



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一時不再理の効力と既判力（拘束力）について（1） —コラテラル・エストoppel（collateral estoppel）を参考にして—
Author(s)	高倉, 新喜; TAKAKURA, Shinki
Citation	北大法学論集, 51(1), 1-54
Issue Date	2000-06-21
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15000
Type	departmental bulletin paper
File Information	51(1)_p1-54.pdf



一事不再理の効力と既判力（拘束力）について（二）

——コラテラル・エストツペル（collateral estoppel）を参考にして——

高倉新喜

目次

- 一、問題の所在
- 二、アメリカにおけるレス・ジュディカタ（res judicata）
 1. レス・ジュディカタの政策的理論的根拠

2. レス・ジュディカータの意味
 3. レス・ジュディカータの機能
 4. レス・ジュディカータの要件
 5. レス・ジュディカータの効果
 - (一) 原告勝訴の判決の場合—混同効 (merger) —
 - (二) 被告勝訴の判決の場合—遮断効 (bar) —
 6. 小括
 - 三. アメリカにおけるダブル・ジェパディ (double jeopardy)
 1. ダブル・ジェパディの沿革
 2. ダブル・ジェパディの理念
 3. ダブル・ジェパディの機能
 4. ダブル・ジェパディの効力発生要件
 5. 合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパディ条項の「同一の犯罪 (same offence)」の解釈
 - (一) ヴァンダーコウム判決 (再訴型) (The King v. Vandercomb & Abbott, 168 Eng. Rep. 455 (1796))
 - (二) モーリー判決 (再訴型) (Morey v. Commonwealth, 108 Mass. (12 Browne) 433 (1871))
 - (三) ガヴィーレス判決 (再訴型) (Gavies v. United States, 220 U.S. 338 (1911))
 - (四) ブロックバーガー判決 (同一訴訟内二重処罰型) (Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932))
 6. ブロックバーガー・テストの欠点とその解決策
 7. 小括
 - 四. アメリカにおけるコラテラル・エストoppel (collateral estoppel)
 - 五. わが国におけるコラテラル・エストoppelの応用
 - 六. 結語
- (以上本号)

一、問題の所在

わが国の既判力（拘束力）の議論は、田口教授の論稿⁽¹⁾以来停滞気味であるように思える。筆者は、この既判力（拘束力）が一事不再理の効力論においてどのように理論上位置づけられるべきかを検討するものである。

旧法の確定力理論を集大成した団藤博士においては、一事不再理の効力は、実体的確定力の外部的効力であり、既判力と呼ばれた⁽²⁾。ところが、現行法になって訴因制度（刑法二五六条三項）が導入されたことやアメリカのダブル・ジエパデイ（double jeopardy）⁽³⁾に系譜をもつ憲法三九条が制定されたことと相俟って、平野博士と井上博士が、この一事不再理の効力を実体的確定力から切り離された⁽⁴⁾。そして、ついには田宮博士が、この一事不再理の効力を二重の危険理論として再構成された⁽⁵⁾。旧法においては、職権主義の訴訟構造のもと、背後の事件そのものが審判対象であったがゆえに、再訴も広範囲に渡って禁止された。すなわち、裁判所が実際に判断しなかった事項についても一事不再理の効力が及んだのである。しかし、それは、被告人が不意打ちの危険にさらされることの裏返しでもあった。ところが、前述のように、現行法になって訴因制度が導入されると、裁判所の審判対象の範囲が限定され、被告人は不意打ちの危険にさらされにくくなった。しかし、そうなると、裁判所の判断は訴因にしか及ばないことになり、一事不再理の効力が、旧法のとさのように、裁判所が実際に判断しなかった事項についても及ぶことを説明することができなくなった。訴因制度が導入されたことによって、審判の範囲と一事不再理の効力の範囲がぐいちがつてきたのである。しかし、だからといって一事不再理の効力の客観的範囲が厳格に訴因に限定されるようになったわけではない。依然として、旧法のとさと同様に、再訴は広範囲にわたって禁止されると考えられたのである。それゆえ、審判の範囲と一事不再理の効力の客観的範囲とのぐいちがいが許容される理由を説明する必要が出てきた。かかるぐいちがいを説明するために、一事不再

理の効力は実体的確定力としての既判力から切り離されて、人権論として再構成されたのである。その後、一事不再理の効力とりわけその客観的範囲については、白取教授の論稿をはじめとして多くの理論的蓄積が積まれた⁽⁶⁾。しかし、その一方で、一事不再理の効力から切り離されてしまった既判力（拘束力）についての議論は停滞気味であったように思える。

一事不再理の効力の客観的範囲について、田宮博士は、検察官が公訴事実を同一にする範囲内でも訴因変更をして訴訟対象を新しく構成して出直しをすることができるところを根拠に（刑訴法三二二条一項）、一事不再理の効力は、審判の範囲たる訴因でなく公訴事実の同一性の認められる全体に及ぶとされる⁽⁷⁾。一事不再理の効力の及ぶ範囲としての「公訴事実の同一性」と訴因変更の限界としての「公訴事実の同一性」（刑訴法三二二条一項）とは同一であると考え⁽⁸⁾るである。すなわち、一事不再理の効力は、被告人の有罪又は無罪が確定した後、訴因変更を画する公訴事実の同一性の範囲で再訴を禁止すると考えるのである。

訴因制度は、不告不理の原則（裁判所は一方の当事者が持ち出して主張し審判を求める事実についてのみ審理判決できる原則）を具体化している。一事不再理の効力の客観的範囲を嚴格に訴因に限定することは、不告不理の原則から考えれば筋が通っている。しかし、刑事訴訟の場合、被告人を国家訴追権限の濫用から保護するという憲法三九条の要請もあるてまえ、結論の妥当性から考えてもそのように簡単には割り切れないものがある。それゆえ、刑事訴訟では、憲法三九条の理念を実現するべく、審判対象を超えて一事不再理の効力を及ぼす必要が出てくるのである。だからこそ、検察官が公訴事実を同一にする範囲内でいつでも訴因を変更できるから、被告人はその範囲で刑罰^{II}訴追の危険に置かれていと説明されるのである。

しかしながら、検察官にとって訴因の変更が法律上も事実上も不可能であった場合はどうなるのであろうか。例えば、

科刑上一罪の一部が告訴のない親告罪であるため、非親告罪についてしか確定有罪判決を得ることができなかったが、その後になって告訴を得たので親告罪についてあらためて訴追できるかという問題である。もう一つは、傷害罪として確定有罪判決を得たが、その後になって被害者がその傷害が原因で死亡した場合に、傷害致死罪としてあらためて訴追できるかという問題である。通説においては、かかる両方の場合において再訴は禁止されることになっている。⁽⁹⁾しかし、公訴事実の同一性の範囲内であるため検察官がいつでも訴因を変更することが可能であったにもかかわらず、あえてそれをしなかったというのならいざ知らず、これらの場合のように訴因の変更が全く不可能なときにまで「公訴事実の同一性があるのだ」といって再訴を禁止してしまうのは、論理的な整合性から考えても疑問であるし、行き過ぎの観がぬぐえない。⁽¹⁰⁾また、不告不理の原則があまりにも度外視されているようにも思える。筆者はこの点にわが国の二重の危険理論の限界を感じざるを得ない。これらの場合にも再訴を禁止していくためには、二重の危険理論に「何か」が必要であると思うのである。

これまで一事不再理の効力が華やかに議論される中で、既判力（拘束力）論に一石を投じたのが田口教授であった。従来、実体裁判の既判力（拘束力）なるものは、一事不再理の効力が働くため、同一事件に対する再訴ははじめから禁止されるから、理論上の意味しかないと考えられていた。これに対して、田口教授は、被告人の法的安定性の見地から実体裁判の拘束力を論じる実益を見出された。⁽¹¹⁾平野博士も実体裁判の拘束力を考えられたが、この拘束力を被告人の利益にも不利益にも全面的に肯定された。これに対して、田口教授は、団藤理論における内容的確定力を確認効とされ、この確認効と拘束力とを切り離された。⁽¹⁴⁾そして、被告人の法的安定性の見地から英米法のコラテラル・エストoppel（collateral estoppel）を手掛かりとして、拘束力を検察官の矛盾行為を禁止する禁反言とされた。⁽¹⁵⁾田口教授は、既判力（拘束力）を被告人のために片面的に構成していく途を開かれたのである。筆者は、教授の拘束力理論には、一事不再

理の効力が政策論に走りすぎる危険に対して不告不理の原則から反省を促す意義もあつたと考える。拘束力の及ぶ事項は、裁判の理由中の判断事項で、本文と直接関係するしないしは本文に必要な理由部分であり、かつ、判断が明示されている事項であり、再訴における檢察活動はかかる拘束力によつて制限されるからである。

筆者は、田口教授が拘束力を被告人のために片面的に理論構成する途を開かれたことを高く評価するものである。ただ、教授が、判決の意思表示内容の確定それ自体の効力である確認効を拘束力の前提とされる点に疑問をもつ。確認効を前提とする限り、拘束力は被告人の利益にも不利益にも全面的に働くものではないのかという疑問をもつのである。また、裁判の効力である拘束力を檢察官に対する禁反言ととらえられる点についても、伝統的な既判力論からかけ離れすぎるのではないかという疑問をもつのである。教授が示唆を受けられた英米法のコラテラル・エストoppelは果たして禁反言であろうか。筆者は、既判力（拘束力）はあくまでも裁判の効力であり、既判力（拘束力）を被告人のために片面的に構成していこうとするならば、その根拠は一事不再理の効力に求めていくべきではないかという仮説をもつのである。

そこで筆者は、わが国と同じように訴因制度をとるアメリカ法のダブル・ジェパティ（double jeopardy）及びコラテラル・エストoppel（collateral estoppel）に理論的示唆を求める。アメリカ法のダブル・ジェパティはわが国の一事不再理の効力に相当するものであるが、その客観的範囲を画する基準としては、後述するブロックバスター・テスト（Blockbuster test）が通説的立場である。この基準は、前訴の訴因（count）と再訴の訴因の根拠である法律規定の要素（element）どうしを比較するものである。それゆえ、アメリカ法のダブル・ジェパティは、わが国の一事不再理の効力よりもその客観的範囲が狭いので、本当は一度の訴追で事件を解決できるにもかかわらず、檢察官の恣意によつて被告人が同一事件について何度も刑事訴追されてしまう危険性がある。再訴遮断の範囲の広狭について、アメリカ法とわ

が国とでは決定的な差異がある。わが国の一事不再理の効力の理論は、広範囲に渡って被告人を再訴から保護することができ、憲法上の要請から妥当な結論を導くという点では優れているが、その客観的範囲が訴因変更の可能性を画する公訴事実の同一性であるということとの論理的整合性や、不告不理の原則がないがしろにされる危険性もひめている。一方、アメリカのダブル・ジェパディはその客観的範囲の基準の明確性という点でも優れているし、不告不理の原則を徹底して理論的に筋の通った原理を確立できる一方、被告人が再訴から保護される範囲が狭くなり妥当な結論を得られないことがありうるという点で、ダブル・ジェパディの自由権の側面が十分に実現されない危険性をひめている。このような状況の中で、近年のアメリカでは、被告人保護の点でのダブル・ジェパディの不足を補うために、「コラテラル・エストoppel (collateral estoppel)」概念をダブル・ジェパディに取り込んで⁽¹⁷⁾いる。従来のダブル・ジェパディの原理の中にコラテラル・エストoppelという異分子が取り込まれたわけであるが、それでも不告不理の原則とは整合性が保たれている。筆者はこれを手掛かりにわが国の既判力（拘束力）の理論的位置づけの再構成をしようと思う。アメリカにおけるコラテラル・エストoppelは、憲法上の被告人保護の不足を補う役割を果たしたが、これに対して、わが国においてこの原理を考える意味は、既判力（拘束力）の理論的位置づけを再検討するとともに、より不告不理の原則と調和した一事不再理の効力の理論を確立することにある。

註

- (1) 田口守一「刑事裁判の拘束力」(成文堂・一九八〇年)【以下田口・頁数で表示】。
- (2) 団藤重光「刑事訴訟法綱要」(弘文堂書房・一九四三年)四七八―八〇頁。
- (3) いわゆる二重の危険禁止の法理である。筆者は「ダブル・ジェパディ」という用語を、わが国の二重の危険禁止の法理

と區別する意味で使う。本稿において筆者が「ダブル・ジェバデイ」というとき、英米法における二重の危険禁止の法理を念頭においている。

(4) 平野龍一「刑事訴訟法」(有斐閣・一九五八年)三二頁、二八一―八二二頁【以下平野・頁数で表示】、井上正治「確定判決の効力」『刑事法講座六卷』(有斐閣・一九五四年)一二四〇頁。

(5) 田宮裕「刑事訴訟における一事不再理の効力」『法学協会雑誌』七五卷三号(一九五八年)六四頁、七五卷四号(一九五八年)三三頁、七六卷一号(一九五九年)一七頁【同】「一事不再理の原則」(有斐閣・一九七八年)【以下田宮・頁数で表示】所収。特に田宮・八〇―八二頁参照。

(6) 例えば、井上正治「刑事訴訟法における既判力について」(一)『法政研究』一六卷一―二号(一九四八年)一頁、団藤重光「憲法第三九条と『二重の危険』」『法曹時報』一卷二号(一九四九年)三三頁、高田卓爾「一事不再理と二重の危険」団藤重光編『法律学演習講座刑事訴訟法』(青林書院新社・一九五三年)三三九頁、伊達秋雄「一事不再理の効力」『若松裁判官還暦記念・訴訟と裁判』(有斐閣・一九五六年)七五五頁、青柳文雄「刑事既判力の客観的範囲」『若松裁判官還暦記念・訴訟と裁判』(有斐閣・一九五六年)七三三頁【同】「犯罪と証明」(有斐閣・一九七二年)所収、高田卓爾「既判力の範囲」『法学セミナー』三六号(一九五九年)四四頁、山中俊夫「刑事確定判決と既判力」『同志社法学』一四卷一号(一九六二年)六七頁、宮崎澄夫「判決の確定力」日本刑法学会編『刑事訴訟法演習』(有斐閣・一九六二年)一六三頁、山中俊夫『Double Jeopardy』とその諸問題(一)(二)『同志社法学』一四卷四号(一九六二年)一一頁、一四卷六号(一九六三年)九九頁、同「既判力」憲法研究所「最高裁判所にかんする研究」(法律文化社・一九六三年)八八頁、中武靖夫「既判力」『別冊ジュリスト・法学教室』第一期V六号(一九六三年)六一頁、鴨良弼「確定裁判の効力」『刑事訴訟法講座3』(有斐閣・一九六四年)二七頁、宮崎澄夫「裁判の形式的確定と実質的確定」判例時報編集部編『刑事訴訟法基本問題46講』(一粒社・一九六五年)三九五頁、石川才頭「既判力」鴨良弼編『法学演習講座刑事訴訟法』(法学書院・一九七二年)四四五頁、能勢弘之「一事不再理の原則」高田卓爾、田宮裕編『演習刑事訴訟法』(青林書院新社・一九七二年)四〇四頁、白井駿「一事不再理の効力」『別冊ジュリスト・法学教室』第二期V七号(一九七五年)八〇頁、西本晃章「既判力」熊谷弘他編『公判法大系Ⅲ』(日本評論社・一九七五年)三三七頁、青柳文雄「刑事裁判の確定力」『法学研究』四八卷一号(一九七五年)一頁【同】「刑事裁判と国民性(理論編)」(慶應通信・一九七六年)所収、土本武司「訴因

の拘束力と既判力の範囲」『司法研修所論集』五五号（一九七五年）四一頁、高田昭正「一事不再理の客観的範囲——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、二三卷二号（一九七六年）六八頁「同」刑事訴訟の構造と救済（成文堂・一九九四年）所収、築間正泰「一事不再理の客観的範囲についての一考察」『法学研究』四九卷一号（一九七六年）一八一頁、同「一事不再理の客観的範囲に関する諸問題」『政経論叢（広島大学政経学会）』二六卷五号（一九七七年）二三五頁、角谷三千夫「確定裁判の効力」平野龍一・松尾浩也編『実例法学全集刑事訴訟法（新版）』（青林書院新社・一九七七年）四五九頁、安富潔「西ドイツ刑事訴訟法における一事不再理の効力の客観的範囲について」『法学研究』五一卷九号（一九七八年）七五頁、松岡正章「既判力の理論」『別冊判例タイムズ七号・刑事訴訟法の理論と実務』（一九八〇年）二二二頁、渥美東洋「いわゆる余罪と二重危険禁止の原則」『比較法雑誌』一七卷四号（一九八四年）一頁「同」刑事訴訟における自由と正義（有斐閣・一九九四年）以下渥美・頁数で表示「所収」、田宮裕「既判力・再論」『法学』四七卷五号（一九八四年）一九二頁「同」『日本の刑事訴訟』（有斐閣・一九九八年）所収、能勢弘之「一事不再理の原則」高田卓爾・田宮裕編『演習刑事訴訟法』（青林書院新社・一九八四年）四一六頁、白取祐司「一事不再理の研究」（日本評論社・一九八六年）、木谷明・野島秀夫「常習一罪等に関する既判力（一事不再理効）の時間的限界及び二重起訴の成否について」『判例タイムズ』六二七号（一九八七年）一五頁、筑間正泰「一事件一裁判の原則」『広島法学』一四卷四号（一九九一年）九三頁、中野目善則「二重危険の原理——罪数と二重危険禁止条項の「関係」を中心に」『刑法雑誌』三三卷四号（一九九一年）一三頁、同「合衆国憲法第五修正の二重危険禁止条項に関する最近の動向——再訴遮断の範囲をめぐって——」『法学新報』一〇三卷一〇号（一九九七年）三七頁等。

(7) 田宮・一二五頁。その他、小野清一郎他編『刑事訴訟法ポケット注釈全書（3）』（有斐閣・一九六六年）七九三頁、平場安治他『注解刑事訴訟法 中巻（全訂新版）』（青林書院・一九八二年）八七三頁「中武靖夫執筆部分」以下注解刑事訴中・頁数で表示、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』（弘文堂・一九九六年）七五五頁、藤永幸治編『大コンメンタール刑事訴訟法 五巻Ⅱ』（青林書院・一九九八年）二二〇頁「田口守一執筆部分」以下大コンメ五巻Ⅱ・頁数で表示「参照。これに対しては、一事不再理の効力の客観的範囲について公訴事実の同一性を基準としない見解もある。青柳文雄「五訂刑事訴訟法通論下巻」（立花書房・一九七五年）四八九頁、青柳文雄他編『註釈刑事訴訟法三巻』（立花書房・一九七八年）四九六頁「柴田孝夫執筆部分」以下註釈刑訴三巻・頁数で表示「参照。

- (8) 田宮裕編『刑事訴訟法Ⅰ』(有斐閣・一九七五年)五九六頁「田宮執筆部分」。
- (9) 平野・二八三頁、高田卓爾『刑事訴訟法「二訂版」』(青林書院新社・一九八四年)三〇〇頁。
- (10) 注解刑訴中・八七四頁「中武執筆部分」、註釈刑訴三卷・四九六頁「柴田執筆部分」参照。
- (11) 田口守一『刑事訴訟法「第二版」』(弘文堂・二〇〇〇年)三六一―六二頁、田宮裕編『新版ホーンブック刑事訴訟法』(北樹出版・一九九五年)二七三頁「田口執筆部分」、田口・一九三―三三〇頁。また、大コンメ五卷Ⅱ・二二三―一五頁「田口執筆部分」参照。
- (12) 平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』(日本評論社・一九六四年)一六四頁。
- (13) 田口・二四三頁。
- (14) 同右・二二―一―一二頁。
- (15) 同右・二七四―七五頁。その他、光藤景皎『口述刑事訴訟法中』(成文堂・一九九二年)二九〇頁参照。
- (16) 田口・前掲『刑事訴訟法「第二版」』三五九頁。
- (17) 田宮裕『刑事訴訟法「新版」』(有斐閣・一九九六年)四五六頁註二、田宮・一九七―二〇二頁、田口・一九九―二一〇頁、渥美・三三三―四〇頁参照。

二. アメリカにおけるレス・ジュディカタ (res judicata)

ダブル・ジェパティ (double jeopardy) とコラテラル・エストoppel (collateral estoppel) を議論するためには、その原形となる民訴法のレス・ジュディカタ (res judicata) を把握しておかなければならない。⁽¹⁾ 終局判決の後訴に対する効力は、一まとめにしてレス・ジュディカタと呼ばれることがある。⁽²⁾ レス・ジュディカタは、「既判力」と訳されるのが一般的である。「判決された事項」ということである。

1. レス・ジュディカータの政策的理論的根拠

前訴の判決が終結する必要性は、どこの法制度においても認識されている。司法判断(judicial determination)が同じ訴訟当事者の間で終局的であるべきことは、あらゆる法制度において望ましいことである⁽³⁾。訴訟は法律問題に正しい結論を導くことを旨としながらも、どこかで終局的にする必要がある。レス・ジュディカータはかかる政策的配慮から正当化されるのである⁽⁴⁾。しかしながら、前訴の判決に絶対的な終局性を与えることは、前訴において訴訟当事者に必要以上の慎重さを要求するし、誤った判断を永続させ、裁判所の柔軟さを妨げる危険性ももっている。レス・ジュディカータを考えると、これらの利益の衡量をはからなければならない⁽⁵⁾。レス・ジュディカータは、誤判(erro)を永続させる可能性をいつももっている。この原理は、正確な認定と同様に誤った認定にも作用し、その認定が基づいている根拠を再度審査することを禁止する。しかし、この可能性は、裁判の終局性によって得られる恩恵(Benefit)に対して社会が払う代償である。

レス・ジュディカータは、判決の終局性(finality of judgments)を維持するものである⁽⁶⁾。レス・ジュディカータは、訴訟(judicial action)への信頼を助長するものであり、訴訟当事者の不安や出費を取り除き、司法制度の無駄遣いや矛盾した結論の可能性を防止するのに役立つ⁽⁷⁾。再度の訴訟によって訴訟当事者と司法制度に負担をかけることは、前訴の誤った判断を維持することによって不正義を起こす可能性よりも重大であると言ふ信念に基づいている⁽⁸⁾。レス・ジュディカータにおいて、最も頻繁に言及されるポリシーは、ラテン語の格言に出てくる。“Interest reipublicae ut sit finis litium”（訴訟が終結することは、国家にとって重要である）と“nemo debet bis vexari pro eadem causa”（何人も同一事実について再度煩わされることはない）である⁽⁹⁾。これら二つは重なり合うが、同じではない。前者は、訴訟を終わらせる

社会的利益を強調する。レス・ジュディカータは、公共政策のルールであつて、一般的な平穩を維持し、確實性 (certainty) を促進し、裁判所の時間を節約するために、訴訟当事者に課せられるものである。⁽¹¹⁾ そもそも訴訟を繰り返すことは国家の財源 (public fund) の浪費につながるし、ただでさえ多くの事件で混み合っている裁判所の貴重な時間を浪費させることにもつながる。⁽¹²⁾ 更には、他の人が訴訟を起こして判決を下してもらう機会を遅らせることにもなる。⁽¹³⁾ 後者は、個々の訴訟当事者に訴訟が重複して行われることの苦難 (hardship) が強調される。⁽¹⁴⁾ 訴訟を繰り返すことは、財政、時間、個々の訴訟当事者の活力 (energy) を消耗させる。⁽¹⁵⁾ 訴訟の終局性が確保されなければ、勝訴した者はその判断を信頼することができず、自分の行為を安心して継続することも人生設計を安心してたてることもままならないし、常に前訴とは反対の判決が下された場合のことを考えていなければならなくなる。⁽¹⁶⁾ 個々の訴訟当事者がうける恩恵を保護しようとするのである。⁽¹⁷⁾ しかし、訴訟の繰り返しによる困惑 (annoyance) からの保護は、個々の訴訟当事者に与えられるものであるが、結局のところ、前者のルールの付随事項 (incident) に過ぎない。⁽¹⁸⁾ すなわち、社会にとつての最善の利益は、訴訟が終わらされることである⁽¹⁹⁾と考えるのである。この考え方は、ペンシルバニア州の初期の判例である一八三三年のマーシュ判決において説明されている。

「*nemo debet bis vexari, si constet curiae quod sit pro una et eadem causa* [もしも裁判所によつて同一事実が確定されているならば、何人もその同一事実について再度煩わされることはない] という格言は、訴訟当事者がうける恩恵を保護するために確立されたものであるが、訴訟当事者はこれを放棄 (waive) することができる。彼自身に関する限り、彼がこれを放棄することに対して何の合理的な異議をとなえることもできない。しかし、共同体 (community) も、社会の平穩を維持する必要から、この問題について同じ利益と関心をもっている。この平穩は、復讐心や訴訟好きを満足させ

るべく、個々の訴訟当事者の意思や道楽によつて混乱させられるべきではない。…さまなければ、コモンローと同じ程度に古い *expediti reipublicae ut sui finis litium* 「訴訟が終結することは国家にとつて重要である」という格言は、無視されることにならう。⁽²⁰⁾」

裁判所の時間の節約は、レス・ジュディカータによつてもたらされる恩恵の一つである。⁽²¹⁾この特徴は、ただでさえ仕事が集積されている裁判所に更に仕事が増えらるる現代では、更に重要になってくる。しかし、レス・ジュディカータにおいてもっと重要なことは、人間関係の確実性（*certainty in the relations of men*）を創造することによつて共同体の平穩（*peace and quiet*）を促進することである。⁽²²⁾言うなれば、ある種の法的安定性を要求しているのである。これらの核心には、終局判決の終局性の維持がある。

2. レス・ジュディカータの意味

レス・ジュディカータという用語は、前訴の判決（*judgment*）が後訴に対して拘束力（*binding effect*）をもつすべての場合を意味する。⁽²³⁾レス・ジュディカータは混同効（*merger*）、遮断効（*bar*）、コラテラル・エストoppel（*collateral estoppel*）、ダイレクト・エストoppel（*direct estoppel*）の四つの意味を持っている。⁽²⁴⁾

⁽²⁵⁾混同効や遮断効という用語は、同じ訴訟当事者間で同一の訴訟原因（*cause of action*）がかかわってくるときに使われる。⁽²⁶⁾訴訟当事者が以前に司法判断を下された訴訟原因を再度訴訟で争うことを禁止して、同一の訴訟原因に基づく新しい訴訟を完全に禁止する機能をもつ。⁽²⁶⁾この場合、訴訟原因が同一であるか否かが重要なのであって、どの争点が訴訟上

争われたか又は争うことが可能であつたかは重要ではない。⁽²⁷⁾ 原告勝訴の場合、原告の訴訟原因はその判決に混同される。被告勝訴の場合、原告の訴訟原因は被告勝訴判決によつて禁止される。このことは、前訴において検討された事項又は検討されるべきであつた事項は後訴の根拠にはなり得ないことを意味する。例えば、金銭による財産回復を目的とした人的訴訟において、原告勝訴の有効で終局的な判決が下された場合、その訴訟原因は消滅 (extinguish) させられ、原告勝訴判決に混同される。そして、その判決に基づく新たな訴訟原因が創り出される。その判決は、同じ訴訟当事者間において終局的である。金銭の支払いを命じる有効で終局的な原告勝訴の判決が下されれば、その請求 (claim) はその原告勝訴判決に混同される。一方、その判決が実体的事項 (merits)⁽²⁸⁾ に基づく被告勝訴判決の場合、訴訟原因は消滅させられる。実体的事項に基づく有効で終局的な被告勝訴判決が下された場合、その判決は、同一の請求に基づく後訴に対する遮断効として働く。

コラテラル・エストoppel (collateral estoppel)⁽²⁹⁾ は、異なる訴訟原因に基づく後訴において、前訴で既に判断されてしまつた争点 (issue) が再度争われようとしている場合に適用される。⁽³⁰⁾ 前訴において実際に訴訟上争われて判断を下された事項 (matter actually litigated and determined) について前訴の判決がもっている拘束力が、前訴とは異なる訴訟原因に基づく同じ訴訟当事者間での後訴に及ぶことを意味する。コラテラル (collateral) という用語は、たとえ争点のすべて又は幾つかが同一であろうとも前訴と後訴での訴訟原因が異なることを強調することを意図している。⁽³¹⁾ 前訴の判決が原告勝訴であろうが被告勝訴であろうが、その判決は、同じ訴訟当事者間での異なる訴訟原因に基づく後訴において、前訴で実際に訴訟上争われて判断を下された争点について終局的である。例えば、A が、約束手形において満期になつている利息の支払いを求めて、B に訴えを起こしたとする。A は、その約束手形がBによつて振り出されたものであり、A に支払われるべきであると主張した。Bはその約束手形を振り出したことを否定した。Bがその約束手形を振り出し

たか否かの争点について口頭弁論が開かれた後、Bに有利な評決があり、B勝訴の判決が下された。その後Aは、その約束手形の利息のうちの第二の分割払の部分の支払いを求めてBに訴えを起こしてきた。この場合、前訴の判決は後訴への抗弁になり得る。コラテラル・エストoppelについては、後で詳細に述べる。

ダイレクト・エストoppel (direct estoppel) は、判決が実体的事項について下されなかったため、混同効や遮断効が適用できず、同一の訴訟原因に基づく後訴が許容される場合に適用される。被告勝訴の判決が実体的事項に基づいていないならば、原告は同一の訴訟原因に基づく訴訟を再度維持することを妨げられない。しかし、ある争点が実際に訴訟上争われて判断を下されたならば、その判断は、同じ訴訟当事者間での同一の訴訟原因に基づく後訴が許容されようとも、終局的である。例えば、訴状に瑕疵があったという理由で被告勝訴の判決が下されても、原告は同一の訴訟原因に基づく再訴をできるが、前訴の訴状の瑕疵の問題を再び蒸し返すことは禁止される。すなわち、実際に訴訟上争われて判断を下された事項についての拘束力が、同じ訴訟当事者間での同一の訴訟原因に基づく後訴に適用されるのである。

前述のようにレス・ジュディカタは混同効と遮断効とコラテラル・エストoppelとダイレクト・エストoppelを包括するのが一般的であるけれども、本稿において筆者は、「レス・ジュディカタ」という言葉を混同効と遮断効の意味で使う。前述のように、混同効及び遮断効とコラテラル・エストoppelとは機能を異にするのだから、これらをレス・ジュディカタという概念で一くくりにすることには抵抗を感じるからである。筆者は本稿においてコラテラル・エストoppelに特に焦点をあてる関係上、これを機能の異なる混同効及び遮断効と一緒にするわけにはいかない。コラテラル・エストoppelは刑法において「レス・ジュディカタ」として言及されることがしばしばであるが、民法においては、機能の点でコラテラル・エストoppelとレス・ジュディカタは異なる機能を持つのである。⁽³³⁾ 民法では、コラテラル・エストoppelは前訴と後訴で訴訟原因が異なる場合に用いられ、レス・ジュディカタは前訴と後訴で訴

訟原因が同一の場合に用いられるのである。⁽³⁴⁾それゆえ、筆者のような概念整理も許されると考える。

3. レス・ジュディカータの機能

レス・ジュディカータと差戻し判決の拘束力 (law of the case) とは、似て非なるものである。⁽³⁵⁾上訴審は、同一の事件での再度の上訴においても、前の差戻し判決で自ら下した法律判断 (rulings of law) に拘束される。この点ではレス・ジュディカータに類似している。レス・ジュディカータにしても、差戻し判決の拘束力にしても、同じ訴訟当事者間の終局的な判断を維持することを主な目的としている。しかし、差戻し判決の拘束力は、同一の事件での法律判断に限定される。これに対して、レス・ジュディカータは後訴までもを拘束するのである。

レス・ジュディカータと救済方法の選択 (election of remedies) とは、似て非なるものである。⁽³⁶⁾救済方法の選択は、訴訟が繰り返されることを禁止するポリシーというよりはむしろ、訴訟当事者の立場が一貫しないことは望ましくないというポリシーに基づいている。訴訟当事者が自己矛盾した主張を繰り返すことを禁止することで司法手続の威厳を保つことが望ましいというポリシーに基づいている。例えば、単独の不法行為 (wrong) について二通りの救済策があり、そのうちの一つしか適用できないという状況において、一つを選択した原告は、後になってもう一つの救済策を根拠にして訴えを起こすことはできない。一つの救済方法に基づいて訴訟がなされた場合は、最初の訴訟が係属中にもう一つの救済方法に修正することが禁止される。しかし、最初の救済方法に基づいて訴訟が進行して終局判決に至った場合は、救済方法の選択の原理を持ち出しても意味が無い。なぜなら、混同効と遮断効が後訴を禁止するからである。レス・ジュディカータとは違って、この原理は、前訴が終結したか否かにかかわりなく、また、訴訟当事者の同一性にかかわりな

く適用される。実体的事項について終局判決がなされなかった場合でも、別個の訴訟においても一つの救済方法を選択することを禁止されるのである。救済方法の選択は、裁判所に対する禁反言というよりはむしろ、訴訟当事者に対する禁反言の性質をもっている。⁽³⁷⁾ それゆえ、被告がその選択を信頼したというのでないかぎり、また、被告に害を及ぼすというのでない限り、原告の選択に拘束力を見出そうとしない。これに対して、レス・ジュディカータは終局判決の効力であり、後訴の裁判所の矛盾判断を禁止する。

4. レス・ジュディカータの要件

レス・ジュディカータが適用されるためには、終局判決（final judgment）⁽³⁸⁾ がなければならぬ。判決を下した裁判所が、訴訟上争われている事項を判断するべく、更なる訴訟行為をすることが要求されているならば、その判決は終局判決とは言えない。その訴訟の処理（disposition）に必要不可欠の争点（法律問題も事実問題も含む）⁽³⁹⁾ が後の司法判断のために留保されていると言うならば、それは終局判決とは言えない。例えば、妨訴抗弁（demurrer）を支持するか却下するか（order）は、終局判決がその命令に基づいてなされることになるが、終局判決とは言えない。原告が損害賠償額を回復するべきであるという判決が下されても、その損害賠償額が後の裁判所や陪審によって評価されるべきものであれば、その判決は終局判決とはいえない。終局判決が下された場合は、上訴が可能になるのが普通である。普通は、上訴手続の要件として判決の終局性（finality）が要求されるが、これは、レス・ジュディカータが適用されるためには判決の終局性が要求されることと同じである。

実体的事項に基づかない終局判決というのもあり得るが、その場合は再訴が可能であることは言うまでもない。⁽³⁹⁾ 例え

論 説
ば、再訴可能な訴え却下 (nonsuit or dismissal without prejudice) はその例である。

終局判決でない場合は、後訴が前訴と同一の訴訟原因に基づいていようが異なる訴訟原因に基づいていようが、その判決は、同じ訴訟当事者間での後訴において終局的ではあり得ない。⁽⁴⁰⁾ その判決は混同効や遮断効として働くことはない。はたまた、その判決がコラテラル・エストoppelやダイレクト・エストoppelとして働くこともない。

レス・ジュディカタは、前訴の判決が下された後に後訴が行われる場合だけでなく、後訴の方が、前訴の判決が下される以前に始められている場合や、前訴そのものが始められる以前に後訴の方が始められている場合にも適用できる。⁽⁴¹⁾ 同一の訴訟原因を含んでいるか又は同一の争点を含んでいる二つの訴訟が、同じ訴訟当事者間で行われ、それらの両方が係属中であるという場合がある。この場合、どちらの訴訟が最初に始められたかは問題ではない。最初に終局判決を下した方が、もう片方の訴訟に対して終局的となる。⁽⁴²⁾ このことはコラテラル・エストoppelの場合にも言えることである。

5. レス・ジュディカタの効果

(一) 原告勝訴の判決の場合 — 混同効 (merger) —

原告が被告に訴えを起こし、金銭の支払いを命じる有効で終局的な原告勝訴の判決が下された場合、原告の訴訟原因は消滅させられ、その勝訴判決を前提とした新たな訴訟原因がとって代わる。⁽⁴³⁾ このような場合、原告の訴訟原因は勝訴判決に混同される。被告がその訴訟において抗弁 (defense) できたか否かは重要ではない。原告の勝訴判決の根拠も

重要ではない。

原告が、被告に金銭支払いを命じる有効で終局的な判決を勝ち取った場合、同一の訴訟原因は消滅させられ、勝訴判決に混同される。原告が同一の訴訟原因に基づいて訴訟を起こしてきても、被告は抗弁として前訴の原告勝訴判決を持ち出すことができる。⁽⁴⁴⁾例えば、Aは、Bが自動車の衝突事故において過失によって自分に傷害を与えたとして、Bに訴えを起こした。口頭弁論において、Aは、自分の身体への深刻な損害を証明することはできなかった。BはAに一万ドル支払うべき旨の判決が下された（前訴）。その後、Aの傷害は、前訴で見たときよりもっと深刻であるように思えてきた。しかし、Aが当該自動車衝突に基づく後訴をBに起こすことは、前訴の判決によって禁止されるのである。

原告が被告に対して有効で終局的な勝訴判決を勝ち取り、それによって一定額を支払われるべき場合は、その金額に応じた金銭債務が発生することになる。原告は、この勝訴判決を前提とした訴訟、例えば前訴の勝訴判決の強制執行（execution）の手続を維持できる。原告が前訴の勝訴判決を前提とした訴訟を起こしてきた場合、被告は前訴の判決に対してコラテラル・アタック（collateral attack）⁽⁴⁵⁾をすることはできない。前訴の判決が無効でない限り、たとえ被告が前訴において出廷しなかったとしても、前訴の判決を前提とした後訴は維持される。⁽⁴⁶⁾もちろん被告は、後訴において、前訴の判決が下された後に出てきた抗弁を持ち出してよい。⁽⁴⁷⁾

（二）被告勝訴の判決の場合——遮断効（bar）——

有効で終局的な被告勝訴判決が実体的事項について下されれば、原告は同一の訴訟原因に基づく訴訟を維持することはできない。被告勝訴の判決が実体的事項について下されれば、前訴の訴訟原因は消滅させられ、法的には存在しない

ものと判断される。それゆえ、原告は同一の訴訟原因に基づく訴訟を維持することはできない⁽⁴⁸⁾。たとえ前訴の被告勝訴判決に瑕疵があるとしても、原告は同一の訴訟原因に基づいて後訴を起こすことはできない。被告は前訴の勝訴判決を遮断効として信頼することができる。

しかし、以下のような例外的な場合がある。実体的事項に基づかない有効で終局的な被告勝訴判決が下された場合、原告は前訴の訴訟原因に基づく訴訟を維持してよい⁽⁴⁹⁾。但し、前訴の判決は、ダイレクト・エストップペルとして、前訴において実際に判断された事項について終局的である。被告の勝訴判決が実体法ではなく単に手続法にのみ基づいている場合、その判決は実体的事項に基づいていないとは言えない。例えば、被告に対する裁判権がないとか、その訴訟物に対する裁判権がないとか、原告の訴状に瑕疵があることに基づく被告勝訴判決などがそうである。

また、次のような例外的な場合もある。例えば、被告が二つの抗弁 (defense) をして、そのうちの一つが実体的事項に基づくものであり、もう一方が実体的事項に基づかないものである場合もあり得る。そして、被告勝訴の判決が下されたとする。その後、原告が、同一の訴訟原因に基づいて後訴をしてきた場合、被告は前訴の勝訴判決を遮断効として信頼することができるが、前訴の勝訴判決が実体的事項に基づいていることを証明する責任は被告が負う⁽⁵⁰⁾。その勝訴判決が実体的事項に基づく抗弁に基づいているか否かが明らかにならない場合は、原告は後訴を維持することを妨げられない⁽⁵¹⁾。また、被告勝訴の判決が二つの根拠に基づいており、それらの根拠の片方が実体的事項でもう一方が実体的事項ではない場合、どちらか一方だけでその判決を支える十分な根拠となるにもかかわらず、その判決が両方の理由に基づいている場合もあり得る。このような場合、同一の訴訟原因に基づく後訴が禁止されるのが普通である⁽⁵²⁾。しかしながら、被告に対する裁判権が存在しないことと、訴訟原因が何ら証明されていないことを理由として被告勝訴の判決が下された場合、後者の判断は明らかに無用である。その結果、被告に対する裁判権をもった裁判所での後訴は許容される⁽⁵³⁾。

また、第一審裁判所が、実体的事項とそうではない事項を理由として被告勝訴の判決を下し、上訴審が実体的事項ではない理由のみに基づいて原審を維持する場合がある。この場合、原告が同一の訴訟原因に基づく後訴をしてきても禁止⁽⁵⁴⁾されない。

更には、次のような例外的な場合がある。原告の証拠が、その訴状で主張されている訴訟原因と異なる訴訟原因を証明する場合がある。これは、訴状に記載されている事実と口頭弁論で証明された事実との不一致（*variance*）である。この場合、陪審が被告に有利な評決を下すならば、原告は、元々の訴状の中で述べられている訴訟原因に基づく後訴を維持することを禁止⁽⁵⁵⁾される。しかしながら、かかる不一致が存在する限り、前訴での証拠によって証明された訴訟原因に基づいて後訴を維持することは妨げられない⁽⁵⁶⁾。たとえ、前訴において訴状を修正できる可能性があったとしてもである。かかる不一致がそれほど重要ではない場合は、裁判所は被告に有利な評決を指示することはしない。

6. 小括

以上、レス・ジュディカータについて概観してきた。この原理は、終局判決の終局性を維持しようという考えがもとになっていた。レス・ジュディカータにはコラテラル・エストoppelが含まれるのが一般的であるが、両者はその機能において相違があった。後述するが、ダブル・ジェパディはレス・ジュディカータから派生した原理であり、前訴と後訴において訴訟原因が同一である場合（もつと正確に言えば、前訴と後訴において訴追されている犯罪が同一である場合）に後訴そのものを禁止する機能をもっている。コラテラル・エストoppelは、今でこそレス・ジュディカータという終局判決の効力の中で語られているが、実は、かつてはそうでなかった。筆者は、このコラテラル・エストoppelが

説 発展してレス・ジエディカータに取り込まれていった過程をたどること、コラテラル・エストップルのダブル・ジエ
 論 パデイに対する関係を検討するのであるが、その前に、ダブル・ジエパデイとは何か、その問題点は何かについて検討
 する必要がある。

註

- (1) アメリカのレス・ジエディカータはローマ法の「既判事項の抗弁 (*exceptio rei judicatae*)」に大変類似している (See Robert Von Moschzisker, *Res Judicata*, 38 YALE L.J. 299, 299 (1928))。レス・ジエディカータの沿革を説明したものとして、ALLAN D. VESTAL, *RES JUDICATA/PRECLUSION V-17 to V-28* (1969)。田口教授はレス・ジエディカータを既判事項と訳され (田口・一九四頁) 田宮博士は既判力を意味すると言われる (田宮・一九七頁)。
- (2) See *Developments in the Law Res Judicata*, 65 HARV. L. REV. 820, 820 (1952)。レス・ジエディカータの一般的な原則の説明として、AMERICAN LAW INSTITUTE, *RESTATEMENT OF THE LAW OF JUDGMENTS*, §§41-72 (1942) [hereinafter *RESTATEMENT*]; AMERICAN LAW INSTITUTE, *RESTATEMENT OF THE LAW JUDGMENTS 2D*, §§17-29 (1982) [hereinafter *RESTATEMENT 2D*]; CHARLES ALAN WRIGHT ET AL., *FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE*, §§4401-4426 (1981); 21 AM. JUR. 2D *Criminal Law* §§431-465 (1998)。
- (3) See *supra* note 2, 65 HARV. L. REV. at 820.
- (4) See Alan N. Polasky, *Collateral Estoppel-Effects of Prior Litigation*, 39 IOWA L. REV. 217, 219 (1954); Fleming James, Jr., *Consent Judgment as Collateral Estoppel*, 108 U. PA. L. REV. 176, 184 (1959)。
- (5) See *supra* note 2, 65 HARV. L. REV. at 820.
- (6) See James, *supra* note 4, 108 U. PA. L. REV. at 184.
- (7) See *supra* note 2, 65 HARV. L. REV. at 820.
- (8) See Austin Wakeman Scott, *Collateral Estoppel by Judgment*, 56 HARV. L. REV. 1, 1 (1942)。
- (9) See *id.*; Moschzisker, *supra* note 1, 38 YALE L.J. at 299.

- (10) See James, *supra* note 4, 108 U. PA. L. REV. at 184.
- (11) Moschzisker, *supra* note 1, 38 YALE L.J. at 315-16.
- (12) See Daniel K. Mayers & Fletcher L. Yarbrough, *Bis Vexari: New Trials and Successive Prosecutions*, 74 HARV. L. REV. 1, 31 (1960) (citing *Jacobson v. Miller*, 41 Mich. 90, 93 (1879) (opinion of Cooley, J.)).
- (13) See *id.* at 31-32.
- (14) See James, *supra* note 4, 108 U. PA. L. REV. at 184.
- (15) See Mayers & Yarbrough, *supra* note 12, 74 HARV. L. REV. at 31; *supra* note 2, 65 HARV. L. REV. at 827.
- (16) See Mayers & Yarbrough, *supra* note 12, 74 HARV. L. REV. at 31; *supra* note 2, 65 HARV. L. REV. at 827-28.
- (17) See Moschzisker, *supra* note 1, 38 YALE L.J. at 299.
- (18) See *id.*
- (19) See *id.*
- (20) *Marsh v. Pier*, 4 Rawle 273, 288 (Pa. 1833).
- (21) See Moschzisker, *supra* note 1, 38 YALE L.J. at 300.
- (22) See *id.*
- (23) See James, *supra* note 4, 108 U. PA. L. REV. at 176.
- (24) 訴訟原因の同一性及びその数について例を挙げて説明してあるものとして、Scott, *supra* note 8, 56 HARV. L. REV. at 22-26. 刑法で「同一の訴訟原因 (same cause of action)」に相当するものは「同一の犯罪 (same offence)」である (See Gene T. Stone, *Res Judicata in Criminal Cases*, 27 TEX. L. REV. 231, 232 (1948))°
- (25) See *supra* note 2, 65 HARV. L. REV. at 820 n.1.
- (26) See *Allen v. McCurry*, 449 U.S. 90, 95 (1980). See also Allan D. Vestal, *The Constitution and Preclusion-Res Judicata*, 62 MICH. L. REV. 33, 34 (1963).
- (27) See Scott, *supra* note 8, 56 HARV. L. REV. at 2.
- (28) 実体的事項とは、請求 (claim) 又は抗弁 (defense) が有効と認められる根拠、又は、これらが有効と認められるために

必ず立証されなければならない諸要素である。請求とは、実体法上の権利（例えば、金銭の支払請求権など）の主張であり、抗弁とは、なぜ原告の請求又はその根拠が無効であるかについて被告が申立てた理由である。実体的事項とは、実体法上の権利又は義務の成立に關係する事項であり、訴訟手続上の問題とは區別されなければならない。実体的事項とは、裁判所が訴訟を終局的に解決する上で実質的な審理をすべき事項であり、且つ実体裁判の理由の一部又は全部において考慮に入れなければならない事項である。

(29) この効力は、一九四二年のリストテイトメントにおいて「コラテラル・エスツップル」と命名された（*See* *RESTATEMENT, supra* note 2, §68, at 294）。コラテラル・エスツップルという用語が使われるようになったのはこれが最初であると言われている（*See* *Rollin M. Perkins, Collateral Estoppel in Criminal Cases*, 1960 U.ILL. L.F. 533, 539 n. 33）。田口教授は「副次的禁反言」と訳され（田口・一六六頁）、田宮博士は「付随的禁反言」と訳される（田宮・一九七頁）。本稿において筆者はあえて「コラテラル・エスツップル」という言葉を使う。「エスツップル」という言葉は禁反言と訳されるのが最も一般的であるが、果して「コラテラル・エスツップル」が禁反言であるかについては疑問を持つからである。

(30) *See* *Yates v. United States*, 354 U.S. 298, 335-36 (1957); *United States v. Munsingwear, Inc.*, 340 U.S. 36, 38 (1950); *Cromwell v. County of Sac*, 94 U.S. 351, 352-53 (1876).

(31) *See* *Scott, supra* note 8, 56 HARV. L. REV. at 3 & n.5.

(32) *See* *Mayers & Yarborough, supra* note 12, 74 HARV. L. REV. at 29 n.148.

(33) *See* *Paramar Corp. v. Paramount Pictures Theatres Corp.*, 347 U.S. 89, 100-01 (1954); *Cromwell v. County of Sac*, 94 U.S. 351, 352-53 (1876). *See also* *Allan D. Vestal, Extent of Claim Preclusion*, 54 IOWA L. REV. 1, 3-4 (1968). なお、かかる機能の相違を分析している文献として、吉村徳重「判決理由中の判断の拘束力—コラテラル・エスツップルの視点から」『法政研究』三三三卷三二六号（一九六七年）四六一—六三三頁参照。

(34) *See* *Notes and Comments, Twice in Jeopardy*, 75 YALE L. J. 262, 283 n.105 (1965).

(35) *See supra* note 2, 65 HARV. L. REV. at 822.

(36) *See id.* at 823.

(37) *See id.*

- (38) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §41 comment *a*, at 161; RESTATEMENT 2D, *supra* note 2, §13 comment *a*, at 132.
- (39) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §41 comment *b*, at 162.
- (40) See *id.* §42 comment *e*, at 164.
- (41) See *id.* §43 comment *a*, at 169; RESTATEMENT 2D, *supra* note 2, §14 comment *a*, at 142.
- (42) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §43 comment *a*, at 170; RESTATEMENT 2D, *supra* note 2, §14 comment *a*, at 142.
- (43) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §47 comment *a*, at 181; RESTATEMENT 2D, *supra* note 2, §18 comment *a*, at 152.
- (44) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §47 comment *b*, at 182; RESTATEMENT 2D, *supra* note 2, §18 comment *b*, at 152.
- (45) コラテラル・アタックとは、ある訴訟手続において、過去の別個の訴訟で下された判決の無効を主張することである。ダイレクト・アタック (direct attack) とは区別される。ダイレクト・アタックとは、判決が下された同一の訴訟手続において、その判決の無効を主張することである。その典例例は、上訴 (appeal) と再審理 (new trial) の申立である。
- (46) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §47 comment *e*, at 185-86; RESTATEMENT 2D, *supra* note 2, §18 comment *c*, at 154.
- (47) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §47 comment *e*, at 186; RESTATEMENT 2D, *supra* note 2, §18 comment *c*, at 154.
- (48) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §48 comment *a*, at 191; RESTATEMENT 2D, *supra* note 2, §19 comment *a*, at 161.
- (49) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §49 comment *a*, at 193-94; RESTATEMENT 2D, *supra* note 2, §19 comment *a*, at 161.
- (50) See RESTATEMENT, *supra* note 2, §49 comment *c*, at 196.
- (51) See *id.*
- (52) See *id.*
- (53) See *id.*
- (54) See *id.*
- (55) See *id.* §52 comment *e*, at 204.
- (56) See *id.*

三. アメリカにおけるダブル・ジェパディ (double jeopardy)

論

これからアメリカのダブル・ジェパディを検討していくわけであるが、ダブル・ジェパディも、裁判の終局性を維持するという基本的な考え方は、前述のレス・ジュディカータと同じである。ただ、相手が刑事訴訟になると、被告人を国家訴追権限の濫用から保護するという憲法上の要請がある。ダブル・ジェパディは、この要請を実現するべく、レス・ジュディカータを被告人保護の見地から構成し直したものと考えるだろう。しかし、この原理も、犯罪が複雑多様化している現代社会において、従来どおりの解釈のままだと被告人の保護に不十分であることが露呈されてきている。この不十分さが検察官の恣意的な分割起訴を容易にしている。この不十分さを補って検察官の恣意的な分割起訴を防止していくための解決策として、コンパルソリー・ジョインダー (compulsory joinder) やコラテラル・エストップ (collateral estoppel) が登場してくる。

1. ダブル・ジェパディの沿革

今日、ダブル・ジェパディは合衆国憲法第五修正⁽¹⁾に規定されている。曰く、「何人も同一の犯罪について再度生命又は身体の危険にさらされてはいけない (nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb)」と(以下これをダブル・ジェパディ条項と呼ぶ⁽²⁾)。しかし、ダブル・ジェパディの起源は不明確である。合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパディ条項は二〇〇年前の言葉によって書かれたものであり、その起草者たちは、更に以前のイギリス法の発展を見ていた。それゆえ、ダブル・ジェパディの沿革はイギリス法から始める必要がある⁽⁴⁾。

マグナカルタには、ダブル・ジェパディ条項に類似した規定も存在しないし、そのような意味合いの箇所も見当たらずなかつた。ダブル・ジェパディの起源と意味は多種多様であり微妙であつた。イギリス法において、ダブル・ジェパディが形成されていくきっかけとなつたのは、ヘンリー二世（Henry II）とベケット大司教（Archbishop Thomas Becket）との論争であつた。この論争は、教会裁判所（ecclesiastical court）で有罪になつた聖職者は国王の世俗裁判所（temporal court）で更に処罰されるか否かといふことであつた。ヘンリー二世は、一一六三年に、教会裁判所で既に無罪にされている聖職者を再度審理すべきことも主張していた。⁽⁵⁾一方、ベケット大司教の主な主張は、この聖職者を国王の世俗裁判所で更に処罰することが「何人も同一の犯罪について再度処罰されるべきではない（Nemo bis in idipsum）」といふ格言に違反するといふことだつた。一一七六年にヘンリー二世は譲歩したのである。この出来事は、ベケット大司教が掲げた格言が考慮に値するものであるといふ印象を国王の裁判官たちに与えることになつた。

このように、国王と聖職者との論争が、イギリスにダブル・ジェパディの思想が形成されていく基礎を築いたと考えられる。しかし、その発展過程は平坦なものではなかつた。ベケット大司教の主張が、以後イギリスにおいて貫かれたわけではない。例えば、聖職者を殺害した世俗人（layperson）が教会裁判所だけでなく世俗裁判所でも処罰された事件があつたが、このような場合、聖職者たちは「何人も同一の犯罪について再度処罰されるべきではない」といふ格言を主張しようとはしなかつた。この格言は人権思想に基づいて用いられたのではなく、聖職者の特権を保護するための道具にされていたことは明らかである。いわば国王と聖職者との代理戦争の道具であつた。

しかし、一七世紀の後半になると、ダブル・ジェパディの重要性がますます意識されるようになった。例えば、一六六〇年のリード判決において、王座裁判所（Court of Kings Bench）は、訴追者（私人を含む）は無罪判決の後に再審理を求める権利はないと判断した。⁽⁶⁾また、一六六八年のルーウィン判決とマーチャント判決においては、軽罪（mis-

tenement) について有罪判決が下された後の再審理を認めなかった。⁽⁷⁾ 更には、一六六四年のトーマス判決においては、被告人がウェールズにおいて謀殺について無罪にされた後にイングランドで再訴することが禁止されると判断された。⁽⁸⁾ ここに至って、ベケット大司教が持ち出した「何人も同一の犯罪について再度処罰されるべきではない」という格言は、国王と教会との権力構造の中でお互いの特権を保護するという視点ではなく、人権擁護の視点から解釈され始めたと言えるだろう。また、当時の議会が、厳格な刑事罰を多く規定する傾向にあったことも、ダブル・ジェパディの重要性が認識されるきっかけになった。犯罪規定の数や刑罰の厳格さが増すに連れて被告人の防御がより重要になってきたのである。⁽⁹⁾

アメリカの法律家に多大な影響を与えたのは、クック (Coke) とブラックストーン (Blackstone) である。彼らは、ダブル・ジェパディの概念を明確にして、その重要性を見出した。その中でも、ブラックストーンは、「前の無罪の抗弁 (plea of *autrefois acquit*) は普遍的な格言に基づいている。すなわち、何人も同一の犯罪 (same offence) について再度生命の危険に置かれない。」と述べている。⁽¹⁰⁾ 合衆国憲法が制定される一八世紀の後半にもなれば、ダブル・ジェパディは、前の無罪の抗弁、前の有罪の抗弁 (plea of *autrefois convict*)、前の私権剥奪の抗弁 (plea of *autrefois attain*) として認識されていた。⁽¹¹⁾

イギリスのコモンローでは、このような歴史を通して「何人も同一の犯罪について再度危険におかれることはない」という法格言が定着していった。⁽¹²⁾ 訴訟法的には、「前の無罪の抗弁」と「前の有罪の抗弁」として確立された。前者は、「何人も正式起訴 (indictment) またはその他の訴追に基づいて、当該犯罪につき裁判権を有する裁判所において一度正当に罪責なしとして放免されたときは、同一の犯罪について、後の訴追を禁止するようその放免を申し立てる」ことを意味する。⁽¹³⁾ 後者は、「同一の犯罪についての前訴の有罪宣告は、後訴の判決がいまだ下されていないときでも、また

おそらく将来にも下されないのであろうときでも後訴を禁止すべき有効な事由となる⁽¹⁴⁾」ことを意味する。一八九〇年のマイルズ判決においては、「刑事事件が、審問および判決につき裁判権を有する裁判所で判決された場合には、その判決は、無罪の形をとるものであれ有罪の形をとるものであれ、判決された事件について終局的なものであつて、同一の犯罪について、再訴を禁止するための抗弁権を与える⁽¹⁵⁾」と説明される。しかし、イギリスのダブル・ジェパデイが、国家の権限濫用の抑制や被告人の人権保護を明確に意識していたかは定かではない。単なる手続上の権利の域に止まつていた印象をぬぐえない。

このようなイギリスのダブル・ジェパデイは、一七世紀一八世紀をとおして、大西洋を渡つてニュー・イングランドに受け継がれ、そこから更に広がつていったのである。そして、一七九一年には合衆国憲法第五修正にダブル・ジェパデイ条項が明記されるにいたつたのである。ダブル・ジェパデイが国家と個人の対峙という明確な視点でとらえられるようになったのは、合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパデイ条項が制定されるようになってからである。

イギリスの長い歴史を通して、ダブル・ジェパデイは、紆余曲折を重ねながらも発展してきた。しかし、その傍ら、一〇〇年代からレス・ジュディカータも導入されていたわけであり⁽¹⁶⁾、ダブル・ジェパデイとレス・ジュディカータの間にはどうであつたかという疑問が出てくる⁽¹⁷⁾。イギリスにおいては、「何人も同一事実について再度煩わされることはない⁽¹⁸⁾」という格言は、民事訴訟ではレス・ジュディカータの抗弁の形をとり、刑事訴訟においては前の無罪の抗弁及び前の有罪の抗弁の形をとつたと言われる⁽¹⁸⁾。民事訴訟であるが、刑事訴訟であるが、これらの抗弁において重要なことは、前訴において判決が下されたという事実であつた⁽¹⁹⁾。すなわち、両者とも、基本的な考え方において、裁判の終局性（finality）を保護するという共通の目的をもっていたのである。ダブル・ジェパデイは、もともとはレス・ジュディカータの一形態であつたが、刑事訴訟における人権擁護の見地から構成し直した原理と言えらるう。ダブル・ジェパデイ

は、レス・ジュディカータのように訴訟事件の増大を意識するのではなく、むしろ被告人への弾圧や圧迫を意識してきたのである。⁽²¹⁾ 刑事訴訟においては、社会の平穩といったものよりもむしろ被告人の人権保護が強調されるようになり、かかる人権思想がレス・ジュディカータから派生してダブル・ジェパディとして発展したのである。

2. ダブル・ジェパディの理念

ダブル・ジェパディの基本理念は一九五七年のグリーン⁽²²⁾判決において明確に謳われている。

「あらゆる資源と権力を有する国家は、個人を同一の犯罪について有罪にしようと何度も試み、それによってその人を困惑、出費、苦痛にさらし、不安の中で生活することを強制して、無辜の者を有罪にする危険性を高めてはいけない。」⁽²³⁾

要するに、多くの財力をもっている国家が、財力の少ない個人を同一の犯罪について何度も有罪にしようと試みることはフェアではないという根本思想に基づく。一九九〇年のグレイディ判決でも指摘されているが、国家がかかることを試みれば、個人は疲弊し、ついには争いたくとも有罪の答弁をせざるを得ない窮地に追い込まれ、誤判の温床になる。⁽²⁴⁾ かかる根本思想は、裁判の終局性を維持して司法制度の能率を高める利益と再訴による困惑と出費を回避する被告人の利益が念頭に置かれている。ダブル・ジェパディも、祖国は民訴法のレス・ジュディカータであるが、アメリカの刑訴法では、強大な国家訴追権限と個人との対峙関係が顕著になったため、レス・ジュディカータの個人的利益の側面が強調されて、ダブル・ジェパディが派生したのである。刑訴法では、レス・ジュディカータの機能がダブル・ジェパディ

となつて現れるのである。合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパディ条項は、「前の無罪の抗弁」と「前の有罪の抗弁」を反映させたものであり、結局はレス・ジュディカータのように裁判の終局性を確保するためのものである。ただ、人権擁護の見地が強調されるのである。

合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパディ条項は一七九一年に制定されて今日に至っている。そして、一九六九年のベントン判決⁽²⁶⁾においては、第五修正のダブル・ジェパディ条項が「我々の憲法における根本的な理想」であり、第一四修正のデュープロス条項を通して州にも適用されるべきことが判示されて、憲法上の人権として不動の地位を得ている。しかも、ほとんどの州が第五修正のダブル・ジェパディ条項と類似した規定を州憲法の中にもっているのが現実である。

3. ダブル・ジェパディの機能

前述の合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパディ条項は一七九一年に制定されたものである。この第五修正のダブル・ジェパディ条項は、憲法上三つの機能をもつと考えられた。すなわち、一九六九年のピアス判決に示されているが、無罪判決の後の同一の犯罪に対する再訴（second prosecution）を禁止する機能、有罪判決の後の同一の犯罪に対する再訴を禁止する機能、同一の犯罪に対する二重処罰を禁止する機能である。ダブル・ジェパディは再訴を禁止することが主な機能である。⁽²⁹⁾

無罪判決の後の同一の犯罪に対する再訴の禁止は、前訴の無罪判決に不服のある検察官がその被告人に同一の犯罪について再訴することを禁止することを意味する。検察官が訴追を繰り返すことによって自らの弁論を研ぎ澄まし、有罪

判決を得るべく被告人に反感をもった陪審を探しつづけることができ、それによって被告人を疲弊させることができるならば、法律の遵守を拒否する陪審の権限 (nullification) に基づく無罪評決は無意味になる。無罪判決の後の再訴を禁止することによって、最初の陪審の評決に適切な終局性を与えることができる。陪審の無罪評決が、無辜であるという認定によるのか、証拠の採用についての誤った判断によるのか、陪審による酌量減輕 (leniency) や法律の遵守を拒否する陪審の権限によるのかは問題ではない。⁽³⁰⁾ 連邦最高裁の判例においても、無罪判決には絶対的な終局性が与えられている。⁽³¹⁾ 無辜の被告人は、訴追を繰り返すことによる誤った有罪判決から保護されることになる。⁽³²⁾ 無罪判決に終局性がなければ、検察官は同一の犯罪についての訴追を同じ被告人に繰り返すことができる。そうすることで、前訴における自らの証拠の不十分な点と被告人側の証明の不十分な点を考慮に入れた上、優位な立場から再訴をすることができる。⁽³³⁾ もはや前訴は、検察官が再訴を優位な立場から進めるための単なる予行演習とされるのである。その結果、被告人は疲弊していくのである。

また、有罪判決の後の同一の犯罪に対する再訴の禁止は、前訴の量刑に不服のある検察官がその被告人に対して同一の犯罪についての再訴を禁止することを意味する。⁽³⁴⁾ これも判決の終局性を確保する。無罪判決の後の再訴禁止と同様に、検察官が同一の犯罪について訴追を繰り返すことによって被告人を出費や困惑にさらすことを禁止するのである。

同一の犯罪に対する二重処罰の禁止は、検察官が単独の一回の訴訟の中で同一の犯罪について二重処罰を要求することが禁止されることを意味する。裁判所が単独の一回の訴訟の中で同一の犯罪について二重処罰することも憲法上禁止される。二重処罰が許されるか否かは立法機関の裁量による。⁽³⁵⁾ また、検察官は、同じ被告人に対して同一の犯罪について複数の刑事訴追を開始してはならない。但し、一方の刑事訴追の原告が連邦政府で、もう片方の刑事訴追の原告が州政府の場合は、この限りではない。⁽³⁶⁾

4. ダブル・ジェパディの効力発生要件

アメリカの実際の刑事手続において、ダブル・ジェパディは、公訴棄却の申立（motion to dismiss）の中で主張される。公判前、公判中、上訴審においても主張できる。仮に被告人が主張しなくとも、裁判所の方で、前訴と同一の犯罪が再訴されていることに気付けば、裁判所によって再訴を禁止することも可能とされている。

ダブル・ジェパディが適用されるためのイギリスのコモンロー以来の伝統的な要件は、次のようなものがある。実体的事項についての終局判決が要求される点はレス・ジュディカータと同じである。

- ① 被告人が前訴において危険におかれていること。⁽³⁷⁾
- ② 終局判決（final judgment）があったこと。⁽³⁸⁾
- ③ 前訴と後訴において起訴事実（charge）が実質的に同一であること。⁽³⁹⁾

①は、危険とは何かという問題であり、②は、いつ危険が発生するかという問題であり、③は、ダブル・ジェパディの客観的範囲、すなわち、ダブル・ジェパディ条項の「同一の犯罪（same offence）」とは何かという問題につながる。⁽⁴¹⁾

まず①と②の問題についてである。一八六一年のチャールズワース判決（訴追側の重要証人が証言を拒否したことで陪審が解任された事件）において述べられているが、イギリス法において「危険」とは、陪審による評決の危険をさす。⁽⁴²⁾ 法律的に無効な起訴状によって起訴された場合、被告人は危険におかれたとは言えない。一八四三年のリッチモンド判決においては、訴追に何らかの瑕疵があるため却下された場合は再訴が可能であるとされた。⁽⁴³⁾

前述のチャールズワース判決では、イギリス法においては、危険の発生は実体的事項 (merits) に終局判決が下されたときであると述べられている。⁽⁴⁴⁾ 終局判決が存在しない以上、被告人は危険におかれたとは言えず、ダブル・ジェパディの保護を受けることはできないと判断された。評決不成立のため陪審が解散された場合は、再訴が可能である。⁽⁴⁵⁾ 一七三七年のシェリダン判決においては、評決さえあれば、量刑の宣告 (sentence) は必要でない⁽⁴⁶⁾とされた。一八七五年のウェミス判決においては、正式起訴 (indictment) によるか略式起訴 (information) によるかは問わないが、裁判権 (jurisdiction) のある裁判所で、実体審理があつた後に有罪又は無罪の終局判決があることが必要であるとされた。⁽⁴⁷⁾ この点、イギリス法のダブル・ジェパディは、レス・ジュディカータと同様に、「裁判の終局性 (finality)」を保護することを目的としている。イギリス法のダブル・ジェパディは、無罪判決または有罪判決の効果である。もともとコモンローには、「ダブル・ジェパディの抗弁」といったものは存在しないし、有罪判決にも無罪判決にもならないものが同一の犯罪についての再訴を禁止するなどという原理も存在しなかつた。⁽⁴⁸⁾ しかし、終局判決の存在を絶対的な条件とするイギリス法においては、裁判所が、訴追者側の立証が不備であることがわかると、将来万全の準備をした訴追ができるように陪審を解散するという解任権の濫用の問題が指摘された。⁽⁴⁹⁾ かかる濫用は、有罪判決を確保できる代わりに、逆に被告人の弁論の努力がほごにされてしまう危険性もあつた。

この点、アメリカ法では、実体的事項について終局判決が下されたことが必ずしも絶対的な要件にはならなかつた。アメリカ法においては、「危険」とは、有罪が無罪かをきめる実体審理をその本質とする、有罪判決の危険である。⁽⁵⁰⁾ これだけ見れば、イギリス法とあまり変わり映えしないようにも思えるが、アメリカ法のダブル・ジェパディは、終局判決が下されたことばかりでなく、被告人が実体審理という手続的負担を受けることにも注意を払うようになっている。その証左として、アメリカ法においては、陪審審理では、陪審が公判において宣誓をしたとき、非陪審審理であれば、

公判において最初の証人が宣誓をしたときに危険が発生すると考えられるのである。⁽⁵¹⁾ もちろん、一九七三年のソマーヴイル判決でも述べられているが、明白な必要性があったため陪審が解散された場合、再訴が許容されることは言うまでもない。⁽⁵²⁾ このように危険の発生時期が早められている点で、アメリカ法のダブル・ジェパディはレス・ジュディカータから飛躍している。実体的事項に基づく終局裁判の存在を必ずしも絶対的な要件としないあたりは、ダブル・ジェパディが、被告人の負担をより重視した原理であることを示している。

なお、この「危険」がどこまで継続するかという問題に関連して、検察官上訴の可否が問題になる。わが国においては、最高裁大法廷が、判決が確定するまでは危険は継続するのであって、検察官上訴は一つの危険のうちの一部に過ぎず、憲法に違反しないという判例を確立した。⁽⁵³⁾ 一方、アメリカにおいて、検察官上訴はあまり大きな議論にはならない。検察官の不利益上訴が禁止されるのは、ダブル・ジェパディの原理から当然のことであると考えられている。ただ、その理由付けとして、かつては、陪審の無罪評決は神聖なものだから検察官の不利益上訴は許されないのだという議論もあったが、今日では、検察官が自らの立証の不備によって敗訴したにもかかわらず、同一の犯罪について被告人を有罪にするための第二の機会を与えることはフェアではないということが強調される。⁽⁵⁴⁾ 陪審の評決の神聖性ではなく、もっぱら被告人の負担への配慮が強調されるのである。一九〇四年のケプナー判決において、ホームズ裁判官がその反対意見において、わが国のような危険継続論を根拠に検察官上訴を許容していくべきであると主張したが、⁽⁵⁵⁾ かかる見解は、一九五七年のグリーン判決において明確に否定されている。⁽⁵⁶⁾ 検察官の不利益上訴禁止は、唯一陪審制度の独占物ではない。もともと、連邦最高裁は、一九八〇年のデイフランチェスコ判決において、検察官は量刑の審査を求めて上訴できることを規定する一九七〇年の組織犯罪規制法（Organized Crime Control Act of 1970, 18 U.S.C. §3576）が合憲であると判断している。⁽⁵⁷⁾

次に③の問題についてであるが、コラテラル・エスツップルに直接関係してくる重要問題なので節をあらためて論じる。

5・合衆国憲法第五修正のダブル・ジェバディ条項の「同一の犯罪 (same offence)」の解釈

前述したように③の問題はダブル・ジェバディの客観的範囲の問題であり、アメリカの法曹の間で激しい論争がなされたものである。アメリカにおいて、それはダブル・ジェバディ条項の「同一の犯罪 (same offence)」の解釈の歴史であった。⁽⁵⁸⁾ この文言の定義によって、国家によって与えられる被告人への苦痛が制限されるか否かが決まったといっても過言ではない。この文言の定義は、二重処罰の問題にも影響を与えた。どのような場合に被告人が同一の犯罪について危険におかれたといえるのかという問題は、犯罪類型が複雑多様化した現代社会において対応しきれなくなってきたものであるの一つであろう。⁽⁵⁹⁾ アメリカでは、この文言が非常に狭く解釈されるため、再訴が容易になる。その理由は、訴因 (count) の変更が厳格に制限されたためである。訴因に記載されている事実と公判審理で証明される事実が一致していることが要求され、一部にでも不一致があれば無罪判決が下され、⁽⁶⁰⁾ その上、検察官上訴も禁止された。これでは、みすみす有罪者を逃してしまふので、その埋め合わせとして「同一の犯罪」の文言を狭く解釈して、再訴を容易にするのである。⁽⁶¹⁾ このような政策的要請から確立されていった基準が、後述するブロックバナー・テスト (Blockburger test) である。この基準のもとでは、それぞれの犯罪がもう片方が含んでいない要素を含んでいる場合は、それらの犯罪は別個の犯罪になる。⁽⁶²⁾ 犯罪を規定するそれぞれの法律の中の個々の要素 (element) に着目するのである。⁽⁶³⁾

これに対しては、被告人の行為 (act) や被告人の意思 (intent) に着目する基準もあつた。最終目的 (ultimate goal) が一つである場合や動機となる意思 (motivating intent) が一つである場合は同一の犯罪ということになる。これは被告

人に寛容な基準であり、少数の州で採用された⁽⁶⁴⁾。しかし、この基準の難点は、「行為」という言葉があまりにも抽象的で、それ自体が何の定義もできないということである。それゆえ、適用の仕方が一貫していない。例えば、偽造された小切手を呈示することと現金を受け取ることが、ヴァージニア州では二つの行為（acts）とされる一方で、カリフォルニア州では一つの行為とされた⁽⁶⁵⁾。筆者は、被告人が検察官の恣意的な分割起訴にさらされにくくなるという点では、このように被告人の行為や被告人の意思に着目する基準に共感を覚える。しかし、アメリカ法においては、後述するブロックバーガー・テストの方が伝統的でありよく使われる。連邦最高裁は、一九九三年のディクソン判決において、この基準が歴史的に深く根差しており、多くの連邦最高裁判例で受け入れられてきてしていると述べている⁽⁶⁶⁾。このように被告人の行為や被告人の意思に着目する基準がアメリカ法において通説にならなかつたのは、訴因（count）の変更が厳格に制限されていたからであり、正式起訴状に記載されている事実と公判審理で証明される事実が不一致であるという形式的な理由で犯罪者を野放しにしてしまうことへの抵抗があつたからであろうと考える。なぜブロックバーガー・テストが伝統的であるのか、この基準が具体的にどのような適用されているかについては、判例を概観する必要がある。

（一）ヴァンダーコウム判決（再訴型）（*The King v. Vandercomb & Abbott*, 168 Eng. Rep. 455 (1796)）

後述するブロックバーガー・テストの萌芽ともいえる判例は、イギリスの事件であるが、一七九六年のヴァンダーコウム判決である⁽⁶⁷⁾。この判決は、合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパディ条項が制定されてから間もないときに下されたものであるがゆえに、その後の「同一の犯罪」という文言の解釈に大きな影響を与えたといっても過言ではない⁽⁶⁸⁾。

【事実の概要】オールド・ベイリー（刑事裁判所）（Old Bailey）において、ヴァンダーコウムとアポットが審理された。前訴の正式起訴（indictment）では、ヴァンダーコウムとアポットが、一七九五年の十一月十九日の夜六時ごろ、メリアル・ネヴィルとアン・ネヴィルの家屋に侵入して、様々な物品を窃取したとされていた。ある物品はメリアル・ネヴィルの物であり、ある物品はアン・ネヴィルの物であり、ある物品はスザンナ・ギブスの物であった。

この家屋は、資産家であるメリアル・ネヴィルとアン・ネヴィルが居住していたものである。一七九五年七月一七日金曜日、これらの婦人たちは、海岸で夏を過ごすため出かけた。彼女らは、女中頭のスザンナ・ギブスともう一人の女中に家を任せ、戸と窓をしっかりと閉めるように指示した。また、次の月曜日には、自分たちについても指示した。これらの女中は、指示に従い、すべての窓をしっかりと閉め、すべての内戸と外戸の鍵をかけて、出かけていった。これらの鍵は、スラックという男にあげられた。彼は、自分の引き出しにこれらの鍵を入れて、施錠しておいた。これらの鍵は、同年十一月十九日まで触れられることはなかった。ところが、十一月十九日の前夜、当該家屋のあるロンドン一帯で大嵐がおこり、多くの家の屋根や煙突が損傷した。翌朝、すなわち十一月十九日の朝、スラックは、この嵐の間にネヴィルの家屋が損傷していないかを確認しておくのが適当であると考えた。彼が当該家屋に行ってみると、壁や屋根などの外面には、特に損傷はなかった。しかしながら、彼は、すべての内戸がこじ開けられていて、じゅうたんが床から剥がされていて、ワイン貯蔵室はくまなくあらされており、家具の一部は壊れており、ほとんどすべての物品が所定の場所から動かされており、そのうちの幾つかは梱包されて通路に置いてあり、いつでも持ち出せる態勢であるのを発見した。当該家屋には、誰も発見されなかったし、侵入がなされた形跡もなかった。スラックは、多くの友人にこの状態を見せた。そして、通りに面している戸を二重に施錠して、捜査官にこの状態を知らせた。その捜査官は、スラックに、その家屋に直ちにもどり、その家屋を近くの場所から隠れて監視し、それらの物品を取りに来た者を捕らえ

るように指示した。スラックは、当該家屋の隣の家に行き、その日の午後四時まで待ってみたが、不審な人物は現れなかった。彼は自分の家に戻って、事の次第を知らせるためネヴィルに手紙を書き、再び偵察用の家に戻った。今度は、自分の息子と友人たちが一緒であった。ちょうど六時であった。ちょうどこの時、彼らは、よろい戸の結合部分を通して、当該家屋の応接間の微光を発見した。彼らは、鍵穴からのぞいてみると、ろうそくをもった一人の男が、応接間の戸から階段に行くのを見た。彼らは、近所の酒屋から一〇人から一二人の加勢を受けて、通りに面している戸から当該家屋に入った。この時、スラックは、この戸を二重に施錠したはずなの一重の施錠になっていることに気付いた。

彼らは、階段を上がっていくと、ヴァンダーコウムとアボットが来るのに出くわした。ヴァンダーコウムとアボットは、まず、二階の方に逃げた。しかし、彼らは、向き直って、スラックたちに向って切り込んでいこうとした。彼らは必死に抵抗したが、結局はとりおさえられた。ネヴィルとその女中が戻ってきて、すぐに当該家屋の中に残っている財産を調べた。正式起訴状に述べられている物品が、他の多くの物と一緒に、運び去られたことが明らかになった。また、この日の午後三時ごろと、ヴァンダーコウムとアボットが逮捕された時刻との間において、当該家屋の物品の状態に特に変化はなかったことも明らかになった。彼らは、五時過ぎぐらいに当該家屋に入ったと考えられたが、この時点では、人の容貌を認識できるだけの十分な光があった。訴追者（Counsel for the Crown）は、夜間の建造物侵入にはなり得ないと裁判所がほめかしたので、不法目的侵入（Burglary）の訴追を取り下げた。

しかし、訴追者は、あらためて窃盗（Larceny）の証拠を提出する旨を裁判所に申立てた。訴追者は、ヴァンダーコウムとアボットの両方又はどちらかが、正式起訴状態で述べられている物品のいずれかを移動させたことを証明できるならば、本件を陪審に提出できると主張した。

弁護人（Counsel for the prisoners）は異議を申立てた。被告人らは、現在の正式起訴において、窃盗を伴った不法目

的侵入 (burglary accompanied with a larceny) の起訴事実に応訴することを要求されているからである。しかし、あらためて証明されようとしている窃盜 (larceny) は、全く別個の重罪 (a perfectly distinct felony) である。それゆえ、現在の正式起訴においては、被告人らにこの窃盜について罪状の認否を問う (arraign) こともできないし、被告人らに応訴を要求することもできない。弁護人はこのようなことを主張した。

裁判所は、次のような判断をした。あらためて証明されようとしている窃盜は全く別個の重罪である。ヴァンダーコウムとアボットが当該家屋に入った後には、何も運び去られなかったことは明らかである。窃取 (carrying away) を構成するような物品の移動も存在しなかったことも明らかである。現在の正式起訴状では、被告人らが当該家屋に侵入して物を盗んだとされている。この正式起訴状は、被告人らが、当該家屋に不法目的の侵入することはしなかったが、物を盗んだという具合に変更することも可能であろうし、そのことに疑問の余地はないだろう。しかし、訴追者があらためて提出しようとしている起訴事実である窃盜は、被告人らを一月一九日の三時より以前に犯された重罪と結び付けようとするものである。被告人らが、三時には、当該家屋に入っていないことは明らかである。被告人らが当該家屋に侵入して物を盗んだという現在の正式起訴を審査した結果、彼らは、正式起訴状に書かれている日に不法目的の侵入もしなかったし、物を盗まなかったことを認めざるを得ない。しかし、窃盜の起訴事実をあらためて提出するために、彼らが前日に物を盗んだことが主張されようとしている。彼らが当該家屋にいたところを発見されたことがその証拠であると述べられている。しかし、これは別個の事件 (a distinct transaction) である。これは、被告人らが七年前に当該家屋で重罪を犯したというに等しい。このような判断がなされた。

陪審は、裁判所の説示 (direction) により、被告人らに無罪評決を下した。しかし、大陪審は解散されず、被告人らは依然として身柄を拘束された。別の正式起訴を彼らに対してするためである。

再訴において、被告人らは、次の正式起訴状について罪状認否を問われた。

「大陪審は、国王に宣誓し、次の事件を告発する。ヴァンダーコウムとアボットは、一月一九日の夜六時、メリアル・ネヴィルとアン・ネヴィルの家屋に、その中にある上述のメリアルとアンの財産を窃取する意図で不法目的侵入した。」⁽⁶⁹⁾

ヴァンダーコウムとアボットは、この正式起訴に対して異議申立てをして、この起訴事実については無罪の答弁をした。

【判旨】 プラー裁判官は、次のように述べた。

「不法目的侵入 (Burglary) がなされた家屋と時間は、被告人が既に無罪にされている不法目的侵入及び窃盗がなされた家屋及び時間と全く同一であるということが、被告人らから主張された。物を盗む意図で不法目的侵入がなされたという正式起訴は、前の正式起訴と同一の犯罪であり、前の正式起訴についての無罪判決は、再訴を禁止すると主張された。：重罪が犯された一月一九日の夜六時に、当該家屋への侵入がなされたことは明らかである。しかし、この事実だけでは、本件を解決できない。不法目的侵入には二種類ある。第一は、夜間に家屋に侵入して、実際にその中の物を盗むことである。第二は、重罪を犯す意図で、夜間に家屋に侵入したが、その意図していた重罪は実際にはなされなかった場合である。家屋に侵入するという状況は、これら二つの類型の犯罪に共通であり、必要不可欠である。しかし、このことだけで、これら二つの犯罪類型のいずれかを構成するというものでもない。不法目的侵入が成立するためには、家屋への侵入があったというだけでなく、それにプラス実際に重罪が犯されるか、又は重罪を犯すことが意図されていなければならない。これら二つの犯罪は性質上全く別物であり、これらのいずれかを証明したからといって、もう片方の正式起訴を証明するものではない。本件においては、窃盗をする意図で当該家屋に侵入したという証拠は、当該家屋に侵入して、前訴の正式起訴状に述べられている物を実際に窃取したという起訴事実を証明するものではない。二つの

犯罪が異なっているため、いずれか一方の犯罪の証拠によって、もう片方の犯罪を証明できないというのならば、『一つの犯罪は同一だから、一方の犯罪についての無罪判決は、もう片方の犯罪についての訴追を禁止する』⁽⁷⁰⁾ と言ひ方は、不合理である。」

「前訴の正式起訴が、再訴に含まれている事実の証明によつて被告人を有罪にできないものであれば、前訴での無罪判決は再訴を禁止しない。この原理を本件に当て嵌めてみよう。前訴は、被告人がネヴィルの家屋に侵入して、実際に物を盗んだというものだった。しかし、被告人らは、窃盗をする意図で当該家屋に侵入したのであつて、実際にはなされなかつたように見えた。それゆえ、前訴の正式起訴においては、被告人らを有罪にすることはできなかった。しかし、彼らは、再訴においては、窃盗をする意図でネヴィルの家屋に侵入したことで正式起訴されている。彼らは、このことについて審理されたことはないし、彼らの生命はこの犯罪について危険におかれていない。このような理由から、裁判官全員は、被告人らの抗弁は無効であり、妨訴抗弁 (venue) ⁽⁷¹⁾ について訴追者側に有利な判決を下す。それゆえ、被告人らは、現在の正式起訴について審理を受けなければならない。」

したがつて、被告人らは、再訴の正式起訴について審理された。ネヴィルの家屋への侵入は、暗くなつてからなされたにちがいないという証明に基づいて、彼らは有罪判決を受けた。

【コメント】 プラー裁判官が、前訴で起訴された犯罪と再訴で起訴された犯罪との要素を比較することによつて、犯罪の同一性を判断したことは明らかである。この基準は一九世紀を通して定着していった。また、学説においては、「正式起訴状記載の事実と公判審理で証明された事実との不一致 (variance)」⁽⁷²⁾ 本件では、前訴の正式起訴状には、被告

人らが当該家屋に侵入して物を盗んだという事実が記載されていたが、公判審理で明らかになってきた事実は、被告人らが前日に当該家屋で物を盗んだということである。」のために失敗した場合、その不一致を避ける「すなわち、被告人らが前日に当該家屋で物を盗んだことを訴因とする」ための再訴は禁止され⁽⁷²⁾ない」と述べられるにいたった。本件を見るだけでも、いかに訴因変更の融通が利かなかったかがわかると思う。この基準は、訴因の変更がままならない時代に、みすみす有罪者を野放しにしないために考え出されたのである。

(二) モーリー判決（再訴型）（*Morey v. Commonwealth*, 108 Mass. (12 Browne) 433 (1871)）

ヴァンダーコウム判決で示された基準はアメリカでも採用された。ランドマークとなる判例は一八七一年のマサチューセッツ州のモーリー判決⁽⁷³⁾である。

【事実の概要】一八六七七年の九月期、マサチューセッツ州ノーフォークの上位裁判部において、二つの正式起訴（*indictment*）が被告人に対してなされた。一つは、同棲の罪（*cohabitation*）で、もう一つは、姦通罪（*adultery*）であった。前者は、「被告人とブリッジト・ケネディが、一八六六年一月一日から一八六七年八月一日にかけて、クウィンシーにおいて、猥褻な交渉をして同棲（*cohabit*）したが、この時点で、二人は婚姻関係になかった」という起訴事実であった。後者は、「被告人が、一八六七年一月一日、六月一日、八月一日のそれぞれにおいて、クウィンシーで、ブリッジト・ケネディと姦通したが、彼には、この時点で、ブリッジト・ケネディ以外に合法的な妻（*lawful wife*）が存在し、この時点で、彼とブリッジト・ケネディは婚姻関係になかった」という起訴事実であった。

前述の一八六七年の九月期において、被告人は、最初の正式起訴すなわち同様の罪について、ブリッジト・ケネディと一緒に審理され有罪と認定された。彼は、二年の懲役刑を宣告された。そして、同年同期において、被告人は、第二の正式起訴、すなわち姦通罪について審理され、有罪と認定された。彼は、三年の懲役刑を宣告された。この宣告は、同様の罪の刑期が満了した後効力をもつことになっていた。

そこで、被告人は、この姦通罪の有罪判決について、誤審令状 (writ of error) をマサチューセッツ州最高司法裁判所 (Supreme Judicial Court) に求めたのである。被告人は、「既に自分は、同一の行為 (same acts) について、同様の罪として二年の懲役刑を宣告されているのだから、姦通罪の刑の宣告は誤りである」と主張した。しかし、マサチューセッツ州最高司法裁判所は原審を維持した。

【判旨】マサチューセッツ州最高司法裁判所は次のような基準を確立した。

「一つの正式起訴についての有罪判決又は無罪判決は、別の正式起訴についての有罪判決や刑の宣告を禁止するものではない。但し、一つの正式起訴について有罪判決を下すのに必要な証拠が、別の正式起訴についての有罪判決を確保するのに十分である場合は禁止される。基準となるものは、被告人が同一の行為について既に審理されたか否かではない。被告人が同一の犯罪 (same offence) について危険におかれたか否かが基準となる。単独の行為 (single act) が、二つの法律に違反する犯罪になることがありえよう。もしも、それぞれの法律が、お互いに、もう片方の法律が必要としていない事実の証明を必要としている場合は、たとえ一方の法律について有罪判決又は無罪判決が下されたとしても、もう片方の法律についての訴追も処罰も禁止されるわけではない。」⁽⁷⁴⁾

この基準は、二〇世紀のアメリカに君臨することとなるブロックバガー・テストの礎石となるものである。⁽⁷⁵⁾ マサチューセッツ州最高司法裁判所は、この基準を本件に当て嵌めている。

「同棲の罪に関する正式起訴は、当事者のどちらかが婚姻していることを主張していないし、かかる事実の証明も要求されていない。しかし、当事者が一緒に居住していたことを証明することが要求されている。たとえ違法な情交（unlawful intercourse）があつたことを証明したとしても、同棲の罪は成立しない。…姦通罪の正式起訴は、「被告人」が別の女と婚姻していたことを証明することが要求されている。後は、違法な情交が証明されれば、姦通罪は成立する。違法な情交の証明は、姦通罪には不可欠である。しかし、かかる違法な情交の事実と被告人と別の女との婚姻の事実を証明したとしても、継続して違法な同棲を行ったこと（continuous unlawful cohabitation）が証明されなければ、同棲の罪について有罪にすることはできない。逆に、かかる同棲を証明したとしても、被告人と別の女との婚姻の事実が証明されない限り、姦通罪について有罪にすることはできない。同棲の罪を完全に証明したとしても、それ自体、姦通罪の有罪判決を確保するものではない。逆に、姦通罪を完全に証明したとしても、それ自体、同棲の罪の有罪判決を確保するものではない。両方の正式起訴の公判において、違法な情交の証拠が提出されたと仮定しても、同棲の罪についての有罪判決は、姦通罪についての有罪判決及び刑の宣告を禁止するものではない。」⁽⁷⁶⁾

【コメント】本件は、ヴァンダーコウム判決の基準が踏襲されている。犯罪の要素に着目して犯罪の同一性を判断している。本件では、同棲の罪の中の、当事者が一緒に居住したという要素と、姦通罪の中の違法な情交の要素と被告人の別の女との婚姻の要素とに着目して、両犯罪に同一性はないと判断したのである。また、本来、正式起訴状記載の事実と公判審理で証明された事実との不一致（variance）による無罪判決にダブル・ジェパディの保護を及ぼさず有罪

を確保しようという政策論は、有罪判決とは無関係であるはずなのに、本件においては、この基準が有罪判決の場合にも適用されることが示されたのである。

(三) ガヴィーレス判決(再訴型) (Gavieres v. United States, 220 U.S. 338 (1911))

モーリイ判決で示された基準は、アメリカの連邦最高裁でも採用された。一九二一年のガヴィーレス判決である。⁽⁷⁷⁾以来、この基準は連邦法で定着していった。

【事実の概要】被告人は、前訴の市裁判所 (municipal court) において、同じ時間同じ場所における同一の言動について、マニラ市条例の第二八編第二章に基づいて、有罪判決を受けていた。そこでは次のように規定されていた(条文は本判例から引用されている)。

「何人も、公共の場において、酩酊し、又は、酩酊して粗暴な行動をしてはならない。何人も、いかなる場所においても、酩酊し、又は、酩酊して粗暴な行動をして、他の者に迷惑 (annoyance) をかけてはならない。⁽⁷⁸⁾」

前訴において、被告人は、「公共の路面電車において、婦人を含んだ多くの人々の面前で、故意且つ違法に (wilfully and unlawfully) 粗暴な行動をとった」という起訴事実で有罪判決を受けた。

その後、後訴において、被告人は、フィリピンのマニラ第一審裁判所 (Court of First Instance) において、フィリピン

刑法 (Penal Code of Philippine Islands) 第二五七条違反で有罪判決を受けた。そこでは次のように規定されていた（条文は本判例から引用されている）。

「公務員 (public officials) 又は公務を執行する者 (agents of the authority) を、それら者の面前又はそれらの者にあつた文書において、侮辱又は脅迫した者は、監禁に処す⁽⁶⁷⁾。」

後訴において、被告人は、「公務執行中の公務員の面前で、その者に対して言動によつて中傷及び侮辱した」という起訴事実で有罪判決を受け、四月の監禁を宣告された。訴訟費用も負担させられた。

フィリピン最高裁判所も、後訴であるマニラ第一審裁判所の有罪判決を維持した。被告人は連邦最高裁に裁量上訴した（当時、フィリピンはスペインからアメリカに割譲されていた）。連邦最高裁は、原審のフィリピン最高裁判所の判決を維持した。連邦最高裁が検討した問題は、被告人が同一の犯罪について危険におかれたか否かということであった。すなわち、後訴のマニラ第一審裁判所で審理された公務執行妨害の罪と前訴の市裁判所で審理された酩酊の罪とが同一であるか否かということであった。

【判旨】連邦最高裁は、前述のモリーイ判決に依拠して、次のような分析をしている。

「確かに、両方の起訴事実において述べられている被告人の言動は全く同一である。しかし、後訴においては、粗暴な行動又は言動が公務員に向けられたものでなければ、有罪判決を確保できない。起訴された行為は同一であるけれども、犯罪 (Offenses) は別個である。」⁽⁸⁰⁾「前訴での有罪判決を確保するのに十分な証拠は、後訴での有罪判決を確保でき

ない。後訴においては、公務員又は公務を執行する者に対して、これらの者の面前か又はこれらの者にあてた文書において、侮辱したことを証明しなければならない。このような起訴事実と証明 (charge and proof) がなければ、後訴での有罪判決はありえない。しかし、前訴においては、公務員への侮辱の証明は必要とされない。前訴での条例においては、公共の場において、犯罪が犯されたことを証明しなければならない。これに対して、公務員への侮辱は、その者の面前か又はその者にあてた文書においてなされればよい。それぞれの犯罪は、もう片方が要求していない事実の証明を要求している。したがって、前訴の有罪判決は後訴を禁止しない。⁽⁸¹⁾

【コメント】本件によって、マサチューセッツ州での基準が連邦最高裁でも採用されることが明らかになった。多くの州でもこの判決を引用して、この基準を採用している。⁽⁸²⁾ この基準がブロックバーガー・テストとなるのである。

註

(1) U.S. CONST. amend. V.

(2) *Id.*

(3) この第五修正のダブル・ジェパディ条項はわずか三ヶ月ほどの間に十分な議論もなされずにその意味も明確にされないまま制定された。一七八九年六月八日に下院で提案されて (See JAY A. SIGLER, DOUBLE JEOPARDY 28 (1969))、幾つかの修正を経て同年九月二十五日に上院において現在の形で可決された (See *id.* at 32)。当時の起草者の意図がどのようなものであったかを窺い知ることはできない。起草者たちがダブル・ジェパディ条項をどのように解釈していたかに関する歴史的証拠は乏しい。(See Donald Eric Burton, Note, *A Closer Look at the Supreme Court and the Double Jeopardy Clause*, 49 OHIO ST. L.J. 799, 802 (1988))。

(4) コモンローからのダブル・ジェパディの沿革と合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパディ条項の制定過程が説明されて

いるものとして、SICLER, *supra* note 3, at 1-37. コモンローからのダブル・ジェパティの沿革、イギリスでのダブル・ジェパティについて説明されているものとして、MARTIN L. FRIEDLAND, *DOUBLE JEOPARDY* 5-15 (1969).

(5) また、ヘンリー二世は、一六六六年のクラレンドン法 (Assize of Clarendon) におよび、たとえ神判 (ordeal) によつて無罪にされた者でも、悪名高き者は更に潔白を証明しなければならぬと定めていた (See FRIEDLAND, *supra* note 4, at 6).

(9) See King v. Read, 83 Eng. Rep. 271 (1660).

(7) See King v. Lewin, 84 Eng. Rep. 248 (1668); King v. Marchant, 84 Eng. Rep. 253 (1668).

(8) See King v. Thomas, 83 Eng. Rep. 1180-81 (1664).

(9) フランスやドイツなどの大陸法においても、「一事不再理の原則 (Non bis in idem)」という観念があった。しかし、十三世紀のヨーロッパ全土に糾問手続が台頭してくると、いわゆる仮放免が出現した。糾問主義においては、国家の実体的真実探求の方が、被告人保護のための訴権消耗という思想よりも優先された。訴訟上の権利の帰属すべき「当事者」がそもそも存在しないと考えられていた。しかしながら、国家に対する個人の自由権を尊重する啓蒙期になると、一事不再理の原則は息を吹き返した。実体的真実のあくなき探求によつて個人の自由権を抑圧する糾問訴訟は真つ先に批判の対象とされ、刑事訴訟における訴訟関係人は互いに争う二当事者ととらえられるようになった。仮放免も批判の対象になったことは言うまでもない。一事不再理の原則は「個人の自由な生活活動の権利に対する国家の実体的真実探求の権利の合理的制限」を意味した。フランス革命の際の一七九一年の革命憲法は、一事不再理の原則を高らかに宣言し、以後フランスに定着していった。ドイツもフランス革命の影響を受け、仮放免の制度が廃止され一事不再理の原則は定着していった。田宮・六一一六四頁、白取・前掲『一事不再理の研究』四一一五四頁参照。

(10) 4 WILLIAM BLACKSTONE, *COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND* 329 (Univ. of Chicago Press 1979) (1769).

(11) See *id.* at 329-330.

(12) J. W. CECIL TURNER, *KENNY'S OUTLINES OF CRIMINAL LAW* 605-06 (19th ed., 1966).

(13) 4 BLACKSTONE, *supra* note 10, at 329.

(14) *Id.* at 330.

(15) Queen v. Miles, 24 Q.B.D. 423, 431 (1890).

- (16) See Robert Wyness Millar, *Historical Relation of Estoppel by Record to Res Judicata*, 35 ILL. L. REV. 41, 44 (1940).
- (17) イギリスにおいては、既に前訴の刑事裁判で同一の犯罪について終局判決が下されている場合、「前の危険 (former jeopardy)」と「ロス・ジエナイカータ」という言葉が交互に使われている (See Rollin M. Perkins, *Collateral Estoppel in Criminal Cases*, 1960 U. ILL. L. F. 533, 534)。
- (18) See AMERICAN LAW INSTITUTE, ADMINISTRATION OF THE CRIMINAL LAW 7 (1935).
- (19) See *id.*
- (20) See *id.* 田宮・七〇頁も参照。
- (21) See *Ex parte Lange*, 85 U.S. (18 Wall.) 163, 171 (1873).
- (22) *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957).
- (23) *Id.* at 187. なお、ダブル・ジエパティの観点からは、無罪判決の終局性が重要であることが述べられているものとして Peter Westen & Richard Drubel, *Toward a General Theory of Double Jeopardy*, 1978 SUP. CT. REV. 81, 129-32. 再訴を禁止するのは「被告人を不必要にわずらわせないためである」と述べられているものとして Notes and Comments, *Twice in Jeopardy*, 75 YALE L. J. 262, 278 (1965). ダブル・ジエパティの政策論が議論されているものとして *Statutory Implementation of Double Jeopardy Clauses: New Life for a Moribund Constitutional Guarantee*, 65 YALE L. J. 339, 340-41 (1956).
- (24) See *Grady v. Corbin*, 495 U.S. 508, 520-21 (1990).
- (25) See ROLLIN M. PERKINS, CASES AND MATERIALS ON CRIMINAL LAW AND PROCEDURE 650 (1952).
- (26) *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).
- (27) See *id.* at 794.
- (28) See *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 717 (1969). See also Notes and Comments, *supra* note 23, 75 YALE L. J. at 266-67.
- (29) 一重処罰の禁止は再訴が関わってくる問題ではない。単独の訴追の中で同一の犯罪に対して刑罰を累積させる問題である。再訴遮断の問題と一重処罰の禁止は別物であり、解決方法も異なるという見解も有れば (See Westen & Drubel, *supra* note 23, 1978 SUP. CT. REV. at 169; Note, *The Protection from Multiple Trials*, 11 STAN. L. REV. 735, 740 (1959); *supra* note 23, 65 YALE L. J. at 341; Otto Kirchheimer, *The Act, the Offense and Double Jeopardy*, 58 YALE L. J. 513, 513-14 (1949))、前者は双方の異なる

ものであり、同じ基準が両者の問題に適用されるべきであるという見解もある（See Notes and Comments, *supra* note 23, 75 YALE L. J. at 267）。アメリカの二重処罰の禁止に就いて論じているわが国の文献として、佐伯仁志「二重処罰の禁止について」【刑事法学の現代的状況】（有斐閣・一九九四年）二七五頁以下参照。

(30) Weston & Drubel, *supra* note 23, 1978 SUP. CT. REV. at 122-32.

(31) See, e.g., United States v. Powell, 469 U.S. 57, 69 (1984); Sanabria v. United States, 437 U.S. 54, 75-78 (1978); Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 155-56 (1968); Fong Foo v. United States, 369 U.S. 141, 143 (1962); Green v. United States, 355 U.S. 184, 188 (1957); Kepner v. United States, 195 U.S. 100, 126 (1904); United States v. Ball, 163 U.S. 662, 672 (1896); United States v. Sanges, 144 U.S. 310, 318 (1892).

(32) See Notes and Comments, *supra* note 23, 75 YALE L. J. at 278.

(33) See Tibbs v. Florida, 457 U.S. 31, 41 (1982); Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436, 447 (1970).

(34) 一九八四年のジョンソン判決（Ohio v. Johnson, 467 U.S. 493, 498-99 (1984)）では、有罪判決の後の再訴を禁止するのは、許容すべきなら刑罰の増加を防止するためであると説明している。George C. Thomas III, *The Prohibition of Successive Prosecution for the Same Offense: In Search of Definition*, 71 IOWA L. REV. 323, 338 (1986) を参照。

(35) 一九八三年のハンター判決（Missouri v. Hunter, 459 U.S. 359, 368-69 (1983)）では、被告人は、単独の訴訟の中で、持武器強盗（armed robbery）と武器による犯罪行為（armed criminal action）に就いて起訴された。それぞれについて処罰することが、すなわち二重処罰することが、立法機関の意図であると判断された。

(36) 一九五九年のバートカス判決（Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121, 138-39 (1959)）では、連邦裁判所において、被告人が強盗について無罪にされた後、イリノイ州が同じ被告人を同一の強盗について起訴することが許容された。また、このような連邦と州の関係においてだけでなく、州どうしの関係でも、被告人が同一の犯罪について再訴されることが許容されている。一九八五年のヒース判決（Heath v. Alabama, 474 U.S. 82, 88-90 (1985)）では、被告人はジョージア州で謀殺（murder）について有罪の答弁をした後、アラバマ州が同一の謀殺について同じ被告人を起訴することが許容された。なお、昨今では、民事裁判と刑事裁判との関係で、ダブル・シェパディが問題とされている。一九九六年のアーサリー判決（United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 287-88 (1996)）では、薬物取引について刑事裁判があった後、その薬物取引の収益金とそれを

容易にした不動産及び動産を没収する民事手続が行われたが、ダブル・ジェパテイ条項に違反しないと判断された。

(37) See TURNER, *supra* note 12, at 606.

(38) See *id.*

(39) See *id.*

(40) イギリス法とアメリカ法におけるこの問題を論じたわが国の文献として、田宮・一七三―一七七頁、田口・三六九―九三頁。
 (41) イギリス法とアメリカ法におけるこの問題を論じたわが国の文献として、田宮・一八七―二〇二頁、田口・一六八―一八二頁。

(42) See Queen v. Charlesworth, 121 Eng. Rep. 786, 804 (1861).

(43) See Regina v. Richmond, 174 Eng. Rep. 792, 792-93 (1843).

(44) See Charlesworth, 121 Eng. Rep. at 804.

(45) See TURNER, *supra* note 12, at 606.

(46) See King v. Sheridan, 1 K.B. 223, 229-30 (1937).

(47) See Wemyss v. Hopkins, 10 Q.B. 378, 381-82 (1875).

(48) See AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 18, at 7.

(49) See FRIEDLAND, *supra* note 4, at 23.

(50) See 22 C.J.S. *Criminal Law* §308, at 255 (1989).

(51) See *id.* §218, at 268. メイヤーズとヤールバラは、レス・ジュティカータでは終局判決が要求されるのに対して、ダブル・ジェパテイでは必ずしも終局判決が要求されるわけではないと述べている (Daniel K. Meyers & Fletcher L. Yarbrough, *Bis Vexari: New Trial and Successive Prosecutions*, 74 HARV. L. REV. 1, 3 n.10 (1960))。

(52) 一九七三年のソマーヴィル判決 (Illinois v. Somerville, 410 U.S. 458, 468-71 (1973)) では、治癒できない瑕疵が起訴状にあるれば、ミストライアル (mistrial) を宣告するための「明白な必要性 (manifest necessity)」の証明になるとしている。

(53) 最大判昭和二五年九月二七日刑集四卷九号一八〇五頁。

(54) 拙稿「検察官上訴の研究」『北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル』一号 (一九九四年) 八九頁参照。

- (55) See *Kepler v. United States*, 195 U.S. 100, 134 (1904) (Holmes, dissenting).
- (56) See *Green v. United States*, 355 U.S. 184, 192 (1957).
- (57) *United States v. DiFrancesco*, 449 U.S. 117, 141 (1980).
- (58) Notes and Comments, *supra* note 23, 75 YALE L. J. at 267-77 は、犯罪の同一性を決定する基準を整理している。
- (59) 渥美・三三三―四頁参照。最近のアメリカの動向を論じたものとして、中野日・前掲「合衆国憲法第五修正の二重の危険禁止条項に関する最近の動向―再訴遮断の範囲をめぐって―」【法学新報】一〇三巻一〇号・三七頁。
- (60) See Abraham S. Goldstein, *The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure*, 69 YALE L. J. 1149, 1173-74 & nn. 76-77 (1960).
- (61) See Notes and Comments, *supra* note 23, 75 YALE L. J. at 270-71.
- (62) See *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299, 304 (1932).
- (63) See *United States v. Dixon*, 509 U.S. 688, 716-17 (1993) (Rehnquist, J., concurring in part and dissenting in part).
- (64) 例えば、一九二九年のウォーレー判決 (*Worley v. State*, 275 P. 399 (Okla. Crim. App. 1929)) では、一つの店の中で品物に放火したことについて有罪にされた後、保険をかけられている品物を損壊したことに關する再訴が禁止された。一九二一年のセックストン判決 (*Sexton v. Commonwealth*, 236 S.W. 956 (Ky. Ct. App. 1922)) では、被告人の一つの行為 (act) が治安紊亂罪 (breach of the peace) として有罪又は無罪にされた場合、暴行罪 (assault and battery) についての再訴は禁止されるに判断された。Notes and Comments, *supra* note 23, 75 YALE L. J. at 275-76 nn. 61-62 and at 270 n. 34 を参照。
- (65) See Notes and Comments, *supra* note 23, 75 YALE L. J. at 276.
- (66) See *United States v. Dixon*, 509 U.S. 688, 704 (1993)。なお、このような犯罪が同一であるか異なるのかの二者択一的基準から脱皮して、“functional test”なる第三の基準を提案する主張もある (See Susan R. Klein & Katherine P. Charello, *Successive Prosecutions and Compound Criminal Statutes: A Functional Test*, 77 TEX. L. REV. 333, 383-99 (1998))。
- (67) *The King v. Vandercomb & Abbott*, 168 Eng. Rep. 455 (1796)。イギリスにおけるこのサマンターコウム判決からコンパルソリー・ジョインター (compulsory joinder) を宣言したロネリー判決までの経緯を説明しているものとして、高田昭正・前掲『刑事訴訟の構造と救済』二五一―五二頁。

- (68) See Notes and Comments, *supra* note 23, 75 YALE L. J. at 271 n.38.
- (69) *Vandercomb & Abbott*, 168 Eng. Rep. at 457.
- (70) *Id.* at 459-60.
- (71) *Id.* at 461.
- (72) Notes and Comments, *supra* note 23, 75 YALE L. J. at 271 (citing 1 BISHOP, NEW COMMENTARIES ON THE CRIMINAL LAW §1052 (8th ed., 1892)).
- (73) *Morey v. Commonwealth*, 108 Mass. (12 Browne) 433 (1871).
- (74) *Id.* at 434.
- (75) See *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299, 304 (1932).
- (76) *Morey*, 108 Mass. at 435-36.
- (77) *Gavieres v. United States*, 220 U.S. 338 (1911).
- (78) *Id.*
- (79) *Id.* at 341.
- (80) *Id.* at 342.
- (81) *Id.* at 343-44.
- (82) この基準のもとで再訴が許容されることには、連邦最高裁判官の間で疑問の声があった。かかる再訴は憲法問題とされるべきであり、ダブル・ジェパディ条項によつて再訴は禁止されるべきであるという主張もあった (See *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187, 197-201 (1959) (Brennan, separate opinion)).

* 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（一九九九年十二月四日学位授与）を補筆したものである。