

刑事裁判における信頼性の問題

所一彦

信頼されない裁判に同情するのあまり、これまで勉強していなかつた分野に足を突つ込むことになつてしまつた。再三の〆切で、これ以上延ばすことができなくなり、とりあえずまとまつた前半の部分を掲載するわけであるが、本論は、後半の部分に集中している。「裁判官の自由心証」の、明治九年以後今日に至る約九〇年間の歩みは、そのまま、わが刑事裁判の特殊＝日本的な様相の展開であつた。その解説は、もし成功すれば、今日の刑事裁判が抱え込んでいる多くの困難な問題の解決になにほどか資するところがあるであろう。不充分な点は、短かさに免じて容赦願いたい。

- 一 適性と信頼性
- 二 法定証拠主義における信頼性
- 三 幕府刑政における自白必要主義
- 四 自白必要主義の廃止（以上本号）
- 五 審査の不採用
- 六 裁判官の自由心証と天皇裁判
- 七 三審制
- 八 審査法
- 九 刑事裁判の民主化と信頼性の問題

平野教授は、かつて、次のような指摘をされた。⁽¹⁾

どうじう者に裁判を委ねたらいか、を考えると、一つの観点が区別されなければならない。だれが裁判をやるのに適していふかといふ問題(Eigungsfrage)(適性)と、だれの裁判に国民が信頼をおこかといふ問題(Vertragungsfrage)(信頼性)。この両者は、互に密接に関連しあつてはいるが、じくらかのずれもあり得る。

このばあいの、両者の「関連」と「やれ」というのは、なんであろうか。

だれの裁判に民衆が信頼を置くかということは、とりも直さず、だれが裁判をやるのに適していふと民衆が考えるかということである、すなわち、信頼性の問題は、適性の問題に対する民衆の解答如何の問題である。ところで、適性の問題は、デモクラシーのもとでは、もつぱら民衆の立場で考えられるから、その解答は、適性の問題に対する民衆自身の解答と志を同じくする。両者のあいだにあり得る「じくらかのずれ」は、このばあい、後者の遅れを意味するに過ぎず、したがつて、適性の問題に対する民衆の解答如何の問題としての信頼性の問題は、とどのつまり、時間の問題に帰着する。これに対し、専制権力のもとでは、適性の問題は、もつぱら権力の立場で考えられるから、その解答は、適性の問題に対する民衆の解答と、間々、本質的な対立関係に立つ。そして、適正の問題に対する民衆の解答如何、すなわち民衆の信頼如何は、永続しようとする権力の一大関心事であるから、適性と信頼性とが右のように対立したばあい、権力は、しばしば、適性を若干犠牲にしても、信頼性を確保しようとする。専制権力のもとでも陪審が採用され得た(たとえば一八六四年ロシアの司法改革)のは、しばしば、この理由からであつた。

信頼性の問題を、このように、本質上権力の側の問題であるものとして抱えるなら、そのいわゆる信頼が、かならずしも文字通り裁判に対する信頼でなくてはならないものではないことに気付くであろう。権力にとつては、裁判に対する不信が即権力に対する不信となるのでなければ、とりあえず足りるのであって、裁判に対する不信を権力に対する不信としないための装置があれば、それは、裁判に対する信頼に何程か代り得るのである。

陪審は信頼性の点で優れているといふことがしばしば言られて来たが、その実の意味は、間々、陪審は裁判に対する不信を権力に対する不信としないための装置として有用だ、ということでしかなかつた。

陪審は一度構成されて有罪を言い渡すと、国民の中に消え去つてしまふ。不當に有罪とされた被告人又は他の国民は、攻撃の鋒先を持つて行くところがない。このようにして、「陪審は、国家から国民を護るためにあるのではなく、国民から國家を護るためにある」といわれるようになるのである。^(二)

信頼性の問題は、ここにおいて、民衆の立場における適性の問題と、ばあいによつては真正面から衝突する可能性を孕んだものとなる。陪審員達に対する徹底的な不信のなかで、「裁判に対する民衆の信頼を高めるために」置かれたわが陪審のパラドックスは、實にこのような本質のものであつた。

さて、以上のように見て來ると、信頼性の問題は、たんに「だれの裁判」であるかにのみ関係して起るのでではなく、むしろ一般に「どのような裁判」であるかに關係して起るものであることが予想される。ただ、一般に最も不信を招き易い事実認定の領域において、この問題が最もあらわになり易いことは、けだし当然であろう。この問題がとくに陪審制度にからんで、したがつてまた、「だれの裁判」であるかに關係して考えられたことは、それなりの理由があつたと言わねばならない。しかし、もちろん陪審だけが「裁判に対する民衆の信頼を高める」ための装置であつたのではない。否むしろ、多少とも永続した專制権力は、陪審に限らず、なんらかの形

でこのような装置を保有したと考えられる。

(1) 職業裁判官と素人裁判官、法律時報二九巻四号、四三五頁。

(2) 同右、四四一頁。

一一

この点において刑事裁判史に最も顕著であつたのは、法定証拠主義である。法定証拠主義は、後期帝政ローマに現われ、イタリア・カノン法を通してカロリナ刑事法典に引継がれ、^(二)ゲマイネス刑事法に残つた。^(三)アンシャン・レジームのフランスも、カノン法を継受して法定証拠主義を採つた。^(四)この一連の法定証拠主義の基本的特徴は、本人の自白か、さもなければ二人以上の証人の一致した証言がなければ有罪を認定しなかつたことと、自由を得るために拷問をおこなつたことである。^(五)この「驚くべき非論理的な異常な制度」の、にも拘らず広汎な支配は、先の意味における「信頼性」の観点に立つて始めて完全な領解に達することができる。すなわち、被告人がやつたと主張する一人の証人と、これを否認する一人の被告人とを前にして、権力は、みずからの責任において証人の主張を採用することを避け(一人の証人の証言は証拠とならない *tetis unus, tetis nullus*)、いま一人の証人の出現を待つ一方、被告人に圧力を加え、その否認を撤回させようとしたのである。^(六)このような圧力は、すくなくとも、否認を無視して一人の証人の証言を採用することよりは、民衆の側からすれば、受け容れ易いものであつた。死刑と身体刑とが主たる刑罰であつた当時においては、拷問は、刑罰よりは我慢のし易いものであることが可能であつたのである。

もちろん、このことは、からずしもこの法定証拠主義が民衆の利益になつたことを意味しない。法定証拠主

義が「裁判官の恣意に若干の限界を設置した」ものであり、なにほどか「事実認定をして裁判官の主觀・專恣より独立させることができた」ものであることは認められるにしても、当時の権力の性質を省りみるならば、裁判官の恣意が不都合であつたのは、すくなくとも直接には、それが無辜の良民を刑するものだつたからではないことが知られよう。むしろそれは、権力の忠実な僕である裁判官の恣意——それはとりも直さず権力の恣意である——が有罪を認定するならば、民衆の不信反感憎悪の鋒先がまともに権力に向けられるであろうからなのであつた。権力は、言わば、第二の証人と自白とのなにに逃げ込んだのであつて、これによつて力を増した権力が何をするかは、おおむね保障し難いところであつた。たとえばゲマイネス刑事法では「拷問の適用範囲が非常に拡げられ」^(九)た。

ヒューマニズムの進展とともに死刑が減少し、肉体的苛責が罪悪視されて、身体刑が没落するや、拷問はその存立の基盤を失い、したがつてまた、拷問を前提として成り立つていた法定証拠主義が瓦解した。そして、その位置に、陪審が建てられた。

この変革を、自由心証主義の採用と陪審の採用とに分解し、合理主義の勝利の印として前者を、民主主義の勝利の印として後者を理解するのが一般であるが、それも一面の真理ではあつたにせよ、それだけだつたと考へるとすれば、法定証拠主義から陪審への変革における、両者に共通な本質を見逃すことになる。イギリスの陪審が、古くは証拠方法と目させていたことを想起せよ

- (一) 田中和夫・証拠法の基礎理論、法学理論篇一四七、三七頁。
- (二) 同右、五五頁。
- (三) 同右、六九、七〇頁。
- (四) 同右、七〇頁。

(五) 同右、七二頁。

(六) ヴント。團藤・自由心証主義、刑事法講座第六巻、一一一六頁による。

(七) ヴィシングスキー、ソヴィエト法における法廷証拠理論、刑事裁判資料一三五号、一三二一頁。

(八) 田中、前掲、二五頁。

(九) 同右、七〇頁。

三

わが国でも、近世には、法定証拠主義が支配した。幕府法では、「証拠証人によつていかに犯罪事実が分明であつても、本人の自白がなければ、これを有罪となすことはできな」かつた。だから、「人的、物的証拠によつて、罪科が分明であるのに、言を左右にして自己または共犯者の犯罪事実を否認している場合には、肉体的強制を加えても告白を得ようとする。牢問および拷問はこのために制度上認められていた手段である。^(二)」牢問・拷問を適用するためには、「証拠分明」であることを要したが、「証拠分明であるかどうかは挙げて役人の自由裁量に委ねられており、ただ一人の証言だけを頼りに牢問、拷問をなしえた……。^(三)」自白があると、これを「吟味詰り之口書」に作成する。「吟味詰り之口書」は、「不届之旨御吟味受無申披奉誤入候」などの「詰文言」で末尾を結び^(四)、その本質は、「被糺問者自身が自己の犯罪事実を認め、かつ、科せらるべき刑罰に異議なく『承伏』することにあ」^(五)つた。幾度責問を繰返しても自白がえられないばあいには、「掛奉行の『察度』(『察當』)で吟味を了^(六)することになつていた。『察度詰』といわれるものが、すなわちこれで」ある。「察度詰においては、奉行は自白以外の証拠によつて犯罪事実を認定し、『吟味詰り之口書』に代えて、『察度請申披無之』と結んだ口書に押印せしめる……自白による自認ではなく、奉行の判断に承伏するのである。奉行は一件書類を添えて察度詰の可否を老中

に伺い、許可があると察度詰の口書を作成し、擬律のうえさらに老中に仕置を伺い、老中の指図によつて刑罰が決定された。察度詰は変則的なものであるから、できうる限りこれを避けねばならず、とくに重い犯罪の場合にはそうであった。^(六) 「(六)そして、察度詰の場合には、「本罪相当之御仕置」より一等減輕するというのが判例法であつた。

「(七)このようないし「(七)自白必要主義」ないし「(七)自白第一主義」が、言わわれているように、「まさに『自白は証拠の王』と考えたもの」^(七)であり、「(七)自白が最も眞実を伝えるものであるとされ、その証明力に最大の信頼が置かれていた」^(八)ことに由来するものであつたとして割切るなら、それは、この主義の他の半面を見逃すことになる。拷問による自白の追求は、すくなくとも立前のうえでは、「(九)証拠分明」「(九)証拠體」「(九)罪状明白」などの心証のうえに行われたのであつて、むしろ本質的には、「承伏」の要求であつたと見なければならない。平松教授は、この「承伏」を説いて、「幕府の裁判、ひいては公権力の權威〔御威光〕」^(九)を承認せしめ、これを信頼させ、これに由らしめるとともに、裁判より結果する幕府の命令を遵守せしめようとした^(九)ものとされてゐるが、おそらく最も本質的であつたのは、前段の理由である。後段の理由は、「本人に遵守の意志がなければ実効を期し難い刑罰、たとえば追放刑、過料刑、手鎖刑などが刑罰体系上主要なものであるといふ事情」^(九)に関係していたものであるが、察度詰が重い犯罪のばあい——死刑や遠島に該るであろう——にとくに避けらるべきであつたことは、この事情が必ずしも本質的ではなかつたことを示す。こうしてこの一種の法定証拠主義もまた、ヨーロッパ近世に至るまでの法定証拠主義と同じく、権力の側の保身術として理解されるのである。^(一〇)

(一) 平松義郎、近世刑事訴訟法の研究、七七五頁。

(二) 同右、七七八頁。

(三) 同右、七八〇頁。

(四) 同右、七六四頁。

(五) 同右、八三一頁。

(六) 同右、八二九頁。

(七) 手塚、明治初期刑法史の研究、一一三頁。

(八) 平松、前掲、八三三頁。

(九) 同右、八三一、八三二頁。

(一〇) 察度詰のばあいその「可否を老中に伺」わねばならなかつたこと、および「一等減輕」したことは、ともに、察度詰が高度に政治的な性格を帯びざるを得ないものであつたことの反映である。

四

維新政権は、そのモットーであつた「寛恕」の実を示すために、拷問を緩和しつつ、自白必要主義を更に一層徹底させた。すなわち、「上大宝の制に則」つて拷問方法を杖一種に限定した新律綱領の努力が現実の必要の前に水泡に帰^(一)してのち、明治六年に至り、拷問具が訊杖および算板(石抱)の二種に、また、拷問の使用が「命盜重犯」に限定され(断獄則例第十五則)る一方、「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」(改定律例第三百八十五条)べきことが定められた。これをヨーロッパ一八世紀の啓蒙專制君主フリードリッヒ大王がおこなつた改革に対比すると、彼が嫌疑刑を残して拷問を廃止^(二)したのに対し、此は拷問を残して嫌疑刑を廃したわけで、どちらかと言えば逆行的な匂いが強いと言わねばならないが、にも拘らずそれは、権力にとつての「適性」を「信頼性」のために何程か割いた改革として、一面進歩的な意味を持つものであつた。そしておそらく、それは、国内的には、多くの民衆の満足を買うに足りるものであつた。

維新政権は、しかし、民衆の満足を買う仕事のほかに、歐米諸国の満足を買う仕事を持つていた。拷問を廃止しなければ治外法権の撤去は不可能だと説いた津田真一郎の「拷問論」（明治七年）が出てまもなく「……拷訊ハ不相用様可致尤推問上差支ヲ生シ候儀有之候節ハ当分相用不苦候共右相用候ハバ其顛末ヲ略記シ月末ニ至リ取纏メ当省へ可届出云々」の司法省達が出(三)、さらに、翌八年、ボアソナードが同じことを言い出すに及んで為政者達は拷問廃止を真剣に考えはじめ(四)、翌九年、まず改定律例三一八条を「凡ソ罪ヲ断スルハ証ニ依ル」と改め（明治九年）て自白必要主義を廃し、次いで一二年、拷訊「ニ闕スル法令ハ総テ刪除」する布告を出した。

自白必要主義の廃止は、それだけでは、察度詰の復活にほかならない。察度詰が許される限り、拷問の廃止は、それだけでは、拷問に代えて刑罰を用いることしかない。それは、やつと、前記フリードリッヒ大王の改革に相等するものでしかなかつた。言い換えると、「所疑ヲ以テ刑スル」弊害が出て来ないという保障は、この改革自体のうちには存しなかつたのである。

もちろん、このような保障がなかつたことは、維新政権にとつては、直接には、なんら不都合なことではなかつた。しかし、維新政権が民衆の「信頼」を博そうとしたかぎりにおいて、それは、早晚收拾されなければならぬ事態であつた。なぜなら、これによつて維新政権は、有罪判決に伴う民衆の不信反感敵意を、一身に引受けねばならなくなつたからである。

(一) 手塚、前掲、一一五、一一六頁参照。

(二) 田中、前掲、七五頁。

(三) 手塚、前掲、一二四、一二五頁による。

(四) 同右、一二六頁以下。

(五) 同右、一三四、一四五頁の引用による元老院の建白書。