

高田事件判決と公訴権濫用論

庭 山 英 雄

一 はじめに

(17) 高田事件判決と公訴権濫用論

高田事件上告審判決に対しては、評価が二つにわかれた。一つは、「迅速すぎる裁判」⁽¹⁾に関するものであった。一見、基本的人権保障を完うすると見せながら、その実、年来の願望であった「訴訟合理化・促進策」を一挙に押し進める企図⁽²⁾にもとづくものとの批判がそれである。訴訟規則改正案⁽³⁾が直後に出て、はしなくも、最高裁の意図を裏書きするかたちとなった。あのような画期的な判決を最高裁がどうして出したかについて、疑問がないわけではない。かなりのマイナスを意識しながらも、全体的に見るとき、プラスだとの計算がそこになかったとはいえない。しかし、訴訟合理化・促進策を押し進めること

は、司法行政首脳にとっては使命観に似た宿願であるから、なんらかの機会をとらえて、同施策を強力に打ち出してきたとは思われる。もう一つの評価は、同判決を「デュー・プロセスへの転回点」⁽⁴⁾として高く評価するものであった。たしかに同判決には、高く評価すべきものが含まれる。そこに含まれたいくつかの原理は、最高裁が同判決を出した意図とは別に、今後刑事理論にいろいろな波紋を呼び起こすこととなる⁽⁵⁾。

同判決に対しては、右に挙げたような相対する評価が出たが、そのどちらも間違っているとはいえない。わたくしが同判決に接して、やや甘いと見られる賛辞を呈したのは、同判決の被告人の防禦権保障へのマイナスの影響を憂慮しながらも、同判決の有する重要な意義を認め

るにやぶさかでなかったからである。同判決をマイナスの方向に利用しようとする動きに対しては、きびしく批判を展開する⁽⁷⁾と同時に、同判決の有するプラス面については、これを率直に評価し、今後の刑訴理論の発展に活用することが肝要である。一面的な評価に偏することは、刑訴理論全体の発展の展望の上からは決してプラスではない。本稿は、そのような志向から、とくに現今、論議の的となっているいわゆる公訴権濫用論につき、高田事件判決がどのような関係を有するか、同理論に対してどのような影響を及ぼすかを検討しようと試みるものである⁽⁸⁾。そのことが、いばらの道を歩んだ被告人・弁護人に対する一市民としての償いであり、学者としての責務であると考え。さしあたり、同判決の意義を確認することから始めよう。

(1) 米田泰邦「長すぎる刑事手続からの救済」判例タイムズ二八七号九四頁は、高田事件上告審判決は「問題の終りではなく、むしろその始まり」と指摘する。

(2) この点を最初に指摘したのは、小田中聡樹「長期裁判問題への一考察」法律時報五三八号一六頁以下。続いて、横山晃一郎「刑事訴訟法にみるデュール・プロセス論」法学セミナー一九七三年六月号四九頁以下。

(3) 昭和四八年一月、「刑事訴訟規則について改正を考慮すべき事項」なる改正要綱が出され、去る一〇月六日には、大阪において関西の在野法曹を中心に同要綱の研究會が開催された。仄聞するところによれば、同規則改正案の第一は「審理の遅延を防止するための諸方策」、第二は「その他の規定の整備」である。

(4) 渥美東洋「被告人の人權と迅速な裁判」法学セミナー一九七三年三月号二頁以下、同「高田事件判決の研究——新たな展開への期待——」判例タイムズ二八七号六九頁以下、熊本典道「最高裁によるデュール・プロセスの展開——高田事件大法廷判決の意義」同前、田宮裕「迅速な裁判と高田事件」法律時報五三三三八頁以下。

(5) 参照、松尾浩也他「長期裁判と刑事司法の課題」(研究会)法律時報前掲五〇頁以下。

(6) 拙稿「高田事件上告審判決の検討」ジュリスト五二七号一三五頁。

(7) 拙稿「高田事件上告審判決前後」法と民主主義七五号四頁。

(8) 井戸田侃「捜査手続の違法と公訴提起の効力」立命館法学一九七二年五・六合併号一二一頁以下は、そのさきがけである。同論文は、標題の問題も自己の理論の一応用展開によって解決可能であり、高田事件上告審判決の論理は自己の理論を補強するものにほかならない旨を説く。

二 高田事件判決の意義

高田事件上告審判決の評価すべき点はいくつか考えられる⁽¹⁾。それを大から小へと順次挙げて行ってみよう。

第一は、憲法に掲げられる刑事手続原則の一つである迅速裁判条項につき、それが単なるプログラム規定でなく、実効性のある規定であることを明言した点である。

このことは今後、同種の刑事手続原則に関し、具体的救済規定がないときに、直接、憲法にもとづいて救済することを可能にする。たとえば、現在問題となっている「訴訟手続の法令違反は再審事由となるか」⁽²⁾については、これを肯定に解することが可能であろう⁽³⁾。

第二は、刑事訴訟法に具体的な規定がなくても、直接憲法にもとづいて非常救済が可能だとしている点である。これは、訴訟哲学的にいえば、裁判官の法創造機能⁽³⁾を認めたことになる。但し、公訴時効を準用した第一審判決を同判決は不当と難じている点に注意しなくてはならない。最高裁は、憲法の明文に依拠する法創造機能を認めたが、刑事法の条文の類推適用を認めていない。この点はどう理解すべきか。おそらく、刑事法の明文について

類推適用を認めることは、法的安定性重視の見地から危険⁽⁴⁾とにらんだものであろう。しかし、憲法的免訴は認められた。これは刑事法レベルで見ると、やはり超法規的免訴事由を認めたことになる。最高裁は、いわば横への法創造機能を否定して縦に逃げたわけだが、かえってシリアスな帰結を生み出すこととなった。

第三は、基本的人権条項の侵害の判断につき、それが侵害の可能性の判断で足りるとした点である。最高裁としては、迅速裁判条項違反の事実に限定して述べたつもりかも知れないが、判決が含む論理構造そのものを限定するわけにはいかない。そこに含まれる論理を証拠法上に普遍化して見るときは、憲法に掲げられる刑事手続原則の違反の有無が問題になったときには、訴訟法上の事実の認定についても *In dubio pro reo* 原則の適用がある⁽⁵⁾ということとなる。被告人側は、明白に放棄の意思表示をしないかぎり、被告人に有利に判断される。この帰結は公訴権濫用論における訴訟条件の立証の問題に影響を与えることとなる。

(1) 藤永幸治「迅速な裁判をうける権利——高田事件最高裁判決とバーカー事件米連邦最高裁判決との比較を中心

に「警察研究四四卷三三頁以下は、高田事件上告審判決を「画期的」としながら、その特殊・異常性を強調し、同判決に含まれる基本的考え方に対し反情を示す。法務省筋の評価を伝える論稿として注目に値する。なお、若干の比較法的考察にもとづく評価として、参照、拙稿「不当な訴訟遅延の救済方法」ジュリスト五三五号、憲法学者による評価としては、参照、橋本公巨「迅速な裁判を受ける権利」同前。

(2) 拙稿「再審理由と訴訟手続の法令違反」法と民主主義一九七三年一月号で、この問題につき概括的な考察をしておいた。憲法三八条二項(自白の証拠能力)の規定を実効性あらしめるためには、刑訴法四三五条六号(包括的再審理由)中に重大な訴訟手続の法令違反を包摂するか、あるいは同違反を憲法的(超法規的)再審理由として肯定するか、いずれかに踏みきらなければ「法のギャップマター」を解決できないとの趣旨を述べたものである。

(3) この点をいち早く指摘し、解釈論に応用したのは、田宮教授が最初と思われる(参照、田宮裕「迅速な裁判を受ける権利」警察研究三五卷二四号三〇八頁)が、これに本格的な検討を加え、刑法理論に定着せしめたのは鴨教授(鴨良弼「裁判過程における法解釈——法の Penumbra と裁判官の役割——」一橋論叢六七卷四号刑事訴訟法の新展開(昭四八)所収)であろう。なお参照、岡部泰昌「当事者主義と公訴権濫用(三)」判例タイムズ二九五号四六頁以下。

(4) 刑訴法三一九条二項の補強法則が共犯者の自白に適用されるか否かの問題を始めとして、類推解釈にかかわる問題は刑訴法上多い。この点からすると、最高裁は被告人に有利な類推解釈・拡張解釈を極度に嫌っているように見える。憲法的免訴というドラスティックな解決方法を選んだのも、とにかく憲法三七条一項という明文に依拠するとの理由によるものであろう。

(5) 自白の任意性に関する事実は訴訟法上の事実であるが、鴨教授はつとに、実体法上の事実に準ずることを提唱し、自白の任意性につき訴追側に举证責任ありと説いておられる(鴨良弼・刑事証拠法(昭三七)二二〇頁)。また証明方式については、厳格証明によるべきものとされる(同書五〇頁、二二一頁)。いずれも、憲法の人権保障の規定に關するという点を立論の根拠にしている論旨に注目しておきたい。

三 公訴権と訴訟条件

以下に述べることは、高田事件訴訟に実際に取りくむ過程で、必要に迫られて行なった若干の考察の結果である。不当な訴訟遅延は公訴棄却もしくは免訴の制裁を受けるという結論に至る道程で、公訴権論と訴訟条件論とはどうしてもくぐりぬけなければならない「迷路」であ

った。

まず公訴権から始める。公訴権とは、検察官が訴追を行なうことのできる権能をさす。その法文上の根拠は、刑訴二四七条、二四八条にある。公訴権の性格については、実体審判請求権説と有罪判決請求権説との対立があるが、当事者主義的訴訟構造のもとにおける裁判所の機能からして、前者と考えるほかない。この公訴権の内容を考えてみると、二つの要素から成り立っていると思われる。一つは訴追の理由⁽¹⁾であり、もう一つは訴追の必要性である。訴追の理由とは、検察官が有罪の可能性ある嫌疑が存在すると考えることをいう。検察官が捜査の結果を総合して有罪の可能性ある嫌疑が存在すると考えればそれでいい。そのかぎりでは主観的なものだといっても差し支えない。訴追の必要性とは、二四八条に示される起訴猶予事由が存在しないと検察官が考えることをいう。刑事政策の一端をになう検察官が、犯人の性格その他を考慮して起訴猶予事由がないと考えればそれでいい。その意味ではこれも主観的なものといつて差し支えない。起訴便宜主義の法制のもとでは、訴追の理由⁽²⁾だけでは足りない。訴追の必要性も備わらなければならない⁽³⁾。両者

が揃うとそこに(具体的)公訴権が生まれる。この意味での公訴権が発生したなら、検察官は訴追しなければならぬ。放置しておくことは許されない。公訴権は権能であると同時に義務である。

つぎに訴訟条件とはなにか。すでに幾多のすぐれた研究⁽⁴⁾もあり、今さらの感もないではないが一応触れておこう。訴訟条件とは、公訴権行使の条件である。さきに述べた公訴権は、検察官が訴追できる権能であり、また訴追すべき義務でもあるが、検察官が事実上行使しないで公訴時効が完成すれば消滅する。検察官が公訴権を行使する意思を持ち、事実上行使したときに訴訟条件との関係が生ずる。したがって、公訴権と訴訟条件との間にはギャップがある⁽⁵⁾。

公訴権論は訴訟条件論に解消されとの考え⁽⁶⁾がある。訴訟条件論は、いかなる条件のもとで公訴権が行使できるかの議論であるから、訴訟条件論だけで十分だとの考え方であろう。しかしこの考え方は、裁判所がどのような場合に訴訟を許すかという管理者的発想にもとづく。上からの発想である。訴訟条件のかけに、当事者の権能が隠されてしまう。検察側の公訴権を隠してしまうと同

時に、被告人側の防禦権をも隠してしまふ⁽⁷⁾。法定の訴訟条件の中に、被告人の防禦権がすべて具体化されていれば問題はないが、そうでないかぎり深刻な問題が生ずる。右の訴訟条件論は被告人の防禦権の一環たる妨害抗弁・応訴拒否権を奪うからである。かかる訴訟条件論が職権主義的訴訟条件論であることは、もはや明らかであろう。

当事者主義的な訴訟条件論では、当事者双方の権能を正しく位置づけなければならない。訴追側の公訴権を浮かび上がらせると同時に、被告人側の防禦権をも浮かび上がらせなければならない。この意味で訴訟条件の意義と機能を考えるとき、訴訟条件とは被告人にとって妨害抗弁⁽⁸⁾もしくは応訴拒否権でなければならないことが肯かれよう。訴訟条件は公訴権に解消されるべきでなく、防禦権にこそ解消されるべきものである。

そうとすれば、訴訟条件を嚴格に法定のものに限ることとはおかしい。明文の訴訟条件にしても、これに対し全くの嚴格解釈により、一切の類推適用を認めない態度もおかしい。被告人の防禦に実質的に必要不可欠なものについては、これを認めなければならない。ことに憲法に

規定される人権保障にかかわるときはそうである。これらが訴訟条件として認められるとすれば、もともと当事者主義的な発想にもとづくものであるから、職権調査事項とする必要はないであろう。被告人の申立⁽⁹⁾によって初めて裁判所が検討に乗り出せば足りる。

もう一つつけ加えておこう。さきに公訴権は訴追者の主観によって成立すると述べたが、その行使が主観的であつていいという意味ではない。それは当然客観的でなければならない。但しそれをチェックする義務は裁判所にあつて檢察官にはない。公訴権行使の客観性保持もまた訴訟条件の任務と考えられる。但しどの程度まで訴訟条件の守備範囲とすべきかについては、訴訟の全体構造ならびに当事者主義の見地から、これを慎重に決しなければならぬ⁽¹⁰⁾。

(1) 拙稿「起訴便宜主義の功罪」法学教室1一四四頁では、訴追の理由として「有罪の可能性ある嫌疑のあること」「訴訟条件が整っていること」の二つを挙げた。これは起訴法定主義に対して起訴便宜主義の特徴を浮き立たせるため、訴訟条件を広義の訴追の理由の中にあえて組み込んだものであり、狭義の訴追の理由の中には訴訟条件は入らない。

(2) 正田満三郎「刑事訴訟における課題と解決——公訴権および応訴権の理論に関連して——」刑法雑誌一五卷三・四合併号一七一頁に指摘のあるごとく、公訴権が嫌疑に支えられているからといって、公訴提起が、捜査の結果に対する検察官の判断を示すものということにはならない。公訴提起は裁判所に対する課題の提示である。

(3) 鴨良弼「公訴権論」刑法雑誌一六卷二・三・四合併号三三頁は、この趣旨のことを「検察官の訴追裁量と公訴権とは、原因と結果の関係にある」と表現する。但し公訴権については「公訴について公判段階における相手方の応訴、当事者間の弁論、裁判所の実体裁判を請求しうる地位」と定義し、「犯罪の嫌疑性」と結びつけることを否定する(同二九頁)。鴨教授の公訴権概念は「課題設定権」を中核にするものと思われるが、その課題設定権がよって立つ基礎をも概念の中に盛り込む必要はないのであろうか。

(4) 最近のものとして、井戸田侃「訴訟条件の機能と内容」刑事手続の構造序説八九頁以下、田宮裕「公訴権の運用と裁判官」中野判事還暦祝賀・刑事裁判の課題六三頁以下。

(5) 公訴権と訴訟条件との関係についての議論は古くて新しい。現在なお重要問題としての地位を失っていない。当事者主義の見地から理論的再構成が種々試みられている。しかし、おおかたは公訴権論は訴訟条件論に解消されうるとする基本命題をくずしてはいない。わたくしはこの基本

命題に対して疑問を持つ。ごく素朴な疑問を述べよう。それは簡単にいえば、「なぜ条件をつけられるものそのものが、その条件の中に解消できるのか」という点である。条件はあくまで条件であって、条件をつけられるものの中に解消できる筈がない。もし解消できるとすれば、条件そのものか条件をつけられるものかの、いずれかの概念規定が間違っていると見るほかない。

(6) 団藤重光「公訴権理論とその批判」刑法と刑事訴訟法との交錯所収。

(7) 鴨「公訴権論」前掲は、公訴権論と名づけられているが、その実質的内容は「応訴権論」である。反対当事者の訴訟上の利益への配慮をくりかえし説いている(同論文二二、二五、二八、三三各頁)。そこから訴訟条件は、公訴権への制約として位置づけられる。なお、公訴権理論の実益については、参照、松岡正章「公訴権論」鴨良弼編法学演習講座刑事訴訟法二二四頁以下。

(8) ビューローの論文「訴訟抗弁論と訴訟要件」(一八六八年)の詳細な研究をもとに、民訴の領域において、訴訟条件に二種があり、その一つは被告の「訴訟打ち切り請求権」に対する「評価」であることを明らかにされたのは坂口裕英教授と思われる。参照、同「ビューローの『訴訟要件論』の研究」名城法学一七卷一・二号一六頁以下、同「訴訟要件論と訴訟阻却(抗弁)事由」裁判法の諸問題中巻二二五頁以下、同「訴訟要件論と訴訟抗弁」民事訴訟法

雑誌一六号三八四頁以下、同「訴訟要件について Schward 教授の主張」(紹介) 名城法学一八巻三・四合併号一三〇頁以下。田宮教授はこの分野における民訴法学の刑訴法学への影響に鋭い興味を示しておられる(田宮「公訴権の運用と裁判官」前掲七九頁注(3))。

(9) 田宮「公訴権の運用と裁判官」前掲七一頁。

(10) 田宮裕「訴追裁量のコントロール」立教法学一一号八七頁、光藤景皎「訴訟条件」鴨編演習刑事訴訟法前掲二七〇頁。

(11) 井戸田「訴訟条件の機能と内容」前掲は、「起訴を許容するに足る客観的な嫌疑の存在」「起訴猶予すべき事実の不存在」(一〇五頁)をも訴訟条件とする。この点の問題性については後述。

四 訴訟障害論

前章においてわたくしは、訴訟条件の審査は妨訴抗弁、応訴拒否権もしくは手続打ち切り請求権の裁判所による評価と解すべき旨を説いた。右のような訴訟条件論はこれを、開かれた訴訟条件論あるいは当事者主義的訴訟条件論と呼ぶことができる⁽¹⁾。当事者主義的訴訟条件論では二種の訴訟条件を考えることができる。一つは職権調査になじむ類型的訴訟条件、もう一つは被告人の申立に

かかる非類型的訴訟条件である。後者を基礎づけるものが妨訴抗弁、応訴拒否権、手続打ち切り請求権であることについてはすでに触れたが、その実際の機能に着目してこれを「訴訟障害」と把握し、「訴訟障害論」として展開するのが一番実践的だと思われる。名称にこだわらなければならないかも知れないが、理論に実効性を持たせるためには、裁判官(評価者)に抵抗の少ないかたちにしておくことも必要である。訴訟障害論は、わが国の最高裁のすでに認めるところでもある⁽²⁾。不当な訴訟遅延にもとづく手続打ち切りは、まさに堂々たる訴訟障害論の展開といえる。のみならず西ドイツ刑法では、訴訟障害(Prozesshindernis)による手続打ち切り(Einstellung)は明文の認めるところであり、しかもその障害事由は一般条項となっている⁽³⁾。

この趣旨での訴訟障害論は、従来の訴訟条件論と異なり次の特徴を持つこととなる。第一に既存の類型化された訴訟条件についてゆるやかな解釈をゆるす。たとえば公訴棄却事由の三三八条四号は包括的規定と解され、免訴事由についても類推適用が認められる。第二に(第一と重複する面もあるが)、訴訟障害論の基本趣旨から

必要不可欠と認められるかぎり、超法規的訴訟条件もしくは憲法的訴訟条件を認める。そして第三に、それらは非類型的な訴訟条件であるから、当事者の申立にかからせ、その立証についても特別の措置をとる。

ところで問題は、右の訴訟障害論でもって従来の公訴権濫用論のカテゴリーをどの程度カバーできるかである。公訴権濫用論がこれまで対象としてきたケースにはいろいろな種類があるが、次の四種に大別できると思われる。⁽⁴⁾以下に節を分けて簡単に検討する。

(一) 嫌疑が客観性を欠く場合

客観的嫌疑の不存在は明文の訴訟条件の中にないから開かれた訴訟条件(刑訴三三八条四号)に包摂しうるかの問題である。被告人が実際に、客観的嫌疑の不存在を裁判所に申し立てて来たら、どう処置すべきか。公訴棄却を主張する論者は、もともと客観的嫌疑(証拠の充分性)のない者に対する応訴強制に疑問を感じ、手続からの早期解放にメリットを認める。⁽⁵⁾その点にたしかに一理ある。しかし、公訴権や訴訟条件の本質に立ち入って考えると疑問がないわけではない。⁽⁶⁾わたくしの立場では、嫌疑に客観性がない場合でも公訴権の成立に影響はない。

検察官は公訴提起はできる。そこで問題は、客観的嫌疑の不存在の主張が訴訟障害事由を構成しうるか否かとなる。まずこの障害事由の検討はいつやるか。特別の審査手続創設の提唱もあるが、現状では公判期日の冒頭でやるほかないだろう。とすると、嫌疑の客観性もしくは証拠の充分性の審査は実体審理とどう区別されるのか。たしかに訴訟条件審査と実体審理とは目的も手段も違う。抽象的に区別できないわけではない。だが実際にはその区別は可能であろうか。すでに実体審理に入っていないがら実体審理の条件の検討だとする矛盾⁽⁷⁾はないであろうか。この問題については、肯定論者、否定論者双方からすでに論拠は出尽くされており、ここにあらたにつけ加えるべきものもない。現状では、さきに触れた矛盾を主理由に否定論に傾かざるをえない。客観的嫌疑の不存在を訴訟障害事由として構成するには無理がある。⁽⁸⁾公判冒頭で客観的嫌疑の不存在が明らかになったとすれば、それは訴因に対する証拠の裏付けがなかったことが明らかにになったのであるから、他の訴訟条件の検討を待つまでもなく、すみやかに無罪の実体判決にいくべきであろう。⁽⁹⁾公訴権濫用論は無罪判決の阻止に向けられてはならない。

(二) 起訴猶予事由のある場合

被告人が、起訴猶予事由があるにもかかわらず起訴がなされたとして、これを訴訟障害事由として審査の申立をしてきた場合に裁判所はどう処置すべきか。現今、訴追裁量のコントロールの問題として論議の中心となっているのがこの問題である。(一)の場合とは異なり、訴追の必要性についての客観性の有無の問題である(実体とかかわらない)から、裁判所がこの検討を拒否することはできないであろう。⁽¹⁰⁾ 訴追の必要性の判断要素(刑訴二四八条)には、行為者に関するもの(犯人の性格、年齢、境遇)、行為に関するもの(犯罪の軽重、情状)、その他(犯罪後の情況)とがある。必要性の判断はきわめて広範な総合判断であって、その客観性の有無の認定はたしかに困難である。しかし、明らかに客観性を欠くとされる場合が考えられないわけではない。たとえば、犯罪が軽微であって、犯人の年齢からして通常起訴されないというような場合がそれである。⁽¹¹⁾ この事例の場合には、訴訟障害の申立には十分理由があると思われる。その障害の性質(裁量の幅がかなり広く、時間的経過によって変わりうる)からして手続条件(Wie条件)の欠缺として

扱うのが妥当であろう。⁽¹²⁾ 一事不再理効を付与する必要はない。

このカテゴリで処理できるのは、二四八条の趣旨からして一応検察官の裁量権の範囲にあると考えられる場合である。抽象的にもその裁量権の外にある場合(たとえば次の(三)の場合)には、他の法理による。迅速裁判条項違反や捜査手続に重大な違法のある場合はこのカテゴリには入らない。

(三) いわゆる不平等起訴の場合

検察官がある種の政治目的で、本来なら起訴されないような微罪を起訴する例がある。⁽¹³⁾ 被告人が差別的起訴を理由に訴訟障害の申立をしてきたらどうするか。⁽¹⁴⁾ この問題は、通常なら起訴されない起訴という点で、訴追裁量の問題のように見える。しかし、よく考えてみるとこれは訴追裁量の問題ではない。裁量をあやまっているのではなく、起訴基準そのものが偏向しているのである。⁽¹⁵⁾ このような場合は政治目的による差別的扱いが、憲法一四条違反として訴訟障害事由となると考えるべきであろう。理論的に、主観・客観両要件をそなえた差別的起訴がならん問題を生じないと考えることはむずかしい。もっと

も實際上、右の主観的要件をも立証の要ありと解するには問題がある⁽¹⁶⁾。被告人側がその立証に成功するとはまず期待できない。この理論の実質的拒否に通ずる。被告人の地位・犯罪の性質などからして、客観的に不平等⁽¹⁷⁾（一四条に保障される利益侵害）があれば、訴訟障害と認めて差し支えあるまい。

なお、右にいう不平等起訴はそもそも訴追裁量の限界の外にあるのであるから、手続条件の欠缺と見るべきではない。その訴訟障害は重大で一事不再理効を付与すべき制裁に値いする。追行条件⁽¹⁸⁾（〇〇条件）の欠缺と見るべきである。

(四) 捜査手続に違法のある場合

公訴権濫用の一態様として最近クロージアップされてきたのが本問の場合である。高田事件上告審判決後にはやく、同判決の抱える問題と「捜査手続の違法と公訴提起の効力」の問題とが、同じ手法で解決できる旨の論文⁽¹⁷⁾も公表された。本問の場合は、下級審とはいえずに判例⁽¹⁸⁾によっても容認されている。正確に言えば、公訴権濫用の一態様といえるかどうか疑問（訴追裁量違反ととらえる学説は別）であるが、公訴権濫用を広く公訴権行

使に障害が生ずる場合と考えれば、本問の場合をも包摂しうるであろう。さて本問の解決方法としては現在次の四つを指摘できる。第一は、検察官に広い客観義務を想定し、その義務違反が訴訟障害を構成するという考え方である⁽¹⁹⁾。第二は、検察官にデュー・プロセス擁護義務を課し、それに違反した場合は訴訟障害となるとする考え方である⁽²⁰⁾。第三は、検察官には正しく起訴猶予すべき義務ありとし、それに違反した場合には訴訟障害を生ずるとする考え方である⁽²¹⁾。そして第四は、検察官のなんらかの義務違反という媒介項の挿入を排し、重大な捜査の違法はストレートに訴訟障害を構成すると見る考え方である⁽²²⁾。第一説については、実体的真実主義をも含むと思われる広い客観義務を課する点に疑問がある。わたくしが公訴権の成立につき検察官による主観的嫌疑をもって足るとする理由は、そのような義務を課することは当事者主義の理念からして妥当でないところにある。第二説については、理念型式として提示されるかぎりこれを否定することはむずかしい。しかし現実には引き戻して考えてみると疑問がなくなる。捜査官憲ならびに訴追官憲としての検察官は、真実究明義務の圧倒的優位下に

ある。司法審査を意識してデュー・プロセスを考えこすれ、自ら考えることはない。これを訴訟管理権論からいえば、捜査官憲にデュー・プロセスを守らせる義務は裁判所にあつて捜査官憲にはないということとなる。⁽²³⁾第三説については、さきに(二)において述べたところがあてはまる。捜査の重大な違法というようなデュー・プロセス違反を二四八条の問題として考えるのには疑問がある。現行法の解釈論の中で解決するという卓抜なアイデアに對しては敬意を表するにやぶさかでないが、やはり起訴猶予裁量の外にある問題と考えるほかない。そこで残るのは第四説である。わたくしは基本的にこの構成に賛成する。但し手続条件 (Wie 条件) に準じて処理する裁判方式⁽²⁴⁾には賛成できない。再捜査して訴訟条件を備えうる危険性は排除しておいた方がよい。一時不再理効のある免訴を選ぶべきである。

なお、おとり捜査や別件逮捕勾留による起訴が、ここに述べられた理論に服することはいうまでもない。⁽²⁵⁾

最後に以上に挙げたような訴訟障害事由の立証方式を考えなくてはならない。さきにも若干触れたところであるが、訴訟障害は当事者主義の理念から生まれた特別の

訴訟条件であつて、法定の訴訟条件のように職権調査事項とすることは好ましくない。訴訟障害論は、もともとは、妨訴抗弁権、応訴拒否権に発するものであるから、被告人の申立を待つて審査すれば足りる。その場合、被告人はどの程度に証明する必要があるかが問題であるが、疎明の責任を果たせば可であろう。⁽²⁶⁾ 檢察側は訴訟障害事由の不存在について立証責任を負う。⁽²⁶⁾ 訴訟障害事由は実体法上の事実ではないが、それに準じて嚴格証明の対象とすべきである。⁽²⁷⁾

(1) 最近田宮教授は、職権主義的訴訟条件観・当事者主義的訴訟条件観の構想を明らかにされた(田宮「公訴権の運用と裁判官」前掲六四頁)。

(2) 岡部泰昌「当事者主義と公訴権濫用」判例タイムズ二九二号二三頁は、この趣旨を「公訴権濫用に對する司法的審査、抑制」として指摘する。同論文は、本格的・全面的な公訴権濫用論の検討であるが、残念ながらその四(二)九八号、なお、これは判例タイムズ編集部御好意により、同号所収予定の校正刷による)までしか披見しえなかった。今後の展開が期待される。

(3) 判決による手続打ち切りは必要的 (St. PoS 260 III) 決定による手続打ち切りは裁量的 (206a I) との違いはあるが、訴訟障害事由に限定がないことは同一である。

(29) 高田事件判決と公訴権濫用論

訴訟条件と訴訟障害の理論は一八六八年 Oscar Bulow に
よって創唱され、近代刑訴理論に新紀元を画したが、訴訟
条件と訴訟障害との限界づけは困難とされる。Vgl. T.
Kleinkecht, StPO, 30. Aufl., 1971, S. 34; H. Henkel,
Strafverfahrensrecht, 1953, S. 279; K. Peters, Straf-
prozess, 1966, S. 236.

(4) 田宮教授によってもう一種「適正な訴追の意思が認め
れない場合」が指摘される(田宮「公訴権の運用と裁判
官」前掲七五頁)。興味ある指摘であり、濫用の一種とし
て首肯できるが、ここでは従来とくに議論の対象となつて
いるものに限った。従来の公訴権濫用論は、捜査ならびに
公訴に向けられ、公判活動にまで至っていない。おそらく、
裁判所の訴訟指揮下にある公開法廷だから、という理由に
よるものと思われるが、わたくしの狭い体験(たとえば大
須事件第二審公判)に限ってみても、検察側の証拠開示に
対する態度には相当疑問がある。今後、公訴権濫用論は検
察官の公判活動にまでその視野を広げなければならないだ
ろう。公判活動については参照、小田中聡樹「検察官」川
島武宣編法社会学講座八巻四三九頁以下。

(5) 井戸田・刑事手続の構造前掲一一頁。

(6) 岡部「当事者主義と公訴権濫用」五五頁は、裁判所
の違憲審査と法創造機能のなかに位置づける志向が欠けて
いると批判するが、井戸田「捜査手続の違法と公訴提起の
効力」立命館法学一〇五・一〇六合併号五六五頁以下の叙

述からもうかがわれるように、法創造機能の点については
ともかく、裁判所の違憲審査は当然立論の前提としてい
えると思われる。井戸田理論の問題点はやはり訴訟条件論そ
のみにある。

(7) 光藤「訴訟条件」前掲書二七〇頁。光藤教授もこの点
を理由に、自己の主張を試論にとどめておられる。

(8) 松尾浩也「公訴権について」裁判所書記官研修所報二
二号一三頁。

(9) 松尾・前掲三八頁。

(10) (一)の場合はわたくしの立場では「訴追の理由」にかか
わり、これに対しては理由あり・理由なしの判断が妥当す
る。

(11) 松尾・前掲二二頁。

(12) 能勢弘之「『公訴の利益』」北大法学論集一九巻一
号八〇、八六、一一三各頁以下は、その特有の訴訟障害
(公訴の利益なし)論からの帰結として、客観的嫌疑のな
い場合、起訴猶予相当の場合、不正手段により公訴が準備
された場合に公訴棄却を導く。同論文(二)(同二号一五二頁
以下)には、被告人側の積極的抗争を期待する旨の叙述が
あり、訴訟条件論においてわたくしと志向を同じくするも
のと思われるが、嫌疑のない場合をも含ませる点に疑問が
ある。

(13) 有名な事例として、諫山博「政治的意図にもとづく不
当起訴とのたたかい——公訴権の濫用をめぐる」労働法

律旬報五五七号一八頁。蛇足ではあるが、同論文の問題提起がこれだけ真摯かつ広範にとり上げられる刑訴法学界の動向に、一種の感動を禁じえない。

(14) 鴨良弼「公訴権と憲法第十四条」刑事訴訟法の新展開 六〇頁以下は、基本的に訴訟障害を肯定し、慎重かつ詳細な検討を行なっている。

(15) 小田中「檢察官」前掲四三九頁は、問題の焦点が「裁量基準」そのものにあるとしながら、なお客観的要件としては「起訴猶予が相当でない」という点に求める。しかし、起訴猶予相当不相当の論争にもつれ込むかぎり、たとえ要件を客観的なものに絞っても、まず逃げきられるであろうむしろストレートに、憲法一四条に保障された被告人の権利の実質的侵害の可能性（これは高田事件で最高裁の示した判断基準である）という点をメルクマールとすべきではあるまいか。

(16) 小田中・前掲同頁。

(17) 井戸田「捜査手続の違法と公訴提起の効力」前掲。

(18) 大森簡判昭和四〇年四月五日判例時報四一五号一三頁。

(19) 岡部泰昌「起訴前手続の違法と公訴提起の効力」刑法雑誌一六卷二・三・四合併号四七頁以下。

(20) 松尾浩也「逮捕手続における警察官の違法行為と公訴提起の効力」警察研究三九卷二号一二七頁以下。

(21) 井戸田・前掲五五五頁以下。

(22) 小田中聡樹「違法逮捕と公訴提起の効力」捜査法大系

I 二〇七頁以下。

(23) 鴨良弼「訴訟管理権」刑法雑誌一五卷二号二三頁以下は、捜査手続が憲法三一条にもとづく裁判所の管理権に服する旨を詳細に展開する。

(24) 小田中・前掲二一八頁。

(25) 拙稿「別件逮捕の適法性とその規制方法」高田・田宮編演習刑事訴訟法一二四頁において、試論として公訴棄却を述べたが、高田事件上告審判決の出現、本文のごとくに解する。

(26) 参照、石川才顕「公訴権の差別的運用と平等保護原則の展開」刑法雑誌一六卷二・三・四合併号一二二頁。

(27) 鴨・刑事訴訟法の新展開七二頁は疑問を留保しつつこの説をとる。石川・前掲同頁も同じ。

五 おわりに

すでに本文中にしばしば引用したところからわかるように、鴨教授の諸論稿が、画期的な高田事件判決に大きく影響を及ぼしたであろうことは想像に難くない。「裁判過程における法解釈—法の Penumbra と裁判官の役割」は、裁判官の法創造機能に対する理論的基盤を提供し、「訴訟管理権」は司法的抑制の視野を一段と広げて、訴訟全体に占める裁判所の位置を再認識させ、「公訴権

論「公訴権と憲法第一四条」は、併せて当事者主義的訴訟構造における、開かれた訴訟条件論もしくは訴訟障害論の展望を明らかにした。もちろん、高田事件判決の出現には数々の学者の寄与がある。誇張していえば、同事件の公判は実務と学者との全面的対決であったといえなくもない。その中であって鴨理論は、その視野の広さ、基礎づけの深さ、論理の精密さにおいて、決定的な位置

を占めていた。今や、刑訴理論は鴨理論の展望の方向に、徐々にだが確実にその歩みを進めつつあると思われる。退官を記念してつたない論稿を捧げるにあたり、ひそかにその足音を聞く思いがするのは、親しく教えを受けた者の「ひいき目」であろうか。

(一九七三・一〇・一五稿)

(中京大学教授)