

井戸田侃先生追悼 「井戸田刑訴法学の再検討」

(2016年11月12日/井戸田侃先生米寿祝賀シンポジウム講演録)

大阪刑事訴訟法研究会編

辻本典央（近畿大学教授）「本企画の趣旨」

本稿は、2017年5月に逝去された井戸田侃先生を追悼すべく、2016年11月に先生の米寿を祝して開催されたシンポジウム「井戸田刑訴法学の再検討」における研究報告等を収録したものである。

井戸田先生は、長らく刑事法学界をけん引し、関西を代表してこられた刑事法学者の一人である。そのことは、ご自身の研究業績（詳細は各研究報告を参照）として表されているだけでなく、弁護士として実務にも携わられ、本研究会などを通じて後進の指導にも努めてこられたことに表れている。本シンポジウムは、先生と古くからお付き合いのある方々がご出席されるなか、関西刑事法学の将来を担うべき若手研究者による研究報告を通じて、井戸田刑訴法学と現在の学理との対話を目的とするものであった。第1部の執筆者3名は、当日、それぞれ捜査法（訴訟的捜査構造論）、公訴法（公訴権濫用論）、公判法（迅速裁判の要請）をテーマに報告し、参加者全員による討議を踏まえて、本稿を執筆された。これによって、刑事訴訟の変遷における学理の動態を明らかにし、将来に向けた学理の課題が示されることであろう。そして、これに第2部の祝辞が花を添え、第3部の井戸田先生による御講演で締めくくられている。

井戸田先生は、2017年5月29日に逝去された。本稿は、大阪刑事訴訟法研究会の編集によるものであるが、会員を代表して、井戸田先生から賜ったこれまでのご学恩に感謝を申し上げるとともに、謹んで哀悼の意を表する次第である。

第1部 学理からの研究報告／井戸田理論を踏まえて

和田進士（大阪学院大学准教授）「井戸田理論とイギリスのホールディング・チャージ」

1 問題点

井戸田先生が司法試験を受けるために勉強されていた1952年頃、捜査とは公訴を提起・遂行するために犯人および証拠を発見・収集する手続⁽¹⁾であるとされ、捜査は捜査機関のみによってなされるとされていました。捜査手続は国家機関の一方的な支配の下に行われ、弁護人は起訴されるのをまって反論するしか活動の余地はありませんでした。捜査機関の被疑者取調べは、捜査機関の思う供述を獲得するためであって、捜査は一方的に捜査機関のみの活動に依存するものでありました。そうして捜査の最後の段階においては、検察官が起訴・不起訴の決定をなし、捜査は終了するのが通常のパターンでありました。したがって捜査は、このような捜査結果に基づいて、検察官が一方的に起訴・不起訴を決定するためになされるとして運用されていました。国家機関によって起訴された以上、きわめて不当な起訴便宜主義違反、嫌疑のない起訴でも、被告人は実体判決をうるまでどこまでもついていかななくてはなりません。他方、捜査を始めた事件の内の相当数の事件は、起訴されずに刑事手続を終えました。検察官の起訴・不起訴の決定は、きわめて重要な決定でありました。

捜査手続では、弁護人も被疑者に有利な証拠を捜査する権限がなければおかしいと井戸田先生はお考えになられます。そうでなければ、被疑者の弁護人は何をするためにあるのかわかりません。弁護人は判決で無罪をとる前に、まず訴えを提起させないことが捜査手続の獲得目標となっている

(1) 井戸田侃・刑事訴訟法要説25頁（1993年）。

のが現実でありました⁽²⁾。

2 捜査手続は公判手続の準備ではない独立の手続

捜査手続と公判手続との関係について、旧法時代からは疑いもなく、捜査は公判の準備と考えられてきました。時間的前後からいえば、捜査は公判の前段階の手続であります。また逮捕・勾留のように被疑者の出頭の確保、証拠隠滅の防止というように公判手続の準備と見ざるをえないものもあります。

現行法は、旧刑訴法と異なって起訴状一本主義をとっています。これは、捜査手続と公判手続とが断絶していることを意味するとされます。したがって、捜査手続と公判手続とは、それぞれが独立した手続であって、この2つの手続はそれぞれ別個の手続であることを示しているとされます。起訴状一本主義をとっていなかった旧法の下では、捜査手続は公判手続の準備であるといえました。起訴によって検察官から裁判官に事件が引き継がれるからでありました。しかし現行法になってからも、漫然と旧法の考え方を引き継ぐのは誤りだとされます。

さらに検察官の地位を考えなければならず、また公判手続の構造とのつながりを見る必要があるとされます。検察官は公益の代表者として、捜査の最終段階においては、被疑者に対する Notice と Hearing をなし自己の責任において訴訟条件の有無を判断したうえ、起訴・不起訴の決定をなすとされます。司法警察職員のなした捜査手続の当否に対するチェック機能をも果たすとされます。

刑罰を科するということがきわめて重要な処分である以上、まず検察官においてそのための第1のふるいわけをなし、その後裁判所において第2

(2) 井戸田侃「訴訟的捜査の構造論・再論」法学紀要40巻別巻163-164頁(1999年)。

のふるいわけをなすということができるとされます。しかも検察官は、自己の責任で起訴したならば、公判手続においては、自己の判断で起訴した内容（訴因）の正しい所以を主張・立証しなければならず、公判手続では、この検察官の主張の当否が判断されるとされます。

また現行法の下では、執行機関と捜査機関との区別をなすべきであって、捜査機関はこの2つの側面を有するとされます。捜査機関には便宜上、執行機関としての権限も与えられるとされます。捜査機関本来の行為のほか、逮捕・勾留というのは執行機関としての捜査機関の権限であり、そのため、逮捕・勾留という状態は捜査のために利用されるべきでないといわれます。逮捕状・勾留状は、命令状であることもこの結論だとされます。

したがって、現行法では捜査は公判手続の準備のためにあるのではないことは明白であるとされます。

3 捜査の構造

(1) 捜査の目的

それでは捜査手続は何のためになされるのでしょうか。実務では、捜査の最後の段階においては、検察官が被疑者に対して起訴・不起訴の決定をなしていることは間違いありませんし、個々の捜査行為もそのためになされています。捜査の目的は、起訴・不起訴の決定のため、つまり狭義の訴訟条件のみならず、起訴するに足るだけの犯罪の嫌疑、起訴猶予事由の存在を確認するためになされるものとされます。

捜査手続は公判手続の前段階の手続であることは事実であります。したがって捜査手続では、逮捕・勾留のように公判手続の準備というべき行為もなされます。しかしそれは、便宜上、裁判の執行機関としての国家機関に与えられた職務であって、本来の捜査手続特有の捜査行為ではないといわれます。逮捕・勾留などの手続は、起訴・不起訴の決定に寄与するもので

はないからだとされます。

このように捜査の目的を考えることによって、たとえば、刑事訴訟法198条1項、39条3項、197条1項などにおける「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」「捜査のため必要があるとき」「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる」などは、すべて「起訴・不起訴を決定するため」と解すべきであって、「公訴を提起・遂行するため」とはならないとされます。かくして捜査機関、のみならず被疑者の捜査のために必要であることも、この「捜査のため必要がある」の中に含まれるし、實際上、捜査を開始した事件の相当数は、公訴提起するに至らないこと、起訴後において捜査をなすことは原則として許されないこともこの捜査の目的の結果であるとされます。

(2) 訴訟的捜査の構造論

このように見てくると捜査の構造が明白になり、捜査手続は、第1次的捜査機関である司法警察職員、被疑者（弁護人）、そして検察官という3訴訟主体間の訴訟法律関係により成り立つとされます。

司法警察職員は、犯罪があると思料するときに捜査を開始します。起訴・不起訴を決定するために、事実関係を明らかにする資料（起訴のための資料だけでなく、不起訴のための資料）を収集します。被疑者は、弁護人の補助を受けて公判手続と同じように、自己に有利な資料を収集すれば足りる。検察官は公訴官として、司法警察職員より送致された資料、および被疑者より提出された資料、さらに自己が収集した資料を基礎に起訴・不起訴の決定をします。ここで狭義の訴訟条件のみならず、公訴を提起するに足りる犯罪の嫌疑があるか、処罰する必要があるかをも吟味しますし、その過程において捜査手続の誤り、特に司法警察職員による手続の誤りも吟味します。

これらの訴訟条件を具備していると検察官が信じる場合のみ、検察官は

自己の責任においてこれを訴因にまとめて起訴します。これが検察官の主張であり、これが公判手続における審判の対象となるとされます。

(3) 訴訟的捜査の構造論をとることによる具体的結果

そして訴訟的捜査の構造論をとることによって、次のような多くの実りある具体的結果を導き出すことができるとされます。

① 被疑者（弁護人）も捜査手続の主体

(a) 捜査機関も他の主体（被疑者）の口から証拠（自白）を収集するために取り調べることは認められないとされます。捜査機関の被疑者取調べ（刑事訴訟法198条）は、起訴・不起訴処分的前提をなす被疑者に対する被疑事実の⁽³⁾ Notice と Hearing をなす手続であるとされます。供述拒否権の存在はこれを示しています。被疑者は取調べに際して何もいう必要はないのであり、しかもこれを実効あらしめるために、取調べに際してはこの権利があることを取調官が被疑者にいちいち告げなければならないことになっています⁽⁴⁾。これは取調べを行うごとに告げるべきであろうとされます。この権利を被疑者が行使しやすいように告げるべきであるとされます。この告知を欠くときの法律効果については、その供述調書の証拠能力を失うとするもの、失わないとするものなどの考え方があるけれども、任意性がないという事実上の推定を受けるものというべきであろうとされます⁽⁵⁾。こういう考え方は、別件逮捕・勾留問題、接見指定問題などにも非常に大きい効果をもたらすとされます。これらはすべて自白獲得のためになされるものであるからであります。

(b) 取調べのため出頭を求められても、出頭の義務はないとされます。と

(3) 井戸田侃「別件逮捕・勾留禁止の本質」高田卓爾博士古稀祝賀刑事訴訟の現代的動向62頁（1991年）。

(4) 井戸田・前掲註(3)63頁。

(5) 井戸田侃「被疑者の出頭要求・取調べ」基本法コンメンタール第三版／刑事訴訟法（別冊法学セミナー No.122）174頁（1993年）。

同時に出頭してもいつでも退去できるとされます。逮捕・勾留されている場合でも取調べの性格が変わることはないとされます。いつでも退去できるとされます。ただし、自宅へは帰れないだけとされます。

(c) 弁解を聞かれるために取調べがあるのだから、被疑者はこれを放棄できるとされます。取調べの場所、立会人（弁護人を含む）、時間（開始・終了時間、取調べ時間など）、録音などの諸設備についても被疑者の希望を申し出ることができるとされます。もしこれが容れられないときは、弁解の権利を放棄してもよいとされます。つまり退去すればよいとされます。弁護人の接見申出があれば一逮捕・勾留中であっても一取調べ中であっても、弁解の権利を放棄して接見できるとされます。

(d) 被疑者取調べが被疑者の弁解を求めるためにある以上、その目的を超えて、自白をとるために取調べをなしたと認めざるをえないような取調べ方法は、違法な手続により証拠を収集したものとわざるをえないとされます。およそ自白を獲得するために取り調べたと思われるような客観的諸状況の下での取調べによって得た自白は、違法な手続によって得た自白ということになるとされます⁽⁶⁾。

(e) 刑事訴訟法198条1項、39条3項、197条1項などにいう「捜査のため必要があるとき」とは、起訴・不起訴を決定するために必要あるときになり、被疑者（弁護人）も捜査権限をもつから、被疑者（弁護人）の必要性もここで考えるべきことになるとされます。刑事訴訟法39条3項但書は当然の規定とされます。

② 捜査は起訴・不起訴を決定するためになされる

(a) 起訴・不起訴を決定した以上、捜査は終わります。したがって起訴後の捜査手続はないとされます。取調べが起訴・不起訴決定の前提をなす弁

(6) 井戸田侃「被疑者取調べは、何のためになされるべきか」季刊刑事弁護4号21-22頁（1995年）。

解を聞くことにある以上、起訴後においてはもはや取調官は弁解を聞く必要はないとされます。起訴後の取調べは許されないとされます⁽⁷⁾。

(b) 検察官は、捜査手続の当・不当についても判断をなすべきであるとされます。司法警察職員の不当な捜査行為があるかどうかについても判断をなすとされます。その意味で検察官は公訴官であって、捜査権限をもつといってもそれは例外的な権限であるとされます。

(c) 捜査機関は、被疑者を不起訴にするためにも捜査行為をなすべき義務があるとされます。起訴・不起訴の決定は、罰すべきでない行為者のふるいわけをする第1のふるいであると考えられます。起訴のためにしか捜査を認めないのは正しくないとされます。

(d) 逮捕・勾留は、捜査機関としての権限ではないとされます。起訴・不起訴の決定には関係ないからであります。それは裁判の執行機関としての役割であるとされます。その意味で、逮捕状・勾留状は命令状ということになるとされます⁽⁸⁾。

4 イギリスのホールディング・チャージ

私は別件逮捕・勾留に相当するイギリスの捜査方法であるホールディング・チャージについて研究してまいりました。別件逮捕・勾留は、それが被疑者取調べのためになされるというところにその本質があると井戸田先生はお考えになられております。別件逮捕・勾留について、広狭いろいろな定義があるけれども、それらがいずれも「本件事実についての被疑者取調べのために」身柄拘束を行うものであるという点に共通していると考えられます。換言すれば、被疑者取調べに制約を加えれば別件逮捕・勾留を行う

(7) 井戸田・前掲註(6)22頁。

(8) 井戸田・前掲註(2)171-177頁。

ことはほとんどなくなってしまうであろうとされます⁽⁹⁾。それではイギリスはどうでしょうか。ホールディング・チャージの中でも警察による身柄拘束中により重大な犯罪についての「取調べ」を目的とするものに関しては、次のような規制要因があると考えられております。

逮捕した警察官が逮捕した犯罪よりもより重大な犯罪について被疑者に質問するつもりであるかまたはさらに質問するつもりである場合に、質問前かさらに質問する前に、少なくとも捜査の本当の性格に被疑者が気づくことを警察は確実にしなければなりません。この要件が充足される場合のみ、法的助言を利用するのかどうかについて、およびどのように質問に答えるのかについて被疑者は有意義な判断をすることができるのです。被疑者が1つの犯罪で逮捕下にあるが他の犯罪について彼を逮捕するのに足る証拠がない場合に、黙秘権が告知され、かつソリシターを立ち会わせる権利について助言されるのであれば、第2の犯罪について被疑者は質問されえます。被疑者は身柄拘束理由を知るであろうし、取り調べられている際には嫌疑をかけられている犯罪のレベルを少なくとも一般的な言回しで知るであろうということが前提とされております。同じ事件から生じている重大さが異なるレベルの複数の犯罪で人を逮捕する理由が存在している場合に、比較的軽微な犯罪についてだけ逮捕と質問をして、不利な返答がなされてから捜査はより重大な犯罪にも関係していることを明らかにすることは違法かつ不公正であり、証拠排除されます。

また警察官は、他の犯罪により逮捕されると認めるのであれば逮捕しなければなりません。そして他の犯罪での逮捕の際に、被逮捕者は逮捕する旨および逮捕理由を告知されなければなりません。そして黙秘権の告知は、他の犯罪による逮捕の際にもなされます。したがって、警察は他の犯罪について被疑者を再び逮捕し黙秘権を告知しない限り、他の犯罪について被

(9) 井戸田・前掲註(3)62頁。

疑者を留置したり質問したりできません。

また、被疑者がさらに述べることはないことを示すのであればその犯罪について質問することを止めなければならないということが規定されております。「足の証拠」がそれぞれの犯罪について手中に収められた時点でその犯罪についての質問は止めなければなりません。また、告発（charge）後の質問は禁じられております⁽¹⁰⁾。

5 おわりに

井戸田先生は、捜査機関の被疑者取調べ（刑事訴訟法198条）は、起訴・不起訴処分的前提をなす被疑者に対する被疑事実の⁽¹¹⁾ Notice と Hearing をなす手続であるとされます。供述拒否権の存在はこれを示しています。被疑者は取調べに際して何もいう必要はないのであり、しかもこれを実効あらしめるために、取調べに際してはこの権利があることを取調官が被疑者にいちいち告げなければならないことになっています⁽¹²⁾。これは取調べを行うごとに告げるべきであろうとされます。この権利を被疑者が行使しやすいように告げるべきであるとされます。したがって、結果的に「被疑事実の告知と黙秘権の告知はリンク」することになるかと思えます。一方、イギリスではその「被疑事実の告知と黙秘権の告知のリンク」を重視していることがわかりましたことを、この場を借りて報告させていただきます。

【付 記】

恩師である井戸田侃先生には、立命館大学法学部在籍中から多年にわたる温かいご指導を賜りました。先生のご冥福を心よりお祈り申し上げます。

(10) 和田進士・イギリスの別件逮捕・勾留241-253頁（2014年）。

(11) 井戸田・前掲註(3)62頁。

(12) 井戸田・前掲註(3)63頁。

岩崎正（大阪経済法科大学准教授）「刑事手続打切り論の現在——井戸田侃博士の「公訴権濫用論」をもとに——」

一 はじめに

井戸田侃博士は、生前、自身の著書を示しながら、自分の考えはすべてこの中に書かれてあるという趣旨のお話をされていた。その言葉通り、井戸田博士は、自らの考えをまとめあげ、「井戸田刑事訴訟法学」ともいうべき、確固たる自己の刑事訴訟法学についての諸見解を確立されたのである。その中でも、本稿で取り上げる、「公訴権濫用論」についての井戸田博士が示された見解は、「非典型的訴訟条件論」とも称され⁽¹⁾、博士の刑事訴訟法学の一つの大きな核ともいうべき重要な地位を占めている。

公訴権濫用論とは「検察官による公訴権の濫用、つまり公訴権の不当な行使による公訴提起の当否などを問題にするものである」とされる⁽²⁾。検察官の公訴提起の当否が問題になること自体は、「公訴権濫用論」という言葉が生み出されるより以前に存在していたはずである。しかしながら、それを刑事訴訟法学上どのように位置付けることができるか、あるいは、どのような法的処理をすべきかという問題については、井戸田博士が示された公訴権濫用論に関する見解が、その嚆矢となり、その後の議論の発展に多大な影響を与えることとなった。わが国における「刑事手続打切り論」は、この「公訴権濫用論」を契機に発展を遂げてきたといえる。同見解が存在しなければ、今日までの公訴権濫用論ないし刑事手続打切り論に関する学説および判例・実務はまったく異なる様相を呈していたであろう。

もちろん、本稿の主たる目的は、学説および判例等の整理・分析にあるのではないし、井戸田博士の見解を詳細に紹介することでもない。それに

(1) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（成文堂、1988年）111頁。

(2) 井戸田侃『公訴権濫用論』（学陽書房、1978年）11頁。

については、井戸田博士自身の手によって、あるいは既に刊行されている論稿等によって十分議論されているからである⁽³⁾。また、筆者は、これまで「刑事手続打ち切り論」に関する研究を行い、その過程において、井戸田博士の「非典型的訴訟条件論」に大きな影響と示唆を受け、既に公表済みの拙稿において同見解の個別的な検討を試みてきた⁽⁴⁾。

そこで、本稿では、ややマクロ的・鳥瞰的な観点から、同見解から得られる現代の手続打ち切り論を考えるにあたっての示唆を示すとともに、手続打ち切り論における訴訟条件的アプローチに対する若干の検討を行う。その結果をうけ、刑事手続打ち切り論につき、今現在考えなければならない課題を明らかにしたい。

二 井戸田説の内容と影響

前述のように、井戸田博士の公訴権濫用論に関する見解については、その著書および諸論稿によって明確に示されており、かつまた、同見解が刑事訴訟法学および刑事実務に与えた影響についても周知のとおりであろう。そのため、ここでは、後の検討につなげるため、同見解のエッセンスとその歴史的インパクトについて簡潔に紹介するにとどめることとする。

1 井戸田博士の「公訴権濫用論」

かつて、いわゆる「公訴権の濫用」は、弁護実務を中心にその問題性が提起されていながら、それを刑事訴訟法上どのように位置付けるべきかという点は、理論的検討がやや遅れていた分野の一つであったといえよう。

(3) 手続打ち切り論に関する学説史については、指宿信『刑事手続打ち切りの研究』（日本評論社、1995年）264頁以下参照。

(4) 拙稿「刑事手続打ち切り論についての一考察(1)～(3・完)―医療過誤の刑事責任限定論を契機として―」阪大法学64巻2号(2014年)153頁以下・64巻5号(2015年)163頁以下・64巻6号(2015年)131頁以下等。

逆に言えば、実務が理論の発展に大きく寄与したものであるということもできる。この問題に対して、訴訟条件概念を用いて、「公訴権濫用」の諸類型を理論的に説明したのが、井戸田博士の見解であるといえる。そこでは、博士が主張される「訴訟的捜査構造論」との論理的整合が維持されつつ、訴訟条件は、訴訟構造として当事者主義をとる現行法のもとでは、裁判所に対して消極的に実体裁判を禁じ、形式裁判をなすべき要件を示すだけでなく、その欠缺の結果なされる公訴棄却等の裁判が、当事者たる検察官の訴追行為を批判する機能をもつものと理解される⁽⁵⁾。したがって、検察官が公訴提起をなすべき十分な要件を満たした場合に、はじめて実体裁判が許されるのであり、公判手続は、検察官の訴追行為に対する批判、そしてそれに対する判断という構造をとることになるとされる⁽⁶⁾。

そのうえで、「公訴提起の時点における起訴を許容するに足りる客観的な嫌疑の存在」と「起訴猶予すべき事実の不存在」も訴訟条件に含まれるとされる。なぜなら、訴訟条件とは、①実体的訴訟法律関係を有効に構成するための条件と、②実体的訴訟法律関係が存続するための条件に分類できるからである。

とくに、後者の実質的理由として、刑事手続の目的は具体的刑罰権の内容を明らかにしてそれを実現することにあるのであり、その利益ないし必要のないときには訴訟関係が存続するための条件が存在しないことから、免訴をもって裁判を打切るべきであるという点が重要であると思われる⁽⁷⁾。

(5) 井戸田侃『刑事手続の構造序説』（有斐閣，1971年）97頁以下，同・前掲書註(2)100頁以下。

(6) 井戸田・前掲書註(5)95頁，同・前掲書註(2)98頁。

(7) 井戸田・前掲書註(5)102頁以下，同・前掲書註(2)104頁以下。

2 影響と評価

井戸田博士が示された、公訴権の濫用を、訴訟条件の問題として位置付けて形式裁判により訴訟を打切る試みは、それまで実務を中心に主張されていた公訴権濫用論を理論化したものとして重要な意義を有している⁽⁸⁾。井戸田博士の「公訴権濫用論」は、「立命館法学」誌上における論稿「訴訟条件の機能と内容」⁽⁹⁾で公表された後、実務だけでなく、刑事訴訟法学界においても大きなインパクトを与え、これ以後の議論において必ず引用される見解として位置付けられたことは論を俟たない。

そして、昭和55年の最高裁決定⁽¹⁰⁾においても、「検察官の裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合のありうること」が肯定され、「理論的には、公訴権濫用による無効の法理はもはや否定することはできない」と評されている⁽¹¹⁾。

三 刑事手続打切り論に求められる基本的視座への示唆

ここでは、マクロ的・鳥瞰的な観点から、前述の井戸田博士の見解から得られる示唆として、理論の汎用性という点と、刑事司法手続全体への影響という点を挙げたい。

1 理論の汎用性

前述したように、井戸田博士の見解は、「刑事訴訟の目的が具体的刑罰権の内容をあきらかにし、それを実現することにある」から、「その利益、

(8) 公訴権濫用論は、「なっとくのいく裁判をうけることを保障するための武器となるべき理論である」とされる(井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』(有斐閣, 2004年) 102頁)。

(9) 井戸田侃「訴訟条件の機能と内容」立命館法学62号(1965年) 1頁以下〔同・前掲書註(5)89頁以下所収〕。

(10) 最決昭和55年12月17日刑集34巻7号672頁(チッソ水俣病被害補償傷害事件)。

(11) 三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣, 2003年) 90頁。

ないし必要のないときには訴訟関係が存続するための条件が存しないことになる」とされる⁽¹²⁾。そして、ここで掲げられた「刑罰を科する必要を失わしめる」事由は、広い範囲で認められるとされている⁽¹³⁾。刑事訴訟の目的が刑罰権の実現であるとすれば、刑罰を科す必要性がない場合、訴訟条件が欠け、手続が打切られることとなるであろう。これに加えて、捜査手続の違法によって被疑者が被る不利益を理由に、刑罰権を実現する利益ないし必要性が失われることになるので、「起訴猶予をすべき事実」が存在することになり、「実体的訴訟関係が存続するための条件」が失われ、手続が打切られるとされる。

さらに、迅速裁判の問題についても、高田事件の最高裁判決⁽¹⁴⁾を引用し、同判決が、「さらに審理をすすめても真実の発見ははなはだしく困難で、もはや公正な裁判を期待することはできず、いたずらに被告人らの個人的および社会的不利益を増大させる結果となるばかりであって、これ以上実体的審理を進めることは適当でないから」、その段階で手続を打切るべきとしたことは、まさしく「その事件についての具体的刑罰権の内容を具体化し、それを実現する利益ないし必要がない」場合であるとされる⁽¹⁵⁾。

(12) 井戸田・前掲書註(5)106頁，同・前掲書註(2)108頁。

(13) 井戸田侃『刑事手続構造論の展開』（有斐閣，1982年）135頁は、「ここでいう処罰する利益ないし必要に關係する事項は、単に被害の輕微性、逸脱の程度の輕微性に限るべきではなく、捜査手続の違法性、犯罪後の不当な時の経過等多くの事実がその考慮の対象になる。その意味で『起訴猶予をすべき事実』という訴訟条件の關連については、……その要素をなす事項においても、その時間的限界においてもいずれも可罰的違法性のそれよりはるかに広いし、さらにはその評価の基準においても、可罰的違法性のそれとは基本的に異なる。可罰的違法性が当該犯罪を構成するに足るだけの違法な行為であるかどうかの判断であるのに対し、『起訴猶予をすべき事実』の判断は、その判断を前提としたうえで、かつ処罰すべき情状ありや否やの判断である」とする。同・前掲書註(2)165頁参照。

(14) 最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁（高田事件）。

(15) 井戸田・前掲書註(2)148頁，同・前掲書註(3)127頁。

このような考え方は、公訴権濫用論ないし手続打ち切り論を考えるに際して、実際の事件として現実に起こり得る様々な形で、「刑事裁判を続けるべきではない」場合を捕捉することが求められていることを示しているといえよう。

2 刑事司法手続全体への影響

また、井戸田博士は、公訴権濫用論を考える基本的な視点として、「単にその問題の処理のみに向けられた便宜的な一近視眼的な一取扱いにのみ委ねられるべきではない。それは刑事手続全体における諸問題の問題状況を見とおし、それへの影響を考慮したうえでの理論である必要がある。それは開かれた体系を構築するための一環でなければならないと思われる」とされる⁽¹⁶⁾。すなわち、公訴権濫用論ないし刑事手続打ち切り論を考えるにあたっては、刑事手続全体の構造や影響を考慮したうえで、捜査—公訴—公判—判決の各手続との整合性・論理一貫性を有しなければならないということが示されているのである。既に述べたように、井戸田博士の公訴権濫用論は、捜査手続ないし公判手続の構造についての見解との整合性が常に意識されているのである。

筆者も、手続打ち切りに関する理論を構築するにあたっては、刑事手続全体の構造や影響という点を意識して、現在の考えに至った。手続打ち切りについての私見は、とりわけ、井戸田博士の見解の中で言及されている「刑事訴訟の目的」という部分に示唆を受け、その刑事手続ないし刑事訴訟の目的から、手続の打ち切りが正当化される場合を見い出そうとするものである⁽¹⁷⁾。

そして、この「刑事手続の目的」の内容を検討する際には、刑事司法制

(16) 井戸田・前掲書註(3)132頁。

(17) 拙稿「刑事手続打ち切り論についての一考察(2)」・前掲註(4)166頁以下等。

度が本来想定している刑事手続が果たすべき役割という視点を基本に据えて、目的を検討すべきである。すなわち、刑事手続の目的をより客観的に捉えるためには、現行の刑事司法制度の基本的な構造をみて、それが発揮する機能・効果から、目的を考えるべきである。なぜなら、制度は一定の目的に資するために作られているはずであり、その基本的な本来想定されている制度上の機能・効果から目的を見い出すことができると考えるからである。そのような考えは、前述した「刑事手続全体の構造や影響」を鑑みるべきであるという示唆を受けて生じたものでもある。ここでは、刑事手続の目的を、「刑法ないし刑罰権の実現」のみであると考えのではなく、より広く刑事事件という「紛争の解決」と捉えるのである¹⁸⁾。

以上のように、「刑事手続の目的」を捉えた場合、その目的の観点から、次の3つの場合に刑事手続の打ち切りを正当化しうる。それは、①当該刑事事件に関して手続を進めたとしても、刑事手続のもつ機能・効果が発揮されず、「刑事手続の目的」の達成ができない場合、②刑事訴訟以外の手段によって「刑事手続の目的」を達成できる場合、③刑事手続を行う結果として、その目的実現に資する一定の効果が生じるとしても、それを上回るような害悪が生じ、逆にその目的達成の妨げになるような事態が発生する場合である。

(18) 井戸田博士も、「刑事裁判は何をすところかという基本となるべき刑事裁判の目的構造については」、「刑事訴訟に関する個々の問題を考えるときには、実はこの問題はさけて通ることのできない問題である筈である。刑事裁判の最終目標を明確化することなしには、その理論は、砂上の楼閣であると云わねばならないであろう。なぜならその最終目標が変われば、その立論の基礎が崩れ去ることになるからである」とされ、「裁判においては実体的真実追及を目的とすると云っても、それは擬制的な理念を表すのみであって、真の意味での真実を解明する場ではないと云うことができる。そのような意味では、紛争解決の場である民事裁判ではもちろんのこと、刑事裁判においてすらも、和解、司法取引が認められるに至るのもよく理解できるのである」とする（井戸田・前掲書註(8)303頁以下）。

これらの場合を総合考慮して、手続打切りが正当化されることになるが、そうすることで、井戸田博士の見解と同様に、広範な手続打切りの理由を捕捉することができると思われる。

このように、井戸田先生の見解から得られる示唆として、公訴権濫用論ないし手続打切り論を考えるにあたっては、①現実に関わり得る様々な形での、「刑事裁判を続けるべきではない」場合を捕捉することと、②刑事手続全体の構造や影響を考慮したうえで、捜査—公訴—公判—判決の各手続との整合性・論理一貫性を維持すること、を目指すことが求められている。手続打切り論に関する今後の研究においても、それらを示すことが不可欠であるといえよう。

四 非典型的の訴訟条件論に関する検討と刑事手続打切り論が直面する課題

この非典型的の訴訟条件とも称される井戸田博士の「公訴権濫用論」の発表の後、これに対していくつかの批判がなされたが、そのほとんどは既に博士自身の手で再反論されており、ここで繰り返すまでもない⁽¹⁹⁾。その後、1990年前後にも、手続打切りに関する諸学説の展開がなされ、当然ここでも井戸田博士の見解が引用・分析された⁽²⁰⁾。そこで、この時期に訴訟条件を手続の打切りの根拠に据える見解に向けられた指摘について若干の検討をし、そこから、刑事手続打切り論に関して、今現在取り組まなければならない課題を浮かび上がらせてみたい。

90年代に主張された新たな見解の一つである、刑事司法の根本的な価値

(19) 井戸田・前掲書註(3)137頁以下、176頁以下等。

(20) 代表的なものとして、指宿・前掲書註(3)、同『刑事手続打切り論の展開—ポスト公訴権濫用論のゆくえ』(日本評論社、2010年)、松宮孝明『『公訴権濫用』と『処罰不相当』—『非典型的刑罰消滅事由』について—』立命館法学第223・224号(1992年)511頁以下、寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』(成文堂、1994年)。

としての「正義の原理」を根拠に手続の打切りを認める見解からは、「訴訟条件説は現在までのところ、論理の枠組みは示しているものの、打切りを導く判断内容（すなわち何故打ち切らなければならないのか）についての説明に乏しく、必ずしも説得的とはいいがたい」という指摘がある²¹⁾。

この点につき、井戸田博士の非典型的訴訟条件論は、訴訟条件には、実体的訴訟法律関係を有効に構成するための条件と、実体的訴訟法律関係が存続するための条件が存在すると分析し、後者につき、刑事訴訟の目的たる具体的刑罰権を実現することの利益・必要性のないときには訴訟関係が存続するための条件が存在しないとしている。言い換えれば、「なぜ訴訟を打切るのか」という問いに対して、「実体的訴訟法律関係が有効に構成されないから、仮に有効に構成されたとしても当該訴訟が刑罰権の実現という目的を達成する利益・必要性が存在しないからである」と答えていることになろう。少なくとも、単に訴訟条件が欠缺するから打切るとしているわけではない²²⁾。

しかしながら、非典型的訴訟条件を広く認めて手続の打切りをもたらそうとする見解は、なにゆえ「実体的訴訟法律関係が有効に構成」されなければ手続を打切るのか、なにゆえ「刑罰権の実現という目的を達成する利益・必要性」がない場合に手続を打切るのか、という点について、手続の打切りを導くためのより実質的な理由を提示する必要があるのではないだろうか。「非典型的」訴訟条件、すなわち法定の形式裁判事由に明示されていない事情を訴訟条件として論じるのであれば、それらの事情の存在（または不存在）がなぜ手続の打切りをもたらすのかを積極的に示す必要があるだろう。

21) 指宿・前掲書註(2)327頁。

22) この点につき、報告の際に、松宮孝明教授からご質問を頂いたので、本文以下のように加筆した。

仮に、井戸田博士のいう実体的訴訟法律関係が有効に構成されていないと評価される場合であっても、それだけでは必ずしも手続が打ち切られるということとはできない。例えば、「嫌疑なき起訴」の場合、起訴後の捜査によって公判開始後に嫌疑が十分に生じて「実体的訴訟法律関係が有効に構成」されることがありうる。この点につき、井戸田博士は、「ただ嫌疑の存在については、その性質上、他の条件事由といささか異なる。それはまさに『公訴提起を許容するに足りる客観的な嫌疑』が問題であった。『有罪判決の得られる見込』それ自体が問題ではない。したがってそれは公訴提起のときを基準として考察しなければならないとともに、この段階においてこの条件を満たせば必要にして十分であり、それ以後の変動を考慮する必要はない」とする²³⁾。しかしながら、嫌疑なき起訴は、「嫌疑」がなければ訴訟法律関係が有効に構成されないという点だけではなく、そのような違法な公訴提起によって被告人に実体審理による負担を負わせることは許されないという点により重大な問題があるのであり²⁴⁾、その点も考慮して手続の打ち切りを導くべきであろう。

また、「刑罰権の実現という目的を達成する利益・必要性」がなければ、「実体的訴訟法律関係が存続」しなくなるというためには、より実質的な考慮が必要であるようにも思える。捜査手続の違法や迅速裁判違反によって被疑者が被る不利益が、どのように刑罰権を実現する利益ないし必要性が失わせるのかという点を、より明確に説明する必要がある²⁵⁾。ただし、刑罰権の実現を達成する利益・必要性がないというだけでは、それらの事

²³⁾ 井戸田・前掲書註(2)109頁以下。

²⁴⁾ 松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、2010年)128頁、宇藤崇・松田岳士・堀江慎司『刑事訴訟法』(有斐閣、2012年)251頁参照。

²⁵⁾ 実体法上の観点から理論的に説明する見解として、鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造 上巻』(成文堂、1996年)152頁以下、松宮・前掲註²⁰⁾などがある。

情が手続の打切りを導くことを正当化するのは困難であると思われる²⁶⁾。

繰り返しになるが、公訴権濫用論は「検察官による…公訴権の不当な行使による公訴提起の当否」を問題にするものであり、訴訟条件概念を用いることによってそれを理論的に位置付けることを試みたのが、井戸田博士の「非典型的訴訟条件論」である。しかしながら、他方で、現行法上、検察官には広範な訴追裁量権が与えられている。そうであれば、本来、「公訴権濫用」として問題とされるべきは「悪意の起訴」であって、「そのものをこの名の下に論じることは、検察官の主観的意図の重視などを導き、かえって議論を混乱させるおそれがある」という指摘も否定しがたいであろう²⁷⁾。

そして、必ずしも検察官の訴追行為の当否という点とは関係しない事由であっても、それが手続を打切るべき状態を招来することはあり得る。近時の最高裁判例は、訴訟能力が回復する見込みがなく公判手続が再開される可能性がない場合、公訴棄却判決（刑法338条4号準用）により手続

26) 実体法的な観点から被告人の死亡、恩赦、時効などの刑罰消滅事由を比較分析し、それら以外の法律上明記されていない「非典型的刑罰消滅事由」が認められる場合があり得るとする見解（松宮・前掲註20）がいうように、当該行為が軽微であるなど「処罰の必要性」が低下し、「行為時から裁判時までの『時の経過』」や「当該事件の捜査ないし公訴提起において、被告人に対し一般と比べて不当な差別的取扱いがなされたとの印象を生じていること」などが「刑罰の有効性」を低めることになることは肯定できるとしても、その結果として、刑罰権が「消滅」するとまで評価することができる場合は、かなり限定されるのではないだろうか。例えば、「被告人に対し一般と比べて不当な差別的取扱いがなされたとの印象を生じている」ような場合、処罰の必要性ないし刑罰の有効性が減じられていることに加えて、「裁判所は、自らの手で自己の権威を失墜させることになる」（同532頁）のであり、手続をすすめることによって生じる「裁判所に対する国民の信頼を低下させる」という弊害をも考慮して手続の打切りが導かれるというべきであろう。

27) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院，改訂版，1990年）125頁。同・前掲書註(1)105頁以下，同・前掲書註(2)178頁以下，224頁以下，宇藤ほか・前掲書註(2)255頁。これに対して、井戸田・前掲書註(8)89頁以下参照。

を打切ることを肯定した^㉞。たしかに、公判途中で訴訟能力の欠如によって公判が停止され、その回復の見込みがない場合、検察官は公訴を取り消すべきであり、その不行使の不当を公訴権（あるいは公訴維持権）の濫用として法的主張を構成することも考えられる。本件原審^㉟も、「公判手続を停止した後、訴訟能力の回復の見込みがないのに検察官が公訴を取り消さないことが明らかに不合理であると認められるような極限的な場合に、検察官が公訴を取り消さなくても、裁判所が訴訟手続を打ち切る」可能性を認めながらも、本件は「検察官が公訴を取り消さないことが明らかに不合理であると認められる極限的な場合に当たるとはいえない」と判示した。本件が、被害者2名（うち1名は嬰兒）の殺人事件であることや、訴訟能力の流動的側面に鑑みれば、検察官が公訴の取消しをしないことを公訴（維持）権の濫用と評価することは容易ではない。

しかしながら、最高裁は原審を破棄し「訴訟手続の主宰者である裁判所において、被告人が心神喪失の状態にあると認めて刑法314条1項により公判手続を停止する旨決定した後、被告人に訴訟能力の回復の見込みがなく公判手続の再開の可能性がないと判断するに至った場合、事案の真相を解明して刑罰法令を適正迅速に適用実現するという刑法の目的（同法1条）に照らし、形式的に訴訟が係属しているにすぎない状態のまま公判手続の停止を続けることは同法の予定するところではなく、裁判所は、検察官が公訴を取り消すかどうかに関わりなく、訴訟手続を打ち切る裁判を

㉞ 最判平成28年12月19日刑集70巻8号865頁。その評釈として、宇藤崇「判批」法学教室437号（2017年）147頁、松代剛枝「判批」ジュリスト臨時増刊1505号（2017年）192頁以下、中島宏「判批」法学セミナー747号（2107年）126頁等。

㉟ 名古屋高判平成27年11月16日判例時報2303号131頁。その前提として、「訴追の権限を独占的に有している検察官が公訴を取り消さないのに、裁判所が公判手続を一方的に打ち切ることは基本的には認められておらず、検察官による公訴取消しの合理的な運用が期待されている、というのが刑法の規定の自然な理解であり、当事者追行主義とも整合する」とする。

することができる」と判示した。

同最高裁判決は、検察官の公訴ないし公訴維持権の不当性に言及することなく、かつまた前記高田事件最高裁判決のように憲法の条項を引用することもなく、「訴訟手続の主宰者である裁判所」による刑訴法上に規定のない手続の打ち切りを認めた。同判決についてより詳細な検討が必要であることは言うまでもないが、検察官の公訴権ないし公訴維持権の不当性に帰着できない事由の存在をもって手続を打切るべき場合も含めて、手続打ち切りの法的構成を示すべきこと、さらに、そのような場合に裁判所が手続を打切る権限を有することの根拠についても考察する必要がある⁹⁰。それらが現在の手続打ち切り論の直面する課題であり、井戸田博士から与えられた我々への宿題でもある。

五 結びにかえて

前記昭和55年の最高裁決定は、公訴権の濫用が公訴提起を無効にすることを認めた画期的なものであり、それに対して井戸田博士の見解が大きく作用したことは疑いがないであろう。ところが、公訴権濫用ないし手続打ち切りをめぐる議論は、その昭和55年の最高裁決定により、その理論が肯定されながらも実際に公訴が無効となる場合が限定されてしまったことに

90) 宇藤・前掲註98は、「本判決は決定形式ではなく、判決形式を選択」しているが、「このような選択の存在は、そもそも、事案に応じて柔軟に対応するという権限が『訴訟手続の主宰者としての裁判所』に固有のものとして備わっているということを前提として、はじめてよく理解できるものである。そして、その点で、本件の類型に限らず、手続打ち切りの途を広げるものである」とする。英連邦系諸国においては、裁判所の「固有の権限 (inherent jurisdiction)」として手続打ち切りを導く判例法理である「訴訟手続濫用 (Abuse of Process) の法理」がある。同法理につき、拙稿「訴訟手続濫用法理の展開と『刑事手続打ち切り論』」阪大法学65巻1号 (2015年) 87頁以下、同「証拠の喪失・廃棄に関する訴訟手続濫用法理の展開と手続打ち切り論」阪大法学66巻1号 (2016年) 101頁以下参照。

よって、皮肉にもその後の議論はやや閉塞状態にあったと思われる。

他方で、実務においては、公訴権濫用ないし手続打ちりの主張が行われることは決して稀ではなく、現在の弁護実務においても、そのような主張は日常的に存在する。

そのような意味では、公訴権濫用論ないし手続打ちり論を考えることは、古くて新しい問題ともいえるであろうし、その研究は、現実の問題の処理に必要とされる理論的課題という意味で、「生きている刑事訴訟法」の実践ではないかと思われる。それは、井戸田博士の論稿「訴訟条件の機能と内容」の冒頭部にある、「誰が考えても、本来、刑罰を科する必要がない事件であるのにもかかわらず、検察官が公訴を提起した以上、処断刑の範囲内における刑罰を必ずうけなければならないものであろうか。これが多数の国民の率直な疑問であるように思われる」という記述にあらわれている。すなわち、井戸田博士の「公訴権濫用論」は、実務における実務家の感覚、ひいては市民としての感覚、率直な疑問点を理論として昇華したものであるといえるであろう。

「生きている刑事訴訟法」は、「生きようとする刑事訴訟法」と言い換えることもできる⁸⁰⁾。井戸田博士の「公訴権濫用論」は、実務の中で産声をあげ、まさに「生きよう」としていた公訴権濫用論に光を照らし、議論が停滞していた時期においても研究の道標として存在していたのである。

* 本稿は、平成28年度科学研究費若手研究B（課題番号 16K7010）による研究成果の一部である。

* 謝辞 本稿は、平成28年11月12日に開催された刑事訴訟法研究会「井戸田侃先生 米寿祝賀会」における報告内容を修正・加筆したものである。当日は、出席さ

⁸⁰⁾ 井戸田侃・浅田和茂『疾風怒濤 一法律家の生涯—佐伯千侃先生に聞く』（成文堂、2011年）222頁。

れた諸先生方から多くの有益な御助言・御質問を頂いたが、井戸田先生からも、さらに研究に励むよう温かいお言葉を頂いた。そのような貴重な機会を得ることができたのも、辻本典史近畿大学教授に本研究会を御紹介頂いたからであり、この場をかりて厚く御礼申し上げる。本稿を執筆するにあたり、あらためて井戸田先生が遺された刑事訴訟法学・刑事実務への偉大な御功績に敬慕の念を抱くとともに、心より御冥福をお祈り致します。

松倉治代（大阪市立大学准教授）「迅速な裁判」の意義—ドイツの刑事訴訟における証拠調べ請求権に対する制限をめぐる議論を手がかりとして—

1. はじめに

2016年11月12日、「井戸田侃先生 米寿祝賀会」（刑事訴訟法研究会（大阪）、呼びかけ人 久岡康成、松岡正章、光藤景皎、石川元也、浅田和茂、松宮孝明）が開かれた。この祝賀会の「第1部 研究会」において、「学理からの研究報告（井戸田理論を踏まえて）公判論」を行う機会を得た。その内容について、公判手続に関する井戸田理論（以下、「井戸田公判論」とする。）を踏まえた報告者なりの研究報告が求められた。本稿は、この報告内容に加筆したものであり、井戸田公判論を概観したうえで、井戸田先生の見解を端緒として、ドイツにおける議論を手がかりに、迅速な裁判の現代的意義について検討することを目的とする。

祝賀会后、井戸田先生が、2017年5月29日に御逝去されたことは、予期せぬ大きな悲しみであった。井戸田先生のご冥福を心よりお祈り申し上げるとともに、井戸田先生への追悼と深い感謝の気持ちを込めて、本稿を井戸田先生に捧げたい。

2. 井戸田公判論

井戸田先生の公判手続に関する理論が主に示されているのは、井戸田先生の単著『刑事手続の構造序説』（有斐閣、1971年。以下、「序説」とする。）、『公訴権濫用論』（学陽書房、1978年。以下、「濫用論」とする。）、『刑事手続構造論の展開』（有斐閣、1982年。以下、「展開」とする。）、そして、『刑事訴訟理論と実務の交錯』（有斐閣、2004年。以下、「交錯」とする。）である。以下では、これらを中心に概観する。

まず、井戸田公判論の特徴として、「抽象的なデュー・プロセスではなく、その個々の問題におけるデュー・プロセスの具体的なその内容を明らかにすること」(交錯 i 頁)及び「実務経験を基礎においた研究」(展開 ii 頁)であることが指摘されよう。これを踏まえ、井戸田先生は以下のように展開される(公訴権濫用論について、井戸田先生は捜査手続と公判手続を結び付ける役割を持つと位置づけておられるが、別報告者が研究報告されるため、本稿では扱わない。)

(1) 公判手続の構造

公判手続の構造論について、井戸田先生は、当事者主義をデュー・プロセス(価値的当事者主義)として用いる通説によれば、当事者主義と職権主義とが対立するものとなり、職権主義的要素を有する制度について説明できないと批判する。そこで、これを訴訟主体と訴訟主体との関係を示す没価値的な概念と捉え(両当事者に公判手続の主導権を与える(当事者主義)か、裁判所にそれを与える(職権主義)かの相違にすぎないとする。)、公判手続では、理論的には当事者主義を基本に据え、これを現実的な当事者対等の原則によって調整を加えることによって、当事者主義と職権主義的規定を同一平面において矛盾なく位置づけることができる、と説明する(交錯124頁以下)。

公判手続が「検察官の訴追行為に対する批判一判断をいう構造をとる」結果、「被告人側は検察官の主張を否定しさえすれば足り、積極的に反対事実を主張、立証する必要はない」。日本において「強力な地位を承認されている司法警察職員、検察官制度の下で当事者主義をとるからには、つねに両当事者間においては(実質的な)当事者対等の原則を考慮しなければならない」という意味で、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が、当事者主義との関係で特別な意味を有すると指摘する(序説231頁以下)。

(2) 訴訟指揮

上記のような公判手続の構造論によれば、「訴訟指揮権は…裁判所に与えられた権限ではあるが、…職権主義を徴表するものではないのであって、それはむしろ当事者主義を引き立たせ、当事者対等の原則を充たす意味をもつ」とする（展開225頁）。

(3) 証拠開示

井戸田先生によれば、公判手続の法的性格を検察官の公訴提起行為に対する批判のための手続と捉えると、検察官は、自身が設定した審判対象を維持し、その批判をうけて客観的に適正な裁判を獲得するための役割を担い、公正な裁判のために批判をうける立場にある。このような理由から、井戸田先生は、当事者主義を採る日本の刑事訴訟において、検察官と被告人（弁護人）は対等な当事者であり、検察官が取調べを請求する意思のない証拠まで閲覧させることはできないとする見解は誤りである、と指摘する（交錯144～145頁）。そして、現行法は、実質的当事者対等の原則に基づき、挙証責任を原則検察官に負わせており、裁判所と両当事者との間に当事者主義を採るのであれば、両当事者間には実質的当事者対等の原則を位置づけるべきであるとする。それゆえ、検察官は、公益の代表者として、公正な裁判に寄与する義務があるため、検察官が職務上収集した証拠を、第1回公判期日前に、証拠収集等において圧倒的に劣った立場にある被告人に全面開示しなければならない、と説明する（交錯232頁以下）。

(4) 自白の証拠能力

井戸田先生は、前提として、捜査手続の構造からみて、被疑者取調べを、証拠収集（自白獲得）の手段ではなく、被疑者に対して犯罪事実を notice し、hearing する機会を与えるための制度ととらえる（交錯182頁以下）。

その主たる目的は、「被疑者の弁解，主張を聴取して嫌疑の有無を明らかにし，起訴，不起訴を決定するためのものであって，あるいは起るかも知れない起訴という被疑者に対する不利益処分的前提をなす，むしろ被疑者の権利」であるとする（序説67頁以下）。そのうえで，日本の刑事訴訟法（以下，「法」とする。）319条1項の解釈について，井戸田先生は，任意性があることが証拠能力付与の要件であって，その判断にあたっては，虚偽排除説と人権擁護説の考え方を考慮すべきとする。ここでいう「人権擁護説」は，黙秘権侵害に限らず，およそ自白を獲得する過程において「人権侵害とみられるべき行為がないことを必要とする」のであって，これは違法な行為（デュー・プロセス違反の行為）を意味するという（序説269頁以下）。

(5) 迅速な裁判

井戸田先生は，起訴前における公訴時効完成と論理構造を同じくするという視点で，いわゆる高田事件判決以前から，迅速な裁判違反は，起訴後において，被告人に不利益な結果を惹起し，そのため処罰する必要がなくなったものとして，免訴の判決で手続を打切るべきと指摘しておられた（交錯6頁，序説195頁以下，「濫用論」132頁以下）。

3. 迅速性の要請と適正・公正の要請の衝突—井戸田先生の見解を手かりとして

上記のように，井戸田先生は，高田事件判決以前から，迅速な裁判違反につき，免訴判決で被告人を救済すべきであると主張してこられた。その後，「訴訟促進」政策が効果をあげ，事実審の平均審理時間は飛躍的に短縮され，現在では，99%以上の刑事事件は2年以内に終結している⁽¹⁾。特

(1) 白取祐司『刑事訴訟法』（日本評論社，9版，2017年）85～86頁，同「迅速な

に、近年、刑事司法制度改革の柱の1つとして「裁判の充実・迅速化」が位置づけられており、高田事件で問題となったような状況はないものの、別の新たな課題が生じている⁽²⁾。

一般に、刑事手続における迅速な裁判の要請⁽³⁾には、公的利益と被疑者・被告人側の利益が絡むが、「訴訟促進」策の中で強調されるのは、前者であり、具体的に、時の経過による証拠の散逸や証人の記憶の減退を防止するという利益、国家が犯罪行為後に速やかに行為者を処罰することにより刑罰権の実現が容易になりかつ将来にわたって犯罪を抑制するという一般予防効果を高める利益、刑罰の迅速な実現による法的平和の回復が可能になる点、犯人の更生効果を高める利益、刑事司法の限られた人的・物的資源の浪費を防ぐ利益等がある。被疑者・被告人の身体を拘束しない場合、迅速な裁判は、その逃亡や証人威迫の可能性を小さくすることができる点も指摘される⁽⁴⁾。

他方、迅速な進行による利益は、被疑者・被告人側にもありうる。自己に有利な証拠が散逸するのを防ぐという利益、未決の身柄拘束が長期化しないという利益、訴追それ自体や被疑者・被告人という法的地位から生じる心理的・物質的・社会的な不利益を最小化するという利益等がある⁽⁵⁾。

しかし、刑事手続の短期化が、常に被疑者・被告人の利益であるとは限

ㄨ 裁判」刑事訴訟法判例百選7版（1998年）127頁。

(2) 堀江慎司「刑事裁判の充実・迅速化」ジュリスト1370号（2009年）124～126頁。

(3) 迅速な裁判に関する代表的な先行研究として、荒木信怡『迅速な裁判を受ける権利』（成文堂、1993年）、松尾浩也「迅速な裁判」『法学協会百周年記念論文集 第二巻』（有斐閣、1983年）571頁以下、田宮裕「迅速な裁判を受ける権利」『刑事訴訟とデュール・プロセス』279頁以下（有斐閣、1972年）等がある。

(4) 田宮裕「迅速な裁判を受ける権利」『刑事訴訟とデュール・プロセス』（有斐閣、1972年）283～284頁、野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ』（有斐閣、第5版、2012年）440～441頁等。

(5) 田宮・前掲注(4)283～284頁、野中他・前掲注(4)440～441頁等。

らない⁶⁾。一般的に、被疑者・被告人の防禦権を厚くするほど、その手続には時間を要する傾向がある。被告人側が、正当かつ実りある防禦とその準備のために時間を要する場合もある。この点につき、高田事件「判決後の状況を見ると、『人権問題としての真の長期裁判問題を解決する方策としては糊塗のないし擬似的なもの』にすぎず、その反面、『そのイデオロギー的役割はきわめて大き』いとした小田中教授の指摘⁷⁾は、杞憂ではなかった…。…訴訟促進策が個別事件の審理に適用されるとき、それは必ずしも被告人の権利保障につながらない。それどころか、被告人の防御に必要な実体的、手続的諸権利の行使を無視しても、訴訟を促進するという裁判所の態度へと直結しがちである⁸⁾との指摘は、重要である。実際、近年の公判前整理手続の運用において、裁判所側は、証拠開示をめぐる紛糾や長期化を防ぎ、期日指定をすることによって訴訟の促進・迅速化を図ろうとするのに対し⁹⁾、被告人に防禦を犠牲にさせてまで迅速化に協力させるべきではないとの指摘がなされている¹⁰⁾。

(6) 例えば、保釈されている場合、早く訴訟が終結すれば、それだけ早く受刑の機会が訪れることになるし、時の経過によって減刑される傾向がないわけではない。

(7) 小田中聡樹「長期裁判問題への一考察」法律時報45巻5号(1973年)17頁。

(8) 村井敏邦「迅速な裁判」刑事訴訟法判例百選6版(1992年)117頁。

(9) 公判前整理手続の長期化とその原因についての指摘として、最高裁判所事務総局『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(概況編)』(2011年)144~145頁。なお、岡田悦典「公判前整理手続の手続的規制」南山法学38巻3・4号(2015年)89頁以下も参照。

(10) 「座談会 公判前整理手続で刑事弁護は変わったか 被告人の権利擁護と迅速・充実した裁判の実現に向けて」季刊刑事弁護48号(2006年)36頁(鈴木一郎発言)、葛野尋之・中川孝博・瀧野貴生編『判例学習刑事訴訟法(第2版)』(笹倉香奈執筆)(法律文化社、2015年)176頁、後藤昭・白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法(第2版)』(日本評論社、2013年)(後藤・白取執筆部分)5頁及び(瀧野貴生執筆部分)748頁、高平奇恵「公判前整理手続の目的と限界争点の整理と証拠の厳選に着目して」川崎英明・白取祐司編著『刑事訴訟法理論の探究』(日本評論社、2015年)107~109頁、121~122頁等。この問題について

この点、憲法37条は、被告人の迅速な裁判を受ける権利を保障しているが⁽¹⁾、法1条は「刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現する」と、また刑事訴訟規則1条1項は「裁判の迅速と公正」と規定し、上記利益を踏まえた微妙な表現をしている。

このように、迅速な裁判の要請は、公的利益と被疑者・被告人の利益が絡む複雑なものであり、事案によって当事者の利益が異なるため、時間の長短のみで判断できるものではない。ここに迅速性の要請と適正・公正の要請との衝突があり、迅速な裁判の現代的意義を考える必要があると考える。

この迅速性の要請と被告人の防禦権の衝突をめぐる、迅速性の要請の公的利益を根拠として被告人の手続権を制限することは正当化されるのか、という問題が、近年ドイツで活発に議論されている⁽²⁾。その背景には、ドイツの連邦通常裁判所及び連邦憲法裁判所による一連の判断がある。判例

として、井戸田先生も、被告人の権利保障を強調し、「もっとも迅速な裁判の名のもとに被告人らの防禦権を侵害することがあってはならない」とか「『迅速な裁判』といっても、憲法は被告人の利益のためにこれを保障しているのである。被告人の利益を犠牲にしてまで迅速な裁判を強調することはその本来の意味ではない」と指摘しておられた（井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣、1993年）16頁、展開234～235頁。）。

(1) 憲法37条が迅速な裁判を「刑事被告人」にのみ保障した理由については、「第一に、実は、検察官側は訴訟が遅れても被告人ほどの不利益をこうむらない。国家の側には、強大な捜査の機構がある。また、搜索・押収など相当な範囲で強制処分権限が付与されている。そのうえ、とくにわが法のもとでは、収集した証拠を書証として確保し、これを公判廷で使う便宜が広範に与えられている（刑訴321条以下）、第二に、訴訟を開始するのは、ほかならぬ検察官であり（刑訴247条）、遅れるのがいやなら、早く訴追すればよいのである。ところが、被告人にはもとよりこういうことはない。したがって、その大小として、『迅速な裁判』の保障があるのである。憲法37条の保障は、こういう意義をもつ」と説明されている（田宮・前掲注(4)284頁）。

(2) 2010年のドイツ法曹大会刑事法部門のテーマとして取り上げられた（68. DJT, “Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? - Verständigung im Strafverfahren, - Fristsetzung”⁷

は、連邦通常裁判所第1刑事部2007年5月9日決定以来、被告人又はその弁護人が証拠調べ請求権を過度（濫用的）に行使する事件について、その権利行使を制限する目的で、被告人の証拠調べ請求に期限を設定するという解決法を採用する。これに対し、学説の多くは、このような事案に対して何らかの対処が必要であることは認めるものの¹³⁾、判例がとる解決法に批判的である。

ドイツの刑事訴訟は職権主義を採用している点で、当事者主義を採用する日本と大きく異なる。しかし、迅速性の要請の公的側面及びその結果として被告人も利益を享受することを理由として裁判の迅速化を図ろうとする裁判所と、手続の時間的短さよりも手続の主体として防禦権を積極的に行使することを望む被告人及びその弁護人とが衝突するという問題状況が共通している状況において、刑事手続における迅速性の要請の現代的意義が再考されている点で、ここに紹介し検討する意義があると考えられる。

そこで、以下では、ドイツにおける迅速性の要請と被告人の証拠調べ請求権行使に関する近年の判例及びそれをめぐる議論を確認することを目的

↘ für Beweisanträge, - Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien”, 22-23. September 2010, Berlin, Vorsitzender, Prof. Dr. Helmut Satzger, München; Stv. Vorsitzende, Vors. Richterin am BGH, Dr. Ingeborg Tepperwien, Karlsruhe und Rechtsanwältin Prof. Dr. Gunter Widmaier, Karlsruhe/München; Schriftführer, Wiss. Mitarbeiter Frank Zimmermann, München; Gutachter, Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen/Nürnberg; Referenten, Vors. Richter am LG Peter Faust, Berlin, Generalbundesanwältin Prof. Monika Harms, Karlsruhe/Halle und Rechtsanwältin Dr. Sven Thomas, Düsseldorf.)。

(13) 被疑者・被告人の権利と訴訟上の一般的な濫用禁止との限界については、Werner Beulke, Strafrecht, 12. Auflage, 2012, S. 85 (Rn. 126a)。この種の事例に対処する必要性はあることは否定できないが、実際の必要性では正当化されず、法律の条文に基づいて正当化されなければならないと指摘される (Helmut Satzger, Die Fristsetzung für Beweisanträge zur Wahrung des Beschleunigungsgebots - ein Paradoxon?, NJW- Festheft zum 65. Geburtstag von Ingeborg Tepperwien, 2010, S. 59.)。

とする。ドイツにおける迅速性の要請（下記4(1)）及び証拠調べ請求権を概観し（4(2)）、近年連邦通常裁判所及び連邦憲法裁判所が示した判例（4(3)）及びそれに対する学説の反応（4(4)）を確認し、これを検討することによって日本に対する示唆を得ることとする⁽⁵⁾。なお、上記判例には多くの論点が含まれているが、本稿は迅速性の要請に関する点のみ扱う。

4. 迅速性の要請の公的利益を根拠として被告人の手續権を制限することは正当化されるか—ドイツの刑事手續における証拠調べ請求権をめぐる議論

(1) 迅速性の要請

ドイツの刑事訴訟法（以下、「StPO」とする。）は、迅速性の要請に関する明文規定を置いていないが、これを基礎に置いた個別規定を定める。迅速性の要請は、その法的側面（objektive Dimension）につき、人身の自由の不可侵（ドイツ基本法（以下、「GG」とする。）2条2項2文）及び法治国家原理（GG20条3項）から、また権利的側面（subjektive Dimension）につき、法治国家原理によって基礎付けられた比例原則と結び付いた一般的人格権（GG2条1項）に基づく公正な手續を受ける権利から導かれるという⁽⁴⁾。また、欧州人権条約6条1項1文が、適切な期間内に審理を受ける被疑者・被告人の権利として明文化しており、ドイツの刑事手續においても被告人にとって有利に顧慮される⁽⁵⁾。

(4) Herbert Landau, Die Ambivalenz des Beschleunigungsgebots, FS-Hassemer, 2010, S. 1077; BVerfGE 63, 45 (S. 69); BVerfG NStZ 1984, S. 128; NJW 1993, S. 3254; NJW 2001, S. 2897; NJW 2003, S. 2225; NJW 2003, S. 2228; NJW 2003, S. 2897.

(5) Claus Roxin und Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017, S. 91 (§ 16 Rn.3); Landau, Fn. 14, S. 1076; BVerfG NJW 1993, S. 3254 (S. 3256); NJW 1995, S. 1277 (S. 1278); BGH NJW 1999, S. 1198 (S. 1199).

刑事手続における迅速な裁判の要請は、被疑者・被告人が自由に処分できるものではなく⁽⁶⁾、様々な利益が絡む。被疑者・被告人側の利益としては、必要な時間を超えて被疑者・被告人という手続的地位と結び付けられた肉体的・精神的な負担、それに伴って生じる社会的及び経済的不利益にさらされないという点が挙げられる⁽⁷⁾。他方、例えば、身柄を拘束されていない被疑者・被告人の中には、予想される有罪判決を時間的に先延ばしすることを望む者もある⁽⁸⁾。他方、公的利益は、しばしば「機能性の高い刑事司法 (funktionstüchtigen Rechtspflege)」や「効率的司法の必要条件 (Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege)」⁽⁹⁾という概念で表現され、時の経過によって証人の記憶等証拠の価値が低下し、真実発見という刑事訴訟の目的が達成されなくなることを防ぐ点が指摘される⁽¹⁰⁾。また、犯罪行為と裁判所による最終的な判断との間の時間的間隔をできる限り小さくし刑罰を迅速に実現することによって、法共同体が刑罰を生じた不法に対する反応と捉え、犯罪行為によって惹起された社会的妨害が排除されたと知覚し、法的平和の回復が可能になるとともに、刑罰の一般予防及び特別予防効果を高め、市民の信頼形成に資するという⁽¹¹⁾。

(2) 証拠調べ請求権

ドイツの公判手続の中心的役割は、裁判所が担う。裁判長は、公判準備

(6) Christian Laue, Das Öffentliche Interesse an der Beschleunigung des Strafverfahrens, GA 2005, S. 648.

(7) Landau, Fn. 14, S. 1074; Laue, Fn. 16, S. 648.

(8) Landau, Fn. 14, S. 1074.

(9) 例えば BVerfGE 33, 367 (383); BVerfGE 41, 246 (250); BVerfGE 44, 353 (374); BVerfGE 46, 214 (222); BVerfGE 74, 257 (262).

(10) Landau, Fn. 14, S. 1074 f.; Laue, Fn. 16, S. 649.

(11) Landau, Fn. 14, S. 1075 f.; Herbert Landau, Strafrecht nach Lissabon, NStZ 2011, S. 545; Laue, Fn. 16, S. 658; Imme Roxin, Ambivalente Wirkungen des Beschleunigungsgebotes, StV 2010, S. 438.

並びに指揮を義務づけられ (StPO213条以下, 同238条1項), 証拠調べは, 職権探知主義を採る (StPO244条2項)。手続関係者がこの証拠調べに影響を及ぼしうる最も重要な制度が, 証拠調べ請求である (StPO 244条3項²²⁾ 及び4項, 同245条, 同246条²³⁾)。被告人の証拠調べ請求権は, 「最強の武器」としてその防御戦略を構築し, 主体的・自律的に公判に影響を及ぼすことを可能にする。もし被告人に証拠調べ請求権がなければ, 被告人の地位は手続の客体となり, 法的聴聞の要請 (GG103条1項) 及び人間の尊厳 (GG1条1項) に反する。欧州人権条約6条3項c・dが保障する被告人が効果的な弁護を受ける権利や全体として保障される公正な手続は, 証拠調べへの積極的関与の可能性のもとで初めて実現する。それゆえ, 被告人に保障された証拠調べ請求権に対する制限は, たとえそれがわずかなものであっても, それを正当化する十分な根拠が必要であるとされている²⁴⁾。

証拠調べ請求の却下が条文上認められるのは, StPO244条3項乃至5項, 同245条2項2文及び3文に列挙された要件を充たし, 裁判所の決定によって許される場合に限られる (StPO244条6項²⁵⁾)。裁判所は, 判決言渡し

²²⁾ StPO 244条3項「証拠調べの請求は, その証拠の取調べが不適法なものであるときは, これを却下する。その他の場合は, 証拠の取調べが公知の事実に関するため不必要であるとき, 証明しようとする事実が裁判にとって意義を有しないとき, 若しくは既に証明されているとき, 証拠方法が完全に不適法なもの若しくは入手不能のものであるとき, 請求が手続の遅延を目的としているとき, 又は被告人の責任の軽減のために証明されるべき重要な主張につき, 主張された事実を真実として取り扱うことができる。」(以下, 条文訳は, 松尾浩也ほか訳『ドイツ刑事訴訟法典(法務資料第460号)』(法務大臣官房司法部法制部司法法制課, 2001年)を参照した。)

²³⁾ StPO 246条1項「証拠又は要証事実が時期に遅れて提示された場合であっても, そのことを理由として証拠調べを拒むことはできない。」

²⁴⁾ Satzger, Fn. 13, S. 59.

²⁵⁾ StPO 244条6項「証拠調べ請求の却下は, 裁判所が決定でこれをしなければならぬ。」

開始まで証拠調べ請求を受けるよう義務づけられている（StPO246条1項）。裁判所は、明らかな権利濫用の場合であっても、被告人の証拠調べ請求という防禦地位を禁じる権限を有さない⁶⁶⁾。

(3) ドイツ連邦通常裁判所及び連邦憲法裁判所による近年の判例

① 従来のアプローチとその背景

証拠調べ請求権は、従来、判例により制限されてきた。連邦通常裁判所第1刑事部1991年12月3日判決⁶⁷⁾は、被告人自身が証拠調べ請求権を過度（濫用的）に行使する場合、裁判所が、例外的に、以後の証拠調べ請求を弁護人を通じてのみ行うよう被告人に命じることができる、と判断した⁶⁸⁾。

このような事例の背景には、証拠調べ請求に対する回答において裁判所側に上訴理由となりうる瑕疵が生ずることを狙った弁護人の活動や、「通常の」手続経過を複雑化することによって、手続を短縮する申し合わせ（Absprache）の準備を高める又は公判における自身の立場を強化する、という戦略があるという⁶⁹⁾。

証拠調べ請求権を制限するために期限設定という方法を初めて用いたのは、連邦通常裁判所第5刑事部2005年6月14日決定⁷⁰⁾であった。この事件は、被告人が謀殺の罪等で訴追され、その公判期日は291回を数え、ほぼ

⁶⁶⁾ BGH, Beschluss vom 14. Juni 2005 - 5 StR 129/05, NJW 2005, S. 2466 (S. 2467) 参照。

⁶⁷⁾ BGHSt 38, 111 (114)。

⁶⁸⁾ Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Auflage, 2017, S. 1094 (§ 244 Rn.69a, Meyer Goßner); Beulke, Fn. 13, S. 297 (Rn.438)。

⁶⁹⁾ Christian Fahl, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, 2004, S. 554. 濫用の定義については BGHSt 38, 111 (113), 濫用の概念の問題に関しては, Fahl, Fn. 29, S. 11-14を参照。

⁷⁰⁾ BGH, Beschl. v. 14.6.2005 - 5 StR 129/05, StV 2006, S. 113.

すべての証拠調べ請求が無意味であることを理由に却下された後も300回を超える証拠調べ請求を行っており、異常に長い時間がかかっていた。特に、StPO244条6項が、証拠調べ請求の却下は裁判所が決定でこれをしなければならないと規定し、その決定に際してその理由づけの基本的な内容を記録化しなければならないため、公判の進行が著しく妨げられていた。

連邦通常裁判所第5刑事部は、次のように述べ、極度に長期化し遅延した事案に限って、裁判所による決定（StPO244条6項）を簡略化し、その判決の理由の中で初めて判断するという方法を示し、その中で、期限設定というアプローチを用いた。「極度に長期化した事案において、…一方で、公判における証拠調べ請求に対する回答から被告人が得る情報利益、他方で、拘禁事案における迅速性原則及び機能性の高い刑事司法の要請…の衡量にあたって…StPO244条6項の制限という方法につき、以下の手続方法が検討に値すると考える。（それは）手続関係者に証拠調べ請求の受け入れ期限を設定し、そして一詳細な理由付けをもって一遅延の意図が認められることを理由に、期限経過後になされた請求を一括却下する（という方法である）。…裁判所は請求を審査するが、裁判所による決定によって個別に回答するのではなく、主に解明の観点のもとで、補助証拠調べ請求のように判決理由の中で回答する。…この特別の手続方法は、あらかじめなされた証拠調べ請求がたびたび遅延の意図（StPO244条3項2文、同245条2項3文）ゆえに却下されなければならないとき初めて問題になりうる」と⁶¹⁾。

② 訴訟を遅延させる意図についての証明を軽くするための期限設定

従来判例によると、遅延の意図を理由とした証拠調べ請求の却下が認められるためには、当該証拠調べが請求者にとって何ら有利な結果をもた

⁶¹⁾ StV 2006, S. 113 (S. 115 f.).

く解明義務が証拠調べを促さない場合—原則，その請求が手続の遅延以外の何物も目的としていないという前提から出発できる…」⁶⁶⁾と。

その後，連邦通常裁判所第3刑事部も，2007年6月19日決定⁶⁷⁾において，上記2007年5月9日決定のアプローチに賛同した。

(b) 連邦通常裁判所第1刑事部 2008年9月23日決定⁶⁸⁾

連邦通常裁判所第1刑事部は，上記(a)決定に続き，2008年9月23日決定において，裁判長が証拠調べ請求に期限を設定することを認めた。その期限が経過した後に証拠調べ請求がなされた場合，「証拠調べ請求者が，証拠調べ請求が遅れた理由を後付けできず，かつ立証・説明できず，かつ，解明義務も証拠調べを強く求めないのであれば」，この期限の不遵守は，遅延の意図という内心の事実の徴表になりうるとした。「StPO213条以下及び同218条1項によると，裁判長は，公判の実施を適当な措置によって準備し，その実施を確保しなければならない。それは，…証拠調べの進行，特に個々の証拠調べの時間的順番も決定する権限にも妥当する。そこから，裁判所によって解明義務（StPO244条2項）の基準に基づき必要であるとみなされる証拠調べが終了するとき，場合によっては起こりうる証拠調べ請求に対する期限設定によって，さらなる証拠調べの形を促進する権限も導かれる。そのような方法は，すでに長期間かかっている，特に少なくとも10回の公判期日行われている手続の場合に（StPO229条2項），規則どおりに，適切な時間枠内での手続の終了を要求する迅速性原則を顧慮して（欧州人権条約6条1項1文），公判指揮を可能にするために示されるだろう。

⁶⁶⁾ NJW 2007, S. 2501 (S. 2504).

⁶⁷⁾ BGH, Beschluss vom 19.6.2007 - 3 StR 149/07 = NSTZ 2007, S. 716; StV 2007, S. 563.

⁶⁸⁾ BGH, Beschluss vom 23.9.2008 - 1 StR 484/08 = BGHSt 52, 355; NJW 2009, S. 605.

それに対して、StPO246条1項は、刑事訴訟法に妥当する実体的真実の原則に基づき、時の経過に基づく証拠調べ請求の排除を禁じているだけである。しかし、それは、期限設定と並行して現れるものではない。証拠調べ請求が設定された期限内に行われないうち、請求者が、当該証拠調べ請求が遅れた理由を後付けできずかつ立証・説明できず、そしてStPO244条2項に基づく解明義務も証拠調べを強く求めているのではないのであれば、請求者の遅延の意図にとって重大な徴表となるだけである…。

裁判長が期限設定の可能性を用いるとき、StPO273条3項1文によると、その命令は記録化されなければならない。命令の根拠及び期限の相当性を必要な範囲で根拠付けることが望ましい。その際、手続関係者は、裁判所は期限経過後になされた証拠調べを一般的規定にしたがって受け取りかつ回答しなければならぬ旨を教示されなければならない。さらに、期限経過後に証拠調べ請求が行われた場合、請求者はその理由を立証・説明しなければならず、かつ、裁判所は、その心証によれば、時期に遅れた証拠調べ請求についての後付け可能な根拠がないとき、StPO244条2項に基づく解明義務がそれにもかかわらず証拠調べを強く求めないのであれば、原則、その請求は手続遅延以外の何物も目的としていないということから出発できる旨を説明されなければならない。それに対して、手続関係者は、一場合によっては補助的証拠調べの場合には判決にも一期限経過後になされた証拠調べ請求の却下は、遅延の意図を理由に、ほかの要件が存在する場合にありうる旨も教示されなければならない³⁹⁾と。

(c) 連邦通常裁判所第5刑事部 2009年7月9日決定⁴⁰⁾

その後、連邦通常裁判所第5刑事部も、2009年7月9日決定において、慎重な姿勢を示しつつも、第1刑事部が認めたアプローチを承認した。第

³⁹⁾ NJW 2009, S. 605 (S. 607).

⁴⁰⁾ BGH, Beschluss vom 9.7.2009 -5 StR 263/08 = BGHSt 54, 39.

5 刑事部によれば、第 1 刑事部によって示された期限設定解決アプローチは「StPO246条 1 項と矛盾するものではない」。「それは、ただ時期に遅れた証拠調べ請求であること又は期限経過後の証拠調べの受け入れ拒否という理由に基づく証拠調べ請求の却下を正当と認めるのではない。むしろ、それは、厳格な、欧州人権条約 6 条 1 項の迅速性要請に義務づけられた手続処理という目的を追求しており、訴訟を遅延させるための証拠調べ請求権の機能障害的行使を阻止することを試みるものであり、StPO244条 3 項 2 文、同 245条 3 項 3 文に該当する却下理由に関して、裁判所に与えられた従来の判例の拡大及び変更につき、根拠なく時期に遅れた証拠調べ請求のより容易な却下の事実正当な準備のための途を創造するものである」とした⁴¹⁾。

他方で、第 5 刑事部は、「有効で積極的な防御のための証拠調べ請求権という基本的意義と、法律上証拠調べ請求の排除に関する規定を欠くこととの間の緊張関係において、そのように展開される手続方法について、慎重かつ用心深い取り扱いが必要である」とし、「裁判官による証明プログラムの処理前ではなく、規則に従い、10回の公判期日の後にはじめて考慮に入れられなければならない。加えて、期限設定を行うきっかけは、通常、これまでの手続態度の中に遅延の意図について一定の徴表がある場合であり、それは、裁判長によって相応の命令との関係で明確に示されなければならない (StPO273条 3 項)」と述べ、第 1 刑事部よりも明確に、この期限設定解決アプローチの適用範囲が限定的であることを示した⁴²⁾。

(41) <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/08/5-263-08.php?view=print> (Rn. 28; 2017年 7 月 7 日アクセス)

(42) Fn. 41, Rn. 29.

(d) 連邦憲法裁判所第2法廷 2009年10月6日決定⁴³⁾

連邦憲法裁判所も、2009年10月6日決定において、上記の連邦通常裁判所のアプローチを確認した。

まず、連邦憲法裁判所は、「証拠調べ請求に関する期限設定…は、憲法上疑義を申し立てられない」とし、この期限設定という措置について、「GG20条3項と結びついたGG2条1項に基づく公正な手続を受ける権利を侵害しておらず、GG20条2項2文と結びついたGG2条1項の裁判官による法発見の限界を超えるものでもない」と判断した⁴⁴⁾。

次に、裁判所は、公正な手続を受けるという被疑者・被告人の権利について、次のように述べた。「被疑者・被告人に公正な手続の原則に基づき個別に認められなければならない手続法上の権限の決定及びその形態は、第1に立法者に、そして次に一法律による限界の中で一裁判所にその義務づけられた法解釈及び適用によって義務づけられる。公正な手続を受ける権利の侵害は、確かに、手続権についての全観点一裁判所による解釈及び適用においても一から、法治国家的に説得力ある帰結が導かれぬ又は法治国家上不可欠のものが犠牲にされるとき初めて存在する」と。そのうえで、「この全観点の枠内で、機能性の高い刑事司法の要請にも目を向けなければならない。公平 (Gerechtigkeit) の思想を基本的構成要素とみなす法治国家原理は、刑事手続法の公正な形態及び適用のみを要求しているのではない。それは、機能性の高い刑事司法という観点を顧慮することも許容しかつ要求している。それによって、公平さが一般に認められなくなることはない」とした。そして、裁判所は、「全衡量」に基づき、「効果的な刑事司法の要請に資する手続形態は、被告人又は被疑者・被告人の手続

⁴³⁾ BVerfG (2.Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 6.10.2009 - 2 BvR 2580/08 = NJW 2010, 592.

⁴⁴⁾ NJW 2010, S. 592 (S. 592).

法上の地位が以前の状況に比して後退する場合、公正な手続という基本法上の要請に反しない」と判断した。なぜなら、迅速性要請の公的利益である機能性の高い刑事司法という要請が、優先的に考慮されるからであるという。この点について、裁判所は次のように述べた。「機能性の高い刑事司法の要請と密接に結びついているのが、迅速性要請である。この憲法上の原則も、公正な手続を受ける権利の具体化に際して顧慮しなければならない。機能性の高い刑事司法は、通常、国家の刑罰権の達成のみを要求しているのではなく、法共同体が刑罰を犯された不法への反応としてまだ知覚しうるような、適切な時間枠内での達成も要求している。不必要な手続遅延は、刑事罰の目的を疑わしいものにするだけではない。それは、刑事訴訟におけるできるだけ完全な真実探究という憲法上守らなければならない公的利益も損なう。なぜなら、証拠の質が、時の経過によって低下するからである。加えて、被害者保護の観点からも、刑事手続の迅速性が要求される。長すぎる手続は、まさに犯罪行為の被害者にとっても、特別な負担である」と⁴⁵⁾。

このように、「証拠調べ請求に対する期限設定は、個別事案において、刑事手続の効果的かつ加速的实施を顧慮し」ており、「漸次的な証拠調べ請求によって手続の終了が先延ばしにされるという危険を防ぐ」という⁴⁶⁾。

そして、「本件において、刑事手続における証拠調べ請求の期限設定…に対し、憲法上の疑念は生じない。手続関係者に対し証拠調べ請求に期限を設定することそしてその後に行われた証拠調べ請求を個別の事案においてStPO244条3項2文の訴訟遅延を理由に却下することは、裁判官による許されない法発見でもなく、刑事手続の全観点から憲法上疑義を唱えられ

⁴⁵⁾ NJW 2010, S. 592 (S. 593).

⁴⁶⁾ NJW 2010, S. 592 (S. 595).

るものでもない」と判断した⁽⁴⁷⁾。

期限設定という方法は、憲法で保障される公正な手続を受ける権利の観点で憂慮される「『証拠調べ請求権の偽装された排除』を導かない」という。この「期限設定は、排除の期限ではなく、これを手続関係者が守らない場合に、これを裁判所が訴訟遅延という却下根拠の要件の存在に対する『重大な徴表』として受け取ることができることを導く」⁽⁴⁸⁾。また、裁判所は、期限設定には単なる徴表機能しかないことから、この期限設定は、StPO246条1項と矛盾せず、かつ裁判官による法発見の限界も超えていない、と判断した⁽⁴⁹⁾。

(4) 学説による批判的検討

このように、連邦通常裁判所及び連邦憲法裁判所が被告人及びその弁護人の証拠調べ請求権を制限しうる期限設定アプローチを採用したことに対して、学説から以下のような疑問が呈されている。

① 「機能性の高い刑事司法」という概念を根拠とした被疑者・被告人の手続権制限に対する批判

判例は、被告人の証拠調べ請求権という手続権の制限を正当化する理由付けの1つを、「機能性の高い刑事司法」に求めている。この概念は、多くの決定⁽⁵⁰⁾の中で論拠として用いられており、「実効的な刑事司法にとって

(47) NJW 2010, S. 592 (S. 593).

(48) NJW 2010, S. 592 (S. 593 f.).

(49) NJW 2010, S. 592 (S. 595).

(50) 連邦通常裁判所や連邦憲法裁判所は、主に、手続の迅速な処理が問題となる事例と証拠利用禁止が問題となる事例において、「機能性の高い刑事司法」という概念を用いて論証している (Imme Roxin, Die neuere Entwicklung des Topos "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege", FS- Schünemann, 2014, S. 941-943.)。

有利な結果となるように被告人又は被疑者・被告人の手続法上の地位が冷遇されても、実効的な刑事司法の要請に資する手続形式は、公正な手続という基本権的要請に反しない⁶⁰⁾とされている。問題は、「機能性の高い刑事司法」という概念を根拠として、被告人の証拠調べ請求権の行使を制限することは許されるか、という点である。

これを肯定する Landau によると、「機能性の高い刑事司法」という概念は、本質的に、一般的かつ絶対的に、実効的な刑事訴追あるいは能率的な刑事司法を意味する⁶¹⁾。これは、自由及び安全の前提条件として、法治国家原理の現れであるだけでなく、民主主義的法治国家それ自体の存在及び存続にとって不可欠であるという⁶²⁾。「機能性の高い刑事司法」の現代的意義は、テロによる国内の安全の危殆化、現行の StPO では経済犯罪、組織的犯罪やテロ犯罪に関する手続に対処することが困難であること、公判の迅速な進行を妨害するような弁護側の訴訟態度が問題視されていること、人的・物的資源が不足する中で司法の負担が恒常的に増大していること等にあると説明する⁶⁴⁾。

60) BVerfG NJW 2013, S. 1058 (S. 1060 Rn. 59); BVerfG StV 2010, S. 113 (S. 114); BVerfG NJW 2009, S. 1469 (S. 1474 Rn. 72).

61) Herbert Landau, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, S. 121.

62) Landau, Fn. 21, S. 537 und 544.

64) Landau, Fn. 52, S. 121 f. 迅速性は、事実に即した真実探究にも資するゆえに、原理的に真実探究と矛盾するものではなく (Landau, Fn. 14, S. 1085 f.), 真実確保機能の中で、実体的真実の探究を前提とする責任原理も顧慮しているという (Landau, Fn. 21, S. 537 ff. und 545)。ドイツ法曹大会第60回大会において、迅速性原則は、回避しうる手続遅延から被疑者・被告人を保護するという利益のみに資するのであって、この原則から被疑者・被告人の法的地位を侵害するようないかなる帰結も導かれてはならない、という旨を定式化することを避けた点も、上記一連の判例の考え方と一致するという (Landau, Fn. 14, S. 1073; Verhandlungen des 60. DJT, Bd. II/1, Teil M, Münster 1994, S. M 85)。

これに対し、次のような批判⁶⁵⁾ がなされている。

まず、Landau が指摘する「機能性の高い刑事司法」概念の背景に対する批判がある。「テロによる国内の安全の危殆化」については、テロリストに関する刑事訴訟の数は、RAF テロの時代に比して多いとはいえ、司法の機能を損なわせるほど多数の手続が行われているとはいえない。また、国内の安全の危殆化に対する対応は、治安当局の予防的任務であり刑事訴訟機関の抑止的任務ではないという。また、「経済犯罪、組織的犯罪やテロ犯罪に関する手続に対処」に関する指摘に対しては、確かに、大規模かつ複雑な経済犯罪が存在するものの、膨大な時間を要するのは捜査段階であり、実際の大規模な経済手続も適切な時間内に行なわれているという。捜査機関における人的資源の不足についても、これは迅速性要請に合致する司法制度を整備するという国家に課された義務であって、被疑者・被告人の手続権の制限を正当化するものではないという。「公判の迅速な進行を妨害するような弁護側の訴訟態度」については、裁判所は、基本的に法が予定する方法で対応すべきであるという。「裁判所の過剰な業務負担」については、被疑者・被告人の権利を制限することによって効率化するのか、また実際に刑事司法が崩壊の危機にあるほどの状況にあるかは疑問であり、これを根拠に被疑者・被告人の権利を制限することは許されないと反論する⁶⁶⁾。

次に、機能性の高い刑事司法は、民主主義的法治国家の前提であり、実体法の達成に不可欠である⁶⁷⁾。しかし、これが、法治国家的刑事司法の唯

65) 機能性の高い刑事司法という概念を用いることについて批判的な見解として、他に Peter Rieß, Sicherung einer effektiven Strafrechtspflege - ein Verfassungsgebot?, StraFo 2000, S. 364-369や Ulrich Sommer, Das Märchen von der Funktionsuntüchtigkeit der Strafrechtspflege, StraFo 2014, S. 441-444がある。

66) I. Roxin, Fn. 50, S. 948 f.

67) Roxin/Schünemann, Fn. 15, S. 4.

一の前提条件ではない。機能性の高い刑事司法は、被疑者・被告人の権利の保持と必要な時間内のできるだけ完全な真実探究のもと、正当な判断を達成し、法的平和を創出するという刑事手続の目的のもとにあるという⁵⁸⁾。法的平和の回復は、法によって保障された防禦権が承認されたうえでなされた有罪判決によって達成されるという⁵⁹⁾。

また、「機能性の高い刑事司法」という概念に法治国家性、正義、真実、法的平和等の概念が過剰に積み込み憲法上のあらゆる公的利益を一体化させると、被疑者・被告人の権利や自由はこれより劣位にならざるをえず、これが容易に制限されることも懸念されている⁶⁰⁾。

さらに、判例は、期限設定アプローチが許される理由として、時期に遅れた点を請求却下の唯一の根拠としているのではなく、これを訴訟の遅延を理由とする証拠調べ請求却下における多くの諸状況の一つとして扱っている点を挙げる。しかし、実際には、問題となる証拠調べ請求を（訴訟の遅延という理由ではなく）期限の経過を理由に請求を却下する傾向があり⁶¹⁾、このアプローチが、被告人やその弁護人が証拠調べ請求権を過度（濫用的）に行使する事案だけでなく、証拠調べ請求一般にも拡大することが

⁵⁸⁾ I. Roxin, Fn. 50, S. 944 f.

⁵⁹⁾ I. Roxin, Fn. 50, S. 946.

⁶⁰⁾ Winfried Hassemer, Die “Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege”? ein neuer Rechtsbegriff?, StV 1982, S. 277; Laue, Fn. 16, S. 655; Roxin/Schünemann, Fn. 15, S. 4も参照。また、Grünwaldは、法治国家原理から機能性の高い刑事司法の保持という憲法上の任務を導き出すことを、法理国家思考の「倒錯」として指摘する。法治国家原理は、国家権力にさらされる市民のために機能する「刑事訴追利益を破る保護壁」とであるという。法治国家原理に基づく機能性の高い刑事司法という概念は、刑事手続の伝統的な基本原則を相対化し、刑事訴追利益と衡量されることになるという（Gerald Grünwald JZ 1976, S. 772 f.）; Laue, Fn. 16, S. 655）。

⁶¹⁾ Meyer-Goßner, Fn. 28, S. 1094 f. (§ 244 Rn. 69b, Meyer-Goßner).

懸念される⁶²⁾。このような方向で迅速性原則に関する判例が展開されてゆくと、常に迅速かつ時間を節約する方法が優位になりわずかな遅延も回避しなければならないという手続原則に変異する危険があるという⁶³⁾。

② 迅速性の要請の公的利益と正当・公正な手続の要求との関係

迅速性の要請は、上記のように、人身の自由の不可侵（GG 2条2項2文）と法治国家原理（GG20条3項）から導き出され、公正な手続を受けられる権利（欧州人権条約6条1項）の現れであると解される。刑事手続における迅速性要請は、刑事手続に付されるにあたって避けることのできない被疑者・被告人側の負担をできるかぎり時間的に限定し、被疑者・被告人を保護するという目的を有しており、期限設定アプローチのように被疑者・被告人の権利を制限する根拠とはなりえないという⁶⁴⁾。

「公正な手続」とは、迅速な裁判を意味するだけでなく、手続関係者を手続の客体として扱わない手続を意味する。法は、被疑者・被告人に対して様々な手続権を保障することによって、裁判所、検察官、被告人との間のバランスをとるとともに、被疑者・被告人の主体的地位を強調している⁶⁵⁾。一般に、被疑者・被告人が手続権を行使すれば、その手続にはより多くの時間を要する傾向がある。それは、証拠調べ請求権の行使に限ったことではない。法が証拠調べ請求権を明文で被告人に保障しているという

62) Ingeborg Tepperwien, Beschleunigung über alles? Das Beschleunigungsgebot im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, NSTZ 2009, S. 6.

63) Gerhard Fezer, Der Beschleunigungsgrundsatz als allgemeine Auslegungsmaxime im Strafverfahrensrecht?, FS- Widmaier, 2008, S. 189 f. 特に、立法者は、欧州人権条約6条1項及び法治国家原理に基づき、時間的に適切な手続期間の枠組み条件を作ることのみ義務づけられており、内容的に刑事手続をより迅速に進めることを義務づけられているのではないという。

64) Satzger, Fn. 13, S. 60.

65) I. Roxin, Fn. 21, S. 440.

ことは、この権利行使に伴う時間的延長を迅速性の要請に反しないと考えていることを示している。法治国家的保障の保持には、時間も必要である⁶⁶⁾。迅速性の要請は、いかなる犠牲を払っても時間的に短い訴訟を要求しているのではなく、その行使において時間を要する手続権の保障を含む法治国家手続の実現を要求している⁶⁷⁾。真実探究あるいは被告人が公正な手続を受けるために、時間が必要な場合もある⁶⁸⁾。迅速性の要請に対する違反は、その遅延が訴訟法又は法治国家に反する程度に至るとき初めて問題になりうる。被告人又はその弁護人が、訴訟法又は法治国家に適合するように手続権を行使するかぎり、迅速性の要請との衝突はない。その意味で、迅速性要請における公的利益の側面は、被告人及びその弁護人の訴訟法に合致する権利に、その限界を見出さなければならない⁶⁹⁾。

さらに、迅速性を義務づけられるのは国家の側であり⁷⁰⁾、国家の官庁としての裁判所が、迅速性に配慮しなければならない。迅速性の要請は、原則、司法の責めに帰する手続遅延を防ぐためにあり、その意義は、「司法に対して向けられた遅延禁止」であると解すべきである⁷¹⁾。迅速性の要請は、手続関係者に時間を節約するような訴訟態度を促すような一般的手続原則ではなく⁷²⁾、被告人及びその弁護人は迅速性を義務付けられない⁷³⁾。被疑者・被告人の防禦権の行使によって生じる手続延長や、被告人やその弁護人が証拠調べ請求権を過度（濫用的）に行行使する場合、司法の責めに帰

66) Tepperwien, Fn. 62, S. 5.

67) Laue, Fn. 16, S. 658 f.

68) I. Roxin, Fn. 21, S. 440; I. Roxin, Fn. 50, S. 946.

69) Satzger, Fn. 13, S. 60.

70) I. Roxin, Fn. 21, S. 442.

71) Fezer, Fn. 63, S. 179; Lutz Eidam JZ 2009, S. 320.

72) Satzger, Fn. 13, S. 60.

73) I. Roxin, Fn. 21, S. 439.

する手続遅延に関する問題ではない⁽⁷⁴⁾。迅速な裁判を実現するために人的・物的資源を整えるという司法（国家）に対して向けられた義務を、その不全を被疑者・被告人の権利を制限することによって補うことは許されない⁽⁷⁵⁾。その意味で、迅速性要請の公的利益の観点からは、性急な手続処理を事実正当な手続結果よりも要求しておらず、正当・公正な手続の要請に対して副次的な位置にあるという⁽⁷⁶⁾。

③ 証拠調べ請求権及び Nemo tenetur 原則との関係

期限設定アプローチによれば、被告人やその弁護人が証拠調べを請求する場合、期限に遅れた場合その理由を説明しなければならず、証拠調べ請求を行う時点を一定考慮するよう強いられる。訴訟における武器対等の観点のもと、StPO246条1項の本質的な目的は、被告人がその状況から望ましい・必要であると判断するとき初めて当該証拠を訴訟に持ち込む、という防禦戦術における可能性を被告人に与えることにあるのであって、期限設定アプローチはこれを侵害するという⁽⁷⁷⁾。StPOは、ドイツ民事訴訟法

(74) I. Roxin, Fn. 50, S. 947; Eidam Fn. 71, S. 320.

(75) I. Roxin, Fn. 21, S. 440; Satzger, Fn. 13, S. 60.

(76) Laue, Fn. 16, S. 658 und 663.

(77) Satzger, Fn. 13, S. 59; Stefan König, StV 2009, S. 171 (S. 172)。また、連邦通常裁判所第1刑事部が、期限設定アプローチの根拠として、裁判官の訴訟指揮権を挙げた点について、このような見解によれば、証拠調べ請求権が裁判官の訴訟指揮権の下位に位置することになり、手続関係者が証拠調べに裁判所の意思によることなく自律的に決定に関与する可能性が縮減される危険があるという。証拠調べ請求権は、事実関係を職権で解明するという裁判所の義務と同権の、当事者の権利である。この権利は、被告人及び弁護人の基本的な形成権であり、証拠調べの各段階及び判決発見に影響を及ぼすのであって、被告人及びその弁護人が自ら選択した防禦戦略に基づき、当該証拠の採用にとって適切な時点の選択の一部をなす。それゆえ、第1刑事部が根拠として指摘した裁判官の訴訟指揮権は、証拠調べ請求権を制限するものではなく、証拠調べ請求権が訴訟指揮権を限界づけるのであって、第1刑事部の判断は誤解を含むと指摘されている (Satzger, Fn. 13, S.59)。

296条やドイツ行政裁判所法87b条と異なり、裁判所が定めた期限の経過と結び付けることによる証拠調べ請求の濫用防止に関する規定を設けていない。このことは、StPO246条1項が、このような方法を予定していないことを示しているという⁷⁸⁾。

さらに、期限設定アプローチが、Nemo tenetur 原則⁷⁹⁾と矛盾することも指摘されている。Nemo tenetur 原則によれば、何人も自己負罪あるいは事実解明に積極的に協力することを義務付けられず、被告人に対して訴訟促進も義務付けられない。しかし、期限設定アプローチによれば、被告人が期限経過後に証拠調べ請求をする場合、時期に遅れた理由を説明するよう義務付けられる。期限経過後に被告人が当該証拠調べ請求を行う理由

78) Satzger, Fn. 13, S. 59. StPO246条1項の改正提案がたびたびなされていることは無視できないが、立法者はこの改正提案を取り上げないと判断しているのであって、それを判例によって導入することは民主的正当性を欠き（改正提案については、BMJ, StV 1982, S. 331-333; Clemens Basdorf, Änderungen des Beweisantragsrechtes und Revision, StV 1995, S. 314 f.; Martin Niemöller, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, StV 1996, S. 506), この期限設定アプローチは、裁判官による法形成 (GG20条2項と結び付いた同2条1項) の限界を超え、法律の留保 (GG20条3項) に反しているという (Matthias Jahn, Konnexitätsdoktrin und “Fristenlösungsmodell” - Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Fremdkontrolle im Beweisantragsrecht der Verteidigung durch den Bundesgerichtshof, StV 2009, S. 668 f.; Satzger, Fn. 13, S. 59f.)。

79) ドイツにおいては、自己負罪拒否特権（黙秘権）の起源であるラテン語法諺 nemo tenetur se ipsum accusare/prodere（何人も自己告発する義務を負わない）に立ち返り、Nemo tenetur 原則という言葉で、その憲法的根拠、理論と射程に関する議論が行われている。Nemo tenetur 原則とは、何人も、自己負罪あるいは事実解明に積極的に協力することを義務付けられないことを意味する。これは、StPO55条、136条1項・3項、163a条3項、243条4項1文に現れており、憲法上基本法1条及び2条1項に根拠があり、欧州人権条約6条が保障する公正な刑事手続を受ける権利の中核範囲の一部をなす（松倉治代「刑事手続における Nemo tenetur 原則(1)～(4完) —ドイツにおける展開を中心に—」立命館法学335～338号(2011年)参照)。

を説明する場合、そこには負罪的要素が含まれる可能性があるという⁸⁰⁾。

5. 若干の検討

ドイツにおける迅速性の要請と証拠調べ請求権をめぐる議論を整理すると、判例は、「機能性の高い刑事司法」という概念を根拠に、一定の要件のもと、被告人の証拠調べ請求権を制限することを認めてきた。

しかし、学説からは、その理由付けに対して強い批判がある。その批判を整理すると、以下のように整理できる。

テロや大規模かつ複雑な犯罪への対処、弁護人による妨害行為への対処、司法の負担増大を背景に、迅速性の要請の公的利益の側面を示す「機能性の高い刑事司法」という実効的・能率的な刑事司法を意味する概念は、被告人の手續権を制限する根拠として不十分であるという。この概念は、法治国家的刑事司法の前提条件の1つにすぎず、被疑者・被告人の権利の保護と必要な時間内のできる限り完全な真実探究のもと、正当な判断を達成し、法的平和を創出するという刑事手續の目的のもとにある。また、この概念に様々な公的利益が一体化され、被疑者・被告人の手續権の行使に対する制限が漸次的に拡張する危険性も指摘されている。

迅速性の要請の意義は、原則として、司法に対して向けられた遅延禁止にあるとされる。訴訟の促進や迅速性を義務づけられるのは、国家の側であり、国家の官庁としての裁判所が迅速性に配慮しなければならないとされるのであって、被告人及びその弁護人は訴訟の促進や迅速性を義務付けられないとする。迅速な裁判を実現するために人的・物的資源を整えるという国家に対して向けられた義務の不全を被疑者・被告人及びその弁護人の手續権を制限することによって補うことは許されない。

⁸⁰⁾ 例えば、期限経過後に被告人側が免責的証人を請求する場合である (Satzger, Fn. 13, S. 60; Matthias Jahn, JuS 2009, S. 372 (S. 373))。

そして、この迅速性の要請は、被疑者・被告人及びその弁護人に保障された手続権の枠内で検討すべきであると強調される。刑事手続における迅速性の要請の根底には、法治国家原理に由来する公正な手続の保障があり、それは、時間的に迅速な裁判を意味するだけでなく、被疑者・被告人を手続の主体として扱う手続を意味するとする。ある手続に時間を要する場合、被疑者・被告人が公正な手続を受けるためにはそれだけの時間が必要な場合もあるのであるから、それが法治国家に反するといえるほどの手続遅延であるかどうかを慎重に検討しなければならないとする。

特に、被告人の証拠調べ請求権は、訴訟における武器対等の観点のもと、被告人側がその状況から望ましいと判断するときに請求し、主体的に手続に関与する可能性を認める重要な権利であり、判例が採用する期限設定アプローチは *Nemo tenetur* 原則にも抵触する可能性がある指摘されている。

翻って日本の状況を検討すると、日本の近年の刑事司法制度改革の柱の1つとして「裁判の充実・迅速化」が位置づけられ、公判前整理手続が導入された。その目的は、「充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行う」点にあり（法316条の2第1項）、これを達成するために、法は、公判前整理手続において「十分な準備が行われる」ようにするとともに「できる限り早期にこれを終結させる」という裁判所の努力義務を定める（法316条の3第1項）。「十分な準備」と「早期の終結」とを同時に実現することは、一見矛盾しているようであり、その達成は容易ではなく、その関係が問題となる。この点については、主に次の2つの見解が主張されている。1つ目の見解は、公判前整理手続の目的を達するため、裁判所に対し、公判前整理手続において、争点・証拠の整理、審理予定の策定等の準備が十分に行われるよう努める義務を課したが、いかに公判前整理手続によって公判審理の充実・迅速化が図られたとしても、公判前整理手続自体

の進行に長期間を要し、公判審理の開始が遅延すれば、結局、迅速な裁判を実現できず、目的を達成できないため、早期の終了にも努めることを併せて明らかにした、とする⁸⁰⁾。他方、2つ目の見解は、十分な準備とは、検察官の手持ち証拠の被告人側への開示等を通じて十分な証拠収集の機会を被告人側に与え、実質的な当事者対等主義（武器対等の原則）を実現することによる、充実した公判審理を行うための準備を意味するとし、その準備に時間を要したとしても実りある防禦のために必要な時間であるならば、迅速な裁判の要求に反するものではなく、裁判所は単に時間的に早い公判前整理手続の終結を目指すのではなく、被告人の権利が侵害されないように手続を進めることが求められている、と両者の関係を整理する⁸²⁾。

この点につき、ドイツにおける迅速性の要請と証拠調べ請求権をめぐる議論が、職権主義を採用する公判手続を前提としていること等、日本との差異を踏まえつつドイツから日本へ示唆を得るとすれば、被告人が法によって保障された手続権を行使するとともに防禦のための十分な準備を行うことができるという前提のもとで、できるかぎり早期の終結を目指すべきであって、早期の終結のために被告人に保障された権利が制限されることがあってはならないと考えるべきである。捜査機関が強大な組織や証拠収集権限を有する日本の実務において、被告人（及びその弁護人）が当事者として訴訟の促進・迅速化に協力することが求められ、手続の促進が強調される結果、十分な公判準備を行う時間を確保できず、被告人の防禦に必要な手続権の行使が困難になる事態が生じている。現在も精密司法的な

80) 松本時夫・土本武司・池田修・酒巻匡編著『条解刑事訴訟法』（弘文堂、第4版、2009年）725頁、辻裕教「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成16年法律第62号）について(1)」法曹時報57巻7号（2005年）80頁。

82) 後藤＝白取（淵野執筆部分）・前掲注(80)748頁、大阪弁護士会裁判員制度実施大阪本部編『コンメンタール公判前整理手続』（補訂版、現代人文社、2010年）35頁。

実務であることを前提としつつ、当事者主義を採用する日本の刑事訴訟を被告人の主体性を保障した公正な手続とするためには、刑事手続における迅速性の要請について、被告人に対して迅速な手続への協力を義務づけるべきではなく、かつ、単なる時間的短さや効率性の追求を強調するのではなく、正当・公正な手続の要請に対して副次的な位置づけとし、その限界を、被疑者・被告人及びその弁護人に対して保障された手続権にあることを重視することが必要である。

加えて、公判前整理手続における主張明示義務及び証拠調べ請求義務（法316条の17，同316条の32）は、刑事手続において被告人に保障される証拠調べ請求権を一定の要件のもとで制限するものであるところ、法316条の17と適正手続との関係が問題になっている。この点について、被告人の証拠調べ請求権の意義は、ドイツと同様に、日本においても、訴訟における武器対等の観点のもと、手続への主体的な関与を保障するものであって、被告人及びその弁護人が自ら選択した防禦戦略に基づき適切な時点を選択し、手続の各段階に影響を及ぼすことを保障する重要な権利であるというべきである。したがって、十分な証拠開示とそれに基づく防禦の準備が確保されていることが前提となるべきであり、公判前整理手続の迅速化のために被告人の重要な防禦権が制限されることはあってはならないと考える。

* 本報告に際し、Prof. Dr. Helmut Satzger（Munchen 大学）より資料提供及びご助言を頂いた。また、本稿執筆時、妊娠・出産に伴う休養のため、資料収集に関して、金澤真理教授（大阪市立大学）及び林田光弘氏（大阪市立大学大学院法学研究科後期博士課程）よりご援助を頂いた。この場をかりて、心より御礼を申し上げる。

* 本稿は、日本学術振興会科学研究費・若手研究(B)「刑事司法の機能性を理由と

する手続権制約の許否—迅速性要請の意義の解明」(平成29年度～平成31年度)による研究成果の一部である。

第2部 お祝いのメッセージ

久岡康成（立命館大学名誉教授）

井戸田先生米寿おめでとうございます。この前に四条京阪前の菊水で卒寿をお祝いしてから8年になります。お元気でお仕事をされておられました、本当におめでとうございます。

私が井戸田先生に初めてお目にかかったのは、もちろん学生の時です。昭和40年の頃ですが、当時の卒業アルバムを見ますと、当時の大学には法学部の先生は約20名いらっしゃいました。刑法のゼミでは、佐々木哲蔵先生、山田先生、井戸田先生などのゼミがありました。その中で、井戸田先生のゼミ写真は、場所は、広小路学舎の図書館書庫前あたりと思われますが、末川総長と一緒に写っておられます。学生では同級生の顔を見てみますと、私と同期の井戸田先生のゼミには、大阪で登録されている間瀬場猛弁護士等が写っています。

授業は、刑事訴訟法要説のⅠが出版された頃でした。当時は訴訟的捜査構造論という言葉自体はなく、後に私が「弾劾的捜査観の意義」を『刑事訴訟法の争点』に執筆する機会があったときに、井戸田先生の考え方を「訴訟的（な）捜査観」という書き方で書いた覚えがあります。私たちが学生の頃は、訴訟的捜査構造論という言葉自体はなかったのですが、学生ながらに、これは公判と同じように捜査を考える考え方で、平野先生の弾劾的捜査観と両者を大事にするという点では同じだと思った覚えがあります。授業の準備にもなると思って、司法試験受験の基本書を平野先生の『刑事訴訟法』にしました。

井戸田先生は、講義をされる時ですが、私の記憶に間違いがなければ、ちょっと上の方を向いてマイクを持ったまま、しかし考えながらしゃべる

というわけではなく、流暢に講義をされました。ただ先生は学生の方を見ながらしゃべるのは苦手だったのではないかと、当時の私は思っていました。

他方、井戸田先生は大学の方でも頑張られて、特に学生部長をされたのは、1979年の前ですから、76、77年くらいのことだったと思います。細野先生が総長の頃の学生部長で、いろいろと難しい時期だったのですが、井戸田先生は学生部長として自分がやりたいこと、できることはみなやってみられたと、話される方があったのを覚えています。今は、当時何がやりたいことで、何ができることであつたかはよくわかりませんが、ただそういう風にしなければいけないと、その方はよく皆におっしゃっていました。

当時の法学部には、若手で井上正三先生、松岡正美先生等によって、教育論については大変熱心に議論された時期でした。井戸田先生は、あまり教育論については話されなかったのですが、たくさんの学生を集めて楽しい講義をしておられました。そういう意味では、すごく楽しそうに大学教授の仕事をされていました。井戸田先生は、難しい時期に、しかし楽しく大学教授の仕事をやられてたのだと思います。

以上、まとまりがありませんが、井戸田先生が、このようにこれまで同様に過ごされることを願って、私のお祝いとさせていただきます。

石松竹雄（弁護士、大阪弁護士会）

私が井戸田さんに初めてお目にかかった時期ははっきりしないのですが、多分、この研究会以外で、はじめてお目にかかったことはないと思います。それから随分長い間お世話になりました。米寿おめでとうございます。この研究会は、元々毛利与一、佐伯千仞両先生の発議で始まりまして、当初は、裁判官もその他の実務家もたくさん入っておられました。佐々木さん、

網田さん、西尾さん、青木さんなど多士済々でした。佐伯先生が亡くなられてからは、裁判官として新たに継続的に出席された人はいないと思います。その後研究会を支えてくださったのは井戸田さんをはじめとする研究者や弁護士の方でした。佐伯先生が亡くなった後、あのような偉大な先生が亡くなられると研究会はだいたい潰れてしまうのですが、この研究会が脈々と続いてきたのは、井戸田さんをはじめとしてこの会を支えてくださった方々がずっと非常な努力を続けてこられたおかげだと思っております。それが実を結び、最近ようやく若い方々も随分多く参加されるようになって、研究会が生き返ってきている感じがして、非常に結構なことだと思っております。私自身はもう90歳を超えてボケてきましたので、失礼をしておりますし、最近では京都の施設に入って女房と二人で細々と暮らしております。おそらく今後も名ばかりでご迷惑をかけると思うのですが、人生50, 60は鼻たれ小僧, 70, 80働き盛り, 90になって迎えがきたら100までまてと追い返せというようなことが言われているようです。それによれば、井戸田先生は、まだ3年程は働き盛りです。その間はお元気に、もちろんその後もですが、元気で頑張っていたきたいと思います。

この研究会の発展を祈りつつ、井戸田さんの米寿をお祝いしたいと思います。どうもありがとうございました。

石川元也（弁護士、大阪弁護士会）

おめでとうございます。井戸田さんと私は歳もちょうど2つ違いで、石松さんを除くとこの中で1番年長になってしまいました。弁護士登録も、2年後です。私が弁護士になりましたのは昭和32年ですが、井戸田さんは司法修習を2年おやりになって30年から弁護士登録されました。それと同時に、立命館大学の専任講師にも就任されています。私が弁護士になりました年と翌年あたりから、全通、日教組、国労のいわゆるスト権奪還につ

ながる実力行使で刑事弾圧事件が頻発した時期でした。それで、毛利先生や佐伯先生を先頭に弁護に当たり、私は弁護団事務局ということでものご一緒したのですが、井戸田さんはなぜ出てこれないのだろうかとか疑問に思ったものでした。激しいたたかいの中で、毛利流、佐伯流の弁護に学びながらやってきたのです。その後、弾劾的捜査観や公訴権濫用、長期裁判の問題などが、吹田騒擾事件などで議論になりました。これらが、見事に井戸田さんの学問的な研究になったのです。佐伯先生はそういう忙しい事件の中に入って、下手に弁護士流儀に染まるより勉強しろという方針で指導されたのだろうと思います。この研究会でもずっと、「生きている刑事訴訟法」というのが柱になっていますが、井戸田さんの研究理論に活かされたのだなど、改めて思いました。

公訴権濫用について毛利先生、佐伯先生の活動を追いかけますと、一番問題になったのが昭和30年、31年に起こった参議院の国会乱闘事件です。国会議員が起訴され、特に第二次の方は大阪の亀田得治さんが起訴されて、毛利先生、佐伯先生が中心になって東京地裁での裁判を進めることとなります。公訴棄却の申立て1本で、著名な学者4人の鑑定意見も出る。3人は公訴棄却意見でした。しかし、裁判所は、公訴権問題を保留して事実審理に入り、判決では、公務執行妨害の構成要件には該当するが、可罰的違法性がないとして無罪になりました。公訴権濫用の主張で述べたことは、この実質判断に非常に有効に活かされているということを見ることが出来ます。

こうした公訴権濫用と実体判断の関連性などという議論が、いまの裁判員制度の中でどのように展開することが可能なのか。そういう思いをいいております。そういうこともふまえて、井戸田さんとご一緒する事件はなかったけれど、理論的なものは、大変貴重なものとして活用させていただきました。

もうひとつ、最も早い時期のことですが、改正刑法草案の公表後に、全国で最初に大阪弁護士会の意見書が作られました。その時、佐伯先生が中心ですが、委員長は別の方がやられました。そして、毎週土曜日に弁護士会館に集まってワーワーと1年もやって意見書ができたのですが、その総論は佐伯先生が書かれ、各論は井戸田さんがお書きになりました。これは、その後、刑法改正問題について法制審議会の特別部会、それから親議会にも、佐伯先生が出られ、草案反対の先鋒をになわれることに繋がっています。私が最年少の委員で委員会に出させていただき、一緒に議論に参加したのが、井戸田さんとの最初の出会いです。そのあとは、この刑事訴訟法研究会でということになります。若いころは忙しさにかまけて出席の機会は少なかったのですが、70歳すぎくらいからはずっとおつきあいしているつもりです。

88歳の米寿も迎えられ、たいへんお元気でなお続けていただきますようお願いいたします。本当におめでとうございました。

松宮孝明（立命館大学教授）

井戸田先生、本当にお元気で米寿を迎えられまして、おめでとうございます。私は、まだはなたれ小僧の50代でございます、私が井戸田先生に初めてお目にかかったのは、もう40年近く前の1978年です。若い世代の方はご存じないかもしれませんが、その当時、必要的弁護事件で辩护人抜き裁判法案というのが可決されそうになったということがございました。私は、当時、京大法学部の3回生で、法学部の自治会をやっていました。私が法学部自治会をやる時に、やはり法学部ですから活動をきちんとやろうという話をしておりまして、京大の司法試験の受験サークルである「さつき会」の委員長に話を持っていきました。さつき会主催でこの辩护人抜き裁判法案の問題点を検討する学習会を企画をしてもらって、その講師にお

招きした時に初めて井戸田先生にお目にかかりました。最近のことはあまりよく覚えてないのですが、若い時の記憶というものはよく覚えているものでありまして、今でも非常に記憶に残っております。井戸田先生は、法案そのものの問題点に入る前に、やはり刑事手続きの中で弁護人が果たすべき位置、役割というものを、井戸田先生の捜査構造論の本では訴訟的捜査観と言われてますが、それを最初にお話になられました。昔の糾問的捜査観に対して、平野先生は弾劾的捜査観なのだが、井戸田先生ご自身はそれとは違う見解であるという話でした。やはり、起訴、不起訴も決定する検察官に対して、弁護人が働きかけて、検察官に判断をきちんとさせるというのがご自身の考え方だということでした。最初に黒板に図を書かれました、訴訟的捜査観というのは相合傘が2つできるのです、というお話をされたのが記憶に残っております。その後80年から、私は、大学院で刑法実体法を中心に研究を行っていたのですが、井戸田先生には刑法読書会でお世話になりました。その10年後の90年に、立命館大学に赴任させて頂くことになったのですが、その時に、井戸田先生からずっと立命館にいてくださいねと言って頂いたことも、鮮明に記憶に残っております。その結果、今でもずっとおりますけど。

井戸田先生は、私がドイツ留学を終えて帰ってきたのと入れ替わりで、94年3月に定年で立命館を去られるということになりました。その後も、非常勤をお願いしたり、研究でご指導をお願いしたりして、色々なことでずっとご指導頂いております。そこから先程の話に戻るのですが、先程、井戸田先生が糾問的捜査観の復活、或いは、予審の復活みたいな理論だというようなことをおっしゃいました。誤解なきよう申し上げておきますと、井戸田先生の訴訟的捜査観というのは、予審というか中間手続きの考え方を、予審判事が持ってたかなりの権限を検察官に持っていき、中間手続き的なものを検察官の方に持っていく、そして、そこに弁護人が能動的に関

わるといった構造を持った理論だと思っております。別に言葉の意味で、ただ昔の糾問的捜査観と同じだといえれば誤解を与える、三井さんがおっしゃる前で言うのもなんですが東大の先生の悪い癖です。そういう悪い風潮を批判するやり方だと思っております。その批判は当たっていると思います。そして、今日の裁判員裁判や検察審査会の起訴強制という時代に見ておかなければならないことが、実は訴訟的捜査観は今日においてより現実味を増しているということです。というのは、裁判員裁判の場合は、必ず公判前整理手続きをやらなければいけない。この手続きで証拠を検討してみたところ嫌疑がほとんどないという結果になったときに、今から裁判員を集めて何かやりますか。やってもしょうがない裁判をやるというって、裁判員を集めてやるというもおかしいでしょう。ということは、裁判員を集めて公判を開くには一定の嫌疑がないといけないということだから、公判前整理手続きの中で、嫌疑なき起訴の時にはそこで公訴棄却ができるというように法改正しようということなのです。検察審査会の問題も同じで、要は、検察官の起訴裁量というものが、より客観的な検証にさらされるようになったということです。客観的なちゃんと根拠をもった起訴、不起訴の判断、合理的な起訴、不起訴の判断を求められるようになったという点で、検察官のところで行う起訴・不起訴の判断、あるいは、公判前整理手続きで行うところの、裁判員を集めて公判を開くかどうかの判断というところで、より能動的に、弁護人又は被告人側の関わる役割は従来よりも重要になっている、という側面をもった制度ではないかと思っております。そして、そういう目で見ると、刑事訴訟法の理論ではいろんな点で、井戸田先生がおっしゃったことが、直感的に常に優れている、核心をついてるところが沢山あると思っております。

その意味で、今日は井戸田理論について、3人の若い先生方に検討して頂いたのですが、是非真正面からぶつかって掘り下げて頂きたいという期

待をもって、私のスピーチとさせていただきます。どうもありがとうございました。

浅田和茂（立命館大学教授）

井戸田先生、米寿おめでとうございます。私が井戸田先生に最初にお目にかかったのは1969年でした。修士課程に入って、泉ハウスの管理人になり、読書会に出たところです。井戸田先生が1986年にドイツとイギリスに留学され、帰って来られたところです。それから40年間お世話になっているのですが、その間に、随分長い間、佐伯先生の後、井戸田先生が刑法読書会を支えてこられました。確か、以前は、読書会の預金通帳は井戸田先生の名義でした。立命館の院生がずっと読書会の事務局をやってこられて、それで持っているのですが、これは、やはり佐伯先生から井戸田先生に繋がって、松宮さんのところまで繋がっていくという流れだと思うのです。この大阪刑法研究会には1976年頃から40年ぐらい出ていますが、私もこの研究会に来ると若手なのです。ずっと若手できてたのですが、さすがにこの前70歳になりまして、ようやく中堅くらいかなぁと思っております。なんと言いますか、ここに来ると若返るという感じで来ています。

井戸田先生と一緒に仕事をしたのは、佐伯先生が80歳になられた1987年からヒアリングをしたことです。佐伯先生自身が語られた記録について、生きている間は出版してはならん、公表もまかりならんと言っておられたので、亡くなられた後の2011年に、『疾風怒涛 一法律家の生涯—佐伯千仞先生に聞く』（成文堂）という本にしました。そこでは、滝川事件のときの滝川先生の対応とか、戦後の対応などいろんな問題が明らかにされました。最近、久岡先生と井戸田先生と私の3人で編集した、『佐伯千仞著作選集』が信山社から出版され、既に5冊が出て、最後の第6巻を待つという状態になっています。

井戸田先生という、思い浮かぶのは、etwas neues です。何か論文を書くときは、新しいことを書かなければいけないと、ずっといっておられました。関西の戦後刑事法学には、第1世代として佐伯先生、平場先生、中先生、植田先生などが、第2世代として井戸田先生、中山先生、光藤先生、松岡先生などがおられて、そのあとを我々の世代が引き継いでいて、次の世代は松宮さん世代なのですが、そして、そこからまた今日の報告者の世代へとつながっています。関西刑事法学というのが、いいのか悪いのかわかりませんが、長い間そういう形で脈々と続いてきていて、そこがなんとなく、私としては気に入っているところです。

井戸田先生にも、これから長く見守っていただきたいと思います。本日は、本当におめでとうございます。

光藤景皎（大阪市立大学名誉教授）

井戸田さん、おめでとうございます。

井戸田さんのテーマとして、捜査の構造とか公訴権濫用論が有名ですが、再審問題については、戦後、再審の門が開かなくて、再審弁護人の人々は、非常に苦勞していました。その頃は、狭い再審の門を広げるために非常に重要だったのが、再審請求審手続きに、in dubio pro reo の適用があるかどうかという問題でした。それが戦後、非常に重要だったのですが、最初にこの問題について書いたのが井戸田さんだったと記憶しています。日本刑法学会は、当時会員がそんなに多くなかったので、講座本を発行していたのですが、その刑訴法講座の第3巻で再審が扱われました。それが貴重でした。そこで、井戸田さんは、再審請求審手続でも普通の刑事裁判のように in dubio pro reo が適用されると言われました。確定有罪認定に合理的な疑いが生じているのに再審開始の決定をしないで再審請求を棄却してしまうのはおかしいと主張されました。その後、私も、また別のところ

で書いたりもしました（法律時報37巻6号）。世代の流れもあって、再審についてどういう論点があって、どういうところを解決しなければならないかというのを、ずっと研究者と日弁連の委員の方たちとで研究してきました。井戸田さんも時々参加してくれていました。

井戸田さんとは、研究を同じ頃にはじめて、泉ハウスができて刑法読書会ができました。最初の合宿ということで、信州に参りました。佐迫先生、平場先生、宮内先生、そしてもちろん井戸田さんも。そういうことで、仲間意識が非常に強かったですね。また、井戸田さんとは、京都の“動き”という研究会に入っておりました。歴史とか哲学の新しい本がでたら読んで毎月交代に報告するという研究会に、井戸田さんと一緒にはいっておりました。サロンみたいなものでした。その会でもまた、一緒に立山に行きました。立山についたら、大雨でした。井戸田さんは、そんな時でも傘をさして、山の険しい道を歩いていました。そのときに頂いた煙草の美味しさとゆうのは今でも忘れられません。泉ハウスというのは泉正夫さん（医学博士）のご好意でできたのですが、刑事法研究者の恰好のたまり場でした。そこでみんなが呑んで、夜遅くまで議論したのを思い出します。

同じ世代の研究者の中で井戸田さんは、新しい、思い切ったことを言われるので、非常によかったですね。そういう点で、ありがとうございます。佐伯先生が亡くなられて、我々もショックを受けてたのですが、井戸田さんが研究会の運営を引き継いでくださって、ありがとうございます。今日は、おめでとうございます。

松岡正章（弁護士、大阪弁護士会）

井戸田先生、まことにおめでとうございます。私は、1950年代の後半、正確には57年に立命館大学に入学いたしました。その1年ほど前から京都に出てきておまして、その頃から、井戸田先生にはいろいろとご指導を

いただきました。先生の（いらっしゃる）立命館大学に入ったわけですが、私が講義を受けたのは3回生のときで、先生のいわゆる「処女講義」でした。この講義は、先生の独特の調子とペースで、教科書（平場安治・刑事訴訟法講義）から大分離れていて、とてもむつかしいと思うばかりでした。とても流暢にお話を進めていただきましたが、私にはお話が早過ぎて、ついていくのに苦労しました。

私の学部時代には、立命館には、刑事法は佐伯千仞先生と井戸田先生のお二人だけでした。私は、非常勤講師の毛利与一先生のゼミ生でしたが、井戸田先生のご指導をずっと受けていましたので、「毛利先生のこういうところを学びなさい」などとアドバイスをいただくこと再三再四でした。とても恵まれた学生時代でした。

そして、大学院に進み、刑法読書会、刑訴研究会に入れていただきましたが、その中で筆舌に尽くしがたい、有形・無形のいろんなことを教えられました。それがあったからこそ、私は、今ここに立ってお話ができるわけです。

私が大学院に入って間もない頃、井戸田先生は「捜査構造論」をお書きになりました。そして、先生から再三お話を伺いました。忘れられない思い出です。

先生、いつまでもお元気に。奥様を亡くされてから元気をなくされましたが……。これからも私たちに厳しいご指導を賜りますようお願いいたします。

本日はまことにおめでとうございました。

第3部 井戸田侃先生（立命館大学名誉教授）のご講演「刑事法理論と弁護士実務」

皆さん、今日は私のためにご出席いただきまして、本当にありがとうございます。今、こうして聞いておりますと、まず一つには、人生というのは偶然が支配する要因が強いなぁと思います。もう一つは、やはり、人間というのは目的をもってやるのが大事ななぁということです。

まず、最初の話ですが、私はこのビルの四階の佐伯事務所に今でもおるわけですね。元はこのビルの三階やったんです。三階から四階に移ったわけですが、最初このビルに佐伯（千仞）先生の事務所があって、そこで初めて弁護士をやって、現在までやっている。そういうことでもう五十年あまりになるでしょう。ここにきたそもそもの理由は、当時、佐伯先生には面識も何もありませんでしたから、ただ司法試験に通って、さあ今度は弁護士事務所を探そうってときに、どっかの実務家につかないかと、そういうことでした。本当はね、ある別の弁護士さんのところへ行くことになっちゃったんですわ。ところが、そこに行く予定だった人が、自分はその弁護士先生を知っているからそっちに行きたいので、あんた代わってくれんか？ っていうて、同じ修習生だった私に修習先を代わってくれと言うてきましてね。私も、いいよと、簡単にオッケーと。その先生が佐伯先生だったんです。だから、そもそも佐伯先生のところへ行く予定ではなかった。正直言えば、佐伯先生のことは知らなかったんです。どんな先生か全然知らずにね。ところが、代わってくれて言うもんだから代わった。それから佐伯先生との因縁が続いたということで、あとは、その元の先生は民事専門なんです、ある有名な先生で、その人についたその友達は後で裁判官になったんですよ。裁判官になって大阪で裁判長やりました。まあ、それはそれとして、そういうような形で私は佐伯先生の事務所に来た。

そこで弁護士を始めた。だから、そもそもが佐伯先生との出会いは偶然です。

それから、今度は刑事をやるようになった理由なのですが、これはご存じのように佐伯先生は民事はやりません。やらないというか、正確にはやってるんですが、何人かと一緒に名前だけ連ねるという意味でやってるということで、実際にはやっていない。まあ、そういう佐伯先生の所に修習生として入ったんです。それで、そのような形で、そもそも最初から刑事の弁護が私の中心だったんですわ。刑事か民事かは最初はあまり分からなかったもんですから、何でもいよということで簡単に行くのをオッケーしたもんですから。それで、聞いたら佐伯先生は有名な京大の先生だったって分かったから、実は私も京大を出たんですが、大学にはもう当時佐伯先生はいませんでしたからね。したがって、教わったのは平場（安治）先生ですが、平場先生のことは後で佐伯先生を通じて自分の先生のことを知った、って言ったらまあ言い過ぎかしらんけど、そういう側面が強いですね。それでまあ結局、佐伯先生を通じて刑事をやることになった。

ところが、佐伯先生はたまたま当時は立命館大学の講師をやっておられて。立命館は今では大大学ですが、当時は専任の教員はほとんどいなかったんですね。佐伯先生が一人で専任の教員だった。だからえらく忙しくて仕方がない。それで、井戸田君、すまんけど立命館を手伝ってくれんか、ってことで、立命館の教員になったのはそういう理由です。したがって、私は専攻科目は自ずから刑事をやるということで、そういうことで立命館の助手、講師、助教授、教授と、大学院までいきました。みな、もう立命館で教員をずーっとやると、それが事実ですわ。それで佐伯先生がね、私に対して教育で期待したのは、やはり刑事弁護をやる研究者ですね。そういう研究者はいなかったんです。だから刑事弁護の側面で問題を見るところを一つやってくれんか、という指針がそもそもの私を残した理由で

しょうね。恐らくそうです。私は直接聞いておりませんが、もう自ずから大学では刑事ですし、それから、やることも佐伯先生の後をついていくか、佐伯先生とは別でやっても同じ刑事をやるわけですから。だから結局そっちが中心だったと。したがって、私の学問は、刑事訴訟を中心にやる。それが期待されることになっちゃうんですね。

それで、私は佐伯先生の後を継いで立命館の教授となりました。そして、弁護士はこれは依然としてやるということで、弁護士と大学の教授とは同時にやる。それで何十年かやったんですわ。まあ、そういう意味では、だいぶある意味で得しているというのかな、ある意味では刑事について右からと左からとの懸け橋をさせられたと、それが本当ですわ。しかし、民事はやらんというわけではなくて私は本当は民事も若干やるんですよ。やるんですが、しかし、指導は刑事を中心にやっておった。立命館では担当はみな刑事です。民事はやれんということを言うて、じゃあ民事の問題には関与させないようにしますからと。それが佐伯先生の期待だった。佐伯先生の事務所に残ったというのが一つの道を歩き始めたということであって、それでずっと刑事で、場所もずっと変わりませんから、そこでずっと。今も手伝ってくれた女の人もそうですが、あの子も佐伯先生と一緒にあった時に世話をしてくれて、今でもやってくれてるんですね。だからあの子も三十年以上続いているんですよ。だから今は私は病気でできていませんが、まあ同じ事務所でやっているということですね。そういうようなことです。

それから、今度は、学問の問題に入っていきますと、学問も自ずから、これは佐伯先生と話をすると結局弁護の立場を中心にね、佐伯先生が指示を一応しますからまずそのようにいくんですね。立命館では刑事訴訟だけじゃなく刑法もたまには持ちましたからね。したがって、刑訴、刑法ともに刑事弁護的な、って言うのかな、そういう側面を強く出した考え方になっちゃう。そういうのが本当ですね。だから私の刑事訴訟の考え方の基

礎は、やはり刑事弁護という、佐伯先生の基本的な考え方が自ずから、私は言い切れるというわけではないですが、自ずから体に染み込んで。それで、まあ、私は先生と同じ意見をそのまま言うのは馬鹿みたいなもんだというような考え方ですから、自分で考えて。佐伯先生とはちょっと違う方向のことも若干考えたこともあるんですわ。けど、とにかく佐伯先生と同じ系列での考え方をずっとやってきて、佐伯先生の指導を受けて。まあ、指導というか、佐伯先生は「指導」は嫌いな言葉なんですわ。それで、私は自分で考えてってということになりますが、そういう方向でやってきた。

だから、さっき説明しました私の刑事訴訟に関する考え方、これもやっぱりそういう意味での弁護的な匂いが強いのは事実で、かといって、これが私ははっきり言って公正な考え方だと今でも思いますから。これはことさら歪んだ考え方ではないんであって、それが刑事訴訟の真の意味での考え方だろうということで、現在までそれをずっと主張しているし、今まで私の考え方は、まあそういうことで、自分で考えないかん、自分で意見を出したいと思っておりましたから。ずっと私はもう自分のそういう考え方を基礎においた手続論ですかね。だからまあ、私の本をお読みになった方はお分かりだと思いますが、中身がだいふ特殊なんですよ。従来の方とは違う。私は大学に残ってからは平場先生にもだいふ色々と教わって相談したこともあります。平場先生ともだいふ違う。ただし、やっぱり佐伯先生には近い。そりゃ佐伯先生と同じ弁護的な考え方を基礎におきますから、近い考え方で来ておったと。したがって、まあ私は佐伯先生のそういう意味での影響を非常に強く、今言ったように、よその大学に行ったことがありませんから。まあ非常勤は別としてね、専任で行ったことはありませんから。したがって、佐伯先生の考え方を暗黙のうちに、というか、あの先生は、こうやれ、っていうことは絶対言わんのですわ。それで、暗黙のうちにですが、結局は佐伯先生の周辺となるんでしょう。ただ、僕は

ことさら一緒に考え方をするのが嫌という考えがありますから、自分なりの意見をまとめようと努力して、それが現在の私の考え方ですわ。

そして、まあ個々的にはやっぱり言いっぱなしで無責任な、観念的な考え方っていうのはあんまり私は好きじゃないんであって、どうしても実務中心でやってますと、やはり現実にどういうふうに働くかということを考えるんですね。したがって、形式的な考えで観念的にはこうやってという意見を私はあんまり好まないんで、現実にこれは実務の世界ではどういうふうに機能するか、そういう面を中心に考えてきたと、それが本当なんでしょうね。だからまあ、私の考え方はそういう意味では実務的な面が非常に強いところがあるんですね。と同時に、やっぱりこういうふうな立場である、なんて抽象的な考え方だけでは、よくなかろうと。それでは無責任だろうと、そういう意味です。それで特定の先生の考え方をそのまま丸暗記するような形で押し出すということもやりたくない。そういうふうに出てきたということなんでしょう。まあそれが生きていくかどうか知りませんが、だからついて来る人があろうとなかろうと私はあまり深い関心を持たないので、私は自分の好きな方法でやっている。それが一番良い方法だということに今もやってきているというのが本当ですわ。

まあ、そういうふうなことで、学問への姿勢としても、私のことはそういうことを頭において考えていただくとよくお分かりになるだろうと思います。まあ、そういうふうなことです。あと何か喋らないかな。まあ、あとは細かい問題はあるかもしれんけど、大きな方向はそういうふうな考え方できておったし、現にそれで、一定の文章も書いてきました。まあそういうことです。まあ、今も本当は立って喋らないかんのですけれど、立てないんですわ。立てないということは歩けないということなんですよ。だから今非常に不便なんですわね。これはしゃーない、身体の病気ですからね。だからまあ、子どもも連れて一緒に来ていますが、どうぞ宜しく

お願いします。まあ、ついでに言いますと、この子どももね、本当言うと、私のかげを見てでしょう。ぜひ実務をやりたいということを言い出しよってね。それでできたらやってくれたらいいなと私は思うんですが、まあ、一つ何か考えたことがございましたら、仰せつけていただきましたら結構だと思います。まあ、そういうことです。