

日本の刑事裁判

——その近代化と現代化——

田 宮 裕

- 一 はじめに
- 二 戦後の刑事裁判・私史
- 三 アメリカ法との出会い
- 四 デュー・プロセス論
- 五 日本における現実——日本の特色論の意義
- 六 「近代化」の宿題と「現代化」の要請
- 七 おわりに——私の研究Ⅱ中間報告を終えるに当たって

一 はじめに

きょうは刑事訴訟法の補講ということになっておりますが、法学部のほうで最終講義という看板を出して下さったからでしょうか、こんなにもたくさんの皆さんがおいでくださり、私もびっくりしていると同時に、来し方を思つて早くも感動がこみあげてくるような気持ちにひたっています。

私は刑事訴訟法学の大家、泰斗、碩学などという立場にいる者ではありませんし、学界の一隅にそつと身を置く

老書生に過ぎないわけですから、本当はだれ知ることもなく静かに現役から去るのが身の処し方だと思っていた。ところが、私の心優しい同僚が最後のさような講演の機会を与えてやると言ってくださいますし、学生諸君のなかにも、たとえばこれは名前を紹介したいぐらいですが、今年の年賀状に「ユウちゃん辞めるな、まだやれる(笑)」と書いてくれた人もいました。このユウちゃんとは私のことです。田宮裕(ひろし)の裕をとって、私はとくに「優^(ユウ)先生」だと自分で冗談めかしに言ったりするので、学生も一緒にこれにのって「ユウ大先生」と呼んでくれることもあるのです。そんなわけでここは一念発起、もう一回演壇に立たせてもらおうかと思つて、やつて参りました。

ざつと拝見いたしますと、学生諸君はもちろん、そのほかに立教大学法学部の同僚諸兄姉や職員の皆さん、そして、これは思いもかけなかったことですが、刑法学会のお仲間である他大学の先生方や実務家の方々、それも、私の先輩筋に当たるような大家の皆さんも何人かお見受けします。これはたいへん光栄であると同時に、さて私は何をお話したらいいのか、実はいま身のすくむ思いというか、ここに穴でもあつたら入り込みたいような気持でドギマギしています。ルイス・キャロルの『不思議の国のアリス』ではありませんが、あのウサギでも、どこから飛び出てきてくれれば、私はその後を追いかけていつて、穴にストンと落ちてしまいたい……。

そういう皆さんの中には、わざわざ遠いところからいらしてくださっている方もありますし、そうでなくてもお仕事がたくさんあるに違いないウィークデーの最も貴重な時間においていただきまして、感謝のしようもあります。そのことをまず申し上げて、本題に入らせていただきたいと思います。

二 戦後の刑事裁判・私史

さて、きょうは何をお話したらいいかと思ひ、とつおいつ考えておりましたが、なかなか考えがまとまりませ

ん。

そういうときは漠然と行き当たりばつたりがよかろうと思ひまして、あらかじめ大学のほうで出してくださるという看板には、さし当たりどんな内容になろうともどこかでひつかかるかなという題、つまり「日本の刑事裁判」としておいてもらいました。ぐずな性格なので、何が飛び出すかまだ不安なところがありますが、しばらくお付き合いをお願いします。とはいえ、追いこまれると人間はアキラメがつくもので、「日本の刑事裁判」と書かれてしまいましたら、それが定点になり、そこからことがらが動きはじめます。今日のお話も同じことで、私が皆さんの前でお話できるのは、日本の刑事裁判についてしかあるまいと思うようになりました。日本の裁判制度は明治以降から数えればもう一〇〇年以上も続いているわけですが、私が付き合ってきたのは戦後五〇年の刑事訴訟あるいは刑事裁判ですので、その刑事訴訟について私がどう付き合ってきたかということをお話してみます。

強いて申し上げれば「戦後の刑事裁判・私史」、シシは試史などという大げさなものではなくて私の歴史です。本来は客観的な日本の刑事裁判の正史をここで皆さんに——私の見方としてではあれ——お示しするのがいちばんいいのかもしれませんが、それはとても私の任にたえることではありませんので、私史とさせていただきます。

私史とはいっても「正史」にまつわりつきながらいつしよに歩んできたという面があります。考えてみると、ちょうど音痴の歌みたいなのです。音痴の人が歌ったり演奏をしたりすると、あるところで正しい旋律から外れていって、またしばらくして戻り、正しい旋律に重なるといった交錯を繰り返します。全部離れて勝手に歌うのは、これは新しい音楽で、創作活動になってしまします。それほどスットン狂ではありませんから、私の私史も常に正史に戻りながらまた外れてしまう。そこに音痴の面白味がある…。

私は、日曜の晩はNHKの〈日本人の質問〉という番組をとときどきみます。そのなかに、かわいい大桃美代子さ

んが出ていて、音痴で売っているのですが、あのスタイルだなと思って聞いてくださればいい。私のきょうのお話は、大桃美代子さん張りの音痴の私史ということでお許しいただきたい。もう少し格好よくいいますと、ゲーテに『詩と真実』という作品があります。原語のドイツ語では *Dichtung und Wahrheit* です。Wahrheit は刑事裁判の伝統的な目的原理である実体的真実主義 (materielle Wahrheit) の Wahrheit につながるもので、刑事訴訟法では非常に馴染みの深いドイツ語ですが、*Dichtung* とは、要するに、ゲーテの心情、詩的な感情の側面を言い、Wahrheit は彼の生い立ち、成長、人生といった客観的な事実です。客観的な事実に沿って心情的に詩的な発想を交錯させているという作品で、皆さんの中にも、もちろん読んだ方がたくさんいらっしゃると思います。私の私史は、Wahrheit に正確に迫っているとはいえず、かなり私個人の主観に傾いた *Dichtung*、つまり、心情中心の歴史になるかもしれません。もしそのようになってしまったら、ぜひご寛大にお願いします。

さて、私が付き合うことになった刑事裁判、その出発点つまり原風景とは、どんなものだったでしょうか。それは戦後の刑事訴訟法がやっとよちよち歩きをはじめた当座のことです。現行法が施行されたのは一九四九年ですが、私はそれから少し遅れて大学に入りました。卒業して研究生活に入ったのは一九五五年です。戦前の刑事訴訟の全否定のうえに新しい刑事訴訟法ができた、当時はそう思っていました。つまり、憲法との関係で「八月革命」という言葉がありますけれども、刑事訴訟法も八月革命の帰結として新しい法がとって代った。とはいえ、古い残映がまだ完全には消え去らず、古い風景の残りがすのほうが瞼の奥にある。つまり、すさんだ焼け野原みたいなものが目につくところだった。私の原風景は、そのすさんだ焼け野原に新しい芽が出てき始めたといった風情でした。

そのころのお話をしてもあまり興味がないかもしれませんが、話題を学問のほうへ急展開することにしましょう。私の先生は、ご存知の通り団藤重光先生と平野龍一先生であります。そうした先生のお言葉を借りますと、新しい刑事訴訟法は団藤先生によれば、「大陸型の刑事訴訟法と英米型の刑事訴訟法の混血児」だとい(1)うのです。

混血児はよく美形が多いといわれます。つまり、新刑事訴訟法は美人の混血児として生まれたわけです。明治の時代が法制面の形式的な整備を心がけたという意味で近代化の第一期だとすると、戦後は実質的な社会の近代化という意味の第二期だと表現されました。平野先生は、戦前の職権主義的な刑事訴訟法に対して当事者主義的なきれいな刑事訴訟法学を樹立しようとしていたところですので、「職権主義から当事者主義へ」と表現されて、そのより一層の発展と理論化に努力を傾注していました⁽²⁾。

そういうなかで、私は団藤先生のいう「混血」美人と付き合ってみたいということになったのでしょうか、あるいは平野先生のフレッシュな体系に吸い寄せられたというのでしょうか、とにかく両先生の考え方に基本的に従いながら勉強を始めたのですが、私が最初に選んだテーマは、刑事訴訟における既判力、つまり一事不再理の効力という問題でした⁽³⁾。この既判力は、後から考え直してみると、憲法にその基礎があり、非常に実践的な問題であつて、政策原理だとの位置づけができるということになるのかもしれませんが、実は私が既判力を選んだのは、どちらかというと非常に理論的な興味がメインであつて、今いったような政策的側面はまだはっきりと形になってはいなかったというのが正直なところです。田宮もそうだったのかと驚かれてしまうかもしれませんが、告白すればそういうことです。

理論的な興味で既判力を選んだとはどういうことかというところ、戦前の既判力論の根元は民事訴訟法にあり、そこに長い理論史がある。それが刑事訴訟法にどれだけ移行可能かを追求してみたい。いわば民事訴訟法理論の刑事訴訟法化に関心がありました。既判力は、訴訟物理論、訴訟条件論、それから裁判の効力として上訴やさらに実体法（の実現）そのものとも密接に関連します。訴訟のいわば幹の部分みんなこの問題と関連するのです。それに加えて、新刑事訴訟法になり、理論自体に新しい展開も見込まれる。現行法の目玉ともいえる色々な問題を解く鍵ともなつてあらわれます。これはやり甲斐のある大きなテーマだと思つたのです。すなわち、たとえば戦後いち早く

大きな論争の対象となった訴因や公訴事実——これは学生諸君がいちばん苦手の部分で、先日も今年は試験の簡冊から外すと言ったら拍手喝采してましたね——という問題に深くかかわりますし、再審や上訴という制度にあらわれる手続段階の区切りという問題に反省を加えることにもなる。また、訴訟条件論も訴追の性格や被告人の人権とからんで変ってよい。こうした既判力は、訴訟のいわゆる基礎理論という部分の要めになるような論点だったし、訴訟の基本構造の変化に伴ってこれからどうなっていくか、その点を攻めて、理論的に一歩先へ行ってみたいということでした。

ところで、いま申し上げたような訴訟の基礎理論のまたその基本にあるのは訴訟の本質ないし性質という問題です。訴訟の性質とは「訴訟は訴訟状態とみるべきか訴訟法律関係とみるべきか」ということで、戦前の長い論争史があるのです。その論争の結果、戦後の出発点あたりを基準にして日本で到達し得たところは、民訴の兼子一先生から刑訴の団藤先生へと共通の太い軸になってだいたい固まったわけですが、⁽⁴⁾いわゆる具体的規範説という考え方でした。これは講義でも少し説明したかと思いますが、そうした具体的規範説を基本に兼子、団藤、平野の各先生、そしてこの立教大学の民訴の井上治典先生のご父君であられる⁽⁵⁾（故）井上正治先生など、訴訟法の分野の代表的学者はみな鋭意そうした基本的な立場で理論を展開されていたといつてよい。

私もその驥尾に付して何がしかの発展をつけ加えることができたのですが、さて勉強を始めてみますと、つまり、この理論の祖国はドイツですので、ドイツの理論の研究を進めみると、ドイツでは違うのです。むしろ純粹訴訟法的な考え方が依然としてとられている。そして、訴訟の本質論にさかのぼると、訴訟状態説ではなく、訴訟法律関係説が支配していました。訴訟法律関係説は実体法で展開を遂げた既成の概念を利用して訴訟を分析するので、実体法的な考え方に引きずられているのではないかと当時は思われていましたが、そうではなく、法律関係を前提にしつつも、訴訟法的な観点からものごとを発展的にみているので、これもまた訴訟法的な観察方法

といつてよく、むしろ純粹訴訟法的な考え方なのです。

東大の研究室に助手として残つて、図書室のなかをあちらへ行ったりこちらへ来たり、いろいろの文献を探して読みあさってみると、そういう流れが主流で滔々として流れている。ちよつと余談になりますが、あの青春のころは楽しかったですね。さすがは東大研究室の書庫です。名前でしか知らないような内外の先生の本があるばかりか、そういう先生が残された蔵書を東大が買い受けたなどという場合もけっこうあつて、その先生の名を冠した特別の文庫になつている。立教大学でも、たとえば憲法の宮沢俊義先生の蔵書は図書室で引き継がせていただいて、「宮沢文庫」という名前です。皆さんご存じの通りだと思います。東大ではたとえばワツハ文庫、ワツハといったつて笑つてゐるわけではありません(笑)。民訴の大家アドルフ・ワツハのことですが、そのワツハと出会えるのです。書庫の中で書物を通じて密かに私だけがワツハと交流している、そこに人知れぬ純粹な快感がある。これが学問の喜びというものかと感じたわけで、若き日々が懐かしく思い出されます。

さて、本題に戻ると、そういう現実のなかから、訴訟法律関係説の本質、純粹訴訟法説な考え方とは何か、ということが浮かび出てきました。たとえば訴訟状態説の古典は、一九二五年に出たゴルトシュミットの『法律状態としての訴訟』(デア・プロツェス・アルス・レヒツラーゲ)という本ですが、⁽⁶⁾具体的規範説に立つて訴訟の本質を追求した本のように思われているでしょう。しかし、実は非常に純粹訴訟法的な観点の透徹した分析です。訴訟状態の終点にあるのは、もちろん最後に宣告される裁判(判決)ですが、それが確定したとき発生する効力のことを確定力(レヒツクラフト)と言います。ゴルトシュミットによれば、「レヒツクラフトはグリヒツクラフトだ。」それが結論なのです。だから、裁判所を中心とした純粹訴訟法的な効力という点がゴルトシュミット説の本質です。

この関係でもう一つ心情告白をしておきますと、私が刑事訴訟法のドイツの基本書のなかでいちばん影響を受けたというか、初恋のようにあこがれたのは、ベーリングの訴訟法の教科書で、一九二八年に出た『ドイツチエス・

ライヒス・シュトラーフプロセスレヒト』という本なんです。小さな本です。⁽⁷⁾有斐閣から出していただいた私の『刑事訴訟法』という小著があることはご存知の通りでしょうが、大きさはちょうどあのぐらいです。⁽⁸⁾決して真似をしてあの大きさ本にしたわけではないのですが、私としては、ひそかにほくそ笑んだりしています。一九二八年ぐらいになりますと、だいたいドイツ語特有の例のひげ文字 (Fraktur) は使わないで、ふつうのラテン文字の字体になるのですが、ベーリングのその本はひげ文字で印刷してある。非常に古めかしく格式が感じられる本です。しかし、内容は反対に斬新で、論理がすっきり通っていてきれいなのです。法の美学、エステティーク・デス・レヒツ (Ästhetik des Rechts) という言葉がありますが、ベーリングのこの本からは何か美的な訴えかけが放射されていて、私の感性と共鳴し合うものがあつた。そういう意味では、私はベーリングが初恋の人です。ベーリングというと、あの刑法の構成要件論の創始者としてのほうが有名だといってよいでしょうし、実は日本では、それほどではやされたという本ではないのですが、私としては、ベーリングといえはこの訴訟法の本がほしい。

助手時代に使った東大に一冊しかなかった本は、表紙がボロボロになって一部はがれたりしていましたが、常に独占的に借り出し座右に置いていました。しかし、何とかもう一冊自分のものにしたいと思って長い間探したのです。私が研究を始めたころは、日本も先ほど焼け野原という言葉を使いましたが、ドイツはそれこそ全土が戦場になり都市という都市が灰塵に帰してしまったのもっとひどく、古い本があまりない。古本屋さんを探してもらってもなかなか出てこないのです。出物があつたらと頼んでおくのですが、たまに出てもすぐ誰かに取られてしまふ。この種の本の顧客は外国人としては日本人ぐらいしかいないはずですから、ひよつとすると、このなかにいるとなたかが先取りしてしまわれたのではないかと勘ぐりたくもなりますが (笑)、本屋さんのカタログにはのつても取られちゃうという数回そういうことがあつて、ああ、これは『君の名は』だななどと思いました (笑)。『君の名は』は春樹と真知子という美男美女のなかなか会えない涙の物語ですが、こちらはいかついベーリングと田宮のお

粗末な一席です。つい最近、カイク社が復刻版を出したので、その代用品で、今ではそつと昔の夢をなつかしく思い出しています。

閑話休題。そのようなわけで、ゴルトシュミットやベーリングなどを中心にドイツ刑事訴訟法の理論を研究してきたのですが、⁽⁹⁾その結果はいま申し上げたようなことなので、それ以上の発展はない。ということは、「何だ、これをいくらやっても、ドイツ法の小さな世界の中を動き回っているだけではないか」という思いがつのるのです。これは一種の敗北感であつて、既判力はやめようかと、ときどき思いました。しかし、既判力の歴史をさかのぼり、規範の宣言・創設という積極的効力と並んで、公訴権消滅という消極的効力にたどりつき、この公訴権消滅という概念を媒介にして、こんどは英米法という違う道をたどつて現在まで下りてみました。英米法を勉強してみれば何か手掛かりがあるかなということだったので、**「二重の危険」** (ダブル・ジェパディ double jeopardy) にたどりついた。英米の二重の危険、つまり、一事不再理の原則は、日本にとりいれられて憲法三九条に規定されているのはご存知の通りでしょう。ということは、英米では憲法原則として長い歴史的な伝統を持っていた。日本では理論的な既判力として構成していたものが、英米では政策的な憲法原理なのです。私は「ああ、これだ」と、はつとしました。

何というのでしょうか、「捨てる神あれば拾う神あり」ということでしょうか。英米法に拾う神があつた。つまり理論から政策へ、訴訟原理から憲法政策へというのが、既判力を選んだ私にもたされた啓示だったのです。そこからいずれ政策的な憲法原理は constitutional criminal procedure の理論 (憲法的刑事訴訟論と名付けることができるでしょう)、やがてはデュー・プロセス (due process) という問題につながっていくわけです。

この辺までが私の「黄色の時代」。ピカソの「青の時代」を真似して少し気負つてみたのですが、なぜ黄色なのかというと、くちばしが黄色いからです。まだ幼い稚児が英米法へと導かれたというのがこの時代でしょう。

- (1) たとえば、団藤重光「職権主義と当事者主義」刑事法講座五卷九三三頁（一九五三年）。
- (2) たとえば、平野龍一・刑事訴訟法の基礎理論四頁（日本評論社、一九六四年）。
- (3) その成果は私の処女論文としてまとめた。田宮裕「刑事訴訟における一事不再理の効力（一）（三）完」法学協会雑誌七五卷三号、四号、七六卷一号（一九五八―九年）（のち、同・一事不再理の原則（有斐閣、一九七八年）所収）。
- (4) 兼子一・実体法と訴訟法（有斐閣、一九五七年）、同「訴訟承継論」法学協会雑誌四九卷一号、二号（一九三一年）（のち、同・民事法研究第一卷（酒井書店、一九五〇年）所収、団藤重光・訴訟状態と訴訟行為（弘文堂、一九四九年）参照）。
- (5) たとえば、井上正治「判決の確定力」刑事法講座六卷一二二頁（一九五三年）。
- (6) Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 1925.
- (7) Being, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928.
- (8) 田宮裕・刑事訴訟法（新版）（有斐閣、一九九七年）。
- (9) 戦後何か新しい動きがドイツに出ないかと待っているときに、はなやかに登場したのは、Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950と、その後を追いかけるように出てきたEb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO u. zum GVG, Teil I, 1952 (2. Aufl, 1964) である。しかし、外観の目新しさにもかかわらず、内容はゴルトシュミットの祖述にすぎなかった。

三 アメリカ法との出会い

そこで、ことは英米法にかかわるのでアメリカへ行ってみなければと、一九六〇年にアメリカへとぶことになりました。そこで出会ったのが、アメリカでまさに展開を遂げていたデュー・プロセス論でした。もちろん何かと出会うということは不思議な縁なのですが、その不思議という面と、もう一つは、ある意味でこちらの感度の問題、つまり、受信能力の問題もあります。幸いにしてその二つが渾然一体となって、ちょうど私が行ったところにアメリカではdue process判例の見事な展開が始まっていたと、そういうわけだったのです。天の時、地の利という言葉があります、今にして考えると、天の時、地の利に恵まれたのでしょう。あれは一九六一年のこと、行って間もなく、皆さんもよくご存じのマップ判決がアメリカの連邦最高裁で出るわけです。⁽¹⁾ 向こうで私は「ニューヨーク・タ

「イムス」を毎日見ていたわけではないのですが、たまたま図書館へ行つてその日の新聞とじて「ニューヨーク・タイムス」を見てみると、一面トップ、右の端にマップ事件のことが大きく報道されていました。乙にすましたニューヨーク・タイムスのこと、当時でも裁判記事をそんなに大きく扱うことはなかったもので、「あつ」と思いましたね。それが「導きの手」だったのでしよう。

そのときからアメリカの連邦最高裁における憲法判例の発展、私の専門である刑事訴訟法についての憲法判例の発展をフォローするようになり、そうしているうちに、新しく次々といろいろな事件が起きてきました。まさに天の時だったのです。アメリカの判例が華やかになるというか、カラフルに展開しはじめ、今ではとても想像できないような時代でありました。「憲法の判例たいま展開中」という看板でも出していいぐらいです。私は戦後、「大陸法から英米法へ」といわれていたので、「英米法」は「大陸法」と同じくらい完成した既成の存在だと思っており、「英米法」と固定的に考えていました。ところが、英米法の現場へ行つてみると、いままさに成長が進行中だった。とくにアメリカの憲法判例はいわば変遷の真っ只中にあつたわけです。そのこと自体にある意味で感動をおぼえたことでした。

そのような憲法判例については、すでに講義で紹介したと思いますが、ちょっと思い出していただくと、マップ事件とは、違法な押収物の証拠排除が問題となった事件です。違法収集証拠を証拠に使うのはデュー・プロセスに反する、つまり憲法違反だという理由で排除されるべきだと、連邦最高裁が初めて全米に妥当するルールとして宣言した判例です。その少し後には、エスコビード、ミランダなど、皆さんの耳に残っているはずの事件が続きますが、それによって、被疑者の取調べについてかなり大胆に制約的に働くアメリカの有名なルールが宣言されました。⁽²⁾あるいは弁護人依頼権についての、パウエルからギディオーン、アージャーシンガーへと続く発展。⁽³⁾それから、いま問題になっている盗聴を例にとれば、一九六七年のカツ、バーガーの各事件。⁽⁴⁾つまり、一九六〇年代に

次々と今まで想像できなかったような新判例がアメリカでは展開していったのです。

その展開について、なぜそうなったのかというと、私は三つのことがあります。一つは、アメリカにおける弁護士のプロフェッションとしての地位の高さ、実力というものです。ルールの内容としても、弁護人の弁護権というものが順調に拡大しているわけです。エスコビード事件やミランダ事件によっては、被疑者段階の取調べをめぐって弁護人の接見や立会いがずんずん広がっていく。捜査段階の弁護権の拡充、あるいは、国選弁護権の拡充・発展という形で、弁護士の地位、実力、権限がビッグバンのように広がっていくという面がありますが、そういうものを演出するのは何かといったら、事件についた弁護士の活躍の成果なのです。アメリカの上訴裁判所で、弁護士のブリーフ（趣意書）が立派にできていればどれだけ説得力があるか。とても日本では考えられないくらいなわけです。そういうあれやこれやの混ざり合ったものの成果が判例を発展させた一つの、重要な要素で、これは日本と比較する上で忘れてならないことです。

日本でも被疑者・被告人について弁護人はその者の権利の保護者であり、包括的代理人であるといわれますが、たんなる権利の「代行者」たる代理人というよりは保護者という面が非常に強い。身柄を拘束されている場合にいちばん典型的にわかるように、被疑者や被告人は本質的に権利喪失状態にあるわけですから、いうまでもなく、その被疑者らとは別人たる弁護士が支える。これを弁護人の「固有権」といいます。被疑者らにはできないことが弁護人にはできる。英米においては法廷の弁論権も同じことで、弁論を代行するのではなく、いわば弁護人独自の権限なのです。日本でいえば、上訴審の弁論能力を想像すればわかりやすいですね。だからこそ、逆に、アメリカでは、とくに（被告人の）「自己弁護権」などということがいわれる。弁護権が保障されると、その分、弁護人に任せるから被疑者・被告人は自分の出番が制約されるような感じになります。そうすると、いわば疎外されたと思う被告人・被趣者が弁護人とは別に自分で独自に活動したいときに自己弁護権を認めろという形の議論になって出て

くる。これは逆説的かもしれませんが、弁護人の法的な地位が高いからこそ出てくる問題といえましょう。弁護人の法的な地位が被告人らと、一体不可分だというのは、弁護権問題のまだ初期の段階です。英米では弁護人の地位・権限というものはもう少し進んでいたわけで、こういう弁護人の強さが一つ背景にあったと思われる。

もう一つは、一九六〇年代の連邦主義でしょう。英米は判例法の国ですが、アメリカはイギリスなどと違って、刑事はむしろ立法の国です。民事は判例法で構成されている場合も多いのですけれども、刑事は各州でそれぞれ刑法、刑事訴訟法があるわけです。例外はありますが、非常におおまかに表現すると、各州の制定法はとくに一九六〇年代までは、それは非常に遅れたものでした。そして、立ち回りも遅い。つまり、改革が遅い。この点はどこかの国と似ているところがあつて、州だけを相手にしていたら、なかなか前へ進まない。そこで、より進んだ考え方をする連邦を頼りにするという時代でした。一九六〇年代は一種のアメリカの国家主義の時代でしょう。といって悪ければ、国威発揚時代だといってもよいでしょう。この時代にアメリカは世界のいろいろな面でいわば「盟主」になっていったわけです。そういう側面があつて、弁護士が連邦最高裁を相手にする。連邦最高裁の判例を頼って問題の新展開を求める。連邦最高裁はこれにこたえてくれる柔軟さをもっていたので、それがいちばん近道で効果的だ。そういう時代だったといえるでしょう。

その柔軟さは、当時の連邦最高裁自身の人的な構成も大いに関係があります。長官はウォレン判事、この人はカリフォルニアの知事だった人です。知事になる前はカリフォルニアの日本流に言えば検事総長でした。いわば検事上りのコンサーバティブだったのです。任命は共和党のアイゼンハワー大統領でしたから、右旋回かと思つていたら、最高裁に入つて豹変したのです。一九五〇——六〇年代は、そのウォレン率いるウォレン・コートといわれる時代で、いろいろと革新的な判例が出ました。ウォレンを変えさせたのはブラックとか、フランクファーターといった、当時、最高裁に加わった理論派というか、ニューディール派というか。そういう人たちであつたかもし

れません。もちろん、ウォレンのリーダーシップもあつたでしょう。どちらが原因でどちらが結果か、なかなか外からはわからない面があるので、相互に影響し合いながら当時の最高裁をつくっていったのだと思いますが、そうしたアメリカの最高裁の人的な構成ということも、もちろん背景にあることは確かです。以上が二番目のフェデラリズムという問題です。

第三番目には、これが一番実質的なことですが、デュー・プロセスの重要性についての自覚が浸透したことをあげなければならぬでしょう。デュー・プロセスとは、一言でいえば、被疑者・被告人のために「ちゃんとした手続き」をやるということです。その人権を無視するような暗黒裁判はだめだ、といつてもよいでしょう。つまりは、被告人・被疑者の人権保障、ということとほぼ同義です。このように人権に注目する原因を作ったのは黒人の差別的取扱いという現実だと思われます。その証拠に、ウォレン・コートの最初の仕事は、ブラウン事件⁽⁵⁾による黒人白人分離教育の撤廃ということだったのですから……。それはそれとして、刑事手続きにおける人権は、この時代に大いに伸長しました。ただ、デュー・プロセスの表向きの顔については、われわれは十分情報を提供されているので、きょうは、ちよつとその裏側ものぞいておくことにしましょう。それは、その被疑者・被告人の権利の考え方が非常にリアリスティックであり、かつ個人主義的だということです。われわれにはちよつとわかりにくいかもしれませんが、たとえば一九六六年のミランダ判決をとりあげてみましょう。⁽⁶⁾これは警察官が逮捕した被疑者を取り調べるときには、黙秘権と弁護人依頼権があることを告知してからでなければいけない。弁護人依頼権というのは国選弁護人の請求権を含むし、その中身は、被疑者等との接見はもちろんさらに取調べの際の立会い権までも内容とするものです。

ところが、立会い権を保障したとはいえ、実際にどれだけ立会いをしているかといえば、アメリカには弁護士登録をしている人が七〇万、八〇万はいるわけで、⁽⁷⁾津々浦々にいるという状況に近いことはその通りなのですが、事

件はどんな山奥でもいくらも起きるわけでしょう。そういうところで事件が起きたときには、逮捕された直後に例外なく弁護人をつけるなどとてもできない。そこで、どうするかというと、被疑者に弁護人依頼権をだいたいが放棄してもらう。個人的な権利であれば放棄は可能ですから、放棄させる。権利を与えておいて、しかし放棄ということであまりくつまを合わせるというリアリズム。これはある意味ですごくいい知恵です。

皆さんもご存じだと思いますが、アメリカに連邦の情報公開法というものがあります。あれはずいぶん徹底したものです。たとえば大学の入学選抜の推薦状なども公開しなければいけない。われわれは推薦状はコンフィデンシャルといって、中身を外部からは見られないようにしますね。推薦者が微妙な事実まで書いて学校の判断に委ねる。それがまさに推薦状の趣旨だと思われているでしょう。しかし、アメリカでは推薦状に書かれた学生があとでそれを見たいと思ったら見せなければいけない。先生が何と書いたか、わかってしまうのです。

ところが、情報公開権は保障されますが、閲覧権を放棄することもまたできるのです。つまりは、推薦状について本人が放棄するかしないか決めろというわけです。実際はどうかというと、だいたい学生は見せてほしいとはいいません。見なくて構わないといって、閲覧権を放棄します。それはそうでしょう。もし学生が放棄しないようだったら、つまりその学生に見られることを前提とするような推薦状だったら、いわばごく一般的なことしか書いてないでしょう。お世辞しか書いてないかもしれない。そうすると、判断するほうの大学はあまり重視しないかもしれない。そうではなくて、これは先生にお任せしてきちんと書いてもらうんだといって放棄すれば、大学のほうは先生の心情が吐露されていると思うから、それは重視する。信頼しても少しも危なくないわけでしょう。

そういう形で公開権と秘密保護とを二つながらに満足させながらうまく運用しています。このリアリズムは、日本に持ち込んでもなかなかうまく動かないかもしれないですね。日本人の好きな言葉でいうなら建前と本音をリアリステイックに組み合わせることによって、バランスのとれた運用ができる。そういう使い分けで、いくらでも前へ進

めるわけです。

おそらくデュー・プロセス一般についても同じことがいえるでしょう。あの身の危険を常に感じながら生活しているようないわば犯罪王国で、なぜデュー・プロセスが可能か、なぜあれほどまでの人権か、と思われるでしょう。非常にわかりにくい面があるのですが、それを可能にするものがアメリカの法律制度の知恵だと思います。

- (1) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).
- (2) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).
- (3) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932); Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1967); Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1992).
- (4) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967); Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967).
- (5) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).
- (6) 前出注(2)参照。
- (7) 濱野亮教授に調べていただいたところによると、一九九〇年当時で登録はほぼ七十五万六千人、したがって、現在は八〇万人ぐらいであろうか。

四 デュー・プロセス論

さて、そのようなアメリカのデュー・プロセス判例について私が学んだことはいろいろありますが、ここでは、三つのことを指摘しておきましょう。まず、その第一は、憲法的刑事訴訟ということの重視です。刑事訴訟法の諸原則を明らかにするには、その運用・発展の現実を前提にして、憲法を場合によっては参照するという下から上への上昇過程的な解釈方法がとられがちですが、そうではなく、むしろ刑事訴訟法のあり方を枠づけているのは憲法だと考える。憲法的刑事訴訟とは、憲法の枠を出発として刑事訴訟法がどう具体的にあらわれるかというように下

降過程的にことを考える。言葉を換えれば、これは刑事手続きにおける違憲審査という問題ですが、それをもう少し活性化しようということです。

第二は、裁判所の機能、司法の機能を重視するという司法機能論です。司法による実質的な法形成を認める考え方だといってもよいでしょう。憲法規範、すなわち憲法が刑事訴訟法そのものの規範として枠づけ作用をもつというのは、裁判所が直接憲法を適用して初めてそうなることです。憲法の内容を宣言して、いわばそれに生命を吹きこむのは裁判所です。アメリカのヒューズという最高裁長官が言った名言としてよく引用されるのですが、「憲法とはアメリカの最高裁がこれが憲法だと言ったものだ。」という言葉があります。憲法に書かれた文字だけで一人歩きするわけはなく、裁判所の判断したところこそが生きた憲法になる。司法機能論とは、違憲訴訟論のすすめでもあるのですが、もう一つは、そういう裁判所の機能を重視するわけですから、いわば手続き優位の考え方だといってもよいでしょう。

そして、この司法判断の重要性はとくに刑事の場合に顕著です。民事では実体法と訴訟法の関係はそう密接ではありません。私的自治の原則が妥当しますから、実体法はそのまま私人によっても実現できます。その限度で裁判所の手数を煩わす必要はないわけです。それに対して刑事の場合は、裁判所でなければ刑法を実現して刑罰を加えることはできませんから、実体法と訴訟法が非常に密着しているわけです。私がよくいうのですが、いわば刑法だけではあはれることも悪さもできない。刑法は場合によっては死刑のような峻厳な刑罰があるので「血刀ひっさげて……」とか、政治的弾圧に威力を発揮したりするので、「人民に牙をむいて襲いかかる……」とかいわれます。しかし、いくら刑法にこんな物騒なことが書いてあったにしても、裁判所がそれを適用して実現しなければ何にもこわくはないわけです。そういう意味で刑事訴訟手続きがあつて初めて悪さができる。つまり、悪さをするとすれば、必ず刑事手続きを通じてなのです。

だから、刑事訴訟法は同じ訴訟法だから民事訴訟法の親類だと考えている人がいると思いますし、そういう考え方が昔は強くありました。私などもずっとそういうものと考えて勉強してきましたし、多くの訴訟理論が民訴の方が先行していましたので、それをどこまで刑訴に借りてこれるかという方法が広く採られてきたといつてよいでしょう。しかし、本当は両者は本質的に違うのです。形が似ているので手続理論を借用するだけです。刑事訴訟法、criminal procedureは、本質はcriminal law、刑法の一部なのです。刑法のいわば手続的な部分である。その手続的な部分がなければ刑法は刑法として完成したとはいえないわけですから、むしろ刑事訴訟法は刑法のなかでいちばん注目すべきもの、頼りにすべきもの、もちろん警戒すべきものでもあります。そういうものであるわけです。このような手続き優位の考え方も司法機能論から導き出せるでしょう。

それから、もう少し一般的な問題につなげていえば、日本では一九六〇年代から一九七〇年代にかけて、民事を中心に判例法つまり判例の法源論というものが盛んに議論されましたが、司法の法形成機能に着目するというこの司法過程論を前提にすれば、その議論に一枚噛んで加わることができるのです。民事と刑事とで、同じように判例を眺めることになるでしょう。また、判例を生産するプロセス、リーガル・プロセス (legal process) としての裁判過程を科学的に研究するということも要請されるわけですので、裁判過程における法社会学というものともつながる。こうしてこの時期に法学界を広く席捲した法解釈論→法源論→法社会学論と、同じ方向を向いた議論となったわけです。

つぎに第三に、刑事訴訟法における当事者主義の内容に関してですが、その真髄を明確に自覚させたのでした。当事者主義とは、検察官と被告人とが裁判所を挟んで三面的な訴訟構造をとり、裁判所は背景に退き消極的な判定者の役割に徹して、当事者による訴追・立証活動を表に出すという考え方です。それもさることながら、刑事訴訟法では、当事者としての被告人の人権に十分配慮しようという考え方がとくに重要だと思われまます。現行法が狙っ

た当事者主義の最大のメリットはこの最後の点にあると私は考えるのですが、そうすると、デュー・プロセスはそのための理論として大きな役割を果たすことができ、したがって、なくてはならないものというべきでしょう。

以上、憲法的刑事訴訟、司法の法形成機能、実質的当事者主義の三つが三位一体的に重なり合ったものを、私はデュー・プロセス論と名づけたのですが、それが一九六〇年から一九七〇年代にかけて私の中でまとまりかけた刑事訴訟の理論像です。もちろん、日本の刑事訴訟法学界が滔々としてそういう理解で流れていったというわけではなく、私の主たる関心がそういうところにあつたということですので、はじめに「私史」といわせてもらつたのです。とはいえ、幸いにして、日本の裁判所もそういう方向への関心がないわけではなく、むしろそういう観点からいろいろと判例を発展させていったのでした。

たとえば、一九七〇年代の二、三の判例をあげれば、迅速な裁判に関する高田事件、再審に関する白鳥・財田川決定、あるいは違法収集証拠の排除法則を宣言した事件等⁽¹⁾、そうした判例の新展開はデュー・プロセスへの自覚がなければおそらく考えられなかつたといつてよいでしょう。もう一つ例をあげると、いわゆる偽計による自白の排除に関する、切り違い尋問事件というのがあります⁽²⁾。あの事件は今日では刑法上の自白法則、つまり任意性原則の一環として遠慮がちに解釈されるというほうに収斂する方向に行っていますが、あれは大法廷の判決であつたことも関係して、当時私はデュー・プロセスという観点から憲法判例として見るべきではないかといつたことがあります。ある最高裁判事がすぐ判決文を送つてくださり、よくぞそこまで読み込んでくれたなどという私信をもらつたことがあります。最高裁というと、それは団藤先生かなと思う人がいるかもしれませんが、団藤先生のために申し上げておくと、そうではないのです。先生は、一九七〇年当時はまだ最高裁判事になつておられませんから…。それはそれとして、このこと自身は学界と裁判所の連携、呼応現象ということの証拠、あるいはそれを示唆する一つの余談としてきいておいてください。

- (1) 最大判昭四七・一二・二〇刑集二六卷一〇号六三一頁〔高田事件〕、最決昭五〇・五・二〇刑集二九卷五号一七七頁〔白鳥事件〕、最決昭五一・一〇・一二刑集三〇卷九号一六七三頁〔財田川事件〕、最判昭五三・九・七刑集三二卷六号一六七二頁〔排除法則事件〕。
- (2) 最大判昭四五・一一・二五刑集二四卷二二号一六七〇頁。

五 日本における現実——日本の特色論の意義

ところが、ある時期から、気がついてみると、事情が変わってきています。司法の創造的機能に期待すると、一方では、被告人の権利が充実・拡張していき、デュー・プロセスが前進するのですが、物事には楯の両面があつて、判例が権利抑圧的なルールを宣言するといふ場合もいくらもあり得ます。判例は自由な展開を遂げることこそ特色なので、そういう面があつて当たり前なのですが、むしろ後者の側面が目立つようになってきました。ですから、デュー・プロセス論に対しては、司法の創造的性格を強調するのは両刃の剣という面があり、十分に警戒すべきだと指摘されるようになりました。

もう一つ、なぜそういうことになったかについては、デュー・プロセスのいわば高踏的な性質も関係があります。それは、どちらかというところと裁判所のレベル、いわば開明的な頂上部分で展開される理論です。ちょうど経済市況みたいなもので、株価や外為は、日本中、世界中で投資家が動いてその結果があらわれた集約的結果というものではなく、一部のプロが中心部で動くときと広く連動していくという面があるでしょう。それが大きいわけです。デュー・プロセスについても似たようなことがいえそうです。一種の局地戦争みたいなもので、そこでこちよこちよと動いて、しかし大きな影響を及ぼす。とはいえ、なかなか全世界の末端までは情報はすぐには伝わらない場合もある。デュー・プロセスも似ていて、足下照射といひましようか、現実を眺めてみると、まだまだデュー・プロセスが予

想する方向とはだいぶかけ離れた、いわば土着的雰囲気——日本の特色とよばれたりするのですが——が残っているという状況にあります。

また、おそらくデュー・プロセス判例の行き過ぎ、ないし、そうみられやすい性質ということがあったことも確かです。たとえばアメリカでも、先ほどのミランダ事件などは過激な内容を持っていて、歓迎される面があると同じ時に強い批判も招きました。「放棄」を多用するという運用で何とかうまく動かししているという面を紹介しましたが、しかし、それにもかかわらず、かなり過激な内容であることは間違いありません。デュー・プロセスは、もととは、裁判所で静かに訴訟過程を一步一步踏みしめていくときに、被告人の権利も十分に保障しながらきちんとした手続きで行うということが、そもそもの出発点です。それにいちばん似合うのは裁判過程でしょう。しかし、実際には裁判では問題が少ないし、あってもすぐ解決がはかられるので、それが真に必要なのは捜査段階なのです。日本でも捜査段階の、取調べ、別件逮捕、接見交通といったことにそって問題が発展してきましたが、アメリカでもミランダ事件などを通じて、公判の原則が捜査段階へ、つまり前へ前へと浸透していくわけです。そうすると、公判以上に影響するところが大きくなる。人権を貫くために捜査にストップがかけられれば、真相解明はその分遅れ、場合によってはそれができなくなり、不都合が目に見える形であらわれることになるからです。

カミサーというミシガン大学の刑事訴訟法の先生が「マンションでもゲートハウスでも、平等に手続上の正義が保障されるべきだ」という趣旨の論文を書いています。⁽¹⁾ やがてエスコビードやミランダ判決を生み出す原動力となった重要な論文だと私は思っているのですが、非常に印象的です。要するに、マンションから門番小屋まで同じ人間が住む以上平等にデュー・プロセスを保障すべきだというわけです。日本では、マンションという大仰なよび名が使われますが、要はコンドミニウム、共同住宅のことなのですが、本来は広い二階へ通じる階段から「風と共に去りぬ」のスカレット・オハラが優雅に降りてくるような、アメリカの南部によくみられる大邸宅のことを

言うのですね。そういう大邸宅には何十メートルか先にゲートハウス、門番小屋があつて、そこに門番が構えている。守衛さんがいるわけです。マンションで快適なデュー・プロセスというのはわかるけれども、ゲートハウスまで、同じものを食べて、同じ待遇をして、暖房があつてカンフォタブルにせよという、かなり過激です。チャタレー夫人ならそんな小屋に住んでいたらメラーズに魅力を感じないかもしれない……(笑)。

そういうことで、デュー・プロセスは一種の行き過ぎとみられる面があり、素朴な人たちの反感を呼ばざるをえないことも事実です。たとえば、罪はざんげして悔い改めよというのがキリスト教の倫理だから、だまつていてよ、という黙秘権は、いわば「常識」への挑戦ともいえます。さらにまた、世の中はグローバルな範囲で保守化へ、保守化へと動いていつていることも無関係ではないでしょう。アメリカの最高裁もその例外ではありません。ウォレン・コートは一九六〇年代で終わり、一九七〇年代は中継ぎのバーガー時代ですが、その後のレーンキスト・コートまでくれば、相当にコンサーバティブです。それが長く続いていて、あまり変な感じではない。そういう時代です。日本だって同じことがいえるでしょう。そういう側面があるので、デュー・プロセスは冬の時代だといふべきかもしれないと思いますが、ある意味ではそれも不思議ではありません。

その時代に、先ほどの足下照射で、足元を眺めてみるとどうなっているのでしょうか。デュー・プロセスという視点からいえば少し違和感のある、いわば日本的な特色といわれるものが、判例によつても、下級審の裁判例によつても前提にされ、まだまだ幅をきかせていて、運用もそういう方向へ事もなげに動いている。はっと気がついてみると、そういうことなんです。

では、その日本の特色とはどういうことか。よく言われることですが、たとえば捜査が非常に徹底して行われる。捜査では、第一次的な捜査機関は、警察官つまり司法警察職員ですが、日本ではこれに検察官も加わります。最近東京地検特捜部が五〇周年を迎えたよう、そのかくかくたる成果がほめそやされ、たのもしいかぎりかもし

れませんが、特捜部以外の検察官だって捜査に情熱を燃やします。それは起訴、不起訴をふり分ける作業、専門用語でいう「事件処理」こそ検察官の生き甲斐ともいうべきものなのですが、その前提として、捜査にもコミットしておかなければ十分にその機能を果たしえないということがあるからでしょう。そういう意味で、検察官も捜査すると同時に、捜査した以上事件処理、起訴か不起訴かの処分は完全を期したい。裁判官に近い終局性と完全性を求めたい。換言すれば一〇〇%の有罪の心証を固めえなければ起訴しない、一〇〇%の訴追の必要が肯定されなければ起訴猶予にするといった、裁判官にも準ずるようなファイナル・ディシジョンでなければ、法律家としての検察官のプライドが許さないし、被疑者の人権上も好ましくない、とそう考えるのでしょうか。たとえば皆さん、だれでも検察官になった場合のことを考えればすぐわかるはずです。生き甲斐というものが、世の中のわれわれをかりたてる大きな行動原理ですから、いやなことを押しつけられても、それはうまくできるわけがないし、反対に、人生意気に感ずれば徹底してやりたくもなる、のです。

そういうわけで、捜査は徹底して遂行され、事件として成り立つものを十分にスクリーニングしたうえで公訴提起が行われますから、裁判にかけられた時点では、有罪・無罪がほぼ間違いなく選別されているのです。それはどういうことを意味するかというと、裁判、つまり、公判手続きではあまりやることなくたってしまふ。一〇〇%有罪間違いないという事件だけ公判にきていますから、草木がなびくように、結論は有罪へ、有罪へと流れていく。われわれは、よく裁判で黒白をつけるといういい方を当然のことにします。しかし、統計を基礎に象徴的にいえば、日本では裁判所は黒白をつけるところではありません。実際どのぐらいかといえば、年によって少しばらつきはありますが、ここ数年、第一審の段階で無罪が出るのは〇・一%から〇・二%ぐらいでしょう。一%ではなくて、〇・一%ですよ。つまり、一〇〇〇件に一件か二件。無罪は大海の泡みたいなもの、といってもよいでしょう。この統計に表れているように、裁判所が黒か白を決めるなどといっても、それは言葉のあや以上のもので

はありません。統計的には、「黒か白か」を決めるのではなく、「黒か黒か」を決めるということになります。⁽²⁾です。

これは裁判官がサボっているとか、やることがないというのではなく、実際、そうなってしまう、ならざるをえないのです。法社会学的な現実はそのようなのです。なぜそういうことになるのかというと、捜査で集めた書類、訴追側が整理した資料を審査すれば十分な場合が多いからですが、そうだとすると、換言すれば、書面の証拠に依存する度合いが多くなる。口頭主義、直接主義を内容として公判でこそ決着をつけるという本来のねらいである公判中心主義が、どうしても形骸化せざるをえない。それからまた、捜査でほぼ事件は固まっているから、そんなに裁判を急ぐ必要はない。「鉄は熱いうちに打て」といわれる通り、時間がたてば証拠は散逸してしまうし、色あせる。口頭主義は人の記憶が頼りのはずですから、だんだんあやしげになっていくでしょう。ですから、真相を説明するためには、早くやることがいちばんの近道のはずです。しかし、捜査できちんと書類に固められていれば、なくなったり盗まれたりでもしなければ消えてしまうわけがないのですから、ゆっくりやっても大した支障はないといえるでしょう。

他方、弁護士はたくさん事件をかけもちして忙しいから、公判期日は一か月に一回ぐらいにしてほしいという。誤解があつてはいけないので、弁護士さんの名譽のためいっておきますと、弁護というものは性質上起訴されてから初めてしこしと準備をし始めるほかはないのですから、早くできるはずもなく、これはわがままでも、いい訳でもないのです。これを月賦方式の裁判などと外国の学者がいつていますが、それはいいえて妙、ですね。こうして書面依存でゆっくり、それもだいたい有罪で決まるということになると、いわば公判を中心とした当事者主義は、ある意味で形だけのものであつて、片一方に比重の掛かっている擬似的なものというほかはありません。当事者主義の最大の狙いは、公判における両当事者の壮絶な攻撃・防御活動のほうですが、現実はそのような争い、

バトルというよりは、静かに研究室で行われるような真理を発見するための事実究明活動のようなものになります。当事者による手続きよりは実体的真実の発見という目的を重視したものになってしまった。これが日本の特色である、とそういわれているわけです。

「いつか来た道」という言葉がありますが、このように単純に戯画化してみると、そのピクチャーはどこかで見たことがある！ どころかと想念をめぐらせてみると、だいたい「敵」はすぐ近くにいるものです。このピクチャーは、何のことはない、旧法とかなり似ているんです。かくて、日本の特色とは、旧法からずつつながっている日本プレートみたいなもので、日本の刑事司法がその上にのっかっていて、時々、小さなゆれを体験するだけだ。デュー・プロセスといってもある種のあだ花みたいなもので、プレート自身は動こうとしない。そういうことではないのか。

たしかに、その通りかもしれません。しかし、日本の特色論というのは、それでいいというために主張された議論でしょうか。プレートの頑固さをみるにつけ、平野先生が日本の刑事訴訟を「絶望的」といわれた——裁判が黒白を決めるところではなくなった現実を指します——こともわからなくはありません。⁽³⁾

(1) Kamisar, *Equal Justice in the Gatehouses and Mansions of American Criminal Procedure*, KAMISAR, INBAU & ARNOLD, CRIMINAL JUSTICE IN OUR TIME (1965).

(2) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」団藤重光博士古稀祝賀論文集第四卷四〇七頁（一九八五年）。

(3) 平野・前出注(2)参照。

六 「近代化」の宿題と「現代化」の要請

ところが、時代は大きく動きはじめています。このところグローバルな規模での激動の時代、よろず改革の時代といわれます。日本の特色といま申し上げましたが、日本的といって自分の殻にだけ閉じこもっておれないような事態になってきています。日本的といわれるもの自体も早い勢いで変わりつつあります。サッカーの中田英寿という若者が日本の司令塔として人気が高いようですが、君が代など歌わないし、人を喰ったようにつつけんのだ。そういう新人類が出てきている。それと同じように、刑事訴訟法も日本の特色などといっておれないことが次々に出てきています。

たとえば、二〇年ほど前のロッキード事件では刑事免責が行われて⁽¹⁾います。これは最も反日本的なものではないでしょうか。ひとをチクツて自分は逃げる。いさぎよくないし、一種の取引みたいなものですから、日本ではとてもできなかった。刑事免責とは、不訴追を約束して黙秘権を解消したうえ供述を求めるという供述採取の方法です。黙秘権とは、自己に不利益な供述を強要されないということですが、「おまえは罰しないぞ」といっておけば、その者の供述は自己に不利益でも何でもなくなるので、供述を求めてもよいことになります。そういう状況にしておいて供述を求めるわけです。供述獲得手段の一つで英米でとられてきた方法ですが、「しゃべれば罰しない」ということになるので、不純な取引のおいがするし、とてもいさぎよいとは考えられない。それがどうでしょう。「必要は発明の母」ではありませんが、現にロッキード事件ではある意味でせっぱつまって採用されたのです。実は窮余の一策ですが、検察のウルトラCとして、国民の歓呼の声に迎えられたといつてよいでしょう。特捜部のこのやり方は拍手喝采で迎えられたのでした。この場合、日本的メンタリティー云々などは関係なく、日本の特色論はどこかへ消えてしまったといつてよいでしょう。日本の特色なんて弱いものです。そのように、時代や事態は動

いているのです。

つい最近、組織犯罪対策ということがいわれて、新しい立法提案がなされていることはご存知でしょう。法務省の用意した法案で一番問題とされているのは通信の傍受ですが、きょうご出席くださっている先生が執筆に加わったご本なども出て、活発に議論されていますね。⁽¹⁾

このあたりを素材にしてお話できるとよかったです。もう時間がないのでここでは簡単に結論的なことしか申し上げられませんが、⁽²⁾盗聴のような捜査手段は、いわばダーティな方法で、とても日本では使えないし、その必要もないと今までは考えられてきました。ダーティといえば刑事免責もそうなのです。一人だけ罰して、ほかは勘弁してやって野に放つ。同じ悪いことをやってもそのうちの一人だけを罰するという方法ですから、訴追する側からの利益を優先させたいわば汚いやり方であって、そういうものは日本人の特性に合わないといわれてきたのですが、盗聴も同じことで、こっそり盗み聞きするのはいさぎよしとしないばかりか、その必要もない。何となれば、われわれには、捜査を徹底して行うための手段が用意されており、被疑者を逮捕・勾留して取り調べれば、そのぐらゐの証拠はすぐ集まる。日本的特色に矛盾するような方法はとくにとらなくても、全然不都合は感じないと今までは考えてきたのでした。ところが、そうではなかったらしい。そういうことが堂々と提案されてきているのです。

今は組織犯罪対策という限られた分野で、盗聴だけを「通信傍受」という形で令状によって合法化しようとしていますけれども、刑事免責も実は法務省は立法化したかったようです。そういう方向で、いわば国民の意識が動いていると法務省は踏んでいるのですね。その点については、私もそのとおりだと思います。そういう動いている時代ですので、あまり実体のない日本の特色にこだわる必要はないと思われるからです。

立法というと、とかくわれわれはアレルギーがありますが、事態はかなり変わっているといつてよいでしょう。

まず、たとえば盗聴の例でいえば、もう判例が一定限度では認めているのです。高裁レベルのもですが、今後、最高裁がこれを違う結論を示すとは、諸情況に照らし、考えられないと思われますので、問題は、判例の展開にゆだねておいてよいのかどうかであって、およそ許されるかどうかではありません。反対論はこのことをみな忘れているというべきでしょう。つぎに、戦後の刑法や監獄法や少年法の大規模改正は、今までのところすべてつづれました。それはいずれもそれなりの理由があったので、立法という警戒し身構えるのも無理はありません。しかし、今度の組織犯罪対策立法の提案は、それらと全く性質が違うので、結論的に——もちろん修正の余地は大いにありますが——私は前へ進めてもいいのではないかと思っています。ただ、今なすべき立法やいかんという視点からいうと、どうもこれだけで足りるというわけではなく、やはり盗聴や刑事免責だけではあまりにも偏っており、つまみ食いであるといわれてもしかたがないでしょう。これまでに立法提案はたくさんなされています。たとえば再審、被疑者の国選弁護、取調べ、接見交通、証拠開示、いろいろあります⁽⁴⁾。それは、多くいわばデュー・プロセスを推進する方向のものです。その意味では、近代法のねらう人権保障のための一歩前進といってよいでしょう。この自由主義の徹底Ⅱ近代化の推進という点では、現行法はまだまだ不十分です。そのためにこそ苦心して憲法的刑事訴訟論を打ち立てようと、私などは学問的努力を重ねてきました。したがって、この方の宿題も残っているので、ぜひその宿題もなし終えてほしい。

そうだからといって、現代社会における犯罪の挑戦は並大抵のものではありません。とくに組織犯罪の脅威は絶大です。したがって、そういう現代の要請に根ざした犯罪闘争の手段と理論を早急に樹立する必要があることは申すまでもないでしょう。だから、近代化も完成していないのに現代化をやっていけないというわけではないのです。要は、両者の要請のバランスということでしょうか。刑事手続きの現代化と並んで近代化の宿題も忘れてはならぬということです。その意味ではつまみ食いはダメであって、やはり国の制度として全体的観察ということ、ガ

ンツハイトリツへ・ベトラハトウングス・ワイゼはこの場合も必要ではないかと思えます。ですから、組織犯罪対策に新しい捜査手段の導入は結構ですが、それと並んで、少なくとも近い将来に、右にあげたような分野の法改正もぜひ検討する必要があるということを、ここで私はいっておきたいですね。

この関係で、もう一つつけ加えさせていただきますと、先に述べた日本の特色を前提し、これに安住していると、今あげた刑事訴訟法の現代化の課題も、近代化の宿題も、どちらも必要がないということになってしまいそうです。現代化のための手段には、日本の特色に反し矛盾するものが多いし、近代化のためのデュー・プロセスは、根づかないというのですから……。しかし、今日では、むしろそれとは正反対に、このどちらも必要だといふべきではないでしょうか。換言すれば、通信傍受等が提案されたこの時こそ、近代化の課題達成の必要性がそれだけきわだつのですから、今こそデュー・プロセス論の出番ということにもなるのですね。

こういう意味で、私は、現代化と近代化の両方向での立法作業に賛成なのであって、盗聴立法を支持するというのも、こういう新時代を迎えて刑事訴訟法のリニューアルの絶好の機会だと感ずるからです。ねらいは、逆説的にきこえるかもしれませんが、むしろ、デュー・プロセスの前進・定着の方にあるのかもしれない。私の学問的関心の深層をちよつとだけお見せすれば、そういうことです。

- (1) 小田中聰樹ほか・盗聴立法批判（日本評論社、一九九七年）、井上正仁・捜査手段としての通信・会話の傍受（有斐閣、一九九七年）。
- (2) 私見の一部として、田宮裕「変容を遂げる捜査とその規制」法曹時報四九卷一一号一頁（一九九七年）参照。
- (3) 東京高判平四・一〇・一五高刑集四五卷三三八五頁「甲府薬物密売事件」。
- (4) たとえば、日弁連「被疑者国選弁護制度試案」自由と正義四八卷一一号一六九頁（一九九七年）参照。

七 おわりに——私の研究Ⅱ中間報告を終えるに当たって

さて、時間もなくなってきましたが、この最終講義を終えるに当たって、もう一度、いい訳とお詫びをさせていただきます。突然話題が変わるようですが、いま椿のシーズンがはじまろうとしています。皆さんのお宅の庭でも椿の花がふくらみかけたころでしょうか。大島ではあんこ椿がきれいに咲いているそうです。椿というと、芭蕉の「落ちぎまに 水こぼしけり 花椿」という名句があります。ふつうの花、たとえば桜などは花びらがひとひらずっ散っていきます。だから、時に花吹雪になって、風情豊かな趣きにもなるのですが、椿を植えている方はご存じの通り、椿の花は全部いつぺんにガクツと落ちる。あれは首が落ちるようでいやだとか、逆に、武士のようにいさぎよいとか、いろいろにいわれるのですけれども、芭蕉の名句はそのガクツと落ちるときに生まれたのです。きのうの雨で水滴が花のどこかにたまっていたのでしょうか。花が落ちるときに水滴もいっしょに落ちます。水が数滴ならポロポロっと続いてガクツとでもいいし、一滴ならポロっと出たのを追いかけるようにガクツでもよいと思います。芭蕉はその一瞬をとらえた。時が停止したような美しい、詩的な瞬間です。

でも、考えてみてください。われわれは水滴が花と一緒に落ちる瞬間を観察することができのでしょうか。私は、芭蕉は好きですし、どの句を見ても見事だと思うのですが、感想を一言でいえば「とてもかなわないなあ」であって、完成度が高く、そういう意味では、場合によっては作り物的なところがある。たとえば、誰でも知っている『おくのほそ道』の「荒海や 佐渡に横たふ 天の河」という句がありますが、あれは出雲崎から佐渡をみてよんだ句ですが、よく指摘されるように、天の川は佐渡に横たわっては見えないのです。しかし、天の川は「佐渡に横たふ」でなければならぬ。私の持論ですが、芸術というのは「事実」ではなく「真実」に迫りえているかどうか勝負で、この句はみごとに真実に迫っている。花椿の句も同じことで、落ちぎまに水滴がどこかに行ってしまう

うのでも、そのまま残るのでもなく、ポロツとこぼれ落ちるに違いないのです。あるいは、芭蕉の芸術的観察力が千載一遇のチャンスをとらえさせたのかもしれませんが。そういう意味で、一〇〇点満点の芸術で、「かなわないなあ」と思うのはそのためです。私の先生である団藤先生はああいふ完全無欠を絵にかいたような秀才なので、常に第一級をめざして、しかも第一級でいらっしやる。先生は芭蕉に心酔されますが、それはよくわかるような気がします。『この一筋につながる』という芭蕉の言葉もご自分の本の題名に使っておられますね。

私はもう少しだらしないたちなので、芭蕉と比べると、蕪村の自然流というか、なりゆきまかせ風な方が合っています。その一瞬を絵画的にさっと見るようなところ、直観を働かしてありのままを見るようなところが蕪村にはありますが、そのほうが何となく親しみをおぼえるんです。芭蕉を当然意識していると思うのですが、蕪村に「椿折りて きのふの雨を こぼしけり」という句があります。きのう雨が降った。椿に当然雨がたまっていきます。椿が折れてしまったのか、棒を折ったのか、争いがありますけれども、ここでは折ってにしておきましょう。蕪村が一輪ざしにでもささそうと思ったのか庭先へ下りていって折ってみたら、きのうの雨も一緒に落ちてしまった。何とすることはない、それだけの情況描写です。しかし、ここには蕪村その人も出てくるし、きのうの雨も出てくる。

椿は折るものである。そういうものが一瞬に集まって絵になる。作り物は何もないし、だれにでも同じように見える一つの情景なんです。芭蕉の椿にはなかなか遭遇できない。しかし、そういうことがある（真実だ）ということには皆知っています。芭蕉だけがそのチャンスに出会える。それに対して、蕪村はそうではない。そういうありのままの自然体ともいうべきものが、何となく私の心情に合うんです。

動物でも、今年は干支でいえば寅ですが、虎視眈々だの、千里を行って千里を帰るなどというすごいのは、私は自分がそうではないので、いやです。どちらかというと、ライオンのほうが好きなのです。ライオンのほうが立派なたてがみなどもっていて格好いいから好きなのだろうと思うかもしれませんが、違います。ライオンは百獣の王

といわれ、秀でた岩の上で吃嗟するようなイメージがありますが、本当はあれほどぐうたらなやつはいない(笑)。ハーレムをつくって……(笑)。のたりのたりと昼寝ばかりしている。百獣の王というから、狩りも達人だと思うでしょう。そんなことはなく、狩りは下手なんです。それで、ライオンはいつもお腹を減らしているのだそうです。それに対してチータやヒョウは上手で、ライオンは、一緒に追いかけたら獲物を横取りされてしまいます。ライオンは獲物のシカにふり切られてしまうけれども、チータはうまく捕まえる。

そういうぐうたらで成り行き任せというのが好きなのは、おそらく私自身がそうだからなのでしょう。きょうのお話も、実はなかなかその気になれず、せっぱ詰ってやっと決心したものです。そのため、いつもの例にもれず、準備不足で、できがよくありません。それにもかかわらず、こうして皆さん聴いてくださる。これは心やさしい皆さんだからに他なりません。つくづく「時は力なり」と感無量なことも事実です。四〇年余、他に何も能がないので勉強をやってきただけなんです。「継続は力なり」という言葉がありますが、そういう偉そうなことをいうことはできません。時間がたっただけのことで、だから「時は力なり」なのです。時間の経過が自然にそうさせてくれたわけです。自然流に何か好きなものを見つけてやって来ればこの辺までは来るのですね。そういう見本を私の背中にみてくだされば、ある意味でこの講義をやった意味があるのかなと、やっとそういう気がしてきました。そして、今はほっとした気持ちに満たされ、つくづくしあわせだなあとも感じております。そういう至福感、満足感を贈ってくださったのは、本日かくも多数おいでくださった皆さんに他なりませんので、皆さんにもう一度お礼を申し上げます。私は数年前に病を得てしまい、それは宿痼といってもいいような病なので、とても一人前の仕事はできませんでした。きょうも一時間半お話することができのかどうか実は不安がなかったわけではないのですが、皆さんが、熱心に聴いてくださったので、何とかここまでやって来れたのだと思います。きょうは、私のささやかな研究のしかも中間報告しかできなかったことをお詫びすると同時に、再度お礼を申し述べて、ひとず私のお話を

終えることといたします。ご清聴どうもありがとうございました。皆さん、さようなら（拍手）。

〔注〕 これは私の定年退職に当たり行われた最終講義（一九九八年一月十三日）の録音を再生して、若干補訂し、簡単な注を加えたものである。そのすべての過程にわたり、法学部副手の影山純子さんに並々ならぬお世話になった。とくに記して感謝申し上げたい。