



Title	検察官上訴の研究：二重の危険の原理の観点から
Author(s)	高倉, 新喜
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 1, 71-96
Issue Date	1994-11
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/22257">https://hdl.handle.net/2115/22257</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	1_P71-96.pdf



# 検察官上訴の研究

—二重の危険の原理の観点から—

たか くら しん き  
高 倉 新 喜

## 目次

一. 問題の所在	72
二. 日本の状況	72
1. 憲法 39 条の成立	72
2. 憲法 39 条の解釈と検察官上訴を巡る学説の展開	73
(一) 初期の議論	73
(二) 検察官上訴違憲説の巻き返し	74
三. アメリカの状況	74
1. いつ危険が発生するのか?	75
2. 検察官上訴に関する連邦最高裁判例	75
(一) 無罪判決に対する上訴の否定	76
(二) 証拠不十分と無罪判決	81
(三) 無罪判決を構成しない裁判所の判断	84
(四) 小 括	88
四. ま と め	89
1. 二重の危険の原理の本質的意味	89
2. 無罪判決に対する検察官控訴	89
3. さらに重い量刑を求めている検察官控訴	90
4. 結 語	90

## 一. 問題の所在

日本国憲法は39条において、何人も「既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」と規定している。この解釈については、英米法の二重の危険の原理を規定したものであるという説が有力であると思われる<sup>(1)</sup>。二重の危険の原理とは、「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実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<sup>(2)</sup>」を意味する。これに従って素直に考えれば、第一審で無罪判決が出た場合に、検察官が有罪判決を求めて控訴することは、憲法39条に違反するはずであると思われる。また、有罪判決に対して更に重い刑罰を求めて検察官が控訴することも同様であるはずである。しかるに、戦後の判例は所謂「危険継続論」に立ち、「一審の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎない<sup>(3)</sup>」として検察官上訴を許容してきている。これに対しては、学説上反対説が試みられてきた<sup>(4)</sup>。私もこれらの判例に対して疑問を感じ、二重の危険の原理の本質を追究して検察官の不利益上訴の違憲性を明らかにしていきたい。

ここでは、第一審で実体裁判があった場合の検察官の控訴を検討していきたい。この類型の検察官上訴こそ二重の危険の原理が問題になる発端と考えるからである。判決が確定した後に検察官が再度改めて同じ犯罪について起訴してきた場合を検討する前に、同一の訴訟内における検察官上訴を検討すべきである。検察官上訴のなかでも、上告を検討する前にまず控訴を検討すべきである。私は、第一審で実体裁判が下された時点で国家は「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」と言えるのではないかという疑問をもつのである。現在実務においては何の疑問もなく検察官の不利益控訴が行われているが、今一度憲法39条の観点からこのような政策

判断や感覚を問い直してみる必要があると考えるのである。

本論文では、憲法39条の成立及びその解釈をめぐる学説を把握し、アメリカ法、特に連邦最高裁判例を参照した上で、これからの憲法39条の解釈のあり方を考えて行きたい。

## 二. 日本の状況

### 1. 憲法39条の成立

憲法39条の解釈を云々する前に、この規定がどのような過程を経て制定されたのかを把握しておく必要がある。

憲法39条は③総司令部案、④憲法改正草案要綱、⑤憲法改正草案、⑥憲法という経過を辿って制定された<sup>(5)</sup>。

1946年2月13日に最初に日本政府に手渡されることになった③総司令部案は、①「レポート・日本の憲法についての準備と提案」(GHQ 連合国最高司令官総司令部) (1945年12月6日<sup>(6)</sup>)と②「幕僚長に対する覚書 [案件] 私的グループによる憲法改正案に対する所見」(連合国最高司令部民政局行政部) (1946年1月11日<sup>(7)</sup>)を参考にして作られたといわれる<sup>(8)</sup>。

①レポートは、「総司令部において憲法問題の担当を命ぜられていた民政局法規課長マイロ・E・ラウエルが、明治憲法について調査の結果得た、憲法改正に関する一応の結論を提案したレポートであって、日本政府の代表者等と会談する際の、論点整理のための資料とすることを目的として作成されたもの<sup>(9)</sup>」である。この付属文書A「権利章典」3・a・(9)には、「同一の犯罪につき二重の危険にさらされることのないこと (Anaccused...shall not be placed in jeopardy twice for the same offense)<sup>(10)</sup>」という規定がある。

②所見は、「ラウエルが、わが国のある私的グループによって作成された憲法改正案について検討を加え、その所見を記して幕僚長に提出した覚え書き<sup>(11)</sup>」である。この私的グループ案には二重の危険条項が欠けていた。そこでラウエルは、「不可欠の規定」の一つとして二重の危険を付け加え

た<sup>(12)</sup>。すなわち、「…また、刑事被告人が同一の犯罪に対して二重の危険にさらされることを禁止することが必要である。(Constitution…, and prohibit placing an accused twice in jeopardy for the same offense.)<sup>(13)</sup>」と。これら①レポートと②所見の成立に日本の憲法の権威と目される人々の説明や意見が聴取されたことは疑いないようであるが、二重の危険条項に関してどの程度日本側と議論がなされたかは定かでない<sup>(14)</sup>。

③総司令部案は、前述のように①②を参考にして作られたものであるが、二重の危険の禁止(37条2項)及び刑罰不遡及の原則(39条)についてそれぞれ次のように規定してあった。

「(第37条2項)何人も、同一の犯罪についてふたたび危険にさらされることはない。(No person shall be twice placed in jeopardy for the same offense.)<sup>(15)</sup>」

「(第39条)何人も、実行の時に適法であった行為については、刑事上の責任を問われない。(No person shall be held criminally liable for an act lawful at the time it was committed.)<sup>(16)</sup>」

④憲法改正草案要綱は、③総司令部案を受託した幣原内閣がこれに沿った憲法改正の方針を決定して、松本内務大臣が吉田外務大臣及び民政局と協議のうえで1946年3月6日に公表されたものである<sup>(17)</sup>。

「(第三十五) 何人ト雖モ実行ノ時ニ於テ適法ナリシ行為又ハ既ニ無罪トセラレタル行為ニ因リ刑事上ノ責任ヲ問ハルルコトナカルベキモノトスルコト<sup>(18)</sup>」

憲法改正草案要綱では、総司令部案37条2項と39条が一個の条文に納められている。総司令部案37条2項は修正を加えられている。すなわち、「同一の犯罪」ではなく「既ニ無罪トセラレタル行為」について「責任ヲ問ハルルコトナカルベキモノトス」とされている。日本側としては、総司令部案37条2項を削って、この条項の趣意を35条におりこんだものと了解していた<sup>(19)</sup>。修正を加えられていても、二重の危険の原理は35条の中に生き続けている。

⑤憲法改正草案は、④憲法改正草案要綱35条に③総司令部案37条2項を追加した形になっている。これは、「同一の犯罪について…」という規定を、第二段として加えるようにという総司令部の意向が示され、日本側の理解でははっきりしないままに追加されたものである<sup>(20)</sup>。

「(第三十六條) 何人も、実行の時に適法であった行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」

憲法39条はこのようにして成立した。

このように憲法39条は、日本側が総司令部側の趣旨をよく理解しないままに制定されたきらいがあり、条文じたいもとても美的とは言えない。それゆえに、本条の解釈を巡って争いが生じるようになった。

## 2. 憲法39条の解釈と検察官上訴を巡る学説の展開

### (一) 初期の議論

憲法39条の解釈については、二重の危険の原理を採用したものであるという説<sup>(21)</sup>とそうではないという説<sup>(22)</sup>が対立していた。前者は、憲法はその制定過程から見てアメリカ憲法を受け継いだものであり、憲法39条の英訳も double jeopardy という訳が使われているとして、検察官上訴を不可とする説である。この説においては、39条前段後半も後段も全体として二重の危険の禁止を定めたものと解される。後者は、39条は「英米法流の二重の危険の制度をそのまま採用したものではなく、かような制度をも念頭におきながら大陸法の一事不再理の原則を強化したにすぎない<sup>(23)</sup>」し、検察官上訴は判決確定までできるという説である。39条前段後半を確定力に関する規定、後段を二重処罰の禁止に関する規定と解するのである<sup>(24)</sup>。

この点について田宮教授は、憲法39条は二重の危険の原理をとるとしながら、その適用に当たっては、危険発生を判決確定時とする説を唱えられた。田宮教授は、39条は憲法制定過程及び憲法全

体の傾向からみて二重の危険の原理を採用したものと解せられるとした<sup>(25)</sup>。しかし、「憲法が二重の危険を採用したからといって直ちに検察官上訴を違憲としなければならない論理的必然性はない<sup>(26)</sup>」と述べられた。そして、危険継続論を唱える昭和25年9月27日刑集4・9・1805のリーディングケースを積極的に評価された<sup>(27)</sup>。

このようなことから、39条は二重の危険の原理を採用したものである、その危険とは継続的危険である、検察官上訴は合憲であるということが実務及び学説に定着することになった。

### (二) 検察官上訴違憲説の巻き返し

このような実務及び学説に対しては、二重の危険の原理によって検察官上訴を禁じる試みがなされる。それは判例通説の危険継続論が妥当か否かの問題関心によるものである。

これまでは、無罪判決に対する事実問題に関する検察官控訴について議論が深められてきた。検察官控訴を憲法39条によって直接禁止しようとしたり、控訴審における検察活動を制限しようとする試みがなされてきた<sup>(28)</sup>。

最近になると、無罪判決に対する事実問題に関する検察官上訴に限らず、法律問題に関する検察官上訴と量刑不当を理由とする検察官上訴にも視野が広がってきている<sup>(29)</sup>。事実誤認を理由とする検察官上訴が憲法39条に違反するとしている。しかし、法令違反、憲法違反を理由とする検察官上訴は、法令解釈の統一をはかる必要があることから、39条には違反しないとしている。また、量刑不当を理由とする検察官上訴も、一貫性をもった量刑を言渡す必要があることから、39条には違反しないとしている。

しかし、私は、検察官上訴に関して憲法39条が適用されるのは事実問題に関するもののみなのかについて疑問を感じる。事実問題と法律問題とを明確に線引きするのは困難であるし、検察官の不利益上訴の禁止が徹底しないのではないかと考えるのである。また、更に重い量刑を求めて検察官が上訴することを許容することにも疑問を感じる。一度有罪の認定を受ければ、更に重い量刑を

求めての審理を何度行ってもよいとすることこそ、二重の危険の原理に反するのではないか。これらの問題意識から、もう一度二重の危険の原理と検察官上訴との関係を考えてみたいのである。

本論文で問題とするのは、①無罪判決が出た場合に事実問題を根拠にして行う検察官の控訴、②無罪判決が出た場合に法律問題を根拠にして行う検察官の控訴、③有罪判決が出た場合に更に重い量刑を求める検察官の控訴である。

一方、最近のアメリカにおいては、連邦最高裁が検察官上訴と二重の危険の原理との問題に積極的に取り組んでいる。アメリカでは、修正5条の二重の危険条項に違反しない限り最大限に検察官上訴を認めていこうとする傾向にある。アメリカ法を概観すれば、検察官上訴をどんどん許容していこうとする趨勢の中に、これだけはどのようなことがあっても守らなければならないという二重の危険の原理の本質的な意味を見いだせると考えた。

もちろん日本とアメリカの刑事訴訟の発展の基盤は異なっているが、「再度同じ犯罪について人を苦しめてはいけない」という思想を憲法上の人権に高めていることに変わりはない。そこには、刑事訴訟法の系譜を越えて共有すべき不変の原理が存在するはずである。前述の立法過程から見ても、憲法39条がアメリカの二重の危険の原理を念頭に入れて制定されたことは明らかである。アメリカ法的解釈の一切を排除する理由はないはずである。

そこで私はアメリカ法を概観して、二重の危険の原理の本質的な意味を求め、憲法39条の解釈の参照とし、検察官の不利益控訴を検討していきたいのである。

### 三. アメリカの状況

二重の危険の原理の起源は不明確である<sup>(30)</sup>。合衆国憲法修正5条の二重の危険条項は200年前の言葉によって作られたものであり、その起草者たちは更に以前のイギリス法に親しんでいる。しかし、そのイギリスにおいてさえも、明確には認識

されていなかった。

しかし、刑罰規定の増加や刑罰の過酷さによって二重の危険の原理の必要性が認識されるようになった。合衆国憲法が制定されるころには、前の無罪 (autrefois acquit) の抗弁、前の有罪 (autrefois convict) の抗弁、前の恩赦 (former pardon) の抗弁として認識されていた。二重の危険の原理にとって最も重要な進歩は、それが合衆国憲法に採用されたことである。今日の合衆国憲法修正5条の二重の危険条項は「何人も同じ犯罪について再度生命又は身体の危険に置かれることはない。」(“nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb.”) となっており、州憲法に二重の危険条項を持たない州にも適用されるものと位置付けられている<sup>(31)</sup>。二重の危険の原理はほとんどの州憲法において受け入れられている。

但し、この規定はわずか3カ月ほどの審議の後で成立したものであり、あまり議論が深められなかったことに注意するべきである。その意味するところは依然として不明確であるので、これを取り巻く諸問題を概観して、判例も検討する必要がある。

### 1. いつ危険が発生するのか？

危険の発生については、イギリスとアメリカで大きな相違がある。イギリスにおいては、正式事実審理<sup>(32)</sup>の後の終局的な判決があるまで、被告人は危険にあったことにはならない<sup>(33)</sup>。

これに対して、アメリカの連邦裁判所では、有罪又は無罪の終局判決がなければならぬというイギリスの原則が退けられた。危険が発生するのに終局判決は必要でないとされる最も重要な根拠は、検察官が陪審を有罪評決に傾けるのに必要なだけ訴訟手続を始めたか止めたりする危険性であった<sup>(34)</sup>。しかし、このような考え方を採れば、前の正式事実審理において危険に置かれたと言えるほどの危険が存在したか否かが重要な問題となってくる。この判断は微妙なものにならざるを得ず、問題を一層複雑にしてきた。危険の発生に

関しては、検察官があらゆる証拠を提出する十分かつ完全な機会を与えられて訴追<sup>(35)</sup>を全うする利益と被告人が正式事実審理の繰り返しによる苦痛を回避する利益が対立している。

二重の危険の原理はこれらの利益衡量をはかることである。これらの観点に立って二重の危険の原理を考えていかなければならない。そもそも二重の危険の原理とは、「国家の真実発見、犯罪処罰という利益に対して個人の人格がどれほどの反対利益を提示しうるか<sup>(36)</sup>」の問題だからである。後述する連邦最高裁判例では、どのような利益衡量がなされてきたのだろうか。それは検察官上訴とも密接な関係をもたずである。

一方、検察官上訴の問題については、二重の危険条項を巡る他の諸問題に比べれば、複雑な様相を呈してきたとは言えない。連邦最高裁も検察官上訴には好意的ではなかった。州においても、コネチカット州やウィスコンシン州などの一部の例外を除いては、ほとんどの州が検察官上訴を否定してきた。一般的には、憲法に規定されている二重の危険の原理に相いれないことが自明の理であったように思われる。では、それを自明の理ならしめているものは何であろうか。これこそが二重の危険の原理の本質的な意味である。しかし、検察官上訴を二重の危険条項に違反しない限り最大限に認めていこうとする最近の傾向の中では、その自明の理が揺らぎかねない状況である。二重の危険の原理の真価が問われるときである。

このような前提のもとで、検察官上訴に関する連邦最高裁判例が実際にどのように展開してきたのかを次に見ていく。連邦最高裁判例に当たってみることで、二重の危険の原理の本質的な意味が求められると考える。

### 2. 検察官上訴に関する連邦最高裁判例

これから連邦最高裁判例を見ていくわけであるが、その前に検察官上訴を許容する立法にふれておく。

後述するサンジュ事件では、検察官の不服申立は、法律の規定がない限り許されないことが示さ

れた。これを受けて検察官上訴の立法化が進められた。そして、1907年に刑事上訴法 (Criminal Appeal Act of 1907) が制定され、幾度かの改正が重ねられて、1970年に現行法に改正された。

この法律は、「刑事事件において合衆国は、一個又は数個の訴因につき正式起訴状 (indictment) 又は略式起訴状 (information) を棄却するか、又は、評決若しくは判決の後に再審理<sup>(37)</sup> を許可する地方裁判所の決定、判決又は命令に対して、控訴裁判所に上訴することができる。但し、合衆国憲法の二重の危険条項が更なる訴追手続の継続を禁止している場合は除く。」(18 USC §3731) と規定してある。

最近の検察官上訴に関する連邦最高裁判例は、この法律がかかわっている。連邦最高裁は検察官上訴の正確な範囲を判断するために二重の危険条項を重視しなければならなくなったのである。

また、量刑不当を理由とする検察官上訴を許容する法律もできた。1970年組織犯罪取締法である。特別危険犯 (dangerous special offender) の刑加重理由に関して、被告人にも検察官にも、量刑不当を理由とする上訴申立の権利を認めたものである (18 USC §3576)。

この法律は、後述するディフランチェスコ事件で、二重の危険条項に違反しないと判断された<sup>(38)</sup>。

#### (一) 無罪判決に対する上訴の否定

##### [ラング事件]

合衆国憲法修正5条の二重の危険条項に実質的解釈を与えた連邦最高裁判例はラング事件<sup>(39)</sup>であろう。

被告人は、郵便局に属する郵便カバンを窃盗して着服したことで正式起訴され、有罪評決を受けた。ところが、裁判所は、1年以下の懲役「又は」10ドル以上200ドル以下の罰金を規定しているところを、不注意にも1年の懲役「且つ」200ドルの罰金を宣告した。被告人はその日のうちに投獄され、翌日罰金を支払った。5日後、囚人は人身保護令状 (habeas corpus) に基づき裁判所に出頭させられた。前の判決は無効にされて、再度改め

て1年の懲役が宣告された。そして、この判決に基づいて拘束された。しかも、既に支払われた罰金は返されなかった。連邦最高裁は、再度改めて1年の懲役を宣告したことは二重の危険条項に違反すると判断した<sup>(40)</sup>。

本判決は、二重の危険の原理について明確に述べている。「イギリス及びアメリカにおいては、何人も同じ犯罪について再度法的に処罰されない。…第二の処罰が同じ裁判所で同じ事実に基づき同じ犯罪のためになされるのなら、被告人が二重の危険条項による完全な保護を受けることは疑いない。<sup>(41)</sup>」

本件でもう一つ重要な点は、二重の危険の原理が生命又は身体に危険を伴わない軽罪 (misdemeanour) にも及ぶとされた点である。「[何人も同じ犯罪について再度危険に置かれぬ] という格言が成立した当時、ほとんどすべての犯罪が死刑又は身体刑で処罰されていたが、今日ではこれらの抗弁 [前の無罪及び前の有罪] が重罪 (felony)、軽罪、少年犯罪 (minor crimes) に有効であると判断されており、現代の制度においてどれが重罪であるかを判断することが困難であることを考えれば、第二の処罰が同じ犯罪について宣告されようとしているすべての場合に二重の危険条項が適用されるべきだと言えよう。<sup>(42)</sup>」

##### [サンジュ事件]

サンジュ事件<sup>(43)</sup>において、連邦最高裁は、明確な法律上の権限がない以上、検察官は自己に不利な終局判決に対して上訴できないと判断した<sup>(44)</sup>。

被告人らは謀殺 (murder) について正式起訴された。しかし、被告人たちは正式起訴状の瑕疵を主張して、妨訴抗弁の申立 (demurrer) をした<sup>(45)</sup>。これに対して、裁判所は、当該妨訴抗弁を法的根拠のあるものとして支持し、正式起訴を却下 (quash) した。これを受けて検察官は誤審令状 (writ of error) を求めたのである。連邦最高裁は、明確な法律がない限り、検察官は自己に不利な判決に対して誤審令状を求める権利をもたないと判断した。

本件判決は明確に述べている。「コモンローのもとでは、検察官に明確に権利を与える法律が存在しない場合、被告人に有利な終局判決が出た後に、検察官が誤審令状を求めることはできない。その終局判決は、無罪評決に基づくものでも法律問題に関する裁判所の判断に基づくものでもかまわない。<sup>(46)</sup>」このように連邦最高裁は、法律によって検察官上訴が可能になることをほのめかしているが、このような立法の憲法上許される範囲には注意を払っていなかった。しかし、そこには二重の危険の原理による制約が存在することを忘れてはいけない。

[ボール事件]

ボール事件<sup>(47)</sup>では、無罪判決の後の再度の正式事実審理<sup>(48)</sup>はもちろん、上訴審で有罪判決が破棄された後の再度の正式事実審理にも二重の危険条項が適用されることが示された。

被告人A B Cの3人は謀殺 (murder) について正式起訴されて併合審理された。陪審はAに無罪評決をして、B Cには有罪評決をした。裁判所はB Cに死刑の宣告をした。

B Cは、被害者死亡の時間と場所が正式起訴状に全く書かれていないという理由で誤審令状 (writ of error) を求めた。

連邦最高裁は、当該正式起訴状の瑕疵が致命的であるという理由で破棄差戻にした。その際、正式起訴を却下すべきこと、B Cについて新たに手続をとるべきことを命令した<sup>(49)</sup>。

ところが、大陪審はA B Cの3人を改めて正式起訴してきた。今度は死亡の時間と場所を明確にしていた。

これに対して、Aは前の無罪の抗弁をしたが斥けられた。3人は有罪評決を受け、死刑を宣告された。3人の被告人は誤審令状を要求してきた。

連邦最高裁は、たとえ正式起訴状に瑕疵があるという理由で共同被告人の有罪判決が破棄されても、無罪判決の終局性は失われないと判断して、Aの有罪判決を破棄した。一方、B Cの有罪判決は維持された。

本判決で重要なことは、瑕疵ある正式起訴は法

的に被告人を危険におくことはできないというイギリスの原則を斥けた点である<sup>(50)</sup>。かかる原則は、検察官に被告人を有罪にする第二の機会を不当に与えることになる。「無罪評決は終局的であり、誤審令状によって審査されることはない。さもなければ、被告人を再度危険に置くことになり憲法に違反する。<sup>(51)</sup>」

[ケプナー事件<sup>(52)</sup>]

被告人は横領で起訴された。第一審は非陪審審理であったが、無罪判決が出された。これを受けて検察側はフィリピン最高裁判所に上訴した。ここで第一審の無罪判決は破棄され、有罪判決が下された。これに対して、被告人は、かかる上訴手続が合衆国憲法修正5条の二重の危険条項にもフィリピン組織法 (Philippines' Organic Law) の二重の危険条項にも違反するという理由で、連邦最高裁に上訴した。連邦最高裁は、検察官は無罪判決に対して上訴できないと判断して原審を破棄した。上訴審において再度実体的事項について審理することは、同じ犯罪について再度危険に置くことになるからである。

本件は、フィリピン諸島がスペインからアメリカに割譲されてから間もない時期に起きたものである。連邦最高裁は、フィリピン組織法の二重の危険条項の立法趣旨が、アメリカの憲法において必要不可欠な原理の幾つかをフィリピン諸島にも及ぼし、新しくアメリカの法域に服したフィリピン人にもこれらを植え付けることであるとしている<sup>(53)</sup>。それゆえ、当該規定を連邦最高裁で解釈されているように解釈してよいとしている。

以上を前提にして、連邦最高裁は、権利章典の文言はコモンローを参照して解釈されなければならないとしている。そのコモンローによれば、二重の危険の原理の保護は、裁判権を持つ裁判所が被告人に無罪判決を下した場合にも当然に及ぼしている<sup>(54)</sup>。本件の第一審は非陪審審理であったが、それでも第二の訴追は阻止されるとしている<sup>(55)</sup>。裁判権をもった裁判所によって審理されれば、陪審審理と同じ程度に危険におかれたことになるからである。

本件は、ホームズ判事が危険継続論を反対意見で主張したことで有名である。「何回も正式事実審理にかけられたとしても、同じ訴訟においては、再度危険におかれたとは言えない。危険とは、訴訟の始めから終わりまでの一つの継続である。…[元来、二重の危険の原理とは]既に正式事実審理されてしまった場合に、新たな独立の訴訟において再度正式事実審理することを禁止しているのである。しかし、同じ訴訟において再度正式事実審理してはいけないという規範は存在しない。<sup>(66)</sup>」この考えはアメリカにおいては異端説である<sup>(67)</sup>。

#### [グリーン事件]

グリーン事件<sup>(68)</sup>は、連邦最高裁が二重の危険条項の意味及び適用について重要な見解を示したものである。

被告人は、家屋放火の第一訴因とその放火によって一人の女性を死に至らしめた第二訴因で正式起訴された。第一審裁判官は陪審に対して、第一訴因については放火を、第二訴因については第一級殺人又は第二級殺人を認定できると説示した。陪審は放火と第二級殺人について有罪評決した。第一級殺人については不問であった。第一審の陪審は解散された。これに対して、被告人は第二級殺人の有罪判決について連邦控訴裁判所に上訴した。控訴裁判所は、証拠不十分を理由に原審を破棄差戻した。差戻審で新たに構成された陪審は、第一級殺人について有罪評決を下した。裁判所は死刑を宣告した。被告人は再度上訴したが、控訴裁判所は原審の有罪判決を維持した。

連邦最高裁は、被告人の第一級殺人の有罪判決を破棄した。第二の正式事実審理<sup>(69)</sup>は被告人を同じ犯罪について再度危険におくものであり、合衆国憲法修正5条に違反すると判示した。第一審の陪審は第一級殺人について明確な無罪評決はしなかったけれども、第二級殺人の有罪評決は第一級殺人についての「黙示の無罪評決」であると判断した。無罪評決が終局的であるという前提に立って、黙示の無罪評決が絶対的に第一級殺人についての第二の正式事実審理を阻止するという結論に

至った。

本判決は、二重の危険の原理の基本理念を明快に述べている。二重の危険条項は、個人を同じ犯罪について再度の正式事実審理の危険及び有罪判決の危険に置くことから保護することを目的としているとする<sup>(60)</sup>。また、ブラックストーンの「前の無罪の抗弁は、何人も同じ犯罪について再度生命の危険に置かれぬというコモンローの普遍的な格言に基づいている。<sup>(61)</sup>」という一節と、ラング事件の「コモンローは、同じ犯罪についての第二の処罰を禁止するだけでなく、更に進んで、同じ犯罪についての第二の正式事実審理を禁止している。被告人が処罰を受けたか否か、前の正式事実審理において無罪にされたか有罪にされたかは関係ない。<sup>(62)</sup>」という一節を引用して、これらの根底に存在し、少なくともアングロアメリカの法制度に深く根付いている思想は、「あらゆるリソースとパワーを保持する国家は、一個の告発された犯罪に対して何度も人を有罪にしようとすることを試み、それによってその者を困惑や出費や苦難にさらし、かつ不安と危険の継続状態の中での生活を強いることを、勿論、たとえ結果的に無罪となるにしても有罪となる可能性そのものを高めるようなことも、許されてはならない<sup>(63)</sup>」ことであるとしている。そして、「たとえ無罪判決に誤りがあろうとも、検察側が上訴によって再審理を確保することはできないということは、我が刑事法の基本原理である。<sup>(64)</sup>」として検察官上訴についても判断を及ぼしている。また、ケプナー事件のホームズ反対意見の危険継続論も明確に否定している<sup>(65)</sup>。

#### [フォンフー事件<sup>(66)</sup>]

法人及びその法人の従業員二人が、行政機関から重要な事実を秘匿することを共謀実行したことについて連邦地方裁判所に正式起訴された。三人の検察側証人が出頭した後、四人目が証言をしている時点で、裁判官は陪審にすべての被告人に無罪評決をするように指示して無罪判決を下した。裁判官がこのような行動をとった理由は、検察側に不正行為があったことと、検察側証人の証言の

信用性の欠如であった。検察側は連邦控訴裁判所に、無罪判決を破棄して正式事実審理をやり直すべく職務執行令状 (writ of mandamus) の発行を申立てた。控訴裁判所は、第一審裁判所にかかる判決をする権限はないとして、職務執行令状発行を認めた。

連邦最高裁は原審を破棄した。「本件の根幹には憲法上の規定が存在する。控訴裁判所が無罪判決を破棄して、[被告人]が再度同じ犯罪について正式事実審理されるべきことを命令したことは、[その憲法上の規定]に違反していると言わざるを得ない。[被告人]たちは、裁判権をもつ連邦裁判所の有効な正式起訴のもとで正式事実審理された。正式事実審理は、…判決に先立って終了したのではない。それぞれの[被告人]に対して終局的な無罪判決をして終了したのである。<sup>(67)</sup>」と述べている。また、ボール事件の傍論<sup>(68)</sup>を引用して、「無罪評決は終局的である。これを審査すると、必ず[被告人]を再度危険に置き、憲法に違反する。<sup>(69)</sup>」と締めくくっている。

これに対しては、クラーク判事が反対意見を述べている。本件の状況においては、連邦地方裁判所には無罪評決を指示する権限はないのであって、その指示評決に基づく無罪評決は無効であると主張している<sup>(70)</sup>。被告人を正式事実審理する社会的利益が存在するのであって、裁判所には、証拠が検察側から提出される以前に無罪判決をして、検察側の義務遂行を阻む権限など存在しないとも主張している<sup>(71)</sup>。そして、本件において地方裁判所が、検察側が提出しようとしている証拠の正確な性質又は妥当性を知らないままに突然訴訟を終わらせていると非難している<sup>(72)</sup>。

[モリソン事件<sup>(73)</sup>]

被告人はマリファナ所持で起訴された。被告人は、本件の捜査が修正4条に違反するという理由で、公判前にマリファナの証拠排除を申立てた。被告人は陪審審理を放棄した。連邦地方裁判所は、この証拠排除の申立てを認めずに有罪の認定をした。しかしその後、被告人の証拠排除の申立ては、再度連邦地方裁判所で検討された。そこで、マリ

ファナは排除されるべきであると判断された。これを受けて、検察側は上訴した(18 USC §3731)。連邦控訴裁判所は、裁判権がないために上訴を棄却し、二重の危険条項が再度の正式事実審理を阻止すると判断した。その理由は、犯罪の構成要件にかかわる事実問題を解決するための手続が再度要求されるからだった。連邦最高裁は原審を破棄差戻しにした。

連邦最高裁は「有罪評決がなされた後で、被告人に有利な決定があった場合、検察側は二重の危険条項に違反することなくその決定に対して上訴することができる。<sup>(74)</sup>」というウィルソン事件の一節を引用して、これが非陪審審理にも当てはまると述べている。その理由は、「修正5条の二重の危険条項は非陪審審理と陪審審理を区別していないゆえ、二重の危険の原理は、裁判官が審理する場合にも適用される<sup>(75)</sup>」からであり、「裁判所の事実認定は、陪審の有罪評決に類似している<sup>(76)</sup>」からだった。そして、「地方裁判所の有罪認定は、二重の危険の原理からすれば、陪審の有罪評決と同じである。それゆえ、検察側は証拠排除の決定に対して上訴する権利がある。なぜなら、上訴によって、有罪か無罪の事実問題に関する手続が行われるというよりはむしろ、有罪認定の原状回復が行われるからである。<sup>(77)</sup>」と述べている。

この判例の重要な点は、二重の危険の原理が陪審審理に限らず、非陪審審理にも適用されるとした点である。

[マーチンリネン事件]

マーチンリネン事件<sup>(78)</sup>で連邦最高裁は、評決不成立で陪審が解散された後の第一審裁判官の無罪判決に対して検察官は上訴できないと判断した。

二つのリネン会社とそれらを所有する社長が、反トラスト法上の同意判決 (consent decree) に違反していることで告発された。陪審は社長について無罪評決を出したが、二つの会社については、評決不成立で解散された。ところが、6日後、連邦刑事訴訟規則29条(c)<sup>(79)</sup>に基づく無罪判決の申立てがなされ、連邦地方裁判所は無罪判決を出した。これに対して検察側は上訴した(18 USC

§3731)。連邦控訴裁判所は上訴を棄却した。理由は、無罪判決を破棄すれば、再度正式事実審理がなされることになり、二重の危険条項に反するという事であった。連邦最高裁もこれを維持した。本件で問題となったことは、29条(c)に基づく無罪判決に対して、18 USC §3731による検察官上訴が可能か否かということである。

判決要旨は次のようである。①二重の危険条項に違反しなければ、29条(c)に基づく無罪判決に対する検察官上訴は可能である。②しかし、本件の検察官上訴は二重の危険条項に違反する。検察官が犯罪事実の立証に失敗したという理由で無罪判決が下されているからである。

連邦最高裁は、法律によらなければ検察官上訴はできないということ<sup>(80)</sup>、18 USC §3731の趣旨が「検察官上訴の法律上の障害を取り除き、憲法に違反しない限り検察官上訴を許す<sup>(81)</sup>」ことであることを根拠にして、①のような結論に至っている。これを前提にして連邦最高裁は、二重の危険条項の発展は多数の訴追に対する脅威によるものであり、少なくとも検察官上訴によって新たに正式事実審理が要求されない場合は、関心は検察官上訴ではなく、多数の訴追をいかに阻止するかに向けられていたと考えている<sup>(82)</sup>。

連邦最高裁が②のような結論に至ったのは、検察官上訴が行われて無罪判決が破棄されれば、新たに正式事実審理が必要とされるからである。連邦最高裁は、「正確であろうがなかろうが、裁判官の判断が起訴された犯罪の構成要件の一部又は全部についての解決を実際に示すものであるか否かを判断しなければならない<sup>(83)</sup>」という前提に立っている。そして、本件の無罪判決は実体的事項について判断した上でのものであるとしている。なぜなら、連邦地方裁判所が検察側の証拠が不十分であると判断したのは明らかだからである。それゆえ、二重の危険の原理が適用されるのだとしている。

#### [サナブリア事件]

サナブリア事件<sup>(84)</sup>で問題となったことは、一定の証拠を排除する旨の決定とそれに続く無罪判決

に対して検察官が上訴できるか否かである。

MGLA chapter 271, section 17に違反して数当て賭博 (numbers betting) と競馬賭博 (betting on horse races) の営業をしたことで、被告人Aは他の数人とともに正式起訴された。しかし、弁護側の弁論が終わった後、連邦地方裁判所は、MGLA Chapter 271, Section 17は数当て賭博を禁止しないという理由で、数当て賭博に関する証拠のすべてを排除する決定を下した<sup>(85)</sup>。この時点で、弁護人はAのみの無罪判決の申立てをした。なぜなら、Aが競馬賭博の営業にかかわったという証拠がないからだ。裁判所はこの申立てを認めた<sup>(86)</sup>。残りの被告人らは、競馬賭博営業について有罪評決を受けた。

検察側は、証拠排除の決定とAの無罪判決について上訴した (18 USC §3731)。Aの数当て賭博に関する再審理を求めたのである。連邦控訴裁判所は、数当て賭博と競馬賭博を一つの訴因の中で正式起訴していたものを分離可能であるとした。そして、第一審の判断を、数当て賭博についての正式起訴棄却であり、競馬賭博についての無罪判決であるとみなした。控訴裁判所は、数当て賭博の部分について正式事実審理するべく、無罪判決を破棄して差戻した<sup>(87)</sup>。

連邦最高裁は原審を破棄して、二重の危険条項のもと、検察官は18 USC §3731によって上訴することはできないと判断した。なぜなら、第一審は証拠排除したであって、正式起訴を棄却したのではないからである。Aを数当て賭博について引き続き正式事実審理すれば、既に無罪にされた同じ犯罪について第二の正式事実審理をすることになるからである。そして、Aの無罪判決は訴因全体についてなされたと判断している<sup>(88)</sup>。

連邦最高裁は、一度無罪判決が下されれば、たとえ無罪判決にいたる法的判断が誤っていても、再度の正式事実審理は許されないというフロンター事件<sup>(89)</sup>を前提としている。そして、数当て賭博の証拠が誤って排除されたものでも、無罪判決は終局的であって、検察官上訴は許容されないとしている<sup>(90)</sup>。

[ソローラ事件<sup>(91)</sup>]

被告人は、死刑を科し得る謀殺 (murder) で正式起訴された。公開の法廷の正式事実審理において、検察側は死刑を求刑しないと宣言した。そして、あたかも死刑が問題になっていないかのように陪審の選抜が行われた。陪審は有罪評決をした後、陪審室にもどされた。陪審がいないところで、第一審裁判官と検察官と被告人は、刑罰を裁判官に決めてもらうことに同意した。裁判官は終身刑を宣告した。裁判官は陪審を解散すると当事者に告げたが、異議はなかった。

被告人は有罪判決と量刑について上訴した。テキサス刑事上訴裁判所 (Court of Criminal Appeals) は、検察官は死刑を求める権利を放棄できないし、被告人は陪審に量刑を決めてもらう権利を放棄できないと述べた<sup>(92)</sup>。再審理をすべく差戻しされた後、被告人は人身保護令状 (habeas corpus) を求めた。そして、再度の正式事実審理において当該謀殺について有罪であると認定された場合、検察官が死刑を求刑することは二重の危険条項に違反すると主張した<sup>(93)</sup>。被告人の主張は斥けられた。連邦最高裁は裁量上訴を認めなかった。

このことについて、ブレンナン判事らが反対意見を出している。反対意見は、検察側が再度の正式事実審理で死刑を求刑することが二重の危険条項に違反すると考えている。裁量上訴を認めて、テキサス刑事上訴裁判所の判断を破棄するべきであると考えている。

反対意見は、第一審裁判官による終身刑の宣告が死刑についての無罪判決以外の何ものでもないとして主張している<sup>(94)</sup>。そもそも検察官が死刑を放棄したことによって、終身刑が宣告されているのである。死刑を正当化する証拠など全く存在しない。それゆえ、被告人の二重の危険の主張は説得力があるとしている。反対意見は、二重の危険条項の主要目的は、「[検察官] が最初の立証活動に失敗した後に、第二の立証活動の機会を与えない」ことであるとしている<sup>(95)</sup>。この原則は死刑についての量刑手続にも当てはまるという。あらゆる証拠

を提出する一つの公正な機会を与えられた後は、検察官は別の機会を与えられるべきではないと述べている<sup>(96)</sup>。

(二) 証拠不十分と無罪判決

上訴審での判断が無罪判決と同義であると考えられる場合、第一審裁判所の無罪判決と同様に再度の正式事実審理は二重の危険条項によって阻止されるだろうか。

[バークス事件<sup>(97)</sup>]

被告人は、連邦地方裁判所において、銀行強盗について正式事実審理された。本件での争点は被告人の責任能力であったが、陪審は有罪評決をした。

被告人は責任能力の争点について上訴した。連邦控訴裁判所は、証拠不十分 (insufficiency of evidence) を理由に有罪判決を破棄し、無罪の指示評決がなされるべきか再審理が行われるべきかを決定すべく連邦地方裁判所に差戻した。

裁量上訴では、上訴審が証拠不十分と判断した場合に、被告人は再度正式事実審理されうるかということが問題になった。被告人は、控訴裁判所での破棄は地方裁判所での無罪判決も同然であると主張している。しかし、従来判例においては、救済手段として再審理を要求している被告人は、たとえ第一審の有罪判決が証拠不十分によって破棄されたとしても、再度正式事実審理されることになっていた。

連邦最高裁は、従来判例を覆して、控訴裁判所の判決を破棄して差戻している。第一審での有罪判決が証拠不十分のため上訴審で破棄された場合、たとえ被告人が再審理を要求していても、二重の危険条項は第二の正式事実審理を排除すると判断した。

連邦最高裁は、控訴裁判所ではなく第一審で検察側の証拠不十分が認定されていれば、被告人は無罪判決を受け、同じ犯罪について再度正式事実審理されることはなかっただろうと述べている<sup>(98)</sup>。さらに、二重の危険条項の趣旨は「第一審で収集に失敗した証拠を提出する別の機会を検察官に与える目的で第二の正式事実審理をすること

を禁止する<sup>(99)</sup>」ことであるとしている。連邦最高裁は、証拠不十分による破棄がなされた場合は、検察官はいかなる証拠も提出できる公正な機会を与えられているという見解を示している<sup>(100)</sup>。

しかし、この判例は後に制限されていくことになる。

#### [ティプス事件]

ティプス事件<sup>(101)</sup>で連邦最高裁は、証拠不十分と証拠全体の優越性 (weight of evidence) とを区別することでパークス事件を制限した。すなわち、証拠全体の優越性によって原審を破棄した場合は再審理が許されるとしたのである。

フロリダ州は、被害者Aの第一級殺人と被害者Bの強姦について被告人を正式起訴した。陪審は第一級殺人と強姦について有罪判決をした。これを受けて裁判所は死刑の宣告をした。

上訴審において、フロリダ州最高裁は原審を破棄した<sup>(102)</sup>。被告人が本当に殺人と強姦を犯した人物であるか否かに疑いがあったからである。それゆえ、再審理が必要であると考えたのである。

差戻審では、正式起訴が棄却され、再審理が二重の危険の原理に違反するという結論に至った。パークス事件を踏襲した。

中間上訴裁判所 (intermediate appellate court) は、これに同意せず第一審に差戻した。

フロリダ州最高裁もこれを維持した<sup>(103)</sup>。その際、証拠不十分と証拠全体の優越性との相違を詳細に述べている。前者は、証拠を検察側に有利に見ても、合理的な疑いを越える程度に有罪を認定できない場合である。後者は、上訴審が証拠の信用性に関する第一審の判断に疑問を差し挟んでいるのである。フロリダ州最高裁は、本件における破棄を証拠全体の優越性によるものであると判断している。パークス事件は証拠不十分のときのみ再審理を禁止するものであると判断したのである。連邦最高裁はフロリダ州最高裁の判断を維持している。

連邦最高裁はパークス事件を例外と位置付けている<sup>(104)</sup>。

連邦最高裁は、「二重の危険条項は無罪判決に特

別な重みを与えるものである。無罪判決は、陪審によってなされようと第一審裁判官によってなされようと、被告人を絶対的に再度の正式事実審理から保護する。<sup>(105)</sup>」という理解のもとに、パークス事件に見られる証拠不十分に基づく破棄は無罪判決と同じ効果をもつとしている。また、「二重の危険条項は、第一審で収集できなかった証拠を提出する別の機会を検察官に与えるための第二の正式事実審理を阻止する。<sup>(106)</sup>」という理解のもとに、検察官が自らの弁論を立証する十分な証拠を提出するのに失敗した場合、検察官が有罪判決を得るための第二の機会をもつことは、二重の危険条項によって阻止されるとしている。

しかし、証拠全体の優越性に基づく破棄の場合には、二重の危険条項は適用されないとしている。このような場合は、無罪判決が唯一の救済策ではないという。上訴審を13人目の陪審員と位置付けている。破棄判決が無罪判決を構成しないのは、陪審の中で意見が一致しないのと同じであるとしている<sup>(107)</sup>。

#### [ライドン事件]

ライドン事件<sup>(108)</sup>では、マサチューセッツ州の二段階制度 (“two-tryed” system) が憲法上支持されることとなった。マサチューセッツ州では、被告人は陪審審理か非陪審審理を選択することができた<sup>(109)</sup>。陪審審理を選択して有罪判決を受けたときは、通常の上訴手続をへることができる。非陪審審理を選択して有罪判決を受けた場合は、陪審による覆審 (trial de novo) をしてもらう絶対的な権利をもつ<sup>(110)</sup>。その際、前の非陪審審理における瑕疵を主張する必要はないし、それに頼ることもできない。あくまでも覆審こそが唯一の救済策である。

被告人は窃盗目的で自動車に押し入った後逮捕されて起訴された。被告人は非陪審審理を選択して有罪判決を受けた。

そこで被告人は陪審による覆審を要求した。この時被告人は、パークス事件に基づいて覆審が阻止されると主張した。窃盗の故意についての立証が不十分であるという理由だった。しかし、マサ

チューセッツ州最高裁はこれを斥けた。どこの上訴裁判所も証拠不十分を判示していないし、いかなる裁判所もそのようなことをする権限を持たないからだった。被告人にとっての唯一の救済策は覆審であって、この覆審は二重の危険条項に違反しないと判断したのである。

連邦最高裁は、非陪審審理において有罪判決を受けた被告人が、その非陪審審理での証拠不十分について判断を下されることなく覆審にかけられても二重の危険条項に違反しないと判断した。

連邦最高裁は、二重の危険条項によって無罪判決後の再度の訴追を禁止する主な目的は、訴追を繰り返すことで被告人に負担をかけることを阻止することであるとしている。有罪判決後の再度の訴追を禁止する主な目的は、被告人が同じ犯罪について何回も処罰されることを阻止することであるとしている<sup>(111)</sup>。

連邦最高裁は、二重の危険条項についてこのような理解を示したうえで、マサチューセッツ州が一つの犯罪について何回も処罰しようとしているのでもないし、無罪判決後に被告人を有罪にしようとしているのでもないかと判断している。しかも、被告人の主張の難点は、被告人が無罪判決を受けたわけではなく、単にそうなるべきだったと主張しているに過ぎない点である<sup>(112)</sup>。

本判決の特徴は、連邦最高裁が危険継続論を採っていることである。この概念は、被告人が判決の全過程を経ない場合に適用される<sup>(113)</sup>。但し、無罪判決が一度下されれば、最初の危険は終了するものとされていることに注意すべきである<sup>(114)</sup>。これを前提として連邦最高裁は、被告人はいつ危険が終了したのかを明らかにしていないし、上訴審によって証拠不十分の判断を受けていないから、被告人の主張は根拠がないとしている。

#### [リチャードソン事件<sup>(115)</sup>]

被告人は、麻薬販売をめぐる三つの訴因で正式起訴された。陪審は一つの訴因について無罪評決をしたが、残りの二つについては評決が出なかった。連邦地方裁判所は審理無効 (mistrial) の宣言をして再度の正式事実審理の予定を立てた。被告

人は証拠不十分に基づく無罪判決の申立てをして、再度の正式事実審理は二重の危険条項によって阻止されると主張した。地裁はこの申立てを斥けた。そこで被告人は上訴した。

連邦控訴裁判所は上訴を棄却した。終局判決がなされたわけではないので、上訴審では審査できないと判断したのである。連邦最高裁は、控訴裁判所の裁判権についての判断を破棄して、被告人の二重の危険の主張を審査した。そして、第一審での証拠が十分であるか否かにかかわらず、この主張は無効であると判断した。

検察側が合理的な疑いを越える程度の証拠を提出しない場合、評決不成立のため審理無効が宣言された後の再度の正式事実審理は阻止されるというのが被告人の主張であった。この主張はパークス事件を根拠としているのであるが、連邦最高裁は、パークス事件は本件のような評決不成立による審理無効を扱っていないから当てはまらないと述べている。そして、評決不成立後に行われる再度の正式事実審理は二重の危険条項に違反しないという立場に立っている<sup>(116)</sup>。連邦最高裁は「法に違反した者に有罪判決を下すための一度の完全な機会を検察官に与える社会的利益<sup>(117)</sup>」を強調している。

連邦最高裁は、無罪判決などの最初の危険を終了させるような出来事がなければ、二重の危険条項は適用されないとしている<sup>(118)</sup>。そして、本件のような評決不成立は無罪判決とは異なるのであって、危険を終了させるような出来事ではないと判断している<sup>(119)</sup>。

#### [サマリズ事件]

サマリズ事件<sup>(120)</sup>で、連邦最高裁は、第一審裁判官が証拠不十分に基づく妨訴抗弁 (demurrer) を認めたことは無罪判決を構成すると判断した。

被告人らは火災に関して殺人など様々な犯罪で起訴された。被告人らは非陪審審理を選択した。そして、検察側の主要な弁論が終わったときに、証拠不十分を理由として妨訴抗弁をした<sup>(121)</sup>。一般訴訟裁判所 (Court of Common Pleas) は、検察側が放火について合理的な疑いを越える程度に十

分な立証をしていないという理由でこの妨訴抗弁を支持した。

検察側は、この判断について上位裁判所(Superior Court)に審査を求めた。しかし、州憲法の二重の危険条項を理由にこの上訴は棄却された。証拠が有罪評決を支持するのに不十分であるという判断は無罪判決を構成するし、第一審の判断を破棄すれば事実問題に関する手続がさらに必要となるからだった。

ところが、ペンシルバニア州最高裁は、妨訴抗弁に関する第一審の判断が無罪判決を構成しないと判断して、原審を破棄差戻にした。妨訴抗弁を認めるか否かの判断は、検察側の証拠が陪審に信用される場合、有罪を立証するのに十分であるか否かの判断であって、被告人が有罪か無罪かの判断ではないからだった。

連邦最高裁は、ペンシルバニア州最高裁の判断を破棄している。そして、上位裁判所の判断が正しいとしている。

連邦最高裁は、第一審が被告人の妨訴抗弁を認めたことは二重の危険条項によって無罪判決を構成するものであり、州側の上訴は事実問題に関する手続がさらに必要となるため阻止されると判断した。

連邦最高裁は、「無罪判決は、有罪判決と違って最初の危険を終了させる<sup>(122)</sup>」という理解のもと、検察官上訴については、「陪審審理であろうが非陪審審理であろうが、無罪判決後に被告人を事実認定の手続にかけることは、二重の危険条項に反する。…検察官が無罪判決後に上訴することで、二重の危険条項に違反するときは、その上訴自体妥当ではない。このような上訴を認めることは、手続を終結させる被告人の利益を没却する。<sup>(123)</sup>」という理解を示している。

### (三) 無罪判決を構成しない裁判所の判断

正式事実審理開始後で判決言渡し前の形式裁判にも、無罪判決と同様に二重の危険条項の保護が及ぶであろうか。

#### [シーファス事件]

シーファス事件<sup>(124)</sup>で連邦最高裁は、公判前手

続において正式起訴が棄却された後の検察官上訴は二重の危険条項に違反しないと判断した。

被告人は徴兵拒否で正式起訴された。ところが、連邦地方裁判所は、被告人が良心的兵役忌避者であることが考慮されなかったという理由で正式起訴を棄却した。

これに対して、検察官は連邦控訴裁判所に上訴した(18 USC §3731)。被告人は、これ以上の訴追は二重の危険条項によって禁止されると主張した。しかし、控訴裁判所はこの主張を斥けた。連邦最高裁も原審を維持した。連邦最高裁は、二重の危険条項は本件の検察官上訴を阻止しないと判断した。被告人は危険におかれていないという理由だった。

連邦最高裁は、陪審審理であろうが非陪審審理であろうが、被告人が事実認定者の面前で正式事実審理されるまでは危険は発生しないし、二重の危険の原理は適用されないという立場に一貫して立っている<sup>(125)</sup>。危険が発生せず、有罪判決の危険性がない限り、「無罪判決が…同じ犯罪についての次なる訴追を阻止する<sup>(126)</sup>」という先例も意味をもたないと考えている。

#### [ウィルソン事件<sup>(127)</sup>]

被告人は横領について正式起訴された。被告人は公判前に正式起訴を棄却するよう申立てた。正式起訴の遅延によって公正な裁判を受ける権利を奪われたという理由だった。連邦地方裁判所はこの申立てを斥け、正式事実審理に入った。陪審は被告人に有罪評決をした。ところがその後、連邦地裁は、正式起訴前の遅延が不合理であり、被告人の公正な裁判を受ける権利を害するという理由で正式起訴を棄却した。検察側はこの連邦地裁の判断に対して上訴した(18 USC §3731)。連邦控訴裁判所はこの上訴を棄却した。なぜなら、連邦地裁は正式事実審理で明らかになった事実に基づいて遅延による不利益を認定したので、連邦地裁の判断は事実上無罪判決となるからだった。

検察側は次のように主張した。「連邦控訴裁判所は二重の危険条項をあまりにも広く解釈しすぎる。地裁の判断を無罪判決とするのは間違いであ

る。検察官上訴に対する憲法上の制限は、被告人を多数の正式事実審理にさらすことから保護することを目的としているのであって、被告人に有利な判断すべてを保護することを目的としているのではない。陪審が有罪評決をしている場合は再審理が必要ではないから、検察官上訴が許されるべきだ。たとえ二重の危険条項が無罪判決に対する上訴を阻止するものと解されても、本件での地裁の判断は無罪判決ではないから上訴が許される。<sup>(128)</sup>

連邦最高裁は検察側の主張を支持して、原審を破棄差戻しにした。すなわち、被告人が同じ犯罪について第二の正式事実審理にさらされる危険性がある場合にのみ、検察官上訴が禁止されると考えたのである<sup>(129)</sup>。本件においては、再審理が行われることなく有罪評決が原状に回復されるだけであるから、検察官上訴が認められると判断した。

もっとも、連邦最高裁は、二重の危険条項が、無罪判決後の検察官上訴を禁止するという立場には立ち続けている<sup>(130)</sup>。検察官に幅広く上訴権を与えれば、最初の正式事実審理で失敗した後に被告人を有罪にする第二の機会を検察官に与えることになる。それは、無罪評決に終局性を与えられる被告人の利益を害することにもなる。

[ジェンキンス事件<sup>(131)</sup>]

連邦最高裁は基本的にウィルソン事件を踏襲したが、ジェンキンス事件ではこれが適用されないと判断した。

被告人は徴兵拒否で正式起訴された。被告人は陪審審理を放棄した。連邦地方裁判所は正式起訴を棄却した。良心的兵役忌避者の主張について検討してもらうまで、服役を延期してもらう権利が被告人にあると判断したからだった。

検察側は上訴をして、地裁がエーラート事件<sup>(132)</sup>が遡及しないと判断したのは誤りであると主張した。連邦控訴裁判所は、検察官上訴が 18 USC §3731 によって許されるか否かを検討した。連邦控訴裁判所は、地裁が正式事実審理で得られた事実に基づいて判断しているので、たとえ正式起訴の棄却という形をとろうとも、被告人に無罪判決

が下されたものと判断して検察側の上訴を棄却している。

連邦最高裁は原審を維持した。地方裁判所が事実問題について解決をしたか否かは定かではないが、原審を破棄して差戻せば、事実問題についてのさらなる手続が必要とされるので、二重の危険条項に違反すると判断した。

連邦最高裁は、「法律上の瑕疵を修正することで、陪審の有罪評決又は裁判所の有罪認定が原状に回復されるだけならば、検察官上訴は二重の危険条項によって禁止されない」というウィルソン事件の原則を前提としている<sup>(133)</sup>。そして、陪審が有罪評決を出した後に第一審裁判所が無罪判決を出した場合にも、検察官上訴は許されるとしている<sup>(134)</sup>。この場合、被告人が第二の正式事実審理にさらされる必要がないからである。この瑕疵は、差戻審で有罪評決に基づく判決をすることで修正できるからである。

本件は非陪審審理であるが、連邦最高裁は二重の危険条項が適用されるとする<sup>(135)</sup>。なぜなら、二重の危険条項は陪審審理と非陪審審理とを区別しないからである。陪審審理の場合は、陪審の評決と裁判所の法律判断が明確に区別される。これに対して非陪審審理の場合は、これら二つの機能が裁判官に与えられている。それゆえ無罪判決は、被告人に有利な事実認定又は被告人に有利な法律判断のどちらによっても導かれる。検察側は、本件が、被告人に不利な事実認定をする一方で、誤った法律判断をすることで無罪判決を下している場合に当たると主張している。

しかしながら、連邦最高裁は、連邦地裁が判断を下した根拠が不明確であると考えている<sup>(136)</sup>。事実問題と法律問題のどちらにおいて有利な判断をしたのか不明確であるという。連邦地裁は明確な有罪認定をしていない。

それゆえ連邦最高裁は、連邦控訴裁判所が有罪認定を原状回復すべく破棄することは正当化されないと判断した<sup>(137)</sup>。原状に回復すべき有罪認定が見つからないからである。このような場合に破棄差戻しすれば、事実問題を解決するための手続が

再度必要となり、二重の危険条項に違反すると判断した。

[スコット事件<sup>(138)</sup>]

被告人は麻薬販売の三つの訴因で正式起訴された。被告人は、正式起訴の遅延によって不利益を被ったという理由で、二つの訴因について正式起訴の棄却を申立てた。証拠調べの後、連邦地方裁判所は被告人の申立てを認めた。三つ目の訴因については無罪判決を受けた。

検察側は、二つの訴因の正式起訴の棄却について連邦控訴裁判所に上訴した。連邦控訴裁判所はジェンキンス事件を信頼し、さらなる訴追は二重の危険条項によって禁止されるという理由で検察側の上訴を棄却した。連邦最高裁は原審を破棄して差戻した。

判決要旨は次のようである。「本件の検察官上訴は二重の危険条項に違反しない。なぜなら、被告人自身が、有罪無罪の判断をされることなく正式事実審理を終わらせることを求めているからだ。」

連邦最高裁はジェンキンス事件を覆すことを明確に宣言した<sup>(139)</sup>。

連邦最高裁は、あらゆるリソースとパワーをもつ政府が個人を有罪にすることを繰り返し試みてはいけないというグリーン事件判決での哲学を認めながらも、被告人の責任によって第二の訴追が行われるときにまでその哲学を及ぼすべきではないと考えている<sup>(140)</sup>。また、一度無罪にされた被告人を再度正式事実審理することが二重の危険条項に違反するという立場にはある<sup>(141)</sup>。しかし、本件については、検察官が証拠を提出して被告人の有罪を立証しようとしているにもかかわらず、被告人の方が有罪無罪とは無関係の理由で正式事実審理を終了させた事例であると考えている<sup>(142)</sup>。このように裁判所も陪審も有罪無罪の判断をすることなく、被告人の申立てによって手続が終了させられている場合は、「法に違反した者を有罪にする一度の完全な機会<sup>(143)</sup>」を得る社会的利益が侵害されたと考えている。それゆえに連邦最高裁は、検察官が連邦地裁の判断を破棄すべく上訴しても二重の危険条項に違反することはないと判断したので

ある。

この多数意見に対しては、ブレナン判事らが反対意見を出している。「真の無罪判決」とそれ以外の「被告人に有利な終局判決」とを区別しようとする多数意見の試みに疑問を示している<sup>(144)</sup>。

反対意見は、二重の危険条項の目的が一つの犯罪について再度正式事実審理を受ける苦痛と危険から被告人を保護することであると考えている<sup>(145)</sup>。本件のように有罪無罪とは無関係な理由でなされた終局判決にも、ジェンキンス事件が適用されるべきであると考えている。被告人が再度の正式事実審理で手続的負担を負うことを強いられており、検察官に被告人を有罪にする機会を再度与えることには変わりがないという理由である。また、検察官は刑事裁判に当事者として参加しているわけだから、「法に違反した者を有罪にする一つの完全な機会」が奪われたとも考えていない。犯罪人を処罰する重要な国家利益を保護するために検察官に与えられた手段は、刑事裁判に当事者として参加し、裁判所が被告人に有利な判断を誤ってすることを防ぐことであり、それに失敗したときはもはや被告人に手続的負担をかけることを憲法上許さないという考えである<sup>(146)</sup>。反対意見にとっては、実体裁判がなされたか否かは問題ではなく、危険が発生した後に被告人が有利に訴訟を終了させたか否かが問題なのである。

[ロドリグス事件<sup>(147)</sup>]

被告人は獣姦と強姦について正式起訴された。陪審が選ばれるのに先立って、弁護人は被告人が精神病であるという抗弁をした。第一審裁判所は、被告人が心神喪失状態にあったと認定して無罪判決を下した<sup>(148)</sup>。ハワイ州最高裁は、第一審裁判所が心神喪失についての証拠を誤って評価したという理由で破棄差戻しにした。連邦最高裁は裁量上訴を認めなかった。

ブレナン判事らは反対意見を出した。

反対意見は、二重の危険条項の目的が、犯罪事実について検討した上での無罪判決を保護することであるとしている<sup>(149)</sup>。「被告人の無罪が最初の判決において確認されれば、憲法は第二の正式事

実審理が不公正であると推定するのである。<sup>(150)</sup>」と述べている。このように無罪判決に特別な重みを与える理由は、無罪判決後に上訴したり再度の正式事実審理をしたりすることが、「政府がその優越したリソースで被告人を疲労させ、無辜までも有罪にする可能性を増加させるという許容できない危険性<sup>(151)</sup>」を生み出すからである。

反対意見は、本件での重要問題が、陪審選抜以前か又は証人尋問開始以前に裁判所が事実問題について審理した場合にも、二重の危険の原理が適用されるか否かであると指摘している<sup>(152)</sup>。すなわち、陪審選抜以前に心神喪失の理由で下された無罪判決に対して州が上訴できるか否かである。反対意見は、このような問題に連邦最高裁は判断を下したことがないので裁量上訴を認めるべきであると考えている。

ハワイ州最高裁はシーファス事件を信頼し、本件での第一審裁判官が事実認定者として陪席していることを認めながら、無罪判決の時点では危険が発生していないと判示している<sup>(153)</sup>。これに対して、反対意見は、ハワイ州最高裁がシーファス事件を信頼したのは誤りであると考えている。シーファス事件では、事実問題とは無関係の理由で正式起訴が棄却されていると指摘している<sup>(154)</sup>。それに対して本件では、事実問題が検討された上で無罪判決が出されている。

[ディフランチェスコ事件]

ディフランチェスコ事件<sup>(155)</sup>では、量刑不当を理由とする検察官上訴が二重の危険条項に違反しないことが示された。

1977年の連邦地方裁判所での陪審審理において、被告人は恐喝(racketeering)活動を通して企業業務を行い、それを犯そうと共謀したことについて有罪評決を受けた。また、1978年の同じ連邦地方裁判所での別の陪審審理においては、連邦財産を損壊したこと、爆発物を不法に貯蔵していたこと、これらの罪を犯すことを共謀したことについて有罪評決を受けた。被告人はまず後者の有罪評決について合計9年の刑が宣告された。その後、前者の有罪評決について、特別危険犯(dangerous

special offender)として二つの10年の刑の宣告を受けて同時執行(concurrent sentences)とされた<sup>(156)</sup>。連邦地方裁判所は、前者と後者の刑を同時執行とした。すなわち、特別危険犯の犯罪として加わった刑期は1年ということになる。検察側は、特別危険犯としての量刑について上訴し、地裁が刑の宣告について裁量を逸脱していると主張した<sup>(157)</sup>。このことについて控訴裁判所は、二重の危険を理由に検察側の上訴を棄却した。

連邦最高裁は、検察官が量刑の審査を求めて上訴することを規定する18 USC §3576は二重の危険条項に違反しないと判断した。被告人がより寛大な刑罰によって利益を得ることを防ぐだけだからである。連邦最高裁は原審を破棄差戻にした。

連邦最高裁は次のことを前提としている。

①検察官上訴による連続した訴追の危険性がない場合、二重の危険条項に違反しないから、検察官の量刑についての上訴は二重の危険条項に違反しない<sup>(158)</sup>。

②一度刑が宣告されても、陪審の無罪評決と同様の終局性は憲法上与えられない<sup>(159)</sup>。被告人が服役していない限り、量刑を増やすことができる<sup>(160)</sup>。

③二重の危険の原理は、量刑不当を理由とする検察官上訴には適用されない。量刑に関する上訴は再度の正式事実審理を予定していないし、有罪無罪を決する正式事実審理にも類似していない<sup>(161)</sup>。

連邦最高裁は、上訴審は限られた法律上の瑕疵についてのみ修正する権限を与えられていると考えており<sup>(162)</sup>、18 USC §3576は合憲であるとしている。

また連邦最高裁は、組織犯罪の場合に軽い量刑を言渡す一部の裁判官の傾向を攻撃する意図で18 USC §3576が可決されたことを銘記すべきであると考えている<sup>(163)</sup>。この法律は範囲が限られているから、「政府の抑圧」には該当しないとしている。そして、量刑を恣意的に決定する権限が第一審裁判官に与えられることを問題視している<sup>(164)</sup>。かかる無制限な権限をチェックして、量刑

を一貫させることを上訴審に期待している。

この多数意見に対しては、ブレンナン判事らが反対意見を出している。その要旨は、18 USC §3576に従って量刑を増やすことが憲法の禁止する多数処罰にあたり、無罪判決の終局性と刑の宣告の終局性との間には相異がないということである。

反対意見も、二重の危険条項の目的が多数の正式事実審理と多数処罰を阻止することであるということには異議を唱えていない。しかし、憲法に違反する処罰は必ずしも第二の訴追から生じる必要はなく、一つの訴追における複数の刑の宣告からも生じると考えている<sup>(165)</sup>。また、量刑を後になって増やすことが二重の危険条項に違反する多数処罰であるという考えを連邦最高裁が一貫して採ってきたと主張している<sup>(166)</sup>。

反対意見は、有罪にされた被告人に刑を宣告することが有罪又は無罪の判定に十分に類似しているから、無罪判決に対する検察官上訴が禁止されるように、量刑に対する検察官上訴も二重の危険条項によって禁止されるべきだと主張している<sup>(167)</sup>。量刑手続も事実の取調べとその評価を含んでいるからである。

反対意見は、多数意見が量刑手続の性質を誤って判断したから刑の宣告に終局性を与えられなかったと主張している<sup>(168)</sup>。量刑手続が付随的であり、被告人は苦痛を受けないという多数意見に対しては、有罪評決を受けた被告人にとって、量刑手続は有罪無罪を判定してもらう正式事実審理と同様に重要であると反論している<sup>(169)</sup>。また、法律上検察官上訴が許されているから、被告人は量刑の終局性を期待できないという多数意見<sup>(170)</sup>は、無罪判決に対する検察官上訴を許すことにつながると反対意見は述べている<sup>(171)</sup>。そのような法律を規定すればよいからである。

また、スティープンス判事もブレンナン判事に同意して、ピアス事件でのハーラン判事の分析を支持している。ハーラン判事は「[前述の]グリーン事件が本件にも適用される。被告人は最大限の刑罰を受ける危険にさらされており、その結果、最大限のものよりも軽い刑罰を受けるべきであると

判断された。[中略]より重い犯罪についての『黙示の無罪』という概念は、より重い刑罰についても同じように適用される。被告人又はその犯罪が一定の限られた危険性しか持っていないので、一定の限られた刑罰にしか値しないと前の正式事実審理において判断されたのである。<sup>(172)</sup>」と述べた。スティープンス判事は、この考えが本件にも適用されるという考えである。

#### 四 小 括

以上、19世紀から現代までの連邦最高裁判例を眺めてきた。

二重の危険条項は、憲法に制定された当初、その意味するところは不明確であった。しかし、主立った連邦最高裁判例を概観することでその趣旨が明確になってきたと思われる。

どの判例も、二重の危険条項が無罪判決には絶対的な保護を与えるものであると考えており、無罪判決に対する検察官上訴を禁止する姿勢を示している。グリーン事件は二重の危険の原理の基本理念について明快に語っていた。その二重の危険の原理が陪審審理と非陪審審理を区別しないことも、ジェンキンス事件やモリソン事件で示されていた。

但し、二重の危険条項が発動されるのは、実体裁判が下されたときである。正式起訴を棄却するというような形式裁判の場合や評決不成立の場合には、「法に違反した者を有罪にする一度の完全な機会」が国家に与えられていない。スコット事件やリチャードソン事件でそのことが示されている。もっとも、検察官が不当に手続きを終了させた場合や無罪判決と同一視できるような場合は、例外的に二重の危険条項の保護を被告人に及ぼそうという試みがなされていた。パークス事件やサマリス事件がそれにあたる。

ウィルソン事件、ジェンキンス事件、マーチンリネン事件には、第二の正式事実審理が要求されるとき、検察官上訴は二重の危険条項に違反するという趣旨の陳述が見受けられた。

さらに重い刑罰を求めて検察官が上訴することは、ディフランチェスコ事件において許容された。

しかし、反対意見では、無罪判決の終局性と刑の宣告の終局性を区別しようとする多数意見に疑問が示されていた。これは正当な主張であると言うべきだろう。

明確な法律がなければ、検察官が自己に不利な終局判決に対して上訴できないことがサンジュ事件で示されて以来、検察官上訴を認める法律が制定されてきた。但し、そこには、二重の危険条項の制約が伴うことを忘れてはならない。

#### 四. ま と め

##### 1. 二重の危険の原理の本質的意味

これまでアメリカの状況を見てきた。近年のアメリカは、憲法に違反しない限り、検察官上訴を最大限に認めていこうという傾向にある。このような状況にあって、二重の危険の原理は真価が問われてきた。その真価こそが、二重の危険の原理の本質的な意味である。

これまで概観してきた連邦最高裁判例においては、二重の危険条項の保護は、正式事実審理を経て検察官の立証活動が評価された上で、裁判権をもつ裁判所が無罪判決を下したときには必ず及んでいた。検察官上訴を最大限に許容する傾向にあって、この姿勢に変化はない。

連邦最高裁判例は、第一審で無罪判決が下された時点で検察官の利益が満たされたと考え、被告人の利益に憲法上の保護を与えているのである。すなわち、立証活動をする十分かつ完全な機会が検察官に与えられた以上、再度改めて被告人を有罪にする第二の機会を与えることを不公正なこととして排除しているのである。被告人が正式事実審理の繰り返しによって苦痛を受けない反対利益を憲法上保護する結果、検察官の不利益上訴が阻止されているのである。

これまでアメリカの状況を概観して得た二重の危険の原理の真価は、「法に違反した者を有罪にする機会を一度だけ検察官に与え、その一度の機会の中で立証活動をはじめとしたあらゆる主張を網羅させた上で、裁判権をもった裁判所が無罪判決を下せば、被告人が正式事実審理の繰り返しに

よって苦痛を受けない反対利益を憲法上保護して、もはや検察官に被告人を有罪にする第二の機会を与えることを不公正なこととして排除する」ということである。これぞ二重の危険の原理の本質的な意味である。危険とは、有罪判決を受ける潜在的可能性である。同時に被告人は、法律に規定された最大限の刑を宣告される潜在的可能性にも置かれているのである。危険に置かれている被告人は、国家権力によって応訴を強制されて手続的負担を負っている。

日本国憲法 39 条についても、強大な国家訴追権限の抑制と被告人の人権保護を基本理念としている。根底にある基本理念はグリーン事件で示されたものと変わりないはずである。立法過程から見ても、二重の危険の原理を念頭においていることは争えないことである。39 条前段後半の「既に無罪にされた行為については、刑事上の責任を問はれない」という文言は、無罪判決が出た以上、被告人の反対利益を憲法上保護して、検察官に被告人を有罪にする第二の機会を与えないことを意味するものであり、二重の危険の原理の本質を規定しているのである。国家権力が前審における弱点を補って武装を強化し、優越的な地位から攻撃を重複させることによって、被告人に防御上の負担をかけて疲労させることを不公正なこととして排除するのである。危険継続論がこの二重の危険の原理の本質的意味に相いれないことは確かである。

##### 2. 無罪判決に対する検察官控訴

連邦最高裁判例では、再度の正式事実審理が要求されるとき、無罪判決に対する検察官上訴は許されないことになっていた。正式事実審理は事実問題だけでなく法律問題も審理され得るものだった。検察官上訴を媒介に再度の正式事実審理が行われて、事実問題の争点あるいは法律問題の争点が再度蒸し返され、被告人が有罪にされる潜在的可能性に置かれるならば、検察官はその犯罪について被告人を有罪にする第二の機会を求めていることになり、検察官上訴は二重の危険条項によっ

て阻止されるはずである。

前述のように我が国では、法令解釈の統一をはかるために、法令適用の誤りや訴訟手続の法律上の違反などの法律問題についての検察官上訴は認める説があった<sup>(173)</sup>。私は、このような考えは二重の危険の原理の本質的意味に反するのではないかと考える。一度無罪判決が出されれば、被告人はその効果を剥奪されるべきではない。事実問題であろうと法律問題であろうと、無罪判決に対する検察官控訴は、被告人を有罪にする第二の機会を検察官に与えるものである。検察官控訴を媒介に事実問題の争点あるいは法律問題の争点が再度蒸し返され、被告人は有罪判決を受ける潜在的可能性に再度置かれるのである。検察官が前審の弱点を補い武装を強化して攻撃を重複させ、再度被告人が応訴を強制されて不安定な地位に置かれる点で変わりはない。

無罪裁判が下された以上、被告人は憲法 39 条前段後半による反対利益を主張して、検察官の不利益控訴を阻止することができる。

### 3. さらに重い量刑を求めての検察官控訴

前述のように我が国では、有罪判決が出た場合に、さらに重い刑罰を求めて検察官が上訴することを認める説があった<sup>(174)</sup>。一貫性をもった刑を言い渡す必要があるからである。

しかし、これも憲法 39 条の二重の危険の原理に違反すると考える。39 条前段後半は「既に無罪とされた行為」となっているが、これは無罪判決に限定されず、実体裁判を被告人の不利益に転じようとする手続を阻止するものと解する。無罪判決に絶対的な終局性を与えて、検察官に被告人を有罪にする第二の機会を与えないものと解する以上、検察官の求刑よりも軽い刑が宣告された場合にも、検察官の求刑どおりのものが宣告される第二の機会を検察官に与えるべきではない<sup>(175)</sup>。量刑についての立証活動の機会を十分に与えられたうえで、求刑通りのものを勝ち取ることができなかったのは、有罪判決を勝ち取るべく立証活動を十分に行ったうえで無罪判決が出されたことと類

似している。語弊はあるが、被告人は検察官の求刑に関して無罪を言い渡されたのである。無罪判決と有罪判決は両極端であるが、実体裁判ということで共通している。実体裁判が下されたとき、あらゆる証拠を提出する十分かつ完全な機会をもつ検察官の利益は満たされたと考えられるから、正式事実審理の繰り返しによって苦痛を受けない被告人の反対利益が憲法上の保護を与えられるのである。正式事実審理であろうが量刑手続であろうが、これを検察官の要求によって再度許すことは、検察官に第二の機会を与えることになり、二重の危険の原理からは許容できない。

被告人は有罪判決を受ける潜在的可能性に置かれるのと同時に、法律に規定された最大限の刑を宣告される潜在的可能性にも置かれているのである。量刑不当の検察官控訴も、前審の弱点を補い武装を強化して優越的な地位から攻撃を重複させ、被告人に応訴を強制して不安定な地位におく実質をもつことには変わりがない。二重の危険の原理の本質的意味は、量刑審査についても当てはまるべきである。量刑についての立証活動の機会も必要以上に検察官に与えるべきではない。

憲法 39 条前段後半の趣旨は、有罪判決が出されたときにも及ぶべきである。殊更に量刑不当の検察官控訴を認めていくことは、無罪判決を軽視することにつながるだろう。量刑不当の検察官控訴も二重の危険の原理から無縁であるはずがなく、憲法 39 条前段後半のコントロールのもとに置くべきである。

### 4. 結 語

私は、①無罪判決が出た場合に事実問題を根拠にして行う検察官控訴も②無罪判決が出た場合に法律問題を根拠にして行う検察官控訴も③有罪判決が出た場合に更に重い量刑を求める検察官控訴も憲法 39 条前段後半に違反するという考えである。39 条前段後半は、検察官に立証活動の機会が十分に与えられて実体裁判が下されたとき、被告人の反対利益を憲法上保護して、検察官が被告人を有罪にする第二の機会又は求刑通りの刑を被告

人に科する第二の機会を与えることを阻止するのである。たとえそこに瑕疵が存在するとしても、被告人の利益を憲法上優先させるのである。

このように 39 条前段後半の保護を有罪判決に及ぼそうとするのは、従来の学説とは掛け離れるかもしれない。従来は、39 条前段後半及び後段を二重の危険の原理ととらえて、前段後半の保護を無罪判決に、後段の保護を有罪判決に及ぼしていた。しかし、前述した立法過程の憲法改正草案要綱において「既ニ無罪トセラレタル行為」と修正されたときにも、日本側は総司令部案 37 条 2 項の二重の危険条項の趣意を憲法改正草案要綱 35 条におりこんでいたのである。総司令部案 37 条 2 項ではあまりにも漠然としているので、「無罪」という形で二重の危険の原理を具体化したものと考えられる。その趣旨は無罪判決に限定されずに有罪判決にも及ぶべきである。検察官の要求が裁判所に受け入れられない形で実体裁判が下されたとき、検察官がその要求を満たすための第二の機会を求めることを不公正なこととして排除するものと解すべきである。39 条前段後半には、二重の危険の原理が生き続けているのである。39 条前段後半は、検察側に違法行為がなく訴追が正常に進行して終局的に実体裁判が下された場合の規定であると考えられる。

一方、39 条後段は総司令部の意向によって付け加えられたものであり、日本側としては理解がはっきりしていなかった。この規定については、39 条前段後半を補充する規定であると考えたい。実体裁判が下されない限り、被告人は憲法上の保護を受けることができないというのでは限界がある。実体裁判が下されない場合でも、検察側に著しい違法行為が存在するときには、被告人を有罪判決の潜在的可能性に再度置くことが妥当でない場合もある。検察側の違法行為によって重大な法益侵害を被った被告人は、再度の手続的負担から救済されるべきである。前述した連邦最高裁判例のパークス事件やサマリズ事件では、実質的な無罪判決というものを認めて二重の危険条項の保護を及ぼそうとする試みがなされていたが、実体裁

判でないものを無罪判決と同一視することには問題があろう。

39 条後段は、「被告人が実質的・具体的に「危険」ないし重大な法益侵害にさらされたという事実が見てとれるなら、その直接的効果として出てくる、「同一」の再度の訴追に対する被告人の「妨訴権」を保障したもの<sup>(176)</sup>」ではないのか。この規定は実際の刑事手続に関する憲法規定の一番最後に置かれていることから、憲法に連ねられている適正手続を担保する規定であると考えられる。この規定以前に連ねられている適正手続に違反したときは、国家訴追権限を剥奪する趣旨がここに読み取れるのである。39 条が二重の危険の原理から発現することは否定できないが、後段の存在によって、国家訴追権限の濫用に対する被告人の防御がより充実するのである。

もっとも、39 条後段は有罪判決の場合に被告人を保護するものであると考え、尚且つそれ以外の場合でも、被告人に保護を及ぼすことができると解することも可能である。しかし、私は、正常に訴追手続が進行して実体裁判が下された場合と検察官の違法行為があつて実体裁判に至らない場合とを同一の規定で扱うことに抵抗を感じざるを得ない。39 条前段後半を正常に訴追手続が進行して実体裁判が下された場合の規定と考えたうえで、39 条後段については、適正手続を担保する規定として純化していきたいのである。このように考えれば、歪な体裁をしている 39 条を整合的に解釈することできると思うのである。

#### 注

- (1) 憲法 39 条が二重の危険の禁止を規定したものであると解するものとして、例えば、出射義夫「検察官の上訴と憲法三九条の二重の危険との関係」『刑事判例評釈集』12 巻(1954 年)181-190 頁、上野裕久「検察官上訴の再検討」『法学セミナー』217 号(1973 年)104-107 頁、大塚喜一郎「二重の危険の原則の適用について」『判例タイムズ』21 号(1952 年)30-36 頁、田宮裕「一事不再理の効力」『法学協会雑誌』75 巻 3-4 号

- (1958年) 296-356頁, 423-492頁, 76巻1号  
 (1959年) 17-84 (田宮『一事不再理の原則』(有斐閣・1978年)2-171頁に所収), 中野目善則「検察官上訴と二重の危険」『比較法雑誌』17巻1号 (1983年) 49-86頁, 村瀬直養「検事上訴の違憲性について」『法律新報』757号 (1950年) 16-22頁など。反対説として, 団藤重光「憲法第三十九条と「二重の危険」」『法曹時報』1巻2号 (1949年) 38-52頁, 瀧川春雄「検察官の上訴」『別冊ジュリスト』51号 (1976年) 216-217頁。
- (2) 田宮・前掲論文 (注1) 75巻3-4号 454頁。
- (3) そのリーディングケースとして最判昭和25・9・27刑集4・9・1805 (罰金刑の第一審判決に対してより重い刑を求める検察官上訴を合憲とした)。その後, この判決を援用して, 弁護側の検察官上訴違憲の主張を排斥する判例が相次いだ。
- (4) 検察官の上訴に疑問を投げかける立場として, 上野・前掲論文 (注1), 大塚・前掲論文 (注1), 小田中聡樹「控訴審における事実取調」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学(下)』(有斐閣・1977年) 258-265頁 (小田中『刑事訴訟と人権の理論』(成法堂・1983年) 387-395頁に所収), 川崎英明「二重の危険と検察官上訴」『別冊判例タイムズ』7号 (1980年) 354-356頁, 熊本典道「検察官控訴」『警察研究』42巻7号 (1971年) 49-62頁 (熊本『刑事訴訟法論集』(有斐閣・1988年)522-535頁に所収), 熊本典道「上訴権者」熊谷弘=佐々木史郎=松尾浩也=田宮裕 (編)『公判法大系(IV)』(日本評論社・1975年) 52-61頁 (熊本・前掲『刑事訴訟法論集』511-521頁に所収), 坂口裕英「検察官の上訴と二重の危険」『別冊ジュリスト』21号 (1968年) 124-125頁, 中野目・前掲論文 (注1), 村瀬・前掲論文 (注1) など。検察官上訴における判例の立場を支持するものとして, 出射・前掲論文 (注1), 瀧川・前掲論文 (注1), 田宮・前掲論文 (注1), 団藤・前掲論文 (注1)。
- (5) 白取祐司『一事不再理の研究』(日本評論社・1986年) 232頁。
- (6) 高柳賢三=大友一郎=田中英夫編著『日本国憲法制定の過程——連合司令部側の記録による——I・原文と翻訳』(有斐閣・1972年) 3-26頁。
- (7) 同上・27-39頁。
- (8) 高柳賢三=大友一郎=田中英夫編著『日本国憲法制定の過程——連合司令部側の記録による・II・解説』(有斐閣・1972年) 20頁。
- (9) 高柳=大友=田中・前掲書 (注6) 25頁。
- (10) 同上・8-9頁。
- (11) 同上・37頁。なお, 「私的グループ」とは憲法研究会のことである。
- (12) 白取・前掲書 (注5) 232頁。
- (13) 高柳=大友=田中・前掲書 (注6) 29-30頁。
- (14) 白取・前掲書 (注5) 232頁。
- (15) 高柳=大友=田中・前掲書 (注6) 282-283頁。
- (16) 同上。
- (17) 白取・前掲書 (注5) 233頁。
- (18) 同上。
- (19) 高柳=大友=田中・前掲書 (注8) 191頁。
- (20) 同上・191-192頁。
- (21) 村瀬・前掲論文 (注1) 16-22頁, 大塚・前掲論文 (注1) 30-36頁。
- (22) 団藤・前掲論文 (注1) 38-52頁。
- (23) 同上・47頁。
- (24) 同上・47-48頁。
- (25) 田宮・前掲論文 (注1) 75巻3-4号 454頁。
- (26) 同上・483頁。
- (27) 同上・485頁。また, 田宮裕「既判力・再論」『法学』47巻5号 (1984年) 211頁参照。
- (28) 熊本・前掲論文「検察官控訴」(注4) 49-62頁, 熊本・前掲論文「上訴権者」(注4) 53-56頁, 小田中・前掲論文 (注4) 258-265頁。
- (29) 渥美東洋『刑事訴訟法』(有斐閣・1990年)399-340頁, 中野目・前掲論文 (注1) 79頁。
- (30) 二重の危険の原理の沿革及び合衆国憲法修正5条の二重の危険条項の成立については, JAY. A. SIGLER, DOUBLE JEOPARDY 1-37 (1969)。
- (31) Benton v. Maryland, 395 U. S. 784, 794 (1969)。

- (32) 以後、正式事実審理とは trial を意味する。trial とは、裁判権を持った裁判所の面前で、当事者間で争われている問題について司法審査することを意味する。口頭主義で継続審理になる。事実問題だけでなく法律問題も審査され得る。
- (33) SIGLER, *supra* note 30, at 126.
- (34) Notes, 24 MINN. L. REV. 522, 525 (1940).
- (35) 以後、訴追とは prosecution を意味する。prosecution とは、被告人が有罪か無罪かを決定するために、裁判権のある裁判所の面前で法の適正な過程によって行われる一連の手続である。trial は prosecution の一部であると考えられる。
- (36) 田宮・前掲書『一事不再理の原則』(注1) 82頁。
- (37) 以後再審理とは new trial を意味する。new trial とは、陪審の評決や裁判所の判決の後に事実問題の全部又は一部について同一の裁判所で再度正式事実審理に付されることである。特に証人の再尋問が行われる。
- (38) なお、現在では包括的犯罪規制法 (Comprehensive Crime Control Act of 1984) において、検察官は量刑不当を理由として上訴することができる (18 USC §3742 (b))。今のところ、この規定が二重の危険条項に違反するか否かを連邦最高裁が判断した判例はない。
- (39) *Ex parte Lange*, 85 U. S. (18 Wall.) 163 (1873). 18世紀19世紀の判例において、二重の危険条項を取扱ったものは少ない。連邦最高裁は二重の危険条項の保護の範囲を明確にしようとはしなかった。
- (40) *Id.* at 175.
- (41) *Id.* at 168.
- (42) *Id.* at 173.
- (43) *United States v. Sanges* 144 U. S. 310 (1892).
- (44) 本件は、誤審令状による審査を禁止しただけであるが、その根本的な理由は上訴による審査にも当てはまる。
- (45) *United States v. Sanges*, 144 U. S. 310, 311 (1892).
- (46) *Id.* at 318.
- (47) *Ball v. United States*, 163 U. S. 662 (1896).
- (48) 再度の正式事実審理は retrial という意味で使う。retrial に厳密な意味はない。再審理、覆審 (trial de novo) その他正式事実審理が改めて行われる場合を一般的に指す広い概念である。なお、覆審とは、あたかも第一審がなかったかのように事件全体について再度審理し直すことである。事実問題だけでなく法律問題についても再度審理され得る。
- (49) *Ball v. United States*, 140 U. S. 118, 136 (1890).
- (50) *Ball v. United States*, 163 U. S. 662, 669 (1896).
- (51) *Id.* at 671.
- (52) *Kepner v. United States*, 195 U. S. 100 (1904).
- (53) *Id.* at 122.
- (54) *Id.* at 126.
- (55) *Id.* at 127.
- (56) *Id.* at 134.
- (57) これが多数説になったことは一度もない。*United States v. Jenkins*, 420 U. S. 358, 369 (1975); *United States v. Scott*, 437 U. S. 82, 90 n. 6 (1978). は明確にそのことを述べている。
- (58) *Green v. United States*, 355 U. S. 184 (1957).
- (59) これは second trial を訳したものである。私は retrial と同じ意味にとらえたい。
- (60) *Green v. United States*, 355 U. S. 184, 187 (1957).
- (61) *Blackstone's Commentaries* 335.
- (62) *Ex parte Lange*, 85 U. S. 163, 169 (1873).
- (63) *Green v. United States*, 355 U. S. 184, 187-188 (1957).
- (64) *Id.* at 188.
- (65) *Id.* at 192.
- (66) *Fong Foo v. United States*, 369 U. S. 141 (1962).
- (67) *Id.* at 143.
- (68) *Ball v. United States*, 163 U. S. 662, 671

- (1896).
- (69) *Fong Foo v. United States*, 369 U. S. 141, 143 (1962).
- (70) *Id.* at 144.
- (71) *Id.* at 145.
- (72) *Id.* at 146.
- (73) *United States v. Morrison*, 429 U. S. 1 (1976).
- (74) *United States v. Wilson*, 420 U. S. 332, 352-353 (1975).
- (75) *United States v. Jenkins*, 420 U. S. 358, 365-366 (1975).
- (76) *Ibid.*
- (77) *United States v. Morrison*, 429 U. S. 1, 3 (1976).
- (78) *United States v. Martin Linen Supply Co.*, 430 U. S. 564 (1977).
- (79) 連邦刑事訴訟規則 29 条(c)「陪審が有罪評決をしたとき、又は評決をしないで解任されたとき、被告人は、陪審が解任された後七日以内に、若しくは裁判所がその七日以内に定めたそれ以後の時期までに、無罪判決の申立をし、又はこれを更新することができる。有罪評決がなされたときは、裁判所は、申立により、当該評決を破棄して、無罪判決を記録することができる。この申立は、事件を陪審に付する前に同様の申立をしていなくとも可能である。」
- (80) *United States v. Wilson*, 420 U. S. 332, 336 (1975); *United States v. Sanges*, 144 U. S. 310, 318 (1892).
- (81) *United States v. Wilson*, 420 U. S. 332, 337 (1975).
- (82) *United States v. Martin Linen Supply Co.*, 430 U. S. 564, 569 (1977).
- (83) *Id.* at 571.
- (84) *Sanabria v. United States*, 437 U. S. 54 (1978).
- (85) むしろ数当て賭博は MGLA Chapter 271, Section 7 が適用されるべきであった。
- (86) 連邦刑事訴訟規則 29 条(a)「指示評決を求める申立は廃止し、これに代えて、無罪判決の申立を用いる。裁判所は、いずれの当事者の立証が終わった後でも、正式起訴状 (indictment) 又は略式起訴状 (information) により起訴された一つ又は複数の犯罪の証明がないときは、被告人の申立により、又は職権で、その犯罪について無罪判決の記録を命じなければならない。検察官の立証が終わった後の無罪判決の申立が認められなかったときは、被告人は、権利を留保したかどうかにかかわらず、証拠の取調べをすることができる。」
- (87) 被告人の審理無効の申立てによって訴追が打ち切られた後に再度の正式事実審理を認める原則を適用している。
- (88) *Sanabria v. United States*, 437 U. S. 54, 66-67 (1978).
- (89) *Fong Foo v. United States*, 369 U. S. 141, 143 (1962).
- (90) *Sanabria v. United States*, 437 U. S. 54, 77 (1978).
- (91) *Sorola v. Texas*, 110 S. Ct. 569 (1989).
- (92) 693 S.W. 2d 417, 419 (1985).
- (93) *Sorola v. Texas*, 110 S. Ct. 569, 570 (1989).
- (94) *Id.* at 571.
- (95) *Ibid.*
- (96) *Ibid.*
- (97) *Burks v. United States*, 437 U. S. 1 (1978).
- (98) *Id.* at 10-11.
- (99) *Id.* at 11.
- (100) *Id.* at 16.
- (101) *Tibbs v. Florida*, 457 U. S. 31 (1982).
- (102) *Tibbs v. States*, 337 So. 2d 788 (1976).
- (103) 397 So. 2d 1120 (1981) (per curiam).
- (104) *Tibbs v. Florida*, 457 U. S. 31, 40 (1982).
- (105) *Id.* at 41.
- (106) *Ibid.*
- (107) *Id.* at 42.
- (108) *Justices of Boston Municipal Court v. Lydon*, 466 U. S. 294 (1984).
- (109) *Mass Gen Laws Ann*, ch 218, §§26, 26A

- (West Supp 1983-1984)
- (110) *Id.* at §§26 and 27A.
- (111) *Justices of Boston Municipal Court v. Lydon*, 466 U. S. 294, 307 (1984).
- (112) *Ibid.*
- (113) *Id.* at 308-309.
- (114) *Id.* at 308.
- (115) *Richardson v. United States*, 468 U. S. 317 (1984).
- (116) 連邦最高裁は、ペレス事件判決 (*United States v. Perez*, 22 U. S. (9 Wheat.) 579 (1824).) での「評決不成立は、第一審を打ち切って再度の正式事実審理をすることが許される『明確な必要性 (manifest necessity)』に該当する。さもなければ、社会的正義が損なわれるからだ。」という判断は確立されていると述べている (*Richardson v. United States*, 468 U. S. 317, 323-324 (1984).)。
- (117) *Richardson v. United States*, 468 U. S. 317, 324 (1984). (*Arizona v. Washington*, 434 U. S. 497, 509 (1978). から引用されている。)
- (118) *Richardson v. United States*, 468 U. S. 317, 325 (1984).
- (119) *Id.* at 326.
- (120) *Smalis v. Pennsylvania*, 476 U. S. 140 (1986).
- (121) ペンシルバニア刑事訴訟規則(a)(1)被告人は、州側の主要弁論が終わった後、妨訴抗弁をすることによって、起訴された犯罪についての有罪判決を根拠づける証拠の十分性を争うことができる。
- (122) *Justice of Boston Municipal Court v. Lydon*, 466 U. S. 294, 308 (1984).
- (123) *Smalis v. Pennsylvania*, 476 U. S. 140, 145 (1986).
- (124) *Serfass v. United States*, 420 U. S. 377 (1975).
- (125) *Id.* at 388.
- (126) *United States v. Ball* 163 U. S. 662, 671 (1896); *Green v. United States*, 355 U. S. 184, 188 (1957).
- (127) *United States v. Wilson*, 420 U. S. 332 (1975).
- (128) *Id.* at 335, 336.
- (129) 連邦最高裁は、修正5条の二重の危険条項の立法過程において検察官上訴を禁止する提案はなかったし、コモンローにもそのような意味合いのものはないことを強調している (*Id.* at 342.)。
- (130) *Id.* at 352.
- (131) *United States v. Jenkins*, 420 U. S. 358 (1975).
- (132) *Ehlert v. United States*, 402 U. S. 99 (1971). では、徴兵委員会が、服役の告知と服役予定日との間に出された良心的兵役忌避者の主張を考慮する必要がなくなった。しかし、被告人が服役をしなかった時点では、この判決は出されていなかった。
- (133) *United States v. Jenkins*, 420 U. S. 358, 368 (1975).
- (134) *Id.* at 365.
- (135) *Ibid.*
- (136) *Id.* at 367.
- (137) *Id.* at 368.
- (138) *United States v. Scott*, 437 U. S. 82 (1978).
- (139) *Id.* at 87.
- (140) *Id.* at 95, 96.
- (141) *Id.* at 96.
- (142) *Ibid.* 無罪判決は事実問題についての判断を経ている。証拠が不十分であるという判断がなされれば、無罪判決の可能性は高くなる。無罪判決は誤った証拠上の判断又は法律の誤った解釈に基づいているかもしれず、その正確さが疑わしい場合もあるが、そのことで無罪判決の性質が変わるものではない (*Id.* at 98.). しかし、本件の場合は無罪判決とは到底言えるものではない。
- (143) *Id.* at 100. (*Arizona v. Washington*, 434 U. S. 497, 509 (1978). から引用されている。)
- (144) *United States v. Scott*, 437 U. S. 82, 103 (1978).

- (145) Id. at 105.
- (146) Id. at 107.
- (147) *Rodrigues v. Hawaii*, 469 U. S. 1078 (1984) (dissent from denial of certiorari).
- (148) Haw. Rev. Stat. §704-408 (1976) 「…審判官 (examiner)の報告において、被告人が犯罪行為時に身体的障害又は精神的障害を患っており、そのことで行為の違法性を評価する能力又は行為を法の要求に適応させる能力が実質的に害せられていることが示された後、裁判所が…責任を阻却するのに十分であると判断した場合は、裁判所は被告人の申立てにより、身体障害又は精神障害の理由で無罪判決を下すことができる。」
- (149) *Rodrigues v. Hawaii*, 469 U. S. 1078, 1079 (1984).
- (150) *Ibid.* (*Arizona v. Washington*, 434 U. S. 497, 503 (1978). から引用。)
- (151) *United States v. DiFrancesco*, 449 U. S. 117, 130 (1980).
- (152) *Rodrigues v. Hawaii*, 469 U. S. 1078, 1080 (1984).
- (153) 679 P. 2d, 615, 621 (1984).
- (154) *Rodrigues v. Hawaii*, 469 U. S. 1078, 1080 (1984).
- (155) *United States v. DiFrancesco*, 449 U. S. 117 (1980).
- (156) 18 USC §3575 (b) 「有罪の答弁又は不抗争の答弁又は有罪評決の後、非陪審審理にて量刑審査を行う。…被告人が特別危険犯であると思料される場合、裁判所は25年を越えない程度で且つ法定刑の上限と不均衡にならない程度で量刑を宣告する。…」
- (157) 18 USC §3576 「本章3575条の手の後の刑の修正又は減輕に関して、被告人又は合衆国は控訴裁判所に上訴を申し立てることができる。…」
- (158) *United States v. DiFrancesco*, 449 U. S.117, 132 (1980).
- (159) *Ibid.*
- (160) Id. at 134.
- (161) Id. at 136.
- (162) Id. at 141.
- (163) Id. at 142.
- (164) Id. at 143.
- (165) Id. at 144.
- (166) Id. at 144-145.
- (167) Id. at 146.
- (168) Id. at 149. なお、*Ibid* n.8では、量刑手続を繰り返そうとすることは、正式事実審理を繰り返すことで不当な有罪評決が得られるのと同様に、不当に過酷な刑の宣告がなされることにつながるかと主張されている。量刑不当の上訴の場合にも、検察官が第一審で提出できなかった証拠を提出する機会を求めていることには変わりがないという。
- (169) Id. at 150.
- (170) Id. at 136.
- (171) Id. at 150.
- (172) *North Carolina v. Pearce*, 395 U. S. 711, 746-747 (1969).
- (173) 渥美・前掲書(注29)399-340頁、中野目・前掲論文(注1)83頁。もともと、渥美教授は、限られた場合であるが、事実認定に関する検察官上訴を認められる。
- (174) 渥美・前掲書(注29)399-340頁、中野目・前掲論文(注1)84頁。
- (175) 団藤・前掲論文(注1)48頁参照。
- (176) 能勢弘之『刑事訴訟法25講』(青林書院,1987年)200頁。  
(高倉 新喜 北海道大学大学院法学研究科)  
〔付記〕本稿は、平成6年度文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による研究成果の一部である。