

# 刑事手続における適正手続と公正な裁判の意義

水野陽一

1. はじめに
2. 適正手続論と公正な裁判原則
3. おわりに

## 1. はじめに

従来、わが国の刑事手続において、実体的真実の発見がその第一義的目的であるとされた。なぜなら、刑法の実現を通じて行われる国家刑罰権の行使は、解明された真実を基礎としたものでなければならず、犯人といふべき者のみをその対象としなければならないとされたからである<sup>1)</sup>。明らかにされた真実とされる事実を基礎として、刑罰が付加されなければならないという考えは、ある意味当然の発想ともいえるものではあるが、刑事手続において実体的真実を明らかにすることを過度に追求した場合、様々な弊害が生ずる虞があることが認識されなければならない。すなわち、以上のような考えは、必罰主義的、処罰万能主義的な発想に通ずる場合があり、どのような捜査手法を用いても結果として事実が解明されさえすれば良いという結論に至ってしまう危険性を孕んでいる<sup>2)</sup>。わが国において、戦前の糾問的な捜査手法及び刑事手続制度から生じたとされる弊害を反省し、被疑者・被

告人の人権保障の実施を目的として主張されたのが、デュー・プロセス論及び適正手続論といえるだろう。

わが国の現行憲法は、世界的に見ても希なほど詳細な刑事手続上の人権保障に関する規定を有しており、刑事訴訟法が憲法の要請に反することは許されない。憲法31条は、「何人も、法律に定める手続によらなければ、その生命もしくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定し、一般に適正手続を要求する規定であるされる<sup>3)</sup>。その具体的内容の理解に差異はあれ、適正手続の要請はわが国の刑事手続における最も基本的な原則の一つであるといつてよく、様々な場面でその重要性について言及されている<sup>4)</sup>。以上のように、適正手続論について多くの議論が蓄積されてきたが、近年の刑事司法改革及び、国際化、グローバル化の波の中で、わが国の刑事司法、ひいてはわが国全体を取り巻く状況は劇的に変化してきている。特に、裁

3) 憲法32条以下の個別的规定の要請をも含めて、刑事手続は内容的に適正でなければならないとされ、現在、このことに対して異論は見られないといつてよいだろう。例えば、川端博『刑事訴訟法講義』10頁(成文堂、2012年)、白取祐司『刑事訴訟法〔第7版〕』74頁以下(日本評論社、2012年)、田口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』22頁以下(成文堂、2012年)、渡辺直行『刑事訴訟法〔第2版〕』4頁以下(成文堂、2013年)、で適正手続の要請について言及され、その重要性が確認される。

4) 適正手続論について、適正手続とは何かといった適正手続自体の意義を問う「適正手続総論」と、刑事手続の各場面における適正手続の具体的内容を問う「適正手続各論」に区別することができるが、双方についてわが国では多くの議論が蓄積されてきた。以上の分類について、田口守一「適正手続」法学教室268号9頁以下参照(2003年)。

1) 刑事手続上の真実に関する理解について、これは絶対的なものではあり得ず、刑事手続においてそのような擬製されたものに過ぎないとする批判がされた。以上について、山口邦夫『19世紀ドイツ刑法学研究—フォイエルバハからメルケルへ—(尚学社復刻版)』「訴訟法における実体的真実」89頁以下頁参照(尚学社、2009年)。

2) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造』7頁参照(信山社、2005年)。

判員制度及び被害者参加制度の導入は、法律の素人が刑事手続に関与する機会を増大させた。また、国際化、グローバル化という現象は、その是非は置くとしてもわが国の社会に大きな影響を与えており、少なくとも外国人被疑者・被告人及び被害者の増加といった現象に鑑みても、わが国の刑事司法に対して少なからぬ影響を与えていることが予想される<sup>5)</sup>。

以上のような状況のもと、本稿においては刑事手続における適正手続論の見直し及び、従来とは別の角度から同概念を検討することが必要であることを論ずる。これまで適正手続論は、主としてわが国の国内法との関係において検討されてきたように思われる。すなわち、適正手続の要請は憲法規範からの要請であり、刑法、刑事訴訟法が憲法からの要請に合致するものであるかが論じられてきたのである。しかしながら既述のように、わが国においても国際化、グローバル化の影響が無視できないものとなっており、適正手続論についても国際法的基準との適合性という観点からの議論が必要となってきているのではないか。以上について、ドイツにおいては早くから国際法、ヨーロッパ法的基準の重要性が認識されており、特にヨーロッパ人権条約の重要性が強調されてきた。刑事手続においては、特にその6条が定める公正な裁判原則が注目され、例えばドイツにおいて刑事訴訟法規範、憲法規範の解釈に際しても常に考慮されている。公正な裁判原則は、わが国においても国際自由権規約14条を通じて妥当する余地があり、わが国の適正手続論と国際法的

5) 例えば、外国人犯罪の検挙総数について、その増加が顕著となった平成2年以前と比較すると、検挙件数は約2.4倍、検挙人員は約2.2倍と非常に高い水準にある。以上について、警察庁刑事局組織犯罪対策部「来日外国人犯罪の検挙状況」1頁参照(2014年)。

基準との関係を議論する際に有益なものとなる。

わが国の刑事手続は、一般にアメリカ法を手本とした当事者主義訴訟構造を採用しているといわれることが多いが、旧刑事訴訟法、すなわち大陸法に由来する制度も現存している<sup>6)</sup>。また、公正な裁判原則は、ヨーロッパ諸国、大陸法的な訴訟構造が妥当する国々においてもその効力を発揮するものではあるが、その具体的内容は当事者主義訴訟構造における武器対等、機会対等原則を基礎とするものが多い。これは、ドイツ等、大陸法諸国において本来当事者主義的であるとされた制度の多くが導入される契機となった。更に、裁判員制度及び被害者参加制度には、ドイツ法に見られる制度的特徴が認められること等を考慮しても、公正な裁判原則とわが国における適正手続論を比較検討することは決して無意味なことではあるまい。

## 2. 適正手続論と公正な裁判原則

### (1) 適正手続論

#### ① わが国における適正手続論の史的背景

わが国の憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」としており、これは一般に適正手続を要請するものであるとして理解される。適正手続の要請は、現行憲法の制定経緯に照らし

6) わが国において、一般的に当事者主義訴訟構造を採用するとされつつも、未だにこれを補完するものとして職権主義的の制度が維持されている。従来からも、「表面だけの考察によって、当事者主義が職権主義を駆逐したものと考えるのは、刑事裁判の本質をみあやまるものだ」という指摘がされた。団藤重光『刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』87頁(1967年、創文社)。以上の指摘は、現在においても当てはまるものといえ、捜査手続における取調の肯定、公判手続における訴因変更命令等、裁判官に幅広い裁量権が認められる事情等を考慮する必要がある。

ても、合衆国憲法における修正第4条、第6条及び第8条の人権規定に由来するものであるとされ<sup>7)</sup>、戦後わが国の刑事手続において合衆国、特に連邦最高裁判所判決が与えた影響は非常に大きい<sup>8)</sup>。特に、ウォーレン・コート時代における、いわゆる「デュー・プロセス革命」から影響を受けた、田宮教授によるデュー・プロセス論の展開はその顕著な例であるといえ、従来わが国の刑事手続において支配的であった実体的真実主義の考えに対して一石を投ずるものであった<sup>9)</sup>。これは、国家刑罰権行使に際して最も基本的な目標とされているものであった積極的実体的真実主義、いわば必罰主義的思想に対して、刑法の実現は自明のことであるから、デュー・プロセス論においては、人権保護にのみフォーカスを当てて論ずればよいとするものである。田宮教授のデュー・プロセス論は、その簡明な理論構成もあって実践的な意味においても大きな影響力を持つことになり<sup>10)</sup>、今日において

もその意義は未だ失われてはいない<sup>11)</sup>。田宮教授の提唱する、デュー・プロセス論を契機として、わが国においても刑事手続における適正手続の保障の重要性がいわれるようになったが、その理解については必ずしも内容的な一致を見ない。現在、適正手続に関する理解は、以下の二つに大別することができるように思われる<sup>12)</sup>。第一に、適正手続を国家機関の適正な権力行使を保障するとの意味で捉えるものである。この考えによれば、国家による権力行使、特に刑罰権の実現を適正に保障することを前提としながら、被疑者・被告人の人権保障との調和を図ることこそが適正手続の要請ということになる。第二に、適正手続を訴訟関与者の適正な権限行使をも保障するとの意味で捉える考えである。この見解によれば、被疑者・被告人は単なる人権保障の客体ではなく、訴訟主体として位置づけられることになる。以上に関して、田口教授は、憲法的刑事訴訟の定着がいわれて久しいが、訴訟目的論としては実体的真実主義と刑法実現説の優位が保たれており、これは刑事訴訟法の政策論と基礎理論との不調和であると指摘される<sup>13)</sup>。以上の指摘が正当なものであるとすれば、わが国の刑事手続における適正手続論は、まさに真実の発見とそれに基づく刑法の実現に立脚しながらも、被疑者・被告人の人権保障を目指すものであるといえるだろう。この様な理解を前提とするなら、わが国

7) 井戸田侃「刑事訴訟手続と憲法31条」立命館法学15号82頁(1956年)、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁I』1頁(成文堂、2006年)。

8) 合衆国において、適正手続の要請は、1215年のマグナ・カルタ第39条「自由人は…国法 (lex terrae, law of land) によるのでなければ、逮捕、監禁、差押、法外放置もしくは追放をうけ、またはその方法によって侵害されることはない」という文言にその起源があるとされる。マグナ・カルタは、封建領主が国王のコントロールを受けずその下にある人々を支配しうることを意味するものであり、ここでいうlex terraeも近代的な意味での“due process of law”を意味するものではないことが確認されている。しかしながら後年になって、クックによるマグナ・カルタに対する近代的な解釈を通じて、マグナ・カルタは近代的な意味での自由と人権の保障をするものであると見なされるようになった。クックによれば、law of landによらないことはdue process of lawによらないことを意味するとされ、due process of lawは、権力の恣意を排斥し、人民に適正な手続を保障するという近代的な意味を与えられることになった。また、合衆国におけるdue process of lawとイギリスにおけるnatural justiceの考えは、ともにクックに由来する概念であるとされており、近似性が認められるとされる。以上について、田中英夫『デュー・プロセス』284-286頁参照(東京大学出版会、1987年)。

9) 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』28頁以下参照(有斐閣、1972年)。

10) 田口・前掲註(4)・10頁。

11) わが国の刑事訴訟法理論において、様々な場面で適正手続及びデュー・プロセスの要請の必要性が説かれる。しかしながら、その具体的内容については議論があり、更なる検討が求められる。以上について、刑事訴訟の目的とは何か、という議論が重要となる。刑事訴訟の目的に関する議論について、田口守一『刑事訴訟の目的〔増補版〕』33頁以下参照(成文堂、2010年)。

12) 適正手続に関する分類について、田口・前掲註(11)・51頁参照。

13) 田口・前掲註(11)・46頁。

の刑事訴訟における目的としては、第一義的に国家刑罰権の行使が想定されており、適正手続論においても人権保障はこれに準ずるものとして考えられることになる。国家刑罰権の行使が刑事手続における目的の一つであることは疑いないが、刑事司法改革が行われる中、刑法の実現が唯一の刑事手続の目的というものであるのか、以下では刑事訴訟の目的と適正手続論との関係について若干の考察を行う。

## ② 刑事訴訟の目的と適正手続

わが国の刑事手続において、刑事捜査・訴追権の行使による事案の解明と被疑者・被告人の基本権保障に基づく権利保障の調和が求められており、刑事訴訟法1条においても明言されるものである。以上のように、被疑者・被告人の権利保障の重要性が認識されているものではあるが、刑事訴訟の目的については、第一義的に刑法の実現、すなわち国家刑罰権の行使であるとされる<sup>14)</sup>。国家刑罰権の行使を刑事訴訟の第一目的であると捉えた場合、いきおい実体的真実の発見が最も重要な要素であると考えられがちで、そこに人権保障という観念を持ち込んだとしても、結局のところ真実の発見を重視した比較衡量的判断が行われ被疑者・被告人の人権保障はそれに準ずるものとして扱われるという理解につながりかねない<sup>15)</sup>。実体的真実主義は、有罪者を逃がさずに処罰するという積極的側面と、無辜の不処罰という消極的側面があるとされるが<sup>16)</sup>、いずれにせよ真実の発見が人権保障に優先して考えられることになるだろう。確かに、刑罰権が適正に行使されるためには、適正な捜

査活動に基づく事案の解明が行われることが前提となるが、刑事手続を通じて明らかにされる真相は、真実としての蓋然性が高いとされるものの、いってみれば裁判所によって真実として擬製されたものに過ぎないとの見方をすることができるし<sup>17)</sup>、審理の結果被告人に無罪判決が下される場合もあるのだから、刑事訴訟が刑法の実現だけを目的とするものではないといえる。更にいえば、我が国において妥当する起訴便宜主義の結果として、刑事手続が途中で打ち切られることも多く、広義の刑事訴訟においてはダイヴァージョンが行われることも多い。以上に関して、刑事訴訟の「利益調整」機能を強調する立場からは、刑事訴訟における目的を一つのもの、たとえば刑法の実現に限って考える必要はないのではないかという主張がされる。すなわち、刑事訴訟の目的を英米法的な「現実的な紛争解決」でもなく、大陸法的な「潜在的な紛争解決」としても捉えず、実質的な「利害調整」であると考えた場合<sup>18)</sup>、真実の発見、人権保護、適正手続の要請の各ファクターを、具体的状況に応じて刑事訴訟の中間目的として捉えることができるというのである。すなわち、真実の発見、人権保護、適正手続の要請は、刑事訴訟の「利害調整」機能における重要な要素ではあるが、それ自体が最終的な目的とはならず、あくまでも最終的な刑事事件の解決にとっての中間目標として位置づけられることになる。以上のように理解した場合、刑事訴訟の目的としての「利害調整」の行き着く先には、ドイツにおける「法的平和の回復」<sup>19)</sup>及び田口教授が主張される「社会的法的秩序の回復」<sup>20)</sup>などが想定され、ここでは真実

14) 香城・前掲註(2)・6頁。

15) 田口・前掲註(11)・33頁。

16) 香城・前掲註(2)・7頁。

17) 山口・前掲註(1)・189頁以下参照。

18) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』142頁以下参照(成文堂、1979年)。

発見と人権保障との比較衡量が刑事訴訟の唯一の課題では無く<sup>21)</sup>、その他の社会的利益等も考慮に入れた「適正手続」を観念することも可能となるように思われる。

また、適正手続論と刑事訴訟の目的について議論されるに際して、わが国が採用する訴訟構造との関係についても検討しなければならないように思われる。わが国の刑事手続において、一般的に当事者主義訴訟構造が採用されているといわれることが多く、これは合衆国における影響を強く受けたものであると説明される。当事者主義訴訟構造を純化すれば、実際に起こった事件の内容如何を問わず、当事者間における何らかの合意があればそれに基づいた事件処理が可能ということになるが、わが国において合衆国におけるアレイメント制度のようなものは採用されておらず、未だに国家刑罰権の行使の前提として事案の解明という要素が重視されているのは既述の通りである<sup>22)</sup>。更に、わが国における捜査手続段階における法制度をみると、戦前の旧刑事訴訟法、すなわち大陸法における職権主義的な制度が維持されている部分が散見されるものであり、また、公判手続においても裁判所による訴因変更命令が認められる場合があること、証拠評価において自由心証主義が維持されていることなど、裁判官に対して幅広い裁量権が認められていることなどからも、わが国において如何なる訴訟構造が採用されているかということを簡単に断言することは

できないのではないかと。更に、わが国において主張された適正手続論は、当事者主義訴訟構造の導入に伴って発展したのではなく、むしろ職権主義的訴訟構造を維持したまま議論されたものであるとの指摘もある<sup>23)</sup>。以上の問題は、わが国において近年採用された裁判員制度との関連においても議論が必要となる。すなわち、職権主義的訴訟構造を維持しながら、適正手続論という被疑者・被告人の人権保障を中核とした英米法に由来する原理を媒介に、訴訟構造の当事者主義化を推し進めてきたわが国の刑事手続において、法律の素人である裁判員の司法参加という要素が加わり、わが国の刑事司法制度は大きな変化の兆しを見せているということである。すなわち、これまでの真実の発見を基軸とした国家刑罰権の行使と、被疑者・被告人の人権保障に根ざした主体的地位の保障のいずれを重視するかという議論に加えて、いわば国民の代表である裁判員という要素を考慮しなければならないのである。裁判員制度は、裁判員法1条の規定からも明らかのように、国民の刑事司法制度に対する理解の増進を目的としている。裁判員に対しては、その職務遂行に際して、裁判官と同様の誠実、公正義務が課され、刑事訴訟法1条が示す刑事訴訟の目的に合致した行動が求められるものではあるが、刑事訴訟の目的に民主主義原理に基づく国民の司法に対する理解という新たな要素が加わったと考えなければならなかったのではないかと<sup>24)</sup>。また、近年の司法制度改革において、従来手続の埒外に置かれてきた被害者が訴訟参加者としての地位を認められるようになるなど、刑事訴訟の目的の複数化、相対化についても考慮されなければならない状

19) ドイツにおける「法的平和概念」について、田口・前掲註(11)・36頁以下参照。

20) 「法的社会的秩序」概念について、田口・前掲註(11)・48頁以下参照。

21) 田口・前掲註(11)・53頁。

22) 合衆国においても、近年、真実の発見を重視する主張がされており、当事者間の合意にのみ基づいて事件処理が行われることが必ずしも正当化されるものではないとの指摘がされる。以上について、田口・前掲註(4)・11頁参照。

23) 田口・前掲註(4)・12頁参照。

況変化を認めることができる。以上のような状況のもと、刑事訴訟の目的を法的平和及び法的社会秩序の回復とし、その為の中間的目標として真実の発見、人権保護、適正手続の要請、更には裁判員に代表される国民一般、被害者等の利益を想定することには、一定の妥当性、有効性を認めることができるように思われる。先に挙げた法的平和の回復を刑事訴訟の目的とするドイツにおいても、近年、公正な裁判原則を通じて被疑者・被告人の主体的地位の尊重を図る動きが活発であり、一見当事者主義的とも見える権利保障、制度的保障が行われている。周知の通り、ドイツにおいては職権主義訴訟構造が採用されており、彼の地における被疑者・被告人の権利保障を通じた手続の一部当事者化とも映る動きは、わが国における適正手続論にとっても興味深いものとなる。以下では、ドイツにおける公正な裁判原則をめぐる議論について概観、検討する。

## (2) 公正な裁判原則

### ①ヨーロッパ人権条約における公正な裁判原則の史的背景

ヨーロッパ人権条約は、1950年11月4日ローマにおいて採択、ドイツ他10カ国が同条約を批准する中1953年9月3日発効した。ヨーロッパ人権条約は、広範な分野の人権保障について規定する最初の国際条約であり、今日に至るまで多くの議定書が採択されるこ

とにより、権利保障及びその手続に関して大きな発展を見せてきた<sup>25)</sup>。同条約は、当初各条約加盟国においても、さほど重要視されてこなかったものではあるが、今日に至るまでの長い年月を経て、ヨーロッパにおける人権保障の中心的基準として位置づけられることになった<sup>26)</sup>。

ヨーロッパ人権条約は、国際人権法として位置づけられるものではあるが、その起源は古く中世以前の時代にまで遡ることができよう。人権の起源は、全ての人間にはその内なる神的似象性から生ずる共通の尊厳が認められるという考えにあるとされる。以上のような考えは、ルネッサンス期における人間の尊厳に関する議論に大きな影響を受けることなく15世紀末頃まで維持され、宗教改革、それに引き続いた宗教戦争の時代においては、信仰の自由が各派の主張のよりどころとされ、これは最古の人権の一つであるとされた。その後、17世紀に入ると、イギリスにおける封建社会の変化の中で、人権及び個人の自由に関する既述が見られるようになり、特に人身保護法、権利章典などが代表的なものとされる。更に、18世紀の終わり頃1776年には、アメリカに渡った清教徒達によってヴァージニア権利章典が採択され、これは包括的な人権に言及した先駆け的な存在であった。その直後、これに影響を受けたフランス人権宣言が採択され、これらはともに今日においても妥当する基本権概念の中核的要素を包含するものであった<sup>27)</sup>。

第2次世界大戦終結まで、人権保障に関する議論は国内法領域にとどまるものであり、人

24) 裁判員制度等、国民の司法参加と民主主義原理の関連を否定することはできないとする見解として、例えば、葛野尋之「裁判員制度と刑事司法改革」法社会学79号39頁参照(2013年)。対して、民主主義原理から裁判員制度の理解を説くことに慎重であるべきだとし、自由主義的観点からの議論がされるべきだとする意見について、渡辺直行「裁判員制度の理念的位置づけと、憲法の関係及び今後の検討課題についての一考察」修道法学第28巻第1号26頁以下参照(2009年)。

25) 渡部茂己編著『国際人権法』65頁参照〔西谷元〕(国際書院、2009年)。

26) *Gless*, StV 2010, 401.

27) *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz, 2.Aufl. 2010, S.3.

権保障の国際化の動きが活発になるのはそれ以後のことであった<sup>28)</sup>。1948年の世界人権宣言(Universal Declaration of Human Rights)において、全世界において妥当すべき基本的人権について宣言され、人権保障が世界規模の問題であることが確認され、その精神は1966年に採択された国際自由権規約においても引き継がれている。同規約の制定に際して大きな理念的影響を与えたヨーロッパ人権条約は、包括的な人権保障について言及した初めての国際条約であり、国際人権法の先駆的な存在として位置づけることができよう<sup>29)</sup>。先にも述べたとおり、ヨーロッパ人権条約は、ヨーロッパ地域における人権保障の中心的基準として位置づけられており、各条約加盟国においてはその要請に合致した制度的保障が求められている。同条約は、その性格をヨーロッパ地域におけるいわば地域的条約とみることもできるが、その基本的思想、特に人権保障に関するそれは、ヨーロッパ域外においても広く妥当するものであるといえる。

## ② 公正な裁判原則の構成

人権条約6条は、被疑者・被告人の人権保障という形態を通じて、手続的公正の実現を図るものである<sup>30)</sup>。具体的には、1項において被疑者・被告人の公正な裁判を求める権利が保障され、2項では無罪推定原則、3項では最低限認められなければならない権利保障について言及される。これらの各規定は、相互的に理解されるものであり、人権条約6条の意味での裁判の公正性が担保されるためには、

無罪推定原則が担保されかつ、被疑者・被告人に対して最低限度の権利保障がされていることを前提とした、公平な裁判所における公正な聴聞が行われることが必要となる。公正な裁判原則は、公判手続のみを対象とするのではなく、手続の全段階、特に捜査手続においても妥当することが明らかとなっている。公正な裁判原則を根拠として演繹される権利は多岐にわたるが、その多くが捜査手続においても重要視されるものであり、例えば弁護人依頼権の保障はその代表的なものといえる<sup>31)</sup>。人権裁判所においても、公正な裁判原則が捜査手続においても適用される旨明言されており、公正な裁判の実現にとって捜査手続における権利保障は非常に重要な要素であると考えられている<sup>32)</sup>。

以上のように、公正な裁判原則は、刑事手続全体において様々な権利保障及び制度的保障を求めるものであり、これは裁判の公正性維持のために最低限必要な要素であるとされる。しかしながら、公正な裁判原則から演繹される個別的な権利が侵害された場合においても、そこから直ちに公正な裁判の実現が阻害されたといえない場合がある。すなわち、ヨーロッパ人権裁判所は、各事案における個別的要素を総合的に考慮し、手続全体の公正性が維持されているか否かを判断する。それ故、被疑者・被告人の個別的権利が侵害されたと考えられる場合においても、その瑕疵が治癒されたと見なすことができる場合、また判決に重要な影響を及ぼすものではなかった

28) Schilling (Fn.27), S.4.

29) 渡部茂己編著〔西谷元〕・前掲註(25)・66頁。

30) Gaede, Fairness als Teilhabe, 2007, S.462ff.; Demko, <<Menschenrecht auf Verteidigung>> und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, 2013, S.224.

31) 人権条約6条において保障される権利保障の内容について、拙稿「刑事訴訟における弁護人依頼権、接見交通権、通訳・翻訳権の保障と公正な裁判を求める権利との関係について—ヨーロッパ人権条約6条における公正な裁判原則に関する議論を参考に—」広島法学35巻4号96頁以下参照(2011年)。

32) Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2001, S.99.

と判断されるような場合においては、手続全体の公正性が維持されていると判断される場合がある。このような人権裁判所の判断に対しては、公正な裁判原則の内容を不明確にするとの批判もあるが、法制度の異なる各条約加盟国においてヨーロッパ人権条約の求める人権保障を実現させるために必要なものとされる。なぜなら、ヨーロッパ人権条約加盟国は、その法文化、手続構造等がそれぞれに異なるのであるから、個別のかつ詳細な手続的保障の内容について人権裁判所が言及した場合、汎ヨーロッパ的な人権保障の実現が困難となることが予想されるため、人権裁判所の示す判断内容が抽象的にならざるを得ない部分があるというのである<sup>33)</sup>。以上のように、人権裁判所の示す判断基準について、確かに抽象的な部分が散見されるものではあるが、一方で、人権保障を通じた公正な裁判維持の目的には適うものであるとの評価もある。公正な裁判原則は、確かに被疑者・被告人に対する個別的な権利保障の根拠となるものではあるが、その本質は手続全体の公正を実現することにある。それ故、公正な裁判原則を構成する各要素は重要なものではあるが、個別的権利の侵害から直ちに手続全体の公正性が侵害されたとはいえない場合があるし、逆に個別的権利の保障がされている場合においても、手続全体の公正性が維持されているとはいいたい場面も想定される<sup>34)</sup>。いずれにせよ、刑事手続における最低限度の権利保障を通じ公正な裁判を維持するという考えは、わが国の適正手続論に通ずるものがあり、わが国における適正手続及び公正な裁判について議論する際に有益である。

#### ④ 公正の意義

ヨーロッパ人権条約6条は、被疑者・被告人に対して公正な裁判を求める権利を認める規定である。本条の規定は、公正な裁判の実現を目的とするものであると考えられるが、「公正」(fair, Fairness)という語句の意義については、どのように考えれば良いのだろうか。公正という言葉の起源は、中世初期のイギリスにおける *faeger* 及び、古ザクセン語の *fagar* に遡ることができ、これは快い (*schön*)、好ましい (*lieblich*) 等の意味を持つ語であった。スポーツの世界においても、フェアプレー (*fair play*) 等といわれることがあるが、この様な意味における用法は、15世紀イギリスの競技規定 (*Tunierregeln*) に見いだすことができる。今日において、公正という言葉には多くの意義が包摂されているものではあるが、その起源であるイギリス及び合衆国における *fair* という語の意義からすると、誠実、正当、公平、適正などの言葉をもって、公正という言葉に対応させることができるように思われる<sup>35)</sup>。

更に刑事手続上の公正概念についても、先に見た人権条約成立の史的背景などを考慮すると、その起源はイギリス、合衆国における *fair trial* 概念に求めることができよう。しかしながら、起源がイギリス及び合衆国にあるからといって、ドイツ及び他のヨーロッパ諸国における公正概念が、両国におけるそれと一致するというにはならず、各地域における法文化の特殊性を考慮してその内容を考えなければならない<sup>36)</sup>。公正概念は、本来当事者主義訴訟構造を採用する英米法諸国において妥当するものであったのだから、ドイツのような職権主義訴訟構造を採用するとされる大陸法諸国において用いられる場合には、

33) *Schneider*, Beweisverbote aus dem Fair-Trial-Prinzip des Art.6 EMRK, 2013, S.42-43.

34) Vgl. *Demko* (Fn. 30), S.120ff.

35) *Demko* (Fn.30), S.99.

36) *Demko* (Fn.30), S.100.

制度的に合致しないと考えられる場合も多く、従来からもこの様な指摘はあった<sup>37)</sup>。これまでヨーロッパ、特にドイツ刑事手続においては、fair という語句が用いられることは避けられており、人権条約上の公正な裁判に関して定める6条の規定についても従来は billig という語句をもって翻訳がされた。しかしながら近年になって、billig というドイツ語の語句に代わって、英語の fair をそのまま用いて手続の公正性についての言及がされるようになる<sup>38)</sup>。これは、国際人権法の領域において fair という語が頻繁に用いられており、それに対応した法概念的発展によるところが大きい。以上の流れを受けて、ドイツにおいても fair に関連した法概念をできるだけ正確に理解するために、fair という語をそのまま用いることにしたのである。<sup>39)</sup>

しかしながら、ドイツ刑事手続において公正な裁判原則の重要性が強調される場合でも、公正概念が英米法に由来していることを理由として大陸法的制度が否定されることがあってはならないし、直ちに制度改正の必要性が肯定されることにはならない<sup>40)</sup>。もちろん、ドイツ刑事手続における特殊性のみを理由と

して、人権条約、特に公正な裁判原則からの要請を拒否することは認められないし、そこで求められる人権保障の水準に合致した刑事手続制度の構築が求められる。しかしながら、相当な理由が認められる場合においては、国内法制化の方法等については、一定の裁量が各条約加盟国には認められることになるので、その意味では各国の特殊事情が考慮される場合もある<sup>41)</sup>。とはいえ、人権条約、特に6条における公正な裁判原則の目的は、被疑者・被告人の人権保障を通じて公正な裁判を実現することにあり、これを阻害する可能性のある如何なる例外も認められないし、国内の特殊事情を理由に公正な裁判原則が妥当しないとする主張は認められない。公正概念の理解について、確かに各国の法文化の差異などが考慮されるべきではあるが、人権保障を通じた公正な裁判の実現という要請を満たす範囲でのみ各国の裁量が認められるのであり、人権条約6条における公正概念はこれに見合ったものであることが求められるであろう。

### (3) 適正手続論と公正な裁判原則の比較的検討

以上、わが国における適正手続論とドイツにおける公正な裁判原則について概観し、若干の考察を加えた。適正手続論及び公正な裁判原則について、その起源はともに英米法に求めることができる<sup>42)</sup>。両者はいずれも、被疑者・被告人の人権保障を通じて適正な手続

37) *Schroeder*, Der Fair-trial-Grundsatz im Strafverfahren. Entstehung, Rechtsnatur, Bedeutung in Europäisierung des Rechts 2009/2010, S.193.

38) 従来、公正(fair)に代わる語として、justizförmig, rechtsstaatlich, richtig, billig, gerecht等が用いられた。実際に、1998年までドイツにおける人権条約6条の公式訳においてもbilligという語句が用いられたが、現在において、fairはfairとしてしか表現できないということが確認されドイツ公式訳もこれになっている。例えばドイツにおいて、The principle of fair trialは、Der Fair-trial Grundsatzとされ、fairという語自体がドイツ法に継受されたと考えられることができる。以上について、Vgl. *Esser* (Fn.32), S.401.; *Schroeder* (Fn.37), S.184-185.

39) *Radbruch*, Der Geist des Englischen Rechts und die Anglo-Amerikanische Jurisprudenz, 2006, S.21.

40) *Demko* (Fn. 30), S.101.

41) *Gaede* (Fn.30), S.98-99.

42) 合衆国における due process of law とイギリスにおける natural justice の概念は、ともに「何人も自らの事件において裁判官たりえない」という原則、「何人も告知と聴聞の機会を与えられることなしに不利益を与えられることはない」という原則を支柱としているもので、公正な裁判原則がイギリス法に大きく影響を受けるものであることを考慮すれば、デュー・プロセス論と公正な裁判原則の起源にはある程度の共通性を認めることができるように思われる。

及び公正な裁判の実現を図るという点で共通するものであり、その個別的内容にも類似点が多い<sup>43)</sup>。しかしながら、適正手続論と公正な裁判原則について、前者は国内法であり後者は国際法として位置づけられる点で大きく異なる。わが国の適正手続論は、国内法、特に憲法規範に合致した刑事手続の運用が行われているかを問題とするものである。これに対して、公正な裁判原則は、条約加盟国の国内法にとどまらず、いわば汎ヨーロッパの人権基準に照らして、公正な裁判が実現されたかを問題とするものである。以上のことは、ヨーロッパ人権裁判所の審査方法からも明白であり、国内裁判所において合憲であるとされた制度が人権条約違反であると認定され、実際に法改正が行われた例も珍しくない<sup>44)</sup>。以上のように、適正手続論と公正な裁判原則、両者はともに手続的適正ないし公正を実現しようとする点において共通性が認められるのではあるが、適正及び公正が対象とする範囲において少なからぬ差異が認められるのである。

わが国において、憲法の最高法規性が認められており、全ての国内法は憲法規範における諸原理に合致したものでなければならず、その発露ともいえる存在であるといえよう。しかしながら、わが国における国内法に依拠した法制度は、何らかの問題を指摘されている場合においても、憲法適合性が認められさえすれば制度的改正を行う必要は無く、そこ

に内在する（かもしれない）瑕疵を治癒することが困難となる<sup>45)</sup>。このような場面において、ドイツにおいては状況を異にする。例えば、ドイツ刑事法分野において、国際法、ヨーロッパ法からの影響が多大であり、今日のドイツ刑事司法に極めて重要な存在となっていることが認められている<sup>46)</sup>。これは、わが国において比較法的研究が重要でありその結果として制度的改正の提言が行われるというような次元にとどまらず、国際・ヨーロッパ法レベルにおける基準に合致しない法制度の改正が実際に行われる。ドイツにおける国際・ヨーロッパ法基準として、特に重要となるのがヨーロッパ人権条約であり、特にその6条における公正な裁判原則が果たす役割は大きい。既述のように、ドイツにおいて公正な裁判原則に合致しない刑事手続制度の改正が行われた例は多く、ドイツ憲法裁判所においてもヨーロッパ人権裁判所の判断が常に考慮されるといってもいいだろう。人権条約の示す基準は、確かにヨーロッパ的なものであり、法解釈上、その効力が及ぶのはヨーロッパ域内における条約加盟国に対してのみである。しかしながら、同条約における人権保護の基本的思想は、ヨーロッパ域外、全世界においても妥当するものであるという主張もされており、各地域の法文化等の特殊性を考慮した場合でも妥当性が認められる部分は多いように思われる。それは、ドイツ法に由来する法制度を有するわが国においても同様である。むしろ、職権主義訴訟構造を採用するドイツに

43) 自己負罪拒否権、公正な聴聞の機会、弁護人依頼権の保障等は、適正手続論、公正な裁判原則双方から求められるものであり、ドイツにおいても両概念の類似性が指摘されている。Schroeder, (Fn.37), S.186.

44) 以上について、ドイツにおける事後的保安拘禁の例を挙げることができよう。ドイツ事後的保安拘禁制度に対するヨーロッパ人権裁判所の判断と、ドイツにおける法改正について、Vgl. Satzger, StV 2013, 243ff.

45) わが国の刑事司法における国際条約等、国際基準に関する意識の低さは、これまでも問題視されてきた。例えば、宮崎繁樹 = 五十嵐二葉 = 福田雅章編著『国際人権基準による刑事手続ハンドブック』1頁以下参照(青峰社・1991年)。国際化・グローバル化の重要性がいわれて久しいが、わが国の刑事手続における国際基準に対する意識は未だに十分なものとはいえない。

46) Vgl. Vogel, JZ 2012, 25ff.

において、公正な裁判原則を通じて当事者主義的な権利及び制度保障が行われていることに鑑みれば、当事者主義的訴訟構造を採用し英米法由来の適正手続論の重要性が強調されるわが国において、同原則の示す内容について考慮されるべき部分を認めることができよう。公正な裁判原則について、わが国の批准する国際自由権規約 14 条においてヨーロッパ人権条約 6 条とほぼ同様の構成で規定されている。国際自由権規約を根拠としてわが国においても同原則が妥当する余地が認められており、人権保障を通じた裁判の公正性維持という基本理念は適正手続論の解釈にとっても有益であろう。既述の通り、わが国における適正手続論は、国内法的な性格を有するものではあるが、ここに公正な裁判原則が有する特徴を加味し、国際基準からみた裁判及び手続の適正性及び公正性を担保する適正手続論を観念することも可能であるように思われる。

以上、適正手続論と公正な裁判原則について若干の検討を加えたが、本稿における議論は適正手続及び公正な裁判とは何か、といった抽象的、総論的なものである。実際の刑事手続における適正性及び公正性について論ずるためには、より具体的な検討、各論的な検討を要する。刑事手続の具体的な場面において適正手続概念がどのように作用するかという適正手続論各論についても議論がされなければならない。憲法 32 条以下において、適正手続にとって必要となる被疑者・被告人の権利保障、裁判所、裁判官に対する要請等について言及されており、その解釈については合衆国判例法との比較を通じた多くの研究が蓄積されている。その結果アメリカにおける判例法からわが国に導入された刑事手続上の原則は少なくないものであり、戦後わが国の刑事

手続制度が合衆国における議論を参照しながら発展してきたのは間違いない<sup>47)</sup>。しかしながら、わが国の刑事手続制度は合衆国におけるそれと完全に一致するものではなく、刑事実体法たる刑法はもちろんのこと、刑事訴訟法規範においてすら大陸法に由来する職権主義的な性格が認められる規定が維持されているように思われる。実際に、適正手続論の旗振り役であった田宮博士は、当事者主義が展開をみせたのはせいぜい公判段階だけであり、かつ公判においても検察官の主張が認められることが極めて多いこと、そのような実情に鑑みて、わが国の訴訟構造が半当事者主義にすぎず、これが一種の職権主義にほかならないことを指摘された<sup>48)</sup>。当事者主義的訴訟構造が被疑者・被告人の人権保障に資するものであり、裁判の公正性の維持に有益であることは、ヨーロッパ人権裁判所においても指摘されており、わが国においても職権主義の当事者化こそが適正手続論の本質であるとする主張がある。当事者主義の純化がなされれば、確かに被疑者・被告人の権利保障は強化され、その基本的人権に由来する法的地位の保障はされやすくなるだろう。しかしながら、先にも検討したようにわが国において当事者処分主義によるアラインメント制度が導入されていない背景にも留意する必要がある。すなわち、一方では被疑者・被告人の権利保障の必要性を説きながらも、一方では実体的真実の解明に対する要請があることは無視できない。裁判員制度、被害者参加制度の導入などを契

47) 例えば、違法収集証拠排除法則を例として挙げることができよう。同法則に関する明文の規定はわが国において存在せず、これが合衆国判例法を参考にして導入されたことは周知の通りである。以上について、田宮裕『刑事手続とその運用』36 頁以下参照(有斐閣、1990年)。

48) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』12、13頁(有斐閣、1996年)

機として、今後刑事訴訟の目的の相対化に関する議論がされたとしても、真実の発見という要素の重要性が失われることはないのではないか。ドイツにおいても主張されるように、外国法に由来する原理、例えば適正手続論及び公正な裁判原則を導入したからといって、その国独自の法文化を無視しなければならないということではなく、むしろその中核的要素を維持しながら、各国の特殊性を考慮することは認められるはずである。そうだとすれば、わが国においても、適正手続論の導入によってわが国の法制度を完全にアメリカ化する必要はないし、独自の法文化を維持しながら日本的な適正手続論を構築すれば良いということになる。以上のような議論を行う際にも、公正な裁判原則に関する議論は有益なものであるといえ、合衆国における判例法理とは異なった形態において、人権保障を通じた裁判の公正性維持に関する一つの基準を示してくれるものであるといえる。

### 3. おわりに

刑事手続において適正な手続を通じた公正な裁判の実現が行われなければならない、ということは論をまたない。しかしながら、ここでいう適正及び公正の具体的意義については、時代及び各国の法文化の特殊性等ならびに社会的変化をも考慮に入れた検討が必要である。刑法において各犯罪類型及びそれに応じた法定刑が定められ、刑事訴訟法において刑法の実現を前提とした刑事手続の制度的運用について定められている以上、国家刑罰権の実現が刑事手続の主目的の一つであることは否定できない事実である。しかしながら、一方で刑事捜査・訴追の客体となる被疑者・被告人の人権保障の重要性が説かれて久しく、刑事捜査・訴追とそれに続く刑罰権の行使と

人権保障の調整をどのようにするかという問題が議論されてきた。また、近年の刑事司法改革を通じてもたらされた刑事司法に関わる状況変化を考慮する必要性が生じ、国家と被疑者・被告人との関係に加えて、裁判員となる国民、更には被害者という要素を考慮した適正手続概念を検討しなければならない時期にきているといえるだろう。更に、国際化、グローバル化という現象を通じた社会的状況変化についてもこれを直視しなければならず、国際法的基準に合致した刑事司法制度の構築についても議論がされなければならない。公正な裁判原則において示される要素は一つの指針となり得るものではあるが、その方法論については具体的検討が必要であり、わが国において蓄積された適正手続論との関係で更なる研究を必要とする。更に、国内法において fair 概念をどのように理解するのか、そもそも fair を「公正」という訳語を用いて表現できるかという問題があるが、いずれにせよ肝要なのは、適正手続及び公正な裁判の実現にとって、各国の特殊性を理由に相対化することが許されない要素が存在するものであり、少なくとも被疑者・被告人の権利保障に関わるものについて、その主体的地位を損なう制度的運用が行われることは認められないということになる<sup>49)</sup>。以上を踏まえた上で、due process of law 及び fair trial をいかにして日本法に継受するのかを再検討し、わが国独自の「適正手続」及び「公正な裁判」の内容を明らかにしていく必要がある。

49) テロ行為を代表とする、社会及びその構成員である国民等に多大な危害を及ぼす虞のある犯罪行為の捜査・訴追に際して、公正な裁判原則の例外が認められるかについて議論がある。ドイツにおいて、これを肯定する主張も見られるが、人間の尊厳保障に根ざした主体的地位の尊重を阻む捜査手法の許容性判断について、基本的にはこれを否定するべきであろう。