HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一事不再理の客観的効力（１）
Author(s)	白取, 祐司
Citation	北大法学論集, 34(3-4), 27-109
Issue Date	1984-03-09
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16440
Type	bulletin (article)
File Information	34(3-4)_p27-109.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

一事不再理の客観的効力（一）

白取祐司

〈目次〉

序説
第一章　フランスにおける「既判力」概念
第一節　「既判力」概念の二つの側面
第一款　はじめに
第二款　社会秩序維持志向
第三款　自由主義的志向
第二節　「既判力」概念の基礎
第一款　公訴権消滅論
第二款　民法準用論
第三節　近代「既判力」概念の確立
——既判力論争前史——

第一款　大革命と中間法時代
第二款　治罪法典三六〇条
第二章　客観的効力論（一）
——既判力論争——
第一節　法的事実説の確立期
第一款　一八一二年の判例変更
第二款　法的事実判例の確立と展開（以上本号）
第三章　客観的効力論（二）
第四章　わが国の既判力理論
第五章　課題と展望
結　語

〔凡　　例〕

Bull. crim.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle
Ch. crim.	:	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Ch. réun.	:	Arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation
C. I. C.	:	Code d'instruction criminelle 〔治罪法典〕
C. P .P.	:	Code de procédure pénale 〔刑事訴訟法典〕

D.	:	1845–1923	Recueil périodique et critique	(D.)
D. A.	:	1924–1940	Recueil périodique et critique	(D.)
D. C.	:		Recueil hebdomadaire	(D. H.)
D. H.	:	1941–1944	Recueil critique	(D. C.)
			Recueil analytique	(D. A.)
		1945–1954	Recueil Dalloz	(D.)
		1955–1956	Recueil Dalloz et Sirey	(D.)
		1956–1964	Recueil Dalloz	(D.)
		1965– jusqu'à présent	Recueil Dalloz Sirey	(D.)

G. P.	:	Gazette du Palais
J. C. P.	:	Jurisclasseur Périodique ou Semaine Juridique
J. O.	:	Journal Officiel
R.S.C.	:	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
S.	:	Recueil Sirey ou Recueil général des lois et des arrêts

序　説

一　問題の所在

一事不再理の原則（la règle de non bis in idem; Ne bis in idem）は、歴史的に生成されてきた訴訟上の重要な基本原理であるとともに、すぐれて現代的な関心事でもある。それだけに、戦後だけに限っても、同原則をめぐる極めて多くの論稿が公けにされてきた。[1] その議論も、新憲法、新刑事訴訟法制定当初の、「一事不再理」か「二重の危険」か、検察官上訴は合憲か、といった総論的なものから、形式裁判（特に免訴）と既判力、審判対象論との関係、罪数論と既判力、裁判の内容的拘束力あるいは国際的効力といった各論的なものへと拡がりつつある。[2] 判例上も、――ここ数年のものに限っても――刑の執行猶予の取消規定（刑法二六条三号）が憲法三九条後段に違反しないかが問題にされたり（最決昭和五六・一一・二五[3]の谷口、団藤意見）、訴因不特定起訴に関連して形式裁判の内容的確定力が問題とされたり（最決昭和五六・七・一四[4]）、同一被疑事実に対する再度の付審判請求が「裁判所に二重の判断を求める」ものとして否定されたり（東京地決昭和五五・九・五[5]）、といったように、多様なかたちで一事不再理原則が問題にされている。

しかし、その中で最も精力的に論じられてきたのは、一事不再理の客観的効力[6]の問題、すなわち「公訴事実」論であろう。[7] 戦後、新刑訴法により法文上の認知を得た「公訴事実」が、これほどまでに注目されるに至った契機は、ひとつには「訴因」制度の導入によってこれとの関係が新たに問題になったこと（刑訴法二五六条三項参照）、そしてもうひとつは、刑訴法三一二条の訴因変更の限界基準として「公訴事実の同一性」を画定し、その範囲で一事不再理効を及ぼすという構成が必要とされたからであろう。この後者の点は、大陸法制においても、裁判長の陪審に対する罪名につい

ての設問の範囲、可能性に関連して（公訴）事実の同一性が問題とされてきたのであるから、[8] この点でなお大陸法との共通項は維持された筈であった。ところが、戦後の刑事訴訟法学においては、「公訴事実」概念は、英米法流の当事者主義的「訴因」によって駆逐されるべき、職権主義の戦前の遺物にすぎないとの扱いすらなされた。つまり、公訴事実は、訴因変更の限界という単なる機能概念に変貌させられてきたのである。[9] このように、――特に訴因変更の枠としての――「公訴事実」から実体的要素を払拭しながら、通説もなお、一事不再理の効力の及ぶ客観的範囲としては、公訴事実概念を維持する。しかし、少なくとも後者の公訴事実は、一部の論者の言うような機能概念ではない。一事不再理の客観的効力を考える場合、前訴と後訴の判決の対象となった仮設的実体の比較こそが問題とされるべきであって、ここで必要なのはよりマテリアルな実質的考察である。この点でなお、われわれは大陸法から学ばなければならない。

一事不再理の客観的効力に関する通説のもうひとつの問題点は、刑法上のいわゆる罪数論に余りに従属していないか、と思われることである。一事不再理原則が憲法上の原則であることを認めながら、その保障の及ぶ範囲については受動的、無関心な姿勢をとるというのは、いかがなものであろうか。罪数論と単一性を結合することは、その基準の明快さという多大のメリットをもたらす。しかしこの結合も、もし罪数論が一事不再理の客観的効力の問題を十分意識して組み立てられていなければ、却って不当な結果を招来してしまう。罪数論との一致を説く田宮教授は、「科刑上一罪の場合も、刑法54条があるから単一なのである」[10]（傍点田宮）と言われるが、このような発想に立てば、立法で単一性の範囲を狭めることに対する理論上の制約は認められないことになる。この帰結は、一事不再理を憲法上の原則と認めることと明らかに悖理する。たとえば、改正刑法草案の牽連犯廃止提案に対しても、憲法三九条を基点として、その当否が吟味されなければならないのである。[11] この点でも、明文規定を欠いたまま観念的競合を論じ、具体的解決基準を導出してきた大陸法、特にフランス法の議論が参考になろう。

二　対象の限定

本稿は、右のような問題意識を出発点として書かれた。その直接の対象は、一事不再理の客観的範囲としての「公訴事実」であるが、そこでの論議の深化を通して一事不再理原則の基礎理論の再構築をも目指す。[12] ただし、比較法研究の対象は、ライヒ裁判所の時代から判例上「事実（Tat）」の同一性の範囲がかなり広く認められてきたため、既判力の範囲の広狭に関する切実な議論が今ひとつ乏しかったドイツではなく、[13] わが国とも因縁の深いもうひとつの大陸法国、フランスである。なぜフランスを対象としてとり上げたか、という問いへの解答は、結局のところ本稿全体の叙述を通して果たされることになるのであって、ここで開陳することは必ずしも適切ではないかもしれない。しかし、フランス刑事訴訟法を参考にすることの極めて稀れなわが国の実情を考慮するとき、本稿がフランス法をとり上げた理由を、予め簡単に摘示しておくことも、無益ではあるまい。[14] すなわち、——

① 仮放免を否定し、近代的意味での一事不再理原則を確立したのがフランス一七九一年革命憲法であり、一八〇八年のナポレオン治罪法典は隣国ドイツのみならず世界的に影響力を持ったが、[15] この近代以降のフランス既判力理論とその論争は、それ自体歴史的重みと価値を有すると考えるからである。

② 比較法という観点からみても、——民訴法の分野では夙に指摘されてきたことだが、[16]——ドイツ法、英米法という「極端に離れた二者」[17] が「裸のまま無媒介にぶつかり合って混迷を生じている現実」[18] から脱け出すためには、「フランス法をも視野の中に取り込んで比較訴訟法的操作を試み」[19] ることが必要であると考えるからである。

③ わが国初の近代的刑事訴訟法典である治罪法、次の明治刑訴法の母法がフランス法であるし（継受）、今日においても、フランス刑訴の影響の跡を、今なおみることができるからである。[20]

④ 憲法三九条前段の一事不再理規定のフォーミュラが、フランス革命憲法以来のフランス一事不再理規定のフォー

ミュラと近似しており、そこにわが国にフランス既判力論を参照しうる契機を見出すことができると考えるからである。[21]

⑤ ごく形式的な理由であるが、フランス既判力理論の研究を本稿が果たすことによって、これまでの研究の空白を埋めたいと考えるからである。[22]

なお、本稿第一章ないし第三章においては、「既判力[23] (chose jugée; l'autorité de la chose jugée)」と「一事不再理 (non bis in idem)」を、近時のわが国の議論のような厳密な区別をせずに用いる。これは、本稿のテーマに関してだけいえば[24]、右の二つの概念は特に区別されずに同義語として用いられているからである。

三 研究の視角

このようなフランス既判力（客観的効力）を考察する場合、特にわが国の一事不再理原則との比較検討の対象とするのであるから、研究のための視座を確定しておく必要がある。この点について、アメリカの法学者ジーグラー (J. A. Sigler) の次の見地が参考になる。

彼は、外国の二重の危険（広義＝一事不再理を含む）を考察するためには、「二重の危険概念を用いているそれらの国の刑事手続に対するある程度の注意を払うことなしには完全ではない。二重の危険は、もしそれが単に孤立した学説として扱われるなら、理解されることはできない[25]」と言い、「二重の危険の意義は、その刑事手続の状態の関数 (function) である[26]」から、「他国の二重の危険のフォーミュラを額面通りに受け容れることは、誤解の元である[27]」と論じている。フランス刑事手続に関していえば、検察官の控訴の権利を認めている点で、「non bis in idem のフレーズは、フランス手続では〔英米法と〕同じ意味をもたない。なぜなら、審理は通常、別々の段階に分かれているから。フランスの二重の危険を理解するためには、その刑事手続を理解しなければならない[28]」と。[29]

一事不再理（二重の危険）を刑事手続の「関数」であるというのは適切な比喩と思われるが、その「関数」を理解するためには問題をある程度機能的に考察していく必要がある。[30][31] この方法は、[32] ドイツ等他の大陸諸国よりも「ドグマティックではなく、論理的関心、体系的解決の追求における厳格性がそれほど強くない」[33] といわれるフランス法において、特に有効であると解される。

そしてその具体的方法のひとつとして、まず判例をなるべく丁寧にとり上げていきたいと思う。それは、「近代法の各時代の実定法を判例が解釈適用する際の指針とした無数の判決を考慮せずに、フランス刑事既判力システムを理解することは不可能である」[34] という理由からだけではなく、判例というケースのかたちに還元された方が、わが国の問題関心との関係でより有益ではないか、と考えたからでもある。[35] また、それぞれの問題の所在を刑事手続全体との関係で明らかにするため、論争・対立点がある場合には、この点を具体的かつ明確に指摘するように心懸けた。

このような視点から、第一章ないし第三章において、フランス既判力理論の過去と現在を出来るだけ客観的に概観する。

以上の考察を経たうえで、次に法の「継受」という視点を据える必要がある。この点の考察は、第四章で、フランス法とアメリカ法について概略的に示されることになっている。

最後に、第五章で、今日支配的な諸説を批判的に検討したうえで、自説を提示したい。そこでは、一事不再理と既判力は再度区分され、各々についての理論的基礎づけが行なわれた後、公訴事実の「同一性」「単一性」という幾分使い古るされた概念に、新しい意味づけがなされることになっている。

（1）　とりわけ戦後になって議論が百出した原因として、①新憲法三九条前段後句及び後段に一事不再理原則が規定され、同原則が憲法上の基礎を得たこと、②しかも同条後段の英訳に「二重の危険」に該る「double jeopardy」の語が用いられたことにより、新たに英米

法理論の導入の必要性が痛感されたこと、③及び新刑訴法が審判の対象として「訴因」を採用したため（二五六条三項）、訴因と公訴事実をいかに調和させるか、という刑事訴訟の基本構造に関わる大問題が生じたことなどが挙げられる。

一事不再理原則を一般的に論じた戦後の主な文献として（年代順）、井上正治「刑事訴訟法における既判力について㈠」『法政研究』一六巻一・二号（一九四八年）一頁、団藤重光「憲法第三九条と『二重の危険』」『法曹時報』一巻二号（一九四九年）三三頁、大塚喜一郎「二重危険の原則の適用について」『判例タイムズ』二一号（一九五二年）三〇頁、井上正治「判決の確定力」『刑事法講座』六巻（一九五三年）一二二一頁、同『刑事訴訟法の基礎』（一九五五年）一三頁、高田卓爾「一事不再理と二重の危険」団藤重光編『法律学演習講座刑事訴訟法』（一九五五年）三〇七頁、伊達秋雄「一事不再理の効力」『岩松裁判官還暦記念・訴訟と裁判』（一九五六年）七五五頁、田宮裕「刑事訴訟における一事不再理の効力㈠㈡㈢」『法学協会雑誌』七五巻三号（一九五八年）六四頁、同四号（同年）三三頁、七六巻一号（一九五九年）一七頁（同『一事不再理の原則』（一九七八年）所収）、田畑忍「憲法第三十九条前段後句の法意」『同志社法学』一〇巻六号（一九五九年）一頁、山中俊夫「刑事確定判決と既判力」『同志社法学』一四巻一号（一九六二年）六七頁、宮崎澄夫「判決の確定力」日本刑法学会編『刑事訴訟法演習』（一九六二年）一六三頁、山中俊夫「『Double Jeopardy』とその諸問題㈠㈡」『同志社法学』一四巻四号（一九六二年）一二一頁、同六号（一九六三年）九九頁、同「既判力」憲法研究所『最高裁判所にかんする研究』（一九六三年）八八頁、中武靖夫「既判力」『別冊ジュリスト・法学教室〈第一期〉』六号（一九六三年）六一頁、田畑忍ほか「学談・日本国憲法三十九条の研究」憲法研究所『最高裁判所にかんする研究』（一九六三年）一五九頁、鴨良弼「確定判決の効力」『刑事訴訟法講座』三巻（一九六四年）二七頁、宮崎澄夫「裁判の形式的確定と実質的確定」判例時報編集部編『刑事訴訟法基本問題46講』（一九六五年）三九五頁、石川才顕「既判力」鴨良弼編『法学演習講座刑事訴訟法』（一九七一年）四四五頁、能勢弘之「一事不再理の原則」高田卓爾・田宮裕編『演習刑事訴訟法』（一九七二年）四〇四頁、白井駿「一事不再理の効力」『別冊ジュリスト・法学教室〈第二期〉』七号（一九七五年）八〇頁、西本晃章「既判力」『公判法大系』Ⅲ（一九七五年）三三七頁、青柳文雄「刑事裁判の確定力」『法学研究』四八巻一号（一九七五年）一頁（同『刑事裁判と国民性（理論篇）』（一九七六年）所収）、角谷三千夫「確定裁判の効力」平野龍一・松尾浩也編『実例法学全集刑事訴訟法（新版）』（一九七七年）四五九頁、田口守一『刑事裁判の拘束力』（一九八〇年）三四一頁、松岡正章「既判力の理論」『別冊判例タイムズ・刑事訴訟法の理論と実務』（一九八〇年）二二一頁。

(2) 当初の議論は、憲法レヴェルにおいて、英米法の「二重の危険」理論をどの程度受容するかという理念的議論がなされていたが（本稿第四章第三節第一款参照）、次第に個々の具体的問題の解釈論へと移行してきたように思われる。さらに、国際的レヴェルにおけ

る新たな展開としては、戦後、一九六六年の国連第二一回総会で採択された国際人権規約B規約（一九七六年三月二三日発効）一四条七項に一事不再理原則が定められたことが注目される（吉川経夫「国際人権規約と刑事法」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(上)』（一九七七年）四三一頁参照）。

(3) 刑集三五巻八号八八四頁。

(4) 刑集三五巻五号四九七頁。

(5) 判時一〇二〇号一四〇頁。

(6) ここに「客観的効力」というのは、フランス語の「autorité objective」を意識したからにほかならない。わが国では、「客観的範囲」と言われることの方が多い。

(7) 一事不再理の客観的効力に関する論文についても、訴因論、公訴事実論の諸論稿をすべて含めれば膨大な数に及ぶが、ここでは、前註(1)掲記のもののほか本稿の問題関心と関連するもののうちで主なものを挙げておく。以下、年代順に示すと、青柳文雄「犯罪の個数の訴訟法的考察」『司法研修所資料』四号（一九五一年）一八頁、小西勝「新刑事訴訟法における事実の同一性と訴因」『司法研究報告書』四輯一号（一九五一年）一頁、斉藤朔郎「公訴事実の同一性について」『法曹時報』四巻九号（一九五一年）二六頁〔同『刑事訴訟論集』（一九六五年）所収〕、高田卓爾「公訴事実の同一性」『小野博士還暦記念・刑事法の理論と現実(二)』（一九五一年）三七頁、中村英郎「訴因について」『早稲田法学』二六巻二・三号（一九五一年）五五頁〔同『民事訴訟論集』一巻（一九七七年）所収〕、高田卓爾『公訴事実の同一性に関する研究』（一九五三年）、伊達秋雄「公訴事実の同一性――最近の論説に因んで――」『ジュリスト』六五号（一九五四年）二頁、横川敏雄「審判の範囲と訴因及び公訴事実」『法律実務講座刑事編』五巻（一九五四年）八一九頁、青柳文雄「刑事既判力の客観的範囲」『岩松裁判官還暦記念・訴訟と裁判』（一九五六年）七七三頁〔同『犯罪と証明』（一九七二年）所収〕、高田卓爾「既判力の範囲」『法学セミナー』三六号（一九五九年）四四頁、坂本武志「公訴事実の同一性について」『司法研修所創立十五周年記念論文集』下巻（一九六三年）三七八頁、石川才顕「観念的競合における事件単一評価の妥当領域」『日本法学』三〇巻三号（一九六四年）九一頁、平場安治「公訴事実の同一性」『刑事訴訟法講座』二巻（一九六四年）五三頁、青柳文雄「訴因と公訴事実」判例時報編集部編『刑事訴訟法基本問題46講』（一九六五年）二二四頁、井上正治「刑事訴訟法における『事件』について」『法政研究』三二巻二・三・四・五・六号（一九六六年）二一七頁、萩原太郎「訴因と罪数――起訴にかかる二個の殺人が一個の住居侵入の結果である場合」河村澄夫・柏井康夫編『刑事実務ノート』二巻（一九六九年）五七頁、青木清相「審判の範囲についての素描」『日本大学法学部

創立八十年記念論文集』（一九七〇年）二六七頁、鈴木茂嗣「訴訟対象と審判対象――訴訟対象論試論(1)」『法学論叢』九二巻二号（一九七二年）一頁、同「公訴事実の同一性と単一性――訴訟対象論試論(2)」『法学論叢』九二巻三号（同年）一頁、同「公訴事実の同一性と訴因――訴訟対象論試論(3)」『法学論叢』九四巻一号（一九七三年）一頁、松尾浩也「公訴事実と訴因」『研修』三一三号（一九七四年）三頁、土本武司「訴因の拘束力と既判力の範囲」『司法研修所論集』五五号（一九七五年）四一頁、松尾浩也「刑事訴訟法の基礎理論――その現代的状況についての一考察」『法律時報』四八巻一〇号（一九七六年）三七頁、高田昭正「一事不再理の客観的範囲(一)(二)」『法学雑誌』二三巻一号（一九七六年）六八頁、同二号（同年）六八頁、筑間正泰「一事不再理効の客観的範囲についての一考察」『法学研究』四九巻一号（一九七六年）一八一頁、同「一事不再理効の客観的範囲に関する諸問題――罪数を中心として――」『政経論叢』二六巻五号（一九七七年）二三五頁、山中俊夫「刑事訴訟法の基礎理論に関するノート(一)(二)(三)(四)」『同志社法学』二八巻五号（一九七七年）一頁、二九巻一号（同年）一頁、同二号（同年）四四頁、三〇巻四号（一九七八年）三四頁、同「『公訴事実と訴因』に関する一考察」『同志社法学』三〇巻二・三号（一九七八年）五二頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』（一九七九年）一九三頁、大久保太郎「訴因対象説への疑問と法律構成説の補足」『法曹時報』三三巻一〇号（一九八一年）一頁、能勢弘之「訴因と公訴事実」『Law School』三六号（一九八一年）八四頁、筑間正泰「公訴事実の同一性」『広島法学』五巻一号（一九八一年）一一頁、小田中聰樹「公訴事実の単一性について」『Law School』五一号（一九八二年）九八頁、鈴木茂嗣「公訴事実と訴因」『法学セミナー』三三六号（一九八三年）九八頁。

(8) もともと、フランス及びドイツでは、まず裁判長の陪審に対する設問の範囲に関連して、公訴事実の同一性が問題とされてきたのである（高田（卓）・前掲書（註(7)）三頁注(二)参照）。特にフランスについては、本稿第二章で詳説する。

(9) 平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』（一九六四年）一一五頁以下、田宮裕編著『刑事訴訟法Ⅰ』（一九七五年）五九六頁（田宮執筆）、松尾浩也・前掲「公訴事実と訴因」七頁など。

(10) 田宮編著・前掲書六〇一頁（田宮執筆）。

(11) 詳細は後述するが、牽連犯廃止の最大の狙いが、一事不再理効の制限にあることは、もっと注目されてよい（参照、法務省刑事局編『法制審議会・改正刑法草案の解説』（一九七五年）一一一―一一二頁）。

(12) 刑事訴訟法解釈論の基礎理論が、あくまでも「個別解釈の基礎として提示されるもの」であることを強調するものとして、鈴木茂嗣「基礎理論と実務」『別冊判例タイムズ・刑事訴訟法の理論と実務』（一九八〇年）一七頁。

(13) この問題に関して西ドイツの現況を紹介する最近の論策として、吉村弘「『事実』同一性の問題――西ドイツ刑事訴訟における現状――」『法政研究』四四巻三号（一九七八年）六五頁、安冨潔「西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について」『法学研究』五一巻九号（一九七八年）七五頁。

なお、ドイツの学者のいう「Identität der Tat」がフランス法の「le même fait」とほぼ対応するものであることは、エーラーの以下の叙述から看取される。

「われわれは、共和暦四年ブリュメール三日のフランス法典二四一条及び二五五条において初めて『même fait』なる語を以てするTat の同一性に関する規定を見出す」(Oehler, Die Identität der Tat, Festschrift für E. H. Rosenfeld, 1949, S. 145)。ただし、初めて「le même fait」が用いられたのはブリュメール法典より先の一七九一年憲法であり、この点で右の記述は不正確である。

(14) フランス法の研究を積み上げたうえで、ドイツ法、英米法などを含めた本格的な「比較一事不再理論」がなされなければならないところであるが、本稿ではそこまでの余裕はない。

しかし、これまでともするとやや無反省にドイツないし英米の理論を導入してきたのではないか。なぜフランス法か、と同じ意味で、ドイツないし英米法を解釈論に導入する際の前提が問われなければならない。

(15) ドイツへの一事不再理の導入については、フォイエルバッハを嚆矢とする（本稿第一章第三節第一款註（2）参照）。

(16) 三ケ月章「フランス民事訴訟法研究の意義」『法学協会雑誌』七八巻三号（一九六一年）七〇頁（同『民事訴訟法研究』二巻（一九六二年）所収）。

(17) 同右。

(18) 同七一頁。

(19) 同右。

(20) 現行法に残るフランス刑訴法の痕跡として挙げられるものとして、「免訴」「公訴」の用語、現行犯規定（阪村幸男「現行犯人の法理」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(下)』（一九七七年）一一七頁）、非常上告（平野龍一「非常上告」『刑事法講座』六巻（一九五三年）一三一七頁（同『裁判と上訴』（一九八二年）所収）、起訴便宜主義（青柳文雄『刑事訴訟法通論上巻（五訂）』（一九七六年）四三一頁）、自由心証主義（拙稿「自由心証主義の課題」『北大法学論集』三一巻一号（一九八〇年）一九五頁以下参照）などがある。

(21) 憲法三九条の成立過程につき、第四章第二節第一款参照。

(22) これまで行なわれてきたフランス既判力理論のわが国への紹介は、①ドイツの法学者ラインガンスの一九三七年の論文（第一章第三節第一款註（2）参照）を引照したものにすぎなかったこと（田宮、田口、高田（昭）の前掲著書論文など）、②そのためにフランスのその後の重要な展開、特に一九五〇年代の判例・立法上の大転換がまったく見落とされてしまったこと、この二点において不満が残った。

(23) 厳密には、「chose jugée」と「l'autorité de la chose jugée」をさらに区別した方が、より正確である。すなわち、前者は「res judicata」の仏語訳であることから「既判事項」とでも訳し、後者はその効力のことであるから文字通り「既判力」と訳出するという具合にである。しかし、前者についても、たとえばフランス刑事訴訟法典六条の公訴権消滅原因としての「chose jugée」は、一般に「既判力」と訳されてきたし（法務資料四三五号『フランス刑事訴訟法典』七頁など）、わが国では両者を含めて「既判力」という用語を用いてきた（たとえば、団藤重光『新刑事訴訟法綱要（七訂版）』（一九六七年）三一二頁も、「chose jugée」を「既判力」としている）。このように包括しても、特に効力という点を強調したいときは「既判力（既判事項）の主観的効力」というように区別できるから、特に不便は感じられなかったのであろう。そこで本稿では、必要な場合のみ前者を「既判事項」と訳出するが、それ以外は両者とも「既判力」で示すことにする。

(24) この両概念の用いられ方の微妙な差異については、本稿第一章第一節第一款参照。ただし、各概念の周辺部分にいくと、ニュアンス以上の相違が生じる。たとえば、「non bis in idem」は、後述する罪名の競合の場合に一個の最高罪名のみが選ばれる説明概念として用いられたりもするし（MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, 14e éd., 1981, p. 451.）、「既判力」と言う場合には、刑事判決の民事的効力や、行刑の分野への影響をも含む。行刑への影響というのは、ガッサン教授の主張するところであるが、彼によれば、行刑判事の行なう判決後の刑の個別化（individualisation）（恩赦、仮釈放など）は既判力原理を侵害するものだとして反対するのである。GASSIN (R.), *Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain*, R. S. C., 1963, p. 264-265.

(25) J. A. SIGLER, DOUBLE JEOPARDY 149 (1969).

(26) Ibid.

(27) Ibid.

(28) Id. at 140.

(29) 刑事訴訟法の分野で、フランス法の導入に極度に警戒的な論者として、本江威憲「フランス刑事手続法と日本法」『別冊判例タイムズ・刑事訴訟法の理論と実務』(一九八〇年)一〇七頁。氏は、日仏刑事訴訟の「両法体系の各部分を個々的に取り上げて、単純に比較対照することはもちろん、フランスの刑事訴訟手続の一部を我が国のそれに導入することすらほとんど不可能といえるほどになっている。したがって、私たちがフランスの刑事訴訟法を学ぶ際には、各々の手続を刑事訴訟手続全体の中に位置づけたうえ、ことを実質的に捕え、両法体系の相異を越えて比較できる分野であることを確認して比較検討を行うことが特に要請される」、と言う。その真意が、安易な比較法的解釈論一般に対する警告ということであれば同感であるが、もしフランス法が――英米法、ドイツ法と異なり――法解釈の参考にすることを不可能にするほどの特異性をもつというのであれば、賛成できない。

(30) 一例を挙げる。フランス重罪院の判決に対する救済方法(上訴)は厳しく制限されており、表面的には一審制をとっているようにみえる。しかしこれは、重罪院提訴の前提として、フランスでは予審で審理がなされるのであるが、この予審決定には上訴が許されているから、いわゆる「二審主義」(予審判事と重罪公訴部)に服しているからである(VOUIN (R.), Préface de NAJARIAN (K.), infra.)。このように機能的にみていくと、表面的に異なった制度の間にも共通なメカニズムを発見できることがある。

(31) 「機能的」比較方法につき、五十嵐清『比較法入門〔改訂版〕』(一九七二年)三三頁参照。

(32) なお、刑事訴訟法学における比較方法論について言及するものとして、田宮裕「法律学の成果と課題・刑事訴訟法」『法律時報』三七巻五号(一九六五年)一四五頁、同「刑事訴訟法の展開と英米法の影響」『ジュリスト』五五一号(一九七四年)一五五頁、一六〇頁。憲法研究に関するものではあるが示唆的な文献として、芦部信喜「序――比較法の『過剰』と『過少』」『法律時報』五一巻二号(一九七九年)九頁参照。

(33) DAVID (R.), *Le droit français*, t. I, 1960, p. 65.
ダヴィット教授は、さらに続けて、「われわれが長所と考えているフランス法の特質のひとつは、フランスにおいて、法学教育及び法学研究における判例に付与された重要性である」と言われる。

(34) NAJARIAN (K.), *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, 1973, p. 107.

(35) 前註(33)参照。フランス法における判例の重要性を指摘する邦文献として、野田良之「フランスにおける民事判例の理論」『法学協会雑誌』七五巻三号(一九五八年)一頁、同「判例の比較法的研究・フランス」『比較法研究』二六号(一九六五年)二一頁、石崎政一郎「比較法の対象としてのフランス法」『法律タイムズ』四巻八号(一九五〇年)二一頁。

第一章　フランスにおける「既判力」概念

本章では、序論に述べた問題意識、視角に従って、まず既判力ないし一事不再理概念がフランスにおいてどのように理解されているかを概観し（第一節）、次いでフランス既判力を支える二つの理論、公訴権消滅論と民法準用論――いずれも今日のわが国には馴染みの薄いものだが――について述べ（第二節）、最後に、近代的一事不再理原則の確立過程を簡潔にではあるが辿っておく（第三節）。

以上の作業を果たすことによって、次の二章で「客観的効力」を研究するための基礎を得ることができるといえよう。

第一節　「既判力」概念の二つの側面

第一款　はじめに

一　一事不再理原則（la règle de non bis in idem）と既判力原理（le principe d'autorité de la chose jugée）とは、多くの論者は明確に区別せず、ほぼ同義に用いてきた。[1] したがって、それぞれに対する定義が、普通同一内容を持つし、また両方に別々に定義を与えられるということもない。以下でも区別しないで「定義」のされ方をみていく。

ジュス（Jousse）は、一事不再理原則を定義して、「終審としてあるいは上訴の出来ない判決により、ある罪について無罪あるいはその罪に値いするより軽い刑の言渡を受けた者は、同一犯罪について再度訴追されることができない」[2]と

言うし、ヴィレー（Villey）は旧治罪法典三六〇条の既判力原理を、「刑事裁判所によって終局的に判断された事項は、別の任意の刑事裁判所において問題とされることはない」[3]と定式化する。最近ではダナン（Danan）が、「一事不再理、すなわち同一事項について二度はない。これは、ある公訴事実について裁判を受けた個人は、もはや同一事実にもとづいて起訴されることができないことを想起させるために法格言としてしばしば引用される、ラテン語の成句である」[4]と述べている。ひとたび判決を受けた者は再び訴追されることはできない、という定式化をしている点で共通なものがある。ただ、このような中にあって、ルー（Roux）が「同一事実のために同一人物を二度処罰することができない、すなわち一事不再理原則は、すべての時代に承認されてきた衡平原則である」[5]というふうに、二重処罰禁止と定義しているのは特異である。[6]

しかし、一事不再理と既判力がまったくのシノニムかというと、ニュアンス上の差異以上のものはある。古くはメルラン（Merlin）が一事不再理を定義して、「裁判を受け、終局的に言渡された、すなわち既判力となった判決により有罪ないし無罪を言渡された者は、同一事実のために訴追されることはない」[7]と言っているし、エリー（Hélie）が「既判力は最高であって真実そのものより強力である。適法に判決された被告人は、この判決が間違っているときでも、同一起訴によって訴追されることはない。この原則は、一事不再理という法格言によって、法的な用語に訳される」[8]と言う。ここから、学説の多数は「一事不再理原則を既判力の表明（expression）として援用する」[9]という程度に両者を理解することまでは、ほぼ異論のないところであろう。

二　ただ、既判力のもう少し枠を広げた位置づけないし構成となると、今日においても帰一するところを知らない。ここでは、最近の論者の傾向の一端を示すに止どめる。

①　ナジャリャン（Najarian）

「表（chose jugée の各種効力）」

autorité négative （消極的効力） non bis in idem	autorité positive （積極的効力） res judicata pro veritate accipitur
⇩	⇩
autorité relative （相対的効力） d'ordre public	autorité absolue （絶対的効力） d'intérêt privé
autorité subjective （主観的効力）	autorité objective （客観的効力）

彼の言う既判力の各種効力の関係を「表」にすると、上のようになる。[10]

彼の区分を見てまず注目されるのは、真実擬制（res judicata pro veritate accipitur）[11]と一事不再理原則が切断されていることである。[12]

ナジャリャンによれば、消極的効力とは、「既に判決された事項を、刑事において再び問題にすることを妨げ、既判事項（chose jugée）によって訴権（le droit de poursuite）を消滅ないし消耗させる」[13]ものであり、積極的効力とは、「前の裁判官によって終局的に判決された事項を、他のすべての裁判官に真実とみなすように強制する効力」[14]を指す。そして積極的効力のうち主要なものは、民事への効力[15]と執行力[16]である。この民事的効力（l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil）は、消極的効力（一事不再理）と異なり、「民事裁判官が民事の訴えに対して判決するのを妨げない。但し、刑事判決の内容に拘束される」[17]というものである。先に述べた一事不再理の定義（再度の訴追を禁止）と比べると、両者の間に相当の懸隔をみることができる。

既判力の積極的効力が絶対的効力（「表」の二段目右）を有す

るとは、「民事に対して絶対的に、すなわち原因の同一も当事者の同一も前提とすることなく、〔効力が〕及ぶ」[18]ということであるから、客観的効力、主観的効力（いずれも「表」の最下段）はもっぱら消極的効力に関するものということができる。

② ダナン

彼女の言う一事不再理原則は、かなり広い意味づけがなされている。彼女が一事不再理原則と名付けるもののうち、刑の不併科主義[19]、国際的効力[20]を除いた実体的—手続的一事不再理の区別をここに取り上げてみよう。

実体的（de fond）一事不再理は、刑の重複（gémination de la peine）に反対する[21]。この作用は刑事サンクションの目的と密接に結びついている。サンクションが応報である場合、刑罰は犯された罪に対する適切なサンクションであり、そこでは一事不再理原則は、衡平（équité）にもとづく合理的制度である[22]。

これに対して、サンクションが社会防衛処分になると、問題は異なってくる。ここではもはや衡平の問題ではなく、選択された一個または数個の処分の効率の問題となる。この立場によれば、一事不再理原則は絶対的ではなく、複数の保安処分刑の併科も許されることになる[23]。

手続的（de procédure）一事不再理は、訴追の反復（succession des poursuites）に反対する。応報刑システムにおいては、一度事実が訴追され判決されると、もはや再びそれを問題にできないとすることが論理的である。この場合の選択肢としては次のようなものがある。

——有罪が認定され、刑が選択され適用された場合。この場合、もはやそれをむし返えすことはできない。なぜなら、受訴裁判所は、可能なすべての罪名[24]（qualification）について事実を検討したものとみなされるからである。

——無罪が言渡された場合。この場合にも結果的に有罪とはならなかったが、可能なすべての罪名について検討した

ければならなかった。したがって、一事不再理原則が既判力の表明として認められる。

このような応報刑システムに有効である論理も、まったく前提を異にする社会防衛システムにおいては異なった側面を呈する。実際このシステムにおいては、社会防衛が確保されない場合には、訴追の反復を妨げるものは何もない。[25]

ダナンによれば、一事不再理原則は右の両方（実体的と手続的と）を禁ずるもので、これを一事不再理原則の「二重の目的[26]（double finalité）」と言う。

以上、ナジャリャン、ダナンの、約一〇年程前にほぼ時を接して提出された刑事既判力ないし一事不再理をテーマとした学位論文（thèse）に新しい動向を見た。[27] 彼らの諸説が、今後どのように学説・実務に影響を及ぼしていくかは、今暫く時間をおいたうえで検討されるべきことであろう。[28]

三　なお、フランスにおいても、既判力が発生するためには、判決が「確定」しなければならない。ここに確定的（irrévocable）ということと、終局的（définitive）ということは区別されなければならない。本案（au fond）についての終局判決は、救済方法が行使され、またはされなかった場合、すなわち確定的になった場合に既判力が生じるのである。[29] 通常の救済方法、たとえば故障の申立（opposition）、控訴（appel）、通常上告（pourvoi *ordinaire* en cassation）、破棄移送（renvoi après cassation）の余地がある限り既判力は取得され得ない。[30] しかし他方、法律の利益のための上告[31]（pourvoi dans l'intérêt de la loi）、再審申立（pourvoi en révision）は、既判力のある判決を攻撃することができる[32][33]。ただ、フランスのこの二つの非常救済方法は、いずれも被告人に利益な方向でのみ確定判決を破ることができる――そうでないと既判力に反する――とされている点は注目される。

しかし、判決の「確定」を要求する伝統的思考も、既判力を真実擬制から切り離して自由主義的に捉えようとする立場からは、窮屈に感じられるようになってくるのである。[34]

第二款、第三款では、既判力の捉え方に対する対立する二つの志向、「社会秩序維持志向」と「自由主義的志向」に分けて学説の趨勢を理解し、問題の本質に近づこうと思う。

(1) DANAN (L.)〔後に結婚して、MORET (Mme)〕, *La règle* ‹non bis in idem› *en droit pénal français*, Thèse Rennes, 1971, p. 61. によると「すでに以前より実務で採用されていた既判力原理は伝統的に一事不再理の法諺に要約され、さらには同法諺と同一視されるにいたったが、最終的には国内法として承認されることになった」。この「国内法」とは、たとえば現行フランス法でいうと刑訴法三六八条などである。それ以前の法文については本章第三節参照。

(2) JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, 1771, partie III, Titre I, section III, article 2, cité par DANAN (L.), op. cit., p. 7-8.（原典は未見）。

(3) VILLEY (E.), *Précis d'un cours de droit criminel*, 5e éd., 1891, p. 426.

(4) DANAN (L.), op. cit., p. 1, note 1.

(5) ROUX (J.-A.), *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, 2e éd., t. II, 1927, p. 210.

(6) ここから彼は、一個の刑事裁判所に同一事実を二度起訴しない原則と一事不再理原則とを区別する。

(7) MERLIN (M.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e éd., t. XI, 1927, V° non bis in idem.

(8) HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle*, 2e éd., t. II, 1866, n° 978, p. 561.

(9) DANAN (L.), op. cit., p. 18.

(10) 註（12）の彼の著書、第二部第一章の各節を参考にして作成した。

(11) 「判決せられたることは真実として認められる」（田中秀央・落合太郎編著『ギリシア・ラテン引用語辞典』）。

(12) ただ、この切断はそれほど徹底していない。NAJARIAN (K.), *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, 1973, p. 53. A. a. には、消極効の一般原則として、一事不再理の他に、註（11）のラテン語の真実擬制の成句もあげられている。

(13) NAJARIAN (K.), op. cit., p. 53.

(14) ibid.

(15) フランスでは、伝統的に犯罪から生じた賠償責任がある場合、民・刑事を一度に判決することが可能である (cf. personne civilement responsable) (現行フランス刑訴法典三八八条、五三一条参照)。そして刑事裁判だけが先に行なわれた場合、刑事判決は民事判決の内容を拘束するし、民事裁判が先行して後に公訴が提起された場合、民事裁判は刑事の確定裁判があるまで延期される (同四条二項)。このような「民事的効力」の根拠は、調査方法に関する刑事裁判官の優越性であるとか、刑事裁判官の確定した事項に民事裁判官が反駁することを避けるため等と言われている。かくして、たとえば過失傷害の事件で、民事裁判官は、刑事有罪のときは過失責任を否定できず、無罪のときはそれを認定できないことになる (CHEVALIER (P.), *De la double décision du juge pénal*, G. P., 1963. 1. Doctr. 49.)。

ただこの「民事的効力」に対して最近疑問が提起されている。ヴアン (Vouin) は「自分が当事者でもない訴訟の結果言渡された判決を対抗させられうるというのは異常なことである」し、仮りに民事両当事者が等しく前の刑事訴訟に関与したとしても説明は困難であろう (刑訴法典三七二条参照)、と言い、結局「刑事法の発展は、今日、刑事既判力がなお民事に及ぼすこの効力に対し、次第次第に疑問を深めているようにみえる」(VOUIN (R.), Préface de NAJARIAN (K.), op. cit.) と述べている。

なお、この問題について簡潔に問題の所在を示す邦文による好文献として、小山昇「刑事判決は民事訴訟に既判力を及ぼすか」『別冊ジュリスト・フランス判例百選』(一九六九年) 大三事件一八八頁。

詳細は、VALTICOS (N.), *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, 1953.

(16) 「執行力は、合理性の表現に止どまらず、判決の積極的効力の絶対的表明である。そして判決は、執行猶予のため執行できない場合にさえこの効力を持ちうるのである」(NAJARIAN (K.), op. cit., p. 70.)。

なお刑事訴訟法典四七一条は、片面的に、既判力が生じる以前に執行力を認める。

(17) NAJARIAN (K.), op. cit., p. 68.

(18) ibid.

(19) DANAN (L.), op. cit., p. 25

(20) ダナンは、同書において、一事不再理の各種効力、範囲等のすべてについて、「国内的効力」と並んで「国際的効力」を論じている。これは近時の判決効の国際化 (国際的一事不再理原則) の影響であろうか。

(21) DANAN (L.), op. cit., p. 2.

(22) ibid.

(23) この個所で取り上げるのは必ずしも適切でないかもしれないが、メルル・ヴィテュの次の指摘を参照されたい。

「既判力原理は、すべての立法において同一効力を認められているわけではない。とりわけ、法を社会主義国家防衛に常に厳格に適合させるために法を政治状況によって変化させるソヴィエト法は、一九五八年以前は、既判力が刑事訴訟の反復を禁止することを殆んど認めなかった」(MERLE (R.) et VITU (A.) *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, 5e éd., 1979, n° 1545, p. 872.)。

(24) 「qualification」の邦訳の問題に関して、本章第二節第二款註(14)参照。

(25) DANAN (L.), op. cit., p. 3.

(26) ibid., p. 2, note 2.

(27) ①ナジャリャンの学位論文(パリ大学)は、審査年度一九七二年であるが、公刊は一九七三年。②ダナンの学位論文(レンヌ大学)は、審査年度一九七一年。未公刊タイプ印刷のもの(dactyl.)ではあるが概説書などで広く引用されている。①のナジャリャンの著書は、翌年の『刑法学及び比較刑法雑誌(R. S. C.)』の書評欄でとりあげられ、紹介されている。ただその評価は必ずしも芳しいものではなく、同著書の欠点として、全体の配列のまずさ、頻繁な反復をあげ、「読者はナジャリャン氏の思考をフォローするのに困難を覚えるであろう」とさえ評されている(Notes bibliographiques par SAVEY-CASART (P.), R. S. C., 1974, p. 469.)。

なお、②ダナン論文はレンヌ大学図書館のご厚意により、借り受けることができた。

(28) プラデル(Pradel)の最近の概説書が、判決効(les effets de la décision)を、①主要な効力と、②その他の効力に分けたうえ、①をさらに(i)刑事訴訟内部(一事不再理＝消極的側面)、(ii)刑事訴訟外部(行政裁判官、民事裁判官に対する効力＝積極的側面)とに分類するのは興味深い(PRADEL (J.), *Droit pénal*, t. II, *Procédure pénale*, 2e éd., 1980, n° 653, p. 684.)。ナジャリャン論文の影響が看取されなくもないといえる。ただ、①はプラデルによれば、真実とみなされた効果だという。

(29) PRADEL (J.), op. cit., n° 652, p. 683. ただし、論者によっては、終局的という語と確定的の語を混同して用いている例もある。

(30) NAJARIAN (K.), op. cit., p. 14.

(31) フランス治罪法典の「法律の利益のための上告」に関する邦語の説明として、平野龍一・前掲「非常上告」一三一七-一三一八頁。

(32) NAJARIAN (K.), op. cit.

(33) 再審が既判力を脅やかさないのは、再審が被告人の利益な方向でしか確定判決を覆えさないからである。この点につきラコストの既判力と再審に関する次の叙述が示唆に富む。

「しかし、誤判の余地を最大限減らしたうえで、言渡された判決が真実の表明とみなされることは重要である。もし刑事訴訟法が終点をもたなければ治安は弱体化し、社会の安全は危機に曝されるであろう。判決に結合された推定 (présomption) は、文明国においては殆んどの場合真実に合致する。

ただこの推定は、誤りが被訴追者の利益であるときより彼の不利益に犯されたときの方がその堅固さは弱いという点は、すみやかに付言する必要がある。被訴追者に不利益な誤りを司法的に証明することに対し、多少とも重大な程度にいたったら門を開かせるべきである。そしてこれが再審申立制度が設けられた目的である」(LACOSTE (P.), *La chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 3e éd., 1914, n° 805-806, p. 320.)。

右のラコストの叙述から、フランス既判力が、被告人の利益に、いわば片面的に理解されていることが分かる。

(34) Cf. Ch. crim., 9 mai 1961, J. C. P., 1961. II. 12223. 第四節第二款参照。

第二款　社会秩序維持志向

一　既判力の「定義」の次に、既判力概念の内容をどのように捉えるかについて考察する。これには対立する二つの立場がある。[1] ひとつは、これを人身の自由保護規定 (disposition protectrice de la liberté individuelle) と捉える見地であり、いわば「自由主義的志向」といえる。他のひとつは、社会平和の配慮 (préoccupations de paix sociale) ないし専ら社会秩序 (ordre exclusivement social) を基礎に捉える、いわば「社会秩序維持志向」である。既判力原理は、はじめから、この両者を本質的要素として含むものであるが、多くの論者は後者、すなわち個人よりは社会的利益を重視する立場、「社会秩序維持志向」に立つと言われている。[2] まず、本款ではこの立場の見解をみることにしたい。

二　(1)トレビュシアン（Trébutien）

彼によれば、判決が確定すると、「法律は判決に絶対的真実推定を付与する」[3]。その真実は、民法典一三五〇条によって、いかなる反論にも曝されない[4]。これは、立法者が司法の無謬性をドグマにまで高めたからではなく無謬性が何らかの実体を有するかのような効果を持たせることは、社会に対する重大な危険（un grand peril pour la société）を避けるために不可欠だからであり、また「解決された問題がいつでもむし返され得るとしたら、明白な社会的混乱が生じるであろうから」[5]である。

(2)ルー

「もし、同一事実がいつまでもむし返えされるとしたら、刑事司法は、秩序を回復し平和を確立するかわりに混乱を招くであろう」[6]。

彼の右の理解にも、およそ被告人の地位に対する配慮は感じられない。ルーが、先のトレビュシアン同様、後述する「法的事実説」（第二章第一節）を採るのも、右のような見地にもとづくものと言えようか[7]。

(3)ブザ（Bouzat）

彼もまた、既判力の基礎を社会の平和のみから考察する。すなわち、ブザによれば、立法者は司法の運営における誤りを防ぐため、刑事判決に対する多くの救済方法を設けた。しかし、「社会の平和は、すべての訴訟がいつか終わること、及びそれが終局的に判断されたらもはや問題とされることがないことを要求する」[8]。これが、当事者が救済方法を使い尽くし、もしくは行使しないで法定期間を徒過するなどし、判決を確定させてしまった場合に、判決のむし返しが禁じられる理由である。この「フィクション（fiction）すなわち終局的に判断された事項は正しく裁判されたものとみなされるべきであり、もはや異議をさし挟まれるべきでないこと」は広く承認されている。ここに至って判決は「既判

力」を得る[9]、と。

このような立場を出発点にするから、一事不再理原則の軽罪・違警罪への拡張に今日まで反対し「秩序」を守ろうとする孤立的所説を墨守することになったのであろう[10]。

(4)ステファニ・ルヴァスール (Stefani-Levasseur)

ステファニ・ルヴァスール（第一一版からブーロックも加わる）の著名な概説書[11]によると、次のように記述されている。

「刑事においては、救済方法（控訴、故障申立、上告申立）がもはや不可能になったとき、……〔中略〕……判決は終局的に既判力を得、大抵は同時に執行力、すなわち強制手段による執行可能性を得る。

既判力ゆえに、刑事判決は、法律上の不可争的推定によって、真実の表明（res judicata pro veritate habetur）とみなされる。その結果、第一にこの判決の対象となった者と同一人を、既に判断された犯罪事実につき訴追することは、もはや不可能になる。既判力は公訴権を消滅させる（刑訴法典六条）。これが刑事判決間に生じる既判力の消極的効力である[12]」。

ここでも、既判力は専ら真実擬制（フィクション）の効果とされ、被告人の地位ないし人権への配慮はみられない。

(1) GASSIN (R.), op. cit., p. 240, note 3. 以下、二つの立場に区別する分析は、同所のガッサンの示唆に拠るものである。
(2) ibid.
(3) TREBUTIEN (E.), *Cours élémentaire de droit criminel*, t. II, 1854, p. 578.
(4) 民法から条文を借りてくる点については、本章第二節第二款参照。
(5) TREBUTIEN (E.), op. cit., p. 578.
(6) ROUX (J.-A.), op. cit., p. 210.

(7) この対応関係は重要である。すなわち既判力論争における「法的事実説」と「自然的事実説」の争いは、ここで結論だけ述べるなら、一事不再理原則の基礎を「社会」「秩序」のみに求めるか、「人道主義」「人権」をも含むものとみるかという立場の争いなのである（詳細は第二章）。

(8) BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2e éd., t. II par P. BOUZAT, 1970, n° 1529, p. 1472.

(9) ibid.

(10) 第二章第四節第二款参照。

(11) STEFANI (G.) et LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Procédure pénale*, 11e éd., 1980.

(12) ibid., n° 689, p. 739. 同書第一一版の邦訳が近時公刊された、沢登佳人・沢登俊雄・新倉修訳『フランス刑事法〔刑事訴訟法〕』（一九八二年）。本稿では以下、沢登ほか『フランス刑事法〔刑事訴訟法〕』として引用する。

第三款　自由主義的志向

一　被告人の保護の観点を何らかの形で既判力に取り入れようとする学説としては、次のものがある。

(1) ヴィレー

彼によれば、「既判力は公訴権消滅原因であり、そして一事不再理の原則は、衡平（équité）、人道主義（humanité）及び理性（raison）の必然として作用する」[1]ものであって、この立場から、一事不再理を制約的に解釈する判例の法的事実説を批判し、判例の解釈によると「既判力原理及び一事不再理の法諺に定式化された衡平及び人道主義の最高原理」が侵害される恐れがある、と言う[2]。

一事不再理原則の基礎に「人道主義」を措定していること、その内在原理が法的事実判例に反すると主張することな

どに、ヴィレーの所説の「自由主義的」傾向を読みとることができる。

(2)エレー

彼の所説によると、既判力は「二重の基礎」を持つ。[3] その第一は公法原則である。裁判の効力、すなわち市民社会のすべての権利、すべての利益に対する保護は、裁判が攻撃を受けないことを確保することに存する、というのがそれである。

第二は、防禦原則である。「被告人の地位は永久に不確定のままで居れようか？　変化する幾つかの証言や、裁判所の確定した状況を変えるような迫害に、被告人が振り回されて良いのだろうか？」[4]

「二重の基礎」のうちの第二のものの中に、明確な、被告人の地位の不安定に反対する自由権の承認をみることができる。そして、ヴィレー同様、この人権への配慮が加わるところから、次章で述べるように法的事実判例を批判し、自然的事実説に至るのである。

(3)ラコスト (Lacoste)

ラコストも、既判力の基礎として、被告人保護と治安の二つをあげるが、彼の重点は前者にあって後者の治安は、補充的意味でしか用いられない。すなわち、一度裁判された事項は再度問題にされることがないという一事不再理原則の必要性は、「とりわけ、訴追された者が無罪とされたときに強くあらわれる。被告人の地位を永久に不確定にし、彼に、同じ問題について新たに刑事手続の不安や恥を耐えさせることは、極めて非人道的である。同じ配慮は、ある者が有罪を言渡され、これにもっと重い刑を言渡すために再度裁判所に召喚された場合にもされなければならない」。[5] そうであるなら、有罪とされた被告人の無罪を証明するためなら既判力を排除できそうであるが、「しかし、既判力原理はその場合にも必要な原理である。……〔中略〕……もし刑事訴訟が終点を持たなければ、治安は弱体化し、社会の安全は危機

に曝されるであろう」[6]。

右のような見地から、ラコストも後述する法的事実判例に反対するのだが、注意すべきは、被告人の保護⇓一事不再理、社会の安全⇓既判力、というふうに使い分けている点である。ラコストがどの程度自覚的にこの使い分けをしたのか、定かではないが、この点次のレガルになるとより明快である。

(4)レガル（Légal）

彼の議論の特徴は、既判力と一事不再理を明確に区別して、その各々に異なる内容を与えていることである[7]。すなわち、――

「既判力は、何よりも公共の平和と司法の権威の利益のために設けられた。その固有の目的は、終局判決によって確定された事項を、真実の争う余地なき推定によって確保することにある[8]」のに対し、

「一事不再理原則は、私見によれば、専ら個人の保護目的に応えるものである。この原則は、仮りに応報的（rétributive）厳格司法の観念によってとまでは言えなくても、少なくとも人道主義（humanité）の強い考慮によって命じられるのである[9]」と。

しかも、レガルは右のような立場から、治罪法典時代の法的事実判例を批判するのだが、その場合に、彼は、判例は「一事不再理」には反するが「既判力」には反しないという注目すべき見解を述べるのである[10]。詳細は後述する[11]。

二　以上、本節では「自由主義的志向」と「社会秩序維持志向」を概観したが、時代が下るにつれて前者が力を増してきた、と解するのが正しいように思われる。

ここで簡単に本節をまとめておく。

①この二つの「志向」は単なる理論のための説明に止まらず、既判力論争（第二章）という著名な解釈上の争いに

対してどういう態度をとるかという問題に直結している。既に触れたように、被告人の地位の安定に対する配慮を重視する立場からは、一事不再理の客観的範囲を狭め、罪名を変えれば再訴ができるという（旧）判例を厳しく批判する。

② 社会的利益のみを基礎に据えて一事不再理を理解しようとする立場は、一事不再理（non bis in idem）よりも真実擬制（res judicata pro veritate habetur）を重視し、そこから治安⇓処罰の確保を狙う。

③ かような対立を背景として、既判力と一事不再理を、明示的にしろ黙示的にしろ区別し、既判力＝真実擬制、一事不再理＝人権といった理解が、一部にではあるが、なされていることは注目に値いする。

この③に関連して、レオーテ・エスカンドゥ（Léauté et Escande）の次の指摘も、以上に述べたところと同様の理解を示すものといえよう。

「かつての《exceptio rei judicatae（既判力の抗弁）》に由来する《Res judicata pro veritate habetur》原則が、その存在理由を法律関係の一定の安定性を確保するという社会的要請に求めるのに対し、《non bis in idem》原則——中世に Ulpien と Gordien の概念にもとづいて定式化されたのだが——は、その法的基礎を人道主義への配慮に措く[12]」。

(1) VILLEY (E.), op. cit., p 423.
(2) VILLEY (E.), note au S. 1877. I. 41.
(3) HELIE (F.), op. cit., n° 983, p. 566
(4) ibid., p. 566-567.
(5) LACOSTE (P.), op. cit., n° 804, p. 319.
(6) ibid., p. 320.
(7) LEGAL (A.), note au S. 1939. I. 193.

(8) ibid., p. 195.
(9) ibid.
(10) ibid.
(11) 第二章第二節第二款。なお、レガルのように「既判力」と「一事不再理」を、ニュアンス、基礎づけのみならず、効果についてまで差異を設ける見解は、フランスでは異説に止どまるものと思われる。
(12) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), *Action publique, Extinction, L'autorité de la chose jugée au pénal, Juris-Classeur, Procédure Pénale*, art. 6, fasc. II, n° 3, p. 3.

第二節　「既判力」概念の基礎

第一款　公訴権消滅論

一　既判力は、伝統的に「公訴権の消滅 (l'épuisement du droit d'action publique)」の一事由と解されてきており、そこに再訴遮断の理論的基礎が与えられる。すなわち、既判力は被告人が有罪の場合も無罪の場合も、検察官の公訴権を消滅ないし消耗させ、検察官の企図する新たな訴追に対し、越え難い障壁を形成するのである。(1)

そこで、既判力⇓公訴権消滅という意味をもう少し明らかにするために、公訴権消滅一般の(1)要件、(2)効果、(3)形式、(4)例外に関して、以下順次検討することにする。

二　(1)〈要件〉　ここに公訴権消滅の要件とは、すなわち公訴権消滅事由である。これは、現行刑訴法上、①被告人の死亡、②時効、③恩赦、④刑罰法規の廃止、⑤既判力(2)（以上、刑訴法典六条一項）、⑥和解、⑦告訴の取下（以上、

同条三項）であるが、一八〇八年治罪法典（旧刑訴）では、①と②しか法の規定はなかった（治罪法典二条）。しかし、治罪法典の下でも右の各消滅事由は認められていたから、公訴権消滅事由は解釈によって導かれてきたと言うことができる。なお、⑦は告訴が訴訟条件である場合に限られることもちろんである。

これら消滅事由は、幾つかの観点から分類することができる。

(ア)第一の分類[3]

(i)刑事判決に起因する事由（既判力）

(ii)判決前に生じる事由（(i)の他すべて）

(イ)第二の分類[4]

(i)公訴権に内在的な事由

受動主体（被告人の死亡）

訴訟の対象（既判力）

訴訟条件（告訴の取下）

(ii)刑事政策的事由＝外部的状況に由来するもの

（時効、恩赦、刑罰法規の廃止、和解）

(ウ)第三の分類[5]（免訴事由）

(i)法的事由（正当化事由[6]、恩赦、時効、既判力）

(ii)事実的事由（現実の証拠不十分[7]）

これらの分類を通観して、次のように言える。既判力は判決に由来して公訴権を消滅させる点で他のすべての消滅事

由と異なるが、訴訟の対象と密接に関連する点で公訴権に内在する消滅事由であり、法的免訴事由として絶対的な効力を有する。

ただ、(ウ)の第三の分類に関しては若干の補足を必要とする。フランスの予審判事は免訴決定（命令）(ordonnance de non-lieu) によって訴訟を打ち切り、事件が公判裁判所に移送されるのを禁ずることができるのであるが、公訴権消滅事由がある場合も、――証拠不十分の場合と同様――公訴は不適法であるから、法的免訴事由がある場合として免訴決定がなされるのである。[8] その関係で免訴事由と公訴権消滅事由とは対応しているといえる。

なお、公衆衛生法典 (Code de la santé publique et de l'aide sociale) 六二八条の一（一九七〇年一二月三一日法律により改正）は、麻薬常習者に対する特別の公訴権消滅事由を定めている。[9]

(2) 〈効果〉 公訴権消滅事由があると「原告が管轄裁判所に提訴することを永久に禁じ、またひとたび提訴されても一切の訴追の維持を妨げる」[10] とされる。これは、一見すると既判力そのものの効果のようであるが、既判力のために公訴権が絶対的に消滅し、その結果再起訴が禁じられるのである。そこから、既判力の抗弁は、その効果につき次のような特質を持つことが帰納される。[11]

(ア)刑の適用に関する裁判官の懈怠がある場合、たとえば再犯なのに刑の加重がなされなかったような場合、有罪者は裁判官のこの失念から利益を得、この点を新たな判決で改めるようなことはできない。

(イ)既判力の抗弁は、訴訟のあらゆる段階において受容されるべきであり、また職権による補完もなされ得る。なぜなら、完全に死んだ（公）訴権を蘇えらせることは不可能であるから。判例も同旨である。[12]

(ウ)既判力の抗弁は、訴訟を続行する前に判断されるべきであるという意味で、「前提問題 (question préalable)」であり、先決的 (préjudicielle) である。なぜなら、この抗弁が認められると、その結果公訴権自体を消滅させてしま

うからである。[13]

(3) 〈形式〉 既判力⇓公訴権消滅が裁判所に認められた場合の裁判の形式の問題である。予審裁判所と公判裁判所を分けて考える必要がある。

予審裁判所においては、免訴決定がなされる。この場合の免訴決定は、法的事由にもとづくものであるから、それ自体既判力を持ち、「再訴に対する絶対的障害」[14]を形成する。この意味で、法的事由にもとづく免訴決定は「無罪判決に酷似している」[15]といわれる。

公判裁判所において、既判力、時効等の公訴権消滅の抗弁は「不受理の抗弁[16] (fin de non-recevoir)」として提出される。そしてこれが認められると「不受理 (irrecevable)」の宣言がなされる。[17]

(4) 〈例外規定〉 公訴権消滅をめぐる伝統的理論状況は以上にみたとおりであるが、一九五八年新刑事訴訟法典成立とともに、左記のような重大な「例外」規定が新設された。[18]

「(六条二項) 但し、公訴権の消滅を宣言した判決が偽造に基くものであったことが、偽造についての後の訴追によって明らかにされ、且つ、これについて刑の言渡がなされたときは、再び公訴を提起することができる。この場合においては、時効は、先の判決が確定した日から偽造又は偽造行使の犯人に対して刑の言渡がなされた日まで、その進行を停止していたものとみなす」[19]

従来の立法、判例、学説にもみられなかったこの例外規定を設けた立法者の意思は、右の六条二項に関する一般的訓令[20] (Instruction générale) の中から知ることができる。そこでは次のように説明されている。

「（C一七条）　六条二項は、誤って公訴権が消滅したと宣言された場合、とりわけ偽造証書ないし偽造書類の当事者による提出のためにそれが宣言された場合、この訴権行使の反復を許す。しかしこの反復は、偽造ないし偽造文書行使判決に依存する。

この場合、時効は、公訴権が消滅したと宣言する判決が終局的になった日から、偽造ないし偽造文書行使に関して有罪の宣告がなされるまで、停止したものとみなされる」[21]

要するに、新法は、確定判決による公訴権消滅の利益を得るために「偽造の死亡証明書」や「特赦の措置をさせる偽りの資格を付与する偽造証明書」を作成し、または作成させた一部の被告人の大胆な策略に対処しようとしたものである[22]。従来は、偽造で得られた公訴権消滅判決の再開の余地はなかった[23]。フランスには不利益再審の制度もなく、法律の利益による上告も被告人に利益な方向でしか実効力を持たないからである。しかし、旧制度の復活ともいえるかのような「例外」規定には、被告人の地位の安定の見地から、また裁判の法的安定の見地からも疑義が出されている[24]。

ただし、この「例外」規定に依る場合にも、裁判官の「法律上、事実上の単なる過誤」が、誤って消滅を宣言された公訴権の復活に途を開くことはできないとされていることは注意すべきである[25]。

三　以上、既判力⇓公訴権消滅⇓再訴禁止という伝統的理論を概観したが[26]、本稿の目的である既判力の客観的範囲に関しては、直接には答えるところではない[27]。次款では、既判力の成立要件であるとともに、その客観的範囲、主観的範囲を定める「原因の同一」「当事者の同一」（及び「目的の同一」）の典拠たる民法典を刑事に持ち込む問題を取り上げる。

（1）Roux (J.-A.), op. cit., p. 210.

（2）既判力を抗弁として提出するための要件としては、本節第二款の三要件のほか、前訴の判決が司法的（予審決定は司法的ではない）

であること、本案に関する終局的なものであることなどが挙げられる（Cf. LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n°s 31 et s., p. 5 et s.)。

(3) MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., n° 867, p. 58.

(4) ibid.

(5) PRADEL (J.), op. cit., p. 405-406.

(6) 「正当化事由（fait justificatif）」に関する邦語の説明として、G・ステファニ、G・ルヴァスール、B・ブーロック『フランス刑事法〔刑法総論〕』（沢登俊雄・沢登佳人・新倉修訳）（一九八一年）一一〇頁以下。本稿では以下、沢登ほか『フランス刑事法〔刑法総論〕』として引用する。

(7) 証拠不十分による免訴決定は、刑訴法典一八八条（旧治罪法典二四六条）によれば、新たな証拠（nouvelles charges）（同一八九条からみて、「嫌疑」ではなく、「証拠」と訳す）による再訴を防ぐことができない。この再審理の可能性の存在からみれば、予審免訴決定の効力は、判決裁判所の裁判とは異なり、一時的かつ仮定的なものであるといえよう（DESBOIS (H.), *De la réouverture de l'instruction sur charges nouvelles, in Etudes criminologiques*, 1929, p. 179.)。

(8) FOSSEREAU (J.), *Chose jugée, Encyclopédie juridique, Répertoire de droit criminel et de procédure pénale*, 1967, n° 17.

(9) 公衆衛生法典六二八条の一によれば、麻薬常習者が治療に応じることに同意したときは公訴権が消滅する、とされる。Cf. ESCANDE (P.), *Action publique, Extincion, Décès et amnistie, Juris-Classeur, Procédure Pénale*, art. 6, Fasc. I, n° 184-186.

(10) MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., n° 867, p. 58.

(11) 以下①—③は、TREBUTIEN(E.), op. cit., p.652.

(12) Ch. crim., 5 juill. 1907, D. 1909. I. 542.（既判力の抗弁は刑事に関しては公けの秩序に属するから、どの段階でも援用することができ、職権で補完されうる、と言う。）

(13) note au D. 1909. I. 542.

(14) FOSSEREAU (J.), op. cit.

(15) ibid.

(16) 「fin de non-recevoir」は元来民訴で用いられてきた用語であるが、わが国の民訴法学者は「妨訴抗弁」「失権効」「不受理の事由」などと訳している。「irrecevable」を「不受理」と訳出することについては、明治治罪法以来合意があると思われるから、「不受理の事由」「不受理の抗弁」とするのが少なくとも刑事においては穏当であろう。「不受理の抗弁」の用語によるものとして、小山昇「フランス民訴第一七三条第一項の解釈について」『日仏法学』二号（一九六二年）二頁。なお、『法学協会雑誌』八一巻四号（一九六五年）一〇三頁註(1)〔高橋康之〕参照。

(17) 第二章第三節の各自然的事実判例参照。

(18) 新刑事訴訟法草案（一九五五年七月五日採択）の邦訳として、青柳文雄・宮沢浩一訳「フランス刑事訴訟法改正草案(一)(二)」『法学研究』三一巻九号、一〇号（一九五八年）。この草案には、未だ六条二項の例外規定は見えない。

(19) 本稿では、フランス刑事訴訟法典の邦訳は、法務資料三六七号及び四三五号（いずれも吉川経夫訳）を、フランス治罪法典の邦訳は、法務資料三五八号（吉川経夫訳）をいちおう参考にした。ただ部分的には異なる訳語を充てたところも少なくない。

(20) 一般的訓令は、新刑訴法典に対する理由書的性格を有する（吉川経夫「フランスの新刑事訴訟法典について」法務資料三六七号二頁）。

(21) J. O., 28 fév. 1959, p. 2493. C一七条後段にある「時効の停止」概念は、治罪法典時代にはなく、新刑訴法典六条二項が初めて採用したものである（MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., n° 876, p. 69.）。

(22) ESCANDE (P.), op. cit, n°s 187-193. なお、この関係で、大阪地判昭和四九・五・二判時七四五号四〇頁が想起される。

(23) Ch. crim., 28 juill. 1950, Bull. crim., n° 120.

(24) ESCANDE (P.), op. cit., n° 191.

(25) ibid., n° 192.

(26) 最近の論者の中には、本文に述べた基礎づけ（justification）に拠らず、「司法行為（acte juridictionnel）」概念を用いてより技術的に解決しようとする者もある（Cf. VALTICOS (N.), *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, 1953, p. 7 et s.）。しかし、これはもともと民事既判力の説明の道具であって（江藤价泰「フランス民事訴訟法における既判力概念に関する学説の発展」『民事訴訟雑誌』四号（一九五七年）一八七頁以下、特に一九一頁以下）、紛争が公秩序に関し事実認定も極めて慎重な刑事既判力に

持ち込むことに対しては異論のあるところである（MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., n° 1545, p. 871.）。

(27) たとえば連続犯に関し、当然のことのように、「第一の訴追はそれ以前のすべての自然的事実について公訴権を消滅させ（る）」（LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n° 138, p. 16.）。

第二款　民法準用論

一　一八〇八年治罪法典三六〇条（一事不再理規定）は、後述するように[1]、必ずしも明瞭なものではなく、そこに示される一事不再理原則も、その要件・根拠に関して条文から窺い知ることは不可能であった。そこで初期の学説及び今日の一部学説は、民法典（Code civil）（ナポレオン法典）一三五〇条、一三五一条に一事不再理の根拠及び要件を見出してきた[2]。

民法典一三五〇条は、「法律上の推定（la présomption légale）」が「既判事項に法律が付与する効力（l'autorité que la loi attribue à la chose jugée）」（既判力）に付与されていることを定め、一三五一条は、既判力が発生するためには、「目的（objet）の同一」「原因（cause）の同一」「当事者（parties）の同一」を要求する[3]。これらはもちろん民事既判力に関するものであるが、これを刑事法にそのまま持ち込もうというのである。その論者らによれば、「この三つの同一性は刑事においても等しく必要であると考えられる[4]」とし、あるいは一三五〇条の「真実の推定」に関する一般論を展開したうえ、「もしこれが民事において正しいなら、刑事においてはさらに一層明白である！　長く厳そかな審理の後〔市民が〕前に無罪とされた事実について有罪とされるとしたら、どこに公けの安全があるだろう？[5]」と言う。一三五一条の三つの要件を準用するにあたっては若干の修正が要る。すなわち「目的の同一」は、刑事訴訟では

常に同一であるからこれを持ち出すのは無意味である。[5]「原因の同一」については、公訴における請求の原因が被訴追者に帰せられる「犯罪事実」に存する。そしてこの犯罪事実は、犯人に刑罰を請求する理由を構成する。したがって、既判力、その結果たる公訴権の消滅は、「既に判断された犯罪事実と訴追を受けた犯罪事実の間の同一性」があるときにのみ生じる。[7]「当事者の同一」は、後述するように、[8]その例外を――たとえば共犯者に――認めるか否かについて争いがある。

二　しかし、右のような民法準用論に対しては次のような強い批判がある。すなわち、刑事裁判官の権限は、民事裁判官の権限と違って強力である。民事裁判官は当事者の提出した証拠にもとづいてしか判決せず、また形式的真実しか探究しないが、他方、刑事裁判官は彼の有する証拠探究手段により、実体的真実すなわちより正確な事実認識に至ろうとする。刑事訴訟の目的が、強力、迅速な治安を確保するとともに、被告人に、その防禦のために必要な保障を与えることであるという観点を見失なってはならない、[9]と。また、刑事裁判官の権限は刑事裁判官同志の間でも異なっているとも指摘されている。[10]要するに、民・刑事がかように大きく異なっているのみならず、刑事裁判官の権限の方が強力であるのに既判力の規定の根拠・要件を民法から準用しようというのは、論理が逆である、というものである。これを刑事訴訟の独自性の強調と換言することができる。

刑事訴訟理論の進化とともに、民法準用理論が退化していくのも、いわば当然の帰趨といえなくもない。民法典一三五〇条の定める真実推定という既判力の「根拠」にしても、今日、それだけでは十分に説明し尽くせないことは前節に見たとおりであるし、同法典一三五一条の三要件にしても、前述のような修正をしてまで「準用」する必要があるのか、という疑問は多くの論者の指摘するところである。[11]「目的の同一」を刑事の方に持ち込むことが無意味であるとすれば、残る「当事者の同一」「原因の同一」という要件について、刑事訴訟にふさわしい用語を充てるべきであろう。このよ

うな観点から、今日ではこれを「主観的効力 (l'autorité subjective)」「客観的効力 (l'autorité objective)」と呼ぶのがむしろ一般化している。[12] そして今日、「刑事訴訟の独自性を強調する一九五七―一九五八年法〔新刑事訴訟法典〕の立法者の全体的配慮に従えば、民法典一三五一条は、刑訴法典六条に形式的対応物を見出す」[13]とすれば、あえて民法の法文を持ち出す理由は極めて小さいものになったといえよう。

なお、本稿の目的たる「客観的効力」に関しては、次節にみるように、中間法以降の一事不再理規定の中に「同一事実」という文言があるので、この文言の解釈が問題にされた。そしてこの解釈論について、「自然的事実」か「qualification（本稿では、以下原則として「罪名」[14]と訳出しておく）」かという次章にみる論争がなされた。

三　以上、既判力における民法典からの離脱過程を通して、刑事既判力の独自性の確立過程を概観したが、これは「真実推定」から「被告人の地位の配慮」への推移に連動した動きと言えるであろう。その意味で、本款の問題は、根拠となる法文をどこに求めるかといった形式的争いに止どまるものではないのである。

次節では、次章の既判力論争の「前史」として、また既判力の基本的性格を明らかにするために、近代的既判力の成立過程を検討することにする。

(1)　本章第三節第二款参照。

(2)　このように、民法典の真実擬制規定を準用する方式のわが国への「継受」については、第四章第一節第四款の井上理論参照。

(3)　これら法条の邦訳例として、法務資料四四一号『フランス民法典――物権・債権関係――』（一九八二年）一二四頁。ただし、本文の訳は必ずしも右に従っているわけではない。訳文中「既判力」ではなく「既判事項」と訳出した点につき、本稿「序説」註（23）参照。

なお、参考のために、一三五〇条の関係部分、及び一三五一条全文の原文を左に掲げておく。

Art. 1350. La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits,

tels sont. .....

3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée; .....

Art. 1351. L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

(4) LACOSTE (P.), op. cit., n° 910, p. 360.

(5) TREBUTIEN, op. cit., p. 634.

(6) MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., n° 1549, p. 875-876; LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n° 115.

(7) GARRAUD (R.), op. cit., t. VI, n° 2271, p. 222.

(8) 第三章第三節。

(9) MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., n° 1545, p. 871.

(10) ROUX (J.-A.), op. cit., p. 210, note 3.

(11) MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., n° 1549, p. 875-876; GAVALDA (C.), *Aspects actuels du problème de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, J. C. P., 1957. Doctr. 1372, n°s 14 et s.; HELIE (F.), op. cit., n° 997, p. 588; ROUX (J.-A.), op. cit., p. 210 et s.

(12) ナジャリャン (Najarian) 他多数の論者。なお、最近のステファニ・ルヴァスールの概説書（前節第二章註（11））七四三頁以下（訳書五八七頁以下）は、なお伝統的民法準用の三要件を問題にしている。

(13) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit.

(14) 「qualification」の訳語としては、わが国では従来、「裁判上における法律的評価 (qualification judiciaire)」（小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（一九五三年）四四七頁註（二））、「評価」（高田卓爾・前掲『公訴事実の同一性に関する研究』九頁）、最近では「性格決定」（田口守一・前掲『刑事裁判の拘束力』三五五頁）などと訳されてきた。

治罪法典二三一条一項の「Si le fait est qualifié crime par la loi」という用いられ方をみると、右の訳語がよくあてはまるようにも思える。しかし、それがタイトルにもなっている、PERREAU (B.), *De la qualification en matière criminelle*, 1926, p. 5 に

は、「qualification」を「犯罪事実に与えた特別の名称（dénomination）」としているから、本稿ではすべて「罪名」の訳語を充てた。ただし、次章の既判力論争で「自然的事実＝あるがままの事実」と対比されて用いられる場合、日本語のニュアンスとしては「法的評価」「構成要件的評価」に近いのではなかろうか。なお、「罪名」の訳語は、吉川教授の「フランス刑事訴訟法典」の邦訳（三五八号、三六七号、四三五号）に倣ったものだが、教授は、現行刑訴法典三六八条の「qualification」だけは「名称」の訳語を使用されている。

第三節　近代「既判力」概念の確立

――既判力論争前史――

第一款　大革命と中間法時代

一　一事不再理原則は、ローマ法以来の原則である。[1] ただ、「non bis in idem」という格言ないし定式自体は中世フランスで作られ、その後ドイツなどに伝えられるようになったと言われている。[2] このように、一事不再理原則は相当に古い歴史を持つのであるが、フランス大革命（一七八九年）までは、重大な例外の存在のために殆んど形骸化していた。この例外とは、いわゆる仮放免[3]（absolutio ab instantia; plus amplement informé; Instanzentbindung）と言われるものである。

この仮放免は、カノン法の、教会によって強制された「purgation canonique」に由来すると言われており、[4] 中世およびアンシァン・レジーム下で猛威を振った。ただ、一六七〇年ルイ大王令（Ordonnance Criminelle 1670）第二〇編第四条には、仮放免を排斥するかのような規定がある。[5] しかし、この大王令の下でも、実際には、仮放免が普通に行

なわれていたようである。[6] この時代、終局判決は必ずしも有罪判決、無罪判決に限られなかった。[7] 裁判官が、被告人に対する十分な証拠があるわけではないが被告人を直ちに無罪放免したくないと考えた場合、中間的解決として裁判官は「仮放免」を言渡すことができた。裁判官は、近いうちに新たな証拠が集められるであろうと考えたときは、とりあえず、通常は二、三、六月ないし一年などの期間を定めて、時には永久的な「仮放免」を言渡した。被告人はこの期間中、新たな証拠が発見され次第、召喚され有罪とされる可能性があった。しかも、現実にも被告人に有利な場合に無罪が言渡されることはごく稀れであって、証拠不十分のときは仮放免の方がむしろ原則でさえあった。[8] まさに、「半無罪(demi-acquitement)」と言われるゆえんである。[9]

このような制度、運用に対し、世論が激しく抗議したのも当然であろう。民衆は、被告人に有利な裁判を後にむし返えす可能性に対して厳しく非難し、ここに一事不再理原則はアンシァン・レジームの専制廃止運動と結びつくことになったのである。[10]

二　世論の抗議は大革命後、まず一七九一年憲法に結実した。かくして陪審による無罪の「解放的(liberatoire)、終局的効果」[11]が明文に規定されたのである。

一七九一年憲法をはじめ、その後の一連の一事不再理規定が（現行法を含め）無罪判決を得た者の人権として、いわば片面的な形で規定されているゆえんは、同規定が仮放免の否定として定められたという由来を知ることではじめて明らかになる。その一連の一事不再理規定（中間法時代のもの）を以下に列挙すると、――

①一七九一年憲法第三篇第五章第九条第七項「適法の陪審によって無罪とされた者は、同一事実のために再び逮捕ないし訴追されることはない」[12]

②一七九一年九月一六―二九日法律第二部第八篇第三条「無罪とされた者は、同一事実のために再び逮捕ないし訴追されることはない」[13]

③共和暦三年（一七九五年八月二二日）憲法二五三条「適法の陪審によって無罪とされた者は、同一事実のために再び逮捕ないし訴追されることはない」[14]

④共和暦四年ブリュメール（霧月）三日（一七九五年一〇月二五日）法典（犯罪と刑罰法典）四二六条「（二項）彼〔適法に無罪を言渡された者――一項〕は、同一事実のために再び逮捕ないし訴追されることはない」[15]

同法典三七三条「裁判長は、裁判所の名と所見により、起訴状及び弁論に由来し、陪審が決定すべきすべての設問を提出する」[16]

以上である。一事不再理の客観的範囲は、右の各規定からみると、「同一事実（le même fait）」である。これは英語で言うと「same fact」であるから、英米法の「same offense」よりも広い概念である。オルトラン（Ortolan）はこの点を捉え、英米法の客観的範囲は狭すぎると批判する。[17] しかし、この「同一事実」も、オルトランの理解するような広いものなのか否かについては、次章で述べる長い論争がなされることになる。

ただ、封建主義を打破し、未だ「自由」の高調されていた中間法（le droit intermédiaire）の時代は、「一事不再理原則が最も広く、最も純粋な適用を受けた」と言われる時代でもあって、客観的効力に関しても、判例は、被告人に最も利益な「自然的事実」（説）による解決を与えている。[18] そこで、ナポレオン治罪法典時代の「法的事実」判例との対比の意味で、中間法時代の代表的刑事法典であるブリュメール法典を取り上げ、そこでの「自然的事実」を検討しておく。

三　「自然的事実」についてある罪名で判決がなされたら、他の罪名はすべて排除され、この同一事実にもとづいては、もはや別の罪名を付しても再起訴ができない。これがブリュメール法典四二六条に与えられた、当時の判例の解釈であった。幾つか判例をあげてみる。

(1)破棄院共和暦一二年雨月一四日判決(ブリュヴィオーズ)[19]

被告人は、毒を仕込んだコーヒーカップを妻に手渡した。懐妊中の妻はそれを飲んで激しい発作におそわれ、数日間意識不明となりその間出産したが死産であった。被告人は重罪起訴された。しかし裁判所が陪審に対して提出した設問は、「スタイン夫人〔被害者〕は、起訴状にあるとおり毒殺されたということは確証されたか」というものだけであった。陪審は否定的答申をし、被告人は無罪放免された。ところが被告人は今度は「堕胎罪」で逮捕され、新たに陪審討議にかけられ、結局有罪とされてしまった。被告人から上告。

破棄院は、第一の起訴裁判所において、コーヒーカップを妻に与えたという同一事実（le même fait）から生じうる毒殺と堕胎の二つの設問をすべきであったのに、毒殺についてしか設問を提出しなかったのであるから、ブリュメール法典四二六条によって、「この事実設問〔毒殺〕に対する陪審の否定的答申にもとづく無罪を言渡した後は、もはや第一の起訴状に述べられた事実にもとづいて、スタイン〔被告人〕の逮捕を命じることはできない」と判示する。そして、第二の堕胎有罪判決を取り消し、次いでスタインの無罪の利益を害さずに、法律の利益のみにおいて、[20]第一の訴訟の瑕疵ある設問及びそれに対する陪審の答申も取消した。

(2)破棄院共和暦七年霧月一一日判決(ブリュメール)[21]

被告人らは加重盗罪で重罪起訴されたが、無罪を言渡された。しかし裁判長は、弁論における被告人らの応酬や証人の証言などから未遂の証拠ならあると考え、この「新たな事実」にもとづき、被告人らを再度召喚した。ここで被告人

らは死刑を宣告された。被告人らから上告。破棄院は次のように判示した。

「適法の陪審により一度無罪とされた被告人らは、彼らの免責判決がもはや非難されることのないものである以上、このとき召喚を受けた裁判所の過誤の犠牲になることはないし、同一事実（le même fait）のために再び判決されることはない」

したがって、原審裁判官は権限を逸脱し、また四二六条にも違反している。なぜなら、この未遂が先の重罪起訴状の犯罪とは異なるものということはできないし、それゆえこれを新たな重罪起訴の対象とすることもできないからである、と。

(3)破棄院一八〇八年二月五日判決[22]

この事件は、起訴陪審の宣告（一事不再理効が認められていた）に関するものである点で若干の特殊性を持つが[23]、同じ問題として考えてよい事案といえる[24]。

被告人は銃の発砲による殺人により、重罪起訴状を起訴陪審に送られた。起訴陪審は、この訴因につき「理由なし（*Il n'y a pas lieu*）」の宣告をした。そこで公安判事（magistrat de sûreté）は、事件を過失致死に構成して軽罪裁判所に移送しようとした。しかしこの移送はブリュメール法典二五五条（起訴陪審の宣告に関する一事不再理規定）に反するのではないか、との疑問が持たれた。

「（二五五条）　起訴陪審によって『重罪起訴の理由がない』との宣告を言渡された被告人は、同一事実のために再び訴追されることはない。但し、新たな証拠（nouvelles charges）にもとづいて新たな重罪起訴状が提出されたときは、この限りでない」

この移送に対する検事正からの法律の利益のための上告に応え、破棄院は次のように判示した。

「起訴陪審が、殺人の設問に関する重罪起訴状について『理由がない』の定式によって答申した場合、その答申は刑罰に関してあらゆる関係において言渡される事実を無限に含むものであり、その結果、かように移送された被告人は、共和暦四年ブリュメール三日法典の、いかなる制約も付すことなく重罪起訴、軽罪・違警罪起訴を包含する二五五条の文言によって、重罪についても軽罪についても再び訴追されることはない」

以上でこの時代の判例の概観を終えるが、右のような各判例の理解は、「同一事実」を自然的同一事実と解し、それに由来するすべての罪名について再訴を禁ずるものである。ではなぜこのような自然的事実の範囲で再訴を禁じるのか、という疑問が次に生ずるのであるが、この点については、ブリュメール法典の「陪審員に向けられる設問システム機構にもとづく」[25]という説明がなされるのが普通である。右の判例の理論的な根拠を探るためにも、ここでこの設問システムと既判力の連関を明らかにする必要がある。

四　ブリュメール法典の下における陪審に提出される設問の特徴は、後の治罪法典におけるように一個ではなく、多数に分割されていたことである（三七四条、三七八条、三七九条）。故意の殺人を例にあげると、すべての付随事情（予謀、教唆、正当防衛等）が不存在のときでも、次の六つの設問が提出されなければならなかった。[26]

①本件事実は確証された（constant）か？

②被告人はその行為者か？

③故意が問題となるか？

④意図を持っていたか？

⑤故意はないが過失があるか？

⑥故意も過失もないか？

このようにして陪審は、その付託された事実をあらゆる側面から評価することができ、評決によってその事実の性格を明らかにすることが許された。[27] 陪審はすべての罪名を検討することが、法律上可能とされていた。可能であるのにそうしなかった場合、事実に別の罪名を付す余地はなくなる。その結果、後の訴追によって事実が再度むし返えされ、再度訴追されることもない、というのがその必然の帰結でなければならない。[28]

換言すると、ブリュメール法典の下では、公訴事実と刑罰法規のすべての関係は陪審の評価に服さなければならなかったのであるから、公訴権は消滅し、その範囲で一事不再理が働くことになるのである。[29]

(1) ローマ法における既判力に関しても、多数の論者が言及している、BIDART (P.), *De la chose jugée*, 1865, p. 1. et s.; HELIE (F.), op. cit., t. II, n° 979 et s.; HOMMEY (A.), op. cit., p. 9 et s.; LACOMBE (E.), *De l'autorité de la chose jugée en droit français*, 1866, p. 10 et s.; MERLIN (M.), op. cit. p. 528, NAJARIAN (K.), op. cit., p. 19 et s.

(2) フランス中世カノン法は、「Ulpien」や「Gordien」の断片的なリブロダクションにすぎないものであるが、これら法文を支持し、要約して「non bis in idem」のフォーミュラが出来あがった (HELIE (F.), op. cit., n° 981, p. 564; GASSIN (R.), op. cit., p. 240, note 4; LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., art. 6, n°3, p. 3; DANAN (L.), op. cit., p. 9.)。

この一事不再理フォーミュラをはじめてドイツ法に取り入れたのはフォイエルバッハではないか、というドイツのラインガンスの次のような指摘がある。

フォイエルバッハの「Lehrbuch」の初版ではまだ「『絶対的に確定した判決は、絶対無効でない限り、永久にこれまであった証拠(Indizien)を消滅させるが、ただ新証拠が明らかになったときは、新たな訴訟が再開され得る』。一事不再理については、ここでは殆んど何ら触れられるところがない。しかしその後になって（注・第七版から)、フォイエルバッハは一事不再理を強調して次のように言う（§617)。

『無罪判決は、そこに含まれるところの当該犯罪に関するすべての刑責の基礎を消滅させる。したがって、新証拠にもとづいてすら、

訴訟の再開はもはや法律上行うことができない』。ここに外国の影響が明らかにみられる。というのは、フォイエルバッハは、フランスの判例によって形成されてきた一事不再理の法諺（Parömie ne bis in idem）を引用しているのだから（注・フランス法の影響があって以来、この一事不再理原則に関する話題ははじめてである。多分、確定力（Rechtskraft）については以前にも議論は有ったであろうが、この含蓄深いフォーミュラはまだ通用していなかった。ことによると（vielleicht）フォイエルバッハがドイツ普通法に同原則を最初に用いたのかもしれない）」（Rheingans, Die Ausbildung der Strafprozessualen Rechtskraftlehre, Str. Abh. H. 379, S. 48 f.）。

(3) 後註(8)のエスマン（A. Esmein）の英訳書（J. SIMPSON 訳、一九六八年 ROTHMAN REPRINTS 社より刊行）では、「further inquiry」の訳語を充てている。ドイツ法についてではあるが、仮放免と一事不再理の関係を論ずる好個の邦文献として、光藤景皎「刑事訴訟法における二、三の原則の生成素描――ドイツにおける仮放免の廃止を中心として」『平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学(下)』（一九七七年）八八頁以下、特に一〇二頁以下。

なお、田口助教授は「審級放免」の訳語を用いられる（田口守一・前掲『刑事裁判の拘束力』三四九頁、三五一頁注（45））。

(4) LAINGUI (A.) et LEBIGRE (A.), *Histoire du droit pénal*, II, *La procédure criminelle*, p. 102.

(5) ルイ大王令第二〇編第四条を訳出しておく。

「被告人は、証人との対決（confrontation）の後は、通常訴訟にかけられることはなく、終局的にアブソリュション（absolution）または有罪が言渡されなければならない」

右の「アブソリュション」は、今日「不論罪」と訳されているものではなく、さらに、①無罪が十分証明されないが有罪の根拠もない場合の、法廷外への放免（le renvoi hors de cour）と、②被告人名簿からも抹消される完全な無罪放免、すなわち「重罪起訴からの解放（la decharge de l'accusation）」の二種類に分けられるものである（ibid., p. 103.）。

(6) ibid., p. 102.

(7) 以下の叙述は、DETOURBET (Ed.), *La procédure criminelle au XVII siècle*, 1881, p. 85.

(8) ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1882, p. 552.

(9) LAINGUI (A.) et LEBIGRE (A.), op. cit., p. 102.

(10) FOSSEREAU (J.), op. cit., n° 7 p. 2. 一七九一年革命憲法に一事不再理規定が入れられたのも、この運動の成果であろう。

(11) ESMEIN (A.), op. cit.

(12) Tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait (Constitution du 3-14 septembre 1791.).

(13) Tout particulier ainsi acquitté ne pourra plus être repris ni accusé pour raison du même fait (la loi du 16-29 septembre 1791).

(14) Toute personne acquittée par un jury légal, ne peut être reprise ni accusée le même fait (Constitution du 5 Fructidor an III).

(15) Il ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait (Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV).

(16) Ensuite le président, au nom et de l'avis du tribunal, pose toutes les questions qui resultent tant de l'acte d'accusation que des débats, et que les jurés doivent décider (même Code).

(17) 後述、第二章第二節第二款。

(18) HOMMEY (A.) op. cit., p. 32. なお、この「自然的事実」という訳語につき、第二章前註（1）参照。

(19) Ch. crim., 14 pluviôse an XII, Bull. crim., n° 65.

(20) 「法律の利益のための上告」につき第一章第一節第一款註（31）参照。

(21) Ch. crim., 11 brumaire an VII, Bull. crim., n° 84.

(22) Ch. crim., 5 févr. 1808, Bull. crim., n° 21.

(23) 起訴陪審は、一八〇八年治罪法典で廃止されているが、プリュメール法典二五五条と同旨規定である治罪法典二四六条、現行刑訴法典一八八条につき、本章第二節第一款註（7）参照。

(24) 起訴陪審の宣告の効力（一種の既判力）は、新証拠による再訴追を認める点で判決の効力と異なるのであるが、本件は特に新証拠は問題になっていないのであるから、同じ一事不再理の問題と考えてよい。

(25) DANAN (L.), op. cit., p. 80.

(26) GARRAUD (R.), op. cit., t. VI, n° 2285, p. 242. 以下の六つの設問例も同書に依る。

(27) NAJARIAN (K.), op. cit., p. 117. 以下の叙述も同書に依る。

(28) これに対して、一八〇八年治罪法典では、設問は「被告人は有罪か？」という一個のみである。詳細は次款に譲る。

(29) Cf. GONSE (R.), *Modification des articles 337 et 360 du code d'instruction criminelle, Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1875, p. 23.

第二款　治罪法典三六〇条

一　フランス大革命の成果は、ナポレオンの支配の下で国内的に一定の定着をみたが、同時にナポレオン諸法典によって国内秩序の回復が図られた。ナポレオン諸法典のうち、刑事手続に関するものが、一八〇八年の治罪法典[1]（Code d'instruction criminelle）である。

フランス治罪法典は、わが国が最初に継受した近代的刑事手続法としてわが国とも関係の深い法典であるが[2]、全体としては革命法を後退させ、ナポレオン帝政の権威主義的な性格を反映したかなり反動的なものと言われている[3]。確かに、同法典は自由主義的な革命立法から、革命前のルイ大王令（オルドナンス）（一六七〇年）の方向に一歩後退した、妥協的な性格を持つ。このことを端的に示すのが、治罪法草案に関する議会討議における帝国主席大書記長[4]（Le Prince Archichancelier de l'Empire）の、仮放免を復活させようと画策する次の発言である。

共和暦一二年牧月（プレリヤル）一六日（一八〇四年六月五日）議事録――

「〔陪審制は採用すべきでなく、また〕被告人の無罪が彼にとって常に完全な勝利というわけではなく、裁判官は被告人を仮放免に付す、すなわち警察の監視の下に置くという修正は、なお重要なものである。一六七〇年のオルドナ

ンスのわずかな条文の採用を恐れるべきではない。このオルドナンスはすべての当事者にとって欠陥を有していたわけではない[5]」

同月三〇日（同月一九日）議事録――

「裁判所は、職務怠慢な陪審員を解任でき、陪審により利益な宣告を受けた被告人に純然たる無罪を言渡すことだけに制限されずに、被告人を、仮放免の拘束下、警察の監視下に置くことができるとすべきではないか[6]」

右の発言をみると、完全な（近代的）一事不再理が一部の者から、いかに敵意をもたれていたかが分かる。しかし、この首席大書記長の意見はいかなる味方も見出せず、討議の過程でも問題にもされなかった[7]。

このようにして、最終的に採択された治罪法典の一事不再理規定は次のようなものである。

「（三六〇条）　適法に無罪を言渡された者は、同一事実のために再び逮捕ないし訴追されることはない[8]」

「（三三七条）　重罪起訴状にもとづく設問は次の文言により提出される。

《被告人は重罪起訴状の要旨（résumé）に含まれるすべての事情の下で、故殺、盗罪等の重罪を犯した罪で有罪であるか？[9]》」

三六〇条は草案では三五七条となっていたが[10]、同条は何ら「意見もなく採択される[11]（L'article 357 est adopté sans observation）」と議事録にあるだけである。したがって、三六〇条に関する立法者の意思を知ることはできないのであるが、補充設問を定める三三七条を足がかりに一定の推測を下すことは可能である。すなわち、ブリュメール法典にお

けるのとは異なり、陪審に対する設問はあらゆる角度からではなく、「有罪であるか？」という総括的なものだけに止どまった。そこでこの設問を、可能なすべての設問（の罪名）が含まれていると解するか（自然的事実説）、現実に提出された主設問（の罪名）に関するものに限られると解するか（法的事実説）、推測という解釈作業をする場合に態度決定を迫られることになるのである。この問題は、補充設問が「義務」か否かの問題、陪審の「寛容」さを許容するか否かの問題、被告人の地位と社会の利益との調和の問題等関連する他の幾つもの要素との関係で解決されるべきものであり、そこに最終的な結着を遅らせた要因もあったといえよう（次章）。

二　治罪法典三六〇条の文言自体の変更点としては、無罪が「適法に（légitimement）」なされなければならない、とされた点である。しかし、この副詞の付加に修辞的意味を超えた実質的意味まで見出すことができるか疑問なしとしない。現にこの点を論じている者も多くない。治罪法典施行後比較的初期の論者が、「『適法に無罪を言渡された』とは、本案（実体）（au fond）に関して言っているわけではない。無罪判決は法の形式に従って言渡されれば十分である」[12]と言っているところからみても、恐らくはこれまで同様、最低限の形式さえ備えていれば足りると解せられる[13]。

三　しかしそれにしても、治罪法典三六〇条は、一事不再理原則の総括規定としては不明確であり、曖昧さを残す。後にベッソン（Besson）が指摘した治罪法典の、妥協の産物たる法文の不調和は、一事不再理の客観的効力に関しても論争の火種となったのである。

すなわち、ベッソンいわく「一八〇八年治罪法典は、アンシァン・レジームの制度と革命法の規定を妥協させることを企図していたが、その妥協の努力は、法文の調和を害さずには不可能だった。それゆえ、同法典はその内部に、実務の検証を受ける以前においてさえ、学説の論争をもたらす萌芽を持っていたのである」[14]、と。

(1) 施行は一八一〇年の刑法典とともに一八一一年一月一日である。「治罪法典」の訳語は、箕作麟祥がこれを考案して以降、わが国に定着していると思われるので（最近のものでは、早川武夫ほか『外国法の常識〔第二版〕』（一九七五年）三一九頁、山口俊夫『概説フランス法・上』（一九七八年）六九頁など）、本稿ではこれを用いた。吉川教授は「厳密には犯罪審理法とでも称すべきであろう」（法務資料三五八号（一九五九年）三頁）と述べておられる。

なお、この治罪法典は、イギリスのベンサムの影響（その仏訳書に『Traité de législation civile et pénale』）を強く受けたことが指摘されているが（Cf. L. RAZINOWICZ, A history of English criminal law and its Administration from 1750, volume I, 1948, p. 359, note 5.）、少なくとも一事不再理に関しては、彼がこれに否定的であることからみて（Id., p. 369.）、その影響について考慮する必要に乏しいであろう。

(2) 第四章第一節参照。

(3) こう指摘するのは、吉川経夫「フランス刑事訴訟法沿革略史」法務資料三五八号三頁。

(4) この訳語は、野田良之『フランス法概論』上巻（再版・一九七〇年）三六三頁が「chancelier」を「大書記長」とされているところを参考にした。なお、野田・同書三六四頁注（1）。

(5) LOCRE (J. G.), *La législation civile, commerciale, et criminelle de la France*, t. XXIV, p. 28.

(6) ibid., p. 98.

(7) ESMEIN (A.), op. cit., p.553.

(8) Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait.

(9) La question resultant de l'acte d'accusation sera posée en ces termes: 《L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol, ou tel autre crime, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation ?》

(10) LOCRE (J. G.), op. cit., p. 470.

(11) ibid., p. 474.

(12) RAUTER (M.), *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, t. II, 1836, p. 253, note 1.

(13) ナジャリャンは治罪法典三六〇条と四〇九条（検察官の法律の利益のための上告規定＝一種の不利益変更禁止）を結合して、この「適法に」を理解し、結論として陪審の事前の答申もないような著しい瑕疵のある無罪の言渡は「恣意行為」にすぎないから、三六〇

条の適法な無罪にあたらない、と言う（NAJARIAN (K.), op. cit., p. 118）。

(14) BESSON (A.), *Esquisses d'une rénovation de notre procédure pénale*, D. 1955. Chr. 55.

第二章　客観的効力論（一）

――既判力論争――

ここに既判力論争とは、一八一二年ジャン・ディフィス判決に始まり、一九五六年シュヴァロ判決で終熄し、一九五八年の新刑事訴訟法典によって終止符を打たれた、一世紀半にも及ぶ判例、学説の解釈論争のことである。

フランスにおける既判力（一事不再理）の客観的効力の問題は、中間法以来、一事不再理原則を規定する刑訴法の条文、治罪法典でいうと〔旧〕三六〇条に用いられる「同一事実（le même fait）」という語の解釈をめぐる争いであった。ひとつの解釈は、これを「自然的事実」[1]、つまり「裸の事実」「あるがままの事実」と広く解するものである。他の解釈は、これを「法的事実」と解し、右の自然的事実をさらに法的評価ないし罪名（qualification）の観点から分割する。罪名が異なれば異なるだけ「法的事実」があることになり、一個の事実の範囲は大変狭い。本稿では、前者を『自然的事実説』、後者を『法的事実説』と呼ぶことにする。『自然的事実説』は、被告人の利益を重視し、『法的事実説』は社会の利益を重視する立場であると言われているが[2]、その具体的意味は本章の叙述によって、自ずから明らかにされるはずである。

(1) 本稿では、「le fait matériel」を「自然的事実」と訳出した（沢登ほか『フランス刑事法〔刑事訴訟法〕』五八九頁も同様）。マテ

リアルという形容詞は、通常、実質的、実体的、事実的などの意味で使われるが、法的事実と対比される「裸の」「あるがままの」事実といった言い替えがなされている点に鑑み、幾分意訳だが右の訳語を用いることにしたのである。

(2) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n° 121, p. 14.

第一節　法的事実説の確立期

第一款　一八一二年の判例変更

一　最初の法的事実（破棄院）判例、ジャン・ディフィス（Jean Diffis）事件判決[1]が言渡されたのは、治罪法典施行の翌年、一八一二年一〇月二九日のことであった。この判決は、既判力論争の発端となった点で著名な判決である。そこで、以下において、同判決を紹介しつつ「法的事実説」の法理を検討することにしたい。

事件の概要は、次のようなものである。[2]

一八一一年九月一八日深夜一一時頃、副知事の命令によって、憲兵隊が謀殺の被疑者を捜しにM市にやってきた。彼らはまず、市長の家に赴いた。彼らのうちの二人だけ屋内に入り、さらにそのうちの一人が物音を聞いたので抜き身のサーベルを持って奥へ進んだ。その直後、銃声が聞こえ、他の憲兵たちが駈けつけたときは、その憲兵は致命傷を負って倒れていた。憲兵たちは、そのとき小作地の方に逃げて行く人影を認めたので、市長と共にそれを追いかけ、一軒の家に辿りついた。そこで彼らの前に現われたのは、ジャン・ディフィスという名の市長の召使いであった。彼は、憲兵に発砲したのは自分だと認めた。彼の言い分によれば、彼は犬の吠えるのを聞き銃を持って駈けつけたところ、人が居

るので泥棒だと思い、自分の身の安全のために発砲した、とのことだった。

翌一〇月一四日、ジャン・ディフィスは重罪院に移送（起訴）されたが、その重罪起訴状の「要旨（résumé）」[3]は次のようなものであった。

「――以上により、右ジャン・ディフィスは、本年九月一八日から一九日にかけての深更、憲兵ムメー（Memet）に対する故殺の正犯として、刑法典三〇四条の重罪を犯したものとして公訴する」（一八一一年一〇月一五日）

これに対して重罪院で審理が行なわれ、裁判長は審理の後、陪審に次の二つの設問だけ提出した。

「被告人ジャン・ディフィスは、重罪起訴状要旨記載のすべての事情の下における一八一一年九月一八日深夜の、憲兵ムメーに対する故殺について有罪であるか？」

「故殺が何らかの暴力によって惹起されたことが確証されたか？」

これらに対する陪審の答申は、「否、ジャン・ディフィスは有罪にあらず」というもので、裁判長は、これに従って彼に無罪を言渡した。

検察官は、時を措かず、彼を刑法典三一九条の過失致死罪でヴィルフランシュ（Villefranche）軽罪裁判所に訴追した。同裁判所は、一八一二年二月三日、公訴不受理[4]を宣言した。これに対して検察官から控訴がなされたが[5]、トゥールーズ（Toulouse）控訴院も次のような理由を述べて控訴を棄却した。

すなわち、まず「判決すべき問題点は、新治罪法典の下で、最初故殺の重罪について陪審により無罪を言渡された者が、後に過失致死罪で訴追されうるかどうかに存する」としたうえ、検察官の、ブリュメール法典と異なり治罪法典下では「陪審は、重罪起訴状の中で法的評価された事実しか関与できない」から過失致死による再訴も可能であるという主張に対しては、次のように述べてこれを拒けた。

「ところで、ここで問題なのは、各々の訴追における同一事実、すなわち憲兵ムメーの身体に対し、ディフィスの行なった致死行為（homicide）[6]である。そして同条〔三六〇条〕及び一事不再理によれば、既に無罪とされたディフィスは、この致死行為に関して再度訴追されることはない。新治罪法典は、この点について、一事不再理原理に対するいかなる変更も行なわなかった」

「〔新治罪法典は〕重罪院裁判長が弁論の結果生じた設問を提出するのを、何ら妨げるものではない」

二　検察側から上告がなされた[7]。破棄院では、破棄院付検事長メルラン（Merlin）が、控訴院判決を批判し「法的事実説」の論理を詳細に展開する。

メルランは、まず、問題を「陪審は重罪院裁判長によって、J・ディフィスがムメー憲兵の死に関して判断するように強制されたか？」という形で定立する。というのは、「もし重罪院裁判長が、この点について陪審に尋問すべきではなかったとしたら、J・ディフィスは、この点につきもはや陪審の前で審理に付されたとはみなされないこと、まさに明らかである。陪審が彼に対して判決しえないのであるから、この点につきJ・ディフィスの有利〔過失致死〕に陪審が判示しえなかったのも、まったく自明である。その結果、J・ディフィスは、なお軽罪裁判所の審理に付されうることもまったく自明である[8]」と。「しかし、もし逆に重罪院裁判長がこの点について陪審長に尋問すべきであったとしたら、疑いもなく、この点に関する陪審の沈黙はJ・ディフィスの利益に解釈されるべきものであり、憲兵ムメーの死のすべての事情に関して絶対的無罪をもたらす[9]」。この点について、トゥールーズ控訴院判決は、ブリュメール法典同様治罪法典もまた後者、すなわち裁判長の設問提出義務を認めるシステムを採っていると解している。しかし「一八〇八年治罪法典は、設問の提出に関して共和暦四年ブリュメール三日法典が作ったのとはまったく別の準則を導入した。すなわち、裁判長が設問の提出において重視すべきは、重罪起訴状の本体（corps）ではなく、要旨にすぎない。そして裁

判長は陪審員に対し『被告人は重罪起訴状の要旨に含まれる全事情の下で、故殺あるいは盗罪その他の重罪を犯した罪で有罪であるか』を尋ねるだけに制限されている」[10]として、前者、すなわち法的事実説に立つべきことを主張した。

破棄院はこれに応え、一八一二年一〇月二九日、それまでの中間法時代からの（自然的事実）判例を変更し、法的事実説に立った判決を言渡した。

まず、ブリュメール法典と治罪法典の関係に関しては、メルランの主張を全面的に容れて次のように言う。

「犯罪と刑罰法典すなわち共和暦四年ブリュメール三日法典三七四条三七九条によれば、判決陪審に付託される設問は、当然に、単に重罪起訴状の対象となった事実に関するものだけではなく、弁論ないし被告人の防禦に鑑みて、たとえそれらが事実の性格を変えるようなものであっても、事実の重要さを変更しうるすべての事情に関するものであることが必要であった。かくして同法典の下では、被告人の利益に言渡された無罪判決は、恐らくは重罪公訴事実のみならず、すべての変更可能な訴追及び可能性のあるすべての罪責の性格から彼を解放せざるをえないであろう。しかし、治罪法典は別の諸原則を定立することにより、この原理を必然的に変更した。実際、この法典の三三七条、三三八条及び三三九条によれば、重罪院裁判長は、主設問としてはこの訴追の要旨にある性格を持ち、そこに書かれた事情をもつ公訴事実しか陪審に提出する義務はなく、補充設問としては、弁論から生じたであろう加重事情及び被告人から提出され、かつ法によって認められた種類の宥恕事実しか提出義務はない。裁判長が、法典に従って、起訴状の要旨には記載のない、公訴が企図したのとは異なる性格を対象事実に付与しうるような事情について陪審員に何ら尋問しない場合に、重罪公訴事実が法律によってそのようなものとして性格づけられ、かつ重罪起訴も陪審の答申もないような罪責の〔法的〕性格すべてに、無制限に〔一事不再理〕原則を拡張することは、明らかに法の精神に反し、三六〇条を誤用するものである」[11]

として、法的事実説が治罪法典下における帰結であることを明確に宣言した。これを本件についてみると――、

「ジャン・ディフィスは、彼に対する重罪起訴状の要旨において、刑法典二九五条により故殺の罪名を付され、同法三〇四条で処罰される故意による殺人についてしか訴追を受けていない。彼は、このように性格づけられたこの事実についてしか裁判長から設問を提出されておらず、陪審の答申も受けていない。この重罪起訴、この設問、この答申は、同法典三一〇条によって軽罪と性格づけられる不熟練、軽率、怠慢などによって犯される過失致死の罪責とは、それ自体関係がない。したがってまた、本件において、ディフィスの利益に言渡された陪審の答申に伴って提出された特別の事情がなければ、この答申にひき続く無罪の言渡は重罪公訴事実に制限されざるをえず、そのため、無罪の言渡は、重罪起訴も審理も陪審の決定もないような軽罪についての法律上の訴追から、前記ディフィスを解放することはできないであろう[12]」

ところが、判決は原判決を維持し、検察官の上告を棄却している。その理由は判決文からは判然としないが、判決が「被告人の利益の要求する解釈によれば」「陪審の答申は意思の不存在についても関連する」とし、「これらの理由のみにもとづき、また原判決の理由には一切同意することなく、棄却する」と言っているところからみると、「法律の利益のための上告（治罪法典四〇九条）」との関係ではなかろうか[13]。

三　さて、このように自然的事実説から法的事実説に判例変更させた動因は一体何なのだろうか。形式的には、右の判決にもある中間法時代の法典と新治罪法典との条文構造（陪審システム）の相違であろう。しかし、それだけのことで、被告人の地位に重大な影響を及ぼさずにはおかないこの問題を説明できるとは思われない。当時の判例は、法実証主義の影響の下で法文の形式論理を操ることだけに満足しており[14]、判例の中から直接答えを得ることはできないが、後の学説はこの点の説明として、「一部の陪審の寛容さを『是正』し、一部の重罪院裁判長によって冒された懈怠ないし

過誤を改めさせ」るためだという。[15] この、寛容さの是正の具体的意味であるが、これは「陪審に重罪と思料されるある事実を付託し、補充的に軽罪とみなされる同一事実を付託すると、無罪と完全な有罪の間の中間的刑期を採用するために、しばしば補充設問の方に決めてしまう陪審の寛容さに途を開くことになってしまう、そうすると治安を弱体化する危険を冒すことになってしまう」[16]といった事態を避けようということであった。この理由から「補充設問は避けた方がよく、次いで無罪になれば軽罪裁判所に訴追すればよい、とこのように言われていた」のである。[17]

陪審の情緒的無罪に満足せず、処罰を確保する。ここに判例変更の真の原因があったとみることができる。

(1) Ch. crim., 29 oct. 1812, MERLIN (M.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e éd., t. XI, 1827, V° Non bis in idem; S. 1812-1814, 4 vol., p. 209.

(2) 以下の事実関係は、前註(1)に拠る。

(3) 「résumé」とは、起訴状において、やや詳細に記述された公訴事実の締めくくりとして、適条を示しながらなされる要約のことである。治罪法典二四一条三項にその用例をみることができる。

「(二四一条)　被告人を重罪院に移送する場合においては、検事長は、常に重罪公訴状を作成しなければならない。

重罪公訴状には、一、重罪公訴の理由となった犯罪の性質、二、犯罪事実及び刑を加重又は減軽すべき一切の情状を記載し、且つ被告人を指名し、明瞭に指示しなければならない。

重罪公訴状は、次のような要旨(résumé)を以て結ばなければならない。『以上により、某を斯々の殺人罪、斯々の盗罪又は斯々の重罪を斯々の情況の下に犯したものとして公訴する』」(傍点白取)。

(4) 「公訴不受理(non-recevoir)」は、わが国治罪法、明治刑訴の時代にその用例があるが、既判力あるときなどに言渡される一種の形式裁判である。

(5) 重罪院は陪審を採用しているため原則として一審制であるが(フランスの上告は一種の非常救済方法)、軽罪・違警罪各裁判所は、控訴が認められている(治罪法典一七二条以下、一九九条。なお現行刑訴法典五四六条、四九六条以下)。

(6) ここに「homicide」とは、故意過失を問わず人を死に致す行為一般を指す（英米法の同じ綴りのホミサイドと同義）が、適切な訳語が見当たらないので、本稿では仮りに「致死行為」と訳出しておく。

(7) フランスの「上告（pourvoi en cassation）」は、例外的非常救済方法であって、わが国の上告とは異なる。その点を明らかにするために「破棄申立」とでも直訳した方が誤解の恐れも少ないのではないかとも思われるが、「上告」が従来からの定訳であるので（法務資料三五八号、三六七号、四三五号、山口・前掲書三五四頁等）これに従う。なお、沢登ほか『フランス刑事法（刑事訴訟法）』五六四頁は「破棄申立」という。

(8) MERLIN (M.), op. cit., p. 535.

(9) ibid.

(10) ibid., p. 536.

(11) ibid., p. 540; S. 1812-1814, 4 vol., p. 209.

(12) ibid.

(13) 「（四〇九条） 被告人が無罪の言渡を受けた場合においては、検察官は、法律上の利益があり、且つ、無罪となった当事者の不利にならないときに限り、無罪の言渡及びそれ以前の手続の取消を訴えることができる」（なお、現行刑訴法典五七二条も同旨規定）。

(14) 山口・前掲書五六―五七、七〇―七一頁参照。

(15) MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., n° 1553, p. 879-880; HUGUENEY (L.), note au D. 1957. 33.

(16) LACOSTE (P.), op. cit., n° 977, p. 379-380.

(17) ibid., p. 380.

第二款 法的事実判例の確立と展開

一 J・ディフィス判決を嚆矢とする法的事実判例の確立と展開

一を迎るにあたって、次の順序によることにする。

まず第一に、法的事実説を文字通り判例に定着させた代表的な二つの連合部判決をとりあげ、ここで「法的事実説」の適用の具体的意味と帰結を捉えておく（以下の「二」）。第二に、数多い法的事実判例を事案ごとに類型化して整理し、各場合における帰結を概観する（以下の「三」）。最後に、判例が再起訴を無制限に許容しないための歯止めとして考案した「新要素」理論を幾つかの判例の中に跡づけてみることにする（以下の「四」）。

二　二つの連合部判決

ひとつは、セルティエ（Certier）事件で、これによって法的事実説を名実ともに確立した点、及び破棄院の審理においてデュパン検事長が自然的事実説を主張した点でも著名な判決であり、もうひとつは、テヴニー（Théveny）夫人事件といい、控訴院が二度にわたって法的事実説に対する抵抗を示している点、及び後述の「新要素」の有無を具体的に検討している点が注目される。いずれも「連合部」[1]判決である。

【1】セルティエ事件一八四一年一一月二五日破棄院連合部判決[2]

マリー・セルティエ（Marie Certier）は、自分の子（新生児）を故意に殺したとして、新生児殺（infanticide）[3]で重罪起訴された。重罪院は彼女に無罪を言渡したが、彼女はその後、同じ子供につき今度は過失で死なせたものとして、過失致死の軽罪で軽罪裁判所に起訴された。原審（Cour royal de Poitiers）は一事不再理原則（治罪法典三六〇条）を理由に公訴不受理としたが、検察官から上告がなされた。

ところが、破棄院の審理において提出されたデュパン（Dupin）検事長の意見書[4]（conclusions）は次のようなものであった。

治罪法典三六〇条は「同一事実（*le même fait*）」にもとづく同一人の再訴追を禁じた。もし法が、「法律に評価された（*qualifié par la loi*）事実」を意味するつもりであれば、法は、同一「重罪（crime）」、同一「軽罪（délit）」のため

というような、別の言葉を用いるであろう、と。さらにデュパン検事長は、重罪院裁判長の権限及び義務の範囲を検討したうえで次のように指摘する。

「裁判長の義務のひとつは、公訴事実の存在に関連するすべて、ないしその全体像を調査することである。なぜなら、陪審の答申はこの全体に関する筈のものであるのだから。仮りに弁論が付随的補充的設問を生じさせるなら、裁判長はあらゆる修正変更を施した事実に応じて設問を提出すべきである。したがって、裁判長が補充設問を提出しなかったことは大きな問題にはならない。裁判長は提出できた」のにそれをしなかったのである。陪審は、〝被告人は罪とならず〟と答申したが、これは「単に『故意 (volonté)』につき認定したものか、あるいは致死行為が存在しなかったと言いたかったのか、あるいは新生児の生育力がないために犯罪性をもたなかったのか？　これは誰も知ることができない」であろう。そうであるとすれば、「事実そのものを含む答申の後に、軽罪裁判所に係属させるためにこの事実を復活させることはいかにして可能であるか？」[5]と。

あたかも原審を擁護するかのような右の見解に対し、破棄院連合部は次のように判示した。

「仮りに、共和暦四年ブリュメール三日法典の下で、公訴事実について被告人の利益に言渡された無罪判決が、異なる関係から観察された同一事実についてまですべて後訴を妨げたとしても、それは、同法典が刑事裁判所裁判長に対し、公訴事実の諸事情 (circonstances) から生じうるすべての設問を陪審に付託すべき義務を課していたからである。重罪院裁判長にもはや同一義務を課していない現行法の下では、事情は異なる。今日、陪審員は起訴状の要旨及びそこに記載された法律上の罪名についてしか尋問されないのだから、被告人に利益な無罪判決も、重罪起訴状記載事実及びそれに付された罪名以上には拡張されることはない。以上のことから、故意の殺人に関する『罪とならず』の答申は、過失致死の罪責との関係では、致死行為の不存在や被告人の無実まで判断していない。〔原審は〕一事不再

理の法格言及び治罪法典三六〇条の適用を誤ったものである」[6]

右の、デュパン検事長の意見書と右判決の対立の中に、既判力論争のひとつの典型を見ることができる。ともかく、この判決により一八一二年ディフィス判決は連合部判決によって承認された。また、この判決によって、法的事実判例は「重要なステップ」を踏むことになる。[7]

【2】テヴニー夫人事件一八七五年七月七日破棄院連合部判決[8]

テヴニーは破産した商人であったが、債権者を害して資産の一部を横領した重罪（商法典五九一条）で、テヴニー夫人はこの重罪を準備し容易にした事実あるいは重罪を実行した事実に関し、情を知って夫である破産商人を援助した罪（刑法典六〇条〔共犯規定〕）で、ともに重罪院に移送された。重罪院は、彼ら二人に無罪を言渡した。その後、テヴニー夫人に対してのみ、同一事実について「三年くらい以前から、破産商人と共謀することなく、破産財産に属する手形を横領ないし隠匿したという商法典五九四条によって規定、処罰される軽罪を犯した」ものとして軽罪裁判所に起訴されたが、公訴不受理とされた。これに対して検察官控訴。その後の経過は次のようなものであった。

(a) ディジョン（Dijon）控訴院「自然的事実説」により公訴不受理（16 déc. 1874）

⇓

(b) 破棄院　「法的事実説」により(a)を破棄移送（12 févr. 1875）

⇓

(c) ブザンソン（Besançon）控訴院「自然的事実説」により再び公訴不受理（24 mars 1875）

⇓

(d) 破棄院連合部「法的事実説」により(c)を破棄 (7 juill. 1875)

(a)ディジョン控訴院の公訴不受理の理由は一事不再理原則違背というものであったが、(b)破棄院[9]は、次の理由で(a)を破棄する。

「この〔軽罪〕事実は、陪審に提出、評価された〔重罪〕事実と幾つかの点で異なる。横領の主体が同一ではなく、動機及び行為の目的もまた同一ではありえない。――実際、商法典五九一条、五九三条に規定される重罪は、横領が破産者自らの行為であったり、第三者によってその利益のために実行される場合にしか存在しないのに対し、同法典五九四条が適用される軽罪は、これらのいずれの条件にも依存せず、自分の利益のために行為したか他人の利益のために行為したかを問わず、同条にあげられた者の一人による横領の事実にもとづく〔のであるから〕……ディジョン控訴院が右起訴を不受理と宣言したのは、一事不再理原則及び治罪法典三六〇条の適用の誤りを冒したものである[10]」

このように言って、(b)破棄院は事件を隣県のブザンソン控訴院に移送した[11]。ところが、(c)ブザンソン控訴院判決は、「軽罪裁判所が判決することになった事実は、テヴニー夫人が重罪院に召喚され適法に無罪を言渡された事実と同一のものである。それゆえ、彼女に対して行なわれた訴追は受理されない[12]」として被告人を無罪放免した。この判決に対し、ブザンソン控訴院検事長が再び上告したが、この上告理由が治罪法典三六〇条適用の誤りという、(a)判決に対する上告理由と同一のものであるため、破棄院刑事部は一八七五年四月二九日、管轄違いを宣言したうえ事件を連合部に移送した[13]。

争点はもちろん、前訴（重罪）事実と後訴（軽罪）事実が治罪法典三六〇条の「同一事実」か否かという点にあるのだが、両罪の罪名ないし構成要件が極めて近似していることからみて、法的事実説に拠っても、両罪が同一の「法的事

実」かどうかが問題となりうる事案であった。破棄院裁判官マッセ（Massé）の報告書[14]が、移送後の連合部に提出されているが、同報告でマッセは、「確定した判例である」法的事実説を出発点としながら同一性の問題を吟味し、特に前訴と後訴の事実の相違点すなわち新要素[15]の有無を検討し、結論として次の三点を新要素として挙げる[16]。

① テヴニー夫人は、前訴では重罪の共犯として訴追されたが、後訴では軽罪の正犯として訴追された。

② 横領の軽罪の特徴的要素が、破産者とのいかなる共謀も存しないことにあるのに対し、共謀は重罪の方の共犯の必要的要素である。

③ 商法典五九一条に規定される重罪の共犯は、破産者の利益のために横領が犯されるのを前提とするが、同法典五九四条の軽罪は、この条件に少しも従うことなく、同条に示された者（配偶者、尊属、卑属など）が破産者と共謀せずに破産財産に属する資産を横領するのみで成立する。

同報告は、以上の①ないし③から、(c)判決を「二つの罪名の構成要素を見失ったもの」と非難する。

破棄院連合部一八七五年七月七日(d)判決は、このマッセ報告にほぼ従って、(c)判決の破棄を宣言した[17]。

「治罪法典三六〇条が、適法に無罪を言渡された者は、同一事実のために再び逮捕ないし訴追されることはない、と言う場合、それは刑罰法規との関係で考察される事実、すなわちこの事実を原因とみる重罪起訴（accusation）〔罪名〕ないし事実が構成しうる犯罪（infraction）としてのみ、理解されうる。したがって、同条は既判力原理の適用であるのだが、ここに既判力原理とは、前訴で対象とされたものに関してしか存せず、請求及び訴追の同一性のないところには決して存しえない」[18]

としたうえ、本件について重罪起訴の原因（cause）と軽罪起訴の原因を比較し、マッセ報告の①ないし③の相違点を列挙して「〔原判決は〕治罪法典三六〇条の適用を誤り、そのため同条を侵害したものである」と断じて原判決を破

棄した。

次に類型ごとに法的事実判例を見ていくことにする。

三　判例の諸類型

【ア】〈新生児殺無罪⇓過失致死起訴〉

この第一の類型については、既にセルティエ事件連合部判決（二【1】）で詳細にみてきたところであるが、その他にも比較的多くの判例がある。

「新生児殺の訴追に関して無罪を言渡された女性は、一事不再理原則を害することなく同一事実について過失致死の被告人として訴追されうる」とする、一八四五年に出された破棄院の三つの判決（三月六日[19]、五月二日[20]、七月五日[21]）、「新生児殺の重罪起訴に対する無罪は、同一幼児の身体に対する過失致死の訴追を排除しない」と判示した破棄院一八四八年四月一四日判決[22]、一八五〇年一二月二七日破棄院判決[23]などである。また、破棄院一八五五年八月三日判決[24]は、「アネット・ルグロ（Annette Legros）〔被告人〕の新生児殺の重罪起訴に対する無罪は、彼女の新生児（son enfant nouveau-né）に対する過失致死に関する後訴を排除しない。実際、自然的同一事実は異なった二つの罪名を生じさせうるのであり、本件のように自然的要素が同一でない場合、治罪法典三六〇条によって承認される一事不再理原則は、罪名についてのみ適用される[25]」と法的事実説の帰結を説く。

ただし、この帰結が下級審にまで十分行き渡っていたかについては、疑問がないではない。新生児殺類型でいうと、次の控訴院判決を指摘することができる[26]。

事案は、デボ（Debeau）夫婦に対する新生児殺及び予備的に子供隠蔽の罪（刑法典三四五条）につき重罪予審が行なわれ、前者についてのみ重罪院に移送されたが、重罪院で無罪を言渡されたというものである。検察官はこの無罪判決

後直ちに、被告人らを、軽罪裁判所に過失致死で移送（起訴）した。デボ夫婦は軽罪裁判所で二年間の拘禁刑を言渡された。これに対して、デボ夫婦は、この判決は一事不再理原則を侵害するものであると主張して控訴したが、一八二九年一月二日、リヨン（Riom）控訴院はこれを容れて次のように判示した。[27]

「……陪審の答申は、罪とならずという形式で、事実について、その確信ないし心証をすべて判断したと考えるべきである。（特に弁論が過失致死の設問を導いたかもしれない場合）この事実を変色させ、以後それに、軽率、怠慢等による過失致死の性格を付与することによって、新生児に対して犯された致死行為の事実そのものを、後に軽罪裁判所に付託するというような、検察官の留保権限は認めることができない。なぜなら、陪審の精神の寛容さを過度に予測して過失致死の設問の提示を控えるという困った考え方からすると、この権限は『両刃の剣』の理念を過度に招来してしまう。あるいはまた、被告人が永久に既判の状態でいなければいけないのに、陪審の〔被告人に〕有利な答申がもたらした不満が、人道的正義を被告人に及ぼすかわりに、被告人すなわち無罪の言渡を受けた者に新たな司法上の苦痛を与えることにもなってしまうであろう。[28]」

実質論、殊に被告人の「司法上の苦痛」を挙げながら一事不再理を論じ、法的事実説判例を批判している点は注目に値いする。このリヨン控訴院判決が、判例の大きな流れからみて異質なものであることは否めないが、それでも、自然的事実説が判例上このように、細々と命脈を保っていく事実は重要である。[29]

【イ】〈強制わいせつ無罪⇓公然わいせつ起訴〉

強姦あるいは強制わいせつの重罪について無罪を言渡された者を、公然わいせつの軽罪で再度起訴する場合である。[30]この類型も比較的多くの判例がある。

初期の判例には、公然わいせつではなく、「未成年者淫行勧誘」の軽罪で再起訴したものがある。

破棄院一八一六年一一月二二日判決[31]は、「五歳から六歳の児童に対する強姦」で重罪院無罪を言渡された被告人が、風俗紊乱（l'attentat aux mœurs）の軽罪（刑法典旧三三四条[32]〔未成年者淫行勧誘罪〕）で起訴、有罪とされた事件の上告審判決である。判決は「上告人〔被告人〕は、強姦の重罪について無罪とされた後に、風俗紊乱の軽罪で訴追され判決されているのだから、同一事実にもとづいて訴追され判決されたわけではない。したがって、この軽罪につき治罪法典三六〇条を侵害するような有罪が存するとはいえない[33]」と言って軽罪起訴の適法性を承認している。

破棄院一八三四年七月五日判決[34]も、同様の事案（ただ、強姦ではなく強制わいせつ）につき、「強制わいせつの事実について無罪を言渡された被告人を、未成年者淫行常習勧誘罪[35]（excitation habituelle à la débauche de la jeunesse）の軽罪で召換しても、一事不再理原則違反は生じない[36]」としている。

それが、破棄院一八五五年一一月三日連合部判決[37]以降、公然わいせつ罪に拠る再起訴が行なわれるようになる。この連合部判決に至る経緯は以下のようなものである。

第一回目の破棄院判決[38]（一八五五年二月二三日）は、「伝統的法的事実判例」に従って、マン（Mans）軽罪裁判所の自然的事実説に拠った判決（公然わいせつの後訴不受理）を破棄し、事件をアンジェ帝国法院（la Cour impériale d'Angers）に移送した。しかし同法院もマン軽罪裁判所と同じ結論を示した。理由は、「当法廷に提出された各証言は、明らかにフルマンタン（Fourmentin）〔被告人〕に帰せられた事実のすべて、あるいは各々が強姦の実行しか目的としていないことを証明する」のであるから、本件強姦未遂の各所為（actes）は重大な犯罪性を帯びており、「矛盾を生ぜず、また最も奇妙な自家撞着にも陥ることなしには、それら所為のうち最も犯罪性の高い部分を、突然軽罪の単なる一要素に変えることはできないであろう[39]」というものである。検察官から、「破棄院判例からすれば、既判力の抗弁を不受理の抗弁（fin de non-recevoir）として提出することはできない筈だ」として上告がなされた。前記連合部判決は、

右上告を容れて次のように判示した。

「……治罪法典三六〇条は、陪審に提出された事実及び陪審に評価されることが可能であった事実としてのみ理解することができる。したがって、〔先に〕言渡された重罪無罪は、罪名を付されて陪審に提出された〔法的〕事実の外に拡張されることはできない」[40]

本件では、陪審に強姦（主設問）と強制わいせつ（補充設問）しか提出されていないから、後の公然わいせつの軽罪の起訴までは既判力は及ばない――とされたのである。

一八六三年には、二つの破棄院判決が出されている。

ひとつは、破棄院一八六三年七月二三日判決[41]である。事案は「一八六二年一〇月五日の夕方、被告人はセクス（Saix）村にある家の入口に立っていた。道路に面したこの家のドアは開いており、まだ日は明るかった。被告人が少女マルティネル（Martinel）〔一一歳未満〕を前にしてズボンのボタンを外し、……最も不快でみだらな行為に熱中した」[42]というものであった。被告人は、「一一歳に満たない少女の身体に対する暴力によらないわいせつ罪」で重罪起訴されたが、一八六三年三月一〇日、オト・ガロンヌ（Haute-Garonne）重罪院は彼に無罪を言渡した。検察官は、三月二一日、同じ事実を公然わいせつ罪で起訴、被告人は一年の拘禁刑、一〇〇フランの罰金刑などを言渡された[43]。被告人は控訴したが受け容れられなかったので[44]、上告した。これに対して、破棄院は法的事実説に立って上告棄却するのだが、理由中で、未成年者わいせつ罪と公然わいせつ罪との自然的要素の違いを強調している。すなわち、――

「公然わいせつの軽罪は、一一歳未満の児童の身体に対する暴行によらないわいせつ罪の既遂ないし未遂を構成する要素とは異なった自然的要素から構成される。一方において、公然性の事情すなわち刑法典三三〇条に規定される軽罪を構成する諸要素のひとつは、同法典三三一条に規定される重罪〔未成年者わいせつ罪〕とは異なる。また他方

において、児童の身体に対する侵害すなわちこの重罪の諸要素のひとつは、前記軽罪の法律上の罪名には入ってこない。かくして、重罪院と軽罪裁判所においては、〔各〕『罪となるべき事実 (le fait incriminé)』は、同一罪名について生じたわけでも、同一事情が伴っていたわけでもない。陪審はこの事実に対し、公然わいせつの観点からは判決していないし、この点に関していかなる設問も提出されていない[45]」と。

再起訴が許される条件である「新たな要素」があることを言うために、両罪をていねいに比較検討していると言える。

一八六三年のもうひとつの破棄院（八月二八日）判決[46]は、この両罪の相違について、「公然わいせつにあっては、公然性は構成要素のひとつであるが、未成年者わいせつの重罪は、その基礎に、それ自体公然性とは別個の年若い児童の純真さに対する侵害である諸行為を有する[47]」と言って、未成年者わいせつ罪の重罪無罪は、後の公然わいせつによる軽罪起訴を妨げることはできない、とした。

破棄院一八七〇年二月一〇日判決[48]は、右と同様の事案に同様の結論を認めたものであるが、両罪の相違点として、強制わいせつは、「わいせつ行為の抑圧のみを目的」としているのに対し、公然わいせつの方は、「わいせつ行為のために、証人になった者、なる可能性のあった者たちに対して惹起された醜聞の回復をも意図」していると指摘する。

【ウ】〈偽造無罪⇓詐欺または背任起訴〉

この類型については、次の二つの破棄院判決を指摘することができる。

破棄院一八六四年六月三〇日判決[49]は、被告人が商業書類の偽造とその行使の重罪（刑法典旧一五〇条[50]）で起訴された後、「罪とならず」という陪審の答申にもとづいて無罪を言渡されたため、検察官が背任（同法典四〇八条[51]）の軽罪で起訴したというもので、次のような判断を示して被告人の上告を棄却した。

治罪法典三六〇条（一事不再理）適用の誤りが上告理由として主張されたが、同条は、「陪審が重罪起訴状の要旨

(résumé) 及びそれに記載されている事実の罪名に関してしか尋問されることがないのであるから、新たな訴追の対象事実が既に訴追された事実と共有的に (indivisément) 同一である限りでのみ適用されるべきである」とし、「商業書類 (écriture de commerce) の偽造 (faux) 及び同行使 (usage) の重罪起訴に対する罪とならずの答申」は、被告人の「背任 (abus de confiance)」や「横領 (détournement)」の不存在、不可罰まで判断しているわけではない、として軽罪の再起訴を適法とした。

破棄院一八六八年二月二八日判決[52]は、同じく商業帳簿 (livres de commerce) の偽造について無罪を言い渡された被告人が、横領の軽罪で再起訴された事案に関する。破棄院は、治罪法典三六〇条は、「罪となるべき事実が、第二の訴追において第一の訴追とは異なる罪名を付され、同時に、新たな罪名の要素が第一の訴追を構成する諸事情と幾つかの点で異なることが確かなときには適用されない[53]」として、手段たる「偽造」の目的である横領の軽罪起訴を認めた。

なお、本類型を「法的事実判例」の一群に加えることができるか、という点については問題がないわけではない。すなわち、既判力論争とは自然的事実が同一であることを前提として別の罪名による再訴が許されるかの問題であったが本類型の、偽造・行使・詐欺（背任または横領）の全体を一個の自然的行為というためには、後述する特別の理論[54]を必要とするからである。先にあげた二つの破棄院判決が一般に法的事実判例の中に位置づけられることは間違いない。しかし、自然的事実説が通説・判例となった今日でも、本類型だけはとり残され、自然的事実が異なるから再訴は許されると言われているのである[55]。

【エ】〈堕胎[56]無罪⇓母体に対する傷害致死起訴〉

破棄院一八五六年六月二七日判決[57]。

この事案は、被告人が二三歳の未婚女性に堕胎手術を施したところ、その女性が死亡してしまったというもので、死

因は――後の鑑定によれば――手術によって併発した子宮内の炎症であった。被告人は当初、堕胎の重罪〔当時〕で起訴されたが、陪審により無罪を言渡された（一八五六年二月七日）。検察官はその後、死亡した女性に対する過失致死（刑法典三一九条）で被告人を訴追したが、途中で傷害致死の重罪（同法典三〇九条）に変更された。破棄院は、「堕胎の重罪起訴に関する被告人に対して言渡された一八五六年二月七日の無罪判決は、女性の身体に故意に犯された重大な傷害の事実について、検察官の訴権を排除する効果を持たない」[58]のであり、たとえ右傷害が女性に死をもたらす意図がないようにみえるとしても、「この傷害が、重罪的意図すなわちこの女性の身体に堕胎の重罪を犯す意図を有している」[59]ものであることが認められるから、一事不再理の抗弁は援用することができない、と判示した。

破棄院一八六三年七月二日判決[60]は、法的事実判例として引用されることがあるが[61]、一事不再理が問題とされた事案ではない[62]。ただ、この事件の「同一事実」から、「懐妊中の女性の胎児との関係で事実が検討される限りでは、堕胎の罪名」、「懐妊中の女性自身との関係で事実が考察される限りでは故意の傷害致死の罪名」の異なった二つの罪名が生じうることを判示している[63]。

【オ】〈その他〉

以上、【ア】ないし【エ】の外で重要な類型として、〈故殺無罪⇒過失致死起訴〉の類型があるが、これについては、ディフィス判決（本節第一款）で詳細にとり上げたこと、【ア】類型と問題がほぼ共通していることから再説しない。なお、同一事実に関して、最初過失致死が認められ、後に故意の殺人で起訴できるかという問題もあるが、後述するところを参照されたい[64]。

その他、特別法の事案として、破棄院一八八九年一二月一二日判決[65]がある。判決は、収賄（corruption）の重罪につき無罪を言渡された公務員を、その後同一事実のために、税務局によって「甜菜の計量における不正行為（fraude）」

の罪で訴追しても治罪法典三六〇条に違反しないと判示している。

四　「新要素」による抑制理論

(1)　判例は、既に幾度か触れてきたように、法的事実説を原則としながら、それを制約する理論として、「新たな要素（éléments nouveaux）」を要求した。すなわち、再訴が許容されるためには、「新訴追が、前の裁判所で認定されていない、別の犯罪を構成するような新たな要素にもとづく」[66]ことが必要なのである。ただ、これを「厳格な条件」[67]であるというような楽観的な評価を下すことができるかどうかは、判例に即した検討を経た後になされるべき判断であろう。

そこでまず、この「制約」理論によって再起訴を許さなかった判例をとり上げる。

破棄院一八五三年二月二三日判決[68]は、毒殺（重罪）無罪を受けた被告人を、その後同一物質投与による故意の疾病惹起、就労不能惹起の軽罪（刑法典三〇一条、旧三一七条）[69]によって起訴することはできない、と判示した。また、破棄院一八七四年四月一七日判決[70]は、通関免税証偽造行使（重罪）無罪の被告人を、この証書の不可欠の一部をなす収税証紙（timbre de la Régie）の不法行使の軽罪起訴は許されないと判示している。

破棄院一八六三年八月二九日判決[71]は、ピストルを妻に向けて発射して負傷させた事件で、後訴（傷害）を「新要素」なしと言って不受理にしたものである。この被告人は、はじめ至近距離からピストルで妻を撃ったという謀殺（assassinat）未遂で起訴されたが、陪審の答申により無罪を言渡された。その後検察官は、被告人が至近距離からピストルで同様に撃つことにより「妻に対して予謀による故意の殴打及び傷害を犯した」として、被告人を今度は軽罪裁判所に起訴した。しかし、軽罪裁判所、控訴院とも治罪法典三六〇条を理由に公訴不受理。破棄院も「公訴事実が第二の訴訟において、第一の訴訟とは異なる罪名が付与されたときは、同条〔治罪法典三六〇条〕は適用されないとしても、しかし

それは、新たな罪名の要素が第一の訴追を構成する事情と異なる場合についてのみ言えることである」[72]との一般論を述べた後、本件控訴院判決は「単に傷害を負わせようとする意図は、死を生じさせようとする意図とは両立しえず、いかなる時点においても互換性がないことを認めた。同判決は、罪名にしろ重罪にしろ、いかなる新事情、変更事情も存在しないことも、認定した。したがって、同判決が、検察官の公訴権は消滅した……と判示したのは、右三六〇条の適用を誤ったのでは決してなく、同条の健全な解釈をしたのである」[73]と判示して原審を維持している。

また、重罪ではないが特別法に関するものとして、破棄院一九〇三年五月二三日判決[74]がある。これは、被告人が当初「職務遂行中の電車車掌に故意に暴力を振った罪」で、一九〇一年一一月二日、セーヌ軽罪裁判所で有罪判決（八日間の拘禁、五〇フランの罰金、三〇〇フランの損害賠償）[75]を言渡されたが、その後、他の共犯者とともに同月一八日、今度は電車規律違反で訴追され、同じ裁判所から罰金の有罪判決を受けた、というものである。この最後の有罪判決に対し、検事長から上告がなされた。破棄院は、「一一月一八日判決は、既に一一月二日のポール・ギニュワ（Paul Guignois）〔被告人〕に対する有罪判決の理由となっていた事実について、彼に有罪を言渡した点で」「一事不再理原則を侵害している」[76]と判示して原判決を破棄している。

(2) しかし、判例全体の傾向をみると、新要素を容易に認めて再訴を許すのが主流といえよう。先に類型化した各法的事実判決にしても、前提として「新たな要素」の有無をいちおう吟味したうえこれを肯定しているものも少なくない。たとえば、【ウ】の破棄院一八六八年二月二八日判決[77]では、被告人の上告理由の「現在訴追を受けている軽罪〔横領〕は、重罪〔偽造〕のひとつの実質的事情であってこれと切り離すことができない、〔したがって〕重罪とともに消滅し、もはや恣意的罪名によって無罪判決が奪った法的存在を回復することはできない筈だ」[78]という主張に対し、次のように応えた。「偽造と横領との別個存在性は、一般原理として完全に理解されているだけでなく、この区別は、本件固有の事

情の下では偽造が横領を隠蔽し、その成功を確保する手段にすぎないと述べる原判決の事実認定によって、説明あるいは正当化される[79]」と。偽造と横領のような手段・目的の関係にある両罪を架橋する特別の規定（たとえば、わが国「牽連犯」規定）を持たない法制にあっては、右の解決にもいちおうの合理性が認められる。しかし、「新要素」を肯定した次の判例はどうだろうか。

破棄院一八七五年八月一四日判決[80]は、前訴後訴とも違警罪に関する。被告人ペアン（Payan）はカフェの主人であるが、「一八七四年一一月二五日、自己のカフェで秘密裡にいわゆるビリヤード遊戯をなし、よって刑法典〔旧〕四七五条四号[81]に規定、処罰される違警罪を犯した」として違警罪裁判所に訴追されたが、一八七四年一二月三一日、無罪を言渡された。他方、被告人は、右判決の一月ほど前の一一月二五日、市の一八四〇年四月九日地方令（arrêté）違反で同じ違警罪裁判所に召喚されていた。この地方令によると、カフェ、キャバレその他公共の場所においては、事前の許可のないすべての賭博ないし技量による遊戯は禁じられていた。地方令違反の第二の起訴を受けた違警罪裁判所は、自然的事実が同一のときは既判力の抗弁が認められると判示して、被告人を放免した。この点について上告を受けた破棄院は、「しかし、自然的事実が同一であっても、新たな訴追の法的要素が、第一の訴追を構成する法的要素と本質的に異なっている。実際、第一の訴訟ではペアンが賭博を主宰しなかったことしか判断されておらず、彼が自分の施設内で、一八四〇年四月九日地方令の禁止条項を無視して、何らかの賭博をさせなかったとまでは言っていない[82]」として、第二の訴追を許している。この場合、いずれにしろ職業裁判官がすべて判決するのだから「陪審の寛容さ」の問題は生じない。結局、処罰の確保という法的事実説の標榜する価値が前面に出た結果といえよう[83]。

(3)　いずれにせよ、「新要素」による再訴の抑制が極めて不十分であったこと、しかし一定限度の抑制効果は不十分なりに果たしていたことは否定できないところである。

最後に、処罰の確保の要請がインドシナ植民地（当時）の「治安維持」という形で、強硬に訴追側から主張されたのに対し、破棄院が新要素理論によってそれを諫めた興味深い事件を挙げておく。

破棄院一九一〇年三月三日判決。[84]

事案は、当時のフランス植民地であったベトナムのハノイで起った次のような事件に端を発するものである。ハノイの新聞「le Pilori」の一九〇九年一〇月一六日号が、一枚の絵（dessin）を掲載した。その絵は、『フランス共和国』が世界地図の上でトンキン（Tonkin）を捜しているが、その『フランス共和国』の両眼を、インドシナ総督と覚しき男がその後へに回って眼隠しして妨げている、というものであった。この戯画（caricature）の作者バル（Barrou）は、第一の訴因（chef）として、一八八一年七月二九日法（「出版の自由法」）二八条の「善良の風俗侵害」の罪、第二の訴因として、一八九八年一二月三〇日デクレ（政令）六条の「フランス当局の威信の侵害」の罪により、軽罪起訴された。ハノイ軽罪裁判所は、この二つの訴因に対し次のように判示した。

第一の訴因に関しては、この絵がたとえ粗雑かつ下品なものであったとしても、被告人が公衆にみだらな嫌悪の情を惹起することを欲していたとは考えられず、彼の諷刺画作成が、安南〔中部ベトナム〕の人々の眼からみてフランス市民として恥ずべき仕事であったとしても、「当該の絵が、わいせつ（obscénite）の法的要素を含むものとみなされることはできない。したがって、刑事処罰を受けることもありえない」[85]と判示して無罪。

第二の訴因に関しては、被告人が「インドシナ総督を滑稽化し、けなそうとすることによって」、ひいてはフランスへの道徳的尊敬の念を害する意図のあることは明白であり、形式的には前記デクレ六条に該る。しかし同デクレは「一八八一年の出版法の認めた人身の自由に対する制限をもたらすもの」[86]であって不適法であるから本件に適用できない、として被告人を無罪放免した。

検察官は、第二の訴因についてのみハノイ控訴院に控訴したため、第一の訴因については確定した。控訴院における争点は、確定した第一の訴因事実に関する既判力が第二の訴因事実に及ぶか、つまり両事実は同一か、というものであった。[87] 一九〇九年一一月二三日、控訴院は次のように判示している。まず、治罪法典三六〇条の一事不再理原則が適用されるためには、「新たな罪名の自然的、構成的要素が異なるという必須の（*sine qua non*）条件」が必要であるが、本件においては「バルの絵が本件で訴追された、インドシナにおけるフランス当局に由来する尊敬への侵害という罪名にもかかわらず、この絵〔自体〕は、本年一〇月二八日、善良の風俗侵害の罪名によってハノイ軽罪裁判所の認定に委ねられた絵とまったく同一である。したがって、本件の絵がその客体とされる二つの自然的要素は、両者の間で同一（identiques）であり、その構成要素においても同様である」[88]と認め、「本案に関する後見的抗弁」である既判力の抗弁を承認したうえで「公訴権は消滅したと宣言されるべきである」と判示した。

これに対して、ハノイ控訴院付検察官からフランス本国の破棄院に上告がなされたが、破棄院は以下のように判示して原判決を維持したのである。

「第二の訴因についてのみ検察官から控訴がなされた一審の判決は、一方において、善良の風俗の軽罪に関して既判力を有し、他方において、右軽罪がこの絵の有するわいせつ性――認定はされなかったが――によって構成されるという限りにおいて、前記デクレに規定された同一軽罪〔フランス当局の威信侵害罪〕に関して既判力を有する。かくして、総督に対する権限を与えている共和国を誤らせようとしているという非難は、これだけが残ったのだが、公務員に対する個人攻撃しか構成しえず、そこにフランス当局自体に対する侵害をみることはできない」[89]（棄却）

（一九八三・九・一四稿）　（未完）

(1) 山口・前掲書三四七頁参照。
(2) Ch. réun., 25 nov. 1841, S. 1842. 1. 93, note Dupin.
(3) 刑法典三〇〇条、三〇二条（法務資料四三一号『フランス刑法典』（森下忠訳）参照。以下同じ）。ただし、当時の旧三〇二条によると、新生児殺の法定刑は「死刑」とされていた。
(4) 彼の意見書は、すぐれた自然的事実説の議論として、後々まで引照されている。
(5) 註（2）（S. 1842. 1. 93.）。
(6) ibid.
(7) DANAN (L.), op. cit., p. 82.
(8) Ch. réun. 7 juill. 1875, D. 1876. 1. 47.
(9) Ch. crim., 12 févr. 1875, D. 1875. 1. 331.
(10) D. 1875. 1. 332. この破棄院判決が二つの事実の相違を強調するのは、後に述べるように、再訴に「新要素」が必要とされているからである。
(11) 破棄されると事件は原則として同種同級の別の裁判所に移送される（山口・前掲書三五八頁）。同じ裁判所に移送しないのは、裁判官の自由心証の尊重のためと言われている。
(12) D. 1876. 1. 47.
(13) 山口・前掲書三五七頁参照。
(14) D. 1876. 1. 47. に全文掲載されている。
(15) 本款四参照。
(16) 註（14）。
(17) D. 1876. 1. 47.
(18) D. 1876. 1. 48.
(19) D. 1845. 4. 84.
(20) ibid.

(21) ibid.
(22) D. 1851. 5. 82.
(23) ibid.
(24) D. 1856. 1. 82.
(25) ibid.
(26) このリヨン控訴院判決は、ナジャリャンによれば、「孤立的」判例である（NAJARIAN (K.), op. cit., p. 139.）。
(27) Riom, 2 janv. 1829, S. 1828-1830 II. 184.
(28) ibid.
(29) 前記テヴニー事件の二つの控訴審判決など、自然的事実判例がないわけではない。
(30) 現行の強姦罪、強制わいせつ罪は、刑法典三三二条、公然わいせつ罪は三三〇条にそれぞれ規定されている。以下の判例当時の旧規定によると、公然わいせつ罪の方は罰金額以外現行法と同じだが、強姦、強制わいせつ罪は三三一条に一括して規定され、法定刑は懲役刑（五年以上一〇年以下——二一条二項）とされていた。
(31) S. 1815-1818. 5 vol., p. 251.
(32) 「（旧三三四条一項）　二〇歳未満の男女を常習的に淫行に誘惑、勧誘、または助長した者は、六月以上二年以下の拘禁及び五〇フラン以上五〇〇フラン以下の罰金刑に処する」。現行法には同旨規定は——少なくとも刑法上は——見当らない。
(33) S. 1815-1818. 5 vol., p. 252.
(34) S. 1834. 1. 844.
(35) 註（32）参照。
(36) S. 1834. 1. 845.
(37) D. 1855. 1. 441; S. 1856. 1. 82.
(38) S. 1855. 1. 315.
(39) S. 1856. 1. 83.
(40) S. 1856. 1. 86.

(41) S. 1864. 1. 198.

(42) 註(41)判決文に拠る。原審の認定した事実である。

(43) その他、私訴の関係で二〇〇〇フランの損害賠償も認められているが、ここでの関心事からは外れる。

(44) トゥールーズ帝国控訴院一八六三年五月二八日判決(註(41))。

(45) S. 1864. 1. 199.

(46) S. 1864. 1. 198. (註(41)と同頁であるが、別事件である。)

(47) S. 1864. 1. 197.

(48) S. 1871. 1. 264.

(49) D. 1866. 1. 362.

(50) 同条は、一九五八年に、特に法定刑について改正された。それまでは、五年以上一〇年以下の懲役(罰金刑なし)という、かなり重い刑が定められていた。

(51) 同条も一九三五年に改正されているが、要件、法定刑(但し、罰金刑を除く)についても大きな変化はみられない。

(52) D. 1868. 1. 506.

(53) ibid. この、「新たな罪名の要素」とは、後述の「新要素」のことであろう。

(54) 第三章第二節第二款参照。

(55) MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit, n° 1552, p. 878; STEFANI (G.) et LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), op. cit, n° 695, p. 745. 現行刑訴法典三六八条の下で、偽造と背任との間に自然的事実の同一性がないとした破棄院判例として、Ch. crim, 27 avril 1963, Bull. crim., n° 154.

(56) 堕胎(avortement)の罪は、一九二三年までは懲役刑の科せられる重罪であったが(旧三一七条)、一九二三年三月二七日法律により、現行法と同じ拘禁刑(emprisonnement)が科せられる軽罪(新三一七条)に改正された。以下の判例は、重罪時代のものである。

(57) D. 1856. 1. 368.

(58) D. 1856. 1. 369.

(59) ibid.
(60) D. 1863. 1. 481.
(61) 「テヴニー事件」(本款二) の破棄院連合部に提出されたマッセ報告では、同判決を法的事実判例に分類している。
(62) 事案は、被告人がある婦女に堕胎を施したところが、その婦女も死亡してしまったという事件で、重罪公訴部は堕胎罪についてのみ重罪院に移送したというものである。検察官は、被告人が同時に同婦女に対する予謀による傷害致死（刑法典三〇九条、三一〇条）罪を犯しているのにこれを移送しないのは違法だと主張して争った。破棄院はこれに答えて、本文にあるように「同一事実」が異なった観点から観察することにより二つの罪名を生じさせうることを確認したうえで、本件では被告人に「傷害致死」の故意があったとは認められず、また死亡原因も堕胎行為に因るものでない（子宮内で胎児が腐乱していたため、と原判決は認定した）ことから、堕胎罪のみの移送は適法である、とした。
事案の解決に既判力論争の論点が必要であったかどうかも疑問であるが、本判決のように、法的事実説的な説明をした方が分り易い、とは言える。
(63) D. 1863. 1. 482.
(64) 後述チボー事件判決（本章第三節第一款）参照。
(65) D. 1890. 1. 401.
(66) VILLEY (E.), *Précis d'un cours de droit criminel*, 5e éd., 1891, p. 424.
(67) ibid.
(68) D. 1854. 1. 136.
(69) 現行法典三一八条。
(70) D. 1874. 1. 399.
(71) S. 1864. 1. 198.
(72) S. 1864. 1. 199.
(73) ibid.
(74) S. 1906. 1. 527.

(75) 私訴が同時に提起されていたためである（治罪法典六三条以下。現行刑訴法典八五条以下も同旨）。

(76) 註（74）。しかし本判決が再訴を認めなかったのは、前訴が「有罪」であったことも影響しているかもしれない（本節第三款のガローの所説参照）。

(77) 註（52）。

(78) ibid.

(79) ibid.

(80) S. 1877. 1. 41.

(81) 刑法典旧四七五条四号は今日廃止されているが、事案の理解のために、左に訳出しておく。

「（四七五条） 次の者は、六フラン以上一〇フラン以下の罰金に処す。

……

第五号 街路、道路、公共の場所で、富くじその他の賭博を開設または経営した者」

(82) S. 1877. 1. 42.

(83) さらに言うと、一部の自然的事実説論者の指摘するように、新要素による再訴があたかも不利益再審の機能を果たしているとさえ言える。もし、フランスに西ドイツのような不利益再審制度という「処罰の確保」装置があれば、法的事実（説）による幅広い再訴を認める実務の運用が同じように生じたであろうか。

(84) S. 1914. 1. 337.

(85) S. 1914. 1. 340.

(86) ibid. なお、同デクレの適法性を判示するにあたって、公法理論を詳細に展開している。

(87) 一部確定力（Teilrechtskraft）のような議論とは異なるようである。

(88) S. 1914. 1. 341.

(89) S. 1914. 1. 342. 文言上やや明確さを欠くが、結局原審判決を全面的に認容したもののようである。

Vol. 34 No. 3-4(1984)

De l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel (1)

Yuji SHIRATORI*

Introduction
TITRE PREMIER La notion de *l'autorité de la chose jugée* en France
CHAPITRE PREMIER Les deux aspects de la notion de l'autorité de la chose jugée
SECTION I. Les deux points de vue
SECTION II. Disposition fondée sur l'ordre social
SECTION III. Disposition protectrice de la liberté individuelle
CHAPITRE II. Fondement de l'autorité de la chose jugée
SECTION I. L'épuisement de l'action publique
SECTION II. L'application des articles de Code civil
CHAPITRE III. L'établissement de la notion de l'autorité de la chose jugée (Prélude de la controverse à propos de l'autorité de la chose jugée)
SECTION I. La Révolution et les lois de l'époque intermédiaire
SECTION II. L'article (ancien) 360 du CIC
TITRE II. L'autorité objective de la chose jugée (1) (La controverse à ce propos)
CHAPITRE PREMIER L'époque de la théorie du *fait juridique*
SECTION I. Revirement de la jurisprudence en 1812
SECTION II. L'évolution jurisprudencielle de la théorie du *fait juridique*

(à suivre)

* * * *

Cette thèse a l'intention de reconstituer la théorie de la règle de *non bis in idem*, et particulièrement de l'autorité objective de la chose jugée au criminel sur le criminel, par comparaison à celle de France.

*Etudiant en cours de doctorat, Université de Hokkaido, Institut de Droit

Au Japon d'après guerre, jusqu'ici, la discussion sur le fait d'accusation (*kôso-jijitsu*) en matière de procédure pénal avait lieu principalement quant à la limite de disqualification du juge au cours de débat, plus qu'à l'autorité de la chose jugée. C'est ainsi que la majorité des auteurs entendent le fait d'accusation d'une façon plus fonctionnelle et de pure forme. Mais je voudrais le prendre comme le fait matériel dans cette thèse.

Ensuite, il y a encore deux problèmes à propos du fait d'accusation en droit pénal japonais. En premier lieu, c'est la distinction entre le même fait (*kôso-jijitsu no dôitsusei*) et le fait unique d'accusation (*kôso-jijitsu no tan,itsusei*), avec lequel on doit mettre unité ou pluralité d'infractions. En second lieu, il s'agit de la relation entre le fait d'accusation et le chef d'accusation (*so-in*).

Or, pour résoudre ces problèmes, j'étudierai tout d'abord la notion de la chose jugée (ou la règle de *non bis in idem*) en droit français (Introduction).

En France, la majorité des auteurs invoquent la règle de *non bis in idem* comme l'expression de l'autorité de la chose jugée. Donc, tous les deux (*non bis in idem*, chose jugée) sont presque identiques. Une décision répressive empêche de remettre en question au pénal ce qui a été déjà jugé de façon definitive, en vertu de l'adage *non bis in idem*, parce qu'elle éteint par la chose jugée le droit de poursuite (ou l'action publique).

Pourtant, cette autorité des décisions répressives, malgré l'admission de principe de l'autorité de la chose jugée, fut très fragile dans l'Ancien Régime. Car les juges prononçaient fréquemment un arrêt de " plus amplement informé " qui réservait la possibilité de reprendre la procédure en cas d'insuffisance de preuve pendant cette periode. Donc, il est naturel que les lois de la Révolution (droit intermédiaire) protestèrent contre cette possibilité d'une remise en cause éventuelle des erreurs favolables à l'accusé. La règle que " tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris, ni accusé à raison du même fait " fut inscrite dans la Constitution de 1791, puis dans le Code du 3 Brumaire an IV. Pendant cette période, le même fait fut interprété comme le fait matériel, attendu que les juges eurent le devoir de modifier la qualification invoquée dans la poursuite (Tit. I.).

Pourtant, sous CIC de 1808, la Cour de cassation entendit l'expression ce " même fait " au sens de " même fait juridique " pendant longtemps après l'affaire *Diffis*, le revirement de la jurisprudence en 1812. Alors, seule la qualification (même fait juridique) envisagée par le jugement eut l'autorité de la chose jugée (Tit. II., Chap. I., Sec. I., II.).

(à suivre)