

第一章

序 论

第一节 刑事诉讼法的含义

一、刑事诉讼法的含义

（一）概述

刑事诉讼法是以正当、迅速解决刑事案件为目的的法律制度。所谓刑事案件，是指因犯罪应受刑罚的案件；所谓正当迅速解决刑事案件，是指根据法律程序，在保障个人人权的同时查明案件真相、恢复社会法律秩序。解决民事案件，主要根据私人自治原则，不一定需要民事诉讼法，依靠当事人的协商也可以解决。但是，如果涉及到犯罪与刑罚问题的刑事案件，为了澄清事实和维护个人人权的需要，必须依靠刑事诉讼法解决案件（宪法第 13 条）。

对于犯罪造成的社会混乱，刑事诉讼法依靠各种方法予以解决。既有慎重选择程序以彻底查明真相的案件，也有采用比较简单的程序处理的案件，还有使用刑罚以外的方法予以解决的案件。刑事诉讼法是规制所有这些案件解决方法的法律制度。

刑事诉讼法的含义有最广义、广义和狭义之分。所谓最广义的刑事诉讼法，是指侦查程序、审判程序、执行程序的整个程序。刑事诉讼法规定了整个程序。这称为“刑事程序”。所谓广义的刑事诉讼法，是指其中的侦查程序和审判程序。所谓狭义的刑事诉

讼法 只指其中的审判(审理、判决 = 审判)程序。

刑事诉讼法分为形式意义上的刑事诉讼法与实质意义上的刑事诉讼法。前者指刑事诉讼法法典，后者除了刑事诉讼法法典外，还指宪法、刑法、刑事诉讼规则、裁判所法、检察厅法、辩护士法律(译注)监狱法、少年法、刑事补偿法等一切有关刑事司法的法规。关于后者，人们议论的焦点是刑法与刑事诉讼法的关系，以及宪法与刑事诉讼法的关系。^①

(二) 刑法与刑事诉讼法

刑法通过刑事诉讼法来实现。规定犯罪与刑罚的刑法，只有通过刑事诉讼法才能实现(宪法第 13 条)。在这个意义上说 刑法与刑事诉讼法同为一体。但是，刑事诉讼法的任务是重视实现刑法，还是侧重从更为广泛的角度解决刑事案件，可以决定刑法与刑事诉讼法两者关系的紧密程度。前者是重视维持秩序的国家、社会的基本立场，后者是重视人权保障的国家、社会的基本立场。现在的日本法应该以后者的立场为基础，以前者的立场为补充。

其次，刑法因刑事诉讼法而相对化。过去刑事诉讼法曾位于刑法的辅助法地位(即重视实体法的思想)。但是现在，人们把刑事诉讼法理解为是具有独立于刑法意义的法律，已经认识到程序自身具有的价值(即重视程序法的思想)。程序法固有的规范可能导致实体法规范发生变化。例如，收集证据的程序违法，其证据的有效性不被承认，法庭排除该证据(参见本书第 241 页以下“违法

刑事诉讼法学的对象 关于刑事诉讼法学应以什么为研究对象，有“刑事诉讼法”与“刑事诉讼”的区别〔关于刑事诉讼法，请参照内田一郎编译的卡尔·佩特斯(Karler, Karl, 德国刑法学家, 1904 年生。——译注)所著《西德现代刑事诉讼法、刑法、行刑论文集》(1980 年、早稻田大学比较法研究所)第 22 页以下)。刑事诉讼法学也是法解释学，所以理所应当成为刑事诉讼法的研究对象。因刑事诉讼法展开的程序事实本身也必须是研究的对象。上述程序事实自身可以称为“刑事诉讼”或“社会的刑事诉讼(ein soziales Strafprozess)”(Roxin)。刑事诉讼法学的研究对象必须涉及社会性的刑事诉讼。

收集证据的排除法则”），其结果 因为不存在犯罪的证据 犯罪嫌疑人可能被判无罪。此外，也有因程序的原因被判实体法并无规定的刑罚。关于被告人控诉案件，根据上诉不加刑的不利益变更禁止原则（第 420 条）如原判定为盗窃判惩役（日本刑法规定的一种自由刑，分有期与无期——译注）1 年，即使上告审定为抢劫也不能判处 1 年以上的刑罚。^①

（三）宪法与刑事诉讼法

在日本国宪法中，关于刑事程序的条目有 10 条之多（宪法第 31 条至第 40 条）。旧宪法中关于刑事程序的条目只有 3 条，因此可以了解到现行宪法重视刑事诉讼法的程度。刑事诉讼法必须根据最高法规的宪法规范解释、运用。这是刑事诉讼法被称为“应用宪法”的原因。在这个意义上说，宪法与刑事诉讼法同为一体。刑事诉讼法重视宪法所要求的人权保障，所以人们也称刑事诉讼法是“宪法性的刑事诉讼法”。这个说法具有的含意是，在解释刑事诉讼法时，其大前提是宪法规范。因为宪法与刑事诉讼法同为一体，可以认为这种说法理所应当。它表示这样一种价值判断，即在保障人权与必罚主义相互冲突时，宪法要求的保障人权应该优先。

二、刑事诉讼法的历史

（一）西洋法的接受、继承

日本在明治以后 相继大量接受、继承了法国法、德国法以及英美法等西洋法，最终形成了今天的刑事诉讼法。因此，今天的刑事诉讼法混有法国法的要素〔例如“公诉权（*action publique*）的观念等〕、德国法的要素〔例如“公诉事实的同一性（*Identita der Tat*）的观念〕以及英美法的要素〔例如“诉因（*count*）”、“传闻证据（*hearsay evidence*）”的观念〕，而且这些要素被日本化（*Japanisierung des westlichen Rechts*）了。日本的刑事诉讼法属于“混合法（*mixed*）”。

^① 小野等著：《刑事诉讼法》（下）（袖珍注释）1986 年有斐阁 第 1077 页。

system)”。下面，我们先将日本所接受继承的西洋法的基本观念做一基本描述。

明治时期我国引进的刑事诉讼法制度，基本上是“改革了的刑事诉讼法(Reformierter Strafprozess)”制度。这种制度是欧洲克服了“纠问式(Inquisitionsprinzip)的刑事诉讼程序”以后建立起来的，以“控辩式(Akkusationsprinzip)的刑事程序”为中心的刑事诉讼制度。纠问式的刑事程序形成于近世，它与中世的“神判”不同，是作为人的“理性”的审判制度出现的。其典型是1532年制定的加洛林纳刑法典(Constitutio Criminalis Carolina)。这部法典规定“国家”审判犯人，而非“上帝”。国家既是追诉人，也是法官。因此程序结构是国家与犯人的两面结构。其程序形态也是秘密主义、书面主义。所谓“纠问”，就是审问官单方面审问犯人的程序。这种纠问式的刑事程序是十分残酷的制度。的确，理性的审判形成了证据审判主义，证据能够证明犯罪即判有罪；不能证明犯罪则判无罪；两者均不清楚时则判案情不明(nonliquet)。这种审判方式的确单纯明了，但其证明方法却存在问题。证明犯罪采取法定证据主义，为了宣判有罪须有“两名以上目击证人”或“被告人的自白”，因此如果有某种犯罪嫌疑而又不能满足这项条件的話，这种制度允许拷问。这就形成了残酷的刑事司法。而且在真相不明时，实行暂时释放〔审级释放(absolutio ab instantia)〕，随时可以再次开始审理〔亦可判处嫌疑刑(Verdachtsstrafe)〕。因此，一旦定为犯罪嫌疑，此人的法律地位便极不稳定。

近代启蒙思想要求尊重“人权”，要求对上述刑事审判制度进行根本性的改革。法国大革命始于攻击巴士底狱，这说明了民众对刑事审判制度愤怒的程度。因此，继之形成的是控辩式的刑事程序。即(1)从审判制度本身来看，英国引进了陪审制度，实行原告与审判分离。起诉犯人(控诉)以后才开始刑事审判(不告不理原则)，因此形成了起诉人(检察官)被起诉人(被告人)以及审判人(法官、陪审员)这种刑事审判的三重构造，确立了今天控辩式

诉讼构造的框架。(2)在这种诉讼形态下很难仅凭书面进行审理,因此采用了口头主义。此外陪审制度要求以公开审判为前提,因此确定了公开主义原则。(3)在证据法方面废除了法定证据主义,而采用自由心证主义,即根据陪审员的自由认定判决有罪或者无罪。因此废除了自白必须主义和拷问。(4)从被告人人权出发人们认为诉讼应有终结之日。根据“疑罪从无(in dubio pro reo)”的观点,在真伪不明时则判无罪,因此废止了暂时释放制度。并且确定了“一事不再理(ne bis in idem)”原则即一旦被判无罪不予再次审理。被告人的法律地位获得了极大的提高。

1808年公布的法国治罪法(code d'instruction criminelle)采用了这种诉讼形态。在德国,1848年的法兰克福国民会议把控辩式审判方式定为基本原则,1877年公布的德意志帝国刑事诉讼法(Reichsstrafprozessordnung)把这项原则法典化。但是,在这部诉讼法中刑事程序分为“预审(为了决定是否把案件提交公判,预审审判员进行非公开询问的程序)”与“正审(审判程序)”,预审仍然采用纠问主义,在正审中采用控辩主义。这种程序形态就是被称为“改革了的刑事诉讼法”。德国在1974年废除了预审制度(日本的旧刑事诉讼法曾规定预审制度,但现行法中予以废除)。

(二)日本刑事诉讼法的发展

明治维新以后,日本形成了近代的刑事审判制度。明治维新以后的大约10年之间,日本采用了证据审判主义与国家追诉主义,废除了拷问,刑事诉讼法迅速实现了现代化。明治13(1880)年,日本公布了以法国治罪法为范本的《治罪法》。明治23(1890)年日本又公布了《刑事诉讼法》(所谓明治刑事诉讼法以及《裁判所构成法》(相当于中国法院组织法——译注))。明治26(1893)年公布了《辩护士法》(律师法——译注)。大正11(1922)年公布了吸收德意志帝国刑事诉讼法要素的《刑事诉讼法》(俗称大正刑事诉讼法、旧刑事诉讼法)。大正12(1923)年还公布了《陪审法》(但是,陪审法自昭和18(1943)年以来一直停止施行)。通过以上一

系列法律，基本上建立了控辩主义的刑事程序制度。诚然，在特别法中例如《行政执行法》(明治 13 年对“有危害公安之虞者”可以“行政拘留相当于收容审查——译注”)。这种因刑事诉讼法导致背离人权保护、侵犯人权的事例很多。

第二次世界大战后，在占领军 (GHQ) 的指导下，日本对刑事审判制度实行了根本性的改革。昭和 21(1946)年日本公布了《日本国宪法》、昭和 22(1947)年又公布了《裁判所法》、《检察厅法》、《辩护士法》以及《关于伴随施行日本国宪法的刑事诉讼法应急措施的法律》(通称为刑诉应急措施法)刑事审判制度也实现了巨大的变革。昭和 23(1948)年日本制定了《刑事诉讼法》以及《刑事诉讼规则》。人们认为新的刑事诉讼法有以下几个特征：宪法化；英美法倾向；③当事人主义；④司法权的独立倾向等(三共 1)第 1 页以下)

此外关于具体的变化，除了废除预审制度以外还有下述几个特点：在强制处分时贯彻人权保护(令状主义、逮捕理由出示制度等)；②制定抑制起诉独占主义的措施(准起诉程序、检察审查会制度)；③加强当事人主义的诉讼结构(贯彻审判中心主义，如加强律师制度、贯彻起诉书一本主义、传闻法则等)；④改革上诉制度(事后审制等)以及废除对被告人的不利再审。

这种制度的变革给刑事诉讼法带来下述根本性的变化：诉讼思想的转换(从重视处罚到重视人权保护)；②诉讼结构的转换(从权力行使型到权力抑制型) (参见铃木著作) 不过从条文结构来看，修改不很彻底，有许多部分继承了旧法的结构(例如法院的强制处分规定，利用了侦查机关的强制处分内容。参见第 207 条、第 222 条等)。虽然作为法的修改未必彻底，但刑事诉讼法核心部分发生了变革，因此人们认为诉讼思想与诉讼构造发生了转换。

下面对现行刑事诉讼法制定后的发展做一概述。

1. 第一阶段几乎贯穿整个 50 年代。这是新刑事诉讼法的普及时期。首先昭和 28(1953)年对刑事诉讼法实行了大幅度修改，

例如延长了逮捕期间（第 208 条之 2），这一修改具有限制犯罪嫌疑人、被告人权利的倾向；也有的修改是为了提高审理效率如采用简易审判程序。此外在昭和 32(1957) 年以修改规则的形式新设了相互询问制度（规则第 199 条之 2 至之 3）。

2. 第二阶段是 60 年代至 70 年代。这是新制度的发展时期。一方面 这个阶段通过判例充实了许多具体内容 如当事人主义（例如关于诉因变更命令的判例）、人权保护（例如保证迅速审判的判例、关于再审开始要件的判例等 或自白法则（例如关于自白的证据能力的判例）等。另一方面，人们开始发现新刑事诉讼法的思想与实务互不吻合 提出会见、滥用公诉权、证据公开、证据排除等问题。

3. 第三阶段的变化是在 80 年代。为了解决发生的新问题，刑事诉讼法发生了变化。从判例变化来看，携带物品的检查和汽车盘问、或强制采尿等判例开始发挥了在法制上无明文规定领域的所谓立法替代功能。这种判例的积极主义在保护人权方面也发挥了作用，采用了违法收集证据排除法则。另一方面，80 年代法院在对重大的死刑判决案件重新审理时，接连做出无罪判决，如免田案件、财田川案件、松山案件以及岛田案件。这些案件均为昭和 20 年代发生的案件，当初人们认为是侦查体制尚不完善时代的案件，但到后来随着这些案件的误判原因逐渐查明，人们认识到根本问题在于重视自白的现行刑事司法实务自身的结构。这一事态引发人们对我国刑事诉讼法制度评价的分歧，积极评价与消极评价形成尖锐的对立。

4. 第四阶段是 90 年代，这个阶段开始了改革的探索。刑事诉讼法制定后经过了半个世纪，必须修改该法以适应各方面的变化。为了克服迄今为止的思想对立，时代要求建立新的刑事诉讼制度。

新的刑事诉讼制度应该具有何种取向？对于我国的刑事司法现状（有罪率高、书面审判等），一方面存在否定的评价 另一方面也存在肯定的评价。如果现实地观察大多数没有争议的案件，可

能得出“肯定”的结论。理想地观察少数有争议的案件，我们可能得出“否定”的结论。我们必须坦率地以两种结论为前提，探索第三条狭窄的道路。首先必须根据“精密司法”（松尾·上第 16 页）的传统为前提，在充分侦查的基础上慎重起诉。另一方面刑事司法体系既可权力集中，也可权力分散。迄今为止我国的刑事司法体系构成权力过于集中。但是，精密司法未必非要以权力集中体系为必要的前提。今后，应该探索建立在“权力分散体系”基础之上的精确司法的可能性。从这个观点出发，刑事司法应该具有众多刑事程序有关人员“协同作业”的性质。建立这种协同作业结构的思路在于“当事人主义”。我们应该建立高质量的刑事司法体系，这个体系既可保障人权又可以实现精密性的真实。^①

第二节 刑事诉讼法的目的

一、概述

关于刑事诉讼法的目的，《日本刑事诉讼法》第 1 条规定：“对于刑事案件，本法的目的是维护公共福祉与保护个人的基本人权，同时查明事实真相，实现正当、迅速地适用刑罚法令”。关于刑事诉讼法的目的，该规定主要强调以下两点。其一，保护基本人权与查明案件真相即发现实体性真实；其二，恰当适用刑罚法令。前者是关于刑事程序过程自身的价值问题，后者是通过刑事程序应该

关于以上问题，除各种教科书外，请参照铃木茂嗣《刑事诉讼法の基本构造》（1979年、成文堂）第 21 页以下、平野龙一《现行刑事诉讼の诊断》（团藤重光博士古稀祝贺论文第四卷）第 4 卷（1985 年、有斐阁）第 407 页以下、中山善房《日本の刑事司法の特色》三井诚等编《刑事手续上》（1988 年、筑摩书房）第 1 页以下。松尾浩也《日本刑事诉讼の日本特色》法曹时报第 46 卷第 7 号（1994 年）第 27 页以下、田宫裕《刑事诉讼中的模式论》内藤谦先生古稀祝贺《刑事法学の现代的状况》（1994 年有斐阁）第 355 页以下。

实现的价值问题。过去前者被称为“刑事司法中的正义”问题，后者被称为“通过刑事司法形成的正义”问题。^①在刑事诉讼法中，这两个目的相互竞合。但是刑事诉讼法是程序法，作为程序法的独自价值存在于前者的问题之中。因此，迄今人们所说的刑事诉讼法的目的，主要指的是前者。但是，关于后者，现在也必须重新研究。

二、实体真实主义与人权保护

（一）实体真实主义

在刑事诉讼中必须查明案件的真相。所谓案件的真相，就是“真实”。刑事法是关于犯罪与刑罚的法，它与个人的权利或人的尊严有直接关系，因此刑事法要求根据真实解决案件。这种以真实为基准的原理叫做实体真实主义（实体真实发现主义、现实主义）。

1. 实体真实的含义

刑事诉讼法中的真实第一是“诉讼上的真实”。它完全是法律学上的概念，而不是自然科学所研究的那种“绝对的真实”。对于过去的事件，只有依据证据法，认定为有“诉讼上”的事实，才是“真实”。尽管说是真实，也必须注意其中存在有本源性的界限。第二，刑事诉讼法中的真实是“实体性的真实”。在以当事人的私人权益为对象的民事诉讼法中，可以采取“形式性的真实”主义，只要当事人承诺，就把该事实认定为真实。但是刑事诉讼法中不能采用这个原理。诚然，虽然说是“实体真实”，也不是实体法意义上的正确事实（绝对性真实），因为毕竟是诉讼法上的概念，所以是“尽可能接近真相的事实”。尽管存在这种本源性的界限，但刑事诉讼法必须一直以查明“尽可能接近真相的事实”的方式来处理案件。

2. 消极的实体真实主义

^① 小野清一郎：《刑事诉讼法讲义》〔全订本第3版〕，1933年有斐阁第11页。

人们认为实体真实主义分为积极性的与消极性的两种。积极性真实主义力图做到必定发现犯罪、处罚无一漏网；消极性真实主义力图做到无罪者不予处罚（参见平野第 8 页）。如果采取“有罪必罚”的方针，贯彻积极性真实主义，就需要承认违法侦查获得证据的证据能力，或者承认诉因变更命令的形成能力。这就是所谓必罚主义。与此相对，如果重视“无罪者不予处罚”这一立场，就要依据尊重人权的程序，不使无罪者错误地受到惩罚。即积极性真实主义重视发现的“真实”，消极性真实主义重视发现真实的“方法”。同真实主义一样，刑事诉讼法把人权保护原理也作为其目的。因此，真实主义应该与人权保护原理相互调和。如果考虑到作为人权保障的宪法规范的重要性，消极性真实主义的思想是妥当的。法院积极追求真实的活动并非总是积极性真实主义。“积极地”对被起诉的犯罪事实进行周密的批评，才是消极性真实主义的要求。

实体真实主义是刑事诉讼法的基本原理。真实的探求也存在界限。如上所述，不仅真实的概念本身存在界限，从消极性真实主义来看，真实的探求有时也因程序上的原因受到限制。

首先，实体真实以保护人权的程序为前提，追求真实只有通过正当的程序才能允许。因此，（1）即使在侦查阶段，也受到例如令状主义（宪法第 35 条）的限制，其原则是即使存在证据，只要没有令状就不能封存。在这种场合，人权保护的价值高于查明真相的价值。（2）在公诉阶段，例如因为存在公诉时效制度（第 250 条以下）即使承认了犯罪事实，只要公诉时效已过，就不能通过审判查明实体性真实。同样，如果对于某案已经存在确定的判决，即使同一案件遗留着没有查明的疑点，也不能再次起诉（宪法第 39 条、第 337 条第 1 项）。（3）在审判阶段，审判对象因诉因制度（第 256 条第 3 款）受到限定，原则上不许调查起诉书所载以外的犯罪事实。在审判中，即使为了追求真实，也不能调查整个历史事实。再者，证据法保护被告人的沉默权（宪法第 38 条第 1 款、第 311 条第 1

款)证人也有证言拒绝权(第 146 条以下)对自白以及传闻证据的证据能力提出要求(第 319 条、第 320 条)。另外还采用了违法收集证据的排除法则〔最判昭和 53(1978)年 9 月 7 日刑集第 32 卷第 6 号第 1672 页(大阪冰毒案件)〕。在这种证据法则的制约下审判仅就所发现的事实进行真实的探求。

再者,实体真实的概念也是相对的。因刑事诉讼程序的方式不同,真实探求的程度也存在差异。例如,(1)作为所谓轻微犯罪处分(第 246 条)或者缓期起诉处分(第 248 条)前提的实体性真实是未经法官研究、检查的真实。(2)此外在简略程序(第 461 条以下)中经过法官研究、检查,但审判程序是以省略的实体性真实为基础的。(3)到了审判阶段,焦点是经过法官研究的真实,这是最为严密的实体真实。因此实体真实,因程序的方式不同而具有相对性。尽管是实体真实主义,但并非总是可以严密地追求“尽可能接近真相的事实”。这就是相对的实体真实主义。

(二)人权保护

执行刑事程序时,必须保障个人的基本人权。《宪法》第 13 条以下关于保障个人基本人权的規定,在刑事程序中也必须予以遵守。因为在刑事程序中,不得使用侵犯个人自由和隐私的拘留、逮捕和侦查、扣押等强制措施,因此尤其必须注意保障人权。侦查阶段的犯罪嫌疑人、审判阶段的被告人,并未被确定为罪犯,因此“所有在刑事上被问罪的人在依法判定有罪之前均有被推定无罪的权利”(《公民权利及政治权利的国际公约》第 14 条第 2 款)。“无罪推定(presumption of innocence)”在刑事程序的所有阶段都是妥当的原则。《宪法》第 31 条以下详细规定了这种刑事程序中的人权保障规范。因此必须说事先人权保护是刑事诉讼法的重要目的。

在人权保障的内容中,既有消极性的也有积极性的。可以说不受国家机关非法侵害的权利是消极性的。尤其是被怀疑犯罪的犯罪嫌疑人、被告人必须忍受一定的强制措施(拘留、搜查和扣押等)但不被“不当地”侵犯人权的权利受到保护。这包括宪法保护

的令状主义(宪法第 33 条、第 35 条)、辩护人委托权(宪法第 34 条、第 37 条)自我归罪拒绝特权(宪法第 38 条)等。与此相对,可以说自己亲自参与涉及自己的刑事案件、为自己申辩的权利是积极性的。在上述消极性的人权保障的前提下,人权保障的内容有所扩大。例如各种信息获得权、询问证人权(宪法第 37 条第 2 款)、或者辩护人委托权等构成了积极性人权保障的基础。

(三) 正当程序

实体真实主义与人权保障能够共存是最为理想的。但是两者也有对立、矛盾之时。有时查明真实会侵犯人权,有时保障人权则妨碍查明真实。这种时候,哪种价值优先是个很大的问题。从宪法性刑事诉讼法出发,一般来说人权保障优先,例如,如果发生侵犯人权的情况,就会排除违法收集的证据,或者中止执行程序本身。但是另一方面,有时也采用违法收集的证据,还有的时候程序的进行治愈了程序性的瑕疵。因此人们关注在理论上两者的关系应如何定位。^①

我认为,确定某种程序是否“正当程序(due process)”必须视该程序重视“人权保障”的程度。因此,完全可以把人权保障与正当程序相提并论。但是重视人权保障也有程度的差异,并非所有的人权侵犯都是阻碍查明真实。即使是把重视人权保障作为正当程序,这个正当程序也是以真实主义的要求为前提的。从这个角度来看,把真实主义与人权保障之间适当的平衡状态作为正当程序,可以说是符合实际的。因此,所谓正当程序,就是在真实主义

正当程序的两种理解 ①实体真实主义与正当程序比较的立场。《宪法》第 31 条规定了“正当程序(due process)”,因此正当程序优先于实体真实主义(宫田裕《刑事诉讼与正当程序》,1972 年有斐阁第 139 页以下)。这种正当程序模式,今天获得了普遍支持。对此,存在把实体真实主义与人权保障进行比较的观点。这个观点认为,所谓正当程序,就是“能够保持必罚要求与人权保障均衡的程序”(铃木嗣《刑事诉讼的基本构造》,1979 年成文堂第 19 页以下、第 140 页以下,铃木第 17 页)因此,这是如何平衡有关人权保障与查明真实两者利益的问题。

与人权保障之间实现适当平衡的程序。某种程序是否为正当程序，必须以宪法规范和社会的变化为基准，是一个应该不断探讨的课题，应该建立一个可以公正地进行比较衡量的程序构造。（参见本书第 16 页以下“刑事诉讼法的构造”）

三、刑事案件的解决

从刑事诉讼法的目的出发，我们必须进一步研究有关刑事程序结果的目的，即我们在保护人权的同时查明真相的目的究竟是什么。关于这个问题存在各种观点，无一定之说。

1. 刑法实现说认为，“刑事诉讼就是实现刑罚权的程序”（团藤第 1 页），或“刑事诉讼法就是为实现刑法的程序而规定的法律”。（宫田第 1 页）刑法没有刑事诉讼法不能实现，《刑事诉讼法》第 1 条也说是为了实现刑罚法令，所以这种定义是普遍的观点。

2. 正确审判说认为，刑事诉讼法是为了确认实现刑法的要件是否存在的程序。因为也存在无罪判决的情况，所以规定“刑事诉讼法的目的是通过正当程序进行的正确审判”（光藤中第 6 页以下）

3. 对于以上各种学说，利益调整说认为，如果说英美型诉讼是解决当事人之间现实纠纷的话，日本法还以解决当事人之间潜在的纠纷为对象，是调整实质性利益的程序（铃木前注基本构造第 142 页以下），规定“刑事诉讼是正当处理刑事案件的程序或制度”（铃木第 3 页）。

根据刑事诉讼法，刑事案件有各种处理方法。首先，有时根据严密的事实认定判处刑罚、具体实现刑法；有时放弃具体实现刑法、实行轻微犯罪处分和缓期起诉处分；还有在法院的正式程序中判决无罪、或因执行程序不合法最后中止程序；此外在具体实现刑法中，有的科以实刑，有的则缓期执行。不论上述哪种解决案件的方法，都应该认为已经实现了刑事诉讼法的目的。因此关于刑事诉讼法的目的，应该说就是为了恢复受到犯罪侵犯的社会的法律秩序、解

决刑事案件(参见山中第 1 页以下)。这时即使说是解决刑事案件, 因为是以实体真实主义为前提, 所以与民事诉讼法中解决纠纷的前提迥异。因此在《刑事诉讼法》第 1 条所说的适用刑罚法令, 应该做广义解释, 即不仅包括刑法的积极性或消极性的实现, 而且也包括实现刑事诉讼法规自身。这种解释导致如下结果。(1)某种程度上缓和了以实现刑法为终极价值的实体真实主义倾向;(2)刑事诉讼法也承认了犯罪非刑罚化^①(参见本书第 103 页、第 119 页);(3)开始重视参与解决案件的诉讼关系人的行为。结果, 所谓刑事诉讼法的目的, 可以说就是通过正当程序, 迅速解决刑事案件。

四、迅速审判

1. 刑事程序整体的目的要求“迅速审判”(宪法第 37 条第 1 款、刑诉法第 1 条、规则第 1 条)。刑事程序在满足保护人权与追求真实两方面要求的同时, 还要求迅速执行程序。不论是从国家利益还是从被告人的利益出发, 均要求迅速审判。一方面, 作为国家, 正当审判必须迅速收集证据, 犯罪后时间过长刑罚的意义便会减低, 迅速的程序无疑对诉讼经济有益。另一方面, 作为犯罪嫌疑人、被告人, 如果长期持续处于被侦查的地位、或被审判的地位, 一般来说是不利的。因此, 迅速审判, 不仅在审判程序中应该如此, 在侦查、公诉程序中也应该如此。

为了实现迅速侦查、公诉和审判, 需要所有诉讼关系人的合作(规则第 179 条之 2 第 2 款。此外该规则第 303 条规定了对检察官或辩护人诉讼拖延行为的处置)。对于审判程序, 尽力做到连续审理(规则第 179 条之 2), 对于特别案件也设立了法定审理期间(例如, 存在违反选举案件的所谓百日审判规定(公职选举法第 213 条、第 253 条之 2))。此外, 在地方法院普通第一审的平均审理

^① 犯罪非刑罚化又译“控路转换”, 参见彼得·G·伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》中国政法大学出版社第 159 页。——译注

时间是 3.4 个月(自白案件为 2.8 个月、否认案件为 11.3 个月),参见田口资料第 14 页以下)许多案件的处理比较迅速。但是,超过 3 年的案件也点 0.4%(211 件)。^①

2. 为了实现迅速审判,必须考虑中止不当长期审理的程序。虽然没有中止长期拖延审理的明文规定,但是判例在“高田案件”中承认了以违反迅速审判为由中止程序的作法。^② 该判例认为:(1)宪法第 37 条第 1 款是承认对于每个刑事案件可以采取非常救济手段中止审理的规定;(2)是否违反迅速审判的规定,必须对各种情况综合判断加以决定;(3)发生违反保障迅速审判条款的事态时,做出相当于免诉的判决。这个判例具有划时代的意义,它指明了宪法上的迅速审判条款不但是程序规定,而且是效力规定。此外指明了中止诉讼程序,不仅限于这种明文规定。

但是,此后没有出现因违反迅速审判而中止程序的判例(最判昭和 48(1973)年 7 月 20 日刑集第 27 卷第 7 号第 1322 页、最判昭和 49(1974)年 5 月 31 日判例时报第 745 号第 104 页、最判昭和 50(1975)年 8 月 6 日刑集第 29 卷第 7 号第 393 页、最判昭和 53(1978)年 9 月 4 日刑集第 32 卷第 6 号第 1077 页、最判昭和 55 年 2 月 7 日刑集第 34 卷第 2 号第 15 页、最判昭和 58 年 5 月 27 日刑集第 37 卷第 4 号第 474 页等。不过,在上述昭和 50 年的判例、昭和 55 年的判例中,附有团藤法官等人的少数意见)。上述判例的原因是考虑到高田案件这一事态的特殊性(高田案件的审理,中间间隔大约 15 年的空白),被告人促进诉讼的态度。但是必须十分慎重判断诉讼拖延责任是否在被告人。这是因为被告人可以充分行使自己的正当权利,不能让被告人负有积极促进诉讼的义务。此外关于拖延侦查、公诉程序,下述判例令人难以理解即故意违法地拖延侦查少年案件,使其丧失接受家庭法院审判的机会,对此

关于实现迅速审判,参见荒木伸怡《接受迅速的审判之权利》,1993 年成文堂。

② 最大判昭和 47(1962)年 12 月 20 日刑集第 26 卷第 10 号第 631 页。

最高法院判决提起公诉合法。^①

第三节 刑事诉讼法的构造

一、概述

1. 为了实现刑事诉讼法的目的，刑事诉讼法整体上应该具有怎样的程序构造呢？这是刑事诉讼法的构造论^②研究的问题。是重视实体真实主义和必罚主义，还是重视正当程序和解决案件？对上述问题的选择导致程序构造的差异。即刑事诉讼法的构造论，由其目的决定。

从历史发展来看，现行刑事诉讼法的前提显然是控辩式的诉讼构造。因此，我们研究应有的程序构造时的大前提是控辩式的诉讼构造。从控辩式诉讼构造出发，可以明确现行法的几项根本性原则。(1)首先因为采用了国家追诉主义(第247条)诉讼程序由检察官的追诉行为开始。由此，法官与检察官的功能分离。因为法官不是追诉人，没有追诉的事实不能审理(不告不理原则)，只有被起诉的被告人才是审判对象(第249条)并且起诉时必须确定犯罪事实(第256条第3款。如果不确定事实而起诉，则无异于纠问主义方式)，法院不能审理确定犯罪事实以外的事实。(2)而且追诉特定事实，同时就意味着检察官有责任证明该事实存在，因此检察官负有举证责任。如果不能提出证据证明该事实存在即判无罪。“疑罪从无”的原则是妥当的。再者，禁止再次追诉被判无罪的被告人(一事不再理原则)(3)对于上诉证明原则被告人没有积极提出

① 最判昭和44(1968)年12月5日刑集第23卷第12号,第1583页。

② 这是总论性的构造论，即控辩主义、当事人主义等各种原理如何形成了整个刑事诉讼法构造。关于分论，将在侦查构造论(参见本书第24页)公诉权论(参见本书第114页)审判构造论(参见本书第161页)上诉构造论(参见本书第312页)“公诉权的构造”或者再审构造论(参见本书第320页“再审理由”等部分详细论述。

证据的义务。从供述证据上看这一问题，被告人没有自白的义务。因此，人们认为反对自我归罪特权（宪法第 38 条第 1 款）是“控辩主义的典型性表现”（渥美第 21 页、第 209 页），但是，因为控辩主义原是在与法官关系中检察官地位的原理，因此，在这个阶段中，被告人的这种权利仅是检察官地位的反射性权利。

2. 控辩主义形成了由检察官、被告人与法院这三个诉讼主体构成的三方诉讼构造。被告人也成为诉讼主体的一方，但是被告人的地位仅是形式上的诉讼主体，还很难说这个诉讼主体有什么权利得到保障。因此，应该建立法官以及被告人地位的新原则。这是当事人主义与职权主义的问题，即在控辩主义的诉讼构造下，谁主导诉讼？法院主导诉讼的原则，称为职权主义，当事人（检察官与被告人）主导诉讼的原则称为当事人主义。在现行刑事诉讼法中，既有给予当事人诉讼主导权的条文，也有给予法院诉讼主导权的条文。因此，这就产生基本原则是当事人主义还是职权主义的问题。如果重视实现实体真实主义和必罚主义，就会重视职权主义；为了实现正当程序与解决案件，当事人主义则更为合适。与旧刑事诉讼法比较，或者与外国法比较，当事人主义与职权主义的议论显示了现行刑事诉讼法的特色。

二、当事人主义与职权主义

（一）当事人主义

关于现行刑事诉讼法采用当事人主义的意义，当初有人认为，刑事程序中有关当事人诉讼的构造，仅是技术性的有关当事人的内容，即保护被告人（团藤第 86 页、齐藤上第 4 页等），后来人们逐渐普遍认识到，当事人主义给刑事诉讼法带来了构造性变革。即（1）现行法采用了起诉书一本主义（第 256 条第 6 款），因此，法院不再自动接收检察官手中的证据，即切断了侦查与审判的连续性，法院开庭前没有预先接收任何资料。因此由检察官、被告人或者辩护人请求调取证据（第 298 条第 1 款），尽管存在刑事诉讼法第