

わが國刑事司法の現状とあり方

——犯罪捜査を中心に——

目次

- 一 はじめに
- 二 犯罪の動向——欧米諸國との比較的考察——
- 三 捜査の構造——糺問的捜査觀と弾劾的捜査觀——
- 四 実定法の規定にみる捜査方式
- 五 國民性からのアプローチ
- 1 犯罪觀・訴訟觀について
- 2 被疑者の取調について
- 六 まとめ

土本武司

一 はじめに

刑事訴訟は、論理と論理の闘いであるのみならず、関係するすべての人の全人格的な営みである。そして、それは無味乾燥な手続の連鎖ではなく、捜査・公判・刑の執行という各手続段階を重ねるごとに、一國の道義の維持に重大な役割を担っている。憲法にいう公共の福祉は、物質的な「最大多数の最大幸福」に尽きるものではなく、このような精神面の満足をも含むものであり、刑事訴訟法が「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現する」ことを目的とした（一条）のは、刑事訴訟にこういう社会的機能があることを大前提にしたものである。

しかし、右の目的は「公共の福祉の維持と個人の基本的人權の保障とを全うしつつ」実現されなければならない（同条）。ここに「公共の福祉」とは「公の秩序」を意味するが、國家刑罰権の行使には強制力が不可避であるため、多かれ少なかれ犯人および第三者の平常的な権利に影響を与えることになるので、公の秩序の維持と個人の基本的人權の保障とは、しばしば深刻な対立的要素となる。

世界の、少なくとも民主主義を標榜する諸國は、それぞれの座標を軸にして、その対立関係の調整に務めてきた。ヨーロッパ大陸の各國では職権主義的方式を、英米法の各國は民事訴訟的当事者主義を座標軸にしてというごとく。その間にあって、わが國は、それら欧米諸國の制度に範をとつてこの問題の解決を模索してきた。すなわち、明治の初めにはフランス法を受け入れ、明治の中ごろにはドイツ法を導入し、そして、第二次世界大戦後は、英米法、とくにアメリカ法を継受し、学業は、それらフランス法、ドイツ法、アメリカ法を手本にした理想形としての「モデル」

を提示し、わが國の法の解釈・運用をそのモデルに合うようリードしようと努めてきた。「モデル論」と称せられるものがそれである。しかし、わが國の法律実務は、一時はそれに目を向けるものの、やがては、それから離れた。受け入れては離れるということの繰返ししそれが過去一〇〇年の日本の法の歴史である。「モデル論」の推進者は、こういうわが國の状況を目して「日本の刑事訴訟は欧米の文化的水準に比べると、かなり異常であり、病的でさえある」と評し、「わが國の刑事訴訟は絶望的である」と歎いている。

しかし、法文化は、秀れてそれぞれの國の歴史、風土、そして、それによって培われた國民性によって左右されるものであつて、単に、法制度論のうえで平面的に彼我の比較対照をし、その優劣を論ずるという方法で決しようことではない。「モデル論」はこういう意味の視点に欠けている。かくして、刑事訴訟についての議論は、より深く、わが國の文化的、精神的土壌をベースにして立論されなければならない。

本稿では、このような観点に立脚して、わが國刑事訴訟のあり方を、主として、公の秩序と人權とが最も尖鋭的に対立する捜査の構造問題に焦点をあてて考察してみようと思う。

かような問題意識による本稿においては、以下の叙述は、ことの性質上、実定法の精緻な解釈学的方法によるのではなく、法社会学、文化人類学、犯罪統計学等の力を借り、さらには、わたし自身の実務体験も織り交ぜながら、実証的方法的によつて進めることにならう。

〈注〉

(1) 松尾浩也教授の命名にかかる。同「刑事訴訟法の基礎理論」法学教室八六号二二頁

(2) 平野龍一「現行刑事訴訟法の診断」団藤重光博士古稀祝賀論文集四卷四〇七頁

二 犯罪の動向——欧米諸國との比較的考察——

まず、法務総合研究所の累次の犯罪白書を繙き、それとその時代の社会・経済状態と重ね合わせながら、戦後のわが國の犯罪発生状況を概観してみよう。

昭和二〇年代においては、その前半は、今次世界大戦によって國土の大半が焦土と化し、経済は壊滅に近い状態に陥り、浮浪者と失業者が巷に溢れ、従来の道徳觀および價值觀が崩壊し、警察力が弱体化したという社会情勢を背景にして、犯罪の発生件数は増加の一途を辿った。しかし、その後半は、インフレの收拾、産業の復興による経済状態の成長、國民總生産の増大等、國民の生活程度は上昇の一途を辿ったが、犯罪の面では、おおむね横ばいしないし若干の増加を示すにすぎなかつた。昭和四〇年代に入つてからも、経済の高度成長は持続し、國民總生産はさらに急速に増大し、遂にアメリカに次いで第二位にまで達し、一般刑法犯は、四四〇五年の一時的増加を除けば減少傾向に轉じた。昭和五〇年代に入ると、その経済力はさらに増大し、貿易摩擦を初め諸外國からわが國の経済力の強大化を警戒される事態が生ずるまでになるや、一般刑法犯は再び増加の傾向を示し、昭和六〇年には戦後最高の発生件数を数えるに至つたが、その主たる原因は、「車上狙い」や「自転車盗」を含めた「乗物盗」、およびキャッシュカードやクレジットカードによる「カード犯罪」の増加にあり、六一年以後は再び減少に轉じている。その間にあつて、國民の自動車保有台数の増加に伴い、ひとり自動車による業務上(重)過失致死傷事件のみは激増の一途を辿り、昭和四六年以降

減少の兆しがみえたものの、昭和五〇年代後半から再び増加傾向に戻っている。

これを要するに、わが國では、交通事故事犯を除いた一般刑法犯については、最近一〇年間に増加した乗物およびカードをめぐる犯罪を別にすれば、昭和二三年をピークにして、その後は、起伏を繰り返しながらも、全体としては減少傾向を維持してきたのである。少なくとも、殺人、強盜、強姦等の兇悪犯は戦後四〇年間に確実に減少傾向にあり、後にも見るように、諸外國に比べ、それら兇悪犯の全犯罪の中に占める割合が極めて少ない。かかる犯罪動向の中で激動の戦後の「昭和」が終熄し、新しい「平成」の時代に移ったのである。巨視的な眼でこれを一言でいえば、わが國では、経済的な豊かさが増すに伴って、犯罪が減ってきているのである。「貧乏と病氣と犯罪は正比例する」といわれるが、わが國においては、まさにその定理が実証されているといえよう。

これに対して、諸外國の犯罪状況はどうか。

一般に、開發途上國には、殺人、強盜、誘拐、暴行等の兇悪犯・粗暴犯が多く、先進國には、窃盜、詐欺等の財産犯が多いというように、両者には犯罪の態様面で差異があるので、先進國の一翼に加っているわが國の犯罪動向と比較するには、欧米の先進國—アメリカ、イギリス、統一前の西ドイツ、フランス—のそれを觀察するのが適當である。もとより、わが國と外國とは、それぞれ犯罪とされるものの範圍や犯罪構成要件を異にし、また統計のとり方も同一ではないため正確な比較は困難であるが、いずれの國でも犯罪とされている主要な自然的犯罪についての概括的把握は可能である。

この点につき、昭和六三年版犯罪白書によれば、まず、一九七七年から一九八六年までの一〇年間をみても、それらの國の主要な犯罪の発生件数は一般に増加傾向にあるのみならず、その絶対数が圧倒的に多い。もつとも、各國に

人口差があるから、犯罪発生数の絶対数値を単純に比較するのは当を得ないが、これをそれぞれの人口比でみても、人口一〇万人当たりの発生件数は、一九八六年において、アメリカでは五、四八〇、イギリスでは七、三三一、西ドイツでは七、三三一、フランスでは五、九五六であるのに対し、わが国は一、三〇〇にとどまっていて、わが国の犯罪発生状況は欧米先進諸國に比し、明らかに少ない。

つぎに、最も重大な犯罪である殺人罪についての一九八六年の発生率（人口一〇万人当たりの発生率）は、アメリカが八・六パーセント、イギリスが四・三パーセント、西ドイツ、フランスが各四・五パーセントであるのに対し、わが国は僅か一・四パーセントである。いずれも、一般に、兇悪犯、粗暴犯が少なく財産犯が多いとされる先進國であるのに、わが國との間にこれだけの差がある。一方、最も一般的な犯罪である窃盜についての同年の発生率もまたわが國が断然低い。前述したように、わが國では窃盜犯が増加傾向にあるのである。

これを要するに、それら欧米先進國は、アメリカをはじめ、各國とも、經濟、文化の面で最も安定し成長しているのに、犯罪の面では、その数において増加の一途を辿り、質において悪化の程度を深めているのである。これは、「貧乏」と「病氣」と「犯罪」との相関関係についての原則に反する現象であるが、とにかく、世界の先進國がおしなべて犯罪の増加と悪質化が顕著であるなかにあつて、わが國の現状は異例ともいえることである。

かつて来日したニューヨーク市長が警視庁を訪れた際、「世界の大都市東京は世界一治安が保たれている」と賞賛し、羨望の嘆息をついたという。摩天楼の立ち並ぶマンハッタンを擁するニューヨークは、いまや經濟面でも昔日の面影は薄れ、日本經濟に追うところ多く、治安面では無法状態に近いから、満身創痍のわが身に引き比べ、豊かでしかも治安が保たれている東京が羨ましかつたのであろう。これはニューヨークにかぎらず、世界一の強國を誇るアメリカ

カは、その全土において、犯罪の跋扈に頭を傷めている。一九七二年六月、アメリカ連邦最高裁が死刑を違憲とする判決を出したにもかかわらず、時の大統領は、翌年三月、議会に対して死刑制度を維持する新立法を要求する考えを明らかにし、「法と秩序」に反抗する者に対する厳しい態度を打ち出し、連邦最高裁も、死刑の適用が不公平または恣意的になるおそれがある状態のもとでは違憲であるが、米国憲法上死刑そのものの存在がゆるされないというものではないとして、これを合憲とする態度に転じた。これは、人種問題を初めとする同國の特殊事情があるにしても、とにかく、同國における、すさまじいともいふべき犯罪の増加、兇悪化へのやむを得ざる対応のひとつである。

それはともかく、同じく、経済・文化の面で先進國でありながら、わが國と他の諸國との間で、このような犯罪現象の差異が生ずるのは何故であろうか。

その原因は複合的で単純ではない。最近来日した西ドイツのマックスブランク外國・國際刑法研究所長で犯罪学の権威であるギュンターカイザー博士は、「犯罪の日本・西ドイツその他の國の國際的比較」と題する講演の中で、「法がうまく機能するためには、法に先行する人間的な基本的価値観に人々が同調することが必要である」とし、日本では、家庭と学校の教育によつてそれが維持され、欧米では、伝統的な非公式の統制・制裁のメカニズムが制限ないし廃棄されてそれが破綻しており、その結果が犯罪現象の差異となつて現れていると説かれた。わが國の教育についての現状認識がやや正鵠を欠くきらいがあるが、かりにそれを是認するにしても、それだけが、わが國の犯罪を現象させている原因だとは思われない。

わたしとしては、端的に、彼我の犯人検挙率、そして有罪率の差異を挙げたい。

一九八六年における犯罪検挙率をみると、アメリカが最低の二〇・七パーセント、順次、イギリスが三一・六パー

セント、フランスが四〇・〇パーセント、西ドイツが四五・八パーセントとなっており、その間にあって、わが國は六二・六パーセントという高率にある。中でも、殺人罪については、九六・四パーセントの高率を誇っており、これは戦後一貫して同様であるのであって、殺人罪の発生率は低く、検挙率が高いという点においてほとんど世界一であるといつてよい。もつとも、窃盗罪については、近時わが國では、発生件数が多いわりにはその検挙がはかばかしくないのであるが、それでも、同年において、他の先進國は一〇パーセントないし三〇パーセント弱であるのに対し、わが國は五八・七パーセントを維持しているのである。

これを要するに、欧米の先進諸國においては、犯罪は量的にも質的にも悪化しているのに、その検挙実績は低迷した状態であるのに対し、わが國においては、近時の窃盗事犯を除けば、その逆の現象になっているのである。

刑法は、一定の罪を犯すと一定の刑罰が科せられる旨を規定することによって、社会一般に威嚇・警告をし、将来の犯罪の発生を防止する機能をもつ。しかし、それが現実に機能しなければ画餅に等しい。そこで、犯罪が発生しても犯人が検挙もされなければ、法律の上で刑罰を重くする規定を設けても効果がなく、かえつて同種・類似の犯罪を誘発し、逆に、犯罪が発生した際速やかに犯人が検挙されるならば、同種犯罪を予防することになるのは疑う余地がない。過去において、犯人未検挙の間は、同一人または別人による同種・類似の犯罪が続発したのに、犯人が逮捕されるや、ピタリと終熄した事例をわれわれはしばしば経験している。検挙は、裁判・科刑の前に、それ自体で、犯人に一定の感銘力と将来への訓戒的機能を与えるとともに、社会に対して正義が行われたことの満足感を与え、犯罪の再発を防止するという機能をもっているのである（その意味で、捜査を単に起訴・公判の準備手続ととらえるのは実際にそぐわない）。「犯罪を抑止するには、刑罰を重くするより検挙を確実にすることの方が有効である」とのエクス

ナーの言は真理である。検挙にまさる防犯なし、検挙は犯罪防止のための不可欠の要因であるといつてよい。

かかる見地からすると、わが國の犯罪状況の好転は、実は発生した犯罪に対する確実な検挙に起因するのであり、欧米先進國では、検挙の低迷が逆に犯罪の増加と悪質化を促進させているといつてよいのである。

次に、有罪率はどうか。

ここに有罪率とは、もちろん起訴件数に対する有罪となった事件の割合である。そこで、有罪率を問題にする前に、検挙件数に対する起訴件数の割合（起訴率）について一言しておこう。わが國の交通事故関係事犯を除く刑法犯の起訴率は、おおむね六〇パーセントで終始しており、四〇パーセントは不起訴になっている。しかもその不起訴の大部分は「起訴猶予」であることに注目される。この、客観的嫌疑はあつても刑事政策的配慮から訴追を差し控えるという起訴猶予制度は、大正一一年に制定された旧刑事訴訟法（いわゆる大正刑訴）によつて初めて実定法上の制度とされ（二七九条）、それ以前の旧々刑事訴訟法（いわゆる明法刑訴）上はこれを認める規定はなかつたのにもかかわらず、その当時から事実上実施されてきたものであり（明治四二年には、司法統計に「起訴猶予」という項目が登場している）、その意味では、旧刑事訴訟法による明文化はむしろ事実上の横行を認知したものにすぎなかつた。これは、捜査における強制処分権の行使を原則として予審判事に独占させることを骨格とするフランス法を継受したわが法が、強制捜査の主体を予審判事としていたのにかかわらず、檢察が積極的に捜査活動を行い、事実上捜査の中核となつていたこととともに、わが國刑事司法のユニークさを体现するものといえよう。そして、この起訴便宜主義は、公訴提起の段階における検挙の「柔軟性」を示すものであるが、それは決して消極的な犯人の起訴放棄処分としてではなく、積極的な刑事政策的処分として機能しているのである。

この起訴便宜主義のふるいをかけられて起訴された事件のうち第一審裁判所により無罪となるものは、明治期一〇パーセント台、大正期三パーセント台という時期もあつたが、近年は、地方・家庭裁判所のそれが〇・一パーセント、簡易裁判所のそれが〇・三パーセントで、両者を合わせた無罪率は〇・二パーセント未満にとどまる。すなわち、わが國では、有罪率は九九・八パーセントの高きに達しているのである。しかも、〇・二パーセント弱の無罪事件の多くは交通事故・交通違反関係の事件であるので、これを除けば、わが國では「起訴されれば有罪」といえる実情にあるといえる。欧米先進國における有罪率・無罪率は詳かではないが、例えば、アメリカでは、無罪率（後述する「アラインメント手続」を経て公判手続に移行した事件の無罪率）は約三〇パーセントであり、他の諸國も、わが國ほど有罪率が高い國はないと聞く。

わが國におけるこのような高率の検挙率・有罪率は何によつてもたらされるのか。その原因も複雑であるが、わたしは、端的に、わが國の捜査官・公訴官の優秀な捜査能力と強烈な職業意識に起因するところが大きいという点を指摘したい。

海外旅行や外國勤務が一般化した今日、外國で犯罪の被害を受ける日本人も少なからずあるが、そういう被害を受けたときの現地捜査官の捜査は比較的のんびりしたもののようである。それは、スリ、ひつたくりの類の事件についてにとどまらず、殺人、強盜のような兇悪事件についてさえそうである。もし、わが國でそのような重大事件が発生したら、警察は間髪を入れず捜査本部を設け、現場の保存、証拠の搜索押収・近隣の聞込み等基礎捜査に着手し、以後、犯人検挙に向けて全力を傾注するであろう。そうなれば、担当官は、非番も休日も、家族も友人も、保身も昇進もない。あるのは真相を究明し、犯人を検挙するという一筋の道があるのみである。そして、未検挙事件の増加は警

察の恥であると考える。

検察官もまた、警察の捜査をまっぴら、あるいはそれと併行して、ときには独自で、能動的かつ徹底した捜査を行う。すなわち起訴・不起訴の適切な決定は、「事案の真相を明らかにし」得て初めて可能になるものとして、捜査は、犯罪事実のみならず情状面も含めて入念に行う。そして、公訴提起にあたっては、事実面・情状面ともに、綿密なセレクシオンをし、証拠の取捨選択、起訴価値の判断にきわめて厳しい態度を保持する。その結果、起訴する事件については、事実の認定、法律の適用に裁判官と等しい厳格さをもって臨んでいるのである。そこでは、起訴する以上有罪となる「確信をもって」することが当然視され、それがないまま起訴することはタブーとされている。現行法上、検察官には広範な訴追裁量権が与えられている（刑法二四八条）のと同様、公訴の取消権も時期的制限以外はほとんど無制限に与えられている（同二五七条）が、これは、現行法が起訴便宜主義をとることの当然の論理的帰属である。公訴提起につき検察官の処分権を認める以上、公訴提起後もそれを認めるのが相当であるからである。ところが、わが國の実務では、前述したように、訴追裁量権は大巾に活用されて起訴猶予件数が他に例を見ないほど多いのに、いったん起訴された事件についてはその公訴を取り消すというものは皆無に近く、公訴取消の規定はほとんど死文化しているといつてもよい現状にあるのであるが、これは、訴追段階における検察官の厳格性の反射的效果であり、起訴した以上公訴を維持して有罪判決を得るのが当然であつて、事実面・情状面のいずれの理由にしろ、これを取り消して撤退することはゆるされないというわが國検察の固定性を示すものといえる。起訴便宜主義におけるわが國検察の「柔軟性」は訴追裁量の一点に凝結されているとともに、その裏返しとして、公訴提起については、頑なまでの厳格性があるのである。松尾教授は、わが國の刑事司法を、他國のそれと比較して「精密司法」であると表現したが、わが國

では、公判段階だけでなく、捜査・起訴段階においても、まさに「精密司法」の名にふさわしい緻密な作業が行われているのである。戦後、予審制度が廃止されて、検察は強制捜査権を獲得したものの、その反面、その強制処分はほぼ全面的に裁判官の承認を必要とするこのほかさまざまな捜査上の制約が課せられ、また公判における証拠に対する規制が強められた中にあつても、検察は、この「精密司法」的な捜査・起訴活動をしてきた。その結果、戦後も有罪率は低下せず、かえって上昇したのである。

わが國の検挙率の高さを支えるものは、警察官のこのような「解決せずんば止まず」という熱烈な意欲であり、有罪率の高さを支えるものは、検察官のこのような公訴官としての厳格な緻密さにある。そして、それは、検挙率の低下は警察の恥であり、有罪率の低下は検挙の失態であるという職業意識に支えられている。

〈注〉

- (3) 昭和六三年版犯罪白書二二三頁
- (4) 生田典久「米國連邦最高裁の死刑違憲判決」ジュリスト 五一—一六頁、その後の判例の展開につき同「米國連邦最高裁の死刑に觀する新判例とその背景」ジュリスト 六二六号九七頁、同六二七号九五頁
- (5) 前掲白書二四頁
- (6) 同書一一三頁
- (7) 公訴取消についての現況については、拙稿「破棄差戻・移送事件と公訴の取調」法律のひろば 三七卷六号三二頁以下参照
- (8) 松尾・前掲論文・前掲書三一頁

三 捜査の構造——糺問的捜査観と弾劾的捜査観——

以上の考察により、わが國においては、捜査、起訴という公判の前手続が、刑事司法の運営のうえで重要な機能を営んでいること、そして、それが犯罪の減少・抑止の面でみるべき成果を挙げていることが知られよう。

しかし、このような刑事司法の運営方法については、学界の一部から批判が寄せられている。その最たるものは二つある。その一が「捜査構造論」であり、その二が「公訴権濫用論」である。ここでは、前者に焦点をしぼる⁽¹⁰⁾。

批判者は、わが國の現状では刑事訴訟の実質は捜査手続に移り、裁判は「有罪か無罪かを判断するところ」ではなく、検察官が有罪を確信したものを「念のために確認するところ」だけのものになってしまうという。わが國の刑事司法は「検察官司法」であり、わが國の第一審は「検察官の裁判に対する控訴審」にすぎないともいう⁽¹⁰⁾。そして、わが國の捜査方式は「糺問式」であり、これを「弾劾化」しなければならないと主張する。「弾劾的捜査観」の主張がこれである。

「糺問主義」、「弾劾主義」の概念は、もともと、訴訟手続全体の構造についてのものである。そこで、以下の議論を進める前提として、ここで、糺問主義と弾劾主義の区別およびこの点についての欧米諸國の法制を一瞥し、そのうえで、「糺問的捜査観」と「弾劾的捜査観」の意義を明らかにしておこう。

糺問主義とは、刑罰を宣告する國家機關（裁判所）が自ら犯罪を捜査し、刑罰権を行使する方式である。この方式のもとでは、捜査・裁判のほかに訴追という制度は必ずしも必要でなく、また、当然のこととして、これは職権主義

的である。

これに対し、弾劾主義とは、裁判は必ず原告の訴えによって開始され、訴追者と被訴追者とが平等の立場で攻撃・防禦をして、中立・公平な第三者機関（裁判所）がその可否を裁判し、訴追者側の主張が正当と認められたときに被訴追者に刑罰が科せられるとする方式である。しかも、歴史的には、追訴者も被害者などの私人であり（私人訴追主義・公衆訴追主義）、したがって、訴追構造としては、刑事訴訟も民事訴訟と同一であるといつてよく、その意味でこれは当事者主義的である。

この両主義のほかに、公訴主義がある。これは、捜査・訴追を担当する國家機関と審判を行う國家機関とを別個権立のものとし（國家訴追主義）前者のイニシアチブによつて刑事訴訟が行われる方式である。捜査・訴追機関も同じく國家機関である点で糺問主義に類似し、訴追者と被訴追者とが対等の立場で攻撃・防禦をして判定を下す点において弾劾主義と類似している。

ヨーロッパ大陸では、アンシャン・レジーム以前は糺問主義の訴追手続が行われ、フランス革命以後は弾劾主義の訴訟構造をとり入れて対審構造の國家訴追主義の方式をとつてきたが、なお職権主義的である。

英米法の世界では、弾劾主義・当事者主義の訴訟構造が発展した。刑事訴訟は民事訴訟と同じく、当事者は法廷で攻撃・防禦を尽くし、裁判官はその当事者の攻防を公平に進行させる判定者であるをもつて足るものであり、そこでは、裁判所は真相の解明に乗り出す必要はなく、かつ制度的には捜査手続というものはない。

その間にあつて、わが國は、徳川時代までは、糺問主義・職権主義の「お白州裁判」が行われてきたが、明治に入つてからは、ヨーロッパ大陸法が継受され、明治五年には検事がおかれ、「検事は裁判を求むるの權ありて裁判を為すの

權なし」とされた(司法省職制章程)。ここに、裁判機関とは別個の國家機關の訴追があつて初めて公判が聞かれるものとされ、國家訴追主義の道が開かれたが、なお弾劾主義がとられたわけではなかつた。その後、明治一三年、パリ大学教授ボワソナードが起草した「治罪法」が公布され、被告人が公判廷で弁護人を用いることができることとされるなど、一応對審構造をとるに至り、明治二三年制定の(旧々)刑事訴訟法、大正一一年制定の(旧)刑事訴訟法によつて、次第に對審構造性が強化されたが、裁判所は第一回公判期日前にあらかじめ捜査記録を見て、檢察官から事件の心証を引き継いで審判に臨むなど、完全な意味での當事者構造というにはほど遠いものであつた。

第二次世界大戰後、昭和二二年五月新憲法が施行されたのに相まつて刑事訴訟法が全面改正され、同二四年一月一日から施行されたが、同法は英米法式の當事者主義的訴訟構造を採用し、對審構造の上に、起訴状一本主義の制度をとり入れ、裁判官は起訴状以外は事件についての一切の予断をもたないで法廷に臨み、中立・公平な第三者機関としての立場を明確にし、かつ訴訟の訴追は、檢察官と被告人・弁護人という當事者が中心となつて攻撃・防禦を尽くし、裁判所はその兩當事者の攻防がルールどおり行われるよう見守る審判者の地位に退き、また被告人の防禦權を著しく強化するなど、弾劾主義・當事者主義の訴訟構造へ大幅に變革した。もつとも、大陸法的な職權主義を當事者主義の背後に残置したため、そのかぎりで折衷的なものとなつてゐる。

なお、ここで、予審制度について一言しておこう。予審は、檢察官が請求した事件について、裁判官(予審判事)が、公判前にこれを審理する制度で、捜査における強制処分の權限を裁判官にだけ認めるとともに、公判を開くまでもなく手続を打ち切るべき事件については予審かぎりで被告人を解放するという自由主義的な側面と、公判前に非公判の手続で綿密な証拠収集を遂げ、公判における有罪宣告をほとんど完全に準備するという糺問主義的な側面とをあ

わせ持っていた。わが國では、治罪法以来予審制度をとっていたが、現行刑事訴訟法以後これを廃止した。ヨーロッパでは予審制度が一般であり、西ドイツが一九七五年（昭和五〇年）にようやく廃止したが、フランス、イタリアなど予審制度を維持している國が少なくない。

以上のとおり、糺問主義、彈劾主義は、刑事訴訟全体の構造を示す概念であるが、その訴訟の構造を論ずる際に用いられた概念対が捜査の構造に転用されて「糺問的捜査観」、「彈劾的捜査観」という対置が示されているのである。この捜査構造論は現行刑事訴訟法施行後約一〇年を経た時点から提示されるに至ったのであるが、そのきっかけを作った平野博士によれば、糺問的捜査観とは、捜査は、本来、捜査機関が被害者を取り調べるための手続であつて、そのための強制処分も認められ、ただ、その濫用を避けるために、裁判所または裁判官による抑制が行われるだけであると解するものであり、これに対し、彈劾的捜査観では、捜査は捜査機関が単独で行う準備活動にすぎなく、被疑者もこれを独立に準備を行い、強制処分は将来行われる裁判のために―被告人・証拠の保全のために―裁判所が行うだけであり、当事者はその強制処分の結果を利用するにすぎないと解するのである。¹¹⁾

ここで注意すべきは、そこで用いられている「糺問」と「彈劾」の用語の意義についてであり、これを訴訟構造全体についての「糺問主義」、「彈劾主義」になぞらえて、語義どおり受け取れば、捜査機関が一方的に被疑者を取り調べる形態が糺問型であり、捜査の段階ですでに第三者機関の前で訴追者と被疑者とが対立する形態が彈劾型であるということになる。しかし、彈劾構造論の端著を作った平野博士によつて提示された両者の分類によるかぎり、捜査機関が自ら真実を発見することを本旨として行われる手続が「糺問」であり、将来の公判手続に真実発見を委ね、捜査は単にその準備として行われる手続が「彈劾」である。前者は捜査に独自性・自己完結性・積極性を認める捜査観

であり、後者はそれを否定する捜査観¹²⁾である。その意味で、それは本来の語義からやや離れたところで用いられているのであり、それゆえに、「糺問」も「弾劾」も「的」捜査観と言われるのである。このように、糺問的捜査観は、被疑者の拘束および取調を積極的に肯定し、捜査段階における真実の確保を是とするものであるのに対し、弾劾的捜査観は、捜査機関による被疑者の拘束および取調を最少限度に抑制し、真実の発見は公判に委ねるといふものである。前者は実体的真実主義と結びつき、後者はデュー・プロセスとの対立、さらには、憲法でいう公共の福祉——公の秩序——と人権保障——被疑者の——との対立の一環であると位置づけることができよう。

そこで、弾劾的捜査観の登場は「犯人必罰の思想の後退、裏からいえば人権感覚の鋭敏化、あるいは捜査におけるデュー・プロセスの觀念の発展」にあるといわれるが、その捜査方式に従えば、被疑者の取調も捜査機関による強制処分も、そして捜査の段階そのものが否定する方向に指向するのであるから、これは、わが國の従來の糺問的捜査方式にコペルニクスの転回を迫ることを意味する¹⁴⁾。そして、この立場からすれば、検挙率や有罪率が高いことは讃えられるべきことではなく、むしろ、「警察官、檢察官が検挙率や有罪率を気にしすぎるから、人権保障がないがしろになる。諸外國に比べれば、検挙率や有罪率が今より低くなつてもよいから、捜査はもつとあつさり」と、起訴はもつとおらかにすべきである」ということにならう。

「糺問」という言葉は、「拷問」を連想させ、アンシャン・レジームの裁判、あるいは徳川時代のお白州裁判に結びつき、その表現自体マイナスの価値判断を含む悪い印象を与える。これに対し、「弾劾」という言葉は、人権感覚・公平感覚にマッチした現代的なこころよい響きをもつ。しかし、わたしは、この問題については、法制度や法概念の平

面的比較によつてのみ決せられることではなく、それを超えて、より深く、それぞれの歴史、風土、文化などによつて培われてきた國民性、就中、刑事司法に対する國民意識との関連において検討されるべきものであると思うので、この問題についてのわが実定法上の制度状況を概観したあとは、専らその点に立ち入つて考察をめぐらせてみようと思う。そして、それをするによつて、語感のころよさにもかかわらず、わが國の捜査のあり方を示すものとして、弾劾的捜査観にはかなりの疑問があることを指摘してみたい。

〈注〉

(9) ただ、一方で捜査構造論につき弾劾的捜査観をとりながら、訴追裁量を誤つた公訴提起を違法とする公訴権濫用論をとるのは論理矛盾であることを一言しておく。

(10) 平野・前掲論文 四〇七頁、四〇九頁

(11) 平野・刑事訴訟法 八三頁

(12) この意味の捜査観からすれば、捜査段階を、公判手続の準備段階にとどまらず全く独立した手続段階であるとしてとらえる以上、捜査過程に対する被疑者および弁護人の介入ないし独自の活動を活発ならしめ、被疑者の人権保障の強化をはかることを——その意味の捜査の弾劾化を——指向した(井戸田侃「捜査の構造序説」立命館法学三三九—四〇合併号 一二九頁)としても、なお糾問的捜査観に属することになる(松尾・刑事訴訟の原理二六九頁)。

(13) 田宮裕・捜査の構造 三頁。

(14) 松尾・前掲書 二六〇頁。

四 実定法上の規定にみる捜査法式

捜査構造に糺問型と弾劾型の二つの構造形態があるとして、わが刑事訴訟法が定める捜査に関する諸規定はそのいずれをとり、いずれを指向しているのだろうか。

前述したように、わが旧刑事訴訟法は大陸法を継受した職権主義的な要素の強いものであったが、戦後、英米法の制度をも移入し、当時者主義的要素をも加味されて現行刑事訴訟法が制定された。すなわち、現行法は旧法を全面改正したものはあるが、大陸法的なものから英米法的なものへ一〇〇パーセントの転換があつたわけではなく、大陸法的要素を残しつつ、それに英米法的色彩を加えたのである。したがって、わが法は、当事者主義を強化しつつも、その背後には職権主義が残存している折衷的・中間的構造をとっているといえる。そして、そのことは公判主義についてのみならず、捜査手続についてもまたいえるのであつて、実定法上の諸制度をみるかぎり、わが捜査構造は、糺問的であると同時に弾劾的である。

たとえば、捜査機関による逮捕・勾留権、被疑者の取調権、弁護人の接見交通に対する指定権、起訴前保釈の不存在などは、糺問方式を徴表するものである。

逮捕については、捜査機関が容疑者を逮捕するということは英米法のもとでもあるが、英米における逮捕は「捜査の終点」という要素が強いが、わが國におけるそれは「捜査の始点」とすることも不可能ではなく、またわが國では、逮捕するのは裁判官ではなく捜査機関であり、裁判官はその濫用を防ぐために令状でこれを抑制する趣旨であると解

されているから、逮捕状は「命令状」ではなく「許可状」とされ、被逮捕者を裁判官のもとに引き渡して逮捕理由を宣言することも、逮捕中の保釈制度もない。勾留処分そのものは裁判官によってなされ、かつ勾留状は「命令状」と解されているが、裁判官による決定をまたず検察官による釈放が認められ、また逮捕と同じように勾留についても起訴前は保釈が認められない。被疑者の取調や弁護人の接見交通に対する指定が捜査の糺問性を示すものであることはいうまでもない。

これに対し、弾劾方式を徴表するものとしては、強制捜査に対する令状主義、被疑者の黙秘権、弁護人選任権、接見交通権、証拠保全制度があげられる。

このうち、令状主義は憲法上の原則として、捜査機関による強制権の発動に対して裁判所による司法的抑制をはかろうとするものであるので弾劾主義の基本的徴表であり（もつとも、逮捕状、捜査差押令状を許可状としたことは、なお弾劾化が不徹底であるといえる）、被疑者に黙秘権を保障したことは被疑者を当事者の地位に高めるものであり、弁護人選任権および接見権を認めたことは、被疑者の地位をさらに捜査機関と実質的対等まで引き上げようとするもので、捜査の弾劾的構造を現す典型的の制度であるといえよう。さらに、証拠保全手続は、被疑者、弁護人に捜査権を認めるものではないが、被疑者・弁護人側に、実質的に捜査機関の捜査に対応する準備機能を認めようとするもので、捜査の弾劾化を示すものである。

このように、現行法は、糺問型と弾劾型の二つの形態をミックスした混合方式をとっているのである。これは、一義性を欠き不徹底であるとの感を免れないが、立法は妥協であるとすれば、わが法が、糺問的にも解され、また弾劾的にも解しうるのは、立法者の手続まことに巧妙であるともいえよう。

五 國民性からのアプローチ

わが法は、このように糺問型、弾劾型の混合形態をとっているのであるが、基本的な始点をどちらの捜査観におくかによって、個々の法解釈や制度の運用面で異なったものになる。同じ規定や制度もスポットの当て方によって異なる趣旨、解釈になるからである。

この点につき、従来、大陸法Ⅱ実体真実発見主義、英米法Ⅱ適正手続保障主義という図式を描き、アメリカ憲法をモデルにした日本國憲法下にある刑事訴訟性の解釈としては弾劾的捜査観によるべきであるとする見解がある¹²⁾。前述したように、糺問型と弾劾型の対立は、根源的には、刑事訴訟法上の解釈論の域を超えて、憲法次元の公共の福祉——公の秩序——と人權（この場合は「被疑者」のそれ）との対立に帰着し、両者の調和をどこに求めるかが究極の問題となるのであるが、わが國における公共の福祉と國民の自由・権利との調和は、わが國民性の検討を無視して考えることはできない。何故なら、法文化、とくに刑事訴訟は、すぐれて歴史的体験や地理的・社会的環境によって、形成された國民の法意識を基盤とするものであるからである。いずれの國の法文化も、時間と空間を捨象した普遍的なものではありえず、それぞれの歴史的、地理的、社会的諸条件を背景にしたものであるから、単に、外國法をモデルにして、自國の法のあり方を論ずるといふ方法では、國民の刑事司法に対する期待との間にギャップが生ずるおそれがある。このことは、民事法よりも刑事法、そしてその中でも、とくに訴訟法の分野で重視されなければならないことである。刑事司法においては、國民の意識の改革よりもそれから遊離しないことが重要であるからである。こういう観

点から以下検討する。

1 犯罪観・訴訟観について

まず、國民性の差異から生ずる犯罪ないし裁判に対する國民の基本的感覺の違いをみてみよう。わが國は比較的温和な自然条件に恵まれ、國家としての体制をとつて以来長年月の歴史を有しながら、四周が海に囲まれているという地理的狀況もあつて、その間、異民族による征服という經驗を経たおらず（一二〇〇年の「元寇の役」では、自然現象が侵略者の國土上陸を阻んでくれたし、今次大戦では敗戦に終わったものの、マッカーサー率いる連合軍の占領政策は比較的穏やかなもので、わが國土と國民を席捲するものではなかつた）、内部的動乱はあるにはあつたが、一時的・小規模なもので、國民生活を根底から変革するほどのものではなく、おおむね統一された政治体制のもとに、日本特有の基層文化（Basic Culture）を育んできた¹⁵。わが國のごとく、長期間にわたり、「一民族・一言語・一文化」の狀態が維持されたのは、世界の中でも珍しいといわれる。こういう獨特の歴史・風土のなかにあつて、わが國の警察をはじめ刑事司法機關は、「お奉行さま・岡っ引き」時代の遙か以前から、民衆の外側にあるものとして意識されてきた。明治以降欧米の權利思想が移入されたが、明治憲法では、國民の權利・自由が法律によつてならばこれを奪い、剝奪することができたうえ、公務員は「天皇の官吏」として位置づけられたためかえつて「お上」意識を助長させ、今次大戦後、「天皇の官吏」から「全体の奉仕者」へ様変わりしても、長年にわたつて形成されてきた國民意識は容易には変革しない。かかる國民は、自らの手で悪を裁こうという態度には出ず、司法官憲の眞実にできるだけ近づこうとする熱意と誠実に期待し、そこに自分達の正義感情の満足を求めようとする。

これに対し、例えば、建国後二〇〇年余しか経ていないアメリカ合衆国——それは当初から異民族の集合体であり、複数の言語と雑多な文化の混合体である——にあつては、西部に向かつての開拓が同國特有の精神風土 (Pioneer's Spirit) を培つてきたのであるが、当初、開拓集團の全員が片手に鋤を持ち、片手に銃を持って外敵に対応してきた開拓民が、やがてその不経済に気づき、射撃の上手な仲間の一人に鋤を棄てさせ、その生活費を他の者が分担することによつて、彼を外敵から集團を守る役に専従させた (必要があれば、全員が彼に協力して戦つた) ——これが保安官であり、それが発展して F・B・I を含めた今日の警察官が生まれた——という同國の警察官の発祥経緯に象徴されるように、かの國の警察は民衆の内側から自然発生的に生まれ出た。裁判官のほとんどが、そして検察官ですらその一部は公選制であるということも、同一の國民的精神風土がもたらしたものである。そこにあつては、官憲の誠実さよりも民衆の情熱がのをいう。そこでは、民衆が自らの手で悪を裁くことを本質とする陪審制度が発達し、それをずるのが素人の隣人であり、誤判——有罪たるべきものを無罪とし、無罪たるべきものを有罪とするの両方の意味での可能性が大きいのかかわらず、隣人が評決すればそれをもつてよしとする氣風が定着しているのである。自己規制心の具現であるといつてよい。わが國においても、一時——陪審制度が採用され、昭和三年施行直後は比較的隆盛をみたのに、次第に、辞退 (法定陪審事件につき)、請求回避 (請求陪審事件につき) が相次ぎ、陪審事件が急速に減少したため、一五年後には停止——廃止ではない——されたのであるが、わが國で陪審制度が定着しなかつた要因として、國民の職業裁判官の裁判に対する信頼、裏返せば、民衆裁判に対する不信ということがあげられている。ここに、彼我の精神風土の差異をみることができる。

そもそも、牧畜民族で、キリスト教を精神的支柱とする欧米人は、論理的・合理的・分析的な國民性を有する。シェツ

クスピア著す「ベニスの商人」におけるポーシャの裁きを見よ。契約は有効であるが、当事者を拘束するのは厳格に契約文言の範囲のみであるとして、契約条項にない血は一滴たりとも取ってはならず、また胸の肉は契約で定めた一ポンドを少しでも違えて取ってはならないというロジックは、欧米的契約観に基づく、論理に適つたものとして、欧米人の共感を呼ぶが、わが國民感覚からすれば、かかる論理は救い難き詭弁であり排斥すべき遁辞としか映らないのである。⁽¹⁶⁾

これに対し、農耕民族で、儒教的倫理観を精神的支柱としてきた日本人は、情緒的・直感的・総合的な國民性を有する。「大岡裁き」におけるウェットな人情論を見よ。一人の子をめぐって二人の女がともに母子関係の確認を求めたのに対し、その子を「綱引き」して勝つた方を母親と認めると宣言してその子を引つ張らせながら、痛さのあまり泣き叫ぶのに耐えかねて先にその子の手を話した方を勝訴させるのは、前提と結論が矛盾するという意味において甚だ非論理的であるのかかわらず、人情の機微を穿つたものとして、わが國民の共鳴を得る。

このような國民性の差は何によつて生じたか。欧州諸國は、厳しい自然条件のもと、地統きのゆえに自然との闘いのほか、異民族との闘いが間断なく続き、その都度、被征服民は略奪、殺戮、奴隸化の憂目にあい、政治体制から文化、風習に至るまで根底から変革することを余儀なくされた。加えて、大内戦・大革命の嵐もくぐり抜けなければならなかった。そして、ドイツの街道筋に点在する城塞(Burg)の集落に象徴されるように、封建時代からすでに市民階級(商工業者)が自ら城壁をめぐらして領主の「権力」に対抗して自由と自治を獲得し、その城壁の中では、対等の人間関係を前提とする「横わり社会」を形成し、この横の関係を規制するための権利・義務の論理概念を発達させた。そこでは、自然を克服し、環境から自分に合うものを選ぶ「選びの文化」が形成されるとともに、「権利のための闘争」

(イェーリング)が讚美され、その鬭争型生活の中で自我の確立と個人の尊嚴の精神が育まれた。この意味で、欧州社会に確立した個人主義は、同時に、相互の人間不信のうえに成り立っていると見える。アメリカにおける個人主義も基本的には欧州におけるそれと同一であるともみてよいであろう。

そういう精神的土壤をもつ欧米では、権利の実現はすなわち正義の実現であると観ぜられ、その権利の実現は訴訟を通じてなされるものであるとの觀念が定着している。そこでは、訴訟件数がわが國とは比較にならないほど多く、周知のとおり、アメリカは、現在、過剰なまでの訴訟社会となつてゐる。したがつて、そこでは、民事裁判を中心に、当事者主義、弾劾主義がよく発達し、法廷こそが主戦場であるとして、当事者が法廷で攻撃・防禦を尽くし、裁判官はそのスポーツ鬭争的訴訟を公平に進行させる判定者であればよく、したがつてまた、デュー・プロセス(the process)の概念こそ重要になる。英米法の世界ではこういう訴訟觀が発達してゐて、民事訴訟と刑事訴訟とは本質的に差異はないものとされ、刑事訴訟においても法廷が鬭争の主戦場と化す(それゆゑ、そこでの刑事裁判は、それ自体ドラマチックな要素が多い)。訴訟手続は民事についてはもちろん刑事についても、「訴の提起」から始まる法廷手続においてのみ考えられ、したがつて、捜査というのはその準備活動にすぎず、手続としての制度的独自性をもちえないことになる。そして、法廷で有罪か無罪かが判断されるのであるから、準備段階である捜査において、一方当事者が他方当事者の自由を拘束したり、取調の客体とすることは筋違いであるし、訴を提起するには、有罪の確信をもつまでの高度の嫌疑は必要でなく、有罪の可能性が認められる程度の軽度の嫌疑で足ることになる。

さらに、アメリカ合衆國にあつては、「アレインメント」(Arraignment)制度がとられており、有罪の答弁(Plea of Guilty)をした者は公判(Trial)を開くまでもなく有罪認定がなされるが、その前段階において、檢察官と弁護人(被告

人)の間で、罪状を認めるか否か、どの範囲で認め、量刑はどの程度にするかにつき取引(Plea Bargaining)が行われている。アレイメント手続で有罪答弁するのが全刑事事件の九〇パーセント、そのうちの、実に一〇〇パーセント近くが取引によって決せられているのであるが、そういう「司法取引」(Bargain Justice)は当然真実を歪めるものであるのに、彼らは平気である。彼らにとっては、刑事訴訟も、当事者処分主義が支配する民事訴訟と実質において変わりはないのである。これはわが國の國民感情からはよほどかけ離れたものである。

さらに、被害者その他の一般市民の捜査に対する協力態度も、捜査のあり方を考えるうえで無視できない。アメリカやイギリスでは警察力が犯罪の抑止に必ずしも十分な効果を發揮していない反面、前述したように、悪には自らの手で対決するという一般民衆の意識に支えられて、捜査に対する市民の協力は積極的である。かつては——アメリカの一部の地方では今でも——、警察官の要請があれば、一般市民が犯人の檢挙活動自体に参劃した。現在でも、さまざまな形による捜査協力がなされているが、少なくとも、犯罪の被害に遭った人が、それを警察に届け出るときは、将来、その事件の裁判に証人として出廷し、触れられたくない事柄についての反対尋問にも耐えて自ら戦うことを覚悟しており、証人出廷を拒むのであれば、自ら刑事手続による保護は放棄したとみなされるという慣行が定着している。國家機関に対する甘えは許されない氣氛が確立しているのである。被疑者の取調を含めた捜査の段階を認めず、弾劾的捜査観によって刑事司法を適切に運営するには、このような市民協力が不可欠であるといえよう。

これに対し、わが國では、鍵も城壁も不要とし、安全と自由は空気のように感ぜられてきた生活感覚の中にあつて、権力との対決はないまま、人間関係を上下の系列で律する「継わり」的構造の「世間」が形成され、権利・義務の論理的觀念の代わりに「義理・人情」という独特の心情が人間関係の接着剤の役割を果たしている。そして、自然と共

に生き、他人と調和することを理想とし、環境に自分を合わせる「合わせの文化」が育ち、そこに妥協、互譲、和を尊ぶ精神風土が根づいている。そこでは、権利・義務はあるようないなようなものとして意識されており、その権利・義務が不明確、不確定であるところで当事者の友好的な協同体関係が維持されている。

わが国において、民事紛争があつても、それを訴訟で解決することがあまり好まれないのは、訴訟に時間や費用がかかるという皮相的理由にあるのではなく、裁判というものが、本質的に、有か無か、AかBかを一刀両断的に解決する論理的で非情緒的な操作であるので、訴訟をすることによつて、権利関係が明確、確定的なものとされ、友好関係の基礎が破壊されるという法意識があるからだとされる。¹⁵⁾ その結果、紛争解決手段としては、訴訟形態よりも相方の互譲解決方法である和解や調停がもてはやされる。そこにおける基本理念は「和」であり、「権利義務などと四角にもの言わず」とか、「白黒をきめぬ所に味がある」という調停いろはかるたに示されているような非法律的・非論理的処理が尊ばれるのである。

ところで、欧米における裁判の中心は、歴史的には民事訴訟であり、刑事訴訟は民事訴訟の原則を多く範にとりその後形成された。英米法ではそれが最も徹底し、刑事訴訟も民事訴訟とほとんど変わらない。これに対し、わが国では、裁判は古来刑事裁判を中心としてきた。明治以降、フランス法、ドイツ法、そして英米法を導入した刑事訴訟法によつて運用してきたが、その基礎となる民事訴訟法が、前述のように、必ずしもわが国民性に適合しないため、それをモデルとした刑事訴訟法も——民事訴訟法のように、それを用いない自由はないから——、実際の運用面では、わが国民性に合致する方向でのみ機能することになる。そうすると、情緒的感性を有し論理的闘争ということに慣熟していないわが国民にあつては、英米法のように、法廷のみを攻撃防禦の主戦場となし、捜査段階は制度上は存在し

ないとする法制をよしとすることはできない。わが國の刑事裁判においては、客觀的眞實に照準を当てたやり方をし、てこそわが國民の納得が得られるものであつて、スポーツ的訴訟技術の技法によつてことを決するのでは國民が満足するとは思えないし、いわんや、当事者処分主義的な運用は到底わが國民の期待に適うものとはいえない。そういう訴訟運営は誤判の危険を増大させる。その誤判の危険が無実の者を有罪とする危険である場合はもちろん、有罪たるべき者を釈放してしまふ危険である場合もこれを避けなければならない。それは、法秩序を弛緩し、犯人以外の國民の基本的人權を輕視することにつながるからである。その意味で、わが國の刑事裁判においては、実體眞實發見の觀念こそ重要であり、当事者主義・デュー・プロセスは実體眞實主義に奉仕するため、その限度において存在するものであり、それが独自の目的をもつものではない。そして、わが國においては、捜査における弾劾主義というようなことにはなじみにくく、捜査において眞實を發見し、事實を確定して、裁判においてはそれを説得し、明確にするということの方が國民感情による適合する。その意味では、裁判は確認的・審査的機能を有し、日本の刑事司法は二重構造をとつているといえるが、そうであつても、それが國民のニーズに合致するのであれば、これを非難することはあるまい。

加えて、わが國では、刑事訴訟が社會の倫理秩序の維持に貢獻するものであることは否定することができず、教育の倫理維持機能が弱体化している今日においては、むしろその主要な役割りを担つているといえるが、その役割りにおいて、捜査は裁判とともに、あるいはそれ以上に重要である。何故なら、捜査活動は、犯人にとつては、逮捕・勾留等の強制処分を受け、取調を受けること自体が厳しい体験として違法の意識を覚醒させ、将来への訓戒的役割りを果たし、被害者に対しては、その被害感情を柔和させ、社會に対しては、犯罪によつて引き起こされた社會人心の不

安を緩和し、正義が行われたことの満足感を与え、同種犯罪の再発を防止するという機能をもっているからである。それは、公訴の提起、裁判の遂行とは直接関係のない捜査それ自体の実際的効果であるが、社会的にみてきわめて重要であり、これを無視することはできないのである。刑事訴訟における正義は、手続の適正、人權の保障だけに尽きるものではない。

さらに、わが國における一般市民の捜査協力の状況はどうであろうか。自ら悪を剔決しようという拳には出ず、司法官憲の誠実さに期待して自分達の正義感情の満足を得ようとする心情が強い日本人は、犯罪の被害に遭ったときなど警察等に依存するところが多いのに、捜査への協力は全般的に冷やかである。被害者ですら、捜査機関の取調、法廷への証人出廷を嫌う人が少なくない。かといって、欧米式に、非協力的の代償としてその被害者の司法保護を打ち切るという割り切り方をするわけにもいかない。被害者が、そして、社会が希求している國家による正義の実現をはかるには、捜査の段階を認め、捜査官による、被疑者の取調を含めた強力かつ能率的な証拠収集を認めざるを得ないのである。

さらにまた、被疑者にとつて起訴されるということの重みを考えてみる必要がある。なるほど「有罪判決までは無罪の推定を受ける」の原則がある。しかし、これは欧米諸國にあつては國民全体の意識のなかに浸透していても、わが國では、前記の高い有罪率を相まつて、犯人として檢査されればその者を八〇パーセント真犯人であると思ひ、起訴されれば九〇パーセント真犯人であるとみる國民感情が支配している。そこにあつては、右の無罪推定の原理は、法律家の論理でありこそすれ、國民の意識とは縁遠いのである。

かかる國民性がある以上、わが國にあつては、警察や檢査が、あつさり捜査し、おおらかに起訴するという態度を

とすることは、わが國民の正義感情と司法に寄せる期待に反することになりかねなく、したがって、綿密・厳格な捜査・起訴の姿勢はこれを維持すべきである。

2 被疑者の取調について

次に被疑者の取調について考えよう。英米法では被疑者の取調を原則としてこれを認めず、大陸法では中立的立場にある予審判事に行わせて人權の保障をはかろうとする。これに対し、わが國では、少なくとも実定法上は捜査官に取調権を与えたと読める規定（刑訴一九八条）をおいている。欧米とわが國でのこのような差異につき、（故）青柳教授は、自白のもつ道義性という観点から、その理由を見事に浮彫りにしている。¹⁴ わたしは、同教授の所説が正鵠を射ているものとして全面的な賛意を表するものである。同所説に、わたしの三〇年近い実務経験も加味して、この問題について述べてみよう。

そもそも検挙されるのを目的とする犯罪はない。したがって、犯罪は、民事上の取引と異なつて、公に察知されないように隠密裡にあるいは突発的に行われ、犯罪が終了した後も犯人はそれを隠避する方向に動く。そのため、目撃者がいないか、いてもその目撃状況は正確性が期し難い場合が少なくない。また、犯罪自体の証拠はあつても、犯人との結びつきを証する証拠に乏しいことが多い。そこで「犯罪を最もよく知る者は犯人である」との自明の理に立脚して、捜査官は被疑者を取り調べ、真実の「自白」を得たいと願う。贈収賄、公職選挙法違反、共謀共同正犯における共謀、など、犯人の供述が不可欠である犯罪についてはなおさらである。これは、洋の東西を問わず同じであつて、欧米もその例外ではない。

ところで、犯罪が隠密性、隠避性の方向に動くのに対し、捜査はこれを暴き、白日のもとに曝すという方向に動く。両者の指向するものは相反するから、被疑者の取調は、一般には捜査官と被疑者との対立的関係の様相を呈する。そこで問題となるのは、自白の被疑者にもたらす効果である。犯罪を行った者も、通常人であるかぎり罪責感がある。自白をすることによってその罪責感が和らげられるのであれば、自白に一種の倫理的・道義的效果が伴うことになる。重大犯罪を犯した者であればあるほどその効果は大きい。この点、欧米諸國にあつては、被疑者の取調に、その意味の罪責感情軽減の効果は期待できない。何故なら、「原罪」観を基礎とするキリスト教を精神文化とする國民の場合には、唯一の神——具体的には神の代理人である神父——に対する罪の告白（懺悔）は「ゆるし」をいう救いがあり、それによつて罪責感を和らげることができが、他人（捜査官）に対する自白は、自己の不利事実を自認するという意味以外にはなく、その反対給付は思い刑罰と損害賠償のみであつて、倫理的要素は皆無であると感じられているからである。欧米人にとつて良心はその人と神との関係であり、どこまでも各自の深奥の問題であるから、神との語らひではそれを表明しても、他人に表明するものではないのである。犯そうとする犯罪が重大で非倫理的であればあるほど、自己の良心と対決し、これと訣別して犯行に及ぶのであるから、犯行後「良心に恥じて」自白するというようなことはありえず、自白した場合、そこに待つのは死刑を含めた重刑であるという観念があるだけである。

したがつて、欧米社会では自白はきわめて少ない（かつてわたしは外事係検事として、在日米駐留軍人・軍属等の犯罪を取り扱ったことがあるが、犯行を認めた者は一人もいなかった。わが國內で犯したわが國法に違反する行為についてすらである）。自首も同様である。そもそも自首をするような者は精神異常者が多く、虚偽自首が少なくないから注意を要するといわれているほどであるだけである。同様の宗教的背景から、捜査官も人の魂の深奥まで切り開い

てはならない、そこに踏み入れるのは神だけであるという感覚が一般にあるので、自白の追求は残酷であるとさえ思われている。それをおしてなお被疑者の取調を容認すると、捜査官对被疑者の対立関係は深刻化し、すさまじいばかりの闘争的な様相を呈することになる。そこで、被疑者を取調の客体とすることはなるべく抑制しようという方向に動くのが是とされるのである。

これに対してわが國の場合どうか。まず、実情として、自白が非常に多い(全事件の八〇〜九〇パーセント)。自首も少なくない。何故か。その理由はすべて日本人の國民性に由来するが、大別すれば、およそ次の三点になる。

第一に、わが國では、被疑者の捜査官への自白が罪責感情を軽減される機能を営んでいるということである。わが國ではキリスト教的なバックボーンはないから、神に罪を告白して、その「ゆるし」を得て精神的安定をはかるという途はない。親族、友人、知人に打ち開けたのでは恥の上塗りになる。そこで、たとえ自分と同じ「人」である捜査官に対してであっても、犯行の隠れた心を示すと安らぎが得られるのである。当初否認していた殺人等の兇悪犯人が自白すると、「ホツとした」とか「胸のつかえがおりた」とか言うことが多いが、この感情は、捜査官に対する自白が前非を悔いた証として道義の回復があると感ずるものであろう。その結果が「被害者に申しわけない」とか「親に済まない」という吐露となって表れる(欧米では、被疑者からこういふ言葉が出ることはおよそ考えられない)。

第二に、自我性に乏しく、周囲と調和することをもつてよしとする日本人の生活感覚が自白を生み易い素地の一つになっているということである。お人好しで素直な日本人は、被疑者として取調を受けることになったとき、とくに身柄の拘束を受けてその状態になったとき、その直後は新しい環境に緊張するが、それに慣れ、捜査官と調和する審理状態になれば、捜査官との間の感情移入によつて「悔恨」の心情を生み、自白がなされるのである。したがつて、

わが國における取調は捜査官と被疑者との対立闘争關係ではない。わたしの体験からしても、自白はむしろ、友好的關係になり、心のラポートがかかったとき生まれるものであり、対立闘争の關係にある間は、ラポートがかからないため自白は生まれえない。だから、怒号とか理詰めめの尋問は決して効果的でない。このように自白の動機は、被疑者の内心の変化によるものであり、捜査官側の取調技法の巧拙によるものではない。もし技法なるものがあるとすれば、それは心の機微にどれだけ早く接近できるかという一点にある。そして、前述したような神と人とを峻別する土壤のないわが國では、捜査官との感情移入によつて心が悔悟の方に向かつているときは、たとえ重大犯罪についての取調であつても、被疑者はその取調を残酷だとは感じないし、捜査官も同様である。

第三に、わが國の犯罪は、違法性を十分つきとめたうえで重大な決意をして行うというのが比較的少なく、それが自白の量産を生む一原因になつてゐるということである。わが國では、輕微犯罪はもちろん、重大かつ非倫理的犯罪であつても、比較的突発的に行われることが多く、一部の確信犯などを除けば、十分に計画を練つたうえで、反対動機を押し切つて敢行するということが少ない。わが國では計画犯より激情犯の方が多いといわれるゆえである。そこで、一時の感情の赴くまま重大犯罪に及んでも、その激情が醒め、悔悟の年に馳られるのも早いから、前述した捜査官との感情移入があれば、自白に至るのである。

わが國における自白が以上のような國民性の土壤のうえで生み出されてゐるとすれば、取調自体が被疑者に耐え難い苦痛を与え、その人權保障をないがしろにするものであるとはいえないだろう。もちろん、自白の任意性に問題ありとされた判例にみられるように、一部には違法視せられるべき取調もあるが、欧米諸國との対比上、わが國における被疑者の取調自体を全般的に回避しなければ被疑者の人權保障が期し難いという二者択一の關係にはなく、のみな

らず、前述したように、被疑者の取調は刑事司法の運用上有用不可欠のものであるとの認識に立つべきである。

ただ、わが国における自白が、前記のような日本人の特性に基因するものであるとすると、犯行がつきつめた決意によつてなされたものではないのと同様、その自白も良心の対決によつたものではなく、その縁由となつた悔悟の念自体がまた一時的で底の浅いものである場合は、それが退潮すると再び否認に転ずる可能性があり、現に、わが国では、そういう供述の変遷が繰り返される場合が少なくない。捜査官としては、このことに思いを至して、供述の真实性の吟味に十分腐心しなければならぬが、それをもつて、取調自体を制約すべきであるとの理由にはならない。また、右のような日本人の心情からすると、被疑者が捜査官と調和的・友好的関係になつた後は、ややもすると捜査官の心を得ようとして、意識的・無意識的に迎合的な供述をしやすくなり、捜査官もまたこの情緒的心情に悪乗りして、自白をすれば刑が軽くなるとか起訴猶予になるといふような暗示を与えて取調をすることがあり、これが虚偽自白を誘発する要因となる場合があるので、人権保障とは直接関係のないことではあるが、捜査官として敵に心しなければならぬ。自白の任意性を問題としたわが国の判例が、深夜にわたる取調による自白、手錠を施したままの取調による自白、数人がかりの取調による自白など物理的な強制要素が加わつたと認められる自白について、それと自白との間の因果関係を否定することによつて自白の任意性を認めたものが多いのに対し、約束による自白、偽計による自白等、物理的な強制要素がなく、したがつて人権侵害的要素が乏しいのに、自白の任意性を否定したものが多くは、上述したわが国の國民性特色が表れたものとして興味深い。

〈注〉

(15) 明治以降は、欧米の文化が導入され、それがわが国の上層文化(Upper Culture)を構成したが、それが基層文化にとつ

て代わったわけではなく、両者が矛盾なく併存しており、それもわが文化構造の特色である。

(16) わが國の民事裁判官であれば、かかる契約は公序良俗に反するもの(民九〇条)として、契約そのものを無効とするであろう。

(17) 川島武宣・日本人の法意識 一三七頁

(18) 青柳文雄・犯罪とわが國民性 二四九頁

六 まとめ

糾問的捜査観と弾劾的捜査観の対立を「構造」論であるというのはややオーバーな表現で、適切さを欠き、それは「傾向」ないしせいぜい「方式」というほどの意味しかもちえないものである。¹⁹⁾しかし、その内容には、わが國の刑事司法のあり方を根底から揺り動かす重大な提言が含まれている。弾劾的捜査観によれば、これまでのわが國の捜査方式は根本的に否定されなければならなくなり、ひいては、わが國の刑事手続全体の構造変革が求められることになるからである。しかし、もし、わが國の捜査機関から捜査上の人的・物的両面の強制権を取り上げ、被疑者の取調から手を抜かせたら、果たして國民は満足するであろうか。その場合は、捜査の能率・効果は著しく減退することは必然である。自分は自分で守るという意識が強固で、捜査に対する市民強力が十分である欧米社会ならそれでもよい。しかし、自主性・闘争心が稀薄で、犯罪捜査に関しては捜査機関への依存度が強く、その活躍・成果によつて自分達の正義感情の満足をはかろうとするわが國民は、いうところの「弾劾方式」の捜査では到底満足しないであろう。また、刑事訴訟を民事訴訟的と同じく「訴」の提起から始まるものとし、当事者に訴訟対象の処分——アレインメント——を

認め、眞実発見の形骸化を承認するのであればそれでもよい。しかし、刑事訴訟を通じて刑罰権を適正に実現することが、社会の倫理秩序の維持のうえで重要な機能を営んでいるわが國にあつては、それは國民が到底承服することではない。

そもそも、弾劾的捜査観は、現行刑事訴訟法施行後一〇年を経た、すなわち同法施行直後の混乱状態からようやく脱皮し、現行法の理念による運用が定着し始めたころ登場したのであるが、それは、わが國の現状が捜査に重点がおかれすぎ檢察官に権限・責任が集中しすぎているという批判がベースとなつてこの見解が生み出された。刑事司法は捜査・公判・刑の執行の諸段階の複合であるから、これを各段階に分散すべきであるというわけである。⁽²⁰⁾ わたしは、刑事訴訟法についての学問的関心の中心が裁判手続にあり、「法廷刑訴」こそが刑事訴訟とされてきたことから脱して、手続の各段階に主体性を認める多元的刑訴へ変質すべきであるという意味において、右の「分散論」に共鳴するものであるが、それが捜査上の権限を縮小し、「捜査はもつとあつさり」と、起訴はもつとおおらかに「すべきである」という意味であるとすれば、やはり國民の期待にそぐわないものとして賛同することができない、わが國民は、檢察が嚴密な事實認定をし、それを前提として起訴便宜主義を活用し、有罪たることの確信の得られるもののみを起訴するという態度を保持しているのを歓迎こそすれ非難はしていないのである。現在の方式を肯定し、捜査におけるデュー・プロセスを強化するという方向で問題を解決すべきもののように思われる。

被疑者の取調についても、人權の保障に留意しつつ、実体眞実発見という捜査目的の実現をはかることが考えられるべきであり、取調自体を否定または制約すべきではない。眞実発見のために被疑者の取調という捜査方法は必要であり、とくに、事實認定上、犯罪の主觀的要素についてまで嚴格かつ直接的な証拠を要求するわが國にあつては、被

疑者の取調は不可欠であつて、これがなければ、捜査の目的が達せられない場合が多出るのである。その際重要なことは、わが國では、被疑者は供述——自白——によつて苦痛を感じることはなく、むしろ自白によつて安らぎを覚えるのであり、かつ、一般國民も、自白によつて正義が實現されたと実感することからこれを歓迎しているというところである（もちろん、個々の取調方法の適・不適は別論である）。

このような「國民性」からの立論は、故青柳教授によつて推進されたが、これに対しては批判もある。それは、何が國民性かということの把握が困難で主観的・直感的なものに陥りやすく、したがつて、國民性の議論自体が論理的でなく情緒的になる危険を内包しているからである。松尾教授が指摘するように、刑事訴訟は、いわばひとつの生命体であり、そして、生命体は、その生理現象とともに、不可避的な病理現象を伴う。⁽²¹⁾國民性論は、その生理現象については一般的・概括的に説明しえても、病理現象については貢獻しえない憾みがある。しかし、わが國の刑事司法の實際は、その生理現象に属する部分が圧倒的に多いこと、そして、わたし自身の実務体験に照らしても、外國の模倣ではなく、わが國の實情に則した刑事司法の運営を考えるには、その基盤となつてゐる國民性からの検討を避けて通ることはできないと思うのである。

刑事訴訟は、単に勝敗を決するスポーツ競技的争訟ではない。一國の倫理秩序の維持という重要な機能を営んでいる。したがつて、そこでは、被疑者の権利保護のほか、被害者・社会一般の正義感をも重視しなければならぬ。⁽²²⁾刑事訴訟法学の理論がややもすると、この視点を軽視する傾向があるのを遺憾としなければならぬ。

犯人の処罰と人權の尊重——この二律背反のはざまにある最たるものが犯罪捜査である。捜査における理念と現実とのくい違いは洋の東西、時の古今を通じて存在し、容易に解決しうるものではない。我々としては、少しでも理念

に近づくよう努めなければならないが、同時に、現実をみすえることを忘れてはならない。そして、変革をはかるにしても、それを実現するには、急速な大転換ではなく、緩速でも着実な方途を選ぶべきであろう。

日本國憲法のもとで全面改正をした唯一の基本法典である刑事訴訟法が施行されてから四〇年、その紆余曲折を顧み、これからの刑事司法に、正義と人権とのまろやかなる調和を期待しながら、稿を閉じる。

〈注〉

(19) 松尾・前掲書 二六八頁

(20) 松尾・前掲書 二六〇頁

(21) 松尾・前掲書 二六四頁

(22) この傾向は、実務の面にもあり、例えば、死刑の適用状況の面にそれが現れている。すなわち死刑か無期かの選択に際し、近時は、被告人の年令、生い立ち、犯意の強弱などの被告人側の主觀的事情に比し、犯行の残忍性、結果の重大性、遺族の被害感情、社会的影響といった客觀的ないし被害者側の事情があまりにも輕視され、その結果、死刑の選択が回避される割合が多くなっている。すなわち、目の前に存在する犯人への過度の同情と、すでに失われてしまった生命への共感不足が目立つのである。犯行から裁判までの時間の経過がこういう傾向を生む一因をなしているのであろうが、ひとり被害者の遺族の気持ちは時間の経過によって決して癒されるものでないことを忘れてはならない。かつて、菊池寛が「ある抗議書」をもつて、脆弱な人道主義や偏向した人権思想では、到底、実社会の秩序を維持することは困難であり、また良識ある市民の納得を得られるゆえんではないことを警告したことが想起される。犯罪および犯人への憎しみ、その結果としてのむき出しの応報主義は、所詮は過去のものであるが、そのような原始的な感情のすべてを否定し去れば正義感の存立基盤もまた失われてしまうことになる。要は、その間におけるバランス感覚の問題である。