

刑事証拠法の比較歴史法研究（1）

——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躪問題

1. 聴取書問題と人権蹂躪問題の現出

（1）明治刑事訴訟法下の実務

（2）人権蹂躪の問題化

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

（以上、本号）

第3節 刑事証拠法學説史（戦前）

1. 學説の動向

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

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

はじめに

i. 刑事証拠法の基本問題

証拠法は刑事裁判の核心である。捜査官は証拠収集を捜査の主たる目的に据え、検察官は証拠を吟味して起訴又は不起訴を決定し、裁判官は証拠に基づいて判決を下す。また、たった一つの証拠が再審の門をこじ開け、長い冤罪の暗闇から一人の人間を救い出すこともある。その意味で刑事証拠法のあり方は、刑事訴訟法1条にいう「公共の福祉の維持」と「個人の基本的人權の保障」とのあり方そのものを示していると言っても過言ではなからう。

個人の人権保障に手厚い「当事者主義」を採ったとされる現行刑訴法が制定されたとき、前途に対する期待は高かったが、実際は理念と現実との乖離は大きなものがあった。⁽¹⁾とりわけ証拠法に関する分野ではそれが顕著であった。周知のように、いわゆる二号書面の原則と例外の逆転、広範な伝聞例外の許容、長期間身柄拘束をした上で採られた自白調書の証拠化などがそれである。⁽²⁾

(1) 横山晃一郎「昭和刑訴の現実化—その第一期—」井上正治還暦下巻(1983)122頁以下。

(2) 佐伯千仞「人権保障と刑事裁判の実際」同『刑事裁判と人権』(1957)27頁以下なども参照。

昭和という時代を生きた横山晃一郎は、かつて日本の刑事裁判の現状を次のように評した。

「刑訴法の定めは訓示規定のごとく取り扱われ、実務という名の怪物が、法を僭称する。弁護人との接見交通は制限されるのが常態と化し、任意で呼ばれた者が任意で帰る自由もない、かくして取られた調書はいつしか『真実の血清』と見なされ、裁判官はその中から真実を容易に取り出し九九・八%の有罪者を生み出す。」⁽³⁾

しかし、日本の刑事裁判の現状は、現行刑訴法が還暦を過ぎた現在でも変わってはいない。わが国の「精密司法」⁽⁴⁾という特色は年を逐って鮮明になってきているとも分析されている⁽⁵⁾。

論者によれば、この「精密司法」が不変である理由として、日本の刑事手続が多年にわたって形成された結果であることが挙げられている。

「とりあえず筆者が到達したのは、日本の刑事手続は、関係者すべてが強くと真実を志向する『精密司法』(minute justice)だという概念規定であった。むろん、これと対立する多量の欧米法的要因も導入されており、日本の特色を変化させる契機として作用している。にもかかわらず、精密司法の基盤は強靱であり、容易にその根本的修正を許さない。おそらくそれは一朝一夕に出来上がったものではなく、多年にわたって—外国法の影響も受けながら—形成された結果であるに違いない。そして、

(3) 横山晃一郎「ウイ・シャル・オーバーカム」ジュリ930号『総特集・刑事訴訟法四〇年の軌跡と展望』（1989）150頁。

(4) 松尾浩也「刑事訴訟の日本の特色」曹時46巻7号（1994）26頁によれば、「『精密司法』は、取調べを中心とする徹底した捜査活動に始まり、検察官は詳細な資料を手中にして、証拠の確実性と訴追の必要性の両面から事件を綿密に検討し、続いて公判では、弁護人の十分な防禦活動をも加えて、裁判所は細部にわたる真相の解明に努め、その結果に従って判決する。通常、起訴の時点で、書証を中心とする証拠固めが終わっており、公判においても書証は多用される。判決の内容は、有罪である場合が圧倒的に多い」と定義される。

(5) 松尾浩也「刑事裁判の経年変化」平野古稀下巻（1991）329頁以下。

このことを念頭において始めて、改革の主張が真のインパクトを生み出すと思われる。」⁽⁶⁾「西欧法の影響を降り注ぐ雨にたとえるなら、薄い透水層の下に堅い岩盤がある。…。刑事裁判は、丹念な取調べによる真実の発見と、被告人による罪責の承認を中核とするという考え方が形成されてから、日本の歴史は二百年、あるいは三百年を経ているのである。」⁽⁷⁾

しかし、現在まで続くこのような日本刑事司法の伝統（「岩盤」）は国際的には強い批判を受けていることも周知のとおりである。

たとえば、2008年10月30日の「国連自由権規約委員会の最終見解」パラグラフ18・19は次のように説いている。⁽⁸⁾

(6) 松尾・前掲「刑事訴訟の日本的特色」2頁。

(7) 同上25・26頁。

(8) なお、上記「最終見解」パラグラフ18・19に対する、日本政府のコメントは次の通りである。

「日本の刑事司法制度においては、被疑者の逮捕後、最長20日間という比較的短期間の勾留期間内に極めて広範かつ綿密な捜査を遂げ、起訴又は釈放の判断を行うことが求められているため、被疑者の勾留場所には、①捜査機関と近接した場所であること、②取調室等の設備が十分に整備されていること、という条件が必要である。また、被疑者と弁護士、家族等との面会の便に資するためには、それらの者が面会に訪れやすい場所にあることも必要になる。しかしながら、現在の日本では、留置施設に比べて刑事施設の数が少なく、増設についても多額の予算を要するなど容易ではないことから、代替収容制度は、迅速かつ適正な犯罪捜査を遂行する上でも、また、被疑者と弁護士、家族等との面会の便にも資するとして運用されている。」⁽⁸⁾「……日本では、刑事訴訟法上、いわゆる推定無罪の原則、黙秘権、弁護士選任権は十分保障されており、これらは被疑者が留置施設に勾留されている場合も同様である上、被疑者の勾留については十分な司法審査を経ることとされており、勾留場所も裁判官が決めているところである」、⁽⁸⁾「我が国においては、制度上、任意捜査が原則であり、被疑者の逮捕及び勾留は、極めて限られた範囲で、かつ、あらかじめ裁判官の審査を経た上で行われることになっており、短い起訴前の勾留期間中にも司法審査が行われ、必要な場合の釈放の措置も備えている」、⁽⁸⁾「捜査の流動性や事件の多様性にかんがみると、一定時間を超える取調べや特定の時間帯における取調べを法律で一律に禁止するには至っていない。」⁽⁸⁾「我が国においては、

「18. 委員会は、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律の下で、警察では正式に捜査と留置の機能が分離されているにもかかわらず、代替収容制度（代用監獄）の下では、捜査の便宜のため被疑者を最長23日間警察の留置施設に留置することが可能であり、保釈の可能性がないこと及び特に逮捕後最初の72時間は弁護士との接見が制限されており、自白を得る目的で長期にわたる取調べや取調べの乱用が行われる危険性が増すことについての懸念を再度表明する。（第7条，第9条，第10条及び第14条）」

「19. 委員会は、警察の内部規範で定められている被疑者取調べの時間制限が不十分であること、真実を明らかにするよう被疑者を説得するという取調べの機能を阻害するとの理由で取調べにおける弁護人の立会いが認められていないこと、及び、取調べの電子的な監視の手法が散発的及び選択的に行われ、しばしば被疑者の自白を記録することに限定されていることを懸念をもって留意する。また、委員会は、主に自白に基づく有罪率が極めて高いことに懸念を再度表明する。この懸念は、このような有罪判決の中に死刑が含まれることで更に強くなる。（第7条，第9条及び第14条）」

しかし、このような指摘にもかかわらず、多年の伝統により形成された「精密司法」の岩盤はますます強靱さを増しているかの観がある。

もっとも、近年では裁判員裁判の到来を背景として、「一定の変化」が見られる。日本固有法と「国際化」との調整を企図して「眞の日本型当事者主義刑事訴訟」の構築が目指されているからである。

「…筆者は、日本の精密司法には正負の両面があり、真実を求める努

捜査段階から起訴・公判段階を経て、刑の執行段階にいたるまでのすべての刑事手続について規定する刑事訴訟法が、『事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする』（第1条）と定めており、警察官の行う捜査についても、事案の真相を明らかにして事件を解決することが基本とされているところである。」

力の点で正の面を評価すべきであるとともに、あまりにも日本独自の方向に進み過ぎて、限界に近づいているのではないかと憂慮していた。しかし、なかなか抜本的な改革を構想することができず、『ガラパゴスの状況からの脱却』の難しさを嘆ずるばかりであった。(原文改行)そこへ司法制度改革審議会が登場し、『国民の力を借りる』というアイデアで、ゴードリアン・ノットを断ち切った。①公判前整理手続の創設、②連日的開廷による公判中心主義の達成、③一審重視、事後審への接近、④被疑者国選弁護、取調過程の記録化、検討課題としての録音・録画などの提言は、おそらく刑事手続の姿を一変させてゆくであろう。しかし、その新しい姿は、60年前の新刑訴成立ときに考えられていたものにほかならない。かつて新刑訴の特色が『当事者主義』といわれたとき、学界はこれをアメリカ法と同視した嫌いがあり、実務は反発して独自の歩みを進め、ガラパゴス型の日本的当事者主義に至った。今後は、アメリカでもなくガラパゴスでもなく、眞の日本型当事者主義刑事訴訟の構築が期待される。⁽⁹⁾」

このような「眞の日本型当事者主義刑事訴訟」を志向する論者だけではなく、裁判員制度を契機に近年では多くの論者によって「刑事司法の変化」が説かれている。また、「刑事司法の変化」を好意的に受け止め、⁽¹⁰⁾ 変革の手がかりとしようとする論者も見受けられる。

さらに、近年では検察官の証拠改竄問題に端を発して、「新しい検察」のあり方が議論され、⁽¹¹⁾ あわせて新たな捜査手法の導入が検討されている

(9) 松尾浩也「刑事裁判と国民参加一裁判員法施行半歳を顧みて」法律のひろば43号(2010)9頁。また、井上正仁「刑事裁判に対する提言」司法研修所論集85号(1991)93頁以下も参照。

(10) たとえば、日弁連編『裁判員裁判における弁護活動—その思想と戦略—』(2009)所収の各論考や、『季刊刑事弁護』連載の裁判員裁判特集などを参照。

(11) 大阪地判昭和23年4月12日(公判判例集未登載・裁判所ウェブサイト)など参照。また、検察の在り方検討会提言「検察の再生に向けて」(2011

ところである。⁽¹²⁾たとえば、「取調べの可視化」、「DNA型データベースの拡充」、「通信傍受の拡大」、「会話傍受」、「仮装身分捜査」（おとり捜査）、「量刑減免制度」、「王冠証人制度」、「司法取引」、「刑事免責」、「証人を保護するための制度」、「被疑者・被告人の虚偽供述の処罰化」、「黙秘に対する推定」、「刑法その他の実体法（刑事法令）の見直し」などがそれである。

このように、現在、わが国の刑事証拠法の領域には大きな変革のきざしが見られる。したがって、今後の刑事証拠法の方向性を分析することはますます重要になってこよう。そして、その際には、現行刑法法の立法趣旨を歴史的に研究、確定し、併せて、日本国憲法と現行刑法法との距離、そして判例との距離を測定し、日本国憲法の理念をこえる運用・解釈がなされている場合は何が一体そのようなズレを生み出させたのか、⁽¹³⁾ということを探求することが不可欠であろう。とりわけ、理念と現実との乖離がいちじるしい証拠法の領域では必須の作業といえよう。もちろん、現行証拠法の位相の確定に際しては、比較法的視点が不可欠であるが、比較法研究も、歴史的な考察を欠落すると、法現象の位相の違いを無視した単なる制度比較や「お経法学」などの結果に終わる危険性が高⁽¹⁴⁾い。したがって、わが国の刑事証拠法を分析する際には、その沿革にそつ

年3月31日）、法制審「新時代の刑事司法制度特別部会」の各議事録など参照。

(12) 捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会「最終報告」（2012年2月）、法制審「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」（2013年1月）など参照。

(13) 横山晃一郎『刑事訴訟法の解釈』（1965）17頁など参照。また、横山によれば、「刑訴法研究は、刑事手続の歴史の認識、歴史的考察と比較法的考察に導かれた刑事手続の論理構造の認識から始められねばならない、現行刑訴法の認識、解釈論の展開はこの基礎の上に立つとき正確さと説得性（仮説への信頼性）をもつことができる」とも説かれる（同「刑事訴訟法講義の方法と課題（2）」法セミ403号（1988）101頁）。

(14) 内田博文『刑法学における歴史研究の意義と方法』（1997）はしがき

て比較歴史法研究が試みられねばならない。

ii. 現行刑訴法の制定過程

従来の先行研究では、刑事証拠法の歴史的 성격が根本的に問い直されることはなかったように思われる。もっとも、それには理由がないわけではない。現行刑事訴訟法の制定過程に関する資料は70年代から徐々に明らかにされてきたが、必ずしも十分なものではなく、一部を除いた大多数の研究者にとって現行刑訴法の制定過程は不明なままであったからである。⁽¹⁵⁾しかし、近年、ようやく現行刑訴法の制定過程を検証しうる資料が公刊され始めて⁽¹⁶⁾いる。刑事証拠法を歴史的に研究する素地は徐々に整いつつあるとあってよいだろう。

そこではたとえば、現行刑訴法の基本的性格に関する次のような指摘が目される。

「戦前の陪審法による陪審制度をそのまま復活することが適当でないこと、また、終戦直後の国力に照らし、直ちに陪審法を改正し、あるいは、刑事訴訟法中に陪審制度を取り入れることが困難であることについては、改正作業当初から異論のないところであったが、同時に、いずれ、国力が回復すれば、陪審又は参審制度を導入すべきであるというのも、刑訴法改正の当然の前提であったと見受けられる」、[「…現行刑訴法は占領の終了、国力の回復を待つて全面的に改正することを前提として立案

参照。

(15) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(1)～(5)」法協91巻7, 8, 10, 11, 12号(1974), 「同(6)～(11)」同92巻5, 6, 7, 10, 11, 12号(1975), 「同(12)～(14)」同93巻3, 4, 5号(1976), 「同(15)～(17)」同95巻8, 9, 12号(1978), 「同(18)(19)」同96巻1, 2号(1979), 「同(20)」同97巻5号(1980), 「同(21)(22)」同99巻5, 6号(1982)。以下、本稿を通して「制定過程」という。

(16) 井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集(1)～(4)』(2001, 2006, 2008, 2013)。以下、本稿を通して『制定資料』という。

制定された⁽¹⁷⁾…。」

また、証拠法の領域に関して言えば、第一次資料を利用した注目すべき論考も公表されるにいたっている。たとえば、証拠法規定に関する次のような分析がそれである。

「…現行刑事訴訟法の制定過程を辿ると、我が国では、憲法に保障された反対尋問権を保障する趣旨で、書面の証拠能力を制限する案が起草されてきたにもかかわらず、制定の最終段階に至って、伝聞法則に関する規定が、唐突といってもよいほどに、起草、決定されたことが分かる。」
「結局、日本側は、GHQの提案と、それを更に具体的に示すものとしてのウィグモア資料に基づいて、現行法の証拠法を作り上げたようである。」
「…伝聞供述について検討されたことを示す資料は、前掲のプロブレム・シートとウィグモア資料のほかに⁽¹⁸⁾存しない。」

このように、近年の現行刑訴法の制定過程に関する議論においては、現行法の基本的性格と証拠法の沿革が明らかにされつつあり、ウィグモア証拠法の強い影響下で現行証拠法が作られたことが示めされているのである。⁽¹⁹⁾

(17) 渡辺咲子「制定過程から見た現行刑事訴訟法の意義と問題点」ジュリ1370号（2009）41、46頁。

(18) 渡辺咲子「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈」河上和雄古稀（2003）328・329頁。その他、法制史の分野からも注目すべき論考が公刊されている。たとえば、出口雄一「検察審査会制定の経緯」法律のひろば62巻6号（2009）12頁以下、同「『亡命ドイツ法律家』アルフレッド・C・オプラー」（慶應）法学研究82巻1号（2009）845頁以下、同「憲法秩序の変動と占領管理体制」桐蔭法学14巻2号（2008）1頁以下など。

(19) 参照に供されたとされるウィグモア資料は以下の通りである（渡辺・前掲「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈」325頁以下註24参照）。
「ウィグモアより抜粋第三巻四〇四頁（五問、一〇問関係）（昭和二三年五月四日付）

1. 公務員が（供述書を作成する）職務又は権限により作成した供述書は次の規定に従い証拠として認容することができる。
2. その供述書はそれを作成した公務員を喚問することなく又はその死

亡その他出頭することのできない理由を示すことなくして証拠として認容し得る。但し、公判裁判所の裁量により、彼を反対訊問のため喚問することができる。而して以下に規定する場合その供述書を提出する当事者は相手方が時機を失せず反対訊問のため召喚を請求できるように公判前に合理的な通告を与えなければならない。

3. その供述書は法律、規則又は命令に明文で規定された職務又は権限によって作成されたものでなければならない。明文がないときでも、職務又は権限は次の場合においてはこれが暗示されているものとみなす。
4. 登録簿及び記録。一定の公務員が一定のことをなし又は観察する職務又は権限を有するときは何時でもそのなしたこと又は観察したことを登録又は記録する権限又は職務を有するものとみなす。而してその供述書は証拠として認容できる。
5. 回答書及び報告書
 - (a) 公務員が公務所の外で一定のことをなし又は観察する職務又は権限があるとき彼は公務所に帰ってから彼のなしたこと又は観察したことを回答書又は報告書に記載する権限又は職務があるものとみなされる。而してその報告書は証拠として認容できる。
 - (b) 公務員がその職務又は権限により個人的な観察以外の通知を受け取ることを要求されているとき、彼はかかる通知の結果を記載する権限又は職務を有するものとみなす。かかる回答書又は報告書はすべての利害関係人がこれを閲覧し得るような形で（彼自身の又は他の）公務所に保管されている場合に限り証拠として認容できる。
6. 証明書。すべての公務員はある権限又は職務によりそのなし又は観察した事項又は公務所内に存在する事項を記載した証明書を作成し又は希望者に交付する権限又は職務を有するものとみなす。その証明書は証拠として認容できる。
7. 認証謄本。すべての公の文書保管者は機密なるものを除き、適法に保管しているすべての文書の謄本を作成し、又は希望者にその謄本の正確なることの証明書を交付する権限又は職務を有するものとみなす。右の証明書は次の目的のため証拠として認容できる。
 - (a) 彼が適法に保管したすべての公の記録の内容及び真正性を証明するため。
 - (b) 彼が適法に寄託された私文書の内容を証明するため。
 - (c) 彼が適法に寄託されたすべての私文書の成立を証明するため。

（法律により、その寄託物に証人の証言又は当事者の確認、又は権限を有する他の公務員の確認又は遺言の証明書^レの如きその真正性を証明するものが付置されている場合）

ウィグモアより抜粋（五問、一〇問関係）（昭和二三年五月五日付）

伝聞証言の例外の原理

第一原則 『必要。』第一原則の範囲は必要原則と名づけることによって簡明に示すことができる。それは証拠調（反対訊問）なしに受理しなければ証拠の利益を全く失うことになるので、多かれ少なかれそれを受理する『必要』があるということを意味する。受理しなければ利益を失うという理由は次の二のどれかであろう。

- （1） 陳述をなしたものが死亡又は管轄区域外にあり、又は精神異常その他証拠調べの目的のため利用できないこと。これは二つの中より普通より明白な理由である。それは『死ぬときに発したことば』及びそれつづく五つの例外規定の中にある。この原則は必ずしも常に完全且つ一貫して法令規則に書かれてはいない。然しこの概念は明白且つ誤り無き者である。而してそれはこれらの例外規定中に程度の差はあるが率直且つ厳格に確認されている。
- （2） 陳述が再び即ち唯今においては、同じ又は他のものかそれらと同じ価値を持った証言を獲得することが期待できないようなものであること。

この原則は多少完全に『自然に発した言葉』『一般の信用』の例外規定、その他の部分に現れている。ここにおいては（第一の場合の如く）一人の証拠についてその全部を失うことを恐れるのではなく、価値ある証拠のある源泉を失うことのみを恐れる。『必要』はそれほど大でない。多分必要というよりも便宜方便というだけのものである。然し原則は同一である。

第二原則 信憑性に関する状況保障

第二原則は、第一原則と結合して証拠を証拠調べなくして受理することを得せしめるが、それは反対訊問による普通の証拠調べの代用をつとめる性質のものである。一定の状況下に置いては供述の正確性及び信憑性の可能性はたとえ、通常の手続により証拠調べされた陳述と同じほどではないとしても実際に於いて十分であることが理解される。この信憑性の状況保障は、裁判実務に於いて是認された様々な状況の中にある。この例外が存在するのは普通これらの顕著は状況の一つにおいてである。これらの状況により予想される信憑性の程度を一律に定める試みには優秀なものはない。

ここにおいて、現行刑訴法の証拠法規定をその淵源たるアメリカ証拠法まで遡り、理念と乖離しているとされる現行刑訴法の証拠法規定の現在の解釈・運用がどのようにして生まれるようになったかを問い直すことがますます重要な課題となってきたといえよう。すなわち、制定過程の議論を踏まえた比較歴史法研究の必要性、とりわけウィグモア証拠法の歴史的研究が必要とされているといえよう。本稿がウィグモア証拠法に着目するゆえんである。

iii. ウィグモア証拠法研究

もっとも、証拠法の大家であるウィグモアはすでに論じつくされているという批判もあるかもしれない。現行刑訴法が制定されたとき、学説のアメリカ法摂取はたしかに早かった。とりわけ証拠法領域はいち早く摂取が試みられた分野だといえる。そして、わが国の刑事証拠法に関する先行研究はおびただしい数にのぼる。そして、ウィグモア証拠法も折

それは少なくとも具体的状況の必要の観点から普通の証拠調べの実際的に適当な代用として常識と経験が時々刻々指摘していったものに過ぎないのである。(一五五頁)

参考(五問、一〇問関係、ウィグモア二七一頁)

◎常務において作成せられる文書を信憑すべしとする状況

○文書の例 運送業者、銀行、会社等の帳簿、航海日誌、病院の診療簿等、日常の業務に於いて秩序正しく習慣的に作成される文書をいう。

○原則として証人が喚問し得ざる場合のみ使用が認められる。

○これを信憑すべき状況左の如し。

一 規則正しくこれを作るという習慣、しきたりが作成者をして自然正確な記載をなさしめることとなるのが普通である。作成者は惰性的にも不正確な記載を反撥することになる。

二 誤謬がある場合には発見されやすい。よほど計画的な偽造でもない限り間違いはすぐに発見され訂正される。

三 このことは作成者が雇主等の監督下にある場合特にそうである。

○提出条件(二七四～二七五)」

に触れて紹介されてきた。とりわけ、ウィグモア・テキストブックの全訳である、J・H・ウィグモア著、平野龍一＝森岡茂訳『証拠法入門』（1964）はその最たるものであり、貴重な業績であろう。

平野によれば、ウィグモア証拠法に学ぶ意義が次のように説かれた。

「なにおん本書はかなり分厚いものである上に、原書は1935年に出版されたものであって、もはやアップ・ツウ・デイトなものとはいいいにくい。それで、東大出版会が非常な好意でその出版を引き受けてくださったとき、厚くは感謝したが、いまさらこの本を、と気がひける気持もないではなかった。」「しかしまあためて読みなおしてみると、さすがにウィグモアの著書だけあって、現在の時点でも必ずしも時代遅れではなく、十二分に翻訳出版の価値があると思う。…。そして、本書は…技術的な問題を取りあつたものではなく、アメリカの証拠法の基本的な原理を深くその理由にまで立ち入って解明したものである。それだけではなく、ウィグモアはつねに証拠法を『証明の科学』と関連させて理解しようとしている。だから、アメリカの現行法は何か、という気持で読む人は別として、わが国の証拠法の反省のために、アメリカの証拠法の精神と方向を理解しようとする人にとっては、現在でもなお本原書は有益だと言ってよいと思う」⁽²⁰⁾。

このような評価に現れているように、ウィグモア証拠法は「アメリカの証拠法の精神と方向（性）」を示すものと理解され、わが国の証拠法に対する内省的理解のために、ウィグモアに学ぶことが説かれたのであった。

平野が「口頭主義や直接主義は、裁判所と証拠との関係を考えたもので、当事者の立場を考えたものではないから、なお職権主義的な原理であるのに対し、伝聞法則は、当事者と証拠との関係を考えたもので、当事者主義的な原理である。」「現行法の解釈にあたっては、直接主義・口

(20) 平野龍一「訳者あとがき」参照。

頭主義を基本とするか、伝聞法則を基本とするかによって、差異が生ずるのである。」⁽²¹⁾として、職権主義と当事者主義との対抗軸のなかで現行刑法を理解しようとしたとき、伝聞法則解釈の大きな指針となったのはウイグモア証拠法であり、その後の学説も、基本的には平野の解釈を踏襲していると言ってよいだろう。⁽²²⁾

しかし、わが国においては、ウイグモア証拠法の圧倒的知名度に比し、ウイグモアあるいはその証拠法自体に関する直接的な論評は、とくにみあたらないように思われる。ウイグモア証拠法はこれまで証拠法の大家の作品であるという「権威」のゆえに引用され、参照されてきた観がある。証拠法の撰取においては、ウイグモア証拠法を祖述するものが多くを占めており、⁽²³⁾あるいはアメリカ証拠法の解釈を日本的に改鑄させるという機能的な撰取の方法のみがとられていたといっただろう。したがって、わが国においてウイグモア証拠法自体を深く追求した研究はいまだかつて存在しないといっただろうに思われる。したがって、ウイグモア証拠法の歴史的意義を問うことは未だに新しい課題でありつづけている。

また、周知のように、わが国の現行証拠法には「雑然としていて、統一したイメージが浮き上がってこないといわざるをえない」⁽²⁴⁾という評価が存するが（したがってウイグモア証拠法のみでは説明がつかない）、他方で、明らかにウイグモア証拠法に沿った規定も見られることも確か

(21) 平野龍一『刑事訴訟法』（1958）7・8頁。

(22) 他方、小野清一郎はウイグモア伝聞法則を批判し、320条以下の規定を直接主義の規定と解した（小野「新刑訴における証拠の理論」刑法雑誌4巻3号（1954）346頁など参照）。なお、当時、320条以下を直接主義の規定と解する小野の理解は全く支持を集めなかったが、近年、小野説を再評価する動きがある（たとえば、松尾浩也「刑事裁判と国民参加：日本における150年」判タ1373号（2012）70頁以下など参照）。

(23) たとえば、江家義男『刑事証拠法の基礎理論・訂正版』（1953）など参照。

(24) 田宮裕『刑事訴訟法新版』（1992）370頁。

である。

たとえば、現行刑訴法321条1項3号は、次のように規定している。

「前二号に掲げる書面以外の書面については、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、且つ、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき。但し、その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限る。」

このように、現行証拠法には、立法的事実を裏付けるかのように、ウイグモア証拠法における伝聞例外の「必要性」と「信用性の情況的保障」が規定されているのである。ウイグモア証拠法が「もはやアップ・ツウ・デイトなものとはいいいにくい」⁽²⁵⁾にもかかわらず、いまなお、刑訴法教科書で援用されるゆえんである。

もっとも、先行研究においては、日本法の歴史研究から現行証拠法にアプローチする試みが見られたことも見逃せない。

「…旧刑訴法三四三条によって確立されていた『法令ニ依り作成シタル訊問調書』以外の供述録取書はそれが被告人のそれであろうと、証人等被告人以外の者のそれであろうと、一切有罪認定の証拠とすることは許さないという厳しい証拠制限は、戦時下という特殊事情でやむなく戦時刑事特別法によって停止せられていたものに過ぎなかったのに、それが戦争終了後の応急措置法によっても復活せられることなく、むしろ戦時刑事特別法の姿勢がそのまま戦後に引継がれ、さらに現行刑事訴訟法にまで及んでいることになるのである」という指摘がそれである。⁽²⁶⁾

(25) ウイグモアは1943年にある委員会の帰途、不幸にも交通事故に遭遇し急逝した。したがって、その偉大な証拠法は自著によるものとしては第三版（1940）で終わっている。

(26) 佐伯千仞「証拠法における戦時法の残照」石松竹雄退官（1990）119頁。その他、わが国の供述証拠に関する歴史研究として、守屋克彦『自白の信用性と評価—自白調書の信用性の研究—』（1988）26頁以下、久岡康成「大正刑訴法と供述を録取した書面」立命館法学316号（2007）195頁以

たしかに、「戦時法の残照」という問題意識は鋭いものがあるが、現行刑法法の制定過程に鑑みれば、現行証拠法がアメリカ法の影響のもと制定されたことは明らかであるため、やや説明に難があるように思われ、ウィグモア証拠法の思想まで遡ったより詳細な論証が求められているといえる。

このように従来証拠法研究では、日本法の歴史研究と比較法の歴史研究を架橋させる、比較歴史法研究は全くとられなかったといってよい。ここに本稿が日米証拠法を比較歴史的に分析しようとする狙いがあるのである。

iv. 本稿の論述

以上の問題意識及び課題設定に基づき、本稿はわが国刑法320条以下の証拠法規定を祖上に挙げ、日米の比較歴史法研究を通してその歴史的意義を探ることにする。もっとも、証拠法領域に限っても検討すべき課題は多岐に亘ると思われるが、本稿はわが国の証拠法の概要を占めている自白法則及び伝聞法則を中心に検討していくことにする。

本稿は以下のように構成される。

まず、第1章では、わが国における刑事証拠法の沿革をたどるために、戦前の証拠法領域に関する判例・学説を分析することにする。その出発点となるのは、いわゆる人権蹂躪問題である。ここでは先行研究に負いつつ、在野法曹（弁護士層）の動きを縦糸として論を進めることにする。この作業は単に証拠法領域に関する議論を整理するというだけにとどまらず、現在まで続く日本刑事司法の伝統を確認し、わが国の刑事裁判の基本的性格を明らかにするために不可欠なものである。本稿の論述は、この第1章を基礎として進められる。

第2章では、現行刑事訴訟法の制定過程を辿ることで、現行刑法法の

下、青木孝之「検察官調書の史的考察」琉大法学80号（2008）100頁以下などがある。

基本的性格を明らかにし、証拠法の制定過程を整理することで比較法研究の導入とする。もっとも、入手可能な第一次資料が限定されていることから、既存の先行研究に多くを負わざるを得ない。

第3章では、ウィグモア証拠法の歴史的意義を明らかにするために、まずJ・H・ウィグモアが登場する以前のアメリカ証拠法を概観する。そして、ウィグモア証拠法の基本的性格を読み解くため、ウィグモアが生きた時代を背景として、ウィグモアの足跡をたどり、その証拠法体系を分析していくこととする。その際には、ウィグモア証拠法の基本的思想を日本法との比較に資する範囲でとりあげることにはしたい。また、ウィグモア証拠法の思想が、実際の具体的な問題解決にどのような役割を果たしたのか、あるいは判例がウィグモア証拠法にどのような影響をあたえたのかを分析するため、当時の判例もあわせて紹介することにする。

第4章では、前章を受けて、ウィグモア証拠法の基本的思想を継受したと思われる現行刑事訴訟法の証拠法規定が日本法にどのように受容され、あるいは変容していったのかを明らかにする。アメリカ法に範をとったとされる現行刑事訴訟法の受容は学説と判例が両輪となって行なわれたため、戦後の学説と判例の役割を丹念に分析する必要がある。

戦後の学説史では、戦前との学説史との連続性を意識しつつ、60年代に見られた「アメリカ法の波」に対して学説がどのような対応をとったのかということの一つの軸としてその帰趨を追うこととする。それによって現在の学説の帰趨も明らかになることであろう。

また、判例研究について、従来、わが国では経験科学的手法が有力であったが、このような手法は理念と現実に大きなズレがある証拠法分野においては適当とはいえない。なぜなら、すでに指摘されているように、「憲法の拠って立つ価値観、価値体系に適合しない上級審の裁判がでたような場合いったいどうしようというのか、実用法学の前提に従え、⁽²⁷⁾という方向で後の裁判制禦を考えるのか」という疑問に答えられないからである。

したがって、判例研究においては、日本国憲法と刑訴法判例の距離を測定し、ズレが生じている場合は、当世の時代背景の中で何が日本国憲法との距離を生み出したのか、また、距離の近さは日本国憲法への接近あるいは回帰を意味するものなのか、その架橋の論理はいかなるものなのか、を分析することが重要となろう。したがって、本稿においては、まず刑訴法の判例をマクロな視点から分析し、証拠法判例と捜査法や再審法などの他の領域における判例との関係を明らかにすることで、刑事裁判の核心たる証拠法判例が刑訴法判例全体の中でどのような位置を占めているかを析出し、その上で証拠法判例（とりわけそこに表れている自由心証の在り方）をミクロな視点から分析していくことにする。そして、近時の証拠法の議論の動向を確認した後、日本証拠法の系譜を素描し、今後の証拠法のあるべき方向性と展望を示すことでむすびとしたい。

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

先行研究によれば、「国家権力の端的な発現」⁽¹⁾である刑事訴訟法と国家権力の歴史的な性格の対応関係は、国家権力側の「刑事手続政策」と、これに対抗して展開される「刑事手続における人権保護要求運動」を媒介項として設定し、その両者の運動面及び理論面における対抗と交錯の諸様相を分析することによって、より精密に分析し把握することができる⁽²⁾とされる。さらに、その分析視角によれば、刑事手続政策は、一般市民間の法益の衝突の処理のための刑事手続政策と、現存国家体制ないし政治体制の維持のための刑事手続政策に分かつことが有益であるとされ、前者は犯罪に対する社会の防衛政策の一部をなすが、それはむしろ実体

(27) 横山晃一郎・前掲「刑事訴訟法講義の方法と課題(2)」100頁。

(1) 團藤重光「職権主義と当事者主義」『刑事法講座』5巻(1953)939頁。

(2) 小田中聡樹『刑事訴訟法の歴史的な分析』(1976)2頁以下参照。以下、『歴史的な分析』という。

法に関する政策展開を促すとしても、刑事手続政策の歴史的展開を規定する度合は弱く、これに刑事手続の歴史的展開の直接的かつ第一次的な規定的要因を求めることには問題があるとされる。他方、後者の現存国家体制ないし政治体制の維持のための刑事手続政策は、直接的に治安政策の一部をなすものであり、近代以降の治安政策的刑事手続政策（治安政策としての刑事手続政策）がブルジョア社会の矛盾の発展、及びそれに規定されるところの国家体制と政治体の矛盾の発展に規定されつつ展開することを前提とすれば、刑事手続の法現象の歴史的発展を直接的かつ第一次的に規定するのは、この後者の意味での治安政策的刑事手続政策であるとされる。

この分析視角に沿っていえば、わが国における刑事訴訟法と国家権力の歴史的な性格を分析する際に一つの媒介項となりうるのは、捜査機関が作成する聴取書への証拠能力の付与とそれと表裏一体ともいえる人権蹂躪問題であろう。⁽³⁾ というのも、戦前における国家権力側の「刑事手続政

(3) 小田中・前掲『歴史的分析』3頁以下によれば、わが国の明治以来の治安政策的刑事手続政策の内実は、①捜査検察機関の強制捜査権の拡大強化、②検察機関の訴追裁量権限の拡大、③予審の秘密的、糺問的性格の固守、④聴取書などの捜査検察機関の作成する調書への証拠能力の付与、に具体化されていると分析される。もっとも、小田中のこれらの分析によれば、わが国の伝統的な刑事司法の担い手として検察官が措定されているように見受けられるが、そのこと自体は毛頭誤りではないにしても、小田中のいう国家権力側の「刑事手続政策」があくまでも裁判官と検察官の「共同作業」抜きには貫徹されえないことを念頭に置くと、わが国の治安政策的刑事手続政策を考える際には検察機関の役割のみではなく、裁判官の役割（より正確に言えば両者の「役割分担」）にも光を当てる必要があるように思われる。この点はわが国における「直接主義」の意義に関わる。なお、この点に関して、「国家権力が何故裁判官のほかに検察官僚を必要とするのか、わが国においては何故裁判官を治安政策的刑事手続政策の担い手として位置づけずに、検察官僚をしてその積極的な担い手たらしめるのかは、一見自明の如く見えて、困難な作業を必要とする課題であるように思われる。わが国において治安政策的刑事手続政策がもはや一般的な刑事手続政策に包摂されきれずに、その固有の意味での重要性を帯びる時期と、

策」と、これに対抗して展開される「刑事手続における人権保護要求運動」の対立としてもっとも華々しかったのが、この聴取書問題に起因する人権蹂躪問題であったからである。したがって、聴取書問題ないし人権蹂躪問題を解明していくことは、わが国における国家権力の歴史的性格とそのもとでの刑事訴訟法との関係を分析する上で不可欠の前提作業となろう。

また、明治以来、わが国の刑事司法が追究したのは直接主義の実現であったが、その採否をめぐって実際上問題となったのが、捜査機関の聴取書であったとの指摘も存する。⁽⁴⁾ 直接主義が高唱される昨今、聴取書問題を切り口にわが国の刑事司法、引いては刑事証拠法の沿革を見て行くのも意味のあることであろう。現に直接主義の実現について次のような指摘がなされているところである。

「直接主義は、伝聞証言の排除については有力ではない。他人の供述を内容とする供述であっても、裁判所がその証人を直接に取り調べていることに変わりはないと考えられやすいからである。しかし、供述録取書については、直接主義はすぐれた規制原理となり得る。書証が多用されている日本の現状を改善して、いわゆる公判中心主義の実現をはかろうとするなら、直接主義への回帰を目指さなければなるまい。その意味で、戦前における学説および立法作業の推移は、⁽⁵⁾ なお示唆に富むのである。」

そこで以下では、戦前における聴取書問題及びそれと表裏一体の人権蹂躪問題、そして戦前の学説の状況を確認することから刑事証拠法研究を始めることにしよう。

検察官僚の抬頭およびその全刑事手続掌握への胎動の時期とがほぼ一致していることは、重要な示唆を与えていると考えられる。」と説かれる（小田中・前掲『歴史的分析』4頁註4）。

(4) 松尾浩也「演習・直接主義とは何か」法教169号（1994）114頁。なお、戦前の直接主義研究として、富田山壽「直接審理論」京都法学会雑誌5巻6号、同8号（1910）も参照。

(5) 同上。

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

周知のように、わが国は近代法典成立以前には、法定証拠主義を採っていた⁽⁶⁾。しかし、ボワソナードの献身的な努力もあって、明治9年には法定証拠主義が退けられ⁽⁷⁾、明治12年にはようやく拷問の廃止が宣言されるにいたった⁽⁸⁾。明治9年の「断罪証拠」（司法省達64号）には、以下のような8種の証拠法方が列挙されていた。

- 「 第一 被告人眞實ノ白状
- 第二 被告人又ハ其他ノ文通又ハ手筆ノ文書
- 第三 相當官吏ノ檢視明細書
- 第四 證左及參考ノ陳述
- 第五 裁判所ヨリ任シタル鑑定人ノ報告
- 第六 證據物品
- 第七 徵驗（佛語アンデス）
事實ノ推測（佛語プレソンプシオン，ド，プェー）
顯迹（佛語エヴィダンス）
- 第八 法ノ推測（佛語プレソンプシオン，レガル） 」

そして、このような列挙の次に「前件ノ證據ニ依リ罪ヲ斷スルハ専ラ裁判官ノ信認スル所ニアリ」という後文が置かれ、いわゆる自由心証主義が明言されたのであった。刑事手続近代化の画期となった治罪法も、

(6) 「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」（改定律例318条・明治6年太政官布告206号）。

(7) 「凡罪ヲ断スルハ証ニ依ル」（明治9年太政官布告86号）。もっとも、「最大の土族叛乱西南戦争を前に、風雨まさに強まらんとする」当世の治安状況から元老院は拷問即時廃止に強い危惧があったとされる（横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」法政研究51巻3=4号（1985）237頁以下）。

(8) 明治12年太政官布告42号。

次のような規定を置いていた。

○治罪法（明治13年太政官布告37号）

「第146条 法律ニ於テハ被告事件ノ模様ニ因リ有罪ナルノ推測ヲ定ムルヲナシ

被告人ノ白状官吏ノ検証調書証拠物件ノ陳述鑑定人ノ申立
其他諸般ノ徴憑ハ裁判官ノ判定ニ任ス」

「第283条 公判ニ於テ用フ可キ証拠ハ予審ニ於テ用フ可キ証拠ニ同シ

第284条 裁判長ハ検察官其他訴訟関係人ノ請求ニ因リ又ハ職権ヲ以テ予審中官吏ノ作りタル調書及ヒ検証書類ヲ朗読セシムルヲ得

是等ノ書類ハ原被証人ノ陳述ト同一ノ効ヲ有ス

第285条 調書ヲ作りタル司法警察官ハ検察官其他訴訟関係人ヨリ証人トシテ之ヲ呼出シ又ハ裁判所ノ職権ヲ以テ之ヲ呼出スヲ得

予審判事ハ裁判所ノ職権ニ因リ又ハ検察官其他訴訟関係人ヨリ其裁判所ノ允許ヲ得テ調書説明ノ為メ之ヲ呼出スヲ得

第286条 予審ニ於テ訊問シタル証人ハ更ニ之ヲ呼出スヲ得

予審ニ於テ録取シタル証人ノ陳述書ハ更ニ其証人ヲ呼出サ、ル時証人呼出ヲ受ケ出廷セサル時又ハ予審及ヒ公判ニ於テノ陳述ヲ比較ス可キ時ハ検察官其他訴訟関係人ノ請求ニ因リ又ハ裁判長ノ職権ヲ以テ之ヲ朗読セシムルヲ得」

「第329条 被告人ノ白状アリタル時ハ他ノ証憑ヲ差出スニ及ハス但裁判所ニ於テハ検察官民事原告人ノ請求ニ因リ又ハ職権ヲ以テ之ヲ差出サシムルヲ得

若シ白状ナキ時ハ原被ノ証人ヲ訊問シ其他証憑アル時ハ之ヲ差出ス可シ」（違警罪公判）

- 「第357条 裁判所ニ於テ事實発見ノ為メ必要ナリトスル時ハ檢察官其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ新ナル証人ヲ呼出シ鑑定人ヲ命シ若クハ臨檢ヲ為スコトヲ得但是等ノ処分ヲ為スニ付テハ第三編第三章ニ定メタル規則ニ從フ
又予審ヲ經サル事件ニ付テハ予審判事ヲシテ其指示スル所ノ条件ニ付キ取調ヲ為シ且其報告書ヲ差出サシムルコトヲ得」
(輕罪公判)
- 「第391条 裁判長ハ書記…ノ朗讀ヲ終リタル後被告人ヲ訊問ス可シ被告人予審中ニ白狀シタル事件ヲ確認セス又ハ之ヲ取消サントスル時ハ其事由ヲ弁明セシム可シ被告人ノ白狀アリト雖モ仍ホ其取調ヲナサル可カラス」(重罪公判)

もっとも、治罪法はボワソナード草案から離反し、重罪裁判所の陪審制はあとかたもなく削除された。事情は明治刑事訴訟法でも同様であった。同法はフランス法を母法としつつも、陪審に関する規定を削除したからである。明治刑訴法における証拠に関する規定は以下の通りである。

○明治刑事訴訟法（明治23年法律96号）

- 「第90条 被告人ノ自白、官吏ノ檢証調書、証拠物件、証人及ヒ鑑定人ノ供述其他諸般ノ徴憑ハ判事ノ判断ニ任ス」
- 「第188条 調書ヲ作りタル司法警察官ハ檢事其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ又ハ裁判所ノ職權ヲ以テ証人トシテ之ヲ呼出スコトヲ得
- 第189条 豫審ニ於テ訊問シタル証人又ハ鑑定ヲ為シタル鑑定人ハ更ニ之ヲ呼出スコトヲ得
豫審ニ於ケル証人ノ供述書又ハ鑑定書ハ更ニ其証人鑑定人ヲ呼出ササルトキ、証人鑑定人呼出ヲ受ケ出頭セサルトキ又ハ豫審及ヒ公判ニ於ケル供述鑑定ヲ比較ス可キトキハ檢

事其他訴訟関係人ノ請求ニ因リ又ハ裁判長ノ職権ヲ以テ之ヲ朗読セシムルコトヲ得」

- 「第219条 判事ハ被告事件ニ付被告人ヲ訊問ス可シ
必要ナル調書其他証憑書類ハ書記ヲシテ朗読セシメ又証人ノ供述ヲ聴キ其他証憑ノ取調ヲ為ス可シ
若シ被告人ノ自白アリタル場合ニ於テ検事、民事原告人ノ異議ナキトキハ他ノ証憑ヲ取調フルニ及ハス」⁽⁹⁾
- 「第239条 裁判所ニ於テハ被告人其罪ヲ自白シタルトキト雖モ仍ホ証憑ヲ取調ヘサル可カラス」(地方裁判所公判)

言うまでもなく、上記のような簡素な規定では証拠に関する具体的な基準な導出できない。したがって、当時の証拠ルールは判例によって形成されることになった。以下、やや詳しく見ていくことにしよう。

まず、判例は「司法警察官ハ検事ノ指揮ヲ受ケ犯罪ヲ捜査スルニ止マリ被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルノ権ナキ」ものであるから「捜査ノ為メナリトスルモ被告人ヲ訊問シ其調書ヲ作りタルハ越権ノ処分ニシテ其調書ハ無効ニ属スルモノナリ」として司法警察官作成にかかる「被告人訊問調書」の証拠能力を否定した。⁽¹⁰⁾

また、強制処分ノ権限は予審判事のみにあるとの確立した理解に基き「非現行犯ノ場合ニ於テ司法警察官ヨリ重軽罪ノ告訴状ノ送致ヲ受ケタル検事ハ犯罪ヲ捜査シ刑事訴訟法第六十二条ニ従ヒ豫審ヲ求メ又ハ直チニ起訴ヲ為スヘキモノニシテ、被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルハ一ニ判事ノ職権ニ属シ、犯罪捜査ノ目的ニ出ルモ検事ニ於テ之ヲ為スコトヲ得サルモノトス」として、検事作成にかかる「被告人訊問調書」の証拠能力も否定された。⁽¹¹⁾

(9) この規定は直接的には区裁判所公判についての規定であるが、同法236条により、地方裁判所の公判にも準用するとされた。

(10) 大判明治25年6月30日新聞1875号4頁。

さらに、この判例を受け、名目を「聴取書」とした問答形式の調書が作成されるが、判例は「名ハ聞取書ナルモ其實訊問調査ニ外ナラス」とし「本件ハ非現行犯事件ニ付検事ニ於テ訊問調書ヲ作ルノ権限ナキモノナレハ該調書ハ法律上有効ノ證トナスヲ得サル」として、その証拠能力を否定した。⁽¹²⁾

このような一連の判例を受けて、大審院連合部は、「司法警察官カ關係人ヲ訊問シ強テ供述ヲ爲サシメタルトキハ其供述ハ不法ノ手續ニ依テ成立シタルモノナレハ…斷罪ノ證憑トシテ依據シ得ヘカラサル」が、任意の供述を録取した聴取書は「司法警察官カ其犯罪捜査ノ職務執行上ニ於テ適法ニ作成シタル書類タルヲ失ハサルヲ以テ…証憑タルノ効力ヲ有スル」としたわけである。⁽¹³⁾ ここにおいて強制処分である「訊問」を経た「訊問調書」（予審判事作成・問答形式）と、任意処分による「聴取書」（検察官及び司法警察官作成・独白体）という二種類の調書が存在することになった。

聴取書はこのように任意処分による法令に基かない調書であったが、法令に基かないが故に、判例によって柔軟な運用・解釈が許容されることになった。

たとえば、予審には立会人が必要とされていたが（92条参照）、判例によれば「聴取書ナルモノハ法律ノ規定ニ從ヒ調製シタル調書ト同視スヘキモノニアラス故ニ聴取書ニ於テハ二名ノ立會人アルヲ要セス」⁽¹⁴⁾とされ、それゆえ、公訴提起後に作成された司法警察官の聴取書も「司法警察官ハ毎ニ捜査權ヲ有スルモノナレハ假令公訴提起已後ト雖モ必要ナル場合ニ於テハ捜査ヲ爲スヘキハ勿論ナルヲ以テ同官カ捜査上作成シタル聴取書ハ無効ノ文書ニアラス」⁽¹⁵⁾として許容された。

(11) 大判明治26年4月10日刑録1輯19頁。

(12) 大判明治28年10月25日刑録1輯3巻169頁。

(13) 大連判明治36年10月22日刑録9輯26巻1721頁。

(14) 大判明治29年1月14日刑録2輯1巻11頁。

さらに、接見禁止中に作成された検事の聴取書も「刑事訴訟法第八十五條第三項ニ被告人ト他人トノ接見ヲ禁止シタルハ要スルニ證據ノ湮滅若クハ證據ノ捏造ヲ防クニ在ルヲ以テ其所謂他人ナル文詞中ニハ検事ヲ包含セサルモノト解スルヲ正當トス故ニ豫審判事カ被告ニ對シ他人トノ接見ヲ禁止シタル後検事カ被告ヲ尋問シ所論聴取書ヲ作成シタルハ違法ニ非ス⁽¹⁶⁾」として許容されることになった。

また、すでにみたように判例によれば、予審判事による問答形式の「訊問調書」と捜査機関による独白体の「聴取書」が認められていたが、のちには、捜査機関の聴取書であっても任意でありさえすれば、録取の方式は捜査官の裁量であるとされた。

すなわち「非現行犯事件ニ付キ司法警察官カ捜査權ヲ行使シ得ル範圍ヲ按スルニ之等検事ノ補佐機關ハ寸毫モ強制處分ヲ施用シ以テ證據蒐集ニ付キ豫審判事ニ專屬スル職權ヲ侵犯スルヲ得スト雖モ其以外ニ於テ則チ詳言スレハ其捜査處分ノ對手ノ任意ナル場合ニ於テハ些ノ制限ナク一切ノ處分ヲ爲スヲ妨ケス從テ被告其他ノ關係人ニ於テ應答ヲ拒絶シタル場合ニ應答ヲ強フルヲ得スト雖モ然カモ之等ノ者カ要求ヲ受クルニアラスシテ自ラ進ミ來リテ申述ヲ爲ス場合ニ之ヲ聴取り尚其申述ノ趣旨ヲ明瞭ナラシメンカ爲ニ質問ヲ爲シ得ルノミニハ止マラスシテ要求ニ因リテ出頭スル之等ノ者ニ就キ問ヲ發シテ關係事項ニ付キ答術ヲ徴スルトモ亦其申述ヲ以テ任意ニ出テタリト謂ウニ妨ナシ而シテ之等ノ場合ニ其捜査ノ顛末ヲ後日ニ保存センカ爲ニ其問答ヲ録取スルト問ヲ省略シ應答ノ趣旨ヲ要約シテ録取スルトハ一ニ捜査官吏ノ自由ニ屬ス從テ其聴取録取書ノ問答體ナル形式ノミヲ捉ヘテ輕率ニ強制訊問アリタルモノト斷言スルヲ得ス⁽¹⁷⁾」というのがそれである。

もっとも、判例における「任意」かどうかの判断は、次のようなもの

(15) 大判明治35年3月20日刑録8輯3卷46頁。

(16) 大判大正9年11月29日刑録26輯25卷841頁。

(17) 大判大正2年10月21日刑録19輯1000頁。

であったことに注意しなければならない。

たとえば、大判大正4年11月6日刑録21輯1897頁は、弁護側が拷問によって自白が強要されたと主張したのに対して、「按スルニ法律ノ規定ニ依ルニ非スハ強制的の審問ヲ受クルコトナキハ憲法ノ明ニ定ムル所ニシテ而テ又検事ハ現行犯ノ外強制的の被告又ハ證人ヲ訊問スルノ權限ヲ有セサルコトハ寔ニ所論ノ如シト雖モ苟モ強制力ヲ用ヒスシテ關係者ノ自由任意ナル供述ヲ聽キ之ニ基キ聽取書ヲ作成スルハ毫モ法律ノ禁スル所ニ非ス所論在監者タリトモ検事ノ呼出ニ應シ監獄ノ認許ヲ得テ検事局ニ出頭シ検事ノ訊問ニ應シテ任意ナル供述ヲ爲スハ固ヨリ妨ケサル所ニシテ在監者タルノ故ヲ以テ直チニ強制的の訊問ヲ受ケタルモノト速斷スヘカラサルヤ勿論ナリ而テ検事カ捜査ノ必要上作成シタル此等聽取書ニ關スル證據力ヲ否定シタル法令一モ之レナキヲ以テ裁判所ハ之ヲ採テ罪證ニ供スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス然ラハ即チ強制的の訊問ノ結果ニ出テタルモノト認ムヘキ形迹毫モ之レナキ所論ノ聽取書ヲ罪證ニ供シタル原裁判ハ相當ニシテ論旨理由ナシ」とした。

また、大判大正10年5月7日刑録27輯267頁は、弁護側が誘導や威迫により自白を強要されたと主張したのに対して「被告カ検事ニ對シ陳述ノ際検事ヨリ所論被告供述ノ如キ論告ヲ受ケタリトノ形跡ハ之ヲ記録ニ徵スヘキモノアラサルカ故ニ原審カ此ノ如キ事實ナキモノト認メテ所論豫審調査ヲ證據ニ引用シタルハ不法ニアラス論旨ハ原審ノ職權ニ屬スル證據調ノ程度及證據ノ判斷ヲ批難スルニ歸シ上告適法ノ理由ト爲ラス」と論斷した。

このような聽取書にかかる一連の判例の前提として、判例法においては以下のような考え方が存在したことも見逃してはならないところであろう。

一つ目は柔軟な自由心証主義の理解である。すなわち、判例によれば、「證據ノ取捨ハ事實裁判所タル原審ノ職權ニ屬スルカ故ニ被告等ノ供述カ分割ヲ許ササル場合ハ格別然ラサレハ其一部ヲ採リ他ノ一部ヲ捨ツル

コトハ一ニ原審ノ判断ニ待ツヘキモノニシテ當院ニ於テ其當否ヲ判定スヘキ限りニ在ラス⁽¹⁸⁾』として、証拠の採否は公判裁判官の自由裁量とされた。

このような考え方により、「假令傳聞ノ事ヲ述ヘタルモノトスルモ法律上別ニ制限ナキヲ以テ採テ證據ト爲スヲ妨ケサルモノトス⁽¹⁹⁾』として、伝聞証拠も当然許容されることになった。さらに、「共同被告人ノ供述ハ證人ノ供述ト異ナルモノアルモ必シモ盡ク虚偽ニ出ツルモノト斷スヘカラサルハ勿論ニシテ事實上一種ノ信憑力ヲ具有スル能ハサルモノニ非

(18) 大判大正2年12月20日刑録19輯30卷1490頁。なお、当時においては自由心証に基いて間接証拠による事実認定も当然のように許容されていたことも指摘しておこう。すなわち、「事實裁判所ハ係争ノ事實ヲ確定スルニ當リ事實確定ノ資料タルヘキ證人鑑定人ノ供述書類若クハ物件等ヲ憑據トシテ直接ニ係争事實ヲ認定シ又ハ是等ノ證據ニ依リテ或事實ヲ確定シ此事實ヨリ推理シテ間接ニ係争事實ヲ認定スルコトヲ得ルハ證據法ノ原則ニシテ事實ノ認定ニ關スル前記二個ノ方法ハ民事ニ於ケルト刑事ニ於ケルトニ論ナク竝ヒ行ハル、モノナレハ刑事裁判所ハ常に必スシモ直接證據ノミニ依リテ犯罪事實ヲ認定スルヲ要セス間接證據ト雖モ犯罪事實ノ確定ニ適切ナルモノハ總テ之レヲ其心證判断ノ資料ニ供シ間接ニ犯罪事實ヲ推定スルコトヲ得ヘシ唯タ裁判所ハ此推定ヲ爲スニ當リ推理ノ法則ニ違背セサルコトヲ要スルノミ蓋シ刑事々件ニ在テハ事實裁判所ハ單ニ比較的眞實ヲ得ルノミヲ以テ満足スルコトヲ得ス常ニ必ラス絶對的眞實ノ發見ニ歸着スルコトヲ要スルヲ以テ刑事々件ニ關スル證據判断ノ忽カセニスヘカラサルハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ裁判所ノ常識經驗ヲ基礎トスル所ノ間接ノ推定モ亦タ絶對的眞實ヲ發見スルノ一方法タルハ疑ナク裁判所カ其證據判断ニ關シテ推理ノ法則ヲ誤ラサルニ於テハ直接證據ニ依リテ事實ヲ認定スル場合ト等シク確實ナル結果ニ歸着スヘキヤ明カナリ故ニ刑事々件ニ在テハ裁判所カ犯罪事實ヲ認定スルニハ常に必ラス直接證據ヲ要シ事實ノ推定ヲ許サスト論スルハ其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス」(大判明治35年5月5日刑録8輯5卷2頁)。

(19) 大判明治32年6月30日刑録5輯6卷90頁。その他、大判明治29年4月23日刑録2輯4卷62頁、大判明治39年2月8日刑録12輯161頁、大判大正3年7月7日刑録20輯25卷1463頁、大判大正3年9月29日刑録20輯27卷1692頁、大判大正4年1月21日刑録21輯1卷7頁なども参照。

ス故ニ採テ以テ眞實發見ノ資料トスルニ適スルモノ⁽²⁰⁾として、共同被告人の公判廷供述（及び聴取書）も許容された。

二つ目は、自白のみによる認定が当然のように許容されていたことである。

すなわち、明治刑訴法はその239条において「裁判所ニ於テハ被告人其罪ヲ自白シタルトキト雖モ仍ホ証憑ヲ取調ヘサルヘカラス」としていたが、判例によれば比較的早い段階で「同條ノ規定ハ其ノ明文ノ示ス如ク裁判所ノ審理手續ヲ規定シタルニ止マリ證據ノ取捨ニ關スル裁判所ノ職權ヲ制限シタルモノニアラス而シテ事實裁判所ハ證據ヲ取捨シテ事實ヲ認定スルノ全權ヲ有シ被告人ノ自白ノミヲ採テ犯罪事實ヲ認ムルハ固ヨリ其ノ職權内ノ行爲ニ屬スル⁽²¹⁾」ということが確認された。

また、上記と関連して、一旦なした自白を取り消した場合についても、「被告カー一旦公廷ニ於テ其ノ犯罪ヲ自白シタル後同一ノ審級又ハ上級審ニ於テ之ヲ取消シタル場合ト雖モ其ノ自白ハ斷罪ノ資料タルニ妨ナク被告ノ先ニ爲シタル自白ニ信ヲ置クヘキヤ又ハ之ヲ翻シタル被告ノ後ノ供述ヲ以テ眞實ナリト認ムヘキヤハ事實裁判所ノ自由ナル心證ニ依リテ定ルヘキモノトス⁽²²⁾」、あるいは「被告人カ第一審公判廷ニ於テ犯罪事實ヲ自白シ第二審公判廷ニ於テ嚮ノ自白ヲ取消シ自白カ警察官ノ強制訊問ヨリ發シタル虚偽ノモノナルコトヲ供述シタリトスルモ第一審公判廷ノ自白ハ依然トシテ自白タル性質ヲ有シ第二審ニ於テ被告人ノ爲シタル自白ノ取消ニ因リテ其ノ效力ヲ失フモノニ非ス而シテ第一審ノ自白ニ信ヲ措クヘキヤ又第二審ノ供述ヲ信用スヘキヤヲ決スルハ専ラ事實裁判所タル

(20) 大判大正13年2月9日刑集3巻95頁。なお、本事例における弁護人の上告趣意（第5点）によれば「斯ル措置ハ從來殆ント裁判ノ慣例トナリ怪シムコトナキ迄ニ慣行セラルル處ナリ」とされる。

(21) 大判明治35年3月17日刑録8輯3巻28頁。大判大正3年12月21日刑録20輯2492頁も同趣旨。なお、この考え方は大正刑訴法のもとでも継承されている。

(22) 大判大正11年2月21日刑集1巻57頁。

原審ノ職權ニ屬スルモノニシテ此ノ第二審ノ供述ヲ信用セスシテ第一審ノ自白ヲ信スル場合ニ於テ必シモ其ノ理由ヲ判文ニ説スルヲ要セス單ニ其ノ採用シタルモノヲ自ラ舉示シテ證據理由ヲ示スヲ以テ足ルモノト⁽²³⁾ス」とされ、被告人の異なる内容の供述のいずれに信を置くか否かは裁判官の自由心証によるとされた。

ここで注意しなければならないのは、判例法においては、訊問調書であれ、聴取書であれ、いずれも証拠として採用された場合には実質証拠となるのが当然の前提とされていたということであり、その採否を決定するのは裁判官の自由心証であるということである。

このように、明治刑訴法下の証拠法実務は判例によって形成され、ここでは「訊問調書」と「聴取書」が区別されるとともに、後者は「任意」で採取された場合（「任意性」がある場合）には常に証拠能力があるとされたわけである。

(2) 人権蹂躪の問題化

わが国における人権蹂躪問題は、明治30年代後半ごろから徐々に顕在化しはじめた。⁽²⁴⁾とりわけ、現行刑法の施行に伴って生じた裁判官による量刑の峻厳化と刑の執行猶予の減少に伴って、明治42、43年に在野法曹が人権蹂躪問題について大きな反対の動きをみせたことが大きく与ることになった。

この時期の人権蹂躪問題は、主として、一般市民が一般刑事事件において警察によって人権を蹂躪されたことが問題とされた。⁽²⁵⁾

(23) 大判大正11年9月15日刑集1巻447頁。なお、この考え方は大正刑訴法のもとでも継承されている。

(24) 先行研究によれば、「刑事手続における人権蹂躪の問題性は、『誰の』人権が『いかなる事件』について『誰によって』『いかに』侵害されたことが問題とされたか、を分析することによって解明されるといえよう」と説かれる。(小田中・前掲『歴史的分析』26頁)。

(25) 小田中・前掲『歴史的分析』26頁。

刑事証拠法の比較歴史法研究（1）

たとえば、明治42年12月11日の日本弁護士協会臨時大会による「第一号決議」は「近時司法部ノ措置ハ苛酷峻烈ニ流レ刑政ノ本義ヲ誤レルモノト認ム本会ハ茲ニ時弊ノ最モ甚シキモノヲ列挙シ当局者ヲシテ翻然反省セシムルコトヲ期ス」と宣言し、その四として「警察官ノ作製ニ係ル聴取書及素行調査書ヲ過信シ事案ノ真相ヲ誤断スルノ弊アリ」とした。また、同「第二号決議」も「今日ノ司法官ニ託スルニ広汎ノ権限ヲ以テスルハ自由及財産ノ安固ヲ全フスル所以ニアラス因テ本会ハ左ノ如ク法令ノ制定及改正ヲ行ハンコトヲ期ス」と宣言し、その第四として「刑事訴訟法中ニ司法警察官ノ聴取書作製ヲ禁止スル規定ヲ設クル事」として警察段階の聴取書の禁止を謳っている⁽²⁶⁾。

また、同時期に作成されたいわゆる明治三十四年案（法典調査会案）も以下のような規定を置き、直接主義を明定した。

○明治三十四年案（法典調査会案）

「第36条 裁判ノ資料タル可キ証拠ハ裁判所又ハ判事ノ直接ニ取調ヲ為シタルモノニ限ル」

「第264条 証拠ト為ス書類ハ裁判長之ヲ朗読シ又ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ朗読セシム可シ但当事者異議ナキトキハ其書類ノ要旨ヲ告知シテ朗読ニ代フルコトヲ得

．．．

第266条 公判前裁判所又ハ判事其他法律ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル者又ハ条約ニヨリ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国ノ官庁若クハ官吏又ハ検事、司法警察官被告人、共同被告人又ハ証人ニ対シテ為シタル訊問ニ付テノ調書ハ左ニ記載シタル場合ニ限り之ヲ朗読スルコトヲ得

- 一 証人又ハ共同被告人死亡、疾病又ハ所在ノ遠隔若クハ不分明其他重大ナル事由ニ因リ呼出シ難キトキ

(26) 日本弁護士協会録事137号（1909）55頁以下。

- 二 被告人又ハ証人公判ニ於テ公判前ノ訊問ニ対シテ為シタル陳述ノ重要ナル部分ヲ変更シタルトキ
- 三 被告人又ハ証人公判ニ於テ陳述ヲ拒ミタルトキ
- 四 証人ニ対スル公判前ノ訊問調書ヲ朗読スルコトニ付キ当事者異議ナキトキ」

しかし、その後も人権蹂躪問題は再び問題化してくることになる。大正2年ごろを契機として、宇都宮事件（大正2年）、水戸事件（大正2年）、名古屋事件（大正3年）、鈴ヶ森事件（大正5年）、京都豚箱事件（大正8年）などが次々と顕在化したからである。⁽²⁷⁾

この大正前半期における人権蹂躪問題においては、贈収賄事件における政府高官、政治家などに対する検察官の人権蹂躪が問題となったことに即応して、検察官の聴取書を含めた捜査機関の聴取書を一般的に禁止することが焦点となり、帝国議会を中心として大きな動きが見られることになった。

たとえば、第31回帝国議会予算委員会第一分科会は大正3年2月9日、現状に鑑み、以下のような「決議」をした。⁽²⁸⁾

「検事が其職を執行するに当り往々苛酷に流れ法規に違反し人権を蹂躪するの事例少なからず今に於て之を矯正せずんば司法権の威信を維持する能わざるのみならず国家組織の基礎に危害を及ぼすの虞あるものと認む司法大臣は厳に部下を監督して司法行政の刷新を図り将来人権尊重の実を挙げんことを望む」。

また、帝国議会に提出された「犯罪捜査ニ関スル法律案」⁽²⁹⁾（大正3年1月第31議会）は以下のような規定を置き、聴取書の排除とそれに起因する人権蹂躪を防止しようとした。

(27) 小田中・前掲『歴史的分析』328頁以下参照。

(28) 法律新聞920号（1914）19頁。

(29) 法律新聞918号（1914）14頁。

刑事証拠法の比較歴史法研究（1）

「第1条 検事、警察官、憲兵、税務官其ノ他犯罪捜査ノ職権ヲ有スル公務員事件ニ付被嫌疑人又ハ関係人ノ取調ヲ為ストキハ市町村ノ公民権ヲ有スル隣佑一名以上ノ立会アルコトヲ要ス但シ取調ヲ受クル者ノ請求ニ依リ弁護士ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得

前項ノ規定ニ依ルコト能ワサルトキハ市町村公民一名以上ノ立会アルコトヲ要ス」

「第3条 検事ハ起訴後ニ於テ事件ニ付被告人又は関係人ノ取調ヲ為スコトヲ得ス」

「第5条 捜査上作成シタル文書ハ裁判上ノ証拠ト為スコトヲ得ス」

さらに、「人権保護ニ関スル法律案」（大正5年第37議会、以降同7年、同8年、同9年にも提出）も以下のようなほぼ同様の規定を置き、聴取書の排除に努めようとした。

「第1条 検事、警察官、憲兵、税務官、林務官其ノ他犯罪捜査ノ職権ヲ有スル公務員事件ニ付嫌疑人ノ取調ヲ為ストキハ市町村ノ公民権ヲ有スル隣佑ノ立会アルコトヲ要ス但シ取調ヲ受クル者ノ請求ニ依リ弁護士ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得

前項ノ規定ニ依ルコト能ワサルトキハ其ノ市町村吏員ノ立会アルコトヲ要ス」

「第4条 捜査上作成シタル文書ハ断罪ノ証拠ト為スコトヲ得ス」

しかし、このような立法提案にもかかわらず、法案は可決に至ることはなかった。もっとも、人権蹂躪問題が頂点に達した前述の京都豚箱事件（大正8年）の影響を受けて作成された、いわゆる大正十年案は以下⁽³⁰⁾のような規定を置き、聴取書の排除を明定した。

(30) 大正十年準備草案を経て、大正十年案に結実するまでの経過については、小田中・前掲『歴史的分析』390頁以下参照。

○大正十年案

「第345条

- 1 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ヨリ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠トスコトヲ得
 - 一 供述者死亡シタルトキ
 - 二 疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ召喚シ難キトキ
 - 三 訴訟関係人ノ異議ナキトキ
- 2 区裁判所ノ事件ニツイテハ前項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス⁽³¹⁾」

「第348条 区裁判所ニ於テ被告人自白シタルトキハ訴訟関係人異議ナキトキニ限り他ノ証拠ヲ取調ヘサルコトヲ得」

ここでは、明治三十四年案を最後にして、大正五年案以降の草案では消失していた直接主義（聴取書排除）の規定を見てとることができる⁽³²⁾。この点、大正五年案が「人権保護法の体裁」をとるに至ったことについて次のような分析がなされている。

「大正三年以降、ほとんど連年にわたって『犯罪捜査法案』や『人権保護ニ関スル法律案』が帝国議会に提出され、衆議院では度々可決された。しかも京都豚箱事件に集約される人権蹂躪問題は何らかの立法的解決を迫っており、もはやこれを無視しえない段階に至っていた。このような中で捜査検察機関の強制権限の拡大強化をそのまま実現することは不可能に近かった。しかし、一方で陪審法との関係で刑事訴訟法改正を急がねばならなかった。それだけでなく…新たな人権蹂躪問題の登場は

(31) この点、大正刑事訴訟法成案とは「疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ召喚シ難キトキ」（大正十年案第345条2号）が異なるのみである（成案では「訊問スルコト能ワサルトキ」）。

(32) 明治三十四年案については、小田中・前掲『歴史的分析』173頁以下。

捜査検察機関の強制権限の拡大強化の実現を支配権力に迫った。（原文改行）このような情勢の中で、刑事訴訟法改正調査委員会は、在野法曹を中心として長年要求されてきた聴取書排除の要求を受け入れざるを得なかった。また、被疑者訊問への検事局書記ないし司法警察官吏の立会を必要的なものとしざるをえなかったし、黙秘権規定が被疑者にも及ぶことを明確にせざるをえなかった。しかし、捜査検察機関による取調に『隣佑又ハ弁護士』の立会を必須とせよとの要求は拒否した。また予審弾劾化の構想も一切顧慮しようとしなかった。大量の訓示規定は、その代償として投入されたものに外ならないと考えられるのである。⁽³³⁾

このような分析が示すように、大正十年案は「妥協の産物」であった。しかし、そうであっても明治以来の聴取書の慣例に制限を加え、その証拠能力を厳格に規定したことは事実上大きなものがあったように思われる。

たとえば、大正刑訴法の判例の中に、「本件放火及誣告事件ハ予審ヲ經由シタル地方裁判所ノ管轄ニ属スル事件ナルニ原判決ハ被告ニ判示放火ノ行為アルコトヲ認定スルニ当リ被告ニ対スル検事ノ聴取書ヲ証拠ト為シタルモノニシテ右聴取書ヲ罪証ト為スニ付訴訟関係人ニ異議ナカリシコトハ記録上之ヲ看取スルニ由ナキヲ以テ刑事訴訟法第三百四十三条所定ノ採証ノ法則ニ違背シタル不法アルノミナラス右聴取書ハ原判決カ判示放火ノ事実ヲ認定スルニ付重要ノ証拠ヲ形成シタルモノニシテ若シ原審ニ於テ右聴取書ヲ採用セサリシナランニハ或ハ右放火ノ事実ヲ認定セサリシヤモ測リ難キヲ以テ右不法ハ原判決ノ犯罪事実ノ確定ニ影響ヲ及ホスヘキモノニシテ原判決ハ到底破棄ヲ免レス⁽³⁴⁾」として、原判決を破棄したものが存することもその証左といえよう。

(33) 小田中・前掲『歴史的分析』406頁。

(34) 大判大正14年1月29日刑集4巻21頁。なお、大判大正13年2月6日刑集3巻65頁、大判大正13年7月22日刑集3巻592頁も参照。

2. 是正の方向性

以上の概観のように、人権蹂躪問題に対する在野法曹の刑事手続の改革要求の基本的枠組みとしては①捜査手続において、検事・司法警察官の強制権限を現行犯に限り、その被疑者・関係人の取調に隣佑または弁護士の立会を認める、②予審を存置し、起訴後手続とし、弾劾化する、③直接主義の原則を採用し、聴取書と予審調書を排除する、というものであった。⁽³⁵⁾そして、すでにみたように、一部は大正刑訴法において実現し、一部は実現を見なかったのであった。

確かに、人権蹂躪問題が基本的には捜査段階の問題であるとすれば、聴取書と予審調書を排除し、捜査官の意図が公判に及ぶことを遮断すれば事足りよう。そもそも、人権蹂躪問題が顕在化するのには「捜査官の横暴」が世間の目に触れるからであり、上記で取り上げた人権蹂躪事例が基本的には無罪事例であったことも興味深いところである。

しかし、問題はそれだけではない。公判裁判官が、捜査官や予審判事の予断に満ちた記録をそのまま信用して有罪判決を下すことも（いうまでもなく）人権蹂躪であるからである。当時の鋭敏な在野法曹の見識を聴こう。

「我邦現在の刑事裁判制度に於ける最大欠陥は所謂司法官なるものが社会的知識に乏く容易に世間の風評密告等に動かされ事実の真相を看破する能はざるに在り。…殊に検事が…『人を見れば盗人と思へ』の感念強く風評密告の如き無責任の記述さへ轻信して人の犯罪を予断し、其予断を実現せんが為に強て之に適合する証憑を得んと欲す、然も其の証憑を得るの難きに会うや被告人を収監して自白を強要するが如き違法行為を敢てする者あるに至る。検事の斯る違法行為を制止するが為に、憲法上独立の位置を有する裁判官たる予審判事のみ被告人を訊問し之を収監する権利を有するを現行制度とするも、是れ單に形式に止まり、事実に

(35) 小田中・前掲『歴史的分析』452頁。

於ては検事の意思に左右せられるもの少なからざることは既に述べたるが如し。而して公判判事は此の検事、予審判事の作りたる記録に依り検事監視の下に判決をなす、検事の予断に符合する犯罪を認定せらるゝもの多きは敢て怪むに足らざるなり。⁽³⁶⁾」

このように在野法曹の人権蹂躪問題への対応は、単に捜査段階についての手当だけでなく、総合的な司法改善の要求として立ち現れることになる。そして「茲に於てか犯罪の嫌疑を受けたる我が同胞が斯る検事の圧迫に対抗し社会の実情に適する公平な判決を受けとるには、是非とも官界と関係なく又犯罪者と接触することを常識とせざる通常人の判断を求むるの途を開かざるべからず。所謂陪審制度の採用則ち是れなり⁽³⁷⁾」として陪審制度の導入が目指されることになるのである。⁽³⁸⁾これも人権蹂躪を是正する一つの方向性といえよう。そして、人権蹂躪問題が叫ばれるにつれて、陪審制度を求める声もますます高くなっていくことになった。この方策も重要な部分で改変が加えられるものの、陪審法として実現を見たことは言うまでもなからう。

このように、明治から大正期における在野法曹の人権蹂躪問題を是正する方策は、聴取書などを排除する直接主義採用の動きと、判断主体の是正という意味での陪審制度の導入という二つの大きな潮流が形成されていくことになる。⁽³⁹⁾次にその帰結を見て行くことにしよう。

(36) 原嘉通「司法機関改善の急務を論じて陪審制度に及ぶ」法学新報33巻7号（1923）87頁。

(37) 同上。

(38) その先駆けとして、日本弁護士協会による「陪審制度設立ニ関スル建議案」（明治43年）など参照。

(39) その他、法曹一元なども提起されたが大きな流れにはなりえなかった。大阪弁護士会「法曹一元運動の歴史と現代的意義」自由と正義27巻1号（1976）21頁以下など参照。

3. 大正刑事訴訟法の制定

(1) 大正刑事訴訟法下の実務

上にみた経緯を経て制定された大正刑訴法の証拠法規定は以下の通りである。本規定は人権蹂躪問題を踏まえて調書の証拠能力に著しい制限を加えている。

○大正刑事訴訟法（大正11年法律75号）

「第343条

- 1 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ヨリ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ証拠トスコトヲ得。
 - 一 供述者死亡シタルトキ
 - 二 疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコト能ワサルトキ
 - 三 訴訟関係人ノ異議ナキトキ
- 2 区裁判所ノ事件ニツイテハ前項ニ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス。」

しかし、判例法上の運用・解釈は従前と同様であったと言えよう。たとえば、大判昭和8年7月5日刑集12巻1080頁は、弁護側が司法警察官による拷問によって自白調書が獲得されたと主張したのに対し、「原判決擧示ノ證據ヲ綜合スレハ原判示犯罪事實ヲ證明スルニ足り記録ニ依ルモ其ノ誤認ナルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由アリト認め難ク又司法警察官カ所論ノ如キ不法ノ措置ヲ爲シタル事跡毫モ存セサルヲ以テ論旨ハ理由ナシ」と一刀両断した。

また、旧刑事補償法4条には「本人ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因ル行為ガ起訴、勾留、公判ニ付スル処分又ハ再審請求ノ原由トナリタルトキハ第一条第一項ノ補償ヲ為サス」という規定があったが、大判昭和7年

8月8日刑集11巻15号1191頁は、恐喝の事実に関して「虚偽の自白」をした事案につき、次のように判示した。

「被疑者カ検事ノ取調ニ対シ犯罪事実ヲ自白シタル場合縦シヤ後日無罪ノ確定判決ヲ受ケ其ノ自白カ真実ニ合致セサルニ至リタルトキト雖当該検事ノ取調ニシテ拷問又ハ誘導訊問等ノ不法非違ニ出テタルモノニ非サル限り被疑者ハ結局任意ニ虚偽ノ自白ヲ為シタルモノト認ムヘク苟モ斯クノ如ク被疑者ガ任意ニ虚偽ノ自白ヲ為シタル事実存在シ而モ其ノ自白ヲ為スニ於テハ勾留又ハ起訴等ノ処分ヲ惹起スヘキ当然ノ原因ヲ生スルニ至ルヘキコトヲ被疑者ニ於テ認識シ得ヘキ場合ニ在リテハ被疑者ノ重大ナル過失ニ因ル行為カ此等ノ処分ノ原因ト為リタルモノト解スルヲ相当ナリトス一面記録ヲ調査スルニ本件ノ被疑者タリシ抗告人ノ前叙恐喝事実ノ自白カ当該検事ノ不法訊問ニ基因スル事迹ノ徴スヘキモノナキノミナラス右ノ如キ自白アル以上勾留又ハ起訴等ヲ惹起スヘキ当然ノ原因ヲ生スルニ至ルヘキコトハ抗告人ノ当ニ認識シ得ヘキ所ナリト認メラルルカ故ニ本件ノ起訴勾留及公判ニ付スルノ処分ハ抗告人ノ重大ナル過失ニ因ル行為ニ基クモノト云ワサルヲ得ス。」⁽⁴⁰⁾

大正刑法下における「任意性」の判断を示すものとして特筆されよう。

自由心証主義に関していえば、「同一人ニ對シ法令ノ規定ニ依ラスシテ作成シタル供述録取書例へハ検事又ハ司法警察官作成ノ聴取書…ト法令ノ規定ニヨリ作成シタル書類例へハ豫審調査等ノ併存スル場合ニハ各記載事項ノ同一ナルト相違セルトヲ問ハス二者均シク法令ノ認容セル證據ナルヲ以テ其ノ孰レヲ採用スルヤ若ハ之ヲ併用スルヤハ判事ノ自由ナル裁量ニ依リ決定スヘキモノト解セサルヲ得ス」として訊問調書及び聴⁽⁴¹⁾

(40) その他、旧刑事補償法4条に関するものとして、大判昭和9年12月14日刑集13巻22号1729頁、大判昭和15年12月19日刑集19巻824頁も参照。

(41) 大判大正14年5月21日刑集4巻313頁。その理由としては「法令上同價值ナルヘキ證據ニ對シ不當ニ差等ヲ立ツルモノ換言スレハ證據ニ對スル

取書の取捨選択は当然、裁判官の「自由ナル裁量」とされた。したがって、伝聞供述⁽⁴²⁾、共同被告人の供述も当然許容された。⁽⁴³⁾

前述の自白のみによる有罪認定及び一旦なした自白の効果についての判例もそのまま継承された。⁽⁴⁴⁾

また、「検事聴取書ナルモノハ検事カ捜査處分トシテ事件關係人ノ任意ノ供述ヲ録取シタルモノニシテ刑事訴訟法第五十六條ノ訊問調書ニ該當セス從テ其ノ被疑者ナルト將タ其ノ他ノ者ナルトヲ問フス其ノ供述ヲ聴取スルニ付キ裁判所書記ノ立會ヲ要スルモノニ非サルヲ以テ聴取書ニ裁判所書記ノ署名捺印ナケレハトテ不法ナリト云フヲ得ス」⁽⁴⁵⁾として検事の聴取書には立会人は不要とされ、「被告事件カ公判ニ繫屬スルニ因リテ當然検事ノ捜査權ヲ制限スヘキ何等法律上ノ規定存スルコトナキヲ以テ検事ハ被告事件カ公判ニ繫屬シタル後ト雖尚捜査權ヲ行使スルニ妨ケアルコトナシ…畢竟検事ノ捜査權行使ノ結果其ノ任意ノ供述ヲ録取シタルニ外ナラスシテ該供述記載ハ證據力ヲ有スルコト疑フ容レス」⁽⁴⁶⁾として、

刑事訴訟法第三百四十三條第一項ノ制限ヲ不當ニ擴張スルモノニシテ法令ノ根據ナキハ勿論法理ニモ反スルモノト謂ハサルヘカラス」とされた。自由心証の問題として、大判昭和8年6月24日刑集12卷924頁によれば、「假令八歳ノ兒童ト雖必スシモ意思能力ナキモノト謂フコト能ワサルト同時ニ刑事訴訟法ハ自由心証主義ヲ採用セルコト同法第三百三十七條ノ法意ニ徴シ明ラカナルヲ以テ其ノ證言ヲ採用シタルハ畢竟之ヲ信用スルニ足ルト認メタルニ外ナラス」として幼児の証言も証拠能力があるとされたことも興味深い。

(42) 大正刑訴法期も明治刑訴法期の判例が継承された（小野『刑事訴訟法講義全訂第三版』（1933）290頁註2など参照）。最三判昭和24年12月3日刑集3卷12号1870頁も「証人が特定の人から或る事実を伝聞したという証言は旧刑訴法においてはそれ自体証拠能力がないものということとはできない」としている。

(43) 大判昭和4年4月30日刑集8卷207頁。

(44) 前者については大判大正13年1月25日刑集3卷20頁など参照。後者については大判大正14年4月10日刑集4卷251頁など参照。また、大判昭和5年7月19日刑集9卷582頁も参照。

(45) 大判昭和2年9月10日刑集6卷353頁。

公判係属後に作成された検事の聴取書も有効とされた。

さらに、公判請求後に作成された司法警察官の聴取書も「所論Mニ對スル司法警察官ノ聴取書ハ正式裁判請求後ニ於テ作成セラレタルモノナルコト所論ノ如シト雖是レ畢竟司法警察官ノ捜査權行使ノ結果其ノ任意ノ供述ヲ録取シタルニ外ナラサルヲ以テ該供述記載ハ證據力ヲ有シ之ヲ罪證ニ供スルコトヲ得ルハ勿論ナリ⁽⁴⁷⁾」として有効とされた。

加えて、強制処分請求後の検事の聴取書についても「検事ハ犯罪ノ捜査ヲ爲スニ付強制ノ処分ヲ必要ト認メ被疑者ノ訊問及勾留ヲ其ノ所屬區裁判所ノ判事ニ請求シタル後ト雖モ尚捜査權ヲ行使スルコト妨クルモノニ非ス然レハ右強制処分請求後検事ノ作成シタル聴取書ト雖モ之ヲ罪證ニ供スルコトヲ得ルハ勿論⁽⁴⁸⁾」であり、検事が囑託した鑑定書も「検事ハ刑事訴訟法第二百二十三條各號ノ場合又ハ現行犯人ヲ逮捕シ若ハ之ヲ受取りタル場合ニ於テ急速ヲ要スル場合ニ非サレハ鑑定ヲ命スルコトヲ得スト雖其ノ他ノ場合ニ於テモ犯罪捜査ノ爲其ノ必要アルトキハ検事ニ於テ鑑定ノ委嘱ヲ爲スコトハ法ノ禁セサル所ナルヲ以テ其ノ委嘱ヲ受ケタル者カ任意ニ作成シタル鑑定書カ無効ニ歸スヘキ謂ナキニヨリ裁判所カ其ノ鑑定書ヲ斷罪ノ資料ニ供スルモ違法ニ非ス⁽⁴⁹⁾」とされた。

判例によれば、上記に関して聴取書作成の司法警察官の証人としての証言も有効とされている。

「証人N某ノ供述ハ同人ガ警部トシテ職務上取扱ヒタル事項ニ付証人トシテ宣誓ノ上其ノ實驗セル事實ヲ證言セルモノニ外ナラス故ニ其ノ證言ハ證據ノ形式ニ於テモ將タ實質ニ於テモ適法ニシテ證明力ヲ有スルハ論ヲ俟タス同人カ嚮ニ警部トシテ被告人ノ陳述ヲ録取シタル聴取書カ書

(46) 大判昭和3年3月16日刑集7巻178頁。

(47) 大判昭和7年8月30日刑集11巻1271頁。大判昭和8年6月3日刑集12巻715頁も同趣旨。

(48) 大判昭和7年7月8日刑集11巻1073頁。

(49) 大判昭和7年8月8日刑集11巻1230頁も同趣旨。

類トシテ刑事訴訟法第三百四十三條第一項第三號ノ規定ニ依リ之ヲ證據ト爲スヲ得サルコトト其ノ證人トシテ被告人ヨリ陳述ヲ聽取リタルコトニ關スル事項ニ付爲シタル證言ガ證據トシテ有效ナルコトハ竝ヒ容レテ相妨クルコトナキモノトス。」⁽⁵⁰⁾

実際、当時の刑事裁判官も捜査官に対して次のように要望している。

「聽取書の作成方法の巧拙は、被告事件を判断する上に於て、最も重大の關係に立つこと多辯を俟たぬ。」「被告人等を取調べるに際し、自白すれば執行猶豫にしてやるとか、直ぐ釋放するとかの條件を申出た爲め、虚偽の自白をしたと言ふ辨解も近頃澤山見受けられる。假にさうした辨解をしてもこの自白が完全の性質を有し、犯罪の原因、犯行自體、犯行後の舉動等に至る迄、合理性を具備して居る自白調書があるならば、さうした辨解は一蹴し得るのであるけれ共、單に犯行自體のみ非論理的に表示せられて居る調書が當時存在するに止り、その後は事件を否認し、而も斯の如き内容粗雑なる自白調書にして、その自白の原因に前上説述のごとき條件が付加せられてあると云ふことになると、調書そのものを基本として事案の判断をすべき吾々は、消極の方面に心證が移り易いものである。故に被告人事件を自白したる場合に於ては、犯罪構成要件のみならず、犯罪の動機原因、犯行後の模様等十分に取調べたる上之を調書上に表示し、而も之を表示するに際しては、長い問を出して、『さうです』とか『その通り相違ありませぬ』と云ふ如き誘導的記載をさけ簡単な問にして詳細供述したる、當時の素朴的の状態をそのまま表示するの形式を取らなければならない。」「刑訴法三百四十三條に依れば、非現行犯の聽取書も一定の場合に於ては、地方裁判所一審事件の證據となり得るのであるから、司法警察官吏は、事件が現行犯たると非現行犯たると、調書の形式が訊問調書であらうと聽取書であらうと、十分留意して他は裁判所に於てその内容が證據として採用するに恥しからざる様、内

(50) 大判昭和2年4月23日刑集6巻162頁。

刑事証拠法の比較歴史法研究（1）

容ある實質的調書を作成して欲しい。始末書，告訴告發調書，自首調書の如きは，如何なる場合に於ても證據となり得るのであるが故に，殊にその内容に對しては注意を加へねばならぬ⁽⁵¹⁾。

また，注意しなければならないのは，大正刑訴法下の証拠法実務においては，弁護人の弁護活動の弱さに関連して，証拠採用の局面では，同法343条3号にいう「訴訟關係人ノ異議ナキトキ」という規定が活用されたということである。

ある在野法曹の表現を借りれば，日本においては「人權は有司から施こして呉れる慈悲私恵と心得る乞食根性」が基盤となっており，刑事裁判も「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畳々森々岌々乎たる其処に裁判官が嚴然と恩威並び示す⁽⁵²⁾」のものであるとも評される。

このように，人權蹂躪問題の改革要求の一つである直接主義の実現も，在野法曹自身の手で形骸化された一面もあることを見逃してはならないだろう。

（2）陪審法の制定

陪審法は異なる立場からの複雑な思惑が交錯して制定をみた。清水誠の分類に沿って，この頃の法律家を権力法曹，「国民」法曹，抵抗法曹に分類すると，上述のように「国民」法曹においては人權蹂躪問題の打開のため陪審法の制定に尽力したのに対し，権力法曹は「口頭審理主義」

(51) 坂本英雄「刑事裁判官より注文したき聴取書の作り方」警察思潮4巻6号（1931）5-7頁。

(52) 江木衷『冷灰全集第4巻』（1927）356頁。

ないし「当事者主義」実現による検事の職権拡大を意図して陪審法の制定を企図した。⁽⁵³⁾ また、抵抗法曹も、陪審法には欠陥があることを自覚しつつも、「デモクラシー」の貫徹のため、あるいは「裁判自由獲得の過程」として陪審制を支持した。⁽⁵⁴⁾ 加えて、政府側には裁判批判を裁判官から「国民」自身に向けるという意図もあったとされる。⁽⁵⁵⁾

このような様々な思惑をはらんで制定された陪審法の証拠法規定は以下の通りである。

○陪審法（大正12年法律50号）

「第71條 證據ハ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外裁判所ノ直接ニ取調ヘタルモノニ限ル

第72條 左ニ掲クル書類圖畫ハ之ヲ證據ト爲スコトヲ得

- 一 公判準備手續ニ於テ取調ヘタル證人ノ訊問調書
- 二 檢證、押収又ハ搜索ノ調書及之ヲ補充スル書類圖畫
- 三 公務員ノ職務ヲ以テ證明スルコトヲ得ヘキ事實ニ付公務員ノ作りタル書類
- 四 前號ノ事實ニ付外國ノ公務員ノ作りタル書類ニシテ其ノ眞正ナルコトノ證明アルモノ
- 五 鑑定書又ハ鑑定調書及之ヲ補充スル書類圖畫

第73條 裁判所、豫審判事、受命判事、受託判事其ノ他法令ニ依リ

(53) 平沼騏一郎「英国の刑事裁判制度」法曹記事18巻7号（1908）6頁以下など参照。なお、平沼の意図については、三谷太郎「日本における陪審制成立の政治史的意味（二）」国家法学会雑誌92巻5=6号（1979）114頁以下なども参照。

(54) 布施辰治「陪審制度違憲論者に與ふ（上）」法律新聞1635号（1919）5頁。また、同「陪審裁判は何故活発に実施されて居ないか」法律戦線昭和4年1月号（1919）4頁以下なども参照。

(55) 所一彦「刑事裁判における信頼性の問題（三）」立教法学7号（1965）61頁以下など参照。もっとも、江木衷のような在野法曹においても、このような発想をもっていたとされる。

刑事証拠法の比較歴史法研究（1）

特別ニ裁判權ヲ有スル官署，檢察官，司法警察官又ハ訴訟上ノ共助ヲ爲ス外國ノ官署ノ作りタル訊問調書及之ヲ補充スル書類圖畫ハ左ノ場合ニ限り之ヲ證據ト爲スコトヲ得

- 一 共同被告人若ハ證人死亡シタルトキ又ハ疾病其ノ他ノ事由ニ因リ之ヲ召喚シ難キトキ
- 二 被告人又ハ證人公判外ノ訊問ニ對シテ爲シタル供述ノ重要ナル部分ヲ公判ニ於テ變更シタルトキ
- 三 被告人又ハ證人公判廷ニ於テ供述ヲ爲ササルトキ

第74條 前二條ノ場合ノ外裁判外ニ於テ被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類又ハ裁判外ニ於テ作成シタル書類圖畫ハ供述者若ハ作成者死亡シタルトキ又ハ疾病其ノ他ノ事由ニ因リ召喚シ難キトキニ限り之ヲ證據ト爲スコトヲ得

第75條 證據ト爲スコトニ付訴訟關係人ノ異議ナキ書類圖畫ハ前三條ノ規定ニ拘ラス之ヲ證據ト爲スコトヲ得」

もっとも、制度は変わりこそすれ、実際上は弁護人の弁護活動自体は従前のままであったと言えよう。

たとえば、原審弁護人が司法警察官及び検事の聴取書に異議なき旨を述べ、それによって犯行を否認していた共同被告人の一人が他の共同被告人の自白調書によって有罪とされた事案につき、弁護人は「元來被告人ノ意思ニ反スル弁護人ノ行為ハ当然其ノ効力ナ」しとして上告を申し立てたが、大審院は「本件記録ヲ査スルニ被告人H及S各選任ニ係ル弁護人Mハ同被告人等ノ出頭セル原審第四回公判廷ニ於テ同被告人等ニ對スル司法警察官及検事ノ各聴取書ヲ証拠トナスコトニ付キ異議ナシト陳述シタルコト明ニシテ而モ同被告人等ニ於テ此ノ點ニ關シ反對ノ意思ヲ表示シタル事跡ノ見ルヘキモノナキヲ以テ同弁護人ノ叙上意見ノ陳述ハ同被告人等ニ對シテ其ノ効力アルモノトス果シテ然ラハ前示各聴取書ヲ証拠トスルニ付同被告人等ハ異議ナカリシモノニシテ從テ原審公判ニ於

テ裁判長カ之ヲ証拠トシテ説示シタルニ付所論ノ如キ違法ナキモノト云フヘク論旨ハ其ノ理由ナシ⁽⁵⁶⁾』とした。ここでも当時の弁護活動の弱さが看取できよう。

当時の裁判官の「一般民衆」に対する不信や懸念が、弁護人に影響を与えたとして、次のような評価も見られる。

「かかる不信・軽蔑や敵意の下では、被告が陪審を辞退しないのは、裁判官への不信であり挑戦であると受けとられるのではあるまいか。陪審の請求に至ってはなおさらである。もしも被告について、『然り』（犯罪構成事実が存在する）と答申されたとせよ。裁判官による刑の量定の峻厳さは、おして知るべしである。…被告たるもの、戦慄せざるを得ないのである。…したがって、在野法曹は、依頼者にこの危険な賭けをさせるわけには行かなくなる。彼は控訴できる通常の道を被告にすすめるであろう。ここでは、陪審を辞退し、裁判官に恭順の意を表することこそが、⁽⁵⁷⁾もっとも基礎的で有効な『法廷技術』であるということになる。」

また、陪審制度の停止に関連して、次のような評価も見られる。

「三審制の『私恵』と『慈悲』に甘え慣れた民衆にとって、陪審法は、あまりにも厳しかった。彼らは陪審を棄て、裁判官のみの裁判を選んだ。それは、陪審法に対して権力が抱いた二通りの期待の、言うなれば一方を満たしたものにほかならなかつたのである。陪審法の停止（昭和18年3月）は、一般にあたかも『失敗』の承認であつたの如くに考えられている。しかし、すでに昭和13年以降、陪審公判は年々全国で3、4回開かれるにすぎなかつたのである。陪審名簿の作成という厄介な仕事、あの『非常時』のさなかに、わずか3、4回の事件のために忍ばれ得た

(56) 大判昭和6年7月22日刑集10巻397頁（陪審事件）。なお、大判昭和4年4月11日刑集8巻154頁（陪審事件）によれば、陪審法75条にいう「訴訟關係人ノ異議ナキ」場合には、訴訟關係人が異議なきことを明示する場合のみならず、それを黙示する場合も含むとされる。

(57) 利谷信義「司法に対する国民の参加—戦前の法律家と陪審法—」岩波講座・現代法6巻『現代の法律家』（1966）388頁以下。

と考えるのは不自然である。むしろその間、陪審法は権力の自己保全策としての意味を持ち続けたのだと見る方が素直であろう。おそらく陪審は、辞退されることによって天皇裁判への恭順を象徴したのであった。陪審法が『廃止』ではなく『停止』されるに止まったことも、このような観点⁽⁵⁸⁾に立って始めて理解できるのである。」

ここにおいても、人権蹂躪打開の一方策とされていた陪審法は、弁護士らが「天皇裁判」への恭順を示すことで停止に追い込まれることになった。

さらに、陪審法の制定にあたっては、「国民」法曹とされていた原嘉通が司法大臣に就任し、在野法曹の一部が体制側に取り込まれたことも見逃せない⁽⁵⁹⁾。そして、陪審法と同時期に成立した治安維持法の運用が、原司法大臣のもとで新たな人権蹂躪問題を引き起こしていくのである。

（3）「司法制度改善」の動き

昭和期においても人権蹂躪問題は継続することになった。もっとも、この期の人権蹂躪問題とそれに対抗していく動きは複層的な構造を有していた。それは従前の人権蹂躪問題の性格を引き継ぎつつも、治安維持法に代表される思想事件に対して刑事弾圧が強さを増し、さらには戦時体制への改編という特殊な事情が加わるからである。したがって、国家権力側の「刑事手続政策」と、これに対抗して展開される「刑事手続における人権保護要求運動」の対立という単線的な分析では捉えられない奥行をもっているように思われる。それに加えて、在野法曹においても、弁護士会内部における派閥間抗争と分裂、弁護士試験改正にかかわる弁

(58) 所・前掲論文61頁以下。

(59) のちにみるように、当時の弁護士会は戦時の進展に即応して再編をくり返し、ついには大日本弁護士報国会（1944年）へと至り、戦時体制を賞揚するだけの機関と化すことになる。このような歴史的流れに鑑みれば、在野法曹である原の司法大臣就任はのちの展開をうらなう上での一つのエポックとというのであろう。

護士急増と、経済的不況による弁護士の経済的基盤の喪失などにより、自らの対抗力を減殺していった。⁽⁶⁰⁾以下、これらの点に留意してこの期の人権蹂躪問題を見ていくことにしよう。

昭和期の人権蹂躪問題は、三・一五事件に代表される治安維持法による刑事弾圧によって幕を開けることになった。⁽⁶¹⁾これらの刑事弾圧に対し、人権蹂躪であるとして非難し糾弾する声は当事者に近い社会運動側から起こり、⁽⁶²⁾労農党の山本宣治の追及を通じて帝国議会に反映された。

他方、従前のような人権蹂躪が継承されたことも見逃せない。たとえば、帝人事件（昭和9年）に代表される人権蹂躪問題がそれである。これらの人権蹂躪問題は、贈収賄事件における政府高官、政治家などに対する検察官の人権蹂躪という色彩を帯びつつも、より党派性が強く出ていたとされる。

これらの人権蹂躪問題に対しては、帝国議会において激しく追及がなされたが、⁽⁶³⁾画期となったのは、昭和9年（1934年）の岡田内閣における小原直司法大臣の就任であった。小原司法大臣は、人権蹂躪問題に関する輿論の高まりを受けて「司法制度改善」を提唱したからである。⁽⁶⁴⁾

司省は「司法制度調査会」の設置にむけて、諮問すべき事項を選定

(60) この点、大野正男『職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史』（2013・復刻版）87頁以下参照。同書87頁によれば「弁護士団体の司法官僚に対する痛烈な批判も、自らの団体運営に目を向けるとき、その鋭さを著しく減殺するのであった」と説かれる。また、経済的不況と反比例して弁護士が急増したことで、「弁護士の非行」も増加し社会的非難を浴びるような事件もおこってきたとされる（同書120頁以下）。

(61) 小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』（1986）17頁以下。以下、『史的構造』という。

(62) 小田中・前掲『史的構造』17頁。

(63) 小田中・前掲『史的構造』68頁以下。

(64) 松尾浩也「刑事訴訟法の制定過程（1）」法協91巻7号84頁によれば、小原による「司法制度」改善は、「戦後の改革に及ぼした影響という角度からは、まさに『刑事訴訟法改正前史』としての意義が顕著に看守される」と評価される。

し、各方面に送付し、意見を募った。「司法制度改善に関する諸問題」⁽⁶⁵⁾という諮問要綱がそれである。もっとも、28項目におよぶ諮問事項は民事の双方にわたり、いわば司法制度全般を諮るものであったといえる。たとえば、刑事裁判に関するものを摘録すると次の通りである。

- 「第一 区裁判所ヲ第一審トスル民事及刑事ノ事件ノ上告ハ之ヲ控訴院ノ管轄トスベキカ」
- 「第四 軽微ナル刑事事件ニ付夜間裁判ヲ為スノ途ヲ拓クノ要ナキカ
- 第五 巡回裁判ノ制度ヲ設クルノ要ナキカ」
- 「第七 民事及刑事ノ訴訟記録ヲ簡便ニスル方法如何」
- 「第十 現在各府県ニ分属スル司法警察ヲ全国的ニ統一スルノ要ナキカ
其ノ他現行司法警察制度ノ改善ニ付考慮スベキ点如何
- 第十一 検事局ノ書記及雇ヲシテ司法警察官吏ノ職務ヲ行ハシムルノ制度ヲ一層徹底セシムルノ要ナキカ
- 第十二 大審院ニ於ケル事実審理ヲ廃止スルノ要ナキカ
- 第十三 予審ノ現状ニ鑑ミ之ヲ適當ニ改正スルノ要ナキカ若シ其ノ要アルモノトセバ其ノ方法如何
- 第十四 刑事ノ公判手続ニ付裁判長ガ陪席判事ヲシテ被告人ノ訊問及証拠調ヲ為サシムルコトヲ得ルノ途ヲ拓クベキカ
- 第十五 軽微ナル刑事事件ニ付簡易手続（例ヘバ即決言渡）ノ制度ヲ設クルノ要ナキカ
- 第十六 違警罪即決例ニ依ル即決処分及略式命令ニ対シテハ正式裁判ノ申立ヲ許スモ控訴ヲ許サザルモノト為スノ要ナキカ
- 第十七 地方裁判所ノ刑事事件ニ付聴取書ニ証拠力ヲ認ムルノ要ナキカ」

(65) 「司法制度改善ニ関スル諸問題並ニ其具体的方策提案方ノ件」（昭和9年10月11日付）参照。正義昭和9年11月号（1934）3頁以下。

- 「第二十 刑事弁護ニ付代表弁論ノ制ヲ設ケ又ハ弁護人ノ数ヲ制限スルノ要ナキカ
- 第二十一 弁護士試補ノ制度ノ運用及其ノ数ノ統制其ノ他弁護士制度ニ関シ考慮スベキ点如何
- 第二十二 未決拘禁制度ニ関シ考慮スベキ点如何」
- 「第二十六 特別任用ノ判事補及検事補ヲ新設スルノ可否
- 第二十七 裁判所及検事局ノ書記ノ教養訓練ノ為講習制度ヲ設クルノ要ナキカ
- 第二十八 正義衡平ノ国家的表徴トシテ莊嚴ナル大審院ヲ建設スルノ要ナキカ」

小原の提唱した「司法制度改善」については、今日においてもみられる「訴訟推進」の要請が感得できるとしつつ、「しかし、こと刑事に関するかぎり、『諸問題』には、事務負担の増大を解決するための手続合理化という受動的な発想を大きく超えるものが含まれていた⁽⁶⁶⁾」との評価も見られる。

もっとも、この「司法制度改善」に対する在野法曹の熱意はなみなならぬものがあつた。周知のとおり、帝国憲法57条1項は「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」としていたが、判検事のなれあいという実際上の問題に加え、法律の上でも大審院の上には司法大臣が位置し、「司法権の独立」は未確立であつた。したがって、小原司法大臣のもとで進められた「司法制度改善」が一つの誘因となつて、弁護士会は制度改革、すなわち「司法権の独立（確立）」の中に人権蹂躪問題に対する諸方策を織り込んで主張していくことになつた。

たとえば、帝国弁護士会は「司法制度改善ニ関スル意見」（昭和9年11月15日）と題し、「司法行政化ノ傾向」「人権侮辱ノ情弊」に鑑み現下

(66) 松尾・前掲「制定過程(1)」86頁。

の司法制度の改善の要諦が、次の「二大要綱」にあるとした。⁽⁶⁷⁾

- 「一 司法権尊重ノ本義ヲ經トシテ制度ヲ改善シ以テ其威信ヲ發揮ス可シ
一 人權擁護ノ精神ヲ緯トシテ制ヲ改善シ以テ正義ヲ顕揚ス可シ」

そして、「司法制度改善」のための以下のような具体的方策を提言することになった。

- 「一 大審院長ヲ天皇ノ直隸トシ之ヲシテ裁判事務及裁判所ノ人事ヲ総括管掌セシム可シ。
二 裁判所ト検事局トヲ分設シ以テ裁判ノ尊嚴ヲ保持シ其公正ヲ期ス可シ。
三 司法大臣ハ檢察事務ニ関与セサル制度ニ改メ以テ檢察事務ノ厳正公平ヲ期ス可シ。
四 陪審ニ附ス可キ事件ノ範圍ヲ拡張シ以テ陪審制度ノ精神ヲ貫徹シ其効果ヲ完全ナラシムル為メ現行陪審法ニ適當ナル改正ヲ加フ可シ。
五 憲法第二十三条ニ於ケル人權保護ノ精神ヲ徹底セシムル制度ヲ確立シ以テ捜査上人權蹂躪ノ情弊ヲ一掃ス可シ。
六 予審制度ヲ改善シ以テ未決拘禁又ハ面会及通信ノ禁止等苟クモ人權蹂躪ノ不当処置ヲ矯正ス可シ。
…（以下略）…」

他方、東京弁護士会も「司法制度改善諮問ニ対スル答申」（昭和9年12月14日）において、今回の諮問内容は「裁判ヲ行政化スルノ嫌アルノミナラス…国家司法ノ本旨ニ悖リ司法官ノ地位ヲ低下セシムルノ結果トナリ寔ニ慨嘆ニ堪ヘサルモノアリ」と評価し、次のような主張を展開し

(67) 正義昭和9年12月号（1934）1頁以下。

(68)
た。

「抑々国民ノ生命財産ノ保護ハ実ニ司法権ノ公平ナル発動トソノ適正ナル運用ニ俟タサルヘカラス從テ司法制度ノ改善ハ幾度カ論議セラレタル処ニシテ其改善ノ要諦ハ司法権ノ確立ト其權威ヲ保持スヘク而モ人權擁護ヲ目的トスルニアルヘキハ勿論ナルモ要ハ裁判ノ公正ヲ期シ国民信頼ノ標的タラシムルニ在リ而シテ裁判ノ公正ハ国民權益ノ擁護伸長ノミナラス一般義務觀念ノ涵養ヲ図リ以テ真ニ訴訟当事者ヲシテ之ニ安シセシムルモノナラサル可カラス」

また、同「答申」では、「諮問事項以外ノ改善ニ関スル意見」として以下のような提言が付されていた。

「一 司法省ヲ廢シ其ノ事務ヲ大審院長及検事総長ニ分属セシムルコト」

「二 検事局ヲ裁判所ヨリ独立分離スルノ制度ヲ確立スルコト」

「一〇 区裁判所刑事事件ニ於テモ検事司法警察官ノ聴取書ヲ以テ証拠トナスコトヲ得セシメサルコト」

「一三 陪審法ヲ改正スヘシ」

以上のように、当時の弁護士会は、人權擁護（人權蹂躪の根絶）の実現を「司法権の独立（確立）」によって、いわば「法治主義」の確立によって果たそうと試みた⁽⁶⁹⁾。そこでは、人權蹂躪の主たる要因が、検察官僚の台頭を背景とした当時の「司法の行政化」⁽⁷⁰⁾に求められたようにみえる。もっとも、そこでの「法治主義」の根源は、上記の「大審院長ヲ天

(68) 東京弁護士会『東京弁護士会百年史』（1980）の「資料編」69頁以下。

(69) なお、両弁護士会は「提案第二十八 正義衡平ノ国家的表徴トシテ莊嚴ナル大審院ヲ建設スルノ要ナキカ」という諮問についていずれも肯定している。

(70) 「司法の行政化」については、小田中・前掲『史的構造』68頁以下、とりわけ同書75頁註(1)など参照。

皇ノ直隸トシ…」という文言に現れているように、必然的に天皇制に求められることになった。換言すれば、当時の弁護士層は、検察などによる「天皇制法治主義」に対する越権行為として、人権蹂躪問題を非難したのであった。このことは、すでにみた直接主義や陪審制の実現が、主として捜査官（行政）に対する批判として提起されたことを想起するとき、同様の志向を感得することができよう。

こうして、人権蹂躪問題は「刑事裁判の信頼性の問題」にかかわるものとして主張され、司法界からも、「司法の行政化」を批判する声が聞かれるようになった。⁽⁷¹⁾

小原司法大臣は、人権蹂躪批判の動きに対し、司法省内に検察事務調査会を設置し（昭和10年2月15日）、「司法制度の改善を俟たずに早急に実行し得る事項」について調査させた。同調査会は約半年後に「人権尊重ニ関スル事項」、「自白偏重ニ関スル事項」などについて答申した。

小原司法大臣は、以上のような準備作業を経た上で、ようやく昭和10年（1935年）7月に司法制度調査会を設置し、次の4項目にわたる事項を諮問した。

- 「第一 予審制度ニ関シ考慮スヘキ点如何
- 第二 未決拘禁制度ニ関シ考慮スヘキ点如何
- 第三 民事訴訟手続ノ運用ニ関シ考慮スヘキ点如何
- 第四 大審院ニ於ケル刑事事件ノ事実審理ニ付キ考慮スヘキ点如何」

この諮問事項を一瞥すれば分かるように、当初の「司法制度改善」の動きは、刑事事件に重きがおかれ、あたかも「予審制度改革」に様変わりした観があった。⁽⁷²⁾のちにみるように、このころ、小野清一郎も「予審

(71) 三宅正太郎「司法の行政化をなげく」法時8巻10号（1936）16頁以下など。

(72) 松尾・前掲「制定過程（1）」89頁も「以上の経過を通覧すれば、司法省側としては、改革の最大の力点を予審制度の修正においていたことが、

廃止」を先鋭的に説くようになった。

第一東京弁護士会と帝国弁護士会は、「司法制度改善」の実質が、検事及び司法警察官の強制権限拡大にあると判明したのち、以下のような「検察権強化提案ニ対スル反対決議」（昭和11年8月15日）を行い、司法警察官僚の企図に強く反駁した。

「本会ハ検事並ニ司法警察官ニ勾留権又ハ訊問権ヲ賦与シ聴取書ニ証拠力ヲ認メントスル提案ニ反対ス」

また、昭和11年（1936年）11月1日に開催された東京弁護士会及び日本弁護士協会主催の全国弁護士大会においても、法曹一元、司法第一主義などとならんで、人権蹂躪問題に関する決議がなされた。⁽⁷³⁾

「第四 人権蹂躪ヲ根絶スル為メ左記ノ各項ヲ実行スベシ

- 一 裁判所構成法ヲ改メ裁判所ト検事局ヲ分離シ庁舎ヲ分置スルコト
- 二 捜査ノ非違不当ヲ匡正防止スル為メ適切独立ナル監察機関ヲ設クルコト
- 三 拷問其他人権蹂躪事件ニ関シテハ特ニ直接監督者ノ責任ヲ厳ニシ多年ノ陋習ヲ一掃スルコト …（以下略）… 」

ほぼ明らかだといえよう」とする。小田中『史的構造』77頁も「予審問題と未決拘禁問題とを司法制度改革の主要眼目として設定したことは二重の意味で興味深いものがある」として、「第一に、予審問題を真先きに取り上げることによって検察権限拡大強化の狙いとその道筋とを明確にしようとしたことである。第二に、未決拘禁問題を取り上げることによって人権蹂躪に対する非難に応える姿勢を示し、これによって検察権限拡大強化の動きを補強しようとしたことである」とする。

(73) もっとも、この決議も「国権国法の尊厳を保持する為めには『国憲を重んじ国法に遵うべき』国民精神の涵養を最も急務とすると同時に、裁判に対する国民の信頼を維持することに努めなければならぬ」という観点から為されたものであった（前掲『東京弁護士会百年史』419頁）。

すでにみたように、当時の弁護士層が指定した人権蹂躪問題の対抗軸に鑑みれば、この反応はある意味、当然であった。こうして、弁護士層の期待した「司法制度改善」はなしくずしとなっていた。「在野法曹の期待と協力のうちに始められた『司法制度改善』の事業は、こうして竜頭蛇尾の観を呈するに至った⁽⁷⁴⁾」とも評される。

しかし、弁護士層は、その後も人権蹂躪問題に対して、厳しい立場を採っていくことになる。たとえば、昭和12年（1937年）2月の衆議院選挙の際の選挙違反の捜査に当たって人権蹂躪が侵されたことについて、帝国弁護士会は「当局ハ速ニ此等不正官吏ヲ掃蕩シ吏道肅正ノ実ヲ挙クヘシ」という「決議⁽⁷⁵⁾」（昭和12年2月27日）をし、日本弁護士協会も人権蹂躪調査を行い、「日本弁護士協会ハ憂フベキ帝国ノ現状ニ鑑ミ憲法ニヨリ保障セラレタル臣民ノ権利擁護ノ必要ヲ痛感シ人権蹂躪ノ根絶ヲ期ス」という「決議⁽⁷⁶⁾」（昭和12年4月15日）をした。

このような弁護士層の動きは帝国議会にも影響を与えざるをえなかった。そして、昭和12年には第70回帝国議会衆議院において、次のような「人権蹂躪根絶ニ関スル決議⁽⁷⁷⁾」がなされたからである。

「政府ハ近時頻発セル人権蹂躪ノ事蹟ニ鑑ミ速ニ適當ナル方策ヲ樹立シ以テ其ノ弊竇ヲ根絶スベシ」

このような人権蹂躪に対する一連の取り組みについては、戦時国防国家への再編に即応する治安体制強化に対し、人権擁護の思想と論理とを対置して批判する視角を提供したとして、次のような好意的な評価が見られる。

「たしかに、この時期の人権蹂躪問題として帝国議会や帝国弁護士会

(74) 松尾・前掲「制定過程（1）」94頁。

(75) 正義昭和12年4月号（1937）1頁以下参照。

(76) 法曹公論41巻5号（1937）1頁以下参照。

(77) 官報号外（昭和12年3月26日）855頁。

および日本弁護士協会で取り上げられた事例の多くが贈収賄事件や選挙違反事件であり、その追及がいわば党利党略的なブルジョア階級の性格を持っていたことは否定できない。…（原文改行）しかしながら、見逃してはならないのは、当時の在野法曹や有識者層がこの問題を『ファッション化』傾向の発現として捉え、『検察ファッション』『司法ファッション』『司法の行政化』として激しく糾弾する態度を示したことである。このような確な問題設定によって、人権蹂躪問題の追及は、ファッション化阻止の意味を帯び、司法制度および刑事手続のファッション的再編の動きに鋭い矛盾的要因を持ち込み、その完成を遅らせることができたのである⁽⁷⁸⁾。』

しかし、他方で、次のような評価がなされていることにも注意しなければならない。

「この時代の弁護士および弁護士会の動きをみると、二つの相矛盾したものが平行して同居している矛盾をみることができる。一つは時勢に順応し、軍部に迎合している面であり、他は軍閥政治下でなお人権を主張する面である⁽⁷⁹⁾」「しかし戦争のための新体制と人権とは相いれないものである。新体制に抵抗せずして人権を問題にするところに、当時の弁護士会の矛盾があつた⁽⁸⁰⁾」。

(78) 小田中・前掲『史的構造』74頁。また、家永三郎「刑事訴訟法をめぐる人権保障の要求」同『司法権独立の歴史的考察〔増補版〕』（1967）230頁は「この時期には在野法曹界においても時局便乗の傾向の強かったことは事実であるが、そうした大勢にもかかわらず、刑事訴訟手続改悪の企てに対し、在野法曹側から常に抵抗が繰り返されていた事実は忘れられてはなるまい」とする。

(79) 森長英三郎「在野法曹85年小史」法時32巻5号（1960）118頁。また、松井康浩「昭和史における弁護士の活動と今後の課題」自由と正義27巻1号（1976）12頁以下も参照。

(80) 同上119頁。なお、家永・前掲書230頁によれば「昭和六年の満州事変を契機とし、日本の社会が挙げてファシズムの方向に進んで行くにともない、刑事訴訟法手続にもしだいに改悪が進められ、人権の保障は極度に

では、上に示した司法の反「ファッション化」に対置されるどころの、時勢に順応し「新体制」に迎合した面とはどのようなものであったらうか。次にそれをみていこう。

（4）「新体制」への順応

治安維持法に代表される思想統制は、言うまでもなく戦時体制への再編過程の一つとして位置づけられるが、帝国弁護士会はその重要な画期となる滝川事件（昭和8年）に関して、「思想犯罪に対する特別制裁法たる治安維持法は、其制定に当たりまして、此種犯罪に対し厳罰主義に抛り重刑を科する事を明に致しましたに拘らず、之が裁判手続に関して何等明記せざる為に、其手続は通常刑事訴訟手続に依りて審理せらるゝの結果となり、法の威力の幾何を減殺したる憾なきや」（昭和8年4月臨時総会）として特別の手続で迅速に処理することを提案した⁽⁸¹⁾。また、治安維持法改正に際して、東京弁護士会は賛成の決議（昭和9年2月19日）をし、日本弁護士協会も同月13日の臨時総会で次のような決議をし⁽⁸²⁾た。

「一 本法ハ国体ノ変革乃至共産党ニ関スル事件ノミヲ目的トスル

縮小を余儀なくせしめられたのであるが、そのような情勢の下でも、在野法曹の伝統的精神である人権保障の要求は迹を絶つにいたらなかつた。この時期には在野法曹界においても時局便乗の傾向が強かつたことは事実であるが、そうした大勢にもかかわらず、刑事訴訟手続改悪の企てに対し、在野法曹側から常に抵抗が繰り返されていた事実は忘れられてはなるまい」と評価する。

(81) 松井・前掲論文12頁。

(82) 前掲『東京弁護士会百年史』414頁。この点、同書414頁は、「当時、多くの弁護士にとって、人権の侵害と政治の関係を十分に理解することができなかつたため、このような決議が行われたのであろう」と推測している。なお、東京弁護士会は昭和9年5月2日、弁護士の待遇を在朝法曹なみにすべきとの要求を背景に、弁護士の国家的優遇に関する陳情書を小山司法大臣に提出した。それによれば、位階勲章の要求、新宿御苑の拝観などが陳情されていたとされる。

モノナルカ故ニ之ガ適用ノ範圍ヲ嚴ニシ一般ノ人權擁護ニツキ充分ナル注意ヲ要ス

二 本法ハ所謂非常時立法ナルカ故ニ之ヲ将来立法ノ例トナサルコト」

このような決議の内容に表れているように、当時の弁護士層においても、ある特定の思想を有する者の人権と「一般ノ人權」とを二分し、「敵味方」の対立構造に置くことが是認されたのであった。また、いわゆる美濃部事件についても、弁護士も多くは美濃部説を攻撃し、日本弁護士協会も「美濃部博士ノ処分ニ関シ部外ヨリ兎角ノ言議ヲ為シソノ間疑惑ヲ招クガ如キコトナキ様司法当局ヲ訪問鞭撻」⁽⁸³⁾した。こうして、弁護士会は直接的に、そして積極的に戦争を推進していくのである。

たとえば、昭和8年3月27日に日本が国際連盟を脱退した際、帝国弁護士会はジュネーブの全権団に激励の電報を打ち、他方、日本弁護士協会もその機関紙に特命全権であった松岡洋右の講演全文を掲載し、満州侵略の不法行為を支持した。また、山東出兵に関して、日本弁護士協会は、その機関紙において「出兵の結末を飾れ」と題し「日本としては東洋否世界の平和を愛し、ひいては我が同胞の生命財産を泰山の安きに置き度いから、武力を藉りたに過ぎない」「慎重に大胆に、出兵の趣旨を貫徹しなければならぬ」⁽⁸⁴⁾とした。

なるほど、このような弁護士会の戦争協力の姿は、すでに紹介したように、「二つの相矛盾したものが平行して同居している矛盾」あるいは「新体制に抵抗せずして人権を問題にする…矛盾」とも評しえよう。しかし、当時の弁護士会にとって、この「矛盾」は矛盾ではなかった。なぜなら、すでにみたように、弁護士層は「天皇制法治主義」を侵すものとして人権蹂躪問題を批判したにすぎなかったからである（「天皇制法

(83) 松井・前掲論文12頁。

(84) 法曹公論32巻6号(1928)巻頭言。

治主義」の純化)。決して「天皇制法治主義」の在り方を原理的に批判するものではなかった。

このように、一見すると矛盾するようにみえる弁護士会の時勢に順応して軍部に迎合する側面と人権蹂躪を糾弾する側面は緊密に結びついていた。こうして、昭和期の人権蹂躪問題は、「新体制」への順応と歩調を合わせて議論されていくことになるのである。⁽⁸⁵⁾

昭和13年（1938年）4月1日、戦争の長期化を前提に、人的、物的資源を戦争目的達成のために総動員することを定めた国家総動員法が公布された。日本弁護士協会はその法案に対して反対決議を行った（東京弁護士会は沈黙を守った）が、その論理は次のようなものであった。

すなわち、反対決議の理由として「現下の国際情勢より之を見れば平時より国家総動員の準備を整ふる必要欠くべからざるところなり然れども立法並施行は立憲的にして国民の深き理解と其方策全きを期せざるべからず」としつつ、「本案は憲法違反なり」と断じ、その根拠として、次のような理由を挙げた。

「一 本案の目的は人的、物的資源を統制運用せんとするに在りてその統制運用は……全部勅令に依て定むるべきことを規定す 斯の如きは憲法の前文たる御勅語に

我カ臣民ノ権利財産ノ安全ヲ貴重シ及之ヲ保護シ此ノ憲法及法律ノ範圍内ニ於テ其ノ享有ヲ完全ナラシムルヘキコト

と宜し給へる 聖旨に悖るを懼る蓋し御聖旨は憲法及法律の範圍外に埒を越へて勅命を以て臣民の権利及財産を統制運用するを非とし給ふるものと拝察するに余りあればなり」

「二 憲法第二章に依れば日本臣民の権利及財産は法律を以て保障せらる而して立法権と行政権とは各独立し相侵すことのなきものなることは憲法第五条の明文に昭乎たる所なり然るに今立法事

(85) この点、当時の「司法権の独立」問題が別途問題となるが、ここでは触れるにとどめる。

項を行政機関に委任し勅令に依て臣民の権利及財産を統制せんとするは憲法違反と謂わざるべからず」。

このように、国家総動員法案に対する「反対決議」といっても、その内実は「現下の国際情勢より之を見れば平時より国家総動員の準備を整ふる必要欠くべからざるところなり」として「国家総動員」の必要性を全面的に肯定しつつ、天皇授權を根拠として、いわば「立法の行政化」に反対するというものであった。ここでも「司法の行政化」を理由とした弁護士層による人権蹂躪問題批判と同様の論理を感得することができよう。

この期においては立法、行政、司法が三位一体となって戦時体制を構築していった。⁽⁸⁶⁾したがって、「司法の行政化」という批判も、司法権と行政権の「コップの中の争い」に過ぎなかったといえよう。このような時代状況の中で、昭和期の人権蹂躪問題に関する議論は、天皇制を頂く司法権と行政権が交錯し、あい競合するなかで展開され、またそれ故に決定的な限界を有していたのであった。

(5) 検察の対応

弁護士層の人権蹂躪問題への対応は上記のように限界があったとはいえ、人権蹂躪問題は「刑事裁判の信頼性の問題」という国家の正統性に触れるが故に、検察側の応答を促さざるをえなかった。ここでは、検察側が人権蹂躪問題にどのように対応したかを見ていくことにしよう。ここでは、司法省調査部『所謂人権蹂躪問題に就て』(昭和13年2月)という司法研究を取り上げることにする。⁽⁸⁷⁾

(86) この点、戦後の「三権分立」についても「三権分立といっても、三権が同一権力の分身として、同一権力を代弁し、三方面から手分けして人民を弾圧する」という評価が見られる(毛利与一「裁判官の憲法意識」法時27巻6号(1955)6頁)。

ここでは、当時の人権蹂躪の事例などを概観した後、「所謂人権蹂躪の原因」及び「所謂人権蹂躪の防止策」が検討されている。

① 人権蹂躪の原因

「所謂人権蹂躪の原因」として挙げられたのは、「技術に関する原因」、
「人的要素に関する原因」、そして「制度及其の運用の欠陥」の三つである。

まず、「技術に関する原因」としては「技術に関する原因の究明は、
主として司法警察方面に向けらるべきものである。司法警察は行政警察
に比較して其の事務が複雑であり且其の執行が困難である。従って其の
執行技術の完全、不完全は結果の成否に直接影響を持ち其の技術が未熟、
不完全の場合に於ては到底所期の結果を齎すことが出来ない為、之を捕
捉する手段として所謂人権蹂躪を敢行するに至るのである。（原文改行）
而して司法警察即ち犯罪捜査に於て其の技術が未熟である結果、発生す
る所謂人権蹂躪は自白強要の為に為さるる場合が最も多い。即ち自白の
強要は司法警察官が捜査技術の未熟並科学的捜査手法の未開拓の為に予
断、独断を持って自己の脳裡に先づ犯罪を描き夫れを基礎として之に合
致する方向へと被取調者の供述を誘導強制せんとするところから為され
るのである。故に捜査技術と自白の強要とは分離して考察することがで
きない状態にある⁽⁸⁷⁾」とされ、「所謂見込捜査」、物的証拠の少ない「主た
る証拠として自白に依ること多き犯罪の自白強要」、「余罪発見の為の自
白強要」、「共犯申告の強要」などが原因とされた。

次に「人的要素に関する原因」としては、捜査機関たる司法警察官吏
の人的教養の欠如が原因とされた。ここでは「人的教養の不完全」とし
て「感情の激発」「非常識」「報復行為」「功名心」などが問題とされ、
また「余裕の欠如」、「政党的敵愾心」なども原因の一つとされた。ここ

(87) 川上悍『所謂人権蹂躪問題に就て』（司法研究報告書第24輯14・1938）。

(88) 川上・前掲書88・89頁。

では専ら司法警察官吏が組上に挙げられており、人権蹂躪を惹起している検事の「人的要素に関する原因」については触れられていない。

最後に、「制度及其の運用の欠陥」として、法制上、捜査官に強制処分権が与えられていないことが原因とされた。すなわち「…捜査官は反社会的行為である犯罪があるときには、之を捜査し国家の刑罰権を実現する準備的工作を為すべきことを命ぜられてゐるけれども、この捜査を為すに付制度上其の目的を遂行する為の手段が與へられてゐない。捜査の目的達成の為必要なる取調を為し得ることに〔が〕規定されてゐるが、強制処分を為すの権を與へられてゐないので実質的に之を觀れば、必要なる取調を為し得ないのであって、其の法規自体に大きな矛盾を包蔵しているのである。捜査官は国家社会の利益保護の為国家から負はされてゐる義務を忠実、勤勉に実行しやうとして、被疑者其の他の者を或は同行し、或は留置いて其の取調に従事してゐるが、其の場合相手方より任意に為さるる承諾と言ふ誠に不確実な意思表示に依存することを前提としてゐる為、常に刑法第九十条違反の虞を抱き往々其の非難を受ける現状にある。斯くの如き制度の欠陥は必然的に捜査官を所謂人権蹂躪（主として逮捕監禁に依る）を為さねばならぬやうな窮地に陥れ、社会秩序の維持を目的とする国家権力の行使を全く不安定の状態に置く。之は現行刑事訴訟法が個人の利益保護を餘りに重要視し国家の利益保護を軽視する自由主義思想に禍された為の欠陥であつて茲に所謂人権蹂躪の一原因が存するのである⁽⁸⁹⁾」というのがそれである。

② 人権蹂躪の防止策

他方、「所謂人権蹂躪の防止策」としては、上記の人権蹂躪の原因に対応して、「科学的捜査方法の完備」、「教養と処遇改善」、「法制上より考察したる対策」が挙げられることになった。

(89) 川上・前掲書110・111頁。

まず「科学的捜査方法の完備」については次のように説かれている。すなわち「科学的捜査とは犯罪事実を証明する為又は犯人を逮捕する為科学並科学に依る技術を応用して証拠資料を蒐集保全し、犯人を究明検挙する捜査方法を謂ふのである。科学的捜査は主に客観的事実を根拠として犯罪事実を証明するのであって、被疑者等の主観に依拠することが殆どないからこの捜査手法に依ることが所謂人権蹂躪を防止すべき最も有効なる方法であることに異論を挟むものはないと思ふ⁽⁹⁰⁾」。このように、科学的捜査手法が人権蹂躪防止に有効であるとされ、「科学的捜査は直接には犯罪検挙を容易ならしめ間接には人権蹂躪を防止すると言ふ一石二鳥的な大きな機能を持ってゐる」とされた。

次に「教養と処遇改善」では、司法警察官吏の教養の向上として「人格的方面の教養」「技術的方面の教養」「知識的方面の教養」が目指され、司法警察官吏に物質的、時間的、精神的余裕を付与するために、その待遇改善も併せて志向された。

証拠法に関しては、とりわけ「知識的方面の教養」が問題となる。ここでは自白強要の為に為される人権蹂躪の防止策として「法律知識の教養」の習得が志向されているからである。すなわち、「この法律知識の欠如に基因して為される所謂人権蹂躪の主なるものは自白強要の為に為されるものである。換言すれば司法警察官吏が自白の証拠価値に対する正しき知識を欠く為徒に自白の強要を為し遂には自ら刑事上の責任を問はれるやうな所為に及ぶのである⁽⁹¹⁾」というのがそれである。そして、その自白強要のために為される人権蹂躪の防止策として「自白の実質的証拠価値を正しく認識せしむること」、「強制に依て得たる自白の証拠力は非常に薄弱であることの認識を深めしむること」、「自白尊重の弊を匡正すること」の三つが企図された。とりわけ最後の「自白尊重の弊を匡正すること」については次のように分析されることになった。

(90) 川上・前掲書112・113頁。

(91) 川上・前掲書127頁。

「司法警察官吏が自白強要の為に拷問を加へることの根本原因は自白の尊重である。殊に現在の裁判の実際が自白偏重の傾向にある結果である。裁判所が自白の有無に拘らず確信を以て有罪の判決をするならば何を好んで拷問を加ふるが如き不法行為を為す者があろうか。…裁判所が自白偏重の傾向を採れば終局に於て有罪判決を得ることを目的とする捜査も勢夫れと同一方向に向って其の歩を進めざるを得ないことになる。夫れを獨り警察官吏の責に帰することは不合理である。」⁽⁹²⁾

最後に、「法制上より考察したる対策」として、「捜査官に対する強制処分権の付与」と「徹底的糾劾」、すなわち人権蹂躪を犯した司法警察官吏に対して検事が積極的に刑事処分を科すこと、の二つが挙げられている。⁽⁹³⁾

もっとも、裁判の一当事者である検察に強制処分権を認めるのは、裁判の公平を害するおそれがないとはいえない。すなわち「検事は訴訟当事者であるから、公平の立場になく、原告たる検事に強制処分の権限を認むるに於ては之を濫用して被告人の利益を不当に侵害し人権蹂躪を為す虞あるを以てこの権限を附与することが出来ない」という反対論がそれである。このような反対論に対しては、次のように反駁されることになった。

「この議論は餘りに自由主義的な考へ方に禍されて事物の真相を觀ざる見解であるが、反対論としては最も一般的になされる有力説である」、
「然し刑事訴訟に於ては外見上は裁判所の前に原被両当事者が存在対立するやうに見えるけれども、この外観上の当事者間には民事訴訟に於けるが如く、当事者主義の本質的要素である相反の利益並武力対等の原則が存在しない。…外見上第三者と見える裁判所も実は国家の機関であつて国家作用を別個に表現するに過ぎないのみならず、其の活動は終局に於て実体的眞実発見と言ふ同一目標に向けられてゐるのである。従つて

(92) 川上・前掲書132頁。

(93) 川上・前掲書133頁以下。

この目的実現の為裁判所に対し職権を以て事実並証拠の取調を為すべきことが要求され職権主義が認められてゐる。即ち刑事訴訟に於ては実質的意味の当事者訴訟主義の原則は認められてゐないのであるから、形式的に被告人に当事者の地位を認めたと云ふ理由で形式上原告となる検事に強制処分を為すの権限を認むべきでないとの理論は全く自由主義に囚れたところの形式的見解であつて、実質的のものを見通してゐる片面的考察であると思ふ。又一面厳密なる意味に於ては刑事訴訟ではなく其の前提行為たる犯罪捜査の段階に於て訴訟当事者の存在しないことは明かであつて、この捜査の段階に於て検事に強制処分の権限を附与すべきものとの主張に対する反対論としては、少しく的外れの観がある。」

③ 強制処分権の付与

以上のように、「捜査官に対する強制処分権の付与」の本質は「犯罪捜査は国家権力と個人の自由とが最も鋭く接触する一場合ではあるが徒に個人の自由と言ふ専横なる主張の為に犯罪捜査の為の国家作用が制約せらるることになつては、国家社会の秩序維持を確保する事が出来⁽⁹⁴⁾ない」という主張に代表されよう。しかし、言うまでもなく、これは人権蹂躪問題の本質的な解決ではありえない。

では、この主張の背景にあるものは何であらうか。それは昭和期の人権蹂躪問題における一つの基層たる思想事件である。昭和期においては、この思想事件を梃子として検察権力の拡大強化も頂点に達することになつた。

明治刑法は法文上、起訴法定主義を採用していたが、実務上は微罪不検挙の訓令に基づいて起訴便宜主義的運用がなされ、大正刑法はその279条において「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」と定め

(94) 川上・前掲書143頁。

た。こうして起訴便宜主義が明文化されたことで、現実の起訴猶予処分はこれまでの運用を大幅に拡げる形で進行し、「旧来の微罪不検挙の原則ははるかに乗り越えられ、特別予防的色彩が強く出た処分へと変遷している…。現実には、起訴猶予処分が原則で公訴が提起されるのは例外とさえいえる状態である。大正一〇年を境にして起訴人員と起訴猶予人員とが逆転し、重罪も含めて以降起訴猶予人員が激増をたどることはまさに立法の効果を示すものとして象徴的な現象だとみることができよう⁽⁹⁵⁾」と評されるまでになった。

そして、昭和期に入ると、三・一五事件を画期として思想検事（思想係検事）が誕生し、「思想司法」体制が確立していくことになる⁽⁹⁶⁾。

思想事件の捜査においては、必然的に捜査対象者の情状探求の度合いが増す。すなわち「其の犯人の主観並客観の事情を参酌することが必要であるから、個々の犯人に就き、其の性格、年令、運動経歴、意識の深淺、犯罪の決意の強弱、活動力の大小、将来適法なる生活を営む見込の有無及適当なる身元引受人の有無等、精密なる調査を遂げた上で熟慮決定が為されねばならぬ。…其の犯人の家庭の状況、身元引受人、生計の見込等の調査に付ては、検事又は判事の補佐機関として活動する職員に依りて行わるゝことが望ましい⁽⁹⁷⁾」とされるのである。

こうして広範囲の証拠の収集とそのための捜査権の拡張が目指され、各方面において連携が図られていくことになった。

たとえば、昭和7年（1932年）11月、東京地裁検事局思想部は、特高警察官にむけて「思想事件聴取書作成上ノ注意⁽⁹⁸⁾」を作成した。それによれば、「聴取書ハ左記要領ニ則リ作成セラレ度シ」として氏名、本籍地

(95) 三井誠「検察官の起訴猶予裁量（三）」法協91巻9号（1974）3頁。

(96) 萩野富士夫『思想検事』（2000）31頁以下。

(97) 池田克「思想犯罪の取締方策に於ける諸問題」法時5巻11号（1933）19頁。

(98) 萩野富士夫編『治安維持法関係資料集第1巻』（1996）530頁以下。

などの他、「前科」「健康状態」「趣味嗜好」「資産及生活状態」「家庭ノ状況」「読書関係」「思想ノ推移過程」「運動経歴」「日本共産党ニ対スル認識」「入党関係（入党ノ動機，入党手続，党名及党費，入党後ノ地位）」「党活動」「事後ノ情況」などを記載するものとされた。とりわけ，後三者については「仮令手記ニ記載アリタルトスルモ其ノ要項ヲ聴取書中ニ摘示スル事ヲ要ス」とされ，必ず聴取書に盛り込むべき事項とされた⁽⁹⁹⁾。

また，昭和3年（1928年）9月には，司法省が全国思想係検事会同を開催して思想事件についての学習を促進し，昭和7年10月に開催された思想実務家会同は思想事件に関する判事・検事の連携を深化させた。

この思想実務家会同においては，すでに指摘されているように，判事及び検事の緊密な関係が明らかになった。

たとえば，東京刑事地方裁判所部長判事・潮道佐は同会同にて次のように述べた。

「私は公判に来てまだ経験のない時分には，露骨に検事局に対して，固より裁判所独自の考があるが，出来るだけ公判廷に於て率直に此思想犯人に対する量定科刑に付ては少しも掛引のないことを言つて呉れるやうに，執行猶予にして宜いか悪いかと云ふことまでも検事の意見を述べて貰ひたい，言葉が甚だ悪いのでありますが，裁判所で分からない時は検事の意見に従ふ方が寧ろ正しいと思ふから，十分有の儘を述べて貰ひたい，又未決が少かったり長かったりするからもう少し置いたらとか何とか云ふことも余り眼中に置かないで出来るだけ有の儘の意見を述べて貰ひたいと云ふことを注文したことがあります。繰返して申すやうであります，思想犯罪事件の取扱に付ては，裁判所独自の立場に在つて事件を処理すること固よりであります，十分裁判所の一審二審三審と並に検事局裁判所に於ては極めて緊密なる連絡の下に事件を処理すること

(99) なお，当時の警察による人権蹂躪問題を意識してか，「証拠物件ヲ極度ニ利用スル事」との指示も盛り込まれている。萩野編・前掲『資料集』46頁も参照。

が必要であると云ふことを述べたいのであります⁽¹⁰⁰⁾。

もっとも、このような判事と検事の密接な関係は、すでに大正期の実務において予審判事と検事との癒着という形で現れていたことに注意しなければならない。

すなわち、予審判事が家宅搜索の際に検事についていたり、あるいは予審判事と検事の取調を往復させられるなかで自白させられるという「予審判事は検事の書記」「予審判事は検事の馬なり」「予審判事ハ實際上殆ンド検事ノ手足」という当時の状況がそれである⁽¹⁰¹⁾。

このような当時の実務に鑑みれば、検事に強制処分権を付与すべしとの主張は、奇抜なものというよりも、現状の実務を追完しようとするもののようにも映る。以上のような検察側の対応によっても、昭和期の人権蹂躪問題は捜査官に対する強制処分権の付与を大きな軸として展開していることが看取できよう。

[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。)

(100) 家永・前掲書33・34頁。また、昭和9年12月の思想事務会同において、札幌地方裁判所部長判事・高田豊は、「個々の事件に付具体的に観察し、被告人の心境を仔細に観察し、又将来見透しをつけることが大切なり。之れに関しては、検事の話や調書に出てゐない事情が判明す。又、刑務官、警察官の話も大に参考になるやうに思はれる。」と述べており、「警察官・検事の聴取書を証拠とするくらいの程度ではなく、調書に出ていないことを検事・警察官からきかせてもらって裁判している事実」を示唆しているとされる。

(101) 家永・前掲書26頁以下参照。