

刑罰論と公判の構造

高橋直哉

1 はじめに

公判は、犯人に刑罰を科すことを目的として（少なくともそれを重要な目的の一つとして）行われるものである。一般に、目的はそれを達成するための手段のあり方を規定する。従って、科刑の前提となる手続である公判のあり方もまた、刑罰の理解如何によって規定されることになるであろう。

もっとも、手段は目的に完全に従属するとは限らない。法律学においても、手続法は実体法に完全に従属する（「手続法は実体法の助法である」）のではなく、手続法には実体法の関心とは一応切り離された独自の意義があるということが、一般に認められている。

また、一つの制度には常に一つの目的しかないというわけでもない。むしろ、一つの制度が複数の目的を持っていることの方が通常である。公判（そしてそれを含む広く刑事手続全般）もまた多様な目的を有していることは、刑事訴訟法1条からも明らかである⁽¹⁾。

しかし、それでもなお、科刑が公判の中心的な目的であるということは否定できないであろう。そして、ここで、科刑が目的であるということは、科刑によって実現しようとする事柄、すなわち刑罰の実現が最終的に公判の目的になるということを意味しよう。手続法の独自性や科刑以外の目的の重要性をいかに強調しようとも、科刑目的、すなわち、刑罰の目的が全く達成できなくなるような刑事公判は本質的に無意味である。従って、公判は、刑罰目的を無に帰せしめないように構造化されなければならない。その意味で、やはり、公判の構造は、刑罰の理解如何によって規定されるのである。さて、それでは、刑罰の理解と公判の構造との間にはどのような関係があるのであろうか？

2 問題点のスケッチ

(1) 公判の構造的特徴

検討の出発点として、現行法下における公判の構造的特徴を素描してみよう。

まず、公判は検察官の起訴によって開始され、その起訴事実の存在を立証する法律上の義務はあげて検察官にあり、被告人には、自己を有罪に追い込む活動に協力する法律上の義務はない(自己負罪拒否特権)。更に、公判は、起訴事実は存在しないものとの前提で開始され(無罪推定)、検察官が起訴事実の存在を合理的な疑いを入れない程度に立証しなければ有罪の認定はなされない。これらは、いわゆる弾劾主義に基づくものである(憲法38条1項)。

次いで、公判は、裁判所、検察官、被告人の3面関係で展開され、訴訟追行のイニシアチブは検察官及び被告人にある。そして、とりわけ、被告人に関しては、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利(憲法37条1項)、証人審問・喚問権(同条2項)、資格を有する弁護人を依頼する権利(同条3項)が保障されている。これらは、いわゆる当事者主義の要請であるとされる。

これらのことから、現行法は、被告人に訴訟の当事者としての主体的な地位を保障する公判構造を採用していることが理解される。糺問主義・職権主義の下では、公判は、裁判所と被告人の2面関係で展開され、裁判所は真実発見の任務を担い、被告人はそのような裁判所が行う訴訟活動の客体として取り扱われるが、現行法が予定する公判構造は、これとは好対照をなしている。

(2) 刑罰論との関係

このような公判構造の特徴は、刑罰論との関連で見た場合、どのような意味をもつことになるであろうか?

刑罰を純然たる応報として理解した場合には、被告人が犯罪を行ったか否かの確認、すなわち、真実の発見が最も重要な意味をもつことになるであろう⁽²⁾。この真実の発見という観点から見た場合、前述の如き特徴を備えた公判構造がこれに最もよく奉仕するものだとはいえない⁽³⁾。従って、応報刑論を基調とした場合、現行の公判構造は、刑罰の実現を制約するということに重点が置かれているということになる。

これに対して、刑罰を犯罪予防の観点から正当化する目的刑論の立場に立った場合は、どう解されるであろうか。この点に関しては、まず、犯罪予防目的

の追求を至上命題とするのであれば、そもそも犯罪行為の存否を確認するための手続、つまり、刑事裁判が必要不可欠なのかという問題がある。この点は、いわゆる特別予防を重視する場合に顕著な問題として浮かび上がってくるが⁽⁴⁾、一般予防の見地からも、それが将来の犯罪予防効果を狙うものである限り、その追求が過去の犯罪行為に条件づけられなければならない必然性はおそらくないであろう。もっとも、今日では、刑罰は基本的に犯罪予防に資するから正当化されるとしながらも、実際の科刑は、対象者が実際に犯罪行為を行ったことを条件とし、かつ、その行った犯罪と釣り合いのとれた範囲でしか許容されない、とする立場が支配的である⁽⁵⁾。このような理解を前提とするのであれば、ここでも、真実の発見は重要な意味をもつことになる。このように犯罪予防のための刑罰の投入が真実の発見に条件づけられるとすれば、現行の公判構造が真実の発見に最もよく奉仕する手続だとはいえないとする理解を前提とする限り、ここでも、現行の公判構造は刑罰の実現を制約するところに意義があると理解されることになるであろう。

このように、応報刑論に立つにせよ目的刑論に立つにせよ、科刑という目的の達成という観点から見た場合、現行の公判は、その目的の達成を制約するところを力点を置いて構造化されていると見るのが、一見すると最も素直な理解であるように思われる。そして、これは、ニュアンスの違いはあるものの、おそらくは多数の者が支持している考え方であるといえよう。真実の発見といっても、神ならぬ人間にとって客観的・絶対的な意味での「真実」を発見する確実な手段は存在しない。従って、私たちは、真実を探求する合理的な手段として納得できそうな手続を重視し、それを経て下された判断を正しいものとして取り扱うほかない。そのような合理的な手続として皆が納得できそうな公判とは、被告人に主体的な地位を保障する現行の公判構造の如きものである。そして、そのように被告人に主体的な地位を保障するのは無辜の不処罰のためである。大要、このような理解がなされているものと思われる⁽⁶⁾。

ここでは、公判における被告人の主体的地位の保障と刑罰の実現とが、いわば対抗関係に置かれている。被告人の主体性は、刑罰を制約する方向でのみ作用するものであり、刑罰の実現にとって積極的な意味をもつものだとは考えられていない。この点は、公判における被告人の主体的地位の保障は刑罰の実現と内在的な関連を有するものではない、と表現することもできるであろう。し

かし、私は、公判における被告人の主体的地位の保障と刑罰の実現との間には、もっと内在的な関連性があると考ええる。被告人の主体的な参加を認めない手続を経て科された刑罰は、たとえ、現に行われた犯罪と釣り合いがとれ、犯罪予防に資するものであるとしても、刑罰としては本質的に欠陥があり、かつ、正義に反するものだとみるべきである。そのような見地から、以下、若干の検討を加えてみたい。

3 公判における手続的正義の要請

(1) 実質的正義と手続的正義

刑事裁判に関しては、最終的に下された判断の内容的正当性のほかに、その判断に至るまでの手続過程の正当性も問われなければならない。一般に、前者を実質的正義、後者を手続的正義と呼ぶ。「手続法は実体法の助法である」との考え方を強調すれば、刑事裁判は実質的正義（すなわち、正しい実体法の適用）を実現するための手段に過ぎないということになるから、手続的正義に独自の意義は認められないことになるが、今日では、実質的正義の問題とは一応切り離して、手続的正義を遵守することに独自の意義を認めようとする見方が一般的となっている。例えば、適正手続の保障の理念などは、まさにその系統に属するものだといえよう。

もっとも、手続的正義の観念は多義的であり、手続の正当性を判断する一義的な基準を提示することは困難である。そこで、ここでは、J. Rawlsが提示した「純粋な手続的正義」「完全な手続的正義」「不完全な手続的正義」という区分を参考にしながら考えてみることにしたい⁽⁷⁾。「純粋な手続的正義」とは、結果の正当性を識別する独立した基準は存在せず、ただ手続が適切に遵守されている限り、その結果がどのようなものであってもそれは正当だとみなしてよいような場合を対象とする。賭博などが、その例であるとされる。「完全な手続的正義」とは、結果の正当性を識別する独立の基準が存在し、かつ、その結果を確実に導くことを保障する手続が存在する場合を対象とする。ケーキの均等な配分などが、その例であるとされる。これに対して、「不完全な手続的正義」は、結果の正当性を識別する独立の基準は存在するが、確実にそこに導く実行可能な手続が存在しない場合に問題となるものである。このような場合、

私たちは完璧な手続を用意することはできない。私たちのなし得ることは、できる限り合理的で納得できるだけの効率性を保持した手続を用意することであり、その手続を遵守していれば手続的正義は一応実現されていると見てよい。

このような区分を前提とするならば、刑事裁判は、最後の「不完全な手続的正義」の場合に当たると見ることができる。結果の正当性については、例えば、「被告人は、その者が告発されている犯罪を実際に行った場合にのみ、有罪とされるべきである」というような基準によって判断することが可能であるが、当の被告人が告発されている犯罪を実際に行ったということを確実に証明する手続は存在しない。従って、刑事裁判には、常に誤判の可能性がある。そこで、私たちがなし得ることは、決して完璧ではなくとも、できる限り誤判の可能性を少なくしつつ、受容可能なだけの効率性を保持した手続を用意することである。

ここでいう誤判の可能性が、誤って有罪とされてしまう危険性に焦点を合わせていることは言を俟たない。実際に罪を犯した者に誤って無罪判決を下してしまうことと、無実の者に誤って有罪判決を下してしまうことでは、後者の方がより害悪が大きいと考えることにはもっともな理由があるといえよう⁽⁸⁾。

さて、このような誤って有罪とされてしまう危険性を回避するという観点から、現行の公判構造が被告人に主体的地位を保障していることの意味を理解することはできないであろうか？例えば、弁護人の助力を受ける権利、反対尋問権の保障、証拠開示などの意義について、これらは、被告人に適切な防御の機会と資料を与えることによって裁判所の事実認定をコントロールする地位を実質的に保障することを目的としているとされる場合があるが、これを、対立する当事者双方の主張を十分に聞いた上で事実認定者に判断させることにより、誤って有罪判決を下してしまうことを回避するための方策として理解するというような方向性がそれである。おそらく、当事者主義には、このような狙いもあるとは思われる。しかし、それが本質的かつ中心的なものかは、疑問なしとしない。その疑問の意味を考えるために、次のような場合を想定してみよう。

Xは、公衆の面前で正当な理由もなく二人の人を殺害し、現行犯逮捕された。後に、Xは、起訴され、有罪判決を下された。言渡された刑は無期懲役であり、行った犯罪の重大性から見て当然の量刑であった（むしろ死刑であってもおかしくない場合であった）と考えられる。しかし、Xは、公判において、起訴事

実について十分な告知を受けず、十分な弁護人の助力を得られず、また、何ら弁明の機会を与えられなかった。この場合、Xは現に犯罪を行った者であり、科された刑も相当なものであるが、公判において主体的な地位を与えられていない。この場合の公判におけるXの取り扱いが不適切である理由を、誤って有罪とされてしまう危険性という観点から説明することには、しっくりこないものがある。なぜならば、そもそもXは有罪とされて然るべきであり、科された刑も相当なものだったからである。それでは、一体なぜ、この公判におけるXの扱いは不適切なものだと言えるのであろうか？

(2) 自然的正義の要求

この問題を考える糸口として、いわゆる自然的正義 (natural justice) における二つの格率に目を向けてみたい。すなわち、「相手方当事者の言い分を聞け (Audi alteram partem)」と、「何人も自ら関係する事件の裁定者足り得ない (Nemo iudex in causa sua)」がそれである。後者は、裁判所が偏見をもってはならないということにかかわるものであるが、単に實際上偏見をもってはいなかったというだけではならず、偏見をもたれるような「外観」を呈することもないようにすることを要求するものである。これは、一般化して言えば、「正義は単に行われるというだけでは足りず、正義が行われているという外観も備えていなければならない」という内容のものだと理解することができるであろう⁶⁾。

この二つの格率を誤って有罪とされる危険を回避するという観点から統一的に理解するならば、先の事例は次のように説明されることになる。

裁判所は、Xの主張に耳を傾けていない。従って、「相手方当事者の言い分を聞け」との要求に反している。もっとも、この要求は当事者双方の主張に十分に耳を傾けないと誤った判断に至る危険性があるということに着目するものだと理解するならば、Xが受けた有罪判決は結論としては間違っていないということになる。しかし、仮にそのように理解したとしても、この裁判所が、「正義が行われているという外観を備えていなければならない」との要求に反していることは確かである。裁判所が下した最終的な判断は内容的には間違っていないが、相手方当事者の言い分を聞かなかった点で手続に誤りがあった。裁判所は、結論的には正しい判断に至ったが、それは偶々そうなっただけで、相手方当事者の言い分を聞かなかった点で信頼の置けない危険な手続

によっていた。そのような外観上の不正義は、一般の人々に刑事裁判に対する不信感を抱かせることになる。その不信感とは、「被告人の言い分を聞かずに有罪判決が下されるということになれば、いつ、無実の者が有罪とされてしまうかも分からない」といった内容のものである。ところで、私たちは、誰が犯人なのかを事前に確実に知ることはできない。それ故、私たちは皆、誤って有罪とされることがないような信頼できる手続、すなわち、「相手方当事者の言い分を聞け」との要求に合致する手続を経た上でなければ有罪とされないという権利を有することになる⁽¹⁰⁾。Xも当然この権利を有するのであり、裁判所は、その権利を侵害している点で不適切である。

ここでXが有するとされる自然的正義の要求に合致した裁判を経ない限り有罪とされることはないという権利の内実を考えてみよう。Xは、実際に犯罪を行った者であり、科された刑も犯罪に相当なものである。従って、X自身は、誤って有罪とされる危険にさらされていたわけではない。しかし、Xが受けた裁判は、「相手方当事者の言い分を聞け」との要求に反している点で、無実の者が誤って有罪とされかねないような危険で信頼の置けない手続によるものであった。従って、Xは、「無実の者が誤って有罪とされることを回避するために全ての人に認められた『自然的正義の要求に合致した裁判を経ない限り有罪とされない権利』を侵害された」ことになる。ここで注意を要するのは、Xが有する「自然的正義の要求に合致した裁判を経ない限り有罪とされない権利」は、無実の者が誤って有罪とされることがないようにするために認められるものであり、それ自体としては、自分以外の他の無実の者に認められるべき権利に寄りかかっているという点である⁽¹¹⁾。しかし、Xは、他の無実の人が有罪とされる危険性ということとは別に、公判において主体的な地位を与えられなかった点において、まさに彼自身が害されているのではないだろうか？無実の者が誤って有罪とされる危険を中心に据える見方は、この点をうまく説明することができないように思われる。

4 コミュニケーションの場としての公判

(1) 刑罰における非難の意義

既述の如く、無実の者が誤って有罪とされる危険を回避するという観点を重

視する見方が、実際に犯罪を行った者にも公判で主体的な地位が保障されることの説明において隘路に陥るよう見えるのはどうしてであろうか？私の見るところ、その原因は次の二点にある。

一つは、このような見方が、公判における被告人の主体的地位の保障と刑罰の実現とを対抗的に捉えている点である。公判が刑罰の実現を制約する側面を有することは確かであるが、それは、同時に、刑罰を実現するための手続でもある。ここで、被告人の主体性を前者との関連だけで捉えるならば、後者との繋がりが見えにくくなるのは当然であろう。

他の一つは、このような見方は、刑罰の目的をそれを科すための手続とは独立したものとして捉えている点である。刑罰の目的を単なる犯罪予防に求めた場合、いかなるプロセスを経たのであれ、結果として犯罪予防効果が上がれば、その目的は達成されたと考えることができる。逆に言えば、このような考え方によると、目的それ自体に手段を制約する原理が内在されているわけではない⁽¹²⁾。従って、公判を刑罰の実現を制約するものと理解する場合、それは刑罰の目的とは切り離された外在的な制約だということになる。しかし、実際に犯罪を行った被告人に関して言えば、公判は刑罰を実現するための手続という色合いを濃くする。そのような手続における被告人の主体性を、刑罰の目的とは切り離された外在的な制約の次元における主体性で捉えることはできないであろう。

問題の根がこの二点にあるとすれば、その突破口は、この二点を除去すること、すなわち、刑罰の目的と公判の構造との間に内在的な結びつきがあることを示し、その内在的な結びつきとの関係で被告人に主体的地位を保障することが必要となる、ということ論証するということにあるということになる。そこで、以下では、そのような方向性を模索して、若干の試論を展開してみたい。

議論の端緒として、刑罰の目的から考えてみることにしよう。私は、刑罰の目的は犯罪によって侵害された共同体の価値を回復し人々の共存を可能にする社会関係の維持を図るところにあると考える。これは、単なる犯罪予防に止まらない内容を含んでいる。単なる犯罪の予防だけが問題なのであれば、その手段が刑罰でなければならない必然性はない。犯罪予防のためには、刑罰よりもむしろ経済・教育など種々の社会政策の方が有効であるという主張は古くから唱えられており、実際、相当の真実味もある。そのような他の犯罪予防策と刑

罰との根本的な違いはどこにあるのか？私は、刑罰は過去の犯罪行為に対する非難を本質的要素とするところに刑罰の刑罰たる所以があるものと考え。過去の犯罪行為に対する非難を内容として含まないものは、本来的に刑罰ではない⁽¹³⁾。

刑法は、一定の行為を犯罪とすることによって、その行為が共同体の価値の観点から見て不正なものであることを示し、人々の理性に訴えかけてその行為を慎むべきことを求めている。名宛人たる人々をその共同体の仲間として遇し、かつ、自律した理性的主体として尊重するからこそ、人々にその共同体の価値を内面化することによって自己の行動を規律するよう求めているのである。犯罪はそのような要求に反する行為であるが、そのような行為を行った者でもなお共同体の仲間として遇するのであれば、その行為について相手方を非難するのは当然である。その非難は、その行為の不正さを伝え、その行為がもっている意味に相手方の目を向けさせようとする狙いを持つ。非難されることは苦痛であるが、非難された側は、その苦痛を契機として、自分がそのように非難されている理由となった過去の行為の意味を考えるようになるかもしれない。そうなれば、自分の行ったことの重大性に気づき、今後の自分の行動を改めるという気持ちを持つこともあるであろう。刑罰が伝達する非難には、犯罪を行った者であってもなお自己の主體的な判断に基づいて将来の自己を変革する可能性に対する期待が含まれている。刑罰は、過去の犯罪行為に対する非難を通じて、犯罪を行った者に対して自己の行為が不正なものであったということを理解し、それを今後の自己の行動を改める契機とするよう求めるものである⁽¹⁴⁾。

(2) 非難をめぐるコミュニケーション

刑罰にこのような狙いがあるとすれば、それが全うされるためには、刑罰が体現している非難の意味を犯罪を行った者が自ら内面化していくプロセスが不可欠である。非難されている者がその非難を受容できるようになるためには、「何が」、「なぜ」非難されているのかということについて、納得できる理由が提示されなければならないであろう。また、その非難に理由があるかどうかについて十分に反論の機会が保障されていなければならないであろう。公判において、被告人に主體的地位が保障されなければならない根源的な理由は、まさにこの点にある。刑罰が体現する非難は、単に過去の行為に対する評価を示し

ているだけではない。被告人が主体的に参加した彼の過去の行為の意味をめぐる理性的な議論を経て、被告人に対する関係で正当化された非難を刑罰は体現しているのである。従って、そのような手続を経ずになされる有罪判決及び科刑は、仮にその内容が犯罪相応のものであるとしても、本質的に欠陥のあるものだといわなければならない。なぜならば、それは、被告人が主体的に参加した理性的な議論の結果を表しているものではないからである⁽¹⁵⁾。被告人に対する関係で、非難を正当化し、その受容を説得するという営みが、そこでは欠けているといわなければならない⁽¹⁶⁾。

ところで、刑罰が伝達しようとする非難は、共同体の価値に基礎を置くものであるが、その価値の実質的な内容は常に絶対的かつ不変のものではない。まず、現実の立法過程において、全ての者の意見を漏れなく実定法化することは不可能である。そのため、形式的に見れば実定法に違反すると思われる行為を評価する際に、立法段階では取り入れられなかった意見に改めて耳を傾けてみるべき場合もある。また、社会状況が変化したことによって、同一の事柄に関する価値判断が変容してくる場合もあるであろう。更に、立法段階では予想される行為を類型化してある程度抽象的に規定せざるを得ないことから、実際に行われた行為がそれに該当するかどうか、つまり、その行為がその法規で示されている共同体の価値を侵害するものか否かを実質的に判断しなければならない場合も出てこよう。これらの諸事情に鑑みれば、被告人に対し、その過去の行為が共同体の価値を侵害するものだとして非難する場合、その非難は妥当性を欠くものである可能性があることにも留意しなければならないであろう。そのような可謬性の自覚を欠いたままなされる非難は、相手方に非難の意味を理解させようとする企てというよりも、特定の価値観の一方的な強制という性格を強くすることになる。しかし、刑罰は、それが体現する非難の意味を相手方が理解し、その基礎にある共同体の価値を受容することを求めるものである。その狙いを実現するためには、被告人の意見にも十分に耳を傾け、それでもやはり法が示す共同体の価値が重要であるということを再確認した上で、被告人の過去の行為を非難するというプロセスが必要であろう。相手方を非難するという営みは、同時に、相手方からの反論によって自己の主張の正当性を再検討する契機を含むものでなければならない⁽¹⁷⁾。公判においても、そのような双方向性が確保されなければならないとすれば、この面でも被告人に主体的な地位

が保障されなければならないことになる。

(3) 被害者の地位

ここで、公判における被害者の地位に関して若干付言しておきたい。刑罰が、共同体の価値の観点から見た相手方の過去の行為に対する評価を非難という形で伝達するものであり、既述のように、公判はそのような刑罰を科すために不可欠の手續であるとすれば、そこで非難をするのは共同体を代表する者でなければならないが、犯罪の被害者がその適任者だとは言い難い。刑罰が犯罪によって生じた個人的な被害の填補を直接の目的とするわけではない以上、被害者が公判の当事者とならないのはある意味で当然のことである。もし、被害者に当事者としての地位を認め、その事件の処理を指導する直接的な権限が与えられるならば、個人的な満足と共同体の価値の安定化とが取り違えられ、恣意的な処罰要求の増大や法的安定性の低下などをもたらす危険性がある⁽¹⁸⁾。

しかし、犯罪を行った者であっても共同体の仲間として遇し、自律した理性的主体として尊重すべきであるとすれば、少なくとも被害者にもそれと同等の尊重が向けられるべきである。犯罪は、共同体の価値を侵害する公的な不正行為として理解されるものであるが、それは被害者個人が被った侵害と全く無関係なものではない。被害者を共同体の仲間だと考えるからこそ、被害者が被った侵害を公的な共同体の問題として取り上げるのである⁽¹⁹⁾。このとき、被害者を自律した理性的主体として尊重するのであれば、被害者に対して、自らが被った侵害がまさに公的な共同体の問題として取り上げられるべきものであるということについて意見を述べる場が保障されるべきであろう。共同体を代表する者は、犯罪を行った者に対する関係では、その行為が共同体の価値を侵害する不正なものであったということを理解させることに努めるが、それと同時に、被害者に対する関係では、犯行者の行為によって侵害された被害者の価値を共同体は大切なものとして尊重しているということを受容してもらうように努めなければならない⁽²⁰⁾。そのような受容を得ようとする営みが欠ければ、被害者が共同体との一体感をもつことはできないであろう。また、共同体の他の構成員も、そのような被害者に対する配慮のなさを目の当たりにすれば、共同体の価値に信を置いた相互の連帯意識を形成することは困難になると思われる。これは、共同体の価値を回復し、人々の共存を可能にする社会関係を維持しようとする刑罰の目的に照らしてみると好ましくないことである。

ところで、被害者が、自分は共同体の仲間として尊重されているという意識を持ちうるためには、場合によって、犯行者との間で直接的な対話を必要とすることもあろう。被害者にとってみれば、なぜ自分が標的となったのか知りたいたいか、犯罪によって自分がいかに苦しんでいるのかを犯行者に示したいというような感情をもつことは当然あるであろう。共同体は、そのような被害者の思いにも相応の配慮をすべきである。他方で、犯行者の側にとってみれば、そのような被害者の思いに直接触れることによって、自分の行ったことの重大性を真剣に受け止め、共同体の価値の内面化が促進されることもあるかもしれない。

これらのことに鑑みると、犯罪によって侵害された共同体の価値を回復し人々の共存を可能にする社会関係の維持を図るという刑罰の目的を妨げない限度で、被害者にも公判に関与する権利を保障すべきであろう⁽²¹⁾。

5 自己負罪拒否特権

(1) コミュニケーションの障害？

これまでのところでは、公判を、犯罪行為に対する非難を巡ってなされる被告人、共同体、及び、被害者間でのコミュニケーションとして描き出してきた。そのようなコミュニケーションを成立させるためには、公判において被告人に主体的な地位を保障する必要がある、その根底には、犯罪を行った者であっても、共同体の仲間として、かつ、自律した理性的主体として尊重すべきであるとの要請があることを確認した。

ところで、このようなコミュニケーションが有意義な果実を生み出すためには、関係者の積極的な参加が必要であろう。訴追者側が、様々な証拠を用いて被告人の過去の行為は非難されるべきものであったということを示していく営みには、そのような訴追者側の主張に対して被告人側は応答すべきであるとの要求が含まれていると思われる。相手方を自律した理性的主体として尊重するという前提でその者を非難する場合、そこでは、「あなたは、この私の真剣な問いかけに対して応答すべきである」との要求が当然含まれているであろう。被告人の側からすると、自らが自律した理性的主体として尊重されるということは、そのような存在に相応しい態度をとることが求められるということでも

あり、従って、訴追者側の真摯な問いかけに応答する義務があるということにもなりそうである。

しかし、現行法は、被告人にそのような義務を認めてはいない。すなわち、被告人は、自己を有罪に追い込む活動に協力する義務は一切なく（自己負罪拒否特権〔憲法38条1項〕）、更に、自己に有利・不利を問わず一切の供述を包括的に拒否できるものとされているのである（黙秘権〔刑訴法311条1項〕）。これは、公判において被告人に主体的な地位を保障するということと、形式的には矛盾しない。公判に積極的に参加することだけが被告人の主体性を意味するものではなく、それに消極的な立場をとるというのも被告人の主体的な選択の一つであろう⁽²²⁾。しかし、公判を被告人が過去に行った行為に対する非難を巡るコミュニケーションだとする見方とは、一見したところそりが合わない感がある。なぜならば、被告人に自己負罪拒否特権、黙秘権が認められているということは、訴追者側と被告人側との間でコミュニケーションが成立しない事態を一般的に想定しているとも考えられることから、そもそも公判はそのようなコミュニケーションを企図して構造化されているものではないということを示しているようにも思われるからである。果たして、既述のように公判をコミュニケーションとして理解する見方と、被告人に自己負罪拒否特権、黙秘権が保障されていることとは両立し得るのであるか？

(2) 道徳的義務と法的義務

自己負罪拒否特権は、刑事手続が圧政・弾圧の手段として用いられ、無辜の者が有罪とされてしまう危険性を伴ってきたという歴史的経緯に由来するものであり、弾劾主義の中核をなす概念であるとされる⁽²³⁾。この特権が認められることから、起訴事実の存在を立証する法律上の義務は全て訴追者側にあり、被告人には、自己を有罪に追い込む活動に協力する法律上の義務は一切ない。また、この特権は、起訴されたという事実、及び、起訴事実について何の反論反証もせず沈黙しているという事実を有罪の証拠としてはならないということを要請するから無罪推定の原則に連なることになる。

さて、自己負罪拒否特権の根拠が、刑事手続を圧政・弾圧の手段として利用することの回避にあるとすると、これは刑事手続の目的を規制する原理であり、刑事手続の目的に実質的な内容を与える原理ではないということになる。従って、例えば、公判は、犯罪行為に対する非難を巡って被告人、共同体、及

び、被害者の間で十分なコミュニケーションが交わされることを目的とするが、その目的を追求するに当たっては、被告人に自己を有罪に追い込む活動への協力を義務づけてはならないという制約が課されると解することに論理的な矛盾はないと思われる。

ただ、そのような制約を課すことが、結局、公判に付与されたコミュニケーション目的を無化してしまわないかという問題は依然として残る。この問いに答えるためには、自己負罪拒否特権には、単に公判におけるコミュニケーションを制約するという面だけではなく、そのようなコミュニケーション目的と内面的に関連している面もあるということも示さなければならないであろう。

その点について、私は、次のように考えることができるのではないかと思う。

犯罪は共同体の価値を侵害するものであるから、それが解明されず、犯罪の結果生じた不都合な事態がそのまま放置されるということになれば、人々の共存の基盤となる社会関係は疲弊してしまいかねない。従って、犯罪が発生した場合には、本来、関係者が、その解明や結果への対処に向けて真剣に取り組まなければならないはずである。共同体の構成員は、その共同体の価値を尊重しなければならないし、その共同体の価値を保持しようとする法の目的が達成されるように配慮しなければならない。犯罪を行った者も共同体の仲間として尊重されるということは、そのような者もこれらの要求を真剣に受け止めるべきであるという要請を含んでいるであろう。従って、被告人も、共同体の価値を尊重せよとの法の要求が正当なものであり、その法違反を巡って展開される公判手続において自己の主體的な地位が保障されるのであれば、本来なら、自分に向けられている告発、非難に対して応答することによって、共同体の価値の回復に協力すべき義務があると思われる。しかし、ここにいう義務はいわば道徳的な義務であって、これが直ちに法的な義務になるというわけではない。なぜならば、ここで被告人に求められているのは、自己に向けられている非難に目を向け、共同体の価値を内面化することであるが、これは内発的な動機によって初めて達成される事柄であり、そもそも法的な義務づけ＝強要によって実現されるような性質のものではないからである。従って、公判に付与されたコミュニケーション目的の内実から考えても、被告人に自己を有罪に追い込む活動に協力する法的な義務を課することは妥当ではないと解されることになる⁽²⁴⁾。

6 結 語

以上、現行法が予定している公判の構造について、刑罰論との関わり合いを意識しながら、若干の考察を加えてみた。その結論を要約するならば、以下のようになる。刑罰は、犯罪によって侵害された共同体の価値を回復し、人々の共存を可能にする社会関係の維持を目的とするものであり、そのために犯罪者を非難する。公判は、この非難の意味・正当化を巡って、被告人、共同体、被害者の間で交わされる理性的なコミュニケーションの場である。被告人に公判において主体的地位が保障されているのは、そのようなコミュニケーションを充実させるためである。他方で、被告人に、自己負罪拒否特権が認められ、その点で公判への積極的な参加を法的に義務づけていないのは、法的な義務づけ＝強要は、公判におけるコミュニケーションの目的の一つである、被告人自身による共同体の価値の内面化を達成するのに不適当なやり方だからである。

本稿の主張が、未熟な試論の域を出ないことは十分に自覚している。ただ、公判の構造に関する一般の議論は、国家権力の行使を制約するという面に偏りすぎ、刑罰の実現と公判との間にある内在的・意味的な連関を明らかにするという関心が希薄であるように思われてならない。公判がどのようなものであってはならないかについては極めて多くのことが語られるが、それに比べて、公判はどのようなものであるべきかを積極的に（つまり、公判がどのようなものであってはならないかという否定的な論拠の単なる裏返しではなく）基礎づけようとする試みは少なすぎるのではないだろうか⁽²⁵⁾。公判は、刑罰を科さないことのためだけにあるのではなく、刑罰を科すことのためにもある。本稿は、この当然の事理がもつ意味を明らかにするためのささやかな試みである⁽²⁶⁾。

-
- (1) 刑事訴訟の目的全般に関する議論状況に関しては、田口守一『刑事訴訟の目的』（成文堂、2007年）33頁以下参照。
 - (2) 応報刑論は、刑罰は行われた犯罪と釣り合いのとれたものでなければならずとする以上、どのような犯罪が行われたのが定まらなければ刑罰を科す前提を欠くことになる。このことは、犯罪に見合った刑罰を科すという積極面においても、犯罪と釣り合いのとれた範囲でしか刑罰は科されないという消極面においても、同様である。
 - (3) 当事者主義は、真実の発見にも役立つとされることがある。すなわち、証拠の取

集保金は、それに最も切実な利害関係を持つ者に委ねたとき、もっとも有効に行うことができるし、裁判所は、全く捜査機関と切り離されたとき、はじめて収集された証拠を正しく評価し、その中から真実を発見することができる、とするのである(平野龍一『刑事訴訟法』[有斐閣, 1958年] 17頁)。当事者主義にそのような効用が全くないとはいえないかもしれないが、裁判の帰趨が当事者の主張・立証に依存する以上、そのような効用が一般的に認められるとはいえないであろう。少なくとも、当事者主義が真実の発見にとって最適であると断定することは困難である。ちなみに、民事訴訟においては、裁判の起訴となる事実や証拠を当事者の提出したものに限るとする弁論主義と裁判所が職権で調べた事実や証拠も加味する職権探知主義とでは、職権探知主義の方が真実発見のためには優れていると解されるのが一般である(中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義 [第2版補訂2版]』[有斐閣, 2008年] 190頁以下参照)。

- (4) 新派刑法学の発想は札問手続と結びつくと指摘されることがあるが(井戸田侃『刑法と刑事訴訟法との関係』刑事訴訟法の争点 [1979年] 9頁), 将来に有害な行為を行う危険性の存否が問題なのであれば、その認定ための手続が裁判でなければならない必然性はそもそもないであろう。
- (5) 西田典之『刑法総論』(弘文堂, 2006年) 18頁以下, 前田雅英『刑法総論講義 [第4版]』(東京大学出版会, 2006年) 28頁以下など。
- (6) 例えば, 田宮裕『刑事訴訟とデュープロセス』(有斐閣, 1972年) 142頁、146頁以下など。なお、当事者主義の概念は多義的であるが、多くの論者は、この概念の中に、当事者の主体性を尊重し、その権利保障を重視するという視点を読み込んでおり、そこには(概念的には区別されるとしても)適正手続の保障と共通する内容が含まれている。そして、その適正手続の保障は、法的手続を経なければ処罰されないという消極面を中心に理解されるのが一般である。
- (7) J. Rawls, A Theory of Justice, Harbard U.P., 1971, pp. 83-90. (矢島釣次監訳『正義論』[紀伊国屋書店, 1979年] 65頁~69頁)。なお、田中成明『法理学講義』(有斐閣, 1994年) 185頁以下も参照。
- (8) 誤った無罪判決も、誤った有罪判決も、犯罪者の正しい特定に失敗しているという点では同じであり、実体法の実現という観点からすれば等値であるとも見得る。しかし、後者の場合には、単に真犯人を取り逃がしたというだけでなく、無実の者にいわれなき害悪を生じさせたという点で更なる不正義が付け加わるため問題性はより大きいといわなければならないであろう(誤った無罪判決においても、有罪に値する者がそれを受けなかったという点では不正義の問題を生ずるが、誤った有罪判決の場合に比べるとそれは多分に観念的なものである)。
- (9) 次の文章は、このことをよく示しているであろう。

「正義は単に行われなければならないというだけでなく、それが行われていることがはっきりと見えるものでなければならないということも、私たちのシステムにとって絶対的な基礎となっている。もし、正義が行われていることが見えなかったということが明らかだったとすれば、……『なるほど、しかし、たとえその事件が

適切に処理されていたとしても、結果は同じものとなったであろう』と言うことは、何ら申立人に対する答えになっていないように思われる。それは、正義を行うことと正義が行われているのを見ることを混同している。」(Reg. v. Thames Magistrates' Court, ex parte Polemis [1974] 1 W.L.R. 1371, at 1375, per Lord Widgery C.J.)

- (10) Hildebrandtは、Rawlsの「無知のヴェール (veil of ignorance)」に着想を得て、自分が被害者、被告人、(かつ／あるいは) 犯罪者のいずれであるか知らないという前提から、公正な裁判 (fair trial) の内容、就中、公判における被告人や被害者の地位などについて検討を加えている (Mireille Hildebrandt, "Trial and "Fair Trial": From Peer to Subject to Citizen", in Antony Duff et al. eds., *The trial on Trial* Vol. 2 (Hart Publishing, 2006), pp. 29-35.)。これは、公判における被告人の諸権利が全ての者に (従って、無実の者は勿論、実際に犯罪を行った者にも) 保障されるべき権利であることを基礎づけようとする試みとして興味深いものであるが、前提とされている「無知のヴェール」による思考方法自体に疑問がある。また、仮にそのような前提から被告人の諸権利を導出することが一応可能であるとしても、それは刑罰目的との関連性を欠いた内実の空疎なものになるのではないと思われる。
- (11) R.A. Duff, *Trials and Punishment*, Cambridge U.P., 1986, p. 113.
- (12) 応報刑論に立っても、刑罰は犯罪に見合ったものでなければならないという双方の静的な関係だけが問題なのだとなれば、応報概念の中にそれを実現するための手段を限定する原理が内在しているわけではない。
- (13) 刑罰と非難の関係については、(不十分ではあるが) 拙稿「刑罰と非難」東海大学総合教育センター紀要第23号 (2003年) 1頁以下参照。
- (14) 刑事法におけるコミュニケーション的要素に関しては、拙稿「刑法理論と政治哲学」刑法雑誌第44巻第2号 (2005年) 185頁以下参照。
- (15) Duff, *op. cit.*, pp. 118-119.
- (16) このような見地から現行法を見た場合、被告人が過去に行つたとされる行為に対する非難を巡って交わされる被告人との間のコミュニケーションを充実させることに関連すると思われる規定・制度がいくつかある。例えば、①公訴事實は訴因を明示して記載しなければならない (刑訴法256条2項)、また、起訴状謄本を必ず被告人に送達しなければならない (同271条1項) こと (「何が」非難の対象となっているのかを明示することは、被告人がその非難を巡るコミュニケーションに主体的に参加するための前提条件である)、②被告人には弁護人選任権があり (同30条)、また、国選弁護人の選任を請求することもできる (同36条) こと (法的な議論が展開される公判において被告人が十分に自己の主張を展開するためには法律の専門家の助力を得ることが不可欠である [憲法37条3項])、③被告人が出頭しなければ原則として公判を開くことはできない (同286条) こと (まさに、被告人の参加が必要条件なのである)、④被告人には、冒頭手続において被告事件について陳述する機会が与えられ (同291条2項)、また、手続の最後にも意見を陳述することができる (同

293条2項)こと(被告人に意見を述べる機会を保障するものである。なお、これら陳述の機会が与えられなかった場合は、いずれも判決に影響を及ぼす訴訟手続の法令違反になると解される)、⑤証拠調手続において、被告人は、証拠調を請求することができ(同298条1項)、また、証拠の証明力を争う機会が保障されていること(裁判官の心象形成に積極的に関与することを可能にする地位を保障するものである)、⑥証拠開示が認められている(同316条の14、316条の15など)こと(これは、被告人による証人喚問・審問権の実質化に寄与する)などがそれぞれである。

また、被告人には訴訟能力がなければならない(同314条)。これは、一般に、被告人の防御上の不利益に関連づけて説明されるが、このような能力を欠く場合には、被告人とのコミュニケーションが成立しないという点も重要な意味を持っているものと解される。更に、責任能力を欠く者は罰せられず(刑法39条1項)、心神喪失状態にある者については刑の執行が停止される(刑訴法479条、480条)ことも含めて考えるならば、(これら各段階で要求される能力の内容・程度は決して同じものではないとしても)私たちのもつ刑事司法システムはコミュニケーション的要素の一つの基軸にしていると見ることもできるように思われる。

- (17) この関連では、公判の直接の当事者である検察官や被告人の他に、共同体の構成員全般に対する関係に留意しなければならない。非難を巡るコミュニケーションは不正行為者との間でだけ交わされるものではなく、広く共同体との間でも交わされるものである。被害者などではない一般の人々は、事件の直接の当事者ではないが、共同体の価値侵害の有無との関係で間接的な利害関係を持つものであるから、公判での議論に触れて共同体の価値に関する自らの考え方を再確認する契機が与えられなければならない。このような幅広い聴衆(audience)も、実は、公判の隠れた主体であると考えられる(この点では、公益の代表者である検察官は、公衆[the public]に対して説明責任を負うとする見解が興味深い[瀧川裕英「参加による陶冶—応答責任論から見た被害者参加制度」法学セミナー645号[2008年]24頁])。なお、このような観点からみると、「裁判は公開されなければならない」という要求(これも自然的正義の要求である)にも、単なる裁判の公正さとは別の意味が見出されるように思われる。
- (18) Hildebrandt, op. cit., pp. 32-35.
- (19) 前掲・拙稿注(4)183頁以下参照。
- (20) 被害者の主張が常に真つ当なものだとは限らない。時には、強烈な報復感情を露わにするなど度外れた主張を展開することもあるであろう。そのような場合には、とりわけ検察官に、共同体全体の見地からそのような主張には合理的な理由がないことを示すなどして、被害者にも共同体の価値の内面化を求めるような役割が期待されるであろう。
- (21) 「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」(平成19年法律第95号)により、被害者等が「被害者参加人」という地位で手続に参加できることとなった。被害者参加人は、証人尋問(刑訴法316条の36)、被告人への質問(同316条の37)、弁論としての意見陳述(同316条の38)を行うこと

- ができる。ただ、参加にあたっては、必ず検察官を経由し（同316条の33第2項）、裁判所が相当と認めることが必要である（同条第3項、同316条の34第4項）。また、証人尋問、被告人質問、最終意見陳述については、まずそれぞれの内容が検察官に明らかにされた上で（同316条の36第2項、同316条の37第2項、同316条の38第2項）、裁判所が相当と認めた場合に許されるものであり（同316条の36第1項、同316条の37第1項、同316条の38第1項）、また、規定された事項外に及ぶ場合には裁判所によって制限される（同316条の36第3項、同316条の37第3項、同316条の38第3項）。更には、尋問事項（同316条の36第1項〔情状に関する事項で犯罪事実に関するものを除く〕）、質問事項（同316条の37第1項〔意見を陳述するために必要な場合〕）はかなり限定され、最終意見陳述も訴因の範囲内に限定され（同316条の38第1項）、しかも、その陳述は証拠とはならない（同条第4項）。訴因設定権、証拠調べ請求権、上訴権などは認められていないことなどから見ても、被害者が刑事手続に参加することで生じ得る問題に周到な配慮がなされているといえよう（椎橋隆幸「犯罪被害者等の刑事裁判への参加」ジュリスト1338号（2007年）56頁以下参照）。
- (22) Dubberは、刑事手続における自律性を、手続に参加する自由という「積極的自律性 (active autonomy)」と、手続に参加しない自由という「消極的自律性 (passive autonomy)」に分類し、後者の例として、自己負罪拒否特権を挙げているが、これには自己負罪の権利という積極面も含まれているとする (Markus Dirk Dubber, "The Criminal Trial and the Legitimation of Punishment", in Antony Duff et al. eds., *The trial on Trial* Vol. 1 (Hart Publishing, 2004), pp. 92-93.)。
- (23) 渥美東洋『レッスン刑事訴訟法(上)』（中央大学出版会、1985年）179頁以下参照。
- (24) もし、本文で述べたような道徳的義務すらないとすれば、公判は被告人の参加が期待されるコミュニケーション的な営みという性格を全く持たず、「勝敗」に徹した戦略的行動によって占められることになろう。公判を一種のゲームのようなものとするのであれば、そのような見方に至るかもしれないが、それは犯罪と刑罰の問題に含まれている道徳的次元の問題を全く無視するものであって妥当ではない。自己負罪拒否特権が、まさしく「特権privilege」であるのは、通常の場合ならば (under ordinary circumstances) そうすべき義務があるにもかかわらず、例外的にそれを免れさせるからである。本文で述べた道徳的義務は、その通常の場合に義務があるといえる根拠に関わるものである。
- (25) 刑罰論と刑事手続との関係について原理的な考察を加えたものとして、渥美東洋『罪と罰を考える』（有斐閣、1993年）第9章～第13章がある。
- (26) Steikerは、刑罰と刑事手続との関係について興味深い見解を提示している。まず、Steikerは、刑罰にとって非難 (blaming) の要素は本質的なものであるとした上で、刑罰における非難の要素は、三つの点に見出すことができるとする。第一は、処罰を通じて、否認や憤慨を示すという点である。ここでは、そのような感情を有する者が、それを表現する (express) ことに重点があり、必ずしも相手方がそれに反応することは必要ではない。標語的に言えば、このような非難の側面は、コミュニケーションとしての刑罰 (punishment as communication) ではなく、表

現としての刑罰 (punishment as expression) である (なお、この区別に関しては、R.A. Duff, *Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment, Crime and Justice: A Review of Research* vol. 20 [1996] pp. 31-33. 参照)。第二は、不正行為者に処罰の意味が伝達されるという点である。ここでは、まさにコミュニケーションが問題となる (Steikerは、刑罰にはこのようなコミュニケーションの要素が含まれていなければならないとする)。第三は、刑罰は、被害者や共同体に対しても、その意味が伝えられるという点である。刑罰におけるコミュニケーションは、単に不正行為者との間だけではなく、被害者や共同体の間でも図られなければならない。

Steikerは、このような理解を前提にして、刑罰を非難として理解することが、特別な手続、すなわち、刑事手続を必要とする理由として、次の三点を挙げる。第一に、刑罰においては、国家による憤慨や否認が表明されることになるが、これは自由にとって政治的な脅威となるので、刑罰を科すためには、特別な手続上の保護が必要である。第二に、刑罰は個人の自律性を害するものであるから、誤って科されたり、安易に用いられたいないように、手続的な防壁を設けなければならない。第三に、非難としての刑罰の機能が発揮されるためには、それに相応しい手続が求められる。これらの理由のうち、前二者は刑罰を制約するという観点からのものであるが、最後のものは刑罰をより良く実現するという視点から提示されているものである。「要するに、刑罰を非難として定義することには、非難の権力を利用する国家の力を制約するためにも、また、非難を一つの社会的な制度として保持するためにも、刑罰を科すためには特別な手続的制度を設ける必要があるということが含意されているのである。かくして、刑罰のための特別な手続は、二つの異なる意味で非難にとっての重要な境界 (boundary) の役割を果たす。すなわち、それは、その内部にあるものを制限し封じ込める意味での境界であるが、同時に、また、その内部にあるものの輪郭を描き出し、それ以外のものと区別するという意味での境界でもある。」というSteikerの主張は、正鵠を射ているように思う (Carol S. Steiker, "Punishment and Procedure: Punishment Theory and Criminal-Civil Procedural Divine," *Geo. L.J.*, vol. 85 (1997) pp. 800-809.)