HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一事不再理の効力と既判力（拘束力）について（３）　ーコラテラル・エストッペル（collateral estoppel）を参考にしてー
Author(s)	高倉, 新喜
Citation	北大法学論集, 51(3), 59-107
Issue Date	2000-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15019
Type	departmental bulletin paper
File Information	51(3)_p59-107.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

一事不再理の効力と既判力（拘束力）について（三）

――コラテラル・エストッペル（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・ジュディカータ（res judicata）
1．レス・ジュディカー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の要件
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）モーリイ判決（再訴型）（Morey v. Commonwealth, 108 Mass. (12 Browne) 433 (1871)）
（三）ガヴィーレス判決（再訴型）（Gavieres 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・エストッペル（collateral estoppel）
1. コラテラル・エストッペルの沿革
2. コラテラル・エストッペルの発展 ― 禁反言から終局判決の効力へ ―
（一）オウトラム判決（Outram v. Morewood, 102 Eng. Rep. 630 (1803)）

（以上五一巻一号）

（二）クロムウェル判決（Cromwell v. County of Sac, 94 U.S. 351 (1876)）
3. コラテラル・エストッペルの及ぶ範囲
4. コラテラル・エストッペルの刑訴法への導入
（一）オッペンハイマー判決（United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916)）
（二）シールフォン判決（Sealfon v. United States, 332 U.S. 575 (1948)）
5. コラテラル・エストッペルの憲法化
（一）アッシュ判決（Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970)）
（二）コラテラル・エストッペルの更なる発展
（三）グレイディ判決（Grady v. Corbin,495 U.S. 508 (1990)）
6. 小括
五. わが国におけるコラテラル・エストッペルの応用
1. わが国の一事不再理の効力論の再構成
2. わが国の拘束力に関する学説の概要
3. 一事不再理の効力論における「コラテラル・エストッペル」概念の定立
4. コラテラル・エストッペルの形式裁判への適用
5. コラテラル・エストッペルの実体裁判への適用
六. 結語

（以上五一巻二号）

（以上本号）

(二) コラテラル・エストッペルの更なる発展

アッシュ判決は、前述の判旨②において、コラテラル・エストッペルがアドヴァーサリー・システムを採用する司法制度において著しく重要な原理であり、少なくとも五〇年以上前のオッペンハイマー判決以来、連邦の刑事手続において確立されたルールであることをあらためて確認している。

アッシュ判決は、前述の判旨⑤と⑥において、コラテラル・エストッペルの憲法上の位置づけについて重要な判断をした。すなわち、コラテラル・エストッペルは合衆国憲法第五修正のダブル・ジェパディ条項に具体化されていることを明確にしたのである。[1] 本判決は、連邦法のコラテラル・エストッペルを第五修正のダブル・ジェパディ条項を通してミズーリ州にも適用したのである。

民訴法においては、コラテラル・エストッペルはレス・ジュディカータの補充的部分（subsidiary organ）と考えられていたが、もともと刑訴法においては、コラテラル・エストッペルがダブル・ジェパディの一部であるという意識はなかった。[2] しかも、犯罪類型の数が少なくて恣意的な分割起訴が考えられなった時代には、独自の意義を見出す必要もなかった。しかし、犯罪類型が複雑多様化して分割起訴が容易な現代社会では、コラテラル・エストッペルの機能が重視されるのである。アッシュ判決は、従来のようにダブル・ジェパディの客観的範囲を決定する基準としてブロックバーガー・テストだけを考えていたのでは、犯罪類型の複雑多様化している現代社会において、ダブル・ジェパディの人権保障の理念を十分に実現できないことを自覚して、コラテラル・エストッペルという新たな原理を一側面として取り込んだのである。[3] コラテラル・エストッペルはダブル・ジェパディの補足的原理であり、ブロックバーガー・テストの欠点を補うのである。

ターナー（Turner）は、一九六六年の文献において、「コモンローの一般的な原則は、何人も再度煩わされることはない（*nemo debet bis vexari*）、すなわち何人も同一の犯罪について再度危険におかれてはならないということである。したがって、被告人は、再度起訴されている場合には、完全な防御手段として、前の無罪または前の有罪の抗弁をなし得る。…しかし、裁判権ある裁判所の無罪判決の効果は、一度無罪とされた者は同一の犯罪について再度公判にかけられないということ以上の意味をもつ。つまり、かかる効果に加えて、前訴の評決は同じ訴訟当事者間での後のすべての手続において拘束力をもち終局的である。判決された事項は真実とみなされる（*res judicata pro veritate accipitur*）という格言は、民事手続と同様に刑事手続にも適用される。」と述べた。(4) かかる見解も、アッシュ判決と同様の問題意識のもとに登場したものであると考える。アッシュ判決は当然の成り行きだったと言えるかもしれない。

アッシュ判決におけるナイトに対する強盗とロバーツに対する強盗は、従来のブロックバーガー・テストのもとでは、別個の犯罪になるのが当然であり、かかる分割起訴が許容されるのは言うまでもない。しかし、連邦最高裁は、コラテラル・エストッペルを適用して、かかる分割起訴を禁止したのである。本件のような分割起訴については、アメリカのリベラルな裁判官ならば、同じ時間同じ場所の同一の事件で基本的事実が同一であることを強調し、検察官に同時訴追義務を課して再訴を禁止するであろう。現に、本件においてブレナン裁判官が、そのような趣旨の補足意見を述べている。(5) このような考え方は、ダブル・ジェパディ条項の自由権的な側面から考えても正当である。しかし、コラテラル・エストッペルも同様の結果をもたらすことができると考える。(6) なぜなら、検察官は被告人の有利に判断された事項を再訴であらためて争うことがコラテラル・エストッペルによって禁止されるために、検察官は戦略的で恣意的な分割起訴をしにくくなるからである。(7) 一九九三年のディクソン判決は、アッシュ判決が存在するからこそ、検察官は分割起訴によって多くを失うことがあっても得るものがないと指摘している。(8)

このようにコラテラル・エストッペルがダブル・ジェパディ条項の一側面であるという判断は、従来のコラテラル・エストッペルに変化をもたらした。コラテラル・エストッペルは刑訴法そして憲法に導入されていったわけであるが、その政策的配慮は民訴法のそれとは若干異なってくる。刑訴法のコラテラル・エストッペルでは、被告人の苦痛が重視される(9)。刑訴法での訴訟当事者間の資源の格差は、民訴法でのそれよりも大きいのが一般的である。検察官は被告人に比べて多くの資金を使えるし、再訴をするための人的資源も豊富である(10)。その結果、刑訴法のコラテラル・エストッペルは、裁判所の矛盾判断禁止の性質よりもむしろ、前訴で争われて判断を下された事項を再訴で蒸し返すことを禁止する性質が強まったのである。重要なことは、再訴における訴訟当事者の主張が前訴の判断と矛盾するか否かというよりはむしろ、その主張が前訴で争われて判断を下された事項を蒸し返すものであるか否かが重要なのである(11)。例えば、前訴について有罪の認定がなされて後、再訴においてその有罪認定を持ち出すことは、何ら前訴と矛盾するものではない。しかし、これは前訴で争われて判断を下された事項を蒸し返すものであり、被告人に応訴を強制し負担をかけることになるから、ダブル・ジェパディ条項によって禁止されるのである。このことには既に伏線が見られるのである。前にも述べた通り、民事事件のオウトラム判決とクロムウェル判決では、前訴の判断と矛盾した主張の禁止が前面に押し出されていたのに、刑事事件のオッペンハイマー判決では「蒸し返す（reopen）ことはできない」と言われ、同じく刑事事件のシールフォン判決でも、「二度目の試み（second attempt）はできない」と述べられているのである。そして、ついにアッシュ判決では、「コラテラル・エストッペルは、既に無罪にされた人を再度の苦難から保護する」とまで宣言されたのである。

この点、連邦最高裁の判断は、刑訴法におけるコラテラル・エストッペルを憲法上被告人保護の観点から片面的に解釈する途を開く意義をもったと言えよう(12)。すなわち、検察官は、被告人の有利に判断された事項を再度争うことを禁止

されるが、一方で、被告人は、検察官の有利に判断された事実問題の争点を再度争うことは禁止されないのである。[13] 刑訴法のコラテラル・エストッペルでは被告人の苦痛が重視されるから、[14] アッシュ判決の展開は歓迎すべきものと言えよう。ダブル・ジェパディにしてもコラテラル・エストッペルにしても、刑訴法においては、被告人を保護しようという基本的な考え方は同じであり、その具体的適用の仕方が違うだけである。[15] そもそも民訴法でのコラテラル・エストッペルは、一九九〇年のライトル判決で述べられたとおり、訴訟当事者を訴訟の重複から保護するという目的と訴訟当事者を矛盾した判断から保護するという目的と司法の資源を保存するという目的を同時に有するものであり、[16] それらは複雑に交錯している。しかし、この法原理は、刑訴法そして憲法に導入されることで、訴訟当事者を訴訟の重複から保護するという目的がダブル・ジェパディ条項によって前面に押し出されるのである。

アマー（Amar）は、一九九七年の論文において、合衆国憲法第一四修正のデュープロセス条項を根拠にしたコラテラル・エストッペルこそが、被告人を検察官の権限濫用から保護できると主張する。[17] しかし、アマーは、コラテラル・エストッペルは無罪判決を受けた被告人のみを保護すると考えている。[18] しかし、このようにコラテラル・エストッペルの効果を無罪判決の場合に限定してしまうと、ダブル・ジェパディの理念の実現は困難ではないだろうか。なぜなら、アメリカにおいては、大多数の刑事事件が有罪判決に至るからである。[19] 無罪判決を受けた者だけ保護するというのでは不十分であり、この法原理は効果的に機能しない。また、ダブル・ジェパディ条項は、無罪判決を受けた者と有罪判決を受けた者の両方を、検察官によってもたらされる苦痛と裁判の終局性の欠如から保護するものであるというのが、裁判官や学者の間での通説である。[20] その証左として、連邦最高裁は、一九六九年のピアス判決において、ダブル・ジェパディ条項の目的の一つが「有罪判決の後の同一の犯罪に対する再訴の禁止」であると判示しているのである。[21] それゆえに、アマーは、コラテラル・エストッペルが有罪判決にまで拡大されないようにするために、その根拠をダブル・ジェ

パディ条項ではなくデュープロセス条項に求めたのかもしれない。[22] いずれにせよ、連邦最高裁は、アッシュ判決において、コラテラル・エストッペルがダブル・ジェパディ条項に具体化されていると判断したのである。この原理もダブル・ジェパディ条項の観点から解釈されなければならない。すなわち、コラテラル・エストッペルの保護は、無罪判決を受けた者だけでなく有罪判決を受けた者にも及ぼすべきである。そうすることこそが、犯罪類型の複雑多様化して有罪率の高い現代社会において被告人を保護する必要性をみたすことができると考える。

また、アッシュ判決は、前述の判旨③において、コラテラル・エストッペルの及ぶ範囲についての厳格な解釈を緩和し、前述の判旨④において当て嵌めをしている。ただ、刑訴法でのコラテラル・エストッペルの適用範囲にも、民訴法のそれと同じ不安材料がある。すなわち、前訴においてどの事項が実際に争われて被告人の有利に判断されたのかの問題である。[23] 刑訴法では、陪審の評決が一般評決であるのが普通であるから、なおのこと困難になる。もっとも、被包含犯罪（lesser included offence）の関係にある犯罪どうしの場合や、[24] 前訴での争点がただ一つであり、それが被告人の有利に判断されたことが訴訟記録から明らかであるような場合や、[25] 量刑手続で陪審が明確に判断したり、裁判官若しくは陪審が連邦刑事訴訟規則（Federal Rule of Criminal Procedure）第二九条による申立に対して明確に判断を下したことが訴訟記録から明らかな場合は、[26] コラテラル・エストッペルが適用できる。しかし、それ以外の場合は適用が困難になる。アメリカでは、一般評決の代わりに個別評決（special verdict）を求めることによってこの問題を解決しようとするが、一般評決を下すことのできる陪審の権利との抵触がある。[27]

アッシュ判決やシールフォン判決を見ると、「前の訴訟で実際に訴訟上争われて判断を受けた（actually litigated and determined）事項についてのみコラテラル・エストッペルが適用される」という厳格な解釈がかなり緩和されているように思える。コラテラル・エストッペルの適用範囲を厳格に制限すれば、アッシュ判決が述べている通り、被告人の保

護をはかることは不可能になろう。コラテラル・エストッペルがダブル・ジェパディ条項の一側面と判断された以上、被告人保護の見地から柔軟な適用や合理的な推論も許されよう。

ただ、前訴においてどの事項が実際に争われて被告人の有利に判断されたかについての証明責任は、被告人が負うものとされている。例えば、一九九四年のシロ判決においては[28]、被告人が、インディアナ州において、被害者ローラを故意に殺害したという訴因と被害者ローラを強姦する際に彼女を殺害したという訴因とその他の訴因で起訴されたが、陪審は二つ目の訴因、すなわちローラを強姦する際に彼女を殺害したという訴因についてのみ有罪評決を下し、一つ目の訴因を含んだ残りの訴因については評決を下さなかった。第一審裁判所は、量刑手続において、一つ目の訴因に該当する事実、すなわち被告人が故意にローラを殺害したという事実を認定して、被告人に死刑を宣告した。被告人は、陪審が一つ目の訴因について評決を下さなかったのは、一つ目の訴因についての無罪評決になるから、量刑手続においてこの訴因に該当する事実を証明することはダブル・ジェパディ条項に違反すると主張した。連邦最高裁は裁量上訴を認めて被告人の主張を検討した。連邦最高裁は、コラテラル・エストッペルが一つ目の訴因に該当する事実を量刑手続で証明することを禁止するか否かの問題については、主要事実に関する争点が被告人の有利に判断されたことを証明する責任を被告人が果たしていないという理由で、言及していない[29]。

もっとも、かかる前訴で争われた事項の割り出しは、陪審制度を採用するアメリカ法独特の悩みであり、わが国のような非陪審審理のもとでは、判決理由が比較的詳細に書かれるため、かかる割り出しは比較的容易である[30]。

また、アッシュ判決は、前述の判旨③において、「検察官に要求される前訴の証明基準が後訴のそれよりも高い場合、検察官に不利な前訴の判決は、検察官がその高い証明基準を満たしていないという判断を示すに過ぎないのであり、検察官が後訴の低い証明基準を満たしているかもしれないと考える余地があるが、そのようなことでコラテラル・エストッ

ペルの適用が制限されるわけではない。」として、コラテラル・エストッペルが間接事実（evidentiary fact）にも及ぶ可能性を示唆しているようにも思えるが、一九五七年のイェイト判決は、前訴の判決が再訴での主要事実（ultimate fact）を立証するというのでなければ、前訴の判決は終局的な効果をもたないことと、単なる間接事実にはコラテラル・エストッペルが適用されないことを判示している。[31] また、前訴と再訴の両方において、同一の主要事実を証明する必要がある場合にのみ、前訴で無罪にされた犯罪に関する証拠を憲法上の理由で排除できるという見解もある。[32] この問題は、判例においては、一九九〇年のドーリング判決[33]において一応の解決を見ている。ドーリング判決において、被告人はヘンリーの家屋への強盗未遂事件について既に無罪判決を受けていたが、後訴において全く別の銀行強盗事件について起訴された。その公判において、前訴の強盗未遂事件の被害者のヘンリーが証言台に立ち、被告人が自分の家屋に侵入した人物であると証言した。この証拠の目的は、銀行強盗としての被告人の同一性を強めることであった。連邦最高裁は、前訴と後訴とでは証明基準が異なると言う理由で被告人のコラテラル・エストッペルの主張を受け入れず、後訴でのヘンリーの証言の証拠能力を認めた。[34] すなわち、前訴においては、被告人がヘンリーの家屋に侵入した人物であるということを合理的な疑いを超えて（beyond reasonable doubt）立証しなければならなかったが、後訴においては、このことを合理的な疑いを超えて立証する必要はなく、単に陪審がこのことを合理的に結論づける（reasonably conclude）ことができる程度に立証できればよかったので、ヘンリーの証言の証拠能力は後訴において認められたのである。被告人がヘンリーの家屋に侵入したということは、前訴においては主要事実であり得ても、後訴においては間接事実にしかならない。アメリカにおいては、コラテラル・エストッペルが適用される事項は主要事実に限定される傾向にあると言えよう。しかしながら、前訴で判断された事項を単に後訴で蒸し返すというだけでなく、被告人に不利益な方向で前訴の判断と矛盾する判断を後訴で求めるという場合には、ダブル・ジュパディ条項の理念を生かすべく、主要事実という枠を取り

払ってコラテラル・エストッペルを適用する余地があるのではなかろうか。

（三）グレイディ判決（Grady v. Corbin,495 U.S. 508 (1990)）

グレイディ判決は、前述のアッシュ判決とは違って、被告人が前訴において有罪にされた事例である。前述の通り、連邦最高裁は、この事件において、「同一行為の基準（same conduct test）」を採用し、コラテラル・エストッペルについては何ら言及していない。グレイディ判決で採用された同一行為の基準は、一九九三年のディクソン判決によって廃止されてしまったが[35]、この事件はコラテラル・エストッペルを適用できる事例であると考える。

【事実の概要】一九八七年一〇月三日午後六時三五分頃、被告人は、ニューヨーク州ラグランジの五五号線路上において、追い越し禁止ラインを越えて自動車を運転した。そして、二台の対向車に衝突した。検事補（Assistant District Attorney）のトーマス・ドーランは事故現場に赴き、二台目の自動車を運転していたブレンダ・ディラーゴとその夫のダニエルが重傷を負ったことを知った。その夜、検事補のトーマス・ドーランは、ブレンダ・ディラーゴがその事故が原因で死亡したことを知らされた。同夜、被告人は、自分自身のけがの治療を病院で受けていたが、一九八七年一〇月二九日にラグランジ町治安判事裁判所（Town Justice Court）への出頭を命令する二枚の交通切符を渡された。一つの交通切符は、酩酊運転の軽罪について起訴していた。もう一つは、右側通行違反について起訴していた。同夜その病院で行われた血液検査によると、〇・一九%のアルコール量であった。この値は、ニューヨーク州においては、自動車を運転すること自体が違法となるレベルのほとんど二倍であった。

三日後、検事補のフランク・チェイスは、この事件に関して、広義の殺人（homicide）の訴追のための証拠収集を始めた。しかしながら、彼は、殺人の立件をするべく積極的に関与していたにもかかわらず、被告人が交通切符の件でラグランジ町治安判事裁判所に出頭するはずの日程を確認しようとしなかった。そればかりか、彼は、依然捜査が進行中である旨を、ラグランジ町治安判事裁判所にも担当の検事補にも知らせなかった。それゆえ、担当の検事補のマーク・グリックは、公判の準備書面においても、被告人と裁判所にあてた訴答書面（pleadings）においても、ブレンダ・ディラーゴの死亡に言及しなかった。

したがって、被告人が、一〇月二七日（この日、検事補の誰一人として出廷しなかった。また、なぜ二九日から二七日に変更したのかも不明である）、二つの交通切符について有罪の答弁をした際、裁判長は、この事件が原因でブレンダ・ディラーゴが死亡したことを知るすべがなかった。被告人は、事件の夜に他の者が負傷しなかったか否かを尋ねられることもなかったし、かかる情報を提供して自主的に自己負罪することもなかった。裁判長は、被告人の有罪答弁を受け入れた。しかし、州が求刑を行わなかったので、裁判長は刑の宣告手続を一九八七年一一月一七日まで延期した。この日は、検事補が出廷することになっていた。この日出廷した検事補のヘイディ・スーターは、この事件で人が死亡したことを知らなかったし、訴訟の事件ファイルの所在位置を発見することができなかった。彼女は、検事補のマーク・グリックにこの事件について話すこともしなかった。それにもかかわらず、彼女は延期を申立てることもせず、求刑をするのに必要な事実を確認する努力もしなかった。彼女は最小限の求刑をしただけだった。裁判長は、被告人に三五〇ドルの罰金の上に一〇ドルを加重して六月の免許停止を宣告した。

ところが、二ヶ月後の一九八八年一月一九日、本件の交通事故を捜査していた大陪審は、被告人を、ブレンダ・ディラーゴを死に至らしめた点で、①未必の故意による故殺（reckless manslaughter）②第二級自動車故殺（second-degree

vehicular manslaughter) ③過失致死 (negligent homicide) として正式起訴した。ダニエル・ディラーゴを負傷させた点では、④第三級暴行 (third-degree reckless assault) ⑤酩酊運転として正式起訴した。州は、広義の殺人と暴行の起訴事実を証明するために、次のような犯罪事実明細書 (a bill of particulars) を提出した。すなわち、(1) 公道において、酩酊状態で自動車を運転したこと (2) 右側通行を守らなかったこと (3) 大雨の中、時速約四五マイルから五〇マイルで運転したこと（かかる天候と道路状態では速すぎるスピードである）について書かれていた。被告人は、ダブル・ジェパディを根拠にして、正式起訴を棄却するように申立てた。ドッチェス県裁判所 (County Court) は、被告人の申立を却下した。同裁判所は被告人とその弁護人が、ラグランジ町治安判事裁判所での有罪の答弁において、被告人が死亡事故にかかわっていたことを知らせなかったことは、司法の運営に不利益をきたす重大な不実表示であると判断した。

被告人は、正式起訴状のすべての訴因についての訴追を禁止する禁止令状 (writ of prohibition) の申立をした。ニューヨーク州高位裁判所上訴部 (Appellate Division) は、意見を付せずに申立を却下した。しかし、ニューヨーク州最高上訴裁判所 (Court of Appeals) は原審を破棄した。同裁判所は、ニューヨーク州刑事訴訟法 (N.Y. Criminal Procedure Law) 四〇条二〇項 のダブル・ジェパディの規定に基づいて、酩酊運転の訴追を禁止した。更に、同裁判所は、ニューヨーク州法上酩酊運転は第二級自動車故殺の被包含犯罪 (lesser included offense) であるという理由で、未必の故意による故殺と第二級自動車故殺の訴追をも禁止した。最後に、同裁判所は、州が、犯罪事実明細書において、広義の殺人と暴行を証明するのに必要な事実として、前訴の交通犯罪に依拠する意向を明確にしたという理由で、残りの訴因である過失致死と第三級暴行についての訴追をも禁止した。連邦最高裁は裁量上訴を認めたが、原審を維持した。連邦最高裁は次のように判断した。

【判旨】①「再訴がダブル・ジェパディ条項によって禁止されるか否かを決めるためには、裁判所は、まず、ブロックバーガー・テストを適用しなければならない。もしも、それらの犯罪が、同一の要素（elements）をもっていることや、一方がもう片方の被包含犯罪であることが明らかになった場合は、その再訴は禁止される。[36]」

②「州は、…ブロックバーガー・テストをみたすときはいつでも、再訴が許容されると主張しているが、我々は反対である。…ブロックバーガー・テストは、『単独の訴追の中で二重処罰する』という状況において発展した。…このような状況では、ダブル・ジェパディ条項は、刑を宣告する裁判所が立法機関の意図している以上の処罰を定めることを禁止するに過ぎない。…ブロックバーガー・テストは、単なる『法律解釈の準則』、すなわち立法機関が二重処罰を意図している否かを決める指標に過ぎない。

しかしながら、再訴というものは、前訴が有罪判決であろうが無罪判決であろうが、単に量刑を増加させる可能性よりも深刻な懸念を引き起こす。…再訴というものは、州が前訴において立証活動の予行演習をすることを可能にし、それによって誤った有罪判決の危険性を増加させる。…州が、ブロックバーガー・テストのもとで再訴が許容されることを奇貨として、複数の起訴事実を提示してきたとき、被告人が、別個の手続において、これらの起訴事実に応訴しなければならないのなら、大変な負担が被告人に課されることになる。[37]」

④「我々は、再訴に対するダブル・ジェパディ条項の保護を擁護する方法が、ブロックバーガー・テストのみであるとは考えない。…ブロックバーガー・テストで要求されている通り、二つの犯罪の要素を技術的に比較するだけでは、被告人を再訴から十分には保護できない…。本件も同様に、ブロックバーガー・テストの限界を証明している。もしもブロックバーガー・テストのみが、再訴におけるダブル・ジェパディの問題の基準であるというのなら、本件では、被告人は右側通行違反、酩酊運転、暴行、殺人それぞれについて四度訴追されなければならないことになる。…州は、それ

ぞれの公判において、立証活動を改善することができる。すなわち、どの証人が最も説得力のある証言をするか、どの文書が最も影響力をもつか、いずれの冒頭陳述と最終弁論が陪審を説得できるかを評価できるのである。本件の被告人はこれらの公判のそれぞれで争うか、そうでなければ、苦痛と出費を避けるために有罪の答弁をすることを強制されよう。[38]」

⑤「それゆえ、再訴がブロックバーガー・テストをみたすというだけでは不十分である。…被告人が、前訴においてある犯罪について既に訴追された後、州が、再訴において、前訴の犯罪を構成する行為（conduct）を証明することによって、再訴で起訴されている犯罪の必要不可欠の要素を証明しようとしている場合は、その再訴はダブル・ジェパディ条項によって禁止される。これは、『実際に提出された証拠』の基準や『同一証拠』の基準ではない。重要なのは、州がどの行為を証明しようとしているかなのであって、州がその行為を証明するために使う証拠ではないのである。…一方、州は、再訴において、前訴と同一の行為を証明するために提出する証拠を変えようとするが、このようにしたからと言って、ダブル・ジェパディ条項違反を免れることはできない。例えば、本件の衝突事故を目撃した者が二人いたとしよう。この場合に、州が、前訴において、被告人の自動車が追い越し禁止ラインをはみだしたことを証言させる目的で、一方の者を証人として召喚した後、…再訴において、同じ行為［追い越し禁止ラインをはみだしたこと］を証言させる目的で、もう片方の者を証人として召喚することがありえようが、たとえこのようなことがあっても、我々のダブル・ジェパディの分析に何ら問題はない。[39]」

⑥「ブロックバーガー・テストによれば、未必の故意による故殺（reckless manslaughter）、過失致死（negligent homicide）、第三級暴行（third-degree reckless assault）についての訴追が禁止されないことは、被告人自身も認めているところである。…本件の審査は、一九八八年一月二五日に州が提出した犯罪事実明細書によって単純化される。この明細書

は州の証明方法について述べたものだが、修正されるまでは州を拘束する。…そして、州はこれまでに修正を加えていない。犯罪事実明細書には次のように立証すると書かれている。

『被告人は［(一)］血液に〇・一〇%以上のアルコールを含む酩酊状態で、公道を自動車運転して、［(二)］右側通行を怠り、中央車線を九フィート越えてしまった。［そして（三)］時速約四五マイルから五〇マイルで、豪雨の中を、［運転した］。これは、かかる天候と道路状態からすれば、速すぎるものであった。…かかる運転をしていた被告人は、かかる運転によって引き起こされる結果の危険可能性を意識しながら、これを無視した。…被告人は、過失と未必の故意を伴った状態で自動車を運転しながら、かかる危険を理解することを怠り、ダニエル・ディラーゴを傷害に至らしめ、ブレンダ・ディラーゴを死に至らしめた。』

州は、広義の殺人と暴行に必要な要素を証明するために、被告人が前訴で有罪にされた行為（conduct）の全て－酩酊運転と右側通行違反－を証明することを、犯罪事実明細書において認めたのである。それゆえ、ダブル・ジェパディ条項はこの再訴を禁止するのである。ニューヨーク州最高上訴裁判所が被告人の禁止令状の申立を認めたのは妥当である。但し、州が、犯罪事実明細書において、被告人が既に有罪にされている行為を証明することに依存しないことを明らかにしているならば（すなわち、州が、被告人の未必の故意（recklessness）や過失（negligence）を証明するために、被告人が豪雨の中を速度違反で運転したことにのみ依存しているならば）、本件の判断は広義の殺人と暴行に関する訴追を禁止していないだろう。」(40)

【コメント】本件の事実は、酩酊している被告人の運転する自動車が追い越し禁止ラインをはみだして対向車に衝突したというものであり、基本的な事実は同一であると言えるだろう。また、州の捜査活動と訴追活動も杜撰であったことがうかがえる。本件において、連邦最高裁は、「同一行為の基準（same conduct test）」を採用して再訴を禁止している。前述のように、この基準は一九九三年のディクソン判決によって廃止された[41]。

判旨④は「同一行為の基準」の必要性が述べられている箇所であるが、アマー（Amar）は、二つの点でこの主張が誤りであるとされる[42]。一つは、本件は州の杜撰な捜査活動と訴追活動が問題なのであって、判旨④で述べられているような州による被告人の弾圧とは全く異なるということである。もう一つは、たとえ「同一行為の基準」が採用されず、ブロックバーガー・テストのみがダブル・ジェパディにおける唯一の基準であるとしても、前述のアッシュ判決で確立された憲法上の基準であるコラテラル・エストッペルがあるのだから、判旨④で懸念されているような恣意的な分割起訴はされにくいということである。もっとも、前述のように、アマーは、無罪判決を受けた被告人にのみコラテラル・エストッペルが適用されるという見解であるが[43]。

アマーが指摘しているように、本件はコラテラル・エストッペルの適用が可能である。コラテラル・エストッペルはダブル・ジェパディ条項に具体化されている以上、その適用は、アマーが主張するように無罪判決に限定されるものではないということは前述した。アマーは、本件のように杜撰な捜査活動及び訴追活動が問題になっている場合と、州が事件の全体像を知り尽くした上であえて恣意的な分割起訴をして被告人に苦痛を与える場合との区別を強調しているが、コラテラル・エストッペルはこのような区別を問題としない。コラテラル・エストッペルは、州が前訴の時点ですべての犯罪行為を把握して同時訴追が可能であったか否かを問題にするのではなく、前訴においてどの事項が実際に争われて判断を下されたのか、その事項は後訴であらためて立証されようとしているのか否かを問題にするからである。

本件において、前訴では、酩酊運転と右側通行違反ということで有罪にされ、再訴では、過失致死と第三級暴行を立証するために、前訴の酩酊運転と右側通行違反の事実をあらためて証明されようとしていた。この酩酊運転と右側通行違反は、前訴においても再訴においても主要事実である。これはまさにコラテラル・エストッペルの適用場面であり、再訴におけるかかる立証活動はコラテラル・エストッペルによって禁止される。再訴での酩酊運転と右側通行違反の立証がコラテラル・エストッペルによって禁止されることで、過失致死と第三級暴行についての訴追を維持することができなくなり、結局は再訴が禁止されることになる。

6．小括

以上、アメリカにおける従来のブロックバーガー・テストの不十分な点を補うために登場したコラテラル・エストッペルを検討してきた。コラテラル・エストッペルは民訴法にルーツをもつ原理であり、元々は、終局判決の効力とは無関係な純粋な禁反言であった。訴訟当事者の矛盾挙動を直接禁止するものだった。しかし、終局判決の効力であるレス・ジュディカータが導入されることで、禁反言はこの中に取り込まれていった。やがて終局判決の効力にまで発展し、コラテラル・エストッペルと命名され、裁判所の矛盾判断を禁止するようになった。訴訟当事者は、その反射として、前訴の判断と矛盾した主張をすることを禁止された。コラテラル・エストッペルの及ぶ範囲は、訴訟当事者に不意打ちを与えないようにしようと言う配慮から、実際に訴訟上争われて判断を下された事項に厳格に限定された。ところが、刑訴法に導入されると、前訴と矛盾した主張の禁止というよりはむしろ、被告人に対する不当な蒸し返しの禁止としての性質が強まった。そしてついには、連邦最高裁が、コラテラル・エストッペルはダブル・ジュパディ条項に具体化され

ていると判断するに至った。刑訴法のコラテラル・エストッペルの適用範囲は主要事実に限定されながらも、前訴で実際に争われて判断を下された事項の割り出しについては、ダブル・ジュパディ条項の理念に立ち、被告人の有利に柔軟に解釈される必要があった。その保護は無罪判決を受けた者だけでなく、有罪判決を受けた者にも及ぶことを示した。かかるアメリカでの経緯を念頭に置きながら、次にわが国の一事不再理の効力と既判力（拘束力）を検討していく。

註

（1）なお、コラテラル・エストッペルの憲法上の根拠はデュープロセス条項であるとする立場として、Akhil Reed Amar, *Double Jeopardy Law Made Simple*, 106 YALE L. J. 1807, 1828 n.97 (1997); Note, *The Due Process Roots of Criminal Collateral Estoppel*, 109 HARV. L. REV. 1729 (1996); Akhil Reed Amar & Jonathan L. Marcus, *Double Jeopardy Law After Rodney King*, 95 COLUM. L. REV. 1, 31 (1995); Daniel K. Mayers & Fletcher L. Yarbrough, *Bis Vexari: New Trials and Successive Prosecutions*, 74 HARV. L. REV. 1, 39-41 (1960).

（2）*See* Mayers & Yarbrough, *supra* note 1, 74 HARV. L. REV. at 3 n.10.

（3）*See* Susan R. Klein & Katherine P. Chiarello, *Successive Prosecutions and Compound Criminal Statutes: Functional Test*, 77 TEX. L. REV. 333, 352-53 (1998); Amar, *supra* note 1, 106 YALE L. J. at 1827; Mayers & Yarbrough, *supra* note 1, 74 HARV. L. REV. at 34-35.

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

（5）*See* Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436, 453-54 (1970) (Brennan, concurring).

（6）渥美教授は、コラテラル・エストッペルが、同一証拠の基準を同一行為の基準の立場に近づけようとする試みの一つであると指摘される（渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』（有斐閣・一九九四年）三三六―三七頁【以下渥美・頁数で表示】）。この他、田口守一『刑事裁判の拘束力』（成文堂・一九八〇年）二〇一頁、二〇九頁【以下田口・頁数で表示】、田宮裕『一事不再理の原則』（有斐閣・一九七八年）一九九頁【以下田宮・頁数で表示】参照。

(7) *See* Amar, *supra* note 1, 106 YALE L. J. at 1828.
(8) United States v. Dixon, 509 U.S. 688, 710 n.15 (1993).
(9) *See* Mayers & Yarbrough, *supra* note 1, 74 HARV. L. REV. at 32.
(10) *See id.*
(11) *See id.* at 29.また、渥美・三三七頁参照。
(12) この点について、田口・二〇三―〇四頁、田宮・二〇〇頁、渥美・三三五―三六頁参照。
(13) *See Ashe*, 397 U.S. at 443, 459 n.13 (Brennan, concurring), 465 (Burger, C.J., dissenting). また、一九七一年のシンプソン判決 (Simpson v. Florida, 403 U.S. 384 (1971) (per curiam)) も、前訴で有罪にされた被告人が、再訴において、前訴で検察官の有利に判断された事実を否定することを禁止されないと判断している (*See id.* at 386)。シャエファーも、刑事事件のコラテラル・エストッペルは民事事件のそれとは異なり、被告人の有利にのみ作用すると述べている (*See* Walter V. Schaefer, *Unresolved Issues in the Law of Double Jeopardy*, 58 CALIF. L. REV. 391, 394 (1970))。トーマスも同趣旨のことを述べているが、裁判所が論理的に矛盾した二つの判断を単独の公判の中で下した場合は、コラテラル・エストッペルは適用されないと述べている (*See* GEORGE C. THOMAS III, DOUBLE JEOPARDY 210-11 (1998))。なお、検察官によるコラテラル・エストッペルの適用を論じたものとして、Allan D. Vestal, *Issue Preclusion and Criminal Prosecution*, 65 IOWA L. REV. 281, 312-21 (1980).
Cf. Katherine Goldwasser, *Vindicating the Right to Trial by Jury and the Requirement of Proof Beyond a Reasonable Doubt: A Critique of the Conventional Wisdom About Excluding Defense Evidence*, 86 GEO. L. J. 621 (1998). この論文は、刑事被告人の弁護に必要な証拠を信用できないという理由で排除する伝統に対して、合理的な疑いを越えなければ有罪にされない権利と陪審審理を受ける権利の観点から疑問を投げかけている。

また、刑事手続で被告人が有罪の答弁をした後、その被告人に対する民事手続が後訴としてなされた場合、コラテラル・エストッペルはその被告人の不利益に適用されるのが一般的である。それゆえ、被告人は刑事手続において不抗争の答弁 (*nolo contendere*) をすることによって、コラテラル・エストッペルの不利益な適用を回避することができる (*See* Laila Abou-Rahme et al., *Procedural Issues*, 35 AM. CRIM. L. REV. 1061, 1089-90 (1998))。

(14) *See* Mayers & Yarbrough, *supra* note 1, 74 HARV. L. REV. at 32.

(15) ブロックバーガー・テストは前述のように、それぞれの犯罪の抽象的な要素（element）に着目して犯罪の同一性を判断するのに対して、コラテラル・エストッペルは前述のように、前訴における訴訟記録や証拠等を審査してどの争点が解決されたのかを具体的に判断する。

(16) *See* Lytle v. Household Mfg., Inc., 494 U.S. 550, 553 (1990).

(17) *See* Amar, *supra* note 1, 106 YALE L.J. at 1827-29.

(18) *See id.* at 1828 & 1831.

(19) *See* Douglas W. Hillman, *Judicial Independence: Linchpin of Our Constitutional Democracy*, 76 MICH. B.J. 1300, 1302 (1997). 連邦裁判所での有罪率が約九五パーセントということである。

(20) *See* Klein & Chiarello, *supra* note 3, 77 TEX L. REV. at 378.

(21) *See* North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969).

(22) *See* Klein & Chiarello, *supra* note 3, 77 TEX L. REV. at 378 n. 233.

(23) *See* Notes and Comments, *Twice in Jeopardy*, 75 YALE L. J. 262, 285 (1965). この論文では、合理的推論というよりはむしろ「あて推量」であるとの批判がなされている。

(24) *See* United States v. Bailin, 977 F.2d 270, 276 (7th Cir. 1992).

(25) *See* United States v. Romeo, 114 F.3d 141, 143 (9th Cir. 1997).

(26) *See* Santamaria v. Horsley, 110 F.3d 1352, 1354 (9th Cir. 1997), *rev'd on other grounds*, 138 F.3d 1280 (9th Cir. 1998), *and cert. denied*, 119 S.Ct. 68 (1998).

(27) *See* Klein & Chiarello, *supra* note 3, 77 TEX. L. REV. at 380-81.

(28) Schiro v. Farley, 510 U.S. 222 (1994).

(29) *See id.* at 232.

(30) 渥美・三三五頁参照。

(31) *See* Yate v. United States, 354 U.S.298, 338 (1957).

(32) *See* Note, *Evidentiary Use of Prior Acquitted Crimes: The "Relative Burdens of Proof" Rationale*, 64 WASH. U. L. Q. 189, 191

(1986).

Cf. Note, *Awaiting the Mikado: Limiting Legislative Discretion to Define Criminal Elements and Sentencing Factors*, 112 HARV. L. REV. 1349 (1999). 合理的な疑いを越えて証明されるべき犯罪事実に対する処罰の長期よりも重い刑を宣告することを許す連邦法や州法の規定が増加しているが、これらの規定は、合理的な疑いを越えて証明されるべき犯罪の要素ではなく、証拠の優越性（preponderance of evidence）によって証明されるべき量刑の一要素（sentencing factor）を基準にして刑を宣告すると解釈されるのが一般的である。この論文は、合理的な疑いを越えて証明されるべき争点が何であり、量刑の増減を決定する争点が何であるかという問題意識のもとに、憲法によって立法機関の裁量権を制限する方策を検討している。

(33) Dowling v. United States, 493 U.S. 342 (1990).

アメリカでのコラテラル・エストッペルの議論は、再訴の可否の問題だけに止まらず、前訴で無罪にされた犯罪に関する証拠が再訴において証拠能力をもつか否かの問題にまで広がってきている。この問題を議論している文献として、Elizabeth E. Joh, Comments, *"If It Suffices to Accuse": United States v. Watts and the Reassessment of Acquittals*, 74 N.Y.U. L. REV. 887 (1999); Erica K. Beutler, *A Look at the Use of Acquitted Conduct in Sentencing*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 809 (1998); Note, *supra* note 1, 109 HARV. L. REV. at 1729; Cynthia L. Randall, Comment, *Acquittals in Jeopardy: Criminal Collateral Estoppel and the Use of Acquitted Act Evidence*, 141 U. PA. L. REV. 283 (1992); Craig L. Crawford, Comment, *Dowling v. United States: A Failure of the Criminal Justice System*, 52 OHIO ST L. J. 911 (1991); Paul Harper, Note, *Evidentiary Use of Prior Acquittals: When Analysis Exceeds Reality*, 24 AKRON L. REV. 199 (1990); Anne Bowen Poulin, *Collateral Estoppel in Criminal Cases: Reuse of Evidence After Acquittal*, 58 U. CIN. L. REV. 1 (1989); Miguel Manuel Delao, Comment, *Admissibility of Prior Acquitted Crimes Under Rule 404 (b): Why the Majority Should Adopt the Minority Rule*, 16 FLA. ST. U. L. REV. 1033 (1989); Judith M. G. Patterson, *Evidence of Prior Bad Acts: Admissibility Under Federal Rules*, 38 BAYLOR L. REV. 331 (1986); Calvin W. Sharpe, *Two-Step Balancing and the Admissibility of Other Crimes Evidence: A Sliding Scale of Proof*, 59 NOTRE DAME L. REV. 556 (1984); Christopher Bello, J.D., Annotation, *Admissibility of Evidence as to Other Offense as Affected by Defendant's Acquittal of That Offense*, 25 A.L.R. 4th 934 (1983). *Cf.* Sara E. Kropf, Notes, *Overturning McKeiver v. Pennsylvania: The Unconstitutionality of Using Prior Convictions to Enhance Adult Sentences Under the Sentencing Guidelines*, 87 GEO. L.J. 2149 (1999). なお、このような証拠の証拠能力は、被告人の悪性立証を禁止する

連邦証拠規則四〇四条や、関連性のある証拠でも偏見や手続の混乱や時間の浪費を引き起こすものを排除する同規則四〇三条との関係で問題になる。これに関連して、渥美教授は、余罪立証が同規則四〇四条や四〇三条の懸念する事態を引き起こす可能性がある一方、訴追・審理の促進や重複立証の回避に役立つと指摘されている（渥美・三二六頁）。

(34) *See Dowling*, 493 U.S. at 348-49. *See also* Witte v. United States, 515 U.S. 389, 399 (1995); United States v. Shabani, 513 U.S. 10, 15-16 (1994).

(35) *See* United States v. Dixon, 509 U.S. 688, 704 (1993).

(36) Grady v. Corbin, 495 U.S. 508, 516 (1990).

(37) *Id.* at 516-19.

(38) *Id.* at 519-21.

(39) *Id.* at 521-22.

(40) *Id.* at 522-23.

(41) ディクソン判決に賛成する見解として、Thomas J. Hickey, *Double Jeopardy After United States v. Dixon*, 30 CRIM. L. BULL. 346 (1994). ディクソン判決に反対の見解として、Kirstin Pace, *Fifth Amendment - The Adoption of the "Same Elements" Test: the Supreme Court's Failure to Adequately Protect Defendants from Double Jeopardy*, 84 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 796 (1994). その他この事件の評釈として、Peter A. Raith, *Criminal Law: Double Trouble or Double Jeopardy - "Same Conduct" (Grady) Test Overruled in Favor of Return to Single "Same Element" (Blockburger) Test [United States v. Dixon, 113 S. Ct. 2849 (1993)]*, 33 WASHBURN L.J. 429 (1994); Case Comment, *United States v. Dixon: The Supreme Court Returns to the Traditional Standard for Double Jeopardy Clause Analysis*, 69 NOTRE DAME L. REV. 575 (1994); *United States v. Dixon: The Double Jeopardy Clause and the Appropriate Test For Determining What Constitutes the Same Offense*, 20 J. CONTEMP. L. 225 (1994)

(42) *See* Amar, *supra* note 1, 106 YALE L.J. at 1831.

(43) *See id.* at 1828 & 1831.

五．わが国におけるコラテラル・エストッペルの応用

前述してきた通り、アメリカのダブル・ジェパディの客観的範囲を決定するブロックバーガー・テストは、犯罪類型の複雑多様化している現代社会では被告人の保護に十分ではないことから、それを補充するべくコラテラル・エストッペルが導入された。

一方、わが国では、このダブル・ジェパディに相当するものは、憲法三九条に基づく一事不再理の効力である。最高裁は、「元来一事不再理の原則は、同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝されるべきものではないという、根本思想に基づくことは言うをまたぬ」という見解を示して、一事不再理の効力をダブル・ジェパディととらえることを明らかにした(1)。憲法三九条の立法過程を見ても、アメリカのダブル・ジェパディの影響が強いことが明らかである(2)。また、学説においても、一事不再理の効力をダブル・ジェパディととらえる見解が通説である(3)。憲法三九条は「世界の通説」に従って規定されたのであるし(4)、今や一事不再理の効力が人権であることは自明である。

では、前述してきたコラテラル・エストッペルは、わが国の一事不再理の効力においてどのような意義を持つのであろうか。この問題を考えることは、これまで等閑視されてきた既判力（拘束力）の理論的位置づけを再検討することにつながる。

1．わが国の一事不再理の効力論の再構成

まず、実体的確定力の外部的効力とされていた一事不再理の効力が憲法上の人権論として再構成されていった過程を

概観する。このことがわが国で既判力（拘束力）についての議論を展開するきっかけとなるからである。

旧法時代の確定力理論を集大成した団藤博士においては、「実体的裁判を為すには一方において実体法に解釈を施して具体的事実に近づかしめると同時に、他方において事実の認定も法規の要件、殊に…犯罪構成要件を指導形象としつつ為されることを要し、最後に法律に対する事実の当嵌が為さ」れ、「これまで浮動的であった訴訟法律関係は実体判決の形式的確定に至って確定的な法律関係にまで凝結する」のである。[5] これが実体的確定力（materielle Rechtskraft）の本質である。実体的確定力とは「被告事件の実体に関して判決の意思表示的内容が確定的になれること」である。[6] 裁判所の意思表示内容の確定したものを一般的には内容的確定力と呼ぶが、実体裁判における内容的確定力を特に実体的確定力と呼ぶ。この実体的確定力の内部的効力として刑の執行権を生じさせる一方、外部的効力として、「判決における法的安定性の要求上」同一事件については再度の公訴提起を許さない一事不再理（Ne bis in idem）の効力を生じさせるのである。[7] 一事不再理の効力は、刑訴法においては、既判力（chose jugée; res judicata）を指すのが一般的である。[8] 実体的確定力は事件の単一且つ同一である限りにおいてその全部に及んだ。[9] 旧法の職権主義に基く訴訟構造においては、裁判所の審判対象の範囲は、訴訟係属を生じた被告事件が、単一性及び同一性を失わない限り、その全部に及んだのである。裁判所は、事件が単一性を失わない限りこれに関連して不可分一体をなす犯罪事実の全部を審判することができ、また、被告事件が同一性を失わない限り、自由に事実を認定することができた。裁判所の審判すべき範囲が一事不再理の効力の客観的範囲だったのである。要するに、一事不再理の効力は実体的確定力に属するものであり、一事不再理の効力の客観的範囲は裁判所の意思表示内容に依存していたのである。

ところが、現行法になると、当事者主義に基く訴訟構造のもと、訴因制度（刑訴法二五六条三項）が導入されることで、裁判所の審判対象が、検察官が起訴状に記載した訴因及び罰条に拘束されることとなった。しかも、検察官の請求

をまって訴因の変更がなされることとなった（刑訴法三一二条一項）。かかる状況において、平野博士は、一事不再理の効力は従来の実体的確定力の効果ではなく、二重の危険すなわちダブル・ジェパディ（double jeopardy）の観念からきた、訴訟追行過程上の効果であると提案された[10]。博士は、憲法三九条は二重の危険を禁止したものであると考えられた[11]。この場合の危険とは実体審理を受けることであり、この原理は、実体審理を受け終わり、実体判決が形式的に確定した後に、再び実体審理を行うことを禁止する[12]。また、博士は、一事不再理の効力が実体的確定力の外部的効果であるとされることに不合理な点があることを指摘される。すなわち、当然無効の判決の場合で、判決内容を証明できない場合は、一事不再理の効力が認められないから、被告人の地位を不安定にするということである[13]。それゆえ、博士は、一事不再理の効力を「存在的効力」と位置づけられたのである[14]。

これをうけて、井上博士は、実体的確定力と一事不再理の効力とが別個の観念であることを明らかにした。すなわち、もはや一事不再理の効力は実体的確定力の外部的効力ではないと主張されたのである。そして、一事不再理の効力を純手続的に考慮すべきことを提案されたのである。井上博士は、「訴訟の対象が、具体的に形成され究極的に凝結した時点こそ、訴訟ぜんたいを支配する目的であ」り、「この目的こそ、訴訟法学上、既判力（Materielle Rechtskraft）と称される」[15]。そして、「裁判は、実定法と訴訟との総合の場である」から、「既判力の本質は、実体法の訴訟的形成であることに着目して、訴訟のなかでのみ解決されなければならない、ということである」との理解のもと[16]、「既判力とは、裁判所の判断内容の規準性」であり、「その内容は、抽象的法の具体的形成であ」ることを強調される[17]。既判力を訴訟上の効力として考えられなければならないのは、「法秩序において一切の紛淆を権威的に解決すべき、訴訟の独自の論理性」においてである[18]。一切の紛淆を遮断する意味で、裁判所の判断内容の規準性が妥当するのである。そうであれば、裁判所が現実に判断しなかったものについては、既判力の発生を認めるべきではないことになる。

しかし、井上博士は、それだけに止まらず、一事不再理の効力に新しい解釈の途を開かれた。博士は、憲法三九条が制定されたことと英米法のダブル・ジェパディに着目し、次のように指摘される。「大陸法的な一事不再理の原則は、実体的確定力の一つの効力であった。実体的確定力とは、裁判所の判断内容の規準性であり、その判決の内容を真実と擬制するところから、一度実体的確定力が生じた事件については、再度の審判を拒否する、…結局、大陸法的な一事不再理の原則は、判決が真実とみなされる反射的効果であった。これに対し、英米法の二重の危険禁止の原則は、同一事件を分割起訴することによって被告人の蒙る不利益を考慮した純手続上の要請である。…それ故、一事不再理の原則も、訴訟手続が終局的に確定した、いわば形式的確定力の効果だとすれば、憲法三九条はこれまた一種の二重の危険禁止を規定したことになる」[19]と。そして、博士は、一事不再理の効力を実体的確定力の外部的効力ではなく、純手続的に形式的確定力の効果であると考えられ、実体的確定力の限界と一事不再理の効力の限界とを区別するのが合理的であると主張された[20]。その理由は、「実体的確定力は裁判所の判断内容の規準性である。それ故、判断されない内容については、いかに判断が可能であったにしても、その規準性を認むべきではない。しかるに一事不再理の効力は、ある程度裁判所の判断から逸脱した部分についてもこれを及ぼさなくてはならない。そうでなければ、被告人は甚だしい不利益を蒙る。」ということであった[21]。残った実体的確定力の効果については、内部的効力としての執行力だけであると考えられた[22]。

その上で、井上博士は、訴因とは審判の対象であり、審判の対象は訴因であるという立場に立たれる一方、純手続的な考慮から、一事不再理の効力は事件にまで及ぶとされる[23]。すなわち、訴因に掲げられた事実を超えて、事件全体に対して一事不再理の効力を及ぼそうとされるのである。その理由の説明として、博士は科刑上一罪をとりあげられる。科刑上一罪の一部に裁判があれば、既判力は他の実際には審判されなかった部分にまで及ぶのが通説であるが、その根拠は、職権主義の訴訟構造においては、裁判所の同時審判義務であった。ところが、現行の当事者主義の訴訟構造のもと

では、その裁判所の同時審判義務を、訴追者である検察官に転化された。井上博士は、一事不再理の効力が訴因を超えて事件全体に及ぶ理由を、検察官の同時訴追義務に求められた[24]。平野博士においても、一事不再理の効力の客観的範囲は、訴因だけでなく、公訴事実を単一または同一にする範囲全体に及ぶと考えられるが、その根拠をやはり検察官の同時訴追義務に求められる。すなわち、「これらの事実についても、検察官は、訴因を変更して、審判を受けることが可能であったのであり、かつ、その義務があるものと解すべきものであるから、再度の訴追は禁止されるべきである。」[25]と。

田宮博士は、以上のような平野博士と井上博士の学説を更に「二重の危険理論」[26]にまで発展させられた。博士は、大陸法と英米法の歴史的考察をふまえ、両法系における一事不再理の本質・理論的性格が、刑事訴訟においてはいずれであっても、二重の危険の禁止であることを洞察された[27]。博士も、憲法三九条がアメリカ法にならった二重の危険禁止の規定であり、一事不再理の効力は二重の危険の禁止であると考えられる[28]。博士によれば、「二重の危険とは、国家がある犯罪について刑罰権の有無を確かめるために、被告人を一度訴追したならば、もはや同一人を同一事件について再度刑事的に追及することは許されないという原則」である[29]。ここに至って、博士は、一事不再理の効力を実体的確定力から切り離され、「刑事手続の具体的な苦痛を理由に、被告人に与えられる自由権」として再構成されたのである[30]。前述のアメリカの議論に当て嵌めて考えるならば、団藤説における一事不再理の効力が「裁判所の矛盾判断禁止」の性質を有していたものが、田宮説に至ると、憲法三九条の要請から、「蒸し返し禁止」の性質をもつようになったということができるだろう。すなわち、一事不再理の効力の団藤説から田宮説への発展は、「裁判所の矛盾判断禁止」から「蒸し返し禁止」への転換であったと言えるだろう。

田宮博士も、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とがくいちがってくることについて、二重の危険理論から説明される。「訴因は公訴事実の同一性の範囲内であれば、訴因変更という特殊・容易な

方法でこれを変えることができる。つまり、検察官は公訴事実を同一にする範囲内で、いつ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。…そうすると、検察官が同一手続において、したいとおもえばいつでも全事実を訴追することが許されるという意味で、被告人としては常に訴追の危険、したがって有罪判決を受ける危険にさらされているとみることができるであろう。それゆえ、一事不再理の効力は、審判の範囲たる訴因ではなく公訴事実の同一性の認められる全体に及ぶとしなければならない。…訴因の変更が可能なことによって危険は拡張される。その限界として公訴事実の同一性の概念が存在する。かようにして、危険は公訴事実の同一性によって画される」と[31]。田宮博士は、一事不再理の効力の客観的範囲を訴因変更の可能性に依拠させたのである。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」（刑訴法三一二条一項）とは同一であると考えるのである[32]。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。このことは、松尾博士が言われるように、「訴因・罰条を変更しようとする場合と、一事不再理の効力によって再度の起訴を阻止する場合とでは、検察官と被告人との利害が逆転する―同一性を広く認める方が、前者では検察官に有利、後者では被告人に有利。同一性を認める範囲を狭くすれば、ちょうど逆になる―ので、あらかじめその両面を視野に入れて、全体的に判断しなければならない[33]」ということを意味する。

しかし、このような田宮博士の考え方に対しては疑問もあった。鈴木教授は、「私は、むしろ訴追側はすでに起訴時から、単一同一の事件は一括処理すべき義務を一般に負っているのであり、たとえその後に訴因変更の可能性が制限されることになったとしても、公訴事実同一の全範囲に一事不再理効が及ぶとする理論的根拠は、十分にあると考える。訴因変更の範囲と一事不再理効の範囲を一致させようとする見解は、むしろ審判手続における実体的真実主義の要請という伝統的考え方にこだわりすぎる立場といわねばならないのではなかろうか。」と言われる[34]。また、白取教授は、時

の経過と審理の積み重ねに応じて訴因変更の余地すなわち「公訴事実」が制限されることにほぼ異論がないことを根拠にして、田宮博士の考え方が前提を失い、もはや維持することはできないと主張される。[35] 更には、高田教授が、田宮博士のように検察官の訴因変更の自由に依拠して一事不再理の効力の客観的範囲を画する方法論がとられるならば、一事不再理の効力の客観的範囲の問題について、当事者主義というものの本当の意義ないし機能を踏まえないかたちで議論が行われてしまう危険性を指摘されている。[36]

「公訴事実の同一性」については、狭義の同一性と単一性に分けて考えるのが一般的である。狭義の同一性の判断については、構成要件を基準にして考える説[37]や、構成要件にとらわれないで前法律的・社会的事実を基準にして考える説がある。[38] この他にも、審判対象が訴因であることを徹底して、公訴事実を単なる便宜的な機能概念と考える説もある。[39] 一方、単一性の判断については、罪数論がそれに一致すると考えるのが通説である。[40] 判例においても公訴事実の同一性は比較的広く認めている。[41] 構成要件にとらわれないで前法律的・社会的事実を基準にして考えていると思われる。それゆえ、一事不再理の効力の客観的範囲も広くなる。しかし、判例においては、前訴と後訴の犯罪どうしが併合罪関係の場合は、一事不再理の効力が及ばない。[42] これに対しては、併合罪であるということだけで一事不再理の効力が必ずしも否定されるわけでないことを示唆する学説もある。[43]

以上のように、平野博士、井上博士、田宮博士の研究を通して、一事不再理の効力は裁判所の意思表示内容としての実体的確定力から切り離され、実際の審判対象としての訴因を超えてその効力が及ぶことを認められてきた。一事不再理の効力の客観的範囲の基準としての「公訴事実の同一性」の解釈については学説が錯綜してきたが、通説においても、また判例においても、一事不再理の効力が裁判所の実際の審判対象を超えて及ぶ余地を認めてきた。その根拠は、検察官が公判中でも「公訴事実の同一性」の範囲内で訴因を変更することができるということであった。しかし、検察官が

訴因変更をすることがどうしても不可能であった場合はどうなるのだろうか。例えば、被告人が前訴において傷害罪として確定有罪判決を受けた後、被害者がその傷害が原因で死亡したため、傷害致死罪として後訴がなされる場合である。また、科刑上一罪の一部が親告罪であり、告訴がないため非親告罪の部分でしか確定有罪判決を得るができなかったが、後になって告訴を得たのでその親告罪について再訴がなされる場合である。このような場合にも一事不再理の効力が及ぶのが通説である(44)。田宮博士においては、「間接的・抽象的危険」という観念を用いて再訴を禁止される(45)。通説がとろうとしている結論は理解できないではないし、また、そのような結論をとることこそが憲法三九条の理念にもそうのだと言えるのかもしれない。しかし、一事不再理の効力が審判対象である訴因を超えて及ぶ根拠が、公訴事実の同一性の範囲内での検察官による訴因変更の可能性である限り、通説には不十分な点があるのではないだろうか。刑訴法三一二条一項では「公訴事実の同一性を害しない限度において」訴因の変更が許されることになっているが、これは、訴因の変更が許される場合は公訴事実の同一性があるということである。そうであれば、逆に訴因の変更が許されない又は事実上も法律上も不可能である場合は、公訴事実の同一性があるとは言えず、よって一事不再理の効力も働かないという論理にならないだろうか。それをあえて一事不再理の効力を及ぼそうというのは、この効力が実体的確定力から切り離されて以来政策論を強調し、残された既判力（拘束力）の機能を等閑視してきたためではないだろうか。確かに、既判力（拘束力）は形式裁判のときしか意味がないと考えられてきたし、まして実体裁判の既判力（拘束力）などは、最初から一事不再理の効力が働いて再訴が禁止されるのだから、理論上の意味しか持ち得ないと考えられてきた。しかし、平野博士と光藤教授と田口教授が指摘されているように、一事不再理の効力が及ばない場合は、実体裁判の既判力（拘束力）を論じる実益が存在するのである(46)。それゆえ、一事不再理の効力を二重の危険理論によって広げることばかりでなく、既判力（拘束力）の理論的位置づけを考えてみる必要があると考える。そこで、既判力（拘束力）に関する学説

を概観した上、前述のアメリカのコラテラル・エストッペルを参考にして既判力（拘束力）の理論的位置づけを考えようと思う。

2・わが国の拘束力に関する学説の概要

もともとわが国では、前訴の確定裁判の後訴への拘束力は、訴因制度がなかったため、あまり意識されていなかった。[47] 公訴権消滅を根拠にして一事不再理の効力を強調するだけだった。確定裁判に一事不再理の効力だけでなく内容的効力をも認める学説もあったが、その内容的効力は、当該訴訟手続の中での執行力の域を出るものではなく、後訴を拘束するものではなかった。[48] また、一事不再理の効力を公訴権消滅の効果としてではなく、矛盾した判断を許さない内容的確定力の効果であるととらえる学説においても、前訴と後訴で訴訟物が異なれば、前訴の判決は後訴を何ら拘束しなかった。[49]

小野博士も、確定裁判の中に一事不再理の効力だけでなく内容的効力を見出されたが、これは執行力の根拠であると考えられ、後訴に対する拘束力を見出されなかった。[50] 団藤博士も、裁判の意思表示内容である内容的確定力を考えられたが、[51] 後訴への拘束力は形式裁判以外に考えていなかった。[52]

後訴への拘束力が意識されるようになったのは、訴因制度が導入された戦後のことである。まず、形式裁判の後訴への拘束力が意識されるようになった。

斎藤判事は、先決判断の拘束力の脈絡であるが、「或る特定の事件をどこの裁判所が取り上げて処理するかの問題については、裁判所間で先決判断を尊重するという法理があるのではないかと、私は思う。それは裁判所間の意見の相違

によって、訴訟当事者に迷惑をかけることを少なくしたいためではなかろうか」と言われる。[53] 判事が、拘束力をもって「訴訟制度における一回性の原則の適用」[54]場面と理解される点は興味深い。平場博士も、「刑事訴訟において既判力を考えて実益があるのは、構成要件的事実（犯罪）の確認であって、これは具体化された規範と見るに適せず、むしろ当事者が追行を尽くした結果は、当事者にとって、これを争いえず、裁判所も当事者の弁論を通して真実を得るという建前から、これに拘束され」ると言われる。[55] 井上博士は、拘束力を何ら認めないとなると裁判の権威、人身の自由あるいは訴訟経済といった面で不都合が生じるため制度としての拘束力の必要性を説かれた。[56] 博士は、「裁判の内容的確定力は、確定した裁判の規準性を理由に生じるのではなく、それとは別に訴訟手続の混乱をさけようとするためにのみ、かような訴訟法的擬制を必要とする以外のものではない。いいかえれば、一つの制度であって、既判力の理論的帰結ではない。だから、政策的考慮いかんによって、具体的な場合それぞれいかに制度を求めれば足りるかにより、結論を異にする。[57]」「一事不再理の原則が制度として存在しないとすれば、前訴の後訴にたいする拘束力（Bindungskraft）は全く存在しないはずである[58]」「前訴の後訴にたいする拘束力は、具体的な場合を考慮して、それぞれ解決を計らざるを得ないのであって、決して、裁判の規準性を理由に、一律に解決されうるものではない。[59]」と言われる。

そしてついには、実体裁判の拘束力を理論上認める学説も登場した。[60] もっとも、それはあくまでの理論上のものであって、一事不再理の効力に解消されてしまうから、実際の議論の実益はないとされる。[61] これに対して、田口教授は、一事不再理の効力が働かない場合の拘束力、特に同一被告人の別罪に対する拘束力はどうなるのかという疑問を提起されている。[62]

同一被告人の別罪に対する実体裁判の拘束力を本格的に承認されたのは、平野博士である。博士は、「裁判の内容的確定力の対外的効果として、他の訴訟でも、これと異なった判断をすることが許されなくなる。これを、裁判の拘束力

という」と言われる[63]。かかる拘束力は、被告人と検察官の間だけに生じ、被告人以外の者には及ばないとされる[64]。博士は、拘束力の根拠として、具体的規範説を挙げられる[65]。具体的規範説は執行力に結びつくものであり、拘束力はこの執行力と同質の「判断内容の拘束力」であるというのである。そもそも具体的規範説は、「判断内容が真実とみなされ、これを争うことができなくなる」と考えるものだから[66]、およそ前訴で判決がなされ確定した事項であれば、被告人の利益不利益に関係なく、広く拘束的効果をもつことになる。これに対して、田口教授は、「それでは被告人から再防御の機会を奪い酷な結論となる場合が少なくないのみならず、後訴における真実の探求を不当に制約するというおそれも生じて来る」と批判される[67]。田口教授は、平野博士が被告人の利益の観点から拘束力に実質的考慮をして制約を加えようとしていることに対しても[68]、かかる実質的考慮が具体的規範説から導き出せるのかと疑問を投げかけられ、拘束力の根拠を具体的規範説以外のものに求めるべきことを説かれる[69]。また、具体的規範説を採る平野説が、当該当事者間の具体的規範が別事件にも及ぶとされる一方で、拘束力が当該犯罪と当該当事者限りに及ぶとされることについて、平場博士からは、具体的規範がなぜ当事者に限られるのかという批判がなされる[70]。

田宮博士は、拘束力を訴訟制度上の効力としてとらえられる。博士は、一事不再理の効力を裁判じたいの効果ではないとされ[71]、「刑事訴訟において被告人が実質的に危険にさらされた事実の直接的効果[72]」ないし「刑事手続の具体的な苦痛を理由に被告人に与えられうる自由権[73]」として再構成された。博士は、このように一事不再理の効力を裁判の効力論から抜き取られ、残された既判力について論を進められる。博士によれば、「裁判とは、…意思表示内容の効力をもつ。…裁判の確定とは、この裁判の内容的意義がいわば不動のものとなることを意味する。正確には、裁判内容が、当該裁判を下した審級の内部で不可変更的（unabänderlich）になると同時に、通常の上訴方法をもってしても不可変更となることを意味する。前者は、通常、裁判の羈束力ないし拘束力と呼ばれる効力（Bindungswirkung）によって保障されるの

であるが、後者は形式的確定力の発生を意味する。したがって、確定とは、拘束力をもった裁判が形式的確定力をもつに至った状態をいう。[74]」「形式的確定力により当該訴訟手続内で取消・変更ができなくなった裁判が、さらに進んで、同一訴訟物に関する別訴においても取消・変更ができなくなる効力を実質的確定力という。通常これを既判力と呼ぶ。[75]」ということである。博士は、既判力が拘束力そのものであると考えられる。[76]そして、博士は、既判力は、「国家の裁判の統一という要求からくる訴訟法上の制度的効力にすぎない」という訴訟法的効力説を採られる。[77]また、実体裁判の既判力については、「訴因の範囲で既判力が生ずる。その場合、訴因を同一にする事実についての後訴に対してばかりでなく、それを先決関係とする後訴に対しても働く[78]」とされるが、「これは理論的にそうだというだけで、…公訴事実の範囲で二重の危険が発生するため、現実にはそれほど大きな意義はない[79]」と言われる。

田口教授は、田宮博士が既判力を訴訟制度上の効力とした点を高く評価されたが、田宮博士が実体裁判の既判力の実際的意義を否定されている点は批判される。[80]田宮博士によれば、「公訴事実の同一性の外にある事実についても、被告人の無罪判決は検察官に対してエストッペル的効力を及ぼし、再訴禁止の効力を認めてよい場合があり[81]」、また、「共犯事件で、一人の無罪を他の者の訴追に援用することが許される場合もあるだろうし、同一事件の拘束力が実質的に同じ社会的事実について効力を及ぼすことも考えられる[82]」ということであるが、これに対して、田口教授は、かかる議論が田宮博士の国家の裁判の統一を旨とする既判力と結びつくだろうかという疑問を提起される。[83]田口教授は、田宮博士は既判力の制度的根拠が「国家の裁判の統一」であると理解するからこそ、既判力は実体面に属する効力であり、[84]民訴法の場合と同様に両当事者に双面的に働く効力であり、[85]「団藤博士のいわれる内容的確定力は実は既判力そのもの[86]」という理解がなされるのだと指摘される。[87]田口教授は、拘束力を当事者の側からとらえなおす必要があるのではないかという疑問を提起される。[88]また、光藤教授は、既判力（拘束力）の根拠は「終局裁判は公権的裁判所の判断を終局的なも

のとして表現するものであるから、それがいつまでも不安定であっては訴訟の機能（争いのあった事項・法律関係を公権的な裁判所の判断によって終局的に解決せしめる）が果たせず、また応訴を強制された被告人の法的安定性はついに得られない」と言われる[89]。既判力の根拠として、国家の裁判の統一性ということではなく、被告人の法的安定性を強調される点が注目される。また、光藤教授は、「[二重の危険の禁止]の遮断効が生じない限りで、[実体裁判の]確定裁判には後訴に対する不可変更性としての効力（既判力）が生ずると思われる（新たな手続の中で行われるべき判断に対する拘束力）。」という示唆に富む提言をされ、実体裁判の既判力（拘束力）に新たな使い道を見出されている[90]。

田口教授は、既判力は制度的効力であるという見解を基礎にして、拘束力を既判力に基づくものとして、理論的側面と政策的側面から拘束力理論を確立された。拘束力を被告人のために片面的に構成する必要性は意識されていたが、教授はこれを理論化されたのである。教授は、わが国の内容的効力論が「裁判内容の確定自体」と「その確定した内容の後訴に対する効果」との区別を曖昧にされてきたことを指摘され、前者は「確認効（Feststellungswirkung）」の問題として、後者は「拘束力」の問題として厳密に区別すべきことを主張される[91]。教授は、確認効という観念を用いて、確定裁判の内容的効力をそれ自体としてとらえなおす必要を説かれる[92]。教授は、確認効について次のように定義される。「判決が形式的に確定すると、その意思表示内容も確定する。かかる判決の意思表示内容の確定それ自体の効力を確認効と称する。かかる確認効は、刑事判決がまずもって確認判決であるということから直接導かれる刑事判決の本来的な効力であり、裁判の主題をなす刑罰権の存否とその理由たる事実の存否とを確定するものである」[93]と。そして、この確認効の効果には、実体空間に及ぼす効果と訴訟空間に及ぼす効果があり、前者の問題は執行力と構成要件的効果などであり、後者の問題は一事不再理の効力と拘束力であるとされる[94]。また、教授は、一事不再理の効力と確認効との関係は一個の問題であり、一事不再理の効力が働かない場合すなわち前訴とは別個の事実に関する後訴に対して確認効が働く

場合が拘束力の問題であるとされる。[95] そして、刑事裁判は確認判決である（刑事判決は、原告たる検察官による国家刑罰権の主張に対する確認的判断をなす）という立場に立たれる。[96]

田口教授は、確認効の対象が刑罰権と事実との双方に及ぶものと主張される。[97] 教授は、確認効がすなわち拘束力であるという考え方は拘束力の効果を広げすぎ、後訴の真実追及を不当に制約すると批判される。[98] そして、両者の実際の関係については、「確認効は、後訴への拘束力とは関係なく、それ以前の問題として、刑事裁判の本質から直接導かれる効力であって、その本来的効果は執行力あるいは確定判決の構成要件的効果といった判決の実体法的効果の分野にこれを求めるべきである。これに対して、拘束力は確認効を前提とせざるをえない。…拘束力あるところ確認効あり…とはいえるが、逆に、確認効あるところ拘束力あり…とはいえないのである。このように、拘束力は確認効を前提とすることから、拘束力を認めるとしても最低限確認効の大枠を超えることはできないし、また、確認効はあっても拘束力はないという場合も認めなければならない」という見解を示される。[99] しかしながら、教授は、このような拘束力の理論的基礎を示すだけでは不十分であるとされ、「具体的な拘束力に固有な根拠と限界」と拘束力の「制度的・政策的理由」の考察の必要性を説き、「柔軟な拘束力論」（傍点原文）を目指される。[100]

そのようなわけで、田口教授は、政策的問題についての議論に進まれる。教授は、被告人の立場をも考慮する必要性から法的安定性の原理を重視される。[101] 教授は、憲法三九条を根拠にして、確定力の場面で用いられる法的安定性の意義は被告人の法的安定性を第一義とすべきと説かれる。[102] そして、法的安定性をこのように解する手がかりとして、英米法の「禁反言の原則」と現行法上の「不利益変更禁止の原則」をとりあげられる。教授は、前者についてコラテラル・エストッペル（collateral estoppel）の法理をとりあげられ、この法理の被告人保護のための政策的考慮は現行法の解釈にも参酌されるべきであるとされる。[103] また、後者については、被告人の権利を保護する機能を重視するべきことを説かれ、

被告人の地位安定の保障は刑事訴訟の根本的要請であるとされる。[104] 教授は、被告人に利益な限度で拘束力を認めつつ、その発生条件を適切に定めることにより、真実主義との妥当な調和点を見出すことを目指される。[105]

3．一事不再理の効力論における「コラテラル・エストッペル」概念の定立

田口教授が、刑訴法の拘束力を内容的確定力それ自体から引き離して、被告人のための片面的構成をされたことは示唆に富む。しかし、田口説は、裁判の意思表示内容の効力としての既判力を大前提として議論されている点では、田宮説から飛躍していないと思う。田口教授の問題意識は、「具体的規範説を排斥することから、直ちに、確定力論において問題となる内容的効力は後訴に対する内容的不可変更力すなわち拘束力だけであると断定しうるか、…私は、確定力論においては、単に後訴に対する制度的な拘束的効果を問題とするのみではなく、その裁判自体における内容的・実体的な効力をもやはり同時に論じなければならないのではないかと考えるのである。それは確定裁判の諸々の内容的効果の前提をなすものである」ということであった。[106] 田口教授は、拘束力の前提が確認効であり、内容的確定力がその根拠であるとされる一方で、拘束力に禁反言の理念や被告人のための片面的構成を加えられる。これに対して、能勢教授からは、そうであれば、拘束力は伝統的な既判力の問題から遠ざかり、既判力ないし確定力の理論的帰結の問題ではなくなっていくのではないだろうかという疑問が投げかけられている。[107] また、白取教授は、「一事不再理効について『刑罰権確認』ということと『被告人がそこまで手続の苦痛を受けたとの考慮』がいかにして結びつくだろうか。…『具体的規範説』にルーツをもつ『確認効』を基本に据えて『刑罰権』を中心に論じているところからみて、被告人の人権が二次的なもののように考えられているかの印象が払いきれない」と批判される。[108]

果たして、裁判の意思表示内容としての既判力こそが拘束力の根拠でなければならない必然性があるのだろうか。田宮博士は、執行力を既判力から抜き取って[109]、その既判力を訴訟法的に構成された。矛盾判断の回避の役割を既判力に託したのである。しかし、既判力に基づく拘束力を考えるならば、被告人のための片面的構成は困難である。拘束力を被告人のために片面的に構成することを考えるならば、拘束力を既判力から独立させ、その存在根拠を一事不再理の効力に求めていくべきであると考える。この場合、既判力に残されるのは、実体面の効力である刑罰権の確認[110]と執行力[111]である。もともと既判力は、外部的効力として後訴への拘束力をもち、内部的効力として執行力をもっていた。その拘束力は一事不再理の効力に取り込まれるべきであり、残された既判力は執行力を意味すると考える。

田宮博士が、一事不再理の効力を既判力から独立させて二重の危険理論として再構成されたことは周知のことである。取り残された既判力は裁判の意思表示内容の効力であり、拘束力そのものであった。一事不再理の効力は既判力（拘束力）と区別されるのが一般的であった。しかし、少なくとも刑事訴訟においては、拘束力は一事不再理の効力に取り込まれていく運命にあったのではないだろうか。それは、斎藤判事が、先決判断の拘束力の脈絡で「訴訟当事者に迷惑をかけることを少なくしたい」と言われ[112]、平場博士が、「当事者が追行を尽くした結果は、当事者にとって、これを争いえず、裁判所も当事者の弁論を通して真実を得るという建前から、これに拘束され」ると言われ[113]、井上博士が、拘束力が必要である根拠の一つとして人身の自由を挙げられ[114]、光藤教授が、既判力（拘束力）の基礎に「前の訴訟で被告人に有利に決定された事項について終局性を認めてそれと矛盾する判断を許さないという考え」[115]があると指摘されている点でも、その兆しがあったと言える。拘束力の片面的構成は、裁判の意思表示内容の効力である既判力からではなく、憲法三九条に基づく一事不再理の効力からとらえてこそ可能ではないだろうか。

前述のように、もともとコラテラル・エストッペルは禁反言であったが、次第にレス・ジュディカータに取り込まれ

ていき、[116] アメリカの民訴法においては裁判の効力として理解されていったが、[117] アメリカの連邦最高裁は、これを一九一六年のオッペンハイマー判決において民訴法から刑訴法にも導入し、[118] ついに一九七〇年のアッシュ判決においては、これをダブル・ジェパディ条項に取り込んだ。[119] それは、アメリカにおいて、従来のブロックバーガー・テストだけではダブル・ジェパディ条項の理念を十分に実現できないからであった。[120] ブロックバーガー・テストでは被告人を再訴から保護できない場合に、コラテラル・エストッペルをダブル・ジェパディ条項のいわば「付随的」効力として補足的に用いて、再訴を制限していく途を開いたのである。アメリカにおいて、従来、コラテラル・エストッペルはダブル・ジェパディとは無関係なものとされていたのが、ダブル・ジュパディ条項に具体化されていると判断されたのである。一方、前述のように、わが国の一事不再理の効力論おいても、従来の二重の危険理論だけでは十分に対処しきれない問題が出てきている。[121] かかる問題を解決するためにも、また、前述のアメリカの議論を考えても、わが国の拘束力を一事不再理の効力からとらえなおすことも無謀な議論ではないであろう。

そして、この憲法三九条に基づく一事不再理の効力からとらえた拘束力こそが、前述したアメリカのダブル・ジェパディ条項に具体化されているコラテラル・エストッペルに相当するのである。コラテラル・エストッペルとは、このように従来の既判力から独立して憲法三九条の一事不再理の効力に根拠を求める拘束力である。コラテラル・エストッペルをあえて訳すとすれば、「一事不再理の効力の付随的効力」とでも言えようか。「エストッペル」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、前にも述べた通り、今日ではこの言葉に文字通りの「禁反言」の意味合いは薄れ、裁判の効力としての性質をそなえている。[122] エストッペルという言葉が使われているのは昔の名残である。コラテラル・エストッペルという言葉には「禁反言」の意味合いはない。そもそも拘束力は、裁判所の矛盾した判断を禁止するためのものであったが、それが一事不再理の効力に取り込まれれば、矛盾した判断の禁止よりも、むしろ被告人に不

利益な不当な蒸し返しの禁止が重視される。すなわち、前訴の裁判所がどのような判断をしたかというよりはむしろ、被告人がどのような事項について手続的負担にかけられたかが重視される。コラテラル・エストッペルは、蒸し返しを禁止する側面と矛盾した判断を禁止する側面をあわせもっているが、刑訴法においては後者よりもむしろ前者の方が重視されるのである。それは、アメリカにおいて、民訴法のコラテラル・エストッペルが裁判所どうしの矛盾した判断の禁止を強調していたのに、刑訴法に導入されると同じ事項の蒸し返しの禁止が強調されるようになったことと同じである。

コラテラル・エストッペルの具体的な適用の仕方は、前訴においてどのような事項が問題になったかをまず判断し、その事項が再訴においても立証されようとしているか否かを検討するのである。その事項が再訴において問題にされようとしているならば、コラテラル・エストッペルは、検察官がその事項について立証活動することを禁止するのである。すなわち、蒸し返しを禁止するのである。その結果検察官は再訴を維持する実益を失い、結局は再訴が禁止されることにつながるのである。アメリカの刑事訴訟においては、一般評決が通常であるため、前訴においてどのような事項が問題になり、どのような判断過程を経たのかを判断するのに大変苦労していたが、わが国においては、裁判所の判断過程が判決文の理由において比較的明確になる。非陪審制度を採用するわが国は、コラテラル・エストッペルに適した土壌であると言える。

このように「コラテラル・エストッペル」概念を定立することは、「公訴事実の同一性」を一事不再理の効力の客観的範囲の基準とする二重の危険理論の排除を意味するものではない。公訴事実の同一性という基準は維持した上で、コラテラル・エストッペルを第二の基準として設けることによって公訴事実の同一性の基準を補足していこうということである。それは、アメリカにおいて従来のブロックバーガー・テストの不足を補うためにコラテラル・エストッペルがダブル・ジェパディ条項に取り込まれたことと同じである。また、わが国においては、コラテラル・エストッペルは、

二重の危険理論の行き過ぎを抑制して、より不告不理の原則（裁判所は一方の訴訟当事者が持ち出して主張し審理を求める事実についてのみ審理し判決できる原則）と調和した再訴遮断効を確立していく土台をきずく意義がある。

以下では、わが国の具体的判例を通して、コラテラル・エストッペルの適用を考えていく。

註

（1）最大判昭和二五年九月二七日刑集四巻九号一八〇五頁。

（2）高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程－連合国総司令部の記録による・Ⅰ・解説』（有斐閣・一九七二年）三－三九頁、二八二－八三頁参照。

（3）井上正治「確定判決の効力」『刑事法講座六巻』（有斐閣・一九五三年）一二四〇－四一頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣・一九五八年）二八二頁【以下平野・頁数で表示】、柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣・一九七〇年）一七七頁、高田卓爾『刑事訴訟法［二訂版］』（青林書院新社・一九八四年）二九九頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法［改訂版］』（青林書院・一九九〇年）二四〇頁、渥美東洋『刑事訴訟法［新版］』（有斐閣・一九九〇年）三九四頁、石川才顕『通説刑事訴訟法』（三省堂・一九九二年）二九〇頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣・一九九三年）二五六頁、福井厚『刑事訴訟法講義』（法律文化社・一九九四年）三六八頁、田宮裕『刑事訴訟法［新版］』（有斐閣・一九九六年）四四六頁、松尾浩也『刑事訴訟法下』（弘文堂・一九九九年）一五四頁、福井厚『刑事訴訟法学入門［第二版］』（成文堂・二〇〇〇年）三六三頁。しかし、反対説もある。青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論下巻』（立花書房・一九七六年）四七五－七六頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要七訂版』（創文社・一九六七年）三一二頁註一参照。

（4）政府による憲法三九条の趣旨説明（清水伸編著『逐条日本国憲法審議録［増訂版］二巻』（原書房・一九七六年）七七六頁）参照。

（5）団藤重光『刑事訴訟法綱要』（弘文堂書房・一九四三年）四七八－七九頁。

(6) 同右・四七九頁。
(7) 同右・四八〇頁。
(8) 同右。
(9) 同右・四八一頁。
(10) 平野・三一頁。
(11) 同右・二八二頁。
(12) 同右。
(13) 同右・二八五頁註一。
(14) 同右・二八一頁。
(15) 井上・前掲註（3）・一二二一頁。
(16) 同右・一二二四頁。
(17) 同右・一二二八頁。
(18) 同右。
(19) 同右・一二四〇頁。
(20) 同右。
(21) 同右・一二四一頁。
(22) 同右。
(23) 同右・一二四三頁。
(24) 同右・一二四四頁。
(25) 平野・二八二―八三頁。
(26) 田宮・一一九頁。
(27) 同右・五五―七〇頁。
(28) 同右・八〇―八一頁。

(29) 同右・八一頁。
(30) 同右・八二頁。
(31) 同右・一二五頁。
(32) 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〕。
(33) 松尾浩也『刑事訴訟法上』(弘文堂・一九九九年) 二六四―六五頁。
(34) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(成文堂・一九七九年) 三八一頁。
(35) 白取祐司『一事不再理の研究』(日本評論社・一九八六年) 三三〇―三一頁。
(36) 高田昭正『刑事訴訟の構造と救済』(成文堂・一九九四年) 二頁。
(37) 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(有斐閣・一九五三年) 一五二―五三頁、団藤・前掲註 (3)・一五一頁。
(38) 斎藤金作「訴因」『刑事法講座五巻』(有斐閣・一九五三年) 一〇八六―八七頁、平場安治「公訴事実の同一性」『刑事訴訟法講座二巻』(有斐閣・一九六四年) 六七―六八頁。
(39) 平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』(日本評論社・一九六四年) 一一五―一六頁、田宮・前掲註 (32)・六〇六頁、松尾・前掲註 (33)・一六五頁。
(40) 白取祐司『刑事訴訟法』(日本評論社・一九九九年) 二四二頁。なお、筑間教授は、一事件一裁判の原則の観点から、一個の事件を構成するか否かは罪数によって決まると考え、狭義の同一性と単一性による分析は不要であると主張される。筑間正泰「『公訴事実の同一性』再論」『産大法学』三二巻二＝三号一九七頁 (一九九八年) 参照。
(41) 公訴事実の同一性に関する判例が整理されているものとして、白取・前掲註 (35)・二五六―七八頁参照。
(42) 最判昭和二七年九月一二日刑集六巻八号一〇七一頁。
(43) 例えば、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(有斐閣・一九五四年) 一二四―二五頁、団藤重光編『注釈刑法 (2) のⅡ 総則 (3)』(有斐閣・一九六九年) 六〇四頁〔松尾浩也執筆部分〕、白取・前掲註 (35)・三三一―三四頁、能勢弘之『刑事訴訟法25講』(青林書院・一九八七年) 二〇八頁、高田昭正・前掲註 (36)・五三頁、田宮・前掲註 (3)・四五五頁、能勢弘之「憲法上の一罪」『人権論の新展開』(北海道大学図書刊行会・一九九九年) 二一六頁。
(44) 平野・二八三頁、高田卓爾・前掲註 (3)・三〇〇頁。

(45) 田宮・前掲註（3）・四五四頁。
(46) 平野・二八四―八五頁、光藤景皎「公訴棄却の裁判」熊谷弘他編『公判法大系Ⅲ』（日本評論社・一九七五年）二六七頁、田口・前掲註（3）・三六一―六二頁、田宮裕編『ホーンブック刑事訴訟法（改訂新版）』（北樹出版・一九九五年）二七三頁〔田口守一執筆部分〕、田口・二九三―三三〇頁。
(47) 清水孝蔵『刑事訴訟法論綱』（三書樓出版・一九一〇年）二〇九―一一頁、富田山寿『最近刑事訴訟法要論上巻』（有斐閣書房・一九一一年）七七五頁以下、板倉松太郎『刑事訴訟法玄義』（厳松堂書店・一九一二年）五四八―五〇頁、牧野英一『刑事訴訟法』（有斐閣・一九一八年）一二一―二四頁、平井彦三郎『刑事訴訟法要論』（松華堂・一九二六年）一八四―八五頁、小山松吉『刑事訴訟法提要』（自治館・一九二九年）五〇〇頁、宮本英脩『刑事訴訟法大綱』（松華堂・一九三七年）三一六―一八頁参照。
(48) 豊島直通『刑事訴訟法新論全』（有斐閣書房・一九〇六年）一三五―三六頁、岡田庄作『刑事訴訟法原論』（厳松堂書店・一九一八年）三八六―八七頁、林頼三郎『刑事訴訟法論』（厳松堂書店・一九一九年）三三三―三四頁参照。
(49) 平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』（松華堂・一九二四年）二二二頁。
(50) 小野清一郎『刑事訴訟法講義全（全訂第三版）』（有斐閣・一九三三年）一八八頁、同『刑事訴訟法概論』（法文社・一九五四年）一〇三―〇五頁、二六八―七一頁（形式裁判においても実体裁判においても拘束力に言及されない）、二七一頁（一事不再理の効力の根拠については公訴権消滅を考えられる）参照。
(51) 団藤・前掲註（5）・三一七頁。
(52) 同右・四八〇頁。団藤・前掲註（3）・三一〇―一二頁も参照。
(53) 斎藤朔郎『刑事訴訟論集』（有斐閣・一九六五年）四〇四頁。
(54) 同右・三九四頁。
(55) 平場・前掲註（43）・二二一頁。
(56) 井上正治「形式裁判の内容的確定力」『法政研究』二一巻三＝四号（一九五四年）二五八―五九頁。
(57) 同右・二四八頁。
(58) 同右・二五八頁。

(59) 同右・二六二頁。
(60) 柏木・前掲註（3）・一七四頁、高田卓爾『刑事訴訟法』（青林書院新社・一九七一年）二七七頁。但し、高田博士は、後に「有罪・無罪の判決については…形式裁判の場合とパラレルな形での内容的拘束力は生じないものと考える」と言われる（高田・前掲註（3）・二九八頁）。なお、宮崎教授は、実体裁判の後訴への拘束力を、事実認定の過誤の他事件への波及の危険を理由に否定される。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）一六九頁参照。山中教授も、実体的真実主義の観点から、拘束力を拡張することに好意的ではない。山中俊夫「先決問題の拘束性に関する一考察（二）」『同志社法学』八六号（一九六四年）二二頁参照。
(61) 柏木・前掲註（3）・一七四頁、高田・前掲註（60）・二七七頁。
(62) 田口・四七頁。
(63) 平野・二八四頁。平野博士は、執行力は執行機関に対する拘束力という形で、対外的効力としての拘束力と同質の「判断内容の拘束力」であると考えられる（平野・二八四頁。同・前掲註（39）・一六〇―六一頁も参照）。
(64) 平野・二八五頁。同・前掲註（39）・一六一頁以下も参照。
(65) 平野・三一頁。
(66) 平野龍一『刑事訴訟法概説』（東京大学出版会・一九六八年）一九九頁。
(67) 田口・四九頁。
(68) 平野龍一「『刑法二三五条の罪』にその従犯も含まれるか―常習犯と既判力の範囲」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第三〇巻』（有斐閣・一九七四年）三九頁参照。
(69) 田口・四九頁。
(70) 平場安治「刑事訴訟法の基本問題」（有信堂・一九六〇年）九―一〇頁参照。
(71) 田宮・一三五頁。同『刑事訴訟法入門（三訂版）』（有信堂・一九八一年）二六〇頁も参照。
(72) 田宮・五四頁。
(73) 同右・八二頁。
(74) 同右・一二九―三〇頁。

(75) 同右・一三四頁。
(76) 田宮裕「既判力・再論」『法学』四七巻五号（一九八四年）八一〇頁（同『日本の刑事訴追』（有斐閣・一九九八年）に所収）。
(77) 田宮・一三八頁。
(78) 同右・一四一頁註一。
(79) 同右。
(80) 田口・五八―五九頁。
(81) 田宮裕「公訴権の運用と裁判官」『中野次雄判事還暦祝賀・刑事裁判の課題』（有斐閣・一九七二年）七六頁（同・前掲『日本の刑事訴追』に所収）。また、光藤・前掲註(46)・二六八―六九頁も参照。
(82) 田宮・前掲註(81)・七七頁。田宮博士は、かかる効力を「若干の付随的効力」とか「付随的拘束力」と呼ばれる（田宮・四〇一頁）。そして、これらの効力が一事不再理の効力の反射的効力（付随効）であると考えられる（田宮・前掲註(71)・二七三頁）。もっとも、田宮博士は、禁反言の導入については立法論だとされる（田宮・二四八頁）。
(83) 田口・五九頁。
(84) 田宮・五二頁註五。
(85) 田宮・前掲註(71)・二六四頁。
(86) 田宮・二三六頁。
(87) 田口・五九頁。
(88) 同右・六六頁註一二五。
(89) 光藤・前掲註(46)・二六七頁。また、光藤『口述刑事訴訟法』（成文堂・一九九二年）二九〇頁も参照。
(90) 光藤・前掲註(46)・二六七頁。
(91) 田口・二一一―一二頁。
(92) 同右・二一二頁。
(93) 同右・二四三頁。

(94) 同右・二四八頁。
(95) 同右・二五一頁。
(96) 同右・二三九頁。
(97) 同右・二六〇頁。
(98) 同右・二六三頁。
(99) 同右・二六五－六六頁。
(100) 同右・二六六頁。
(101) 同右・二七一頁。田口教授は、この他にも、自由心証主義と拘束力との関係や裁判の権威性と拘束力との関係も論じておられる。田口・二六八－七一頁参照。
(102) 田口・二七四頁。
(103) 同右・二七四－七五頁。
(104) 同右・二七七頁。
(105) 同右・二七八頁。
(106) 同右・二二四－二五頁。
(107) 能勢弘之「刑事法学の動き」『法律時報』五一巻一号（一九七九年）一六一頁。
(108) 白取・前掲註（35）・三一〇頁。
(109) 田宮・前掲註（3）・四四〇頁。
(110) 井上正治『刑事訴訟法の論点』（法学書院・一九五八年）七一頁参照。
(111) 小野・前掲註（50）『刑事訴訟法講義全（全訂第三版）』・一五一頁参照。小野博士は、既判力の理論が適用される主な場面が執行手続であると言われる。
(112) 斎藤・前掲註（53）・四〇四頁。
(113) 平場・前掲註（43）・二二一頁。
(114) 井上・前掲註（56）・二五八－五九頁。

(115) 光藤・前掲註(46)・二六八頁。
(116) 本稿四－1.（『北大法学論集』五一巻二号）参照。
(117) 本稿四－2.（『北大法学論集』五一巻二号）参照。
(118) 本稿四－4.（一）（『北大法学論集』五一巻二号）参照。
(119) 本稿四－5.（一）（『北大法学論集』五一巻二号）参照。
(120) 本稿三－6.（『北大法学論集』五一巻二号）及び本稿四－5.（二）（本号）参照。
(121) 本稿一（『北大法学論集』五一巻一号）及び本稿五－1.（本号）参照。
(122) 本稿四－2.（二）（『北大法学論集』五一巻二号）参照。