

Title	青柳文雄著『全訂刑事訴訟法通論上、下』
Sub Title	F. Aoyagi : The outline of criminal procedure of Japan
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1954
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.27, No.7 (1954. 7) ,p.75- 80
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19540715-0075">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19540715-0075</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ないではいられない。(一九五四年七月六日記)

(伊東 乾)

青柳文雄著

## 『全訂刑事訴訟法通論上、下』

一 裁判所關係者の間でとりわけ高く評價されていた青柳文雄氏の「刑事訴訟法通論」が、今度「全訂刑事訴訟法通論上、下」として、新たな装いを以て刊行された。本書は、舊版に、ただ単に量的に追加加筆されたもの、若くはただ単に刑事訴訟法の改正に伴う當然の訂正といったものと異り、體系づけにおいても理論構成においても、將又學說、判例の引用、批判等々質的に全く面目を一新されたものであるため、ここに敢えて簡単な紹介と批判を試みることにした。

著者青柳文雄氏が最高裁判所調査官であると同時に本塾の講師として刑事法、ことに刑事訴訟法學の領域において數多くの業績を残されて來た事は周知の通りである。ただ、學生諸兄弟の中には、著者が戦後、大陸的な刑事訴訟法から英米法的な刑事訴訟法へと大轉換した時の刑訴立法の蔭の功勞者であつた事についてよく知らないむきもあるかも知れない。氏は特に刑事訴訟規則の立案に参畫されたが、その最中(昭和廿三年九月)にまず東洋書館から「新刑事訴訟法要綱」という著書を出版された。私が學生時代に刑訴の教科

書として使用したのがそれであり、且今日の「全訂刑事訴訟法通論」の母胎とも云うべきものであるが、それはB6二五二頁の簡単な新法解説書といつたものであつた。その後刑事訴訟規則が制定されるや、刑訴法と規則との統一的な解釋を狙いとして、新しく立花書房から「刑事訴訟法通論」が出版されたのは僅かに一年半後の廿四年十二月であるが、その内容の充實は注目に價するものがあつた。それが廿六年の増訂版を経て今度の全訂版に至り、いよいよ著者の研究の進境めざましく、最高裁判所の調査官として山積する裁判事務の處理と、決して尠なからざる講義の爲の時間の割愛を想う時、その學問に對する極めて旺盛な研究心と、倦まず撻まざる努力の程にただ驚歎と敬服の外はないのである。

二、さて、本書は舊版の四二〇頁に比し本文だけでも二四〇頁餘加えられ、上下二卷に分けられた。そして前述の通り舊版と比べて説を改められた箇處がかなり多く、それだけ興味も深いのであるがその一々について紹介と批評を試みることは紙面が許さないもので、ここでは舊版と比較して特に重要と思われる見解の變更を中心として述べようと思う。

編別にしても舊版は緒論、訴訟の組織、訴訟手續總論、第一審の訴訟手續、上訴、非常上告、略式手續、裁判の執行という八編別であつたのに對して本版では緒論、總論(訴訟の組織、訴訟手續、實體形成、裁判。以上上巻)、各論(強制處分總論、捜査、證據保全、公訴、第一審公判、上訴、裁判の執行、特別手續、非常救濟手續。

以上下巻)の三大編別とし(この點は前述「要綱」に似ている)、體系づけにおいて一歩前進された。そしてこの體系づけにおいて一貫しているものは、現行法が「目的として實體的眞實の發見を、手段として手續の公正を理想とし」、しかも「全體としては後者にその重點を置いてゐる」という目的觀である。このことは従つて刑事訴訟法學の基礎理論に關聯して即ち刑事訴訟の全過程に於て W. Sauer の「*Verfahrensinie* (手續過程)」、「*Vorfahrungsinie* (進行過程)」、「*Sachgestaltungsinie* (實體形成過程)」に分つ三分説、或いは平野龍一助教授の訴訟進行々爲、手續形成行爲、裁判と云う三分説更には小野清一郎博士、又は平場安治教授の所説等に對決しつつ、實體的眞實の發見を追求する實體面と、手續の公正を追求する手續面とに分ち、特に進行面を重視する立場を避けて居られる。そして著者は、結局種々の體系づけの中、最もよく現行法の特徴を捉へ、解釋の指針を示し得るものを重視するのである(一〇四頁)。職權主義的なドイツ法に基くザウエルの三分説はともかくとして、ヤーマス・ゴールドシュニット(J. Goldschmidt)の *Erwirkungshandlung*, *Bewirkungshandlung*, *Erwirkte Bewirkungshandlung* の分け方に學ばれたという平野助教授(平野助教授、刑事訴訟法Ⅱ、九三頁、弘文堂法律學講座)の三分説は、團藤教授の體系づけを超越しようとする一つの試みとしてだけではなく、理論構成そのものとしても立派な、興味ある所説と思われるが、著者によれば「訴訟の進行が全く當事者に一任される建前(例へば米國の多くの州の刑訴)には妥當しても」「現行法の説明に十分であるか否か疑問」であるとして、前述のように、團藤教授の所

論に沿つて實體面と手續面との對立を肯定されるのである。

又、著者の實體的眞實の發見よりも審判の手續の公正の重視は、證據法に於ける傳聞證據排斥の理由づけに影響し、或いは控訴申立の理由における判決に影響ある違法に二種の區別を考へることになる。即ち、傳聞證據排斥の理由づけについて著者は「傳聞證據の排斥は、審判手續の公正の要請であり、反對尋問にさらされていないことがその中心である」(二九〇—二九一頁)とされ、又判決に影響のある違法については「現行法の目的の第一は公正な訴訟手續の維持であつて、法令適用の誤は第二次的のものである」から「公正な訴訟手續の維持に關する誤は法三七九條に該當し、然らざる法令違反は法三八〇條によるもの」とし、「兩者は同じ『判決に影響あること明らか』の文字を使つていても目的論的に考へて訴訟手續の誤においては公正な訴訟に反するようなものは判決に影響する蓋然性が強いものと推定されるために必ずしも判決の正文又は理由中の評價に現實に影響を與えたことを必要としないのに反して、その他の法令違反においては現實に判決の正文又は理由中の評價に影響を與えたことが明らかであることを必要とする」(五四一頁)と區別されるのである。

三 次に舊版に比し最も根本的な改正を加えられたのは何と云つても總論の第二章訴訟手續及び第三章實體形成である。この中特に氣づいた箇處を拾つて行くこととしよう。

まず訴訟手續の章では第一節訴訟行爲中第三節の無效の治癒に注意が惹かれる。ここでも本書の大きな特徴であるところの詳細な判

例が治癒を認めたもの、追完を認めたもの、治癒を認めないもの、と三分類され、三頁にも互つて詳細に収集、解説されてある。但し最も問題とされる告訴の追完について、著者は、「訴因の變更があつたような場合を除いて實質的確實性を重視しなければならぬ檢察官の公訴提起の手續の點にまで追完を認めるのは疑問である」(一二一頁)とされるが、いかがなものであらうか。この點に關し、宮崎教授が起訴の訴訟條件が缺けていても、いやしくも起訴された以上は、問題は公判手續における審判の條件となるから、その存否は公判における審判の時に決するものとし、結局訴訟條件を具備せしむるに足る行爲(例えば告訴、請求、告發等)の許される時期の問題だとされる(宮崎教授「訴訟條件」刑事法講座第五卷一〇四一、一〇四六頁)のは、結果的には團藤教授の追完の肯定と同様とならうが、注目に價する。そして訴訟行爲の動的、發展の見地からも、又訴訟經濟の見地からも、著者の見解は、たとえ訴因變更の場合を除外したとしても尙少し狭すぎるのではなからうかの疑を禁じ得ない。

第三節訴訟條件も、著者は從來各論部において、公訴提起の條件として説明されていたに過ぎなかつたのを全面的に書き改められたもので、之を捜査、公訴提起、公判の審理、裁判、刑の執行という刑事訴訟の夫々の段階に對應させて考察して居られる。これは前述宮崎教授の「訴訟條件」にヒントを得られたものらしいが、執行における訴訟條件は、著者が宮崎教授の考えを更に發展させたものであり、且これらの訴訟條件について更に手續條件と實體條件に分析して居られる。訴訟條件に關するこのような詳細な動的な分析は、從來類似的の教科書には見られないところで、卓越した考察のように

思われる。

第四節は當事者追行と題される。この第一款は公訴事實、訴因、罰條で、刑法における問題點を一手に引受ける。何故なら、新刑事訴訟法は、大陸法的な舊法から急に英米法的なものへ轉換したのであるが、尙大陸法的な考え方を捨て切れず、一方において米法的な訴因制度を導入し乍ら、他方、大陸法的な公訴事實の概念を留保したのであつた。そこで、木に竹を繼いだような公訴事實と訴因との關係を統一的に解釋することについて、學説が沸騰したのであつたから。

第一に問題の公訴事實の意義に關して、著者は平場教授、平野助教授、團藤教授の所説を批判された後、舊版では判例同様「基本的事實」と考へて居られた(舊、二一〇頁)のを改め、「公訴事實は檢察官が審判を請求した事實」或いは「一面において假設的な社會事實であると同時に他面或る程度法律的な評價にも服するもの」であると答へられる(一五九頁)。そしてこのような定義から公訴事實の範圍は表示(訴因)、意思(檢察官の意思解釋)、舉動(檢察官の冒頭陳述、證據の提出等)の三つの觀點から決すべきものとする。そしてここから公訴事實の範圍と既判力の範圍とが問題となる。通説判例共之を一致すべきものと解するのに對して、著者は、前者は訴訟關係の成立する範圍であつて、明確な基準を必要とするのに反して、後者は被告人の保護と公共の福祉との調和の問題であつて、各具體の場合について決すべきであるが故に、必ずしも常に一致するものではないと説かれる(一六一頁)。本來目的を異にするこの二つのものを同一標準で解釋しようとしていた從來の學説に、鋭い批

判を興えたものとして注目される。しかし乍ら第四章裁判の第三節確定力のところで、既判力の範圍につき「公訴事實の範圍に屬せずまた判決に事實として表示されていなくても現實に量刑に斟酌されていれば既判力が及ぶ」また有罪無罪の實體判決の場合に公訴事實の單一性、同一性はあつても、それが現實に審判されていなければ既判力は及ばないと解する」とされるのは、なるほどそこに引用された判例の解釋として合理的だとしても、理論的には既判力の範圍が非常に曖昧なものになつてしまふように思われ、一應の説明はあつても尙直ちには承服しかねるものを感じる。

次いで公訴事實の單一性、同一性の問題も學說の岐れるところであるが、單一性に關しては著者がかつて司法研究所資料として發表された「犯罪の個數の訴訟法的考察」を反省され、改めて公訴事實の單一性は實體的考察に服せしめることの正當性を認め、同一性に關しては小野博士の罪質同一説、團藤教授の構成要件共通説についてそれぞれ判例を引用對比し乍ら批判され、更に平場、平野、井上三氏の所説についての批判を加えられた後結局、公訴事實の同一性の問題は檢察官の表示、意思、舉動の三つの標準により起訴狀の記載の解釋として許される問題とし「従つて訴因の記載は公訴事實の中心部分をなし、檢察官の意思を合理的に解釋することにより處断上の一罪がこの範圍に加わり、更に起訴事實を立證するために行われる主張、立證も、この解釋の標準の一つとして加えられる」とされる。かくして結論的には公訴事實を檢察官の指向した事實と解する宮崎教授や、基本的事實同一性をいう判例とほぼ一致することとなる(一七三頁)。

第二項訴因についてはまずその定義づけを舊版においては「犯罪事實を嚴密に法律的に構成するに必要な事實をいい、略々民事訴訟法における請求の原因にあたる」(舊二二〇頁)とされていたのを、檢察官が審判を請求した事實即ち檢察官の表象を犯罪構成要件又はその修正形式にあてはめたものとし「訴因は飽くまで事實の表象」なのだから「訴因そのものは起訴狀には現われず、訴因の記載の合理的解釋によつて定まる」として訴因の記載と訴因そのものとの區別を明確にして居られる(一七六頁)。しかしこのような區別はますます公訴事實と訴因との重なり合う面を多くし、公訴事實と訴因とは何れか一方に解消しうる概念のように思われて来るのは私の誤解であろうか。尙舊版においても既に米法における訴因に關する説明はかなり詳細なものだつたが、全訂版では更に詳細な解説が附されて裨益されるところが大きい。

更に訴因制度の本質に關して、通説は防禦のための手續上の要請であるとするのに對して、著者は「攻撃、防禦のための手續上の要請である」とし、「攻撃防禦に不意打を興えないことが訴因制度の本質である」と解される(一八四―一五頁)。この點も舊版に於いては未だ明らかになされていなかったところであるが、新刑訴法の當事者主義的訴訟構造に照し、訴訟當事者としての被告人と檢察官の双方に對する著者の考察は正鵠といわなければならぬ。ただ、訴因制度の採用がなぜ攻撃、防禦の手段を盡さしめることになるのか、という根本問題については、必ずしも明確な解答が興えられていない憾みがある。

既にして割當の紙數も突破してしまつたので先を急ぎ、直ちに第

三章實體形成を見ることが出来る。ここで取扱われている證據法も學說の争われているところであるが多くの語を省かない。ここで特に目立つのは自由な證明についての分析で、著者は犯罪動機、情狀といつたような、構成要件事實及びこれに密接に關聯する事實以外の事實の他、一般に嚴格な證明を必要とする和解されている刑罰加重減免事由も、又訴訟條件たる事實等も自由な證明で足りるものとし、且、嚴格な證明との區別に關聯して之を證據優越で足りる場合と、確信を必要とする場合の二種類に分つて考察している點である。

第二節の自由についてはその證據能力についての詳細な判例の引用と検討に眼を奪われるし、又法第三一九條第二項の解釋(二七〇—二七一頁)や共犯者の自由の證明力(二八七頁)等については著者の實務家らしい裁判官への信頼感が一貫して流れているのを汲みとることができよう。

四 下巻各論において特に目立つのは、拘留開示理由につき、現實の拘禁を救済する手段であるとする團藤教授(團藤教授、新刑事訴訟法綱要五訂版二三—二四頁)に反對して、「犯罪の嫌疑及び拘留の原因を告げさせることによつて勾留狀がこの嫌疑なしにまた法に定める理由なしには發せられないよう世論の批判を受けさせようとするところにある」(三七八頁)とされる點。鑑定留置を從來のように裁判官による處分としないで令狀による強制處分であるとしたこと(四〇七頁)、控訴申立の理由としての判決に影響ある違法を分析したこと(前述)、破毀差戻移送後の手續における井上、横川説の批判、そして最後に非常上告についての考察等に觸れるべき多くの問題點

はあるが、ここでは詳細に述べる餘裕を持たない。

五 全體としてこの全訂版は舊版に比し、益々判例の引用多く、ことに未だ判例集に集録されない生の資料とも云うべき、最高裁判所の判例調査室の判例カードからの引用もかなり多く、しかも各高等裁判所の判例にわたつてその引用が極めて詳細、且網羅的である事、刑訴の教科書中の壓巻である。ここに引用された數多くの判例の中には特に興味を惹かれるものも相當あつたがここではそれらに言及し得なかつたのが残念である。尙これら多數の判例と學說の批判とが關聯づけられていることも理解に便である。そして詳細な判例と學說との比較検討を通じて、おそらく讀者は學說の實務に及ぼす影響だけではなく、實務を通じて學說の動かされ行く實態、即ち學說と實務(判例)との交互作用といつたものについて何かしみじみと *overs* を感得されるのではなからうか。

第二に、從來我國の刑事訴訟法學は、舊法が獨法系であつた爲理論構成においてドイツの學界に負うところ多く、英米法系に轉換した新法下でも尙基礎理論は獨法的に説かれるのが常であるのに對して、本書は米刑訴法との比較研究が非常に詳細でさすがに立法參畫者らしい配慮の窺われる點もこの書の特徴である。この點は舊版以來認められているところであるが、ことに本版はその後の著者の研究の蘊蓄を傾けて英米法の學說判例の引用を詳細且明白にして居られる。

第三に編輯方法としても、舊版が全體としてベタ組で、あまり讀み易いとは云えなかつたのに對して本版は本文を9ポに、外國法と

の比較は㉑、㉒、細かい理論は㉓、㉔、實務家に必要な部分は㉕、㉖とそれぞれ符號を別にしてより小さな活字にしてある爲舊版よりも一段と読み易く、理解し易くなつた。この組み方も非常に特徴的である。

最後に、末尾に詳細な索引をつけられた事は讀者にとつて一層この本が有益、便利なものとなるであらう。

以上極めて粗雑な紹介乍ら本書が舊版と比べて一段とすぐれた内容をもち、類書の中で他を壓する高い地位を占めることについては御諒解、いただけたことと思う。縮切實際の倉皇の中にこの一文を草した爲、或いは著者の眞意を誤解し、又は僭越且不當な批判があることを虞れ、著者並びに讀者諸賢の御海容を乞うものである。

(A5六六四頁、昭和廿九年五月立花書房)(一九五四・七・三)

(中谷理子)