

## 二重処罰に関する考察 (2)

辻 本 淳 史

富山大学紀要. 富大経済論集 第66巻第1・2・3合併号 (2020年12月)

富山大学経済学部

## 二重処罰に関する考察 (2)

辻本淳史

キーワード：憲法39条，刑罰，行政制裁

はじめに

### 第1章 憲法39条の意義

第1節 条文の不明確さ

第2節 制定の経緯

第3節 戦後初期の学説

第4節 小括

(以上、本誌64巻2号)

### 第2章 判例理論の確立

第1節 検討の視座

(1) 検討枠組みと分析の対象

(2) 検討にあたっての注意点

第2節 昭和22年改正における刑法58条削除

(1) 昭和22年刑法一部改正

(2) 刑法の一部を改正する法律案の要綱と刑法58条削除

(3) 刑法58条削除に関する諸学説

第3節 憲法39条に関する判例の展開

(1) 理論・立法実務動向に関する状況確認

(2) 戦後初期判例の展開

(3) 若干のまとめ

(以上、本号)

第4節 昭和33年最高裁大法廷判決の登場

第5節 小括

第3章 平成17年の独禁法改正問題

第4章 二重処罰の理論的検討

おわりに

## 第2章 判例理論の確立

### 第1節 検討の視座

#### (1) 検討枠組みと分析の対象

前章においては憲法39条の意義について考察することを課題とし、憲法制定過程における議論と戦後初期の学説について検討をくわえた。この検討のなかでは、憲法39条が二重処罰禁止の法理を規定した条項であるのかということも、またそもそも二重処罰禁止の法理が具体的にいかなる内容をもつものであるのかということも明らかにすることはできなかった。しかし、その輪郭をとらえようとする試みのなかで、二重処罰禁止の法理のなかには、①1つの犯罪には1つの確定判決が対応することを論理的・概念的に要求すること、および②処罰される者が被る現実的な打撃を重複させないようにひとつだけの制裁行為を要求すること、というふたつの基本的な視点があることを推察し、このような基本的な視点の背後には、①「ひとつの犯罪に対する確定判決の論理的な重複を避けるべきである」という法秩序における体系的整合性の追求と、②「個人の自由の実在的保障」というふたつの要請があるのではないかとことを示唆した。

本章では上記の分析結果を踏まえたうえで、憲法39条違反を理由として合

憲性が争われた最高裁判例を検討し、憲法制定過程のなかで示された被告人についての権利保障要求がどのようにして具体化されていったのか、そしてまたこのような権利保障要求に対する裁判所の判断がいかにして形成されていったのかということを明らかにしたい。とはいえ、現段階においては憲法 39 条の法意を明確に把握できていないため、分析の対象とする判例はある程度網羅的なものにならざるをえず<sup>1</sup>、二重処罰禁止の法理とは直接関係がないようにみえるものも本章における考察に必要なかぎりでもとりあげる必要が出てくる。そのため、まとまりを欠いた分析になる惧れはあるが、これらの判例が①一事不再理ないし二重危険の禁止に関するものであるのか、それとも②二重処罰禁止に関するものであるのか、あるいはまた③それ以外の考慮が必要なものであるのか、そして、それらが二重処罰禁止に関するものであったとすれば上記①の視点が問題になるものであるのか、あるいは②の視点が問題になるものであるのか、という手順を意識することによって大まかな道筋をつけていきたい。

## (2) 検討にあたっての注意点

後にみるように、判例は、最大判昭和 33 年 4 月 30 日民集 12 卷 6 号 938 頁において、刑罰と追徴税<sup>2</sup> に関して両者の性質の違いを理由としてそれらの併科を是認し、二重処罰を肯定する判断を確立したとされている<sup>3</sup>。本章における考察もまた昭和 33 年最高裁大法廷判決に焦点を当て、この判決の中に示された法理の意味を明らかにすることを試みるものである。もっとも、その際に気をつけるべき点がひとつあるように思われる。たしかに、この判決によって刑罰を含んだ二重の制裁賦課を基礎づける論理が明示されたという側面があることは否定できないが、その後も、たとえば、平成 17 年改正に至るまで独占禁止法上の課徴金の算定率が不当利得剥奪の水準を超えるものでないと説明されていた<sup>4</sup> ことにも示されるように、現実の立法実務は、二重処罰禁止に配慮して半世紀近くにわたって二重の制裁賦課を回避しようとするかのような謙抑的な態度を維持していたという事実が認められる。そうすると、刑罰と追徴税

の併科を是認した上記判例理論には立法実務一般に対してまでも直ちに画一的な影響力をもちえなかったという側面があるということもまた否定することができないことになる。そうであれば、本章における判例理論の確立についての描写も、このような意味における判例理論の相対性とそれをもたらすに至った要因とを明らかにするものでなければならなくなるように思われる。

以上のような点に留意しつつさっそく判例の検討に移りたいところではあるが、次節においては、まず、昭和22年の刑法改正とそのなかで行われた刑法58条の削除について論究しておきたい。この改正における刑法58条の削除に関して議論されたのは、主としてこの条項の内容と一事不再理効との関係についてであるが、本章における判例分析の前提として、当時の刑事法学者がこの改正にあたり憲法39条をどのように受けとめ、これをいかに解釈していたのかを明らかにしておくことが必要になるからである。

## 第2節 昭和22年改正における刑法58条の削除

### (1) 昭和22年刑法一部改正

昭和22年刑法改正は日本国憲法の趣旨に刑法を適合させる<sup>5</sup>ためになされたものであり、皇室に対する罪の全面削除、外国の元首・使節に対する暴行・脅迫・侮辱罪の削除、間諜罪等の削除、安寧秩序に対する罪の全面削除、姦通罪の削除、名誉毀損罪における事実証明規定の新設、連続犯の廃止、刑の執行猶予制度の改正と刑の消滅制度の新設、賄賂罪の法定刑の引上げなどが行われた<sup>6</sup>。この改正において、判決確定後、再犯者であることが発覚したことを理由として刑を加重することを認めていた刑法58条もまた憲法39条の精神に反する疑いがあるという理由で<sup>7</sup>削除された。まずはその経緯を概観しよう。

### (2) 刑法の一部を改正する法律案の要綱と刑法58条削除

#### (i) 刑法58条の立法趣旨

昭和22年改正により削除された刑法58条は、第1項において「裁判確定後

再犯者タルコトヲ發見シタルトキハ前条ノ規定ニ從ヒ加重ス可キ刑ヲ定ム」  
第2項において「懲役ノ執行ヲ終リタル後又ハ其執行ノ免除アリタル後發見セラレタル者ニ付テハ前項ノ規定ヲ適用セス」と規定していた。この規定は、現行刑法制定時に<sup>8</sup>、被告人が再犯加重を免れるために裁判の時に自己が再犯者であることを隠蔽しようとするのが予想されたため、一度判決が確定した後であっても再犯者であることが発覚したときは刑を加重することを可能とし、再犯予防を徹底するために設けられたものであると説明されていた<sup>9</sup>。ただし、第2項にあるように、懲役の執行を終った後、またはその執行の免除があった後に再犯者であることが発見された者については刑の加重はなされない。その理由は、刑の執行を終えて自由の身になった者に対してまで刑を加重しもう一度執行するのは苛酷に過ぎることにあるとされていた<sup>10</sup>。

#### (ii) 帝国議會において指摘されていた問題点

この刑法58条については注意しておくべき点がある。すなわち、すでに制定時における帝国議会の議論のなかで、板倉中が、この規定は一度確定した裁判を被告人の不利益に変更するという点で一事不再理に反するものであり、また、裁判確定後における刑の加重を可能にするような手続上の手段も存在しないということを指摘していたのである<sup>11</sup>。このような疑問に対して、政府委員の平沼騏一郎は、刑法58条1項による刑の加重を可能とするために、検察官からの請求にもとづいて裁判所が決定によって確定裁判を動かすというような法整備をする必要はあるかもしれないが、このような手続は再犯予防の必要から要請される一事不再理の例外であると答弁していたのであり<sup>12</sup>、政府はその後、大正11年に制定された刑事訴訟法375条において実際にこのような手続を定めることになる<sup>13</sup>。しかし他方で、先にみた政府委員の見解に対しては、花井卓蔵が、被告人の利益保障のためには、刑の加重は政府委員が述べるような決定によるのではなく、上訴としての手続を経たうえで裁判所の判決によるべきであるとする反対意見を表明していたことにも留意をすべきである<sup>14</sup>。

要するに、刑法58条については、立法当初より、再犯予防を追及するあま

り一事不再理の原則に反する条項となっており、さらに、かりにそのような考慮にもとづく刑の加重の必要性を認めるとしても、加重手続をするに際しての被告人の利益保障にも欠けるところがあるという問題点が指摘されていたのである。

### (iii) 昭和 22 年刑法一部改正の経緯

昭和 21 年 6 月 20 日、第 90 回帝国議会において帝国憲法改正案が提出され、これにともない、同年 7 月 3 日、内閣に臨時法制調査会が、それと前後して、司法省に司法法制審議会が設置され、憲法の改正に伴う各種法規の制定・改廃が議論された<sup>15</sup>。臨時法制調査会と司法法制審議会とは別個の組織であるが、司法法制に関して同様の事項を議論するものとされ、人的構成においても調査会第三部会（司法関係）に属する委員がそのまま審議会の構成員となった<sup>16</sup>。臨時法制調査会第三部会と司法法制審議会は表裏一体的に運営され、刑法についても、同年 8 月 9、10 日の司法法制審議会第 2 回総会において「刑法の一部を改正する法律案の要綱案」が報告され、9 月 11 日の第 3 回総会で一部変更のうえ決定された。そして、この要綱案が司法大臣に答申されることになり、同時に、臨時法制調査会においても、昭和 21 年 10 月 26 日に刑法の一部を改正する法律案の要綱<sup>17</sup>が内閣総理大臣に答申された<sup>18</sup>。この 2 つの要綱はほぼ同一のものであったというが<sup>19</sup>、筆者が参照しえた後者について記すと、その第 3 項が、「裁判確定後に再犯者であることを発見したときにも、改めて加重すべき刑を定めることができないものとする」とを要求していた。そして、この改正提案は、鈴木義男司法大臣が帝国議会で述べているように、「第五十八條のいわゆる累犯加重規定が憲法第三十九條の精神に反する疑いがありまするところから、これを廃止した」ものであるとされていた<sup>20</sup>。

### (3) 刑法 58 条削除に関する学説

このように、憲法 39 条の精神を理由として、再犯予防を徹底する必要から、後に再犯であることが判明した場合は判決確定後であっても検察官の請求に

よってなされる裁判所の決定にもとづいて刑の加重を認める刑法 58 条の削除が提案されることとなった。

もっとも、上記の提案にもとづく刑法 58 条削除に対しては、真実追求と被告人に対する公正な処遇を重んずる観点から当時の実務家によって批判がなされた。たとえば、安平政吉は、「…私見等によれば憲法第三九條後段の趣旨は、その法文の文意よりすれば、同一の犯罪事実について、一度刑事責任を問われながら、別に新しい事情も生じていないのに拘わらず、二度と審判手続が反覆され、刑責を問われることはないとするに止まり、裁判確定後、再犯者なることを発見したような場合、その特殊事情に基く追加刑を確定せんとするが如きことまでも禁止せんとする趣旨ではなく、かくの如きは一事不再理の原則に反しない<sup>21</sup>」と主張し、もし刑法 58 条の削除を認めるならば、「その結果は、累犯者は判決時までに前科の事実が裁判所に知られていると、刑は法律上倍加せらるるに反し、知られていなかった場合は、永久初犯者と同じ取扱を受けることとなり、著しく權衡を失することとなる<sup>22</sup>」と主張していたし、また、中野次雄も同様に、刑法 58 条を削除すると「時に犯人を不當に利得させる場合の生ずることを保し難い<sup>23</sup>」場合が生ずることを指摘した。

以上のような立法動向のなかで学説はどのような対応をしたのであろうか。以下では、団藤重光と植松正の 2 人の刑法学者の見解を分析・検討してこの点を明らかにしていこう。

## (a) 団藤重光の見解

### (i) 戦中における刑法 58 条の擁護と戦後における立場変更

団藤重光は終戦前、刑法 58 条にもとづく再犯加重の手続について定めた大正刑事訴訟法 375 条に関して、「刑事政策的考慮が強い點」で再審と性質を異にし、「再審の手続を必要とせずして、判決の確定力の排除が認められる」場合であると説明していた<sup>24</sup>が、昭和 22 年刑法一部改正当時には「新憲法の施行にもなつて刑法の改正は必然的である<sup>25</sup>」として、要綱第 3 項にもとづく



刑法 58 条の削除を是認するという態度を明らかにした。すなわち、団藤は、憲法 39 条前段はすでに無罪とされた行為については刑事上の責任を問わないとするとともに、「判決確定後、不利益にこれを變更することの禁止もふくむ<sup>26)</sup>」と主張して、「たとえば、一〇年の懲役に處せられるのが相當であつたようなばあいでも、一たん無罪になれば、もはや刑事上の責任を問われないのである。それでは、八年の懲役に處せられるのが相當であつたのに、五年の懲役に處せられたというようなばあいに、あらためて八年の懲役に處するということは、なおさら、できないはずである。刑事訴訟法の不利益のための再審も、そういう意味で違憲だともうし、また刑法五八條も、おなじ意味で違憲だともう<sup>27)</sup>」としたのである。これは憲法 39 条前段後半に関して一種のもちろん解釈をすることにより刑法 58 条の削除を基礎づけるものである。

その後昭和 24 年に至ると、団藤は、憲法 39 条は「大陸法系の一事不再理の原則を強化した」ものであり、一事不再理が憲法上の原則となった以上その例外も憲法の解釈によって許容される限度内でなければならなくなったのだから、刑法 58 条の削除もなされざるをえなかったのだ<sup>28)</sup>と説明するようになった。

## (ii) 団藤説に対する批判

しかし、このようなもちろん解釈については、その理論構成に対して批判が向けられることになった。たとえば、法學協會編『註解日本國憲法』は、「被告人からみれば、罪又は刑が多少重くなるよりも無罪を有罪に變更される方が、侵害が大きいのであるから、勿論解釋は必ずしも妥當でない<sup>29)</sup>」としている。たしかに、被告人に対する侵害性に焦点を合わせてみると、無罪を有罪に変更するというような、より大きな侵害（無罪判決を變更して 10 年の刑を科すこと）が禁じられるからといって、罪や刑をより重く變更するというような、それよりも小さな侵害（5 年の懲役を變更して 8 年の刑を科すこと）が当然に禁じられることにはならないことになる。被告人に対する侵害性の観点からすると、もちろん解釈によって禁止されるのは、最初の例よりもさらに大きな侵害（たとえば無罪判決を變更して 15 年の刑を科すことなど）ということにな

るだろう。団藤がしたような単なる形式論理にもとづいたもちろん解釈は、刑法 58 条の削除という結論を保証するものではない。

### (iii) 被告人の利益保障による理論的基礎づけの必要性と団藤説の限界

現在の感覚からすると、やはり、刑法 58 条の削除を基礎づけるためには被告人の利益保証に焦点をあてた解釈が示されることが望ましかったのではないかと思われる。団藤もまた、その後、「前段…は、……有罪の裁判の確定力を排除してより重い刑に處するばあいをもふくむものと解しなければならぬ。なぜなら、たとえば、一〇年の刑を相当とする重い犯罪にたいして誤つて無罪が確定したようなばあいでさえも、その不都合を是正することを許さないのである。それならば、たとえば六年の刑を相当とする罪にたいして誤つて五年の刑が確定したようなばあいに、かようなより少ない不都合を本人の不利益において是正することはなおさら許されないといわなければならないからである〔圏点付引用者〕」と主張したという<sup>30</sup>。この解釈の根底には、誤った判決によって国家の側に生じた不都合を被告人の負担において解消することは妥当でないとする利益衡量が働いているようにみえる<sup>31</sup>。

しかしながら、現行刑法制定時の議論からも、また、昭和 22 年刑法改正当時における実務家による批判からも窺われるように、刑法 58 条は再犯であることが発覚しなかったことについて被告人による欺罔行為が働いた可能性が高い類型の事案に関する規定であるから、この条文の削除を十分に基礎づけるためには、上記のような利益衡量だけでなく、たとえば、後に、田口守一が述べたように、一事不再理効は憲法上の原則にまで高められた鉄則であるから訴訟法的考慮を理由とする例外は認められず、たとえそのような欺罔行為がなされた場合であっても確定判決を動かしておこなう再犯加重は許されない<sup>32</sup>、とするような規範論理的な基礎づけが要求されてしかるべきであったように思われる。しかし、終戦後間もないこの時期においては時代的・学説史的制約もあり、団藤もまた、「刑事政策的な要求が、人身の自由についての憲法上の要求によつて、譲歩を餘儀なくされるのである<sup>33</sup>」として刑事司法の側からする個人

の自由への譲歩的な政策判断を根拠とするほかはなかったのであろう<sup>34</sup>。

## (b) 植松正の見解

### (i) “double jeopardy”の原意と被告人の利益保障

ついで、植松正の見解を検討しよう。植松は、憲法39条の規定を「法律不遡及の原則と一事不再理原則とに關する憲法上の保障<sup>35</sup>」であると解したうえで、刑法58条1項が「新憲法のこの規定の後段に抵觸せずすむかといふ問題がある<sup>36</sup>」と指摘する。そしてまず、「一方においては、憲法三九條後段は再度の審判を行ふことが條理上いかにも不當と認むべき場合において、それを許さぬ趣旨を闡明したに過ぎないとする見解があつて、裁判確定後再犯者たることを發見したがために行ふ再審判の如きは毫も憲法の規定に矛盾するものでないと解すべき餘地もある<sup>37</sup>」とする。しかしながら、「他方においては、憲法英文案の對應條文に現れた“double jeopardy”の原意にも絡み、必ずしも違憲ならずともいへない事情にある<sup>38</sup>」として、「さういふ疑問のある刑法の條文は削除する方が無難である<sup>39</sup>」と結論づける。それと同時に、そのような解釈が「…被告人の利益であるし、強ひてこれを維持して累犯者に對し飽くまで累犯加重をなさねばならぬほどの切實な必要も認められないといふことがその實質的な理由となつてゐるに相違ない」とする<sup>40</sup>。

植松の見解の特色は、第一に、憲法39条が一事不再理を定めたものであると解しながら、刑法58条の削除は同条後段の「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」という同条後段に関する問題であるとする点、第二に、後段の英文訳である“double jeopardy”の原意に対して慎重な配慮をする姿勢をとりつつ被告人の利益のために刑法58条の削除を是認する点にある。

### (ii) 条文解釈の問題と植松説の位置づけ

まず問題となるのは憲法39条の条文解釈である。植松説は一事不再理の根拠を、一部分、同条後段にも求めたことになるが<sup>41</sup>、当時示された解釈をみても<sup>42</sup>、その後の憲法学説をみても<sup>43</sup>、憲法上、一事不再理効を基礎づける場合

にはその条文上の根拠を 39 条前段後半に求めるものが多数であるようにみえる。もっとも、「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」とする 39 条前段後半の文言そのものは、無罪判決確定後の再訴追ないし処罰のみを禁じているだけであると受け取るのが素直な読み方であるようにも思われる。そうすると、この文言が、刑法 58 条 1 項によっておこなわれるような確定後の有罪判決を動かして刑の加重をすることまでも禁ずるものであるのかどうかということは、昭和 22 年の時点では必ずしも明らかになっていなかったのではないかと推察される<sup>44</sup>。

そこで、植松は、刑法 58 条のように確定した有罪判決を動かして刑を加重するような手続は、「再度の審判を行ふことが條理上いかにも不當と認むべき」場合にあたるとして憲法 39 条後段にいう「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」という条文を適用すべきとしたのであろう。このことにあわせて、植松が「“double jeopardy”の原意」に着目して被告人の利益に配慮すべきことを主張していたことを併せて考えるならば、植松説は一事不再理という言葉こそ用いてはいるが、実質的にみると憲法 39 条前段後半と後段とがあいまって二重危険禁止を定めたとする見解<sup>45</sup>に近いものをもっていたと解することができるということになる。このようなことを考えるなら、植松説は、現在主張されている二重危険禁止説の萌芽をなすものであると評価しうることにもなる。

### (iii) 植松の知見を共有することの困難性

しかし、昭和 22 年当時の刑事法学説にあっては、植松説をそのように受けとめるだけの知見がまだ共有されていなかったようにみえる。たとえば、中野次雄は、憲法 39 条後段が二重処罰禁止を定めたものであると解する立場から植松説に対して、刑法 58 条はいちど確定した刑をさらに本人に不利益に変更することが問題なのであって、同一の犯罪について「重ねて」刑事責任を問うことを禁ずる憲法 39 条後段とは関係がないという批判をくわえた<sup>46</sup>。しかし、いちど確定した判決を覆してそれよりも重い刑を改めて科すことは、同一の犯

罪について「重ねて刑事上の責任を問」うことにあたると条文を解釈することは十分に可能であるように思われるから<sup>47</sup>、中野による批判が本質的なものであったとはいえないだろう。とはいえ、このような行き違いがあったことは、憲法制定過程において日本政府と連合国軍総司令部との間で共通の理解が得られないまま挿入された<sup>48</sup> 憲法 39 条後段の文言が、刑法 58 条削除をめぐる理論的考察にとってもひとつの足かせになっていたことを窺わせるものである。

#### (iv) 真の問題点

植松説に関する本質的な問題点は、上にみたような条文解釈ではなく、「“double jeopardy”の原意」に着目した被告人の利益保証にまつわる点にあったと思われる。すなわち、昭和 22 年当時においては、“double jeopardy”の本質を追求し、それにもとづいた諸制度のありようを裁判における適用例を検討することを通じて明らかにするという作業<sup>49</sup>がなされる前の状況にあったためか、植松もまた、「刑法 58 条は違憲でない」と解する余地もあるが被告人の利益保証を考慮すると削除することが無難である」というような規範論理的な基礎づけを欠いた譲歩的な提言をするにとどまらざるをえなかったのである。このような提言自体が、先にみた実務家による 58 条削除反対論に対して十分な説得力をもつものであったかどうかということについては明らかでない部分がある。

#### (c) まとめ

これまでの検討から次のことを確認することができる。第一に、刑法 58 条削除の背景には、終戦後間もない時期にあって、ともかくも刑法を日本国憲法の趣旨に適合させなければならなかったという立法政策上の必要にもとづいた政府の要請があったということである。そして第二に、当時の学説もまたそのような要請を受け入れ、憲法 39 条の精神からする被告人のための刑事政策的配慮にもとづいて刑法 58 条削除を是認したということである。しかしながら第三に、当時においては当然のことではあるが、一事不再理効が憲法上の

原則にまで高められたことに対する学説上の洞察が十分に深められていると  
いいうる状況にはなかったし、また憲法 39 条後段の英訳に登場する “double  
jeopardy” 概念の本質を追求するような研究もいまだなされていなかったため、  
刑法 58 条削除という問題についても、これを解明し根拠づけるための本格的  
な法理論はいまだ展開されるに至っていなかったということである<sup>50 51</sup>。

このような状況を出発点として、憲法 39 条にもとづいた被告人の権利主張  
が戦後の判例のなかで積み重ねられていくことになる。次節においては、主と  
して昭和 33 年最高裁大法廷判決が登場するまでの過程に焦点をあて、二重処  
罰禁止の法理の輪郭を明らかにしていきたい。

### 第 3 節 憲法 39 条に関する判例の展開

#### (1) 理論・立法実務状況に関する動向確認

以上のように、戦後間もない時期にあっては、憲法 39 条の精神に刑法を適  
合させるべきだという政策的要請があり、学説もこれを受入れたのであるが、  
この時点においては本格的な理論的検討がなされた様子はない。したがって、  
憲法 39 条についての理論的な洞察も、さらには、これにもとづいた立法・判  
例実務の展開についての見通しも存在しない状況が、二重処罰問題が展開して  
いくうえでの出発点となっていたということは認めざるをえない事実であると思  
われる。

それにもかかわらず、憲法 39 条にまつわる事件は現実には生起していくし、  
これにもなって判例も積み重ねられていく。このなかで、被告人側はどのよ  
うな権利主張をしたのか、これに対して、裁判所はいかなる回答を示したのか、  
そして、このような過程において、「二重処罰」に関する判例理論とでもいう  
べきものが、形成されていったのか、それとも、されなかったのか。

このような視点を、本章における主たる考察軸に対する補助線としてくわえ  
たうえで、判例の検討に移ろう。

## (2) 戦後初期判例の展開

本節および次節においては先に述べたように、憲法 39 条に関する最高裁判例をある程度網羅的に検討していく。本節においては、①刑法 56 条にもとづく再犯加重の合憲性が争われた最判昭和 24 年 12 月 21 日刑集 3 卷 12 号 2062 頁、②検察官上訴の合憲性が争われた最判昭和 25 年 9 月 27 日刑集 4 卷 9 号 1805 頁、③併合罪の関係にある一部の罪について確定判決がなされた後にその他の罪について審理裁判した事案に関する最判昭和 27 年 9 月 12 日刑集 6 卷 8 号 1071 頁、④占領軍軍事裁判所による裁判がなされた後わが国の裁判所による審理処罰が行われた事案に関する最大判昭和 28 年 7 月 22 日刑集 7 卷 7 号 1621 頁、⑤起訴状の瑕疵を理由として控訴棄却判決があった後にその同一事件について再度公訴が提起された事案について判断した最大判昭和 28 年 12 月 9 日刑集 7 卷 12 号 2415 頁、⑥刑罰と弁護士法上の懲戒との併科の合憲性が争われた最判昭和 29 年 7 月 2 日刑集 8 卷 7 号 1009 頁を検討する。そして、昭和 33 年最高裁大法廷判決以後の判例についても節を改めたうえで検討をくわえることにする。この判決が示した法理の意味合いをより一層明らかにすることが二重処罰に関する考察にとって必要だと思われるからである。次節においては、⑦刑罰と法廷等の秩序維持に関する法律にもとづく監置との併科に関する最判昭和 34 年 4 月 9 日刑集 13 卷 4 号 442 頁、および⑧少年の保護事件に関する家庭裁判所の審判不開始決定に一事不再理の効力があるかどうかを判断した最大判昭和 40 年 4 月 28 日刑集 19 卷 3 号 240 頁について検討する。そして最後に、⑨最大判昭和 33 年 4 月 30 日民集 12 卷 6 号 938 頁を検討する。

### (a) ①最判昭和 24 年 12 月 21 日刑集 3 卷 12 号 2062 頁

【事実】第一審および原審判決が判例集不登載であるため正確な事実関係は明らかでないが、弁護人および被告人の上告理由によると、被告人が他 2 名と共謀し被害者から金 5000 円を強取した行為について、一審が強盗罪の成立を認めたとえ、その刑を定めるにあたり被告人の前科にもとづいた再犯加重をし

て懲役4年の刑を言い渡し、控訴審もこれを維持したようである。弁護人は、「憲法が國民の自由を尊重し其の自由を保護する精神解釈よりして最高唯一の法律なる事」を指摘したうえで、「刑法第五六條の適用は唯刑の量定に関する法條であつて刑罰を科するのではないと言はんも刑罰を重くすることは即ち同一犯罪に付結局再び罰せられると同様である」とし、このような再犯加重は「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」と規定する憲法39条後段に違反すると主張した。

【判旨】これに対して、最高裁は、「刑法第五六條第五七條の再犯加重の規定は第五六條所定の再犯者であるという事由に基いて、新に犯した罪に対する法定刑を加重し、重い刑罰を科し得べきことを是認したに過ぎないもので、前犯に対する確定判決を動かしたり、或は前犯に対し、重ねて刑罰を科する趣旨のものではないから所論憲法第三條（ママ）の規定に反するものではない。従つて右刑法の規定が違憲であることを前提とする論旨はいずれも理由がない」として上告を棄却した。

#### (i) 本判決の理論的位置づけ

刑法56条および57条にもとづいた再犯加重がなされる場合には、前犯と後犯とが存在し、それぞれの犯罪行為に対応した訴追、審理および処罰が行われるのであるから、①同一の公訴事実に対して再訴追がなされたり、刑法旧58条の場合のように前犯に対する確定判決が被告人に対して不利益に動されたりするものでもなく、また、實質的にみてもそれにより被告人が2度危険にさらされたともいえないから、一事不再理ないし二重危険は問題とならず、さらに、②ひとつの犯罪行為に対して同時に2つの判決が確定し処罰がなされる場合でもないから、二重処罰禁止にも直接の関係はないように見える。この判決における被告人の主張において考察すべきであるのは、③前犯に対する確定判決が、「懲役に処せられた者」（刑法56条1項）という再犯加重要件の充足のために一定の役割を果たすことを通して、「その罪について定めた懲役の長期の二倍以下」（57条）という後犯に対する処断刑を導きだすことが、憲法39条後段の「同



一の犯罪行為について、重ねて刑事上の責任を問はれない」という文言との関係でどのように評価されるか、という意味における広義の量刑評価の問題であると思われる。そうすると、二重処罰禁止違反を理由とする被告人の主張を退けた本判決の結論自体が、事案の解決に関するかぎりにおいて正当な側面をもつことを否定することはできないが、他方で、「前犯に対する確定判決を動かしたり、或は前犯に対し、重ねて刑罰を科する趣旨のものではない」という説示は被告人の主張に対して正面から回答するものになっていないことになる。

## (ii) 再犯加重と責任相当刑の問題

再犯加重の問題については現在では、行為責任主義の原則からすると理論的に正当化することは困難であるとする立場<sup>52</sup>、それとは異なり、刑法56条による刑の加重根拠は一度刑を執行したのに態度を改めず再度罪を犯した点で後犯の行為に対する責任非難が増大することであり、このことは前犯の存在自体を根拠に刑を加重することを意味するものではないから再犯加重は憲法39条に違反しないとする立場<sup>53</sup>がある。

さらに、上記の点に関しては、昭和40年代に常習犯と累犯加重に関する一連の最高裁判決が注目を集め<sup>54</sup>、これらの判決をめぐって議論が深められることになった<sup>55</sup>。たとえば、盗犯等防止法3条は、常習累犯窃盗の罪に関して、「常習トシテ前条ニ掲ゲタル刑法各条ノ罪又ハ其ノ未遂罪ヲ犯シタル者ニシテ其ノ行為前十年内ニ此等ノ罪又ハ此等ノ罪ト他ノ罪トノ併合罪ニ付三回以上六月ノ懲役以上ノ刑ノ執行ヲ受ケ又ハ其ノ執行ノ免除ヲ得タルモノニ対シ刑ヲ科スベキトキハ前条ノ例ニ依ル〔圈点付引用者〕」として3年以上の有期懲役を科すことを定めており、前科に対する確定判決の効力に累犯加重のための構成要件的效果<sup>56</sup>を付与している。この常習累犯窃盗に対して重ねて刑法56条による再犯加重をすると、前後2つの確定判決のなかで被告人の前科に対する責任の二重評価がなされることになり、ひいては憲法39条後段の趣旨に反することにもなるのではないかと<sup>57</sup>ということがより鮮明なかたちで問題となるのである<sup>58</sup>。

これらの問題を解決するためには、刑法における責任相当刑の本質とそれを

把握するための認識枠組み<sup>59</sup>が解明されなければならないと思われるが、その点に関して本稿で検討を加える余裕はないから、この場においては上記の問題点を紹介するにとどめておきたい。

### (iii) 本判決の意義

本件において問題となった量刑における責任の二重評価の問題は、二重処罰禁止と関連する側面があることは否定できないものの、理論的には別物とされるべきものであろう<sup>60</sup>。この点に関しては、本件におけるような、日本国憲法制定直後なされた上告については、「粗雑なコジツケや『新憲法の精神』論」にもとづいた『『素人』だった』当事者によるものであったと評する<sup>61</sup>向きもある。しかし、憲法 39 条が保障する刑事被告人の権利に対する理論的洞察が十分に深められていなかった当時において、国民の自由を保障する見地にもとづいて、「同一犯罪に付結局再び罰せられると同様である」という実質的基準を示しながら刑法 56・57 条にもとづく再犯加重は違憲であると主張した点には一定の歴史的意義が認められるようにも思われるし、また憲法 39 条後段の文言が量刑における責任の二重評価について妥当性を判断する基準になりうることを示唆した点にも興味深いものがある<sup>62</sup>。

### (b) ②最判昭和 25 年 9 月 27 日刑集 4 卷 9 号 1805 頁

【事実】この判決に関しても第一審および原審判決が判例集不登載であるため正確な事実関係は明らかでないが、弁護人の上告理由等によると以下のような事案に関するものである。被告人は、衆議院議員選挙における棄権防止運動のために訪問した数名に対し、ある候補へ投票すべきことを勧誘したが、この行為が公職追放についての連合国最高司令官覚書<sup>63</sup>にもとづく公職に関する就職禁止、退職等についての勅令<sup>64</sup>および当時の衆議院議員選挙法に違反するとして起訴された。一審は被告人を罰金刑に処したが、検察官が上訴をした結果、原審は禁錮 3 月の刑を言い渡した。

弁護人は、憲法 39 条後段の英訳には二重の危険という言葉が用いられてい

るが、このことはアメリカ合衆国憲法修正5条が「何人も同一の犯罪に対して再び生命又は身体の危険に臨ましめらるることはない」と定めているのと同様のことを規定する趣旨であり、本条項についてもアメリカ合衆国と同様の解釈が採られるべきであるから、「…確定をまたずして、第一審判決があればそのことによつて二重の危険ありとするものと謂ふべく、即ち検察官は量刑の失当を理由としてより重き処罰を要求するが如き上訴権はこれを認めないものと解すべきである」として上告した。

【判旨】最高裁判所は次のように判示し、上告を棄却した。すなわち、「元来一事不再理の原則は、何人も同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではないという、根本思想に基づくことは言うをまたぬ。そして、その危険とは、同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末に至るまでの一つの継続的状态と見るを相当とする。されば、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、いかなる段階においても唯一の危険があるのみであつて、そこには二重危険（ダブル、ジエバーデイ）ないし二度危険（トワイス、ジエバーデイ）というものは存在しない。それ故に、下級審における無罪又は有罪判決に対し、検察官が上訴をなし有罪又はより重き刑の判決を求めることは、被告人を二重の危険に曝すものでもなく、従つてまた憲法三九条に違反して重ねて刑事上の責任を問うものでもないと言わなければならぬ。従つて論旨は、採用することを得ない」。

#### （i）二重危険禁止と「継続的危険」

本件弁護人が検察官による不利益上訴を違憲であるとしたのは、第一審判決があつた以上被告人はすでに1度有罪判決を受ける危険にさらされたといえるから、たとえ判決が確定する前であつたとしてもこれ以上手続を進めることは許されない、というように二重危険禁止を解釈したからであつた。これに対して、裁判所は、わが国が三審制を採用している以上訴訟手続が開始してから判決が確定するまで継続したひとつの危険があるにすぎないとして被告人の主張を退けた。本判決は“double jeopardy”概念の具体的内容が争われた事案に

関するものであり、そこにおいては、二重危険禁止が問題とされていることは明らかである<sup>65</sup>。

## (ii) 当時の学説状況とその後の展開

当時の学説においてはまず、憲法 39 条が二重危険禁止の原則を取り入れたものであるかどうかということが議論された。団藤重光は、すでに本判決が出される前に、この規定が英米法で認められているような二重危険禁止の原則を採用したのだとすれば新刑事訴訟法が検察官に付与した広範な上訴権は当然違憲とされざるをえなくなるという認識を示しながら<sup>66</sup>、憲法 39 条の文言解釈からは一義的な結論がでないし、またその英訳は不自然であり決定的な意味をもたないとしたうえ、新憲法の本質論に論及し、日本国憲法における刑事に関する規定の多くは個人主義・自由主義的な原理が妥当するものであることは否定しえないが、「しかし、新憲法には、他面では、社会民主主義的・ワイマール憲法的要素ともいふべきものが多く取り込まれていることをみのがすことはでき」ないとし<sup>67</sup>、「同條は英米法流の二重の危険の制度をそのまま採用したのではなく、かような制度をも念頭に置きながら大陸法系の一事不再理の原則を強化したにすぎない<sup>68</sup>」と結論づけていた。

これに対して、村瀬直養は、憲法 39 条前段後半は「前の無罪」を、後段は「前の有罪」を意味するものであり、両者があいまって二重危険禁止を規定していることは明らかであると主張した<sup>69</sup>。村瀬は、たしかに、このような解釈に対しては一つの原則を 2 段に分けて規定することは不自然であり、また“double jeopardy”の語を後段にのみ使用する英文は不正確であるという批判も存在するが、同条はむしろ合衆国憲法修正 5 条をよりいっそう明瞭に規定したものとみるべきであり、現に 1907 年のオクラホマ憲法 30 条の文言とも符節を合わせているとする<sup>70</sup>。そして、村瀬は、二重危険禁止の原則を一度判決があった以上それが確定する前であっても「前の危険」が発生すると解したために<sup>71</sup>、結局、検察官上訴の制度は廃止すべきことになり、それが日本国憲法における個人主義・自由主義を徹底させることにもなると主張した<sup>72</sup>。とはいえ、ときに

においても、このような村瀬の「危険」理解に対しては、これは陪審のみが事実認定を行い有罪・無罪の評決をすることを原則とし、法律問題に関する政府の上訴権が立法によって認められる途上にあった英米法にのみ妥当するものではないかという疑問も提起されていたことにも留意すべきである<sup>73</sup>。

注目すべきことは、同時期に、大塚喜一郎が、憲法 39 条は「その英訳と対照して二重危険の原則を採用していることは、文言上明白である」としつつ、それに続けて、「只この原則を継続的危険 *continuing jeopardy* と解釈するかどうか、が問題の焦点となるのである」という指摘をしていたことである<sup>74</sup>。その後、学説はこの指摘を受けて危険の具体的内容を検討することとなり、たとえば、田宮裕は、二重の危険は一般的かつ柔軟な原則でありわが国固有の訴訟形態に合わせて変容しうると解しうるものであるが<sup>75</sup>、旧刑訴以来の三審制度が残され陪審制も採用されていないわが国では「三審ののち確定」という制度が維持されているとして、「危険は実体裁判が確定してはじめて発生するとしなければならない」と主張することとなった<sup>76 77 78</sup>。

こうした検討を経て、憲法 39 条の根底に二重危険禁止の思想があるとしながら、危険の具体的内容を三審制度のなかで判決が確定するまで継続するひとつの危険とであると、このように解することにより検察官上訴の合憲性を基礎づける本判決が示した理論は、一方で根強い反対論を伴いつつ<sup>79</sup>、他方でその後における理論の展開により一定の修正を迫られることにもなるが<sup>80</sup>、学説においてもおおむね支持されるに至ったようにみえる<sup>81</sup>。

### (iii) 「二重処罰禁止」に関して本判決が有する意義

二重処罰禁止の考察にとって本判決が有する重要性は次の点にあると思われる。まず、本判決が憲法 39 条の根底には二重危険禁止の思想があると認めた点である。このことは、2 度以上有罪判決を受ける危険にさらされることはないことを保障することによって実現される、手続負担にともなう苦痛からの解放を核心とする被告人の利益が、少なくとも理論上は憲法上保障される人権として承認されたことを意味している。昭和 22 年改正の時点においては、刑法

58条削除も、憲法39条制定によって生じた立法政策的潮流のなかでおこなわれた被告人のための刑事政策的配慮であると考えられたにすぎなかったことを思えば、本判決が被告人の自由権を実質化するうえで大きな意味をもったことは間違いないと思われる。

さらに、二重危険禁止によって保障される刑事被告人の自由権は二重処罰禁止の法理の展開にとっても重要な意味をもつことになるはずであったと考えられる。たしかに、二重処罰問題に関しては、同一の行為に対して刑罰や行政制裁の重疊的賦科を含めた処罰の枠を設定する立法機関の権限を裁判所が尊重することを義務づけられるという事情<sup>82</sup>も重要になってくるとは思われるが、二重危険禁止による被告人の利益保障にとって鍵となる役割を果たす「有罪判決を受ける危険」は、検察官が刑事手続を通して有罪判決を獲得することによって実現される「実体的処罰により受ける苦痛」と密接不可分な関係にあると思われるし<sup>83</sup>、しかも、行政制裁のなかには「刑罰類似の苦痛」を対象者に与えるものがあることもまた事実である<sup>84</sup>。そうすると、有罪判決を受ける危険に内在する本質的な苦痛が、憲法上、刑罰を含んだ重疊的な制裁賦科によって被告人が受ける複数回の実体的苦痛についての立法機関の判断を制約する可能性は排除しえないことになると考えられる<sup>85</sup>。

#### (iv) その後の諸判決に与えた現実的な影響

しかし、後の判例に対して現実的な影響を及ぼしたのは本判決が有するもうひとつの側面であったように思われる。本判決に付された裁判官の意見のなかには、長谷川太一郎裁判官のように、“double jeopardy”の語が憲法39条後段にのみ用いられていることを根拠として、二重危険禁止は憲法に直接取り入れられたものではないとし、判決確定前に訴訟がある段階に達した場合において被告人の地位の安定を保障することなどは、「我国情にてらし行き過ぎと言はなければならない」と断定するものや<sup>86</sup>、澤田竹治郎裁判官および齋藤悠輔裁判官のように、憲法39条後段は、「同一事件に対する訴訟手続を廃止又は停止」することに関する「広義における一事不再理」ではなく、実体刑罰法に關

する規定であると解したうえで、「ことに同条後段は、同一犯罪行為につき、同一人に対し、二重の刑事責任（これを実体刑罰法上の意味における『二重危険』と翻譯しても差支えない。）を問わないという三歳の国民にもわかるような実体刑罰法上の原則を定めたに過ぎないものである」として後段の適用を実体的な刑罰の併科に制限する<sup>87</sup>ものが含まれていた。

これらの意見は、本判決の主文とは異なり、被告人の自由権に関して、その手続的側面については二重危険禁止の思想と距離を置き、実体的処罰の側面については後段の「刑事責任」という文言を形式的に解釈することによって刑罰と行政制裁が併科されるような場合における「二重処罰」の事案において被告人を救済する途を閉ざす、というような色彩を帯びているように見える。とりわけ澤田および齋藤裁判官の意見は、すでに本判決以前から有力な学説が、同一事件に対して二重に実体判決が確定した場合には後の判決は当然無効であり、前の判決には一事不再理効も生ずることになると指摘していたことに照らしてみても<sup>88</sup>、憲法 39 条後段を被告人の利益保障にとって屋上屋を架すものとするかのような、あまりにも権威主義的な主張であるように思われる<sup>89</sup>。しかしながら、これらの諸裁判官の意見に方向づけられたかのように、本判決における「二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではない」という命題は、刑罰と行政制裁等の併科が問題となった事案に対しても形式的に適用されていくことになり（後述⑥、⑦判決参照）、このような併科を合憲とすることを通して被告人の利益保障を制約する機能を果たすことになったように見える。

### (c) ③最判昭和 27 年 9 月 12 日刑集 6 卷 8 号 1071 頁

【事実】本判決に関しても第一審および原審判決が判例集不登載であるため正確な事実関係は明らかでないが、弁護人の上告趣意によれば、被告人は、昭和 22 年 3 月 6 日名古屋区裁判所において窃盗罪により懲役 1 年以上 2 年以下の判決受け、出所後に①昭和 23 年 12 月 30 日頃の夜間、農業を営む A 方居宅

物置から同人が所有する女物モス単衣羽織等合計 16 点価格 1 万 1300 円程度の物を窃取し、その後、昭和 24 年 2 月 25 日名古屋地方裁判所において窃盗、住居侵入、窃盗未遂の罪により懲役 1 年 6 月以上 3 年以下の判決を受けそれが確定した後に、②昭和 26 年 9 月 1 日午前 1 時頃、理髪業 B の店舗から同人が所有する剃刀包丁、鋏およびボマード等価格 990 円程度の物を窃取し、③同年同月 2 日午前 7 時頃、ビンゴゲーム遊技場前路上から C が所有する中古自転車 1 台価格 5000 円程度の物を窃取したという事実がうかがわれる。第一審は、被告人を①の行為につき 1 年以上 1 年 6 月以下の懲役に、②、③の行為につき 1 年 6 月以上 3 年以下の懲役に処し、原審もこれを維持したとみられる。

弁護人は、第一に、被告人はすでに昭和 24 年 2 月 25 日名古屋地方裁判所において本件①の行為と連続犯の関係にある窃盗、住居侵入、窃盗未遂の罪によって 1 年 6 月以上 3 年以下の確定判決を受けているので、本件①の行為はこれによりすでに科刑されているのではないかという控訴時弁護人の主張を敷衍したうえで、自らもまた原判決がこれらの罪の罪数関係を判断しなかったことは審理不尽・理由不備、事実誤認の疑いがあるとした。そして第二に、昭和 22 年改正により「連続した数個の行為にして同一の罪名に触るときは一罪として処断する」として連続犯を規定していた刑法 55 条は廃止されてはいるが、これらを社会通念上一個の犯罪として取り扱うべき条理に変わりはなく、またこう解することが基本的人権と個人の自由を保障する憲法の趣旨にも適うから上記一連の犯行は依然として実質的一罪であると解すべきであるなどとした。これら 2 点を理由として、①の行為について本件公訴を提起することは「既に確定判決を経た公訴事実について刑罰を科し、憲法三九条後段の『同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問はれない』との憲法違反があるものとして破棄を免れない」とする上告がなされた。

【判旨】最高裁は、上告趣意の第一点について刑法 405 条所定の上告理由に該当しないとしたうえで、第二点について「連続犯の規定は昭和二二年法律第一二四号で削除されたのである。従つて右規定廃止後は数個の窃盗行為が数



日の期間を経て行われたときは、たとえその被害者が同一人であるにしてもこれを併合罪として処断すべきものであり、併合罪の関係にある一部の罪について判決がなされても、その判決の既判力は他の部分の罪には及ばないのである」としたうえで、「被告人が昭和二四年二月二五日名古屋地方裁判所で受けた所論確定判決の罪は第一、昭和二三年一二月一日頃 A 方で同人所有の衣類十数点を窃取し、第二、同二四年一月七日頃前同所に於て同人所有の衣類五、六点を窃取し、第三、同年同月二七日窃盗の目的で前期 A 方風呂場より同屋内に侵入し衣類等を物色したるも被害者に『泥棒、泥棒』と騒がれて其の目的を遂げなかつた事実であつて併合罪として処断せられているのである」が、これらの罪と本件①の行為とは併合罪の関係にあり、「同一の犯罪ではなく別個の犯罪であり併合罪として処断されるべきものであるから本件第一の犯行を審理裁判したことは前期確定判決に判示された各犯行につき再び審理裁判をしたものということとはできない。従つて所論憲法三九条違反の主張はその前提において既にその理由がないものである」として上告を棄却した。

### (i) 本判決の理論的位置づけ

#### ① 一事不再理効に関する側面

本判決は、判決の実体的確定力は事件が単一かつ同一であるかぎりその全範囲に及び、科刑上一罪においても単一性は認められるという理解を前提としながら<sup>90</sup>、昭和 22 年改正により連続犯を規定する刑法 55 条が削除されたため<sup>91</sup>、昭和 24 年名古屋地裁判決の既判力はもはや本件①の行為に及ぶことはなく、検察官がこれについて公訴を提起することを妨げないとしている。一事不再理効の客観的範囲に関して公訴事実の単一性を論じていることは明らかであるようにみえる。

#### ② 二重処罰禁止に関する側面

それではなぜ、一部の憲法学説<sup>92</sup>は本判決を二重処罰禁止に関するものとみるのであろうか。この点に関して興味深いことは、まず、昭和 22 年刑法改正における連続犯の削除に立案担当者として関与した中野次雄が、観念的競合

の一罪性・数罪性の問題に関して、「これを連続犯に倣って数罪ということにしても、憲法三九條との関係で、これを分割して處断することには大きな制限があると考えざるを得ない<sup>93</sup>」とし、憲法 39 条が少なくとも罪数処理一般に対しては制約を及ぼすことを認めていたことである。くわえてほぼ同時期に、小野清一郎と佐伯千仞が、被告人の法的安全性の確保を一つの理由として、従来連続犯とされてきたもののなかには解釈によって従来通り一罪として処理すべきものが含まれていると主張していた<sup>94</sup>ことが注目される。これらの見解の背後に横たわる、憲法的制約のもとにおける連続犯に対する一罪的処理の要請を考慮するなら、上告趣意のように、本判決が一罪的に処理されるべき一体的な犯罪事実について二重に「科刑」をしたとして、憲法 39 条後段違反を主張することも理論上は可能となってくるように思われる。

#### (ii) 二重処罰禁止の観点から本判決を論ずることの意義

もし本判決を二重処罰禁止の観点から論ずるとするなら、まず、憲法 39 条後段にいう「同一の犯罪」は、一事不再理効が及ぶ「単一かつ同一の公訴事実」とどのような関係に立つのかということが問題となりうる。もし、両者が同じものであるとすれば、本判決に関して二重処罰禁止を論ずる理論的・実務的意義も小さなものとなるだろうからである。

この点に関しては、一事不再理効を憲法上保障された被告人の人権であるとする白取祐司が、その客観的範囲を画するための公訴事実概念を確定するにあたり、この場合は前の訴訟が終了した後に再訴がなされたことが当然の前提となるのだから、既に終了した前訴の内部で完結する訴訟内の考察ではなく、訴訟外的考察によることが必要になるとし<sup>95</sup>、公訴事実に関して、機能的な枠概念ではない前法律的・社会的事実である、①自然的・社会的に一個の行為（事実）としての「憲法上一個の行為」（憲法 39 条前段後半）、および②それらの事実が罪数論上一罪の関係に立つか非両立の関係に立つ場合である「憲法上の一罪」または「憲法上非両立の事実」（憲法 39 条後段、同 31 条）という基準を提唱したこと<sup>96</sup>が注目される。白取は、上記の基準にもとづいて、接続犯

に関しては主観面の共通性を根拠に行為の一個性が認められる場合が多くなるのではないかということ<sup>97</sup>等を主張し、通説的見解とは異なる理解を示した。二重処罰禁止も、少なくとも1つ以上の刑事手続を含んだ二個以上の手続が並立的に進められることが想定される場面に関するものであるから、その場合になされる重疊的な科刑の対象となる「行為」は、白取説と同様に訴訟外的考察方法にもとづいて把握された事實的・社会的実体をもつ行為ないし事実となる可能性はあるかもしれない。

鈴木茂嗣もまた、平場安治が公訴事実の同一性の問題に関して2つの事実が異なる場合にはじめて問題となるのにそれでいて2つの事実は同一であるとする一種の矛盾があることを指摘し、このような矛盾を解消しながら同一性判断を基礎づけるためには訴訟外的な範疇的概念としての「社会的嫌疑」を基準とすべきであるとしたこと<sup>98</sup>に示唆を受け、公訴事実は単なる機能概念にとどまらないより実質的な社会的・法的基盤をもったものとして理解すべきではないかと主張した<sup>99</sup>。そして、「公訴事実」概念を全体としての刑事手続がその解決のために向けられている社会的問題としての公訴問題事実（訴訟が依然として「同一」の社会問題をとりあげているかというかたちで「同一性」を論ずべき対象となる）<sup>100</sup>、および現に公訴が提起され主張されている犯罪事実である公訴犯罪事実（内容的には訴因と同じであり、複数の公訴犯罪事実の手続上の一体性が「単一性」を基準として判断される）<sup>101</sup>とに分析し、前者の同一性を判断する基準として「法益侵害の同一性」を挙げ<sup>102</sup>、後者の単一性判断の規準としては罪数論を挙げた<sup>103</sup>。先の白取説に関する検討からすると、二重処罰禁止において問題となる「行為」は、事實的・社会的実体をもつ行為ないし事実であると推測され、鈴木説においては、刑事手続が問題解決の対象として志向する公訴問題事実との関連が深いものと思われるが、ここでは、鈴木が、包括一罪を「法益侵害の一体性（ないし付随性）」が認められる場合として科刑上一罪よりも法条競合（当然一罪）に近いものであるとしたうえで<sup>104</sup>、包括一罪の一種である接続犯について検討するなかで連続犯についても論究して

いること<sup>105</sup>に着目しておきたい。平場安治もまた、社会的関心がその個々の行為について重要性を認めないことを理由として、連続犯の場合は包括的に一個の判決で足りると主張していた<sup>106 107</sup>。

### (iii) 本判決が二重処罰問題に与える理論的な示唆

以上、検討を加えてきたが、本件類似の事案を解決することを目的とするかぎりでは、二重処罰禁止に言及することなく、連続犯規定の削除後も、そのなかの一部を、たとえば、包括一罪と解するなどして一罪的に処理し、この範囲で一事不再理効が及ぶか否かを問えば足りるという側面があることは否定することができない。それでもなお、本判決を二重処罰禁止に関するものと位置づけるとすれば、それはむしろこの問題に関する理論的課題を考察するうえで示唆を得るためにする意味合いが大きいように思われる。

まず、以上の検討からもわかるように、かりに、個人の実在的な自由を保障するために、刑罰を含む重量的な制裁賦科が禁止されると解するとしても、それらの制裁対象となる「行為」をどのように把握すべきなのかということはひとつの理論的課題となりうるということである。そして、このような理論的課題は、たとえば、刑罰と課徴金が併科されうる独占禁止法上の不当な取引制限の罪における実行行為をどのように把握するかという問題<sup>108</sup>とも関連が深いものであると思われるから、二重処罰問題の実践的解決にも一定の意義をもちうることになるかもしれない。

つぎに、上記の点とも関連するが、二重処罰禁止は、ひとつの行為ないし一体的に処理されるべき犯罪事実に対して刑罰を含む制裁を重量的に賦科することを問題とするものであって、「一人の行為者」に対するそれを取りあげるものではないということを確認する必要があるということである。それゆえ、併合罪（刑法 45 条以下）の場合を含む数罪が同時に審判されたり、あるいは別個の手続で科刑されたりすることは二重処罰「許容」の論拠にはならない。刑罰と行政制裁の併科自体は憲法上禁止されてはいないと主張した先駆的な学説が挙げた論拠も、ひとつの犯罪に対して自由刑と罰金刑を併科する規定が存在

することや、主刑に加えて没収刑が科される場合がありうるということ<sup>109</sup>であった。

その点よりもむしろ、本件弁護人の上告趣意が二重処罰禁止を主張したものと位置づけるためには、原審における判決の言渡しを「処罰」にあたと解する必要があるのではないかということの方が重要であると思われる。そうでなければ、二重処罰禁止が適法な上告理由となりうる理論的可能性に疑問が生ずるからである。そのような疑問を解消するためには、二重の「処罰」にとって本質的であるのは、上記の二重処罰許容説が示唆するような、有罪判決に含まれる「刑の種類と個数」であるのか、本判決の上告趣意が前提とするような「判決の言渡し」であるのか、それとも昭和25年最高裁判決（②判決）が前提とするような三審制度のなかで「判決が確定し刑を執行しうる状態に至ること」や、さらに進んで「刑が執行されること」であるのか、ということを解明する必要があるように思われる。

#### (d) ④最大判昭和28年7月22日刑集7巻7号1621頁

【事実】本判決に関してもまた第一審判決が判例集不登載であるため正確な事実関係は明らかでないが、原審判決、弁護人の上告趣意および本判決の少数意見によれば次のような事実が窺われる。被告人は、昭和26年3月15日、「1949年8月頃占領軍及び日本警察に関する情報収集の目的で不法に日本に入国したこと」等を含む4つの事実が「占領軍の安全に有害な行為」の罪にあたるとして起訴された。東京一般憲兵裁判所（General Provost Court at Tokyo）は上記の事実全部について有罪を認定し、懲役10年罰金5000ドルの刑を言い渡した。被告人は、東京拘置所、千葉刑務所等で服役していたが、昭和27年4月28日、日米平和条約発効と同時に釈放された。その釈放の後、日本の検察当局は、直ちに被告人を逮捕し、「被告人は朝鮮に国籍を有する外国人であるが昭和24年8月頃連合国最高司令官の承認を受けないで朝鮮元山より隠岐島を経て鳥取県堺港に上陸し、以て不法に本邦に上陸したものである」という事実

について起訴した。原審（東京高判昭和27年10月24日刑集7巻7号1632頁参照）は、被告人の行為に外国人登録法附則第3項、外国人登録令（昭和24年政令381号による改正前のもの）3条、および同12条1号を適用し、懲役6月を言い渡した。これに対して弁護人は、連合国軍事裁判所の裁判権はポツダム宣言にもとづいて日本を占領する連合国軍の權威に由来するものであるが、ポツダム命令違反行為については、占領軍による秩序維持を目的とした権限を日本の裁判権が代理して間接的に行使する関係にあるとして、「原判決は憲法第三九条後段に違反し、被告人に対し二重処罰禁止の原則をおかして再度の処罰を科した違法がある」などとして上告した。

【判旨】最高裁判所は、「憲法三九条は、同一の犯罪につき、わが国の憲法による裁判権によつて二重に刑事上の責任を問うことを禁じた趣旨と解すべきである。すなわち、同一事実についての前の裁判と後の裁判とが、共にわが国の裁判権にもとづくものである場合にはじめて、憲法三九条の定める二重問責の禁止にふれるものといわなければならない。しかるに、占領軍軍事裁判所は、連合国最高司令官によつて設立されたもので、その裁判権は同司令官の権限に由来し、わが国の裁判権にもとづくものではない。従つて、すでに占領軍軍事裁判所の裁判を経た事実について、重ねてわが裁判所で処罰することがあつても、憲法三九条に違反するものとはいえないのである」として、上告を棄却した。なお、本判決に対しては、本件被告人は同一の行為についてすでに外国判決の執行を受けたと見るべき場合に当たるから、原審には刑法5条但書にもとづいて刑の執行の減輕または免除の言渡しをしなかつた違法がある旨を主張する栗山茂、小谷勝重、藤田八郎、谷村唯一郎裁判官の少数意見が付されている。

#### (i) 本判決の理論的位置づけ

本件被告人は、自らがおこなつたひとつの自然的な行為について、連合国軍事裁判所およびわが国の裁判所によって現実に2度の処罰を受けている。したがって、本件は二重処罰に関する考察にとって重大な意義をもつように思われる。

しかしながら、本件と類似した問題については、日本国憲法施行後間もない時期においてすでに、団藤重光が外国の確定判決に一事不再理効を認めないことは憲法 39 条に反しないという見解を明らかにしており<sup>110</sup>、判例もまた、本件と同様の事実関係に関する事件について、外国で確定判決を受けた者であっても同一行為に付いてわが国でさらに処罰することを妨げないと規定する刑法 5 条を根拠とし、旧刑訴法 363 条で免訴事由とされている「確定判決ヲ経タルトキ」とはわが国の裁判権による確定判決による場合のみを指すという判断を示していた<sup>111</sup>。

これに対して、本判決は、憲法 39 条後段が禁ずる「二重問責の禁止」は前の裁判と後の裁判がともにわが国の裁判権にもとづく場合に限られるとして上告を棄却した。本判決の説示は、手続法上の一事不再理効の観点によったものではないようにもみえるが、二重処罰禁止についてはっきりとした言及をしているわけでもない。そして、「二重問責」という言葉が用いられていることからわかるように、本判決は手続法的な観点から考察することも可能であり、以下に検討する当時の学説も一事不再理や二重危険禁止の見地から問題を論じている。

このように本判決の理論的な位置づけに関しては複雑な問題があるようにみえるが、ここでは主として当時の議論に沿って検討をくわえていこうと思う。

## (ii) 裁判権の性質に焦点を当てた検討

当時の学説はまず判旨と同様に軍事占領裁判所の裁判がわが国の裁判権の作用といえるか否かを問題とした。兼子一は、連合軍による占領は日本が降伏文書を正式に受諾したことにもとづくものであり、日本国憲法も占領権力を受忍する前提のもとに制定されたのだから、占領権力と日本の統治権とは上下一体の関係にあるという認識のもとに、連合軍軍事裁判所は、間接統治の例外としての司法権の直接管理として設けられるものであって、その裁判はわが国の裁判所による裁判と同視すべきものであり、両者が同一事実につき二重に問責すれば憲法 39 条が保障する二重危険禁止に反することになるとした<sup>112</sup>。

これに対して、長島敦は、軍事占領裁判所による裁判は究極的には連合国最高司令官の管理下にある点でわが国の裁判所による裁判と同じであるという側面はあるものの、かといってわが国の刑法5条が想定する外国裁判であるともいえず、この点で「全く新しい範疇に属すべき裁判ということになる」とし<sup>113</sup>、少なくとも憲法39条の解釈論としては、軍事裁判はわが国の統治権の作用による裁判とはいえず、これについて一事不再理効を認めずとも違憲ではないとした<sup>114</sup>。

占領政策の終了という事情も影響したためか、軍事占領裁判所の法的性質についての論争は決着しなかったように見えるが<sup>115</sup>、本件のような事案に関する憲法39条の解釈と事件処理については判旨が示した方向性が定着した。もっとも、この場合においても、本件少数意見の主張が、刑法5条但書の準用による刑の執行の必要的減軽・免除というかたちで後の判例<sup>116</sup>によって採用されるに至っていることに注意すべきである<sup>117</sup>。

### (iii) 被告人の自由権に焦点を当てた検討

これに対して、憲法39条が規定する被告人の自由権の保障という観点から本判決を分析するといかなる洞察が得られるだろうか。この点については当時すでに、長島敦が「一事不再理（Non bis in idem）の原則は、同じ行為について同じ人を二重に処罰しないといういわば正義の理念を根底にもつ——従つて国境を越えて国際的に働きうる原則である<sup>118</sup>」ことを指摘していた。そして現在では、小島淳が、一事不再理効を根拠づける理論としての具体的規範説と二重危険禁止の異同を論ずるなかで、人権として捉えられた二重危険禁止は、判決内容の固定化たる具体的規範の存在と当該規範の内容と矛盾する判決の禁止ないし同内容の判断を繰り返すための後訴審理の無意味さといった理由づけを媒介せずに、1度有罪判決を受ける危険にさらされたことから直接その後の訴追の遮断を導きうるものであることを示唆している<sup>119</sup>。これらのことを併せ考えると、一事不再理効あるいはその根底にある二重危険禁止の思想に焦点を合わせるか、それとも二重処罰禁止の理論の枠内で議論するかは別として、



これらの根底にある被告人の自由権だけに率直に目を向けるなら<sup>120</sup>、本件被告人のようにすでに1度審理判決を受け、刑を執行された者に対しては後訴遮断ないし再度の処罰禁止という保障を直ちに与えることが適当であるようにも思われる。

#### (iv) 「処罰の趣旨」の考慮による問題の複雑化

しかし、本件のような場面においても、被告人の自由権に対置されるものとして訴追審理ないし処罰に関する国家の側の利益を無視することができないこともまた事実であると思われる。まず、芝原邦爾は、外国判決の一事不再理効については、二重処罰禁止という被告人の人権尊重の観点とは別に、外国における処罰によって犯罪防圧の目的が達成されたかという観点があることを指摘する<sup>121</sup>。刑法5条もこのような利益衡量を根拠として制定されたものであると思われる。それでは、連合国軍軍事占領裁判所がわが国において被告人をすでに1度処罰していた場合はどのように考えるべきだろうか。この点については、長島敦が、当時のフランス学説をも引き合いに出しつつ、「軍事裁判所は、第一次的には、連合国及びその所属員の利益の保護とか、占領目的遂行の妨害の排除とかを目的とするのに反し、わが裁判所は、第一次的にわが国及びわが国民の利益の保護を目的とするのであつて、同一犯罪事実に対する評価が必ずしも一致せず、従つて一方による処罰は、他方による処罰を常に不必要にするとは限らない」ことを根拠として、軍事裁判にわが国の裁判に準じた既判力を与えることは現行法制を前提とするかぎり不可能であるとしていた<sup>122</sup>。

#### (v) 本判決に対する疑問

しかしながら、そのような処罰にも自ずから限界があるはずである。本件上告趣意がいうように、刑法5条によるわが国における再度の処罰が許される実質的な根拠は、「外国で処罰し、外国がその犯された法秩序を回復する措置をとつたとしても、それが直ちに吾国も同様な措置（裁判、処罰）をとつたことにならない関係にある」という点に求めるほかはないと思われる。そうであるなら、裁判権の異同について議論があつたとはいえ、結局のところ、すでにわ

が国で一度処罰されている，わが国で犯された犯罪を，もう一度わが国で処罰したものである本件処罰を憲法 39 条後段違反とする余地もあるように思われ，筆者もまたそのような結論が妥当であるように思うのだが，現段階の考察によってこの問題に対する最終的な結論を出すことは差し控えておこうと思う。

(e) ⑤最大判昭和 28 年 12 月 9 日刑集 7 卷 12 号 2415 頁

【事実】本判決に関しては第一審および原審が判例集不登載のため正確な事実関係は明らかでないが，判旨および弁護人の上告趣意等からは次のような事実が窺われる。被告人は，臨時物資需給調整法違反を理由として起訴されたが，大坂簡易裁判所は，昭和 25 年 10 月 6 日，起訴状のなかに被告人に対する公訴事実が記載されていないとして，刑訴法 338 条 4 号にもとづき公訴棄却の判決をした。検察官はこの事件について再度公訴を提起し，原審は有罪判決を言い渡したとみられる。

これに対して，弁護人は，憲法 39 条後段はアメリカ合衆国憲法修正第 5 条に由来するものであるが，ここにいう Double Jeopardy の概念は「処罰」ではなく「審判」に関するものであるから，二重危険禁止は，Double Prosecution 禁止の保障を無視するものではないとしたうえで，本件において再訴追を認めることにより，公訴事実の記載欠如という検察官の重大な手落ちを被告人の負担において救済することは妥当でないと主張し，結局，「憲法三十九条末段ノ『同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問はれない』トノ規定ハ既ニ有罪トサレタ行為ニツイテ二重ニ処罰サレルコトカナイトイフ趣旨ニ解スルコトハ狭キニ失ス。右規定ハ前述ノ二重処罰ノ外ニ二重訴追ヲモ禁スル趣旨タト解スルコトハ右規定制定ノ沿革ニ徴スルモ明ラカテアル」として上告した。

(i) 本判決の理論的位置づけ

本判決においては実体裁判がなされたわけではないから，ここでは①一事不再理は関係がなく，また，「処罰」がなされたわけでもないから，②二重処罰

禁止とも関連が薄い。やはり、③憲法 39 条後段が二重起訴禁止を規定したものであるか否かという意味合いにおいて、二重「危険」の実質が問われたものであるとみるべきであろう。もっとも、②昭和 25 年最高裁判決に関する分析において述べたように、二重危険禁止と二重処罰禁止は被告人の自由権の実質的な保障を図るものであるという点で共通するから、このかぎりにおいて、以下に若干の考察をしよう。

## (ii) 憲法 39 条と二重起訴の禁止

すでに、②昭和 25 年最高裁判決における少数意見のなかで、栗山茂裁判官は、「元来本件の人権も、三七条、三八条等の人権と等しくなるべく刑事被告人に有利に解釈するのが憲法本来の趣旨に合するものである」として、憲法 39 条後段を「同一の犯罪について二重に訴追（Second Prosecution）されないことに対する保障と解すべきものと思う」と主張していた。もっとも、昭和 25 年判決に関するかぎりでは、同裁判官もまた、「我刑事訴訟手続では上訴少なくとも控訴審を以て非常救済の手段としていないのであつて、一連の訴訟手続の一部としているのである」から、「同一問責の状態は継続するものであり」、「第一審の判決に対し検事が被告人に不利益な上訴をしても二重問責の問題を生じない」ことになるだろうとしていた<sup>123</sup>。しかし、被告人の権利保障という観点から、「二重危険の原則を」「一事不再理の法諺に還元するだけでは憲法上の保障としてはその意義不明瞭であり、殊にそれを多数意見のように解するとすれば狭きに失すると思う」と主張していた点は注目に値すると思われる。

とはいえ、そのようにして実質化された二重の危険禁止による保障の限界線をいかにして確定するのは困難な問題であるように思われる。人権保障の観点から二重危険禁止を説いた田宮裕も、形式裁判に一事不再理効が生ずるか否かに関しては、「わが法における二重の危険の効果は、実体的に訴追を終了してはじめて発生するわけであるから、原則として、否定的に解してよいであろう<sup>124</sup>」としていたし、後年になっても、とりわけ免訴判決について、被告人が「実体裁判における負担」と同視しうる危険を被った場合についてのみ二重危険の

発生を認めていたにすぎない<sup>125</sup>。

本件のような事案における検察官による再訴追を二重危険禁止を理由として違憲とすることには無理があるように思われる<sup>126</sup>。

### (iii) 二重処罰に関する考察に与える示唆

被告人の自由権保障という観点から概念の実質化を図りうるのではないかとすることは、二重処罰禁止原則についても考えることができるだろう（前出③最高裁昭和27年判決（iii））。もっとも、言語の問題として、「処罰」概念の方が、「危険」概念よりも厳しい輪郭をもっているように思われるから、その外延を拡げていくにしても、各審級における実体裁判の言渡しを包摂することが限度になるのではないだろうか。

### (f) ⑥最判昭和29年7月2日刑集8巻7号1009頁

【事実】本判決に関しても原審および第一審判決が判例集不登載であるため、正確な事実関係は明らかではないが、被告人および弁護人の上告趣意からは次のような事実が窺われる。弁護士である被告人は、①昭和24年11月30日頃、事務所兼寓居とするため家主Aから使用の許諾を得た木造家屋の一部につき、同家屋を占有する管理人Bに対し明渡し請求訴訟を提起したが、その際に、A名義の訴訟代理委任状1通を偽造・行使し（私文書偽造・同行使）、②昭和25年1月頃、Cから遺産相続に関する紛争解決方の依頼を受けると、自ら代理人となり、Cの養子Dに対し家庭裁判所に養子離縁および別居請求等の申立てをしたが、同3月5日頃、乙と共謀のうえ、係争中の相続財産の一部でありCとDの遺産共有に帰していた山林に生立する立木を、Dに無断で売却し（横領、詐欺未遂）、さらに、③昭和25年7月、詐欺容疑で警察の取調べを受けていた合資会社社長EをF弁護士と共に支援した際、同合資会社からFに対する謝礼金1万円を預かり保管中、これを勝手に費消した（横領）。被告人が所属する佐賀弁護士会は、昭和25年11月6日、これら3つの事実にもとづき被告人を退会処分にしたうえ、昭和26年2月、同一の事実について被告人を告発した。

同年4月、被告人は起訴され、第1審、第2審において有罪判決を受けた。

弁護人は、弁護士法上の懲戒は刑罰ではないが、「懲戒と云い、刑罰と云い共に公の権力に依て個人的人格上の法益を剥奪する点に於ては差異なく、これが科罰に関する立法的作用の恣意から個人の自由を保障する必要ある点に至りては両者の間何等区別すべき理由は認められ」ず、「殊に国家公務員（ママ）第八五条に於て懲戒と刑罰の両罰を許して居るが弁護士法には左様な特例の定めがない立法精神を稽うるときは憲法精神を類推して弁護士会の懲戒処分も刑罰と同様に解し右憲法第三九条後段の規定に依り被告人に対しては免訴の言渡をなすべきであつた」として上告した。

【判旨】これに対して、本判決は、「……憲法三九条後段の規定は何人も同じ犯行について二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではないという根本思想に基づく規定であることは当裁判所大法廷判決の判示するところである…。そして弁護士法に規定する懲戒はもとより刑罰ではないのであるから被告人が弁護士法に規定する懲戒処分を受けた後更に同一事実に基づいて刑事訴追を受け有罪判決を言渡されたとしても二重の危険に曝されたものということのできないことは右大法廷判決の趣旨に徴して極めて明らかである。論旨は弁護士法には国家公務員法八五条の如き懲戒と刑罰の両罰を許した規定がないから弁護士法の懲戒処分を刑罰と同様に解し一事不再理の原則を適用すべきであると主張する。しかし懲戒は刑罰ではないのであるから規定の有無にかかわらず懲戒と刑罰とが一事不再理の関係に立つものということとはできないのである。されば右と同趣旨に出でた原判決は正当であつて論旨は採用できない」として上告を棄却した。

#### (i) 本判決の理論的位置づけ

まず、弁護士法上の懲戒は、判旨もいうように、その目的と形式が刑事手続からあまりにも駆け離れたものであるように見えるし、また、懲戒処分をした弁護士会が裁判所と異なる権力主体であることも明らかであるから、本判決を一事不再理ないし二重の危険の観点から考察するなら、上告棄却は当然の結論

であるようにも思われる。それでもなお、本判決に関して憲法 39 条違反の可能性を問うとすれば、二重「処罰」禁止の観点をもち出すしかないだろう。手続きの相違に関わらず、被告人が同一の犯罪事実を理由として 2 度の苦痛を与えられたことは確かなことであるからである。しかし、「懲戒はもとより刑罰ではない」という説示は、二重処罰禁止にも当てはまるのであるから、やはり上告棄却の結論は当然であるという考え方もありうるかもしれない。そこで、以下では、二重処罰禁止の視点から被告人の上告趣意を分析すると、どのようなことがみえてくるのかを考察していきたい。

## (ii) 弁護士法における懲戒の法的性質

まず、弁護士法上の懲戒の法的性質を明らかにしておこう。被告人が受けた退会命令（弁護士法 57 条）は、被懲戒弁護士を所属弁護士会から一方的に退会させ、特に効力停止の決定を得ないかぎり、告知と同時に弁護士たる身分を失わせる処分である<sup>127</sup>。そして、弁護士法上の懲戒は、判例上、公の権能を付与された弁護士会および日本弁護士連合会が弁護士の非行を理由として被懲戒者に不利益を科す一種の行政処分であると解されており<sup>128</sup>、また、法規上は、「弁護士の職務の公共性を保証する見地から、広く何人からも弁護士について懲戒の請求ができることと<sup>129</sup>」されている（弁護士法 58 条 1 項）。

そうすると、弁護士法上の懲戒には、弁護士会に委任して行われる国家的な強制措置としての側面があるといえることになる。

## (iii) 弁護士法上の懲戒は二重処罰禁止の対象となる制裁としての性質を有するか

それでは、弁護士法上の懲戒は、二重処罰禁止の観点から刑罰と併せて科すことが禁じられるような制裁としての性格を有しているのだろうか。この点について論じていこう。

### ① 懲戒理由

まず、懲戒理由を確認しよう。これは、私文書偽造・行使、詐欺未遂および横領という犯罪を構成する事実と同一の事実である。もちろん、これだけで

は、被告人の受けた苦痛が刑罰類似のものであると断定することはできないが、本事案では、被告人が所属していた佐賀弁護士会が「退会処分の翌日佐賀市内の全新聞社に対し大々的に之を公表し」たことことが重要な意味合いをもつことになると思われる。もし、社会に生きるわれわれの制裁感情が、ある人がなした行為に対してはそれに相応しい賞罰が加えられるべきであるという解釈原則、すなわち「応報」基準からどうしても逃れられないものであるとするならば<sup>130</sup>、犯罪的な行為にもとづく退会処分がメディアによって公表されたことを通じて被告人が被る社会的な非難は、刑罰に内在する応報的非難に類似するものとならざるをえなくなるからである。このことは以下に述べる点にも関わってくる。

## ② 被告人が受けた苦痛

つぎに被告人が受けた苦痛について考察していこう。まず、上告趣意にもあるように、本件退会処分の目的には、「結局所属会員から弁護士の資格を剥奪せんとするの一点に在った事は疑う余地がない」と論難されても致し方がない側面があったことは否定することができないように思われる。というのも被告人がいうように、「どんな名義の懲戒処分でも後になつて『告発』され『有罪判決』を受ければ『除名』と同様或はそれ以上の効果を生じ資格を喪失するに至ることは確定的」であるからである。つまり、本件懲戒には、被告人が弁護士業を営めなくするためのものだという側面はある。これによって、被告人は職業的ないし経済的な利益を失うことになる可能性が高い。

さらに、先ほど引用した部分とも重なるが、被告人はつぎのように言う。すなわち、自らが所属していた佐賀弁護士会が、「退会処分の翌日佐賀市内の全新聞社に対し大々的に之を公表し以て被告人の社会的信用を失墜せしめ」たうえで、被告人を告発したことは「弁護士会そのものの一種の自殺行為」であり、その結果自らが「遙かに重い致命的な有罪判決」を受けることになったと言うのである。もちろん、このような反論のすべてを鵜呑みにすることはできないが、刑罰の本質は応報であるという指摘は古くからある<sup>131</sup>。このようなこと

を考えるなら、被告人による犯罪的行為を理由とする、新聞による公表とその後の告発をともなう本件懲戒には、①それ自体として刑罰類似の社会的非難を被告人に与える側面があり、さらにまた②被告人がさらに重い有罪判決およびそれに伴うより一層強力な社会的非難を受ける切っ掛けにもなった側面もあるといえることができる。

以上のことを考えると、本件懲戒によって被告人が受けた苦痛は、無視しうるほどに小さいものでは決してないといえることができるように思われる。

### ③ 法形式

しかし、上記不利益は、国家が意図的に被告人に科した苦痛であるとまでいうことはできるのだろうか。この点を確認するために、弁護士法上の懲戒に関してその法形式を検討しておこう。

弁護士法 56 条 1 項は、「弁護士及び弁護士法人は、この法律又は所属弁護士会若しくは日本弁護士連合会の会則に違反し、所属弁護士会の秩序または信用を害し、その他職務の内外を問わずその品位を失うべき非行があつたときは、懲戒を受ける。」と規定する。そして、学説上においても、弁護士法における懲戒制度の目的は、国家機関と対峙しつつ「基本的人権を擁護し、社会正義を実現する」（弁護士法 1 条）弁護士の職務の適正を確保するために、彼らの自治能力に基づいて非違行為を防止すべく自粛自戒を実現することにあるとの指摘がある<sup>132</sup>。これら 2 点を踏まえると、弁護士法上の懲戒は、国民の権利擁護と関わりの深い公的側面をもつと同時に、弁護士業界の内部秩序に基礎をおく職務関連的な措置であるという側面を持ち、そして、これら 2 つの側面のうち後者の色彩をより強く帯びたものであると考えざるをえないように思われる。したがって、その措置目的も、職務上の非違行為の防止ないしその枠内での責任清算であると考えられる。

これに対して、刑罰はときとして被告人の全人格を否認するものであるともいわれている<sup>133</sup>。結局のところ、本件懲戒処分には、刑罰と併せて科すことが禁じられるほどの「制裁」としての性格がないということになるのではないだろうか。



#### (iv) 本判決に関する考察

##### ①「制裁」に関する示唆

以上のように、本件被告人が受けた懲戒処分により苦痛は無視しえるほど小さいものではないが、懲戒という法形式が「制裁」としての性格をそれほど強くはもたないものであるために、本件における弁護士法上の懲戒と刑罰との併科は憲法 39 条に反するものではない、ということが本判決が有する理論的な意味合いということになるのだろう。

「制裁」に関する本格的な理論的考察は第 4 章に譲りたいが、このような結論はつぎのような実質的理由づけによっても支えることができるように思う。つまり、このような事案についてさえ刑罰と他の公的な制裁等の累積的な賦課を認めないのであれば、これらが犯罪をはじめとする違法行為を抑止するための共働作用を営みうる<sup>134</sup>ことを一切否定するような帰結に至りかねないという立法政策上の懸念が生ずるということである。本稿もこのような懸念は妥当であると考ええる。

しかしその一方で、憲法 39 条が保障する人権は被告人の自由権であり<sup>135</sup>、本件被告人が懲戒処分によって受けた生々しい社会的非難を、二重処罰問題を考察するうえで無視することがあってはならないであろう。もし、憲法 39 条によって、被告人の自由の實在的な保障を図ろうとするならば、公法上の制裁等が法規上明文で課すことを定めた不利益のほかに、そのような法律実証主義的な枠を越えた広がりをもつ、人間存在に対する「インパクト」を考量の枠組みに導き入れることができるような理論体系を構築することが求められるように思われる<sup>136</sup>。

##### ② 立法政策に与える示唆

また、被告人が、「国家公務員（ママ）第八五条に於て懲戒と刑罰の両罰を許して居るが弁護士法には左様な特例の定めがない」と主張していたことにも着目しておきたい。被告人がいうように、国家公務員法 85 条は「懲戒に付せらるべき事件が、刑事裁判所に係属する間においても、人事院又は人事院の承

認を経て任命権者は、同一事件について、適宜に、懲戒手続を進めることができる。この法律による懲戒処分は、当該職員が、同一又は関連の事件に関し、重ねて刑事上の訴追を受けることを妨げない」と規定する。被告人は、この法85条後段を国家公務員に対する特例と解したうえで、このような特例を規定した条文がない弁護士法において、懲戒手続が進行しているときに刑事訴追を行うことは許されないと主張するのである。さらに、このような特例を欠く弁護士法の「立法精神を稽うるときは憲法精神を類推して」、本件におけるように、懲戒処分の確定後改めて刑罰を科すことも禁じられるとするのであろう。

ただし、文言解釈としては、国家公務員法85条後段は、特別・例外的な事柄を宣言したのではなく、現在の通説的見解のように、「当然のことを確認した<sup>137</sup>」ものであるとも解しうるから、以上のようなことを主張してみても、本判決の結論を覆すほどの影響はないようにもみえる<sup>138</sup>。とはいえ、立法政策上の問題としては、同一の事実を理由とする、刑罰を含んだ複数の国家的措置を手続上一本化して、一度の制裁を科すようにする、というような途もあるのだということを確認しておくことには重要な意味があるように思われる<sup>139</sup>。

### (3) 若干のまとめ

さて、次節においていよいよ最大判昭和33年4月30日民集12巻6号938頁を分析・検討することになるが、これまでの検討によって知ることができた事柄を確認しておこう。

第一に、敗戦を経ても刑事法の実務および学説においては、新憲法に込められたとされている理念が直ちに定着したというわけではないということである(第2節)。

第二に、戦後初期判例のなかには、憲法39条後段違反を理由として上告がなされてはいても、実際には、二重処罰問題に関する判例とは理論的に区別されるべきもの(第3節①判決)、および刑法および刑事訴訟法についての具体的な解釈が問われているにすぎないようにみえるもの(③、⑤判決)が含まれ

ているということである。もちろん、上記諸判決から二重処罰問題を考察するうえで示唆を汲み取っていくことは重要な作業であると思われるし、被告人の権利保障が争われている以上、これらが憲法 39 条と一切関わりをもたないと言うことは適切ではないかもしれないが、歴史的にみれば、昭和 20 年代に多く見られた「立法の内容を明らかにするために必要な」「随伴現象」<sup>140</sup> という色彩が強い諸判例であると位置づけることができるように思われる。

第三に、それでもなお、二重処罰問題を考察するうえで重要な意義をもつと思われる諸判決もまた登場していたということである（②、④、⑥判決）。もっとも、これらの判決のなかには、一事不再理ないし二重危険と二重処罰禁止とを理論的かつ自覚的に区別することができていないようにみえるもの（④判決）や、被告人の主張を二重処罰禁止の観点から汲み取るべきであるのに一事不再理の観点からこれを退けたようにみえるもの（⑥判決）も含まれているように思われる。しかし、憲法 39 条の根本理念が被告人の自由権保障を実質化することにあるとすれば（②判決）、戦後間もない時期にこの点が確認されたことこそが重要なのであって、上記のような論理的な不明確性は当時あってはさほど大きな問題ではなかったのかもしれない。

しかし、第四に、被告人の自由権保障の実質化という理念が順調に発展し、二重処罰禁止をはじめとする具体的な法理に結実していくのではないかという期待もまた、これまで検討したところによれば、もつことはできない。たとえば、占領国軍軍事裁判所の法的性質といった困難な問題が介在していたにせよ（④判決）、当時の諸判決には、自由権の実質的な保障を訴える被告人の権利主張を形式論理でもって退けるようなある種の冷淡さが垣間見える。ここでは、とりわけ、⑥判決において、一面においてではあれ、憲法 39 条が被告人の自由権保障を謳ったものであることを確認したものであるはずの②判決が示した説示のうち、「何人も、同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではない」という部分だけが取り出され、これを形式的に適用することによって、実質的には二重処罰禁止を主張していたように

みえる被告人の自由権保障について立ち入った検討をくわえることもなく、上告棄却がなされたことに留意しておきたい。

小田中聰樹は、上記諸判決が登場した時期における司法の潮流を、朝鮮戦争の勃発を背景としてGHQの占領政策が転換した時代状況と絡めつつ特徴づけ、これに「刑事司法反動」という言葉をあてている<sup>141</sup>。本稿は本格的な歴史分析をしたわけではないし、ここでおこなった判例分析にも不備があるものと思われるが、小田中の言葉は本質を突いているように感じられる。昭和30年代に入ると、刑事法においても新憲法の理念を実現するような潮流もまた力強くなっていくと言われているが<sup>142</sup>、このことが二重処罰問題にどのような影響を与えるのだろうか、また、理論の精緻化はなされるのだろうか、これらの点を意識しつつ次節における検討に移ろう。

- 
- 1 分析の対象を絞り込むにあたり、昭和30年代に登場し、その後改訂がくわえられた憲法学の文献に掲載された諸判例を参考にした。宮沢俊義著（芦部信喜補訂）『全訂 日本国憲法』（1978・日本評論社）〔改訂前のものは1955（昭和30）年〕、佐藤功『憲法（上）〔新版〕』（1983・有斐閣）〔初版は1955（昭和30）年〕、宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（1974・有斐閣）〔初版は1959（昭和34）年〕等である。
  - 2 昭和25年法律第72号による改正前の法人税法（昭和22年法律第28号）においては重加算税の前身として追徴税が規定されていた。以下では、昭和33年大法廷判決に関する限りでのみ「追徴税」の語を用いる。
  - 3 この判決を二重処罰問題に関する判例の一貫した立場を最初に示したものであると位置づけるのは、白石忠志『独占禁止法 第3版』（2016・有斐閣）655-6頁。川出敏裕「追徴税と罰金との併科」『行政判例百選Ⅰ〔第7版〕』（2017）224頁も本判決を二重処罰禁止に関するリーディングケースであるとする。さらに、山口厚編著『経済刑法』（2012・商事法務）269頁〔島田聡一郎〕も同様の位置づけをしつつ、この判例理論には現れないにもかかわらず、課徴金制度導入時になされた「不当な利得」の剥奪という説明は、「いわば、過剰だったのである」とする。また、神山敏雄＝齊藤豊治＝浅田和茂＝松宮孝明編著『新経済刑法入門〔第2版〕』（2013・成文堂）65頁〔高山佳奈子〕も昭和33年最高裁判決を二重処罰問題に関する指導的な判例であるとしているようである。
  - 4 たとえば、平成3年改正においても、課徴金に関する独占禁止法改正問題懇談会は、「我が国の独占禁止法においては、課徴金のほかに別途刑事罰の制度を有しており、この枠組みは維持すべきである。その場合、二重処罰の問題を生じないようにする必要があることに留意しつつ、カルテルによる経済的利得の徴収という課徴金制度の性格にかんがみ、合理的な範

困で課徴金の水準を設定する必要がある〔圈点付引用者〕」（「課徴金に関する独占禁止法改正問題懇談会の報告書について」（平成2年12月21日）公正取引特報989号2頁）としていた。そして、課徴金の具体的な算定はカルテルによる経済的利得と企業本来の事業活動の実態を反映した指標としての営業利益率によるべきであるとしたうえで、「課徴金の算定率として売上額に課される一定率は、卸・小売業に係る取引がその他の業種のそれと大きく異なることを勘案し、これらを除いた資本金1億円以上の企業の相当期間の売上高営業利益率の平均値を考慮して、6%を原則とし、簡明かつ合理的な業種区分の下に具体的に設定すべきである」（同2頁）ことを提言したのである。

当時の公正取引委員会事務局官房企画課長であった加藤秀樹は、この懇談会における議論について、「二重処罰になってはいけないということですが、その結果として、課徴金というのはカルテルによって得られる経済的利得を徴収する。その範囲を越えてはいけない、ということになる」が、「ではどういう率を掛けるか、ということにだんだん議論が集約されてくる。その過程において、現行制度の性格を維持しつつ二重処罰にならない範囲というところの辺りまであげることができるのか、どの辺りまで上げるには、どういう理屈の下に上げることが可能なのかというような理論上の詰め、最も議論が集中しました」と振り返っていた（正田彬＝加藤秀樹＝来生新＝京堂哲久＝実方謙二「〈座談会〉独禁法の強化と課徴金の引上げ」ジュリスト977号（1991）13頁）。この点についてはまた、独禁法学者の実方謙二も、「不当利得の範囲内として説明できれば、制度の中に納まりますが、あまり高額な率を掛けることになれば、二重処罰との関係で、いささか問題が生じないわけではない、という点があります」（正田ほか・前掲座談会23頁）という認識を示していた。

そして、6%という課徴金算定率の具体的な数値については、「カルテルによる不当利得というのは、ミニマム営業利益であるといえます。今回の課徴金の改正案は、抑制的であり、最低限度これだけは、カルテルによる利益があると考えられる範囲にとどめておく、という趣旨で」あり、「販売業を除いた全産業の大企業の利益率の平均が大体六パーセントなのでそれを採用したということです」という説明がなされていた（正田ほか・前掲座談会23頁〔実方発言〕）。

- 5 第1回国会参議院司法委員会議事録第3号（昭和22年7月25日）4頁の鈴木義男司法大臣の発言を参照。
- 6 昭和22年刑法改正について概説した書物として、安平政吉『改正刑法要義』（1947・法文社）、中野次雄『逐條改正刑法の研究』（1948・良書普及会）がある。刑法一部改正前後になされた議論が窺われるものとしてはその他に、牧野英一「新憲法下の刑法理念」法律時報200号（1947）13頁以下、不破武夫「新憲法と刑法各側の改正」法律時報200号（1947）23頁以下、植松正「刑法改正問題と刑罰論争」法律時報200号（1947）31頁以下、佐藤藤佐＝中野次雄＝牧野英一＝正木ひろし＝松井道夫＝松永義雄「改正刑法の諸論點（座談会）」法律時報209号（1947）3頁以下等がある。なお、昭和22年改正の歴史的意義については、中山研一『刑法総論』（1982・成文堂）41－2頁の論評を参照。中山は、この改正が、国家主義と権威主義を捨てて明確に刑法の民主化と自由化を志向したものであったとしつつも、占領軍のイニシアティブにより推進されたものでもあったため、憲法の精神に則った全面的改正には至らなかったとする（中山・前掲書42頁）。

さらに、同時期に行われた日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律

(刑訴応急措置法)等については、団藤重光「刑事新立法について(1)(2・完)」法律時報203号37頁以下、同204号(1947)18頁以下。

- 7 国会参議院司法委員会議事録・前出注(5)5頁(鈴木義男)。
- 8 明治15年の旧刑法の施行と同時に司法省部内に起きた改正の議を端緒とする(旧)刑法改正問題、および現行刑法(明治40年法律第45号)の制定経過の概略については、西原春夫『刑法総論 改訂版(上巻)』(1977・成文堂)21-2頁、野村稔『刑法総論 補訂版』(1998・成文堂)22-3頁。中山・前出注(6)38頁は、改正の歴史的背景とその特色について、「改正の理由は、最初は立法技術上の不備の補正から出発し、第一次草案は旧刑法を本質的に改めるものではなかったが、次第に改正の規模が拡大し、第二次草案(明三四)からはドイツ刑法(一八七一)の影響もあらわれ、とくに新派刑法学の主張と提案が大きな比重を見せはじめるのが注目される。そして最終案は、旧刑法の古典的な客観主義の性格からかなり離れた、近代派的な性格のものに変化したのである」としている。西原は、旧刑法と比較した場合の現行刑法の特徴を①重罪、軽罪、違警罪という犯罪の三分類を廃止したこと、②条文数を減らし、法文も簡単にして刑の自由裁量の余地を著しく拡張したこと、③停止公権、剥奪公権のような名誉刑を廃止したこと、④監視、徴治場留置のような刑事政策的措置を廃止したこととの4つにもとめた(西原・前掲書22頁)が、内藤謙『刑法講義 総論(上)』(1983・有斐閣)18頁は、とくに犯罪類型の包括化と法定刑の範囲の拡大について、「このような犯罪類型の包括化と刑罰法定範囲の拡大は、犯罪の成立範囲と量刑について裁判官に広い裁量の余地を与えるものであり、犯罪と刑罰を法定することによって刑罰権の行使に限界を設定しようとする罪刑法定主義の要請に合致し難い面をもつものであった」と批判する。
- 9 倉富勇三郎=平沼騏一郎=花井卓蔵監修(松尾浩也増補解題)『増補 刑法沿革総覧』(1990・信山社)2119頁以下に収録されている「刑法改正政府提出案理由書」は、第58条について「現行法ハ再犯加重ノ分量輕キニ過キ再犯ヲ防遏スルニ足ラサルニモ拘ハラス犯人ハ尚ホ刑ノ加重ヲ免レント計リ犯數ヲ隱蔽スルヲ以テ之ヲ發見スルコト容易ナラス改正案ニ於テハ加重ノ分量更ニ大ニナリタレハ勢ヒ犯數ヲ隱蔽スル者ノ増加ハ豫期シ難カラス然ルニ現行法ニ於テハ裁判ノ當時ニ於テ再犯者タルコト發見セラレサルトキハ縱令其後ニ至リ再犯者タルコト發覺スルトスルモ其刑期ハ之ヲ加重シ得カラサルヲ以テ犯人ハ其裁判ノ時ニ當リテ争フテ其再犯者タルコトヲ隱蔽シ萬一ヲ僥倖センコトヲ企ツ可シ是ヲ以テ改正案ハ一旦裁判ヲ受ケタル後ト雖モ再犯者タルコト發覺スルニ至レハ更ニ其刑ヲ加重スルコトヲ規定シタルモノナリ」とする(同書2153-4頁)。
- 10 倉富ほか監修・前出注(9)1904頁。
- 11 倉富ほか監修・前出注(9)1904頁。
- 12 倉富ほか監修・前出注(9)1905頁。
- 13 本条第1項による刑の加重の手続は旧刑事訴訟法(大正11年5月5日法律第75号)375条が規定することとなった。同条1項は「刑法第五十二条又ハ第五十八条ノ規定ニ依リ刑ヲ定ムヘキ場合ニ於テハ其ノ犯罪事実ニ付最終ノ判決ヲ為シタル裁判所ノ檢察官其ノ裁判所ニ請求ヲ為スヘシ」とし、第2項は「前項ノ請求アリタルトキハ裁判所ハ被告人又ハ其ノ代理人ノ意見ヲ聴キ決定ヲ為スヘシ此ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得」としていた。
- 14 倉富ほか監修・前出注(9)1906頁。
- 15 中野・前出注(6)1頁。

- 16 中野・前出注 (6) 1-2頁。
- 17 臨時法制調査会が示した要綱は、国立公文書館のウェブサイト ([www.archives.go.jp/](http://www.archives.go.jp/)) で閲覧できるほか、中野・前出注 (6) 3-4頁、および安平・前出注 (6) 98-101頁に掲載されている。
- 18 中野・前出注 (6) 2-3頁。なお、これらの要綱には、司法法制審議会において牧野英一委員から提案された事項が「刑法の全面的改正に対する参考資料送致の件」として付帯された。すなわち、臨時法制調査会が示した要綱においては、「刑は共同生活の規律を正し、社会秩序を保全するを目的とするものにして、その性質上報復的害悪を加ふるを精神とするものに非ず、而して、刑は犯罪事実に対し影響を及ぼし得るものに非ずして犯罪人に対し機能を營むべきものなるが故に、刑の適用においては特に犯罪人の道徳的再生を趣旨とし、希望が恐怖よりも効果的なるものなることを十分に考慮すべき旨を明かにするの規定を設くること」とされている。
- 19 中野・前出注 (6) 2頁。
- 20 前出注 (5)。
- 21 安平・前出注 (6) 50頁。
- 22 安平・前出注 (6) 51頁。
- 23 中野・前出注 (6) 96頁。
- 24 団藤重光『刑事訴訟法綱要』(1943・弘文堂書房) 487頁。なお、団藤の説明でも触れられているように、旧刑事訴訟法486条は不利益再審の制度を規定していた。
- 25 団藤重光「刑法の改正について」法律新報736号 (1947) 10頁。
- 26 団藤・前出注 (25) 12頁。
- 27 団藤・前出注 (25) 12頁。
- 28 団藤重光「憲法三九條と『二重の危険』」法曹時報1巻2号 (1949) 77頁。
- 29 法學協會編『註解日本國憲法上巻 (2)』(1953・有斐閣) 682頁。
- 30 本文の引用は中野・前出注 (6) 94頁による。原文は参照しえなかった。
- 31 このことをもちろん解釈の形式にあてはめて説明するならば、国家は自己に生じたより大きな不都合を甘受することを強いられるのであるから、これよりも小さな不都合を甘受することは「もちろん」のこととして肯定されるのであるということになるだろう。
- 32 田口守一『刑事裁判の拘束力』(1980・成文堂) 413-4頁は、拘束力と一事不再理効を対比して分析するなかで、憲法上の原則にまで高められた鉄則としての一事不再理効は訴訟法的考慮による例外を認めない固い原則であることを指摘する。本文の記述は田口の表現を借りた。
- 33 団藤・前出注 (25) 12頁。
- 34 その後、団藤・前出 (28) 77頁は、「判決確定後の再犯発見による刑変更の規定 (刑法第五八條) が削除された」くらいに一事不再理の原則を強化するだけでも「すでにきわめて重大な改正だといわなければならず」、「刑事政策的見地だけからいえば、これだけでも相当に批判を必要とするであろう」とし、「ただ、個人の自由を保障するという見地から、刑事政策的考慮をある程度に制限して間でも、被告人の地位の安定をはかっているのである」として本文に記した譲歩的なニュアンスをさらに明確にした。
- 35 植松正「刑法改正の諸相」法律新報735号 (1947) 34頁。

- 36 植松・前出注(35) 34頁。
- 37 植松・前出注(35) 34頁。
- 38 植松・前出注(35) 34頁。
- 39 植松・前出注(35) 34頁。
- 40 植松・前出注(35) 34頁。
- 41 安平・前出注(6) 50頁も、刑法58条の削除を「憲法第三九條後段の一事不再理の精神を汲んだものである」とする。
- 42 団藤・前出注(28) 79頁。なお、中野・前出注(6) 93頁参照。
- 43 たとえば、佐藤・前出注(1) 608頁。
- 44 その後、法學協會・前出注(29) 682頁は、有罪後その刑をより重いものに変更することについて、「重い部分が原判決で認められなかつたのは、その限度で無罪とされたものと考へうるから、本條によつて禁止されると解すべきであろう」とし、そのような主張を根拠づける条文の解釈として、「前半が、『適法であつた行為』だけを規定したのに對應して、後半は、無罪とされたばあいだけを規定したものであろう」から、「前半が解釋としては罪又は刑の加重にまで推し及ぼすべきであると同じように、後半も亦、罪又は刑の加重にまで推し及ぼすべきである」と説明した。同旨、佐藤・前出注(1) 609頁。
- 45 憲法39条が全体として二重危険の禁止を定めたものであると解するのは、たとえば、平野龍一『刑事訴訟法』(1958・有斐閣) 282頁。なお、樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦夫＝浦部法穂『注釈日本国憲法上巻』(1984・青林書院新社) 804－5頁〔佐藤〕参照。
- 46 中野・前出注(6) 93頁。
- 47 そのような解釈が可能であることについては、佐藤・前出注(1) 610頁参照。
- 48 高柳賢三＝大友一郎＝田中英夫編著『日本国憲法制定の過程 II 解説——連合国総司令部側の記録による——』(1972・有斐閣) 191－2頁、白取祐司『一事不再理の研究』(1986・日本評論社) 234頁参照、なお憲法制定過程に関する白取の理解の特徴は、憲法改正草案36条(後の憲法39条)について政府委員が「世界の通説に従い」規定したものであるとの答弁をし、アメリカ憲法にこだわりを見せていないこと(同236－7頁)、そして「既に無罪とされた…」以下の39条前段後半の文言がフランス革命憲法の一事不再理規定に近似していること(同240頁)を重視する点にある。最後に、不十分なものではあるが、辻本淳史「二重処罰に関する考察(1)」富大経済論集64巻2号(2018) 182頁以下、およびそこに引用した文献を参照。
- 49 この作業は戦後、田宮裕によって達成された。本文に示した認識は、田宮裕『一事不再理の原則』(1978・有斐閣) 3頁においてなされた課題の定式化を参照したものである。
- 50 もっとも、団藤重光『新刑事訴訟法綱要 七訂版』(1967・創文社) 315頁は、戦後の学説の展開を受けて、「判決を受けた者の利益のためには、既判力を絶対的なものとするのが、——刑事政策的には批判の余地があるが——ひとつの政治的要請である。憲法第三九条は、英米法における『二重の危険』の禁止を原則的にうけついで、かような趣旨を憲法上の要求として宣言したものにほかならない」とするに至った。
- 51 とはいえ、現在では二重危険禁止の例外を認める立法例も現れている。たとえばイギリスの2003年刑事司法法は、謀殺罪に関する無罪判決に対して新証拠が発見された場合に再審を請求する権限を検察官に与えたという。これについては、佐藤由梨「イギリス刑事手続に



- における『二重の危険の原則』』同志社法学68巻5号(2016)142頁以下。
- 52 たとえば、浅田和茂『刑法総論 第2版』(2019・成文堂)527頁は、「個別行為責任の立場からは、行為者の危険性を理由とする刑の加重は、肯定できない。また、すでに前刑の執行を終え、前犯についての責任は清算されているのであるから、加重の根拠は今回の犯罪に求められなければならない、前刑の感銘力の軽視が行為者の責任を増大させるとしても、それは、可罰的責任(特別予防の必要性)を意味し、可罰的責任は規範的責任を超えないという本書の立場からは、それによって刑の加重を根拠づけることは、きわめて困難である」とする。この点についてはさらに、西岡正樹「累犯加重に関する一考察」山形大学法政論叢56号(2013)9頁。
- 53 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』(1990・創文社)532頁本文および同頁注(6)、大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(2008・有斐閣)539, 544頁(ただし、行為者の人格的危険性も加重を根拠づけるとする)、福田平『全訂 刑法総論〔第5版〕』(2011・有斐閣)345, 346頁(ただし、行為者の危険性も根拠とする)、西田典之=山口厚=佐伯仁志編著『注釈刑法 第1巻』(2010・有斐閣)776頁〔川出敏裕〕。また、西原春夫『刑法総論 改訂準備版(下巻)』(1993・成文堂)498頁は、実質的違法論において行為規範違反を重視する立場から、再犯は、「併合罪の場合よりもさらに規範的な非難の度合いが高い」として、その刑の加重根拠を説明する。同旨、高橋則夫『刑法総論 第3版』(2016・成文堂)547頁。これに対して、中山・前出注(6)562頁注(3)は、前刑の感銘力の無視を直ちに責任非難の増大につなげることに疑問を示していた。
- 54 最判昭和43年6月14日刑集22巻6号477頁、最決昭和44年6月5日刑集23巻7号935頁、最判昭和44年9月26日刑集23巻9号1154頁等。なお、昭和44年6月5日決定に関して、坂本武志「判解」法曹時報21巻9号(1969)2012頁以下、昭和44年9月26日判決に関して、千葉裕「判解」法曹時報21巻12号(1969)2625頁以下がある。
- 55 佐藤文哉「盗犯等の防止及び処分に関する法律三条と憲法一四条及び三九条」警察研究40巻9号(1969)136頁以下、澤登俊雄「常習犯と累犯加重」警察研究42巻6号(1971)111頁以下、大谷実=上田健二「常習的暴行等の罪と累犯加重」法学セミナー186号(1971)121頁以下等。さらに常習犯に関する近時の研究として、西岡正樹「累犯加重と常習犯について(1)(2・完)」山形大学法政論叢60=61号(2014)103頁以下、同63=64号(2015)61頁以下がある。
- 56 内容的確定力における確認効が累犯加重のための構成要件的效果をもつことについては、田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』(2017・弘文堂)468頁。
- 57 澤登・前出注(55)113-5頁。澤登は、常習性による加重を行為責任の観点によるものであるのに対して累犯性による加重は行為者責任の観点によるものであるとするか、前者を違法性の観点によるもの、後者を責任性の観点によるものとして区別することが考えられるが、「理論的にいつそうの検討が必要であろう」とする(同114頁)
- 58 佐藤・前出注(55)140頁は、昭和43年6月14日判決について論ずるなかで「常習累犯の認定の基礎となつた前科に関する限り、その存在を理由に累犯加重をもすることは、素朴な国民感覚からみると同じ原因で二重の加重をする印象を与えることも否定しえないところである。立法政策としてはこれを避ける方が望ましいといえるであろう」とする。さらに、西岡・前出注(55)「(2・完)」も、わが国の判例において常習累犯強盗における常習性がい

かにして認定されているかを検討したうえで、「……盗犯等防止法3条の刑の加重根拠として『累犯性』を考慮せざるを得ないとすれば、盗犯等防止法3条の刑罰加重根拠としての『累犯性』認定のための要件が刑法56条における『累犯性』においても考慮され得ることは否定できず、二重処罰の危険を払拭し得ない」ために、「常習累犯強盗盜に該当する犯人の罪に対して一般的累犯加重規定を適用することはできないと解すべきである」(77-8頁)と結論づける。

- 59 このような問題意識にもとづいて量刑論一般に検討を加えようとする研究として、野村健太郎「責任相当刑と特別予防的考慮の限界」早稲田大学大学院法研論集142号(2012)195頁以下等がある。
- 60 なお、最判昭和26年3月16日刑集5巻4号606頁も、昭和24年判決と同様の理由づけをして被告人の前科を考慮した量刑をしても憲法39条後段に反しないとした。
- 61 尾吹善人『日本憲法一学説と判例』(1990・木鐸社)393頁。
- 62 現在においても、浅田・前出注(52)527頁は、「責任主義の責任は個別行為責任を意味し、責任主義は憲法(実体的デュー・プロセス)の要請であるという本書の立場からは、再犯加重の規定は、憲法に反するとすべきところではあるが、結論は留保しておきたい」として再犯加重規定の違憲性についての疑いを否定しない。
- 63 昭和21年1月4日附連合最高司令官覚書公務従事に適しない者の公職からの除去に関する件。
- 64 昭和22年1月4日勅令第1号。
- 65 本判決についての解説として、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 刑事訴訟法の理論と実務』(1980)354頁以下、石崎学「検察官の上訴と二重の危険」『憲法判例百選Ⅱ〔第6版〕』(2013)272頁以下、清野機久子「検察官の上訴と二重の危険」『憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕』(2007)279頁、同「検察官の上訴と二重の危険」『憲法判例百選Ⅱ〔第4版〕』(2000)274頁以下、坂口裕英「検察官の上訴と二重の危険」『憲法判例百選Ⅰ』(1980)196頁以下等がある。なお、二重危険禁止の原則についての近時の詳細な研究として、たとえば、小島淳「二重の危険の成立過程」早稲田法学76巻2号(2000)267頁以下、同「アメリカ合衆国における二重の危険の発展過程(1)(2)(3)(4)(5)(6)(7)」早稲田法学77巻1号(2001)163頁以下、77巻2号59頁以下、77巻4号(2002)137頁以下、78巻1号83頁以下、78巻2号281頁以下、78巻4号111頁以下、79巻1号(2003)149頁以下、同「アメリカ合衆国における二重の危険の政策的基礎——連邦最高裁判決を中心に」刑法雑誌50巻2号(2011)199頁以下、佐藤由梨・前出注(51)103頁以下、同「アメリカ刑事手続における瑕疵ある無罪判決と二重の危険の原則」同志社法学69巻8号(2018)237頁以下、同「アメリカ刑事手続における二重の危険の原則と新証拠に基づく再審——コモン・ロー諸国における不利益再審を許容する立法の動きとの比較」同志社法学71巻4号(2019)37頁以下がある。
- 66 団藤・前出注(28)46頁。
- 67 団藤・前出注(28)45-6頁。
- 68 団藤・前出注(28)47頁。判決確定前は一事不再理効は生じないから検察官上訴は違憲とはならないことになる(同39頁)
- 69 村瀬直養「検事上訴の違憲性について」法律新報757号(1950)16頁以下。

- 70 村瀬・前出注(69)19頁。
- 71 村瀬・前出注(69)18頁。
- 72 村瀬・前出注(69)21頁。
- 73 出射義夫「検察官の上訴と憲法三九条の二重危険との関係」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第12巻』(1954)188-9頁。なお、当時のアメリカ合衆国における政府の上訴権について紹介・検討をしたものとして、平場安治「アメリカにおける刑事上訴法」法律時報257号(1951)24頁以下がある。
- 74 大塚喜一郎「二重危険の原則の適用について」判例タイムズ21号(1952)33頁。大塚は憲法39条が二重危険禁止の原則を取り入れたものと解すべき理由として、①憲法39条の制定過程、②ポツダム宣言の基本的人権尊重の精神にもとづく被告人の利益保証、③アメリカがスペインからフィリピンの支配権を奪った際に公布された「フィリピン群島の民政実施等に関する臨時措置法」5条は39条後段と相似する文言を置いているが、当地の裁判所によってこれが二重危険禁止を定めたものと解されていること、④反対論は二重危険禁止を陪審制に伴うものとするが、現在ではこの原則は非陪審事件にも適用されていることを挙げる(同33-4頁)。
- 75 田宮・前出注(49)86頁。
- 76 田宮・前出注(49)89頁(初出、田宮裕「刑事訴訟における一事不再理の効力(2)」法学協会雑誌75巻3=4号(1958)75頁)。同趣旨の結論を述べるものとして、すでに出射・前出注(73)189頁。
- 77 本文に記した田宮の理解とは異なり国家の利益を被告人の手續負担に正面から対置させることにより二重危険禁止を検察官上訴と調和させる見解もある。この点については、以下に紹介する論者に対する批判も含めて、白取・前出注(48)285頁以下、とりわけ287頁参照。たとえば、鈴木茂嗣は、「一事不再理効を支えるものは、被告人にとっての刑事手續に伴う諸々の負担を最小限度にとど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。憲法三九条が国民の基本的人権として一事不再理につき定めているのは、まさにこのことを意味するといえよう」としつつも、「なお他方では犯人必罰という国家的利益とのバランスも考慮せざるをえない」とし、「このような観点からすると、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らうか」とする(鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(1979・成文堂)364頁。田口守一も、主に1970年代の米国判例を分析したうえで二重危険原則の根拠が被告人の苦痛回避の要請と訴訟終結の要請との双方にあることを指摘し(田口・前出注(32)393頁)、理論的には判決言渡しの時点で終局性を認めることも可能であるから検察官上訴の違憲論も理由がないわけではないが、その時点が国家の利益と被告人の利益の妥当な調和点であるかは問題であるとして、検察官上訴は違憲とはいえないとする(同416頁注(60))。後に、小島淳は、アメリカ合衆国判例の分析をもとに「終局性」の内実について検討を加え、そのなかには「負担の限定」という被告人の利益のみならず、主として「裁判の無瑕疵性の保持」という国家の利益から要請される政策的基礎が存在すると論ずることとなった(小島・前出注(65)政策的基礎)206-8頁)。
- 78 以上の論争については、さらに白取・前出注(48)237-240頁。
- 79 坂口・前出注(65)197頁。熊本典道「検察官控訴——ある高裁判決をめぐる」警察研

究42巻7号(1971)49頁以下は、無辜の処罰の禁止を徹底する趣旨から検察官による事実問題に対する控訴は立法政策的には全面的に禁止すべきであると、小田中聰樹「控訴審における事実取調——刑訴法三九三条一項の解釈試論——」鈴木茂嗣他編著『平場安治博士還暦祝賀 現代の刑事法学(下)』(1977・有斐閣)262頁は、二重危険禁止を人権として把握して被告人に対する不利益上訴の権限を強力な訴追権限を有する検察官に付与することを違憲の疑いがあるとしていた。中野目善則「検察官上訴と二重危険」比較法雑誌17巻1号(1983)49頁以下(同著『二重危険の法理』(2015・中央大学出版部)1頁以下所収)もまた二重危険禁止に関するアメリカ合衆国判例を詳細に分析し、危険継続論が合衆国の判例理論においては異質なものであることを指摘し(61頁)、わが国の解釈論としても無罪の事実認定に対する上訴は政府に再度有罪立証の機会を与えることになるため二重危険禁止を定めた憲法39条に違反するとした(79頁)。また白取祐司「名張事件——一審無罪・二審死刑の不条理」法学セミナー510号(1997)12頁以下は、名張毒ぶどう酒事件に関する最高裁再審(特別広告)棄却決定(最決平成9年1月28日刑集51巻1号1頁)を機にこの問題に検討を加え、①二重の危険を継続の危険と解することは被告人の地位の安定を害すること、②強力な捜査権限をもつ検察官による上訴権の行使は抑制的であるべきこと、③上訴は誤判に対する救済手段として位置づけるべきこと、④無罪判決への検察官上訴は「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反する帰結に至りうること、⑤迅速な裁判を受ける権利を保障すべきこと、といった議論を紹介し、少なくとも検察官上訴制度の運用は違憲である(同16頁)とする。なお、川崎・前出注(65)355頁以下参照。

80 その後、田宮は、最高裁による「重大な事実誤認の疑い」を理由とする破棄について分析・検討するなかで、事実認定に関する厳格な証拠調べが不可能である上告審においては、控訴審とは異なり事実誤認で無罪の判決を破棄することができるのは経験則違背という非常に局限された限度に止まることになることと主張し、検察官による刑訴法411条3号の発動請求に対する批判を理論的に基礎づけたうえ、検察官上訴を合憲とした昭和25年判決についても「わたくしもかつてこれに従ったが…、いまでは重大な疑問を抱いている」(田宮裕「上訴の理由」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座 第3巻』(1964)113頁、116頁注(7))と述べ、ついには、八海事件第三次上告審判決を論評するなかで「二重の危険の効力は既判力と違って、被告人の刑事手続上の一つの人権であるから、時代思潮や手続的な考慮で伸長する柔軟な性質をもつ。戦後二〇年、それは確定判決という時点からとき放たれえなかったが、もう解放されるべきときがきたといえないだろうか。そこで、わたくしは、叙上のような考慮から、危険は事実審の終結たる控訴判決によって発生し、上告は二重の危険にふれると考えるべきことを、あえて提言してみたい」(田宮裕「最高裁と事実審査——八海事件をめぐる——」ジュリスト412号(1968)39頁)とするに至った。その後著した教科書においても、「一事不再理効が二重の危険の問題だとすると、一方では、発生時期(段階)が裁判の確定時に結びつく必然性はなくな」るため、「確定以前の手続段階へ遡上する可能性がでてくる」とし、「無罪判決に対する検察官上訴の当否」は「わが国におけるこれからの課題だといえよう」としている(田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(1996・有斐閣)452頁)。

また、田口守一も、現在では、検察官上訴のうち、法令違反あるいは量刑不当を理由とするものについては「被告人の手続的負担を上回る国家の利益(法令解釈の統一性)が考えられる」が、無罪判決に対する事実誤認を理由とするものについては「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』と評価しうる」とし、後者を二重の危険の原則に反する疑いがあるとしている（田口・前出注（56）477-8頁）。

さらに、渥美東洋『全訂 刑事訴訟法〔第2版〕』（2009・有斐閣）525-6頁も、「二重危険禁止の原則は、訴追＝政府側には一回の立証の機会しか与えず、被告人は訴追側の一回の立証により自己の刑事責任を追及される『危険』に晒されるにとどまることを保障する」ので、上訴裁判所に事件や公訴事実についての事実認定を重ねて認めることは二重危険禁止に反することになり、「事実認定の一、二審を通じた『危険の連続』という概念は入り込む余地はない」とする。

81 団藤・前出注（50）505頁、平野・前出注（45）299頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（1984・青林書院）495-6頁（ただし、「上告に関する限り右の意味での二重の危険の思想（引用者注：検察官からの上訴は被告人を「二重の危険」に臨ませるものとして原則的に許されないとする立場）をとり入れることは理論的に可能ではないかと思われる」とする）、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（1990・青林書院）249頁、なお、酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』（2020・有斐閣）629-30頁参照。

82 小島・前出注（65）「政策的基礎」203-4頁参照。

83 「有罪判決を受ける危険」という概念の根底にある、刑事手続のなかで被告人が感じる焦燥感や不安といった苦痛・負担は、彼らが「実体的処罰により受ける苦痛」を生々しく予期することに由来する部分も大きいと思われる。この点については次注における田宮の指摘も参照。なお、ドイツ連邦共和国基本法103条3項は、「何人も、一般的刑法の根拠に基づいて、同一の行為のゆえに重ねて処罰されてはならない（Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden）」と規定しており、実体的な刑罰も加えられないことを明らかにしている（邦訳は、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第5版〕』（2007・信山社）273頁による）。この点に関してもまた、田宮・前出注（49）23頁注（7）参照。

84 田宮・前出注（49）90-1頁注（5）は、少年法による保護処分や国税犯則取締法または関税法による通告処分などの刑罰類似ないしその代替処分の執行または履行そのものが再度の訴追の障害とみられる場合があるのは、「二重の危険がもと二重処罰の危険禁止に由来していることから」、手続自体は刑事とはいえないが一種の二重の危険の原則のあらわれだともみることができるからであるとしている。

85 罪刑の法定という立法機関の権限に対する尊重は、三権分立という憲法上の一般原則にもとづいた国家側の利益に奉仕する意味合いをもった政策的基礎といえるのかもしれないが（小島・前出注（65）「政策的基礎」204頁）、伝統的な見解は、そもそも、国家権力に対する猜疑的な態度から敢えてこれを立法、司法および行政に分割し、これらを互いに牽制させ合うことを通して国民の自由を保障するという思想が権力分立制自体に内在しているとしており（清宮四郎『権力分立制の研究』（1950・有斐閣）2-4頁）、日本国憲法もまた81条により違憲審査制を採用し、学説はこの規定を具体的な訴訟事件の解決に必要な限度で通常裁判所が適用法条の違憲審査を行うもの解しているから（芦部信喜著（高橋和之補訂）『憲法 第7版』（2019・岩波書店）391頁参照）、上記の「立法機関の権限に対する尊重」が二重危険禁止の根底にある「被告人の負担の限定」と同程度の重みをもったポリシーであるかどうかということについてはさらなる検討が必要であると思われる。小島・前掲論文204頁注

(13) もまた、「特に二重の危険が憲法上の保障であることを前提として考えると」、罪刑の法定という場合においても「処罰そのものによる苦痛を限定する（行き過ぎを防止する）」という根源的な要請が背後に控えていると考えることができるとすれば、立法機関の定めた処罰方針に問題がある場合には、まさにそうした根源的な要請が表に出てくることになり、それが当該立法自体を違憲と判断する根拠となる、と見ることもできるのではないだろうか」とする。

- 86 長谷川裁判官は刑法旧58条削除も憲法39条が一事不再理の原則を採用したためであり、二重危険の原則を採用したためではないとしていた。
- 87 それゆえ、両裁判官は、二重処罰以外の場合、すなわち、その犯罪について確定判決があっても他の共犯者を罰することや、同一被告人の利益不利益を問わず非常手続きを以て本来負担すべき刑事上の責任を問うことなどは禁止されないから、不利益再審の廃止や刑法旧58条削除等は「全く条理に背く、明白な誤解であり、極めて顕著な『行過ぎ』の一例である」とすることになる。
- 88 団藤重光『訴訟状態と訴訟行為』（1949・弘文堂）261-2, 273頁。しかも、このような判決の当然無効が認められる場合は、理論的にはありえても実際におこることは減多にない（小野清一郎『新刑事訴訟法概論（改訂版）』（1951・法文社）330-1頁）と考えられているのである。
- 89 出射・前出注（73）187頁は、憲法39条前段後半と後段があわせて二重危険禁止の精神を採り入れたものであるという立場から、澤田および齋藤裁判官の意見には到底同意できないとしていた。田宮・前出注（49）84頁注（4）も、文言解釈、歴史的沿革および結論の妥当性の観点から両裁判官の意見を徹底的に批判している。
- 90 これについては、小野清一郎『全訂 刑事訴訟法講義』（1933・有斐閣）190, 195頁、団藤・前出注（24）227, 481頁参照。
- 91 これについては、中野・前出注（6）76頁以下。
- 92 佐藤・前出注（1）610-1頁、樋口=佐藤=中村=浦部・前出注（45）808頁〔佐藤〕。
- 93 中野・前出注（6）89頁。
- 94 小野清一郎「連続犯と包括一罪」同著『刑罰の本質について・その他』（1955・有斐閣）305頁以下、とりわけ309頁、313頁以下（初出、「連続犯と包括一罪」法曹時報3巻10号（1951）18頁以下）、佐伯千仞「連続犯」同著『刑法における違法性の理論』（1974・有斐閣）325頁以下、とりわけ348-9, 365-6頁（初出、「連続犯」『小野博士還暦記念 刑事法の理論と現実1 刑法』（1951））。小野は接続犯の概念を適用して包括一罪を認めるべきことを主張する（小野・前掲書313頁以下）。佐伯は、解釈により連続一罪を認めるための要件は従来の判例よりも厳格なものでなければならず、（イ）同一罪名の範囲を限縮し、（ロ）各行為は時間的に連続し、かつ（ハ）同じ形式・方法、（ニ）同一の事情・機会において行なわれ、（ホ）被害法益に同一性があり、（ヘ）行為者の責任も同様のものであり、（ト）確定裁判を経ていないこと、を要するとした（佐伯・前掲書365-6頁）。
- 95 白取・前出注（48）329頁。
- 96 白取・前出注（48）331, 333-5頁。
- 97 白取・前出注（48）333頁。また、車による業務上過失致死傷の事実と同じ事件に関する犯人隠避の事実は憲法上非両立の事実にあたり一事不再理効が及ぶのではないかともいう

(白取・334 - 335頁)。

- 98 平場安治「公訴事実の同一性」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座 第2巻』(1964・有斐閣) 64 - 8頁。平場安治は社会的嫌疑の同一に関して次のように述べる。すなわち、「検察官の起訴は特定の歴史的時点に重点があるのではなく(たとえば某日某時における被告人の態度一般を審査せられたいとするのではない)、特定の犯罪の嫌疑に関係付けられた行為過程に重点があるのである。このように考えると歴史的事実の同一というよりは、社会的嫌疑の同一といった方が一層適切である。ここで社会的嫌疑というのは、社会が嫌疑を持つという意味ではない。歴史的事実の世界の問題ではなく、社会的な問題=観念の世界の出来事だということである。また法的嫌疑の性質内容に重点があるのではなく、むしろ事実的な側面に重点があることを示している。また、ここにいう嫌疑は主観的嫌疑すなわち一定の証拠による裏付けと結び付くものではなく、端的に嫌疑の内容である客観的事実をいう」(同67 - 8頁)としたのである。
- 99 鈴木・前出注(77) 213頁。
- 100 鈴木・前出注(77) 218 - 9頁。
- 101 鈴木・前出注(77) 220 - 1頁。
- 102 鈴木・前出注(77) 232 - 3頁。
- 103 鈴木・前出注(77) 235頁以下。
- 104 鈴木・前出注(77) 244頁。
- 105 鈴木・前出注(77) 247 - 8頁。
- 106 平場安治『改訂 刑事訴訟法講義』(1954・有斐閣) 124 - 5頁。
- 107 なお、本文で取りあげた白取説、鈴木説の批判を含めて、近時のわが国の判例・理論動向およびドイツ法を対象とした比較分析にもとづいて刑事手続の審判対象を論じたものとして、辻本典央『刑事手続における審判対象』(2015・成文堂) 1頁以下がある。白取説に関しては同書134 - 5頁、鈴木説に関しては同書139頁以下。
- 108 これについては、さしあたり、林幹人『現代の経済犯罪——その法的規制の研究』(1989・弘文堂) 40頁以下、とりわけ46 - 7頁、神山敏雄『独禁法犯罪の研究』(2002・成文堂) 207頁以下、直接には刑法典上の談合罪に関するものではあるが、甲斐克則『企業犯罪と刑事コンプライアンス——「企業刑法」構築に向けて——』(2018・成文堂) 75頁以下。
- 109 佐伯仁志「二重処罰の禁止について」松尾浩也=芝原邦爾編著『内藤謙先生古稀祝賀刑事法学の現代的状況』(1994・有斐閣) 301頁。
- 110 団藤重光『刑法の近代的展開』(1948・弘文堂書房) 256 - 7頁。
- 111 最判昭和25年3月7日刑集4巻3号314頁。本判決については、兼子一「軍事裁判所の確定判決を経た公訴事件」判例研究4巻1号(1954) 186頁以下、長島敦「軍事裁判の確定判決とわが裁判所の審判」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集 第12巻』(1954・有斐閣) 36頁以下等がある。
- 112 兼子・前出注(111) 22 - 3頁。さらに、連合国軍事裁判所とわが国裁判所の裁判権の異同に関する問題については、兼子一「日本管理と司法権」日本管理法令研究3巻8号(1946) 20頁以下。
- 113 長島・前出注(111) 41頁。
- 114 長島・前出注(111) 42頁。

- 115 松尾浩也「占領軍軍事裁判所の裁判と憲法三九條及び刑法五條」警察研究29巻8号(1958)97-8頁は、「以上の対立は、おそらく、訴訟法学の範囲のみでは解決し得ないものを含んでいるであろう」としていた。国家刑罰権の競合と二重処罰について論究した近時の文献として、高山佳奈子「腐敗防止に関する管轄権の競合と二重処罰の危険」法律時報1069号(2014)11頁以下、および同著「国際的一事不再理」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下巻』(2007・成文堂)596頁以下がある。
- 116 最判昭和29年12月23日刑集8巻13号2288頁。
- 117 なお、最判昭和30年10月18日刑集9巻11号2263頁は、沖縄返還前の琉球政府裁判所による判決後に日本の裁判所が判決した事案に関して刑法5条但書の準用を認めた。また、最判昭和30年6月1日刑集9巻7号1103頁は、刑法5条但書にもとづいて、わが国以外の裁判権による判決にもとづいて刑の執行を受けた者に対し、さらにわが国において裁判し無期懲役を言い渡す場合において、すでに執行を終えた刑を考慮し、仮出獄に関する刑法28条の適用については、相当の期間を同条にいう「経過した」期間として通算することを認めた。
- 118 長島・前出注(111)42頁。ただし、結論においては、「少なくとも憲法三九条の解釈論としては、軍事裁判は、やはりわが国の統治権の作用による裁判とはいえないから、これについて一事不再理の原則を適用しないとしても、違憲ではないということになろう」とする(同42頁)。
- 119 小島淳「一事不再理効」法学教室460号(2019)38-9頁。同論文39頁は「一事不再理効にかかるいわゆる『具体的規範説』の説明は、a前訴で当該事件(審判対象)について下された判決の内容が固まって具体的な規範となる→b同じ事件との関係で爾後それと矛盾する内容の判断をすることは禁止される→c同じ判断を繰り返すためだけに後訴で審理するのを認めても無駄である→d同じ事件についての再訴自体が禁止される、というものである。しかし、二重の危険は、a～cを媒介とせずに、一度危険にさらされた(一定の刑事手続上の負担を受けた)ことから直接爾後の後訴の遮断を導く(かつ、遮断効は広く公訴事実の同一性の認められる事実にも及ぶ)」と指摘する。
- 120 白取・前出注(48)・281頁も、二重の危険に関するわが国の研究とは異なる視点から、フランス法における「既判力の自由主義的理解」を参照しつつ、大陸法的一事不再理が本来的にもつという自由権的性格を強調している。
- 121 芝原邦爾『刑事司法と国際準則』(1985・東京大学出版会)251頁。ただし、本文で紹介した記述は「国際主義」の立場からするものであり、「国家主義」の立場からすれば、原則として外国判決の一事不再理の効力を認めないこととなるだろうことを指摘する(同書同頁)。
- 122 長島・前出注(111)44頁。
- 123 これに対して、検察官上告については、「新法においては、上告は非常救済の手段たる性格を多分に帯びるに至つたものであるから、再審同様に、被告人に不利益な検事上告は認むべきでないと思う」としている。
- 124 田宮・前出注(49)147頁。
- 125 田宮・前出注(80)451頁。
- 126 この問題を考察するに際して参考になると思われるものとして、英米法についての比較法分析を行った論考である、田口・前出注(32)369頁以下(「二重危険の原則における危



險発生の時期)」がある。

127 日本弁護士連合会調査室『条解弁護士法〔第4版〕』（2007・弘文堂）441頁、高中正彦『弁護士法概説 第4版』（2012・三省堂）300頁。ただし、弁護士資格そのものを喪失させる処分ではなく、被懲戒弁護士が別の弁護士会に入会を希望して登録申請をしようとしても、弁護士法12条の定める拒絶事由があるとされて進達が拒絶され、または同15条により登録が拒絶されることがありうるにとどまる（高中・前掲書300頁）。平成15年改正以後、弁護士法64条の6第3項にもとづき、官報により処分の内容が公告されることとなった。

128 最判昭和42年9月27日民集21巻7号1955頁は、「弁護士法（以下法という。）は、弁護士の使命および職務の特殊性にかんがみ、弁護士会および日本弁護士連合会（以下日弁連という。）に対し、公の権能を付与するとともに、その自主・自律性を尊重し、その一環として、その会員である弁護士に一定の事由がある場合には、弁護士会または日弁連が、自主的に、これに対する懲戒を行うことができるものとしている。この意味において、弁護士会または日弁連が行う懲戒は、弁護士法の定めるところにより、自己に与えられた公の権能の行使として行うものであって、広い意味での行政処分に属する者と解すべきである。所属弁護士会がした懲戒について、日弁連に行政不服審査法（以下審査法という。）による審査請求をすることができるものとし（法五九条参照）、さらに、日弁連のした裁決または懲戒に不服があるときは、行政事件訴訟法による『取消しの訴え』を提起することができることにしている（法六二条）のも、右懲戒が一種の行政処分であることを示しているものということができる」として、弁護士法上の懲戒が行政処分の一種であることを明らかにしている。弁護士法上の懲戒については、高中・前出注（127）253頁以下、福原忠男『増補 弁護士法』（1990・第一法規）232頁以下。

旧々弁護士法（明治26年法律第7号）および旧弁護士法（昭和8年法律第53号）においては、弁護士の懲戒については、「判事懲戒法」（明治23年法律第68号）が準用され、検事長の申立てにより、各控訴院におかれた懲戒裁判所の懲戒裁判を受けるものとされており、このことは弁護士の職務の公共的性格に基づく行政罰であると理解されていた（福原・232頁）。

129 福原・前出注（128）233-4頁。

130 この点について力説するのは、ハンス・ケルゼン著（長尾龍一訳）「応報律と因果律〔一九四一年〕』『ハンス・ケルゼン著作集 V ギリシャ思想集』（2009・慈学社）1頁以下、同著（長尾龍一訳）「因果と応報〔一九四一年〕』『ハンス・ケルゼン著作集 VI 神話と宗教』（2011・慈学社）183頁以下、同著（長尾龍一訳）「応報律と因果律〔一九四一年〕』『VI』209頁以下、同著（長尾龍一訳）「因果と帰報〔一九五〇年〕』『VI』249頁以下等である。本文については、「因果と帰報』『VI』254-5頁参照。

131 小野清一郎「刑罰の本質について」同著『刑罰の本質について・その他』（1955・有斐閣）30頁。戦後においてなお、刑罰の本質は応報であると主張したのは、莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』（1996・青林書院）58-9頁。

132 福原・前出注（128）28-9頁参照。

133 少なくとも、ドイツの伝統理論は刑罰をそのように理解していたようにみえる。なかでも、エリック・ヴォルフ（*Erik Wolf*）の所説については、辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異（3）」早稲田大学大学院法研論集140号（2011）242頁以下。

134 すでに、平野龍一『刑法総論 I』（1972・有斐閣）23-4頁は、「さらに、犯罪に対する

社会的非難は、刑罰という手段によってのみ表現されるものではない。いいかえると、刑法だけが社会統制の手段なのではない。近隣の人々の評価、職業的社会における地位と信用の失墜、マス・コミュニケーションを通じての一般の人々の反応、その他の多くの『社会統制の手段』がある。その一つとして刑罰は存在するにすぎない。もちろん刑罰を加えることによって人々の法的確信を強化する効果があることも否定できない。しかし刑罰自体は、直接的な苦痛としての面が強く、法的確信を強化するという面はそれほど強くはないのである。刑罰の非難としての面は、他の社会統制の手段と共同して作用したとき、はじめて効果を發揮するとさえいえる」としていた。ただし、ここにいう「他の社会統制の手段」は非国家的な非難の伝達手段を指していること、および、このような主張が被告人に対する効果的な非難伝達という観点からなされていることに注意すべきである。これに対して、甲斐克則は、刑罰の運用にあたっては、行為主義、罪刑法定主義、および責任主義という刑法の基本原則に則った謙抑的な法益保護を図ることが重要であることを指摘したうえで、「法益保護は刑法だけで実現できないので、他の手段でどこまで対応可能か、という点にも配慮する必要がある」とする（甲斐克則編著『現代社会と刑法を考える』（2012・法律文化社）16頁〔甲斐克則〕）。

135 上告趣意も、「懲戒と云い、刑罰と云い共に公の権力に依て個人の人格上の法益を剥奪する点に於ては差異なく、これが科罰に関する立法的作用の恣意から個人の自由を保障する必要がある点に至りては両者の間何等区別すべき理由は認められない」であるとする。

136 曾和俊文「経済的手法による強制」同著『行政法執行システムの理論』（2011・有斐閣）35頁（初出、公法研究58号（1996））は、United States v. Halper, 490 U.S. 435（1989）を「手続の性格論ではなく私人に対する効果の点からこの問題を分析し、両者の併科が私人にとって余りに苛酷で『処罰』的であるようなシビルペナルティの賦課を違憲と判示した」ものであるとし、「手続の性質よりも私人に対するインパクトの視点から二重処罰の禁止を考えるアプローチは、基本的に賛成できるものである」とする。刑法学においても、罪刑均衡の観点からこの問題を検討すべきであるとする主張があるが、そこで均衡を図るべきとされている「刑」の重さは、たとえば金銭制裁における「金額」のように累積的に賦課された実定的な不利益内容それ自体に限られているようにもみえる（神山＝斉藤＝浅田＝松宮・前出注（3）66頁〔高山〕参照。ただし、この参照箇所は罰金、重加算税、不当利得ないし課徴金といった金銭的不利益の賦課を内容とする行政制裁と罰金との併科を論じた部分であり、上記制裁がいずれも「『金銭の支払い』に帰着」と述べると述べるにあたり、「特に、法人にとっては」という断りがあることにも注意すべきである）。

137 森園幸男＝吉田耕三＝尾西雅博編『逐条国家公務員法〈全訂版〉』（2015・学陽書房）736頁〔石水修＝大滝俊則＝岸本康雄＝木村秀崇＝合田秀樹＝西浩明＝前田聡子＝箕浦正人＝森谷明浩＝役田平＝吉田徳幸執筆〕。同旨、園部逸夫監修（栗田久喜＝柳克樹編）『国家公務員法・地方公務員法』（1997・青林書院）216頁〔藤原恒夫〕。その理由は、公務員関係の内部秩序維持を目的とする懲戒処分と司法権の発動である刑事裁判とはその趣旨、目的、手続等を異にすることに求められている（森園＝吉田＝尾西・前出書736頁、園部・前出書215頁参照）。

138 しかし、森園＝吉田＝尾西・前出注（137）735頁が述べるように、官吏懲戒令（明治32年3月28日勅令63号）7条、および本法の制定当初の規定は、懲戒処分と裁判所の判決が矛

盾することを避けるため、懲戒処分が付せられるべき事件が刑事裁判所に係属する間は、同一事件に関し懲戒手続を進めることができないことを定めていたという。このことに鑑みると、昭和29年当時は、被告人の主張にも一理があったとみる余地はある。

139 ドイツ秩序違反法（OWiG）においては、犯罪行為と秩序違反が競合した場合に、その21条をはじめとして実体および手続の両側面にわたり、刑罰と過料の重複的賦課を避ける規定が設けられている。この点については、今村暢好『行政刑法論序説』（2020・成文堂）261頁以下。

140 田宮裕『刑事法の理論と現実』（2000・岩波書店）43頁。

141 小田中聰樹『現代刑事訴訟法論』（1977・勁草書房）15頁以下参照。

142 小田中・前出注（141）18頁以下、田宮・前出注（140）44頁以下。

提出年月日：2020年10月2日