

刑事裁判における信頼性の問題(二)

所 一彦

- 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(以上四号)
 - 五 陪審の不採用
 - 六 三審制
 - 七 天皇裁判(以上本号)
 - 八 陪審法
 - 九 刑事裁判の民主化と信頼性の問題
- 五

拷問の否定によつて法定証拠主義が維持され得なくなるなら、自由心証主義が採用されざるを得ないのは殆んど論理的な必然ですらある。わが明治九年の採用にかかる自由心証主義も、その限りでは、拷問を否定し従つてまた法定証拠主義を否定した世界精神の落し子にほかならなかつた。だが自由心証にとつては、誰の自由心証か

ということが本質的である。ヨーロッパで法定証拠にとつてかわつた自由心証は、陪審の自由心証であつた。これに対し、わが国で法定証拠の後益に座つた自由心証は、裁判官の自由心証であつた。裁判官の自由心証は、権力の恣意を羈束するという点からすれば、陪審の自由心証に対して遥かに劣るのみならず、それは、拷問を伴う法定証拠に対してすらも劣るものであつた。したがつて法定証拠から裁判官の自由心証への歩みは、陪審の自由心証とはむしろ反対に、権力の意のままの裁判への歩みなのであつた。権力の意のままの裁判は、権力に利益をもたらすと同時に、民衆の不信という損失をもたらす。法定証拠を棄てて裁判官の自由心証を採つた維新政権の決断は、したがつて、本質上、不信の増大という犠牲のうゑに権力の意のままの裁判を築いたもの——いいかえれば（権力にとつての）適性のために信頼性を犠牲にしたもの——にほかならなかつた。

信頼性が権力にとつての適性の犠牲になつたということは、とりもなおさず権力がそれだけむき出しになつたこと、端的に言えば権力がそれだけ暴力化したことを意味する。事実、維新政権のモットーであつた「寛恕」は自由民権運動の興起（明治七年）とともに後退し、これにかわつて厳しい弾圧政策が進行しつゝあつた、というのが九年（自由心証主義採用の年）当時の政情であつた。たとえば八年三月には讒謗律八ヶ条（太政官布告 第百十号）と新聞条例（同第百一十一号）とが布告され、これらの布告によつて処罰される者が相次いだが、「言論機関はひたすらに専制政府の打倒と言論・報道の自由のために一人編集長が捕えられると次の編集長亦志を継いで筆陣を張る様で、まさに屍をふんで進むの趣きがあつた」（二）ため、「手を焼いた政府は、明治九年七月五日、太政官布告第九十八号で『已に准允を受けたる新聞紙雑誌雑報の国安を妨害すと認めらるる者は内務省に於て其発行を禁止又は停止すべし』という条例を出した」（三）。

西南戦争（明治一〇年）終結後、弾圧政策は一時やや緩和に傾いた。明治一一年には陪審を規定したボアソナー

トの治罪法草案が完成し、翌一二年、「当時其審査の衝に当れる余輩(横田国男)等亦此陪審制を以て刑典の執行上有益にして且つ必要なりと信じ、元老院に於ける審査会も亦之を良制度として採容せんことを議決した。」と(四)ころが「内閣側より……反対論出で」て、一三年七月、治罪法は陪審を欠くまま公布された。明治一三年と言(五)えば、国会期成同盟その他数多くの自由民権団体によつて国会開設請願書が政府に提出されるに至つた年であり、他方こうした自由民権運動の高まりに対し、有名な集会条例十六ヶ条(大政官布告(第一二号))が公布された年であつた。陪審なしの治罪法を手にした朝野新聞主幹は、いみじくも次のように喝破した。曰く「暴戻政府が其ノ压制ヲ履行スル時ハ、第一ニ陪審法ヲ忌ミ之ヲ廃止セント試ム……故ニ新定ノ治罪法ノ如キ压制手段ヲ行フノ目的ニ出レバ可ナリ、苟モ然ラズシテ徒ラニ此ノ貴重ナル陪審法ヲ削除スルハ、豈ニ画竜ノ睛ヲ点ゼザル者ニ非ズシテ何ゾヤ」と。(六)

こうした「压制」がいつまでも無事であるはずはない。翌一四年には、開拓使払下げ問題を契機として政府は苦境に陥る。すなわちこの年、薩長藩士の経営する一商會に不当な廉価で官有事業が払下げられたことが世上に伝わるや、「自由民権派は直ちにこの問題をとり上げて、この事件こそは国会を開設して藩閥勢力の恣意的支配を打破すべき必要を雄弁に証拠立てたものであるとして政府を痛難し、かくして、澎湃と世上に漲るにいたつた反政府的空氣」に「怯え狼狽した政府は、遂に払下げ処分を中止するとともに、勅語の形において一八九〇年(明治二三年)に国会を開くことを声明して、辛くも窮地を脱した」。(七)言うなれば権力は、この期に至つては民衆の信頼を得る以外にみずからを維持する手段はないと感じたのである。ただこのばあい特徴的であつたのは、そのために払われた権力の側の犠牲が、単に将来の適性に過ぎなかつたことである。現在の適性に関するかぎり権力は鏗一文譲ろうとしなかつたのであり、事実、以後弾圧は緩和されるどころか以前にも増して強化された。陪審

はもちろん採用されなかつた。信頼性の問題は挙げて国会開設の約束に委ねられたのである。

国会開設の約束がこのような大役を荷い得たのは、国会開設の要求が民権派の要求を言わば集約したものだつたからである。国会さえ開かれれば、陪審を含め「藩閥勢力の恣意的支配を打破」すべき諸々の改革が一挙にして可能となるはずだつたのであり、さればこそ、これら諸々の改革が挙げて国会開設を待つ態勢に置かれ得たのであつた。だが権力の立場からすれば、国会開設は約束だから仕方がないとしても、その結果民権派の手によつて諸々の改革が行われるとすれば、それは致命的な結果を意味するものであつた。この結果を避けるためには、第一に国会の権能を弱いものにしておく必要がある、第二に権力の「恣意的支配」をあらかじめ或る程度——権力の命取りにならない限度で——自縛することによつて改革のエネルギーを弱めておく——われわれの言葉で言えば信頼性を高めておく——ことが必要であつた。時あたかも条約改正が急がれ、そのためには欧米に倣つた法制度の整備が先決とされてきたから、政府は渡りに船とばかりドイツに倣つて法制度を整備し、右の必要を満した。

ところで、陪審はどうなつたか。陪審はここでも採用されなかつた。「権力の命取りにならない限度での自縛」ということであれば、せめて国事犯除外その他の制限を附した形ででも採用されてよかつたであろう。手本となつたドイツでも、すでに有力な反対があつたとは言え、陪審は依然として維持されていた(まだ参審にもなつていなかった)のである。にもかかわらず、なぜ採用されなかつたのか。一説に曰く、「憲法発布の間際になつて、我が国の陪審の評議には、まだ欧米人が心服しないとの国際的關係から、条約改正の上に一大支障を巻き起す虞れが生じたため」^(八)である、と。条約改正問題に端を發して民間に排外熱が高まつていた事情を思いあわせれば、少くとも、「欧米人」にとつては陪審より裁判官の方が有難かつたであろうことは容易に想像がつく。信頼性の問題は、

こうしてこの段階では国外からの圧力によつて押しつけられたわけであるが、次の挿話はこの間の事情を端的に物語っている。曰く「帝国憲法制定に際し、井上毅の如き盛んに裁判上の責任を帰すべき陪審制度を設置すべきと提唱して故伊藤公に迫りたるに、公は治外法権の撤去せられざる間は陪審制度を設置すること能はずと論破したりき^(九)」と。そして以後、陪審採用の声は、治外法権撤廃の翌年である明治三十三年に日本弁護士協会評議員会が「我国に陪審制度を設くるの件」を議題としてとりあげるまで、まったく影を潜めてしまうのである。

法定証拠主義は採れない。陪審も置けない。とすれば「裁判官の自由心証」に頼らざるを得ない。だがそれでは不信を避けることができない。不信を避けるためには、陪審にかわる何らかの装置が必要である。国会開設を前にした権力は、そのような装置として二つのものを用意した。その第一が三審制であり、第二が天皇裁判である。

- (一) 西田長寿「言論弾圧のあとをたずねて」、向坂逸郎編著・嵐のなかの百年所収、一九一頁。
- (二) 同右、一八八頁。
- (三) 拷問が廃止されたのも同じ年である。
- (四) 横田国臣「陪審制を廃して情実裁判所設置に及ぶ」、法律新聞五八六号三頁。
- (五) 村田水産。尾佐竹猛・日本陪審史、一四七頁の引用による。
- (六) 新聞集成明治編年史、四卷二四〇頁。
- (七) 岡義武。矢内原忠雄編・現代日本小史上、八三頁。
- (八) 東京朝日新聞社会部編・陪審講座、一四頁。
- (九) 尾佐竹・前掲、一六五頁の引用による。

陪審が置かれているばあいには、事実問題が争われるのは原則として一審限りである。これに対し陪審が置かれていないばあいには、事実問題が上訴審で反復争われる。したがつてもし陪審が信頼性の角度から検討されなければならぬものを持つとしたら、上訴もまたそのようなものを持つてよいはずである。

江戸幕府の刑事裁判には、上訴がなかつた。^(一)不服は、あらかじめ「吟味詰り之口書」によつて封ぜられていた。すなわち口書によつて「不届之旨御吟味受無申披(察度詰のばあいには「察度申披無之」)奉誤入候」の言質を取り、かつ「此上奉行の判断ニ依て如何様之判決を受るも、必ず不服異議を申立間敷と調印せしめ置候故、不服上告の権なきもの」^(二)とされていたのである。もちろん、口書が拷問によつて得られるものであつた以上、右の論理が現実は一切の不服を封じ切つたかは疑問であらう。とくに察度詰のばあい、「察度申披無之」の矛盾は恐らく誰の目にも明らかであり、したがつて右の論理は甚だしく非現実的なものでしかなかつたに相違ない。察度詰が極力避けられねばならなかつたというのも、おそらくこのあたりに原因があつたものであらう。

「口書による不服封じ」のこのような不完全さは、寛恕をモットーとした維新政権の目的には不得策として映つた。明治五年には、「府県裁判所ノ裁判ニ服セスシテ上告スル者ヲ覆審処分ス」る司法省裁判所が置かれる。この「上告」は「今日の術語と異り上訴を一般的に指称するものであつた。要するにこの頃の上訴制度は二審制且つ覆審制だつた」^(三)。ところが、七年を境とする前記「寛恕」政策から弾圧政策への転換を反映して、八年には上訴が制限される。すなわち「法令違反のみが上告理由たり得るものとされ」^(四)る一方で「控訴ハ民事ニ止マリ刑事ニ及バズ」とされ、したがつて刑事に関するかぎり上訴理由は法令違反に限定されることになつたのであつた。

もつとも、当時は未だ法定証拠主義が維持されていたから、事実誤認の上訴はもととあまり大きな意義を持たなかつたということは認めねばならない。適法な拷問によつて口供を取られ、これによつて有罪を言渡された者に上訴を許すことは、信頼性の観点からするかぎり、まったく無意味ではないにしても必要性は小さかつたと言つてよいであろう。だが翌九年には法定証拠主義も廃止される。有罪を認定するのが法定証拠ではなく裁判官の自由心証だということになれば、適法に有罪を認定された者にも上訴を許すことが正に信頼性の観点から必要になる。したがつて八年の上訴改革は、九年の証拠改革を待つて、信頼性の完全な没却——弾圧政策の結果としての——に一役買うことになつた。

一一年に至り弾圧政策がやや緩和に傾くとともに、治罪法草案中に控訴が現われる。すなわち同案は、一方重罪については陪審を、他方軽罪・違警罪については控訴を用意したのである。だが明治一三年に始まる再度の弾圧強化は、一方前記の如く陪審の実定化を阻止するとともに、他方翌一四年、切角日の目を見た「治罪法中刑事控訴ニ関スル条件」を「当分ノ内実施セ」ぬものとした(太政官布告第七十四号)のであつた。

明治一八年に至り、布告第二号によつて右布告第七四号が廃止され、同時に軽罪に係る控訴規則が制定されたが、「これが制定された理由は条約改正の準備のためであつた」(五)とされ、対内的な問題としての信頼性の問題には関係が薄かつたものである。重罪については何の挨拶もなかつた。そして明治二三年、国会開設直前に至り、治罪法改め刑事訴訟法において一般的に控訴を許すこととしたのであつた。陪審と異り、控訴は治外法権撤廃の妨げにはならなかつた——むしろ恐らく必要ですらあつた——のである。

控訴が置かれたことによつて、ここに事実審二回法律審一回のいわゆる三審制が成立する。この三審制は、陪審裁判を原則とし、したがつてまた二審制を原則としていた同時代の欧米諸国に比較するとき、「裁判官の自由

心証とともにわが刑事裁判の著しい特色をなすものであつた。

だが明らかに、三審制は信頼性の問題の解決方式としては本質上代用的なものでしかない。一審判決と同様控訴審判決もまた「裁判官の自由心証」によるのである限り、不信は依然として裁判官に、従つてまた権力に向う。ただ「眞実発見の努力をしている」という印象を助けることによつて、不信を幾らか和げることができただけである。重大な事件には陪審を置き、軽微な事件にのみ陪審に代えて控訴を置いた諸国の実例は、このような「控訴の代用的性格」を雄弁に物語つてゐる。だが、にもかかわらずそれは、ある特殊日本人的精神構造によく適合し、その後永くわが刑事裁判を支配することになつた。ある特殊日本人的精神構造とは何か。陪審法制定の立役者であつた江木衷の表現を借りれば、それは、「独立の精神気象や健全の権利思想がなく、「人権は有司から施こして呉れる慈悲私恵と心得る乞食根性」^(六)である。そしてこのような「乞食根性」を基盤として、これのいわゆる私恵治國 (Armosenstaat) が成立する。

「抑も私恵治國の本義と云ふは可成汎く私恵を施すと云ふに帰著するのだが、私恵も矢張り資本が要る、無い私恵は施せぬ。……………ソコで先以て第一に未決拘留を無制限となし……………第二に立法上法律で以て犯罪たる行為の範圍を拡張……………する……………第三に法律の解釈も亦小六ヶ敷を尊び小理窟の上にも小理窟を積み重ね、人民は夢にだも知らぬ行為を犯罪中に繰込む……………第四に……………独断自在の認定権で法律上犯罪の成立に必要な事実を構造羅織する……………斯の如く立法上、解釈上、認定上何んでも彼でも凡ての行為は尽く犯罪を構成すべきものと為し置けば、全国民は尽く犯罪人となる訳だ。併し尽く一時に之を検挙すると云ふのでない。時々折々手当り次第に捕えても見たり、放しても見たりするのだ……………ソコデだ。有司の御情で未だ検挙に係らぬ人民は当然私恵を受け居る状態の下に生息すると云ふ事になる。……………扱又いよいよ捕まへて裁判に掛けるとなると是は私恵の支出事務に属するので、成丈長年月間に悠々閑々、ちびりちびりと小出をすると云ふのが奥の手だ、警察の取調、検事廷の聞取、予審、一審、二審、三審と経廻る事とする、被告人は各審級毎

に、先づ保釈をと哀願する、御手柔かい御審理をと哀願する、証拠の申請の御許をと哀願する、御論告の御手加減をと哀願する、刑の執行御猶予をと哀願する、刑の酌量減輕をと哀願する、無罪の御恩典をと哀願する。哀願哀願哀願又哀願、哀願山を成して層々疊々森々然岌々乎たる其処に裁判官が厳然と恩威並び示す……」(七)

だが実は、こうした慈悲私惠によつて信頼性の問題が真に解決されるわけではない。慈悲私惠は、実は「その場しのぎ」でしかない。ふたたび江木の表現を借りれば、「多々益々慈悲を哀求して飽くことを知らぬも亦慈悲根性の本体である」^(八)から、したがつてやがては、「本来無罪にして有罪の判決を受けたる者は勿論、有罪にして有罪の判決を受けたるものまで慈悲の己れに及ばざるを怨む」^(八)に至る。そこで、与える慈悲の分量を増やすことが必要になる。

大正一一年、刑事訴訟法の全面改正に際し、事実誤認と量刑不当が上告理由(相対的にもせよ)に取り入れられる。三審制は、ここにおいて文字通り三回審理することを意味するものになった。この、これまたわが国独特の上告制度のなかに、江木のいう「私惠治国」の刑事裁判の終着駅を見るところとしても、あながち無理ではないであろう。

(一) 平松義郎・近世刑事訴訟法の研究、八八三頁。

(二) 同右。

(三) 団藤・「近代的司法制度の成立」、刑法の近代的展開所収、四三頁。

(四) 同右。

(五) 染野義信「司法制度(法体制確立期)」、日本近代法発達史、二卷二二四頁。

(六) 江木衷・冷灰全集、三五四頁。

(七) 同右、三五五―六頁。

七

天皇裁判とは、言うまでもなく旧憲法五七条一項「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」を中核とする司法観と、そのような司法観のもとで行われた裁判とを指す。もちろんこの規定は、司法権「の行使は専ら裁判所が天皇の代理者として、本人である天皇からも独立して担当することを意味し」、^(一)「したがって裁判だけは直接天皇の名で行われるから、神聖であるとか、有難いものだというのは全くの俗解であり」、^(二)その意味では、たしかに「明治憲法下の裁判の特色を天皇裁判に求めるのは当たらない」^(三)のであるが、しかし実は、俗解がそのようなものであつたということが、まさしく天皇裁判の神髄だつたのである。すなわちこの「俗解」によれば、裁判が「天皇ノ名ニ於テ」行われる以上、「裁判官が人民に対して何等の責任なきは明白だ。が、さらばとて其責任を天皇に帰し奉ると云ふは素よりあり得べからざること憲法が天皇は神聖にして侵すべからずと明示する所以である」^(四)。そうすると「裁判の責任の帰する所は無いことになる。誤断を受けた無告の魂は幾多の怨恨を含んで宇宙に迷ひ惑ふ」^(五)ことになる。

このような天皇裁判の仕組——江木はこれを無責任独断裁判制度と称んでいる——が裁判に対する不信を権力に対する不信にしないための装置として何程か有用であつたことは疑いない。だがこの仕組は、根本的な欠陥を蔵していた。裁判官から天皇への道程で目標を失い「宇宙に迷ひ惑ふ」つた「幾多の怨恨」は、あらためて天皇無責任の体制そのもの——天皇制——に目標を見出すであろう。江木の表現によれば、「裁判の怨恨は那辺に帰著すべきか其解釈に迷ひ惑ふ者あるに至りて実に肉眼の及ばざる危険が思想界を横断することとなる」。明治四一

年六月、

「社会党员山口義三の出獄歓迎会が開かれた際、金曜会系の同志たちが「無政府共産」と大書した赤旗を掲げ革命歌をうたつたのを口実に、堺利彦、荒畑寒村、大杉栄、菅野すがら一四名が捕えられ、うち一〇名が禁錮刑に処せられた」(四) (いわゆる赤旗事件)。「この事件後、成立した桂太郎内閣は社会主義運動に対する弾圧をますます強化した。幸徳秋水は当時の社会主義陣営のなかにおいていわゆるアナルコ・サンディカリズムの立場に立つて大きな影響を及ぼしていたが、その革命的サンディカリズムの影響をうけた宮下太吉、新村忠雄、古河力作、菅野すが(幸徳の妻)の四名は、社会主義実行のためには、皇室に対する人民の迷信を(傍点筆者)を打破しなければならぬと考え、爆弾による天皇の暗殺を決行しようと計画した。宮下は予審調査で『世人が皇室に対する迷信をもっているから、この迷信を打破するには、まず爆裂弾をつくり、これを天子の馬車に投げつけて、天子もわれわれと同じだ、血のでる人間だということを示したいと幸徳に話したところ、幸徳はこれに対し、将来その必要もあろう、そのような人も出るだろうと申し、その他は語りませんでした』と述べた(いわゆる幸徳事件)。

江木に従えば、この種の「危険思想」が生ずるのは結局かの無責任独断裁判制度の故であり、したがつてもしわが国に陪審が置かれていたとするなら、このような事件は起きなかつたはずであつた。こうして彼は、「幸徳事件が突発した原因は確かに陪審制度がなかつた為であると確信」(六)、「危険思想の安全弁」(七)として陪審が不可欠である所以を説いて廻るに至つた。そして事実、この認識こそ、わが陪審法制定の主要なモチーフだったのである。

(一) 兼子一・裁判法、四八頁。

(二) 江木・前掲、三八一、二頁。

(三) 同右、三七四頁。

(四) 日本歴史大辞典、一卷四六頁。

- (五) 同右、七卷二八九、九〇頁。
- (六) 尾佐竹・前掲、一六八頁の引用による。
- (七) 江木・前掲、三五九頁。