

現行刑事訴訟法における当事者主義

青木孝之*

はじめに

- I 大陸法派による当事者主義の理解
- II 英米法派による当事者主義の理解
- III 弾劾的捜査観の登場とその限界
- IV 集中審理の試みと挫折
- V 本来的当事者主義について
- VI 擬似当事者主義について
- VII 人証優先主義の訴訟運営について

はじめに

当事者主義は、現行刑事訴訟法制定時に英米法の系譜を引いて継受された、同法を構成する基本原理のひとつである。当事者主義の何たるかについては、制定間もない時期から議論が蓄積されており、現在では、民事法における弁論主義や処分権主義まで含むものではないことを前提に、狭義の訴訟手続において当事者に訴訟追行の主導権があること、すなわち、当事者訴訟追行主義の意味で用いられるのが一般的だと思われる。しかし、当事者主義は、それ自体誰も反対しない基本原理であるだけに、どこか曖昧に用いられ、その内実が充分意識されていないきらいがあるように思われる。

その一方で、裁判員制度が一応の定着をみた現在においては、裁判員とともに審判対象の判断に当たる職業裁判官は、訴訟の公正さを保つため、基本的に当事者の訴訟追行に容喙せず、その結果に基づきどちらかに軍配を上げる判断者の立

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第15巻第2号2016年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

場に徹すべきだとする言説が有力になっている¹⁾。このように、近時は、裁判員という新たな判断者が加わったことにより、伝統的な当事者主義の概念が再確認ないし再構築される動きも見え始めている。本稿は、このような問題意識の下、往時の議論をたどりつつ、現行刑事訴訟法における当事者主義の意義を改めて考察しようとするものである。

I 大陸法派による当事者主義の理解

強制捜査権限をもつ予審を設置した上、捜査の結果を一件記録として公判担当裁判官に引き継ぐ旧法（大正刑訴法）が、裁判官による実体真実の解明を目指す典型的な大陸法型の刑事訴訟法であることは疑いない。他方、起訴状一本主義により捜査の結果と公判の審理を切断し、審判対象の設定・変更・立証を原告官である検察官に委ねた現行法が、当事者に訴訟追行を委ね、裁判官を手続の主宰と審判対象の存否判断に専念させる英米法型の刑事訴訟法であることも、また異論のないところである。それゆえ、大陸法的基盤をもつ旧法に英米法的な原理を接合することによって現行法が形を成し、立法された直後は、旧法以来の職権主義と現行法により新しくもたらされた当事者主義の関係をどう理解するかが、焦眉の課題となった。

大正刑訴法の時代から刑事訴訟法を考究し、その大陸法的な基盤に親和感を持っていたと思われる世代の法律家を便宜上「大陸法派」²⁾と呼ぶことが許されるならば、大陸法派のこの点に関する理解は、刑事訴訟法の究極の目的は実体真実の発見にあり、当事者主義は、その目的を実現するために採用された手段だというものであった。すなわち、当事者主義それ自体は、上位の概念である実体真実発見に奉仕するための技術ないし手段に過ぎず、その価値序列は刑事裁判の本質に根ざすものであるから、現行法の下でも動いてはいないというのである。

例えば、団藤重光は、次のように言う。古代法におけるように刑法を私法的な

1) 例えば、「座談会／裁判員裁判の現状と課題」論究ジュリスト2号（2012年）21頁の栃木力判事の発言。

2) その代表格は、小野清一郎及び団藤重光の師弟であろう。

ものと捉える(刑法の私法的見解)のでもない限り、実体的真実主義は刑事裁判における根本原則でなければならない。大陸法の流れを汲む刑事訴訟法においては、検察官の公訴提起を待つて審理が開始され、検察官を原告官とする当事者訴訟の形で公判手続が進む。その意味で当事者主義が採用されており、第一次的に訴訟行為を行うのは当事者であるから、裁判所の実体形成は、当事者が追行した手続の結果によって制約される。しかし、審理そのものについては、実体真実の発見を目的とする裁判所の強い職権が支配しており、実体形成の内部にまで当事者主義が及ぶものではない(すなわち、処分権主義は認められない)。それは刑事法の本質に照らし当然のことである。完全な当事者主義の採用は、J・フランク(米国の裁判官)が指摘するとおり、法的なレッセ・フェール(自由放任)であり、刑事裁判の生命である実体的真実主義の放棄を意味する。その意味で、J・フランクが、英米法における闘争主義(fight theory)を大陸法における真実主義(truth theory)に対置させたのは正しい。われわれは、むしろ、真実主義のための闘争主義ということを考えなければならない。当事者の攻撃防御を第一次的に認め、補充的に裁判所の職権の発動を認める行き方によって、大陸法系と英米法系の長をとり短を捨てることができる³⁾。

団藤のこのような刑事訴訟法観は、終生変わることはなかったと思われる。団藤は、平野龍一に代表される戦後新しく台頭した学説との論争を経た後も、次のような言説を残している。刑罰権の実現は、もともと国家的な問題である。検察官が原告官となって、国家としての立場から公訴を遂行するものであるが、審判の主体としての裁判所もまた国家機関であり、刑罰権の実現に積極的な関心を持たなければな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といわなければならない。その反面として、刑事手続における当事者訴訟の構造は、被告人の権利保護を目的とする技術的当事者構成といえることができる。現行法では当事者主義が強調されることになったが、その背後には常に職権主義が潜んでおり、必要なときにはそれが表面に表れてくる。裁判所は、当事者の争いを見守る冷静な第三者でなければならないが、当事者の一方に

3) 団藤重光「職権主義と当事者主義」日本刑法学会編・刑事法講座第5巻(1953年)935頁以下。

軍配をあげる単なる判定者ではなく、双方の主張を止揚して積極的な断案を下す審判者でなければならない。刑事訴訟における当事者主義と職権主義とは、かような深い層において有機的に結合する⁴⁾。

このように、現行法制定後のある時期までは、刑事裁判の究極の目的である実体真実の発見は、最終的には国家機関である裁判所の職権行使に委ねられており、同時にそれは裁判所の責務でもあるという理解が、論者の中で広く共有されていた⁵⁾。論者も、当然のことながら、憲法を頂点とする現行法の人権保障体系を軽視するわけではない。したがって、被告人を訴訟主体として扱い、その訴訟上の権利の行使を保障するが、それはあくまで人権保障を全うしつつ事案の真相を明らかにするという現行法の目的（同法1条）に資するからであり、実体真実という上位の価値を離れて、訴訟において当事者主義的な構成原理を採ることそれ自体に意味を見出すわけではない。このように当事者主義を限定的に評価し、実際の訴訟運営においては、これを職権主義と対置して、前者が過剰になって本来の目的である実体真実発見が危うくなりそうな場面においては、後者が抑制原理として働くことを是とするのである。

II 英米法派による当事者主義の理解

現行法の運用が定着し、訴因制度、起訴状一本主義、伝聞法則等の英米法に起源をもつ新しい概念を巡る議論が収斂するにつれ、前記のような大陸法派の理解に対し、英米法的な当事者主義を現行法の原理としてもっと重視すべきだとする理解が表れてきた。その代表的なものが、平野龍一の言説である。

平野は、そもそも、刑事訴訟の究極の目的は、大陸法派がいうような実体的真実の発見にあるのではなく、多様な意見の反映にもとづく刑事裁判の公正らしさの実現にあるというところから出発する。このように解することが憲法がもたらした民主主義の精神にも適う。現行法は、公平・公正な裁判の実現という観点か

4) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要 [7訂版]』(1967年) 86頁以下。

5) 小野清一郎『新刑事訴訟法講義』(1948年) 31頁、高田卓爾『刑事訴訟法 [改訂版]』(1978年) 18頁、柏木千秋『刑事訴訟法』(1970年) 10頁等。

ら、起訴状一本主義や訴因制度を採用し、捜査と公判を厳格に遮断して、訴追者が事実を探求した結果を、判断者が引き継がない構造を作り上げた。このような構造の下では、裁判所は事実の判断者に徹することが求められる。職権を行使して自ら事実を探求すべきではない。他方、弁護人の役割は、被告人から見た事件の側面に光を当て、これを法廷で明らかにすることによって、裁判官に多角的な視点を提供し、もって真実の発見に協力することにある。したがって、弁護人に、裁判官と同じ意味における真実義務はない。このようにして、当事者主義は、それ自体が裁判に公平・公正らしさの外観と内実を与え、真実の発見に資するものとして機能する。当事者主義というと、当事者が随意に訴訟を進行できることだと誤解されがちであり、そのような誤解に警鐘を鳴らすために、刑事訴訟における当事者主義は、真実をよりよく発見するための技術的手段にすぎないといわれることがある。しかし、当事者主義は単なる技術ではない。このようなやり方を採らないと刑事裁判の公正さが保てないという意味において、それ自体価値をもつものである。また、当事者主義については、訴訟進行は当事者がすべてやるので、裁判所は口出しすべきではないという意味に受け取られることもある。しかし、当事者主義とは、訴訟制度を構築する際の基本的な考え方のことをいうのであって、個々の場面において、何でも当事者の当為に委ねるということではない。当事者の適切な訴訟活動のためには、釈明権の行使が必要なこともあるし、被告人の利益保護のためには、職権証拠調べが必要になる場合もある。このような場合、裁判所は、あくまで当事者主義の精神にもとづき職権を行使するのであって、当事者主義という原理が後退して、それに代わって職権主義という原理が卒然と現れるのではない⁶⁾。

以上のとおり、平野に代表される英米法派⁷⁾の現行法理解の根幹は、同法が継受した当事者主義は、真実発見に資するための技術的な原理ではなく、それ自体が、刑事裁判の生命線である公平・公正らしさ、ひいては憲法の民主主義の精神

6) 平野龍一『刑事訴訟法』(1958年)2~20頁、同『刑事訴訟法の基礎理論』(1964年)1~21頁。

7) 該博な比較法的知識をもち、実体法の分野ではドイツ刑法学の最先端の議論を紹介していた平野を、「英米法派」と分類するのは不正確かもしれないが、記述の便宜上このように名づけた。

を具現化する価値を担う基本原理だというものである。大陸法派の理解との違いは、刑事裁判の究極の目的がどこにあるかという出発点の違いに由来する。大陸法派は、それは実体的真実の発見にあると考えるのに対し、英米法派は、当事者主義的な構成原理による手続を積み重ねることによって実現されるはずの、刑事裁判の公平・公正らしさにあると考えるのである。

Ⅲ 弾劾的捜査観の登場とその限界

ここで、平野龍一が提唱し、昭和30年代から40年代にかけて盛んに論じられた、弾劾的捜査観に関する議論の状況を確認しておきたい。当事者主義は、職権主義と対置されつつ、専ら狭義の訴訟手続（公判手続）において、訴訟追行の主導権を当事者に委ねることを意味するものとして、議論が展開されてきた。しかし、このような議論は、訴訟における裁判官・検察官・被告人（弁護人）の役割分担を論ずるものにすぎず、公判手続に射程が限定された議論である⁸⁾。その一方で、検察官は、旧法から温存された起訴便宜主義と、予審廃止に伴い新たに獲得した強制捜査権限をフル活用し、後に検察官司法と呼ばれる、犯罪検挙及び治安・秩序維持の効率化に傾斜した刑事司法運営の手法を築き上げていった。検察官が遂げた捜査の結果が、公判に先立ち、その帰趨を事実上決定する実態が徐々に明らかになり始めたのである。そこに危機感をもち、捜査手続の構造にメスを入れたのが平野である。平野は、ミランダ・ルールに代表される捜査抑制原理をもち、人証中心の集中証拠調べにより公判で黑白を決する米国の刑事手続に触発され、捜査は、公判で一方当事者となる訴追機関が単独で行う公判準備活動にすぎないと位置づけ、刑事司法運営の中心は公判手続にあることを明確にしようとした。このような立場からは、強制処分は、将来行われる裁判のために裁判所が行うだけで、当事者はその結果を利用するにすぎず、逮捕・勾留という拘禁作用も、将来公判廷へ出頭させるためのものであって、取調べのためのものではないということなる⁹⁾。

8) 松尾浩也『刑事訴訟の原理』（1974年）334頁。

しかし、このような捜査観は一般化しなかった。捜査手続は、国家機関が犯罪の嫌疑をかけた者に狙いをつけ、事実関係を解明して処罰を実現しようとする活動の総体である。このような手続が、本質的に一方的な糾問手続であることは否定できず、そこに訴訟追行の形式に関する原理である弾劾構造を持ち込もうとしても自ずから限界がある。それと同時に、捜査が公判準備のための手続にすぎないという把握にも、正確でない面があった。例えば、本来的に行政機関である警察の立場からしてみれば、少なくとも警察捜査は、被害の回復や犯罪に関する情報収集、犯罪の予防的鎮圧なども含めた裁量的活動の総体であり、犯人及び証拠の発見・収集という範疇に収まらない活動も少なくない。したがって、捜査が公訴の提起・遂行を指向するものであることは間違いないが、それらの準備活動に尽きるとは断じ切れないことになろう¹⁰⁾。平野は、公開された公判手続における当事者の攻防により黑白が決着する公判中心主義の刑事司法運営を実現する狙いから、捜査を公判との関係で付随的なものと捉えようとした。その目の付け所は斬新であったが、捜査概念の把握の仕方が、実態とはいささかずれたものだったのである。もちろん、平野も多少の無理は承知で、大きな捜査構造論を提唱することにより解釈論のあるべき方向に導こうとしたものと考えられるが、取調べ受忍義務を否定する議論¹¹⁾が示すとおり、個々の法規の解釈においては、文理上無理を伴うこともあって、実務はそれに追随しなかったのである。

以上のとおり、当初、職権主義と対置されて論じられた当事者主義は、平野の独創的な捜査構造論により、その射程距離を公判手続から捜査手続に伸ばそうとした。しかし、職権主義との論争それ自体が、当事者と裁判所のどちらに訴訟追行を委ねるのが合理的かという技術論の範疇から脱し切れていない嫌いがあった上に、捜査手続の捉え方自体も、捜査の本質や実態からいささか遊離したものであったため、実務を動かすには至らなかったのである。

9) 平野・前掲注6)『刑事訴訟法』83頁。

10) 佐藤英彦「捜査概念について想う」田宮裕博士追悼論集・上巻(2003年)21頁以下。
佐藤は、このような捜査概念の把握の仕方を行政的アプローチと呼び、平野に代表される刑事訴訟法学の立場から把握された捜査概念を司法的アプローチと呼んでいる。

11) 平野・前掲注6)『刑事訴訟法』106頁。

IV 集中審理の試みと挫折

もうひとつ、当事者主義との関連で、昭和30年代に起こった注目すべき動きとして、新刑訴派と呼ばれる裁判実務家たちが実践した、集中審理の試みを取りあげたい。

集中審理とは、現行刑訴法が施行されて数年を経た昭和20年代末あたりから、岸盛一、横川敏雄らによって提唱され、昭和30年代に東京地裁を中心に実践された公判審理改善の試みである¹²⁾。その核心とするところは、当事者の十分な事前準備を前提に、争点と証拠を絞り込んだうえで、口頭弁論主義の趣旨に適う生き生きとした証拠調べを集中的に実施し、もって裁判官が法廷で心証をとりきることを可能にしようというものであった。すなわち、現行刑訴法制定後も、実務の一部においては、旧法以来の慣行に影響され、伝聞法則等の証拠法の諸原理を十分に尊重しないまま、証拠能力を緩やかに解し、捜査書類を大量に証拠採用して公判に流入させる現象が見られた。その一方で、当時の世相を反映し、政治思想の絡む労働・公安関係の事件においては、訴追側と被告人・弁護人側が激しく対立した。そのような事件においては、旧法時代と異なり、公判手続開始後も裁判所で一件記録を閲覧することができなくなった弁護人によって、防御の準備を理由とする証拠開示の要求が頻発し、当事者主義を楯にこれを拒む検察との間で深刻な対立が生じ、訴訟が紛糾・長期化するようになった。このような状況の下、裁判所は、一部事件の審理長期化に危機感をもち、現行法が旧法の弊を改めたはずであるにもかかわらず、訴因の存否及び重要な情状事実に的を絞っためりはりの利いた証拠調べが実現していないことを反省する動きを見せた。それが、交互尋問に関する刑事訴訟規則199条の2以下(1957年)や事前準備に関する同規則178条の3以下(1961年)の整備であり、東京地裁を中心とする集中審理実践の試みだったのである。

しかし、結論から言えば、この審理方式は実務に定着しなかった。その根本的な理由は、この試みが裁判実務から見た法廷での心証形成とその結果としての審

12) 集中審理については、刑事裁判実務研究会『集中審理』(1964年)を参照。

理促進を目指すにとどまり、わが国の刑事司法が抱える構造的な問題に切り込むものでもなければ、平野が説いた当事者主義のような、それ自体が裁判の公平・公正に資する価値をもつ大きな原理の実現を目指すものでもなかったことであろう。もちろん、新刑訴派の实践努力は尊いものであるのだが、そこで行われた証拠調べは、法廷で心証をとるため、書証の朗読を励行し、刑訴法及び規則の建前どおり交互尋問を活発に行うという内容のものであった。たしかに、このような証拠調べを実施すれば、その場で心証形成することがある程度容易になるだろう。しかし、そこで実現されるのは、法廷でのコミュニケーションのあり方を規律する原理としての口頭主義であり、捜査と公判の関係、とりわけ捜査書類が大量に公判審理に流入する構造的な問題にメスは入らなかった。新刑訴派も、その点の問題意識がなかったわけではないが¹³⁾、捜査段階の供述調書に依拠するわが国刑事司法の根本的な問題点を改善するには至らず、実務は、やがて供述調書の証拠能力を緩やかに解する方向に逆戻りし、もって、犯情や経緯まで含めて細に入り微を穿つ事実関係を問題にする精密司法の手法を維持し続けたのである。また、新刑訴派は、当事者の事前準備の励行を強調し、そのことにより争点に沿った充実した証拠調べが可能になると説いた。それ自体はそのとおりなのであるが、問題は、そのことが、検察官が捜査結果としての一件記録を一手に握り、公判で請求予定の証拠についてのみ閲覧させれば足りるという刑訴法 299 条の枠組みの中にとどまっていたことである。もちろん、当時は、現在のような証拠開示制度（法 316 条の 14 以下）はおろか、訴訟指揮権を根拠とする開示命令に関する最高裁判例（最決昭和 44 年 4 月 25 日刑集 23 卷 4 号 248 頁、最決昭和 44 年 4 月 25 日刑集 23 卷 4 号 275 頁）すらなかったから、上記の扱いが間違いであったわけではない。しかし、証拠に関する情報の質量に大きな偏りがあり、それが半ば固定化された状況の下では、当事者による訴訟進行が刑事裁判に公平・公正を実現するレベルにおいて機能するはずがない。この時代の事前準備や交互尋問は、当事者が主体的に訴訟を進行する外観を呈するという意味における、形式的当事者主義のレベルにとどまっていたと思われるのである。このように、集中審

13) 例えば、前掲注 12)『集中審理』150 頁以下では、法 321 条 1 項 2 号後段書面の証拠能力判断の厳格化が唱えられていた。

理の試みは、刑事司法の構造的改革につながる理念的バックボーンをもたず、現場の裁判実務家が、法や規則という限られたツールにもとづいて励行する、ある種の審理促進策にとどまった。そのことが両当事者に敏感に伝わったからこそ、検察官も弁護人も全面的にはこの動きに賛同せず、いつしか旧法以来親しんだ、捜査段階で作成された書証を軸に、時間をかけてその信用性を細部に至るまで吟味し合う、精密司法の手法に戻っていったのである¹⁴⁾。

V 本来の当事者主義について

以上見てきたように、現行法における当事者主義については、公判審理における技術的な構成原理であるとの見方（団藤）に対して、それ自体に公平・公正という価値を含んだ指導理念であるという見方（平野）が現れた。昭和30年代になると、当事者主義の射程を捜査手続にまで広げようとする理論的試み（弾劾的捜査観）や、口頭主義と結びついた公判審理を実現しようとする実務改善の試み（集中審理）が展開したが、そのいずれもが、捜査書類に依拠して細かな事実関係まで審理の対象とする、精密司法と呼ばれる刑事司法運営手法の厚い壁に阻まれ、やがて遠景に退いていった。

ここで翻って考えてみるに、そもそも、大陸法派による当事者主義の理解と、英米法派によるそれとは、現行法の解釈としてどちらがより整合的なのであろうか。大陸法派の説く当事者主義は、その前提として、実体的真実の発見に上位の価値を認めるものであった。例えば、平場安治は、実体的真実主義は刑事訴訟の目的に関する原理であって、目的達成の手段としての原理である当事者主義とは、次元が異なると明言する。もちろん、平場とて、訴訟法内で発見された真実を超え、歴史的・客観的に存在する実体的正義を問題にするわけではない。実体的真実主義は、刑事事件の法的処理のため必要な範囲で真実の解明を要求するもので、実体的正義を実現するのに必要ではあるが、それ以上のものではないという。ただし、その一方で、平場は次のようにもいう。絶対的真実を指向する実体的真実

14) 松尾浩也『刑事訴訟の理論』（2012年）112～114頁、180～182頁。

主義においては、法廷に現れた証拠に矛盾がないことのみをもって、事実を真実とみなすことに満足できない。潜在的証拠が仮にありえたとしても、現在の認定を動かし得るものではないとの信念を持つことによって、初めて実体的真実主義が満足する。この信念は、現実存在する証拠に対する理性的判断ではなく、むしろ超訴訟的なものへの洞察であり、そこに現実の訴訟を越えて、実体的正義につながるものが出てくる。証拠がそれを証明するだけでなく、現実にもこの人が犯人に違いないという信念が刑事訴訟法における有罪の心証であり、確信とか道徳的确实性と呼ばれるものの内実である。このような信念は、単なる憶測ではなく、弁論の全趣旨、当事者の訴訟追行態度を重要な資料として裏付けられる¹⁵⁾。

訴訟や真実といった概念を突き詰める平場の思惟はそれ自体興味深いものではあるが、上記のような言説は、刑事裁判の現場においては、結局のところ、犯罪行為のあるところ遺漏なく処罰を実現すべきだという積極的実体的真実主義と結びつくのではないかと危惧を禁じえない。平場のような思考枠組みを徹底すれば、有罪を証明する証拠が微妙に不足している場合でも、弁論の全趣旨や当事者の訴訟追行態度（黙秘権の行使などもそれに当たりえるであろう）にもとづき、超訴訟的な洞察が得られるのであれば有罪認定が可能になる。そして、犯罪行為に必ず処罰をもって報いるという立場からは、それが実体的正義の実現であるという論法が可能になるはずだからである。松尾浩也が鋭く看破したとおり、消極的実体的真実主義は、疑わしきは被告人の利益にという原則 (in dubio pro reo) に解消されるから独立して論じる意義は乏しい。結局のところ、積極的実体的真実主義こそが本来の実体的真実主義であり、真実の尊重という価値に満ちた前提から出発しながら、その内実は、いわゆる必罰主義の婉曲名辞に他ならないのである¹⁶⁾。このようにみえてくると、大陸法派が理解した技術的構成原理としての当事者主義は、前提とする実体的真実主義において誤謬をはらんでおり、採用しがたいと言わなければならない。もちろん、このような当事者主義においても、被告人の利益保護を最大限尊重することによって、あるいは、国家機関たる検察

15) 平場安治「実体的真実主義と当事者主義」日本刑法学会編・刑事訴訟法講座第1巻(1963年)4~9頁。

16) 松尾・前掲注14)350頁。

官や裁判官が負うべき廉潔性や中立公平性に関する義務（いわゆる客観義務）を強調することによって、被疑者・被告人の権利を適切に保障しつつ、実体真実発見を指向して刑事司法を運営することは可能かもしれない。しかし、それはいわば心がけの問題であり、法原理としての抑制力に乏しい。体系的な人権保障規定をもち、しかもそのうち10か条近く（31～40条）を刑事司法の基本構造に割いた日本国憲法の下における現行法解釈の原理としては、大陸法派の理解した当事者主義は、ふさわしくないように思えるのである。

それでは、英米法派の理解した当事者主義についてはどうであろうか。前述のとおり、平野らが理解した当事者主義は、訴訟で問題になる事実関係に異なる角度から光を当て、多様な意見を確保した上で真実に迫ろうというものである。それが民主主義の精神に適うとされていたから、憲法以下の法大系には整合的である。また、このような理念的・体系的な理由のほかに、実践的な理由からも、この見解は優れている。是非は別にして、現行法下においては、旧法下の構造に対する反省から、捜査と公判が切断され、捜査結果の全部が無条件で公判に引き継がれることはなくなった。裁判官は法廷で取調べ済みの証拠にしか接することはできないし、反対当事者である被告人・弁護人も、基本的に検察官立証を出発点とした枠組みを通じ証拠開示を受けることになる。このような構造の下では、両当事者が、すべての証拠について、完全に対等な形でその評価を戦わせることはできない。そうである以上、無辜の不処罰という刑事司法の最優先事項を守るためには、被告人・弁護人の防御を十全ならしめ、もって判断者に多角的な証拠評価の視点を提供することが不可欠と考えられるからである。

ただし、大陸法派が指摘したとおり、当事者訴訟追行主義を形式的に貫けば、それですべてがうまくいくというものではない。とりわけ、団藤や平野が論争していた当時は、捜査段階においては一般指定制度により接見交通権が極端に制限され、公訴提起後も請求証拠の範囲でしか認められない不十分な証拠開示制度しかなかったから、当事者の実質的対等を確保するにはほど遠かった。このような現実の下で当事者主義を強調すると、かえって実質的な不平等（訴追機関の圧倒的優位）を追認する危険性のほうが大きかったであろう。加えて、弾劾的捜査観を巡る議論で明らかになったとおり、公判手続を対象にした当事者訴訟追行主義

は、そのままでは、捜査をはじめ、刑の執行、矯正や保護・更生といった刑事司法の諸段階を射程に捉え切れない。したがって、当事者主義を単に公判審理のあり方を指導する理念だと捉えるのではなく、刑事司法の各段階に敷衍して適用できる価値概念であると捉える必要があることになろう。このように考えると、当事者主義とは、当事者の実質的対等が実現した手続構造の中で、能力のある (competent) 当事者が、それぞれの立場から十分に主張・立証を戦わせることにより、公平・公正な刑事裁判を実現し、そこで見出された事実を両当事者が真実として受け入れる、そのような刑事公判のあり方を指向するものといえる。刑事裁判における事実認定は、証拠という客観的な痕跡にとどめられた限度で事実を推認し、審判対象として人為的に掲げられた犯罪事実の存否を判断する作業である。それ以上でもそれ以下でもない。歴史的真相を確認することは人知のなせるわざではなく、訴訟法的真相ないし相対的真相で満足せざるを得ない以上、上記のような意味における当事者主義を実現することによって、最終的に真相と措定される事実関係を探究する過程を問題にし、そこに公平・公正の原理を見出すほかないのである。このように考えてくると、真の意味における当事者主義とは、実は、適正手続 (due process of law) と同義だという理解にたどり着く。平野が、当事者主義は適正手続と表裏をなしているというのは、まさしくこのような意味においてである¹⁷⁾。また、松尾が真の当事者主義と呼んだのも、上記の文脈における当事者主義を指してのことであった¹⁸⁾。現行法の基本原理としての当事者主義は、このような理解にもとづくものでなければならず、それがまさに他の諸原理 (直接主義・口頭主義、公判中心主義等) を内容のあるものにする指導原理だと考えられるのである。

VI 擬似当事者主義について

その一方で、松尾が擬似当事者主義と呼んだものについても考察を加えておこう。擬似当事者主義とは、言葉のとおり、本来的な当事者主義とは似て非なるも

17) 平野龍一『刑事訴訟法概説』(1968年)12頁。

18) 松尾・前掲注14)357頁。

のである。そこで実現される当事者対等は、訴訟追行のルールを両当事者に平等に適用するという意味において形式的なものであり、捜査を含む刑事司法の根幹部分に当事者の実質的対等を実現する内在的契機をもたない。それゆえ、それ自体で刑事司法に公正・公平の価値を実現するには至らない。概括的には、そのような把握が可能であるように思われる。そして、松尾が分析するとおり、集中審理の試みが挫折したのも、その公判審理改善の動きが、擬似当事者主義（形式的な当事者主義）の範疇にとどまっていたからではないか。当事者の実質的対等を図ったうえで攻撃防御を尽くさせる、それ自体で公正・公平の価値を担う本来の当事者主義によって、構造的に裏付けられていなかったからではないか。そのように考えられるのである¹⁹⁾。

まず確認しておくべきは、被告人の権利保護を一定程度重視することによって訴訟追行を当事者主義化し、もって公判審理を活性化しようとする動き、すなわち、大陸法派（団藤、平場ら）が技術的当事者主義と呼ぶ意味における当事者主義への指向は、戦前から存在していたことである。例えば、小野清一郎は、治安維持・思想統制に傾斜した世相の下、違警罪即決例や行政検束が活用されて国民の人権が蹂躪される事態を憂慮し、予審のもつ強制捜査権限を検察官に委譲し、捜査手続規定を整備して捜査権限の濫用を防止するとともに、公判における弾劾構造を明らかにすべきであると説いていた²⁰⁾。このように、公判の形式的な構成原理としての当事者主義は、被訴追者の権利保護に資するものとして、戦前から意識されていた。そこに、敗戦に伴う法大系の大変革が生じ、日本国憲法及び現行刑事訴訟法が制定されて、大陸法的な基盤の上に英米法的な色彩の強い当事者主義原理が継受されたのである。しかし、継受されたはずの本来の当事者主義は、結果として十分根付かなかった。わが国の刑事司法の根底には、捜査段階で作成された供述調書を中心とする書証を公判審理で逐一吟味することによって、細かな情状事実に至るまで事実関係の解明を指向する、精密司法と呼ばれる手法が岩盤のように存在する。弾劾的捜査観や集中審理の箇所而言及したとおり、そ

19) 松尾・前掲注14) 107頁以下、180頁以下。

20) 小野清一郎「予審制度の根本的改革に付て」法学協会雑誌53巻4号（昭和10年）、「司法制度革新論」中央公論昭和12年5月号。

のような手法に慣れ親しんだ実務法曹は、揺り戻しのように精密司法を指向して擬似的当事者主義に埋没し、本来的な当事者主義は、いつしか換骨奪胎されて、根付くことはなかったのである。

この点に関しては、松尾が論考の中で触れている2つのエピソードが興味深い。ひとつは、現行法制制定当時の経緯に関するものである。立法の過程を子細に見ると、当初の日本側草案には、交互尋問制度やアラインメントといった英米法流の当事者主義を反映した訴訟追行にかかる制度が盛り込まれていた。これらは、結果的には採用されなかったものの、少なくとも形の上では日本側が自発的に採用しようとしたものであった。ところが、捜査と公判の切断を企図する起訴状一本主義については、米国側がこれを提案したところ、日本側委員は激しい抵抗を示したというのである²¹⁾。訴訟追行の技術面では当事者主義を採り入れることにやぶさかではないが、捜査と公判が切断され、捜査結果を無条件で利用できなくなるという手続構造の変革については、実体的真実発見を危うくするものとして危機感をもったということであろう。日本側委員の法律家、とりわけ実務法曹の意識を窺わせるものとして興味深い。もうひとつは、集中審理を巡る議論に学会(研究者)がほとんど参加せず、傍観の態度をとったことである。前述のとおり、集中審理は、口頭弁論主義にもとづき審理を実質化し、促進しようとする先進的な取組ではあったが、本来的な当事者主義という骨太の理念に裏付けられたものではなかった。そこで論争されていたのは、例えば、当時の現行法を前提として、どこまで証拠の事前開示が認められるかであり、立場は違っても、検察官も弁護人も、そして判断者である裁判官も、わが国の実務に根差す伝統的な精密司法を前提に議論していた。そこで念頭に置かれていたのは、検察の側から見れば、実体真実発見という名の処罰確保と適切な刑事政策の実現であり、弁護の側から見れば、被告人が納得する詳密な審理と被告人の諸権利の実現である。両者は、例えば、当時の接見一般指定制度の問題を巡って先鋭に対立することもあったが、事実誤認を理由とする上訴に対しては広い救済が認められるべきだという点については利害が一致していた。このように、立場の相違から各論において激しく対

21) 松尾・前掲注14) 108～111頁。

立することはあっても、実務法曹が関わらせる議論は、その根源において、精密司法という同じものの表裏をなしており、その意味で相互補完的ではあった。学説は、このような議論が精密司法内部における近親憎悪的な対立であること、それゆえ、集中審理を巡る論争が本来的当事者の実現には程遠いものであることを敏感に感じ取り、実務法曹が繰り広げた論争から距離をとったのである²²⁾。

以上のように見てくると、本来的当事者主義の継受以前から、わが国には擬似当事者主義とでもいうべき根強い感覚・慣行が存在しており、形の上では英米法的な当事者主義が採用されたように見えても、解釈や運用の現場では、ともすれば擬似当事者主義に侵食され、その精神が失われがちであることが、理解されよう。本来的当事者主義を現行法の指導理念として位置づける本稿の立場からは、擬似当事者主義は、克服されるべきひとつの対象（わが国刑事司法が抱える持病のようなもの）として把握されることになるのである。

Ⅶ 人証優先主義の訴訟運営について

冒頭で触れたとおり、裁判員制度が一応の定着をみた現在、これまで見られなかった新たな公判審理の方式が現れ始めている。例えば、公訴事実について基本的に争いのない事件において、一方当事者が書証の取調べを請求し、反対当事者がそれに同意（刑訴法326条）している場合であっても、裁判員にとって人証の方が証拠調べの内容が理解しやすいことを理由に、証人尋問を実施する運用（便宜上、「人証優先主義」と呼ぶ。）が、そうである²³⁾。このような審理方法は、書証の使用を最少化し、直接主義・口頭主義を実質化した人証中心の証拠調べを実施して、分かりやすい審理を実現すべき裁判員裁判において、既にはほぼ定着したものとされる²⁴⁾。最後に、この問題を取り上げ、本稿のテーマである当事者主義との関わりを検討しておきたい。

22) 松尾・前掲注14) 112～114頁。

23) 人証優先主義の運用実態については、例えば、齊藤啓昭「公判中心主義からみた裁判員裁判の運用」刑事法ジャーナル36号（2013年）44頁以下を参照。

24) 清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判例時報2252号（2015年）3頁。

人証優先主義の証拠調べには、①被害者や目撃者の供述調書が同意されている場合であっても、犯罪事実の中核部分や重要な情状事実について直接事情を聴取するために、これらの証人尋問を実施する場合と、②被告人が捜査段階から公訴事実を認めており、自白調書や身上調書²⁵⁾が作成され、同意されている場合であっても、被告人質問を実施して必要な事項を語らせる場合の2つの類型があり得る。いずれの類型においても、多くの場合、同意書証の採否を留保したうえで証人尋問ないし被告人質問を先行実施し、その結果、必要最小限の事実が法廷に顕出したと判断すれば、裁判所が当事者に書証取調べの請求の撤回を促し、極端な場合には、必要性が認められないことを理由に請求を却下するという進行をたどる。このような審理方法のうち、上記②の類型（被告人質問先行方式）について、清野憲一検事は、当事者主義に立脚する現行法の下では、立証責任を負う検察官が請求した証拠を先行して取調べるのは当然であり、検察官が被告人質問を立証手段として利用することは想定していないにもかかわらず、その意思に反し、裁判所が、検察官立証の一部をなす被告人の供述調書の取調べをしないで被告人質問を先行させるならば、それは被告人質問をもって検察官立証を実質的に代替しようとするものであり、検察官の立証活動を妨げるものとして、当事者主義との関係で大きな問題があると主張する²⁶⁾。この論考に対し、弁護実務サイドは直ちに反応したが、それは、立場の違いからくる幾つかの異論はあっても、当事者の立証活動を尊重すべきという点においては、上記主張に賛同するものであった。すなわち、森下弘弁護士は、被告人質問先行の採否は事案によるが、そのイニシアティブが当事者に委ねられるべきことについて異論はないという²⁷⁾。また、岡慎一及び神山啓史の両弁護士も、弁護人が被告人にとって有益・有利と判断し、乙号証に同意するという方針を選択する場合には、当該弁護方針こそが優先されるべきだとする清野の所説に賛意を表した²⁸⁾。つまり、検察官も弁護人

25) 通常、身柄確保の直後に警察官によって作成される、被告人の身上・経歴を内容とする供述調書。検察官の証拠調べ請求においては、「乙1号証」として整理されるのが、実務上の慣例である。

26) 清野・前掲注24) 4頁。

27) 森下弘「清野論文に対する批判的検討——主に弁護人の立場から——」判例時報2263号(2015年)5頁。

も、当事者が選択した立証方針は尊重されるべきであり、裁判所はそれに容喙すべきではないというのである。

これを当事者主義の立場からどう考えるかであるが、当事者訴訟追行主義の建前からすれば、一方当事者が立証に必要と判断して取調べ請求した書証について反対当事者が同意した場合、裁判所が立証の分かりやすさを理由にその取調べを拒むことについては、非常に慎重でなければならないであろう。しかし、その反面、法326条の解釈として、反対当事者が同意した書証であっても、同条の要件である相当性との関係で、裁判所が証拠採用を拒む場合のあることを一律に否定するのも行き過ぎに思われる²⁸⁾。平野が指摘したとおり、当事者主義とは、訴訟制度を構築する際の基本的な考え方をいうのであって、個々の場面において、何でも当事者の当為に委ねるということではないのである。ただ翻って考えてみるに、このような場面で、裁判所が当事者の同意した被告人の供述調書を取調べるべきか否か、すなわち、当事者の訴訟行為にある種の弁論主義的な効力を認めるかどうかは、重要な問題ではあるが、当事者訴訟追行主義を基調とし、職権主義による適切な補充を指向する現行法解釈の具体的な応用場面であり、訴訟手続の構成者がどのように訴訟を進行するのが合理的かという、多分に技術的・政策的な議論である。現行法制定間もないころから、当事者主義と職権主義の関係として論じられてきたのは、まさしくこのような訴訟追行権限及び責任の分配の問題であった。その意味で、誤解を恐れずあえて言えば、刑事手続の構造全体との関係では、本質的な問題ではないともいえる。本稿が現行法の指導原理と位置づける本来の当事者主義との関係では、一方当事者が取調べ請求した書証に反対当事者が326条の同意をする、その前提として、刑事訴訟の実質的な公平・公正という価値を実現するに足りる十分な情報（証拠）の開示が行われているか、その情報が収集され証拠化される手続の過程に公平・公正との関係で問題になる要因はないか、反対当事者による情報の吟味は十分なクオリティを保って行われている

28) 岡慎一・神山啓史「『裁判員裁判』の審理のあり方——ダブルスタンダードは維持されるべきか——」判例時報2263号（2015年）11頁。

29) 川出敏裕「刑事裁判における直接主義の意義と機能」川端博先生古稀記念論文集・下巻（2014年）698～699頁も、同旨と思われる。

か、それらの方がより根本的な問題に思われる。当事者が望むとおりの訴訟追行が認められるべきか、それとも裁判所の介入が認められるべきかという対立図式に問題を還元する前に、上述の前提が守られた上での「同意」であるかどうかの問題にされるべきなのである。

このことをさらに突き詰めると、捜査と公判の関係、具体的には、事実の探究者が主宰する捜査と、事実の判断者が主宰する公判を厳格に分離すべきことに思い至る。すなわち、被告人質問先行を巡る上記の議論は、裁判員にとっての審理の分かり易さ、それによつて的確な心証形成が容易になることを理由に、当事者が選択した証拠方法（書証）ではなく、それ以外の証拠方法（人証）で採証することが許されるかという問題であり、このテーゼ自体が、判断者の目線のものであるがゆえに、当事者訴訟追行主義という狭い文脈において、事実の探究者たる当事者との間でコンフリクトを生じた。しかし、審理内容の分かり易さ、的確な心証形成の容易さというのは、要するに、事実認定の正確性をいかに担保するかという視点からの理由づけである。事実認定が正確であるべきことについて異論はないが、そこで問題にされる「事実」が、大陸法派の論者がいうところの「実体的真実」と同視されることの危険性については既に論じた。そうだとすると、仮に被告人質問先行型の審理が正当化される場合があるとすれば、事実認定の正確性以外にも、他の説得的な理由づけが必要だということになろう。それが、捜査結果であるところの供述調書の内容を、最終判断者が登場する公判において無自覚・無批判に再現してはならないという法理であるように思われる。このことは、現在、専ら直接主義の文脈において語られている。すなわち、現行法を規律する諸原理のうち、大陸法に由来する直接主義については、判決裁判所は証拠を自ら取調べなければならないという形式的直接主義と、裁判所はオリジナルな証拠に接すべきであり、その代用品で済ませてはならないという実質的直接主義の2つの側面があるとされ、後者については、さらに、事実認定の正確性を担保するための英米法という最良証拠法則に相当する内容と、証拠調べを捜査手続に委ねてはならず、捜査段階における証拠調べを公判に転送し、報告することを禁じる内容が含まれているというのが一般的な理解だと思われる³⁰⁾。宇藤崇教授によれば、直接主義が捜査段階で作成された書面の規律を主な内容としていること

や、そもそも同主義が糺問訴訟における書面審理の打破を目指して提唱された歴史的経緯からすれば、直接主義の主目的は捜査と公判の分離であると言ってよい。そして、捜査と公判の分離は、現代の刑事手続の本質的な構成要素であり、このことは、有罪判決が下されるまでに、公訴提起時と合わせて少なくとも2回、相互に独立した立証により、犯罪事実の存在が確認されるという機能を果たす³¹⁾。また、堀江慎司教授によれば、現行法における直接主義は、裁判所（事実認定者）が、公判において、捜査の結果や捜査機関の心証を連鎖的に引き継ぐのではなく、捜査機関の心証及び主張の内容を、交差的に、独立した立場から、実質的・多角的に吟味しなければならないとする内容を含む。そうだとすれば、その反面として、捜査機関の主張を結論だけでなくそこに至った過程まで含めて十分吟味する機会が確保されているならば、捜査と公判の分離を求める趣旨は実質的に満たされていると評価可能な場合も想定できる³²⁾。実は、これらの主張の内容は、平野が理解した当事者主義の核心部分とほぼ同義である。すなわち、平野は、当事者主義を単なる当事者訴訟追行主義と捉えるのではなく、訴追者である検察官が事実を探究した結果を、判断者である裁判官が引き継がない構造を採ることによって、刑事訴訟に公平・公正の外観と内実を与える指導原理であると理解した。本稿が支持する本来の当事者主義も、表面的な訴訟追行の場面での主導権争いととどまらない、訴訟手続構築の指導原理としての当事者主義であった。そこからは、捜査と公判が拠って立つ判断資料は極力相互に独立していることが望ましく、当事者が証拠調べに同意している場合であっても、公判手続の独立性の見地から、裁判所が捜査書類を証拠採用してそのまま引き継ぐことなく、別の証拠方法により吟味することが望ましい場合もあるとの帰結が導かれよう。また、既に述べたとおり、仮に同意書証を採用して取調べるにしても、そのような証拠資料が作成され、法廷に顕出されるに至った経緯についても十分吟味することが望ましく、それが実現されていると認められる場合には、捜査と公判の分断とい

30) 川出・前掲注29) 683～684頁。宇藤崇「直接主義・口頭主義」法学教室268号(2003年)27頁、堀江慎司「公判における直接主義・口頭主義」刑法雑誌43巻3号(2004年)439～440頁。

31) 宇藤・前掲注30) 27頁。

32) 堀江・前掲注30) 440頁。

う基本原理を緩和し、捜査段階で作成された書類をそのまま証拠採用することが許される場合も想定できることになろう。

以上のとおり、直接主義という一見別の観点からの考察ではあるが、上述の諸論考は、とりわけ判断資料の異同という観点から見た捜査と公判の關係に、刑事手続にとって本質的な構成原理が存在することを教えてくれる。直接主義という大陸法系の証拠法原理からアプローチしても、当事者主義という英米法的な性格の強い訴訟追行に関する原理からアプローチしても、捜査結果であるところの証拠資料をそのまま引き継ぐ形態の訴訟運営は原則として避けるべきであるとの具体的帰結は変わるところがない。本稿が現行法の指導原理として捉える当事者主義は、このように刑事訴訟の基本構造を規定し、個々具体的な解釈場面でも解決の指針として表れるのである。