

刑事手続における Nemo tenetur 原則 (2)

ドイツにおける展開を中心として

松 倉 治 代*

目 次

はじめに

第 1 編 Nemo tenetur 原則の歴史的展開

序章 イギリスにおける Nemo tenetur 原則の展開

第 1 章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の展開

第 1 節 中世初期およびカロリナ刑事法典期

第 2 節 改革された刑事訴訟期

第 3 節 ドイツ帝国刑事訴訟法制定期および運用

第 4 節 1908年草案および1920年草案 (以上, 335号)

第 5 節 ナチス期における Nemo tenetur 原則

第 6 節 1950年法統一化法および1964年刑事訴訟法小改正

第 7 節 本章のまとめ

第 2 章 わが国における Nemo tenetur 原則の展開

第 1 節 拷問の廃止

第 2 節 治罪法

第 3 節 明治刑事訴訟法

第 4 節 改正論議 明治32年改正, 明治34年案, 大正 5 年案

第 5 節 大正刑事訴訟法 (以上, 本号)

第 6 節 日本国憲法および現行刑事訴訟法制定過程

第 7 節 1953年刑事訴訟法改正

第 8 節 本章のまとめ

第 2 編 Nemo tenetur 原則の理論的検討

第 1 章 わが国における Nemo tenetur 原則の現状

第 2 章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の憲法的根拠

第 3 章 ドイツ刑事訴訟における Nemo tenetur 原則

おわりに

* まつくら・はるよ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

第5節 ナチス期における Nemo tenetur 原則

1. ナチスの刑事手続

ヒトラーが首相に就任しナチスが政権を獲得した1933年以降、刑事手続はこれまでと矛盾する方向へ進むこととなった⁴⁵³⁾。ナチズムによって犯罪は減少したが、その要因の一つとして新たな国家と市民との関係の中でもっぱら公益を私益に対して優先する刑法の考え方が主張された⁴⁵⁴⁾。犯罪を隠蔽しようとする行為はすべて疑わしいと考えられた。現在、ドイツ刑法第142条および第211条が規定する犯罪後の証拠隠滅行為に対する刑罰威嚇は、当時の立法によるものである。また、刑事手続は、特に常習犯に対して向けられた⁴⁵⁵⁾。

1933年以降、リベラルな思想に基づき刑事訴訟における被疑者・被告人の主体性を強調する見解は、徐々に排除された⁴⁵⁶⁾。独裁国家においてリベラルな刑事手続を実現することは困難であり、被疑者・被告人の権利の重視は真実発見を妨げるものと考えられた⁴⁵⁷⁾。

当時、ナチスの共同体イデオロギーに基づき「内容が形式に優越する」⁴⁵⁸⁾という手続法解釈がとられた。このような手続法の解釈は、司法統制、司法のイデオロギー化および民族裁判所と並んで、訴訟進行の司法形式性を緩和するような改正法をもたらした。つまり、刑事手続における当事者思考を一掃し、全ての当事者に対して真実探究を義務づけ、被疑者・被告人の権利を後退させた⁴⁵⁹⁾。裁判官忌避、証拠申請、上訴、法的聴聞や防禦のような被疑者・被告人の権利は、徐々に後退し、中には完全に廃止されたものもあった。弁護人選任権は特別裁判所手続においても被疑者・被告人の自由に任されていたが、1939年には制限された。民族裁判所や上級地方裁判所において被疑者・被告人の法的地位は低下した⁴⁶⁰⁾。

2. ナチズムと Nemo tenetur 原則

(1) 立法

ナチス政権下の1933年9月25日、ドイツ帝国司法省に刑事訴訟小委員会が設置された。以降、1939年草案の提出に至るまで、刑事訴訟小委員会および大委員会において刑事訴訟法の再編成について議論が重ねられた⁴⁶¹⁾。

ドイツ帝国司法省公式刑事訴訟法委員会が提出した1936年2月27日刑事訴訟法草案(以下、1936年草案とよぶ)⁴⁶²⁾は、被疑者・被告人の尋問を第148条および第149条に規定した。特に第148条では、被疑者・被告人に対して真実の供述が期待され、かつ、虚偽が事情によっては刑罰加重的に作用することを告知すべき旨が明文で規定された。

第148条〔被疑者・被告人の尋問〕

被疑者・被告人の尋問は、真実の探究に用いられる。

被疑者・被告人は、彼に対して真実の供述が期待されていること、かつ、虚偽は有罪判決の場合により重い刑罰を導きうるということを告げられなければならない。

第149条〔尋問の過程〕

被疑者・被告人にどのような嫌疑がかけられているかが、被疑者・被告人に伝えられなければならない。被疑者・被告人は、彼の人的諸事情を説明することおよび事実と関連することを供述することを要求される。

負罪の状況および被疑者・被告人にとって不利な証拠は、それが手続の目的と一致しうるときはすぐに、被疑者・被告人に伝えられなければならない。被疑者・被告人に、誤った嫌疑の根拠を否定し、彼にとって有利な事実を主張し、彼の言明を支える証拠を挙げる機会を与えなければならない。

1936年12月14日に開かれた大委員会において、「被疑者・被告人の地位」について討議された。Freisler⁴⁶³⁾(国家事務長官)は「被疑者・被告人の供述義務や被疑者・被告人に対する虚言罰は、委員会の見解としても認められない」と発言した上で、もし被疑者・被告人に対する真実供述義務を刑事訴訟法に規定しても、犯罪者はそれを一笑に付すだろうと指摘した。これに対し、Dahm(教授)は、「被疑者・被告人が嘘をつく権利を有しているという見解を採用してはならない」とし、被疑者・被告人が虚偽を

述べる権利を否定した。Schafheutle (地方裁判所長) が草案第148条第 2 項に言及したことを受けて、Freisler は「この規定は全く正しいと私は思う」と賛成の意を示した⁴⁶⁴⁾。

1937年10月28日、大委員会によって刑事訴訟法草案 (以下、1937年草案とよぶ) が提出され、その第141条が、被疑者・被告人の尋問を規定した⁴⁶⁵⁾。1936年草案との大きな違いは、1936年草案の第148条が削除された点である⁴⁶⁶⁾。真実義務を立案した1936年草案の第148条は、委員会が非常に憂慮したため削除されたという⁴⁶⁷⁾。

第141条〔被疑者・被告人の尋問〕

尋問の際、被疑者・被告人の人的諸事情をできるかぎり確認する。

負罪の状況および被疑者・被告人にとって不利な証拠は、それが手続の目的と一致しうるときは直ちに、かつ、手続の目的と一致しうる限りで、被疑者・被告人に伝えられなければならない。被疑者・被告人に、誤った嫌疑の根拠を否定し、彼にとって有利な事実を主張し、彼の言明を支える証拠を挙げる機会を与えなければならない。

1938年10月、小委員会が、これまでになされた提案に基づき刑事訴訟法草案 (以下、1938年草案とよぶ) をまとめた⁴⁶⁸⁾。被疑者・被告人の尋問に関する規定は、若干の文言の変更はあるものの、1937年草案とほぼ同内容である。なお、続く1939年2月14日に小委員会の提案に基づく刑事訴訟法草案 (以下、1939年小委員会草案とよぶ)⁴⁶⁹⁾ がとりまとめられ、うち被告人尋問に関する規定 (第141条) は、1938年草案と同じ文言であった。

以上の草案を経て1939年5月1日、「刑事手続法、治安裁判官法および仲裁人法草案」(以下、1939年草案とよぶ) が完成した。1939年草案第152条が、被疑者・被告人の尋問について規定した⁴⁷⁰⁾。1938年草案および1939年小委員会草案と比べると、被疑者・被告人が自身に関する質問に対する回答を義務づけられた点が特徴的である (第 1 項第 2 文)。

第152条〔被疑者・被告人の尋問〕

尋問の際、被疑者・被告人の人的諸事情を確認する。被疑者・被告人は、自身の人物 (Person) について答えるよう義務づけられる。

負罪行為および被疑者・被告人にとって不利な状況や証拠は、それが手続の目的と矛盾しないときは直ちに、かつ、矛盾しない限りで、被疑者・被告人に伝えられる。被疑者・被告人は、嫌疑の根拠を排除し、彼にとって有利な事実を主張し、彼の言明を支える証拠を挙げる機会を与えられる。

草案理由書によると、草案は、道徳的な供述義務および真実義務を被疑者・被告人に対して法律上要求していないものの、尋問制度を「真実探究手段、かつ、事実面に即した正義を貫徹する方法」と位置づけた。これは、「将来の被疑者・被告人の尋問の際の指標」とされなければならないとされた。しかし、尋問する側が何らかの強制手段によって被疑者・被告人の供述あるいは自白の獲得を目指してもよいという帰結に至るわけではない。ただし、「尋問者は、被疑者・被告人に真実を述べるよう勧告すべき」であるとされた。

被疑者・被告人の尋問に関する規定は、裁判官、検察官あるいは警察官いずれによるかを問わず、すべての尋問の際に顧慮されなければならないとされた。特にこの規定は、予審手続における被疑者・被告人の尋問(第12条)⁴⁷¹⁾にも公判における尋問(第59条第3項)⁴⁷²⁾にも適用されることとされた。

尋問では、まず、被疑者・被告人の人的諸事情が確認される。被疑者・被告人の供述義務は、この人的諸事情の確認に関するかぎりでのみ課されることとされた。ドイツ帝国刑事訴訟法と同様に、被疑者・被告人は、嫌疑をかけられている行為、不利益な状況および証拠について知らされる。しかし、草案は、被疑者・被告人の最初の尋問の開始の際にこれらを知らせることを予定していなかった。告知は、それが尋問官の裁量によって尋問の目的と合致するとき、かつ、合致するかぎりでのみ行われる。また、被疑者・被告人が嫌疑の根拠を否定する機会、被疑者・被告人にとって有利な事実を主張する機会、被疑者・被告人の供述を支える証拠資料を挙げる機会を与えることは、尋問官の義務とされた。被疑者・被告人は、これを理路整然と説明しなければならないとされた⁴⁷³⁾。

1939年草案も、法律とはならなかったが、被疑者・被告人に対して真実供述を義務づけることを事実上認めていたことが、草案および草案理由書からみてとることができよう。

(2) 学 説

1934年から1938年にかけて、ドイツ法アカデミー刑事法部会刑事訴訟法(小)委員会((Unter-) Ausschusses für Strafprozeßrecht der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht)が、刑事訴訟法草案について議論した。真実義務は、決して訴訟上の義務とされるべきではなく、真実義務違反に対して制裁を科すべきではないと考えた⁴⁷⁴⁾。

このころ、ナチズムの影響を受けた新しい社会理論により、個人は共同体の構成員であり、自身の手続に積極的に協力しなければならず、それゆえ将来の法は被疑者・被告人に対して真実の応訴義務を導入すべきであるという見解が広がりつつあった。

Lautz は、ドイツの刑事手続における被疑者・被告人を「単なる客体」とも「当事者」とも考えなかった。新刑法が行為者刑法になることを顧慮すると、刑事手続における被疑者・被告人の地位をその経歴や評判にしたがって民族共同体と常習犯とで区別する考え方が一見当然であるように思われるが、しかしこれは実務上不可能であるだけでなく、危険な常習犯を推定するために刑事手続が有罪推定を行うことになり正義に反するとした。刑事手続は、民族主義的共同体の一部とされたが、嫌疑をかけられた民族共同体の構成員を犯罪の抑止とともに犯罪者の贖罪を追求する当局の審理の単なる客体におとしめることはこの考え方と一致しない。「刑事手続を被疑者・被告人に対する民族共同体の一作用と理解することによって、被疑者・被告人が自身の有罪立証に寄与しなければならないという要請を導き出すことは行き過ぎ」であると述べた。被疑者・被告人は、民族共同体内で行為したために、手続に服し必要な限りで強制措置を甘受するよう要求されると考えられた⁴⁷⁵⁾。

Siegert は、「被疑者・被告人の地位は将来さらに後退する」と指摘した。検察官の地位が中立の訴訟準備機関として強化され、訴訟主体の地位にある被疑者・被告人の訴訟における役割は、審理の客体に変化する。被疑者・被告人は、「国家の構成員」である。確かに、「国民にとって有害な国家の構成員たる被疑者・被告人に、訴訟において自己負罪するようには要求できない」。しかし、もし被疑者・被告人が自己抑制できる人間であったならば、彼は犯罪という過ちを犯さなかったと考えられる。Siegert は、偽善者たる被疑者・被告人や、表面上は深く悔悟しているようであるが実際は刑の減輕を期待して「改悛の情を抱いた自白」をする被疑者・被告人の増加を危惧した。それゆえ、被疑者・被告人に対して刑事手続における誠実さを求める旨の訓戒だけでなく、被疑者・被告人が訴訟を遅延させるような場合に、被疑者・被告人に対して、無制限の未決勾留やその未決勾留の刑罰不算入を予告し威嚇することに賛同した。さらに、被疑者・被告人の訴訟態度を量刑の際に考慮することも有意義であると指摘した⁴⁷⁶⁾。

Henkel は、被疑者・被告人は、刑事手続においてできる限り広範に真実発見に協力し、真実探究を決して妨げてはならないと考えた。無辜の者は、自身に対してかけられた嫌疑を晴らす機会を与えられ、自身が無罪である旨の説明をするよう義務づけられる。他方、国家が真実発見のための機関を設置し、かつ、真実発見に寄与しうる第三者が協力を義務づけられているにもかかわらず、真犯人が黙秘権や供述拒否権を行使するということは、説得力を欠くとした。それゆえ Henkel は、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条を「刑事司法のボイコット」と批判した。

一般的に、被疑者・被告人は嘘をつく権利は有していないが、法的な真実義務も課されないと理解された。これに対して、Henkel は、刑事手続において被疑者・被告人に対して真実義務を課することを支持した。真実義務は真犯人だけが負い、真犯人に贖罪をさせることによる法秩序の実現の問題である。真実義務は道德上の義務であるだけでなく、民族共同体が真犯人に対してその行為の責任を負うことを期待することを意味する。そ

れゆえ、Henkel は、真実義務を、被疑者・被告人の人格の破壊ではなく、むしろ「人格の価値の承認」であると解した。ただし、被疑者・被告人が真実義務違反に対して虚言罰で威嚇されることは、過去の経験上望ましくない。また、自白獲得のために強制や脅迫を用いることも違法である。それゆえ刑事手続における被疑者・被告人の虚偽は、刑罰加重という形で考慮されると主張した⁴⁷⁷⁾。

(3) 刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権

1936年草案は、刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権について「証人は、それに回答することが彼自身、彼の親族または第162条で掲げるその他の親族に、犯罪行為で訴追される虞を招きうる質問に回答することを拒絶してもよい」(第163条)と規定した。

1937年3月10日、刑事訴訟大委員会は、刑事訴追の虞を理由とする証人の証言拒絶権について議論した。その中で、Gürtner (ドイツ国務大臣) は「被疑者・被告人に対して要求しうる以上のものを証人に対して要求すべきではないだろう。かつ、また被疑者・被告人に対して犯罪行為を自己負罪するようには要求されえない」と発言した⁴⁷⁸⁾。

1937年草案は、「証人は、それに回答することが彼自身あるいは彼の親族が犯罪行為、あるいは、秩序罰または行政罰によって処罰されうるその他の行為で訴追される危険にさらされうる質問に回答することを拒絶してもよい。その回答が真実探究にとってどうしても必要であり、かつ、その危険が証人あるいはその親族にとって事実の重大性に対して重要でないときは、この限りではない。」と定めた。証言拒絶権の範囲を犯罪行為だけでなく「秩序罰または行政罰によって処罰されうるその他の行為」にも拡大したが、証人の回答拒絶権が真実探究の必要性および事件の重大性を理由として制限される可能性を残した⁴⁷⁹⁾。

しかし、1938年草案第154条は、1937年草案の内容を大幅に変更し、1936年草案とほぼ同じ内容に戻した⁴⁸⁰⁾。

以上の草案を経て1939年草案は、第165条において刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権を規定するに至った。これは、1938年草案と同じ文言であった。1939年草案理由書は、第165条は「何人も自身にとって不利な供述を強制されないという原則に依拠する」⁴⁸¹⁾と言及しており、刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権の中に Nemo tenetur 原則をみてとることができる。ドイツ帝国刑事訴訟法理由書と同様に、刑事訴追の虞を理由とした証人の証言拒絶権を「何人も自身に不利益な供述をするよう強制されないという原則と不可欠の相関概念」であると解していた。「新刑事訴訟法も原則として、この証人の権利を認めなければならない」が、「その範囲の拡大は望ましくない」という。刑事手続はできる限り真実に近づこうとしなければならないため、証人の供述が真実発見のために必須であり、かつ、証人あるいはその親族の危険性が事件の重要性に比して低いとき、証人の利益は後退しうると考えられた⁴⁸²⁾。

3. 「強化された尋問」という名の拷問

特別裁判所における捜査手続は、当局による認知、告発あるいは告訴によって開始された。しかし、「予審の女主人」と呼ばれた検察官が活動する前に、警察および秘密情報機関が独自の捜査活動に着手した。ゲシュタポ (Geheime Staatspolizei = 秘密国家警察) が、特別裁判所の管轄に属する刑事事件の捜査を広範に担当した。警察官および秘密情報機関員は、裁判所構成法第152条によると検察官の補助官であったが、ゲシュタポは、検察官の命令権や情報権を認めなかった。

裁判官および検察官による尋問における不当な手段の利用の禁止は、1935年4月13日刑事手続要綱第70によって強化された。しかし、被疑者・被告人は虚偽を述べる権利を否定され、尋問を行う裁判官や検察官は、被疑者・被告人に対してドイツ帝国刑事訴訟法第136条に定められた供述拒絶権を告知する義務を課されていなかった。それゆえ、尋問における被疑者・被告人の地位は、非常に弱いものであった⁴⁸³⁾。

1933年以降多くの裁判所が暴力によって獲得された被疑者・被告人の自白を認めることを拒否した。そこで Heydrich⁴⁸⁴⁾ は、尋問調書に拷問措置について記すことを禁じた。それゆえ拷問は、調書等に意図的に記録されなかった。

その後、1942年6月12日命令が發布され、「強化された尋問 (verschärfte Vernehmung)」が認められた⁴⁸⁵⁾。この1942年6月12日命令によると、「強化された尋問が利用されるのは、事前の捜査結果に基づいて、被拘禁者が、重大な国家あるいは帝国敵対の事情、関係あるいは計画について情報を提供しようということが確実であるにもかかわらず、被拘禁者が情報を提供しようとしなかつ、かつ、その情報を捜査過程において確認できないときである。強化された尋問は、この要件のもと、共産党員、マルクス主義者、聖書研究者、破壊行為者、テロリスト、レジスタンス、秘密落下傘兵 (Fallschirmagenten)、反社会的な者、ポーランドあるいはソビエト・ロシアの労働拒否者や怠惰な者に対してのみ利用されてもよいが、原則として許可が必要である。強化された尋問は、犯罪行為についての自白を得るために利用されてはならない。同様に、この方法は、一時的に、司法によってさらなる捜査の目的で引き渡される者に対しても利用されてはならない。例外的な場合は、許可を要する。「強化」の方法としては、事情およびその他の事柄に応じて、簡素な食事 (水とパン)、硬い寝床、暗い房、睡眠禁止、疲労させるような運動がありうる。なお、鞭打ち (20回以上の鞭打ちの場合は、医師を呼ばなければならない) もありうる」とされた⁴⁸⁶⁾。被疑者・被告人や証人の最初の尋問やその他の捜査は、警察、ゲシュタポあるいは税関の監視取締り (Zollfahndung) によって行われた⁴⁸⁷⁾。以上のとおり、この「強化された尋問」の内実は、まさに拷問であり⁴⁸⁸⁾、特にゲシュタポによって広く用いられた。「拷問」を前にして供述を拒絶する被疑者・被告人は、ほとんど存在しなかったという⁴⁸⁹⁾。

4. 小 括

ナチス期の刑事手続において被疑者・被告人の真実義務が、法的に課することは許されないと解されたものの、被疑者・被告人は、国家構成員として真実探究を妨害してはならず、道徳的義務としての真実供述義務を課されると理解された。さらに、「強化された尋問」という名の拷問も行われた。それゆえ、ナチス期の刑事手続における Nemo tenetur 原則は、非常に制限されていたといえる。

しかし、刑事訴訟法改正論議において、1936年草案で提案された被疑者・被告人に対する真実供述義務の明文化は断念された。さらに、Lautz が「刑事手続を被疑者・被告人に対する民族共同体の一作用と理解することによって、被疑者・被告人が自身の有罪立証に寄与しなければならないという要請を導き出すことは行き過ぎ」であるとし、Siegert も「国民にとって有害な国家構成員たる被疑者・被告人に、訴訟において自己負罪するようには要求できない」と言及した。確かに、Lautz と Siegert は、被疑者・被告人の地位を訴訟主体や当事者ではなく「国家の構成員」と理解している点に注意しなければならないが、両者の主張は、ナチズムが刑事手続理論にも大きな影響を与えるなかでも、Nemo tenetur 原則の存在自体は否定されえなかったということを示している⁴⁹⁰。

第6節 1950年法統一化法および1964年刑事訴訟法小改正

1. 法統一化法と刑事訴訟法第136a条の導入

ナチスの崩壊後、ドイツは、法の統一の回復へと向かった。そして、1950年9月12日の「裁判所構成、民事司法、刑事手続および費用法の分野における法の統一の回復のための法律(Rechtsvereinheitlichungsgesetz)」(以下、法統一化法とよぶ)によって、法治国家原則の再生と法状況の統一が実現された。法統一化法の目的は、ナチス期の立法および改正法を除去して「法の継続性」を回復することであった。

法統一化法は、ナチズムの影響を受けたドイツ帝国刑事訴訟法の諸規定

を、基本法第123条第1項に従って基本法と一致させ、かつ、とりわけ法治国家原則ならびに人間の尊厳を優先する基本権に合致させるため、新たに刑事訴訟法第136a条を設けた⁴⁹¹⁾。1877年ドイツ帝国刑事訴訟法は、被疑者・被告人の訴訟主体としての地位は何によっても侵害されてはならないということを示明のこととし、詳細な規定を置かなかつた。しかし、ナチスの「20世紀における精神的かつ倫理的な喪失という悲惨な時代」を経て、立法者は、ドイツ刑事訴訟法に第136a条を規定する必要があると考えるに至った⁴⁹²⁾。

刑事訴訟法第136a条は、基本法第1条第1項に基づき、禁じられた尋問方法を規定する。これは、被疑者・被告人が、手続の当事者かつ訴訟の主体であり、手続の客体ではないことを示している。被疑者・被告人は、嫌疑をかけられたという理由で、人間の尊厳の尊重の要請を失うことはない。それゆえ、強制、欺罔、脅迫や同様の手段によって、被疑者・被告人の意思決定および意思活動に影響を与えることが禁じられた⁴⁹³⁾。ゲシュタポによる拷問や精神的な真実探究手段に反対するという意思をはっきり明文化した⁴⁹⁴⁾。

法統一化法は、刑事手続の原則に関する改革を行わなかつた。第136a条を除き、ドイツの刑事訴訟法は、基本的に、1933年以前の規定に戻されただけであった⁴⁹⁵⁾。この第136条に被疑者・被告人に対する黙秘権の告知義務を補うことも提案されたが、準備不足であるとして取り下げられた⁴⁹⁶⁾。この提案は、1964年に行われる刑事訴訟法小改正で実現することになる⁴⁹⁷⁾。

2. 刑事訴訟法第136条の改正論議

1965年4月1日に施行された「刑事訴訟法および裁判所構成法を改正する法律」(以下、1964年刑事訴訟法小改正とよぶ)⁴⁹⁸⁾によって、ドイツ刑事訴訟法第136条は改正され、被疑者・被告人に対する告知を規定した。これは、1858年ブラウンシュヴァイク刑事訴訟法第43条以来、たびたび議

論されつつも法律とはならなかった点である⁴⁹⁹)。1877年ドイツ帝国刑事訴訟法は、Nemo tenetur 原則を第136条に盛り込んだが、依然として被疑者・被告人の地位は低く、自身の権利について無知な者が多かった。1964年改正論議のなかで、捜査実務側は、告知規定の明文化に激しく反対したが、最終的に、被疑者・被告人に対する告知規定が明文化され、裁判官や検察官だけでなく警察による尋問にも適用された。さらに、弁護士と相談できる旨の告知も規定された。これによって、被疑者・被告人の法的地位は向上し、Nemo tenetur 原則はより実効的な保障に向けた一歩を踏み出したといえよう。

以下、被疑者・被告人の供述拒絶権の告知を中心とする刑事訴訟法第136条の改正における問題意識とその議論経過を概観する。

(1) 供述拒絶権の告知規定の立法経過

法統一化法によって刑事訴訟法が1933年以前の法状態に修復された後、西ドイツにおいて、西ドイツ刑事訴訟法(以下、ドイツ刑事訴訟法とよぶ)には依然として権威国家的理念が存続していること、公判前手続への被疑者・被告人および弁護人の参加が刑事訴追機関の裁量に委ねられていること、弁護士は公判の開始に至るまで意義ある参加をすることができず、公判における弁護人の権限が限定されていること、公判審理が書証に広く依存していること、あまりに多くかつ長く勾留がなされていること、に対して批判がなされた⁵⁰⁰)。

1964年改正の動因のひとつは、1959年にシュツットガルトにおいて開かれた第30回ドイツ弁護士大会(Deutsche Anwaltstag)で刑事訴訟法改正が要求されたことである⁵⁰¹)。このドイツ弁護士大会で報告を行った Dahs は、その報告の最後を「刑事訴訟法は、時代遅れで老朽化した一部がめかしい法律であり、90年を経過し、最終的に近代的刑事手続法に席を譲らなければならない」という言葉で締めくくった⁵⁰²)。改正の主な要求は、被疑者・被告人と弁

護人の法的地位の改善であった⁵⁰³。

連邦弁護士会によると、刑事訴追を受けたことのない者は、自己の訴訟上の権利について、わずかの知識も持たない。常習犯は、刑事手続における自身の権利に関する知識を有しているが、常習犯のような者であっても、熟練の警察官の尋問においては劣位にある。このような状況において作成された調書が、公判において決定的な役割を果たすことは少なくない。それゆえ、尋問前に被疑者・被告人に対して供述拒絶権について告知することによって、被疑者・被告人は、自己に不利益な立証に寄与する義務はないという命題が貫徹される、と考えた。そこで出された連邦弁護士会の委員会による提案は、「被疑者・被告人に対して以下の事項が告知されなければならない。被疑事実について供述するかまたは事件に関して供述を拒絶することは、被疑者・被告人の自由であること。被疑者・被告人の供述の内容および特に自白はその不利益に利用されることがあること。

被疑者・被告人は口頭での供述の代わりに、自らまたは弁護人によって書面で供述することができること。弁護人は裁判官または検察官による尋問に立会う法律上の権利を有すること。被疑者・被告人は、その尋問前に、弁護人を選任し、かつ、直接この弁護人と交通する権利を有すること」というものであった⁵⁰⁴。

また、Rohrbach 事件、Lettenbauer 事件、Hetzel 事件のような誤判事件も改正を促した⁵⁰⁵。

このことを連邦司法省が認識し、改正事業に着手した。連邦司法省は、刑事訴訟法および裁判所構成法改正にあたり、その対象を未決勾留、被疑者・被告人の法的地位ならびに公判前手続・中間手続および公判手続の構成に限定した⁵⁰⁶。1960年6月13日、連邦司法大臣は、改正法律草案を国会に提出した。しかし連邦政府は、実体刑法の改正の後に包括的な刑事訴訟改革を行うべきであると考えていた。

第4条〔被疑者・被告人および証人の尋問〕

刑事訴訟法を以下のように改正する。

1. 第136条第1項を以下のとおりとする。

最初の尋問の開始の際、被疑者・被告人に対して、嫌疑の対象とされている犯罪行為および顧慮されている罰条を告げなければならない。彼に、被疑事実について供述するか事実について供述を拒絶するかは法律上その任意であることを告知しなければならない。

理由書によると、第1項第2文の告知は、被疑者・被告人に、「被疑事実について供述するか事実について拒絶するかは、法律上その任意であること」をはっきり理解させるために行われる。理由書は、被疑者・被告人の供述拒絶権の告知が既にフランス刑事訴訟法において規定されている点に言及した⁵⁰⁷⁾。1960年草案は、「拒絶する (verweigern)」という表現を用いた。理由書によると、これは、被疑者・被告人は、訴訟主体として、何らかの言明をすることによって手続に協力するよう義務づけられると考えたためであった。ただし、被疑者・被告人は、法律上、自己負罪義務から解放され、事実についての供述を拒絶することが許される。告知によって、被疑者・被告人の選択肢が明らかになるという。被疑者・被告人が供述することによって自身の嫌疑を晴らそうとするとき、被疑者・被告人がそれが自身の防禦にとって「よりよいもの」とであると認識していなければならない。なお、理由書によると、被疑者・被告人の供述が彼にとって不利に利用されうる旨の告知は不要であるとされた。なぜなら、これは「自明のこと」だからであった⁵⁰⁸⁾。

同年8月17日、連邦政府は草案を連邦議会に提出した⁵⁰⁹⁾。同年10月21日、連邦議会は、連邦政府草案および連邦参議院の改正提案を第一読会で連邦議会法務委員会に付託した。しかし、その他の課題が山積していたため、草案は、第三任期中に審議されなかった。

第四任期(1961年~1965年)になると、連邦議会の3つの党派が草案を新たに提出した。この1962年草案⁵¹⁰⁾は、1960年草案の「拒絶する」という文言を、「供述しない」に変えた。この点について、理由書は、「道徳的

真実供述義務は別として、被疑者・被告人は、訴訟主体として手続に協力するよう義務づけられ⁵¹¹⁾ず、刑事訴訟法は、「被疑者・被告人を自己負罪義務から解放し」、証人 (第55条) と同様に、被疑者・被告人にも供述拒絶を認めることとしたと説明した⁵¹¹⁾。

これに対し、ドイツの諸領邦は、法律で被疑者・被告人に対する告知を義務づけると、警察の任務たる犯罪解明が危うくなると批判した⁵¹²⁾。

1962年2月12日、連邦政府は、草案を連邦議会に提出し、同月14日、連邦議会は、草案を第一読会で連邦議会議法務委員会に付託した⁵¹³⁾。

法務委員会は、1963年2月20日に審議を終了した。同年3月6日、ドイツ裁判官連合は、法務委員会の提案に対して、正当な刑事司法の任務を妨げると主張した。それは被疑者・被告人やその弁護人の正当な要求と刑事手続の国政上の任務との緊張関係を効果的な刑事司法にとって不利にするような変更が懸念されたからであった。実体的真実発見に重大な困難を伴うような刑事手続に改正するならば、その本質的な機能は、もはや果たされないだろうという警告的な内容であった⁵¹⁴⁾。

連邦議会本会議において、このドイツ裁判官連合の懸念は、考慮された。連邦議会本会議は、1963年3月27日に第二読会を終え、修正提案を行った。ただし、この際、被疑者・被告人およびその弁護人の地位の根本的強化を必要とするという点は全員一致の見解であった。

この連邦議会本会議において、Memmel (CDU/CSU) は、政府提案が、被疑者・被告人に対する供述拒絶権告知義務を警察官にも負わせた点を批判した。議事録によると、「もし皆さんが、裁判官や検察官に対してこの規定 (= 被疑者・被告人に対する供述拒絶権告知義務) を法律に規定するならば、それはなんとかうまくゆくかもしれません。これは、今までにも行われてきたところです。しかし、皆さんが警察に対してもこれを導入するならば、皆さんは大きな刑事政策上の危険を生ぜしめることになります。未解決件数が増加し、解決件数は減少するでしょう。なぜなら、警察官から被疑者・被告人に対する最初の介入における解明の機会を奪うからです。

というのも、被疑者・被告人は、最初から「いいえ」と供述することになるでしょう。供述拒絶権告知義務を警察官に対して課することはできません。検察官と警察機関が、犯罪を撲滅し、かつ、できる限り迅速に犯罪解明を達成するという義務を負っているということを考慮すべきです」と発言した⁵¹⁵⁾。

さらに、1963年10月19日にカッセルにおいて開かれたドイツ裁判官大会において Hannemann (裁判官) は、無実の者が供述拒絶権を行使することは稀である一方、真犯人は供述拒絶権を行使すると述べた。もしこの規定を新刑事訴訟法に導入したいならば、警察に犯罪捜査を求めてはならず、検察官や裁判官にその責任を負わせたりその機能不全を非難してはならない、と警告した。そして「法に誠実な市民は、法律違反者からの保護を求める権利を有する。刑事訴訟法改正によって、この権利が、被疑者・被告人の権利の強化に向けた努力の背後に退くべきではない」と強調した⁵¹⁶⁾。

連邦参議院の強い反対にもかかわらず、1964年6月24日、連邦議会本会議は、草案にわずかな修正を施すにとどめ、この際、警察の尋問前に警察によって行われる被疑者・被告人に対する告知も保持され、法律となった⁵¹⁷⁾。

(2) 弁護人に相談を行う自由の告知 - 供述拒絶権との関係を中心に

1962年2月から行われた連邦議会法務委員会において、被疑者・被告人に対し「何時でも、その尋問前においても、被疑者・被告人によって選任された弁護人と相談することは自由である」ことを告知すべきということが、決議された。

これに対して、連邦参議院およびドイツ裁判官連合から強力な反対論が主張された。

1963年3月6日付のドイツ裁判官連合による法務委員会決定に対する意見は、第4条第1号(刑事訴訟法第136条第1項)で掲げられた被疑者・被告人に対する供述拒絶権の告知について次のように批判した。「提案さ

れた規定は甘受されるだろう。しかしながら、第 4 条第 3 号 (刑事訴訟法第 163a 条第 3 項第 3 文) は、最初の警察による尋問に対しても、その規定 (= 第 4 条第 1 号 (刑事訴訟法第 136 条第 1 項)) が妥当するように規定している。これは承認できない。告知の結果、多くの被疑者・被告人が提示された嫌疑を逃れる可能性を容易に利用するであろう。なぜなら、それによって被疑者・被告人は、供述すべきであるか否かという難しい決定を免れるからである。『被疑者・被告人は、自身の供述拒絶がやましい心のしるしと解されることをはっきり感じている。被疑者・被告人が弁護人に相談するとき、被疑者・被告人からこの危険が排除され、または本質的に減じられる。それとともに、犯罪者に対する最初の介入における解明の機会は、決定的に減じられる。この犯罪捜査学上の不利益は、告知が無罪の者を助けるときにのみ甘受されうるだろう』と⁵¹⁸⁾。

しかし、連邦議会本会議の第二議会および第三議会は、反対論を退けた。

さらに、1963年10月のドイツ裁判官大会において Hannemann は、犯罪捜査における最初の介入の価値が、被疑者・被告人に尋問前に弁護人を選任し、かつ、その弁護人に相談する権利を有する旨を告知することによって減じられる、あるいは打ち砕かれるという懸念を表明した⁵¹⁹⁾。

1964年6月11日の審議において連邦参議院代表 Straeter は連邦参議院全員一致の見解として、『警察官が、被疑者・被告人の最初の尋問の前に、被疑者・被告人があらかじめ弁護人と話す権利を有していると告知しなければならぬ』という点に対して反対の意見を表明した⁵²⁰⁾。

このようなドイツ裁判官連合や Hannemann による批判は、『カリリナ期と同様に、被疑者・被告人を自身の有罪立証にとって最も重要な証拠資料とみなし、かつ、法治国家的観点に沿って、被疑者・被告人の手続への寄与の意味を防禦にあると考えていない』と反駁されたという⁵²¹⁾。

連邦参議院の要求で開かれた両院協議会も、『告知義務を被疑者・被告人があらかじめ弁護人に相談できる点にまで拡大しない』という連邦参議院の提案を退けた⁵²²⁾。

3. 小 括

刑事訴訟法および裁判所構成法を改正する法律第4条によって、刑事訴訟法第136条および第163a条は次のように改正された。

第136条

最初の尋問の開始の際、被疑者・被告人に対して、嫌疑の対象とされている犯罪事実および顧慮されている罰条を告げなければならない。さらに、嫌疑事実について供述するか、あるいは供述しないかは、法律上その任意であること、また、いつでも、尋問の前であってもその選任する弁護人と相談できることを告知しなければならない。なお、被疑者・被告人に書面で陳述させることを適当とする場合、その旨をも告げるものとする。

尋問は、被疑者・被告人に対して、嫌疑の根拠を弁明し、かつ、自己に有利な事実を主張する機会を与えるものとする。

最初の尋問に際しては、被疑者・被告人の人的な諸事情の解明にも留意しなければならない。

第163a条

[, , 略]

検察官による被疑者・被告人の尋問にあたっては第136条および第136a条を準用する。

警察官による被疑者・被告人の最初の尋問にあたっては、被疑者・被告人に対していかなる行為がその責任とされるかが示されなければならない。警察官による被疑者・被告人の尋問にあたってはさらに、第136条第1項第2文および第3文、第2項、第3項ならびに第136a条を準用する。

Dahsによると、被疑者・被告人の最初の尋問は、訴訟結果を左右する重要な事象である。これは、自白する用意のある被疑者・被告人の有罪立証に役立つと同時に、無辜の者を不利益な結果に巻きこむこともありうる。無辜の者は、事件や体験のショックで、しばしば判断をもって判断し配慮不十分で時に無理解に尋問を行う警察官の職務熱心に太刀打ちできないと指摘した。また、Dahsは、被疑者・被告人が不器用であること、逮捕による恐怖、お上に盲従する家来精神、自身の訴訟上の状況について無知であることによって、供述や「自白」がもたらされると述べた。これまでは、十分な知識を有する犯罪者が自らの権利を知っている一方で、法を信頼す

る市民にとってはこの権利を告知されないゆえに無知の権利であった。本改正による「完全な告知義務によって、法治国家的形式が、警察の尋問でも確保される」ことになったと指摘した⁵²³⁾。

なお、このころ、黙秘を有罪の徴表として扱うことに関する議論が活発であった⁵²⁴⁾。黙秘権は法律上の要請に高められた一方、黙秘は、被疑者・被告人にとって有利な事実解明を妨げる虞があった。この点につき、連邦裁判官である Seibert は、裁判所が黙秘のみから被疑者・被告人にとって不利な帰結を導き出すことは許されないと述べた。事実に関して供述しないという被疑者・被告人の権利行使は、刑事訴訟法第261条が意味する証拠方法ではない。裁判所は、証拠調べの結果について判断するのであって、黙秘について判断するのではないからである、と述べた⁵²⁵⁾。

なお、告知義務違反の場合、それによって獲得された証拠の利用が禁止されるか否かという問題は、残された⁵²⁶⁾。

1964年刑事訴訟法小改正は、警察官、検察官による被疑者・被告人尋問への弁護人の立会権は保障しなかった。立法者が意図したかどうかは不明であるが、被疑者・被告人の供述拒絶権は弁護人との相談によって実効的に保障されることになった⁵²⁷⁾。それゆえ、本改正は、「1877年ドイツ帝国刑事訴訟法における Nemo tenetur 理論をほんの少し前進させた」と評価されている⁵²⁸⁾。被疑者・被告人に対する道徳的真実義務は完全に否定されたわけではなく、黙秘を有罪を示す徴表として利用できることについても言及されなかった。被疑者・被告人の犯行後の態様（黙秘や否認）を刑罰加重的に利用することは、Nemo tenetur 原則の具体的適用が問題になる場面の一つであり、今後の検討課題としたい。

第7節 本章のまとめ

以上、ドイツにおける Nemo tenetur 原則の歴史的展開を概観した。

前章でも触れたように、Nemo tenetur 原則の意味内容は、論者や時代により様々であるが、それは突然誕生したものではなく、人々の理解や社会情勢に応じて次第に形成され、変容し続けるものであると考える。それゆえ、まず、Nemo tenetur 原則の意味内容が現在に至るまでにどのように変化してきたかを確認する必要がある。刑事手続における Nemo tenetur 原則の「起源」だけでなく、歴史的展開の中でひとつの法原則として確立する過程も、その存在根拠の検討にとって重要であると考え。

ドイツにおける Nemo tenetur 原則は、一般に、外国法の継受であるといわれる。仮にイギリスから継受したものであっても、それを受け入れるための基盤や理解が必要であろう。Nemo tenetur 原則の継受の過程とともに、その「継受の複雑性」⁵²⁹⁾にも着目しなければならないと考える。

ドイツの初期糾問手続以来、刑事手続における真実探究が重視されてきた。自白は、証拠の女王であり、その獲得が尋問の目的とされ、必要であれば拷問も用いられた。しかし、14世紀末のザクセンシュピーゲルやマクデブルク質問、啓蒙期において、拷問が批判され、その論拠のひとつとして Nemo tenetur 原則が援用された。なぜなら、拷問は、究極の Nemo tenetur 原則の違反だからであった。Nemo tenetur 原則は、自然法思想に依拠して援用された。この意識変化は、啓蒙思想とともに、被疑者・被告人の主体性につながり、Nemo tenetur 原則の確立のための基礎を築いた。自然法思想に基づく Nemo tenetur 原則は、現在も Nemo tenetur 原則の他の根拠論とともに言及されている。

しかし、ドイツにおける拷問廃止は、被疑者・被告人の主体性の確立に必ずしもつながらなかった。黙秘や否認をする被疑者・被告人に対して「拷問代用物」と呼ばれる不服従罰・虚言罰や尋問術が用いられた。改革された刑事訴訟期になると、ドイツ刑事手続は、糾問主義を廃し、弾劾主

義方向へと改革され始めた。不服従罰や虚言罰は廃止され、その根拠のひとつとして Nemo tenetur 原則との矛盾が指摘された。理論的には、弾劾主義に基づき、被疑者・被告人は、もはや訴訟の道具ではなく訴訟の主体と認識されるようになった。被疑者・被告人に対する尋問は自白獲得目的で行われてはならず、告発者が被疑者・被告人の有罪を立証する責任を負うことが確認され、被疑者・被告人は自ら不利な証拠方法になる必要はないという Nemo tenetur 原則が承認された。それゆえ、Nemo tenetur 原則は、弾劾主義の本質と呼ばれた。しかし、実際には、真実を供述する旨の訓戒は行われ、被疑者・被告人は真実供述義務を課され、黙秘は有罪の徴表として利用されており、Nemo tenetur 原則が保障されているとは言い難い状況であった。このように、Nemo tenetur 原則は、改革された刑事訴訟期において、弾劾主義の帰結として言及されたが、次第に、独立したひとつの法原則として認識され始めた。例えば、Nemo tenetur 原則に「国家と市民の関係性」を見てとる見解や、被疑者・被告人に自己負罪させる刑事手続は有罪推定がなされているとして、Nemo tenetur 原則と無罪推定の関係を指摘する見解があらわれた。

ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則は、改革された刑事訴訟期に、「弾劾訴訟に無賃乗客のように入り込」み「ほとんど気づかれないうちに承認」され、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法第136条第2項（尋問の目的）という条項に結実した。本条項は、何人も自身に対して提起された被疑事実に関する意見を表明するよう義務づけられず、かつ、被疑者・被告人の尋問は防禦であり、有罪立証や自白獲得目的で行われるものではないという考え方を基礎とした。確かに供述強制は否定されたが、依然として被疑者・被告人は事実上、真実供述義務が課されていた。

1908年および1920年に提案された刑事訴訟法草案は、ドイツ帝国刑事訴訟法が保障する黙秘権が空洞化しているという理由から、より実効的な保障のための改正を試みた。特に、1920年に Goldschmidt によって提案された刑事訴訟法草案は、被疑者・被告人の供述義務不存在の旨の告知だけで

なく、被疑者・被告人が供述を拒絶する場合、被疑者・被告人が以前に行った供述を利用できないこととした。両改正案は法律とはならなかったが、1964年改正に大きな影響を与えただけでなく、現在においても *Nemo tenetur* 原則を考えるうえで参考とすべき点があると考ええる。

ナチス政権下では、*Nemo tenetur* 原則は非常に制限された。1936年草案では、被疑者・被告人に対して真実の供述が期待され、虚偽供述が刑罰加重的に作用し得る旨の規定が提案された。国家構成員として真実供述義務を課されるという見解もあった。さらに、「強化された尋問」という名の拷問が行われた。しかし、ナチス期の刑事手続においても、*Nemo tenetur* 原則の存在は否定されえなかった。

戦後、1950年法統一化法に基づき、刑事訴訟法は、1933年以前の規定に戻された。新たに第136a条を設け、戦時刑事手続における「強化された尋問」のような拷問をはじめとする真実探究手段に反対する意思が明らかにされた。

1964年刑事訴訟法小改正によって、改革刑事訴訟期のブラウンシュヴァイク刑事訴訟法以来議論され続けてきた被疑者・被告人の供述拒否権の告知規定が設けられた。ただし、警察官および検察官による被疑者・被告人尋問が行われる際の弁護人の立会いは認められなかった。

このように、ドイツ刑事手続における *Nemo tenetur* 原則は、糺問主義の採用以来、刑事手続における真実探究方法としての被疑者・被告人の行為後態様の意義や、被疑者・被告人の訴訟における地位の変化と密接に発展してきたことがわかる。*Nemo tenetur* 原則は、立法上、1877年に制定されたドイツ帝国刑事訴訟法によって承認された。しかし、実務では、被疑者・被告人は、拷問廃止後も、拷問の代用物である不服従罰や虚言罰、尋問術を用いられ、裁判官による真実供述の訓戒を受け、事実上の真実供述義務が課された。被疑者・被告人の黙秘や否認は、有罪の徴表または刑罰加重的要素として用いられた。つまり、ドイツの刑事手続における *Nemo tenetur* 原則は、法的小および理論的には承認されたものの、それが

実際の刑事手続で実効的に保障されることは困難であったことが分かる。

近年、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の保護範囲を制限する動きが生じている。例えば Hörfälle (だまし聞き) 等の新たな捜査手法によって、被疑者・被告人に対する潜在的な自己負罪の可能性が生じつつある。これは、刑事手続の効率性や犯罪予防が、被疑者・被告人の手続上の権利に優位するという考えにもつながりうる。こうした動きの中で、現在のドイツ刑事訴訟における Nemo tenetur 原則がどのように議論されているかは、後述する (第 2 編第 3 章)。

第 2 章 わが国における Nemo tenetur 原則の展開

本章では、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的展開を概観する。その対象は、明治初期の拷問廃止論議から現行刑事訴訟法第 198 条第 2 項の被疑者の供述拒否権の告知に関する規定が改正された 1953 年刑事訴訟法改正までとする⁵³⁰⁾。各時代の資料に基づき被疑者・被告人の尋問や自白の取扱い、被疑者・被告人の供述義務、被疑者・被告人の地位等の議論状況を概観することによって、わが国の Nemo tenetur 原則に影響を与えた要素としてどのようなものがあつたか、各時代の到達の程度はいかなるものであつたかを示したい。そして、わが国における Nemo tenetur 原則の歴史的展開のなかで生じたその必要性や存在根拠を示す。

第 1 節 拷問の廃止

1. 治罪法以前の拷問規定

1868 (明治元) 年、拷問が、仮刑律に規定されたが、一定の制限も設けられていた。すなわち、「凡、帯刀士分以上僧尼位階有ルモノ准之并年七十以上十五巳下若八廢疾及病患有ルモノ」に対する拷問を許さず、衆証鞫問によって罪を定めるものとされた⁵³¹⁾。

1870 (明治 3) 年 5 月 25 日、刑部省は、「獄庭ノ規則ヲ定ム」(獄庭規

則)においても拷問を認めた⁵³²⁾。

同年12月20日の新律綱領は、「拷問図」の「訊杖」の中で「其重罪ヲ犯シ。贓証明白ナル招承ハクシヤ ウセスニ服セサル者ヲ拷訊ス」と規定された。つまり、重罪を犯した者が証拠を隠していることが明白であるにもかかわらず自白しない場合、訊杖による拷問が行われた。同様に、1872(明治5)年8月3日、「司法省職制並ニ事務章程」(太政官布告無号)(司法職務定制)第52条第12も、「犯罪ノ應跡已ニ瞭然タルニ犯人白狀セサレハ判事鞫問シ猶白狀セサレハ之ヲ拷問ス」と規定し、新律綱領と同様に、罪を犯したことが明白であるにもかかわらず当該の者が自白しないとき、拷問が許された⁵³³⁾。

同年10月10日の司法省達は、拷問を認めるが、「痛楚ヲ畏レテ真情ヲ吐ンコトヲ要スルノミ、之ヲ惨毒シテ悪ヲ懲ラスニ非ス」(第15則)と定め、拷問具や方法に改善を加えようとしたが⁵³⁴⁾、実際の運用は異なった⁵³⁵⁾。

拷問の利用と共に、1873(明治6)年に実施された改定律例(太政官布告206号)第318条の「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル 若シ甘結セスシテ死亡スル者ハ証左アリト雖モ其罪ヲ論セス」という規定が重要である。口供結案とは、本人の確認を経た自白調書のことをいう⁵³⁶⁾。すなわち、自白の存否によって罪責の有無が決定された。

2. 拷問の廃止と Nemo tenetur 原則

1875(明治8)年4月、ポアソナード(Gustave Emile Boissonade de Fontarabie)⁵³⁷⁾が、拷問の惨状を目撃した⁵³⁸⁾。

ポアソナードは、同年5月20日、「拷問廃止建白書」を司法卿に提出した⁵³⁹⁾。この「拷問廃止建白書」は、「人道の観点」、「自然法ならびに純真なる正義の観点」、「純理の観点」、「日本の威厳ならびに利益の観点」の四点から、拷問は許されないと論じた。このうち、第二の理由である「自然法ならびに純真なる正義の観点」において、ポアソナードは次のように述べた。「……犯人が訴追前に自首し、罪跡を証明すべき証人、換言すれば

自己に不利益な証言をなす者を指示し、或は自己の利益に反して証拠物件、調書その他犯罪の参考になるべきものを提示することを求めることは、いかなる立法者の考えにもないのである。……中国、日本、欧米においても、何人も被告が自己弁護の権利を有することに誰からも反対されていない。これが自然法の原則であって、かつていかなる立法者でも、すくなくとも公然とこれに反対をしない神聖な原則である。被告が自己弁護の権利を有するからといって、同時に自己訴追の義務を有するものではない。従って、拷問は、被告の防衛権の最も明白な侵害である。……私は、証人、被告、受刑人は沈黙の自由を保有すべきものであることを結論する。そして、この自由は、人格の最も不可侵にして、最も神聖な特権であって、又、一人の無実の者を死に処するよりも、百人の罪人を罰しないにしくはないといった孔夫子の金言を尊重する最も確実な方法である⁵⁴⁰⁾。ここから、ボアソナードは、拷問廃止の理由として、被告人は、自然法に基づき、人格の最も不可侵にして最も神聖な特権である沈黙の自由を有する点を挙げていたことが分かる。

この建白書は、早速翻訳され、政府の高官や元老院議員等に配布された⁵⁴¹⁾。政府はこれに動かされ、直ちに正院の政体取調掛に指示し、拷問廃止の検討を命じた。この指示を受け、当時司法省に出仕していた井上毅は、熱心に拷問廃止のための具体案作成にあたった。同氏は、ボアソナードと質疑を重ねたうえ、大臣・参議あてに拷問廃止意見案を作成し、拷問を早急に廃止するために改定律例第318条を廃止すべきであるとした⁵⁴²⁾。しかし、元老院内に強い危惧があったため、拷問の即時廃止には至らなかった⁵⁴³⁾。

1876 (明治 9) 年 4 月 13 日、元老院号外第四号意見書第一読会⁵⁴⁴⁾が開かれ、陸奥宗光元老院議員が、改定律例第318条改正の意見書を提出した。同氏は、改定律例第318条の改正意見につき、「……本條ニ曰ク凡ソ罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル云々夫レ自ラ為シタルノ悪ヲ自ラ告白スルハ人情決シテ能ハサル所事実絶ヘテ無キ者ナリ……」と発言し、自己負罪供述は人

情ゆえに不可能であると指摘した⁵⁴⁵⁾。

同月21日、第二読会⁵⁴⁶⁾に提出された同氏による改正意見書は、拷問の残酷さや弊害を訴え、拷問廃止と依証断罪を提案した。特に自己負罪供述の点につき、同氏は、父が子の、子が父の犯罪を隠そうとする行為は父子の恩情や篤厚という「情」ゆえに許される一方で、自己の身を愛するゆえに犯罪を隠すことは「理」ゆえに許されないというのは道理にかなわないと指摘した。さらに、アメリカ合衆国憲法が規定する自己負罪拒否特権にも言及しており、注目に値する⁵⁴⁷⁾。

これに対し、佐々木高行は、口供結案は自己負罪供述であり、これは人情ゆえになしえないという点につき陸奥宗光に賛同する。しかし、口供は強制によって獲得するものではないとも述べた⁵⁴⁸⁾。

同月25日、第三読会が開かれ、全会一致で意見書は可決され、改正されることになった⁵⁴⁹⁾。

同年5月22日、元老院第21号議案「改定律例第318条改正」第三読会において、柳原前光は、「欧米諸国八人ヲシテ己ニ不利ナルコトヲ認メシムル八情ニ戻ルトシ口供ハ証拠ノ一端ニ充ツル耳ト」と発言している⁵⁵⁰⁾。

その後、同年6月10日太政官布告86号によって、改定律例第318条が改正された。拷問廃止の趣旨をも含めて「凡罪ヲ断スルハ証ニ依ル」(依証断罪)とされた。有罪の言渡しに際し、自白は必ずしも不可欠のものではなく、他の証拠があれば十分とされ、拷問と結びついていた法定証拠主義が廃止された⁵⁵¹⁾。

さらに、同年8月28日の「断罪証拠条件」(司法省達64号)は、8項目の「断罪証拠」を示したうえで、「前件ノ証拠ニ依リ罪ヲ断スルハ専ラ裁判官ノ信認スル所ニアリ」という文言をおき、自由心証主義の採用を明らかにした⁵⁵²⁾。

しかし、依証断罪が定められたものの、「依証」が「有形無形の証拠徴憑に依拠して罪を断ずるものである」と解されたために、刑事裁判は「甘結裁判」と「認定裁判」という二種類に区分された。「甘結裁判」とは、

裁判の言渡しはどこでいかなる罪を犯したかについての被告人の自白のみに基づき、新律綱領によっていかなる刑罰に処するかを判断するものであった。この際、裁判官の有罪の心証の根拠を述べることは要求されておらず、自白に依存するという口供結案の弊害は完全に除外されたわけではなかった。また、「認定裁判」とは証拠に拘束され、裁判の言渡しはどこでいかなる罪を犯したかについての申立があっても、証拠によって有罪を認定し、改定律例によっていかなる刑罰に処するかを判断するものであった。この際も、裁判官の心証を述べる必要はなく、依証断罪の新たな弊害であるという指摘があった⁵⁵³⁾。

なお、拷問の全廃は、1879 (明治12) 年10月8日「拷訊二関スル法令删除 (太政官布告42号)」まで待たねばならなかった⁵⁵⁴⁾。

3. 本節のまとめ

明治初期においては改定律例において有罪の認定のために自白が必要とされ、拷問が自白獲得のためにも利用されていた。

これに対しポアソナードは、拷問廃止建白書において、拷問の廃止の理由として「被告人が人格の最も不可侵にして最も神聖な特権である沈黙の自由を有する点」を挙げた。被告人が沈黙の自由を有し、この自由が人格の不可侵かつ神聖なものであることが紹介されたということは注目すべきである。ただし、この拷問廃止建白書が当時の明治政府によって詳細に検討された形跡は見られない。

しかしながら、このポアソナードの問題提起を受けた改定律例第318条改正に関する議論において、陸奥宗光、佐々木高行、柳原前光の三氏が自己負罪供述について言及している点も注目される。「自己負罪は人情ゆえになしえない」と考えられ、そのことが拷問廃止および口供結案廃止の理由の一つとされた。また欧米諸国の法律も参照されていた⁵⁵⁵⁾。このように明治初期におけるわが国の Nemo tenetur 原則は、拷問の廃止と自由心証主義の採用に関する議論の中に見ることができる。しかし、この「人

情」や「情」の内容は詳細に述べられておらず、被告人の人権という観点からの指摘はこの段階ではなされていなかった。

第2節 治罪法

1882(明治15)年1月1日より施行され、1890(明治23)年に廃止された治罪法(明治13年太政官布告37号)⁵⁵⁶⁾は、わが国における最初の近代的刑事訴訟法といわれる。編纂の際、ポアソナードが原案を起草し、委員として関与した。治罪法は、わが国の情勢に鑑みて多少の変更が加えられているが、フランス法を模倣している⁵⁵⁷⁾。

治罪法編纂の開始時期は、定かではない⁵⁵⁸⁾。治罪法起草作業は、司法省による起草作業(司法省段階)、治罪法草案審査局における審査修正作業(審査局段階)、元老院における審査作業(元老院段階)に分けられる⁵⁵⁹⁾。

1. ポアソナード草案における被告人の自白の取扱い

(1) 司法省による起草作業⁵⁶⁰⁾は、当初、日本人委員が主導権を有した⁵⁶¹⁾。その後、主導権がポアソナードに移され、同氏が作成した草案をたたき台として編纂作業が行われた⁵⁶²⁾。この編纂作業によって、1878(明治11)年末、「ポアソナード氏起稿治罪法草案直案(仏文650条)」⁵⁶³⁾(以下、ポアソナード草案とよぶ)が作成された。ポアソナード草案の特徴は、1808年ナポレオン治罪法典をモデルに作成され、ポアソナードの構想が反映された点にある。日本人委員がこれを修正し、1879(明治12)年6月、「司法省 治罪法草案」が完成した⁵⁶⁴⁾。以下では、特に、自白の取扱いと被告人の訊問に関し、第160条および第165条に焦点を当てて概観する。

ポアソナード草案第160条⁵⁶⁵⁾は、第2編(犯罪の捜査、訴追および予審について)の第3章(予審について)の第3節(証拠について)に以下のように規定していた。

ボアソナード草案第160条

法律ハ被告事件ノ景状ニ因リ有罪タル可シトノ推測ヲモ定ムルコトナシ 但シ裁判ヲ経タル事物ノ効力ノ事項ニ記シタルコトハ此限ニ在ラス

被告人ノ自由ニシテ且ツ随意ナル白状、官吏ノ検証調書、証拠物件、証人ノ拳証、鑑定人ノ具申、事実ノ推測及ヒ其他諸般ノ証憑ハ良心ノ命スル所及ヒ正理ノ照ス所ニ循ヒ心証ヲ組成スル所ノ判事ノ査定ニ委ネラル可シ

草案第160条第2項についてのボアソナードの注釈(第266号)は、列挙された証拠は裁判官の理性と良心に委ねられ、裁判官の心証が不完全である場合、裁判官は被告人にとって利益になるように判決を下さなければならぬとしていた⁵⁶⁶⁾。

次に、ボアソナード草案第165条⁵⁶⁷⁾は、以下のように自白獲得目的で被告人の意思に影響を与えることを禁止していた。

ボアソナード草案第165条

予審判事ハ被告人ニ有罪ノ白状其共犯又ハ従犯ノ指名或ハ其他凡テ事実ニ適合ス可シト信シタル一切ノ申立ヲ請求スルコトヲ得可シ然レドモ之ヲ求メンカ為メ強迫恐嚇又ハ蠱惑ノ約束、詐欺ノ言語ヲ使用ス可カラズ⁵⁶⁸⁾

然レドモ予審判事ハ被告人ニ白状及ヒ其他事実発見ニ有利ナル申立ヲナセハ法律ノ許ス限度内ニ在テ裁判所ノ寛裕ヲ受得シ之ニ反シテ裁判所ヲ迷ハシムルノ企図ヲナセハ裁判所ノ厳酷トナル原由タル可キコトヲ聞カシムルヲ得

如何ナル場合ニ於テモ唯唯被告人ノ白状又ハ申立ヲ得可キノ目的ノミニテハ予審ヲ遅延スルコトヲ得ス

ボアソナードの注釈は、第1項につき、裁判官が被告人の自白や共犯者の氏名を打ちあげることが求められても、このことによって裁判官は公平性を欠いたといえないとした。法律上裁判官が禁じられることは、脅迫、恐嚇および暴行もしくはその他有形、無形の拷問すべてを被告人に用いるような一切の措置だけである。これらの措置は、公正と弁護の自由に背する。さらに、裁判官が、虚偽の約束や欺罔によって被告人から自白を獲得することも禁じられるとした。第2項は、被告人が真実を供述するならば利益を、また、事実を隠蔽するならば不利益を受けうる旨を、裁判官が被告人

に告知することができることを示した。第3項は、裁判官が、被告人の自白獲得や共犯者を発覚させる目的で予審や密室監禁を遅延させてはならないことを規定した⁵⁶⁹⁾。

被告人の自白については、ボアソナード草案第384条⁵⁷⁰⁾と第385条⁵⁷¹⁾の注釈(第503號)が詳しい。注釈によると、被告人訊問の最も望ましい結果は、被告人の自白獲得であるという。確かに自白は、自由かつ任意であっても、その内容が真実であるとは限らない。しかし、自白の「至大な証拠力」は否定されるべきではない。被告人の自白がある場合、おおむねその他の証拠を提出する必要はないとされた⁵⁷²⁾。

ボアソナード草案第465条⁵⁷³⁾の注釈(第584號)では、重罪の判決につき、「被罪人の十分な白状または幾分の白状があったとしても、裁判長は、自白した諸点について訊問を行わないわけではない。もしこれを駁却することがあれば、その旨を明示し被罪人にこの駁却の説明をしなければならない。自白は、たとえ十分な自由から出たとしても、未だ必ずしも確証ではない。なぜなら、被告人は、真の罪人を捜索から免れさせるため、または、被告人の親戚や国事犯の盟友であるために自白を行いうるからである。それゆえ、その他の証拠があれば、これを調べなければならない」とされた⁵⁷⁴⁾。

(2) ボアソナード草案は、治罪法草案審査局によって審査修正されたが、この時点で既にボアソナードは立法作業から排除されていた⁵⁷⁵⁾。この審査修正作業は、1880(明治13)年2月26日に終了し、翌27日「治罪法審査修正案530条」が太政大臣に提出された。

1879(明治12)年12月30日に開かれた治罪法草案審査第二読会(第11回)⁵⁷⁶⁾で、ボアソナード草案第160条、第165条が審査された。

第160条は、その趣意を可とされたが、その文言が理解しがたいとして修正を検討された。しかし、修正された第160条は、第二読会中に確定されなかった。

第165条は、まず第1項の「被告人ヲ奨励シテ(請求シテ)(小山田銓太郎の訳によると「被告人ニ……請求スル」)」という文言は穏やかでないと

して「被告人ヲシテ」に修正された。また、「有罪ノ白状其共犯又ハ従犯ノ指名或ハ其他凡テ事実ニ適合ス可シト信シタル一切ノ申立（小山田銓太郎の訳によると「有罪ノ白状其共犯又ハ従犯ノ指名或ハ其他凡テ事実ニ適合ス可シト信シタル一切ノ申立」）」という文言を「其他正実ナル申立ヲ為サシムル為メ」という文言に簡易化することとされた。ただし、その意味内容に変更は加えられなかった。さらに、第1項第2文の「脅迫（小山田銓太郎の訳によると「強迫」）」という文言を削除した。これは、脅迫と恐嚇は同じであり、「恐嚇及ヒ詐言」を禁じることで十分であると考えられたためであった。また、第2項は、予審判事は原告および被告の証拠を収集することにのみ責任を有するのであって、公判判事の意中である酌量の有無について発言することは予審判事の越権であるという理由から、削除された⁵⁷⁷⁾。

(3) 審査局による修正作業を経た後、太政大臣に提出された「治罪法審査修正案530条」は、直ちに、元老院における審査作業（元老院段階）に付されるはずであったが、その前に内閣において陪審制度を削除するという大幅な修正を受けた⁵⁷⁸⁾。その結果、同案は「治罪法審査修正案480条としてあらためて元老院に付されたが、若干の修正を受けたのみで採択された。こうして、治罪法は、旧刑法とともに、1880（明治13）年7月に公布され、1882（明治15）年1月より施行された。

2. 治罪法における Nemo tenetur 原則

以上の経緯を経て制定された治罪法における Nemo tenetur 原則を概観する。

まず、第3編（犯罪ノ捜査起訴及ヒ予審）第3章（予審）第3節（証拠）に、次のとおり第146条（ボアソナード草案第160条）が規定された。

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コトナシ

被告人ノ白状官吏ノ検証調書証拠物件証人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146条第1項は、明確には規定されていないが、無罪推定を表しているとして理解された⁵⁷⁹⁾。第2項は、諸般の徴憑の評価を裁判官の判定に任せるという自由心証主義を明らかにした⁵⁸⁰⁾。当時、自由心証や依証断罪を誤解し、立法の精神に背馳するという弊害が見られたため、これを除去しようとした⁵⁸¹⁾。

第146条の趣旨につき、学説は、次のように評価した。つまり、改定律例第318条は「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」と定め、被告人が自ら不利な罪状を述べるならば、それは他の証拠に比べて確実であるとした。しかし、自白によって罪を断ずるという方法は、事実を誤ることが少なくないという批判がなされた。これを受けて、治罪法は、被告人の自白だけをもって罪を断ずることはできないとした。なぜなら、被告人が、真に自由かつ任意に自白をしたとしても、これを信じることはできないからである。例えば、忠臣は君主のために罪を負い、親孝行の子は父のために罪を負うことがある。または、利益のために他人の罪を買う者がないとはいえない。さらに、他の重い犯罪での訴追を避けようとして軽い罪を犯したと偽って自白する者も存在する。被告人の自白があれば法律上有罪とし裁判官の判断の余地がないならば、無罪を罰して有罪を免ずることになる。したがって、自由任意の自白であっても容易に信用できないと考えられ、被告人の自白によって直ちに有罪推定をするのは危険であるとされた⁵⁸²⁾。

元来自ら刑罰を受ける原因となる不利益の陳述、すなわち自白を行うことは、非常のことであると考えられた。自白を喜んで行う者はおらず、たとえ罪を犯しても変幻詭譎によって事実を隠蔽し、運よく法の網を免れようとするのが常であり、「人情のやむを得ないところ」であり、「人に不利なことを供述させることは、難を人に責めることであり不可能である」⁵⁸³⁾とされた。この点につき、堀田正忠および高谷恒太郎は、「欧州において、

被告人自ら不利なことを言わないことは弁護権であり、これを責めることはできないとされている」とし、欧州における Nemo tenetur 原則が弁護権として保障されていることに言及した。

第146条は、被告人の自白獲得を目的とする拷問⁵⁸⁴)を行わせないために、自白を他の証拠と同様に心証に供する資料にすぎないとした⁵⁸⁵)。

裁判官は、自白があることを理由に取調べを止めることはできない。自白を分析し、一部を採用し一部を排除することはできるとされた。さらに、予審の調書に記載された自白が公判において自認されない場合、その効力を失うものとされた。なぜなら、被告人には必ずしも正実な申立をする責任はなく、自白を自認しないことによって終始効力を失うと考えられたからであった。しかし、横田國臣によると、これは誤りであるという。自白は裁判官が心証を資する材料に過ぎず、たとえ予審の自白を公判で自認しなくても、公判判事は予審の自白によって心証を形成し、公判において自認しないのは変言であるとして排除することができる。したがって、予審における自白が真実であると認められる場合、たとえ被告人が公判でこれを自認しなくてもその効力を失わないとされた⁵⁸⁶)。

次に、同編同章の第4節(被告人ノ訊問及ヒ対質)に規定された第150条(ボアソナード草案第165条)を概観する。本条は、「予審判事ハ被告人ヲシテ其罪ヲ白状セシムル為メ恐嚇又ハ詐言ヲ用フ可カラス」という文言であった。ボアソナード草案第165条第2項および第3項は削除された。

被告人は、拷問によって、肉体的苦痛や憤怒叱責のような精神的苦痛を加えられ、訊問の際に、しばしば詐術が妙計として利用された⁵⁸⁷)。しかし真犯人が無罪となり、無実の者が有罪に陥る危険があるという指摘がなされた。なぜなら、柔弱な者は拷問の責苦に耐えきれず、拷問によって命を失うよりも刑罰をうけたほうがましだと考え、冤罪を被る。他方、強抗な者は拷問の責苦に耐えて死刑を免れようと考え、法の網を免れようとするからである⁵⁸⁸)。それゆえ、証拠として利用できる自白は自由かつ任意の自白に限られ、恐嚇や詐言によって獲得された自白は価値を有さないと

された。

裁判官による恐嚇や詐言の利用禁止の理由としては、独立公平な裁判官がとるべき方法ではなく⁵⁸⁹⁾、容易に精神的拷問に変化しうることも挙げられた⁵⁹⁰⁾。「恐嚇」とは、威権によって自白させることであり、例えばそのことを申し立てれば何年も入監する等と述べ被告人を畏怖させることをいう。「詐言」とは、「共犯者が既に自白したからおまえも速やかに自白しなさい」とか「自白をすれば罪が軽くなる」と述べ、被告人を惑わせることをいう⁵⁹¹⁾。それゆえ、恐嚇詐言なしに被告人に事実を吐露させるために、被告人訊問は、才智が卓越し経験豊富である予審判事が行わなければならないとされた。予審判事の職務は、証拠を収集し事実を明らかにする点にあり、予審判事が被告人を説諭して巧みに自白させることは、被告人の心身に束縛を加えておらず、禁じられないと解された⁵⁹²⁾。

予審判事による被告人訊問は、徒に被告人から自白を獲得しようと企ててはならないとされた。被告人は、弁解に努め、沈黙してはならないものとされた。ただし、例えば「犯行時犯行場所にいなかった」とか「その罪を犯していない」というように、被告人が、不十分な弁解にとどまることは許されると解された⁵⁹³⁾。

被告人の訊問の目的は、二点あるとされた。第一は、被告人の陳述によって直接もしくは間接に事実を発見することであり、第二は、被告人から公訴に対する弁解を聴くことである。堀田正忠は、被告人が自身に対する訴追内容を知り、裁判官に向かってその嫌疑が不当である旨を弁解することができるということは、被告人にとって最も重要な弁護方法であると評価していた。

他方、裁判官が公訴を受理し、直ちに被告人を訊問する場合、被告人は弁護の準備を十分にしていないため、被告人の訊問で被告人に陳述させることは、その弁護を妨げることになるという主張があった。しかし、堀田正忠は、この見解に反対した。なぜなら、裁判官が被告人を訊問する際、裁判官は、暴行、恐嚇、詐言を用いてはならず、被告人の答弁を誘導する

ことなく、被告人に自由かつ任意に答弁させるからである。また、弁護の準備不足の指摘に対しては、被告人の弁護は、冤罪を免れるために行うものであって、法の網を脱するために行う準備は弁護ではないと述べた⁵⁹⁴⁾。

横田國臣は、訊問について、被告人を訊問するのは犯罪があるとして推糺するのではなく、ただ事実を得るため推糺するのみである、訊問は温和明瞭かつ誠実な問いを開示する必要がある、訊問は簡単な事由を明示して答弁の不十分な点を質問し、被告人を誘導して巧みに白状させることができる、憤怒叱責によって被告人を畏懼させ強いて白状させてはならない、詐言詐術によって被告人を惑わせ白状させてはならない、辨駁討論によって被告人を圧倒してはならないと主張した。訊問は真実を得るためであって条理を質すわけではないため、辨駁討論は正当な方法ではないとした⁵⁹⁵⁾。

その他、被告人の自白の取扱いに関して、さらに、第4編(公判)第2章(違警罪公判)につき、第329条⁵⁹⁶⁾が「被告人ノ白状アリタル時八他ノ証憑ヲ差出スニ及ハス」と定める一方、軽罪公判について定める第352条第4項⁵⁹⁷⁾は「被告人及ヒ民事擔當人ハ答辯ヲ爲ス可シ」と規定した。これは、軽罪以上であれば身体自由に関して重大であり、鑑定人や証人等呼び出す損失よりも裁判の正確さの利益の方が大きいと考えられたためであった⁵⁹⁸⁾。

また、第4章(重罪公判)の第391条第2項は、「被告人予審中ニ白状シタル事件ヲ確認セス又ハ之ヲ取消サントスル時八其事由ヲ弁明セシム可シ」と定めた。これは、被告人の自白がたとえ虚偽であっても捜査の端緒となることが実際に多かったため規定された⁵⁹⁹⁾。

3. 本節のまとめ

ポアソナードの拷問廃止建白書とそれに続く改定律例第318条の改正を受けて、治罪法は、自由心証主義や恐嚇・詐言の禁止を明文化した。しかし、予審において被告人は、予審判事による秘密の取調べを受け、弁護人

選任権を与えられず、依然として自白が最も強力な証拠であった。

治罪法の立法過程において積極的に Nemo tenetur 原則に関する言及は見られないが、学説では、「人情のやむを得ないところである」という説明がなされるとともに、被告人自ら不利なことを言わないことは弁護権であるという欧米諸国の Nemo tenetur 原則の考え方が紹介されていたことが分かる。

第3節 明治刑事訴訟法

1. 明治刑事訴訟法制定過程

大日本帝国憲法が、1889(明治22)年2月11日に公布され、1890(明治23)年11月29日より施行された。その中で、刑事手続に関する人権条項としては、「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」(第23条)、「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラルルコトナシ」(第25条)という規定が存在した。しかし、いずれも法律の留保が付されており、刑事手続に対する人権保護的な役割をほとんど果さなかった⁶⁰⁰⁾。

1890(明治23)年10月7日、治罪法に代えて、刑事訴訟法(明治23年法律第96号)(以下、明治刑事訴訟法とよぶ)が制定された。本法は、ドイツ法を母法とする裁判所構成法の公布に伴うものであった⁶⁰¹⁾。

この明治刑事訴訟法の制定過程に関する資料は、非常に乏しい⁶⁰²⁾。それゆえ、本節では、明治刑事訴訟法制定後の文献を中心に、明治刑事訴訟法下の Nemo tenetur 原則を概観する。

2. 被告人の地位

明治刑事訴訟法において、被告人は、「刑事訴訟ノ当事者」かつ訴訟の主体であると同時に、「被告人ハ只審理ノ客体殊ニ証拠方法タル地位」も有していると理解された⁶⁰³⁾。被告人は、弁護権を有し、訴訟上の権利を利用する機会を与えられた。被告人の訴訟上の主たる権利は、起訴の攻撃

に対する防御にあった⁶⁰⁴⁾。

被告人は、予審において弁護人をつけることができず、「密室監禁」の対象となりえた(明治刑事訴訟法第87条ないし89条)。

明治刑事訴訟法は、被告人に対して自己に不利益な行為を強制することを原則として許していないと理解された⁶⁰⁵⁾。この「被告人は自己に不利益な証拠を提出する義務を負わない(Nemo se ipsum prodere teneatur)という弾劾訴訟の原則」により、被告人は、自白を強制されず、物件提出義務も負わない⁶⁰⁶⁾。

なお、明治刑事訴訟法は、刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権に関する規定を設けていなかった⁶⁰⁷⁾。

3. 明治刑事訴訟法における被告人の自白

(1) 自白の価値と意義

明治刑事訴訟法は、拷問を許さず、単に自白は他にこれと符合する事実があるときにかぎり有罪の証拠とすることができた。明治刑事訴訟法下においても、人情ゆえに、真犯人は刑罰を免れようとするのが常であると指摘されていた⁶⁰⁸⁾。

明治刑事訴訟法第90条は、「被告人ノ自白、官吏ノ検証調書、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」と定め、自由心証主義を採用した。被告人の自白その他の供述は、他の証拠と共に自由心証形成のための資料の一つとされた⁶⁰⁹⁾。

被告人の自白は、被告人が真犯人として「真心悔悟して刑罰に服するために行われる」、「自白によって哀を乞うために行われる」と認識されていた一方、被告人が自白するということは、「普通の人情に反する」ことであり⁶¹⁰⁾被告人の任意の自白であっても不実の自白である可能性があることも認識されていた⁶¹¹⁾。

それゆえ、訊問において被告人が犯罪を自認しても、裁判所はその証拠を吟味する義務を免れるわけではなく、他の証拠と同様に自由心証によっ

てその真否を判断しなければならないとされた⁶¹²⁾。

自白の取扱いについて、明治刑事訴訟法第219条⁶¹³⁾と第239条⁶¹⁴⁾に注目する必要がある。両規定は、区裁判所の公判において、被告人の自白があり、検事や民事原告人の異議がないときは他の証拠を取り調べる必要がないとする一方で、地方裁判所の公判においては、被告人の自白があっても常に他の証拠を取り調べなければならないとした。なぜなら、区裁判所においては、取り扱い事件が軽微であり、被告人の自白のみによって裁判しても大きな危険はないが、地方裁判所が扱う事件は重大であり、被告人の自白のみをもって裁判することは危険であるため、被告人がその罪を自白した場合といえども他の証拠の取調べを要すると考えたためであった⁶¹⁵⁾。

両規定について、豊島直通は、被告人の供述についても判事が自由な判断を行うことができることとすべきであると批判した。すなわち、被告人の供述が真実であると信用する以上は、他の証拠を取り調べるには及ばない。もし被告人の供述を信用してもなお他の証拠調べをしなければならないならば、証拠調べの範囲が裁判所の自由裁量に任せられているという趣旨に反する。したがって、明治刑事訴訟法第219条第3項、第239条は、この自由心証主義を制限するものであり、不当な規定であると主張した⁶¹⁶⁾。

(2) 自白獲得方法

明治刑事訴訟法第94条は、治罪法第150条の内容を受けて、「豫審判事ハ被告人ヲシテ其罪ヲ自白セシムル爲メ恐嚇又ハ詐言ヲ用ユ可カラス」と定めた。これは、裁判官が、被告人から自白を獲得するために恐嚇または詐言を用い、越権専断で証拠を収集することを禁止するために規定された⁶¹⁷⁾。この規定は公判でも準用されうると解された⁶¹⁸⁾。

第94条が恐嚇や詐言による自白獲得を禁じた理由は、主に二点ある。第一に、恐嚇や詐言によって獲得した自白は、自由任意の自白ではなく、拷問によって獲得したものと等しいからであった⁶¹⁹⁾。「あなたのためにな

る」というような恐嚇を用いる、あるいは、「あなたはそのような陳述をして法廷を欺くつもりであろうが、確かな証拠がある」と何の証拠もないのに詐言を用いて自白させることは、手段は異なるが、被告人に自白を強いるものであり、法律に背くことは明らかであるとされた⁶²⁰⁾。第二は、「詐言」を用いることが、裁判官の威信にかかわるからであった⁶²¹⁾。

しかし、実際には、控訴院において「自分は犯罪を自白したが、これは本心から出たものではない。警察署において拷問された。」と激怒する被告人がいたという。裁判官または予審判事が恐嚇を加え「罪ありと陳述すれば刑を軽くする、もし罪なしと言えれば重くする」と述べることもあり、被告人の中には、これに心を動かされて軽い刑を望むあまり無実の罪を自白することがあったと指摘されている⁶²²⁾。

さらに、松室致は、他の証拠を収奪し、被告人に自白させる必要がない状態に至るようにすべきであると述べていた⁶²³⁾。

4. 明治刑事訴訟法における被告人訊問

(1) 被告人訊問の目的

明治刑事訴訟法には、「被告人ノ訊問及ヒ対質」の節が設けられた(明治刑事訴訟法第93条ないし第101条)⁶²⁴⁾。

かつて、富田山壽は、被告人の自白が有力な断罪証拠の一つであることから、被告人の訊問は、被告人の利益のためにのみ行われるのではなく、被告人にとって利益であるか否かを問わず一般の真実発見に必要な手段として行われると主張した⁶²⁵⁾。しかし、その後、富田山壽は、見解を変えた。つまり、明治刑事訴訟法における被告人の訊問が重要な証拠調べの一つであることは否定しないが、同時に、被告人に利益を主張する機会を与えることも重要な目的であると強調した。すなわち被告人の訊問は、被告人の利益のために行われるものであって、証拠調べという目的を従たるものと解し、「被告人ハ自己ニ不利益ナル証拠ヲ提出スルノ義務ヲ負ハス」(Nemo se ipsum prodere tenetur)という弾劾訴訟の原則が、わが国の法

律においても一般に適用されるべきものであると主張した⁶²⁶⁾。

亀山貞義は、被告人の訊問の目的は「自白獲得」であると同時に、訊問は、被告人自身が冤罪であると弁解する機会を得るため、被告人にも利益があると考えた。被告人に弁解の道がないときであっても、被告人は沈黙を守る自由を有するため、被告人にとって不利益ではないとした⁶²⁷⁾。

木下哲三郎は、被告人の訊問を「被告人の供述を促すこと」と解した⁶²⁸⁾。被告人の訊問は、事実の発見のために行い、決して自白を求めるためのものではないという⁶²⁹⁾。訊問の第一の目的は、事件の真相を得ることであり、第二の目的は被告人に弁護をさせる点にあると考えた⁶³⁰⁾。

豊島直通は、弾劾主義と糺問主義の違いに着目した。糺問主義における訊問は、被告人に自白義務を強いることを目的とした。しかし、明治刑事訴訟法が採用した弾劾主義における訊問は、被告人に弁護権を行使させるため、つまり嫌疑について弁解させ利益となる陳述や弁論を行う機会を与えることを目的とすると考えた⁶³¹⁾。

板倉松太郎は、被告人訊問の目的として、事実の真相の発見、被告人への訴訟上の権利を行使する機会の付与、被告人の人違いがないことの確認の三点を挙げた⁶³²⁾。

(2) 被告人の供述義務

() 明治刑事訴訟法下の学説では、被告人の供述義務を認める見解も存在したが、消極的に解する見解が一般的であった⁶³³⁾。

林頼三郎は、訊問に対して真実を供述する義務を被告人に課することを積極的に解するべきであるとした。なぜなら、明治刑事訴訟法には、被告人の訊問の目的がもっぱら被告人に弁解をさせることにある旨の明文規定がなく、自己の権利利益を正当に保護するために不当な攻撃を排除するという正当な防禦は、真実供述義務と両立し、刑事訴訟法の目的は実質的真実発見であり、裁判所に訊問権を認めたことがこれに対応する義務を被告人に課したと解することができるからであるという。なお同

氏は、被告人の真実供述義務を直接あるいは間接に強制することを否定した⁶³⁴。

富田山壽も、明治刑事訴訟法下では被告人の供述拒絶権を消極的に解した。同氏は、理由を3点挙げ、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条第2項のような明文規定がないこと⁶³⁵、明治刑事訴訟法は、被告人訊問を重要な証拠方法の一つとし、被告人の自白を有力な断罪証拠としていること、

被告人訊問は真実発見のために必要な手段であることを指摘した。ただし同氏は、同時に、弾劾訴訟の原則である Nemo tenetur 原則 (被告人八自己ニ不利益ナル証拠ヲ提出スルノ義務ヲ負ハス (Nemo se ipsum prodere tenetur)) が妥当すべきと主張している点に注意を要するだろう⁶³⁶。

他方、被告人の真実供述義務を否定する見解の理由付けは、主に四点あった。第一に、被告人は訴訟主体および当事者としての地位を認められ、防禦権を与えられた以上、被告人は犯罪事実を告白する義務はないと考えられた。磯部四郎は、「一方で被告人に対して防禦権を与えておきながら、他方で犯罪を陳述すべきというのは理論のゆるすところではない」という⁶³⁷。また、豊島直通は、もし被告人に弁解を「義務づけると、被告人は糾問の目的物となり、訴訟の主体ではなくなる」と述べ、被告人が弁解する権利は認めるが、供述義務はないとした⁶³⁸。第二の理由は、明治刑事訴訟法に被告人の真実供述義務を肯定する規定はないという点である。さらに、第三に、直接かつ間接に被告人の真実供述義務の履行を強要する方法はないという点である。牧野英一は、「刑事訴訟法は、被告人が訊問に対して相当の供述をすることを予期するも、その供述を強制できるとはしていない。法律がこれを予期し希望する意味での供述義務があるとするのは、もとより用語の便宜に帰することであるが、これを強制する方法を設けていない点から、私は供述義務はないと解することが妥当である」と述べた⁶³⁹。第四に、明治刑事訴訟法が、被告人に自白させるために恐嚇や詐言を用いることを禁じ (明治刑事訴訟法第94条⁶⁴⁰)、また被告人が出

頭して弁論しないとき対席として裁判する(明治刑事訴訟法第182条)と規定したことから、被告人の真実供述義務を否定していることが推知されるという。

() 被告人に物件提出義務を課することができるか否かという問題に関して、豊島直通は、被告人に不利益な行為をさせることは原則として許されないため、被告人に自白を強制できないことと同様に、物件提出義務も強いることはできないと主張した⁶⁴¹⁾。

() 被告人は、以前に行った自白を取り消すことができるという論者もいる一方で⁶⁴²⁾、木下哲三郎は、いったん自白すればこれを取り消すことはできないと考えるべきであると主張した。ただその取消しの陳述は、以前の自白に反対する新たな供述と認められるときのみ認められるとした。したがって、裁判官は、自白した後これを取り消す供述があっても、これに拘束されることなく前の自白によって事実の判断を行うことができるとされた⁶⁴³⁾。

() 被告人は沈黙を守る自由を有するという見解も主張されるようになった⁶⁴⁴⁾。しかし、実際には、公判において被告人が黙秘することは、被告人にとって不利益となるだけであった⁶⁴⁵⁾。

被告人が虚偽の供述をした場合、被告人は、偽証の責任を負わず、制裁を科されることはなかった。板倉松太郎は、被告人が虚偽の陳述をする権利に言及し、これを否定した⁶⁴⁶⁾。

() 裁判官の姿勢について、豊島直通によると、糺問主義においては裁判官は被告人に供述をさせる権利を有するが、弾劾主義を採用した明治刑事訴訟法において、裁判官は被告人の供述を聞く義務がある⁶⁴⁷⁾。また、富田山壽は、かつて、裁判所は被告人に自白を要求または勧告することができないと解するべきではないと主張したが、その後、明治刑事訴訟法第94条および第182条に基づき、裁判所は被告人に自白を要求する権利を有さないという見解を採用した⁶⁴⁸⁾。

() 当時、弁護人が、公判において被告人に供述を拒否するように勧告し

てもよいかという問題も検討されている。通説によると、弁護人はこの権利があるだけでなく、その勧告が被告人の利益になる場合にはむしろ義務があると解された。というのも、刑事訴訟における被告人の訊問は、被告人の利益のために行われるため、供述を拒否するか否かはもっぱら被告人の任意であり、その被告人の利益のために弁護人は行動するからであった。

これに対し、富田山壽は、かつてこの通説に反する見解を採っていた。しかし、その後、見解を変え、「被告人ハ自己ニ不利益ナル証拠ヲ提出スルノ義務ヲ負ハス」(Nemo se ipsum prodere tenetur) という弾劾訴訟の原則が適用されるため、被告人は供述拒否権が認められるべきであり、その利益のために行動する弁護人も供述拒否を勧告する権利を有すると考えるに至った⁶⁴⁹⁾。

5. 本節のまとめ

明治刑事訴訟法期になると、Nemo tenetur 原則が、積極的に引用されるようになった。被告人の弁解を目的とする被告人訊問が意識されるようになり、被告人の供述義務を消極的に解する見解が多かった。特に、富田山壽は、Nemo tenetur 原則を「被告人は自己に不利益な証拠を提出する義務を負わない」という意味で用いた。被告人は、自己に不利益な行為を強制されず、物件提出義務も課されないと解された。

他方、明治刑事訴訟法は、糾問的な予審制度や密室監禁制度を採用していた。被告人の自白獲得に慎重である一方で、依然として自白は最重要の証拠であった。被告人訊問は、自白獲得や真相解明という目的から完全に離れたわけではなく、依然として拷問や恐嚇を伴う訊問も行われていたという指摘もみられた。実際、被告人の黙秘は、被告人にとって不利益になるだけであった。

第 4 節 改正論議 明治32年改正, 明治34年案, 大正5年案

明治刑事訴訟法の制定後、司法当局者は、刑事訴訟法改正の必要性を感

じ始めていた。1895(明治28)年,明治刑事訴訟法改正作業が,刑事訴訟法調査委員によって着手された。法典調査会の調査に移された後⁶⁵⁰⁾,1901(明治34)年5月,刑事訴訟法案(以下,明治34年案とよぶ)が作成された⁶⁵¹⁾。1907(明治40)年の刑法制定と同時に,刑事訴訟法改正審議が推進され,1916(大正5)年に刑事訴訟法改正案(以下,大正5年案とよぶ)が公表された⁶⁵²⁾。

このような経過の中で,1899(明治32)年に,政府は,条約改正に備えて,刑事訴訟法中改正法律案を帝国議会に提出した⁶⁵³⁾。この法案は,密室監禁制度の廃止を盛り込んでいた。以下,1899(明治32)年の刑事訴訟法改正に触れたのち,明治34年案および大正5年案における *Nemo tenetur* 原則にかかわる条文を概観する。

1. 密室監禁制度の廃止(明治32年改正)

日本弁護士協会評議員会第17例会(明治32年1月11日)において,磯部四郎が当時の予審判事による密室監禁の実情を次のように指摘した。つまり,予審判事が,被告人に対して,「被告人は,その犯罪事実が明白であるにもかかわらず,虚偽の答弁を受けるべき刑罰を逃れようとするべきではない。被告人が速やかに事実を告白せず取調官を煩わせるならば,予審判事は,密室監禁を言渡し,その利害を熟考させる」と告げることは珍しいことではなかった。密室監禁による苦痛を想像し,または,真に懲りて,やむなく予審判事の意を受けて自己に不利益な陳述をし,または,虚偽を述べて予審判事の抑圧に屈する被告人は少なくなかったという⁶⁵⁴⁾。

同氏の指摘から,小田中聰樹も指摘しているように,当時の密室監禁制度は,証拠隠滅防止というよりむしろ,予審判事が被告人から自白を獲得するために利用されていたことがわかる。また,当時の密室監禁は,一人ずつ個室に入れて,かつ,外界と遮断して精神的拷問及び懲罰の効果を狙う, 外界の人との接見授受を禁じ,証拠湮滅または逃亡を防止する, 密室監禁と実務上結びつけられている減食等の「特別待遇」に

よって肉体的拷問および懲罰の効果を狙う、という三点の目的をもって行われていたという⁶⁵⁵⁾。

密室監禁制度は廃止されたが、予審判事は、被告人の監房を別にし他人との面接通信を禁じる権利を留保された(第85条第3項)。それゆえ、刑事訴訟法のなかに密室監禁という文言はないが、監獄の構造によっては、被告人は従来の密室監禁と全く同じ苦痛を負わされることになった。さらに、刑事訴訟法は、別房留置について何ら制限を設けていなかった。予審判事が、この別房留置を被告人に自白を強要する一手段として用いる可能性があり、被告人は従来の密室監禁よりも苦境に立たされることもありえた⁶⁵⁶⁾。

2. 明治34年案

(1) 経過と問題意識

明治34年案が策定された理由として、刑法改正に伴う手続法改正の必要性、社会状況があった⁶⁵⁷⁾。特に、被告人が十分な防禦材料を集めることは実際難しく被告人側の準備が整わないうちに公判が開始されることになった。被告人は、公判で初めて自らに対する起訴内容を知り、そこから防禦を講じた。被告人の中には、第一審においてもまだ自身の事件について十分に理解できていない者もいたという。予審判事が被告人にとって有利な証拠を集めることを期待することもできなかったという⁶⁵⁸⁾。拘禁されている被疑者・被告人は、まるで罪人のように取り扱われた⁶⁵⁹⁾。

(2) 明治34年案の内容

() 明治34年案は、第1編(総則)第5章(被告人の訊問)に第88条を加えることを提案した。第88条は、「被告人ニ対シテハ被告事件ヲ告知シ其事件ニ付キ陳述スルコトアルヤ否ヤヲ問ヒ且其利益ト為ル可キ事実ヲ申立ツル機会ヲ与フ可シ」という規定であった。

本条は、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法第136条第2項と同じ趣旨である

と説明された⁶⁶⁰⁾。ただし、ドイツ刑事訴訟法と異なり、明治34年案は、検察官や司法警察官による被告人訊問を認め、その証拠能力を無制限に肯定した⁶⁶¹⁾。

富田山壽は、明治34年案第88条が1877年ドイツ帝国刑事訴訟法第136条第2項を持ちこんだ結果として、ドイツ刑事訴訟法における解釈と同様に、被告人の訊問は、被告人の利益のために行われ、供述を拒絶するか否かは被告人の自由とされ、弁護人は公判において被告人に供述を拒絶するよう勧告する権利を有し、当該勧告が被告人にとって利益である場合にはその義務を負うことになると主張した⁶⁶²⁾。

() 明治刑事訴訟改正による刑事弁護制度の充実が、強く求められていたが⁶⁶³⁾、明治34年案は、予審における被告人訊問に弁護人が立ち会うことを認めなかった。これは、被告人訊問に弁護人の立会いを許すと、被告人が供述しようとしていたにもかかわらず供述させない虞があるという理由によった⁶⁶⁴⁾。

しかし、富田山壽は、弁護人の立会いに賛成し、次のように主張した。被告人が、弁護人の立会いを理由に供述しようとする意欲を失うことはないという。弁護人は、被告人の敵ではなく、被告人が最も信頼する味方であり、被告人は、その弁護人の面前で、自ら供述したいことを供述し、最も明確かつ適切に当該事件の経緯を弁護人に知らせるといふ。被告人が供述したくないと考えることは、弁護人が不在であっても供述しない。供述しようとする被告人は、弁護人が立ち会うことによってより一層供述しようとするものであると指摘した⁶⁶⁵⁾。

() 明治34年案は、第127条第1項第2号において、「証人ノ陳述ニ因リ其証人又ハ其証人ト前条ニ記載シタル関係アル者刑事上ノ訴追ヲ招ク可キ恐アルトキ」証言を拒絶することができるとし、刑事訴追を受ける虞を理由とした証言拒絶権を提案した。

なお、明治34年案は、明治刑事訴訟法第94条(恐嚇詐言の使用禁止)および第219条と第239条(自白の取扱いの違い)の削除も提案していた。

３．大正５年案

（１）経過と問題意識

大正５年案が策定された理由として、1907（明治40）年の刑法の制定に伴う刑事訴訟法の改正の必要性⁶⁶⁶）、ドイツにおいて1908年および1920年に刑事訴訟法改正草案が提出され手続法改正の動きが活発であったこと、捜査機関の強制捜査権限および起訴猶予権限の拡大強化の要請が挙げられる。小田中聰樹は、特に が重要であったと指摘する⁶⁶⁷）。

大正５年案策定の背景には、捜査機関による人権蹂躪に対する激しい批判もあった⁶⁶⁸）。警察官や検事は、しばしば刑事訴訟法の規定によらずに多くの人を尋問し、拘束して供述や自白を強制したという⁶⁶⁹）。被疑者・被告人の自白は、全証拠の中で最も重要視された⁶⁷⁰）。予審においても、被告人は、理詰めや誘惑によって真実に反する供述をさせられたという⁶⁷¹）。

大正５年案は、法律取調委員会の総会ならびに主査委員会において決議された事項をもとに、平沼騏一郎、花井卓蔵、豊島直通によって起草された⁶⁷²）。

（２）大正５年案の内容 特に Nemo tenetur 原則を中心に

（ ）大正５年案は、被告人の当事者としての地位を確立し、訴訟主体としての防禦権を十分に行使させるために、明治刑事訴訟法に改善を加えようとした。

まず弁護人に関して、被告人は、予審の請求または公訴提起があったときいつでも弁護人を選任することができるという規定をおいた⁶⁷³）。大正５年案は、予審判事が被告人を訊問する際、被告人に弁護の機会を得させ、かつ、予審終了前に被告人に嫌疑根拠を告げて弁解させることとした（第272条、第273条）⁶⁷⁴）。しかし、予審段階で弁護人の立会いを認める規定は、第152条、第171条、第175条、第219条、第228条の場合のみであった。さらに、第152条ただし書により、予審判事が急を要する処分であると思慮

する場合、弁護人の立会いの機会はなくなる。それゆえ、弁護人の立会いに関する規定も空文に帰するという指摘がなされた⁶⁷⁵⁾。

刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権に関し、第181条は、「証言ヲ為スニ因リ自己又ハ自己ト第179条ノ関係アル者刑事上ノ訴追ヲ受クル虞アルトキハ証言ヲ拒ムコトヲ得」と規定した。本条は、「証言義務は人情に反しない範囲で認めることが相当である」という理由から設けられた⁶⁷⁶⁾。

さらに、大正5年案は、明治刑事訴訟法第94条(恐嚇詐言の禁止)の文言を削除した。これは、大正5年案が被告人の防禦権に重きをおくために、被告人訊問自体を予審の章ではなく、第1編(総則)第10章に積極的に規定し、もはや本条を置く必要はないと考えられたためであった⁶⁷⁷⁾。

また、明治刑事訴訟法は、区裁判所において被告人が自白した場合、その他の証拠を取調べる必要はないと規定した(明治刑事訴訟法第219条)。大正5年案は、この規定の削除も提案した。裁判官は、職権主義によって実体的真実を発見しなければならず、自白に拘束されない。明治刑事訴訟法の区裁判所の公判に関する規定にも自白に拘束される旨の規定はないが、少なくとも「被告人の自白を獲得すれば他の証拠を調べなくてもよい」ということは実体的真実を発見しなければならないとする主義に抵触する疑いがあるためであった⁶⁷⁸⁾。

大正5年案第1編(総則)第11章(押収及搜索)の第135条第2項は、「裁判所ハ差押フ可キ物ヲ指定シ所有者又ハ所持者ニ其物ノ提出ヲ命スルコトヲ得」と規定した。この提出命令は被告人にも及ぶかという問題につき、被告人は、陳述義務を課されないのと同様に、物の提出義務も負わないため、被告人に対して物の提出を命じることはできないと解された⁶⁷⁹⁾。() 大正5年案の第131条は、「被告人ニ対シテハ被告事件ヲ告ケ其事件ニ付キ陳述ス可キコトアルヤ否ヲ問ヒ其利益ト為ル可キ事実ヲ陳述スル機会ヲ与フ可シ」とされた。本条は、もともと鳩山和夫、菊池武夫の提案に基づくものであった。提案の趣旨は、たとえ訊問を受けても必ずしも答弁する義務はないということを被告人に教示しなければならないという点に

あった。本条によって、被告人に対する供述強制や徹宵訊問のような無形の拷問を改めることが企図されていた⁶⁸⁰⁾。

第131条は、大正5年案が弾劾訴訟を採用したことを示す重要な規定であった。なぜなら、本条は、被告人訊問の目的を、糾問の客体たる被告人に供述を強要し自白を求めるのではなく、防禦の主体である被告人に応答や弁解をさせることにあるということを示したからであった。被告人に弁解の機会を与えないことは、被告人の訴訟当事者たる地位に抵触するとされた。弾劾形式を採用していない予審においても、事実上被告人の防禦権が確認され、被告人は糾問の目的物として取り扱われないこととされた。ただし、大正5年案は、被告人の陳述を証拠資料とすることを否定しているわけではなかった。被告人にとって利益な供述も不利益な供述も、裁判の資料とすることができた。特に、被告人の自白は、被告人の有罪を認めるにあたり有力な証拠とされた⁶⁸¹⁾。

なお、被告人の供述義務については、明文で肯定も否定もされなかったが、大正5年案の起草委員であった平沼騏一郎は、被告人の陳述義務を否定した。ただ被告人が公判において弁論の機会を与えられたにもかかわらず陳述しない場合、裁判官は、その弁論を聴かずして判決をすることができるのみであった⁶⁸²⁾。

() 大正5年案は、1916(大正5)年7月15日に未定稿として公表された。この案は、各界から批判されたが、以下では、第131条に対する批判を詳しくみることにする。

第131条が被告人の訊問回答義務を明白に否定したとして、「改正案中の白眉」「進歩的規定」と称賛する意見があった⁶⁸³⁾。弁護士であった大場茂馬は、文言が婉曲で趣意が不明確である点は遺憾であるとしながらも、人権尊重に関する規定の一つとして喜ぶべきであると評価した⁶⁸⁴⁾。

第131条に対する批判として、本条の内容を制限すべきであるという意見と本条の内容のさらなる充実を求める意見とがあった。

まず、第131条の内容の制限を求める見解として、福島地方裁判所は第

131条の削除を求め、水戸地方裁判所は「其事件二付陳述ス可キコトアルヤ否ヲ問ヒ」という文言の削除を求め、東京地方裁判所は第131条を削除し、第328条に同一趣旨の規定をおくことを求めた⁶⁸⁵⁾。

次に、本条文の内容のさらなる充実を求める意見として、被告人に対して弁護人選任に関する告知⁶⁸⁶⁾、被告人の供述の自由に関する告知⁶⁸⁷⁾、被告人にとって利益となる証拠を提出する機会の付与⁶⁸⁸⁾、被告人が拒絶しない場合にのみ訊問を行うこととすること⁶⁸⁹⁾、被告人の不答弁を認めること⁶⁹⁰⁾、被告人に犯罪を自認させるような誘導訊問の禁止⁶⁹¹⁾をそれぞれ第131条に加えることが提案された⁶⁹²⁾。また、被告人が自己に不利益な事実を陳述するよう義務づけられない旨を明文化することも要求された。播磨龍城は、大正5年案が弾劾主義を採用するのであれば、被告人の供述義務の否定を明文化し⁶⁹³⁾、強訊拷問を防止しなければならないと述べた⁶⁹⁴⁾。

さらに、被告人訊問制度自体の廃止や被告人の自白を証拠としないことを求める⁶⁹⁵⁾見解もあった。松本重敏は、威嚇訊問ではなくても、難訊詰問によって被告人は適当に発言し、最終的に思いもよらない供述をすることがあることを指摘し、「これはやむを得ないことであり、『一般の人情』であって、特に被告人の地位にある者の心理状態を考えれば当然」であり、自白には真実も虚偽もあり危険であると主張した⁶⁹⁶⁾。

() 様々な見解が示されるなかで、宮本英脩が、第131条に関する懸念を詳細に述べている点が注目されよう。以下、詳しく紹介する。

宮本英脩は、被告人に「訊問に対してありのままの事実を陳述する義務」を課することは正当であると主張した。

その理由として、第一に、訊問に答える義務と犯罪事実を自白する義務とを混同してはならないという点を挙げた。被告人のうち、真犯人は自白義務を課されるが、それ以外の者はただ犯罪事実を否認すべき義務があるにとどまる。真犯人に自白義務を課すことは、既に根本において国家の刑罰権に服すべき義務があることに由来する。真犯人以外の者は、被告人の

利益であるだけでなく、裁判所の審理方針の決定や手続進行の促進という利益があるという。

第二に、宮本英脩は、陳述義務とこれを果たさせるための強制につき、法律上の義務が、当然法律上の強制を伴うわけではないと述べた。同氏によると、官憲の人権に対する根本の思想に問題があるという。官憲の長官が部下の指導に努めるべきであり、仮に法律上被告人に陳述の義務がないことを示す厳密な規定を設けたとしても、効果はわずかであるという。

さらに、同氏は、人情に反することを理由に被告人の真実供述義務を否定する見解に対して疑問を呈した。同氏はもし自白義務を課することが人情に反するとしてこれを排するならば、納税義務者に対して申告義務を課することも排さなければならないと指摘する。同様に、証人は自己に不利益な場合に証言義務を負わないことになる。大正5年案第181条によると、証人はこの場合証言を拒む意思表示をすることによって初めて義務を免除され、根本的に義務を負わないわけではないという。

最後に、宮本英脩は、法律で被告人の陳述義務を認める効果について言及した。すなわち、法は国民の準則を示している。実際に行われがたい制裁を規定することは、一般に法の威厳を損する原因となる。しかし、場合によっては、政府が立法に際し、あえて強制しなくとも、常に国家が最高の善と認めるところを示し、国民の適従するところを示さなければならない。これは国民の義務心を涵養し、まさに立法の理想であるという。それゆえ、第181条が、証人にとって不利益な事項に関する場合も、単に証言拒絶権を認めるにとどまり、根本において義務意識の発動の余地を残していることは、立法の理想にかなうという。しかし、被告人に関して全く陳述義務を認めないならば、立法の理想を看却すると言わなければならない。被告人を威嚇し、または、欺罔し若しくは陵虐することは不法であるが、正当に被告人が義務として国法に服すべき所以の道理を説いて自白させることは不法ではないと述べた。

以上の検討の結果、宮本英脩は、被告人に対して訊問に回答する義務を

課することを認めた。ただし、大正5年案が、被告人の訊問回答義務を否定しているとみることについて疑う余地がないわけではないという。訊問は、被告人から何らかの陳述を得ることを目的とする。したがって、被告人は常に適法な訊問に対しては、肯定または否定の旨の回答をする義務があるという。また、国家は被告人から虚偽の回答を望む理由がないため、被告人は常に真実を供述しなければならないとした⁶⁹⁷⁾。

() 被告人訊問以外にも、大正5年案は、未だ「糾問」的であること、被告人の権利の不十分さ、予審の存置について批判された。特に、予審は、秘密審理を原則とし、被告人に対して自白強要を目的とする訊問を行っていた点が指摘された⁶⁹⁸⁾。秘密裏に行われる出来事はほとんど調書に記載されず、被告人は悪人であるという前提のもと、自白以外の発言は顧みられないため、法律が自白強要を禁じる旨を規定しても、それを証明する術がないと批判された。また、裁判官が乱暴な行為を行うはずがないというのは空論であるといわれた。「秘密」の審理は、何らかの不正が行われるゆえに秘密にするのであり、公明正大に反する。勾留理由がない、または勾留理由が消滅した被告人を無制限に拘禁し、同じ点を何度も繰り返し訊問し、被告人が自白しないかぎり、あるいは、他の被告人の事件について不利益な供述をしないかぎり、当該被告人の勾留は解かれなかったという。それゆえ、予審制度を存置した大正5年案は強く批判された⁶⁹⁹⁾。

4. 本節のまとめ

明治刑事訴訟法改正論議において、わが国の Nemo tenetur 原則に関する議論も活発になされた。

明治32年改正によって、被告人から自己負罪供述を獲得するためにも用いられていた密室監禁制度が廃止された。わが国における密室監禁制度は、その利用目的につき、ドイツの刑事手続において拷問廃止後に用いられた不服従罰や虚言罰と共通点があると考えられる。

明治34年案第88条は、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条と同じ趣旨で設け

られた。さらに大正5年案第131条も、弾劾主義に依拠し被告人の防禦権を重視した結果、被告人訊問の目的を、防禦の主体である被告人に弁解の機会を与えることにありと理解していた。大正5年案第131条は賛否両論あったが、被告人の供述の自由や弁護人選任権の告知規定の追加など、現行刑事訴訟法における Nemo tenetur 原則の解釈にも通じる議論もなされていた。このように、当時の改正論議は、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法およびドイツにおける1908年・1920年刑事訴訟法改正論議の影響を強くうけていた。

大正5年案は、1918(大正7)年9月23日に委員総会に付されたが、1919(大正8)年7月に法律取調委員会が廃止されたため、刑事訴訟法改正作業は休止された⁷⁰⁰⁾。しかし、明治34年案と大正5年案における議論は、大正刑事訴訟法およびその後の学説に影響を与えた。

第5節 大正刑事訴訟法

1. 大正刑事訴訟法制定過程

法律取調委員会は廃されたが、1920(大正9)年4月1日、司法省は、刑事訴訟法改正調査委員会を設け、大正5年案までの刑事訴訟法改正作業を引き継いだ。刑事訴訟法改正調査委員会は、法律取調委員会による大正5年案(第三次案)を基礎として審議を行い、1921(大正10)年8月24日全会一致の決議によって、改正刑事訴訟法(大正11年5月5日法律第75号)(以下、大正刑事訴訟法とよぶ)が制定された。本法は、1924(大正13)年1月1日より施行された⁷⁰¹⁾。

大正刑事訴訟法の特色は、ドイツ法学の影響による規定の概念的整理と自由主義的傾向であった⁷⁰²⁾。

大正刑事訴訟法は、捜査上強制力を用いることができる範囲を拡張するとともに、被告人の防禦力を強化し、被告人の当事者としての地位を確保する趣旨の規定を多く設けた⁷⁰³⁾。予審における被告人の地位は、大幅に改善された(第295条以下)⁷⁰⁴⁾。また、公訴提起前に被嫌疑者として取調

べを受ける者を被疑者と称することとした。明治刑事訴訟法は、この区別を設けず、捜査段階で嫌疑を受けた者を公訴を受けた者と同様に被告人と称していたが、大正刑事訴訟法は、同一の名称で両者を表示することは適当でないとし、区別した⁷⁰⁵⁾。

2. 大正刑事訴訟法における被告人

(1) 被告人の地位

大正刑事訴訟法において、被告人は、訴訟の当事者かつ主体であると同時に、その供述を刑事事件の証拠として利用されるという意味で証拠方法の一つであるという見解が一般的であった⁷⁰⁶⁾。被告人は、犯罪行為について最も詳しく知っていると考えられた。しかし、法律はその当事者たる地位に重きを置き、単なる審理の客体として被告人を取り扱うことは許されないとされた⁷⁰⁷⁾。犯罪の嫌疑を被った者が審理の必要上自由を拘束され、重大な負担を負わされることは刑事訴訟の性質上当然であるが、単なる嫌疑は未だその法的主体たる性質を失わせるものではないとされた。宮本英脩によると、訴訟主体としての被告人の地位とは、弁護権（防禦権）の主体であるという意味である。弁護権とは、被告人が訴訟において不当に不利益を被ることを免れるために法律によって許された各種の権利または自由（取調べに対する沈黙の自由も含む）をいい、検察官の公訴権に対応するものであるとした。刑事訴訟において適正な裁判を行うためには、当事者対等主義にしたがい、検察官も被告人も、その事実の主張、弁明、証拠の収集提出につき十分な機会と自由を与えられなければならないと考えた⁷⁰⁸⁾。しかし、佐伯千仞によると、文字どおりの当事者の対等は望みえない。刑事訴訟における当事者主義とは、被告人を単なる証拠方法としてではなく、弁護権の主体として検察官とできる限り対等になるように取り扱うことを意味するとされた⁷⁰⁹⁾。

ただし、林頼三郎は、被告人は訴訟当事者の地位しか有さないと主張した。同氏は、被告人の地位の変遷を4期に分類し⁷¹⁰⁾、大正刑事訴訟法は、

被告人に訴訟当事者としての地位のみを認め、証拠方法としての地位を認めず、その被告人訊問は、公訴事実に対して弁解させることを目的とし、証拠獲得を目的として陳述させるのではないと主張した。被告人に証拠方法としての地位を認めない理由は、第一に、犯罪の嫌疑を受けて訴訟手続のもとにある者に対して不利益な事実を告白させることは情において酷であり、普通人に対して難を責めるものであるため、告白を義務づけることは立法に適さないことを挙げた。第二に、被告人の口から証拠を得ることを期待する場合、往々にして力を傾注し過ぎ、その結果種々な弊害を生じる点を指摘した。第三に、裁判または検察の任務にあたる者の能力と自由心証主義は、被告人の供述を強要しないが、真実発見において支障を生ぜしめないということを挙げた⁷¹¹⁾。

しかし、この林頼三郎の見解は、被告人が訊問に対して自由に行った供述およびこれを記載した書類は証拠となるため大きな問題ではなく単なる用語上の問題である⁷¹²⁾とか、「証拠方法を極めて狭義に解する限り、必ずしも誤りであるとはいえないが、被告人の訴訟当事者たる地位を誇張したものであり当事者の概念に囚われている⁷¹³⁾と評された。

(2) 自白の取扱い

大正刑事訴訟法下においても、被告人の自白その他任意の供述は、被告人にとって利益であるか不利益であるかを問わず、証拠の一つとして事実認定の資料とすることができるとされた⁷¹⁴⁾。被告人に自白を強制・強要することは決して許されないものとされた。被告人の自白が最も重要な証拠であることは否定できないが、被告人の自白のみに重きを置き、その真偽を確かめずに判断することは危険であると認識されていた⁷¹⁵⁾。

大正刑事訴訟法第346条は、「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」と規定し、区裁判所においては、被告人が自白したときは訴訟関係人に異議がないときに限り、他の証拠を取り調べないことができた。それゆえ、特に区裁判

所の公判における自白は特に重要視された⁷¹⁶⁾。しかし本条は、第239条の例外であり、被告人の自白のみによって事実を認定することは許されないということを原則としていた点に注意しなければならない。刑事訴訟において、被告人の自白は事実の証明を不要ならしめるものではなく、裁判所は確信を得るためにほかの証拠を取り調べなければならないとされた⁷¹⁷⁾。

(3) 被告人訊問

() 大正刑事訴訟法理由書によると、大正刑事訴訟法は、被告人の当事者として有する防禦権の行使に重きを置いたため、被告人訊問に関する諸規定を総則の中に置いた。そして、本規定は検事および司法警察官が被疑者を訊問する場合にも準用するものとされた⁷¹⁸⁾。

また、大正刑事訴訟法制定過程において、1922(大正11)年2月17日に開かれた第45回帝国議会衆議院刑事訴訟法案委員会(第6回)で、原夫次郎委員が、被告人の罪証隠滅の虞を理由とする勾留に関する議論の中で次のように発言した。つまり、「被告人の立場からいうと、自分が悪いことをしたのであるが、誰も自白しない程度のものが、罪証を隠そうすることは人情の当然である。それゆえ、刑法においても、被告人が虚偽を述べても何も制裁を科さない。これは、被告人の立場から言うと、正当防衛かもしれない。当該の者が証拠を隠滅するからといってこの者を引っ張ってきて捜査することはほとんど拷問に類すると思われる。もし被告人が罪証を湮滅するから検挙できないというならば、それは、国家の捜査機関の力が足りないということである」と発言した。つまり、被告人の罪証隠滅行為は、人情ゆえに当然であり、正当防衛に類すると述べた。これに対して、林頼三郎政府委員は、被告人の訊問と勾留を混同していると指摘した。そして、「被告人が判事の訊問に対して答える義務がないということは、訴訟当事者としての地位を重視したものである。判事に対してすら答える義務がなく、検察官に対して捜査手続に対して答える義務があるとは認められない。しかし、勾留について考えると、被告人であるからといって証

拠を湮滅する権利は決してない。進んで証拠を出す義務はないが、湮滅する権利は断じてなく、許すべきではない」と述べた⁷¹⁹⁾。

なお、明治刑事訴訟法第94条は、被告人に自白させるために恐嚇詐言を用いてはならないと規定していた。しかし、大正刑事訴訟法は、第134条および第135条において概括的かつ積極の規定を設けたため、この規定を存置する必要はないとして削除することとした⁷²⁰⁾。この点は、既に大正5年案でも言及されていた。

() 大正刑事訴訟法第134条は、「被告人ニ対シテハ被告事件ヲ告ケ其ノ事件ニ付陳述スヘキコトアリヤ否ヲ問フヘシ」と定めた。

大正刑事訴訟法理由書は、本条の趣旨について、次のように説明した。つまり、被告人の供述は、その利益になると不利益になるとを問わず、常にこれを裁判の資料とすることができる。特に、被告人の自白は、その有罪を認めるにあたって最も有力な証拠である。しかし、これを証拠調べの見地から規定し、被告人を単に取調べの目的にすぎないとみなすことはできない。被告人は、訴訟の当事者であり、防禦の主体である。被告人の陳述は、防禦権の行使に属し、義務として行うものではない。それゆえ、証拠に供する目的で被告人の陳述を強要するべきではない。必ずしも事件について弁解させることを本旨としているわけではない。したがって、被告人を訊問するときはまず、被告事件を告げて事件について陳述することがあるか否かを問い、被告人に防禦権を行使する機会を与えなければならぬと説明した⁷²¹⁾。

第134条は、被告人に陳述の権利を認める一方、義務はないということを示明らかにし、当事者として防禦権を行使させることを訊問の本旨としている、と理解された⁷²²⁾。

() 第135条は、「被告人ニ対シテハ丁寧深切ヲ旨トシ其ノ利益ト為ルヘキ事實ヲ陳述スル機会ヲ与フヘシ」と定めた。

大正刑事訴訟法理由書によると、被告人の訊問は、被告人にその防禦権を行使させることを本旨とするため、常に被告人の利益となる事実を陳述

する機会を与え、被告人が言おうとすることを尽くさせなければならない。そして訊問の正当さを期すために、訊問者自ら慎まなければならない。つまり、訊問者の態度は、厳正であるとともに丁寧であることを要し、心至公至平なるを期するとともに、深切を旨とすることを忘れてはならない。本条は、被告人に臨むにあたって、丁寧深切を旨とすることを訓示する趣旨⁷²³⁾にほかならない、と説明された。

本条は、被告人の訊問において遵守すべき事項に関する訓示的規定であるとする見解が一般的であった。林頼三郎によると、被告人は、通常、訴訟上の智識経験がない。被告人に対して粗暴で冷酷な態度をとれば、被告人にとって利益となる事実を陳述しないこともありえ、防禦権を十分に行使できない虞があると指摘した⁷²⁴⁾。

これに対して、瀧川幸辰は、訓示規定を認めなかった。なぜなら、第135条を含む刑事訴訟法の各規定は、被告人の人権保障のために設けられており、この不遵守が行為の無効を導かなければ意味をなさないと考えたからであった⁷²⁵⁾。訊問権者は、被告人に十分防禦権を行使させなければならず、被告人に臨む際、尊敬の意を失わず、畏怖の念を抱かせず、常に被告人の利益となる事実を述べる機会を与えることに留意し、その言おうとすることを尽くさせ、遺漏なきよう期さなければならないと理解した⁷²⁶⁾。

() 大正刑事訴訟法のもとでは、被告人訊問の目的は、防禦の主体である被告人に答弁や弁解の機会を与えることにありと理解された。被告人は訴訟の客体ではないため、被告人訊問の目的は、自白を求めることではないとされた⁷²⁷⁾。他方、佐伯千仞や團藤重光は、被告人が訴訟当事者と証拠方法の二重の地位を有することに着目し、被告人訊問の目的は、被告人に弁解する機会を与えるとともに、証拠獲得⁷²⁸⁾、または、証拠方法としてその供述を聴く証拠調べにもある⁷²⁹⁾と主張した。

(4) 被告人の供述義務

大正刑事訴訟法は、被告人訊問の章に、供述義務・真実供述義務の有無についての明文規定を置かなかつた。そのため、被告人が供述義務を負うか否かについては、争いがあった。ここでは、大正刑事訴訟法制定期から戦時刑事手続に至るまでの被告人の供述義務の有無に関する学説を概観することとする。

当時、被告人の供述義務を否定する見解が、一般的であつた⁷³⁰⁾。

林頼三郎は、被告人は証拠方法としての地位を有しないことを理由に、被告人の供述義務を否定した。つまり、同氏によると、被告人に証拠方法としての地位を認めて真実を供述する義務を課することと、訴訟当事者として防禦権を行使させることは、觀念上矛盾しない。というのも、被告人に防禦権を与えることは、不当かつ過酷な攻撃に対して、被告人の権利利益を正当に保護するためにある。事實は事實として告白したうえで、防禦権を行使する余地は十分にあるという。また、刑事訴訟法の大眼目は実質的真実の発見にある。真実を知る者として第一に挙げられるのは被告人であるため、被告人が真実を告白することは、刑事訴訟の大眼目に適應する。したがって、被告人をまず第一の証拠方法とし、被告人に供述義務を課することは、刑事訴訟法の本質に反するものではないとした。しかし、同氏は、被告人は証拠方法ではないという。確かに被告人の供述は証拠となり得るが、被告人訊問は、被告人の答弁・弁解を聴くことを目的とし、証拠獲得を目的としない。それゆえ、被告人は絶対に供述義務を課されないと主張した⁷³¹⁾。

牧野英一も、被告人の供述義務を否定した。被告人は、不実の供述をしても、証人のような偽証の責任を負わず、ただ被告人がその陳述を肯じないとき、その陳述を聴かずに判決を下すことができるのみであるという(大正刑事訴訟法第366条)。確かに、大正刑事訴訟法は、被告人訊問において被告人が「相当ノ供述」をすることを「予期」しているが、被告人に対して供述を強制することを禁じている。それゆえ、同氏は、用語上、法

律が被告人の供述を「予期シ希望スル」意味で供述義務を有するといえるが、法律はこの供述義務を強制する方法を定めていないため、被告人の供述義務はないと解した⁷³²⁾。

平沼騏一郎は、被告人は陳述の権利を有するが、陳述の義務はないと考えた。同氏は、その根拠として大正刑事訴訟法第134条を指摘した。同条によると、被告人訊問の目的は、被告人に当事者として防禦権を行使させることであり、陳述するか否かを被告人の自由に任せている。それゆえ、被告人は真実供述義務も負わないとした。同氏は被告人の自白が被告人の有罪認定にとって最も有力な証拠であることを認めるが、同時に、訊問権者による被告人の陳述の強要や促進は不当であると強調した⁷³³⁾。

(5) 被告人の行為後態様

() 裁判官は、被告人に陳述を強要してはならない。しかし、被告人に陳述を促すことは不当ではなく、被告人の陳述の意義を明らかにし、その陳述の真偽を確かめるために必要な問いを発しなけばならないと考えられた。

被告人が訊問に対して何も回答しない場合、裁判所がこのような被告人を放置することは法の精神に反し、むしろ被告人に注意を与える必要があるとされた。例えば、無智の被告人が沈黙することが自身の利益となると誤解している場合、被告人が陳述を肯定しないため事件の真相を詳らかにすることができずかえって被告人が不利益の推定を受ける恐れがある場合、被告人に注意を与え、その誤解を正して陳述を勧説することが被告人に対して深切であると解された⁷³⁴⁾。

() 被告人が積極的に虚偽の供述を行った場合、被告人は、偽証の責任を負わなかった⁷³⁵⁾。ただ、被告人が出頭するも弁論を肯せず、許可を受けずに退廷し、または、秩序維持のため裁判長より退廷を命ぜられたときは、その陳述を聴かずに判決をすることができるという規定があるだけであった(第366条)⁷³⁶⁾。しかし、被告人が、裁判所に対して氏名や身分等を偽

り、虚偽の事実を陳述し、虚偽の証拠を提出して無罪または不当に軽い取扱いを受けようとする場合、被告人は当然負担すべき不利益を不当に免れようとしており、これは正当な弁護権に含まれない行為であると解された⁷³⁷⁾。さらに、團藤重光は、被告人が虚偽の供述をする権利を否定した⁷³⁸⁾。弁護人についても、事実を虚構して被告人を弁護し罪証隠滅を図ることは、その弁護権の行使ではないだけでなく、刑法上の犯罪を構成しうるとされた⁷³⁹⁾。宮本英脩と佐伯千仞によると、弁護権の限界は、真実に対して沈黙することであり、積極的に裁判所を欺罔し、不当に刑罰を免れようとするのはいかなる意味でも弁護権の行使ではないとした。それゆえ、被告人が真犯人であり、かつ、自白したくないと考える場合、被告人の適法な態度は、ただ「陳述すべきことはありません」と答えることであると述べた⁷⁴⁰⁾。

(6) 物件提出義務の否定と刑事訴追を受ける虞を理由とする証言拒絶権

() 大正刑事訴訟法第140条第2項は、「裁判所ハ差押フヘキ物ヲ指定シ所有者、所持者又ハ保管者ニ其ノ物ノ提出ヲ命スルコトヲ得」と定めた。

理由書によると、この物件提出命令は、被告人に対しては及ばない。これは、被告人に対して供述義務が課されないことと同じ理由による⁷⁴¹⁾。しかし、この見解に対しては、法は、強制的な押収を認めるため意味をなさず、当事者主義を不当に強調していると批判された⁷⁴²⁾。

() 大正刑事訴訟法第188条第1項は、「証言ヲ為スニ因リ自己又ハ自己ト第百八十六条第一項⁷⁴³⁾ニ規定スル関係アル者刑事訴追ヲ受クル虞アルトキハ証言ヲ拒ムコトヲ得」と規定した⁷⁴⁴⁾。法律で自己または自己と第186条の関係がある者に犯罪を供述する義務を負わせることは、人情を無視し、事理に反するためであった。犯罪を供述させることも犯罪を推定される虞のある事項を供述させることも同じであるとされた⁷⁴⁵⁾。ただし当時刑事訴追を受ける虞を理由とする証言拒絶権と被告人の供述拒絶権の関係について詳細に論じたものは見られない。

(7) 補論：陪審法

陪審法は、1923(大正12)年に制定され、1943(昭和18)年に停止された。

陪審法第7条は、「被告人公判又ハ公判準備ニ於ケル取調ニ於テ公訴事実ヲ認メタルトキハ事件ヲ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ得ス 但シ共同被告人中公訴事実ヲ認メサル者アルトキハ此ノ限ニ在ラス」と定めた。被告人が犯罪事実を自白した場合、当該事件は、陪審の評議に付されない。これは、当事者に事実上争いが無い場合、大抵事件は簡明であり、特に陪審の評議に付するの必要はなく、また、特殊な事情がある場合、当該事件を裁判事務に不慣れた陪審員による評議に付すると、被告人の自白を妄信して有罪の予断を抱く虞があるという理由に基づいて規定された⁷⁴⁶⁾。

陪審法第73条は、「裁判所、予審判事、受命判事、受託判事其ノ他法令ニ依リ特別ニ裁判権ヲ有スル官署、検事、司法警察官又ハ訴訟上ノ共助ヲ為ス外国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証拠ト為スコトヲ得……三．被告人又ハ証人公判廷ニ於テ供述ヲ為ササルトキ」と定めた。この「供述ヲ為サス」とは、被告人が沈黙して全く供述しない場合だけでなく、事実を遺忘したと述べ訊問事項に関して何も供述しない場合も含むと解された⁷⁴⁷⁾。

1942(昭和17)年ごろには、請求陪審事件が被告人から請求されることは皆無であり、法定陪審事件についても被告人が辞退したり被告人が自白したため陪審の適用から除外されるものが大部分であった。それゆえ、実際に陪審の評議に付される事件は極めて少なかった⁷⁴⁸⁾。陪審法の対象であった黙秘や否認する被告人に対する陪審手続における Nemo tenetur 原則に関する言及は見られない。

3. 戦時刑事立法と被疑者・被告人の真実供述義務の強化

(1) 戦時刑事立法

戦時下における刑事手続は、全体主義の思想に基づく人権蹂躪を伴うも

のであった。

1925 (大正14) 年に治安維持法が制定され、1941 (昭和16) 年に改正された。改正によって、予防拘禁が採用され、特高警察と結びついて反政府的言動に対しても適用された。治安維持法が改正された1941 (昭和16) 年には、国防保安法も制定され、検察官に広範な強制捜査権を与えるとともに、防禦権が制限された。翌1942 (昭和17) 年には、戦時刑事特別法と裁判所構成法戦時特例の制定、1943 (昭和18) 年には、戦時刑事特別法の改正、陪審法の停止、裁判所構成法戦時特例の改正、1945 (昭和20) 年には、戦時刑事特別法と裁判所構成法戦時特例の改正が行われた。

さらに、行政執行法 (明治33年法律第84号)⁷⁴⁹⁾ が規定した検束が、犯罪捜査や被疑者の自白を獲得する目的で利用された点が重要である。第1条は、「 当該行政官庁ハ泥酔者、癡癲者自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル者ニ対シ必要ナル検束ヲ加ヘ戒器、兇器其ノ他危険ノ虞アル物件ノ仮領置ヲ為スコトヲ得暴行、鬭争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為必要ナルトキ亦同シ 前項ノ検束ハ翌日ノ没後ニ至ルコトヲ得又仮領置ハ三十日以内ニ於テ其ノ期間ヲ定ムヘシ」と定めた。検束は、「警察上の障害を惹起するおそれのある者にたいし、一時その身体の自由を束縛する権力的作用」であり、犯罪とは直接に関係のない行政処分であった。「泥酔者、癡癲者自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル者」に対する検束は、保護検束と呼ばれた。保護検束は、被検束者本人の利益のために、その人の身に降りかかる危険から、当人を保護するために行われるものであった。他方、「暴行、鬭争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者」に対する検束は、予防検束と呼ばれた。戒能通孝によると、予防検束は、被検束者が公安を害さないように、あらかじめその本人を社会一般から隔離するために行われたという⁷⁵⁰⁾。

これらの「検束」は、警察によって法の趣旨をこえて拡張解釈され、罪を犯していない者を保護や予防の名のもとに拘束した。特に、思想犯の身柄拘束の手段や犯罪捜査の手段として利用された。被疑者として逮捕する

だけの証拠がない場合、警察は、理由をつけて当該の者を検束し、監禁して自白を強いた。さらに、検束は、特高警察行政においても活用された⁷⁵¹⁾。

(2) 真実供述義務の強化

() 戦時下のわが国の刑事手続は、ナチス期のドイツと同様の動きを示していた。ナチス期におけるドイツ刑事手続の改正作業も、わが国に紹介された⁷⁵²⁾。しかし、その評価は分かれており、学界の大半は、警戒あるいは批判的であった。不破武夫は、「ナチスの刑訴法より学ぶべきものも、所詮「或る程度まで」であるとし、「法治国の理念が全体主義的思惟の下に蹂躪し去られる」ことは耐えられず、将来の刑事訴訟法は、国家刑罰権を迅速かつ確実に実現すると同時に、個人の人格の価値を没却することがないようにしなければならない、と述べていた。團藤重光は、立法技術として、ナチス刑事訴訟法にならうべき点は少なくないが、その「基礎に横はる世界観とその成立するに至った社会的地盤とを十分に把握・批判することなくして、これに追従することを得ないのは勿論である」と述べ、ナチス刑事訴訟法改正草案においても「被告人はやはり一定の権利主体と認められることにおいては変りなく、現在における訴訟法の一般理論ともいふべきものは必ずしも根本的修正を受けるものではないやうに考えられる」と評価した⁷⁵³⁾。

また、戦時下の刑事手続においても、被告人の供述義務および真実供述義務の承認に消極的な見解が一般的であった。

牧野英一は、大正刑事訴訟法第134条に依拠して、被告人の供述義務を否定した。ただし被告人の相当の陳述を予期して訊問を行うことは許されると解した⁷⁵⁴⁾。

宮本英脩は、被告人の弁護権の目的は刑事訴訟において自ら不当な不利益をこうむることを免れる点にあるとした。たとえ被告人が当然負担すべき不利益であっても、被告人が自らすすんでその不利益を引き受ける行為

は含まれないとした。それゆえ、同氏は、一般に、被告人は、実際に罪を犯していたとしても、自白その他自己に不利益な証拠を提出する義務はないとした。被告人訊問において、被告人は、訊問者の質問に対して陳述したいか否かを答える義務を負う。それゆえ、被告人の沈黙の自由は、被告事件自体に関する議論について保障されるという。同氏は、被告人の供述義務を否定する根拠として「公訴主義」を挙げた。公訴主義とは、公的弾劾主義、換言すると弾劾主義のもと国家機関が被告人を弾劾する制度をいう。この公訴主義のもと、検事は、被告人と対等の当事者とみなされる。被告人は、自身に対する攻撃の武器を検事に与えるかのような望まない陳述を義務付けられず、自身にとって不利益な裁判において、その供述によって裁判所に協力する義務も課されないと主張した⁷⁵⁵⁾。

佐伯千仞は、被告人は事件に関する真実やその他自己に不利な陳述をする義務はないと述べた。ただし、同氏は、被告人は、陳述することがあるか否かという問いに対して、その有無を答える義務はあるとした⁷⁵⁶⁾。

当時大審院検事であった平井彦三郎は、被告人の訴訟主体としての地位を理由に、供述の義務を否定した⁷⁵⁷⁾。

瀧川幸辰は、被告人は、当然負うべき不利益も免れようとするのが通常であるため、陳述義務や自白義務を負わないとした。被告人が陳述や自白を拒むことは、被告人の防禦権の範囲に属するものではないが、自白その他の不利益な証拠の提出を被告人に強制すること自体、被告人に期待することはできないという。被告人が陳述や自白を拒むとき、その責任を被告人に負わせることはできず、これは規範的責任論から導かれるとした。これは、被告人がすすんで虚偽を述べ虚偽の証拠を提出する場合や氏名や身分を偽る場合も、同様であると述べた。同氏によると、確かに大正刑事訴訟法は、被告人に真実を述べることを望んでいるが、これは被告人にとって困難な要求であり、被告人が真実を述べないとしてもやむを得ず、真実を期待することはできない。それゆえ、大正刑事訴訟法は、被告人の不実の陳述は違法であるが、責任を免除したと説明した⁷⁵⁸⁾。

() 他方、個人に対する全体の優越を主張する立場から被告人の当事者的地位の誇張を警戒し、被告人の真実供述義務の賦課に積極的な見解が、一部に生じつつあった⁷⁵⁹⁾。

小野清一郎によると、被告人は、自己弁護のために陳述をする義務を負うが、自己の犯罪事実に関する供述をする義務はないとした。被告人に自白を強いることは当事者訴訟主義ゆえに許されないが、被告人にとって不利な事実であってもその供述を促すことは禁止されていないと解していた⁷⁶⁰⁾。その後、同氏は、刑事司法の公益的性質を強調するときは、被告人の真実供述義務を認めなければならない、原理的にはこれが正しいと述べた。ただし、大正刑事訴訟法の解釈としては、被告人に対して偽証の制裁をもって真実供述義務を強制していないために、「法律的な義務としては不完全なものである」と言及した⁷⁶¹⁾。

安平政吉によると、被告人訊問において、被告人は何らかの答弁を予想されており、一応何かを陳述する義務があるという。確かに、大正刑事訴訟法は、供述義務違反に対する制裁を科さないが、これを理由に供述義務を否定することはできないという。また、同氏は、ラテン語法諺である *Nemo tenetur se accusare* を引用し、被告人は、真実供述義務を課されないため、不実の供述をしても偽証の責任を負わないが、虚偽を述べる権利はないと述べた⁷⁶²⁾。さらに、同氏は、「被告人訊問の本質に就いて」という論説において、「刑訴上における被告人訊問の本質は、国家司法機関が司法権の行使として被告人に対し一定の事実を要求」する点にあり、被告人は、答弁義務はもちろん真実供述義務も課されると主張した⁷⁶³⁾。

当時検事であった一木輶太郎も、法の道義性を強調し、被告人の真実供述義務を認めるべきであると強く主張した⁷⁶⁴⁾。

また、團藤重光は、理論的検討と法解釈の両面から検討した。まず、同氏は、被告人の供述義務を理念上認めた。なぜなら、被告人の当事者としての地位から直ちに被告人の供述義務を否定することは、当事者主義を過当に強調することになると考えたためであった。ただし、同氏は、被

告人の供述義務違反に刑法上の制裁で臨むことは被告人にとって酷であり、

強制手段を用いて被告人に自白を強要することは「糾問手続に復帰するもので、現代の文化と全く相容れない」こと、自白強要は自白の証拠価値を著しく減殺することを同時に指摘していたことに注意しなければならない。しかし、大正刑事訴訟法の解釈について、同氏は、刑事訴追を受ける虞を理由とする証言拒絶権（大正刑事訴訟法第188条）との権衡上、被告人の供述義務を認めることは解釈論として困難であると主張していた。また、被告人が虚偽の陳述をする場合、被告人は偽証罪の制裁を受けない。同氏は、警察犯処罰令第2条第21号の適用も否定すべきであるとした。ただし、被告人が虚偽の供述をする権利は認めず、被告人の虚偽供述は、違法性阻却の原由ではないと指摘した⁷⁶⁵。

（ ）被告人の真実供述義務を積極的に解する動きは、1937（昭和12）年6月1日に施行された満州国刑事訴訟法⁷⁶⁶第126条に具体化された。同条は、「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ヲ得ス」と規定した。起草に関与した小野清一郎によると、本条の趣旨に関して、検事および被告人は「当事者」であり、真実の発見を目指す公正な裁判のために協働するべきであるとした。検事は被告人にとって不利益な点とともに利益な点も挙げて弁護すべきであり、被告人は自己の利益を防御する権限がある一方で真実発見を妨げることは許されないと説明した。同氏は、「公益と私益との対立を単なる対立と認めつつ公益の優越を強調する権威主義的全体主義は、未だ真の全体主義・普遍主義ではない」という。刑事訴訟において被告人に真実義務を認めることは、単に公益の優越を強調する立場において考えられるべきではなく、被告人自身の正しい私益を保護することであるという。捜査機関は、被告人を疑うだけでなく、その供述を信じなければならず、弁護人も、公益的見地から重要視しなければならないと主張した⁷⁶⁷。

在野法曹は、満州国刑事訴訟法の動きがわが国に持ち込まれることに対して強く警戒した⁷⁶⁸。

() 1940(昭和15)年に発足した日本法理研究会⁷⁶⁹⁾は、1941(昭和16)年7月「日本刑事法理研究要綱」⁷⁷⁰⁾、および、1943(昭和18)年5月にこの要綱に基づいてまとめられた「日本刑事手続要綱」⁷⁷¹⁾において、被告人の真実義務を明定し原則とすることを構想した。要綱によると、自白強制や拷問は許されないとしつつ、被告人は最もよく事実の真相に通じているため、実体的真実発見のためには被告人に真実を語らせなければならぬとした⁷⁷²⁾。

また、1941(昭和16)年、日本法理研究会第二部会(部会長は末弘厳太郎)および第三部会(部会長は小野清一郎)が、「戦時特別刑事手続要綱試案」を作成し、「地方裁判所に於ても被告人自白したときは他の証拠を取調べざることを得るものとする」よう特別規定を設ける必要があると提言した⁷⁷³⁾。同内容は、1944(昭和19)年に作成された「戦時刑事非常措置法試案」第12条にもみられた⁷⁷⁴⁾。

(3) 人権蹂躪 自白獲得目的の拷問

実際、警察官による取調べにおいて、拷問が行われた。威嚇や脅迫による無形的拷問は、警察官だけでなく、検察官や予審判事によっても行われていたという。拷問は、組織やその活動の実態に関する自白を獲得する目的で行われただけでなく、被疑者を肉体的かつ精神的に屈服させる目的もあった⁷⁷⁵⁾。

また、刑事手続において否認する被告人は少なくなかったが、多くの場合有罪判決が下されていたという。これは、裁判官は被告人が虚偽の供述をしていると断定しているためであったという⁷⁷⁶⁾。

4. 本節のまとめ

大正刑事訴訟法下においては、被告人・被疑者に対する訊問の目的は、当事者かつ訴訟の主体という地位にある被告人・被疑者に対して弁解の機会を与えることであると理解された。確かに、自己負罪拒否特権や黙秘権

に関する明文規定は存在しなかったが、Nemo tenetur 原則は、その理論自体は、十分理解されていたと考える。高田昭正は、大正刑事訴訟法下でも、黙秘権の普遍的な性格を理解する意味で、規範的、理論的には黙秘権が保障されていたとする。ただし、同氏は、大正刑事訴訟法における黙秘権の理解は、被疑者・被告人に法律上・事実上の供述義務を認めるか否かという黙秘権の消極的側面に関する議論のみであり、職権主義構造に条件づけられていると指摘している⁷⁷⁷⁾。

大正刑事訴訟法において、依然として、被疑者・被告人の供述が重要視された。被疑者・被告人に対する自白強制は禁じられ、被疑者・被告人に供述義務を課することに対して消極的に解する見解が多かったが、被疑者・被告人は、刑事手続において何らかの陳述を期待された。

戦時刑事手続下では、治安維持法による起訴前捜査や行政執行法の行政検束の濫用による被疑者・被告人の人権蹂躪が行われた。しかし、学界は、一部に個人に対する全体の優越を主張し、被疑者・被告人の当事者主義の誇張を警戒する動きも見られたが、Nemo tenetur 原則の存在自体を否定する見解は見られず、かつ、被疑者・被告人に対する供述義務や真実供述義務に対して消極的な見解が多数を占めていた。

ただし、佐伯千仞が、大正刑事訴訟法下において、被告人の自白義務を否定する見解が大勢であったが、これは「単に理論として紙上の存在たるに止り、現実の生活を動かす力となり得なかった」と指摘しているように、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則が未だ「実際には」保障されていなかったという点に注意しなければならないであろう⁷⁷⁸⁾。

453) 1920年代末ないし1930年代初期における犯罪状況に関しては、Karl-Leo Terhorst, Polizeiliche planmäßige Überwachung und polizeiliche Vorbeugungshaft im Dritten Reich, Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte vorbeugender Verbrechensbekämpfung, 1985, SS. 9-19. 特に、プロイセンにおける犯罪対策と犯罪現象については、S. 98 f. を参照した。

454) Kölbel, Fn. 17, S. 254.

455) Lautz, Das staatsanwaltschaftliche Vorverfahren, in: herausgegeben von Franz Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, Bericht der amtlichen Strafprozesskommission, 1938, S. 111. 特に常習犯に対して予防的犯罪克服という新しい形式が向けられた (Kölbel,

- Fn. 17, S. 255)。1933年常習犯法 (Gewohnheitsverbrechergesetz v. 24. 11. 1933 (RGBL. I, 1000)) によって、ドイツ刑事訴訟法第81a条が導入された。ドイツ刑事訴訟法第81a条は、「被疑者・被告人が審理客体として一般の利益の下位におかれるという精神に合致する」と考えられた (Karl Siegert, Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates (II), ZStW 54, 1935, S. 24)。
- 456) Christiane Oehler, Die Rechtsprechung des Sondergerichts Mannheim 1933-1945, 1997, S. 52.
- 457) Kölbel, Fn. 17, S. 255.
- 458) Wenzel Graf von Gleispach, Deutsches Strafverfahrensrecht, Ein Grundriss, 1943, S. 14.
- 459) Heinrich Rüping, Von der Aufklärung bis zur doppelten Staatsgründung, in: Wolfgang Sellert und Heinrich Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 2, 1994, S. 239 f.
- 460) Oehler, Fn. 456, SS. 52-54.
- 461) 審議の概要は Herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Werner Schubert, Entwurf zu einer Strafverfahrensordnung und einer Friedens- und Schiedsrichterordnung (1936-1939), in: Werner Schubert, Jürgen Regge, Peter Rieß und Werner Schmid (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Abt. III NS-Zeit (1933-1939), Strafverfahrensrecht, 1991, Band 1, S. VIII f. (以下, Schubert 1991)。審議の結果の概観は S. XVI を参照した。
- 462) ドイツ帝国法務省公式刑事訴訟法委員会 (die amtliche Strafprozeßkommission des Reichsjustizministerium) によって提出された1936年2月27日刑事訴訟法草案は, Schubert 1991, Fn. 461, S. 3 ff. に, 治安裁判官および仲介人法草案と裁判所構成法草案と共に収められている。
- 463) Roland Freisler は, 1893年生まれで, 1924年にナチスに入党した。弁護士であり, 国家事務次官および司法省局長, 民族裁判所長官を務めた (フランツ・ノイマン (岡本友孝・小野英祐・加藤栄一訳) 『ピヒモス ナチズムの構造と実際 1933-1944』 (みすず書房, 1963年) 326頁および495頁)。
- 464) Herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Werner Schubert, Protokolle der Großen Strafprozeßkommission des Reichsjustizministeriums (1936-1938), in: von Werner Schubert, Jürgen Regge, Peter Rieß und Werner Schmid (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Abt. III NS-Zeit (1933-1939), Strafverfahrensrecht, Band 2, Teilband 1, 1993, S. 23. (以下, Schubert 1993)。
- 465) 1937年10月28日にドイツ帝国法務省刑事訴訟大委員会によって提出された刑事訴訟法草案 (第一読会 1936/1937) は, Schubert 1991, Fn. 461, S. 103 ff. を参照。
- 466) 1937年に提示された「刑事手続法の再編成」というナチス法擁護者同盟 (NS-Rechtswahrerbund) による覚書の第8は, 「真実義務は, 被疑者・被告人に向けられない。行為の証拠を提出することは, 国家の任務である。」とし, 被疑者・被告人の真実義務を否定している。Schubert 1991, Fn. 461, S. XVIII。なお, この覚書が, 草案に影響を与えたかどうか, 与えたとすればどの程度どのような影響を及ぼしたのかという点は不明であり,

今後の研究の課題としたい。

- 467) Schubert 1993, Fn. 464, S. 522.
- 468) 1938年10月に刑事訴訟大委員会の小委員会がまとめた刑事訴訟法草案は, Schubert 1991, Fn. 461, S. 175 ff. を参照。
- 469) 1939年2月14日の刑事訴訟法草案は, Schubert 1991, Fn. 461, S. 221 ff. を参照。
- 470) Schubert 1991, Fn. 461, S. 318.
- 471) 「第1編 手続の段階」「第1部 予審手続」において, 第12条〔被告人の聴聞〕は, 「起訴が提起される前に, 被告人は, 尋問されなければならない。明らかな事実については, 彼に書面によって意見を述べる機会を与えられることで十分である。被告人が証拠のとり上げに対して反応するとき, それが重要であるとき, それは検察官に提起される。」と規定する。
- 472) 「第2部 公判手続」の「第3章 公判」において第59条〔公判の段階〕の第3項は「ここで裁判長は, 被告人に起訴事実について尋問する。被告人なしに審理されるとき, 被告人が以前の尋問において裁判官あるいは検察官の面前で行った供述が朗読される。」と規定する。
- 473) Schubert 1991, Fn. 461, S. 454 f.
- 474) Schubert 1993, Fn. 464, S. 522.
- 475) Lautz, Fn. 455, S. 112.
- 476) Siegert, Fn. 455, S. 23 f.
- 477) Henkel, Die Gestalt des künftigen Strafverfahrens, Gedanken zur Strafverfahrensrenewierung, Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ), 1935, Heft 9, Sp. 535-538. すでに実務では, 裁判官は, 証拠評価や量刑の際に被疑者・被告人の黙秘から不利な結果が導かれるということを経験者・被告人に伝えなければならないこととしていたという (Henkel, Das deutsche Strafverfahren, 1943, S. 249)
- 478) Schubert 1991, Fn. 461, S. 302. 「不利益」という文言に秩序違反や不名誉も含まれるかという問題等, その保護範囲に関する議論がなされた。
- 479) Herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Werner Schubert, Protokolle der Großen Strafprozeßkommission des Reichsjustizministeriums (1936-1938), in: von Werner Schubert, Jürgen Regge, Peter Rieß und Werner Schmid (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Abt. III NS-Zeit (1933-1939). Strafverfahrensrecht, Band 2, Teilband 3, 1993, S. 123 ff. 議事録によると, 発言者は以下の通り。Gürtner (ドイツ国司法大臣), Thierack (民族裁判所裁判長), Schäfer (局長), Stolzenburg (州裁判所長), Toewe (州裁判所長), Martin (上級地方裁判所裁判長), Sturm (検察官), Lehmann (ドイツ国戦争裁判所部長および通信員), Dahm (教授, 通信員), Freisler (国家秘書), Graf Gleispach (教授), Lautz (検事長), Klaiber (警視總監), Niethammer (ドイツ国最高裁判所評議員), Doerner (会計検査評議員), von Bacano (州裁判所裁判長), Suchomel (部局長), Kohlrausch (教授)
- 480) 「証人は, それを回答することが彼自身あるいは彼の親族を犯罪行為で訴追される危険にさらす質問に回答することを拒絶してもよい。」という文言であった。

- 481) Schubert 1991, Fn. 461, S. 460.
- 482) W. Töwe, Die Mittel der Wahrheitserforschung, in: herausgegeben von Franz Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, Bericht der amtlichen Strafprozesskommission, 1938, S. 223 f.
- 483) Oehler, Fn. 456, S. 59 f.
- 484) Reihard Tristan Eugen Heydrich は、1904年生まれ、1920年国民社会主義党に入党した海軍将校であり、治安警察局長を務めた(ノイマン・前掲註(463)326頁)。
- 485) Johannes Tüchel und Reinold Schattenfroh, Zentrale des Terrors: Prinz-Albrecht-Straße 8: Das Hauptquartier der Gestapo, 1987, S. 175 f.
- 486) いわゆる「強化された尋問」を承認する旨の1942年6月12日命令は、Tüchel und Schattenfroh, Fn. 485, SS. 177-179 に掲載されている。
- 487) いわゆる「強化された尋問」、つまり殴打やその他の拷問方法の利用を裁判記録の中に見てとることができるかどうかという問題がある。これについて Oehler は、非常に曖昧ではあるが4つの事例にその使用をみてとることができるという。さらに、パーデンにおいて拷問がなされていたことは裏付けられている。コンスタンツ地方裁判所長の報告のなかに、殴打の非難についての公判において「警察の尋問中、RSHA (Reichssicherheitshauptamt der SS = 国家保安本部)の公布に依拠した」という警察官の言及がみられる。また、1945年以後マンハイムの捜査手続において、逮捕や後の尋問の際に、殴打、足蹴りやその他の虐待がなされていたことが報告されているという(Oehler, Fn. 456, S. 190)。
- 488) Sofsky によると、拷問は、しばしば糾問的真實解明の問題ではなく、単に支配関係にかかわる問題であるという。つまり、拷問は、他者の制圧のための科学技術、社会的分離制度、社会的追放制度であり、友人と敵と他者、市民と野蛮人、文明人と野生人、信者と異教徒との間の境界線を引く。そして、拷問は、人間と非人間とを区別するという。市民の尊厳を享受する者だけが、人間共同体の構成員として資格があるとみなされる(Sofsky, Traktat über die Gewalt, 1997, S. 87.)。
- 489) Bernward Dörner, »Heimtücke«: Das Gesetz als Waffe Kontrolle, Abschreckung und Verfolgung in Deutschland 1933-1945, 1996, S. 113.
- 490) Kölbel, Fn. 17, S. 257.
- 491) Kleinheisterkamp, Fn. 358, S. 147. 第136a条は、「被疑者・被告人の意思決定及び意思活動の自由は、暴行、疲労、傷害、薬物の投与、苦痛、欺罔又は催眠術によって侵害してはならない。強制は、刑事手続法が許容する限度でのみ、これを用いることができる。刑事手続法の規定により許容されていない処分をもって強要すること及び法律に規定されていない利益を約束することは、いずれも禁止される。被疑者・被告人の記憶力又は思考力を侵害する処置は、許されない。前2項の禁止は、被疑者・被告人の同意にかかわらず、効力を有する。禁止に違反して得られた供述は、被疑者・被告人が同意した場合であっても、これを使用してはならない。」と定める(訳は、法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑事訴訟法典』(第1版、法曹会、2001年)によった)。
- 492) Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichts-

verfassungsgesetz, Teil II Erläuterungen, 3. Lieferng, 1954, S. 353.

- 493) Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53. neu bearbeitete Auflage, 2010, S. 618 f.
- 494) H. リューピング (川端博・曾根威彦訳)『ドイツ刑法史綱要』(初版, 成文堂, 1984年) 210頁。ドイツ刑事訴訟法が発効されて以来, 被疑者・被告人の供述の自由は認められてきた。さらに, 被疑者・被告人の主体性が承認され, 供述強制からの保護も規定された。それゆえ, 刑事訴訟法第136a条の導入は, 自明のこととはいえないという。学説の中には, 宣言的規定とみえず見解や, その規定自体不必要あるいは非建設的と考える見解もあるという (Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, §136a (Rogall), S. 140)。
- 495) 川崎・前掲註(151)50頁, 光藤・前掲註(383)99頁。
- 496) Kölbel, Fn. 17, S. 257.; Kleinheisterkamp, Fn. 358, S. 147.
- 497) ドイツ民主共和国 (東ドイツ) の刑事手続法は, 刑事訴追の虞がある場合の証人の証言拒絶権を明文で保障した (東ドイツ刑事訴訟法第27条第4項)。また, 被疑者・被告人は, 自己負罪するよう義務づけられず, 自身の無罪の証明も義務づけられないと考えられた。被疑者・被告人の黙秘は, 社会主義的な法思想や道徳観と矛盾するような方法によって打ち破られてはならないが, 人間の尊厳になかった人道主義的かつ公正かつフェアな方法でのみ打ち破られてもよいとされた。被疑者・被告人の黙秘権は, 供述強制の可罰性 (東ドイツ刑法第243条) に根拠を求めるか, あるいは, 探究が基本的に裁判所の任務であり, かつ, 被疑者・被告人は立証責任を負わないということから導き出された (東ドイツ刑事訴訟法第8条, 第22条) 被疑者・被告人に対する黙秘権の告知はなく, 被疑者・被告人の黙秘は量刑に影響した。真実探究および行為者教育志向の手続モデルであった。被尋問者は, 自己決定主体として尊重され, 供述を強制されない一方で, 無制限に供述を促されるという矛盾があった (Herausgegeben vom Ministerium der Justiz, Strafprozeßrecht der DDR; Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung der Deutschen Demokratischen Republik vom 12. Januar 1968, 1968, S. 34 f., SS. 53-55 und S. 61 f.; Kolbel, Fn. 17, S. 258)。
- 498) 1964年刑事訴訟法改正の過程は, Kern, Fn. 525, SS. 302-309.; Walter Gollwitzer, Das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, DRiZ 1964, S. 393.; Theodor Kleinknecht, Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG), JZ 1965, S. 113 f. を参照した。なお, わが国における研究としては, 光藤・前掲註(383)98頁以下, 田中輝和「西ドイツ刑訴法一九六四年改正と東ドイツにおける (一)(二)(三)」東北学院大学論集経済学53号 (1968年) 73頁以下, 東北学院大学論集法学2号 (1970年) 35頁以下, 4号 (1972年) 63頁以下が詳しい。
- 499) 1858年ブラウンシュヴァイク刑事訴訟法第43条については, 本論文・立命館法学335号 (2011年) 198頁, 1877年ドイツ帝国刑事訴訟法の制定過程における告知義務に関する議論は, 同・211頁以下, 1908年草案における告知義務に関する議論は, 同・233頁以下, 1920年草案における告知義務に関する議論は, 同・241頁を参照。
- 500) Dahs, NJW 1959, S. 1158 ff.; NJW 1959, S. 500 ff.; NJW 1951, S. 7 ff. など。光藤・前掲註(383)99 ~ 100頁。
- 501) Eduard Kern, Strafverfahrensrecht, 7. Aufl., 1965, S. 302. なお, 第30回ドイツ弁護士大

会の内容については、NJW 1959, S. 1169 f. を参照した。

- 502) NJW 1959, Fn. 501, S. 1170.
- 503) Kern, Fn. 501, S. 302.
- 504) 光藤・前掲註(383)125頁。
- 505) Stackelberg, Zur Reform des Strafprozessrechts, Juristen-Jahrbuch, 2 Bd. 1961/62, S. 175. Rohrbach 事件, Lettenbauer 事件, Hetzel 事件については、浅田和茂「西ドイツ」鴨良弼(編)『刑事再審の研究』(成文堂, 1980年)523~526頁, K. ベーターズ(著), 能勢弘之=吉田敏雄(編訳)『誤判の研究 西ドイツ再審事例の分析』(北海道図書刊行会, 1981年)45頁以下, 265頁以下, Karl Peters, Fehlerquellen im Strafprozess: Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 1. Band – Einführung und Dokumentation, 1970, SS. 80-83 (Fall Nr. 1138, Lettenbauer), SS. 105-134 (Fall Nr. 1000, Rohrbach) und SS. 134-137 (Fall Nr. 1142, Hetzel) が詳しい。
- 506) Begründung, Deutscher Bundestag 4. Wahlperiode, Drucksache IV/178, S. 15 in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages und des Bundesrates: Protokolle, Drucksachen, Register, 1962.
- 507) フランスでは、1897年法第3条第1項が、黙秘権告知義務を定めた。1879年ルワイエ草案によると「予審対象者は、予審判事の面前に出頭する。何が起きるか? 判事は直ちに最初の予審対象者の尋問を受けさせ、この最初の感情の困惑しているときに彼を質問責めにし、そして軽率な自白あるいは軽率な否認によって彼を危険に曝すのではないか? これは採用すべきシステムではない」と述べた。破毀院は、「告知の有用性に関して、われわれは、それが有用なのは稀有なことであると認めるとにやぶさかではない。しかし、誤った嫌疑がもたれ、司法機関と初めて対面しておびえている予審対象者にとって、告知がしばしば助けになるというだけで、十分ではないか」、「多分、フランスの司法実務の現状において、予審判事の質問に対して予審対象者が返答を拒むことは、判決裁判所に被告人に不利益な偏見を生じさせる可能性がある。しかし、第1回出頭時にみられる供述の留保が権利行使にすぎないとされていれば、明らかに、そのようなことにはならないであろう」と論駁を加え、この方向で立法化されたという(白取祐司『フランスの刑事司法』(日本評論社, 2011年)203~204頁)。
- 508) Deutscher Bundestag 4. Wahlperiode, Drucksache /178, 1962, /1920, 1964, in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages und des Bundesrates: Protokolle, Drucksachen, Register, S. 31.
- 509) 改正草案およびその理由づけの概要, 連邦参議院本会議において Flehinghaus 司法大臣(Nordrhein-Westfalen)が行った説明については、DRiZ 1960, S. 292 ff. を参照した。Deutscher Bundestag 3. Wahlperiode, Drucksache 2037, 1960, in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages und des Bundesrates: Protokolle, Drucksachen, Register.
- 510) BT-Drucks /178, Fn. 508, S. 8.
- 511) BT-Drucks /178, Fn. 508, S. 32.
- 512) Erich Schmidt-Leichner, Das neue Recht im Strafverfahren, Zugleich eine Stellungnahme zu einem „Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform“, NJW 1965, S. 1310.

- 513) 1962年2月12日から14日に関しては, DRiZ 1962, S. 93 f.
- 514) DRiZ 1963, S. 115 ff. ドイツ裁判官連合は, 裁判官と検察官によって構成される。
- 515) Die kleine Strafprozeßnovelle im Bundestag, DRiZ 1963, S. 161.
- 516) Eckart Hannemann, Abhandlungen, Sorgen und Hoffnungen der Richter und Staatsanwälte, DRiZ 1963, S. 416.
- 517) Kern, Fn. 501, S. 308.
- 518) Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Strafprozeßänderungsgesetz, DRiZ 1963, S. 117.
- 519) Hannemann, Fn. 516, S. 415.
- 520) Kern, Fn. 501, S. 307.
- 521) Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 21. Aufl., 1967 (Werner Sarstedt), S. 283.
- 522) Walter Gollwitzer, Das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, DRiZ 1964, S. 395.
- 523) Hans Dachs, Die kleine Strafprozeßreform, Zum Strafprozeßänderungsgesetz vom 19. 12. 1964 (BGBl. 1964 I 1067), NJW 1965, S. 84.
- 524) 例えば, Max Kohlhaas, Schlüsse aus dem Schweigen des Beschuldigten?, NJW 1965, S. 2282 ff.; Erich Schmidt-Leichner, Ist und bleibt Schweigen des Beschuldigten zweischneidig? Zugleich Gedanken zu neuen Entscheidungen, insbes. des BGH, NJW 1966, S. 189 ff.
- 525) Claus Seibert, Das Schweigen des Angeklagten, NJW 1965, S. 1706. なお, 本論文にはこの新刑事訴訟法第243条第4項に関連して, イギリスの Devlin 裁判官による Dr. John Bodkin Adams 事件が紹介されている。
- 526) Erich Schmidt-Leichner, Das neue Recht im Strafverfahren: Zugleich eine Stellungnahme zu einem „Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform“, NJW 1965, S. 1311.
- 527) 光藤・前掲註(383)130頁。
- 528) Kölbl, Fn. 17, S. 257.
- 529) Kölbl, Fn. 17, S. 245.
- 530) 江戸時代における刑事手続においても, 被告人の自白は必要とされた。その理由として, 第一に, 被疑問者自身が自己の犯罪事実を認めて伏罪の意思を示すことが必要であり, 第二に, 自白が最も真実を伝えその証明力に最大の信頼を置かれ, 第三に, 捜査において, 自白が共犯の発見, 主犯の確定, 余罪の追求のために最も迅速かつ容易な方法であったということ3点が挙げられている(平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』(創文社, 1960年) 831~832頁)。
- 531) 「断獄」の章には「老幼拷問を許さず」という規定があり, 士分貴族にも例外があった(小田中・前掲註(385)116頁)。
- 532) 三井誠『刑事手続法』(初版, 有斐閣, 2004年) 5頁。獄庭規則は, 全13条から成り, 最初の裁判手続法といわれている(小田中・前掲註(385)116頁)。
- 533) 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年) 221頁。

- 534) 算板責めの算板に配列する三稜木の稜角を「稍……削り甚タ鋭尖ナラシメス」、又、膝に乗せる石板を「累加三枚至テ止ム、若シ強頑不率ノ者ハ再ヒ之ヲ用ユルコトヲ妨ケスト雖モ一日内豊用スルコトヲ許サス」(第17則)と定めた(横山・前掲註(533)222頁)。
- 535) ポアソナードが司法省で目撃した拷問は石板三枚を超え五枚に及んでいた(福島正夫「ポアソナード博士の人格と拷問制反対運動」法学セミナー216号(1973年)22頁)。1873(明治6)年2月24日断獄則例(司法省布達第22号)は、若干の制限を付しつつも、拷問方法につき詳細な規定を設けていた(三井・前掲註(532)5頁)。
- 536) 江戸時代の幕府法においては、自白の存在が有罪判決の必要・十分条件とされた。審理の終結時に、自白調書(口書)を作成しこれを読み聞かせて押印させ、その書面(これを「吟味詰り之口書」という)に基づいて有罪が認定された(三井・前掲註(532)5頁)。
- 537) 1825年-1910年。パリ大学法学部教授。1873年11月15日、司法省の御雇として来日。1895年3月8日帰国の途につく。多方面にわたってわが国の近代法の整備等に尽力した。司法省法学校において法学教育を行い、多くの法律家育成に貢献。当時の外交上の問題についてもしばしば重要な意見を述べる。明治9年に外務省顧問官。元老院の顧問。(中村義孝(訳)「ポアソナード刑事訴訟法典草案」立命館法学324号(2009年)193頁)。大久保泰甫『日本近代法の父 ポアソナード』(岩波新書,1977年)が詳しい。
- 538) 横山・前掲註(533)238頁。目撃直後、同氏は司法省法学校において数時間にわたって拷問の残酷さおよび不合理さを説き、直ちに司法卿宛に拷問廃止を求める書簡を送った(大久保・前掲註(537)99頁以下)。
- 539) 「拷問廃止建白書」の原文(フランス語)は、「Memoire sur l'abolition des tortures par M. Gustave Boissonade」法律新報559号(1939年)17~22頁。訳文は、鈴木孝雄(訳)「拷問廃止に関する建白書」法律新報559号(1939年)13~17頁、鈴木孝雄・品田みず江(訳)「ギュスターヴ、ポアソナードの拷問廃止に関する建白書(訳文)」法律新報758号(1950年)77~81頁、横山・前掲註(533)238頁。
- 540) 鈴木ほか訳・前掲註(539)78~79頁によると、原文は、「Je conclus, ... que...accuses, ... doivent conserver la liberte de silence, c'est la prerogative la plus inviolable et la plus sacre de la personnalite humaine...」である。
- 541) しかし、訳文の配布数はあまり多くなかったようである。大谷美隆「ポアソナード博士の我国司法部に対する功徳を偲ぶ」法律新報559号(1939年)10頁。
- 542) 横山・前掲註(533)238~239頁、手塚豊「井上毅の拷問廃止意見とポアソナードの井上宛書簡 継続・明治法制史料雑纂(八)」法学研究41巻1号(1968年)79頁以下参照、「拷問廃止意見案(明治8年5月13日)」井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝 資料篇 第一』(國學院大學図書館,1966年)58頁。「謹而按スルニ現今国会ノ惨ナルコト拷訊ヨリ甚シキハナシ陋習野俗一日モ以テ盛時ニ存スベカラズ拷訊廃セズ而シテ国法以テ外国ノ民ヲ統治セント欲スル其レ雖イカナ故ニ法ヲ論スルハ拷訊ヲ廃スルヨリ急ナルハナシ...仰々拷訊ヲ廃セハ從テ断罪法ヲ改メザルベカラス改定律例第三百十八条ニ云凡ソ罪ヲ断スルハ口供結按ニ据ルレシ旧断罪法ナリ然ルニ犯人ノ口供甘結ヲ得テ然ル後罪ヲ断セント欲セハ必ス拷訊ヲ用ヒザルコトヲ得ス因テ八并セテ本条廢セラルベク...」
- 543) 横山・前掲註(538)239頁。1875(明治8)年7月15日、内閣から拷問廃止の議案が元老

院に送られたが、元老院はこれを議決しなかった。

- 544) 出席議員は、長谷信篤、大給恒、河野敏謙、齋藤利行、秋月種樹、柳原前光、陸奥宗光、佐々木高行、中島信行、山口尚芳、壬生基修、三浦梧樓、福羽美靜、吉井友實、由利公正、水本成美、津田眞道、細川潤次郎であった。
- 545) 『元老院會議筆記前期第三卷』(元老院會議筆記刊行会、1968年)28頁。
- 546) 出席議員は、長谷信篤、河野敏謙、齋藤利行、秋月種樹、柳原前光、陸奥宗光、佐々木高行、中島信行、山口尚芳、壬生基修、三浦梧樓、松岡時敏、吉井友實、由利公正、水本成美、津田眞道、細川潤次郎であった。
- 547) 元老院會議筆記・前掲註(545)30頁。「本條二曰ク凡ソ断罪口供結案ニ依ル云々蓋シ悪ヲ掩ス八人ノ常情是レ道義上ノ公許スル所ニシテ孔聖亦タ曰ク父ハ子ノ為ニ隱シ子ハ父ノ為メニ隱ト是ヲ以テ支那歴代ノ諸律皆此聖語ニ據リ父子相容隱スルコトヲ許セリ本邦ニ於テモ亦然リ夫レ父子ノ恩情至テ篤厚ナリト雖モ未タ自己ノ身ヲ愛スルノ深切ナルニ如カス然ルニ父子ノ容隱ハ之ヲ許シ自己ノ容隱ハ之ヲ許サズ之ヲ情ト理トニ基クルニ共ニ其義ノ在ル所ヲ見サルナリ亜米利加合衆国建国法ニ曰ク何等ノ罪ニ於テモ自己ニ害スルノ証據ヲ為スコトヲ強ク可カラスト」。
- 548) 元老院會議筆記・前掲註(545)31頁。「口供結案ハ自己ノ罪惡ヲ自ら申明スル者ニシテ人情ノ能ハザル所ナリト此言甚タ理アリ然リト雖モ此口供ナル者モ強ヒテ之ヲ取ルニ非ス」。
- 549) 出席議員は、長谷信篤、大給恒、齋藤利行、秋月種樹、柳原前光、陸奥宗光、中島信行、黒田清綱、山口尚芳、壬生基修、福羽美靜、松岡時敏、由利公正、楠田英世、津田眞道であった。元老院會議筆記・前掲註(545)34～39頁。
- 550) 出席議員は、佐野常民、津田眞道、福羽美靜、津田出、佐々木高行、齋藤利行、壬生基修、由利公正、河野敏謙、中島信行、柳原前光、黒田清綱、松岡時敏、長谷信篤、細川潤次郎、山口尚芳、楠田英世、秋月種樹、陸奥宗光、村田保であった。『元老院會議筆記前期 第一卷』(元老院會議筆記刊行会、1965年)241～242頁。さらに、陸奥宗光が、前掲註(547)と同内容の発言をした。
- 551) 横山・前掲註(533)238頁、小田中・前掲註(385)126～127頁。
- 552) 8項目とは、「第一 被告人真実ノ白狀 第二 被告人又ハ其他ノ文通又ハ毛筆ノ文書 第三 相当官吏ノ検視明細書 第四 証左及参考ノ陳述 第五 裁判所ヨリ任シタル鑑定人ノ報告 第六 証抛物品 第七 微驗(仏語アンチス)事実ノ推測(仏語プレソンプション、プー) 顕迹(仏語エヴィダンス) 第八 法ノ推測(仏語プレソンプション、レガール)」であった(横山・前掲註(533)240～241頁)。三井・前掲註(532)6頁、小田中・前掲註(385)127頁。
- 553) 堀田正忠、高谷恒太郎『治罪法異同辨 第四拾八號』(就正学社、1883年)13～14頁(なお、復刻版として堀田正忠、高谷恒太郎『治罪法異同辨 自第四十一號至第五拾號 日本立法資料全集別巻 429』(復刻版、信山社、2007年))。甘結とは「宣誓書」という意味であるが、ここでは「自白」という意味で用いられている。
- 554) これは、「明治九年六月第八拾六號布告改定律例第三百拾八條改正後拷訊ハ無用ニ屬シ候儀ニ付右二閑スル法令ハ總テ刪除候」とし、拷問は無用のものとして全廃された(三井・前掲註(532)6頁)。

- 555) 久岡康成は、元老院における議論から、自己負罪拒否特権や無罪の推定という近代市民法社会の刑事手続の根本原則たる「弾劾主義」の認識が既に存在していたことを見てとる。明治9年太政官布告第86号による証拠裁判主義は、自己負罪拒否特権や無罪の推定の保障という弾劾主義の理念を踏まえた拷問廃止論であると同時に、自白にとられない事実認定をも要請しているという(久岡康成「証拠裁判主義の意義について 明治九年太政官布告第八六号についての『元老院会議筆記』から」三井誠=中森喜彦=吉岡一男=井上正仁=堀江慎司(編)『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』(成文堂, 2007年) 373~374頁, 381~382頁。
- 556) 治罪法に関する先行研究は、内田一郎「刑事裁判の近代化 明治初期から旧刑訴まで」比較法学3巻2号(1967年)1頁以下, 吉田常二郎「日本刑事訴訟法小史」法学新報74巻9号(1967年)33頁以下, 小田中・前掲註(385)10頁以下, 青柳文雄「明治期におけるフランス刑訴の受容と修正」法学研究50巻2号(1977年)1頁以下, 青柳文雄「フランス刑訴, ドイツ刑訴の特色 治罪法, 明治刑訴, 大正刑訴への影響を通じて」上智法学論集20巻3号(1977年)55頁以下, 横山・前掲註(533)51頁以下, 吉井匡「刑事法廷における秩序維持と威信擁護(1) 明治期から戦前期までの法制の検討」立命館法学326号(2009年)252頁以下, 斎藤司「刑事証拠開示問題の歴史的構造 治罪法から昭和刑事訴訟法制定過程に関する分析(1)」龍谷法学42巻3号(2010年)504頁以下がある。
- 557) 小野清一郎『刑事訴訟法講義 全』(合冊第五刷, 有斐閣, 1926年)23頁。
- 558) 1876(明治9)年9月28日付けの司法卿大木喬任の「法律起業之儀ノ付申稟」における「治罪法案之事項コ口既ニ僚員ニ命シテ編纂ニ着手セシム」(司法省刑事局「舊刑法, 治罪法及舊刑事訴訟法編纂沿革(一)」法曹会雑誌8巻8号(1930年)110頁)という記述から、この時点で治罪法草案作成作業が既に進行中であったことが分かる。
- 559) 向井健, 矢野祐子「村田本『治罪法草案審査第二修正趣意書』 治罪法編纂過程の基礎的研究」法学研究69巻3号(1996年)74頁。
- 560) 司法省による起草作業は、大木喬任(司法卿), 岸良兼養(大検事), 岡内重俊(権大検事), 横田国臣(検事補), 清浦奎吾(三等属)ら以上5名の委員, 池上三郎(八等属), 亀山貞義(八等属), 内藤貞亮(八等属), 橋本胖三郎(八等属), 堀田正忠(雇)ら以上5名の属員, ジョスラン, ポアソナードら以上2名の仏国人雇という計12名の治罪法編纂委員会によって行われた(司法省刑事局・前掲註(558)117頁)。
- 561) この段階での作成作業のイニシアチブは、日本人委員にあったという(向井ほか(矢野祐子)・前掲註(559)77頁)。
- 562) 向井ほか・前掲註(559)74頁。この作業は、大木喬任を総裁とする司法省官吏およびポアソナードら計9名からなる委員会によって行われた(斎藤・前掲註(556)517頁)。
- 563) いわゆる草案の正式名は「Projet de Code de Procédure criminelle pour l'Empire du JAPON, 1877」であり、原本は「Projet de code de procédure criminelle pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire par Mr. Gve Boissonade, Tokio, Kokoubounnsha, 1882」である(ポアソナード草案の翻訳としては、ポアソナード(森順正, 岩野新平, 小山田銚太郎(訳)『治罪法註釈』(小山田銚太郎訳)(司法省, 1883年), 中村訳・前掲註

(537)190～383頁がある。なお本草案は、これまで「治罪法草案」と訳されてきた。この草案をもとに明治13(1880)年に太政官布告37号として公布され明治15年施行された法律の名称も「治罪法」であった。この名称は、明治8年に、樞大内史箕作麟祥が1808年フランス刑事訴訟法典の翻訳において用いている。この名称について、ポアソナード自身、草案の序の解説6で次のように述べているという。治罪法典(Code d'instruction criminelle)というのは非公開での刑事裁判手続を定めていた古い法の名称としては正しかったが、フランスで批判の対象となっていた。この法典草案は裁判官の恣意を防ぐための手続を採用しているため、日本ではフランスと同様の批判を受けないように、との配慮から、Code de procédure criminelle(刑事訴訟法典)という名称を用いたという(中村訳・前掲註(537)190頁)。

564) 斎藤・前掲註(556)517頁。

565) 条文訳は、ポアソナード(小山田銓太郎訳)・前掲註(563)。中村訳・前掲註(537)によると、「草案第160条[有罪の唯一の合法的な推定, 裁判官による証拠の評価] 法律は、訴訟事件の状況から引き出されるいかなる有罪の推定(presomption de culpabilité)も定めぬ。但し、既判力(autorité de la chose jugée)に関してはこの限りでない。被疑者の自由な且つ任意な自白(aveu), 検証調書(acte de constatation), 証拠書類(pièce à conviction), 第三者の供述(témoignage des tiers), 鑑定人の報告書(rapport des experts), 事実上の推定(presomption de fait)およびあらゆる性質の状況証拠(indices de toute nature)は、その両親の命令と理性の啓示にもとづいて確信を抱く裁判官の評価に委ねられる。」

566) 訳は、中村訳・前掲註(537)による。なお、ポアソナード(小山田銓太郎訳)・前掲註(563)205～206頁によると、「第266號 其他正理ト判事ノ良心トニ委ネラレタル証拠ノ力。」

567) 条文訳は、ポアソナード(小山田銓太郎訳)・前掲註(563)によった。なお、中村訳・前掲註(537)によると、草案165条[自白の要請, 奨励] 予審裁判官は、被疑者にその罪状の自白(aveu), 共同正犯もしくは共犯の指示を求めることができ、または予審裁判官が真実に一致すると考えるその他すべての申し出をするよう求めることができる。但し、予審裁判官は、自白等を得るために、脅迫(menace)もしくは威嚇(intimidation)を用いてはならないし、また空約束(promesse illusoire)もしくは虚偽の主張(fausse allegation)をしてはならない。[刑法典草案: 316条] 予審裁判官は、被疑者に、真実の発見にとって役立つ自白およびその他の申し立ては被疑者にとって法律がとる措置について裁判所の寛大さ(indulgence)に値すること、および逆の意味で、裁判を誤らせるための試みは裁判所の厳しさ(sévérité)をもたらしことを理解させることだけは行ってよい。いかなる場合にも、被疑者の自白または申し立てを得るだけの目的で予審を長引かせてはならない。

568) なお、刑法典草案第316条は「自白または供述を得るために被疑者に対して暴行または虐待を行いもしくは行わせた裁判官, 検察官または警察官は、6か月以上3年以下の労働を伴った拘禁刑および20円以上100円以下の罰金に処せられるべきものとする。但し、必要な場合には、故意による打撲または傷害について定められたより重い刑の適用を妨げない。前項と同一の目的で、暴行または虐待をするという脅迫だけが行われたときは、刑は

2 か月以上 1 年以下の労働を伴った拘禁刑および10円以上50円以下の罰金とする。」と定める。

- 569) ポアソナード (小山田銓太郎訳)・前掲註(563)253～256頁。
- 570) 条文訳は、ポアソナード (森順正, 岩野新平, 小山田銓太郎 (訳))『治罪法註釈 第三篇』(森順正訳) (司法省, 1883年)によると、「第384条 被告人ノ完全ナル白状アリタル時ハ起訴者ノ要求スルカ又ハ裁判所カ職權ヲ以テ命スル時ノ外他ニ有罪ノ証拠ヲ提出スルニ及ハス、然レモ違警罪事件ニ附キ被告人ノ白状アルモ被害者ヲシテ其被ムリタルト申立ル所ノ損害ノ証拠ヲ免カレシメス」。中村訳・前掲註(537)によると「草案384条 [被告人の自白] 被告人の完全な自白があるときは、訴えを起こした当事者が要求しまたは裁判所が職権で命じた場合を除いて、被告人に不利なその他の証拠の提出は不要とする。但し、違警罪の事実についての被告人の自白は、被害者が受けたと主張する損害の証拠の提出を被害者に免除するものではない。」向井健, 矢野祐子「村田本『治罪法直訳』 治罪法編纂過程の基礎的研究」法学研究68巻9号(1995年)71頁以下によると、「第384条 若シ被告人完全ノ自白アルトキハ起訴人ノ請求アルカ又ハ裁判所ノ職權ヲ以テ命令アルニ非レハ他ノ証拠ヲ差出スニ及ハス 然レ共違警罪ノ事実ニ対スル被告ノ自白ハ被害者ノ被ムリタルト申立ル所ノ損害ノ証拠ヲ(差出スヲ)除免セス」。
- 571) 条文訳は、ポアソナード (森順正訳)・前掲註(570)によると、「第385条 若シ完全ナル白状アラサル時ハ負責ノ証人ヲ訊問シ且ツ其他ノ証拠アラハ被告人ニ対ツテ之ヲ提挙セシム可シ」。なお、中村訳・前掲註(537)によると、「草案385条 [他の証拠の提出] 完全な自白がないときは、被告人に不利な証人を尋問しなければならず、その他の証拠があるときは、その証拠を被告人に対して提示しなければならない」。向井ほか・前掲註(570)によると、「第385条 若シ完全ノ自白アラサルトキハ被告ノ書トナル可キ証人ハ訊問セラレ且他ノ証アルトキハ被告人ニ対シテ差出サル可シ」。
- 572) ポアソナード (森順正訳)・前掲註(570)239～240頁。
- 573) 条文訳は、ポアソナード (森順正訳)・前掲註(570)によると、「第465条 該朗読ヲ完リタル後裁判長ハ主タル事件並ニ附從即チ附帶ノ事件ニ附キ被告人ノ訊問ニ取掛ル可シ、若シ被告人予審中ニ白状シタル事ヲ確認セス又ハ取消スニ於テハ裁判長之ニ対シ其翻異ノ廉ニ附キ弁明ス可キ旨ヲ命ス可シ、被告人ノ白状仮令ヒ充分ナリト雖モ院及ヒ陪審ハ事件ノ全部ノ吟味及ヒ其裁判ニ取掛ラサルヲ得ス」。なお、中村訳・前掲註(537)によると「草案465条 [被告人尋問, 自白, 撤回] 裁判長は、前条の朗読がなされた後、主たる事実および従たる事実または付随的事実について、被告人尋問をしなければならない。被告人が予審において自白をしたことを認めずまたは撤回するときは、裁判長は、被告人にその相違について説明するように求めなければならない。たとえ完全なものであっても被告人の自白は、重罪院および陪審が事実全体を調べることを免除するものではない」。向井ほか・前掲註(570)によると、「第四百六十五条 此讀ミ渡シ畢ルノ後上席人ハ被告人ニ主タル事件並ニ從屬ノ事件又ハ附帶ノ事件ヲ訊問スヘシ 若シ被告人糾問中ニ白状ヲ為シ而シテ之ヲ確認セス又ハ之ヲ取消スニ於テハ上席人ハ之ニ此変更ニ付キ其説明ヲ求ムヘシ被告人ノ白状ハ仮令ヒ十分ナルモ院及ヒ陪審ハ其事件ノ全キ吟味ヲ為ササルヘカラス」。

- 574) ポアソナード (森順正訳) ・前掲註(570)505 ~ 507頁。
- 575) 司法省刑事局 ・前掲註(558)121頁。
- 576) 1880 (明治13) 年 1 月19日に開かれた治罪法草案審査第二読会 (第25回) で、ポアソナード草案第384条、第385条が審査された。第384条第 2 項は、当然の内容であるとして削除された。第385条は、余りに短い条文であるという理由で、第384条第 2 項に修正された (向井ほか ・前掲註(559)141頁) 。
- 577) 向井ほか ・前掲註(559)103頁。
- 578) 向井ほか (矢野祐子) ・前掲註(559)81頁。
- 579) 井上操 『治罪法講義 中』194頁 (知新社, 1886年) 194頁, 堀田ほか ・前掲註(553) 5 ~ 6 頁, 堀田正忠 『治罪法釋義』(第十七號二版) (警視庁蔵版, 1880年) 1275頁 (なお復刻版として, 堀田正忠 『治罪法釋義 自第拾壹號至第廿六號 日本立法資料全集別巻 436』(復刻版, 信山社, 2007年)) 。また, 三井 ・前掲註(532) 6 頁も参照した。
- 580) 井上 ・前掲註(579)195頁, 堀田ほか ・前掲註(553) 4 ~ 5 頁。
- 581) 堀田ほか ・前掲註(553)14 ~ 15頁。
- 582) 堀田ほか ・前掲註(553) 7 ~ 9 頁, 井上正一 『日本治罪法講義』(博聞社, 1889年) 687 ~ 688頁 (なお, 復刻版として井上正一 『日本治罪法 [明治13年] 講義下巻 日本立法資料全集別巻 249号』(復刻版, 信山社, 2002年)) 。
- 583) 堀田ほか ・前掲註(553) 9 ~ 10頁。
- 584) 堀田ほか ・前掲註(553)10頁。
- 585) 堀田 ・前掲註(579)1279 ~ 1280頁。
- 586) 堀田ほか ・前掲註(553)40 ~ 41頁。
- 587) 横田國臣 『治罪法講義』(金港堂, 1881年) 133 ~ 135頁 (なお, 復刻版として, 横田國臣 『治罪法 [明治13年] 講義 第一分冊 第二分冊 日本立法資料全集別巻 121』(復刻版, 信山社, 1999年)) , 井上 ・前掲註(579)205頁, 堀田正忠 ・高谷恒太郎 『治罪法異同辨 第四拾九號』(就正学社, 1883年) 19頁 (なお, 復刻版として堀田正忠, 高谷恒太郎 『治罪法異同辨 自第四十一號至第五拾號 日本立法資料全集別巻 429』(復刻版, 信山社, 2007年)) 。
- 588) 堀田ほか ・前掲註(553)10 ~ 11頁。
- 589) 横田 ・前掲註(587)133 ~ 135頁。
- 590) 井上 ・前掲註(582)701 ~ 702頁。
- 591) 井上 ・前掲註(579)206頁, 堀田ほか ・前掲註(553)18頁。なお, 予審判事が暴行陵虐によって被告人に自白させることは刑法第282条によって処罰された。しかし, 恐嚇詐言によって自白させた場合, 刑事上の制裁はなく, 訊問書類その他の処分を上訴することによってこれらを無効にすることしかできなかった (井上 ・前掲註(582)701 ~ 702頁, 村田保 『治罪法註釋 巻 4』(再版, 内田正栄堂, 1882年) 8 頁) 。
- 592) 井上 ・前掲註(579)205頁, 村田 ・前掲註(591) 8 頁, 堀田 ・前掲註(579)1312 ~ 1314頁。
- 593) 井上 ・前掲註(582)700頁。治罪法は, 裁判を予審と公判に分けた。予審判事は, 予審中, 事実発見のために必要であると思料したとき, 検事の請求または職権で勾留状もしくは収監状を受けた被告人を密室監禁することができた。

- 594) 堀田・前掲註(579)1312～1314頁。
- 595) 横田・前掲註(587)133～135頁。
- 596) 治罪法第329条は、「被告人ノ白状アリタル時他ノ証憑ヲ差出スニ及ハス 但裁判所ニ於テハ檢察官民事原告人ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ差出サシムルコトヲ得 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」と規定した。
- 597) 治罪法第352条は、「 檢察官ハ裁判長ヨリ被告人ノ氏名年齢職業住所及ヒ出生ノ地ヲ問ヒタル後被告事件ヲ陳述ス可シ 民事原告人ハ被害事件ヲ証明ス可シ 調書又ハ申立書アル時ハ書記ヲシテ之ヲ朗読セシメ次ニ原被証人ノ陳述ヲ聴キ且証拠物件ヲ被告人ニ示シ弁解ヲ為サシム可シ 被告人及ヒ民事担当人ハ答弁ヲ為ス可シ」と規定した。
- 598) 井上操『治罪法講義 下』(知新社, 1886年)346頁。
- 599) 井上・前掲註(582)688頁。
- 600) 小田中・前掲註(385)133頁, 沢登ほか・前掲註(181)224頁。
- 601) 小田中・前掲註(385)133頁。ドイツは、欧米の先進国のうち、最も長く封建制度を続け、近代的中央集権国家としての出発に遅れ、しかも極めて急速に勃興した点で、わが国の国情と最も類似していたため、その法制度も英米法に比してわが国に適するものと考えられたという(沢登ほか・前掲註(181)200頁)。
- 602) 斎藤司によると、明治刑事訴訟法の立案及び審議過程は、現在のところ明らかになっていないという(斎藤司「刑事証拠開示問題の歴史的構造 治罪法から昭和刑事訴訟法制定過程に関する分析(2)」龍谷法学43巻1号(2010年)3頁)。
- 603) 富田山壽『最近刑事訴訟法要論 上巻』(訂正増補第3版, 有斐閣書房, 1911年)396頁, 牧野英一『増訂刑事訴訟法全』(増訂8版, 有斐閣, 1921年)239～240頁, 林頼三郎『刑事訴訟法 完』(中央大学, 1917年)390頁。
- 604) 富田・前掲註(603)396～397頁, 豊島直通『修正刑事訴訟法新論』(4版, 有斐閣書房, 1913年)53頁。
- 605) 豊島・前掲註(604)345～346頁。明治刑事訴訟法第125条に挙げられた者らと比べ、非常に権衡を失うことになってしまうという。この説は、提出義務の不履行を差押えの条件と思慮したことによる。しかしながら、同氏は、物件提出の義務と差押えとは全く相独立するものであるという。
- 606) 富田・前掲註(603)635～636頁。物件提出義務は、ただ消極的に裁判所の物件差押に服従しなければならない義務に過ぎず、ドイツにおける物件提出の義務のような物件差押を離れて裁判所による強制がなくても、占有者自ら積極的に物件の提出を行わなければならないという義務ではない。物件差押をなしうるかぎりにおいて提出の義務が存在し、提出義務が存在するかぎりにおいて物件差押を行うことができると解するドイツの通説は、わが国では採用できない。わが国では、ドイツにおける少数説を採用できる。もしドイツの通説にしたがい、被告人に対して物件提出の義務なしとすると、刑事訴訟上、第三者の占有物は差し押さえることができるが、被告人の占有物は差し押さえることができないと論定することができなくなる。「被告人ハ自己ニ不利益ナル証拠ヲ提出スルノ義務ヲ負ハス」(Nemo se ipsum prodere tenetur)という弾劾訴訟の原則は、むしろ不可思議に逆用されてしまうといわざるをえないという(富田山壽「刑事判例批評(臨検捜索二因ラサル物件

押収) 京都法学会雑誌 5 巻 11 号 (1910 年) 144 ~ 146 頁)。

- 607) 明治刑事訴訟法第 123 条は、証言する資格がないものを挙げるが、道徳上の理由から、被告人の親族等は証言する資格を有さないとされた (亀山貞義 『刑事訴訟法論 巻之二』 (明法堂, 1894 年) 703 頁 (なお、復刻版として、亀山貞義 『刑事訴訟法論 中之巻』 (復刻版, 信山社, 2001 年)))。
- 608) 磯部四郎 『刑事訴訟法 完』 (東京専門学校, 1896 年) 181 頁 (なお復刻版として、磯部四郎 『刑事訴訟法 [明治 23 年] 完 日本立法資料全集別巻 266』 (復刻版, 信山社, 2003 年))。
- 609) 牧野・前掲註 (603) 239 ~ 240 頁, 亀山・前掲註 (607) 655 頁, 木下哲三郎 『刑事訴訟法講義巻之一』 (講法会出版) 242 ~ 243 頁 (なお、復刻版として、木下哲三郎 『刑事訴訟法 [明治 23 年] 講義巻之一 日本立法資料全集別巻 299』 (復刻版, 信山社, 2004 年))。
- 610) 亀山・前掲註 (607) 654 頁。
- 611) 木下・前掲註 (609) 240 ~ 243 頁, 亀山・前掲註 (607) 654 ~ 656 頁。
- 612) 豊島・前掲註 (604) 616 頁。
- 613) 明治刑事訴訟法第 219 条は、「 判事ハ被告事件ニ付キ被告人ヲ訊問ス可シ、 必要ナル調書其他証憑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。」
- 614) 明治刑事訴訟法第 239 条は「 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。」と規定する。
- 615) 木下・前掲註 (609) 242 頁, 豊島・前掲註 (604) 616 頁。
- 616) 豊島・前掲註 (604) 413 頁, 豊島直通 『刑事訴訟法原論』 (明治図書出版, 1900 年) 316 頁。
なお、本書の奥付には「 豊島直道」とあるが、「 豊島直通」の誤りと思われる (豊島清子 (編) 『豊島博士追悼文及遺稿集』 (巖松堂書店, 1933 年) 1 頁)。
- 617) 亀山・前掲註 (607) 651 頁。
- 618) 牧野・前掲註 (603) 245 頁。
- 619) 亀山・前掲註 (607) 651 頁。
- 620) 磯部・前掲註 (608) 191 ~ 192 頁。磯部四郎 『刑事訴訟法講義上巻』 (再版, 八尾氏蔵版, 1892 年) 352 ~ 353 頁 (なお、磯部四郎 『刑事訴訟法 (明治 23 年) 講義上巻』 (復刻版, 信山社, 2001 年)) がある)。
- 621) 亀山・前掲註 (607) 662 ~ 663 頁。
- 622) 磯部・前掲註 (608) 190 ~ 191 頁。板倉松太郎によると、予審判事が、被告人訊問において恐嚇詐言を用いてもこれを調書に記載することはなかったため、実際に本条が適用されることは稀であると指摘していた (板倉松太郎 『刑事訴訟法玄義 下巻』 (三版, 巖松堂書店, 1917 年) 1450 頁)。
- 623) 松室致 『改正刑事訴訟法論 全』 (有斐閣書房, 1899 年) 278 頁 (なお復刻版として同・日本立法資料全集 別巻 144 (復刻版, 信山社, 1999 年) がある)。
- 624) 明治刑事訴訟法下での訊問に関する判例は、田中輝和「 旧旧刑訴における捜査方法とその法的規制についての素描 旧法第二五四条第一項成立の背景 」法学 30 巻 4 号

(1966年)35頁以下が詳しい。

- 625) 富田山壽「刑事弁護論 附改正刑事訴訟法草案ノ論評」京都法学会雑誌3巻7号(1908年)37~39頁。同氏は、この点につき、「被告人の供述を有罪の証拠とすることができるか」という問題について判断した大審院明治31年10月31日(明治31年第763號,私印盗用私書偽造行使詐欺収財被告事件)を参照した。弁護士(花井卓蔵)は、「原院(東京控訴院)が本件犯罪の事実を否認している被告人の供述を有罪の証拠としたことは、架空の認定であり、刑事訴訟法第203条ならびに証拠に関する一般法理を無視した不法がある」と主張した。これに対し、大審院は、諸般の証拠の取捨は、事実裁判所の職権に属するとした。そして、被告人の供述といえども有罪の証拠とすることができることはもちろん、被告人の供述の取捨は、証人の証言その他の証拠を取捨することと同じであり、証拠取捨権の中にあるため、本件について原院が被告人の供述を有罪の証拠としたことは違法ではない、と判断した。
- 626) 富田・前掲註(603)420~421頁。林頼三郎も、被告人の訊問は、被告人に訴訟上の権利を主張する機会を与える目的と、証拠方法としてほかの証拠の取調べと同じ目的に利用されると考えていた(林・前掲註(603)390頁)。
- 627) 亀山・前掲註(607)660頁。
- 628) 木下・前掲註(609)294頁。
- 629) 木下・前掲註(609)243~244頁。
- 630) 木下・前掲註(609)295~296頁。
- 631) 豊島・前掲註(604)53頁,231~232頁,615頁。
- 632) 板倉・前掲註(622)1439頁。
- 633) 久岡・前掲註(6)408頁,林頼三郎は、自身の見解が通説ではないことを認めていた(林・前掲註(603)393頁)。
- 634) 林・前掲註(603)394~395頁。
- 635) ドイツ帝国刑事訴訟法第136条については、本論文・立命館法学335号(2011年)212~219頁。
- 636) 富田・前掲註(625)37~39頁,同・前掲註(603)420~421頁。
- 637) 磯部・前掲註(608)191~192頁。
- 638) 豊島・前掲註(604)231~233頁。
- 639) 牧野・前掲註(603)240頁。
- 640) 豊島直通は、明治刑事訴訟法第94条により、被告人の自白やその他利益となる供述の強要が否定され、被告人は出頭義務があるが供述義務はないと主張した(豊島・前掲註(616)317~318頁)。
- 641) 豊島・前掲註(616)254頁。
- 642) 板倉松太郎は、被告人が、訊問において答弁しない自由と誤って供述したことを訴訟上取消す権利を有すると主張していた(板倉・前掲註(622)1457頁)。
- 643) 木下・前掲註(609)243頁。
- 644) 亀山・前掲註(607)660頁。
- 645) 木下・前掲註(609)298頁。

- 646) 牧野・前掲註(603)240頁, 板倉・前掲註(622)1439頁。
- 647) 豊島・前掲註(604)53頁。
- 648) 富田・前掲註(625)37~39頁, 富田・前掲註(603)420~421頁。
- 649) 富田・前掲註(603)420~421頁, 富田・前掲註(625)37~39頁。
- 650) 改正刑事訴訟法の編纂に従事した法典調査会第三部委員は, 横田國臣(部長), 倉富勇三郎, 石渡敏一, 古賀廉造, 尾崎三良, 三浦安, 都築馨六, 穂積陳重, 長谷川喬, 富井政章, 三好退藏, 村田保, 高木豊三, 重岡薫五郎, 江木衷, 前田孝階, 土方寧, 富谷銑太郎, 波多野敬直, 馬場愿治, 小宮三保松, 河村讓三郎, 岡田朝太郎であった(法律新聞37号(1901年)22頁)。
- 651) 明治34年案については, 小田中・前掲註(385)173頁以下, 斎藤司「刑事証拠開示問題の歴史的構造 治罪法から昭和刑事訴訟法制定過程に関する分析(3)」龍谷法学43巻2号(2010年)98頁以下が詳しい。
- 652) 平沼騏一郎「刑事訴訟法改正案の要旨(一)(法理研究会講演)」法律新聞1219号(1917年)4頁(起草委員かつ司法省民刑局長であった平沼博士による法理研究会講演の内容は, 同「刑事訴訟法改正案の要旨(一)(二)(三)(四)(五・完)」法学協会雑誌35巻1号(1917年)87頁以下, 2号77頁以下, 4号104頁以下, 5号77頁以下, 6号77頁以下にも掲載されている)。なお, 大正5年案については, 小田中・前掲註(385)263頁以下, 斎藤・前掲註(651)129頁以下が詳しい。
- 653) 清浦奎吾司法大臣は, 貴族院において, 密室監禁制度の廃止の提案理由について「此密室監禁は御承知の通り審中事実発見のため必要な場合に於て施します方法であります。是は或る論者は封建の余習なりとも論じて居る位なことでありまして其名義のいかめしき割合には十五年の経験に徴しますのに実際の効用に至つては薄いやうに考へます。今日世運並に人文の進歩発達に附きましては従て法律も世運と共に進化しなくてはならぬことであります。斯様な厳酷なる処分法は寧ろ此場合に於て一掃した方が至極適當であらうと云ふ考を持ちまして此点に向つて改正を加へましたのであります」と述べている。しかし, 小田中博士は, 果たして清浦司法大臣のいうように「名義」のいかめしき割合に効用の薄いものであったかは問題であると指摘する(小田中・前掲註(385)160頁)。なお, 明治32年刑事訴訟法改正については, 小田中・前掲註(385)154頁以下, 斎藤・前掲註(602)28頁以下が詳しい。
- 654) 磯部四郎「密室監禁二関スル考案」日本弁護士協会録事9号(1898年)51~55頁(なお, 岩谷十郎=村上一博=三阪佳弘(監修)『日本弁護士協会録事明治編第二巻』(ゆまに書房, 2004年)に収められている)。
- 655) 小田中・前掲註(385)161頁。
- 656) 日本弁護士協会録事20号(1899年)68~69頁, 岩谷十郎, 村上一博, 三阪佳弘(監修)『日本弁護士協会録事明治編第四巻』(ゆまに書房, 2004年)390~391頁。
- 657) 平沼騏一郎「刑事訴訟法ノ改正二就テ」法曹記事18巻5号(1908年)2~3頁。特に予審制度の存置に対する批判が強かった。
- 658) 平沼・前掲註(657)16~17頁。
- 659) イギリスでは有罪判決を受けるまで, 被告人は普通の人間と同じであるとみなされると

紹介されている(平沼騏一郎「英国の刑事裁判制度(明治41年6月の司法官会議に於ける演説)」法曹記事18巻7号(1908年)30頁)。

- 660) 富田・前掲註(625)37~40頁,小田中・前掲註(385)209頁。1877年ドイツ帝国刑事訴訟法における Nemo tenetur 原則については,本論文・立命館法学335号(2011年)204頁以下を参照。
- 661) 小田中・前掲註(385)208頁。
- 662) 富田・前掲註(625)37~40頁。
- 663) 富田山壽「刑事弁護論附改正刑事訴訟法草案ノ論評」京都法学会雑誌3巻6号(1908年)63~64頁。捜査手続における弁護人付与について,明治34年案は,捜査は秘密を要する点が多いゆえに,被疑者に捜査手続における弁護人選任を認めなかった。しかし,これは,「乱問訴訟の残夢」であるという。同氏は,必ずしも捜査当局者が不法または不正な手段を用いているというわけではないが,検察官や司法警察官によって発見された資料や作成された調書の中には,真実と一致しないものがある。それゆえ,捜査段階から被告人に弁護人の選任を認め,捜査手続において生ずる不法を減ずるべきであると述べた(富田・前掲註(625)43頁)。新潟弁護士会は,刑事訴訟法改正に対する意見として,被告人に,弁護権を公判又は予審だけでなく,警察署及び検事廷においても等しく行使することができるようにすべきであると述べた(「新潟弁護士会の刑法改正意見」法律新聞52号(1901年)21頁)。予審段階からの弁護人付与について,花井卓蔵は,被告人に弁護人を予審段階から付すことによって,被告人の防禦弁護の権利を十分に行使させたいと主張した(花井卓蔵「予審制度の疑点及欠点」法学新報121号(1901年)11頁)。また,横浜弁護士会の刑法及び刑事訴訟法改正案に対する意見として,「第三 予審に弁護人を付する精神を貫徹すべきである」ことを挙げた。というのも,被告人等に犯罪を自白する義務を課さないことを認めた文明法律を採用した結果として必然の結果であるからである(「横浜弁護士会の刑法及刑訟法改正案に対する意見」法律新聞51号(1901年)23頁)。なお,宇都宮弁護士会も,予審における被告人に対する弁護人付与を求めた(「宇都宮弁護士会の法案改正意見」法律新聞52号(1901年)23頁)。
- 664) これは,ドイツ帝国刑事訴訟法理由書において予審段階の被告人に弁護人の立会いを認めなかった理由づけと同じである。
- 665) 富田・前掲註(625)47頁。東京弁護士会による刑事訴訟法改正案に対する意見として,「第七 予審中弁護人ヲ選任スルヲ得サズ規定アルモ被告人訊問ノ立会及訴訟記録閲覧ノ權ヲ弁護人ニ付与セシメ被告人ノ利益ト其權利ヲ適當ニ保護スヘキ所以ノ途ニアラス」という点を指摘し,被告人訊問への弁護人立会い及び訴訟記録閲覧権を求めた(この意見書は,内閣総理大臣および法典調査会に提出された(日本弁護士協会録事49巻(1901年)59頁,岩谷十郎=村上博=三阪佳弘(監修)『日本弁護士協会録事明治編第九巻』(ゆまに書房,2004年)595頁)。
- 666) 「改正刑事訴訟法草案評(一)」法律新聞1187号(1916年)3頁,平沼・前掲註(652)5頁。
- 667) 小田中・前掲註(385)263~264頁。なお,大正5年案発表当時,大正5年案は「検事主義」「検事訴訟法」であるとの批判があった(大場茂馬「刑事訴訟法改正案評(一)」法律

新聞1185号 (1916年) 12 ~ 13頁)

- 668) 改正刑事訴訟法草案評・前掲註(666) 3頁。1913 (大正2)年頃の捜査機関による拷問に対する批判として、「所謂被告人拷問事件 (司法官心理の改革)」法律新聞861号 (1913年) 1 ~ 2頁,「甲府拷問事件」法律新聞869号 (1913年) 16頁。具体的な拷問事件については、例えば、「茨木署拷問警官五名の拘引」法律新聞980号 (1914年) 15頁,「群馬県下の拷問事件」法律新聞1111号 (1916年) 15頁,「又復千葉の拷問沙汰」法律新聞1123号 (1916年) 12頁,布施辰治「小守事件の真相 (1) ~ (22)」『恐るべき拷問』と『刑事裁判の時弊』法律新聞1091号 (1916年) 9頁以下等を参照。また、検察官による陵虐拷問に対する批判として、布施辰治「拷問事件と必罰主義の迷誤小原検事に与ふ」法律新聞1123号 (1916年) 5頁以下。
- 669) 原嘉道「刑事訴訟法の改正に就て法律取調委員会に各方面の代表的人物を網羅せよ」法律新聞1498号 (1919年) 4頁。
- 670) なお、イギリスにおいては、警察官が被告人に対して「もしお前が今供述をすれば、その供述は他日公判廷で不利益に使用される虞がある。しかしお前がそれを承知の上であればあえて供述を拒むわけではない」と述べ、むしろ被告人に供述させないようにすることが一般的である。しかし、日本ではまったく反対であると指摘されている(「刑事訴訟法改正案を評す(クロニクル紙所載)」法律新聞1188号 (1916年) 16頁)。
- 671) 岩井尊文「刑事訴訟法改正案を読む(八)」法律新聞1223号 (1917年) 8頁。
- 672) 大正5年の条文は、「改正刑事訴訟法草案」法律新聞1184号 (1916年) 5頁以下,『司法省認許 刑事訴訟法改正案』(司法省蔵版,清水書店,1916年)を参照した。平沼駿一郎「刑事訴訟法改正案の要旨(三)」法律新聞1221号 (1917年) 5頁,大正5年案の趣旨については、平沼駿一郎『刑事訴訟法改正案要旨』(法曹会蔵版,日英堂,松華堂,1917年)も参照した。
- 673) 検察官であった谷田勝之助は、この規定に賛同する。なかには証拠隠滅を画策し偽証を教唆する弁護士がいるため、予審段階における弁護を認めその権限を拡大することは危険であるという見解が存在するが、どのような制度を採用しても多少の弊害を免れることはできないという(谷田勝之助「刑事訴訟法改正案に就て(三)」法律新聞1239号 (1917年) 8頁)。
- 674) 平沼駿一郎「刑事訴訟法改正案の要旨(九)」法律新聞1232号 (1917年) 14頁。
- 675) 大場茂馬「刑事訴訟法改正案評(四)」法律新聞1188号 (1916年) 15頁。なお、弁護人の立会いについて、岸清一弁護士は、警察による取調べに弁護士を立ち会わせることが警察による取調べにおける拷問を防止するための良い対処方法であると述べた(「拷問事件と世論」(岸清一談)法律新聞1112号 (1916年) 16頁)。
- 676) 平沼・前掲註(672) 4 ~ 5頁,平沼・前掲註(674) 4頁。
- 677) 平沼駿一郎「刑事訴訟法改正案の要旨(八)」法律新聞1231号 (1917年) 10頁,同「刑事訴訟法改正案の要旨(二)」法律新聞1220号 (1917年) 4 ~ 5頁。なお、明治34年案とほぼ同一の法典調査会案第90条は、詐言に関する条文を復活させていたという。
- 678) 平沼(二)・前掲註(677) 6 ~ 7頁。
- 679) 平沼(八)・前掲註(677) 11頁。但し、新潟地方裁判所検事局は、意見書において、第

135条第2項の「所有者又は所持者」から被告人を除外しないことを希望した(『刑事訴訟法改正案(大正五年案)二対スル意見書』(1918年)97頁)。

- 680) 大場茂馬「刑事訴訟法改正案評(五)」法律新聞1189号(1916年)16頁,岸井辰雄「被告人の訊問と刑罰改正案」日本弁護士協会録事221号(1917年)19頁。
- 681) 平沼(二)・前掲註(677)4~5頁,平沼(八)・前掲註(677)10頁。なお,大正5年案第173条は,予審終了前に,被告人に,嫌疑を受けた根拠を告知し弁解をさせることを規定した。これによって予審においても,被告人の防禦主体たる地位を認めていることが明らかにされたという。
- 682) 平沼(八)・前掲註(677)10頁。
- 683) 「改正刑事訴訟法草案評(三)」法律新聞1189号(1916年)3頁。
- 684) 大場・前掲註(680)16頁によれば,「刑事訴訟法において被告人に弁護権がないことを認める以上は,被告人が自己に不利益な陳述を行うことを拒む権利があることを認めなければならない」ということは当然の筋合いでなければならない。改正草案をはじめ,現行刑事訴訟法並びに各国の刑事訴訟法は,被告人の親族は被告人に不利益な証言を行うことを拒むことを認めている。すでに被告人の親族より被告人に不利益な証言を行うことを拒むことを認める以上は,被告人に対しても又自己に不利益な陳述を行うことを拒む権利があることを認めなければならないことは,その必然の結果といわなければならない。」
- 685) 意見書・前掲註(679)93~94頁。
- 686) 鹿児島弁護士会は,第131条を「被告人二対シテハ被告事件及之ニ関スル刑罰法規ヲ告ケ之ニ対スル弁解及其利益ト為ルヘキ事実及証拠ヲ陳述スルノ機会ヲ与ヘ並ニ弁護人ヲ選任シ得ヘキコトヲ告知スヘシ」と改めることを要求した(意見書・前掲註(679)93~94頁)。
- 687) 岸井・前掲註(680)19~20頁によると,岸井辰雄弁護士は,さらに,これらの告知があったことを調査に明確にすること,この手続を経ずに行った審理判決は,上告において全て破棄されなければならないことを明文化することを求めた。
- 688) 鹿児島弁護士会,名古屋弁護士会が主張した(意見書・前掲註(679)93~94頁)。
- 689) 東京弁護士会は,第131条を「被告人二対シテハ先ツ被告事件ヲ告ケ其事件ニ付キ陳述ス可キコトアルヤ否ヲ問ヒ被告人拒マサルトキハ之ヲ訊問シ且其利益ト為ル可キ事実ヲ陳述スル機会ヲ与フ可シ」と改めることを提案した(意見書・前掲註(679)93~94頁)。
- 690) 浦和弁護士会は,第131条第2項として「被告人ハ訊問二対シ答弁ヲ為サルコトヲ得」を加えることと主張した(意見書・前掲註(679)93~94頁)。
- 691) 青森弁護士会の主張である(意見書・前掲註(679)93~94頁)。
- 692) その他,山口地方裁判所は,第131条を「被告人二対シテハ第一回訊問ノ初メニ於テ被告事件タル犯罪行為ヲ告ケ云々」と改めること,静岡弁護士会は「被告事件」を「被告事件ノ要旨」とすることを提案した(意見書・前掲註(679)93~94頁)。
- 693) 東京弁護士会「刑事訴訟法改正案修正意見」の第八は,「被告人に対し糾問主義を廃したる旨を明白にする規定を設けること」を挙げる。なぜなら,大正5年案は,糾問主義を廃したものとされているが,その意義は不明確であるからである。それゆえ,草案第131条および第273条を修正し,糾問主義を廃した旨を明白にするべきであるという(東京弁護士会調査委員未定稿「刑事訴訟法改正案修正意見概要」法律新聞1291号(1917年)6~

7 頁)

- 694) 播磨龍城「刑事訴訟法改正に就て(一)」法律新聞1223号(1917年)7頁,同「刑事訴訟法改正に就て(二)」法律新聞1224号(1917年)9頁。糺問主義に基づく被告人の審問も、真実発見のために被告人にとって利益となる事実を陳述する機会を与えないわけではない。また、被告人が一度行った供述の増減変更の申立てや被告人が欲するままの陳述や申立てをすることができ、決してその利益となる事実の供述の機会が与えられないというわけでもない。それゆえ、第131条は、弾劾主義の特色を示す改正案とはいえないという。また、播磨辰治郎弁護士は、「糺問主義を完全に廃止して弾劾主義を採用すれば拷問は不要になり、内密にも行われなくなる。罪を断ずるために被告人に自白を強いる必要はない。被告人に口を開かせ不利な供述をさせることが禁じられる。被告人は、自白、すなわち不利な供述をする義務を負わない」。それゆえ、「被告人は自己に不利な陳述をする義務を負わない」という文言を追加し、訊問の際にこの条文を読み聞かせることによって、訊問が強訊に変化し拷問などが起こる弊害を十分防ぐことができると主張した(播磨辰治郎「刑訴法改正の根本義糺問主義か弾劾主義か將た糺問併用か」日本弁護士協会録事216号(1917年)31~33頁)。
- 695) 岸井・前掲註(680)19~20頁。
- 696) 刑事裁判における被告人の心理状態は尋常ではなく、訊問における質問の意図を誤解し、「右」を「左」と答えたり、失言や過言が目立ち、予想だにしない禍難に陥ることがあると指摘する。松本重敏は、被告人訊問において獲得した供述は罪証に用いるべきではないと主張する(松本重敏「刑事訴訟法改正案を評す(五)」法律新聞1202号(1916年)5頁)。同「刑事訴訟法改正案を評す(二)」法律新聞1199号(1916年)6頁は、イギリスの刑事裁判を賞賛し、「訊問主義や自白主義を採用することに何の利益もない」と述べた。
- 697) 宮本英脩「刑事訴訟法改正案二就テ(三、完)」京都法学会雑誌12巻5号(1917年)127~131頁。
- 698) 播磨(一)・前掲註(694)6~8頁。松本重敏も、大正5年案が被告人に対する自白強要を目的とする訊問を行う主義を採用していることを批判した(松本重敏「刑事訴訟法改正案を評す(一)」法律新聞1198号(1916年)6頁)。大場茂馬弁護士は、大正5年案は、刑事訴訟法の大原則である当事者対等主義に反していると批判した(大場茂馬「刑事訴訟法改正案評(八)」法律新聞1192号(1916年)13頁)。また、被告人の権利の不十分さに関しては、岩井尊文「刑事訴訟法改正案を読む(一)」法律新聞1208号(1917年)5頁の指摘がある。
- 699) 松本・前掲註(696)6頁,同「刑事訴訟法改正案を評す(三)」法律新聞1200号(1916年)6頁。
- 700) 林頼三郎「刑事訴訟改正案成立の経過及要綱」法学新報32巻3号(1922年)130頁。
- 701) 林・前掲註(748)130頁,小野・前掲註(557)24頁。
- 702) 團藤重光『刑事訴訟法講義案(一)』(愛光堂印刷,1942年)35頁,小野・前掲註(557)24~25頁。
- 703) 林・前掲註(700)133頁。
- 704) 林頼三郎『刑事訴訟法要義 各則上巻』(中央大学,1924年)125頁,小野・前掲註

(557)25～26頁。

- 705) 平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』(再版, 松華堂, 1923年)49頁。なお, 大正刑事訴訟法における被疑者取調べは, 現行犯逮捕, 要急事件における勾引等, 検事および警察官が一定の場合に被疑者訊問を行うことができる場合や, 裁判上の捜査処分としての被疑者訊問(第255条)の場合であった。その他は, 必要な取調べとして行われた(第254条)。
- 706) 牧野英一『新訂刑事訴訟法』(新訂12版, 有斐閣, 1924年)65頁, 同『重訂刑事訴訟法』(20版, 有斐閣, 1935年)68～69頁, 日沖憲郎『刑事訴訟法』(非凡閣, 1935年)35頁, 宮本英脩『改訂刑事訴訟法講義 第一分冊』(弘文堂書房, 1930年)71頁, 同『改訂刑事訴訟法講義 第三分冊』(弘文堂書房, 1931年)181～182頁, 同『刑事訴訟法大綱』(再版, 松華堂, 1936年)114頁, 平沼・前掲註(705)47頁, 團藤重光『刑事訴訟法講義案(二)』(愛光堂印刷, 1942年)268～269頁。
- 707) 平沼・前掲註(705)47～48頁。
- 708) 宮本(大綱)・前掲註(706)114～117頁, 同(第一分冊)・前掲註(706)71～73頁。
- 709) 佐伯千仍『刑事訴訟法講義(第一篇から第二篇第七章まで)』(洛文社, 1940年)20頁。
- 710) 第一期は, 単に事実上取調べの物体と認めるのみであり, 法律上の地位を全く認めていなかった。第二期は, 被告人を証拠方法と認め, 被告人を追究推し, 被告人の口から証拠を獲得することを期待した。第三期は, 被告人に証拠方法としての地位と訴訟当事者としての地位を認めた。一方で被告人を証拠獲得の手段とすることを認め, この目的で被告人を訊問し, 被告人に真実を供述する義務を課した。他方, 被告人に防禦権を認め, 被告人に自身の権利利益を保護するための訴訟行為を可能にする。その地位は, 次第に当事者としての地位に重きを置き, 証拠方法としての地位はわずかになったという。
- 711) 林頼三郎『刑事訴訟法要義 総則下巻』(中央大学, 1923年)1～4頁。
- 712) 宮本(大綱)・前掲註(706)122頁, 同(第一分冊)・前掲註(706)77頁, 佐伯・前掲註(709)54～55頁。
- 713) 小野・前掲註(557)283～284頁, 小野清一郎『刑事訴訟法』末広嚴太郎編『新法學全集 第20巻』(日本評論社, 1938年)74～75頁。團藤・前掲註(706)268～269頁は, 被告人は証拠方法ではなく, その供述のみが証拠方法たり得るとするのは矛盾であるという。
- 714) 牧野・前掲註(706)65頁, 林・前掲註(711)4～5頁, 平沼・前掲註(705)300～301頁, 小野・前掲註(713)68頁。
- 715) 日沖・前掲註(706)291頁, 平沼・前掲註(705)300～301頁。
- 716) 牧野・前掲註(706)65頁。
- 717) 林・前掲註(711)246～247頁, 平沼・前掲註(705)526～527頁, 小野・前掲註(713)68頁, 365～366頁, 佐伯・前掲註(709)129頁, 同『刑事訴訟法講義(第二篇第四章以下)』(洛文社, 1940年)22頁, 同『刑事訴訟法講義』(甲文堂書店, 1939年)49頁。なお, 判例として, 1924(大正13)年1月25日大審院判決(大正12年(れ)1599號)がある。
- 718) 『刑事訴訟法案理由書』(法書会, 1922年)93～94頁, 宮本(大綱)・前掲註(706)269頁, 平沼・前掲註(705)47～48頁。
- 719) 『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会議録』(法書会, 1922年)303～304頁。
- 720) 理由書・前掲註(718)95頁, 林・前掲註(711)9～10頁。

- 721) 理由書・前掲註(718)94～95頁。
- 722) 平沼・前掲註(705)299頁, 小野・前掲註(557)283～284頁。なお, 第134条に関して, 大正12年12月5日に刑事第9546号刑事局長通牒として「被告人ノ訊問ニ関スル注意事項」が出された。この通牒によると, 「改正法は, 被告人の当事者たる地位を認め, 防禦権の行使を全うさせることを期した。それゆえ, 被告人訊問のうち, この趣旨に適應しない注意すべき二三の事項を挙げる。被告人を推訊追究し自白を求めるような態度を改め, 被告事件について弁解を聞く態度に出なければならない。事実の訊問と証拠調べとを分離せず不可分に行うことを本則とすることを可とする。被告人が被告事件について陳述せず証拠について弁解をしないとき, 眞実を発見するために陳弁をするよう勧誘することは, 妨げられない。しかし, 外部より観察して自白を追究しまたは不利益な事実を承認させようとする言語や態度は深く慎まなければならない。」とされた(潮道佐(編著)『刑事訴訟法・陪審法・刑事補償法先例大鑑』(立興社, 1935年)92～93頁)。
- 723) この「訓示的規定」について, 1922(大正11)年2月16日に行われた第45回帝国議会議院刑事訴訟法案委員会(第5回)において, 林政府委員が, 「法律に訓示的規定を設けた以上は, その官職にある者がこれを遵奉しない場合には, 懲戒の責任を免れないことは当然である。その点については別に何等の規定も訓令も必要ないと思うが, 政府はこの法案を実施するにあたり, この法案の精神を実現するよう努めなければならない。実際の必要に応じて訓令することかもしれないと思っている」と発言している(委員会議録・前掲註(719)224頁)。
- 724) 林・前掲註(711)9頁。
- 725) 瀧川幸辰『刑事訴訟法全』(京都帝国大学法学部講義, 非売品)102～104頁。なお, 1929(昭和4)年度から1932(昭和7)年度の間になされた講義のものである(小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』(初版, 有斐閣, 1986年)278頁)。
- 726) 平沼・前掲註(705)299～300頁。
- 727) 林・前掲註(711)4頁, 8頁, 小山松吉『刑事訴訟法提要』(自治館, 1925年)137頁, 平沼・前掲註(705)298～299頁, 安平政吉『日本刑事訴訟法』(南郊社, 1938年)178頁など。
- 728) 佐伯・前掲註(717)51頁。
- 729) 團藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂書房, 1943年)414頁, 417頁。
- 730) 日沖・前掲註(706)260頁。
- 731) 林・前掲註(711)2～5頁。
- 732) 牧野・前掲註(706)262～263頁。
- 733) 平沼・前掲註(705)299～300頁。
- 734) 林・前掲註(711)10頁, 平沼・前掲註(705)300～301頁。
- 735) 牧野・前掲註(706)232頁。
- 736) 牧野・前掲註(706)262～263頁。
- 737) 宮本(大綱)・前掲註(706)117頁, 同(第一分冊)・前掲註(706)71～73頁, 日沖・前掲註(706)38頁。
- 738) 團藤・前掲註(706)314頁。

- 739) 佐伯・前掲註(717)61～62頁。
- 740) 宮本(大綱)・前掲註(706)267頁,同(第三分冊)・前掲註(706)182頁,佐伯・前掲註(717)55～56頁。
- 741) 理由書・前掲註(718)98頁。
- 742) 團藤・前掲註(729)402～403頁。なお,小山松吉によると,被告人に対して提出命令を発せられることはないが,裁判所は,被告人の所持する物を差し押さえることができる点に注意すべきであるという(小山・前掲註(727)169～170頁)。また,安平政吉は,被告人に対して提出命令を発してもその目的を達成することができないことが多いという事実と混同していると指摘した(安平・前掲註(727)302頁)。
- 743) 第186条第1項は,「左二掲クル者ハ証言ヲ拒ムコトヲ得 一 被告人ノ配偶者,四親等内ノ血族若ハ三親等内ノ姻族又ハ被告人ト此等ノ親族間係アリタル者 二 被告人ノ後見人,後見監督人又ハ保佐人 三 被告人ヲ後見人,後見監督人又ハ保佐人ト為ス者」と指定した。
- 744) なお,証言を拒絶する者は,その事由を疎明しなければならないが,証言を行うことによって特別な影響を受ける虞のある者(第188条)は,その事由が相違なき旨の宣誓をもって疎明に代えることができることとされた(第189条第1項但書)(牧野・前掲註(706)248頁,平沼・前掲註(705)371頁)。
- 745) 理由書・前掲註(718)128頁。
- 746) 林頼三郎『日本陪審法義解』(第4版,有斐閣,1926年)84頁。
- 747) 林・前掲註(746)253頁。さらに陪審法第77条によると,裁判長は,犯罪の構成に関し,法律上の論点および問題となるべき事実ならびに証拠の要領を陪審に対して説示する。残念ながら,裁判長が,陪審員に対して被告人の権利内容や黙秘等の態度に関してどのような説明を行っていたかは不明である。
- 748) 團藤重光『刑事訴訟法講義案(四)』(愛光堂印刷,1942年)573頁。なお,大審院昭和7年10月6日判決(大審院刑事判例集11巻1433頁)は,裁判官の陪審員に対する説示と自白に関する一般的説明について判断した。「其ノ証拠ノ信否ニ関シ自己ノ意見ヲ表示セサル限リ陪審ヲシテ事実ノ答申ヲ誤ラサシムル為必要ナリト認ムル場合ニハ陪審ニ対シ自白ノ価値ニ付法律ノ一般的説明ヲ為スモ其ノ説示ヲ違法ナラシムルモノニ非ス」とし,原審において弁護士が大正刑事訴訟法第346条を引用して「自白ノ価値ハ至ツテ輕キモノナルコト」を弁論したのに対し,裁判長が陪審が公平な判断を行い,事実を誤ることがないようにするために,自白の価値について「法律ノ一般的説明」をしたことにつき,「被告人ノ自白ノ重キ価値アルコトヲ殊更強調シ其ノ真否ヲ批判シテ不当ノ説明ヲ試ミタ」とは認められないと判示した。
- 749) 行政執行法は,行政代執行法(昭和23年法律第43号)附則第2項により,1948(昭和23)年6月15日をもって廃止された。
- 750) 戒能通孝『警察権』(岩波書店,1960年)75～76頁,須貝脩一「警察」田中二郎=原龍之助=柳瀬良幹(編)『行政法講座 第6巻』(有斐閣,1966年)38頁。
- 751) 戒能・前掲註(811)80～81頁。小田中・前掲註(725)21頁。犯罪捜査目的で利用された行政検束は,検束の総数に対して約80%を占め,多用されていた(青木英五郎『刑事裁判の

論理』(初版,酒井書店,1961年)133頁)。なお,司法省と内務省は,行政検束の濫用を戒める訓令や訓示を出している(1916(大正5)年6月26日内務省秘第1425号警保局長より府庁県長官宛通牒,1933(昭和8)年11月10日司法警察官宛司法大臣訓令「行政執行法ノ運用ニ関スル件」,1934(昭和9)年1月18日刑事課長事務打合における内務省警保局長訓示)。しかし,警察は,初めから取調べ目的のために検束をするが,それを正直に認めず,当該の者を検束してみたなら,「たまたま」被疑者であることが分かったから取り調べたにすぎないと解釈した(戒能・前掲註(750)79~80頁)。政府は,行政検束を捜査に用いないように努力するという言明を繰り返す方策をとった(小田中・前掲註(725)144~145頁)。

- 752) 例えば,木村亀二「ナチスの刑法」我妻栄(編)『ナチスの法律』(日本評論社,1934年)159頁以下,不破武夫「ナチス刑事訴訟法の基調」法律時報8巻4号(1936年)18頁,團藤重光「ナチス刑事訴訟法改正の動向(一)(二・完) 刑事訴訟法改正委員会の報告」法学協会雑誌56巻12号(1938年)82頁以下,57巻1号(1939年)82頁以下などがある。
- 753) 不破・前掲註(752)18頁,團藤(二・完)・前掲註(752)98~99頁。
- 754) 牧野英一『改訂刑事訴訟法』(改訂第22版,有斐閣,1940年)291~292頁。
- 755) 宮本(大綱)・前掲註(706)9頁,11~12頁,116~117頁,267頁。
- 756) 佐伯・前掲註(717)51頁。
- 757) 平井彦三郎『刑事訴訟法論綱』(5版,松華堂,1935年)153~154頁。
- 758) 瀧川・前掲註(725)198~201頁。
- 759) 佐伯・前掲註(717)54~55頁。なお,佐伯千仞,小林好信「刑法学史」鶴飼信成ほか編『日本近代法発達史 資本主義と法の発展 第11巻』(勁草書房,1967年)も参照。
- 760) 小野清一郎『全訂刑事訴訟法講義』(全訂第三版,有斐閣,1933年)303頁,318~320頁。
- 761) 小野・前掲註(713)75頁。
- 762) 安平・前掲註(727)348~349頁。
- 763) 安平政吉「被告人訊問の本質に就いて 刑事訴訟法精神の展開」同『団体主義の刑法理論』(巖松堂書店,1935年)406~420頁。
- 764) 一木暉太郎「刑事被告人の供述義務」警察研究10巻4号(1939年)49頁。
- 765) 團藤・前掲註(729)415~416頁。
- 766) 小野清一郎が起草に関与したという(小野清一郎「満州国の刑事訴訟法について」法学協会雑誌56巻2号(1938年)141頁)。
- 767) 小野・前掲註(766)148~149頁。
- 768) 小田中・前掲註(725)171頁。
- 769) 日本法理学会の綱領は,「 国体の本義に則り,日本法の伝統理念を探究すると共に近代法理念の醇化を図り,以て日本法理の闡明並にその具現に寄与せんことを期す。 皇国の国是を体し,国防国家体制の一環としての法律体制の確立を図り,以て大東亜法秩序の建設を推進し,延いて世界法律文化の展開に貢献せんことを期す。 法の道義性を審にして,日本法の本領を發揚し,以て法道一如の実を挙げんことを期す。」である(日本法理研究会『日本刑事手続要綱(日本法理叢書特輯四)』(1943年)2頁)。なお,日本法理に關する近年の研究として,中山研一「佐伯博士の刑法思想と「日本法理」(上)(中)

- (下)判例時報2013号(2008年)3頁以下,2015号3頁以下,2017号3頁以下,同「小野博士「日本法理の自覚的展開」の再検討(上)(中)(下)」判例時報2068号(2010年)3頁以下,2070号3頁以下,2071号3頁以下がある。
- 770) 試案は,研究会第三部会において,部会長の小野清一郎を中心に,久礼田益喜,池田克,安平政吉らが起草し,鶴沢総明らが検討に加わった(日本法理研究会『日本刑事法理研究要綱(日本法理叢書特輯二)』(1941年))。
- 771) 共同研究は,小野清一郎(東京帝国大学教授)の指導の下,久礼田益喜(大審院判事),安平政吉(東京控訴院判事),日沖憲郎(同),八並達雄(同),飯塚敏夫(東京刑事地方裁判所部長判事),島方武夫(同判事),平松勇(同検事),平出禾(同),山本彦助(同),小川太郎(司法省書記官),関之(同事務官),中村義郎(東京予防拘禁所長),團藤重光(東京帝国大学助教授)らによって行われた(日本法理研究会・前掲註(769)2頁)。
- 772) 日本法理研究会・前掲註(769)75頁。
- 773) 日本法理研究会『戦時司法体制研究要綱(日本法理叢書特輯三)』(1941年)54頁以下。
- 774) 日本法理研究会『戦時民刑非常措置法制定の提唱』法律新報709号(1944年)4頁。
- 775) 小田中・前掲註(725)10~11頁,佐伯・前掲註(1)149頁。
- 776) 一木・前掲註(764)56頁。
- 777) 高田昭正「黙秘権について 歴史的意義と現代的意義」季刊刑事弁護38号(2004年)65~66頁。
- 778) 佐伯・前掲註(1)148~149頁。

* 本稿は,平成21年度(独)日本学術振興会特別研究員 DC2,研究課題名「自己負罪禁止の研究 ドイツ法の Nemo tenetur 原理を手がかりに」による研究成果の一部である。