



Title	一事不再理の客観的効力（ 3 ）
Author(s)	白取, 祐司
Citation	北大法学論集, 35(1-2), 71-154
Issue Date	1984-08-15
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16452
Type	bulletin (article)
File Information	35(1-2)_p71-154.pdf



[Instructions for use](#)

一事不再理の客観的効力（三）

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 —— （以上三四卷三・四号、同五号）

第三章 客観的効力論（二）

—— 「自然的事実」論 ——

第一節 「自然的事実」制約の理論

第一款 「自然的事実」制約説

第二款 批判

第二節 「自然的事実」超過の理論

第一款 拘束力の理論

第二款 不可分性の理論

第三款 既判力と罪数理論

第三節〔附論〕主観的効力論

第一款 エリーの片面的絶対効力論

第二款 相対効の理論

小括

第四章 わが国の既判力理論

第一節 フランス刑法継受の時代

第一款 治罪法の成立とフランス法

第二款 ボワソナードと既判力規定

第三款 井上正一の既判力理論

第二節 憲法三九条と「二重の危険」

第一款 憲法三九条の成立過程

第二款 評価

第三節 新刑事訴訟法の下における議論

第一款 はじめに

第二款 新刑事訴訟法定着期の制約理論（以上本号）

第五章 課題と展望

結語

第三章 客観的効力論 (二)

——「自然的事実」論——

前章に述べた既判力論争は、既判力の客観的範囲について、自然的事実が同一であることを前提としたうえで、罪名(qualification)を変更して再訴できるかの争いであった。この「自然的事実」が異なる場合、すなわち、第二の訴追の理由となった事実が第一の訴追を基礎づける事実と、自然的に(matériellement)異なる場合は、判例・学説とも異論なく既判力は生じないとされてきた⁽¹⁾。

ただ、その場合にも問題がないわけではない。ひとつは、右の前提たる「自然的事実」を狭く解そうという主張があるが、これによると「自然的事実説」を実質的に骨抜きにすることにもなりかねない、という問題であり(第一節)、もうひとつは、自然的事実が異なる場合にもなお、既判力を認めようという議論のある幾つかの場合の問題である(第二節)。最後に、既判力の主観的効力論について、——わが国には馴染みの薄い議論であるが——簡単に一瞥しておく(第三節)。

(1) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n° 125, p. 14 et s.

第一節 「自然的事実」 制約の理論

第一款 「自然的事実」 制約説

一 変更以前の既判力判例（法的事実判例）は、第一の訴追事実と第二の訴追事実が自然的に同一で罪名が異なる場合に、第二の訴追を許容したが、その場合「新たな要素」の存在が条件とされていた。これを図式化して言うと、《第一の訴追事実＋新要素＝第二の訴追事実》であるときにのみ、再訴が許されたのである。ただ、この「新要素」として「法的要素」を考えると、およそ再訴に対する絞りの役割は果たしえなくなるのであるが、⁽¹⁾「自然的事実」を考えると、第一の自然的事実と第二の自然的事実がまったく同一ではなく、はみ出す部分が出てくる。ここに注目して、いわば擲手から旧判例の実質的延命を図ろうとするのが、次にみる「制約説」⁽²⁾である。

二 ヴェルディエは、彼独特の自然的事実の理解に立って、旧判例の結論を是認する。⁽³⁾

すなわち、ヴェルディエによれば、旧判例が一事不再理原則の適用を拒絶したのは前訴と後訴の自然的事実が、現実にくい違っているからだ、と言う。彼のあげる判例上のくい違い例として、「殺人未遂と公務執行妨害（Ch. crim., 28 févr. 1914）」「道路法典違反の違警罪とその不遵守に由来する過失致死（Ch. crim., 11 mars 1905； 29 nov. 1923； 11 févr. et 19 févr. 1926； 24 mai 1951）」「掠奪の共犯の重罪と禁止商品の不正輸出の軽罪（Ch. crim., 28 févr. 1952）」「偽造を手段とした詐欺と偽造の重罪（Ch. crim., 20 févr. 1931； 19 déc. 1935）」などがある。⁽⁴⁾ ヴェルディエは、これらの事実のそれぞれの間に自然的事実の同一性はないという。たとえば、最後の偽造、詐欺の例では「第一の訴追のとき偽造文書の行使が詐欺の軽罪の要素として考察されたとしても、文書の偽造は偽造文書行使とは異なった事実であ

り、またすべての場合、判例はその構成要素の異なる犯罪が問題になっている旨示すだけの配慮はしている⁽⁵⁾」と。ヴェルディエはさらに、「すべての場合に、〔旧〕判例の解決の正当性は、その構成要素において基本的に異なった犯罪が問題となり、また異なった自然的事実にもとづいているのだから、疑う余地がない⁽⁶⁾」との基本的理解に立つことを明らかにする。

ただ、ヴェルディエも右の見解を判例のすべての場合に拡張することまではせず、たとえば「公然わいせつ」と「強制わいせつ」においては、「強制わいせつ」の重罪無罪の後の「公然わいせつ」事実の新要素は、単に公然性があるだけである。このように「第二の訴追が強制わいせつの重罪の構成の中で重要性をもたない公然性の性格を単に考慮に入れただけにすぎないのだから、事実そのもの、すなわち彼が純潔性を侵害した被害者の身体に公然と犯されたみだらな行為は、いかなる新しい事実の要素も付加されずに繰り返えされることになる⁽⁸⁾」と言って、この場合には判例を批判している。

ヴェルディエの基準は、新要素が重要なものか否かということであり、それ以上に具体化はされていない。したがって重要であれば主観的要素でも新要素たりうることになる。たとえば、過失致死有罪の後の殺人起訴を承認したチボー判決を、ヴェルディエは次のように述べて是認している。すなわち、チボー事件において「新たな要素すなわち殺人の意図は、第一の訴追のときには知られていなかったが、もし知れていたら事実に関して (ipso facto) その時維持されていた罪名を変更したであろう新事実である。侵害行為の罪責に何ら変更を与えない公然わいせつの公然性と異なり、行為の意図的性格は過失致死の罪名を超えている⁽¹⁰⁾」のである、と。この立場から、ヴェルディエは右チボー判決をシュヴァロ判決と両立するものと解している⁽¹¹⁾。

三 レオーテ・エスカンドゥは、自然的事実が同一の場合と異なる場合の間に、「部分的に異なる事実 (faits partielle-

ment distincts)」という範疇を考⁽¹²⁾える。そしてこの場合、「大雑把に言えば事実⁽¹³⁾は自然的に同一である。すなわち、両事実⁽¹⁴⁾は同じ時に生じ、被害者も同一、行為者も同一である。しかし厳密に言えば、第二の訴追は第一の判決で考慮されなかった新たな自然的要素 (quelques points matériels nouveaux) にもとづいている。それゆえ、第二の訴追が厳密にまったく自然的同一事実にもとづいているわけではない。判例はこの場合、新たな訴追の余地を認めている⁽¹⁵⁾」⁽¹⁶⁾と言⁽¹⁷⁾い、その例としてチボー判決をあげる。

注意すべきは、レオーテ・エスカンドウの右の見解が現行刑法典の下で出されているという点である。彼らによれば、「良識と衡平の考慮」によって下されたチボー判決はシュヴァロ破棄院判決とも「調和する⁽¹⁸⁾」という。ここから、「もし新たな罪名が、新事実であれ、第一の刑事訴訟で覚知されなかった事実であれ、これら事実の発見にもとづいたら、第二の訴追は許容される⁽¹⁹⁾」、「疑わしい利益による無罪は、後に新事実が生じた場合には、既判力をもたない⁽²⁰⁾」、といった既判力制約理論が、判例の「理解」というかたちで論じられるのである。

四 なお、最後に、観念的競合 (concoirs (ou cumu) idéal d'infractions) と実在的競合 (concoirs (ou cumu) réel d'infractions) の問題に触れておく。この点に関しては、フランス刑法典五条があるのみでわが国の刑法五四条等のような規定をもたないため、専ら解釈に委ねられている。問題はその解釈であるが、論者によって可成りの径庭があり、われわれからみて容易に理解し難いように思われる⁽²¹⁾。そこでまず、割合に一般的とみられるドゥクヴェール (Dekeuver) の分類を次頁のような表に整理して示してみることにする⁽²²⁾。しかし、このように表にただけでは、なお三者の関係は十分明らかにされたことにはならない。これを明らかにするために、「競合」論の成立の事情に遡ってみる必要がある⁽²³⁾のだが、ここでは簡単なスケッチを試みるに止どめる。

自然的に一個の行為が複数の法条を侵害する場合の解決法として、フランスでは長い間、複数罪名のうちの一個の主

罪名の競合	観念的競合	実在的競合
自然的事実が単数		自然的事実が複数
意図的要素が単数	意図的要素が複数	
1個の犯罪 (infraction)	数個の犯罪の問題	

二罪が実在的競合であると判示し二重の有罪判決を認めている。⁽²⁰⁾しかし、意図的要素を基準にすると過失犯についての説明に窮するだけでなく、観念的競合の成立を不当に狭めることにもなるとして批判されている。⁽²¹⁾では、以上に略述した一事不再理の客観的効力の関係はどうなっているのだろうか。この点については、わが

要罪名 (qualification majeure) のみを選択して他を無視し、一個の罪名⇨一個の犯罪 (une infraction) ⇨ 一個の刑罰という構成をとってきた。そしてこの構成を正当化するために、①法律の衝突理論、すなわち同一犯罪が複数罪名を侵害するのはみせかけの問題 (faux problème) にすぎず裁判官は一般規定よりは特別規定、旧法よりは新法、軽い法規よりは重大な法規を選択する義務があり残りの罪名は忘れ去られなければならないとする考え方、②一事不再理論、すなわち「何人も同一事実のために二度処罰されることはない」のだから裁判官は犯された単一事実が複数罪名に該当しても最も厳しい罪名を選び他を排斥しなければならないという (古典的な) 理論などが採られてきた。しかし、今日の多くの論者はこのような解決が必ずしもすべての事案に適切ではないことに気付き、単なる罪名の競合ではなく、犯罪が観念的に競合するという構成を考案した。たとえば、公然と強制わいせつ行為を行なった場合、公然わいせつ罪と強制わいせつ罪の二つの犯罪が観念的に競合するのである。これと実在的競合の区別は従来自然的事実が一個か数個かによるものとされてきた。ところが、破棄院判例の中には、行為者に別個に非難されるべき複数の心理的要素が認められることを根拠に、罪名の競合を実在的競合と同一視するものがある。一例を挙げると、テロリストが手榴弾をカフェに投げ込んだという事実に関し、破棄院は爆発物による建造物破壊未遂と謀殺未遂のカフェに投げ込んだという事実に関し、破棄院は爆発物による建造物破壊未遂と謀殺未遂の

国と異なり、右の議論と客観的効力の問題は切り離して考えられており、その意味では右の議論は本稿のテーマの関心からは外れる。なぜこのような切斷が可能なのかという説明としては、裁判官に付託されているのが犯罪や罪名ではなく事実ないし事件(en ren)であるから、また刑訴法典三六八条があるから、などと言われている。²³⁾ われわれから見ると、罪名あるいは犯罪の競合の問題を専ら刑事責任、特に有罪宣告の個数として考察し、一事不再理の客観的効力は専ら「事実」の範囲の問題とする方法論が興味を惹く。

- (1) 罪名(構成要件)が異なれば、何らかの点で「法的要素」が異なるのは自明であろう。Cf. Ch. crim., 14 août 1875, S. 1877. 1. 41.
- (2) 「制約説」という名称は、叙述の便宜のために私が仮りに付してみたものである。
- (3) VERDIER (J.-M.), op. cit.
- (4) *ibid.*
- (5) *ibid.*
- (6) *ibid.*
- (7) 彼は Ch. crim., 23 juill. 1863; Ch. réun., 10 janv. 1876. の二つの判例(いずれも本稿第二章第一節第二款で扱っている)をあげ、判例が不当にも前訴と異なる「自然的要素」を構成すると判示する例だと言う。
- (8) VERDIER (J.-M.), op. cit.
- (9) 第二章第三節第一款参照。
- (10) VERDIER (J.-M.), op. cit.
- (11) *ibid.*
- (12) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), n° 139, p. 16.
- (13) *ibid.*
- (14) *ibid.*, n° 144.
- (15) *ibid.*, n° 145.

- (16) *ibid.*, nos 145-146.
- (17) たとえば、セールルーテン (Serlooten) 前出論文「複数罪名」では「concourrs de qualifications」と「cumul de qualifications」という独自の対概念を用いて判例を分析し、具体的な諸帰結をそこから導くが、この二つは「観念的競合」「実在的競合」に対応するものではない (SERLOOTEN (P.), *op. cit.*)。ただ、ドゥクウェール (次註(18)) は、この二分法による基準は複数罪名の場合の解決の分類としては不十分だと批判する。
- (18) DEKEUWER (A.), *La classification des concours de qualifications*, R. S. C., 1974, p. 511 et s.
- (19) 以上の叙述は MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, t. I, 4^e éd., 1981, p. 446 et s. に依る。
- (20) Ch. crim., 3 mars 1960, *Bull. crim.*, n° 138. 「本件においては、異なった二つの罪名での訴追が法律の趣旨に反するような単一の重罪が問題なのではなく、同一手段によって犯されたが、本質的に異なった「複数の」有責的意図 (intentions coupables essentiellement différentes) によって特徴づけられる二個の同時的重罪が問題になっている」との判示がなされている。
- (21) SERLOOTEN (P.), *op. cit.*, p. 51.
- (22) STEFANI (G.) et LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, 11^e éd., 1980, n° 596, p. 517-518. (沢登ほか訳『フランス刑事法〔刑法総論〕』三七七頁)
- (23) SERLOOTEN (P.), *op. cit.*, p. 75.

第二款 判 批

一 「自然的事実」自体に関しては特に法律に規定があるわけではなく、その範囲は解釈に委ねられている。しかし、一世紀半に亘る既判力論争の結実たるシュヴァロ判決と新刑訴法を骨抜きにするような「解釈」が、果たして許されるものかどうか多大の疑問がある。

この点で、チボー判決を今日の段階でどう評価するかがひとつの試金石となるであろう。ヴェルディエ、レオーテ・エスカンドゥは、いずれも右判決を有効なものとして、シュヴァロ判決の射程範囲を狭めようとする。

しかし、ユグニーが指摘するように、チボー事件で「破棄院刑事部が後の訴（故殺）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。もし過失責任に対する判決の後、故意責任に対する起訴を許すなら、昔から今日まで、故意責任に対する〔有罪〕判決後の過失責任に対する起訴を刑事部が許さない理由が理解できない」と。また、レオーテ・エスカンドゥの理解では、その後の自由主義的な新判例を説明できない。⁽²⁾

二 判例の流れを冷静に、客観的に見ていくならば、「ともかくも、新たな自由主義的な方向が、刑事既判力の客観的効力の解釈において、正当にも確立された」⁽³⁾との、ガヴァルダの見地に立たざるをえないであろう。そして、学説とチボー判決の関係について言うならば、「近代の学説は、裁判官を追い越してしまい、われわれの見解によれば、チボー判例によって維持されたこの効力〔既判力〕の全面的開花に対する最後の制約を取り除けるように、裁判官たちを激励した」⁽⁴⁾のである。

かくして、自然的事実説を狭めようとする者は、今日、ごく少数に止どまっているようである。⁽⁵⁾

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

(2) Cf. LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n° 148, p. 16.

(3) GAVALDA (C.), op. cit., n° 33.

(4) *ibid.*

(5) レオーテ・エスカンドゥ自ら、「学説はこの区別をしていない」ことを認めている (op. cit., n° 157, p. 18.)

第二節 「自然的事実」 超過の理論

第一款 拘束力の理論

一 判例はかつて、次のことを認めていた。第二の訴訟で提出された抗弁ないし争点が、第一の訴訟のものとまったく同一であり、かつ同一理由で同一当事者の間で提出された場合、第二の訴訟の裁判官は第一の判決で与えられた解決によって、前提となる争点ないし抗弁について拘束される(Weil)とみなされるべきである⁽¹⁾。と。破棄院判例⁽²⁾をひとつあげる。

事案は、外国人である被告人が、不法医業行為の罪で訴追されたが、一八三六年二月二日、グルノーブル控訴院によって無罪判決を受けた。理由は、被告人は文部大臣文書(一八三二年七月二七日付)によって医業許可を与えられていたというものであった。右判決後、今度は一八三七年から一八三九年までの不法医業行為で、彼は再び起訴された。原審は既判力(拘束力)を理由に無罪としたが、検察官から上告。その理由は、「既判力は、判決が言及した『行為』自体にのみ生じ、行為の際に認定すべき『資格』に関しては生じない」というものであった。破棄院はこれに対して、一八三九年四月一日、次のように判示して上告を棄却した。

「……かような状況の下で、一八三七年、一八三八年、一八三九年の間の不法医業行為につき彼に対してなされた新たな訴追は既判力によって排除されることができたのであって、かように判決した原判決は、三六〇条の正しい適用をしたのである⁽³⁾」

二 右のような拘束力肯定の見解に対し、学説はこれを否定する者が多い。

エリーは、右の一八三九年破棄院判決をとり上げ、同判決が「三六〇条の誤用をしたのは明らかである」と決めつける。彼によれば、「問題になっているのは同一事実ではなく、第一の判決後の新事実であり、これについては第一の判決はいかなる効力ももたない。現実にはこの事実が第一の事実と同一であり、それゆえ判決する同一理由のあることもある。しかしそのことから直ちに、裁判官がこの判決に拘束されるということが帰結されるわけではない」。すなわちこの場合、「問題点 (question) についての判断 (decision) はあるが、事実についての既判力はない」のである。⁽⁶⁾

エリーのこの、やや形式的議論に対して、ラコストは、もう少し実質論に踏み込んだ否定説を展開する。

彼は、拘束力肯定判例を批判して、次のように述べる。「たとえ公訴事実が類似していたにしても、刑事有罪が必然的に別の刑事有罪を導くべきであり無罪についてもまた同様であるというには、刑事訴訟で問題となる利益は、余りに重大である。被告人の運命について判断する問題が生じるたびに、繰り返えされた訴訟に提出された争点は新たな評価の対象となるべきである。裁判所は、前の判決が内包しているかもしれない誤りを繰り返えすように、強制されるべきではない」と。⁽⁷⁾

三 判例は、学説の批判に応え、一九世紀の終わりに拘束力を否定する態度を示してきた。⁽⁸⁾ 判例理論の理解のために、次に否定判例のひとつをとり上げて検討する。

破棄院一九一五年一月二八日判決⁽⁹⁾は、カフェの主人の禁止地域内での酒場開設罪という違警罪 (地方令 *arrêté* 違反) に関する事件である。被告人 (カフェの主人) は、最初同罪で起訴されたが、そのときは禁止地域を指定するアレテが公布されていなかったという理由で無罪放免された。その後被告人は、同一場所における酒場開設罪で再度訴追されたが、違警罪裁判官は、彼を無罪にした。その理由は、彼が違反したとされるアレテは、公布の欠如ゆえに存在しないものとみなされる、と既に判決されているというものであった。検察官は、控訴が棄却されたため上告。これに対する破

棄院判決は、次のようなものである。

「終局的に言渡された判決が、適用事実について、被告人の利益に確定的となったとしても、その判決は、警察規則ないし警察アレテの同一法条の個々の新たな違反に対する訴追や処罰を妨げることはできない。違警罪裁判所は、限られた権限しか有していない。その判決は、どのようなものであっても、裁判所が判決すべき事実への適用においてのみ、効力を有する。裁判所によって承認ないし拒絶された防禦方法 (moyens de défense) は、付託された訴訟との関連においてのみ有効である。仮りにこれらの防禦方法が、ずっと後に、同一当事者間で類似するが異なる事実に関して再提出されたとしても……〔中略〕……これらの方法 (moyens) は、それ自体として〔再度〕審理され評価されるべきである。エヴィアン (Evian) のカフェの主人、コテ・デュムラン (Cottet-Dumoulin)〔被告人〕は、一九一四年五月二日、彼に対してなされた、カトリック教会、プロテスタント教会及び学校の一〇〇メートル以内に酒場を開いた罪にもとづく訴追——これは、一九一四年四月二〇日付調書で立証されたが——について無罪を言渡された。一九一四年七月六日付調書で明らかのように、彼は酒場の経営を続けた。彼は、この事実のために、一九一〇年一〇月八日アレテ違反として訴追されたが、次の理由で無罪とされた。すなわち、彼が違反したとされる一九一〇年一〇月八日アレテの公布は不存在とみなされるべきであるとの判決が、既に、一九一四年五月二日になされているからである。エヴィアン・レ・パン違警罪裁判所が、このように別の裁判所で言渡された前判決の理由に基礎を置き、訴追を理由づける事実とは別の事実を理由としたことは、上告理由にあげられた法条〔民法典一三五一条、治罪法典三六〇条〕に違反するものである。破棄⁽¹⁰⁾」

酒場開設罪は、継続犯⁽¹¹⁾ (delits successifs) と考えられる。継続犯は、状態犯とは逆に、不法な作為または不作為状態が主体 (agent) の意思の継続作用による場合で、この状態が永続性 (permanence) ではなく継続性 (succession) を有する

場合を言う⁽¹²⁾。したがって、「第一の訴追は過去に向かって訴権や刑罰権を消滅させるが、将来に向かっては、犯罪状態の持続は、第一の犯罪とは『別の新たな犯罪』を構成する。そしてそれは、既判力原理を害することなく、第二の訴追の対象となりうる」。既判力の有無の基準は事実が同一か否かということだけであり、事実が異なるのに特別の拘束力など認められない、というのが否定説の要点である。ガローも、否定判例を支持して、「二個〔前訴後訴〕の訴訟の対象は必然的に異なっており、また被告人側の抗弁あるいは〔攻撃防禦の〕方法(Hoyens)は、刑事裁判所によって認められるにせよ却下されるにせよ、それらが依拠する訴訟との関係においてのみ、抗弁あるいは方法といえるのである⁽¹³⁾」と述べている。

かくして、「自然的事実」を超えて、何らかの拘束力を認めようとの一部の主張は、今日葬り去られてしまったと言ふことができる。

- (1) GARRAUD (R.), op. cit., t. VI, n° 2274, p. 228.
- (2) Ch. crim., 18 avril 1839, S. 1839. 1. 889. なほ、このほか拘束力を認める判例として、 Ch. crim., 17 avril 1857, S. 1857. 1. 625; Paris 18 mars 1885, S. 1885. 2. 217.
- (3) *ibid.*
- (4) HELIE (F.), op. cit., t. II, n° 1009, p. 604.
- (5) *ibid.*
- (6) *ibid.*
- (7) LACOSTE (P.), op. cit., n° 1010, p. 392.
- (8) 肯定判例として、Ch. crim., 17 févr. 1888, S. 1888. 1. 134; Ch. crim., 28 juill. 1900, S. 1904. 1. 299; Ch. crim., 28 janv. 1915, S. 1920. 1. 46; Ch. crim., 2 déc. 1922, Bull. crim., n° 402.
- (9) S. 1920. 1. 46.

(10) *ibid.*

(11) 沢登ほか訳『フランス刑事法〔刑法総論〕』一四五頁参照。

(12) GARRAUD (R.), *op. cit.*, t. VI, n° 2273, p. 226.

(13) *ibid.* 継続犯と既判力の客観的範囲に関しては、一九六三年に次のような破棄院判決が出されている (Ch. crim., 20 nov. 1963, Bull. crim., n° 325)。

事案は、被告人ポリー (Poli) が、自ら斃落人になった森林伐採の許可期限までに伐採区域全体の清掃に着手しなかった罪で訴追された、というものであった。控訴院は、清掃懈怠の罪に対する調書が既に一九五九年六月一日付で作成され、この訴追は和解で終了している (正確には、一万旧フランの罰金と三万六千旧フランの損害賠償のうち、後者につき和解により減額) ことを理由として、被告人を無罪放免した。これに対して破棄院は、前訴では一九五九年六月一日に清掃懈怠を認定したのに対し、後訴は、「伐採区域全部の開発期間が消滅した一九六一年十一月三十日の後にも完全に清掃が終わっておらず、幹や小枝も輪切りにしたり山積みになれておらず、倒れるに任され、森林再生の妨げになっていたという犯罪事実に関する」ものであると認めたりえ、結論として次のように判示した。

「一九五九年六月一日の調書が基礎にした二ヘクタールの清掃が、一九六二年二月二二日〔第二の訴追の調書の日付〕に未だ行なわれていないことが認められる場合で、第二の犯罪が前の有罪の後に繰り返えされ、本質上継続犯の性格を示すときは、刑法三六八条で特に認められている一事不再理原則ないし既判力に関する諸原理は、第一の有罪で処罰された有罪が新たな訴追及び新たな有罪の対象となることを妨げることはできない」

(14) GARRAUD (R.), *op. cit.*, n° 2274, p. 228.

第二款 不可分性の理論

一 被告人の犯した犯罪行為が、自然的事実としては複数個あるといわざるをえないが、その複数の事実の間に、手段・目的など一定の密接な関係がある場合に、少なくとも既判力との関係で「単一」と扱えないだろうか、という問題が生じる。これが本款で扱う不可分性 (indivisibilité) の論点であり、以下述べるように学説の対立がある。

不可分性肯定説によると、不可分事実を構成する一部の事実について判決が存在すれば、残りの事実についての再起訴は、両事実が自然的に別個であっても既判力に違反して許されないことになる。否定説では、もちろん再訴できる。まず肯定説からみていく。

二 (1) オメーは、関連性(conséquence)と対比しながら、不可分性を特徴づけていく。⁽¹⁾

「関連性」とは、「数個の犯罪が数人の共同によって同時に行なわれたとき、数個の犯罪が数人によって日時場所を異にして行なわれてもそれがその数人の間で予めなされた通謀の結果であるとき、犯人が一個の犯罪を、他の犯罪を犯す手段を得るため若しくはその遂行を容易にするため若しくはその遂行を完成するため若しくはその処罰を免れるために犯したとき、または一個の重罪もしくは軽罪によって奪取横領若しくは取得した物件の全部若しくは一部を隠匿したとき」(治罪法典二二七条。現行刑訴法典二〇三条も同旨)は、その数個の犯罪は関連し、それが軽罪と違背罪のときは「同一の判決を以て判決しなければなら(ず)」(治罪法典一九二条三項。現行刑訴法典四六七条も同旨)、重罪どうしのときは分割して重罪起訴することはできない(治罪法典三〇八条。現行刑訴法典二八六条も同旨)、というものである。

さて、オメーによれば、関連性には「単なる関連事実」と「不可分的関連事実」とがあって、両者の間には明らかな差異がある。⁽²⁾すなわち、前者は「相対的事実(un fait relatif)」であって別個に起訴することも任意であるが、後者の不可分性は「絶対的事実(un fait absolu)」で、これは複数事実のうちある事実の存在が他の事実⁽³⁾に依存している場合に、単なる関連性を変貌させるような事物の同一性質にもづくものである。⁽³⁾この後者の場合には、一個の訴追しか存在することができない。その具体的適用例としてオメーは、偽造を手段とする詐欺につき無罪を言渡された被告人は、その後偽造に關して——これは犯罪目的でないときは処罰されないのだが——訴追されることはないという旧判例(Cass. 10 juill. 1806)、偽造の重罪で起訴され無罪とされた執行吏はこの偽造の結果たる不法取立(concussions)の罪で訴追さ

れることはないという旧判例 (Cass, 23 frimaire an XIII) をあげ⁵⁾。

(2) 次に、不可分理論を強力に主張するルールの所説をとり上げる。彼は、郵便官吏が書状開披の軽罪 (刑法典一八七条) を犯した後、その中の証券を横領 (同一七三条) した事案につきこれを複数犯罪として扱った判例⁽⁵⁾の立場を第一のシステムとするなら、自分は以下の第二のシステムを採ると言う。

この第二のシステムすなわち「単一犯罪」論は、まず次の二つの問題と予め区別しておかなければならない。

その第一は、複数事実が「同性質の事実の反覆」であれば、たとえば「幾度も出掛けて行って穀倉から小麦を盗み運搬する盗人、既婚女性と姦通の関係を続ける男 (当時姦通罪があった)」、複数の偽造通貨を造る「贋金造り」など、時間的間隔の開いた複数自然的事実につき有罪とされる場合にも、一個の重罪または軽罪しか犯していない、⁽⁶⁾と言える点である。同性質であれば、一個人は容易に認められるようであるが、先の郵便官吏の例に対しては無力である。

その第二は、この郵便官吏の例 (書状開披横領) と、金庫破壊を伴う盗罪 (動産の破壊し有価証券の不法領得の意思ある盗取) との「驚くほどの類似性」である。この金庫破壊を伴う盗罪が単一の犯罪であることは異論がない。しかし、だからといって、郵便官吏の書状開披横領を直ちに一罪とするわけにはいかない。なぜなら、金庫破壊を伴う盗罪は、法文 (刑法典三八四条) によって金庫破壊が盗罪の一加重事情となっており、固有の犯罪ではなくなるのに対し、書状開披横領にはそのような関係がないからである。⁽⁷⁾したがって、ここでも未だ単一とみることはできない。

そこでルースが「第二のシステム」として持ち出すのが、「単一犯罪の理念 (l'idée d'infraction unique)」である。すなわち、別々の犯罪を構成する異なった性質の複数事実に關しても、犯罪の単一性は存在しうるのであり、これを定式化するために、たとえば外国の学説は「個別には別個の犯罪を構成する複数事実の間に手段・目的の關係があるとき、侵害法条の複数性にもかかわらず単一犯罪が存在するとの原則を提示した」⁽⁸⁾。このように、「自然的複数行為に単一の性格

を付与するものは、まさに企図 (*desssein*) の単一である」。この「企図の単一」の存在する場合とは、「それ自体犯罪的な事実が他の事実を達成する目的でのみ犯され、その重大性が小さいか同一なら他の事実に吸収され、重大性がより大さければこの他の事実を吸収するような、他の事実の準備行為としてのみ犯される場合である。かくて、一例のみ挙げらるなら、若干の反対はあるものの偽造文書行使の重罪は、同一人によってそれが犯された場合には、偽造の重罪をその中に吸収する」⁽⁹⁾。

「企図の単一」は、犯罪者の内心に生じ、犯罪が単一のまま存在しなくなることもある「意思 (*volonté*)」とは混同されるべきではない。「企図の単一」は、犯された諸行為を互いに結合し、それらを単一の複数行為犯 (*une infraction unique complexe*) に解消してしまう⁽¹¹⁾。

ここまでくれば、第一のシステム (二罪説) と第二のシステム (一罪説) のいずれを採るべきかは、明らかである。第一のシステムは犯罪の自然的要素に過度にこだわり、物を欲しいだけの犯人の意思を、余りに軽視するようにも思われるからである⁽¹²⁾。さらに言えば、二つの犯罪は異なった客体をもつが、単一かつ同一の意図的要素しかもたないのこれを二度判断させている点で、一事不再理原則に反するからである⁽¹³⁾、と。

(3) 同様の主張は、ヴィダル・マニョル (*Vidal et Magnol*) によって次のように整理されている⁽¹⁴⁾。

不可分性を肯定すべき第一の場合には、「一定の複数行為がある犯罪を構成する場合、すなわち他の行為はその犯罪の加重事情となって、全体が一個の重罪ないし軽罪を構成する場合」⁽¹⁵⁾ である。たとえば、「住居侵入」「盗罪」(刑法典三八四条) など、これらの事実全体が「全不可分性を構成する」ので、「訴追、既判力、時効に関しても、これを構成する各事実は分離されえない」⁽¹⁶⁾。しかし、これは条文のある場合である。

解釈上不可分性を肯定することのできる第二の場合には、「犯された複数行為が複数犯罪を構成するが、その複数犯罪

につき、自然的法的な単一性は無いが、少なくとも主体の意図 (intention) ないし目的 (but) によって単一 (unique) である場合、すなわち一方が『手段 (moyens)』他方が『目的 (fin)』である場合⁽¹⁵⁾である。たとえば、「偽造が、詐欺を遂行するために (刑法典一四五条以下及び四〇五条)、あるいは前科簿の氏名を偽る罪 (一九四五年八月一三日オルドナンスで改正された治罪法典五九八条) を遂行するために犯された場合」である⁽¹⁶⁾。この場合、刑については不併科原則 (治罪法典三五一条) により最も重い刑が科せられる。「しかし、刑の観点からは異なるこれらの犯罪は、訴追、管轄、既判力の観点からも異なるのか、あるいはその犯罪間に、不可分性 (indivisibilité) があるのか? 主観的観点から、主体の単一意図 (intention unique) を考慮して、複数犯罪全体が全一 (un tout) しか構成しないことを認めるべきである⁽¹⁷⁾」と。そこから次の三つの帰結が生じる。「1° 訴追の不可分、2° 軽罪を付託されたがそれが重罪と不可分に結合していると認定した軽罪裁判所の管轄権不存在、3° ある事実につき先に提起された訴追に対する判決において無罪とされた場合における、他事実の再訴の不可能性⁽¹⁸⁾」の三点である。そしてこの第三点目の帰結が、不可分性を肯定することによる既判力拡張の理論にもとづくものである。

三 この不可分理論は、今日においても支持者を見出すことができる。たとえば、不可分性につき最も問題になる『偽造行使詐欺』の場合について、ナジャリヤンは「事実 (複数) が不可分であれば、第一の判決は第二の事実に関して既判力をもつ⁽¹⁹⁾」と言って、不可分性を肯定する。すなわち「偽造文書によって詐欺を働いた罪で起訴され、無罪とされた者は、この偽造について再度訴追されることはできない。なぜなら、この無罪によって彼は、偽造が犯罪目的のために犯されたものではなかったと判断されているからである⁽²⁰⁾」。ただ、ナジャリヤンのこの理由づけでは、詐欺が有罪のときの偽造の起訴を拒むことはできないことになる。

レオーテ・エスカンドゥも、理論としては不可分性というものを認めている。彼らは、複数事実が不可分とされるほ

ど密接な関係で結びついているとき、すなわち「ある事実の有罪性が必然的に他の事実の存在に依存するとき、これらの事実のあるものについての判決は、同一当事者に関する限り必然的に全体に効力をもつ⁽²³⁾」という。ただ、そこで挙げられた例は、過失傷害有罪確定後被害者が死亡した場合、過失致死によって起訴することができないというもので、彼らの言う不可分理論の射程範囲は必ずしも広くないようにも思われる。

四 判例は、当初は「商業文書偽造、同行使」と「背任」を、継続犯の問題として論じたものもあったが、その後不可分性の問題として争われるようになった。⁽²⁶⁾ しかしいずれも、不可分性を否定している。ここでは二つの破棄院判決をとり上げることにした。

(1) 破棄院一九三一年二月二〇日判決の事案は次のようなものである。

被告人は、七、八七九フラン五七サンチームの支払命令書 (mandat de paiement) (市長が収入役に対してシャモン Chamon 氏への支払を命じたもの) に対して、一九二八年三月七日、その裏面に計算書の証明のため『Chamon』の署名を偽造し、同年七月二三日、表面に領収済として『Chamon』の署名を偽造し、もって公文書偽造の重罪を犯し、あわせて背任及び詐欺の軽罪をも犯した。被告人は、一九三〇年一月一四日、軽罪裁判所から背任及び詐欺の罪で一〇月の拘禁刑を言渡された(確定)。⁽²⁸⁾ところが同じ年の一月一六日、被告人はさらに公文書偽造について、重罪院で五年の懲役刑と右の軽罪刑の吸収(consution)⁽²⁸⁾を言渡された。被告人から上告。理由は、「軽罪の終局判決で有罪とされた詐欺罪の要素として、既に考慮されていた偽造の重罪について、原審が上告人に対して有罪の言渡をしたのは、既判力及び一事不再理原則の侵害である⁽²⁹⁾」というものであった。破棄院は次のように答えている。

「しかし、民法典一三五一条の文言によれば、既判力は前の判決の対象を構成したものについてしか生ぜず、他方、一事不再理原則は、第二の訴追の基礎となった事実が、第一の訴追の理由である事実と法的自然的要素において完全

に同一であるときにのみ、援用しうるのである。文書偽造の重罪は詐欺の軽罪と区別され、同様に偽造文書行使の重罪とも区別される。この三つの犯罪は異なった要素で構成され、各々別個の法規によって処罰される。

確かに原因⁽³⁰⁾について、被告人の、偽造された七、八七九フラン五七サンチームの命令書の行使が、第一の訴訟で詐欺罪の一要素とみなされた。そのために、偽造文書行使罪が新たな訴えには採用されえず、実際にも採用されなかったとしても、同命令書に署名偽造することから成る文書偽造罪に関しては、それと同列ではない」

このように判示して一罪性を認めず、上告を棄却した。ただ、行使・詐欺に関しては一罪性を感じさせるかの口吻を示している点は、注目される。しかし、否定学説にもこの点は共通の傾向がみられる。たとえば、メルル・ヴィテュ(Merle et Vitu)は、「偽造文書を使用した詐欺についての有罪判決は、同一人に対する偽造についての新たな起訴を禁止しない。なぜなら、偽造文書の作成は、その行使とは区別される(Distinct)からである⁽³¹⁾」⁽³²⁾と言うし、ドンヌデュー・ヴァーブルも同様に「文書偽造と行使は区別される」から再訴が許される、と述べている。

したがって、議論の岐れ目は、偽造と詐欺を不可分事実(les faits indivisibles)とみて一事不再理原則の観点から「単一事実(un fait unique)」と扱うべきか、という点にある。

(2) 破棄院一九五一年五月二四日判決⁽³³⁾は、工場内で起きた労災死亡事故について、被告人(責任者であらうか)が過失致死の軽罪で有罪判決(六千フランの罰金)を受けたというものである。その後被告人は、同じ死亡事故に関し、「圧延機の動力を伝導する回転軸に保護装置を備えることを怠った」点を労働法典第二編六六条a、一七三条違反の違警罪に問われて、違警罪裁判所に起訴された。同裁判所は、管轄違い(incompetent)を言渡したが、その理由は、「この違警罪を構成する事実と、軽罪裁判所で既に判決された軽罪の事実の間に、不可分性が存するから⁽³⁴⁾」というものであった。これに対する検察官の「法律の利益のための上告」に対し、破棄院は次のように判示した。

「しかし、上記違警罪は単に法規の不遵守から成るのに対し、軽罪裁判所に付託された事實は、同一法規不遵守にひき続いて労働者の身体に対して犯された過失致死から成るのであるから、違警罪を構成する要素とは異なる要素を含む。

問題となっている各犯罪の一方は即成犯(*instantané*)であり、他方は継続犯(*continue*)である。これらの犯罪の基礎にある事實は、不可分性のいかなる性格も示さない。

実際、これらの犯罪は関連するもの(*connexes*)とみなされうるが、しかしそのような事情は、別の裁判所に軽罪起訴を惹起したことを理由として判決を拒むことを許すものではない」

理論としては、ここでも不可分性は否定された。しかしこの事案などは、不可分性以前に、そもそも自然的に一個の事實ではないかという疑いが残る。

五 ユグニーによれば、この「不可分性の理念は意図の単一に不可分性の基礎を認める主観説が採用された場合にのみ、実効的となりうる」のだが、「この理念は、フランスではずっと通説であり続けた客観説の中であって、成功しなかった⁽³⁶⁾」と総括される。学説の大勢も判例同様、否定的態度をとる。

このように、わが国の「牽連犯」規定のような立法をもたないフランスで、不可分説というかたちで、既判力に関して「単一」性を強調する有力な論者のいたことは、興味深い事実である。残念ながら、これら論者の背景にある「主観主義」のために、不可分理論は大方の支持を得るまでには至らなかったようであるが、しかし、問題の事案における分割起訴の不当性を突いた彼らの着眼の方に、より共鳴すべきものが感じられるように思う⁽³⁷⁾。

(1) HOMMEY (A.), op. cit., p. 75.

(2) *ibid.*

- (3) *ibid.*, p. 75-76.
- (4) ROUX (J.-A.), note sous Ch. crim., 29 mars 1900, S. 1920. I. 297.
- (5) 前註(4) 参照。
- (6) *ibid.*
- (7) *ibid.*
- (8) *ibid.*
- (9) *ibid.*
- (10) 訳語は、沢登ほか訳『フランス刑事法〔刑法総論〕』一四八頁に依る。
- (11) 但しルーは、姦通関係にあった者が一度絶交し、その後再びよりを戻し姦通を開始すれば彼は別罪を犯した、なぜならこの二つの犯罪を全体として結合することは不可能だから、と言う。同様に本件でも、もし被告人(郵便局長)が、最初横領の意思なく単に家族の秘密を知りたいために信書を開披したのであれば、「一罪」とはなりえないと述べている(*op. cit.*)。
- (12) しかし、この点は逆に、犯人の意思を重視しすぎると批判を浴びることになる(後述註(35)(36))。
- (13) ROUX (J.-A.), *op. cit.*
- (14) VIDAL (G.) et MAGNOL (J.), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. I, 9 éd., 1947, n° 252 et s., p. 415 et s.
- (15) *ibid.*, nos 252-3, p. 415.
- (16) *ibid.*, p. 415-416.
- (17) *ibid.* なお、SERLOOTEN (P.), *op. cit.*, p. 58. (目的犯罪、手段犯罪 (*infraction-fin, infraction-moyen*) の二つの方をいふ)。
- (18) *ibid.*
- (19) *ibid.*
- (20) *ibid.*, p. 416-417.
- (21) NAJARIAN (K.), *op. cit.*, p. 134.
- (22) *ibid.*
- (23) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), *op. cit.*, n° 135, p. 15.

- (24) *ibid.*, n° 136, p. 15.
- (25) *Ch. crim.*, 3 mai 1860, *D.* 1860. 1. 519.
- (26) *Ch. crim.*, 30 juill. 1864, *D.* 1866. 1. 362; *Ch. crim.*, 28 févr. 1868, *D.* 1868. 1. 506; *Ch. crim.*, 21 août 1873, *D.* 1874. 1. 454; *Ch. crim.*, 19 déc. 1935, *S.* 1937. 1. 327; *Ch. crim.*, 29 avril 1948, *S.* 1949. 1. 37; *Ch. crim.*, 13 juill. 1950, *D.* 1950. 685; *Ch. crim.*, 31 mai 1976, *Bull. crim.*, n° 190; *G. P.*, 1976. 2. 778; *Ch. crim.*, 21 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 207; *Bordeaux*, 2 mars 1977, *G. P.*, 1978. 1. 67.
- (27) *S.* 1932. 1. 273; *G. P.*, 1931. 1. 699.
- (28) 沢登ほか訳『フランス刑事法〔刑法総論〕』三七九頁、三八四頁参照。
- (29) 註(27)判決文に拠る。
- (30) 「原因(cause)」の語は、フランス民法典一三五一条に由来する(第一章第二節第一款参照)。
- (31) メルル・ヴィテュは、こう言つて右の判決を引用している(MERLE (R.) et VITU (A.), *op. cit.*, p. 878.)^o
- (32) DONNEDIEU DE VABRES (H.), *op. cit.*, p. 884, note 4.
- (33) *Bull. crim.*, n° 141. なお、この判例は法的事実判例として分類されることがあるが、正しくない。
- (34) *ibid.*
- (35) HUGUENY, note au *S.* 1932. 1. 273.
- (36) *ibid.*
- (37) 不可分理論の問題と、前章既判力論争の問題とが関連するの否か、ここで結論は出せないが、興味深い論点ではある。たとえば、ルーは、法的事実説に立ちながら、他方、「不可分性」により既判力の客観的範囲を拡げよと主張するのである。

第三款 既判力と罪数理論

一 本款では、第一款第二款以外の、自然的事実の異なる場合の問題として、いわゆる「罪数」に関する各種場合と既判力の関係について、概観しておく⁽¹⁾。

二 (1) まったく自然的、法的に事実が異なる典型例として、再犯 (récidive) 犯罪の實在的競合 (concours réel d'infractions) (併合罪) の場合がある。それぞれ困難な問題を含むが、再犯に関しては、問題なく再訴が許されているようである。⁽²⁾

(2) 状態犯 (infractions permanentes) は、主体の意思の新たな介入なしに、継続する状態 (état) によって構成される点で、犯意の継続を要件とする継続犯 (délits successifs) と対比される。継続状態は、継続犯とは逆に、自然的に同一事実であるとされる。なぜなら、行為としては最初の一個の行為があるだけであり、その効果がしばらくの間継続するということだからである。したがって、第二の訴訟で、最初の落度 (faute) が既に終局的に判断されている状態犯を原因とすることはできない。⁽⁴⁾

事例を判例からあげると、石炭ガス製造工場に対する警察命令 (un arrêté de police) (排煙防止のための導水管設置を命じたもの) 違反につき、同罪は「状態犯的単一的違反 (une contravention permanente et unique)」であるから「一個の有罪しか生じさせるべきではない」⁽⁵⁾とされたり、航行不能の河床に物的設備を造ることを禁じた地方アレテ (arrêté préfectoral) 違反に関し、一度は恩赦で放免された被告人の再起訴 (恩赦後のアレテ違反) の有効性が争われ、この違反が状態犯か継続犯かが問題にされた。⁽⁶⁾

状態犯の場合、自然的事実が「一個」と観念できるので、特に自然的事実の超過の問題は生じない。

(3) 慣習犯 (délits d'habitude) は、個々のにみれば可罰的ではないが、反復され、その行為者の慣習 (habitude) を表示するまでになると処罰が可能になる自然的複数行為から成る。⁽⁸⁾ 既判力の観点からみると、「この性格のために、それなしには処罰できない自然的・法的『全体 (ensemble)』によって構成される慣習犯は、単一の訴追 (seule poursuite) しか生じさせることができない。この単一訴追は、過去に向かっては、それが訴追に含まれていなくても慣習を構成する事実

を排除⁽⁹⁾する。なぜなら、「この事實は、不可分の既に罰せられた慣習に属するからである。既判力の抗弁は有効に提出され⁽¹⁰⁾る」。また、この単一訴追は、「将来に向かつては、第二の訴追を可能とするために、二度目に慣習犯が実現されるのに十分な多数事實が必要となる⁽¹¹⁾」。

慣習犯の場合、犯罪の性格自体の問題が、自然的事実を超えて一罪性を付与し、結果として既判力の客観的範囲が拡張されることになるのである⁽¹²⁾。

(4) 連続犯 (*infraction continuée ; délits collectifs par unité de but*) は、慣習犯と異なり、全体を構成する各事実がそれ自体犯罪である場合である。たとえば、人の住む住居に侵入した盗罪犯人が、盗んだ動産の数だけ不法領得の意思で窃取した場合、同一暴行現場で同一人に対し多数殴打した場合、各行為は結合しその全部が不可分の全体を構成する⁽¹³⁾。なぜなら、自然的行為は複数あるが、主体における侵害、決意、目的の単一性、法及び被侵害法規の単一性、単一かつ同一の刑罰法規が適用されるという事実、これらが犯罪の法的単一性を導き、その結果一個の刑罰権 (*répression*) すなわち一個の訴追を導くからである。その一部についての第一の訴追は、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、そのことによって第二の訴追が不可能となるのである⁽¹⁴⁾。

(1) 以下、LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), *op. cit.* に拠る。なお、継続犯もここで扱うのが適當かとも思うが、既に本節第一款及び同款註(13)で判例等について述べておいたので、ここでは省略する。

(2) *ibid.*, n° 126, p. 14. 実在的競合に関しては、本章第一節第一款参照。

(3) 前註(1)参照。

(4) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), *op. cit.*, n° 134, p. 15.

(5) *Ch. crim.*, 29 janv. 1885, D. 1886. I. 43.

(6) *Ch. crim.*, 31 mars 1926, G. P., 1926. 2. 174. など、その他状態犯に関して一事不再理が問題とされた判例として、*Ch. crim.*,

25 juill. 1866, Bull. crim. n° 259; Ch. crim. 22 mars 1867, D. 1867. 1. 232; Ch. crim. 16 nov. 1935, G. P., 1936. 1. 74.

(7) 訳語及び解説は、沢登ほか訳『フランス刑事法〔刑法総論〕』一四六頁参照。

(8) GARRAUD (R.), op. cit., t. VI, n° 2273, p. 226.

(9) *ibid.*, p. 227.

(10) LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n° 137, p. 15.

(11) GARRAUD (R.), op. cit.

(12) 註(7)一四四頁参照。

(13) この二例は、註(10) n° 138, p. 16. に依る。

(14) GARRAUD (R.), op. cit., p. 227; LEAUTE (J.) et ESCANDE (P.), op. cit., n° 138, p. 16.

第三節 〔附論〕主観的効力論⁽¹⁾

(1) 本節で主観的効力論を採り上げるのは、この論争・対立の中に既判力本質論の一端が浮き彫りにされているように思われること、客観的効力論との関連がないではないこと (CAVALDA (C.), op. cit., n° 15) 及びフランス既判力理論のわが国への「継受」を確証するひとつの資料としてここで概観しておく必要があることなどによる。

第一款 エリーの片面的絶対効力論

一 フランスにおいては、伝統的に、検察官のほか、被害者等の私人が原告となる制度 (私人訴追主義)⁽¹⁾ があるから、主観的効力を考える場合、原被告の各々についての検討が必要になる。しかし、原告に関しては、検察官によって公訴権が行使される限り、絶対効をもつこと自体異論をみない。その理由は、——エリーの説明に拠れば——検察官は、公訴権を行使するとき、社会の名において社会の利益のために活動するのであり、その結果既判事項 (*chose jugée*) は検察官のみならず、すべての人に対して判断される。それゆえ彼が公訴権を行使した以上、もはや他の当事者によって改

めて訴訟が提起されることはない。訴権は消滅し、何人もそれを再生させることはできない。⁽²⁾

二 問題は被告に關して生じる。エリーはこの場合に、前訴が別の被告人に対するものであつても当該被告人の利益に既判力が生じうる、⁽³⁾という片面的絶対効の立場をとる。たとえば、重罪の主犯である被告人(accusé principal)が無罪になったとすると、この無罪は、これに加功したとされる他の被告人が利用できるのである。⁽⁴⁾

これに対する相対効説の論拠は、治罪法典四四三条二号⁽⁵⁾(現行刑訴法典六六二条二号も同旨)の、同一事實に關する異なつた被告人の間の矛盾判決の場合における再審規定である。これは極めて有力な根拠といえる。しかし、「防禦方法が引き続く二つの訴訟で同一であり、この方法が前訴で受容されたときは、共同被告人ないし共犯者は、前訴に出廷しなかつたというだけで、既判力の利用が許されなくなるのだろうか? 彼らに対して、判決は当事者であつた者についてしか既判力をもたない」と主張しうるものだろうか?⁽⁶⁾との疑問が生じる。前訴判決が、「犯罪は存在しない」とか「訴訟の対象事實は可罰的でない」と判断したような場合、エリーは、この判決はすべての後訴の障害(obsacle)となすべきだと主張するのである。⁽⁷⁾この主張を支える彼の理論は、大要次のとおりである。

前訴において、犯罪が犯されなかつたこと、あるいは罪となるべき事實が重罪、輕罪、違警罪のいずれをも構成しないことが適法に認定されたような場合、司法という視点からみると(aux yeux de la justice)可罰的事實はもはや存在しない。罪となるべき事實の係属(instance)あるいは有罪性に關する問題は、この訴訟の前提問題である。ところでこの問題は既に判決されている。それゆゑ訴権は消滅し、再度問題とされることもないのである。⁽⁸⁾

次に、前訴判決が、事實は決して存在しなかつた、あるいはその事實からすべての有罪性が奪われたと宣言した場合に、後の訴訟が可能か否かを、理論的に検討する。相対効説の論者は、既判力は当事者であつた被告人に關してしか生ぜず、共犯者にまで及ぶはずはないと言ふかもしれない。しかし、「檢察官もその当事者ではなかつたのか? 判決の

言渡しは彼に対するものでもなかったのか?⁽⁹⁾。つまりエリーは、検察官という一方当事者を媒介にして主観的効力を拡張しようというのである。さらに、判決が被告人の個人的事由ではなく、すべての者に共通の事由にもとづく場合、問題は各人が自由に処分できる「私的利益」ではなく、すべての者に同一地位を付与する「公的利益」であるから、その一人の訴訟は今や軽視できないはずである⁽¹⁰⁾。

確かに、検察官が共犯者の一人の訴訟の後に、事実認定が誤っていたことを発見するかもしれない。「しかし、既判力は真実 (la vérité) それ自体をも超えるはずのものであることが、既判力の威力 (puissance) なのである。この擬制 (fiction) を確立した利益は、すべての反対証拠から既判力を守るのである。共犯者の既判力の利益を拡張するよりも、前訴の誤りを確認することの方が危険であろう」⁽¹¹⁾。

三 エリーは、このように片面的な絶対効理論を展開するのであるが、その一方でこの「原則」に対する各種「例外」を認めている点にも注意しなければならない。すなわち、エリーは他人（共犯者）の既判力を援用する要件として、地位 (position) と防禦 (défense) の同一⁽¹²⁾をあげる。特に防禦の同一でない場合の例外が大きい。

まず、主犯たる被告人が個人的抗弁によって無罪とされたときは、防禦の同一性はない。たとえば、「彼が分別ある行動をなしえない年齢ゆえに、被害者との親族関係ゆえに、彼の善意あるいは発狂した状態あるいは心神喪失ゆえに訴追を免れた場合には、この抗弁は共犯者に援用されることのできないものであるから、共犯者を利することもない。この場合、正犯である被告人の無罪は、共犯者が訴追されることに對する障害とはなりえない。この点について既判力はないのである」⁽¹³⁾。

次に、正犯者が証拠 (charges) 不十分の理由のみで無罪とされたときも、防禦の同一はない。なぜなら、証拠の「不十分さは、犯罪の遂行そのものを排除するものではなく、同一犯罪の他の被告人らに對して順次提出される証拠は、同

じものではありえないからである。かくして、ある訴追において、暴力による強姦にしろ、武器使用の公務執行妨害罪にしろ、共犯者が犯行現場で取り押えられて現行犯とされ、正犯者が追求を逃がれるというのは、ありうることである。また、ある者には非常に重大な証拠があり、他の者には非常に曖昧な証拠があるというのも、ありうることである。したがって、このような判決は、他のいかなる判決にも影響を及ぼさない⁽¹⁴⁾。

被告人が前訴で、犯罪が犯されなかったからではなく、彼が行為者でないから無罪とされたときも右と同様である⁽¹⁵⁾。

四 右のエリーの所説にほぼ沿った判例も、ないではない。

破棄院一八八二年七月二八日判決⁽¹⁶⁾は、選挙違反(投票用紙のすりかえ等)の共犯事件に関するものである。主犯格のロレンジ(Lorensi)は、治安判事代理の職にあるため治罪法典四七九条以下により特別裁判所に、他の選挙事務所の構成員である共犯者らは軽罪裁判所に、それぞれ起訴された。ロレンジについて先に無罪判決がなされたので、他の共犯者がそれを援用したが認められなかった。有罪とされた共犯者らは上告したが、その上告理由第五点目は、ロレンジに対する既判力ある判決(一八八二年二月二八日)によって、ロレンジは主観や意図の評価ではなく理由となった犯罪の存在自体が不確定であることを理由に無罪とされたのだから、上告人(共犯者)に対する有罪判決は法的基礎を欠く、というものであった⁽¹⁸⁾。

これに対して破棄院は、理論としては右の主張を認めながら、本件においては「この『ロレンジの』判決は、投票用紙の名前を置き換えたり投票用紙を廃棄するなどして多数得票者を変更させ、不正行為が行なわれたことは明らかであると認定している」こと、「この不正行為の実行における『ロレンジを除く』被告人らの役割に関しては、この『ロレンジの』判決は付言して、被告人らは公訴事実実現において共同し……共同正犯者として関与した、としている」ことなどから、既判力を援用する上告理由第五点目を排斥した。ロレンジの判決の評価に差異はあるが、上告人、破棄院と

もに絶対効説に立っているのが分かる。

学説上エリーと同様の立場に立つ者として、古くはヴィレーが、「民事既判力は必然的に『相対的』効力をもつのに対し、刑事既判力は社会の代表者との対審というかたちをとり、また社会的関心に関するものであるから『絶対的』普遍性といった性格をもって作用する⁽¹⁹⁾」と述べているところであるし、最近では、ガヴァルダが「後诉被告人に対し、その刑事裁判で先に認められた犯罪の不存在を考慮するのを拒むことは、論理的矛盾を生じさせることであり、その矛盾はとりわけ刑事裁判に由来する信頼や尊敬を害する⁽²⁰⁾」と言っている。興味深いのは、ガヴァルダの片面的絶対効説の次の論拠である。すなわち、客観的効力については自由主義的方向、つまり被告人に有利な判決効を拡張する自然的事実に賛成しながら、主観的効力については防禦側に有利な政策論を否定する多数学説の態度は、決して調和のとれたものではない、⁽²¹⁾という批判である。

五 しかし、今日の判例は、次にみるように相対効に確定してしまった。学説の方も、絶対効説の勢いは次第に衰弱してきたようでもある。

(1) 鈴越益弘「私人訴追主義と国家訴追主義」『法政研究』四八巻一号(一九八一年)三三頁参照。

(2) HELLE (F.), op. cit., t. II, n° 998, p. 589.

(3) ibid., n° 999, p. 589-590.

(4) ibid.

(5) 「治罪法典四四三条」再審の請求は、重罪または軽罪事件につき、裁判をした裁判所及び言渡された刑の如何にかかわらず、左の場合にこれを行うことができる。

.....

(第二号) 重罪または軽罪に対して刑の言渡があった後、同一事実につき新たな判決を以て他の被告人に対し刑の言渡をした場合

であつて、その二個の刑の言渡が互に両立せず、その矛盾が何れか一方の者の無実の証拠であるとき」

(6) HELIE (F.), op. cit., n° 1001, p. 591.

(7) ibid.

(8) ibid., p. 592.

(9) ibid.

(10) ibid.

(11) ibid.

(12) ibid., n° 999, p. 590.

(13) ibid., n° 1000, p. 590.

(14) ibid.

(15) ibid. エリーは、「この前証が、他の被告人に対して、同一事實につき再訴されることを少しも妨げないのは明らかである」と言う。

(16) S. 1884. 1. 399.

(17) 治罪法典四七九条以下では、「判事が職務外及び職務執行中に犯した犯罪」のための特別の手續を定める。

(18) 前註(16)。

(19) VILLEY (E.), *Précis d'un cours de droit criminel*, 5^eéd., 1891, p. 426. なお VILLEY (E.), note au S. 1888. 2. 137.

(20) GAVALDA (C.), op. cit., n° 45. その他、絶対効説を採る者として、ROUX (J.-A.), *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, t. II, 1927, p. 215; LACOSTE (P.), op. cit., n°s 1019 et s., p. 395. et s.; VIDAL (G.) et MAGNOL (J.), op. cit., t. II, n° 674, p. 997-1000.

(21) GAVALDA (C.), op. cit.

第二款 相対効の理論

一 まず判例をとり上げる。破棄院一九一二年七月二五日判決⁽¹⁾は、債権の担保として在庫商品を債権者に差し入れた債務者(正犯者)が、この担保の目的物の一部を横領(détournement)したという事件で、本件被告人は担保権の存在及び債務者の破産状態を知りながら、援助、隠匿など共犯加功したものである。正犯者たる債務者は、刑法典四〇八条の背任罪で有罪判決を受け、確定した。その後本件被告人は、四〇八条より重い刑法典四〇〇条五項⁽²⁾の担保物横領罪で起訴され、有罪とされた。これに対する上告理由の第三点目は、「共犯者と正犯者は同一の刑で処罰されるべきであり、とりわけ刑法典四〇八条に規定される刑は同法典四〇〇条五項に規定される刑より低いのに、原判決が、四〇八条「背任」の適用をして正犯者として終局判決で有罪宣告を受けたペルコ(Percot)「正犯者」の共犯者として、上告人を四〇〇条五項「横領」を適用して有罪宣告をしたのは、理由の欠如ないし齟齬がある⁽³⁾」というものであった。

しかし破棄院は次のように答えて、原審を維持した。

「いかなる法原理も、いかなる法律の規定も、共犯者のみに対する訴追において、裁判官が正犯者の罪責について前終局判決により確証されたと宣告された事実の罪名を変更するのを、妨げることはできない。前判決の既判力は、前判決の当事者でなかった共犯者に対して申し立てられることはできず、前訴後訴判決の罪名の矛盾は、いかなる法律侵害をも生じさせない」

しかし、刑の軽重に関しては、純粹の相対効に徹しきれず、――

「共犯者の刑が四月の拘禁刑であって正犯者の刑の最大限より低いときは、この点を考慮しなくてもよい」と判示している。正犯者共犯者の法定刑を示すと⁽⁴⁾、

正犯者〔背任〕・四〇八条、四〇六条〔二月以上二年以下の拘禁刑、

共犯者〔横領〕・四〇〇条五項、四〇一条〔一年以上五年以下の拘禁刑、

ということになり、加功しただけの者が却って重い処断刑を受けることにもなりかねない。右判示は、この量刑のバランスにも一定の配慮を示すものといえるが、相対効説と調和すると果たしていえるものか、若干の疑問を残す。

破棄院一九五二年二月二六日判決⁽⁵⁾の事案は、もう少し深刻である。前判決において、ある正犯者が、偽造紙幣行使罪は構成せず単に詐欺の軽罪を犯したにすぎないと認定され、軽罪の有罪判決を受けた。ところが本件被告人は、この事件に関して、右偽造紙幣行使罪の共犯者であるとして重罪院に起訴され、重罪刑を言渡された。被告人の上告に対し、破棄院は次のように判示して上告棄却。

「重罪院は、ゲムリー(Ghemoury)〔正犯者〕に関する裁判官の宣告を、その判決の基礎に据える義務はなかった。実際、既判力原理は、公訴事実の法律上の要件が前訴訟裁判官により確定的に認定されたことを理由として、正犯者について言渡された判決を共犯者に適用することは許さない」

右の判決文の「既判力原理」とは、既に相対効を前提とした既判力原理の意味で用いられており、なぜ「相対効」なのか、分明ではない。この点は、学説(通説)の説明を聞かなければならない。

二 ガローは、例として詐欺の正犯者が時効により軽罪裁判所で無罪放免された後、共犯者が後の訴訟で有罪とされた場合をとり上げて、論じる。ガローはこの二つの判決が、「明らかに矛盾し、両立しない(incontestablement contradictoires et inconciliables)」ことは認めつつも、しかしこのような場合は、法の規定に則って再審がなされれば済むことで、第二の判決に対する上告による救済まで認めないというのが、法の建前ではないか、と言う。⁽⁷⁾この理由から、あるいは「既判力の抗弁の存在するためには、当事者の同一が必要であることの帰結」⁽⁸⁾として、正犯者共犯者間、共同

正犯者間における連帶性(solidarité)は存在しない、との結論に至る。

ドンヌデュ・ドゥ・ヴァーブルも、民法典一三五一条の既判力の要件のひとつである「当事者の同一」、治罪法典四四三条の再審規定(共犯者間の矛盾判決の場合の再審事由)を、相対効説の形式的根拠としてあげる。⁽¹⁰⁾そしてエリー等の片面的絶対効説に対しては、「同説によると」被告人に、防禦の機会をもたなかった訴訟の結果を不当に強いることになる。そしてもし、彼に不利なことを強制できないなら、彼の利益に合致する判決を援用することは、なおのことできない⁽¹¹⁾と言って反対する。

ブザも同様に、絶対効説が被告人に利益な方向でのみ絶対効を認めることを捉え、「このような区別は恣意的であると批判されている」⁽¹²⁾とし、「もし、被告人が関与しなかった不利な訴訟の結果を他人に強制できないなら、彼が自己に利益な判決を援用できる理由は、もはや見出せない」⁽¹³⁾と批判する。

ナジャリヤンは、「当事者以外の者に効果(既判力)を及ぼすのは不正義(injuste)であり、良俗(bon sens)にも反する」⁽¹⁴⁾と言つて相対効説に与するが、その趣旨は右の論者らと同様なものであろうか。

三 かくして、判例、学説ともに相対効説に収斂してゆくのであるが、⁽¹⁵⁾最後にこの問題に関するごく最近の判例をとり上げる。⁽¹⁶⁾

破棄院一九七八年六月六日判決。⁽¹⁷⁾

事案は、工場内で労働災害による死亡事故が起こり、社長フラミア(Flamiae)、現場監督ルヴェン(Leven)の二人が過失致死及び労働法違反で軽罪裁判所に起訴されたというもので、フラミアは有罪を言渡されたため控訴、ルヴェンは無罪を言渡され一審で確定した(検察官不控訴)。フラミアは、控訴審で彼の権限を現場監督ルヴェンに移譲したと主張したが、控訴審は「被告人(ルヴェン)」がこのような移譲を受けたとの証拠は提出されなかったと、既に終局的に判決

されている」と言つて右主張を拒けた。フラミアから上告。破棄院はこれを容れ、次のように判示した。

「仮りに一審裁判官によつてルヴェンの利益に言渡された無罪判決が、檢察官の控訴がなかったために無罪被告人に關して既判力を獲得し控訴院の有罪に反対するとしても、フラミアの提起した控訴は、彼に關する限り、不服申立の対象たる判決のすべての条項を消滅させる。したがつて、二審の裁判官は、控訴人の利益のために、移譲が立証されれば企業の社長から全刑事責任を奪う性質をこの移譲が有する以上、彼が意見書で主張しているように、安全対策の厳格で安定した適用を有効に監視するのに必要な管轄及び権限を備えた部下に権限を移譲したかどうか、検討する義務があつた」(原判決破棄)

このように、相對効説が必ずしも被告人に不利にばかりなるわけではない。右判決のフラミアは、相對効説のお蔭で「破棄」を得ることができた。⁽¹⁸⁾

絶対効が主張されたのは、判決間の矛盾低触を避けたいがためであらう。しかし、フランスの判例、実務は、理論的によりすっきりした解決をもたらす「相對効」説を定着させた。そして「後訴と前訴が矛盾し、両立しないものであれば、再審が当事者の利益のために開かれる(刑法典六二二条)⁽¹⁹⁾」(傍点白取)のであるから、片面的絶対効説の危惧は避けることが可能であるといえる。

- (1) S. 1914. I. 116.
- (2) 現行刑法典四〇〇条六項のことか?
- (3) 註(1)。
- (4) 法定刑としては、本文の拘禁刑のほか罰金刑も規定されているのだが、果次にわたる改正を受け、変動が激しいこともあつて省略してある。
- (5) S. 1953. I. 141.

- (9) GARRAUD (R.), op. cit., t. VI, n° 2297, p. 266 et s.
- (7) *ibid.*, n° 2297, p. 267-268.
- (8) *ibid.*, p. 268.
- (9) 本節第一款註 (15)°
- (10) DONNEDIEU DE VABRES (H.), op. cit., n° 1564, p. 887.
- (11) *ibid.*, p. 888.
- (12) BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), op. cit., n° 1537, p. 1478.
- (13) *ibid.*
- (14) NAJARIAN (K.), op. cit., p. 97.
- (15) ただし、被告の同一という場合、「同一資格 (même qualité)」でなければならぬ (たとえば、正犯、共犯、民事有責者など)。「したがって、同一個人を、当初正犯ないし共犯で訴追し、引き続きいて民事有責者として訴追することは、何ら妨げられない」(BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), op. cit., p. 1477, note 2.)°
- (16) Ch. crim., 6 juin 1978, Bull. crim., n° 181.
- (17) *ibid.* 以下の経緯も、判決文に拠る。
- (18) しかし、片面的絶対効説であれば、特に被告人に不利益に働くことはない。
- (19) MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., n° 1550, p. 877. 傍点部は、不利益再審をもたないフランス型制度である場合にはじめて言えることである。

小 括

一 フランス刑法の犯罪構成要素のひとつである自然的要素 (élément matériel) は、心理的要素 (élément moral) と区別された純客観的な行為と考えられているが、一事不再理という「自然的事実」はこれとどういう関係にあるのか。そもそも、「自然的事実」自体、法的評価から切り離された後いかにして限界づけられるのか、またこの限界を超えて

一事不再理効を及ぼすべき場合があるのではないか。本章では、この「自然的事実」をめぐる議論を幾つかみてきたが、ここでわれわれの問題関心に従って、一事不再理の客観的効力を考える手掛りを探ってみたい。

二 (1) まず、チボー判決の位置づけをめぐる、「自然的事実」に故意、過失など心理的要素を加えて再訴の余地を拡く解するヴェルディエの所説と、それに対するユグニーの批判をみた(第一節)。ユグニーは、自然的事実をいわずに刑法的に、純客観的に解する。これが多数説のようであるが、基準の明確性と具体的妥当性(故意無罪を過失で起訴するのは不当)の点で支持すべき見解といえよう。

(2) 次に、自然的事実を超えて既判力を及ぼしうる場面がないかが検討された(第二節)。

罪数論、たとえば連続犯などをみると、自然的事実(行為)として文字通り個々の行為が考えられており、意外と自然的事実が狭いのが分かる。連続犯等もそのための議論なのだが、これらによって十分賄い切れないため、各種の理論が要請される。

拘束力(用語上既判力と区別されていない)をめぐる争点は、既判力が自然的「事実」にしか及ばないのか、事実を超えて「資格」とか「前提問題」まで及ぶのかというものであった。結局前者が勝利を収めるのだが、その否定論の論拠として、これを肯定すると前訴の誤判を継承する恐れがある(ラコスト)という指摘には注意する必要がある。

われわれからみて特に注目されるのは、「不可分性」の理論である。この主張は、自然的事実を超えて行為が「単一」とみられる範疇を認め、その範囲にまで一事不再理効を拡げようというものである。そこにいう「単一」は主観を重視し、「企図の単一」がみられる場合すなわち、偽造を手段として詐欺目的を達成する場合に全体を一個とみるのである。ルーは、これを別訴に委ねることは「単一かつ同一の意図的要素しかもたないのにこれを二度判断させる」ことになって不当だと言った。しかし、右の主張は「主観」を重視しすぎるものとして、強い批判を受ける。ただ、「企図」ないし

「主観」なしに行為を考えることは困難であって、主観―客観の両面から「単一」を肯定しうる場合は、もちろん認められる。そしてその場合であれば、既判力は「単一」の全範囲に及ぶと言えそうである。

(3) 最後に、エリーの主観的絶対効理論をみた(第三節)。これも既判力拡張の一面面である。彼の議論の中で興味深い点は、①被告人に利益な方向でのみ絶対効を肯定する構成をとったこと、②検察官が、共犯者の一人についての無罪判決(前訴)が誤りであることを発見した場合にも、「既判力は真実それ自体をも超える」と言って「擬制を確立した利益」を優先させ、残りの共犯者への起訴を許さないこと、の二点である。②でいう「利益」が、後訴の反対証拠から既判力を守り、後訴を妨げるのである。

三 以上、本章でフランス既判力理論の検討を了え、次に日本法に眼を転じることにした。

第四章 わが国の既判力理論

本章では、わが国の一事不再理、特にその客観的範囲に関する明治期以後の論議を概観する。もとより、本章でそのすべての検討は不可能であり、また先人の業績もあるところから、⁽¹⁾ここでは従来ややもすると等閑視されてきた、次の諸点を中心に論述する。

- ① 明治期におけるフランス治罪法の影響(第一節)
- ② 現行憲法三九条成立におけるアメリカ法の意味(第二節)
- ③ 新刑法制定直後における一事不再理制約の理論(第三節)
- ④ わが国の既判力判例の系譜(第四節)

以上である。①は、前三章にみたフランス既判力理論との「接点」の論証であり〔継受法⁽²⁾〕、②は、現行憲法の一事不再理規定がアメリカ法に止どまらず普遍的性格を——形式上も——有することの論証である〔比較法〕。③は、その実務的「処罰の確保」理論が、その企図するところにおいて既述の「法的事実説」に対応するものであることの論証である。そして④既判力判例に展開される理論を検討する中で、次章で自説を確立するための視座を得たいと思う。

- (1) たとえば、田宮・前掲書三七—四五頁、田口・前掲書七—一九頁、鴨良弼『訴訟対象論序説』(一九五六年)六五—八五頁等。
 (2) これまでわが国には、中国法継受の経験しかなかった(柴田光蔵『日本法の座標』——日本法の実相(8)——『書齋の窓』一九九号(一九八〇年)五三頁、〔法文化相関図〕参照)。

第一節 フランス刑法継受の時代

第一款 治罪法の成立とフランス法

一 わが国初の近代的刑事訴訟法典であり、「刑事法令における一大革新⁽¹⁾」と言われた治罪法は、明治一三年(一八八〇年)七月一七日公布(太政官布告第三七号)され、明治一五年(一八八二年)一月一日より施行されている。

この治罪法も、「民族的悲願である条約改正の前提条件として法制度のヨーロッパ化を推進する」一環として制定されたものであり、当時の圧倒的なフランス法の影響の下で、同法起草の際のモデルとされたのは「ナポレオンによって整備され当時權威をもっていたフランスの諸法典」のひとつ、治罪法典であった。当時フランスのナポレオン五法典が世界で最も完備した法典であったことは、わが国にも明治の初期から既に伝えられていたようで、明治七年(一八七四年)には箕作麟祥の努力によって、治罪法典を含む五法典の訳業が完成している。⁽⁵⁾しかしこの翻訳も難澁を極め、たとえば「chose jugée (既判力)」を訳すのに箕作は「既に控訴す可らざるに至りし裁判を経たる事の力⁽⁶⁾」としてい

こで政府は「法典撰取」のために、ブスケ (Bousquet)、ボワソナード (Boissonade) などフランスの法律家を招聘し、その協力を仰いだ。また、エリーの膨大な体系書も『仏国治罪法大全』と題して邦訳されたようである。⁽⁸⁾特に治罪法編纂におけるボワソナードの果たした役割、功績は非常に大きいものがある。⁽⁹⁾この編纂過程を、小早川欣吾の著作に引拠して述べておくと――。

「治罪法典の編纂に著手せしは十年十二月十七日に治罪法取調掛を設けしに始まる。治罪法取調委員は大検事岸良兼養が委員長となり石井豊七郎、横田国臣等六名は其の委員たり、仏国人ボワソナード亦委員の一名に加へられていたが、原案提出者は実にボワソナードであった。ボワソナードは仏国の千八百八年の治罪法に基き、既に十年七月より日本治罪法原案の起稿に著手し翌年末一先づ其の事を終り、後此れを修正して十二年九月二十五日に至り治罪法草案を脱稿し、此れを司法省を経て太政官に提出したのであった。太政官は此草案を元老院の議に付したが、元老院は同年十月二十四日に至りて特に治罪法草案審査局を太政官中に置き、委員を任命して逐次草案の審査に当らしむる事となった。当時審査局総裁は元老院幹事柳原前光にして委員として元老院議員河瀬貞孝、司法大輔兼議官玉乃世履、陸軍少将兼議官津田出、議員細川潤次郎、判事岸良兼養、検事鶴田皓、太政官権大書記官兼外務大書記官村田保、司法少書記官名村泰蔵、司法権少書記官清浦奎吾、判事昌谷千里等が任ぜられ、遂に十三年二月二十七日治罪法の審査修正を終り、太政大臣三條実美に修正案を上進した。此間、既に十二年十月四日に先づ治罪法草案注解第一編を奏進し、尋で第二編を奏進、更に十二年十二月十一日同第三編を、翌十三年一月十五日に第四、第五両編を奏進している。

扱て上述の様に十三年二月二十七日に治罪法草案審査総裁元老院幹事柳原前光より三條太政大臣に上進せられし治罪法草案は同年七月十七日太政官布告第三十七号を以て公布され、施行期を十五年一月一日とした。⁽¹⁰⁾」

二 このように、治罪法ができるまでに、ボワソナードの起草を直訳した治罪法草案↓審査修正案↓治罪法、という

<p>治罪法草案 (陪審採用) 全六五〇条</p>	<p>審査修正案 (陪審採用) 全五三〇条</p>	<p>治罪法 (陪審なし) 全四八〇条</p>
<p>八条「公訴ハ左ノ条件ニ因テ消滅ス」 三号「確定裁判」</p>	<p>九条「公訴ハ左ノ条件ニ因テ消滅ス」 三号「確定裁判」</p>	<p>九条「公訴ヲ為スノ権ハ左ノ条件ニ因テ消滅ス」 三号「確定裁判」</p>
<p>〔通則〕 三五六条「左ノ場合ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ為ス可シ」 三号「確定判決ヲ経タル時」</p>	<p>〔予審〕 二二七条「予審判事ハ左ノ場合ニ於テ免訴ノ言渡ヲ為シ且被告人勾留ヲ受ケタル時ハ放免ノ言渡ヲ為ス可シ」 四号「確定判決ヲ経タル時」</p>	<p>〔予審〕 二二四条「予審判事ハ左ノ場合ニ於テ免訴ノ言渡ヲ為シ且被告人勾留ヲ受ケタル時ハ放免ノ言渡ヲ為ス可シ」 四号「確定判決ヲ経タル時」</p>
<p>〔違警罪〕 三九三条二項「第三百五十六條ノ場合ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ為ス可シ」</p>	<p>〔違警罪〕 三三八条二項「第二百二十七条第二以下ノ場合ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ為ス可シ」</p>	<p>〔違警罪〕 三三五条二項「又第二百二十四条第三以下ノ場合ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ為ス可シ」</p>
<p>〔輕罪〕 四一七条二項「又第三百五十六條ノ場合ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ為ス可シ」</p>	<p>〔輕罪〕 三六一一条二項「又第二百二十七条第二以下ノ場合ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ為ス可シ」</p>	<p>〔輕罪〕 三五八条二項「又第二百二十四条第三以下ノ場合ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ為ス可シ」</p>
<p>〔重罪〕 五二三条三項「又第三百五十五條第三百五十六條ノ場合ニ於テハ無罪又ハ免訴ノ言渡ヲ為ス可シ」</p>	<p>〔重罪〕 四四六条二項「〔陪審による〕有罪ノ申立アリタルト雖モ第二百二十七条第二以下ノ場合ニ於テハ不問ノ言渡ヲ為シ且被告人ヲ放免ス可シ」</p>	<p>〔重罪〕 四〇〇条二項「又第二百二十四条第三以下ノ場合ニ於テハ免訴ノ言渡ヲ為シ且被告人ヲ放免ス可シ」</p>

経過を経てゐる。その間、形式面では条文数が大幅に減つてゐること、内容面では草案にあった陪審制が削られたことなど修正点は幾つかあるが、既判力に關係する条文は基本的には變つてゐない。これを「表」で示すと、前頁のようになる。⁽¹¹⁾

ここで注意すべきは、治罪法草案が、陪審制度を前提にして条文構成されてゐることである。すなわち、同草案に「確定裁判」ある場合とは、『治罪法草案註解』によれば「裁判所ニ於テ被告人ノ有罪ヲ認め又ハ陪審有罪ナルノ申立ヲ為シタル時ト雖モ免訴又ハ不問ノ言渡ヲ為スノ場合」⁽¹²⁾のひとつであるが、「同一ノ犯罪ニ付キ既ニ裁判言渡アリタルコトハ事実ニシテ復タ裁判言渡ヲ為スコト能ハサルハ法律ノ理由ナリ」と。他方、「陪審ハ法律事実ノ相分ツ可カラサルトキノ外決シテ法律上ノ問題ヲ判決スルヲ得サルヲ以テ其管轄ナルト公訴受理ス可キトニ付キ判決スルコトヲ得ス。唯裁判所ニ於テ是等ノ法律上ノ問題ヲ裁判ス。然レトモ裁判所ハ固ト陪審ノ上位ニ在ルニ非サルヲ以テ陪審ヲシテ事件ノ管係ヲ離脱セシムルノ特權ナシ」⁽¹⁴⁾(読点白取)。

要するに、事實問題は陪審、法律問題は裁判所が判断するが、その場合、陪審が事實判断をするのを裁判所が法律的理由によつて阻止することは、裁判所が陪審より上位にないため、できないのである。これを確定判決(既判力)についてみると、「陪審有罪タルコトノ申立ヲ為スモ被告人已ニ特赦又ハ確定裁判アリタル旨ヲ申立ルトキハ裁判所ニ於テ其適用ス可カラスト思料スル所ノ刑ヲ適用スルノ義務アルコトナシ。加旃其職權ヲ以テ公訴ノ受理ス可カラサル旨ヲ言渡コトヲ得。是等ノ場合ニ於テハ裁判所ヨリ被告人ニ對シ不問ノ言渡ヲ為スコシ。是レ陪審ヨリ有罪ト申立タル者ヲ無罪トスルヲ得サルニ由ル」⁽¹³⁾といふことになる。確定判決があれば、公訴を受理すべきでない場合として予審免訴を受ける筈であるが、予審を通過してしまつた場合、事實判断がなされてしまふ。そしてもし有罪になったら、裁判所(陪審を除く)は「公訴不受理」ないし「不問の言渡」をして被告人を手続から解放する。⁽¹⁷⁾陪審無罪の場合、以上からすれば、

裁判所はこの「無罪」に手を加える権利も義務もないことになる。⁽¹⁸⁾

公訴権消滅事由のあることを理由とする予審免許、違警罪裁判所・軽罪裁判所の免許は、有罪無罪にまで踏み込まない形式裁判と割り切つてよい場合といえる。しかし、重罪裁判所の場合、陪審との関係で「無罪」という中に公訴権消滅の場合を含み、「有罪」と判断される場合につき、確定裁判など公訴権消滅事由があれば、「公訴不受理」として「不問の言渡」がなされるのである。無罪であればその方が利益だから、殊更形式裁判を持ち出すことはしないという点は、注目される。これらの点は、審査修正案にも受け継がれたが、陪審は治罪法では削られている。

このような構成は、母法フランス治罪法典よりも緻密なものといえなくもない。⁽²⁰⁾前記『治罪法草案註解』も、公訴権消滅事由あるときの重罪裁判所が「如何ニ決定ス可キヤニ付テハ立法者ノ特ニ心思ヲ苦シムル所」であるが、この点「仏国法ノ如キハ敢テ一言ノ此ニ及フモノナク而テ其裁判事例ニ拠ルニ亦曖昧齟齬スルモノ極メテ甚シ」⁽²²⁾としている。

三 右にみたように、法文形式だけをとるなら、わが治罪法はフランス治罪法典旧三六〇条に対応する一事不再理規定をもたないこと、しかし逆にフランス法と異なり「確定裁判」を明文で公訴権消滅事由としていること等、相違点は幾つかある。しかし、立法の経緯にみるボワソナードの活躍を別にしても、「公訴権概念を取り入れて条文が組立てられている」という治罪法——ひいては現行法——の特徴は、フランス治罪法典及びフランス刑事訴訟理論の強い影響を視野に入れてはじめて説明のつくことである。またブスケ、一四六回にわたるフランス治罪法の講義を果たしたグロース⁽²⁴⁾など、来日したフランス法律家の功績を忘れることはできないが、その中でもボワソナードの直接果たした治罪法継受における貴重な役割は、特筆すべきものがある。

(1) 清浦奎吾『明治法制史(全)』(一八九九年)五五六頁。ここに「一大革新」とは、従来の「支那法系」から「泰西法理」に大きく転換したことを指す。なお治罪法以前の明治初期の刑訴法(一八七三年の断獄則例など)につき、石井良助『明治文化史・2・法制

編』(一九五四年)二五七—二七〇頁。

(2) 大久保泰甫『ボワソナード』潮見俊隆・利谷信義編『日本の法学者』(一九七五年)三八頁。なお、沢登俊雄『フランス法継受の時代——明治前期の概観』『法律時報』五〇巻四号(一九七八年)八四頁以下参照。

(3) 明治期におけるフランス法摂取に関しては、中田薫『仏蘭西法輸入ノ先駆』『法学志林』一八巻九号(一九一六年)一頁(栗本勘雲の功績を紹介する。栗本は、その著書『曉窓追録』(明治二年)でナポレオン五法典に対する最大級の讃辭を与えている)、野田良之『フランス法入門』(二)『法学セミナー』二五号(一九五八年)三八頁、同『明治初年におけるフランス法の研究』『日仏法学』一号(一九六一年)三頁、利谷信義『外国法の継受・近代日本の場合』『法学セミナー』九六号(一九六四年)二頁、中村英郎『近代司法制度の成立と外国法の影響』『早稲田法学』四二巻一・二号(一九六六年)二六一頁、特に二六八頁以下、野田良之『日本における外国法の摂取——フランス法』『現代法14外国法と日本法』(一九六六年)一八四頁、三ヶ月章『法学入門』(一九八二年)三六一—〇五頁(西欧法継受の意義を、現代日本法との関わりにおいて詳しく論じており、示唆に富む)。

特にフランス治罪法典の継受に関しては、山中俊夫『明治初期刑事法思想の研究——ボアソナードの思想を中心として——』『同志社法学』一〇四号(一九六七年)一頁、特に二九頁以下、青柳文雄『フランス刑訴、ドイツ刑訴の特色——治罪法、明治刑訴、大正刑訴への影響を通じて——』『上智法学論集』二〇巻三号(一九七七年)五五頁、同『明治期におけるフランス刑訴の受容と修正』『法学研究』五〇巻二号(一九七七年)一頁(以上の二論文、同『刑事裁判と国民性』(総括篇)』(一九七九年)に所収)。

なお、高柳真三『日本法制史』(一九六五年)二二六—二二六頁に、治罪法及び明治刑訴法に関する簡潔なスケッチがある。

(4) 大久保・前掲論文三八頁。

(5) 江藤新平が眞作に翻訳を命じたのは明治二年のことであるから、わずか五年でこの作業を了えたことになる。ただ、当初の翻訳は相当に誤訳を含むものであったようで、現存する翻訳書『仏蘭西法律書』はその後眞作自身によって改訳されたもののようである(大槻文彦『眞作麟祥君伝』(一九〇七年)一一一頁)。

(6) 野田・前掲『明治初年におけるフランス法の研究』三九頁。

前註(5)の『眞作麟祥君伝』は、その翻訳の苦勞を次のように記している。「是れ、邦人が仏蘭西法律の如何なるものなるかを知れる初なり、然れども、書中、誤訳も少からざりき、当時、法律学未だ開けず、麟祥君、未だ其学を知らず、註釈書なく、辞書なく、教師なく、難解の文に、非常に苦辛し、我が国人の思想になき事多ければ、例の如く、訳語なきに困却し、漢学者に聞けども答

ふる者なく、新に作ればざる熟語はなしとて、人は許さず」(一八八頁)。

(7) よく言われることだが、この「撰取」があくまで「立法的撰取」であったことに注意しなければならない(野田・前掲「日本における外国法の撰取」一六三頁以下参照)。

(8) 小野清一郎「日本における刑事訴訟法学の発展」『法学新報』六六卷五号(一九五九年)四頁(故林頼三郎博士追悼『刑事法論集』(一九六〇年)所収)。

(9) 詳細は、本節次款参照。

(10) 小早川欣吾『明治法制史論・公法之部』下巻(一九四〇年)一〇七〇—一〇七一頁。

(11) 本文の表は、叙述の理解のために私が作成したものであるが、小早川・前掲書一〇七二—一〇七三頁の表も合わせて参照されたい。

(12) 『治罪法草案註解第三編』(発行年、発行者不詳)一一七頁。

(13) 同右・一一八頁。

(14) 同右・四二九—四三〇頁。

(15) 同右・四三八頁。

(16) 治罪法草案二四三条。

(17) 小野・前掲論文九頁参照。

(18) 不問の言渡をすべき理由として、「是レ陪審ヨリ有罪ト申立タル者ヲ無罪トスルヲ得サルニ由ル」(註(12)四三八頁)とされていることから、このことは推測されるであろう。

(19) 審査修正案四四六条二項(「不問ノ言渡」の表現がみられる)。

(20) 次款註(18)参照。

(21) 同書・四二九頁。

(22) 同右。

(23) 内田武吉「公訴権理論の一考察——民事訴訟法学に於ける考察態度を基盤として——」中村宗雄教授還暦祝賀論集『訴訟法学と実体法学』(一九五五年)二五八頁。内田氏は統けて「この点で、ドイツ刑事訴訟法とは、その構成が全く異っている」と言う。なお、同論文二五九頁の表参照。

(24) 小早川・前掲書一〇七一頁。

第二款 ボワソナードと既判力規定

一 ボワソナードは、治罪法原案提出者であり、この原案が直訳されて「治罪法草案」とされた。のみならず、ボワソナード刑事訴訟法学は「明治・大正を通じて司法省系の訴訟法学の出発点となり、さらに、少くとも明治年間における刑事訴訟法学の基礎を築いている」⁽¹⁾とされている。そこで、わが治罪法における既判力原理を理解するために、ボワソナードの既判力についての理解を知らなければならない。以下、資料的制約に阻まれながらも、幾つかの手掛りを得ることはできる。

二 (1) 『ボアソナード答問録』⁽²⁾という比較的新しく公けにされた資料の中に、次のような箇所がある。

「これに反して、事件が陪審または輕罪裁判所にもちこまれ、そこで嫌疑が不十分と判定されたのであれば、無条件に無罪の言渡しをするほかはありません。そしてこの場合には、被告人は、たとえあらたな嫌疑が生じたとしても、もはや同一の事実を理由としてこれを訴追することができません(治罪法第三六〇条⁽³⁾)」(一八七五年六月五日付「提示された条文についての井上氏への返事」)

右の「あらたな嫌疑」は、原文では「des charges nouvelles」であつて、⁽⁴⁾「qualification」とは異なる。ボワソナードの念頭に、既判力論争の問題はなかったのだからか。⁽⁵⁾

(2) 一八八一年刊行の、名村泰蔵訳『仏国治罪法講義』は、ボワソナードの逐条講義を名村が訳述したものであるが、一八七五年(明治八年)二月八日の講義で第二条の公訴権消滅を説明する。彼は、同条の消滅原因、被告人の死亡(犯人死亡)、時効(期満得免)⁽⁷⁾をあげ、「此外刑事ノ訟ヲ消滅スルモノアリ之レハ法律上正条ナシ」⁽⁸⁾として、「アムミニスシ

チー (amnistie)「ガラス (grâce)」をあげる⁽⁹⁾。しかし既判力はなぜか登場しない。

しかも『仏国治罪法講義』は二二五条で終っており、三六〇条、二四六条⁽¹⁰⁾に関する説明も、同書から窺い知ることばできない。

(3) 一八八二年、ボワソナードの手になる仏文の膨大な著書『Projet de Code de Procédure criminelle pour l'Empire du Japon accompagné d'un Commentaire』(注釈大日本帝国刑事訴訟法草案〔試訳〕)が公刊された⁽¹¹⁾。同書は仏文で千ページ近い詳細な注釈書であるが、既判力に関しては、みるべき記述に乏しい。

同書の初めの部分で、ボワソナードは公訴権消滅原因を六個あげる。その第三番目が「décision judiciaire devenue irrévocable」(確定裁判)とある⁽¹²⁾。しかし同書後半部分では、「公訴権の消滅」として「chose jugée (既判力)」という言葉⁽¹³⁾の方に変わる。ただ、ここでも理論的説明というよりは、重罪院が「既判力等の」抗弁を認める権利の問題として論じられ、「陪審によって被告人が有罪と宣言されたが、被告人がその前に恩赦または既判力ある前判決を援用していた場合、重罪裁判所は適用不能と考えた刑を適用する義務がないばかりでなく、職権によって抗弁を補充できる⁽¹⁴⁾」という。そして、「この場合、重罪裁判所は『有罪』と宣告された者を『無罪』にするわけにはいかなから、被告人に『不問の言渡 (不問罪) (absolution)』を言渡すべきである⁽¹⁵⁾」と。

同書は、全体に制度、運用面が中心で、刑事法の理論的問題の説明は余りなされていない⁽¹⁶⁾。

三 以上から、ボワソナードは、既判力の問題を単に公訴権消滅原因として考えていたように思われる。そしてわが治罪法の公訴権消滅原因のひとつに「確定裁判」と定められているように⁽¹⁷⁾、この側面においては、一定の配慮が感じられるが、客観的効力に関してはみるべき記述に乏しい。客観的効力論争(既判力論争)の対象とされたフランス治罪法典旧三六〇条に対応する一事不再理規定は、陪審規定の削除される以前の治罪法草案にも見当たらない。結局、「確定裁

判」という語によって、既判力をめぐるすべての問題を含ませようとしたのだと解するほかはない。小野博士は、「ボアソナードは必ずしもフランス治罪法をそのまま日本に持ち込もうとしたのではなく、一方において日本の国情を考えると同時に、他方においてフランス治罪法のうちすでに時代おくれとなった規定はこれを棄て、その後の立法例等を参考することによって、当時として最高水準の立法を試みた⁽¹⁸⁾」と指摘するが、旧三六〇条を採用しなかったことについては、不満は残る。

かくして、法典上はフランス法の正確な模倣にはなっていないのだが、フランス刑事既判力理論を忠実に祖述する論者を見出すことはできる。中でも最も強い影響を受けた刑訴法学者の一人として井上正一（ボアソナードの講義受講者）の議論を、次にみていくことにしたい。

- (1) 小野・前掲論文四頁。
- (2) 吉川経夫ほか訳『ボアソナード答問録』（一九七八年）。出典の解題は、同書一四頁以下に吉川教授が書いておられる。
- (3) 同右・三一頁。
- (4) 同右・(21)頁〔同書後半の欧文頁〕。
- (5) 既判力論争（第二章）の問題が、ここでは明確に意識されていないのだろうか。
- (6) 司法省蔵版『仏国治罪法講義』（一八八一年）。同書一頁に「名村泰蔵口訳」とある。
- (7) 同右・六頁。
- (8) 同右・八頁。
- (9) 同右・八一―八九頁。
- (10) 重罪公訴部の決定に関する一事不再理規定。
- (11) 小野博士によれば、同書の「完全な翻訳はついにできなかったようであるが、ボアソナードは前述のように明治八年頃から司法省

法学校で治罪法を講じており、フランス語を解する法学者も少数ながらあったのであるから、それらを通してポアソナードの刑事訴訟法学が司法部内に伝授されたことは明らかである」(小野・前掲論文四頁)。なお、中村哲「ポアソナードと法学教育」『法学志林』七十一巻一・三・四号(一九七四年)一頁。

- (12) BOISSONADE (G.), *Projet de Code de Procédure criminelle pour l'Empire du Japon accompagné d'un Commentaire*, 1862, n° 8, p. 9.

- (13) *ibid.*, p. 717.

- (14) *ibid.*, p. 718.

- (15) *ibid.* なお、小野・前掲論文七頁参照。

- (16) 同書が理論的解明という点で十分でない理由は、どこにあるのだろうか。これも憶測するほかないのだが、①ポワソナードが刑法の専門家ではなかったこと、②同書の予定する当時の日本の読者には、余り理論的問題をぶつけるのは無理だとポワソナードが考えたと思像されること、③そして何よりも、焦眉の急である立法的撰取を果たすには、まず制度、運用の移入が先であると同時に、とりあえずはそれで十分であったこと等が考えられる。

- (17) ポワソナードは公訴権消滅事由としての既判力を、「確定裁判」というかたちで規定した。これはなぜだろうか。この点、次のように仮説を立てることが許されるのではないだろうか。

フランス一八〇八年治罪法典二条の公訴権消滅事由に「既判力」はなく、解釈によって消滅事由とされていたにすぎない。しかし、「解釈」の基盤のないわが国で同じ結果を認めさせるために、いちおう法の明文で定めることが必要とされた。他面において、「既判力」という用語及び概念は、フランス民法典一三五〇条、一三五一一条から「準用」して基礎づけるのが当時の刑訴法学の普通の方法であったから、それに倣って旧民法(本節第三款註(9)参照)証拠編七六条ないし八一一条に「既判力」規定を置き、治罪法九条の方に、形式的観点から単に「確定裁判」とのみ置いたのではないか。

- (18) 小野・前掲論文四一五頁。野田・前掲「明治初年におけるフランス法の研究」四八頁によると、ポワソナードは比較法学者として「単に自分の祖国の法であるフランス法ばかりでなく、イタリア法その他の国の法についても顧慮を払っていたことは明らか」だとされる。その理由について、野田教授は別稿において、ポワソナードが日本人民のために最も理想に近い法を探究したためであり、そのためには「彼は、近代社会の現実にあわしくないフランス法の諸々の解決を諦めることさえした」と指摘されている(NODA

(Y.), *Gustave Boissonade, comparatiste ignoré, in Problèmes contemporains de droit comparé*, t. II, Tokyo, 1962, p. 284-299°。ボワソナードにとって、比較法とは、とりもなおさず「自然法の客観的な実現」ということであつた (*ibid.*, p. 251)°。治罪法に限っていえば、彼が参考にしたのはフランス治罪法典のほか、ドイツ、オーストリア、エジプト等にまで及んでいるとの指摘がなされている (石井・前掲『明治文化史・2・法制編』四三六頁)。

なお、ボワソナードは、彼の(旧)刑法典立案に際しても、フランス刑法のほか、イタリア刑法草案、次いでベルギー、ドイツの刑法を参酌・採用したようである (西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格——日本の近代化におよぼした外国法の影響・裏面からの考察」『比較法学』三卷一号 (一九六七年) 七三頁注 (1))°。

第三款 井上正一の既判力理論

一 井上正一は、一八七二年 (明治五年) から司法省明法寮の生徒として、ボワソナード等からフランス法を中心とする法学教育を受けた後、一八七五年渡仏して法学の勉強を続け、法学博士の称号を受けて帰国した。その後司法省の公務のかたわら、明治法律学校で刑法、治罪法の講義を続け、一八八八年には『日本治罪法講義』を公刊した。同書は、『日本刑法講義』とともに高い評価を博した。⁽¹⁾ また、井上はオルトランの『仏国刑法原論』 (明治二十一年・司法省蔵版) の訳者でもある。

わが治罪法は、一八九〇年に新しい刑事訴訟法 (以下「明治刑訴」という) にとつて代わられた。この明治刑訴は「治罪法ト比較シ、其ノ法典ノ体裁形式ニ於テ独逸刑事訴訟法ニ則リタルモ、其ノ実質内容ニ至リテハ依然トシテ仏国法系ニ属スルノ観アリタリ」⁽²⁾との評価がなされるように、実質的には治罪法との緊密な連続性を認めうるものである。⁽³⁾ 井上は明治刑訴施行の翌年 (一八九一年)、同法の詳細な概説書『刑事訴訟法義解 (上下巻)』を著しているが、そこに展開される既判力理論にも、極めて強いフランス法の影響を看取することができる。⁽⁴⁾ 以下検討する。

二 井上は、まず「確定判決不可動ノ規則」が、被告人の利益のための原則と捉える。すなわち同規則は、「刑事上ニ於テモ亦被告人ノ利益ノ為メニハ常ニ之ヲ適用ス。然レトモ或ル場合ニ於テ法律上ノ錯誤若クハ事実上ノ錯誤又ハ其他法式ニ違背シタル判決アリタル時ハ被告人ノ利益ノ為メニ此原則ニ変例ヲ用ユルコトアリ。是レ刑事ノ民事ト其適用ヲ異ニスル所ニシテ即チ非常上告(第二百九十二条)再審ノ訴(第三百一条以下)是レナリ」(読点白取、本款以下同じ)と。これは、非常上告、再審が被告人の利益にしか働かないフランス主義を採用しているから言えることである。この被告人の利益への配慮は、治罪法時代からいわれてきたもので、村田保『治罪法註釈』にも、確定裁判を後に争えない理由として「加之確定ノ期ナキ時ハ人々常ニ危懼ノ念ヲ抱キ安堵スルコト能ハサル可シ。故ニ法律ニ於テハ確定裁判ヲ真正ナル者トシ裁判官ヲシテ必ス遵奉セシム」⁽⁶⁾との記述がある。

「確定判決ノ動カス可ラサルコト」(既判力)は、第一審第二審のみならず上告審でも申立てることができるし、「職権ヲ以テ」これを認めることもできる。⁽⁷⁾

次に、確定判決の申立(既判力の抗弁)のために三条件が必要だとして、次のように述べる。

「此確定判決ヲ申立テ再訴ヲ棄却セシムルニハ左ノ三条件ノ具備スルヲ要ス。此事タル本法ニ明文ナシト雖トモ民法証拠編第八十一条ニ規定スル所ニシテ真ニ条理ニ適スルモノナレハ本法ニ於テモ亦確定判決タルニハ必ス此三条件ヲ要スルヤ毫モ疑ナキナリ。

第一 前ノ訴件ト後ノ訴件トハ其目的ノ同一ナルヲ要ス

第二 前ノ訴件ト後ノ訴件トハ其原因ノ同一ナルヲ要ス

第三 前ノ訴件ト後ノ訴件トハ其原告人被告人ノ同一ナルヲ要ス⁽⁸⁾

右に言う「民法」は、あの悲劇的運命を辿ったボワソナード「旧民法典」⁽⁹⁾のことである。「旧民法」証拠編七六条、

八一条は、フランス民法典一三五〇条、一三五一条と極めて近似しており、またその「三条件」も兩者まったく同一なのである。ここに、フランス既判力の正当化理論としての「民法準用論」⁽¹⁰⁾の日本版をみる事ができる。そして、「三条件」の各々についても、その叙述は極めてフランス法的である。

三 (1) 「目的ノ同一」

「民事ニ於テハ其目的ノ異同ヲ認ムルコト甚タ困難ナリト雖トモ刑事ニ於テハ事容易ナリ。蓋検事ハ同一事件ニ付キ再ヒ被告人ヲ罰スルノ意欲アリトハ認メ難ク又前ニ判決シタル刑ヨリモ更ニ重キ刑ヲ言渡サシメントノ意欲アリトモ認メ難シ」⁽¹¹⁾。

(2) 「原因ノ同一」

この原因の同一とは、「換言スレハ同一ノ所為ニ対シ再ヒ公訴又ハ私訴ヲ起スヲ得スト謂フニ在リ。故ニ仮令ヒ多少ノ関係アルモ其所為ノ前後各別ナル時ハ更ニ公訴又ハ私訴ヲ起スヲ妨ケス」。「同一ノ所為」というのは、「*le même fait*」(本稿では「同一事実」)を指すものである⁽¹²⁾。このことは、以下の叙述からも明らかである。

(i) 井上の論述の順序とは逆になるが、「既判力論争」(本稿第二章)の問題を詳述する箇所からはじめることにしよう。

「一 所為ニシテ数箇ノ犯罪ヲ包含シ一面ヨリ観レハ甲罪トナリ他面ヨリ観レハ乙罪ト為ル者アリ。例ヘハ甲乙ノ家ニ放火シ遂ニ乙ヲ焼殺セリ。是レ其所為ハ単一ナレトモ互ニ独立シタル殺人罪アリ放火罪アリ。又殺人罪中ニ在テモ謀殺故殺過失殺ノ区別アルヲ以テ之ヲ觀察スルノ如何ニ因リ数箇ノ罪名ヲ擬シ得可キナリ。今前例ニ於テ放火罪及ヒ過失殺罪アリトシテ判決アリ。其判決確定シタル時ハ其所為ノ全体ニ付テ確定判決アリシモノトセン乎。將タ判決ニ於テ指称シタル罪名ノミニ付キ確定判決アリシモノトセン乎。若シ其確定判決ニシテ所為ノ全体ニ関スルモノト為ス

時ハ縱令ヒ其罪名ヲ變更スルモ更ニ公訴ヲ起スヲ得ス。又若シ其確定判決ニシテ唯其判決ニ指稱シタル罪名ノミニ關スルモノト為ス時ハ其罪名ヲ變更スルニ於テハ後更ニ同一ノ所為ニ付キ公訴ヲ為スヲ得可キナリ。之ヲ約言スレハ既決事件ノ抗弁ハ所為ノ同一ナルコトニ基キテ存スルモノナルカ將タ罪名ノ同一ナルコトニ基キテ存スルモノナルカ⁽¹⁵⁾予審決定については、わが明治刑訴一七五条一項が、この問題につき次のような明文でもって解決している。

「(一七五条一項) 予審ニ於テ被告人免訴ノ言渡ヲ受ケ其決定確定シタルトキハ罪名ノ變更アルモ同一ノ事件ニ付キ再ヒ訴ヲ受クルコトナカル可シ但新ナル証憑アルトキハ此限ニ在ラス」(傍点白取)

右規定は、わが治罪法二六一条一項とほぼ同一であり、さらにフランス治罪法典二四六条にまで遡る。この規定は、予審決定であるため、新証拠による再訴を防ぎえない点で効力は弱い⁽¹⁶⁾が、予審決定に關する一種の一事不再理規定と解されている。ただ、フランス治罪法典二四六条と異なり、「罪名ノ變更アルモ」の語句があるため、意味がより明瞭にな⁽¹⁷⁾っている。これによって、先の選択肢のうちの前者、すなわち罪名ではなく「所為ノ全体ニ付テ確定判決アリシモノ」との解釈を採るべきことになり、「故ニ前例ニ依レハ過失殺ノ公訴ニ付キ免訴ノ決定アリテ確定シタル後其事件ニ謀殺ノ罪名ヲ付シテ再ヒ公訴ノ提起アルモ新ナル証憑ノ現出セサル限りハ被告人ハ確定シタル免訴ノ決定ヲ申立テ之ヲ棄却セシムルヲ得ルナリ」⁽¹⁸⁾。

次に、公判の判決については、有罪、無罪、免訴を問わず、「總テ其事件ノ全体ニ付キ判決スルモノニシテ彼ノ公訴事件録又ハ判決書ニ記載シタル罪名ノミニ照シ判決スルモノニ非ス。蓋シ公判ニ於テハ其公訴ヲ受理シタル方法ノ如何ヲ問ハス即チ検事ノ起訴タルト予審判事ノ決定ニ因リ其事件ヲ移サレタルトニ拘ハラス一旦之ヲ受理シタル以上ハ之ヲ法律全体ニ照シ其事件ニ渉ル百般ノ關係ヲ審査ス可キモノナレハ之ニ對シテ言渡シタル判決ハ即チ其事件全体ニ對スル

判決ナリ。故ニ其判決確定シタル以上ハ縦令ヒ罪名ヲ變更スルモ再ヒ公訴ヲ起ス能ハサルナリ⁽¹⁹⁾」と、いわゆる「自然的事実説」を採っている点が注目される。⁽²⁰⁾ たとえば、「甲者過失殺ノ被告人トシテ輕罪公判ニ付セラレ審理ノ末刑ノ言渡ヲ受ケ其判決確定セリト為サン乎。縦令ヒ後日ニ至リ其判決ノ當時未タ發覺セサリシ一個ノ情狀現出シ甲ノ所為ハ過失殺ニ非スシテ故殺或ハ謀殺ナリシトノ事實判然タルニ至ルモ最早再ヒ其事件ニ付キ公訴ヲ起ス能ハサルナリ。又甲ハ最初ノ判決ニテ無罪若クハ免訴ノ言渡ヲ受ケサル時ト雖トモ亦同一ナリトス⁽²¹⁾」。このような場合に、もし再訴を許すと、「是レ確定判決ノ効力ヲ破ルモノニシテ其極訴訟事件ヲシテ底止スル所ナカラシムルノ最モ恐ルヘキ弊害ヲ生スヘキナリ⁽²²⁾」。糾問的な、裁判所の眞実探究義務と、判決確定による法的安定性の要請を基礎に据えた明快な「自然的事実説」といえよう。

(ii) 次に、「附帯犯⁽²³⁾」の場合の客観的範圍の問題が論じられる。⁽²⁴⁾ 附帯犯という言葉は、明治刑訴一八四条、一八五条にみられるが、これは治罪法三八条、三九条に由来し、遡ればフランス治罪法典二二六条、二二七条に辿り着く。⁽²⁵⁾ フランス治罪法の「附帯ノ犯罪」とは「*les délits connexes*」のことであり、⁽²⁶⁾ 今日「関連する犯罪(輕罪)」と訳されている。⁽²⁷⁾ これは、実体法の罪数論とは関係のない、訴訟手続処理上の便宜のための規定にすぎないと解されており、「附帯犯」だから、「同一ノ所為」というわけではない。この点もフランス法とまったく同様である。例をあげると、「国事犯ト強盜トヲ併犯」した場合、「其所為ノ全ク各別ナルヤ知ル可キナリ。故ニ此場合ハ各所為ニ対シ公訴ヲ起スヲ得可キナリ⁽²⁸⁾」ということになる。

しかし、附帯犯でも「其各所為密接シテ殆ント分離ス可ラサル者亦少カラス。此等ノ場合ニ在テハ其一所為ニ付テノ無罪ノ判決確定後他ノ所為ニ対シテ公訴ノ起ル時ハ被告人ハ前ノ確定判決ヲ申立テ之ヲ棄却セシムルヲ得可キナリ。是レ仏国裁判例ニ於テ往々見ル所ナリ⁽²⁹⁾」。この「其各所為密接シテ殆ント分離ス可ラサル」とは、フランスの「不可分性

(indivisible⁽³⁰⁾) の理論を指すものであらう。このことは、井上が、内乱目的の軍用物品劫掠罪無罪後の内乱目的の軍用の銃砲彈藥製造罪起訴の禁止を言うに際して、この兩罪の各所為は「目的上、密接シテ殆ント分離スヘカラサル」(傍点白取) から、とされていることから明らかである。

(iii) 「継続犯連続犯」は各別の觀念であるが、ここでは一緒に論じられる。⁽³²⁾ すなわち、「例へハ人ヲ私家ニ監禁スル如キ内外國ノ勅章ヲ僭用スル如キ貨幣ヲ偽造スル如キハ皆継続犯若クハ連続犯ナリ。而シテ一月間ノ監禁数次ノ僭用千円ノ偽造ヲ為スモ其中一日ノ監禁一回ノ僭用一円ノ偽造ニ付テハ一々別箇ノ所為ヲ成スニ非スシテ其皆一部分ヲ成スモノト看做ス可キナリ。故ニ今監禁罪ノ公訴起リ裁判所ハ一月間監禁シタル者トシテ判決ヲ言渡シ其判決確定セル後実ハ二月間監禁シタリトノ事實發覺シテ更ニ公訴起ルト雖トモ被告人ハ前ノ確定判決ヲ申立テ之ヲ棄却セシムルヲ得可シ。何トナレハ此第二ノ訴ノ原因タル所為ハ全ク前判決ヲ以テ刑ヲ科シタル犯罪ノ一部ヲ為スモノナレハナリ」⁽³³⁾と。

(iv) 「慣行犯」は、先に「慣習犯(delinquencia)」として論じたところと対応する。⁽³⁴⁾ 井上は、ここでもフランス法を祖述して次のように言う。「試ミニ民法ニ依テ之ヲ例センニ被告人ハ二回高利貸ヲ為シタリトノ公訴起リ其判決確定シタル後実ハ四回若クハ五回為シタリトノ事實發覺スルモ檢事ハ最早公訴ヲ起スコト能ハサルナリ。何トナレハ此場合モ亦継続犯ノ場合ニ等シク若シ更ニ公訴ヲ起シ得ルモノトセハ其公訴ニ係ル所為ハ全ク前判決ヲ以テ処斷シタル犯罪ノ一部ヲ再理スルモノナレハナリ。然レトモ慣行犯ヲ成スニ足ルヘキ數回ノ所為ニシテ前判決確定後更ニ犯シタルモノニ係ルトキハ之カ公訴ヲ為スヲ得ヘキコト勿論ナリ」⁽³⁵⁾。

(3) 「原被告ノ同一」

井上は、被告人の同一が要件であるとしながら、「共犯者ノ場合ニ付テ少ク説明スル所アラン」⁽³⁶⁾と言つて場合を分けて縷々論じる。そして、結論として「要スルニ凡ソ同一事件ニ付キ共犯者ニ対シ公訴ノ前後相繼テ起リクルニ方リ其弁

護ノ方法同一ナルニ於テハ後ノ被告人ハ設ヒ自カラ前ノ言渡ヲ受ケスト雖トモ其確定判決ノ効力ヲ申立テ以テ後ノ公訴ヲ棄却セシムルヲ得ヘキモノトス⁽³⁷⁾という。これは、フランス既判力の主観的効力に関する「片面的絶対効⁽³⁸⁾」の考え方であり、ここにも井上のフランス法への傾倒ぶりを窺うことができる。

四 井上のあげる既判力が認められるための右の三条件は、既述のように、旧民法証拠編八一条に条文上の根拠を得ていた。

しかし、旧民法に藉りたこの立場は、旧民法が結局施行されることなく廃止に至ったため、その解釈基盤の重要な一部を失うことになる。かくして、フランス既判力理論体系は、旧民法の挫折に遇い、その完全な定着を待つことなく一角から崩れはじめてしまっているのである。

なお、井上の後、フランス法の系譜を継ぐ者として、亀山貞義、松室致、さらに板倉松太郎などを見出すことができるが⁽³⁹⁾、大勢は、明治期の後半以降ドイツ法の圧倒的潮流に呑み込まれてしまうと云ってよい⁽⁴⁰⁾。

- (1) 手塚豊「司法省法学校小史」(1)(2)(3・完)『法学研究』四〇巻六号五四頁、同七号五七頁、同一一号五六頁(いずれも一九六七年)参照。この論稿によると、井上は必ずしも優等生ではなかったようである(右「小史」(2)六〇頁)。井上の『日本治罪法講義』『日本刑法講義』が高い評価を受けた点につき、沢登俊雄「井上正一の刑法理論」『法律時報』五〇巻四号(一九七八年)九七頁。

- (2) 小斎甚四郎『刑事訴訟法概論』(一九四二年)四五頁。

- (3) 沢登佳人・沢登俊夫・「庭山英雄訂補」『刑事訴訟法史』(一九六八年)二〇〇頁、小野・前掲論文八一頁、石井・前掲書四四七頁等。しかし、基本的に同一といっても、個々の相違点は少なくない。この相違点を詳述するものとして、清浦・前掲書五五八―五七九頁、石井・前掲書四四八頁以下。

- (4) 小野・前掲論文九頁以下によると、井上のはかにも、フランス法の影響を強く受けた学者として、亀山貞義、松室致、板倉松太郎などがいた。このうち、亀山、板倉については、後註(39)。

- (5) 井上正一『刑事訴訟法義解』(一八九一年)上巻二一八—一九頁。
- (6) 村田保『治罪法註釈』(一八八〇年)巻一、一〇丁。村田は治罪法草案審査局委員を務めた男である。
- (7) 井上・前掲書一一九頁。既判力の抗弁が上告審でも主張でき、また職権で認めることができるというのは、フランス刑事訴訟において伝統的に認められている原則であった(第一章第二節第一款)(『北大法学論集』三四巻三・四号五八頁)。
- (8) 同右・一二〇頁。
- (9) 周知のとおり、『旧民法典』は明治二三年四月に公布されるが、いわゆる法典論争のため施行延期となり、結局廃止されてしまう。この『旧民法典』もボワソナードによる原案を詮議する形で編纂されていったものである(大久保泰甫『ボワソナード』八岩波新書Ⅴ(一九七七年)一五〇—一五八頁、一六八—一九一頁、星野通『明治民法編纂史研究』(一九四三年)七一—一四九頁)。
- (10) 第一章第二節第二款参照。
- (11) 井上・前掲書一二一頁。
- (12) 同右・一二二頁。
- (13) 箕作のフランス治罪法典三六〇条の邦訳(『仏蘭西法律書』)に「同一ノ所為」とあるから、井上もこれに依ったのであろう。井上は、同所で次のように述べている。「凡ソ数箇ノ所為各々全ク分離セルモノナル時ハ其各所為ハ皆公訴ノ原因ヲ為スモノニシテ其一所為ニ付テ公訴起リ已ニ判決確定スルモ以テ他ノ所為ニ対スル公訴権ヲ消滅セシムルモノニアラス」(一二二頁)。
- (14) 井上・前掲書一二六—一二七頁。
- (15) 「治罪法二六一条一項」予審ニ於テ被告人免訴ノ言渡ヲ受ケ其言渡確定シタル時ハ罪名ノ変更アルモ同一ノ事件ニ付キ更ニ訴ヲ受クルコトナカル可シ但新ナル証憑アル時ハ此限ニ在ラス」(なお、その後の明治刑訴一七五条一項も同旨規定)。
- (16) 「フランス治罪法典二四六条」控訴院(重罪公訴部)が重罪院に移送する必要がある旨の決定をした被告人は、同一事実のため再びこれを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。
- (17) 自然的事実説を法文に採り入れたとされるフランス一九五八年新刑訴法典三六八条の「別の罪名を付したとしても」のフレーズに極めて類似している点に注意する必要がある。この点でもわが治罪法が進んでいたと言えようか。
- (18) 井上・前掲書一二八頁。
- (19) 同右・一二八—一二九頁。

(20) 第二章でみたように、この時代は法的事実説が未だ強固（特に判例上）であったのに、井上が「自然的事実説」を採用したのは、ボウソナード等を通じてオルトランの影響を受けたためであろうか。

(21) 井上・前掲書一二九頁。

(22) 同右・一三〇頁。

(23) 附帯犯に関しては、花井卓蔵『附帯犯論』（一九五一年）がわが国で最も詳細な研究書である。

(24) 本稿では便宜上本文のような順序にしたが、井上の著書では「附帯犯」が最初に論じられている。

(25) 花井・前掲書一九頁。なお、フランス治罪法典二二七条の法文は、第三章第二節第二款オメーの所説の項に掲記してある。

(26) 前註(25)のオメーの所説を参照されたい。

(27) 花井・前掲書一九—二〇頁。

(28) 井上・前掲書一二三頁。

(29) 同右。

(30) 第三章第二節第二款参照。

(31) 井上・前掲書一二三—一二四頁。

(32) フランス法につき、第三章第二節第三款で論じたところを参照されたい。

(33) 井上・前掲書一二四—一二五頁。

(34) 註(32)。

(35) 井上・前掲書一三〇頁。

(36) 同右・一三一頁。

(37) 同右・一三三頁。

(38) 第三章第三節第一款参照。

(39) このうち、亀山貞義『刑事訴訟法論上之卷（訂正再版）』（一八九〇年）をみると、本文中に「オルトラン氏曰ク」「フォースタンエリー氏曰ク」など、フランス刑事法の碩学の名がしばしば顔を出すのに気付く。同書によると、公訴権消滅事由としての「確定判決」は、法律格言「一事不再理セス」「確定判決ハ事実ニ勝ル」と表わされるもので（一五八頁）、この一事不再理の根拠としては、一

方で「裁判権ノ威厳信用ヲ保持」するため、他方では、裁判確定により被告人に「安心ヲ得セシムル」ためであるとされている。さらに既判力の三要件につき（旧）民法証拠編八一条を挙げ、ほぼ井上と同様の議論を展開している（一六九頁以下）。

ここにはなお、忠実なフランス法理論がみられるが、これが板倉松太郎『刑事訴訟法玄義』上巻（一九二二年）・下巻（一九一三年）になると、テクニカル・タームにフランス語が付記されると同時に、合わせてドイツ語も併記されるようになる（たとえば、「自由心証主義(Régime des preuves de Conviction ; Grundsatz des freien Beweiswurdigung)」(下巻一四六七頁)といふ具合である)。既判力に関しては、三要件ではなく、①被告人の同一、②事件の内容の同一の二つのみを要件としているが（上巻五三七頁）、②はいわゆる「所為ノ同一」を扱っており、基本的には従来の議論を受け継いでいる。しかし「所為ノ同一」に関して、手段または結果が同一なら同一性が認められると言ひ、結果の同一な例として、「甲力毒薬ヲ使用シテ乙ヲ殺シタリトノ事実ト刀ヲ揮ツテ乙ヲ殺シタリトノ事実ハ動作ヲ異ニスルモ結果ヲ同シクスルヲ以テ同一事件ナリ」（上巻五六〇頁）と述べている点は注目に値する。もはや単なるフランス法の祖述でなくなってきたと言える。

（40）本章「まえがき」註（1）（一一〇頁）の各文献参照。

第二節 憲法三九条と「二重の危険」

第一款 憲法三九条の成立過程

一 「国民主権・基本的人権の尊重をうちだした新憲法の制定は、刑事裁判のあり方に根本的な変革を迫るはずのものであつた⁽¹⁾」とすれば、一事不再理の問題もまた例外ではありえない。特に新憲法三九条に、刑事手続上の人権として一事不再理が規定されたため、大陸型一事不再理しか知らなかったわが国において、これに如何なる内容・性格を盛り込むかについての論議が——一種の法系論として——戦わされた⁽²⁾。わが国の一事不再理原則を論ずるにあたり、憲法三九条の問題を避けて通れないことは言うまでもないことだが、しかし、同条の「評価」を論ずる前にまずその成立過程を明らかにしておくことが枢要であると思う。以下、憲法三九条成立の経緯を概観する。

二 総司令部案まで

一九四五年八月一日、わが国はポツダム宣言の受諾（敗戦）により、「民主主義的傾向の復活強化」を図り「基本的人権の尊重を確立」⁽⁴⁾するため、憲法改正の必要に迫られた。そこで新しい憲法草案策定の動きが広く国内に湧き起くるのだが、連合国総司令部（GHQ）の側でもいちおうの腹案は用意していたようである。それを示す連合国側の二つの資料がある。⁽⁵⁾

① 「レポート・日本の憲法についての準備と提案」（連合国最高司令官総司令部）（一九四五年十二月六日）

② 「幕僚長に対する覚え書き〔案件〕私的グループによる憲法改正案に対する所見」（連合国最高司令官総司令部民政局行政部）（一九四六年一月一日）

①は、「総司令部において憲法問題の担当を命ぜられていた民政局法規課長マイロ・E・ラウエルが、明治憲法について調査の結果を得た、憲法改正に関する一応の結論と提案を記したレポートであって、日本政府の代表者等と会談する際の、論点整理のための資料とすることを目的として作成されたもの」⁽⁶⁾であるが、これの附属文書A「権利章典」3・a・(9)には「同一の犯罪につき二重の危険にさらされることがないこと（An accused... shall not be placed in jeopardy twice for the same offense）」⁽⁷⁾という規定を見出すことができる。

②は、日本の「私的グループ」⁽⁸⁾（憲法研究会）によって作成された憲法改正案に、ラウエルが検討を加え「その所見を記して幕僚長に提出した覚え書き」⁽⁹⁾である。「私的グループ」案は、「二重の危険」条項をはじめラウエルのいう「不可欠の規定」を欠いていたため、彼はこれに幾つかの人権規定を付加列挙した。そのひとつが「二重の危険」であった。すなわち、「……また、刑事被告人が同一の犯罪に対して二重の危険にさらされることが禁止することが必要である。⁽¹⁰⁾（Constitution... and prohibit placing an accused twice in jeopardy for the same offense.）」⁽¹¹⁾

①レポート、②所見の成立に至るまでに、日本の憲法の權威と目されている人々の説明や意見が聴取されたことは、①レポートの「日本憲法についての權威——特に自由主義的傾向を有するといわれている人々——と会談を重ねて」という記述、②所見の「会談したほとんどすべての「日本の」法律家は……と考えている」という記述から、窺い知ることができる。⁽¹¹⁾ただ、①②の「二重の危険」条項に関して、どの程度日本側と論議がなされたのかは、明らかでない。この①レポート、②所見が「総司令部案の起草において参考とされたことは確実とみられ」⁽¹²⁾る。ラウエルのあげた「二重の危険」条項も、総司令部案に受け継がれることになったのである。⁽¹³⁾

三 憲法三九条の確定

一九四六年二月一三日、総司令部案（マッカーサー草案）が日本政府に手渡された後（以下、①②を承けて通し番号を付す）、③総司令部案↓④憲法改正草案要綱↓⑤憲法改正草案↓⑥憲法、という経緯を辿る。この経緯における規定の興味深い変遷に、注意を向けなければならない。

③ 総司令部案三七条二項、三九条（刑罰不遯及の原則）は、それぞれ次のようなものであった。

Article XXXVII No person shall be twice placed in jeopardy for the same offense.

Article XXXIX No person shall be held criminally liable for an act lawful at the time it was committed.

④ 総司令部案を受諾した（二月二一日）幣原内閣は、直ちに同案に沿った憲法改正の方針を決定し、松本國務相は吉田外相とともに民生局とも協議のうえ、新改正案の起草を完了し、マッカーサー元帥の承認を得て天皇に上奏し、翌三月六日、政府の「憲法改正草案要綱」として公表した。⁽¹⁴⁾その三五条は次のような規定である。

〔第三十五〕何人ト雖モ実行ノ時ニ於テ適法ナリシ行為又ハ既ニ無罪トセラレタル行為ニ因リ刑事上ノ責任ヲ問ハ

ルコトナカルベキモノトスルコト」

総司令部案との形式上の相違点として、総司令部案三七条二項、三九条を合わせて一個の条文に納めたことがあげられる。しかし、ここで重要なのは、総司令部案三七条二項に加えられた修正である。すなわち、草案要綱は、「同一の犯罪」ではなく「既ニ無罪トセラレタル行為」については「責任ヲ問ハルコトナカルベキモノトス」と言つて、一事不再理を「無罪」判決を得た者の権利というかたちで表現した。このように「無罪」者の人権として規定するやり方は、旧体制の「仮放免」の絶対的否定という点に主眼をおくフランス法、たとえば一七九一年憲法三―五―九―七の一事不再理に、より親和性をみる⁽¹⁵⁾。

⑤ ところが、その後草案要綱を平仮名混じり、口語体にした憲法改正草案では、次のような規定に変わった。

「(第三十六条) 何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」

草案要綱三五条の後段に、総司令部案三七条二項を追加したかたちになっている。こうなつた経緯については、次のような説明がなされている。

日本側としては、『実行の時に適法であつた行為』につづけて、『または既に無罪とされた行為』を加え、これらの行為については刑事上の責任を問われなくとする条文とされ、『何人も、同一の犯罪について……』という規定を削つて、その趣意をおりこんだものと了解していた。ところがその後、この『同一の犯罪について……』という規定を、第二段として加えるようにという総司令部の意向が示され、日本側の理解でははっきりしないままにそれを加えたもの

(憲法改正草案)が確定の条文となったのであった」⁽¹⁷⁾。

⑥ かくして、現行憲法三九条が成立した。

「第三十九条」何人も、実行の時に適法であった行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」

そして、三九条後段の英訳に「double jeopardy」が用いられたことも相俟って、同条をめぐる評価上の争いが生じることになる――。

(1) 横山晃一郎「刑事手続における当事者主義思想の展開」『法律時報』三九卷一一号(一九六七年)八四頁(同『憲法と刑事訴訟法の交錯』(一九七七年)所収)。

(2) 憲法三九条(一事不再理)の解釈をめぐる、「刑事訴訟の原理的転換を踏まえたうえで一事不再理の基本的性格が徹底して論ぜられた」(高田(昭)・前掲「一事不再理の客観的範囲」(一)六九頁、なお七二頁註(2)参照)のである。

(3) 「ボツダム宣言」より引用。

(4) 同右。

(5) この①②の資料は、高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程――連合国総司令部側の記録による――』・I・原文と翻訳(一九七二年)に収められており(IIは『解説』(一九七二年)である)、以下は同書よりの引用である。同書の成りたちに関して、同書「はしがき」(田中)、「序にかえて」(高柳)参照。

(6) 註(5) I二五頁。

(7) 同右・八一頁。

(8) この「私的グループ」は、憲法研究会(高野岩三郎、馬場恒吾、杉森孝次郎、森戸辰男等知識人グループ)であることが、憲法調査会の調査で確認された(憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会第二十二回議事録』二頁以下)。

- (9) 註(5) I三七頁。
- (10) 同右・二九—三〇頁。
- (11) 註(5) II一七頁。
- (12) 同右・二〇頁
- (13) ラウエル案の特徴は、「基本的人権を確立し、その実効性をもった保障を実現するということが強く考えられ、なかでも司法上の人権について具体的な保障規定を設けることに力が入られ、かつ、違憲立法審査の制度の必要性が強調されている点」(同右・二〇頁)であると言われている。
- (14) 以上の経過につき、大野保治「成立の経過」『法律時報臨時増刊・憲法三〇年の理論と展望』(一九七七年)二六五頁以下を参考にした。
- (15) 第一章第三節第一款註(12)参照。
- (16) 西ドイツ基本法一〇三条三項は、何人も同一事実(行為)について「重ねて処罰されてはならない(Niemand...mehrmals bestraft werden)」と規定し、合衆国憲法修正五条は、何人も同一犯罪について「重ねて生命身体は危険に臨ましめられることはない(not shall any person be subject to be twice put in jeopardy of life and limb)」という規定の仕方になっており、無罪者の権利というかたちでは規定されていない。この点、田宮教授は、フランス革命憲法の一事不再理規定もイギリスの法制が参照されていると言われる(田宮・前掲書六四頁)。しかし、陪審制度などとはともかくとしても(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)一九一頁参照)、当時のイギリスに参照の対象となるだけの一事不再理の理論的蓄積があったか、疑わしい(高田(昭)・前掲「一事不再理の客観的範囲(一)」九一頁以下、特に九三頁註(2))。ただ、イギリスの一六七九人身保護法六条に「人身保護令状により解放されたまたは自由にされた者は、今後いつでもいかなる者によるといえども、同一の犯罪〔の嫌疑〕によって監禁されまたは収監されることはない」(高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』八岩波文庫V(一九五七年)七〇頁)との規定があるし、田宮教授の言われるように、フランス革命法以前の合衆国諸州の憲法の中に無罪者の権利として一事不再理が規定されている例もあり、これらが間接的に何らかの影響を革命憲法に及ぼしたことは考えられないことではない。
- (17) 註(5) II一九一—一九二頁。憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会第二十七回議事録』一九頁。

第二款 評 価

一 憲法三九条は、憲法改正草案三六条が帝國議會で何らの修正もなく承認されたものである。この草案三六条の趣旨について、政府は、一九四六年七月六日、第九〇回帝國議會衆議院委員會で、次のような説明をしている。

「國務大臣 金森徳次郎 此の三六条(憲三九条)に掲げて居りまする刑罰法規の不遡及の原則——初めの方は刑罰法規の不遡及の原則であります。それから後の方は同一事項に付ての二重問責を禁止する規定であります。これは刑事政策上の原則であるには違いありませんけれども、諸国の制度の建前から申しますと、非常に重大なことに考へて居りまして、憲法に挙げるのが事例である訳であります。日本の現行刑罰制度に於きましても、固より実質は此のような姿ではありまするけれども、併し大事な規定でありますから、特に世界の通説に従ひまして、憲法にこれを規定した次第であります」⁽¹⁾

ここで「世界の通説に従ひまして」憲法に一事不再理を規定したと断っている点は、注意されなければならない。右答弁にみる限り、アメリカ憲法に特にこだわってはいない。

また、同じ第九〇回帝國議會貴族院委員會(一九四六年九月一九日)における、貴族院議員牧野英一博士の發言も注目に値する。博士は、草案三六条(現三九条)の「同一の犯罪」を論じて次のように言う。すなわち、博士は刑法の連続犯廃止の動きに呼応し、「同一の犯罪」を「一個の行為」に修正しないと「その刑法の改正がこの憲法の違反であると言うことになつては、誠に万事画餅に帰する」ことになつてしまふことを危惧し、削除前の刑法五五条(連続犯)の「數個ノ行為ニシテ」とあるから、「その中の一つの行為を再び論ずると言うことは出来ないけれども、あとの行為は矢張り論ずることが出来るのだと言う趣旨を既に憲法に於て明かにして置いたならばどうか」⁽³⁾として、「同一の犯罪」

を「一個の行為」に修正することを提案するのである。これに対する木村篤太郎の答弁は、曖昧な表現ではあるが、「同一の犯罪」が「一個の行為」と同じものである旨を認めるものになっている。⁽⁴⁾

牧野博士は、「同一の犯罪」が必ずしも刑法上の罪数と一致しないことを前提として論じている。これは博士が、三九条の「同一の犯罪」を、必ずしも英米法の「*same offense*」とは理解していなかったことを推測させるものである。⁽⁵⁾

二 その後、学説のレベルでは、憲法三九条をめぐる法系論が——解釈論の前提として——展開され、同条が英米法の「二重の危険」か大陸法の「一事不再理」かが争われることになる。口火を切ったのは、団藤博士の「憲法第三九条と『二重の危険』」(一九四九年)という論文であった。団藤博士は、憲法三九条は「二重の危険」ではなく、「一事不再理」を憲法上の原則に高めたものにすぎないと主張し、その論拠として、英米法の二重の危険と大陸法系の一事不再理との差異を次の三点に亘って指摘する。⁽⁷⁾

① 二重の危険は判決確定にかかわらずなく、「被告人がすでに危険におかれたと考えられる訴訟段階」まで進めば発生するが、一事不再理は判決確定を待たなければならない。

② 無罪判決に対する検察官上訴は、二重の危険の禁止に触れるが、一事不再理原則には反しない。

③ 二重の危険の禁止は「同一の犯罪」について認められるが、これは大陸法系の「事実の同一性」よりもはるかに狭い。

以上から、わが国に「二重の危険」を持ち込むことの不当性を言う。斎藤朔郎判事もこれに同調された。⁽⁸⁾

これに対し、村瀬⁽⁹⁾(一九五〇年)、大塚⁽¹⁰⁾(喜一郎)(一九五二年)両氏は「二重の危険」説から反論するが、その論拠は——大塚氏によれば——次の五点である。⁽¹¹⁾

① わが国現行憲法の制定経過からみて、現行憲法の母法はアメリカ憲法である。

② 現行憲法はポツダム宣言に淵源するが、同宣言一〇項は、日本人の基本的人權の尊重せらるべきことを明記しているから、なるべく被告人に有利に解釈すべきである。

③ 略（フィリピン連邦大審院判決）

④ 反対説は、アメリカ二重の危険禁止原則は陪審制に伴うものであるが、わが国は陪審制を採用していないから採れないと言う。しかし、現在は同原則は非陪審事実にも適用されているからこれは理由にならない。

⑤ 反対説は、刑事政策的考慮を言うが、アメリカの判例通りに適用する必要はないからこれも理由にならない。以上に加えて、田宮教授は「実質的な理由」として次の三点をあげる⁽¹²⁾。

⑥ 「元来一事不再理は被告人の利益のための訴訟手続の効果であって、大陸といい英米といっても、歴史的には同一の根源にさかのぼることができる」⁽¹³⁾。

⑦ 理論的には、一事不再理は訴訟手続の事実的・具体的効果であって「刑事訴訟における諸現象をよく説明するためにこれをさらに徹底するならば、結局二重の危険の原則に至らざるをえないからである」⁽¹⁴⁾。

⑧ 「二重の危険は、既判力の理論とちがって端的に人權思想と結びつくことをあげなければならない」⁽¹⁵⁾。

三 この法系論争が、判例のバックアップもあって、⁽¹⁶⁾「二重の危険」説優勢のうちにあつて終熄してしまつたことは周知の通りである⁽¹⁷⁾。しかし、団藤博士のあげた三つの論拠に対して、「二重の危険」説は十分な反論をなしたと言えるだろうか。殊に博士のあげる③同一犯罪客観的範囲に関しては、英米法流の狭い考え方をする者は皆無に近いし、②檢察官上訴を違憲とする論者も、從來殆んどみかけることがなかった⁽¹⁸⁾。

田宮教授のあげる論拠にしても、⑥はそれだけでは「二重の危険」説の理由とはならないし、⑦⑧にしても、大陸法のうちでも専らドイツ確定力理論を念頭に置いた反論でしかない。近代的一事不再理原則が人權であつたことは、今日

殆んど自明のことである⁽¹⁹⁾。

大塚氏のあげる理由で、今日なお意義を失わないのは①②であると思われるので、この二点について付言しておく。

②は、本稿のテーマである客観的効力については大陸法一事不再理の方が被告人に有利なのだから、一概に有利不利は言えない。問題は①である。憲法制定過程は既に前款に見た。そこで見たように、「二重の危険」条項を憲法に規定しようとの意図は、当初より総司令部側にあったようであるが（ラウエル・レポート等）、総司令部案を修正し無罪者の自由権として規定した（草案要綱）のは日本側であって、この部分は後に後段「二重の危険」規定が復活した後も維持されている。他方、ラウエル・レポート等への日本人の側からの働きかけもあった。

以上から、憲法三九条の制定経過を絶対視し、アメリカ法的解釈以外の解釈を排除するかのような態度が必ずしも正しくないことを知った。確かに、現行憲法がアメリカ法の強い影響の下に策定されたことは事実であるし、刑事訴訟法に關しても「訴因」など英米法固有の制度が導入されたりもしたが、他面、憲法の——三九条を含む——人權規定は「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」（九七条）であるのだから、その解釈をアメリカ法の枠の中に止どめることは、人權規定の自由で柔軟な適用を妨げる恐れすらなしとしない⁽²⁰⁾。

私見の詳細は後述するが、ここで結論のみ示しておくならば、憲法三九条前段後句の「既に無罪とされた……」のフレーズは、一七九一年フランス革命憲法の一事不再理規定、その後の刑事訴訟法典の一事不再理規定に近似しており、ここから大陸法特にフランス法を参照する契機を得ることができると考えるのである。

(1) 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録（増訂版）』二卷（一九七六年）七七六頁。

(2) 同右・七七七頁。牧野博士がこの点に關連して「今日に於てはなお、被告人の不利益に於ける再審の制度が許されて居りますから、或は或程度の救済も認められましようが」と同所で述べている点は重要である。ここから、博士の基本的姿勢（処罰の確保志向）を

看取することができる。

(3) 同右・七七七—七七八頁。

(4) 同右・七七八頁。本章第三節第一款註(2)参照。

(5) 木村答弁は、牧野博士の質問にごく簡単に答えているものにすぎず、これを以って「立法者意思」というわけにはいかないであらう。

(6) 団藤重光「憲法第三九条と『二重の危険』」『法曹時報』一卷二号(一九四九年)三三頁。

(7) 以下は、同右・三九頁。

(8) 斎藤朔郎「公訴事実の同一性について」『法曹時報』四卷九号(一九五一年)四〇頁〔同「刑事訴訟論集」(一九六五年)所収〕。

(9) 村瀬直養「検事上訴の違憲性について」『法律新報』七五七号(一九五〇年)一六頁。

(10) 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』二二号(一九五二年)三〇頁。

(11) 以下④ないし⑤は、大塚・前掲論文三三—三四頁。

(12) 田宮・前掲書八一頁。なお、便宜上、以上の④—⑤(大塚)と通し番号を付す。

(13) 同右。

(14) 同右。

(15) 同右。

(16) 最大判昭和二五年九月二七日刑集四卷九号一八〇五頁。

(17) 平野・後掲「訴因概説」のほか、同「刑事訴訟法」(一九五八年)二八二頁、井上正治「確定判決の効力」『刑事法講座』六卷(一九五三年)一二二—一二三頁などが先駆的業績といえよう。最近の概説書は、殆んどすべて憲法三九条「二重の危険説を採用している。柏木千秋『刑事訴訟法』(一九七〇年)一七七頁〔憲法三九条が「『二重の危険』を禁止したアメリカ憲法に由来する」ことは認めるが、その先は田宮説とは大きく異なる〕、井戸田侃『刑事訴訟法要説Ⅲ』(一九七四年)一一頁、石川才顯『刑事訴訟法講義』(一九七七年)三二三頁〔同「既判力」鴨編『演習刑事訴訟法』(一九七一年)四四五頁の立場を改説〕、庭山英雄『刑事訴訟法』(一九七七年)二二〇頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔改訂版〕』(一九七八年)二八四頁〔旧説から改説〕、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(一九八〇年)二二—四頁、松尾浩也『刑事訴訟法(下)』(一九八二年)三一六頁、渥美東洋『刑事訴訟法』(一九八二年)三一六頁。反対、青柳文雄

『五訂刑事訴訟法通論』下巻(一九七六年)四七五—四七六頁。なお、団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(七訂版)(一九六七年)三二頁註(一)。

ジグラーは、この点について、「二重の危険のクロウズを憲法レベルに高めた国は殆んどなかった。日本は事実上唯一の例外だった。日本の権利の章典規定三九条は次のように規定している。『……略……』。『二重の危険』のフレーズの使用は、アメリカ法概念の深い影響を示す」(J. A. SIGLER, DOUBLE JEOPARDY 141-142 (1967))。しかし同じアメリカの法学者でも、B. J. ジョー・Jr 教授は、日本の一事不再理と英米の二重の危険の相違点を正確に指摘している(同「比較法的見地からみた日本の刑事訴訟法」〔生田典久訳〕『ジュリスト』五五一号(一九七四年)一六六頁)。

(18) この点、憲法学者の田畑忍教授が一貫して検察官上訴を違憲として主張されるのが注目される(田畑忍「憲法第三十九条前後後句の法意」『同志社法学』一〇巻六号(一九五九年)一頁。「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)一六〇頁以下における田畑教授の発言)。近時、刑事法学者の間でも違憲説が有力に主張されている、熊本典道「上訴権者」『公判法大系IV』(一九七五年)五二頁、川崎英明「二重の危険と検察官上訴」『別冊判例タイムズ・刑事訴訟法の理論と実務』(一九八〇年)三五四頁等。

(19) 本稿第一ないし三章、特に既判力論争における論議で既にくみきたとおりである。

(20) 刑事手続法規について、アメリカ法「継受」論を批判し、アメリカは決して押しつ、けなかったことを論証しようとする試みとして佐藤欣子「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討(上)(下)」『警察学論集』三二巻一〇号(一九七九年)二〇頁、同一号(一九七九年)四三頁。

第三節 新刑事訴訟法の下における議論

第一款 はじめに

一 戦後の刑事訴訟法は、一九四七年五月三日新憲法施行後、刑訴応急措置法を経て、一九四九年一月一日新刑事訴訟法が施行されるに及んで、新たな第一歩を踏み出した。この当時は、新憲法の下で人権、民主主義が昂揚される一方

で、終戦後の混乱期の治安の悪化に対処する必要もあり、そこに人権と治安の相克をみることもできる。もとより一事不再理の問題もその例外ではない。⁽²⁾

このような相克を最も深刻に受けとめたのが、当時の（在朝）実務法曹たちであったことは想像に難くない。彼らが危惧したのは、伝聞法則等捜査・証拠の制限の多い新刑法の下で、治安の維持、処罰の確保ができるのか、仮りにここで旧法当時と同じ既判力の客観的効力理論を採ると、「有罪者の免れるものが極めて多くなり、法の目的を破る」⁽³⁾のではないかという恐れであった。牧野博士の、連続犯廃止に関する前記帝国議会発言にも、同趣旨の治安維持志向が感じられる。⁽⁴⁾

二 しかしこの間、平野教授の画期的な労作「訴因概説」⁽⁵⁾（一九五〇—一九五一年）が公けにされるなど、新憲法の精神に則った当事者主義的解釈を貫こうという志向は、一事不再理原則に関しても必然のように感ぜられた。新憲法下における新しい刑事訴訟法の解釈において、もはや裸の「治安維持」ないし「処罰の確保」を前面に押し出して紕問的な議論をすることが困難な状況にあったのである。

三 以上のような状況の下で、実務法曹が時を接して異口同音に主張した一事不再理の客観的効力「制約」論は、右状況を反映して、一面的には理解し難い、いわば屈折した折衷理論になっている。今日からみて多少技巧的に映る彼らの諸説も、当時の時代背景を念頭に置くことによって、よくその主旨が理解できる筈である。

なお、この時代の当事者主義の高調は、民訴法学者中村英郎教授の「訴因について」⁽⁶⁾（一九五一年）の論文の中で、独自の当事者主義的理解による一事不再理制約理論を生み、刑事法学者にも一定の影響を与えた。

（一）小田中教授によれば、「占領軍総司令部側では、勾留中の被告人の権利保釈の規定と一事不再理の規定を刑訴応急措置法に規定することを求めてきたが、これらは結局見送られた」（小田中聰樹「刑事裁判制度の改革」東大社研編『戦後改革・4・司法改革』（一

九七五年)〔同『現代刑事訴訟法論』(一九七七年)所収〕。もし右の一事不再理規定が実現すれば、わが国で初めての刑訴法レベルの一事不再理規定が生まれ、解釈論の素材となったであろうし、恐らくその後の現行刑訴法にも受け継がれたことであろう。

- (2) 一事不再理に関して、立法のレベルで特に問題とされたのは、連統犯規定(刑法(旧)五五条)の廃止であった。政府説明によると、連統犯廃止の理由は「人權の尊重、迅速なる審判の要請に基く新刑事手続においては、到底従来のごとき広範囲の連統犯を一挙に捜査し審判することは困難でありまして、若し強いてこれを要求致しますならば、却って不当に罪を免れる者を極めて多からしめ、治安の維持にも欠くる」ことになる、というものであった(佐伯千似『連統犯』同『刑法における違法性の理論』(一九七四年)三四六頁)。この点、立案関与者の手になる、中野次雄『逐条改正刑法の研究』(一九四八年)七六頁以下がより詳細である。いずれにせよ、「治安の維持」のために一事不再理の範囲が狭められることとなった。この点において、本節第二款の各論者の所説と共通する面をもつ。

この連統犯廃止に対しては、右の佐伯論文(初出・一九五一年)のほか、小野清一郎『連統犯と包括一罪』『刑罰の本質について。その他』(一九五五年)三〇五頁が、批判的見解に立っている。なお、『注釈刑法(2)のⅡ』(一九六九年)六五頁以下〔松尾浩也執筆〕。

- (3) 川口光太郎『訴因と檢察実務』刑事判決研究会編『訴因に関する研究』(一九五二年)一六六頁。

(4) 前註(2)及び本章第二節第二款参照。

- (5) 平野龍一『訴因概説』(一)『法曹時報』二卷九号(一九五〇年)一頁、同一号(同年)一七頁、三卷四号(一九五一年)一六頁。刑事判決研究会編『訴因に関する研究』(一九五二年)、平野『刑事法研究』四卷・訴因と証拠(一九八一年)各所収。

- (6) 中村英郎『訴因について』『早稲田法学』二六卷二・三号(一九五一年)五五頁〔同『民事訴訟論集』一卷(一九七七年)所収〕。
- この論文では、新刑訴と当事者主義の問題を民訴法との比較において考察しており、そこにこの論文の特色がある。すなわち、当時の民事訴訟法学の通説たる旧訴訟物理論(「実体法の構成要件、並びに主体の数によって訴訟上の請求の個数を決定する立場」六一頁)こそ「当事者主義的考え方」であるという発想から、訴因の個数決定の基準を刑事実体法に求める(八一頁)。ここから、たとえば「科刑上の一罪とは、本来数個の犯罪(すなわち、数個の構成要件を充足するもの)であるものを、処分(量刑)の關係において一罪として取扱ひ、一個の判決をなすという場合であり」「それは刑罰典中に規定されながら、実体法的な意義をもたず、むしろ、訴訟法的な、手続上において重要な意義をもつものということができる。かような概念を以て、犯罪が実質的に一個なりや、数個なりやを決すべき基準となすことは不適当であらう」(八三頁)との見地から、科刑上一罪の全部に既判力を及ぼす通説に反対する。

そして、非親告罪と親告罪（未告訴）が科刑上一罪のときに、前者について起訴がされても後者につき審理することは法律的に不能であるのだから、後者にまで既判力を及ぼすのは、「被害者の利益を不当に侵害し、また社会の正義をも侵害する」（八四頁）ことだと言う。

形式論理からやや安易に既判力の「例外」を導いた憾がなくてはならない。しかし、右の結論自体は、当時の論者の中では珍しいものではなかった。次款の論者のほか、井上正治『新刑事訴訟法原論』（一九四九年）二六五頁以下、高田卓爾「公訴不可分の原則」『刑事法講座』五卷（一九五三年）一〇七二頁注（六）〔その後改説されている〕。

第二款 新刑訴法定着期の制約理論

一 (1) (旧) 青柳説（一九五二年）

青柳教授（当時最高裁判調査官）の旧説は、「犯罪の個数の訴訟法的考察」⁽¹⁾（一九五二年）の中で、英米法理論を紹介しながら詳細に展開されている。

教授はまず自らの方法論として、団藤博士を援用しながら「訴訟法的考察方法」を強調し、その具体的適用として、憲法三九条を「ダブル・ジェオパディー」と解しうることを手掛りとして英米法の証拠同一理論、行為の同一理論の導入の余地を認める。⁽³⁾ そのうえで、従来の公訴事実の同一性に關して、次のような問題提起をする。すなわち、「捜査の時間と方法の制限、迅速な裁判については大幅に英米法を取り入れた結果として、被告人の悪性の表徴たる犯罪をすべて捜査し、審理し尽すことは不可能であり、この意味において従来の犯罪の同一性についての考え方を変更してよい部面がありはしないであろうか」⁽⁴⁾と。

青柳教授は、証拠同一の原則、行為同一の原則の導入により、この「同一性」を罪数論と対応させる従来の理解を部分的に否定する。その第一は併合罪のある場合に公訴事実の同一性を認めることであり、第二は科刑上一罪の一部に既

判力が及ばない場合を認めることである。

(i) 教授は、証拠同一の原則を「我が国の場合に当て嵌めて考えて見たい」⁽⁵⁾とし、「証拠同一の原則は、第一の起訴が第二の起訴を支持する同一の事実の証拠によって判断されるか否かであり」「この見地から考えると従来いわゆる併合罪であるから一犯罪の有罪、無罪の判決は、他の犯罪の起訴を妨げないとされている関係の犯罪についても、或る場合には一犯罪の審判に当って既にその対象となっていたということによって、その再訴が憲法三九条に違反するとされることもあると考える」⁽⁶⁾と言う。その理論の具体的適用例として、①短刀を用いて脅迫して強盗した場合(併合罪)、強盗に関する判決確定後銃刀法違反で起訴するのは憲法三九条に違反し、②三回の窃盗を自白したが傍証ある二回の窃盗のみ起訴、他の一回は犯情としての証拠として提出したが、判決後この他の一回につき傍証が判明したと云って再起訴するのは憲法三九条に違反し、③贓物故買判決が確定した後窃盗教唆で起訴することはできない、等々。⁽⁷⁾

右のような事例は、教授の指摘するように、同時訴追義務によっては再訴が違憲であるとの説明はできない事例である。

ただ、この理論の問題点は、どの程度の証拠があれば既判力が及ぶのかの基準を示すのが困難な点であろう。青柳教授は次のように基準を定式化するのだが、――

「第一の公訴事実について実体の確定判決があった場合においては、右同様にその際提出された証拠によって審理の対象とされたような犯罪については、その証拠がそれによって訴因としても判決書にも事実として記載されていなかったような犯罪の存否を明らかにし得る程度に達しておれば既判力がこれにも及び」「刑訴法三三七条一号によって免訴の判決をしなければならない」⁽⁸⁾

この基準に対する最も大きな疑問は、検察官の証拠の提出の仕方如何で、一事不再理効の範囲が変わってしまうという

ことである。「証拠同一」を採用する以上、この点は宿命的難点といえようか。

(ii) 教授は他方で、科刑上一罪のうち、牽連犯については、行為同一の原則では「別個の事件と解して妨げない」ことになるので、残るは証拠同一の原則であるが、同原則によっても再訴が可能な場合、すなわち既判力（一事不再理）が制限される場合を認める。住居侵入強姦を例にとれば、「証拠同一の原則に従って、住居侵入の審判に当り、強姦の点までも有罪とすることができる程度か、少くともその犯罪があったものとして住居侵入罪の量刑に斟酌できる程度の証拠の提出があった場合には、その住居侵入の有罪判決の既判力は強姦にまで及ぶが、そこまで行かなかった場合には住居侵入の既判力は強姦にまで及ばないと解することとなる」⁽¹⁰⁾。したがって、たとえば夜這い目的の住居侵入罪が確定しても、ひき続く強姦で起訴することは可能ということになる。

しかし、英米法流の証拠同一の原則は、結局わが国には根付かず、青柳教授自身、その後改説されてしまった。⁽¹¹⁾ただ、(旧)青柳説で注目されるのは、(i)で併合罪であっても既判力を及ぼさないと不当な結果になる場合があることが、自覚的に論じられたことである。

(2) 小西説（一九五一年）

小西氏（当時判事補）が『司法研究報告書』の一冊として発表した「新刑事訴訟法における事実の同一性と訴因」⁽¹²⁾は、一〇七頁にも及ぶ詳細な論稿である。氏は、公訴事実の同一性についてドイツ及びわが国の学説を批判的に紹介した後、自説として、公訴事実の同一性の三標準（ひとつでも標準を満たせば、同一性が肯定される）を提示する。

(i) 第一の標準「A事実とB事実の自然的行為（素材である人間行為・刑法的評価を加えらるべき裸の行為）が少くとも部分的に共通であるとき、両事実は同一性がある」⁽¹³⁾

この「自然的行為」説は、小西氏にあっては次のような基礎づけが与えられている。

すなわち、氏は、審判の対象は訴因であるが二重起訴禁止の範囲に既判力の範囲は公訴事実の同一性によって決定される⁽¹⁴⁾、との立場をとるのであるが、事実の同一性の範囲を定めるにあたっては「実定刑事訴訟法において事実の同一性の有する具体的効果を検討し、実定刑事訴訟法の採用している訴訟構造との関連において、決定されなければならない、と考える⁽¹⁵⁾」と言う。ただし、氏の訴訟構造の理解は、「新法の訴因制度が、職権主義を基調とした旧法時代の事実の同一性の理論の基礎の上に導入されている」として現行法を職権主義を基軸として捉えており、この点は異色であろう。

検討されるべき具体的効果としては、①審判の範囲、②二重起訴禁止の範囲、③既判力の範囲の三方面から考える必要があるのだから、「今A事実とB事実の同一性を否定すると仮定する。A事実とB事実が、その自然的行為を少くとも部分的に共通にする関係にあるにもかかわらず、前記三方面における同一性の効果を否定することは明かに職権主義に反する⁽¹⁶⁾」。

(ii) 第二の標準「A事実とB事実の自然的行為が部分的にも共通でなく、前後の関係にある場合に」「兩事実が犯罪として両立し得ない関係にあれば、兩事實は同一性がある⁽¹⁷⁾」

小西氏は、この標準によって、窃盗罪と贓物罪、幫助犯と正犯、予備行為と実行行為、詐欺罪と横領罪等の間に同一性を認める。この帰結は妥当であるとしても、その理由として「同一性を否定すれば、職権主義に反する結果、殊に、犯罪として両立し得ないA事実とB事実が別個の訴訟においてともに有罪判決を言渡される可能性が生ずる⁽¹⁸⁾」と言うだけで、説得的論証はなされていないと言ってよい。

(iii) 第三の標準「単一性に基く同一性⁽¹⁹⁾」

ここに「単一性」とは、罪数論に一致すると説く従来の通説に従うものである。すなわち、「事件が単一であるためには、被告人及び犯罪事実が単一であることを要する。犯罪事実の単複は刑法の理論による（所謂罪数論）。牽連犯の

ような科刑上の一罪は刑事訴訟法においても一罪として取り扱われる⁽²⁰⁾」。

ただ、「牽連犯を構成するA事実とB事実とは本来別個の事実⁽²¹⁾」であるから、「A事実又はB事実の一方について有罪判決が確定すると、その判決の既判力は他方にも及ぶ⁽²²⁾」が、「A事実又はB事実の一方について無罪判決が確定しても、その判決の既判力は他方に及ばない⁽²³⁾」とする。しかし観念的競合の場合は、第一の標準を満たすから常に同一性があると言う。

以上、小西氏の三標準をみたわけだが、各標準について簡単に検討を加えておく。

第一の標準の「自然的事実同一説」は、後に「職権主義的な考え方⁽²³⁾」と批判される。確かに小西氏は「職権主義」という言葉⁽²⁴⁾を多用するが、「具体的効果」のうち③既判力の範囲については被告人に利益をもたらすのであるし、①審判の範囲が多少広くなる点は問題になりうるが、小西氏自身、審判の対象は訴因と捉えているのだから、「職権主義」という理由づけも、氏の理論構成及び結論に必然的なものとは解されない⁽²⁴⁾。

第二の標準の「非両立性」は非常に有用な標準だとは思いますが、氏の理由づけは十分とは言えない。この点は次章で再説する⁽²⁵⁾。

問題は第三の標準である。小西氏は、単一性＝罪数論に従いながら、一部無罪について既判力を制限する。その背景にある実質的理由は、氏が「事実の同一性の範囲は、捜査権の制限と密接なる関係があり、連続犯はこの関係において廃止された⁽²⁶⁾」と言っていることからすると、新刑訴法の捜査、証拠の制限による治安維持への危惧感であろうことが、推測される。証左、小西氏は続けて、「将来、牽連犯の廃止、観念的競合犯の一部についてなされた判決の既判力の制限等の立法措置が考慮されるであろう⁽²⁷⁾」とまで言うのである。

(3) 斎藤(朔)説(一九五一年)

斎藤朔郎判事の所説の要点は、(i)公訴事実の同一性を構成要件から離れて、併合罪の一定の場合をも含む広いものと解する一方で、(ii)既判力の範囲は「人力の及ばない部分」にまでは及ばないとして、制限的に解するにある⁽²⁸⁾。

(i) 斎藤判事は、公訴事実の同一性を、訴訟法の自主性という観点から考えようとする。すなわち、「構成要件という色眼鏡をかけて見ると、構成要件がちがえば別の事実であるといえるだろう。しかし、ここで公訴事実の同一性として問題にしているのは、構成要件の評価を受ける客体として存在する過去の社会的事実であって、それが同一の即ち一連の、一個の事実と認められるかどうかは、訴訟法の理念と社会の通念によってきめらるべきものであると考える⁽²⁹⁾」。「社会通念上一個の事実と認められる一連の行為に刑罰法令を適用する段になって、始めて構成要件ということが必要になってくる。換言すれば、社会通念上同一の事実かどうかを定める際には、構成要件の理論は一步後退してもらいたいと思う。私はこの意味で訴訟法の自主性ということを主張するものである⁽³⁰⁾」(傍点白取)。

このような見地からすると、「併合罪であるからといって直ちに公訴事実の同一性がないといい切る考え方が、新刑訴法の下でも正しいかどうかに多大の疑問を持つものである。従来判例、通説の見解は一方において基本的事実関係の同一とか、社会的に見た同一事実とかいう刑法的でない概念を採用しながら、罪数の関係においては極めて法律的な構成要件概念を採用しているために、不必要に構成要件理論に引きずられていく感がある⁽³¹⁾」。

斎藤判事のいう「社会通念上同一の事実」という基準は、一見すると不明確な印象を与える。しかし、公序良俗、權利濫用など「一見極めてアンビギュアスに思われる概念や規準で具体的事案を処理しなければならなくなる場合の増加することは、社会現象が複雑になるに従って、当然の事理である⁽³²⁾」(傍点白取)。たとえば、窃盜教唆と贓物故買も「社会的に見て一連の、一個の秩序侵害事実」であるし、「拳銃を所持してこれを脅迫の手段としてする強盜や同一の機会

に数人を殺傷した場合なども、社会的に見て一個の事実であるが、罪数の関係で数罪になるのである」と解する。⁽³³⁾

右の考え方に従えば、併合罪関係にある二罪の一方について確定判決が出されると、その既判力が他方に及んで再訴できなくなり不当ではないか、との疑問が生じよう。しかし、「原審の訴訟資料の上に顕在しているにも拘らず、検察官が起訴状の訴因として掲げられていない別罪について、訴因変更の手続を執らなかつたために、他の一罪だけについて無罪又は有罪の判決がなされてそれが確定すれば、それは国家側の機関である検察官の手抜きであるから、その不利益は国家側が負担すべきであつて、被告人側に不利益を転嫁することは配分的正義の許さないところであると信ずる。新刑事訴訟法の当事者主義的構造から考えてもかく解すべきであると思ふ⁽³⁴⁾」。民事であれば格別、「こと刑事に関しては、その審理が被告人の自由を拘束するものであるから、原告側に立つ国家としては一つの犯罪（社会的に見て）については、一挙に解決することが要請せられる。社会的に見て一つの犯罪事実と認められるものを、罪数の関係によつて小さみに訴追するということは許すべきでないと考える」と⁽³⁵⁾。

以上、当事者主義を基底に置いて公訴事実の同一性を拡張した点は、既判力に関しては、被告人の利益を拡大したものと評価することができ⁽³⁶⁾。しかし斎藤判事は、同時に、同じ当事者主義、配分的正義を根拠にして、一定の場合に逆に既判力（一事不再理）の客観的範囲を絞ろうとする。

(ii) すなわち、「問題は一罪に関する訴訟手続の上に他の一罪のことが全く顕われていなかった場合、即ち他の一罪の存在は神と犯人だけが知っており、検察官も従つて裁判官にも全く判らなかつたような場合でも、既判力が及ぶかどうかである。自宅に拳銃を所持していたという罪だけについて確定判決があつた後に至つて、その拳銃を使用して行なつた強盗罪が発覚したような場合である」⁽³⁷⁾。

この場合、斎藤判事は「一つの罪についての訴訟手続の資料の上に、当該訴訟の訴因に表現せられていない他の罪が

顕在していることを必要とすると考える⁽³⁸⁾。そうでない部分は、審判の対象外である。「いかに苦心しても発見することのできない部分は人力の及ばないところである。しこうして既判力の範囲をどの程度に認めるかということは、前にも述べた通り訴訟法の理念と刑事政策の見地から定めるべき問題に外ならない。人力の及ばない部分にまで既判力を及ぼして、不当に犯人に利益を与えることは刑事訴訟法を支配している配分的正義の許さないと⁽³⁹⁾ころであると信じる」。

(4) 川口説（一九五二年）

川口光太郎検事は、まず、この問題を考える際の自己の視点を明らかにする。すなわち、――

「思うに法の解釈運用は、あくまでその法の行われる現実社会の実情に即した実際のなものであり、しかもその法の所期する理想乃至趣旨目的に副うものでなければならぬ。新刑事訴訟法の運用についてもこのことは常に忘れてはならないのであつて、単なる字句の末に捉われた概念法学流の解釈はこれを避けるべきであ⁽⁴⁰⁾る、と。

この見地からすると、たとえば住居侵入―強盗事件で、強盗についてののみ起訴、判決がなされた場合に、住居侵入についてまで判決効が及んで起訴ができなくなるという通説・判例は、批判されなければならない。川口氏によれば、通説・判例のように「一律形式的に考えるのは不合理であり非実際的である場合が生じる。例えばA工場で夜間多量の織糸を盗まれ、その数時間後甲がその糸を運搬中を検挙されたが、乙（逃走中）の依頼を受け運搬しただけであると弁解し、贓物運搬罪で起訴されたところ無罪となった。その後乙が検挙されて、甲乙共謀の窃盗であることが判明し、兩名共に起訴された。この場合従来の通説に従えば基本たる事実関係は同一であるから、甲については確定判決のあったものとして免訴の言渡すべきものとなる。しかし果してこれで刑事裁判の所期する正義の要求が満足されるであらうか⁽⁴¹⁾」と。

捜査、証拠収集に種々の制限の課された現行法下で、「旧法当時と同じ解釈の下に判決の既判力を論ずると、有罪者の免れるものが極めて多くなり、法の目的を破ることになる。かような観点から旧来の判例学説は再検討せらるべきも

のと考え、敢えて既判力は公訴事実全体に及ぶがその公訴事実とは訴因に明示された審理の過程で明らかにされた範囲に止まるものをいうと解したのである。かく解すれば右例の場合甲に対し窃盗罪につき有罪の判決をすることができるのであって、憲法第三十九条にも違反することはないと解する⁽⁴²⁾。

川口氏にあっては、「正義の要求」という治安志向から、一面的に既判力を制約していこうとする。

しかしいずれにせよ、新刑訴法下の捜査・証拠の制限のために不当な無罪が生じることを防止するため、特に「単一性」(罪数論)が問題になる場合には、一事不再理効を狭めようと志向する点では、これまで述べてきた論者と共通項をもつ。

そして、本節にみる「制約」の理論は、その後(新)青柳説として再生し、判例・学説の一角に布陣を敷くまでに至るのである。⁽⁴³⁾

(一九八四・三・一〇稿)

- (1) 青柳文雄「犯罪の訴訟法的考察」『司法研修所資料』(一九五一年)。
- (2) 同右・五頁。
- (3) 同右・一八頁以下、特に二九頁以下。
- (4) 同右・三二頁。
- (5) 同右・五二頁。
- (6) 同右。
- (7) 同右・五三―五四頁。
- (8) 同右・五八頁。しかしこれとても、事実上の基準であって、明確なものとは言えない。証拠同一原則に拠る限り、これは避けられないことかもしれない。

(9) 同右・六〇頁。戦後、牽連犯以外の科刑上一罪は観念的競合しかないのだが、これについては「行為同一の原則」が適用されて「同一の犯罪」が肯定されるのである。

(10) 同右・六一―六二頁。

(11) 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)三七六頁注(二)参照。

(12) 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』(一九五一年)。

(13) 同右・五七頁。

(14) 同右・一頁及び四頁。

(15) 同右・五八頁。

(16) 同右・五九―六〇頁。ここでも、無前提に「職権主義」をもち出して理由づけているが、後述するように、余り意味のある概念として用いられているように思われない。この「職権主義」を、「論理的整合性」あるいは「矛盾回避の要請」などと置き換えることも十分可能な文脈である。

とも十分可能な文脈である。

(17) 同右・六一頁。

(18) 同右。

(19) 同右・六九頁。

(20) 同右・八頁。

(21) 同右・七〇頁。

(22) 同右。

(23) 平野龍一『刑事訴訟法』(一九五八年)一四〇頁注(二)。ここで特に小西氏が名指しされているわけではないが、わが国で明確に「自然的事実」を主張する論者が殆んどいないところから、小西氏の所説が意識されているとみて間違いないだろう。

(24) 前註(16)参照。

(25) 第五章第二節第二款。

(26) 小西・前掲書七一頁。

(27) 同右。

- (28) 斎藤朔郎「公訴事実の同一性について」『法曹時報』四卷九号（一九五一年）二六頁〔同『刑事訴訟論集』（一九六五年）所収〕。
- (29) 同右・三七頁。
- (30) 同右。構成要件から離れた「社会的事実」を問題にする点は、小西氏の「自然的事実」の考え方に近い。そしてまた、次章で述べる私見も阿氏の見解から示唆を得ている。
- (31) 同右・三八頁。
- (32) 同右。社会現象の複雑化が刑罰法規のインフレーションを惹起し、ひいては一事不再理の問題を深刻化させるのである（DANAN (L.), *op. cit.*, p. 16）。
- (33) 同右・三二頁。
- (34) 同右・四〇—四一頁。
- (35) 同右・四一頁。このような見地から、斎藤判事は、密入国と貨物密輸入の公訴事実の同一性を認めない大阪高裁昭和二五年五月四日判決を批判する。
- (36) 刑事法三一二条があるため、公訴事実が拡がると訴因変更の枠も拡がるので、この点では被告人に不利益となる。
- (37) 斎藤・前掲論文四一頁。ただ、斎藤判事のあげるこの例が適切なものか、疑問がある。拳銃不法所持と拳銃を使用した強盗は併合罪であるから、通説に従えば既判力は及ばない。次に、斎藤判事のいう「社会通念上同一の事実」か否かであるが、これとても、強盗実行時の拳銃不法所持を問題にするならともかく、別の時点の拳銃不法所持と強盗が同一事実か否かは、斎藤説に依っても自明とはいえない。
- (38) 同右・四四頁。
- (39) 同右。
- (40) 川口・前掲論文一五九頁。
- (41) 同右・一六六頁。
- (42) 同右。
- (43) 後述の新習柳説（第五章第一節第三款）。

（未 完）

De l'autorité objective de la chose jugée au
criminel sur le criminel (3)

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) (vol. XXXIV, nos 3-4, n° 5)

TITRE III. L'autorité objective de la chose jugée (2) (Le sens du "fait matériel")

CHAPITRE PREMIER Disposition à réduire "le fait matériel"

SECTION I. Disposition à réduire "le fait matériel"

SECTION II. La critique

CHAPITRE II. Les cas dépassant "le fait matériel"

SECTION I. L'autorité de la chose jugée

SECTION II. L'indivisibilité

SECTION III. La pluralité d'infractions

CHAPITRE III. L'autorité subjective de la chose jugée

SECTION I. La doctrine de l'autorité absolue de F. Hélie

SECTION II. La doctrine de l'autorité relative

CONCLUSION (de ce TITRE)

TITRE IV. L'évolution de l'autorité de la chose jugée au Japon

CHAPITRE PREMIER L'époque de la réception des droits français

SECTION I. Code de Procédure criminelle du Japon et CIC

SECTION II. G. Boissonade et les articles concernant l'autorité de la chose jugée

SECTION III. La doctrine de S. Inoue

CHAPITRE II. L'article 39 de la Constitution et "Double Jeopardy"

SECTION I. Processus de la codification de l'article 39 de la Constitution

SECTION II. L'évaluation

CHAPITRE III. Les dispositions sous le nouveau CPP du Japon

* Professeur adjoint à la faculté de droit de l'Université de Sapporo-gakuin.

SECTION I. Vue générale

SECTION II. Les dispositions au début du CPP à réduire
l'autorité objective de la chose jugée
(à suivre)

* * * *

Donc, le critère qui définit "le fait matériel" n'est pas nécessairement clair. Par conséquent, un auteur accorde de l'importance à l'élément moral d'une infraction et affirme que les faits matériels sont distincts s'il y a une différence de l'élément moral entre deux poursuites. Par exemple, dans le cas où la nouvelle poursuite du chef d'assassinat devant la Cour d'assises après condamnation du chef d'homicide involontaire est intentée, l'intention de tuer, bien qu'elle soit un élément de qualification, serait aussi un élément matériel nouveau, il y aurait donc toujours fait matériel différent. Un autre auteur pose une catégorie, "faits partiellement distincts" qui sont matériellement identiques. Mais, aujourd'hui, ces doctrines ci-dessus ne sont pas soutenues par la majorité des auteurs (Tit. III, Chap. I.).

Puis, on doit remarquer quelques problèmes concernant l'autorité objective de la chose jugée.

D'abord, dans le cas où un individu, ayant commis une infraction, sur laquelle une poursuite a été exercée et un jugement est intervenu, commet à nouveau une infraction semblable, le tribunal, saisi de la deuxième poursuite, doit-il considérer, comme ayant l'autorité de la chose jugée, les solutions données dans le premier procès? Certains arrêts anciens l'ont admis, mais les arrêts plus récents estiment que le tribunal, saisi de la seconde poursuite, n'a jamais à tenir compte des solutions données par le juge de la première. En seconde lieu, certains auteurs considèrent plusieurs infractions comme un tout (un fait unique), quand il y a intention unique. Donc, ils affirment que le faux et l'escroquerie sont des faits indivisibles et que les faits indivisibles, au point de vue de la chose jugée comme de la maxime *non bis in idem*, doivent être traités à l'instar d'un fait unique. Mais, cette idée d'indivisibilité fait long feu dans la doctrine objective qui demeure en France la doctrine dominante. En dernier lieu, il s'agit de la relation entre l'autorité de la chose jugée et la pluralité d'infractions. En particulier, on doit distinguer les infractions permanentes des délits successifs pour l'application de *non bis in idem* (Tit. III, Chap. II).

Or, F. Hélie et quelques autres ont soutenu que la chose jugée, lors de la première poursuite, contre un coauteur ou complice, ne serait pas opposable aux prévenus jugés ensuite, mais que, à l'inverse, ce qui a été décidé en faveur du premier, profiterait aux autres, du moins quand la décision favorable s'est appuyée sur un élément objectif. Aujourd'hui, cependant, la vue plus générale est que chacune des poursuites est indépendante des autres, et ce qui a été jugé concernant l'un des participants ne peut être invoqué dans l'instance suivante (Tit. III, Chap. III).

Au Japon, c'est par G. Boissonade que la réception des droits français a été faite à l'époque de Meiji. Il a rédigé le Code de Procédure criminelle (*chizai-hô*) conformément au CIC français, et celui-ci était le premier code occidental au Japon. Bien que ce Code n'ait pas comporté les articles de non bis in idem comme le CIC, on peut reconnaître une grande influence du CIC dans la doctrine de S. Inoue (par exemple), en particulier, quant à la théorie de la chose jugée (Tit. IV, Chap. I).

La nouvelle Constitution de 1946 du Japon, qui entre en application le 3 mai 1947, introduit une grande garantie constitutionnelle contre le "double jeopardy" (péril double) (article 39). Bien que en effet Mac-Arthur (GHQ) se soit occupé de très près de la codification de la Constitution, cette stipulation, à mon avis, répond aux souhaits universels du monde qui aspire aux droits fondamentaux de la personne humaine (Tit. IV, Chap. II).

Mais, au début, les jurisconsultes (juges, procureurs) ont soutenu des doctrines réduisant le droit de l'article 39 (non bis in idem) en vue de sauvegarder l'ordre public efficacement (Tit. IV, Chap. III).

(à suivre)