

予断排除の原則・再考

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-24 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 田淵, 浩二 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008774

予断排除の原則・再考

田淵浩二

- 一 はじめに
 - 二 予断排除の原則の意義
 - 三 個別規定の見直し
 - 四 新たな準備手続と予断排除
 - 五 おわりに
- 一 はじめに

現在、司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会において、「充実した争点整理のための新たな準備手続の創設」

が検討されている⁽¹⁾。証拠開示を前提とした事前準備手続の導入は、裁判員制度を機能させるためには避けられない課題である。また、裁判員制度とは切り離しても、証拠開示制度の不備は起訴状一本主義の導入に伴い生じた現行法の欠陥とされており⁽²⁾、新たな準備手続の導入にあわせて証拠開示制度を拡充することは、現行法の不備を補う好機といえよう。新たな準備手続の導入にあたっては、その主宰者を何処にするかが問題になっている。司法制度改革審議会意見書では、「裁判所の主宰による新たな準備手続」を創設すべきことが求められ、「以上のような制度の具体的な在り方を検討するに当たっては、予断排除の原則との関係にも配慮しつつ、当該手続における裁判所の役割・権限（証拠の採否等裁判所の判断の対象範囲や訴訟指揮の実効性担保のための措置等を含む。）や当事者の権利・義務の在り方についても検討されるべきである」と述べるに留まっていた⁽³⁾。これに対し、司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会が、刑事裁判の充実・迅速化のための具体的制度設計に向けて示したたたき台では、「受訴裁判所」（起訴状を受理した組織上の裁判所の意味ではなく、配点により事件が係属する訴訟法上の裁判所の意味）が準備手続の主宰者とされ、ただし、裁判員制度対象事件については、受訴裁判所を構成する裁判官が準備手続を主宰するA案と、受訴裁判所以外の裁判所が主宰するB案が併記されることになった⁽⁴⁾。

たたき台の枠組みに基づくならば、裁判員制度対象事件以外の準備手続および裁判員制度対象事件についてA案が採用された場合は、現行規則一九四条が予断排除の観点から裁判所による準備手続を第一回公判開始後に限定してきた点を、見直さざるを得ないことになる。その際、現行法規が第一回公判期日の前後で裁判主体や可能な準備の内容を区別しているその他の点も、あわせて見直さなければならぬか検討しておく必要がある。

実際、予断排除の原則を見直す発言は、既に司法制度改革審議会において示されていた。例えば、最高裁は、司法制

度改革審議会第二六回審議会配布資料の「国民の期待に応える刑事司法の在り方」に関する裁判所の意見」において、「予断排除の原則の主眼は、旧刑事訴訟法時代のような検察官からの記録・証拠の引継ぎによる一方的・先行的な心証形成のおそれを除去するという点にあるので、争点整理に必要な限度で、しかも両当事者が参加する場で、双方の『主張』を整理し、必要な手続的措置を講ずることを内容とする準備活動を行うことは、その趣旨に反しないはずであると述べている。⁽⁵⁾

また、同審議会の井上正仁委員も、第二六回審議会において、「予断排除の原則は裁判所が検察官の資料だけを引き継いで一方的な心証を形成して公判にのぞむことを禁止する趣旨だから、両当事者がいる所で、争点整理に必要な限りで双方の主張の中身を知る場合は、予断排除の原則の趣旨には反しない」と発言されている。⁽⁶⁾さらに、検討会の委員である酒巻匡も「裁判官が証拠に接触したとしても、一方的な説得による心証、すなわち「予断」を生ずるおそれはないと言い得る手続を作ることができるか。このような問題意識から、起訴状一本主義と予断防止の原則については、新たな検討が迫られているのである」との見解を表明されている。⁽⁷⁾

これらの意見は、予断排除の原則の意義を、「裁判官が一方的に心証を形成して公判にのぞむことを禁止する原則」と定義し直している点で共通する。そしてそこから、当事者双方が関与する手続であれば、第一回公判期日前に今より多くのことを前倒しにしても、「不当な予断」の問題は生じないという結論が導き出されている。もともと、いくら両当事者が参加するとはいえ、準備手続で行い得る内容には限界があることに争いはないだろう。例えば、予審を復活させることは、いくら予審を当事者主義的に構成したとしても、公判中心主義の考え方に反することはいうまでもない。新たな準備手続の導入のために予断排除の原則に関する規定を見直さざるを得ないとしても、予断排除の原則の根幹は維持

されるべきである。⁽⁸⁾ そのためには、今一度、予断排除の原則の趣旨に戻ってその意義を共通の認識にしておく必要があるだろう。

なお、用語の問題であるが、審議会や検討会においては、「予断排除の原則」の言葉が用いられているが、「予断防止の原則」の表現を用いる論者もいる。おそらく、「予断排除の原則」の命名者は団藤重光であろう。団藤は、一九五一年に出版された教科書においてはじめて、「起訴状には、裁判官に事件につき予断を生じさせるおそれのある書類その他の物を添付し、またはその内容を引用してはならない（二五六条三項）。いわゆる起訴状一本主義である。あるいはこれを予断排除の原則といってもよい」と述べ、「予断排除の原則」の言葉を用いている。⁽⁹⁾

これに対して、松尾浩也は、『排除』は、すでにあるものを取り除く—たとえば、違法に収集された証拠を『排除』する—ことであるから、起訴状一本主義については『防止』と呼ぶことが適切であろう⁽¹⁰⁾とされる。確かに、起訴状一本主義は裁判官に予断を抱かせないためのルールであるから、未だ存在しない予断を排除するというのはおかしいという指摘には一理ある。しかし、「裁判官が予断を抱くことを防止する」という意味ではなく、起訴状一本主義を採用した二五六条六項の文言がそうであるように、「裁判官に予断をいだけせるような情報を排除する」という意味において、「予断排除」という表現を用いるならば、それが不適切とはいえないだろう。いずれの言葉を用いなくてはいけないという決定的理由は見つけ難く、本稿では従来から定着している「予断排除の原則」の用語を使用したい。

二 予断排除の原則の意義

1 「公平な裁判所」との関係

「予断排除の原則」は、公平な裁判所による公正な手続を保障するための手段であり、現行法は、起訴状一本主義を定めた刑法二五六条六項他において、この意味での予断排除の原則を採用したものと理解されている。刑法二五六条六項の意義に言及する著名な判例として、最高裁がはじめて余事記載（詐欺の前科）を理由に起訴状を違法無効であると判断した、最大判昭和二十七年三月五日刑集六卷三号三五頁がある。そこで、最高裁は予断排除の原則の意義を次のように説いた。すなわち、「刑訴二五六条が、起訴状に記載すべき要件を定めるとともに、その六項に、『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附し、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、証拠によっ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って、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。」

もつとも、刑法二五六条六項の意義をめぐつて、同項は裁判所が事件について先入的心証を持つことすべてを禁止したものではないという解釈も唱えられていた。例えば、横井大三は右大法廷に対して、「私の不完全な手続によれば、当時総司令部内で開かれた日米合同の委員会での問題が論議された際、総司令部係官がこの要求をした理由として述べたところは、日本の裁判所では裁判官が常に捜査記録を見ながら裁判している、これは明らかに予断を抱いて審判し

ていると思われるというのであった。「何れにしても第二五六条第六項は、このような事情を前提としてこのような論議を経て制定されたものであることを忘れてはならないのであって、裁判官は公判前事件の内容に全く触れることができないとか、起訴状に公訴事実と関係のない事実を記載すればそれが第二五六条六項に触れるなどということは、少なくとも、第二五六条第六項の制定の過程からは出て来ない見解といわなければならないのである」との批判を行っている。⁽¹¹⁾

他方、立法過程は別として、大法廷判決が「公平な裁判所」の理念と結びつけて制度の趣旨を明らかにしようとした点を、むしろ積極的に評価する見方もある。例えば、松尾浩也は「いわゆる起訴状一本主義は、捜査書類の公判への無制限な流入を阻止しようとして、GHQ側から提案されたのであり、もともと起訴状における余事記載を対象にするものではなかった。しかし、日本側は、条文整理の過程で、それを『予断防止の原則』にまで高めたといつてよい。そして、法律施行後の判例は、むしろ余事記載の問題を中心に展開されたのである。……多数意見は、一やや説明不足や早急な断定の感を免れないにせよ——『公平な裁判所』の理念と結びつけて制度の趣旨を明らかにしようとした点で、新刑事訴訟法の定着のための貴重な一里塚を築いたものと評することができる」とされる。⁽¹²⁾

そして、松尾の指摘するように、今日まで予断排除の原則は、捜査記録の引継ぎを禁止するという意味を超え、裁判官が有罪の予断をもった状態で訴訟の指揮進行を行うことにより、被告人の防御活動が不当に制約され、誤判の危険が生じることを防ぐ点に、認められてきたということができらるだろう。

もっとも、公平な裁判所による公正な手続を実現するためには、第一回公判期日前の先入的心証の防止が唯一の、そして十分な方法ではなく、公判手続全体として保障されるべき問題ということが出来る。ちなみに、ドイツでは裁判長が事前に捜査記録に目を通して公判にのぞむが故に、裁判官の予断が訴訟の指揮進行に不当な影響を及ぼさない保障の重要性がより強く意識されてきた。ドイツにおいて、証拠調べの必要性を、証拠調べの結果を予測して、あるいは既に

形成された心証を下に判断してはならないという、いわゆる「証拠予断の禁止」の原則が確立したのは、この意味でドイツの訴訟構造が影響しているといえる。

2 訴訟構造との関係（嫌疑の断絶）

予断排除の原則の意義が、公平な裁判所による公正な手続を保障する手段である点に認められるとはいえ、起訴状一本主義の導入の目的が、捜査から公判への嫌疑の引継ぎを断絶し、戦前の職権主義構造から当事者主義構造への転換を図る点にあった点に、異論はなからう。⁽¹³⁾ 当事者主義理論を体系化した平野龍一は、起訴状一本主義が、捜査と公判との間の嫌疑を断絶し、審判対象を検察官の主張にするための制度であることを、次のように説いている。すなわち、「捜査も公判も職権主義の場合には、ただその主体が交替するにすぎないから、両者の間は全くの連続的な関係である。これに対し、当事者主義の捜査および公判においては、公判によつてはじめて訴訟が開始されるのであつて、捜査と公判との間に断絶がある。前者においては、公訴提起は、これまでに形成された嫌疑を引き継ぐ行為であるのに対し、後者においては、公訴提起は審判されるべき主題としての主張を掲げる行為である。前の場合には公訴提起と同時に証拠も提出されるが、後の場合には公訴提起に際しては起訴状だけが提出される、これを起訴状一本主義という。」

もつとも、嫌疑の断絶が最終的に目指しているのは、裁判所が公判審理の結果のみに基づいて心証を形成することであり、公判中心主義の徹底であるといふことができる。ところが、日本の刑事訴訟法は起訴状一本主義を採用したにもかかわらず、必ずしも公判中心主義が徹底しているという評価は受けていない。逆に、職権主義の国の場合であつても公判中心主義を採用している国においては、あくまで心証は公判審理全体から形成されなければならない。平良木登規男は、公判中心主義の観点からドイツと日本の刑事訴訟を比較して、「捜査手続と公判手続との遮断ということでは、職

権主義を採用するドイツの方が当事者主義を採用する我が国よりもよほど徹底している、ということに留意しなければならぬ」と述べている。⁽¹⁵⁾ すなわち、起訴状一本主義は、嫌疑の断絶を図り、公判中心主義を実現するための手段であるが、捜査官が取調べにより作成した大量の供述調書が事後的であれ証拠の形で裁判所に提出されるならば、やはり公判中心主義は徹底しない。

以上の考察から、予断排除の原則の意義をまとめるならば、それは、裁判官の予断が訴訟の指揮進行に不当な影響を及ぼすことを防止し、また、裁判所に公判審理の結果のみに基づいて心証形成させることにより、公判中心主義を徹底させるための制度であるということができる。⁽¹⁶⁾ 新たな準備手続がこれらの要請をより充足するよう制度設計される限りにおいて、予断排除の原則の緩和は正当化されるといえるだろう。

三 個別規定の見直し

現行刑事訴訟法および規則の中で、一般に予断排除の原則の関連規定とされるものは、次のとおりである。

- ① 起訴状一本主義と余事記載の禁止（法二五六条六項）
- ② 起訴状謄本等不送達理由の証明資料（規則一六六条但書）
- ③ 逮捕状・勾留状の差出（規則一六七条一項）
- ④ 第一回公判期日前の勾留裁判（法二八〇条一項）
- ⑤ 第一回公判期日前の証人尋問（法二二六条）
- ⑥ 第一回公判期日前の証拠保全（法一七九条一項）

⑦ 検察官、弁護人との事前打合せ（規則一七八条の一〇第一項但書）

⑧ 第一回公判期日前の証拠調べ請求の禁止（規則一八八条但書）

⑨ 第一回公判期日前の準備手続の禁止（規則一九四条一項但書）

⑩ 検察官、弁護人の冒頭陳述（法二九六条、規則一九八条二項）

⑪ 前科証拠・悪性格証拠の証拠能力の制限（法律的関連性）

⑫ 自白の証拠調べの時期（法三〇一条）

⑬ 捜査記録の一部についての証拠調べ請求（法三〇二条）

これらの規定を防ごうとしている「予断」には、次のAとCの三つの意味が含まれているということが出来る。これに左記の規定を当てはめると、おおよそ次のように分類できるだろう。

A…「第一回公判期日前からの心証形成」（先入的心証）の防止を目的とした規定

①、②、③、④、⑤、⑥、⑦、⑧、⑨

B…「証拠にならない資料からの心証形成」の防止を目的とした規定

①、②、④、⑤、⑥、⑩、⑪、⑬

C…「早すぎる有罪確信」の防止を目的とした規定

⑫

新たな準備手続との関係で見直しが迫られるのは、Aの「先入的心証」の防止という意味での予断排除である。BおよびCの意味での予断排除に関する規定は、新たな準備手続の創設との関係では見直す理由はなく、維持されるべきである。したがって、検討の対象となる現行法規は①～⑨に絞られる。以下それぞれにつき、新たな準備手続との関係で

見直されるべきか否かを検討する。

①の刑訴法二五六条六項は、起訴状に具体的な主張や証拠標目が添付・引用されることで、裁判官が先入的心証を抱くことを防止するだけでなく、証拠にならない資料が引き継がれることも排除しており、A、B両方の意味での予断排除の趣旨が含まれている。当該規定は、現行法が当事者主義を採用したことで密接不可分な関係にあるため、基本的には維持されるべきことに異論はなからう。もつとも、新たな準備手続において裁判官が検察官の具体的な主張や証拠の存在を知り得ることになれば、事前の準備手続が開かれるケースにおいては、そこで提出される書類を起訴状に添付・引用することを禁止することの意味は、薄れることになるかもしれない。

②についても、起訴状一本主義を維持する以上は維持されるべきである。

③および④については、勾留・保釈の裁判は捜査記録に触れる必要があるため、もし公判裁判所の構成員が担当するならば、勾留・保釈の裁判は一方的な嫌疑の引継ぎの場になる危険があるので、基本的には維持されるべきである。

⑤については、捜査の手段として行われるのであるから、起訴後であっても公判裁判所が証人尋問することは妥当でない。二二六条による証人尋問の調書は検察官のもとに送付され、必ずしも証拠として取調べ請求されるわけではないから、公判裁判所に属する裁判官が二二六条に基づく証人尋問を実施することは、裁判官が未だ証拠でもない情報に基づき、しかも一方的な形で、不当な予断を抱いてしまう危険があるので維持されるべきである。

⑥につき、第一回公判期日前の証拠保全請求の裁判および証拠保全処分を裁判所が行ってはいけない理由は、裁判官が未だ証拠として取調べ請求されるかどうかかわからない情報に基づき、不当な予断を抱く危険を防止するためと解することができる。もつとも、証拠保全は裁判所自らによる証拠採取手続であり、総則の規定が準用されるため、証拠保全のための押収、搜索、検証、証人尋問、鑑定には当事者の立会権が認められており、証人尋問の際は当事者が尋問を行

うこともできる等の点で、③とは異なる。そこで、かりに当事者によるコントロールのもと、裁判官が事前に証拠（となるかもしれない情報）に触れることは、予断排除の原則に触れないという立場をとるならば、事件の配点後、第一回公判期日前までの証拠保全の裁判および処分を公判裁判所の裁判官が行っても、公平な裁判の原則には反しないという主張も成り立ちうる。しかし、当事者は証拠保全の処分の結果、どのような事実が明らかになるかを知り得ず、必ずしも証拠保全の結果、得られた証拠を取調べ請求する義務はないのであるから、必要もないのに公判裁判所が手続に閱すべきではないだろうから、やはり現行規定は維持されるべきだろう。

⑦、⑧、⑨については、事前の争点整理を進める上では改正せざるを得ないが、公正な手続や公判中心主義の観点からの制約に配慮する必要がある。なお、規則一七八条の一〇による事前打合せにつき、事前の準備手続が開かれる事件においては、その中で進行に関する事項の打合せも実施されることになるだろうが、事前の準備手続が開かれない場合もあるのだ、同規則を残す必要があるだろう。その際、「事件につき予断を生じさせるおそれのある事項にわたることはできない」という、同条一項但書の制限を残すかどうかが問題になる。但書を削除すれば、新たな準備手続の手続的制約を回避するために事前の打合せ規定が利用されるおそれも生じるので、やはり但書は残しておくべきだろう。

四 新たな準備手続と予断排除

準備手続のあり方を論じるにあたっては、対等な能力の当事者を前提とした民事訴訟と、一方は強制捜査権限を有し、もう一方はそれに対抗するために黙秘権が保障されている、異なる立場の当事者を前提とした刑事訴訟の特質の違いに十分配慮し、無罪推定原則に反しない形で制度設計することが重要である。これは、とりわけ被告人の争点や証拠の開

示義務の範囲およびそれを果たさなかった場合の効果を論じる際に問題になる。他方、予断排除の原則との関係では、準備手続の主宰者が公判に証拠として顕出されない資料から心証を得ることをどのように防止するかが、とりわけ重要になるだろう。極端な言い方ではあるが、準備手続が裁判官が自由に捜査記録を閲読するための場になってしまいうのであれば、公判中心主義は後退してしまふ。

1 準備手続の主宰者

たつき台は、準備手続の主宰者を基本的に受訴裁判所とし、裁判員制度対象事件においては、受訴裁判所を構成する裁判官に主宰させるか（A案）、あるいは、準備手続担当裁判官と裁判員との情報格差を生じさせないようにするため、受訴裁判所以外の裁判所が主宰すべき（B案）という、枠組みの整理を行っている。たつき台の説明によれば、A案は、準備手続において事件の争点整理や審理計画の策定を行った裁判官が、公判審理も担当することとするのが、公判審理を円滑で充実したものとするという観点から適当であるという考えによるものである。B案は、同じ受訴裁判所の中の裁判官と裁判員との間で、情報の格差が生じないように、裁判員制度対象事件については、受訴裁判所以外の裁判所が主宰すべきであるという考えによるものであるとされる。⁽¹⁷⁾すなわち、準備手続の主宰者は基本的に受訴裁判所であるが、裁判員制度対象事件においては、裁判員も含めた裁判所が準備手続を主宰するのは適切でないので、受訴裁判所を構成する裁判官に主宰させるか、あるいは、準備手続担当裁判官と裁判員との情報格差を生じさせないようにするため、受訴裁判所以外の裁判所が主宰すべきというのが、議論の基本的枠組みということになる。

予断排除の観点からは裁判体を分ける方が徹底するところ、なぜ事前の準備手続の主宰者を基本的に受訴裁判所としなければならぬかにつき、準備手続では勾留に関する裁判とは異なり、本案に関する争点や証拠の整理が行われるた

め、公判審理を行う裁判所に委ねた方が、例えば証拠能力の有無や必要な証拠調べの範囲に関する裁判官の考え方の違いから、事前準備手続が無駄になる事態が生じることがなくなり、より効率的であるということを描き出すことができる。⁽¹⁹⁾この考え方からすれば、受訴裁判所の裁判官を準備手続の主事者とするA案がより妥当ということになる。

この場合、準備手続にしか顕出されなかつた資料の分だけ、裁判官と裁判員との間には情報格差が生じることが避けられない。情報格差の問題につき、検討会の議論では「裁判官と裁判員の情報格差については、事実認定と量定を行う裁判員とこれら以外に訴訟手続上の判断等も行う裁判官とは役割が違うのだから、あつて当然である。しかし、事実認定と量定は、いづれも公判廷で取り調べた証拠に基づいて判断するのだから、そのような情報格差があつても、何ら不都合はない。情報の格差を敢えて埋めようとするのであれば、準備手続の経過と結果を詳細に公判期日で顕出して裁判員に伝えるとよい」との意見もみられる。⁽¹⁹⁾しかし、裁判官と裁判員とは裁判所の構成員として対等でなければならず、実体判断に影響を及ぼす事情につき情報格差が生じることが、両者の対等性を失われる危険がある点で基本的には好ましくはないだろう。たとえ、準備手続の経過と結果を詳細に公判期日に顕出させることにしても、そこで出された資料のすべてを公判期日に顕出することはできないし、適切でない場合もある。したがつて、情報格差の問題は、最終的には評議のルールを工夫することにより解決するしかないように思われる。裁判官が評議に加わらない陪審制の国では、そもそも裁判官と陪審員の間の情報格差は問題視されない。裁判員制度は、裁判官と裁判員とが評決において同等の権限を有することが前提となつているが、具体的な評議の仕方（例えば、準備手続担当裁判官は評議において発言権を認めない等）については、なおも考慮の余地があるだろう。たたき台において、情報格差の問題に配慮する選択枝として前述のB案が提示されているのに、裁判員制度の評議ルールにつき、情報格差が評議に不当な影響を与えない方法の提

案がないのは疑問である。⁽²⁰⁾

2 準備手続の方法等

(1) 予断排除の視点

裁判所が準備手続の目的を果たすために、証拠として使用する予定のない資料に目を通す必要が生じることは避けられない。同様のことは現行法上の準備手続においても起こり得るが、新しい準備手続は公判開始前に行われるため、証拠調べに並行して行う準備手続に比べて予断が公判の進行に与える影響は大きくなる。⁽²¹⁾ また、証拠調べ手続に並行しないということは、裁判所が準備手続における訴訟法上の判断を行うために必要であるという理由で、これまで以上に大量の資料に目を通すことにならないかということも懸念される。

裁判所が証拠以外の資料に触れ得るケースとして、まず、使用予定外の証拠の開示が争いになり、裁判所が裁定を行う際にその中身を閲読する場合が考えられる。また、準備手続においては証拠調べ請求に対する決定が行われることになつているが、その際、裁判所が、関連性や証拠能力を判断するために、公判に顕出されない資料を取り調べることはあり得る。さらに、裁判所が事前に鑑定命令を行う必要がある場合に、その必要性を判断するために鑑定資料（ここには証拠にならないものも含まれる）に目を通すようなこともありうるだろう。

ここにあげた例は、いずれも準備手続において裁判所が証拠として顕出されない資料を閲読ないし取り調べることで、理論的に可能に思われるケースである。そこで、もし事前の準備手続において大量の未開示捜査記録の開示が争われ、裁判所がこれに対する裁定を行わなければならなくなった場合、「一方的な引継ぎ」でない点を除けば、一件記録に目を

通して公判にのぞんでいた戦前と類似の事態も生じることにならないだろうか。そうした事態が生じないよう、新たな準備手続の導入に伴う予断排除の原則の見直しは、公判中心主義の後退にならない限度で認められるべきであり、準備手続を主宰する裁判所が大量の捜査記録に触れることなく準備手続を進められるような制度設計が必要であろう。以下、このような観点から個々の手続につき、たたき台に沿って検討したい、

(2) 争点整理

たたき台は検察官の主張の明示につき、裁判所および被告人または弁護人に対して検察官が証拠により証明しようとする事実（検察官主張事実）を記載した書面（検察官主張事実陳述書）を送付することを求めている。⁽²²⁾ この陳述書にどこまで記載できるか、あるいは証拠を添付・引用できるか等については特に言及されていない。準備手続において実質的な証拠調べが行われる危険を防止するためには、裁判官が不必要に証拠の身に触れることのないよう、主張事実陳述書への証拠の添付・引用は主張の明示に必要な範囲に制限されるべきである。

準備手続において一方当事者と裁判所との間で、証拠の自身についてまでやり取りが行われ、嫌疑が引き継がれる危険を防止するため、一方当事者のみが出席する形での準備手続は禁止されるべきである。また、事件につき不当な予断を抱かせる書面が裁判官にわたることを防止するため、準備手続において裁判所との間でやり取りする書面は、必ず相手当事者に写しを提供させるべきである。

後二点については、たたき台においても、準備手続を関係人の出頭の上で行う場合と、書面の提出ですませることができると想定しており、前者の場合は、検察官と弁護人の出席を義務付け、後者の場合は訴訟関係人に書面の提出

を義務付ける提案がなされている。⁽²³⁾

(3) 証拠開示の裁定

たたき台では、証拠開示に関する裁定は準備手続を主宰する裁判所が行うことになって⁽²⁴⁾いる。そこで、不開示要件は、証拠開示の裁定のためには、裁判官が証拠の内容に立入らなくても判断できるよう構成すべきであろう。もし不開示理由が事件との関連性なしであれば、資料の種類や標題から、事件との関連性の可能性を判断して、可能性が認められれば開示する基準にすれば問題は生じないだろう。また、不開示理由が具体的弊害の存在であれば、検察官に具体的弊害を疎明させ、その確認に必要な範囲で資料を閲読するのであれば、不当な心証形成は防止できるだろう。⁽²⁵⁾しかし、不開示要件の判断のために具体的弊害と開示の必要性・重要性との比較考量が必要になることもあるだろう。そのとき、不開示の必要性・重要性を対象資料の内容に立入らず判断できる基準を設けるべきである。準備手続における証拠開示の裁定は簡易な審査にとどめ、不服がある場合は、抗告裁判所が、資料の内容に立入って判断するというやり方も考えられる。

(4) 証拠能力の判定

連日的開廷を実現するためには、公判開始前に証拠調べの範囲を一応決めておく必要がある。証拠調べに要する時間が事前に見通せるのでなければ、審理計画を立てることは困難であることに異論はなからう。その前提として、争点整理の段階で証拠能力の有無が争われた場合は、準備手続において証拠能力の判定を行うべきというのが、「たたき台」の

提案である。証拠能力の判定は、証拠調べの範囲を整理する前提になるから、準備手続の内容に含めることには、一応の合理性が認められる。

もつとも、準備手続における証拠調べ決定又は証拠調べ請求の却下を第一回公判期日前から行うためには、証拠能力の判定基準に修正を求める必要があるだろう。例えば、自白の任意性の判断につき、挙証責任を検察官が負うことを明確化しなければならぬ⁽²⁶⁾。任意性の立証のために、準備手続において取調べ経過につき詳細な被告人質問を行うことから始めることは不適切である。また、自白の変遷過程を明らかにするため被告人の供述調書をすべて提出させ内容を確認するということを準備手続で行うことも、事実上の証拠調べと区別がつかず不適切である。こうした事態を避けるために、証拠能力の立証が挙証責任のルールに従って忠実に行われ、また、自白の証拠能力については、違法排除説を基礎にして任意性の判断基準を客観化すべきである。伝聞例外要件である信用性の情況的保障の立証についても同様のことがいえる。

なお、証拠能力の立証に関して検討会では、そもそも証拠能力の立証を公判廷で行うべき場合があるのではないかが議論されている⁽²⁷⁾。まず、①証拠能力に影響する事実と証明力に影響する事実と重なる場合、証拠能力立証のために準備手続において証人尋問を行い、実体に関する証拠として再び公判で似た内容の証人尋問を行うことは、二度手間になるので、公判期日に一回で終えるべきことが指摘されている。次に、②例えば覚せい罪所持罪による現行犯逮捕の適法性が問題になった場合のように、捜査過程の立証が罪体そのものの立証と重なるような場合は、公判手続で行うことも考えられるのではないかと指摘もある。あるいは、③証拠の採否の判断のために証人尋問が必要な場合は全部公判でやるべきであるという意見もある。

しかしこれに対しては、少なくとも裁判員が加わる法廷においては、裁判員の前で手続上の問題と実体の問題が渾然

一体となったような証人尋問を行うことの問題、あるいは裁判員に証拠能力のない証拠に触れてしまうことの問題が指摘されている。⁽²⁸⁾そこで、やはり証拠能力に関する判断は準備手続で行うべきであるが、その場合であっても「予断排除の原則」からくる制約上、「自由な証明」の対象であるということを理由に、どのような資料を取り調べてもよいということにはならないだろう。準備手続で行う証拠能力の立証のためであっても、それが同時に実体形成に結び付く危険がある質問や調査は禁止すべきであり、もしそれでは明確に証拠能力を肯定できない場合は、一応証拠調べ決定を行った上で、公判における証拠調べの結果しだいで、証拠排除決定を行う方法をとるしかないのではなからうか。

(5) 鑑定命令

集中審理の実現のためには、準備に長時間を要する鑑定が必要であることが事前に判明している場合は、事前に鑑定命令を行えるようにする必要がある。当事者が事前に鑑定を準備しておく方法として、検察側は捜査手段としての鑑定の嘱託を行うことができる。これに対して、弁護側も専門家に直接鑑定を依頼することはできるが、鑑定費用の面や裁判所の命令でなければ依頼を断られるケースもあるため、武器平等の観点からは、裁判所の鑑定命令を利用できるようにしておく必要がある。なお、現行制度上、証拠保全請求を利用して鑑定の命令を得ることも可能であるが、証拠保全は「証拠を保全しておかなければその証拠を使用することが困難な事情がある」ことが要件になっているので、必ず利用できるとは限らない。

弁護側が裁判所に鑑定請求を行う場合、それが検察側の提出予定の鑑定書に対する再鑑定の請求であれば、裁判所はその必要性を判断するために、検察側の提出予定の鑑定書および鑑定が依拠した資料を閲読することや、鑑定方法の信頼性につき鑑定を行った者を証人尋問することの是非が問題になる。従来であれば再鑑定は最初の鑑定の証拠調べを終

えてその評価を下に行えたのであるが、事前の準備手続において再鑑定の必要性を判断するための調査という理由で、事実上、検察側の鑑定の証拠調べを行うことは、予断排除の原則の観点からは認めるべきではない。したがって、事前の鑑定命令については、再鑑定の請求の場合も含めて、請求者から鑑定の必要性につき一応の疎明がなされていれば、まったくの重複でない限りこれを認めるべきである。

3 準備手続に関するその他の論点

(1) 準備手続の対象事件

現行規則一九四条一項は、裁判所が複雑な事件について必要と認めるときに、準備手続を行う、いわば裁量的準備手続に関する規定である。これに対して、「刑事裁判の充実・迅速化について」のたつき台は、裁判員制度対象事件における必要的準備手続を提案している。その理由として、「審議会意見の指摘するとおり、裁判員にとって審理を分かりやすいものとするため、公判は可能な限り連日、継続して開廷し、真の争点に集中した充実した審理が行われるようにすることが必要と考えられる。また、本来の職業等を有する裁判員が裁判に関与するに当たっては、審理に要する、見込み期間が明らかになつていることが必須の前提と考えられる。そこで裁判員制度対象事件においては、第1回公判期日前の準備手続を必要とするものである。」「裁判員制度の対象事件に関し、公訴事実に対する被告人の認否による区別はもうけないこととしている審議会の意見を踏まえると、裁判員制度対象事件については、自白事件であっても、公訴事実に関しては争いがなく、審理・裁判の重点が量刑であることを確認し、どの程度の審理期間を要するかなどを明らかにするために、準備手続を必要なものとするのが適当と考えたものである」と説明されている⁽²⁹⁾。また、検討会の審議でもたつき台を支持する意見が多く出されている。

しかし、たたき台では、準備手続の目的につき「裁判所は、公判の審理を迅速かつ継続的に行うことができるよう、準備手続において、事件の争点及び証拠を整理するものとする」と書かれており、準備手続はそのために必要な場合のみ開催すれば足りるように思われる。公訴事実に関して争いがあるか否かの確認、審理・裁判の重点が量刑であることとの確認、どの程度の審理期間を要するかの確認のためだけであれば、裁判所と当事者間の進行に関する打合せで足りるように思われる。

たたき台の提案を支持する意見には、「準備手続において更生のための家庭環境の整備、被害者との示談交渉、身柄を受ける家族・雇い主等の情状証人の有無等の事実を事前に把握しておく必要がある」、「被害者の宥恕の意思等情状事実についての証拠開示もあり得るから、公訴事実に争いのない事件についても準備手続を行うことは、手続的なメリットがある」、「犯罪事実⁽³¹⁾に争いのない事件については、裁判所書記官が訴訟進行管理事務として行ってきた事務であるが、裁判員制度対象事件は重大な犯罪なので、慎重を期して、そのような事務を裁判所が主宰する準備手続で行おうというのは意味がある」といった意見がみられる。しかし、これらは進行協議や証拠開示の問題と、準備手続の要否の問題を混同した議論ではなからうか。

(2) 無罪推定原則・黙秘権との関係

たたき台は、準備手続における被告人側の主張の開示および証拠調べ請求の枠組みの提案も行われている。⁽³²⁾ 弁護側に争点整理に協力する義務を負わせるとしても、義務を果たさなかったことへの制裁が、無罪推定原則や黙秘権と矛盾することは許されない。弁護側が公判で新たな主張や、主張の変更を行ったとしてもその原因は、弁護人が被告人側の事情を充分把握できていなかったり、検察側開示が不十分であったり、あるいは、証拠調べの結果、思いがけない事実が

判明するなど様々であり、裁判所には柔軟な対応が求められる。公判審理の途中で新争点が生じた場合は基本的には公判期日の延期により対応すべきであろう。また、主張の変更自体を有罪の証拠とするような形で制裁は、黙秘権の保障に反するというべきである。

(3) 証拠調べ請求の時期的限界

事前に請求しなかった証拠につき、公判開始後、証拠調べ請求できるかが問題になる。たたき台では、準備手続終了後の証拠調べ請求につき、

A案

ア 検察官、被告人又は弁護人は、やむを得ない事由によって請求をすることができなかった場合を除き、準備手続の終了後に新たな証拠の取調べ請求をすることはできないものとする。

イ アは、裁判所が職権で証拠調べをすることを妨げるものではないものとする。

B案

検察官、被告人又は弁護人は、準備手続の終了後、準備手続においてしなかった証拠調べ請求をしようとする場合において、裁判所又は相手方の求めがあるときは、準備手続において当該証拠調べ請求をしなかった理由を説明しなければならぬものとする。裁判所は、その説明に相当な理由がないと認めるときは、当該証拠調べ請求を却下することができるものとする。

C案

(3) の制度は設けないものとする。

の三案が示されている。⁽³³⁾

現行法では、結審するまで証拠調べ請求は可能であるところ、A案のように準備手続終了後は、原則として証拠調べ請求をできなくしてしまうことの妥当性は、慎重に検討する必要がある。いくら事前の証拠開示と準備手続を充実させようとしても、証拠調べを行う前に、取調べ請求すべき証拠の範囲および順序を完全に把握することが可能になるとは思われない。公判における証拠調べの結果しだいで、控えておいた証拠の取調べ請求が必要になる場合もあるだろうから、「やむを得ない事由」がある場合にのみ例外を認めるA案は疑問である。B案は、A案よりも緩やかな基準で公判における証拠調べ請求を認める趣旨であろうが、証拠調べの結果、新たに取調べの必要性が生じた場合を「相当な理由」に含めるのでなければ、やはり疑問である。C案は、A、B案のような制約の制度を設けると、制約をおそれ、準備手続の段階で、考えられる証拠調べ請求はなるべくしておくということになり、かえって証拠整理の目的を達することができなくなるおそれがあることなどを理由とするものといえる、と説明されている。⁽³⁴⁾ 公判途中の証拠調べ請求が訴訟の遅延のみを目的とした濫用的なものであれば、却下してよいだろうから、C案を採用しても不都合は生じないように思われる。

五 おわりに

予断排除の原則は、裁判所が事件につき先入的心証をいなくことを防止するのみならず、証拠以外の資料(捜査記録)に触れることを防止してきた。新たな準備手続の導入により見直しが迫られるのは、事件につき先入的心証を与える情

報を一切排除してきた点であり、公判に顕出されない資料に触れることを防止してきた点は、新たな準備手続の導入後も、捜査記録が無制約に裁判所に流入しない重要な防波堤として維持されなければならない。新たな準備手続においては、公判において証拠調べ手続が開始する前に、裁判所は種々の訴訟法上の判断を迫られるのであり、これまでとは全く異なる状況が生じる。証拠開示の裁定や証拠調べ請求に対する決定のための調査ということであっても、実体に関する心証形成につながる資料に目を通すようなことは避けるべきで、証拠開示や証拠能力等の判断基準は、実体形成につながる証拠評価を必要とせず判断できるような客観化されるべきである。こうした工夫を行ったとしても、準備手続に参加した裁判官は、事件につき裁判員より多くの情報を得ることになるであろうから、最終的には評議における両者の対等性が維持されるようなルールが設けられるべきである。当事者主義でありかつ陪審制度を採用していない日本が新たな準備手続の制度設計を行うにあたっては、英米の手続も独仏の手続もそのままの形でモデルにはならないのであり、新たな準備手続の導入が反って公判中心主義を形骸化させないよう、予断排除の原則の意義を踏まえた慎重な検討が望まれる。

(1) 詳しくは、裁判員制度・刑事検討会第2回配布資料2「裁判員制度・刑事検討会における当面の論点」の、「一刑事裁判の充実・迅速化——充実した争点整理のための新たな準備手続の創設」を参照されたい。会議の議事録および資料は、<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shou/kentoukai/06sabanin.html>から入手できる。

(2) 例えば、団藤重光『新刑事訴訟法綱要（七訂版）』（一九六七年、創文社）三七三頁以下「旧刑訴では起訴と同時に捜査記録が裁判所にまわされたので、起訴後は弁護士はその全貌を知る機会をもちえたのであるが、現行法ではそのたてまえが変わったわけである。これを補うために要請されるのが、前述の証拠開示の制度であるが、現行法ではまだ実現されるにいたって

- いない。」佐伯千仞「起訴状一本主義」『刑事訴訟法講座2公判』（一九六四年、有斐閣）一九頁「現在の証拠開示に関する実務上の取扱では、かような被告人のアリバイの証拠などが、捜査官により押収されたまま、法廷に顕出されず、裁判を誤らせる危険が残されている。これらの問題は起訴状一本主義がわが刑事訴訟の世界に持込んだ頗る重大な問題の一つである。」
- (3) 「司法制度改革審議会意見書二二世紀の日本を支える司法制度」（平成一三年六月二日）のII、第2、1、(1)新たな準備手続の創設を参照されたい。同報告書は、<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report-dex.html>から入手できる。
- (4) 裁判員制度・刑事検討会第19回配布資料1「刑事裁判の充実・迅速化について（その1）の説明」第1、1、(4)。
- (5) 司法制度改革審議会第二六回審議会配布資料別紙5「国民の期待に応える刑事司法の在り方」に関する裁判所の意見―最高裁」の第3、2。
- (6) 参照、第二六回審議会議事録。
- (7) 酒巻匡「起訴状一本主義」法学教室二四五号（二〇〇一年二月）二三頁。
- (8) 事前準備と予断排除の原則の關係につき、例えば若瀬徹東京高裁判事は、座談会「裁判員制度導入の是非をめぐって」現代刑事法三二二号（二〇〇一年一月号）二四頁以下において「当事者主義の基本とか、起訴状一本主義ないし予断排除の原則に反しないような制度設計ができるのではないかと思うのですが、それはこれからの検討課題なのではないでしょうか」と述べている。
- (9) 団藤重光「刑事訴訟法綱要〔四訂版〕」（一九五一年、創文社）二八六頁。
- (10) 松尾浩也「予断防止の原則と起訴状一本主義」法学セミナー一九八一年二月号四六頁。同旨、酒巻・前注(7)一九頁。「予断防止」の用語を採用している辞典として、松尾浩也が編集代表に加わっている『新法律学辞典（第Ⅲ版）』（一九九八年、有斐閣）や、三井誠他編の『刑事法辞典』（二〇〇三年、信山社）がある。
- (11) 横井大三「起訴状一本主義」法曹時報七卷五号（一九五五年五月）八、九頁。立法過程については、三井誠『刑事手続法Ⅱ』

- (11) 二〇〇三年、有斐閣) 一三九頁以下を参照されたい。
- (12) 松尾浩也「予断防止の原則と起訴状一本主義」(大法院判決巡歴・刑事訴訟法―5―)法学セミナー三二二号(一九八一年一月)四九頁。
- (13) 団藤重光・前注(9)三七三頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(一九九三年、有斐閣)一四九頁、松尾浩也『刑事訴訟法上』(新版)〔一九九九年、弘文堂〕一八〇頁以下、田宮裕『刑事訴訟法』(新版)〔一九九六年、有斐閣〕、光藤景皎『口述刑事訴訟法上』(第二版)〔二〇〇〇年、成文堂〕二八四頁、田口守一『刑事訴訟法』(第三版)〔二〇〇一年、弘文堂〕一七八頁、白取祐司『刑事訴訟法』(第二版)〔日本評論社、二〇〇一年〕二一九頁以下、福井厚『刑事訴訟法講義』(第二版)〔二〇〇三年、法律文化社〕一八七頁以下等。
- (14) 平野龍一『刑事訴訟法』(一九五八年、有斐閣)五頁。
- (15) 平良木登規男「起訴状一本主義」警察学論集五三卷二二号(二〇〇〇年二月)一二四頁。
- (16) なお、予断排除の原則の第三の意義として、裁判官を「証拠とすることの許されない証拠に接触させない」ことも指摘されている。佐伯千仞・前注(2)七頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法上』(第二版)〔二〇〇〇年、成文堂〕二八四頁以下。これは、嫌疑の断絶・公判中心主義の意義と重なっているということもできるだろう。
- (17) 刑事裁判の充実・迅速化について(その1)の説明「第1、1、(4)」。
- (18) 参照、安原浩「審理の充実・迅速化のための方策について―争点整理のための証拠開示を中心に」法律時報七四巻七号四六頁。
- (19) 参照、裁判員制度・刑事検討会(第19回)議事概要。
- (20) たたき台については、裁判員制度・刑事検討会第13回配布資料1「裁判員制度について」を参照されたい。評議のルールに言及するものとして、裁判員制度・刑事検討会第7回配布資料8の日弁連司法改革実現本部「裁判員制度」の具体的制度設計要綱「四八頁。

- (21) 美奈川成章「刑事裁判の充実・迅速化―準備手続の創設・証拠開示の拡充」季刊刑事弁護三三三号(二〇〇三年春)四〇頁。
- (22) 刑事裁判の充実・迅速化について(その1)「第1、3、(1)、アおよびイ」。
- (23) 刑事裁判の充実・迅速化について(その1)「第1、2、(1)および(2)」。
- (24) 刑事裁判の充実・迅速化について(その1)「第1、2、(3)、ウ」。
- (25) 参照、裁判員制度・刑事検討会(第9回)議事録。
- (26) 自白の任意性の立証をめぐる諸問題については、第二二回全国裁判官懇話会報告刑事分科会報告判例時報一三二〇号四頁以下を参照されたい。
- (27) 参照、裁判員制度・刑事検討会(第8回)議事録。
- (28) 同上。
- (29) 刑事裁判の充実・迅速化について(その1)の説明「第1、1、(3)」。
- (30) 裁判員制度・刑事検討会第19回配布資料1「刑事裁判の充実・迅速化について(その1)」第1、1、(2)。
- (31) 裁判員制度・刑事検討会(第19回)議事概要。
- (32) 「刑事裁判の充実・迅速化について(その1)」第1、4、(1)。
- (33) 「刑事裁判の充実・迅速化について(その1)」第1、8、(3)。
- (34) 刑事裁判の充実・迅速化について(その1)の説明「第1、8、(3)」。

本稿は、「刑事事件の処理と訴追過程の総合的研究」(平成一五年度科学研究費補助金(基盤A)、研究代表者九州大学大学院法学研究院教授大出良知)の研究成果の一部である。