

刑事訴訟法の基礎理論に関するノート(四)

——訴訟の実質的原理の変遷——

山 中 俊 夫

は し が き

わたくしは、既刊の拙稿『公訴事実と訴因』に関する一考察——公訴事実概念を中心として——(同志社法学一五三号)において、「公訴事実」概念を形式的意義におけるものと実質的意義におけるそれとに一応区別し、旧刑事訴訟法下における公訴事実概念が、その訴訟構造とのかかり合いからは、講学上および判例上、形式的意味における原則的理解にもかかわらず、実質的意味において理解されるべきことが必要であるとの試論を示し、かつ、このように理解された公訴事実概念は、旧法と現行法との間において概念的連続性をもっているものであり、その概念的機能は、訴訟構造とのかかり合いにおいて位置づけを与えられるべき関係概念であることの私見を述べておいた。そして、既刊の拙稿において折にふれて指摘しておいたように、現行法における訴因と公訴事実との理論的・解釈論的關係の理解にとって、また、それを基礎とした解釈論上の諸問題の理解にとって有用性をもつものではないかとの伏線的部分でもあることを摘示しておいた。要は、前掲拙稿においてのべたように、当該問題は、旧法と現行法との対比

において、つぎのように図式化された表現によって説明されうるのではなからうかというのが論点であった。

一 旧刑事訴訟法下にあつては、その職権主義的性格・訴訟構造の在り方のゆえに、檢察官が起訴状中に摘示した公訴事実、すなわち、犯罪事實は、審判の開始を求める要件としてのみ手続的意義を持ったにすぎぬ、換言すれば、檢察官の摘示した公訴事實は、形式的には檢察官の裁判所に対する法的主張ではあったが、裁判所に対しては、その審判の範囲を拘束する機能を有せず、裁判所は、公訴事實の同一性のある範囲において自由に職権追及の権限・義務を行使・履行できたのであり、その範囲から今日の訴因に相当する「判決の対象」を形成することができたのである。それゆえ、檢察官の起訴状中に摘示されたものは、そして、審判の対象とされたものは、訴訟構造とのかかわり合いからは、形式的意義における公訴事實の存在にもかかわらず、その実体は、実質的意味におけるそれであった訳である。

二 これに反して、現行法においては、訴因制度の採用により、公訴事實は、判決の対象を形成すべき場合の基準概念として捉えられるものではなくして、檢察官が訴因として、すなわち、審判の対象を形成すべき場合、あるいは、それを変更すべき場合に機能するものとして位置づけられうる。換言すれば、このように位置づけられた公訴事實概念は、当事者主義的訴訟構造とのかかわり合いから、論理必然的に訴因変更の範囲を画する、そして、一事不再理の効力の及ぶ範囲を画する基準概念として機能する。これが、私見の「公訴事實共通説」の前提であり、訴因共通説の実体である。檢察官は、訴因が、この実質的意味における公訴事實＝公訴の対象を同一・共通にしうる範囲＝公訴事實の同一性のある範囲において、訴因＝審判の対象を変更することができるのである。

このように理解された公訴事實概念は、その実質的意味において、旧法と現行法との間での概念的・意味的連続性

を有しており、かつ、訴訟構造とのかかわり合いにおいて、構造内での位置づけとその機能が決定されてくる。より約言すれば、旧法下にあつては、実質的意味における公訴事実が「審判の対象」であつたのであり、現行法にあつては、それは、「公訴の対象」となる。公訴事実概念の理解と位置づけをこのように推しすすめることによって、いわゆる「旧法への回帰」は起こり得ないものと考えられるのではなからうか。

現行法が訴因制度を採用してより三〇年、訴因と公訴事実に関する理論的理解は、周知の如く、極度に混乱したし、また、混乱しているが、その因は、公訴事実そのものの理解の欠如に求められよう。どのような形であれ、「審判の対象」としてあるいは「訴訟の対象」として公訴事実を理解するかぎり、訴因との理論的関連は得られず、「犯罪事実の既存性」の觀念からの脱却もなされ得ないのである。

一

わたくしは、かつて、拙稿「明治初期刑事法思想の研究——ボアソナードの思想を中心として——」（同志社法学一〇四号所収）において、治罪法の歴史的・思想的背景について論じたことがあつた。明治一五年、わが国最初の近代的刑事訴訟法たる治罪法が公布されたとき、わが国の刑事訴訟法史は、西洋法制の歴史の中に組み込まれたと同時に、治罪法の歴史的品格が問われなければならなかつた。そして、この歴史的品格は、明治刑訴（旧旧刑事訴訟法）にまで引き継がれていった。

一七世紀末までのヨーロッパ大陸は、その糾問訴訟の支配によって特徴づけられる。手許の G. Stefani et Lava-sseur, Procédure Penale, § 3. — Le Droit Intermediaire et le Code d'Instruction Criminelle — を讀むべし。

ぎのように記述されている。「フランスの旧制度 (l'ancien régime) の刑事手続を代表するものは、糺問訴訟の濫用 (Les abus de la procédure inquisitoire) である。糺問訴訟のもとにあっては、個人の権利は完全なる犠牲を強いられた状態にあり、個人は、その不知のうちに策謀的な取調べの客体 (l'objet d'une information menée) となり、抗弁を許容されない審問の客体に墮さしめられ、公判廷にのぞむまでは、弁護士から隔絶された状態のなかで自己の防禦を準備しなければならず、残虐な拷問の施用が加えられ、非公開の審問、換言すれば、秘密審問、密行審問がおこなわれた。さらに、提起された告発が証拠不充分 (insuffisance reconnue) であった場合においても、嫌疑刑 (suspicion officielle) が科せられ、再起訴の可能性 (nouvelle poursuites possibles) が存在していた。控訴、上告の増加、そして、訴訟手続の複雑化——それらは、弁護人を利用することを可能とし、立証方法を拡大し、無能力者に保護を与え、証拠調べに異議の申立を可能としたのだが、——そして、弁護行為による当事者主義化 (la contre-balancer par un fait justificatif) は、不可欠的保障の位置における空しい言い抜けにしかすぎなかった。このような裁判制度は、社会的利益の適切な擁護を保障するという点では、なんらの有用性をもっていなかった。それは、拷問制度と自白の取扱いに象徴されているといつてよい。けだし、この時期にあっては、『拷問の影響下にあつて得られた真実であると同程度に虚偽でもある自白』を、当然のこととして審判の素材としていたのである。このような状態のもとにおける自白、そして、それにもとづく審判は、刑事司法そのものの墮落と結びついたのであった。無辜者にたいする有罪判決は、有責者の無罪判決を相応的に結果する。」(五六頁以下) と。

一八世紀、就中、その後半における啓蒙思潮の波は、刑事司法の分野において、糺問訴訟に対する批判となって現象し、E・シュミットをして、「われわれは、国家制度の内部に、墮落として、旧時代のものとして、偏見として示

されているものにたいして、非常に強烈な形をとって現われてくる敵意というフランス固有の動向に興味がある。そして、主義、性格、形態についてのあらゆる相異性に関して、これらの傾向のなかに現われ行動した二人の思想家を取り扱うだけで充分である。すなわち、モンテスキューとヴォルテールである。」(E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, S. 215) と言わしめた革命前期の思想家は、糺問訴訟批判、イギリス法制の賞揚を基軸として刑事司法の改革を要求した(この間の事情については、拙稿「明治初期刑事法思想の研究——ボアソナードの思想を中心として」同志社法学一〇四号、なお、ヴォルテールをして糺問訴訟批判に向わせたジャン・カラスに対する裁判殺(Justizmord)については、市原豊太「カラス事件と暗黒裁判——」思想一九七八—七に紹介されている)。「ラ・バール事件に関しては、高橋安光「ラ・バール事件と暗黒裁判——」思想一九七八—七に紹介されている)。これら思想家の影響が原動力となって、フランス革命後の法制改革は、数次の立法を経て、一八〇八年のフランス治罪法(Code d'instruction criminelle)に結実する。この法典の特徴は、刑事手続を二分し、予審(instruction préalable)と公判・本審(instruction proprement dite)の二つの段階を設け、予審は、糺問訴訟の形を採り、秘密審問、弁護人なき手続における予審判事による審問・取調べの手続であり、公判・本審は、公開主義・口頭主義・対審主義を採用した審判手続であった。さらに、訴訟手続は原則として原告官の訴によって開始され、検察官(ministère public)は訴追機関として位置づけられ、審理機関たる予審判事(juge d'instruction)とその権限において分明されていた。

このフランス治罪法の「訴訟構造」の歴史における位置づけは、「折衷主義」と呼ばれている。その理由として、一、訴訟の形式的原理として弾劾主義を採用し、かつ、それが、起訴陪審による手続開始ではなく、検察官たる公的

機関によってなされる点をあげるもの（小野博士は、かつて、折衷主義に代えて「公的弾劾主義」という特徴づけをされていた。参照、小野清一郎『刑事訴訟法講義全』——大正一五年——）。二、「刑事訴訟ハ弾劾式ヨリ發達シテ糾問式ニ進ミ更ニ逆行シテ兩者ノ長所ヲ具備スル折中式ニ進化ス」とあるように、訴訟の構造全体として「其ノ手續ノ一部ヲ糾問制ニ汲ミ例之証拠ノ職權蒐集ノ如シ弾劾制ノ凡ニル長所人權ノ尊重ヲ以テ骨子トス」（板倉・中尾『刑事訴訟法指歸』二頁、六頁）を折衷したものとするもの、に求めることができる。そして、わが国の治罪法は、この折衷主義を採用したものである。以下、この折衷主義に関する往時におけるわが国の理解をみてみよう。

まず弾劾主義については、「被害者其ノ他ノ私人ニ犯罪ノ訴追權ヲ有セシムルモ裁判ト訴追トハ一人ニ於テ之ヲ兼ヌルコトヲ許ササルヲ以テ左ノ長所ヲ有ス 一 訴追ニ遺漏ナク又偏頗ノ弊ヲ生スルコトナシ 二 裁判官に先入為主ノ偏見ニ陥ルノ弊ヲ見ルコト稀ナリ 三 不告不理ノ理想ヲ實現セシムルニ付キ公平ナルコトヲ得 四 審判ニ於テ亦公平ナルコトヲ得 五 糾問制ニ比スレハ裁判官ノ勞力ヲ少カラシム」として、その長所を摘示する反面、「然レトモ其ノ短所ハ左ノ諸点ニヨリ 一 犯罪ノ捜査及訴追ニ付キ責任ヲ帶ヒテ之ヲ行フ者ナキヲ以テ不精勤、恐怖、賄賂其ノ他不善ノ原因ハ個人ノ活動ヲ鈍ラシメ甚シキハ之ヲ阻止スルニ至ルコトアリ 二 審理ハ凡テノ段階ニ於テ公開セラルルカ故ニ嫌疑者ニ恥辱ヲ蒙ラシメ証拠ノ湮滅若クハ捏造ヲ容易ナラシメ殊ニ証人ヲシテ虚偽ノ供述ヲ為スニ便ヲ得セシメ犯人ノ倅免ヲ繁カラシム密行ヲ以テ生命トスル予審制度ハ此ノ弊害ノ生ミタル良果ニ外ナラス 三 裁判ヲ為ス者ハ常ニ受動的ノ地位ニアリテ毫モ扞発的行動ヲ採ル能ハサルヲ以テ錯雜セル案件ニアリテハ罪証ヲ蒐集スルノ機會ヲ得難ク偶々好機ニ際会スルモ之ヲ逸スル憾ミ多ク其ノ結果トシテ誤謬ノ裁判ヲ頻發セシム」と考えられていた。訴追機関と審理機関とを分離することにより、兩者の責任配分が明らかとなり、裁判官の予断排除——裁判の

公平性の維持、裁判官の職権追及にもとづく審判開始の乱用よりも不告不理の原則の公平さを指摘している。しかし、裁判官の職権探知の重要性が、裁判官の受動的地位に比して強調されている。つぎに、糺問主義については、まず、「糺問制ノ長所ヲ挙クレハ 一 裁判ヲ為ス者ハ即チ犯罪ヲ検挙スル者ナルヲ以テ換言スレハ訴追裁判ノ職権ヲ兼有スルヲ以テ扞発的ノ行動ヲ採ルニ於テ毫モ羈束ナキ自由ノ地位ニアリ罪証ヲ蒐集スルニ付キ何等ノ不便ヲ感ズルコトナシ吞舟ノ魚ヲ逸スルカ如キ遺憾アルコト稀ナリ 二 当該機関ハ重責ヲ負フヲ以テ不精勤ナルコトヲ得ス権力ヲ有スルヲ以テ畏怖圧迫其ノ他ノ原因ノ為メ其ノ活動力ヲ鈍ラシムルコトナシ但賄賂ニ毒セラルルノ弊ヲ全然脱スルヲ得サルノミ 三 此ノ制ノ特徴タル審理ノ密行ハ証拠ノ蒐集ニ便宜ヲ得セシメ其ノ湮滅、捏造ヲ防クニ最モ適スルモノニシテ加之犯罪嫌疑者ノ恥辱ヲ大ナラシメス其ノ痛苦ヲ少カラシム」とされ、職権証拠蒐集、密行審問の利点が強調されていたが、「然レトモ其ノ弊ヤ其ノ利ヲ以テ償フヲ得サルモノアリ」との認識があった。すなわち、「一 先入為主ノ弊殊ニ甚シ 二 裁判ヲ為ス者ノ労苦甚大ナリ一身二重ノ負担アレハナリ 三 不告不理ノ理想ニ背馳ス 四 事件ハ秘密猜疑ノ空氣ニ漂フ 五 弾劾者ニ対シ弁護者ハ常ニ劣等ノ地位ニ立ツ 六 裁判機関ノ地位ニ在ル者権力ヲ濫用シ易シ 七 冤者ヲ生スルモ社会ハ之ヲ知ル機会ナク人心ヲ險惡ナラシムル点ヨリ觀察スレハ寒心ニ堪ヘサルモノアリ」というものであり、予断・偏見・先入観の介在する可能性、不告不理の原則の否定、当事者の不对等、裁判機関の専断的支配、そして、秘密裁判に対する社会の不信感が、糺問主義に対する批判点としてあげられていた。

これに対して、「其ノ手續ノ一部ヲ糺問制ニ汲例之証拠ノ職蒐集、如シ弾劾制ノ凡ニル長所人權ノ尊重ヲ以テ骨子トス」を折衷した「折中制」は、一 弾劾ナクハ刑事事件ハ成立セス 二 弾劾ハ国家機関タル検事ノ司ル所ニシテ個人ハ其ノ補助者ニ過キス 三 訴訟手續ハ二段ニ大別セラレ予審ヲ以テ第一段トシ之ヲ司ル判事予審ハ予備的裁判ヲ為ス第二段ハ本審ニシテ之

ヲ司ル判事ハ終局的裁判ヲ為ス無罪免訴ノ裁判ハ予審ニ於テモ之ヲ為スコトヲ得 四 判事ハ事案ニ對シ自由ナル心証ヲ以テ裁判ヲ為シ其ノ心証ヲ生スルニ至レル心理作用ヲ開陳スルノ義務ナシ 五 審理ハ弁論ノ方法ヲ用ヒ被告ハ自ラ弁護シ且弁護人ヲ用フルノ自由ヲ有ス 六 事件ノ種類ニ依リ陪審(Jury)ヲシテ事實判断ヲ專掌セシム」として、彈劾主義、予審前置制度、自由心証主義、弁論主義が強調され、これに加えて、糺問主義の利点である職權証拠収集・職權探知主義が賞揚され、かつ、糺問主義に比した人權の尊重が理念的に目的とされたのである(板倉・中尾『刑事訴訟法指歸』二頁〜七頁)。

二

このような歴史的な位置づけと内容をもったフランス治罪法を數移的に移入したわが国の治罪法は、当然に、その性格を直接的に継受した法典であった。

まず、公訴については、「第一条 公訴ハ犯罪ヲ証明シ刑ヲ適用スルコトヲ目的トスル者ニシテ法律ニ定メタル區別ニ從ヒ檢察官之ヲ行フ」と定め、また、「第三条 公訴ハ被害者ノ告訴ヲ待テ起ル者ニ非ス又告訴私訴ノ棄權ニ因テ消滅スル者ニ非ス但法律ニ於テ特ニ定メタル場合ハ此限ニ在ラス」として、「公訴ハ獨立不羈ノ者」であることを規定し、歴史的には、いわゆる糺問主義に先立つ彈劾主義、すなわち、私人訴追主義からの訣別を明定している。つぎに、「起訴」に関しては、「第一百七条 檢事犯罪ノ捜査ヲ終リタル時ハ左ノ手續ヲ為スコシ 一 重罪ト思料シタル事件ニ付テハ予審判事ニ予審ヲ求ム可シ 二 輕罪ト思料シタル事件ニ付テハ其輕重難易ニ從ヒ予審ヲ求メ又ハ直チニ輕罪裁判所ニ其訴ヲ為スコシ」とされ、「第九十九条 檢事予審ヲ求ムル時ハ証憑及ヒ事實參考ト為ル可キ事物ヲ送致シ且臨檢ス可キ場所逮捕ス可キ人名及ヒ原被ノ証人ト為ル可キ者ヲ指示スコシ」と定められていた。この檢察官

の処分に関し、村田保註釈『治罪法註釈・卷一』は、「第一被告事件重罪ナリトスル時ハ予審判事ニ対シ云々ノ事件ニ付キ誰某ニ対シ予審アランコトヲ請求シ又未タ被告人ノ誰某タルコトヲ知ラサル時ハ止タ云々ノ事件ニ付キ予審アランコトヲ請求ス可シ」と述べている。この点を、治罪法の予審制度の在り方との関連において、弾劾主義、あるいは、不告不理の原則の実体を検討してみよう。第三章「予審」においては、「第百十三条 現行ノ重罪軽罪ヲ除クノ外予審判事ハ前章ニ定メタル規則ニ従ヒ検事……ノ請求アルニ非サレハ予審ニ取掛ルコトヲ得ス此規則ニ背キタル時ハ其請求ヨリ以前ニ係ル手續ノ効ナカル可シ」と規定し、右註釈は、「裁判官ハ告ナクシテ理ス可カラサルハ治罪法ノ一大原則ナリ故ニ其審理ヲ行フニハ必ス先ツ原告人ヨリ規則ニ従ヒタル請求アルコトヲ要ス是レ當ニ公判ノミナラス予審ニ於テモ亦然リ本条ハ乃チ其原則ニ定メタル者ナリ」(二四ノ二五葉)と述べている。以上の点から治罪法の弾劾主義に対する例外が明らかとなる。

一 前記引用の『註釈』からも読み取れるように、検察官が公訴提起をするにあたって、事件の指定はできるが、被告人の指定・特定ができなくとも予審を請求できるという形が採られていることから、被告人の特定に関しては、裁判所による職権追求が認められていたと考えられうる。

二 つぎに、同じく被告人に対する職権追求に関して、治罪法は、「附帯犯」なる概念を認め、弾劾主義の例外を設けた。すなわち、「二百七十六条 裁判所ニ於テハ訴ヲ受ケサル事件ニ付キ裁判ヲ為ス可カラス但弁論ニ因リ発見シタル附帯ノ事件及ヒ公廷内ノ犯罪ニ付テハ此限ニ在ラス 若シ附帯ノ事件ニ付キ予審ヲ必要ナリトスル時ハ本案ノ裁判ヲ停止スルコトヲ得」と規定し、さらに、「附帯ノ事件」、すなわち、附帯犯については、「第三十九条 左ノ場合ニ於テハ附帯ノ犯罪ナリトス 一 同一ノ場所ニ於テ同時ニ一人又ハ数人ニテ数罪ヲ犯シタル時 二 数人通謀

シテ日時又ハ場所ヲ異ニシ数罪ヲ犯シタル時 三 自己又ハ他人ノ犯罪ヲ容易ニスル為メ又ハ其罪ヲ免カルル為メ他ノ罪ヲ犯シタル時」と規定し、この規定は、旧旧刑事訴訟法一八四条・一八五条にそのまま引き継がれている。本条の趣旨は、「一罪ト他ノ数罪ト密著牽連スル」犯罪であつて、「時日ト場所トノ牽連ニ因テ附帶スル」犯罪、「数人ノ通謀ニ因テ附帶スル」犯罪、「目的ヲ因テ附帶スル」犯罪等については、「気脉相通スルヲ以テ同一ノ裁判所併セテ之ヲ管理スル時ハ犯人ノ情状ヲ審究シ刑ノ輕重ヲ折衷斟酌スルニ付キ大ニ宜キヲ得ル所アリ」（前掲『註釈・卷二』六〇七葉。なお同『註釈・卷六』一六〇一七葉）というものであつた。それゆゑ、牽連犯、包括罪、任意的共犯、必要的共犯等が、附帶犯として処遇される可能性をもつた（なお、旧旧刑事訴訟法一八四条・一八五条参照）。

三 公判における偽証・偽鑑定等の場合に於て、起訴なきにもかかわらず、裁判所が被疑者を予審判事に送附する手続（前掲『註釈・卷六』二七〇二八葉）（なお、旧旧刑事訴訟法一九五条参照）。

四 「現行ノ重罪輕罪」に関しては、彈劾主義の例外を認め、「法律ニ於テ現行非現行ヲ區別スルコトハ止タ其処分ニ異ナル者アルヲ以テナリ非現行ニ付テハ常例ヲ用フ 検事……ノ請求アルニ非サレハ予審判事檢証其他ノ処分ニ取掛ルコトヲ得ス 現行犯ニ付テハ非常例ヲ用フ」とされ、この非常例とは、「判事ノ職權ヲ以テ直チニ檢証及ヒ其他ノ処分ヲ為スコトヲ得」（第二百一条参着）是レ其処分急速ヲ要スルヲ以テ予審判事自ラ訴ヲ提起シタル者トス」というものであつた（なお、旧旧刑事訴訟法一四二条・一四三条参照）。

以上のような治罪法の諸規定の在り方から、同法が、訴訟の形式的原理としての彈劾主義を採用しつつも、同時に、被告人との関係において、訴訟の形式的原理としての糺問主義を広く採り入れていたことは明らかである。この点を強調して、わたくしは、これを主觀的糺問主義（对人的糺問主義）という表現で呼んでおいた（拙稿『訴因と公

『訴事実』に関する一考察——公訴事実概念を中心として——」同志社法学一五三号所収)。そして、この糺問主義は、ただ単に訴訟の形式的原理にとどまらず、例えば、公判において附帯犯に関する裁判所の職権追求を認めるという意味において、訴訟の実質的原理としての糺問主義でもあった訳である。同じく主観的糺問主義と呼ぶことができる。この種の諸規定は、そのまま旧旧刑事訴訟法に引き継がれたが、旧刑事訴訟法の制定に伴い全面的に廃された。

それでは、いわゆる「事件」に関してはどうかであらうか。右に述べた附帯犯のみならず、現行犯の場合については、主観的糺問主義であるのみならず、同時に、客観的糺問主義(対物的糺問主義)でもあるわけであるが、ここでは、訴訟構造の在り方と訴訟対象に関する原則的態様について考察してみよう。

訴訟の形式的原理としての弾劾主義にもとづき、検察官の「事件」に対する公訴提起によって開始される予審は、前述したように、検察官から事件に関する証拠資料の送致をうけ、あるいは、搜索すべき場所、押収すべき物、そして、逮捕すべき被告人、召喚すべき証人等の指示をうけ、「第一百八条 予審判事ハ検事……ノ起訴ニ因リ重罪軽罪ノ事件ヲ受理シタル時ハ被告人ニ対シ先ヅ召喚状ヲ発ス可シ」とされ、「召喚状ニ因リ出廷シタル被告人ハ即時ニ之ヲ訊問ス可シ」(同条)とされるほか、「訊問」のための種々の強制処分権が認められていた(勾引状・勾留状・収監状)。そして、「検事ハ予審中何時ニテモ予審判事ニ請求シテ訴訟書類ヲ検閲スルコトヲ得」とされ、これは「検事ハ公益ノ利益ニ関シ予審ノ模様及ヒ其結果ノ如何ヲ知り得ルノ権アリ」とされていたことに基づくとともに、「検事ハ必要ナリトスル処分ニ付キ臨時其請求ヲ為スコトヲ得ルハ職務上固ヨリ当然ナリ」(前掲『註釈・巻三』二九葉)として、検察官と予審判事とは協力関係にたっていた。

つぎに、「公判」については、まず、違警罪公判は、「一 検察官ノ請求ニ因リ書記局ヨリ被告人ニ対シ発シタル

呼出状 二 予審判事又ハ上等ノ裁判所ノ判決ニ因リ其事件ヲ移スノ言渡」(三二二条)を要件として、違警罪裁判所に係属するものとされ、「検察官ハ被告事件ヲ陳述ス可シ」(三二七条)とされていた。軽罪公判に関しては、軽罪裁判所が公訴を受理し、その条件は、「一 検察官ノ請求ニ因リ書記局ヨリ被告人ニ対シ発シタル呼出状 二 予審判事軽罪裁判所会議局又ハ上等ノ裁判所ノ判決ニ因リ其ノ事件ヲ移スノ言渡」とされ(三四七条)、「検察官ハ裁判長ヨリ被告人ノ氏名年齢職業住所及出生ノ地ヲ問ヒタル後被告事件ヲ陳述ス可シ。……調書又ハ申立書アル時ハ書記ヲシテ朗読セシメ次ニ原被証人ノ陳述ヲ聴キ且証拠物件ヲ被告人ニ示シ弁解ヲ為サシム可シ。被告人……ハ答弁ヲ為ス可シ」(三五二条)とされていた。重罪公判については、「重罪裁判所ニ於テハ左ノ条件ニ因テ公訴ヲ受理ス。一 予審判事又ハ軽罪裁判所会議局ノ判決ニ因リ其事件ヲ移スノ言渡 二 控訴裁判所又ハ大審院ノ判決ニ因リ其事件ヲ移スノ言渡」(三七二条)とされ、「重罪裁判所ニ移スノ言渡確定シタル時ハ左ノ區別ニ從ヒ公訴状ヲ作ル可シ。……」(三七三条)、また、「公訴状ニハ重罪裁判所ニ移スノ言渡書ニ記載シタルヨリ以外ノ事件又ハ被告人ヲ記載ス可ラス」(三七五条)とされていた。さらに、「裁判官検察官及ヒ書記各其席ニ就キタル後即時ニ訊問及ヒ弁論ニ取掛ル可シ。……」(三八八条)、「裁判長ハ書記ヲシテ公訴状ヲ朗読セシムルニ付キ注意シテ聴ク可キコトヲ被告人ニ告知ス可シ」(三九〇条)、「裁判長ハ書記前条ノ朗読ヲ終リタル後被告人ヲ訊問ス可シ。被告人予審中ニ白状シタル事件ヲ確認セス又之ヲ取消サントスル時ハ其事由ヲ弁明セシム可シ。被告人ノ白状アリト雖モ仍ホ其取調ヲ為ササル可カラス」(三九一条)、「裁判長ハ前条ノ訊問ヲ終リタル後証憑ヲ差出スニ從ヒ其証憑ニ付キ弁解ヲ為シ且自己ノ利益ト為ル可キ反証ヲ差出スヲ得可キコトヲ被告人ニ告知ス可シ」(三九二条)と規定されていた。

ところで、公判通則中の公判の証拠に関しては、「公判ニ於テ用フ可キ証拠ハ予審ニ於テ用フ可キ証拠ニ同シ」

(二八三条)、「調書ヲ作りタル司法警察官ハ檢察官其他訴訟關係人ヨリ証人トシテ之ヲ呼出シ又ハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ呼出スコトヲ得。予審判事ハ裁判所ノ職權ニ因リ又ハ檢察官其他訴訟關係人ヨリ其裁判所ノ允許ヲ得テ調書説明ノ為メ之ヲ呼出スコトヲ得」(二八七条)、「予審ニ於テ訊問シタル証人ハ更ニ之ヲ呼出スコトヲ得。予審ニ於テ録取シタル証人ノ陳述書ハ更ニ証人ヲ呼出ササル時証人呼出ヲ受ケ出廷セサル時又ハ予審及ヒ公判ニ於テノ陳述ヲ比較ス可キ時ハ檢察官其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ又ハ裁判長ノ職權ヲ以テ之ヲ朗読セシムルヲ得」(二八六条)との規定がなされていた。

右の諸規定は、旧旧刑事訴訟法にそのまま引き継がれたが、その運用の実態と改正にあたつてどのように取り上げられるべき問題であつたのかを、後にも引用する『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會會議録』(大正一一年)より転載・紹介してみよう。「……陪審制度ナルモノハ、全ク彈劾主義ノ權化デアリマシテ、少シモ糺問主義ヲ用キナイ、総テ公開ノ席デ公ニ証拠ヲ取調べテ、ソレデナケレバ判断スルコトが出来ナイト云フコトニナツテ居ル、斯ウ云フ法案ガ今政府カラ出ヤウトシテ居ル、ソコヘ持つテ行ツテ今度ノ刑事訴訟法ヲ一貫シテ見ルト云フト、先ツ予審ヲ經タル事件ニ付テハ、其予審ノ記録ガ総テ証拠ニナル、是ハ裁判制度ト非常ナ相違ノ点デアル、矢張此点ハ私ノ憂ヘテ居ル糺問主義デアル、所デソレハ第一審ガ地方裁判所ノ場合デアリマスルガ、予審ヲ經由セナイ区裁判所ノ事件……此区裁判所ノ事件ニ付テハ、地方裁判所ノ例ヲ追ハナイデ、何デモ証拠ニナル、誰ガ蔭デ調べタ事デアツテモ何デモ、皆ソレガ証拠ニナル、而シテ裁判所構成法ニ依ルト……モウ日本ノ裁判制度デハ、区裁判所ノ事件ト云フモノガ殆ド中枢ニナツテ居ル、懲役十五年ニモ、单独判事デ言渡が出来ルコトニナツテ居ルノデアル、是ハ中々重大ナ事件ガ其間ニ多イノデアリマスル、サウ云ウ事件ニ於テスラモ非常ナル糺問主義ヲ發揮シテ、公判廷デハ唯タ書面ヲ読聴カスト云フダ

ケデ、何処デ密行シテ取調べタ書類デモ何デモ、悉皆ソレデ以テ裁判ガ出来ルコトニナツテ居ル、」(二六七―二六八頁)との指摘がなされている。

明治二三年、旧旧刑事訴訟法が公布・施行され、治罪法は廃止された。その理由は、明治二二年、帝国憲法が発布され、翌二三年より施行されて、イギリス・フランスの立憲制度を採り入れた三権分立の近代的立憲政体が確立することに伴い、憲法の章条に依じて通常裁判所の構成を変更する必要が生じ、また、治罪法の不備・欠陥が感ぜられたことによる。それゆえ、同年、裁判所構成法が同じく公布されている。ドイツにおいては、フランス治罪法に範をとって、一八七三年、刑事訴訟法第一草案、翌一八七四年、第三草案および同理由書が示され、一八七四年、裁判所構成法第二草案と共に議會に提出され、一八七七年、両法が公布された。この両法は、わが国の旧旧刑事訴訟法および裁判所構成法に影響を及ぼし、ドイツ法を加味する因となったものであったが、わが法の改正は、主として、裁判所の構成、管轄、抗告制度の創設、再審事由の拡大、そして、民事原告人の予審判事に対する起訴、予審上訴および哀訴の廃止といった点に限られたものであって、旧旧刑事訴訟法は、依然として治罪法の基礎のうえにたっていた。治罪法をドイツ法的に若干修正したものであったにすぎなかった。それゆえに、治罪法および旧旧刑事訴訟法を通じて、訴訟の構造にかかわる章条は、その法典上の位置に変更がありはしたが、表現・内容上の変更は加えられてはいなかった。

次章においては、旧旧刑事訴訟法から旧刑事訴訟法への移行を取り扱うことによって、訴訟の構造にかかわる、あるいは、審判の対象にかかわる資料について触れてみよう。そこにおいて、治罪法および旧旧刑事訴訟法の運用における問題点を、いくばくか垣間見ることができらるであらう。

三

大正十一年、明治刑訴法の全面改正を伴って、旧刑事訴訟法が公布された。その改正点は、多岐にわたっているが、本稿の論題とのかかり合いからは、つぎの諸点を挙げることでしよう。一、従来の密行予審が改められ、予審中に弁護人の選任を行なうことを認め、かつ、予審の手續について一定の範囲において弁護人が審理に関与することができることとした。二、証人、被告人に対する訊問権は、裁判長の専権であったがため、陪席判事は、裁判長に告げて自ら訊問することができたが、弁護人の場合は、裁判長に訊問を請求することにより裁判長が訊問するという形であったため、自ら訊問することができなかったのを改め、弁護人は、裁判長の許可を得て直接証人、被告人に訊問することができる権利を与えられた。三、明治刑訴法においては、法文上は公判を中心に規定していたが、実際上は予審が中心的手続となり、公判が形式的なものになっていたのを改め、予審は公判の前提手続であることを明確にするために多くの規定がおかれた。予審を起訴前手続にするという提案もなされていたが、従来通り、起訴後の手続とされた。四、不告不理の原則の確立。この点に関する法案提出理由をめぐる質疑・回答を引用してみよう。「山岡政府委員……不告不理ノ原則ニ付キマシテハ、……現行法ノ如ク此附帯犯ノ如キモノハ全ク認メナイノデアリマス。其点ハ……純粹ナル弾劾主義デアリマシテ、検事ノ主張シナイ限りト云フモノハ、如何ナルコトモ裁判スルコトハ許サナイ、斯ウ云ウ風ニ此案ハナツテ居リマス」『黒住委員……『公訴ヲ提起スルノニ被告人ヲ指定シ犯罪事實及罪名ヲ示スヘシ』トアル、此犯罪事實ハ本案ノ理由書ニモアリマス如ク、刑ノ確定スル其基礎トナルベキ犯罪事實デアリマセウガ、極メテ大切ナル事ト考ヘマスルノデアリマス、然ルニ従来ノ区裁判所等ノ検事ノ起訴事實ヲ見マスト云フト、極メテ簡単若クハ雜駁ノモノデアル、司法警察官ノ意見書ノ通リト云フヤウナ風ニ書イテアルノガアリマス、ホンノ

三行ばかりノモノデ、何処ガ公訴事実カ、事実トシテ判断致シマスルニハ、余リ簡單ニ過ギルヤリ方ガアル、……何カ本法ガ施行サレル曉ハ、検事ニ対シテ一定ノ訓示デモ御出シニナツテ、此犯罪ノ事実ノ方針ニ対スル訓示デモナサルノデアリマスカ、極メテ具体的ノコトデアリマスカ、横領罪ノヤウナモノニシヤウガ、何ニシヤウガ一向差支ナイト云フ一ツノ方針ヲ執ツテ居リマスカ、此点ヲ伺ヒタイ」との質疑に對して、「林政府委員 犯罪事実ヲ指定スベシト云フ意味ハ、何如ナル事実ニ付テ公訴ヲ提起シタノデアルカト云フ事ヲ、他ノ事実ト弁別スベク明カニスル意味デアリマシテ、法文トシテハ是デ十分デアルト思ヒマスガ、實際ノヤリ方ニ付テハ法文ノ精神ニ合フヤウニ、十分考慮スル必要ガアルト考ヘテ居リマス、今日ノ取扱ニ於テ、往々ニシテ今御話ノヤウナ司法警察官ノ意見書ノ通リト云フヤウナコトヲ書キマシテ、司法警察官ノ意見ハ、犯罪事実ガ頗ル乱雜デアル、ドレガ起訴事実デアルカ、十分ニ明瞭デナイヤウナコトガ絶対ニナイト云フヤウナ次第デハナイノデアリマシテ、之ニ付テハ司法当局トシテハ、度々注意ヲ与ヘテ、サウ云フ事ノナイヤウニ努メテ居リマス、最近ニ於テハ、サウ云フ事ハ余リ無イノデアラウト信ジテ居リマスガ、此法案ヲ実施スルニ当リマシテハ、ソレ等ノ点ニ付テモ一層注意ヲシテ、此法案ノ精神ヲ十分ニ貫クヤウニ努力致ス考デ居リマス、ソレカラ又罪名デアリマスガ、是ハ公訴ヲ提起スルニ付テハ、罪名ヲ書ケト云フコトヲ法律ガ命ジテアルノデアリマスガ、併ナガラ裁判所ガ段々調べマシタ結果、事実ハ基本ニ於テ変リナイ、併シナガラ之ニ附帶スル情状が變ツタガ為ニ、罪名ニ相違ガ生ジテ来ル、斯ウ云フコトガアリマシテモ、ソレハ起訴ノ範圍外ニナル、斯ウ云フコトニワナリマセス趣旨デアリマス」と回答している。治罪法ならびに旧旧刑事訴訟法においては、現実には、（法の趣旨に反して）予審中心の手續となっており、檢察官の公訴提起は、犯罪事実の摘示というよりも、予審判事に対する証拠資料の引継ぎ、嫌疑説明に重点のあったことが判る。

さて、旧刑事訴訟法案理由書(大正十一年)について、右の諸点を検討してみよう。まず、同法二八二条(旧旧刑訴法二八〇条)は、「公訴ハ検事ノ指定シタル被告人以外ノ者ニ其ノ効力ヲ及ボサス」と規定し、同理由書は、「現行法(旧旧刑訴法——筆者)ハ裁判官ノ職權追及ノ制ヲ認メ弾劾式主義即チ不告不理ノ原則ニ例外ヲ設ケタリ本案ニ於テハ此ノ例ニ從ハス国家ノ代表者タル検事原告ノ地位ニ立チ被告ニ對シテ訴追ヲ為シ訴追ヲ受ケタル被告ハ当事者ノ地位ニ立チテ之ト對立シ裁判所ハ双方ノ上ニアリテ審判ノ職務ノミヲ行フヘキモノトシ検事訴追ヲ為スニ非サレハ絶対ニ刑事ノ審判ヲ為スヲ得サルモノト為シ不告不理ノ原則ヲ貫徹シタリ故ニ検事公訴ノ提起ヲ為スニ付テハ必ス被告人タルヘキ者ヲ指定スルコトヲ要シ公訴ノ効力ハ指定シタル被告人以外ニ及フヘカラサルモノト為ス本条ハ此ノ義ヲ明ニシタルモノナリ」と述べている。同じく、旧刑訴法二九三条(旧旧刑訴法二九一条)は、「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ザルトキハ容貌体格其ノ他ノ徴表ヲ以テスヘシ」と規定し、同理由書は、「公訴ハ科刑權ノ確定ヲ要求スルモノナルヲ以テ其ノ基礎ト為ルヘキ犯罪事實ヲ挙示セサルヘカラス而シテ本案ニ於テハ不告不理ノ原則ヲ貫徹シ如何ナル場合ニ於テモ公訴ヲ以テ指定シタル被告人以外ノ者ニ對シテ審判ヲ開始スルコトヲ得ス故ニ公訴ヲ以テ被告人ヲ指定スヘキハ当然ナリ……」と述べている。治罪法および旧旧刑訴法においては、被告人に對する關係において職權追及の例外が存在し、「誰れが、如何なる犯罪を犯したか」を究明することに訴訟の目的があつたのに對して、旧刑訴法にあっては、「当該被告人は、如何なる犯罪を犯したか」を究明することに訴訟の目的が移つたことを意味している。この訴訟目的によつて訴訟の構造は決定され、訴訟の實質的原理としては、治罪法・旧旧刑訴法においては、主觀的糺問主義、客觀的糺問主義が支配し、旧刑訴法においては、主觀的彈劾主義、客觀的糺問主義が支配したと特徴づけることができよう。ちなみに、右

の特徴づけとの対比において現行法の在り方を特徴づけるならば、「当該被告人は、当該犯罪に犯したか」を究明することに訴訟の目的があり、それゆえに、主観的弾劾主義、客観的弾劾主義と呼ぶことができる。

ところで、旧刑事訴訟法の制定にあたり、訴訟の構造について、どのような考え方があったかを、前掲の『刑事訴訟法案^{衆議院貴族院}委員会議録』（法曹会大正十一年）より引用してみよう。まず、旧刑事訴訟法の構造的 성격に関して、就中、

弾劾主義に関して質疑がなされ、「原委員……刑事訴訟ノ歴史、現今ノ立法ノ趨勢ニ関シテハ、言フマデモナク弾劾主義糺問主義ノ跡ガアツテ、各国共ニ弾劾主義ハ刑事訴訟ノ理想手續デアル、斯ウ云フ風ニ見ラレテ居ルノデアリマスガ、是ハ言フマデモナイ事デアリマスガ、其弾劾主義ト云ヒ糺問主義ト云ヒ、是ノ見方ガ違ツテハ是コソ意見ノ相違ノアル所デアリマスガ、私ノ見ル所ニ依レバ弾劾主義ト云ヒ、糺問主義ト云ヒ、是ハ唯ダ独リ公判手續ノ問題ダケデハナイヤウ考ヘテ居ルノデアリマス、狭キ意味ニ於テハ、固ヨリ公判手續ノ問題タルニ相違ナイ、併ナガラ刑事訴訟ノ大体ノ主義カラ云ヘバ、弾劾主義糺問主義ナルモノハ、矢張訴訟手續ガ開始セラレル検事ノ、若クハ司法警察官ノ訴訟行為ヲ為ス其出发点カラ全体ニ綜合シテ考ヘルモノト思ヒマス、ソレハ何故カト云ヘバ、公判廷ニ於テハ是等ノ取調べタ結果ガ証拠ニナルカナラヌカ、裁判官ガ之ニ依ツテ判断ヲ為スカ為サナイカト云フ問題デアルノデアリマスカラ、ソレデ私ハ弾劾主義ガ矢張出来ルダケ裁判ヲ公ニシテ、サウシテ当該官吏ノ専横ノ無イヤウニスルノガ理想デアル、斯ウ云フ風ニ見テ居ルノデアリマス、又其結果証拠モ裁判官ノ自由ナル判断ニ任サレルト云フ風ニ動クノデアリマスカラ、密行シタル裁判ガ——公ノ手續ニ依ラヌデ取調シタ証拠ガズンズン法廷ニ於テ判事ノ裁判ノ証拠ニナルト云フナラバ、是ハ矢張糺問主義ノ結果ニナルノデアリマスカラ、私ノ申ス弾劾主義ト云フノハ、結局サウ云フ意味ノ非常ニ広イ意味ニ用キテ居ルノデアリマス、之ニ反シテ糺問主義ト云ヘバ、申スマデモナク訴訟開始以後ノ公開

シナイ席デ取調べタモノデモ、ズンズン其書面ガ証拠ニナル、随テ是ハ始終専横ノ傾ガアル、ソレデアルカラ世界各国ノ刑事立法ニ於テ、是ハ非常ニ排斥ヲ受ケテ宜イト思フノデアリマス、我國ニ於テモ從來人權蹂躪ダトカ、或ハ粗暴ナ事ヲヤルトカ云フヤカマシイ問題ハ何所カラ起ルカト云ヘバ、結局弾劾主義ガ行レテ居ナイカラノコトデアリマセウガ、ソレダカラ世界各国共ニサウ云フ密行主義ノ取調ヲシタモノハ、全部証拠ニシナイガ宜シイト云フ傾向ニナリツツアルノデアリマス 本員ノ憂慮スル所ハ全ク此点ニ在ルノデアリマス 此改正案ノ骨子ガ、若シ其点ニピツタリ合ハナイト云フコトデアルナラバ、ドウモ改善ノ跡ガ十分見ラレナイヤウニ考ヘルノデアリマス」(二六五、二六六頁)と述べている。ここでの論旨は、現在の刑事訴訟法がかかえてきた、そして、今日なおかかえている諸問題が指摘されているといつてよい。弾劾主義そのものの理解は、実質的弾劾主義の考え方を基礎としたものであり、かつ、当該訴訟原理が、捜査段階——公判段階を通じて支配すべきものとして捉えられ、就中、書証すなわち証拠書類の取扱いに言及し、その取扱いの在り方が、訴訟の構造の在り方を決定する契機であることを指摘していることは、今日的である。

この質疑に対する政府委員の答弁は、弾劾主義をあくまで形式的なそれとして捉えていることをその特徴としている。と同時に、旧刑事訴訟法の性格を知るうえで重要である。「秋山政府委員……私共ノ極ク平凡ナ簡單ナ頭デ見テ居リマスル糺問主義ト云フモノハ、被告人裁判所、線ヲ引イテ見レバ、一本シカ線ノ引ケナイ被告人裁判所、此裁判制度ヲ糺問主義ト云フノデアリマシテ原告被告人裁判所、線ヲ引ケバ三角形ニナル、此關係弾劾主義ト申シテ居リマス、裁判制度モ或ハ証拠上ノ直接審理主義、書面審理主義、間接審理主義ト云ヒマスカ、ト云フヤウナモノガ糺問主義ト弾劾主義ト、必然的ノ關係ヲ有スルモノデハナイト私ハ思フノデアリマス、……捕ヘテ来テ自分デ裁判ヲスル大

岡サンガヤラレタ所ノ裁判、是ガ糺問主義ノ裁判、糺問主義ノ裁判ト云フモノハ大岡サンノ立派ナ裁判ガアル、即チ糺問主義ノ裁判ナノデアリマス、併シナガラ是デハ大岡サンナラ宜イケレドモ、大岡サンナラザル裁判官ガヤルトキハ専権専斷ガ行ハレル、ソコデ国家ノ権力ヲ起訴スル者ト、裁判ヲスル者ト分ケナケレバйкаヌ、此分ケタ形ガ即チ彈劾主義デアルト思フノデアリマス、是ハドウモ私共ノ讀ミマシタ日本ノ刑事訴訟法ノ本ニハ、大抵左様ニ書イテアルト思フ、学校デモ私共左様ニ教ヘラレタノデアリマス、非常ニ貧弱ナル語学デ讀ミマシタ所ノ独逸ノ学者ノ書物デモ左様ニナツテ居ル……」(二六八〜二六九頁)と。ここでは、訴追する者と裁判する者とを分明する点において、治罪法および旧旧刑事訴訟法よりも一歩進んだものとなったといえようが、前述の証拠書類の証拠能力に関する質疑からも明らかのように、訴追する者と裁判する者トが実質的にどのような關係にたつかについての理解の欠如が、客觀的糺問主義の性格を濃厚とした旧刑事訴訟法を可能としたのである、といえよう。

この点について、つぎに引用する旧刑事訴訟法の運用に関する質議回答録は、予審制度の訴訟制度における位置づけを明らかにしているといえよう。すなわち、旧刑事訴訟法は、形式的にしる彈劾主義を標榜し、右の委員會質疑・回答からも読み取れるように、予審制度偏重の弊を廃し、換言すれば、公判中心主義を採用したけれども、現実の運用には旧態をとどめたといえる。すなわち、

「改正法ハ公判中心主義ヲ採リ予審ハ被告事件ヲ公判ニ付スヘキカ否カヲ決スルニ必要ナル取調ヲ為スヘキモノト為セリ從テ事件ノ取調ヲ予審ニ集中シ公判ニ於テハ殆ト形式的ノ審理ヲ為スニ止マルカ如キ從來往々見ル所ノ慣行ハ之ヲ改メサルヘカラス然レトモ改正法ノ下ニ於テハ予審取調ノ範圍ハ相当ニ広汎ニシテ手續上重要ナル地位ト価値トヲ有スルモノナリ故ニ予審手續ヲ輕視スルカ如キ誤解ニ陷ラサラムコトヲ要ス (一) 予審手續ニ於テハ被告人ヲ公判

ニ付スヘキカ否ヲ決スルモノナルカ故ニ犯罪ノ具体的事実ヲ明ニスヘキモノニシテ単ニ犯罪構成ノ基本的事実ノ取調ヲ為スヲ以テ足ルモノニ非ス例ヘハ殺人罪ニ付其ノ手段財産罪ニ付被害額ノ如キモ亦予審取調ノ範圍ニ属ス (二) 処罰条件法律上刑ヲ免除スル事由、公訴権消滅事由、訴訟条件其ノ他公訴棄却ノ原由タル事実ノ有無ハ予審ニ於テ取調サルヘカラス (三) 犯罪ノ動機其ノ他ノ事情モ犯罪ノ成否ヲ判断スルニ付必要ナルコト多シ故ニ多クノ場合ニ於テハ此等ノ事実モ予審ニ於テ取調サルヘカラス (四) 單純ニ刑ノ量定ノミニ関スル事実ハ原則トシテ之ヲ取調フルヲ要セス然レトモ公判ニ於テ取調ヘ難シト思料スル事項ニ付テハ予審ニ於テ取調ヲ為ササルヘカラス而シテ所謂公判ニ於テ取調ヘ難シトハ公判ニ於テ取調其ノモノカ不可能ナル場合ノミナラス取調可能ナルモ取調ノ目的ヲ達スルコト困難ナル場合ヲ包含スルモノナリ 以上ハ予審取調ノ範圍ニ関スル大綱ナリトス而シテ右範圍ニ属スル事項ニ付如何ナル程度ニ証拠ノ取調ヲ為スヘキヤト云フニ固ヨリ犯罪事実ニ付確信ヲ得ルノ程度ニテ取調ヲ為スヲ理想トシ犯罪事実ヲ肯定スル確信ヲ生シタルトキ公判ニ付スルヲ本則トスルモ予審ノ公判準備タル性質ニ鑑ミ確信ノ程度ニハ達セサルモ公判ニ於テ審判スルヲ適當トスル程度ノ嫌疑アリト為ストキハ公判ニ付スルノ決定ヲ為スヘク免訴ノ決定ヲ為スヘキモノニ非ス」(司法省参事官大原昇編纂『刑事訴訟法質疑回答録』—大正一三年—二七頁、二九頁)とされたからである。さらにまた、前述の委員会質疑・回答に見られる予審調書偏重の弊害とそれが実質的弾劾主義を無に帰するとする質疑にもかかわらず、同質疑回答録は、「改正法ハ公判中心主義ヲ採ルヲ以テ公判ノ審理ハ固ヨリ其ノ趣旨ニ適用セサルヘカラスト雖必シモ直接審理ヲ必要トスルモノニ非サルカ故ニ公判ニ於ケル取調ニ付テハ深ク各事件ノ内容被告ノ主張証拠関係等ヲ考量シテ適當ノ取調ヲ為サムコトヲ期セサルヘカラス即チ予審ノ取調ニ重キヲ置キテ被告人ノ弁解ヲ輕視シ公判ニ於テハ殆ント形式的ノ審理ヲ為スニ止ルカ如キ弊ニ陥ラサラムコトヲ努ムルト同時ニ予審ニ於

ケル訊問調書ハ証拠ト為ルモノナルヲ以テ固ヨリ之ヲ利用スルコトヲ得ヘク悉ク人証トシテ公判廷ニ喚問スルコトヲ要スルモノニ非サルコトヲ注意セサルヘカラス」(同書三〇頁―三一頁)と記している。

おわりに

以上は、治罪法、旧旧刑事訴訟法(明治刑訴法)、そして、旧刑事訴訟法(大正刑訴法)を通観することによって、訴訟の実質的原理としての糺問主義、弾劾主義の在り方が、立法事情においてどのように現われているかを概略素描してみたものである。

一、世界史的潮流の中にあつて、わが国の刑事訴訟法は、いわゆる折衷主義的刑事訴訟法の時点で、近代刑事訴訟制度への参画を見たということが出来る。この訴訟制度は、訴訟の形式的原理において、弾劾主義を採りながらも、なお、多くの糺問主義的残滓を併存させていた。さらに、捜査段階―訴追段階―予審段階―公判段階を通じて、主観的糺問主義の残存と客観的糺問主義の支配が、治罪法・旧旧刑事訴訟法を通じて行なわれていたことを知ることが出来る。

二、旧刑事訴訟法の時代に入り、主観的糺問主義の残滓は取り去られ、主観的弾劾主義に取って代られたが、「事件」との関係においては、訴訟の実質的原理として客観的糺問主義が依然として支配していた。

三、現行刑事訴訟法における訴因制度の採用と職権探知主義の後退は、訴訟の実質的原理として客観的弾劾主義の採用を可能とし、主観的弾劾主義、客観的弾劾主義として特徴づけられるものとなったといえる。

以上のような訴訟の構造原理の変遷は、当然に、訴訟対象あるいは審判の対象の問題と表裏の関係にたっていることは明らかであり、周知である。前述したところを再度引用すると、

一、治罪法および旧旧刑事訴訟法においては、形式的原理としての弾劾主義を採用しつつも、対被告人との関係、換言すれば、「誰を訴追するか」について糺問主義の残滓を広く併存させ、対「事件」との関係においても予審中心の在り方は、実質的には訴訟の目的を「誰が、如何なる犯罪を犯したか」を解明、究明することに必然的に置かしたというる。

二、旧刑事訴訟法においては、まず、旧来の糺問主義の残滓（主観的糺問主義）を廃止し、被告人との関係において弾劾主義（主観的弾劾主義）を採るところとなったが、予審中心主義から公判中心主義への移行にもかかわらず、予審調書の証拠能力をはじめ広い職権探知を基本とする訴訟構造は、事件との関係においては旧来の糺問主義（客観的糺問主義）を維持し、「当該被告人は、如何なる犯罪を犯したか」を解明、究明することにその訴訟の目的を置いたというる。

三、現行法においては、訴因制度の採用により、また、職権主義の後退によって、さらには、起訴後予審制度の廃止により、「当該被告人は、当該犯罪を犯したか」を吟味・究明することにその訴訟の目的が置かれることになったというる。

本稿は、「はしがき」において述べたように、既刊の拙稿『『公訴事実と訴因』に関する一考察——公訴事実概念を中心として——』（同志社法学一五三号）の前編として位置するべきことを意図して書いたものである。意識的に資料に対する評価・評釈を多言せず、資料をして語らしめるという手法をとった。このような整理を通じて、現行法の諸論点の理解にとってなほどこか有用性のあることが感じとれる。この点については、多くの先哲の論稿をふまえて別の機会に詳論する予定である。

（一九七八年一〇月三十一日脱稿）