

# 刑事手続における人権の保障

## —— 現行刑事手続の価値原理 ——

杉 田 雅 人

はじめに

### 第一章 憲法三一条と刑事手続

(一) 憲法三一条の問題

(二) 学説の状況

(三) 判例の動向

(四) 田宮および井戸田教授におけるデュー・プロセス論

ロセス論

### 第二章 現行刑事手続の価値原理

(一) 現行刑事手続条項解釈への批判

(二) 現行刑事手続の価値原理

(三) 当事者主義の概念

(四) 刑訴法学における職権主義と当事者主義

—— 実質的当事者主義への考察

むすびにかえて

## —— はじめに

本稿の目的は、旧憲法から日本国憲法への転換は、刑事手続においては、職権主義から当事者主義への転換を意味し、その根底にはデュー・プロセスがあると主張する杉原教授の所説を、単に公判での形式的当事者主義——当事者追行主義——にとどまらず、実質的

対等当事者主義へ、さらに捜査での実質的当事者主義——真の当事者主義——へと展開させることにある。

第一章においては、第二章への足掛かりとして、三一条の学説の状況、判例の動向を概観することにより、田宮および井戸田教授におけるデュー・プロセス論を考察する。

本論である第二章においては、杉原教授の所説の根拠をそれぞれ考察し、さらに松尾教授の「当事者主義」の概念の定義を参考にすることにより、「当事者主義」の概念の明確化をはかる。

そして、職権主義は本質的なものであり当事者主義は技術的な制度であるとする団藤・平場説、民訴的な形式的当事者主義を主張する平野説、さらに公判だけではなく捜査においても実質的当事者対等主義を貫徹しようとする田宮説について、それぞれ段階的に考察することにより、杉原教授の所説の再検討を行ないその理論の新たな展開を摸索する。

## 第一章 憲法三一条と刑事手続

### (一) 憲法三一条の問題

日本国憲法三一条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定する。ここで法律の定めるとは、「法律の形式による」べきことのみを要求しているのか、あるいは「適正な法律による」という要求をも加えているのか、つまり行政権・司法権についての制約だけに限定されるのか立法権をも制約するのか。さらに「手続」とは、「実体」に対する「手続」を意味するのか、それとも「実体」をも含めたものであるのか、その重要な問題となる。以下に、この問題に対する五つの学説と判例の動向を概観する。

### (二) 学説の状況

憲法三一条の解釈について、学説は以下の五通りに

分類される。

① 刑事手続法定説（手続が法定されていることを要求する説）

三一条をもって人権制約の「手続」を法律で定めることのみを要求するものと解する立場である。<sup>(2)</sup> その理由として、以下のものがみられる。

(1) 三一条は、「手続」と明言して、「実体」の法定まで要求していない。

(2) 日本国憲法のばあいには、合衆国憲法と異なつて、人権保障につき多様な規定を設けているから、とくに合衆国憲法修正一四条にならつて憲法三一条を人権保障の総則的規定（アメリカ的適正手続条項）と解する必要がない。

(3) 人権について最大限の尊重を要求する一三条が人権を制限する手続と実体の適正を当然に要求しているから、三一条のうちに文理解釈上不可能な適正手続条項としての意味を読みとる必要はない。

## ② 適正手続法定説

三一条が適正な「手続」を法律で定めることを要求しているとは解する立場である。<sup>(3)</sup> その理由として、以下のものがみられる。

(1) 「法律の定める手続」条項が、合衆国憲法の強い影響のもとに成立したものであるにもかかわらず、同憲法の「適正手続」条項の意味するところをすべて採り入れたものとは解しえない（たとえば文言自体が異なっている）。

(2) 自由を守るためには、手続的保障こそが重要である。

③ 手続と実体的要件の両面について法定されている必要があるが、適正であることまで要求していないとする説<sup>(4)</sup>（罪刑法定主義）。

その理由として、以下のものがみられる。

(1) 「法律の定める手続」とは、「法律の定める方法」の意味であつて、刑事手続のみならず、罪刑をも法律で定めることを含む。

(2) 実体法も訴訟で適用されるべき規範であること

るからすれば、「手続」法のうちに入る。

(3) 罪刑法定主義の系となる刑罰法規の不遑及(三九条)、刑罰法規の法律限定主義(七三条六号)は明示的に承認されているにとどまりなら明文上の根拠をもっていないと解することは、均衡を失する。

#### ④ 適正手続と実体の法定説

これは、手続と実体的要件が法定され手続が適正であることを要求するとする説<sup>(5)</sup>である。その理由として以下のものがみられる。

(1) 憲法三一条は、合衆国憲法の影響のもとに成立したものであり、合衆国憲法の適正手続条項に相当する。

(2) 人権を制限する「手続」の法定は、四一条より当然のことであるから、三一条の存在理由は手続内容の適正を要求することに求めなければならない。

(3) 罪刑法定主義は三一条に含まれるが、罪刑(実体)の適正自体は他の憲法条文の要求するところであるから三一条の要求するところと解する必要がない。

#### ⑤ 適正手続と適正実体法定説

これは、手続・実体の両者を法律で定めることだけではなく、その両者の内容が適正であることをも要求するとする説<sup>(6)</sup>である。その理由として、以下のものがみられる。

(1) 三一条は、合衆国憲法の「適正手続」条項に由来しており、合衆国においては、同条項は、適正な実体をも要求している。

(2) 実体法の内容が適正でなければ、手続法の内容だけが適正であっても、人権保障は不十分である。

(3) 「法律の定める手続」とは、法律の定める仕方、方法という意味にはかならない。

(4) 他の憲法規定から適正な手続、実体を要求するから三一条を援用するまでもないとする指摘について、被告人の弁明を十分に聴取しないで処罰したり、曖昧な刑罰法規を制定したときのように「憲法のどの条文に反すると明らかにいえないが、憲法の問題に反するといわざるをえない場合がある。このような場

合には本条によって救済するのが妥当である。」<sup>(7)</sup>とする。

(5) 三一条にもとづいて制定される法律は「生命」、「自由」という基本的人権を制限する法律であるから、立法者がその内容を任意に定めうるものでない。したがって、他の国民に人権の平等の享有を確保するため必要最小限度の規制を内容とするもの、つまり適正なものでしかありえない。

これらの諸学説の対立において、基本的人権の擁護という立場から多くの議論がなされた。その結果、現在の学説においては、第五説が、通説的地位を占めている。

### (三) 判例の動向

まず、刑事手続法定説から適正手続法定説へ移行した判例を検討する。

関税法一一八条一項においては、密輸出に用いられた船舶や犯罪にかかわった貨物は、没収されることが

規定されているが、所有者不明のまま知情の点もたしかめず（弁解・防禦の機会を与えないで）貨物を没収することは、憲法三一条（および二九条一項）違反になるかどうかという事案において、最高裁は、「所有物を没収せられる第三者についても、告知・弁解・防禦の機会を与えることが必要であって、これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならない。」<sup>(8)</sup>（傍点筆者）として、関税法の第三者没収の規定をそのまま違憲とはせずに、適正手続によらないで（すなわち「告知・弁解・防禦の機会」の保障がなく）第三者所有物を没収した具体的な処分のみが違憲であるととした。

さらに、昭和四〇年四月二八日の大法院判決においても、同じことが指摘された。

「前記第三者に対する追徴は、被告人に対する刑と共に言渡されるものであるが、没収に代わる処分として、直接に第三者に対し一定額の金員の納付を命ずる

ものであるから、当該第三者に対し告知せず、弁解・防禦の機会を与えないで追徴を命ずることは、適正な法律手続によらないで財産権を侵害する制裁を科するものであって、憲法の右規定に違反する。<sup>9)</sup>（傍点筆者）として、前判決の趣旨を第三者に対する追徴の場合にも及ぼしたのである。

つぎに、適正手続のみならず実体的要件も適正でなければならぬとする説への移行は、以下の判例の中で提起された。

「全農林警職法事件」において、「東京都教組事件」判決等において最高裁が従来肯定していた解釈方法（解釈によって罰条にしほりをかけてゆく「合憲的限定解釈論」・「二重のしほり論」）につき、「国公法一〇条一項一七号が、違法性の強い争議行為を違法性の強い、または、社会的許容性のない行為によりおそれる等した場合に限って、これに刑事制裁を科すべき趣旨であると解するとき、いうところの違法性の強弱の区別が、元来はなほだ曖昧であるから刑事制裁を科

しうる場合との限界がすこぶる明確性を欠くこととなり……このように不明確な限定解釈は、かえって犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確を要請する憲法三一条に違反する疑いすら存するものといわなければならない。<sup>10)</sup>とした。

さらに、「徳島市公安条例事件」にかんする最高裁大法廷判決は、デモ行進に対して「交通秩序を維持すること」を義務づけた徳島市公安条例三条三号（なお、五条においては遵守義務違反の場合の罰則を定めている）に関連して、「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反するものと認めるべきかどうかは通常の判断能力を有する一般人の理解において具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである。このように見ると、本条例三条三号の規定は、確かにその文言が抽象的であるとのそしりを免れないとはいえず集団行進等における道路交通の秩序遵守についての基準

を読みとることが可能であり犯罪構成要件の内容をなすものとして明確性を欠き憲法三一条に違反するものとはいえない<sup>(11)</sup>」(傍点筆者)と判示した。判決は消極的結論に終わったが、実体法をその内容について問題にする方向への大きな前進であった(そのため不明確性を争う事件が多発している)。

#### (四) 田宮および井戸田教授におけるデュー・プロセス論

弾劾的捜査観を主張する田宮教授は、デュー・プロセスにつき以下のように述べる。

「わが法の三一条も三三条以下の内容を含んだものととらえることはできよう。また、たとえば無罪の推定や告知と聴問を受ける権利や保釈請求権などのように、三三条以下からはこぼれたものも存在するのである<sup>(12)</sup>。そこで実質的には三一条のほか三三条以下をもあわせて、デュー・プロセスと呼ぶことができるであろう。」

「デュー・プロセスとはいうまでもなく適正手続の謂で、訴訟もひたすら犯人の処罰を求める真実を探究すればよいのではなく、公正な手続にのって行なわれる必要があるということの意味する。すなわち、手続の公正の要求である。それは、(1)無限に真実を探究するのではなく、一方で『真実探究とみえるような手続』を重視し、他方で、そのように行なわれた手続を信頼して、デュー・プロセスにしたがって達成された結果を正しいものとして扱かおうという思想によるから、実体的真実主義によって立つ絶対主義・客観主義の哲学に対して、相対主義・手続主義だと表現することが許されよう。また、適正手続は何のために要求されるのかというと、主としてほかならぬ被告人の人権保障のためであるから、個人主義の思想が背後にあるともいえる。そして、(2)この人権保障の基礎には、わたくしは無辜の不処罰すなわち消極的真実主義があると思う。これを実体的真実主義における必罰主義に対して、ことばが熟さないが(無罪の)不処罰主義とい

うことができよう。<sup>14)</sup>」

しかし、この田宮教授の見解に対して、井戸田教授は、デュー・プロセスの観念の重要性を重視しながらも、それを具体化する理論の必要性すなわち訴訟条件論の必要性を主張する。

「近時——とくに戦後においては——適正手続（デュー・プロセス）をいちじるしく強調し、デュー・プロセスであるからという理由のみによって刑事手続における諸問題を説明しようという考え方がきわめて有力になりつつある。もちろんそれは正しい点をもっている。およそ近代国家の裁判は、デュー・プロセスによらなければならないことももちろんである（憲三一）。わたくしもそれを重視して重視しすぎることはないと考えている。問題はそれをもって論証ありと言えるか否かである。デュー・プロセスという概念はきわめて抽象的な概念であり、具体的な個々の問題については論者の間においてさえもこの場合、何がデュー・プロセスかについて意見が一致しているわけではない。あ

る学者はそれはデュー・プロセスの要請であるとし、他の学者はそこまで含まないとする。ある問題について何がデュー・プロセスかは——限界の場合には——その論者にきかねばわからない。いわばデュー・プロセスをもつて個々の問題を説明しようという考え方は、実は何も答えていないという批難を甘受しなければならぬであろう。とくにわが国でデュー・プロセスと言う場合、伝統がないところから、もっぱらアメリカ合衆国における判例・学説がその中心として考えられ勝ちである。いわば刑事手続ではとくに合衆国に よりかかる傾向がきわめて強い。もちろん、諸外国のすぐれた面はどんどん吸収すべきであろうが、あらゆる点において、わが国と合衆国とは相当に異なることも忘れてはならない。<sup>15)</sup>」

「これ（デュー・プロセス）を、具体化する作業こそが必要である。これを現行実定法のもとで定着させるべき具体的理論が必要である。わたくしは、それを正に訴訟条件論に求め、そのこれまでの理論に反省を



加えることにより、これに一層具体的な検討を加えてきたのである。<sup>(16)</sup> (傍点筆者)

〔注〕

(1) 大野盛直「刑事手続に関する憲法上の原則」憲法講座第二卷二四一頁、手島孝・有倉編基本法コンメンタール憲法(新版)一三九頁以下、萩野芳夫「適正手続の保障」芦部・池田・杉原編・演習憲法(一九七三年)三一二頁等。

(2) 美濃部達吉・日本国憲法原論(一九四八年)二〇二頁、田畑忍・改訂憲法原論四二七―八頁、田中英夫「憲法第三一条(いわゆる適法手続)について」日本国憲法体系第八卷(一九六五年)一八三頁、杉原敏正・法の支配と行政法(一九七〇年)一二三頁等。

(3) 久保田きぬ子「憲法第三一条の『法律の定める手続』とアメリカ憲法の『適正手続』(due process of law)との関係」芦部ほか編・法律学の基礎知識(一九六九年)三六頁等。

(4) 佐々木惣一・日本国憲法論(第三版)四四一頁、大石義雄・日本国憲法逐条講義(一九五四年)一三六頁、渡辺宗太郎・改訂日本国憲法要論一一七頁等。

(5) 宮沢俊義・憲法Ⅱ(新版)四一五頁以下、田上穰治・

憲法撮要(一九六三年)一二六頁、伊藤正己・憲法入門(一九六六年)一六三―四頁、広岡隆「法定手続の保障」田上編・体系憲法事典(一九六八年)三一―一頁等。

(6) 註解日本国憲法(一九五三年)五八三頁以下、清宮四郎・全訂憲法要論一二六―七頁、中谷敬寿「法定手続について」公法研究二五号四頁以下、佐藤功・全訂新版日本国憲法概説一八二頁以下、橋本公巨・憲法改訂版(現代法律学全集)二四七頁以下、小林直樹・憲法講義改訂版(上)三六〇頁以下、和田英夫・新訂憲法体系一五九頁以下、手島孝・有倉編基本法コンメンタール憲法(新版)一三九頁以下、伊藤満・逐条憲法特講上(一九七五年)二六二―三頁参照。

(7) 註解日本国憲法・五八八頁、同旨、橋本・前掲書二五一頁、手島・有倉編基本法コンメンタール憲法(新版)一三九頁など参照。

(8) 昭和三七年一月二八日 大法院判決 最高刑集一六卷一―一五九三頁、この事件への解説として、伊藤正己「適法手続と第三者所有物の没収」別冊ジュリス卜四四号(一九七四年)一一〇頁参照。

(9) 昭和四〇年四月二八日 大法院判決

(10) 昭和四八年四月二五日 最大判 最高刑集二七卷四号 五四七頁。

- (11) 昭和五〇年九月一〇日 最大判 最高刑集二九卷八号 四八九頁、この事件への解説として、石村善治「表現の自由と徳島市公安条例」ジュリスト六一五号九頁、曾根威彦「公安条例最高裁判決の検討」判例タイムス三三〇号二頁、江橋嵩「公安条例判決の動向」ジュリスト六〇五号一四頁、榎本猛「公安条例の明確性」徳島市公安条例事件―別冊ジュリスト六八号（一九八〇年）九〇頁、江橋嵩「公安条例判決の動向」ジュリスト三七七号六六頁、竹内正「公安条例と道交法との関係―犯罪構成要件の明確性―」ジュリスト六一五号一四四頁など参照。
- (12) 佐藤功・ポケット註釈全書（憲法）（一九五五年）二〇六頁。
- (13) 田宮裕・刑事訴訟とデュー・プロセス二〇三頁、宮沢俊義・憲法Ⅱ（新版）四一六頁など参照。
- (14) 田宮・前掲書一四二頁。
- (15) 井戸田侃・刑事手続の構造序説（一九七一年）はしがき三頁以下。
- (16) 井戸田侃「刑事訴訟の原理」法律時報四七卷一一号八九頁。

## 第二章 現行刑事手続価値原理

### （一）現行刑事手続条項解釈への批判

今までの憲法学において、戦前・戦中の苦しい経験をふまえて三一条以下を解釈し、権力による三一条以下の旧刑事訴訟法的運用を批判する努力が欠けていた。以下の諸点は、それを裏付ける。

第一に、憲法学界には、日本国憲法における刑事手続の検討を憲法学の固有の課題とはみなさずに、放棄してしまっているかにみられるふしがある。憲法の註釈書、概説書がこの部分については、他の部分に比して、概して簡単にしか言及していないこと、およびこの部分についての比較的立入った検討が刑事法学者によって行なわれていること<sup>(2)</sup>は、これを裏付ける。

第二に、憲法学者による憲法三一条以下の解釈においては、現行刑事訴訟法が憲法三一条以下の要請をほぼ十分に具体化しているとの前提がアプリアリに指定さ

れ、刑訴法に依拠してこれらの憲法条項を説明しようとする傾向が強い。たとえば、準現行犯、緊急逮捕、弁護人依頼権、令状提示義務、拘禁理由開示制度等の理解については、とりわけそうである。

第三は、明治憲法二三条、二五条から日本国憲法一八条および三一条以下への転換が、刑事手続においていかなる価値原理の転換を意味するのか、憲法学においては、必ずしも解明されていないことが、あげられる。

## (二) 現行刑事手続の価値原理

旧憲法から日本国憲法への転換は、刑事手続において職権主義から当事者主義への転換を意味する。以下の諸点は、それを裏付けるものである。

第一は、制憲過程からみて日本国憲法の制定が大陸型刑事手続からデュー・プロセス等を内容とする英米型刑事手続への転換を意味するとみられることである。「松本案」<sup>(3)</sup>における刑事手続についての明治憲法

の存続、「マッカーサー草案」<sup>(4)</sup>における詳細な刑事手続の採用、「マッカーサー草案」に基づいて作成された「三月二日案」<sup>(5)</sup>（日本側対策）における明治憲法的刑事手続への復帰の努力、総司令部の半ば強要によって作成された「憲法改正草案要綱」<sup>(6)</sup>における詳細な刑事手続規定の回復、という経過は、大陸型刑事手続に固執する政府の敗北と英米型刑事手続を支持する総司令部の勝利を意味するものにほかならない。

第二は、実体的眞実主義、処罰主義の立場からは、到底合理的に説明することのできない諸規定が、日本国憲法三三条以下に採用されていることである。三三条・三五条の令条主義、三四条・三七条三項の弁護人依頼権、三七条二項の証人審問問題、証人請求権、三八条一項の黙秘権、三八条二、三項の自白法則、三九条の不利益再審、不利益遡及の禁止等の保障は、デュー・プロセス、当事者主義不処罰主義の原理になじむものであっても、実体的眞実主義等からは合理的に説明しえない。

第三は、解釈論上も、憲法三二条以下の総則として位置づけられる憲法三一条が、デュー・プロセス条項として把握されざるをえないことである。

### (三) 当事者主義の概念

「当事者主義」の概念は極めて多義的な内容をもっているが、この点につき松尾教授は、「(当事者主義とは)第一は、公訴の提起以降の段階について、当事者の主張・立証による訴訟の追行を主要なものとする主義、すなわち、当事者追行主義——弁論主義といいかえてもよいが、民事訴訟法上の観念との混合を防いで——である(単なる当事者主義)。その反対概念は、職権審理主義である。第二のものは、手続の全体について、被疑者、被告人の主体性を尊重し、権利保障を重視する主義で、いわゆる適正手続——デュー・プロセスと呼んでもよいが、アメリカ法的な色彩の付着を避けて——にはかならない(真の当事者主義)。その反対概念は、実体的真実主義ないし必罰主義である」<sup>(7)</sup>

と區別する。

しかし、この見解につき、鈴木(茂)教授は、「定義」の明確化という観点から、松尾教授の「二つの当事者主義」に批判的な見解を表明する。すなわち「適正手続論は訴訟理念論に当事者主義論は訴訟構造論にそれぞれ明確に位置つけた上で、議論を展開することが必要」<sup>(8)</sup>。だとし、「当事者主義の極端化が、かえって人権保障を損うこともありうるのであり、その限度では職権補充こそむしろ憲法の『適正手続』の要請といわねばならない。現行刑法は、適正手続を貫徹しようとするものではあっても、決して当事者主義を貫徹しようとするものではないのである。」<sup>(9)</sup>と批判する。

なるほど、議論の目的、意図を明らかにしたうえで、それぞれの射程距離に見合った用い方を心がけるべきであるとする鈴木(茂)教授の指摘は傾聴に値するが、当事者主義||適正手続ではないことは、松尾論文の証拠開示拒否論、アレイメント採用拒否論の議論において、指摘されているとおりであり、批判とし

ては、妥当性を欠く。

#### (四) 刑訴法学における職権主義と当事者主義

##### —— 実質的当事者主義への考察

憲法学が、憲法三一条以下について固有の分野としての自覚を欠き、その検討を刑訴法学者に委ねようとしていた少なくともこれまでの状況においては、刑事手続における人権保障理論の展開の可能性を憲法学のうちに見出すことは困難であった。その可能性は、現実の刑事手続とたえずかかわりあいをもち、その反憲法的、反刑訴法的な厳しさを実感しうる刑訴法学のうちこそ求められることとなる。

戦後、刑訴法学における権力と人権の問題の検討は、基本的には、現行刑訴法下の刑事手続を支える基本原理の理解をめぐる問題として展開されている。つまり、「職権主義」の刑事訴訟か「当事者主義」の刑事訴訟かに要約されているのである。

以下に、これらの問題につき、職権主義は本質的な

ものであり当事者主義は技術的なものにすぎないとする団藤、平場説（現在の通説的見解）、民訴的な形式的平等を内容とする形式的当事者主義を主張する平野説、さらに公判だけではなく捜査においても実質的当事者対等主義を貫ぬこうとする田宮、井戸田説のそれぞれについて概観する。

##### ① 団藤、平場説（通説的見解）

団藤教授は、新刑訴法を日本における刑事手続近代化の第二期として、同法における当事者主義の強化を人権尊重の観点から高く評価するが、公共の福祉の要請に基づいて、実体的真実を発見し、国家刑罰権の適正な実現を任務とする刑事訴訟（刑事手続）は本質的に当事者主義に徹底することはできないとする。

「刑罰権の実現は、もともと、国家的な問題である。むろん、国家機関としての検察官が原告官となつて、国家としての立場から公訴を遂行するものではあるが、審判の主体としての裁判所もまた国家機関である。刑罰権の実現に積極的な関心をもたなければなら

らないのは当然である。かようにして、刑事裁判については、職権主義は本質的なものであるといわなければならない。新法では当事者主義が強調されることになったが、その背後にはつねに職権主義がひそんでおり、必要なときにはそれが表面にあらわれて来るのである。表面だけの考察によつて、当事者主義が職権主義を駆逐したものと考えるのは、刑事裁判の本質をみあやまるものだといわなければならない。かような意味で、刑事訴訟は職権主義の内容を当事者主義の形式に盛つたものだといふことができる。<sup>11)</sup> (傍点筆者)

さらに教授は、自己に対する平野教授の批判を当事者主義の過大な強調だと指摘する。

つぎに、平場教授によれば、「当事者主義はまた、当事者対等主義の意味で用いられる。しかしながら、当事者主義は、訴訟追行を当事者に委ねるといふだけであつて、その訴訟追行が当事者間において平等の権限と機会が与えられるというわけではない。……すでに形式的当事者対等をなしとげた現段階においては、

実質的に当事者間にバランスのとれた訴訟追行の分配を考慮する段階にあるといふことができるのである。<sup>12)</sup>」

「当事者主義は、このような刑事訴訟の目的を達するための技術的な制度であると見るのが一般である。これに対して、当事者主義は刑事訴訟の本質と結びつくものとして、当事者主義をより強調しようとする立場がある。この立場の共通の地盤としては、刑事訴訟にも両当事者間に本質的な利害の対立があり、一種の争訟であるとするようになる。その点たとえば、検察官は一般予防の立場から、被告人は特別予防の立場から訴訟追行を行ない相争うものであるとか、検察官は現在の法秩序を維持する立場から、被告人は法を变革する立場から相争うものであるとかの見解は、訴訟のある種の傾向を不当に一般化するものとして採用することはできない。<sup>13)</sup>」 (傍点筆者)

## ② 平野説

平野教授は、法律学全集の『刑事訴訟法』におい

て、当事者主義の長所と短所、当事者主義と現代日本社会との適合性を検討する。<sup>14)</sup>

まず教授は、当事者主義の第一の長所として、被告人の人権が保障され、その自由が尊重されることを指摘する。なぜなら当事者主義の下では、被告人は、訴訟の主体として、消極的には黙秘権を持ち、積極的に反対尋問権および証人喚問権（その他、一般に証拠を検討する権利と証拠を提出する権利）を持つからである。

第二の長所として、当事者主義は真実の発見にも役立つ。なぜなら、被告人および弁護人に、証拠収集の機会と自由とを十分に与えたとき、はじめて収集された証拠を正しく評価し、その中から真実を発見することができからである。また公判の手續についても当事者は、ともに偏見を持っているが、その偏見をぶっつけあうことによって、その間にかえって真実が浮かびあがってくることになるのである。

つぎに当事者主義の第一の短所として、捜査機関に

与えられる権限が弱いため十分に証拠を集めることができず、罪のある被告人でも、争うことによって無罪になる可能性が大きい。それを防止するためには、弁護人の倫理の確立が必要となる。

第二の短所として、公判が捜査から遮断される結果、捜査で集められた証拠は、そのすべてではなく、選択を経たその一部分しか提出されなくなり、被告人に有利な証拠が隠される可能性もあり、不利益な証拠（とくに伝聞証拠たる供述書面）が提出できないこともある。しかし、被告人に有利な証拠が隠される可能性は、裁判所の提出命令権を適切に行行使することによってかなりの程度に救済でき、不利益な伝聞書面を提出できない点も、証人尋問の技術の向上によって、かなりの程度は補いうる。

第三の短所として、当事者主義の訴訟が予定する社会と、現代の日本の社会との間にギャップがあるのではないかという問題を提起する。しかし、この点については、ドイツよりも、フランスよりもなお職権主義

の強かったわが国においては、また、当事者主義に学ぶべきものが多いと指摘する。

さらに、同教授は、『刑事訴訟法の基礎理論』においては、「民主主義の精神の訴訟への反映が、当事者主義にほかならない」として、それは公平な刑事訴訟に不可欠な価値原理だと主張する。その論旨は以下のようである。

「(旧刑事訴訟法と現行刑事訴訟法との間の訴訟構造の違いは) 現行法が、旧法の職権主義を捨てて、当事者主義をとったことにあります。では、職権主義を捨てて当事者主義をとるとはどういうことでしょうか。ひと口でいえば、**有罪の認定を慎重に、より公正にするために、事実を判断する者と事実を探究する者とを明確に区別するようになったこと**だといっていいでしょう。人間はいかに警戒しても、**探究者という立場と、判断者という立場とを完全に一身に兼ねそなえる**ことは困難であり、二兎を追おうとすると一兎もえな**い**ことになりやすいものだ、という認識を明確にもつ

ようになったことだといってもいいのです。これに対して職権主義の根底にあるのは、自粛して良心的にやりさえすれば、判断者の役割と探究者の役割とを一身に兼ねそなえても誤りのない判断ができる、という考え方だといつていいでしょう。いわば当事者主義は『懐疑の原則』の上に立つものであり、職権主義は『信頼の原則』の上に立つものともいえます。<sup>(15)</sup>」

それで、平野教授は、前者を「国家主義的な考え方の現われ」と指摘し、後者を「おのおの立場や見方の違った人々の意見を十分に聞き、その上で判断を下すことを判断者に求める「民主主義の精神の訴訟への反映」にほかならないと主張する。

さらに、団藤教授の「職権主義が背後にある」とする主張に対しては、「当事者の訴訟活動が適切に行なわれるようにするためには、裁判所は適当に釈明権を行使する必要がありますし、とくに被告人のためには、みずから証拠を収集し取り調べた方がいいことでもあります。このような場合、裁判所は、職権を行使す



るのですが、それはやはり当事者主義の精神に従って行なわれるのであって、卒然として当事者主義に代わって異なった原理である「職権主義」が発動するのではありません。<sup>17)</sup>と批判する。

また、平場教授の「技術的な当事者主義」に対しては、「当事者主義とは、これまで述べてきましたように、単なる技術ではなく、こういうやり方をとらなければ刑事裁判は「公正」とはいえないという、それ自体の価値をもったものであることに注意しなければなりません。……ところが技術的当事者主義という、ややもすれば、こういう公正さに価値を認めないことになりがちです。そして本質的には職権主義がいいのだという価値観がその背後にかくれているようにさえ思います。」(傍点筆者)と批判する。

③ 田宮説

明治憲法から日本国憲法への転換、したがって旧刑訴法から現行刑訴法への転換は、訴訟目的については実体的真実主義からデュー・プロセスへ、訴訟構造に

については職権主義から当事者主義へ、刑事司法の機能については処罰機能から不処罰機能への転換としてとらえられる。

デュー・プロセスとは、「真実探求とみえるような手続」を重視し、かつそのような手続によって達成された結果を正当なものとみなす相対主義の立場を意味するが、それは、実体的真実主義を否定するものとして、無罪推定の法理・無罪の不処罰主義(消極的な実体真実主義)の立場をも意味する。」二〇〇人の中にたった一人混在しているかもしれない潔白な被告人を、選り分けて間違いない無罪にすることができように、当事者の無罪立証を許す等、法は当事者主義的な配慮を試みたのである。その一人を探し出すには、やはり一応みんな無罪だと前提してとり組むしかないといえよう。<sup>18)</sup>」

このようにデュー・プロセスの立場からすれば、刑訴法は固有の存在理由をもつことになるのみならず、当然に当事者主義的構造をもつものでなければならぬ

い。「デュー・プロセスは不処罰主義に他ならないから、無罪立証を可及的に許容せざるをえない。すなわち、国家の有罪請求の過誤はできるだけ多くの機会に争わせる必要がある。そこで、訴追者と判断者を分断して、有罪請求を批判し右請求をきりくずすという方式がよい。そのためには、検察官を訴追の当事者として位置づけて起訴状一本主義を採用し、被告人側の無罪証拠収集と提出に最大限の便宜をはかるという構造、すなわち当事者主義が要請されざるをえないのである。」<sup>20</sup>

したがって、この立場においては、一般に刑事訴訟は、国家刑罰権の発動のためではなく、被告人の無罪立証のためという片面的構成をもつべきものであり、この観点から従来の刑事理論を再検討する必要がある。

このような目的・構造・機能に関する転換は、憲法自体における価値原理の転換——憲法における刑事手続を支える価値原理の転換——に由来するものである

から、狭義の刑事訴訟についてのみならず、それに先行する刑事訴訟についてのみならず、それに先行する捜査過程についても、原則として妥当する。「第一に、多くの場合、事件の方向はすでに捜査で固まってしまふという意味でも、また捜査こそ人権侵害の危険が大きいという意味でも、その重要性は公判に勝るとも劣らないだろう。第二に、捜査が国家の側の訴追の準備である以上、訴追の要求の適正はここにも妥当すべきである。第三に、なるほど捜査では眞実主義の要請が強いが、憲法はデュー・プロセスを要請しているから、実体的眞実との間の二者択一を迫られれば、デュー・プロセスに賽をふらざるをえまい。こうして、これからは捜査もデュー・プロセスの洗礼を受けなければならぬし、また受けていくであろう。」<sup>21</sup>

このようにして、捜査においても、糾問的捜査観から弾劾的捜査観への転換が不可避となる。つまり、捜査の目的については、「捜査は公訴と隔絶した手続であって、嫌疑の有無を明らかにするというそれ独自の

目的をもつとする立場」が否定されて、捜査は公訴の提起、追行の準備にとらえることになる。公判中心的構造観である。そこでは、以下の諸点が当然となる。

① 「被疑者は取調受忍義務（出頭義務）は否定され、被告人と同様に、およそ自己の意思に反する供述を拒否するところの、包括的黙秘権がある（不利益な事実だけではない）ことになる。」<sup>(22)</sup>

② 「被疑者の取調の強制ができない以上、その身柄の確保も捜査官の権限には属しない。したがって、逮捕・勾留について、捜査官の処分を裁判官が許可すると考えるべきではない。法は逮捕状を許可状と考えているかのような文言を用いているが、事情が変更したら逮捕しなくてもよいという裁量権を条件にした命令だと解すべきであろう。」<sup>(23)</sup>

(c) 弾劾方式が当事者双方での準備を前提にするかぎり、被告人の側に「可及的に広範な準備の機会、権能」を付与すべきである。弁護人依頼権、自由な接見交通権、証拠保全の請求権の保障等、被疑者の地位を

捜査機関と実質的対等にまで引きあげることが必要である。<sup>(24)</sup>（傍点筆者）

〔注〕

(1) 宮沢俊義・日本国憲法（コンメンタール・一九六一年）、同・新版憲法Ⅱ（一九七一年）、清宮四郎・全訂憲法要論（一九六一年）、佐藤功・日本国憲法概説（増補版）（一九六五年）など参照。

(2) 田上穰治編・体系憲法事典（一九六六年）、憲法の判例（第一版、第二版）、憲法判例百選（旧版・新版）など参照。

(3) 日本の新憲法・憲資・総第一号三八頁以下。

(4) マッカーサー三草案十条から三十条まで参照。

(5) 憲資・総第九号三三頁以下および五一頁以下を参照。

(6) 憲法改正草案要綱第二八条から第三五条まで参照。

(7) 松尾浩也「当事者主義について」同・刑事訴訟法の原理三三七頁。

(8) 鈴木茂嗣「当事者主義の観念について」同・刑事訴訟の基本構造一二頁。

(9) 鈴木・前掲書一九頁。

(10) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要（一九四八年）一八頁以下、二三頁以下参照。

- (11) 団藤・前掲書六一―三頁。
- (12) 平場安治・「実体的眞実主義と当事者主義」刑事訴訟法講座一卷一二頁。
- (13) 平場・前掲書一三一―四頁。
- (14) 平野龍一・刑事訴訟法(法律学全集)一六一―二〇頁。
- (15) 平野竜一・刑事訴訟法の基礎理論(一九六四年)四頁―五頁。
- (16) 平野・前掲書九頁。
- (17) 平野・前掲書一一頁。
- (18) 平野・前掲書一〇頁。
- (19) 田宮裕・刑事訴訟とデュー・プロセス(一九七二年)一四七頁。
- (20) 田宮・前掲書一四六頁。
- (21) 田宮・前掲書二〇七―八頁。
- (22) 田宮裕・捜査の構造七〇―一頁。
- (23) 田宮・前掲書七一頁。
- (24) 田宮・前掲書七三―四頁。

### むすびにかえて

以上の考察によって杉原教授の所説が、公判での単なる形式的当事者主義にとどまらず捜査での実質的当

事者主義にまで展開されるべきことが明らかになったわけであるが、第二章を中心として本論で考察された論点を要約してむすびにかえることにする。

杉原教授は、憲法の転換は刑事手続において職権主義から当事者主義への転換を意味し、その根底にはデュー・プロセスがあると主張する。その理由として第一は、制憲過程からみて、日本国憲法の制定が大陸型刑事手続からデュー・プロセス等を内容とする英米型刑事手続への転換を意味すること、第二は、実体的眞実主義・職権主義・処罰主義の立場からは到底合理的に説明することのできない諸規定が、日本国憲法三三条以下に採用されていること、さらに第三として、解釈論上も、憲法三二条以下の総則として位置づけられる憲法三一条が、デュー・プロセス条項として把握されざるをえないことを挙げる。(この三つの理由についての論議は今後の私の研究課題としたい。)

これを段階的に把握するならば、あくまで、職権主義が本質的なものであり当事者主義は技術的な制度で

あるとする団藤、平場説、民訴的な形式的平等を内容とする形式的当事者主義を主張する平野説、さらに公判だけではなく捜査においても実質的当事者対等主義を貫徹こうとする田宮説の各段階としてとらえられるのである。

これに対して、木田教授から、これら三つの各段階の理論は、現在の時点でいえば、それらは重疊的に存在しているのであり、決して、団藤理論が消滅したのちに平野理論があらわれたものではないと批判される。しかしこの批判は、あくまで時間的な流れそのものを問題にしたにすぎず、理論的方向づけという点においては杉原教授の三段階の区分はすぐれたものがあるといえよう。

最後に、これらの理念を憲法学における刑事手続の分野に発展させ、現在ある刑事手続の諸問題を解決することこそ今後の私の研究課題である。