



Title	刑事手続の基本問題
Author(s)	松田, 岳士
Citation	大阪大学, 2010, 博士論文
Version Type	
URL	https://hdl.handle.net/11094/58552
rights	
Note	著者からインターネット公開の許諾が得られていないため、論文の要旨のみを公開しています。全文のご利用をご希望の場合は、 ＜a href="https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed">https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed >大阪大学の博士論文についてをご参照ください。

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

【2】

氏 名	まつだ たけし 松田 岳士
博士の専攻分野の名称	博 士 (法 学)
学 位 記 番 号	第 2 4 1 2 6 号
学 位 授 与 年 月 日	平 成 22 年 6 月 17 日
学 位 授 与 の 要 件	学位規則第4条第2項該当
学 位 論 文 名	刑事手続の基本問題
論 文 審 査 委 員	(主査) 教 授 佐久間 修 (副査) 教 授 水谷 規男 教 授 島岡 まな

論 文 内 容 の 要 旨

(1) 本論文は、伝聞法則、おとり捜査、強制処分法定主義等の刑事手続上の基本論点に関する解釈論を再構成することを通じて、現行刑事訴訟法および同法が規定する刑事手続の基本構造、そして、手続的な問題解決のあり方の特性を解明しようとするものである。

(2) 第1章では、刑事訴訟法320条以下の諸規定が採用するとされてきた「伝聞法則」の趣旨説明の再構成を試みた。刑事訴訟法320条1項がいわゆる伝聞証拠を原則として排除している理由については、従来、一般に、供述証拠は、人の体験事実について、知覚→記憶（→表現）→叙述という内面の心理過程を経て事実認定者に到達するが、その各過程には誤りが入り込むおそれがあるため、公判期日において、①真実を述べる旨の宣誓と偽証罪による処罰の予告、②不利益を受ける相手方当事者による反対尋問、③裁判所による供述態度の観察の方法によって、その信用性を吟味・確認し、裁判所による「事実認定の正確性」を担保する必要があることに求められてきた。

しかし、このような説明は、伝聞証拠排除の原則が「事実認定の正確性」担保のための法則であるとの前提のもとに、数ある供述証拠の特徴および「公判期日」における供述採取の特徴のうち、「事実認定の正確性」に関連するものだけを恣意的に拾い上げたものであるように思われる。実際、「公判期日」における供述採取の特徴は、たとえば、捜査機関による供述採取と比較してみれば明らかなように、むしろ、その過程において「公開の対審」、すなわち、「公開の法廷における、公平な裁判所の前での当事者の対等かつ同時の参加」が保障されていることにあるというべきではないか。他方、伝聞証拠排除の法則が供述証拠をその対象としている理由も、同類型の証拠が、一般的に、その範囲ないし内容が採取の仕方に左右されやすい一方で、「再現可能」な性格、すなわち、他の場所ですでに第三者の記憶または書面上に採取・保全されているとしても、「公判期日」において、「公開の対審」保障のもとで改めて採取しなおすことができるという性格をもつ点に求められるべきではないか。すなわち、伝聞証拠排除の原則は、公判期日外で供述が採取・保全されている場合であっても、裁判所の事実認定は、原供述者から「公判期日」において「公開の対審」保障のもとで改めて採取しなおした供述によって行われるべきことを要請し、このことによって、裁判所の事実認定の「適正性」ないし「公正性」を担保するものなのである。このことから、関連論点について、以下のような帰結が導かれるものと考えられるのである。

すなわち、第一に、伝聞法則の適用範囲（伝聞＝非伝聞の区別）の問題も、当該証拠が、一般的に、その範囲・内容が採取の仕方に左右されるような性格をもつか、そして、公判期日において改めて採取しなおすことが可能な性質をもつか否かという観点から検討しなおす必要がある。実際、従来、「非伝聞」に分類されてきた「言葉の非供述的用法」、「現在の精神状態の供述」、「とっさになされた自然的供述」等は、すべて、公判期日において改めて採取しなおすことが一般的に不可能な性質をもつ「供述」類型であるということが出来る。

第二に、証人審問権保障と伝聞法則の関係については、従来、憲法37条2項前段の「証人」を「およそ供述証拠を提供する供述者」の意味に解するか（実質説）、それとも、判例のように、「裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人」の意味に解するかによって（形式説）、伝聞法則の採用が憲法によって要請されているか否かが左右されるものとされ、学説上は、「実質説」が有力となっているが、証人審問権保障は、伝聞証拠排除の原則の前提問題であるという意味で、両者は次元を異にする問題であるというべきである。すなわち、証人審問権は、「公開の対審」のもとで保障されてはじめてその本来的な意義を認められるものであるとすれば、判例が言うように、憲法37条2項前段それ自体は、「裁判所の職権により、又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき、反対尋問の機会を十分に与えなければならない」ものと理解されるべきであろう。しかし、このことは、証人審問権（より正確には、「公開の対審」）の保障が伝聞法則の採用と無関係であることを意味しない。なぜなら、憲法31条が、国家刑罰権発動の前提となる裁判所の実事認定に「適正性」を要請するものであるとすれば、憲法上、裁判所の実事認定は、憲法37条1項ないし3項の手続的保障を最大限に尊重して行われることをも要請するものと考えられるからである。

このように、証人審問権の保障それ自体とそれを事実認定上最大限に尊重してもらう権利とが、理論上区別されるとすれば、たとえば、伝聞証拠排除の原則と例外の関係、あるいは、刑訴法326条の「同意」の法的性質に関する従来の議論の妥当性についても、改めて見直す必要が生ずることになる。

「伝聞例外」は、従来、一般に、伝聞証拠排除の原則の趣旨から内在的に導かれるものとして、より具体的には、憲法37条2項が、「反対尋問に代るほどの信用性の情況的保証があり、かつその証拠を用いる必要があるときにまで、必ず審問の機会を与えなければならないという趣旨ではない」ことから認められるものと説明されてきた。しかしながら、伝聞証拠排除の原則の憲法上の根拠が、直接的には、むしろ、憲法31条に求められるとすれば、その例外についても、同規定との関係で理解すべきであろう。すなわち、憲法31条は、絶対的な被告人の人権保障を意味するものではなく、むしろ、「人権保障と必罰の要請の利益衡量に基づき、憲法上適正と認められる手続」を意味し、かつ、この「人権保障と必罰の要請の利益衡量」の基準は、「基本的人権」と「公共の福祉」の関係についての一般原則を定める憲法13条に求められるものであるとすれば、「伝聞例外」も、憲法37条が保障する手続的保障が裁判所の実事認定上尊重される要請と、真実発見や訴訟経済といった「公共の福祉」の観点からの要請の間の憲法13条の基準による利益衡量の結果認められるものというべきであろう。

また、刑訴法326条の法的性質に関しては、従来、「反対尋問権放棄説」と「証拠能力付与行為説」が提示されてきた。しかし、とりわけ、「反対尋問権放棄説」は、反対尋問権の保障と伝聞法則を同視する点において問題がある。なぜなら、刑訴法326条が「同意」の効果として予定するのが伝聞法則適用の解除であることとすれば、この効果を理論的に根拠づけるためには、反対尋問権それ自体の放棄まではかならずしも必要とされないのであり、むしろ、反対尋問権は行使しながらも、それを、裁判所の実事認定上、刑訴法320条以下の規定に則って尊重してもらう権利を放棄すれば足りるものと考えられるからである。また、これは、供述採取の過程における「公開の対審」保障を裁判所の実事認定上尊重してもらう権利の放棄であって、反対尋問権はその一部を構成するにすぎないことにも注意しなければならない。

(3) ところで、伝聞証拠排除の原則が、このように、供述証拠が公判期日外で採取・保全されている場合を前提として、裁判所の実事認定に供するためには、これを公判期日において「公開の対審」保障のもとで改めて採取しなおすことを要請するものであるとすれば、それは、まさしく供述証拠に関して「公判中心主義」を定めるものであるということができよう。そうであるとすれば、「検察官と裁判官の心証の断絶」、「捜査と公判の関係」といった刑事手続の基本構造に関わる諸問題についても、同法則の趣旨説明と関連づけることなく説明することはできないというべきである。第2章では、このような問題関心から、伝聞証拠排除の原則と刑事手続および刑事訴訟法の基本構造の関係について改めて検討するとともに、この問題と密接に関連する従来の訴因論や捜査構造論についても批判的考察を加えてみた。

すなわち、従来の訴因論は、起訴状一本主義の採用を根拠として、「訴因」を、「客観化された嫌疑」ではなく、「それについて検察官が審判を請求する、検察官の主張」として位置づけ、「審判の対象が捜査から独立に設定されるべきこと」を説いてきた。しかし、捜査が「公訴の提起、維持」の準備活動であるとすれば、検察官が、捜査の結果に基づいて形成した「嫌疑」を「訴因」として起訴状に表示することは、むしろ、制度上予定されているというべきであり、また、実際問題としても、「訴因」は、検察官が捜査の結果に基づいて形成した「嫌

疑」を基礎として提示されるのが通常であるとすれば、「訴因」の性質を考える際にも、それを「嫌疑」と切り離すのではなく、むしろ、検察官の「嫌疑」形成に供される資料ないしその採取・保全手続の客観的な性格を、裁判所の「心証」に供される証拠ないしその採取手続との関係において検討する必要がある。そして、このような意味で検察官の嫌疑の形成に供される「資料」と裁判所の心証の形成に供される「証拠」を区別するのは、起訴状一本主義というよりも、むしろ、第一次的には、伝聞証拠排除の原則をはじめとする証拠能力に関する証拠諸法則であるといわなければならない。

他方、「捜査の構造」をめぐる論争においても、伝聞法則との関係が充分に考慮されてきたとはいいがたい。その原因は、同論争においては、「公訴の提起・追行の準備」に求められることの理論的意義が、「公判の構造」——より具体的には、刑事訴訟における公訴権と裁判権の関係、あるいは公訴権の位置づけの問題——と十分に関連づけて議論されなかったこと、そして、「捜査の構造」をめぐる議論の前提となる「捜査」概念が、とりわけ「起訴前手続」の概念と明確に区別されることなく、多義的に用いられたことに求められるように思われる。しかし、伝聞証拠排除の原則が問題とする捜査と公判における証拠採取手続の目的・構造の差異ないし対応関係（捜査機関による証拠の採取・保全は、公判における一方当事者の権限である公訴の提起・追行の準備活動である限りにおいて密行的・一方的に行われうる反面、そうであるがゆえに、刑罰権行使の前提となる裁判所の事実認定は捜査の結果に基づいて行われてはならない）を考慮に入れば、「捜査の構造」を論ずるに当たっても、捜査の目的がその構造にどのように反映されるかという問題を避けて通ることはできないというべきであろう。

このように、伝聞法則と刑事訴訟法ないし刑事手続の基本構造の関係を考察した結果、同じ捜査機関による証拠の収集についても、捜査法と証拠法が、異なる観点からこれを扱っていることが明らかになる。すなわち、捜査法は、公訴の提起・追行の準備活動として、捜査機関に、参考人等から一方的・密行的に供述を採取することを認めているものと解される（したがって、捜査機関が一方的・密行的に参考人を取り調べても捜査法上は「適法」である）が、他方で、証拠法の観点からは、まさにこのことが、原則として捜査機関による供述採取に、裁判所の事実認定に供される供述の採取手続としての資格を否定する理由となるのである。

(4) このように、刑事訴訟法は、それに属する各規範の趣旨ごとにその違法・適法の実質的内容を異にし、したがって、同一行為・事象についても、そのいかなる側面に着目するかは各規範の趣旨あるいは関心ごとに異なってくることになる。第3章では、「おとり捜査」をめぐる刑事手続上の問題に関して従来展開されてきた諸学説を整理しなおすとともに、その基本的な検討枠組みの再構成を試みるなかで、この手続法規の相対的性格を検討・確認した。

「おとり捜査」に関する刑事手続上の問題に関しては、従来の通説である「二分説」が、少なくとも実質的には、国家が自ら惹起した犯罪を「理由」としてその対象者を訴追ないし処罰することの許容性を問題としてきたのに対して、最近では、「違法性の実質」論をはじめとして、国家が自ら犯罪を惹起することそれ自体の捜査法に照らしての許容性を問題とする見解が有力に主張されるに至っており、後者の立場からは、前者の立場に対して、対象者の「犯意」の有無にかかわらず、おとり捜査は常に犯罪の創出を伴うことになる以上、それが違法の根拠とするとすると適法・違法の判断基準との間に齟齬があるとの批判や、「犯意」の有無という要因が、捜査の適法性に関わる一般的な判断枠組の中でどのように位置づけられるのかが不明確であるとの批判が向けられている。

しかし、両見解が指摘する「おとり捜査」の問題性は、それぞれ異なる手続上の問題関心に属するものであり、そうであるとすれば、両見解はかならずしも対立関係にあるものではないというべきではないか。実際、二分説は、「違法性の実質」論とは異なり、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け」る行為、いいかえれば、捜査機関等による「おとり行為」の、捜査を規制する諸規範に照らしての許容性ないし適法・違法を問題としていたのではなく、捜査機関が、「[そう]しておきながら、他方でこれを非難し処罰する」という点」に求めてきたのであり、「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別も、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け」ることそれ自体の許容性というよりも、むしろ、「相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙」し、訴追し、処罰することの許容性の判断基準として提示されたものであるものと考えられるからである。「おとり捜査」をめぐる従来の学説は、この基本的に区別されるべき二つの問題を同一視してきたために、議論の混乱を生じているように思われる。

そこで、本章では、「おとり捜査」をめぐる刑事手続法上の問題性について、一方で「おとり捜査」の定義それ

自体のあり方に反省をくわえつつ、他方では、捜査法、公訴法、公判法の問題関心の差異を念頭におきながら、関連する個別の規範の趣旨に即して多元的に検討しなおす必要を指摘した。

(5) 第4章では、以上において確認された手続法規の相対的性格と密接な関係にあるその合目的性格について、刑事訴訟法197条1項但書の解釈論を展開するなかで検討・確認した。すなわち、この章では、同規定が捜査について定めるいわゆる「強制処分法定主義」について、最近の有力説である「重要な権利・利益侵害説」を批判的に検討しつつ、捜査に関する強制処分を「捜査協力を強制する処分」として理解する立場から、その趣旨説明の再構成を試みた。

強制処分法定主義に関しては、最近、その趣旨説明の前提となる「強制処分と任意処分」の区別の基準を、当該処分に伴う相手方の重要な権利・利益の制約・侵害の有無、質または程度に求める見解が有力となっている。しかし、刑事手続上の強制処分がその対象者の権利・利益の制約・侵害をもたらすことがあるとしても、それは、当該処分の目的それ自体ではないのであって、捜査比例の原則の内容からも明らかであるように、当該処分による一定の捜査目的の達成という「本作用」に「副作用」的に伴うものにすぎないというべきであろう。そうであるとすれば、強制処分の「強制」性的内容も、権利・利益の制約・侵害それ自体ではなく、むしろ、そのような権利・利益の制約侵害を受忍させることにより、相手方に捜査に協力させることに求められるべきであり、このように理解することによってはじめて、たとえば、「法的義務づけ」を伴う処分が強制処分とされることも統一的な説明が可能になるのではないかと。

また、「重要な権利・利益侵害説」によれば、「この法律に特別の定のある場合」に該当するか否かの判断（いいかえれば、刑法が当該強制処分を行う権限を捜査機関に認めているか否かの判断）も、当該強制処分に伴って制約・侵害される相手方の権利・利益の「質」を基準として判断されるべきことになる。しかし、たとえば、搜索をとってみても、それに伴って制約・侵害される相手方の権利・利益はその相手方ごとに異なりうる（一般の私人の住居等の搜索であればプライバシー等の権利制約・侵害を伴うことになろうが、報道機関であれば報道・取材の自由の制約・侵害が問題となろう）以上、このような一般的判断を被制約・侵害権利・利益を基準として行うことは不可能であり、その基準は、むしろ、処分の目的・内容に求められるべきであるように思われる。

かくして、強制処分とは、個人に一定目的・内容の捜査への協力を強制する処分であるというべきである。ここにいう「協力」は、当該処分に伴う権利・利益の制約・侵害を受忍することによって、または、当該処分の目的達成のために一定内容の行為を積極的に行うことを内容とし、刑事訴訟法197条1項但書が定める強制処分法定主義は、このような「協力」を行うか否かの自由を制約することを捜査機関に許すか否かの判断は、国民の代表による明示的な選択に委ねられるべきことを定めた規定と理解すべきである。

論文審査の結果の要旨

審査対象となった論文集『刑事手続の基本問題』は、松田岳士氏が「阪大法学」誌上に掲載してきた刑事訴訟法の解釈に関する論考を一書にまとめたものである。本書は、伝聞法則や捜査における任意処分と強制処分の区別といった、刑事手続法の基本原則を捜査・公訴・公判という各段階の刑事手続にふさわしい法原理から再構成することを目指したものである。そのすべてに通底する松田氏の基本姿勢は、通説的な見解や有力な見解の理論的説明をその根底から問い直したうえで、あらたな理論的根拠から説明し直すところにある。

とりわけ、このような姿勢は、本書の第1章と第2章において顕著に示されている。すなわち、伝聞法則の存在意義をめぐって、松田氏は、事実認定の正確性を担保するための反対尋問権の保障という通説的見解の根拠を、供述証拠の特徴のうち、事実認定の正確性に関連するものだけを恣意的に拾い上げていると批判する。通説的見解が、あたかも反対尋問によって正確な事実認定に資する供述証拠を獲得できるという誤解を生んでいることに鑑みても、松田氏の問題提起には重要な意味がある。

そして、松田氏は、「事実認定の正確性担保」に代わる伝聞法則の存在意義を、「公判廷における対審手続の保障」に求める。すなわち、刑法320条の趣旨は、供述証拠については、対審手続が保障された公判廷で提供されねばならないという点にあるとする。これにより、刑法321条以下の伝聞法則の例外規定も、公判廷における対審手続では再現できない供述の利用を認めた趣旨であると解釈し直される。

こうした松田氏の提言は、伝聞例外の規定を余すところなく説明し切れているかの点については、若干の疑問が残る。また、現行規定の解釈論に徹しているため、伝聞例外規定により大量の捜査資料が公判廷に流入するという、実際の刑事裁判で常に問題になってきた事態を、いかに解決するかに関する問題意識が明確には窺われないという憾みがある。しかし、これらの難点は、本書を出発点とした今後の研究の進展により、解決されていくものと推測される。

さらに、本書の第3章と第4章の犯罪捜査に関する考察でも、従前の解釈論を徹底的に検証するという松田氏の解釈姿勢が十分に窺われる。第3章では、おとり捜査が取り上げられた。すなわち、従前の多数説は、「犯意誘発型」のおとり捜査を違法とする一方、「機会提供型」のおとり捜査を適法な任意捜査とみる、二分説的な説明を繰り返してきたが、近時の有力説は、この二分説を批判しつつ、捜査活動の限界を比例原則等の一般の原則から判断するべきであると主張している。松田氏は、このような学説状況を丹念にフォローしたうえで、おとり捜査が捜査法のレベルの問題（松田氏は、この点に「将来の犯罪」に対する捜査活動の許容性の問題を指摘する）にとどまらず、おとりによって惹起された犯罪の逮捕・訴追・処罰の各段階において、対象者の権利または利益を侵害する点にこそ、その本質があると指摘することで、従前の多数説と近時の有力説のいずれも批判の対象としている。

また、近年の有力説が、実体法の問題と手続法の問題を明確に区別しておらず、従来の二分説も、形式的基準にとどまるという欠点があるとはいえ、なお一個の基準として機能する余地もあるとされるが、捜査法・公訴法・公判法の各場面において、どのような具体的基準を提示できるかについては、今後の課題であるといえよう。かようにして、学説間の見かけ上の対立を超えて、おとり捜査に内在する諸問題を整理しつつ、実践的な解決を導くという手法は、理論的にも十分な説得力をもつものであり、こうした松田氏の研究態度は、平成22年5月13日（木）に開催された公開の論文発表会における質疑応答でも、十分に明らかとなった。

最後に、第4章で取り上げられた任意処分と強制処分の区分についても、被処分者の同意があれば権利侵害とならず、強制処分にあたらないとした従前の多数説を批判して、松田氏は、強制処分が「人の重要な権利・利益を本人の意思に反して制約する」処分ではなく、「一定の捜査『目的』を」、「対象者のそれに協力するか否かの意思の如何にかかわらずに実現する」場合にあたるという、新しい定義を提唱している。これもまた説得力のある新たな理論的視座を提供するものである。

以上、瞥見したように、本書は、松田氏の刑訴法解釈論が、わが国における今後の刑事訴訟法学をリードしていくことを期待させるに足る第一級の研究書であり、松田氏が、すでに独立した研究者としての地歩を固めていることを十分に証明するものである。また、本書では現行刑事訴訟法の解釈問題がテーマとなっているため、日本法と外国法の比較研究に関する記述はみられないが、上述した論文報告会では、その全体を貫く基本的な構想の中で、松田氏が従前から継続してきた比較法研究の成果が、十二分に活かされていることが確認できた。本論文の基礎となった着想を窺わせる比較法研究の中で、すでに公開された主要論文を、補足資料として以下に掲げておく。これらの論文をみるだけでも、松田氏がイタリアにおける在外研究や、その他の多くの比較法研究（イタリア語、フランス語のほか、英語、ドイツ語などの能力を生かした論説、判例評釈、翻訳）から得られた多くの知見や大局的な視野が、本書の基礎になっていると考えられる。こうした研究成果は、まさしく松田氏の、数か国語に通じた高い語学能力の証左でもあるといえよう。

〔補足資料〕

1 松田岳士「起訴後の捜査に関する一考察——イタリア法を参考に（一）～（五・完）」阪大法学51巻1号（平成13年5月）63～122頁、同51巻2号（平成13年7月）53～102頁、同51巻4号（平成13年11月）31～53頁、同51巻6号（平成14年3月）41～67頁、同52巻1号（平成14年5月）23～67頁

2 同「イタリア刑事手続における犯罪『被害者』の地位について（一）～（三・完）」阪大法学53巻5号（平成16年1月）1～42頁、同53巻6号（平成16年3月）1～39頁、同54巻1号（平成16年5月）87～117頁

3 同「イタリア旧刑事訴訟法における捜査機関による被疑者からの供述採取手続」阪大法学56巻3号（平成18年9月）117～168頁

以上のことから、審査委員全員の一致する意見として、松田氏に博士（法学）の学位を授与することが適当であると判断した。