

刑事証拠法史研究の現代的意義と課題

— 『決闘裁判』からの継続と断絶—

藤 本 幸 二*

- I はじめに
- II ドイツ近代刑事証拠法改革の概要
- III 批判と再検討
- IV 現行刑事訴訟法学の課題
- V 江戸末期刑事証拠法史の比較法史的考察
- VI むすびにかえて

I はじめに

本稿は、刑事訴訟法史のなかでも特に刑事証拠法史研究について取り上げ、近世から近代にかけてドイツにおいて生じた刑事証拠法改革について日本（およびアメリカ）との比較法史的な観点から再検討を加え、我が国の現代刑事訴訟法の抱える課題に対して歴史的な視座を提供することを目的としている。副題の「『決闘裁判』からの継続と断絶」という表現は、この刑事証拠法改革が、ドイツにおいて古代から続いてきた決闘裁判の伝統を一部は受け継ぎつつも、そこから決別することで、「改革」と呼ぶにふさわしい変化をもたらしたことを意味すると同時に、『決闘裁判』に代表される山内先生のご業績を契機として開始された筆者自身の訴訟法史研究が、刑事訴訟法学への歴史的アプローチへと変移したことをも表している。不肖の弟子としては、本稿を山内先生ご退職の記念とすることで、少しでも学恩に報いることができたなら無上の幸せである。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第15巻第1号 2016年3月 ISSN 1347-0388

※ 岩手大学准教授

II ドイツ近代刑事証拠法改革の概要

筆者はこれまで、Poena extraordinaria（邦語文献においてはしばしば「例外刑」と訳される。以下、「P.e.）」という制度がドイツ近代の刑事証拠法改革に関して果たしてきた役割について数回にわたって言及してきた¹⁾。それらをまとめると以下ようになる。

ドイツ普通法の時代には、ローマ法由来の P.e. という制度が、帝国刑事法典であるカール5世の刑事裁判令（以下「カロリーナ」または「カロリーナ刑事法典」）の規定に代表されるように、各地の刑事司法実務において導入されていた。P.e. はベネディクト・カルプツォフらの普通法学者によって、カロリーナその他の実定刑事法に実質的な変更をもたらすための有益な装置として用いられたが、そのひとつが、法定証拠主義に基づかない科罰の可能化であった。

近世を通じてドイツ刑事証拠法を支配してきた法定証拠主義は、自白または二人以上の目撃証人による証言による有罪性の証明を「完全証明」として有罪宣告の要件とするものであり²⁾、それ以外の証拠（「徴憑」）についてはいかなるものであろうと終局判決をもたらすに足る証明力を認めず、それらによる証明は、せいぜい「半証明」あるいは「不完全証明」として被告人に対する拷問の賦課を正当化するに過ぎないとする考え方であった。したがってここでは、捜査機関——糾問訴訟のもとでそれは裁判所と一体化していたが——の取り得る活動は、目撃証人の存在という望外の偶然に恵まれない限りは、徴憑の収集による拷問の可能

1) 藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と Poena Extraordinaria』国際書院、2006年、176-179頁。また、同「Poena extraordinariaと自由心証主義——近世ドイツ刑事法の「近代化」の一面」（『法の流通』慈学社、2009年、107-142頁）。

2) カロリーナ刑事法典第22条「さらに、次のことにも、注意が払われるべきである。すなわち、何人も、いずれかの徴表、疑惑、指標または嫌疑に基づいて、刑事刑の最終有責判決を受けることはあってはならず、それに基づいては、ただ拷問のみが科せられ得る。徴表が十分なもので、ついで、何者かが最終的に刑事刑の有責判決を受ける場合というのは、それはあくまでその者自身の自白、または第67条に定めるような証言によって行われることを必要とし、推定もしくは徴表のみに基づいてはそれは行われてはならない」。第67条「さらに、ある非行が、真実の知識に基づいて語る、少なくとも二名または三名の信じるに足る善き証人によって立証されたときは、これに基づいて、その非行の形態に応じて、刑事裁判をもって審理がなされ、判決をくだすことができる」。

化と、それによる自白の聴取に限定されていた。この意味で法定証拠主義と拷問とは不可分の関係にあったのである。

しかしカルプツォフはこの関係の不可分性にある種の楔を打ち込んだ。彼は、軽罪の場合に限り、「完全証明」が満たされない場合であっても、P.e.を「嫌疑刑」として科することを認め、法定証拠主義からの——あるいは、カロリーナ刑事法典の条文からの——離脱を明確に示している。カルプツォフによってもたらされたP.e.のこうした用法は、後に近代啓蒙主義思想の下で刑事司法にさらなる大きな革新がもたらされる際にも重要な役割を担わされることになった。拷問の廃止である。

近代啓蒙主義思想は、非人道的な刑事司法制度としての拷問の廃止をその主要な主張に含みこんでいた。啓蒙専制君主たちはこれに応え、勅令や立法によって刑事手続における拷問の利用を次々と禁止していった³⁾。しかし、当時の刑事証拠法実務と密接に関係していた拷問を、他との調整を図ることなく唐突に抜き取り去ったことによる弊害は、間を置くことなく、これらの君主の治める地域の刑事司法に深刻な影響を及ぼすこととなった。

その弊害とは、端的に言えば、法定証拠主義下での拷問によらない有罪宣告をどのように担保するか、という問題である。ここでは、目撃証言が得られず、かつ被告人が自ら自白をなさない場合に、捜査機関はそれ以上の有罪証明手段を持たない。その他の証拠から被告人の犯人性にどれほどの確からしさが得られようが、原理的には被告人は放免されるしかなくなる。しかしこれは、刑事司法に対する信頼を大きく損なうことにもつながりかねない。拷問の唐突な廃止によってもたらされたこれほどまでに大きな刑事手続の「穴」を塞いだのが、カルプツォフによって既に実務に採り入れられていた⁴⁾、「嫌疑刑」としてのP.e.の利用であった。当時の裁判官たちは、法定証拠主義における完全証明が満たされない場合でも、その他の証拠によって有罪性に対する確信を持つことができさえすれば、被告人に無罪放免を言い渡す代わりにP.e.を科すことが許されることとなった。これにより刑事証拠法における法定証拠主義の存在意義は限りなく薄まり、裁判

3) Kroeschell, Karl, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3, 5. Aufl., 2008, S. 92.

4) 藤本、前掲(註1)、176頁。

官の確信を有罪性判断の唯一の根拠とする自由心証主義への道が開けたのである。以上の、法定証拠主義から自由心証主義への移行過程が、本稿で扱うドイツ近代刑事証拠法改革の本質的な骨組みとなる。

Ⅲ 批判と再検討

こうした考えは、筆者のオリジナルではなく、エール大学名誉教授であるジョン・H・ラングバインによって示されたものを骨子としている。彼のドイツ近代証拠法改革に関する1977年の著作⁵⁾は、アメリカにおいては29年も後の2006年に再版されるほど高く評価されており、ドイツ刑事法史研究者の中でも、嫌疑刑としてのP.e.の利用によってもたらされた「新しい証拠法によってはじめて、拷問の廃止は可能になり、「被告人の有罪性に関する客観的な保障ではなく有罪に対する主観的な確信こそが重要」となったとする彼の主張は「興味深いテーゼを示した」⁶⁾ものとして評価する向きもあった。

しかし、他方で、ラングバインの理論には、理念的で実証的裏付けを欠くという批判も寄せられていた。代表的なものとしてシュメッケルは、彼のテーゼそのものの正否を証明することは難しいとしながら、以下のように述べている。

「ラングバインのテーゼ、すなわち拷問の衰退が新しい証拠法の確立に起因するという考えは、嫌疑刑にのみ関連づけられているわけではない。ただし、嫌疑刑に関しては、彼の主張は正当ではない。嫌疑刑は、「16世紀から18世紀の間」の2世紀に成立したものではないし、この期間にそれについての学説に本質的な変化が生じたわけではない。ヨーロッパでは、異端審問の中で嫌疑刑と拷問はむしろ並列的に用いられていた」⁷⁾。

5) Langbein, John H., *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancient Regime*, Chicago and London: University of Chicago Press, 1977.

6) Thäle, Brigitte, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*, Frankfurt-am-Main, 1993, S. 5.

7) Schmoeckel, Mathias. *Humanität und Staatsraison: die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*. Vol. 14. Böhlau Verlag Köln Weimar, 2000, S. 358.

総じて、ドイツ刑事法史研究においてラングバインの理論に対する評価は、「興味深いテーゼ」の域を脱していないように思える。その主たる原因は、上述のように彼のテーゼが理論先行で実証的裏付けを欠くところに求められるだろうが、注目すべきは、ラングバインがこの理論を唱えるに至ったそもそもの目的と、ドイツにおける P.e. 研究の背後にある目的との間にズレがあるという点である。

ラングバインの研究は、実のところ、元を辿れば英米法における刑事司法の姿を比較法史的に描き出すことを目的として着手されたものであった。彼は、特に自国アメリカにおける刑事司法について、陪審制を内包した当事者主義的な公判システムが限界に達し、実行不可能なものになっているかたわら、その代替物として導入されている答弁取引もまた「不名誉な」間に合わせのものに過ぎないと辛辣な批判を浴びせている⁸⁾。その一方でドイツの刑事司法に対しては、参審制による市民の司法参加を実現しながら、重罪事件においても答弁取引などに頼ることなく、一定程度の自白を引出し、しっかりとした審理に基づく公判を可能にするシステムが作り上げられている、と最大級の賞賛を示しているのである⁹⁾。そのため、ラングバインのドイツ刑事手続を見る視線には、やや厳しい表現になるかもしれないが、一種のバイアスが含まれているように筆者には思える。これが、ドイツ刑事訴訟法史に関して、証拠法改革が「自生的に実現された」ことを強調する文脈へとつながっているのかもしれない。

これに対して、ドイツにおける P.e. 研究の目的は当然ではあるが全く異なる。P.e. は多義性を持つ用語であるが、それが指し示す刑事法史上の諸制度の中には、罪刑法定主義 (Nulla poena sine lege) や「疑わしきは被告人の利益に (in dubio pro leo)」といった近代刑事法が打ち立てた諸原則に真っ向から反するのに見えるものが含まれていることから、それらの原則の成立過程を追求する上で P.e. 研究は有益性を持つと考えられているのである¹⁰⁾。

このように、アメリカにおける訴訟法史学者であるラングバインとドイツの訴

8) Langbein, John H. Torture and plea bargaining, The University of Chicago Law Review, 1978, P. 22.

9) Ibid., pp. 5-6.

10) あるいは保安処分之源をここに見出す見方もある。Thäle, a.a.O. (註 10)

訟法史研究者たちの間にはその目的において、P.e. 研究に関する質的な差異が存在することは疑いのない事実である。その意味において、後者の間で前者のテーゼがさほど重視されないことには正当な理由があると言えよう。

しかしながら、両者の見解を、第三者である日本の研究者たる筆者が、日本の刑事証拠法史研究という目的から捉えるならば、そこにはまた別の価値が浮かび上がってくる。特にラングバインのテーゼには、重要な意味を再び見出すことができるかと筆者は考える。以下においては、日本の現行刑事訴訟法学が証拠法に関して直面している課題を明らかにし、それとの関係で P.e. とラングバインのテーゼの意義を見つめなおしてみたいと思う。

IV 現行刑事訴訟法学の課題

戦後日本を代表する刑事法学者である平野龍一は、1985年に著したいわゆる「絶望論文」の中で、「我が国の刑事裁判はかなり絶望的である」¹¹⁾という見解を示した。同論文の中では、こうした結論を支える要因のひとつとして自白の扱いが挙げられている。平野は、日本の刑事訴訟における自白の扱われ方の特色について、比較法的観点から、「被告人が公判廷で、警察で無理に自白させられた、自白内容は虚偽であると主張すること自体、かなり重大なことであるはずである。しかしわが国では、このような主張はかなり日常的なことになっている」¹²⁾と批判的な考察を展開している。

このことは、2009年以降に次々と再審無罪判決あるいは再審開始決定が確定している、いわゆる袴田事件、布川事件、足利事件、東住吉事件などの捜査段階からの経緯を見ると説得力を増してくる。このいずれもが、被告人が捜査段階でひとたびは有罪を認める供述をしながら、公判前もしくは公判中に当該自白を虚偽供述であるとして無罪主張に転じたという点において共通性を示している。ちなみに、このうち足利事件と東住吉事件は「絶望論文」が書かれた後の1990年代に発生したものである。

11) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」『団藤重光古希記念論文集』、1985年、423頁。

12) 同、416頁。

また、最高裁事務総局刑事局による各年の『刑事事件の概況』からも、刑事訴訟の公判全体における自白事件の比率は1985年から現在に至るまで地裁管轄の場合93%前後、簡裁管轄では96%前後で安定した推移を見せており、日本の刑事訴訟が自白を中心に運用されていることがわかる¹³⁾。

なぜ日本の刑事訴訟においてこれほどまでに自白が重視されるのか。平野をはじめとする多くの論者が多様な観点からこの問題に着目してきた。長期の被疑者勾留（およびそこでの取調べ）が可能であること、および証拠法において検察官面前調書に特別の地位が与えられていることから検察官をはじめとする捜査機関に自白を「作成する」強いインセンティブがあると見る見解¹⁴⁾や、日本の刑事実務が被疑者に、単なる有罪の自認を超えた「告解」、あるいは「懺悔」を含めた自白を求めているのではないか、という指摘¹⁵⁾、そして日本における刑事訴訟では何よりも「精密」な事実認定が求められており、そのため自白が必要不可欠とも言える重要性を与えられているとするいわゆる「精密司法論」¹⁶⁾などがその代表例であると言えようか。

しかし、証拠法史研究との関係で言えば、自白の存在が裁判官心理に与える影響に着目した戒能通孝の見解¹⁷⁾は非常に興味深い。自白があれば裁判官は自信を持って有罪の判決を書ける。それゆえに自白は裁判において決定的な役割を持ち続けている、とする戒能の主張は、その論理構成が時代的背景を反映し、階級闘争史観に強く彩られたものであったことも影響してか、現在では正面から論じ

13) ちなみにラングバインはドイツ刑事司法の注目すべきポイントのひとつとして、答弁取引がないにもかかわらず、41パーセントもの「多くの事件」で自白が得られていることを挙げている。これは1970年代のデータであるが、当時においても日本の自白事件の比率は85%前後に達している。Langbein, aa.O. (註12), P. 22.

14) ジョンソン、デイヴィッド・T (大久保光也訳)『アメリカ人のみた日本の検察制度』シュプリンガー・フェアラーク東京、2004年、42-44頁。また、捜査実務経験者の自白に関する見解をまとめたものとして、関口和徳「自白排除法則の研究(1)」北大法学論集59巻2号、696-698頁。

15) Foote, Daniel H., Confessions and the Right to Silence in Japan., Ga. J. Int'l & Comp. L. 21 1991, P. 415. なお、白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』日本評論社、2012年、222頁。

16) 松尾浩也『刑事訴訟法・上新版』弘文堂、1999年、16頁。

17) 戒能通孝『自白と裁判』日本評論社、1951年、31頁。

られることは少ない。しかし、自白の重要性——というよりも必要性——に関して裁判実務経験者自身が認めている¹⁸⁾以上は、こうした心理的作用の存在を全否定することは難しい。それでは、こうした心理作用はどのようにして醸成されたものなのだろうか。以下では、その背景にある明治期日本の刑事訴訟法史の影響を、ラングバインのテーゼを手掛かりとして読み解いていきたい。

V 江戸末期刑事証拠法史の比較法史的考察

江戸期の日本においてもカロリーナ刑事法典下の神聖ローマ帝国同様、証拠法が法定証拠主義を採用していたことはよく知られている¹⁹⁾。新政府成立後も、1873年の改定律例における「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ拠ル」(第318条)との規定の下、法定証拠主義が継続されていたことも周知の事実であると言えよう。そして、偶然にも拷問の現場を目撃したボアソナードが司法卿大木喬任に拷問廃止を求めたことがきっかけになり、改定律例の改正とボアソナード自身の手になる治罪法の制定により拷問が廃止され自由心証主義への移行が実現した、という歴史的経緯もまた人口に膾炙しているといっていよう。

こうした拷問廃止を巡る経緯や、その後に自由心証主義が定着していく流れについては実定刑事訴訟法学者によりある程度詳細に分析がなされている²⁰⁾が、しかし、ここには比較法史的観点がやや欠けているように思える²¹⁾。ドイツ刑事証拠法史においても外形的には日本と同様に法定証拠主義から拷問の廃止、そして自由心証主義への移行という経緯がある。このプロセスを日本と比較することで、先に述べた現代の刑事証拠法が抱える自白偏重という問題点について垣間見えてくるものがあるはずである。

18) 関口、前掲(註14)、699頁。

19) 平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』創文社、1960年、774頁。石井良助『日本刑事法史』、創文社、1986年、633頁。また、白取、前掲(註20)、203頁。

20) 田中輝和「わが国における自由心証主義の成立——前近代的刑事司法の基層と現在」『民主主義・刑事法学の展望(上)』日本評論社、2005年、320頁。

21) イギリスにおける自白の扱いとの比較法的な視座が垣間見られるものとして、戒能、前掲(註22)、404頁。

まずドイツのケースから見てみよう。カロリーナ刑事法典は、「正義の尊重及び公益への配慮に基づき」(第104条) 刑罰を科す、と定めている。米山耕二によれば、この原則は実体刑法のみならず刑事手続にも当てはまるものであり、それは「正義の理念によって」²²⁾ 規律されていると同時に「公共の利益によって基礎づけられ」²³⁾ ていた、とされる。この表現は、現行刑事訴訟法の第1条が示す理念に照らして言えば、通常、「正義」が無辜の不処罰(個々人の安全)、「公共の利益」が実体的真実の追究を指していると考えられている²⁴⁾。その上で、カロリーナ刑事法典の法定証拠主義は、「公共の利益」すなわち実体的真実の追究に資するものと受けとめられているのである²⁵⁾。

しかし、カロリーナ刑事法典における法定証拠主義導入の意義はそれにとどまるものではない。この法典は、刑事法史上において、中世までの伝統的なあり方に決別を告げ、近代法への転換を果たす母体としての役割を担ったと評価されている。これは手続法に関しては、主として糾問訴訟の確立を指すものと理解されているが、証拠法の分野でもそれは同様であった。

中世における証拠法は、宣誓、神判、そして決闘によって特徴づけられる。一言で言えばそれは、聖俗が未分離な社会における証明手段であり、あるいは合意とコンセンサスを得るためのプロセスであった²⁶⁾ と言える。これに対して、君主たちが実現を求めていたのは、合理性と公権性を特色とする証拠法であった。法定証拠主義のカロリーナ刑事法典への導入は、証拠法における中世から近世への転換を象徴するものだった。

しかし、この転換は容易に成し遂げられたものではない。カロリーナ刑事法典

22) 米山耕二「カロリーナの刑事手続——近代的刑事司法の礎——」『一橋大学法学研究』第9号、1975年、174頁。

23) 同、235頁。

24) 例として、若曾根健治「徴表と有罪の理論をめぐる一問題：カロリーナにおける」熊本法学、第130号、112頁以降。

25) この点に関して若曾根は、カロリーナ刑事法典の立法者は消極的法定証拠主義、すなわち自白があったとしても被告人に有利な事情があった場合にはそれを考慮して科罰を避けるという考え方を取り、法定証拠主義による「正義」概念の実現をも念頭に置いていたと言う。同、112頁。

26) 山内「同意は判決に、和解は判決に勝る」(註3)、26-31頁。また、山内進・森征一・勝田有恒編『概説西洋法制史』ミネルヴァ書房、2004年、105-106頁。

自体が、マキシミリアン1世の代から開始された刑事法改革運動をカール5世が10年以上の歳月をかけて実現に導くことによって完成されたものであるが、神判と決闘への聖職者の参与を禁止するラテラーノ公会議決議が1215年に出されていることを考慮すれば、証拠法の転換には少なく見積もっても実に300年前後の年数を要したと言える。そこには裁判に対する神の関与、平たく言えば神の裁きに強い信頼を寄せ、それ以外の権威に対し自らの自力救済権を譲渡あるいは放棄することをよしとしない民衆たちの抵抗があった。新しく導入されようとしていたのは、公権力によって行使される、神の直接的介入を必要としない証拠法であり、君主たちは人々の間に、それに対する信頼感を醸成させる必要があった。教会の異端審問手続に由来する法定証拠主義は、神の言葉に直接的な根拠を有しており²⁷⁾、かつ判断者の裁量に厳しい制限を科することで、そうした需要にこたえることができたのである。その意味では、法定証拠主義の導入は、新しい公的刑事訴追手続を社会に根付かせるという意味での「公共の利益」にも適うものであった。

また、拷問の廃止はカロリーナの二つの原則のうち「正義」、すなわち無辜の不処罰の禁止と強く結びついているものであったが、上述の通りそれにより「公共の利益」すなわち実体的真実の追究は逆に大きく後退することになってしまった。この均衡の崩れによりドイツ地域諸国の刑事手続は危機に陥ることになったのであるが、それを救ったのが嫌疑刑としての *Poena extraordinaria* の利用であり、そこからさらに自由心証主義が発展することにより崩れたバランスは再び均衡を取り戻すことができたのである。

以上のドイツ刑事証拠法史を念頭に置いたとき、明治期日本の証拠法を巡る変遷はどのように理解されるべきだろうか。まず、江戸時代以来の法定証拠主義が目指していたところのものは、何よりもまず幕府の「御威光」と呼ばれた威信への畏怖を確立し、維持するところにあったとされる²⁸⁾。「犯罪事実の認定は自白の追求によるもので証拠法は粗雑であったが、刑罰の決定は慎重を極めた。先例

27) 「ふたりの証人または三人の証人の証言によって、死刑に処さなければならない。ひとりの証言で死刑にしてはならない」(申命記第17章第6節)。

28) 平松義郎『江戸の罪と罰』平凡社ライブラリー、2010年、64頁。

の順守、刑政の安定は公儀の「御威光」にかかわるからである」²⁹⁾。この意味においては、日本の法定証拠主義はドイツにおけるそれと同様の意義を有していたと言えよう。

ただし、江戸期の公式な手続においては、拷問は、対象犯罪が限定されていた³⁰⁾上に、死罪以上の罪に相当し有罪であることがその他の証拠から明らかであるにもかかわらず、被告人が自白をなさないときに限定して行われることとなっていた。そのため、万一拷問を実施することで被告人が即死したとしても、立ち会った役人の責任が問われることはなかった³¹⁾。

それでは、このような場合に被告人が拷問に屈することなく、自白が得られなかった場合にはどうなるのだろうか。法定証拠主義の原則に基づけば有罪であることが証拠から明らかであっても自白がなければ有罪にすることはできない。しかしながら、江戸期の法定証拠主義には例外が用意されていた。それが察斗詰と呼ばれる制度である。

ここでは被告人の犯人性と有罪性が他の証拠により確信されていることが必要であった³²⁾。一例として、天保7年というから1836年に窃盗の累犯により捕縛され、その後「牢拔」を企てた播州無宿吉五郎という被告人については、証人による証言と、牢拔の前に一旦自白をしていたということから「證據顯然」であるとされ処断されている³³⁾。この、有罪確信に基づく科刑という意味において察斗詰は、嫌疑刑としてのP.e.の用法と類似している。しかし他方で、刑罰法規に定められた通常刑 *Poenā ordinaria* から減輕された量刑を前提とし³⁴⁾、生命刑の賦課が許されないとする³⁵⁾P.e.に対して、察斗詰では法定刑と同じ量刑が認めら

29) 同、78頁。

30) 佐久間長敬「吟味の口傳」『江戸の刑罰風俗誌』展望社、1998年、538頁によれば、「拷問にかけべき者は、享保7年、大岡越前守殿勤役中より、人殺、火附、盜賊と定り、元文5年、水野備前守殿勤役中より、關所破り、謀書謀判を相加へ申候」とある。

31) 佐久間長敬「拷問實記」『江戸の刑罰風俗誌』展望社、1998年、523頁。なお、ドイツにおける拷問では、被糾問者を死なせることは避けるよう求められていた。ヨハン・ブルネマン（上口裕訳）『近世ドイツの刑事訴訟』成文堂、2012年、217頁。

32) 佐久間、前掲（註35）、524頁。

33) 同、531頁。

34) 藤本、前掲（註6）、78頁。

35) 同、77頁。

れており、死刑を科すことも認められていた³⁶⁾。しかしながら注目すべきは、「斯る例、士分には更に見えず、平民には享保以後一二あり」³⁷⁾と記録されている、その実施数の少なさである。さらに言えば、上述の吉五郎の例においても、捜査に関係したと思しき六名からの報告書が当時の北町奉行榊原主計頭忠之のもとでまとめられ、司法実務を取り仕切る仕置掛奥右筆のもとに提出されていること、さらに老中に伺いが出された後に罪科が決定されていることを考慮すれば、察斗詰が極めて念入りに運用されていたことが伺い知れる。それゆえ察斗詰は制度として深い発展を遂げることはなかった。

江戸期の刑事司法は、「御威光」を維持するという目的の優先性を問い直される機会に最後まで恵まれなかった。それゆえ察斗詰という制度もまた、ドイツにおけるP.e.と類似性を示す側面はあったものの、その行く末は異なり、後の明治期に拷問が廃止された際に代替的制度を発展させていくための源にはなり得なかったのである。

VI むすびにかえて

以上、比較法史的観点からの江戸末期から明治期にかけての刑事証拠法史分析を進めてきた。嫌疑刑としてのP.e.の利用が拷問なき法定証拠主義の下での刑事司法実務を可能ならしめ、自由心証主義が実現するまでの架橋を担ったとするラングバインのテーゼは、ここにおいて再び重要な意味を持つてくる。江戸期の刑事司法は、拷問なき法定証拠主義の実践という圧力にさらされることがなく、また察斗詰という制度を発展的に運用していくこともなく、従前の例に倣い、拷問に基づく実務を進めていくのみであった。それゆえ、明治期に「ボアソナード・ショック」によって唐突に訪れた拷問廃止に対処する術は内在せず、自由心証主義という借り物の方法論を、しかも間に合わせ的に導入する他に道がなかったのである。そしてそのことは、現在に至るまで真の意味での自由心証主義が日本の刑事証拠法に根付くことなく、偏重とも言えるほどの過度な自白重視の姿勢を実

36) 上記吉五郎には死罪が申し付けられている。佐久間、前掲(註35)、532頁。

37) 佐久間、前掲(註35)、524頁。

務にもたらしてきた根本原因であると考えられる。

本稿は極めて概括的な比較法史的分析に基づく仮説の提示にとどまるものであり、その実証には一次資料の分析をはじめとするドイツと日本双方における証拠法史研究のさらなる掘り下げが必要であることは言うまでもない。ご退職後もさらなる前進を続けるであろう偉大な師の背中を少しでも追うことができるよう、筆者自身、今後も精励恪勤を続けていきたい。