

当事者主義と弾劾主義の交錯

久岡康成

- 一 はじめに
- 二 明治刑法・大正刑法時代における弾劾主義
- 三 大正刑法下における当事者主義概念の成立
- 四 戦後の刑事訴訟法において採用された当事者主義概念
- 五 結びにかえて

一 はじめに

(1) 現行の刑事訴訟法は、戦後の全面的改正による新刑事訴訟法として、従来の職権主義的色彩の濃い刑事訴訟法にかえて、大はばに当事者主義的色彩をもち込んだものであるとされており¹⁾、今日では、一般に現行の刑事訴訟法の基本原則として当事者主義が位置づけられているといえよう。

ところで、現行刑事訴訟法は、その成立時の議論にさかのぼれば、「世界史的にはすでに社会法も末期の段階に達している時になって、封建的遺制の処理から始めなければならなかった今次のわが国の変革²⁾」の中で行われ、「新刑事訴訟法は、社会的近代化の任務をになって、新しく大はばに英米法を導入したのである³⁾」と解されるものである。したがって、戦後の刑事訴訟法の基本原則とされている当事者主義は、第一に、刑事訴訟法における社会的近代化の任務を果たすために⁴⁾、第二に、そのために英米法系のことに「構造的にはアメリカのそれに非常に近い当事者主義 (Adversary System, 対審構造)⁵⁾」を導入するという課題に応えるものとして、刑事訴訟法の基本原則として採用されたものといえることができるであろう。

(2) それでは、当事者主義を基本原則とする刑事訴訟法において、この二つの課題はどのように達成されたのであろうか。依然、課題が残っていると指摘されている。まず、第一の課題に関わっては、田宮教授の、被告人の人権保障を「げんに罪に問われている当人でも個人としての人権が保障されるべきだ」との近代法の要請と考え、被告人の訴訟法上の権利保障を人格的主体性の承認と解するなかで、被告人の訴訟法上の権利保障（被告人の人格的主体性の承認）については、なお不十分と思われる部分が残されているとの指摘がある⁶⁾。次に、第二の課題については、ダニエル・フット教授によって、日本の当事者主義は、「構造的にはアメリカと非常に似ているにも拘らず、日本は当事者主義が果たす役割が全く異なっているシステムを提供している」ものであり、「要は日本のシステムは協調的『対審構造』なのである」と評される。そうして、その相違は、日本の被疑者の弁護士の協力的な姿勢に現れていると指摘されているのである⁷⁾。

(3) このように、訴訟の構造的には「対審構造」ということを共通性をもちながら、当事者主義の名で呼ばれるものの果たす役割が全く異なり、また他方では社会的近代化の任務に応えるになお不十分と思われる部分が残っているのは何故であろうか。その理由については色々検討されねばならないが、その一つとして日本の当事者主義と英米法系のアドバ・サライ・システム（Adversary System）との比較も必要であると思われる⁸⁾。以下はそのために、まずわが国における当事者主義概念について⁹⁾、その成立の経過を、刑事訴訟法における社会的近代化の任務に応える概念の視点から、もう一度検討しようとするものである。社会的近代化の任務は、わが国においては明治時代以来少なくとも治罪法以来今日まで続くものであるが、本稿では、刑事訴訟法の基本原則における、それに応える概念の、弾劾主義概念から当事者主義概念への移行という観点から、検討を明治刑訴法から戦後の刑事訴訟法の制定の時期に絞って行うこととする。

1) 井戸田侃『刑事手続の構造序説』（昭和46年有斐閣）119頁。

2) 佐伯千仍「新刑事訴訟法の間観」（昭和24年12月）同『刑事裁判と人権』（1957年法律

文化社）120頁，127，128頁。

- 3) 団藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法律時報20巻9号10頁（1948年）。
- 4) 平野龍一「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」法律時報21巻11号7頁（1949年）は、「当事者主義の訴訟構造は，19世紀的な独立自尊の個人を前提とする」と指摘する。
- 5) ダニエル・フット「日本の協動的『当事者主義』の考察」法の支配115号92頁以下，（1999年）。なお，同教授によるこの論稿と同旨の英文による以下の論文がある。Daniel H. Foote, reflection on Japan's Cooperative Adversary process, pp. 29-41. The Japanese Adversary System in Context, edited by Malcolm M. Freeley and Setuo Miyazawa.
- 6) 田宮裕『日本の刑事訴追』（1998年有斐閣）7，8頁。また参照，横山晃一郎「当事者主義と職権主義」法学セミナー145号35頁（1968年）。なお，横山教授の当事者主義思想については，大久保哲「刑事手続における当事者主義 横山晃一郎の当事者主義思想」久留米大学法学28・29号，147頁以下（1996年）がある。
- 7) ダニエル・フット・前掲「日本の協動的『当事者主義』の考察」99頁，100頁。ダニエル・フット教授のこの論稿では，「ミランダの会ですら取り調べの基本的原則を受け入れている。ミランダの会の目的は取り調べを止めさせることでなく，取り調べ過程の透明性をより高めるために黙秘権を利用することである」と，アメリカの刑事司法との違いが叙述されている。ちなみに，村岡啓一「当事者主義という考え方 なにゆえ，真実究明より適正手続が重視されるのか」時の法令1560号40頁（1997年）は，黙秘権の保障と合理的な疑いを超える程度の証明を当事者主義の内容として位置づけ，日本の現実は法文上の保障と大きく異なっていると問題提起を行っている。
- 8) なお，英米法系のアドバーサリー・システム（Adversary System）について参照，久岡康成「市民法・社会法の視点と刑事訴訟法」立命館法学292号296頁（2004年）。
- 9) 当事者主義概念自体については，松尾浩也「当事者主義について」『刑事裁判の課題（中野次雄判事還暦祝賀）』（昭和47年有斐閣）33頁以下（同『刑事訴訟の原理』所収）を始め，多くの研究者による多数の論文・著作がある。

二 明治刑訴法・大正刑訴法時代における弾劾主義

(一) 社会的近代化の任務に応える刑事訴訟法の基本原則として，まずわが国で論じられたのは「弾劾主義」であった。以下，明治刑訴時代，大正刑訴時代における弾劾主義についての議論を振り返ってみる¹⁾。

(1) 明治刑訴時代における弾劾主義は，豊島直道『刑事訴訟法新論』によれば裁判所及び当事者をもって訴訟主体とする弾劾の方式の訴訟²⁾，富田山壽「最近刑事訴訟法要論」によれば犯罪の追及の形式としての弾劾式訴訟による弾劾訴訟³⁾，板倉松太郎『刑事訴訟法玄義』によれば裁判官の

外に訴訟主体を認めない糺問主義に対する弾劾主義⁴⁾、林頼三郎『刑事訴訟法論』によれば刑事訴訟の方式としての弾劾式訴訟⁵⁾等とされ、総じて「訴訟の方式としての弾劾主義」であった。この位置づけは、大正刑訴法時代になっても、平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』によれば、不告不理の原則に従い訴追を審判の前提と為し、さらに被訴追者に訴訟当事者の地位を与え之をして訴訟上の権利を行使せしむる形式を持つてする訴訟が弾劾式訴訟とされており同様である⁶⁾。また、宮本英脩『刑事訴訟法大綱』は、刑事訴訟法は、訴訟の方式を弾劾主義にとり弾劾の局に当たらしむるものを国家の機関とする公的弾劾主義とも称すべき公訴主義であるとするが、訴訟の方式を弾劾主義とする点では同様である⁷⁾。

(2) ここでの弾劾主義の意味は、裁判所のみが主体で被告人は主体でなかった糺問主義より転じて、訴訟が権利闘争の形式となり、原告被告現れて、被告人が防御権の主体となったことに見出されていたのである(富田・前掲書95頁から97頁)。大正刑訴法になってからも、被訴追者に訴訟当事者の地位を与え之をして訴訟上の権利を行使せしむる形式を持つてする訴訟が弾劾式訴訟たりとされたのである(平沼・前掲書4頁)。すなわち、弾劾主義の眼目は、不告不理の原則もしくは裁判官との関係における検察官の地位にあるのではなく、被告人の防御権の主体性の承認にとらえられていたのである。但し、その具体的な形は仏独の議論が参考される中で、「訴訟の方式としての弾劾主義」という、いわば大陸法型の弾劾主義が形成されることとなったと考えられる。

したがって、これらの理論においては、「訴訟の方式としての弾劾主義」から生ずる弾劾主義の利点として、被告人の防御権、弁護人依頼権、さらには被告人尋問における被告人の陳述義務の否定が弾劾主義の属性とされていたのである(豊島・前掲書44頁以下、富田・前掲書93頁、林・前掲書40頁)。

そして、弾劾主義における被告人の防御権の主体性の承認は、当事者同等主義(豊島・前掲書47頁)、当事者対等主義(板倉・前掲書上巻283頁)、

当事者対等主義（林・前掲書60頁）、当事者対等主義（宮本・前掲書52、110頁）の主張へと展開している。また宮本博士の公訴主義においては、弾劾者は訴訟の当事者なること、従て某の手續が弁論主義的なることや、被告人に何等自己に不利益ナル陳述をなす義務なし等とされて（宮本・前掲書9頁）、その理論はいっそう展開されている。

（3）したがって、明治刑訴法・大正刑訴法における弾劾主義は、不告不理の原則のみを意味するものではなかった。しばしば引用される、大正刑訴法制定のための衆議院刑事訴訟法案委員会の大正11年の審議における、秋山高三郎政府委員（司法省参事官）が述べられた、「国家ノ権力ヲ起訴スル者ト、裁判ヲスル者ト分ケナケレバナラヌ、此分ケタ形ガ弾劾主義デアル」という見解は⁸⁾、「分ケタ形」の中に被告人の防御権の主体性の承認の承認を含まず、弾劾主義をもっぱら不告不理原則のみと解するもので、当時の弾劾主義の理解の中では少数であった⁹⁾。

（4）なお、明治刑訴・大正刑訴時代における弾劾主義は、単なる沿革上の理想ではなく、社会的近代化の任務に応える、現実に明治刑訴法もしくは大正刑訴法において採用されている原則とされていた。例えば、豊島博士は、明治刑訴法が弾劾の方式を採用している根拠として、不告不理原則の採用と被告人に防御に関する訴訟上の処分権（明治刑訴法179条、198条）を挙げ（豊島・前掲書48頁）、平沼博士は、日本の法制は近世における文明各国の法制と同じく、弾劾の形式を採り糾問の制を排したものであり、新法（大正刑訴法）を制定するに当たりこの主義を貫くに遺漏あることなしと述べ、大正刑訴法が弾劾式訴訟を採用したものであることを確認している（平沼・前掲書4頁）。

（二）さらに、明治刑訴法及び大正刑訴法における「訴訟の方式としての弾劾主義」の理論は、被訴追者の防御主体性を重視する「被告人の地位論」を発達させ、「訴訟の方式としての弾劾主義」の枠に止まらない、以下のような、いっそう社会的近代化の任務に応える、「広い弾劾主義」ともい

うべき発想を生んでいる。

(1) まず、富田博士の、被告人の尋問は主に被告人の利益のためになすものであることの論拠の一つとして、「蓋シ『被告人ハ自己ニ不利益ナ証拠ヲ提出スルノ義務ヲ負ハス』トノ弾劾訴訟ノ原則ハ我カ国法ニ於テモ亦一般ニ適用セザル可キモノナル可シ」(富田・前掲書421頁)との見解がある。同博士は、この論拠のもとに、弁護人には公判において陳述の拒絶の勧告の権利をもち、拒絶が被告人に利益となる場合は勧告の義務があるとされている。

(2) 次に宮本博士は、前示の「公訴主義ノ実質的長所トモ謂フベキ点ハ実ニ前ニ述ベタル被告人ニ陳述ノ義務ナシトスル原則ナリ」(宮本・前掲書11頁)の理由として、「被告人ニ陳述ノ義務ナシトスル見解ノ法律上ノ根拠ハ国家ガ糾問主義ノ形式ヨリ一転シテ公訴主義ヲ認メタルコトニ在リト謂フベシ」(宮本・前掲書12頁)と述べたうえで、さらに被告人は「自白某ノ他自己ニ不利益ナル証拠ヲ提出スル義務アルコトナシ」(宮本・前掲書117頁)、証拠物の提出命令につき、被告人に陳述の義務なきことと対比して、差し押さえをなすこと妨げなけれども、「証拠物ノ提出ヲ命ゼラルルモ応ズルノ義務ナシ」とされた(宮本・前掲書250頁)。

なお宮本博士は、公訴主義の採用の根拠の中で、刑事手続の沿革として、「第十八世紀啓蒙期以来個人主義的自由思想ノ勃興ニ伴ヒ、人格ノ尊厳ナル觀念ガ人間一切ノ精神生活ノ基調ヲ為スニ及ビ、刑罰思想は自ラ博愛主義的トナルト共ニ、糾問主義モ亦漸次頹勢ニ向フニ至レリ」(宮本・前掲書7頁)と述べている¹⁰⁾。また宮本博士は、公訴主義は、ナポレオン法典(1808年)により検事による公訴提起の制度が確立されてより、英米法系の諸国を除き文明諸国において概ね之が採用されてきたものであり、我国においても治罪法制定以来これが採用されており、今日では、刑事訴訟とはもっぱらこの公訴主義により行われる刑事手続を謂うと述べられている(宮本・前掲書8頁)。

(3) また、林頼三郎博士は、大正刑訴法は被告人に証拠方法たる地位を

認めず、陳述の義務を否定するものであると解するべき理由として、大正刑訴法制定直後の、その『刑事訴訟法要義・総則下巻』において、被告人の地位に対する進化史において、第4期の段階は被告人に訴訟当事者たる地位のみを認めて証拠方法たる地位を認めないものであるところ、今や大正刑事訴訟法はこれを取り、「被告人ノ地位ニ対シ一大革新ヲ施シタ」ものであると説明されている¹¹⁾。そして、被告人に証拠方法たる地位を認められない理由として、第一、犯罪の嫌疑を受けて訴訟手続の下にあるものに対し、その不利益に帰すべき事実を告白せしむるは情に於て酷に過ぎ、普通人に対しては難きを責むるものなること、第二、被告人の口から証拠を得んこと期するときは、往々にして之に対して力を傾注するに過ぎ、その結果種々の弊害を生ずることあること、第三、裁判、検察の任に当たる者の能力と自由心証の主義により、被告人の供述を強要せざるも真実発見上支障がないことを挙げている（林・『刑事訴訟法要義・総則下巻』3，4頁）。また、同博士は、大正11年の警察講習所刑事講習会での講演を収録した『刑事訴訟法大意』において、被告人の地位に対する進化史において、「第四の時代は被告人に当事者たる地位のみを認むるものであるから、被告人に事実を自白する義務を認めない、被告人は弁解を為し及反証を挙げる権利を有すると云うことになったのである。而して文明国では何れもを此第四の主義を採用して居るのである」と述べられ、何が故に新法（大正刑訴法）が第四の主義を採用したかということ、刑事訴訟法の格言として無罪の推定の原則があるのに、嫌疑があるが為に全然其の人格を蔑視するが如き取り扱いを為すが如きは不当であると述べ、次いで『刑事訴訟法要義・総則下巻』で述べられた前示の三つの理由を述べられているのである¹²⁾。

(4) これらの諸見解は、富田博士の、「『被告人ハ自己ニ不利益ヲ証拠ヲ提出スルノ義務ヲ負ハス』トノ弾劾訴訟ノ原則」との見解をはじめとして、いずれも被告人の防御主体性の承認から立論する点において弾劾主義ではあるが、被告人保護の方向で当事者対等の枠を越えており訴訟の方式とし

ての弾劾主義を越えていると思われる。このことは、宮本博士の前掲の「**「自白某ノ他自己ニ不利益ナル証拠ヲ提出スル義務アルコトナシ」**」、「**「証拠物ノ提出ヲ命ゼラルルモ応ズルノ義務ナシ」**」との見解が、戦前において団藤博士により、「**「当事者絶対主義」**」として拒否されたことに現れている¹³⁾。また、林頼三郎博士の、前示の「**「不利益に帰すべき事実を告白せしむるは情に於て酷に過ぎ」**」(『刑事訴訟法要義・総則下巻』)との見解も、同様に、被告人の防御主体性の承認を基本とする点で弾劾主義ではあるが、被告人保護の方向で当事者対等の枠を越えており訴訟の方式としての弾劾主義を越えている。そうして、前示の大正11年の警察講習所刑事講習会の講演において林頼三郎博士が、第四の時代は被告人に事実を自白する義務を認めめず、文明国では何れもを此第四の主義を採用して居ると述べられたことに照らすと、これらの諸見解は、当時既によく知られていた英米法系における黙秘権保障・自己負罪拒否特権の思想を志向し、基礎に置いたものと見ることができよう。ちなみに、林頼三郎『刑事訴訟法要義・総則上巻』に寄せられた花井卓蔵博士の「刑事訴訟法要義序」においては、改定律例第318条(断罪口供結案に依る)の廃止についての、元老院の改正意見書(明治9年)の「**然ルニ父子ノ容隠ハ之ヲ許シ、自己ノ容隠ハ之ヲ許サズ。之ヲ情理に基クニ其義ナシトス。亜米利加合衆国建国法ニ曰ク、何等ノ罪ニ於テモ自己ヲ害スルノ証拠ト為スコトヲ強ク可カラスト**」との理由が、引用されている¹⁴⁾。

(三) 職権主義とその対立概念として弁論主義

(1) なお、この時期の論議においては、訴訟の方式としての弾劾主義のもとで、刑事訴訟の主義としての職権主義が説明されており、その対立概念として民事訴訟法における弁論主義が既に位置づけられている。

例えば、明治刑訴法下において豊島博士は、職権主義の反対の概念を弁論主義とされ、弁論主義とは、当事者が訴訟上の処分をもって訴訟の目的物をも処分することができ、また訴訟の進行、証拠材料の提出裁判の範囲

は皆当事者によって定まる主義とされた。そして同博士は、刑事訴訟は、弾劾の方式なるにかかわらずその基本たる主義は職権主義であるとされたのである（豊島・前掲書43頁）。富田博士も同様に、弾劾式訴訟・弾劾訴訟の原則の次に職権主義又は実体的真実主義を論じ（富田・前掲書102頁以下）、それを訴訟の開始、進行、訴訟材料の提出を当事者に一任する処分権主義又は弁論主義の対立概念としている。林頼三郎博士も、刑事訴訟の方式として弾劾式訴訟に依るべきとした後、刑事訴訟の主義の一つとして職権主義を取り上げその反対概念を処分権主義としている（林・前掲『刑事訴訟法』64頁以下）。また、大正刑訴法下における平沼博士の見解も、刑事訴訟は訴訟物体、訴訟材料、訴訟進行につき当事者の処分を許さない職権訴追の制であるとし、民事訴訟の処分権主義と対比している。（平沼・前掲書93頁以下）

ここでは、職権主義の反対概念たる弁論主義もしくは処分権主義は、弾劾主義のように近代化の課題に応えるという意味を特に担うこともなく、刑事訴訟と性質を異にする民事訴訟における主義として言及されるに止まっている。したがって、訴訟の方式たる弾劾主義と、訴訟の主義として職権主義をとることとの間には格別の緊張関係もなく、また訴訟の方式たる弾劾主義と弁論主義及び処分権主義との関連づけもなかったのである。

(2) なお、大正刑訴法下の宮本博士の理論において、「手続が弁論主義的ナルコト」が、公的弾劾主義とも称すべき公訴主義の特色として指摘されている（宮本・前掲書8頁）。但し、この場合の弁論主義は、弾劾者は公訴を提起するのみならず原告となって訴訟を遂行し、その結果弾劾者、被弾劾者、裁判所の三者間に訴訟関係が成立し、各個の訴訟手続はこの関係を基礎に連続的に展開することを意味するものとされている。職権主義の対立概念としての弁論主義や処分権主義ではなく、対審構造の指摘である。

- 1) 大正刑訴、明治刑訴、治罪法を総称して、戦後の刑事訴訟法との対比で「それはいわば官権主義的な刑事手続であった」といわれることもあるが（団藤・前掲論文10頁）、他方

ではそれは、「明治以来の刑事手続の改革は、近代化のいわば第一期」であったのである(団藤重光『刑事訴訟法綱要』(昭和18年,弘文堂書房)18頁。

- 2) 豊島直道『刑事訴訟法新論』(明治38年,発行所日本大学発売所有斐閣書房),38頁。
- 3) 富田山壽「最近刑事訴訟法要論上巻(訂正増補3版)」(明治44年,初版は明治43年有斐閣,)91頁。なお下巻も明治43年初版発行である。
- 4) 板倉松太郎『刑事訴訟法玄義上巻』(明治43年初版,大正4年3版巖松堂書店)267頁。
- 5) 林頼三郎『刑事訴訟法論』(大正5年初版,大正10年9版,巖松堂書店)41頁。
- 6) 平沼騏一郎「新刑事訴訟法要論(7版)」(大正12年,松華堂)3頁,4頁。
- 7) 宮本英脩「刑事訴訟法大綱」(昭和11年,松華堂)7頁。
- 8) 『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会義録』(大正11年,法書会)269頁。大正11年の審議における秋山政府委員のこの発言は,原夫次郎委員(衆議院議員)の,弾劾主義とは「公ナル場所デ公ノ取調ヲシテ,穩当ナル取調ヲシテ,ソレデ犯罪ガ証明シ得ナクッタナラバ,縦犯罪ガアツタカモシレナイケレドモ,是ハ無罪トスル」(同『会義録』241頁)ものであるという理解のもとに,やがて提起されるべき陪審法案を弾劾主義的なものと想定したうえで,糺問主義を加味している刑訴法案をなぜ先行審議するかについての質問に対するものであった。なお,原夫次郎委員のこのような質問の背景には,本稿で検討している弾劾主義を単に不告不理の原則に止めない豊島博士以下の「訴訟の方式としての弾劾主義」よりも,もっと多様な弾劾主義の利点を数える明治刑訴法下の別の学説があったものと思われる(これにつき富田・前掲書99頁「註」参照)。なお参照,松尾・前掲論文「当事者主義について」35頁。
- 9) 但し,岡田庄作『刑事訴訟法原論』(大正7年,巖松堂書店)24頁は,弾劾主義をもっぱら公訴提起に関する原則として論じている。
- 10) なお,人格の自律性(人間の尊厳)の尊重につき,参照,平野龍一『捜査と人権』(刑事法研究第3巻,昭和56年,有斐閣)94頁以下。
- 11) 林頼三郎『刑事訴訟法要義・総則下巻』(大正12年,中央大学発行巖松堂発売,)2頁。なお,別に林頼三郎『刑事訴訟法要義・総則上巻』(大正11年,中央大学発行巖松堂発売),『刑事訴訟法要義・各則上』(大正13年,中央大学発行巖松堂発売)がある。
- 12) 林頼三郎『刑事訴訟法大意』(大正12年,発行所警察講習所学友会,発売所巖松堂書店)。この書は,警察講習所長兼内務監察官松井茂法医学博士の序によれば,大正11年に開催された警察講習書刑事講習会の講述を公刊されたもので,大正12年2月初版発行で,引用したのは同年5月発行の12版である。
- 13) 団藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂書房,昭和18年)149頁。
- 14) 花井卓蔵「刑事訴訟法要義序」林頼三郎『刑事訴訟法要義・総則上巻』(大正11年,中央大学発行巖松堂発売,)に掲載。

三 大正刑訴法下における当事者主義概念の成立

刑事訴訟法の基本原則と位置づけられて当事者主義の概念が成立したのは、大正刑訴法下の、戦前末期における牧野博士、小野博士、団藤博士の所説の中であった。

（一）牧野英一博士の所説

（1）弾劾主義にかえて、始めて当事者訴訟主義の概念を用いられたのは牧野英一博士である。牧野博士の『重訂刑事訴訟法』によれば、沿革上刑事訴訟法の方式を見るに、弾劾主義、糺問主義、当事者訴訟主義の三種あり、そのうち当事者訴訟主義は、弾劾主義、糺問主義を折衷したるものなりとされる。そして、この当事者訴訟主義の説明において、訴訟開始は弾劾あることを要し、その弾劾は検事の職掌によることなどとともに、「審理二弁論ノ方法ヲ用イ、被告人二自由ナル防御ヲ許ス」¹⁾と説明されている。

また、牧野博士は、刑事訴訟法の基礎概念として、弾劾主義（不告不理）、直接口頭弁論主義等を挙げられ、後者の中で「裁判所八当事者双方ノ陳述ヲ聴カサルヘカラス」（牧野・前掲書12頁）としている。弾劾主義は、沿革上の刑事訴訟法の方式としては当事者訴訟主義に座を譲り、刑事訴訟の基礎概念の平面に位置づけられることとなったものと思われる。

他方、刑事訴訟は職権主義をとり、裁判所の職権をもって審理は遂行され、当事者の私和（放棄、和解、認諾）を認めることなしとされていた（牧野・前掲書11頁）。

（2）したがって、牧野博士の理論においては、まず、刑事訴訟法の基本原則が沿革上刑事訴訟法の方式を見るにという平面と刑事訴訟法の基礎概念という平面の、二重構造で説明され、沿革上の刑事訴訟法の方式においてのみ当事者訴訟主義が用いられているのである。従来の議論の弾劾主義、

宮本博士の公訴主義に当たるものが、牧野博士においては沿革上の刑事訴訟法の方式たる当事者訴訟主義の名称に転換され、他方刑事訴訟法の基礎観念の平面では、弾劾主義が不告不理原則に制限されて用いられることとなった。但し、牧野博士の当事者訴訟主義は、沿革上はギリシャ・ローマ時代の弾劾主義と糾問主義の折衷と解されるものであるが(牧野・前掲書7頁)、それは刑事訴訟法の進化の中で語られているものであり、糾問主義と弾劾主義の折衷であることは、糾問主義に依らないことを明らかにしているのであるから、刑事訴訟法の近代化の課題に応える性格をそこで残している。しかしそれは刑事訴訟法の基礎観念の平面とは分離されており、しかもその平面での主たる原理は職権主義であった。したがって、その対立概念である弁論主義、処分権主義は沿革上刑事訴訟法の方式たる当事者訴訟主義と結びつくこともなく、刑事訴訟法の近代化の課題に応える性格を特に与えられることもなかったのである。

(二) 小野清一郎博士の所説

(1) 小野清一郎博士は、『刑事訴訟法講義全訂第3版』において、まず近代刑事訴訟法における基本的理想及び諸原則の問題を設定され²⁾、刑事訴訟法の理想は刑事司法に於ける正義であり、それは刑事司法に依る正義と刑事司法に於ける正義からなるものであるとされた。そして刑事訴訟法においては、刑事司法における社会の文化的秩序の維持と、刑事訴追を受くる被告人、その他手続の影響を受くる個人の自由及び利益を保護という二つの目的が競合するものであるが、この二つの目的を正義の原理によって法律制度的に調和することが、刑事訴訟法の形式的理想に外ならぬとされ、さらに、この刑事訴訟の理想の見地から、犯罪の処罰に関する社会的利益という点並びに刑事訴追に依り影響を受くべき個人的利益の点から、それぞれ刑事訴訟法における基本的諸原則を理解することができるとされた。そうして、後者の、刑事訴追に依り影響を受くべき個人的利益の点からの諸原則として、糾問手続を廃して訴訟手続を認めたこと、訴訟

手続の構造上不告不理によること、検事及び被告人は其の攻撃及び防御の方法としては相互に訴訟資料を提供し事実上及び法律上の弁論をなすことができるという弁論主義又は当事者訴訟主義の三点を挙げられたのである（小野・前掲書13頁）。

小野博士はさらに、訴訟の法律関係として、刑事訴訟法を成立せしむる法律的原則の基本観念として訴訟主義と公訴主義を論じられている。そして訴訟主義とは、原告の訴と之に対する被告の防御とを認め、之に対する裁判によって事件を解決することであり、それはさらに、第一の意義たる不告不理原則と、第二の意義たる「裁判所は原告及び被告の主張及び立証を聴いて裁判しなければならぬ」ということを意味するとされた。そして、この訴訟主義における第二の意義を、強い意味に解すれば、裁判資料はもっぱら当事者の提出するところに委されるという弁論主義又は当事者訴訟主義の理想とするところとなり、弱い意味に解すれば、裁判長が職権をもって事実及び証拠の取調をなすが、当事者は事実の主張、証拠調べの請求及び意見の陳述をすることができるという、弁論主義が職権主義によって制限を受け弱められている状況になることになる、とされたのである（小野・前掲書142頁）。なお、もう一つの法律的原則の基本観念である公訴主義については、又は国家訴追の原則とも称されるもので、刑事訴追の権を国家の機関に属せしむることをいう、と説明された（小野・前掲書144頁）。

（2）このような小野博士の理論の特色は、次のようなものである。第一は、刑事訴訟法の基本原則が、近代刑事訴訟法における基本的理想及び諸原則という平面と、訴訟の法律関係として刑事訴訟法を成立せしむる法律的原則の基本観念という平面の、二重の構造をもって論じられていることである。二重の構造という点では牧野博士の所説と同様である。そして、小野博士の近代刑事訴訟法における基本的理想及び諸原則における、刑事訴追に依り影響を受くべき個人的利益の点からの諸原則が、牧野博士においては沿革上刑事訴訟法の方式としての当事者訴訟主義とされたもの、つ

まりそれまでの学説の弾勁主義に対応するものと思われる。特色の第二は、この刑事訴訟法の基本原則の二重構造の中で、牧野博士の理論とは異なり、弁論主義又は当事者訴訟主義の概念が両方で用いられている点である。すなわち、近代刑事訴訟法における諸原則の平面における、弁論主義又は当事者訴訟主義は、「検事及び被告人は其の攻撃及び防御の方法としては相互に訴訟資料を提供し事実上及び法律上の弁論をなすことができるという弁論主義又は当事者訴訟主義」(小野・前掲書13頁)とされながら³⁾、他方、刑事訴訟法を成立せしむる法律的原則の平面のうちの、訴訟主義の第二の「裁判所は原告及び被告の主張及び立証を聴いて裁判しなければならぬ」の意義を強い意味に解すれば、「裁判資料はもっぱら当事者の提出するところに委される」というものとなり、それが弁論主義又は当事者訴訟主義の理想ものとしてされることになり、結局、近代刑事訴訟法における基本的理想及び諸原則とそれまではただ職権主義の対立概念であった弁論主義との接近が図られることになったのである。特色の第三は、近代刑事訴訟法における基本的理想及び諸原則の平面における弁論主義又は当事者訴訟主義のみならず、刑事訴訟法を成立せしむる法律的原則の平面での、職権主義の対立概念であった弁論主義も、フランス革命により生じた近代刑事訴訟は弁論主義をその形式的理想とし、此は経験的にはイギリスの刑事訴訟に示唆されたものであるが、思想的には正にフランス革命の精神たる自由主義及び民権主義そのものの適用に外ならなかったと(小野・前掲書143頁)、刑事訴訟法の近代化の課題に真正面から応える原則と位置づけられた点である。そこではイギリスの刑事訴訟と弁論主義との合一化が行われている。但し、現実には刑事訴訟法では、刑事訴訟の本質より職権主義が妥当であるとされていた。

(三) 団藤博士の所説

(1) 団藤博士は、昭和18年に発刊された『刑事訴訟法綱要』において、まず「刑事手続に当事者訴訟の形態を与える主義を当事者主義(当事者訴

訟主義）と称するが」、これは「フランス革命の文化的遺産で改革された刑事訴訟の基本的形態をなす」ものであり、「刑事手続に当事者主義的構造を与えること自体は、今日においても是認されねばならない」とされた⁵⁾。そして、この「刑事手続に当事者訴訟の形態を与える主義としての当事者主義（当事者訴訟主義）」の理念の要求として、当事者平等主義、当事者処分主義（訴訟物についての処分権主義と当事者の弁論に基づいて審判をなす弁論主義からなる）が、具体的に論じられたのである。そこで用いられている団藤博士の「当事者処分主義」の概念は、「当事者の訴訟行為に裁判所に対する拘束力を認める主義をひろく当事者処分主義」と解するものであり（団藤・前掲書153頁）、それは、一般に論じられている「（訴訟物に対する）当事者処分主義」と「弁論主義」とされているものに相当するものとされていた。そして、当時のわが国の刑事訴訟法（旧刑事訴訟法）においては、実体面では訴訟物の処分においても自白の拘束力においても当事者処分主義は認められないが、手続面においては、証拠調べの請求（大正刑訴法344条1項）、証拠の提出（大正刑訴法325条）など、当事者の訴訟行為の裁判所への手続上の一定の拘束が認められていることにおいて、刑事訴訟法においても一定妥当するものとされたのであった（団藤・前掲書155頁）。

(2) このような団藤博士の理論の特色は、以下のようなものと考えられる。

第一の特色は、牧野博士、小野博士の刑事訴訟法の基本原則の二重構造は、団藤博士についても「刑事手続に当事者訴訟の形態を与える主義としての当事者主義（当事者訴訟主義）」と、「一般に論じられている当事者主義の種々の意味」の整理に現れている。そうして、前者が小野博士の近代刑事訴訟法における基本的理想及び諸原則における刑事訴追に依り影響を受くべき個人的利益の点からの諸原則、牧野博士においては沿革上刑事訴訟法の方式としての当事者訴訟主義とされたものに対応するものと思われる。

第二の特色は、団藤博士の理論の「刑事手続に当事者訴訟の形態を与える主義としての当事者主義（当事者訴訟主義）」には、「訴訟の方式としての弾劾主義」に通じるものがあることである。すなわち、団藤博士の理論におけるフランス革命の文化的遺産たる刑事手続に当事者訴訟の形態を与える主義としての当事者主義（当事者訴訟主義）は、理念のみならず現実の刑事訴訟法においても存する原理とされている。団藤博士は同書において、「刑事手続に当事者訴訟の形態を与える主義としての当事者主義（当事者訴訟主義）」に対しては、近時社会情勢の変化に伴いそれに対する批判が澎湃として起こって来た時期であったが、刑事手続に当事者主義的構造を与えること自体は、今日においても是認されねばならない」とされたのである（団藤・前掲書148頁）。したがってこの「当事者主義（当事者訴訟主義）」は、刑事手続に「当事者訴訟という訴訟の形態」を与える原理として、また、フランス革命の文化的遺産即ち近代化の任務に応える概念として、「訴訟の方式としての弾劾主義」と通じる点がある。

第三の特色は、「刑事手続に当事者訴訟の形態を与える主義としての当事者主義（当事者訴訟主義）」の理念の要求として、当事者平等主義と当事者処分主義の二つの主義が論じられている点である。そして、その結果、前者の「当事者主義（当事者訴訟主義）」のみならず、後者の「当事者処分主義」も、小野博士の理論における弁論主義と同様、刑事訴訟法の近代化の任務に応える概念と位置づけられることになった。但し、ここでも現実の刑事訴訟法では、刑事訴訟の本質より職権主義が妥当であるとされていた。

- 1) 牧野英一『重訂刑事訴訟法』（昭和10年，有斐閣）8頁。
- 2) 小野清一郎『刑事訴訟法講義全訂第3版』（昭和8年，有斐閣）2頁。
- 3) この、相互に訴訟資料を提供し事実上及び法律上の弁論をなすことができるという「弁論主義又は当事者訴訟主義」は、前示の宮本博士の手続が弁論主義的なこと（宮本・前掲書8頁）に近い。
- 4) ここでは経験的に示唆されたイギリスの刑事訴訟が何かは明らかにされていないが、思想的にはまさにフランス革命の精神たる自由主義及び民権主義そのものの適用でもあるものとしては、英米法の理論からすると、示唆されているものは、両当事者とも審問さる

べしとの、自然的正義（Natural Justice）の原則ということになる。

5) 団藤重光『刑事訴訟法綱要』（昭和18年，弘文堂書房）148頁。

四 戦後の刑事訴訟法において採用された当事者主義概念

（一）新刑訴法制定直後の当事者主義

（1）戦後、現行刑事訴訟法制定直後において、小野清一郎博士は、『新刑事訴訟法概論改訂版』において、憲法の刑事訴訟法に対する要請が基本的人権という法理的根拠思想からでてくる基本的人権を尊重し、個人的自由の保障を厚くすることであることと並べて、新刑事訴訟法における改革の要点として、新刑事訴訟法は英米法制の強い影響等によって、弁論主義的な訴訟構造への飛躍的な転換を試みようとしていることを、指摘された¹⁾。また団藤重光博士も、「新刑事訴訟法の特徴を大ざっぱに言えば、当事者主義の強調という一語につきるといってもいいのではない」、「新刑事訴訟法は前者（大陸法系）から後者（英米法系）へ大きな展開を示したものにほかならない」と述べられている²⁾。また同博士は、新刑事訴訟法は英米法の長所が重要な部分において採用されているとされ、そのいちじるしい例の一つとして「公判手続の構造における当事者主義の強化」³⁾「新法は英米法系のいっそう徹底した当事者主義を大きく取り入れた。訴訟は原則的に当事者の攻撃・防御によって進行し、職権主義はむしろ補充的なものとされることになったものである。」⁴⁾と述べられている。

これらの論議における当事者主義は、戦前に小野博士及び団藤博士によって主張された弁論主義または当事者訴訟主義、当事者処分主義の中で、内容的には小野博士の弁論主義または当事者訴訟主義、団藤博士の当事者処分主義の平面のものであった。すなわち、職権主義を対立概念にする、民訴法とも共通の訴訟理論的な弁論主義を内容とするものであった。このことは、新刑事訴訟法制定直後に、「新刑事訴訟法が旧刑事訴訟法から変化した重点を一言でいうならば、当事者主義の優越だといってよい。この

ことは、訴訟の全体的色彩を大陸法系から英米法系、なかんづく米法系にいちじるしく変えたことを意味する⁵⁾とされた平場安治博士において、当事者主義の優越の内容が、「刑事訴訟法の民事訴訟法化」をスローガンにするものとされていたことにも表れている。この結果、戦後の当事者主義においては、戦前の団藤博士における「刑事手続に当事者訴訟の形態を与える主義としての当事者主義(当事者訴訟主義)」にまで立ち帰ることは行なわれず、その結果として弾劾主義との繋がりも失われたのである。

(2) 但し、このような当事者主義の実体である弁論主義は、戦前の議論において、職権主義との対立の中で論じられはしたが、元来が刑事訴訟では職権主義が妥当すると考えられてきたものであった。それは、前述のように、訴訟方式としての弾劾主義のもとで訴訟の主義として論じられたときにおいても、弁論主義を刑事訴訟法の近代化の課題に結びつけた小野博士、団藤博士のもとでもそうであった。したがって、戦後において英米法化の名の下に当事者主義化が強調されても、小野博士によって、「新刑事訴訟法は、法理的根拠問題にはなお思惟を重ねるとして事実としては、足はなお職権主義的構造の地盤を離れていない⁶⁾」と述べられているように、なお職権主義を基本におく見解は根強く、当事者主義を基本とする刑事訴訟法の成立には年月を要したのである⁷⁾。

(二) 当事者主義と黙秘権保障

戦後の憲法と刑事訴訟法は、他方では、刑事訴訟法の近代化の任務に直結する黙秘権もしくは自己負罪拒否特権の保障に関わる憲法や刑事訴訟法の条項を持っている。それでは、前記のような戦後の当事者主義はこれに対して如何なる関係にたつものとしようとしたのであろうか。当事者主義の立場からは、この黙秘権もしくは自己負罪拒否特権の保障も、弁論主義の理念から出るものと説明された。例えば、小野博士は、自白の任意性や補強証拠法則を、「これは憲法38条の条規によるものであるが、それは被告人を何処までも訴訟における当事者として、その防御的弁論の自由を認

めようとする弁論主義の理念にもとづくものであることは明かである」⁸⁾と、弁論主義との結びつきを主張された。また団藤博士は、「不利益な供述を強要されない権利（憲38条1項）は、被告人の当事者的地位の強調を意味し、拷問の禁止（憲36条前段、38条2項）はこれを保障する意味を持つ」⁹⁾とされている。さらに平野博士は、「当事者主義の訴訟は被告人を自己の利益を主張して戦う独立の訴訟主体として取り扱う。したがって、自己に不利益な事項については黙秘権が認められ、これに自白を期待することは許されない。」¹⁰⁾と述べられている。

すなわち、当事者主義は、黙秘権保障を弁論主義としての当事者主義の直接の内容として説明せず、もしくはできないものの、訴訟における当事者（小野博士）、当事者的地位（団藤博士）、「訴訟主体」（小野博士、平野博士）など、当事者主義に結びつけた被告人の地位論によって説明することとなった。そこでは、訴訟理論的な当事者処分主義及び弁論主義としての当事者主義では直接説明できないので、かつての弾劾主義の理論には戻らぬものの、弾劾主義の理論の下での当事者平等主義、被告人の地位論に類似する理論を再び採用することによって、黙秘権保障が説明されたのである。

- 1) 小野清一郎『新刑事訴訟法概論改訂版』31頁（法文社、1951年、初版は1948年）。但し、新刑事訴訟法は、法理的根本問題にはなお思惟を重ねるとして事実としては、足はなお職権主義的構造の地盤を離れていないと述べられている。
- 2) 団藤重光・前掲「新刑事訴訟法と当事者主義」10頁以下。
- 3) 団藤重光『刑事訴訟法綱要（改訂版）』（弘文堂、昭和24年、初版は昭和23年）15頁。
- 4) 団藤重光・前掲『刑事訴訟法綱要（改訂版）』61頁。
- 5) 平場安治「新刑事訴訟法」（法律文化社、昭和24年）27頁。
- 6) 小野清一郎・前掲『新刑事訴訟法概論改訂版』34頁。
- 7) 参照、田口守一「刑事訴訟の基礎理論」ジュリスト増刊刑事訴訟法の争点第3版（平成14年）10頁等参照。
- 8) 小野・前掲『新刑事訴訟法概論改訂版』33頁。
- 9) 団藤・前掲「新刑事訴訟法と当事者主義」11頁。
- 10) 平野龍一「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」法律時報21巻11号7頁（1949年）。

五 結びにかえて

(1) 以上のような経過に照らすとき、今日議論されている当事者主義が、戦後採用された小野博士の弁論主義又は当事者主義及び団藤博士の当事者処分主義の流れをくんで、当事者追行主義としての当事者主義と解されることは、それ自体として不自然なものではない。また、戦後の刑事訴訟法学の展開の中で、この当事者主義は、当事者追行主義として職権主義にかわって公判手続の基本原則となり、黙秘権保障をも取り込むような被告人の地位論を介してさらに展開し、被疑者・被告人の権利を十全に保障することを当事者主義の内容であるとして、当事者主義をいわば刑事訴訟全体にわたる基本原則と見る見解も有力に主張されるようになって¹⁾。松尾浩也教授による真の当事者主義²⁾、被疑者・被告人の人権を十分に保障する適正手続き保障としての当事者主義の主張³⁾、田宮教授による当事者対等主義(被告人当事者主義)の主張⁴⁾等は、後者の展開の中でみることができよう。

(2) ところで、この被疑者・被告人の権利を十全に保障することは、冒頭に掲げた刑事訴訟法における社会的近代化の任務そのものである。問題は、検察官に対置されざるを得ない当事者追行主義としての当事者主義、もしくはそれから導かれる訴訟の当事者たる地位の理論などにより、このような課題を担いこなることができるのかということである⁵⁾。前示の田宮裕教授やダニエル・フット教授が指摘される状況の原因もここにあると解することができる。

(3) 以上については今後の議論が待たれるところであるが、本稿で検討したように、刑事訴訟法における社会的近代化の任務に応える刑事訴訟法の原則としては、訴訟の方式としての弾劾主義、英米法の黙秘権・自己負罪拒否特権との連携もあり得るような広い弾劾主義、近代化の課題に結びつけられた弁論主義・当事者主義など、既に経験あるところである⁶⁾。被

告人を糾問の客体から脱して防御権の主体としたわが国の弾劾主義の基本に帰りつつ、宮本博士が述べられた「人格ノ尊厳ナル觀念」、佐伯博士が指摘された「近代法における自由平等なる法的主体という人間像」から出発するならば⁷⁾、「訴訟の方式としての弾劾主義」に止まらない、明治刑訴法・大正刑訴法下で既に萌芽があった英米法系の黙秘権の保障や無罪の推定をも内容とする⁸⁾、「広い弾劾主義」を検討し、当事者主義と交錯させて刑事訴訟法の基本原則とすることが課題となるものと思われる⁹⁾。弾劾主義は不告不理の原則に止まったり、訴訟という構造を作って終わるものではないと思われる。また、黙秘権や無罪の推定法理は個別的な権利保障や原則に止まるものではないのである。

- 1) 田口守一『刑事訴訟法（第4版）』（平成17年、弘文堂）29頁など。
- 2) 松尾・前掲論文「当事者主義」40頁、59頁。なお松尾教授は、同論文39頁において、この真の当事者主義を弾劾主義の概念で表する可能性も認めておられる。
- 3) 松尾浩也『刑事訴訟法（上）（新版）』（1999年、弘文堂）14頁。
- 4) 田宮裕『刑事訴訟法新版』（1996年、有斐閣）238頁。
- 5) これにつき参照、鈴木茂樹『刑事訴訟の基本構造』（昭和54年、成文堂）11頁（「当事者主義の觀念について」）。
- 6) その経験の中で、弾劾主義の概念が大正刑訴法の末期に至って何故用いられなくなったかは、必ずしも明らかでない。本稿で検討したように、わが国の弾劾主義は、不告不理の原則に止まるものでもなく、明治刑訴法・大正刑訴法のもとで、当事者対等原則、被告人の陳述義務否定論など具体的議論が行われていたのである。これ自体、なお研究の必要ある点と思われる。
- 7) なお、刑事訴訟法における人間像の論議について参照、久岡・前掲論文291頁以下。
- 8) 田宮裕・前掲『日本の刑事訴訟』14頁は、アメリカでは、「弾劾主義とはいわば『被告人の無罪の推定と黙秘権』の総和だといってもよいくらいである」と指摘されている。
- 9) 渥美東洋『刑事訴訟法（新版補訂）』（2001、年有斐閣）21頁は、憲法38条1項を自己負罪拒否特権ととらえたうえで、これを「弾劾主義の典型的表現」とし、田口・前掲書26頁は、現行法は弾劾主義の訴訟構造を前提としているとの認識を示されている。但し、これらの見解においては、弾劾の意義は、裁判官との関係における検察官の地位（田口・前掲書27頁）、告発者の公判を始動させる行為（渥美・前掲書6頁）に置かれている。なお参照、渥美東洋「刑事訴訟における自由の表現としての弾劾主義と正義の表現としての論争当事者主義」『刑事法学の新動向下巻』成文堂平成7年1頁以下。