的に変化させる必要がある、との主張に対して同調しない理由は、以下のようなものである。

確かに、合衆国をはじめとする英米法系の諸国で、政府の上訴を厳しく制限してきた大きな理由の一つに、陪審制度がある点は否定できない。特に、陪審が下した無罪評決を法律家の基準から検討して覆すならば、それは圧政に通じる。すなわち、コミュニティから選出され、その基準を反映した陪審の健全な判断を通じて、民衆の意思を裁判に反映させようとするのが陪審制度の理念だからである。

しかし、陪審制度を採らないこと自体は、政府による再度の訴追、とりわけ上訴を許してよい理由とはならない。後述する二重危険法理が保護しようとする被告人の利益は、事実認定者が陪審であろうと、公判（職業）裁判官であろうと異ならないからである。また、陪審裁判を受けること自体が「権利」であり、放棄できるものとされる²⁴⁾。また、合衆国最高裁判例も Bench Trial（公判裁判官が事実認定を行う公判）と、Jury Trial（陪審が事実認定を行う公判）の間に差を設けていない²⁵⁾

さて、現行の憲法、刑事法においては、公判段階に当事者・論争主義を採用した、と一般にいわれる。すなわち、裁判所が主体となって裁判を行い、究極

の真実を明らかにすることが目的となる職権主義と異なり²⁶⁾ 政府の訴追機関たる検察官が公益を代表して訴追，主張，立証を行い，被告人が（通常は弁護人の助力を得て）これに挑戦的防御を加え，裁判所は検察官の主張が被告人の防御を経た上で，なお合理的疑いを容れないまでに立証されているか否かを判断する，三者三様の立場と目的が存在する。この裁判所の「判断」が訴訟制度の中心におかれる。そのため，上訴制度は，公判で「判断」を得るまでの過程にルール違反が生じていれば，これを是正するために当事者が利用するもの，と位置づけられ，公判から切り離される²⁷⁾ つまり，上訴審は，真実発見のために権限ある裁判所が裁判を「繰り返して」同様の行動を取るのではなく，すなわち公判を覆される可能性のある一度目の裁判＝「第一審」と呼ぶのではなく，全ての事実認定を行った Trial＝公判の認定された事実を尊重し，その上での誤りがあるか，その誤りが「判決に影響を及ぼすことが明らか」（刑訴法第379条，380条及び382条）か否かについて判断することが求められる。換言すれば，公判で全ての事実認定，判断が行われ，それが尊重されることが原則となるのである²⁸⁾ ゆえに，事実認定を上級審が監督するために採られる「判決確定」論や，上訴続審・覆審論，真実発見を第一義とするために「実体裁判」にのみ終局性を与える「一事不再理効」論等の，職権主義をその起源とする制度は，現行法において不適切である²⁹⁾

検察官の上訴制限をすべきでない理由として，第一審よりも上訴審が正確に事実認定をすることができる，あるいは判断を繰り返すことにより判断がより正確となる，という理由付けがされることがあるが，これらはいずれも根拠を欠く空論である。上訴審裁判官の方が第一審裁判官よりも高い事実認定能力を持つ，という前提は（たとえ日本の裁判官らにその自負があろうとも）科学的，経験則的な根拠に欠ける。むしろ，現行制度上，必然的に多くの事件を扱うことになる第一審裁判官の方が事実認定が巧みである可能性が高い。また，各審級における事実認定能力を同等と仮定して，事実認定を再び行うことで前のものより優れた認定ができるという可能性は低い。証人の記憶減退やそれに

ともなう記憶誘導の危険、物証・書証などの散逸、鑑定の正確性、再現性の低下など、須く時間の経過に伴って事態は悪化するのである³⁰⁾更に、事実認定を繰り返すことにより、却って誤判の可能性が増す、との懸念も払拭できないのである。

注

- 16) 文献として、例えば橋本公巨『日本国憲法』66頁ないし71頁、佐藤孝治『憲法』58頁ないし63頁、佐藤達夫著、佐藤功補訂『日本国憲法成立史』第三巻37頁、79頁、127頁、288頁、340頁等。また、中野目義則「検察官上訴と二重危険」比較法雑誌（中央大学）17巻1号53頁、「合衆国と我国の事情や状況の差異により、我国と米国の法運用に差異が生じてよいのは当然であるし、合衆国にみられる様々な傾向の中から合理的と思われるものだけを選択すべきこともまた確かである。だが、このことは、我国の憲法が合衆国憲法から継承し共有しているとみられる基本的なねらいを無視して、我国の『独自性』に立てばよいことを意味するものではない」。
- 17) 団藤、前掲注2)、45頁ないし47頁。
- 18) 白取祐司『一事不再理の研究』239頁。
- 19) 団藤、前掲注2)、47頁。また、田宮、前掲注2)、72頁等もこの立場と思われる。
- 20) 例えば、佐藤、前掲注16)、高柳賢三ほか編「日本国憲法制定の過程」1巻233頁ないし283頁、2巻189頁ないし191頁。少なくとも日本側からこの規定について積極的アプローチを行った形跡はない。なお、白取、前掲注18)、231頁ないし235頁も併せて参照のこと。
- 21) 注20)の文献で活写されているのは、いかなる規定をどういった形でまとめるか、どの内容を同一条文におくか、といった試行錯誤の過程である。その経過に伴い、文言の内容が変化することは当然にあり得る。
- 22) 合衆国憲法第4、第5、第6、第8、第14修正と我が憲法第31条ないし第40条とを対比すれば明らかである。
- 23) 中野目、前掲注16)を参照のこと。
- 24) U. S. Const. Amend. 6th (1791). 憲法第37条をはじめとして我が国にも同趣旨の規定が受け継がれた。もっとも、陪審裁判を放棄しうる「権利」とする点は、近時導入されようとしている裁判員制度と明確にねらいが異なる。
- 25) 中野目前掲注16)、67頁。大塚喜一郎「二重危険原則の適用について」判例タイムス21巻30号。合衆国最高裁の判例については、United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U. S. 564 (1977)。
- 26) 例えば、渥美東洋「刑事訴訟法（全訂）」8頁ないし11頁、489頁ないし497頁。

- 27) 渥美前掲注 26), 490 頁。
- 28) したがって、本来ならば被告人側にもこの尊重義務は当てはまる。
- 29) ドイツ法, フランス法等, 大陸法系の刑事訴訟法制度そのものを否定するわけではないことは多言を要しない。ただ, 新たな皮袋にわざわざ古い酒を盛る必要性は無い, というにすぎない。
- 30) これは他にも, 迅速裁判の要請などにおいて理由となる。

4. 二重危険法理のねらいの検討

以上から, 憲法 39 条で採られた「二重危険禁止」法理は, どのようなねらいを持つものかを検証する必要がある。なお, 我が国の最高裁判例は前述のように検討に耐えないため, 「同様のねらいを持つ」であろう合衆国最高裁の判断をも用いることにする。

法治国家たる日本では, 犯罪者を発見し, 処罰するという国民の利益ならびにその要請が存在する。私人訴追を原則として認めないため(刑訴法第 247 条), 政府がこれを行う。政府=検察官は犯罪を犯したと疑うに足る相当な理由がある者を刑事被告人として訴追し, 裁判においてその訴因を合理的疑いを容れないまでに立証することによって, 裁判所に処罰を求めることができる。これは国民による, 社会的正義の側面からの要求である。

他方で, 国民は同時に, 自らが政府から正当な理由なく訴追・立証・処罰されることから自由である利益, 権利を併せ持っている。検察官の行った訴追が正当なものであるか否かは裁判を通じて明らかになるが, 仮に訴追が正当であったとしても, 被告人とされた者は, 訴追されることにより困惑, 出費, 心理的苦痛を強いられ, 「犯罪者ではないか」あるいは「犯罪者である」との社会的烙印を押され, 持続する不安・焦燥感に駆られる。訴追が長期化すれば, この被害は増大し, また無辜が有罪とされる危険が高まる³⁾。裁判が繰り返されると, 同様の問題のほか, 前の失敗を政府が繕う危険性が出てくる。また, 正当な理由のない裁判によって, 上記のような状態に被告人がおかれることを

政府が目論むことも考えられる。可能な限りこのような状態になることを避けねばならない。これが国民の（特に政府の圧政からの）自由の側面からの要求となる。

そこで、正義と自由の対立を調和し、均衡を図るため、検察官に一度の完全な主張・立証の機会を与えるが、再度そのような機会を与えることを禁止する³²⁾。一方で被告人には「事実認定を一度で終了してもらい貴重な権利」³³⁾を持つことになる。これが憲法39条が合衆国憲法第5修正より受け継いだねらい、ということになり、同時に、このねらいは、裁判所がどのような判断を下すことになるかの重要な指針となる。

まず、公判で事実認定がなされ、無罪という判断がなされた場合である。当事者・論争主義における公判での事実認定は尊重に値し、終局性“finality”がある。換言すれば、検察官が自らに与えられた主張・立証の機会を用いた上で、被告人が有罪であることを合理的疑いを容れないまでに立証できなかった場合に当たる。このような場合に事実認定の問題を直接蒸し返し、上訴が許されるとすると、被告人は再度危険に晒され、検察官は再度の主張・立証の機会を与えられる。これは、二重危険禁止法理のねらいに真っ向から対立することになる。このため、このような上訴は明確に憲法39条違反となる³⁴⁾

注意すべきは、「無罪」判決のもとで絶対に検察官の上訴が許されないわけではない点である。刑訴法第377条及び第378条の絶対的な誤り、あるいは第379条及び第380条といった法令・手続違反があり、その誤りが「判決に影響を及ぼすことが明らか」である場合は、誤りを是正し、それ以外の新たな事実認定を行わない範囲で、検察官はその点の是正を求めて上訴できる。具体的には、新規導入された公判前整理手続での問題とか、証拠排除についての裁判所の訴訟指揮や見解を争う、といった点が中心となるであろう。二重危険法理のねらいは「被告人をなるべく処罰しない」ことではなく、正当な手続を踏んだ上で、なお無罪とされたものを保護するところにあるからである。

特に問題となるのは、刑訴法第382条の場合である。合衆国最高裁の先例³⁵⁾

をによれば、明らかな誤りによるものであっても無罪判決は尊重されるべきである、とする。これに対し、職業裁判官、将来的には、合理的な判断力を持つとの前提で選ばれた裁判員も加わった裁判合議体も含まれるが、彼らがおよそ不合理な推論とか、推論と明らかに矛盾するような判断によって事実認定を行い、法を無力化“Nullification”することは、正義の観点からして容認できない。また、その裁判内容の不合理さを、判決書中の判決理由その他の記録から発見することも決して不可能ではなく、これらを「事実認定に当たって求められる合理的基準の不遵守」ととらえて、これらの是正を求められる、との見解³⁶⁾には相当の説得力を感じる。しかしながら、無力化の希少性、このような場合、法令違反として構成できる可能性が高いこと、この点を「抜け穴」として検察官が上訴を行い、事実上二度目の公判に被告人をさらす危険をも考慮に入れると、検察官からの第 382 条を理由とする上訴を認めるべきではない、と考える。

有罪判決を受け、事実認定を再度行わない前提で、検察官が量刑不当により上訴することの是非はどうであろうか。従来唱えられていた検察官上訴に反対する説の大部分は、無罪と同様に一切の不利益上訴にも反対している³⁷⁾理由としては、不利益再審規定（刑訴法第 452 条準用）と同様に解するとか、無罪と同様の構成をとる等である。後者は特に、公判で一定程度の有罪認定しかえられなかったのであるから、その余の部分については黙示的な無罪判決が下ったに等しい、と理論構成する³⁸⁾。

確かに、不利益再審の規定そのものについては政策的合理性があるであろう。また、黙示的無罪論も全く説得力がないわけではない。「事実認定を一度で終了してもらう貴重な権利」を守るという点だけ見れば優れた方策だからである。

しかし、再審手続はあくまでも非常救済手続であり、一旦（一事不再理論あるいは職権主義による場合でも）完全に終結した判断を再度チェックする必要があるとき、政府側により有利な判断を得させない、とする政策的判断であって、憲法第 39 条の守備範囲外でもあり、通常の上訴手続とは次元が異なる。

る。また、有罪認定後の量刑について、黙示的無罪論はやはり採りえない。再判防止、という特別予防的観点からすると、不当に軽い刑が科されるのはやはり問題があろうし、刑罰の均衡といったいわば一般予防的観点からも同様で、量刑の一貫性が保たれる必要性は無視できない³⁹⁾。また、無罪は、政府側立証に合理的疑いの余地がある、すなわち「何かが不足している」場合であるが、量刑の認定は、この要件があれば刑期を何ヶ月、罰金額を何万円加算あるいは減算する、というふうに定められるわけではなく、総合判断を強いられ、「何が不足しているか」を問うことが本質的に無理であることも理由として挙げられるであろう。公共の利益という正義の要請が、有罪判決が下った時点で被告人の利益に優越し、処罰の必要性、合理性といった点で刑事責任の有無とは異なった基準を要するのやむを得ないと考える⁴⁰⁾。

以上から、量刑不当を理由とする検察官上訴は、憲法第39条によって禁止されるものではない⁴¹⁾。

これらの理由を受けた上訴審が破棄差戻しを命じた場合、再度の公判を行う事自体は禁止されない。検察官は「一度の機会」を与えられなかったことになるからである。しかし、最初の公判で提出した証拠以外の証拠を提出したり、別の公訴事実について争ったりすることは原則として許されない。これを許せば、最初の公判を「準備」として用い、裁判所の出方を見た上で証人を教育し、弱点を補強するなどといった、およそ二重危険のねらいに反する状況を作出してしまうからである。

最後に、上訴の問題ではないが、同じく「再度の公判の機会」として働きの憲法第39条の範囲内と考えられる、公訴棄却や免訴などについて考える。

前述のように、検察官に一度の完全な主張・立証の機会が与えられたか否かを規準として判断すると、管轄違いの判決（刑訴法第329条）や公訴棄却の判決（第338条）・決定（第339条）の場合には、一般的にこの基準を満たしていないため、再度の訴追は憲法第39条によっては阻止されない。しかし、いくつかの例外が存在する。

例えば、最初の公判において、検察官が公訴事実の立証に失敗し、あるいは失敗しそうである、と考えた（便宜上、訴因変更も不可能であるとする）。これまでの論に従うと、この事案での無罪判決による裁判終結⁴²⁾には上訴が不可能となる。そこで、控訴を取り下げて、刑訴法340条の規定にのっとり、「あらたに重要な証拠を発見」したとして再度の訴追を行う、ということになる。このような手法は憲法第39条が固く戒める圧政のための訴追に通じる。したがって、第340条の要件に厳格に絞りをかけるべきである、との見解⁴³⁾には説得力がある。

また、これもあってはならないことだが、被告人の困惑、出費、社会的地位の低下を狙って意図的に管轄の異なる裁判所に起訴したり、わずかに気を配れば発見できた起訴状の重大な瑕疵、例えば公訴事実の欠落などを放置して起訴した場合などは、一回の主張・立証の機会を十全に利用しなかったことに合理的な理由が存在しない。この場合も、再訴追が許されるべきではない。特に後者の場合、単なる手続上のミスとして看過することには慎重でなければならない。

逆に、被告人の死亡偽装による公訴棄却決定（刑訴法第339条1項4号）のような場合⁴⁴⁾には、検察官の再訴追は禁止されないことになる。容易にわかる偽装を怠慢により見逃した、というのであれば格別、検察官の主張・立証の機会を、被告人の詐術によって不当に奪われており、まだ一度も行使されていないことになるからである。

免訴判決についてはどうであろうか。高田事件⁴⁵⁾のような特殊な例は除くとしても、仮に公訴時効を5年とする罪で起訴したのが、犯罪行為から6年後であった場合は、何度訴追しても免訴となる。ただ、一度免訴判決を受けた後、公訴時効を10年とする罪だったとする「新たな証拠」によって再訴追されると、形式裁判に一事不再理効が及ばないとする考え方からは免訴の効力は及ばないことになる⁴⁶⁾。この場合に、最初の訴追の時点で慎重に捜査し、公訴時効を10年とする罪で起訴する、という一回の機会を与えられ、これを十全

に利用しなかった点を重視すれば、原則として無罪判決と同様の効果が発生すると考えるのが妥当であろう。

これらの点は、いわゆる形式裁判に既判力、再訴遮断効を認めない立場とは結論が異なることになると思われる。

注

- 31) 前掲注30)。中野目、前掲注15)55頁も参照のこと。
- 32) “one complete opportunity to convict those who have violated its laws” *Arizona v. Washington*, 434 U.S. 497 (1978) at 501, quoted by *United States v. Scott*, 437 U.S. 82 (1978). “the State with its all resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty.” *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957), at 187.
- 33) *Wade v. Hunter*, 336 U.S. 684 (1949).
- 34) 渥美前掲注26), 476頁ないし488頁を参照のこと。
- 35) *Martin Linen Supply Co.*, 前掲注25)。ないし, *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141 (1962)。
- 36) 渥美前掲注26), 484頁。
- 37) 例えば、大塚前掲注25), 村瀬直尚「検察官上訴の違憲性について」法律新報757号16頁、坂口裕英「迅速な裁判のための立法」法律時報45巻5号45頁、熊本典道「検察官控訴」警察研究42巻7号49頁、小田中聰樹「控訴審における事実取調」平場還暦(下)262頁、上野裕久「検察官上訴の再検討」法学セミナー217号104頁、川崎英明「二重危険と検察官上訴」別冊判例タイムズ7巻354頁、等。
- 38) *Green*, 前掲注32)で用いられた“implied acquittal” at 186を引用する。*Westen & Drubel, Toward a General Theory of Double Jeopardy*, 1978 Sup. Ct. Rev. at 132。
- 39) アメリカでは刑の不均衡が刑務所暴動の一因となり、量刑ガイドラインの導入を促した。例えば、*Dawson, Sentencing* (1969), at 216。
- 40) なお、アメリカ合衆国では *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972)以降、「気まぐれな死刑」は違憲とされたため、死刑を存置する各法域において死刑量刑には陪審が関与し、「死刑については黙示的無罪」との判断には二重危険の拘束力が働く、とするのが一般である。例えば、*Bullington v. Missouri*, 451 U.S. 430 (1981)。
- 41) もっとも、不利益再審禁止規定のように、政策的配慮から量刑不当を理由とする検察官上訴を禁止することも、これは二重危険禁止によって規律されるものではないから不可能

ではない。また、注2)の最高裁判断は、結論のみは妥当、ということになるであろう。

- 42) 現実には、控訴審での新証拠提出、といった手段を取れるため、同様の問題があっても取り下げは行われないであろう。これは現行実務の不備である。
- 43) 渥美前掲注26), 487頁。なお、団藤前掲注2), 50頁も同旨か。
- 44) 大阪地判昭和49年5月2日, 判例時報745号40頁。なお、最(一小)決昭和53年10月31日, 刑集32卷7号1793頁, 及び駒沢貞志「公訴棄却と上訴権」別冊判例タイムス7卷357頁等も参照のこと。
- 45) 最(大)判昭和47年12月20日, 刑集26卷10号631頁。
- 46) 渥美「二重危険の禁止」受験新報40卷1号41頁。

5. お わ り に

本来本稿に含めて論ずることが可能な点のうち、不起訴・起訴猶予についての問題は他に譲ることとした。また、一罪の分割起訴や前訴の後訴遮断効といった論点は、法学新報(中央大学)掲載の拙稿⁴⁷⁾を(不十分ではあるが)参考にされたい。

今後ともこの点についての問題点を指摘し続け、憲法ならびに刑事手続に妥当な解釈がもたらされることを願って研究を続けてゆきたい、と考えている。

注

- 47) 拙稿「一訴追の範囲・一罪の範囲と訴追濫用の抑制——最高裁判例の検討を題材として」法学新報111卷3・4号307頁。また、中野目「後訴遮断の視点と後訴遮断の範囲——公訴事実, 訴因, 罪数と後訴遮断の範囲」『犯罪の多角的検討』渥美古希227頁も参照のこと。

本稿に取り上げたほかにも、

田口守一『刑事裁判の拘束力』

田宮 裕『刑事訴訟法』

平良木登規男『刑事控訴審』

真野英一『刑事上訴審の研究』

椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法』

等を参考にさせていただいた。

なお本稿は、2005年度松山大学特別研究助成を受け、その成果の一部として作成された。