

法律學講座叢書

刑事訴訟法

平野龍一著

—— 改訂版 ——

弘文堂刊

刑事訴訟法

刑事訴訟法

昭和二十九年五月二十五日 初版發行
昭和三十八年一月一日 第八版發行

定價 四三〇円

著者 平野龍一

發行者 渡辺昭男

印刷 大黃印刷株式會社

發行所 株式會社 弘文堂

本社 東京都千代田区神田駿河台四ノ四
營業所 東京都文京区西古川町一四番
電話 (二六〇)〇四二二番
振替 東京 五三九〇九番

(橋本製本)

は し が き

この本は、もう七年も前に書いたもので、その後の刑事訴訟法学の発展は著しく、私としても、いろいろと不満の箇所が多い。

別に法律学全集の一冊として概説書を書いたので、この方は、三、四年前から増刷しなかった。

そして、全集の完結をまつてこれに手を加えてくわしいものにし、この本も書きなおしてハンディーなものにするつもりだった。ところが、この講座のうち一冊だけ欠けているのは、さしあたってはなはだぐあいが悪いという出版社の要請で、若干の増刷をすることにした。読者の御了承をこいたい。

昭和三十六年十一月

平 野 龍 一

目次

第一篇 緒論

第一章 刑事訴訟法

第一節 刑事訴訟法の意義

第二節 刑事訴訟法の歴史

一 歐米における發展(一) 二 わが國における發展(九)

第三節 刑事訴訟法の法源

一 法源(一六) 二 刑事訴訟法の適用範圍(二六)

第二章 刑事訴訟法學

第二篇 總論

第一章 訴訟の主體

第一節 裁判所

一 裁判所(三) 二 裁判所の性格(三) 三 裁判所の權限(三七)

第二節 檢察官

一 檢察官(三三) 二 檢察官の性格(三三) 三 檢察官の權限(三五)

四 司法警察職員(三六) 五 司法警察職員の性格(三六) 六 司法警察職員の權限(三七)

第三節 被告人

- 一 被告人(三七) 二 被告人の性格(三八) 三 辯護人(四〇) 四 辯護人の性格(四〇)

五 補佐人(四三)

第二章 訴訟の客體

第一節

訴訟の對象

- 一 訴訟の對象(四四) 二 訴因(四五) 三 罰條(五一) 四 刑(五一)

五 證明の對象(五三)

第二節 訴訟の手段(證據)

- 一 證據の意義及び種類(五五) 二 證據能力(五六) 三 自白(五六) 四 傳聞證據(六二)

五 證據禁止(六六) 六 證據の範圍(七〇)

第三節 訴訟の實體

- 一 訴訟の實體(七二) 二 自由心證主義(七三)

三 實體的確定力(八二)

第三章 訴訟の手續

第一節 訴訟手續

- 一 訴訟手續(八三) 二 訴訟條件(八五)

第二節 訴訟行為

- 一 訴訟行為(九二) 二 訴訟行為に對する價值判斷(九三)

三 訴訟追行行為(九四) 四 裁判(九五) 五 主體(九七)

六 方式(九七) 七 場所(九九) 八 時(一二一)

第三篇 各 論

第一章 當事者の準備

- 一 意義(103)
- 二 構造(103)

第一節 捜 査

- 一 目的(109)
- 二 端緒(109)
- 三 實行(110)
- 四 中止(111)
- 五 公訴提起後の捜査(111)

第二節 被告人・被疑者の準備

- 一 辯護人選任(111)
- 二 人身の自由(111)
- 三 證據の保全(111)

第二章 公訴の提起

- 一 公訴の提起(113)
- 二 手續(113)

第三章 第一審公判手續

第一節 公判準備

- 一 公判準備(113)
- 二 被告人への告知(113)
- 三 期日の指定(113)
- 四 公判廷の構成(113)
- 五 訴訟の客體(113)

第二節 公判期日の手續

- 一 公判期日・公判廷(117)
- 二 法廷警察(118)
- 三 訴訟指揮(119)
- 四 冒頭手續(120)
- 五 證據調(121)
- 六 辯論(121)
- 七 終局的裁判(121)
- 八 手續の變形(121)
- 九 公判調書(121)

第四章 上訴

第一節 上訴

- 一 上訴(一四)
- 二 上訴の主体(一四)
- 三 上訴の客體(一五)
- 四 上訴の追行(一五)

第二節 控訴

- 一 控訴(一六)
- 二 控訴申立の理由(一六)
- 三 控訴審の手續(一六)

第三節 上告

- 一 上告(一六)
- 二 上告理由(一六)
- 三 手續(一七)
- 四 上告受理(一七)

第四節 抗告

- 一 抗告(一七)
- 二 通常抗告(一七)
- 三 即時抗告(一七)
- 四 抗告に代る異議(一七)

- 五 準抗告(一七)
- 六 特別抗告(一七)

第五章 裁判の執行

- 一 裁判の執行(一七)
- 二 刑の執行(一七)
- 三 解釋の申立(一七)

- 四 執行に對する異議(一七)

第六章 非常救済手續

第一節 再審

- 一 再審請求(一八)
- 二 再審(一八)

第二節 非常上告

第七章 特別手續

第一節	略式手續	一八五
第二節	少年手續	一八七
第八章	附隨手續	一九〇
第一節	訴訟費用	一九〇
第二節	刑事補償	一九二
	一 刑事補償(一九三)	
	二 補償の要件及び内容(一九三)	
	三 補償の手續(一九四)	
第三節	執行猶豫取消及び刑法第五一條の手續	一九五

第一篇 緒論

第一章 刑事訴訟法

第一節 刑事訴訟法の意義

一 刑事訴訟^{*}は、刑法の適用實現を目的とする手續である。刑法は、「人を殺したる者は、死刑、無期又は三年以上の有期懲役に處す」というような、假言的な命題からなるから、これを現實化するためには、人を殺した事實を認定し、これに法律を適用し、刑を量定し、その刑を執行するという手續がとられなければならない。刑事訴訟は、この目的を達成するための手段であり、技術である。したがつて、合目的性を生命としている。

ところで、數多の訴訟が、いづれもよくこの目的を達成しうるためには、一般的にみて最も合目的と思われる方法を定め、總てのばあい、強制的にこれに準據させる必要がある。ここに、刑事訴訟が法的形象とされる第一の根據がある。刑事訴訟法が刑法の助法とされ、あるいは、技術的法と呼ばれるのは、このためである。

* 訴訟という語は、本來は訴える者と訴えられる者とが對立する彈劾訴訟を意味するが、現在の刑事手續がすべて彈劾訴訟であるため、訴訟という語は、刑事手續其のものを指す意味にも用いられる。ここではかりにこの廣い意味に用いるこ

とにする。

二 しかし、刑事訴訟法は、單なる助法・技術的法たるにとどまらず、獨自の法的性格を持つ。それは、次の諸理由に基く。

第一に、刑事訴訟は現實的な性格を持つてゐる。刑法は、刑事訴訟を通じて適用されてはじめて現實的なものとなる。それまでは一つの可能性にすぎない。ところが刑事訴訟が目的を達成し、刑法が果して正しく適用實現されたか否かは、他の方法によつて、絶對的にこれを確かめることはできない。このようなばあい、我々は、ただ最も信頼に値する方法が採られたということそのこと自體に信頼して、その結果が正しいと信ずる外しかない。刑事訴訟によつて實現された法は、このような理由によつて正しいものと見做される。これを刑事訴訟の擬制的性格と呼ぶこともできよう（實體における獨自性）。

第二に、この可能性を現實化するには力が必要である。刑法はこの力を通じてのみ實現される。この力のあり方を規律するのが刑事訴訟法である。刑法はその結果そこにおいて通常準據されるであろう一つの規準にすぎない。むしろ刑法の方が刑事訴訟法の助法だというものがあるのは、この點に着目したものである（訴訟進行における獨自性）。

第三に、目的は必らずしも手段を神聖にしない。刑法が正しく實現されることは、一つの正義である。これを「刑事司法による正義」と呼ぶことができる。しかし、この正義を實現するためにはいかなる犠牲をも顧みる必要がないものではなく、基本的人權その外の反對利益を尊重しつつ、その許す範圍内においてのみ實現されなければならない。この實現過程における正義を「刑事司法における正義」と呼ぶことができる。刑事訴訟法は正に

この刑事司法における正義に奉仕するのである（手續における獨自性）。

三 したがつて、刑事訴訟法が、いかなる形態をとるべきものであるかは、一義的にこれを決定することはできない。實現せらるべき刑法の形態如何、實現の技術の發達程度如何、いかなる者のいかなる手續による判斷に人々が最も信頼を置くか、刑法の現實化を要求する力の程度及び擔手如何、尊重せらるべき反對利益の種類及び程度如何、によつて、おのづから刑事訴訟法の形態も異つてくる。これらの諸要素は結局において、その時代の、社會的・政治的・精神的・經濟的な構造によつて決定される。そうして人類の歴史の發展に伴つて、一つの發展を示しているのである。

第二節 刑事訴訟法の歴史

そこで、ここに刑事訴訟法の變遷のあとを辿り、現行刑事訴訟法の持つ歴史的な意義を明かにしておかなければならない。このばあい、われわれの關心は、さきに述べたところからして刑法の形態、裁判機關及び證據法、訴追制度、人權の保障、及びこれらのものの社會的地盤との關連にむけられる。

一 歐米における發展

(1) ゲルマン・フランク時代 この時代には、自由人は、家族及び氏族の内部では、その長の刑罰權に服するが（内部的刑法）、外に對しては獨立對等で、侵害に對しては復讐等の自力によつて救済する外なかつた（外部的刑法）。この復讐は治安上の必要から次第に制限され、主として賠償に變つてゆく。このばあい犯罪も亦被害を中心とする客觀的な面にのみ着眼される（刑法の私法的把握）。裁判は、この和解による賠償を斡旋又は強

制する任務を持つてあらわれた。その主體は民會である。訴訟は、被害者又はその氏族に屬する者の訴をまつて開始される（被害者訴追主義）。形式は、民會の面前で行われる關係上、公開、口頭で、嚴格な方式に従う。加害者が訴を認めれば、裁判所はこれを確認し、平和喪失で履行を強制するにとどまるが、認めなければ、裁判所は證據契約を締結させる。一定の證據を提出した者が勝と決めるのである。このばあい證據とは、事實の存否を推論させる證據（實質的證據）ではなく、ただ勝敗をいずれかに決するための證據（形式的證據）にすぎない。證據としては神判・宣誓・決闘など、宗教的色彩の強いものが選ばれる。神の仲介による争の正しい解決を信ずる人々の信仰が、このような裁判にも充分の説得力を持たせたのである。

フランク時代特にその末期には、國家權力の増大に伴い、裁判も若干の修正を受けた。民會の裁判所は國王の代官が主宰することによつて、その實を失い、さらに別に國王裁判所が設けられる。訴追には公衆訴追が認められたのみならず、信用ある村人二名に宣誓して犯人を指名させ、訴訟を開始する手續（フランク時代の糺問手續）も發生した。しかし、證據などには基本的な變化はなかつたのである。

（2） 絶對主義國家時代 中世末期、封建社會の崩壊に伴う社會秩序の紊亂は、大量の無產者犯罪者群を生んだ。これに對し秩序を維持する必要上、權力が集中され強大化され、刑罰も公刑罰、なかんずく、死刑・肉體刑がその中心を占めるに至つた。これと共に訴訟においても糺問主義の形態が處々に發生しつつあつた。

この擡頭しつつあつた時代の要求に、イタリア註釋學派によつて註釋を加えられたローマ・カノン法を繼受することによつて均整な形式を與えたのが、バンベルゲンシス（*Constitutio Criminalis Bambergensis* 1507）及びカローリーナ（*Constitutio Criminalis Carolina* 1532）である。ここでは、公刑罰が確立され、死刑、肉體刑が中心をなし、故意、過失、未遂等において犯罪の主觀化が見られる。これと對應して訴訟も糺問主義化する。裁

判所は國王の裁判所に限られ、民衆裁判所は消滅してしまふ。訴による訴訟開始も認められるが、實際には職權による開始が専らであつた。しかも、訴によつて開始された場合でさえ、被告人は、單に審理の客體として取り扱われるにすぎない。手續は、非公開で書面主義である。證據は宗教的色彩を拂拭し、ローマ法に學んで、實質的證據が要求される。しかし、あらゆる實質的證據を許したのでは、裁判の公正を期し難いから、一定の證據がなければ有罪とすることができないとする法定證據主義がとられる。カロリーナは信頼しうる目撃證人二人か自己に限定した。目撃證人二人は容易に得難いから、自ら「*告白は證據の王*」(*Confessio Regina Probationum*)となる。この告白をうるためには拷問が許される。ただそれには、一定の嚴格に規定された徴憑(間接事實)の存在を必要とする。カロリーナの大きな部分は、この徴憑の規定にあてられている。

このように、カロリーナは、當時としては大きな文化的意義をもつた創作物であつたが、普通法として補充的な効力しか持たない弱味と、神聖ローマ帝國の弱體とによつて、まもなくほとんど行われなくなり、拷問は無條件に行われ、嫌疑刑や假放免なども認められるに至つた。その濫用の典型を、われわれは魔女裁判に見出す。

このような糺問主義は、ドイツだけではなく、ひろくヨーロッパ、とくにフランスのフランソワ一世、ルイ四世の下でも行われた。

(3) 近代自由主義時代 啓蒙思潮は、拷問を廢止したが(フリードリッヒ大王は即位後三日にして、拷問の大部分を廢止し、後すべてこれを廢止した)、その淺薄さは、糺問主義の構造を變えるまでには至らなかつた。訴訟構造の變革は、フランス革命を俟たなければならなかつた。フランス革命は、アンシアン・レジームを一舉にして崩壊させ、刑法においても罪刑法定主義を確立し、客觀主義刑法を打ち立てた。訴訟法もこれに應じ變更される。ここでは、個人主義の原理に従い、被告人も一個の主體として取り扱うことが要請され、當事者主義

の訴訟構造が要求される。このとき模範とされたのは、彈劾主義の構造を維持していたイギリスの制度である。

イギリスは陪審裁判を特色とする。陪審は、最初宣誓して犯人を指名する任務を持つものであつた（通説によればフランク時代の糺問手續がその起源とされる）が、後次第にその承認を経なければ、訴の提起を許さない人民の權利を防衛する機關となつた。さらに一三世紀神判が廢止されて以後は、自ら證人を取調べ、事實の存否を判斷するようになった。ついでこの兩機能は分化し、大陪審（起訴陪審）と小陪審（審理陪審）に分れた。近世初頭においては、イギリスでもやはりスター・チェインバーなどの糺問主義の訴訟がみられるが、それも部分時であり、クロムエルの革命・名譽革命を経る間に一掃され、彈劾主義が確立した。訴追は被害者、後には公衆が行う。手續は公開で、口頭主義である。被告人は有罪判決があるまでは、無罪とみなされ、訴訟の主體としてその權利の擁護にあたる。證據については、素人である陪審の判斷を誤らせないため、細かな證據法則が設けられる。しかしそれは一定の證據がなければ有罪を言い渡せない法定證據主義ではなく、主として公判廷に出させないという證據能力の制限であり、證明力は推定の法則として、規律されているにとどまる。

フランス革命の刑事訴訟法とくに一七九一年の法律は、徹底的にこのイギリスの制度を採り入れようとし、大陪審、公衆訴追、公開・口頭主義を採用した。ただ、その徹底した合理主義は、眞實發見のためにはあらゆる方法を探つてよいとして、イギリス法の證據能力の制限を廢し、又裁判官の內心的確信によつて有罪無罪を決する自由心證主義を採用したのである。

しかし、革命後の治安の紊亂と、革命の反動化とは、このような訴訟構造の維持を許さず、一八〇八年のナポレオン法典（現行法）に至ると、訴追は檢察官によつて行われ、非公開・糺問的な豫審が、公判に前置された。したがつて、絶對主義國家時代の糺問主義は彈劾主義化し、いわゆる「改革された刑事訴訟法」が成立したわけ

であるが、それはなお糺問主義の名残を残したいわば半彈劾主義にすぎなかつたのである。

ドイツでも、一八四八年以後、訴訟の彈劾主義化が企てられ一八七七年に法律が成立した。しかし、その半彈劾主義的色彩はより強いものであつた。ただし、フランスにおいても、ドイツにおいても、その後の刑事訴訟法改正運動は、その自由主義化に努力していた。

(4) 社會化時代 ところが一九世紀後半以後、資本主義の爛熟は、再びプロレタリアート犯罪人群を生み出した。そうして有機體的國家觀と、唯物論的、自然科学的方法との結合によつて、いわゆる新派刑法理論を生み出した。ここでは個人を越えた價值としての社會秩序を維持するためには合理的方法をとることが要請され、そのためには個人の自由も犠牲とされ、刑法では行爲者主義・主觀主義が主張される。

かくて、ロンブローゾ、フェリーの激しい攻撃が、イギリスの訴訟制度にむけられる。素人の陪審では、到底科學的に犯人の性格を檢定することはできない。陪審は政治犯罪、出版犯罪に限り、通常事件は、専門的訓練を経た單獨裁判官によるべきである。手續は、彈劾主義的であるより、裁判官が活動しうるよう糺問主義的である方が望ましい。個人の權利も、無差別に保障する必要はなく、常習犯人などは、強度にその權利を制限して差支えない。既判力の制度も無用で、假放免、再審査等を認むべきである。

しかし、ドイツにおける新派の主張はこのようなラディカルなものではなかつた。社會自由主義の立場から、リストは一面で刑事政策を強調しつつ、他面刑法はこれを犯罪人のマグナ・カルタとしたのであり、刑事訴訟法も亦被告人のマグナ・カルタたるべきものとされたのである。したがつて、一九〇九年、一九二〇年の草案、一九二四年の現行法は、いずれも、訴訟法の當事者主義、自由主義化を徹底させようとしたのであつた。

ところが國民社會主義革命以後は、この自由主義が全面的に批判され、刑法において權威主義的な行爲者刑法

が主張された。刑事訴訟法においては、當事者主義を否定し、新糾問主義が唱道されるにいたつた。そこでは司法權の獨立が否定され、檢察官の權限が強化され、その支配下にある前手續と裁判所の本手續とが前後に併立する。辯護權は著しく制限され、既判力も無視される。一九三八年の草案は、この方向を示している。

この社會化の傾向は、彈劾主義の形態を頑固に維持してきた英米法にも力を及ぼさずにはいなかった。訴追についてはイギリスでは一九〇八年檢察長による訴追が認められ、一九三三年には大陪審を廢した。アメリカでは、専ら檢察官訴追であるといつてよい。陪審にも批判の目がむけられ、又少年裁判所のような職權主義を、通常の刑事裁判に導入することが主張される。その他、田園的社會をモデルとし、個人の權利の尊重のみに重點をおいた傳統的刑事訴訟が、都市化した現代アメリカ社會に適合しないことは、バウンド等多くの學者の指摘するところとなつている。^{*}

★ 彈劾主義・糾問主義・當事者主義・職權主義

これらの語は種々の意味に用いられるが、次の内容を區別する必要がある。(イ) 訴訟開始に關して。裁判所が自ら訴訟を始めるものを、糾問主義 (Inquisitionsprinzip)、裁判所以外の者の訴をまつて訴訟を始めるものを彈劾主義 (Akkusations- od. Anklageprinzip) と呼ぶ。後者は訴追主義とも呼ぶことができ、國家訴追主義・公衆訴追主義・被害者訴追主義に分れる。この意味の彈劾主義を採つても、必ずしも彈劾形式・當事者主義をとるとは限らない。一度訴訟が始つた後は糾問形式、職權主義をとることもある。なお、訴訟を開始する者が、國家であるか、私人であるかによつて區別する者もある (ベーリング)。このばあいには、國家訴追主義は糾問主義の一つに數えられる。(ロ) 訴訟の形式に關して。訴訟が裁判所・被告人の二面關係 (このばあい被告人は訴訟の主體ではなく客體にすぎないから、裁判所だけが訴訟の主體であるものといつてもよい) であるものを糾問主義、裁判所・訴追者・被告人の三面關係 (いいかえると訴訟の主體が三個あるもの) であるものを彈劾主義と呼ぶ。これは、訴訟の形式