



Title	一事不再理の客観的効力（ 2 ）
Author(s)	白取, 祐司
Citation	北大法学論集, 34(5), 1-87
Issue Date	1984-03-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16445
Type	bulletin (article)
File Information	34(5)_p1-87.pdf



[Instructions for use](#)

一事不再理の客観的効力(二)

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(以上三四卷三・四号)

第三款 法的事実学説

第二節 自然的事実説の反撃

第一款 立法化の失敗(バラン提案)

第二款 学説Ⅱ自然的事実説(一)

第三款 一九四一年一月二五日法律

第四款 自然的事実説(一)——立法の影響

第五款 総括的判例批判——コンバルデュの所説

第三節 シュヴァロ判決(一九五六年)

第一款 原審

第二款 シュヴァロ破棄院判決

第四節 立法的解決と残された問題

第一款 新刑訴法典三六八条

第二款 前訴が軽罪・違警罪の場合の後訴

小 括(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

第三款 法的事実学説

一 陪審の寛容を避け、有罪ないし処罰を確保するために判例によって採用された「法的事実説」の意義、内容は、本章第一款、第二款にあげた判例によって十分語られたことと思われる。そこで本款では、この判例を理論的側面から支えてきた学説の各所説については、以下、簡潔に述べるに止どめたい。

二 一八〇八年治罪法典施行の当初、判例変更を促し、さらに(法的事実)判例を確固たるものにすることに強い影響を与えたのは、メルラン及びビルグラウラン(J. M. Legraverend)の学説であると言われている。¹⁾メルランの所説につ

いては、既に本節第一款でディフィス事件の検察官の主張として詳しく採り上げておいたので、ここではルグラヴランの精緻な概説書(註2)の中から、彼の主張するところを見ていくことにしよう。

彼は、治罪法典三六〇条の「同一事実のために」の解釈として、次のように言う。

「同条に与えらる唯一の意味は、重罪で訴追された者は、同一重罪起訴 (la même accusation) のために再び逮捕されることはない、というものである。治罪法典は、重罪起訴を生じさせたところの自然的行為ではなく、重罪起訴そのもの、つまり法的に評価された重罪を『事実』と称している。このことは、同法典の各法条〔原註・治罪法典三三七、三三八、三四四、三四五及び三五一条参照〕を総合した帰結でもあろう。そして、再訴を禁止するのに同法典が用いた『事実』の語に別の意味を与えることは、問題にすらなっていない事象に既判力を与えることになつてしま(註3)う」。

従来の、中間法期の自然的事実判例によれば、尊属殺 (parricide) で陪審無罪を得た者は、その後事実を自白した場合ですら、その父親に対する殴打で訴追されることも不可能なわけで、それに比べると、法的事実説の方が「より健全で、より正義及び司法の利益に合致する」、というのがルグラヴランの立場である(註4)。ここに「正義」が強調されている点は、注意されてよい。

三 次に、一九世紀半ばの代表的法的事実学説として、トレビュシアン(註5)の説をあげる。彼もまた、既判力成立の第二の要件である「原因 (cause) の同一」(民法典一三五一條) を、証拠方法 (moyens) によって支えられ基礎づけられるところの法的事実 (le fait juridique) と理解する。トレビュシアンによれば、「陪審の宣告は、『重罪起訴〔罪名 (accusation)〕を排除するが、『事実自体 (le fait lui-même)〕を排除しない。したがって、『法的に評価されてきた事実 (fait tel qu'il a été qualifié)〕についてしか既判力は存せず、新たな罪名の下で事実が提出されたときは既判力は存し

論
ない」と。

しかし、この見解には強い異論のあるところであるから、なお検討の必要がある——とトレビューシアンは言う。まず、一般論として、重罪あるいは軽罪、たとえば殺人あるいは過失致死、強姦あるいは公然わいせつを構成しうるような事実と直面した場合、法、哲学的には、(en droit philosophique)「この事実を判決するための手続 (marche à suivre)」に関して異なった二つのシステムを観念できる。ただ、この二つのシステムともに等しく、「理性 (la raison)」、道義 (la morale)、社会の利益 (intérêt social) が、いかなる場合にも不処罰の利益を有罪者に獲得させないことを要求する」ものである。

第一のシステムは、共和暦四年ブリュメール三日法典が実施していたもので、「あらゆる側面から事実を検討し、考察されるべき正しい側面を選び出す」ことを裁判官に要求する英国法流のシステムである。「このシステムにおいては、その論理的帰結として、罪責のすべての原因が検討され、あるいは検討されるべきであったのだから、一個の訴追が一度にこのすべての原因を排除する効果をもつ」ことになる。

これに対して、第二のシステムは、「事実の異なった側面を反復して検討し、裁判官には一度に一個の観点からしか事実を付託することをしない」という方法をとる。これによって「有罪者の不処罰を避けることを達成するが、これが立法者の窮極の目的であるべきもの」である。

一八〇八年治罪法典がいずれのシステムを採用しているかについては、「——ジャーナリスト (les publicistes) は色々議論するかもしれないが——、法律を適用することに限られるべき法律家 (le juriconsulte) については、フランスの立法が第二のシステムを採用したことは疑うべくもない」と解する。治罪法典の「立法者の要求するところによれば、陪審には重罪起訴状から生じた設問しか提出されず、そして陪審には新たな設問が提出される可能性もなく、そ

の答申を説明することさえできずに、『然り (oui)』及び『否 (non)』によって設問に答えることが義務づけられているだけ⁽¹⁶⁾である。したがって、このシステムの帰結として、判例も認めるように、陪審の答申は「法的に評価された事実」⁽¹⁷⁾についてしか既判力を有せず、「一般的、自然的、事実 (fait matériel d'une manière générale)」にまで既判力は及ばない、ということになる。

四 トレビュシアン⁽¹⁸⁾の法的事実説は、特に有罪無罪を区別せずに論じているが、今世紀に入ってから、二重処罰の弊を自覚しはじめたためか、法的事実説の適用を、陪審の無罪答申に制限しようとする議論が起ってきた。

トレビュシアンと同じカン大学教授ドゥグワ (Dugou) は、「公訴権は、消滅効を生じさせうる判決⁽¹⁹⁾によってどのよう

に消滅するか」という命題に対し、免訴の裁判・判決裁判所の判決と重罪院裁判長の無罪の宣告の二つを区別する。そして、前者については、この場合「裁判所は、付託された自然的事実 (le fait matériel) が刑罰法規の適用によって有しうるすべての関係を検討した」のだから、「既判力にもとづく尊厳は、いかなる形にしる、被告人に対しこの事実に関して訴追を反復することに反対する」という⁽¹⁷⁾。この限りで自然的事実説を採用したといえる。ところが、後者、すなわち重罪院無罪判決の場合は一転して法的事実説に戻るのである。その場合の彼の論拠は、イニシアティヴを持ちえない陪審の受動性である。すなわち、「陪審は提出された設問に対してしか答申することができない⁽¹⁸⁾」から、たとえば被告人が致死行為 (homicide) のうち故殺の罪名について無罪とされても、それは傷害致死や過失致死の罪名についてまで無罪とされたとは解されないのである。陪審はあくまで「検討に付された罪名に対してしか判決できない。他の罪名には既判力はない。したがって、それらの罪名については新たな訴追、新たな判決の対象とすることが可能である⁽¹⁹⁾」。

五 時代は少し前後するが、マンガン (Mangin)、ルセリエ (Le Salyer) も、一九世紀後半の法的事実説の論者として重要である。

マンガンは、ブリュメール法典と治罪法典を対比したうえで、現行（当時）の立法及び破棄院の法的事実判例の確立した現状では、陪審の宣告あるいは判決〔複数〕がすべての犯罪（罪名）を排除してしまえばその事実については別の罪名を付してむし返すことはできなくなるが、しかし、「逆に陪審あるいは裁判長が、被告人の犯した事実が構成しうる犯罪のうちひとつについてしか判決しなかった場合で、この軽罪ないし重罪が現実に判決された唯一のものであることが明らかなる場合、この事実が生じさせることのできた別の重罪ないし軽罪を訴追する公訴権は少しも消滅せず、一事不再理原則もこのことを否定することはできない」と解さざるをえない、と言う。やや限定的なニュアンスが窺えるように思われる。

ルセリエは、先に挙げておいたルグラヴランの所説を引用しつつ、これに対するドゥヴィルヌヴ (L. M. Devilleneuve) のあげる二つの批判⁽²¹⁾ すなわち①法的事実説では被告人が陪審で無罪とされた意義が骨ぬぎになってしまうこと、②既判力は尊重されるべきこと、の二点に対する再反論をまず提示する。⁽²²⁾ ①に対しては、このように言うだけでは未だルグラヴラン言うところの「同一事実」を排斥するに十分とはいえないし、実際問題として、「刑事無罪判決の言渡の対象となった事実が、別の関係から考察されてもおよそ軽罪起訴の対象とはなりえないということは、しばしば起ることなのだ」⁽²³⁾。つまり、実際の不都合な例は殆んど生じないというのである。②の批判に対しては、「弁論で検討された事実についてしか既判力は生じない」のだから、そもそも既判力の侵害なるものは起りえない。⁽²⁴⁾ ——これらがルセリエの反論である。

ルセリエはさらに、ブリュメール法典との条文比較をしながら法的事実説を補強したうえで、『故殺で無罪とされた被告人を、過失致死で再起訴できるか』という既判力論争の著名な命題に対し、肯定の解答を提出する。⁽²⁵⁾ 彼は、この点につき、カルノ (Carnot) の否定説を採り上げ、逐一反駁しているのだが、これについては後にカルノの所説とともに

再説することにした⁽²⁷⁾。

六 ルーは、前訴裁判所が軽罪裁判所・違警罪裁判所であるときは自然的事実説を採るのであるが、それが重罪院の場合には、「たとえ新要素が付加されなくても、新たな嫌疑が第一の嫌疑より重いか軽いかを区別することなく、自然的同一事実に異なる罪名を付すことで、再訴は行使されうる⁽²⁸⁾」と言う。重罪院に関しては法的事実説を徹底させ、判例のいう「新要素」すら再訴に不要と言うのである。その論拠は、陪審が軽罪（違警罪）裁判官のような事実調査権限を保持していないこと、陪審の答申が提出された設問に厳格に制限されていることなどで、特に独自の理論展開をしているわけではない。

なお、自然的事実説の有力な論拠がブリュメール法典等の中間法なのだが（次節参照）、ルーは、「〔自然的事実説が〕援用する中間法に関する歴史的先例は、通常考えられているほど明瞭なものではないことにも眼を向ける必要がある。論者らは主に起訴陪審を持ち出すが、ここでの問題は判決陪審なのである⁽²⁹⁾」という批判を加えている。

七 ガロー (Garrow) も、軽罪裁判所・違警罪裁判所に関しては自然的事実説を採りながら、重罪院無罪⁽³¹⁾についてのみ、法的事実説に依る⁽³²⁾。ただ、ここでガローが重罪院の有罪、不⁽³³⁾論罪 (absolution) の場合になぜ自然的事実説を採るのかを論じているところは、注目に値する。すなわち、この場合の自然的事実説採用の第一の理由は、「陪審が被告人を有罪と宣告した場合、事実がどれだけ⁽³⁴⁾の法律に規定されているかを検討するのは、実際、刑の適用につき判決する重罪院の義務である（治罪法典三六三条三五六条参照⁽³⁵⁾）」から「被告人が有罪、不⁽³⁶⁾論罪とされる理由となった同一事実は、別の罪名によって再度問題とされえない⁽³⁷⁾」ことは明らかであるというものであり、第二の理由は、正面から一事不再理を持ち出してくるもので、「重罪院における有罪なし⁽³⁸⁾不⁽³⁹⁾論罪の後の、最初の罪名とは異なる罪名による再訴の可能性は、一事不再理原理の必然的結果として不可避⁽⁴⁰⁾」であり、「自然的同一事実に⁽⁴¹⁾ついて、たとえこの事実に付され

うる法律上の罪名の相違があるにしろ、個人が二度処罰されたり有罪を宣告されたりできないことは司法の基本原則である⁽⁸⁾というものである。

右に論じられたところは、——特に第二の理由は——正しく自然的事実説の論証である。ガローが「有罪」の場合にこれだけの理由をあげるのであれば、「無罪」の場合になぜ自然的事実説を採ってはいけないのかが問われなければならない⁽⁹⁾。ところがガローは、《無罪→法的事実説》の根拠として、ブリュメール法典との比較つまり陪審システムの差異を二点あげるに止どまり⁽¹⁰⁾、右の疑問に十分答えているとは言いがたい。結局、彼の議論は、法的事実説と一事不再理原則との不調和法的事実説の破綻を暗示するものと評価できる⁽¹¹⁾。

次に、次節では、自然的事実説の側からの各レベルにおける反撃の過程を跡付けることにする。

- (1) MANGIN (M.), *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 3^e éd., t. 2, 1876, p. 243.
- (2) LEGRAVEREND (J. M.), *Traité de la législation criminelle en France*, 2^e éd., 2 tomes, 1823.
- (3) *ibid.*, t. 1, p. 446.
- (4) *ibid.*, p. 447-448. ここで「正義」「司法の利益」は登場するが、被告人の利益について顧慮されていない点は、注意を要する。
- (5) なせ民法典を準用するかについては、本稿第一章第二節第二款参照。
- (6) TREBUTIEN (E.), *op. cit.*, t. II, p. 643 et s.
- (7) *ibid.*, p. 644.
- (8) *ibid.*, p. 644-645.
- (9) *ibid.*, p. 645. かように、「不処罰」の利益を与えないと主張するところに、法的事実説の特質がある。私が、本稿で、法的事実説など一事不再理の客観的効力を狭めようとする見解を、「処罰の確保」のための理論であると再三指摘するのはこのことである。
- (10) *ibid.*
- (11) *ibid.*

一事不再理の客観的効力 (2)

- (12) *ibid.*
- (13) 特に「裁判官」を指す。中間法時代の司法改革以降、裁判所の任務は専ら法律を適用することに限られると解されていたのである(山口・前掲書五六―五七頁)。
こうしてみると、法的事実説のもうひとつの背景として、裁判官(及び陪審)不信ないし消極的裁判官像(観)が存在することを知らないとではある。
- (14) TREBUTIEN (E.), *op. cit.*
- (15) *ibid.*, p. 645-646.
- (16) 「消滅効を生じかねたる判決」は、訴訟を終結せざる判決に限る (DEGOIS (C.), *Traité élémentaire de droit criminel*, 2^e éd., 1922, n^o 1584, p. 750.)。
- (17) *ibid.*, n^o 1585-1586, p. 750-751.
- (18) *ibid.*, n^o 1587, p. 751.
- (19) *ibid.*, p. 752.
- (20) MANGIN (M.), *op. cit.*, t. 2, n^o 409, p. 248.
- (21) DEVILLENEUVE (L. M.), *note au S.* 1842. I. 734.
- (22) LE SEILYER (A. F.), *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée*, t. 2, 1870, n^o 644, p. 311.
- (23) *ibid.*
- (24) *ibid.*
- (25) *ibid.*, n^o 646, p. 314.
- (26) *ibid.*, p. 314-316.
- (27) 本章第二節第二款参照。
- (28) ROUX (J.-A.), *op. cit.*, t. II, p. 211.
- (29) *ibid.*, p. 211, note 5.
- (30) *ibid.*
- (31) これについては、本章第四節第二款で採りあげらる。

- (32) GARRAUD (R. et P.) *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et procédure pénale*, t. VI, 1929, n° 2280 et s., p. 236 et s.
- (33) 「absolution」を「免訴」と訳す例もあるが(沢登ほか訳『フランス刑事法(刑法総論)』二五〇頁)、アブソリュションとはあくまでも「有責の被告人に一定の刑事政策的理由から刑事制裁を加えないとするもの」(沢登ほか訳『フランス刑事法(刑事訴訟法)』五三七頁)であるのだから、誤解を避けるためにも「刑の免除」(同書二四七頁)あるいは本文に用いた「不論罪」(『法務資料』三六七号、四五号の吉川訳)を用いた方が良いと思う。本稿が「不論罪」の語を用いたのは、旧刑法(明治十三年)七五―八四条に用いられて以来わが国にはごちろの方が馴染みが深いように思われたからである。
- (34) GARRAUD (R. et P.), *op. cit.*, n° 2281, p. 236.
- (35) ガローの引照する治罪法典三六三条、三六五条は、一九四一年法律によって三四五条から三七二条まで全面改正される以前の旧規定を指す(したがって『法務資料』三五八号の同法典訳の該当法条の法文とも異なる)。この、旧三六三条、旧三六五条は陪審有罪答申の後の裁判所の職務について定めるもので、参考のため以下訳出しておく。
「(旧三六三条) 裁判長は被告人に、主張すべきことがあるかどうか、質問しなければならぬ。
被告人及び弁護人は、事実が虚偽である旨主張することはできないが、事実は法によって禁じられていない、あるいは法律によって犯罪と評価(qualifié)されていないこと、事実は検察官が適用を要求する刑に相応するものではないこと、事実は私訴原告に損害賠償をもたらさないこと、さきいかに私訴原告は損害賠償を正当な額よりも可成り高額に引き上げていることを、主張することは許される」
「(旧三六五条) 事実が法によって禁じられたものである場合、重罪院は、弁論によって事実が重罪院の管轄に属さないことが明らかな場合においても、法律の規定する刑罰を宣告しなければならない。」
複数の重罪ないし軽罪の確信が得られた場合、その最も重い刑のみが言渡されなければならない」
- (36) 註(34)。
- (37) *ibid.*
- (38) *ibid.*, p. 236-237.
- (39) さらに言えば、そもそも有罪と無罪の場合を区別して論ずる理由ないし必然性があるのか、問われなければならない。このような批判に対しては、ガローは、重罪院の有罪・不論罪のとき再訴を許さないのは裁判実務によって認められたものと反論している(*ibid.*, n° 2282, p. 237; *en ce sens*, MERLE (R.) et VITRU (A.), *op. cit.*, n° 1553, p. 879)。この反論に対し、ヴェルディエは破棄院一九四

八年四月二九日判決（国家叛逆罪）（前訴有罪でも後訴認める）を挙げて反駁するのだが（VERDIER, note au J. C. P., 1954, II, 8272）
右判決の原審は軍事法廷であって特殊な事案であり、一般化できないと思う。

(40) ガローのあげる二点とは、①罪責の多様な要素は、治罪法典になるともはや別個の設問の対象とはなりえなくなった、②重罪院裁判長は、もはや陪審にすべての罪名を提出する義務はなくなった、というものである（*ibid.*, n° 2286, p. 245-246）。

(41) ガローの議論の不徹底さのためか、彼が自然的事実説の論者であるかのように引用されることがあるが（NAJARIAN (K.), *op. cit.*, p. 153-154）¹⁾ これは正しくなく。

第二節 自然的事実説の反撃

第一款 立法化の失敗（パラン提案）

一 判例の最大の形式的根拠が、ブリュメール法典と治罪法典との条文上の差異であるとしたら、自然的同一事実説の立場から、この差異をなくそうという主張の出てくるのは、いわば必然の結果であった。

ゴンス（Gonse）（コンセイユ・デタ及び破棄院付弁護士）は、「治罪法典三三七条及び三六〇条の改正」⁽¹⁾（一八七五年）という論文の中で次のように主張している。

すなわち、「ブリュメール法典のシステムは、一定の複雑さをもたらすとはいえ、上記のような終局的で確実な解決を導くという多大なメリットをもっていた。しかし、このシステムは一八〇八年の治罪法典によって保持されなかった」⁽²⁾。「もし三六〇条〔治罪法典〕が、なお、すべての新たな嫌疑（*inculpation*）を禁止する効果を有すると主張するならば、結果として、判決に一定の対象及び係争中の設問自体を超えた効力を認めることになってしまう。そのようなこと

は、法の明文の存在があつてはじめて認められる異例のことであらう⁽⁸⁾と言ひ、もし一事不再理原則を最大限認めるべきであるという立場——これはゴンスの立場でもある、——を認めさせようと言うのであれば「現行法文の不都合を除くすために、立法の改正が必要である」と主張する。ヴィレーも、自然的事実説の論者であるが(後述)、治罪法典三六〇条の曖昧さに関して「立法者はこの問題に取り組んでおり、そして、立法者がこの問題を直ちに終局的に解決するのが望ましいことであらう」として、同条の改正案であるパラン(Parent)法案を引照する。

次に、この最初の立法的提案であるパラン案の運命を概観することにした。

二 パラン案 (La proposition de M. Parent) (一次案)

既判力論争を一気に解決しようとする意図をもつ同法案は、国民議會議員パラン氏によって、議員立法として、一八七四年、一八七六年、一八七九年に国民議會、次いで代議院(Chambre des députés)に提出された。当初パラン氏は、自然的事実説の方向に舵をとるのに三六〇条の改正は不要であり、補充設問システムに関する三三七条の改正だけで十分だと考えた⁽⁹⁾。つまり、ブリュメール法典のシステムに戻ろうとしたわけで、彼が国民議會に提出した改正案の標題もまさに『共和曆四年ブリュメール法典の諸原理への回帰(Retour)』であった。ここでパラン氏の提案した三三七条案は次のようなものである。

〔三三七条(案)〕 裁判長は、重罪院の見解として、設問によって示された事情が、重罪起訴状に記載された事實にもとづく犯罪の性格を変えるような場合においても、重罪公訴事實に関して多少ともその重大性を決定するようなすべての設問を提出しなければならない。複雑な設問、あるいは重罪起訴に含まれない設問は、証人の供述がどのようなものであつても、提出は許されないが、重罪起訴状に記載されていない一個または数个の事情に関して、それが被告人に対する犯罪事實の性格を変えるような場合においても、陪審員に尋問することは許される。これらすべ

て、違反した場合は無効である」

パラン氏が三六〇条ではなく、三三七条のみの改正で足りると考えたのは、既判力の客観的範囲が陪審の権限に関する一般原理に左右されるから、この一般原理の方を動かすことで、ブリュメール法典時代の解釈に至るはずだと考えたからであった。¹⁰⁾ しかし、パラン氏の折角の提案も、一八七四年六月二五日の国民議会における第一回討議から、厳しい反対を受ける。同議会議員デュボン (Dupont) 氏は、パラン案を批判して次のように言う。

「陪審は、自己の良心をその人道的感情に一致させるために、しばしば、「被告人に」最も有利な仮説をあえて受け容れ、また、完璧に明らかにされた謀殺が存するのに過失致死をあえて宣言して、世論の大きなひんしゅくと治安への重大な侵害をもたらした」¹¹⁾

しかし、ゴンズもいうように¹²⁾、右の反論は陪審制度そのものへの攻撃である。デュボンが心配する「治安」の侵害を防ぎたいなら、三三七条、三六〇条の維持よりも、陪審制度そのものの廃止を要求すればよい。陪審の「寛容」さを是正するために軽罪による再起訴を認めようとするのは、本末顛倒である。

パラン第一次提案に対しては、他にも二つの反対理由がある。すなわち、①司法官の良心を侵害するのは避けるべきである、②裁判長が重罪公訴部の決定の修正者となることは避けるべきである、との理由である。これに対しては、ゴンズの次の反対論が妥当しよう。¹³⁾

①法律が司法官(裁判長)にその役割を示すことをもって、彼の良心を侵害すると主張するのは正しくない。弁論から生じた設問の探究やその陪審への提出が、いかにして侵害を含みうるのだろうか。

②重罪公訴部の決定は、絶対的・終局的な性格をもってしているわけではない。弁論や証人尋問は、裁量権限にもとづいて活動する裁判長をして、日々、補充設問により右決定を修正せしめるのである。

このように、パラン第一次案に対する反論は、いずれも十分な説得性を備えているようにはみえないのだが、この第一次案は無視されてしまう。その理由は、右に紹介した反論に尽きることになるのだが、要するに、パラン案は一方で重罪院裁判長を拘束する義務を負わせることになり、他方で補充設問（しばしばより軽い犯罪に関する）が陪審の怠慢や善意の寛大さに途を開いてしまうという懸念を説得できなかったのである。

三 パラン案（二次案）

第一次案から二年経った一八七六年、第一次案と同じ目的から、再度パラン氏からの治罪法典改正提案がなされた。ただし今回は、三三七条ではなく、三六〇条を次のように修正しようというものだった。

「三六〇条【案】 適法に無罪を言渡された者は、同一事実のために、たとえそれが別の罪名を付されていても、再び逮捕ないし訴追されることはない」（傍点白取）

すなわち、当時の治罪法典三六〇条に、右傍点部分「たとえそれが別の罪名を付されていても (ce fait fut-il autrement qualifié)」を付加しようというものであった。パラン第二次提案は、はじめ第一次議会発議委員会にかけられ、その結果はリスボンヌ (Lisbonne) 議員が議会で報告しているが、この報告要旨によると、パラン案の検討を付託された右の委員会はパラン氏と「実質上同一目的を企画していたが、法案と同じ法的手段に依ったわけではなかった。委員会は三三七条に関するあらゆる修正を無視し、三六〇条に教語付加するに止どめた」とある。したがって、三六〇条改正案がパラン氏の意思に沿ったものかどうかは必ずしも明らかではない。

しかし、いずれにしる論争は再び議会に持ち込まれた。リスボンヌ氏は、法案の提案理由として、今のままで、被告人は事実がすべての罪名を受け終わるまで何度でも裁判所に呼ばれる苦痛を免れないことになり、これでは究極的な治安の利益は守りえても「司法判断の道德的權威」が守られているとはいえない、と説明している。しかしここでも、

次のような反論が出されている。すなわち、同法案によると、①重罪院裁判長の権限に煩雑さをもたらし、②刑事サンクションを弱体化させる、というものである。

リズボンヌ報告では、これについてそれぞれ次のように反駁している。

①「重罪院裁判長は、共和暦四年ブリュメール法典下のように、事実の主観面及び犯罪の多少とも重要な面に関して、重罪起訴状及び被告人の防禦ないし弁論から生じたすべての設問を陪審に提出する義務はない⁽¹⁹⁾。義務 (devoir) のかわりに権限 (faculté) を持つことになろう。この点について、何も新しくなるわけではない」として、治罪法典旧三三八条、旧三六五条をあげて説明する⁽²⁰⁾。

②反論の第二は、刑事サンクション及び公共の利益は第二の訴追による有罪からよりも、不当な無罪からより一層害される、というのであろうが、しかし、軽罪で限られた傍聴人の前で言渡す有罪より重罪院で弁論を経た陪審による有罪の方が、世論に対する心理的効果は大であろう（つまり、前訴の重罪院の間違った無罪を避けるのが先決、ということである）。

四 この第二次案も結局成立しなかった。不成立の理論的レベルにおける理由は、右に述べてきたところからいおう説明が可能と思われるが、政治的レベルにおける理由に関しては、「これら法案は委員会の興味深い議論の対象とはされたが、決して大衆の議論 (discussion publique) にまでは至らなかった⁽²¹⁾」というガローの指摘のあることを、最後に挙げておく。

(1) GONSE (R.), *Modification des articles 337 et 360 du code d'instruction criminelle*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1875, p. 18 et s.

(2) *ibid.*, p. 24.

説

論

- (3) *ibid.*, p. 24-25.
- (4) *ibid.*, p. 26.
- (5) VALLEY (E.), note au S. 1877. 1. 41.
- (6) 議員提出法案であることは、「proposition」という用語によっても分かる。政府提出法案であれば「projet de loi」というところである。
- (7) GARRAUD (R. et P.), op. cit., n° 2292, p. 260.
- (8) GONSE (R.), op. cit., p. 26.
- (9) *ibid.*
- (10) *ibid.*, p. 26-27.
- (11) *ibid.*, p. 30.
- (12) *ibid.*
- (13) *ibid.*
- (14) *ibid.*, p. 29.
- (15) 同じ三六〇条の改正につき、ヘルギー一八五〇年法はまったく反対の方向を目指した立法であった。この一八五〇年法の方は無事成立し、解釈上の争いに終止符が打たれた。詳細は、本章「小括」註(1)参照。
- (16) J. O., 30 mai 1876, p. 3698-3699.
- (17) *ibid.*
- (18) *ibid.*
- (19) 「義務」がない、という点は、第一次案と大きく異なる点である。設問提出の「義務」を認めることなく、一事不再理の客観的範囲を拡げることが企画した点に、第二次案の特徴がある。
- (20) この三三八条、三六五条は、後述する一九四一年法律によって改正された(本節第三款参照)。
- (21) GARRAUD (R. et P.), op. cit., n° 2292, p. 260.

第二款 学説Ⅱ自然的事実説(一)

一 一九世紀における展開

(1) 一八一二年ディフィス破棄院判決を嚆矢として、判例は、既にみたようにいわゆる「法的事実」説を確立していくのであるが、これに対する学説の対応は、どのようなものであったか。もちろん、時代とともにその対応にも変遷がみられるのだが、少なくとも一九世紀前半においては、判例に反対し自然的事実説を主張する論者はごく少数に止どまり、「学説の大部分はこの判例に従い、それをフランス治罪法典の各法条の必然的帰結と理解してきた」⁽¹⁾のである。このように、自然的事実説は当初はごく少数説としてスタートしたのであり、一般に言われるような「学説 vs. 判例」と対比される程に学説に浸透してきたのは、一九世紀末から今世紀以降にかけてのことにはすぎない⁽²⁾。

ここではまず、治罪法典の下で自然的事実説の口火を切ったカルノの主張を取り上げることから始める。

(2) カルノは、法的事実説を採った破棄院判例に対する反証は、「明白かつ明確な」三六〇条の中に見出すことができると主張する⁽³⁾。すなわち、同条には「同一事実 (le même fait)」とあるだけで、「同一犯罪 (le même crime)」とはなっていない、と。例をあげると、「故殺 (meurtre)」と「致死行為 (homicide)」が、「同一事実」ではない、と果たして言えるだろうか。加重事情、減輕事情が加わったにしても、それによって「致死行為」という「事実」の性質を変えることはできないのである。法的事実説は、ブリュメール法典から治罪法典に変わって、裁判長は起訴状に由来する設問を提出する義務しかなかったことを理由にあげるが、しかし、「同法典のいかなる条文も、裁判長が、陪審をしてすべての側面から事実を評価させるような事情 (les circonstances) に関する設問を補充的に提出することを禁じているわけではなく、他方、陪審の行う審議を妨げるものは何もない。したがって、『故殺』の存在について設問を受けた陪審

論 説 は、『輕率または不熟練』による單純『致死行為』についても當然宣言できる^(a)。この理は無罪についても同様であつて、故殺無罪は過失についても無罪であることを前提にしているのである。他の例では、盜罪のみ起訴されたときの贓物隠匿 (reclé) の設問、重罪正犯のみ起訴されたときの共犯 (complicé) 未遂 (tentative) の設問が何故許されるか

といへば、これらは重罪起訴「事実」の修正 (modifications) にすぎないからである。これらは決して別の「事実」ではない。故殺無罪の後の過失致死起訴を認めることは、ひいては、謀殺無罪後の故殺の起訴を防止しえなくさへなってしまう。

このカルノの所説前半の、加重事情、減輕事情が加わつても、たとへば「致死行為」という「事実」の性質を変えることはできないという点について、ルセリエは次のように反論する。すなわち三六〇条の「事実」は法的事実であり、法は、故殺すなわち「故意の殺害 (homicide volontaire)」(刑法典二九五条) と「過失致死 (homicide involontaire)」(同三一九条) を異なつた法的事実とみなしたからこそ、それぞれに異なつた罪名を与えたのである^(b)と。

しかし、右の対立は、三六〇条の「事実」の解釈という出發点を異にしているのであつて、必ずしも噛み合つた議論にはなつていない。

カルノの所説後半の、法的事実説によると謀殺無罪後の故殺の起訴を認めることになつてしまふ、という点については、ルセリエは、「もし『謀殺』の設問に対する陪審の答申が『故殺』の存在・不存在に関する宣告を含まないというのであれば、『謀殺』無罪の被告人を『故殺』の犯人として訴追できることを認める」が、「しかし、『故殺』の事実に対して同時に答えることなく、陪審が『謀殺』の事実について答申することは不可能」であるから、カルノの反論は該らないと言ふ^(c)。この場合、いわば大は小を兼ねる關係にあると言へるから、ルセリエの言う通りであるし、現にかよな再訴を認めた判例も見当らないようである。ただ、一事不再理の適用が恣意に流れることを警戒するカルノの姿勢

には汲むべきものがある。⁽⁸⁾

(3) エリーの言う自然的事実説は、大要次の五つの論拠にもとづく。

① 治罪法典の陪審^{II}補充設問システムも自然的事実説をとったと言われるブリュメール法典のシステムと同様である。

② 治罪法典における重罪院裁判長の権限・義務も、ブリュメール法典下の裁判長の権限・義務と同じである。

③ 治罪法典の各条文の「事実」という語は自然的事実の意味で用いられている。

④ 判例の法的事実説は陪審の決定の不可侵性を害する。

⑤ 判例の法的事実説は既判力原理に反する。

以上であるが、自然的事実説の代表的論者たるエリーの主張するところを、右の各論点についてももう少し詳しく検討する。

① エリーはまず、「治罪法典が共和暦四年ブリュメール三日法典のシステムを別のシステムに変え、重罪起訴状の諸項目に関する陪審の権能 (puissance) を制限したというのは、事実なのだろうか」という疑問を提起する。そして、ブリュメール法典三四条、三七九条から導かれる原則によれば、設問は、罪となるべき事実 (le fait incriminé) の存在、道義性、付随事情を対象とするもので当該犯罪の性格を少しも変更しないものと、重罪起訴状では述べられていないが当該犯罪の性格を変更するものの二つが区別される。裁判長は、前者の設問は必ず提出しなければならないが、後者の設問提出は、「単なる権限 (simple faculté) にすぎなかった。⁽¹¹⁾

このような手続様式は、治罪法典の下でも生きている。設問の二つの範疇はなお存続している。すなわち、「ひとつの範疇は違反すると無効となるもので、重罪起訴状の結果たる設問、弁論から生じた加重事情、最後に被告人の提出した法律上の宥恕 (excuse) 事実である。他のひとつは、純粹に任意的、かつその評価も裁判長ないし重罪院に委ねられ

ているもので、事実の性格を変更し、新たな関係で彼を問責し、主たる訴追と並行して弁論から生じた補充設問を提出する設問である。そして現行法〔治罪法典〕は、補充設問の提出を少しも禁じていない。なぜなら、〔旧〕三三七条は、設問が提出されるべき方法を示すにすぎず、〔旧〕三三八条は、一般的に、弁論から生じた設問が陪審に提出されることを認めている。〔旧〕三六五条は、『弁論の結果、事実が重罪院の管轄に属しないことが明らかになった場合においても』重罪院は法律上の刑の適用をしなければならぬと規定している。ところで、重罪院は陪審の宣言にもとづかなければ判決できない。それゆえ、陪審は弁論の結果、事実が単なる軽罪しか構成しない場合でもその事実を評価しなければならぬといふことができる¹²⁾。

② エリーの右の解釈は、なかなか巧妙であり一定程度説得性を有するが、この点に関する追隨者は、その後眼につかない¹³⁾。エリーはさらに①を承けて、ブリュメール法典と治罪法典の設問提出に関する「差異」の問題を検討する。エリーも、両者の間の差異が存在することは認める。しかし、「それは本質に関するものではなく形式に関するものであり、重罪院や陪審の管轄 (competence) を変更するものでもなければ、結果として罪とならずの宣言の効果を変更するものでもない¹⁴⁾」と言う。具体的には、「二つの立法において、重罪起訴の対象とされた事実は弁論で単に重罪起訴が意図した観点からだけでなく、弁論がその性格を変更させる場合には別の側面からも評価される。したがって、二つの立法において、無罪の後の重罪起訴は、同一事実を対象とはしているが第一の〔訴訟の〕弁論で提出されなかったため必然的に排除されてしまうすべての後発的重罪起訴から、被告人を等しく保護するのである¹⁵⁾」と述べている。確かに、抽象的には右のようにも言えるが、ここでの問題は補充設問提出の「義務」の存否であり、エリーがこの点に十分答えているとは言い難い。その原因は、彼が補充設問に関して①のような理解を前提にしているからであろう。

なおエリーは、「補充設問は主たる重罪起訴を弱体化する効果をもつのではないか」、つまり陪審員に寛容さの逃げ道を作るのではないかという危惧に答えて、「陪審員への不信感から生まれたこの懸念も、法を超えることはできない。法律は重罪院に付託された事実はすべての側面から検討されうると規定した。そしてもしこの条文が、知的で良心的な陪審員を前提とするなら、裁判長が討議の場を準備したときに、隠された暗礁を陪審員に認知させるのは裁判長の役割ということになる」と述べ、結論として「いかなる補充設問も提出されなかった場合、第一の重罪起訴は同一事実についてすべての後の嫌疑を消滅させてしまおうか、この嫌疑が基礎を欠いたものと判断されたかのいずれかである、という結論に至るべきである」と論定する。

③ 次に、エリーは条文形式の問題を論じる。

治罪法典三六〇条は、一七九一年九月一六—二九日法律八篇三条及び共和暦四年ブリュメール三日法典四二六条の文言を正確に再現したものであるが、右の二つの法律の言う「同一事実」は、自然的、同一事実と解されてきた。そうだとすると、「もし治罪法典の起草者が、先の二つの立法の下で有していた意味と異なる意味をこの文言〔同一事実〕に付与したと主張するなら、何故それを再現したのか、何故再現するにあたって、少なくとも新しい意味を表明しておかなかったのか?」。

さらにエリーは、治罪法典の他の条文における「同一事実」の用例をとり上げる。まず彼の指摘する治罪法典の二つの条文をあげると、――

「(二四六条) 重罪公訴部が重罪院に移送する必要がない旨の決定をした被告人は同一事実のため再び重罪院に移送することができない。但し、新たな証拠があらわれたときはこの限りでない」(傍点白取)

「(二三〇条) (一八五六年七月一七日法律) 重罪公訴部は、被告人を違警罪裁判所または軽罪裁判所に移送すべき

ものと認めるときは、管轄裁判所に移送する旨の言渡をしなければならない。違警罪裁判所に移送する場合においては、被告人を釈放しなければならない⁽²¹⁾」

右の二四六条の「同一事実」は、「自然的同一事実」以外の意味に解することはできないであろう。というのは、「重罪公訴部は、二三〇条の文言によれば、事実が軽罪または違警罪の性格をもつと認められたときは、被告人を軽罪または違警罪裁判所に移送する権限 (pouvoir) をもつ。それゆえ、その免訴決定は、新たな証拠が発見されない限り可能性あるすべての罪状 (toutes les incriminations) を排除する。この場合に、二四六条と三六〇条に関して、前者〔の同一事実〕が自然的同一行為 (même acte matériel) を意味し、後者〔の同一事実〕が同一罪状 (même incrimination) を意味するなどということが、どうして認められようか⁽²²⁾」。

要するに、同一法典の同一文言は統一的に理解されなければならない、というのが彼の主張したいところなのである。

④ 右にみてきたように、エリーの解釈は、法の沿革にもその諸条文にも合致すると主張するものであるが、何よりも、その所説の基礎に「陪審決定の不可侵性の原理」を据える点が、特徴として指摘されなければならない⁽²³⁾。陪審が「被告人は罪とならず」と答申しても、その答申を決定づけた理由を探ることは不可能である。被告人がその事実の行為者ではなかったのかもしれない、その事実がなかったのかもしれない、あるいは実行行為に際していかなる犯罪意図もなかったのかもしれない。「そもそも、陪審員が罪名を拒否したのか、訴権まで、すなわち事実そのものまで、否定したのかを知るために陪審員の良心を調べることは可能だろうか?」⁽²⁴⁾ (傍点白取)。そしてもし理由の付せられていない陪審の答申の解釈が不可能であるなら、「いかにして、前訴と衝突する危険を冒すことなく第二の訴追を提起することが可能であるか⁽²⁵⁾」という疑問を提起する。これを、一八一二年デフィス事件を例にして言うと、「被告人が故殺で罪とならずと宣言された場合、もし被告人が殺害現場にいなかったとか、殺人の事実が存在しなかったという理由で陪審の答申が

なされたとしたら、いかにして彼を過失致死で訴追するのだろうか⁽²⁰⁾という主張になる。

前訴判決の「理由」不明という事実を、被告人と訴追側のいずれの不利益に解するか、という問題に帰着するが、エリーはこれを被告人に不利益に処理することに反対するのである。

⑤ 最後にエリーは、自分の解釈が「既判力原理そのもの (le principe même de la chose jugée)」と固く結合しており、被告人の手續負担をむしろ返ささないというその本質に合致している⁽²¹⁾、と言う。すなわち、判例のように「被告人が重罪院で弁論の厳しい苦痛を受けた場合に、彼を、同一事実のために別の裁判所に再度召喚できるとするのは、おかしくはないか? この第二の訴追は、陪審決定に対する一種の抗議のようなものではないだろうか? それは、間接的に答申の効果を無効ないし制限することではないだろうか? そしてさらに言えば、検察官が被告人をあれこれの裁判所に訴追することができ、同一事実を、あるときは重罪、あるときは軽罪、あるときは違警罪として提起することにより、被告人を絶え間ない脅威に曝すことができるというのは、適切、適法なことだろうか?」⁽²²⁾と。

この⑤の理由が、最も説得的かつ普遍的に意義を有するようには、私には思われる。既判力の本質論としてここで語られているところは、「人權」としての一事不再理が、被告人の手續負担に着目してその苦痛の反復を許さないという点で、英米法の「二重の危険」とも緊密な共通基盤を有することを示唆するに十分である。

エリーは付言して「〔私見によると〕正義 (Justice) は無防備になる」との反論があるが、複数の罪名に理由がある場合であれば、同時に (à la fois) 設問を提出すればよく、エリーが否定するのはこれを反復して (successivement) 問題にすることである⁽²³⁾、と明快に述べている。

(4) 一八九九年に公刊された『刑事既判力について』⁽²⁴⁾という著書は、オメー (A. Hommey) (弁護士) の学位論文である。オメーは、同書において、治罪法典三六〇条の「同一事実」の解釈に関する二つの立場 (システム)——法的事実

説と自然的事実説——を紹介し、判例は法的事実説を頑固に固執するが、「しかし、抵抗がいかに無益であったとしても、われわれはこの〔法的事実〕説に賛成しえないことを宣言する」といって、彼の言う第二のシステム、自然的事実説の根拠づけを行なう。以下、オメーの所説の要点を検討してみよう。

① 法的事実説は、ブリュメール法典と治罪法典との相違、特に裁判長の設問義務に関する相違を強調するが、「同説の主張する二つの立法の間にある基本的差異は、およそ存在しない。〔ブリュメール法典〕当時の陪審が、事実が異なるようになる変更に関して尋問される義務がないのは、今日と同様である。したがって、〔旧法当時〕義務がなくても陪審の答申が最も広い効力範囲を有するのであるから、旧法を模倣した〔現行〕立法の中にそれを制限する理由を見出すことはできないであろう。われわれには、そこに問題の核心があるように思える」と言って条文の検討に入る。

「まず第一に、現行法〔治罪法典〕が、節約という点で共和暦四年の立法と異なることを認めるのは正しい。

共和暦四年法は主設問を三つの部分に分割した。すなわち、事実の自然的存在についてのもの、第二は被告人による遂行についてのもの、第三は故意についてのものである。今日、故意の設問を事実の自然的側面についての設問と区別しない。そこからためらいが生じる。しかし表面的なことで躓いてはいけくない。困難さはそこにはない。ブリュメール法典の下で主設問がいかに広範なものであったとしても、現行法同様、同法典の設問も事実の変性 (*les dégèrescences du fait*) を含みえないのだから」

オメーの言う「事実の変性」とは、犯罪事実の性格ないし罪名を変更させるような要素、というくらいの意味である。彼によれば、ブリュメール法典三七四条は、その違反が無効を惹起するような「設問提出義務」を規定するが、同条の設問内容たる事情 (*circumstances*) には罪名を変更するようなものは含まれていない。他方、同法典三七九条は、犯罪の性格を変更するような設問を規定するが、これは「現行の規定するところとまったく同様に、補充設問の提出を単

なる任意的なものとは表明する」に止どまる。いずれにしても、ブリュメール法典と治罪法典の間に、設問提出に関する本質的相違はない。⁽⁸⁶⁾

ところで、ブリュメール法典の時代には、共和暦二年プレリアル二一日解釈法 (La loi interprétative du 21 prairial an II) というのがあって、この時代のすべての判決は、当然に同法に従っていたようである。⁽⁸⁷⁾ その解釈法の中に、次のような規定があった。

「陪審員が重罪起訴の理由がないと宣言したときは、被告人は釈放されなければならず、新たな証拠が発見された場合を除き、同一事実のために再び訴追されることはない。地方裁判所 (Tribunal de district) は、陪審宣告裁判官 (Juge de la déclaration du jury) になりかわることはできず、したがって、同裁判所は、事実が確証され (constant) なかったとか、被告人はまったく非の打ちどころがないといった理由が付けられないと判決することはできない。かくて、陪審員制度の本質を害することなく……軽罪裁判所に移送することはできない」⁽⁸⁸⁾

要するに、陪審の宣告決定があった場合、後の裁判所がその内容を云々できないという趣旨であり、この解釈法が中間法時代の自然的事実説の論拠ともなっていたのであろう。そしてこの理は、治罪法典の時代になっても通用する筈だ、というのがオメーの言わんとするところである。

② 論争の真の土俵で打ち負かされた法的事実説は争点をそらして次のように反問する。すなわち、「裁判長が、その沈黙によって重罪起訴の運命を左右できる唯一の存在だなどということが可能なのか？」⁽⁸⁹⁾ と。しかしこれに対しては、オメーの次の反論を対置することができる。

「しかし裁判官は、常に刑事司法法の正しい利益に適するように行動しているのではないのか？」

他方、反対論を論駁したうえで、次のように答えることができよう。すなわち、われわれからみて法的事実システ

ムが間違っており、またかなり恣意的なように思われる点は、裁判長が陪審により軽い有罪刑を望む場合には補充設問を提出し、裁判長が訴因 (charge) につき無罪を期待する場合にはまったく設問を手つかずしておくことのできる唯一の支配者であることの方ではないか！⁽⁴⁰⁾

裁判長の補充設問提出の義務性を否定し、これをまったくの任意と解するのが法的事実説であるから、裁判長の恣意を避けるという点では、自然的事実説の方が幾分優れている。しかし、エリーやオメーのように、罪名変更を招くような補充設問提出の義務性を否定する見解からは、果たして右のように言えるか疑問がある。また、裁判長の「恣意」とは別に、法的事実説の誘因となった陪審の「恣意」ないし「寛容」の問題をどう考えるか——については、オメーの触れるところではない。

③ 次にオメーは、三六〇条以外の条文(三六一条)をあげ、そこに言う「事実」の意義の比較から、自然的同一事実説を基礎づけている。⁽⁴¹⁾

④ 次の論点は、オメー言うところの「幾分メタフィジックな」もので、「自然的事実、すなわち裸の事実 (De Facto)」というのは訴訟の外に止どまるものではないのか⁽⁴²⁾という法的事実説からの反論についてである。ここから、彼らによれば、「法律は、それが司法的抑制を受ける限りに関して人間の行動に関わるのであるから、法的事実 (De Facto qualitate) の受容こそが刑罰規定に承認される唯一のものである」と帰結されることになる⁽⁴³⁾。

しかしこれに対しては、オメーの次のような指摘によってこれを排斥することができる。すなわち、オメーは、「一七九一年法律三条及び共和暦四年刑事法典四二六条における『事実』の語は、明らかに『自然的事実』の意味であった。そのうえ、治罪法典二四六条においてもまた、よりはっきりとこの意義に用いられている」としたうえで、「実際、もし事実の同一、罪名にもとづく重罪起訴についてしか禁止が及ばないなら重大性の小さな別の、罪名にもとづく新たな訴

追を禁じないであろうし、新たな証拠〔治罪法典二四六条参照〕という条件もまったく理解不能になってしまふ⁽⁴⁵⁾と言
う。

オマーの議論はなお続くのであるが、ここでひとまず、オルトラン (Ortolan) の所説に眼を転ずることにしたい。

(5) オルトランもまた、代表的な自然的事実説の論者であるが、彼の議論の特徴は、同時訴追義務、同時審判義務の強
調ということである。わが国にも馴染みの深いオルトランの見解を次に示す⁽⁴⁶⁾。

「ひとたび訴訟が解決され、判決言渡に確定的性格が付与されたら、裁判所の権威と被告人の安全に対し、これを再
び取り上げないことを認めよう。公訴事実のある側面、ある要素が手をつけられなかったとしても、時期に遅れた証拠
資料に関するのと同様に考えられるべきである。検察官はすべてを訴追する義務をもち、裁判官はすべてを判決する義
務をもつ。攻撃不能となった判決言渡は、この義務を終了させる⁽⁴⁷⁾。それゆえ、公訴権は消滅する」。

これは、いわゆる公訴権消滅論ではあるが、そこで消滅するとされているのは、訴追の義務と、判決する義務である。
次にオルトランは、一事不再理の客観的効力(範囲)に関して、英米法の「同一犯罪 (same offense)」をフランス法
の「同一事実」と比較し、批判的に考察する。この点は、フランス法と英米法の一事不再理の客観的効力の差異につい
て、フランスの代表的な刑事法学者がどのように考えていたかを知るといふ意味でも興味深い⁽⁴⁸⁾。オルトランによれば、
イギリスの実務も、それに由来するアメリカの実務も、フランス治罪法典三六〇条のような一事不再理原則を、次の二
点において認めていない。

① 英米では、旧ノルマン方言である「前の無罪の抗弁 (Plea of Autrefois Acquit)」及び「前の有罪の抗弁 (Plea
of Autrefois convict)」と名付けられた二つの防禦方法を与えられている。しかし、「イギリス・ロモン・ローによれば、
法格言が、何人も同一犯罪について二度生命の危険に遭うことはない、とあるため、抗弁の行使は死刑の重罪に限られ

ている⁽⁴⁹⁾し、「アメリカ憲法によれば、同抗弁の行使は生命または身体の危険に曝されうる犯罪に制限されている」と批判する。

② 客観的範囲に関しても、英米法は狭く、不当な結果を示す。すなわち、イギリス・コモン・ローも合衆国憲法も「同一事実 (même fait, same fact)」とは言わず、単に「同一犯罪 (même délit, same offense)」⁽⁵¹⁾と云うにすぎない。そのため「文言上は、刑事訴追の多様性がありうることを認めるように読める。それゆえ、稀れなことではあるが、重罪起訴につき陪審により無罪とされた被告人が、同一事実についてより軽い犯罪 (misdemeanor) について別の陪審に付託される例もなくはない。これはやはり、非常に間違つた刑事訴訟方式と言わざるをえない⁽⁵²⁾」⁽⁵³⁾とまで断じている。ただし、彼の英米法批判が、必ずしも今日そのまま妥当するものではない⁽⁵⁴⁾。

(6) その他、この時代の自然的事実説の論者としてはヴィレーを挙げる事ができる。ヴィレーは、法的事実判例の註釈で、「どんなにかめしい権威をまとうていようと、われわれはこの〔法的事実説による〕解決に賛成することはできない⁽⁵⁵⁾」「実際、判例は既判力の後見の原理の絶対的否定である」と、厳しく判例を非難する。彼の自然的事実説の論拠を、その後公刊された彼の概説書にみると、まず、形式文言上の理由として、「同一事実」の語を二四六条、〔旧〕三六一一条から拾い出して検討した後、弁論から生じた補充設問に関し、中間法時代これは裁判長の権限 (faculté) であり、「今日もこの権限は、法の沈黙にもかかわらず、裁判長に認められている。そこから、同一法文を前にして、同一権能の不行使が同一結果すなわち訴追が終局的に排除されるという結論を引出すのが論理的といえるのではないか⁽⁵⁶⁾」と締めくくる⁽⁵⁷⁾。

(7) かくして、一九世紀後半において未だ少数に止どまつた自然的事実説も、一九世紀末には、「学説の多数派 (la majorité de la doctrine)」の地位を占め、「有力な少数派 (importante minorité)」に転落した法的事実説に対して優位

を誇るようになったのである。⁽⁵⁸⁾

二 今世紀、一九四一年法までの自然的事実説

(1) 一九世紀と二〇世紀の間に区切りをつけたのは便宜的なものにすぎない。しかし、この時期の代表的論者であるラコスト (Lacoste) やペロー (Perrau) をみると、一定の変化が認められる。それは、これまでの論者がブリュメール法典、治罪法典ともに、重罪院裁判長の補充設問提出を権限 (faulx) とみなして理論づけていたのに対し、ラコストらは、ブリュメール法典、治罪法典ともに、重罪院裁判長の義務と解することで自然的事実説を基礎づけている点である。⁽⁶⁰⁾ これをラコストからみていくことにしよう。

(2) ラコストは、一九一四年に第三版の公刊された『民事、刑事、懲戒、行政に関する既判力について』⁽⁶¹⁾ というモノグラフの中で、法的事実説を批判して次のように言っている。

すなわち、「重罪院裁判長が、罪となるべき事実 (Le fait incriminé) の包含する多様な罪名について陪審に設問を提出する義務を有することを承認することにより、そこから、重罪院はこの事実を付託されているのだから、可能性のあるすべての罪名を付託されていたことも認めることができる」⁽⁶²⁾ のである。ここでは、陪審への設問提出義務を媒介にして、全罪名を含む事実が重罪院に付託されていると説明される。たまたま重罪院裁判長が補充設問を提出するからといって、重罪院がそのことにより該罪名を付託されているというのではなく、「重罪院が罪名を付託されているから裁判長はその罪名につき陪審に設問を提出するのである。そうすると、仮りに重罪院が罪となるべき事実⁽⁶³⁾ に付せられるすべての罪名を付託されたとすれば、その結果、判決の後公訴権は完全に消滅するのである。ある罪名が陪審に「たまたま」提出されなかったということは重要ではない。公訴権は重罪院裁判長の意のままにならない。重罪院裁判長はその範囲を拡張できないだけでなく、制限することもできない」⁽⁶⁴⁾。

要するに、裁判長ではなく重罪院に可能な全罪名を含む事実が付託されており、また、公訴権は裁判所の容喙できるものではないのだから、裁判長がある罪名を補充設問として提出したか否かに拘りなく、公訴権は（自然的）事実につき完全に消滅してしまふ、ということである。

(3)ペローもラコストとほぼ同旨の議論を展開するが、より詳細である。

彼はまず、前訴の重罪院判決が有罪の場合と無罪の場合に分けると、判例は前者については既判力の絶対効を認めるが、後者については既判力を制限する（法的事実説）と言う。これに対しては、「学説の大部分」は反対していると言って、学説のあげる六つの反対理由、あわせて法的事実説からの反論を示す。その上で以下のように自説を展開する。すなわち、「われわれは、判例がそこから想を得たであろう実務界（*ordre pratique*）の考察の真価を軽視するものではない」が、しかし賛成することはできない。そのひとつの理由は、三六〇条の法文の「外形的意味」に関する形式的なものである。⁽⁶⁸⁾しかし重要なのもうひとつの理由、「公訴事実を裁判する権限」に関するものである。これを次にみていく。

ペローは、軽罪裁判所・違警罪裁判所の判決に関しては判例は自然的事実説を採っているという理解に立って、重罪院とこれらの裁判所の間、既判力に差異を設けることを許すような決定的相違はなく、重罪院に法的事実説を補強するために「訴追の法的諸要素に何らかの変化の存在を要求」しても説得性を勝ち得ることはできない、と言う。⁽⁶⁹⁾判例によれば、「陪審は提出された設問についてしか判決しない、といわれる。つまり陪審は事実を判決せず、単に罪名だけを判決する。もっと正確に言えば、陪審が判決するのは『自然的事実』ではなく『法的に評価された事実』である、と」。⁽⁷¹⁾しかしブリュメール法典の時代と異なり、事実が存在したか、事実が確認されたか、など別々に答申する義務のなくなった現行治罪法典の下でこのように言うことはできない。殊に「否定的答申の場合、陪審が自然的事実の存在自

体を否定したのか、この事実への被告人の関与を否定したのか、あるいは単に、提出された、さらには現実に提示されるべきであった設問に關係する罪名のみを否定したのかを、いかにして知ることができるか⁷³⁾、という疑問が残る。ペローの理解するところによれば、「輕罪裁判所は、自ら有する一般的評価権限ゆえに、事実が刑罰法規との關係で示す可能性のあるすべての側面から、事実を判決する。したがって、判決はこの事実に付されうるすべての罪状(incriminations)を排除し、その構成要素に変更のない同一事実について、前訴が無罪の場合でも別の罪名により再訴するのは不可能だと考えられている。しかし重罪についても、法律自身に規定された条件で陪審と重罪院が共同作業をした結果たる判決によって、公訴事實は同様に排除されるべきではないのだろうか⁷⁴⁾」。

輕罪裁判所・違警罪裁判所に関して自然的事実説を採る理由は、陪審ではなく職業裁判官(＝眞実探究義務)のみによる審判がなされるためであろう。そうだとすると、陪審が付託された設問に示された側面からしか事実を判断する権利をもたない重罪院と、右の裁判所を同視できるか、若干の疑問を生じる。ペローは答えて「しかし、補充設問の方法によって陪審が付託された事実を検討しえた側面を増加させるのも、重罪院裁判長次第と言える。仮りにこれが裁判長の法的義務ではないとしても、少なくともその職務(fonction)に由来する義務である。提出されることのできた一個または数個の補充設問が提出されなかったとしても、それはあたかも輕罪裁判所で公訴事實の諸側面のひとつが検討されなかったり、可能な罪名のひとつが提出されなかったと同様ではなからうか? そのいずれの場合も、公判裁判所は、法律によって付与された権限の限度内でその職務を全うしているのである⁷⁵⁾」と。

右の議論は、ガローのように明確に『重罪院Ⅱ法的事実説、輕罪裁判所・違警罪裁判所Ⅱ自然的事実説』を採る者に対しては極めて有効なものであろうが、判例が、輕罪・違警罪について明確に自然的事実説を採っているとは言い難い以上、その限りでは説得力を欠く。しかし、次に掲げるペローの最後の指摘には傾聴すべきものがある。

「既判力の範囲が、陪審の答申及びその結果たる無罪判決について、設問を提出する重罪院裁判長の示しうる聡明さに、多かれ少なかれ依存することになるのは、実際奇妙である」。

(4)このように、時代が下るにつれて、多面的な議論がなされるのであるが、ここで特筆すべきはレガル (Legal) の主張である。彼は、「既判力」と「一事不再理」を截然区別し、判例の法的事実説は「既判力」には反しないが、「一事不再理」からは許されないという、以下のような注目すべき見解を披瀝する。

レガルによれば、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」もので、その目的とするところは、「終局判決によって確定された事項を、真実の不可争的な推定〔擬制〕によって確保すること」である。そしてこの「推定」は、裁判官によって「現実」に審理され、有効に判決が言渡された客体 (cause) の諸要素についてしか及ばない」と言われる。このこと自体は理論として支持できる。判例は「この理論を受容して、前訴で示されなかった罪名が生じた場合に、前の判決で認定されず、また取りあげられず異議も出されなかったという事情を考慮して、既判力の抗弁は受理できないと考えたと言えそうである」と。しかし、一事不再理原則 (la règle non bis in idem) の尊重ということからすると、右の結論には問題がある。すなわち「一事不再理原則は、私見によれば、専ら個人の保護目的に應えるものである。同原則は、応報的厳格司法の觀念によってとまでは言えないまでも、少なくとも人道主義の強い考慮によって命じられるのである」。そこから、まず、「第一の訴訟から既に、刑事機構は、被告人の行状 (conduite) の完全な説明を求めるために武装しているのに、非難すべき一個の行為の行為者を、複数の反復訴訟の苦痛に曝すというのは、ゆきすぎた厳格さを表わすものである」という帰結を導く。次に、一事不再理原則の第二の側面として、単一の違法行為の場合に「二重の処罰を適法に科すことはできない」というのがある。これは、単一の刑罰法規によって処罰される場合はもちろんだが、一個の行為が同時に複数法条に違反した場合にもあてはまる。これが「有罪判決の同時言

渡における刑の重複と同じく、訴追の反復にも反対する真の理由である⁽⁸³⁾。

右の所説は、一事不再理と既判力を区別し、異なる原理的基礎を与えたのみならず、法的事実判例に対する評価という具体的場面で別個の結論を導くという、フランスでは画期的なものである。また、一事不再理の第二の側面として「二重処罰禁止」をあげる点も興味深いものがあるが、レガルのこの見解は、後の学説に必ずしもはっきりした影響は与えていないようである。

- (1) HELIE (F.), op. cit., t. II, n° 1012, p. 609-610.
- (2) 一九世紀前半の自然的事実説の論者としては、次に述べるカルノの外は、セルティエ事件(本章第一節第二款)のデュバン検事長の所説をあげることができなくらいである。
- (3) 比較的新しい文献には、学説Ⅱ自然的事実説を前提にして判例(Ⅱ法的事実説)と対比させる表現が多くみられるが(MERLE (R.) et VITRU (A.), op. cit., n° 1551, p. 877. (「破棄院と学説の多数の間び……論争」); NAJARIAN (K.), op. cit., p. 114. (「学説と破棄院の間び……本一致」); HUGUENY, note D. 1955, 318. (「学説の大多数は判例に反対し続けている」))、歴史的には法的事実「学説」も暫くの間優勢であったことに鑑みれば、右の表現に誤解の恐れがないではない。
- (4) CARNOT (M.), *De l'instruction criminelle*, 2^e éd., t. II, 1829, p. 714.
- (5) *ibid.*
- (6) LE SELTYER (A. -F.), op. cit., t. II, n° 646, p. 314-315.
- (7) *ibid.*, p. 315; en ce sens, MANGIN (M.), op. cit., n° 409, p. 244.
- (8) 「ある場合だ、『一事不再理』原則の違反の余地を認めることは、違反を許容すると決定するに等しい。そして、ある場合に違反を許容して、他の場合に違反させないということが何故可能といえるのか? その結果、このようにしてすべてが恣意的になってしまうだろう」(CARNOT (M.), op. cit., p. 714-715.) とカルノは懸念を表明している。
- (9) HELIE (F.), op. cit., t. II, n° 1013, p. 610.
- (10) これらの条文の結果、補充設問が幾つにも分割される点につき、第一章第三節第一款参照。

- (11) HELIE (F.), op. cit.
- (12) *ibid.*, p. 611.
- (13) 次に述べるオメイが同趣旨のことを述べているのが目につくくらいである。特に、プリエメール法典下の補充設問を、「専なる権限」であるとする理解は、余り一般的なものとはいえない。
- (14) HELIE (F.), op. cit., n° 1014, p. 612-613.
- (15) *ibid.*, p. 613. エリーは同所で、マンガンの所説（本章第一節第三款）を取り上げ、マンガンの反対論は誤解にもとづいている、つまりプリエメール法典下の裁判長にも補充設問提出の『義務』はなかつたと論駁するが、①に述べたように、この点はエリーの理解の仕方の方がむしろ少数のようである。
- (16) *ibid.*, p. 614.
- (17) *ibid.*
- (18) *ibid.*, n° 1015, p. 614.
- (19) エリーは他に、旧三六一条（一九四一年法律により新三六〇条）もとりあげているのだが、この点は、後述するコンベルデユが詳細に論じているところでもあるので（本節第五款）、重複を避けるためここでは省略する。
- (20) Art. 246. Le prévenu à l'égard duquel la cour royale [la cour d'appel] aura décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi à la cour d'assises ne pourra plus y être traduit à raison du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges.
(Petits codes Dalloz, C. I. C., 1957. に拠る。治罪法典制定時と若干文言が変わっている)
- (21) Art. 230. (L. 17 juill. 1856) Si la cour estime que le prévenu doit être renvoyé à un tribunal de simple police ou à un tribunal de police correctionnelle, elle prononcera le renvoi devant le tribunal competent; dans le cas de renvoi à un tribunal de simple police, le prévenu sera mis en liberté.
- (22) HELIE (F.), op. cit., n° 1015, p. 615.
- (23) *ibid.*, n° 1016, p. 615.
- (24) *ibid.*
- (25) *ibid.*, p. 616.
- (26) *ibid.*

(27) *ibid.*, n. 1017, p. 617. 本文に述べるように、被告人の「手続負担」に着目して、この「負担」をむしろ返さなことを既判力の本質として捉える方向は、英米法の二重の危険の法理と共通するが、エリーのように表立って「手続負担」を強調するのは、フランス刑事法学者の中ではむしろユニークなものである。しかし、自然的事実説が潜在的にせよ「手続負担」「危険」ないし「反復訴訟の苦痛」(本款で後述するレガル)を考慮していることは疑いない。

なお、エリーは論述に際して特に英米の文献を引用することはしていない。英米法の影響の有無は不明である。

(28) *ibid.*

(29) *ibid.*, p. 618.

(30) HOMMEX (A.), *De l'autorité de la chose jugée en matière criminelle*, thèse Caen, 1869.

(31) オメーは、法的事実判例は一八一一年からだと言うが、同年には治罪法典が施行されただけで、前節第一款のディフィス判決(一八一二年)から法的事実判例がはじまったと見るのが一般的である(田口・前掲書三五四頁が一八一三年とするのは、その典拠たるラインガンス論文(第一章第三節第一款註(2))が一八一二年となっていることからみると誤記であろうか)。

(32) *ibid.*, p. 53-54.

(33) *ibid.*, p. 55-56.

(34) *ibid.*, p. 56.

(35) *ibid.*, p. 57-58.

(36) 彼は、このように論定するために、次頁のような対照表を掲げる(*ibid.*, p. 56-57.)。

(37) *ibid.*, p. 58.

(38) *ibid.* 同所より引用。解釈法の原文は未見。

(39) *ibid.*, p. 59. 「沈黙」によって重罪起訴の運命を左右するとは、裁判長が補充設問を提出しないことで検察官の後の別罪名による起訴を封じうることを指す。

(40) *ibid.*

(41) *ibid.* この点は、前述(本款)エリー③とほぼ同旨なので省略する。

(42) *ibid.*, p. 60.

(43) *ibid.*

- (44) *ibid.* なお、二四六条の法文は、前述(本款)エリー③所掲のものを参照。
- (45) *ibid.*
- (46) オルトランは、ホワソナードを通じて、あるいは井上正一によるその著作の邦訳を通じて、わが国にも一定の影響を与えた(第四章第一節第三款参照)。
- (47) ORTOLAN (J.), *Éléments de droit pénal*, 4^e éd., t. II, 1875, n° 1794, p. 304. (第五版(一八八六年)が入手しえなかった)ので右の版(第四版)に依った。
- (48) 逆にアメリカの法学者のみたフランスの一事不再理を知る手掛りとして、J. A. SIGLER, *DOUBLE JEOPARDY* 138-140 (1969).
- (49) ORTOLAN (J.), *op. cit.*, p. 305.
- (50) *ibid.*
- (51) こゝに「*délit*」とは、軽罪ではなく、軽罪を含めた犯罪一般の総称として用いられている。
- (52) ORTOLAN (J.), *op. cit.*
- (53) この点、同じ箇所でもオルトランが、その原因として英米法が私人訴追しか認めないからだと指摘しているのは、示唆的であ

(注 36 の対照表)

Code de brumaire.	Code de 1808.
<p>ART. 374. —Viennent ensuite les questions qui, sur la moralité du fait et le plus ou le moins de gravité du délit, résultent de l'ACTE D'ACCUSATION</p> <p>.....</p> <p>de la DÉFENSE DE L'ACCUSÉ</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>DU DÉBAT. et</p> <p>ART. 379. —Les jurés PEUVENT être interrogés sur une ou plusieurs circonstances non mentionnées dans l'acte d'accusation, <i>quand même elles changeraient le caractère du délit résultant du fait qui y est porté.</i></p>	<p>ART. 337. —La question résultant 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?»</p> <p>339. — Lorsque l'ACCUSÉ aura proposé pour excuse un fait admis comme tel par la loi, le président devra, à peine de nullité, ajouter la question...</p> <p>ART 338. —S'il résulte des DÉBATS une ou plusieurs circonstances aggravantes, non mentionnées dans l'acte d'accusation, le président ajoutera la question suivante: «L'accusé a-t-il commis le crime avec telle ou telle circonstance?»</p> <p>(On reconnaît que) le président PEUT poser au jury la question de savoir si le fait incriminé ne dégénère pas en un délit moins grave et <i>différemment caractérisé</i> par la loi.</p>

(54) その後の英米二重の危険法理の発展について、主な文献として(譯書) J. A. SIGLER, *supra* note 48; M. L. FRIEDLAND, *DOUBLE JEOPARDY* (1969) (論文) Note, *Double jeopardy and the Concept of Identity of Offenses*, 7 BROOKLYN L. REV. 79 (1937); Note, *Twice in Jeopardy*, 75 YALE L. J. (1965); Note, *Double Jeopardy: An Illusive Expansion of a Constitutional Protection*, 14 GEORGIA L. REV. 761 (1980).

邦文の紹介として比較的最近のものを挙げると、田口守一「アメリカ刑事訴訟における副次的禁反言の原則」『早稲田大学大学院法研論集』一〇号(一九七四年)六一頁〔同』刑事裁判の拘束力』(一九八〇年)所収〕、高田昭正「一事不再理の客観的範囲」(一)——英米法を中心として——』『法学雑誌』二三卷一号(一九七六年)六八頁、同二号(同年)二四二頁、田宮裕「英米における二重の危険の原則——最近の発展を中心として——」『立教法学』一六号(一九七七年)一六二頁〔同』一事不再理の原則』(一九七八年)所収〕、二重の危険判例の紹介として、米國刑事法研究会「アメリカ刑事法の調査研究」(二)『比較法雑誌』一六卷一号(一九八二年)二一七、二二三、二二七頁〔中野目善則執筆〕など。

オルタランの時代以降の英米「二重の危険」法理の発展をひとことで要約すれば、被告人の利益のため「危険」の客観的範囲を拡張する方向にあると言えよう。

(55) VILLEY (E.), *note au S.* 1877. I. 41.

(56) VILLEY (E.), *Précis d'un cours de droit criminel*, 5^e éd., 1891, p. 425.

(57) これは、本款ヘリ一①、オマー①と大要、一致する。

(58) LARCIER (E.), *Du concours idéal d'infractions*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 47, 1898, p. 99.

(59) ここに「代表的」とは、後の文献において引用される頻度が高いため、この意味においてである。

(60) この発想は、前款で述べたハララン案に連なるものであり、ハララン案が立法で達成しようとしたことを、彼らは解釈で達成しようとするみたと評価できよう。

(19) LACOSTE (P.), *La chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, 3^e éd., 1914.

(20) *ibid.*, n° 972, p. 377.

(21) *ibid.*

(22) PERREAU (B.), *De la qualification en matière criminelle*, 1926, p. 352. なお、本款註(3)参照。

説

論

- (65) *ibid.*, p. 361-364.
- (66) *ibid.*, p. 364-365.
- (67) *ibid.*, p. 365.
- (68) *ibid.*
- (69) 本章第四節第二款参照。ここでも述べるように、判例を自然的事実説と解しうるかについては争いがある。ペローのあげるナンシー控訴院一八四四年判決は確かに自然的事実説を採るが、これとても下級審判例にすぎない。
- (70) *PERREAU (B.)*, *op. cit.*, p. 366.
- (71) *ibid.*
- (72) *ibid.*
- (73) *ibid.*, p. 366-367.
- (74) *ibid.*, p. 367.
- (75) *ibid.*
- (76) *LEGAL (A.)*, *note sous Ch. crim.*, 30 janv. 1937, S. 1939, I. 193.
- (77) 第一章第一節第三款「(4)で、レガルが「既判力」「一事不再理」にそれぞれどのような意味づけを与えているかを概観しておいた。
- (78) 「cause」(フランス民法典一三五一条参照)はふつう「原因」と訳出されるが、意味の上から意訳した。この点につき、第一章第二節第二款参照。
- (79) *LEGAL (A.)*, *op. cit.*
- (80) 「新要素」(本章第一節第二款参照)の有無のことを言っていると思われる。
- (81) *LEGAL (A.)*, *op. cit.*
- (82) *ibid.*
- (83) *ibid.*

第三款 一九四一年一月二五法律

一 既判力論争は、陪審に関する一九四一年一月二五法律 (La loi du 25 novembre 1941 sur le jury)⁽¹⁾ の成立によって新たな局面を迎える。同法によって、自然的事実説は強力な援軍を得、後の判例変更の遠因にもなるのだが、それにしても、被告人の自由権⁽²⁾ 一事不再理に味方する一九四一年法律が、バリ陥落の翌年、対独従属下のあのヴィシー政権の下で成立したというのも、歴史の皮肉というべきだろうか。⁽³⁾

二 一九四一年法律によって陪審に関する多数の法条が改正されたが、既判力論争に関連するのは次の二つである。⁽³⁾

〔(新) 三三九条〕 弁論の結果、事実が移送決定書に記載されたところと異なる法律上の罪名を有することが明らかになったときは、裁判長は、補充設問をしなければならぬ⁽⁴⁾。

〔(新) 三五九条〔旧三六〇条〕⁽⁵⁾〕 適法に無罪を言渡された者は、同一事実〔複数〕 (les mêmes faits) のために再び逮捕ないし訴追されることはない⁽⁶⁾。

これらの改正立法は、バラン案がそうであったように、立法者が自然的事実説を採るために新たに規定したものとみられることは許されるだろうか。

この一九四一年法律に関しては、ピエール・ミマン (P. Mîmin) (アンジエ Angers 控訴院軽罪部部长判事) による立法直後の「逐条解説 (Commentaire)」⁽⁶⁾ があるが、これによって右の点を明らかにすることはできない。ミマンの「解説」によると、新三五九条は、「既判力の絶対効を、不完全な表現によって承認した旧三六〇条の文言に忠実な再現で

ある」と言うのだが、この「不完全」というのは、有罪、不論罪の言渡を受けた者については明示を欠くことを意味するにすぎない。新三三九条に關しては、はじめて「重罪公訴事実の法律上の罪名を変更するような設問」を承認したことを中心に説明するが、既判力論争との関連については触れるところがない。

三 そもそも、同一事實の語を単数形（旧三六〇条）から複数形（新三五九条）に変更するという画期的修正も、「いかなる議會討議の対象にもならなかった」というのだから、一九四一年法律の立法趣旨を直接尋ねても、成果の乏しいことは予想された。それよりも、一九四一年法律が範としたと言われている一九三八年マッテ草案を取り上げるべきであらう。この草案は、一九三〇年一月二三日に設置された、検事長ポール・マッテ (Paul Matter) を委員長とする治罪法典改革のための委員会により作成されたもので、一九三八年六月一七日に同草案は公けにされている。草案作成に参画したユグニーは次のように述べている。

「私は、名譽なことに、この草案の準備に参加した。そして、起草者の意思は、われわれの正義感を害するような起訴のむし返えしを禁止しようという意図を（旧三六〇条の）文言の変更によって明らかにすることにあり、断言しうる。起草者にとって、事實〔複數〕は、裁判官がすべての側面から検討を加えないときでも、もはや再び取り上げる必要のない全事件 (toute l'affaire) を意味する⁽¹⁰⁾。マッテ草案起草者は、「重罪院裁判長に、移送決定書に示されたのとは異なる法律上の罪名を含む事實が弁論の結果生じたときは、補充設問を提出するよう命じたうえで、無罪の場合に同一事實〔複數〕にもとづくすべての新たな訴追を禁じた。起草者は、この複數化によって、何らかの個別的側面すなわち何らかの法律上の罪名から觀察された事實ではなく、自然的事實〔複數〕全体、すなわち一体とみられた事件を意味するのであるとの彼らの意図をより際立たせうる、と考えたのだ」と言うのである⁽¹¹⁾。

そして、一九四一年法律が、マッテ草案の各フォーミュラを結集することで「同草案の思考を自分のものにした」と⁽¹²⁾

すれば、この法律こそ、法的事実説を採る判例に止めを刺すものと評価することができよう。¹⁴⁾

(1) Loi n° 4978, J. O., 12 déc. 1941.

(2) 当の本国であるドイツ『第三帝国』では、「国家社会主義(ナチス)支配の下、「法的安定性」や「個人の保護」は凋落の一途を辿り、「実体的確定力」も次第に低い評価しか与えられなくなった(E. Kern, *Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch*, 4 Aufl., 1956, S. 179.)。このような動きのひとつの表れが、「非常異議申立(ausserordentlicher Einspruch)」制度(一九三九年九月十六日法律)という一種の不利益再審制度の導入である。これによって、すべての確定判決は、「判決の公正」に重大な疑いがあるときは検事総長の右特別再審手続申立の対象とされたのである(広渡清吾『第三帝国におけるブルジョワ法の『転換』』東京大学社会科学研究所編『ファシズム期の国家と社会・5・ヨーロッパの法体制』(一九七九年)一五—一六頁参照)。

なお、ヴィシー政権下の四年間は、戦後のフランス人にとつてできれば無視したい時代であるようだが、しかし第二次大戦後フランス再建を果たそうとする者にとつてもヴィシーの立法を常に排斥するわけにはいかず、時には追認せざるをえなかつた(Robert O. Paxton, *Vichy France Old Guard and New Order, 1940-1944, 1972* にその指摘がある。筆者は同書の仏訳書を手にしたことであるので、そのページ数を示すと、PAXTON (R. O.), *La France de Vichy 1940-1944* (traduit de l'américain par Claude Bertrand), 1973, p. 309.)。この一九四一年法律が追認せざるをえない法律のひとつであつたことは、同法律が一九四五年四月二〇日オルドナンスにより有効とされたことから知ることができる。近時の研究によれば、一九四一年法律の成立したヴィシー体制前期(一九四〇—一九四二年)は「独自のフランス国家」であり、体制の法構造としても独自に研究対象となりうるが、後期(一九四二—一九四四年)は「ナチス・ドイツのための機関」と化してしまつたとの分析がなされている(稲本洋之助「ヴィシイ体制の法構造」前掲『ファシズム期の国家と社会・5・ヨーロッパの法体制』一一五頁参照)。

(3) その他、関連条文として重要なのは次の二箇条である。

「(新三三七条)各主設問には、次の文言を用いなければならない。『被告人は、斯々の行為を犯した罪のあるものであるか』。各加重事情に関しては、独立の設問をしなければならない。』

「(新三三八条)弁論の結果、移送決定書中に記載されていない一個または数個の刑の加重事情があることが明らかになったときは、裁判長は、一個または数個の特別設問(question spéciale)をしなければならない。』

- (4) 原文では「posera」という未来形（これが法文で用いられるときは義務を表す）で、補充設問が「義務」であることが示されている。
- (5) これまでの三六〇条が、内容を改正（同一事実の複数化）されて三五九条に移動したものである。
- (6) D. 1942. L. 21.
- (7) HUGUENY (L.), note au D. 1955. 318.
- (8) HUGUENY (L.), *La loi du 25 novembre 1941 sur le jury. Etudes de Science Criminelle et droit pénal comparé*, 1944, p. 28.
- (9) BESSON (A.), *Esquisses d'une rénovation de notre procédure pénale*, D. 1955. Chr., p. 55.
- (10) HUGUENY (L.), note au D. 1955. 318.
- (11) マッチ草案四〇二条（一九四一年法律により改正された治罪法典三三九条と同一文言）。
- (12) HUGUENY (L.), *La loi du 25 novembre 1941 sur le jury*, p. 27-28.
- (13) *ibid.*, p. 28.
- (14) VOUIN (R.), *La cour d'assises française de 1808 à 1958*, in *Problèmes contemporains de procédure pénale*, *Recueil d'études en hommage à M. Louis HUGUENY*, 1964, p. 229. ヴァンは、同所で次のように述べている。
- 「忘れてならないのは、『一九四一年』法がマッチ委員会によって一九三八年に提出された法案 (projet de Code) に由来することである。同法は、『わがハリ大学の』ドヌステュ・ドゥ・ヴァーブル、ユグニーという二人の偉大な自由主義的法学者によって支持された」。
- なお、この一九四一年法律は解放後、一九四五年四月二〇日オールドナンスによって有効とされた。

第四款 自然的事実説(三)——立法の影響

- 一 一九四一年法律以降シュヴァロ判決（次節）までの一五年をみると、自然的事実説論者の関心は、次第に一九四一年法律の周囲に集まっていく。各論者によって、重点の置き方、ニュアンスが異なるのはもちろんではあるが。
- 二 ドヌステュ・ドゥ・ヴァーブル (Donnedieu de Vabres) は、一九四七年に刊行された彼の著書（第三版）の中

で、⁽³⁾ 法的事実判例のもたらす解決は「歴史的先例に反する」と言つて批判するが、そこで語られる内容自体、特に目新しい点はない。

彼のいう歴史性とは、「治罪法典〔旧〕三六〇条が正確にその表現を模倣した共和暦四年ブリュメール法典四二六条によれば、『同一事実』の語は、同一『罪名』ないし『重罪起訴 (accusation)』ではなく、そこから発生しうる多様な嫌疑に拘わりなく、自然的同一事実を意味した。同一用語に異なる範囲を認めるのは奇妙である」ということであり、二つの立法の間の設問提出方法の変化に関しては「犯罪の多様な要素が、別々の設問の対象となるかわりに有罪性の一般設問の中に統合された」が、「しかし、この改革の理由は既判力理論と関係がない」と断定する。⁽⁵⁾ さらに、「重罪院裁判長が、弁論の結果生じた補充設問を陪審に提出する『権限』を有するとしたら、彼は同時に、伝統に従つて『義務』も有することを認めるべきである。そうでないと、裁判長はその恣意的な認定により、訴訟を一回で終結させることも、被告人を反復訴追の支障及び危険に曝すこともできる結果となってしまう」との論拠をあげ、また同書の二年後に書かれた判例註釈では、⁽⁷⁾ 判例は「普通法裁判所においては、訴追は事件に、(in rem) すなわち可能性のあるすべての法律上の罪名下にある事実に向けられているという原理と衝突する。このような条件の下で、同一事実にもとづく訴追の再開、新たな法的要素にもとづく争訟は、既判力を侵害する」との指摘をしているが、いずれもこれまで論じられたことのある問題である。ただ、わずかに先の著書の脚注で、「〔自然的事実説は〕一九四一年一月二五日法律が治罪法典三三九条及び三五九条に新文言を与えて以来、疑う余地がない」と記している点が注目される。⁽⁹⁾

三 ヴィダル・マニヨル (Vidal et Magnol) の著書になると、一九四一年法律をもう少し正面から捉えるようになる。⁽¹¹⁾

彼らはまず、治罪法典新三五九条（なぜか「同一事実」が単数のままになっている）をあげるが、同条の改正（複数

化)にはまったくふれることなく、次のように言う。複数罪名が同一行為に生じうる場合、たとえば「致死行為 (homicide) は順次、謀殺 (assassinat)」、故殺 (meurtre)」、過失致死 (homicide par imprudence) の罪名が付せられる」⁽¹²⁾がそのような場合、三五九条だけからは、「自然的事実」か「法的事実」か、すなわち故殺の訴因で無罪を言渡された者を過失致死の軽罪で訴追することができないのか、できるのか決しえない。判例は後者をとる。しかし一九四一年法律によって、重罪院裁判長が弁論から明らかになったすべての補充設問を提出することが、旧三三九条の「提出できる (pourra poser)」から新三三九条の「提出しなければならぬ (posera)」へと改正されたことにより義務的とされたのだから、「事実の有しえたすべての罪名について黙示的に既判力があることになる」⁽¹⁴⁾。判例の解決は、「重罪院裁判長の好みで、その訴訟を一回で結着をつけたり、反復訴追の面倒をかけたたりできるという重罪院裁判長の恣意に、被告人を委ねるといふ都合をもつ」⁽¹⁵⁾ものである。そして、三三九条に右のような修正があった以上、新三五九条の「同一事実」は「かつて理解されてきた意味、すなわち『自然的事実』の意味に解されると考えるのが合理的であろう」⁽¹⁶⁾と言う。

四 一九四一年法律を新たな論拠として、最も痛烈に判例を批判したのは、ユグニーであった。彼は、「最高裁〔破棄院〕判例は、重罪院の手続を改正した一九四一年一月二五日法律のできるまでは、厳格に自分の立場を守ることもできた。しかし、一九四一年法律は暗示的にはあるが、非常にはっきりとこれを拒否した」⁽¹⁷⁾と断言する。ユグニーのこの自信は、彼が一九四一年法律の手本とされたマッテ草案の起草に参画して同草案に明るいことによるものであろう(前款参照)。

ユグニーによれば、一九四一年法律による治罪法典新、三五九条が、旧、三六〇条の同、事実(単数)を複数形にするこ
とによって「最高裁を否定した」のである、と。しかしこれに対しては次の疑問が起ころ。すなわち、「(マッテ草案)起草者らは、長いこと適切な表現を捜してきたかもしれないが、彼らの考えを余りに不明瞭な——人によっては余りに

不器用な——表現によってあらわしたので、一九四一年の立法者は、その考えまで認識しなかったであろうし、また、立法者の有しなかった意図を立法者に帰するのは許されないのではないかと。」と。

この反論に対して、ユグニーは次のように答える。

「[マッテ]草案には、この四二三条〔治罪法典新三五九条〕を補完し明瞭にする別の規定、すなわち四〇二条があった。同条は、《弁論の結果、事実が移送決定書に記載されたところと異なる法律上の罪名を有することが明らかになったときは、裁判長は、補充設問をしなければならぬ》と規定する。草案起草者らは、長いこと判例によって承認されてきたが純粹に任意とみなされてきたこの補充設問を、次の目的のために義務的とさせるように要求した。その目的とは、重罪院の評価に服していない諸点にもとづく遅れた起訴が将来なされることの阻止である。一九四一年立法者は、新三三九条で、マッテ草案四〇二条を模倣(copie)した」⁽¹⁸⁾

したがって、このような法律が成立した以上、「重罪院は、こめかみに目隠し皮をしている〔フランス語で『偏見をもつ』の意〕とか、軽罪裁判所に、本来判決できなかった事項につき判決させる必要があると主張することはできない」⁽¹⁹⁾のである。

かくして、判例はその基礎を失い、「もはや治罪法典三五九条の法文に与えていた解釈を、結局維持しえない」⁽²⁰⁾のであるが、判例の転回をみる前に、既判力論争の締めくくりとして、また自然的事実説の集大成として、コンバルデュ(Combaldieu)の議論を次に検討することにした。

(1) この時期になると、学説は殆んどすべて自然的事実説を採用するようになる。

(2) DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., 1947.

(3) *ibid.*, n° 1563, p. 886.

説

(4) *ibid.*, p. 887.

(5) *ibid.*

(6) *ibid.*

論

(7) DONNEDIEU DE VABRES (H.), note au D. 1949. 514.

(8) *ibid.*

(6) DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, p. 887, note 2.

(10) 一九四一年法律について脚注で簡単に触れるに止まっていたのは、同書が右法律施行以前に刊行された(年度は不明)ものの第三版だからである。

(11) VIDAL (G.) et MAGNOL (J.), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9e éd., t. II, 1949.

(12) *ibid.*, p. 996, note 1.

(13) *ibid.*, n° 670, p. 995.

(14) *ibid.*, p. 996.

(15) *ibid.*

(16) *ibid.*, note 2.

(17) HUGUENY (L.), note au D. 1955. 318.

(18) *ibid.*

(19) *ibid.*

(20) VERDIER (J.-M.), note sous Ch. crim., 25 mars 1954 [Thibaud], J. C. P., 1954. II. 8272. ヴェルディエの自然的事実説の最大の根拠も、一九四一年法律であった。

第五款 総括的判例批判——コンバルデュの所説

一 コンバルデュの、「既判力に関して論争の対象とされ今日なお現実的な問題の研究」¹⁾と題する論文が発表された

のは、一九五五年のことである。この翌年には、次節に述べるシュヴァロ判決が出されており、法的事実判例を批判し自然的事実説を主張する論文としては右の論文が最後のものとなった。しかも、コンバルデュの右論文は、時代が比較的新しいものであるだけに、これまでの自然的事実説を整理統合し、具体的論証にも意を尽した説得的な論文になっているように思われる。法的事実判例の総括的批判として、さらには本節のまとめを兼ねてコンバルデュの所説を以下比較的詳細に辿ろうとするのは、このためである。

二 コンバルデュが第一に問題としてとり上げたのは、各条文に用いられている「事実」という用語に与えられる各々の解釈の統一性ということであった。立法者が「事実」に法的事実の意味を与えたければ、「同一重罪、同一軽罪のために」といった用語を用いたであろうということは、既にデュペン検事長が破棄院の検察官意見（一八四一年連合部判決に関する）の中で指摘していたところである。⁽²⁾しかし、コンバルデュの分析はより詳細緻密である。すなわち、「どのような意味で『事実』という用語が用いられているかを研究するために治罪法典にざっと眼を通すと、この表現は常に自然的事実の意味に用いられているのが分かる（とりわけ、五条、三二条、四〇条、九四条、一二八条、一二九条、一三三条など）。

たとえば、二四六条と三五九条にある《同一、事実》の表現が、前者の場合自然的同一行為（これは異論がない）を意味し、後者の場合同一訴追罪名を意味するというのは、いかにして認められるのだろうか？⁽³⁾と。

さらに、新三六〇条⁽⁴⁾と新三五九条を比較しても、同様の指摘をすることができる。新三六〇条は次のように規定されている。

「〔新〕三六〇条 弁論の進行中に、証拠書類または証言によって被告人に、別の、事実の疑いがあることを認めた

ときは、裁判長は、無罪の判決を言渡した後、被告人を新たな事実のために訴追すべきことを命じなければならぬ。そのため裁判長は、勾引状または必要に応じて勾留状を發して、被告人を管轄司法官または裁判所に送致しなければならぬ」(傍点コンバルデュール原文ではイタリック体)

右の条文にいう「新たな事実」は、「未だ提訴を受けていない予審判事によつても、令状を發する権限しか与えられない重罪院裁判長によつても、まだ罪名を与えられてもいないというのにこれを法的、事實の問題であるなどと主張できるのだろうか? したがつて、ここでは弁論の進行中に明らかになつた『自然的事実』つまり確かに刑事における提訴が可能のようだが未だ罪名が付せられていないありのままの事實しか、問題になりえない。以上の結果、同一法典の連続する二つの条文(三五九条、三六〇条)において、『事實』という語が二つの異なつた意味をもちうると、論理的に主張できるものかどうか」と言つて、三五九条の「同一事實」も自然的同一事實と解すべきである、と主張する。

三 引き続きいて實質的な議論に入る。コンバルデュールは、その際、「問題解決を必要とするかにも見える幾つかの一般原理」と関連させながら論じる。すなわち、——

(1) 公判裁判所の罪名変更権 (pouvoir de disqualification)

まず、刑事裁判所は、《事件 (in rem)》すなわち公訴事實を付託されている、という異論のない原則を採り上げる。同原則によつて、罪名変更がなされても事實は同一である。つまり、「裁判官は、単に、事實に与えられている法のラベルすなわち事實と法典の間に存する法律關係を変更するにすぎない」のである。重罪院について考えてみよう。「管轄権を付与する重罪公訴部の移送決定書を受けとつて、重罪院は、充全な裁判権 (plenitude de juridiction) をもつ。重罪院は当然に、移送決定書に記載された罪名を修正することができる。新たに検討された事實が重罪ではなく、したがつ

て重罪裁判権の通常の管轄ではなくなったとしても、重罪院は、管轄権のないことを理由に判決を拒むことはできない。適法に事件 (*affaire*) を提起された以上、重罪院はそれを終局的に判決し、付託された事実 (*faits*) につき判示しなければならぬ⁽⁷⁾。

このことは、一九四一年法律が、重罪院裁判長に補充設問提出「義務」を認めたことから、一層明らかになった。この義務、すなわち「単に重罪公訴部によって付与された重罪起訴〔罪名〕に関してのみならず、弁論の審理にあらわれた法的側面との関係においても事件を判決しなければならぬ重罪院裁判長の、単なる道義的なものではない法的義務、は、付託された事実が付されうるすべての法律上の罪名を消滅させる効果を有する。そして補充設問を提出しなかったという裁判長の回避行為は、単純に、移送決定書に記載された罪名とは異なる罪名の可能性が、弁論の結果明らかにならなかったことを証明しているといえる。これが、治罪法典新三三九条に与えられうる唯一の論理的解釈のように思われる」。

また、陪審との関係で重要な原理として「人民の答申は最高であり、決定的である」というのがある。陪審無罪後の「第二の訴追というのは、陪審の決定に対する一種の抗議によるものとは言えないだろうか？ 第二の訴追が《この陪審の無能さに対する救済策》を構成することは、ほとんど公然と認められているのではないか？ しかしそれは、法律が最高のものと認めた答申の効果を、間接的に無効ないし制限するものではないのか？」⁽⁸⁾。

陪審の答申には理由が付されず、それを導いた過程・原因が知りえないだけに、この点の慎重さは特に必要なものといえよう。

(2) 第二の原理は、「刑事公判裁判所は——有罪を言渡すのであれ無罪を言渡すのであれ——終審として判決するとき、終局的に判決する」というもので、換言すれば「全部について一回」⁽¹⁰⁾の原理といふことができる⁽¹¹⁾。

「公判裁判所は、フランス古法にあったような、疑わしい場合に事件を終結させない可能性をもつことは、もはやで

きない（これはかつての期限付き、あるいは無期限の仮放免手続を指す）。有罪判決があった場合、『事件』は、別の刑を言渡すためであれ、無罪を得るためであれ、もはや繰り返えされることはない。無罪判決があった場合、事件は、たとえ新証拠が発見された場合であっても、より一層強い理由で、繰り返えされることはできない。これについての唯一の修正は、よく知られているように、再審の手続である。これは不当に有罪とされた者の利益のためのものであるが、不当に無罪とされ、あるいは不十分な有罪刑を受けた者に対するものでは決してない。したがって、これは例外的、一方通行的 (a sens unique) 手続である¹⁷⁾。

一事不再理原則が、歴史的に、仮放免制度のアンチテーゼとして確立されてきたことを踏まえて議論していること、¹⁸⁾ 法的事実説の不当性を再審との関連でも論じていることが注目される。

四 右のような検討の後、コンバルデュは判例に対して次のように述べる。「仮りに〔判例の〕これまでを否定しないとしても、立法の改正（一九四一年一月二五日法律による三三九条及び三五九条の改正）を考慮すれば、判例は、より論理的であり、同時により人道的である方向に向かっていると考える¹⁹⁾」と予測する。ただそこで問題となるのは、判例が長期に亘って延命することができた原因のひとつでもある、判例の《新たな要素》《前訴で指摘ないし評価されなかった要素》を要求する理論である。この点については、先に述べたように（前節第二款）、現実に《新たな要素》がないとして再訴を否定した破棄院判例も幾つかあり、制約原理として一定の機能を果たしてきた点は否めない。しかしそれも、全体からみると気休め程度のものにすぎなかった。コンバルデュは、「新要素」概念を《単に修飾的な事実》と《真に新たな事実》に区別して、この判例理論を批判的に論じる。

「《単に修飾的な事実》とは、前訴を加重するような、あるいは逆にある種の変更によって減輕するような、あるいは単に変更を加えるような付随事情で、それらの事情が幹に結合する枝のように、訴追された同一事実と密接に結合する

場合を言う。

《真に新たな事実》とは、前訴とは完全に異なり、公判裁判所が、訴追権と判決権の分離原則の侵害なしには、また防禦権の重大な侵害なしには職権で係属させえないような事実を言う。

判例が新たな訴追を行なうために、われわれが与えた正確な意味において『真に新たな事実』を要求するとしたら、その場合には、——そしてその場合にのみ——既判力に向けられた侵害はなく、われわれも判例に賛成することができ¹⁰⁾る。

しかし、判例が再訴を許容するのに必要だとする新要素が『単に修飾的な事実』にすぎないとしたら、われわれは判例に賛成できない。一例をあげる。公然とわいせつ行為を行なった者を、重罪院で強制わいせつ無罪とされた後に、「公然」わいせつで軽罪裁判所に訴追することを認めることができるか、という事例について、コンバルデュはこれを否定する。理由は、「第二の訴追を正当化するために一部の実務家があげる公然性は、実は『事実』ではなく、せいぜい事情(深夜であるという事情、あるいは集団によって犯されたとの事情と同様のもの)にすぎないものであり、間違いない、帰責事実自体との関係をみようとしない法律家の巧妙さ、緻密さである」と¹¹⁾言¹²⁾って、新要素理論の欺瞞性を攻撃する。

五 次いで、破棄院一九五四年三月二五日判決(チボー判決・後述¹³⁾)を批判的に検討したうえ、最後に判例理論の、①論理的、②人導的レベルにおける不当性を指摘する。

①まず、法理論のレベルにおいて、「判例は、一層満足を与えることのできないものになる。すなわち、実際一個の同一事実が、同時に故殺と過失致死を構成しえないことは争いえない。これは、一方または他方かであって、同時に二つということとは決してない。ところで、判例システムによると、判例自ら両立しないことを認めている二つの犯罪の抑

庄ということのために、二つの有罪に至りうるし、至らしめてきたのである。各々終局的となった二つの有罪判決を突き合わせてみることに自体、単に矛盾を示すだけでなく、最大の誤判を示す⁽¹⁸⁾。

②「確かにこの「判例の」手続は、遺憾な欠陥を補い、怪しからぬ不処罰を是正させると言えるかもしれない。しかし、そこには、時に人身の自由を侵害するために用いられる両刃の剣があるのではないか?⁽¹⁹⁾」。

問題の本質は、犯人処罰の確保（不処罰の是正）の要請と人身の自由の保障の相克にあり、その場合、後者を軽視することはできない、とされるのである。ただ、注目すべきは、単なる人権論に止どまらず、これに手続的正義（フェアプレイ）の観点を加えている点である。すなわち、――

「……一種の再審という方法で、かなり低級な技巧により、直接重罪院で打撃を与えられなかった被告人に対し、間接的に軽罪によってアプローチしようというのは、望ましいことだろうか？ 司法上の闘争においても、勝負に潔い（être beau joueur）ということを知るべきである。少なくとも事情を知っている者の眼には明らかかな卑劣さ、不作法さを有する手続を用いて何になるのか？」⁽²¹⁾と。「われわれの唯一の関心は、訴追の理由とされた事実から、法律家の巧妙緻密な博学がその事実が付与しうるすべての罪名が奪われない限り、被告人が相次ぐ複数裁判所で連続的な苦痛を受けるといった事態を避けることである」⁽²²⁾。

コンバルデュは、判例の将来について、「判例が、『一事不再理原則』のより良い理解の方向へと進むことを希望しておこう」と結んでいるが、翌一九五六年、破棄院はこれに応えるかのように、シュヴァロ判決によって判例変更をしたのである。これについては、節を改めて述べることにしたい。

(一) COMBALDIU (R.), *Essai sur la question controversée et toujours actuelle de l'autorité de la chose jugée au criminel*

一事不再理の客観的効力 (2)

sur le criminel, Recueil général des lois, 1955, p. 365 et s.

- (2) 本章第一節第二款【一】参照。
- (3) COMBALDIEU (R.), *op. cit.*, p. 365.
- (4) これは一事不再理規定(旧三六〇条→新三五九条)ではないことに注意されたい。新三六〇条も一九四一年法律によって改正、移動されたものである。
- (5) COMBALDIEU (R.), *op. cit.*, p. 366.
- (6) *ibid.*
- (7) *ibid.*
- (8) *ibid.*, p. 366-367.
- (9) *ibid.*, p. 367.
- (10) エントンの「一部」論者「一事不再理を『一回性の原則(der Grundsatz der Einmaligkeit)』で説明しているのが想起される(たとえ K. Peters, *Strafprozess, ein Lehrbuch, 3 Aufl., 1981, S. 480.*)」。なお、田宮・前掲書七六頁以下。
- (11) COMBALDIEU (R.), *op. cit.*, p. 367.
- (12) *ibid.*, p. 367-368.
- (13) 本稿第一章第三節第一款参照。
- (14) COMBALDIEU (R.), *op. cit.*, p. 368.
- (15) *ibid.*
- (16) *ibid.*, p. 369.
- (17) 次節第一款【三】参照。
- (18) COMBALDIEU (R.), *op. cit.*
- (19) *ibid.*, p. 370.
- (20) 大陸法「実体的真実主義」英米法「当事者主義(adversary system)」と単純には割り切れない例証といえようか。もちろん、これが直接間接の英米法の影響であるとの可能性は否定できないのではあるが(特に英米法文献は引用されていない)。
- (21) COMBALDIEU (R.), *op. cit.*

第三節 シュヴァロ判決（一九五六年）

第一款 原 審

一 一世紀半に亘る既判力論争は、シュヴァロ破棄院判決（一九五六年）によって終止符を打たれた。この判決は、法的事実判例と訣別し、自然的事実説に与する重大な判例変更を決断するものであった。本款ではまず、事件の経過から追っていくことにしよう。⁽¹⁾

シュヴァロ (Chevalot) という男が、その息子ジャン・クロードに対する故殺の重罪により、アミアン (Amiens) 控訴院重罪公訴部の決定によってエンヌ (Aisne) 重罪院に移送されたのは、一九五四年一月二〇日であった。同年二月九日、エンヌ重罪院の陪審は、「故殺」(主設問) と「殺害までの意図のない故意の殴打」(補充設問) の二つの設問に対し、いずれも否定的に答申し、シュヴァロは無罪を言渡された。その後彼は、同一事実について、今度は過失致死の嫌疑で訴追された。起訴を受けたヴェルヴァン (Verwin) 軽罪裁判所は、シュヴァロからの既判力の抗弁にもかかわらず、「破棄院の非常にも有名な判例にもとづいて」⁽²⁾ 彼に有罪判決を言渡した（一九五四年三月一八日）。

この有罪判決に対し、検察官及びシュヴァロから控訴がなされた。控訴審であるアミアン控訴院は、一九五四年七月二二日、一九四一年法律を十分斟酌した次のような判決をした。⁽³⁾

「治罪法典新三三九条によれば、重罪院における弁論の結果、移送決定書とは異なる法律上の罪名を有することが

明らかになったときは、『裁判長は、補充設問を提出しなければならない』。裁判長が適切なすべての罪名を付して公訴事実を提示すべきであるという、このような義務は、その必然的結果として、上記事実〔複數〕を必然的に排除する。同様に、同法典三五九条に示された、無罪被告人に対する『同一事実〔複數〕にもとづく』反復訴追の禁止は、一九四一年立法者の意思が、反復訴追のみならず公訴事実〔複數〕が自然的に同一であるときに異なる法律上の罪名の対象となることを禁ずるものであることを、よく示している。これら諸原理の適用により、本件においては、シュヴァロに対する本件公訴を不受理と宣言すべきである。なぜなら、一方において、現在彼に問われている事実〔複數〕は、いずれにしる自然的観点からみてエンヌ重罪院に付託された事実〔複數〕と同一であり、他方、重罪院裁判長は、治罪法典三三九条に従って、可能性のありそうなすべての罪名について、当該事実〔複數〕を排除するという意思を、殺害までの意図のない故意の殴打の罪状に関する補充設問を提出するように注意することで、示したからであり、また、今日裁判官が検討する義務がないと考えた新たな罪名を認めることは、間接的には、本案裁判官として有する最高権限 (*pouvoirs souverains*) を侵害するからである。

以上の理由により、控訴は受理、原判決を取消し、シュヴァロに対する訴追は不受理と宣言する⁽⁴⁾。

二 このアミアン控訴院判決は、学者及び一部実務家から好意的に迎えられた。既に何度か名前を出ているユグニー(パリ大教授)は、「挑戦的なアミアン控訴院に賛成すべきことについては、われわれは心底から確信をもっている」と⁽⁵⁾まで言っているし、グラニエ(Granier) (上席検事)も、同判決は一九四一年法律を正しく理解したものであると解している⁽⁶⁾。

同判決は、「一世紀半に亘って、刑事法の学者と実務家の間に対立していた問題の解決に関して、学説の側に与するため伝統的判例を棄てたもの⁽⁷⁾」と評価できるが、従来の判例の流れからいくと、「重罪院の最高決定性に由来する尊厳を

説
指摘して被告人を社会の訴追から守る諸判決〔下級審のもの〕の流れに連らなる⁽⁸⁾ものと位置づけることができる。い
ずれにしても、同判決を「いかなる間隙もないほどの緻密な学説に助けられて、抵抗 (Resistance) を示した」⁽⁹⁾幾つかの控
訴院判決のひとつには違いないが、その論拠として一九四一年法律に全面的に依拠した点に特徴がある。この点を、グ
ラニエの註釈⁽¹⁰⁾に依りながらも少し詳しく指摘しておきたい。

グラニエの要約によれば、一九四一年法律による治罪法典新三三九条、新三五一条、新三五九条の三条文の新文言の
結果「明らかに、『事件』を (in rem) 付託された重罪院は、その答申によって、その付託された事実のすべての法律上
の罪名を消滅させる。したがってもはや事実を繰り返さず余地はない。すなわち『一事不再理』である。

これが、『シュヴァロ』事件で、アミアン控訴院が言渡した判決の意味するところのものである⁽¹¹⁾と。詳述すると、
「既判力の抗弁が考慮されて、公訴権は、故意の殺人で訴追されたシュヴァロに無罪を言渡した重罪院判決によって消
滅した。アミアン控訴院は、他方では、故殺の罪名を重罪公訴部に提起された重罪院裁判長が、弁論の結果生じたもの
であるとして殴打致死の補充設問を提出したことを非常に正確に述べている。陪審は全設問に『否』と答えた。しかし
過失致死の罪名は、裁判長が少しも提出しなかったため、検討されなかった。アミアン控訴院は次のように考えた。検
討されなかったことについて裁判長の側の失念ということはある、といふのは裁判長が提出した補充設問は、指
定された罪名〔故殺〕とは別の罪名〔殴打致死〕を検討する配慮を示している。それは、裁判長が、過失致死の軽罪を
検討する可能性が弁論によって立証されなかったと考えた証拠でもある⁽¹²⁾。かようにアミアン控訴院判決を好意的に評
価したうえで、グラニエは、「上告を棄却するために、自然的事実の同一性にもとづいてさらに判例を明確にするよう追
いこまれるかもしれない最高院〔破棄院〕の判決を知ること、とりわけ興味深い⁽¹³⁾」といささか楽観的に結んでいる。
しかし、ユグニーは、アミアン控訴院判決の出された段階では、「法律の利益のための上告を提起された破棄院は、

われわれもグラニエ上席検事とともに喝采を送った、このアミアン〔控訴院〕判決を認めるだろうか」と疑問を提起したうえ、「最近の裁判例、殊にブルジョ裁判官の報告のある一九五四年三月二五日に言渡された判決〔チボー判決〕からすると、この問題に関する希望は殆んどない」と、甚だ悲観的な観測をしている。ユグニーのあげるこのチボー (Thibaud) 事件破棄院判決は、前訴が過失致死の軽罪で軽罪裁判所の有罪判決を受けた男チボーが、後に同一事実のためになされた故意の殺人の重罪起訴の適否が争われたもので、ここでの議論とはボタンが異なる。⁽¹⁶⁾ しかるにユグニーら当時の論者が、シュヴァロ・アミアン控訴院判決とチボー・破棄院判決を関連づけて論じているのは、なぜだろうか。⁽¹⁷⁾ この点を理解するためにも、チボー事件に、ここで立ち入らざるをえない。

三 チボー事件とは、チボーという男が、不安定な状態でランプを持って妻のベッドに近付き、ランプの燃料をこぼして妻を焼死させたという事案に関する。⁽¹⁸⁾ チボーは一番初めは故殺の被疑者であったが、結局過失致死の嫌疑で軽罪裁判所に移送された。そこで彼は過失致死の軽罪で二月の拘禁及び罰金刑の有罪を言渡され (一九四四年三月一〇日)、執行された。その後被害者の娘の告発とチボーの自由により、彼が故意に妻を殺したことが明らかになったので、新たな予審が開始され (一九五一年一〇月二五日)、一九五二年八月二二日、彼は謀殺の重罪でジロンド (Gironde) 重罪院に移送された。同年一月二五日、重罪院は予謀の加重事情を排除し、故殺の重罪として重罪刑を言渡し、同時に別の判決で私訴原告たる被害者の娘に損害賠償を認めた。チボーは、治罪法典新三五九条 (一事不再理) 違反を主張して上告した。

破棄院は、一九五四年三月二五日、上告棄却の判決をしたが、⁽¹⁹⁾ その判決の中で新三五九条の解釈を示している点が目された。

「確かに治罪法典三五九条は、事実〔複数〕が終局的になった有罪または無罪判決の対象に既になっていた場合に、

公訴権行使を禁ずる。しかし、同条の法文は、同一人に対する第二の訴追が基礎とする事実が、第一の訴訟の基礎と与えた事実と重ならない場合には、援用されることはできない。本件においては、軽罪裁判所は、彼が炎に覆いのない不安定な状態のランプを妻のベッドに近付けた過失を犯したと立証されたと認め、チボーに有罪を言渡した。次いでチボーは、可燃液を妻の髪にこぼし、それに火をつけて彼女の焼死を惹起させた罪で重罪起訴され、有罪を言渡された。かような行為 (actes) は、第一の有罪の基礎となった行為と類似しているとはいえない。意思決定によって犯される殺人の重罪と、過失〔致死〕の軽罪は、その法的要素においても事実的要素においても異なる二つの犯罪である。この本質的相違を前にすると、訴追のすべての同一性は消滅してしまふ。したがって、チボーは妻の故殺につき有罪であると認めた重罪院の宣告は、軽罪裁判所の後に発生し、同裁判所の基礎となった事情とは異なる事情を斟酌しているのだから、新たな訴追に対して適法に言渡されたといえる⁽²⁰⁾。

かように、過失致死有罪確定、執行の後、故殺でさらに有罪を言渡しているのをみると、法的事実判例の系譜上のものといえるのだが、ただ、その理論において、第一・第二の訴追事実の間に自然的同一性を強調している点が注目される。ヴェルディエ (Verdier) は、そこを捉えてチボー判決を自然的事実説と理解し、同判決は「判例の位置と学説の位置をかかなりの程度接近させる⁽²¹⁾」とまで言う。彼は、判決文にある「意思決定によって犯される殺人の重罪と過失〔致死〕の軽罪は、その法的要素においても事実的要素においても異なる二つの犯罪である」という箇所を引用して、「法的要素と対比される事実的要素は、自然的事実を示すことしかありえない。したがって、この理由は、第二の訴追が有効なためには異なった自然的事実を要求している⁽²²⁾」との結論を引き出す。ただ、ヴェルディエもこの判例の言う「自然的事実」が、学説の「自然的事実」よりも狭いことは認める。すなわち本件では、学説のいう自然的事実は「妻に対してひっくり返えされたランプの燃料の炎焼に引き続く妻T某の焼死」ということになるかと解されるのに対し、

破棄院は、「覆いのない不安定な状態のランプを妻に近付けたという、夫の犯した過失行為」と、「被害者の髪に可燃液を故意にこぼした事実」を別個の事実として対比させている。⁽²³⁾

ヴェルディエは、右の「過失行為」と「故意行為」の間に自然的事実の同一性を認めながら、他方、これとシュヴァロ控訴院判決を統一的に理解しようとする。すなわち、チボー判決の基準を逆の場合であるシュヴァロ事件にあてはめると、「同基準は争いなく一事不再理原則を適用することを提起し、既に故殺の罪名で問題にされた後第二の訴追を認めるという、学説に批判されてきた判例を非難する。実際、このような場合、一九五四年七月一二日アミアン控訴院がその判決(シュヴァロ)の中で認めたように、第二の訴追はいかなる新たな自然的事実をも含まない」と言う。やや難解な説明であるが、要するに人を死に致す客観的行為との関係で「殺意」は自然的にも新たな要素であるが(チボーの場合)、「殺意」が前訴で問題になった場合、「過失」は新たな要素とはいえないから過失致死で再起訴できない(シュヴァロの場合)と、統一的に矛盾なく理解しようとするのである。

右のヴェルディエの「理解」に対しては、二つの反論が可能である。

ひとつは、チボー判決が前訴後訴の自然的事実の異なる場合というのであれば、いわゆる「既判力論争」の問題の前提(少なくとも「自然的事実」が前後訴同一)を欠く。その意味では、判決文の表現に拘らず「論争」の延長線上に位置づけることはできない。しかし、ヴェルディエも認めるように、本件は学説によれば自然的事実の同一性がある場合であるのだから、右のような理解で片付けるのは表面的すぎる。

もうひとつの反論は、ユグニーの主張するもので、「破棄院刑事部が後訴を受理すると宣言するために注目したのは、事実的要素についてではなく、単なる心理的要素すなわち過失責任と故意責任の区別にすぎない」というものである。⁽²⁴⁾ この点は後述する。

説 さて、以上のような判例の状況の下で、シュヴァアロ破棄院判決が出されることになったのである。

論 (1) 以下の事実経過は、後述アミノン控訴院判決の認定事実に拠る(後註(3))。

(2) HUGUENEY (L.), note au D. 1955. 318.

(3) Amiens 12 juill. 1954, D. 1955. 317 note Hugueney; J. C. P., 1954. II. 8385, note Granier.

(4) *ibid.*

(5) note au D. 1955. 318.

(6) note au J. C. P., 1954. II. 8385. なお、シラヒエはアミノン控訴院付検事であるが、本件には関与していない。

(7) *ibid.*

(8) *ibid.*

(9) COMBALDIEU (R.), *op. cit.*, p. 368.

(10) 註(9) 参照。

(11) *ibid.*

(12) *ibid.*

(13) *ibid.*

(14) 「法律の利益のための上告」については、本章第一節第一款註(13) 参照。

(15) 註(5)。

(16) このような、前訴が軽罪裁判所、違警罪裁判所の場合に関しては、シュヴァアロ判決の後も問題は残されたままであった(後述の本章

第四節第二款参照)。

(17) ニグニーのはか、前出のコンバルデュエ、グラニエ、後出のヴェルディエも関連づけて論じている。

(18) 以下の事実経過は、後述チボー判決の認定事実(後註(19))及びニグニーの註釈(前註(5))に拠る。

(19) Ch. crim., 25 mars 1954, Bull. crim. n° 121; J. C. P., 1954. II. 8272, note Verdier.

(20) *ibid.*

(21) note au J. C. P., 1954. II. 8272.

(22) *ibid.*

(23) *ibid.*

(24) *ibid.*

(25) 註(5)。

(26) 詳細は、第三章第一節第一款に述べる。

第二款 シュヴァロ破棄院判決

一 一九五六年三月二〇日、破棄院は、検察官の上告理由を斥け、次のような判決を言渡した。

「治罪法典三三九条によれば、弁論の結果、事実が移送決定書で採用された故意の殺人とは異なる法律上の罪名を有することが明らかになったときは、裁判長は、一個または数個の補充設問をしなければならぬ。裁判長は致命的な殴打、弁論の結果明らかとなりえなかつた殺人の意図の補充設問をしたように、もし同じ弁論の結果、ジャン・クロード・シュヴァロに対する暴行が故意によるものではなく、不熟練ないし軽率によるものであることが明らかであれば、過失致死の設問を提出すべき義務があつた。したがって、この過失致死の設問が提出されなかつたことからみて、同設問は提出される必要がなかつたのであり、また、重罪院の否定的答申は、重罪公訴事実が、行為者の可罰的意思想の程度に依じて該当しうるいかなる罪名の下でも可罰的でないことを将来とも明らかにしていると結論すべきこととなる。以上の結果、控訴院は治罪法典三三九条に違反したのではなく、むしろ逆に、同条の正しい適用をしたのである。かくして「上告」理由には左袒しえない。これらの理由により、上告棄却¹⁾」

かくして破棄院は、ユグニーの予測を裏切つて、約一世紀半ぶりに判例を変更し、自然的事実説を採用するに至つた

のである。この判決に対し、ユグニーが註釈を書き、その中でこれを絶賛したのも当然のことであろう。その後の刑事法学者の評価も、同判決を自然的事実説への転回として位置づけ、高い評価を与えている点で一致している。

ダナンは、「一部控訴院の抵抗と学説の反復される強力な抗議を前にして、破棄院刑事部は、終局的な、伝統的判例を放棄する立場をとり」「シュヴァロ判決の中で、事実概念を明確にすることで長い論争に終止符を打った」と言い、ナジャリヤンも「破棄院は、判例を確立し古い判例を放棄するために、重罪院の答申は公訴事実がいかなる罪名に関しても罪とならないことを証明するものであり、したがって新たな訴追は不受理とされることを指摘したうえ、学説の多数によって支持され賛同されている原則を承認した」ものと評価している。

二 このシュヴァロ判決のもたらした解決が、判例のレベルにおける解決であるとすれば、立法のレベルにおける解決は、その数年後に到来することになったのである。

(1) 上告理由として、治罪法典(新)三五九条、刑法典二九五条、三〇四条、三〇九条、三一九条の各法令違反が主張された。

(2) Ch. crim, 20 mars 1956, D. 1957. 33; J. C. P., 1956, II, 9251.

なお、同判決の簡単な紹介として、別冊ジュリススト『フランス判例百選』(一九六九年)81事件〔兵庫琢真執筆〕。

(3) note au D. 1957. 33. ユグニーは、同註釈において、「この判例変更に喝采を送るだけでは十分ではない。その射程範囲を測定し、その影響を予測する努力が必要である」と指摘する。シュヴァロ判決の射程範囲として具体的に問題となるのは、①前訴が軽罪・違警罪の場合にも右判決の趣旨を及ぼしうるか、②右判決とテボー判決との調和の問題の二点であるが、①は次節第二款で、②は次章でとり上げる。

(4) DANAN (L.), op. cit., p. 88.

(5) NAJARIAN (K.), op. cit., p. 185.

(6) *ibid.*, p. 99.

第四節 立法的解決と残された問題

第一款 新刑訴法典三六八条

一 一九五八年新刑事訴訟法典 (Code de procédure pénale) は、現行犯等の捜査手続、重罪公訴部などに関する重要な改正点を含む画期的なものであり、これによって、一五〇年近くもの間施行されてきたナポレオン治罪法典も、ようやくその務めを了えたのである。新法典による刑事手続の諸改革は、既判力に関連する諸規定にまで及んでおり、新法典六条、三五一条、三六八条に、これまでの既判力論争の成果の結実をみることがができる。これらの新しい規定、殊に三六八条は「一九五六年三月二〇日の重要な判決〔シュヴァアロ破棄院判決〕によって引き出された判例上の概念を採り入れた」ものであり、この規定によって「すべての疑問を一掃し」⁽⁴⁾「問題を一挙に解決し、…判例及び学説の平面におけるすべての論争に終止符を打った」⁽⁵⁾のである。

二 新法典中の既判力に関する条文は、次のとおりである。⁽⁷⁾

〔六条〕 刑の適用を目的とする公訴権 (l'action publique) は、被告人の死亡、時効、恩赦、刑罰法規の廃止及び既判力 (la chose jugée) によって消滅する。

但し、公訴権の消滅を宣言した判決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しがなされたときは、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または偽造行使の犯人に対して刑の言渡しがなされた日まで、その進行を停止していたものとみなす⁽⁸⁾

〔三五一条〕 弁論の結果、移送の決定書に示されたところと異なる法律上の罪名を有することが明らかになった

ときは、裁判長は、一個または数個の補充設問を提出しななければならない⁽⁸⁾（傍点白取）

「三六八条） 適法に無罪を言渡された者は、別の罪名（qualification）を付したとしても、同一事実（mêmes faits）のため再びこれを逮捕しまたは訴追することができない⁽⁹⁾」

これらの条文と治罪法典との相違は次の点にある。まず、六条では初めて「既判力」が公訴権消滅事由であると明文化され⁽¹⁰⁾、同時に二項で「偽造」の場合に関する、重大な既判力の例外が規定された⁽¹¹⁾。三五一条は、治罪法典新三三九条とはほ同様の規定だが、補充設問の義務性が一層明確になった⁽¹²⁾。三六八条は、治罪法典新三五九条に「別の罪名を付したとしても（même sous une qualification différente）」というフレーズが付加されたものである。われわれは幸いなことに、このフレーズを付した立法者の意思を、同じ刑事訴訟法典の第五部「刑事訴訟法典適用のための一般的訓令（Instruction générale prise pour l'application du Code de procédure pénale）」⁽¹³⁾によって知ることができる。同訓令五五九条には、次のように明快な記述がなされている。

「（C五五九条） 治罪法典三五九条に代わる三六八条の規定の重要性は強調されて然るべきである。適法に無罪を言渡された者は、別の罪名を付したとしても、同一事実のため再びこれを逮捕しまたは訴追することができないと規定することにより、立法者は刑事既判力原理を承認した。

立法者は、弁論の結果、事実が移送決定書に示されたところとは異なる法律上の罪名を有することが明らかになつたときは、重罪院裁判長は補充設問を提出する義務を負うと考えた。

もし、いかなる補充設問も提出されなかったとしたら、その場合には、事実が重罪公訴部で付与された罪名と異なる

る、いかなる罪名にも該る可能性がない、とみなされるべきである。したがって、同一事実⁽¹⁴⁾に別の罪名を付した新たな訴追を行なうことは、今後は三六八条に明定された禁止に触れることになる⁽¹⁵⁾」

これによって、新刑訴法典が「自然的事実説」を採ったことは、疑う余地のないものになった。

その後の註釈書も、既判力の客観的範囲を補充設問義務との関係で捉えたいうえ、「被告人が無罪のときでも、いかなる口実を設けようと、同一事実のために捜査されたり訴追されたりすることはない。これが、明確な表現で三六八条の規定すると⁽¹⁶⁾ころである」とされている。

このような解決は、確かにシュヴァロ判決によって判例上解決されていた論点を、立法に取り入れたにすぎないともいえる。しかし「法律自体によって〔再訴が〕禁じられるのは望ましいこと⁽¹⁷⁾」であろう。

三 しかし、この立法化に対する批判がなかったわけではない。ミマン (Mimam) は、シュヴァロ判決の立法化そのものに批判的なのだが、特に新法(案)で補充設問の義務性を明確にした点に反対する。すなわち、この場合に「考えられる全補充設問を提出するとの重罪院裁判長に課せられた義務は、陪審員らを困惑させる。彼らは裁判官が主設問を疑っていると考え、あるいは彼らは自分の職責を余り煩せず、両当事者を同時に満足させる方途〔中間的解決〕を発見しようと努めるであろう⁽¹⁷⁾」と。批判の中心は、一事不再理効の拡張自体に反対というのではなく、法律上補充設問義務を認めることの弊害の強調にある点は注意を要する。

(1) 新刑事訴訟法典の特色を概観するものとしては、同法典を起草した刑事立法研究委員会 (Commission d'études pénales législatives) の委員長 (President) である破棄院検事長ハッソンの次の諸論文が参考になる。

BESSON (A.), *Esquisses d'une rénovation de notre procédure pénale*, D. 1955, Chr. 55; et *De quelques aspects essentiels de*

procédure criminelle, D. 1959, Chr. XIV; et *L'origine, l'esprit et la portée du Code de Procédure pénale*, R. S. C., 1959, p. 271 et s. (これは、ソリ大学比較法研究所刑法セミナーにおける講演)

その他、新判訴法典に關しては、MIMIN (P.), *Vue d'ensemble sur les caracteres généraux du Code de procédure pénale*, S. 1959, Chron. 17; VOUIN (R.), *Le code de procédure pénale*, J. C. P., 1959, I. 1477; LARGUIER (J.), *L'action publique et l'action civil dans le code de procédure pénale*, J. C. P., 1959, I. 1495; BROUCHOT, *La cour d'assises sous le régime du code de procédure pénale*, J. C. P., 1959, I. 1479.

なお、『法務資料』三六七号(及び四三五号)「フランス刑事訴訟法典」所収の、吉川経夫「フランスの新刑事訴訟法典について」は、新法典の制定経過を簡潔に示す。

(2) 専制主義の残滓を色濃く残していたナポレオン治罪法典が、ナポレオン没落後も何故かくも長期に亘って生命を保ちえたのかについて、ブルギエの Buch は次のような指摘をする。同感である。

「ナポレオン体制は崩壊した。法典は残った。なぜなら、権力はその深刻な矛盾のゆえに、その守護者と任じている自由を決して保護しえないのだが、その権力を維持するのに同法典が都合がいいということが分ったから」(BUCH (H.), *La réforme de l'instruction pénale*, Bruxelles, 1950, p. 33.)

(3) 本章第三節第二款。

(4) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n° 122, p. 14. なお、ガッサンが「判例の転換 (revirement) の立法による容認」と言ふ (GASSIN (R.), op. cit., p. 274.)

(5) MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, 1979, n° 1553, p. 880.

(6) NAJARIAN (K.), op. cit., p. 110. ナシヤリヤンは同書で、新判訴法典六条「三五一條」三六八條は一九三八年(マッテ)草案「一九四九年草案の両方の影響を受けていると言ふ」(op. cit., p. 46.)「一九四九年草案に關して」註(一)の吉川「フランスの新刑事訴訟法典について」参照。

(7) 以下の訳文につき、註(一)『法務資料』(吉川訳)を参考にした。

(8) 吉川訳(註(7))では「補充設問を提出する」(傍点白取)となつてゐるが、原文 (doit poser) に忠実に、本文のように訳出した。補充設問が義務であるか否かは、既判力論争を通じて重大な争点であつた筈である。

(9) 吉川訳(註(7))では「別の名称を付したとして」(傍点白取)となつてゐる。確かにこの「qualification」は、「dénomination

(名称)と同義に用いられることもある (BRAAS (C), *Précis de procédure pénale*, t. II, 1950, Bruxelles, n° 155, p. 123. 「既判力の客観的効力に関して「名称なくし qualification」という表現を用いている」)。しかし、すでに第一章第二節第二款註(13)に詳述したように、これは単なる「名称」に止まるものではないから、罪名が適訳だと思ふ。

(10) 治罪法典二条には「被告人の死亡」と「時効」しか、公訴権の消滅事由として挙げられていない。「既判力」が公訴権消滅事由とされているのは解釈によるものであった。この点、フランス治罪法典を「継受」したわが国治罪法(一八八〇年)が、解釈ではなく立法で解決したのは、興味深い現象と言える(九条三号)(後述第四章第一節第二款註(17)参照)。

(11) 本稿第一章第二節第一款参照。

(12) 原文では、「posera」が「doit poser」に変わっている。

(13) この「一般的訓令」は、吉川教授によれば「新法に対する理由書的な性格をも有している」(註(1)吉川「フランスの新刑事訴訟法典(1959)」のことである)。

(14) J. O., 4 mars 1959, p. 2720.

(15) HELLE (F.), *Analyse et commentaire du Code de procédure pénale* (Art. 231 à 797), par BROUCHOR (J. et F.) et GAZIER (J.), 1959, p. 195.

(16) *Ibid.*

(17) MIMIN (P.), *Prépotence du jury*, D. 1958, Chr. 1.

第二款 前訴が軽罪・違警罪の場合の後訴

一 新刑訴法典三六八条の意図するところは、既にみたように、明快で異論の余地がない。しかし同条は、法文の位置⁽¹⁾、その解釈法たる一般的訓令⁽²⁾からも明らかのように、専ら重罪院判決後の再訴をどうするかという場合に関するものである。ここから、三六八条は「軽罪裁判所あるいは違警罪裁判所の最初の訴訟の後の再訴については、沈黙して⁽³⁾」⁽⁴⁾と言われる。

そこで、この場合に再訴を認めるか否かの問題、つまり法的事実説か自然的事実説かの問題は、解釈に委ねられることになる。この点、今日の有力な刑事法学者のひとりであるブザ (Bouzat) (9) (レンヌ大教授) は、比較的最近の註釈書で、「われわれはあくまでも、三六八条の原則、いわんやその軽罪裁判所、違警罪裁判所への拡張は、正しい司法 (bonne justice) の達成に貢献しないと考える」と述べている。三六八条は、必ずしも既判力に関する万能薬ではなかったのだろうか。

この問題は、実は既判力論争と平行して論議のあつたところである。(8) 今日における解決を探るためにも、ごく簡単にはあるが、学説、判例の流れを辿っておく必要がある。

二 一九世紀の自然的事実説の論者、ユリー、ヴィレーは、この場合にも同じ立場をとるが、その理論づけが、重罪院前訴の場合と違っている。すなわち、彼らによれば、軽罪裁判所・違警罪裁判所は「罪名変更権 (le droit de modifier le qualification du fait)」を有し、そこから「これらの裁判所は「呼出状 (citation) に記載された罪名ではなく、事実そのもの (le fait lui-même) を付託されている」と言うのである。彼らはさらに、仮りに重罪判決 (前訴) の場合、法的事実説が妥当するとしても、そこでの理由 (裁判所の補充設問義務の不存在) は、軽罪裁判所、違警罪裁判所にはあてはまらないといつて、自説を補強する。(11)

そしてこの後段の理由を自ら体现するのが、ルーであり、ガローである。彼らが重罪院に関して法的事実説を採用ことは既に述べたが、軽罪裁判所、違警罪裁判所の場合には、重罪院の解決を持ち込むことに反対する。ルーは、「違警罪、軽罪裁判所においては、裁判官は被告人の無罪を言渡す前に、その有しうるすべての側面について訴追事実を調べることができるし、調べなければならぬのであるから、完全に嫌疑を排斥する。したがって、その判決は同一事実にとづくすべての再訴に対し、不受理の理由を与える」と言い、ガローも「裁判所 (le tribunal) (14) は、事実のすべての事

情、可能性のあるすべての罪名を検討する権利及び義務があるから」⁽¹⁵⁾「たとえ訴追事実のある側面、ある要素を裁判所が残したままにしていたとしても、時期に遅れて提出された証拠資料と同様に解されるべき〔再提出は許されないとすべき〕である。検察官はすべてを訴追する義務を持ち、裁判官はすべてを判決する義務を持つ。確定的となった判決は、終局的に公訴権を消滅させる」⁽¹⁶⁾と言う。

軽罪、違警罪裁判所の場合、「陪審の寛容さ」は問題にならず、職業裁判官を前提に考えれば良いのだから、自然的な事実説が通説となったのも至極当然である。⁽¹⁷⁾

しかも、被告人の負担という実質的観点からみても、最初軽罪（または違警罪）で起訴され有罪または無罪とされた者を、再度、前より重い罪で起訴するというのは、被告人の地位を不当に脅かすものであろう。ユグニーの表現を借りれば、このようなやり方は「優しく始めて厳格に終わらせることによって苦痛を増加させるやり方、すなわち後で重罪院で残金を支払うことを別に残しておいて軽罪につき前金を支払うことを認めるやり方、さらにありてい言えば、軽罪で負傷させた者を重罪院で止どめを刺すやり方」⁽¹⁸⁾であって、「どこか不愉快な、そして不誠実で非人道的なものである」⁽¹⁹⁾と言えよう。

ガヴァルダ (Gavaldà) のアプローチは、シュヴァロ判決 (前訴重罪院の場合) のこの場合 (前訴が軽罪・違警罪裁判所の場合) へのアナロジーである。⁽²⁰⁾ すなわち、彼はシュヴァロ判決の解決の基礎を、①重罪院の裁判権の充全性 (plenitude) と②罪名変更義務の二点であると解したうえ、前訴が軽罪・違警罪裁判所の場合にも①②が肯定されることにより自然的事実説が論証されると主張する。②については、改正された治罪法典新三六〇条⁽²¹⁾のような法律の明文に定められた「義務」はない。しかし、「フランス刑事訴訟の糾問的性格は、訴訟の主宰者たる軽罪裁判官の多様な罪名の適用をテラストする法的義務を、われわれが承認することを許す」⁽²²⁾。したがって、比較法、殊にアメリカ合衆国の刑事法をもち出

して法的事実説を基礎づけることはできない。なぜなら「糾問の本質をもつフランス刑事手続に關していえば、アメリカ合衆国刑事手続の『弾劾的』性格は、比較をまったくあてにならないものにする……」²³と。①については、前訴の軽罪・違警罪裁判官ととも（重罪を発見して実體裁判をすることはできないが）後の刑事訴追を妨げない管轄違ひの裁判を言渡すことは可能であったという。

右の論拠のうち②の法的義務を肯定する説明は、後に述べるシャラロンとは対照的である。しかし、必ずしも裁判官の「義務」を媒介にしなくても、自然的事実説の説明は可能であるように思われる。²⁴

三 新刑訴法典成立後の、軽罪・違警罪自然的事実説としてはガッサン (Gassan) の所説がユニークである。²⁵

彼は、三六八条が重罪院に關するものであって、軽罪裁判所、違警罪裁判所に及ぼすことが法律論としてむづかしいこと、六条の公訴権消滅事由として既判力があげられていることをもってしても自然的事実説を根拠づけるのに十分でないことを率直に認めたいえ、予審判事の被告人に対する科学的検査を定める刑訴法典八一条を、自然的事実説の理論的基礎に据える。すなわち、八一条の導入により、刑事訴訟は「犯罪を判決するというよりむしろ、犯罪者及びその危険な状態を判決することを目的とする」²⁷ものになったのであり、「犯罪事実が刑罰法規によりこれこれの罪名にあたる」というのは重要性を失ってしまった。裁判官が自然的事実を付託された後は、彼は犯罪者の危険な状態を評価し、事実に与えられる罪名に拘りなく、たとえば再犯者に最も適切な処置を選択するのである。²⁸この立場から、ブザの見解、すなわち「償いを得るための最良の方法の獲得」という目的のためには、犯罪事実に必要な罪名が付せられなかったことにより、この目的が阻害された場合には別の罪名による再訴によって補うことが正しいとする見解を、²⁹批判する。³⁰ガッサンによれば、「償いを得るための最良の方法の獲得」は、刑事訴訟過程における犯罪者の科学的検査に結びついたものであり、判決は犯罪の性質すなわち罪名ではなく、犯罪者の人格 (personalité) に依存している。³¹と。

ガッサンの右の論文が出された翌年には、ブザの「ガッサン氏の論文に関して」と題する反論文が、同じ『犯罪学及び比較刑法雑誌』に掲載された。

ブザは、再訴を認めない伝統的見解(通説)は犯罪科学からみて遅れていると主張し、通説のように「個人の権利を表面的に保護するだけの、刑事訴訟の似非自由主義的な(pseudo-liberal)観念に拠ることは、われわれには、今日の科学的見地からみてしばしば有害な擬制(fiction)をすることであるように思われる」と言う。ブザによれば、通説は刑事訴訟というものを「個人と社会の間の闘争(dual)」とみるから、社会の代表者らの誤った方法の結果不当な無罪の利益を個人が得るのは、個人にとって良いことだということになる。³²だから、後にこれを「是正」することが、幾分不誠実に——通説には——映るのであろう。この点ガッサンは、より現代的に「償いを得るための最良の方法の獲得」を「刑事訴訟過程における犯罪者の科学的捜査に結びついたもの」と捉えるのだが、これに対しては次の三点において賛成できない、と。

① 彼の提案が受容されるためには、犯罪者の科学的検査が常に行なわれなければならない筈だが、判例実務上任意に止どまっている。

② 次に、この検査は確実に明白なデータを提供するものでなければならないが、今日の犯罪科学は未だその段階にない。

③ たとえ犯罪者の科学的検査が議論の余地のない程のものになったとしても、この進運をもって現行機構の下における重罪院裁判長が技術的誤りを犯すことを防止することはできない。

以上がブザの反論である。このブザとガッサンの論争点は、わが国にはやや馴染みが薄く、また議論も十分噛み合っていない。ブザの反論は、被告人の人権を考慮しない彼の既判力の基礎づけ(前章第一節第二款)からの帰結であろう

が、今日どれほどの説得力をもちうるだろうか。学説の大勢が自然的事実説へと合流していくのも、当然のことといえよう。⁽³⁵⁾彼は、学説・判例の「すべてから孤立した (Seul contre tous...⁽³⁶⁾iii)」(ブザの自認するところである) 存在になつてしまつた。

ただ、結論が自然的事実で一致するのは良いとしても、それを導くために裁判官の罪名の調査・変更義務を強調するのはいかなものだろうか。⁽³⁷⁾この点で注目すべき見解として、シャラロン (Chalaton) の主張がある。⁽³⁸⁾彼は、軽罪・違警罪裁判官には事実の全罪名を検討する義務 (le devoir) はなく、権限 (le pouvoir) しかないことを前提としながら、通説 (自然的事実説) に賛成する。その彼のあげる根拠であるが、ひとつは「一事不再理原則」に対する将来の侵害であり、他のひとつは、法的事実説をとると「観念的競合に関する事実の単一性と既判力に関する事実の単一性の判例が相互に支えあうことが不可能になる」からというものである。後者の根拠については、罪数論と密接に関連するところでもあるので、次章での検討に譲る。

次に判例の足跡を辿ってみる。

四 時代を少し遡って、まず破棄院一八四七年七月三日判決⁽³⁹⁾からとり上げる。事案は、馬車の御者である被告人が、馬車の屋根に荷物を過重に積みすぎたことにより、道路管理に関する公共行政規則に違反する違警罪を犯したとして有罪判決を受けた後、そのときの乗客に対する過失傷害の軽罪で起訴された。被告人は、この起訴が一事不再理原則に違反すると主張して上告した。

破棄院は、「[先の] 違警罪に関して言渡された違警罪裁判所の判決は、この処罰された犯罪を構成するのとは本質的に區別され、異なる事実のために行なわれた別の起訴を妨げることはできない⁽⁴⁰⁾」との一般論を述べた後、本件過失傷害は重量超過の違警罪の必然的結果とはいえないから、「治罪法典三六〇条の法文及び既判力に関する諸原理を害するこ

となく、この事実から生じた軽罪を処罰することが可能⁽⁴¹⁾である、とした。両罪の事実の同一性が問題にされているが、同一性否定の理由として、過失傷害が重量超過罪の必然的⁽⁴²⁾結果とはいえないとしている点が注目される。「必然的結果」が両事実の間に認められたら、同一性は肯定されるのだろうか。

一八七三年三月二日⁽⁴³⁾、四月一八日の二つの破棄院判例は、いずれも銃器による殺人未遂に関する類似の事案である。前者は、被告人が既に狩猟法違反の軽罪で有罪判決を受けており、この軽罪と同日同所における（しかも同じ発砲に關する）殺人未遂の重罪起訴が既判力に反しないかが争われたが、破棄院は「二つの判決の間に、いかなる矛盾もなく、請求事項 (chose demandée)、請求原因 (cause de demande) が異なるから」既判力侵害はない⁽⁴⁴⁾とした。後者の被告人も、既に夜間の発砲によって住民の平穩を害した罪、すなわち夜間騒音罪 (tapage nocturne) (違警罪) で有罪判決を受けているのに、同じ発砲行為が殺人未遂に間擬されたので、これを一事不再理違反として争った。破棄院は、後の重罪起訴が「銃器が充填されて発砲が殺意をもって特定人に向けられていたこと」を「新たな事情」と認めて、再訴を許した。

破棄院一九三五年二月二八日判決は、単純破産罪 (軽罪) 無罪の後、文書偽造・同行使・詐欺破産の罪で訴追された事案について、この二つの事実はまったく異なるとして、第二の訴追を認めた⁽⁴⁵⁾。

このように、軽罪・違警罪の場合の法的事実説においても、「新たな要素」が再訴の要件となっていた⁽⁴⁶⁾。

破棄院一九三七年一月三〇日判決⁽⁴⁷⁾では、自動車による過失致傷の軽罪と、その原因となった道路法典違反の二つの違警罪、すなわち交通の混雑した場所における徐行ないし停止義務違反と追越の際の遵守事項違反との間の要素の異同が争われ、破棄院は、法的事実説の立場に立って、過失傷害は違警罪の結果第三者に対して犯されたものであり、両者は要素を異にするとして、一事不再理違反の主張を斥けている。過失致死と道路法典違反についても同旨判例がある⁽⁴⁸⁾。

破棄院一九四九年一月二七日判決⁽⁵⁰⁾は、特別裁判所に関する、事案としてはやや特殊なものだが、やはり法的事実判例の延長線上に位置づけることができる。事件は、被告人がドイツ占領中のフランス領内でドイツないしその機関と内通した嫌疑で、軍事法廷 (cour de justice) で審理されたが、結局、敵に占領されている時にユダヤ人の財産を奪った事実に關してのみ、刑法典旧八三条四項の「戦時における国防を害する軽罪」で二年の拘禁刑及び罰金刑を言渡された(一九四七年六月五日)。その後被告人は、右事実に関し、刑法典三七九条、四〇一条、四六〇条の窃盜罪、贓物隠匿罪の各軽罪で起訴された。破棄院は、前訴の「戦時における国防を害する軽罪」は国家の対外的安全を侵害することから成り、後訴の盜罪及び隠匿罪とは目的が異なるとして、後訴は一事不再理原則に反しない、と判示した。

しかし、シュヴァロ判決以降、破棄院判例にも若干の動揺がみられるようになる。シュヴァロ判決の後も、理論としては前訴が軽罪・違警罪判決の場合は法的事実説によるということは、必ずしも不可能ではない。だが、時代の流れに抗することはできない。ラルギエ (Largier) の言葉を借りれば、「諸理念の潮流は、恐らく流行でもあろうが、今日變動してきた。そして多分、破棄院も、これまで広範に第二の訴追を承認してきたが、シュヴァロ判決以降は、三六八条及び既判力原理を大幅に保持しようとする多くの論者たちに支えられた全体の動きに身を委ねることになる⁽⁵³⁾」のである。

破棄院一九五九年三月三日判決⁽⁵⁴⁾は、まさにそのような事案である⁽⁵⁵⁾。モレル (Morel) 夫人は前夫を、窃盜 (軽罪) 及び過失傷害⁽⁵⁶⁾ (予審判事により違警罪の過失傷害に変更された) で告訴し、私訴原告となった。両者は関連事件として輕罪裁判所で審理され、窃盜につき執行猶予の付いた三月の拘禁刑及び二万フランの罰金、過失傷害につき一万フランの罰金の各有罪判決が下され確定した。しかるに、モレル夫人は再び、今度は六日以上の就労不能の傷害 (軽罪) を受けたとして輕罪裁判所に訴えたが、輕罪裁判所、控訴院ともに不受理を言渡した。モレル夫人から上告。その理由は、控

訴訟が「第二の起訴の理由となった事実と第一の起訴の理由とされた事実とが、法的及び事実的要素において同一である」として既判力の抗弁を認めたとのは民法典一三五一条⁽⁶⁷⁾、治罪法典三六〇条等に違反するといふものであった。破棄院も、次のように答えて上告棄却。

「控訴院は、申立理由記載の各条文に違反しておらず、むしろ第二の起訴が軽罪裁判所で終局的に有罪とされた事実と法的及び事実的要素において同一である事実にもとづいているのだから、その正しい適用をしたのである」

この判決は、結論こそ再訴を許さなかったものの、事実をみると、法的事実説でも再訴を認めるのが困難なものといえよう。⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾

ところが、新刑訴法典成立の頃から、はっきりと軽罪・違警罪の場合に、刑訴法典三六八条を拡張しようとする下級審判例があらわれる。

このような判決としてまず、ポルドー大審裁判所 (Tribunal de Grand instance) 軽罪第三部一九五九年一月一九日判決⁽⁶⁰⁾があげられる。事案は、被告人が祈禱師活動に際して、病人の窮状に乗じて自己を信用させ、資格もないのに診断、治療を施し、また効力あるように偽った血清を売るなどして利益を得ていたというもので、被告人は既に「不法医業行為」及び「不法薬剤業行為」の二つの罪状につき有罪判決(一九五八年二月一九日上告棄却で確定)を受けている。本件は、これと同一事実について、「偽の資格を用い、権威ないし架空の影響力の存在を確信させるために、欺罔的策略を用いて多額の金員の支払をなさしめ、もって他人の資産の一部を詐取した」(軽罪)ものとして、再度起訴されたものである。被告人は、既に同一事実につき判決を受けていることを理由に、不受理の裁判を要求した。ポルドー大審裁判所は、これに応え、まず前訴と後訴の事実を比較し、前訴の事実も被告人の「活動全体を対象としており、実際、ロール(Roll)血清〔偽薬〕の効能ないし少なくとも一定の治療効果を、あらゆる手段を用いて他人に信用させ金員を支払わ

せた行為は、治療効果・予防効果をもつと偽った物質の公衆への売却行為と対応する。「確かに、詐欺の軽罪を特徴づけるためには、この自然的行為〔売却行為〕に、不法薬劑業行為及び不法医業行為の各軽罪にあっては探究される必要のない、不法領得の意思 (une intention fraudulense) の要素が付加されなければならない。しかし近時の判例によれば、自然的同一事実というものは『行為者に帰せられる意思の程度』とは無関係であり、しかも立法者は、新刑法典三六八条は「重罪同様、軽罪においても既判力の抗弁の法的基礎を構成するもの」であると認めた、と判示して、被告人を無罪放免 (relaxé) した。

パリ控訴院一九六五年五月二六日判決は、「もっと大胆に、後の軽罪の再訴のあつた軽罪無罪にまで、三六八条を拡張した」ものであると言われている。事案は、パリの製靴業者である二人の被告人が、最初、一九四五年六月三〇日四五―一四八三号オールドナンス四六ないし四九条違反の軽罪、すなわちインヴォイス (facture) なく売買をした罪で起訴されたが、一九六二年三月二七日無罪判決を受けた。その後、この第一の訴訟のとき既に明らかであつた右オールドナンス四〇条違反の軽罪、すなわち請求に対するインヴォイス不提示の罪で再起訴された、というものである。受訴裁判所であるセーヌ大審裁判所一二部は、⁽⁶⁵⁾一九六四年一月一七日、次のように判示して被告人を無罪とした。

「刑事訴訟法典三六八条〔一事不再理規定〕は、確かに重罪院に関する第一編第二節に編入されているが、同条は明らかに、単なる軽罪を構成するにすぎない事実にも適用される」⁽⁶⁶⁾

これに対して検事局から控訴。パリ控訴院軽罪九部は次のように判示して、原判決を維持した。

「刑事訴訟法典三六八条が、『重罪院』を扱う第一編第二節に編入されていることを十分考慮したとしても、控訴人の、同条は軽罪については適用されないと主張は誤りである。実際、弁論の結果、事実が移送決定書の罪名とは異なる法律上の罪名を構成することが明らかになったときに、重罪院裁判長に補充設問を提出する義務があるなら、軽

罪裁判官も、公訴事実が指定されたものとは異なる罪名評価を受けるか否かを認定するという同じ義務を有する」

五 では、最近の破棄院は、どのような態度をとっているのだろうか。この点は、破棄院一九六一年五月九日判決⁶⁷によって知ることができる。事案は、次のようなものであった。⁶⁸

被告人は、軽暴行の訴因で違警罪裁判所に出勤を命じられたが、同裁判所で、事件を『期間の定めなく (fine etc) 延期する』旨の言渡しを受けたに止どまった。その後被告人は、新たな告訴にもとづいて軽罪裁判所に召喚された。軽罪裁判所は、三週間以上の就労不能を記載した医師の診断書を証拠として、刑法典三〇九条及び三二一条に規定される故意の殴打及び傷害の訴因につき有罪を言渡した。控訴審においても、弁護人の違法起訴(既判力)の主張にも拘らず原則的には原審がそのまま認容された(一九六〇年三月一八日)⁶⁹。既判力の主張を認めなかった理由であるが、「第一に、違警罪裁判所は公訴に対する実体判決をしなかったという理由であり、第二に、前の実体判決が違警罪裁判官によって言渡されたとしても、軽罪公訴に関しては、この判決に既判力が結びつけられることはないとの理由⁷⁰」であった。つまり、既判力を認めさせるには、この二つの壁を突破する必要がある。

破棄院は、原審の「第一の理由」に対しては、『同一事実は、二つの異なった刑事訴追を生じさせることができない』というフォーミュラを用いて、これを斥けた。しかも、判決文の後段では、右フォーミュラを『一事不再理原則』⁷¹と言い換えている。ここでは、一事不再理原則は必ずしも確定判決の効果とはされていないのである。「第二の理由」⁷²に対しては直接答えていない。判決は周到に三六八条を避け、あくまで「一事不再理」の一般原則違反の問題として捉えて、原判決を破棄している。結果においては、三六八条を適用したのと同じことになるのだが。

この破棄院判決で、われわれからみて興味深い点は、前訴の違警罪事件が未だ係属中であっても、公訴権消滅論を媒介として「一事不再理」効を認めていることである。これは、一事不再理が常に判決の効力でなければならないとする

ドグマから解放された例として、またいわゆる二重起訴 (double poursuite pour un même fait) 禁止と一事不再理が同じ本質をもつことを示した例として、意義深いものがある。⁽¹³⁾ ただ、この判決から直ちに、破棄院も三六八条を軽罪・違警罪に拡張することを認めたと云えるかどうかは、異論もないではない。⁽¹⁴⁾ しかし、シュヴァロ判決以降、破棄院の方向は、右判決を含めガッサンに倣って次のように性格づけることが許されよう。

「破棄院刑事部が、伝統的判例に対する学説の激しい批判に動かされ、人道的配慮 (considérations humanitaires) が法的厳格性 (rigueur juridique) に対して、とりわけシュヴァロ判決において、優位を占めるように至ったことは、非常に明白である」。⁽¹⁵⁾

この意味では、軽罪・違警罪の場合の対立点も、本質的には重罪の場合と異ならない。そしてこの場合も、われわれのとるべき方向は、以上の考察から自ら明らかとなったのではないかと思われる。

(1) 現行フランス刑事訴訟法典第二部「公判の裁判所」は四編から成り、その構成は、第一編「重罪院」、第二編「軽罪の裁判」、第三編「違警罪の裁判」、第四編「呼出及び送達」である。そのうち、第一編「重罪院」第七章「判決」、第二節「公訴に対する判決」に、三六八条は位置している。

(2) 本節第一款参照。一般的訓令では、「重罪院裁判長は補充設問を提出する義務……」と明言されている。

(3) シュヴァロ判決は、「法的レベルにおいては大変重要なものであるが、余りに重罪院手続に固有の考察を基礎にしたものであった」と言われよう (GASSIN (R.), op. cit., p. 274.)。

(4) MERLE (R.) et VITTE (A.), op. cit., n° 1553, p. 880.

(5) 『Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat, 1980』(最近公刊されたブザの祝賀論文集)に、彼の略歴と業績があげられよう。

(6) note au J. C. P., 1966, II, 14725.

(7) ibid.

- (8) 最も古くは、メルラン（本章第一節第一款参照）が、治罪法典第三六〇条に「accusée」という重罪にしか用いない語があることを根拠に、軽罪、違警罪は第三六〇条は適用されないと主張した（MERLIN, op. cit., p. 539.）。
- (9) HELLE (F.), op. cit., t. VI, n° 2884, p. 574; VILLEY (E.), *Précis d'un cours de droit criminel*, 5^e éd., 1891, p. 425, note 1.
- (10) HELLE (F.), op. cit., t. VI, n° 2587, p. 234.
- (11) VILLEY (E.), op. cit., p. 424 et s.; note au S. 1877, 1. 41.
- (12) 本章第一節第三款。
- (13) ROUX (J.-A.) op. cit., t. II, p. 211, note 5.
- (14) 「裁判所 (tribunal)」の語は、軽罪裁判所、違警罪裁判所に用いられ、重罪「院 (cour)」の場合には用いられない。
- (15) GARRAUD (R. et P.), op. cit., t. VI, n° 2278 p. 232.
- (16) *ibid.*, p. 232-233.
- (17) ヲキギに於いても同様であった（本章・小括註（1））。
- (18) HUGUENY (L.), note au S. 1932. 1. 273. 大革命以前の「仮放免」に対する批判と共通のものを見出すことができる。
- (19) *ibid.*
- (20) GAVALDA (C.), op. cit., n° 20 et s.
- (21) 「治罪法典新三六〇条」弁論の進行中に、証拠書類または証人の証言によって被告人に他の犯罪の嫌疑があることを認めるときは、裁判長は、無罪の判決を言渡した後、被告人をあらたな事件のために訴追すべきことを命じなければならない。そのため、裁判長は、勾引状または必要に応じ勾留状を発して被告人を管轄司法官または裁判所に送致しなければならない。
- 但し、前項の処分は、弁論の最終前に検察官が訴追のための留保をした場合でなければこれを実行してはならない。」
- (22) GAVALDA (C.), op. cit., n° 20.
- (23) *Ibid.*
- (24) 「糾問主義→裁判官の罪名調査変更義務→自然的事実説」というのが、自然的事実説の唯一の論証ではないし、前提たる糾問主義自体、問題があると思われる。
- (25) GASSIN (R.), op. cit., p. 239 et s.
- (26) 刑事訴訟法典八一条の全文を左記に示す。

「(八一一条)(一九五八年一月二三日のオールドナンス第一二九六号) 予審判事は、法律に従って、真実の発見のために有用と思料する一切の予審処分を行なう。

(一九六〇年六月四日のオールドナンス第五二九号) 《予審の書類及びすべての訴訟書類については、写しを作成する。各々の写しには、書記又は第四項に定める受託司法警察官が認証をする。すべて訴訟記録には、予審判事による作成又は受理の順序に従って、書記が番号を付し、かつ、その目録を作成する。

《ただし、写真又はこれに類する方法の助けを借りて写しをとることができるときは、書類の転写の機会にこれを行なう。この場合には、裁判の運用に必要なだけの部数を作成するものとする。書記は、複製された書類が原本と一致していることを認証する。不服申立の方法の行使を原因として一時的な不係属があつたときは、写しの作成は、いかなる場合にも第一九四条に定める調査準備に遅れることのないように、直ちにこれを行なわなければならない。》

予審判事が自らすべての予審処分を行なうことができないときは、司法警察官をして必要な一切の予審処分を行なわせるため、第一五条及び第一五二条に定める要件に従い、かつ、同条に定める留保の下で、これに共助の嘱託をすることができる。

予審判事は、前項によつて収集された予審の資料を検認しなければならない。

予審判事は、被疑者の性格並びにその物質的、家族的又は社会的状態に関する調査を自ら行ない、(一九六〇年六月四日のオールドナンス第五二九号)《又は第四項に従つて司法警察官に行なわせ、若しくは司法大臣によつて資格を与えられた者》に行なわせる。ただし、輕罪については、この調査は任意的とする。

予審判事は、医学的検査を命じ、医師に医学的・心理学的検査を行なうことを嘱託し、又はその他一切の有用な処置を命ずることができ。被疑者又はその弁護人がこの検査を請求したときは、予審判事は、理由を付した決定によるのでなければこれを却下することができる。」(『法務資料』四三五号(吉川訳)を参考にした)

(27) GASSIN (R.), op. cit., p. 275.

(28) *ibid.*

(29) BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), op. cit., n° 1538, p. 1186. 同書の第二版(一九七〇年)と同頁(n° 1538, p. 1480)°

(30) GASSIN (R.) op. cit.

(31) *ibid.*

(32) BOUZAT (P.), *A propos de l'article de M. GASSIN «Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au*

criminel sur le criminel dans droit pénal contemporain), R. S. C., 1964, p. 359 et s.

- (33) *ibid.*, p. 360.
- (34) 以下、①ならし③までいさむ註記しないが、註(32)論文に展開されたブザの所説である。
- (35) これまで法的事実判例に従ってきたシャンボンも、「物事をより全体的に考察しようとするれば、原則として、また自然法の要請として、単一の自然的事実は単一の訴追及び単一の刑しか生じさせない」とするのが正しい」と言つて、自説を変更し自然的事実説を採用した(CHAMBON (P.), note au J. C. P., 1961. II. 12223) (後註(7)参照)。
- (36) BOUZAT (P.), *op. cit.*, p. 361.
- (37) SERLOOTEN (P.), *Les qualifications multiples*, R. S. C., 1973, p. 77. も、ガヴァルダ前掲論文を引用して、裁判官の罪名変更義務を自然的事実説の論拠とする。ただ彼は、右の論拠に加えて、「裁判官は事件を付託されており、全権限 (tout pouvoir) をもつ」といふ論拠をも並置する。
- (38) CHALARON (Y.), *Le concours idéal d'infractions*, J. C. P., 1967, I. 2088, n° 31.
- (39) Ch. crim., 3 juill. 1847, Bull. crim., n° 149.
- (40) *ibid.*, p. 266.
- (41) *ibid.*
- (42) Ch. crim., 22 mars 1873, D. 1873, I. 266.
- (43) Ch. crim., 18 avril 1873, D. 1873, I. 164.
- (44) D. 1873, I. 267.
- (45) D. 1873, I. 164.
- (46) Ch. crim., 28 févr. 1935, Bull. crim., n° 24.
- (47) 以上の外、一九世紀の法的事実判例として、Ch. crim., 14 août 1875, 10 janv. 1876, S. 1877, I. 41.
- (48) Ch. crim., 30 janv. 1937, S. 1939, I. 193.
- (49) Ch. crim., 29 nov. 1923, Bull. Crim., n° 412.
- (50) D. 1949, I. 514.
- (51) 以上の事実は、註(50)の判決文に拠る。

- (52) 旧八三条四項：En temps de guerre, tous autres actes, sciemment accomplis, de nature à nuire à la défense nationale, seront punis, s'ils ne le sont déjà par un autre texte, d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 60000 à 600000 francs.
- (53) LARGUIER (J.), note au J. C. P., 1959, II, 11324.
- (54) Bull. Crim., n° 143.
- (55) 以下の事実を、註(54)の判決文に拠る。
- (56) 当時の刑法典によれば、「六日以上就労不能」を生じさせた過失傷害が軽罪、そこに至らない過失傷害が違警罪とされていた(旧三三〇条)(現行法では、六日が三月になつてゐる)。
- 因みに、三三〇条は、刑法典成立以来この時期までの間にも、法定刑、構成要件など幾多の改正を経てきている(一八六三年五月三日法律、一九三五年七月一六日デクレ、同年一〇月三〇日デクレ・ルワ、一九四五年一〇月四日オールドナンス等)。
- (57) 第一章第二節第二款参照。
- (58) 再訴を認めなかつたのは、前訴が「有罪」であつたことも考慮されたのではなからうか(ガローの所説(本章第一節第三款)にもあつちられてゐる)。二重処罰を認めることへの抵抗は小さくないようである。二重処罰を認めなかつた判例としては、Ch. crim., 8 oct. 1959, がある(J. C. P., 1959, II, 11324)。この判決は、過失傷害有罪の後、さらに過失致死で有罪にするのは一事不再理に反する」と判示した。なお、本章第一節第二款四の重要判例参照。
- (59) 今世紀の法的事実判例として、外に、Ch. crim., 30 janv. 1937, S. 1939, I, 193.
- (60) G. P., 1960, I, 146.
- (61) J. C. P., 1966, II, 14725, note Chambon.
- (62) MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., p. 881, note 5.
- (63) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n° 148.
- (64) 以下の事実を、註(60)判決文に拠つた。
- (65) 現在のパリ大審裁判所(山口・前掲書二九七頁以下参照)。
- (66) 註(60)の前注に拠つた。
- (67) J. C. P., 1961, II, 12223, note Chambon.

- (68) 以下の事実が、判決文及び Chambon の註釈に拠った。なお、次註 (69)。
- (69) Aix, 5 Ch. corr., 18 mars 1960, J. C. P., 1960, II, 11618, note Chambon.
- (70) *ibid.*, note.
- (71) シャンボンはその註釈 (註(61))の中で、本件を「同一事実についての二重起訴の有効性 (la validité de la double poursuite pour un même fait)」の問題として扱え、しかもこれを『一事不再理』原則、という。これは、二重起訴禁止原則が、未だ一事不再理原則の中に埋没して、独立に論じられていないことによる。
- なお、シャンボンは、原審註釈 (註(67))で原審に賛成しながら、破棄院がこれをくつがえすと、原審を支持したのは破棄院「法的事実」判例に従ったまでだと言いつて、今度は破棄院の結論を支持している (註(67))。やや無節操な感じがしないではないが、確かに破棄院の判示は従来の法的事実判例と調和し難いように思われる。
- (72) ガッサンは同じ結論を、もっぱら公訴権消滅論で解決しようとする (GASSIN (R.), *op. cit.*, p. 274)。
- (73) 原審と本件破棄院判決とを対比すると、原審及びシャンボンの原審註釈が一事不再理を判決の効力としてのみ捉えたのに対し、破棄院は、判決から切り離して「一事不再理」を指定している点が注目される。
- (74) BOUZAT (P.), note au J. C. P., 1966, II, 14725. フザは、この判決は「完全に確証されたわけではない。なぜなら、破棄院が軽罪裁判所の審理が違警罪裁判所の判決の後にはじめてもたれた場合にも同様に判決するかについては、定かではないからである」と言うがこれは一般的な評価とはいえない。
- なお、破棄院は、一九六三年の二つの判決 (① Ch. crim., 15 oct. 1963, D. 1964, I, 54. ② Ch. crim., 6 nov. 1963, Bull. crim., n. 313.) で前訴軽罪・違警罪の場合の再訴を認めているが、①については前訴が管轄にのみ関する判決であつて「本案 (le fond)」に関する既判事項の諸効果を生じさせなかつた」という理由、②については第一の刑が調書作成者による一種の反則金 (une amende de composition) にすぎなかつたとの理由によるものであり、自然的事実説への全体の流れと矛盾するものではない。
- (75) GASSIN (R.), *op. cit.*, p. 275.

小括

一 フランス治罪法典三六〇条（一事不再理）とまったく同一文言、というよりまったくの同一法典からスタートしたベルギーでは、三六〇条の曖昧さを嫌い、一八五〇年法律によって「法的事実」説に一義的に条文を固定化してしまつた。⁽¹⁾ それに比べると、フランスでは一九四一年まで条文に手をつけられなかったために、同条をめぐる解釈論争（既判力論争）が一世紀半にもわたって続けられたのである。

学説、判例、さらには立法者まで巻き込んだこの論争は、結局、自然的事実説が法的事実説を凌駕していく過程であつたと要約できよう。しかし、先にみたように今日においても問題がすべて片付いたわけではないこともあり、右論争の本格的な総括をここですることは適当でない。そこで以下、われわれの問題関心に従つて、論争の意義を簡単にスケッチしておきたい。

二 (1) 「人権」「人道的配慮」⁽²⁾の勝利

自然的事実説の論者は、ごく初期の者を除いて、繰り返し被告人の人権、被告人の地位の安定を掲げ、法的事実判例はこれを害するものと主張してきた。このことは、一七九一年革命憲法で、仮放免からの完全解放を保障する人権として一事不再理が生まれたという沿革からみて、彼の国では当然のことであるのかもしれない。しかし、この当然の人権が、「不当な不処罰の阻止」とか「法の厳格性」「社会の利益」といった価値に圧迫されたためにこれが人権として甦生するまでに、約一五〇年もの期間を必要としたことは、銘記されなければならない。

(2) 自然的事実説の理論的基礎

一事不再理の効力が、現実の審判の対象にならなくても、自然的に同一な事実全部に及ぶ（自然的事実説）ことを説

明する理論として幾つか出されたうち、次の二つが注目される。

(i) ひとつは「補充設問義務」を媒介とする構成の問題である。これは再説するまでもないが、わが国でいう「同時訴追義務」構成のように、重罪院裁判長が可能な全罪名を陪審に提出する義務があるのだから、義務を果たさなかった以上、再度別の罪名をもち出して判決することは許されないとするものである。

ただ、軽罪・違警罪裁判所の前訴判決の場合の理論として、裁判官の罪名変更義務に抛らずに権限を理由に自然的事実説をとるシャラロンの所説は注目される。

(ii) もうひとつは、(i)と一部重複するものだが、事件 (Ereignis) が裁判所に係属しているから、その範囲で公訴権も消滅する、というものである。ここに「事件」とは、自然的事実を指す。詳説すると、予審裁判所から送られてくる起訴状 (移送決定書) をもとに重罪院で事実審理を行ない、(i)で述べたように、裁判長がそこで明らかになった事実に基づいた法的評価は一個とは限らない。その可能性が少しでもあれば、補充的に幾つも示すことが許されるだけでなく、示すことが「義務」にまで高められている。陪審は、裁判長が「罪名」として提出した法的評価の側面でのみ事実を評価するにすぎず、その陪審の決断_{II}宣言のとおり、裁判長は判決しなければならぬ。しかし、こうしてなされた判決は、陪審の判断の対象がひとつの法的評価の側面にすぎない場合でも、すべての側面 (自然的事実) に対して判決がなされたときとみなされるのである。その理由は、裁判長が右の罪名変更権をもち、また補充設問義務をもつことに求められる。裁判所自体に係属するのは「罪名」ではなく、「事件」なのである。

これは、多少ラフに機能的比較を試みれば、訴訟内的考察 (訴因)・訴訟外的考察 (公訴事実) (鈴木教授) に一脈通じるものがあるように思われる。後に再説する。³⁾

(3) 既判力の確定判決からの解放

本章第四節第二款の一番最後にあげた、破棄院一九六一年五月九日判決は、同所でも指摘しておいたが、次の二点においてシュヴァロ判決よりもわれわれには興味深いものがある。

(i)ひとつは、前訴の訴訟が単に停止しているだけにすぎないのに、一事不再理効を認めた点、
 (ii)もうひとつは、その場合に、一事不再理原則を「同一事実は、二つの異なった刑事訴追を生じさせることができない」というフォーミュラに置き換えることによって、「確定判決」の存在しない事態に対応した点である。

第二点目は、わが国で言う「二重起訴禁止原則」を知らないための、弥縫策と言えなくもない。しかしそれにして、問題への対応という面でのフランス既判力判例の(意外に)柔軟な姿勢には、学ぶべきである。

(4) 論争の背景

ここでは、わが国の議論に参考にするうえで注意しなければならない点として、次の二点をあげる。

(i) 第一は、フランスは、少なくとも治罪法典以来、今日まで(ドイツとは異なり)不利益再審を持たない、ということである。本章で問題にした各種判例の事案をみても、不利益再審制度があれば恐らくその手続に乗ったと思われる事例も、少なからず散見された。この、不当な無罪と覺しき事態に対処する手段(不利益再審)を持たないからこそ、再起訴の許否の客観的範囲をめぐる争いも、より深刻かつ尖鋭なものになったのである。

(ii) 第二は、法的事実説が、治罪法典の時代になってから「陪審の寛容」による不当な無罪に対処するために主張された、という事実である。第二次大戦後のわが国で、捜査権限の縮小に伴い、不当な無罪・不処罰を恐れて一事不再理効を狭めようとした(連続犯の廃止、制限学説など)ことと思ひ合わせると興味深い共通項が感じられる。

三 なお、「自然的事実」説に落ち着いたとは言っても、本章からも知られるように、判例によって、あるいは論者

によって、その範囲の捉え方に差異がみられるところでもある。次章では、この「自然的事実」をめぐる諸問題を考え
てみようと思う。(一九八三・一一・七稿)

(1) ヘルギーにおける治罪法典三六〇条の変遷を、ブラース(リネージュ大学教授)の概説書に依拠して跡付けておく。

ヘルギーでは、当初は三六〇条により自然の同一事実に対する再訴は禁じられていたが、一八五〇年四月二日解釈法は、三六〇条の「同一事実」に、「法的に評価された(ce qui est qualifié)」という語を付け加え、立法によって法的事実説を採択した。かくて、「別の名称(dénomination)を付与さえすれば、事実を再度問題にできるようにした」(BRAS (C.), *Précis de procédure pénale*, 3^e éd., 1, 1950, n. 158, p. 125)。その結果、故殺で無罪とされた被告人が殴打及び傷害の訴因で再度責任を問われるし、新生児殺について無罪とされた婦人が今度は過失致死の名称で起訴せられる(いずれも判例)(BRAS (C.), *op. cit.*)。このような解決は重罪院の最高性や陪審決定の確定性原理に反すると批判されているが次のような理由づけがなされている。

「無罪判決は、事実そのものに關するものではなく、裁判長による設問によって事実と与えられる罪名(「法的評価」)に關するものである。つまり無罪判決は、提出された設問を排除するだけであつて、犯罪行為を除去しない」と(*ibid.*, p. 125-126)。

しかし、「実際には、弁論において事実が他の名称ないし罪名の可能性が明らかかな場合、たとえば故意の殺人が殴打及び傷害に変更される場合、重罪院裁判長は陪審員に適切な補充設問をした。かようにして、再訴の場合に常に起こる困難さが避けられた」(*ibid.*, p. 126, note 1)とも指摘されている。

なお、ヘルギーでは前訴が軽罪、違警罪裁判所のような職業裁判官の場合、「罪名に拘束されずに事実のあらゆる側面について、また各種刑罰法規との関連において評価する」ことを理由に、伝統的に自然的事実説を採る(*ibid.*, n. 155, p. 123)。

(2) GASSIN (R.), *op. cit.*, p. 275.

(3) 第五章第一節第一款参照。

(4) フランスの論者は余り自覚していないが、不利益再審の存在の有無は、既判力の客観的範囲の問題を論ずるにあたって相当に決定的な意味をもつと思われる。その点でもわが国はドイツよりはフランスに近い問題性を有するといえよう。

(未完)

《Summaries of Contents》

De l'autorité objective de la chose jugée au criminel sur le criminel (2)

Yuji SHIRATORI*

Introduction

TITRE PREMIER La notion de *l'autorité de la chose jugée* en France

TITRE II. L'autorité objective de la chose jugée (1) (La controverse à ce propos)

CHAPITRE PREMIERE L'époque de la théorie du *fait juridique*

SECTION I. Revirement de la jurisprudence en 1812

SECTION II. L'évolution jurisprudentielle de la théorie du *fait juridique* (vol. XXXIV, n° 3-4)

SECTION III. La doctrine du *fait juridique*

CHAPITRE II. La riposte de la théorie du *fait matériel*

SECTION I. Avortement de la modification des articles du CIC concernant l'autorité objective

SECTION II. La doctrine du *fait matériel* (1)

SECTION III. La loi du 25 novembre 1941

SECTION IV. La doctrine du *fait matériel* (2)

————— après la réforme législative

SECTION V. La thèse de M. Combaldieu

CHAPITRE III. L'arrêt *Chevalot* en 1956

SECTION I. L'arrêt de la Cour d'Amiens

SECTION II. L'arrêt de la Cour de cassation

CHAPITRE IV. La solution législative et le reste des problèmes

SECTION I. L'article 368 du CPP

SECTION II. Les nouvelles poursuites après des arrêts correctionnels et de police

CONCLUSION (de ce TITRE)

(à suivre)

* Etudiant en cour de doctorat, Université de Hokkaido

Par d'ailleurs, comment les criminalistes de ce temps-là ont-ils estimés cette nouvelle jurisprudence (la théorie du fait juridique) ? Au 19^e siècle, beaucoup d'auteurs la soutinrent, en expliquant comme suit : "Sous le système du jury du CIC, le jury n'a pas d'initiative et n'a jugé que sur les qualifications qui ont été soumises à son examen. Pour les autres qualifications, il n'y a pas chose jugée. Donc, elles peuvent faire l'objet d'une nouvelle poursuite et d'un nouveau jugement." (Tit. II., Chap. I., Sec. III.)

Mais, dans le monde des criminalistes, un changement s'est opéré à la fin du 19^e siècle. Face à un développement de l'idée de l'humanité, la majorité des auteurs ont commencé à critiquer la jurisprudence dont le fondement était les préoccupations de paix sociale plutôt que les protections de la liberté individuelle et à soutenir le "même fait matériel".

Pendant ce temps, à l'Assemblée nationale, on a présenté en vain des propositions favorables à la théorie du fait matériel en plusieurs fois. Et puis, en 1941, sous le régime de Vichy, la loi du 25 novembre 1941 a été adoptée, laquelle fit obligation au président de la cour d'assises d'envisager le fait délictueux sous toutes ses qualifications possibles et substitua, dans l'article 359 du CIC, à l'expression "même fait" *au singulier*, les mots "même faits" *au pluriel*. Donc, il sembla que la jurisprudence a perdu son fondement législatif après cette loi (Tit. II., Chap. II.).

Enfin, la Cour de cassation a admis, dans l'arrêt *Chevalot* en 1956, l'exception de la chose jugée opposée à une seconde poursuite pour homicide involontaire après un acquittement qui avait été prononcé par la Cour d'assises pour coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner (Tit. II., Chap. III.).

En 1958, l'article 368 du CPP a adopté cette nouvelle jurisprudence et a levé tous les doutes en écartant les nouvelles poursuites "à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente."

Mais, cet article n'a tranché le problème qu'en matière criminelle; il est muet sur les poursuites nouvelles après une première instance devant une juridiction correctionnelle ou de police. C'est pour cela que la jurisprudence et les auteurs ne peuvent pas faire l'unanimité sur ce point jusqu'ici, bien que la majorité en affirme rejeter ces poursuites (Tit. II., Chap. IV.).

En résumé, cette controverse était une lutte entre la disposition fondée sur l'ordre social et la disposition protectrice de la liberté individuelle, celle-ci étant gagnant. C'est seulement après cette controverse que l'on peut dire

Vol. 34 No. 5 (1984)

que la règle de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel renferme une irremplaçable valeur de protection des libertés individuelles (Conclusion de Tit. II).

(à suivre)