

立法関係者の昭和刑訴観：立法理由確定の試みとして

横山，晃一郎
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16194>

出版情報：法政研究. 47 (2), pp.421-480, 1981-03. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

立法関係者の昭和刑訴観

——立法理由確定の試みとして——

横山晃一郎

はじめに

杣、海原兩教授の還歴をお祝いする本稿で試みようとするのは、一九四八年七月一〇日制定、翌年一月一日施行された刑事訴訟法（以下昭和刑訴と呼ぶ）の立法趣旨、その内容を、当時の立法関係者の認識をとおして再構成すること、である。

周知のとおり、昭和刑訴制定の経過は、当時明らかにされず、立法理由書の作成も行われなかった。^① 国会における法案審議の状況を伝える第二回国会制定法審議要録の記載も、全文わずか十一頁、行数にして五百行弱である。^② 制定の前後、団藤重光、横井大三らにより、新刑訴の構想、特色が法律雑誌に発表されたが、^③ いずれも短かく、僅かに団藤、横井、そして野木新一、宮下明義ら立法関係者による新刑訴の「逐条解説」、「条解」、「概説」に、立法趣旨をうかがうのみである（後出）。それは、「新刑事訴訟法も、占領下の立法としての通常の過程、すなわち、政府案の総司令部への提出、修正についての政府と総司令部との間の折衝、総司令部の承認、閣議決定、国会提出という過

程を経て制定せられたものである。総司令部に提出された政府案の内容、政府と総司令部との間の折衝の内容の発表されなかったことも、一般の場合と同様である⁽⁴⁾という事情による。

施行後三〇年余を経た今日、当時の立法関係者（団藤重光）の残した資料、メモ等を整理、戦前・戦後の刑訴法改正の動きの中で昭和刑訴制定の経過を明らかにしよう、という刑事訴訟法制定過程研究会の努力により、漸くその立法過程も、その姿を次第にみせ始めた（同研究会の研究は目下「応急措置法」まで進んでいる⁽⁵⁾）。しかし、立法過程解明の作業は、なお多くの部分を残しており、昭和刑訴の立法趣旨を立法過程の側から照射する、という所まで進んでいない。作成されなかった立法理由書に代る立法趣旨の解明は、現在進められている制定過程研究会の巨大な作業が完了し、それに対する各方面からの検討が終って漸く明らかになるであろう⁽⁶⁾。

しかし、昭和刑訴法の歩み、とくに判例、実務、学説により次第に形成されてきた刑訴法の現在の姿を浮き彫りにするには、昭和刑訴が、いかなる意味をもつものとして立法関係者によって作り上げられたかを、一応にせよ、確定する必要がある。そして又、こうした作業は、かつて川島武宜の実用法学の刑訴法研究への有効性を検討し、「刑事訴訟法研究においては、判例仮説の構成よりもむしろ、立法趣旨を歴史的に研究、確定し、これと現在の判例（具体的な、個々の）を対置することによってその距離を測定し、立法趣旨をこえる点については何が一体そのような立法趣旨からのズレを生み出させたのか、という原因を探求することが必要であろう。そしてこれは、川島教授のいう「科学」の範囲内にとどまる行為なのである。そして、そこから更に、このズレをカバーする法的論理の構造の分析、その論理が果してその法体系全体の内的論理と調和するかどうかの検討へと進むことになる⁽⁷⁾。」と述べた方法実現のためにも、必要不可欠といつてよい。

そこで本稿では、後日の補正、訂正を予期しつつ、昭和刑訴がどのようなものとして作り上げられたかのアウトライ

を、立法に深くかかわった人々の制定後執筆された著書、論文等を資料として、再構成することとした。立法関係者の昭和刑訴に対する共通の認識を探るため、資料として用いたのは次の諸文献である（以下、本文には「」内に示す略語によって引用する）。

(1) 団藤重光・新刑事訴訟法と当事者主義・法律時報二〇卷九号（一九四八）
 「団藤・当事者主義」、(2) 同「新刑事訴訟法綱要」（一九四八）「団藤・綱要」、(3) 同「条解刑事訴訟法上」（一九五〇）「団藤・条解」、(4) 同「刑事裁判と人権・公法研究三五号（一九七三）」「団藤・人権」、(5) 野木新一「宮下明義」横井大三「新刑事訴訟法概説」（一九四八）「野木ら・概説」、(6) 宮下明義「新刑事訴訟法逐条解説（一）」（一九四九）「宮下・逐条解説（一）」、(7) 宮下明義「刑事訴訟法講義」（一九四九）、(8) 横井大三・改訂刑事訴訟法概観・法律時報二〇卷九号（一九四八）「横井・概観」、(9) 横井大三「新刑事訴訟法逐条解説（一）」（一九四九）「横井・逐条解説（一）」(10) 法務府検務局「新刑事訴訟法制定資料（一）」「檢察資料（二八）」（一九五二）「檢察資料二八」（11）「特集」・刑事訴訟法二五年の軌跡と展望・ジュリスト五五二号（一九七四）「ジュリ・軌跡と展望」(12) 刑事訴訟法制定過程研究会・刑事訴訟法の制定過程・法学協会雑誌九一卷七号（一九七四）以下、「執筆者名・制定過程（一）」、(13) 小田中聰樹・刑事裁判制度の改革・東大社研編「戦後改革——4司法改革」（一九七五）「小田中・改革」。

(1) 一九四八年九月、制定されたばかりの刑事訴訟法の解説を試みた横井大三は、その制定経過に触れ、「昨秋の政府案（いわゆる十月草案——筆者）が如何なるものであったか、如何なる方法によって、如何なる学者、裁判官等の意見を徴したのか、その際如何なる意見が提出せられたかについて、いまここにその詳細を述べる自由を持たないのを、遺憾とする。」と述べた。参照、横井・概観四頁。

(2) 第二回国会制定法審議要録四〇六頁以下。衆議院修正の主なもの、被告人の弁護人の数の制限を「特別の事情のあると

- き」に限ったこと(三五条)、控訴審における事実取調の範囲を拡大したこと(三九三条一項に但書挿入)、の二点、参議院のそれは、勾留理由に、住居不定、罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由、逃亡又は逃亡を疑うに足りる相当な理由を付加したこと、被告人の勾留期間を二箇月とし、一箇月ごとの更新も、原則として一回としたこと(六〇条)である。小田中・改革二六九、二七〇頁。
- (3) 本文記載の文献(1)、(8)のほか、団藤重光・新刑事訴訟法の構想・法律タイムズ一卷一号(一九四七)、新刑事訴訟法特集・法律新報(一九四八)参照。
- (4) 横井大三・新刑訴制定資料・刑法雑誌三卷三号(一九五)(1)頁。
- (5) 本文記載の文献(10)。研究会メンバーは、団藤重光の「はしがき」(法協九一卷七号)によれば、松尾浩也、小田中聡樹、三井誠、井上正仁である。なお、小田中・改革は、右の資料によりつつ、制定過程全部をフォローする。本稿の制定過程に触れた部分は、右の文献及び、文献(2)のジェリ・軌跡と展望(特に松尾浩也司会の入座談会)刑訴訴訟法の制定過程、井上正仁作成の刑事訴訟法制定過程年表)に、原則として、負うている。なお、アメリカ側資料によった興味ある制定史として佐藤欣子・戦後刑事司法における「アメリカ法継受論」の再検討(上・下)・警察学論集三二・一〇一―一。
- (6) 昭和刑訴の内容が、ほぼ固まったといわれるのは、昭和三三年三月から同年七月に至る時期である。この時期は、日本側の刑訴改正草案(第九次案)に対するアメリカ側の意見をめぐっての、日米双方少数の法律家による集中的折衝が行われた小審議会審議の時期、それをうけた、日本側法律家(裁判所、検察庁、法務庁、弁護士、学者)とアメリカ側との、プロブレム・シートを中心とした協議会審議の時期、そして、協議会審議で残された問題を詰めた小委員会協議の時期に区分され、小審議会審議の模様は、「総司令部における刑事訴訟法案審議録」、協議会の内容は、「刑事訴訟法改正協議会議事録」に見ることができるといふ(ジュリ・軌跡と展望の「刑事訴訟法制定過程年表」(井上正仁)、小田中・改革二四五頁以下)。しかし、これらの資料は、なお、公表されていない。大綱は、小田中・改革の伝えるとおりであろう。
- (7) 横山晃一郎「刑事訴訟法の解釈」(一九六五)一七頁。なお、横山・刑事手続における人権保障の現段階(「憲法と刑事訴訟法の交錯」一九七七所収)は、この立場で書かれたものである。
- (8) 注(6)のとおり、昭和刑訴の骨格が固まったのは、日本側の刑訴改正草案、それに対するアメリカ側の意見をめぐり、

日米双方の集中的協議、折衝が行われた時期である。したがって、この時期の過程が完全に解明されることが本稿のような課題達成には必要ということは否定できない。しかし、小審議会のメンバー（マイヤース担当の野木新一・塩野宜慶、ブレイクモア担当の横井大三・羽山忠弘、アプルトン担当の宮下明義・中野次雄）による野木ほか・概説、宮下・逐条解説、横井・逐条解説の存在や、本文にあげた文献、制定過程に関する研究の出現（とりわけ小田中・改革の存在）は、このような試みを試みとして可能にしよう。

第一章 捜査

一 昭和刑訴の捜査機関 犯罪が発生したとき、これを鎮圧し、犯人および犯罪の証拠の発見に従事するのは捜査機関である。裁判所への訴追は、捜査機関の発見した犯人および証拠を検討した訴追機関によって行われる。旧刑訴当時、捜査の中心機関は検事（なお、憲兵司令官は検事と同一の権を有した）であり、庁府県の警察官、憲兵は検事の補佐としてその指揮を受け、巡査および憲兵卒は検事・司法警察官（憲兵を含む）の命令を受け、司法警察吏として捜査の補助をした、これは、犯罪捜査は国家刑罰権の実現を目的とする刑事手続の第一段階であり、一切の捜査は訴追の実現に向って集中されねばならない、そのためには訴追機関である検事に捜査権を与え、他の捜査機関をその補佐機関、補助機関とするのが合目的（国家刑罰権の実現という目的からみて）、という考えにもとづく。更に、旧刑訴で見逃すことができないのは「予審」である。予審は、検事の公訴提起後、予審「判事」によって行われた被告事件の審理で、被告事件を公判に付すべきかどうかの決定を目的とし、必要な証拠の収集、保全を行なう手続であった。しかし、「事実においては、予審判事は検事の委任を受けた捜査機関であつて、しかも訴追機関の有せざる強大なる強制の権能を与えられ、且つ秘密の裡に取調を行つて、調書を作成する。而して其の調書は予審判事の作成したものである」というので、公判において動かし難い証明力を生ずるのである」（小野清一郎「刑事訴訟法講義（全）」一九三三、

傍点は筆者)。このような秘密、糺問、書面主義的「予審」が、日本民主化政策の具体的目標の一つに「秘密の檢察 secret inquisition」の廃止を掲げた総司令部の意向、又、公開、弾劾、口頭主義をうたった憲法の趣旨に副わないことは明らかであった。宮下明義は、予審廃止という応急措置法の線を踏襲した理由として憲法三七条の趣旨に副わない等をあげたのち、更に、次のように述べた。

「当事者主義的色彩を著しく強化し、証拠能力について従来とは比較にならない程厳格な規定を設け、起訴状に捜査書類等の添附を一切禁じて徹底した公判中心主義を採用している新法の建前と、旧法のような予審制度とは、到底相容れない」(宮下・逐条解説(一))。

しかし、予審廃止は、総司令部の意向というだけではなかった。それは、戦前すでに存在した予審廃止↓捜査機関(檢察)への強制処分権の集中(小野清一郎・出射義夫)、という大正刑訴改革路線の主張でもあったし、又、予審の秘密、糺問主義、そして長期勾留を人權蹂躪として非難してきた在野法曹の念願だったからである。問題は、したがって、予審廃止の是非ではなく(予審廃止の主張は昭和二〇年一二月司法省内にでていた)、予審廃止後かつて予審判事の手にあった強大な強制処分権を誰の手に委ねるか、どのように行使させるか、にあったといつてよい。ところで、この点に関する日本政府側の構想は、ほぼ、予審廃止、強制処分権の検事を中心とする捜査機関への集中、検事による司法警察官の指揮、コントロールというものであった。臨時法制調査会答申(一九四六年一〇月)中の「司法警察官はこれを檢察庁の所屬に移すべきものなるも、その適當なる時期に至るまで檢察庁は司法警察官に対する指揮監督及びその教養訓練を蔽にし捜査の適正と迅速とを期すべきものとす」という附帯決議も、この線上にあった。しかし、この日本側構想は、総司令部の認める所とならなかった(小田中・改革二八五頁以下)。強制捜査は司法的コントロールの下に置かれ(令状主義)、犯罪捜査は第一次的には警察官の職務、検事は必要と認める範囲で捜査を行

うものとされたからである。この変化は、検察庁法立案の過程で明らかとなったが、検察官と司法警察官の関係については検察庁法の段階では結論をうるに至らず、問題の解決は刑事訴訟法制定まで持ちこされた（小田中・改革二八九頁、なお、一九四八年の旧警察法六七条にもその旨の規定がある）。

新刑訴法案国会上册の際、鈴木國務大臣は特に重要な改正点として四つ（公訴提起の方式の改正、公判の審理及び証拠に関する改正、審級制度に関する改正、捜査組織の改正）をあげ、捜査組織の改正につき次のように述べた。

「最後に、検察官及び警審（察？）吏員との刑事訴訟法上の関係について申し上げます。……本案においては、この点につきまして、まず刑事訴訟法上の概念として、従来の司法警察官吏に相当するものとして司法警察職員、司法警察官に相当するものとして司法警察員、司法警察吏に相当するものとして司法巡査の用語を用いることとし、警察官及び警察吏員は、他の法律または国家公安委員会、都道府県公安委員会、市町村公安委員会、または特別区公安委員会と定めるところによって、司法警察職員として職務を行うものとし、検察官と司法警察職員とは捜査に關し互いに協力すべきものとしております。しかし警察官は、従来のように自己を補佐しまたは補助する者に対する指揮ということではなく、独立の捜査主体たる司法警察職員を予定し、これに対し、公訴を實行するため必要な犯罪捜査の重要な事項に關する準則を定めるための一般の指示権、捜査に協力を求めるため必要な一般的指揮権及びみづから犯罪を捜査する場合において必要あるときの捜査の補助をさせるための指揮権の三種の権限を認め、これに従わない場合には懲戒または罷免の訴追をすることができるとしたのであります。」（審議要録）

検察官が捜査の「主宰者」という立場は捨てられ、捜査は両者の協力関係のもとに進めらるべきもの、「検察官は寧ろ公訴の實行に主力を注ぐべきもの」（宮下・逐条解説（二））となったのである。「憲法の基本原則である民主主義の下においては、権力の集中はできる限りこれを避けるべきものであり、且つ責任の明確化ということが強く要求さ

れなければならぬ。警察法は、警察の民主化、警察の地方分権化を基本原則としている。もし、検察官一体の原則の支配を受けている統一的国家機関である検察官が、警察を全面的に指揮命令するという建前を採るならば、それは確かに警察法の精神に反する」(宮下・逐条解説(二))というのが、当時の立法関係者の認識であった。

ところで、捜査の第一次的主体とされた司法警察職員は、いわゆる警察官からなる一般司法警察職員と、海上保安官などの特別司法警察職員とに分けて規定された。このうち、最も大きな変革を蒙ったのは警察組織である。かつて内務省の最も重要な柱として中央集権的に組織された警察機構は、民主化、地方分権化という占領方針にしたがい、完全に解体された。官僚機構の中核であった内務省そのものが廃止され、内務省警保局のもと、一糸みだれぬ統制を誇った集権的警察は、人口五千人以上の市町村におかれる自治体警察と国家地方警察とにわけられたからである。新刑訴における捜査は、この民主化・地方分権化の旗印の下に新しく再編成された警察と、裁判所から組織上も訴訟法上も分離された検察官との協力の中に、進められる筈であった。

二 捜査の開始・捜査の方法 ところで、捜査が開始されるのは、「司法警察職員が犯罪の嫌疑がある、と史料したとき」(一八九条)である。旧刑訴は、「検事犯罪ありと史料するとき」と規定した。もちろん、司法警察官が独自に犯罪の捜査を行うことを否定したわけではないが、どうした場合に捜査機関(検察官を含む)が「犯罪の嫌疑がある、と史料」するかにつき、別段の規定はおかなかった。ただ、捜査開始の端緒(きっかけ)となるものを旧法同様類型化し、現行犯発見、死体検視、告訴、告発、自首の定めを置いた。旧法と異なるのは、これまで警察に認められてきた検視検証制度(検視にひきつづき検証を行う制度)を憲法三五条の令状主義との関連で削除したこと、祖父母、父母に対する告訴の禁止規定(儒教の孝の思想に由来)の削除(日本側の十月草案には存置されていた)、更に、被害者の「夫」だけに独立して認められた告訴権、姦通罪廃止に伴う、従来「夫」だけに認められてきた告訴権

の廃止——これらは憲法の定める法の前の平等、男女平等の理念に反する——の諸点である。

捜査の端緒をつかんだ捜査機関は、ただちに捜査に着手する。新刑訴は、捜査機関の行なう捜査の方法を、原則として任意捜査とした、もちろん、新刑訴立案の際、「……旧法の下においては、任意捜査を原則とし捜査機関の強制権を著しく制限していたために、犯罪捜査が寧ろ刑事訴訟法の枠外において行われるに至ったばかりでなく、任意の承諾がない場合であるにもかかわらず、任意捜査であるとの名目の下に恣に強制捜査を行う弊に墮していたので、新法の下においては、すべての捜査を合法の枠内に取り入れる意味において、寧ろ任意捜査を原則とするというような建前を採らず、必要がある場合には進んで強制捜査によらしめるべきではないか、という説」もなかったわけではない（宮下・逐条解説(一)）。しかし新刑訴は、「強制的処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」（一九七条一項）と規定することによって、任意捜査を原則とする立場をとった。これは、新刑訴が当事者対等主義につき特段の配慮をした結果である。宮下明義は、こう書いた。

「（新法が一方で）……被告人、被疑者又は弁護人の調査権を任意の承諾に基く処分としながら、捜査機関の捜査権限の合理化を強調するあまり、捜査機関の強制捜査権を一概に強化することは、当事者対等主義の要請に反する。勿論公訴提起前における被疑者の地位は当事者ではなく、将来公訴が提起された場合に当事者となるべき地位にあるものと解するのが正当ではあるが、この段階においても、できる限り両当事者の権限の対等を図ろうとするのが、新法の建前である。」（宮下・逐条解説(二)）

三 新刑訴における捜査の構造　ところで、被疑者を単なる取調の客体とするのではなく、これに当事者に準ずる地位を与えるのが新法の建前、という認識はひとり宮下だけのものではなかった。例えば、団藤重光も又、新刑訴の捜査に関する諸規定を「すでに当事者訴訟的構造の萌芽がそこにみられる」と把え、次のように説いていた

からである。

「一方では、やがて原告官になるべき検察官およびその協力者ないし補助者としての捜査機関があり、他方ではやがて被告人になるべき被疑者およびその保護者としての弁護士があり、その上に、両者の請求によって強制処分を行い、令状を発し、同時に司法的抑制の任務をも果たすところの裁判官があるのである。」(団藤・綱要)

もちろん、日本側関係者すべてが、当初からこのような捜査構造観をもっていたのではなかつた。⁽³⁾それを明らかに示すのは、新憲法制定後日本側によって立案された十月草案(第九次案)の捜査に関する諸規定である。すなわち、そこでは、捜査機関は「犯罪の捜査をするに必要があるときは、被疑者を呼び出し、且つこれを取り調べることもができる」とされる反面、被疑者には新刑訴一九八条一項但書(「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除くは、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができ」)のような出頭拒否権、退去権はなかつたからである。勾留も又、「被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるときには、これを勾留できる」とするのみで、起訴前勾留期間延長の制限規定もなく、更に、被疑者の弁護士との接見交通にも「法令の範囲内」という制限がつけられていた。こういふ、被疑者をほぼ完全に捜査機関の手中に収め、その取調を許した糺問的な日本側草案が、総司令部との協議の中で次々と作りかえられ(検察資料二八、小田中・改革参照)、最後には立法関係者に「當事者訴訟的構造の萌芽がそこにみられる」もの、と解説させるようなものになつたのである。

しかし、新刑訴が十月草案を基礎としその換骨奪胎の作業の上に作り上げられた、という成立過程は、新刑訴の捜査に関する規定の上にも、その痕跡を残した。起訴前勾留における保釈請求権の否定(二〇七条一項)、刑訴二二六条、二二七条にもとづく証人尋問における被疑者立会権の制限(二二八条二項)がそれである。

四 強制処分の構成

それでは、「この法律に特別の定のある場合でなければ、これをする事ができない」と

された強制処分は、どのように構成されたか。

憲法三三条、三五条の要請、すなわち、強制処分には「司法官憲」の発する令状を必要とするという要請は、逮捕、勾留といった对人的強制処分、押収、搜索という対物的強制処分すべてに、原則として貫かれた。十月草案には見られなかった身体検査令状も、二一八条に挿入された。しかし、同時に、現行犯の場合だけでなく「要急事件」の場合にも比較的自由に強制処分を行なってきた従来の捜査慣行との妥協がはかられたことも見逃がすことはできない。要急事件というのは、(1) 被疑者が決まった住居をもたないとき、(2) 現行犯人がその場にいないとき、(3) 現行犯取調の結果共犯者が判明したとき、(4) 囚人又は被拘禁者が逃亡したとき、(5) 死体の検証により犯人を発見したとき、(6) 被疑者が常習強盗、常習窃盗の罪を犯したとき、で、急速を要する場合、捜査機関に勾引、勾留、押収、搜索、検証などの強制処分権が認められるもの（旧刑訴一二三条）である。

憲法の要請する令状主義と従来の捜査慣行の維持、という考慮の中でとられたのが、次の二つの方法であった。すなわち、その一つは、憲法の定める令状主義の例外事由、現行犯概念の拡大である。後年、団藤重光はこう述べた。「第二二二条では、第一項に現行犯人の規定が置かれているが、第二項では、「左の各号の一にあたる者が、罪をくい終わってから間がないと明らかに認められるときは、これを現行犯人とみなす」と規定し、各号として四つの項目が挙げられている。かようにして、準現行犯という形で現行犯の觀念がひろげられているばかりでなく、実は第一項の現行犯の規定そのものも、「現に罪を行っている者」だけでなく、「現に罪を行い終った者」も「現行犯人」だとしているので、すくなくとも憲法の英訳を基準として考えるかぎり、現行犯の觀念がひろげられているのである。」（団藤・人權）

第二の方法は、令状主義の潜脱そして形式化であった。潜脱とみられるのは二一〇条の緊急逮捕制度である。これ

は既に、応急措置法第八条第二号にみられたが、その合憲性には当初から疑いが持たれた（総司令部は「憲法三三条に鑑み疑問である」と指摘した。検察資料二八）。この点に関する立法関係者の次のような説明は、これを裏書するといつてよい。「かような緊急逮捕も、やはり逮捕状による逮捕と考えるべきである。通常逮捕との差異は逮捕状の発布が事前であるか、事後であるかの点である。しかも、事後とはいえ、逮捕に接した時期において逮捕状が発せられるかぎり、逮捕手続としては全体として逮捕状にもとづくものといふことができる。かようにしてわたくしは——相当地に疑問の余地があるが——緊急逮捕はかならずしも憲法三三条に違反するものではないと解するのである。

それと同時に、第二一〇条は、もつとも厳格に解釈する必要がある。」（団藤・綱要）

「要急事件」の殆どが、こうして準現行犯と緊急逮捕の規定によってカバーされることとなった。だが、それだけではない。司法的抑制の形式化へと通じる解釈を許す規定も又、存在したからである。「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるときは、裁判官のあらかじめ発する逮捕状により、これを逮捕することができる」とだけ規定した一九九条（現在のように「明らかに逮捕の必要がないと認めるときは、この限りでない」という同条二項但書の規定がない）、又これに対応するようにみえる「裁判官は……勾留の請求を受けたときは、速やかに勾留状を発しなければならない。但し、勾留の理由がないと認めるとき……は、勾留状を発しないで、直ちに被疑者の釈放を命じなければならない」という二〇七条の規定がそれだった。宮下明義はいう。「これらの規定は、捜査上強制の処分をする場合には、果して法律上強制権を行使しうる場合に該当するかどうかを第三者たる裁判官の判断にかからしめる趣旨であつて、この場合裁判官の判断すべき事項は、飽くまで請求にかかる事項の合法性 *Rechtmäßigkeit* であり、その合目的性又は必要性 *Zweckmäßigkeit* でないことに注意しなければならない。」「適法な勾留の請求であつて、しかも勾留の理由がある場合であるならば、裁判官は勾留

状を発しなければならないものであって、勾留の必要性は、裁判官の判断する事項ではない。」（逐条解説(二)、但し、この点、団藤・綱要は、強制処分の不必要もまた令状拒否の理由となる、と解した）。

司法審査の対象を強制処分の理由の有無に限定する、このような旧刑訴的解釈が、令状主義の精神から遠いことは明らかだった。しかし、それは規定の文言の曖昧さ、これまでの捜査との連続性を何とかして維持したい、という強い願望からでていたのである。

(1) 参照、松尾浩也・制定過程(一)、(二)、(三)、(四)、(五)。戦前の大正刑訴改革の動きについては、とくに(一)。なお、その要約として、松尾・刑事訴訟法史のなかの現行法——旧法との連続性と非連続性・刑事訴訟法の理論と実務（別冊判例タイムズ第七号）。

(2) 松尾浩也・制定過程(三)、小田中聡樹・制定過程(内)、小田中・改革。なお、小田中・予審を廃止したことの評価・松尾浩也編刑事訴訟法の争点参照。

(3) 新憲法草案が発表されてもお、同法第三三条の令状発布主体^{II}司法官憲の中に、検察官を含めて考えていたことをみよ。立法関係者のうち団藤重光だけは、検察官を含まない、という正しい理解を示したが、その団藤も、戦前の名著「刑事訴訟法綱要」（一九四三）の中では、次のように述べていた。「起訴後の手続が裁判所を主宰者とするに對して、起訴前の捜査手続は検事を主宰者とする。起訴後においては検事は当事者としての地位において活動するが起訴前においてはむしろ手続の主宰者としての地位において活動するのである。現行刑事訴訟法が検事の強制処分を極度に制限していることは、検事の当事者たる地位を顧慮したものであるが、これは捜査中における検事の地位に適合しないものといはなければならぬ。」（四九一頁）、更に又、「……起訴前の手続は当事者訴訟の構造を有せず、被疑者は手続の主体たる地位を認められない。この意味で起訴前の手続はその形態において私問手続だとい得る。」（四九二、四九三頁）。そして、この見解は、一九四七年発表された団藤・刑事新立法について(一)——とくに検察庁法と刑訴応急措置法——・法律時報一九卷五号でも、維持されている。なお参照、小田中・改革三三五頁。

第二章 公 訴

一 国家訴追主義・起訴便宜主義 捜査が終ると、事件は検察官の手に移る（検察官が最初から捜査した事件は別）。新刑訴二四六条は、こう規定した。「司法警察員は、犯罪の捜査をしたときは、この法律に特別の定のある場合を除いては、速やかに書類及び証拠物とともに事件を検察官に送致しなければならない。但し、検察官が指定した事件については、この限りでない。」

旧刑訴には、司法警察官の検察官への事件送致義務を定めたこのような規定はない。それは、旧法当時司法警察官は検察官の補佐機関にとどまり、法の規定はなくても検察官に事件を送るのは当然、と考えられたからであった。しかし、新刑訴で司法警察職員は、独立の犯罪捜査機関とされ、検察官と司法警察職員との関係は原則として協力関係ということになった。特に本条を設け、司法警察員の事件送致義務を法律上の義務とすると同時に、法律上検察官に微罪処分とする事件の指定権を与えたのは、このためである（宮下・逐条(二)）。

だが一方で、この規定が「検察官の捜査の補正的作用……を実効的にしようとしたもの」（団藤・条解上）、あるいは「司法警察職員の手による犯罪捜査の適否を公訴官たる検察官によって事後審査させ、もって適正な国家刑罰権の実現を期するための担保の意味も有している」（宮下・逐条(二)）と解されていたことも指摘しておく必要がある。すなわち、ここには、なお、捜査の最終責任者は検察官、という考え方が示されていた。

ところで事件の送致を受けた検察官（又は自ら捜査を終えた検察官）は、起訴の当否を決定し、起訴相当と判断したときは裁判所に公訴を提起する。検察官という国家機関によって訴追を行い、起訴、不起訴の決定を検察官の裁量に委ねるという点で、新法も旧法と同じである。しかし、公訴権行使に対するチェック、公訴提起の方式という点

で、新刑訴は旧刑訴と大きく異なった。

二 裁量権行使に対するコントロール

犯罪の嫌疑があり、それを裏づける証拠があれば、必ず起訴するという建前をとれば（起訴法定主義）、検察官の恣意の入る余地はない。しかし、それには又いくつかの弊害もある。そこで旧刑訴同様、新刑訴も起訴不起訴の決定を検察官の裁量に委ねる、という立場（起訴便宜主義）をとった。「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情状により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」（二四八条）というのがそれである。しかし、起訴か不起訴かは、人の一生を大きく作用する出来事と云ってよい。そこで新刑訴は、起訴の合理性を一層担保するため、二四八条の規定の中に「犯罪の軽重」という文言を入れ、更に、告訴等のあった事件で不起訴処分とした場合にはその理由を請求に応じ告訴人に告げる（二六一条）ことにした。裁量の規準として、犯罪の「情状」に加え、「犯罪の軽重」が挿入されたのは、「犯罪の情状」という文言では、犯罪の動機その他犯人がその犯罪を犯すに至った主観的情状のみを指す如き誤解を生ずる虞があるところから、犯罪そのものの軽重もまたこれを考慮すべきことを明らかにしたものと思われる」（宮下・逐条（一）、これは総司令部の指摘により挿入された。参照、検察資料二八）。

検察官の公訴権に対して加えられた規制は、それだけではなかった。不起訴処分が納得できないという場合、二つの手段が用意されたからである。すなわち、一つは、検察審査会制度である（一九四八年の検察審査会法）。「公訴権の実行に関し民意を反映せしめてその適正を図るため、政令で定める地方裁判所及び地方裁判所支部の所在地に検察審査会を置く」という立法目的にしたがい、検察官の不起訴処分に不服の者は、くじで選ばれた十一人で構成された検察審査会に、不起訴処分の当否の審査を求めることができることになった。そして今一つは、裁判所に対する付審判の請求制度（二六二条以下）である。職権濫用など、いわゆる人権蹂躪事件で、告訴・告発したが不起訴となっ

た場合、裁判所に事件を審判に付するよう、直接請求する権利が認められた。檢察審査会による不起訴処分(2)の審査は、特別の例外を除き（内乱罪、独禁法違反事件）、すべての犯罪に及ぶが、その議決は検事を直接拘束しない。しかし付審判の請求は、もしこれが裁判所に理由ありと認められれば、事件は檢察官の手を通さず、直接裁判所に係属することになる。これは、檢察官の訴追権に対する重大な制限だった。宮下は、その理由をこう述べた。

「いわゆる人権蹂躪事件については、事の性質上檢察官の処分が疑われる可能性が多く、従来(3)の起訴独占主義又は起訴便宜主義に対する批判は、多くこの人権蹂躪事件に関連していたといつても過言ではない、したがって、いわゆる人権蹂躪事件については他の一般事件よりも更に強い起訴独占主義、起訴便宜主義に対する抑制を設けるのを適當とするとは考えられるが、そうだからといって、いわゆる人権蹂躪事件について私人訴追を認め、あるいは檢察審査会の議決に検事正に対する拘束力を認めることは適當ではない。なんとすれば、いわゆる人権蹂躪事件については、一般国民は殊に感情に促われ判断の公正を失う虞があるからである。昭和二十一年秋の臨時法制調査会及び司法法制審議会においても、この問題について激しい論議がたたかわされ、大体において新法が採用した線の答申がなされたのである。」（逐条解説(一)）

強大な檢察権に対する警戒、公訴権の恣意的行使に対するチェックは、新刑訴における公訴の規定を貫く一本の糸であった（なお、公訴時効中断規定の廃止もこの線上で考えることができる）。

三 公訴提起の方式の変更 大きく変わったのは、公訴提起の方式である。

まず、予審が廃止された。旧刑訴では、公訴の提起は、検事より裁判所に対し、予審又は公判を請求することにより之を為す、とされ（旧二八八条）、予審請求という形をとるか公判を請求するかは、原則として検事の裁量による、とされた。予審の廃止は、したがって、公訴提起の方式に変更をもたらした。

第二に、そして最も大きく変わったのは新刑訴における起訴状一本主義の採用である。衆議院での法案審議の際、鈴木内務大臣は、「特に重要と思われる四つの点」の説明の中で、次のように述べた。

「まず第一の点は、公訴提起の方式の改正であります。従来は公訴の提起と同時に、捜査書類及び証拠物を、全部裁判所に提出してしたのでありますが、本案では、起訴状には、裁判所に事件について予断を抱かせるおそれのある書類その他の物を添附したり、またはその内容を引用したりしてはならないことにいたしました。従来方式では、どうしても、裁判官は、公判廷に臨み被告人に面接する前に、記録を調査し、事件の概要を頭に入れることよって、予断を抱きやすい傾がありますので、今後は、公判廷に臨むまでは、裁判官は、できるだけ白紙の状態におき、公判の審理によって、初めて事件の心証を得るようにさせたのであります。これによりまして、真に公平明朗な裁判が確保されるわけがあります。」（審議要録）

これが新刑訴二五六条、特に、予断排除を定めたその六項をさすことはいうまでもない。この、起訴状のみという方式（起訴状一本主義）の採用は、従来の、検察官の事件についての心証が裁判所への証拠の公判前提出によって裁判所に引きつがれてきた、という手続の構造を、根本からくつがえすものであった。起訴状一本主義の採用によって、起訴状は証拠の裏づけを失ない、検察官の単なる主張となったからである。しかし、立法当時、関係者にはそこまでの徹底した認識はなかった。起訴状一本主義の採用は、予断の排除、職権による真実追求主義の後退¹¹当事者主義の強化、という共通の認識は見られたが、起訴状そのものもつ客観的意味が変った（証拠の裏づけを失い、検察官の「主張」にすぎないものとなった）、という認識まではなかったからである。

「現行法の下では、捜査記録に、被告人の氏名、公訴事実の要旨及び罪名を表示した起訴状を添附して、裁判所に提出していた。捜査記録を添附することは法律には何の規定もないのであるが、職権審理主義の立前から起訴によつ

て事件が検察官から裁判所に引き継がれるという考に基づくものと思われる。改正法は、起訴状に捜査記録就中裁判官に予断を抱かせる虞のある書類の添附又は引用を禁じている（二五六Ⅵ）。それは、直接には裁判官に予断を抱かせることを禁ずるためではあるが、結果としては職権主義から当事者主義への転換を伴うものであって、これによって公判審理の方式も変らざるを得ないであろう。」（横井・概観）。

「まず、当事者主義は第一審の基本的手続構造にあきらかにうかがわれる。従来は起訴と同時に捜査記録が裁判所に提出された。捜査手続の主宰者としての検察官から、公判手続の主宰者としての裁判所への事務の引きつぎの観を呈したのである。新法では起訴前の捜査手続についても検察官はかならずしも主宰者ではなく、検察官と被疑者とのあいだにはすでに当事者的観念のめばえがみられる。したがって、捜査手続の主宰者から公判手続の主宰者への事務の引きつぎといった観念は、新法ではもはや容れる余地がない。原告の地位に立つ検察官が一方的に集取した結果であるところの捜査記録によって、裁判所が事件の内容について予断をいざくことがあってはならない。かような見地から、新法では……俗にいわれる起訴状一本主義のたてまえをとることになったのである。」（団藤・当事者主義）

ただ、起訴状一本主義に関連し、団藤が、「これは被告人にとって一得一失であるといわなければならない。裁判官が事件について予断をいだかないことはその重要な利益であるが、捜査記録を閲覧・謄写する機会がないことは（四〇条、二九九条参照）、実質的にいって相当に大きい不利益である。」（綱要）と述べたが、これは後年の証拠開示問題の発生を予感したものであった。

ところで、第三に変化したのは、起訴状に記載される犯罪事実記載の形式である。起訴状には、被告人の氏名、罪名のほか、「公訴事実」が記載される。しかも、その「公訴事実」は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければなら

ない。」（二五六条三項）。もちろん、旧刑訴にも、公訴を提起するには被告人を指定し、犯罪事実及び罪名を示せ、という規定がなかったわけではない（旧二九一条二項⁴）。しかし、事実の表示は、必ずしも、起訴状そのものに記載する必要はない、これと同時に提出された他の書類を引用することもできる、というのが当時の判例であり（大判大正一三・一二・一八刑集三卷九二四頁）、学説も又、「犯罪事実に付てもその事件を特定するに足る表示があればよい」（小野清一郎・刑事訴訟法講義）としていたからである。これは、公訴提起の効力が「検事の摘示にかかる犯罪事実と同一性を有する限りその全部に及ぶ。裁判所はその事実の認定において、検事の摘示したる内容に拘束せられざるは、勿論、その法律的评价においても全く自由であつて、検事の付したる罪名に拘束されない」（小野・講義、傍点は筆者）という旧法の訴訟構造によるものであった。別の言葉でいえば、公判請求（あるいは予審請求）の際、起訴状に記載される「犯罪事実」は、検事がどういう事実を問題としようとしているか、判ればよく、それがどう評価すべき事実かは裁判所が検事の心証を引きついで究明すること、と旧法では考えられていたのである。⁵

その意味で、公訴事実（旧法の犯罪事実）を訴因記載という形で明確化することを求めた新刑訴の規定は、単なる犯罪事実記載形式の変更（より詳しく明確に記載せよ、という変化）以上の意味をもつものだった、といつてよい。それでは、立法関係者たちはこの変化をどういう意味をもつものとして扱えたか。

四 立法関係者の認識 鈴木国務大臣は、新法案の特に重要な改正点の第一として公訴提起の方式の改正をあげ、

その中で次のように述べた。

「なお本案の考え方としましては、公訴の提起は、裁判所に対して、審判の範囲を限定するとともに、被告人のために防禦の範囲を明確にさせることをも目的とするものであります。この後者は、従来わが国ではその重要性が十分意識されていなかったのであります。本案ではこの方面をもきわめて重視しているのであります。従いまして、公

訴の提起は、口頭によることを許さず、必ず書面によることとし、かつ起訴状に公訴事実を記載するには訴因を明示してすべきものとし、罪名を記載するには罰条を示すべきものとし、起訴状はこれを必ず被告人に送達すべきものとし、また公訴事実の同一性を害しない限度で、起訴状に記載された訴因または罰条の追加、撤回または変更を許すが、この場合には、被告人に十分な防禦の準備ができる余裕を与えるべきこと等を定めているのであります。これらの点は、わが国の刑事裁判の実務の上においても、被告人の人権を保障する面においても、真に画期的なものであるかと思ひます。」(審議要録)

犯罪事実記載の形式の変更を、宮下は、更に具体的にこう説明する。

「公訴の提起は、間接的には被告人に対し防禦の対象を示す意味をも持つてはいるが当事者主義の色彩が弱く裁判所が公訴の提起とともに検察官から事件の引継を受け自ら進んで検察官の立場すなわち公の利益と被告人の立場すなわち個人の利益とを考慮しつつ手続を進めた旧法の下においては、被告人に対し防禦の対象を示すということは、それ程重要な意味を持つものではなかつた。しかるに、新法は被告人に対し自ら防禦方法を講ずべきことを強く要求している。……そこで、新法は、公訴の提起についても、被告人に対し防禦の対象を限定するという意味を重視し、本条第一項から第四項までの規定を設け、被告人の保護を図っているのである。」(逐条解説(一))

すなわち、宮下は、旧法では、検察官とその立場を引きつぐ裁判所が、ともに被告人の利益を考えて行動するもの、とされてきた、したがって、わざわざ防禦の対象を被告人に示す必要はそれほど大きくなかつた、しかし、新法は、両当事者の攻撃防禦によって訴訟を進めるといふ当事者主義を強化した、だから防禦の対象を被告人に判つきり示す必要がでてきた、と解説したのである。国会における大臣の提案理由説明、立法関係者宮下の解説をみると、訴因の記載という形での犯罪事実の明確化が、もっぱら防禦対象の明確化、防禦権保障という意味に理解されていたこ

とは明らかだった。

では、新刑訴の立案に関与した最大の理論家団藤重光は、「公訴事実を明示して記載せよ」という二五六条の要請を、どういう意味をもつものとして受けとめたか。「綱要」の中で、彼は次のように述べた。

「実体形成こそ刑事手続の本来の課題である。……それは捜査の当初における捜査機関の単なる主観的嫌疑から、公訴提起における客観的嫌疑を経由して、最後に有罪判決における犯罪の証明および刑罰法規の具体化にいたるまで、漸次に発展し形成されて行くのである。」

「公判手続に入ると、実体形成の発展は手続の上にもなるべく明白に表現されなければならない。そのことによつて、当事者は適切に攻撃防禦の方法を講じることが可能になるのである。まず、起訴状には被告人の指定のほか、公訴事実と罪名とが記載されなければならない（二五六条二項）。前者は事実的実体形成に関するものであり、後者は法律的実体形成に関するものである。」

つまり、彼にとつて訴因という形における犯罪事実の記載は、犯罪ではないかという捜査機関の嫌疑から出発して、やがて証拠によつて裏づけられ客観的嫌疑となつた事件（訴訟の実体面）を、法律的に構成し、手続の上に表現したものであり、それは両当事者に適切な攻撃防禦をさせるための必要性にもとづく、というのであった。

五 訴因と公訴事実の関係　ところで、旧法時代、裁判所が審判の義務を負うのは「犯罪事実」の全体に対してであった。そして犯罪事実とは、裁判所に判断が求められた前法律的、社会的な基本事実である、とされた（判例）。それでは、新法で裁判所が審判の権利、義務を負うのは、一体、何に對してか。訴因が公訴事実記載の形式であることは、文理上明らかだった。又、訴因が「公訴事実を法律的に構成したもの」だ、ということも立法関係者の間では一致していた（宮下・逐条解説(二)、団藤・綱要）。では、裁判所に公判で求められていることは何か。何について審

理、判断することが裁判所に求められている、と立法関係者は考えたか。宮下はいう。

「……公訴事実と訴因との関係を、言葉をかえて説明すれば、訴因とは、裁判所に審判を請求する犯罪事実、すなわち公訴事実を各罰条の構成要件にあてはめた形において法律的に構成した事実であり公訴事実とは、裁判所にその審判を請求された前法律的社会的な基本事実であつて訴因によつて表象化されているものをいう。裁判所にその審判を請求され訴訟係属を生じている事實は、訴因ではなく、訴因によつて表象化されている基本事実である。このことは、旧法当時、と何等変りはない。裁判所は、訴因によつて表象化されている基本事実について、単一旦つ同一の關係にある事実の全範圍にわたつて審判すべき権利義務を取得するのであり（三二二、三七八三参照）、判決の既判力（三三七一）もまたこの基本事実の全範圍に及ぶのである。」（逐条解説(二)、傍点筆者）。

裁判所が審判の権利と義務を負うのは、旧法同様、犯罪事実、すなわち裁判所にその審判を請求された前法律的社会的な基本事実について、である——宮下はそう考えた。しかし、この点に關し、必ずしも意見の一致があつたわけではなかつた。団藤は、「訴因についての試論」（「刑事法の理論と現実(二)一九四九年所収）で、潜在的審判の対象は公訴事実、しかし、現実的審判の対象は訴因、したがつて同一公訴事実内であっても裁判所が訴因と異なる認定を行えば絶対的控訴理由（三七八条三号）となる、という見解を示し、立法に關係した齊藤金作も、ほぼ、これと同じ考え方をとつたからである（訴因・刑事法講座四卷）。そして宮下を共同執筆者とした「新刑事訴訟法概説」の次の説明は、むしろ、団藤説への移行を必然とする論理を内に秘めていた、といつてよい。

「例えば、被告人はある日、ある場所において甲に対してあるかくの虚偽の事実を述べて信用させ金何円を交付せしめたと書く。これが訴因である。これだけならば従来の実際と余り変りがないともいえるのであるが、もし、それが虚偽の事実を述べて畏怖させ金何円を交付せしめたものであることが証拠調によつて明らかとなつた場合に裁

判所は、いままでならば、仮に起訴状に「信用させて」（詐欺）と記載されていても、それを「畏怖させて」（恐喝）と認定し、被告人を有罪とすることは少しも差支なかつたのであるが、新法ではそれを認めないのである。いいかえれば、裁判所は訴因となつてゐる事実の存在を判断するだけであつて、それ以外に出ることはできない。被告人は、虚偽の事実を述べて信用させたのでないことを争ひ、それに対して防禦方法を講ずればよい。それが何時の間にか判決で「畏怖させて」と變り、思いがけない恐喝の判決を受けることはないのである。」

起訴状の記載、すなわち訴因の拘束力を、このように強いものとして認める説明と、訴因は「現実的審判の対象」とする団藤説との距離は、僅かに一歩であつた。

(1) 檢察審査会の成立事情については小田中聡樹「檢察の民主化」と檢察審査会・法律時報一九七八年九月号参照。

(2) この構想は、刑事訴訟法中改正要綱案（昭二一・一・二六刑別印）の中にすでにみられる。参照、松尾浩也・制定過程（四）。

(3) 起訴状一本主義の考え方は、十月草案にはなかつた。これが採用されたのは、刑訴改正協議会における総司令部の強い勸告によつてである。小田中・改革参照。

(4) 大正刑訴二九一条は、次のように規定する。

「公訴ヲ提起スルニハ被告人ヲ指定シ犯罪事實及罪名ヲ示スヘシ被告人ノ指定ハ氏名ヲ以テシ氏名知レサルトキハ容貌、体格其ノ他ノ徵表ヲ以テスヘシ」

(5) 例えば、第九次案（十月草案）をめぐつての日米「小審議会」の討議の中で、窃盜で起訴された事件につき裁判所が強盜と認定するのは不当だ、というアメリカ側の指摘に対し、日本側は、次のように答えた。「日本では、事實の同一性があつた場合には、現在でも窃盜の起訴を強盜に認定できるのである。それは、檢事は事實を起訴するのであり、その事實と同一性を害しない範圍で、裁判所は自由に法律的判断を下すのである。」（松尾浩也・訴因に関する規定の沿革・法学協會

雜誌九二卷二号一四五頁）

第三章 公判——基本観点

一 新旧両法の公判規定 検察官が起訴に踏み切ると、事件は裁判所に係属する。起訴後の裁判所での手続を定めたのが第二編第三章「公判」である。これまで、起訴後の裁判手続は、予審と公判とに分れていた。しかし、新法は、応急措置法をひきつぎ、予審廃止の上に、起訴後の裁判手続を構成した。したがって、公判準備及び公判手続に関する部分は、旧法と大きく異っている。横井大三は、公判の章につき、こう記した。

「以上の規定を通覧すると、旧法の規定でそのまま新法中に取り入れられているものは殆んどないといってよいばかりでなく、むしろ、その規定の形とともにそれを貫く考え方において非常な相違があるといった方がよいようにも思われる。それはいうまでもなく、当事者主義的色彩の濃化ということである。しかし、又一面従来の職権主義的色彩も随所に見られるのであって、あるいは両者の極めて特異な混合形態であるというのが適當かも知れない。」(逐条解説Ⅲ)

新刑訴により廃止された旧刑訴の規定とは、それでは何だったか。公判準備に関する旧法の規定中、削除された規定の第一は、第一回公判期日「前」の、被告人尋問に関する規定である。公判期日に取調の必要な資料をととのえるため、参考として一応被告人の弁解をきく、という趣旨で設けられていた被告人尋問に関する規定(旧三二三条)は、「裁判所は第一回の公判期日前には事件の証拠関係を知らないことが裁判の公平、公判中心主義を貫くため必要であるとし、更に証拠は当事者の申請に基いて取り調べるのを原則とし、裁判所が当初から積極的に資料を整えて公判廷に臨むことは好ましくない」(横井・前出)として、削除された。公平な裁判所(予断排除)、公判中心主義、当事者主義の理念にもとづく改正である。

次に削除されたのは、第一回公判「前」の、証拠物・証拠書類の提出命令、証人等の召喚に関する規定（旧三二四條）である。新刑訴の採用した起訴状一本主義に反し、又、当事者による証拠申請という建前にもとるからである。ほぼ同じ趣旨で、第一回公判期日前の、裁判所による押収、捜索、検証、そして鑑定又は翻訳に関する旧三二七條の規定も、削除された。第一回公判前の、検事、被告人らによる証拠物・証拠書類提出権を定めた旧三二五條も同様だった。

二 昭和刑訴の公判の特色 新刑訴における重要な改正点の一つが、公判部分であったことはいうまでもない。鈴木内務大臣も重要な改正の一つとしてこの点をあげ、その内容を次のように要約した。

「前述の公訴の提起の方式の改正と表裏しまして、本案では徹底的な公判中心主義が採用されることとなります。殊に、後で述べます控訴審に関する改正と相まち、第一審の公判が、名実ともに全刑事手続の中心となるように構想されているのであります。この部分に関する改正として特に重要なのは、一旦指定された公判期日の変更には、慎重な手続を経なければならないものとし、審判の迅速化をはかり、また従来のような被告人訊問の方式をやめ、被告人に黙否権を認め、ただ被告人が任意に供述する場合のみ、その供述を求め得ることとし、被告人の当事者的地位を高め、また長期三年を超える罪にあたる事件については、弁護士がなければ開廷できないものとし、このような事件につき弁護士がないときは、国選弁護人を付するものとし、被告人の保護を一層厚くしたこと等であります。なお弁護士は拘禁中の被告人と官憲の立会なしに面接等を行うことができることになっている点も、御留意願いたいと思えます。

次に証拠の点であります。公判廷における自由であると、公判廷外の自由であるとを区別せず、自由だけを唯一の証拠として、有罪の認定をすることができないものとし、従来のような自由を偏重する傾向を是正し、また伝聞証

抛を極度に制限し、たとえば捜査官憲の調書やこれに代る証言等は、例外的にきわめて限られた場合にのみ証拠となし得るものとし、その場合を詳細に規定し、証拠の一節を設けた次第であります。なおいわゆるアレインメントの制度は、被告人の保護に欠けるきらいがあるので、これを採用せず、また交互尋問制は、なお研究を要すべき点がありますので、明文上はこれを取り上げず、ただ運用の面で、これに近い方式がとり得るようになってゐることを附言しておきます。」(審議要録)

ところで、新刑訴の公判を考へる場合、今一つ見逃すことができないのは、憲法八二条であろう。「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行う。裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、対審は、公開しないでこれを行うことができる。但し、政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する国民の権利が問題となつてゐる事件の対審は、常にこれを公開しなければならない。」という徹底した公開主義は、対審の公開を「法律ニ依り又ハ裁判所ノ決議」で停止することのできた旧憲法下の刑事裁判と異なる裁判のあり方を示していたからである。公判全体を通じて、特に留意しなければならぬ三つの原則の一つとして、野木「概説」が、公開主義の徹底をあげたのはその意味であつた(他の二つは当事者主義と直接証拠主義である)。

表現、アクセントの置き方こそ異なれ、立法関係者が新刑訴における公判規定の特色を、公開主義の徹底、公判中心主義の強化、当事者活動の重視、そして証拠法の大改正の中にみたことは間違いない。前述の、公判準備段階におけるいくつかの旧法規定の削除は、この公判中心主義、当事者主義の観点によるものであつた。それでは、新刑訴が当事者主義の強化に具体的にどのような注意を払つた、と立法関係者は考へていたか。

三 当事者主義の強化 第一は、起訴状謄本の送達制度(二七一条)である。旧法時代、予審事件を除き、被告人は、検察官が公判期日に被告事件の要旨を陳述するまで、自分に対する公訴事実の内容を、法律上、知る機会がな

かった（予審事件では予審終結決定により自分の容疑事実を知った）。これは、事件の真実を追求し、被告人の「正当な」権利を守るのは検察官、裁判所の任務、したがって被告人に訴追内容を正確に知らせる必要はない、という考え方にもとづく。しかし、「新法は、裁判所が事件について予断を抱くことのないことを望み、起訴状にさうゆう眞のある書類その他の物を添附することを禁じた（二五六Ⅵ）。したがって、新法の下では、裁判官は、公判期日まで、事件の内容を深く知る機会がないので、従来のように自ら進んで被告人の利益をも充分に考慮することが事実上不可能となり、訴訟の進行は、当事者の積極的な活動にまたざるを得なくなるであらう。検察官も、その地位上被告人の利益まで考慮して起訴不起訴を決し、裁判所の審判の公正を図るべきであるが、人権擁護の見地から捜査活動に各種の制限が加えられ被疑者がその制限を自己に有利に利用するようになれば、与えられた期間内に、従来通り被疑者のため利益な証拠までも集めることは恐らく困難となるであらう。被告人は、かくして自らの利益を自ら守らなければならなくなるのである。」（横井・逐条解説Ⅱ）。起訴状の送達は、被告人が自ら防禦の方法を考えるために必要、という形で理由づけられた。

第二は、被告人の弁護権の拡大（二七二条の弁護人選任権の告知制度、二八九条の必要的弁護事件の拡大）である。公判手続が、両当事者の攻撃防禦という形で進められるとすれば、被告人の防禦権行使を補助弁護人の選任は不可欠である。憲法三七条三項の「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する」という規定をうけ、弁護人選任権告知制度を設け、必要的弁護の範囲を拡大（旧法では、死刑又は無期若しくは短期一年以上の懲役若しくは禁錮にあたる事件のみを必要的弁護事件とした）したのは、このためであった。鈴木国務大臣の「被告人の当事者的地位を高め、また長期三年を超える罪にあたる事件については、弁護人がなければ開廷できないものとし、このような事件につき弁

護人がないときは、国選任弁護人を附するものとし」た、という説明は、この改正が当事者主義強化の線上にある、という認識に立法関係者が立っていたことを物語る。

第三は、公判期日の設定、変更に関する改正である。従来、公判期日の指定、変更は、裁判長の専権事項と考えられた。公判手続の進行は裁判所の職権による、という考え方の現われである。しかし、新法は、二七五条で、第一回公判期日と被告人に対する召喚状の送達との間に猶予期間を置くことを定めた。これは、「被告人のための主張及び立証は一応被告人の責任となる当事者主義的色彩の訴訟手続を前提として、被告人のため事件の性質に応じた準備期間を保障しようとする趣旨に基く」（横井・逐条解説Ⅲ）。公判期日の変更は、両当事者の意見の聴取を必要とし（二七六条）、裁判所による一方的な公判期日変更は「司法行政監督上の措置を求めることができる」（二七七条）としたのも同じ趣旨によるものであった。

第四は、被告人尋問の廃止、黙却権の保障（三一一条⁽²⁾）、である。前述のとおり、第一回公判期日前の被告人尋問に関する規定は削除された。それだけではない。公判期日における被告人尋問も又、廃止された。旧刑訴の被告人尋問は、明治刑訴のように証拠方法の取調という意味をもつものでない、と立法当時説明された。事実、旧刑訴施行当時出された通牒も、「改正法は、被告人の当事者たる地位を認め、防禦権の行使を完からしめんことを期したり。故に被告人訊問は、この趣旨に適應せざるべからず」と述べ、被告人に自白を求めるような追及をせず、ただ弁解を聞け、と指示している。しかし、「その後の実情は、必ずしもこの通牒のようではなかったと思われるし、新憲法は、被告人の当事者としての地位を極めて高く認めるべきことを要求しているので、新法は旧法に更に一步を進め、証拠調の前に必ず被告人尋問を行うべきことを規定したかに見える旧法の規定を改め、且つ又、被告人尋問という語に伴う被告人の当事者としての地位の軽視感を払拭する為従来の形での被告人尋問を廃することにした」（横井・逐条解

説Ⅲ）のである。

被告人に対し、「終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる」権利を保障した三一一条も、被告人尋問廃止の考えと同じ線上にある、として説明された（横井・逐条解説Ⅲ）。

第五は、起訴状の朗読（二九一条）、検察官の冒頭陳述（二九六条）である。旧法の公判手続は、裁判長による人定質問、検事による被告事件の要旨の陳述、被告人尋問、証拠調、検事諭告、弁論及び最終陳述という順序で進んだ。改められたのは、人定質問後の起訴状朗読および、証拠調冒頭の検察官による冒頭陳述である。裁判所が検事的心証をひきつぎ、事件の真実を追求するという旧法の訴訟構造のもとでは、事件の要旨の陳述も儀式以上の意味を全くもたなかった。しかし、白紙で裁判所は公判に臨む、という訴訟構造にあっては、何が公判で争われる主題か、の陳述を意味する起訴状の朗読は不可欠、といつてよい。又、「裁判官は事件の詳細に通じないで法廷に臨むことにならるので、公訴事実について立証責任を負う検察官が、証拠調の冒頭において立証方針を明らかにすることは、その後の手続の進行上必要である。のみならず、新法は、証人等の尋問をまず裁判官が行うべきものとしているので（三〇四）、この冒頭手続は欠くことのできない手続となるのである。」（横井・逐条解説Ⅲ）

第六は、証拠調に関する諸規定である。真実究明の義務が裁判所に負わされていた旧法のもとでは、証拠調は裁判所のイニシアティブのもと、職権で行われた。実務上、検事、被告人に証拠調の請求をすることは認められたが、それは権利では勿論なかった。しかし、新法は、「当事者に証拠調請求権のあることを明らかにするとともに、証拠調は、まず当事者の請求に基いて行うべく、裁判所は、それで不十分な場合に、補充的に職権で証拠調を行うことを明らかにした。旧法が職権主義の訴訟手続の当然の形態として、当事者の請求による証拠調を補充的にのみ認めていたのに対し、新法の訴訟手続が当事者主義の形態であることが、ここでも明らかにされているわけである。」（横井・

逐条解説Ⅲ)

証拠調に対する異議の申立権(三〇九条)は、これを担保するものであった。

四 公平な裁判所Ⅱ 予断排除

以上のべた当事者主義との関連で、見逃がすことができないのは、公平な裁判所に寄せた新刑訴の意欲である。起訴状一本主義の採用は、裁判所を捜査から切り離し、両当事者から等距離にある公平な裁判所を作り出した。この、捜査側に偏らないという意味での予断排除の理念は、公判規定の各所に現われた。

その一つは、公訴提起後第一回公判期日までは勾留に関する処分は裁判所に行わず裁判官が行う、という二八〇条である。「新法は、公判裁判所の公平な立場を保障するため、起訴状には、公判を担当すべき裁判所に対し事件につき予断を抱かせる虞のある書類その他の物を添附し又はその内容を引用してはならないとしている(二五六Ⅵ)。それは、裁判官が公判廷ではじめて事件の詳細な内容を知ることが望ましいからである。ところが、一旦公訴の提起があれば、その後の被告人の身柄の処置については裁判所が責任を負うのであり、この身柄の処置、すなわち被告人を勾留すべきかどうかは、第一回の公判期日をまたずに決しなければならぬことが多い。しかも、勾留すべきかどうかは、犯罪の相当な嫌疑があるかどうかその他第六〇条の規定する勾留の要件をそなえているかどうかを取り調べなければ決定し難い(六〇)、保釈を許すべきかどうか、保釈保証金額をどの程度にするかは、事件の具体的内容を知らなければ決定し難い(八九、九三Ⅱ)。そこで、新法は、かかる場合における勾留に関する処分は、裁判所、すなわち公判裁判所ではなく、それとは別個に、裁判官が行うべきものとしたのである。」(横井・逐条解説Ⅲ)

証拠調の始めに検察官が行う冒頭陳述で「証拠とすることができず、又は証拠としてその取調を請求する意思のない資料に基いて、裁判所に事件について偏見又は予断を生ぜしめる虞のある事項を述べることはできない」とした二

九六条も又、同様の考えに立つ。この規定に反する冒頭陳述が行われ、又は行われようとした場合、三〇九条にもとづき、相手方は異議申立ができる、と立法関係者（横井）は説明した。

そして更に、証拠として法廷に提出が認められた書面が、捜査記録の一部であるときは、できる限り他の部分と分離して、検察官はその取調を請求しなければならない、という三〇二条の規定をあげることができよう。「数回にわたる供述録取書又は尋問調書は、証拠とすることができる関係部分の回の調書のみの取調を請求すべきであり、更に一回の調書のなかでもその内容が分割できる限り、分割して取調を請求すべきことを意味する。」（横井・逐条解説）この規定が、予断排除の趣旨を証拠調の請求の場面にまで推し及ぼしたものであることは明らかだった。

このように、新刑訴の公判規定は、公平な裁判所予断排除、当事者主義の理念の上に構成されたのである。

(1) 被告人尋問に関する規定が削除されたのは、一九四七年八月中旬から九月中旬にかけて作成された第七次案においてである。小田中・改革参照。

(2) 被告人に対する黙否権の保障は、第六次案（一九四七年三月頃作成）に現われ、その後、応急措置法で立法化された。なお被告人に対する黙否権告知規定の導入は、刑訴改正協議会での総司令部の勧告後である。いずれも、小田中・改革、なお、あとの点につき検察資料二八。

第四章 公判——証拠法

一 証拠による裁判 ところで、公判の中心課題は、いうまでもなく被告人が犯罪を犯したかどうか、犯したとすれば彼にどういふ処分を言い渡すか、認定、判断することである。犯罪事実の認定がなければ、それに対する処分も又ないという意味で、事実認定は公判の中心問題といつてよい。

この事實認定が証拠によって行われる、というのは、刑事手続の大原則である。旧刑訴も、「事實の認定は、証拠による」(旧三三六条)と宣言し、新刑訴も、全く同じ文言で証拠裁判主義を規定した(三一七条)。しかし、「証拠能力について詳細な制限が設けられ、証拠調の方法に変更があった結果、事實認定の資料になる証拠の内容が著しく旧法と相違している」(横井・逐条解説Ⅲ)のである。実に、証拠法の改正は、新刑訴における重要な改正点の一つであった(鈴木国務大臣の説明二五頁)。十月草案から新刑訴法案へと移行する過程で多くの修正が加えられ、証拠についての一節が新たに設けられたのは、この改正の重要さを物語る(旧法は公判を公判準備、公判手続の二節に分け、新法は第一節公判準備及び公判手続、第二節証拠、第三節公判の裁判とする)。

ところで、この証拠法改正を促したのは新憲法の人権規定であった。特に、その三七条二項「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与えられ、又、公費で自己のために強制的手続により証人を求める権利を有する」と、三八条「何人も自己に不利益な供述を強要されない。強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない。何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない」という二つの規定は、証拠法改革を必至とした。なぜなら、旧法当時、事實認定に用いる証拠についての制限は殆どなく、僅かに、被告人その他の者の供述を録取した書面で、法令により作成した尋問調書でないもの(例えば、巡査の作成した盗難届録取書)は、訴訟関係人に異議があれば地方裁判所での証拠とならない、とする規定(旧三四三条)などがあつたにすぎなかつたからである。⁽¹⁾

裁判官に全幅の信頼を置き、事實認定の資料となる証拠の取捨選択、証拠価値の判断すべてを裁判官にまかせる、という大陸型裁判、これに対し、人間の知識、経験にもとづき、証拠の取捨選択について一応のルールを定め、このルールにしたがって判断する英米型裁判——こう分類した上、立法関係者は次のように述べた。

「新憲法はその第三七条及び第三八条において新しく証拠について規定を設け、この新憲法の規定を承けて応急措置法第一〇条及び第一二条において新しい証拠の制限をすることになった。その一つは自白を証拠とする場合についての制限であり、他の一つは被告人に反対尋問の機会を充分与えない証人の供述を証拠とすることについての制限である。後者のような面からの証拠の制限は、今までのわれわれの証拠法には全然見られない、まさに英米法的証拠法思想の現われであって、ここにおいて、われわれの証拠法は大陸法系から英米法系へと画期的な展開を遂げたということが言えると思う。」（野木ほか・概説）。

それでは、証拠としての自白について、新刑訴はどのような構想のもとにその規制を試みたか。

二 証拠としての自白 犯罪についての被疑者、被告人の自白は、捜査機関、裁判所にとって甘美な証拠であった。なぜなら、物的証拠（血のついた短刀）は、確かではあるが、犯罪の経過について何も語らない。目撃者の証言は、出来事の外部的、時間的経過を語るが、行為者の意図、意思、動機について語るところがない。しかし、自白は、それが真情からでた場合、犯罪の経過だけでなくそこへ至る行為者の心の動き、行為時から行為後までの行為者の気持すべてを一挙に明らかにしてくれるからである。自白が証拠の王とされたのは、そのためであった。しかし、犯罪の自白は、犯罪者にとって処罰の確実な到来を意味する。自ら進んで処罰を求めようとする者は殆どない。犯罪の一挙解明を目指す捜査機関の取り調べが、被疑者の口から甘美な証拠＝自白を、たとえ強制、拷問によってもひき出そう、という苛酷なものになったのも当然であった。しかし、被疑者のすべてが犯罪者なのではない。犯罪者かどうか不明だからこそ被疑者なのである。こういう被疑者に対する強制、拷問を含む苛酷な取調の中から、偽りの自白が生まれたのも又自然であった。又、たとえ進んでなされた自白の中にも、共犯者に罪をきせよう、というものもある。甘美なだけに、極めて危険な証拠——それが自白というものであった。

しかし、旧法時代、自白に対する法的規制は殆どなかった。わずかに、自白があつても地裁の裁判では他の証拠をも取り調べよ、と解されていたにどまる（被告人が自白したとき区裁判所は、訴訟関係人に異議がない限り、他の証拠を取り調べないことができる、という旧三四六条の解釈）。自白偏重を戒める、このような解釈にも拘らず、旧法当時、「自白の歓迎されたことは争えない事実」（野木ほか「概説」）であつた。新刑訴における自白関係規定の意義を、立法関係者は、短かくこう書いた。

「自白偏重の傾向は、任意でなくても真実であれば良いという考え方を導く。そこで捜査機関は、無理をしても自白を得んとし、遂に人權蹂躪の非難を招いた。これがわれわれの過去の現実である。新憲法第三八条は、この弊風を匡正せんとするものである。応急措置法第一〇条は、そのままこれを受け、新法は、それを一歩進めた。」（野木ほか「概説」）。

新刑訴によって憲法を「一歩進めた」とされた点は、それではどこか。

三 自白に対する法的規制 最初にあげられたのは、証拠能力の認められない自白の列挙（強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留又は拘禁された後の自白）のあとに、「その他任意にされたものでない疑のある自白」という一句が加えられたこと（三一九条一項）、である。これは、「自白が強制に基くものであるということの立証が非常に困難であるため、いささかでも疑のある自白は、これを証拠にすることができないこととして、被告人の保護をはかったもの」（野木ほか「概説」）であつた。

第二は、「自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない」という憲法三八条三項をうけた応急措置法一〇条三項に、「公判廷における自白であると否とを問わず」という文言が附加されたこと、である。先に施行された憲法三八条三項の解釈をめぐって、最高裁は、「公判廷の自白には全く強制の加わる余地がないから、自

白のみで被告人を有罪としても基本的人権の擁護に欠けるところがない」（昭和二二・一一・二九）とか、「全く自由な状態」にあるから「自己の真意に反してまで軽々しく自白し、真実にあらざる自己に不利益な供述をするようなことはない、と見るのが相当であろう」（昭和二三・二・一一）という理由のもとに、新憲法三八条三項（これと同文の応急措置法一〇条三項）の「自白」の中には公判廷における自白を含まない、したがって公判廷における自白だけで有罪の認定をしても違憲ではない、との判断を繰り返した。この解釈が憲法の精神からはるかに遠いものであることはいうまでもない。

この状況の中で、ほぼ憲法三八条二、三項の文言どおり立案された十月草案に対し、総司令部は、この「規定は公判の法廷でなされた自白にまで拡張されるべきではないか」との判断を示した。「一步の前進」は、この総司令部の勅告にもとづくものであった（檢察資料二八）。立法関係者は、この点を次のように解説した。

「現在のところこの判例の見解をもって憲法の公的な解釈と考えなければならぬ……しかし……公判廷における自白だけで他に何等の資料もない場合に、有罪の言渡をすることが果して妥当であるかどうかという点は、一考を要する……そこで新法においては、仮に公判廷における自白によって有罪の心証を得ても、それだけでは有罪とされないという明文を置くことにした……この法律によって憲法の解釈をきめたものではないことを特に留意しなければならぬ。法律によってかような制限を設けることは勿論法の否定するところではない。」（野木ほか「概説」）。

第三は、いわゆるアレインメント（有罪答弁）の不採用を宜言したことである。「前二項の自白には、起訴された犯罪について有罪であることを自認する場合を含む」という三一九条三項が、それだった。

アレインメント制とは、検察官の起訴事実に対し、被告人に有罪か無罪かの答弁を求め、有罪答弁の場合、事実について証拠調に入らず直ちに刑の量定を行い、無罪答弁の場合はじめて証拠調を行う、という英米の刑事手続であ

る。十月草案二六二条は、この採用をうたつたが総司令部の「有罪の答弁をした被告人が憲法の規定に反して他の証拠なしに有罪とされる可能性がありうる」という指摘で削除された（檢察資料二八）。野木ほか「概説」は、削除の意味をこう説明する。

「元来この制度は、民事訴訟における認諾とその思想を一にするものであつて、当事者処分主義に由来するのである。しかし、この当事者処分主義は、刑事裁判の本質即ち新法一条にあるような実体的眞実の発見を最大の眼目とする刑事裁判の本質と相容れないばかりでなく、前述のように新憲法は自白だけで有罪としてはならないと規定しており、新法では公判廷の自白でもそれだけでは有罪としてはならないと規定しているのと対比して、ただ被告人が公判廷において有罪であると言つただけで、有罪の裁判をするということは決して妥当ではないと考えられるのである。そこで、新法はこの制度を採用しないということをはっきりさせる意味において第三一九条第三項を設けることにした。」

四 伝聞法則の採用

ところで、証拠法改革の今一つの柱は、伝聞法則（伝聞証拠、供述書面の証拠能力否定）の採用である。

旧法は、事実認定の資料となる証拠に、殆ど制限をつけなかった（一一七頁参照）。自白は勿論、「また聞き」の証言（伝聞）も完全な証拠能力あり、とされ（昭和二四・一二・三）、その事件に関し法令により作成された書類で、作成方式の定められているものは、ことごとく証拠書類として重要な証拠とされた。例えば、被疑者、被告人、証人、鑑定人の訊問調査（旧五六条）、検証、押取、搜索の調査（旧五七条）は、それである。もっとも、旧法でも、法令により作成したのでない供述録取書（警察官の作成した参考人聴取書など）は、被告人に異議のある場合、地方裁判所の証拠とはならなかった。しかし、それは、「法令の定める形式を踏んだ調査は、一応公正に作成された

もので、したがって比較的信用性が高いというところにその根拠があるのである。したがって形式さ、え、一応整つていれば、被告人のいないところで作成されたものでも差支なかつたのである。」（野木ほか「概説」、傍点は筆者）。

旧法の裁判は、そういう調書による裁判であつた。

こういう旧法、旧法下の実務に対し、新刑訴三二〇条は「第三百二十一条乃至第三百二十八条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外の他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない」とした。書面と伝聞証言との証拠能力否定である。野木ほか「概説」が、「ここにおいて、われわれの証拠法は大陸法系から英米法系へと画期的な展開を遂げた」と述べたのは、決して誇張ではなかつた。

では、この伝聞法則を、立法関係者は一体どのようなものとして理解したか。

五 伝聞法則への関係者の認識 犯罪に関係のある事実を、直接見聞した人がいる場合、この人を証人として法

廷に呼び、彼から直接その見聞したことを聞く、という方法が、事実を明らかにする最もよい方法であることはいふまでもない。大陸型の刑事手続でも、直接主義の名のもとに、この方法を良しとした（しかし、実際は、伝聞証言も供述録取書も証拠として重用された）。したがって裁判所が、できる限り直接の事実見聞者にあたり、取調べる、という直接主義を論理的に貫徹せば、伝聞証人は勿論、目撃者の報告書も、直接主義の原則に反するとして、その証拠能力は否定されることになる。

新刑訴の採用した伝聞証拠排斥、供述書面排斥は、しかし、このような伝統的大陸型刑訴の原則からではなかつた。それどころか、大陸型刑訴の原則と全く異なる英米型刑訴の発想、すなわち被告人の証人尋問権の保障という地点から、伝聞排斥の立法は構想されたのである。そしてそのことは当時の立法関係者の共通の認識であつた。伝聞排斥の諸規定について述べた野木ほか「概説」が、はっきり、「ここにおいて、われわれの証拠法は大陸法系から

英米法系へと画期的な展開を遂げた」と表現したのは、それを物語る。

立法関係者の英米刑訴についての知識は十分でなく、特に伝聞排斥の法理とその運用に関する知識は乏しかった。立法関係者の「われわれにもなかなかわかりにくい点があり、これらの規定には、解釈上いろいろな疑問があつて、今後の研究にまたなければならぬ点が多い」（野木ほか「概説」）とか、「本書は単なる解説に満足しないで、むしろ新刑事訴訟法を統一的・体系的に理解することによって、各種の問題を本質的にあきらかにすることに重点をおいた。しかし、これは容易なわざではなく、ことに証拠法の部分は、充分に自信がないことを告白するほかない。」（団藤・綱要）という言葉は、それを示すといつてよい。

しかし、伝聞禁止が、憲法三七条に規定された被告人の証人尋問権の保障に由来することは、明確に認識していた。例えば、横井は伝聞法則について、こう述べた。

「伝聞証拠というのは、人の述べたことを間接の方法によって法廷に顕出し、その内容を真実なものとして、その内容に副う事実認定の資料にすることである。伝聞が往々真実を誤り伝えるものであることは周知の通りであつて、証拠として好ましくないことは如何なる形態の訴訟手続についてもいえることである。英米法は、これを反対尋問権の保障を欠くという面からとらえて否定している。新憲法もこの考え方を受けて第三七条第二項を設けたのである。」

「被告人の法廷外における供述を如何なる場合に証拠とすることを許すかという問題は、伝聞証拠の問題ではない。それは被告人の反対尋問権の確保とは関係がないからである。……ただ法則として表に現われた形は、伝聞証拠の制限の場合と同じであるから、本条において一括して、公判廷外における供述の証拠能力の問題として取り上げているのである。」（逐条解説Ⅲ、傍点筆者）

とはいえ、証拠法の大改革は、従来の実務に影響するところ極めて大である。供述録取書を中心とし、これに依存

する形で進められてきた実務への配慮が、立法関係者の最大の関心事となった。憲法制定から応急措置法、そして十月草案から新刑訴への立法過程は、これまで殆ど無制限に証拠として認められてきた訴追側証拠書類（各種の供述調書）をどこまで排除するか、を一つの核として進んできたといつてよい。伝聞禁止の例外、という形で規定された三二二条以下は、憲法三七七条二項の要求と従来の実務との妥協の産物にほかならなかった。後年、団藤は、次のように述べている。

「第三七条第二項が伝聞証拠を——どこまで例外をみとめることができるかの問題はありますが——禁止する趣旨であることはいうまでもない。刑訴第三二〇条以下（なお、刑訴二二八条等）は、これを受けた規定であるが、検討を必要とする多くの問題を含んでいる。立案当時のことを付言すれば、司令部のオプラー博士は、会議の席上で、はじめ、「もつとも厳格な制限」を設けると宣言したが、日本側の実務上の要請を考慮して、ある程度まで、厳格さを緩和したのであった。しかし、このあたりの規定は、条文が多分に翻訳調であることから推測されるとおり、司令部側の提案が骨子になっている。」（団藤・刑事裁判と人権）。

では一体、刑訴三二〇条の例外とされた諸規定のうちどこに、日本側の「実務上の要請」への考慮が払われているのか。

六 捜査側専門調査書の証拠能力——理念 起訴状一本主義が採用され、公訴提起の際、起訴状に添えて捜査書類を提出することが禁止されても、もし、一切の捜査関係書類の法廷への提出が許されるなら、前後の違いこそあれ、結局、裁判所は訴追側の書類を通して、事件についての訴追側の心証を引きつぐことになる。それは、戦前の「調査による裁判」へ逆行することであった。裁判所と検察との分離、公平な裁判所、当事者主義という構想に立つ総司令部が、これを見逃しえない、と考えたのは当然であった。在野法曹の努力も又、検事、司法警察官の聴取書を証拠か

ら排除することに注がれた。聴取書作成の過程に強制、拷問など多くの人権蹂躪行為が介在し、聴取書の証拠からの排除なくしては、被疑者の人権は守られない、と考えたからである。

十月草案を検討した総司令部は、この問題に関し、最初、次のような提案を行った。

「一 如何なる場合においても、検察官、司法警察職員は、被告人、被疑者その他の何人に対しても質問に答えることを強制し得ない。検察官、司法警察職員の取調の段階においては、被訊問者は何時でも答を拒絶することができる、又逮捕されていないときには退出することができる。」

二……省略

三 検察官、司法警察職員の作成した訊問調書は如何なるものであっても証人の供述を録取した証拠として法廷に提出し得ない。又これを起訴と共に又は起訴状に関連して提出することもできない。但し、その証言をなした証人が出頭し得ない場合のみ、これを証拠の目的に提出することができる。……

四 捜査すべき事件について重要な事項を知っていると明らかに認められる人が任意の供述を拒否する場合には、検察官は裁判官に対して、この人を証人として召喚し訊問の上証言を録取することを求めることができる（証拠保全）。この請求を受けた裁判官は、証人訊問の必要に関して検事の意見を聴かなければならない。

五 公判前に判事に訊問される証人には、一般の証人と同様のすべての特権と保障が与えられ、証言をしない場合には一般の刑罰が科せられねばならぬ。この証人調は公開しない。

六 ……省略」（検察資料二八）

捜査機関の「任意」の取調、こうして得られた供述録取書の証拠能力の「原則的否定」、証拠保全の役割は「判事」の証人訊問——これが総司令部の示した方向であった。しかし、この提案は、不可能なもの、として日本側に受

けとられた。こうして両者の妥協点を求めての協議、総司令部による修正提案、再修正提案の提示が始まる（参照檢察資料二八、小田中・改革）。そして、生まれたのが、三二一条以下の伝聞禁止の例外規定である。では、どこに、日本側の「実務上の要請」への配慮があったのか。

七 捜査側尋問調書の証拠能力——現実 何よりもまず、それは、檢察官の面前における供述録取書の証拠能力を一定の要件のもとに認めた三二一条一項二号の中に見られた。すなわち、同条一項は、供述者（被告人を除く）の署名又は押印のある供述書あるいは供述録取書は、その供述者が死亡・精神若しくは身体の故障・所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、且つ、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない場合、更に、その供述が特に信用すべき情況の下にされたものであるときに限り、証拠となる、という一般原則を立て（一項三号）、その厳しい原則を檢察官面前調書の場合、緩和したからである。横井が三号の原則について、「これは極めて嚴重な制限で、被告人以外の者の供述書及び供述録取書は、……証拠能力が否定されているといつても過言ではない。証拠能力の認められる僅かな例の一つとして、例えば、殺人の被害者の供述を被害直後聞き取って記録し、それに署名又は押印をさせた後、その被害者が死亡したような場合における供述録取書の如きものが挙げられよう。」（逐条解説Ⅲ）と説明するとき、この原則緩和の意味の大きさを想像することができよう。

第二は、被告人に不利益な事実の承認を内容とする被告人の供述調書（いわゆる被疑者聴取書）の証拠能力が認められたこと、である。この三二二条の成立事情を、立法関係者の一人羽山忠弘は、こう述べた。

「（総司令部の）影響があった例のうちの、私がアメリカ関係者が大きな勘違いをして、影響力を行使したのではないかと思っている例を申しますと、これは、裁判官と檢察官とその他に分けて、供述調書の証拠能力を区別した条文（刑訴三二一条一項）がありますね。この規定は、次のようにしてできたのです。つまり、はじめに弁護士さん

の関係者の一人が、警察官の作った調書は非常にあてにならない。裁判官の調書は信用できる、検察官の作った調書もまずよいが、警察官の調書は、いかげんな調書ばかりだということを力説されたのです。……ところで、その弁護士さんの御主張は、警察官作成の自白調書の信憑力に関するものだったのだと思うのです。警察は裁判官や検察官とちがって、自白調書をとる時に非常に無理をするということを強調されて、それでその場の議論は済んだのですが、その後アメリカから出されてきた提案を見たら、三二一条で裁判官と検察官とその他の者とに分けて、それぞれの作成した参考人調書の証拠能力を区別してきました。つまり、弁護士さんが力説された裁判官及び警察官の区別は、現行法の三二一条一項では反映されることになった。しかるに、肝心の自白調書の証拠能力については、向こうが提示した三二二条の原案においては、「自己に不利益な内容の供述は証拠能力がある」とされていました。それを見たときに、前に述べた弁護士の方々が、非常に意外な顔をされ、これでは自分が主張したことが全然理解されてはいないではないか。「自己に不利益な内容」ということで証拠能力が認められるのなら、警察の自白調書はすべて証拠能力ありということになるじゃないかといって、不満を漏らされた。そうしたら、ブレイクモアさんだったと思うが、相手が裁判官であろうと検察官であろうと警察官であろうと、任意に自己に不利益な供述をするものに証拠能力を認めるというのはあたりまえではないかということ、これもまさにアメリカの影響力で決着がついてしまったのです。」(座談会「刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト五五一号)

こうして、いわゆる警察の自白調書も、任意性を条件に証拠能力が認められた。戦前の「調書裁判」からの脱却は、不徹底なままに終わったのである。

しかし、同時に、新刑訴には、「第三百二十二条及び第三百二十四条の規定により証拠とすることができると被告人の供述が自白である場合には、犯罪事実に関する他の証拠が取り調べられた後でなければ、その取調を請求すること

はできない」という三〇一条の規定が附け加えられていることを、見逃がしてはならない。これが、自白の取扱いについて警戒せよ、という趣旨のものであることは明らかだった。横井・逐条解説Ⅲはいう。

「任意性の疑わしい自白は絶対に証拠とすることができない。これは第三一九条の規定するところである。しかし、仮に任意にされた自白であっても、必ずしもそれが真実に合するものとはいえない。その上、任意にされたものかどうかの判断は、実際問題としてかなりむづかしい。新法は、任意性について疑があるというだけで、自白の証拠能力を否定しているのであるが、それでも、そのむづかしさが完全に払拭されたとはいえない。そこで更に本条を設け、たとえ任意性の疑わしくない自白であっても、犯罪事実に関する他の証拠が取り調べられた後でなければ、その取調を請求することができないものとして、誤まれる自白によって万が一にも裁判官に不当な影響を与えることのないよう慎重な配慮を加えているのである。」（傍点筆者）

八 証拠の評価——自由心証主義と昭和刑訴 ところで、取り調べられた証拠が、問題となっている事実の判断に、どの程度役立つか（証拠価値、あるいは証拠の証明力）の判断は、どのようにして行うか。昭和刑訴は、「証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる」（三一八条）とした。証拠の証明力の判断の仕方に、法律上の規則を設けない、という意味である。旧法三三七条と、ほぼ同文の規定といつてよい（いわゆる自由心証主義）。

「この自由心証主義は、旧法では殆んど最大限に認められていた。証拠能力について余り制限を設けず、又被告人の自白だけでも、裁判官がそれによって有罪であるとの心証を得れば、他に何の証拠がなくても、有罪の判決をすることができたのである。……被告人が自白しても地方裁判所では他の証拠を取り調べなければならぬことになつていたが（旧三四六）、それは自白だけで事実の認定をすることを法律上制限するものではなかつた。」（横井・逐条解説Ⅲ）。

しかし、新法の自由心証主義は、これと異なる。「自由な判断といっても、勝手気侷な判断という意味ではなく、自らそこに論理上又は経験上の法則の働くもの」(横井)、という旧法以来指摘された「いわゆる内在的制約」のほか、新刑訴は、これに次のような制約を設けた。一つは、伝聞証拠など証拠能力についての制限である。「これらの制限は、自由心証主義を形式的に制限するものではないが、内容的には大きな制限であるといってもよい」(横井)。更に、直接的な制約は、憲法三八条三項、そしてそれをうけた三一九条二項だった。「公判廷における自由であると否とを問わず、その自由が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない」というこの規定は、明らかに、自由心証主義の制限であり、「判例の採る憲法の解釈を前提とすれば、憲法及び応急措置法による自由心証主義の制限を更に一歩進めた」(横井)ものであった。

それだけではない。「裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人に対し、証拠の証明力を争うために必要とする適当な機会を与えなければならない」という新設の規定(三〇八条)も、そうであった。本条を、横井はこう解説した。「裁判官の自由裁量は、勿論裁判官の勝手であるというのではない。従来のように、裁判官が公判開廷前、捜査記録を精読する機会を持っていれば、勝れた裁判官は、それによって即座に相当根拠のある判断をすることもできたであろうけれども、新法では必ずしもそうは行かない。のみならず、公判廷において当事者によりすべての証拠の価値が充分争われ、それに基づいて裁判官が判断を下すのが公判中心主義であり、又当事者主義の要請でもある。被告人が証人に対して十分な審問権を有すべきことを規定した新憲法の趣旨もそこにあり、又反証を挙げて相手方の証拠の価値を動揺させる機会を与えなければならないことも、右の趣旨から明らかであろう。」(逐条解説Ⅲ)

九 公判の裁判 両当事者による証拠申請、裁判所による証拠調が終ると、検察官は事実及び法律の適用について意見を述べ、被告・弁護人は意見の陳述を行う(二九三条)。ところで、昭和刑訴は、旧法が被告・弁護人に認め

ていた最終陳述権を削除した。「最終陳述は裁判官の脳裏に深い印象を与えるものであるから、それを当事者の何れに与えるかは重要な問題である。それを被告人側に与えることは職権主義的訴訟形態からは当然のことである。しかし、当事者主義的訴訟形態を採る場合には必ずしもそうでなければならぬとはいえない。そこで新法は、最終陳述権を何れに与えるかは、裁判所に一任することとした」（横井・逐条解説Ⅲ）のである。

「公判の裁判」という第三節は、いわゆる論告・弁論のあと、裁判所によって下される裁判（有罪又は無罪の裁判）のほか、事件が裁判所に係属したのち、裁判所によって言渡される裁判（管轄違の裁判、公訴棄却の裁判など）を含んでいる。しかし、冒頭手続・証拠調・論告・弁論という刑事手続の正常な流れの中で、重要なのが有罪・無罪の裁判であることはいうまでもない。

刑を免除する場合を除き、「被告事件について犯罪の証明があったときは……判決で刑の言渡をしなければならぬ」（三三三三條）。これは、「被告事件について犯罪の証明がないときは、判決で無罪の言渡をしなければならぬ」（三三三六條）という規定に対応する。旧法にも、これとほぼ同文の規定が存在した。しかし、問題は「何について」証明があったというのか、にある。立法関係者は、明確に、次のように書いた。「被告事件について犯罪の証明があったという場合の内容については旧法との間に著しい相違があることに留意しなければならない。旧法では公訴事実の同一性を害しない限り、裁判所は如何なる事実を認定し、如何なる罰条を適用しても差支なかつたのであるが、新法では、起訴状によって表示された訴因及び罰状に拘束せられ、それについての証明がない限り、無罪の言渡をしなければならないのである。」（横井・逐条解説Ⅲ、傍点筆者）

裁判所は、あくまで訴因に拘束され、たとえ同一公訴事実内の他の事実につき証明があっても、訴因について証明がなければ無罪——これが立法関係者の考え方であった（団藤・綱要も同様である）。

ところで、有罪の言渡をするには、罪となる事実、「証拠の標目」及び法令の適用を示さなければならぬ（三三五条）。旧法三六〇条と異なつたのは、証拠説明を要すとされたのを、「証拠の標目」で足りる、とした点である。これは、戦時下、裁判の簡略化が叫ばれる中で制定された戦時刑事特別法の踏襲であつた。証拠説明を証拠の標目にかえた理由を、横井は、次のように解説した。

「旧法第三六〇条の解釈として、判例は、如何なる証拠の如何なる部分によつて如何なる事実を認定したかを判決文中の罪となるべき事実の記載と相まって推測される程度に説明してはじめて法文にいう証拠によつて罪となるべき事実を認めた理由を説明したことになるという態度をとつていた。ところが、判決書のなかに証拠の内容例えば証人の証言の内容を一々掲げることは非常な労力を要し、然も裁判官の心証は、多くの場合個々の証拠の内容によつてではなく、証拠調及び弁論の全過程を通じて形成せられ、判決書を書くことは、それを文字で表現するだけにすぎないのであり、その上、心証形成の過程又はその資料を具体的に一々の証拠から拾い上げることは事実極めて困難なのである。……実際に行われていたのは、心証形成後、その心証に合致する資料を証拠のなから如何に早く手際よく探し出すかということであつたといつても過言ではないであらう。そのために、裁判官は、自然被告人の自由を歓迎していたように思われる。判決書に書くべき証拠説明が簡単になるからである。」（逐条解説Ⅲ）。

しかし、これも、裁判所が実体的眞実を追求する責務を負う職権主義的訴訟構造のもとでは、眞実追求の結果を詳しい証拠説明によつて明らかにすることも、理由がないわけではなかつた、しかし、新刑訴は、証拠能力について厳しい制限を設け、専ら公判廷での当事者双方の攻撃防禦をとおして裁判官の心証形成が行わるべきもの、とした、こういう「法制の下では、判決書、殊に証拠説明は従来程の意味も失い、他方判決書を通じての証拠形成の理由づけはいよいよ困難となる」（横井・同）——これが、証拠説明を廃し、証拠の標目を掲げるとした改正の説明であつ

た。

(1) 大正刑訴三四三条は、次のように規定していた。

「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニ依リ作成シタル訊問調査ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ証
拠ト為スコトヲ得

一 供述者死亡シタルトキ

二 疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコト能ハサルトキ

三 訴訟関係人異議ナキトキ

一 区裁判所ノ事件ニ付テハ前項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス」

(2) アレイメントの採用とみられた十月草案の二六二条は、次のとおりである（檢察資料二八）。

「被告人が有罪の答弁をした場合において、裁判所は、その答弁が被告事件を理解した上自由な意思に基いてされたものと認め、且つ、他の資料をも考慮してその答弁が真実に合するものと認めるときは、被告事件について犯罪の証明があった旨の決定をすることができる。但し、死刑にあたる事件については、この限りでない。

被告人が公訴事実の同一性を害しない限度においてこれと相違する事実につき有罪の答弁をした場合も、前項と同様である。但し、検察官の同意がある場合に限る。」

(3) 西ドイツでは一般に、直接主義を直接審理主義と直接証拠主義の二つに分けて説明する。そして、「事実の証明が人の知覚に基づくときは、公判でこの者を尋問しなければならぬ。以前の尋問を録取した調書、または供述書の朗読をもって尋問に代えることはできない」（ドイツ刑訴二五〇条）という文言を、直接審理主義をうたったものとして説明するのが普通である。直接証拠主義を採用したのでないから伝聞証人は許されるが、直接審理主義の建前上、供述書面は原則として禁止される、というのである（この区別、説明が論理的でないことは、上口裕・三二〇条一項の法意——直接主義と伝聞法則——「刑事訴訟法の争点」参照）。しかし、供述調書の朗読を認める例外規定（二五一、二五三、二五四条）が広く存在し、「ドイツにあつては、直接主義はそれが可能なばいに履践が要求されるにすぎず、例外はほぼ無限定的に認められる」（上口・前出、傍点は筆者）という状況である。大正刑訴の直接主義は、このドイツ法と比べても更に不徹

底なもので、本文記述のとおり、伝聞は勿論、供述調書の証拠能力も広汎に認めていた。

(4) 小野清一郎・新刑訴における証拠の理論・刑法雑誌四卷四号は、昭和刑訴の三二〇条を、大陸法的な直接主義の立場で理解する見解を示した。しかし、今日、このような立場をとるものは、殆どいない。

第五章 上 訴

一 大正刑訴と上訴 裁判が、もし神によって行われるならそこに誤まりはない。しかし、裁判が人間によって行われる以上、誤まりの介在は避けえない。又、不満も除きえない。下された裁判に対する不服申立の手續Ⅱ上訴は、その意味で、古い起源をもつといつてよい。

旧刑訴も又、控訴、上告という一審判決に対する上訴方法をもった。控訴は一審判決に対する上訴、上告は第二審としての控訴審判決に対する上訴である(一審判決に対し直接上告する場合もある)。控訴審は、事件につき、審理を全くやり直す覆審とされ、上告審は、法令違反を理由とする上告趣意書にもとづき、原審の判断を審査する事後審が原則、とされた。しかし、旧法の上告理由には、法令違反及びこれに準ずる場合のほか、刑の量刑不当、再審理由の存在、重大な事実誤認も含まれ、これらを理由とする場合には、大審院で事実審理(但し証拠書類による間接的な審理)の行われることも稀ではなかった。このため、上告審改革の声は、戦前すでに高かったのである。例えば、小野清一郎は、上告審における事実審理を次のように批判した(刑事訴訟法講義(全))。

「此は其の上告理由を拡張して、飽くまでも裁判の過誤を正し、被告人の利益を保護せんとする意味に於て諒とすべきであるが、しかし、斯の如き方法に依り果して實際上とだけ被告人の利益を保護し得るか、大なる疑問である。殊に上告裁判所たる大審院に於て事実審理を行はしむることは法律問題の審査を主とする大審院の主要職能と相

容れない。況んや上告裁判所は日本全国（内地）に唯一つしかないものであるから、如何にして全国各地方の事件に付き直接審理を徹底せしむることを得よう。「公判に於て取調ぶることを不便とする事項の取調は部員をして之を為さしめ、又は予審判事若は区裁判所判事に之を囑託することを得」（第四四四条第二項）となるはまた已むを得ざることであろう。併しながら、これは全く直接主義、口頭主義を抛棄するに等しい。斯の如き間接の審理に依つて実体的眞実を主義とする刑事裁判を行ふことは全然近代刑事訴訟法の精神に反する。私は大審院の事実審理は之を廢するを可なりと信ずるものである。」

二 昭和刑訴の上訴改革 ところで、昭和刑訴は、このような大正刑訴の上訴制度を一変させた。一変させられたのは、批判をあびてきた上告審の構造だけではない。控訴審も又、根本的变化を蒙った。原則として、上告審は憲法違反、判例違反を理由とする上訴審となり、控訴審は一審の当否を判断する事後審とされたからである。では、この大改革はどのような動きの中で、又、どのような構想のもとで行われたのか。

戦前における上告制度改革の声にも拘らず、上訴審改革問題は、当初、刑訴改革の柱の一つではなかった。例えば、一九四六年五月作られた司法省刑事局の「新憲法に伴ひ司法に關し本省として態度を決すべき事項」では「上訴は略、現行法通りとすること」とあり、七月の司法法制審議会第三委員会の審議でも、大審院の事実審理を制限する意見は殆どでなかったからである（小田中聰樹・制定過程(8)）。しかし、八月刑事局の提出した刑事訴訟法改正要綱草案には、上告審における事実審理廢止、違憲を理由とする上告理由新設が現われ、十月にはこれが確定をみる（「刑事訴訟法改正要綱」）。その間の事情は判つきりしない。しかし、憲法八一条が最高裁を法令等の合憲性を審査する終審裁判所としたこと、に伴う変化であることは疑いなかった。

それにも拘らず、「要綱」でも、「控訴については全部現行法通りとすること」（第四十）とされ、又、判決に影

響を及ぼす慮れのある法令違反が上告理由、とされた。そして、この線は、一九四七年三月の第六次案でも、又日本側最終案とみられた十月草案でも、基本的には変らなかつた、といつてよい。すなわち、控訴裁判所は、「被告事件について更に判決」するもの、とされ（十月草案三二一条、これは覆審を意味する）、上告は、原則として、「法令の違反を理由とするときに限り」認められるべきもの、とされたからである（草案三三一条、なお応急措置法は上告審の事実審理を廃止した）。上訴権の抛棄、検察官による附帯控訴を認め、上訴期間は控訴七日、上告五日、というのが、十月草案の内容であつた。

一九四八年、十月草案に対する総司令部の審査が行われたが、上訴に関し、総司令部が意見を述べたのは、ほぼ、次の三点である。一つは上訴権の放棄。「刑事訴訟において上訴をなし得る期間は極めて短い。然るとき一体如何なる必要があつて上訴権放棄の規定を設けねばならぬのか。判決前の上訴権放棄を認めることは、それが如何なるものにせよ、何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われぬという憲法（三三）上の貴重なる権利を不法に剝奪するものである。たとえ上訴権放棄を判決言渡後に限るにしてもなお危険且つ不必要と思われる。被告人が単に上訴の意思なしと表明した一事によつて何故に時間的に極めて制約されている上訴権の喪失が是認されねばならないか。かかる表明をなした後被告人は或は別の弁護士と相談し或は思い直すこともあり得るであらう。何故に上訴期間中のかくの如き翻意を是認してはならないか。」これがその意見だつた（検察資料二八）。

第二は、上訴期間の問題である。控訴七日、上告五日という上訴期間を、「被告人が上訴するかどうかを決するためにより長き時間の余裕が認められるべきではないか」という理由のもとに、それぞれ二週間とするよう勧告した。そして、総司令部が意見を表明した第三の点は、検察官上訴についてである。憲法三九条は、「……同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない」という規定をおいた。例えば、一審で無罪判決がでた場合、これに対し

検察官が上訴することは、この憲法三九条に違反しないか。総司令部は、この問題に直接答えることなく、「ただ刑事訴訟における検察官の上訴は英米の實際に於ては稀有であるが、大陸法に於ては確立され實際的利益を持っている」と、検察官上訴に理解を示しつつ、しかし、次のように意見を述べた。

「然しながら被告人の立場から言えば、検察官の上訴は被告人に対して可成の犠牲と費用とを免れざらしめる。被告人は審理の結果無罪（又は軽い刑）となった場合にも尚検察官の上訴によって更に費用と不便とをしのばねばならない。検察官が上訴した場合には国家は被告人の出損したすべての費用を賠償すべきではないか。……

検事の上訴権、即ち附带上訴権は被告人のそれよりも強大であつてはならない。控訴に附帯する上訴は適當なる機能を持つ。然しながら上告は附帯して上告する必要は全然ないと思われる。一の判決の合法性に就いて上告すべきや否やを決するには、検察官は、被告人と同様直に意見を定めることができる。若し当事者双方が一定期間中に上訴し得るのであれば附带上告の必要はない。」（檢察資料二八）。

総司令部の、このような意見、勧告の結果、上訴権拋棄規定、附带上告・控訴規定は削除、上訴期間は勧告どおり二週間に延長され、検察官上訴の場合の費用補償規定が新設された。しかし、十月草案の上訴に関する基本構想に、手加えられたわけではなかった。

十月草案の上訴構想を大きく動かす契機となつたのは、一九四八年五月一日、日米双方からなる刑事訴訟法改正協議会に最高裁から提出された「上訴制度の改革についての提案」である。では、一体、どのような提案が、いかなる理由のもとになされたのか。

三 上訴改革についての最高裁提案 最高裁提案の骨子は、およそ次のように要約できよう。一つは、「事實審理は第一審のみとする」、次は、控訴は、「原則として法令の違反を理由とする場合に限る」、但し、「(一) 刑の量

定が甚だしく不当であると認められる顕著な事由があるとき、(二) 再審の請求をすることができる場合に於ける事由があるとき、(三) 重大な事実の誤認があることを疑うに足りる顕著な事由があるとき、(四) 判決があった後に刑の廃止若しくは変更又は大赦があったとき」は別である(控訴できる)。そして、第三は、「上告は、憲法違反を理由とする場合に限りこれを行うことができる」、「憲法その他法令の解釈が、前に最高裁判所のした裁判、上告裁判所である高等裁判所(本提案施行後は控訴審である高等裁判所)又は大審院若しくは上告裁判所である控訴院のした判決に反するときは、これを上告の理由とすることができる」、但し、「上告裁判所は著しく正義に反する事由があると認めるときは、職権で原判決を破棄することができる」。

これが、それまでの上訴改正をめぐって論議されてきた方向と、大きく異なることは明らかであった。提案者は、その提案の理由をおよそ次のように述べた。

「今回の改革案によって今後の刑事裁判は第一審が極めて丁重になり、公判中心主義で証拠も十分に調べることとなった。それだけに裁判所の負担も重くなったと思う。負担を軽減するためには上告・控訴の負担を軽くして第一審に重点を置くことと致したい。これが上告控訴制限の根本的思想である。

次に今後日本の国力が回復すれば、陪審制度になると思う。そうすれば事実審は一回でよくなる。現在の最高裁判所は行政事務も行っており極めて負担過重になっている。これを軽減するためにもこの案を考えたのである。このような理由で事実審は一審としたのであるが、然し誤があることは考え得るから別の方法で救済の途を開くことにした。特別の場合には控訴審にも事実審を認めた。」(檢察資料二八)。

刑訴改正案における公判中心主義の徹底、一審審理の充実、そして将来の陪審による裁判——それが、事実審一回性採用の根拠とされたのである。しかし、そのいずれの理由の背後にも、上級審、とくに最高裁の負担軽減をはか

る、という實際的理由が、その顔をのぞかせていた。たしかに、新憲法が、行政は内閣が、司法は最高裁判所を頂点とする裁判所がこれを行なう、という権力分立を徹底させ、それまで司法省に委ねられていた司法行政事務を裁判所の手に与えたことにより、裁判所の事務そのものは増大した。加えて、戦後の異常な犯罪の増大である。最高裁事務当局に、負担軽減を望む声が上がったのも、決して無理ではなかった。しかし、ことは刑事裁判の将来、被告人の人權にかかわる。最高裁の、この提案に対し、在野法曹を中心に次のような批判が加えられた。

四 提案への批判及び反批判 事実審理を一審に限り、控訴審を事後審とすることは、人權擁護の観点から賛成し難い、これまで控訴審で一審判決の変更される例が多いことは、控訴審における事実審理の必要性を裏書する。

弁護士森川金寿は、また次のようにも述べた。「刑事被告人の人權からみて、今度の刑法の改正は、その他の点では、画期的な進歩が多いと賛成するが、この控訴審の構造を従来の覆審制から事後審制に変えるということになると、それだけで他の刑法条項の改正のプラス点を帳消しにしてしまうほど被告人の人權にとってマイナスである。」（森川・制定のころの回想——人權の観点から——ジュリスト五五一号）。

最高裁は、このような批判に対し、「上訴制度改革についての説明書」の中で、こう答えた。

「(1) 事実審理の回数を増すことは、人權擁護の趣旨に副うように見えるけれども、簡単な審理を数回繰り返すより丁重な審理をし、その回数を少くする方が寧ろ人權擁護の趣旨に合致するといえよう。

新制度の下においては、現在の如き書証は殆んど証拠とならなくなる結果、審理は現在より遙かに丁重となり、被告人は充分に自己を防衛する機会が与えられているから、事実審理は原則として第一審においてのみこれを行うこととしても、決して人權擁護の趣旨には反しない。況んや、控訴審においても、原判決に事実の誤認又は量刑の不当があれば、更に事実審理を行う機会を活用すれば、事実審理を二回とする現在の制度とさして変更はない。更に又、上

告審においても、著しい不正義を理由として、事実の認定、刑の量定等にも関与し得る制度が認められているので、考えようによっては、現在よりも事実認定が丁重となるのもいえよう。

(2) 従来(一九三八年から一九四二年の五年平均)によれば控訴件数は第一審判決件数の中一七%に過ぎず、更にその中第一審判決において有罪とされたものが控訴審において無罪、免訴、刑の免除となった率は控訴件数の中の約二%にとどまり、しかもこの二%の中には免訴、刑の免除が入っているから無罪となった比率は更に寥々たるものであろう。又刑の量定についても、右の統計によれば、第一審判決が全然支持されたものが約五五%となっており、刑が軽くなったものが約四〇%であるが、これは、審理期間が延長されている間に被害の弁償があったり、社会の関心が薄らいだり、又被害者本人の如き重要な証人でも遠方に居住するが為に喚問を避け、既成の調書で間に合わせるが為に裁判官の感覚が強く刺戟されないこと等の理由によるのであろうが、被害の弁償の如く時間を要するといふだけのものは、新制度下においては第一審の審理期間が現在よりも長びくであろうからこれで十分補えるわけであり、又関心が薄らぐという点は刑事裁判は刺戟の生々しい間に完了しなければ一般に対する警戒という点において欠けるところがあるから寧ろかようなことは控訴審の事実審理を廃止する理由にこそなっても、これを存続させる理由とはならない。」(検察資料二八)。

最高裁が、憲法問題だけ取り扱い、他の法令の解釈問題に答えないのは不当だ、という批判もなされた。しかし、これに対して「説明書」は、判例違反を上告理由とし、更に、著しい不正義による職権破棄の制度を認めたことで、ほぼ、この要求は満されている、とし、

「蓋し、新法令の解釈等については、著しい不正義を理由として上告審において、これが判断を仰ぎ得る機会があるからである。米国においても、サーティオレイライ(Certiorari)の制度(上告の理由を特定せず、当事者は何を

理由とするかは全く自由であるが、これに返答を与えるかどうかは、最高裁判所の自由裁量とされている制度のようである。著しい不正義による職権破棄を認めたのは、これに模倣する所が多い。）の活用により法令の解釈を適当に統一している……」（検察資料二八）、

と弁明した。

協議会に参加した日本側委員の意見は、二つに割れた。総司令部は、最高裁提案を承認し、更に、次のような補足提案を行った。被告人は、違法に行われた裁判、事実を誤認した判決、法令の解釈を誤まった判決に対し、控訴する権利を有する。但し、事実誤認、法令解釈の誤りは、訴訟記録により、正確に指摘しなければならない。控訴裁判所が、事実誤認ありと認めたときは、自ら審理せず、原裁判所に差し戻し、再審理を命じる。但し、事実が明白で、直ちに判決可能なときは、この限りでない。上告申立理由と最高裁の判決破棄理由とは、明白に区別しなければならない。最高裁は、必要と認めた場合、法律解釈に関する重要な問題を含む事件の受理をすることができる（特別受理）。特別受理の申立に関する手続は、最高裁の定める規則による。

新刑訴における上訴改革の骨格は、こうしてなった。

五 国会における上訴審議　鈴木国務大臣は、新刑訴法案の四つの重要な改正点の一つとして、上訴につき、次のように述べた。

「第三の点といたしましては、審級制度に関する改正であります。まず、控訴審を従来のように覆審としないで、事後審としたことが一番大きい点であります。従来は御承知のように、控訴審では、事件を最初から調べ直して、新しい判決をする構造になっていたのであります。本案のように、第一審の手続がきわめて鄭重になりかつ被告人の保護の方法も十分厚くなった以上、控訴審で従来のように覆審することは、実際上の見地からも不可能に近いことであ

り、かつ被告人の保護のためにも、絶対不可欠とも言ふことができないので、本案では覆審の制度はやめ、事後審の制度としたのであります。すなわち控訴審はもっぱら第一審の判決の当否を批判する審級とし、原判決に不当な点があれば、それを破棄し、原則として原審に差し戻し、調べ直させることにしたのであります。なお、控訴の申立をしたときは、別に控訴趣意書を提出すべきものとし、その方式を詳細に定めて原判決の攻撃すべき点を明らかにさせることにしたのであります。もつとも控訴審では控訴趣意書で攻撃してきている点以外の点でありまして、いやしくも破棄の事由にあたるものを発見したときは、原判決を破棄し得ることになっていない点に御留意願いたいと思ひます。次に上告審は、最高裁判所のみがこれを取扱うこととし、上告理由は憲法違反があること、もしくは憲法の解釈を誤ったこと、または判例違反があることに限り、もつて上告審の主たる任務が憲法問題の裁判と法令の解釈の統一にあることを明らかにするとともに、別に最高裁判所は、法令の解釈に関する重要事項を含むものと認められる事件については、特別に上告審として事件を受理することができるものとし、又量刑不当・事実誤認等があつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認める場合にも、原判決を破棄することができるものとし、もつて、最高裁判所が具体的事件について、妥当な解決をはかり得る道を開いたのであります。」(審議要録)。

国会における審議は、まず、衆議院司法委員会で行われたが、論議が、もつとも白熱したのは、控訴審問題であつた。それは、伊井衆議院司法委員長の「控訴審をいわゆる事後審と改めた点について、人権擁護の観点から最も活潑な論議が行われた」という議會報告の言葉から、十分うかがえる。論議は、こういう控訴審で、果して被告人の救済ははかれるのか、という点に集中した。

統計によると、一九三四年から四一年まで八年間の、一年平均控訴事件は七千八百八十四件、控訴の結果減刑されたもの二千七百七十五件、すなわち三一％は、刑の量刑不当である。また、一九三六年には四名、一九四〇年には二名

の生命が控訴審で救われた。現在の覆審制度は、その効果を十分示しているではないか。しかるに本案によれば、被告人が第一審で提出することのできなかつた証拠は、控訴審でもはや提出できなくなる。一体、それで被告人の人は控訴審で守れるのか。このような批判に対し、政府は、ほゞ次のように答えた。

「従来のような覆審制度をとると、どうしても第二審の公判に重点がおかれ、第一審はおろそかになりがちで、指摘せられるような結果も現われると思うが、本案の第一審においては、当事者は全力をあげて攻防をこの一戦に集中することになり、二回戦、三回戦と、同じことをだたら繰返すことがないので、事実や証拠は第一審に出尽すことになる。ただ神のわざでないから、誤りなしとしない。それで、控訴審は覆審ではないが、第一審判決の当否を判断するために、職権で刑の量定不当及び事実誤認の事由を取調べることができるようになっていゝ。また第一審で調べなかつたことが記録上明らかとなつてゐる証拠は、控訴審においても取調べを請求することができるから、現行法と異なり、控訴審がまるで逆になり、おろそかになるという心配はない」（「第二回国会制定法審議要録」）。

しかし、政府のこのような答弁にも拘らず、控訴審に事実の取調による被告人の救済を求める声は強く、遂に各党共同の修正案が提出されるに至つた。すなわち、控訴趣意書に含まれた事項を調査する場合、「控訴裁判所は……必要があるときは、職権で事実の取調をすることができるといふ政府原案の修正である。控訴審においては事実の取調を請求することはできない。当事者から新たに証拠調の請求をすることはできない。裁判所の職権による事実の取調が原則であり、当事者は、ただ、裁判所の職権の発動を促す意味で、証拠の申出をすることができるといふ立憲趣旨（野木ほか「概説」）の政府原案に、次のような但し書を附す、というものであつた。

「但し、第一審の弁論終結前に取調を請求することができなかつた証拠でその事由が疎明されたものについては、刑の量定の不当又は判決に影響を及ぼすべき事実の誤認を証明するために欠くことができない場合に限り、これを取

り、調べなければならぬ。」

しかし、国会の修正は、これで終わったわけではなかった。衆議院から送られた修正案は、更に、控訴審における実の取調を拡大する方向へと再修正されたからである。裁判所の「職権で事実の取調をすることができる」とした本文に、「検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は」の文言を附加するよう、要求され、この修正を衆議院も又、承認したからであった。当事者の控訴審における事実取調「請求権」が認められたことにより、新刑訴の控訴審構想に微妙な変化が生じたことは、明らかだった。立法関係者は、これについて、こう述べた。

「以上のような修正がなされたために、今後本条をいかに解釈するかという点について、非常にむづかしい問題があるのである。即ち、第三九三条第一項但書に該当する証拠は、裁判所は必ずその取調をしなければならないのであるが、この点と、控訴趣意書に訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実を援用しなければならないという規定とをどう調和して解釈するか。換言すれば、第三九三条第一項但書に該当する証拠に現われている事実とは、これを控訴趣意書に援用し得るのかどうか。更に第三九三条第一項本文に規定する事実の取調の請求権は、第三九三条第一項の控訴趣意書に包含された事項に關してのみの請求権であるのか、又は第三九三条第二項の規定によって控訴裁判所が職権で調査することができる事項についても請求権があるのかどうか等解釈上極めて困難な問題が生じているのである。」（野木ほか「概説」）

困難は、ただ、解釈上の問題だけではなかった。このような、事実の取調の請求権を当事者に認める控訴審を果して単なる事後審といえるかどうか、そこにも理解の困難はあったのである。

六 改革理由についての説明　ともあれ、昭和刑訴における大改革の一つ、上訴改革は、以上のような経過をたどって、行われた。改革の必要性は、最初の提案者・最高裁により、又政府により、語られた。では、政府案の立案

作業に直接関係した人々は、この改革の必要性を、一体、どのように理由づけたか。

控訴審の構造を、覆審から、第一審判決の当否を事後審査する「いわゆる事後審」とした理由を、野木ほか「概説」は、四つあげた。

(1) 「新法においては、第一審の公判手続についていわゆる起訴状一本主義を採用し、起訴状には裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添附し又はその内容を引用してはならないのである。しかしながら、控訴審においては、すでに第一審の公判記録の廻付があるのであって、その意味からいっても、控訴審の構造を、起訴状一本主義を採用している第一審の構造と違えなければならない」

(2) 「新法は第一審の公判手続について極めて徹底した公判中心主義、直接審理主義を採用し丁重な手続によって被告人の保護を図っているので、これと同程度に丁重な手続を控訴審においても繰り返す必要もない」

(3) 「控訴審においても第一審と同程度に丁重な手続を繰り返さなければならないものとするならば、現在の裁判所の実情から見てその事件処理に破綻を来す虞がある」

(4) 「もし旧法の如き覆審を採用するならば、自然多数の証人が遠方から各高等裁判所の所在地に召喚されることとなり、一般国民に非常な負担をかけることになる。刑事訴訟においては、勿論被告人の権利の保護を第一としなければならぬが、それと同時に一般国民側の利益もまた考慮されなければならない」

(1)が、全く新しい理由づけであることは、いうまでもない。しかし、最高裁が、上訴改革の理由とした「将来における陪審制度の採用」は、この極めて整理された理由から完全にもれ落ちたのであった。

七 昭和刑訴と再審¹⁾ 裁判は、言い渡されたのち、上訴期間がすぎると、確定する。裁判の言渡内容について、もはや通常の手続では争えなくなる。自由刑を言い渡す有罪判決が確定すると、刑の執行力が生じる。有罪判決に不

服を申し立て、控訴、上告したにも拘らず、結局棄却された、という場合も同じである。しかし、言い渡され、結局確定した裁判のすべてが、常に真実に合致するとは限らない。一たん確定した裁判を、このような場合、今一度審判の場にひき戻すのが、非常上訴手続としての再審である。確定した裁判の誤りを、明らかに示す証拠が新たに出現した、という場合に、二種類ある。確定裁判をうけた者に利益な証拠が現われたとき、と彼に不利益な証拠が出現した場合である。前者を利益再審、後者を不利益再審という。裁判は、常に、真実に合致しなければならぬという理念を、確定裁判を破って再審を認める根拠とすれば、利益再審だけでなく不利益再審も又、当然認める、ということになる。旧法は、利益再審と不利益再審二つながら認めた。

ところが、新憲法は、その三九条で、すでに無罪とされた行為につき、重ねて刑事上の責任を問われることはない、とした。不利益再審を認めた旧刑訴の規定の合憲性が、問題となったのは当然といつてよい。もちろん、不利益再審の中には、無罪の当否が問題となる場合だけでなく、例えば、窃盗で有罪となり確定したが後で強盗殺人であるという証拠がでた、という場合もある。あとの場合、憲法三九条の明文に反する、とは直ちに言いえない。しかし、応急措置法二〇条は、被告人に不利益な再審は、これを行わない、とした。無罪を有罪とするのと、軽い有罪を重い有罪にするのと、趣旨において変るところは全くないからである。

新刑訴は、この応急措置法の線に沿い、旧法中判決の言渡を受けた者に不利益な再審に関する規定を削除した。再審は、新刑訴にあつては、専ら、被告人の利益のためにのみ認められる制度、非常救済手続となつたのである。しかし、その改革の大きな意味について、条文の変化以上に解説されることは、ついになかった。

(1) この点につき参照、小田中聰樹『大出良知・再審法制の沿革と問題状況(鴨良弼・刑事再審の研究)』。