

一事不再理に関する一考察

その発生段階に関する諸問題を中心に

One consideration about the prohibiting double jeopardy

Mainly on many problems about the outbreak stage

法学研究科法律学専攻博士前期課程修了

谷 口 正 明

Masaaki Taniguchi

I. 序論

一事不再理とは、ある事件について被告人を一度訴追した場合に、同一事件について再度の公訴提起を許さないという原則を意味する¹。

一私人たる被告人はある嫌疑で逮捕され、捜査によってその嫌疑が一定のところまで高まったと判断されれば公訴が提起され、裁判の対象とされる。そして、最終的には有罪または無罪の判決を受け、有罪と判断された場合はその刑が執行される。その間、被告人は「無罪の推定」の擬制により法律的にはある種の色付けをされることは免れるが、社会的には一定の色付けをされ、精神的・肉体的に、はかり知れない苦痛を受け、また、裁判という手続的な苦痛を受け、さらに刑罰の恐怖に曝され続けることになる。刑事訴訟はかかる性格を有するが故に、さきの一事不再理の効力がきわめて重要になってくるのである。

従来わが国では、有罪・無罪の実体判決の意思表示的内容が確定して規範性を獲得し、その反射として内容的に矛盾する判決が排除され、再起訴も禁止される、すなわち一事不再理効が発生するという、確定力説が通説的地位を占めてきた。この説によれば、裁判が形式的に確定すれば形式的確定力が生じ、裁判の意思表示内容も確定される。後者を内容的確定力（既判力）といい、その外部的効力として一事不再理効が生じる²。裁判によって具体的法規範が形成され、これが後の裁判所を拘束するとの説明は、ある意味では非常に理論的ではあるが、それは同時に実質を欠いた形而上学的な説明であり、一事不再理のもつ権利性を無視するものだ、との批判がなされていた。そこに登場されたのが、田宮教授である。教授は、刑事裁判の効力を権利論的に構成し直して、新たな体系づくりに努められた。すなわち、憲法39条に基礎をもつ一事不再理を、英米法の二重の危険と理解し、その二重の危険（＝一事不再理）を既判力とは分離し、前者は憲法39条に基礎をもつ被告人の手続的権利と理解される。この田宮教授の見解がその後、通説となり以降の学説も基本的にこの線上に展開されることとな

った。

この説は、一事不再理効を発生させるための手続の終局性について事実審理の有無ないし程度という基準を設けるのであるが、その基準の曖昧性を克服しようと修正を加えられたのが、周知の如く鈴木教授・田口教授である。

ともあれ、田宮教授がはじめて一事不再理に関する論文を発表されてから半世紀たった現在においても、一事不再理効を被告人の手続的権利として構成し、政策論的に、また柔軟に解釈していかうとされた教授の理論は魅力的に思われる。そして、教授はつとに形式裁判について、被告人の手続負担に注目されて、「相当程度の実体審理」が行なわれたときには、形式裁判に一事不再理効の発生を否定している通説に反対されて、一事不再理の効力を認めようとしているのである。また、筆者はこの点に感銘を受け、一事不再理効を被告人保護のための権利であると理解し、その発生段階について検討するとともに、それに関連する諸問題に触れながら、被告人にとって不当な結果が招かれている場合がないかを検討してみようと思うに至ったのである。

そこで、まずはわが国における一事不再理についての学説を概観していこうと思う。もっとも、紙幅の制限があるため、ここでは田宮教授以降の代表的な学説、すなわち田宮教授、鈴木教授及び田口教授の所説を簡単に概観する程度にとどめておきたい。

II. 一事不再理に関する学説の概観

1. 二重の危険説（手続効力説）

田宮教授は、まずわが国の憲法の文言および制定の経過等から、一事不再理もアメリカ法に倣ったものであり、憲法39条は二重の危険を採用した規定であると解される³。以上の形式的理由に加えて、元来一事不再理は被告人の利益のための訴訟手続の効果であったこと、一事不再理は判断の通用という観念からでる内容的効果ではなく、訴訟手続じたいの事後的・具体的効果であること、および二重の危険は、既判力の理論と違って端的に人権思想と結びつくこと、と二重の危険の理論を採る実質的理由もあげられる⁴。そして、刑事訴訟は刑罰権の実現を目指す訴訟であるがゆえに、被告人は社会的に一定の色づけをされ、苦痛を受けることになるが、しかしそれは、国家の秩序維持のためには「悪であるが必要である⁵」とされる反面、「被告人のかような苦しみが無限に続くのは許されるべきではない。刑事手続が一度終了し、国家目的を一応果たし終えたという段階に至ったならば、もはや被告人は訴追から解放されなければならない。つまり、個人は一定の犯罪について一度だけは苦しむことを余儀なくされるが、しかし再度苦しめられるということは、個人の自由という見地から許されるべきではないのである」として、一事不再理はこの両者の利益較量による調和点としての意味をもつとされ、「一事不再理の利益、つまり危険の抗弁権は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みななければならない⁶」と、明確に二重の危険説を採用される。

この田宮教授の学説は、従来の裁判所の実体判決形成を中心に据えた理念的、形而上学的な確定力理論に反省を促し、憲法の人権規定を基軸に据えての被告人の権利保護、人権尊重を実質的に追及しようとした点、また戦後の憲法改正により、デュー・プロセスの理念を浸透させようとする新刑訴法の下で好意的に受け入れられ、支持者を増し、通説化していった。

田宮教授の理論は、二重の危険を手続的な効力であると解して、被告人が純粋に手続上有罪の危険にさらされた事実の効果だと考える。これは一般的に手続効力説と呼ばれる。この理論によれば、有効な実体裁判を前提とする必要はないので、内容不明の判決や現行法にない刑を言い渡したような当然無効の判決にも一事不再理の効力が発生することは容易に説明ができる。また、判例では、「危険」を一審から上訴までの継続的な危険であるとしているが、同説によれば被告人が手続の危険にさらされた事実に着目するので、危険の発生時期も裁判の確定時に結びつく必然性もなくなり、裁判確定時よりもさかのぼって、一審判決時であると構成することも理論的には可能となる。したがって、この理論を忠実に適用すれば、検察官上訴も許されないことになる。ただし、田宮教授も一事不再理の発生を原則的には裁判の形式的確定にかからしめている。

2. 裁判効力説

続いて、二重の危険説に基本的には従いながらも、同説の大胆なポリシーを捨てて、一事不再理はやはり裁判の効力であると考え、被告人の手続的危険が実体裁判の段階にまで進んだときにはじめて二重の危険が発生すべきだとして、その理論の深化を試みた学説がある。すなわち、鈴木教授および田口教授の所説がそれである。

鈴木教授は田宮教授の見解に従って、一事不再理を支えるものは被告人の手続負担を最小限度に止めようとする人権擁護の思想であり、二重の危険禁止という発想であるとされる。しかし、他方で、犯人必罰という国家的利益とのバランスを考慮して、「一般に事件につき終局的処理がなされた場合には再び被告人に二重に危険を負わせないとするのが、最も妥当な調和点といえるのではなかろうか⁷」といわれ、「被告人の手続に伴う負担ということを発想の前提としながらも、個々の手続の個性を抽象化し、本案裁判の効力論として論じるところに、むしろ法的安定性が生まれ、一事不再理効論の真価が発揮されるのではなかろうか⁸」と主張され、一事不再理を裁判の効力であるとされるのである（裁判効力説）。田口教授も、一事不再理の効力を二重の危険と理解しながらも、「実体裁判が形式的に確定したときに発生するとすべきである⁹」として、裁判効力説と理解される。教授は、「一事不再理効は確認効のうち刑罰確認の点を基礎として、被告人がそこまで手続の苦痛を受けたとの考慮から認められるもので、やはり確定裁判の効力といってよい¹⁰」と主張される。そこから、「一事不再理効の場合にも訴訟終結の要請が重視されなければならない¹¹」と田宮教授に反対される。

両教授の説かれるいわゆる裁判効力説に対しては、従来までの学説の流れからは「理論の傾向としてはこれから逆戻りしている¹²」との批判がなされている。また、岡部教授は、田口教授の理論に触

れて、「著者（田口一筆者注）の主張内容が、いわゆる既判力としての一事不再理効とは別個に、憲法39条を根拠にすることにより一事不再理効を裁判の効果としての既判力の一内容から切り離し、いちど個人が刑事訴追の苦しみを受けたならば、再度同じ苦しみを受けることはないという二重の危険の原則の枠内において、デュー・プロセスの権利の一つとして被告人の再訴から自由であるという人権、いちど訴訟が追行されたという手続的事実的效果として再度訴追の苦痛にさらされないとの方向で展開されてきた見解（たとえば田宮説、等）に水をさすことになるばかりか、かえって背馳することになりはしないかとの危惧の念を抱かざるをえない¹³」といわれている。白取教授も、「ところで、『二重の危険』説の最大の特徴は、一事不再理原則を端的に被告人の手続負担に結びつけたことではなかったか¹⁴」と同様の批判をなされている。

Ⅲ. 一事不再理の発生事由

1. 実体裁判

では、一事不再理の効力はいかなる裁判に発生すると考えるべきであろうか。確定した実体裁判には有罪・無罪にかかわらず、確定力説によっても、二重の危険説によっても、一事不再理効が発生することは通説の疑いのないところである¹⁵。実体裁判によって実体的法律関係が確定すればもはや変動を容認すべきでないし、「危険」とは、わが法のもとでは有罪の危険、すなわち実体裁判の危険を意味するからである。

また、略式命令の場合にも、確定判決と同一の効力が生ずる（470条）。ドイツでは、わが国の470条に相当する条項があるにもかかわらず、手続きの「簡略性」の理由に照らし、重い法条で処罰すべき事実が明らかになれば再訴を許しているようである。わが国の場合は、書面審理とはいえ、「審理」を経て有罪判決に到達した場合であり、通常の裁判への移行可能性も認められている（463条）ので、470条の明文に反してまで一事不再理の効力を付与しない積極的な妥当性はないとするのが通説である¹⁶。

なお、検察官の不起訴処分に対しては、一事不再理効は発生しないとされているが¹⁷、被疑者からすれば、いったんは不起訴処分を受けたのであるから、たとえ時効期間内とはいえ、いつでも起訴できるとするのは酷ではあるまいか、法的安定性の面からも疑問であろう。加えて、起訴後に検察官が公訴を取り消して（257条）、公訴棄却の決定が確定したときに、原則として再訴を禁止している340条との関係で、均衡を失するのではないかとも思われる。そこで、不起訴処分の場合にも340条を準用しようとする説¹⁸も支持を受けているし、検察官の恣意的な再訴は制限されるべきであると考えられる。

2. 形式裁判

上述の実体裁判に対して、形式裁判は実体的法律関係について判断がなされていない以上、実体的確

定力は発生しえず、また、実体判断の前提としての実体審理自体がむしろ禁止される場合であるので、二重の危険という観点からも、危険が生ずるとはいえない。そこで、いずれの説によっても、一事不再理の効力は原則として発生しえない。つまり、たとえば公訴棄却の理由とされた手続的瑕疵が除去されれば、再訴し直すことができる。形式裁判はむしろ出直しを許すための裁判なので、一事不再理の効力が発生しないのだといえる。ただし、学説上、たとえ形式裁判であっても、「相当程度の実体審理」が行なわれたのであれば、二重の危険が発生しようとする説が存在することは注目される¹⁹。

なお、免訴判決に対しては、他の形式裁判とは異なり、一事不再理効が発生するのではないか学説上争いがある。そもそも免訴判決に関しては、免訴事由がある場合に裁判所は実体判断（事実審理）をすることが可能なのか、免訴判決に対して被告人が無罪を主張して上訴することができるのか、免訴判決には一事不再理の効力が発生するのか、すなわち、337条1項に規定される「確定判決を経たとき」には免訴判決が含まれるのか、等について論争があり、免訴判決の性質をどのように解するかによって、その結論を異にしてきた。そこで、以下では、免訴の性質について現在の通説たる形式裁判説を前提としながら、一事不再理効の付与の是非について、代表的な学説を概観しつつ検討していくことにしたい。

3. 免訴判決

まず、免訴判決に一事不再理効を与えようと理論構成されるのは鈴木教授である。教授は「本案裁判」、「手続裁判」という一対の概念を用いられる。「本案裁判」とは、検察官の主張どおりに刑罰権が存在するかどうかを判断する裁判をいう。免訴判決は、まず二号以下についていうと、刑の廃止および大赦は明らかに「未確定の刑罰権の消滅事由」であり、公訴時効も、国家があらかじめ一定の期間の経過とともに処罰の必要性を後退させ、刑罰権を放棄する旨を宣言しているのだから「刑罰権消滅という効果をともなう」し、一号は、(かつての宮本博士の指摘のとおり)二号以下に対して性格上の差異があるが、すでに本案が終局的に解決されたことを再確認する意味で、間接的に本案裁判同様の機能を有し、これに準じて考えることができ、結局すべて本案裁判である。したがって、337条の各号は「統一的把握」が可能であると同時に、(公訴棄却の場合と異なって)一事不再理効が認められる、とされる。また、田口教授も鈴木教授に従われ、免訴を刑罰権存否の確認をなす新たな意味での実体裁判として捉え、一事不再理効の発生を承認される。いわゆる実体審理をしない実体裁判説といえようか²⁰。

この鈴木、田口説に対しては、実体法的な刑罰権について判断するというだけでは、訴訟物たる訴因の範囲外に一事不再理効が及ぶことの説明としては不十分であるとの批判がある。すなわち、「裁判の効力の範囲については、判断の対象が実体関係か手続関係かはあまり重要ではなく、問題は裁判そのものの内容・構成にある。有罪・無罪の場合は、実体審理が開始されることによって公訴事実の同一性について審判権が及びうる(訴因変更の制度により)状況が作り出されるために、危険が発生し、

したがってそこまで一事不再理効が及ぶのであるが、『実体審理をしない』実体裁判ではそういうことがない以上、やはり訴因の範囲で実体権が判断されたというだけのことになるであろう²¹』と。さらに、田宮教授は、実体裁判説にしてもこの説にしても、審判の対象に関して「公訴事実説を前提とした構成というべきである」とまで指摘されている²²。

続いて、免訴に一事不再理効を与えずに形式裁判説を理論的に徹底されたのは田宮教授である。教授は、免訴を純粋な形式裁判と解するならば、公訴棄却と区別はないはずであり、したがって、一事不再理効が直ちに発生することはないと構成された²³。すなわち、「免訴は公訴棄却と同様の純形式裁判であり、したがって、理論的には（つまり、伝統的に肯定されてきたことを一種の既得権とでも考えないかぎり）一事不再理の効力は発生しないというほかないであろう²⁴』といわれる。そして、「もっとも、一事不再理効がないというのは、一般的に存在するわけではないという趣旨であって、公訴棄却の場合と同様、それが発生すべき場合がある²⁵』といわれ、「危険が被告人に対する負担として、かなり具体的・実質的概念であることを想起しなければならない。危険の適用の有無を、実体裁判か形式裁判かという大陸法的な形式原理で一刀両断に切ろうとすること自体に問題があると思われる。そこで、形式裁判においても、実質的に相当程度の実体審理が行われたならば、再訴禁止の効力を生じさせてよい場合があるのではなからうか²⁶』として、「例えば、当初適法な訴因で起訴審理中、免訴事由にあたる事実が認定されて免訴が言い渡されたような場合は、当初の訴因での再起訴を認めるべきではあるまい。危険とは実体審理による負担という事実的な概念であるが、この場合は実体裁判における負担と同視しうるからである²⁷』とされている。

以上の二つの立場のうち、免訴を形式裁判と解しつつ一事不再理の効力を付与しようとする構成は、いずれも成功しているとは思えない。しかも、免訴に一事不再理効を認めようとする立場には、つぎのような不都合がある。例えば、ある罪について刑の廃止や大赦があった場合でも、これと公訴事実を同一とする別罪（例えば、科刑上一罪を構成する罪）で訴追することは許されるとするべきであろう。ところが、このような立場では、いったん前者の罪の訴因で免訴が言い渡されると、後者の罪の訴追は妨げられる。また、公訴事実を同一にする二罪のうち、A罪なら公訴時効が完成しているが、B罪なら未完成だということは少なくないであろう。しかし、いったんA罪の訴因で起訴され免訴の言い渡しがあると、B罪の審理をすることが許されなかったにもかかわらず、時効期間内であってもB罪についての訴追が禁止されるとするのでは、実体的真実主義の観点からの均衡を失するのではなからうか。

また、免訴を沿革的に眺めてみても、いかなる事由が免訴事由にあたるかということは、一事不再理効との関係で特に意識して規定されたようではなさそうである。田宮教授は次のようにいわれる。

「わが法の免訴、は公訴の不適法の事由のうち、特に重要だとおもわれるもの数種をあげて、特殊の名称を冠したものに過ぎないと解するほかはない。これはあたかも、形式裁判の中に公訴棄却もあれば管轄違もあり、また、ひとしく公訴棄却中にも判決と決定の区別があるのとまったく同様の関係で、

区別自体に理論的な意味があるわけではないのである」と。そして、「かつて免訴事由とされたものでも、のちに刑の免除という実体裁判を言い渡すべきものとされたものがあり（法律ニヨリ罪ヲ全免スル場合）、また、公訴棄却事由の方に移されたものもある（告訴放棄）。つまり、何を免訴事由とするかは、裁判の形式に関する立法の便宜の問題に過ぎないのである」と²⁸。このように解すると、何が免訴事由となり、何が公訴棄却事由となるかは、いわば歴史的・偶然的理由によるものであるといえる。そうであるならば、このような偶然的事象による免訴判決だけに、被告人にとって極めて重要な一事不再理の効力を付与すると解するのは妥当とはいえないのではないだろうか。したがって、免訴は田宮教授のいわれるように純粋な形式裁判であると解するのが、解釈論としては最も妥当であると思われる。

IV. 形式裁判の既判力

以上のように免訴を純粋な形式裁判と解すると、免訴は他の形式裁判と区別はないことになり、一事不再理の効力は原則として発生しえないが、一事不再理の効力とは切り離された既判力は発生する。既判力は、裁判の下された当該訴訟を超えて有する効力であるから、当該手続を終結させるいわゆる終局裁判であれば、実体裁判ないし実体関係の形式裁判だけではなく、形式裁判にも発生する。

1. 判例検討——既判力と事情変更

既判力は、判断された事項について発生するのであるが、形式裁判は当該訴訟物についての訴訟追行が、具体的な事情上、訴訟条件が欠けるので不適法であるということを判断するものであって、具体的な事情の変更があれば、既判力は消失する。例えば、管轄違いの判決が確定したときは、新たな管轄原因が生じていないかぎり、同一裁判所に同一事件を再訴することはできないが、別の裁判所に起訴することは妨げられない。また、親告罪について告訴がない、若しくは、告訴が無効であるとして公訴棄却の判決があった場合には、その判決が確定すれば、実は告訴があった、若しくは、有効であったという理由で再起訴することはできないが、改めて有効な告訴をとり付ければ再起訴は認められる。この関係で、被告人死亡を理由に公訴棄却の決定（339条4号）がなされたのち、当人の生存が確認され、再起訴がなされた事例において、その判決の結論の当否について学説上見解が分かれているので、この事件について検討してみたい²⁹。

【大阪地裁昭和49年5月2日判決】

事実は以下のとおりである。暴力行為等処罰法違反等（A事件）で懲役2年6月を言渡された被告人が、控訴・保釈中に、有価証券偽造罪等の別件（B事件）を犯して再び起訴され懲役3年、罰金10万円を言渡された。被告人はこれに対して控訴し、その間保釈も許されたが、以上の事件について実刑判決は免れないと考え、自己が戸籍上死亡したことにして刑の執行を免れようと企て、医師某名義

で区役所に死亡診断書を提出し、実弟などを介して被告人死亡の旨を弁護士に連絡し、さらに内容虚偽の除籍謄本を同弁護士に交付した。その結果大阪地裁は同控訴事件（B事件）につき、被告人死亡を理由として刑訴法338条4号によって、公訴棄却の決定をした（即時抗告の申し立ても無く確定）。

ところが、その後被告人の生存の事実が判明、逮捕されて、大阪地裁に再起訴されたわけである。弁護人は、これに対して、被告人死亡を理由とするさきの公訴棄却決定と同一事実に基づく再訴は違法であり、刑事訴訟法338条4号によって公訴を棄却するべきであると争ったが、裁判所はこの弁護人の主張を斥け、再起訴を許容した。

本判決は、その宣告の前に、新聞紙面上においても「ニセ亡者現世で懲役」、「逃げ得は許さない」などと大きく報道され、国民の意識の高い状況下でなされた判決であり、判旨のような結論に至ったのも理解できなくはない。しかし、法律問題としては様々な問題を含んでおり、学説からの非難を浴びることとなった。以下、これらを検討していきたい。

当判旨は「形式裁判は確定しても原則として後の起訴は妨げられない」というのであるが、この点には疑問がある。確かに、従前の学説の中には判旨のように刑事訴訟の形式裁判の既判力を承認していない見解も見られたが、それは形式裁判を一種の中間裁判として理解し、その訴訟の却下は一種の「病理的」な段階に過ぎないと観念されていたためであろう³⁰。むしろ、公訴権の発動自体による被告人の人権侵害が強く意識されるに至った今日のわが国においては、この立場を採用できないことは明らかである。しかし、当判旨はこのことを大原則として掲げ、その例外としての340条と関連させて理解し論証しようとしているために、通説的見解からはかけ離れてしまい、同条の理解にも困難をきたしてしまうこととなってしまった。すなわち、判旨は同条を、一般に形式裁判は既判力がなく再起訴は妨げられないのに、とくに再訴は許されないものとした規定であると解するわけであるが、なぜ公訴取消による公訴棄却の場合にだけ既判力を付与したのかについて、合理的な説明をするのは困難であると思われる。なお、340条については後に公訴取消の場面と関連して、もう少し詳しく検討してみたい。

判旨は、また、被告人死亡の事実認定が虚偽の証拠に基づくものであったことが新証拠によって明らかになった場合には、もはや以前の判断は拘束力をもたないとするのであるが、この点についても疑問である。確かに学説の中には、形式裁判の既判力をやぶる「新たな事情」を、当判旨のように「新たな証拠」としているものもある³¹。しかし、田宮教授もいわれているように、「判断資料たる証拠と既判力の基礎たる事実とは、厳密に区別する必要がある。新証拠は新事実（新事情）ではない³²」と解することが正当であり、また通説でもある。たとえば、親告罪の告訴が無効だとして公訴棄却の判決があったときも、「新たに有効な告訴」をとり付ければ再起訴は許容されるが、「実は告訴が有効であった」という理由で再起訴することはできない。また、管轄違の判決がなされたときは、別の管轄裁判所に再起訴することはできるが、「実は管轄違の判断が誤っていた」とか、「新証拠の出現により管轄はあったはずだ」と主張して、同一裁判所に再起訴することはできない。この点に関して、大阪

高裁昭和47年11月30日決定は興味深い見解を示している³³。判旨はつぎのようにいう。新証拠の発見によりさきの裁判が誤りであることが判明した場合でも、「資料こそ新たに発見されたものであるとはいえ、その資料によって証明しようとする事実自体はさきの裁判の際に存在したものであるから、その裁判の際に調査を尽くし、誤りを是正しておくべきだったのであり、これをしないで、その裁判が形式的に確定した後に、新たな資料を発見したことを理由に、同一事項についてさきの裁判と異なる判断内容の裁判をするがここでは、いたずらに（すなわち、公訴取消後の再起訴に関する刑事訴訟法340条、再審に関する435条に類する規定もないのに）さきの裁判の内容的確定力を否定するものであって、どうてい認めがたいところである」と。

思うに、形式裁判も終局裁判であり、それが確定すると形式的確定力を発生する。そのうえで、後訴に対しては何らの拘束力も認めないのであれば（すなわち規範事項をめぐる新判断・新証拠を許容したのでは）、時期的・理由的制限のある上訴に、再訴がおき代えられて被告人の法的安定の地位はまったく得られなくなってしまうであろう。

2. 事情変更と再起訴の許否

さて、この偽装死亡の事例では再訴の許否について、いかに解すべきであろうか。学説上、見解が分かれている。

まず、再起訴を否定する立場からは、シンプルに「形式裁判も裁判である以上拘束力が生じる」ということを確認するだけ済む。田宮教授は、「証拠と事実を峻別するならば、被告人死亡を理由とする公訴棄却の決定がなされたときは、事情の変更でもあればいざしらず（つまり、被告人が生き返ってもこないかぎり）、証拠が虚偽であったというだけでは、再訴はできないという結論になるはずである³⁴」といわれる。一事不再理の効力は、新証拠だけではなく、場合によっては新事実をも排斥するのに対し、既判力は、新証拠の排斥にこそ、その効力の意義があるのである。

これに対して、さまざまな技巧を凝らして再起訴を肯定しようとする学説もある^{35 36}。その代表的な見解に光藤教授の所説がある。教授はつぎのようにいって、結論において判旨を支持される。曰く、「私は、確定形式裁判の後訴への拘束力には、一種の禁反言（estoppel）がその基礎にあると思う。すなわち、一度ある訴因の下に応訴を強制し、それが裁判所により不当と判断されて公訴が棄却され確定したのに、その判断が誤りであることを示す新たな資料が出て来さえすれば再び応訴を強制しようとすることは、公訴棄却の確定裁判を受けた者の法的地位を著しく不安定なものとするであろう。したがって、一般的には確定形式裁判で有利に決定された者に対しては、後に『事情の変更がなき限り』再訴が許容されないと解するのが妥当である。しかし、一種の禁反言だから、広く国家の側に瑕疵がありそれに基づき訴訟が打切られ且つ確定した場合がその適用をみる原則型であって、被告人の側から訴訟条件事項について積極的な欺罔がなされ、それに基づき訴訟が打切られた場合にもなお、後に事情の変更が生じない限り絶対に再訴は許されない、というものではないと思う。以上要するに

…当事者の申立と資料提出をまって判断されるのが通常である場合に、被告人側が積極的に虚偽の資料を提出したため、裁判所の判断を誤らせたような場合には、例外的に後に判明した事実に基づき再訴することが許されると解する³⁷⁾と。

光藤教授のこの所説は、正義の観点からも学説上多くの共感を呼び、また、後の学説に影響を与えた。田宮教授は、これを傾聴に値する見解で、支持してよいようにも思うとはいわれながらも、現行法上確定裁判の再訴は公訴取消後の340条の場合と、再審に関する435条の場合のみに限られ、死亡の場合の再起訴は、「被告人に不利益な再審にも比すべき場合であり、これを肯定するのは、解釈による不利益再審を創造するに等しい」し、「実体的な正義ないし妥当性の感覚は法制度を支える不可欠のものではあるが、同時に確定力に関する実定法体系の法治国的保障ということの意義を見失ってはなるまい」といって否定的な見解を示されている³⁸⁾。確かに、実体的な正義の感情からは、このような被告人が利益を享受するという事は納得し難いところではあるが、わが国の法体系が消極的実体的真実主義を採用した以上これはやむを得ず、現行法の下では、文書偽造罪ないしは強要罪（医師に無理やり死亡診断書を書かせていた場合）などで満足しなければならないのではないだろうか。

また、田口教授は、右の光藤教授の所説に随いながら、「拘束力はもともと検察官の禁反言たる性質のものであるから、被告人には拘束力の要求資格がなければならない。したがって、被告人に重大な偽装工作がある場合にはこの要求資格が欠けており、検察官は前訴裁判の拘束力を受けることなく、再訴が可能となる場合もある³⁹⁾」として再訴を許容される。しかし、この教授の見解は、検察官の禁反言と被告人の要求資格を強調して、当事者主義的な訴訟構造を強く意識されているが、これはあまりに形式的な当事者主義に立った理解ではなからうか。すなわち、「検察官」の禁反言とは、「国家」の矛盾行為禁止ということであり、国家が被告人とは対等ではありえない以上（その根拠に黙秘権等があげられる）、被告人に対して拘束力の要求資格を求めるのは、それこそ過酷な「要求」となってしまわないだろうか、疑問である。また、さきの田宮教授の批判を克服しているとも思われない。

V. 一事不再理の発生段階に関連する諸問題の検討

危険の事由となるのは、有罪・無罪とこれに類する実体裁判だけに限られるであろうか。以下では、一事不再理の発生段階に関連する諸問題について若干の検討を加えていくことにしたい。

1. 内容不明の判決・当然無効の判決

まず、二重の危険説を採用するならば、一事不再理の効力が発生するのは判断内容の効果としてではないから、実体裁判でありさえすればその裁判内容の如何にかかわらず、その効力を発生することは問題がない。だとすれば、実体判決が形式的に確定していれば、たとえば、判断内容が不明であったり、判断内容に致命的な瑕疵があって判決の意思表示としての効力が生じないときでも、それだけ

の原因で一事不再理効が発生しないとする理由はないとすべきである。すなわち、これらの事情の存しないことは、既判力の要件ではあるが、一事不再理効の要件ではないのである。この点、一事不再理を裁判の効力と解する立場や、いちおうは二重の危険と解しながらも、なお一事不再理を裁判の効力の一種であるとする学説の立場からは、説明に窮することになると思われる。

まず、内容不明の判決の場合を検討してみよう。団藤教授は、内容不明の判決は「むしろ、判決がなかったものとして取り扱うのが妥当ではあるまいか。けだし、内容のまったく無意味な判決は単なる外見的判決であり、非判決である。内容の証明ができないばかりも、つまりは、これと同じことに帰するものと考えなければならない。なるほど判決言渡の事実は証明されても、その内容が不明であるかぎり、その判決はかような意味で非判決であり、つまるところ判決の存在がないことになるのである⁴⁰」といわれ、証明されるかぎりにおいての前の手続に継続して、審理を再開すべきであるとされている。

しかし、判決内容だけが不明で確定判決の存在じたいは十分に証明されている場合に、博士のように「つまるところ判決の存在がない」とする結論が正当であろうか、疑問を禁じえない。さらに、被告人に何ら落ち度のないこのような場合に、かような負担を負わせてしまってもよいのであろうか。これは、「疑わしきは被告人の利益に」の法諺からあまりに乖離しているように思われる。

つぎに、判決の当然無効の場合についてはどのように考えるべきであろうか。判決の当然無効とは、「判決として成立はあるも、重大な事由があるため不服申立をまたず当然に、その本来的効果つまり判決の意思表示内容の効力を発生しないもの⁴¹」をいう。つまり、裁判所が刑法上認められない刑罰を言い渡したり、二重に判決をするなど、手続に重大な瑕疵がある場合、判決は「当然無効」となり、判決内容に副った内容的効力は認められないことになる。このような場合、判決はその本来的な効果たる意思表示的効力を発生しえないのであるから、有罪判決は被告人を有責にはしえず、また、無罪判決も被告人を潔白にすることはできないこととなる。一事不再理効を判決内容の効力と解すれば、この場合再訴は禁じられないこととなる。しかし、田口教授は裁判効力説（ただし、田口教授も一事不再理効を二重の危険禁止と解されるのであるから、正確には新裁判効力説と位置づけることができる）に立たれながら、当然無効の判決であっても「刑罰権の確認まで被告人を危険に置いたことには変わりはない⁴²」として、一事不再理効の発生を認められている。しかしこれは、そもそも裁判効力説と調和しうる議論であるか疑問が残る。

2. 検察官上訴

上述のとおり、二重の危険説においても、一事不再理効は実体裁判の形式的確定をまって発生するとされているので（通説）、たとえ実体裁判であっても、いまだ形式的に確定していない段階では一事不再理の効力は発生しえず、検察官上訴も二重の危険禁止原則には反しないことになる。英米では、事実点をめぐる検察官の不利益上訴は禁止されているが、わが国においては、判例により「継続的危

険」なる観念が採用されており⁴³、検察官上訴も合憲であると解されている。しかし、反対説も有力に主張されており、憲法学者からも、検察官上訴を肯定することは、「訴訟法を権力主義的な観点からとらえ、しかも法律を憲法より優先させるという逆立ちの論理である⁴⁴」との痛烈な批判もなされている。

そもそも二重の危険とは、被告人保護のための原則であり、被告人に対する人権の思想から導き出されるべきものであったはずである。この観点からすると、二重の危険説を採用しながら検察官上訴を比較的安易に肯定してきたこれまでの学説にも反省すべき点があるように思われる。そこで、検察官上訴といっても、法令違反を理由とする上訴、あるいは量刑不当を理由とする上訴は、法令解釈の統一性という観点から合憲と解することができるとしても、無罪判決に対する事実誤認を理由とする検察官上訴には問題があるといえるのではないだろうか。無罪判決に至るまで被告人に負担を負わせた事実は、十分に一つの「危険」と評価でき、この場合は二重の危険にあたるということが可能なのではないか。二重の危険の原則を上述のように被告人保護のための原則と解するならば、このような無罪判決に対する検察官上訴などに関しては、二重の危険に反するとして政策的に一事不再理の効力を与えようと構成するほうが、理論的には整合性があるように思われる。

3. 公訴取消

最後に、公訴取消の場合を検討していきたいと思う。ここでは257条及び340条の理解を深めつつ、憲法39条との整合性についてみていくことにしたい。

(1) 法257条

現行刑事訴訟法は、「公訴は、第一審の判決があるまでこれを取り消すことができる」と規定している(257条)。そもそも、起訴法定主義が採られていた治罪法、ないし旧々刑訴法の当時には、公訴取消という制度は存在しなかった。しかし、旧刑訴法になり、起訴便宜主義が採用されたことに伴って(旧刑訴法279条)、「公訴ハ予審終結決定又ハ第一審ノ判決アル迄之ヲ取消スコトヲ得」(同292条1項)と規定され、公訴取消の制度が導入されることとなった。ただし、現行法の下では、「公訴の取消後犯罪事実につきあらたに重要な証拠を発見した」ときは、同一事件について、さらに公訴を提起することができる(340条)のに対し、旧刑訴法下では、一度公訴を取り消したあとは、同一事件について再び公訴を提起することは許されなかった(旧刑訴法364条3号、315条3号)。

わが法が公訴取消の制度を採用するに至った理由としては、起訴便宜主義の理論的帰結であるとともに、起訴後に起訴を猶予すべき情状が判明した場合の被告人と、起訴前にその種情状が判明し、起訴猶予とされた者とのバランスを失わないために実際的に必要であり⁴⁵、また、無罪・免訴等の証拠を起訴後発見した場合に無用の審理を継続させないこと、などがあげられている⁴⁶。ただし、後者の理由のうち、起訴後に無罪の証拠を発見した場合までをその理由に含めてもよいものかは疑問である。

続いて257条の取消理由について検討していきたい。刑訴法の文言をみるかぎり、取消理由には法

律上の制限はなく、わずかに検察庁内部において慎重な処理を期するための手続を取っているにすぎないようである。

では、実務上どのような場合に公訴の取消が認められてきたのであろうか。多少古い資料であって恐縮ではあるが、実際の取消理由を概観してみることにしよう。資料は1980年から89年までの10年間に公訴取消がなされた理由別の人員についてのものであるが、それによれば、総数313のうち、その大多数の195が被告人の所在不明の場合である。そのほか、被告人死亡が13、心神喪失が14、大赦・刑の廃止などの事由によるものが1となっており、回復見込みのない病気、強制送還などのその他の事由に含まれるものが56となっている。注意しなければならないのは、罪とならないとされた事由が2件、さらに嫌疑なしとされた事由にいたっては32件もみられるということである⁴⁷。これについては、「嫌疑不十分を理由とする公訴取消を行う場合には、公訴が取り消されなければ、被告人は無罪の判決を得られることから、検察官も無罪の論告を行なうこととして、立法当時想定されたような、後日の重要証拠の発見を期待して、証拠不十分な事件についてとりあえず公訴を取り消すようなことは行なわれておらず⁴⁸」、そのため、無罪の言い渡しとなされる危険があるとして判決直前に公訴を取り消し、その後証拠収集をして再起訴する場合には違憲の疑いが生じるとの批判は理論上のものに止まっているとされている。しかし、理論上は不可能ではなく、今後も濫用されないとはいいい切れないので、議論はなされるべきである。

わが法が起訴便宜主義を採る以上、起訴前にその起訴を猶予すべき情状が存在した場合と、起訴後に判明した場合とで、被告人の扱いについてあまりに統一性を欠くことは避けられなければならない。被告人の法的安定性は、担当検察官の能力やその他の偶然的な事象によって左右されるべきものではないからである。そうであるならば、やはり公訴取消は必要な制度であろうと思う。また、実務上の観点からも、その取消事由の大多数は被告人の所在不明の場合であること、実際に公訴が取り消された事例として、麻薬取締法違反被告事件⁴⁹の場合で35年、傷害致死の事例⁵⁰で37年、という長年月にわたる場合に公訴の取消がなされているのであるから、やはり必要といわざるを得ないであろう。それならば、法は取消理由について、明文で何らかの制限を設けるべきであったのではないだろうか。

この点、団藤博士はつぎのようにいわれる。まず、340条について「一たん裁判所による審理が開始した以上、被告人を不安定な地位に放置しておくことは憲法39条の精神にてらして不適当」であると批判し、立法論としては、第一に、公判審理が開始する前に公訴の取消があったときは、再度の公訴提起を許す。第二に、公判の審理が開始した後は、被告人の同意を得て公訴取消があったときに限り、その後新たに重要な証拠を発見したときは、再度の公訴提起を許す。そうして、被告人にも公訴取消の申立権を認めるのが適当であろう⁵¹、と。団藤博士のこの見解は、もともと257条は検察官の片面的な権利であることから濫用のおそれもあり、従来もその点を危惧する声が高かったことから、被告人の同意を求めようとしており、当事者主義の観点からも正当な試みであったと思われる。しかし、まず、第一の点について、公判前の取消については全て再訴を許すとされるが、これは法が、速

捕・勾留に時間的制約を加えたことと矛盾するのではなかろうか。そして、公訴取消権の濫用に繋がってしまうのではないかと危惧が生まれる。また、第二の点について、実際の公訴取消がなされるのは、そのほとんどが被告人の所在不明を理由としておこなわれるのであるが、この場合、被告人の同意を得ることはまず不可能であろうと思う。さらに、嫌疑なし、あるいは不十分の場合は、被告人は無罪判決を獲得する可能性が高く、なおさら被告人は同意するはずもなく、結局、実際は機能しえないのではないだろうか。

思うに、被告人死亡や所在不明などのように、事後的に、また検察官に落ち度が認められない事由によって裁判を維持しえなくなった事情が現出した場合には、訴訟経済上の理由からも、また実際的な必要性からも公訴は取り消しうると解すべきであろう。これに対して、嫌疑なし、あるいは不十分等の検察官の落ち度によるもので、本来ならば被告人が無罪を勝ち得たような場合には、一たん発動した訴追権の放棄とも認めることができ、また「無罪の推定」の大原則を覆す利益は考え難いので、法はこの場合の公訴の取消は認められないと明文で規定すべきであったのではないかと考える。

(2) 法340条

現行法は公訴取消による公訴棄却が決定したのちに、「犯罪事実につきあらたに重要な証拠を発見した場合に限り」再起訴を許容した（刑訴法340条）。その立法理由としては、旧法に比して被疑者の身体拘束期間の短縮や捜査権限の制限などの、捜査の困難性を挙げるものがほとんどである。しかし、これらの理由は「犯人必罰」、「処罰の確保」といった訴追者側の正義から出たものであって、現在では理由としては採りえないものであることは明らかである。

もっとも、一般には公訴棄却の裁判は、訴訟条件の瑕疵を理由に当該公訴を打ち切る裁判であって、再訴遮断の効果はないとされている。さきの偽装死亡の事例における判例などは、公訴取消による公訴棄却決定の後の再訴も本来は許容されるどころ、本条は、被告人の地位の法的安定性のために、再訴を一定の場合に制限した規定と理解することになったのである。しかし、この点、「憲法39条末段の何人も同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問われぬという規定を、すでに有罪とされた行為について二重に処罰されない趣旨と解するだけでは狭きに失する。公訴の取消後同一事件について公訴を提起することも（刑訴340条参照）この保障によって阻止されるべきものである⁵²」とされる栗山裁判官の意見は注目される。

団藤博士は「証拠が不十分の場合には、無罪の判決を受ける権利があり、それが確定したときはまさしく一事不再理の原則による保障を受けるはずである。ところがこの規定は被告人のかような利益をうばうものといわなければならない。公判審理の模様を見て、もし訴追側に形勢不利なときは、検察官は公訴を取り消せばよい。後から重要な証拠を発見すれば、再度の起訴によって訴追側は目的を達することになる。これは往時の仮放免…を連想させるものである。嫌疑が不十分なときは無罪のかわりに仮放免を言い渡して、後から証拠が現われたときにあらためてこれを処罰するというのが仮放免の制度である。第340条は、むしろ、仮放免の制度そのものではないが、被告人の地位を不安定な

状態に置く点では共通なものがあるといえる⁵³」とあって、340条に批判的な意見を述べられて、立法論的には、さきの257条の取消理由に関する提案をなされる。しかし、この団藤博士の提案に対して疑問のあることは既に述べたとおりである。

田宮教授は、「むしろ本条は、そのような公訴の取消に二重の危険たる一事不再理効を原則として認め、重要な新証拠の出現の場合を例外として、一種の再審を認めた規定と解すべきである⁵⁴」とされて、「公訴の取消のあった場合に再訴を許すことは、二重の危険の趣旨に反するものであって、刑訴法340条は多分に違憲の疑いがある⁵⁵」と述べられる。そして教授は、憲法39条については、文言上も「前の無罪」・「前の有罪」だけを規定したと解さなければならない必然性はなく、同条後段は「前の有罪」だけを意味するものではないという趣旨を暗に示しているとも解しうるとされて、「ここに『刑事上の責任』は刑罰の意味ではなく手続的な負担を意味するのであるから、有罪判決以外の場合でも、これと同視しうる程度に被告人を訴追した、つまり訴追し終えたといえるならば、憲法の文言はそれをも抱合するのである⁵⁶」と解され、立法論としては、公訴取消を許すならば、事後の再起訴を禁ずるべきであり、「公訴取消が事実上あまり行われていない実情にかんがみ、これを許さないという議論も成り立つと思うが、起訴便宜主義との関係で妥当な措置とはいえないから、公訴の取消じたいは許しておいて、再訴をしゃ断する規定をおくべきものと信ずる。さし当たって法340条は削除するのが妥当であると主張したい⁵⁷」とされている。

この田宮教授の論評は正鵠を射たものであり、結論として現在のところもっとも妥当なものであると思われる。私は、公訴取消の場面でも述べたとおり、嫌疑なし等の検察官の落ち度によって公訴が取り消された場合は、再訴は絶対的に許されないと解する。それは、この場合、被告人は無罪の判決を受ける可能性が高いのであり、そもそもは257条で処理されるべき問題であろうかと思う。仮に、この場合に公訴取消を許すならば、無罪判決と同じ効果を被告人に与えなければならない、一事不再理の効力が認められなければならない。この場合、被告人は実体審理という手続負担を受けており、また検察官も実質的に公訴権を放棄したとも考えられるから理論的にもそれは可能であろうと思う。

立法論ではあるが、私も田宮教授と同様、同条は二重の危険にも反し、また解釈上の混乱をもたらすので、削除されるのが妥当で、新たに整理されるべきであると思う。

VI. 効力の発生段階に関する一試論

1. 憲法39条と一事不再理

一事不再理の最大の制約原理はいうまでもなく憲法39条である。この憲法39条についてはその制定当初、解釈論として、同条が英米法の「二重の危険」を採用したものなのか、それとも大陸法の「一事不再理」の原則を高めたものにすぎないのか、議論がなされた。この問題をはじめととりあげられた団藤博士は、単なる文理解釈によるのではなく、同条は大陸法系の一事不再理の原則を強化したも

のにすぎないとされた⁵⁸。これに対して、村瀬氏は、憲法制定の経過に鑑みて、憲法は英米の二重の危険の原則をとりいれたものと解すべきだといわれ⁵⁹、大塚氏も、「同条はその英訳と対照して二重の危険の原則を採用していることは、文言上明白⁶⁰」であるとして二重の危険説を主張される。また、田宮教授も「元来一事不再理は被告人の利益のための訴訟手続の効果であって、大陸といい英米といっても、歴史的には同一の根源にさかのぼることができる⁶¹」として二重の危険説に立たれる。

この憲法39条の性質をめぐる論争は、昭和25年9月27日の最高裁判決⁶²を契機に、二重の危険説優位のままに終息してしまった。しかし、二重の危険説を採用するとしても、それがそのままアメリカ法的解釈以外の理解を排斥してしまうとするのは正しくない。この点に対して白取教授は、「憲法の一39条も含む一人権規定は『人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果』(97条)であるのだから、その解釈をアメリカ法の枠の中にとどめることは、人権規定の自由で柔軟な適用を妨げるおそれすらなしとしない⁶³」といわれている。二重危険説を採用した、最大判昭和25・9・17の補足意見にも、「憲法39条の英訳を見るに、同条後段についてのみ二重危険の文字を用い、同条前段の後半と区別している。もしも同条が二重の危険の原則をそのまま採用したものとすれば、同条の英訳において同条前段の後半と後段を区別する必要なく、米国憲法修正5条と同様の文字を用いれば事足るわけである。…従って、英訳を根拠として憲法39条は所謂二重危険の原則をそのまま採用したものであると断定することはできない⁶⁴」とある。また、憲法39条の草案段階で同条の趣旨について、国务大臣・金森徳次郎は帝国議会で次のような答弁をしている。曰く、「これは刑事政策上の原則ではあるには違いありませんけれども、諸国の制度の建前から申しますると、非常に重大なことに考えて居りまして、憲法に挙げるのが事例であるわけであります。日本の現行刑罰制度に於きましても、固より実質はこのような姿ではありますけれども、併し大事な規定でありますから、特に世界の通説に従いまして、憲法にこれを規定した次第であります⁶⁵」と。ここで「世界の通説に従いまして」憲法に一事不再理を規定したと断っている点は注目される。右答弁にみるかぎり、アメリカ憲法に特にこだわってはいないとみることができる。

一事不再理の原則は、もともとは糾問主義的訴訟制度の下で、仮放免などによって被告人の地位が不安定にさらされていた状態から、フランス革命後に自由主義・人権思想が高まったことにもなって市民が獲得した自由権である⁶⁶。そのようなものである以上、仮に憲法に規定されていなかったとしても、人権上の観点から当然に認められなければならない効力であるし、たとえば法を改正して一事不再理を骨抜きにしまうようなことは決して許されるべきではない。したがって憲法39条は、あくまでも一事不再理の確認規定であって創設規定ではないと解することができ、同原則は訴訟制度の本質に根ざす内在的な原理であるといえる。このように考えると、一事不再理効は一方では英米法思想に独占される必要はなく、また他方で大陸法的な考えに固執する必要もない。両者の長所を吸収し、わが国独自の一事不再理効が形成されていっても何の問題もないし、また望ましいことであるとも思われる。

また、英米では二重の危険が「抗弁」とされていることから推察されるように、一事不再理は被告人保護のための反権力的な価値を有するものであるといえる。そしてこのことから、一事不再理を被告人のために片面的に理解していくことが許されると解する。

2. 効力の発生段階に関する一試論

一事不再理は、裁判の形式的確定によって発生するとされるのが通説である。しかし、二重の危険説からは被告人の実体的な手続負担に着目するのであるから、理論的には危険の発生段階を裁判の形式的確定時以前に遡らせることは可能である。すなわち、捜査機関は生の事実、いわゆる社会的（自然的）事実を相手に捜査を遂げる。そして、検察官はそれに対して、法的構成を施して訴因というかたちで裁判所に公訴を提起する。被告人の手続負担の苦痛は、この公判の準備活動である捜査の段階からはじまっているといえる。また場合によっては、公判の段階よりも捜査段階の苦痛のほうが被告人にとって大きいといえる場合があるかもしれない。したがって、この公訴提起の段階をもって公訴権が消滅したと構成することもいちは可能であるが、これでは国家の真実発見の要請は遂には果たされず、そのために広汎な例外を認めなければならないこととなって妥当ではない。

私は、公訴権が消滅するということは、被告人の立場からは、公訴権に優越する反対利益を得ることができるのではないかと思う。この反対利益は、被告人が手続負担を受けたという事実によって決せられていくものであると考える。そして、公判が判決の形式的確定にまで至った場合を考える。この場合は、訴追者側からすれば、判決という最終目標にまで達したのであるから再公訴の利益はほぼなくなったといえる。これに対して被告人側は、さきの捜査の段階から公判審理そして判決に至るまで手続の負担を受けたのであるから、その反対利益は極めて大きくなったといえる。そこで、両者の利益を比較衡量すると、後者の利益、すなわち被告人の利益が圧倒的に優越することになり、この形式的確定をもって被告人の反対利益は絶対的なものとなり、一事不再理の効力が発生する。したがって、再審を除けば、再訴は絶対的に否定される。

また現行法の下でも（ひとまず257条及び340条の問題点を捨象して考えるならば）、公訴取消の場合は以上のような理解の下に考えられていると解することもできる。すなわち、検察官が公訴を取り消した場合でも容易に再訴は認められない（340条）。しかし、例外的には再訴が認められていることから、この段階での公訴権の消滅はいまだ絶対的なものではないと考えているのではないか。すなわち、再公訴の利益と被告人の反対利益とを衡量した場合、原則として後者の利益が上回るといえるが、しかし「新証拠」の出現したような場合には、例外的に前者の利益が上回る余地を残しているのではないだろうか、と。

つぎに、以上の理解を前提として、形式裁判と一事不再理効の関係について検討してみたい。既にみたように、一事不再理の効力は、確定判決の段階では絶対的なかたちであられるが、それに至るまでの段階ではいまだ訴追者側の利益もあるので、絶対的なものではない。前者が後者よりもより強

い効力を与えられるのは、起訴後さらに公判審理という手続負担を受けたからである。

一般にわが国では、形式裁判については一事不再理効は発生しないと解されており、わずかに公訴取消による公訴棄却が確定した後の再起訴についての制限規定（340条）があるにすぎない。しかし上述したように、一事不再理の原則は訴訟制度の本質に根ざす内在的原理であり、憲法上も自由権として保障されていることを考えると、その効力についても単に明文の有無で決する必然性はないと解することができる。わが国では、既に述べたとおり、学説上免訴判決に一事不再理の効力を認めるために、免訴が他の形式裁判とは異なる本質を有することを論証しようと様々な技巧を凝らしてきた。しかし、形式裁判が「免訴」と名付けられるか「公訴棄却」と名付けられるかは、歴史的偶然に基づくものであると考えられることは、さきに述べた。そうであるならば、免訴・公訴棄却・管轄違のいずれもが、手続打切りの形式裁判として共通の本質をもつことを前提として、なお一事不再理の効力を生ずべき場合がないか、を考えていかなければならない。一事不再理の効力が、被告人の手続負担の量に比例して認められると解するならば、実体判決に至らない形式裁判にはより弱い効力を与えるということになる。ただ、一事不再理効はその効力の性格上、その与えられる効力に程度の差を設けることはできないので、要するに形式裁判により弱い効力を与えるということは、本来は再訴禁止の効力が与えられない形式裁判に、例外的にいかなる範囲で再訴禁止の効力を与えるかということになるかと思う。そして、その例外許容の基準としての中心的なものが、被告人の手続負担の程度であることはいうまでもない。その他の基準としては、再訴を否定した場合に果たされる政策的効果と再訴を許容して処罰を確保する必要性との利益衡量、および形式裁判において手続が打ち切られたことに対する訴追者側の落ち度の有無や程度などが考えられる。そして、これらの基準を総合的に評価して再訴の許否を決していくことになる。むろん、基準としては曖昧であるとの批判を受けるかもしれないが、たとえ形式裁判であっても被告人保護の観点から、相当程度の手続負担を受けている場合などに、一事不再理効の発生する余地を認めておくことは十分に価値のあることであろうと考える。

VII. 結論

以上、自身の実力不足を痛感しながら筆を執ってきたが、私は、一事不再理の効力については二重の危険説を採用し、その効力は被告人保護のための権利であると位置づけるべきであると思う。そして、あくまでも危険の発生は被告人の手続負担に着目して決せられるべきであると思うのである。

鈴木教授および田口教授の所説も、田宮説の危険の発生基準の曖昧性を克服しようとされており、その意味では先進的考察であり、魅力的でもあるが、その根本において、一事不再理も裁判の効力であるといわれることにはやはり疑問が残るのである。確かに、内容不明の裁判の場合などで説明には窮するものの、田口教授のいわれるように、裁判の存在自体の効果であるとしてそれらの場合も手続効力説と同様の結論に達することは可能である。しかし、やはり一事不再理の効力は被告人の人権と

いうことから発せられるべき効力であると考えるので、右の所説では被告人の人権という観点が二次的なものとして観念されているように感じられてならないのである。

そして、危険の発生段階についても、二重の危険説を強く推し進めるならば、極端には公訴の提起をもって危険が発生したとすることも理論上では可能であるが、それは処罰の確保など訴追者側の利益との権衡を失してしまい妥当ではないことを述べた。そして、基準としての明確性を確保するためには、ひとまず実体裁判については形式的確定のとき、また、形式裁判には原則として一事不再理の効力は生じないと考えてよいであろう。ただし、田宮教授のいわれた、「実体的に相当程度の実体審理」を受けていれば、この場合にも一事不再理の効力の発生の余地があるということについて筆者なりに思索し、その意義をスポイルしないように、曖昧であるとされている基準を少しでも明確にすることはできないかと考え、純粹に手続負担の量に比例して、被告人の反対利益が増していき、通説では再訴が許容される場合であっても、人権観念上必要性が認められる場合には例外として一事不再理の発生時期を遡らせることができる余地を残しておきたかったのである。

-
- 1 田宮裕『一事不再理の原則』（有斐閣，1978）2頁。
 - 2 このような理論を構成されるのが団藤博士である。団藤重光『刑事訴訟法綱要』（弘文堂書房，1943）478 - 480参照
 - 3 田宮・前傾注1 80頁
 - 4 田宮・前掲注1 81頁
 - 5 田宮・前掲注1 82頁
 - 6 同右
 - 7 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』（成文堂，1979）364頁
 - 8 鈴木・前掲注7 381頁
 - 9 田口守一『刑事裁判の拘束力』（成文堂，1980）413頁
 - 10 同右
 - 11 田口・前掲注9 414頁
 - 12 坂口裕英「既判力と再審」鴨良すけ編・刑事再審の研究208頁
 - 13 岡部泰昌「田口守一著『刑事裁判の拘束力』」法律時報53巻5号79頁
 - 14 白取祐司『一事不再理の研究』（日本評論社，1986）287頁
 - 15 田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂，第3版，2001）373頁、田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣，新版，2003）447頁
 - 16 また、紙幅の関係上割愛させていただいたが、少年法上の不処分決定あるいは審判不開始決定についての一事不再理効の許否についても学説上争いがある。
 - 17 最判・昭和32年5月24日、集11巻5号1540頁
 - 18 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（星林書院，1990）97頁
 - 19 田宮・前掲注1 261頁参照
 - 20 田口・前傾注9 406以下参照
 - 21 田宮・前傾注15 449頁
 - 22 田宮・前傾注15 451頁脚注（2）
 - 23 田宮・前傾注1 150頁以下
 - 24 田宮・前掲注1 258頁
 - 25 同右

-
- 26 田宮・前掲注1 261頁
- 27 田宮・前傾注15 451頁
- 28 以上田宮・前傾注1 158-159頁
- 29 大阪地判昭和49年5月2日刑裁月報6巻5号583頁
- 30 田宮・前掲注1 140以下参照
- 31 井上正治「刑事裁判の内容的確定力」法政研究21巻3=4号263頁
- 32 田宮・前掲注1 245頁
- 33 大阪高決昭和47年11月30日高裁刑集25巻6号914頁
- 34 田宮・前掲注1 246頁
- 35 平野教授は、免訴との区別を強調して、免訴には一事不再理の効力があるのに対して、公訴棄却にはそれがないので、再起訴が可能であるとされる。平野「免訴」法学セミナー35号40頁
- 36 また、肯定説として、川出敏裕「裁判の確定と一事不再理の効力」法学教室245号44-45頁
- 37 光藤景皎「偽装死亡による公訴棄却決定確定の効力」ジュリスト590号172-173頁
- 38 以上田宮・前掲注1 248頁参照
- 39 田口・前傾注15 369-370頁
- 40 団藤重光「刑事訴訟における書類の滅失」刑法と刑事訴訟法との交錯228-229頁
- 41 団藤重光「訴訟状態と訴訟行為」(弘文堂, 1949) 236頁
- 42 田口・前掲注9 375頁
- 43 最大判昭和25年9月27日・刑集4巻9号1805頁
- 44 上野裕久「検察官上訴の拘束力」413頁
- 45 日本大学日本法政学会・第45回帝國議會提出刑事訴訟法案理由書154頁
- 46 平井彦三郎・「刑事訴訟法論綱」第3版松華堂書店1935年245頁
- 47 公訴取消の理由別人員については、指宿信「刑事手続打切りの研究—ポスト公訴権濫用論の展開」(日本評論社, 1995) 356頁, 注221)の表を参照
- 48 注釈刑事訴訟法2巻(伊藤)・(立花書房, 1996) 501頁
- 49 名古屋地裁昭29(わ)554号・昭和63年11月7日決定・及び判例時報1312号153頁以下
- 50 水戸地裁下妻支部昭25(わ)197号・昭和63年6月11日決定・及び判例時報1312号153頁以下
- 51 団藤重光「憲法39条と『二重の危険』」曹時1巻2号50頁・なお同・綱要371頁参照
- 52 最〔大〕判昭和25年9月27日集4巻9号1805頁
- 53 団藤・前掲注61参照
- 54 田宮裕『注釈刑事訴訟法』(有斐閣新書, 1980) 395頁
- 55 田宮・前傾注1 93頁
- 56 以上・同右参照
- 57 田宮・前掲注1 94頁
- 58 教授は、「同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、大陸法流の一事不再理を強化したものにすぎない…。従来は一事不再理の原則は単に訴訟法的なものであって、その例外も訴訟法によって容易に認めることができた。いまやそれは憲法上の原則として採り上げられたのであって、仮に訴訟法でその例外を認めるにしても、憲法の解釈上許される限度内でなければならなくなったのである」といわれる。団藤・前掲注61 46-47頁参照
- 59 村瀬直義「検事上訴の違憲性について」法律新報757号16頁参照
- 60 大塚喜一郎「二重の危険の適用について」判例タイムズ21号33頁
- 61 田宮・前掲注1 81頁
- 62 刑集4巻9号1805頁
- 63 白取・前掲注14 239-240頁
- 64 前掲注60 1807-1808頁
- 65 清水伸『逐条日本国憲法審議録〔贈訂版〕』(日本世論調査研究所PRセンター, 1976) 2巻776頁
- 66 田宮・前掲注1 2頁