

氏名 (生年月日)	<small>ナカノメ ヨシノリ</small> 中野目 善 則 (1953年2月6日)
学位の種類	博士(法学)
学位記番号	法博乙第106号
学位授与の日付	2019年3月15日
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第2項
学位論文題目	二重危険の法理
論文審査委員	主査 柳川 重規 副査 只木 誠・安井 哲章・田口 守一・川出 敏裕

内容の要旨及び審査の結果の要旨

I 論文の構成

中野目善則氏が博士（法学）の学位を請求し提出した論文は『二重危険の法理』（中央大学出版部、2015年）と題するもので、その構成は次の通りである。

- 第1章 検察官上訴と二重危険
- 第2章 アメリカ合衆国における二重危険法理の展開
- 第3章 アメリカ合衆国憲法第5修正の二重危険禁止条項に関する最近の動向——再訴遮断の範囲をめぐって——
- 第4章 常習罪と後訴遮断の範囲
- 第5章 検察官の裁量と二重危険禁止条項
- 第6章 二重危険の原理——罪数と二重危険禁止条項の「関係」を中心に——
- 第7章 後訴遮断の視点と後訴遮断の範囲——公訴事実、訴因、罪数と後訴遮断の範囲——
- 第8章 ミルジャン・ダマシュカ『裁判と国家の権威の諸相——法過程への比較によるアプローチ』

II 概要

1 第1章 検察官上訴と二重危険

本章では、我が国とアメリカ合衆国において二重危険法理の適用上際立った差異を見せている無罪判決に対する検察官上訴の可否の問題が扱われている。

中野目氏は、まず、二重危険法理を定める我が国の憲法39条が、その規定の文言、制定の経緯に照らし、系譜論的にはアメリカ法の流れを汲むとし、我が国の憲法39条を解釈するに当たっても、アメリカ合衆国憲法第5修正の二重危険禁止条項が定められた基本的な狙いに沿ってこれを行わなければならないとする。そして、合衆国憲法の二重危険禁止条項は、裁判に巻き込まれることによ

って被告人に生じる精神的・経済的負担と、正義の実現のために犯罪者を処罰するという国の責務の双方を考慮して両者の調整を図り、刑事裁判を圧制の手段にしないために、国に与える有罪立証の機会を1回に限るべきだとしたのであり、これが無罪判決に対する検察官上訴が禁じられる根拠であると主張する。

次に、二重危険法理に拠りつつ無罪判決に対する検察官上訴を許容する立場は、いわゆる危険の継続論に依拠しているが、この危険の継続論は、合衆国憲法の二重危険禁止条項の基本的な狙いと矛盾する異質なものであり、合衆国最高裁判所の判例の中でも過去に1度だけ、しかも反対意見として表されたにとどまるものであるとする。また、アメリカ合衆国では、被告人が陪審裁判を受ける権利を放棄し、裁判官による裁判を選択した場合にも無罪判決に対する検察官上訴が禁じられているとし、危険の継続論の当否は陪審制度採用の有無とは無関係であるとする。

次に、中野目氏は、検察官上訴が二重危険禁止条項によりすべて禁止されるわけではないことを、合衆国最高裁判所の判例に基づいて論証している。危険発生前の場合、公判での手続違反を理由とする場合、法律判断・憲法判断の誤りを理由とする場合には、無罪判決に対しても検察官上訴は許され、二重危険禁止条項は、上訴によって再度の事実認定が必要となり、再度の有罪立証の機会を検察官に与えることになるような検察官上訴を禁じているのだとする。さらに、同様の理由から、量刑不当を理由に上訴することも、基本的には二重危険禁止条項によって禁止されないとする。

次に、中野目氏は、危険の継続論が我が国で容易に受け入れられた背景には、裁判が形式的に確定するまで一事不再理効が発生しないとのドイツ流の考え方が広く受け入れられてきたとの事情があるのではないかとする。そして、この見解の大元の根拠とされるいわゆる実体法説や具体的法規説は、矛盾する判決の回避という要請以外に十分な論拠を示せていないとする。さらに、裁判の形式的確定を一事不再理効発生要件とする見解は、二重危険法理に関連する利益の調整という点でも、真実の解明に偏っており、裁判に巻き込まれることによって被告人が被る不利益に対する考慮が不十分であり、さらには、当事者・論争主義に基づく公判の成果の尊重、上訴審の事実解明能力の限界についての自覚といった点からも不十分なものであると批判する。

以上のような検討を踏まえ、中野目氏は、我が国においても憲法39条により、無罪判決に対する事実誤認を理由とする検察官上訴は禁止されると解されると主張している。

第2章 アメリカ合衆国における二重危険法理の展開

本章では、合衆国憲法第5修正の二重危険禁止条項に関する合衆国最高裁判所の判例の流れを、判例理論として大きな発展を見せた1970年代のものを中心に、危険の発生時期、有罪・無罪という実体裁判の前に訴訟手続きを打ち切る裁判であるミストライアル(陪審の職務を評決前に解く裁判)とディスミッサル(公訴棄却)、前の有罪・無罪、再訴遮断の範囲といった論点に分けて概観し、そこに現れている基本的な考え方を提示している。

危険の発生時期に関しては、陪審裁判の場合は、陪審員が選任され宣誓をした時点、陪審によらない裁判の場合は、証拠調べ手続きが始まった時点とする立場がとられているとする。

ミストライアルに関しては、立証準備が不十分であるために検察官がミストライアルを求め、これに対し裁判所がミストライアルを宣言した場合には再訴を許さず、また、被告人側がミストライアルの申立てをしたのではない場合には、ミストライアルの「明白な必要」の有無を問い、さらに、被告人がミストライアルを申し立てた場合でも、被告人がミストライアルを求めざるをえなくなるような悪意の行為が裁判官または検察官側にある場合には、再訴は阻止されるとする判例があることなどが紹介されている。

デイスミッサルに関しては、起訴状に瑕疵があることを理由にデイスミッサルの裁判がなされた場合には、再訴は許されているが、有罪立証の見込みが低いなど訴追側の訴追の失敗が関係してデイスミッサルの裁判がなされた場合は、再度の公判が許されないことが強調されてきているとする。

前の無罪については、新たな公判を開くことは二重危険禁止に反するとされ、さらに、これにより上訴も禁止され、他方、前の有罪に関しては、再度の審理を行うことは許されるとしつつも、上訴審での破棄理由が証拠不十分である場合には、新たな公判を認めることはできないとする判例もあることが紹介されている。

再訴遮断の範囲に関しては、前訴の構成要件と後訴の構成要件を比較して、同一であれば再訴が許されないとするブロックバーガ・テストが主に用いられているが、前訴で判断されたと解される争点を再度争うことは阻止されるという付随的禁反言の法理を用いて、より広く再訴が遮断される範囲を認めた判例があること、さらには、いまだ少数意見ながら、同一エピソード、同一の社会的行為に属するか否かによって、再訴遮断の範囲を判断すべきであるとの立場に立つ合衆国最高裁判所の裁判官が増えてきていることを指摘している。

中野目氏は、このような各論点に関する合衆国最高裁判所の判断は、二重危険禁止条項の基本的狙いを、刑事裁判をハラスメントや嫌がらせのために利用することの阻止にあると理解し、二重危険に当たるか否かは、犯罪者の処罰という正義の実現と、繰り返し裁判に付されないという被告人の自由の保障との衡量に基づき、政府の有罪立証の機会を基本的に一回に限定されるべきであるとする視点から下されたものであるとする。そして、我が国の憲法 39 条の二重危険禁止条項を解釈するにあたっては、かかる視点を共有すべきであると論じている。

第 3 章 アメリカ合衆国憲法第 5 修正の二重危険禁止条項に関する最近の動向—再訴遮断の範囲をめぐって—

本章では、合衆国最高裁判所の比較的新しい判例においても、反対意見としてはあるが、自説と軌を一にする見解が有力に展開されていることを紹介し、その意義を検討している。その見解とは、再訴遮断の範囲を画する基準として用いられているブロックバーガ・テストが、元々は二重処罰に関する基準であり、再訴追の可否の判断としては、前訴で既に解決された事実上の争点を後訴で争う場合にはその再訴追は阻止されるべきであるとする見解である。これは、我が国における議論に当てはめれば、罪数の問題と、再訴追の可否を判断する二重危険の基準は異なるものであるから、刑の併科が許される場合でも、再訴が許されない場合があるということを明らかにしたも

のであって、二重危険禁止条項の狙いが訴追が迫害・弾圧となることを禁ずるところにあるということから、二重危険の視点を検察官の訴追裁量の規律に置くべきであるとしたものであると、中野目氏は指摘している。

第4章 常習罪と後訴遮断の範囲

本章では、罪数論を用いて後訴遮断の範囲を画そうとする、我が国における通説について、二重危険禁止法理の狙いが検察官による訴追裁量濫用の禁止にあるとの立場からこれを批判的に検討し、罪数の問題と再訴追の可否の問題を区別して検討すべきことを論じている。

罪数論上一罪と判断される範囲で再訴追が禁止されるとの立場は、裁判所の権威ある判断が及ぶ範囲で一事不再理効が生じるとの考え方を前提としている。この立場によれば、常習罪として一罪と判断されると、裁判後に発覚した犯行であっても後訴が許されず、また、起訴後、裁判確定前に同種の犯行が繰り返えされた場合でも、後訴が許されないことになる。同時訴追が不可能な犯行についてまで後訴が遮断されるとするのは検察官に不可能を強い、訴追裁量の濫用がないにもかかわらず後訴を許さない点で合理性がない、と中野目氏は主張する。さらに、罪数は何を独立の犯罪として処罰するかという議会の意思の解釈によって決まるものであるが、同種犯行を繰り返す者をより重く処罰するのが常習罪を定めた議会の意思であるにもかかわらず、一罪の一部を成す以上は、捜査機関が合理的な努力をしても発見できなかった犯行であってもこれを処罰することができないとするのは、より悪質な犯罪者をより軽く処罰することにもなりかねず、議会の意思解釈としても疑問であること、常習性を被告人の属性ではなく行為の属性と解する余地もあることを指摘する。そして、再訴追の問題を罪数を基準にして論ずるのは、異なる視点に立つものを混同して扱うものであると批判している。そして、二重危険法理の下では、同時訴追が可能な範囲にあるものについては、一度で訴追することが義務づけられ、他方、合理的な努力をしても同時訴追が不可能であったものについては、検察官による訴追裁量の濫用はないのであるから、後から発覚した行為や起訴後に行われた行為が、たとえ常習一罪の一部をなしていたとしても、これらを訴追することは、憲法39条の二重危険禁止には違反しないと結論付けている。

さらに、我が国では、「(広義の) 公訴事実の同一性」の概念を媒介にして、訴因変更が可能な範囲と一事不再理効が及ぶ範囲は同一であるとし、罪数論上一罪であれば公訴事実は一であるから、訴因変更は許され、他方で、再訴は許されなくなると解するのが一般的である。このような見解に対して、中野目氏は、訴因変更制度は、当初訴因について関連性・重要性のある証拠を用いて証明を行った結果、訴因と異なる結果がほぼ証明されたという場合に、その証明結果に合わせて別訴因への変更を認めるというものであり、そこでは、訴因変更によって被告人に「不意打ち」を与えないことが重要となるが、二重危険は同時訴追が可能な範囲で及ぶので、訴因変更が可能な範囲とは「ずれ」が生じ、両者を同一の基準で論ずることはそれぞれの制度目的にそぐわない結果をもたらし、合理的な制度の運用を妨げる結果となると主張する。

第5章 検察官の裁量と二重危険禁止条項

本章では、憲法39条の二重危険禁止条項のフィロソフィー・基本的考え方を、英米法の見方と大陸法の見方を対比させることにより敷衍して論じ、第4章で示した自説の根拠付けを補強している。さらに本章では、自説に寄せられたコメントや批判に対する応答がまとめられている。

中野目氏の見解では、二重危険違反の有無は起訴時を基準時にすべきであるということになるが、これに対しては、裁判所の有罪判決が示されていないのに、起訴のみによって被告人の行為が許されないとの「警告」が与えられていることを前提にしている点で妥当ではないとか、さらには無罪推定の原則に反するとの批判がある。この批判に対して中野目氏は、ここでいう警告は、本来刑罰法規は国民に対して当該行為が禁止されていることを伝えるほどに明確なものでなければならないが、検察官の起訴により議会が被告人の行為を処罰する規定を制定していることが重ねて明らかになっているという意味で用いられているのであり、犯罪の証明の問題として警告が与えられているわけではないと反論している。

さらに、起訴時点で二重危険の有無を判断するのではなく、検察官に訴因の追加を許すという方法で対処すべきであるとの批判に対しては、この方法は、公判での審理の経過・証明過程を無視して訴因の追加を認めようというものであり、被告人に不意打ちを与え、被告人の防御を害することになるので妥当ではないと反論している。

さらに、起訴時を基準とせずとも、第1審の終結時や事実審理が法律上可能な最期の時を基準時とすることで、常習罪の既判力をめぐる不合理さを解消することができるとの見解に対しては、それが拠って立つ基本思想との整合性を問題とし、この見解が具体的法規説や職権主義的思考に立つのであれば、上級審の監督を重視する立場を放棄することは困難であるとし、他方、検察官の裁量の規律を中心に考える思考に立つのであれば、第1審の終結時や事実審理が法律上可能な最期の時まで、二重危険禁止効が発生する時期を遅らせる必要はないと反論している。

第6章 二重危険の原理 —罪数と二重危険禁止条項の「関係」中心に—

本章では、罪数と二重危険の関係について第4章と第5章で論じた内容のエッセンスをまとめ、とりわけ、罪数論は二重処罰禁止に関係するもので、再訴追の問題と二重処罰の問題とは区別して考えるべきこと、常習罪は多数の時、場所での犯罪が関係しており、法執行機関が合理的な努力をしてもなお、未発覚・未発見の部分が生ずることがありうる類型であって、この未発見・未発覚であったことを理由に後訴がなされたとしても、それは、検察官が訴追裁量を濫用した場合ではなく、かえって、訴追できなければ合理的処罰ができなくなる類型であることが強調されている。

第7章 後訴遮断の視点と後訴遮断の範囲—公訴事実、訴因、罪数と後訴遮断の範囲—

本章では、最高裁平成15年10月7日判決（刑集57巻9号1002頁）の検討を中心に、罪数と二重危険禁止の関係について論じられている。

この最高裁平成15年判決が扱った事案は、特殊窃盗を繰り返し行った被告人について、検察官が

それぞれを単純窃盗として起訴し、その裁判の確定後に、有罪判決を受けた窃盗と同時期に行われ、捜査機関に判明してはいたが検察官が同時に訴追をしなかった窃盗について、被害感情が強いことが明らかとなったことから、再捜査して起訴したというものである。前訴と後訴がいずれも単統一罪としての起訴であっても、前訴と後訴は実体的にみれば常習一罪を構成する場合には、後訴は常習一罪の一部の起訴であるから、一事不再理効により禁止されるべきであるとの考え方もあったところ、最高裁判所はこうした考え方を採らず、前訴も後訴もあくまで単統一罪としての起訴であるとの前提で論ずべきであるとして、後訴に一事不再理効は及ばないとした。

この最高裁平成15年判決について、中野目氏は、常習罪と一事不再理効を結びつけると、一事不再理効の及ぶ範囲が極めて広くなり、不合理な結果をもたらす場合があることから、検察官が複数の単統一罪で起訴した場合には、単統一罪であることを前提に一事不再理効を論ずべきであるとした点を一定程度評価している。しかし、最高裁は、罪数と一事不再理効との関係を依然として切り離して考えてはいないため、同時訴追が可能であっても一度に訴追せず、単統一罪で細切れに訴追し、被告人に過剰な負担を負わせる危険があることについて検討していない点で、問題を残す判断となっていることを指摘している。

第8章 ミルジャン・ダマシュカ『裁判と国家の権威の諸相——法過程への比較によるアプローチ』

本章では、ミルジャン・ダマシュカ教授の『裁判と国家の権威の諸相——法過程への比較によるアプローチ』という著書の内容が紹介され、この著書が二重危険法理の検討にもたらす意義について論じられている。

中野目氏は、このダマシュカ教授の著書が、大陸法の職権主義の特徴と英米法の当事者・論争主義の特徴を、階層型か調整型かという視点から、国家の権威・権力の在り方と関連付けて描き出しており、二重危険法理を含めた我が国の法の特徴とアイデンティティを理解する上で、極めて有用であるとする。

ダマシュカ教授によれば、階層型の法手続きは上級審による審査が通常予定され、調整型の法手続きではこの審査が例外的であるなど、両者には対照的な特徴がみられるが、こうした法手続きの特徴は、国家の性質・機能から影響を受けている。そして、この国家の性質・機能という点では、国家が社会を管理統制する積極国家と、国家の役割を社会の相互作用の枠組みの提供、社会的均衡の維持に限定する受動的な国家という二つの型がある。積極国家では、法は国家政策実現の手段であり、法の支配的イメージは国家の命令である。法手続きは、国家のオフィシャル（役人）によって統制された「糾明」となり、国家の関心から問題がとらえられる。受動的な国家では、法の役割は市民社会のメンバーが取引等を自律的に規律するのを支えることにあり、法手続きの目的は紛争の解決であるとされ、裁判の争点は当事者が設定し、判断者は中立的で客観的、公正であることが求められる。

中野目氏は、英米法の二重危険の理論と大陸法の一事不再理の理論との間にある、国家と市民、社会との関係についての思考の相違を理解する上で、このようなダマシュカ教授による分析が有用

であり、二重危険法理をより深く理解するのに資すると指摘している。

Ⅲ 評価

1 本論文は、我が国の憲法 39 条で採用されている二重危険法理について、母法である合衆国憲法の二重危険禁止条項に関する合衆国最高裁判所の判例の分析・検討を通じて、その基本的な狙いを明らかにし、それを踏まえて、我が国で重要な争点となっている検察官上訴と二重危険禁止、罪数と二重危険禁止という問題について検討を加えたものである。

2 我が国における二重危険法理をめぐる問題を検討するに当たり、中野目氏は、二重危険法理の基本的な狙いが何であるかを明らかにし、この法理の根拠規定である憲法 39 条を、その基本的な狙いに沿って解釈することが肝要であるとの立場に立つ。そして、その狙いを明らかにする上で、憲法 39 条が合衆国憲法の二重危険禁止条項を継受した点を重視し、この二重危険禁止条項に関する合衆国最高裁判所の多数の判例を周到に検討している。このような、法理のもつ基本的な狙いに沿って憲法条項の具体的な解釈を展開していく手法は、憲法解釈方法の 1 つとして妥当性を有し、また、その基本的な狙いについて、継受した母法についての理解を参照し、それに基づいて自国で生じている問題の解決の示唆を得るという手法は、比較法研究としても正統なものであるといえることができる。

3 二重危険法理に関する合衆国最高裁判所の判例の分析・検討を通じて、中野目氏は、二重危険法理の基本的な狙いが、繰り返し被告人を刑事裁判にかけることが圧政につながるとの考えの下、検察官による有罪立証の機会を 1 回に限ろうとするものであること、端的に言えば、検察官の訴追裁量の濫用を防止することにあると主張している。我が国では、現行の刑事訴訟と旧刑事訴訟法との連続性を重視するか、あるいは、現行の刑事手続きが英米法型と大陸法型の混合形態であるとの理解が有力であったためか、二重危険をめぐる問題については、権威ある裁判所の判断の効力がどこまで及ぶか、あるいは、裁判所がどこまで判断することが可能であったかといった視点から検討するのが一般的であった。このような学説の状況の中で、合衆国においては、これとは異なり検察官の訴追裁量濫用阻止の視点から議論されており、我が国においても発想の転換が求められるとの中野目氏の指摘は、極めて重要な意義を有するものであったと評価することができる。

また、ダマシュカ教授の分析に依拠して、二重危険法理の理解が、我が国の刑事手続きを階層型のもものと捉えるのか、それとも、調整型のもものと捉えるのかという問題につながり、引いては、国家の性質・機能を積極国家型のもものと捉えるのか受動国家型のもものと捉えるのかという国家の権威・権力の在り方の問題につながっていると指摘している点は、これまでにない新たな視点を二重危険法理の検討に持ち込んだものであり、この点も大きな意義を有するものと評価できる。

4 中野目氏は、合衆国憲法の二重危険禁止条項が、一方で、裁判に巻き込まれることによって被

告人に生じる精神的・経済的負担を考慮し、他方で、正義の実現のために犯罪者を処罰するという国の責務を考慮し、両者を衡量して調整を図った結果、国に与える有罪立証の機会を1回に限るべきだとしたのであると理解する。そして、この理解に従い、我が国でも、検察官上訴について、無罪判決に対する事実誤認を理由とする上訴は禁止され、手続き違反、法令解釈の誤りがある場合は、検察官に有罪立証を行う機会が正当に与えられていない場合であるから、これらを理由に上訴を許しても二重危険違反には当たらないと主張する。検察官が有罪立証を行う機会は1回に限られるべきであるとの考え方が、このような利益衡量に基づいて導き出されたものであるということであれば、事実誤認を理由とする場合と手続き違反、法令解釈の誤りを理由とする場合は区別されるとの主張も、検察官が訴追裁量を濫用して刑事裁判を圧制の手段にすることを阻止するとの二重危険法理の基本的な狙いと整合的であるといえる。

5 常習罪と再訴遮断の範囲の問題については、罪数と二重危険を切り離して考え、同時訴追の可能性の有無を基準とすべきである、というのが中野目氏の主張であるが、この基準は、上述の二重危険法理の基本的な狙い、二重危険の範囲を判断する際の前提となっている利益衡量によく適合する基準であるといえる。また、最高裁平成15年判決の事案が示しているように、罪数と二重危険を結び付ける思考方法が、実務上、困難な問題を生ぜしめていることから、罪数と二重危険を切り離して考えるべきであるとの主張は、実務を改善していく上でも、真剣に検討されるべきものであるように思われる。

同時訴追の可能性を基準とすべきであるとの中野目氏の主張に対しては、いくつかの疑問・批判が提起されたが、これに対し中野目氏が応答することにより、中野目氏の主張内容はより明らかになっているといえる。もっとも、この基準については、さらに、実際に運用する上での明確性という点で問題を残しているのではないかとの疑念は残る。この点については、社会的に同一の事象が複数の犯罪に該当する場合であるとか、同種の犯罪が連続して行われた場合などについては同時訴追が可能であったと推定し、検察官が合理的な努力をしても同時訴追が不可能であったことを具体的に証明できた場合に限って、二重危険禁止に当たらないとして訴追を許すなどの方策を取りうるとの説明が、口頭試問の際に中野目氏からあった。このような推定による処理を、それが可能な場合の類型の明示と合わせて提案すれば、中野目氏の見解の妥当性はより高まるように思われる。

6 これまで述べてきたことから明らかなように、本論文は高い研究水準を示す内容となっており、二重危険法理についての我が国における議論の活性化への貢献も認められるものである。なお、我が国の学説について、それぞれの見解の相違を踏まえ、それに合わせて自説からの批判を展開していたならば、さらに大きな影響を学界に与えていたのではないかとも思われるが、この点は、本論文の主眼が、二重危険法理や一事不再理効に関する学説の根底にある考え方を問い直すという点に置かれていることからして、やむを得ないことであったかもしれない。いずれにしても、本論文で示された見解が、我が国の学界においても、一つの立場として確固たる地位を築いているものであ

ることには変わらない。

IV 結論

以上述べた理由から、審査員全員一致の判断により、本論文は本学の博士（法学）の学位を付与するにふさわしいとの結論に達した。