

# 松尾浩也教授と刑事訴訟法理論

辻本典央／野田隼人／中島 宏／京 明

刑事訴訟法学の諸理論をめぐって——本共同研究の解題

辻本典央（近畿大学法学部教授）

本稿は、刑事法学の大家である松尾浩也教授が発表された刑事訴訟法理論について、4名の執筆者によりパートを分担して執筆するものである。各論稿は、松尾教授の刑事訴訟法理論が現在の刑事訴訟実務にどのような影響を与えているかという観点から、本研究会での討議を踏まえて執筆されたものである。もとより、各パートは、執筆者の責任で執筆されたものであるが、それぞれに、研究会で出された意見が反映されている。本研究会としては、既に「團藤重光博士と刑事訴訟法理論」（龍法49巻2号）、「平野龍一博士と刑事訴訟法理論」（近法64巻3＝4号）、「田宮裕博士と刑事訴訟法理論」（近法65巻1号）を公刊しており、本稿が第4回目となる。

## 【文献凡例】

本稿では、松尾浩也教授の主要な著作について、以下のとおり略語で記すことにした。

松尾・刑訴上『刑事訴訟法・上巻』（弘文堂、新版、1999年）

松尾・刑訴下『刑事訴訟法・下巻』（弘文堂、新版補正第2版、1999年）

松尾・原理『刑事訴訟の原理』（東京大学出版会、1974年）

松尾・講演集『刑事訴訟法講演集』（有斐閣，2004年）

松尾・地平『刑事法学の地平』（有斐閣，2006年）

松尾・理論『刑事訴訟の理論』（有斐閣，2012年）

## 松尾浩也理論と刑事捜査法

野田 隼人

(弁護士、滋賀弁護士会)

### I. はじめに ～ 精密司法の導入

松尾浩也教授が研究の道に入られたのは1954年のことである。そのとき既に刑事訴訟法における完成された理論として團藤重光博士の体系が存在していた。また、平野龍一博士は、1951年に團藤博士の体系に対して「体系には体系をもってぶつからなければならない。とすれば私にはまだ本書を批評する資格はない」とのべて、平野理論体系の構築への歩みの中にあつた。その後、平野博士は、1964年、『刑事訴訟の基礎理論』において平野理論体系を完成し、團藤理論と相対する。そしてそれは「現行法の基本的構造に即した説明としては平野説が優れ、その後学界そして実務の大勢も平野説的理解が通説となった。」と評価されることとなる。

これら先人の業績のもと、松尾教授は「取りあえずアメリカ法の対極にドイツ法を置き、「二つのモデル」を基軸とする議論を続けたが、やがてその不十分さを感じるようになった。」（「私と刑事訴訟法50年」ジュリスト1148号 1999年 7頁）と述べ、日本刑事訴訟法の姿・形を追求するようになる。

そのなかで「日本法—及びその運用—の特色を簡潔に表現する言葉」として導入されたのが「精密司法」という術語である。

## II. 精密司法と個別改善の途

### 1. 精密司法の導入

松尾教授の刑事訴訟法の理論的特徴を表す語として最初に想起される術語が「精密司法」である。この語は、「捜査を徹底して証拠を固め、起訴は有罪がほぼ確実に予測される場合に限定し、公判では証拠書類も活用して、きめ細かい認定を行う」日本の刑事手続の特質を表すものとして用いられている<sup>(1)</sup>。

『私と刑事訴訟法50年』<sup>(2)</sup>では次のように述べられている。

やがて、日本法一及びその運用一の特徴を簡潔に表現する言葉の必要を痛感し、『精密司法』の語を導入することにした。捜査と起訴と公判（さらには上訴）は、有機的に連続し、一体のものでもある。捜査を厳しく規制し、起訴はある程度の証拠で容認し、公判は証人尋問を中心として活発に進める、アメリカ型であればこうなるだろう。捜査を徹底して証拠を固め、起訴は有罪がほぼ確実に予測される場合に限定し、公判では証拠書類も活用して、きめ細かい認定を行うのが日本である。その副作用として、捜査では被疑者の取調べがしばしば綿密かつ長時間にわたり、また伝聞の証拠の制限も希薄化して、いわゆる調書裁判の観を呈する。

アメリカ型として表現される「捜査を厳しく規制し、起訴はある程度の証拠で容認し、公判は証人尋問を中心として活発に進める」という手続きのありようは平野博士の提言するところでもあった。これに対して、「捜査を徹底して証拠を固め、起訴は有罪がほぼ確実に予測される場合に限定し、公判では証拠書類も活用して、きめ細かい認定を行う」のが日本型であるという。

---

(1) 松尾浩也「私と刑事訴訟法50年」ジュリスト1148号（1999年）7頁。

(2) 松尾・前掲注(1)に同じ。

この日本型の説明は、理念的宣言あるいは主張ではなく、綿密な観察によるものであることはその概説書から明らかとなる<sup>(3)</sup>。松尾教授は概説書において「精密司法」と呼称する特質の前提となる状況について次のように素描する。平成7年概説書刊行当時の統計値を引いた上で、「日本の特色として直ちに明らかだと思われるのは、無罪の判決を受ける被告人の数が著しく少ないことであり<sup>(4)</sup>、次いで、完全に自白する被告人の数が多く<sup>(5)</sup>、その反面、公判廷で取り調べられる証人の数が少ないことであろう。無罪数の小ささは、公訴提起の際に綿密なふるい分けが行われ、確実な嫌疑のある被告人だけが起訴されていることを示している。また証人数の少なさは、自白以外に取り調べられる証拠の比重が書証に傾いていること、換言すれば、捜査の過程で作成された調書が多く利用されていることを物語る。自白事件の高率も、精密な捜査の反映とってよいであろう。」と述べる。

精密な捜査がなされることによって確実に有罪が見込まれるものだけが訴追され、審理においても綿密な捜査が反映される結果として調書が多用され、また自白事件が増えるというのである。そして、このような状況のもとで「有罪率が高くなると、起訴された場合の不利益は大きいから、弁護人など関係者の努力は、まず基礎を免れることに集中する。これは、検察官の起訴不起訴の判断をいっそう慎重にし、さらに捜査をますます精密なものにし、したがって有罪の比率をさらに高める結果になる。」<sup>(6)</sup>と述べ、精密司法の構造が自己強化的であることを示し、さらに精密司法は、「そ

---

(3) より端的には、松尾・理論30頁において「筆者は、事実判断に立脚して日本刑事訴訟の現実の姿を追求することに努めた結果、『精密司法』の観念に到達した。」との記述がある。

(4) 平成27年における地方裁判所終局事件数は74,111件であり、無罪は70件であった。

(5) 平成7年以後今日に至るまで否認率は10%を超えない値で推移している。

(6) 松尾・刑訴下356頁。

の根底に『起訴の基準』の高さという問題を抱えて」いるものの「きわめて高度の嫌疑があってはじめて公訴を提起すべきだというのが、法曹三者を含む国民大多数の考え方である以上、この基準を引き下げて精密司法の希薄化を実行することは必ずしも容易なことではない。それは、起訴便宜主義に対する国民的愛好とも結びついていて、根本的な変化は望むべくもない。」と述べて、精密司法は我が国の国民的支持のもとで成立していることを示す<sup>(7)</sup>。また、これは同時に平野説が特に捜査法と公訴の提起の領域において必ずしも学説の多数と実務の支持を得られなかった説明ともなるろう。

このような精密司法の状況に対して松尾教授は、「アメリカで往々見られるような刑事裁判のスポーツ化は決して生じない。」「すべての関係者の真実追求への熱意」などの点を挙げて高い評価を与えつつも、同時に警戒すべき状況<sup>(8)</sup>であり、「改善の緊張感をも要求する」という。これに加えて、議論・改善の方法として「抑制ないし擬似当事者主義の日本も、真正ないし過剰当事者主義のアメリカも一長一短」であるから、モデル論から訣別し、個別的に改善すべき項目を探求すべきであるという。

## 2. 裁判員裁判と精密司法・核心司法

捜査法の本論に入る前に、裁判員裁判が精密司法を宥容させるものであるか否かについて、多少触れておく。

裁判員裁判において、精密司法的な公判運用をそのまま継承した場合、裁判員にとって証拠調べのポイントを絞ることができず、証拠の内容把握

---

(7) 松尾・刑訴上169頁ではこのような状況は「わが国のいわば『司法文化』と表現される。

(8) 松尾上・刑訴169頁「このような『現実』の独創を絶えずチェックする必要がある」。

が困難であることを理由として、公判における証拠調べを訴因事実の存否の認定と適正な量刑のために必要な範囲に絞り込むべきであるとの主張がされることがあり、しばしばこれが精密司法に対比して、「核心司法」と呼称されることがある<sup>(9)</sup>。

ところで、「核心司法」の主張は平野博士によるものであり、参審制の採用によって核心司法が果たされることが期待されていた<sup>(10)</sup>。そして、そこに至る経過として、参審はかなりの数の事件で用いられるであろうこと、参審制度においては公判廷に顕出された証拠だけで心証をとらなければならないであろうこと、そのために捜査記録も要を得て事件の核心をつく短いものにする必要があるであろうこと、それはひいては取調のやり方や身体拘束期間にも影響するであろうこと。すなわち、参審制度による「核心司法」によって、精密司法、調書裁判という現在の刑事手続の欠点からかなりの程度に脱却できるのではないかとの期待が込められていた。

しかしながら、裁判員制度は平野博士の主張した参審制の採用による核心司法の実現と大きく状況を異にする。

裁判員制度における裁判員裁判対象事件は事件の割合として全事件の3パーセント程度であって、ほとんどの事件は非対象事件である。そして、重大犯罪を対象事件としたために罪名が軽い方向に振れる可能性があることから、捜査機関としては、結局非対象事件として処理されることも見込んで捜査を遂げた上で、さらに裁判員になった場合に備える必要があることとなる。結果、参審員による核心司法と裁判員による核心司法とで共通する点は、公判審理を分かりやすくするという点に限られることとなり、

---

(9) 佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」判タ1110号(2003年)4頁等。

(10) 平野龍一「参審制の採用による『核心司法』を」ジュリスト1148号(1999年)5頁。

裁判員制度が取調べのやり方や身体拘束期間に直接にポジティブな影響を与えることはなかった。

精密司法の本体は、ときに「検察官司法」と表現されるように、起訴にいたるまでの精密な捜査および訴追裁量行使過程にあるとみるべきあって、公判における証拠調べの変容のみを捉えて核心司法を論じるのは、平野博士の意図を誤解するものであるというべきである。

松尾教授が、裁判員裁判における「いわゆる核心司法ということになるが、核心司法は精密司法にとって代わるものではなく、精密司法を圧縮して実現するものである」<sup>(1)</sup>と表現されるのも、平野博士の提言との差異を明確に認識しておられるからであろう。

### Ⅲ. 捜査法

以上に述べたように、精密司法的状况にある日本刑事訴訟法の解釈としてモデル論は十分には機能しなかった。そこで、個別的に改善すべき項目を探求するなかで、捜査法の現状はどのように描写され、あるべき捜査法はどのように論じられたかについて検討する。

松尾教授はその概説書において、捜査を「犯罪事実について、その犯人および証拠を追求し保全する捜査機関の活動である。」と定義する（上35頁）。これに引き続き「それは、事案の真相の解明に資するとともに、一公訴が提起される場合は一訴訟追行の準備としての意味を持つ。」という。

捜査を訴訟追行の準備と捉えた場合、捜査過程において何をなすかは、訴訟における立証活動から逆算されることとなる。また、訴訟にいたる前には、検察官は終局処分を行い起訴・不起訴を決することとなることから、そこでいかなる資料にもとづきどのように判断するかという点も捜査活動

---

(1) 松尾浩也「日本における刑事手続の過去、現在、そして未来」初出 刑法49巻2・3合併号（2010年）175頁。理論430頁。



を規定することとなる。

### 1. 起訴基準とその弊害

公訴が提起される場合、その積極的な条件は、「検察官の立場からみて、被告人がその罪を犯したと疑うにたりる確実な理由がそなわっていることである。犯罪の確実な嫌疑といってもよい。」「検察実務は、的確な証拠によって有罪判決が得られる高度の見込みがあるかどうかを起訴の基準として運用されている。さきに『犯罪の確実な嫌疑』と述べたのも、これと同じ趣旨である。それは、もとより裁判所が有罪判決を下す場合に用いるもっとも高度の基準（合理的な疑いを超える確信）には及ばないが、公訴提起の際の検察官の認識としては、ほとんど確信に近いものでなければならない。」<sup>(12)</sup>とされる。

また、起訴便宜主義（248条）のもと、「検察官は、『公訴を提起しないことができる』のに敢えて起訴するのであるから、犯罪の嫌疑の点についても、また『訴追を必要としない』かどうかを決する諸般の事情に関しても、十分な資料を収集しないわけにはゆかない。」<sup>(13)</sup>

それゆえに、「捜査はおのずから綿密を極め、微に入り細を穿つ傾向を生ずる。」<sup>(14)</sup>。「捜査は徹底して行われ、拘禁中の被疑者の取調べの、手続の適正と正面から抵触しない限度では最大限に実行される。」<sup>(15)</sup>

このような捜査のあり方は、「手続の適正」よりも「真相の解明」に傾く傾向を生じる弊を生じるきらいがある。この点はどのようにバランスされるか。

---

(12) 松尾・刑訴上149頁。

(13) 松尾・刑訴上168頁。

(14) 松尾・前掲注(10)に同じ。

(15) 松尾・刑訴上16頁。

## 2. 平野博士の弾劾的捜査観・弾劾的訴追感への評価

捜査が公判の前段階であるにも関わらず、検察官が有罪判決獲得の高度の見込みをもち、かつ、訴追を必要としないかどうかを決した上で、公訴にいたるという現状は、事実上、公判手続の先取りであり、公判段階の役割を捜査過程の確認・追認に押し込みかねないものである。この状況に対して平野博士が提示したのが弾劾的捜査観<sup>(6)</sup>、弾劾的訴追観<sup>(7)</sup>であった。捜査は被疑者と無関係に行われる公判への準備活動であって捜査機関が被疑者に対して優越的な地位に立つことはなく、訴追に際しては嫌疑の要求を否定してあっさり起訴すべきというのがその主張である。

しかしながら、松尾教授は、この主張について、「精密司法の伝統に対する強力な批判を提供し、その改善に役立ったものの、全面的にとって代わることはできなかった。わが国のいわば『司法文化』に変化が生じない以上、この状況は持続するものと思われる。」と評価する。

結局、個別の捜査手法ごとにその規律を検討していくほかにないのである。

## IV. 捜査法各論

### 1. 被疑者の取調べ

松尾教授は被疑者の取調べについて、「警察官—あるいは、検察官・検察事務官—と被疑者との鋭い対決の場となることが多い。」と指摘する。取調べは「聴取書の作成と深く関連して、明治末期以来議論を読んできたいわゆる人権蹂躪問題」<sup>(8)</sup>の現場であり、刑事訴訟法制定時における日米協議における主要な争点の1つであったと述べる<sup>(9)</sup>。また、「取調べ中心主義」

(6) 松尾・刑訴上133頁。

(7) 松尾・刑訴上150頁。

(8) 松尾・理論307頁。

(9) 松尾・理論312頁。

ともいうべき手続構造は、少なくとも江戸時代の後半期には行われていたとする文献を引いた上で、「取調べ中心主義の扱いの方は、曲折を経ながら今日に至るのである。」とする<sup>⑩</sup>。

このように、被疑者の取調べの規律は、日本刑事訴訟手続において、歴史的かつ重要なテーマである。

松尾教授の概説書における「出頭及び取調べの方法」の書きぶりは、当該書籍の他の部分の書きぶりとは些か異なっている。具体的にはこのような記述である。「出頭要求に応ずるかどうかは、被疑者の任意である。また、いったん出頭しても一逮捕または勾留されている場合は別としていつでも退去することができる。取調べに応じて供述するかどうかも、被疑者の任意である。」「なお、署名・押印の求めに応ずるかどうかは、ふたたび被疑者の任意である。」。わずか半ページの間に「任意である。」が三度繰り返される。被疑者を当事者化した上で、取調べの有り様について、任意であることを協調してその意思にかからしめることを明白にし、もって不適切な取調べを抑止することを狙って、松尾教授がとくに注意を払って記述したものと思われる点である。

## 2. 出頭・滞留義務肯定説とその帰結

松尾教授は、被疑者に供述する義務がないこと（198条2項参照）及び憲法38条1項が包括的な黙秘権を定めている趣旨に即して、取調べに応ずる義務（取調べ受忍義務）を否定する<sup>⑪</sup>。しかしながら、他方で、「身体拘束中の被疑者には、出頭拒否および退去の自由はないので（198条1項但書）、求められれば取調室へは出頭することになる」として<sup>⑫</sup>、いわゆる出

⑩ 松尾・理論302頁。

⑪ 松尾・刑訴上67頁。

⑫ 松尾・前掲⑩と同じ。

頭・滞留義務肯定説と呼ばれる見解をとる。

しばしば出頭・滞留義務肯定説は、取調受任義務肯定説と同一視される。取調室に出頭すれば、捜査機関はそこで被疑者の取調べを行い、逮捕・勾留中の被疑者は、取調室に滞留しなければならないので、結局そこで行われる取調べにも付き合わなければならないのであって、これは取調べを受ける義務があることと同義であるというのが同一視の理由とされる<sup>23)</sup>。

この点について松尾教授は、「取調べを拒んだ場合、捜査機関の側で翻意させるための説得—被疑事実を裏付ける資料の存在を指摘して弁解を促すなど—を試みるとしても、それが長時間にわたることは許されない。被疑者の拒否の意思が確認されてしまえば、それ以上取調べの場に滞留させる合理的な理由はなくなるからである。」<sup>24)</sup>として、滞留義務があるとしても、それ義務の履行が要求されるのは合理的な理由がある間に限られることを明らかにして、被疑者の意思が確認されてしまえば取調室に滞留させることはできない点を明らかにする。

### 3. いくつかの新しい捜査手法

松尾教授の1994年の論文「刑事訴訟の日本的特色—いわゆるモデル論とも関連して」<sup>25)</sup>の末尾に次のような記述がある。

「アメリカでは、おとり捜査、電話傍受、免責証人制度、司法取引など、一昔前には病理的とも思われた捜査・立証方法が広がりを見せている。司法取引は、アメリカ特有の事象かと考えられていたが、近年ドイツにも浸透した。ドイツでは、電話傍受はすでにかなり頻繁に行われており、最近

---

<sup>23)</sup> 稲田隆司「身柄拘束中の被疑者取調の法的性格について」法政理論45巻4号(2013年)233頁。

<sup>24)</sup> 松尾・前掲<sup>21)</sup>と同じ。

<sup>25)</sup> 松尾・理論321頁、初出 法曹時報46巻7号(1994年)。

ではさらに住居内会話の傍受を認める立法の可否が論じられている。またイギリスは、先年、陪審の全員一致制を放棄し、続いて黙秘権の効果の縮小を検討している。このようないわば手続上の不純物ないし反改革の導入は避け難いのかどうか、今後はこれらの点の検討も不可欠だと思われる。」。

おとり捜査、電話傍受、免責証人制度、司法取引、住居内会話傍受といった捜査方法を1994年の時点で「手続上の不純物ないし反改革」と評している点が注目される<sup>⑥)</sup>。

他方、松尾教授は、「日本における刑事手続の過去、現在、そして未来」<sup>⑦)</sup>において、犯罪捜査に関連する各種技術として、DNA 鑑定、指紋や掌紋の自動識別システム、コンピュータ・グラフィックス、電磁的記録の解析装置の精度向上について肯定的に言及している。日本の特色において、やや否定的に言及された捜査手法が新規に証拠を取得あるいは生成するものであるのに対して、過去・現在・未来で言及されている各種技術は、いずれも既存の情報の分析に資するものである点が示唆的である。これらはいずれも刑訴法の従前の枠組においては権利利益の侵害を生じないものである。松尾教授が権利侵害に対して極めて慎重な姿勢をとっている点が窺える反面、「導入は避け難いのかどうか、今後はこれらの点の検討も不可欠」として、刑事司法改善のための導入の可能性を完全には否定しない含みを持たせている点も、松尾教授のスタンスが良くあらわれているように思う。

## V. おわりに

本稿では、松尾教授の捜査法理論について、特に精密司法との関わりに

---

⑥) 周知のとおり、電話傍受については1999年、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（平成11年8月18日法律第137号）」により法制化され、免責証人制度については昨年（2016年）の刑事訴訟法改正により導入された（未施行）。

⑦) 前掲注①432頁。

ついて検討を行った。モデル論の議論によるような、各論と綺麗にリンクするさわやかさに欠けるのが松尾教授の見解の憾みであるが、他方で条文の文言に忠実でありながらも最大限の配慮を行う解釈者としての姿の一部にふれることができた点が筆者個人の収穫であり、本稿を通じて些かなりともこの点が伝わっていることを祈る次第である。

なお、本稿の検討の観点からは、様々な意味における「当事者主義」あるいは「当事者主義化」を巡る議論についても言及すべきであるが後日の課題としたい。また、松尾教授が「手続上の不純物ないし反改革」と評していたにも関わらず導入された電話傍受、免責証人制度については、それによって何らかの刑事司法改善が果たされたのか、それともただ捜査機関が新たな手法獲得しただけであるのかについても他日を期して検討を行いたい。

## 松尾浩也理論と公訴・公判法

中島 宏

(鹿児島大学法文学部教授)

### I. はじめに

本稿は、松尾浩也教授の刑事訴訟法理論のうち、公訴および公判手続きに関わる部分を概観して、その特徴を明らかにするとともに、学説史上の位置づけを踏まえつつ、今日の刑事訴訟法学および刑事訴訟実務における意義について、分析を試みるものである。

松尾理論は、考察の対象が多岐にわたるだけでなく、各手続段階相互の論理のおよび事実上の関係性を強く意識するものである。そして、現行刑事訴訟法の歩みを常に半歩先からリードする現実的な役割を担ってきたが故に、時代に応じた「立ち位置」の変化（それは理論そのものの変遷を意味するものではない）が見受けられる。すなわち、①現行刑事訴訟法の原理と日本的運用の特色を2つの柱とする松尾理論の構築・展開期と、②平成期になって「立法の時代」を迎え、上記2つの柱を踏まえた日本の刑事訴訟法のあるべき姿を具体的に示すことに注力した政策提言期<sup>(1)</sup>に大別することができる。

このような認識の下で、本稿では、①公訴および公判手続きの様々な解釈論上の争点に対する松尾教授の見解とその理論構成、②公訴および公判手続きにかかる刑事司法の改革に際して松尾教授が示した立法提言を順に扱っていく。ただしその前に、それらを読み解くための前提として、上述

---

(1) 松尾教授と刑事立法との関わりについては、松尾浩也『来し方の記』239-245頁、250-256頁（有斐閣、2008年）。

した2つの柱（刑事訴訟の原理と日本の特色）を、特に公訴・公判手続きとの関わりを示しながら、松尾理論の「総論」として概観しておきたい。

## II. 総論

### 1. 実体的真実主義と適正手続き

#### (1) 実体的真実主義の積極的な位置づけ

まず最初に、松尾理論が刑事訴訟の基本原則や構造をどのように説明しているのかを確認しておく。刑事訴訟の基本原則が刑事司法のモデル論や手続構造論と関連づけて活発に論じられた1960年代において、松尾教授もその論争の中に加わっている。松尾理論も、当時から今日にまで至る通説的な理解と同じように、実体的真実主義と適性手続きの保障を対置し、わが国の刑事訴訟法が現行法によって前者から後者へ移行したという認識に立つ。そして、ドイツ法の影響下からアメリカ法の影響下へ移ったことにより、職権主義から当事者主義へと訴訟構造が移行したことがこれを支えているとする<sup>(2)</sup>。

ただし、そのような説明の中にあっても、松尾教授は、実体的真実主義そのものを直ちに否定的・消極的な観念として扱ってはいない。松尾教授によれば、実体的真実主義の観念は「わが刑事訴訟法理論の中に確固たる座を占めている」のであり、「この観念に対する把握の深淺は、全刑事訴訟法の理解を左右するといっても過言ではない」<sup>(3)</sup>とされる。そして、誤りのない事実認定の追及は「全刑事手続の基礎であり、目標でもある」として、実体的真実の発見を、刑事手続の原理を論じる出発点に位置づける。その上で、実体的真実の追究には、①捜査の過酷化と人権侵害を招き、②公判が捜査結果に追随して誤判を生むなどの弊害があるため、これを是正

---

(2) 松尾・刑訴上12頁。

(3) 松尾・原理90頁。



するために、①適正手続きの保障、②当事者追行主義（およびこれによる捜査と公判の切断）が必要とされる。ただし、適正手続きの保障は刑事司法機能を衰弱させ、当事者追行主義には訴訟が闘争の性質を帯びて真実発見が遠のいてしまうデメリットがある。したがって、両者をできるだけ両立させるのが、刑事訴訟の課題であるとする<sup>(4)</sup>。

このように、真実発見そのものに対する価値中立性を背景として、実体的真実主義を現行刑事訴訟の原理のひとつとして正視し、適正手続きとの「両立」を求める姿勢は<sup>(5)</sup>、たとえば同時期に主張された田宮理論が、適正手続きを人権保障に、実体的真実主義を必罰主義にそれぞれ結びつけた上で、後者に対する前者の優越を憲法を根拠として規範的に導くのと比較したとき<sup>(6)</sup>、松尾理論の特徴のひとつと言えよう。

## (2) 適正手続きの相対的優位

もっとも、松尾教授も、ドイツにおける実体的真実主義が被告人に対する国家の優位を主張するものであったことを認めた上で、実体的真実主義は「必罰主義の婉曲名辞に過ぎない」と述べている<sup>(7)</sup>。その上で、日本においても今後はアメリカ法のようなデュー・プロセスの要求がさらに数歩進むべきであり、「実体的真実主義がもう少し軽く扱われるときはじめて、当事者主義の刑事訴訟が確実に定着したといえる」<sup>(8)</sup>としている。具体的な

(4) 松尾・刑訴上13頁以下。

(5) 松尾・原理では、迅速な裁判や公訴時効に関する論考を収録するにあたり、「実体的真実主義とその批判」という章立てを行い、その下に迅速な裁判や公訴時効についての各論考を配している。公訴・公判手続きにおける具体的な解釈論上の争点を論じる手がかりとして、適正手続きと並んで実体的真実主義という概念の分析が必要であるとの認識が強く表れている。

(6) 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』4頁（有斐閣，1991年）。

(7) 松尾・原理93頁。

(8) 松尾・原理97頁。

問題においても、たとえば、弁護人の真実義務に関する研究では、実体的真実主義を背景とするドイツでは真実義務違反の範囲が法的な権利・義務の問題とされるのに対して、アメリカでは実体的真実主義の観念が存在しないため、もっぱら弁護士の倫理規範として処理されるとした上で、日本の刑事訴訟においても、弁護人の使命をめぐるディレンマは、アメリカと同様に弁護人の倫理の確立・遵守によって解決すべきだとする<sup>(9)</sup>。

このように、実体的真実主義と適正手続きの「両立」を強調するかに見える松尾理論も、現行刑事訴訟法における適正手続きの相対的な優位性を主張している。この点は、次に述べる松尾教授の「精密司法」論の評価などに際して留意しておく必要がある。

## 2. 精密司法

### (1) 精密司法とは何か

松尾理論の全体像を最もよく特徴づけるのが、いわゆる「精密司法」論である。松尾教授は、旧法から現行刑事訴訟法への移行を理由にアメリカ型の刑事手続きを日本法のモデルとして措定する立場に異を唱える。すなわち、旧法下においても、起訴便宜主義の樹立によって日本では検察官の権限が強化されており、すでにドイツ法の影響を脱していたと見るべきである。他方で、明治以来、日本では専門職による刑事手続きの統一的な運用が高度に完成を遂げており、権限の顕著な分散と民衆参加を特徴とするアメリカ法は、理念的には濃厚に継受されたものの、現実には浸透しなかった。その結果、日本の刑事訴訟は、①捜査の徹底、②被疑者取調べを最大限に実行する、③警察だけでなく検察が捜査に強い関心を示す、④十分な証拠固めをした上で確信をもって公訴提起がなされる、⑤公判では捜査過程で作成された供述調書が頻繁に証拠として利用される、⑥口頭弁論

---

(9) 松尾・原理26頁以下。

によける書面朗読の多用、⑦裁判所は多数の事件を平行的に審理し、⑧開廷感覚が長い、という独自の特徴を持つに至っている。そして、このような精緻な捜査と慎重な公訴提起でのふるいわけによって、⑨高い有罪率が維持されている。松尾教授は、このような特徴を指して「わが国の刑事手続は、良くも悪くも『精密司法』である」とした<sup>10)</sup>。

## (2) 精密司法の評価

松尾教授によれば、精密司法という観念は、「事実判断に立脚して日本刑事訴訟の現実の姿を追求することに努めた結果」として到達したものであり<sup>11)</sup>、自ら「現状をそのまま肯定する趣旨ではない」として注意を喚起している<sup>12)</sup>。そして、「精密司法の問題性は、それがおのずから『手続の適正』よりも『真相の解明』に傾くところにある。したがって、もし現実の赴くままにまかせるとすれば、これら二つの理念の間のバランスは崩れ、『手続の適正』は不当に軽視されるだろう。刑事訴訟法の解釈に際しては、このことを念頭に置く必要がある。すなわち、かつて立法の原理として用いられた「当事者主義」を、さらに解釈の原理としても採用しなければならないのは、右のような日本の特色から生ずる偏りを絶えず是正するためである」<sup>13)</sup>としている。

当時、実務家を中心とする論者の中には、この「精密司法」という観念を、日本における刑事訴訟実務の特色を積極的に肯定するもの理解し、刑訴法解釈および運用において、この日本の特色を強化しようとする見解も見受けられた<sup>14)</sup>。しかし、松尾教授の精密司法論は、あくまでも現状分析

---

(10) 松尾・刑訴上15頁。

(11) 松尾・原理32頁。

(12) 松尾・原理32頁。また、同・前掲注(1)196頁も参照。

(13) 松尾・刑訴上16頁。

(14) たとえば、土本武司『刑事訴訟法要義』25頁（有斐閣、1991年）。

の結果を表したものに過ぎず（すなわち *zein* であって）、刑事訴訟のあるべきモデルを示したものではない（*sollen* ではない）。松尾理論における現行刑事訴訟法の主導原理は、前述のとおり、あくまでも当事者主義に支えられた適正手続きの実現にあることは、今日における松尾理論の評価に際し、特に強調しておく必要があるだろう。

では、「精密司法」論が現状を積極的に肯定する観念であるかのように理解されたのはなぜだろうか。ひとつは、現状を指して用いられた「精密」という用語が持つ語感のためであろう<sup>(15)</sup>。この言葉が裁判に付された時点で、これを直感的に否定することは難しい。杜撰な事実認定を指す「ラフ・ジャスティス」と対置された場合などは特にそうである。

そして、より重要なもうひとつの理由は、この現状分析を前提とした上での、刑事訴訟の変革に向けた松尾教授自身の基本的な姿勢にあるように思われる。松尾教授は、取調べによる真実発見と被告人の罪責承認という仕組みが日本において300年の歴史を有することを挙げるなどして、精密司法が「国民的愛好」に支えられたものであることを強調する<sup>(16)</sup>。そして、司法文化に根本的な変化が生じない以上この状況が持続するとして<sup>(17)</sup>、その変革が極めて困難であることを承認する。さらに、その後の経年変化の観察として、1990年代の時点においても、公判の低温下が進み、精密司法はより強化されたとの認識を示している<sup>(18)</sup>。その上で、現状の改革のためには、抜本的改革を志向して現実はともかく理念的にはすべてを一挙に変えるべきとする「一括方式」ではなく、問題点をひとつひとつ取り上げて、実態を分析検討し、解釈の方針に対する関係者の合意形成をはかるとも

---

(15) 小田中聰樹『現代司法と刑事訴訟の改革課題』298頁（日本評論社、1995年）。

(16) 松尾・理論319頁。

(17) 松尾・刑訴上169頁。

(18) 松尾・理論257頁。

に、必要があれば法改正を行って現状を変化させる「個別方式」によるアプローチを是とするのである<sup>(19)</sup>。このこと自体は、立法府の機動性にかかる当時の時代状況を前提とする実践的・戦略的な思考によるものであり、当時としては妥当なものであったかもしれない。しかし、現実を「前提」とする個別方式による変革のアプローチが、結果として、松尾教授の「精密司法」論は現状肯定的な理論であるとの評価を導いたように思われる<sup>(20)</sup>。

### 3. 検察官論

#### (1) 客観義務論・準司法官性

公訴・公判手続きにかかる松尾理論を読み解く上でさらに重要なのは、検察官の地位についての考え方である。当事者主義の下において、検察官は被告人と対等な一方当事者の地位にあるとする見解に対し、松尾教授は、刑事訴訟法における検察官の地位は多面的であり、訴訟の一方当事者というだけでは説明が困難であるとする。日本における検察制度は、①検察官の高度な一体性、②捜査に対する強い関心、③公訴提起における幅広い裁量権の行使という特色を有している。これを前提とした場合、検察官を単なる訴訟の一方当事者とするのではなく、適正手続きの実現に務める「準司法官」としての役割を期待し、これを前提とした職務上の義務を觀念することによって、その権限行使を統制すべきだとする<sup>(21)</sup>。すなわち、検察官は公益の代表者として無罪方向に向けた事実も明らかにすべき客観義務

(19) 松尾・理論314頁。当事者主義・公判中心主義を強く志向する平野龍一博士が、陪審の導入という全面的変革を伴わない限り現行刑事訴訟は「絶望的である」と述べたのと対称的である。平野龍一「現行刑事訴訟の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集4巻』423頁（有斐閣，1985年）。

(20) 「精密司法」論は、なぜ精密になったのかの分析が明確でないため今後の日本法の展望が見えにくいとの批判もある。田宮裕『日本の刑事訴訟』21頁（有斐閣，1998年）。

(21) 松尾・刑訴上220頁，同・理論64頁。

を負っており、被告人に有利な証拠の提出にも十分配慮しなければならないとする<sup>22)</sup>。

## (2) 精密司法との関わり

検察官の客観義務ないし司法官的性質を肯定すれば、検察官の権限行使に対する統制を強めることができる反面、検察官による起訴・不起訴の処分が裁判に準じる終局性を帯びてしまい、当事者主義と矛盾するとの批判がある。そのため、検察官の客観義務を肯定する論者においても、公益の代表者（検察庁法1条）ないし行政官として当然に担うべき義務にとどめ、司法官的性質を正面から肯定することには消極的なことが多い<sup>23)</sup>。これに対して、松尾理論は、当事者主義を現行刑事訴訟法の基本原理として強調しておきながら、同時に検察官の司法官的性質についても積極的に肯定する点に特徴がある。

この特徴には、日本の特色としての「精密司法」への認識が密接に関わっている。上述したとおり、松尾教授によれば、精密司法は、適正手続きと当事者主義の強化によって克服すべき対象であると同時に、具体的・実践的な変革の方法を規定する所与の条件でもある。これを前提とする以上、その「精密な判断」の担い手である検察官を、単なる一方当事者と位置づけることはできない。「客観義務」「準司法官」は、一見すると訴訟構造論から導かれる純理論的な問題のように見えるが、そこには松尾教授の現状把握と変革の方法論が投影されている。

---

<sup>22)</sup> 松尾・刑訴上223頁，同・原理365頁。

<sup>23)</sup> 田宮・前掲注(6)24頁。

#### 4. モデル論からシステム思考へ

##### (1) システム思考

以上で述べたことに関連して、松尾理論の背後にある「システム思考」にも言及しておきたい。現行刑事訴訟法の全体像を捉え、個々の法解釈の指針を導くためにかつて多くの学説が用いたのは、いわゆるモデル論である。たとえば、実体的真実モデルと適正手続モデルを対置し、わが国の刑事訴訟法を適正手続モデルで説明可能とすべく、個々の法解釈や運用を近づけていく考え方がこれに当たる<sup>24)</sup>。松尾教授はその有用性を認めながらも、外国の例を抽象化・固定化されたモデルのみによって独自の特色を形成しつつある現実の刑事手続きを説明することの困難さを指摘する<sup>25)</sup>。そして、これと異なる思考方法として、刑事訴訟を「システム」として捉えて考察することを提唱するのである。刑事訴訟は、専門的職業人による巨大かつ複雑で可視的でないシステムであり、各要素がそれぞれの機能を果たしながら相互に結びいて共通の目的に服している<sup>26)</sup>。このシステム全体を捉えることが、刑事訴訟の解釈・運用のあり方を論じる上で重要だとするのである。

##### (2) 松尾理論への影響

松尾教授の「システム思考」は、概説書の叙述方法にも色濃く表れている。松尾浩也『刑事訴訟法上・下』（弘文堂、1999年）は、他の学者による「体系書」とは異なり、法の体系に沿うのではなく、刑事手続の進行順に記述を進めつつ、訴訟関係人の行動の相互関係とその集積を示していく構成を採っている<sup>27)</sup>。

<sup>24)</sup> 田宮・前掲注<sup>20)</sup>3頁以下。

<sup>25)</sup> 松尾・理論318頁。

<sup>26)</sup> 松尾・理論143頁。

<sup>27)</sup> 松尾・上はしがき。

刑事手続き全体をシステムとして捉えたとき、そこに浮かび上ったのが日本の特色論としての「精密司法」であった。高い有罪率は不起訴方向への弁護を促進し、検察官の起訴判断の慎重化をもたらす。起訴が慎重であれば捜査は緻密なものとなり、判決における有罪率の上昇へと還元される。このようなシステムの相互作用を通じて、日本の特色が鮮明になっていくのである<sup>28)</sup>。

刑事訴訟全体をシステム思考で把握するとき、そこに生じている問題は、現に作動しているシステムの中から機能不全の要因を発見し、これをひとつずつ改良することによって解決されることになる。松尾教授が刑事司法の変革を「個別方式」によって実現しようとしたのは、その背後にあるシステム思考の影響から必然だった。そして、松尾教授は、システム思考による刑事手続きの分析の限界として、①当事者の「対立」の存在は本来、システムの形成に馴染まないこと、②訴訟関与者の「倫理」の存在が、システムの目的追求を阻害する場合があること、③人権は計量不能であることを挙げている<sup>29)</sup>。この指摘は、いみじくも、精密司法を前提として展開される松尾理論の弱点を明らかにしている。

### Ⅲ. 公 訴

次に公訴から公判手続きにかけての具体的な解釈論上の争点に関する松尾教授の見解を総論を踏まえつつ概観していく。最初に公訴について論じる。

---

<sup>28)</sup> 松尾・理論254頁。

<sup>29)</sup> 松尾・理論160頁。



## 1. 公訴の諸原則

### (1) 国家訴追主義・起訴独占主義

まず、刑訴法217条が規定する国家訴追主義・起訴独占主義については、日本法の特徴である刑事訴追の公的性質が極めて鮮明に現れた規定であり、準司法官的な行政官である検察官が公訴を担うことによって、適正な公訴権の行使の実現のために優れた機能を果たしているとする。ただ、公訴権の中央集権的統制による刑事司法の均質化・高精度化というメリットがある反面、官僚主義的要素が濃厚であることにより民衆から遊離する危険性もについて述べ、救済方法としての検察官と付審判請求制度の重要性を指摘する<sup>60)</sup>。

### (2) 起訴便宜主義

次に、刑訴法248条が規定する起訴便宜主義については、①予審に代替して捜査の綿密化をもたらすものであり、②再犯防止の有効な手段となるものと位置づける。ただし、刑事政策的な側面は人権侵害のおそれも伴うことから、248条に列举された考慮事項のうち「犯罪の軽重」が現行法で新たに付け加えられた趣旨を、特別予防主義への過度の傾斜を戒め、裁量権の行使を限定しようとするものと解している<sup>61)</sup>。

起訴便宜主義の運用については、「ほぼ安定」しており、①ラベンリゲ回避、②被疑者の負担軽減、③高い有罪率による効率化が実現し、「その長所を發揮している」と評価する。ただし、この美しい正面を支えるために払われるている犠牲として、①捜査の長大化、②捜査機関の過大な労力、③公判の形骸化、④誤起訴に対する無罪の難しさがあることも指摘する<sup>62)</sup>。

---

<sup>60)</sup> 松尾・刑訴上141-145頁。

<sup>61)</sup> 松尾・刑訴上163頁。

<sup>62)</sup> 松尾・刑訴上168頁。

その上で、松尾教授は、これらの犠牲を払拭するために公判段階の比重の回復をはかろうとして提唱された弾劾的訴追観が、精密司法にとって代わることができなかったことを挙げ、この状況が持続し続けることを前提に、「現実」の独走を絶えずチェックすべきであるとする<sup>33)</sup>。日本的特色という事実分析を所与のものとして受け入れ、個別アプローチによる修正を目指す松尾理論の特色が最もよく現れている。

## 2. 訴因と公訴事実

### (1) 訴因の明示

審判対象論について、松尾理論は、当事者主義を理由にいわゆる訴因対象説に立つ。訴因制度の導入によって当事者主義化が完成し、現行法によける裁判所のあり方が鋭く規定されたとして、訴因の重要性を強調する<sup>34)</sup>。

他方、刑訴法256条3項による訴因の明示については、①裁判所との関係で審判対象を明らかにするとともに、②被告人の防御の目標を提示するために要請されるとした上で、起訴状の記載は「罪となるべき事実」の特定に必要なかつ十分な程度にとどめるべきだとする。詳細であればあるほど被告人の防御の利益に資するが、これを強調しすぎると、①捜査の長期化、②裁判官の予断発生、③審理の硬直化などのデメリットが生じる。そこで、被告人の防御については、訴因による告知のみによるのではなく、起訴状提出以降の手続き過程において、事前準備、起訴状に対する釈明、冒頭陳述などの手段も含めて遺漏なきように期するのが適切であるとする<sup>35)</sup>。訴因の機能を純理論的・観念的に捉えるのではなく、刑事訴訟のシステムの中に実装される不意打ち防止のための様々な仕組みを機能的に捉えた主張だと

---

33) 松尾・刑訴上169頁。

34) 松尾・刑訴上174頁。

35) 松尾・刑訴上175頁。

言えよう。

この論点は、かつては識別説と防御権説の対立という図式で論じられ、学説は後者を通説としていた。しかし近年では、公判前整理手続きの導入によって、第1回公判期日前に争点が整理され、公判での攻防の対象が明らかにされる。そのため、訴因そのものに防御範囲の告知機能をすべて負わせる必要性は乏しいとして、訴因の特定については識別機能を重視し、防御範囲の告知は別途に争点形成における不意打ち禁止として論じれば足りるとする説が有力である<sup>60</sup>。不意打ち防止のための制度的手当への拡充が、松尾の見解により現実的な裏づけを与えたものと見ることができよう。

## (2) 訴因変更

312条1項による訴因変更の要否については、訴因制度の趣旨に遡って、被告人の防御にとって不意打ちになるか否かを基準とするのが従来通説である。ただし、不意打ちの有無の判断方法の違いによって、①抽象的防御説と②具体的防御説の対立が存在した。

これに対して松尾理論では、具体的な手続きにおけるどのような場面で訴因変更の要否が検討されているのかによって、要否の基準を区別する。すなわち、①起訴状記載の訴因と異なる事実を検察官が積極的に立証しようとする場合には、事実の僅かな変動であっても訴因変更手続きをとるべきだとする。他方、②証拠調べの結果として、訴因と異なる事実が証明された場合は、裁判所の心証に依存するものであるから①ほど厳格である必要はない。(a)審判対象の画定に必要不可欠な部分に変動が生じた場合は常に訴因変更が必要であるが、(b)それ意外の部分に変動が生じた場合は被告人の防御にとって重要か否かによって判断すればよく、そこでの防御は類

<sup>60</sup> 酒巻匡『刑事訴訟法』274頁（有斐閣，2015年）、田口守一『刑事訴訟法（第7版）』345頁（成文堂，2017年）など。

型的・抽象的に判断されるものの、審理経過の中で具体的な防御がなされているか否かについても配慮すべきだとする<sup>37)</sup>。この問題について現在のリーディングケースとされる最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁が、この松尾説の強い影響下にあるのは明らかである。

この説は、実務における起訴状の記載に審判対象の画定に必要なものとそうでないものが混在している現実を前提に、防御のための告知機能を刑事手続き全体でどのように実現すれば足りるかを「システム」的に考察するものだと言えよう。これもまた、松尾理論の一般的な特徴を反映している。

なお、訴因変更の可否については、新旧の訴因を比較し、被告人と検察官の対立利益や訴因の特定要素を総合的に考慮した上で判断すべきだとする<sup>38)</sup>。また、たとえ公訴事実の同一性が認められる場合であっても、たとえば訴訟条件を欠く訴因のように不適法である訴因に向けた変更の請求は、訴因変更が有罪欠くための制度である以上、許されないとしている（適法性維持の原則）<sup>39)</sup>。

### 3. 公訴条件

#### (1) 訴訟条件から公訴条件へ

訴訟条件は、かつて裁判所による実体判決の条件だと理解されていたが、今日では実体審理を行うための条件でもあると理解されている。そして、検察官の公訴権とは裁判所に対して実体審理を請求する権利であるから、当事者主義の下では、訴訟条件は公訴提起の条件と表裏一体のものとなる。松尾理論は、これにさらに積極的な位置づけを与える。すなわち、当事者

---

37) 松尾・刑訴上262頁。

38) 松尾・刑訴上266頁。

39) 松尾・刑訴上308頁。

主義構造を明らかにするために、訴訟条件という概念を用いることなく、公訴条件に一本化して説明を試みるのである<sup>(40)</sup>。

講学上の言葉の用い方に過ぎないとも言えようが、単に当事者主義構造を意識しただけでなく、訴訟条件が、刑事手続きの中で第一にどのような場面で、誰に向けた行為規範として機能するのかを重視したものであり、ここにも松尾理論の「システム思考」の影響を見てとることができる。

## (2) 嫌疑なき起訴

松尾教授は、公訴提起の積極的な条件として、検察官の立場から見て被告人がその罪を犯したと疑うにたりる確実な理由が備わっていること（＝確実な嫌疑）を挙げている。

これについては、平野博士が、犯罪の嫌疑は公訴提起の条件ではないとして、検察官による「あっさり起訴」を認める見解を示していた<sup>(41)</sup>。高度な嫌疑を公訴提起の条件とすれば捜査の長大化・糾問化を招くことにつながるし、裁判所に対して「起訴されたのだから有罪」という予断を与えることにもなりかねない。これを避けて公判中心主義を貫徹するのが平野説のねらいである。

これに対し、松尾教授は、起訴されることによる被告人の現実的な不利益（心理的・時間的・経済的・社会的負担）を回避する必要性とともに、検察実務が、有罪判決が得られる高度の見込みを起訴の基準として運用している「事実」を挙げて、嫌疑なき起訴は許されないと主張するのである。ここにもまた、精密司法という日本の特色を所与の前提としつつ、個別の問題に対処する松尾理論の特徴が顕著に表れている。

なお、松尾教授は、嫌疑なき起訴がなされた場合の処理について、公訴

---

(40) 松尾・刑訴上149頁以下。

(41) 平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』48頁（日本評論社、1964年）。

条件を欠くことを理由に公訴棄却することには反対し、無罪判決による救済が妥当であるとした<sup>42)</sup>。被告人の現実的な利益を重視し、公訴の違法についてはも国家賠償請求訴訟などの訴訟外の解決に委ねる二元的な処理をすれば足りるとする。

## (2) 公訴権濫用論

松尾教授によれば、公訴権濫用論とは、明文化された公訴条件には違反しない場合にも、強度の価値判断によって公訴棄却を類推適用することを主張するものである。具体的な適用場面としては、①微罪の起訴（ごく軽微なものに限る）、②捜査過程に瑕疵がある起訴がこれに当たり、いずれも338条4号を類推適用して公訴棄却すべきだとする<sup>43)</sup>。なお、多くの学説が公訴権濫用論の範疇で論じている「嫌疑なき起訴」は、公訴条件を欠く場合であるものの、前述のとおり公訴棄却ではなく無罪による救済を是とするため、ここには含まれない。

公訴権濫用論の中には、検察官の客観義務違反を理論上の根拠とする見解がある<sup>44)</sup>。松尾理論も一般的には検察官の客観義務・準司法官性を強調しているため、そのような立場から公訴権濫用論を基礎付けることは否定しない<sup>45)</sup>。しかし同時に、松尾教授は、公訴権濫用論は、諸般の事情の総合的な評価として公訴提起が「相当でない」という判断を下す場合であり、弁護人の具体的な事案における実践的活動に由来するものであるから、すべての場合を統一的に説明するのは不可能だとする<sup>46)</sup>。この立場によれば、公訴権濫用論は、検察官の義務違反という側面を離れ、端的な訴追の「当

---

(42) 松尾・原理293頁。

(43) 松尾・刑訴上159頁。

(44) たとえば、井戸田侃『公訴権濫用論』99頁（学陽書房，1978年）。

(45) 松尾・原理329頁。

(46) 松尾・刑訴上159頁。

否」を問題として考えられることになろう。さらに松尾教授は、迅速な裁判を受ける権利に関する高田事件判決に示唆を得て、公訴提起だけでなく「公訴の維持ないし続行が著しく不当な場合」も公訴棄却が可能であると示した。近年の学説は、最決昭和55年12月17日刑集34巻7号672頁（チッソ補償交渉事件）が公訴権濫用論の適用基準を「公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」としたことにより生じた閉塞状況を打開するため、権利濫用法理を基礎とする公訴権濫用論から手続き打ち切り論へと新たな展開を遂げている<sup>47)</sup>。松尾教授による公訴権濫用論が、検察官の義務違反ではなく個別事件の事情を総合的に考慮して行う訴追の「当否」を論じようとしたことが、その後の手続き打ち切り論の展開に大きな示唆を与えたのは明らかである。したがって、被告人の訴訟能力の回復可能性が乏しいことを理由に手続きの打ち切りを認めた最決平成28年12月19日刑集70巻8号865頁の淵源を松尾理論に見出すことも許されよう。松尾教授が、公訴権濫用論の狙いは「ドイツにおける手続き打ち切り制度を明文によらず創設する」点にあると述べている点は、このこととの関係において示唆的である<sup>48)</sup>。

#### IV. 公判手続き

##### 1. 当事者主義

松尾理論において、公判手続きのあり方を具体的に主導する原理が当事者主義である。当事者主義は、論者によってその意味する内容に広がりがある概念であるが、松尾理論においては、その概念内容を2つに区別して論じられている<sup>49)</sup>。

<sup>47)</sup> 指宿信『刑事手続打ち切りの研究』（日本評論社、1995年）、同『刑事手続打ち切り論の展開—ポスト公訴権濫用論のゆくえ』（日本評論社、2010年）。

<sup>48)</sup> 松尾・刑訴上144頁。

<sup>49)</sup> 松尾・原理337頁。

まず、ひとつめは、公訴提起以降の段階で、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「当事者追行主義」である。職権追行主義と対置されるこの概念は、現行法の制定過程で姿を現して定着した。しかし、松尾教授は、その制定過程において、アレインメント、交互尋問、有罪答弁、陪審などアメリカ法の特徴的な制度の導入が抑制されたことを指摘する。他方で予審が廃止されたことなどにより検察官の権限強化を内実とする「疑似当事者主義」が出現しており<sup>50)</sup>、その実質は、検察官によるきめ細かな真実の発見であり、精密司法の実現だとする<sup>51)</sup>。

二つめは、当事者主義とは、手続きの全体について被疑者・被告人の主体性を尊重し、当事者に相応しい地位を与えることにより権利保障を重視することを指す。この場合の当事者主義は、適正手続きと同義で用いられるとする<sup>52)</sup>。松尾教授自身も、たとえば実体的真実主義と（適正手続きではなく）「当事者主義」を対置させるなど、多くの論考においてこちらの意味で当事者主義の用語を用いている。

松尾理論における2つの「当事者主義」の概念は、どのような相互関係にあるのだろうか。松尾教授によれば、現行法における当事者追行主義は、その成り立ちにおいて不完全で擬似的なものであり、アメリカ法のそれよりも、むしろ精密司法という日本的特色に結びついてしまっている。このような状況下において当事者主義を刑事公判手続きの基本原則として活かすためには、当事者追行主義を掲げるだけでは無力である。そのため、松尾理論においては、適正手続きを内実に取り込んだ意味での「当事者主義」をあえて強調せざるを得ないのだろう。<sup>53)</sup>

---

50) 松尾・理論104頁。

51) 松尾・理論114頁。

52) 松尾・原理348頁。

53) 松尾理論における当事者主義の意義に対する有力な批判として、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』11頁上下（成文堂、1979年）。



## 2. 迅速な裁判

迅速な裁判については、松尾教授の問題意識を大きく2つに大別することができる。ひとつは、訴訟全体の遅延を防ぐためにどのような手段を高めるべきか。もうひとつは、迅速な裁判を受ける権利が侵害された被告人の救済のための法理論である。

前者については、システム思考による刑事訴訟全体の分析を通じて、①審理期間の設定、②手続きの簡素化、③集中審理の実現に着目するが、1983年の論文においては、いずれも立法的解決が長らくなされておらず、運用の改善による微調整が繰り返されており、その微調整が奏功するために立法につながらず、さらに運用の比重が増してしまう循環作用があり、法律あるいは規則の改正を検討すべき時期にあることが指摘されている<sup>64</sup>。「個別方式」による変革にあたって、ここでは立法という手段が選択されている点が注目に値する。そして、法律だけでなく規則レベルでの改正という現実的な対応が想定されている点は、松尾理論の特色をよく示している。もっとも、権利としての迅速化を実現するためには、徹底した真実究明を志向する精密司法への反省とその改革が必要だとも述べている点にも留意が必要である<sup>65</sup>。

後者については、手続きの打ち切りを実現するために、必罰主義のドグマからの転換が必要であることが強調されている<sup>66</sup>。最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁（高田事件）は、手続きを打ち切って被告人の救済を実現した点で新しい境地を開いたものと言えるが、公訴棄却ではなく免訴を選択した点になお実体的真実の発見を重視する考え方が見られるとする<sup>67</sup>。

<sup>64</sup> 松尾・理論184頁。

<sup>65</sup> 松尾・理論200頁。

<sup>66</sup> 松尾・原理77頁。

<sup>67</sup> 松尾・原理89頁。

### 3. 証拠開示

公判前整理手続きが導入される以前において、松尾理論は、証拠開示を次のように基礎づける。伝統的には、当事者主義の観念が証拠開示を否定する理由として用いられてきた。しかし、松尾教授は、①証拠の偏在を是正して実質的対等を実現する現実的な必要性和、②検察官を「一方当事者」と観念することの限界（客観義務の肯定）から、証拠開示の必要性を説く<sup>58)</sup>。

ただし、英米法にいう司法の「固有権」の概念が日本に定着するには時間がかかるため、立法による解決を主張している<sup>59)</sup>。最決昭和44年4月25日刑集23巻4号275頁および最決昭和44年4月25日刑集23巻4号248頁は、固有権概念を避けつつ、訴訟指揮権によって、裁判所が具体的状況の下で開示を命令できることを認めた。松尾教授はこれを立法によって補完し、資料・情報の性質を勘案した具体的な規範によって安定化すべきだとする<sup>60)</sup>。

証拠開示は、解決の方向性が松尾理論の根底にある検察官の準司法官的な性質と符合し、形式的な当事者主義の理解を適正手続きを内実とする観念へ是正するものであるから、松尾理論がその実現を強く求めるのは当然の帰結であろう。松尾理論の「個別アプローチ」は、変革の実現手段として、運用の変化、判例による法解釈、立法など、個々の問題の状況に応じて様々な選択肢を採る。証拠開示については、（解釈による個別的解決の方向を示した最高裁判例が出ているにもかかわらず）立法による解決を強く求めている点が目を引く。証拠の性質やその扱いの複雑さ、被告人にとっての事柄の重大性に照らして、立法による解決を是としたものと思わ

---

58) 松尾・刑訴上222頁。

59) 松尾・原理366頁。

60) 松尾・刑訴上224頁。

れる。その後、公判前整理手続きの導入に際して、証拠開示の詳細な立法が行われたことを見れば、松尾理論の先見性と現実性が明らかにあったと言えようか。

#### 4. その他

公判手続きに関する松尾理論の特徴としては、以上の他に、①公判準備を重視し、概説署においても大きなボリュームを割いていること<sup>61)</sup>、②弁論の分離を「真の分離」「仮の分離」に分けて観察し、共同被告人を分離した後の証人適格についての法解釈にその区別を反映させていること<sup>62)</sup>、③手続き二分論が運用レベルで影響力を増しているとして積極的に評価すること<sup>63)</sup>、④アレイメントの早期導入には否定的であるが、被疑者国選弁護の全面実施などの条件が整えば、その採用も視野に入るとすること<sup>64)</sup>などが挙げられる。このうち、特に①③④については、システム思考の影響を強く見い出すことができる。

### V. 松尾理論と立法の時代

#### 1. 精密司法をどのように克服するか

##### (1) 個別方式による運用改善

松尾理論は、日本の特色としての精密司法を前提に構築されているが、これを積極的に支持し、永続的に維持することを是とするものではない。松尾教授は、精密司法はその特色が過剰化しており、もはや「蒼ざめた美女」であるとして、当事者主義の充実へ向けた改善を行うべきだとの認識

---

61) 松尾・刑訴上194-204頁・239-241頁・273-277頁。

62) 松尾・刑訴上316頁。

63) 松尾・刑訴上281頁。

64) 松尾・理論277頁。

を示している<sup>65)</sup>。また、これを一気に実現するための改革としては、アラインメント、法曹一元、陪審制度が考えられるとする<sup>66)</sup>。

しかしながら、松尾教授は、実際には、精密司法からの脱却は困難であるとの前提に立ち、一括方式の改革を否定して個別方式での変革を志向する<sup>67)</sup>。システム思考によって刑事訴訟の経年変化を注意深く観察してシミュレーションを行い、関係者の意見聴取を行うなどして微調整を繰り返すことにより、伝統からの脱却を目指すのである<sup>68)</sup>。具体的には、弁護活動の質的充実を図ったり<sup>69)</sup>、起訴基準を少しずつ引き下げるなどの運用による改善<sup>70)</sup>が提示されている。立法による解決には概して消極的であり、その理由として「制定法の変更は不文法的に作り出された『安定状態』を変動させることになるため、危惧が感じられる」ことを挙げている<sup>71)</sup>。そして、たとえば刑事訴訟法の全面改正を行ったとしても、徒勞と混乱に終わるであろうと予測する<sup>72)</sup>。

## (2) 立法志向への転換

もっとも、松尾理論においても、前述した証拠開示や訴訟の迅速化など、規則や法律の制定ないし改正による問題解決を是とする場面は散見された。そして、1990年代後半以降、松尾理論においても、立法による問題解決に向けた志向が語られるようになる。たとえば、迅速裁判だけでなく「刑事手続一般についても、法律あるいは規則の改正を検討すべき時期がすでに

---

(65) 松尾・講演集285頁。

(66) 松尾・理論201頁。

(67) 松尾・理論320頁。

(68) 松尾・理論254頁、同・地平44頁。

(69) 松尾・理論254頁。

(70) 松尾・地平120頁。

(71) 松尾・理論142頁。

(72) 松尾・地平188頁。

到来」しているとの指摘<sup>73)</sup>、「国家と個人，社会と個人，そして個人と個人とのバランスが崩れた場合，「運用」に頼ることは危険であり，「立法がピラミッドのように沈黙することの許される時代は過ぎたのである」との指摘<sup>74)</sup>がなされている。

## 2. 松尾理論とその後の立法

立法に対する松尾理論の態度変更は，裁判への国民参加に象徴される一連の司法制度改革の動きと軌を一にするものである。立法による解決は，もはや個別方式ではなく，一括方式でのそれに近い状況にまで至っている。そこで，公訴および公判手続きに関連して近年なされた立法に対して，松尾教授がどのようなスタンスを示したのかを概観しておくこととする。

まず，松尾教授自身が名付け親となった「裁判員」制度については，裁判員が法廷で心証を形成することによって（これは，精密司法を支えた刑事公判のあり方の一部を根底から覆すものである），直接主義が復権し，公判中心主義の方向性が見出しされたとしてこれを歓迎し<sup>75)</sup>，その堅実な発展に期待を寄せている<sup>76)</sup>。

また，検察審査会の権限を強化し，2度目の起訴相当判断を起訴議決として拘束力を認めたことに対しては，当該審査対象事件につき市民が起訴するかしないかの判断を行うこととなるため，検察官による公訴提起よりも，低い基準で起訴相当の判断がなされる可能性が高く，これがもしも検察官の公訴提起にも波及すれば，刑事訴訟の重点が捜査から公判へと移ることになるとする<sup>77)</sup>。

---

<sup>73)</sup> 松尾・理論200頁。

<sup>74)</sup> 松尾・地平48頁。

<sup>75)</sup> 松尾・理論452頁。

<sup>76)</sup> 松尾・理論445頁。

<sup>77)</sup> 松尾・地平121頁。

刑事裁判への被害者の参加については、刑事手続の目的に対する反省をもたらすことになり、被害者と加害者との関係が「修復」されれば、処罰が不要となる可能性があるとする<sup>78)</sup>。ただし、被害者の関与はここまでの立法によって一応の限界に到達しており、今後は被害者以外の者の利益とのバランスに配慮すべきだと指摘している<sup>79)</sup>。

## VI. おわりに

本稿では、松尾理論の根底にあるものとして、主に、①刑事司法の現状認識（日本の特色としての精密司法論）、②刑事訴訟制度の観察方法（システム思考）、③変革に向けた方法論（個別方式による微調整）に着目し、それとの関係を明らかにしながら、公訴・公判手続きに関する松尾教授の学説を概観した。近年における刑事立法の活性化、とりわけ裁判員裁判や被害者参加の導入に象徴される大規模な改革は、松尾理論が採用した「個別方式」ではなく、「一括方式」での変革を志向したものと言えるだろう。

しかしながら、松尾理論の歩みと今日における刑事司法改革との連続性を完全に否定すべきではない。松尾理論は、刑事司法システムに対する客観的な状況分析を踏まえ、具体的な改善方法を選択しようとするものである。したがって、迅速裁判や証拠開示における松尾説に見られるように、精密司法を前提としつつも時と場合によっては、具体的な立法作業を促してきた。このような松尾理論の現実的・機能的な特色と、今日における刑事立法の隆盛との間に一定の結びつきを見出すことは十分に可能である。

刑事司法制度の諸改革を経て、新たな制度の下での運用が着実に積み重ねられつつある現在、かつて松尾教授が見出した「日本の特色」も大きく揺れ動いている。松尾理論の示唆の下で問うべき今後の課題は、①かつて

---

<sup>78)</sup> 松尾・講演集62頁。

<sup>79)</sup> 松尾・理論409頁

の「精密司法」が、どの程度、どのような形で変動しているのかを正確に測定し、②今日の状況の下で、公訴・公判手続きにおける松尾説がどのように修正されるべきかを検討することであろう。

## 松尾浩也理論と証拠法～直接主義を中心に

京 明

(関西学院大学大学院司法研究科教授)

### I. はじめに

かつて庭山英雄教授は、次のように述懐されたことがある。

「…学会というところは、ある意味できわめて公平かつ苛酷な世界である。つまり、業績がなければ、それこそ“洩もひっかけられない”のである。現在第一線で活躍する刑訴法学者はそれぞれ特色ある業績をもつ（たとえば『原理』の松尾、『デュー・プロセス』の田宮、『歴史的分析』の小田中、西へ下って『構造』の井戸田、『訴訟行為』の光藤、『憲法』の横山など）。しかし、私にはそれがなかった。したがって私にとってイギリス留学は、文字通り『研究者としての浮沈』をかけた戦いであった。」<sup>(1)</sup>

ここで『原理』の松尾」とは、松尾説の理論的特色の一つ—あるいは1970年代まではその中心的な特色—を示すものといえる。松尾教授自身の言葉を借りれば、刑事訴訟の原理とは、刑事訴訟法をめぐる基本的な観念や用語のうち、『刑事手続はかくあるべし』という主張を直接の内容とするもの<sup>(2)</sup>をいう。基本書では、「より広汎な適用範囲を持つ基本原則とし

(1) 庭山英雄『民衆刑事司法の動態』（成文堂、1978年）まえがき2頁。なお、庭山先生は、2017年7月11日逝去された。

(2) 松尾浩也「演習（『刑事訴訟の原理』とはなにか）」法学教室163号（1994年）126頁。



て、弾劾主義、直接主義、当事者主義、および適正手続の四つ」が特に取り上げられているが<sup>(3)</sup>、より詳細に見ていくと、「…主義」と呼ばれるもの、例えば、起訴独占主義（247条）や、起訴便宜主義（248条）、証拠裁判主義（317条）、自由心証主義（318条）等々、刑事訴訟法の特定の条文の内容となっているものも、刑事訴訟法の原理として挙げられている。のみならず、このように「…」主義と称されるもののほか、「黙秘権の承認や伝聞証拠の排除など」も「実質において刑事訴訟の基本原則に数えるべきもの」ともされる<sup>(4)</sup>。

本稿は松尾説のうち証拠法部分を検討対象とするものであるから、これらの諸原理のうち証拠法に関わるものは、本来全て網羅的に検討すべきであるのかもしれない。しかし、筆者の時間的・能力的な制約もさることながら、裁判員裁判の導入を契機として公判中心主義や直接主義が強調されるようになり<sup>(5)</sup>、また最近では、被疑者取調べの状況を録音・録画した記録媒体（以下、録画 DVD と略す）を実質証拠として用いることの当否という問題も、証拠法上の重要問題として注目されるに至っている<sup>(6)</sup>。そこで、このような現代的な問題への示唆を得るためにも、本稿では特に、基本原則の一つである直接主義に注目して、紹介と検討を試みることにしたい。

(3) 松尾・刑訴下333頁以下。

(4) 松尾・前掲注(2)に同じ。そこでは、「実質上の原理」とも言い換えられている。

(5) 例えば、司法制度改革審議会意見書（2001年）Ⅱ第2の1(3)、司法研修所（編）『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』（法曹会、2008年）ほか多数。

(6) 実質証拠としての利用が問題となった最近の裁判例として、長野地松本支部判平成25・3・4判例時報2226号（2014年）113頁、東京高判平成28・8・10後掲注(4)、広島高判平成28・9・13 LEX/DB 文献番号25543809、札幌高判平成28・9・13 LEX/DB 文献番号25543821などがあるほか、季刊刑事弁護91号（2017年）の特集「取調べ上映会を許すな！」なども参照。

## II. 直接主義への回帰

「直接主義（Unmittelbarkeit 直接審理主義ともいう）は、もともと舞台の中央で歌うプリマ・ドンナだった。半世紀近く前、彼女は強力な新人（＝伝聞法則）に座を奪われ、その後は片隅で端役に甘んじている（手続更新の根拠とされるなど）。しかし、もう一度彼女の歌唱力を見直してみる必要があるのではなからうか。」<sup>(7)</sup>

### 1. 問題の所在

刑訴法320条1項及び同321条以下の規定については、周知のとおり、前者が伝聞証拠禁止の原則を定めたもの（いわゆる伝聞法則）であり、後者はその例外としての許容性要件を定めたものと理解されている<sup>(8)</sup>。松尾説においても、少なくとも現行法の解釈としては、この枠組み自体は承認されている<sup>(9)</sup>。

しかしながら実際の運用において、日本の刑事裁判はしばしば「調書裁判」とも批判されてきた<sup>(10)</sup>。このような批判的な姿勢は、松尾説においても一少なくとも従来日本の刑事裁判の現状認識としては一基本的に共有されていると言ってよいであろう。上記のように、直接主義への回帰を示唆する叙述は、調書裁判たる現実を前提とするものといえるからである<sup>(11)</sup>。

(7) 松尾浩也「演習・刑事訴訟法（直接主義とは何か）」法学教室169号（1994号）114頁。

(8) 例えば、松尾浩也（監修）『条解刑事訴訟法〔第4版増補版〕』（弘文堂、2016年）836頁。

(9) 例えば、松尾・下44頁、56頁ほか。

(10) 象徴的な論文として、平野龍一「伝聞排斥の法理」同『訴因と証拠』（有斐閣、1981年）220頁（初出は1964年）、同「現行刑事訴訟法の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第4巻』（有斐閣、1985年）407頁。

(11) 戦後における調書裁判の広がり指摘するものとして、松尾・理論276頁（初出は1991年）。

そこで問題は、調書裁判たる現状を是正するうえで、なぜ伝聞法則それ自体のあり方ではなく、直接主義（への回帰）を強調しなければならないかという点にある。

## 2. 321条以下をめぐる伝聞法則と直接主義の違い

松尾説によれば、伝聞法則と直接主義は、供述代用書面—とりわけ被告人の供述録取書（戦前にいう聴取書）—の取扱いをめぐる差異を生ずるとされる。その点を、戦前の議論や現行法の成立過程をふまえて詳細に明らかにしたのが、1994年の論文「刑事訴訟の日本的特色」であるともいえる<sup>(2)</sup>。直接主義に関する部分を、やや長くなるが引用する。

（現行刑法の成立過程における日米）「協議会での議論は多岐にわたったが、その最大のもは取調べと直接主義、すなわち、本稿が考察の対象としてきた二つの問題であった。換言すれば、明治以来のテーマが、やや形を変えながら、日米協議の場においても主要な争点を形成したのである。…

直接主義については、憲法が被告人の反対尋問権を規定したため、両者の関係が問題であったが、日本側は、22年春の第六次案までは、『証拠は、特別の定めある場合を除いては、公判期日において直接に取調べたものに限る』という規定を維持していた。しかし、最終

---

(2) 松尾・理論297頁（初出は法曹時報46巻7号1994年）。この論文は、松尾説において刑事訴訟の基礎理論を構成する三つの柱の意義が遺憾なく発揮されたものとして、すなわち、日本の刑事訴訟をめぐる「比較法および歴史」（歴史における連続と不連続の問題）を、「基本原理」の形成とそれとの緊張関係において示したうえで、その問題解決にあたっては、有機的な統一体である刑事司法「システム」全体を見据え、精密司法たる日本の特色に対しては個別方式（微調整の積み重ね）による解決の必要性を提示したという意味で、松尾説の真骨頂を示す代表的な論文の一つと言ってよいように思われる。

案はこれを削除するとともに、供述調書等の証拠能力については、『被告人の憲法上の権利を適当に考慮』する制限を置くにとどめた。これに対してGHQ側の問題提起が行われ、白熱した論戦となり、そこから起訴状一本主義の規定と、現行320条以下の証拠法規とが生まれた。そして、GHQ側の考え方は、むろん伝聞法則を基本とし、これを日本側の調書—とくに検察官調書—重視論と折り合わせたものであったから、そこに『直接主義』の理念が浮上する余地は乏しかったのである。

しかし、直接主義は、『誰が』どのような状況で取り調べたのかを問題にする反面、『誰を』取り調べたのかは問題にしない。したがって、聴取書の排除は、被疑者と参考人の区別なく貫かれ得る。これに反して、伝聞法則は、当事者である被告人と第三者である証人とを同視することができない。被告人の法廷外における自己に不利な供述は、法廷での主張と自己矛盾するものとして、つねに伝聞の例外とされるのである。むろん、黙秘権を肯定し、かつ任意性のない自白を鋭く排除することが前提であるが、いやしくも被告人が任意に自白している以上、これを排除する論理は見出し難い。

GHQ側は、『いささかでも自白が任意でない疑いがあるとき』(if the court has any doubts as to the voluntary nature of the confession)は証拠にできないと念を押した上で、不利な事実の承認(admission)は証拠になるはずだと主張した。これに対し、日本側の弁護士委員から、司法警察官の調書に証拠能力を認めるのは『まことに重大』な問題だと強い異論があり、学者委員もこれをサポートした。直接主義という用語こそ登場しなかったが、実質においては、明治以来の延長線上に立って直接主義論が主張されたことになる。しかしこの論は採用されず、現行322条が成文化されたのであ

る。GHQ 側の考え方は、その真意とは裏腹に、取調べ中心主義に塩を送るものであった。」<sup>(13)</sup>

このように、伝聞法則は被告人の反対尋問権を根拠とするがゆえに、被告人の供述と被告人以外の者の供述とで、供述代用書面に対する扱いを異にせざるをえない。さらに、伝聞法則の「日本化」という問題もある。すなわち、松尾教授によれば、そもそも伝聞法則に関する刑訴法の関係規定（及びその解釈）には、アメリカ証拠法との相違として「(2)伝聞法則の例外を定める規定が、書面を対象とするものと伝聞供述を対象とするものとに分かれ、かつ、明らかに前者の比重が大きいこと、(3)裁判官面前調書、検察官面前調書など、一部の書面に一アメリカ法の観点から見れば一特異な扱いを与えていること」といった点が見られるうえ<sup>(14)</sup>、「その後の運用も、検察官による供述録取書が多用され、また326条の同意が旧法の『訴訟関係人異議ナキトキ』と等しく扱われるなど…、アメリカ法との差異は拡大し、伝聞法則の『日本化』は著しい」ともされる<sup>(15)</sup>。

そこで、「書証が多用されている日本の現状を改善して、いわゆる公判中心主義の実現をはかろうとするなら、直接主義への回帰を目指さなければなるまい」とされるのである<sup>(16)</sup>。

### 3. 直接主義の意義

このように考えると、直接主義へと回帰すべき理由は、公判中心主義の

(13) 松尾・理論312-313頁（下線は引用者、ルビはママ）。

(14) 松尾・下56-57頁（「伝聞法則」の日本化）。

(15) 松尾・下337頁。なお、従来の運用に対する評価としては、「321条1項2号後段こそが—326条とともに—わが国の刑事公判を『調書裁判』化している原因とも見られる」とする（下61頁）。

(16) 松尾・前掲注(7)。

実現であるようにも思える。たしかに、従来直接主義は公判中心主義を支える要素の一つとされてきたから<sup>(17)</sup>、そのように理解しても理念的には誤りでない。しかし、直接主義が具体的にどのような意味で公判を活性化するかを理解するには、直接主義の意義自体を理解しておく必要があるだろう。

そこで、あらためて松尾説によりながら、直接主義の意義を確認しておきたい。この点につき、松尾教授の基本書では、直接主義は厳密には口頭主義とは別個の原理で、「口頭主義は公判廷における関係者のコミュニケーションの方式であり、これに対して直接主義は裁判所と証拠との関係を規律するものにほかならない」としたうえで、次のように説明されている。

「ドイツの学説は、さらに分析を進めて、直接主義の観念を二分し、判決裁判所は証拠をみずから（他の者に委嘱してその報告を受けるのではなく）取り調べなければならないという形式的直接主義（formelle Unmittelbarkeit）と、裁判所は証拠の『源泉を汲む』べきであり、その代用物（供述録取書・供述書はこれに当たる）を利用してはならないという実質的直接主義（materielle Unmittelbarkeit）とを並列させた。証拠調べの直接性（Unmittelbarkeit der Beweiserhebung）、および証拠方法の直接性（Unmittelbarkeit der Beweismittels）として対比されることもある。しかし、日本への影響に即して考える限り、この区別自体にこだわる必要はない。重要なのは、一口頭主義がもっぱら公判手続の問題であるのに対し直接主義が、右の例示からも明らかなように、公判外における証拠収集活動にもかかわっていること、換言すれば、捜査（予審などを含む広い意味で）と公判との関係を問題にしていることである。まさにそ

---

(17) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）234頁。

の故に、直接主義（当時の用語例では『直接審理主義』）の採否は、明治期以降、わが国の刑事訴訟法改正論議の最大の争点を形成したのであった…。」<sup>(18)</sup>

では、下線部で示したように、（実質的）直接主義で念頭に置かれている「捜査と公判との関係」とはどのようなものであろうか。管見の限り、松尾教授自身は、この点について直接明言していないようである。しかし、その前後の文脈や、他の諸論考に照らして考えると、それが供述代用書面（戦前で言う聴取書）の利用を可及的に制限して、公判審理を活性化しようとする趣旨であると考えられる。とすれば、直接主義の狙いとする捜査と公判の関係とは、宇藤教授が指摘されるように、「捜査と公判の分離」と解すべきではないだろうか。この点につき、宇藤教授は次のように述べる。

「直接主義が求められる文脈は何であろうか。直接主義の内容が、裁判官から可能な限り近いところにある証拠により事実認定が行われなければならない、ということを含む点からは、むしろ事実認定の正確性がそこでの課題になっていることは確かであろう。もっとも、その内容が捜査過程において作成された書面の規律をもっぱらとしており、またこの原則採用のはじめより糾問訴訟における書面審理（審問官は糾問官作成の記録により判決を下す）の打破を目指していたことからすれば、捜査と公判の分離がその主たる目的であると言ってもよいであろう。」<sup>(19)</sup>

---

(18) 松尾・下336頁（下線は引用者）。

(19) 宇藤崇「直接主義・口頭主義」法学教室268号（2003年）26頁、引用部分は27頁。同旨の見解として、堀江慎司「公判手続における直接主義・口頭主義」刑法雑誌43巻3号（2004年）438頁ほか参照。

このように理解できるとすれば、いみじくも宇藤教授が指摘するように、前節冒頭で引用した「プリマ・ドンナ」たる直接主義の主旋律もまた、「捜査と公判の分離」であったと言える<sup>20)</sup>。松尾教授が、「公判中心主義の実現は…明治以来の悲願なのである」と述べている点も<sup>21)</sup>、このような捜査と公判の分離（切断）を前提にして、はじめて了解可能と言えるのではなからうか。

### Ⅲ. 個別論点への示唆～東京高判平成28年8月10日を契機として

#### 1. 問題の所在

これまで見てきたように、(実質的)直接主義が捜査と公判との関係、すなわち「捜査と公判の分離」を意味すると理解できるならば、このことは、個別論点との関係でいかなる示唆を持ちうるだろうか。本稿では、冒頭でも触れたように、録画 DVD をめぐるとの関係で考えてみたい。

もっとも、従来、録画 DVD の取扱いをめぐっては、もっぱらその証拠能力をめぐって論争が行われてきたとあってよい<sup>22)</sup>。そして、証拠能力の問題として考えた場合には、松尾教授自身は、「録音テープ」の証拠能力について基本書で言及されており、関連性（改変の可能性）について注意喚起しているものの、その（伝聞例外としての）証拠能力自体まで一律に否定しているわけではない<sup>23)</sup>。とすると、録取の機械的正確性という共通点に着目すれば、録画 DVD であっても、あえて扱いを異にする必要もな

---

<sup>20)</sup> 宇藤・前掲注(9)に同じ。

<sup>21)</sup> 松尾浩也「演習・刑事訴訟法（公判中心主義）」法学教室170号（1994年）90頁。そこでは、まさに「捜査と公判の『切断』」が問題とされている。

<sup>22)</sup> 従来の学説の状況については、例えば、白取祐司「取調べの録音・録画と実質証拠化問題」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2016年）145頁ほか参照。

<sup>23)</sup> 松尾・下46頁。



さそうにも思える。しかし、証拠能力論とは別の局面でも、直接主義は有効に機能しうる場面があることを示したのが、東京高判平成28年8月10日<sup>(24)</sup>であるということもできる（以下、本判決ともいう）。

## 2. 本判決の意義

本判決は、原審において検察官から実質証拠として証拠請求された被告人の自白を内容とする録画 DVD について、証拠調べの必要性を否定して請求を却下した原審の証拠決定を是認し、そこに証拠の採否に係る合理的な裁量の逸脱はないと判断したものである。その意味で、本判決は、本件の具体的事情を前提とした事例判断であり、録画 DVD を実質証拠として用いることの許容性一般についてまで判断を示したのではない<sup>(25)</sup>。それにも関わらず、本判決が、原審における本件証拠決定を是認するに際して、そもそも録画 DVD を実質証拠として用いること自体の当否についても、直接主義にも言及しつつ慎重な検討を求めた以下の判示部分は、非常に示唆的である。

「…所論のように、改正法で定められた録音録画記録媒体の利用方法を超えて、供述内容とともに供述態度を見て信用性の判断ができるといような理由から、取調べ状況の録音録画記録媒体を実質証拠として一般的に用いた場合には、取調べ中の供述態度を見て信用

---

(24) 判例タイムズ1429号（2016年）132頁。なお、札幌高判平成28・9・13前掲注(6)も、弁護人からの取調べ DVD の請求に対して同旨の判断を示しているが、本稿では、検察官からの証拠請求に対して、より詳細な判断が示された東京高判平成28・8・10に即して検討を進める。

(25) 榎本雅記「判評」法学教室439号（2017年）129頁。なお、本稿はあくまで直接主義に係る松尾説の射程を検討しようとするもので、判例研究の場ではないから、本判決の事実関係等には必要以上に深入りはしない。

性評価を行うことの困難性や危険性の問題を別としても、我が国の被疑者の取調べ制度やその運用の実情を前提とする限り、公判審理手続が、捜査機関の管理下において行われた長時間にわたる被疑者の取調べを、記録媒体の再生により視聴し、その適否を審査する手続と化すという懸念があり、そのような、直接主義の原則から大きく逸脱し、捜査から独立した手続とはいい難い審理の仕組みを、適正な公判審理手続ということには疑問がある。また、取調べ中の被疑者の供述態度を見て信用性を判断するために、証拠調べ手続において、記録媒体の視聴に多大な時間と労力を費やすとすれば、客観的な証拠その他の本来重視されるべき証拠の取調べと対比して、審理の在り方が、量的、質的にバランスを失したものとなる可能性も否定できず、改正法の背景にある社会的な要請、すなわち取調べや供述調書に過度に依存した捜査・公判から脱却すべきであるとの要請にもそぐわないように思われる。<sup>②⑥</sup>

下線部で示した部分は、まさに実質的直接主義に関する松尾説の論旨と軌を一にするものといえる。上記・判旨でも示唆されているとおり、公判審理がいわば被疑者取調べの適否を審査する手続と化すほどバランスを失したものとなれば、公判の独自性は失われ、捜査と公判の分離ないし切断の要請に反するものと言えるからである。

もっとも、本判決に対しては、直接主義を問題解決の手がかりとすることについて、そもそも「直接主義、口頭主義、公判中心主義のように、使い古されていて耳障りはよいが、独自の縁由を有する概念に安易に依拠するのは相当でない」、「出発点は、実定法である刑事訴訟法の解釈であるべ

---

②⑥ 前掲・判例タイムズ140頁（判示4〔5〕カ：下線部は引用者）。なお、ここで所論とは、文脈からも明らかなおお、控訴した検察官の所論である。

きであって、直接主義、口頭主義、公判中心主義という抽象的理念であって「はなるまい」といった批判も想定しうる<sup>77)</sup>。

しかし、少なくとも上記引用部分に関する限り、本判決は、原審による本件却下決定が裁判所の合理的な裁量を逸脱したものであるかどうか、したがって実質的には、本件録画 DVD を証拠として取り調べる必要性、相当性を判断するに際し、その「判断を支える事情として付加されたもの」と考えられる<sup>78)</sup>。そのことは、基本原則たる直接主義が、個別法規（例えば刑訴規則190条等）の解釈のあり方としても十分機能しうることを示唆している<sup>79)</sup>。これを本判決の射程との関係で考えてみても、「少なくとも、本件のように自白の内容が公判に顕出されており、任意性自体に争いが無い場合には、通常、記録媒体を取り調べる必要性が否定される」ことも十分ありうる<sup>80)</sup>。これは証拠採否をめぐる裁判所の裁量という局面においても、捜査と公判の分離ないし切断という要請に応えられることを、その意味で、直接主義を活かす新たな切り口の一つを本判決は示したと評価することもできるのではなかろうか。

もちろん、ドイツでも直接主義には例外があるから、その点も考慮した

77) 例えば、清野憲一「捜査段階の供述立証に関する問題解決に向けた一考察」判例時報2312号（2017年）14頁、引用部分は23頁。

78) 上記・判例タイムズの匿名解説参照（134頁）。なお、このような見方を超えて、本文引用部分は証拠能力について判示したものと理解する文献として、中川孝博「判評」法律時報89巻5号（2017年）164頁。

79) たしかにそこには、公判審理の比重を高めるという意味での政策的ないし立法論的な考慮が働いていることは否定できない。しかし、松尾説においても、「理論が理論として重要視された時代はもう一応終わりを告げたので、これから先は、理論にしても政策論と一体化したような理論が必要だ」と指摘されている点に留意すべきであろう。参照、松尾浩也「刑事訴訟法の基礎理論」法学教室86号（1987年）22頁、引用部分は質疑応答に係る35-36頁。この講演の内容は松尾・地平66頁に再録されているが、質疑応答部分は省略されている。

80) 石田倫識「判評」法学セミナー746号（2017年）122頁。

上でさらに比較法的な検討を深めていく必要がある<sup>80)</sup>。また、直接主義との関係では、同様に最近の問題として、いわゆる被告人質問先行型審理(被告人の供述について訴訟当事者間で書証を用いることに同意がある場合でも、裁判所が書証の採用を留保したうえで、被告人質問を先行させてよいか)をどのように評価すべきかという問題もある<sup>82)</sup>。いずれについても、今後の課題としたい。

#### IV. おわりに

本稿では、松尾説の証拠法理論に関わる「原理」のうち、特に直接主義に注目して、その意義を明らかにするとともに、各論的な問題としては、取調べ状況の録画 DVD を実質証拠として用いることの当否に着目し、東京高判平成28年8月10日を契機として、現代的な問題との関係でも直接主義は重要な示唆を持ちうることを、松尾説の検討を通じて明らかにしようとした。もとより、碩学たる松尾教授の理論の検討という、筆者には僭越な作業であるから、その意図と射程を正確に把握しえたかどうかは甚だ心許ない。この点については、読者からのご批判を待ちたいと思う。とはいえ、録画 DVD の実質証拠としての利用との関係では、松尾説からは歴史的な警鐘とも受け取れる部分があるので、最後にその点を紹介したい。

先に紹介したように、松尾教授によれば、公判中心主義の実現は、日本の刑事訴訟において明治以来の悲願であった。そして、戦後刑訴法の改正が問題となった際、人権蹂躪の根絶がまず朝野の一致したスローガンと

---

80) 直接主義の意義について、ドイツ及びフランスでの用法も考慮しつつ検討したものとして、川出敏裕「刑事裁判への国民参加と直接主義・口頭主義」研修649号(2002年)3頁がある。

82) この点については、すでに川出敏裕「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〕』(成文堂, 2014年)681頁が詳細に論じている。

なったことから、「直接主義の貫徹、すなわち聴取書の排除は当然の帰結かと思われた」が、上述したように、「この流れを押し止めたのは、皮肉なことにアメリカ法的思考の浸透であった」<sup>63)</sup>。

これと同じような皮肉な状況が、録画 DVD を実質証拠として許容することにより再来しないとは限らない。例えば、青木教授は、「仮に実質証拠利用が肯定されるならば、取調べ及び供述調書に過度に依存してきた刑事司法運営を改めるため、取調べの録音・録画を進めてきたはずであるのに、調書裁判と批判されてきた実態が録音録画媒体裁判に代わるだけで、捜査段階の供述により公判の帰趨が決する現状は変わらないことになる。これはある意味皮肉なことである」と指摘する<sup>64)</sup>。そのような事態の出現を証拠法の面から可能にするのが、現行法の伝聞例外規定であることは否定しがたい。

しかし、そのような公判審理のあり方が決して好ましいものでないという点に、異論は少ないであろう。とすれば、そのような事態に至るのを防ぐためにも、ここであらためて松尾説を通じて直接主義の意義を再確認しておくことにも、十分意味が認められるはずである。

松尾教授は、裁判員裁判の実施を契機として、「直接主義が復権し、公判中心主義が方向性を見出した」とも評価している<sup>65)</sup>。これを前提にすれば、裁判員裁判の実施から8年余りを経過した現在、そのような直接主義の復権を定着させる取組みがいま求められているというべきなのかもしれない。この点で、上記・東京高判平成28年8月10日が示した解決（証拠採否の必要性の観点）は、個別方式（微調整の積み重ね）による問題解決と

---

63) 松尾・前掲注(7)。

64) 青木孝之「取調べを録音・録画した記録媒体の実質証拠利用」慶應法学31号（2015年）61頁，引用部分は63-64頁。

65) 松尾・理論452頁（初出は2010年）。

いう松尾説の方法論にも、むしろ適合的でさえあるようにも思える<sup>66)</sup>。

もっとも、松尾説における直接主義の位置づけが、弾劾主義、当事者主義、および適正手続と並び立つ重要な基本原則の一つであったことを想起するならば、ここでの意義が証拠採否の裁量判断における考慮要素の一つに留まってしまうのは、松尾教授にとって、あるいは本意ではないかもしれない。むしろ、そのさらなる具体的な効用を検討する作業こそが、我々後進の世代に与えられた課題というべきなのであろう。

---

66) この点については、前掲注(12)及び(29)も参照。

## 松尾浩也理論と上訴・裁判の効力論

辻本 典央

(近畿大学法学部教授)

### I. はじめに—松尾理論の特色—

#### 1. 基本原理と基礎理論

本共同研究の課題は、主に戦後の日本の刑事訴訟法をリードして来られた大家の基礎理論を明らかにし、そこから、現代に生起している諸課題の解明を試みることである。この点で、松尾理論の特色は、刑事訴訟の「原理」と「理論」が明確に区別されていることであり<sup>(1)</sup>、その分析に当たっては、両概念の区別が前提となる。

一般に、「原理」とは、「①ものの拠って立つ根本法則。認識または行為の根本にあるきまり。……②他のものがそれに依存する本源的なもの」と定義され、「理論」とは、「科学において個々の事実や認識を統一的に説明し、予測することのできる普遍性をもつ体系的知識」と定義されている<sup>(2)</sup>。松尾理論において、具体的には、基本原理として「弾劾主義」、「直接主義」、「当事者主義」、「適正手続」の4つ（更に、国家訴追主義など個別の原理）が、基礎理論として「訴訟行為」、「全体としての訴訟」、「刑事訴訟システム」の3つが、それぞれ採り上げられている。松尾教授は、両概念の関係について、基本原理とは「刑事訴訟の政策を指導する」ものであり、基礎理論とは一般訴訟法学によって構築された訴訟の構造を示すものと理

---

(1) 松尾教授の論文集も、『刑事訴訟の原理』と『刑事訴訟の理論』とに区別されている。

(2) 新村出編『広辞苑』（岩波書店、第6版、2008年）。

解されている<sup>(3)</sup>。これを単純に区別すると、前者がゾレン (sollen)、後者がザイン (sein) として、それぞれ理解されるべきものであろう<sup>(4)</sup>。

松尾教授は、刑事訴訟法の研究を始められた当初、「原理」、「理論」、「主体」の3つの言葉が閃き、それぞれの角度から対象に迫ってみようと想起したと回想されている<sup>(5)</sup>。実際に、検察(官)<sup>(6)</sup>と弁護士<sup>(7)</sup>については、「ある程度の」「若干の」(しかし、詳細かつ緻密な!) 検討をされつつも、「肝心の裁判所に関する研究が充分でなかった」ため、「刑事訴訟の主体」についての研究は未完成であるとして、今後の課題とされている<sup>(8)</sup>。しかし、刑事訴訟の主体論は、原理と理論との関係とはやや次元を異にするものであって、それぞれの領域に解消されるべきものであると思われる。例えば、被疑者・被告人は、刑事訴訟における「当事者」であるとされ、当事者主義の内容も「被告人・被疑者の地位の改善」に向けられるべきものと理解される場合、これが刑事訴訟の政策を指導すべき基本原理であるのか、又は、現行刑事訴訟法に内在した基礎理論であるのかは、具体的な問題解決にとって重要であり、それぞれの次元において検討されるべき事項である。

## 2. 精密司法論

松尾理論において、「精密司法」のキーワードが特に重要である。周知のとおり、日本の刑事裁判における有罪率は99パーセントを超え、それ自

---

(3) 松尾・理論3頁以下。

(4) ただし、松尾理論によると、広義では、一般理論、基本原理、刑事訴訟法の歴史、比較法的考察などを総称して、「基礎理論」という枠組みで捉えられている(松尾・講演集153頁)。

(5) 松尾・理論「はしがき」。

(6) 松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」、同「司法と検察」、同「現代検察論」など(いずれも、『理論』に所収)。

(7) 特に、松尾浩也『弁護人の地位』(有斐閣総合判例研究叢書、1961年)。

(8) 松尾・理論「はしがき」。



体が日本の刑事手続を特徴付けるものとなっている。松尾教授は、このような現状を指して、「精密司法」の言葉を当てられた。松尾教授は、この日本型精密司法の現状について、「すべての関係者の真実追求への熱意があることを認めてよい」として積極的に評価しつつ、他方で、自ずと「手続の適正」よりも「真実の解明」に傾くところにその問題性があると指摘している<sup>(9)</sup>。

松尾教授は、日本型精密司法の誕生について、戦後導入された現行刑事訴訟法は、「アメリカ法的な当事者主義」とは異なる「疑似当事者主義」を基層とするものであり、アメリカ法を表層として成立した「複合的当事者訴訟」というべきものをもたらしたのであって、戦前の職権主義からスムーズに移行されたのは、当時既に疑似当事者主義的な基盤が成熟していたにほかならず、それが同時に「精密司法」を実現させたと分析している<sup>(10)</sup>。そして、このような日本的運用は極限状態に近付きつつあるとの危惧感から、具体的に、捜査段階における弁護人の活動を充実させ、無罪判決がなお正常なものであるとの認識を強化させることが提言されている<sup>(11)</sup>。そして、松尾教授は、基礎理論の現行法への移行が充分反映されてこなかった点に反省を求めて、「システム思考の役割」の重要性を説いている。松尾教授によると、それは一般理論（基礎理論）の樹立ではなく、「裁判法学との協働」を求めることであるとされている。

### 3. 松尾理論の研究に向けた基本的視座

このようにして、松尾理論の特色は、基本原理、基礎理論の考察から出発しつつ、刑事訴訟実務における課題の克服に向けて、システム全体の見

---

(9) 松尾・刑訴上16頁。

(10) 松尾・理論249頁。

(11) 松尾・理論254頁。

直し、具体的には立法による修正まで図ろうとする点に認められる。それゆえ、松尾理論の分析に当たっては、その基礎理論と立法政策との関係をどのように理解すべきかが課題となる。

本章は、このような問題意識の下で、松尾理論における刑事訴訟の基礎理論を概説した上で、各論的考察として、裁判の効力や上訴・再審の領域を検討する。

## II. 基礎理論

### 1. 刑事訴訟の基本原則

松尾理論は、個別の基本原則に加えて、より広汎な適用範囲を持つ基本原則として、弾劾主義、直接主義、当事者主義、適正手続の4つを挙げている<sup>(12)</sup>。

弾劾主義は、糾問主義と対をなす観念であり、訴追者と審判者を明確に区別した三面構造を採るべきものとする基本原則である。松尾教授は、弾劾主義概念がかつては不告不理原則の徹底などの改革原理として、また戦後はアメリカ法の影響下における自己負罪拒否特権の強調などにおいて効用を有するものとして、実質的な原理であるという点に一定の評価を示しつつ、弾劾の語が多義的に用いられすぎていることを批判する。松尾教授は、それゆえに、弾劾主義の用語は公判の構造に関する形式的な原則（方式＝フォーム）の問題に限定して用いるべきと主張している<sup>(13)</sup>。

直接主義は、裁判の基礎は公判廷で直接に取り調べられた証拠に限るとする原理であり、19世紀のドイツにおいて「改革された刑事訴訟」の実現過程で創出された観念である。松尾教授は、日本における直接主義の意義として、これが捜査と公判との関係を問うものであり、調書が裁判で使用

---

(12) 松尾・刑訴下333頁以下。

(13) 松尾・刑訴下335頁。

されることの問題性に着目される。そして、刑事訴訟法320条が伝聞証拠の原則排除を定めた点に直接主義とは異なる清新さを誇示したとの評価を示しつつ、現実には、321条以下で書面が多用され得るものとなっていることから、「直接審理はむしろ退潮の傾向を示し、問題の複雑さを感じさせている」と分析されている<sup>(4)</sup>。

当事者主義とは、当事者進行主義を指すのが通例であるが、現行法の下で多義的に用いられ、複雑な内容を持つ観念である。松尾教授は、当事者主義が当初の根強い反対にもかかわらず、「あたかもこうのとりに伴われてきたかのように突如として姿を現わし、たちまちわが国に定着した」現象について、第一に、これを受け入れるべき潜在的な基盤が既に形成されていたこと、第二に、当事者主義がアメリカ法における本来の意味に比べて「事件の真相解明を刑事訴訟の第一義とする考え方」に余地を残す抑制の下に受容されたことを挙げている。ただし、松尾教授は、それにもかかわらず当事者主義が「現行法を支える強力なシンボル」となったことについて、「被告人・被疑者の地位の改善」に向けられた側面において、適正手続の尊重と同義に用いられてきたことを指摘している<sup>(5)</sup>。

最後に、適正手続は、アメリカ合衆国憲法の適正手続条項に由来し、日本国憲法31条に継受されたとする観念である。ただし、松尾教授は、刑事訴訟の基本原則としていうとき、「被告人・被疑者の主要な権利の総体としての適正な手続を指す」として、そこに一定の指導理念としての意義を見出している。もっとも、このような意味での適正手続の尊重は、日本で現実に貫徹されているとはいえ、真相解明への関心の高さから、「謙抑的適正手続観」が日本の刑事司法を極めて効率のよいものとしていることが事実であるとされている。このような理解は、精密司法と結び付いて、

---

(4) 松尾・刑訴下335頁。

(5) 松尾・刑訴下338頁。

刑事訴訟が自ずと真相解明に傾き過ぎるとして批判され、刑事司法の健全さは適正手続の遵守の程度によって測られるべきものであると主張されている<sup>(16)</sup>。

以上の基本原理に関する松尾理論をまとめると、当事者主義や適正手続保障といった基本原理について、これらが精密司法を標ぼうする実務の現実において実体的真実の発見の利益との関係で制約されている点に批判がなされた上で、基本原理に立ち返った被疑者・被告人の権利保障を目指すものである。

## 2. 刑事訴訟の基礎理論

松尾教授は、刑事訴訟の基礎理論はドイツの刑事訴訟法学から影響を受けて発展してきたものであり、現在でも基本的にその成果を継承すべきであるとしつつ、現行法の下でその修正ないし再検討の必要が生じていると指摘する。これを踏まえて、訴訟行為、全体としての訴訟、刑事司法システムの問題という項目を立てて、個別に検討している<sup>(17)</sup>。

「訴訟行為 (Prozeßhandlung)」とは、手続を組成する行為で訴訟法上の効果と直接に結び付くものである<sup>(18)</sup>。松尾理論では、性質によって意思表示を要素とするものと、それ以外の事実行為とに区別され、かつ、主体ごとに裁判機関、訴追側、弁護側、その他に区別して説明されている。訴訟行為の有効性に関して、特に意思表示を要素とするものについては民法規定(例えば、錯誤無効)の適否が問題とされてきたが、松尾教授は、「手続の確実性という要請も働くから、瑕疵の程度が著しく、また被告人・証人等の利益を保護する必要が大きいときに限って、その訴訟行為を無効と

---

(16) 松尾・刑訴下341頁。

(17) 松尾・刑訴下342頁。

(18) 松尾・刑訴下342頁。

すべき」とする<sup>(19)</sup>。また、訴訟行為には副次的効力を有するものもあり、当該訴訟行為が無効で本来の効力を生じないときでも、副次的効果が認められる場合があるとされる（例えば、公訴提起による時効停止効）。訴訟行為の有効性は、いわゆる「動的理論」によって指摘されてきたように、訴訟の発展によって変動することがある。これには、当初有効だったものが無効に転ずる場合と、逆に、無効から有効に転ずる場合とがある。後者は、当該訴訟行為をした者がその瑕疵を治癒するための行為をする場合（無効の補正）と、それ以外の場合（無効の治癒）とに分けられる。前者について、訴因不特定の場合に補正を許すのが実務慣行であるが、松尾教授は、これを無条件で認めることに疑問を示し、被告人の同意を条件とすべきという<sup>(20)</sup>。

「全体としての訴訟 (Prozeß als Ganzes)」の観念は、ドイツのベーリングが創唱したものであり、手続を組成する個々の訴訟行為の検討とは別個に、一つの訴訟手続を全体として観察し、その性質を解明するアプローチである。例えば、公訴提起と終局裁判という二つの訴訟行為が特に重要であり、その中間に多数の訴訟行為が累積して一定の訴訟状態を形成し、発展していくものであることから、これを一つのものとして全体的に考察すべき必要があるというのである<sup>(21)</sup>。訴訟は、検察官の公訴提起によって開始され、そこで設定された対象、すなわち公訴事実（＝訴因）を審判対象として進行するが、実体刑法と刑事訴訟法との交錯も、この公訴事実を接点として展開されるという<sup>(22)</sup>。公訴提起がなされた後、訴訟関係人から多数の訴訟行為が行われ、それによって生じた法的効果の総体が、その時々

(19) 松尾・刑訴下344頁。なお、書面方式（例えば、刑訴360条の3）は、錯誤の防止も目的としたものと説明されている。

(20) 松尾・刑訴下346頁。

(21) 松尾・刑訴下349頁。

(22) 松尾・刑訴下350頁。

の訴訟状態として形成される。ある訴訟手続は、次の訴訟への進展を可能とさせ、又は、一定の訴訟行為の要件ともなるため、訴訟状態は、訴訟の進行度のインディケーターであるとされる<sup>23)</sup>。全体としての訴訟を終結させるのは、公判における終局裁判であるが、特にその確定によって生ずる効果（例えば、一事不再理効）が重要な問題であるとされる。なお、全体としての訴訟の有効要件は、訴訟条件であり、これが備わる限りで実体判決が許される<sup>24)</sup>。

松尾理論の特徴として、刑事司法を一つのシステム（criminal justice system）として把握し、独立の考察対象とする点が挙げられる。全体としての訴訟が公訴提起から開始されるのに対して、刑事司法システムは、既に捜査の段階から開始され、検察官や裁判官だけでなく、警察官や弁護士も含めた「専門的職業人」が、犯罪現象との相関関係において、多数の事件が「入力」、「処理」、「出力」の過程をたどる。それは、巨大かつ複雑な（可視的でない部分も含む）システムであり、その全容や各要素の相互作用を明らかにすることは容易ではないが、現在では、このようなアプローチの必要性が広く承認されるようになったという<sup>25)</sup>。松尾理論は、各所に詳細な実務資料・統計、立法経緯を引用し、刑事司法システムの日本の特色の分析と評価を行う点に、その独特の研究手法が見て取れる。松尾教授は、そこから、「実体的真実発見」と「手続における正義」のバランスが重視されるべきであると説き、システムの経年変化を追うことによるその健全さの確認が必要であると主張している<sup>26)</sup>。

---

23) 松尾・刑訴下353頁。

24) 松尾・刑訴下352頁。

25) 松尾・刑訴下355頁。

26) 松尾・理論248頁。

### Ⅲ. 各 論

#### 1. 形式裁判

松尾理論の特徴として、体系書レベルで「形式裁判」に一章が当てられ<sup>77)</sup>、比較的詳細な検討が行われている。松尾教授は、「形式裁判の問題は、単なる量的な側面に尽きるものではなく、検察官の公訴提起を正しくコントロールする機能を担うところに、その存在意義が認められる」とし、また、「有罪・無罪と無関係に手続を打ち切るのであるから、形式裁判のあり方をめぐる議論には、おのずから刑事訴訟の原理的なものに関する対立が反映する」として、その検討の重要性を説いている<sup>78)</sup>。

松尾教授は、形式裁判との関係で、「訴因に関する適法性維持の原則」を前提に、個別の問題にアプローチする。この原則は、訴因変更制度は元来その手続で有罪判決を可能にするために認められたものであり、手続打ち切りのためこれを利用することはその立法趣旨を超えるものであるとする原則である<sup>79)</sup>。これによって、例えば、被害者の告訴が得られないまま強姦致傷罪で起訴されたところ、致傷の事実が認定できないという場合、強姦罪の（不適法な）訴因への変更は許されない（そのまま公訴棄却することになる）<sup>80)</sup>。他方、不適法訴因から適法訴因への変更については、確かに変更後の訴因（状態）については問題はないが、変更前には「不適法」な状態が存在するため、直ちに訴因変更が許されるのではなく、被告人の同意が条件になるとされる<sup>81)</sup>。この帰結は、訴訟行為に関する無効の治癒から理論的に導かれるものであり、かつ、検察官の公訴提起を正しくコントロールする機能を形式裁判に求める松尾理論の関心が如実に表されたもの

<sup>77)</sup> 松尾・刑訴下「第6章 公判の裁判（その2）—手続の打ち切り」。

<sup>78)</sup> 松尾・刑訴下157頁。

<sup>79)</sup> 松尾・刑訴下160頁。

<sup>80)</sup> 松尾・刑訴下167頁。

<sup>81)</sup> 松尾・刑訴下160頁。

である。

形式裁判に関して、免訴と公訴棄却との比較は、刑事訴訟法上の重要問題の一つである。松尾教授も、「現在では、免訴も手続打切りの一態様と考えられるに至っているので、公訴棄却との理論的な違いを説明することには、かなりの困難がある」(傍点原文)ことを認めている。その上で、松尾教授は、現行法上の4つの免訴事由について共通の特徴を発見することは不可能ではないとし、それは「訴追および処罰の禁止ないし放棄という国家の端的な意思が、直接または間接に表明された場合である」という。そして、このような特徴を持つ免訴判決について、その確定により、一事不再理効が生ずることも許されてよいとする<sup>62)</sup>。また、免訴事由は、その性質上実体判決、特に無罪判決を排斥しないことが多く、具体的事案において、免訴判決と無罪判決のいずれが下されるべきかが問題となる。松尾教授は、免訴制度の趣旨から、基本的に免訴判決が下されるべきであるとしつつ、もはやほとんど審理を要せず無罪の言渡しができる場合(免訴事由の存在が明らかになったとき、既に無罪判決に熟しているか、又は、審理の僅かな追加で無罪判決が見込まれる場合)に限り、これを許すべきであるという<sup>63)</sup>。

## 2. 上 訴

松尾教授は、上訴を、「裁判を受け不利益を被った者が、原裁判所とは異なる裁判所に、所定の手続に従って不服を申し立て、原裁判の変更また

---

<sup>62)</sup> 松尾・刑訴下173頁。

<sup>63)</sup> これに対して、田宮裕『日本の刑事訴追』197頁(有斐閣, 1998年)は、訴訟条件の存否は当事者(被告人)の主張を待って判断されるべきものであり、被告人の主張がない限り実体判決することができるとする。本研究会連載第3回〔辻本典央〕「田宮裕博士と刑事訴訟法理論」近法65巻1号1, 28頁。



は取消をを求めることをいう」と定義される<sup>64)</sup>。一般には、上訴は上級裁判所への申立てと定義されるが、松尾教授は、フランス法やドイツ法の上訴概念には「上」という意味がないことを挙げて（例えば、ドイツ法には同級裁判所への不服申立てとして「水平上訴（horizontales Rechtsmittel）」という概念がある）、上級裁判所に限らず原裁判所とは異なる裁判所への不服申立てと理解される。刑事司法システムとして上訴を見たとき、検察官上訴の合憲性が問題となるが、松尾教授は、「上訴の本来の役割は、誤った有罪判決に対する被告人の救済にある」として、検察官上訴を認める現行法の制度的な見直しを提言するとともに、上訴権の運用についての慎重さも要請されるという<sup>65)</sup>。他方で、検察官による被告人のための上訴に関して、これが実際に行われるのは例外的な場合に限られているとの分析に加えて、「当事者主義に移行した現行法のもとでは、法的にもその例外性が強められている」として、刑事訴訟法の原理に基づく理解が示されている<sup>66)</sup>。上訴に関して、具体的に、手続打ち切りや無罪判決に対して被告人が上訴できるかという問題がある。松尾教授は、上訴は申立人の救済を本来の趣旨とし、利益となるべき主張をその内容とするものでなければならぬとして、これを否定する<sup>67)</sup>。

上訴審の構造について、松尾教授は、まず抗告審は「続審的審査審」であるという。この点について、抗告審は立法過程において控訴審（後述）とは無関係に立案されたものであり、旧刑事訴訟法に最小限の手直しが施されたに過ぎないものであること、また、内容的には、抗告審により下される決定は新資料をも調べて、必要であれば自判の労を惜しまないという

---

64) 松尾・刑訴下181頁。

65) 松尾・刑訴下190頁。

66) 松尾・刑訴下182頁。

67) 松尾・刑訴下182頁。

意味で続審的であり、他方で判断基準時は原決定時とされ新事情は例外的にのみ考慮され得ることとなっている点で審査審の域にとどまるものであることが、挙げられている<sup>38)</sup>。

他方、控訴審の構造については、控訴審は立法過程で旧刑事訴訟法からの根本的な改革が行われ、新証拠の制限など制度的にも事後審（原判決の当否を事後的に審査する方式）という考え方が持ち込まれたと分析されている。ただし、松尾教授は、昭和28年改正により刑訴法382条の2が追加されたため、事後審性がある程度希薄化させられたとし、実務でも破棄判決の大半が自判されている点を挙げて、純粋な事後審であるとの理解に一定の留保を示している<sup>39)</sup>。また、控訴審において職権調査が認められていることは（刑訴392条2項）、「事後審化に対する安全弁的役割の達成、被告人のための後見的機能の確保、法令違反の是正に関する高等裁判所としての職責の実現などの考慮に基づくもの」と説明されている<sup>40)</sup>。ただし、松尾教授は、「刑事訴訟法全体の当事者主義的構成という理念からも、また、当事者に理由の提出を強制しているという法技術的な側面からも、職権調査は無限定ではありえない」と述べて、例えば「攻防対象論」が問題となる事例では、事情によっては職権の発動が違法とされる場合さえあるとして、刑事司法システムに対する法原理からの制約の可能性を認めている<sup>41)</sup>。

### 3. 再 審

再審制度は、非常救済制度の一つであるが、非常上告が法令適用の正当

---

38) 松尾・刑訴下194頁。

39) 松尾・刑訴下213頁。

40) 松尾・刑訴下224頁。

41) 松尾・刑訴下224頁。

性の維持に力点が置かれるのに対して、再審は、有罪判決を受けた（旧）被告人を救済するための制度である。すなわち、再審制度には、真実の発見を現実化する機能と、制約する機能とが併存するのであるが、現行憲法が一事不再理原則を定め（憲39条）、現行刑訴法が不利益再審を廃止したことから、実体に対する手続的優位の下で、後者の制約的機能が強められる結果となった。

松尾教授は、このようなシステムの前提の下で、再審規定の中でも特に重要な明白性要件（刑訴435条6号）について、総合評価説を支持している。すなわち、単独評価説は著しく限定された再審事由を持つ治罪法の流れを汲むものであり、既に旧刑訴法において新証拠の発見という包括的な再審事由が採択された際に、このような解釈は再検討されるべきであったとし、例えば原判決の証拠構造が著しく脆弱な事件で、単独評価説を貫徹させることの不合理さが特に表面化するというのである<sup>42)</sup>。他方で、新規性要件に関して、例えば身代わり犯人の事例など、請求人（旧被告人）本人が自己の無実を知っていた場合も新規性が認められるかという問題があるが、これを肯定する見解<sup>43)</sup>に対して、確定判決の内容と矛盾した内容の主張を認めるためには主張者自身にも新規のものでなければならないとする<sup>44)</sup>。

松尾教授は、再審の展望として、誤判原因の解明とその防止策の採用を挙げ、また、再審手続法の整備の必要性を説いている。特に再審手続に関して、その弁護権の充実が主張されている。松尾教授は、旧刑事訴訟法の時代に著名事件での再審の例が見当たらないことについて、その理由が当

---

42) 松尾・刑訴下267頁。

43) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』317頁（青林書院、改訂版、1990年）、光藤景皎『口述刑事訴訟法・下巻』99頁（成文堂、2005年）。

44) 松尾・刑訴下268頁。

時に誤判がなかったというのではなく、弁護活動が不十分であったことを示すものであるとして、国選弁護制度や接見交通権の規定の整備が必要であるという<sup>45)</sup>。すなわち、再審による無罪判決は、特に重大事案に関して刑事司法の運用に対する痛切な警告となり得るのであり、刑事司法システムが正しく機能するために再審制度の改革が必要というのである<sup>46)</sup>。

#### IV. おわりに

以上から、松尾理論の基本的視座は、現行法制度の構造と実務におけるその運用実績の分析を起点として、一定の不備がある場合には法原理に基づいて一定の修正を図り、必要とあれば、更に刑事司法システム全体から立法も含めた制度的改革を提言するものである。そして、このような松尾理論は、現行刑訴法における様々な改正立法に反映されている。その意味で、團藤博士が現行刑訴法の父であるならば<sup>47)</sup>、松尾教授は、それを現代のシステムにマッチするように細工を加える職人である。

松尾教授のそのような思索の背景には、日本の刑事訴訟法に対する考察に加えて、諸外国の法制度、法理論に対する理解の深さがある<sup>48)</sup>。

松尾教授自身、基礎理論の発展に見切りをつけたかのような記述も見られるが<sup>49)</sup>、松尾理論は、現行法の解釈論にとどまらず、立法論に向けても、いまなお重要な影響を与えているのである。

---

(45) 松尾・刑訴下263頁。

(46) 松尾・刑訴下279頁。

(47) 刑事訴訟法理論研究会〔辻本典央〕「團藤重光理論と刑事訴訟法」龍法49巻2号79、107頁。

(48) 松尾・刑訴下319頁以下、理論所収の諸論文。

(49) 理論「はしがき」。