

# 刑事証拠法の比較歴史法研究（2）

——現行証拠法の系譜——

大 場 史 朗

はじめに

第1章 わが国における刑事証拠法の沿革

第1節 起点の設定

第2節 いわゆる聴取書問題と人権蹂躞問題

1. 聴取書問題と人権蹂躞問題の現出

(1) 明治刑事訴訟法下の実務

(2) 人権蹂躞の問題化

2. 是正の方向性

3. 大正刑事訴訟法の制定

(1) 大正刑事訴訟法下の実務

(2) 陪審法の制定

(3) 「司法制度改善」の動き

(4) 「新体制」への順応

(5) 検察の対応

第3節 刑事証拠法学説史（戦前） （以上、神戸学院法学43巻1号）

1. 学説の動向

2. 科学的探証法

3. 強制処分権付与論

(1) 三つの方向性

(2) 小野証拠法の展開（戦前）

(3) 「普遍主義」による変容

第4節 戦時法の展開

1. 戦時法の動向

2. 戦時法の伸展
3. 戦時法の拡大
4. 日本法理の証拠法

第5節 小括

(以上、本号)

第2章 現行刑事訴訟法の制定過程と証拠法

第3章 ウィグモア証拠法研究

第4章 刑事証拠法の受容と変容

おわりに

第3節 刑事証拠法学説史（戦前）

1. 学説の動向

これまで、いわゆる聴取書問題及び人権蹂躪問題を中心に、わが国の証拠法実務を見てきた。では、それに対して、当時の学説の状況はどのようなものであったのだろうか。この問題に答えることによって、戦前の刑事司法の性格がさらに明らかになることであろう。

先行研究によれば、戦前の刑訴法学説史は三つに区分される<sup>(1)</sup>。第一期は近代的なヨーロッパの刑事訴訟法が輸入され定着していく時期であり、明治30年代のはじめ頃までを指す。そして、そこでの「学説」は母法であるフランス法の祖述に止まり、法典の成立に伴う「注釈」ないし「解説」の域を出なかったとされる。

第二期は刑訴法学が注釈法学というべき地位から脱却し、独立の法学として確立していく時期であり、明治30年代の中頃から大正刑訴法の制定にいたるまでを指す。この時期の特色は刑訴法学が学問として確立し、ドイツ法を範として理論的研究が整備、発展されることに見出される。また、そのような理論的研究と並行して現実の諸問題に対する立法論ないし改正論議が行われるようになったこともこの時期の特徴である。

---

(1) 田宮裕「刑事訴訟法（戦前）」ジュリ400号（1968）166頁以下。

第三期は大正刑訴法時代であり、小野刑訴法及び團藤刑訴法のような日本独自の訴訟法学への樹立が試みられた発展期に当たる。

もっとも、すでに論じたように、証拠法の観点から見ると、実務は判例法を通じて独自の展開を遂げてきた。また、検察権の伸長という観点から見ても、起訴猶予の運用に見られるように日本は独自のあゆみをすすめてきたといえよう。

では、当時の学説はこのような実務、とりわけいわゆる聴取書問題及び人権蹂躪問題に対していかなる態度をとっていたのだろうか。以下ではこの点について検討することにする。

もっとも、学説の歴史的な位置づけを捨象して、学説の態度のみに耽溺する「概念的方法」は、歴史的な分析をいわば「死物化」するものである<sup>(2)</sup>。したがって、本稿では、学説の社会的、政治的背景を念頭に置きつつ、学説を歴史的な流れとして見ることで、当該学説の歴史的役割を描き出していくことにしよう。

## 2. 科学的探証法

これまでみてきたいわゆる聴取書問題について、学説は必ずしも明示的に取り上げて論ずることをしなかつた<sup>(3)</sup>。しかし、それと密接に関連する人権蹂躪問題に対していち早く大胆な問題提起をしたのは牧野英一であつた<sup>(4)</sup>。科学的探証法という問題解決がそれである。牧野によれば「犯

---

(2) ベッカリーア著＝風早八十二・五十嵐二葉訳『犯罪と刑罰』（1959）211・212頁。

(3) 田宮・前掲「刑事訴訟法（戦前）」172頁によれば「（聴取書問題について）学説は必ずしも明示的にとりあげて十分に論ずることをしなかつたが…捜査機関の権限の拡大という方向は、学説の暗黙の支持をえていたものと想像される。しかし、これはのちにわが国の手続構造に重大な影響をもたらし、その体質を規定するまでになっていくのである」とされる。

(4) 田宮・前掲「刑事訴訟法（戦前）」172頁によれば、林頼三郎『刑事訴訟法論』及び牧野英一『刑事訴訟法』は「明治刑訴法時代の学説的發展の到達点を示すものと評される。牧野刑訴法学については、三井誠「牧野英

罪論から刑罰論，刑罰論から採証論へ」という標語のもと，来たるべき<sup>(5)</sup>刑事法の進化は採証論へ行き着くとされた。

牧野が科学的採証法に関して，とくに問題としたのは指紋の証拠能力である。牧野は指紋の有効性について次のようにいう。

「指紋法がわが邦に採用されてから，刑事司法の実際に於て改良されたものが甚だ大きい。恐らくは，そのことは，世の中から気付かれて居らぬかも知れない。しかし，私は，最近二十年來のわが邦の刑政に就いて考へて見るに其の最も大きい進歩であったのは，刑法の改正よりも，刑事訴訟法の改正よりも，将た又，陪審法の制定よりも，むしろ此の指紋法の採用であったと思ふのである。一指紋法と謂つては事が小さい。指紋法は刑事現象に対する科学の応用の一つである。」<sup>(6)</sup>

このような牧野の問題提起は，刑法学における牧野の主張と同様に，

---

一の刑事訴訟法理論」吉川経夫ほか編『刑法理論史の総合的研究』（1994）333頁以下（初出は法時52巻2号104頁以下，同8号66頁以下（1980））。三井によれば，「…当時の刑訴法論の情況において牧野刑訴法論がいかなる意味をもちえたか。答は容易ではないが…これまでの明治刑訴法下の議論を簡潔に総整理するとともに，『実体法と訴訟法との理論的・体系的分離（訴訟法の独立化）』を自覚的に推し進めたと評すべきであろうか」と説かれる（同344頁）。

(5) この点，牧野によれば，現段階では科学の未発達のため，行為から個人の「悪性」を探知することが志向されていたが，将来の展望として「刑法廃止論」が説かれていたことも見逃してはならないだろう。すなわち「…犯罪は現代の刑法に於ては科刑の要件でなければならぬ。併し，既に現代の刑法に於てもそれが又必しも厳密に貫かれて居らぬ。況や，若し将来，犯人の人類学的及び心理学的研究が進歩して，其の結果，一定の悪性を検知するには必しも一定の行為を必要とせぬといふことになれば，現代の刑法は廃滅に帰せねばならぬことになるのである。而して吾人は，斯の如き意味に於て将来刑法が廃滅せんことは，之を希望するのである。刑法は其自体に於て絶対的価値を有するのではなく，全く社会の爲めに存立することに依つて意義を有するのである」というのがそれである。

(6) 牧野英一「科学的採証法の社会的意義」中央公論38巻7号（1923）125頁。

当時あってはきわめて斬新なものであった。牧野は犯罪を「悪性」の徴表と捉え、いわゆる主観主義を提唱していたが、そこでいう社会防衛主義は刑事手続に関する牧野の考えにも大きな影響を与えていた。

「特殊の兇漢が死刑に処せられたとき、民衆は一種の痛快を味はうかも知れない。しかし、新聞をさわがした幾多の重大な事件が、わからずしまひになるの多きを見る今日に於ては、吾人の生活は必しも安泰といふわけにはゆかぬ。さうして、そこに今日の刑政の大きな欠点があるのである。（原文改行）街路を適当に照明することは犯罪を少なからしめることである。即ち、犯罪は兎角、暗を好むものだと謂ひ得よう。しかも刑法そのものは、如何に改良されても、直接に社会に証明を与へる力は弱い。事実<sup>(7)</sup>に於て、仮に百の犯罪が百ながら発覚せねばならぬ運命にあるならば、それだけで、刑法は、その内容が如何に貧弱であっても、適当に社会防衛の作用を営み得よう。刑法の理論の新旧を争ふことは實際上さまで重要なことではない。實際上重要なのは、犯罪の行はれる社会の暗黒面を照明するものがあって、犯罪が何人に依り、如何にして行はれたかを手にとるやうに明らかにする方法の存するや否やの点である。若し、幸に、犯罪発覚の方法を適切ならしめる方法が全うされるならば、旧い刑法でも、十分に犯罪を予防することができることになりはすまいか。（原文改行）指紋法は、謂ゆる科学的探証法、即ち謂ゆる科学的警察の一方法として、此の目的の爲めに存するものである。指紋法は科学的警察の一方法たるに過ぎない。さうして、斯く指紋法を採用して、犯罪を明かにすることにした精神を茲に更に拡充し、更に広く、犯罪に関する探証の科学的方法を考へるといふことが之からの問題であるのである。」

このように、牧野は自らの社会防衛主義の担保として「犯人検挙の確

---

(7) 同上・127・128頁。

実性」を主張し、「悪性」の徴表を探知する手段とその確実性を求めたのであった。

周知のように、犯人の人格を問題とする牧野の主観主義は量刑論と結びつき、また特別予防論と結びつけて論じられるが、他方、刑事手続における証明論は一般予防論と結びつけて論じられることになった。

「犯罪の証明は刑の量定に対して独立な目的を有して居る。刑の量定は主観主義を基礎とするものであるが、犯罪の証明は、刑の犯人以外に対する作用を全うせしめるに必要である。第一に一般予防の為に必要である。即ち犯罪は結局発覚するものであることを世に示す必要がある。第二に被害者に対する関係上必要である。或は被害事実が国家に依って観過せられざりしことを示さねばならぬ。又被害者に私訴を提起するの機会を与へねばならぬ。応報刑論者は、予輩が茲に犯罪の証明の効果として述べた所のものを応報刑の作用として主張するのである。併しそれは、若しそれのみの目的を以て刑を科すべきものとするのならば、不当に犯人の利益を害するものと考へる。<sup>(8)</sup>」

刑事訴訟法と採証法の関係についてもこの文脈で理解することができよう。牧野はいう。

「刑事訴訟法は大に人權を尊重する筈になって居る。しかし、刑事訴訟の目的は、謂ふまでもなく、犯人と犯罪を明かにするに在るのである。無罪の宣告をするのが其の主眼でなく、社会の為に犯罪人を処分するのが其の趣旨である。それで、刑事訴訟の局に当る者は、裁判所にしても、検事局にしても、将た又司法警察官にしても、おのづから其の職務の其の社会的使命の為に影響を受けるのは当然ではあるまいか。(原

---

(8) 牧野『罪刑法定主義と犯罪徴表説』(1921) 234頁註(q)。なお、この点が、牧野の刑事訴訟法の体系書において、「精確性」と「迅速性」が二大眼目とされている理由であると思われる(例えば、牧野『重訂刑事訴訟法』(1935)など参照)。

文改行）茲に於て、人権蹂躪の問題が起るのである。当局は、徒に人権蹂躪を事として居るのではない。蹂躪された方面から見れば其の蹂躪は忍ぶべからざるものであるけれども、当局は、十分善意に、さうして、相当の注意を以て其の職務に従事して居るのである。若し、単に『疑わしきは軽きに従ふ』べきの原則に従ひ、証拠の十分ならざるがために終に犯罪人を発見する能わずとしてお役が済み得るものとせんか、当局は畢竟土偶としてのみ存するに過ぎなくなる。しかも、当局が相当に其の活動を全うせんとせんか、そこには人権蹂躪が、少なくとも或程度に於て止むを得ないことになって居るのである。（原文改行）斯やうな状態は、果して刑事訴訟法の改正に依つて救済されるものであらうか。私は、刑事訴訟法の改正を無用だといふのではない。しかし、刑事訴訟法の改正に依て人権蹂躪が影を潜めるといふことは、決して待ち設け得べきことではあるまい。（原文改行）指紋法は茲に於て活躍せねばならぬのである。一方に於ては、犯罪の証拠を的確にするといふことが、他方に於ては、探証上無用に人の利益自由を侵害しないといふことを意味する。<sup>(9)</sup>」

以上のように、牧野にとって科学的探証法とは、精確かつ迅速な捜査と「人権擁護」を両立させるものであった。たしかに牧野の科学的探証法は新派刑法学の所産ともいいうるが、<sup>(10)</sup>牧野独自の理論の必然的な帰結であったとも評しうるように思われる。すなわち、牧野刑事法学を貫く「社会と個人との調和」という思想（「具体的妥当性」の思想）がそれである。<sup>(11)</sup>社会政策と刑事政策が交錯する牧野法学にとって、刑事実体法と刑事手続法が「社会と個人との調和」のもと統一するのは必然であった。まさに科学的探証法は「社会的利益」と「個人的利益」とを矛盾なく調

（9） 牧野・前掲「科学的探証法の社会的意義」128・129頁。

（10） 三井・前掲「牧野英一の刑事訴訟法理論」341頁以下参照。

（11） この点、内田博文「牧野刑法学における社会政策と治安政策の接合について」鈴木茂嗣古稀上巻（2007）19頁以下。

和するものとして牧野の採るところとなったのである。

牧野は続けて言う。「惟ふに、自由心証主義を全うするには、科学的採証主義が採用されねばならぬ。手續上、被告人に答弁の義務なしといふことを明かにした新刑事訴訟法の主義を徹底せんが為めには、其の採証が是非とも科学的に経営されることにならねばならぬのである。之に依って、第一に、無辜が検挙訴追せられることの虞を少くとも著しく減ずることにならう。第二に、犯人それ自体を裁判するに付ても、公正に且人道的に事態を運ばせしめ得ることにならう。」<sup>(12)</sup>

牧野の「科学主義」は、後進の学説に大きな影響を与えることになったが、<sup>(13)</sup> そのよって立つ「科学主義」は、のちにみるように、「行為者人格」の尊厳を否定する側面を多分に有していたことも見逃してはならないだろう。

### 3. 強制処分権付与論

#### (1) 三つの方向性

刑法の領域における華々しい「学派の対立」の一方で、刑事訴訟法の領域では、「社会的利益」と「個人的利益」をいかに調和させていくかという思考が主流を占めた。そのような中で、人権蹂躪に対する解決も、検察に強制処分権を付与する解決策を模索する動きが主流となっていた。

もっとも、学説における強制処分付与論には、大きくわけて、三つの方向性がありえたように思われる。瀧川幸辰、宮本英脩、小野清一郎のそれぞれの主張がそれである。

#### ① 瀧川説

まず、瀧川は、人権擁護の立場から、予審を廃止して検察に強制処分

---

(12) 牧野・前掲「科学的採証法の社会的意義」129頁。

(13) たとえば、小野清一郎『刑事訴訟法講義 全』(1925) 44頁以下など参照。

権を付与するとともに、捜査と公訴を別個の機関にすることを説いた。

「私は公平を期する建前から、第一に現在の予審制度を廃止して犯罪捜査を検事の全責任に移すこと、第二に犯罪捜査に関する仕事と公訴の提起及び遂行に関する仕事とを区別して、それぞれ別個の機関の手に委ねることを提案する<sup>(14)</sup>」「検事を捜査機関としておきながら、何等の強制処分を用ゐず犯罪を捜査せよということが、元来無理な注文である。それだからこそ、検事に予審判事の強制処分を請求する権限を認めるといふ間に合はせを必要とし、結局、判事を検事の補助機関に格下げして、裁判官全般の威信を失墜さす結果を招いたのである。むしろ始めから検事の全責任において捜査を完了させることの簡明を選ぶべきである。検事は堂々たる国家機関であり、個々の検事その人は教養ある紳士である。検事に当然負うべき責任を負はすことは、捜査の責任を分担させて居る現行制度よりも遙かに明朗な検察制度を期待することができる<sup>(15)</sup>」「検事を純粹の捜査機関としてその全責任において事実の取調、証拠の蒐集及び保全にあたらせ、公訴は検事と別個の機関によって遂行することになれば、あらゆる無理がなくなり、刑事裁判の国民的信頼はよほど大きくなること疑ひない<sup>(16)</sup>。」

周知のように、この頃、瀧川は罪刑法定主義を許容していた従来の立場を改め、その擁護論を明確にしていたが<sup>(17)</sup>、瀧川によれば、罪刑法定主義と強制処分法定主義がパラレルなものとして、次のように説かれた。

(14) 瀧川幸辰「刑事裁判の行衛」同『刑法雑筆』（1937）195頁（初出は1936）。また、瀧川幸辰「人權擁護と豫審制度」同『刑法と社会』（1939）39頁（初出は1937）、同「豫審」同『刑法と社会』48頁（初出は1938）なども参照。瀧川の刑事訴訟法学については、小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』（1986）244頁以下参照。

(15) 同上217頁。

(16) 同上220頁。

(17) 瀧川「犯罪の防衛か犯人のマグナ・カルタか」同『刑法雑筆』353頁以下（初出は1935）。

「いかなる行為が犯罪であるか、犯罪を行うた者に対して、いかなる刑罰を科すべきかは法律によってのみ定まる。法律に予告していない犯罪と刑罰とを裁判において創設することは絶対に許されない。これが刑法における罪刑法定主義であって人権保障の基礎となって居る。この思想は刑事訴訟の目的遂行において、法律に規定せられた条件、方式、効果に従う強制処分でなければ許されないという形態をとって再現する。刑法上の罪刑法定主義は刑事訴訟法上の強制処分法定主義と合一することによって始めて完全となる。ベッカリーアはこの点を指摘し強調したのである。」<sup>(18)</sup>

瀧川は明示的には述べていないが、検察に強制処分を付与するとしても、その強制処分の範囲は法律によって厳格にしばられるべきことを前提としていたようである。

瀧川は「問題の核心は一應、豫審制度の維持か検察権限の拡大か、にある如くみえるが、解決の鍵は豫審判事か検事かではなく、果てしなく続く勾留をいかにして喰い止めるかにある」として、未決勾留の長期化を「解決の鍵」としたが、他方で、「人権蹂躪」について次のような認識を示していたことも見逃せないところであろう。

「現代の犯罪捜査に拷問があらう筈はない」「被告人が苦痛を感じることなく悉く拷問の範囲に入れるなら、拷問のない国はなく、また近い将来にその全廃を望むことはむづかしい。確かに未決勾留は苦痛である。…併し斯ような不自由を拷問というわけには行くまい。先づ打ったり叩いたりしなければ拷問はないということになるであらう」「教養ある紳士としての検事が自白獲得の手段として人を撲るとは考えられない。打ったり叩いたりすることがあるとすれば、それは警察の取調についてである」<sup>(19)</sup>。

このように瀧川は、「人権蹂躪」の最たるものを未決勾留の長期化で

---

(18) 瀧川「刑事訴訟と未決勾留」公法雑誌4巻8号(1938)2頁。

(19) 瀧川・前掲「刑事裁判の行衛」193・194頁(初出は1936)。

あると措定し、そのほか、不法検束・拘留、警察の暴力、理由なき勾留の更新、公判調書が法定の期間内にできないことなどを「人権蹂躪」に数えた。<sup>(20)</sup>

しかし、これまでみてきたように、罪刑法定主義の堅持をかかげて「人権擁護」を唱えながら、戦時の進展に伴って台頭してきた検察権力に被疑者・被告人の人権を委ねることは最大の矛盾でもあった。また、瀧川のいう予審廃止に代わる捜査機関と公訴機関の二分論も具体的な構想を示せないでいた。

## ② 宮本説

次に、宮本は、検察に強制処分権を付与するが、他方で予審を存置するという立場をかなり早くから採っており、現状分析に即した詳細な検討が加えられることとなった。まず、宮本は人権蹂躪問題について次のようにいう。

「…検事は一方に於て犯罪捜査の職務を有するものなるに拘らず、現行刑事訴訟法に従へば検事は現行犯の場合の外毫も捜査に關して権力を行使すること得ざるものなり。而して多数の犯罪特に捜査上最も困難を感ずる智能犯其他取引談合に基く犯罪の大多数は非現行犯なるを以て、検事が是等の犯罪の捜査に當り不知不識程度を超えたる行為をなすことありとするも、是れ亦已むを得ざるの結果なりと謂はざるべからず。」  
「…検事の捜査上の権限拡張が今日須要喫緊の事柄たるは殆ど争なき所に属す」「検事素より神にあらずと雖も又狂人にあらず。相当なる範圍に於て現在の程度以上に之に権力を行使せしむるも亦何の危険か之れあらん。要は唯検事をして之が濫用に陥らざらしむる様監督官を督励して充分なる注意を用ひしめ、国民亦常に之が監視を怠らざるにあるのみ且つ夫れ検事の権限拡張は…見込に依る起訴の弊害を予防するに於て少か

---

(20) 瀧川「人権蹂躪」同『刑法雑筆』221頁以下（初出は1937）。

らざる効果あるは疑ふべからず。<sup>(21)</sup>」

宮本は検事が被疑者を「単純なる見込」で予審請求すれば、「人権蹂躪」はなくなるが、その弊害は「測るべからず」とする。そして「…予を以て見れば今日の検事は濫訴を慎み人権蹂躪を避けんとして却て人権蹂躪の批議に遭うものなり」と結論付けることになった。<sup>(22)</sup>

また、宮本は検事に強制処分権を付与することは被告人の利益になるとし、「一般国民」による強制処分権の監視を説いた。

「…検事の権限拡張は独り検事の便宜たるのみならず、又兼て被告人の利益たるべし。予故に曰く検事の権限は他の大なる利益に抵触せず且つ必要なる限度に於て能ふ限り之を拡張すべし、唯一般国民に於て常に之が監視を怠らざることを要すと。而して其直接之を監視するは主として在野法曹の任務なり。<sup>(23)</sup>」

しかし、宮本の強制処分権付与論は、その行使をすべて検事に委ねるものではなかった。次のように説かれたからである。

「…予の見る所を以てすれば、検事の犯罪捜査に関し、或限度に於て此種の規定を必要とするは多く言ふを俟たず。唯議すべきは其之を容べき被告事件の種類、請求を為し得べき場合の具体的条件、及び請求を為し得べき強制手段の範囲の問題とす。」

こうして、強制処分を許容する被告事件を限定することは「柱に膠するもの」であるから、絶対に不可であり、強制処分の具体的条件としては原則として「証拠保全」に限定するが、<sup>(24)</sup> 特別の場合においては「検事

---

(21) 宮本英脩「刑事訴訟法改正案に就て」『宮本英脩著作集第6巻』(1990) 371頁(初出は1917)。この論考はいわゆる大正五年案に関するものである。かなづかいは『著作集』に従った。大正五年案については、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(1976) 263頁以下参照。

(22) 同上371頁。

(23) 同上372・373頁。

が進んで証拠を蒐集せんとする場合」においても許容できるとする（例えば、選挙法違反の関係人が申し合わせて検事の呼び出しに応じない場合など<sup>(25)</sup>）。そして、そのような目的のもと、少なくとも「被告人の勾留」に強制処分権を認めるのは「全然不当」とするのである。<sup>(26)</sup>

他方、宮本は、刑訴法改正案（大正五年案）が起訴前予審をとった理由付けに関して、「予審判事たりし人士の執務の実際に関する偽らざる告白」を参考に、当時の実務の問題点を次のように分析した。<sup>(27)</sup>

まず、予審における取調の範囲に関しては「蓋し改正案は其第270条に於て『予審ハ公訴ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ決スルニ必要ナル事項ヲ取調フルヲ以テ限度トス』と規定すと雖も、事実<sup>(27)</sup>に於て公訴を提起すべきや否やの限度は殆ど判決の基礎たるべき一切の取調と一致するか、少なくとも八九分まで一致すべきものなることは争ふべからざる事実なり。」と説かれた。

宮本によれば、このような予審における取調べが實際上、公判の取調べを兼ねているという事実は「単純なる見込に因る濫訴の弊」を避けるため、証拠を収集しようとした「当然の帰結」であって、起訴前予審とすることによって予審における取調の範囲が縮小するというのは「大なる謬見」であるとする。

次に、予審が検事の捜査の反復であるとの当時の議論に関しては「予をして露骨に之を謂はしむれば、畢竟各検事局長官の監督方法の然らしむる結果ならずんば<sup>(28)</sup>あらず」として、大要、次のように分析される。

---

(24) 同上376頁。

(25) この場合、宮本は、選挙法違反の被告発人に対して手当たり次第に予審を請求することにならざるをえないが、それは「恐怖政治の出現」を見るに至るとして、強制処分権を与えない場合の弊害を説いている。

(26) 同上377頁。

(27) 同上386頁以下。

(28) 同上388頁。

すなわち、今日の検事局は免訴無罪の少ない検事を「成績優秀の敏腕家」と評価しているため、検事は予審請求以前に詳細な取調をするようになる。したがって、起訴前予審としても、予審取調終了後に事件を不起訴とした場合、實際上、検事が自ら免訴の裁判をしたことと変りはない。したがって「某検事担当事件中予審請求に斯かる件数幾何、其中不起訴件数幾何と謂ふが如き成績上の優劣が、各検事の頭脳と各長官の頭脳とを刺激すべき程度は、予審判事が免訴の裁判を為すと否とに因りて毫も差別あるべきものにあらず。」

このように、宮本によれば「今日予審の取調が殆ど検事の取調を反復するに過ぎざるが如き観ある所以のものは、予審が起訴後の手続なるが為めにあらずして、主として上官に於て妄に予審請求の結果に付き監督上部下の検事をして過重の責任を負わしむるが為なり」とされるのである。

もっとも、宮本は起訴前予審をとった改正案にも、「現行予審制度の欠点」を顧慮すれば一定の評価できる点があるとする。その「欠点」とは次の二つである。

第一は、現行法下では、予審判事に被告事件を公判に付すかどうかの裁判をさせていることである。宮本は、予審判事と検事が懇意であるという現状に鑑みれば、予審判事は検事に気に入られようとして、予審決定は「嫌疑十分」の程度で足りるにもかかわらず、いきおい「公判判事と同様の確信と態度を以て、事件の裁判を為さんとするに至る」とする。また、そのため、一旦「有罪の見込」をつけると証拠を「有罪の予断」で固め、他方で、「免訴の見込」の場合は被告人に有利な証拠を集める傾向が生じるとする。

第二は、予審判事の認めた証言やその他の証拠の価値が、公判判事の評価の基礎となることである。いうまでもなく、これにより公判判事に予断が生じるからである。

こうして、宮本は改正案に問題が多いということを認識しつつも、起訴前予審とすることによって上記の二つの欠点を克服し得ることに一定の評価を与えたのであった。

もっとも、宮本としては起訴後予審を高く評価していたように思われる。この点、起訴後予審を採った大正刑法法に対する宮本の評価に触れておこう。

宮本は、予審の性質を「捜査」ではなく「審判」とし、予審を「訴訟主義」的に理解する立場から、起訴後予審を次のように評価した。<sup>(29)</sup>

「…予ヲ以テ見レバ、是レ頗ル當ヲ得タル處置ナリトス。蓋シ一方ニ既ニ、縦ヘ公益ノ代表者トハ謂ヘ、専ラ捜査官ノ地位ニ在テ、能フ可クンバ被告人ヨリ何等カノ自供ヲ護ベク全力ヲ傾倒スル檢事アルニ拘ラズ、更ニ又豫審判事ガ捜査ノ機關トナリテ、専ラ被告人ヲ證據方法視スル立場ニ立ツニ至リテハ、其レガ公判ノ裁判ニ及ボス影響ノ如何ナルベキカハ殆ド言ヲ俟タザレバナリ。」<sup>(30)</sup>

しかし、宮本は起訴後予審がもつ上記のような問題点への懸念を付すことも忘れてはいなかった。

「豫審判事ガ假ニ被告人ヲ専ラ證據方法視シ、百方之ヨリ何等カノ自供ヲ得ント努力シテ妨ナキガ如キ立場ニ立チタリトセンカ、斯クノ如クンバ、豫審判事トハ名ノミニシテ、其ノ實ハ檢事ニ外ナラズ。而モ其ノ調書ハ檢事ノ捜査調書以上ニ遙ニ優レタル證據力ヲ有ス。其ノ危険タルヤ測ルベカラズ。或ハ斯カル危険ヲ豫防スル爲メニ何等カノ考案ナキニアラザルベキモ、豫ノ見ル所ヲ以テスレバ、豫審ヲ起訴前ノ手續トスルコトハ、結局豫審判事ヲシテ不知不識ノ間ニ審判者タル自覺ヲ失ハシメ、豫審ヲシテ益々糾問主義的ナラシムル所以ニ外ナラズ。要スルニ豫審ニ關シテ最モ工夫ヲ要スル事項ハ、如何ニセバ豫審判事ヲシテ最モ善ク訴

(29) 宮本英脩『刑事訴訟法大綱』（1937・宮本英脩著作集5巻）335頁。

(30) 同上337頁。

訟主義的指導觀念ニ忠實ナラシメ得ベキカト謂フコトニ在リテ、其ノ他  
ノ問題ハ寧口附隨ナラザルヤヲ思フ。<sup>(31)</sup>」

### ③ 小野説

以上のように、学説においても、検事に強制処分権を付与するという考えは有力であったが、最も大きな動きを作り出したのは、小野の予審廃止論であった。

牧野の後継として刑事訴訟法講座を担当し、のちに戦前における刑事訴訟法学の集大成ともいべき体系を構築した小野も「刑事訴訟法に於て承認を要求する二つの利益」として「犯罪の処罰を要求する社会的利益」と「処罰を請求される個人並に其の手續に依て影響を受くべき個人の利益<sup>(32)</sup>」を挙げ、「近代刑事訴訟法は畢竟犯罪の処罰に関する社会的利益と個人的利益とを妥当に（義に従って）調和せんとする試みである<sup>(33)</sup>」とした。

明治以来続いていた人権蹂躪問題は、治安法体制再編以後、脱法的な暴力によって激しさを増すことになったが、この時期、従前の態度を改めて罪刑法定主義擁護論をとっていた小野は、行政検束の濫用、留置場<sup>(34)</sup>における虐待、拷問などの人権蹂躪問題について次のように説いた。

「刑事司法の手續に於ける人権蹂躪の問題は今日に始まったことではない。だが、近時特に労働運動乃至共産主義運動に関連する検挙に於て警察権が濫用され、不当拘禁、さては××に近き暴行・陵虐の行はるることがあるといふ風評を耳にする。事の真偽はもとより確かではないが、斯くの如き風評を聞くさへ我ら国民として憤懣に堪へざるものがある。」

---

(31) 同上337・338註二。

(32) 小野・前掲『刑事訴訟法講義』（1925）34頁。

(33) 同上39頁。

(34) 横山晃一郎「刑事法解釈論批判—罪刑法定主義と刑法の解釈」『マルクス主義法学講座7巻』（1977）153頁以下。

（×は伏字）

「固より問題は単なる法律問題ではない。不当拘禁問題の生ずる根本原因は寧ろ現代の社会組織そのものに存するであらう。社会的・思想的に謂ゆる階級闘争の行はるる現代に於て、刑事司法が能く其の公正を得ることは難き上にも難きことである。或る意味に於て不当拘禁を絶無ならしむることは到底不可能であるともいひ得よう。併しながら、我らは我ら国民の文化を標準として、少なくとも甚だしく其の文化意識に反する拘禁の行はれざることを我らの国家に要求せねばならぬ。是れまことに最小限度の正義の要求である。我らは決して個人の絶対なる自由を主張せぬ。我らはまた国家の刑事司法を否認するものではない。ただ我らは刑事司法に対して今日の文化を標準とする正義を要求するだけである。<sup>(35)</sup>」

このように「国家の文化」に照らして人権蹂躪問題の是非を論じる小野は、「警察は必ずしも被疑者の『任意の』取調のみをあてにしてはいない。被疑者を法律的に強制する手段をもって居るのである。其の著しきものは実に違警罪即決例に依り警察署長の為し得る刑事の即決処分である」として違警罪即決例を俎上にあげた。そして、人権蹂躪を防ぐために、違警罪即決例の全廃又は根本的改正、不当拘禁に密接に関連する警察の留置場（代用監獄）の廃止又は根本的改善、その他、科学的採証法の採用、警察官の教養の向上、不当拘禁の責任者の<sup>(36)</sup>刑事責任の追及を主張した。

また、小野は刑事訴訟法において捜査機関が強制処分を原則禁じられていることについて「此は、刑事訴訟に於て検事は被告人と共に当事者であるから、一方が他方に優越する権力をもってはならぬといふ当事者対等の原則から来て居るのであって、其の意味に於て極めて正当であら

(35) 小野「不当拘禁の問題」法時2巻11号（1930）3頁。

(36) 同上参照。また、小田中・前掲『史的構造』18頁以下もあわせて参照。

う。だが、之によって捜査機関が被疑者に対し事実上強制を行ふことを禁ずることは出来ない」という認識をしめす一方で、慣行上行われている任意処分について次のような疑問を呈し、捜査官に強制処分権を付与することを提言した。

「検事又は司法警察官から出頭の要求があれば、それだけで事実上既に大なる心理的強制である。況や其の当然なる官憲の権威を以て、時としては甚だ不当なる精神的強制乃至物理的暴行をさへ加へて為すところの取調が何で任意であらう。其処にはあらゆる職権濫用の危険が含まれて居るのである。だから私は寧ろ捜査機関に正面から或る程度の強制の権能を認め、之を法律的に規制する方が却て賢明な立法政策ではないかとさへ考へて居る。」

こうして、小野においては、行政処分の弊害と任意処分における職権濫用の危険性を考慮して、捜査に法的規制をかけるべく、捜査機関に強制処分権を付与することが目指されることになった。

この捜査機関に強制処分権を付与するという人権蹂躪の防止策は、ほぼ同時期に発刊された体系書において、「捜査手続は刑事手続の出発点を爲すものであり、犯罪の捜査なくして刑事手続は行はれない。しかのみならず、犯罪捜査の方法如何は屢々刑事手続の運命を決するのである。其の刑事司法の全機構に於て重大なる地位を有することは更めて論ずるまでもない。其は公益のために充分其の機能を發揮せねばならぬ。」<sup>(37)</sup>という捜査の重要性を強調する形でさらに鮮明に表れることになった。

しかし、小野のこのような主張は、牧野によって、次のように批判されることになった。

「論者の或るものは、検事をして強制力を用ひ得べしとしてゐる。起

---

(37) 小野『刑事訴訟法講義全訂第三版』(1933) 345頁

訴前の強制処分が事実上検事に強制処分を許容するのと同じに帰着してゐるの事実を挙げ、むしろ率直に、検事にすべてを許容することが事を直截簡明にならしめるゆゑのものである、とするのである。しかし、その直截簡明は甚だよし。しかし、捜査に方って容易に検事の強制処分を許容することは、予審の弊害を矯めむとしてむしろ予審以上の弊害を招くの虞あるものといはねばならぬ。われわれは、予審がむしろ迂路をたどりつつその歩を進めむとするところに、その重要性を認めねばならぬのであり、現在の事実として、起訴前の強制処分が検事に強制処分を許したのと異るところなし、とされる点に疑いを挟まねばならぬものがあるのである。<sup>(38)</sup>」

牧野は喜望峰に例えて次のようにいう。

「予審制度は、刑事訴訟における喜望峰である。さし当り、われわれが考へ得る刑事訴訟において、予審制度は何等かの形式において維持されざるを得ない。しかも、予審制度は、全刑事訴訟法を支配する基本原理に対し、明かに、例外をなすものである。されば、刑事訴訟法の改正問題は、予審制度をいかに改正するかはその要点を持つものといはねばならぬ。しかも、予審制度は、その本質上、これを形式的に制度的に改正することの不可能な或ものを包含してゐるのである。」<sup>(39)</sup>

もっとも、牧野は単純な予審存置論をとっていたわけではなかった。<sup>(40)</sup>「この喜望峰は、是非これを乗り越えねばならぬ」としたからである。

「さうして、これを乗り越えるがためには、われわれは、刑事訴訟において新らしき理論と技術とを考へねばならぬ。刑事訴訟法において、全法律にわたる新らしき国家理念を理解せねばならぬ。国家を単に権力

---

(38) 牧野「喜望峰としての予審」法時7巻4号（1935）4頁。

(39) 同上3頁。

(40) 同上5頁。

の主体として考へることなく、被告人を単に訴追の客体として考へることなく、そこに、文化国における倫理と技術との結合といふことを基本としてすべてを再構成すべきものとするとき、われわれは、予審制度改正問題の思想的意義を把持することができるわけになるのである。」

牧野はこの新しい方向性を「信義誠実の原則」のもと考へようとするが、その最たる制度としての陪審制の適用は、予審制度の改善という点では「具体的な何ものをも、未だそこに把持することを得ない、といはねばならぬのである」とし、結局、牧野が依拠する「科学主義」にそって、刑事裁判官の特別化（科学化）を志向することになった。<sup>(41)</sup>

しかし、牧野の批判にもかかわらず、小野の強制処分権付与論は、後年の「司法制度革新論」に具体化していくことになるのである。

「私は現在の予審制度を廃止すべきだと考へる。さうして公判前の手続は原則として検事に委ぬべきである。言ひ換へれば現在予審判事のやっている仕事を大体検事の職務に属せしむることによって、検事の指揮の下に統一的な捜査を行はしむると同時に、其の一切の責任を検事に負はしむべしとするのである。かくすることによって公判前に於ける取調が著しく単純化され、迅速なものになることは勿論、その取調は遙かに徹底的なものになり、又無駄のないものになる。…勿論、此の制度を実施するには検事に対して或る強制の権能を与へなければならない。強制権なくして捜査を徹底せしむることは不可能であるからである」<sup>(42)</sup>、「私の予審廃止を中心とする改革案は出来る限り従来との連絡及び調和を得せしめようとするもので、何等突飛なものではなく、寧ろ極端に実際的なものであることを諒解されたいと思ふ。」<sup>(43)</sup>

---

(41) 同上4頁以下参照。

(42) 小野清一郎「司法制度革新論」中央公論52巻5号（1937）127・128頁。

(43) 小野・前掲「司法制度革新論」133頁。

（2）小野証拠法の展開（戦前）

小野が人権蹂躪の防止策として、捜査機関に対する強制処分権の付与を提唱したのは、実体的真実主義と人権擁護（人権蹂躪の防止）との調和を図るためであった。

小野は「公法は国家及び公共団体の生活関係を支配し、公益上の見地に於ける配分的正義…の観念によって指導される法律範疇である…」として刑事法の公法的性格から「配分的正義」を導き、周知のように次のように説く。

「刑法及び刑事訴訟法は刑事司法法として刑事司法に依る正義を目的とすると同時に、また刑事司法に於ける正義を目的とする。茲に刑事司法に依る正義とは刑事司法の作用に依り国家及び社会の文化的秩序を維持せんとするの目的をいい、刑事司法に於ける正義とは国家の刑事司法作用そのものが一般文化的要求に従って行われることを謂う。正義そのものは本来分かつべからざる一の絶対的観念であるが、其が具体的行動の目的として現れるとき、其は種々の方向に分岐するのである。…特に刑法に於ては刑事司法に依る正義の目的が前方に置かれるに反し、刑事訴訟法に於ては刑事司法に於ける正義の目的が前方に来る。蓋し、刑事訴訟法に於て刑事司法に依る正義が其の目的たることは勿論であるが、同時に其は刑事訴追を受くる個人の自由と利益とを不当に害することなきことを確保せねばならぬのであって刑事訴訟の手續に於て此の二つの目的を文化的要求に従って調和せねばならぬ。」（圈点原文）

そして、刑事訴訟法において前面に出るとされる後者の「刑事司法に於ける正義」においては、「刑事司法に依り社会の文化的秩序を維持すること」、即ち「犯罪の処罰」と、「個人の自由及び利益の保護」を正義の原理に従って調和することが目指されることになった。

さらに、前者の「犯罪の処罰」という見地からは、「国家の特別なる機関」、すなわち検事を担い手とした犯罪の処罰の確実性ないし迅速性、

当事者処分主義の否定と職権主義の採用，実体的真実主義・自由心証主義などが導かれるとされ，他方，後者の「個人の自由及び利益の保護」という見地からは，一方的に被告人を追い詰める糺問主義の否定と訴訟手続の採用，不告不理の原則，さらに弁論主義又は当事者訴訟主義，当事者対等主義，口頭主義，公開主義などが演繹された。

では，次に小野の証拠法についての考えを見てみよう。小野は証拠法の理想に関して次のようにいう。

「…歴史の変遷に於て絶えず求められてゐる証拠法の理想がある。其は実体的真実の発見といふことである。即ち，実体的真実主義…は刑事証拠法の進化に於ける指導的理想である。然らば実体的真実主義とは何を意味するかといふに，私は之を以て人間の経験と理性とに訴えて出来る限り事実の真相を想像の上に再現せんとするにあるものと解する。神判から拷問へ，法定証拠主義から自由心証主義への転化は<sup>(44)</sup>いづれも此の意味に於ける実体的真実の要求に基くものである。」

また，職権による実体的真実主義の徹底のため，直接（審理）主義が高唱され，裁判官の直接目にふれない実体的真実を歪める証拠は排斥するものとされた。

確かに，「実体的真実主義」は従来から唱えられてきた刑事訴訟の原理であるが，実体的真実主義を証拠法の核心にすえ，裁判官が職権により直接にその実体的真実を探求するところ<sup>(44)</sup>に小野証拠法の特色があった。いうまでもなく，実体的真実主義を刑事訴訟の中心である証拠法の核心に据えるということは，刑事訴訟全体が実体的真実主義に指導されることを意味する。小野は実体法と手続法との体系的分離を徹底させたが，両者は「構成要件」概念により密接にかかわるものとされ，「構成要件」概念が刑事手続全体に亘って実体面を指導するとされた。

---

(44) 小野・前掲『刑事訴訟法講義』（1933）280頁。

周知のように、小野の体系においては、構成要件該当事実が「罪となるべき事実」とされる結果、「裸の行為」論は退けられ、評価の対象は構成要件に該当する行為とされた<sup>(45)</sup>。

「構成要件の中核をなすものは行為である。『行為』刑法ではなく、『行為者』刑法でなければならないといふ主張には、或る政策的意味がある。しかし、明らかな行為を捉へることなしに行為者の社会的危険を判断するがごときは、これこそ政策的に許しがたい専断に陥るであらう。…具体的な人間は単に生物学的・社会科学的な存在ではない。それらのものであると同時に、人倫的・倫理的な存在である。…人格といふときに、おのづから人倫的存在としての人間が考へられなければならないであらう。しかし、人倫的存在としての人間は行動そのもの、行為そのものにおいて端的に表現される。人倫的な行動、行為を除いては、『人間』も『人格』もないのである。<sup>(46)</sup>」

このように、小野の構成要件においては、行為者の行為（構成要件に該当する行為）が刑事裁判の評価の対象とされ、究極的にはその行為の表象される「行為者人格」が評価対象とされることになった。

では、評価の対象たる行為はどのように認識されるべきなのか。この点に関して、小野は次のように説く。

「行為は、倫理的評価の対象として主観的・客観的な動的過程である。人格は静的な存在概念であるが、行為はあくまで動的な過程概念である。刑法上の行為は単なる意業でないとともに、常に意業を含んだものであり、倫理的主体における主観的意業の表出、客観化としての語業・身業である。意業と語業・身業、主観的意思とその客観化としての行為とは、倫理的評価の対象として分かつべからざる一体のものである。認識の上でその主観面と客観面とを分別することはできるが、それを切りはなし

---

(45) 小野『犯罪構成要件の理論』47頁。

(46) 小野・前掲『犯罪構成要件の理論』48頁。

てしまつては意味をなさない。総合的直観の立場においては行為は一体のものである。主観面と客観面とがその相互連関、相依相成によって具体的な行為を成り立たせるのである。<sup>(47)</sup>」

このように、評価の対象たる構成要件的行為は「総合的直観」の立場において認識すべきものとされたわけであるが、ここで説かれている内容を小野の刑事訴訟法学の中で引きなおすと、「総合的直観」と自由心証主義がほとんど同義に説かれていることが容易に理解できよう。すなわち、小野証拠法の核心は構成要件的行為の背後にひかえている「行為者人格」を、自由心証主義のもと、「総合的直観」の立場で評価するということになる。行為者人格を裁くという点に着目すれば、牧野の主観主義刑法学とほとんど大差ないとも評しえよう。<sup>(48)</sup>ここでも、戦前の刑法学における「学派の対立」と同様に、<sup>(49)</sup>「コップの中の争い」という指摘が妥当しよう。

### (3) 「普遍主義」による変容

小野の刑事訴訟法学が「刑事司法に依る正義」及び「刑事司法に於ける正義」に奉仕する結果、その「正義」の根本たる刑罰法規のあり方によって、「刑事司法に依る正義」及び「刑事司法に於ける正義」のあり方も容易に変容しよう。

---

(47) 小野・前掲『犯罪構成要件の理論』58・59頁。

(48) 小野・前掲『犯罪構成要件の理論』222頁註(一)によれば、「私は犯罪を以て性格の徴表なりとする主観主義(人格主義)の意味を十分に評価するものである。しかし犯罪そのものは、流動せる人格そのものではなく、一定の時、處の上に表出された『徴表』たる、動かすべからざる『事実』である。而して斯くの如き『事実』に基かずして人を処罰することは不正義である」と説かれる。

(49) 内田博文『日本刑法学のあゆみと課題』(2008)107頁以下など参照。以下、『あゆみと課題』という。

この点、小野が戦時の進展を背景に、「普遍主義」の立場を闡明することになったことが挙げられる。この「普遍主義」によれば「社会と個人の調和」が一層推し進められ、「普遍主義はものを其の普遍の姿に於て見る。即ち世界を統一あり、秩序ある全体として見る全体観である。此の場合に個体とか個物とかいふものは普遍の上に現はるる特殊であり、統一的全体における構成部分である」とされた。<sup>(50)</sup>

この「普遍主義」の考え方は、小野の罪刑法定主義論に影響を与えただけでなく、その刑罰法規の実現を担う刑事訴訟法においても具体的な主張をみることになった。

「刑事訴訟に於ては…原告たる者は国家機関たる検事である。検事は即ち公益のために刑事訴追を行ふ者であって、広義に於ては刑事司法の機関である。ただ訴訟の手續構造を具備するために裁判所と其の権限を分つものに外ならない。其は本来裁判所と協力して刑事的正義を実現する役目を有するものである。…現実に於て刑事訴追を行ふ検事とその訴追を受ける被告人との間に険しい対立があるといふことは到底これを否認することはできない。唯その対立は公益と私益との対立であるから、民事における私益と私益との対立のやうな絶対的な対立ではなく、全体と部分との対立である。全体と部分とは本来有機的に統一され、調和されることを理想としながら、しかも現実に於て矛盾し、乖離する。此の矛盾こそは刑事的正義の本質であり、其の手續に於て近代刑事訴訟法に於ける訴訟の構造形式を正当なものとするのも、此の矛盾にあるのである。」<sup>(51)</sup>

ここでは、検事及び裁判所が役割を分担して「刑事的正義」の実現にあたるものとされていることに注意が必要であろう。小野のいう「直接

---

(50) 小野「法理学的普遍主義」中央公論51巻1号（1936）9頁。

(51) 小野『刑事訴訟法』（1938・新法学全集刑事法Ⅲ）7頁。小野『刑事訴訟法』（1943・岩波全書）10頁も同趣旨。

主義」の理解とは実にこのようなものであった。

さらに、国家機関たる検事の担う公益と個人的利益が全体と部分との対立にすぎないとされ、両者の矛盾こそが「刑事的正義」の本質であると説かれた。

以上のように、小野は刑事訴訟法においても、団体主義と個人主義を止揚する「普遍主義」の立場をとり、そのことによって「民族的・全体社会的な文化に於ける個人の自覚的意思及び行動の自由を尊重し、保護<sup>(52)</sup>せん」とした。

小野証拠法とは以上のような性格を有していたが、その核心は團藤刑法に継承され、戦後も大きな影響力を保ち続けていくことになった。

#### 第4節 戦時法の展開

##### 1. 戦時法の動向

すでに見たように、わが国の弁護士会は人権蹂躪に抗しつつも、戦時体制に迎合していった。そして、戦時の進行に即応して、弁護士会はより深く戦時体制に組み込まれていくことになる。

昭和7年(1932年)3月に「満州国」の建国宣言に伴って、昭和9年(1934年)には日満法曹協会が結成されていたが、昭和13年(1938年)に国家総動員法が制定された後、帝国弁護士会は「東亜新秩序建設のために立法司法に関する協力」「治安に関する協力」等を定めた「東亜新秩序建設攻究委員会趣意書」(昭和15年)を発表した。他方、日本弁護士協会も同年5月15日「現下内外ノ情勢ニ鑑ミ国民精神総動員本部ノ活動ニ協力スルト共ニ右中央地方ノ機構ニ本協会ノ代表ヲ参加セシメテ以テ其ノ実績ヲ挙ケンコトヲ期ス」と決議した。<sup>(53)</sup>

そして、昭和15年(1940年)9月14日、日本弁護士協会及び帝国弁護士協会は解散し、新体制全国弁護士会を設立した。また、日、満、支の

---

(52) 小野・前掲『刑事訴訟法』(1943)22頁。

(53) 松井康浩『日本弁護士論』(1990)218頁。

法曹をもって組織し、その提携改善を図るとされた東亜法曹協会も設立された。さらに、情勢が逼迫してきた昭和16年（1941年）には、在野法曹時局協力連盟が、敗戦の色が濃くなった昭和19年（1944年）には、大日本弁護士報国会が結成された。

しかし、このような中でも、人権蹂躪問題に関する議論は衰えるどころか、再び勢いを増し、政治の中心論題の一つとなった。

たとえば、選挙違反事件摘発における人権蹂躪を契機とした第71回特別帝国議会の「司法制度革正ニ関スル決議」<sup>(54)</sup>（昭和12年8月7日）では「檢察事務ハ往々常軌ヲ逸シ予審ノ運行ハ其ノ本旨ニ悖リ裁判亦妥当ヲ疑ハシムルニ至リ今ヤ我カ司法部ニ対スル国民怨嗟ノ声漸ク深刻ヲ加フ」（決議案理由書）との認識のもと、「檢察、裁判其ノ他我カ司法部ノ運行事績ニ鑑ミ其ノ革正ヲ図リ以テ憲政有終ノ美ヲ濟スノ方策ヲ講スルコト正ニ現下ノ喫緊事タリ仍テ政府ハ速ニ司法制度革正ニ関スル調査会ヲ設ケ之カ改正案ヲ設ケ之カ改正案ヲ次期帝国議会ニ提出スヘシ」とされた。

また、帝人事件無罪判決が確定したことを契機として、第73回帝国議会においては、以下のような「檢察権行使ニ関スル決議」<sup>(55)</sup>（昭和13年3月1日）がなされた。

「檢察権行使ニ当リ非違ノ処置尠カラズ、近時往々ニシテ無辜ノ良民ヲ断罪ノ対象トナスコトアルハ憲政ノ恨事、聖代ノ一大不祥事ニシテ吾人ノ頗ル遺憾トスルコトナリ、政府ハ速カニコノ宿弊ヲ一掃シソノ責任ヲ明ラカニスルト共ニ檢察制度ノ革正ヲ断行スベシ」

このような決議を背景として、「司法制度の刷新」を掲げる第一次近衛内閣の司法大臣鹽野季彦の諮問を受けて、昭和13年（1938年）7月、

---

(54) 第71回帝国議会衆議院議事速記録13号（官報号外昭和12年8月8日）282頁以下。

(55) 第73回帝国議会衆議院議事速記録20号（官報号外昭和13年3月2日）444頁以下。

司法制度調査委員会が設置された。<sup>(56)</sup> もっとも、この委員会設置は、人権蹂躪問題を口実の一つとしつつも、戦時司法体制の再編の集大成を企図したものであり、その意味では人権蹂躪を再生産する性格をもつものであった。<sup>(57)</sup>

司法制度調査委員会では、予審を廃止して検事及び司法警察官に対して強制処分権を付与することが大きな論題となり（諮問第2号）、委員会内外における大きな議論を引き起こした。

たとえば、日本弁護士協会・東京弁護士会は「予審制度改善意見」<sup>(58)</sup>（昭和13年12月）、「検察制度改善意見」<sup>(59)</sup>（昭和14年7月）、「予審並ニ検察制度改善ニ関スル再建議」<sup>(60)</sup>（昭和15年2月）を公表し、他方、帝国弁護士会は、「検察官の強制権拡大強化反対声明」<sup>(61)</sup>（昭和14年8月）を発表して、検察権の拡大強化に警鐘をならした。<sup>(62)</sup>

---

(56) 司法制度調査委員会における審議経過についての詳細な紹介は、小田中・前掲『史的構造』221頁以下など参照。

(57) 小田中・前掲『史的構造』107頁及び109頁によれば、「司法制度刷新」は「人権蹂躪、検察ファッショの非難に応えようとするものであるかのごときポーズを示した」ものであり「『国運の進展』に伴う制度改革、すなわち日中戦争下に於ける戦時司法体制の構築の動きに外ならなかったのである」とされる。

(58) 法曹公論43巻1号（1939）1頁以下。

(59) 法曹公論43巻7号（1939）1頁以下。

(60) 法曹公論44巻3号（1940）1頁以下。

(61) 正義昭和14年9月号（1939）〔64頁〕。

(62) 家永・前掲書232・233頁によれば「…ファッシズムの時代に入っても、在野法曹の側から人権保障強化の積極的提案が繰り返行われたのであるが、戦時体制の進行につれて、刑事訴訟法規改悪の立法がつつぎにうち出されてくると、在野法曹はこれに対する反対という受動的な姿勢に追い込まれていった。」「このように受け身の立場に追い込まれながらも、在野法曹が刑事訴訟法規改悪立法に最後まで率直な意見を開陳して憚らなかったことは、たといそれが何らの成果を収めることなく無視されてしまったとはいえ、非常識が常識化した観さえある『暗い谷間の時代』においても、良心的法曹の人権意識の伝統が細々ながら守りぬかれた明証として、

調査委員会内部の議論においても、小野清一郎を中心とした検察権強化に対する積極派と消極派の対立が強く、昭和13年12月、議論は小規模の特別委員会に移されたが、両者の歩みよりは困難であった。そして、結局、強制処分権をめぐる問題に関しては「此問題ハ本諮問ノ核心ヲ成スヘキ人權蹂躪問題ニ関スル事項ナルヲ以テ特別委員会ニ於テハ特ニ之ヲ重要視シ小委員会ヲ設ケテ準備討議ヲモ行ヒタレトモ意見ノ対立ハ遂ニ之ヲ打開スルコトヲ得ス特別委員会トシテ一定ノ結論ヲ得ルコト能ハサリシヲ遺憾トス」（昭和14年12月の経過概要報告）とされて棚上げにされたのであった。

もっとも、検察に対する強制処分権の付与については結論をみなかったものの、調査委員会においては「起訴前強制処分ノ期間延長問題」について、次のような「決議」がなされていた。

「刑事訴訟法第二百五十五条ノ期間ハ必要ニ応シ一回ニ限り之ヲ十日間延長シ特ニ複雑ナル事件ニ付テハ更ニ復タ十日間延長シウルモノト為スコト〔但シ此点ニ付テハ行政検束ヲ捜査ニ利用セス且ツ司法警察官独立ノ強制権ヲ認メス尚強制捜査権ヲ原則的ニ又ハ広汎的ニ拡張サセルコトヲ条件トスル旨清瀬委員其ノ他若干ノ委員ニ於テ留保シタリ〕<sup>(63)</sup>」

また、「公判ニ関スル事項」のうち「判決書に関する事項」について、次のような「決議」がなされていたことも興味深い。

「刑事訴訟法第三百六十条第一項ヲ改メ『有罪ノ言渡ヲ為スニハ罪ト

---

永く記憶せられるに値すると称して過言ではあるまい」とされる。

(63) 小田中・前掲『史的構造』239頁註(50)参照。なお、日本弁護士協会・東京弁護士会の「予審並ニ検察制度改善ニ関スル再建議」においては、「強制処分権ニ関スル問題ニ付イテハ現行刑事訴訟法ノ規定以上ニ捜査官憲ニ強制権ヲ付与セントスルカ如キコトハ絶対之ヲ許サス」とされたが、他方で、「起訴前強制処分ノ期間延長問題」については「強制処分ノ規定ハ之ヲ廃止スヘキモノト信スルモ事実上已ムヲ得サルモノトセハ仮ニ刑事訴訟法第二百五十五条ヲ存置シ必要ニ応シ更ニ二十日間ニ限り其期間ヲ延長スルコトヲ是認スル…」とされていた。

為ルヘキ事実及其ノ事実ニ付心証ヲ得タル理由ヲ説明シ法令ノ適用ヲ示スヘシ』

ト為シ判決ノ内容列挙ヲ必要トスル主義ヲ改メ証拠ニ依リ心証ヲ得タル推理ノ結果ヲ説明スル趣旨ト為スコト

尚ホ同条第二項ニ『被告人及弁護人ノ為ス主要ナル弁明』ヲ加ヘ之ニ対スル説明ヲ為スヘキ改正方ヲ若干ノ委員ヨリ提議シタルモ決定ヲ見ル<sup>(64)</sup>ノ程度ニ至ラス』

以上のように、昭和15年ころまでは検事に対する強制処分権の付与について批判的な論調が目立ったが、昭和15年以降の「司法新体制」の推進とともに、批判的な論調は急速に光を失っていくことになる。司法大臣風見章が進めた「司法新体制」の方向性は、時世の「現段階に照し新体制に順応することが必要」としつつも、「併しながら憲法に保障せられたる司法権の根幹は微動だにするものに非ず、問題は司法権の運用を如何に改善するか懸つてゐる」というように、「司法権の強化」によって新体制への再編を<sup>(65)</sup>図るものであったため、従来、人権擁護（人権蹂躪の根絶）を「司法権の確立」によって果たそうとしていた弁護士会には有効な対抗手段は乏しかったといえよう。「司法権の運用」についても、そこでは反証を許さない天皇制が厳然と聳立していた。

他方、このころの検察の動きはどうであったらうか。すでに昭和初期以来の「思想検察」によって、その権力を伸長していた検察は、戦時の統制経済を背景として昭和14年（1939年）12月末に「経済検察」を創設した。<sup>(66)</sup>まさしく「『国内治安の確保』という点では共通しつつ、思想検察とは別の角度から『一般国民生活』の監視と統制が急務とされた<sup>(67)</sup>」

(64) 小田中・前掲『史的構造』239頁註(50)参照。

(65) 法律新報589号(1940)8頁以下。

(66) 荻野・前掲『思想検事』128頁以下など参照。

わけである。ここにおいて、検察は「思想検察」と「経済検察」という二つの大きな領域において銃後治安の確保を図ることになった。

このような検察権の伸張強化は、従来の「検察」概念に反省を迫ることになった。司法警察と行政警察を厳格に区別して、検察を「一犯罪対応的な機構」「対犯人的機構」とする従来の考え方から、国家全体の治安の「企画的機構」とみる考え方への移行である。<sup>(68)</sup> いわば「国家道義」の担い手たる検察への再編である。

そして、この新たな「検察」概念の正統性は、旧憲法57条にいう「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」という規定に求められることになった。曰く「憲法五十七条が裁判所のみの規定であるにしても、検察の権威が此の憲法五十七条に所謂『天皇の名』以外にはあり得ない事を明記すべきである」というのがそれである。<sup>(69)</sup> そして「検事も司法警察官も『天皇ノ名ニ於テ』検察し、判事も『天皇ノ名ニ於テ』裁判してゐるのではないのだろうか。検察官も判事も『眞のあるべき天皇の裁判』を探究してゐるのではないであらうか。…此の意味に於て被告人さへもが、『天皇の裁判』を制度的に現實に實現せしめるために検察官及裁判官に協力すべきものではないのだろうか。之を別の表現で言へば、被告人（辨護人等）も検察官も裁判官も擧げて扶翼精神により協力し協同すべきものであると信ずるのである。従來の訴訟法理論は鬭争的であり對立的だ。新しい訴訟法理論は協同的であらねばならぬ<sup>(70)</sup>」とされることになった。

すでに見たように、このころ検察権の拡大強化に反対の立場をとるものは、検察権の伸張が新たな人権蹂躪を惹起し国民生活を脅かすという

---

(67) 荻野・前掲『思想検事』130頁。

(68) 出射義夫「検察の現状に対する反省すべき諸点」警察研究11巻4号（1940）21頁以下。

(69) 同上30頁。

(70) 同上31頁。

論陣を張ったが、この「皇國的檢察」の立場においても「個人の價値を没却し、國民生活と遊離したる檢察の爲の檢察強化を考へる事は邪道である」とされた。なぜなら「支配者と被治者とに對立して理解することの出來ない、わが皇國に於ては、民族全體の生活維持と向上發展を忘れて、之とはなれて天皇の權威に服すると言ふ態度は考へられないのである。<sup>(71)</sup> 罪ある者も敵ではない。日本民族の一員である」からである。

以上のような「皇國的檢察精神」は次のような四つの特質をもつとされた。<sup>(72)</sup>

第一は、「皇國的檢察精神は、皇國の國體を明徴にするため、反國體的なるものの克服を使命と觀ずる大自覺の上に立たねばならぬ。…。實に檢察は軍が外敵より國體を擁護する使命を有すると同一の使命を國內に於て有してゐるのである。『檢察は公權的なる禊祓である』と言ふ語も此の消息を傳へるものと思ふ」というように、檢察を國內の「道義の擁護者」と位置づけるものである。

第二及び第三は、「皇國的檢察」の必然的な帰結として、「皇國的檢察精神は天皇御統治の翼贊者たるの自覺に立つ」、「皇國的檢察精神は、陛下の檢察官たるの自負と情操を要求する」とされた。

そして、第四は、「皇國的檢察精神は真相を愛するの精神である。歪めるもの邪なるもの汚れたる者を嫌ふの精神である。紅なるものを緑として觀たり、罪なき者を罪ありと見たり、邪なるものを正と見る事の出來ぬ人格と成りたきものである」というように、徹底的な実体的眞實主義の要求である。もっとも、この徹底的な実体的眞實主義の要求は、一面では伝統的な実体的眞實主義を強調し、それを承繼する側面を有していたが、他面、天皇及び天皇制の「絶対不可侵性」から導出された「無謬性」が背後に控えていたことに注意が必要であろう。

このように「皇國的檢察」の提唱は、裁判官、被告人及び弁護人など

---

(71) 同上32頁。

(72) 同上33頁以下。

の司法関係者を含む刑事司法全体を包摂しつつ、「反國體的なるもの克服」を推進していくことになった。

刑事裁判の質的变化は、当然ながら、刑事被告人に対して義務を科すことにもつながった。次のような主張がそれである。

「刑事訴訟法は多大の缺陷を有して居る。其の最大の缺點は當事者主義を基調とする被告人尋問に關する事項の規定である<sup>(73)</sup>」、「刑事訴訟法第三百七十條に判決宣告後被告人に將來を戒告するを得る旨の規定がある。然し被告人に眞實供述を義務とすることなく、虚偽の陳辨を其の自由に放任して置きながら將來の戒告を與えよと言ふが如きは全く撞着する制度である。眞實供述の義務を履行せしむるこそ改悛を促す第一の手段である<sup>(74)</sup>」、「一面、被告人に防禦權を認むることと眞實供述義務を負はしむることとは少しも矛盾しないのである…事實を隱蔽曖昧に終らしめ眞實發見を妨害して被告人をして相當の刑責を免れしむることにまでも防禦權の範圍を擴張すべきではないのである<sup>(75)</sup>」、「肇國の精神は忠孝の道に盡きる。國民は此の精神を以て國を護らねばならない。被告人となったものも國民である以上、國の根幹を爲す司法權の作用に順應する義務を免るべきではない。刑事訴訟法は直に改正せらるべきである。新たに被告人の眞實供述義務を規定して法の道義性を國民に徹底せしめ…、此の根本精神に即應して現在の個人主義的自由主義的色彩濃厚な規定を全面的に改廢すべきである。訴訟を以て國家機關と被告人との鬭争なりとする所謂當事者主義は今や嚴格な批判を受くべき運命に逢着して居るのである<sup>(76)</sup>。」

---

(73) 一木輅太郎「刑事被告人の供述義務」警研10卷4号（1939）49頁。

(74) 同上53頁。

(75) 同上53・54頁。

(76) 同上58頁。もっとも、刑事手続に関するものであるため、眞實供述義務違反には罰則を必要としないとされる。

もっとも、すでにみた「司法制度革新論」及び真実供述義務の立法化は、すでに満州国刑事訴訟法において実現を見ていたことは周知の通りである。<sup>(77)</sup>

○満州国刑事訴訟法（康德4年〔昭和12年〕3月8日勅令第23号）

「126条 被告人ハ訊問ニ対シ故ナク供述ヲ拒ミ又ハ事実ヲ曲庇シテ供述ヲ為スコト得ズ」

「278条 被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書面ニシテ捜査又ハ審判ニ付権限ヲ有セザル者ノ作成シタルモノハ之ヲ証拠ト為スコトヲ得ズ

279条 訴訟関係人ハ必要トスル証拠調其ノ他ノ処分ヲ法院ニ請求スルコトヲ得

280条 被告人、共同被告人、代表者及代理人ノ供述ハ之ヲ証拠ト為スコトヲ得」

## 2. 戦時法の伸展

検察権の拡大という観点から見た場合、一つのエポックとなるのは国防保安法と改正治安維持法の制定である。なぜなら、検事に強制処分権を付与するという主張が事件を限定してではあるが実現をみたからである。

国防保安法案は昭和16年（1941年）1月に政府によって衆議院に提出され、貴族院を経て同月、原案通りに可決された。周知のようにこの法案は国家機密の保護をうたったものであった。同法16条に規定されているように事件が限定されているとはいえ、多くの犯罪類型について検事の強制処分権を認めた。また、弁護権の制限（29条ないし32条）や控訴審の廃止（33条）なども実際上大きなものがあつた。

---

(77) 小野清一郎「満州国の刑事訴訟法について」法協56巻2号（1938）。

昭和16年2月、帝国弁護士会はこの法案に対して「国防保安法意見書」を作成し、同法第一章の実体法部分は「之ヲ諒トスヘキモノアル」も、同法第二章の手続法部分は「刑事手続ヲ輕視スルモノニシテ本末顛倒セルモノト云フヘク百害アリテ一利ナシ」「本法案ハ検事及司法警察官ニ強制権ヲ認メ職權濫用ヲ正当化セントスルモノナリ」と批判した<sup>(78)</sup>。他方、日本弁護士協会はこの法案については「機宜の処置」であるとして賛意を示した<sup>(79)</sup>。

衆議院及び貴族院における議論においては、本法が規制する「犯罪ノ特殊性」に鑑み、捜査権を検事に一元化し、捜査を統轄的に行う必要が説かれた<sup>(80)</sup>。ここでも人権蹂躪を防止するために検事に強制処分権を付与するのだという論理が踏襲されたが、捜査の便宜が伏在していたことも見逃せない。

「…検事ガ判事ニ對シテ、大體此處ニ是ダケノ事件ガアルカラ是ダケノ強制処分ヲシテ貫ヒタイト言ッテ、検事ガ判事ニ納得セシムルダケノ材料ヲ集メルト云フコトガ、即チ既ニ今ノ強制処分ヲ求メル前ニ必要ナノデアリマス、ソレデナクシテ、唯イキナリドウモ少シ變ナコトガアルヤウダカラ一ツ強制処分ヲシテ呉レト言ツタ處デ、ソレハ雲ヲ掴ムヤウナコトデ、判事ハ何等直グニ行動ニ出デマセヌ、殊ニ判事ハ自分ノ權限ガゴザイマスカラ、殆ド實體ヲ何等掴ミ得ナイヤウナコトニ付テ其ノ職權ノ發動ヲ求メラレルコトハ迷惑至極デアリマス……一體判事ニ持ッテ來ル迄ノ材料ヲ集メルノニドウシテヤレマスカ、其ノ點ガ既ニ先ズ強制力ヲ必要トスルノデアリマス、殊ニ斯ウ云フ國際間ノ機關ノ機微ナ問題デアリマシテ、サウシテ聊カデモ此ノ處置ヲ誤レバ忽チ先方ノ組織網ハ

---

(78) 日本弁護士連合会『日本弁護士沿革史』（1959）219頁以下。

(79) 同上221頁。

(80) 衆議院・第二回国防保安法案委員会における秋山政府委員の発言など参照。『第76回帝国議會国防保安法に関する議事速記録並委員會議録（上）』（1978）43頁。

何處カへ行ッテシマフト云フヤウナコトデアリ、證據ハ湮滅セラレテシマフト云フヨウナ極メテムツカシイ問題デアル、ソレヲ檢事ガ判事ニ納得セシメルダケノ材料ヲ集メル迄ハ其ノ儘ニシテ待ッテ居ル、所謂強制力ヲ用ヒナイデ、サウシテ愈々判事ヲ納得セシメルダケノ材料ヲ集メル材料ガ出テ來テ、倅強制力ヲ用ヒテ下サイト云フコトデハ、時既ニ遲イト思フノデアリマス。<sup>(81)</sup>」

また、「国家機密」の判断に際しても「主務官廳カラ、是ハ國家機密ナリトイフコトデ檢事ノ方ヘ押付ケテ參リマシテモ、檢事ハ獨自ノ考ヘヲ以チマシテ、是ガ國家機密デナイト云フコトデアレバ、之ヲ不問ニ付スル、起訴セナイト云フコトハ當然ノコトデゴザイマス」とされたように、檢事は「獨自獨往ノ見解デ國家機密ト云フモノノ認定權ヲ持ッテ居ル」<sup>(82)</sup>とされた。

ある委員が次のように説いているように、檢事の捜査権は實際上、飛躍的に大きくなった。

「…第一章ノ規定ニハ、色々運用上ノ意見モアリ議論モアリ解釋論モアリマスガ、之ニ依ッテサウ大シテ多クノ國民ガ縛ラレルトハ思ハレナイ……問題ハ第二章ノ刑事手續デス、此ノ第二章ノ刑事手續ハ事實ニ於テ獨リ是レ國防保安ノ犯罪ニ關スル本法違反行爲ニ對スル刑事手續デハナイノデス、…此ノ刑事手續ニ依ッテ、新シイ檢事中心ノ捜査規定ヲ設ケラレルモノト解釋サレルノデス、例ヘバ…第十六條…ニハ刑法モアリ、陸軍刑法モアリ、海軍刑法モアリ、國家總動員法モアル、…ソレ等ノ罪ガ發生シタ場合ハ、直チニ本法ノ刑事手續ニ依ッテ、檢事中心ノ捜査活動ガ起コッテ來ル譯デス、捜査權ガ發動サレル譯デス、尚ホ其ノ次ヲ讀

(81) 貴族院・国防保安法案特別委員会における三宅政府委員の発言。『速記録並委員会議録（下）』731頁以下。

(82) 第三回国防保安法案委員会における長谷委員と秋山政府委員の問答参照。『速記録並委員会議録（上）』64頁以下。

ミマスト『本章ノ規定ハ外國ト通謀シ又ハ外國ニ利益ヲ與フル目的ヲ以テ犯シタル左ニ掲グル罪ニ關スル事件ニ付亦之ヲ適用ス』トアツテ、茲ニ至ツテハ凡ユルモノガ網羅サレテ居リマス、軍機保護法カラ要塞地帯法、電信法、刑法ノ大部分ヲ入ツテ居リマスシ、治安維持法、暴力行為處罰法、不穩文書取締法、ソレカラ治安警察法、爲替管理法、關税法、輸出入臨時措置法トズット入ツテ居ル、此ノ頃司法權ノ發動ニ依ツテ檢舉サレツアル事件ハ、其ノ目的ガ外國ニ利益ヲ與ヘル目的ダト一寸認定サヘ付ケバ、一切之ニ引掛ツテシマフノデアリマス、サウシマスト…判事中心ノ捜査ト云フモノハ全ク失ハレテシマツテ、檢事中心ノ捜査ニナツテシマフ…」[是ハ刑事手續ノ大變ナ革命デス、司法權發動ノ重大ナ變革ダト思ヒマス、檢察行政上詰リ刑事手續上裁判所ヲ中心ニシタ捜査手續ト云フモノハ、最モ迅速ニ、最モ果敢ニ、最モ徹底的ニ行ハレルト云フコトニナル。]<sup>(83)</sup>

こうして、国防保安法の刑事手続規定によって、検事中心の捜査がさらに強化されることになったわけである。

また、「本法ノ目標ハ決シテアナタ方ヤ國民大衆ニアルノデハナイノデアリマシテ、一切ノ上層部竝ニ某國家ノ共產主義的策動ヲ封鎖致シマシテ、日本ニ對スル攻撃ヲ防止シ、サウシテ本當ノ日本、本當ノ一億一心ニシヨウトスル所ノ非常ニ道德的意義ヲ持ツタ法案デアルコトヲ私ハ斷言シタイト思フ」<sup>(84)</sup>とされたように、思想による「敵味方刑法」の延長にあるものであった

当然ながら、委員会でも検事に強制処分権を付与することに懸念が示されたが、人権蹂躪の防止は檢察の自制に求められた。

学界においては、團藤重光が「戦時立法が一般法制のパイオニアた

(83) 同委員会における三田村委員の発言。同上114頁以下。

(84) 第四回国防保安法案委員会における田中政府委員の発言。同上196頁。

る機能をもつことをここにもみることができる」として肯定的に捉えた<sup>(85)</sup>が、牧野が検察権の強化に対して反対の論陣を張り、周知の團藤・牧野<sup>(86)</sup>論争へと展開することになる。<sup>(87)</sup>團藤は捜査権、とりわけ検察権の伸張により「人格」調査を全うしようとして、牧野を次のように批判したからである。

「(牧野)博士は一方において実体法における罪刑法定主義の解消を高唱せられ、他方において手続法上の保障の強化を以てこれを救済せんとされるのであるらしい。しかしこれは博士の立場としても果たして矛盾なきものであろうか。殊に、手続法における保障機能の強調は、博士の主張されるやうな犯人の性格の調査を如何にして可能ならしめるのであろうか、をまづ疑問とせねばならぬ<sup>(88)</sup>」。

これに対して、牧野は、すでにみたように、自身の「科学主義」が「人格」調査と「保障機能」の両方を進めうることを力説した。

「客観主義を高唱する世の論者たちは、刑法における保障機能を特に重要視するのであり、かくして、刑法の解釈に一種の制限をさへ認めようとするのである。しかし、われわれは、刑法における促進機能といふ

(85) 團藤重光「国防保安法案の若干の検討」法時13巻5号(1941)。松尾「刑事訴訟法の制定過程(2)」法協91巻8号91頁も、「国防保安法による手続の適用範囲は、成立した法律においても、いわゆる国防保安法事件に限られており、刑事手続の全体が改革されたわけではない。しかし、国防保安法に示された手続変革の構想が、従来の改正論の経緯からして、一般法制のパイオニアとみられるのは自然のなりゆきであった」とされる。

(86) 牧野英一「教唆の独立性と刑事訴訟における保障機能」法時13巻6号(1941)6頁。

(87) この点、三井・前掲「牧野英一の刑事訴訟法理論」334頁以下も参照。三井によれば「主観主義の立場と保障機能の強調は自己矛盾か」という問題設定に対して「結論的にいえば、牧野は、一般論として述べたほどには保障機能の重要性を意識しておらず、また牧野の思想からすれば、それはある程度必然であったといわざるをえないと思われる」と分析される。

(88) 團藤・前掲「国防保安法の若干の検討」7頁。また、三井誠「牧野英一の刑事訴訟法理論」『刑法理論史の総合的研究』333頁以下なども参照。

ことを考へてゐるので、規定の形式（従つてその内容）は、おのづから伝統的な罪刑法定主義から遠ざからねばならぬのであるし、又現に世界的にさういふ趨向を進めつつあるのをながめてゐるのである。しかし、固より、刑政における保障機能を重要視するので、罪刑法定主義における促進機能がおのづからその反面において保障機能を営むのであることを高調するのであるし、それと相伴ひ、刑法における新らしい趨向が動もすれば世人に与ふる不幸なる感じに対応して、刑事訴訟の進行上、保障機能がやはり留意されねばならぬとするのである。」「わたくしは、保障機能を完うしつつ性格調査を科学的に進捗せしめるといふことを年来主張してゐるのであり、それは、刑事学の分野において現に発達しつつあるところとしてゐるのであるが、しかし、保障機能を完うすることがやがて性格調査を完うするゆゑであると主張してゐるわけではない。ただ、科学主義が、一方には性格調査を進めつつ、しかも、保障機能を進めるものであることを論じ来つてゐるのである。」<sup>(89)</sup>

ここでは、牧野が、罪刑法定主義の解消による「促進機能」と刑事訴訟における「保障機能」を相補的に捉えていることに注意が必要であろう。すでに先行研究で明らかにされているように、牧野のいう「罪刑法定主義における促進機能」は、治安法体制以前では確かに概念法学からの脱却という形で一定の「保障機能」を持ち得たが、治安法体制以後は、治安刑法を正当化するという意味で、反「保障機能」としてのみ作用し<sup>(90)</sup>た。

したがつて、牧野の刑事訴訟における「保障機能」も、治安法体制以後では反「保障機能」に転化する危険性を秘めていたといえよう。

現に、牧野は、治安維持法と思想犯保護観察法の「総合的理解」について次のようにいう。

(89) 牧野・前掲「教唆の独立性と刑事訴訟における保障機能」6頁。

(90) 横山晃一郎・前掲「刑事法解釈論批判—罪刑法定主義と刑法の解釈」150頁以下参照。

「事実として、それは、一方における威嚇主義が不十分であるから、他方においてその欠点を補完せねばならぬといふことになったのである。しかし、何故に威嚇主義が不十分であるかとならば、観念論的な贖罪がいかにかうされたとしても、社会防衛の実際に遺憾なるものあるを免れざる限りわれわれとしては、そこに安住することができないからである。」  
「しかく理解することに因って、威嚇主義の指定に対する保護主義の反指定が総合止揚されて、教育刑主義の原則が樹立されることになるのである。<sup>(91)</sup>」

また、思想犯保護観察法において、「陪審主義」が導入されたとして、次のようにも述べる。

「今、この新法律は、保護観察の不定期主義と併せて、この一種の新たな陪審主義—行刑については行刑陪審、保護観察については観察陪審—を認めることにしたのである。」

牧野のいう「陪審主義」は、「私は、科学主義と訓練された常識とが、今後の陪審主義の核子とならねばならぬと考へる。さうして、さし当り、刑事事項に於ては、不定期主義が廣く採用せられ、其の執行の指導監督に対し、従来の裁判官行政官の外廣く各方面の民衆的分子を網羅し、眞に科学と常識とに依って事態を解決すべき機関—即ち、此の意味に於ける陪審制—が創造されねばならぬと考へる。<sup>(92)</sup>」という主張にも表れているように「科学主義」を中核としていた。

こうして、戦時においては、小野・團藤の主張にみられる検察権の伸張による「威嚇主義」（治安維持法、国防保安法など参照）と、牧野の

---

(91) 牧野「思想犯保護観察法の思想的意義」刑政49巻7号（1936）25・26頁。

(92) 牧野「最近の法律現象としての調停及び陪審（下）」志林25巻8号（1923）24・25頁。

主張するような「科学主義」ないし「保護主義」（思想犯保護観察法など参照）は並存しえた。そして、時代は両方を必要とし、そして利用したのであった。

さらに、治安維持法の全面改正案も同年提出され、可決された。<sup>(93)</sup> 刑事手続に関して言えば、上記の国防保安法と同様のものではあったが、こちらも帝国議会において特段の反対をうけることはなかった。

### 3. 戦時法の拡大

戦時立法は、昭和17年（1942年）に制定された戦時刑事特別法によって一層の深化をみた。戦時刑事特別法（以下、戦特法ということがある）は、平時法に対する「非常法」であったが、その第二章「刑事手続」は、原則としてすべての刑事事件に適用されたため、その影響はきわめて大きなものがあった。

このころ、戦時の進展に伴い、司法は縮小の方向をたどっており、昭和17年9月には、多数の区裁及び地裁支部が、その事務を停止または削減し、さらには同年11月、翌18年11月と、判検事を含む司法部職員の減員が実施された。<sup>(94)</sup> 戦時刑事特別法は、検事の強制処分権については規定していないものの、以下のように聴取書について証拠能力を全面的に付与し、戦時下における簡易迅速な戦時刑事手続が実現することとなった。

#### ○戦時刑事特別法（昭和17年法律64号）

「第25条 地方裁判所ノ事件ト雖モ刑事訴訟法第343条第1項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス。」

次のような判例からも、捜査段階の自白調書によって迅速かつ簡便に有罪判決が出せる様子が如実に看取できよう。

---

(93) 司法省刑事局『思想研究資料特輯』83号（1941）参照。

(94) 松尾・前掲「制定過程（2）」102頁。

「戦時刑事特別法第25條ハ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書ニ非サルモノト雖地方裁判所事件ノ證據ト爲シ得ル旨ヲ規定シタルモノト解スルヲ同條ノ明文ノ趣旨ニ徴シ相當ナリトス而シテ證據ノ證明力ハ判事ノ自由ナル判斷ニ任セラレタルモノナレハ若シ判事ニシテ特定ノ事件ニ付法令ニ依リ作成シタル訊問調書ヲ證據トシテ採用セサルヲ相當ナリト思料シ却テ右訊問調書ニ非サル書類ニシテ被告人ソノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタルモノニ證據力ヲ認メ之ニ依リテ犯罪事實ヲ證明スルニ足ルト思料シタルトキハ<sup>(95)</sup>ハスカル書類ノミヲ證據トシテ罪ヲ斷スルモ敢テ不當ナリト爲スヲ得サルヘシ」。

もっとも、国防保安法や改正治安維持法が断行した検察への強制処分権の付与は、戦時刑事特別法では見送られた。上記のように同法25条によって、聴取書の証拠能力が全面的に解禁されたのはその「代替物」<sup>(96)</sup>とされる。

戦時刑事特別法は、証拠法の領域だけではなく、その他の刑事手続についても大きな改変を加えた。戦後の刑事司法改革の方向性を占ううえでも重要なところなので、以下、やや詳しく見ていくことにしよう。

まず、証拠法に関連する点として、判決書の簡易化（戦特法26条）が挙げられる。「判事の勞力と時間と物資との徒なる浪費」を避け、限られた人員によって、戦時下における事件の迅速処理が目指されたわけである。<sup>(97)</sup>もっとも、本条は従来の刑事訴訟法の理想を維持しつつ、判示方法に対して改変を加えたに過ぎない、いわば「重点主義」であると解されていた。

判例においても、「刑事訴訟法第三百六十條第一項カ罪トナルヘキ事實ニ對スル證據説明ヲ要求シタル所以ノモノハ一面判事ノ證據判斷ニ許

(95) 大判昭和18年3月20日全集10輯363頁。

(96) 松尾・前掲「制定過程(2)」100頁。

(97) 司法省刑事局『戦時刑事特別法解説書』(1942) 52頁以下。

サレタル自由心證ノ放恣ヲ制御シ他面裁判ノ公正確實ヲ期シ依テ以テ其ノ威信ヲ保持セントスルノ趣旨ニ外ナラ」ずという前提の下で、戦特法26条は「其ノ精神ニ於テ右ト異ナル規定ヲ設ケタルモノト速斷スルヲ許サステ從テ既ニ證據ノ標目ヲ掲クル以上其ノ内容ノ如何ハ措テ問ハサルノ法意ニ非サルハ勿論其ノ内容カ判示認定事實ト異ナリ或ハ單ニ本件豫審訊問調書ノ供述記載若ハ本件記録ニ徴シ又ハ押收物ニ照シ等漠然<sup>(98)</sup>捕捉シ難キ標目指示ニ出ツルカ如キハ法ノ要求スル證據説明ノ趣旨ニ副ハサル」ものであるとされていたことに注意が必要であろう。

また、審理の促進を企図して、弁護人の数の制限（戦特法20条）も規定された<sup>(99)</sup>。この規定は、国防保安法32条や治安維持法31条に先例を見出しうる。これに関連して、戦特法21条は、弁護人に対する証拠書類の謄写を制限することを定めた。周知のように、旧刑訴法44条によれば、弁護人は事件が公判に付された後は、何時でも裁判所において、訴訟に関する書類や証拠物を閲覧し、かつ書類の謄写を為し得ることになっていたが、これによって、従来、弁護人が訴訟記録の謄写をしていないことを理由に、公判期日の延期を求め、それが訴訟の遅延を来たした事例が<sup>(100)</sup>少なくなかったとされる。

加えて、旧刑訴法304条・328条は、必要な事項を報告させることのできる相手先を「公務所」に限って認めていたが、戦特法23条は、統制経済事犯の実情に鑑み、照会先を「商工会議所のその他の団体」にまで拡大した。

上訴に関していえば、上告審が公判を経ずに書面審理だけで上告棄却をすることができるようになったことが<sup>(101)</sup>あげられる（戦特法29条）。同様の規定は旧刑訴法442条にも見られるが、同法442条の場合、少なくと

(98) 大判昭和19年10月12日刑集23巻209頁。

(99) 司法省刑事局・前掲『戦時刑事特別法解説書』41頁以下。

(100) 同上45頁以下。

(101) 同上58頁以下。

も公判は開いた上で、弁論を聴かずに判決をなし得るに過ぎないのに対し、戦特法29条は全く公判を開かず、書面審理のみで上告を棄却することを可能としたのである<sup>(102)</sup>。

また、戦特法は、裁判所構成法戦時特例が区裁判所の事物管轄を拡張したことから<sup>(103)</sup>、それに即応して次のように改正されることになった<sup>(104)</sup>。

まず、区裁の事物管轄の拡張により、従来の地裁のそれと重複することになったことから、検察官は事案に応じて、区裁判所の管轄事件を地裁に公訴提起することができるとされた（戦特25条の2）。

次に、区裁の事物管轄の拡張により、事案に応じて略式命令で1年以下の懲役若しくは禁錮又は拘留を科し（29条の2・1項）、又は一部の事件については略式命令で3年以下の懲役を科すことができるとされた（29条の2・2項）。さらに、略式命令の範囲の拡大によって、検察官は裁判官がなした略式命令に対して公判請求をすることができるとされた（戦特法29条の3）。その他、公判調書の簡易化（戦特法22条の2）や裁判所構成法戦時特例において簡易迅速な刑事手続のため、控訴審を廃止したことも重要であろう<sup>(105)</sup>。

以上のように、戦時刑事手続とは国家の戦争目的を極限までに追求し

(102) この点、松尾・前掲「制定過程(2)」109頁註(9)も参照。

(103) 裁判所構成法改正法律（昭和18年法律105号）「第三条 刑事訴訟ニ於テ短期一年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪及戦時刑事特別法第五条第一項ノ窃盗ノ罪ニ付テハ区裁判所其ノ裁判権ヲ有ス但シ予審ヲ経ザルモノニ限ル」。

(104) 戦時刑事特別法改正法律（昭和18年法律107号）参照。この点について、岡原昌男「戦時刑事特別法の改正について」法曹会雑誌22巻1号（1944）48頁は「平時から考へられてゐたことが、戦争を契機として実現したと謂うに過ぎない」と評価する。また、松尾・前掲「制定過程(2)」110頁註(15)は「これらの改正は、戦後は払拭され、その影響を残していない」としている。

(105) 裁判所構成法改正法律（昭和18年法律105号）「第四条 ①第一審ノ判決ニ対シテハ控訴ヲ為スコトヲ得ズ、②前項ノ判決ニ対シテハ直接上告ヲ為スコトヲ得」。

たものであり、個人の人権は一顧だにされることはなかったといえよう。しかし、逆に言えば、簡易迅速な事件処理にはきわめて好都合なシステムなのであり、それゆえ「訴訟促進」を志向する多くの実務家には魅力的な制度と映ったことであろう。

#### 4. 日本法理の証拠法

戦時の進展は、刑事司法の底流たる日本的伝統を湧出させることとなり、戦時法と固有法との止揚が実現することになった。日本法理運動による日本法理の構築がそれである。<sup>(106)</sup>

昭和15年（1940年）に設立された日本法理研究会は、その第三部会において、小野清一郎を中心に実務家などを交えて刑事法理の研究に従事した。周知のように、そこでは日本法の自覚と日本法理に基く刑事法の全面的改新が目指され、「皇国体」に即した「日本道義法」の実現とそ

---

(106) 日本法理について、その中身は一般にひどく抽象的で内容のあるものは稀であった、日本法理運動は種々の立場からいろいろと議論されたけれども、一般的にみて声のみいたずらに高く、実りは乏しいままに終わったという評価（佐伯千仞＝小林好信「刑法学史（学史）」『講座日本近代法発達史11』（1967）289頁）、「当時におけるイデオロギー的背景」を問うため、日本法理研究会が構想した刑事手続、とりわけ起訴便宜主義に着目し、「研究会組織の特殊性から直接的な一般化は避けなければならぬ」と留保をふす評価（三井誠「検察官の起訴猶予裁量（3）」法協91巻9号（1974）21頁。）などがある一方で、「日本法理運動の検証は、その他の法領域においてと同様、刑法の分野においても、その多くが今後に残されているようにみうけられる。この検証は、ファシズム刑法を総括し、その再発を防止するために必須不可欠の作業といえよう」（内田・前掲『あゆみと課題』146頁）との展望の評価も存する。なお、白取祐司『刑事訴訟法第5版』（2008）23頁によれば、戦時刑事手続を支えるイデオロギーは、日本法理研究会の『日本刑事手続要綱』（1943）にみることができるとされ、ここでは、①検事への全面的強制捜査権の付与（但し、予審は存置）、②保釈の例外化、③被告人の真実供述義務の明定、④択一的事実認定の是認、⑤控訴の廃止、⑥不利益再審事由を利益再審並みに拡張すること、などが提案されていたとされる。

の徹底が目指されることになった。いわば「國の大祓」<sup>(107)</sup>としての刑事法が目指されたわけである。

まず、『日本刑事法理研究要綱』(昭和16年)<sup>(108)</sup>においては、日本刑事法理の基本的方向性が示されることになった。

刑事手続に関して言えば、刑事裁判の対象たる犯罪は「法の下に於ける反道義性人格の行動的表現である」(第4項)とされ、「日本法に於ける犯罪は国民の道義に対する背反又は甚だしい弛緩」「日本国民として奉仕、和合、創造の道義を欠く悖徳的行為」「本質は又は善良なる日本臣民としての道義心の欠如又は麻痺に因る反道義性人格の行動的表現である」とされた。

現に、大審院は、被告人に起因する行為により被害者が足を踏み外して用水掘に転落して死亡したのち、被告人が現金の入っている財布を窃取したという事実に関して、次のように判示して占有離脱物横領罪ではなく、窃盗罪とした。

「…本件被告人ハ…自己ノ右意識的の行為ノ結果ヲ故意ニ利用シテ自己カ他人ヨリ其ノ占有ヲ離脱セシメタル物ヲ其ノ後直ニ奪取シタルモノナルコトモ亦原判決ニ徴シ明瞭ナルヲ以テ斯カル場合ト…第三者カ偶路傍ニテ遭遇セル屍體ヨリ金員ヲ領得スルカ如キ場合トニ於テ其ノ刑法上ノ評價ヲ區別スルハ吾人ノ有スル道義的法律理念ト傳統的正義感情トニ鑑ミ寔ニ妥當適切ナリト謂ハサルヘカラス。」<sup>(109)</sup>

こうして、犯罪に対して下される刑罰は「法の下に於ける反道義的行為竝に反道義性人格の克服による道義の展開である」(第5項)とされた。そして、「刑事裁判に於ては犯人の行為を通じてその反道義性人格を明察することを主眼としなければならない。」(第8項)とされ、「刑

---

(107) 小野清一郎『日本法理の自覚的展開』(1942) 109頁。

(108) 日本法理研究会『日本刑事法理研究要綱』日本法理叢書特輯2 (1941)。

(109) 大判昭和16年11月11日刑集20巻598頁。

事裁判の帰着するところは犯罪行為を通じての責任判断を機縁として、国民一般に対し国家道義規範の何たるやを戒告するにあるのである」として、刑罰を通じた「国家道義」の確証が目指された。

戦時の進展の中でまとめられた『日本刑事手続要綱』（昭和18年）<sup>(110)</sup>は、日本刑事法理を基礎とした刑事手続の内実をさらに進めたものであり、日本刑事法理の集大成とも評しえるものであった。

『要綱』によれば、まず、「日本刑事手続の目的」として、「日本法に表現せられた道義を具現するにある」<sup>(111)</sup>とされ、その実現の手段として、裁判所、検事、司法警察官吏、弁護人などが「誠心誠意各自の職分を完全に遂行すると共に、相互に提携協力して刑事手続本来の道義司法的目的を達成するに適切有効な手段を講じなければならない」<sup>(112)</sup>とされた。いわば、天皇扶翼の中で各自の職分を守り、その責任を全うすることが、「道義」具現の前提とされたわけである。そこから、予審制度も護持され、判事と検事の緊密な協同を許すことこそ「日本的なる手続の美しき姿」<sup>(113)</sup>とされた。

そこでは、検事の職分が「日本道義の奉行者」とされ、「犯罪者の道義への自主的復帰の誘導に努むべき」とされた。また、検察は「皇国政治の一翼」を担うものとされ、「検察の政治としての特質は、法に背反し皇国道義を攪乱せる者に対して或は起訴を猶予して夫々皇国精神を喚起し、道義的秩序を維持するにあつて、法により顕現せられる我が国体を道義的検察によって擁護し明徴ならしむるものに外ならない」と説かれることになった。<sup>(114)</sup>

他方、裁判所は「日本道義」の維持展開という刑事手続の究極的目的

---

(110) 日本法理研究会『日本刑事手続要綱』日本法理叢書特輯4（1943）。

(111) 同上11頁。

(112) 同上17頁。

(113) 同上60頁。

(114) 同上21頁以下。

を実現する裁判を主宰するものとされ、「裁判所は単に被告人の行為が法に表現せられた日本道義則に背反するや否やを審にして之に相応する刑事責任を科することのみを以て満足せず、其の審判の過程に於て被告人、被害者其の他の事件関係者竝に社会一般人に対し日本道義の神髓を知らしめ、進んでは之を實踐するに至らしむるやう指導有掖<sup>(マツ)</sup>するの労を吝<sup>(115)</sup>ではならない」とされた。

また、現下犯罪現象の複雑化と深刻化を背景として、裁判官の専門化が図られる結果、陪審制及び参審制の採用は「深甚なる戒慎を要する」とされたが、他方で、「日本刑事手続の道義的使命」を達成するためには一般国民の理解と協力が不可欠の要件であるともされ、国民は「刑事手続の形成にも積極的に協力しなければならない」とされた。<sup>(116)</sup>

弁護人も、被告人の言わんとするところを尽くさして、「道義的刑事司法」の本旨である「冤枉なからしむること」に協力すべきものとされ、またそれゆえに弁護人の職は「公的地位」に属するとされた。<sup>(117)</sup>そして、現状では私選弁護が原則となっているが、将来的には官選弁護の改善ないし拡張が図られるべきであり、理想的制度として公設弁護人制度の実現が望まれるとされた。

そして、このような理念により実現する「日本刑事手続の機能」とは次のようなものとされた。

まず、捜査は、「犯罪人に対し其の人格に於ける反道義性の克服に至るべき機会を与へ、依って以て道義秩序の維持展開を図るの道」であり、「道義的捜査」であるがゆえに「捜査手続は合理的、合法的に遂行せらるることを要する」とされ、それ故、検察に対して強制捜査権を付与するものとされた。<sup>(118)</sup>「日本道義の奉行者」である検察が「道義秩序に対す

---

(115) 同上26頁以下。

(116) 同上132頁以下。

(117) 同上32頁以下。

(118) 同上41頁以下。

る侵害者たる犯人を迅速的確に捜査検挙し、以て道義秩序を恢復展開する」ことが目指されたわけである。

この点に関して、検事（又は司法警察官）の面前で改悛の意を示した場合、連続犯にいう「犯意の継続」が中断するとした事例も見られる。<sup>(119)</sup>

「凡ソ連続犯ノ成立スルニハ犯意ノ繼續ヲ要件トスルモノニシテ縦令數個ノ同種行爲ヲ敢行シタルトキト雖モソノ間ニ意思ノ變更若クハ其ノ繼續ノ中断アリト推測スヘキ事情存シ上叙ノ要件ヲ缺如スル場合ニ在リテハ該數個ノ行爲ヲ以テ連續犯ト目スルコトヲ得サルモノトス…被告人ニ對スル司法警察官並検事ノ各聴取書記載ノ自供ニ依レバ被告人ハ前犯行ニ因リ起訴セラルル深ク前非ヲ悔イ爾後再び同種ノ犯行ヲ爲ス意思ナキコトヲ誓約シ居リタルコト明カニシテ右ハ畢竟被告人ニ其ノ意思ノ變更若ハ繼續ノ中絶アリタルモノト認ムルヲ相當トスヘキニ依リ…前後ノ犯行カ連續一罪ヲ構成スルモノニ非サルコト前説明ニヨリ明カナリト謂フサルヘカラス」。

次に、日本刑事法理において起訴は、裁判と並んで「刑事手続発展の二大礎石」として位置づけられ、両者は異なる機関によって行われるものの「之が同じ道義の一線により貫かれて初めて全刑事手続の道義的展開の完璧が期し得らるるのである」と説かれた。<sup>(120)</sup>そして、「日本刑事手続」の起訴においては、合法主義（起訴法定主義）でも、便宜主義でもない、「道義主義」を採用しなければならぬとされた。<sup>(121)</sup>

なお、予審が存置されたことは既に述べたが、これは現状をそのまま

(119) 大判昭和18年2月3日全集10輯119頁。また、大判昭和17年5月2日全集9輯490頁も同趣旨。

(120) 日本法理研究会・前掲『日本刑事手続要綱』48頁以下。

(121) この点、民事に関するものであるが、大判昭和18年7月12日民集22巻620頁は、親に対する訴訟は「醇美ナル我カ家族制度ノ精神ニ悖リ且孝道ヲ以テ百徳ノ基トスル我國民古來ノ道義ニ反シ許サレサルモノ」であるが故に許されないと判示した。

肯定するものではなく、検事が「予審を請求するは真に之を複雑多岐且重大なる事件に限る旨を法制的に確立」し、他方で「直接に公判を請求せられたる事件と雖も、裁判所に於て予審を経由せしむるを相当と認めたるときは、更に決定を以て之を予審に付し得る途を拓くべき」という制度的保障があわせて考慮されていたことに注意する必要がある。<sup>(122)</sup> いわば、刑事手続の迅速性と精確性を両立させる試みといえようか。

なお、この刑事手続の迅速性と精確性を両立させる試みは、捜査段階で作成された書類に証拠能力を与えることではじめて実現可能性を見たといえる。

すなわち「抑々検事自らの手に於て十分に処理し得べき事案をして、徒に予審を経しむるが如きは固より切に戒心を要する。此の事たるや現行制度の下に於ては、其の捜査中に係る作成書類に証拠力が与へられる結果之を能くするに至るのであって如何なる事案に付き予審を請求するかの判断は一に懸って検事の双肩に在り、其の当否は直ちに新制度の成敗を決するものとして重ねて其の責任が反省されなければならぬ」とされたからである。

こうして、刑事手続の中心たる公判においては「道義の振肅」と被告人の「道義的浄化」が導かれることになったが、<sup>(123)</sup> この「道義の振肅」及び「道義的浄化」のために、日本法理にしたがった被告人の真実供述義務、口頭主義乃至直接主義の採用、自由心証主義などが説かれることになった。<sup>(124)</sup>

例えば、口頭主義乃至直接主義の採用は、「殊に親しく其の言動風貌に接すれば、以て其の人物性行を識り、延いて事実の真相を看破するに

(122) 日本法理研究会・前掲『日本刑事手続要綱』58頁。

(123) なお、死刑の執行は国家にとって「国家の道義を最も厳肅に顕揚せむとするものであり、反面処刑せらるる者に於ても、自ら受刑することによって此の国家道義の顕揚に資する所以のものを充分弁へて其の刑に服するものでなければならぬ」とされる（同上117頁以下）。

(124) 同上75頁以下。

益する所尠しとせぬ」，「被告人の取調は，単に其の外部に現れた行動のみではなく，其の内的審理の発展推移を闡明することに一層の努力を注ぐべきである」とされるように，裁判官の「全能性」に支えられたものであった。

とりわけ直接主義については「之を無条件に貫いて，例えば検事廷や予審廷に於ける供述乃至証言と公判廷に於けるそれとが抵触した場合には必ず後者を採って前者を捨つべしとするに至ると実体的真実の発見に甚だ有害な影響を及ぼさずには済まない。蓋し，公判廷に於ける口頭の直接主義に依って，裁判所が公判以前の供述や証言の真実なることを確信するに至る場合が決して少なくないからである」とされた結果，「直接主義の運用は実体的真実発見の必要限度に止まるべきであって，無用の原理崇拜に陥ってはならぬ」とされ，実体的真実主義に直接主義が従属させられた。こうして「真に必要な証拠資料は提出時期の如何を問はずして常に之を取調ぶべく…また刑事訴訟法第三四三条は採証の範囲を無用に制限するものがあって不当な規定である」とされたのであった。

さらに，自由心証主義については，実体的真実追求のために「『疑わしきは被告人の利益に従ふ』と称して，濫に探求の努力を放棄するが如きは最も非である。……天下に一人の冤枉あらしむべからざるが為に専ら不経を事とすれば万民匪害に苦しむ。…徒に形式的証拠の末に泥んで濫に狡徒を法網の外に逸するが如きことがあってはならぬのである」と説かれ，「刑事裁判は犯罪行為に次いで犯人の人格を最も重要視すべき」との考えのもと，「日本の刑事裁判は，行為の結果や損害の賠償以上に，犯罪の動機や犯人の人格を重要視することに依って其の内的変化を完うし，かくて其の道義性を高めねばならぬのである」とされた。<sup>(125)</sup> もっと

---

(125) 同上84頁以下。なお，控訴審の廃止については，証拠価値が時の経過に伴って減少することが顧慮されているほか，「控訴審が存在せざることになれば第一審裁判の自信と責任感とは著しく増大すべく，又被告人も証拠方法を最初より全部提出するであらうから，新鮮な資料に基いて充分の

も、「日本刑法の傳統の中に流れてゐる禊祓の精神は、心身の汚穢を除くことによつて清明心を回復するにある」<sup>(126)</sup> ことの結果、被疑者・被告人に求められたのは「清明心の回復」の表象たる自白であつたことは言うまでもなからう。

敗色が濃くなる戦後末期になると日本法理研究会は「戦時刑事非常措置法試案」<sup>(127)</sup> (1944) を策定し「戦時緊急事態ニ於ケル刑事ニ関スル特例」(第1条)を定めた。もっとも、刑事手続に関していえば、その内容には特段の新規性は見られず、従前の改革で取り残されたプランが盛り込まれたに過ぎなかつた。<sup>(128)</sup>

---

審理を尽すことを得るものと謂はねばならぬ」とされていることにも留意しておこう。このように手続の迅速化のために控訴審の廃止が説かれる一方で、その代わりに再審制度の拡張が提唱されたことも重要であろう。

(126) 小野・前掲『日本法理の自覚的展開』108頁。

(127) 法律新報709号2頁以下参照。

(128) たとえば、以下のような内容がそれである。

「第五条 検事ハ土地及事物ノ管轄ノ如何ニ拘ラズ事案ノ性質上相当ト認ムル裁判所ニ公訴ヲ提起スルコトヲ得此ノ場合ニ於テ裁判所必要アリト認ムルトキハ検事ノ同意ヲ得テ他ノ相当ト認ムル裁判所ニ事件ヲ移送スルコトヲ得

第六条 検事捜査ヲ為スニ付強制ノ処分ヲ必要トスルトキハ公訴提起前ニ限り之ヲ為スコトヲ得此ノ場合ニ於テハ刑事訴訟法中予審判事ノ行フ強制処分ニ関スル規定ヲ準用ス

第七条 偏頗ノ裁判ヲ為ス虞アリトノ理由ニヨル判事ノ忌避ハ之ヲ為スコトヲ得ズ

………

第十条 裁判所ハ必要アリト認ムルトキハ公判廷ニ於テモ被告人ノ身体ヲ拘束スルコトヲ得

第十一条 裁判所ハ交通杜絶ソノ他ノ事由ニ因リ弁護人ヲ得ルコト困難ナリト認ムルトキハ刑事訴訟法第三百三十四条第一項ノ規定ニ拘ラズ弁護人ナクシテ開廷スルコトヲ得

第十二条 地方裁判所ニ於テモ被告人自白シタルトキハ他ノ証拠ヲ取調べザルコトヲ得

第十三条 被告人正当ノ事由ナクシテ公判期日ニ出頭セザルコト引続キ

第5節 小括

以上、人権蹂躪問題を導きの糸として戦前における日本刑事手続を概観してきた。すでにみたように、人権蹂躪問題は主として捜査段階の自白獲得をめぐる引き起こされたものであった。人権蹂躪問題の解決策として、直接主義の貫徹や陪審制の導入などが主張されたが、「天皇制法治主義」という絶対的な制約に加え、弁護人の「哀訴」型弁護も原因となって、骨抜きにされていった。

また、刑事手続の審判対象が行為者の「人格」とされた結果、「人格」を解明するためにできるだけ多くの証拠が要求された。そして、裁判では集められた証拠をもとにして、職権主義によって被告人が「反道義的人格」又は「反国家的人格」かどうか審判されることになった。戦時法と固有法の止揚ともいえる日本刑事法理においては、「日本道義法」の顕揚が目指される結果、刑事手続とは単に犯罪行為を認定し刑を言い渡すだけのものではなく、「道義の振肅」及び「道義的浄化」の一連の過程であるとされたことも、これを象徴していよう。「道義的浄化」の表象として自白がきわめて重視された。

さらに、日本刑事手続における職権主義は裁判官の「全能性」（フィクション）に支えられていた。審判対象たる行為者「人格」を審理するに当り、行為者の言質、外観などにより、行為者「人格」を見抜くことが出来るという「全能性」がそれである。したがって、日本刑事手続においては、直接主義乃至口頭主義は裁判官の「全能性」と強く結びついてきた。日本刑事手続の最高原理とされる実体的真実主義はこの意味において捉えられるべきであろう。

直接主義も、主観的直接主義が採られた結果、捜査と公判を切り離すものではありえず、むしろ、捜査と公判が分かち難くむすびついたものであった。検察官も「道義の振興者」とされた結果、判検事双方で実体

---

二回ニ及ビタルトキハ裁判所ハ被告人ノ陳述ヲ聴カズシテ判決ヲナスコトヲ得」

の真実を追求するというのが日本刑事手続の姿であった。戦時体制への再編により、判検事双方の結びつきはますます強固となっていった。旧刑訴法343条を適用しないとした戦時刑事特別法25条がそれを如実に示している。

すでにみたように戦時体制の証拠法思想には、小野の刑訴法思想が大きな影響を与えているが、他方で、ここ何百年も続く日本刑事司法の本質をもみることができた。問題はこの戦時の思想が単なる「時代の副産物」なのかどうかである。もっとも、それに答えるには戦後の刑事司法の動向を見なければならぬであろう。

[未完]

(本稿は、本学に提出した博士学位論文に加筆、修正を加えたものである)