

## 平野刑事訴訟法学について

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

I、はじめに

一九九九年の通信傍受法の成立、二〇〇四年の裁判員法の成立、そして二〇一六年の刑訴法等の改正という一連の法改正により、刑事手続法は大きく変容することとなった。また、二〇一七年にはテロ等準備罪（共謀罪）を新設する改正組織犯罪処罰法が成立し、刑法の原理と体系は大きな変更を迫られることになった。テロ等準備罪の新設は、当然ながら、刑事手続法の運用にも波及する。

今後、刑訴法学は現在の理論的到達点を踏まえながら、これらの大きな変革に対応を迫られることとなるが、その際に重要となるのが、今般の大きな変革を導いた戦後の刑訴法学のあり方を歴史的に分析することである。

折しも、近年、一部の論者らによって、刑訴法学のこれまでの理論的蓄積を現代の視点から精査しようとする試みもなされている。<sup>(1)</sup>

このような問題意識をもって戦後の刑訴法学を振り返ったとき、現在まで大きな影響力を及ぼしている学説として、平野龍一の刑訴法学を筆頭に挙げることは特に異論がないと思われる。

周知のように、平野刑訴法学については多くの論考がある。<sup>(2)</sup>しかし、意外にも、平野刑訴法学、とりわけその「当事者主義」概念の歴史的意義については論じたものは少ないように見受けられる。また、平野刑訴法学は実務には浸透しなかったと評価されているとはいえ、「糺問的捜査観と弾劾的捜査観」、「職権主義と当事者主義」などの独自の対概念を用いた思考方法は、いまなお現在の刑訴法学のプラットフォームともなっている。したがって、実務と学説が緊張関係にある限り、平野刑訴法学に対する理解は、一般の刑事手続の大きな変革を歴史の中でどのように捉え、評価するかに密接に関わる。また、刑事司法改革に対しては、「新刑訴成立当時に考えられていたものにはかならない」という評価や、「戦後改革の完成」<sup>(5)</sup>とも評されており、いわば、現行刑訴法制定当時の「当事者主義」が歴史的な正統性をもって語られている。ここでも、平野刑訴法学の歴史的評価——とりわけ、その「当事者主義」概念——がきわめて重要となるのである。そして、その歴史的意義の検討は、近年の大きな変革の中で惹起されるさまざまな問題への対応を考えるということにもなろう。

以下では、まず、平野刑訴法学に対する現在の評価と、平野法学における刑訴法学の位置づけを予備的に考察した上で、平野刑訴法学の総論的検討として、その「当事者主義」概念の意義を歴史的に確認したのちに、各論的検討として平野刑訴法の各領域について検討し、最後に平野刑訴法学の歴史的意義とその問題点を明らかにしたいと思う。

## II、予備的考察

### 1、平野刑訴法学に対する現代的評価

周知のように、平野刑訴法学にはさまざまな評価がなされている。

たとえば、酒巻匡によれば、平野刑訴法学は「新しく出来上がった現行刑事訴訟法に内在していた中心的な概念、現行法の命ないし魂を、すべて明晰な形で顕在化」したとされ、「常に日本の現状に対して、批判的な視角になっていた」、「常に平野……理論は、現状に対する鋭い批判的な視点を示す基礎になり続けている」とされる。

小田中聰樹によれば、平野刑訴法学の特徴が「当事者主義的思考の体系的・一貫性と不動性」という言葉で表現され、前者については、当事者主義的思考が基礎理論の面でも政策論（訴訟構造論）の面でも体系的・一貫性をもつて展開されており、後者については、そのような思考が初期から晩年に至るまで殆ど揺らぎや破綻を示さなかったと評価され、平野の業績は今日では「学界の共有財産化」されているとする。

また、小田中は、平野のいう当事者主義は人権保障と真実発見をめざす政策論の中核として高い政策的価値を付与されていたが、同時にその短所にも目を向けており、「国家権力を悪とする国家観がある」とする。そして、平野のこのような価値観は、第二次世界大戦後の日本における時代の精神、価値観、思想の大勢を反映した一般的傾向とみることができ、その意味で平野刑訴法学は「刑訴法学における戦後日本の時代の精神の体現者」であり、学会は勿論、実務家に対しても強い指導力と影響力を持ったとされる。もともと、弾劾的捜査観および調書裁判克服をめざす平野の一連の取り組みは実務面では所期する成果を上げることができなかつたとされる。その最大の要因としては「一九七〇年代以降の裁判官層の人権意識状況の変化、変質と、警察力の異常な拡大強

化」だとされ、平野刑訴法学は当初の実践的担い手の一翼を失うとともに、強力な反対勢力の出現に直面するという事態に至ったと分析される。

後藤昭によれば、平野刑訴理論の特色が「当事者主義の徹底」に求められ、その捜査段階における表現がいわゆる弾劾的捜査観であり、公判法におけるそれが訴因対象説であり、反対尋問権を中心に据える伝聞法則であり、一事不再理効を二重の危険から説明することでもありとされる。また、「平野理論においては当事者主義は、国家権力を抑制しながら、被疑者・被告人の訴訟主体として権利を保障する訴訟の構造であり、日本国憲法に対応した刑事訴訟のあり方として主張されていた。(原文改行)ただし、平野理論における人権論は、被疑者・被告人に父権的な保護を与えようとするものではない。有罪の答弁制度合憲論にも見られるように、被告人も訴追側と対峙しながら一定の負担を負い、自己決定すべき主体として想定されている。平野刑法学における結果無価値論、権利義務関係としての行刑観、そして刑事訴訟における当事者主義は、いずれも自律的な自由の尊重という価値観に貫かれていた」と評価される。

平野理論が学説に圧倒的な影響を与えた背景については「それが日本国憲法に基礎を置いたことにある。憲法を喜んで受け入れた世代は、平野理論を素直に受け入れた」ことに求められ、「もう一つの背景として、当時のアメリカ法における活発な判例の展開があった。……一九六〇年代までのアメリカ法の目覚ましい発展は、平野理論受容の追い風になった」とされる。さらに、実務への影響については「おそらく平野理論をもっと歓迎したのは、弁護士層であろう」と分析され、平野理論の実務への浸透が偏面的であった理由(たとえば、訴因対象説について裁判官や検察官も受け入れたが、取調べ受忍義務否定論は拒否されたことなど)として、「当事者主義ではあっても、検察官の権限強化と結びつくから受容されやすかった」という仮説(松尾のいう「擬似当事者主

義」や「平野自身の裁判官に対する姿勢」「日本の専門裁判官に対する厚い信頼と結びついていた」ことが原因であったという仮説を提示している。

白取祐司によれば<sup>(9)</sup>、「平野・基礎理論も、平野・弾劾的捜査観（取調べ受忍義務否定論を含む）も、実務はおよそ拒否の姿勢を変えることなく、今日にいたっている。例外が訴因論である。……。そのほかの、被疑者・被告人の人權保障のための当事者主義は、実務からは受け入れられなかった。ただし、近年の（立法を含む）被疑者弁護の充実は、平野理論が、間接的ではあれ後押ししていると思われることができる。」とされる。

このように、平野刑訴法学の現代的評価を集約すると、①日本国憲法に適合した人權保障に手厚い「当事者主義」的な刑訴法学であること、②国家権力を抑制する志向をもった現状批判的な刑訴法学であること、③とりわけ刑事弁護の実務に影響を与えたことが特徴としてみてとれる。

## 2、平野法学における刑訴法の位置づけ

### （1）平野法学における理論の意義

周知のように、平野は刑法の役割を社会統制に求め、その社会統制の役割は判例、より具体的には、裁判官に委ねられた<sup>(10)</sup>。判例は「具体的法」であり、学説と同一平面にあるものではないとされた<sup>(11)</sup>。そして、学説には次のような役割があるとされた。

第一に、何が「判例」であるかを明らかにすることである<sup>(12)</sup>。その判例の内容を明らかにし、その限界を画することが法律学とくに判例研究の第一の任務であるとされ、そのような研究の結果、将来どのような判決が下されるであろうかという予測もある程度可能になるとされる。そして、次のように、法律学の科学性が志向されるこ

とになった。

「この限度では、法律学は一つの科学であるといえよう。事実の認識と法則の発見、法則の適用によるさまざまな予測を内容とするからである。しかし、法律学の内容はこれにつきるものではない。それは判例を変更し、あるいはこれを維持し、あるいは新しく一定の判決をさせようとする実践的な努力を含んでいる。それは判例を変更し、維持し、つくりだすために裁判官にはたらきかけ、説得しようとする努力である」。

こうして、学説は、国民の行動をコントロールする裁判官をさらにコントロールする「コントロールのコントロール」(説得)の役割を果たすべきとされることになった。<sup>(13)</sup>

学説の役割の第二は、学説による判例の説得のために、このような解釈をすればどういう効果が生ずるであろうかという、法の効果の予測を明らかにすることである。しかし、法の効果の予測をするためには、一定の法則に依らなければならない。平野は、これを犯罪学に求め、新派理論に一定の評価を与えることになった。「刑法学界のいわゆる新派は、主として立法論としてであったけれども、このような思考形式(法の効果の予測―引用者)によって、法の変更を訴えたものであった。……その内容は古くなったが思考方法は現在でも生きている。

……犯罪学は犯罪の原因と刑罰の効果についての法則を発見しようとする。この法則を利用して犯罪をコントロールするのが、刑法学なのである。……ただ新派の場合は、ほとんど当該犯罪者に対する効果の研究に限られていた。それはさらにひろく一般予防の關係にもおしひろげる必要がある」というのがそれである。

平野が考える学説の役割の第三は、現在における「存在する規範」を示すことである。法解釈及びそれによる裁判には、事実的な面だけではなく、必ず価値判断が入り込む。しかし、それは裁判官個人の価値観による裁判であってはならない。「裁判官は、自己の価値基準に従って裁判すべきものではなく、国民の多数の価値観

ないし国民の中の指導的な価値基準に従って裁判することが要請される。その意味で、裁判官は『存在する規範』……に従って裁判しなければならぬ<sup>(14)</sup>からである。そして何が「存在する規範」なのかを示し、それによって裁判官を説得することが学説の役割である。<sup>(15)</sup>こうして、平野によれば伝統的な意味の教義学（ドグマティーク）は「これを行う者の価値判断を裁判官に押しつけようとする努力」であり、「それにもかかわらず、法律自身から帰納したようにみせるたくみさ」が法解釈学の本質とされ、その意味で法解釈学は「芸」であるとされた。

このような平野の方法論が「機能的考察方法」と称されることは改めていうまでもなからう。すなわち、「……刑法を機能的に考察することは、その犯罪防止の機能を無条件で肯定することではない。その機能を、その必要性、他の手段の可能性等を考慮して、評価し、限定するために行うものである。いいかえると、このような視点から現代において刑法および刑罰が担うべき役割は何かを明らかにするために行うものである」とされたからである。<sup>(16)</sup>

以上のように、平野が考える学説の役割は、経験科学的な手法により、何が判例なのかを明らかにし、学説による判例ないし裁判官の説得のために、法の効果の予測をし、「存在する規範」を提示するというものである。<sup>(17)</sup>その前提として、判例と学説には一線が引かれたが、あくまでも次のような判例尊重の態度が示された。すなわち、「判例は、法を具体化してゆくものであり、学説はそのための参考意見にすぎない。したがって、判例として確立している場合には、是正するとしてもむしろ立法によるべきであって、解釈論としては判例の基本線はそれを前提とせざるをえないこともある<sup>(18)</sup>」というのがそれである。

## (2) 平野刑訴法学の政策的基礎

ここまでは平野法学の方法論についてみてきた。では、平野法学において刑訴法はどのように位置づけられていたのだろうか。次にそれをみていこう。

刑事法を社会統制手段として経験的・機能的に分析しようとした平野の研究は、まず刑訴法からはじまり、その後、刑罰論・処遇論→責任論→犯罪論→刑法各論という順序で展開された<sup>19)</sup>。とりわけ、刑訴法の研究は主として一九五〇年代に集中して行われ、刑法各論の体系的発表や犯罪論の一応の確立は一九七〇年代においてである。周知のように、平野は、現行憲法における刑法の主たる目的として、個人の生命・身体・自由・財産の保護という「市民的安全の要求」ないし「市民的保护の要求」を提唱し、旧憲法下の国家主義的な考え方は明確に否定された。

しかし、当初は社会の「近代化」が十分に実現されたとはいえない状況においては、刑法による「市民的安全の要求」の強調は治安刑法的な運用を導くとの危惧から、一方で刑法の謙抑的運用が提示された<sup>20)</sup>。しかし、一九七〇年代以降は刑法の「近代化」はすでに達成されたとして、「市民的安全の要求」を強調する方向へと転じることになった。

しかし、刑訴法については、のちにもみるように、終始一貫した「不動性」がみてとれた<sup>21)</sup>。それは平野が考える実体法と訴訟法の目的の相違に大きな原因をみることができよう。すなわち、平野によれば「実体法の適用はいわばそれ自体が目的であるが、訴訟法はなんといっても手段にすぎない」とされるからである<sup>22)</sup>。

刑事訴訟法を社会統制の目的のための手段だとする平野は、犯罪事実の正しい認定と、法律の正しい適用は、これを運用する人々の心理、その背景をなす社会的な条件によって異なり、「時と所を超越して正しい刑事訴訟



の形態という一つのものがあつたわけではなく、種々の形態の刑事訴訟がそれぞれの理由を持って存在しうる」とする。<sup>(23)</sup> ここでも一貫した平野の価値相対主義的な思考が見て取れる。そして、平野によれば、一定の政策のもとに刑事訴訟の形態が選ばれることになつたが、その形態は、周知のように「当事者主義」であつた。<sup>(24)</sup>

そして、「当事者主義の訴訟構造は近代的な個人主義的人間観を前提としている。新刑事訴訟法が画期的に当事者主義化したのも、日本の近代化の要請に應ずるものであつた」<sup>(25)</sup>とされるように、平野にとつて「当事者主義化」は「近代化」を示していた。そして、その「近代化」の内実は、市民社会化、直接的には「アメリカ社会化」であつたといえる。<sup>(26)</sup>

さらに、「民主主義のもとでこのことを決定する場合には、判断者はあらかじめ結論を出してこれを人におしつけてはいけなものであつて、とらわれない気持ちで、すべての、おのおの立場や見方の違った人々の意見を十分に聞き、その上で決断を下さなければなりません。このような民主主義の精神の訴訟への反映が、当事者主義にほかならないのです」<sup>(27)</sup>とされるように、平野にとつて「当事者主義化」は「民主主義化」を示していた。

こうして、平野によれば、「当事者主義の訴訟が予定する社会」と「現代の日本の社会」との間のギャップから、次のように説かれることになつた。

「国家権力と国民個人の自由とが、あい伴つて發展してきた後進資本主義国家では、国家権力は、自ら自己を抑制するものと予想される。……捜査機関に強力な権限を与え、その結果を公判で検討しようとする職権主義は、このような国家体制に対応する。これに対し、当事者主義訴訟は、国家権力を悪とし『権限を持つものに権威を与えてはならない、権威を持つ者には権限を与えてはならない』とする思想を背景とする。……しかし、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。捜査機関に多かれ少

なかれ、権限を与えざるをえなくなる。これを否定して当事者主義の形骸だけを維持しようとする、権力は法外の暴力となり『保障のない糺問主義』……となる危険もある。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がおこる。この意味で、当事者主義の訴訟を維持してきた英米にとつて、職権主義訴訟に学ぶべきものも少なくないであろう。しかし、ドイツよりも、フランスよりもなお職権主義の強かったわが国においては、まだ、当事者主義に学ぶべきものの方が多いといわねばならない。<sup>(28)</sup>

このように、平野は刑訴法の「近代化」を志向して「当事者主義」(その実質はアメリカ法化)を政策的に採用した。ここでは刑法の「近代化」<sup>(29)</sup>と軌を一にした、平野の一貫した学問的姿勢が見て取れる。

### Ⅲ、「当事者主義」概念の検討

すでにみたように、平野刑訴法学の特色は、「近代化」を志向して政策的に採用された「当事者主義」である。「当事者主義」概念については、その概念の不明確さゆえ、すでに戦前より、糺問主義に対する「当事者主義」(当事者訴訟ないし当事者関与主義)、当事者に裁判所に対する協力義務がない(あるいは非協力の権利を認める)という意味での「当事者絶対主義」、その対立概念としての「当事者協力主義」、当事者は平等だとする「当事者平等主義」、訴訟手続や訴訟物について当事者の処分を許す「当事者処分主義」、当事者の弁論に基づいて審判をなす「弁論主義」という整理がなされていた。<sup>(30)</sup>

もっとも、従来、「当事者主義」概念を再検討する必要性が提唱されていたにもかかわらず、<sup>(31)</sup>平野刑訴法の大きな影響のもと、理論よりも政策を優先させてきた戦後の刑訴法学にあってはあまり自覚的には展開されてこな

かったように見受けられる。

そこで、以下では、平野刑訴法学の歴史的意義を探究する足がかりとして、先行研究に依拠しつつ、<sup>(32)</sup>「当事者主義」概念を歴史的に再検討していくことにしよう。

1、戦前における「当事者主義」概念

戦前において、「当事者主義」概念は——その本来の用語法からは当然ながら——もっぱら訴訟の構造を表すものであった。<sup>(33)</sup>

たとえば、小野清一郎は「訴訟主義」（弾劾主義）を「原告の訴と之に対する被告の防禦とを認め、而して之に対する裁判に依つて事件を解決することを謂う」とし、その第一の意義として不告不理の原則を導き、さらにその第二の意義として「裁判所は原告及び被告の主張及び立証を聴いて裁判をしなければならぬ」ことであると<sup>(34)</sup>した（旧漢字、旧かなづかいはすべて直した。以下同じ）。そして、小野は後者の第二の意義における「訴訟主義」には強弱があり、強い意味において「訴訟主義」を理解すれば、当事者訴訟主義ないし弁論主義の徹底であるが、旧刑訴法においては、この強い意味の弁論主義は認められていないとし、弁論主義は職権主義によって制限を受け、弱められているとした。

また、前記のように、「当事者主義」の概念整理をした団藤重光は、旧刑訴法が「根本的に当事者訴訟の構造を採っていることは全く疑いを容れないところである」としたが、他方で、「純粹の当事者平等主義は刑事訴訟の本質に反する」、「当事者処分主義は刑事手続の本質に全く相反する」と評価した。<sup>(35)</sup>

加えて、団藤は、当事者の弁論に基づいて審判をなす「当事者主義」（弁論主義）——小野のいう「裁判所は

原告及び被告の主張及び立証を聴いて裁判をしなければならぬ」ことに相当するもの——については、その弁論が裁判所を拘束するときは、上記の「当事者処分主義」に、拘束力を認めないときは「当事者協力主義」となるとし、旧刑法は後者の「弁論主義」を採っているとした。

このように、旧刑法の訴訟構造については、当事者訴訟（弱い意味の弁論主義／当事者協力主義）をとっているとされたが、「当事者処分主義」は明確に否定された。旧刑法が「職権主義」（職権追行主義）をとっているとされるゆえんである。

もっとも、戦後の学界において刑事訴訟の日本の特色を強調する立場からは、戦前においても、一種の当事者主義的志向、すなわち「擬似当事者主義」がみられるとされ、主唱者の松尾浩也によれば、その実質は「検察官（＝当事者）の権限の強化を主眼とする『当事者主義』と説明される<sup>36</sup>（以下では、さしあたり、検察権強化の方向性をもった当事者主義的志向を「擬似当事者主義」と呼ぶ）。

そして、松尾が戦前における「擬似当事者主義」の典型としてあげるのは、検察官の起訴便宜主義である<sup>37</sup>。旧刑法下から採用された起訴便宜主義の運用は、起訴猶予を含む不起訴率を向上させた反面、予審のもつ手続打ち切りの機能を減退させ、また、公判裁判所による無罪率を低下させたからである。ここから「わが国の刑事訴訟法は、旧々刑事訴訟法時代の後半あたりから、職権主義の外被の中に擬似当事者主義の胚珠を包みこんで成長した」と評価される<sup>38</sup>。

この「擬似当事者主義」という概念の内実は必ずしも明らかにはされていないものの、戦前の学説史を紐解くと、小野清一郎の「司法制度革新論」の中にその端的な表現を見ることができるようになる。やや長い<sup>39</sup>が重要なところなので、煩をいとわず引用しよう。

「司法制度は今や革新の必要に迫られている。……警察の留置、検事及び予審の取調、其の間の長い未決勾留、公判——それも第一審から控訴・上告と同じような手続が繰り返される。此の手続に存する不合理性は苟くも事態を観察する者にとつて余りにも明瞭な事実ではあるまいか。」此の手続上の不合理を除くためには公判前の手続を制度的に統一しなければならぬ。これ正に事態の要求するところである。然らば如何にしてこれを統一するか。私は現在の予審制度を廃止すべきだと考える。そうして公判前の手続は原則としてこれを検事に委ねべきである。言い換えれば現在予審判事のやっている仕事を大体検事の職務に属せしむることによつて、検事の指揮の下に統一的な捜査を行わしむると同時に、其の一切の責任を検事に負わしむべしとするのである。かくすることによつて公判前に於ける取調が著しく単純化され、迅速なものになることは勿論、その取調は遙かに徹底的なものになり、又無駄のないものになる。そうなることは嫌疑を生じた事実関係の真相を明かにする点に於て刑事司法本来の目的に合するのみならず、又被告人の立場からいっても何回となく種々の機関によつて取調を受け、その間未決勾留を継続され、しかも結局予審調書という動かしがたい信憑力をもつた証拠書類を負わされて公判に赴かなければならないという今日の現状よりも遙かに有利であるのである。……もともと公判を準備するという目的をもつた公判前の手続を『当事者』たる検事と判事たる予審判事とに分属せしめ、しかも其の間に有機的な連関を認めていない現行刑事訴訟法（旧刑法訴訟法——引用者）が根本的に其の方針を誤つたものである……。」「問題の本当の解決は予審を廃止する以外にはないのである。これは札問手続の残骸たる予審判事を廃し、自ら公判中心主義が実現されるといふ意味に於て自由主義の徹底とも見られるが、他方公判前の手続を検事の手に委ねるといふ点に於ては寧ろ国家主義乃至官権主義的思想の要求に合する。」

「制度的機構としては結局……普遍主義的立場に於て刑事司法の目的と個人的自由の保障との調和点を見出す

という外に解決の途はないのである。(原文改行) 此の見地に於て私の懐抱する改革案の輪郭を述べるならば、第一に公判前に於ける捜査及び必要な証拠の保全は原則としてこれを検事の任務とする。司法警察の捜査についても検事の指揮監督を厳ならしめ、責任の期するところを明かにすることである。蓋し、人権蹂躪の行われるのは概ね司法警察に於てである。」「第二に検事及び検事の指揮下に在る司法警察官に対して或る強制の権能を認めなければならぬことは全く必然的である。」「第三に公判の準備手続、即ち現行刑事訴訟法第三百二十三條以下の手続を利用することによって、公判手続を無用に錯綜せしめざることを得しむべきである。」「第四に公判手続に於ては出来る限り直接審理主義の原則を徹底せしむべきで、即ち謂ゆる公判中心主義を実現すべきである。しかしさればといって証拠書類を一切排斥するということは到底出来るものではない。陪審法に於てさへも直接審理の原則を掲げつつ、なほ或る範囲の証拠書類の利用を許しているのである……。例えば検証調書や鑑定書の如きは之が証拠力を認めることに何人も異議がないであろう。公判準備期日の調書も証拠力を認むべきである。最も問題なのは検事の作成した訊問調書であるが、これは大体陪審法第七十三條の規定に倣い、供述者が死亡し又之を召喚しがたい事情のあるとき、供述者が公判に於て供述の重要な部分を変更したとき等に於て証拠力あるものと為すのが適當であると信ずる。」「司法制度の革新に於て予審制度とともに是非再検討されなければならぬのは、上訴制度であり、なかんづく上告制度である。……徒らに上訴の手続を重複することは刑事司法の目的を害するばかりでなく、被告人にとつても何等益するところはない。此の意味に於て、現行刑事訴訟法が法律問題だけではなく事実の認定や刑の量定についても之を上告理由と為すことを許し、それに連関して、大審院における事実審理を認めるに至ったことは、立法として一の大なる失敗である。」

以上のような主張がそれである。ここでは公判前における当事者(検察)の権限強化(予審の廃止ないし予審



ていた。

たとえば、小野は「……新刑事訴訟法は、敗戦後における政治的および思想的な民主主義、自由主義の復活強化の情勢の下に、なお実際的には英米法制の強い影響をうけて、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。これが新刑事訴訟法の生命ともいべき、中心的な事実である」としつつ、「新刑事訴訟法は、職権主義的構造から弁論主義的構造への完全な転換を成就してはいない。弁論主義的構造への飛躍的な傾向を示してはいるが、しかも、足はなお職権主義的構造の地盤を離れていない。新刑事訴訟法が、職権主義を基本原理とするか弁論主義を基本原理とするかは、その根本性格に関する重大な問題であるが、私は、その基本原理は依然として職権主義にあるものと観察する」とした。<sup>(42)</sup>

また、立法作業に直接携わった團藤は新刑事訴訟を大陸流の刑事手続と英米流の刑事手続の「混血児」と形容しつつ、「刑事訴訟法のいろいろの規定からみまして、当事者主義が非常に強く表面に現れてきているのでありますけれども、それは云わば外に現れた表層的な面であります。その内容或いは実質の方面からみますというと、やはり職権主義というものが根本にひそんでいたのであって、当事者主義はなるほど表面に現れておりますけれども、いよいよとなると職権主義的なものが発動するのであります。」と説いた。<sup>(43)</sup>

ここで小野・団藤がいう「職権主義」、「弁論主義」ないし「当事者主義」という言葉は、戦前からの彼らの主張と同様に、それぞれ訴訟の構造としての「職権追行主義」、「当事者追行主義」を指していた。

他方、松尾によれば、現行刑事訴訟法の制定過程においても、「アメリカ法化」とは別に、検察官を強化する「擬似当事者主義」の考え方も存在し、両者がからみあって現行刑事訴訟法の「当事者主義化」が進行したという理解が示されている。<sup>(44)</sup>



「ここでいう「擬似当事者主義」の考え方は、日本側が積極的に条文化しようとした、交互尋問制度やアレインメント制度、そして、検察官に対する強制処分権付与にみられるとされる。もともと、交互尋問制度やアレインメント制度は、アメリカ側の反対で実現しなかったが、検察官に対する強制処分権付与は、令状主義のもと、実現した。<sup>(45)</sup> 予審の廃止には、検察官に予審判事の持っている権限を委譲しないで端的に予審を廃止する方向性と権限を検察官に委譲して予審を廃止する方向性がありうるが、アメリカ側が五大改革指令（一九四五年一〇月一日）等で想定していたのは前者であったのに対し、日本側が当初から想定していたのは戦前・戦中からの連続性をもつ後者の方であった。<sup>(47)</sup>

加えて、現行刑訴法制定過程における「擬似当事者主義」は、証拠法の制定にもみられる。<sup>(48)</sup> すなわち、刑訴応急措置法は、戦時刑事特別法等の戦時法の強い影響のもと、その一二条において、旧法三四三条の適用を除外し、「証人その他の者（被告人を除く。）の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類は、被告人の請求があるときは、その供述者又は作成者を公判期日において訊問する機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、裁判所はこれらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる」と規定した。そして、この趣旨が日本側最終案の基本線となったが、アメリカ側との協議の過程で、「任意に自己に不利益な供述をするものに証拠能力を認めるといふのはあたりまえ」だという（本来的な）当事者主義的な発想で、<sup>(49)</sup> 現行の三二二条が制定されたのであった。まさに「GHQ側の考え方は、その真意とは裏腹に、取調べ中心主義に塩を送るものであった」<sup>(50)</sup> のである。こうして、検察官の権限強化を志向した「擬似当事者主義」とアメリカ法の「当事者主義」が、混然となって、現行刑訴法の証拠法規定が制定されたわけである。

さらに重要なことは、この検察官の権限強化を志向した「擬似当事者主義化」の動きが——おそらくは意図的に——「憲法化」、「アメリカ法化」やそのもの「当事者主義化」の動きと混然となつて、現行刑法法の成立に寄与したということである。

たとえば、刑事訴訟法を改正する法律案（現行刑法法案）の提案理由の説明に当たつた鈴木義男法務総裁は「本案は、長年慣れ親しんできた大陸法系的刑事の手続と、新憲法に現われた英米法系的刑事手続とを渾然調和させることによつて、新しい刑事訴訟法の確立を目指したもの」と紹介した上で、「特に重要と思われる四つの点」として、①公訴提起の方式の改正（起訴状一本主義）、②公判の審理及び証拠に関する部分の改正（徹底的な公判中心主義の採用、補強法則の採用・伝聞証拠の極度の制限）、③審級制度に関する改正（第一審重視による控訴審の事後審化）、④検察官と警察官との刑事訴訟法上の関係を挙げた。<sup>(51)</sup>

その一方で、現行刑法法案の審議の過程では、「擬似当事者主義化」に適合しない「当事者主義化」は拒否された。

たとえば、「当事者訴訟主義の徹底には弁護人の強力な活動が前提となる」ところ、現在の弁護士制度では、強大な捜査権および証拠収集能力をもっている検察官と対等な活動ができるのか、はなはだ困難をきたすのではないか。とりわけ、弁護士の権利としては、捜査段階における捜索・押収等の際の立会権および調書の閲覧権が重要となるが、現行刑法法案はこのような権利を認めているのか、認めていないとすればどうしてか」という趣旨の司法委員会委員の質問に対して、政府委員は次のように答弁した。<sup>(52)</sup>

「まず第一の考えといたしましては、本案におきましては当事者主義的色彩を非常に強化してまいりましたけれども、それは日本の現在の段階では、大体公判以後において非常に強化し、公判以前におきましてはそこまで

徹底できなかつた。その理由といたしましては……起訴、不起訴という檢察官の性格が、欧米のように純粹なる攻撃者という性格のみでなくて、日本の檢察庁法及びこの訴訟法の考え方におきましては、攻撃者であると同時に、被疑者側の利益をもなお考えてやる。そういう氣持が多分に残つておりまして、これが英米の訴訟法の檢察官の性格と、この檢察庁法と本案に考えておける性質と違う点であります。……（原文改行）それから次の点といたしましては、捜査の段階におきましては、やはり捜査の活動の場合によつては迅速にやる必要があるが、弁護人に一々立會権を認めておきましては、迅速性に合わない場合が非常に多いのじやないかという点も考えられます。（原文改行）……かりに立會権を認めなくても、そうしてつくられないいわゆる調書につきましては、先ほども申し上げましたように公判の証拠能力という点におきまして、嚴重な制限を設けております。調書がそのままで証拠にとられるということではなくて、たとえば検証調書の例を申し上げますれば、検証調書をつくつた警察官なりが公判廷に喚び出されて、弁護人側からそのつくつた状況とか、その他についての完膚なきまでの反対尋問にさらされる、そういう立て方になっておりますので、今までとまったく違ひまして、あまりあとで問題になるような調書はつくれない。そういう立て方にしておる点も一つの理由であります。」

また、「現行刑訴法案においては、裁判の迅速等の要請のため基本的人權の擁護が輕視された点があるように思われる。実体的眞実發見主義は捜査の段階においても必要である。弁護人のために被疑者に対する立會權マや記録閱覽權を確立する必要があるのではないか」という趣旨の司法委員會委員の質問に対して、政府委員は次のように答弁した。<sup>53)</sup>

「裁判の迅速と基本的人權の擁護の關係は、控訴審を事後審にしたことについてであると思うが、この点一審の手續きは丁重で、しかも従来と違ひ、公判にはまず起訴状だけが提出され、裁判官は白紙で臨み、十分手をつ

くし、証拠資料などは出しつくせるようになってくるから、控訴審でこれを繰返す必要はないと思う。従つて迅速という問題とともに、被告人の人権をも考慮している。「本案においては当事者訴訟主義は公判中心であつて、その前提となる捜査の段階にまで拡充することは……必要ないと思う」。

ここでは、すでに現行刑法法の「当事者主義化」の特色とされる「公判中心主義」、「捜査と公判の断絶」、「反対尋問権の保障」などの考え方が挙げられており興味深いが、すでにみたように、これらの主張は、戦前・戦中との連続性をもつ「擬似当事者主義」の思想でもあつたといえる。英米的な「当事者主義」はその構造的類似性から「擬似当事者主義」と親和的であつたのである。

このように、「当事者主義」概念は、戦後初期において、一方では日本国憲法の理念との照応（あるいは換骨奪胎）のため、他方では、検察官の権限強化のために利用された。「擬似当事者主義化」された現行刑法法とその運用実務が、当初の「当事者主義」の理念から離れ、「検察官司法」へと傾斜していったことはある意味で当然であつたといえよう。<sup>54)</sup>

### 3、平野の「当事者主義」概念

周知のように、戦後刑法学の「当事者主義」の泰斗は、平野龍一である。「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」という提言のもと、<sup>55)</sup> 捜査段階における弾劾的捜査観、公訴における「あつさり起訴」、公判における直接主義・口頭主義および伝聞法則、控訴審の事後審化などの提言がなされたからである。いわば、平野刑法学の登場によって「当事者主義化」概念と、刑事手続の「憲法化」ないし「アメリカ法化」が密接に結び付いたわけである。そして、「当事者主義」と「職権主義」とが対置され、前

者が戦後目指すべき対象に、後者が克服すべき対象に位置づけられた。平野の「当事者主義」概念を契機として、より射程を拡大する意図で「実体的真実主義対適正手続主義」というモデル論ものに登場することになった。<sup>(56)</sup>では、平野の「当事者主義」概念とはどのようなものであつただろうか。自明とされているかもしれないが、まず、この点から確認してみよう。

平野は刑事訴訟の諸原則のうち、「最も基本的なものは、職権主義と当事者主義との対立である。この職権主義・当事者主義という語は、弾劾主義・糺問主義という語とともに、種々の意味に用いられるから、まず、その概念の内容を明らかにしておかなければならない」として、「弾劾主義」と「糺問主義」を次の三つに大別する。<sup>(57)</sup>

第一は、誰が訴訟を開始させるかという観点からみた、糺問主義（裁判所自らが開始）・弾劾主義（裁判所以外の者の請求をまつて開始）である。第二は、訴訟の主体の数という観点からみた、糺問主義（裁判所と被告人だけで訴訟進行）・弾劾主義（裁判所・訴追者・被告人で訴訟進行）である。平野はこれを「訴訟の形式的原理」という。そして、第三は、「形式的原理として、弾劾主義をとる場合に、主要な役割を果たすのが、裁判所であるか、当事者であるか」という観点から見た、糺問主義（裁判所主導）・弾劾主義（当事者主導）である。平野はこれを「訴訟の実質的原理」といい、前者に「職権主義」の語を、後者に「当事者主義」の語を当てた。そして、「職権主義」・「当事者主義」の考え方の違いは、捜査にも及び、さらに公判と捜査の結びつき方にも影響を及ぼすとされた。

ここで注意しなければならないのは、「形式的原理としての弾劾主義」（訴訟という裁判形式）において、「主要な役割を果たすのが、裁判所である」場合が「糺問主義」であり、かつ「職権主義」であるとされていること

である。この「職権主義」という概念は、一見すると、職権追行主義をとっている大陸法のことを指しているようにも思われるが、すでにみたように職権追行主義と「糺問主義」が結びつけられていることや、「ドイツよりも、フランスよりもなお職権主義の強かったわが国においては、まだ、当事者主義に学ぶべきものの方が多いといわなければならない」という平野の問題意識からすれば、直接的には戦前のわが国の実務ないし小野・団藤理論を指していると理解するべきであろう。<sup>(58)</sup>

小野のコンテクストに引き直せば、「訴訟主義」という形式において、アメリカ法的な「当事者訴訟主義ないし弁論主義の徹底」が、平野のいう「当事者主義」であり、とりわけ「当事者平等主義」が強調されたことになる。<sup>(59)</sup>平野によるこの「当事者平等主義」の強調の背景には、のちにもみるように、戦前の「司法制度改革新論」が現行刑法に反映され、検察権が著しく強化されているとの疑義があった。そして、平野は現行法における検察権強化をアメリカ法的な「当事者主義」で掣肘しようとした。「当事者主義」が公判前の段階に及んだのも当然といえよう。

注意しなければならないのは、「職権主義」・「糺問主義」に対抗するために、「当事者主義」が採られ、そのもとで「公判中心主義」「当事者主義の徹底」「被告人の人權擁護」が強調されている点である。

この平野の主張と、すでにみた小野の主張を比較すると、相反する事実を指す言葉として、同じ「公判中心主義」という言葉が使われているという興味深い事実が浮かびあがる。

すなわち、小野の主張は、「職権主義」を公判段階でのみ妥当するものと理解し（職権追行主義）、公判前の「職権主義」的な予審を排除し、「当事者」である検察に強制処分権を付与することが「公判中心主義」という言葉で語られている（公判前段階の強調）。しかし、平野にとって、この小野の主張は「職権主義」・「糺問主義」

にほかならない。他方、平野は、捜査機関と裁判所を切り離し、公判で真実を明らかにすることを「公判中心主義」、そして「当事者主義」と呼んでいる（公判の強調）。

松尾の「擬似当事者主義」という概念を入れて分析すると、「擬似当事者主義」は平野にとって「職権主義」であり、その「職権主義」の克服のために「当事者主義」が唱えられたということになる。「擬似当事者主義」も、平野のいう「当事者主義」も「公判中心主義」に結び付きうるし、訴訟形式としての当事者訴訟という点でも重なりうる。このことは「公判中心主義」の特徴として挙げられる、公判における「当事者主義（弁論主義）の徹底」、「直接主義」、「捜査と公判の断絶」等の理念が相互互換的でもあるということである。ある時は検察権強化の立場から「当事者主義」（またそれに付随する概念）が説かれ、またある時は本来的な意味で「当事者主義」等が説かれうる。

その意味で「当事者主義」という概念は、理論的にも、また政策的にも融通自在な概念である。すでにみたように、現行刑訴法の制定過程においては、「当事者主義」によって検察権強化が正当化されたのであった。

平野の「当事者主義」の歴史的意義を分析する場合、重要な問題となるのは、平野の「当事者主義」によって、「擬似当事者主義」（平野のいう「職権主義」）を克服できるかという点である。

しかし、予知的にいえば、「擬似当事者主義」の論理を、政策的な——それゆえに機能的な——「当事者主義」で克服することは、きわめて困難ということができよう。

以下では、この問題を探究するために、平野刑訴法の各論部分をみていくことにしよう。

〔続きは、大阪経済法科大学法学論集七八号に掲載〕

- (1) 刑事訴訟法基礎理論研究会「團藤重光理論と刑事訴訟法——共同研究・刑事訴訟法の基礎理論(第一回)」龍谷法学四九巻二号(二〇一六年)七九頁以下の斎藤司「刑事訴訟法学の諸理論をめぐって——本研究の解題」など参照。なお、この共同研究によれば「……刑事立法が盛んとなってきたこの時機に、過去の理論的蓄積に対して、思い込みではないかたちで理解を踏まえた上で、現在の問題への対応を考えるという営みには重要な意味があると考ええる」とされ、分析対象として團藤重光、平野龍一、田宮裕、松尾浩也、鈴木茂嗣の刑訴法理論を取り上げ、次のような分析視座が設定されている。すなわち、①分析対象となる論者がどのような制度を思い描いていたのか、その全体像が明らかになるように努める。また、分析対象となる論者の内在的な論理を言語化するように努める。②近時の立法動向にかかわる論点について、どのように考えていたのか、明らかである範囲で触れる。③分析対象となる論者の見解に内在する限界があれば、その限界を浮き彫りにする、というのがそれぞれである。
- (2) たとえば、小田中聰樹「平野刑事訴訟法学の軌跡と真髓」法時七六巻二二号(二〇〇四年)七〇頁以下、「(座談会)平野龍一先生の人と学問」ジュリ二二八一号(二〇〇四年)六頁以下、後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリ二二八一号(二〇〇四年)五八頁以下、鈴木茂嗣「平野龍一博士の刑事訴訟法学」刑法雑誌四五巻二号(二〇〇六年)一三一頁以下、川崎英明・葛野尋之編『リーディングス刑事訴訟法』(二〇一六年)所収の各論考(白取祐司/緑大輔/富田真/伊藤睦)、刑事訴訟法基礎理論研究会「平野龍一理論と刑事訴訟法」近大法学六四巻三〇四号(二〇一七年)一頁以下(辻本典央/野田隼人/緑大輔/南川学/京明)など参照。
- (3) 白取祐司「基礎理論——基本文献・平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』」川崎英明・葛野尋之編・前掲注(2)一五頁など参照。
- (4) 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」法律のひろば六三巻一号(二〇一〇年)八・九頁。



- (5) 後藤昭「戦後改革の完成へ」ジュリ九三〇号（一九八九年）一五三頁以下。
- (6) 「座談会」平野龍一先生の人と学問「前掲注(2)一九頁（酒巻匡発言）。
- (7) 小田中・前掲注(2)七〇頁以下。
- (8) 後藤・前掲注(2)五八頁以下。
- (9) 白取・前掲注(3)一五頁。
- (10) 平野刑法学の歴史的意義については、内田博文「日本刑法学のあゆみと課題」（二〇〇八年）など参照。
- (11) 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）六五頁以下。
- (12) 平野・前掲注(11)七一頁以下。
- (13) 平野・前掲注(11)七二頁。
- (14) 平野龍一「裁判官の客観的良心」ジュリ四八〇号（一九七一年）八三頁以下も参照。
- (15) 平野・前掲注(11)七四頁以下。
- (16) 平野龍一「刑法の機能的考察」同「刑法の機能的考察」（一九八四年）四頁。
- (17) 平野の回顧によれば、「道義ないし倫理を経験的に捉えてみたいという欲求」がその研究生活の基本線であったとされる（平野龍一「研究経過報告」東京大学法学部『研究・教育年報』三号（一九七三—一九七四年）一四二頁以下。また、内藤謙ほか編『平野古稀論文集下巻』（一九九〇年）四三三頁も参照）。「道義」を中核とする小野清一郎の「あるべき規範」による法解釈と比較すれば、多くの示唆が得られるように思われる。
- (18) 平野龍一「刑法・総論Ⅱ」（一九七五年）四〇三頁。なお、この平野の主張は直接的には共謀共同正犯の理論に關するものである。
- (19) 内田博文「戦後のわが国における近代刑法史研究（四）」神戸学院法学一〇巻三号（一九七九年）三三二頁以下など参照。

- (20) 内田・前掲注(10)一六〇頁以下など参照。
- (21) 小田中・前掲注(2)七〇頁以下など参照。また、後藤も、刑訴法については「早い時期に自らの理論体系を構築し、基本的にはそれを変更することがなかった」と評価し、「これは、平野刑法理論が行為無価値論から結果無価値論へと大きな変化を経たのとは対照的である」とする。後藤・前掲注(2)五九頁、同頁注(5)参照。なお、三井誠によれば、平野自身「少し強引だなと思われる箇所はあるかもしれないけれど、刑訴法についてはこの本(法律学全集『刑事訴訟法』(一九五八年)―引用者)で完成した」「公訴権濫用など新しく出てきた問題を少し付け加えれば足り、基本線はこのままでよいのでは」と評価していたようである。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)一五頁(三井誠発言)参照。
- (22) 平野龍一「刑法の判例と刑訴法の判例」別冊ジュリ一号判例百選(一九六五年)六・七頁。
- (23) 平野龍一「刑事訴訟法」(一九五八年)二頁。(以下、平野『刑訴法』と略記)
- (24) 白取・前掲注(3)一〇頁も「平野にとつて当事者主義は、決して『技術的当事者主義』(団藤)ではなく、刑事訴訟『理論』の前提となる『政策』だった」と評価する。また、緑大輔「捜査構造論——基本文献・平野龍一『捜査の構造』」川崎英明・葛野尋之編・前掲注(2)八九頁も「まさに捜査構造論は、当事者主義をベースとした訴訟の構造を前提として、被疑者・被告人の権利の保障を実現するという戦略のために、政策的に主張された理論枠組みだといえよう」と評する。
- (25) 平野龍一「人身の保障——特に刑事手続における——」国家学会雑誌六四卷二二三号(一九五〇年)五九頁。なお、旧漢字・旧かなづかいは現代のものに直した。
- (26) 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」法時三九卷一一号(一九六七年)九一頁など参照。
- (27) 平野龍一「刑事訴訟法の基礎理論」(一九六四年)九頁。(以下、平野『基礎理論』と略記)
- (28) 平野『刑訴法』一九頁。

- (29) 内田・前掲注(10)一六〇頁以下参照。
- (30) 団藤重光『刑事訴訟法綱要』(一九四三年)一四七頁以下参照。
- (31) たとえば、三井誠によれば、「……当初は、当事者主義の語は『当事者追行主義』として使用されていたが、以後捜査段階をはじめいずれの場面でも当事者主義は問題を解決するキー・ワードとして活用された。それに伴い、おのずとその概念内容はいまになった。現在では、構造論・形態論とは離れて、被疑者・被告人の権利保障を強化し、その地位を向上させること自体を当事者主義と呼ぶ所説もある。一種の理念ないし思想であり、これは適正手続主義と同義語的になる。これでよいのか、今一度、原点に返って当事者主義概念の解明が要求されているのである」とされる。田宮裕編『ホーンブック 刑事訴訟法』二九頁(三井誠執筆部分)。また、三井誠「刑事訴訟法の課題(下)」ジュリ七三三号(一九八一年)一九五頁以下の「当事者主義」概念に関する記述も参照。
- (32) 「当事者主義」に関する先行研究として、井戸田侃「最近の刑事訴訟における当事者主義思想——その否定の根拠についての若干の考察——」立命館法学二九〇号(一九五九年)七一頁以下、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)三三頁以下、同「当事者主義と弁護」鴨古稀(一九七九年)五一頁以下、横山・前掲注(26)、久岡・後掲注(33)、青木孝之「現行刑事訴訟法における当事者主義」一橋法学一五卷二号(二〇一六年)五五七頁以下など参照。
- (33) 戦前の「当事者主義」概念を取り上げたものとして、久岡康成「当事者主義と弾劾主義の交錯」立命館法学三〇〇〇〇二〇一〇号(二〇〇五年)四一七頁以下がある。そこでは、明治刑法時代(豊島直道、富田山壽、松倉松太郎、林頼三郎)、大正刑法時代(平沼騏一郎、宮本英脩、牧野英一、小野清一郎、団藤重光)の弾劾主義ないし「当事者主義」概念が分析される。本稿では、戦前の刑法学に到達点である小野・団藤理論のみ検討することにする。
- (34) 小野清一郎『刑事訴訟法講義第三版』(一九三八年)一四〇頁以下。
- (35) 団藤・前掲注(30)一四七頁以下参照。

- (36) 松尾浩也「刑事訴訟法を学ぶ〔第六回〕」法教一二号（一九八一年）四六頁。
- (37) 松尾・前掲注(36)四五頁など参照。
- (38) 松尾・前掲注(36)四六頁。
- (39) 小野清一郎「司法制度改革新論——予審廃止を中心として——」同『法学評論上』（一九三八年）二六一頁以下（初出は一九三七年）。なお、青木・前掲注(32)五七〇頁によれば、次のように評価される。「被告人の権利保護を一定程度重視することによって訴訟追行を当事者主義化し、もって公判審理を活性化しようとする動き、すなわち、大陸法派（団藤、平場ら）が技術的当事者主義と呼ぶ意味における当事者主義への指向は、戦前から存在していた……。例えば、小野清一郎は、治安維持・思想統制に傾斜した世相の下、違警罪即決例や行政検束が活用されて国民の人権が蹂躪される事態を憂慮し、予審のもつ強制捜査権限を検察官に委譲し、捜査手続規定を整備して捜査権限の濫用を防止するとともに、公判における弾劾構造を明らかにすべきであると説いていた。このように、公判の形式的な構成原理としての当事者主義は、被訴追者の権利保護に資するものとして、戦前から意識されていた。そこに、敗戦に伴う法大系の大変革が生じ、日本国憲法及び現行刑事訴訟法が制定されて、大陸法的な基盤の上に英米法的な色彩の強い当事者主義原理が継受されたのである。しかし、継受されたはずの本来的な当事者主義は、結果として十分根付かなかった。わが国の刑事司法の根底には、捜査段階で作成された供述調書を中心とする書証を公判審理で逐一吟味することによって、細かな情状事実に至るまで事実関係の解明を指向する、精密司法と呼ばれる手法が岩盤のように存在する。弾劾的捜査観や集中審理の箇所で言及したとおり、そのような手法に慣れ親しんだ実務法曹は、揺り戻しのよりに精密司法を指向して擬似的当事者主義に埋没し、本来的な当事者主義は、いつしか換骨奪胎されて、根付くことはなかったのである。」
- (40) 小野清一郎「予審制度の根本的改革に付て」同『法学評論上』（一九三八年）三〇〇頁（初出は一九三五年）。
- (41) 三井誠「戦後刑事手続の軌跡」『岩波講座・現代の法5』（一九九七年）六七頁以下によれば、新刑事訴訟法の特

色として「憲法化」「アメリカ法化」「当事者主義化」「捜査の適正化」の四点が挙げられる。

- (42) 小野清一郎『新刑事訴訟法概論』(一九四八年)三一、三四頁。
- (43) 司法研修所『新刑訴における職権主義と当事者主義との限界について』裁判官特別研究叢書三六号(一九四七年)二・三頁。また、團藤『新刑事訴訟法綱要』(一九四八年)六二頁によれば、「刑事手続における当事者訴訟の構造は、単に被告人の保護を目的とする技術的当事者構成(コーレル)だともいえる」ともされる。
- (44) 松尾・前掲注(36)四六頁など参照。
- (45) 松尾・前掲注(32)「当事者主義と弁護」五四頁以下など参照。
- (46) 小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(一九七六年)五四頁以下など参照。
- (47) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」団藤古稀四卷(一九八五年)四一〇頁。
- (48) 拙稿「刑事証拠法の比較歴史法研究(3)——現行証拠法の系譜——」神戸学院法学四三卷三号(二〇一四年)二二九頁以下参照。
- (49) たとえば、団藤重光・松尾浩也ほか「座談会・刑事訴訟法の制定過程」ジュリ五五一号(一九七四年)五〇頁(羽山忠弘発言)など参照。
- (50) 松尾浩也「刑事訴訟の日本の特色」曹時四六卷七号(一九九四年)一九頁。
- (51) 第二回国会衆議院議員司法委員会議事録二二二号(昭和二十三年五月二八日)二三頁以下参照。なお、鈴木によれば、予審を廃止し「新憲法の要求する最小限度の手段」した刑訴応急措置法が「殊に犯罪捜査の部門において、一大変革をもたらした」と評価されている。
- (52) 第二回国会衆議院議員司法委員会議事録二四号(昭和二十三年六月四日)三頁以下(猪俣浩三委員及び野木新一政府委員・法務庁事務官の発言)参照。
- (53) 第二回国会衆議院議員司法委員会議事録二九号(昭和二十三年六月一〇日)一頁(佐瀬昌三委員及び木内曾益政府

委員・検務長官の発言」参照。

(54) 松尾浩也「刑事裁判の経年変化」平野古稀下巻（一九九一年）三三二頁以下。

(55) 平野『刑訴法』一六頁。

(56) 松尾浩也・田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（一九六六年）など参照。

(57) 平野『刑訴法』二頁以下。

(58) 松尾・前掲注(50)二四頁以下の記述も参照。

(59) 平野「人身の保障——特に刑事手続における——」国家学会雑誌六四卷二二三号（一九五〇年）③七頁以下参照。

【追記】脱稿後、後藤昭「精密司法と疑似当事者主義」刑事法ジャーナル五六号（二〇一八年）二八頁以下に接した。後藤も、次のように説く。

「現行刑訴の制定過程からは、戦前の『司法制度革新論』の延長である検察官権限の強化が基調になっていたことがうかがえる。松尾先生は私に、『平野説のまぶしさによって見えなかつた旧法との連続性に気づいた』という趣旨を語ったことがある」（同二九頁。なお、同頁註(10)によれば「これは、平野がこのような連続性を見落としていたという意味ではない。むしろ連続性を意識していたからこそ、弾劾的捜査構造論という理論によってそれを乗り越えようとしたと見るべきであろう」とされる。「疑似当事者主義の概念は、一般にはあまり注目されていない。松尾説自体も疑似当事者主義の観点を広く展開してはいない。しかし、この概念は、日本で当事者主義化と呼ばれた変化の実質が、検察官の権限強化であったのではないかという独自の視点を与える」（同三一頁）。