

平野龍一理論と刑事訴訟法

——共同研究・刑事訴訟法の基礎理論（第2回）

刑事訴訟法基礎理論研究会

解題 刑事訴訟法学の諸理論をめぐって（辻本典央）

第1編 平野理論と刑事捜査法（野田隼人）

第2編 平野理論と刑事公判法（緑大輔）

第3編 平野龍一博士の刑事証拠法理論（南川学）

第4編 平野龍一博士の控訴審構造論（京明）

刑事訴訟法学の諸理論をめぐって——本共同研究の解題

辻本典央（近畿大学法学部教授）

本稿は、刑事法学の大家である平野龍一博士が残された刑事訴訟法理論について、4名の執筆者によりパートを分担して平野理論が現在の刑事訴訟実務にどのような影響を与えているかという観点から執筆されたものである。もとより、各パートは、執筆者の責任で執筆されたものであるが、それぞれに、研究会での討議が反映されている。本研究会としては、既に、團藤重光博士の刑事訴訟法理論を検討したものを龍谷法学誌（49巻2号）で公刊しているが、本誌においてそれを引き継いで連載を行うものである（以下、田宮裕博士、松尾浩也教授、鈴木茂嗣教授の理論を検討する予定である）。研究会の詳細や目的などについては、斎藤司教授が前掲誌で執筆された解題をご参照願いたい。

【文献凡例】

本稿では、平野龍一博士の主要な著作について、以下のとおり略語で記すことにした。

平野・刑訴 『刑事訴訟法』（有斐閣・法律学全集，1958年）

平野・基礎理論 『刑事訴訟法の基礎理論』（日本評論社，1964年）

平野・訴因と証拠 『訴因と証拠』（有斐閣，1981年）

平野・裁判と上訴 『裁判と上訴』（有斐閣，1982年）

平野・機能的考察 『刑法の機能的考察』（有斐閣，1984年）

第1編 平野龍一理論と刑事捜査法

野田 隼人

(弁護士、滋賀弁護士会)

I. はじめに

本稿では、平野龍一博士の理論のうち、捜査法に関するものについて述べる。

とはいうものの、平野龍一博士の理論を相対化して語ることは難しい。平野理論はほとんど全ての学説と多くの判例実務に影響を与え、現役の法律家のほぼ全員がその存在を所与のものとして刑訴法を学んできた。それゆえに、平野理論の特質とされるものの多くは多くの研究者と実務法曹にとって刑訴法の「常識」として認識されるに至っており、現在の刑事訴訟法規範そのものと平野理論とを切り放すことは殆ど不可能である。

したがって、平野理論の特質について述べるためには、平野理論以前の状況を平野博士がどのように認識していたかについて触れることから始めなければならない。

II. 平野理論と捜査法

1. 團藤理論の存在

周知のとおり、平野理論の前には團藤重光博士による團藤理論があった。團藤博士は「基礎理論」を戦前の旧刑訴法の時代に完成された。それは、動的発展的な訴訟過程を訴訟の実体面と手続面とに分けて分析するというものであって、職権主義刑事訴訟を基礎として構築され、「職権主義か当事者主義か」ということは、訴訟の発展過程の純理論的分析には関係がな

い。」⁽¹⁾との言葉に現れるように、その「基礎理論」は戦後刑訴法のとる政策的目的の如何にかかわらず、その分析においても通用するものと位置付けられていた。

2. 平野理論における政策と理論の関係

團藤理論に対して、平野博士は次のように論じた。

「法律という世界に、実践的な目的からまったくはなれた純粹の理論というものがありうるか、わたくしは疑問だと思います。法律学は眞実を発見しようとする科学ではなく、社会統制のための技術なのです。たとえば、刑法の世界には、「構成要件の理論」とか「目的行為論」とかいう理論があります。これらの理論は非常に精密にできていて、一見「理論そのもの」であるかのようにみえます。しかしこれらの理論がおのおの一定の実践的な目的をもつものであることは、すでに明らかにされているところだといっていいいでしょう。訴訟法でも一定の理論は一定の政策的な目的に奉仕するものであることに変わりはないのです。理論が強固であり一貫していればいるほど、一見政策とは無関係で理論それ自体であるかのように見えます。しかし、実は、より強く、大きな政策的目的に奉仕しているのです。それは、このような理論が確立されると、めまぐるしい一時の便宜的な目的によって右往左往することが、それだけ少なくなり、大きな政策目的の達成に、支障が少なくなるからです。したがって、その大きな政策的目的が変わってくれば、基礎理論も多かれ少なかれその影響を受けざるをえないでしょう。そして逆に、基礎理論を変えないと、新しい政策的な目的の達成が妨げられることにもなりかねません。それでわたくしは、旧刑事訴訟法のもとでつくられた基礎理論は、現行法のもとでもう一度考えなおしてみる必要があると思うのです。」

(1) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要 七訂版』（創文社、1967年）140頁。

(平野『刑事訴訟法の基礎理論』2頁・日本評論社・第1版・1964年)

すなわち、團藤博士は旧刑訴、戦時刑訴、現行刑訴に通底する政策目的か離れた「基礎理論」を構築したのに対して、平野博士は現行刑訴法が採用する政策目的を実現するための基礎理論を志向したのである。

3. 平野理論の政策的基礎としての当事者主義

ここで実現されるべき政策目的、すなわち、刑事訴訟の目的は「被告人の人権を護りつつ、迅速確実に犯罪事実の存否を明らかにすること」であるところ、これをよく達成する方途として平野博士は何を掲げたか。平野博士は、「現在ではとくに訴訟を職権主義的にしたのがいいか当事者主義にしたのがいいかが政策的議論の中心になっています。」⁽²⁾と述べた上で、旧刑訴と新刑訴の政策的な目的の違いは「現行法が、旧法の職権主義を捨てて、当事者主義をとったことにあります。」と断じた。

今日では、「現在、現行刑事訴訟法が当事者主義を表現していることを疑う者は少ないであろう。それはほとんど刑訴法学の常識である。」⁽³⁾と評されるに至っているが、平野博士が現行刑訴の訴訟構造が（単なる形式にとどまらない一定の意味を持つ）当事者主義であるとした時点において、これは紛れもなく主張であった。

対する團藤博士は次のように述べている。

「しかし、刑罰権の実現は、もともと、国家的な問題である。むろん、国家機関としての検察官が原告間となって、国家としての立場から公訴を提起するものではあるが、審判の主体としての裁判所もまた国家機関であって、刑罰権の実現に積極的な関心をもたなければならないのは当然である。かようにして、刑事裁判については、職権主義は本質的なものであるとい

(2) 平野・基礎理論1頁。

(3) 後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリスト1281号（2004年）59頁。

わなければならない。新法では当事者主義が強調されることになったが、その背後にはつねに職権主義がひそんでおり、必要なときにはそれが表面にあらわれて来るのである。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、刑事裁判の本質をあやまるものだといわなければならない。かような意味で、刑事訴訟は職権主義の内容を当事者主義の形式に盛ったものだといえることができる。』⁽⁴⁾

なぜ、平野博士は当事者主義によることとしたか。平野博士は次のように述べる。

「民主主義のもとでものご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いのであって、とらわれない気持で、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の反映が、当事者主義にはほかならないのです。

これに対して、職権主義は、国家機関である裁判所はつねに良心的であり、まちがいのない判断をすることができるものだという国家への信頼を前提としているといってもいいでしょう。その意味では職権主義の訴訟は、国家主義的な考え方の現れだといえることができます。旧憲法から新憲法へのうつりかわりとともに訴訟が職権主義から当事者主義になったのも、このような深い理由にもとづくものなのです。』⁽⁵⁾

すなわち平野博士は当事者主義を、国家主義を脱して民主主義を採用した日本国憲法の要請であり、その精神の訴訟への現れと位置付けた。そして、当事者主義によることによって、「被告人の人権が保障され、その自由が尊重され」、「真実の発見にも役立つ」⁽⁶⁾ものとして、当事者主義の刑事手続

(4) 團藤・前掲書88頁。

(5) 平野・基礎理論9頁。

(6) 平野・刑訴18頁。

を前提とする基礎理論の構築を行った。

4. 弾劾的捜査観

新憲法の要請であり精神の現れと論じられる当事者主義は、捜査法においてどのようにあらわれるか。

平野博士は、当事者主義が公判過程の構造を規定するのと同様に、捜査の構造をも規定するものであるという。そして、現行刑訴法について、「捜査の構造については、全く対照的な考がある。一つは、糾問的捜査観ともいうべきもので、他は、弾劾的捜査観ともいうべきものである。前者によれば、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あって、強制が認められるのもそのためである。ただ、その濫用をさけるために、裁判所または裁判官による抑制が行われる。このようにして、捜査はある程度法律化され、当事者主義の萌芽がみられることになる。これに対し、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。強制は、将来行われる裁判のために、裁判所が行うだけである。当事者は、その強制処分の結果を利用するにすぎない。ただ、検察官・司法警察の発達とともに、ある限度で、強制の処分を検察官・司法警察職員に委ねる傾向が生ずる。そこで、結果において、この二つの形態は接近してくる。わが法も、この接近した構造をとっている。」⁽⁷⁾

と述べ、当事者主義の現れとして弾劾的捜査観がとられることを主張する⁽⁸⁾。

(7) 平野・刑訴84頁。

(8) なお、職権主義・当事者主義とは別個に糾問的捜査観・弾劾的捜査観という術語を要した点の分析につき、松尾浩也『刑事訴訟の原理』（東京大学出版会、1974年）334頁。従前の職権主義・当事者主義という考え方自体が、公訴提起以後の手続段階に主眼を置くもので、捜査に対する配慮が希薄化されてしまう状

この点がより明確に言明されるのは1974年の「捜査の構造」^⑨においてである。

「こういうふうに逮捕とか、押収、捜索について考えますと、結局捜査という場合にも、やはり、公判において裁判官と検察官と被告人とが、いわば三角の関係で両当事者と第三者である裁判所という形で訴訟ができてい
るのと同じような意味で、捜査の段階においても、やはり検察官と被疑者、
弁護人というのは対立した当事者という形をとり、その各々は捜査の段階
では独自の立場で自分の訴訟の準備をやるわけです。ただ、両方が接触す
る、すなわち強制処分が必要がある、強制的に証拠を集める必要がある、
あるいは被疑者の身柄を確保する必要があるという場合には裁判官がでて
きてやる。すなわち、捜査の段階における裁判所あるいは裁判官の関与と
いうのは、強制的な措置を必要とする限度において出てくるわけですが
ども、しかしその限度においては、やはり当事者主義的な構造をもってい
るんじゃないか。それが捜査の基本構造ではないかと考えられるのです。」

極めて雑な表現をすれば、平野博士は民事手続における訴訟活動が個々の当事者の独立した活動であるように、また、民事手続における強制執行が債権者の申立を受けた裁判所の役割とされるのと同様に、刑事手続における準備活動は当事者の個々の活動であり、強制処分は検察官の申出を受けた裁判所の権限発動の形式によることを志向した。

5. 「個々の規定の解釈」

では、弾劾的捜査観は個別規定の解釈ひいてはその適用にどのような帰結をもたらすか。

ㄨ 況のなかで、捜査そのものの支配原理を探求しようとする努力の成果であるとする。

⑨ 平野龍一「捜査の構造」法学教室第二期6号（1974年）84頁。

平野博士は「基本的にどちらの捜査観を前提とするかによって、個々の規定の解釈にも、大きな差異が生まれるのである。」⁽¹⁰⁾とし、差異を生じる具体例として①令状の性質と②被疑者の取調べの2つの例をあげる。

令状の性質については、「憲法が令状主義をとったのは、裁判官だけが強制処分ができるとしたもので、令状は当然に命令状であることが予定されている。」とのべて、これを命令状であるとし、引き続き

「ところが法は、逮捕状・搜索差押令状を許可状とした。これが、逮捕するのは、本来、捜査機関であって、裁判所はその濫用を防ぐために、令状でこれを抑制する趣旨だとするならば憲法の正しい解釈ではない。逮捕の許可とは、事情が変更したならば逮捕しなくてもよいという条件付の命令だと解しなければならない。逮捕状の発付に際して、裁判官が逮捕の必要性を判断できるかどうか、この点に関係する。憲法の趣旨からすれば、裁判官が自ら逮捕するのであるから、逮捕の必要性についても、裁判官が責任を負うべきである。糾問的捜査観からすれば、裁判官が審査するのは、裁判官の審査に適する形式的な合法性、すなわち犯罪の嫌疑の有無だけで、逮捕の必要性というような合目的な事項は審査すべきではないことになろう。」⁽¹¹⁾

と述べて、令状を許可状とする現行刑訴法の不徹底を指摘した上で、これを解釈によって克服すべきことを主張し、糾問的捜査観によることの不都合を指摘した。

被疑者の取調については、

「糾問的捜査観では、捜査は被疑者の取調のための手続であるから、供述を直接に強要することはできないにしても、それ以外の強制は、この取調を目的として行われる。逮捕・勾留もそのためである。しかし、弾劾的捜

(10) 平野・刑訴84頁。

(11) 平野・刑訴84頁。

査観からすれば、逮捕・勾留は、将来公判廷へ出頭させるためであって、取調のためではない。この点についても、法の規定は明確を欠く。しかし、われわれは、憲法の趣旨に従って、これを解釈しなければならない。」⁽¹²⁾ として、弾劾的捜査観によって取調受忍義務を否定しつつ、これを肯定し得る現行刑訴法の不徹底を指摘して、やはり、これを解釈によって克服すべきことを主張した。

このように、訴訟構造としての当事者主義、その捜査段階における現れとしての弾劾的捜査観から演繹的に個別の問題に関する解決を与える、そしてときに刑訴法の法文を不完全と評しつつも当事者主義あるいは弾劾的捜査観の観念によってこれを乗り越えるという論証が平野博士の捜査法に関する議論における定式となっている。

6. 起訴基準に関するあっさり起訴論

捜査法そのものではないが、平野理論において捜査法に密接に関連する事項として検討を要する事項として、起訴の基準に関する議論がある。

平野博士は、「刑事訴訟の促進の二つの方法」⁽¹³⁾において1961年頃の0.3パーセントから0.4パーセントとされる無罪率を前提に、このような状況は無罪判決こそ避けられるものの、「無罪の判決を受けて面目を失することをおそれるのあまり有罪とすべきものをしなかった」という事態を生じかねず治安維持の活動に忠実ではないのではないか、という批判を甘受しなければならず、他方で「治安維持の責任をも同時に果たそうとするならば、」「被疑者に対する強制処分も強化せざるをえないし、好ましくない結果も出てくる。」と指摘した。そして、これに対する解決として「それで、何はともあれ、裁判所に連れてゆき、ある程度の無罪はがまんするという

(12) 平野・刑訴84頁。

(13) 平野龍一「刑事訴訟促進の二つの方法」ジュリスト227号（1961年）8頁。

方法をとることによって、人権を保障しつつしかもある面ではむしろ治安の維持に役立つのである。」とする、いわゆるあっさり起訴論を提唱した。これは、弾劾的捜査観を実現する、より具体的には被疑者・被告人を早期に捜査対象となる負担から解放しつつ、事実の認定を早期に中立の裁判所に委ねるための必要条件であるといえる。

Ⅲ. 平野理論の評価

1. 平野捜査理論に対する学説の評価

平野理論の影響について、後藤教授は次のように述べる。

「平野理論は、その後の刑事訴訟法学説に対して圧倒的な影響を与えた。当事者主義による現行法の理解は、通説となり、平野理論の具体的帰結の多くも、広く学説によって受け入れられた。」⁽¹⁴⁾

しかしながらこれに引き続き、

「基本的に平野理論を受容した学説も、平野説の具体的な帰結をすべて受け入れたわけではない。そして平野説に対する後の学説の対応を見るためには、何が受け入れられてなかったかを確認することが重要である。」⁽¹⁵⁾

として、受け入れられなかった帰結として別件逮捕論における別件基準説、令状は命令状であるとする令状の性質論、公訴提起に必要な嫌疑の程度に関するあっさり起訴論を挙げる。⁽¹⁶⁾

また、田口教授は次のように述べる。

「平野理論は、戦後の新たな刑事訴訟法学に理路的枠組みを提供し、多くの論者の賛同を得ることとなったが、他方において、とくにその捜査構造論（弾劾的捜査観）は刑事司法の実務とりわけ捜査と公訴に対して期待さ

(14) 後藤・前掲注(3)61頁。

(15) 後藤・前掲注(3)61頁。

(16) 後藤・前掲注(3)62頁。

れたほど大きな影響を及ぼし得なかった。」⁽¹⁷⁾

多くの学説は特に捜査法の領域において、現行刑事訴訟法に対し平野博士の提起した問題点を認識しつつも、個別の論点あるいは現実の事案に対する結論の妥当性を追って、あるいはその他の理由により平野説の帰結を容れなかったのである。

2. 平野捜査理論に対する裁判所の評価

平野捜査理論、とくに弾劾的捜査観の帰結は裁判所には受け入れられていない。

①違法捜査に対する裁判官の令状発付を争う国家賠償請求訴訟において、裁判所はこれを許可状であることを前提とした判断をしている（もっとも、許可状であることを前提とし、処分実施主体である捜査機関を一次的な責任主体とする原告の請求原因の立て方に依存するものとも言える。）。

②取調べについても、最高裁大法廷平成11年3月24日判決が、「所論は、憲法三八条一項が何人も自己に不利益な供述を強要されない旨を定めていることを根拠に、逮捕、勾留中の被疑者には捜査機関による取調べを受忍する義務はなく、刑訴法一九八条一項ただし書の規定は、それが逮捕、勾留中の被疑者に対し取調べ受忍義務を定めているとすると違憲であって、被疑者が望むならいつでも取調べを中断しなければならないから、被疑者の取調べは接見交通権の行使を制限する理由にはおよそならないという。しかし、身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものでないことは明らかであるから、この点についての所論は、前提を欠き、採用することができな

(17) 田口守一「刑事訴訟法の基礎理論」『刑事訴訟法の争点 第3版』（2002年）11頁。

い。」

と述べて、取調べ受忍義務（出頭滞留義務）を認めている。

また、青年法律家協会の研究会に所属する裁判官が平野理論を令状実務で実践しようとする動きがあったが、こうした動きも「1970年代に入ってストップし、それ以上には展開しないままに終わって」しまったとされる⁽⁸⁾。

3. 平野捜査理論に対する検察官の評価

平野捜査理論、とくに弾劾的捜査観は検察官には受け入れなかった。だが、無視もされず、これを論駁する幾つかの論考があらわれた。その主要な論者は出射義夫検事であったが、結局は政策目的の相違に帰着するものであって、筆者の見るところその論駁は成功しなかった。しかし、そうではあったが、検察実務は平野理論を容れなかった。

4. 平野捜査理論に対する弁護士の評価

後藤教授は、「おそらく平野理論をもっとも歓迎したのは、弁護士層であろう。接見交通権論、代用監獄問題、調書裁判批判、最近では取調べの可視化論などにおいて、弁護人側の論理の基礎には平野理論がある。」⁽⁹⁾と評価する。

もちろん個々の弁護士の活動において、特定の理論によることは必然ではなく、ときどきに異なった立場をとることは考えられるが、少なくとも日弁連の見解は大幅に平野捜査理論に依拠している。

日弁連は、接見交通権論について、これを黙秘権と当事者主義を実質化するためと立論した⁽¹⁰⁾。代用監獄問題に対しては、取調べを目的とする拘束で

(8) 松尾浩也ほか「平野龍一先生の人と学問」ジュリスト1281号20頁〔小田中聰樹発言〕（2004年）。

(9) 後藤・前掲注(3)63頁。

(10) 日本弁護士連合会「刑事裁判に関する決議」昭和56年9月26日。



あって現行法の予定する規整に反するとしてその解決を求め続けている²¹⁾。近年、日弁連が取り組んできた一大テーマである取調の可視化は、1986年に「この見解（平野博士による弾劾的捜査観※筆者注）は、理論的には筋が通っているものの、やや理念的で、取調べ実務を動かすためには、より実践的な切り口が必要であると思われました。そこで、打開策の1つとして、端的に取調べ自体を可視化、客観化することがまずは喫緊事ではないかと提言してみました。」²²⁾として提案された平野捜査理論なしにありえなかったものであり、また、2003年までに日弁連が可視化請求を被疑者の権利として構成するに至った思考²³⁾も捜査構造論とは無関係と論じつつも弾劾的捜査観なくしてはありえなかった²⁴⁾。

2014年には、捜査段階において裁判所が関与する令状審査の場面において、裁判所が記録を整備することで令状裁判についても可能な範囲で弾劾化を求めるに至っている²⁵⁾。

↘ (http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/1981/1981_2.html, 2016年12月22日最終閲覧)

21) 日本弁護士連合会「第40回定期総会・拘禁二法案に反対する宣言」1989（平成元）年5月27日。

(http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/assembly_resolution/year/1989/1989_1.html, 2016年12月22日最終閲覧)

22) 大澤裕ほか「検察改革と新しい刑事司法制度の展望」ジュリスト1429号12頁〔三井誠発言〕（2011年）。

23) http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/2003/2003_1.html

24) なお、取調べの可視化の作用に着目して、取調べの可視化が捜査の構造と関連を有しないとの見解に筆者は反対である。将来の公判における供述の任意性立証の必要を理由とする被疑者・被告人の具体的請求権が憲法の各条項に由来して捜査段階に存在するという観念自体が弾劾的捜査観の帰結というべきだからである。

25) 日本弁護士連合会「捜査段階で裁判所が関与する手続の記録の整備に関する意見書」2014（平成26）年5月8日。（http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2014/opinion_140508_2.pdf, 2016年12月22日最終閲覧）

加えて、日弁連法科大学院センターの提案する法科大学院教育の到達目標において、「我が国の刑事訴訟法は当事者主義を採用し、公判審理のみならず、捜査過程も捜査機関の行う強制処分には裁判官の発する令状を要求するなど、当事者主義的捜査構造（弾劾主義的捜査構造）を採用している。」²⁶⁾としている。

日弁連は、平野捜査理論の基本的視座を、個別事案の解決の指針とし、立法提案の拠り所とし、法曹養成をもその基本的考え方によることを提唱しているのである。

IV. 弁護人から見る平野捜査理論の現在の意義～勾留を例として

平野博士が古くに問題を指摘し、その解決を志向した幾つかの問題点は今日も解決しておらず、その範囲において平野捜査理論の意義はそのまま存在していると言える。その典型は勾留の問題であろう。

弁護人の立場から見るに、刑事手続による被疑者・被告人にとっての最大の不利益は身体の拘束である。有罪の判決による刑の執行であればともかくとして、無罪推定を受ける被疑者・被告人の勾留についてはしばしば疑問を生じ、その疑問は特に有罪を自認するがほぼ確実に執行猶予判決が見込まれる被告人において大きい。

2016年10月31日、産経新聞により勾留請求却下率が平成17年と同27年の対比で大幅に上昇していること及び却下率に大きな地域格差があることが報じられた²⁷⁾。東京では却下率が1・33パーセントから8・57パーセント

²⁶⁾ 日本弁護士連合会法科大学院センター『『刑事訴訟実務の基礎』の到達目標（最終案）』2010年1月20日。（<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/committee/training/data/100120.pdf>, 2016年12月22日最終閲覧）

²⁷⁾ 「容疑者の身柄拘束にナゾの地域格差…勾留請求却下率は東京8％、大阪2％、名古屋1％」産経 WEST 2016年10月31日。（<http://www.sankei.com/west/news/161031/wst1610310011-n1.html>, 2016年12月22日最終閲覧）

まで上昇したが、大阪は0.13パーセントから2・06パーセントの変化に留まっているという。東京と大阪とで同一の法に基づく勾留請求却下率について4倍の格差を生じる理由が、裁判所の勾留状発付基準の差異にあるとしても、検察官の勾留請求基準の差異にあるとしても、いずれにせよ問題である。

しかし、この問題は近時に始まったものではない。既に1968年には東京地裁の勾留部所属裁判官の却下率と公判部所属裁判官の令状却下率との間に差があることが統計的に知られていた²⁸⁾。関連して「地方の大多数の裁判所では、裁判官が民事・刑事を問わず、裁判事務の傍ら、令状事務を取り扱うようになっていきますから、とかく片手間仕事になりがちです。その結果は、令状事務を本腰を入れて十分研究して決定をするという態度よりも、まあまあいずれ公判になったら慎重に犯罪の成否を判断することになるのだから、差当たり勾留をして取調べをして貰う方がよいだろうというイージーゴーイングの態度になり易いようです。」²⁹⁾との指摘がされていた。

勾留状の発付について、裁判官の判断がある程度ばらつくことは制度的に予定されているが、4倍の格差が容認されいるとは考えられない。このような格差を是正するという点において平野捜査理論は今日においても2つの意味をもつと思われる。

1つは、現行刑訴法が英米法的な捜査制度を取りながら、大陸法的に「罪証隠滅のおそれ」を勾留の必要性の要件としており、かつ、その判断の標準が不明確であることへの批判³⁰⁾である。この点が、「勾留を被疑者取調のために用いる手がかり」となっているのであるから、立法論としては

²⁸⁾ 泉徳治「勾留実務の実証的研究」司法研修所論集1968年Ⅰ。

²⁹⁾ 熊谷弘「令状事務処理の基調 新任裁判官の門出にあたって」232号（1969年）27頁。

³⁰⁾ 平野・刑訴100頁。

罪証隠滅のおそれを要件から外す方向を志向することが考えられ、解釈論としてはその内実を明確にすることを求めることとなる。これらによって裁判官による判断のばらつきが縮小し、結果的に無用の身体拘束が避けられることとなる。これが平野捜査理論の帰結である。

もう1つは、弾劾的捜査観によって、弁護人がこの格差を是正するために活動をすること、具体的には勾留要件立証を弾劾する活動を行い、裁判所の判断に違法・不当の点があればこれを争うことである。勾留に関する地域格差については弁護人の活動によって是正しうところがあるはずである。弾劾的捜査観による場合、一方当事者の補佐人たる弁護人は、被疑者・被告人の権利を擁護し、真実の発見に資するために十分に闘争的でない限りならぬこととなるのが平野捜査理論の帰結である。

以上のとおり、勾留の場面における平野捜査理論の指摘の2点は、今日においてもその意義を変えていないというべきである。

V. おわりに

ここまで、「当事者主義」あるいは「弾劾的捜査観」を中心に平野捜査理論について検討してきた。平野捜査理論の完成後、刑事訴訟法は幾度かの改正を経てきたが、平野博士が批判した捜査を巡る状況は大きくは変わっていないと言えよう。他方で、技術の進展や市民の意識変化により、新たな捜査のあり方が立法をも含めて検討される状況にある。これら立法についても、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ないといえよう。

第2編 平野龍一理論と刑事公判法

緑 大輔

(一橋大学大学院法学研究科准教授)

I. はじめに

刑法学における平野龍一理論の特徴に関して、次のような逸話が紹介されている(以下、各引用中の強調部分は引用者による)。

「團藤理論のもう一つの柱は定型説である。その一例として先生は教唆の未遂の不可罰性を刑法43条(未遂犯)にいう『実行』の文言には、修正構成要件である共犯行為は含まれないという文理解釈により形式的に基礎づけ、教唆の未遂を肯定する新派の考え方を否定された。私は、実質的な論拠から否定説をとる平野説との対比において、その趣旨をお尋ねしたことがある。その時に團藤先生が言われたのは、『平野君の考えは、平野君だからいいんです。牧野先生みたいな人が出てきたら、とんでもないことになりますよ』というものであった。私はその時に初めて定型説の神髄を理解できたような気がしたのであった。』⁽¹⁾

少なくとも、刑事訴訟法学における團藤重光理論は、時代状況の変化が激しい中で、「変わらないもの」あるいは「変わるべきではないもの」を見出す営みだったように思われる⁽²⁾。厳密な検証のためには刑法学の知見を要するが、刑法学における定型説も、時代状況の変化に耐えうる理論的枠組みを追究した結果として主張された面があったのかも知れない。

(1) 西田典之「團藤先生の思い出」論究ジュリスト4号(2013年)1頁。

(2) 緑大輔「團藤重光理論と刑事証拠法」龍谷法学49巻2号(2017年)135頁以下、136-137頁、156-157頁。

他方で、上のように刑法学の文脈で語られた平野理論の特徴は、刑訴法理論においても通底するのではないか——というのが、本稿の抱く問題意識である。すなわち、「変化」の可能性を大幅に取り込んだ理論的な枠組みに特色があり、それが基礎理論や解釈論に投影されているという問題意識である。本稿はこの問題意識を抱きつつ、平野理論のうち刑事公判手続に関する部分の特徴を瞥見した上で（Ⅱ）、平野理論が公判に関する領域でもっとも学説・実務に影響を与えた領域の1つである訴因論を概観する（Ⅲ）。その上で、公判の領域において立法論にかかわる示唆を得られる部分を抽出し、検討する（Ⅳ）⁽³⁾。

Ⅱ. 平野理論と公判法

1. 基礎理論と政策

(1) 政策優位の基礎理論

團藤理論は、訴訟の過程を実体面と手続面の2つに分けて訴訟行為と訴訟状態の関係を分析した。これに対して、平野理論は、訴訟追行過程・実体過程・手続過程の3つに分けて分析した点に特徴がある。自らの見解と團藤理論とを対比して、以下のように説明している。

「このように訴訟を3個の過程に分ける見解に対して、訴訟を実体面と手続面の2個に分ける見解がある。この見解によれば、実体面とは、嫌疑が発展してゆく過程である。起訴状すなわち訴因は、手続面に属するものであって、実体面を手続に反映させたものであるにすぎない。訴因の変更や命令も、単に手続上のものになってしまう。このような見解は、嫌疑が審判の対象であるとする、職権主義的な訴訟の分析としては適当

(3) 平野理論における捜査構造論と公訴権の関係については、別の機会に論じた。緑大輔「捜査構造論」川崎英明ほか編『リーディングス刑事訴訟法』（法律文化社、2016年）85頁以下を参照。

であるかもしれない。しかし、訴因を主張と解することによって、はじめて、裁判所と検察官とは遮断され、当事者主義的な、予断に基づかない裁判が期待できる。そのためには、訴因の過程を、実体の過程と切り離された、しかも単なる手続ではない、一つの過程として取り上げる必要がある。……実体面と手続面の区別は、専ら理論的な区別であって、当事者主義であるか、職権主義であるかによって、この区別自体が変化するものではなく、実体面も手続面もあるいは当事者主義的であり、あるいは職権主義的でありうる、と主張される。しかし、訴訟が当事者主義化することによって、訴訟の理論的な構造が変化したときには、それに応ずる理論的な区別がなされなければならない。のみならず手続面は、すべて均一の当事者主義に支配されるわけではなく、訴訟追行過程（訴因の変更と形式的挙証責任）が、当事者主義と職権主義の衝突する最も重要な面であるから、この点を他の手続と区別しておくことが、訴訟の構造的理解にとって必要なのである。」⁽⁴⁾

以上のような説明は、昭和刑事訴訟法が大正刑事訴訟法に比べて当事者主義化されたことを前提とした上で、訴訟の過程にかかわる基礎理論も変動し、訴訟追行面も独自の意義を有するに至ったというものである。この説明は、確かに起訴状一本主義、そして検察官の主張としての「訴因」を明確に位置付けるといえる。

このように、基礎理論に時代の変化を組み込むことを躊躇しなかった平野理論は、戦後の変革を積極的に受け入れ、その変革を最大限活かそうとしたと考えられる。そのことは、周知のように「政策」を基礎とした理論を構築しようとした点にも表れている。平野理論は、政策目的に資するために理論を構築するという命題を提示したのである。

「法律という世界に、実践的な目的からまったくはなれた純粹の理論と

(4) 平野・刑訴29頁以下。

いうものがありうるのか、わたくしは疑問だと思います。法律学は**真実**を発見しようとする科学ではなく、**社会統制のための技術**なのです。たとえば刑法の世界には、「構成要件の理論」とか「目的的行为論」とかいう理論があります。これらの理論は非常に精密にできていて、一見「理論そのもの」であるかのようにみえます。しかしこれらの理論がおのおの一定の実践的な目的をもつものであることは、すでに明らかにされているところだといっていいでしょう。訴訟法でも、一定の理論は一定の政策的な目的に奉仕するものであることには変わりはないのです。理論が強固であり一貫しているほど、一見政策とは無関係で理論それ自体であるかのようにみえます。しかし、実は、より強く、大きな政策的目的に奉仕しているのです。それは、このような理論が確立されると、めまぐるしい一時の便宜的な目的によって右往左往することが、それだけ少なくなり、大きな政策目的の達成に支障が少なくなるからです。したがって、大きな政策的目的が変わってくれば、基礎理論も多かれ少なかれ影響を受けざるをえないでしょう。そして逆に、基礎理論を変えないと、新しい政策的な目的の達成が妨げられることにもなりかねません。それでわたくしは、旧刑事訴訟法のもとでつくられた基礎理論は、現行法のもとでもう一度考えなおしてみる必要があると思うのです。』⁽⁵⁾

以上のような團藤理論に対する平野理論の応接の仕方そのものが、基礎理論が果たすべき役割に対する理解の相違を含んでいると評すべきであろう。團藤理論が想定した基礎理論は、時代によって変遷するイデオロギーや政策から距離を置いた上で、「変わらないもの」を見出すためのものであったと思われる。それに対して、平野理論が想定する基礎理論は、その時代に基調となっている価値体系や法政策を反映させたものであるべきで

(5) 平野・基礎理論 2 頁以下。

あり、不変のものではないという理解を前提としている。團藤理論がその時代との距離を置いた理論を「基礎理論」としたのに対して、平野理論は時代状況に即して展開しうる理論を「基礎理論」としたといえよう。そして、團藤理論にとって基礎理論とは、社会が望ましくない方向に進むときにはその政策の実現を阻む障碍を意図的に設けるものであり、政策とは距離を置く枠組みを用いたと理解できる。他方で、平野理論にとって望ましい方向に社会が進む可能性が豊かに存在した時期であったことが影響して、平野理論は基礎理論に、社会の変化を取り込みうる枠組みを提示したように思われる。

このように理解できる根拠として、当事者主義に対する平野理論の説明を挙げることができる。平野理論は「違った見方も考慮した上で判断するのでなければ、その判断は公正とはいえない、というのが当事者主義の精神」だとした上で、次のように述べている。

「こういう当事者主義を、訴訟の場合の当事者主義に対して、広義の当事者主義とよぶならば、広義の当事者主義とは、民主主義の精神そのものだといってもいいすぎではありません。民主主義のもとでものご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いのであって、とらわれない気持で、すべてのおのおの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。」⁽⁶⁾

上記の記述からは、当事者主義の背景に「民主主義の精神」を読みこむ平野理論が、戦後改革によってもたらされた社会制度の変動を刑事訴訟法学に意識的に組み込もうとしたことが読み取れる⁽⁷⁾。平野理論にとって、

(6) 平野・基礎理論 8 頁以下。

(7) 他方で、旧刑事訴訟法が基盤としていた職権主義を指して、「職権主義の訴訟」

日本国憲法の制定とその後の「民主化」という変化は刑事訴訟法学においても取り込むべき価値を有するものであり、この変化を端的に反映できない基礎理論には構造的な問題があると考えたのだらう⁽⁸⁾。

(2) 政策の合理性

以上のように、平野理論においては、法理論が政策に左右されることを是認する。そのため、「政策目的や政策の内容が適切か否か」が、決定的に重要な意味を持つ。このような政策優位の基礎理論は、團藤理論からみれば危うく映ったのではないか。團藤理論がナチス刑事訴訟法等と対峙していたことを考え合わせると、本稿冒頭の逸話で示された懸念は、平野刑法学のみならず、平野刑事訴訟法学にも該当しうるものとして読むことができる⁽⁹⁾。政策によっても変わるべきではない理論的な歯止めを「基礎理論」と呼ぶとするならば、平野理論を「基礎理論」否定論だとする指摘は、正しい面を含んでいる⁽¹⁰⁾。

「は国家主義的な考え方の現われ」だと表現している点も（平野・基礎理論9頁）、戦前・戦中と戦後の間の断絶を強調しようとする意識が投影されているといえよう。更に、当事者主義の長所として、「被告人の人権が保障され、その自由が尊重されること」を挙げる点も（平野・刑訴16頁）、同様の意識を表現するものだといえよう。民主主義の精神を重視する雰囲気は、当時の日本社会において現在以上に広く見られた現象だった可能性がある。小熊英二『〈民主〉と〈愛国〉』（新曜社、2002年）29-174頁参照。

(8) 「平野理論の神髄は、全体としての訴訟の発展過程が現行法への構造変化によって大変動したことを明瞭に、かつ論争的な形で問題提起したことにある」とするものに、酒巻匡「刑事訴訟法理論の現代的意義」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013年）4頁以下、6頁。

(9) 團藤理論は、おそらくは平野理論を指して、「機能的アプローチの偏重は便宜主義を招くおそれがある。これは、ことに人権保障の要請が強い刑法学の領域において警戒を要する点である。機能的アプローチを推進する論者がたまたま同時に人権尊重論者であるかぎりは弊害はすくないが、機能的アプローチという方法論そのものにはこうした点についての歯止めはないのである」との懸念を示している。團藤重光『法学の基礎』（第2版、有斐閣、2007年）365頁以下。

(10) 平野理論が政策と断絶した「理論」それ自体にはおよそ価値を置いていないことを指摘し、（当時の意味における）「基礎理論」否定論だとするものとして、

これに対する、平野理論における処方箋は、政策の合理性を担保するというものであろう。平野理論が刑事司法のシステムの研究——論文の中では「健康診断的研究」とも呼ばれる——の必要性を訴え⁽¹⁾、あるいは法社会的な研究の必要性を主張したのも⁽²⁾、政策の合理性を担保する側面があったものと思われる。これに対しては、團藤理論も社会的要請を「かぎ分ける」ことの必要性を説いたが、他方で第2次世界大戦の戦前から戦時を引き合いに出して、「国家総動員的な要請は学問の方面にも向けられた」として、「真の社会的要請といえるかどうかは、あとから考えれば自明のようであっても、当時としては簡単な問題ではなかった」と述懐している⁽³⁾。ここから見出せるのは、政策の合理性の担保や社会的要請の把握自体が困難たりうするという問題意識だろう。したがって、平野理論と團藤理論の基礎理論の位置づけの違いは、政策の構築やそれを支える社会的要請を把握する学問に対して信頼を置くか、その困難さを重視して純理論的・法哲学的な思考の中で普遍的な枠組みを見出そうとするかに起因しているように思える。このような違いが生じた背景には、團藤理論の草創期がナチズムや国家総動員体制を意識しなければならない戦時中だったのに対して、平野理論の草創期が「民主化」をうたう戦後であり、現行刑訴法の施行と時機を同じくしていたという相違が影響しているのかもしれない。

いずれにせよ、平野理論は、訴訟構造（当事者主義と職権主義の違い）こそが基礎理論を規定し、政策が個々の条文解釈を規定するという構成をとった。その結果、基礎理論の影響が縮減したといえよう⁽⁴⁾。訴訟構造、

▽ 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。

(1) 平野・機能的考察251頁以下。

(2) 平野・機能的考察224頁以下。

(3) 團藤・前掲注(9)255頁以下。

(4) もっとも、平野説でも基礎理論が表現されているところもなくはない。公判手続の更新について、「甲・乙・丙三裁判官の合議体で、ある被告事件を審理」

政策目的（あるいは条文の趣旨）が解釈論の帰趨を決するという論証作法を徹底させたのであり、現在の刑事訴訟法学の議論の仕方を今もなお規定しているといえる。ここまでの團藤理論の対比によって得られたのは、平野理論においては、政策の合理性をいかに担保するかという課題があるということである。立法が盛んに行われる現代においては、この課題はより先鋭的に表れうる。刑事司法制度を含めて、合理的な刑事立法の在り方が問われることは、平野理論のような政策重視の理論の下では必然的であるだろう⁽¹⁵⁾。

ㄨ 中、丙裁判官が転任したので、丁裁判官がこの合議体の構成員になり、公判手続を更新した。(1)旧構成のときに、弁護人からなされた証拠調請求の効力はどうか。……(5)丙裁判官には、除斥事由があったとすると、旧構成のときになされた証拠調の決定の効力はどうか。また、証人尋問の効力はどうか」という設問を示し、解説している。そこでは、(1)について、「手続の更新によって、実体形成行為は、直接主義に反する限度で効力を失うが、手続形成行為は、効力を失わないといわれる。……証拠調の請求は、手続形成行為だから、効力を失わず、したがって、手続更新後の裁判所は、この請求に対して証拠決定をしなければならないことになる。」とし、(5)について、「手続形成行為は有効だとすれば、証拠決定は効力を失わないことになる。しかし、除斥事由のある裁判官が加わってした証拠決定の効果も、無条件で維持するのは、妥当でない」と表現している。しかし、特に(5)は基礎理論の概念を用いつつも、柔軟な目的志向の強い解説をしており、基礎理論によって説明する姿勢が強いとはいえまい。平野龍一編『自習刑事訴訟法31問』（有斐閣、1965年）105頁以下。

(15) 例えば、刑事訴訟法学の領域におけるプライバシー保護の在り方に関して、統治機構の役割分担という制度的な観点から検討するものとして、稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護——熟議による適正手続の実現を目指して——(一)～(八・完)」法学論叢169巻1号（2011年）1頁以下～同173巻6号（2013年）1頁以下。立法府と司法府のいずれが政策を形成するのがより合理的かという問題を扱っており、このような問題意識は、上述の平野理論の思考様式を更に制度的視点から深めようとするものだと呼べよう。

2. 審判対象論

(1) 訴因論の整備

平野理論は、その研究の最初期において、審判対象論を取り上げた。現行刑事訴訟法の制定によって持ち込まれた英米法由来の「訴因」概念を解明することに関心を向けたのである。平野理論は、イギリスおよびアメリカの起訴状の方式に関する歴史・議論状況を確認した上で、訴因の根本問題はどの程度「英米法の制度を採り入れるか」であり、「新刑事訴訟法をいかなる程度に当事者主義化したものとして把握するかということ」だと評して、問題を(1)審判対象は訴因か公訴事実か、(2)訴因とは「事実であるか、それとも法的評価ないし法的形象であるか」という2つにあると整理した⁽¹⁶⁾。その上で、現行刑事訴訟法は当事者主義を重視するという全体像を描いた上で、訴因を検察官の主張たる事実の記載として位置づけ、刑事裁判における審判の対象は当該訴因事実だとしたのである。これにより、裁判所は訴因記載の事実についてのみ審理判決するという受動的な役割を果たすに過ぎないことになる。更に、訴因変更命令義務を原則的に否定するとともに、訴因変更命令の形成力を否定した⁽¹⁷⁾。

このように、訴因を審判対象とし、かつ訴因の拘束力についていわゆる事実記載説を採用する立場は、團藤理論を更に洗練させようとしたものだといえよう⁽¹⁸⁾。しかし、現行刑訴法施行直後は、制定過程において罰条の変更に重点を置いて議論が展開され、訴因とは法律構成だと主張する理解が多くの実務家の賛同を得ていたことを考えれば、「制定当時、立案過程の慌しさの故に新しい観念の醗酵が不足していたことを示すとともに、それにもかかわらず、訴因制度のもつアメリカ法＝当事者主義的本質が、若

(16) 平野・訴因と証拠65頁以下。

(17) 平野・訴因と証拠133頁以下。

(18) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要』（初版，創文社，1949年）127頁参照。

干の期間において自己貫徹をとげたことを推論させる」との指摘は正しいであろう⁽¹⁹⁾。

(2) 訴因論と民事訴訟法

訴因を審判対象とすることによる諸帰結を導くにあたり、平野理論は、英米法を参照しているのはもちろんのこと、日本の民事訴訟法学説を参照していることが注目されよう。例えば、審判対象を訴因としつつ、公訴事実の観念を採り入れた場合の意味について、訴因変更の限界を設定する文脈を想定して、以下のように説明する。

「(引用者注：訴えの変更在一定の限界を画する必要を指摘した上で) …この任務が公訴事実課せられる。この場合、訴因と公訴事実とは、民事訴訟における「請求の原因」と「請求の趣旨」との関係に比することができよう。通説によれば請求の原因とは、「訴えによる請求を一定の法律的主張として構成するに必要な事項」をいうのであり、訴えの変更とは…(中略)…狭義ではこの請求の原因の変更をいうのであって、それは請求の基礎が同一な限度で許される(民訴232条)。」⁽²⁰⁾

他方で、既判力の範囲については、民事訴訟法が請求の基礎には及ばないのに対し、刑事訴訟法では公訴事実が同一である範囲に及ぶ。この違いについては、次のように述べている。

「刑事においては審判が被告人の自由の拘束を伴うため、一罪については一挙に解決することを法が要求し、一挙に解決できたにもかかわらずしなかったときは、再びこれを採り上げない趣旨だと解する外ない。さてこのように一挙に解説できたにもかかわらずというためには、審判が可能性であったことを前提とする。ところが訴因変更形成力なく、その命令義務もないとすると、審判の可能性はなく、既判力を認め難くな

(19) 松尾浩也『刑事法学の地平』(有斐閣、2006年)122頁以下、141頁。

(20) 平野・訴因と証拠91頁。

る。この点は検察官側に、同時審判請求の義務を認めることによって、はじめて説明できるであろう。」⁽²¹⁾

このように、平野理論は審判対象にかかる問題については、当事者主義的な訴訟構造を有していた民事訴訟法を意識して理論を構築していた⁽²²⁾。平野理論が、「訴因は、客観化された嫌疑ではない」と表現したのも⁽²³⁾、民事訴訟における原告の請求の内容が「主張」に過ぎないことと類比できよう。平野理論はその後、「公訴事実」概念について、訴因変更に限界があることを表現するために、訴因変更ができる範囲を「公訴事実の同一性がある」と呼称するに過ぎず、公訴事実それ自体は何ら基準を提供しない「機能概念」だと表現した⁽²⁴⁾。

以上のように当事者主義と結合して主張された、訴因を審判対象とする理解は、現在では実務・学説ともに広く受容され、審判対象論は「もはや歴史的使命を終えた」とすら表現されている⁽²⁵⁾。その理由について、「当事

(21) 同前130頁。

(22) 近時の主張の中で、訴因を民事訴訟上の請求原因事実と類比して議論するものとして、辻本典史『刑事手続における審判対象』（成文堂、2015年）28頁以下。

(23) 平野・刑訴131頁。

(24) 他方で、当時の民事訴訟法学の請求の基礎に関する議論は、平野理論が公訴事実概念を「機能概念」だと割り切ったほどに実体がないものとして位置づけられていたわけではない。むしろ、請求原因を成す事実を包摂する具体的な社会現象であるとか、法律的主張を構成する前の論理的に前法律状態に還元し拡大して眺めた、事実的な利益紛争であるといった説明がなされていた（平野・前掲4691頁参照）。平野理論は、民事訴訟法学を参照しつつ、刑事訴訟法における当事者主義への移行を先鋭的に表現するために、民事訴訟法学の諸理論以上に割り切った理解を採用したといえよう。なお、平野理論は、証拠法における証拠能力について、「自然的関連性、法律的関連性、証拠禁止」という3つの概念を用いて、母法であるアメリカ法の理解を大胆に変容させ、母法の概念を換骨奪胎して用いたと評される（笹倉宏紀「証拠の関連性」法学教室364号（2011年）26頁以下、28頁）。それと類似した手法が、訴因と公訴事実の関係についても民事訴訟法学との関係で行われたと評価できるように思われる。

(25) 酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因(1)」法学教室298号（2005年）66頁。

者主義的ではあっても、検察官の権限強化と結びつくから受容され易かったという説明」が「仮説」として指摘されている。具体的には、(1)審判対象を訴因とする理解は、裁判所の権限を限定する帰結を導き、審判対象の設定を検察官が決定するという限りでは検察官の権限を強化する点で、検察官にとって不都合なものではないこと、(2)司法消極主義の強い日本では検察官に審判対象の設定をゆだねることに裁判官も抵抗感を持たないことが作用したという²⁶⁾。これに加えて、弁護人の観点からしても、訴因を審判対象とする帰結が、弁護人にとって不利益ではなかったことも挙げられよう。すなわち、訴因論の下での裁判所の職権発動の限定は、検察官の立証上のエラーを裁判所が職権によって救済する場面を限定する意味を有しており、弁護人にとって審判対象を訴因とすることに抵抗する実益に乏しかったのではないか。つまるところ、審判対象を訴因とすることには、実務を担う法曹三者それぞれに利益があったというわけである。取調べ受忍義務等のように、検察官と弁護人との間の熾烈な対立を生むような状況が、審判対象論においては存在しなかったのが影響したといえよう。

3. 訴因変更の可否

平野理論は、訴因変更が可能か否かを判断する枠組みとして、旧訴因と新訴因とを比較して、日時・場所の近接性、行為・結果の重なり合いなどの両訴因の「共通性」の有無を検討するアプローチを提示した²⁷⁾。このような理解に対して、「かかる基準がなぜ合理的なのかに関して、単に犯罪を構成する重要な要素だからというにすぎない」として根拠が不十分だと批判が存在する²⁸⁾。しかし、この批判は噛み合ったものか。平野理論は、

²⁶⁾ 後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリスト1281号(2004年)58頁以下、63頁。

²⁷⁾ 平野・基礎理論113頁。

²⁸⁾ 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』↗

訴因変更の可否について、自らの挙げた要素が犯罪を構成する重要な要素だから、それを比較すれば足りると本当に考えていたのか。そこで確認してみると、平野理論は自らの判断枠組みについて、次のように表現している。

「問題は、どの程度に共通であれば足りるかにある。事実は無限に多様であり、事実それ自体の中に同一性を決定する絶対的な標準があるわけではないから、訴訟上の合目的性に従って決定されなければならない。検察官の立場から見た場合、同一性の範囲を狭くすると訴因の変更ができず、一度無罪の判決を受けて再起訴しなければならないという手数料がかかる。同一性を広く解すると、訴因変更はできるが、他方既判力が及ぶため、訴因を変更せずに無罪判決を受けたときは、再起訴できない不利益がある。被告人の立場からみると、おおむねその逆である。……このような考慮の結果、現行法では基本的な部分が同一であれば足り、その大部分が同一である必要はないと解しうる。すなわち、犯罪を構成する主要な要素は行為と結果であるが、両者が同一である必要はなく、行為または結果のいずれかが共通であれば、公訴事実は同一であると考えてよい。」⁽²⁹⁾

ここでは、「訴訟上の合目的性」に従って訴因変更の可否を判断することが、もっとも重要だという認識が示されており、行為や結果の共通性は、「訴訟の合目的性」を維持する具体的な要素として挙げられていることが読み取れよう。更に、次のような表現も確認できる。

「どの程度の部分的同一性で足りるかは、訴因の変更許容により受ける被告人の不利益、検察の利益と、既判力の範囲の拡大による被告人の利

ㇿ(有斐閣、2002年)122頁以下、125頁。なお、平野理論について、アド・ホックな利益衡量を統括する『指標』を持たず基準の明確性に問題がある旨を指摘するものとして、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(第2版、有斐閣、2015年)226頁。

(29) 平野・刑訴139頁。

益、検察官の不利益とを較量して、決定されなければならない。論理的に約何パーセントなどとは決定しえない。……新法では訴因で（引用者注：被告人の防禦に対する）危襲が防がれるから、極端に言えば防禦の準備期間さえ与えれば無限に変更してもよいわけである。したがって、その範囲はかなり緩かに解してもよいことになる。」⁸⁰⁾

以上の記述からは、いわゆる狭義の同一性について、被告人および検察官の利益・不利益について、訴因変更を許容することによって拡大する既判力の範囲を意識しつつ決するべきだという理解も読み取れる。以上から読み取れるように、平野理論は「単に犯罪を構成する重要な要素だから」という理由で訴因変更の可能性にかかる判断要素を提示したわけではないだろう。むしろ、「訴訟の合目的性」を維持することを重視した上で、訴因変更を許容することによる既判力の範囲の拡大や訴訟当事者の利害を考慮して判断するという総合的な判断を意識しているというべきであろう。そして、「訴訟の合目的性」の維持という指標の下で、行為または結果の共通性等が具体的な判断要素として考慮されるという枠組みとして整理できるように思われる。

このような読み方が正しいとすれば、その後の田宮理論や大澤理論は、平野理論が訴因変更の限界づける観点として設定した「訴訟の合目的性」を、実質的に機能する観点として言語化する営みでもあったと評価しうる。田宮理論は、刑罰関心が同一といえるか否かという観点から訴因変更の限界づけを整理しようとした⁸¹⁾。大澤理論は、旧訴因と新訴因とが二重起訴の関係にあるか否かという観点から訴因変更の限界づけを整理しようとした（新旧両訴因が二重起訴の関係にあるときには訴因変更を可能とする）⁸²⁾。

⁸⁰⁾ 平野・訴因と証拠128頁。

⁸¹⁾ 例えば、田宮裕『刑事訴訟法』（新版、有斐閣、1996年）206頁以下。

⁸²⁾ 大澤裕「公訴事実の同一性と単一性（下）」法学教室272号（2003年）85頁以下、87頁。

刑罰関心が同一か否か、あるいは二重起訴の関係にあるか否かを見るときには、結局は平野理論が挙げた種々の要素に着目して判断することになる。以上のように考えると、平野理論に対する批判は、実質的には『訴訟の合目的性』という指標は抽象度が高すぎて、それだけでは指標として機能しない」というべきように思われる。

もっとも、このことは、平野理論と田宮理論・大澤理論が、全面的に判断枠組みとして同一だということを意味するわけではない。平野理論は公訴事実の単一性と狭義の同一性について、「単一性と同一性とは、このように、訴訟の発展に関係するかどうかによって区別されるのではない。2つの訴因が両立しうるものであるかどうかによって区別しなければならないのである」と表現して、両立する場合（例えば住居侵入の訴因から、当該住居侵入と牽連犯の関係にある窃盗の訴因に変更する場合）を単一性の問題、非両立である場合を狭義の同一性の問題だと整理した⁶³⁾。しかし、先の「二重起訴の関係にあるか否か」という判断枠組みは、単一性と狭義の同一性の区別を解消し、同一の判断枠組みに収斂させる意味をも有する。平野理論を明晰にする営みは、さらに平野理論の問題設定そのものの妥当性を問い直す営みにつながっていったと考えられる⁶⁴⁾。

63) 平野龍一「公訴事実の単一性と同一性」『訴因と証拠』155頁以下、156頁（法学セミナー41号（1959年）所収）。

64) 他に、平野理論は、「「被告人甲は、7月1日東京で、乙が丙から盗んで所持していた時計を乙から買い受けた」という訴因と「甲は7月15日大阪で乙が丙から盗んで所持していた時計を、乙から窃取した」という訴因はどうであろうか。この場合も両者は両立しえない。だから同一性の問題である。しかし、両者はその重要な部分でかさなるとはいえない。日時・場所が異なっているからである。したがって同一性はない」という説明もしている（平野・同前161頁）。平野にとって「新旧両訴因が非両立か否か」という問題は必ずしも終局的な基準ではなく、訴因変更の可否に係る数ある判断要素の一つだった可能性がある。そうだとすると、「非両立」か否かを終局的な基準として機能させようとする田宮説や大澤説とは、その意味や位置づけが異なっているといえよう。

4. 訴因変更の要否

次に訴因変更の要否の問題については、平野理論はどのように論じていたか。当時は旧刑法から移行期であったため、審判対象が公訴事実か訴因かという問題が主戦場であった。そのため、訴因変更の要否についても、公訴事実対象説を基礎としているかにみえる議論への批判が中心をなしている。そのような中で、現在につながる指摘として、例えば以下の叙述を挙げることができよう。

「事実として僅かな変化であっても、法律的、社会的に意味が違ってくるときは、訴因は違ったものと考えなければならない。したがって、構成要件の評価が異なるときは、事実として僅かな変化であっても、訴因は別個のものとなる。さらに、訴因は、機能的には被告人の防禦に役立つのであるから、被告人の防禦にとって意味を持つかどうか、考慮されなければならない。しかし、これも、重要性を判断する一つの基準に過ぎないのであって、被告人の防禦に不利益を及ぼさぬ限り、つねに訴因が同一性を保つというわけではない」⁶⁵⁾

ここでは、訴因変更が必要とされる「重要な事実」か否かを判定するにあたって、被告人の防禦にとって意味があるか否かも「一つの基準に過ぎない」と表現されている。このように、防御の利益は考慮すべき利益の一つにとどまるとしている点は当時としては特徴的だといえよう⁶⁶⁾。平野理論は、その最初期から訴因が「審判の対象」であるとともに「防禦の便宜」

⁶⁵⁾ 平野・刑訴136頁。

⁶⁶⁾ もっとも、初期は「わが法は、訴因が審判の対象であるという立場を完全に貫いてはいないので、訴因の持つ、被告人防禦の便宜というその機能的側面は、より重視されなければならない」「被告人の防禦に影響を与えない限り、変更を要しないと解しなければならない」と表現していた。平野・訴因と証拠113頁。後年、「刑事訴訟法について書いた論文の最初のもの」であり、「それだけにまだ考えが熟していない部分もある」との編注が付されたが（同142頁）、この箇所はその一例かもしれない。

という機能を有する旨を説明してきた³⁷⁾。防御に不利益がなくとも、審判の対象の変動という点で訴因の同一性が保たれていないのであれば、訴因変更を必要とする含意があるのかもしれない。そうだとすれば、後の最高裁が、審判対象の画定という見地と、被告人の防御にとって重要な事項か否かという見地から、訴因変更の必要性を判断するに至ったことと通底するいえよう³⁸⁾。

Ⅲ. 平野理論と立法論

平野理論は、刑事訴訟法についてはなお改革を要する部分が多いと認識していたようであり、制度の変革をしばしば提案している。例えば、法定合議事件を除く軽い事件について、被疑者勾留を減らすデバイスとして、「現在の勾留質問のとき、弁護人立会いの下に認否の手続をとることはできないかと思う」と提案し³⁹⁾、あるいは事実認定手続の労力を軽減し、刑の量定の資料と事実認定の資料を分別し、刑の量刑を科学的に行うために、「事実認定と刑の量定の手続とを、はっきり区別する必要がある」として、いわゆる手続二分論の導入を提案している⁴⁰⁾。適切な政策があるのであれば、それを積極的に制度として取り入れようという姿勢を示しており、政策優位の理論枠組みが反映されたものと評価することが可能であろう。以下では、その中でも公判手続に係る提案を確認する。

1. 勾留理由開示

平野理論は、当事者主義をどのように刑事訴訟において徹底させるかに

37) 平野・訴因と証拠93頁。

38) 最3小決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁。

39) 平野・訴因と証拠180頁以下。

40) 平野・訴因と証拠169頁以下、178頁。

腐心した側面がある。その1つの表れが、勾留理由開示に関する提案である。

「(引用者注：ドイツ、アメリカの) いずれの場合も、裁判官は、当事者の争に対する判断者という立場にある。ところが、わが国の勾留理由開示制度は、裁判官と弁護人とが、対立当事者であるかのような形をとっている。裁判官が勾留したのだから、裁判官が当事者になるのが当然だということかもしれない。しかし、控訴審でも、第一審の裁判官ではなく、検察官が当事者になるように、勾留の当否が問題となっている場合でも、その勾留を請求して、認めてもらった検察官が勾留の妥当性を証明するのが、むしろ当然だろう。また、現在の憲法解釈のように勾留の理由を「示す」とは、理由を客観的に「明らかにする」ことではなく、ただ、裁判官の認めた理由を「告げる」にすぎないとすれば、裁判官と被疑者の関係として形づくられるのが自然であるかもしれない。逆にいえば、裁判官と被疑者の関係として形づくれば、単に「告げる」制度とするのが自然である。なぜかといえば、裁判官と被告人とが当事者として対立するということは、司法制度の根本的なたてまえに反するからである。現在のような構造をとる限り、被告人や弁護人の当事者的な弁論を制限するようになるのは、当然だと思われる。だから、新たな立法によって、勾留理由開示制度をつくりなおさなければならない。」⁽⁴¹⁾

以上の叙述は、勾留理由開示制度の対審化を実現する立法を提案するものである。そこでは、勾留理由開示制度が裁判官と被告人の間で行われる構造になっている点をとらえて、「司法制度の根本的なたてまえに反する」として、当事者主義理念の徹底を主張している。この主張は、裁判官を中立公平な判断者として純化するとともに、勾留理由開示を通じて当事者が

(41) 平野龍一「裁判自体の再検討を」法律時報32巻11号(1960年)131頁以下、132頁。

勾留の理由の有無に関する争いを実質化することで、勾留がより慎重に行われることを期したものと理解できる。アメリカにおける予備審問（preliminary hearing）を念頭に置いた主張であり、勾留質問における弁護人立会いも含めて、少なくとも身体拘束の判断に係る制度については、アメリカの刑事司法を理念型にしていたものと考えられよう。

2. アレインメント等

また、被告人が自律的に手続を選択することを想定した提案もしばしばみられるところである。これも、一方当事者としての被告人の意思決定を重んじる点において、当事者主義が表現されたものというべきであろう。

具体的には、(1)有罪答弁手続（アレインメント）の導入、または「弁護人が争わない部分を明確にし、その点に関する限り、被告人の承認を証拠とし、それ以上に調書を採用しない」という「承認」制度の明確化による簡易な手続の設置を提案し⁽⁴²⁾、(2)被告人の証人適格に関連して、「被告人の当事者としての申立・主張と、供述者としての立証が、はっきり区別されないため」に被告人を「はじめから」尋問し、その自白によって心証を得ようとする態度が残存していると指摘し、少なくとも「被告人が被告人として申立・主張をする席と、被告人の証人として（宣誓はしなくとも）供述する席とを明確に区別すべき」だと提案している（被告人の証人適格を立法により認めることを認めるか否かは、必ずしも明らかではないが、現行法解釈として被告人の証人適格を認めることは、否定している。また、共同被告人について明文規定なく証人適格を認めることを否定している）⁽⁴³⁾。

これらはいずれも、被告人が刑事訴訟の重要な局面で自ら選択を行う

(42) 平野・訴因と証拠176頁。

(43) 同前171頁。平野・訴因と証拠270頁以下、南川学・本共同研究「平野龍一理論と刑事証拠法」参照。

「強い個人」として描き、一方当事者として一定の手続負担をおいつつ検察と対峙する手続イメージを抱いているといえよう。もっとも、その前提には、「弾劾的捜査観」を強調し、公訴提起前に被疑者が防御の準備をしっかり行うことが構想されている点には、注意が必要であろう。

3. 参審制への憧憬

さらに、平野理論は刑事裁判への市民参加の在り方について、構想を抱いていたことは周知のことである。研究の初期から晩年に至るまで、参審制を支持しつづけた。

「陪審に、その最も大きな機能である法創造の機能を営ませるのが妥当でなく、その「擬制的」な機能も色あせてきたとすれば（引用者注：平野は、アメリカの陪審制度において、陪審員の選任が特定の階層に偏っており、国民全体のサンプルだと考えられていないこと、多数者を代表する陪審員は少数者の自由の擁護を期待しにくいなどの事情を指摘している）、素人裁判官の裁判への参加は、裁判官と、事実認定、法令の適用において協力し、その「官僚制」を緩解してゆく点にあるといわなければならない。そして、その採用に際して、その選び方、訴訟の構造等を、その機能が十分発揮できるようにつくりあげてゆかねばならない。裁判官には、最後まで、「擬制的なもの」、「あきらめ」の要素が残るとしても、それは、「考え抜いてつくられた裁判所によって裁判された」ということからくるものだけにしたいものである。」⁴⁴⁾

「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、維持に値する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、

⁴⁴⁾ 平野龍一「職業裁判官と素人裁判官——一つの素描」法律時報29巻4号（1957年）11頁以下、17頁。

かなり長い間、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を相当程度に備えているといっていよい」⁴⁵⁾

上述の通り、平野理論は当事者主義の実現を重視する主張を展開した。他方で、刑事裁判への市民参加をめぐる主張を確認すると、判断者としての裁判官に対して、一定程度以上の信頼が存在することが読み取れる。少数者の自由の擁護、清廉で政治的な影響を受けることなく裁判を行うことを実現するためには、職業裁判官が一定の役割を果たすことが不可欠だという認識を抱いていたのであろう。「捜査を点検する能力」に対する信頼も読み取れる。平野理論においては、実際に実務を担っている「すぐれた裁判官」の下で、当事者が主導的に訴訟を進行することを理想として描かれていたのであろう。

4. 刑法の客観化？—当事者主義と実体法の立法様式のかかわり

最後に、平野理論が当事者主義と実体法の立法の在り方が関連しあうという問題意識を抱いていたことを確認しておきたい。平野理論は、当事者主義が徹底された暁には、次の問題が生じうると指摘する。

「(引用者注：当事者主義の下では、被告人は自己に不利益な事項について黙秘権が認められ、自白を期待することが許されず、犯人の内心の状態の立証は困難となる。この困難を避けるため、犯罪構成要件は立証の容易な客観的な要素のみによって構成される。構成要件の行為態様も、多くの小さな具体的な行為を列挙しているのが多くなる——とした上で) ……当事者主義の訴訟は刑法の客観化をもたらす。それは一見罪刑法定主義の要求に合致しているように見える。なんとすれば罪刑法定主義は刑法を犯罪人のマグナ・カルタとし、裁判官の超ゆべからざる一線

45) 平野龍一『刑事法研究最終巻』(有斐閣, 2005年) 191頁以下, 204頁。

としようとするものであるから、その限界は明確でなければならない、判断者いかにによって相対的に認定されるおそれのある主観的な要素、または規範的な要素によってこの限界が画されることを排斥し、客観的に限界が画されることを尊ぶからである。しかし実はそうではない。これらの場合、さきに示したように、真に可罰的な行為と構成要件の間に、或いは主観的要素が省略され、或いは行為自体がひろげられることによって間隙が生じているのであり、したがって、そこには検察官の裁量の余地が大きく採り入れられてくるのである。検察官は、この場合法律に従って判断するのではなく、単に法律の枠内にあるというにすぎず、その範囲内では自由に判断して処罰に価する行為を選び出すのである。このように検察官の裁量を広く認めるのは、正に新派的な原理に外ならない。……人権を保障しようとする当事者訴訟はこの実質的な犯罪の限界を不明確にし、かえって犯罪人の人権を危くする危険をはらむ客観主義に陥る可能性を持っていることに注意しなければならない。」⁽⁴⁶⁾

当事者主義の徹底によって、被疑者・被告人が自白をしなくなるという困難が生じ、主観面の立証が難しくなる。その結果、刑法の構成要件を客観的な行為毎に細かく規定する方向性をもたらす。それが却って、様々な行為態様をあらかじめ処罰対象とするという形で「網」を広くかけ、主観的要素を略した形での処罰を可能とし、検察官が起訴裁量を行使して行為者責任を重視した訴追をする——という問題提起であった。これを受けて、「罪刑法定主義を形式的ではなく、実質的に維持され、他方訴訟上の被告人の保護も、単に独立の当事者として取り扱う以上に実質的に保護」しなければならないという主張を展開した。

この問題意識は、アメリカの刑法典の規定形式に由来する可能性がある。

(46) 平野・裁判と上訴43頁以下、49頁。

しかし、当事者主義構造の徹底が、実体刑法の規定形式を細かい行為類型ごとに処罰する形式への移行をもたらすかといえば、留保が必要であるように思われる。第1に、当事者主義の徹底が供述の採取を困難にするか否かは、刑事訴訟法の方で取調べ以外の証拠収集手段がどの程度用意されるかにも依存する。第2に、主観的要素の立証は、客観的な事実から推認する形で行うこともありうる。ごく単純な例を挙げれば、心臓を刺した場合には、犯人の殺意を推認することは可能であろう。したがって、当事者主義の徹底が直ちに「刑法の客観化」という現象をもたらすとはいいいにくいだろう。

他方で、協議・合意制度の導入が予定されている現在、検察官と被告人側との間で協議をする際には、実体法の構成要件および法定刑が現状よりもきめ細かく行為類型ごとに定められる方が、検察官が訴因の設定を恩典として利用しやすくなりうる。被告人側も合意の結果として得られる恩典を予測しやすくなるかもしれない。そうだとすれば、協議・合意制度をより多用すべきだという考え方が有力化した場合には、「刑法の客観化」という平野理論が予測する現象が生じることも考えられうる。協議・合意制度が当事者主義の徹底された1つのかたちなのだとすれば、平野理論の予測はなお意味を持ちうる。

IV. おわりに

以上、本稿は平野理論のうち刑事公判の領域について検討した。その結果、主として以下のことを確認できたものと思われる。

第1に、平野理論は、政策目的が優位した基礎理論を構築したが、それは現行法の存在を前提とする基礎理論であった。團藤説が志向した一般理論としての「基礎理論」とは問題設定に相違があったといえる。政策に左右されない理論を構築しようとした團藤説と、政策目的の実現に奉仕する

理論を構築しようとした平野説という違いとも表現できよう。戦中の旧刑訴から戦時刑訴・新刑訴の変動を経験した團藤理論の問題意識と、新刑訴の「希望に満ちた社会変革の議論の雰囲気」をまとめて改革の実現を目指した平野理論の問題意識の相違が現われたというのが、本稿の理解である⁽⁴⁷⁾。

第2に、現在に至る刑訴法学における論証作法を決定づけ、条文趣旨（政策目的）ベースの解釈論を基礎づけた。しかし他方で、政策目的の設定のあり方が課題となり、あるいは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かも知れない。政策の合理性の担保は、立法が多い現在においては更に重要な問題になっているといえよう。

第3に、平野理論が整備した訴因論は、法曹三者の利害が一致したという側面もあって、学説実務を問わず広く受容される理論を構築した。その後の学説は、平野理論の明瞭化を志向してきた側面があると評価すべきであり、平野理論への批判の在り方は再考を要するように思われる。

第4に、平野理論は当事者主義を主張したが、立法論も踏まえると、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。そこでは、検察・被告人・弁護人が高い能力を発揮することが期待されているようにも思える。そこには、訴訟に関与する人々の主体性に対する期待と信頼がある。

平野理論が対峙した相手ともいうべき團藤理論は、カール・ポパーの問主体性の議論を引いて、次のように述べていた。

「かれ（引用者注：ポパー）によれば、科学的客観性は科学者たちの「友

(47) 小粥太郎「平野龍一①・刑事訴訟法学」『日本の民法学』（日本評論社、2011年）3頁以下、9頁。

「好的＝敵対的な協力」の意味における「間主体性」によって達成されるのであり、しかもかれは文化の創造のためには自由意志——「自由意志」の用語は避けるが——の承認を必要とすることをみとめるのである。それはわたくしの意味における「間主体性」に完全に合致する。わたくしはかれの主張するこうした考え方は、法解釈や裁判の問題にもそのまま援用されうるものといってよいと思う。」⁽⁴⁸⁾

この一節は、團藤理論が、裁判に関与する者の主体性が、裁判の客観性に寄与すると理解していたことを示す。少なくとも刑事訴訟法に関して当事者主義を強調し、被告人を含めた関与者の主体的なかかわりを構想した平野理論は、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1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。そうだとすれば、政策的な論理を徐々に取り込んでいった團藤理論と⁽⁴⁹⁾、主体性の理解を重視していた平野理論には、吸引しあう面があったように思われるのである。

(48) 團藤・前掲(9)356頁以下。

(49) 緑・前掲(2)148頁、157頁参照。

第3編 平野龍一博士の刑事証拠法理論

南川 学

(弁護士、千葉県弁護士会)

I. はじめに

平野龍一博士の証拠法の分野における特徴的な部分を取り上げて論じるとともに、それに関連する立法提案部分について紹介していく。それによって、平野博士の刑事証拠法理論の特色を浮かび上がらせていくことが本稿の目的である。

II. 平野刑訴理論の証拠法における特色

1. 証拠能力の規律

平野博士は、証拠能力の規律については以下のように述べる⁽¹⁾。

「5 証拠能力 法廷における証明の特殊な性質のために、法廷で用いられる証拠には、特殊な制限が加えられる。その制限の理由として、およそ次の三つのものが考えられる。

(1)自然的関連性 証拠がその証明しようとする事実に対して、必要最小限度の証明力さえも持っていないとき、関連性がないという。関連性のない証拠は、取り調べてもむだであって時間を浪費するにすぎないから、証拠能力が認められない。ただし、(2)(3)の場合と異なり、排除決定を怠っても、判決に影響を及ぼすことはない。

(2)法律的関連性 証拠として必要最小限度の証明力はあるが、他方、

(1) 平野・刑訴192頁以下。

その証明力の評価を誤らせるおそれもあるものもある。その証明力を確かめるため、法は明文で一定の要件を要求している場合がある。反対尋問、任意性などがこれである。しかし、このような明文がない場合でも、排除すべき場合がある。これらの場合は、法律的看着に見て関連性がない場合であり、(1)の自然的関連性とは同じではないが、両者は本質的に異なるものではない。

(3)証拠禁止 法廷における証明は、適正な手続によって行わなければならない。したがって、関連と性のある証拠でも、これを用いることが、手続の適正を害すると思われるときは、その証拠は許容されない。証拠の証明力の有無を問わない。違法に取得された証拠がその例である。

勿論、これらの理由は排他的なものではなく、とくに(2)と(3)とは、同時に適用されることもある。また相互の限界が明白でない場合もある。ただ、わが法の個々の規定を解釈する場合には、右の三つの異なった観点があることに留意しなければならない。」

事実認定に供するためには証拠に証拠能力が認められなければならない(刑訴法317条)。証拠能力とは、証拠として用いることのできる法的許容性をいう。上記で述べるとおり、平野博士によれば、この証拠能力の規律は自然的関連性、法律的関連性、証拠禁止の三つの観点のみで全て説明できることとされている。

このうち、自然的関連性については、法以前の論理的・経験的事実間の関係に過ぎないから証拠能力とは区別すべき立場⁽²⁾があるが、平野博士は明確に証拠能力の問題であると論じる。また、法律的関連性について、平野博士は誤導のおそれが証拠価値を上回す場合の証拠能力制限一

(2) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要〔7訂版〕』(創文社、1976年)247頁。

般を指すと定義して、そこに伝聞法則及び自白法則を取り込んでいる。

これらは、その後の学説において、一般的に、証拠能力における3要件として取り扱われているが、平野博士の理解では、3つの観点は「排他的なものではな」とされており、「3つの異なった観点があることに留意しなければならない」とされていて、必ずしも要件とはされていない。ただ、その後の松尾浩也及び長沼範良といった東京大学出身の研究者は、必ずしも証拠能力を上記3つの観点で説明せず、自然的関連性と法律的関連性を区別せずに単に「関連性」の問題として議論することに留意すべきであろう⁽³⁾。実務では、証拠能力の問題について明確に意識して判断されているわけでないが、狭義の証拠能力の制限及び証拠禁止の要素に分類できるし、この狭義の証拠能力の制限の基準として関連性の議論が取り込まれていたりする⁽⁴⁾。

証拠能力の位置づけをめぐる最近の問題としては、「科学的証拠」がある。刑事裁判から、科学的証拠のうち不適切な証拠をいかに排除すべきか、関連性に引き付けて論じられることが多い。たとえば、最近の論考として、成瀬剛「科学的証拠の許容性(1)～(5)」法学協会雑誌130巻1～5号があるが、平野博士の見解を「証拠禁止が違法収集証拠の問題を扱う点を除けば、証拠能力の問題は全て関連性概念の下に包含されることになる」と説明が、「平野博士の叙述を見る限り、関連性概念と科学的証拠の許容性基準との関係が十分検討されていたとはいえない」と指摘している⁽⁵⁾。この科学的証拠が一例であるが、証拠能力の基準について、各証拠の特質に応じて、関連性概念を精緻化する作業が行われている。

(3) 松尾浩也『刑事訴訟法下〔新版補正第二版〕』（弘文堂、1999年）26頁、長沼範良他『刑事訴訟法（第4版）』（有斐閣、2015年）259頁（長沼範良執筆部分）。

(4) 石井一正『刑事実務証拠法〔第5版〕』（判例タイムズ社、2011年）110頁参照。

(5) 成瀬剛「科学的証拠の許容性(1)」法学協会雑誌130巻1号（2013年）20頁。

2. 伝聞法則

刑訴法320条以下の諸規定は、日本国憲法37条2項を受けて、戦後の刑訴法改正によって導入されたものである。

この憲法37条2項の規定については、刑事公判において、捜査書類ではなく証人の供述を基礎とした裁判が行われることが期待されていた。しかし、戦後すぐの昭和20年代の最高裁判例によって、憲法37条2項の適用範囲そのものが狭く解釈されることとなり、公判での証人尋問そのものを制限さなければ、公判外供述の供述者に対する審問の機会を与えないまま捜査書類等を証拠として用いることが認められる結果となった。

そうした状況下において、平野博士による「伝聞法則」の理解が明らかにされた⁽⁶⁾。

「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考えたもので、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考えたもので、当事者主義的な原理である。もっとも、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。」

(6) 平野・刑訴7頁以下。

平野博士は、伝聞法則を「刑事訴訟の政策的基礎」のなかで口頭主義及び直接主義と対比するなかで論じる。ここで、伝聞証拠とは、裁判所での反対尋問を経ていない証拠と捉える。すなわち、伝聞法則は、当事者と証拠との関係を考えてもので当事者主義的な原理である、口頭主義や直接主義と似た機能を持っているが本質が異なる、と指摘するのである。この見解は、証拠調べのやり方自体において公判と捜査とを遮断するのが伝聞法則の任務であり機能であるとするところに意義が存在する。

まさにここには、平野博士の基礎理論というべき当事者主義の徹底といった考え方を具体的な法解釈に活かした分野であるといえる。

さらに、平野博士は、伝聞法則を論じるなかで調書裁判批判を展開している⁽⁷⁾。すなわち、捜査官がまとめた調書を裁判官が自室で読み心証形成をする裁判では捜査の枠内でしか判断しえず公正さを欠くとする。ここで、平野博士は反対尋問につき当事者主義を徹底するための重要な武器であると捉え、反対尋問を経ない供述を許容することになる調書裁判の問題性を指摘し、反対尋問を経ない供述を思い切って排斥すべきであることを主張する。

しかしながら、現在の伝聞証拠の通説的見解は、「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のもの」であり、平野博士の見解とは異にする⁽⁸⁾。平野博士の見解が一般的に許容されなかったのは、伝聞証拠か否かを反対尋問の有無で判断するところ、これが刑訴法320条1項の文言に沿うものでなく、公判廷における主尋問において証言がなされた後に反対尋問が行われる前に証人が死亡してしまった場合などにも伝聞証拠に該当するという不都合性に原因がある。

(7) 平野・訴因と証拠227頁。

(8) 田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』(有斐閣, 1996年) 363頁, 松尾浩也『刑事訴訟法下 [新版補正第二版]』(弘文堂, 1999年) 44頁。

また、伝聞法則に関する平野博士の理論、特に調書裁判に対する批判的見方は、実務に対しても影響をほとんど及ぼさなかった⁽⁹⁾。調書を多用する裁判が改善することなくむしろ固定化し「精密司法」と称され、岩盤のように刑事司法に横たわっていったことは周知のとおりである。

3. 共犯者の自白

共犯者の自白に補強証拠を要するかについては、平野博士は以下のよう述べる⁽¹⁰⁾。

「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、共犯者の自白はむしろ警戒の目を持ってみられるのであって、証拠評価の心理に差異がある。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、不合理でない。また、共犯者の供述の危険性は、実は共犯者でない他の者をも引っぱり込むおそれがある点にあるが、共犯者の自白を本人の自白だとしても、論者は、補強証拠はこの点については必要としないのであるから、この危険を防止することができず、意味がない。このようにして、共犯者の自白は、本人の自白ではないと解すべきである。」

平野博士は、共犯者の自白については補強証拠を不要と解釈している

(9) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」平場安治他編『團藤重光博士古稀祝賀論文集第4巻』（有斐閣、1985年）407頁参照。

(10) 平野・刑訴233頁。

が、決して共犯者の自白の危険性を看過しているものではなく、誤判防止に対するアプローチの違いに過ぎない。平野博士は、別の論考においては、共犯者の自白について補強法則を不要とし他の証人と同様に扱うなら反対尋問の機会も与えなければならないとして、共犯者が供述を拒否しても「供述不能」(321条1項)にあたらず供述調書等を証拠採用できないとすべきと述べている。これは、共犯者の供述には補強法則を適用しないにもかかわらず、安易に供述調書を証拠採用してしまえば、「日本の被告人は、英米法的な保護も、大陸法的な保護も与えられない、まったくの裸の被告人になってしまうのではないか。」⁽¹¹⁾ といった問題意識によるものである。

このように、平野博士は、共犯者供述の問題について、公判中心主義に則って、公判での共犯者の供述の心証を採り判断すべきとの方向性を指向している。

4. 証拠の取調べ

平野博士は、証拠の取調べについて、「証拠調を終わった証拠の処置」という項目を立てて、裁判官が心証をとるために供述調書等を事後に読むことが許されるか論じている⁽¹²⁾。

「証拠調を終った証拠書類または証拠物は、遅滞なく裁判所に提出しなければならない。ただし、裁判所の許可を得たときは、原本に代え、その謄本を提出することができる(310条)。これは、証拠を保存し、事後の審査に備えるためであって、裁判官が自室で心証を採るためではない。非供述証拠は、後で見ても、公判で見るときとほとんど差が

(11) 平野・訴因と証拠265頁。

(12) 平野・刑訴259頁。

ないが、供述書類・公判調書を後で読むことは、公判廷での朗読からえた心証と異なった心証をうる危険がある。したがって、原則として許されないといわなければならない。」

平野博士は、調書の供述記載は間接事実にすぎず、朗読された内容が本来の意味の証拠であると理解する。そのため、調書をあとで読むことは公判廷での朗読から得た心証と異なった心証を得る危険があるとして、心証をとるために調書を読むことは許されず、公判廷の記憶を呼び起こす限度で閲覧できるとするのである。

これは、旧法のように裁判官が書類を読み込むのではなく、公判中心主義を実質化するために提唱したものといえる。ここから考えれば、平野博士のいう公判中心主義とは、捜査段階と対比して公判段階でこそ主張立証が尽くされるべきということのみならず、裁判所に対して「公判廷」において心証形成すべきだとの要請を含むと理解することができる。まさに「集中審理主義」として言及されているものとなる⁽¹³⁾。

証拠の取調べに関連して、平野博士が法廷技術・尋問技術に関する論考を記していることは非常に示唆的である⁽¹⁴⁾。そこでは、訴訟においては当事者はもちろん裁判所も偏見から免れられないから、真実を発見するためには裁判所が自ら積極的に動くよりも、各当事者がお互いの見解を戦わせた方が良くと主張する⁽¹⁵⁾。公判廷で心証形成するためには当事者の法廷技術が重要であることを指摘するものであって、当事者主義による公判の活性化を指向するものと軌を一にするとはいえよう。

(13) 平野・刑訴9頁。

(14) 平野・訴因と証拠に所収されている「法廷技術の基礎」及び「ウェルマン『反対尋問』」の各論考。

(15) 平野・訴因と証拠190頁。

Ⅲ．平野理論と立法論

今般の法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」で議論されたうち、平野博士の証拠法理論と関係するところとして、以下の2点を取り上げる。

1．アレイメント制度

法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」では、アレイメント制度の導入の可否についても議論の俎上にあがったが、最終報告書にあたる「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果」には取り上げられていない。

この点について、平野博士は、憲法38条3項との関係で以下のように述べている¹⁶⁾。

「憲法は『不利益な証拠』が自白であるときのことを規定している。これは、被告人が争っていることを前提としている。…しかし、被告人が争っていないときは、利益・不利益の問題もおこらないし、証拠の必要もない。被告人が争っていない場合は憲法38条の関知するところではないといえよう。このようにして、いわゆるアレイメントの制度を採ることを憲法が禁止していると解するのは、正当でないと思われる。」

その後の記述においても、「わが憲法もアレイメントを予想したものと考えられる。もし予想しないのであったら、明文で禁止したであろう。」と明確に述べている。

このように、平野博士は、現行憲法下では、立法論として、アレイメント制度を積極的に解している。この点では、アレイメントが憲法違

¹⁶⁾ 平野・刑訴232, 235頁。

反とする団藤博士と考え方が異なっているところである。

2. 被告人の証人適格

法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」では、その中間報告にあたる「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」において、「公判廷に顕出される証拠が真正なものであることを担保するための方策等」の1つとして、被告人に偽証罪を科す前提として、被告人に証人適格を認めることの是非が検討課題となった。なお、反対論も多く、最終とりまとめでは、被告人の証人適格は取り上げられなかった。

この点について、平野博士は以下のように述べる⁽¹⁷⁾。

「形式的な面の検討から始める。

…旧法ならば被告人は当事者であると同時に、証拠方法としての地位を持つとされていたが、新法では被告人の当事者としての地位が強化され、当事者としての地位と証人としての地位の矛盾が増大したのであるから、証人適格を認めるのは、より困難にこそなれ、より容易にはならないはずである。…しかし、それならば、わが法より一段と当事者主義の徹底している英米法において、被告人の証人適格を認めるのは何故であろうか。英米法においては、被告人の供述は、公判廷の供述であっても、ただ被告人に不利益なものが自白として証拠となるにとどまり、利益なものは証拠にならない。当事者が自己に利益なことをいうのは当然で、何ら信憑性がないからである。その反面、もし被告人が自己に有利な供述をして証拠にとって貰いたいと思うときは、被告人が証言台に立つことを認めるのである。このようにして訴

(17) 平野・訴因と証拠270頁以下。

訟の当事者主義化は、実際的必要という考慮から、反作用として被告人の証人適格を認めるに至るのである。(中略)

我が法は311条で、被告人が任意に供述をする場合には、裁判長は何時でも必要とする事項について、被告人の供述を求めることができる、とし、また陪席の裁判官、検察官、弁護人、共同被告人又はその弁護人は裁判長に告げてこの供述を求めることができる、としている…英米法と違って被告人は被告人として供述すれば足り、証人台にたつ必要はさほど強くないのである。しかし、被告人として供述すれば信憑力が弱く、証人として供述すれば強い。被告人は自己に有利な供述の信憑力を強くするために、特に証言台に立つことを希望することであろう。もし、真にこのような利益が認められるならば、強いてこれを禁止する必要もない。…それではこの場合、信憑力が強くなるのは何故であろうか。その理由の第一は、証人として虚偽の事実を述べたときには、偽証の制裁を受ける点にある。しかし、…被告人は偽証の制裁をそれほど恐れないのではないか。偽証の制裁と処罰を免れる可能性とを秤量してみると、特に犯罪が重い場合には偽証も十分試みるに値するべくちではないか。そうだとすると、裁判官からみて必ずしも信憑性は増大しないといわなければならない。さらにこのように、いいたいくなければいわなくていいが、いう以上真実をいわなければ処罰するというのは、やはりセルフ・インクリミネーション禁止の趣旨に反するのではなからうか。

…信憑力増大の第二の理由は、反対尋問を受ける点にある。…わが法でも、もし認めるとすれば、少なくとも被告人として持つ全面的黙秘権は放棄したと考えなければならない。…しかし、この場合同時に自己に不利益な事項について証言を拒絶する権利をも放棄したとみるのには無理がある。そうだとすれば一定の事項について概括的に前もっ

て憲法上の権利を放棄したと認めることになるからである。…わが法のように、被告人の主体性を認めつつもそれが徹底されずなお法の後見的作用を要求している場合には、このような放棄を認めるのは疑問である。…被告人は一度証人台に立てば、あらゆることについて尋問を受ける危険がある。証言拒絶権を認めなければもちろん、かりにこれを認めたとしても、拒絶するにはその事由と示さなければならないから、それによって不利な心証をとられることは避けえない。このようにしても、証人台に立つことはむしろ不利益な点の方が多いのである。」

以上のように述べ、平野博士は、結論として、明確な法的規整を欠くわが法においては証人とすることによる危険の方が大きく、利益も多くないから、被告人の証人適格を消極に解するとしている。

そうであれば、平野博士の理論では、現在においても、被告人の供述を取り巻く状況に変化がない以上、被告人の証人適格は認められないといった結論になると思われる。被告人に証人適格を認めることは、被告人を訴訟の主体としてその権利保障を強めることとなり、平野博士の当事者主義の徹底化を指向する見解に親和性を有するが、そのためにはその環境整備が先行することになろう。

IV. おわりに

平野理論は、公判廷を裁判官が生き生きとした心証を形成する場所と位置付け、公判中心主義の徹底があるべき刑事手続の姿であるとしている。当事者が公判で徹底的に争うことによって、被告人の権利が保障されるとともに、真実発見に近づくと理解していた。これらの見解が述べられている教科書が公刊されたのは、昭和33年であった。

しかし、日本の刑事司法の現実、既に述べたように、岩盤のように硬く、動くことがなかった。そのために、平野博士は以下のように述べた⁽¹⁸⁾。

「日本の裁判官その他の司法関係者は、そもそも法廷というところは真実を明らかにするのに適したところではないと考えているように思われる。人が相手に真実を語るのは、二人だけのところで、心を打ちあげて語るときであって、法廷のような公開の場所では、いろいろな方面への配慮から、思い思いのことをいうにすぎない。法廷とは、いいたいことをいわせる儀式にすぎない、だから真実は、後でその模様を考えあわせながら静かに調書を読みこれとつきあわせることによってえられるものである、ということなのであろう。」

この論文は、あまりにも有名な、「わが国の刑事裁判はかなり絶望的である。」といった語句によってまとめられた。それから、もはや20年以上経過し、裁判員制度が導入され、法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」の報告書に基づく刑訴法改正もなされた。

しかし、証拠法の分野に限っては、裁判員裁判における人証の積極化や取調べの録音録画に関する規定の追加といった変化があったものの、本格的なメスが入れていない。平野博士が「絶望的」と診断された状況から変わってきているのだろうか。平野博士の理論は、いまなお現状批判としての意義を持ち続けている。

今後とも、現行刑事訴訟法の解釈・運用及び改正作業にあたって公判を活性化を指向した平野博士の理論の根幹部分は、常に意識していく必要がある。

(18) 平野・前掲(9)422頁。

第4編 平野龍一博士の控訴審構造論

京 明

(関西学院大学大学院司法研究科准教授)

I. はじめに

かつて平野博士が団藤理論を批評したとき、「ある書物を批評しうるのは、その書を書きうる者だけである。体系には体系をもってぶつからなければならぬ」と言われた⁽¹⁾。とすれば、浅学で未熟な筆者が平野理論を批評しようとするのは、僭越というほかない。とはいえ、温故知新という言葉もある。裁判員制度の導入に伴い、上訴、とりわけ控訴審については「事後審性の徹底」という方向性が打ち出され⁽²⁾、実際、その後の判例の展開においても、その方向性に沿ったものが登場している⁽³⁾。そこで、控訴審構造論において「事後審論を最も洗練されたかたちで展開」⁽⁴⁾していたとされる平野理論をここで振り返り、あらためて事後審としての控訴審のあり方を考える契機とすることにも、意味は認められるはずである⁽⁵⁾。

本編では本来、判決の効力と上訴の両方の領域を包括的に扱うことが予

(1) 平野・訴因と証拠51頁以下、特に56頁。

(2) 代表的なものとして、司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』(法曹会、2009年)ほか。

(3) 代表的なものとして、最1小判平24・2・13刑集66巻4号482頁(いわゆるチョコレート缶事件)ほか。

(4) 後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリスト1281号(2004年)58頁、特に64頁。

(5) 平野・裁判と上訴146頁でも触れられているとおり、事後審査との関係で問題となるのは主に事実認定と量刑であることから、以下でもこの2点を念頭において検討を進める。

定されていたが、筆者の能力不足ゆえ、判決の効力については割愛し、ここでは上訴、とりわけ控訴審の構造論に焦点を当て、平野理論の現代的な意義を明らかにするにとどめたい。御海容いただければ幸いである。なお、事後審論を検討するうえでは、団藤理論もふまえておかなければならない。そのため、本稿も前半は団藤理論の検討にあてられている。あわせてご了承ください。

Ⅱ. 団藤理論と控訴審構造論の意義

1. 現行刑訴法の成立に伴う事後審への転換とその背景

周知のとおり、控訴審の構造（制度設計ないしモデル）については、①覆審、②統審、そして③事後審の3つがあると言われる。一般に、覆審とは審理を最初からやり直すモデル、統審とは第1審の審理を引き継ぎ、さらに審理を続行するモデル、そして事後審とは第1審判決の可否を審査するモデルと定義される⁽⁶⁾。

戦後、日本国憲法の制定に伴い刑事訴訟法も抜本的改正されたが、その中でも大きな構造改革を経たものの一つが控訴審であった。つまり、旧刑訴における①覆審から、現行刑訴では③事後審へと変更されたのである。その背景としては、「一方で、当事者主義の採用により第一審が充実をとげたので、これを単純にくり返すことは事実上不可能・不適當となったし、他方で、最高裁が違憲問題を扱う最終審とされたので、控訴審を法律審化して、負担軽減をはかる必要が生じたからである。いわばサンドイッチのように上からと下からの要請にはさまれ、事後審という構想に活路を見出したのだといえよう」⁽⁷⁾。前者の第一審の充実という点につき、改正作業に

(6) 入手の容易な最も新しい基本文献として、出田孝一「控訴審の意義と機能」刑事訴訟法の争点（2013年）194頁ほか参照。

(7) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）484頁。なお、大審院の裁判官は、例えば昭和15年の時点で合計47名いたとされる（泉徳治『私の最高裁判』

もかわった団藤博士の説明を手がかりに、その背景をもう少し詳しく辿ってみると、そもそも上訴制度改革を構想した背景については、次のように説明されている：

「新刑事訴訟法の特色の一つは上訴制度である。第一審の審理が現行法のそれに比較していちじるしく丁重になるかわりに、上訴には重要な制限が加えられたのである。審理の重点は第一審に集中して、上訴審はただ万一おこりうる誤判に対する必要な救済にとどめようというのが根本の趣旨にほかならない。おそらく第一審の審理は従来よりも相当に長びくものと考えなければならない。その上、上訴審でおなじようなことをくりかえしては、迅速な裁判などおもしろいものになる。ことに現在のように刑事事件が激増している際に、事件の終結までに長時日を必要とすることになれば、刑事司法は破産状態に陥るといわなければならない。…この点〔＝事件の急増に伴う裁判所の負担増：引用者注〕からいえば、第一審の審理についても、その促進のために手続の簡易化が問題になるはずであるが、被告人の利益を保護するために、第一審だけは現行法よりも丁重な手続を行うことになった。そのためには、被告人の実質的な保護を確保する限度で上訴審の負担を軽減して、その余剰力を第一審にふりむけるほかないのである。新刑事訴訟法における上訴審の構想はかようにして生れたのであった。」⁽⁸⁾

ㄨ 所論』〔日本評論社、2013年〕9頁）ほか、司法に対する行政の優位など（浅古弘ほか編『日本法制史』〔青林書院、2010年〕285頁）、司法機関としての役割という点でも国法上の地位という点でも、大審院と現在の最高裁判所とを単純に同視すべきでない。

(8) 団藤重光「新刑事訴訟法と上訴制度」法律新報748号（1948年）35頁。なお、原文を引用するに際しては、新字体、現代表記に改めた（以下同じ）。

そのうえで、控訴審を事後審として構築した背景については、次のように説明されている⁽⁹⁾：

「さて、控訴審は、従来は覆審であった。ビルクマイエルのいわゆる『第二の第一審』であったわけである。これは新法のように第一審を丁重にすれば、その必要もないしまった裁判所としてもとうてい負担にたえない。従来のように、職権主義の審理だと、被告人はいよいよ判決が下るまで、判決の内容を予想することができない。おもいもよらない判決が下ることもありうるので、どうしても覆審の救済を必要とする。ところが、新法では第一審で起訴状の訴因、罰条が中心となって実体形成が当事者の前に完全にさらけ出されるから、少なくとも量刑以外の点では、おもいもよらない判決が下るということは、まずありえないと考えてよい。

しかも、第一審では十分に慎重な審理が行われるのであるから、その上、従来のような覆審を認める必要はない。ただ必要で十分な限度でその救済をはかれば足りるのである。かような見地から、新法では控訴審は事後審査を行う審級、すなわち事後審とされることになったのである。

そればかりではない。事後審とすることになったのは別に技術的な理由もあった。すなわち、第一審は、俗にいわゆる起訴状一本主義のたてまえで構想されている。いいかえれば、従来のように捜査記録ははじめから裁判所にはまわらないのであって、検察官は個々の書類を

(9) ちなみに、現行刑訴法の控訴審を最初に「事後審」と呼んだのも団藤博士であったと推測される。この点につき、勝田成治ほか「座談会・刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号（1974年）30頁以下、55頁（羽山忠弘発言）。このような推測を最初に指摘したものとして、後藤昭「立法史からみた控訴審構造論の意義」刑法雑誌26巻3＝4号70頁以下、83頁注（43）。

証拠として公判期日にもち出すことになる。裁判所は第一回公判期日には全くの白紙で臨むのである。ところが上訴審ではそうは行かない。上訴記録が第一審からまわって来るからである。そこで考えられるのは続審か事後審かのどちらかである。ところが続審というのは直接主義口頭主義の要求の強い刑事手続にはなじまないといわなければならない。残るのは事後審とすることだけである。かようにして事後審主義が採用されたわけである。」⁽¹⁰⁾

このように、控訴審の構造改革の背景としては、第一審の審理の充実、特に訴訟構造としては当事者追行主義が基本とされたことの影響が強かったことを看取しうる。換言すれば、控訴審の構造設計は、刑事司法全体の制度設計、とりわけ第一審のあり方と深く関わっていることが分かる。その意味で、そもそも控訴審の構造論とは、刑事司法全体の政策論ないし立法論としての性格が強い点に留意しておくべきである。だからこそ、団藤博士をはじめとする当時の研究者にとって、そしてまた、新たに事後審化された控訴審の運用に携わった当時の実務家にとっても、激動の状況下で新たな方向性を模索していくうえで、控訴審構造論は必要であり、また有意義でもあったというべきであろう。

2. 厳格な事後審論としての団藤説

団藤説の論旨は、事後審査である以上、①原判決の時点に立って、②原判決が用いた資料によって原判決の当否を審査すべきとする点にある⁽¹¹⁾。

(10) 団藤・前掲「新刑事訴訟法と上訴制度」36頁。なお、立法史的には、「控訴審の改革を提案したのは、アメリカ側の法律家ではなく、『協議会』に出席していた最高裁判所の委員であった」とされている。参照、松尾浩也『刑事訴訟法〔下〕新版補正第2版』（弘文堂、1999年）213頁。

(11) 団藤重光「控訴審の構造について」裁判官特別研究叢書第34号（1952年）1頁

すなわち、その考え方は、事後審としての本来的意義に最も忠実かつ純粹な主張である。それにもかかわらず、いな、そうであるからこそ、団藤説は一般に「厳格な」事後審論と呼ばれている⁽¹²⁾。厳格という表現は、特に②の範囲を限定的に考えるからである。例えば、この点に関する象徴的な論点として、393条1項本文の事実の取調べにつき、団藤説は、同項但書のような例外の場合を除いて、原則として「原判決当時に資料とされたものに限る」⁽¹³⁾とする。その背景にあるのは「審理を第一審に集中させるための政策的な理由」であることはいうまでもない⁽¹⁴⁾。また、②のみならず①の論点とも関わるが、原判決以後に示談が成立した場合に関する以下のよう（昭和28年改正前の）説明は、団藤説の基本的な発想をよく表している：

「…おそらく実際に控訴審の裁判官にとって一番割り切れない感じがしますのは、いまの原判決以後に示談が成立した、こういう場合にそれを全然考慮してやることができない。これはいかにも常識に反するような気がいたします。おそらくこういう点が実際上は一番問題の要点になって来るのではなからうかと思うのでありますが、しかし第一審に重点を置く、そして控訴審から以後はどこまでもレビューを行うところの審級である、ナッハプリーフングを行うところの審級である

ㄨ 頁（引用部分は6頁）、同『刑事訴訟法綱要〔7訂版〕』（創文社、1967年）519頁及び531頁（同書については、以下単に綱要と略す）。

(12) 田宮・前掲書485頁、平田元「控訴審の構造」刑事訴訟法の争点（第3版、2002年）210頁ほか。

(13) 団藤・前掲「控訴審の構造について」6頁（なお8頁では、当事者から原審で取調請求があったものも含むとする）、綱要531頁。これに対し、周知のとおり、実務では必ずしも厳格に解されていない（最決昭59・9・20刑集38巻9号281頁ほか）。

(14) 綱要531頁。同旨の指摘として、松尾・前掲書228頁。

という考えをとりますことも、これはやむを得ないことだと思います。どこかで打ち切らなければならない。どこで打ち切るかということについて、第一審に重点を置く以上は、やはりそこに一つのけじめをつけなければならないのであって、それをいつまでもずるずるべったり、控訴審でも、あるいは上告審でも、そういうことをするというのは適当でないのではないかと思うのであります。」⁽¹⁵⁾

しかし、このような考え方は、旧刑訴下での統審に慣れ親しんだ実務界から大きな抵抗を受けざるをえなかった⁽¹⁶⁾。特に昭和28（1953年）の刑訴法改正により382条の2や393条2項、397条2項等が設けられたことにより、事後審としての性格に一定の後退を迫られたことは、それを象徴する出来事であったといえよう⁽¹⁷⁾。もっとも、その後も団藤説は、上記のような第一審判決後の損害賠償や示談の成立については、「第一審判決前にも可能であったにも関わらず、ことさらに怠っていて、第一審判決の結果—たとえば実刑の言渡—をみてはじめてこれを実現したようなばあいは、第397条第2項の適用として、破棄の理由とはならない」として、限定的な立場を維持している⁽¹⁸⁾。

(15) 団藤・前掲「控訴審の構造について」30-31頁。この講演会は、昭和26（1951）年に行われたものである。

(16) 団藤・前掲「控訴審の構造について」31頁及び綱要517頁によれば、弁護士会（当時のいわゆる在野法曹）からの要求が非常に強かったとされる。

(17) 団藤重光「上訴、とくに控訴審」日本刑法学会編『改正刑事訴訟法：解説と批判』（刑法雑誌別冊、有斐閣、1953年）71頁以下、80頁によれば、「第393条第2項・第397条第2項は、刑の量定に関するかぎり控訴審に統審的機能をみとめるものである」とする。

(18) 綱要534頁。なお、団藤博士自身は、昭和28年の刑訴法改正及びその後の判例の展開もふまえ、1989年の段階で「控訴審は、あるべき姿にほぼ定着した」とも述べている。参照、団藤重光「刑事訴訟法の40年」ジュリスト930号2頁、特に8頁。

3. 小 括

以上のように、団藤説の特徴は、事後審としての控訴審の基本構造から演繹的に解釈上の帰結を導き出そうとする点にあり、しかも、事後審としての性格を最も純粹に貫く点で厳格な事後審論と評価されることにもなった。その背景にあったのは、基礎理論というよりも、むしろ第一審の審理の充実を前提に（あるいはそれを目標に）、刑事司法全体を展望したうえで導き出された一つの政策的な判断といえる。むしろ、前述のように、そもそも控訴審構造論そのものが、解釈論というよりは政策論というべきなのであろう。だからこそ、戦後の刑訴法改正にともない、刑事司法自体が大きく変わって行かなければならないときにあって、とりわけ大きな役割を果たしたものである。後述のように、そのような構造論の意義は、現代にも通底しうる。

このように政策的な側面に注目すると、控訴審構造論に関する団藤説は、団藤博士が主張したいいわゆる基礎理論からは、一見かけ離れているようにも思える。しかし、翻って考えると、いくつかの点で基礎理論との接点が見られないわけでもない。その一つが、実体形成の標準をどの審級に設定するかという問題である。上述のように、職権主義的な訴訟構造を前提に、控訴審も覆審である刑事司法制度を前提にすれば、実体形成の標準は、事実審の最終段階である控訴審における判決言渡しの時点でありえた。原則として（つまり上告審で事実審理が行われる場合を除いて）、それが事実審理の可能性のある最後の時点だからである⁹⁹⁾。

これに対し、新刑訴（現行法）において団藤博士は、「ともかく第一審に重点を置く、第一審を最も重要視して、ここでもって完全な実体的な真実を発見する、そうして適正な判決をするようにもっていく、これが一つ

⁹⁹⁾ 団藤重光『訴訟状態と訴訟行為』（弘文堂、1949年）54-55頁。

の前提であります」とも述べている²⁰⁾。第一審で完全な実体的な真実を発見するということは、団藤基礎理論におけるいわゆる実体形成も、少なくとも現行刑訴法においては基本的には第一審において行われることが予定されていたといえる²¹⁾。とすれば、控訴審の構造も、すでに実体関係が形成されている以上、原則として原判決当時の時点に立って、当時の資料に基づいて事後審査するという制度設計は、むしろ自然な発想といえる²²⁾。

このように考えると、団藤博士の基礎理論、とりわけ実体形成の時点も、刑事司法全体の制度設計（特に訴訟構造）が異なれば変動しうるものであることが分かる。この点は、基礎理論といえども、決して政策的な要素と無縁ではないことを示唆するものである。控訴審構造論は、このような意味において団藤説の政策的な側面を映し出すものともいえるだろう。

他方、控訴審の構造論から解釈論上の帰結を演繹的に導き出そうとするアプローチ自体は、その後の学説のアプローチをも決定することになった。「戦後の刑事訴訟法学は、団藤刑訴から出発してそれを超克しようとする諸家の奮闘の軌跡と言って過言ではない」²³⁾との指摘は、控訴審構造論との関係でも等しく妥当すると言ってよい。次にこの点を、平野説との関係で見えていくことにする。

20) 団藤・前掲「控訴審の構造について」2頁。下線は引用者。

21) 「原裁判所で行われたところの実体形成」という表現は、前掲「控訴審の構造について」10頁でも見られる。なお、団藤博士が陪審制度に好意的な姿勢を示す点も（例えば綱要17頁）、このような文脈において理解することもできるかもしれない。ただし、その場合でも、団藤博士が検察官上訴も違憲ではないと考えている点（例えば綱要505頁）との整合性は残るだろう。

22) 団藤・前掲『訴訟状態と訴訟行為』56頁でも、「要するに、新法のもとでは、原則として第一審判決の言渡当時の事実関係が標準となるものといわなければならない。例外として、上訴審の判決言渡当時の事実関係が標準とされることがありうるだけである」とする。

23) 高田卓爾「学説100年史 刑事訴訟法（戦後）」ジュリスト400号（1968年）177頁、引用部分は185頁。

Ⅲ．平野理論と控訴審構造論の意義

1．団藤説との共通の基盤～事後審制

平野説も、現行法の規定を前提にすれば、「現行法の控訴審は、原則として原審に現われた証拠による、原判決の時を標準とする、事後審査であることは否定できない」とする²⁴⁾。そのため、団藤説と結論を大きく異にする点は決して多くはない。例えば、ここでも事後審制をめぐる象徴的な論点として、事実の取調べの範囲（393条1項但書）をとりあげると、平野説も団藤説同様、「無制限に許されるわけではない。事実誤認についていえば、原則として訴訟記録および原裁判所において取り調べた証拠に限られる」とする²⁵⁾。もっとも、その理由づけについては、団藤説と平野説ではニュアンスの違いがある。例えば、事後審制を前提にしつつも職権でなければ無制限に事実の取調べを認めようとする学説につき、これを批判する文脈で平野説は次のように述べている：

「より実質的に考えてみよう。この見解は、確かに事後審査の本質に反するものではない。しかし、このばあい問題は、当事者主義か職権主義かにある。当事者の請求は却下するが、職権でなら取り調べていいというのは、過度の職権主義ではなからうか。なるほど控訴審では、職権調査が認められている点で職権主義が強い。しかし、このばあいでも、当事者が控訴のとき申し立て得べかりしものを、裁判所が後見的に取り上げてやるにすぎない。当事者は主張できないが、裁判所は採り上げうる、ということになると、また別個の考慮を必要とする。実体的真実主義の点も、なお反省を必要とする。原審に現われたものに限るならば、個々の事件においては、真実に反した原判決を維持せざ

²⁴⁾ 平野・裁判と上訴145頁以下、152頁。

²⁵⁾ 平野・刑訴318頁。

るをえないばかりであらう。破棄して真実を明らかにしたいという裁判官の気持は十分理解できる。しかし、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。原审に現われたものに限るという制度は、当事者主義を第一審で十分機能を発揮させるために重要であり、またその機能が大体において果たされていることを前提とするときは、必ずしも不合理ではないのである。²⁶⁾

団藤説同様、第一審の充実を基本的な論拠とするものであるが、そのみならず第一審における「当事者主義」の充実という観点も加味されている点が特徴的である。いうまでもなく、これは、捜査法、公判法、そして証拠法に通底する平野刑訴理論そのものの大きな特徴でもある。そして、このような当事者主義の観点こそが、団藤説との違いをもたらすものともいえる。この点の詳細については後述することとし、以下ではまず事後審という概念に関する団藤説と平野説の違いに着目してみたい。

2. 事後審の本質的メルクマール～審査審説としての平野説

同じく事後審査という概念を前提としながらも、団藤説との対比において、平野説は「より緩やかな説」と呼ばれたり²⁷⁾、その理論的実質に照ら

²⁶⁾ 平野・裁判と上訴150～151頁。

²⁷⁾ 平田・前掲「控訴審の構造」210頁。

して、「審査審」説と呼ばれたりする²⁸⁾。その理由は、事後審査の概念を再検討する際、いくつかのメルクマールに整理したうえで、「事後」という点よりも「審査」という点に本質的な意義を見いだすからである²⁹⁾。この点に関する平野説の論旨は以下のとおりである：

「第六〔のメルクマール〕は、控訴審が原判決の当否を判断するものであるか、それとも自ら事件について認定を下し、その結果を原判決の認定と対比するものであるか、である。旧刑訴では、もちろん自ら認定した（そうして原審と対比することもなかった）が、…旧々刑訴、ドイツ刑訴などは、自ら認定し、その結果を原判決と対比したのであり、原審に現われた証拠に限定しているオーストリア民訴もまた同様である。控訴判決の時を標準として同様のことを行うことも可能である。これに反し、現行法は、事実の誤認があるか否かを審査するものであって、自ら認定を行うものではない。もちろん、審査の過程で自ら一つの認定に到達することはあろうが、それは別個の問題であり必要ではない。この点こそ事後審査のもっとも本質的なメルクマールというべきだろう。このばあい、この立場からは（わが法がそうであるかは別として）判決後に生じた事情を考慮することも不可能ではないことに注意しておく必要がある。」³⁰⁾

下線部に注目すれば、事実誤認に関する経験則・論理則違反説と心証優先説の争いのうち³¹⁾、平野説は前者に親和性のある立場のように見える。

²⁸⁾ 田宮・前掲485頁、河上和雄ほか（編著）『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第9巻』（青林書院、2011年）75頁（原田國男）ほか。

²⁹⁾ 田宮・前掲486頁。

³⁰⁾ 平野・裁判と上訴148頁。〔 〕内及び下線は引用者。

³¹⁾ 学説の詳細については、出田・前掲194頁のほか、河上ほか前掲『大コンメンタール』

ただし、以下に述べるように、平野説は新証拠の取調べを比較的ゆるやかに認めるから、そこでは新証拠の評価も加味されざるを得ず、心証優先説に近づく余地も生じうる。もっとも、管見の限り、この論点に関して平野説は明言していないようである³²⁾。むしろ、平野説はこの点に含みを残しておいたのかもしれない。

いずれにせよ、審査審説（自ら事件について判断せず、ただ原判決の当否を判断するにとどまるということ）の論旨は、①控訴審の「審判の対象は、第一次的には、原判決を不当とする当事者の申立てであり、それが理由ありと判断され、いわばその殻が破られた後、はじめて裁判所は、その内容たる事件そのものに直面する」という点³³⁾、次に、上記引用の最後の部分にも関わるが、②客観的に結論が正当かどうかを調べるのも事後審査であるから、判断資料も必ずしも原判決が用いたものに限られないとする点（後述）、そして、上記①のとおり、審査審としては第一次的には当事者の申立ての理由の有無を判断するものである以上、③そのような訴訟法上の判断は、実体法的判断と異なり、原判決時を標準とする理論的必然性はないとする点にあるといえよう³⁴⁾。

上記①～③のうち、平野説が団藤説と具体的な結論を大きく異にするのは、特に②の部分である。これは、なぜ平野説が団藤説よりも「やや緩や

ㄨ タール刑事訴訟法〔第2版〕第9巻〕260頁〔原田國男〕参照。

32) なお、団藤説からは、経験則・論理則違反説が示唆されている。参照、団藤重光「自由心証主義」日本刑法学会編『刑事法講座第6巻』（有斐閣、1953年）1115頁（特に1126-1127頁）、綱要283頁。

33) 平野・刑訴304頁。なお、平野・裁判と上訴167頁によれば、原判決を破棄したときは、事件自体について審判しうるから、事件自体もまた間接には審判の対象だとする。

34) 平野・刑訴304～305頁、平野・裁判と上訴147頁。なお、平田・前掲「控訴審の構造」210頁は、平野説によれば「認定資料の範囲、判定基準時などは立法政策・解釈の問題となる」とする。

か」な事後審論を主張したかという理論的な問題点にも関わる。そこで、上記②とその理論的背景につき、節をあらためてさらに検討していくことにする。

3. 審査資料の範囲と当事者主義

量刑不当及び事実誤認に関する審査資料の範囲につき、平野説はさらに次のように述べている：

「但書の解釈につき、二、三注意すべき点がある〔引用者注：ここでいう但書とは昭和28年刑訴法改正前の393条1項但書であり、以下の引用は、現在の382条の2第1項『第1審の弁論終結前に取調を請求することができなかった証拠』の解釈に相当する〕。第一は、請求しえなかった、という語の意義である。通説はこの語を、請求しようとしてもできない、といういわば物理的な意味に解し、当該証拠の存在を知らなかったとき、知ってはいたが、取調不可能のときなどはさしつかないが、証拠の存在を知っていたが、請求の必要なしと考えて請求しなかったときは、もはや但書によっても請求できないと解しているようである。しかし、このように厳格に解する必要があるであろうか。すでに提出された証拠の証明力の評価について、当事者は十分だと思ったが、裁判所は満足しないというばあいもあるだろう。その他、当事者は判決を見てはじめて、裁判所がそういうつもりであったのなら、こういう証拠も出しておくはずであった、ということは、かなり存在しうと思われる。それがもっともであり、理由のあるものであるならば（そうして疎明されたならば）、これも、いわば心理的に、請求できなかったものとして請求を認めても差し支えないのではなかろうか。393条の制限は、当事者の怠慢を防ごうとするもので、失敗をも

許さないものではないであろうから。第二に、判決後に存在するに至った証拠はやはり、『弁論終結前に請求できなかった』ものであるから、控訴審で請求できると解すべきである。前に述べたように、認定される事実が、原判決の時の事実だからといって、証拠までその時に存在した証拠に限る必要はないからである。したがって、原判決後に、被害を弁償したという事実を証拠として、原判決当時の被告人の人格を証明し、原審の刑の量定を不当とすることも、不可能ではないわけである。

このように解すれば、運用如何によっては、ほとんどすべての証拠を取り調べることになる。しかし、あくまで当事者に疎明の負担を追わせる点で、さきに述べた異説とは、大きな差異がある。そうして当事者訴訟の維持のためには、このような制度が必要である。」³⁵⁾

第一の、弁論終結前に請求することができなかった証拠の解釈（心理的に不可能であった場合も含む）は、もちろん昭和28年の改正後も維持されている³⁶⁾。この点については、どこまで合理的な理由が認められるかという問題もあるが、そもそも必要でないと考えて請求しないというのは訴訟戦略の問題であって「怠慢」かどうかの問題ではないとの疑問もないわけではない³⁷⁾。しかし、いずれにせよここでのポイントは、このような審査資料の範囲の緩和は、引用最後の段落からも明らかなように、「当事者訴訟の維持のため」のものだという点である。したがって、平野説が事後審制の概念（メルクマール）を整理し、審査という点に本質を見いだして審査資料の範囲に一定の拡大を認めたのも、第一審における当事者訴訟を充

35) 平野・裁判と上訴154～155頁。

36) 平野・刑訴304頁。

37) 高田卓爾『刑事訴訟法〔2訂版〕』（青林書院、1984年）525頁。

実させるためであると同時に、そこで生じうる当事者の具体的な救済を図ろうとしたためであると考えられるのである³⁸⁾。

4. 小 括

平野説が、団藤説同様、事後審説に立っていたのは、現行法の規定という前提ないし制約もさることながら、理論的にも、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。しかし、そのうえで団藤説のような厳格な事後審説に立たなかったのは、第一審における当事者主義訴訟を維持するため、事後的な救済の範囲を事後審という概念からアプリアリにないしは過度に硬直的に制限すべきでないという政策判断があったものと考えられる。とすると、平野説の事後審論（審査審説）の意義とは、平野博士自身の言葉を借りれば、「当事者主義を維持するための事後審査制」³⁹⁾ということもできるだろう。本編冒頭でも触れたように、平野説が事後審論の中でも「最も洗練された」ものと評されることがあるのも、単に事後審の概念を詳細に明らかにしただけでなく、そこに当事者主義訴訟において果たすべき控訴審の機能をも実質的に盛り込んだうえで、法解釈上の手がかりを示した点も含めてのことであると思われる。

IV. おわりに～平野理論の現代的意義

周知のように、事後審論は後に大きな批判にさらされることになった⁴⁰⁾。平野説（審査審説）に対しても、「ここまでくると…構造論は、少なくとも〔解釈〕基準の提供という点では…、もはやほぼその役割を終えた」と

³⁸⁾ なお、平野説自身は、検察官上訴を違憲と考えているわけではないから（平野・刑訴299頁）、ここでの審査資料の緩和・拡大は、被告人に有利にも不利にも作用しうる点に注意が必要である。

³⁹⁾ 平野・裁判と上訴155頁。

⁴⁰⁾ その概要については、平田・前掲211頁。

すら言われることもある⁽⁴¹⁾。また、少なくとも事実誤認に関する限り、控訴審の裁判官は自ら心証を形成しない限り原審に対する評価はできないのでないかとの問題提起に象徴されるように⁽⁴²⁾、原判決の当否について判断するという審査審説の前提自体への根本的な懷疑すら提起されるに至ってもある。

しかし、そもそも事後審論ひいては控訴審構造論とは、少なくとも団藤説と平野説においては、刑事司法全体のあり方を見据えたうえで、第一審の審理の充実を図るために主張された政策的な主張ないしは目標であったという点に、あらためて留意する必要がある。そうだとすると、制度またはその運用を変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いうべきであろう⁽⁴³⁾。

このように考えると、本編冒頭でも触れた事後審制の徹底に向けた近時の動向は、現代においても控訴審構造論がなお有用であることを示す、ひとつの実例とさえ言えるのではなからうか。このような近時の動向が、裁判員裁判の導入を契機として第一審の充実を志向するものである限りにおいて、団藤説はもちろん、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ろう⁽⁴⁴⁾。もとより、筆者自身もそのような方向性に賛同する者

(41) 田宮・前掲486頁。〔 〕内は引用者。

(42) 代表的な文献として、後藤昭『刑事控訴立法史の研究』（成文堂、1987年）ほか。

(43) 河上和雄ほか編・前掲『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第9巻』80-81頁〔原田國男〕が次のように述べている点は、示唆的である。「…構造論というのも架空のドグマではなく、第一審集中・強化及び控訴審の謙抑性といったポリシーを実質的な根拠とするものであるから、構造論に対する批判といっても、いわば議論の仕方の変更を求めるにすぎないという面もある。要するに、このポリシーは、それ自体正当性を持つものであるから、これを根拠とする議論は、いわば打たれ強いのである。」

(44) ただし、平野説は、少なくとも参審制度との関係では、控訴審にも（第1審ノ

の一人である。

他方、平野説（審査審説）への批判の仕方についても、再検討を要する。すなわち、そもそも平野説が、公判中心主義が必ずしも徹底されていないかった従来の第一審に対しても常に鋭い批判の視角を向けていたことを想起するならば⁴⁵⁾、審査審説それ自体の内容に検討の対象を限定していたのでは、その論旨を見誤るおそれもある。平野説が目指した刑事司法の全体像と照らしあわせたうえで、今後は審査審説の意義をトータルに評価し直す必要があろう⁴⁶⁾。本稿もまた、そのための準備作業というべきものである。

本稿冒頭で、「体系には体系をもってぶつかなければならない」との平野博士の言葉に触れた。その言葉は、現代的には、個別論点の検討も常に刑事司法全体を見渡す広い視野のもとに取り組まなければならないとの趣旨にも、理解できるように思われる。平野龍一博士の控訴審構造論は、そのことの重要性をあらためて我々に問いかけるものではないだろうか。

より多い) 参審員を加えるなどの厳格な要件を加えない限り、事実誤認による上訴を認めるべきでないとしていた。参照、平野龍一「参審制度採用の提唱」ジュリスト1189号(2000年)50頁以下、特に57頁。この点については、さらに後掲・注46も参照。

45) 象徴的な論文として、平野龍一「現行刑事訴訟法の診断」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第4巻』(有斐閣、1985年)407頁。

46) 先に(注44)において示唆したように、裁判員制度の下で、控訴審には裁判員が加わらない現在の上訴制度を、そもそも平野説が許容したかどうかという問題もある。そのため、平野説(審査審説)と近時の最高裁判例との関係などの問題については、今後の課題としたい。