團藤重光理論と刑事証拠法

緑　　大輔
（一橋大学大学院法学研究科准教授）

Ⅰ．はじめに

團藤重光博士は、現行刑事訴訟法が制定されてから40年後に、現行刑事訴訟法に当事者主義的な理解が組み込まれた意味を、次のように説明している。

> 「当事者主義を大幅に取り入れたのは、何よりもまず人権を保障するためであり、また、職権主義よりもかえって実体的真実の発見に役立つからである。そのような趣旨をあきらかにするために、われわれは、立案作業の最後の段階に全体の締め括りとして一条の規定を設け、人権保障と真実発見の双方の趣旨を掲げることにした。」[1]

ここには、当事者主義が職権主義に比して、「人権を保障」と「実体的真実の発見」の双方に資するという認識が示されている。そして、現行刑事訴訟法１条の規定にこの認識を反映させたのだという。このように「実体的真実の発見」という価値も重視したのは、團藤理論が、民事訴訟法と刑事訴訟法の相違を意識し、刑事訴訟法の独自の意義を追究した結果としてもたらされたものであり、そのことが基礎理論を経由して証拠法・事実認定への理解にも投影されている。これが、本稿が描こうとする、團藤博士の証拠法理論を読む視点である。

そのために、まず、團藤理論における訴訟状態と訴訟行為をめぐる基礎

1　團藤重光「刑事訴訟法の四〇年」ジュリスト930号（1989年）2頁以下、6頁。

理論を確認する。その上で、その基礎理論が証拠法の理解においてどのように表現されたかを確認する。また、團藤理論は証拠法にかかわる立法論に踏み込んだ箇所も存在する。そこで、そのような立法論と、民事・刑事の区分と基礎理論とのかかわりを確認する。これらを踏まえたうえで、團藤理論における刑事証拠法の特色をまとめたい。

Ⅱ．團藤理論と証拠法

1．訴訟状態と訴訟行為

周知のとおり、團藤博士は1937年に法学協会雑誌上において「刑事訴訟行為の無効（一）～（三・完）」を公表したのを皮切りに[2]、1941年には旧刑事訴訟法の体系書として『刑事訴訟法綱要』を刊行するに至った[3]。その研究対象を刑事訴訟法学とした上で、訴訟状態と訴訟行為に関する研究を始めたが、その背景に関して後に次のような述懐がなされている。

> 「いよいよ世界に暗雲がたちこめて、日本もだんだんファッショ化のスピードを増してきている時代でね。刑法の基本問題は、イデオロギーとは限りませんけれども、世界観に大きくかかわっているでしょう。だから、しばらくそういう世界観的な根本問題に関することは自分の中で蓄積しておき、当面はそういうものに触れないで学問をしていこうというふうに思ったのです。そういうこともあって刑事訴訟法を担当していらした小野先生にお願いしたということなのです。」[4]

團藤理論が、自らの基礎理論が特定の「イデオロギー」や「世界観」に依拠しなくても成り立ちうるような、普遍性のある論理の構築を目指していたことが示唆されているといえよう。それは、当時の政治情況から距離

2　團藤重光「刑事訴訟行為の無効（一）～（三・完）」法学協会雑誌55巻１号-３号（1937年）初出。後に團藤重光『訴訟状態と訴訟行為』（弘文堂、1949年）に収録。

3　團藤重光『刑事訴訟法綱要』（創文社、1943年）。

4　團藤重光『わが心の旅路』（有斐閣、1986年）67頁。

を置いて思考を深めようとしたこと[5]、そして、時代の変化が大きい中で「変わらないもの」を見出す必要性を感じ取ったことが背景にあるのかも知れない。團藤説が示した訴訟状態と訴訟行為に関する理解の大要は次のようなものであった[6]。

團藤理論は、刑事訴訟を、実体面と手続面の２つに分けた上で、その性質を整理し、両者の融合を試みるものであった。実体面は、犯罪事実が解明されていく段階を法律状態として説明するものであり、捜査の当初は検事等が主観的に抱く嫌疑が形成され、それは公訴提起の段階で被告人が特定されるとともに公訴事実も特定される。予審が終結する段階では、公判に付するだけの嫌疑が備わり、有罪判決に至って犯罪の証明がなされたものとして扱われるに至り、判決に既判力が生じる。このように、個々の具体的な事件における実体的な法律関係が形成され、確定するに至る過程（浮動的な法律状態）として分析される[7]。これに対して、手続面は、訴訟のうち実体面を捨象して残る、純粋に手続的な面を分析対象とするものである。訴訟における先行行為と後行行為が相互に連関しつつ、

5　例えば、当時のナチスの刑事訴訟法改正の特色について、「法律の保証機能従って法律的安全といふ点が背後に退き、これに代って国民共同体思想従って具体的妥当性が手続きの全部を通じて強調されてゐる」と評しつつ、「我々は本草案の基礎に横はる世界観とその成立するに至った社会的地盤とを十分に把捉・批判することなくして、これに追従することを得ないのは勿論である」と距離を置く姿勢を示していた。團藤重光「ナチス刑事訴訟法改正の動向（2・完）」法学協会雑誌57巻１号（1939年）98頁。なお、出口雄一「團藤重光――刑事訴訟法の『戦時』と『戦後』」小野博司ほか編『戦時体制と法学者1931-1952』（国際書院、2016年）339頁以下参照。

6　以下の概要は、團藤重光『訴訟状態と訴訟行為』（弘文堂、1949年）による。

7　なお、團藤重光『新刑事訴訟法綱要』の六訂版から七訂版に改訂される際に、「旧刑法のような職権主義のもとではかような実体形成は一連のものとして行なわれるが、現行法のもとでは当事者主義的な屈折ないし分業がみられる」との補足が追加された。團藤重光『新刑事訴訟法綱要』（７訂版第17刷、創文社、1974年）194頁および同『新刑事訴訟法綱要』（６訂版、創文社、1957年）166頁参照。

訴訟行為が連鎖し、当該訴訟行為の効力を基礎として実体面が発展していく。手続面は合目的的に発展し、訴訟法律関係として把握されることになる。

このように実体面と手続面を分けることによって、理論的には以下の実益があるとされる[8]。第１に、刑事訴訟では、実体形成につき職権主義・実体的真実主義が行なわれる。すなわち実体面において、内容・形式ともに当事者主義である民事訴訟との対比が明確にされる。第２に、訴訟条件、訴訟行為、判決の確定力など各種の基本概念に体系的位置を与え、かつこれを統一的に理解することに役立つ。第３に、訴訟の発展のどの段階を標準として訴訟における判断をすべきかにつき顕著な違いがある。実体面は浮動的であるから最後に到達したところが判断の基準となるが、手続面は、行為の行われた当時の段階が標準となる。そして、事情変更により一旦形成された手続を崩壊させるべきではないことになるとする、「手続維持の原則」を導出した（以下では、上述のような理論枠組みを「基礎理論」と呼ぶ)。

このような理解について、旧刑事訴訟法・現行刑事訴訟法を通じて、「根本的な修正を施す必要を感じなかった」と自ら述べている[9]。

2. 基礎理論と証拠法理論の結合(1)――訴訟の「成熟」

以上のような團藤理論は、証拠法において重要な帰結を導く基礎になっているように思われる。その１つが、裁判所が判決を下す条件として、訴訟の「成熟」が必要とされうるか否かにかかわる問題である。團藤理論は、「裁判に熟する程度の心証」という概念を用いている。

> 「有罪・無罪のいずれにせよ、裁判に熟する程度の心証を得るにいたらないばあいにおいて、証人の再度の喚問を行なうとか、証言に現われた新証拠を取り調べ

8　三井誠「團藤博士の刑事訴訟法理論」論究ジュリスト４号（2013年）33頁以下、34頁。

9　團藤重光『新刑事訴訟法綱要』（創文社、1948年）「はしがき」。

るとか、検証調書・証人尋問調書などのかわりに直接に検証や証人尋問を行なうなどの措置を職権でとることは、ありうるであろう。しかし現行法のたてまえからいって、これらのばあいにも、まず当事者に立証を促すのが妥当というべきである。」[10]

この説明は、いわゆる審理不尽を回避すべく当事者に立証を促すべき場合があるというものである。このような審理不尽を回避するために裁判所がとるべき措置があるという理解は、現行刑事訴訟法において、必ずしも当然に採用せられるべきものではない。実際、現行刑事訴訟法が制定された際にも、次のような指摘がなされていた。

「審理不尽ということは、旧刑訴の下においてならば、とにかく職権でもって充分に審理を徹底させなければならないということは少なくとも裁判官の任務であったので、それが不充分だと一種の法令違反だということにあるいは言えるかもしれないと思うのですが、今度は大体が当事者訴訟の形式なんだから、いよいよもって審理不尽などということはりくつにならないかっこうになると思うのですね。」[11]

この指摘は、職権主義の訴訟構造ならば、原審たる裁判所が審理を尽くさなかったことをとらえて「審理不尽の法令違反」を観念することが可能であるが、当事者主義の訴訟構造の下ではそのようなものは観念しがたいのではないか、という問題提起である。しかし、團藤理論はこれに対して、当事者主義を採用したとされる現行刑事訴訟法においても、審理不尽の違法がありうるという立場を維持した。まず、「訴訟の実体面すなわち実体形成過程は、それが究極点まで発展して判決において凝結するまでは、それは全体として浮動的なものであり、しかもそれは発展の途中においてどのような経過をたどろうとも、結局において到達したところが標準とされ

10　團藤重光『新刑事訴訟法綱要』（７訂版第17刷、創文社、1974年）217頁。
11　小野清一郎ほか「新刑訴における証拠法」法律時報22巻10号（1950年）3頁以下、12頁〔小野清一郎発言〕。

なければならない」という理解を前提とした上で[12]、以下のように主張したのである。

「……判決に熟したときはじめて判決をすることができるというのは、とくに明文がないが、訴訟法の当然に予想しているところである。それは解釈上みとめられる訴訟法規範である。判決に熟しないのに判決をすれば、それはかような訴訟法規範の違反であり、やはり法令の違反になるものと解するのが妥当である。……職権主義を第一義とする旧法下におけると、当事者主義を第一義とする現行法下におけるとで、この点にも差異を生じるのはもちろんである。しかし、当事者主義を第一義とするばあいにも、審理不尽ということが決してないわけではない。……裁判所はまず当事者に立証を促し、進んで職権で取り調べることを要する。かようなばあいにその措置をとらないことは、もはや単に国法上ないし司法行政上の義務違反であるにとどまらず、訴訟法の違反になるものというべきであろう。しかも、他面において、たとい当事者の請求にかかる証拠が出つくしたあとでも、職権でどしどしあたらしい証拠を取り調べるということはおそらく当事者の攻撃・防御を第一義とする現行法の趣旨に反することになるであろう。その限界はきわめて微妙である。しかも、その判断は、訴訟の発展の模様にかかっている。微妙さはさらに倍加する。そのなやみは、とりもなおさず、現行法が混血児であることのなやみである。……実務的にも、現行法の趣旨を体得すれば、おのずから軌道ができることとおもう。」[13]

審理不尽の違法が存在しうることを主張する團藤理論は、それを「解釈上みとめられる訴訟法規範」だとしている。その説明として、「訴訟の発展」と「現行法が混血児であること」に着眼していることからすると、以下のような形で基礎理論と訴訟構造の理解が影響していたものと思われる。

まず、実体面・手続面の二面説からすれば、有罪判決における犯罪の証明および刑罰法規の具体化に至るまで、実体形成は「漸次に発展し形成されて行く」[14]。実体形成は手続面によって制約され、その意味で当事者主

12　團藤・訴訟状態15頁。

13　團藤重光「職権主義と当事者主義」日本刑法学会『刑事法講座第５巻』（有斐閣、1953年）935頁以下、949頁。

義的制約を受けるけれども、「実体面そのものの内部にはもはや当事者主義は及ばないのである。このことは、刑事法の本質からいってむしろ当然のことといわなければならない」という[15]。このように、犯罪事実の解明を司る実体面については、「刑事法の本質」からして当事者主義が及ばず、職権主義が機能するというのは、どういう理解に基づいているのか[16]。それは詰まるところ、刑事訴訟においては「実体的真実主義」が重視される以上、民事訴訟におけるような当事者処分権主義が刑事訴訟においては妥当しないという理解に基づいているのだと思われる。

> 「証拠法の根本的な指導理念は実体的真実主義（Prinzip der materiellen Wahrheit）である。第一条に「事案の真相を明らかにし」と規定しているのは、これを意味する。……こと訴訟においては、それが一つの制度である以上、真実発見のために無限の費用と労力と時間とを費やすことはできない。そこには人間の能力による制約と同時に、国家的制度としての制約があり、さらにまた人権保障といった他の重要な要請による制約がある。しかし、これらの制約の範囲内で、できるかぎり、絶対的な客観的真実に接近しようとすることが実体的真実主義にほかならない。犯罪および刑罰が単に個人的な関心事であるだけでなく国家的な関心事である結果として、刑事訴訟では実体的真実主義が根本的な原理とされるのである。かようにして、民事訴訟では平均的正義したがって処分主義・弁論主義が支配するのに対して、刑事訴訟では配分的正義したがって根本的に職権主義（Instruktionsprinzip；Ermittlungsgrundsatz）が支配する。むろん、刑事訴訟

14　團藤・新綱要（７訂版）194頁。

15　團藤・前掲（13）947頁。

16　旧刑訴について述べた体系書において、次のように説明されている。「実体形成については、職権主義・実体的真実主義が行はれる。すなはち刑事訴訟はその実体面において民事訴訟に対する最も顕著な特色を示す。けだし民事訴訟は内容・形式ともに当事者主義であるのに対して、刑事訴訟は前述のごとく糺問手続の内容を当事者主義の形式を以て包容せるものに外ならないからである。例へば前述のごとく当事者主義殊に当事者処分主義の妥当の限度を考へるについても、かやうな観点から実体面と手続面を分つて考へることが多くの示唆を与える」と。團藤重光『刑事訴訟法綱要』（創文社、1943年）220頁。

も当事者訴訟である以上、手続形式の上で当事者主義が支配し、したがって証拠の集取も原則的に当事者の任務とされ、証拠調も原則的に当事者の証拠調の請求によって行われる。むしろ、当事者主義がかえって実体的真実の発見に役立つ面のあることをみのがしてはならない。しかし、実体的真実主義の見地からは当事者にすべてをまかせてしまうわけにはゆかない。職権主義の原則は、このばあいにも潜在的につねに伏在しているのであって、……いよいよとなれば裁判所は当事者主義と矛盾しない限度において職権で証拠を集取しまた証拠調を行なうことができるのである。」[17]

團藤理論においては、実体的真実主義の下、実体面において職権主義が「潜在的につねに伏在」しているため、審理不尽の法令違反が作動しうる。すなわち、実体形成に欠けるところがあれば、訴訟が判決を下すほどに「成熟」しているとはいえず、本来は「合理的疑い」基準を適用すべき段階にはなく、裁判所による職権証拠調べが求められるという論理を用いていたといえる。有罪・無罪のいずれの判決を下すにせよ、裁判所が審理を尽くす義務があることを想定していたのである。

もっとも、このように審理を尽くすべき義務が「刑事訴訟だから」、あるいは「実体的真実主義を採用しているから」導かれるのかは、なお慎重な検討を要するべき問題であったようにも思われる。なぜならば、團藤理論が刑事訴訟法と対比したはずの民事訴訟法が、「裁判所は、訴訟が裁判をするのに熟したときは、終局裁判をする。」と定めており（民事訴訟法243条１項）、民事訴訟法においても訴訟の「成熟」が問題になりうるからである。このことは、訴訟の「成熟」の議論、ひいては審理不尽の有無の問題は、必ずしも訴訟の構造が当事者主義か職権主義かに依存するわけではないことを示唆している。実際、民事訴訟法における「解明度」の概念は、心証が動かない程度にまで審理を尽くしたか否かを問題とする概念として主張され、それは実体面・手続面に分ける基礎理論や、訴訟構造に依

17　團藤・新綱要（７訂版）209頁。

拠せずに展開されている[18]。そうであるとすれば、審理不尽をめぐる議論は、現行刑事訴訟法制定時には基礎理論や訴訟構造に引きつけて議論する意味があったとしても、現在は異なる形で議論をする基盤が提供されているように思われる[19]。

なお、刑事訴訟法学において、これまで「解明度」概念が定着してこなかった理由として、「解明度」の理論の契機となっている「確率論的証明理論モデルとの関係の整理が十分ではなかった」ことに原因を求める指摘があるが[20]、それ以上に、團藤理論における訴訟法律状態の説明を以て解明度に類する議論が可能だったことが影響しているのかも知れない[21]。

3. 基礎理論と証拠法理論の結合(2)——書証への同意を例として

團藤理論で示された基礎理論が、証拠法において具体的な帰結を伴って

18　太田勝造『裁判における証明論の基礎』（弘文堂、1982年）。「疎明」概念の意味を解明度を用いて説明する可能性を示すものとして、高橋宏志『重点講義民事訴訟法・下』（第２版、有斐閣、2012年）34頁注（10）。

19　解明度に関する議論を刑事訴訟法に取り入れることを主張した嚆矢として、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（成文堂、1988年）177頁以下。近時、利益原則の適用のためには、「訴訟の成熟」が必要だと指摘し、証明度と解明度の問題を整理する必要を指摘するものとして、宇藤崇「利益原則」法学教室376号（2012年）32頁以下、36頁。また、即決裁判手続と解明度の関係の分析を試みるものとして、宇藤崇「即決裁判手続と事実認定における『証拠の量』」研修810号（2015年）3頁以下。また、公訴時効制度や迅速な裁判を受ける権利の意義の考察に向けて解明度に着目するものとして、原田和往「刑事訴訟における解明度」岡山大学法学会雑誌65巻３・４号（2016年）247頁以下。

20　原田・前掲（19）317頁。

21　もっとも、團藤説は職権証拠調べについて、被告人側への後見的機能を果たすために行われるべきであり、検察側への後見的機能を果たすために行われるべきではないとする。團藤・新綱要（７訂版）217頁。６訂版までは、被告人側に片面的な理解を採用していなかったところである。この理解と基礎理論との関係は、必ずしも明確ではなく、政策的な配慮が必要だとの理解に至った可能性がある。そうだとすれば、團藤理論における基礎理論と政策との関係が問われるように思われる。

展開された問題として、刑訴法326条の同意の効果と撤回の可否に関するものを挙げることができる。團藤理論はこの問題について、自らの基礎理論を活用した説明を試みた[22]。前提として、証拠能力判断にかかわる当事者の行為は、訴訟行為の効力の問題とパラレルに検討できるものと位置づける（証明力の問題は実体面の問題なので、訴訟行為論の射程外である）。

> 「訴訟行為に対する判断に準じて考えられるものとして、第二に証拠および書類に対する判断がある。……もともと証拠に対する判断としては、証拠能力と証明力が考えられる。そうしてわたくしは、前者すなわち証拠能力はこれを効力の問題と考え、後者すなわち証明力はこれを理由の有無の問題と本質を同じくするものと考える。従って証拠についても訴訟行為に対する判断に準じて考えることができるとおもう。」[23]

したがって、刑訴法326条の同意の有効性や撤回も、この理論枠組みにおいて検討することになる。そうだとすると、同意が無効となる原因として、訴訟行為能力の欠如や訴訟条件の欠如、意思の瑕疵を挙げることができる。このうち、「意思の瑕疵」に関連して、要素の錯誤がこれに当たるかが問題になる。團藤理論によれば、実体形成行為（証拠調べ・証人の供述・当事者の弁論等）については、それが行為者の意思と合致するかどうかではなく、真実に合致するかどうかが重要なので、原則として無効原因とならない。これに対して、手続形成行為（公訴の提起・証拠調べの請求

22　同意の撤回の可否について、例えば、「証拠調べ施行前であれば認めてよい」というあっさりとした言及にとどまる場合が多い（田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』393頁。鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』215頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔改訂版〕』244頁等）。また、「（同意の）撤回を認めることは、相手方（あるいは裁判所）の立証計画を崩すことになり、適当であるまい。ただ、相手方に異議がなく、裁判所も撤回を許してよいと判断する場合は、この限りではない」と説明されることもあるが（松尾浩也『刑事訴訟法・下〔新版補正第２版〕』74頁）、特に後半部分の記述は裁判所の判断基準が必ずしも明晰ではないように読める。

23　團藤・訴訟状態19頁。

等）については、錯誤が本人の責に帰することのできないものであるときは、これを無効とするものと解すべきことになる[24]。証拠能力の判断に係る書証への同意が、手続形成行為にあたるとすれば、同意が錯誤に基づくものである場合には、本人に帰責事由なき場合に同意を無効とすることも可能となりそうである。他方で、証拠能力が同意によって付与されて取り調べられた場合には、実体面が形成されることになるため、もはや無効とすることは困難との評価がなされうる。

そもそも、團藤理論によれば、訴訟行為の無効が治癒される場合があるとされている。「とくに、当事者主義のもとでは、当事者が相当の時機に訴訟行為の瑕疵を争わないときは（いわゆる責問権の放棄）、むしろ原則として瑕疵が治癒されるものと解するのが妥当と思われる」としている[25]。したがって、書証への同意が手続形成行為だとされて、そこに瑕疵があったとしても、訴訟状態次第では、同意は有効と扱われることになる。

更に、同意の撤回に関連する説明として、訴訟行為の撤回に関する説明がなされている。すなわち、「実体形成行為については撤回を許さないが、手続形成行為は、明文のあるばあいに限らず、手続の安定を害しないかぎり撤回を許すものと解するべきである。ことに訴訟指揮の裁判はいつでも撤回してよい。……撤回は原則として遡及効をみとめるべきではない。これも手続維持の原則の一つの適用である」とする[26]。これによると、刑訴法326条の同意の撤回は、手続の安定を害しない限り許容することになる。ただし、「手続の安定」をどの段階に求めるかが不明確であり、それ次第で結論は大きく変わる。

このように、刑訴法326条の同意の有効性や撤回に関して、團藤基礎理論は一応の説明を与えうる。そして、結果的には同意に瑕疵があったとし

24　團藤・新綱要（７訂版）187頁。
25　團藤・新綱要（７訂版）189頁。
26　團藤・新綱要（７訂版）191頁。

ても、無効にはなりにくい構造になっているようにみえるし、その撤回は認められにくいであろう[27]。実体面と手続面とを分別することは、少なくとも訴訟における各行為の有効・無効を判断する文脈では、概念の整理としては意味があるとしても、具体的な帰結に不透明さがあることは否定できないようにも思える。

4. 証拠法の主な問題に対する理解

上述のとおり、基礎理論については「根本的な修正を施す必要を感じなかった」としていた團藤理論であるが、同時に『新刑事訴訟法綱要』の初版「はしがき」では、「ことに証拠法の部分は、充分に自信がないことを告白するほかない」と率直な心情を吐露していた。これは、証拠法に係る規定が大幅に改正されたことによるものだといえよう[28]。

團藤理論の主要論点についての特徴を挙げると、第１に、証拠の関連性と証拠能力を別の問題として位置づけており、「証拠能力の有無は裁判所の裁量をこえるが、関連性は裁判所の合理的裁量によって判断される。証拠能力があっても、関連性のない証拠は、裁判所によって法廷への顕出を拒否されうる」としている[29]。ここにいう関連性とは、訴因と関連をもつか否か、重要であるか否かを問うものだとしており[30]、現在の実務でいうところの証拠調べの「必要性」に係る証拠採否裁量に近い位置づけを与えていたものと読み取れる。概念の使い方は別論、日本の刑事裁判実務において、証拠採用にあたって裁判所が裁量で判断するレベルと裁量によらずに判断するレベルに分別して判断するという枠組みが存在することとは團

27　関連して、平野龍一『訴因と証拠』（有斐閣、1981年）58-62頁参照。
28　団藤『刑事訴訟法綱要』と同『新刑事訴訟法綱要』の中の証拠法に関する記述の変遷の詳細を分析したものとして、庭山英雄「團藤刑事証拠法理論の新展開」中京法学２巻３号（1968年）43頁以下参照。
29　團藤・新綱要（７訂版）247頁。
30　同前215頁。

藤理論と通底する。証拠の重要性や関連性（要証事実に対する推認力）の判断を「裁量」の問題として位置づけ続けようとした理由は、現在にも通じる問題として更なる検討に値するように思われる。

第２に、自白法則は、欺罔的方法・誘導的方法について検討する文脈で、「その方法の違法性およびそれが被告人の心理に及ぼした影響が強制に準じるものであるかどうか」が基準になるとしており、現在の学説分類でいえば、虚偽排除説、人権擁護説と違法排除説を織り交ぜたような理解を示している[31]。また、特に不当に長い抑留・拘禁については、憲法の違反を伴う証拠収集であり、任意性とは関係なく自白の不法獲得の見地から証拠能力を否定すべきだと主張した。６訂版以前は、当然に任意性がないものと擬制される結果として、証拠能力が否定されると説明していたが[32]、違法を理由とした自白の証拠能力の否定を認める方向へ立場を変えたことを意味する。この変化は、違法収集証拠排除法則について７訂版において項が起こされたことが影響している可能性がある。６訂版までは、違法収集証拠排除法則については簡潔に触れられているにとどまっていたが、判例・学説の変化に応じて記述が変化した個所だと思われる。もっとも、排除法則の理由としては、抑止効と人権擁護を掲げ、基準は総合判断すべき旨を述べるにとどまる[33]。ただし、「憲法違反をともなう違法収集」は常に証拠能力を否定するとしており、これが「不当に長い抑留・拘禁」の下での自白の証拠能力について違法を理由に否定することと連動しているとみるべきであろう。

第３に、伝聞法則については、座談会で証人審問権保障の趣旨を述べており[34]、体系書においてもそのような説明を維持している[35]。その含意は、

31　同前253頁。
32　團藤重光『新刑事訴訟法綱要』（６訂版、創文社、1957年）207頁。
33　團藤・新綱要（７訂版）273頁。
34　小野ほか・前掲（11）7頁。
35　団藤・新綱要（７訂版）259頁。

反対尋問を経ない供述を伝聞証拠と呼ぶ平野説とは異なる立場をとるということにある（したがって、被告人供述は伝聞証拠ではない）[36]。その上で、刑訴法320条１項によって排斥されるのは、「供述証拠を他の供述証拠に転換した形で証拠とするばあい」だとする。そして、要証事実が「間接事実については、一方では証明の対象であると同時に他方では主要事実を証明する手段であるから、のちの点に着眼すると、間接事実がことばから成っているようなばあいにつき、それをきいた者の供述が伝聞証拠になるのではないか」との問題を提起し、「わたくしは、もとのことばが過去における事実として重要性をもつものとして非供述証拠の性格を有するものではないかと考え、したがって伝聞証拠にならないとの見解に傾く」とする[37]。特に「もとのことばが過去における事実として重要性をもつものとして非供述証拠の性格を有する」との一節は、原供述者の知覚・記憶・叙述の正確性が問題となっておらず、当該供述の存在そのものに証拠価値がある場合を念頭に置いているのであろう。もっとも、その論理は必ずしも明確ではなく、趣意はわかりにくい。当該供述の内容の真実性が問題になる用法か否かという観点から、分析的に議論をするには、なお時代が下ることを必要としたのかも知れない。

これらの個所は、いずれもアメリカ法の受容をめぐって議論が錯綜した領域であり、團藤理論がアメリカ法への応接にあたって苦闘したことを示唆するものとして読むことは許されるのではないか[38]。しかし他方で、審理不尽にかかわって主張された、職権証拠調べの被告人側への片面的な実施や[39]、違法収集証拠排除法則の理由づけなどは、基礎理論に基づくというよりは、政策的なものであるように思われる。このことは、基礎理論で

36　同前265頁。
37　同前260頁。
38　刑訴法立案作業を振り返って、アメリカ法を吸収する際の苦労が述べられているものとして、團藤・前掲（4）111頁参照。
39　詳細は前掲（21）参照。

解決できる領域の限界を示唆するものとして理解できるように思われる。

Ⅲ．團藤理論と立法論

1．被告人の証人適格

次に、團藤理論が証拠法に関する立法論として、どのような問題意識を有していたかを確認しておく。刑事訴訟法をめぐる立法が多い現在において、現行刑事訴訟法の立案者の一人である團藤博士がどのような認識を抱いていたかは、示唆を与える可能性がある。まず、被告人の証人適格について、團藤理論は立法の問題としていた。

もともと、「新刑訴」の制定過程においては、被告人の証人適格について、團藤説の下で重要な問題になるとは意識されていなかった可能性がある。刑事訴訟法の制定過程における以下の発言は、被告人の証人適格の問題がさほど重要ではないとの認識を有していたことを示唆するものだといえよう。

> 「被告人は当事者であって単に証拠方法ではないが、被告人の自白は唯一の証拠となし得ぬにしろ有力な証拠にはなる。必ずしも被告人は証人にしなければ訊問出来ぬわけではない。英米法では被告人は自ら進んで証人になりたいと希望してゐるのであるから、〔編注：「では被告人は……あるから」を「とは」と鉛筆で訂正〕単に宣誓するかしないかの区別があるだけである。」[40]

しかし、後に体系書においては、現行刑事訴訟法において被告人の証人適格を肯定するか否かに関して、慎重な検討を求める姿勢を示すに至る。すなわち、「英米法では被告人がみずから証人となることをみとめるが、わが法律ではこれをみとめていない。これをみとめることは手続構造その

40　司法法制審議会第３小委員会第９回議事要録・昭和21年８月７日〔團藤重光発言〕（井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定資料全集昭和刑事訴訟法編（３）』（信山社、2008年）361頁）。

ものに影響するので、とくに明文を必要とするものと解する」とした上で、脚注を付し、「被告人の黙秘に対するコメントを認め、黙秘から事実の推測（inference）を導くことを許す法制のもとでは、被告人を黙秘するか証言台に立つかの岐路に立たせ、被告人を追及するはたらきをもつようである。被告人に証人適格を認めるかどうかを考えるについては、こうした点を充分に検討する必要があることを注意しておきたい」とした[41]。

ここで表明されているのは、被告人の証人適格を肯定することが、「被告人を追及するはたらき」をもたらすという問題意識である。そして、証人として証言台に立つ場合には、黙秘した事実が不利益推認の可否にも連関するという問題意識も示されている。これは、証人としての証言義務を課することが、結果的には黙秘時の不利益推認を生じさせるという趣旨であろうか。

更に、被告人の証人適格を認めることが「手続構造そのものに影響する」とも評価している。その趣旨は、必ずしも明確ではない。しかし、「被告人を追及するはたらき」に脚注で言及していることに鑑みれば、被告人に対して証人として証言させることが、弾劾主義構造を変化させ、糺問的な訴訟になることを懸念していた可能性がある。もしそうだとすれば、検察官・裁判所による被告人への尋問が糺問的に作用し、被告人自身による自己防御や弁護人による弁護活動が充分に機能しなくなるという認識を抱いていたのかも知れない。そこに伏在するのは、当時の日本の刑事司法において、（主として刑事弁護が不充分であるがゆえに）当事者主義が徹底された訴訟運営を行うには困難が伴うという価値判断であるように思われる。このような読み解き方が正しいとすれば、刑事弁護の質に制度の運用が左右され、ときに糺問的に作用しうるという被告人の証人適格をめぐる問題は、現在にもなお立法論として通じる可能性がある。

41　團藤・新綱要（７訂版）422頁。

2. アレインメントと憲法38条３項――基礎理論の投影

次に、アレインメント（有罪答弁）への評価である。この問題は、團藤理論がその基礎理論と結びつけた議論を試みた論点でもある。團藤理論は、憲法38条３項にいう「本人の自白」に、被告人の公判廷における自白が含まれないという理解を批判した[42]。その文脈で、アレインメントについて以下のように言及している。

> 「アメリカにおけるかのような判例（引用者注：公判廷での自白に補強証拠を要しないとした最判昭和22年11月29日刑集１巻40号等を指す）は、アレインメントの制度の存在を前提とするものであることをみのがしてはならない。アレインメントをみとめるかぎり、法廷の自白は補強証拠を必要としないものと解しなければ矛盾が生ずるからである。しかるに、日本では従来はむろんかような制度はなかったし、憲法にもこれを認めた形跡はない。それだけでなく、英米法のアレインメントの制度には、いわゆる刑法の私法的見解が根底にひそんでいるものとおもわれるのであり、これはわれわれの見解においては、刑事裁判の本質に反するものである。したがって、アメリカの判例を、そのまま憲法38条３項の解釈にもって来ることは誤っているといわなければならない。」[43]

更に、別の論文においては、新刑事訴訟法がアレインメントの制度を採用しなかったことは「正当であった」とも評している[44]。ここで、アレインメントに対して、「刑法の私法的見解」がひそみ、「刑事裁判の本質に反する」と表現している点が、まさに基礎理論を投影したものだといえよう。

42　批判の要点は、⑴憲法38条３項は公判廷と公判廷外を区別していないところをこのように解することは文理に反する、⑵公判廷の自白と公判廷外の自白とを質的に区別する理由はない、⑶公判廷での自白に補強証拠を要さないというのはアメリカのようなアレインメント制度の存在が前提で在るところ、わが国にはそのような制度は導入されていない、という諸点にある。團藤重光「自白と補強証拠」法律時報20巻４号（1948年）40頁以下、團藤・新綱要（７訂版）285頁。

43　團藤・前掲（42）「自白と補強法則」44頁。

44　團藤重光「新刑事訴訟法と当事者主義」法律時報20巻９号（1948年）10頁以下、11頁。

團藤理論は、当事者処分主義が、実体形成（職権主義を潜在的な本質として、真実を究明する営み）の機能を損ない、国家的な関心事であるはずの刑罰を私事化することに対して批判をしていたことが、ここでは想起されるべきである[45]。

「わたくしは、刑事訴訟に当事者処分主義を持ち込もうとする考え方には、絶対に承服することはできなかった。……それは実体的真実主義を基本とする刑事訴訟の本質とはどうしても相容れないのではないか。罪証認否手続は、被告人が自分の責任で訴訟物を処分することを認めるわけであり、ひいてはアメリカの実務にみられるように、有罪の答弁をめぐって検察官と弁護人・被告人のあいだに取り引きが行なわれるのを是認することにもなるだろう。刑事手続における能率性は大事だが、刑事裁判の本質に反するようなことは困る。」[46]

もっとも、ここでの議論では、2016年の刑事訴訟法改正によって導入が決まった、いわゆる協議・合意制度のように、捜査協力型の取引的な制度についてどのような評価をするのかは必ずしも明らかではない。検察官が公訴取消や不起訴等を恩典として与えて、被告人から共犯者等に関する供述を得る行為は、「当事者処分主義」だと考えるのであれば、「絶対に承服することはでき」ないとしたのかも知れない。他方で、「実体的真実主義」を損なわないような種々の制度的な担保があると評価するならば、「刑事訴訟の本質」とは相容れないとまではいえず、許容されると判断するかも知れない。協議・合意制度のような形の制度について、團藤理論がどのよ

45　もっとも、アレインメント制度は、刑事訴訟法第７次案（371条の２）から第９次（最終）案（262条）まで存在していた。その後、連合国軍総司令部との意見交換（昭和23年５月４日）において、日本側から「個人の意見としては、262条には反対である」という意見が出て、アメリカ側が「日本側に有力な反対論があるのであれば、１項も削除に決しよう」としてアレインメント制度の不採用が決まったとされる。松尾浩也『刑事法学の地平』（有斐閣、2006年）122頁以下、130-131頁。なお、團藤・前掲（4）163-165頁は、GHQ との交渉を振り返り、被告人の保護にならないことを理由に挙げている。

46　團藤・前掲（1）5頁。

うに応接するかは不明だと言わざるをえないだろう[47]。

3. 共犯者自白と補強証拠

更に協議・合意制度に関連して團藤理論を探ると、共犯者自白に対する補強証拠を要求していた点が注目に値するように思われる。

團藤理論は、共犯者の自白について、「共犯者の一人の自白を唯一の証拠として他の共犯者の犯罪事実を認定することは許されない。ただし、共犯者の自白は相互に補強証拠になりうるものと解する」という立場を採用していた[48]。特に後段の「共犯者の自白が相互に補強証拠になりうる」という理解は、どのような理解から導かれているのか。その手がかりとなるのは、最高裁第１小法廷昭和51年10月28日決定（刑集30巻９号1859頁）における、團藤重光裁判官の補足意見である。

> 「本件のように、本人の自白がないばあいに、共犯者二人以上の自白だけで本人の有罪をみとめてよいかどうかについては、右の見地以外に、さらに他の観点からも考察を加えなければならない。けだし、共犯者の自白に補強証拠を必要とすることは、アメリカ合衆国の諸州の法制にみられるところであるが（たとえば、1970年ニュー・ヨーク州刑訴法60・22条１項参照）、そこでは、二人の共犯者の証言があつても、なお、補強証拠を要するものと解されているからである。しかし、こうした法制の背景には、イギリスにおける同様の実務慣行以来の歴史的な沿革があるのであつて、その主眼は、共犯者による誤つた他人の巻きこみを防止

47　なお、簡易公判手続（291条の２以下）が導入された際には、同手続において自白の補強法則が維持されていることを理由に、アレインメントの制度と「全く異る」と評価し、「積極的に支持する」としている。團藤重光「刑事訴訟法の一部を改正する法律」法律時報25巻９号（1953年）55頁以下、60-61頁。

48　團藤・新綱要（７訂版）285頁。前段の理由について、⑴共犯者の自白を唯一の証拠として有罪となることを認めると誤判の危険があり、補強法則の趣旨に反すること、⑵共犯者中の一人が自白をし他の一人が否認をしていて、しかも他に補強証拠がない事案で、自白した者が無罪、否認をした者が有罪というのは非常識な結論を導くこと等を挙げている。團藤重光「共犯者の自白」斉藤金作博士還暦祝賀『現代の共犯理論』（有斐閣、1964年）693頁以下。

することに置かれている。だから、このばあいに補強証拠が必要とされるのは、一般のばあいのように罪体についてではなく、被告人と犯罪との結びつきの点についてなのである。このような法制は、それなりに合理性をもつものというべきであろうが、こうした沿革をもたないわが国の法制において、憲法38条３項の解釈としてそのままの結論を導くことは困難だといわなければならない。わたくしが、共犯者の自白も「本人の自白」に含まれ補強証拠を必要とするものと解するのは、英米法制を参照しながら、可能なかぎりで、これに近い取扱いをわが憲法38条３項の解釈論にも持ちこもうとする意図をもつものであるが、そこには一定の限界がある……。わたくしは、二人以上の共犯者の自白は相互に補強し合うものであつて、否認している本人をこれによつて有罪とすることは、憲法38条３項に反するものではないと解するのである。」

ここから読み取れるのは、アメリカの州法・下級審裁判例等に着想を得て、共犯者自白の補強証拠（共犯者の犯人性についての補強証拠）を求めるべきだという理解を、可能な限りで日本にも持ち込もうとする意図があったということである[49]。憲法38条３項の解釈から、直ちにそのような理解を導くことには困難を伴うので、「本人の自白」に共犯者自白を含める解釈を採用しつつも、共犯者２名以上の自白がある場合については、「相互に独立してされた二人以上の者の自白が一致するときは、誤判の危険はうすらぐことになる。したがって、この限度で、実務の要求に譲歩するのはやむを得ないことだと思うのである」との結論を導いたのである[50]。

このような共犯者自白と補強証拠をめぐる團藤理論は、「解釈論」の限

49　アメリカでこのように共犯者自白について犯人性の補強証拠を求めている背景として、沿革的に、共犯者が仲間の共犯者に不利益な証言をして、それを完全に証明できた場合には刑事訴追を受けないで済むという刑事免責類似の制度（Doctrine of “King’s evidence”）があり、これにより引っ張り込みの危険性が生じた。そのため、共犯者の自白に補強証拠を要するということになったという。團藤・前掲（48）701-703頁参照。

50　團藤・前掲（48）702頁。

界と「特殊な沿革のないわが国」の情況を前提として展開された[51]。つまり、團藤理論が参照したアメリカの共犯者自白と補強証拠に関する制度については、アメリカでは刑事免責や捜査協力型の司法取引制度が歴史的に存在していた一方で、日本には刑事免責や捜査協力型の司法取引制度がないことが前提となっていた。

> 「アメリカの判例では……被告人Aが、かえ玉B'を真犯人Bのかわりに入れて、真にせまったこまかい供述をすると、裁判官は誤られやすい。こういう場合に、罪体についての証拠はむろんあり得る。ただ、そのB'が共犯者だという点について全然補証（ママ）がない。そこが盲点になる。B'を誤って有罪にしないためには、その点の補強証拠こそが必要だ、そういうところからいま申したようなアメリカの証拠法則が出てきたのです。……しかし、アメリカの判例のような結論をわが現行法の解釈として認めるだけの証拠があるのかどうか。立法論としてそこまでいくことを考えていいと思うが、現行法の解釈としてはおそらくそこまでは無理だと思うのです。」[52]

このような考え方からすれば、日本において刑事免責や捜査協力型の司法取引が立法によって導入される暁には、共犯者自白に犯人性に関する補強証拠を求めるという選択肢は、奇異なものとして排斥されるべきものではないことになろう[53]。

Ⅳ. おわりに

以上、本稿は刑事証拠法をめぐる團藤理論について、特にその基礎理論

51　團藤・前掲（48）703頁注（1）。

52　荻野鏘一郎ほか「座談会・事実認定と自由心証主義」法律時報27巻８号（1955年）62頁以下〔團藤重光発言〕

53　前掲（47）で見たように、簡易公判手続を許容した理由が、補強法則が維持されていたことにあったことからすると、團藤理論にとって、誤判を防ぐために補強法則が極めて重要な意味を持っていたといえよう。

との関連が見出だせる部分や立法論に係る部分を中心に確認した。そこでは、民事訴訟と対比して、刑事訴訟において事実の究明のプレゼンスが大きいという認識が前提とされていることが確認できた。團藤理論は、民事訴訟と刑事訴訟の区分を堅持し、民事訴訟が私的紛争・私的関心の解決にあるのに対して、刑事訴訟の独自の意義を「国家的関心の解決」「実体的真実主義」に見出していた。他方で、この理解が、説明のために必要十分な機能を果たしているか否かについては、現在の視点からすれば、なお検討の余地があることも確認できたように思われる。例えば、「審理不尽」に関わる問題は、團藤理論においては刑事訴訟の特質と密接にかかわるものとして説明されていた。しかし、この問題は民事訴訟法学の「解明度」概念の問題意識に通じるものであり、刑事訴訟の「実体的真実主義」の強調によって処理できる問題ではないだろう。このことは、團藤理論が重視した基礎理論によらないアプローチにより、問題を解決できる可能性があることを示唆する。

また、團藤理論は、実体面・手続面の二面説を採用し、「実体面」すなわち実体形成という事実認定・法適用を手続面と峻別し、実体形成の最終段階を裁判所が担っていることを重視していた。その根底には、裁判所に対する強い信頼の存在と、当事者に対する信頼の弱さが存在していたと言わざるをえない。そのことは、被告人の証人適格に対する理解にも伏在していたように思われる。その意味では、旧刑事訴訟法における刑事裁判の在り方との連続性が、團藤理論においては強い磁場として作用していたといえよう[54]。

立法においては「変わるべきもの」と「変わるべきではないもの」の見

54　もっとも、團藤『新刑事訴訟法綱要』の６訂版と７訂版を詳細に対比して分析した庭山英雄は、自由心証主義や悪性格証拠に関する記述の変化から、裁判所の能力に対して警戒する姿勢になって来たことが看取できると指摘する。庭山・前掲（28）52頁、64頁等参照。

極めが重要であるところ、團藤理論は「変わるべきではないもの」を基礎理論の形で示した。変化の激しい時代において、政治的状況に左右されない、普遍的な理論を構築しようとした團藤理論の姿勢が、旧刑事訴訟法と現行刑事訴訟法の連続性を強調する理解につながったというべきなのかも知れない。しかし他方で、本稿で触れた範囲でも散見されたように、７訂版に至る体系書の改訂の中で、團藤理論は種々の政策的な考慮をするに至った。このことは、基礎理論から種々の帰結を導くことに限界があったことを示唆している。平野龍一理論が政策優位の基礎理論を構築して、基礎理論に「とどめをさす」という道を選んだと評されるが[55]、現行刑事訴訟法の運用が蓄積されていく中で、團藤理論もまた政策重視という道に近いところで歩んでいたのである。

55　白取祐司「基礎理論――平野龍一「刑事訴訟法の基礎理論」」川崎英明ほか編『リーディングス刑事訴訟法』（2016年）1頁以下、12頁。