

平野刑事訴訟法学について（2）

大場史朗

- I. はじめに
- II. 予備的考察
- III. 「当事者主義」概念の検討（以上、神戸学院法学四十七卷三〇四号掲載予定）
- IV. 平野刑訴法学の検討
- V. 平野刑訴法学の意義と限界
- VI. おわりに（以上、本号）

IV. 平野刑訴法学の検討（承前）

1. 捜査法

平野の捜査法の特徴は、いうまでもなく、「弾劾的捜査観と糺問的捜査観」の対立概念をもって語られる捜査構造論である^①。捜査を主として被疑者の取調べのための手続と考える糺問的捜査観に対し、「弾劾的捜査観では、捜査は、捜査機関が単独で行う準備活動にすぎない。被疑者も、これと独立に準備を行う」とされ、どちらの捜査観を前提とす

るかで、個々の規定の解釈にも大きな差異が生まれるとされる。⁽²⁾そして、その例として、令状の性質は命令状であり、逮捕・勾留は将来、公判廷へ出頭させるためであって、取調べのためではないとされるのである。この弾劾的捜査觀の主眼は「捜査は、本来、捜査機関が、被疑者を取り調べるための手続」ではないということに置かれており、その背景には、次のような、現行刑法の戦前・戦中との連続性への懐疑があった。⁽³⁾

「わが国では、旧刑事訴訟法時代、捜査は糾問的であったがかなり司法化されており、これでは十分捜査できないというので、檢察権を強化し檢察官に強制権限を与えよ、という意見が強かった。戦時中はとくにそうで、戦時刑事特別法（昭和十七年）で設けられた刑事手続は、現にかなりの権限を檢察官に与えていた。（原文改行）戦後、アメリカ法が撰取されたため、現行法は、司法機関による捜査手続を廢した。しかし、戦前の檢察権強化論の影響が残っていたので、檢察官に実質上かなりの強制権限を与えられた。裁判官の令状は許可状だという考えもその一つのあらわれである。いわば『奇妙なめぐりあわせ』で、戦前の檢察権強化論が新憲法の下で實現したといえなくはない。しかしこれでは、『捜査の司法化という安全装置』のない糾問主義になってしまう。ここにわが国の刑事訴訟法の最も大きな問題があるといってよい。⁽⁴⁾」

こうして、平野はアメリカ流の「捜査の司法化」（裁判官による捜査のチェック）による捜査機関の統制を企図した。これは、すでにみたように「現在の都市化し、社会化した国家においては、国家権力をただ排斥するだけでは、すまされない。…そこで、むしろ権力に権限を与えて、そのかわりにこれを法的にコントロールした方が得策ではないか」という問題意識にも表れている。刑法による「市民的安全の保護」を重視する平野においてはある意味当然といえようか。もつとも、平野のいう「捜査の司法化」は、公判前における捜査機関の「当事者」的な捜査を認め、捜査を「公判の準備活動」ととらえる点では、小野などの「擬似当事者主義」（平野のいう「職権主義」）を採る論者

と軌を一にする。また、身柄拘束中の被疑者の取調べを禁止するものではない。むしろ捜査機関の「公判の準備活動」の中には被疑者取調べは当然含まれよう。もつとも、被疑者取調べについては、取調べ受忍義務が否定されるものの、「任意」に取調べに応じれば、被疑者取調べは当然肯定され、自白調書に証拠能力が認められることになる。

たしかに平野捜査法ではあまりに捜査機関優位に傾きすぎた捜査を、当事者平等的にする志向がみられるが、「当事者主義」の論理それ自体からは、公判前段階における捜査機関の自由な捜査には歯止めがききにくい。⁵⁾ 捜査観は、ひとつの見方に過ぎず、また、ひとつの見方にとどまらざるをえない理由がある。

たしかに弾劾的捜査観はそれ自体、清新な主張であったが、その反面、弾劾的捜査観の提示によって、現行刑法上における捜査権の拡大化が矮小化されて受け取られた面はなかったか。また、「弾劾的捜査」の制度的保障としては、令状主義と強制処分法定主義、あるいは弁護権の強化などがありうるが、裁判官と捜査機関の関係を規律する令状主義がゆるやかに理解されれば、平野が決別した「職権主義」・「糺問主義」へと変質しえた。⁶⁾

現実に制度的保障が希薄であるにもかかわらず、弾劾的捜査観の主張によって、あたかも捜査機関を掣肘できるかのような幻想が広がったといえないかを確認する必要がある。⁷⁾

2. 公訴・公判法

平野の公訴についての考えは「あっさり起訴」論（弾劾的訴追観）である。⁸⁾ この「あっさり起訴」論は、平野のいう「公判中心主義」からみた帰結であり、弾劾的捜査観と関連したものである。しかし、すでにみたように「公判中心主義」という概念自体は「擬似当事者主義」（平野のいう「職権主義」）とも結びつく概念であるが、平野のいう「公判中心主義」は「糺問的捜査」批判（調書裁判批判）と結びつけて主張された点に特色が認められる。

また、平野の訴因論は、周知のように、いわゆる訴因対象説であり、現在の実務の基盤ともなっている。⁹⁾すでに指摘されているように、平野の訴因論は実務に受容された唯一のものである。¹¹⁾また、政策的な平野刑訴法学にあつて、最も理論的なもののようにも思われる。ここでも平野の狙いは、「捜査機関のもつ嫌疑」と「裁判所の嫌疑」を断絶させ、予断のない白紙の状態で裁判所が審理を開始するという「公判中心主義」の実現にあつた。¹²⁾

もつとも、起訴裁量を前提とした公訴は、すでにみたように「擬似当事者主義」の典型的なものとしてされている。いくら「捜査機関のもつ嫌疑」と「裁判所の嫌疑」を断絶させようとする訴因が審判対象だとしても、訴因はあくまでも「事実」であるし（その意味では公訴事実と同質である）、検察官が自由に設定でき、かつ、公訴事実の範囲内で訴因変更が認められている。そして、訴因の特定程度、訴因の同一性（訴因変更の要否）、公訴事実の同一性（訴因変更の可否）の判断などは、すべて裁判所の裁量に任されている（もちろん判例法で一定のルールがこれまで形成されてきた）。客観的にみれば、訴因対象説は平野の言う「当事者主義」にもなじむが、他方で「擬似当事者主義」にも親和的でもあつた。平野の訴因論に対する「当事者主義ではあつても、検察官の権限強化と結びつくから受容されやすかつた」という評価は正鵠を射ているといえよう。¹³⁾

平野は現行刑法法の性格を特徴付けるために、訴訟の過程を三つにわけた。訴訟追行過程、実体過程、手続過程がそれである。訴訟追行過程は、訴因と証拠が対応しながら発展する過程であり、実体過程は訴因に証拠を当てはめてその存否を決定する過程、そして手続過程は訴訟追行のためにおこなわれる諸種の行為をいうとされる。¹⁴⁾

平野によれば、上記の訴訟追行過程が「当事者主義」か、「職権主義」かを性格づける決定的な部分であるとされ、実体過程は裁判所の心証であるため、「当事者主義」や「職権主義」ということは問題とならないとされる（もつとも、当事者に納得のいく心証をとらなければならぬという意味では当事者主義が問題となるとされる）。手続過程

は、手続面で職権主義の強い現行刑訴法の規定に対応したものであり、職権主義的色彩が強いとするが、「手続面で職権主義をとったとしても、訴訟追行面で当事者主義をとるならば、その訴訟は当事者主義の構造をもつ」とされる。¹⁵⁾

このように、平野の捜査法から公判法を俯瞰すると、「：裁判所は、全く捜査機関から切り離されたとき、はじめて収集された証拠を正しく評価し、その中から真実を発見することができる。」「当事者主義のもとで、起訴状一本主義をとり、まず証人で立証し、捜査書類はその弾劾のためにだけ用いることができるようにしているのは、できる限り両者を遮断し、裁判所に、直接に犯罪事実についての心証をとらせようとしたものである。」「当事者は、ともに偏見をもっているかもしれないが、その偏見をぶつつけあうことによつて、その間にかえつて真実が浮かびあがつてくることになる」という「公判中心主義」¹⁶⁾「当事者主義」への強い志向がみとれる。

もつとも、ここで注意しなければならないのは、平野の「当事者主義」は裁判官による「当事者主義」の実現であり、「当事者主義」が達成されるかどうかは、裁判官にゆだねられるということである。これは平野の証拠開示に関する次の言葉にも表れている。すなわち「公判が捜査から遮断される結果、捜査で集められた証拠は、そのすべてではなく、選択を経たその一部しか提出されなくなる。したがつて、被告人に有利な証拠が隠される可能性もあり、不利な証拠（とくに伝聞証拠たる供述書面）が提出できないこともある。しかし、被告人に有利な証拠が隠される可能性は、裁判所の提出命令権を適切に行使用することによつてかなりの程度に救済できる。」¹⁶⁾というのがそれである。

逆に言えば、平野の「当事者主義」からすれば、裁判官のチェック機能等が機能不全に陥れば、「当事者主義」は達成しえないということになる。のちにもみるように、裁判官の機能不全をまえに、平野が参審制を提言するにいたつたことはこの点からも理解できよう。裁判官によつてその実現が左右される「当事者主義」と、平野が批判した「職権主義」とでは一体どのくらいの径庭があるのであろうか。

現に、現行刑訴法下において「職権主義」を強調した小野も次のようにいう。¹⁷⁾

「被告事件の審判は公判、しかも第一審の公判に集中される。予審がないから、公訴の提起によって被告事件は直ちに公判に係属する。…。検察官がその取調にかかる書類を起訴状に添付して裁判所に提出することは、許されない。これによって裁判官は白紙の状態で法廷に臨み、一に法廷における審理及び弁論の結果によって判断を下すことになる。久しく要望されていた公判中心主義又は公判集中主義が実現されるわけである。」¹⁸⁾「公判において、直接、口頭の審理及び弁論が行われる。証人は『生きた』証人として、公判廷において証言しなければならない。書類による供述証拠は原則的に排除され、厳格な制限の下にのみ許される（法三二〇条）。同時に伝聞証拠は、書類による供述証拠と同じく原則的に排除される（法三二四條）。これによって、久しく要望された直接審理主義、口頭主義がほぼ実現されることになったわけである。」

平野は早い段階から、裁判官の「官僚的性格」を指摘していたが、裁判所という国家機関に属した「官僚的性格」をもつ裁判官に「当事者主義」を担わせることは、治安維持からする必罰主義的傾向を惹起せしめ、平野自身が批判した「職権主義」・「糺問主義」への変質を可能にしえたといえよう。

3. 証拠法

平野証拠法も、上記の弾劾的捜査観ないし「公判中心主義」に対応している。¹⁹⁾平野によれば、「現行法ではいわゆる起訴状一本主義がとられ、捜査と公判とは一応遮断された。…しかし起訴状一本主義は公判の開始の時だけにすぎない。公判が始まった後に、捜査の結果をそのまま持ち出して裁判するならば、『遮断』の実質的な意味はなくなってしまう。証拠調のやり方自体において、公判と捜査とを遮断するのが、まさに伝聞法則の任務であり機能であるといっ

てよいであろう」⁽²⁰⁾、「：職権主義のもとで認められる口頭主義・直接主義の例外は相当にひろいので、事実上、捜査書類が証拠として採用され、一方的な証拠によって有罪とされる結果になりやすい。当事者主義のもとにおける伝聞法則の実質的な意味は、一方的に集められた捜査書類を証拠からしめ出すところにある」⁽²¹⁾とされるからである。

このように、平野の証拠法についての考えは、とりわけ伝聞法則に表れているといつてよいが、平野は伝聞法則について次のように理解する。

「伝聞法則は、右の口頭主義や直接主義と似た機能を持っているが、その本質は異なっている。伝聞証拠とは、裁判所の前での反対尋問を経ない証拠をいう。口頭主義や直接主義は、裁判所と証拠との関係を考えてもので、当事者の立場を考えたものではないから、なお職権主義的な原理であるのに対し、伝聞法則は、当事者と証拠との関係を考えたもので、当事者主義的な原理である。もつとも、伝聞証拠とは、単なる『反対尋問を経ない証拠』ではなく、『裁判所の前で』の反対尋問を経ない証拠をいうのであるから、その限度で、伝聞法則自体が直接主義を採り入れているということもできる。しかし、この場合も、裁判所の面前で行った方がより反対尋問の効果が大きいという、当事者主義的な理由に基づくのである」⁽²²⁾「反対尋問は、事実認定をする裁判所の前で行われなければならない。反対尋問は、尋問を受ける供述者の態度をも考慮にいれたとき、はじめて、十分にその効果を判断することができる。したがって、事実認定をする裁判所以外の者の前で反対尋問の機会が与えられても、やはり伝聞証拠であることを免れない」⁽²³⁾

この平野の伝聞証拠の定義は、たとえば、「公判廷外の供述を内容とする証拠で、供述内容の真实性を立証するため」⁽²⁴⁾と形式的に定義する田宮裕の理解などに比べると、「裁判所の前」という裁判所と証拠との関係である直接主義の要素を取り入れている点で、平野独自のものといえることができる」⁽²⁵⁾

平野は上記の伝聞の理解から、三三二一条以下の伝聞法則の例外を、①反対尋問が不可能な場合（証人召喚不能・被

告人の供述)、②不完全ながら反対尋問の機会を与えた場合(以前の供述のときに反対尋問の機会を与えた場合)、③反対尋問を必要としない場合(特信情况で作成された書面・同意書面)の3つに分けた。

自白については、証拠能力と証明力に制限があるとされ、前者にかかる自白法則については、アメリカ法を参考に違法排除説への親近感が示され、任意性の立証は検察官が負うとされた⁽²⁶⁾。

後者の自白の証明力について、平野は「任意性の判断に誤がないとしても、なお、真実でない自白が許容されるのを防ぐことはできない。反対尋問によるテストは、個々の供述の証明力を具体的に明らかにすることができ、任意性は外形的・類型的なものであるから、任意性のある自白の中に、具体的にみれば、証明力のない自白が混入してくることは、当然に予想されるからである。他方、自白は、その性質上、安易にかつ過度に信用される危険がある。それで、法は、補強証拠による証明力の補充を必要としたのである」とし、補強法則は伝聞法則を補完するものとして位置づけられることになった。

加えて、アレイメントについても「憲法は個人の権利をまもるためのものであるから、被告人が公判廷でこれを放棄し、自白だけでいいといっているときまで、憲法の規定を適用する必要はないであろう。したがって、アレイメントの制度を採用しても憲法違反とはいえない。」⁽²⁷⁾として、アメリカ法的な解釈が採用された。⁽²⁸⁾

その反面、共犯者自白については次のように説かれ、補強証拠は不要であるとされた。

「自白に補強証拠を必要とするのは、自白が反対尋問を経ないにもかかわらず証拠能力が認められるからであり、共犯者に対しては、被告人は反対尋問を行い得るのであるからこれを同一視することはできない。また本人の自白は安易に信用されるが、共犯の自白はむしろ警戒の目を以てみられるのであって、証拠評価の心理にも差異がある。自白した方が無罪となり、否認した方が有罪となるのも、自白が反対尋問を経た供述より証明力が弱い以上、当然であ

り、不合理ではない。」⁽²⁹⁾

すでにふれたように、三二〇条以下の証拠法規定は、日本側とアメリカ側の歩み寄りによって成立したため、英米法の伝聞法則も、大陸法の直接主義も純粋な形では貫かれていないが、平野は「伝聞法則は、当事者と証拠との関係を考えたもので、当事者主義的な原理である」として、三二〇条以下の規定を、伝聞法則及びその例外規定とし、憲法上の根拠をもつ反対尋問権を中核として理解した。そのため、平野の証拠法（とりわけその伝聞法則）の解釈には次のような特色がみられる。

第一に、英米法からみれば特異な規定である三二一条一項二号の規定（検面調書の証拠能力）に対して、憲法違反の疑義が呈されたことである。検察官の調書に証拠能力を付与することについては、すでに、小野がその「予審制度改革新論」において説いていた。平野は同規定に憲法上の疑義を呈したものの、「裁判官は」信用すべき状況がある場合に限定して、証拠能力を認むべきである」として、その担い手論からは当然ながら、裁判官にチェック機能が委ねられることになった。

第二に、三二二条で証拠能力が認められる被告人の供述書および供述録取書も、伝聞証拠であるとされた結果、「反対尋問が不可能な場合」として伝聞法則の原理で同規定が解釈されたことである。そして、いわゆる取調べ受忍義務否定説を背景に「任意になされたときに限って証拠能力が認められる」とされた。

もっとも、この点については、団藤から次のように批判されることになった。「わたくしは、わが刑訴における伝聞証拠の問題は、どこまでも憲法第三七条第二項によって被告人に保障される『証人審問権』を基底として、理解されるべきものと考ええる。かような見地からは、被告人の供述そのものを伝聞証拠と解する理由も実益もないとおもう」というのがそれである。たしかに、刑事被告人の証人審問権を定めた憲法三七条二項からみれば、被告人の供述には

被告人の証人審問権が妥当しないから「伝聞証拠とは関係ない」とは言えても、それゆえに「被告人の供述は…伝聞証拠である」という結論を導くのは論理の飛躍があるように思われる。⁽³¹⁾

また、すでにみたように、三三二条は、アメリカ側から、すなわち（本来的な）「当事者主義」の観点から導入されたものであり、任意性を要件として（任意性さえあれば無条件に）被告人の供述調書の証拠能力を認めるものである。この意味で、「弁論主義的な意味における自白の尊重は実際的に職権主義的な自白の尊重を超えるのである」という小野の指摘は鋭いものがある。⁽³²⁾ この点においては、少なくとも「職権主義」よりも「当事者主義」の方が、一方的に集められた捜査書類を証拠からしめ出しやすいとはいえない。

第三に、上記と関わるが、供述書と署名・押印のある供述録取書の証拠能力を伝聞証拠の観点から統一的に理解するため、後者については、実務では録取者が被告人等の供述を要約して録取しているにもかかわらず、⁽³³⁾「供述者の署名または押印があること」によって、録取の点の伝聞性が除去され、単純な伝聞となる」とされ、のちの学説にも大きな影響を与えた。⁽³⁴⁾

しかし、供述録取書には録取者が——適宜要約等しながら——録取するという点で厳然とした伝聞性があるにもかかわらず、供述者の署名または押印によって、録取の点の伝聞性が除去されることはないように思われる。供述した本人による文書内容の確認と、録取の伝聞性とは異なるからである。裁判所と証拠との関係のみを問題とする直接主義からは、供述書と供述録取書とは区別されないのに対し、伝聞法則からは自己が書いた書面と他人が録取した書面、そして被告人と第三者である証人とは区別される。⁽³⁵⁾ おそらくは、直接主義的な規定を、伝聞法則の観点から説明したために無理が生じたものと思われる。

以上を考慮に入れて考えると、平野が批判したように「職権主義」（直接主義）であれば、捜査書類が証拠として採

用されやすく、「当事者主義」（伝聞法則）であれば、捜査書類を証拠から排除されやすいとはいえない⁽³⁶⁾。また、平野証拠法には、田宮証拠法のような片面的な思考は見られなかったことも重要であろう⁽³⁷⁾。

4. 裁判・上訴・再審

平野の業績の一つとして、一事不再理効の根拠を、判断内容の拘束力から、二重の危険へと転回したことが挙げられる⁽³⁸⁾。しかし、ここでは「アメリカ法化」が明確に拒否される。

「二重の危険」の禁止は、アメリカ憲法の規定するところで、おおむね実体審理が開始された以上、それが中止されても、ふたたび実体審理を受けることはない⁽³⁹⁾とされている。わが憲法三九条も、二重の危険の制度を受け継いだものと思われるが、アメリカ法とまったく同一に解する必要はなく⁽⁴⁰⁾、大陸法をも考慮に入れて、実体判決が形式的に確定したときに、はじめて二重の危険の禁止が発生すると考えてよい⁽⁴¹⁾。」

こうして、検察官上訴が、判例に即して、次のように肯定されることになった。「憲法は二重の危険を禁止しているが、この場合、第一審から上訴審まで継続した一つの危険であって、判決が形式的に確定した後に、はじめて二重の危険の禁止の問題が起るものと解される⁽⁴²⁾から、検察官の上訴は、憲法に違反するとはいえない⁽⁴³⁾」。平野によれば、「検察官は、公益のために上訴するものであり、それが被告人の利益に合致することもある。有罪判決に対して無罪を主張して上訴するのも、有罪判決の誤りを正す点で公益に合するからである。」ともされる。

平野の上訴についての考えも、要点は、第一審における「公判中心主義」ないし「当事者主義」の徹底にある。次のように説かれているからである。

「…当事者が第一審で真実を明らかにすることに力を入れず、ただ刑の軽重又は執行猶予の有無だけを投機的に希求

し、意に反した結果となったとき、控訴して、ここではじめて力を入れて真実を明らかにしようという態度をとるならば（その弊は旧法下でかなり存在した）、刑事事件全体として見たとき、必ずしも実体的真実主義に合するとはいえない、控訴審も、差し戻された第一審も、負担の過重にたえ得ないであろう。」⁴⁰「控訴審は、すべての証拠に基づいて、原判決の認定が正しいか否かを検討するのを建前とする。しかし、当事者が第一審で証拠の提出を怠り、そのため実体的真実の発見が困難になり、控訴審にも過重の負担をかけるに至ることがないように、第一審では当然提出し得たにもかかわらず提出しなかった証拠は、もはや控訴審で取り調べないことにしたものである。」⁴¹

こうして、上訴審は、当事者の怠慢を防ぎ、第一審における「公判中心主義」を実現するための事後審査審（事後審）とされた。もつとも、控訴審が事後審査審であるのは、公訴申立の当否を判断し、原判決を破棄するまでであり、破棄後、事件について自判するときには、続審の構造をとるとされる。⁴²

このように、平野の上訴についての考えは、第一審における「公判中心主義」当事者主義の徹底に求められた。もつとも、第一審における「公判中心主義」当事者主義」を徹底するためには、實際上、被告人にとってきわめて負担の大きい検察官上訴を縮減する方向で解釈することが望ましいように思えるが、平野はそのような解釈を採らなかつた。ここにも平野刑法学の特徴が表れているように思われる。そして、平野の上訴についての考えは「擬似当事者主義」の考え方とも親和的であったことも見逃せない。⁴³

再審について、平野が深く踏み込んだ論考は存在しない。再審について論じることは、裁判官の聖域を侵すものとされたのであろうか。

5. 参審制の提唱

一九八五年以降、平野はいわゆる「絶望論文」を契機として、参審制を提唱することとなった。⁴⁵ 周知のように、「絶望論文」では、日本の刑事訴訟が、欧米のように「有罪か無罪かを判断するところ」ではなく、「有罪であることを確認するところ」であることが説かれ、「このようにわが国の刑事訴訟の実質は、捜査手続にある。しかもその捜査手続は、検察官・警察官による札問手続である。そこにわが国の刑事訴訟の特色がある」とされた。そして、このような認識のもと、日本の「自室証拠調主義」が批判され、アメリカ・ドイツの「公判中心主義」との比較を通して、「わが国の刑事裁判はかなり絶望的である」とされた。すでに指摘したように、平野の「当事者主義」は、裁判官による「当事者主義」の実現であることからすれば、同論文における平野の「絶望」は裁判官の「当事者主義」の担い手としての機能不全に向けられたものであろう。そのため、被告人の人権よりも、あくまでもわが国の刑事訴訟の正統性に重きが置かれているように見える。平野は早くから「どういう者に裁判を委ねたらいいか」を考えると、「だれが裁判をやるのに適しているかという問題」（適正）と、「だれの裁判に国民が信頼をおくかという問題」（信頼性）の問題を区別しなければならないとしていたが、⁴⁶「近代化」の達成による「市民的保護の強調」に伴い、依然として前者の裁判の適正の問題についてはキャリア裁判官に軸足を置きつつも、後者の裁判の信頼性について国民の関与が説かれたといえよう。

こうして、平野は「精密司法」、「調書裁判」という現在の刑事手続からの脱却の道として、陪審制ではなく、参審制の採用を提唱した。⁴⁶

まず、平野は「かつてわが国では、わが国も民主主義国家であることを示そうとして陪審を採用した。しかし現在の日本は陪審を採用することによってはじめて民主主義国家であることを示さなければならないほど、貧弱な民主

義国家ではない。」という認識から、陪審には次のような訴訟手続上の問題があるとす⁽⁴⁷⁾。

すなわち、①陪審制度のもとでは、「弁護士が檢察官と同等の能力をもって、はじめて訴訟はバランスのとれたものになる。」「しかし、日本の捜査はアメリカの捜査よりもはるかに強力である。その『精密な』捜査結果に対して、裁判官の補充的な援助なしに、弁護士が十分に對抗できるかは疑問である。」、②陪審は徹底した口頭主義であり、証人の公判での証言だけで立証するという方法がとられ、調書がほとんど作成もされないということになると、証拠開示にもほとんど内容がなくなり「このような状況のもとで：わが国のような強力な捜査に弁護士が對抗できるかは疑問である」、「内容のある証拠開示がほとんどなされない状態のもとで、弁護士がただちに反対尋問を行い得るかは疑問である」、③陪審は連続開廷であるが、その連続開廷にわが国の弁護士が耐えうとは思われない、④陪審の評決には事実誤認の上訴ができないという制度は弁護士にとって耐えがたいものであるといった問題がそれである。

そして、平野は「参審制度を採用すべきだというのは、現在のキャリア裁判官のシステムは、基本的にはすぐれており、基本的には維持に値するということが前提となっている。現在の裁判官は厳格な選抜を経て任命され、司法研修所で研修を受け、かなり長い期間、判事補として実地の教育と訓練を受ける。清廉で、政治的な影響も受けにくい。また強力な捜査を点検する能力も相当程度に備えているといつてよい」という認識から、次のような理由により参審制の採用が必要であるとす⁽⁴⁸⁾。

すなわち、①「裁判官は何といつても官僚裁判官である。いかにすぐれているとしても、今後いつまでも官僚裁判官による裁判が、裁判としての正統性 (legitimacy) を持ち続けることができるかは、やはり問題である。少なくとも重要な事件には、何らかの形の国民参加が必要なのではなからうか。」、②多少とも異質な素人の人達と接触することを通して、自分の考え方、自分たちの既成観念を反省することで、裁判官が自己教育をすることができ、③「現

在の刑事裁判は、強力な捜査に基づく、調書裁判、精密司法に堕している。参審は陪審ほど徹底的ではないが、公判中心主義となるので、調書裁判・精密司法からの脱却の契機となるであろう。刑事訴訟の改革という視点からみても、参審の採用は重要な意味を持つ」という理由がそれである。

ここでは、本稿がすでに示唆してきたように、被疑者・被告人の人権に対する配慮はほとんどない。それは「否認事件については、被告人の参審によるかどうかを選ぶ権利を認めることも考えられるが、おそらく認めないほうがよいであろう。被告人の利益にもまして裁判の正統性が問題だからである」という平野の言葉からも明らかであろう。この平野の提言は、一九八〇年代以降の「国際化」に伴って、日本の刑事司法に対する国際的な批判を回避するという政策的な意味合いもあったと思われる。また、その限度で「擬似当事者主義」の論者と関心が一致していた。⁴⁹⁾

より重要なのは、平野の「絶望」ないし参審の提言が、現実に弁護士会を動かしたということである。それは平野の裁判官の機能不全への「絶望」と、弁護士が実務で日ごろ実感している刑事司法への「絶望」とが、その限りで合致し、互いに「当事者主義」の実現を志向したからにはかならない。また、多くの弁護士の平野刑訴法学に対するブラス・イメージも大きく後押しした。こうして、平野の「絶望」ないし参審制への提言は、それまで立法に消極的であった弁護士会を立法の担い手へと突き動かしたのであった。⁵¹⁾

平野の提言を遠因として、周知のように、裁判員制度をはじめとする刑事司法改革が行われた。これまで「体制外」の批判者であった弁護士会は、それ以後、まさに当事者として「体制内」において刑事司法に積極的に参画することになった。

V. 平野刑訴法学の意義と限界

1. 「当事者主義」概念の意義と変質

これまで見てきたように、平野刑訴法学の特色である「当事者主義」は政策的に選り取られたものであった。価値相対主義に立脚した平野のいう「当事者主義」概念は、機能的な概念であり、それ自体は人権を擁護する方向にも、侵害する方向にも結び付きえるが、平野によれば「当事者主義の長所は、被告人の人権が保障され、その自由が尊重される点にある」とされた。⁽³²⁾

そして、平野刑訴法学では「当事者主義」の担い手、その「当事者主義」実現の制度的保障は、裁判官であるとされた。その意味で、刑訴法は理論ではなく、政策であり、平野法学の経験法学的手法からの帰結でもあった。しかし、逆にいえば、「当事者主義」によって、被疑者・被告人の人権が保障され、その自由が尊重されているかどうかの判断は、裁判官にゆだねられる。この点からもわかるように、平野刑訴法学の背景には、国家権力、とりわけ裁判官に対する厚い信頼がみられる。したがって、このような「当事者主義」の政策論が、現行法の「憲法化」の主張といえるかは一考の余地がある。

平野は「当事者主義」から、「弾劾的捜査観」、「公判中心主義」、「伝聞法則」などを展開した。とりわけ、弾劾的捜査観については現状批判的という評価が一般的であるが、この背景には、新憲法下の現行刑訴法のもとで検察権が飛躍的に強化されたことへの疑義があった。いわば大きく捜査機関優位に振れた現行刑訴法の捜査のパワーバランスを、被疑者の人権保障の方向へと引き戻す試みといえよう。しかし、この点だけをとらえて、「国家権力への懐疑」とみることは「木を見て森をみない」ことになりかねない。すでにみたように、平野刑訴法学——とりわけ捜査法以外の領

域——には国家権力への厚い信頼が「当事者主義」という政策に通底しているからである。

もつとも、このような平野の「当事者主義」概念は、とりわけ現行刑訴訟法の性格付けについて大きな影響を与えることになった。

すでにみたように、現行刑訴訟法はアメリカ法の「当事者主義」と日本的な「擬似当事者主義」が混然となって制定されたものであった。しかし、「戦後、アメリカ法の影響をうけて、刑事訴訟法は、当事者主義化を徹底することになった」という提言にもみられるように、平野による「当事者主義」の強調によって、以後、現行刑訴訟法の「憲法化」ないし「アメリカ法化」の側面が強調されることになった。また、「近代化」（アメリカ社会化）及び「民主主義化」と結びついていた平野の「当事者主義」概念がまたくまに支持を集めた背景には、戦後間もない当時（一九五〇年代）の世相があつたといえよう。当時、現行刑訴訟法の制定過程が不透明であつたということも、平野による現行刑訴訟法の性格付けに大きく寄与した。⁵⁴

そして、「当事者主義」をとっている現行刑訴訟法は「被告人の人權が保障され、その自由が尊重される」というブラス・イメージを獲得するとともに、そこである「当事者主義」がアメリカ法のそれと同一視されることになった。⁵⁵ それに伴い、「当事者主義」概念が豊富化され、被告人の人權を尊重することや当事者を平等にすること自体を「当事者主義」という傾向も生じるようになった。⁵⁶

では、「当事者主義」の一方当事者である弁護士に対する平野の視座はどのようなものだったのだろうか。

この点、参審制の提言にもみられたように、冷徹なものを感じざるを得ない。⁵⁷ たとえば、戦後、とりわけ弁護士らの「当事者主義思想」の定着に大きな影響を与えたのが労働・公安事件における法廷闘争であるとの分析がある。⁵⁸ しかし、平野はこれらの法廷闘争を「非近代性」の象徴ととらえた。すなわち、「いわゆる法廷闘争は、非近代的な人々

によって担われているために、国家権力のファッショ化を引き出す要素として、大きな役割を果たしていることは否定できないように思われる。「現在の訴訟法は被告人の自由を最大限に保障している。権力は極力自己抑制を行っている。しかしそれは、被告人の自由がそれ自身の中に節度を持ち、外から強制を加えなくともいいと考えたからである。しかし、法廷闘争においては、この自由は、盲目的な、独善的な限界を知らない自由であるように見える。」というのがそれである。⁶⁰平野の当事者平等の担保が終始一貫して裁判官に求められたことからすれば、ある意味当然といえよう。⁶¹

注意しなければならないのは、平野が目指した裁判官による「当事者主義」の実現という構想（政策）の内在的な限界である。平野のいう「職権主義」は、国家機関である裁判所と検察が共同して実体的真実主義を追求するというわが国の戦前・戦中の刑事手続をモデルとしていたといえよう。しかし、そのような「官僚司法」の基盤のあるわが国に、裁判官を担い手とする「当事者主義」を展開したとしても、平野のいう「当事者主義」は、裁判所と一方当事者である検察が密接に結びつくことで容易に「擬似当事者主義」に変わりえた。⁶²それは、平野自身が批判した「職権主義」・「糾問主義」の現出にほかならない。平野のいう「当事者主義」は、それが官僚裁判官を担い手としていたことで平野自身が批判した「職権主義」・「糾問主義」への変質の芽を内在させていたのではないだろうか。

2. わが国における「当事者主義」の陥穽

すでにみたように、平野刑法学によれば「職権主義」と「当事者主義」が対置され、前者が克服すべき対象とされた。ここでは、「当事者主義化」近代化」によって、戦前（あるいは戦中）の思想との克服が目指された。

しかし、これまで見てきたように、平野が批判した「職権主義」は、他面において「当事者主義」（擬似当事者主

義」の論理でもあった。「公判中心主義」、「捜査と公判との分離」、「訴訟の迅速化」などは、檢察権を強化する「擬似当事者主義」の立場からも主張されたからである。そして、それはとりわけ「予審制度改革新論」に代表されるように、戦時刑事手続の論理でもあった。

しかし、平野の「職権主義」と「当事者主義」という対立図式の提示と、のちの学説によるその無批判な継承によって、その「職権主義」がもっていた当事者主義的志向（擬似当事者主義）は覆い隠されることとなった。換言すれば、戦後の刑事法学がよりどころとしてきた「当事者主義」に、被疑者・被告人の人権を危殆化する胚芽が潜んでいるということでもあった。

そもそも「当事者主義」は、その訴訟構造を示すものであり、またその性質上、双方向的であるために、捜査の強化を抑制する契機は乏しい。むしろ、一定のバランスのもと、「弁護権の強化」によって「檢察権の強化」が図られやすい。

現在も「当事者主義」の論理に沿いつつ、そして「当事者主義」の平野刑事訴訟法学の論理を反転させつつ、捜査の強化が図られている。

たとえば、すでにみたように、平野のいう弾劾的捜査観の主眼は「捜査は、本来、捜査機関が、被疑者を取り調べるための手続」ではないということにあるが、逆に、供述に頼らない「捜査機関が単独で行う準備活動」であれば容認されやすい。また、戦前の小野の主張にもみられたように「公判中心主義」の強調により、かえって公判前段階の捜査権の強大化が企図される可能性もありうる。近年の捜査の早期化や共謀罪の新設などによって、かえって捜査段階で証拠が固まるという傾向が加速していることに鑑みれば、むしろ「公判中心主義」から離れて、捜査段階へのチェック機能を強大化する必要性はいくら強調しても足りないといえよう。

現在、現行刑訴法の運用に批判的な立場からは、平野刑訴法学の担い手論を克服し、弁護士を当事者主義の担い手として、その具体的実践のもとで「実質的当事者主義」を推進するという主張が有力に展開されている。要するに、平野刑訴法学を基礎としたうえで、現行法は人権保障に手厚い「当事者主義」をとっており、運用面でも、さらに人権保障のために「当事者主義化」を推進しなければならないという主張である。

これらの主張は、平野の「当事者主義」概念を承継しているだけでなく、平野の歴史認識も基礎としている点に特徴がある。「当事者主義」を指導理念とした一種の「統一戦線」といえなくもないが、しかし、それゆえに次のような疑問が提起される。⁽⁸²⁾

「弁護士権強化」は「擬似当事者主義」のもとにおいてもみられるところ、「実質的当事者主義」の立場からの「弁護士権強化」の主張によって、「擬似当事者主義」の土俵に引つ張り込まれ、「弁護士権の強化」だけではなく「検察権の強化」も実現することはないのである。現行法には当事者平等の制度的保障が希薄であるにもかかわらず、弁護士による運用の改善によって「当事者主義化」ができるというのは、ひとつの戦術としては理解できるものの、戦略としてはやや過信があるのではないか。より直截に言えば弾劾的捜査観の幻想にとらわれているのではないか。

このような疑問がそれである。「擬似当事者主義」の枠内の「弁護士権強化」は、あまりに「検察権の強化」に傾きすぎたパワーバランスを是正し、実体的真実主義を回復するという側面ももつ。したがって、「弁護士権の強化」それ自体が、ただちに現状変革につながるわけではない。むしろ克服すべきは、わが国の「擬似当事者主義」という枠組みであらう。

3. 平野刑訴法学における「近代化」の陥穽

平野は「当事者主義化」を刑事訴訟の「近代化」（アメリカ社会化）にとらえ、「当事者主義」の刑事手続によって、戦前・戦中の刑事手続を克服しようとした。

しかし、日本の刑事司法の歴史からみたとき、この「近代化」路線と、そのもとの政策は果たして妥当なものだったのであろうか。「市民社会化」によってファシズムやそのもとの刑事手続を防ぐことができるのだろうか。

本来、克服すべきは、戦時刑事手続を導いた「官僚司法」のあり方であり、そのもとの「当事者主義」による検察権強化（擬似当事者主義）であり、また、治安維持法に典型的に表れているような刑事法原則の破壊とその方策であったように思われる。⁽⁶³⁾ 平野刑訴法学には——弾劾的捜査観の提示を除き——このような観点は見られなかった。

歴史的な分析が欠如すると、論者の意図していた結果が歴史的には別の結果をもつこともありうる。⁽⁶⁴⁾ 平野の「近代化」という方法論の観点からも、戦後の「当事者主義」が、「擬似当事者主義」に飲み込まれ、国家目的が最大化されるときにも、被疑者・被告人の利益が最小化されることはないのかを、いまいちど再検討する必要がある。

VI. おわりに

現行刑訴法は齡七〇年を迎えようとしている。すでに指摘されているように、当初の理念と現状では大きな懸隔があり、この懸隔をどのように評価するかが問題となる。⁽⁶⁵⁾

評価の実際はクリアに割り切れるものではないものの、現行刑訴法の評価には、大きく分けて二つの基本的観点がありうる。

一つは、現行法には本来、当事者平等のための制度的保障が欠けており、そうならなかったのは必然だという評価である（いわば先天的要因に求める観点）。もう一つは、現行法は「当事者主義」を掲げたのにそうならなかったのは、その後の運用に原因があったからだという評価である。（いわば後天的要因に求める観点）。

この二つの評価の違いは、平野刑法学、とりわけその「当事者主義」概念をどう評価するかによる。本稿が提示した結論は、「当事者主義」を中核とする平野刑法学の大きな業績によって、もっぱら先天的要因が等閑視されてきたのではないか、また、裁判官を担い手とする平野刑法学それ自体にその「当事者主義」を変質させる芽が内在していたのではないかということである。

冒頭でもみたように、昨今の刑事司法改革をはじめとして、ふたたび「当事者主義」が強調されては始めている。その背景にあるのは、国際化の中における日本の刑事司法の「ガラパゴス的狀況」からの脱却という、とりわけ一九八〇年代以降の問題意識である。「当事者主義」の強調により、刑事手続の重点を捜査から公判に移すことができ、同時に国際的な批判も緩和できるからである。そして、この課題は裁判員裁判をはじめとした一連の改革によって実現に移されている。

周知のように、論者によれば、日本刑事司法の特色が「精密司法」という言葉に表され、その内実は「きめ細かな真実の発見」であり、「これを検察側からみれば検察権の強化（その目標は、実体的真実の追求と適切な刑事政策の実行）となり、弁護側からみれば弁護権の強化（その目標は、納得のゆく裁判と被告人の人権擁護）となる」とされる⁶⁵。また、「刑事裁判は、丹念な取調べによる真実の発見と、被告人による罪責の承認を中核とするという考え方が形成されてから、日本の歴史は二百年、あるいは三百年を経てるのである」ともされる⁶⁷。

たしかに、法の運用を語る場合、その国々の法文化は無視できない。日本においては訴訟が好まれず、逮捕・起訴

されたことが大きなステイグマになるというのもその通りであろう。しかし、歴史的に見れば、「精密司法」の中核たる檢察権の強化がなされたのは——弾劾的捜査観の提唱の背景にもあったように——戦時刑事手続の影響ではないのか。「精密司法」論が「法文化」という歴史的・正統性を名目として、戦時法の思想を覆い隠してきた側面はなかつたらうか。かりにそうだとすれば、この歴史的教訓を踏まえて、被疑者・被告人からみた「真実主義」の在り方を検討し、「当事者主義」を再構成する必要がある。

論者によれば、歴史的な価値が前提となる「刑事訴訟法研究においては…立法趣旨を歴史的に研究、確定し、これと現在の判例…を対置することによってその距離を測定し、立法趣旨をこえる点については何が一体そのような立法趣旨からのズレを生み出させたのか、という原因を探究することが必要であろう」と説かれる^⑧。しかし、現在の刑訴法学においては、平野刑訴法学にみられた機能的、政策的な方法論が拡大しているようにみえる。その意味でも平野刑訴法学からの訣別が求められよう。

（1） 野田隼人「平野龍一理論と刑事捜査法」刑事訴訟法基礎理論研究会「平野龍一理論と刑事訴訟法」近大法学六四卷三〇四号（二〇一七年）三頁以下、とりわけ一六頁以下によれば、平野捜査法は、今日においても、①勾留の要件として大陸法的な「罪証隠滅のおそれ」を削除したり、その要件を明確化する足がかりとなること、②弾劾的捜査観によって、前記の勾留要件を弾劾する弁護活動をするにあたって参考となるという意味があるとされ、新たな捜査のあり方が立法も含めて検討される現在において「当事者主義的視点あるいは弾劾的捜査観の観点からの検討は欠くことができず、平野捜査理論の意義は現行刑事訴訟法が大きくその姿を変えるまで失われまいといえよう」と評価される。

(2) 平野龍一『刑事訴訟法』(一九五八年)八四頁。(以下、平野『刑訴法』と略記)

(3) 平野龍一「捜査の構造」法学教室第二期六号(一九七四年)八十四頁以下。なお、松尾浩也によれば「昭和二〇年秋に司法省が構想した刑事訴訟法改正の方針は、戦時中の見はてぬ夢を戦後の改革の機運にのせて、一挙に実現してしまおうという性質を多分に持つておりました。(原文改行)それがどこまで成功したかといえますと、予審廃止の問題そのものについては、完全に成功したわけです。ただ予審判事の権限を檢察官が引き継ぐという点は、ストリートには実現せず、屈折した形で日の目を見ました。…。しかし、逆に令状をもらいさえすれば捜査機関がみずから押収、搜索、逮捕、勾留などをやることになったのだという点を強調しますと、強制捜査権は拡大されたことになりました。ちなみに、『弾劾的捜査観』という学説の主張は、令状主義の採用によつてかえつて捜査権の強化がもたらされたことになるのは奇妙だ」という疑問の所産だといつてよいでしょう」とされる。松尾「刑事訴訟法はだれのためにあるか」同『刑事訴訟法講演集』(二〇〇四年)三二五頁(初出は一九七五年)。

(4) 平野龍一『刑事訴訟法概説』(一九六八年)十三・十四頁。(以下平野『概説』と略記)

(5) 松尾浩也「『当事者主義』について」中野次雄判事還暦(一九七二年)三十三頁以下なども参照。

(6) 「捜査の司法化」を規律する令状主義に着目し、その証拠排除の余地を限定的に解釈するものとして、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(一九八五年)参照。

(7) 松尾浩也によれば「平野」先生は、鋭さの反面、言葉遣いの点では大変慎重なところがあつて：捜査についても弾劾的捜査観という表現に関連して、あれは弾劾的捜査制度と言つたつもりはない、弾劾的という見方もあるのだということを示し、考え方を豊かにしたつもりだとおっしゃっていました。しかし、水溶液から次第に水分が蒸発して濃度が高くなるように、あたかもそれは弾劾的捜査制度、あるいは主義であるかのように受け取られがちであったことも否定できないように思います」とされる。「座談会」平野龍一先生の人と学問「ジュリ一二八一号(二〇〇四年)二十二頁(松尾浩也発言)。

(8) 平野龍一「刑事訴訟の促進の二つの方法」ジュリ二二七号(一九六一年)六頁以下。

(9) 平野龍一「訴因と証拠」(二〇〇二年)など参照。

- (10) 緑大輔「平野龍一理論と刑事公判法」前掲注（1）十八頁以下、四〇頁以下によれば、平野理論には、①現行法の存在を前提とした政策優位の基礎理論を構築したこと、②他方で、政策目的の設定のあり方が課題となり、政策によっても動かしてはならない理論的基層が何なのかの見極めが困難になった面もあること、③訴因論は法曹三者の利害が一致したという側面もあって学説実務問わず広く受容される理論を構築したこと、④平野の当事者主義には日本の職業裁判官に対する信頼があり、その下で当事者が自ら責任を負いつつ自律的に訴訟に係る意思決定を積み重ねていくという刑事訴訟が構想されていたことなどが確認できたとされ、「平野理論は、團藤理論を批判しつつも、團藤理論がもっとも強調したことの一つである主体性の理論を真剣に受けとめ、当事者主義の中身にそれを盛り込んだのではないか」と分析される。
- (11) 後藤昭「平野刑事理論の今日的意義」ジュリニ二八二号（二〇〇四年）五十八頁以下参照。
- (12) 平野龍一「刑事訴訟法の基礎理論」（一九六四年）十一頁以下。（以下、平野『基礎理論』と略記）
- (13) 後藤・前掲注（11）参照。
- (14) 平野『刑事法』二十九頁以下、平野『基礎理論』十八頁以下。
- (15) 平野『基礎理論』二〇頁。
- (16) 平野『刑事法』十八頁。
- (17) 小野清一郎『新刑事訴訟法概論』（一九四八年）二十六頁。
- (18) 平野龍一「法学における理論の役割」『岩波講座現代法一五』（一九六六年）六十五頁以下参照。
- (19) 南川学「平野龍一博士の刑事証拠法理論」前掲注（1）四十三頁以下、とりわけ五十四頁以下によれば、平野証拠法の特徴が「公判中心主義」にあるとされ、平野が「絶望的」と診断した状況から大差ない現在においても平野理論は「いまなお現状批判としての意義を持ち続けている」とされ、今後とも現行刑事法の解釈・運用および改正作業にあたって公判の活性化を指向した平野理論の根幹部分は「常に意識していく必要がある」とされる。
- (20) 平野「伝聞排斥の法理」同『訴因と証拠』（一九八一年）二二九頁。（初出は一九六四年）
- (21) 平野『刑事法』十六頁。

- (22) 平野『刑訴法』七頁以下。
- (23) 平野『刑訴法』二〇五頁。
- (24) 田宮裕「刑事訴訟法新版」(一九九二年)三五九頁など参照。
- (25) 南川・前掲注(19)四十七頁も、平野の伝聞証拠の理解は通説とは異なるとする。
- (26) 平野龍一「証拠排除による捜査の抑制(一)」刑法雑誌七巻一号二十二頁以下、「同(二)」同二〇三―四号二四三頁以下(一九五七年)なども参照。
- (27) 平野『概説』一七八頁。
- (28) このような平野の主張は、被告人の「権利主体性」を認め、「自己決定」という立場からのアレイシメント制度や司法取引の導入に大きな道を開くことになったと思われる。たとえば、「特集」刑事手続における自己決定」刑法雑誌四十一巻三号(二〇〇二年)六十二頁以下、五十嵐二葉「憲法上の権利としての刑事手続―憲法の保障と実態とのギャップ」法セミ四九四号(一九九六年)五十八頁以下など参照。批判的なものとして、福島至「刑事司法改革の理念―司法取引・有罪の答弁導入の是非など」法時七十四巻七号(二〇〇二年)など参照。
- (29) 平野『刑訴法』二三三頁。
- (30) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(一九六七年)二六五頁注(十七)参照。なお、伝聞法則の通説的理解に疑義を呈し、「公開の対審」の保障という観点から、伝聞法則の再構成を図ろうとする近時の学説として、松田岳士『刑事手続の基本問題』(二〇一〇年)一頁以下がある。
- (31) 団藤・前掲注(30)。
- (32) 小野清一郎「新刑事訴訟法における第一審の公判手続」法律新報七四八号(一九四八年)三十二頁。
- (33) この点に関して、平野は「供述録取書に供述者の署名も押印もないとき、取調をした裁判官または録取者たる裁判所書記官が、公判廷で証人として証言し、供述者の供述を正確に録取したものであることを証言した場合、一号で証拠能力を認めることができるであろうか。現在実務で行われているように、供述を要約して録取する場合には、はたして供述者の言ったことを間違いなく理解し録取したか十分の保証はない。したがって、その証拠能力を否定すべきであろう。」

- と述べている。平野が録取の点における「伝聞性」に自覚的であったことは明らかである。平野『刑訴法』二二一頁注（一）参照。
- （34）平野『刑訴法』二〇八頁。
- （35）松尾浩也「刑事訴訟の日本の特色」曹時四十六卷七号（一九九四年）十九頁も参照。
- （36）この点、直接主義の方が伝聞法則よりも、書面の証拠能力を厳格にチェックできるとの主張もなされているが、「コップの中の争い」に過ぎないように思われる。
- （37）周知のように、田宮裕は、三二八条の解釈において証人対質権を被告人に有利なように片面的に構成した。田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』三三七頁以下など参照。
- （38）京明「平野龍一博士の控訴審構造論」前掲注（一）五十六頁以下、とりわけ七十一頁以下によれば、平野説が事後審説に立っていたのは、第一審を充実させるという政策目標を共有していたからであったとされ、「制度またはその運用を改革しようとするうえで、目指すべき政策目標を設定し、それに向けての行程を示すうえで、なお控訴審構造論（いわばモデル論）の意義は失われていない」とする。そして、裁判員制度の導入を契機として第一審の充実を志向する近時の動向は、平野説からも基本的には積極的に評価されるべきものであるとされ、筆者自身もその方向性に賛同する者の一人であるとする。
- （39）平野『刑訴法』二八六頁注（二）。
- （40）平野龍一「控訴審の構造」同『裁判と上訴』（一九八二年）一五〇頁。
- （41）平野・前掲注（40）一五四頁。
- （42）平野『刑訴法』三〇五頁。
- （43）後藤昭『刑事控訴立法史の研究』（一九八七年）も参照。
- （44）平野龍一「現行刑事訴訟の診断」団藤古稀四卷（一九八五年）四〇七頁以下。
- （45）平野「職業裁判官と素人裁判官―一つの素描―」前掲注（40）一頁以下。
- （46）平野龍一「参審制の採用による『核心司法』を―刑事司法改革の動きと方向』ジュリ一一四八号（一九九九年）二頁以下。

(47) 平野龍一「參審制度採用の提唱」ジュリ一八九号(二〇〇〇年)五十四頁以下。

(48) 平野・前掲注(47)五十六頁。

(49) 平野・前掲注(47)五十七頁。

(50) たとえば、松尾浩也「刑事裁判と国民参加―裁判員法施行半歳を顧みて」法律のひろば六十三卷一号(二〇一〇年)八・九頁によれば、「筆者は、日本の精密司法には正負の両面があり、真実を求める努力の点で生の面を評価すべきである」とともに、あまりにも日本独自の方向に進み過ぎて、限界に近づいているのではないかと憂慮していた。しかし、なかなか抜本的な改革を構想することができず、『ガラパゴスの状況からの脱却』の難しさを嘆ずるばかりであった。(原文改行)

そこへ司法制度改革審議会が登場し、『国民の力を借りる』というアイデアで、ゴードリアン・ノットを断ち切った。①公判前整理手続の創設、②連日的開廷による公判中心主義の達成、③一審重視、事後審への接近、④被疑者国選弁護、取調過程の記録化、検討課題としての録音・録画などの提言は、おそらく刑事手続の姿を一変させてゆくであろう。しかし、その新しい姿は、六〇年前の新刑訴成立当時に考えられていたものにはかならない。かつて新刑訴の特色が『当事者主義』といわれたとき、学界はこれをアメリカ法と同視した嫌いがあり、実務は反発して独自の歩みを進め、ガラパゴス型の日本的当事者主義に至った。今後は、アメリカでもなくガラパゴスでもなく、眞の日本型当事者主義刑事訴訟の構築が期待される」と説かれる。

(51) 座談会「刑事訴訟法と刑事訴訟法学の六〇年」ジュリ一三七〇号(二〇〇九年)十五頁(小田中発言)も参照。

(52) 所一彦「刑事政策とパラダイムの転換」立教法学四九号(一九九六年)六頁によれば、「機能的考察方法そのものは、法の現実的機能を解釈や立法にフィードバックしようとするだけのものであって、個人主義とも全体主義とも結びつく性質のものであることに留意したい。機能的考察方法が個人主義と結びついたのは、主唱者であった平野博士の個人主義(正確には自由主義か)的志向によるところが大きい」とされる。

(53) 平野『刑訴法』十六頁。

(54) 現行刑訴法の制定過程について研究が公表されはじめたのは、一九七〇年代の半ばからであった。刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(一)」(二二二)法協九十一卷七号八十二頁以下(一九七四年)同九十九卷六号

- 一二五頁以下（一九八二年）参照。
- 松尾・前掲注（35）も参照。
- （56）たとえば、川崎英明「刑事訴訟法の半世紀と展望」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法上巻』（二〇〇七年）一頁以下参照。小田中聰樹「刑事手続改革の課題」内藤古稀（一九九四年）四〇四頁。
- （57）小田中聰樹「平野刑事訴訟法学の軌跡と真髓」法時七十六卷十二号（二〇〇四年）七十四頁も、「戦後日本の刑事司法の展開過程は、実践面のみならず、自覚的弁護士層による『法廷闘争』と、新刑訴派と当時呼ばれた意欲的な裁判官層による法廷実践との交錯過程として始まったと捉えることができる」と分析した上で、「平野刑訴法学は、この交錯過程に当事者主義という強力な指導的原理を持ち込み、これを確立する役割を果たした」としつつも「平野先生が『法廷闘争』に対してとられた現実の態度は、必ずしも好意的なものではなく、むしろ厳しいものがあつた」とする。この点、平野「松川事件の教訓」ジュリ五〇号（一九五四年）二頁以下も参照。
- （58）横山晃一郎「戦後の刑事手続における当事者主義思想の展開」法時三十九卷十一号（一九六七年）八十九頁参照。
- （59）平野龍一「刑事裁判を崩壊させるもの」思想三五五号（一九五四年）三十二頁、三十四頁。
- （60）なお、一九七一年のいわゆる再任拒否事件についての平野の態度は、最高裁判所に批判的である。いわく「最近の再任拒否その他の一連の事件をめぐる事態は、憂慮すべき状況にある。最高裁判所の採った態度が賢明なものであつたかは大いに疑問があるが、しかし、長い目で司法の将来を考え、慎重に討議を重ね対策を講ずべきであろう」と説かれる。周知のように、平野は青年法律家協会の設立発起人の一人である。「平和と民主主義」を前面に押し出した青法協の設立趣意書からは、平野の「近代化」路線と同じような思想を感じることができる。このように「国家からの自由」という側面では、平野の思想はいわゆる「左派」のそれと重なり合うものを持つていたと思われる。問題は平野法学にはその担い手論からすれば当然ながら「国家による自由」という権力的側面もあつたと思われる点であり、この点の評価が平野刑訴法学の評価にもかかわる。小田中は平野の価値観を「国家権力への懐疑」と評価しているが、それは「国家からの自由」の側面についてのみの部分的な評価にすぎないように思われる。平野刑訴法学の評価にあたっては「国家による自由」の側面もあわせて評価する必要がある。

(61) この点、内田博文『刑法と戦争』(二〇一五年)、同『治安維持法の教訓―権利運動の制限と憲法改正』(二〇一六年)、同『治安維持法と共謀罪』(二〇一七年)も参照。

(62) 内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』(二〇〇八年)一七〇頁以下及び一九九頁以下によれば、中山研一らが、戦前の国家主義的な刑法全面改正事業の延長線上に位置づけられる戦後の刑法全面改正事業を阻止するための「統一戦線」を瀧川刑法学、佐伯刑法学、平野刑法学らの「第二の基本動向」に求めたが、一九七〇年代以降、機能主義的刑法学は、刑法の近代化はすでに達成されたとして、「市民的安全の保護」を強調していったことが描かれる。

(63) 内田・前掲注(61)を参照。

(64) たとえば、人道主義的な牧野英一の主観主義に関して、法の解釈がその変化につれて進化していかなばならぬとされる「社会の要求」なるものの実体と歴史的性格に対する分析不足のために、後年反動的な帝国主義的イデオロギーであるとの批判を受けねばならなかったことは、歴史の悲劇というべきであろうとの評価も見られる。佐伯千仞「小林好信」刑法学史(学史)、「日本近代法発達史II」(一九六七年)二五七頁以下参照。

(65) たとえば、三井誠「戦後刑事手続の軌跡」『岩波講座 現代の法五』(一九九七年)九〇頁以下によれば、立案者がイメージしていたわが国の刑事手続の形姿は、①自白偏重を避けた物証を中心とする科学捜査、②十分に証拠固めをおこなった起訴形態は採用しがたくなること、③令状主義の徹底と起訴後の身体不拘束のままの公判審理、④公判中心主義の要請、伝聞証拠の活用制限および被告人のための審理の迅速化、⑤従前の高い有罪率の確保が容易でなくなることで、であるとされ、他方、現在の刑事手続の形姿は①被疑者取調べを軸とする供述証拠重視の活動、②十分な証拠に裏打ちされた起訴、③令状却下率および保釈率の低さ、④公判中心主義が実質化せず、捜査段階の供述証拠の活用および審理期間の短縮、⑤きわめて低い無罪率であるとされる。

(66) 松尾浩也「当事者主義と弁護」鴨古稀(一九七九年)五十二頁以下。

(67) 松尾・前掲注(35)。

(68) 横山晃一郎『刑事訴訟法の解釈』(一九六五年)十七頁。