

論 説

刑事手続における除斥制度について (1) —「予断防止」としての位置付けの再検討—

金子 章

第一章 はじめに

第一節 除斥をめぐる従来の議論状況

第二節 除斥の趣旨に関する従来の理解

第三節 本稿の目的

第二章 いわゆる「予断防止原則」について

第一節 「公平な裁判所」の解釈

第一款 我が国の最高裁判例の評価

第二款 「公平な裁判所」の本質的意義

第一項 比較法的考察

(一) アメリカにおける状況

(二) イギリスにおける状況

第二項 我が国における状況—旧刑訴法時代

第三款 小括一本節のまとめ

第二節 刑事手続上の諸制度の意義の再検討

第一款 起訴状一本主義—「公判前整理手続」との関係に着目して

第一項 学説における従来の議論状況

(一) 議論の背景

(二) 公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触を肯定する見解

(三) 公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触を否定する見解

第二項 憲法的視点からの再検討—従前の議論に対する批判的考察(以上、本号)

第二款 除斥の趣旨の再検討

第三款 小括—本節のまとめ

第三章 除斥に関する最高裁判例の検討

第一節 最高裁平成17年8月30日決定

第二節 刑訴法20条7号に関する議論状況

第一款 刑訴法20条7号に関する基本的整理

第二款 「前審の裁判」に関する従前の最高裁判例の概観

第一項 第一審にとっての「前審の裁判」への該当性が問題となった事例

第二項 第二審にとっての「前審の裁判」への該当性が問題となった事例

第三項 その他に「前審の裁判」への該当性が問題となった事例

第三款 小括—本節のまとめ

第三節 最高裁平成17年8月30日決定の検討—学説による評価を踏まえて

第一款 本決定の意義

第二款 本決定に対する学説の評価の検討

第三款 小括—本節のまとめ

第四章 おわりに—本稿の総括

第一章 はじめに

第一節 除斥をめぐる従来の議論状況

刑訴法20条は、「裁判官は、次に掲げる場合には、職務の執行から除斥される」と規定し、1号から7号まで、七つの除斥事由を列挙している。刑訴法20条が規定する、これら七つの除斥事由は、その性質に基づき、二つの類型に区

分することができるように思われる²⁾。一つは、裁判官がその事件と密接な関係を既に有していた場合(1号から6号)であり、もう一つは、裁判官が事件に関し、既に一定の職務を行ったことがある場合(7号)である。もっとも、前者の事由は内容的に見て比較的明確であり、理解も容易であることから、その解釈をめぐって問題が生じる余地は必ずしも多くはないといえよう³⁾。それに対し、他方で、後者の事由に関しては多くの問題が生じており、裁判官はいかなる場合に「前審の裁判に関与した」あるいは「前審の裁判の基礎となった取調べに関与した」として除斥されるか、特に「前審の裁判」への該当性といった問題が、戦後の早い時期から我が国における活発な議論の対象となってきたことは周知のとおりである⁴⁾。

第二節 除斥の趣旨に関する従来の理解

一 ところで、刑訴法20条が規定する除斥制度の趣旨は、これまでどのように理解されてきたといえるのであろうか。

この点、従来の学説においては、一般に、除斥は、起訴状一本主義(刑訴法256条6項)とともに⁵⁾、刑訴法上の「予断(心証)⁶⁾防止原則」を具現化したものと理解され、また、それは憲法が規定する「公平な裁判所」(憲法37条1項)を担保するものであると理解されてきたように思われる⁶⁾。しかしながら、現在では、必ずしも、このような一般的理解の妥当性は自明であるとは言い切れなくなりつつあるように思われる。

二 その契機は、新刑事訴訟法の制定に伴い刑事裁判手続の仕組みが大幅に改変された戦後改革期以来の大きな変革であると評される⁷⁾、21世紀初頭の刑事司法制度改革である。これによって、裁判員制度、被疑者国選弁護制度、即決裁判制度、公判前整理手続など、従来の刑事司法の枠組みには存在しなかった新たな制度が誕生することになった。もっとも、本稿との関係で特に重要であると考えられる制度は、公判前整理手続である。公判前整理手続の導入は、起訴状一本主義に代表される「予断防止原則」との抵触が避けられないのでは

ないかとの疑問が生じたことは周知のとおりである。ここでは、公判前整理手続と起訴状一本主義に代表される「予断防止原則」との関係をどのように調整・理解するべきかが理論的に問われることになった⁸⁾。そして、この問題に関する帰結は、起訴状一本主義と同様に刑訴法上の「予断防止原則」を具現化したものと位置付けられている除斥制度の理解にも影響を及ぼすことになると思われるのである。

三 他方で、更に考えてみるならば、従来における、刑訴法上の「予断防止原則」についての議論のあり方という点に関しても、疑問を差し挟む余地がなかったとは必ずしも言い切れないように思われる。

学説において、一般に、起訴状一本主義や除斥は刑訴法上の「予断防止原則」を具現化したものと位置付けられ、また、それは憲法上の「公平な裁判所」を担保するものであると理解されてきたことは、上述したとおりである。そのような理解の下では、憲法が規定する「公平な裁判所」の保障は、いわば、起訴状一本主義や除斥に体现された刑訴法上の「予断防止原則」を憲法レベルにまで引き上げたものであると理解されていたと言ってよいであろう。すなわち、そこでは、憲法上の「公平な裁判所」の保障は刑訴法上の「予断防止原則」に関する議論に付随して言及されるにとどまっておき、それゆえ、憲法上の「公平な裁判所」の内容それ自体は極めて希薄化され、必ずしも深みのあるものとは理解されていなかったように思われるのである。

しかしながら、このような態度は必ずしも妥当なものとはいえないようにも思われる。思考プロセスとしては、刑訴法の上位規範である憲法の保障それ自体の意義を明らかにした上で、それを基礎に、その下位規範である刑訴法に関する具体的な解釈論を押し進めるべきであろう。そうだとすれば、議論の出発点としては、まずもって、憲法が保障する「公平な裁判所」の意義を明らかにすることが極めて重要となってくるように思われるのである。

第三節 本稿の目的

一 本稿は、上述したような問題意識を念頭に置きながら、刑事手続における除斥の意義を明らかにし、従来の除斥をめぐる判例・学説の議論を改めて検討することを目的とするものである。

二 本稿の具体的な内容は以下のとおりである。まず、憲法が規定する「公平な裁判所」(憲法 37 条 1 項) に関して検討を加え、その本来的意義を明らかにする(第二章第一節)。そして、そこでの帰結を前提にしなが、公判前整理手続と「予断防止原則」との関係に関する従来の議論に検討を加え、そこでの成果を踏まえて、除斥の趣旨を明確にする(第二章第二節)⁹⁾。最後に、近時出された最高裁平成 17 年 8 月 30 日決定¹⁰⁾を紹介し(第三章第一節)、続いて、刑訴法 20 条 7 号に関する従前の最高裁判例を概観した上で(第三章第二節)、最高裁平成 17 年決定に焦点を当て、検討を加えることにする(第三章第三節)。

第二章 いわゆる「予断防止原則」について

第一節 「公平な裁判所」の解釈

第一款 我が国の最高裁判例の評価

一 憲法 37 条 1 項は、以下のように規定している。「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判をうける権利を有する」。それでは、そこにいう「公平な裁判所」とは、果たして、いかなる意味を有すると理解するべきなのであろうか¹¹⁾。この点に言及した最高裁判例が、戦後間もない時期に既に存在していたのである。

「公平な裁判所」の意味について初めて言及した最高裁判例は、最高裁昭和 23 年 5 月 5 日判決¹²⁾である。それは次のように判示していた。「『公平なる裁判所の裁判』というのは構成其他において偏頗の惧れなき裁判所の裁判という意味である」。また、最高裁昭和 23 年 6 月 30 日判決¹³⁾も、前記昭和 23 年 5 月 5 日判決を引用しつつ、「公平な裁判所」とは、「組織構成等において不公平

の惧れなき裁判所」であると判示していたのである¹⁴⁾。

二 確かに、これら最高裁判例を見る限りでは、既に「公平な裁判所」の意義は明確にされ、改めて「公平な裁判所」の意義を検討する必要性はないようにも見える。しかしながら、上記最高裁判例における「公平な裁判所」の定義付けには根本的に問題があったと言わざるを得ないように思われる。

第一に、「公平」な裁判所の実質的内容こそが本質的に問われているにもかかわらず、上記最高裁判例は、「偏頗」あるいは「不公平」の惧れなき裁判所という、「公平」という文言を裏から形式的に言い換えたに過ぎない表現を用いた定義づけを行っており、問いに対する的確な回答を提示し得ていないのである¹⁵⁾。

第二に、国家は、「公平な裁判所」の保障を担保するために、「公平な裁判所」に対する侵害の危険の発生を防止する憲法上の義務を負うと解することに異論はないはずである。

しかしながら、上記最高裁判例の定義づけに従えば、「公平な裁判所」に対する侵害の危険とは、「不公平の危険の危険」を意味することになるが、そのような概念はおおよそ想定し得ないように思われる。このことは、上記最高裁判例の定義づけにそもそもの問題があることを示唆しているといえよう。

このように、戦後の早い時期に既に最高裁は「公平な裁判所」の意義に言及していたとはいえ、そこで示されていた「公平な裁判所」の定義づけは妥当と言えないことが明らかなのである¹⁶⁾。また、学説に目を向けたとしても、そこでは「公平な裁判所」それ自体の意義に関する十分な検討は必ずしもなされてこなかったのである。

三 以上の検討を纏めれば、我が国においては、「公平な裁判所」の意義は必ずしも明らかにされていない状況にあるといえるであろう。そこで、次に、憲法上の「公平な裁判所」の本質的意義に関して、その手がかりを得るために、外国の状況に目を向けることにする。

第二款 「公平な裁判所」の本質的意義

第一項 比較法的考察

刑訴法学においては、憲法が保障する刑事手続上の権利のうちでも、弁護人依頼権（憲法 34, 37 条）や証人審問権（憲法 37 条）などに関しては、比較法的な観点からの考察が活発に行われてきた¹⁹⁾。これに対して、同様に憲法が保障する刑事手続上の権利でありながらも、「公平な裁判所」による裁判を受ける権利に関しては、比較法的な観点からの考察は必ずしも十分には行われてこなかったように思われる。しかしながら、この点に関する比較法的考察が、わが国における「公平な裁判所」に関する議論に有益な示唆を提供してくれる可能性は否定し難いであろう。そこで、我が国の憲法の淵源はアメリカ憲法に求められることから²⁰⁾、特にアメリカにおける議論に着目しながら、比較法的考察を進めていくことにする。

(一) アメリカにおける状況

一 アメリカ連邦憲法修正 6 条は、以下のように規定する。

「すべての刑事訴追において、被告人は、犯罪が行われた州のそれが行われた地区の公平な (impartial) 陪審によって行われる、迅速な公開の裁判を受ける権利を有する」²¹⁾。

それでは、そこでいう「公平」な陪審とは、果たして、どのように理解されているのであろうか。連邦最高裁判例に目を向けることにしよう。

二 1807 年に出された Burr 判決²²⁾ は、連邦最高裁判所が修正六条の「公平」な陪審の保障に関する問題に取り組んだ最初の事件である。本件事案は以下のようなものである。

前副大統領のアーロン・バー (Aaron Burr) は反逆罪で起訴されたのであるが、公衆の好奇心や彼の政治的スタンスゆえに、新聞は当該事件に関する記事で埋め尽くされた。弁護人は、事件に精通していない市民を陪審員とすることが被告人の権利を守るのに不可欠だとし、事件に関する知識を有してはいるが、心

証を形成していない旨主張していた市民を陪審から排除するべきであったとの申立てを行った。バージニア州巡回裁判所において、巡回裁判官として公判を主宰した連邦最高裁長官マーシャルは、このような申立てに対して、大略以下のように述べたのである。

連邦憲法が保障する公平な陪審は、彼らに提供された証拠に対し公正に耳を傾け、評決をその証拠と適用可能な法に基づかせる人々に構成されていなければならない。それゆえ、陪審員は、証拠と適用すべき法とが形成する印象を拒むような心証を予め持って公判に臨むべきではない。しかし、事件に関する証拠や法が形成すべき印象を拒むような心証とは、強固な、あるいは確固とした心証 (opinion) を意味し、このような心証を持って公判に臨んだ場合にはじめて、公平性が侵害されると言える。そうすると、公平性は、事件に関する知識を何ら有していないことまでは要求していないのである²¹⁾。

その後の下級審裁判例でも、単なる心証ではなく確固とした心証があつてはじめて公平性が阻害されることになるという点では基本的に共通の認識があつたものの、そのような心証があつたことを認定するにはいかなる証拠に基づく必要があるのか、あるいは加えて敵意も必要であるのかという点で見解が対立していた。また、ある注釈書は、そもそもいまだに「公平」と「知識の欠如」の関係についての誤解が存在しているのではないかと懸念をも示していたのである²²⁾。

三 このような下級審裁判例が動揺する状況の下で出されたのが、1878年の Reynolds 判決²³⁾である。本判決は、重婚罪事件での陪審選任手続において、陪審員が、既にその事件につき心証を形成したことを認めたものの、公平に証拠を評価できると述べていたという事案に関するものであつた。

ウェイト長官執筆の法廷意見は、陪審員を公平足り得なくする予断とは、単なる心証以上の強い心証でなければならず、かつそれで足りるのであり、敵意などは必要でないが、このような予断の立証責任は被告人が負い、公平性を失わせる心証を陪審員が現実には有することを立証しなければ、陪審員は排除さ

れる必要はないと述べた。その上で、本判決は、「陪審員が自分の心証を棄て、法廷に提出された証拠に基づいて評決を下せばそれで十分である」とし、本件の陪審員は既に一定の心証を形成してはいたものの、「自分の心証が証拠に耳を傾けた上での評決に影響を及ぼすとは思わない」と述べていたので、公平性は阻害されていないと結論付け、有罪判決を破棄すべきだとする被告人の申立てを退けたのである²⁴⁾。

四 以上のアメリカにおける連邦最高裁判例からは、次のようなことが言えるように思われる。

連邦憲法修正6条の「公平」とは、予断を持たないということを目指す、そこでいう「予断」とは、「何らかの心証を形成した」ということではなく、「審判者が法廷に提出された証拠に基づき判断できないこと」を意味する。すなわち、事件についてあらかじめ何らかの心証を抱くことは、それ自体直ちに予断の存在を意味するわけではない。

もっとも、修正6条の「公平な陪審」という文言からすれば、このような意義を有する「公平」性の保障は陪審裁判にしか適用されないようにも思われる。しかしながら、裁判官裁判 (bench trial) にもデュープロセスの要請として、当然に「公平」性の保障が適用されることに異論はないのである²⁵⁾。

五 それでは、次に、以上のような「公平」性の理解を前提にした上で、裁判官の「公平」性の阻害、すなわち、裁判官が予断を有する危険性について、アメリカではどのように考えられているのであろうか。

アメリカにおいては、裁判官は、一般的・抽象的には、予断を抱く危険性はないと理解されており²⁶⁾、この点もまた異論はないのである。

(二) イギリスにおける状況

一 イギリスにおいては、公正な裁判を受ける権利に関する明文規定が置かれたことはなかったものの、それは一貫してコモンロー上の権利として認められてきた²⁷⁾。しかしながら、現在では、ヨーロッパ人権条約を国内法化した人

権法 (Human Rights Act 1998) は、付則1第6条において、公正な裁判を受ける権利を明文化し、以下のように規定している。

「何人も民事上の権利義務の決定および刑事責任の決定において・・・公平な裁判所 (impartial tribunal) による・・・審理を受ける権利を有する。」

二 それでは、裁判所の「公平」性の阻害、特に裁判官の予断を有する危険性について、イギリスではどのように考えられているのであろうか。

この点、イギリスでは、一般に、陪審員は予断を有する危険性があると認識されているのに対し、裁判官については、予断を有する危険性はないと考えられている²⁹⁾ ²⁹⁾。

以上のように、裁判官の予断の危険性に関するイギリスの理解は、アメリカと同様の理解を示しているのである。

第二項 我が国における状況—旧刑訴法時代

一 職権主義を基調とする旧刑訴法下においては、実務慣行として、検察官は、起訴状とともに事件に関する捜査記録や証拠物 (いわゆる一件記録) を一括して裁判所に提出し、裁判官は予めその内容を精査し、一定の心証をもって公判期日に臨んでいた³⁰⁾。

もちろん、旧刑訴法下においては、「公平な裁判所」の保障に関する憲法上の明文規定は存在しなかった。しかしながら、「公平な裁判所」は「裁判にまつわる根源的な要請」³¹⁾ であり³²⁾、裁判官は有罪・無罪の心証を公判廷で得るべきことは当然の要請として存在していたのである³³⁾。

それでは、このような状況をいかに整合的に理解するべきであろうか。

この点、我が国における旧刑訴法下においても、裁判官は、予め一定の心証を形成しても、公判廷での心証形成は可能であり、したがって、裁判官は、予断を抱く危険性はないとの理解が前提にされていたと考えることができよう³⁴⁾。

二 なお、旧刑訴法はドイツ法の影響を受けたものと評価されている³⁵⁾。もちろん、旧刑訴法の淵源であるドイツにおいても、「公平な裁判所」の要請は

当然のものとされている。そして、そこでは、有罪・無罪の心証は公判廷で得るべきことが要請されながらも、裁判官は一件記録を精査して公判廷での審理に臨んでいるのであり、我が国の旧刑訴法下におけるのと同様の理解がなされているのである³⁶⁾。

第三款 小括一本節のまとめ

以上のような比較法的な考察および我が国の旧刑訴法下における状況からすれば、憲法 37 条 1 項が規定する「公平な裁判所」は以下のように理解されるべきであると考えられる。

第一に、「公平な裁判所」における「公平」とは、「予断」を抱かないことを意味する。しかしながら、そこでいう「予断」とは、「何らかの心証を形成した」ということを意味するのではなく、「審判者が法廷に提出された証拠に基づき心証を形成できないこと」を意味する³⁷⁾。そして、このような意味での裁判所の「公平」性は、諸外国においても、旧法下の我が国においても、憲法上の明文規定の有無に関係なく、「近代的な訴訟制度に当然内在する理念」³⁸⁾として当然に要請されているのである。

第二に、裁判官は、一般的・抽象的には、仮に心証を得たとしても、予断を抱く危険性はない存在であると理解するべきである。

裁判官の予断の危険性を考えるに際しては、裁判官に関する規範的考察、すなわち、法は裁判官にいかなる期待をしているか、法は裁判官にいかなる規律を課しているか、という点を検討することが重要である。この点、「裁判官の基本的な行動原理」³⁹⁾として、憲法 76 条 3 項は、裁判官に対して、憲法及び法律以外のなものにも拘束されることなく、独立して職権を行使すべきことを求めている⁴⁰⁾。すなわち、裁判官は、このような特別な法的規律に服するのである⁴¹⁾。そして、このような裁判官に対する特別な規律の存在は、プロフェッションとしての裁判官たる地位そのものに由来すると解せられるのであり⁴²⁾、この点で、裁判官と一般人は区別されるのである。

したがって、このような規律の存在を前提にすれば、裁判官は予断を抱く危険性がないと評価することは可能であるように思われる。裁判官は予断を抱く危険性がないとの命題は、諸外国においても、また我が国の旧法下においても、一致して認められていたところであるが、そこでは、上述したと同様の、裁判官に関する規範的事情が前提とされているように思われるのである⁴⁰⁾。

このようなことを踏まえれば、裁判官は予断を抱く危険性がない存在であるとの理解を基礎として、現行法に関する解釈論を展開していくことは、比較法的観点からしても、歴史的観点からしても、不当なものと言えないどころか、むしろ、妥当な方向性を示すものとして積極的に評価するべきであると考えられる。

第二節 刑事手続上の諸制度の意義の再検討

前節では、憲法が規定する「公平な裁判所」の保障の意義について検討を加えた。そこでの知見を踏まえた上で、本節では、「予断防止原則」の代表的な現れとして位置付けられている起訴状一本主義の意義について、それと公判前整理手続との関係に関する議論に着目しながら検討を行い(第一款)、それに引き続いて、除斥の意義について再検討を行うことにする(第二款)。

第一款 起訴状一本主義—「公判前整理手続」との関係に着目して

第一項 学説における従来の議論状況

(一) 議論の背景

一 刑訴法256条6項は「起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添付し、又はその内容を引用してはならない」と規定している。刑訴法256条6項は、「警察官または検察官の取調調書はじめ、いかなる種類の証拠も起訴状に引用し、またはこれを添付してはならない」という、GHQによる昭和23年3月の提案に由来するものであり⁴¹⁾、それは、裁判所に対して、起訴状とともに証拠・資料を提出することを禁止しようとする

ものであると考えられる⁴⁵⁾。その結果、検察官は起訴に際して、起訴状のみを裁判所に提出することになることから、これは、起訴状一本（証拠不提出⁴⁶⁾主義と呼ばれている。

二 それでは、このような起訴状一本主義の趣旨は、いかなる点に求めることができるのであろうか。この点、起訴状一本主義は、学説において、以下のように説明されるのが常であった。

旧刑法下では、検察官は起訴に際し、起訴状のほか、捜査記録や証拠物（いわゆる一件記録）を裁判所に提出していたのであり、裁判官はこれらを精査し、一定の心証（＝予断）をもって公判期日に臨んでいたのである。これに対して、現行法はこの点を反省し、検察官は起訴に際して、起訴状のみを提出することで、裁判官を白紙の状態で審理に臨ませ、公判廷での審理を通してはじめて心証を得るようにさせたのである⁴⁷⁾。

起訴状一本主義に関して、このような趣旨を示すのは学説だけではなかった。同様の趣旨は、最高裁判所が既に示すところであったのである⁴⁸⁾。すなわち、起訴状一本主義の趣旨について、最高裁昭和27年3月5日判決⁴⁹⁾は、以下のように述べていた。

「刑訴256条が、起訴状に記載すべき要件を定めるとともに、その6項に、『起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添付し、又はその内容を引用してはならない』と定めているのは、裁判官が、あらかじめ事件についてなんらの先入的心証を抱くことなく、白紙の状態において、第一回の公判期日に臨み、その後の審理の進行に従い、証拠によつて事案の真相を明らかにし、もつて公正な判決に到達するという手続の段階を示したものであつて、直接審理主義及び公判中心主義の精神を実現するとともに裁判官の公正を訴訟手続上より確保し、よつて公平な裁判所の性格を客観的にも保障しようとする重要な目的をもつているのである」。

このように学説や判例は起訴状一本主義の趣旨に言及しているのであるが、要するに、起訴状一本主義とは、いかに裁判官といえども、記録を調査し証拠

物を目にしたのでは、予断(=心証)を抱くことは否定し難いことから⁵⁰⁾、裁判官は起訴状以外に事件の概要を知らされないことによって、その予断の形成を防止することを趣旨とする制度であり(予断防止原則)、これによって、憲法が保障する「公平な裁判所」もまた実現される、と考えられてきたのである。そして、起訴状一本主義に関係する様々な問題は、このような理解を前提として組み立てられてきたといつてよいように思われる。

三 他方、公判前整理手続(刑訴法316条の2)とは、第一回公判期日前に、「公判審理を担当する受訴裁判所が主宰して、当事者双方が公判である予定の主張をあらかじめ明示し、その証明に用いる証拠の取調べを請求する等を通じて、事件の争点を明らかにし、公判で取り調べる証拠をあらかじめ決定して、明確な審理計画を策定しようとするもので」⁵¹⁾ある。もっとも、そこでは、公判裁判所が、両当事者双方の関与する公式の手続において、公判前に双方の主張・証拠に接することが予定されていることから、それは予断防止原則の典型とされる起訴状一本主義に抵触するのではないか、という点が、学説において大きな問題とされてきたのである。

それでは、学説は、起訴状一本主義と公判前整理手続の関係をどのように理解しているのであろうか。この点を次に検討することにする。

(二) 公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触を肯定する見解

一 まず、公判前整理手続は、予断防止原則の典型とされる起訴状一本主義と抵触することを認める見解がある。これは、起訴状一本主義の趣旨は予断防止にあるとした上で、起訴状一本主義は、裁判官に一切の証拠・資料に触れさせず、裁判官を白紙の状態で第一回の公判審理に臨ませようとしたものである、との伝統的な理解を前提にするものである。

例えば、白取教授は、「訴訟の全過程において、裁判官を予断・偏見から遠ざけるのが予断排除の原則である」とらえれば、裁判官は『白紙の状態』で公判廷に臨み、当事者双方の主張・立証に耳を傾けつつ心証形成していくという

公判中心主義にゆきつく」とした上で、公判前整理手続において、裁判官が争点整理のために証拠・資料に接することは、起訴状一本主義に抵触するのではないか、との懸念を示しているのである^{52) 53)}。

二 確かに、起訴状一本主義は、予断防止の観点から、いわゆる「白紙主義」を採用したものである、との伝統的な理解を前提にする限りでは、公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触は避けがたいように思われる⁵⁴⁾。しかしながら、学説は、公判前整理手続と起訴状一本主義の抵触を避けるための新たな理解を模索してきたのであり、その結果、現在では、公判前整理手続は起訴状一本主義に抵触するものではないと結論付ける見解が有力になっているのである。もっとも、結論は共通するとはいえ、それをどのように理由付けるかという点に関しては、各論者の間で必ずしも完全に一致しているわけではなく、その意味合いは異なっているようにも思われる。

そこで、次に、従前から学説において主張されてきた理由付けについて、検討を加えることにする。

(三) 公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触を否定する見解

一 第一に、起訴状一本主義の趣旨は、伝統的な理解と同様、予断防止にあるとしながらも、公判前整理手続は起訴状一本主義に抵触しないと主張する見解が存在する。

(a) 田口教授は、「公判前整理手続の制度が、従来の諸制度に比べて、予断排除原則とより緊張関係に立つことは確かではあるが、この原則に抵触するまでとはいえない」とし、その理由として、以下のように述べている。「予断排除原則の典型とされる起訴状一本主義(256条6項)の場合は、一方当事者である訴追機関の嫌疑のみが裁判所に引き継がれると裁判所の公平性を害することとなるので、そのような不公平性が排除されているといえよう。これに対して、公判前整理手続における争点整理や証拠整理は、あくまで審理計画の策定のために、当事者双方の手続関与の下でおこなわれるものであるから」、「不公

平性のおそれはないといえよう」⁵⁵⁾。

(b) 寺崎教授は、「予断排除原則の中核をなす」起訴状一本主義について、「一方当事者である検察側の資料を裁判所が引き継ぎ、一定の心証を抱いて公判に臨むのは不公平だという理屈であ」とした上で、「第一回公判期日前に両当事者が参加して争点整理を行い審理計画を策定する公判前整理手続は」、起訴状一本主義に反しないと結論付けている⁵⁶⁾。

ここで改めて確認しておくべき点は、これらの見解は、起訴状一本主義の趣旨を予断(=心証)防止に求め、その予断防止は憲法上の「公平な裁判所」の要請であるということを前提として論じられているということである⁵⁷⁾。この前提を踏まえると、要するに、これらの見解は、一方当事者の証拠・資料に接する場合には、裁判官に予断が生じることになり、「公平な裁判所」の要請にも反するといえようが、双方の当事者の証拠・資料に接する場合には、もはや裁判官に予断が生じることではなく、「公平な裁判所」の要請にも反することはないとするものと理解することができよう。

しかしながら、このような見解は、必ずしも妥当なものとはいえないように思われる。なぜなら、起訴状一本主義が、(憲法上の要請でもある)予断防止を體現したものであるとの理解を前提にすれば、公判前整理手続が当事者双方の手続関与の下で行われているか否かに関係なく、裁判官が証拠・資料に接する限り、予断が生じることとは否定し難いように思われるのであり⁵⁸⁾、したがって、その限りで、起訴状一本主義(予断防止の原則)に反し、ひいては憲法上の「公平な裁判所」の要請にも反すると考えるのが合理的であるように思われるからである。すなわち、「一方的な」証拠提示であるか、あるいは「双方の」証拠提示であるか、その点は、予断防止の観点からすれば、重要な意味を成し得ないのである。

このように考えると、起訴状一本主義の趣旨を予断防止に求めつつ、公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触を回避しようとする見解には、根本的に問題があると言わざるを得ないように思われる⁵⁹⁾。

二 これに対して、第二に、公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触を回避するための理由付けとして、起訴状一本主義の趣旨をものはや予断防止に求めないという方向性が考えられるように思われる。すなわち、起訴状一本主義の趣旨は、捜査と公判の明確な分断（にすぎない）との理解である⁶⁰⁾。

(c) 大澤教授は、次のように述べている。「『新たな準備手続』を公判裁判所の裁判官が主宰するとすれば、予断排除原則との関係が問題となる」とした上で、起訴状一本主義の核心は、「裁判所が検察官側から証拠資料を引き継ぐことで一方的な説得を受けること、あるいはそのような外観が生じることの排除にあったと見るべきように思われる。そうだとすれば、第一回公判期日前であっても、両当事者が対等に参加する手続において、裁判所が必要な範囲で事件の内容に立入りあるいは証拠の内容に触れ、一定の手続上の判断をすることも、直ちに禁じられるべきものとはいえないことになるであろう」⁶¹⁾。

(d) 長沼教授は、次のように述べている。「起訴状一本主義について見ると、現行法の制定経緯から窺われるように、その主眼は捜査と公判を分断することであり、旧法当時の公判において捜査記録に頼った心証形成がなされるかのような印象を与えたとの反省に基づくものであった」。「そうだとすると、起訴状一本主義の実質的な内容は、検察官から、公判の開始前に、裁判所に対して、一方的に自らの主張に沿う資料を提示することを禁止することにあるはずである。検察官の主張である公訴事実の記載は、主張であるがゆえに一方的に裁判所に示すことができるにしても、その主張の根拠を検察官から公判前に一方的に示すことは許すべきでないのである」⁶²⁾。

確かに、起訴状一本主義の導入の狙いは、制定経緯からすれば、捜査と公判の明確な分断にあったといえ⁶³⁾、その限りで、公判前整理手続と起訴状一本主義の抵触は避けられるといえる。そうだとすると、他方で、刑訴法上の予断防止の原則、ひいては憲法上の「公平な裁判所」の担保の要請の存在は否定できないのであって、公判前整理手続と起訴状一本主義の関係を検討するに際しては、その点にも配慮することが必要となるであろう。

もっとも、この点に関して、学説においては、公判前整理手続は事件の実体に関する心証の形成を目的とするものではなく、心証を形成することはないのであるから予断防止の要請にも反しない、と説明されるのが一般的である⁶⁴⁾。

第二項 憲法的視点からの再検討—従前の議論に対する批判的考察

一 前項では、公判前整理手続と起訴状一本主義の関係をめぐる従来の学説における議論を概観した。もっとも、そこでの議論においては、憲法上の「公平な裁判所」の保障は、せいぜい刑法上の「予断防止原則」を憲法レベルにまで高めたものにすぎず、それ自体深みのない希薄化されたものである、との位置付けを有するに過ぎなかった。しかしながら、既に検討したように、そのような「公平な裁判所」に関する理解が妥当なものでないことは明らかである。

そこで、本項では、むしろ、憲法上の「公平な裁判所」の保障を出発点とし、前節における「公平な裁判所」の意義に関する検討の成果を踏まえて、いわば憲法的視点から、改めて公判前整理手続と起訴状一本主義の関係に関する議論に検討を加えることにする。

二 それでは、憲法的視点からすると、起訴状一本主義の趣旨を予断防止に求めることは妥当というべきなのであろうか。まず、この点に検討を加えることにする。

既に述べたように、刑法 256 条 6 項は、旧刑法下における実務運用とは異なり、検察官が、起訴状とともに証拠・資料を裁判所に提出することを禁止するものであった(起訴状一本主義)。この点、前述したように、裁判官は予断を抱く危険性がないものと解することができるのであれば、この起訴状一本主義の趣旨を、予断の防止に求めるのは不合理であるように思われる。裁判官は、証拠・資料に接することによって、心証を形成する可能性は否定し難いとしても、予断を抱く危険性はないと解することができるからである。したがって、刑法 256 条 6 項における起訴状一本主義の趣旨は、予断の防止にまで求めるべきではなく、捜査と公判の明確な分断という点のみに求めるべきである。

三 また、憲法的視点あるいは「公平な裁判所」の保障という視点からすれば、起訴状一本主義の制定経緯についても、次のように説明できるように思われる。

旧法下においては、裁判官は、予め一件記録を精査し、一定の心証を得た上で公判審理に臨んだ。裁判官は予断を抱く危険性がないものと考えられていたため、そのような運用が問題視されることはなかった。しかしながら、「他面従来の裁判が捜査記録に頼り過ぎ、公判廷の審理が形式に流れ、被告人の主張に充分の注意が払われなかつたのではないかとの印象を与えたことも事実」⁶⁹⁾であった。それゆえ、その原因である「捜査記録を起訴と同時に裁判所へ提出するという慣例」⁶⁹⁾を改めようとした。その結果、検察官は、公訴提起時に、起訴状とともに証拠・資料を裁判所に提出してはならないことになり、それが刑訴法 256 条 6 項に具体化したのである⁷⁰⁾。

四 このような理解を踏まえるならば、現行刑訴法 256 条 6 項は、「起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添付し、又はその内容を引用してはならない」と規定しているが、その規定の仕方という点にも疑問を差し挟む余地があるのではないかとと思われる。

刑訴法 256 条 6 項が規定する起訴状一本主義の趣旨は、起訴状とともに証拠・資料を裁判所に提出することを禁止することで、捜査と公判の明確な分断を図ることにあつた。その観点からすると、「裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物」という文言は必ずしも適當とは言えないように思われる。むしろ、当該規定の趣旨を明確にし、その正確性を期するためには、「裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞」という表現から「裁判官に」を削除し、「『事件につき予断を生ぜしめる虞』のある書類その他の物」(＝証拠・資料)と規定するべきである⁷¹⁾。たとえ「裁判官に」という文言をそのまま残したとしても、刑訴法 256 条 6 項は、「起訴状に、事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添付し、又はその内容を引用することによって、それらを裁判官に提示してはならない」という趣旨に読まなければならないというべきである⁷²⁾。

五 いずれにせよ、憲法的視点からすれば、起訴状一本主義の趣旨は、捜査と公判の明確な分断という点に(のみ)求められるべきである。そうだとすれば、公判前整理手続と起訴状一本主義の関係において、両者の間の抵触といった問題は生じないように思われる。

六 もっとも、公判前整理手続の段階において、裁判官が証拠・資料に接することになるのは、厳然たる事実である。そうだとすると、これは、予断防止原則、あるいは「公平な裁判所」の要請に反することにはならないのであろうか。

この点、前述したように、従来の学説においては、公判前整理手続は事件の実体に関する心証の形成を目的とするものではなく、心証を形成することはないのであるから予断防止の要請にも反しない、と説明されてきた。

しかしながら、公判前整理手続は事件の実体に関する心証の形成を目的とするものではないとしても、それは、裁判官は心証を形成しないことの根拠とはなり得ないように思われる。当該制度の目的は何かという問題と、裁判官が「予断(=心証)」を抱くか否かという問題は本来無関係のはずである。当該手続の目的に関係なく、証拠・資料に接した以上、裁判官が心証を形成するのは否定しがたいのであり⁷⁰⁾、公判前整理手続が心証形成を目的としていないとしても、裁判官が証拠・資料に接した以上、心証を形成すると見るのが合理的であろう。そうだとすれば、やはり、公判前整理手続は「公平な裁判所」の要請に反することになるのであろうか。

前述したように、「公平な裁判所」における「公平」とは、「予断」を抱かないことを意味するが、そこでいう「予断」とは、「何らかの心証を形成した」ということを意味するのではなく、「審判者が法廷に提出された証拠に基づき心証を形成できないこと」を意味する⁷¹⁾。また、裁判官は心証を得たとしても、予断を抱く危険性はないと解される。したがって、そのような理解を前提にすれば、裁判官は、公判前整理手続において、たとえ心証を形成したとしても、予断を抱く危険性はなく、それゆえ、必ずしも予断防止ないし「公平な裁判所」の要請に反するとはいえない、と評価することができるのである。

さらに付言すると、従来においても、証拠開示命令（最決昭和44年4月25日刑集23巻4号248頁参照）を出すか否かを決定するなどの場面で、裁判所が公判外で証拠に接することはあった。しかしながら、これに関しても、端的に、裁判官は予断を抱く危険性がないことから、必ずしも予断防止ないし「公平な裁判所」の要請に反することはない、とすれば足りるのである。

- 1) 小田中聰樹ほか編『刑事弁護コンメンタール1 刑事訴訟法』（1998年）17頁〔白取祐司〕、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第一巻）』（1995年）223頁〔永井敏雄〕、上田信太郎「判批」受験新報660号（2006年）23頁など参照。
- 2) なお、最大決昭和47年7月1日刑集26巻6号355頁は、刑訴法20条6号の「裁判官が事件について検察官・・・・の職務を行ったとき」とは、裁判官がその任官前に、当該事件について検察官として具体的な職務行為をした場合をいうとし、裁判官が本件と法律解釈上同種の論点を含む別事件について検察官として関与していたとしても除斥事由には該当しないとした。
- 3) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法（改訂版）』（1990年）30 - 1頁【以下、「鈴木①」として引用〕、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（1988年）168 - 70頁【以下、「鈴木②」として引用〕、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（1996年）22頁、白取祐司『刑事訴訟法（第4版）』（2007年）57 - 8頁、福井厚『刑事訴訟法講義（第3版）』（2007年）24 - 5頁、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義（第2版）』（2006年）238 - 9頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（2003年）439 - 41頁、石川才顕『通説刑事訴訟法』（1992年）60 - 1頁など。
- 4) 最大判昭和27年3月5日刑集6巻3号351頁は、起訴状一本主義を予断防止の現れと解している。
- 5) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法』（2006年）302頁は、「裁判官が予断を抱くとは、審判・証明対象たる訴因=公訴事実について心証を抱くことである」とする。ほかに、池田=前田・前掲注3）179頁など。いずれにせよ、「予断」とは「心証」を意味するというのが従来の一般的理解であり、判例・学説ともにそのような理解を当然のこととしていた。
- 6) 鈴木①・前掲注3）30、111頁、鈴木②・前掲注3）161 - 8頁、田宮・前掲注3）22、182 - 3頁、白取・前掲注3）73 - 4、232 - 3頁、福井・前掲注3）24頁、池田=前田・前掲注3）237 - 8頁、田口守一『刑事訴訟法（第4版補正版）』（2006年）209 - 10頁、松尾浩也『刑事訴訟法（上）（新版）』（1999年）215頁、平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）48 - 9頁、上口裕ほか『刑事訴訟法（第4版）』（2006年）121頁〔安富謙〕、石川・前掲注3）172 - 3頁、長沼範良ほか『刑事訴訟法（第2版）』（2005年）147、179頁〔寺崎嘉博〕、三井誠=酒巻匡『入門刑事手続法（第4版）』（2006年）109頁など。
- 7) 酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室308号（2006年）10頁。
- 8) 酒巻匡「刑事裁判の充実・迅速化—争点整理と証拠開示手続の構築」ジュリスト1198号（2001

- 年) 148 - 9 頁, 白取祐司「新たな準備手続と迅速な裁判—自己負罪拒否特権・予断排除の原則との関連において—」現代刑事法 68 号 (2004 年) 14 - 5 頁など参照。
- 9) 拙稿「刑事手続における公正な裁判の保障について—アメリカにおける議論を中心に—」法学論叢掲載予定では、字数の関係などもあって、我が国における従来の議論に関して必ずしも十分に検討することができなかつた。それゆえ、本稿は、そこでの検討の不十分な点を補うという意味をも有している。
- 10) 最決平成 17 年 8 月 30 日刑集 59 巻 6 号 726 頁。
- 11) 「公平な裁判所」について論じた文献として、宮城啓子「公平な裁判所」現代刑事法 7 号 (1999 年) 115 頁以下、鴨良弼「公平な裁判所」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座 (第 1 巻)』(1963 年) 37 頁以下、岩田誠「公平な裁判所」熊谷弘ほか編『公判法大系 II』(1975 年) 72 頁以下、青柳文雄「公平な裁判所の理念」法学研究 34 巻 8 号 (1961 年) 1 頁以下、田中輝和「公平な裁判所」とは何か」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(1979 年) 164 頁以下、渥美東洋「公平な裁判所」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 (新版)』(1991 年) 150 頁以下、平場安治「公平な裁判所」田藤重光編『刑事訴訟法 (新法理学演習講座) (全訂版)』(1959 年) 13 頁以下などがある。
- 12) 最判昭和 23 年 5 月 5 日刑集 2 巻 5 号 447 頁。
- 13) 最判昭和 23 年 6 月 30 日刑集 2 巻 7 号 773 頁。
- 14) これらの最高裁判例をめぐっては、「其他」や「等」とは何を意味するのか、はたまたそれらの文言は何ら特別な意味を持たないのかという点に関して議論が生じたときされる (議論の詳細については、田中・前掲注 11) 164 頁参照)。しかしながら、「其他」や「等」をどのように理解するかといった点は、本質的な問題ではなく、些細な問題にすぎない。
- 15) ちなみに、旧刑事訴訟法 25 条は「・・偏頗ノ裁判ヲ為ス虞アルトキハ・・忌避スルコトヲ得」と規定していたが、現刑事訴訟法 21 条は、憲法 37 条 1 項に倣って、「・・不公平な裁判をする虞があるときは・・忌避することができる」と規定し、「偏頗」を「不公平」に置き換えている。
- 16) 体系書類においては、もはや昭和 23 年判決を紹介していないことも多い。例えば、鈴木茂嗣『刑事訴訟法 (改訂版)』(1990 年)、田口守一『刑事訴訟法 (第 4 版補正版)』(2006 年)、寺崎嘉博『刑事訴訟法 (補訂版)』(2007 年)、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(1993 年)、長沼範良ほか『刑事訴訟法 (第 2 版)』(2005 年) など。もっとも、それは、当該最高裁判例の定義づけの問題性を理由とするというよりは、刑訴法上の「予断防止原則」は憲法上の「公平な裁判所」を担保するものであるとの学説における理解を踏まえると、むしろ主として、当該最高裁判例が刑訴法制定 (昭和 23 年 7 月 10 日) 以前のものであったという時期的なことを理由とするものと考えられる。
- 17) 証人審問権に関する研究としては、例えば、堀江慎司「証人審問権の本質について—アメリカにおける議論を中心に—」法学論叢 141 巻 1 号～5 号・142 巻 2 号 (1997 年) など。弁護人依頼権に関する研究としては、例えば、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』(1993 年)、小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』(1995 年)、岡田悦典『被疑者弁護権の研究』(2001 年) など。

- 18) 憲法 37 条 1 項がアメリカ連邦憲法修正 6 条に由来することについて、憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』(1997 年) 362 頁【竹之内明】参照。
- 19) U.S. Const. amend. VI.
- 20) United States v. Burr, 25 F.Cas.2 (C.C.D. Va.1807) .
- 21) Id.at 50-1.
- 22) Trial by Jury in New York, 9 Law Rep.193,198 (1846) .
- 23) Reynolds v. United States, 98 U.S.145 (1878) .
- 24) Id.at 154-7.
- 25) U.S. Const. amend. V. XIV.
- 26) Henry J. Abraham, The Judicial Process 317 (6th ed.1993) .
- 27) See e.g., Attorney-General v. Guardian Newspapers, Ltd., [1987] 1 W.L.R. 1248, 1286 (H.L.) .
- 28) See Geoffrey Robertson & Andrew G L Nicol, Media Law: The Rights of Journalists and Broadcasters 166-7 (1984) .
- 29) なお、ヨーロッパ人権裁判所においても、裁判官と陪審員(参審員)の能力・性質の違いは当然の前提とされているように思われる。See Sunday Times v. United Kingdom, 2 Eur. H.R.Rep.245, 271-82 (1979) ; Worm v. Austria, 25 Eur.H.R.Rep.454, 456-7 (1997) .
- 30) 松尾浩也『演習』法学教室 172 号 (1995 年) 108 頁。
- 31) 田宮・前掲注 3) 22 頁。
- 32) 松尾浩也『予断防止の原則と起訴状一本主義』法学セミナー 322 号 (1981 年) 44 頁、佐伯千仞『起訴状一本主義』『刑事訴訟の理論と現実』(1979 年) 1 - 2 頁【初出・日本刑法学会編『刑事訴訟法講座 (第 2 巻)』(1964 年)】。
- 33) 団藤重光『刑事訴訟法綱要』(1943 年) 96 頁、横井大三『起訴状一本主義』法曹時報 7 卷 5 号 (1955 年) 8 頁。
- 34) 酒巻匡『起訴状一本主義』法学教室 245 号 (2001 年) 19 頁参照。
- 35) 鈴木①・前掲注 3) 12 - 3 頁、田宮・前掲注 3) 523 頁。
- 36) ドイツにおける予断排除について論じたものとして、平良木登規男「当事者主義と予断排除」廣瀬健二 = 多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 (下巻)』(2003 年) 323 頁以下がある。
- 37) 学説には、憲法 37 条の「公平な裁判所」は当事者主義化を予定したものであるとの見解も存在する(松尾・前掲注 32) 44 頁、松尾・前掲注 30) 108 頁、松尾・前掲注 6) 215 頁、光藤景俊『刑事訴訟法 I』(2007 年) 249 頁、宮城・前掲注 11) 117 頁) が、それは訴訟構造の問題とは無関係と言うべきである(野中俊彦ほか『憲法 I (第 4 版)』(2006 年) 421 頁【高橋和之】参照)。また、「公平」の意義を、大陸法系と英米法系とに区別して論じることがあるが(田中・前掲注 11) 166 - 7 頁、池田 = 前田・前掲注 3) 237 頁など)、「公平」の意義に関する限り、大陸法系と英米法系とで異なるところはなく、区別して論じる意味はないと言うべきである。
- 38) 横井・前掲注 33) 8 頁。
- 39) 松尾・前掲注 6) 214 頁。
- 40) 浦部法穂『憲法教室 (全訂第二版)』(2006 年) 330 頁。

- 41) このような法的規律は、裁判官の自己研鑽、裁判官に対する研修や裁判官の身分保障(憲法78条)などによって担保される。松尾・前掲注6)32-3頁,加藤新太郎編『ゼミナール裁判官論』(2004年)62頁〔加藤新太郎〕,87-9頁〔村上博信〕,森際康友編『法曹の倫理』(2005年)313-35頁〔上野精・森際康友〕など参照。
- 42) 加藤編・前掲注41)39-73頁〔加藤新太郎〕,森際編・前掲注41)313-35頁〔上野精・森際康友〕など参照。
- 43) ドイツ連邦共和国基本法(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)97条は、「裁判官は独立であって、法律にのみ従う」と規定している。他方、アメリカ、イギリスにはこのような明文規定はないが、同様の法的規律は近代司法の大原則であって(浦部・前掲注40)328頁,芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第4版)』(2007年)340頁),当然の要請として存在する。アメリカ連邦憲法第3条第1節,イギリス最高法院法(Supreme Court Act 1981)第11条,12条などの規定はその証左といえよう。我が国の旧憲法57条もまた、「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」と規定し,裁判官は「裁判権を行ふには抽象的規範としての法令に拘束されるのみ」(団藤・前掲注33)112頁)であることを明らかにしている。
- 44) 三井・前掲注3)140頁,横井・前掲注33)8頁。もちろん,GHQの提案はそのままの形で現行法に結実したわけではないもの,刑法256条6項はそれと趣旨を同じくするものであるとの理解に異論はないであろう。
- 45) 横井・前掲注33)8頁,平場安治「予断排除の原則」団藤重光編『刑事訴訟法(新法律学演習講座)(全訂版)』(1959年)310頁。
- 46) 三井誠=酒巻匡・前掲注6)108頁。
- 47) 三井誠=酒巻匡『入門刑事手続法(第3版)』(2001年)102-3頁,田宮・前掲注3)182-3頁,白取・前掲注3)233頁,田口・前掲注6)209頁,松尾・前掲注6)179頁,三井・前掲注3)137-8頁,鈴木①・前掲注3)110頁,鈴木②・前掲注3)162頁,寺崎嘉博『刑事訴訟法(補訂版)』(2007年)185-6頁,光藤・前掲注37)292頁,福井・前掲注3)190頁,団藤重光『新刑事訴訟法綱要(7訂版)』(1967年)373頁,井戸田侃『刑事訴訟法要説』(1993年)149頁,松尾・前掲注32)46頁,上口裕ほか・前掲注6)117頁〔安富潔〕,石川・前掲注3)172頁,渡辺咲子『刑事訴訟法講義(第4版)』(2007年)196頁,平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(1955年)394頁,小林充『刑事訴訟法(第3版)』(2006年)116頁,安富潔『刑事訴訟法講義』(2007年)166頁など。
- 48) 小坂敏幸「予断の防止—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』(2002年)149頁。
- 49) 最大判昭和27年3月5日刑集6巻3号351頁。
- 50) 三井・前掲注3)138頁。確かに,裁判官といえども,あらかじめ事件に関する資料・証拠に接すれば,心証を形成することに異論はないであろう。しかしながら,後述するように,このような裁判官の「心証」の防止ではなく,まさに裁判官の「予断」の防止こそが重要である。
- 51) 三井誠=酒巻匡・前掲注6)126頁。
- 52) 白取・前掲注8)14頁,白取・前掲注3)233-234,250頁,白取祐司「(書評)寺崎嘉博著

刑事手続における除斥制度について (1)

- 【刑事訴訟法】刑事法ジャーナル7号(2007年)109頁、瀧野貴生「裁判員制度と刑事手続改革」法律時報76巻10号(2004年)33頁、高内寿夫「公判前整理手続と刑事訴訟法の理念」中村睦男＝大石真編「立法の実務と理論(上田章先生寿考記念論文集)」(2005年)446-9頁なども参照。
- 53) なお、白取教授は、公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触を回避する方法として、公判審理を行う裁判官と公判前整理手続を主宰する裁判官を分けることを主張している(白取・前掲注8)14頁)が、そのような制度設計の非現実性・非効率性を指摘する見解として、酒巻・前掲注8)148頁。
- 54) ほかに、公判前整理手続と起訴状一本主義の抵触を指摘する見解として、井上正仁＝長沼範良＝山室恵「鼎談・意見書の論点④ 国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト1208号(2001年)123頁(山室恵発言)、大久保太郎「刑事裁判の充実・迅速化」所感」判例時報1765号(2002年)13頁、指宿信「争点整理手続」法律時報増刊「シリーズ司法改革Ⅲ」(2001年)173頁、美奈川成章「準備手続の創設・証拠開示の拡充」季刊刑事弁護33号(2003年)41頁、田淵浩二「証拠開示」法律時報増刊「シリーズ司法改革Ⅲ」(2001年)175頁【以下、「田淵①」として引用】など。なお、田淵浩二「予断排除の原則・再考」静岡大学法政研究8巻1号(2003年)1頁以下【以下、「田淵②」として引用】。
- 55) 田口・前掲注6)270頁。
- 56) 寺崎・前掲注47)185-6,213頁。寺崎嘉博「公判前整理手続の意義と「やむを得ない事由」の解釈」刑事法ジャーナル2号(2006年)6頁も参照。
- 57) 田口・前掲注6)209頁、寺崎・前掲注47)185-6頁、長沼範良ほか・前掲注6)147頁(寺崎嘉博)。
- 58) 田淵①・前掲注54)176頁参照。
- 59) 同様に理解していると思われる見解として、ほかに、池田＝前田・前掲注3)179-80,213-4頁、亀井源太郎「予断排除原則の行方」研修699号(2006年)8-9頁。三井誠＝酒巻匡・前掲注6)109頁は、「現行法は憲法の『公平な裁判所』を実質的に保障するため、公判前には裁判官が一方的な形で証拠に触れることのない状態で審理をはじめさせ」たとしており、これもまた同趣旨のように思われる。佐伯・前掲注32)2頁も参照。
- 60) 起訴状一本主義に関する従来の理解については、酒巻・前掲注34)19頁参照。ここでは、「起訴状一本主義という法制度の採用が持つ意味は、個別の事件の審理における裁判官の公平中立性の確保にとどまるものではない」とし、「検察官から裁判所へ一件記録を引き継ぐことの禁止、捜査手続において収集・作成された証拠物・書類の添付・引用の禁止は、捜査手続と公判手続を明確に分断する意味を持つ」と指摘されていた。田淵②・前掲注54)5-8頁も参照。
- 61) 大澤裕「新たな準備手続」と証拠開示」刑法雑誌43巻3号(2004年)76頁。
- 62) 長沼範良「事前準備と予断の防止」法学教室266号(2002年)117-8頁。なお、現行法の制定経緯については、三井誠「公訴提起の方式(1)」法学教室169号(1994年)95頁以下、三井・前掲注3)136頁以下、横井・前掲注33)7-9頁参照。
- 63) ほかに、井上正仁＝長沼範良＝山室恵「鼎談・意見書の論点④ 国民の司法参加・刑事司法」

ジュリスト1208号(2001年)120頁[井上正仁発言]、井上正仁「刑事裁判の充実・迅速に向けて—刑事司法制度改革の趣旨とその経緯」司法研修所論集113号(2004年)133頁、酒巻・前掲注8)149頁、酒巻匡「刑事司法制度改革について」法律のひろば54巻8号(2001年)34頁、川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法43号(2002年)46頁、小坂・前掲注48)150頁など。

- 64) 例えば、川出敏裕「公判前整理手続」ジュリスト1268号(2004年)73-4頁は、「公判前整理手続の過程で提示されるのは、基本的には、両当事者による主張であるし、また、それ以上に、証拠調べの採否に関する決定や証拠開示の裁定を行うために、裁判所が証拠の中身に触れることがあったとしても、その目的の範囲内にとどまるかぎり、それは、必ずしも裁判所の心証形成に影響を与えるものではなく、それゆえ、予断防止の原則に反するものではない」と述べている。ほかに、井上・前掲注63)134-5頁、長沼・前掲注62)119-20頁、池田修「解説裁判員法—立法の経緯と課題」(2005年)97頁、大谷直人「刑事手続改革の課題と展望」刑法雑誌42巻2号(2003年)171-2頁、大澤・前掲注61)77頁、川出・前掲注63)46頁など。
- 65) 横井・前掲注33)9頁。
- 66) 横井・前掲注33)9頁。
- 67) 三井・前掲注3)140頁、横井・前掲注33)9頁、小坂・前掲注48)150頁など。
- 68) アメリカでは、証拠・資料は、予断を生じさせる「合理的可能性」のあるものと位置付けられている。GHQの提案が示していた「警察官または検察官の取調調査はじめ、いかなる種類の証拠」との文言は、結果的に「裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類」という現行法の文言に落ち着いたのである(三井・前掲注3)140-1頁参照)が、いかなる経過・理由をもってそれに至ったのか、詳細は必ずしも明らかではない。
- 69) 従来学説においても、「裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類」とは証拠・資料を意味するとされてきた。しかしながら、「予断=心証」との従前の理解を合わせ考えると、このような理解には疑問が生じる。証拠・資料はまさに事件に関して一定の心証を形成せしめる性格を有するものであるから、裁判官といえどもそれに接する限り、心証をむしろ必然的に形成するはずである(三井・前掲注3)138頁参照)。そうだとすれば、証拠・資料は「裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類」という表現と馴染むものではない。この点でも、「予断」を「心証」と理解することには問題があったのである。
- 70) 三井・前掲注3)138頁参照。
- 71) 従来学説は、「公平な裁判所」の要請に反しないよう、裁判官が証拠・資料に接したとしても、「予断=心証」を得ないとの帰結を導くための理屈を編み出そうとしたのであるが、結果的に見れば、それは必ずしも合理的なものとは言い難かったのである。
- 72) 既に述べたように、我が国の学説・判例においては、「予断」は「心証」と同義であると理解するのが一般的である。その原因としては、もちろん定かではないが、最大判昭和27年3月5日刑集6巻3号351頁が、「あらかじめ事件についてなんらの先入的心証を抱くことなく」と述べていたことが大きく影響しているのではないかとも思われる(例えば、三井・前掲注3)147頁、佐伯・前掲注32)6頁参照)。