

博士（法学）を中央大学より授与された著者の『二重危険の法理』（日本比較法研究叢書101、中央大学出版部、2015年刊）は、検察官上訴を含め、再訴追の可否及びその範囲を、どのような視点から考えるべきなのかについて論じたものであり、日本国憲法が継受したとみることができる、アメリカ合衆国憲法第五修正の二重危険禁止条項（Double Jeopardy Clause-第十四修正を通して州にも適用される-）に関する米国最高裁による解釈・運用の調査・研究を基礎に、従来の、とりわけ具体的法規説を基本とする既判力論とそれを基礎とする一事不再理論に抜本的検討を加え、この議論と二重危険論との視点の相違を明らかにして、憲法39条の二重危険禁止条項下で、「訴追の一回性」の観点から、検察官の訴追裁量の規律に焦点を当てた議論を、再訴追、上訴、後訴に関して展開すべきことを説いたものである。正義を重視することを目的とする刑事裁判が、再訴追を繰り返すことによる圧政、嫌がらせ、ハラスメントに利用されないことがないように、上訴を含め、訴追の一回性の観点から再訴の可否を検討すべきことを説いている。

本書は次の八章から成る。

第一章「検察官上訴と二重危険」

第二章「アメリカ合衆国における二重危険法理の展開」

第三章「アメリカ合衆国憲法第五修正の二重危険禁止条項似関する最近の動向－再訴遮断の範囲をめぐる－」

第四章「常習罪と後訴遮断の範囲」

第五章「検察官の裁量と二重危険禁止条項」

第六章「二重危険の原理－罪数と二重危険禁止条項の「関係」中心に－」

第七章「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－」

第八章 ミルジャン・ダマシュカ著『裁判と国家の権威の諸様相－法過程への比較によるアプローチ』（紹介）

本書は全体を通して、日本国憲法39条の二重危険禁止条項が、刑事裁判を、圧政、嫌がらせ、ハラスメントのために利用することを禁止する立場に立っていることを説いている。従来、判例を含めた多くの論者が基礎としてきている、裁判所の、とりわけ最上位の裁判所の権威ある判断の効果が及ぶ範囲はどこまでかを問う裁判の効力について論ずる思考の在り方と、二重危険禁止条項の思考方法は異なることを、米国最高裁判所の二重危険に関する諸判例の調査・研究を基礎に説いている。

第一章の「検察官上訴と二重危険」では、検察官上訴を「危険継続論」に基づいて理解する考え方を検討している。

「危険継続論」は、最初に発生した危険は、その危険が「終了」するまでは、一つの危険が連続しており再度の危険は発生しておらず、無罪に対する事実誤認を理由とする検察官上訴は、最初に発生した危険が連続するのに過ぎず、再度の危険（二重の危険）は発生していない、と解する立場であり、判例や多くの学説はこの見解によっている。だが、本論文は、この見解について、抜本的検討を加え、疑問を呈している。

我が国では、裁判所の権威ある判断は未だ「形式的に確定していない」という観点から、検察官上訴の問題が論じられてきた。我が国の最高裁判例によれば、日本国憲法 39 条は二重危険を採用したと解したうえで、事実誤認を理由とする検察官上訴に関して、「危険継続論」により、形式的確定があるまで、一つの連続する危険があるのにとどまり、最初に発生した危険は、終了していないので、この上訴は、二重危険禁止条項に違反しないと解されてきている。我が国が大陸法の思考に慣れ親しんできた背景があるためと思われるが、危険継続論に立つ二重危険論は、二重危険と一事不再理論との調和を示したものであるとの立場も示されてきた。

日本国憲法と共通する思考に立つと解されるアメリカ合衆国憲法第五修正の二重危険禁止条項（第十四修正を解して州にも適用される）に関する米国最高裁の解釈は、この危険継続論に立つ解釈とは全く異なり、「危険継続論」を採用してきていない。危険継続論は、オリバー・ウェンデル・ホームズにより米国最高裁判所判例の少数意見で展開されたことはあるものの、二重危険禁止条項に関する米国最高裁判例の多数意見では、有罪立証の機会は一度に限定されることを強調して、上訴であれ、事実に関して再度の有罪立証の機会を求めることは許されないことを強調してきており、危険継続論を採用したことがないことを本論文は指摘している。

二重危険禁止条項は、再度の刑事裁判に付して心理的、経済的、社会的不利益を再度課し、無辜が有罪とされる危険を高める訴追活動を禁止するという立場から、上訴であれ、再度の事実の認定を求める上訴が禁止されるとの理解が合衆国最高裁判所において取られてきていることを指摘する。

無罪に対する事実誤認を理由とする検察官上訴は、「再度の」有罪立証の機会を求めるものであり、最終的に無罪になればよい、というものではなく、その間に被告人に課される心理的・社会的・経済的負担と再度の有罪立証により無辜が有罪とされる危険を考慮するならば、正義を実現するための有罪立証の機会は一度に限定されるべきであると論じ、日本国憲法の解釈論として事実誤認を理由とする検察官上訴に関して危険継続論に立つべきではなく、他方、法令解釈の違法や量刑不当を理由とする検察官上訴は、再度の有罪立証を求める場合ではなく、法令解釈の誤りの場合には、かえて、その誤りにより有罪を得る一度の機会が奪われてしまったという場合であり、量刑不当を由とする検察官上訴は、量刑の一貫性を確保する観点から、有罪が確認された者について上訴して一貫性のある基準との整合性を問うものであり、圧政目的のものではなく、事実誤認を理由とする検察官上訴の場合とは区別することができることを論じ、無罪判断が誤りであることが明らかではない場合に、検察

官が事実誤認を理由に上訴を行うあり方は、訴追側に再度の有罪立証の機会を与えるものであり、二重危険禁止条項に違反すると解すべきであると論じている。

第二章の「アメリカ合衆国における二重危険法理の展開」では、二重危険禁止条項の狙いが、再度の裁判による圧政、嫌がらせ、ハラスメントのための刑事裁判の利用の阻止にあり、その観点から、再度の有罪立証の機会を求め、その機会を付与することになる裁判には、有罪・無罪の判断後の再度の裁判や上訴の場合のみならず、裁判手続の途中で手続が打ち切られた後の再度の裁判の場合でも、再度は阻止される場合があることを、多数の米国最高裁の判例をレビューして明らかにしている。

著者には既に、渥美東洋編『国刑事判例の動向 I』（日本比較法研究所、中央大学出版部刊）での、二重危険の分野に関する米国最高裁の多数の判例のレビューがあるが、本論文では、二重危険禁止条項の狙い、危険の発生時期、ミストライアルと二重危険、ディスミッサルと二重危険、前の有罪・前の無罪、再訴遮断の範囲など、それぞれのテーマに関して判例を分類してレビューし、アメリカ合衆国憲法第五修正の二重危険禁止条項に関する判例の動向を検討している。

有罪獲得の試みが繰り返されると、無辜が有罪とされる危険を高めるだけでなく、その者を当惑させ、犠牲を強い、試練に立たせ、不安と安全喪失の引き続く中で生きることを強いることになり、再度の有罪立証の機会を求める政府の訴追活動は、被告人へのスティグマ（烙印）を初め、社会的・経済的・心理的不利益を再度課す活動となる（この指摘について、See, e.g., *Green v. United States*, 355 U.S. 184, 187-88 (1957))。

危険の発生時期については、我が国のように裁判が形式的に確定した時点ではなく、陪審裁判においては、陪審が専任され宣誓した時点であり、陪審によらない裁判官による審理の場合には証拠調べ手続が開始された時点とされ、有罪・無罪の終局裁判に至る以前の段階で、手続が公訴棄却、公訴取下げなどにより終了した場合でも、その後の再度の訴追・裁判が禁止される場合があることを紹介する。

上記のように、再度社会的、経済的、心理的負担を課す再度の裁判を求める訴追活動を禁止・阻止するのが二重危険禁止条項の狙いであるとの視点から、裁判が我が国で言うところの実体形成に至らずに、裁判の途中で、裁判が打ち切られた場合（ミストライアルの場合やディスミッサルの場合）でも、「被告人の一度で裁判を修了させてもらう貴重な権利」が侵害されたと解されれば、再度の裁判は阻止される、と解する合衆国最高裁判所の判例の動向を紹介している。

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申立て、裁判所がミストライアルを宣言した場合には、再訴を許さないとし、また、被告人側からのミストライアル（公判手続の打ち切りを求める申立て）がない場合のミストライアルの宣言には、ミストライアルの「明白な必要」の有無が問われ、陪審が評決不能に陥った場合など、諸事情を慎重に考慮して、手続を進めても裁判手続の目的が達成できないと結論して初めて、被告人の公判手

続を進める選択を排することができるが、被告人がミストライアルを申し立てた場合でも、裁判官または検察官側の悪意の行為があり、それによって再訴追を行って被告人にハラスメントを加え又は被告人を有罪とするためのより有利な機会を得るためにミストライアルを宣言する・させるという姿勢があると解される場合には、再訴追は阻止されると判示され、有罪立証の成功の見込みが薄い等の訴追側の訴追の失敗が関係する場合のディスマッサル（公訴棄却（取下げ））後の再度の裁判は、再度の有罪立証の機会を求めることになり許されず、終局判断が示される以前の手続の打ち切りの場合であっても、被告人には、「一度で裁判を終了させてもらう貴重な権利がある」との視点に立つ法理論・法実務が展開されてきていることを、合衆国最高裁判所の諸判例をレビューして論じている。

起訴状の記載の補正を許さない瑕疵で手続が打ち切られた後の再度の裁判の可否に関しては、意図的違反か過失によるかにより区別をして、意図的違反がある場合には二重危険違反があると解する立場が合衆国最高裁判所意見により示されてきているが、他方、瑕疵のない起訴状を用意すべき責任は検察官にあることを強調する反対意見もあることを紹介する。

以上のように、二重危険の分野に関する多数の判例をレビューして、米国最高裁判所での有罪・無罪の判断が示される以前の段階での手続の打ち切りがあった場合の再訴追の可否に関する議論を整理して論じている。

また、前の有罪・前の無罪（既に、有罪判決又は無罪判決が言い渡されてときの、上訴を含めた再度の裁判の禁止）に関しても、政府による有罪立証の機会を一度に限定するとの理解が採られており、再度の有罪立証の機会を付与してよい、との立場が取られていないことを、諸判例をレビューして論じている。

前の無罪については、陪審裁判の場合であれ、裁判官による裁判の場合であれ、公訴事実に関する再度の裁判に付す上訴は禁止されるが、他方、法律上の理由による上訴と量刑不当を理由とする上訴は二重危険禁止条項には反さないと判示され、また、上訴審での証拠不十分を理由とする有罪判決の破棄の場合には、新たな公判は認められず、他方、破棄理由が、証拠不十分ではなく、起訴状に致命的瑕疵があること等を理由とする、公判手続上の誤りに関係する場合には、再度の公判手続は開けるとする判断が示され、二重危険禁止条項は、検察官が最初の公判で提出しなかった証拠を提出するもう一つの別の機会を与える目的で第二の公判を開くのを禁じている、と指摘されていることを紹介している。また、大小関係にある罪の大きい方の犯罪で起訴されたが、陪審評決では小さい方の犯罪で有罪であるとしか触れられていない場合、被告人がこの有罪に対して上訴し破棄された後の差戻審で、大きい方の犯罪で審理することは、二重危険禁止条項に反し許されない、と判示している裁判例等を紹介して、既に無罪評決が回付されたのと変わらない、黙示的に無罪とされた、大きい方の犯罪に関する公訴事実に関する再度の裁判を禁止する動向を紹介している。

再訴遮断の範囲に関しては、米国においては、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が、異なっていれば、再訴は阻止されるとのブロックバーガ法理（Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932)）が採られてきているが、アッシュ

(Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970)) での付随的禁反言の法理 (collateral estoppel. -ポーカー・ゲームをしていた 4 人の者が複数の強盗犯人による強盗の被害に遭い、被告人がその犯人の一員であったか否かの「争点」に最初の裁判で否定的判断が示されたと解することができる場合に、その同一犯行機会の別の被害者への強盗を理由とする、前訴と同じ被告人を対象とする訴追で、その被告人に関して前訴で判断されたと解されるその争点を再度争うことは阻止されるとの判示された-) が合衆国最高裁判例で示されているのみならず、同一エピソード、同一の社会的行為、同一の刑事事象に属するか否かによって、再訴が許されるか否かを判断すべきであるとする、合衆国最高裁の裁判官の数も増えてきており、また、ABA や ALI の提案においても、この範囲での訴追の併合を求め一度での訴追を求める動向を紹介して、米国法でも一度での訴追を義務づけて、訴追の併合の範囲を広げる見解が広がってきている動向を示している。

本書は、米国合衆国最高裁は、二重危険禁止条項に関して、正義の実現と、再度の裁判に付されない自由の保障の原理とのバランスを、政府の訴追による干渉を必要最小限度のものにとどめ政府の有罪立証の機会を一度に限定するという視点から考察していることを示し、日本国憲法 39 条の二重危険禁止条項もかかる視点を基礎としていることを論じて、検察官の訴追の在り方に焦点を当てた議論をすべきことを説き、従来の、裁判所の権威ある判断とその及ぶ範囲を基礎に論ずるという一事不再理論を基礎とする考え方に再考を求めている。

第三章の「アメリカ合衆国憲法第五修正の二重危険禁止条項似関する最近の動向 - 再訴遮断の範囲をめぐる -」では、特に、ディクソン及びフォスター (United States v. Dixon and Foster, 509 U.S. 688 (1993)) での少数意見 (多数意見とは僅差) に、二重危険による再訴遮断の範囲に関する重要な動向があることを指摘している。

同事件でのスカリーア裁判官の法廷意見は、従来のブロックバーガに依って再訴遮断の範囲を検討し再訴は阻止されないと解したが、ソーター裁判官は、ブロックバーガは、二つの犯罪での科刑が許される否かに関する基準であり、再訴追の可否を決める唯一のテストではなく、再訴追の禁止は、本質的に同一犯罪行為に関して再度被告人を公判に付す細切れ訴追を禁ずるものであり、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は阻止されると解すべきであると論じ、我が国風に言えば、罪数の問題と、再訴の可否について判断する二重危険の基準は異なることを明らかにし、刑の併科が許される場合でも、再訴追が許されない場合があるとの反対意見を述べていることを紹介して、二重危険禁止条項に関して、圧政を阻止し、訴追が迫害となることを禁ずる観点から、検察官の訴追の在り方に焦点を当てた議論が展開されてきていることを指摘している。裁判所の権威ある判断が及ぶ範囲はどこまでかを問い、罪数と裁判所の権威ある判断とその及ぶ範囲をリンクさせて考える、我が国での多くの論者に重要な示唆を与える内容の意見を紹介している。

第四章から第七章までは、日本法の解釈について検討を加えている。

第四章の、「常習罪と後訴遮断の範囲」と題する論文は、常習罪をめぐる後訴の可否に関連して、裁判所の権威ある判断がどの範囲で及んでいるか、という具体的法規説を基礎とする、一事不再理の視点と、訴追裁量の濫用を規律する二重危険の視点とは異なるとの視点に立っており、罪数と再訴追を区別して常習罪が関係する場合の後訴の可否を論ずべきことを説いている。

「常習罪」と判断されると、既に確定した行為の時的範囲の一部に、後から発覚した犯罪が含まれていた場合や、起訴後に、その裁判が確定する前に同種の犯行を繰り返した場合でも、それが行為者の属性である「常習性」を介して、同種犯行の一部を成すと判断され、罪数論上一罪であると解される以上、後訴が許されないことになる、とする、罪数と後訴遮断の範囲をリンクさせる一事不再理の考え方を、抜本的に検討したものである。

この一事不再理による思考の在り方について、二重危険の観点から、同時訴追が可能であるものについては、一度で訴追すべきだが、法は法執行に不可能を強いる視点には立っていないのであり、同時訴追が不可能である犯行についてまで後訴が遮断されるとするのは検察官の訴追裁量の濫用がなく合理性がないこと、罪数論と再度の訴追が訴追裁量権の濫用に当たるか否かとは視点を異にしており、再訴追の問題を罪数論で論ずるのは、異なる視点に立つものを混同していること、他方、罪数論は議会の意思の解釈によるが、その視点からしても、同種犯行を繰り返す者をより重く処罰するのが議会の意思であるのに、一罪の一部を成す以上は、合理的な努力をしても発見できなかった未発覚・未発見の犯行の処罰を許さないとするのが議会の意思であると解するのは、犯罪者を処罰できず、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大いに疑問であること、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、を指摘して、検察官の訴追裁量権の濫用があるとは認められない場合には、後訴は二重危険禁止条項により阻止されないと解すべきであり、罪数の視点と二重危険禁止条項による再訴追の禁止の基準は異なることを論じている。

二重危険の観点では、一度で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、政府の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る行為を理由とする訴追は、訴追の濫用を禁ずる二重危険禁止条項には違反しないこと、前訴とは異なる行為を内容とする後訴の可否が再訴に当たるかどうかを判断するのに際しては、裁判所の権威ある判断の及ぶ範囲が問題なのではなく、訴追裁量の濫用が二重危険禁止条項のもとで検討すべき課題であり、この点で一事不再理と二重危険とは異なっていることを論じている。

また、「公訴事実の同一性」を介して、訴因変更ができる範囲で一事不再理効が発生すると解かれることが多いが、訴因変更は、最初の訴因の証明に重要性があり、関連性がある証拠で立証を進めていったところ当初訴因とは異なる事実が審理の過程から示されたか示唆

されてきたときに、その証明結果に照らして、別訴因に変更することを許す制度であり、被告人に「不意打ち」を与えないことが重要な視点であり、したがって、訴因変更は、一度で訴追すべき犯罪行為を同時に訴追すべき義務を負うとする範囲とは「ずれ」が生じ、前者は狭く、後者は広いことになり、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す、合理的な制度の運用を不可能することを論ずる。

罪数は議会の意思の解釈の問題であり、一罪として処罰するのか、併合罪として処罰するのか、の議会の意思の解釈問題であるが、従来の議論は、一事不再理と罪数論をリンクさせて論ずる傾向が強い（一罪か否か、一罪であれば再訴が禁止され、他方、併合罪であれば、再訴が許される）。二重処罰になるのかという視点と再度の訴追に当たるのか否かという視点は異なっており、併合罪であっても同時訴追義務が可能な行為については同時訴追義務があり、他方、一罪であっても、同時訴追が不可能なものについては、裁量権の濫用がないのであるから、後訴は二重危険違反とはならないと解すべきことを、多数の時、所にわたる犯罪を一纏めにして扱う常習罪に関して主張している。

このように、この論文では、特に、罪数論と再訴遮断の範囲をリンクさせる考え方によると、多数の時、所に関係する犯罪を一纏めにする犯罪類型に関係する場合には、不合理な結果を招来することを指摘し、一事不再理と二重危険の視点の違い、罪数と二重危険の観点の違い、訴因変更と二重危険の視点の違い、罪数と訴因変更の視点の違いを踏まえて、後訴が禁止される範囲を論ずべきであり、異なる視点に立つそれぞれの場合を、罪数と一事不再理を一致させて同一の基準で解することには無理があることを指摘・主張したものである。

第五章の「検察官の裁量と二重危険禁止条項」は、第四章の論文の公刊後に、本論文に対して示された批判やコメントに応えることを意図して執筆されたものである。

二重危険違反の基準時を起訴時とみて、起訴後に同種犯行を重ねた場合について、被告人の行為が許されないとの「警告」が与えられていると論ずるのは、無罪推定の原則に反するとの批判に対し、ここでいう「警告」は、犯罪の証明に関するものではなく、議会の処罰の意思が検察官の起訴により重ねて明らかにされているという趣旨で述べたものであり、この批判は当たらないことを指摘している。

また、常習罪に関して、一罪の一部を理由とする再訴追を認めると無基準な法執行をもたらす、被告人の地位を不安定にするとの議論がなされるが、この議論は、説得的ではないことを論ずる。

同時訴追が可能な行為については同時訴追を求め、一度で訴追できるのに何度も被告人を裁判に付して負担を課す、圧政、嫌がらせと解される訴追を禁止するのが、二重危険の原理であり、この原理に照らして訴追を検討すれば無基準になるとはいえないこと、他方、未発見・未発覚の行為を理由とする後訴は、処罰の利益があり、未発見・未発覚の部分が如何に重大な犯行でも処罰できないとし、複数の犯行を繰り返す者を「軽く」処罰するのが議会の意思であると解するのは、常習罪を制定した趣旨が犯行を繰り返す者を重く処罰するこ

とにあることに照らせば疑問であると論ずる。

政策的みると、複数の犯行を統合して一罪とするタイプの組織犯罪を処罰する刑罰法規が定められる傾向が CCE (Continuing Criminal Enterprise (18 U.S.C. § 848)や RICO 法 (Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act, 1970) にみられるが、このような組織犯罪に対処するうえでも、一罪性を重視して、未発見・未発覚の部分を利用とする後訴による処罰が許されないとする解釈には、社会構造や経済構造を破壊する対組織犯罪処罰法の合理的運用を不可能としかねない欠点があることを論ずる。

以上の議論とは別に、一罪と具体的法規説を基礎とする従来の議論を基礎に、「訴因の追加」によって対処すればよいとの議論がなされるが、基本的には、被告人に告知された公訴事実(検察官が起訴した事実)を被告人が争うことができるようにするのが訴因制度の趣旨であり、最初の公訴事実の立証と無関係に、別の公訴事実を事後に追加することを認めると、検察官の訴追は仮のものとなり、次々と争点を変化させて被告人を翻弄する訴追が生じかねないので、許されないのが基本である。だが、事後に発覚したまたは発生した、常習罪の一部を構成すると解される行為に関する訴因の追加は、このような場合ではなく、実態としては時間的、場所的に異なる公訴事実を内容とする追起訴であり、訴追権限の濫用の有無の観点から、追起訴・後訴の許否を検討すべき問題であることを指摘している。

第六章の、「二重危険の原理—罪数と二重危険禁止条項の「関係」中心に—」と題する論文は、既に発表された常習罪に関する訴追に関連する論文を基礎に、常習罪が関係する場合の後訴の可否に関連する諸問題について論じた日本刑法学会での報告を纏めたものである。罪数と二重危険の関係を論じた一連の論文と同一テーマについて論じ、罪数と二重危険の及ぶ範囲を切り離し、再訴追の問題と二重処罰の問題を区別して論ずる必要があることを指摘し、常習一罪に関しては多数の時、所にわたる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・未発見の犯行がありうる類型であり、この未発見・未発覚を利用とする後訴は、検察官の訴追裁量の濫用の場合ではなく、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を論じている。

第七章の「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—」は、平成 15 年 10 月 7 日の最高裁の判断(最(3小)判平成 15 年 10 月 7 日刑集 57 卷 9 号 1002 頁)を検討した論文である。

常習特殊窃盗を複数回にわたって繰り返した行為を、検察官がそれぞれを複数の単純窃盗として起訴し、その裁判の確定後に、それ以前に捜査機関に判明してはいたが検察官が同時訴追をしなかった、この確定判決以前の窃盗について、被害者の被害感情が強いことが判明したことから、再捜査して複数の犯行について後から訴追をした場合に、この後訴が許されるのか否かが問われた。

高松高裁は、単純一罪を利用とする検察官の起訴と関わりなく、常習一罪として認定し、



発覚した部分を理由とする後訴を常習一罪の一部の起訴であり、一事不再理効により後訴が禁止されると判示したが、最高裁判所はこの判断を破棄し、単純一罪による訴追を前提に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判示している。

常習罪と一事不再理効をリンクさせると、常習一罪の一事不再理効が極めて広く及び、不合理な結果に至る場合が生ずるが、検察官が複数の単純一罪で起訴した場合には、単純一罪を前提に一事不再理効を論ずればよいとすると、罪数と一事不再理をリンクさせても、この不都合は生じないことになる。

他方、最高裁は、公訴事実の「単一性」の観点から論じ、罪数と一事不再理の関連を切り離していないために、同時訴追が可能なときに同時訴追をせずに、本来であれば、一度で裁判を終了させるべき場合を、複数回にわたって単純一罪で裁判を開く訴追活動から生ずる被告人への過剰な負担については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。

罪数の視点と検察官の訴追裁量の濫用の規律の視点は別であることを踏まえて、再訴追の可否を論ずべきことを指摘している。

第八章は、ミルジャン・ダマシュカの著書『裁判と国家の権威の諸様相－法過程への比較によるアプローチ』（(Mirjan R. Damaška, "The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process", Yale University Press, 1986)）の紹介である。

本書の最後にこの紹介を含めた理由は、この著書が世界の法系に広く目を通して、階層型と調整型という二つの視点から、法体系の特徴を描き出しており、二重危険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うえで、極めて有用だからである。

従来、英米法と大陸法という比較はよく行われてきているところであるが、この著書の特徴は、元ユーゴスラビアの検事総長であり後に Yale Law School の教授となった著者が、多くの言語を駆使して、広く社会主義圏まで視野を広げて、刑事手続を含む諸手続の典型的特徴を国家の在り方と関連させて分析的に描きだしている点にある。国家の在り方と法制度の関連についての優れた比較法的考察を行っており、黙示的には、刑事手続との関連でしばしば言及されてきている大陸法の職権主義の特徴と、英米の弾劾主義、論争主義の特徴の相違を、国家の権威の諸様相と関連させて描き出している。

階層型の手続では、上級審による審査が通常予定されており、調整型での上級審による審査が例外的であるのと異なっていることを指摘する。

ダマシュカ教授は、法的手続は、国家の性質・機能による影響を受け、国家には二つの型があると論ずる。

一つは国家が社会を管理統制する積極国家と呼ばれる型であり、社会生活のあらゆる領域に政府が浸透することが許され、ここでは、法は国家の政策を表わしたものであり、法の支配的なイメージは、国家の命令であり、法は国家政策の実現の手段であり、国家の利益が常に優先するので、中立の判断者はおらず、手続は国家のオフィシャルによって統制された

「糾明」となり、司法も紛争解決とは独立して、国家の関心からとらえられ、民事手続が刑事手続に単一の手続の中で姿を変えることもあると指摘し、法の性質や裁判の在り方を、国家の在り方、国家政策と関連させて、鋭く分析した叙述を展開している。

他は、国家が社会の相互作用の枠組を提供するにすぎず、国家の役割を社会的均衡の維持に限定し、国家の任務は市民が自ら選択した目標の追求を支持する枠組を提供することに限定され、国家固有の問題はなく、社会の問題と個人の問題があるだけであるとする型で、これを受動的国家の型と名付けて分析している。ここでは国家法の基調は、市民が実体的に何をなすべきかを宣言することにはなく、法の役割は、市民社会のメンバー間の取引の約束を市民が自分で自律的に規制するのを促進しそれを支えることにあり、手続は実体法から独立し、手続の目的は紛争解決におかれ、争点は当事者が設定し、当事者の意思に反して紛争解決型から政策実現型に変えることはできず、判断者は、中立的、客観的、公正であることが求められることを指摘する。

二重危険の問題は、国家と市民の相互の関係をどのように見るのかという見方が関係しており、職権主義を基礎とする一事不再理という思考方法と、国家による市民、私人、社会への干渉を必要最小限度にとどめるという思考に立つ、二重危険の考え方の相違を理解するうえで、この著書は、重要な分析を展開している。本書に、本論文の紹介を含めたのは、国家と私人、市民、社会の関係についての思考の相違が、二重危険と一事不再理の理論の基礎に存在することを理解するのに有用だからであり、世界の法系を、国家の在り方と関連させて分析したダマシュカ教授のこの著書が、二重危険の思考をより良く理解するのに資するからである。

以上、『二重危険の法理』は、二重危険と一事不再理は、基本的に相当に異なる思考に立つものであることを明らかにし、日本国憲法が継受し共有する、米国法広くは英米法の二重危険に関する基本的思考を踏まえて、再訴追に関する議論を検察官の訴追裁量権の行使の在り方に焦点を当てて展開することが必要であることを、訴えたものである。

西洋法制の継受し、最初はフランス法、次いでドイツ法、そして戦後に、米国法（英米法）と、異なるモデルを比較的短期間のうちに遍歴してきているわが国の場合、無反省に戦前の議論と連続した議論を展開するのではなく、日本国憲法における法の狙いを踏まえて議論をする必要があり、日本国憲法 39 条の二重危険禁止条項に関して、その真の狙いを踏まえて、再訴追に関する議論を展開することが重要であることを本書は訴えたものである。

正義の実現が圧政、嫌がらせ、ハラスメントに至ってしまうことがないように、刑事手続が圧政、嫌がらせ、ハラスメントのために利用されることがないように、訴追の一回性の観点から訴追活動を規律し、被告人への負担が最小限度のもので済むように刑事手続を運用する視点が、アメリカ合衆国憲法第五修正の二重危険禁止条項と日本国憲法 39 条の二重危険禁止条項の基本的視点であることを本書は説いている。

以上が、本書の概要である。