

# 田宮裕博士と刑事訴訟法理論

笹倉香奈／辻本典央／南川 学／緑 大輔

刑事訴訟法学の諸理論をめぐって——本共同研究の解題

辻本典央（近畿大学法学部教授）

本稿は、刑事法学の大家である田宮裕博士が残された刑事訴訟法理論について、4名の執筆者によりパートを分担して執筆するものである。各論稿は、田宮博士の刑事訴訟法理論が現在の刑事訴訟実務にどのような影響を与えているかという観点から、本研究会での討議を踏まえて執筆されたものである。もとより、各パートは、執筆者の責任で執筆されたものであるが、それぞれに、研究会で出された意見が反映されている。本研究会としては、既に「團藤重光博士と刑事訴訟法理論」（龍法49巻2号）、「平野龍一博士と刑事訴訟法理論」（近法64巻3＝4号）を公刊しており、本稿が第3回目となる（以下、松尾浩也教授、鈴木茂嗣教授の理論を検討する予定である）。

【文献凡例】

本稿では、田宮裕博士の主要な著作について、以下のとおり略語で記すことにした。

田宮・刑訴（○版）：『刑事訴訟法』（有斐閣，初版=1992年，新版=1996年）

田宮・捜査の構造：『捜査の構造』（有斐閣，1971年）

田宮・デュー・プロセス：『刑事訴訟とデュー・プロセス』（有斐閣，1972年）

田宮・一事不再理：『一事不再理の原則』（有斐閣，1978年）

田宮・運用：『刑事手続とその運用』（有斐閣，1990年）

田宮・刑事訴追：『日本の刑事訴追』（有斐閣，1998年）

田宮・変革：『変革のなかの刑事法』（有斐閣，2000年）

田宮・理論と現実：『刑事法の理論と現実』（岩波書店，2000年）

## 田宮裕理論と刑事捜査法

笹倉 香奈

(甲南大学法学部教授)

### I. はじめに

本稿は田宮理論について概観し、その捜査法部分について概括的な検討を加えるものである。田宮刑事法学のキーワードといえば「デュー・プロセス論」である<sup>(1)</sup>。

1998年の田宮論文は、次のようにいう。「デュー・プロセスは、もともとは、裁判所で静かに訴訟過程を一步一步踏みしめていくときに、被告人の権利も十分に保障しながらきちんとした手続きで行なうということが、そもそもの出発点です。それにいちばん似合うのは裁判過程でしょう。しかし、実際には裁判では問題が少ないし、あってもすぐ解決がはかれるので、それが真に必要なのは捜査段階なのです。日本でも……アメリカでも……公判の原則が捜査段階へ、つまり前へ前へと浸透していくわけです。そうすると、公判以上に影響するところが大きくなる。人権を貫くために捜査にストップがかけられれば、真相解明はその分遅れ、場合によってはそれができなくなり、不都合が目に見えるかたちであらわれることになるからです」<sup>(2)</sup>。

デュー・プロセス論の鍵になるのは捜査部分であるとの認識が明らかにされている。さかのほれば、1965年に発表された論稿でも「刑事訴訟で、いちばん重要なのは捜査の手続だといってもよい。なぜなら、一方で、捜

---

(1) 三井誠「田宮刑事法学の軌跡」(1)ジュリ1154号40頁(1999年)43頁。

(2) 田宮・変革349頁。

査によって公正で信用に足りる証拠を集めておかなければ、そもそも真実の発見がおぼつかないし、他方で、捜査こそ人権侵害のおそれが著大だからである<sup>(3)</sup>とされていたし、また1968年発表の論稿でも「捜査は被告人の人権保障のためにも、また被告人を誤って罪に陥れないためにも、きわめて重要な過程であって……デュー・プロセスは、ここでこそ大きな意味を持つのである<sup>(4)</sup>」ともいわれた。後述するとおり、晩年の田宮理論に対しては批判が向けられることもあるが、これらの批判も主として捜査法部分に関するものであった。

そこで本稿は、まず田宮理論を概観し、晩年の田宮理論に投げかけられた批判を通してその特徴を確認していくこととする。

## II. 田宮理論とは

三井誠「田宮刑事法学の軌跡」によると、田宮理論は三つの時期に分けられる<sup>(5)</sup>。田宮裕自身の年代でいえば30代、40代から50代、そして60代であり、それぞれ1960年代から1970年代はじめ、1980年代中頃から1990年代はじめ、そして1990年代ということになる。以下、三井論文に依って、その特色をたどることとする。

### 1. 第一期（1960年代から1970年代）

第一期においては、デュー・プロセス論が提示された。

デュー・プロセス論とは「刑事訴訟における人権保障の要求を憲法問題として強烈に意識させ、これを飛躍的に前進させようとする政策的主張」

---

(3) 「捜査総説」『総合判例研究叢書・刑事訴訟法(6)』（有斐閣、1965年）2頁。

(4) 田宮・捜査の構造4頁。

(5) 三井誠「田宮刑事法学の軌跡」(2)1169号100頁、(3・完)1182号74頁（1999年）。

であるとともに「人権はどうしたらよりよく保障されるかという方法論」<sup>(6)</sup>でもある。この時期には、デュー・プロセスの保障機能の分析を通じたモデル論と構造論が提唱されることになる。

実体的真実主義からデュー・プロセス主義（訴訟の目的に関する原理）へ、そして職権主義から当事者主義（訴訟の構造に関する原理）への転回は1945年にあった<sup>(7)</sup>。初期の田宮理論においては、本来の実体的真実主義は「犯人必罰主義（処罰主義）」であるとされ、これに対立するものとして「デュー・プロセス主義」がある。後者の背後には被告人の人権保障という個人主義の思想と、無辜の不処罰（消極的真実主義）の思想がある。そして憲法における人権保障の強い要求を考えると、後者の基本的立場をとるものとすべきは疑いがない。国が処罰の機能を放棄すべきではないが、処罰要求との葛藤が生じた場合には、消極的真実主義を優先するのは当然なのである。

そして、もう一つのモデルが、職権主義と当事者主義である。田宮の観点からは、実体的真実主義は必罰主義にほかならず、「処罰という国家目的の達成のため水も漏らさぬ訴訟の体制」<sup>(8)</sup>を必要とする。捜査機関から引き継いだ事件を裁判所がさらに保管し、犯人の責任を追及するということになる。実体的真実主義は必罰主義という観念を通じて、職権主義を要請する。これに対してデュー・プロセス主義は不処罰主義であり、無罪立証を可及的に許容する。国家の有罪請求の過誤をできる限り多くの機会に争わせる必要があるから、訴追者と判断者を分断し（裁判所の権限を検察官に移譲する）、有罪請求を批判して有罪立証をきりくずすという方式が望ましく、そのために当事者主義が採用される。そして、このような当事者主

(6) 田宮・デュー・プロセス「はしがき」1頁。

(7) 以下の記述について、田宮・デュー・プロセス139, 167頁以下。

(8) 同上146頁。

義は「あるべき政策」ではなく、無罪の推定を認める以上、動かさない本質的なものであり、刑訴理論を被告人の側から片面的に構成することが必要であるともされる。

三井論文の分析によれば、デュー・プロセス論は「『その実現を裁判官に期待する裁判の理論』と構築したところにその真意義がある」<sup>(9)</sup>。訴訟のモデルについて処罰機能ではなく不処罰の要求に根源を持つ自由の保障機能に重点をおくという形で刑事裁判の機能の性質・内容を考えることは、「裁判所にこの分野で積極的に機能（ひいては当事者も積極的に協力）してほしいという政策的要請があるから」なのである<sup>(10)</sup>。判例による法形成機能が期待され、明文規定がない場合に裁判所が立法論的解釈に踏み切ることを重視し、かつ法の運用が裁判所を中心に動くことが期待されている。従来「警察刑事訴訟法」や「検察官刑事訴訟法」など、法の運用が執行機関のところで運用されることは、コントロールしにくいところで法が動くことを意味するので好ましくなく、外部からの批判やコントロールが可能な司法（「裁判所刑事訴訟法」）において法が運用されチェックされるのが健全である。そして、裁判所を中心に法現象を眺め、これを積極的に評価する前提として、無罪推定ないしデュー・プロセスを至上目的とする当事者主義訴訟構造が採用されるべき（「被告人刑事訴訟法」）なのである<sup>(11)</sup>。

このような観点から、迅速裁判違反の手續打ち切りについての公訴棄却論<sup>(12)</sup>や、新しい捜査類型に対する対処が考察されることになった。

新たな捜査類型に関しては、1965年の論文において写真撮影について検

---

(9) 三井・前掲注(5)の論文(2)103頁。

(10) 田宮・デュー・プロセス19頁。

(11) 同上・252頁。

(12) 同上・279頁。

討され、任意捜査と強制捜査との区別や、刑訴法197条1項但書が想定していなかった新しい形の強制処分に関する主張が行われた<sup>(13)</sup>。刑訴法上の「強制処分」とは、法が強制処分として規定しているものおよびそれに類するものを意味する。したがって197条1項但書は、たんに法の規定する強制処分が法の規定する方式にのっとってのみ許されるといっているだけである。そこで、新しい形の強制処分については、判例によって、憲法31条の適正手続の保障による合理性の枠（犯罪の嫌疑、社会的相当性、証拠保全の高い必要性）に基づいて許否が判断されることになる。そして「このように刑訴法197条を解釈するのは、極めて特異な考え方ではあるが、その方が科学技術の進展に伴う捜査方法の発達のためには、有用な構成」<sup>(14)</sup>であるとされるのである。

上記のような考え方は、強制処分法定主義に独自の意味を見いださない。つまり、基本的に捜査は任意捜査で行われねばならず、例外たる強制処分は司法的抑制のもとで行われるという令状主義の要請と同義であるとされるのである。つまり、強制処分法定主義は令状主義と同義である<sup>(15)</sup>。

さらに、この時期の田宮理論においては、平野龍一が提唱した弾劾的捜査観への支持が表明された。松川事件や二俣事件などによって、捜査に反省が迫られ、捜査全面にわたって具体的な制度や運用の手直しを図る必要が出てきたが、それは「全体としての捜査の基本的なとらえ方、刑事手続における捜査の地位の理論的考察を抜きには論じえない」ことから、捜査

---

(13) 田宮・捜査の構造258頁。

(14) 同上・259頁。

(15) なお、京都府学連デモ事件・最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁は、捜査のための写真撮影が強制処分か任意処分かを明示せず、公共の福祉のため必要であれば「みだりに容ぼう・姿態を撮影されない自由」も相当の制限を受けることがあり、現行犯性、証拠保全の必要性と緊急性、撮影方法の相応性があれば行われうると判示したが、この判断の枠組み自体は田宮説の枠組みと親和的であるといえる。

構造論が誕生したとされる<sup>(16)</sup>。デュー・プロセスからは弾劾的捜査観の採用が帰結される。勾留請求までの逮捕の許容時間・勾留期間の短縮、勾留質問における弁護人の立会い、別件逮捕の規制、逮捕後の国選弁護権を認めた上で取り調べを合法とするが勾留質問後は弁護人なしの取り調べをさせない、取り調べ状況の正確な記録と録音または速記（少なくとも一問一答式の記録）、取り調べ方法についての厳格な方式の規定<sup>(17)</sup>、包括的黙秘権の保障、逮捕勾留が裁判官の命令であることの確認、被疑者側に訴訟準備活動を可及的に許すべきこと<sup>(18)</sup>などの具体的な提案がなされた。

初期にこのようなデュー・プロセス理論が発展したのは、1960年代のアメリカのウォレン・コートにおけるデュー・プロセス革命（Due Process Revolution）の強い影響があったことは間違いない。田宮は1960年から1962年にミシガン大学に留学した。1960年代はマップ判決、エスコビード判決、ミランダ判決、カッツ判決、チャイメル判決、ギデオンの判決などの画期的な合衆国連邦最高裁判例が次々に出た時期である。裁判所が積極的な判断を行い、デュー・プロセス革命とよばれる法創造の時期に重なったことがその後の田宮自身の議論に大きな影響を与えたことは間違いないであろう<sup>(19)</sup>。

## 2. 第2期（1970年代中期から1980年代）

第二期においては、第一期の田宮理論の発展が行われ、デュー・プロセ

---

(16) 田宮・捜査の構造4頁。

(17) 田宮・捜査の構造23頁以下。

(18) 田宮・捜査の構造70頁以下。

(19) 三井・前掲(2)論文105頁。田宮自身も「わたくしは、判例の激動をまのあたりにするという経験に恵まれ、判例としての法形成力ないし重みといったものを、まざまざとみせつけられる思いがしたものであった。このような体験があったので、留学を終えて帰ってくると、すっかりアメリカかぶれになっていたとみえる」と記している。田宮・理論と現実30頁。



ス論の深化，弾劾的捜査観の具体的展開がなされたとともに，アメリカ法化の進展が行われた<sup>20)</sup>。

デュー・プロセス論については「人権宣言の内容を司法的手段で現実化する」というアメリカの方法論は日本でも十分受容できるし発展させるべきであり、「それだからこそデュー・プロセス論は今日のごとき隆盛をみた」と評価する。「大へんやわらかい観念」であるデュー・プロセス論について、「デュー・プロセスはアメリカの連邦制度に固有の原則で……日本では無用の概念だ」「これを人権保障と等値し，それなら理論的には何の役にも立たない」などの批判が向けられていることにも言及し，それらはデュー・プロセスの勝手な定義に基づく批判であると切り捨てられた。だからこそ「方法論」としてのデュー・プロセス論が主張されたのであった<sup>21)</sup>。

次に，この時期には弾劾的捜査観から見た取調べ受忍義務論も展開された。田宮によれば，弾劾的捜査観は取調べ受忍義務を否定するが，取調べを禁忌するものではない。糾問的捜査観との違いは，捜査の文明的基準であり，捜査機関に取調べ権を認めてもそれが強制的であってはならないという点であるとされた<sup>22)</sup>。

さらに，この時期にはアメリカ法化の進展が行われ，アメリカ法・判例の状況の紹介が引き続き行われた<sup>23)</sup>。ただし，同時に「アメリカの一挙一動に右顧左弁すべきではない」<sup>24)</sup>「英米法が完全無欠であるはずはないばかりか，これを無条件に採り入れたのではなく，立法の出発にあたって，英米法のなかから意識的な選択が行われている」<sup>25)</sup>などと，少し慎重な態度

<sup>20)</sup> 三井・前掲注(5)論文(3)74頁。

<sup>21)</sup> 田宮・運用48頁。

<sup>22)</sup> 田宮・運用328頁。

<sup>23)</sup> 三井・前掲注(4)論文(3)78頁。

<sup>24)</sup> 田宮・構造242頁。

<sup>25)</sup> 田宮・運用154頁。

で英米法の中からの「選択」が行われることを主張している。この背景には、ウォレン・コート後のバーガー・コートにおいて、アメリカの判例の発展がいまだ不透明だったという事情が存在するのであろう<sup>26)</sup>。田宮自身も1970年代に入ってからアメリカの判例に明らかに従前とちがう傾向がみられることを指摘している<sup>27)</sup>。

### 3. 第3期（1990年代）

最後の時期の田宮理論には、日本の実情を見たうえで、今までのデュー・プロセス論を見直すような内容が出始める。

第一に、弾劾的捜査観が捜査実務に受容されていないことの背景には、戦前と変わらない検察官の訴追制度という阻害要因があるとの認識が示され「訴追のあり方を根本的に変えることが現時点で不可能だとすれば、捜査自体の弾劾化を強力に推進するという手立てを試みるほかはありません。漫然と手をこまねいていたのでは訴追の強い磁場に引きずられるだけののですから、その磁場から自力で抜け出せるだけの力——テコでも動かないような当事者主義のきつと決まった型——をつけることです。…ともかくも重要なのは、右の意味の相対的関係を自覚して、弾劾思想を明確に堅持すべきことだと思います」<sup>28)</sup>という。

弾劾的捜査観については、①捜査抑制型と②当事者点検型の2種類があると<sup>29)</sup>。前者は、捜査を控えめに、起訴をあっさりとして運用し、比重を公判審理に移すことを狙いとする。これに対して、後者は、捜査にも被疑者側の準備を予定し、起訴については慎重さを保持しながら、公判におい

---

26) 三井・前掲注(4)論文(3)78頁。

27) 田宮・運用172頁。

28) 田宮・刑事訴追52頁。

29) 同上・373頁。

て当事者による点検を活性化することを期待する。従来は、①が弾劾的捜査観の典型であったが、国民感情は真相解明のための強力な捜査を期待し、また起訴を誤ることへの警戒の念が強いため、今後は②として解釈・構成されるべきであるとしたうえで、弁護権の保障、取調べ手続きの可視化、取調べの手続保障（時間の法定、場所・方法の制限、弁護人の立会など）を提言した。

この時期に指摘され始めた刑事手続の「日本的特色」については批判的であった。精密司法、捜査中心主義などに現れる日本的特色は、「旧法からずっとつながっている日本プレートみたいなもので、日本の刑事司法がその上にどかっと乗っていて、時々、小さな揺れを体験するだけだ。due process といってもある種徒花みたいなもので、プレート自身は動こうとしない。……しかし、日本的特色論というのは、それでいいと言うために主張された議論でしょうか。プレートの頑固さを見るにつけ平野先生が、日本の刑事訴訟法を「絶望的」といわれたことも、分からなくはありません」<sup>60</sup> という。

しかし同時に組織犯罪、犯罪の国際化、大規模な凶悪事件、経済事犯などへの危機感を示し、それへの対処の主張を立法によってするべきであるとの積極的な提言をも行う。

1998年の田宮論文は「一国の刑事司法の基礎を支えるのは憲法であり基本的法理念であり歴史的伝統であるが、その態様・あり方を現実左右するのは、やはり時の治安状況（あるいは、市民生活の安全感といった方がより適切かもしれない）であろう」「一方で、ポスト・モダン的な制度導入の必要性を肯定しつつ、それがもたらすかもしれない古典的な自由への制約をうめ合わせるため、通常よりずっと手厚い……保障手段を用意し……、他方で、

---

<sup>60</sup> 田宮・理論と現実68頁。

法体系全般において既に近代法の貫徹という路線上で課題とされている諸提案をさらに推進・増強する」という配慮が必要であると言及する<sup>61)</sup>。

この背景には治安への懸念があり、「とくに組織犯罪の脅威は絶大で、近代法を支える自由社会そのものをむしばんでしまう勢いです。したがって、そういう現代の要請に根ざした犯罪闘争の手段と理論を早急に樹立する必要は、申すまでもないでしょう」<sup>62)</sup>と強調し、刑事免責、通信傍受やおとり捜査、秘密情報提供者（スパイ）などは日本人の特性に合わないといわれてきたが、「動いている時代ですので、あまり実態のない日本の特色にこだわる必要はない」<sup>63)</sup>と言及する。

この背景には次のようなねらいがある。すなわち、「通信傍受などが提案されたこの時は、近代化の宿題達成の必要性がきわ立つのですから、今こそデュー・プロセス再登場の時なのですね。こういう意味で、私は、現代化と近代化の両方向での改革に賛成なのであって、盗聴立法を支持するというのも、こういう新時代を迎えて刑事訴訟法のリニューアルの絶好の機会だと感ずるからです。ねらいは、逆説的にきこえるかもしれませんが、デュー・プロセスの前進・定着の方向をも向いているのです」<sup>64)</sup>。

つまり、この時期の田宮のデュー・プロセス理論は、近代化と現代化の両者の要請の間にバランスをとるべきであるという内容に変化を遂げたのであった。

### Ⅲ. 田宮説の転換・矛盾への批判

#### 1. 批判

「ゆるやかなデュー・プロセス」を採用しつつ、日本の刑事手続を近代

---

61) 田宮・変革18頁。

62) 田宮・理論と現実71頁。

63) 同上。

64) 同上72頁。

化・当事者主義化し、「人権保障」を最大の目的としていた1960年代の初期の田宮理論は、第三期に「時代の流れ」を理由として、大きな変貌を遂げた。特に新たな（当時、一部の論者から人権侵害的と批判された）盗聴や刑事免責などの捜査手法の採用に積極的な議論を展開したことに対しては、大きな批判が向けられた。

例えば、小田中聰樹は次のようにいう。「田宮教授が1990年代に示している《「捜査抑制型」弾劾的捜査観からの離脱→「行政的捜査」概念の無条件的一般化→当事者主義・デュプロセス刑訴理論の「遺産化」＝終焉の受容》という転換の軌跡は、その理論的特徴を一言でいえば憲法的思考の後退・相対化ということになろう」「ではこのような理論的転換を促したものは何か。それは、“田園的時代の終焉”であり“ポストモダンの要請”だという。より具体的には、組織犯罪の多発、巧妙化、犯罪の国際的ひろがり、市民生活を脅かす大規模な兇悪事件や取引の根幹に影響を及ぼしかねない経済事件の発生など、犯罪現象の質の変化であり犯罪のエンタプライズ化であるという」「この動きは憲法的思考の旗手と目されてきた層で生じたこともあって、今後理論的影響力を広げていくことが予想される。」「疑問…の最大のものは国家権力、具体的には警察・検察機関及び裁判所の持つ人権侵害制が過小に評価されているのではないかという疑問である」と<sup>65)</sup>。

また、川崎英明も「最近の…論文で提示された「刑事司法改革」の「全体構図」は、「強力な捜査」という現状を受容するという態度を超えて、「ポストモダン」的手段の導入による捜査権限の強化を容認しようとするもの」であり、それは事前盗聴を含む盗聴容認論、刑事免責の容認論から読み取れるとしたうえで、「田宮教授の憲法的刑事訴訟論における転換、

<sup>65)</sup> 小田中聰樹、「憲法的思考の後退と復権」ジュリスト1148号（1999年）14-15頁。

再転換、逆転換という変遷の過程の内に、捜査の抑制から「強力な捜査」の消極的受容論を経て捜査権限の強化や質的変容の容認へといたる態度変化をみてとることができる」「田宮教授は「当事者主義化」に向けた改革が、「ポストモダン」的制度の導入「と並んで」または「近い将来に」実現されるべきことを強調されるけれども、それが実現される客観的見込みは必ずしも存在しない」「犯罪闘争の現代化」ないし「犯罪対策の強化」を改革課題とみる」田宮教授の改革論は、犯罪現象の質の変化という認識であって、刑事訴訟法における対抗軸を犯罪対安全に求めるものであるという。

その上で、具体的には次のように批判を行っている。例えば事前盗聴などがなぜ憲法上の人権原則としての令状主義との関係で許されるかは不明である。結局、正当化の論理（＝治安の悪化）の中に、令状主義自体の相対化・軟性化の論理が存在し、人権保障の前進及び当事者主義の貫徹という主張は「権力対人権」という対抗軸を前提としているが、それはバランスの回復の問題として位置づけられているのみである。捜査・訴追結果の確認の場と化し人権擁護機能を喪失してきた1970年代以降の刑事裁判の現実にあっては、刑事訴訟改革の課題は人権保障の強化にある。当面している改革課題は、「近代法原理の貫徹」という一点にあるというべきであるという<sup>69)</sup>。

## 2. 評 価

以上のように、田宮理論は、「世界標準の法」への進化を主張し、一貫して当事者主義、デュー・プロセス理論を維持した。その意味で、日本法の「近代化」を一貫して主張したといえよう。田宮理論によれば、情報化・国際化・科学化など、現代社会の高度の発展に伴って必要となる盗聴や司

---

<sup>69)</sup> 川崎英明「刑事訴訟法学のあり方」法律時報71巻3号（1999年）29頁。

法取引などの捜査に関連する新立法については、新しい事態の発生を前提とするのであるから、その必要性は否定されないであろう。

ただし、新立法の前提となる新しい事態の発生が本当にあるのかという点については、田宮自身が法社会的分析をつとに重視してきたにもかかわらず、実証的な検討を行っているわけではない。川崎も、この点について「感覚的には不安感を生じさせる『犯罪現象』がないとはいえない」が、しかし、ポストモダンの手段の導入を正当化する立法事実たりうるためには、漠たる不安感では足りず、そのような「犯罪現象」が具体性、持続性、強度を持った質の変化として実証される必要があると批判する<sup>67)</sup>。

しかしながら、これらの新たな捜査手法の導入を主張したのは、田宮理論が「変節」したからなのだろうか。そもそもデュー・プロセス理論が「やわらかい」ものであることを想起すると、明確に「これがデュー・プロセスである」というものは田宮理論においては確立されていない。デュー・プロセスの理論はあくまで方法論である。したがって、「デュー・プロセス理論」から、一定の手続や制度が必要になるのかは否か、必ずしも自明ではない。デュー・プロセス理論自体に、現実社会の「必要性」（治安悪化、科学技術の進歩などの社会状況の変化）が生じたときにはそれに適応するという柔軟な思考が読み取れるのである。

この萌芽は、第一期においてもすでに見られていた。例えば田宮の「新たな強制処分説」は、刑訴法制定後に新たに出現し捜査手法に対応する必要があるということを前提として組み立てられた理論である。このように、もともと「デュー・プロセス理論」がやわらかいものであったからこそ、時代の変動に合わせて柔軟な対応が行われることが前提となっていたのであろう。

また、デュー・プロセス論は日本の判例にも一定の影響を与えたが、①

---

67) 川崎・同上32頁。

救済を重大・極限的な事例に限定し（公訴権濫用，違法収集証拠排除法則），②判例の立法代替の機能が一人歩きを始め，権利保障といえない方向で判例が活発化していること（盗聴，強制採尿）は望ましくないとの評価が晩年には行われていた。つまり，あくまで裁判所は憲法の理念・人権保障の実現を目指し積極的であるべきであり，それが望めない場合や新しい状況に対応するためには，判例による改革を期待せず，立法による改革をするべきであるとの考え方につながったのかもしれない。

そして，ここにも1970年代以降を中心とする，アメリカ法・アメリカ判例の影響がみられるのだろう。そもそも，デュー・プロセス理論の理論の中核を成す「裁判所・判例への期待」は，1960年代のウォレン・コートのデュー・プロセス革命のイメージを前提としたものであった。しかし，アメリカでは，1970年代以降の治安悪化を理由として，1960年代のデュー・プロセス革命時期に認められた権利が，バーガー長官，レンキスト長官の下，連邦最高裁判例で制限されていくという状況が出現した。Exigent circumstance（緊急事態法理）の提唱，totality of circumstances test（状況の総合的考察テスト）の提唱，自己によって開披されたプライバシーについての保護対象からの除外，排除法則に対する独立入手源の法理，希釈法理，善意の例外などの例外の容認，ミランダ法則に対する様々な例外事態の創出など，修正条項の解釈を限定する動きである。そして，このような状況が背景にあったからこそ，デュー・プロセス理論に基づく具体的な捜査手法に対する態度も時代の流れとともに変化したのであろう。

#### IV. 田宮説から見た現在の捜査法改革

しかし，忘れてはならないのは，田宮理論が現代的な制度導入の必要性を肯定しつつも，そのような時代であるからこそまさに，デュー・プロセスの理論が重要であることを強調していたことである。田宮理論において



は、法は常に発展し進化していくものとしてとらえられた。盗聴立法を支持し、さらにおとり捜査や秘密情報提供者、刑事免責などの導入をも支持したのは、この機をとらえて「現代化」の方向のみならず、「近代化」を達成することによって刑事訴訟法をリニューアルしようという目論見があったからであった。

被疑者段階の国選弁護制度、接見交通などをはじめとする防御の保障、証拠開示の充実、再審関連法規の改正などの「近代化」は一貫して主張された。「現代化」と同時にこれらが達成されなければバランスを欠く刑事司法改革になると強調されてきたことを確認する必要がある。

田宮のいう「刑事司法改革」とは、最晩年であっても、近代化と現代化を両輪として進められるべきものであったのである。

2016年の刑訴法改正により、捜査現場からの「要請」を踏まえた新たな供述手段の確保が立法で導入されることになった。しかしそれらは、捜査の日本の特色を前提に、供述（自白）獲得を最大の目的とする刑事司法運営のあり方を維持するものであり、そのような思考背景のもと、司法取引の制度、刑事免責、盗聴対象事件の拡大などが立法化されたのであった。これに対して、田宮が亡くなった1999年から見れば若干の拡充がみられるものの、身体拘束期間の短縮、取調べの録音録画、取調べへの弁護人の立会、証拠開示、接見交通など、田宮が主張してきた改革はまだまだ限定的なものにとどまる。

2016年の改正は、田宮が主張した刑事手続の「近代化」ではなく、「現代化」方向への強い志向が見られる。

没後15年経過してもまだ捜査機関の力を底上げするような片面的な改革しか行われておらず、「近代化」が達成されたとは言い難い状況について、田宮はどのように評価するであろうか。

## 田宮裕理論と公訴・公判法

辻本 典央

(近畿大学法学部教授)

### I. はじめに

田宮裕博士の刑訴法理論（以下、田宮理論）は、「混血の美形として誕生した刑訴法」が「新たな脚光を浴びるルネッサンスの時代に突入しようとしている」時代に展開された<sup>(1)</sup>。「刑事法学界のモーツァルト」<sup>(2)</sup>と例えられるとおり、田宮理論は、刑訴法のあらゆるジャンルを網羅し、我々法学の士に刑訴法学の魅力を伝えてくれるものである。田宮博士自身は、「しょせんは独自としかいいようのない学説」<sup>(3)</sup>と謙遜するが、田宮理論は、多くの論点について通説を形成し、実務にも多大な影響を与えている。

田宮理論は、多くの論文を積み重ねて形成され、『捜査の構造』<sup>(4)</sup>を嚆矢とする論文集にまとめられて体系化されてきた。田宮博士の論文は、いずれも、比較法における精緻な分析と、重厚な理論に支えられたものであり、読者をして田宮刑訴法学の世界に魅了させるものであった。しかし、それだけに、その全体像を把握することは、学界全体に突き付けられた課題でもあった。田宮博士のこのような手法は、早くに体系書<sup>(5)</sup>を世に示し、個別の問題について論文での検討を重ねていった平野龍一博士と好対照であ

---

(1) 田宮・刑事訴追61頁。

(2) 有斐閣Webサイト（田宮・刑事訴追の広告）。<http://www.yuhikaku.co.jp/books/detail/4641041652>（最終確認2017年3月31日）。

(3) 田宮・刑訴（初版）はしがき。

(4) 田宮・捜査の構造。

(5) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣，法律学全集，1958年）。

る。田宮博士自身、『教科書というものは八割がたはどの本でも同じことが書いてあるべき、残りの二割が勝負』という観念がわたくしの中にあり、『そのようなおおかた通説をなぞるようなことはまだまだ……』という気持ちで邪魔をしていたのだと思う<sup>(6)</sup>と述懐しているが、そこでいう通説が團藤重光博士や平野博士らによって形成されてきた見解を指すことは間違いなく、田宮理論は、常にそのような巨人らによって築かれた通説との戦いによって生み出されたものである。それゆえ、田宮理論は、正にモーツァルトのごとく、新鮮な魅力に加えて、通説に立ち向かうための重厚な理論武装に特徴を持つのである。

田宮博士は、66歳の若さで世を去られたのであるが、生前に自身の刑法理論の「総括」が意味を持ち得る時期に至っていることを自覚され、「重い腰」をあげて体系書<sup>(7)</sup>を上梓されたことは、学界にとって大きな財産となった。田宮博士によると、この体系書では、「著者の独創的な主張の部分は、物かげにそっと身を寄せるような、いわば『かくれんぼ刑訴』の風情がある」とのことであるが、読者が注意深く読めば「年来の主張や方法論が、全篇を通じて一本の棒のように、しっかりと貫かれている」とも述べられており<sup>(8)</sup>、その読解が新たな課題として提示された。それゆえ、田宮理論の理解に向けては、単行論文と体系書との有機的な分析・検討が必要となる。

田宮理論の根幹は、ここで改めて確認しておく、①当事者主義の体系化、②デュー・プロセス論の強調、③裁判所と検察官の地位の分析、という点に特徴を持つ。第1に、当事者主義の体系化としては、当事者主義は「形式的当事者主義」、「実質的当事者主義」、「当事者対等主義」という3つの次元に分析され、それぞれ、形式的当事者主義は弾劾主義、実質的当

---

(6) 田宮・刑事訴訟追61頁。

(7) 田宮・刑訴（新版）。

(8) 田宮・刑訴（初版）はしがき。

事者主義は当事者追行主義、当事者対等主義は被告人当事者主義という意味に理解され、最後の被告人当事者主義をもってデュール・プロセス保障との結び付きを認めている。第2に、このような意味で理解されるデュール・プロセス保障（被告人の人権保障）のモデルが、ベルトコンベアーと障害物競走とのごとく、犯罪制圧モデルと対置されている。第3に、当事者としての被告人の強調は検察官をも当事者と位置付けるべきことにつながり、それゆえ、裁判官は、自ずと抑制機関としての地位に置かれることとなる。裁判官は、被告人の人権保障及び手続の公正保障へ配慮すべき立場にあり、決して必罰主義に陥ってはならないとされる。このような地位に置かれる裁判官には、柔軟な法創造の権限が与えられるべきこととなる、という。

以上を踏まえて、本稿は、主に公訴・公判法にかかわる部分を検討する。

## II. 総論

### 1. 公訴法総論

公訴提起の基本原則として、①検察官による事件処理、②国家訴追主義・起訴独占主義、③起訴選別主義（検察官処分権主義、起訴猶予制度）が挙げられている。現行法上、国家訴追主義・起訴独占主義（刑訴247条）とともに、起訴便宜主義（刑訴248条）が採用され、訴因制度の導入により訴追事実の整理・選別権（刑訴256条）まで検察官に与えられることにもなったため、「検察官の事件処理は、いやがうえにもその重要性を増した」という<sup>(9)</sup>。

国家訴追主義とは、国家機関が刑事訴追を担当するという訴追原則であり、私人・公衆訴追主義と対立する。犯罪は社会公共の関心事であり、国家機関による理性的処理が合理的であり、歴史の進化における近代国家の一つの洗練された制度であるという。ただし、田宮博士は、現実に存在す

---

(9) 田宮・刑訴（新版）161頁。

る被害者への配慮も忘れず、「訴追制度のあり方としては、国家・公共的システムのなかに、被害者感情や民衆の意識を反映するためのルートをいかに用意するかが、重要な課題となる」とも指摘する<sup>(10)</sup>。田宮博士は、この点について、検察審査会を挙げ、「わが国には陪審も参審もないだけに、広い意味での司法における民衆参加であるという点に最大の意義がある」と強調し<sup>(11)</sup>、この検察審査会の抑制機能として、「デモクラシーの一指標として、重要な歴史的意義を担っている」としつつ<sup>(12)</sup>、昭和40年代までの検察審査会の実情を踏まえて、「この時期にあえて議決の拘束力を認めるような法改正を提案する必要を感じていない」と評価している<sup>(13)</sup>。田宮博士がそのように評価する根拠は必ずしも明らかではないが、当時における検察官の訴追活動に対する信頼がその根底にあったと思われる。

起訴独占主義は、検察官のみが起訴権限を持つとする原則であるが、田宮博士は、国家訴追主義の採用から、複数の国家機関に訴追を分担させるわけにはいかないと、検察官のみを公訴担当官とする起訴独占主義が要請されるという<sup>(14)</sup>。この起訴独占主義の下で、検察官同一体原則に基づき、個々の検察官の個人差や地方の特殊性に影響されない公平・公正な訴追が期待できるとしつつ、他方で、「官僚主義的な独善に陥る危険」もあり、特に起訴便宜主義の採用において、このような「功罪両面はそれぞれ増幅して表れる」とされている。田宮博士は、このような問題意識から、「被害者の感情や民衆の意識を訴追に反映するよう努力する」必要があるという<sup>(15)</sup>。

---

(10) 田宮・刑訴（新版）165頁。

(11) 田宮・刑訴（新版）166頁。

(12) 田宮・刑事訴追186頁。

(13) 田宮・刑事訴追190頁。

(14) 田宮・刑訴（新版）167頁。

(15) 田宮・刑訴（新版）167頁。

起訴選別主義は、検察官において起訴すべき事件の選別を認める原則であるが、田宮博士は、現行法上、①どの事実を訴追するかを選別、②被疑者について訴追の必要性があるかの判断、③違法捜査を理由とする起訴・不起訴の決断が求められるという。このうち、①の選択権を認める方式が、検察官処分権主義と定義されている。起訴選別主義の背景には、「検察官はある行為を犯罪として刑罰請求をすることによって秩序維持をはかる国の責任機関であり、処罰請求の主体だとする観念があ〔り、〕これを支える訴訟上の原則は、不告不理の原則と起訴便宜主義である」と説明されている<sup>(6)</sup>。

検察官処分権主義に関して、民事訴訟における当事者処分権主義との比較において、「刑訴においては被告人の認諾権は否定されているので、片面的な処分権に過ぎず、その本質は『当事者の』処分権というよりは、準司法観たる『検察官の』処分であるがゆえに認められている」として、その違いが認められている。ただし、検察官の処分権として立証の難易や迅速な手続処理等の政策的考慮に基づくものまでであるとするならば、被告人側の自白を斟酌して事案の処理を決める「アメリカ法的な『取引』」の導入も、理論的には否定されないとする。特に、将来的に被害者が刑事手続に参加するようになると、検察官の酌量（処分）にのみ委ねるというのでは不満が残り、「刑事事件においても取引的な要素が混入することは避けえないであろう」と予想されていた<sup>(7)</sup>。

最後に、起訴便宜主義は、起訴猶予、すなわち訴訟条件が具備し犯罪の嫌疑が認められるにもかかわらず、検察官が訴追の必要がないと認めるときに不起訴とする処分を認める法制である。これは、起訴法定主義と対置されるものであるが、田宮博士は、日本の刑訴法が起訴便宜主義を採用し

---

(6) 田宮・刑訴（新版）169頁。

(7) 田宮・刑訴（新版）170頁。

た理由として、「大へん単純なことであるが、訴追の必要性等刑事政策的判断を検察官に委ねてよいかどうかということ。……特定の理念や思潮に支えられたというよりは、刑事手続のあり方との関連で実践的に生み出されたものという色彩が強いことになる」として、このことは、起訴便宜主義の誕生・発展の由来を見るとよくわかるはずであると述べている<sup>(18)</sup>。

## 2. 公判法総論

田宮理論では、公判手続の諸原則として、①公判中心主義が上位に置かれ、これを支える要素として②公開主義、③口頭主義、④直接主義が位置付けられ、最後に、公判中心主義の狙いを深めるべく、⑤当事者主義が採用されたと説明されている。

公判中心主義は、事件・犯罪事実の存否は公判期日における手続において確認されるべきとする、近代刑事訴訟の大原則である。田宮博士は、刑事「訴訟」である以上、公判中心主義が当然であるが、かつては予審制度の下で公判が「二番煎じ」になる傾向があったと指摘する<sup>(19)</sup>。予審制度が廃止された今日でも、捜査が強力に行われ、検察官の事件処理が実際にはファイナル的性格を持つからこそ、公判中心主義が強調される必要があるという<sup>(20)</sup>。この公判中心主義の意義は、「公平な裁判所の前で、公開の法廷において、なまの証拠をぶつけ合う直接主義のもと、当事者が口頭で弁論を展開することが予想される手続」である点に求められている<sup>(21)</sup>。

田宮理論は、当事者主義を三つの「段階」に分析する点に特徴がある。第一に、形式的当事者主義（弾劾主義）、第二に、実質的当事者主義（当事者追行主義）、そして第三に、当事者対等主義（被告人当事者主義）で

(18) 田宮・刑訴（新版）172頁。

(19) 田宮・刑訴（新版）233頁。

(20) 田宮・刑訴（新版）234頁。

(21) 田宮・刑訴（新版）234頁。

ある<sup>22)</sup>。特に第三の当事者対等主義は、国家訴追主義の下で検察官との攻撃・防御における著しい格差が生ずることに対して、「被告人の防御力を増強して実質的対等を実現するために」、第二の意味での実質的当事者主義（当事者追行主義）を補正しようとするものであるという。その具体的内容として、弁護人の援助を受ける権利の充実と被告人の黙秘権保障を基本として、特に無罪推定原則に指導された挙証責任論と証拠開示への配慮を膨らませつつ、相対的に被告人の訴訟上の地位の向上を図ろうとするものであり、実質的には、被告人のためのデュール・プロセスの保障と重なり合うという<sup>23)</sup>。ただし、この意味での当事者主義とデュール・プロセスの保障とが同義という意味ではなく、その保障内容がオーバーラップするという意味にすぎないとされている<sup>24)</sup>。

公判中心主義の重要性は、公判手続の遂行を適切かつ実効的なものとするための訴訟指揮権及び法廷警察権の理解にも影響を及ぼす。例えば訴訟指揮権に関して、これが英米のような裁判所の「固有権」とまでいえるかどうかはおくとしても、当事者主義の成熟に合わせてわが国でも「裁判所の訴訟運営に関する権限と責務の観念が生育をとげつつある」として、このような権限は「司法という権威そのものに由来するものであって、訴訟構造とジャスティスの理念に反しない限り、必ずしも明文の根拠を要するものではない」とされている。このような理解は、例えば証拠開示の問題（後述）に関して、裁判所の訴訟指揮権に基づく開示命令について具体的根拠規定を要しないとの帰結へつながるものである。

田宮理論の公判中心主義を中核としたこのような理解は、その基本的視点として、訴訟の現実を強く意識し、これをいかに的確に説明付けるかに

---

22) 田宮・刑訴（新版）237頁。

23) 田宮・刑訴（新版）238頁。

24) 田宮・刑訴（新版）239頁注1。



主たる関心を置き、基礎原理と当事者主義訴訟との調和を目標としたものである。田宮博士は、例えば職権主義と当事者主義との対置において、職権主義は実体的真実主義から要請される訴訟原則であるが、実体的真実主義自体は、刑事訴訟は可及的に絶対的・客観的真実に迫らなければならないという絶対主義・客観主義と、犯人は全て漏らさず処罰すべきとする必罰主義とを内容とする特有の「政策的主張」であるのに対して<sup>25)</sup>、当事者主義はそのような「あるべき政策」ではなく、無罪推定を前提とする以上、「動かしえない本質的なもの」であり、デュー・プロセスから要請されるものであるという<sup>26)</sup>。このような当事者主義は、検察官と裁判所の処罰に向けた互惠関係を切断し、当事者性を認められた被告人に無罪証明の権利を保障する形態であり<sup>27)</sup>、その実現に向けては、アメリカ法の展開に見られるとおり、法整備だけでなく、「裁判の強行的な効力（たとえば、証拠排除とか公訴棄却）によるドラスティックな方法」も必要であるとされている<sup>28)</sup>。

田宮理論は、憲法規定を重視する点にも特徴がある。田宮流デュー・プロセス論は、「実質的には憲法31条のほか33条以下もあわせて」その根拠とし、個別的には、真実発見目的と矛盾しないデュー・プロセス（例えば弁護人依頼権）と、矛盾してでも貫かれるべきデュー・プロセス（例えば黙秘権や自白法則）とに区別される<sup>29)</sup>。そして、このような憲法規定の重視は、「法改正の現実の可能性とデュー・プロセス概念の柔軟性とを考えると、判例の展開に期待するものが大きい」という、（当時の）刑事司法の展開に対する現実的な考慮が根底にある。ただし、このような憲法に直接の根拠を求めるデュー・プロセス論は、「少なくとも33条以下の刑事手

<sup>25)</sup> 田宮・デュー・プロセス139頁。

<sup>26)</sup> 田宮・デュー・プロセス146頁。

<sup>27)</sup> 田宮・デュー・プロセス171頁。

<sup>28)</sup> 田宮・デュー・プロセス198頁。

<sup>29)</sup> 田宮・デュー・プロセス203頁。

続に関する保障は、具体的な強行力を予定している〔としても、……〕具体的な強行力をもたせるためには、今後はあれもこれも違反だというわけにはいかない<sup>80)</sup>、デュー・プロセス論の利益衡量的性格を認めるものとなっている。

### Ⅲ. 各論

#### 1. 訴訟条件論

##### (1) 総説

訴訟条件とは、「訴訟が適法に遂行されるための要件（前提条件）」と定義されるが<sup>81)</sup>、田宮理論は、これを動的に展開し、説明付ける点に特徴がある。すなわち、学説史的には、公訴権論として実体法説（刑罰請求権説）から訴訟法説へ発展し、抽象的公訴権説、具体的公訴権説を経て、実体判決請求権説が通説となった。田宮博士は、これをもって、実体的判断を裁判所に預けるという訴訟の本質や、両当事者が裁判所から等距離にて攻防を尽くすべき当事者主義の構造に照らして、「今日実体判決請求権説が通説となったのは、当然だといってよい」という。

田宮博士は、公訴権論のこのような収れんにおいて、公訴権論は「訴訟条件論と表裏の関係にある」として、両者の関係を「公訴権が実体判決請求権ならば、訴訟条件が具備するときに、公訴権が存在するという関係にある」と説明し<sup>82)</sup>、公訴権論は訴訟条件論に解消できるとした團藤理論（公訴権論否認説）<sup>83)</sup> について、「論理的には、この相互融合状態に異を唱える

---

80) 田宮・デュー・プロセス283頁。

81) 田宮・刑訴（新版）217頁。

82) 田宮・刑訴（新版）213頁。

83) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要』163頁（創文社，7訂版，1967年），刑事訴訟法基礎理論研究会第1回〔辻本典央〕「團藤重光理論と刑事訴訟法」龍法49巻2号117頁。

ことは不可能」としている<sup>64)</sup>。その上で、田宮博士は、当事者主義化の影響として、公訴権論の復興ではなく、「訴訟条件が当事者にもっている役割……の自覚」、すなわち「訴訟条件の機能の反省」を問題とすべきであるという<sup>65)</sup>。すなわち、訴訟条件の本質は検察官の訴追の抑制機能にあり、訴訟条件は公訴権の適法行使の要件であって、訴訟条件論は公訴権論にこそ解消すべきものというのである<sup>66)</sup>。例えば違法なおとり捜査が行われた場合、田宮博士は、公訴棄却説を採用し、訴訟条件レベルでのデュー・プロセスの実現を図ろうとする。このような事案では、違法捜査により初めて公訴提起が可能になったという関係にあり、違法の度合いがデュー・プロセス違反といえるような高度のものが基準になるという<sup>67)</sup>。田宮理論は、公訴権論を中核とするこのような訴訟条件論の当事者主義的考察において、公訴権濫用の判断は被告人の申立てに基づいて審査されるべき事項であるとして、被告人のデュー・プロセスの保障という見地から裁判官に自由な司法的抑制を期待するという訴訟条件論の本質との整合性を図っている。

田宮博士は、このような考察を経て、訴訟条件論の学説史的展開にも目を向けている。この点で、かつて、訴訟成立条件説、実体判決条件説が主張され、現在の刑事訴訟法学理では実体審判条件説が通説とされるが、他方で、公訴条件説も有力に主張されている。田宮博士は、実体審判条件説と公訴条件説は、公訴が有効であって初めて実体審判が適法に行われ得るという意味で同様の出発点に立つものであるとした上で、後者は前者を当事者主義的立場から説明し直したものであり、それゆえ「当事者主義的訴訟条件観」と表現している。そして、訴訟条件論について、「今日なお基

---

64) 田宮・刑訴(新版)214頁。

65) 田宮・刑訴(新版)216頁。

66) 田宮・刑事訴追130頁。

67) 田宮・刑事訴追133頁。

礎理論の遺産としてその有用性を失ってはいないし、当事者主義訴訟に必ずしもふさわしからぬものではなく、これと調和した再構成が可能であろう」として、現代的な意義も認められている<sup>38)</sup>。例えば公訴時効の成否に関しても、訴訟条件存否の判断を職権探知事項とする通説と異なり、土地管轄と同様に当事者（被告人）の主張を待って判断すべきとし、その主張がなされない限り実体判決を下すことが可能であるという<sup>39)</sup>。

田宮博士は、訴訟条件論の当事者主義訴訟との調和における再構成として、具体的には、全ての訴訟条件は結局実体審判の適法要件という性質特徴には差異がないということを一率直に認めるべきと主張する<sup>40)</sup>。このような理解は、具体的問題の考察に当たっても反映されている。

## (2) 公訴時効

田宮理論は、公訴時効の本質論に特徴を持つ。この問題について、従来、実体法説と訴訟法説とが対立的に論じられてきた。前者は時の経過による可罰性の減少、後者は証拠散逸の虞を、それぞれ根拠とするものである。田宮博士は、これを止揚する形で、「あらゆる制度がそうであるように、複数の要素の総合的考量の帰結というほかなく、その意味では競合的説明をとらざるをえない」として、時効制度の本質もその目的・機能において考えられるべきであることから、「既成事実の尊重という時効一般のねらいにそくして、一定の期間訴追されていないという事実状態を前提に国が訴追権を発動しないという制度であって、被告人の地位の安定がその反射的利益だと解するのが妥当」としている（新訴訟法説<sup>41)</sup>）。ただし、田宮博士は、この帰結は解釈論としてのものであって、立法論としては、実体法

38) 田宮・刑訴（新版）218頁。

39) 田宮・刑事訴追197頁。

40) 田宮・刑訴（新版）221頁。

41) 田宮・刑訴（新版）223頁。

説に基づいて無罪を言い渡す制度が妥当と主張している<sup>42)</sup>。

ここで、公訴時効完成の効果である免訴判決について、若干言及しておく。田宮理論は、免訴を公訴棄却と分けて検討すべき意義は、第一に、実体裁判説の趣旨に鑑みて被告人の無罪請求を認めるべきか、第二に、公訴棄却と異なり免訴に一事不再理効を認めるべきか、という点にあるとする<sup>43)</sup>。第一の点は、前述のとおり、訴訟条件論も当事者主義的に再構成されるべきとする主張を前提に、被告人から公訴時効完成の主張がなされない限り、裁判所は実体判決を下すことができるとされる。第二の点は、免訴も公訴棄却と同じく形式裁判であるとの前提からは、一事不再理効の成否に関しても別異に解するべきではなく、免訴判決によっても一事不再理効は生じないとされる。この点は、免訴と公訴棄却との振り分けにおける立法上の偶然という点に加えて<sup>44)</sup>、免訴事由に該当する場合には、その既判力により一事不再理効を認めるのと結論において異ならないという点が挙げられる<sup>45)</sup>。ただし、形式裁判においても、裁判所がデュー・プロセス理念の発現形態たる司法の監督権からの介入に基づいて再訴を禁圧すべきとする、「政策的一事不再理効」が要請される場合があるという。その例として、公訴権濫用や、重大悪質な違法捜査が行われた場合などが挙げられている<sup>46)</sup>。

### (3) 非類型的訴訟条件

訴訟条件は、訴訟が適法に遂行される条件であり、法定されたものに限られない。違法なおとり捜査に基づく起訴や、公訴権濫用に当たる場合な

---

42) 田宮・日本の刑事訴訟追200頁。

43) 田宮・一事不再理229頁以下。

44) 田宮・一事不再理257頁。

45) 田宮・一事不再理246頁。

46) 田宮・一事不再理263頁。

ど、非類型的訴訟条件といわれるものがある。田宮博士は、これらは「落穂拾いの条項」である刑訴法338条4号に基づいて、公訴棄却判決によって処理されるべきであるという。また、訴訟条件は、訴訟遂行の適法要件であることから、訴訟の開始時に限られず、訴訟の最後まで満たされなければならない。例えば迅速裁判違反に該当する場合も、訴訟条件違反として、刑訴法338条4号に基づく公訴棄却判決によって処理されるべきという。

具体的に、まず迅速裁判違反については、憲法37条1項の迅速裁判保障に関する憲法上の問題として捉え、諸般の事情を考慮して不合理と思われる程の強度の遅延、遅延期間とその原因及び被告人の受けた苦痛の相関関係から、条項違反性が検討されるべきという<sup>47)</sup>。田宮博士は、アメリカ法との比較において、アメリカでは、迅速裁判条項は被告人の権利であり、訴訟遅延が被告人の責めに帰すべき事由があるときは違反とはならず、かつ、被告人が訴訟の促進を適宜に主張しておかなければならないとされているのに対して、日本では、あくまで憲法保障の問題であり、遅延の程度が条項違反と認められるまでに至ったことで足り、被告人において審理促進を要求しておく必要はないという<sup>48)</sup>。迅速裁判条項の違反が認められる場合、憲法33条以下は現実的救済を要求する強行法規であるとの理解から<sup>49)</sup>、公訴棄却による担保が求められるのであり、これが被告人のためのフェア・トライアル原則から要求されるものと位置付けられている<sup>50)</sup>。そして、このような憲法違反を理由とする公訴棄却判決には、一事不再理効が認められるべきであるともいう。田宮博士は、この点を、訴訟の遅延が

---

(47) 田宮・デュー・プロセス329頁。

(48) 田宮・デュー・プロセス296頁。

(49) 田宮・デュー・プロセス283頁。

(50) 田宮・デュー・プロセス331頁。

いけなかったという公訴棄却判決の既判力は、時計を後戻りさせることができないことから「既判力は永久に働くことになる」として、被告人死亡や全告訴権者の告訴権消滅などと同様に、以降の訴追を永久的に排除するような効果を持つと説明している<sup>51)</sup>。

公訴権濫用論については、検察官による権限行使のチェックという内実から、単純に訴訟条件論に解消できないとの問題意識が示されている<sup>52)</sup>。チッソ川本事件で示された最高裁判例<sup>53)</sup>の基準は厳格にすぎ、裁判所のエクイティ的救済機能の観点から、裁量権逸脱が「顕著・明白」な場合という程度において、訴訟の打切りが認められるべきであるとされている<sup>54)</sup>。田宮博士は、この点について、検察官の訴追権の限界とその規制方法に関する考察として、例えば嫌疑なき起訴の類型においては、通説と同様に嫌疑の存在を公訴提起の条件としているが、その際には、当事者主義的訴訟構造から、検察官による訴追行為のスクリーンという観点を強調している<sup>55)</sup>。また、起訴猶予相当の類型においては、検察官の起訴猶予は訴訟当事者としての処分行為であり、司法監督者たる裁判所の審査に服するものとの理解から、事件の軽微性、平等原則違反、悪意による起訴などの場合において、訴訟の打切りの対象とされるべきという<sup>56)</sup>。そして、このような裁判所の司法監督権という考え方に基づいて、「公訴権濫用論は、不当起訴という問題と裁判官論との出会いから生じた刑訴法解釈論の新しい渦」<sup>57)</sup>であることから、立法による規制が望ましいとされている。

---

51) 田宮・デュー・プロセス306頁。

52) 田宮・刑訴（新版）226頁。

53) 最決昭55・12・17刑集34巻7号672頁。

54) 田宮・刑訴（新版）227頁。

55) 田宮・刑事訴追75頁以下。

56) 田宮・刑事訴追89頁以下。

57) 田宮・刑事訴追141頁。

## 2. 訴因と公訴事実

### (1) 訴因論

田宮博士は、現行法上の「訴因」と「公訴事実」(刑訴256条2項, 3項)は、結局は同じものを指す概念であり、立法論として、刑訴法256条2項2号の「公訴事実」は「訴因」と規定されるべきであったとの理解から<sup>58)</sup>、審判対象論について、通説に従って訴因対象説を支持している<sup>59)</sup>。そして、起訴状一本主義と相まって、当事者主義・公判中心主義が当然の帰結とされている<sup>60)</sup>。田宮博士は、訴訟対象に関する今日の状況に鑑みて、公訴事実説と訴因説との対立は理念上の争いとなっており、実務における安定した状況を前提に、単に学説を羅列するだけでなく、判例の到達点をよく踏まえてそこから議論を展開するという方法論が採られるべきであるとしている<sup>61)</sup>。

ただし、田宮博士は、訴因制度の導入に関して、当事者主義という概念に尽きない諸事情がまつわりついているとして、「訴因の機能としては、どちらかという被告人に対する告知機能よりは、検察官による処罰請求機能という性格が強く出ている」と述べている<sup>62)</sup>。そして、訴因の特定に関する最高裁判例(白山丸事件<sup>63)</sup>、吉田町覚せい剤事件<sup>64)</sup>)は、検察官の単なる当事者にとどまらない準司法官的地位を前提とした、「訴因の提示は当事者としての弾劾というよりは、国の刑罰請求であり、訴訟の開始宣言ないし明認行為が制度としての訴因にほかならない」との理解に基づく結

---

58) 田宮・刑訴(新版)177頁。

59) 田宮・刑訴(新版)190頁注2。

60) 田宮・刑訴(新版)184頁。

61) 田宮・刑訴(新版)190頁。

62) 田宮・刑事訴訟324頁。

63) 最大判昭37・11・28刑集16巻11号1633頁。

64) 最決昭56・4・25刑集35巻3号116頁。



果であるという<sup>65)</sup>。田宮博士は、このような実務の動向に対して、「真の当事者主義化のためには、訴因において検察官処分主義の側面だけを直視するのでは片手落ちであって、被告人の防御の範囲を明定するという機能を第一義的にとらえていくべきである」と批判している<sup>66)</sup>。ただし、訴因は、全てを引き受ける「何でも屋」であるわけではなく、公判手続開始後も不意打ち防止に向けた防御の保障が図られるべきであるという<sup>67)</sup>。

## (2) 公訴事実の同一性論

公訴事実の同一性は、一義的には訴因変更の可能性を規制する概念であるが（刑訴321条1項）、その本質をめぐって实在説（帰属アプローチ）と観念説（比較アプローチ）がある。従来、实在説を富士山に例える説明がなされてきたが、田宮博士は、これと対照するように、観念説を鴨川に例えて説明した。すなわち、实在説は、富士山そのものが公訴事実であり、それを反映するものとして、北斎が描いた赤富士や海上富士が訴因と理解するのに対して、観念説からは、川の流が絶えず変化し、人の目に映る「きょうの鴨川」、「きのうの鴨川」が訴因であり、悠久の流れをもって呼称される「鴨川」が公訴事実であるという。そして、田宮博士は、審判対象論との対比において、实在説は公訴事実説の考え方であり、訴因説からは観念説が支持されるべきであるという<sup>68)</sup>。

田宮博士は、公訴事実の同一性を論じるに当たり、従来の通説と同様に、公訴事実の単一性と（狭義の）同一性とを区別する。ただし、単一性に関しては、旧法と異なり公訴不可分原則が否定された現行法下では、「はば」

<sup>65)</sup> 田宮・刑事訴追325頁。

<sup>66)</sup> 田宮・刑事訴追333頁。そこでは、防御権説に立つ三井誠「訴因の機能——訴訟条件と『縮小理論』——」研修501号4頁が引用されている。

<sup>67)</sup> 田宮・刑事訴追333頁。

<sup>68)</sup> 田宮・刑訴（新版）202頁。

の問題（従来、単一かつ同一と解されてきた）ではなく、「ずれ」の問題として二種類ある（したがって、単一または同一の関係である）と考える方が便利であるというにすぎない（新単一性）、とされている<sup>69)</sup>。あくまで公訴事実の同一性の問題として構成されるが、実質的には、公訴事実の同一性の問題から切り離す見解<sup>70)</sup>と異ならない。

そうすると、田宮理論においても、公訴事実の同一性論に関して特徴を持つのは、狭義の同一性の次元においてということになる。田宮博士は、「学説は、さながら覇を競うがごとく多彩にオンパレードをくりひろげているの観がある」との感想を述べた上で<sup>71)</sup>、判例の理解に若干の修正を施しつつ、その説明に工夫を加えるというアプローチをとっている。すなわち、判例は、古くから「基本的事実の同一」というフォーミュラを採用してきたとした上で、罪質同一説、構成要件共通説はこれと共通の理解に立つものとしつつ、両訴因の比較に際しての総合評価に当たっては、刑罰関心の一個性（択一関係、非両立性）を基準とすべきであるという<sup>72)</sup>。その根底には、一回的解決の妥当性、比較される訴因の択一関係が判例法をよく説明できること、処罰＝犯罪成立の択一性が諸事情の総合評価をまとめて表現できる簡明さを持つこと、があるとされている<sup>73)</sup>。

公訴事実の同一性は、一事不再理効の範囲を決定付ける機能も有する。この点について、田宮理論は、「一事不再理効は被告人の危険を根拠とする再訴禁止であるから、訴因変更可能の限度で訴追側に同時解決を要求することこそ合理的」であるとし、このようにして「『審判の可能性』は『同

---

69) 田宮・刑訴（新版）203頁。

70) 松尾浩也『刑事訴訟法・上巻』292頁（弘文堂，新版，1999年）。

71) 田宮・刑訴（新版）205頁。

72) 田宮・刑訴（新版）206頁。

73) 田宮・刑訴（新版）207頁。

時訴追の必要性』という観念といれかわる」ものと説明している<sup>74)</sup>。そして、このような同時訴追の必要性という考え方からは、併合罪関係であっても、相互に密着しているため社会的観察上は一個の事象と見られ、同時捜査・同時立証が通常であるような場合には、同時訴追義務が生ずることがあるという<sup>75)</sup>。田宮博士は、このような場合の同時訴追義務も、刑罰の択一関係から導かれるものと説明している<sup>76)</sup>。

### 3. 証拠開示論

証拠開示は、2004年改正により公判前整理手続の中に規定されるに至ったが、従来は刑事訴訟法上の一大論点であった。最高裁が昭和44年決定<sup>77)</sup>により訴訟指揮権に基づく一定範囲の開示命令を肯定したが、その法的根拠及び開示の範囲・効果等について、学理で大きな論争が繰り広げられた<sup>78)</sup>。

田宮博士は、証拠開示は、アメリカ法と異なり、日本法の下では、被告人の防御保障の観点が重要であり、検察官手持ち資料の再配分を目的とするものと理解する。証拠開示は、当事者主義に基づく、実質的当事者対等性（武器対等）、被告人のためのデュー・プロセス保障、無罪推定の原理から求められ、検察官に証拠が遍在しているという現実から、合理的範囲内での証拠開示は刑事司法に必然の要求であるという<sup>79)</sup>。そして、開示対象の類型化、判断基準の明確化のために、立法による規制の必要性が説か

74) 田宮・刑事訴追350頁。

75) 田宮・刑事訴追353頁。

76) 田宮・刑事訴追354頁。

77) 最決昭44・4・25刑集23巻4号248頁。

78) 酒巻匡『刑事証拠開示の研究』（弘文堂、1988年）、松代剛枝『刑事証拠開示の分析』（日本評論社、2004年）、斎藤司『公正な刑事手続と証拠開示請求権』（法律文化社、2015年）。

79) 田宮・刑訴（新版）269頁。

れていた。

田宮博士は、判例法によって運営されてきた日本型証拋開示について、訴訟指揮権は裁判所の固有権であるとの理解を前提に、旧判例<sup>80)</sup>が具体的規定のない限り命令できないとしてきた考え方を批判し、禁止規定がない限り許容されるとした昭和44年決定を支持している<sup>81)</sup>。田宮博士は、この新判例をもって、「前の判例の殻を破った新しいもの」であるとの認識から、「実質的には立法的な行為をした」ものとまで評価している。このことは、裁判所は紛争解決に加えて具体的規範を定立する機能があるとの理解から、司法に対する、立法に期待できない場合の法創造的役割を求める方向性につながる<sup>82)</sup>。

#### IV. おわりに

以上の田宮理論をまとめると、それは、当事者主義の具体的内実を探求し、被告人に対するデュー・プロセス保障の実効化を追求するものであるといつてよい。田宮理論は、しばしば、パッカー流の犯罪制圧モデル（処罰優先型）とデュー・プロセス・モデル（手続保障優先型）の対置を用いるが<sup>83)</sup>、田宮博士は、これをもって、前者は判決へのベルト・コンベアーであり、後者は判決への障害物競走であると表現した<sup>84)</sup>。そして、現行憲法の基本的な考え方は、後者の理解を支持するものとし、そこから、当事者主義訴訟への形式的な転換だけでなく、被告人へのデュー・プロセス保障という人権モデルを構築しようとしたものであった。

田宮理論によると、現行憲法及びこれを具体化した刑事訴訟法は、裁判

---

80) 最決昭34・12・26刑集13巻13号3372頁。

81) 田宮・デュー・プロセス229頁。

82) 田宮・デュー・プロセス251頁。

83) 田宮・刑事訴追1頁。

84) 田宮・刑訴（新版）4頁。

所と検察官の機能分離から当事者としての検察官（そして、当事者としての被告人）という理解を要求する。当事者追行主義は、両当事者の実質的対等を条件とし、それゆえに、被告人の人格的主体性が承認されなければならない。このような田宮流デュー・プロセス論は、正に憲法的刑事訴訟論というべきものであり、裁判官において被告人の人権保障に向けた権力抑制機関であるべきこと、そして、そのための柔軟な法創造を促すものとなる<sup>85)</sup>。その根底には、必罰主義ではなく、手続の公正をも求めるべき「不処罰主義」（障害物競走的訴訟モデル）があることは、確認されなければならない<sup>86)</sup>。

---

85) 田宮・刑事訴訟125頁。

86) 田宮・刑事訴訟121頁。

## 田宮裕理論と刑事証拠法

南川 学

(弁護士、千葉県弁護士会)

### I. はじめに

田宮博士の刑事訴訟理論の特徴は「デュー・プロセス論」であろう。そのデュー・プロセス論とは「刑事訴訟における人権保障の要求を憲法問題として強烈に意識させ、これを飛躍的に斬新させようとする政策的主張である<sup>(1)</sup>。具体的には、憲法的刑事訴訟論、司法の法形成機能、実質的当事者主義を含意する。このうち、憲法的刑事訴訟論とは、日本国憲法が詳細な刑事手続き上の人権規定を持っておりそれが憲法の基本的要求である以上、刑事訴訟法の規定ないし運用の現実と憲法の理念との間にギャップを埋める必要があるとする。そして、司法の法形成機能とは、憲法的刑事訴訟論の実現を裁判官に期待するもので、判例による法発展を期待する。また、実質的当事者主義は、当事者としての被告人の人権に十分配慮するために、片面的構成の理論構築を行う。

本稿では、田宮裕博士の証拠法の分野における特徴的な部分を取り上げて論じるとともに、それに関連する立法提案部分について紹介していく。そのことによって、田宮博士の刑事証拠法理論の特色を浮かび上がらせていく。

---

(1) 田宮・デュー・プロセス1頁。

## II. 田宮刑訴理論の証拠法における特色

### 1. 自白法則の違法排除説

田宮博士は、自白法則に関して以下のように述べて「違法排除説」という新たな見解を主張した<sup>(2)</sup>。

「自白が排除されるのは、虚偽を排除するためでも、黙秘権を担保するためでもない。自白採取の過程における適正手続（デュー・プロセス）ないし合法手続を担保する一つ的手段なのである。裁判が、真実というただ一点をめざしてまっしぐらに突進するものではなく、訴訟の過程にあらわれる諸利益の間に、具体的正義（訴訟対象をめぐるものに限られない）個々のみつけていく一つのインスティチューションであることは、すでに述べた。違法を排除する要求の方が、被告人を有罪にする関心より強い場合には、具体的正義の基準を前者の方向に見出して、それで満足するというダイナミックな態度が、法秩序を動かすためには必要だ。違法にとらわれた自白を、思い切って排除するというのは、こうした思想を根本にもつ。たとえ自白が真実のもので、それだけで有罪を指向するものであっても、なお排除されなければならない。

そうすると、自白を排除する成法上の根拠は、憲法の上では、31条の適正手続条項になる。その特殊な一場合として、同36条の拷問禁止がある。36条は31条がある以上、必ずしも必要な規定ではないが、過去の経験にてらして、注意的に個別的な要求をしたものである。また38条2項も、適正手続の要求の一部についての証拠排除の面に関する注意的規定と解すべきである。通説は、これを、自白排除の唯一の根拠規定とみているが、適正手続に反して証拠能力の奪われる典型的な例であり、説明的規定にすぎない。

---

(2) 田宮・捜査の構造293頁以下〔初出：同「自白の証拠法上の地位(1)～(4・完)」警察研究34巻2-4, 6号(1963年)〕。

36条・38条2項意外で、どういう場合が適正手続違反かは、個人の自由権や幸福追求の利益を、最高の価値としている憲法の趣旨や、刑事手続に関する諸規定にてらして、裁判所が判断していく問題である。あとで検討するが、弁護権を不当に制限してえた自白、令状主義を中心とする人身の保障をやぶて拘束することによりえた自白、自白をうるためだけに行われるような、長時間の継続的取調による自白など、刑事手続の基本にある、フェア・トライアルの観念に反するもの、ないしは、文明国家の基準である礼讓の観念に反する場合がそれにあたるだろう。」

自白法則とは、強制等によって得られた自白の証拠能力を否定する原則のことである。憲法38条2項と、これを受けた刑訴法319条1項により、明文で自白法則が定められている。

田宮博士の上記見解の発表以前、この自白法則は不任意自白を排除するものと考えられており、その説明として、不任意自白は典型的に虚偽を含む恐れがあるから事実認定の正確性を確保するために排除されるとする虚偽排除説と、不任意自白は黙秘権等の人権を侵害して得られた自白であるからその保障を担保するために排除されるとする人権擁護説とが存在した。

これに対し、アメリカの判例法の展開に影響を受けつつ、自白法則を違法収集証拠排除法則の一環として位置付けて、強制等による自白は自白獲得手段が違法であるから排除されるとする違法排除説が田宮博士によって提唱された。

この違法排除説は、理論上の意義として、違法排除説が自白法則を証拠の不許容(狭義の証拠能力)の問題ではなく、証拠禁止(証拠法上の特権)の観点から捉えるべきものと述べる<sup>(3)</sup>。また、実際上の意義について、

---

(3) 田宮・捜査の構造305頁。



①因果関係を要求する虚偽排除説及び人権擁護説とは異なって、自白の採取過程に違法行為があれば排除されることから、排除される自白の範囲が広がること、②排除理由の認定が類型化・客観化し、排除の基準が簡明になること、③自白に大きく依存した従来の刑事手続を見直して、より合理的な刑事手続・実体刑法のあり方を考え直す契機になりうることを指摘する<sup>(4)</sup>。

田宮博士がこうした違法排除説を提唱した背景としては、アメリカにおける自白法則の発展・変貌により違法収集証拠の排除法則の思想が自白の領域にも押し寄せていたこと、当時の日本の実情として、英米法を継受したはずなのに自白の証拠能力の原則が一向に動き出そうとせず捜査の適正化も不十分であったことが挙げられる。

違法排除説の見解は、学説上広く受け入れられた。この田宮博士が提唱した違法排除説の功績は、自白法則に関する伝統的な考え方が、自白の排除を専ら不任意自白の範囲で考えていたのに対し、自白法則を違法収集排除法則の一環と見る見方を介して、違法に得られた自白一般について、排除の展望を開いた点にある<sup>(5)</sup>。今日では、通説あるいは多数説であるといわれる。

また、証拠物に対する違法収集証拠排除を宣言した最高裁判例（昭和53年9月7日判決刑集32巻6号1672頁）が出現したことで、実務に対しても違法排除説が強い影響を持つようになった。近時の有力説として競合説（二元説）が登場するに至っている。競合説とは、自白法則については不任意自白を排除し、違法収集自白は判例で採用されている排除法則を適用することで排除すべきとする見解である。したがって、自白をその採取過程の違法性によって排除する考え方は、下級審の裁判例で採用され、実務

---

(4) 田宮・捜査の構造310-316頁。

(5) 大津裕「自白の証拠能力といわゆる違法排除説」研修694号（2006年）9頁。

にも浸透していると評価できる。

もっとも、違法排除説に対しては、自白法則の沿革や自白の任意性を問題にしている刑訴法319条1項の文言との不整合性といった理論的な問題点などが指摘されている。また、違法収集排除法則による相対的排除説を前提とすれば、違法排除説だとしても、自白が排除される実際の範囲が広がったかどうかは疑問が生じる。さらに、違法排除説が主張する自白排除基準の客観化・明確化への疑義が呈されており、基準の客観化に成功していない現状につき、違法排除説が予定した方法論の限界を示しているといえる<sup>(6)</sup>。

ここまで延べてきたように、違法排除説的な考え方が学説・実務に受け入れられている現在において、違法排除説の現代的意義は何であろうか。従来、取調べ自体がブラックボックスだったために、違法排除説が狙いとしていた判断の客観化機能が必ずしも十分に果たされていなかった。しかしながら、一定の範囲とはいえ、取調べの録音・録画が制度化したことで、取調べの可視化が実現され、取調べ状況が明らかとなる。明らかになった取調べ状況を前提として、自白排除の可否が検討される。それゆえに、取調べの可視化によって、自白排除の実効化のための基準の客観化が図られることとなり、ようやく取調べの適正化へとつながりうることになる。したがって、取調べの可視化時代でこそ、違法排除説がその真価を発揮することができるといえよう<sup>(7)(8)</sup>。

---

(6) 大津裕「自白の任意性とその立証」松尾浩也・井上正仁編『ジュリスト増刊・刑事訴訟法の争点 [第3版]』(有斐閣, 2002年) 171頁。

(7) 違法排除説の現代的意義について、中島宏「自白法則における違法排除説再論」法律時報83巻2号(2011年) 39頁参照。

(8) 指宿信『被疑者取調べ録画制度の最前線—可視化をめぐる法と諸科学』(法律文化社, 2016年) 45頁は、可視化時代の自白法則の展望について、虚偽自白タイプの誤判を回避するためには取調べの可視化だけでは十分とはいえず、ポスト可視化時代の誤判回避の具体策として自白法則の再構築の必要があると指摘

## 2. 違法収集証拠排除法則

田宮博士がデュー・プロセス論の問題として力を入れて取り上げていたのが、違法収集証拠の排除の問題であった。まさに、憲法的刑事訴訟論として理念と運用のギャップを埋め、司法の法形成機能を期待するデュー・プロセス論を体現するからである。

そこで、最高裁判決以前においては、田宮博士は平野龍一博士の見解<sup>(9)</sup>をベースにした上で、直接的救済が迅速・十分に機能していないのが現実であることを考えると、捜査のデュー・プロセスを担保するために、当面やむを得ない手段として、憲法31条以下の保障を根拠として、政策的な証拠禁止法則を採用せざるを得ないと主張していた<sup>(10)</sup>。

したがって、1978年の違法収集証拠排除法則の適用を認めた最高裁判決（昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁）の登場を田宮博士は画期的な判決と評価した<sup>(11)</sup>。まさに、証拠法や証拠規則を形成するという裁判所に期待されている役割を果たしたからである。

ただし、田宮博士も上記最高裁判決を諸手を挙げて歓迎したわけではなく、憲法解釈の余地を残すべきであった旨や要件とされた「重大な違法」については異常・例外的な場合の特別の司法救済として位置づけないためにも柔軟に解釈すべきである旨の言及を行っている<sup>(12)</sup>。そして、今後の判

ゝする。なお、違法排除説に対しては、憲法38条1項、2項ならびに刑訴法319条1項に列挙された以外の不適切な尋問について準則をもたない我が国の法制度と前提とすると、取調べが可視化されても、裁判所が違法に採取された不任意自白を証拠排除する手掛かりとなる基準がなく、却って排除の機会を失う懸念があると述べる（同書71頁）。

(9) 平野龍一「証拠排除による捜査の抑制(2)」刑法雑誌7巻2・3・4合併号（1957年）243頁以下。

(10) 田宮裕「違法収集の証拠」井戸田侃編『判例演習講座・刑事訴訟法』（世界思想社、1972年）242頁。

(11) 田宮・理論と現実255頁。

(12) 田宮・運用73、77頁。

例に対して、「重大な違法」を柔軟に解釈することによって、最高裁の狙いとする真実発見と適正手続の調和という理念を真に生かして欲しいとの注文することで、さらなる法形成に期待していたところであった<sup>(13)</sup>。

その後、違法収集排除法則は、下級審の裁判例で広く適用され、重大な違法として証拠排除される事案が数多く登場し、2003年の大津覚せい剤事件（最判平成15年2月14日刑集第57巻2号121頁）に至って初めて最高裁判所において重大な違法により証拠排除が宣言された。現在では、所持品検査や覚せい剤事犯における被疑者の留め置きの事例において、違法収集証拠排除法則が主張され争われることが多い<sup>(14)</sup>。

### 3. 刑訴法328条の解釈

冒頭で述べたとおり、田宮博士の提唱するデュー・プロセス論の1つの内容は、刑訴理論を被告人の側から片面的に再構成するものであり、その具体的な適用場面が刑訴法328条の解釈あって、以下のように述べる<sup>(15)</sup>。

「原告になる国家は、個々の被告人に対して、比べものにならないくらい強大な捜査、つまり証拠収集の権限を持っている。だから、検察官は、有罪を要求するためには、厳格な証拠の手段で、「合理的な疑いをこえる」まで立証をつくさなければならない。そして、被告人のためには、黙秘権が認められ、捜査や公判でのデュー・プロセスが保障され、上訴では不利益変更が禁止され、再審は利益な方向にだけ許されるなど、一方的な権利保障の諸手段が承認されている。したがって、いままた、弾劾のためには、

---

(13) 田宮・運用77頁。

(14) 川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、2016年）466頁以下参照。

(15) 田宮・デュー・プロセス341頁。

被告人のために、伝聞法則の制約を解除しようとするのは、決して突飛なことではないし、いぜんとして優位に立つ原告側との均衡を考えると、その必要も大いにある。

もともと弾劾の方法を用いる必要があり、それが有益なのは、被告人側の公判技術だ。国家の側は、強制権限をもっているので、強制処分によって、物証その他の証拠を集めることができるが、被告人はできない。反対尋問と弾劾がせいぜいで、したがって、これは十分やらせる必要がある。アメリカで、ディスカバリーが、だんだん広く認められるようになったのも、こういうところに意義がある。」

田宮博士は、刑訴法328条の証明力を争う証拠の意義について、証明力を争うためであれば自己矛盾供述に限られないという非制限説を採用する。その理由は、刑訴法328条の文言の無限定性や伝聞証拠に関して特別の規定が設けられたことと説明する。

もっとも、検察官側が弾劾するときには自己矛盾供述に限られるとし、片面的構成を採用する。これは、検察官の弾劾は積極的な立証と少しも変わることはないが、被告人まで自己矛盾に限るとすると被告人に不利になってしまうため、検察官が自己矛盾以外の伝聞供述を提出するのは憲法違反の疑いが濃く、その限度で刑訴法328条が無効になり、被告人の証人審問権による合憲限定解釈の結果であると説明する。

このように田宮博士が証明力を争う証拠の意義について片面的構成を採用する実質的な理由は、上記で引用したとおり、デュー・プロセス論から導かれたものである。

もっとも、田宮博士は、伝聞法則について一律に片面的構成を主張するわけでないことに注意を要する。刑訴法328条の証明力を争う証拠に限っていえば、明文の根拠があり、証明力を争うという目的性に強い拘束力を

認めさえすれば無限定に広がってしまう不都合はなく、むしろ刑事訴訟法全体の趣旨であるデュー・プロセスの理念に照らし妥当であると、田宮博士は理解したものである。

なお、証明力を争う証拠の意義は、実務上、最高裁平成18年11月7日判決（刑集60巻9号561頁）によって、限定説が採用され、被告人請求証拠に対する判断の事案であったことから片面的構成の余地が排斥された。

ただ、刑事裁判における公判中心主義、直接主義、口頭主義が強調される現在において、公判における証人に対する弾劾は重要性を増している。そのために弁護人が尋問技術に習熟しなければならないことは田宮博士が指摘するとおりである。また、反対尋問の方法として、「調書を示す反対尋問」などが議論となっている。尋問をめぐる議論において、実質的な対等のために弾劾証拠の理論によって被告人に不利にならないようにするという、刑訴法328条の解釈の前提となっていた田宮博士の問題意識は重要である。

### Ⅲ. 田宮刑訴法理論と立法論

一般の法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」で議論されたうち、田宮博士の理論と関係するところとして、以下の3点を取り上げる。

#### 1. 被告人の証人適格

法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」では、その中間報告にあたる「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」において、「公判廷に顕出される証拠が真正なものであることを担保するための方策等」の1つとして、被告人に偽証罪を科す前提として、被告人に証人適格を認めることの是非が検討課題となった。なお、反対論も多く、最終とりまとめでは、被告人の証人適格は取り上げられなかった。

この点について、田宮博士は以下のように述べている<sup>(16)</sup>。

「それ（筆者注：被告人の証人適格）を認めるとすれば、証人としての被告人の供述に関する特別規定を設けるべきであるのにその規定がない以上（その代わり被告人質問に関する311条がある）、現行法では証人適格を予定していないと解さざるを得ないわけである。とはいえ、捜査が弾劾して自白の採取が制限され、その分公判の比重が増すというのが法のあるべき姿だとすれば、むしろ将来に向けては、一つの立法課題であるといえる。」

以上のように述べ、田宮博士は、結論として、被告人の証人適格を消極に解している。他方で、立法政策として、憲法は被告人に包括的黙秘権を保障したと解すべきであるが、被告人がこれを放棄して証人として証言することを禁止するまでの保護を与えたものではないから、被告人に証人適格を認めることは許容している。

もっとも、田宮博士の見解では、現在においても、被告人の供述を取り巻く状況に変化がない以上、被告人の証人適格の導入は時期尚早といった結論になると思われる。被告人の証人適格を認めるためには、平野博士の見解と同じく、その環境整備が先行することになるだろう。

## 2. アレインメント制度

法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」では、アレインメント制度の導入の可否についても議論の俎上にあがったが、最終報告書にあたる「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果」には取り上げら

---

(16) 田宮・刑訴（新版）316頁。

れていない。

この点について、田宮博士は、「裁判上の自白」に関する諸問題を検討するなかで、以下のように述べる<sup>(17)</sup>。

「憲法じたいがアレイメントを禁止していると解するのは、妥当ではない。

ところで、訴訟法は、前述のようにアレイメントをとらないことを宣言した。これは立法者の政策的判断によったわけだが、これは賢明なあるいは合理的な決断ではなかったと思われる。昭和二八年の改正による簡易公判手続の創設は、ある程度この不合理性にめざめた結果であるが、いまは、もう一步を進めて、有罪陳述を許すところまでいってもよいと思われる。わが国でも、八割程度の事件は起訴事実を争わないようであるが、そういう事件を迅速に解決して、訴訟の遅延を防止し、数すくない裁判官の主力を重要事件の公判審理に傾注させるべきであろう。むろん、その場合には、事実認定と量刑の手続を分離するとか、判決前調査を必須のものとするなど訴訟制度の相当な変革を予想しなければならない。しかし、そういうことを準備する段階にきているのではないかと思われる。」

アレイメント制度は、田宮博士の教科書においても、簡易公判手続の項目で言及しており、簡易公判手続の利用度を高めるような運用が望ましいとした上で、いずれは立法論的にアレイメント制度の採用も検討されるべきであろうとする<sup>(18)</sup>。理由付けも同様に、当事者間に「争いのない場合まで一律に手間をかけた審理をすることは、一方でその必要がないばかりか（全体としての訴訟事件に遅延を招き、結局被告人の人権にマイナス

---

(17) 田宮・捜査の構造330頁。

(18) 田宮・刑訴（新版）409頁。



の作用を及ぼす)、他方で真に慎重を要する事件で十分な時間をかられないおそれ等も生じ、司法エネルギーの適正配分という司法政策上の観点からも決して妥当ではない<sup>(19)</sup>と述べているように、訴訟経済の観点からの検討を要求している。

以上のように、田宮博士は、留保をつけながらもアレイメント制度を立法論として導入すべきであると考えており、1968年の時点で検討すべき段階に至っていると指摘している。これは、デュープロセス論との関係で、裁判官に対する期待があるからこそ、注力すべき事案に裁判官が労力を掛けられるようにするための配慮から来ているものであろう。

### 3. 刑事免責

2016年5月24日に可決・成立した刑事訴訟法等の一部を改正する法律によって刑事免責制度が新設された(改正後の刑訴法157条の2及び157条の3)。

この刑事免責制度に対して、田宮博士は、次のように述べる<sup>(20)</sup>。

「考えるに、ロッキード事件そのものが身をもって示しているように、また、一般論として、犯罪の国際化・現代化の様相、一方における犯罪の巧妙化と他方における人権感覚の鋭敏化による捜査環境の変化などにより、供述の採取はいずれ困難の度を増すに違いないことにかんがみ、刑事免責などの手段の採否を検討することは、やはり必要であろう。その意味で、わたくしは今回の最高裁判例に賛成であり、むしろ、せっかくの最高裁の示唆ゆえ、これを放置し店ざらしにすることがあってはならないと思う。」

以上のように、田宮博士は、1996年の時点で既に、捜査機関による供述

---

(19) 田宮・刑訴(新版)408頁。

(20) 田宮・刑事訴訟追263頁。

獲得の困難性が増すことを指摘した上で、刑事免責についても立法課題として導入の可否を検討すべきとの立場にあった。ただし、その刑事免責導入の検討にあたっては、2つの理論的な問題を指摘する。

1つめは、自白との関係、つまり自己負罪拒否特権の法理と自白法則の関係であり、刑事免責制度のもとで捜査官との間で不当な誘引となる約束や取引の存在が疑われる場合に、いわゆる「約束による自白」の問題として処理されうることから、刑事免責に由来する供述が自白法則により律せられる問題かを詰めて考え直す必要があるという点である。2つめは、刑事免責が活用される場面ないし手続の問題であるが、新たに導入される刑事免責制度では、条文には要件が規定されるのみであって、手続の細則については全く規定されていない。

田宮博士の宿題はいまだ手付かずであり、刑事免責制度などが施行される2018年6月までには解決されるべき問題と認識すべきである。

#### IV. おわりに

こうして、証拠法分野における田宮博士の見解を概観すれば、田宮刑事訴訟法理論は、リアリズムを重視しており、現実の刑事司法を前提とした理論提示をしているということが出来る。それは、たとえば代表格である自白法則、違法収集証拠排除法則、刑訴法328条の問題で現れている。まさに、ローインブックではなくローインアクションの観念によるものであろう。この理論提示を可能にしたのは、柔軟性を特色とするデュー・プロセス論だったからではないか。

そうして、田宮博士は、ジュリストの特集「刑事訴訟法40年の軌跡と展望」のなかでの論考において、刑事訴訟法のこれからの課題として、次のように述べる<sup>2)</sup>。

---

2) 田宮・運用104頁。

「以上、法規の展開と運用の展開を対比させるようなかたちで、将来の展望のため手がかりをつかもうと試みてきたが、結局、法規にも動きの生ずることを期待し、運用の面では、さまざまな展開のありうることを検証すべきだという結論となった。要するに、法文が山のように不動であったり、運用の実態がひとつのものとして単純に性格づけられるようでは不気味にすぎる。法規のあり方も、運用の実態も、今後はもうすこし動きのある多元的なものである法が健全だというのが、わたくしの考えである。

その意味では、法規の展開に関連していえば、これまでは〈判例の時代〉であったが、これからは判例と立法が〈ダイナミックに交錯する時代〉へ、また、運用による展開に関連していえば、運用のあり方（分析・評価）についての〈総論の時代〉から、〈各論の時代〉へと発展をとげるであろうし、またそう期待したい。」

2019年には現行刑事訴訟法が施行されて70年を迎えることになる。田宮博士が上記のように指摘した後、1990年代後半から刑事司法分野における立法が活発化し、2004年に裁判員制度が制定され公判前整理手続が導入され、2016年に取調べの可視化や司法取引など刑事訴訟法が改正された。

しかしながら、証拠法の分野に限っていえば、刑事訴訟法が改正されてこなかった。公判における自白の取扱い、違法収集証拠の排除、新しくは取調べの録音録画媒体の実質証拠化など重要な問題が、証拠法の分野においても数多く存在する。田宮博士の問題意識を踏まえ敷衍しながら、証拠法分野の立法の在り方について、検討すべき時期が既に到来しているのではないだろうか。

## 田宮裕理論と刑事上訴法・刑事裁判効力

緑 大輔

(一橋大学大学院法学研究科准教授)

### I. はじめに

1965年の田宮裕博士の論文に、以下のような一節がある。田宮理論が刑事訴訟学の方法論として重視した事項に触れるものである。以下、少々長くなるが、引用する。

「刑事訴訟法学の行き詰まりを指摘し、その打開の方策を挙げる文脈で) ……もう一つは、経験主義的・実証的な方法をとることである。訴訟法は、法の中でもとくに技術性の強いものであるのに、かえって思弁的な理説に耽溺してきたきらいがなきにしもあらずだった。しかし、いまや技術の学問、制度の学問だということを十分きもに銘ずべきである。抽象的な体系論では、頭の体操にはなっても、有用な法律論とはならないのである。……(中略) ……そのよい例が、違法収集証拠の問題だろう。違法収集証拠がなぜ排除されなければならないかという説明は色々ありうる。国家は不法を侵した手で犯人の不法をせめるわけにはいかないとか、デュー・プロセス違反だとかいう理由が主張される。しかし最も決定的なのは、憲法の保障するプライバシーの保障の不法な侵害に対する防圧手段がないというエンピリカルな事実的考慮である。アメリカの判例は、これを克明に説いて、説得力豊かに断を下した。わが法の解釈論としても、この方法が理解され利用されはじめているといえるだろう。

もう一つ例をあげよう。それは、訴訟の構造論に関する。訴訟状態説は、もともとゴールドシュミットの唱導した訴訟観だが、かれは、この

概念を、原告と被告の地位が具体的な訴訟の経過とともに刻々変動するという（当事者主義的な！）経験的な事象を説明するために、きわめてエンピリッシュな道具として利用しようとした。その後この理論は、理論のための理論のように見られがちだし、またそういうものとして発展させられた傾向もあるが、團藤教授は、早くからアメリカのエンピリズムの極致ともいうべきネオ・リアリズム的思考との親近性を認めて、研究の必要を指摘されていたのである。

また、平野教授は、ザウアーの三過程説をいわば換骨奪胎して（ザウアーの所説は、思弁哲学的な一理説にすぎない）、その訴追過程を、ポリシーに指導された、きわめて目的的な理論の中に組み入れ、みよりの多い当事者訴訟の諸理論を導かれているのである。わたくしも、こういう方法論に立って、既判力の理論を、従来の実体法説・訴訟法説というわくを解体し、制度的な機能としてとらえようと試みてみたことがある。……（引用者注：以下、訴訟遅延・自白などの捜査の諸問題・証拠開示・起訴権限・国選弁護人制度・事実認定と上訴について、「経験的な分析の最も必要な部分」だとする）<sup>(1)</sup>

上記引用文は、1965年時点における田宮理論が、刑訴法学の方法として重視する要素を示している。すなわち、①経験的・事実的な基礎を重視した上で、②上記①を踏まえて設定される政策目的を意識した、制度設計の論理としての学説の役割を重視する姿勢である。このことは、田宮博士の最終講義においても述べられる事項である。これらの観点は、1965年から最終講義が行われた1999年まで、連続性をもって維持されたものと思われる。具体的には、最終講義の中で、特に②について以下のように言及されている。

(1) 田宮裕「刑事訴訟法——法律学の成果と課題」同『変革の中の刑事法』（有斐閣、2000年）326頁以下〔初出：法律時報37巻5号（1965年）〕。

「(既判力理論についてドイツ刑訴法理論に発展がないことを指摘した上で) ……何というのでしょうか, 「捨てる神あれば拾う神あり」ということでしょう。英米法に拾う神があった。つまり理論から政策へ, 訴訟原理から憲法政策へというのが, 既判力を選んだ私にもたらされた啓示だったのです。そこからいずれ政策的な憲法原理は constitutional criminal procedure の理論 (憲法的刑事訴訟論と名付けることができるでしょう), やがてはデュー・プロセス (due process) という問題につながっていくわけです。」<sup>(2)</sup>

以上のように, 経験的事実を基礎として, 政策的な解釈論を展開しようとした田宮理論が, 裁判の効力や上訴・再審の領域において, 具体的にどのような展開されたのかについて, 整理・分析することが本稿の目的である。

## II. 裁判の効力

### 1. 二重の危険の理論と一事不再理

#### (1) 團藤理論との距離

團藤理論は, 刑事裁判の効力に関して, 内容的確定力から既判力たる一事不再理効が反射的効力として発生するという理解を採用していた<sup>(3)</sup>。これに対して, 田宮理論は次のような問題を指摘する。

「既判力説では, 例えば科刑上一罪の一部が親告罪で告訴がないのに, 他の部分が起訴され判決があった場合, 確定後に告訴があれば再訴を許さざるをえない。既判力は判断内容の効力であり, 現実に判断したこと……が前提となるが, 親告罪の部分は明らかに判断していないからである。また, 傷害の被害者が判決確定後に死亡した場合にも, 傷害致死

---

(2) 田宮裕「日本の刑事裁判——その近代化と現代化」同『変革の中の刑事法』(有斐閣, 2000年) 337頁以下。

(3) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要〔7訂版〕』(創文社, 1967年) 310頁以下。

で再訴を許さざるをえないだろう。……現行法は訴因制度をとりかつ公訴事実の同一性の範囲で訴因の変更を認めたので、既判力説はとどめをさされた感がある。すなわち、一方では、一事不再理の効力が公訴事実の全体に及ぶべきものとする、審判の対象は訴因であるから、それとのくい違いは例外現象でなく常態となった。また他方では、公訴事実の範囲では訴因変更が可能なので、その限度で審判権が及びうることとなったからである。』<sup>(4)</sup>

ここから読み取れる通り、第1に、科刑上一罪・実体法上一罪の一部起訴のときに、起訴されていない（審判対象たる事実と科刑上一罪の関係にある）事実の訴追に対して、歯止めがなくなってしまうこと、第2に、訴因外の実事、かつ公訴事実の同一性の範囲内にある事実について、一事不再理効が発生することが説明できなくなることを理由として挙げて、團藤理論の考え方を否定している。前者の理由は、被告人の応訴負担に着目したものであり、後者の理由は、審判対象を訴因とした上で、訴因変更制度との整合性を問うものとして理解できよう。前者が政策的な被告人の利益への配慮を、後者が当事者主義を採用することの帰結を意識していたとも表現することは許されよう。

## (2) 平野理論との距離

このような團藤理論への応接は、一般論としては、政策的に制度を構想し、当事者主義を重視した平野理論との親近性を感じさせる。しかし裁判の効力に関する議論においては、田宮理論は平野理論を批判する。平野理論は裁判の効力を、その存在に基づくもの（存在的効力）と内容に基づくもの（内容的効力）に切り分け、一事不再理効は存在的効力として発生すると説明する。これによって、訴因や判決内容たる「罪となるべき事実」よりも広く一事不再理効が認められることを可能にして、團藤理論が抱え

---

(4) 松尾浩也・田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（有斐閣、1965年）184頁〔田宮裕〕。

ていた上述の2つの問題を克服しようとしている<sup>(5)</sup>。しかし、平野理論の下では、「既判力＝一事不再理効」として、両者を区別せずに同一のものとされる帰結を生じ、既判力と一事不再理それぞれに独自の意義を見出さないことになる。このような理解は、民事訴訟法学とも大きく異なる、特異な理解になっている。そこで田宮理論は以下のような主張を展開した。

まず、既判力と一事不再理効には、それぞれ独自の意義があると説明する。

「既判力とは、確定した終局裁判における判断内容の、別訴に対する不可変更の効力を意味する。……裁判はいったん告知されると拘束力をもつが、これは裁判の当該言渡裁判所に対する不可変更力である。確定を待たずに発生するかわりに、当の裁判所を名宛人とするにすぎない。それが一定期間の経過によって確定すると、一方で、当該裁判手続内の上級審に対する不可変更力となる。確定後にかぎるが、こんどは上級審にまで向けられる。これが形式的確定力である。ところが、そればかりでなく、確定した終局裁判は、他方で、当該手続を出て別訴においても、同一事項につき取消変更できない効力をもつ。不可変更力はここで一切の裁判所に向けられる。これが実質的確定力（既判力）なのである。……一事不再理効は、既判力のように訴訟の機能そのものに基づく理論必然的なものではなく、憲法39条の二重の危険に基づく政策的なものである。すなわち、二重の危険の防止とは、被告人が一度刑事訴追の苦痛を受けたならば、二度と同じ苦痛を受けることはないという原則で、直接には英米法に由来するが、思想としては古くから大陸法にあった。……」

ここでは、既判力と一事不再理効の意義を切り分けた上で、前者を訴訟の機能から「理論必然的」に発生するものとしたのに対し、後者はこれと異なり憲法上の「政策」として発生するものとして説明している。平野理論と対比すると、一事不再理効を憲法上の政策として位置づけた点に独自

---

(5) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣, 1958年) 281頁以下。



の意義があると表現できよう。しかし、このような理解を採用すると、「一事不再理効はなぜ憲法政策として採用されるべきなのか」という理由が問われることになる。このような疑問に対して、田宮理論は次のような説明をする。

「(二重の危険の理論を採用する理由について) 第一は、……元来一事不再理は被告人の利益のための訴訟手続の効果であって、大陸といひ英米といひても、歴史的には同一の根源にさかのぼることができるからである。第二に、これを理論的に眺めるならば、一事不再理は判断の通用という観念からでる内容的効果ではなく、訴訟手続じたいの事實的・具體的效果であって、刑事訴訟における諸現象をよく説明するためにこれをさらに徹底するならば、結局二重の危険の原則に至らざるをえないからである。第三は、二重の危険は、既判力の理論とちがって端的に人權思想と結びつくことをあげなければならない。危険の制度の意味は、被告人の刑事手続の負担・苦痛とそれからの解放という問題にあり、その理論的基礎は、國家權力からの個人の保護ということにある。語弊はあるが、訴訟の基礎理論からの論理的帰結ではなく、むしろ政策的基礎をもつ。このことは憲法上の規定の内容とされたことから明らかである。二重の危険の抗弁権は、英米では、いわば一つの市民的自由権として確固たる地位を占めている。いまや、わが国でもこの思想をとり入れ、それを高らかにうたったのである。」<sup>(6)</sup>

ここに示された3つの理由のうち、第1の理由は、歴史的にみて、大陸法・英米法ともにローマ法のレス・ジュディカータ (res judicata) に由来して、被告人の自由権の保障のために一事不再理効が設定されてきたこと、第3の理由は被告人の手続負担・苦痛からの解放という政策的基礎があることを指摘しており、両者は観点の違いこそあれ、その実質は被告人の利

(6) 以上、田宮・一事不再理81頁。

益の保護の必要性という点で共通するものとも読める。一事不再理効の発生根拠をこのような政策的な理由づけに依拠する場合、政策の優先順位の変容があれば、被告人の利益の保障が後退するおそれを感じられるかも知れない。

しかし、第2の理由は、そのようなおそれに対する、理論的な歯止めであるように読める。第2の理由は、他の2つの理由とは視点が異なり、刑事手続の諸現象を体系的・整合的に説明するためには、「二重の危険の原則」によることが必要となるという理解だと読み取れよう。理論的な整合性という観点から、「二重の危険の原則」という被告人の応訴負担にかかるといえる原則が支持され、安易な政策の変容によって掘り崩されない構造が組み込まれているということになる<sup>(7)</sup>。そうだとすれば、一事不再理効の理論的基礎の強固さは、どこまで二重の危険によって種々の問題が説明されるかにも依存することになる<sup>(8)</sup>。このような構造ゆえに、種々の問題に対して田宮理論が「二重の危険の原則」の観点から応接していく契機が一事不再理効の議論に内在しているといえる<sup>(9)</sup>。

---

(7) なお、大陸法・英米法がともに、歴史的には被告人の利益のために一事不再理効を設定してきたことも、一事不再理効の政策的基礎の強固さを例証するものとして機能させていると読むことができるだろう。

(8) 田宮理論は、「二重の危険は一般的かつ柔軟な原則で、それがとり入れられる訴訟形態によって変容しうる」として、「二重の危険をとったとしても、そのうえでわが国における固有の訴訟制度、基本的法体系の中でそれがどのような発現形態をとるかということが、解釈問題としてその先にひかえる」と表現している（田宮・一事不再理86頁）。これも、政策論として一事不再理効が導出されることの帰結であり、かつ二重の危険が既存の法制度の体系的・整合的な説明のために有用であるという観点から正当化されていることの帰結だといえよう。

(9) 田宮理論は、確定力の体系についても重要な枠組みを提示した。執行力は確定裁判の一効力だとして、確定力そのものとしてとらえる必要はないとし、一事不再理効も裁判所の判断事項外にも作用することなどゆえに、既判力とは別物とした。そして、拘束力が実質的確定力の中核部分だとした。田宮・一事不再理129頁以下、田宮・刑訴（新版）437頁以下。

## 2. 一事不再理効の効力範囲

以上のような一事不再理効の理解を採用した帰結として、具体的な諸問題に対して、田宮理論はどのように応接したのか。以下では、検察官上訴と一事不再理効の客観的範囲を取り上げる。

### (1) 検察官上訴

無罪判決に対する検察官上訴の可否は、被告人の手續負担・苦痛からの解放の観点からみたときに、議論のあるところである。この問題について、田宮理論は、次のように説明している。

「一事不再理は国家の訴追権が被告人に与える苦痛からの解放という事実上の効果があり、ここではいわば被告人が訴追から解放してもらう自由権と国家の審判権が対立することになる。したがって、個人の権利を法がどの程度保護するかという態度にかかってくる。法は訴追のどの段階で危険を認めてもよい。ただ、憲法39条は「既に無罪とされた」といっているから、憲法上は「前の有罪・無罪」の限度、すなわち実体判決がファイナルになった時＝確定時がその段階だと解しえよう。」<sup>10)</sup>

このように田宮理論は、検察官上訴について、憲法の文言を出発点として、二重の危険防止に反しないとの立場を採用している。もっとも、田宮理論がいうほど、憲法39条の文言が一義的に検察官上訴を許容する趣旨を含んでいるといえるのかは疑問もある。この問題を解決するには、憲法39条の文言そのものは抽象的だと言わざるを得ないように思われる。実質的な理由は、日本の訴訟制度が「いまだ基本的には大陸法的な訴訟制度を維持している」ことに求められよう<sup>11)</sup>。ここから、田宮理論は、(本稿冒頭で触れたように)英米法的な政策論を憧憬しつつも、現行法の体系は大陸法

---

(10) 松尾＝田宮・前掲注(4)190頁以下〔田宮裕〕。

(11) 憲法の文言に加えて、三審制度の存置、陪審制の不採用を理由に挙げるものとして、田宮・一事不再理89頁。

的な枠組みを基本としているという現状認識があり、解釈上可能な範囲で政策論を組み込むという選択をしていたことが読み取れる<sup>(12)</sup>。立法による刑法改正がほとんど期待できなかった1960年代～1980年代の状況の中で、田宮理論が解釈論として主張しうる限界を見出していたのかも知れない。

(2) 一事不再理効の客観的範囲

次に、田宮理論が現代の理論問題に対して、どのような帰結を示しうるかについて、一事不再理効の客観的範囲に関して検討する<sup>(13)</sup>。いわゆる常習特殊窃盗に関する、最高裁平成15年10月7日判決は、大要、次のような事案であった<sup>(14)</sup>。被告人Aは、侵入窃盗を繰り返していたところ、その一部の犯行につき、まず単純窃盗の訴因により起訴され、有罪判決が確定した。その後、窃盗事犯計22件が、単純窃盗の訴因により起訴された。これに対し、Aの弁護人が、本件窃盗事犯は、行為の態様や犯行回数等に照らして、

---

(12) 「第二次大戦を契機として、またもや大陸法系諸国に英米法化の機運が顕著になった。わが法はその先端をいくもので、憲法およびそのもとにおける刑法に明らかにこれを看取することができる」と表現しているものの（田宮『一事不再理の原則』87頁）、最終講義において大陸型の刑事訴訟法と英米型の刑事訴訟法の混血児だと評した團藤博士の言葉を引いて、「新刑事訴訟法は美人の混血児として生まれた」と評しており（田宮・変革332頁）、大陸法的な構造を現行刑事訴訟法が内包していることを田宮理論は無視できないと考えていたといえよう。なお、後に田宮理論は、検察官上訴の可否について、「一事不再理効が二重の危険だとすると、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。つまり、確定以前の手続段階へ遡上する可能性はでてくる」として、今後の検討課題として挙げている（田宮・刑訴（新版）452頁）。時を経て、時代状況の変化を反映させて見解を変えつつあったのかも知れない。

(13) その他、田宮理論において独自性が強いのは、免訴判決の一事不再理効を認めない点である。免訴判決は形式裁判であり、実体裁判としての審理を行っていない以上、被告人への危険がなく、一事不再理効がないという論理を採用する。但し、確定判決の存在・時効完成などの免訴事由は補正することができないので、同じ訴因での再訴はなしえず、免訴判決に一事不再理効を認める見解と大きな距離があるわけではない。田宮・一事不再理150頁以下、229頁以下など参照。

(14) 最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁。

実体的に常習特殊窃盗（盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律2条）に該当するところ、その一罪の一部を構成する単純窃盗についてすでに確定判決を経ているから、当該前訴の一事不再理効が後訴である本件に及ぶとして、免訴判決を言い渡すべきであると主張した。

このような事案の場合、田宮理論はどのように応接するだろうか。田宮理論における手がかりとして、次の一節を挙げることができる。

「(公訴事実の同一性の範囲で、検察官に「同時審判請求義務」を主張する平野説を論評して)<sup>(15)</sup>……ここに同時審判請求の可能性および義務という観念は必ずしも明確ではない。……この一回性の義務はどこからでてくるかという点、平野教授によれば、「公訴事実を同一にする範囲では、被告人は一回で解決される利益を持つためである」とされる。しかし、この場合もう一步つきつめて、一回で解決される利益をもつのは、被告人が前訴で危険におかれたからだとしなければならないことはすでに説いたとおりである。そうだとすれば、もっと直接的に危険を理由に、公訴事実の同一性の範囲内で再訴がはばまれるとけば足りるように思われる。」<sup>(16)</sup>

ここからは、公訴事実の同一性の範囲内の事実については、二重の危険が発生するため、当該事実の公訴提起は「再訴」と評価されて、禁止されることが読み取れる。公訴事実の同一性の範囲内の事実について、被告人に「危険」があると評価されるのは、田宮理論によれば、「検察官がいつでも現実に訴追することができる」という事情があるからである。そのこ

(15) 平野説は、「刑訴においては審理が被告人の自由の拘束を伴うため、一罪については、一挙に解決することを法が要求し、一挙に解決できたにもかかわらずしなかったときは、再びこれを採り上げさせない趣旨だと解する外ない」としている。平野龍一『訴因と証拠』（有斐閣、1981年）130頁〔初出：法曹時報2巻9号・11号（1950年）、3巻4号（1951年）〕。

(16) 田宮・一事不再理127頁以下。

とは端的に、以下のように表現されている。

「訴因は公訴事実の同一性の範囲ではいつでも変更することができる（刑訴312条）。つまり、検察官は同一手続を利用して容易に訴訟対象を構成し直して訴追することができるわけである。このように、したいと思えばいつでも現実に訴追することができるという意味で、被告人は訴追＝証拠調＝刑罰の危険にさらされているといえる。したがって、公訴事実が一事不再理の効力を画する限界となる。検察官は一回で訴追し解決できるのに、あとになってもう一回被告人に負担をかけることが許されないのである。」<sup>(17)</sup>

このような田宮理論の内容からすれば、前訴と後訴の「訴因」をみて判断する最高裁平成15年判決の判断枠組みとは異なり、「前訴において検察官が訴因の変更（追加）を行うことが可能だったか」を事案に即して具体的に検討することで、前訴において被告人が「危険」を負担済みであったか否かを判断する枠組みであるように思われる。そのような理解は、一事不再理効が及ぶ時間的範囲について検討する、次のような一節からも読み取れよう。

「とくにわが国で実際に判例をにぎわしているのは常習犯の場合であるが、例えば、常習賭博罪で有罪となった被告人について、判決確定後、その行為以前にも同じ事をやっていたとか、第1審係属中にもやっていたとか、第1審判決後控訴中にもやっていたなどの事実が明らかとなったとき、そのうちどの事実なら起訴してよく、どの事実の起訴ができないのか、が問題となる。……どの時点まで実体審判の危険が及ぶか、換言すれば、訴因変更をして同一訴訟にとりこみうるのはどの時点までかということできまるので、事実審理の法律上可能な最後の時、が基準と

---

(17) 松尾＝田宮・前掲注(4)192頁〔田宮裕〕。

なろう。」<sup>(18)</sup>

このように述べた上で、原則としては第1審判決時、例外的に控訴審の破棄自判時までの事実の一事不再理効が及ぶのが「おそらく妥当」だとしている。以上の分析から、田宮理論においては、前訴が単純窃盗、後訴が単純窃盗であっても、前訴の第1審判決時（あるいは控訴審の破棄自判時）までに、訴因追加・変更が可能であれば（単純窃盗から常習特殊窃盗への訴因変更が可能であれば）、前訴の一事不再理効が後訴に及ぶという帰結を導く可能性がある。このように読み取るならば、田宮理論からすれば、最高裁平成15年判決において、少なくとも前訴における訴因追加・変更の可能性が吟味されないまま、前訴と後訴の各訴因を対比するだけで一事不再理効が及ばない旨を説示した点について、批判的応答をする可能性がある。他方で、田宮理論は二重の危険について、「一度だけ忍従を強いられる苦痛とは何か、観点をかえれば、リプロセキューションが不当といえるのはどんな場合かという、本質的にカズイスティックな内容をもつ原則」だと評している<sup>(19)</sup>。前訴が単純窃盗の訴因であった事実から、常習窃盗への訴因変更の可能性が「抽象的危険」として観念できるかにも議論は依存しよう<sup>(20)</sup>。このように考えると、最高裁平成15年判決に対してとるであろう田宮理論の帰結には、いくつかの筋道がありうるというべきであろう。

---

(18) 田宮・刑訴（新版）456頁。

(19) 同前453頁。

(20) 二重の危険の判断が「ある程度抽象化されて、一定範囲での一挙解決（換言すれば同時訴追）を要求するものだとすると、併合罪の関係に立つ数罪でも、相互に密接しているため社会的観察上は一個の事象とみられ、同時捜査・同時立証が通常であるような場合には、同時訴追が要求され、一事不再理効が及ぶのではないか。これは、前記③説（引用者注：渥美東洋説）の提起した問題であり、検討に値しよう」としている（同前455頁）。田宮理論の下では、常習一罪の場合にも、「同時捜査・同時立証が通常」といえるかどうか加味して検討されることになる可能性も残る。

### Ⅲ. 上訴・再審

田宮理論においては、上訴制度も極めて政策的な問題とされる。政策的な問題である以上、次の一節が示すように、種々の利益の衡量の結果として具体的な上訴制度が構想されることになる。

「(重罪事件の事実審理を行う控訴審が無い国があることを指摘して) ……重罪事件では手続きが慎重周到に行われるしくみなので再審理が不必要であり、また、口頭主義・直接主義の要請からそれは不適當であると考えられ、他方で、手続きが相対的に簡略化されている軽罪以下の事件で誤判救済が叫ばれたので、制度上の一つの妥協として成立したわけである。ちなみに、このような事情からも、上訴が、誤判救済の必要性和第一審の審理のあり方との関連性を軸にしながら、迅速裁判、裁判の権威、財政問題などの諸考慮の複合によってもたらされる、一つの現実政策的な制度であることがわかるであろう。」<sup>2)</sup>

以下では、特に控訴審と再審について、このような田宮理論の特色を見出させる点を中心に検討する。

#### 1. 控訴審

##### (1) 控訴審における事実誤認の有無の判断

控訴審において裁判所が事実誤認の有無を判断枠組みとして原判決の論理則・経験則に反するか否かという観点から判断するいわゆる経験則違反説と、端的に上訴審の合理性判断(自由心証)によって事実誤認の有無を判断して上訴審の心証を優先させて判断するいわゆる心証優先説が対比されて、議論が展開されてきた。田宮理論は、この問題について、次のように論評している。

---

2) 同前462頁。



「……経験則違反はもともと法令違反の一種とされたものだから、一歩進めて事実誤認を正面から控訴理由とした現行法の趣旨にそぐわない。……このように考えてくると、事実誤認とは、原審と控訴審の認定が一致しないことであり、法は、控訴審の心証を原審のそれに優先させたのだといわざるをえないのではなかろうか。なぜなら、事実はあるかないかなので、みずから心証を形成しない限り、原審の批判はできず、かくて、事実誤認判断のためには、自己の認定と原審の認定を比較する以外に方法がないということになろう。とすると、これは、自己の結論を出しておいて原審と比べるのであるから、「審査」ではなく、まさに「やり直し」の方式である。そこで、最近は、事実については事後審ではなく認定のやり直し（つまり、覆審ないし続審）であることを率直に認めるべきだ、という有力な主張があらわれたわけである。……今後は、右のような控訴審における事実認定論の本質をふまえて、問題の明快な説明・発展がのぞまれる。」<sup>(2)</sup>

田宮理論は、旧法以来、経験則違反が法令違反として位置付けられてきた経緯を踏まえて、現行刑法が法令違反とは別に事実誤認の控訴理由を設けた意義を独自に見出すには、経験則違反以外の事実誤認も控訴理由に包含されるべきだとして、心証優先説を採用している。しかし、裁判員裁判が導入され、最高裁平成24年2月13日判決が「経験則論理則等」に違反しないか否かを審査するよう説示するに至っている現在<sup>(3)</sup>、田宮説ならばどう応接しただろうか。

控訴審の規定が何ら変更されていないことを重視して、上記見解を維持する可能性があるかも知れない。しかし他方で、本節の冒頭で引用した一節のように、田宮理論が上訴につき「第一審の審理のあり方との関連性と

(2) 同前487-488頁。また、田宮・デュー・プロセス366-367頁。

(3) 最判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁。

を軸にしながら」政策的に検討する姿勢を示していることを重視すれば、第一審のあり方が裁判員制度の導入によって変動した結果、控訴審の事実誤認審査も変動すると考える可能性が十分にありうるとすべきであろう。

## (2) 事実の取調べの片面的構成

田宮理論は、控訴審の事実誤認の判断の在り方と関連させて、控訴審における事実取調べの在り方についても論じている。第1審が有罪判決を下した場合と、無罪判決を下した場合とで、控訴審の事実誤認の有無を判断するための事実調べの在り方は異なりうるであろうか。田宮理論はこの問題について、被告人側に有利な片面的構成ともいうべき理解を採用している。

「(事実誤認の有無の判断を経験則説ではなく心証優先説によって行うことを前提とした上で) ……こんどは、主として記録だけを見て、そもそも原審の認定を誤りだと断定しうるものだろうかという疑問が生じる。経験則は法律問題に準ずる本質をもっていたからそれができた。しかし、厳格な証明の手続で認定の作業をする自由心証の場を、記録で批判することはできない。……そこでこれを解決するためには、わたくしは、次のように構成するしかないと思う。すなわち、記録によっては(いわゆる「記録の矛盾」をつくることによって)、無罪判決を破棄する(もっと正確には、被告人に不利益な方向に破棄する)ことはできない。破棄判決には拘束力があるから、自判のさいに、あるいは差戻を受けた第一審で、結局十分な告知と聴聞(憲法31条・37条参照)を保障されないまま有罪を宣せられることがありうるためである。したがって、この場合は厳格な証拠調べを前提とした事実の取調べ(刑訴393条)が必ず必要となる。……これに対して、有罪判決を破棄する(被告人の有利な方向に破棄する)には、記録だけを見てできる。なるほど、原則として犯罪の不存在も厳格な証明を要するが、これは憲法的な要求ではないから、法の明文上あるいは解釈上認められれば例外を作ってよい。そうすると、382

条が原則として記録での事実誤認の主張を許している以上、被告人はその利益を受ける権利があると解すべきである。』<sup>24)</sup>

田宮理論は、上述の通り経験則違反以外の事実誤認については、心証優先説の下で控訴審裁判所が自由に心証を形成して判断するとした上で、その心証形成のために、直接主義・証人審問権を理由として控訴審の事実取調べを要求している。しかし他方で、原審の訴訟記録のみでも被告人に有利な破棄判断をすべきとの心証を抱いた場合には、憲法上の証人審問権が被告人の権利であることに鑑みて控訴審における独自の証拠調べは必ずしも要求されなくなり、控訴審での事実の取調べを経ずに有罪判決を破棄することを許容する。以上の論理は、控訴審における事実取調べの要否について片面的に理解することを意味する。

上述の最高裁平成24年判決は、第1審が無罪判決を下したのに対して、控訴審がこれを破棄した事案に関するものであったため、第1審が有罪判決を下したのに対して控訴審がこれを破棄しようとする場合にはどのような判断枠組みが採用されるべきかは、なお議論の余地がある<sup>25)</sup>。そのため、第1審において裁判員裁判の下で有罪判決が出て、控訴審でこれを破棄する場合には、心証優先説的な理解の下で、田宮理論のように片面的な理解に基づいて事実取調べの要否を判断する可能性はなお残る。その場合には、田宮理論の視点に加えて、(i)裁判官の冤罪を防止する義務や、(ii)裁判員裁判の下では第1審で少なくとも裁判官1人が有罪意見でなければ有罪判決を宣告できないところ、当該有罪意見の裁判官の判断を控訴審裁判官の判断で置き換えるだけで、有罪判決の破棄が可能となり、心証優先説的な説

24) 田宮・デュー・プロセス366頁以下〔初出：日本刑法学会編『刑事訴訟法講座第三卷』（有斐閣、1964年）〕。また、松尾＝田宮・前掲注(4)211頁〔田宮裕〕も参照。

25) 後藤昭「判批」ジュリスト1435号（2013年）187頁以下、189頁。また、原田國男「判批」刑事法ジャーナル33号（2012年）37頁以下、41頁参照。

明が成り立ちうることなども、考慮すべき事情として挙げられよう<sup>66)</sup>。控訴審の事実誤認の判断方法や、そのための事実取調べに関しては、現在の判例の下においても、田宮理論はなお命脈を保ちうるものとして評価すべきであろう。

## 2. 再 審

### (1) 再審制度の位置づけと取り組み

田宮理論によれば、再審の場面においては、旧法における小野清一郎理論、その後の團藤理論などがいずれも「確定判決によって作り出した法律状態の尊重」を前提としており、再審請求において理論的な障壁になっているという。その背景には、先行する諸理論のように一事不再理効が既判力（あるいは確定力）の反射的効果として生じるという理解を採用すると、同一事件の再審理ともいうべき再審の妨げになってしまうという理解があった。

「再審は従来既判力をやぶるものとして、判決における法的安定と真実追求との相克という訴訟哲学的アプローチがなされたが、むしろ現在では、裁判（国家）の権威か人権かという憲法政策的アプローチがなされるべきであり、訴訟法規じたいも、そういうアプローチに親和性があるのではないかということである。すなわち、アプローチの転換という問題であり、それによって現在の法思潮のもとで、ゆるやかな再審の構成が可能になる。」<sup>67)</sup>

そこで、一事不再理効を既判力から切り離し、被告人の手續負担からの

---

<sup>66)</sup> 後藤昭「裁判員裁判と判決書、控訴審のあり方」刑事法ジャーナル19号（2009年）25頁以下、28-29頁。また、井戸俊一「刑事控訴審における事実誤認の審査方法について」判例タイムズ1359号（2012年）63頁以下、69頁。

<sup>67)</sup> 田宮裕「刑事再審制度の考察」立教法学13号（1974年）64頁、65頁〔後に田宮・一事不再理所収〕

解放という政策に基づいて発生させられる効力として位置づける田宮理論は、この問題を打開しうるものとして構想された。

「既判力を発見された真実の反射とみる立場では、再審は正義の自己回復装置であるのに対して、一事不再理を二重の危険とみる立場は、再審は無辜を救済するという人権のための制度となる。換言すれば、従来再審においては、全体としての法秩序の安定と具体的な正義の要求をどう按配するかが問題であったが（したがって、手続が周到に行われていれば、再審の門は狭く閉ざされることになる）、いまや再審は、人権保障のさいごのより所として、無辜を救済する愛のかけ橋となったといえる。その意味で、再審したいがデュー・プロセス上の制度なのである。」<sup>28)</sup>そして、被告人のための利益再審のみが存在し、かつ利益再審の枠内で「ゆるやかな再審を許そうとするノバ方式」（新証拠による再審）を採用しうることを主張したのである<sup>29)</sup>。その上で、最高裁の白鳥決定（最決昭和50年5月20日刑集29巻5号177頁）を、最高裁の手による「立法代替的な解釈」だとして、同決定が誤判の救済制度として改善に向かったものとして以下のように評価したのであった<sup>30)</sup>。

「同決定は、刑訴法435条6号の無罪等を言い渡すべき「明らかな証拠」とは、「認定を覆すに足りる蓋然性のある証拠」でよいとし、その判断にあたって「疑わしいときは被告人の利益に」の原則が妥当するとした意味でも、また、他の証拠をあわせて斟酌する総合評価方式を採用した意味で

---

<sup>28)</sup> 同前75頁。

<sup>29)</sup> 同前90頁。

<sup>30)</sup> 田宮博士は、1973年に再審問題の研究のためにカール・ペータース氏を日本に招く際に、ペータース教授招聘実行委員会の一員となり、カール・ペータース（能勢弘之訳）「再審の研究と誤判原因」法律時報46巻3号（1974年）86頁以下などペータース氏の講演草稿の翻訳を掲載するために力を尽くしたようである。

も、法文の字句にとらわれずに自由な解釈を行ったものであるといえよう。……これを立法代替的といわずして何と称することができるであろうか。」<sup>61)</sup>

このように、田宮理論は最高裁の白鳥決定を政策的な法創造としてとらえており、最高裁は実質的に再審が「第4審的」なものになったと解していた<sup>62)</sup>。そこには、再審開始決定がより広くなされるべきだとの田宮理論における価値判断が伏在していたものといえよう。その意味では、白鳥決定が出た時代は、田宮理論にとって幸福な時代であったともいえる。

しかし、上述のとおり「一事不再理を二重の危険とみる立場は、再審は無辜を救済するという人権のための制度となる」とした田宮理論であるが、再審を二重の危険という政策的基礎に基づく制度として説明する場合、政策的な利益衡量の枠組みが変容した暁には、田宮理論が構想していた「人権のための制度」という理解そのものが掘り崩される危険も絶無ではない<sup>63)</sup>。実際、田宮理論は「二重の危険であれば理論的に不利益な再審を否

---

61) 田宮・運用240頁以下〔初出：同「刑事訴訟法判例に関する一考察」『團藤重光博士古稀祝賀論文集第4巻』（有斐閣、1985年）〕。

62) 上訴と再審の区別に関連して、田宮説は「一方、上訴でも実際の制度は新証拠を許容して変容もたらされており、また、他方、再審についても、……再審理由たる明白性について、新証拠の孤立評価ではなく旧証拠を合わせた総合評価によることとすると、そして新証拠の重みが減少すればするほど、控訴における事実誤認判断に近づくことは否めない。現実の運用にはそういう傾向がみられるが、そうならば、再審はいわば「第四審」的（つまり、上訴的）なものとして評されるわけである」と説く（田宮・刑訴（新版）505頁）。また、田宮裕『演習刑事訴訟法』（有斐閣、1983年）342頁以下も、「A教師」の発言として、白鳥決定により再審開始事由たる新証拠の意味が「微弱化」した上、総合評価を行うため、第四審的になったとしている。

63) 佐藤由梨「イギリス刑事手続における『二重の危険の原則』」同志社法学68巻5号（2016年）103頁以下は、イギリス法を手がかりとして、二重の危険の原則に「例外」が認められうることや、通常審における審理が被告人にとって「危険」だったと評価できない場合には不利益再審が憲法上許容される余地があることなどを指摘する。

定すべきだとはいちはがいにはいえないのである。このことは英米の例をみてもうかがえるであろう。」として、「わが法の下でも法が不利益な再審を規定する余地がないわけではないのである。」と指摘している<sup>64</sup>。しかし、田宮理論は「再審は被告人に利益なものしか許されないということは、逆に憲法がまさに二重の危険の原則を採用したという主張の一つの論拠になる」としていた<sup>65</sup>。その含意は、利益再審しか認められないという制度自体から、確定判決に対する再審理が許容されるのは被告人の利益のために一事不再理効が発生するという二重の危険の作用として説明せざるを得ないという帰結を導いているということである。田宮理論は、一事不再理効の発生根拠が二重の危険にこそ求められるという理解の根拠を、再審制度が利益再審しか用意していない点に見出していたのである。冒頭で、田宮理論が示した二重の危険説の論拠のうち、刑事手続の諸現象を体系的・整合的に説明するためには、「二重の危険の原則」によることが必要となるという理由づけがあることに触れたが、まさに利益再審しか制度的に存在していない現行法の枠組みは、田宮理論にとって二重の危険説の重要な論拠として機能しているのである。そうだとすれば、田宮理論の下では、再審制度に不利益再審も設けるという選択は、自らの一事不再理効に関する見解の重要な論拠を掘り崩すものであり、受け容れられないのではなからうか<sup>66</sup>。

---

64 田宮・一事不再理110頁。

65 同前110-112頁。

66 なお、田宮理論は、判決の「当然無効」の場合（二重判決の確定時や、法令にない刑罰の宣告、死亡した被告人への刑の宣告等を例示している）においても、「被告人は現実の訴追をうけ、疑いもなく危険にさらされたから」、そして「有罪であれ無罪であれ一度確定判決が下されたものが、その判決がたまたま当然無効だという理由で再訴追されるのは、被告人のための正義の要求に反する」から、「当然無効のゆえをもって二重に手続の苦痛をうける理由は、被告人には存しない」としている。同前100-102頁。

(2) 再審をめぐる諸提案

田宮理論は、更に再審制度に関連して、解釈上の提案や立法の提案をしている点でも注目すべきであろう。例えば、再審開始事由として、「一定の重大な法規違反」の設定を構想している。

「再審制度の現実主義的変革が将来の課題だということである。すなわち、現在はいうまでもなく事実誤認そのものがとりあげられるが、その判断はきわめて困難なことに属する。そこで法は一定の法規にのっとって真実を探求することになっているわけであるから、一定の重大な法規違反は事実誤認を徴表するといってよい。こう考えると、事実の問題がある程度法の問題に還元できるのではなからうか。このことは、一定の違法があったとき当然再審を開くことになるという構想へと導く。つまり、再審事由に事実誤認を強く推認させる法規違反が考えられるようになるであろう。ここでは以上論点の指摘に止めておくほかない。」<sup>67)</sup>

論点の指摘にとどめているとはいえ、近時、違法収集証拠排除の理解を媒介として、再審開始決定をした事例があることに鑑みれば<sup>68)</sup>、先駆的な主張として評価されるべきであろう。

また、再審請求審における手続の整備の必要性についても、以下のよう  
に主張している。

「不利益再審を廃止した以外は、ほぼ旧法のままの姿を残している  
で、無辜の救済と当事者主義という——現行法に即した——新しい観点  
から、改正・整備を要するものがあるといえよう。さし当たって、再審  
理由についてはかなり微妙な問題で困難が予想されるので、手続的な側

---

67) 田宮・デー・プロセス412頁以下〔初出：ジュリスト432号（1969年）〕。

68) ロシア人に対する拳銃密売買のおとり捜査に「令状主義の精神を潜脱し、没却するのと同等ともいえるほど重大な違法がある」ことを理由として、関係証拠の証拠能力を否定して再審開始を決定した事例として、札幌地決平成28年3月3日判時2319号136頁がある。



面、例えば、国選弁護人の制度、接見交通、書類等の閲覧、請求人の証拠調べ請求権および立会権などについて、積極的な方向で検討を加えるべきであろう。」<sup>39)</sup>

このように、再審請求・再審公判について接見交通や証拠開示などの立法・改正の必要性を主張した点にも先駆性を認められよう。このうち、「接見交通」については再審請求人と再審請求弁護人との間の秘密交通権の問題として顕在化し、最高裁判例が出るに至っている<sup>40)</sup>。また、「書類等の閲覧」については、再審請求審における証拠開示という形で盛んな議論がなされている<sup>41)</sup>。もっとも他方で、項目列举にとどまるがゆえに、十分に議論が深まらない側面があったことは否めまい<sup>42)</sup>。

#### IV. 田宮理論の特色——経験的事実、政策、裁判所——

以上、田宮理論について、裁判の効力、控訴審、再審に関して確認してきた。概括的に見れば、團藤理論が基礎理論を重視する傾向が強いのに対して、平野理論は機能・政策論を重視する傾向が強い。そのような中で、

39) 田宮・刑訴(新版)511頁。

40) 最判平成25年12月10日民集67巻9号1761頁。

41) 例えば、斎藤司「再審請求審における証拠開示」犯罪と刑罰25号(2016年)1頁以下、門野博「証拠開示に関する最近の最高裁判例と今後の課題——デュールプロセスの観点から」原田國男判事退官記念論文集『新しい時代の刑事裁判』(判例タイムズ社、2010年)139頁以下、159頁等。

42) 三井誠「田宮刑事法学の軌跡」廣瀬健二ほか編『田宮裕博士追悼論集・下巻』(信山社、2003年)51頁は、次のように指摘している。「田宮教授は、デュール・プロセス論の視座に立って、いくつかの事項につき立法の必要性を訴えた。それは捜査を中心に手続全般に及ぶ。ただし、被疑者の弁護人接見に関する提案など一、二を除き、多くは事項が挙げられるだけで、それを条文化した形での具体案として提示されることは乏しかった。土台、その種の作業は一般にはあまり見られないものであるとはいえ、たとえば証拠開示にしろ再審にしろ、項目に応じて適宜、田宮案が提示されていれば、論点が一段とクリアになり、場合によっては論文の説得力が一層増したのではないかと思われる。」

田宮理論は、平野理論の政策論重視の姿勢を忠実に継承した側面があるといえよう。

そして、政策形成の担い手として、裁判所への信頼感を示す点も、田宮理論と平野理論とは共通するが、平野理論以上に裁判所による法形成を重視していたように思われる。その姿勢は、捜査法のみならず、上訴・再審にも見出せるのではないか。控訴審における片面的な解釈手法や、再審における諸提案はそのような姿勢をうかがわせる。裁判所による法形成を期待しているからこそ、具体的な立法提案よりも、論点の提示や制度の理念型の提示を重視する研究スタイルを採用したと考えられないだろうか<sup>43)</sup>。次の記述は、このような理解を支えるものと思われる。

「法改正の現実の可能性とデュー・プロセス概念の柔軟性とを考えると、判例の展開に期待するものが大きい。なるほど、わが国の伝統からいえば、立法過程をふむのが筋であり、その方が望ましい。また、わが国の裁判官の間の根強い法規物神性からすると、その実現もなかなか困難かと思われる。しかし、被告人・被疑者に利益な方向に法を豊かに発展させようというのであるから、かなりリベラルな態度が可能なのではあるまいか。」<sup>44)</sup>

このような姿勢は、立法が停滞していた時代ゆえに生じた側面がある上、アメリカ留学時に合衆国連邦最高裁判所ウォーレン・コートによるいわゆる「デュープロセス革命」を目の当たりにしたという事情も作用したのであろう<sup>45)</sup>。立法が停滞した中で即効性のある政策実現を模索して、裁判所

43) 田宮博士が立法論に踏み込んで発言している例として、熊本典道ほか「逮捕・取調・勾留・弁護」法律時報47巻13号46頁、48巻6号43頁（以上、1976年）がある。これは、弁護士の立法案に対するコメントを行うというスタイルであり、コメント自体の有益さに疑いはないが、田宮理論が立法案として具体的に提示されている形ではない点には注意を要しよう。

44) 松尾＝田宮・前掲注(4)9頁以下〔田宮裕〕。

45) 田宮・変革338-346頁は、明示的にアメリカの影響を受けて司法による実質的

による法形成を重視した田宮説が（アメリカの影響も受けて）展開されたといえる。このように裁判所を通じた法形成を念頭に置くがゆえであろうか、一事不再理効に関する議論から確認できるように、個別具体的な事案に対して、柔軟な結論を導くことができるように、要所要所において考慮すべき事項を提示しつつ結論を拘束しない、利益衡量的な枠組みを提示することにつながっているように思われる<sup>46)</sup>。

他方で、田宮理論は、（憲法を重視しつつも）政策論として法解釈を展開したため、憲法の明文規定に反しない限りにおいて、柔軟に社会状況や制度運用の状況を勘案する素地を持っていたように思われる。その場合、社会実態や制度の運用実態を把握することが重要になる。そのことが、田宮理論において、誤判事例の個別具体的検討を重視する姿勢や<sup>47)</sup>、アメリカの刑事司法の実態調査の紹介、日本の司法運営の実態調査<sup>48)</sup>などに結び

ゝな法形成を認める考え方を学んだことを述懐している。また、「我々の世代にとっては、アメリカの刑事司法との距離をどう設定するかが最大の問題であり、共通の関心事だった。田宮さんがこの『距離』をミニマイズしようとし、筆者がこれをかなり大きく設定したことは事実である。」と評するものとして、松尾浩也「はしがき」廣瀬健二ほか編『田宮裕博士追悼論集上巻』（信山社、2001年）viii頁。

46) 三井・前掲4250頁が、田宮理論において「展開されるデュープロセス論は具体的な利益の較量を本質とするから、その内容は具体的事情に応じて柔軟なものとなる」と指摘する。

47) 田宮理論は、個別の事件に対する時評や評釈、あるいは個別事件を直接の契機とした論考の数が多い点も特色の一つだと思われる。例えば、田宮裕「刑事訴訟における『戦後の終焉』——四大列車妨害事件をふりかえて」ジュリスト404号（1968年）88頁以下、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年）36頁以下、田宮裕ほか「研究会・公訴権の運用をめぐる——チッソ川本事件控訴審判決を契機に」判例タイムズ354号（1977年）47頁以下、田宮裕「免田無罪判決にみる誤判の構造」ジュリスト799号（1983年）29頁以下、田宮裕「証明力を争う証拠の問題」同『刑事訴訟とデュープロセス』337頁以下（松川事件を契機とする論考である）など多数のものがある。

48) 田宮裕「貧困と刑事司法——アレン委員会の報告をめぐる（上）（下）」ジュ

ついたのではないか。その意味では、経験的事実を蓄積し、それを下に裁判所を通じて政策を形成していくという連環が田宮理論の特色だといえる。このような観点からみたとき、晩年に田宮理論が「近代化」のみならず「現代化」をも意識し、通信傍受法制定の必要性を主張したことは<sup>49)</sup>、次のように説明されることになる。田宮理論が認識するところの経験的事実として、犯罪組織による重大事件が問題として存在感を増し、政策形成手段として立法が活性化しつつあった1990年代後半においては裁判所経由での政策形成にこだわる必然性が薄れていた——ということである。そうだとすれば、田宮理論にとって、(i)蓄積される経験的事実のうち、どの事実がなぜ重視されるべきなのか、(ii)立法においてはどのような利益衡量を行うべきなのか、立法の各場面において課題になったであろうことは想像できよう。

田宮理論は、晩年、「近代化」と「現代化」の両方向での立法作業を通じて、「新時代を迎えて刑事訴訟法のリニューアルの絶好の機会」だと表現し、「ねらいは、逆説的にきこえるかもしれませんが、むしろ、デュープロセスの前進・定着の方にあるのかもしれません」と述べた。田宮理論が立法論として描く刑事司法像は、いかなるものだったのであろうか。

---

↘ リスト294号(1964年)38頁以下、同295号(1964年)46頁以下は、アメリカの刑事司法における保釈保証金額の実勢を紹介した上で、保釈の運用実態や貧困状態にある被告人の弁護人選任や上訴権保障の実勢の分析を試みている。日本については、令状審査の実情について、座談会の形式ながら、安倍晴彦ほか「逮捕および勾留」法律時報47巻6号90頁、47巻7号103頁(以上、1975年)に参加し、アンケート調査を踏まえて意見交換を行っている。

(49) 田宮・変革5-24頁、353-357頁。