

Title	余罪と二重の危険
Sub Title	Double Jeopardy on the Uncharged Other Offences
Author	安富, 潔(Yasutomi, Kiyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.12 (1986. 12) ,p.275- 290
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東乾・林脇トシ子・阿久澤亀夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19861228-0275

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

余罪と二重の危険

安 富 潔

- 一 はじめに
- 二 アメリカ合衆国における「二重の危険」の法理
- 三 余罪と二重の危険
- 四 おわりに

一 はじめに

アメリカ合衆国において、いわゆる余罪が証拠として公判廷に提出されるばあいには、「悪性格の立証」禁止の原則にしたがって、被告人の悪性格や犯罪的性癖を証明することにのみ関連性を有するにすぎないとされるときには許容されないとされている。¹⁾ このような原則は、公訴事実との関連性は認められるとしても余罪を犯しているがゆえに公訴事実も犯しているにちがいないという不当な偏見を陪審に対して与え、事実認定を誤らせるおそれがあるし、悪性格の証拠は起訴状に記載されていない事実であるので被告人に告知されていないことから充分な防御の機会を与え

ず不当な不意打ちを与えることになるうえ、このような余罪が証拠として提出されることを認めると被告人にとって防御すべき争点が混乱して防御が充分でなくなってしまうからである。しかし、余罪が証拠として、一般的に被告人の悪性格や犯罪的性癖を示すにすぎないというのではなく、一定の具体的な事項を立証するために関連性を有するというばあいには許容されるとされている。すなわち、犯罪の動機を立証するとき、被告人の犯行の意図を立証するとき、事実の錯誤がないことを立証するとき、一方の犯罪行為の証明が他方の犯罪行為の証明となるほど双方の犯罪行為が密接な関連性を有し、その双方の犯行に共通の計画や企図を立証するとき、起訴状記載の犯人と被告人とが同一であることを立証するとき、などのばあいには余罪の証拠について許容性が認められるのである。⁽²⁾

ところで、このような余罪が証拠として、公訴事実の立証にあたって関連性を有するとして許容されたばあい、訴追側はあらためて余罪を別訴において再訴追することが許されるであろうか。このような再訴追が許されるとしたならば、被告人は、同一事実について再度公判にさらされることにより、その地位は不安定なものとなり不必要な物理的・精神的負担を蒙ることになりはしないだろうか。また訴追側にとって、再度同一事実を利用でき不当に有利となるといえないだろうか。このような余罪の再訴追についての問題関心から、いわゆる余罪と「二重の危険」の問題を検討してみたい。なお、英米法で展開されてきた「二重の危険」の法理に関しては多くの優れた研究があるので、本稿では、アメリカ合衆国連邦最高裁判所の判例の展開を基礎に若干の考察を加えることにしたい。

(1) 1 WIGMORE, EVIDENCE, 55, 57 (3d ed., 1940); MCCORMICK, EVIDENCE, 190 (3d ed., 1984).

(2) WIGMORE, EVIDENCE, supra note 1 at 13; MCCORMICK, EVIDENCE, supra note 1 at 190; Federal Rules of Evidence 404 (b) (1975). なお、余罪証拠の立証の問題については、安富潔「余罪の証拠—アメリカ合衆国連邦証拠規則第四〇四条(b)項制定経緯を中心として—」慶應義塾創立二二五年記念論文集四一三頁(一九八三)、同「性格立証と余罪の証拠」法學研究五八卷三号一頁(一九八五)。

(3) 田宮裕・一事不再理の原則(一九七八)、田口守一・刑事裁判の拘束力(一九八〇)、渥美東洋「いわゆる余罪と二重危険

禁止の原則」比較法雑誌一七卷四号一頁（一九八三）など。

二 アメリカ合衆国における「二重の危険」の法理

アメリカ合衆国第五修正は、「何人も、同一犯罪行為 (same offense) について、重ねて生命又は身体の危険にさらされることはない」と規定し、同一犯罪行為を理由とする再訴追及び二重処罰を禁止している。

このような二重の危険条項は、同一犯罪行為を理由に再度公判に付され、有罪とされる危険から被告人を保護することを目的としている。

「同一犯罪行為」といえるかどうか、換言すれば、危険の客観的範囲についての判断基準に関して、合衆国では、イギリスにおける *Rex v. Vandercornb and Abbott* 事件 (2 Leach, C. C. 708, 168 E. R. 455 (1796)) で確立された「同一証拠の基準 (same evidence test)」が展開⁽⁴⁾され、*Blockburger v. United States* 事件 (284 U. S. 299 (1932)) において制定法上の構成要素の各々が他方に含まれない要素を含んでいるばあいには犯罪は同一でないとする基準が立てられた。この *Blockburger* 事件は、再訴追が問題とされたものではなく刑の併科つまり罪数が問題とされたものであったが、その後 *Brown v. Ohio* 事件 (432 U. S. 161 (1977)) にあって *Blockburger* 事件での基準を再訴遮断の範囲を決定する基準としても用いることを明言⁽⁵⁾し、*Jeffers v. United States* 事件 (432 U. S. 137 (1977)) にあってこれを確認した。もともと、その後 *Whalen v. United States* 事件 (445 U. S. 684 (1980))、*Albernaz v. United States* 事件 (450 U. S. 333 (1981))、*Missouri v. Hunter* 事件 (459 U. S. 359 (1983))、*Ohio v. Johnson* 事件 (467 U. S. 493 (1984))、*Ball v. United States* 事件 (105 S. Ct. 1668 (1985)) などでは、刑の併科と再訴追とを区別して議論するようになってくる。

ところで、今日では、かつてとは比較にならないほど刑罰法規の数が著しく多くなり、一つの社会的行為が数個の刑罰法規に触れるということがしばしばみられる一方、手続上の防御方法が発展して公判で有罪とされる割合が減少してきたことなどから、検察官によるこまぎれの分割訴追が行なわれ、不当な再訴追の可能性は増大することになった。それはまた被告人に不当な物理的・精神的負担を強いることになり、無実の者を有罪とするおそれを増すことにもなる。⁽¹¹⁾ここに検察官の訴追裁量を規律する観点から、不当な分割訴追や再訴追を抑止することに関心が払われるようになった。このような状況にあって、同一証拠の基準によっては、証拠を基準とするものであるので、再訴遮断の範囲が限定され、ことに客体が複数あるばあいや一所為数法のばあいに、同一犯罪行為とはなしえず、分割訴追や再訴追を許すことになってしまい、⁽¹²⁾その意図を実現できないことから、訴追の一回性に根拠を求めた附随的禁反言の法理や強制的併合の法理が二重の危険の問題として主張されるにいたったのである。⁽¹³⁾

(4) Comment, Statutory Implementation of Double Jeopardy Clause: New Life for a Moribund Constitutional Guarantee.

65 *Yale L. J.* 339, 343-44 (1956).

(5) 荒木伸怡・アメリカ法一九七八年二号二六〇頁(一九七八)。

(6) 中野目善則・比較法雑誌一四卷二号一九九頁(一九八〇)。

(7) 中野目善則・比較法雑誌一六卷一号二二七頁(一九八二)。

(8) 中野目善則・比較法雑誌一七卷三号一七七頁(一九八三)。

(9) 手塚雅之・比較法雑誌二〇卷一号一九五頁(一九八六)。

(10) 中野目善則・比較法雑誌二〇卷一号二〇四頁(一九八六)。

(11) *Green v. United States*, 355 U. S. 184, 187-88 (1957); Note, The Double Jeopardy Clause as a Bar to Reintroducing Evidence, 89 *Yale L. J.* 962, 964 n. 15 (1980); Note, Double Jeopardy and Appeal of Dismissals: A Before-and-After Approach, 69 *Calif. L. Rev.* 863, 865 (1981).

(12) 田口・前掲注(3)一七九頁。

(13) 渥美・前掲注(3)一三頁、中野目善則・比較法雑誌一四卷三号二一〇頁(一九八〇)。

(1)、附随的禁反言の法理

アメリカ合衆国において、附随的禁反言の法理は、一九一六年の *United States v. Oppenheimer* 事件 (242 U. S. 85 (1916)) において、連邦の法原則と宣言され⁽¹⁵⁾、一九七〇年の *Ashe v. Swenson* 事件 (397 U. S. 436 (1970)) において、憲法上の二重の危険条項に含まれるとされ⁽¹⁶⁾、憲法原則にまで高められた。合衆国連邦最高裁判所は、*Ashe* 事件において、附随的禁反言の法理は、当事者主義における極めて重要な原理に依拠するものであるとして、「究極的な事実に関する争点について、有効で終局性のある判断が一度示されれば、その争点を将来いかなる訴訟においても同一当事者間で再度争うことはできない」とその内容を明らかにしたうえ、この連邦法における原則が「無罪とされた者が二度にわたって『敵しい攻撃を受ける』ことのないよう保護するもの」⁽¹⁸⁾ であるとして第五修正の二重の危険条項に含まれると解した。このように、附随的禁反言の法理は、被告人の地位の安定に関心を寄せる立場からの主張であり、争点の同一性とその争点についての前訴での裁判所の有効な終局判断の存在が要件とされる。

ところで、附随的禁反言の法理の適用にあたっては、前訴と後訴との争点の同一性が要件とされるので、まずその争点の決定が問題となる。ところが、陪審裁判では理由を示さない一般評決で足りるので、どのような争点についてどのような理由で無罪とされたのが判明せず⁽¹⁹⁾、附随的禁反言の法理が作用するための争点の決定が困難となるのではないかとの疑問が生ずる。*Ashe* 事件では、「先の手続の記録を、訴答、証拠、告発事実その他関連する事項を考慮にいれて検討し、合理的な陪審であれば被告人が考慮から除くようもとめている争点以外の争点に基づいてその評決を理由づけえたかどうかを判断する」という基準によって争点を合理的に決定するとしている。とはいえ、この基準によっても、無罪を導く二つの争点が等しく問題となり、後訴がその一方の争点のみを含むようならば⁽²¹⁾、争点決定を合理的に推認することが困難なことがありうるので、附随的禁反言の法理には限界があるともいえる。さらに被告

人が後訴において附随的禁反言が有効に作用するように前訴において争点を明確にしておこうと防御手段を限定して争ったようなばあいかえって有罪となるおそれがあるし、逆に、有罪とならないように可能な防御手段を駆使して争ったようなばあい無罪とはなっても何が争点か決定されえないで後訴において附随的禁反言が作用しえない結果となることにもなり、被告人にとっては困難なディレンマに陥ることになる⁽²²⁾。もっともこれらの問題は陪審裁判における一般評決に伴う問題点であり、判決に理由を付すよう求められている制度のもとでは争点の決定はそれほど困難な問題とはならないともいえよう。

さらに、争点が合理的に決定されたばあい、その争点が前訴において充分かつ完全に争われたことは要しないとすべきである⁽²³⁾。争点が前訴で充分かつ完全に争われたことを要件にすると、附随的禁反言の法理の適用は限定され、この法理が主張されるにいたった背景にある被告人の地位の安定という関心が実現されないことになろう。

さて、附随的禁反言の法理が適用されるにあたっては、争点の同一性のほか、究極的事実について裁判所の有効な終局判断が存することが要件とされるが、そこでの証明の基準および挙証責任が問題となる。

One Lot Emerald Cut Stones v. United States 事件 (409 U. S. 232 (1972)) は、密輸入罪で無罪とされた後の密輸入物品の没収手続について附随的禁反言の法理は適用されないとしたが、法廷意見はこの没収手続は非刑事 (Civil) の手続であり、「刑事と非刑事事件における挙証責任の差異が附随的禁反言の法理の適用の有無に違いをもたらすことになる。刑事事件における無罪は『被告人の有罪について合理的疑いを排斥する証明がなしえなかった』という裁判である。非刑事の手続における証拠の優越の程度の証明による裁判ではない。」⁽²⁴⁾とした。

刑事事件と非刑事事件では、争点が同一であっても、前者が合理的な疑いを容れない証明基準が要求されるのに対して後者は通常それよりも低い程度の証拠の優越の程度の証明基準で足りるとして、その証明程度が異なるので、刑事事件での無罪の評決が附随的禁反言として後訴で作用するとはいえないばあいもある。刑事事件では証明できない

ばあいでも、より低い証明で足りるばあいには事実を証明できるばあいがあるからである。

したがって、無罪とされた前訴での判断が後訴に対して附随的禁反言として作用するのは、同一争点について合理的疑いが存在しないという程度の証明がなされるばあいであるということになる。

ところで、附随的禁反言の法理は訴追側の不当な分割訴追を防止し被告人を保護するという観点から論じられるものであるが、前訴において有罪と認定された被告人について不利な争点が後訴において作用することがありうるだろうか。

この問題はいわゆる相互性 (mutuality) の問題といわれるもので、禁反言の原則からいえば相互性は認められることになるが、もともと民事訴訟において展開された禁反言の原則を刑事訴訟において二重の危険として持ち込むにあたって、被告人保護という政策的観点がその背景にあるので、こうした相互性について、刑事事件では適用されず、片面的適用に立つ判断が下されている。⁽²⁵⁾

Ashe 事件⁽²⁶⁾でも、傍論ではあるが、附随的禁反言の法理の相互性は刑事事件では適用されず、有罪判決で認定された被告人に不利な争点については、その法理の適用はなく片面的であると⁽²⁶⁾した。この見解は Simpson v. Florida 事件^{(403 U. S. 384 (1971))}において判例とされた。⁽²⁷⁾ Simpson 事件で、州裁判所が、附随的禁反言が作用するかどうかは、第二の判断(無罪)だけでなく第一の判断(有罪)をも基準にしなければならぬとして、いわば「二重の附随的禁反言」が認められるとしたのに対して、合衆国連邦最高裁判所は、Ashe 事件での判断を確認し、「附随的禁反言の法理は相互性を要件にしていないと明言している」と⁽²⁸⁾判示したのである。ここに附随的禁反言の法理は、被告人に有利に片面的に作用するものとの判例が確立したのである。

このように、附随的禁反言の法理は第五修正の二重の危険禁止条項に含まれるものとされるが、その関心は、まさに無罪判決を受けたものを再度被告人として公判にさらさないことにあり、分割訴追や再訴追により蒙る被告人の不

安定な地位への配慮に関心を寄せるものである。したがって、訴追側による分割訴追の弊害のおそれ認められないばあい、州にそれぞれの犯罪事実について処罰の利益があるといえるかぎり、附随的禁反言の適用はないといえる。⁽²⁹⁾ 吸収関係にある謀殺と故殺、強盗と窃盗という犯罪行為が併合訴追され、州の異議を排して、被告人は故殺と窃盗についてのみ有罪の答弁を行ない、それらについて有罪とされたので、残余の事実について訴追を継続することは二重の危険条項に反するとして公訴棄却を求めた *Ohio v. Johnson* 事件(467 U. S. 433(1984))において、合衆国連邦最高裁判所は、「訴追側は、公訴事実を逐次に訴追しようとはしていないのであって、附随的禁反言を含む二重の危険の保障は適用されない」とした。⁽³⁰⁾

(14) 田宮・前掲注(3)一九七頁以下、田口・前掲注(3)一九四頁以下、渥美・前掲注(3)二四頁以下など参照。

(15) *Mayers & Yarbrough, Bis Vexari: New Trials and Successive Prosecutions*, 74 *HARV. L. REV.* 1, 31 (1960).

Benton v. Maryland, 395 U. S. 784 (1969) において、第五修正の二重の危険は第一四修正の内容をなすとされたので、附随的禁反言の法理も州に適用される。

(16) この事件は、三・四名の武装強盗にボーカーをしていた六名が携帯品および自動車を強取されたというもので、被告人は被害者Kに対する公判で強盗のうち的一名であるという証明が弱くして無罪となったが、その後同一犯行を理由として別の被害者Rに対して訴追された公判で、今度は被告人が強盗のうち一人であるという証明がより確実になされたため有罪とされたものである。本件について、岩瀬徹・アメリカ法一九七二年二号三五二頁(一九七二)。それまでは、デュープロセスの要請とされた。

(17) *Ashe v. Swenson*, 397 U. S. 436, 437 (1970).

(18) *Id.* at 446.

附随的禁反言は、民事訴訟においても作用すると考えられるが、民事では、争点の蒸し返しを防ぐことにより訴訟経済に役立つ目的を有するといえるが、刑事では、訴追側の不当な分割訴追により被告人が必要以上に審理に付され、物理的・精神的不利益を蒙り、また再訴が無実の者を有罪にする危険を高めることになるのでそうした被告人の地位を不安定にすることを阻止することを目的としているといえる。*RESTATEMENT, JUDGEMENT* §§ 47, 48, 68 (1942); *Scott, Collateral Estoppel by*

- Judgment, 56 Harv L. Rev. 1 (1942); Developments in the law—Res Judicata, 65 Harv L. Rev. 818, 840-50 (1952).
- (19) 無罪なるのは、被告人により積極的な抗弁立証されたばかりでなく、弾劾主義・当事者主義訴訟においては、訴追側が公訴事実にする全要素について挙証責任を負い、被告人には無罪の推定が働くので、被告人は合理的疑いを生じはせよとすべきだったがって訴追側がこのような挙証責任を果たしえなかったばかりにも無罪とされるのでさらに問題を複雑にする。
- (20) Ashe v. Swenson, supra note 17 at 444, Mayers & Yarbrough, supra note (15) at 34.
- (21) Note, Twice in Jeopardy, 75 Yale L. Rev. 262, 285 (1965).
- (22) 2 LaFare & Israel, Criminal Procedure, 382 (1984).
- (23) Harris v. Washington, 404 U. S. 55 (1971).
- (24) One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U. S. 232, 236 (1972).
- (25) United States v. One Assortment of 89 Firearms, 52 U. S. L. W. 4228 (1984) 参照。
- (26) Case Comments, The Use of Nonmutual Collateral Estoppel by Criminal Defendant, 93 Harv L. Rev. 804 (1980).
- 非相互的附随的禁反言について異なる当事者への適用を否定したものは、Stander v. United States, 447 U. S. 10 (1980) がある。松岡武彦・比較法雑誌一四卷三号一八八頁（一九八〇）参照。
- (27) Ashe v. Swenson, supra note 17 at 459 n. 13.
- (28) この事件は、二人に男が商店に侵入、店長および客に対して強盗を働いたという事件で、被告人が店長に対する強盗罪で有罪とされたが、裁判官の説示が不合法であるとの理由でその有罪判決が破棄され店長に対する強盗罪は無罪とされたのも、客に対する強盗罪で再度訴追されたというものである。
- (29) Simpson v. Florida, 403 U. S. 384, 387 (1971).
- (30) Illinois v. Vitale, 447 U. S. 410 (1980) 参照。中野目善則・比較法雑誌一四卷三号二〇四頁（一九八一）。
- (31) Ohio v. Johnson, 467 U. S. 493 (1984).

(2) 強制的併合の法理

附随的禁反言の法理は、⁽³¹⁾それが後訴において作用するためには同一争点の決定が要件となるが、被告人が一般的答

弁をし、裁判官がありうべき無罪に対する種々の説示を行って陪審により無罪の一般評決が答申されたようなばあいには、その争点の決定は極めて困難といえよう。また、附随的禁反言の法理は、相互性を肯定すると被告人に利益に作用することにはならないばかりでなく、かえって被告人の地位の安定という二重の危険が寄せてきた関心を損なうことにもなる。このようなことから、附随的禁反言の法理を認めず、強制的併合によるべきだと主張がなされるのである。⁽³²⁾

ことに合衆国においては検察官の訴追裁量は広く認められているので、検察官の不当な分割訴追や再訴追の阻止という訴追裁量のコントロールを意図して二重の危険の客観的範囲を定める必要がある。

「同一証拠の基準」は、前述したように、証拠を基準とするもので、あまりに狭い範囲でしか作用しないことになり、二重の危険の本来の趣旨を没却するものではないかとの疑問から、二重の危険条項における「同一犯罪」を決定する基準として「同一事実 (same transaction)」を基準とする見解が主張されてきた。⁽³³⁾

このような「同一事実」について同時訴追を強制しようというのが強制的併合の法理である。

強制的併合の法理は、合衆国において連邦最高裁判所の判例として認められるにはいたっていない。しかし、*Hoag v. New Jersey* 事件 (356 U. S. 464 (1958)) において「州が通常一個の訴追で数個の犯罪を審理することは極めて好ましい実務運用である」⁽³⁴⁾ ことは認めている。『*Cinici v. Illinois* 事件 (356 U. S. 571 (1958)) でのダグラス・ウォーレン、ブレナン、ブラック各裁判官は、少数意見において、強制的併合の法理がデュープロセスに含まれることに賛成している。⁽³⁵⁾ さらに『*Ashe v. Swenson* 事件 (397 U. S. 436 (1970)) において、ブレナン裁判官は「一つの事件 (episode) に複数の被害者がいるようなばあい『同一証拠』の基準 (same evidence test) によれば訴追はそれぞれの被害者ごとになされることになる。……『同一証拠』の基準は、一つの事実 (transaction) が時間を追っていくつかの犯罪に区別できるばあいに分割訴追を許すことになる。……一つの犯罪行為でも異なった犯罪構成要件に該当するば

あいには分割訴追がなされることになる。現代の刑事立法は一つの刑事事件をいくつかの犯罪構成要件に細分化する傾向があるので、犯罪として本質的には一つの事件について分割訴追のおそれにさらされているといえる。刑事訴追に関する訴追裁量は再審査しえないというのがわが国の伝統的立場であり、『同一証拠』の基準による訴追濫用のおそれを放置しておくことはできない。二重の危険条項は、原則として、一つの犯罪行為 (criminal act)、出来事 (occurrence)、事件 (episode) または事実 (transaction) から生じた被告人に対する告発事実のすべてを一個の公判手続に併合することを訴追側に要求するものと解する。この『同一犯罪』についての『同一事実』の基準 (same transaction test) は、二重の危険条項において具体化されている煩わしい分割訴追の禁止を実現するのみならず、一つの事実または出来事から生ずるすべての争点を一個の訴訟に併合することが正義、訴訟経済、便益の増進に寄与するという広く行渡った認識にも適うことになる。⁽³⁶⁾と述べ、強制的併合を第五修正の問題としてとらえている。

強制的併合の法理は憲法の要請ではないとするのが合衆国連邦最高裁判所の判例であるが、イリノイ州 (ILL. REV. STAT. C. 38. § 2-3 and 3-4) やニューヨーク州 (N. Y. CRIM. P. LAW § 40. 20. 40. 40)、ユタ州 (UTAH CRIM. CODE § 76-1-401-405) では法律により、またフロリダ州 (FLA. R. CRIM. P. 3. 152) やアーカンソー州 (ARKS. R. CRIM. P. 21. 3) は裁判所規則においてこの法理を採用している。⁽³⁷⁾

しかし、裁判例のなかには、こうした見解に対して批判的なものもある。State v. Conrad 事件 (243 So. 2d 174 (Fla. App. 1971)) は、自動車窃盗目的で住居に侵入しその目的を遂げ、窃取した自動車で逃走中、夜警員を殺害したが、二ブロック行ったところで信号無視をしたため交通捜査に逮捕されたという事案をあげ、このばあい「論理的に住居侵入で有罪の答弁をしたときには殺人罪での後訴を遮断することになるといえるだろうか。もしそう考えるとすると、交通違反で有罪の答弁をしたばあいも同じように、『同一事実』から生ずることになるものについてはおよそ後訴が遮断されることになるがそれでよいのだろうか。」⁽³⁸⁾と疑問を提起する。

このように同一事実という基準によるとその併合の範囲が広くなりすぎるとして、同一事実より狭い範囲での併合を認める立場もある。伊利ノイ州では、「同一行為」を基準としている⁽³⁹⁾し、ニューヨーク州では「当該犯罪の一方が他方の犯罪の要素とされていない要素を含み、かつ、その犯罪が様々な害悪を防止することを企図していると定義される制定法規を含んでいるばあい」に後訴が許されるとしている⁽⁴⁰⁾。

しかし、Conrad 事件で示された問題点は、同一事実とするには同一管轄裁判所において処理しうるものに限定するとか、最初の訴追時に発覚しているものに限定するとか、被告人に併合の申立について責任を課すとか、有罪の答弁や不抗争の答弁は遮断効を有しないとすることなどの考慮によりこれを解決することができよう⁽⁴¹⁾。

二重の危険条項が訴追裁量のコントロールを目的としていることを考えると、強制的併合の法理は、よりよくその目的を実現しうるといってよい。すでにみたように、附随的禁反言の法理は、直接訴追裁量を規制するものではない。附随的禁反言の法理は、たとえ審判しえた争点であっても現実に審判されなかったならば作用しえないのである。したがって、二重の危険について訴追側の裁量権に対する規制に関心を寄せるならば、附随的禁反言の法理だけでは充分でなく、強制的併合の法理が必要であるといえよう⁽⁴²⁾。もっとも、強制的併合の法理を採用したとしても、公判が分離されたばあいにや、強制的併合の対象となりえない事実についても附随的禁反言が作用することになるであろう。

(31) 田宮・前掲注(3)二〇二頁以下、田口・前掲注(3)一八二頁以下、渥美・前掲注(3)二四頁以下など参照。

(32) see, Note, supra note 11 at 962.

(33) Note, supra note 11 at 968, 969; Note and Comments, supra note 21 at 270 note 34; 田口・前掲注(3)一七六一七九頁参照。

(34) Haug v. New Jersey, 356 U. S. 464, 467-68 (1958).

(35) Ciucci v. Illinois, 356 U. S. 571, 573 (1958).

(36) Ashe v. Swenson, supra note 17 at 453.

(37) 連邦の法域では、訴追の併合は連邦刑事訴訟規則第八条^a (Fed. R. Crim. P. 8 (a)) が裁量的なものとしているが、*Harris v. Oklahoma*, 433 U. S. 682 (1977), *Illinois v. Vitale*, 447 U. S. 410 (1980) など、大小関係にある犯罪行為を理由とする再訴は二重の危険条項に反する^bとからずる^c。連邦も実質上強制的併合の法理を採用している^dといえる。中野田・前掲注(2) 二二三頁参照。

^e 参' ALI, MODEL PENAL CODE § 1. 08 (2) (Tent. Draft, No. 5, 1956): § 1. 07 (2) (P. O. D., 1962); NATIONAL COMMISSION ON REFORM OF FEDERAL CRIMINAL LAWS, PROPOSED NEW FEDERAL CRIMINAL CODE 703-9 (1971); NAT. CONF. OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, UNIFORM RULES OF CRIMINAL PROCEDURE, Rules 471-3 (1974); ABA, PROJECT ON STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE, JOINER AND SEVERANCE § 1. 3 (App. Draft, 1968): 13-2. 3 (2d ed. 1978) など、立法提案にも強制的併合の法理の採用がみられる。田宮・前掲注(3) 二〇五頁、二一〇頁以下参照。

(38) *State v. Conrad*, 243 So. 2d 174 (Fla. App. (1971)).

(39) *Ill. Rev. Stat. C.* 38, §§ 3-3, 3-4.

(40) *N. Y. Crim. P. Law.* §§ 40, 20, 40, 40.

(41) *LaFave & Israel*, *supra* note 22 at 395.

(42) 訴因の告知機能を重視し、訴因変更を訴因の告知機能を害さない限度で認める立場をとつても、同一の社会的行為から罰訴因をくみあげて再訴追することを認めたのでは、追起訴をされているような形となり、最初の訴因のをめぐり当事者主義的公判を実現させようとのねらいに反するとして、^f 訴因制度との関連で憲法上強制的併合の法理を認めるものとして、中野田・前掲注(13) 二二二頁。

三 余罪と二重の危険

余罪が証拠として前訴において公訴事実の立証や量刑にあたって許容されたばあい、あらためてその余罪事実を後訴で再訴追できるとしたならば、被告人は、重ねて公判に出廷を求められ防御の負担を負わされることになる。それ

は「同一犯罪事実」を再訴追することにはならないが、被告人にとつての負担はほぼ同じであるといつてよい。このような関心は、訴追側が被告人に不必要な苦痛を与えるために刑事訴追を利用することを防止するというものであつて、⁽⁴³⁾刑事裁判が被告人の人生をゆがめ、出費を余儀なくさせるものであるので、憲法はこの試験が一度だけ合理的な理由で被告人に課されることを許し、訴追側の気まぐれで繰り返し課されることを許さないようにしているという被告人の地位の安定を意図した二重の危険が寄せる関心と同じである。⁽⁴⁴⁾

このような二重の危険が寄せる関心は、すでにみたように「同一証拠の基準」の狭濫さによる不合理な結論を改善するため、附随的禁反言の法理や強制的併合の法理を編みだしてきた。

しかし、附随的禁反言の法理は、前訴において争点とされた「究極的事実」について有効な終局判断が裁判所によって下されているばあい、後訴において作用するものであるので、前訴において公訴事実を証明するためもしくは量刑の資料として許容されたにすぎないまだ終局判断が下されているとはいえない余罪事実については附随的禁反言の法理が作用しえないと考えられる。また、附随的禁反言の法理が作用するためには、「究極的事実」に関する同一争点について合理的な疑いを容れない程度の高度の蓋然性を有する証明がなされなければならないとされるが、前訴における余罪の証拠としての証明は、「究極的事実」というより単なる「証明を要する事実」にすぎないので、合理的疑いを容れない程度の証明が必要であるわけではなく証拠の優越の程度での証明でたりのであり、この証明基準の点においても附随的禁反言の法理が作用するとはいえないであらう。

このように附随的禁反言の法理は、余罪事実についての再訴追に寄せる関心と同じ関心から主張されたものとはいえず、余罪事実の再訴追を遮断するには有効な法理とはいえない。

これに対し、強制的併合の法理は、同一事実の範囲にある現実的に訴追可能な事実について訴追を強制するものであり、その範囲で危険が発生するとするので、訴追側の訴追裁量のコントロールに寄せる関心を直接実現することが

できるといえよう。前訴において、許容された余罪事実について、それが「同一事実」の範囲にあると認められるばあいには、強制的併合の法理によれば、二重の危険が作用することになると考えられる。もっとも、「同一事実」の範囲に含まれない余罪事実は、二重の危険が作用しないという意味では限界があるといえるとはいえ、同一もしくは類似の性格を有する余罪、または時間的、場所的関連性を有する余罪、計画、準備、陰謀などで関連する余罪などによる立証は悪性格の立証に用いることはできないがその他のために公訴事実の立証にあたって許容されるが、それらは「同一事実」に含まれるといつてよいであろうから、余罪証拠の立証との関連で考えるかぎり、二重の危険の作用する範囲が限定されることによって不都合な結論が生ずることはほとんどないといつてよいと思われる。⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾

(43) Note, *supra* note 21 at 279.

(44) *Mayers & Yarbrough, supra* note 15 at 65.

(45) 渥美・前掲注 (c) 一三頁。

(46) わが国において、余罪と二重の危険の問題について、具体的規範説の立場から主張があるが、裁判所による法定立という実体判断がなされた事実について既判力が生じるとする点でなお検討の余地があるようにも思える。

四 おわりに

刑罰法規がそれほど多くなく、それぞれの犯罪構成要件で処罰対象とされる犯罪行為の範囲が比較的広がったため、同一犯罪行為を理由とする再訴追を阻止するにあたって、法律上犯罪とされる行為と法的評価をはなれた被告人の行為を区別することはなかったし、有罪率が高く重罪で有罪とされれば死刑か追放刑という重罰が予定されていた時代には、訴追側はこまぎれの分割訴追や二重処罰の目的で犯罪行為の概念を狭く解する必要はなかったが、今日のように、刑罰法規の数は著しく膨大なものとなり、しばしば一つの行為に対して重複して刑罰法規が適用されることにな

ると、訴追権の濫用による不当な分割訴追や二重処罰のおそれを抑止するために訴追時に於いて訴追側に発覚している「同一の事実や事件」の範囲で訴追意思のある事実についてその強制的併合を原則とすべきであるといえよう。⁽⁴⁷⁾

アメリカ合衆国連邦最高裁判所は、附随的禁反言の法理を判例として肯定したが、強制的併合の法理についてはいまだ判例として肯定してはいえない。

しかし、連邦の法域においては、裁量的ではあれ訴追の併合が認められ、余罪事実による一定の目的のための立証が許されている。このような事情を考えると、強制的併合の法理が認められるのもそう遠くないようにも思われる。そして、強制的併合の法理の採用により、被告人の地位の安定はより強化されることになるであろう。

同一被告人の複数の犯罪事実ことに余罪事実については、悪性格立証は許されないものの、一定の目的のためには許容されるし、また量刑資料としても考慮されるが、その余罪事実があらためて再訴追されることになれば被告人にとっては再度の防御の負担を負わなければならないし、その地位は極めて不安定なものとなる。ここに余罪事実についての再訴追の阻止が検討されなければならないと考えるが、それについて、すでにみたように強制的併合の法理による問題解決が検討されてよいのではないだろうか。

(47) *Mayers & Yarbrough, supra* not 15 at 13, Note, *supra* note 21 at 279.