論　説

二重の危険の成立過程

小　島　　　淳

一　序
二　二重の危険の起源（Origin）を求めて
三　英国における二重の危険の生成過程
四　合衆国における二重の危険の成立過程
五　結びにかえて

一　序

1　研究の目的

今日における二重の危険の原理（以下二重の危険）が、様々な社会的・法的要請（本稿では特にこれをpolicyと呼ぶ）に基礎付けられた「政策的」原理であることはほぼ疑いようのない事実であろう。そしてそうであれば、ある法域と他の法域における法制度や社会状況の違いが、それぞれの法域における二重の危険の形にも影響を与える可能性がある。わが国における二重の危険と英米・特に米国におけるそれとを比較すると、基本的ともいえるいくつかの点で全く異なる帰結が導かれているが、上記のことからすると、これもわが国と米国とにおけるpolicyが一定の部分においては根本的に異なっているからであると考えられることになる。

しかし、そもそも二重の危険が「政策的」なものであるということは、歴史的にも実証された事実なのであろうか。二重の危険はその起源より既に「政策的」なものであったのだろうか。あるいは、時代が進むにつれ、

次第に「政策的」なものとなっいったのだろうか。また、そこではいかなる policy が問題とされているのだろうか。現代における二重の危険を考える場合にも、その前提としてこうした点を確認しておく必要があろう。

こうした研究を直接わが国における今日の二重の危険の研究に結びつけることは、比較の対象とされる国々や時代における社会状況等がそれぞれ（時には大幅に）異なっていることからすると、困難であることも確かである。しかし、今日の社会状況に応じた二重の危険を考える場合であれ、その前提として、現代と類似した社会事情や法理論等が過去の時代にも存在したか否かを確認することや、それぞれの時代において二重の危険がいかなる社会の要請に色づけられ、その結果どのような形を取っていたのかなどを見ておくことは、やはり必要だと考えられる。(1)

そこで、本論文においては、Sigler、Friedland、Thomas IIIの二重の危険に関する代表的著作(2)や英米において発表された論文(3)等を参考に、二重の危険の生成・発展の歴史のうち、特にその成立過程、つまりそれが近代的な法原理として一国の法制度において重大な地位を占めるようになるまでの経緯を追究し、その政策的な側面の萌芽を探ってみることとしたい。

具体的には、まず二重の危険の起源と目されている古代ローマ法・ギリシャ法・カノン法で二重の危険的思想がどのように表現されているかを概観し、さらにそれが英国に伝わって行った過程を見る。その後、ノルマン征服後の中世英国において二重の危険が経験した数々の苦難の歴史を辿った上で、これがいかにして Coke や Blackstone などによる英国法の権威的書物の中で近代的な法原理として位置付けられるようになったかを確認する。そして、最後に、個人の基本的人権として初めてこれを明記した合衆国憲法修正第 5 条の制定過程を紹介する。被告人の人権保障という思想に基礎付けられた近代的二重の危険は、英国から新大陸に渡り、植民地（colonies）の憲法を経て連邦憲法に編入されることによって、ようやく「成立」(4)したものと考えられるのである。

2　従来の研究との比較

これまでの研究においても、二重の危険を扱っているものは数多いが、その歴史にまで言及しているものは多くはない(5)。そして、これらの研究においても、英米における二重の危険の歴史が重点的に述べられているわけではないように見える。

勿論、一事不再理と二重の危険がともに根源を同じくする原理であり、それが大陸と英米とでは実際の制度の上で異なる形をとって発展してきたに過ぎないことは、田宮博士が論証された(6)とおりであろう。ただ、このような分岐の生じた原因を探ることも重要だと考えられる。そして、特に英米において二重の危険が発展してきた経緯については、大陸法における一事不再理の歴史と較べると、さほど詳しい研究がなされているわけではない。その点に、英米の二重の危険の歴史を研究する契機がある。そして、その出発点として二重の危険の成立過程を見ておくことも必要だと思われるのである。

二　二重の危険の起源（Origin）を求めて

1　古代ギリシャ・ローマ法

いつ二重の危険（の思想）が初めて歴史上にその姿を現したのかは明確とはいえない。ただ、二重の危険に少なくとも類似していると目されるものは、すでに古代ギリシャやローマの法律(7)の中に見ることができる(8)。

(1)　古代ギリシャ法

古代ギリシャ法に関しては、紀元前355年のDemosthenes(9)の言辞が引用されることが多い。すなわち、「法は同一人（the same man）が同一の問題（the same issue）について二度審判されることを禁じている」というものである。

ただ、この資料自体からは、この原理がどのような形で運用されていたか、どのような場合に実際に二度目の審判だとしてその手続が禁止されて

いたのかは明らかでない。

(2) 古代ローマ法

古代ローマ法に関しては、Digest of Justinian[(10)]に「統治者（governor）は、ある犯罪について無罪とされた者がその罪で再び訴追される（告発される accused）のを許容してはならない」との件りがあり、“*nemo debit bis puniri pro uno delicto*”というローマ法上の法格言（legal maxim）もこれと同様の意味を持つものであったとされる[(11)]。これらは、二重の危険の発想の大元であるとして引用されることもある[(12)]が、文字通り「無罪」後の再訴追（再告発）の禁止を表現したものであり、必ずしも「有罪」後の再訴追や上訴の点についても妥当するものではなかった[(13)]点に注意すべきであろう。また、古代ローマの法学者 Paulus によれば、「公の無罪判決が下された後も、判決後３０日を経過するまでは密告者（告発者―informer―）による訴追の余地があった[(14)]」ということであるから、無罪判決後の再訴追の禁止の効果も、言い渡し後30日が経過するまでは発生しなかったといえよう。

2　カノン法

さらに、カノン法においても、聖書の中のナホム書[(15)]の一節に「苦難は二度起きてはならない[(16)]」との表現がある。そしてこれに対する紀元391年のジェローム卿の「神は同一の行為を二度罰することはない」という趣旨の解釈[(17)]が後の者に強い影響を与え、「神でさえ同一の行為に二度審判を下すことはない」という格言が生まれ、さらにその後の教会法（ecclesiastical law）においても「神は同じ行為（transgression）を二度罰しない[(18)]」という形で、その精神が引き継がれて行った。

ただ、ここでは「苦難」の解釈の仕方によって、二重「処罰」の禁止と考えるのか二重「訴追」の禁止と考えるのかが分かれてくることになる。最終的な表現を見る限り、また、後述のようにこれが主張された文脈からすると、教会法においてはむしろ二重「処罰」の禁止に重点があったもの

とも考えられる。ただ、そのように考えると無罪判決後の再訴追の禁止の取扱いに疑問が生じることになる。当時、この分野では、二重の処罰と区別された意味での二重の危険を特に論じる必要がなかったのではないかと推測される。

3　小　括

さて、古代ギリシャ、ローマ、カノン法に見られるこれらの表現は、確かに、いずれも二重の危険と類似の根本思想を表現したものとして理解できる。しかし、これらの表現を見る限り、被告人側の権利という観点から定められたルールではないことが窺われる。被告人が二度危険に晒されてはならないというよりも、神が、為政者が、裁判官がそのように行為しない、ないし行為してはならないことが定められているのである。これは、結果としては被告人を二度危険に晒さないことになるにせよ、それが被告人の権利と言えるかどうかはまだ明確でなかったことを推測させるのである。

また、二重の危険に類似する思想であるにせよ、これらのうちの一つ(たとえば、資料の上で最も古いもの)が二重の危険の起源であると断定することは出来ない。

注目すべきは、このような根本的な思想自体が、非常に古くから、しかも異なった文化圏において、共通して存在していたということ、及びそれがかなり曖昧な形で運用されていたということである。これは、この思想自体が基本的に妥当性を有すること、さらに、その思想が制度として現れる場合には、各社会や為政者の事情により様々な形をとる政策的原理でありうることを暗示しているように思われる。

こうした共通の考え方が民衆の中に浸透し、それぞれの時代における社会の要請(広義の policy と言っても良い)に反映され、また、刑事司法自体が洗練化されて行く[(19)]と、二重の危険が重要な法原理として、あるいは基本的人権として認知され、その適用範囲も定まってくることとなる。実際

の適用の仕方が不分明であることもあり断定はできないが、上記の時代においては人々の意識の上でも実際の裁判制度の上でも、いまだ被告人の人権としてこのような原理を承認する基礎が整っていなかったものと推測されるのである。

三　英国における二重の危険の生成過程

上記のような思想・格言として比較的曖昧に運用されていた二重の危険が、英国においては、近代的な法原理として、被告人の人権・抗弁権として洗練されて行くことになる。しかし、その道のりは決して平坦なものではなかった。

ここでは、英国コモンローに二重の危険思想がいかにして流入したかを探った上で、ノルマン征服以後、中世英国において積極的・消極的に二重の危険の発展に影響を与えたと考えられる事件・論争や当時の刑事司法を象徴する手続（公訴とは区別された私訴追手続[20]）を概観し、最後に、近代的二重の危険を構築したとされる17・18世紀の権威的書物において二重の危険がどのように扱われていたかを見てみたい。

1　英国への二重の危険の思想の流入（11世紀～12世紀）

上記のような二重の危険思想がいかにして英国コモンローに姿を現すにいたったかという点については、いくつかの考え方がある。代表的なものとしては、1066年のノルマン征服の際にカノン法（教会法）を介して輸入されたか、あるいは12・13・14世紀のローマ法学者の流入により直接ローマ法に接するという形で広まったかのいずれかであるとする説[21]や、12世紀のヘンリ2世と聖ベケット卿の対立に象徴される君主対教会の権力闘争の結果、本人の死後ではあったがベケットの主張が部分的に認められるようになったことにより、カノン法に見られる二重の危険の思想がコモンローにも影響を与えるようになり、普及して行ったのである[22]とする説がある。

しかし、それ以外にも、単にアングロサクソン系の刑事手続の中で裁判所が実際的かつ当然の手続的保障としてこれを打ち立て、さらに発展させていったものであると考える説[(23)]もある。

この点に関しては、決定的な証拠となる資料は存在せず、どの説が正しいと断言することはできない。ただ、ローマ法の影響なくしてこの原理が英国に深く浸透しえたかどうかは疑問であり、少なくとも次に述べる教会・君主間の権力争い、特にヘンリ２世とベケット卿の命懸けの論争と、そこで示されたカノン法の原則が二重の危険的思想の英国内での認知・普及に大きく寄与したことは確かであろう[(24)]。

2　国王と教会による二重処罰（12世紀～）

1066年のノルマン征服の後、ウィリアム１世は、法王が征服への支持を表明したことに対する見返りとして、国王裁判所とは独立した裁判権限を有する教会裁判所の設置・発展に力を貸した。その結果、英国においては、「世俗裁判官には審理することも（当該裁判官は強制の権限を有しないため）執行することもできず、聖職全体を統治し保護する聖職裁判官の手に審理が委ねられるべき宗教的事件（spiritual causes）[(25)]」については、教会裁判所が専属管轄を有することになった。他方、その他の世俗的事件（secular causes）については、「聖職裁判官は干渉（meddle）してはならない[(26)]」とされていたので、通常[(27)]はこれらの裁判所の裁判権が衝突（競合）する虞はなかった。かくして、この時代においては、教会と君主の間で裁判制度をめぐって問題が生じることはそれほどなかったのである。

しかし、ウィリアム１世の時代が去り、ヘンリ２世が王位につくと、状況は徐々に変わって行った。ヘンリ２世は、教会が教会法の執行により罰金ないし没収という形で得ていた収入に目をつけ、当時自らが計画していた国外派兵の資金を獲得する目的で、聖職者の財産を没収する策を講じた。これが1164年のクラレンドン制定法（The Constitutions of Clarendon）の第3項である。この条項によれば、世俗的犯罪を犯したと疑われる者は、

たとえ聖職者であっても、国王裁判所に召喚され、告発（起訴）されることになる。そして、さらにこの手続の後、当該聖職者は、教会裁判所で審理を受け、そこで有罪とされれば、聖職者としての地位を剥奪されたうえで、再び国王裁判所に送られ、そこで死刑や全財産の没収を含む刑罰の言い渡しを受けることもありうることになったのである。

これに対し、ベケット大司（主）教（Archbishop Thomas Becket）はカノン法[28]の見地から反論した。この反論は、前述したジェローム卿によるナホム書の解釈から導かれる二重処罰の禁止[29]の考え方を基礎にしており、聖職者の地位の剥奪[30]と世俗的刑罰を重ねて科すことは法の禁止するところであるという主張であった。

この論争は、ベケットが1170年に 4 人の knights of the court によって殺害されたことをもって終了したかにも思われた。しかし、ローマ法王が当該条項において世俗裁判所における聖職者処罰が許容されている点に難色を示したことを受けて、1176年にヘンリ 2 世は大幅な譲歩を強いられる[31]ことになった。この譲歩とは、重罪を犯したとして告発された聖職者[32]については、国王（世俗）裁判所は審理することも刑罰を科すことも出来ず、教会裁判所がこれを審理し、そこで科しうる処罰によって処断しうるに過ぎないとするものであった。こうして聖職者に付与されたのが、悪名高い「聖職者特権」—“benefit of clergy”—である。

この聖職者特権は、時代を追うにつれ、その勢力範囲を拡大していった。当初はこの特権を抗弁として提出できるのは、僧服（clerical garb）を身につけた者に限られていたが、後には教会関係者全般、さらには文章を読むことのできる者全般[33]（死刑を回避しようとする初犯者全般）へと変遷していったのである[34]。

こうした特権行使資格者の範囲の拡大は、この特権の濫用をもたらしたので、ヘンリ 7 世は1487年の立法[35]でこの特権の行使を原則として一回に制限することとした。これを二回以上行使できるのは、真の聖職者（聖職への任命状—letters of his Orders—により聖職の地位にあることを証明できる者）

に限られることとなったのである。しかし、その後、真の聖職者による特権の濫用が問題となるようになったことを受けて、ヘンリ８世は一定の犯罪（罪種）[36]について聖職者特権の行使自体を認めないこととした[37]。そして、エリザベス１世は聖職者特権の認められない犯罪群（non-clergyable offenses）に強姦罪、不法目的侵入罪および窃盗罪を取り込み[38]、さらに1576年の立法[39]により、特権行使後に実行された重罪については全て再度の特権行使の対象から外すこととした。加えて、この法律では、世俗裁判所が聖職者特権を主張する者の身柄を最長１年間拘束することができるものとしていたので、世俗裁判所による審理や刑罰の宣告が教会裁判所での裁決によって遮断されることは少なくなって行った。

このような変遷の末、聖職者特権は適用を厳しく制限され、徐々にではあるが廃れて行き[40]、教会裁判所の裁判権もすぐれて宗教的な事項や宗教や教会に対する犯罪等に限定されるようになったので、教会裁判所と世俗裁判所が衝突する場面も減少の一途をたどることとなった。こうして、この意味での二重の危険（二重処罰）も次第に問題とされなくなって行ったのである。

一方、世俗裁判所においては、私訴追と公訴（国家訴追）の双方が提起可能だったため、別の意味で二重の危険についての議論が生じていた。次にそれを取り上げよう。

3　英国刑事裁判制度と二重訴追（私訴追制度の影響、13世紀～16世紀）

ノルマン征服後の英国社会及びそこでの刑事司法制度を見ると、そこには絶対君主制の影響が色濃く出ており、二重の危険を含む近代的刑事手続の基礎となる個人的自由や民主主義の理念はいまだ支配的なものとはなっていなかった[41]。立法は、純粋に国王が大衆を支配・統治・コントロールするため、あるいは国家の財政を潤すための存在であった。そして、司法もまた国王が民衆を政治的・経済的にコントロールするための一手段に過ぎず、すべての訴訟はこの目的を達成するために活用された。そこで、訴訟

の対象となる事件・不正（不法）行為を民事・刑事に分けてそれぞれに個別の解決策を講じる必要もなかった[42]し、訴訟（訴追）の主体を国の官吏に限定する必要もなかった。

(1)　中世英国の私訴追制度

かくして、近代に至る前の英国刑事手続においては、公訴と同様（むしろ私訴追の方が重視されていたものとする事実[43]・指摘[44]もある）私訴追が重大な役割を担っていた[45]。そこで、ここでは、中世（主に13世紀）の「重罪に対する私訴追」―appeals of felony―の手続きを概観[46]してみることにしよう。これは、ノルマン征服より数世紀を隔てて一定の発展を見せてはいるが、なお原始的な形を留めており、英国刑事手続に特徴的なものであり、当時の刑事手続を語る上でも、二重の危険の歴史を語る上でも重要な要素であると思われる。

(i)　私訴追の手続は、叫喚追跡（hue and cry）[47]によって、さらに訴追者（appellant）がサージャントおよびコロナという公官吏へ犯罪事実を申告することで幕を開ける。その手続きが終了すると、口頭により訴えが州裁判所（county court）に提起される。そして、事実審理に先立つ「訴答段階（pleading stage）」においては、訴追者はきわめて詳しくかつ正確に[48]事実を主張することとされていた。

一方、被訴追者（以下被告人）は、異議申立によって（by taking exception to the appeal）これに応じることが許されていた。この異議申立には、訴追者の訴答における技術的・手続的ないし事実点に関する瑕疵や、コロナに対する申告事実と州裁判所に対して訴えられた事実の間の齟齬（variance）、被告人が以前に同一の行為について別の訴追者により訴えを提起され裁判により責を免れていること（departed quit by judgment―この場合には被告人は裁判所の記録を援用してこれを証明することとされた―）、さらに、憎悪や悪意（hate and spite）で訴追がなされたこと、などの主張があった[49]。

このような異議申立がなされない場合や、申立てた異議の内容が証拠に

より裏付けられなかった場合には、「事実審理」の段階へと進むことになる。この段階においては、宣誓がなされた上で、罪種の別や被告人の選択により決闘裁判（trial by battle）又は強制的事実調査（inquest）[50]の手続が取られ、そこで有罪とされれば、その罪種に応じた処罰[51]が科された。

(ii)　さて、このような手続において、二重の危険の観点から重要だと思われるのは、同一の行為（same deed）に関して以前に裁判を経て免責されていることを内容とする異議が認められていたことである。この当時においては、実体的に決着がついていること（conclusion on the merits）、それも訴追者の主張を否認する方向で結論が出ていることがこの異議の認められる条件であった。そこで、同一の行為についての前の私訴追が決闘裁判であれば、被告人が訴追者に決闘で勝ったこと又は空に星が現れる（時刻）まで両者が闘い続けたことが証明されねばならなかったし[52]、前の私訴追が強制的事実調査に基づく審理（inquest）であれば無罪判決が出ていることの証明が必要であった。そこで、前の私訴追が訴答段階において打ち切られた場合[53]や前の私訴追で問責されたのとは別の行為が訴えられている場合においては、この異議は認められなかった[54]。

(iii)　こうした「前の無罪」を理由とする二重の危険[55]は、一方では私訴追申立人の範囲が狭まり[56]公訴後に二度目の手続がとられることが減少したことによりその保障の強化を見る一方で、14世紀においては、裁判（管轄）権の条件が付加されたことによって、ある意味での保障の弱体化を経験することになる。

この当時においても、犯罪がどこで実行されたかにより裁判権の有無が決せられるというルール自体は確立されていたようであるが、14世紀においては、その地域的な裁判権（土地管轄）が厳密に定められるようになった反面、その取扱いについて地域的な食い違いが生じる場合が見られた。にもかかわらず、前の無罪を内容とする異議が認められるためには、それが裁判権を有する裁判所で下されたものでなければならないこととされたため、ある地域（特に county）の裁判所において無罪判断が下されたとし

ても、後訴裁判所が前訴裁判所の裁判権を否定して、前訴に於ける無罪判断を無効とみなし、被告人の前の無罪の異議を認めないこととする可能性も出てきた[(57)]のである。

(2)　公訴と私訴追の関係

一方、私訴追の手続が途中で打ち切られた場合には、私訴追の提起によって公となっていた有罪の疑いに基づいて、国王は一種の糾問手続である職権による審理（inquest *ex officio*）の手続を開始することが出来た[(58)]。また、これとは別に、起訴状による訴追がなされる余地があった。

こうした公訴手続と私訴追手続は、15世紀にいたるまでは相互に効力を有さない独立の手続として捉えられていた。その結果、公訴に対する無罪判決は同一犯罪についての後の私訴追を遮断することはなく、私訴追に対する無罪判決は同一犯罪に関する後の公訴を遮断しないもの[(59)]とされていたのである。ところが、15世紀になると、両者が相互に関連するもの、すなわち一方の手続に対する無罪判決等が他方の手続による裁判を遮断する効力を有するものとされるようになり[(60)]、その不都合に対する配慮から、犯罪実行後１年と１日を経過するまで私訴追が提起されていない場合に限り、国王が起訴状（indictment）によって手続を開始することができるという一般原則[(61)]・立法[(62)]ができあがっていった。

この「１年と１日原則」は、裁判所においては、１年と１日を経過する前に私訴が提起された場合には、それ以前に起訴状による訴追に対して下された無罪判決を無効とするという形で運用されていたが、以下の理由により次第に衰退していくこととなった。

衰退の原因は、国家行政の成長及びこの「１年と１日原則」の合理性への疑問、そして訴追権を掌握することによる国家の訴訟経済上・治安維持上の利益の認識であった。「１年と１日原則」を守って国家が訴追を見合わせている間に事件は風化して行き、多くの犯罪者が野放しにされることになっていたことや、濫訴の問題が深刻化していたことなどから、国家が訴追権をコントロールする必要が認識されるようになり、それと同時に、

国家訴追によって得られる利益も大きいことが認識されるようになった。その結果、15世紀末までには、起訴状による公訴が力を得るようになったのである。

そして、1487年立法[63]により、人の死という結果を招来した犯罪に関しては、私訴追の提起を待たずに起訴状による公訴を提起することが許容されることになったのである。この立法では、公訴に対する無罪判決に後の私訴追を遮断する効力までは与えていなかったので[64]、二重の危険に直接的に利益をもたらす立法ではなかったが、この立法を契機に公訴手続が頻繁に利用されるようになり、私訴追制度は徐々に活用されなくなっていった[65]。

(3)　近代的二重の危険への契機

このような経緯により一定の認知[66]は得たが、16世紀に入ってもなお二重の危険は法的な意味合いにおいてはさほど重要視されていなかった。例えば、1534年立法[67]は、ウェールズで無罪判決を得たとしてもそれをイングランドで主張することは出来ないとしていたし、この点に限らず近代的な意味での二重の危険に反するような内容の判決も下されていたのである[68]。

ただ、この時代（1557年）に Staunford（ストーンフォード）がフランス語で記した *Les Plees Del Coron* は、後の法学者に強い影響を与えることとなった。ストーンフォードは、文中で「危険（ieopardie）」という言葉を用いており[69]、さらに *auterfoits acquite, auterfoits convict, auterfoits attaint* という3種類の抗弁[70]の形で二重の危険の原理を表現し、被告人の重複裁判からの保障を法原理として位置付けたのである。また、それまで無罪後の再訴追の問題の陰に隠れていた「前の有罪」をも問題としたのであった。

さらに、ストーンフォードは、ある州の裁判所において謀殺罪に関する無罪判決が下された場合には、それは別の州の裁判所において前の無罪を主張する基礎となるものとした[71]。この点は、後述のホーキンスの指摘の通り、理論的にはやや曖昧である。ただ、複数の地域にまたがる二重の危険という視点を明らかにした点では意味のあるものであった。

一方、こうしたストーンフォードの記述は、さほど詳細なものではなく、当時の苛酷な刑罰の杜撰な適用・執行による不条理を少しでも緩和すべく政策的に主張された(72)と見る余地もあり、補充・修正すべき点も多かったため、後にクックやヘイルに代表される著名な研究者達がこれを引用しつつその内容に手を加える(73)まで、その重要性が広く認識されるにはいたらなかった。

こうして、全体的に見ると「軽視」がキーワードとなるであろう時代を経つつも、17・18世紀においては、徐々に(74)二重の危険が近代的な形を取るようになる。これはストーンフォードの後を引き継ぎ、この時代に活躍したクックやブラックストーンなどの権威的法学者の力に負うところが大きかった。そこで、この時代の二重の危険を象徴するこれらの代表的・権威的法学者の著作の内容を次に見てみることにしたい。

4　英国の権威的書物に見られる「近代的」二重の危険（17世紀〜18世紀）

さて、1557年のストーンフォードの著作に影響され、17世紀以降の時代においては、数々の権威的法律書の中で二重の危険が取り扱われることとなった。ここでは、それら多数の書物のうち、二重の危険の近代的発展の重大な契機を与えたクック、それを引き継いだヘイル、そしてそれらを洗練したブラックストーン、そしてブラックストーンの記述の多くの基礎になっていたホーキンスの著作を見てみよう。

(1)　Sir Edward Coke(75)（クック）と二重の危険

(i)　Siglerに「二重の危険の法理の源泉（a fountainhead of double jeopardy law(76)）」と称されているクックは、まず人の生命にかかわる国王の訴訟（刑事訴訟 pleas of the crown）の対象となる犯罪群を重罪と反逆罪に限定し、そこで以下の三種の抗弁を取扱うことにより、結果的にそれら抗弁の適用場面を特定している。つまり、被告人の生命にかかわる、死刑が科されうるような犯罪に重点をおいて、ストーンフォードが述べていた三抗弁（前の無罪 *autrefois acquit*、前の有罪 *autrefois convict*、前の私権剥奪

autrefois attaint）及び恩赦 *pardon* の抗弁を論じているのである。

(ii)　この著作の中では、被告人の生命の危険（danger ないし jeopardy）という表現は用いられておらず、いかなる根本思想からこのような帰結が導かれているのかは明らかでない。ただ、前の無罪についてはストーンフォードが ieopardie という言葉を用いて説明していた箇所を引いて来ている[(77)]ことからすると、その思想によっているものと考えられる。一方、前の有罪や前の私権剥奪については、この原理では説明せず、特に後者については私権剥奪の言い渡しによりその者がすでに法的には死亡しており（*mort in ley*）、その者に対して重ねて裁判を下すのは背理であるからと理由付けている。しかも、この時点においては前の私権剥奪の説明に重点があり、有罪判決後の再訴追の禁止については、それほど多くのことを述べているわけではない。こうした点で、後のホーキンスやブラックストーンとは異なる。そして、国家から被告人の人権を守るという視点も、いまだ明確に打ち出されていたわけではないようにも見受けられる。

ともあれ、クックという著名な法律家が被告人のこのような抗弁[(78)]を正面から認め、その内容を豊かなものにすることで、ストーンフォードの主張が補強され、近代的な二重の危険への道が開かれるきっかけとなったことは確かであろう。

しかし、この当時においても、刑事訴訟は公訴と私訴追の双方により行われており、依然として被害者等の私人の訴追権が考慮されたので、公訴による判決の私訴追に対する遮断効は限定的なものにとどまった。

(2)　Sir Mathew Hale[(79)]（ヘイル）と二重の危険

(i)　ヘイルは、訴棄却の抗弁[(80)]の項において、クックと同様、前の無罪、前の有罪ないし前の私権剥奪という三抗弁について記し、恩赦の場合についても言及している。

ヘイルによれば、前の無罪の抗弁は同一の重罪に対する後訴において主張できるものであるが、その無罪が公訴に対するものであれば、後の私訴追における抗弁とはなり得ない。一方、その無罪が私訴追に対するもので

あれば、それは後の公訴における抗弁となる。[81] ただ、例外として、私訴追自体に本質的な瑕疵がある場合や私訴追がその権限のない者によって提起された場合、及び無罪が決闘裁判による場合には、後の公訴においてこれを抗弁とすることができない。[82] また、ある州での無罪は他の州における裁判において抗弁として主張しえない。[83]

さらに、手続上の問題として、後の訴追に対して前の無罪の抗弁を主張するためには、前の訴追に対して無罪の答弁（plea of not guilty）[84] をしていなければならないとする。

(ii)　ヘイルはクック同様、前の私権剥奪や前の有罪の抗弁についてはこれを同一項において説明しており、特に私権剥奪の抗弁に重点をおいて解説しているように見える。確かに私権剥奪は論理的に有罪を内包するものであることからすると、こうした分類方法にも理由はあろうし、この当時においては私権剥奪が刑事手続上重要な地位を占めていたことからすればその重点の置き方も当然であったかもしれない。しかし、二重の危険という視点からすると、ここではクックからの進展はさほど大きくないようにも見受けられる。

そして、ここにおいても、依然としてこれらの抗弁は公訴・私訴追両者への抗弁として主張されることが予定されており、「国家の」訴追からの被告人の保護という視点は未発達であったように思われる。

以上の記述については、サイグラーも指摘するとおり、[85] その当時の制度に固有の問題に関することが多く、今日でもそのまま通用するものはそれほど多くないだろう。ただ、興味深いのは、「故殺」に対する公訴での有罪が後の「謀殺」に対する私訴追において抗弁となりうるとし、その理由を事実の同一性（same fact）に求めている[86] 点である。厳密に「同一」な重罪でなくても二重の危険の効力が及ぶ余地があることを認めているのである。

(3)　William Hawkins[87]（ホーキンス）と二重の危険

こうしたクックやヘイルの諸説を発展させ、ブラックストーンの時代へ

の架け橋となったのが、ホーキンスの *Pleas of the Crown* であった。ホーキンスは「同一犯罪について何人も二度その生命の危険に晒されてはならない」という基本的な考え方から出発し、かなり詳細[88]に上記の三抗弁（ただし前の有罪と前の私権剥奪は同一項目に分類され、同じ箇所で論じられている）及び恩赦の抗弁を説明し、その中で、以下のように解説している。

例えば、二重の危険の効力の及ぶ地域的限界について、前記ストーンフォードの考え方を分析し、ある州における無罪判決が裁判権のある裁判所によって下された場合とそうでない場合を分けて論じている。すなわち、もし前訴裁判所に裁判権がなければ被告人は生命の危険（danger of life）に晒されていたわけではないので、後訴において前の無罪を主張し得ない。一方、前訴裁判所に裁判権があった場合には、後訴裁判所に裁判権がないか、あるいは裁判権の競合が認められることになる。そして、そのうち前者については後訴裁判所に裁判権がないことを示せば足り、後者の場合には既に一度生命の危険に晒されているため、後訴裁判所において前の無罪を主張することができるものとする[89]。

また、二重の危険の効力の客観的範囲、すなわち同一犯罪と言えるのはどこまでかという点について、二つの犯罪がその実質において同一であるか否か（in substance the same）という基準を立て、小反逆罪（petit treason）と謀殺罪はその実質において同一[90]であるので後者の無罪は前者についての公訴を遮断するとする。

さらに、その他の裁判（discharge）のうち、無罪判決と同視できるものは何かという点についても論じている[91]。すなわち、恩赦の主張のみならず訴棄却の抗弁は全て主張でき、したがって前の有罪判決や前の私権剥奪判決も無罪判決と同視できるものとしている。ただ、こう言えるのは公訴相互間、私訴追相互間においてのみであり、公訴・私訴にまたがって後訴を遮断するのは前の無罪（決闘・評決によるもの）だけであるとしている。そして、被害者死亡の事例については、ストーンフォードやブラックトーンを引いて前の無罪判決の絶対性を説く。そして、この絶対性は審級間に

も及び、審級を問わずいかなる裁判所の無罪判決も最高位の裁判所におけるそれと同視できるとしているのである。[92]

さらに、そうした問題点の指摘にとどまらず、前の私権剝奪の抗弁については、その抗弁の認められる理由として①被告人は同一犯罪につき、初めの訴追で既に一度生命の危険をくぐってきていること、及び②私権剝奪判決により被告人は既に法的には死亡しており、持てる物も全て国家に没収されているのであるから、さらにこの者について訴追するのは無意味である（cannot be to any purpose）という二つを掲げた上で、この理由が妥当しない事例[93]が多く見受けられるため、この抗弁自体はさほど効果的ではない（of little effect）ものとしている。

一方、前の有罪の抗弁が許される点については、その主たる理由を、当事者が同一の犯罪について二度その生命の危険に晒されてはならないという点に求めている。

こうして、ようやく二重の危険が前の有罪･無罪の両抗弁に共通する思想であることが明らかにされたのである。

(4)　Sir William Blackstone[94]（ブラックストーン）と二重の危険

(i)　ブラックストーンは、前の無罪の抗弁についての記述の中で、この抗弁が「何人も同一の犯罪について二度以上彼の生命の危険に曝されるべきではない…（という）普遍的な格言（universal maxim）に基づくものである」と記している。[95]この一節自体、合衆国最高裁判決でも触れられ、[96]広く知られている。しかし、ブラックストーンの二重の危険の分野における功績は、内容的にもクックやヘイル、ホーキンスの研究を更に一歩すすめた点にある。

まず、前の無罪の抗弁については、前記のような普遍的格言の効力として、「いかなる公訴ないしその他の訴追に対するものであれ、裁判権のある裁判所において、公正に無罪であると判断された者は、同一の犯罪に関する、後のいかなる訴追に対しても、その無罪を抗弁として主張することができる」[97]とする。

また、前の有罪の抗弁を前の私権剥奪の抗弁とは別の項目において、しかもそれよりも先に扱っている。これは、前の有罪の抗弁が許容されるのは、前の無罪の抗弁と同じ理由からであると著者が考えていることによる。この記述は、ホーキンスの時代を起点に、二重の危険から被告人を保護するという共通の考え方で前の無罪・有罪の抗弁を説明することが定着しつつあったことを窺わせる。

一方、瑕疵ある起訴状やその他の手続上の瑕疵に基づいて、ないし管轄権を有さない裁判所によって審理がなされた場合、被告人を法的に裁く条件が欠けているので、被告人は危険にさらされたことにはならず、たとえここで有罪・無罪の判決を得たとしても、これを後訴に対する抗弁として主張できない(98)ものとしている。

さらに、前の無罪・有罪の抗弁の効力が及ぶ客観的な範囲については、①同一の行為・犯罪、あるいは②法律ないし判例によればその行為・犯罪に基づく訴追によって有罪判決を下しえた犯罪事実(charge)(99)についてのみ抗弁を主張できるものとした(100)。

(ii) ブラックストーンは二重の危険の適用場面を国家による訴追(state prosecution)の場面(101)に限定し、危険の発生のためには少なくとも有罪または無罪の評決が必要であるとした(102)ものとされている。しかし、原典による限り、その点は言われているほどに明確な形で表現されているわけではない。

第一の点については、そのように明確に断定しているわけではなく、注の中で被害者死亡の事案に関する前の無罪判決の絶対性を否定する前記1487年法に触れつつ、その立法を否定していないことを捉えてそのように解しているものと思われる。そうであれば、従前の著作と変わるところはなく、独自にそのことを述べているものではないと思われる。この限定は、むしろその後の私訴追制度の利用が減少し、さらには廃止されたことにより、必然的にもたらされたものではなかろうか。

第二の点については、陪審不解散則の存在によって、評決にいたらない

場合がそもそも想定されていないのであって、前の有罪・無罪（・私権剥奪・恩赦）以外の抗弁が成立する可能性を明白に否定しているわけではない。ただ、この点については、今日であれば事情によっては評決前に手続が打ち切られる原因となる事実（起訴状の瑕疵、手続上の瑕疵等）について、それらの事実がある場合には被告人は危険に置かれていないことになるとの記述があるため、それを解釈して評決前の危険発生を否定するものと読んだものと思われる。

5　小　括

英国における二重の危険は直接的ないし間接的にローマ法を継受し、その基本的概念を受け継ぎつつ、制度上はその時代時代の要請（国王の意向も多分に影響していたが）に沿った形で現れていた。中世においては、①民主主義的・自由主義的な社会が実現されていなかった、②それゆえ被告人の人権という発想もなかなか考えられなかった、そして③教会裁判所と世俗裁判所との軋轢により、むしろ二重処罰の禁止に重点のある議論がなされていたため、被告人を二重の裁判手続の負担から守るという発想が生まれにくかった、④世俗裁判所内部でも、私訴追と公訴の並存によって、再訴追に関する取扱いは複雑なものとなっており、「国家に対する」被告人の人権保障という思想が出てきにくかったなどの事情があった。そこで、少なくとも16世紀前半までは、社会的にも制度的にも近代的な二重の危険が明確に法原理として意識されていたとは考えにくく、二重の危険が力を発揮するための条件も未だ整っていなかったものと考えられる。勿論、聖職者特権など、部分的には二重の危険と同種の帰結を導く制度もあったにはあったが、それはあくまで部分的なものであり、そもそも被告人を国家による二重の裁判の負担から救うという思想に裏打ちされたものではなかった。

しかし、人権思想の浸透、行政権の拡大、国家による訴追権の掌握や刑罰の峻厳性、ストーンフォードの著作を契機に、徐々にではあるが変化の

兆しが見え始める。そして、教会裁判所の管轄事件の範囲が狭まったことや、公訴提起の範囲の拡大に応じて私訴追制度の活用が少なくなっていった[(103)]ことなどから、少しずつ純粋な二重の危険、すなわち国家に対する被告人の人権保障という観点が浮き上がってくることになり、二重の危険の重要性も認識されるようになってきたものと考えられるのである。

こうした社会の変化に対応する形で発展して行った二重の危険は、この時代になると一層「政策的」であることが明白になって来ているともいえよう。

さて、こうして17・18世紀までに英国で徐々に法原理としてその地位が認められるようになった二重の危険は、新大陸に移住した人々の社会において、めざましい成長を遂げることとなる。次にその過程を追ってみよう。

四　合衆国における二重の危険の成立過程

二重の危険原理を初めて憲法上の保障として明記したのは合衆国憲法修正第5条であった。二重の危険は、ここにおいて、一国の憲法原理として、そして基本的人権として認知され、近代的なものとしてまさしく「成立」したものと考えられる[(104)]。ただ、植民地[(105)]時代からこの段階までの展開はスムーズには進まず、憲法制定審議過程においても最終的に規定された文言に到着するまでには紆余曲折を経ている。そこで、ここでは、植民地時代における二重の危険の取り扱い及び修正第5条に明記されるまでの制定過程の議論を—資料の問題もあり断片的にならざるを得ないが—取り上げ、紹介してみたい。

1　憲法第５修正に規定される前までの植民地における二重の危険

アメリカにおいては、まず1639年のメリーランドの立法[(106)]において、領地内に居住する全てのキリスト教信者は、英国の市民が享受するのと全く同

様の成文法上・コモン・ロー上の権利・自由・免責・特権を享受することができるとの一般規定が設けられた。当時の英国においては、コモン・ロー上の抗弁として前の無罪等の抗弁が認められていたのは上記のとおりであり、メリーランドにおいてもその保障が及んでいたと解することも可能である。

その後、マサチューセッツの *Body of Liberties*（1641）[(107)]で二重の危険の考えが明確に採用された。この後者の立法においては、①生命の危険に限らず、②およそ刑事訴追および民事上の権利侵害（civil trespass）に関する訴訟において二重の危険が適用されることになっていた。この段階では一定の範囲において民事裁判でもこの原理が用いられることになっていたのである。そして、この立法の影響は、裁判実務において他の多くの植民地に広がっていくことになる[(108)][(109)]。

しかし、その後に制定された各植民地の憲法を見ると、必ずしもこうした規定が明記されてはいなかった。1770年に発布され、二重の危険以外の多くの刑事手続上の被告人の権利保障を明記していたバージニア州憲法にも、二重の危険の明文規定は存在しなかった。

この原因について、ガルシアは次のように推測している。すなわち、James Madison（マディスン）も言うように二重の危険は「特別に貴重な（particularly dear）」ものであり、刑事手続において大変深く根付いていたために、これを名文で規定する必要がなかったという推測もあるが、むしろ、その重要性の割にはさほど広範に認知されていたわけではなかったので、各州憲法から外されていたのであろうと推測しているのである[(110)]。

一方、このような植民地憲法における二重の危険の軽視（無視）という現象については、サイグラーも「説明し難いところである（difficult to explain)」としたうえで、被告人の二重の危険以外の刑事手続上の人権保障を明文化したバージニア憲法・ペンシルバニア憲法等を例示して、これらが参考にしたイギリスの権利章典（1689）において二重の危険が規定されていなかったことを述べている[(111)]。ここからすると、サイグラーはこれら

の州が州憲法を作る際に参考にした原典において、二重の危険が明記されていなかったことこそが州憲法に規定されなかったことの理由であると考えているかのようにも見える。しかし、さらに続けて二重の危険概念自体が未完の概念であったことを述べているので[112]、むしろ英米両国に共通して二重の危険の中心的な概念が広範に認知されていなかったという状況が原因であると捉えているものと考えられる。

ともあれ、1641年のマサチューセッツの立法から100年以上経過した1783年にようやくニューハンプシャー憲法第16条[113]において二重の危険が規定された。これは、「何人も、無罪判決の後、同一の犯罪または違反行為について裁判に付される（tried）ことはない」という規定であった。この段階では、「前の無罪」のみが規定されたのである。

2　憲法への編入の契機

こうした植民地の法律家たちにとって、かつての母国たる英国の法律書は、各地域での人権思想の源となっていることもあり、非常に大きな影響力を持つものであった。その中でも特にクック、ブラックストーンの影響は大きかった[114]。そして、18世紀半ばに出版されたブラックストーンの *Commentaries* は、各植民地の憲法にも影響を及ぼし、当時連邦憲法の修正条項として人権規定を列挙する方法（Bill of Rights）によることを考えていた法律家達にも示唆を与えることになった。

また、1770年には、愛国主義党派の著名な指導者であった Alexander McDougall が、議会の脆弱な対英国施策を叱責する内容のパンフレットを発行したことを理由にニューヨーク議会に召喚されるという一件があった。McDougall は、そこで証言すると自己負罪の可能性があるという理由に加え、議会での尋問は彼を二重の危険に晒すものでもあるとの理由で証言を拒んだ。彼の主張内容の当否はともかく、この事件が二重の危険（及び自己負罪拒否特権）の存在を広く世間に知らしめたことは確かであった[115]。

また、メリーランドでは、連邦憲法を批准した直後の1788年に修正条項を考案する委員会が設置され、合衆国議会への修正条項草案提出を目指すこととなった。提出予定の修正条項草案においては、第二修正条項において、「無罪判決後の再度の審理は許されない」といういうやや縮減された形の二重の危険が含まれており、さらに「事実（実体的な争点 matter of fact）についての上訴は許されない」とされていた(116)。ところが、メリーランド議会においては修正案自体の提出の是非が問われ、最終的に否決されたため、この提案が連邦議会に提出されるにはいたらなかった。しかし、これらを含む全28修正条項案が印刷され、刊行されたため、後の他の草案に影響を与えたと考えられている(117)。

一方、独自の草案を作っていたマディスン自身、さらには憲法制定議会のその他のメンバーにおいても、権利章典という形で様々な人権を規定することについては疑問がないわけではなかった。例えば、マディスンは、1788年の Thomas Jefferson 宛書簡(118)の中で、自分自身は常に権利章典化には賛成の立場を取ってきており、それを変える気がないことを明らかにしつつ、権利章典に規定された人権が多数勢力によって（政府を通じて）侵害されてきた前例について述べ、さらに、立法によりある人権の存在が公にされると、それが様々な批判にさらされた結果、保障がかえって制約される虞もあるなどとして、権利章典化に対する一定の懸念も表明している。

また、反対派の旗手であった James Wilson（ウィルソン）は、地元ペンシルベニアのフィラデルフィアでの市民集会における演説(119)の中で、政府の立法や意図によって一切剥奪されるはずのない市民の人権が、連邦体の規定するところによって条件付けられるなどとすることは、余計なことであるし、理不尽なことでもあるとして、強く反対の意を表明した。

しかし、こうした懸念や反対意見が支配的となることはなく、マディスン自身の権利章典化への強い主張もあり、1789年6月8日、修正条項草案は下院に提出されることとなった。

3　議会提出後の制定過程における議論

(1)　マディスン案をめぐる下院における議論

(i)　マディスンが1789年6月8日に下院に提出した草案[120]は、「何人も、弾劾の場合を除いて、同一の犯罪について二度以上処罰ないし審理の対象とされない（No person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment or one trial for the same offense[121]）」というものであった。

この文言を素直に解釈すると、二重処罰は勿論、一切の二重審理も禁止されることになる。いったん審理段階まで進めば、どのような形でそれが終結したとしても、終結後に審理を繰り返すことは許されないことになるのである。つまり、有罪・無罪の判決に至る前に手続が打ち切られた場合にも、二重の危険は効力を有することとなる[122]。一方、この文言は、被告人が有罪判決に対して上訴を申立て、上訴審が原判決を破棄・差戻した場合に、再度の審理が遮断されるものとも解釈しうるものであった。そこで、マディスン案は批判されることになった。

ニューヨークの代表であるEgbert Benson（ベンスン）議員は、次のような見解を述べ、マディスン案を修正する動議を提出した。すなわち、マディスン案の文言は多少曖昧（rather doubtful）であり、このままで行くと、これまでに確立されてきた被告人の上訴権という権利を脅かす虞があると。また、この条項が被告人を二度生命の危険に晒すことを防止することを意図していることは理解できるが、被告人はそのために二度以上の審理を受ける権利（上訴権）を剥奪されるべきではなく[123]、この条項の射程は二度処罰されないという点に限定されるべきであるから、“or one trial”という文言を削除するべきである[124]、と。

コネチカット代表のRoger Sherman（シャーマン）はこの動議に賛意を示し、もし被告人が初めの裁判において無罪判決を受けた場合には、裁判所が被告人を再度審理し刑罰を科してはならないが、逆に有罪判決を取り

消す（set aside）べき事情があれば、被告人には、当然自分にとって有利であろう二度目の審理を受ける権利があると考えられる旨を述べた。

また、ニューハンプシャー代表のSamuel Livermore（リヴァモア）は、いかに有罪と思われる場合であれ証拠が不十分であれば無罪とするのが妥当であり、さらに被告人を危険に晒す(125)のは避けるべきであるので、このままの文言で問題はないと思われる旨を述べた。

マサチューセッツ代表のTheodore Sedgwick（セジウィック）は、この規定は人民の自由を保障するどころか、訴追された者から特権を剥奪することになる虞があると述べた。

そして、マサチューセッツ代表のGeorge Partridge（パートリッジ）は、“same offense”の後に“by any law of the United States”の文言を追加することを提案した。

(ii)　こうして、マディスン案に対してはいくつかの修正動議が提出された。しかし、採決段階においては、これらの動議が承認されることはなく、結局は当初の形のままで下院を通過することとなった。この理由としては、まず、リヴァモア発言にもあるように、無罪判決後の再訴追を禁止するには二度目の審理を禁止する必要があり、そのためにはpunishmentだけでなく、trialの文言を残しておく必要があるとの共通した理解があったのではないかという点が考えられる。また、パートリッジ提案についてはあえてそこまで規定する必要がない、むしろそう規定することにより、州にもこの規制が及ぶと解釈される可能性があり、連邦政府の権限を規制するという連邦憲法全体の思惑から外れてしまう虞があるとの点も考慮されたものと推測される(126)。

ただ、これらの議論で注目すべきなのは、①二重の危険は審理の負担を二度被告人に負わせるのを禁止する原理であること、②ただし、それは必ずしも被告人に利益な二度目の審理を禁止してはいないことが確認されていた点である。ベンスンらの提出した動議が否決されたのは、主張の内容自体に問題があったのではなく、trialの文言を残すことによって被告人

の上訴権が脅かされる虞よりも、これを削ることによって無罪判決後の再訴追が許容されるとの誤解を生じる虞の方が大きいと判断されたからと推測されるのである。

(2) 合衆国憲法修正第5条の成立

さて、かくしてマディスン案は無傷で下院を通過したが、上院においては大幅な修正を経ることとなる。残念なことに上院での議論についてはその内容が公刊されておらず、どのような討議を経て上院がマディスン案を修正して行ったのかは明らかでない[(127)]。いずれにしても、この段階において修正第8条におかれていた二重の危険条項は、1789年9月4日の討議において次のように修正された。すなわち、「何人も、同一の犯罪について、いかなる公的訴追によっても、二度生命または身体の危険に晒されることはない—nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb by any public prosecution—」とされた[(128)]のである。つまり、この段階において、「処罰(punishment」」・「審理(trial)」の文言が「危険(jeopardy)」に修正され、「弾劾の場合を除いて」、という文言も除外されているのである。

そして、議論の最終段階の9月9日においては、「いかなる公的訴追によっても—by any public prosecution—」の語が除かれ、現在の形となった。すなわち、「何人も、同一の犯罪について二度生命または身体の危険に晒されることはない—nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb—[(129)]」とされたのである。そして、これが各「州」により批准され、修正条項は憲法の一部を構成することとなった。

4 小　括

二重の危険は、米国においてはまずマサチューセッツの法律に規定され、そして100年以上の長期にわたる「軽視」の時代を経てニューハンプシャー憲法に規定された。そして、憲法制定会議における反対を乗りき

り、下院・上院で種々の議論が交わされた結果、現在のような形で、ついに合衆国憲法修正第５条の中の一節に明記されるに至ったのである。

この経過は、ある意味では英国におけるそれと近似している[130]ようにも見える。いったんその存在が認められてからも、軽視の時代[131]が続き、それが徐々に人々の認知を得るようになり、段階的に進歩していったという点で共通しているように思われるのである。勿論、進歩の程度は飛躍的であると思われるが、これはもともと人権思想という素地が整っており、そのような思想が比較的受け入れられやすかったということもあったものと考えられる。

さて、こうした過程を経て、合衆国憲法の人権宣言たる修正条項中に二重の危険が規定されたことで、この思想が「格言」の域を完全に脱し、国家との関係における被告人の「人権」として保障されるようになったと言えよう。ここにおいて、近代的な意味の二重の危険は「成立」したのである。

五　結びにかえて

このように、二重の危険は紆余曲折を経て今日に至っている。しかし、その根本的な思想自体は古代より今日まで一貫して存在してきた。これはこの発想自体の基本的な妥当性を示すものであろう。しかし、それは16・17世紀まではいわば「格言」として存在していたにすぎなかった。そして、これが格言にとどまっていたならば、明確に定義付けられたり、一つの制度として法体系に組み入れられたりすることはなかったであろう[132]。この思想が民衆の中に浸透し、基本的人権という発想と結びついて、それを保障する一つの「法原理」として捕捉されるようになって初めて、その保障の広がりを確認するために明確に定義付けられる必要性が出てきたのであり、その保障を強固なものとするために制度化の動きが出てきたのである。

加えて、16・17世紀を境に私訴追が次第に行われなくなって行ったことで、国家訴追からの保障の側面が強調されることとなった。さらに、教会裁判所と世俗裁判所との競合がなくなったことで、二重処罰から切り離された意味での二重の危険、すなわち重複審理・訴追からの被告人の保護の側面も認識されるようになった。こうした展開によって、近代的な二重の危険の理解が生まれてきたものと推測される。そして、クックをはじめとする英国の代表的な法学者たちの手でこの原理はさらに洗練されて行き、近代的な法原理となって行ったのである。

そして、このような意識の高まりの中で、米国においては、マサチューセッツの法律やニューハンプシャー憲法において、そしてついには連邦の憲法において、二重の危険が一つの基本的人権として保障されるにいたったのである。

さて、ここまで二重の危険の成立過程を概観してきたが、ここから幾つかの示唆を得られるように思われる。最後にこれらのうちの二点を指摘して本稿の結びにかえたいと思う。

第1に、従来言われてきたように、二重の危険がその起源より今日に至るまで常に絶対的な保障であったわけではなく、その保障の内容も当初から一定していたわけではなかったという事実である。中世英国において国王の施策が二重の危険の発展にも大きな影響を与えていたことにも見られるように、二重の危険はやはり時代時代の要請に応じた政策的原理であり、必ずしも絶対的・一義的なものではなかったと考えられるのである。これが、次第に人々の認知を得て、個人的自由や基本的人権の主張が次第次第に勢力を増していった時代の流れの中で、まず英国において法原理にまで高められ、さらに米国においては憲法的保障を与えられるにいたったのである。

このことを前提にすると、ある国が二重の危険の思想を採用したとしても、そのことから直接一定の制度的帰結が導かれることにはならないだろう。田宮博士が論述されたように、二重の危険の思想からどのような制度

的帰結を導くのかは、その国の「固有の訴訟制度、基本的法体系」[(133)]との関係において論じられるべきことになる。日本における現代的二重の危険制度の構築に際しても、この点が意識されねばならない。

第二に、二重処罰と二重の危険との関係がある。つまり、二重処罰の危険は二重訴追の危険とは異なる policy で説明する余地があると考えられるのである。英国において被告人の人権としての二重の危険の発展をある意味で助長し、逆に阻害もした一つの事情が教会裁判所と世俗裁判所との間での二重処罰をめぐる問題であったことは上記の通りである。ここではあくまで処罰ないしその前提としての有罪判決の重複が問題となるのであり、無罪判決後の再訴追は問題とならないのではないか。また一少なくとも直接的には一被告人の手続上の負担という観点も出てこないのではないか。その意味では、二重訴追の禁止と二重処罰の禁止とでは妥当する policy（政策的考慮）が異なってくる可能性があると考えられる[(134)]のである。これは、従来日本において手続効力説の難点とされてきた問題（略式判決後の再訴追の問題等）の解決に際し、一定のヒントを提供しうるものではなかろうか[(135)]。

このように、古い時代に関する歴史的考察により、二重の危険がかなり古くから「政策的」なものであったことや、二重の危険を支える policy に関する興味深い事実が明らかになり、今後の研究の手がかりを得ることが出来た。ただ、これらは歴史的考察や policy に関する考察全体から導かれるであろう手がかりのうちの一部にすぎない。現代の二重の危険を考察する際には、更なる歴史的考察が重ねられる必要があり、それと併せて二重の危険の policy に対する詳細な考察がなされることも不可欠である。こうした考察を前提にしてこそ、現代の我が国の policy に沿った独自の二重危険論も説得性を持ちうるようになると思われるのである。

そこで、今後は、上記のヒントを手がかりにしつつ、19世紀以降今日に至るまでの米国における二重の危険の発展を追究し、さらに、二重の危険を支える個々の policy を明らかにしていきたい。

(付記)　本稿は、1999年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号99A-813）による研究成果の一部である。

(1)　Jill Hunter, *The Development of the Rule Against Double Jeopardy*, 5 J. Legal. Hist. 3 (1984) によれば、過去の時代において二重の危険がどのように取り扱われていたかを見ることで、国の行政機関・司法機関が刑事司法全般や公の秩序の維持および国家と個人の関係に対してどのような態度を取っていたかを知ることができる。また、二重の危険の保障がどのように発展してきたかを見ることで、それを支える法理論がどのように変遷してきたかを窺い知ることができる。

(2)　Jay A. Sigler, Double Jeopardy : the development of a legal and social policy (1969); Martin L. Friedland, Double Jeopardy (1969); George C. ThomasIII, Double Jeopardy : the history, the law (1998).

(3)　特に英国における二重の危険の歴史に関しては *See* Hunter, *op. cit.* 3, 米国における展開については *See* Alfredo Garcia, *The Fifth Amendment : A Comprehensive And Historical Approach*, 29 U. Tol. L. Rev. 209 (1998) ほか。

(4)　何を基準に二重の危険の「成立」を判断するかは困難な問題である。ここでは、二重の危険を被告人の立場から考察する近代的二重の危険の思想、すなわち被告人を国家による二重の訴追から守るという思想が、被告人の基本的人権として承認されていたか否かを基準にする。

(5)　例えば、田宮裕・一事不再理の原則27以下、66以下（有斐閣、1978）、田口守一・刑事裁判の拘束力165以下、369以下（成文堂、1980）、高田昭正・刑事訴訟の構造と救済24以下（成文堂、1994）ほか。なお、脱稿（2000年5月14日）後、高倉新喜「一事不再理の効力と既判力（拘束力）について（一）—コラテラル・エストッペル（collateral estoppel）を参考にして—」北法51・1・1、26-30（2000）に接した。同論文においては、「ダブル・ジェパディの沿革」として、英米における歴史がコンパクトに紹介されている。この文献は、レス・ジュディカータとの関係についても言及している点で非常に興味深い。

(6)　田宮・前掲注(5)1以下、70、86ほか。

(7)　Sigler, *op. cit.* at 2 , Thomas, *op. cit.* at 73, 74.

(8)　なお、Thomas III, *op. cit.* at 73では、バビロニアのハ（ン）ムラビ法典の第5法則も二重の危険と同じ狙いを持ったものであるとされている。飯島紀・ハンムラビ法典—原典直訳—（泰流社、1997）39-41を参考にまとめてみると、同法典の第5法則は、次のようなものであった。すなわち、もし裁判官が訴訟を取り上げ、裁決を下し、記録を交付し、その後その訴訟（裁決）を変更したときは、当該裁判官はその訴訟で科した罰金の12倍の額の罰金を科せられ、判事の職を追われ、再び裁判官として訴訟を行うことは出来ない、という内容の法則だったのである。これは直接的には同一裁判官がいったん下した裁判を変更してはならないという戒律であり、被告人が二度苦痛を科されること自体を禁止したものではないが、二重の危

険と少なくとも類似の狙いを持ったものと位置付けることは可能であろう。ただし、Sigler, *op. cit.* at 3 n. 6 では、ヘブライ法はともかく、タルムードやハムラビ法典においては二重の危険の思想への言及はないものとされている。

(9) Demosthenes Bk 20. 147, reprinted in 1 Demosthenes 589 (English Translation by J. H. Vince, Harvard University Press, 1930).

(10) The Digest of Justinian Bk 48. 2. 7., reprinted in 4 The Digest of Justinian 797 (Theodore Mommsenn, Paul Krueger, Alan Watson ed. University of Pennsylvania Press, 1985—hereinafter *Digest*).

(11) Sigler, *op. cit.* at 2. なお、当時の手続によれば、いったん公の無罪判決がくだされたとしても、それより30日以内は告発者による（私）訴追がなされる余地があった。*Ibid.*

(12) *See* Garcia, *op. cit.* at 234.

(13) *See Digest op. cit.* at 864-874.

(14) The Opinions of Paulus, Title XVII, *cit. in* Sigler, *op. cit.* at 2 n. 5.

(15) "Nahum". 旧約聖書中の一書。

(16) See Nahum 1：9.

(17) Bartkus v Illinois, 359 U. S. 121, 152 n. 4 (1959).

(18) 1 Pollock & Maitland, The History of English Law 448 (1968).

(19) 例えば、Sigler, *op. cit.* at 8 は、二重の危険が国家の訴追権の制約にかかわるものであるから、それが形成されるためには国家がその裁量において刑事訴訟を提起する権限を有するという段階にまで刑事訴訟制度が発達していなければならないとしている。

(20) 「私訴追」は、制度上公訴と区別され、それとは独立に存在した appeals of felony を指すものとする。今日、英国では「私人訴追主義」が採用されていると言われるが、その「私人訴追」と1819年に廃止された appeals of felony は厳格に区別されるべきである。そこで、ここでは便宜上これを「私訴追」とする。なお、イギリスにおける私人訴追主義の生成過程については、鯰越溢弘「私人訴追主義と国家訴追主義」法政研究48・1・33、42以下（1982）参照。その中で鯰越教授が appeals of felony を「私人訴追（appeal）」と表現されているのも、上記の区別を明確にする趣旨であると考えられる。

(21) *See* Sigler, *op. cit.* at 3. ここでの記述によれば、西洋法（Western law）の大部分が、共通した法概念的基礎から派生しているので、この点についての推測を実証するのは容易ではないとされている。

(22) Friedland, *op. cit.* at 5. ただ、これは二重の危険のコモンローへの編入の際、主要な役割を果たした（primarily responsible）のが上記対立であったとしているに過ぎない。Friedland もローマ法学者の影響を否定するわけではなく、12世紀後半にはオックスフォード大学でローマ法の講義が行われており、その中でレス・ジュディカータの法理が取り上げられていたことを指摘し、ローマ法がこのように直

接的に又は教会法を通じて（間接的に）二重の危険のコモンローへの編入に影響を与えたのだとしている。*Id.* at 6.

(23) Hunter, *op. cit.* at 7.

(24) ただ、Hunter は、イギリスの Year Books への前の無罪（autrefoit acquit）の登場がベケット対ヘンリの論争から時期的にさほど遅くなかった点を捉えて、それまでにすでに二重の危険がある程度成長していたと考える。そしてこれは、二重の危険が外部からの影響によってではなく国内で「自然に（固有のものとして）発達して行った（evolved naturally)」とする理解を裏付ける証拠となるとしている。*Ibid.*

(25) 2 Bracton, Bracton on the Laws and Customs of England 304（trans. by Thorne, 1968）なお、1Pollock & Maitland, *op. cit.* at 130 によれば、ここには（聖職者に任ずる手続等の）純粋に宗教的な事件のみならず、刑事・民事を問わず聖職者が被告発者（被告人）ないしは被告となった全ての事件が含まれていた。また、犯罪の被害者が聖職者である場合にも教会裁判所の裁判権は及んでいたようである。ただ、この場合には専属管轄ではなく、世俗裁判所にも教会裁判所にも裁判権があったものと解される。*See* 1 Pollock & Maitland, *op. cit.* at 441. なお、後掲注(30)参照。

(26) *Ibid.*

(27) 唯一の例外は、国王と大司教の連携による“when sword ought to aid sword”の場合であった。*Ibid.* なお、詳しくは4 Bracton, *op. cit.* at 327 n. 20.

(28) しかし、Hunter, *op. cit.* at 17 n. 21は、カノン法によればベケットの主張のみならずヘンリ2世の主張も基礎付けられうるという。

(29) ただし、1Pollock & Maitland, *op. cit.* at 455-456によれば、この主張は二重の処罰ではなく二重の裁判（double judgments）を非難する内容のものとも捉えられるものであった。

(30) *Id.* at 444, 445によれば、当該聖職者が犯した罪がどれだけ重くても、教会裁判所における処罰は、（制度上はともかく）実際上は、聖職者としての地位の剝奪（degradation）どまりであった。そこで、聖職者の犯罪により国家（国王）の治安が害されたとしても、国王裁判所を通じて聖職者の財産を没収したり、死刑を宣告したりすることは出来なかった。

(31) 当時はまだ法王と国王の結束が破れておらず、法王の意向に対して国王が逆らうことは少なかった。*See* Thomas III, *op. cit.* at 74.

(32) これが妥当するのは、あくまで聖職者が犯罪の「主体」となっている場合であり、聖職者が（俗人による）犯罪の「客体」である場合には、この規定の射程外のものとして、その犯人は世俗裁判所による審理・刑の宣告を受け、それに加えて教会裁判所による審理・処罰（破門等）を受けることになる。

(33) 英米法辞典（以下辞典）・田中英夫ほか編・96（東京大学出版会、1991）によれば、これは教会関係者全てがこの特権を主張することが出来たこと、そして関係

者かどうかの判断が聖書の詩編51編1節を読むことが出来るかどうかによってなされていたことによる。

(34)　*See* Thomas III, *op. cit.* at 81. この当時は初犯でも死刑の可能性のある犯罪を犯した者が、その宣告を回避するためにこの特権を用いることが多かったようである。

(35)　4 Hen. VII, c. 13 (1487).

(36)　*See* Thomas III, *op. cit.* at 81. ここには、予謀殺人罪、小反逆罪および様々な種類の強盗罪が含まれていた。

(37)　23 Hen. VIII, c. 1 (1531).

(38)　8 Eliz., c. 4 (1565).

(39)　18 Eliz., c. 7 (1576).

(40)　ただ、立法によって正式に廃止されたのは、貴族以外については1827年刑事法、貴族については1841年重罪法によってであった。

(41)　Hunter, *op. cit.* at 7. なお、13世紀においては、立憲君主制度への展開を示すとともに自由主義志向を示すもの（ただ、その原義については、辞典前掲注(33)535参照）として有名なMagna Cartaが成立した。だが、ここにおいても二重の危険への言及はなかった。

(42)　*Ibid.* なお、Sigler, *op. cit.* at 7 によれば、その当時はcrime（犯罪）、tort（不法行為）、contract（契約）というそれぞれの分野においてもっとも基本的とも思われる概念ですら違いがはっきりせず、混迷を極めていた（hopelessly confused）とされる。そして、民事・刑事の区別が曖昧な状態は（部分的には）18世紀まで続いたとされる。

(43)　*See* Hunter, *op. cit.* at 11, Sigler, *op. cit.* at 8.

(44)　Friedland, *op. cit.* at 9 は、「私訴の優先は当時の確立した原則であった」とする。

(45)　そして、1819年にこの制度が廃止されるまで（特に15世紀まで）は、これらの私訴追の濫用を防止するために二重の危険を適用・運用するという実務が垣間見られた。*See* Sigler, *op. cit.* at 14-15.

(46)　*See* Hunter, *op. cit.* at 8-10.

(47)　辞典・前掲注(33)419によれば、これは「往時イングランドで、警察担当の役人ないしは私人がfelon（重罪犯人）を発見した場合、warrant（令状）なしで地方住民とともに角笛を吹き喚声をあげ追跡逮捕したコモン・ロー上の手続き」である。

(48)　*See* 2 Bracton, *op. cit.* at 394-397. ここでの記述によれば、訴追者は、被告人の名前や正犯・共犯の別、犯罪の手段・場所・日時（ただし、訴追者が動揺や恐怖にとらわれていることも十分ありえたので、犯罪実行の具体的な時間（the hour）を特定することは、私訴追を維持するために絶対に必要な条件とはされなかった――この点の瑕疵が私訴追を無効にするか否かの判断は裁判官の裁量に委ねられていた

ー）や罪種を特定するのは勿論、傷害罪に関しては傷害の部位や程度、窃盗罪であれば窃取された物の種類（色なども含めて）、額などを細部にいたるまで詳しく述べねばならなかった。

(49)　*Id.* at 397.

(50)　*Id.* at 385 によると、被告人には決闘裁判又は「陪審裁判」を選択する権限(power of choosing whether to place himself on a jury or defend himself by his body）があるとの表現があるが、ここでの陪害は事実認定の権限を有するものではなく、sheriff が裁判官の事実認定の資料とするために事実を調査する際に用いられたものであった。辞典・前掲注(33)453参照。なお、この陪害の性質については、プラクネット（イギリス法研究会訳）・イギリス法制史・総説編 上220-221（1959、東京大学出版会）、鯰越・前掲注(20)52参照。なお、1166年のクラレンドン法（The Assize of Clarendon）においても「陪審による審理（trial by jury)」の語句は既に登場していた。*See* Sigler, *op. cit.* at 4.

(51)　この点については、*See* M. J. Russell, *II Trial by Battle and the Appeals of Felony*, 1 J. Legal Hist. 135（1980).

(52)　*See* 2 Bracton, *op. cit.* at 400. なお、両者が星が出る時刻まで闘い続けた場合は、厳密に言えばいずれの結論も出なかった場合とも言えようが、訴追者が勝たなかった（有罪を証明しきれなかった）という結論は出ているので、これをここに含めているのであろう。ただ、この時代において無罪推定の原則が存在していたかどうかは明らかでない。むしろ有罪の推定（presumption of guilt）という表現が用いられているので、被告人が無罪を証明すべき場合もあったと思われる。そうだとすると、晩まで決着がつかなければ、被告人の側からしても無罪を証明したことにはならないと思われるので、この場合を無罪評決が出た場合や被告人が決闘に勝った場合と同様に取り扱うことにも疑問は残る。一つの推測として、決着がつくまで延々決闘させることの不合理性への配慮、訴訟経済上の考慮（決闘は官吏の立会いの下で行われた）がこのような取り扱いにつながっていったものとも考えられる。

(53)　ただ、この場合には、同一の者が再度同じ行為について私訴を提起することは禁止されていた。Hunter, *op. cit.* at 9 では、これは濫訴防止等の訴訟経済上の理由から導かれるものであると推測されている。

(54)　2 Bracton, *op. cit.* at 388, 391.

(55)　Hunter, *op. cit.* at 10 によれば、同じ頃、危険の発生時期（attachment of jeopardy）の問題や、「同一行為」の定義付けの問題なども徐々に認識されはじめたようである。前者の点については、Sigler, *op. cit.* at 16 で引用されている1482年の判決が被告人の無罪答弁（plea of not guilty）により危険が発生することを述べており、少なくともその時点では危険発生時期の問題が意識されている点が注目される。また、後者については、2 Bracton *op. cit.* at 397 で用いられた“same deed”という言葉が、「素人の目から判断して同じ出来事（episode）といえる機会において実行された、基本的に同じ性質の悪行（wrongdoing)」と比較的広く

解釈されていた点に注意を要する。その後の解釈については三 4. 参照。

(56)　自ら叫喚追跡（hue and cry）を行った者に限定された。2 Bracton, *op. cit.* at 388; Hunter, *op. cit.* at 9.

(57)　Hunter, *op. cit.* at 10. ここで掲げられている判決（24 Selden Soc., The Eyre of Kent, 6 & 7 Edward II, A. D. 1313-1314, 127）は、以下のようなものであった。謀殺罪の被害者の死体がエセックス州に漂着したため、被告人 Stephen はエセックス州で裁判を受け無罪評決を得た。しかし、実際に犯罪が実行されたミドルセックス州で後に裁判にかけられ、これに対して前の無罪を理由とする異議を申し立てたところ、この事件についての裁判権はエセックス州ではなくミドルセックス州の裁判所にあり、裁判権のない前訴裁判所における無罪評決は無効であるから、それを内容とする異議も認められないとされたのであった。この判断に対しては、裁判権が競合する場合の取扱いという問題があるが、この点についての理論的分析は後述（Hawkins の項）参照。

(58)　2 Bracton, *op. cit.* at 402.

(59)　Friedland, *op. cit.* at 8-9.

(60)　*Id.* at 9.

(61)　私人の有する訴追権を優先するこの原則が、国王の平和の侵害に対する国王の訴追権を制約することになる点については、批判もあり、実際には1年と1日が経過する前に国王が公訴を提起することもあった。*See* Hunter, *op. cit.* at 11-12.

(62)　6 Eliz. I, c. 9（Stat. of Gloucester, 1278）.

(63)　3 Hen. VIII, c. 1（1487）. なお、私訴追権者の権利保障の観点から、公訴による裁判において無罪とされた場合でも、被告人は私訴追期間（犯行後 1 年と 1 日）が経過するまでは拘置（committed）されるか、保釈（bail）となるかであって、完全に無罪放免になるわけではなかった。*See* M. J. Russel, *op. cit.* at 137. また、訴追権の保存という観点は、私訴追において無罪判決が既に出ている場合には問題とならないので、その無罪判決は後の公訴に対する遮断効を有していた。

(64)　Hunter, *op. cit.* at 12.

(65)　ただ、1819年にこれが立法（59 Geo. III, c. 46）によって廃止されるまで、公訴で無罪判決が下った後に私訴が提起されるということもあったとされる。*See* Friedland, *op. cit.* at 8.

(66)　Sigler, *op. cit.* at 8 は、1487年の立法は内容的には二重の危険に消極的（否定的）な声明（statement）であるが、これは二重の危険という概念の存在に対する公的な認知を示すものであり、この立法を契機に私訴追の活用が減少していったものとしている。

(67)　26 Hen. VIII, c. 6（1534）.

(68)　代表的なものとして、Vaux's case（4 Co. Rep. 44a, 76 E. R. 992）がある。これは、瑕疵ある起訴状によって訴追された場合には、事実について（実体に関して）の無罪判決が下された後も、新たな訴追が開始されうるという判決であった。

そしてこう判断した理由は、法的に犯罪を構成しない行為について告発された場合には、被告人は何ら危険に置かれていないというものであった。Hunter, *op. cit.* at 13 ; Friedland, *op. cit.* at 11.

(69) Staunford, Les Plees Del Coron 105 (1557). これは英語の jeopardy に相当する。なお、サイグラーによれば、jeopardy の語は、これ以前にも英国の判決などにおいて散見されていたようである。ただ、これを現代的な内容を持った意味合いで、かつ意識的に頻繁に使用しているのはブラックストーンであるとされている。*See* Sigler, *op. cit.* at 16, 20.

(70) Staunford, *op. cit.* at 105-108.

(71) *Id*. at 105.

(72) *See* Hunter, *op. cit.* at 14, Sigler, *op. cit.* at 26.

(73) 二重の危険に関しては、クックがストーンフォードの記述をそのまま引き写したのではなく、相当程度自己流に新しくルールを考案(即興 improvise)していると考えられることについては、*see* Sigler, *op. cit.* at 19.

(74) 17世紀における英国の二つの人権宣言すなわち1627年の権利請願(Petition of Rights)および下記の *Institutes* 出版後に出された1689年の権利章典(Bill of Rights)においても、二重の危険は規定されていなかった。これは二重の危険がクックの力で劇的にないし飛躍的にその地位を向上したのではなく、あくまでゆっくりと進化して行ったことを示すものである。クックの教えが二重の危険の進化の契機となったことは確かであるが、進化の原因はそれに尽きるものではないだろう。

(75) Coke, The Third Part of The Institutes of the Laws of England (1669).

(76) Sigler, *op. cit.* at 17.

(77) Coke, *op. cit.* at 213-214.

(78) Comment, *Twice in Jeopardy* 75 Yale. L. J. 262, n. 1 (1965) によれば、クックの記述において、これらの抗弁以外で二重の危険に関するものとして次のものがある。これは Coke, *op. cit.* at 110 に記された、評決までの陪審不解散則である。これは、確かに被告人を新たな陪審による審理から守るという意味で二重の危険に関するものと言うこともできよう。ただ、英国における二重の危険は二重の「評決」から被告人を守る点にあり、評決後の再訴追を直接問題としていない陪審不解散則は、必ずしも二重の危険のルールとはされていなかったように思われる。もちろん、米国におけるように、場合によっては、被告人が二重の評決ではなく二重の手続上の負担から保護されるという前提に立つのであれば、話は別である。陪審の解散は新たな陪審による二度目の審理を伴うことが多いと予想されるからである。

(79) 2 Hale, Pleas of the Crown : a methodical summary (hereinafter *Pleas*) 243-254 (1678) ; *do.* 2 History of the Pleas of the Crown (Historia Placitorum Coronae, hereinafter *History*) 240-259 (1736).

(80) pleas in bar. 実体的な事由を理由として訴訟の打ち切りを請求するものであ

り、手続的な瑕疵を理由にする pleas in abatement（訴却下の抗弁）とは区別される。

(81) Hale, *Pleas op. cit.* at 244-245 ; *do. History, op. cit.* at 250.

(82) Hale, *Pleas op. cit.* at 245.

(83) *Id.* at 246.

(84) *Id.* at 254 ; *do. History op. cit.* at 246, 248.

(85) Sigler, *op. cit.* at 16.

(86) Hale, *History op. cit.* at 246.

(87) 2 Hawkins, Pleas of the Crown 368-399 (1716-1721).

(88) 後記ブラックストーンの記述自体は簡潔なものにとどまるので、その考え方の基礎ともなったホーキンスの主張の内容をやや長めにではあるがここで紹介することにする。

(89) 2 Hawkins, *op. cit.* at 370. なお、裁判権が競合する場合として、窃盗犯人が実際に物を窃取した州から盗品を持って他の州に移動した場合があげられている。*Ibid.*

　また、より広く、イングランドで無罪判決が下されればウェールズでの訴追においてそれを主張することができるとする。*Id.* at 372.

(90) 小反逆罪は、この記述がなされてから100年以上経過した1828年に謀殺罪に吸収されることとなった。

(91) 2 Hawkins, *op. cit.* at 371.

(92) *Id.* at 371-372.

(93) *Id.* at 375 で掲げられているのは、前の私権剥奪判決が瑕疵あるものとして破棄された場合や、前の私権剥奪について恩赦を受けた場合などである。

(94) 4 Blackstone, Commentaries on the Laws of England 332-341 (1769).

(95) *Id.* at 335.

(96) *See* Crist v. Bretz, 437 U. S. 28, at 33 n. 8 (1978).

(97) 4 Blackstone, *op. cit.* at 335.

(98) *Id.* at 336.

(99) 被包含犯罪等がここに含まれていたものと言える。なお、*See* 14 & 15 Vict. c. 100. s. 28 (1851).

(100) 4 Blackstone, *op. cit.* at 336. 一段落前の記述で、Hale 同様、前訴・後訴で問題となっている犯罪自体がその程度や色合いにおいて異なる場合（例えば、故殺と謀殺）でも、事実が同一であれば後訴は前の有罪により排斥されるとしているのは②の場合の例示であろう。

(101) *See* Sigler, *op. cit.* at 20.

(102) *See* Thomas III, *op. cit.* at 214.

(103) 鯰越・前掲注(20)54において appeal から飛躍的な発展を経て生まれた「近代的な私人訴追主義（公的意識を持った市民による訴追）」と称されているものは、

二重の危険の及ばない独立別個の私訴追手続を扱うものではないと解されるので、ここでは言及しない。なお、イギリスにおける訴追制度の新しい展開（検察庁の創設等）や、「私人訴追主義」の意義等を論じているものとして、小山雅亀・イギリスの訴追制度（成文堂、1995）がある。

(104) Sigler, *op. cit.* at 28によれば、二重の危険の進化の過程において最も重大な進展は、この原理が連邦憲法に編入されたことである。

(105) "Colony"は、植民地、邦、州などと訳されるが、混乱を避けるため、訳出する上で必要不可欠な場合のみこれを取り上げ、これを「植民地」と訳出するものとする。

(106) 原文は"…all the Inhabitants of this Province being Christians (Slaves excepted) Shall have and enjoy such rights liberties immunities priviledges and free customs within this Province as any naturall born Subject of England hath or ought to have or enjoy in the Realm of England by force or vertue of the common law or Statute Law of England (saveing in such Cases as the same are or may be altered or changed by the Laws and ordinances of this Province)." 1 W. H. Browne (ed.), Archives of Maryland: proceedings and acts of the general assembly of maryland, 1637-1664 41 (1883), compiled in 1 Bernard Schwartz (ed. and comp.), The Roots of the Bill of Rights 68 (1980).

(107) この法律のSec. 42は次のように規定している。"No man shall be twise sentenced by Civill Justice for one and the same Crime, offence, or Trespasse." つまり、何人も同一の犯罪、違反行為、不法侵害を理由に州裁判官から二度判決(刑)を宣告されることはない、ということである。W. H. Whitmore, The Colonial Laws of Massachusetts, 1672 33-46 (1890), compiled in 1 Schwartz, *op. cit.* at 69, 76.

(108) Sigler, *op. cit.* at 22によれば、この立法をもとに制定された1648年マサチューセッツ法（Code）の影響が、コネチカット・ニューヘイブン・ニューヨーク・ペンシルベニア・ニュージャージーの立法に見て取ることができ、かくしてマサチューセッツの立法はアメリカにおける二重の危険の伝播役（conveyer）となったとされているのである。

(109) また、結果的には施行されず陽の目を見ることはなかったが、立案段階において二重の危険をとり入れようとした試みとして、1669年のキャロライナ憲法(Fundamental Constitutions of Carolina) 草案がある。John Lockeは、この草案のArt. 64において、「いかなる理由・要求があったとしても、一つの裁判所において同じ訴訟原因（事件、cause）を二度審理することはない。」(原文は"No cause shall be twice tried in any one court, upon any reason or pretence whatsoever.") としていた。2 Poore, The Federal and State Constitutions, Colonial Charters and Other Organic Laws of the United States 1404 (1878).

(110) ガルシアの表現はこれとは多少異なるが、ここで述べられている二つの見解の

違いを明示するためにはこのように読むのが適当ではなかろうか。原文では、「広範に知られていなかったにせよ、特別に貴重なものだったから」と読める記述になっているが、そうであれば、これを前者の理由付けと対比させて述べる必要はないと思われる。

(111) Sigler, *op. cit.* at 23.

(112) *Ibid.*

(113) New Hampshire Bill of Rights Art. XVI（第一文）。原文は "No subject shall be liable to be tried, after an acquittal, for the same crime or offence" となっていた。*See* 4 THORPE, THE FEDERAL AND STATE CONSTITUTIONS, COLONIAL CHARTERS, AND OTHER ORGANIC LAWS OF THE STATES, TERRITORIES, AND COLONIES 2455（1909）.

(114) 例えば、BOWEN, THE LION AND THE THRONE 514（1957）cit. in Sigler, *op. cit.* at 16-17 では、サウスキャロライナの著名な法律家である John Rutledge が Inns of Court で学ぶ弟に宛てた手紙の中で用いた次の言葉が引用されている。「法律書としては、特に、クックの *Institutes* はアメリカの法律の基礎となっていると思うし…ブラックストーンも役に立つと思う」。

(115) LEONARD W. LEVY, ORIGINS OF THE BILL OF RIGHTS 206（1999）.

(116) 2 ELLIOT (Ed), THE DEBATES IN THE SEVERAL STATE CONVENTIONS ON THE ADOPTION OF THE CONSTITUTION, 550（1836）.

(117) 4 Schwartz, *op. cit.* at 729.

(118) *See* 5 THE WRITINGS OF JAMES MADISON 269-275, compiled in 3 Schwartz, *op. cit.* at 615-616,

(119) FORD, PAMPHLETS ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 156（1888）.

(120) Sigler, *op. cit.* at 29 によれば、下院で実際に審議に付されたのは、マディスン提出の草案がほとんどであった。ただ、マディスン案においても各地域の意向がある程度反映されていたと見るべきであろう。なお、この草案においては、二重の危険は第 4 提案の第 5 節におかれていた。

(121) 第4提案第5節。1 Annals of Congress, 257-468, compiled in 5 Schwartz, *op. cit.* at 1027.

(122) 当時マディスンが明確に意識していたとは考えにくいが、裁判手続の負担の重複から被告人を守るという考えを純粋に貫くと、このような理解にいたる可能性がある。

(123) この表現自体からは、ベンスンが上訴審自体を二度目の trial であると捉えているのか、有罪判決破棄後の再審理が二度目の trial であって、それが禁止されることで間接的に上訴権が脅かされる点を問題としているのか微妙である。この点、シャーマンの主張は有罪破棄後の再審理を求める権利を問題としている点で明快である。

(124) 1 Annals of Congress, 685-792, compiled in 5 Schwartz, *op. cit.* at 1111.

(125) 今日では、証拠不十分を理由に有罪判決が破棄された場合、再度の審理は禁止される（Burks v. United States, 437U. S. 1（1978））。もしリヴァモアが上訴審での証拠不十分を理由とする有罪破棄を問題にしているのだとすれば、先見の明があったということになる。しかし、後述するように、これはむしろ一般的な問題として無罪後の再審理（上訴も含めて）を禁止するという主張を支持した発言のように読める。

(126) 州に対しても修正第5条の二重の危険の規制が及ぶものとされたのは、比較的最近のことである。*See* Benton v. Maryland, 395U. S. 784（1969）.

(127) Levy, *op. cit*. at 208.

(128) History of Congress Exhibiting a Classification of the Proceedings of the Senate and the House of Representatives from March 4, 1789 to March 3, 1793, 160-168 compiled 5 Schwartz, *op. cit*. at 1149.

(129) この条項の文言については、特に "jeopardy", "life or limb", "same offence" の解釈に関して様々な議論が生じることとなった。こうした議論の紹介については、紙幅の制限等もあるため、後日を期することとせざるを得ない。次稿の「二重の危険の発展・成熟過程」においては、米国における主要な最高裁判例を中心に、これらの論点についての今日までの議論の展開を概観する予定である。

(130) Sigler, *op. cit*. at 26-27 によれば、清教徒思想に支配された州においては、二度目の訴追により有罪とされた場合の刑罰の厳格性を緩和するために二重の危険が用いられるという特徴があった。そしてこのことは、刑罰の苛酷さに対する防御策として二重の危険が用いられた16・17世紀英国におけるのと同様の現象であると考えられている。

(131) *Id*. at 24-25 では、この当時の実際の裁判において、二重の危険がどのように適用されていたかについては、記録に残っているものが少なく、ヴァージニア州やニューヨーク州等にいくつか散見される程度であるとされる。

(132) Sigler, *op. cit*. at 21は、「格言は、単なる標語（slogan）に過ぎない。それは意味を明らかにする（reveal）のではなく、むしろそれを曖昧にしてしまう(obscure)」としている。

(133) 田宮・前掲注(５)86 参照。

(134) この点は米国においても既に論じられているところである。特筆すべきは、Scalia 最高裁判事が、二重の危険は二重処罰を禁止しているのではなく、あくまで二重訴追を禁止しているのであって、二重処罰はむしろ修正第８条の問題であるとしている点である。*See* Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch, 511 U. S. 767, 802-803（1994）. *See also* Hudson v. U. S. 522 U. S. 93（1997）. なお、わが国でこの点に言及するものとして、渥美東洋・刑事訴訟を考える309以下(日本評論社、1988)、同・レッスン刑事訴訟法(下)163以下（中央大学出版部、1987)。

(135) 田宮・前掲注（５）263で言及されている「政策的一事不再理」という問題も、

二重の危険の政策的側面を追究し、二重の危険を支える policy を柔軟に考えていくことで、二重の危険自体の問題として捉えることが可能になるのではなかろうか。もちろん、その前提として個々の policy の内容を明らかにしておく必要があるのは言うまでもない。この点、直接的には少年手続に関するものではあるが、正木祐史「少年手続における二重危険禁止の理論序説」一橋論叢124・1・121、125以下（2000）は、米国における二重の危険原理の policy（を支える諸利益）に言及している点で非常に興味深い。