

【基調講演】

渥美東洋博士の刑事訴訟法学

川 出 敏 裕

東京大学大学院 法学政治学研究科 教授

ご紹介いただきました、川出でございます。私に与えられたテーマは、渥美東洋博士の刑事訴訟法学ということですが、最初に渥美先生と私の関わりについて申し上げておきたいと思います。渥美先生は、私の先生の世代にあたる方で、私が研究室に入ったころには、すでに雲の上の存在でした。加えて、いまはかなり状況が変わりましたが、その当時は、大学間の垣根がかなり高かったということもあって、他大学の先生からお話を伺う機会はほとんどありませんでした。

そういう事情もありまして、実は、私が渥美先生と直接お話をさせていただいたというのは、先生が亡くなる5年前ぐらいが初めてだったと思います。そういうわけですので、本日の報告も、あくまで、先生の著作に表れたところを、私が一研究者として読み取ったものに過ぎません。先生から直接に教えを受けた方々からすると、先生の真意を誤解していると感じられるところもあるかもしれませんが、その点をご容赦いただきたいと思います。以下、レジュメに沿って進めさせていただきます。

渥美先生は、刑事訴訟法学者として著名な方であるわけですが、先ほど椎橋先生と田村先生からお話がありましたように、その研究領域は、「刑事法」という枠をも超えて、極めて広範囲にわたっています。そのうえで、時間軸で研究対象を見てみますと、当初は業績の多くが「刑事訴訟法」学の領域に属するもののなのですが、後年になると、その中心が「刑事訴訟法」から、犯罪予防を含めた刑事政策、そして、社会安全政策へと移行しています。渥美先生の最後の論文が、2013年に公表された「少年非行の予防：多機関連携による日本の平穩の維持」という論文であったと思いますが、そこに、先生の研究対象の変化がよく表れていると思います。

学界に身を置いていた者としては、ある時期、渥美先生はいったいどこにいらっしゃるのだろうと思ったこともありました。この研究対象の移行というのは、後にお話しします、渥美刑事訴訟法学の特徴からしますと、ある意味で自然な流れであったように思います。そこで、次に、渥美刑事訴訟法学とは、どのような特色を持ったものであったかという点についての話に移りたいと思います。

渥美先生の刑事訴訟法に関する著作は膨大な数に上りますが、その集大成とでも言うべきものが、2009年に公刊された『全訂刑事訴訟法（第2版）』です。この2009年というのは、裁判員制度が施行された年であり、その前年の12月には、被害者参加制度も施行されています。この本には、そうした近年の大きな制度改革に関する渥美先生のお考えも示されておりまして、その意味でも、渥美「刑事訴訟法」学の集大成と言ってよいものだと思います。

そこで、この本に書かれていることを中心に、他の著作も踏まえて考えてみますと、渥美刑事訴訟法学の特色は、大きくは三つにまとめられるのではないかと思います。

第1は、日本国憲法から刑事手続についての原理・原則を導き出したうえで、それに基づいて、刑事訴訟法の解釈論を展開するとともに、その原理・原則から立法論も提言されていることです。

第2は、第1の点と深く関連していますが、アメリカの刑事訴訟法についての知見を活用して、わが国の刑事訴訟法の解釈論と立法論を展開されていることです。

第3は、刑事訴訟法を孤立した法分野として捉えるのではなく、それを犯罪に対応するシステム、渥美先生の言葉で言うと、犯罪法あるいは犯罪法システムとかいうことになりますが、その一部として位置付けたいうえで、有効かつ適正な犯

罪対策とは何かという観点から、刑事訴訟法についての解釈論と立法論が展開されていることです。

以下、それぞれについてもう少し具体的に中身を見ていきたいと思います。まず、第1の特色ですが、渥美先生は、憲法の規定を根拠として、刑事手続の段階ごとに、それを規律する原理・原則を提示されています。

日本国憲法の31条以下に、刑事手続に関する多くの規定が置かれ、それを前提に、刑事訴訟法は改正されましたので、憲法を出発点にして、現行刑事訴訟法が、その原理・原則において、戦前の旧刑事訴訟法とどのように違うのかということを考える視点は、戦後の刑事訴訟法学に共通したものであったと言えます。

この思考を鮮やかなかたちで示したのが、田宮先生のモデル論です。田宮先生は、現行刑事訴訟法は、実体的真実主義に基づくモデルから、当事者主義とデュー・プロセスを組み合わされたデュー・プロセスモデルに転換したのだとして、それに沿った解釈論を展開されました。この田宮先生の考え方は、刑事手続全体を貫く、一つの原理・原則を示したのであるだけに、非常に強いインパクトがあり、学会では多くの支持を集めたと言ってよいと思います。他方で、この考え方は、特に捜査の場面で、実務と離れ過ぎていたため受け入れられなかったという面もあります。

それに対して、渥美先生の見解の特色は、同じく憲法を出発点として、刑事手続における原理・原則を導くという考え方を取りつつも、モデル論のように、刑事手続全体ではなく、手続の段階ごとに原理・原則を考えるという点にあります。

まず、捜査の段階は、憲法31条から導かれる、適正手続の要求がそれを規制する原理なのだとされます。注目すべき点として、渥美先生は、捜査には弾劾主義は妥当しないということを繰り返し述べておられます。これは、平野先生の有名な弾劾的捜査観、あれは公判段階における当事者主義の考え方を捜査段階にも拡張しようという考え方であったわけですが、それに対するアンチテーゼとして位置付けられるものです。その際、渥美先生は、弾劾主義というのは、訴追段階から働くものであって、捜査段階には妥当しないされており、ここに、刑事手続全体ではなく、手続の段階ごとに適用される原理・原則を考えるという、渥美説の特徴がよく表れていると思います。

次に訴追段階では、憲法38条の1項の自己負罪拒否特権の保障から導かれる弾劾主義あるいは告発主義が妥当するとされています。これは、起訴事実を法律上及び証拠上支える義務は訴追者にあつて、被告人は訴追に協力する義務を一切負わないということを意味しています。これは訴追段階の原理・原則とされていますが、それは当然公判にまで及ぶものだということになります。

最後に公判段階に妥当する原理・原則としては、憲法37条から導かれる、当事者主義、論争主義が挙げられています。それが、例えば、起訴事実の告知・聴聞を受ける権利、公正・公平・迅速な公開裁判を受ける権利、証人審問権、証人喚問権、弁護人依頼権といったかたちで具体化されているとされます。

以上が、それぞれの段階に妥当するとされる原理・原則なのですが、教科書や論文の中では、個々の問題について、その段階で妥当するとされる原理・原則から、直裁に結論が導かれているという例が少なくありません。

例えば、被告人の取調べについては、それが、現行憲法が予定する、当事者論争主義の公判構造と、弾劾主義の訴追構造を害するものであるから許されないとされています。現在の判例通説も、被告人の当事者としての地位に鑑みて、被告人の取調べには一定の制限があるとしています。おおよそ許されないとはい解は取られていません。これが、渥美先生の、原理・原則論からの徹底した結論が、現在の判例通説と異なっている一つの例です。

もう一つの例として、検察官上訴につき、当事者・論争主義のもとでは、公判は捜査、上訴双方から独立しているから、事実誤認を理由とする検察官上訴は許されないと結論が導かれています。この問題についても、現在の判例通説は合憲説を取っています。学界においては、それが違憲だという見解も少なくありませんが、当事者主義を根拠に公判の上訴からの独立性を導き、それゆえに検察官上訴は違憲であるという見解は、渥美先生独自のものです。以上が、第1の特色に係るものです。

続いて、第2の特色である、アメリカの刑事訴訟法の知見を活用した、わが国の刑事訴訟法の解釈が、しばしば行われ

ているという点です。この特色の出発点となっていますのが、渥美先生の、日本国憲法と、それに基づいて制定された刑事訴訟法についての理解です。

教科書の最初の節が、「現行刑事訴訟法の性格」となっており、その冒頭の部分で、次のようなことが述べられています。

「日本国憲法はアメリカ独立宣言に示されたジェファソン流の民主主義と、ロックの社会契約論を基礎とするものであり、日本国憲法の刑事手続に係る規定（13条、31条、33条、35条等）も、それを現実化したものである。刑事訴訟法は、その憲法の規定に基づいて作られている。」

このような理解に立つ以上は、わが国の刑事訴訟法の解釈にあたって、アメリカの刑事手続、そして、それを規律する、連邦憲法の刑事手続関係の規定の解釈に着目することになるのは当然の流れです。

もっとも、アメリカの刑事手続や連邦憲法の刑事手続に関する規定に着目して、わが国の刑事訴訟法の解釈を行う手法というのは、戦後の刑事訴訟法学の主流を占めたと言ってもよいものでして、渥美先生に特異なものというわけではありません。ただ、そのうえで、アメリカの議論にどこまで依拠するのかは、研究者ごとに温度差があり、渥美先生は、その度合いがかなり強い部類に入るのではないかと思います。

そのようなわけで、戦後の刑事訴訟法学には、判例を含めてアメリカの刑事訴訟法理論の影響が多々見られます。それに相当する、渥美先生の先駆的な業績として挙げられるべきものは、搜索・差押えに関する問題について、アメリカにおける議論をいち早く採り入れて、物理的な侵害ではなく、プライバシー侵害に着目した解釈論を展開されたことです。1972年の「プライバシーと刑事訴訟」、それから、1981年の「搜索・押収におけるプライバシーの概念」という2つの論文で、アメリカにおける議論を詳細に紹介され、それを日本法の解釈論としても採り入れておられます。

このプライバシーの保障という点は、搜索押収に限らず、渥美先生の捜査法の解釈を貫く原則の一つとなっていると言ってもよいと思います。教科書の中に、次のような記述があります。

「逮捕・勾留も人の身体の搜索・押収であるから、逮捕・勾留と搜索・押収は、すべてプライバシー権の保障と関係する捜査機関を含めた法執行機関の活動である。」

ところで、このように構成すると、プライバシー権は、種々の観点からいくつかに分類できる。一つは、①挙動のプライバシー、②場所のプライバシー及び③物のプライバシーという、(1)停止、逮捕・勾留、(2)搜索、(3)押収という活動に対応したプライバシーを別々に区分しうる。また、①財産権に支えられたプライバシーと、②情報のプライバシーに区分できる。さらには、①自己決定を保障するプライバシーと②財産的利益を保障するプライバシーという区分も可能である。この区分によって、憲法上の保障の要件が異なる（憲法33条・35条・13条・21条等参照）。」

つまり、捜査活動に関わるプライバシーには、様々な種類のものがあって、それぞれに対応する憲法の規定があり、保障の要件が異なってくるというわけです。

このように、プライバシーを軸として捜査手段を検討するという基本的な考え方は、少なくとも搜索・押収の場面では、現在の刑事訴訟法学の中で広く受け入れられていると言ってよいと思います。

それから、この第2の特色に関しては、渥美先生が、アメリカ刑事訴訟法へのご関心を終生にわたって持ち続けておられたことも、特筆すべき点かと思います。その一端は、先生が主宰されていた研究会における継続的な研究の成果である、『米国刑事判例の動向(1)～(4)』（中央大学出版会）に示されているところです。

最後に、第3の特色は、犯罪に対する法システム全体の中に刑事訴訟法を位置付けているという点です。これについても、教科書の冒頭部分の「現行刑事訴訟法の性格」というところに、次のような記載があります。

「犯罪・非行の『捜査』と『調査』と予防活動は、『社会的な問題』を解決するというからは、一連の一貫した戦略的構想により、又は、具体的に狭く限定された問題へのその問題を全体として包み込む構想と計画によって対処しなければなら

らない。捜査、調査、対応計画、処遇は一連の連続した活動でなければ、犯罪予防・減少の目的は達せられない。

刑事訴訟手続、つまり科刑を目的とする犯罪調査（＝捜査）と訴追及び公判に至る法律上の手続は、このように犯罪、非行、社会逸脱行為を規律する法活動の一部を構成する。

刑事訴訟法は、犯罪法、犯罪対策システムの主要だが、一部を構成する部分である。広い犯罪法システムの目標に逆効果を与えるような刑事訴訟法の解釈運用は極力控えなくてはならないという関心が強まっている。」

このように、刑事訴訟法というのも、犯罪法システムの中の一部なのだとをおっしゃっているわけです。実は、1982年に公刊された、渥美先生の最初の教科書である『刑事訴訟法』の冒頭部分には、この記述はありませんで、そこでは、刑事訴訟法のことだけが書いてあります。それが、『全訂刑事訴訟法（第2版）』では、冒頭に、このようなことが書かれているわけでした、ここに、最初に申し上げた、渥美先生の問題関心の移行ということがよく示されていると思います。

いずれにしても、このように、刑事訴訟法というのも犯罪や非行を予防し、減少させることを目的としたシステムの一部をなすのだという認識に立たれますので、そこから、刑事訴訟法の解釈論、および刑事訴訟法に関する制度論について、より広い視野からの検討がなされ、バランスが取れた結論が導かれているといつてよいと思います。

それが表れている例は数多くあるのですが、刑事手続に関するものと、弁護人が取調べにどのように関与するかという問題が挙げられます。先ほどの田村先生のお話の中にも出てきましたように、渥美先生は弁護権を非常に重視されますので、その十分な保障という観点から、例えば、取調べを理由とした接見指定は許されないとか、あるいは黙秘権を保障するために、弁護人との自由な接見を事前に保障することを、身柄拘束下での取調べの条件とすべきだという、こうした主張がなされた当時の実務に照らせば、捜査官にとってかなり厳しい解釈を主張されています。

その一方で、弁護人の取調べへの立会いに関しては、取調べに弁護人が立ち会うことになると、弁護人の介入によって取調べが事実上不可能になり、事実の解明が阻害されるうえに、取調べを通じて被疑者の社会復帰を助けることもできなくなるということで、明確に反対をされています。このような意味で、バランスの取れた解釈論が展開されているわけです。

それから、制度論から一例を挙げますと、これも先ほどご紹介があったように、渥美先生は、犯罪現象が変化する中で、組織犯罪に対応する必要性ということを強調され、そのための一つ的手段である通信傍受に関しては、通信傍受法の制定に積極的に賛成する立場を取られています。

さらに、ほかの例としましては、犯罪の予防という点を犯罪法システムの中の一つの目的として挙げられており、その観点から犯罪者の社会復帰のための制度が重要なのだということをおっしゃっています。具体的には、現在の運用において、検察官が起訴猶予処分をした後に、被疑者の社会復帰を効果的にする方策が欠けていることへの疑問を提起し、いわゆる条件付きのダイバージョン、つまり、一定の事項を行うことを条件として起訴猶予にするとか、裁判を打ち切るといった措置を導入すべきだということを主張されています。

それから、もう一つ、先生は、刑事手続における犯罪被害者の地位に早くから着目されていました。犯罪に関わる法システムの一部としての刑事訴訟法という捉え方からすれば、当然の流れかと思います。

これも教科書の記載を挙げますと、「犯罪は、対国家的不正であるだけでなく、対被害者、対被害社会・被害共同体の不正でもある。」ということが書かれており、そのうえで、「刑事訴訟手続で被害者らに第2次被害を加え、被害者等を双方対抗（当時）者の訴訟活動の道具としてしか利用しない、被害者を忘れ去った過去の法運用は、被害者への尊敬（尊厳）を無視するものとして強く批判されなければならない。」とされています。犯罪法システムの中に刑事訴訟手続を位置付ける以上、被害者への配慮というのは当然の要請として出てくるということになります。

ただし、このように被害者保護の必要性を主張される一方で、最近創設された被害者参加制度については、公判の基本

構造を掘り崩しかねないという懸念を表明され、被害者による事実及び法律の適用についての意見陳述は、いずれ廃止されるべきだとまでおっしゃっています。

これは被害者の保護ということを主張されてきた渥美先生の立場からすると、一見矛盾しているようにも見えるのですが、当事者・論争主義が、公判の原理・原則であるとして、それを重視する先生の考え方からは、十分理解できるものです。つまり、当事者・論争主義に基づく公判というのは、アメリカがその典型なのですが、アメリカでは被害者参加は認められていません。量刑段階で、被害者が犯罪が自らに与えた影響について述べることしか認められておらず、有罪か無罪かを決める段階で関与することは許されていません。おそらく、渥美先生にとっての当事者・論争主義の公判というのは、そのようなものであり、そこに被害者が入ってくるということについては違和感がありだったのだらうと思います。

これも、単一の利益ではなく、さまざまな要素を考えた上での制度設計を提案されているということの一つの例として挙げるができるかと思います。

最後に、渥美刑事訴訟法学の評価ですが、ここまでに申し上げた特色を踏まえて、現時点における評価について私の考えを述べさせていただきたいと思います。

まず第1に、渥美刑事訴訟法学は、憲法を出発点とした、刑事訴訟法学の一つの体系を提示したということは間違いなく言えるだろうと思います。そして、憲法から導き出される原理・原則に基づく解釈論ですので、先ほど政策論のところでも指摘されていましたが、国家の側にも被疑者・被告人の側にも偏らない、原理・原則からの一貫した解釈論が示されている点において、その独自性があると言えると思います。

現在の刑事訴訟法学界においては、憲法の条文、さらにはそこから導かれる一定の原理・原則から直裁に結論を導くという思考は、一部にはなお根強くあるものの、どちらかと言うと弱くなっていると言ってよいと思います。先ほど申し上げたように、こういった思考が最も貫徹された、いわゆるモデル論が、結局実務を動かさなかったこともあり、現在の学界の大勢は、実務の現状にも配慮した、さまざまな利益のバランスを取った解釈が必要なのだという方向に動いています。

こうした傾向に対して、渥美先生は、刑事訴訟法の制定40周年を記念して組まれた「ジュリスト」の特集号に寄せられた論考の中で、原理・原則の内容と、それが憲法に根拠を持つものであることを意識したうえで検討を深め、それに沿った法改正を行うべきだという提言をなさっていました。先ほど、グランドデザインよりも政策的なものという話がありましたが、刑事訴訟法に関しては、原理・原則の内容がまだ十分に理解されていないということを指摘されており、その点で、それに関心を失っていくかのような学界の流れに対して警鐘を鳴らされていたのであらうと思います。

ただ、学界の流れという点でいいますと、裁判員制度の導入をはじめとする制度改革がなされたことにより、いま一度原理・原則を考え直すきっかけが生じています。例えば、裁判員制度が導入されたのちの、裁判所の立場役割というものをどう考えるのかということが、当事者主義の意味を問いただすかたちで、検討されている状況にあります。その意味でも、原理・原則の内容を深く検討すべきだという渥美先生の意見は重く受け止めるべきものであらうと思います。

次に、アメリカ法の知見をベースにした解釈論という点ですが、渥美先生は、教科書や論文等の中で、日本の憲法や刑事訴訟法の解釈において、アメリカの連邦最高裁の判例を直接に根拠として挙げておられる場合が少なくありません。

確かに、例えば、搜索・押収におけるプライバシーの解釈など、日本の問題の解決にあたって、直接に連邦最高裁議論が援用できる場合というのもあるとは思いますが、他方で、アメリカにおける判例、学説に依拠するには限界があることも確かであらうと思います。といいますのも、日本国憲法の刑事手続に関する規定は、連邦憲法の規定に由来するとは言え、その文言からして、必ずしも同じではありません。

その一例として、渥美先生がしばしば援用されるアメリカの連邦憲法の修正4条、これが日本の憲法35条のもとになったとされている条文ですが、両者を比較していただければわかりますように、アメリカの修正4条というのは、基本的には不合理な搜索および押収を禁止しており、その中に令状に関する規定があるというかたちになっています。これに対し

て、憲法35条というのは、基本的に固い令状主義を取っている規定であり、令状主義が原則だということが文言上も、はっきりと示されています。

そのうえで、渥美先生は、いわゆる緊急搜索・差押えの合憲性の問題、例えば、麻薬の販売・所持の事例で、買い受けた者が信用のおける情報を官憲に伝達し、麻薬の譲渡、所持を疑わせる相当な理由があり、かつ、譲渡行為の場所に証拠となる麻薬が存在する蓋然性が高いが、裁判官に令状を請求していると、証拠が隠滅又は移動させられるおそれが高いという事案で、無令状で搜索・差押えをすることが、憲法上許されるのかという問題について、教科書において、次のように述べておられます。

「これらの場合、憲法の定める搜索・押収の要件は令状要件を除いて具備している。しかも令状入手の時間的余裕はない。憲法は例外を全く認めない趣旨のものとは解されないので、おそらくこの場合に緊急搜索・押収を認めても違憲と解する必要はないと思う。」

確かに、基本的に不合理な搜索押収というのを禁じている修正4条のもとであれば、そういう解釈はできるかもしれませんが、固い令状主義を取っている憲法35条のもとで、緊急性があるから合憲なのだと言えるのかは疑問が大きいところです。これが典型例ですが、アメリカの憲法解釈に依拠した日本国憲法ないし刑事訴訟法の解釈にはやはり限界があるとわざわざをえないわけですし、その点で、学界では、必ずしも渥美先生の意見が受け入れられてはいない面もあります。

最後になりますが、私自身は、渥美刑事訴訟法学の特色として挙げた第3の点が、今後の刑事訴訟法学にとっては最も示唆に富むものだと思いますし、基本的に、その方向に向かうべきであろうと考えています。

少なくとも実務は、刑事司法制度の中で、再犯防止や犯罪予防を重視する傾向に変わってきています。学界の中では、刑事政策的な観点を刑事訴訟法の解釈論や立法論に採り入れていくという発想は、まだ必ずしも強くないのが現状だと思いますけれども、刑事手続も、ある部分では再犯防止とか犯罪予防の役割を担うものだとすることを明確に意識したうえで議論を行う必要があると思います。その意味で、渥美先生が示された方向性を、今後、刑事訴訟法学が採り入れていくべきであると考えています。

以上で私の報告を終了させていただきます。ご静聴ありがとうございました。

(基調講演2終了)

○司会 川出先生ありがとうございました。それでは、ここで休憩に入りたいと思います。