

論 説

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）

斎 藤 司

第1章 はじめに

第1節 問題状況と問題意識

第2節 本論文における検討方法

第3節 本論文の内容

第2章 「糾問的な捜査・訴追」と証拠開示の関係——治罪法における証拠開示 問題の構造

第1節 治罪法の制定過程とボアソナード草案

第1款 治罪法の制定過程

第2款 ボアソナード草案と証拠開示

第3款 ボアソナード草案の手続構造と証拠開示

第2節 治罪法における証拠開示制度の位置付け

第1款 治罪法における証拠開示と弁護権

第2款 治罪法における公訴権・検察官の位置付け

第3款 治罪法における予審と公判の関係

第4款 治罪法の手続構造と証拠開示

第3節 小括——治罪法の構造と証拠開示の意義（以上42巻3号）

第3章 「糾問主義的予審司法」と証拠開示の関係——明治刑事訴訟法における 証拠開示問題の構造

第1節 明治刑事訴訟法の制定過程

第2節 明治刑事訴訟法の構造と証拠開示

第1款 明治刑事訴訟法における証拠開示の規定

第2款 明治刑事訴訟法における弁護権の位置付け

第3款 明治刑事訴訟法における検察官・公訴権の位置付け

第4款 明治刑事訴訟法における予審と公判の関係

第5款 明治刑事訴訟法の構造と証拠開示

第3節 明治刑事訴訟法制定当初における予審・証拠開示等の状況に対する批判

第1款 明治刑事訴訟法下における予審実務に対する批判

第2款 明治刑事訴訟法下における「聴取書」問題

- 第3款 明治刑事訴訟法下における証拠開示の状況に対する批判
- 第4節 刑事訴訟法明治32年改正
 - 第1款 明治31年刑事訴訟法調査委員会案
 - 第2款 刑事訴訟法明治32年改正法律案を巡る議論
 - 第3款 明治刑事訴訟法の改正論議により示される当時の実務
- 第5節 小活——明治刑事訴訟法初期における証拠開示の意義（以上本号）
- 第4章 「糺問主義的檢察官司法」の展開と証拠開示の関係——大正刑事訴訟法における証拠開示問題の構造
- 第5章 捜査段階における証拠開示を巡る展開過程——司法改善を巡る議論
- 第6章 戦時刑事立法における証拠開示
- 第7章 昭和刑事訴訟法制定過程における証拠開示問題とその影響
- 第8章 むすびにかえて

第3章 「糺問主義的予審司法」と証拠開示 ——明治刑訴法における証拠開示問題の構造

第1節 明治刑事訴訟法初期

第1款 明治刑事訴訟法の制定過程

治罪法は、8年間効力を持つにとどまった。1989（明治22）年2月11日に、大日本帝国憲法が公布された。その57条1項は、「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」として、天皇制司法の骨格を規定した。これにより、通常裁判所の構成を変更する必要が生じた。その結果、ドイツ法を模範とした裁判所構成法が1890（明治23）年2月10日に公布され、同年11月1日から施行された。さらに、数年の治罪法実施の経験を前提として治罪法の不備や欠陥が主張されたため⁽¹⁾、1890（明治23）年10月7日に明治刑事訴訟法が公布され、裁判所構成法と同じく同年11月1日に施行された。これに伴って治罪法は廃止されることとなった。

この明治刑事訴訟法は、治罪法を基礎としながら、さらにドイツにおいて1877年に公布されたドイツ刑事訴訟法の要素（裁判所の構成、管轄、抗告制度等）を加味したものであった⁽²⁾。もっとも、このドイツ刑事訴訟法の要素が加味された点以外には、明治刑事訴訟法における大きな改正点

はなかった。このことは、大日本帝国憲法が、刑事手続に関する人権条項をほとんど規定していなかったこと⁽³⁾、さらにそのいずれにも法律の留保を付しており、刑事手続に関する人権保護的な規制作用をほとんど有し得なかったことをも背景としているように思われる⁽⁴⁾。この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となっていない⁽⁵⁾。それゆえ、本稿においては、明治刑事訴訟法の制定過程を検討対象とすることはできない。

そこで以下においては、明治刑事訴訟法における規定について、証拠開示を中心に概観し、次に、明治刑事訴訟法に関する議論及び実務状況を概観し、治罪法における規定及び議論からどのような変化が見られるのか、そしてどのような実務状況が見られたのかを確認・検討することにした。なお、本章において条文数のみを挙げる場合があるが、それは原則として明治刑事訴訟法の条文を指すものである。

第2節 明治刑事訴訟法の構造

第1款 明治刑事訴訟法における証拠開示の規定

まずは、明治刑事訴訟法における証拠開示の規定を確認しておこう。以下のような規定であった。

180条「辯護人ハ裁判所ニ於テ訴訟記録ヲ閲讀シ且之ヲ抄寫スルコトヲ得」

本条は、明治刑事訴訟法の第4編「公判」の第1章「通則」の中で規定されていた。この点は、治罪法からの変化であるといえる。すなわち、治罪法では、重罪事件に関する公判段階において弁護人にのみ閲覧権が認められていたのに対し、明治刑事訴訟法では、全ての事件に関する公判段階において弁護人に閲覧権が認められることになったのである。

また、被告人尋問の後に訴訟記録の閲覧を認めていた治罪法に比べ、閲覧可能な手続時期は公判開始後とされていた。その他の点については、重要な改正は加えられてはいない。

これに加えて、「訴訟記録」の具体的内容についても、ほとんど変化は見られなかった。勾留状・収監状、令状執行状況（83条）、予審判事による臨検、搜索、物件差押え、被告人及び証人に対する訊問（92条）、予審終結の決定（169条）等について調書作成が義務付けられていた。鑑定については定かではないが、上記の訴訟記録は開示されることが想定されていたといえる。

それでは、このような証拠開示は、当時、どのような意義や機能を有するものと説明されていたのであろうか。次にこの点を確認しよう。当時の概説書等を概観すると、弁護人による訴訟記録の閲覧について、治罪法の時代に比べ、若干ながら多くの説明がなされていることが分かる。

例えば、磯部四郎は、訴訟記録の閲覧について、以下のような説明を加えている。「辯護人ヲシテ能ク其職務ヲ盡サシメンニハ能ク其事件ノ性質模様等ヲ知了セシメタル可カラス而シテ之レヲ知了セシムルハ辯護人ニ訴訟記録ノ閲讀及ヒ抄寫ヲ許スニ如カス若シ夫レ訴訟ノ性質模様等ヲ知了セサルトキハ如何シテ之レカ辯護ノ準備ヲ爲シ他日公判ニ立チテ檢事ト事件ノ黑白ヲ弁論スルコトヲ得ン乎加之論告ハ同等ナラシム可シト云ヘル原則ヨリ觀察スルモ辯護人ヲシテ其任ヲ全フセシメンニハ訴訟記録ノ閲讀及ヒ抄寫ヲ許ササル可カラサル理由アルヲ見ル何トナレハ檢事ハ原告官トシテ事件ノ始終ハ悉ク之レヲ知了スルノミナラス其公判ニ立チテ刑ノ適用ヲ求ムル迄ニハ充分ノ準備ヲ爲シタル者ナレハ之レニ對シテ辯論ヲ盡ス可キ辯護人ニ付テハ假令檢事ノ如クナラサルモ亦充分之レヲ知了セシメ且ツ之レカ準備ヲ爲サシメサル可カラサルハ論ヲ待タス然ラサレハ論告ヲ同等ナラシムルコト能ハサル可シ是茲ニ本條ノ規定アル所以ナリ」⁶⁾、と。このように、磯辺は、明治刑事訴訟法における証拠開示を、弁護側に「訴訟ノ性

質模様等」を知らせる重要な手段として位置付けている。そして、この「訴訟ノ性質模様等」が重要であるとして位置付けられる根拠として、公判における弁護側と検察官との間の「同等の弁論」原則が挙げているのである。このように、磯辺の見解は、証拠開示による「捜査・訴追過程の事後的な検証」を前提とする「公判における弁護側及び検察官の武器対等」が実現されるという意義を、証拠開示に見いだしている点で注目される。

さらに、松室致も「辯護人タル者ハ其訴訟ニ關スル一切ノ事實ヲ知悉スルノ要アリ随テ訴訟記録ノ閲覧及ヒ謄寫ヲ爲スコトヲ得」⁽⁷⁾と指摘している。ここでは、磯辺とは異なり、公判における両当事者の間における「同等の原則」は明示されていないが、「捜査・訴追過程の事後的な検証」が公判段階における弁護にとって不可欠であり、そのために証拠開示が必要であるとされているといえよう。

亀山貞義も、「捜査・訴追過程の事後的な検証」という証拠開示の意義を強調している。亀山は、「辯護人ハ被告人ノ利益ヲ保護ス可キモノニシテ此職任ヲ盡サントスルニハ豫メ其被告事件ノ詳細ナル模様及ヒ被告人果シテ其事件ニ關係シタル乎之ニ關係シタリトセハ其情状ハ如何ナル乎等ヲ熟知セサル可カラズ法廷ニ於テ検事ノ論告被告人ノ辯解等ヲ聴キタルノミニテハ決シテ十分ナル辯護ヲ爲スコト能ハサルヤ必然ナリ」⁽⁸⁾として、訴訟記録の閲覧・謄写の必要性を主張している。

以上のように、治罪法に関する解説に比べ、明治刑訴訴訟法に関する解説においては、証拠開示が持つ「捜査・訴追過程の事後的な検証」という意義が踏まえられた上で、十分な弁護・弁護側と検察官の間における「同等」にとって必要であるとの見解が明確に示されている。もっとも、以上の見解を見る限り、開示対象とされているのは「訴訟記録」であり、証拠物等がそこに含まれるか定かでない。また、刑事手続全体から、この証拠開示の意義や機能を検討する必要もあろう。

それでは、弁護権の位置付けや検察官の位置付け、さらには予審と公判

の関係については、どのような変化が見られるのであろうか。以下では、前章と同様に、これらの点を確認したうえで、証拠開示の意義を検討することにしよう。

第2款 明治刑事訴訟法における弁護権の位置付け

まず、弁護権の位置付けについて確認しよう。明治刑事訴訟法は、治罪法同様、弁護人を付する時期を基本的に公訴提起後の公判手続に限定している（179条）。また、証人訊問及び被告人訊問については、裁判長・陪席判事、検察官は訊問権を有していたが、弁護人は裁判長に証人訊問を請求することのみにとどめられている（194条）。これも治罪法と同様である。このように、規定を見る限りでは、明治刑事訴訟法における弁護権の位置づけは、治罪法に比べて基本的に変化がないように思われる。

それでは、当時の学説等においては、弁護権はどのように位置付けられていたのであろうか。フランス法律の博士であった井上正一は、検察官が公訴権を用いて弾劾を行うことは社会秩序の維持のためであることを強調する一方で、そのために事実認定や法律の適用を誤ることは、「被告人ヲシテ無量ノ損害ヲ被ラシムノミナラス舉家非理ノ汚辱ニ悲泣スル慘状ヲ演スルニ至ルヘシ」⁹⁾とする。その上で、被告人に弁護権を保障することも社会にとって必要であると主張している。もっとも、ここでは本稿の関心の対象である証拠開示に関する具体的言及は見られない。

さらに、井上は、公判は弾劾主義に、予審は糾問主義に由来するものであるとして、以下のように説明している。「公判ノ手續ハ公然ニ且對席ニテ之ヲ爲スヲ本則トスルカ故ニ…豫審ノ審査ニ比シテ更ニ精密ヲ期スルカ故ニ其既ニ集取シタル證據ノミニ依據セス更ニ原被双方ノ地位ニ立ツ者ヲシテ隨意ノ供述ヲ爲サシメ之ヲ審聽シテ以テ其事實ノ認定ヲ下ササル可カラス設ヒ被告人ノ闕席シタル場合ト雖モ裁判所ハ原告人ノ提出スル證據即チ犯罪ノ證據ヲ審査スルニ止マラス被告人ニ利益アル證據モ亦同時ニ之ヲ

審査シカメテ事實ヲ得ルコトニ注意ス可キ」⁽¹⁰⁾、と。このように、糺問主義に由来する予審段階は証拠収集と事件を公判に付するべきかの判断を行うものであるのに対し、弾劾主義に由来する公判手続は両当事者の対審によるものであり、特に被告人に有利な証拠を審査すべきことが主張されている。井上の見解においては、まさにこの点に関する弁護権の意義が強調されていたといえよう。

磯辺の見解も、井上に近いといえる。磯辺は、訴訟書類の閲覧・謄写に関する記述からも明かなように、公判における検察官と弁護側の「同等の弁論」を主張している。他の記述においても、「法廷ニ辯論ヲ戦ハシメ仍テ裁判ノ公平ヲ維持スルニ至レリ是レ實ニ法廷ニ辯護人ヲ用フルノ鵠矢ニシテ彼ノ論告ヲ同等ナラシム可シト云ヘル格言モ亦茲ニ基ツク」⁽¹¹⁾としている。このように磯辺は、公平な裁判という理念に基づく「同等の弁論」に必要なものとして、弁護権を位置付けているのである。他方で、磯辺は、公判前手続について、犯罪を捜査し証拠を収集する者として検察官を挙げ、その証拠の有効無効を認定する者として予審判事を挙げ、本案事件の有罪無罪を判決する者として裁判官を挙げ、公判の前に予審を設置する理由について、以下のように説明を加えている。第1に、有罪・無罪は裁判によって決定されるべきであるが、未だ有罪・無罪が決まっていない者を公開の裁判で審理するとき、無罪とされた被告人への弊害は計り知れないから、それを予防するために秘密の審理で検察官の挙証は十分かどうかを判断する必要があるという理由である。第2に、重罪事件は被告人の運命を左右するから、その審理を慎重に行う必要があるという理由である。第3に、そもそも検察官は有罪・無罪の証拠を平等に収集すべきものであるが、実際には有罪の証拠のみを挙げようとする傾向にあるが、被告人に検察官に匹敵する地位を認めることはできないから、無罪を証明することはより困難であり、検察官の提出する証拠は果たして有罪立証に十分かどうかを認定する者が必要だという理由である⁽¹²⁾。このように、磯辺は、

予審判事について、検察官の証拠収集や証拠の提出に関する審査や被告人の利益を考慮した活動を期待しているといえる。このことから、公判前手続における被告人の権利や利益の保障はあくまで予審判事によって行われるべきことが示されているといえる。

この井上や磯辺のような、公判前手続及び公判手続の機能・役割を、その性質によって区別し、被告人の主体性の承認や弁護権の適用を区別する手法は、亀山の見解等においても同様に表れている⁽¹³⁾。当時の見解は、これらのことを前提に、予審を中心とする公判前手続における弁護人の関与を消極的に捉えている点で共通しているといえる。

第3款 明治刑事訴訟法における検察官・公訴権の位置付け

次に、検察官及び公訴権の位置付けについて概観しよう。検察官は、現行犯の場合のみ強制捜査権限（現行犯逮捕）を行使しうる（46条、58条）。捜査終了後、地方裁判所検事は、重罪事件については予審を請求し、軽罪事件についてはその軽重難易により予審を請求するかあるいは直ちに裁判所に訴をなす（62条）。さらに、検察官は予審中いつでも訴訟記録を閲覧することができ、さらに必要な処分につき請求することができる（68条）。

以上のような規定は、治罪法からそれほど変化はないという。これに対して、治罪法からの改正点の一つとして挙げることができるのが、治罪法110条2項の削除である。治罪法110条2項は「豫審判事直チニ被害者ヨリ民事原告人ト爲ル可キノ申立ヲ受ケタル時ハ検察官ノ起訴ナシト雖モ公訴私訴ヲ併セテ受理シタル者トス」とされており、私訴の公訴始動効に関する規定であった。その削除により、起訴システムは、検察に一本化・集中化しうることとなった⁽¹⁴⁾。

それでは、この治罪法110条2項の削除によって、検察官や公訴権の位置づけはどのように評価されるに至ったのであろうか。当時の各論者の見解を確認しよう。例えば、井上は、「犯罪アレハ社會之レカ原告人ト爲リ檢

事ハ社會ノ代表人ト爲リ以テ公訴ヲ起スモノトス」⁽¹⁵⁾として、原告人としての社会とその代表者としての検察官という位置付けを明らかにしている。さらに、井上は、検察官の「起訴ノ自由」を強調して、広範な訴追裁量を認めている。このような考えは、磯辺の記述においても見られるが、検察官の起訴裁量については、井上に比べ訴追裁量を限定的に捉えるべきことを主張している⁽¹⁶⁾。これらの見解は、ボアソナード草案や治罪法における論者の見解とほぼ相違ないものであるといえよう。

これに対し、異なる見解を示すものとして亀山の見解が挙げられる。亀山は、「公訴ハ國家ノ刑罰権ヲ實行シ以テ公安ヲ回復センカ爲メニスル訴ニシテ…此訴権ハ被害者タル一個人ニ属セスシテ國家ノ専有ニ属スル」⁽¹⁷⁾として、公訴権はそもそも被害者ではなく国家に属するものであることを強調している。さらに、訴追裁量について自由を認め⁽¹⁸⁾、治罪法110条2項にいう私訴の公訴始動効が削除されたことは妥当であるとしている⁽¹⁹⁾。さらに、亀山は、公訴提起後であっても、「新ナル證據ヲ發見セハ之ヲ集取シテ裁判所ニ提出シ或ハ其集取ヲ裁判所ニ請求シ以テ公訴ノ維持ヲ勉メサル可カラス」⁽²⁰⁾として、第2審終結まで捜査を行うべきことを主張している。これに加えて、亀山は、捜査手続において被疑者を検事局や警察署に任意出頭させ、事件について知るところを訊問することも認めている（もっとも、証拠とする目的で陳述を録取して、署名・捺印させることは、捜査ではなく証拠の集取であり、許されないとされている）⁽²¹⁾。このような考えは、松室にも見られる。松室も、公訴権は国家が占有するものであり、検察官はその委任を受け実行する者であるとした。さらに、訴追裁量の自由も認めている。また、亀山同様、検察官の起訴後の捜査権も認め、さらには任意の捜査処分によって作成した調書の証拠能力も認めている⁽²²⁾。

このように、検察官及び公訴権の位置付けについては、大きく分けて2つの立場が確認することができる。第1の立場は、第2章で検討したボアソ

ナード草案や治罪法における論者の見解を維持する立場である。第2の立場は、国家の公訴権・刑罰権を強調し、それに伴い検察官の捜査権限の拡大を強調し、さらにはその捜査により収集された資料等の証拠能力を認めようとする立場である⁽²³⁾。

このように、明治刑事訴訟法の制定当初の時点で、すでに公訴権・刑罰権、さらには検察官の地位に関する見解について変化の兆候が見られたことが確認できる。このような変化の兆候は、弁護権等に関する見解と比べても大きいものであることは明らかである。とくに、検察官の捜査権限の拡大とその捜査により収集された証拠資料等の証拠能力を緩やかに認めようとする見解が見られ始めたという点は、本稿の関心との関係では重要であろう。それでは、予審と公判の関係についてはどうであろうか。最後に、その点を確認することとしよう。

第4款 明治刑事訴訟法における予審と公判の関係

前章でも指摘したように、弁護人が関与していない状態で進められる予審を経た証拠は、公判手続においてどのような価値をもっていたかを確認することは、明治刑事訴訟法における証拠開示の意義や内実を確認するうえで重要な意義をもつ。次に、この点を確認しよう。

明治刑事訴訟法は188条に治罪法285条とほぼ同じ文言の規定を置いた。

188条「調書ヲ作りタル司法警察官ハ検事其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ又ハ裁判所ノ職権ヲ以テ證人トシテ之ヲ呼出スコトヲ得」

さらに、189条として、治罪法286条と同様の文言の規定が置かれていた。

189条「①豫審ニ於テ訊問シタル證人又ハ鑑定ヲ爲シタル鑑定人ハ更

ニ之ヲ呼出スコトヲ得

②豫審ニ於ケル証人ノ供述書又ハ鑑定人ノ鑑定書ハ更ニ其証人、鑑定人ヲ呼出ササルトキ、証人、鑑定人呼出ヲ受ケ出頭セサルトキ又ハ豫審及ヒ公判ニ於ケル供述、鑑定ヲ比較ス可キトキハ檢事其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ又ハ裁判所ノ職権ヲ以テ朗讀セシムルコトヲ得」

もともと、治罪法284条（予審中作成された調書及び検証書類の朗読に関する規定）に当たる条文は見当たらない。このように、条文上はある程度の改正が加えられていることを確認することができる。明治刑事訴訟法の規定の中でも、本論文の関心との関係で特に重要と思われるのは、189条であろう。なぜならば、予審中において作成された調書等の公判における朗読可能性は、予審と公判の関係（公判に対する予審の影響力）を確認するうえで重要と思われるからである。

以下では、各論者の見解を、189条に関する解釈を中心に確認する。

この点、例えば、井上は以下のように述べている。「是レ公判ニ於テハ必ス…口頭對席ノ審査ヲ用ヒ以テ訟撃辯難ヲ便ニシ交々遺憾ナカラシメン事ヲ勉メタル所以ナリ」⁽²⁴⁾、と。そのうえで井上は、189条にいう調書朗読可能性は、この趣旨に基づかなければならないことを明らかにしている。このように、井上は、公判手続において、口頭主義に基づく審理を行うべきことを主張しているといえる。

磯辺は、189条1項にいう、予審において訊問を受けた証人・鑑定人を公判に再度召喚することの趣旨は、「前ノ供述書ニ遺漏アルコトヲ發見シ又ハ鑑定書に誤失ナルコトヲ發見シテ往々事實ヲ得ルコトナキニ非サレハナリ」⁽²⁵⁾とする。さらに磯辺は、189条2項の趣旨は、検察官や被告人側、さらに裁判所が証人を呼ぶ必要がないと主張した場合、証人・鑑定人が正当な理由で出頭しない場合、予審と公判における供述や鑑定に齟齬がある場合のみに、予審中の供述書及び鑑定書を朗読することができるとしてい

る⁽²⁶⁾。このように、磯辺は、189条にいう調書の朗読は例外的なものであり、「余ハ讀者カ此朗讀ヲ以テ當然ノ手續ナリト誤解センコトヲ恐ル故ニ一言之レニ及フト云爾」⁽²⁷⁾として、直接・口頭主義の重要性を強調している。

亀山は、189条1項について、必要な証人・鑑定人であってもそれと呼び出すか否かは裁判所の裁量であるとする解釈を批判し、「其人ヲ呼出サントスルモ己ニ死去シ又ハ失踪シ若クハ外國ニ旅行シタル等」という場合のみ、必要な証人・鑑定人の予審における供述書・鑑定書を朗読しようとしている⁽²⁸⁾。さらに、亀山は、「豫審ニ於ケル供述鑑定ニシテ苟クモ事實ノ證明ニ供ス可カキモノアルトキ」は、さらにその者と呼ば出して裁判官の面前において供述させる必要があるとも主張している⁽²⁹⁾。このように、亀山も、直接・口頭主義を重視し、予審で作成された調書等を公判で朗読することを例外として捉えていたといえる。さらに、上述のように、検察官・警察官が録取した調書の証拠能力も否定している。

最後に、松室の見解も確認しておく必要があろう。松室は、明治刑事訴訟法が「純然タル口頭辯論主義採ラスシテ多少書面審理主義ト折衷シタリ即チ公判ニ於テハ必スシモ豫審ノ審理ヲ反復セス證人ノ如キハ其必要アラハ再ヒ訊問シ得ルコト論ナキモ之ヲ呼出スコト易々タル場合ニ於テモ尚ホ之ヲ呼出サスシテ其豫審ノ訊問調書ノミニ依ルコトヲ得即チ其證人ノ口頭陳述ニ代フルニ訊問調書ヲ以テスルヲ得ルナリ」⁽³⁰⁾として、189条の解釈としては、上記の論者に比べて予審において作成された調書の朗読可能性を緩やかに認めているといえる⁽³¹⁾。さらに、上述したように、松室は、検察官が捜査において作成した調書及び任意捜査によって収集した証拠については、公判における証拠能力を認めている。

以上のように、当時の論者は、予審において作成された調書の公判審理における朗読を例外として捉えていたという点ではほぼ一致していたといえる。もっとも、松室のように、予審調書の朗読可能性を緩やかに認め、

検察官が作成した調書の朗読可能性も認める見解も現れ始めた点には注意が必要であろう。

第5款 明治刑事訴訟法の構造と証拠開示

以上のように、明治刑事訴訟法の諸規定及びそれらをめぐる諸見解を概観してきた。そこでは、基本的に2つの立場が存在するように思われる。第1の立場として挙げられるのが、井上や磯辺のように、治罪法における村井及び堀田の見解、さらにはボアソナードの見解を、基本的に維持する立場である。この第1の立場においては、糺問主義的な公判前手続、特に予審における証拠収集機能を重視しながらも、公判段階においては弾劾主義、直接・口頭主義を重視し、その意味で公判中心主義を貫徹しようとするものであったといえよう。さらに、この立場においては、検察官は「社会の代表者」とされ、原告人として位置付けられていることも、治罪法時代の見解と同様であった。

これに対し、第2の立場として挙げられるのが、亀山や松室等の「国家の刑罰権」を強調する立場である。この立場は、第1の立場と同様、公判段階については弾劾主義、直接・口頭主義を重視し、その意味で公判中心主義の貫徹を強調するものの、他方で検察官の捜査権限の必要性を強調する点で第1の立場との相違がある。「国家の刑罰権・公訴権」が強調され、それに伴う捜査権限の拡張が主張されているのである。このように、明治刑事訴訟法の規定、さらにこの時期における見解においては、治罪法に比べ証拠開示を中心とする弁護権については、大きな変化は見られず、予審判事・公判判事を中心とする戦権主義型刑事手続そのものにも変化はなかった。他方で、検察官の捜査権・公訴権の強化を強調する見解が見られ始めたという変化を確認することができよう。

これに対し、証拠開示の規定や学説の見解については、やや変化が見られたと評価することも可能であろう。明治刑事訴訟法の規定を見ても、治

罪法に比べ、証拠開示が認められる事件が全ての類型に拡大されたことや開示が認められる手続時期がやや早められたこと等の改正点を確認することができる。

さらに、この時期の各論者の見解を概観すると、治罪法の時期に比べ、証拠開示が持つ意義がより明確に示されていた点も指摘できる。すなわち、公判手続における両当事者が「対等」となる前提として、公判前手続における手続の進行、公判前手続特に予審において確認された当該事件に関するさまざまな事実や経過を、公判段階における証拠開示を通して確認しうろという意義である。その意味で、明治刑事訴訟法制定時においては、証拠開示が持つ「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義が、より明確に意識されていたといえよう。さらに、その証拠開示の目的として、公判手続における弁護側と検察官との「対等」という意義が挙げられるに至ったことも重要であろう。

以上のように、明治刑事訴訟法制定当初の時期においては、証拠開示が持つ「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義が、より明確に意識され、さらに弁護側と検察官との「対等」の前提として重要であるとの意識が浸透し始めたのに対し、他方で検察官の公訴権や捜査権限をめぐっては、その拡大・強化を主張する見解が見られ始めたことが特徴として挙げられる。

そして、後者の公訴権・捜査権限の拡大・強化を主張する見解は、証拠開示が持つ「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義を大幅に制限する可能性を持ちえたことが指摘できるように思われる。というのも、検察官の公訴権・捜査権限が拡大されることによって、検察官が予審、さらには公判手続に対して影響力を持つ可能性が拡大されることになるからである。これらのことに加えて、治罪法において予審調書の（法律上・事実上の）利用可能性が拡大されたことを考慮するならば、一方当事者たる検察官が刑事手続の結果を実質的に左右しうることになりかねない。

この点、磯辺による「元来検事タル者ハ有罪無罪ノ證據ハ共ニ均シク蒐集セサルヘカラサル者ナレトモ實際ニ於テハ有罪ノ證據ノミヲ擧ケントスルノ傾向アリ而シテ被告人ハ其地位検事ニ匹敵スル事能ハサルニヨリ無罪ヲ証明スルコト更ニ難キモノアリサレハ検事ノ提出セル證據ハ果シテ有罪ノ證據ト爲スニ足ルヘキモノナルヤ否ヲ認定スル者ヲ置カサル可カラス」⁽³²⁾ という指摘は、重要というべきであろう。この指摘は、明治刑事訴訟法制定当初において、検察官は有罪立証に偏りがちであると認識されていたことを示すものといえる。それゆえ、検察に捜査権限を付与することは危険であること、予審が有罪・無罪の立証という観点から公正に活動すべきということが前提とされていたのであろう。そして、その予審における活動の過程が、公判段階における証拠開示によって示されることが重要とされていたのである。

この磯辺による指摘を踏まえるならば、検察官の捜査権限拡大により検察官の予審に対する実質的支配が進むことによって、公判審理に提出される証拠も有罪証拠に偏る可能性が高くなることになる。そして、それに伴い、開示の実質的内容も有罪方向に偏った捜査・訴追過程に関する記録に限定されることになろう。このことは、公平な捜査・訴追過程を事後的に検証し、それにより無罪方向の証拠の存在を確認し利用するという当時の証拠開示の意義の大幅な限定につながることになる。当時の証拠開示の意義は、検察官の捜査権限や予審のあり方と密接に関連していることが確認できる。

このように、当時の証拠開示の意義や機能の実際を確認するためには、明治刑事訴訟法において予審が現実にはどのように機能していたかを確認することが重要であるというべきである。そこで以下では、明治刑事訴訟法制定当初における検察官の捜査権限や予審の実際について、証拠開示が現実にはどのように行われていたかも留意しながら確認することにしよう。

第3節 明治刑事訴訟法制定当初における予審・証拠開示等の状況に対する批判

第1款 明治刑事訴訟法下における予審実務に対する批判

予審については、さまざまな議論がなされているが、いち早く「予審廃止」について議論を開始したのは、1897（明治30）年に結成された弁護士任意団体である日本弁護士協会であった。日本弁護士協会は、1897（明治30）年12月12日の評議員会第5例会において、「豫審制度ヲ廢止スルノ件」との議題で議論を行った⁽³³⁾。この議論は、当時の予審の実情を知るうえでも有益であると考えられるので、以下で概観しよう。

この議論において「第一説」である予審廃止論を主張した花井卓蔵は、予審判事の専権に属している部分のみを廃止し、刑事訴訟法の予審に関する章における令状、証拠、検証、差押、証人訊問、鑑定、保釈制度の規定について、一部は検察官の職務に、一部は公判の規定に譲るべき、と主張した⁽³⁴⁾。花井は、以下の5つの理由を挙げ、予審を廃止すべきとした。

①予審は秘密・非対審の糾問主義によるものであり、被告人は審理の「目的物」とされている。このような制度は、現行法にいう「裁判」の精神に沿うものでないし、公判で弾劾主義を認めていることと矛盾する⁽³⁵⁾。

②予審は証拠法の原則に違背し、さらに検察官の職権を侵すものである。起訴の権限を有する検察官が、証拠を収集し起訴する権限を持っているのが当然であるのに、現行法においては検察官の上記の権限を予審判事が侵害している。さらに、起訴の権限を持つ検察官が犯罪を証明する責任があるのに、現行法では、その責任を免れているので、証拠に基づかず漫然と起訴ができることになっている⁽³⁶⁾。

③現行法における予審は、法律上が認める人権及び自由の保護の趣旨に反している。すなわち、予審判事は無期限の収監状を発する権限を持ち、さらに真実発見のために必要があると認めるときには、密室監禁をも行うことができる。この密室監禁は、拷問の遺物というべきものである⁽³⁷⁾。

④明治刑事訴訟法では、予審判事は恐嚇詐言を用いて訊問することは禁止されているが、実際には恐嚇詐言を用いて真実を発見しようとしている⁽³⁸⁾。

⑤予審制度は、司法経済上の損失である⁽³⁹⁾。

花井による予審制度の批判⁽⁴⁰⁾において、本論文の関心との関連では、①③④が特に重要であると考えられる。ここでは、明治刑事訴訟法の糺問主義的な構成が批判の対象とされている。具体的には、弁護人が付けられていない状態で、被告人が手続の客体とされ、さらに密室監禁や恐嚇詐言を用いた訊問がなされるという予審の糺問的運用が批判されているのである。

さらに、井本常治が主張する「第三説」たる予審廃止論においては、花井が挙げる理由以外にも、「裁判ニ豫断ヲ與ヘル弊カアル其弊ハ諸君モ實際ニ目撃セラルル所デアル」との理由が挙げられている⁽⁴¹⁾。

さらに、同じく予審廃止論である「第九説」は、予審判事が収集した証拠に基づいて公判審理がなされることについて批判している。ここでは、予審判事が作成した証人訊問調書によって公判審理がなされていることの危険性が指摘されている。さらに、この点に関して以下のような実務状況が挙げられている。「混雜シタ事件テアリマスト豫審判事ハ何十人何百人ト云フ人ヲ調ヘテ居リマス、其供述ハ皆書面ノ上ニ載ツテ居ル其書面ニテ果シテ證人ノ言葉ノ信用ヲ判知スル事カ出来ルヤ否ヤ、私ハ實ニ之ヲ疑フノテアル。尤モ此点ニ就キマシテハ現行ノ刑事訴訟法ニモ證人鑑定人ヲ再ヒ公判ニテ調ヘルコトカ出来ルト云フコトモアリマスカ、是ハ通例テハナイノテ先ツ豫審調書ヲ當テニスルコトニナツテイル」(傍点ママ)⁽⁴²⁾、と。以上のように、複雑な事件であれば、予審における証人訊問調書は原則的として朗読されているという実務状況が指摘されているのである。

さらに、同じく予審廃止論である「第十説」も、以下のような実務状況を指摘している。「今日ノ公判判事ハ丸テ豫審ヲ輕信シテ唯其足りナイ所

ラ公判テ補フト云フ形跡カ此々トシテアルト云フ事テアリマス。…其時ノ公判判事ハ先ツ被告人ノ姓名、住所、年齢ヲ聞キ了ルヤ否ヤ直ニ其方カ豫審テ言ツタコトハ違ヒアルカ無イカト問ヒ、……被告ハ相違ナシト申立テタル時分ニハ、殆ント更ニ調フル必要カナイト言ハン計リノ有様」(傍点ママ)である⁽⁴³⁾、と。さらに、「被告人ノ利益ノタメニ證人其他参考人ノ如キ人證ノ申出ヲヤリマシテモ、既ニ豫審ニ於テ調ヘテアルモノハ殆ント許サナイ」(傍点ママ)⁽⁴⁴⁾という訴訟指揮を受けたことも指摘されている。

これらの指摘は、予審は証拠収集だけでなく、事実上の証拠調べや事実認定まで行い、それにより公判手続が形骸化しているという実務状況を示すものといえる。さらに、花井等が指摘するように、明治刑事訴訟法における予審では、密室監禁⁽⁴⁵⁾の活用な尋問方法等について糺問主義的に運用されていたことも重要である。このように、糺問主義的な予審が実質的に公判審理を支配するという、いわゆる「糺問主義的予審判事司法」⁽⁴⁶⁾が、この時期における刑事訴訟法の実務状況として指摘されているのである。このような実務状況を改善するため、花井らは、予審廃止論を主張したが、この第5例会においては1票差で否決された⁽⁴⁷⁾。

日本弁護士協会は、同じく第5例会において、「第七議題 豫審ニ辯護人ヲ付スルノ件」について議論している⁽⁴⁸⁾。次に、この議論を概観しよう。

例えば、賛成説たる「第一説」(長島鷺太郎)は以下のように述べている。「今日ノ豫審制度ト云フモノハ暗黒ノ制度テアル、被告人ノ權利ト云フモノハ實ニ薄弱テアル。豫審ノ決定ト云フモノカ恰モ確定判決ノ如クナツテ、被告人カ公判廷ニ廻ツテカラ判事ト云フモノハ辯護人ノ辯論ハ聴キマスガ寧ロ豫審決定ニ重キヲ置イテ居リマス、……夫故ニ豫審ニ辯護人ヲ付スルト云フコトハ詰リ證據蒐集ノ補助ヲスルト云フコトテアル、恰モ檢事カ極端ニ被告人ノ不利益トナル事ヲ搜スカ如ク辯護人ハ之ト反對シテ被告人ノ爲ニ利益トナルコトヲ探シ出シテ十分之ヲ提供スル

コトヲ得ルト云フノカ豫審ニ辯護人ヲ付スル所ノ必要ナル所以」(傍点ママ)⁽⁴⁹⁾である、と。

さらに、同じく賛成説たる「第二説」(磯部四郎)においても、以下のような実務例が挙げられている。「一方ニ有罪ノ證據ヲ蒐集シテ、一方ニハ無罪ノ證據ヲ蒐集スルト云フコトハ、判事ナラハ爲サナケレハナラズ、然ル所、是迄ノ間私ノ取扱ツタ事件モ少カラヌコトデアリマスカ、曾テ刑事ノ被告事件書類中ニ、豫審中無罪ノ證據ヲ蒐集シテ、所謂被告人ノ有益ナル證據ヲ蒐集シテ、其書類ニ付ケテ公判ニ回シタ實例ト云フモノハ、一モ見マセヌ」⁽⁵⁰⁾、と。さらに、基本的に賛成説たる「第三説」(花井卓蔵)も、「辯護人ヲシテ豫審ト云フモノヲ監督セシムルノ必要カアル」(傍点ママ)⁽⁵¹⁾ことを強調している。

この議論においても、札問主義的な予審の運用が公判審理を形骸化させていることが指摘されているといえよう。さらに、重要と思われるのが「第二説」においては、予審において収集されているのは有罪証拠のみであるということが指摘である。そのために、提案されたのが予審段階から被告人に弁護人を付けるということであった。すなわち、各論者が主張するように、予審段階から被告人に弁護人を付けることによって、被告人に有利な証拠を収集・提出させたり、あるいは予審判事による恐嚇詐言を用いた訊問等を防止しようとされたのである。これによって、予審による(特に被告人にとって不利益な方向での)公判審理の形骸化や、予審そのものが持つ人権侵害性を防止しようとしたのである。この提案は、大多数をもって可決された。

以上の議論で指摘された実務状況は、他の文献でも多数指摘されている。例えば、弁護士の植村俊平は、当時においても「精神上ノ拷問ハ未タ行ハレ居ルト思惟スルナリ」として、被告人に不利益な事実しか書かれていない告訴状が最重要の証拠とされていることを指摘している。さらに、植村は、「今日ノ現状ヲ見ルニ刑事裁判官ハ恰モ原告官ノ位置ニ立ち。豫

審決定書ヲ以テ豫定ノ判決文トナシ。公判ヲ開クトキハ既ニ其被告人ハ有罪ノモノト推定シ居ル者ノ如ク見ユルコト多シ」、と刑事裁判制度を批判している⁽⁵²⁾。他の文献においては、ある弁護士が、岐阜地方裁判所大垣支部において開廷前に一件記録を閲覧したところ、その中に既にその事件の判決原本が添付されていたということもあったという。大垣支部においては、判決文を予め作っておくことが認められていると、当該事件の裁判長は述べたということが報告されている⁽⁵³⁾。

以上のような弁護士層の指摘は、当時の実務状況は既に治罪法や明治刑事訴訟法で予定されたものから、相当に異なっていた点を批判的に捉えたものであるということが出来る。そこで指摘された当時の実務の第1の特徴は、この時期において既に公判中心主義の形骸化が見られたことである。予審において被告人・証人等の訊問調書が多く作成され、公判審理はそれらの調書を中心に進められたことが指摘されている。指摘された当時の実務の第2の特徴は、有罪・無罪の証拠を収集することが期待されていた予審判事による証拠収集が十分に機能していなかったことである。治罪法・明治刑事訴訟法では予審判事が被告人に有利・不利を問わず証拠を収集することが期待されていたことは、上述のとおりである。これに対し、この時期の実務においては、被告人に不利益な方向で予審による証拠収集が行われていたことが指摘されている。指摘された当時の実務の第3の特徴は、公判における弁護活動が困難であったことである。このことは、公判判事が予審の結果に大幅な信頼を置いていたこと、その予審の結果が有罪方向に固められていたことに起因していると考えられる。

このような実務状況を指摘・批判した上で、弁護士層は予審廃止や予審段階で弁護人を付けることを要求することによって対応しようとした。特に後者は、事件が有罪方向で固められる公判前手続において、無罪方向の証拠を収集することや予審判事の監視といった機能を弁護に付与しようとしたものであったといえよう。

このように、当時の弁護士層の指摘は、明治刑事訴訟法制定後における予審の機能について、有罪方向の証拠を収集するという一面的なものとなりつつあったことを批判的に捉えるものであったといえる。他方で、さらに確認が必要と思われるのがいわゆる「聴取書」問題である。検察官が作成した「聴取書」が公判においてどのように扱われていたのかを確認することは、予審や公判に対する検察官の影響力の強さを確認することに資する。そして、その確認は、当時の証拠開示の意義や機能を確認することにもつながり得る。次に、この点を確認することにしよう。

第2款 明治刑事訴訟法下における「聴取書」問題

この時期の検察官の捜査権限に関する動向としては、検察官による調書、いわゆる「聴取書」の作成が始められたという点が挙げられる。では、その公判審理における取扱いの実状はどのようなものであったのか⁽⁵⁴⁾。次に、この点を概観しよう。

先に明治刑事訴訟法の構造を見るうえで若干触れたように、検察官及び司法警察官は、現行犯・準現行犯の場合にのみ、被疑者や証人を「訊問」し「調書」を作成することができた(46条以下)。もっとも、実務においては、現行犯以外の場合にも被疑者や証人を警察署等に呼び出して、訊問してその問答を書面にとって、署名・押印させ、これを「訊問調書」として証拠として提出することも行われていた。

このような状況に対して、大審院は、1892(明治25)年6月30日に、司法警察官が作成した「被告人訊問調書」について、司法警察官の権限を越えて作成されたものであり、無効であるとの判決を下した⁽⁵⁵⁾。同判決及びその直後の同年7月12日に出された弄花事件大審院判決⁽⁵⁶⁾の影響は大きく、「それ以来警視廳内の司法警察官は長き間非現行犯の場合には聴取書をも作成せず、告訴告発の書類に被告人の捜査復命書を添付したのみで検事局に送致してゐた」⁽⁵⁷⁾とされている。もっとも、司法警察官による

取調べがなくなったわけではなく、この大審院判決以降、司法警察官は見出しだけを改めることで対応した。すなわち、従前の「訊問調書」から「聴取書」と改めたのである⁽⁵⁸⁾。もっとも、この「聴取書」に対しても、大審院は、1895（明治28）年に、その質問形式から見て実質は「訊問調書」に当たるとして、無効であると判示した⁽⁵⁹⁾。

以上の大審院判決に対応しながら、司法警察官はさらに形式を改め、記載方法を質問形式から物語形式とし、供述者の署名・押印も無くし、完全に「聴取」の形式をとることとした⁽⁶⁰⁾。

以上の大審院判決は、検察官による調書作成についても同様に適用があったものと思われる。例えば、1895（明治28）年に司法省に対して、佐賀地方裁判所の検事正から上申された「検事司法警察官ノ犯罪捜査ニ關スル件」は、「大審院ニ於テハ非現行犯罪ニ付検事司法警察官ノ作りタル訊問調書ハ越權不法ニ成立シタルモノニシテ法律上無効ノモノタリトノ判決ヲ與ヘ爾來今日ニ至ルマテ同一ノ主義ヲ維持セリ」と述べている⁽⁶¹⁾。他方で、大審院は、相被告人が提出した自首書の趣旨を明瞭とするために検察官が作成した被告人訊問調書は「調書」に該当しないとして、その効力を認めた⁽⁶²⁾。さらに大審院は、非現行犯の共犯事件について、予審請求を行わなかった1名の被告人の訊問調書を、他の被告人に対する予審において証拠とすることも違法ではないとしている⁽⁶³⁾。

このような状況について、弁護士層も早くから「聴取書批判」を行っていた⁽⁶⁴⁾。

日本弁護士協会は、1898（明治31）年12月13日の評議員会第15例会において、「司法警察官ノ作製スル聴取書ノ證據力に關スル件並ニ一件書類ニ添付ス可カラサルノ件」との議題で議論した⁽⁶⁵⁾。この議題からも窺えるように、聴取書は証拠開示の対象である一件書類に添付することができるか否かが議論されており、その意味では証拠開示とも密接な関連をもつものとされていたといえよう。以下、その議論を概観することとする。

提案者たる太田資時は、「第一説」として以下のように主張した。「司法警察官が被告人を逮捕し之れを訊問することが往々あるか、此事は帝国憲法第23條に違背する不法行為である、そこで司法警察官が犯罪嫌疑者を取り調へるときには、訊問調書の代りに、聞取書なるものを作つて出すのが今日取扱上の有様である」。明治刑事訴訟法においては、檢察官は證憑の収集と犯人の捜査の権限を有しているが、司法警察官は後者の権限のみを有している。司法警察官が聴取書を作成するのは、檢察官が持つ證憑収集の権限に当たるものであり、明治刑事訴訟法の規定に反しており、違法である。それゆゑ、このような書類が一件記録につけられているのは不都合である。「今日裁判上の實例には何れも司法警察官の聴取調書、其他探偵報告書等もあるが、重にも聴取書なるものは斷罪の資料に供して、恰も法律が認めたる適法の證據の如く裁判上に効力を有して居るから、斯の如き法律上斷罪の資料に供す可らざるものは、一件記録中に添付させないことに致したい」(傍点ママ)⁽⁶⁶⁾、と。ここでは、聴取書のような不法に作成された資料が一件記録に含められており、それが事実上有罪方向の心証形成に用いられていたことが批判されている。

「第五説」は、さらに徹底した見解であつた。「第五説」は、聴取書問題を直接主義の問題であるとして、「通常ノ聴取書」を排除することを主張し⁽⁶⁷⁾、以下のように強調している。「所が大審院判事多数の意見は、我が刑事訴訟法は、證據は可成制限しない方の主義だから、明かに法律に禁じていない以上は採ても構はない、又これを無効であると云ふても、實際裁判官は之に據るから、却て實際に適さなくなると云ふことになつて居るらしい。…元來、證據として取る可らざるものは、一件記録に添付す可らざるは無論の事である。裁判所の一件記録は、紙屑籠ではないから、聞取書、探偵復命書、巡査の報告書等という、證據とすべからざるものは、一件記録に添付すべきものではない。故に私は本案を賛成すると同時に、聴取書のみならず、人の供述にして、裁判上の方法で集めたものでな

いものは、總て證據とすることは出来ぬものである、従て一件記録に添附す可らざるものであると云ふ事を、茲に書いておきたいと思う」⁽⁶⁸⁾、と。

これらの議論からは、次の点が確認することができよう。検察官・司法警察官が捜査段階で作成した被疑者・証人等の供述調書については、判例上はその証拠能力が否定されていた。その根拠としては、検察官や司法警察官の証拠を収集する権限は否定されている点等が挙げられていた。これに対し、弁護士層の批判を見る限り、これらの聴取書は、公判に提出される「一件記録」に添付されており、事実上の心証形成に用いられていたことが指摘されていることが分かる。それゆえ、弁護士層は、聴取書を一件記録に添付すべきでないことを提案していたのである。

このように、明治刑事訴訟法制定直後においては、司法警察官・検察官が作成した聴取書は判例上批判され、その証拠能力は否定されつつも、事実上は裁判官の心証形成に大きな影響力を持ちうるということが批判的に捉えられていたことが分かる。また、一件記録に何を添付するかは、検察官の裁量による部分が大きかったことを指摘するものともいえよう。もっとも、このことをもって、直ちに検察官や司法警察官の権限がこの時期に大幅に拡大されていたと断言することはできないように思われる。判例の動向と実務上の動向を見る限り、当時の聴取書を一件記録に添付するか否かは、予審判事や公判の裁判官の裁量に左右されていたという評価が妥当であるように思われるからである。

とはいえ、以上のような事実上の聴取書の活用は、証拠開示の内容や、証拠開示が持つ意義にも多大な影響を持ち得たと考えられる。最後に、これらの点も踏まえて、当時の証拠開示の状況を確認しよう。

第3款 明治刑事訴訟法下における証拠開示の状況に対する批判

以上の予審の運用や聴取書を巡る状況を前提とするならば、公判に提出される訴訟書類、すなわち開示対象となる記録等は、被告人にとって不利

益な方向で固められる傾向にあったことになろう。もっとも、この点については、実際の開示対象たる「一件書類」はどのようなものであったのかをさらに確認する必要がある。

例えば、先に確認したように磯部四郎は、「然ル所、是迄ノ間私ノ取扱ツタ事件モ少カラヌコトデアリマスカ、曾テ刑事ノ被告事件書類中ニ、豫審中無罪ノ證據ヲ蒐集シテ、所謂被告人ノ有益ナル證據ヲ蒐集シテ、其書類ニ付ケテ公判ニ回シタ實例ト云フモノハ、一モ見マセヌテコサイマス」ということを強調している。ここでは、開示対象たる訴訟記録には、被告人に有利なものが一切ないことが指摘されているといえる。

さらに、当時検察官を務めていた国分三玄による以下の指摘も重要であろう。「當時（1896〔明治29〕年）大審院検事局では、犯罪事件に關し、警部又は巡査から提出した探偵報告書、捜査復命書、その他種々の名稱を附したる各種の書類は、訴訟記録中に綴ぢ込まないで、單に豫審判事並に公判判事の参考として、別にそれ等を袋入れとし、秘號を付して、訴訟記録と一緒に送致すべき旨を決議し、検事總長の名を以て其の旨の通牒を發したのであった」（括弧内引用者）⁽⁶⁹⁾、と。

これに加えて、先に確認した日本弁護士協会評議員会の「聴取書」に関する議論においても、一件記録に聴取書等を付することが批判されている。もっとも、この議論からは、聴取書等が閲覧対象となっていたか否かは定かではない。

この点について、参考となると思われるのが、大阪地方裁判所の公判審理期間中において検察官が被告人を取調べた事例である（1900（明治33）年）。この事例は、公判における証拠調べ終了寸前に、検察官がさらに捜索を行ったとして、同時にその公判中止を請求したというものである。この事例において、検察官は、検察庁において被告人・証人等の取調べを行って「聴取書」を作成し、さらに巡査の復命書等を裁判長に提出し、その朗読を請求したとされている。この事件を担当した弁護士は、公判が再

開された日に「検事ヨリ提出サラレタル一括ノ書類ヲ閲スレハ…」と述べており、上記書類も閲覧することができたことが窺われる⁽⁷⁰⁾。この事例は、公判中に関するものであるが、このような運用を見る限り、通常の事件においても「聴取書」等も基本的に閲覧対象となっていたと考えられる。

最後に、証拠物の開示について確認しておこう。「訴訟記録」を閲覧・謄写を規定した明治刑事訴訟法180条が、証拠物の開示をも予定していたかどうかは、当時の論者の見解からは明らかではなかった。この点、例えば、1893（明治26）年の大審院判決⁽⁷¹⁾が参考となろう。この事案は、上告論旨によれば、私印偽造事件に関する審理において、証拠書類は被告人に示したものの、証拠物たる偽造書類は被告人に示さず、さらにこの証拠物に対する弁解をさせなかったというものであった。大審院は、弁護側による上記の上告趣意を容れ、証拠物件を被告人に示さず、弁解させなかったのは刑事訴訟法の規定に違背した不法であるとした。もっとも、この上告は、明治刑事訴訟法198条を根拠とするものであった⁽⁷²⁾。この事案や参照条文を見る限り、明治刑事訴訟法180条においては、証拠物は開示対象として予定されていなかったと考えられる。もっとも「訴訟記録」から予審等における証拠収集活動が判明するので、結果的には証拠物件の存在を知ることはできたと考えられる。

以上をまとめると、明治刑事訴訟法制定直後の時期における証拠開示は以下のようなものであったと考えられる。第1に、証拠開示の対象となりうる「訴訟記録」としては、予審調書や「聴取書」等も含め、かなり大幅に記録が開示されていた。第2に、「聴取書」は基本的に弁護人に開示されていたと考えられるが、訴訟記録に綴じ込まれないまま、裁判官に提出される事例もあった。一件記録の範囲の決定は、検察官や予審判事による部分が大きかった。第3に、その結果、開示される実質的な内容としては、被告人にとって不利益な訴訟記録が大部分を占めることもあり得た。この

ことは、予審の糺問的な構成・運用によるところが多かったといえる。また、有利な証拠が含まれていたとしても、公判における弁護側による被告人に有利な証拠等の申請は、大部分が採用されていなかった⁽⁷³⁾。

このように、当時の証拠開示は、「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義では、その機能を果たしていたといえる。他方で、その予審による「捜査・訴追過程」は基本的に被告人にとって不利益な方向に重点をおいて進められる傾向にあるとの指摘も存在した。その意味で、当時の証拠開示は、「有罪方向での捜査・訴追過程」を確認するに過ぎないものへとなりかねないものであったことも確認できる。そして、その確認された予審の捜査・訴追過程が、実質的に公判審理を左右していたのであれば、当時の証拠開示が公判審理における弁護の実効性に資するものであったかどうかについても疑問が残る。また、一件記録の内容が検察官や予審判事によってコントロールされる可能性も十分に存在した。

以上のように、当時の証拠開示の「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義が実質的に制限される可能性は十分に存在した。そしてその原因としては、警察官や検察官作成の聴取書の大幅の活用や予審の糺問主義的な構成・運用があり得た。これに対して、弁護士層が聴取書の一件記録への添付の禁止、「予審廃止」や「予審弁護論」をもって対抗しようとしたことは上述のとおりである。このうち特に予審に関する主張は、弁護側の視点を予審段階での証拠収集過程に反映させることによって、その公正性を担保しようとしたものといえる。その意味で、公正な捜査・訴追過程を前提とした「捜査・訴追過程の事後的検証」をその意義とする証拠開示にとっても重要な主張であることは明らかであろう。最後に、この弁護士層の要求が立法過程の遡上に乗った刑事訴訟法明治32年改正の提案とそこでの議論を概観しよう。

第4節 刑事訴訟法明治32年改正

第1款 明治31年刑事訴訟法調査委員会案

1895（明治28）年12月、司法省は刑事訴訟法調査委員会を任命し、明治刑事訴訟法の改正作業を開始した。同委員会は、1898（明治31）年に「刑事訴訟法改正案」をまとめた⁽⁷⁴⁾。

この「刑事訴訟法改正案」は、密室監禁の項目を完全に削除し、さらに予審段階において弁護人を付することを認め（157条1項）、被告事件に関する調書の閲覧・謄写権及び証拠物の閲覧権を認めたものであった（159条）。もっとも、予審段階において弁護人が立ち会うことができるのは、検証・差押え・搜索・鑑定及び急迫の証人訊問等（106条、154条、159条、221条）に限られており、通常の証人訊問及び被告人訊問への立会は認められていなかった。それゆえ、本法案においては、上述の日本弁護士協会が意図したような「予審判事の監視」という目的はかなり限定されていたといえよう。さらに、準現行犯の定義が修正され、新たに要急事件についても捜査機関の強制処分が認められていた（76条）。また、公訴提起前に検証・差押え、搜索又は証人訊問が認められていた。

さらに、公判審理については、直接主義が原則とされた（34条、36条）ものの、証拠書類や公判前の訊問調書の朗読可能性が大幅に認められていた（247条、249条、250条等）。

以上のように、この「刑事訴訟法改正案」においては、予審段階における弁護権の拡充が一定程度で見られる一方で、捜査機関の強制捜査権限の拡大や公判前手続で作成された調書の公判審理における利用可能性が明文で認められるなど、これまでの様々な実務における動きが改正要求として現れていることを確認することができる。

もっとも、この「刑事訴訟法改正案」についての議論は、管見の限り見当たらない。その理由として考えられるのは、翌年の1899（明治32）年に明治政府が刑事訴訟法中改正法律案を提出したことであろう。これによ

り、刑事訴訟法の改正論議は、この政府案に集中したことが考えられるからである。この刑事訴訟法改正作業の中で、予審弁護論は大きく取り上げられた。次に、その議論を概観することにしよう。

第2款 刑事訴訟法明治32年改正法律案を巡る議論

明治政府は、1899（明治32）年に刑事訴訟法中改正法律案を第13回帝国議会に提出した。この法律案は、条約改正実施に対応したものであった。この法律案は、予審における密室監禁廃止を主な内容とするものであった⁽⁷⁵⁾。

このような政府改正案については、予審段階から弁護人を付けるべき、との修正案が提出された。貴族院特別委員会において丹波長保、三好退蔵、児玉淳一郎は以下のような修正案を提出した⁽⁷⁶⁾。

第68条①被告人ハ豫審中何時ニテモ辯護人ヲ用ユルコトヲ得

②被告人ノ法律上代理人ハ辯護人ヲ選任スルコトヲ得

③検事又ハ辯護人ハ豫審中何時ニテモ豫審判事ニ請求シテ訴訟記録ヲ閲覧スルコトヲ得又必要ナリトスル處分ニ付キ臨時其請求ヲ爲スコトヲ得

第85条①勾留ヲ受ケタル被告人ハ官吏ノ立會ニ依リ辯護人又ハ其親族故旧ニ接見スルコトヲ得

②書類ハ豫審判事ノ檢閲ヲ經タル後他人ト之ヲ授受スルコトヲ得

③豫審判事ハ必要ナリト思料シタルトキハ其書類ヲ差押フルコトヲ得
第91条⁽⁷⁷⁾中「被告人」ノ下ニ「又ハ辯護人」ノ五字ヲ挿入ス

第92条末項ノ次ニ左ノ二項ヲ加フ

①豫審判事ハ検事若クハ辯護人ノ請求ニ因リ臨檢及證人又ハ鑑定人ノ訊問ニ立會ハシム可シ

②前項ノ場合ニ於テ検事若クハ辯護人ハ證人又ハ鑑定人ニ對シ訊問ヲ

爲ス可キコトヲ豫審判事ニ請求スルコトヲ得

第149条ノ次ニ左ノ1条ヲ加フ

第149条ノ2 本節ノ予審手續ニ付テハ第38条第1項第92条第5項及第6項ノ規定ヲ適用セス

この修正案は、1879年12月8日のフランス治罪法の改正に影響を受けたものであるとされている⁽⁷⁸⁾。この修正案のうち、本論文との関係で特に重要と思われるのは、68条であろう。この規定は、予審段階における弁護人の選任だけでなく、弁護人の訴訟記録閲覧権の保障も提案するものであったからである。この規定の提案理由について、提案者たる丹波長保は以下のように述べている。当時の予審においては「被告ノ権利ト云フモノハ風前ノ燈火ノ如キ薄弱ナモノデゴザイマスカラ此豫審ノ決定ト云フモノハ丁度確定裁判ト云フヤウナ有様ニナツテ被告人ガ公判廷ニ回ツテカラト云フモノハ判事ト云フモノハ敢テ辯護人ノ辯論ニ重キヲ置カズシテ却ツテ此豫審決定ト云フモノニ重キヲ置クヤウナ有様ニナツテ居リマスソレデアリマスカラ尚更被告人ト云フモノヲ保護シテヤルトキニハ辯護人ト云フモノヲ附シテ其人権ヲ重ジテヤラナクテハナラヌ」⁽⁷⁹⁾、と。さらに、予審段階で弁護人選任を認めることは証拠隠滅につながりうるのではないかという反論に対しては、以下のように説明している。「豫審ニ辯護人ヲ附ケルト云フコトハ詰リ證據ト云フモノヲ集メル即チ証拠蒐集ノ補助ヲサセヤウト云フ考エデアリマス、検事ガ極端ニ被告ニ不利益ナル犯罪ヲ集メナルナラバ又一方ニハ辯護人ヲシテ被告ノ利益トナル證據ヲ集メテ提供サセヨヤウト云フ考エデアリマス」⁽⁸⁰⁾、と。以上のように、丹波は、予審段階における被告人の権利保障が重要であること、検察官による有罪方向での証拠収集に対して予審の段階から弁護人を通して被告人に有利な証拠を収集・提出させることをその理由として示したといえる。この点、とくに、68条の規定方法からすれば、「必要ナリトスル處分ニ付キ臨時其請求ヲ爲

(龍法 '10) 43 - 1, 30 (30)

スコト」、すなわち被告人に有利な証拠の収集・提出の重要な前提として訴訟記録の閲覧権が位置付けられていたことが窺われる。

これに対して、国務大臣清浦奎吾は以下のような答弁を行った。予審段階で弁護人を付けるということは重大な改正であり、司法省内の刑事訴訟法調査委員会でも検討中である。そこでは、議論は分かれているものの、この「予審弁論」への反対論の論拠としては、弁護人という第3者を予審に参加させることは真実発見という目的に反すること、予審を被告人に利益な証拠を提出させるための手続段階と見ることは誤っていること等が挙げられている、と。そのうえで、清浦は、修正案が示すような「予審弁論」には躊躇を覚えるが、「豫審制度ノ上ニ就イテモ一改正ハ加ヘル積デ居リマス」、「此次ノ議會ニハ成ルベク刑事訴訟法ノ改正案ヲ提出シタイト考ヘマスノデドウゾ暫ウ假スニ時ヲ以テセラレンコトヲ希望致シマス」⁽⁸¹⁾、と答弁している。

この答弁にも表れているように、結局、この修正案は否決され、政府改正案は若干の修正を経て衆議院に送付された。この衆議院特別委員会においては、上述の修正案から85条に関する修正案を削除する案が、花井卓蔵から提出された⁽⁸²⁾。

さらに、衆議院第2読会において、特別委員長の関直彦は、予審の現状を見ると、予審判事の前に被告人は萎縮するというべきこともいえず、挙げるべき利益の証拠も示すことができず、冤罪の被害に遭っていることが往々としてある。さらに、予審を経て公判審理となると、十分な審理もなく予審に現れた証拠のみで有罪判決が下されているので、予審段階に弁護人を付けて、被告人に有利な証拠を挙げる補助をし、また予審判事が脅迫や欺瞞を用いることを予防するのだ、と述べた⁽⁸³⁾。しかし、これに対する清浦の答弁は上述のものと同様であった⁽⁸⁴⁾。

この花井提出の修正案は、衆議院ではほぼ満場一致で可決され、貴族院に回付された。貴族院において、石渡政府委員は、予審判事が検察官と

共に被告人に対して過酷な取扱いをしているという事実は、予審免訴の割合が多いこと（1897（明治30）年で、予審請求人数39678中12429（約31.3%））を例として見ても存在しないとして、反対意見を述べた⁽⁸⁵⁾。

これに対して、三好退蔵が、以下のように反論した。「相馬事件ハ如何デアツタカ、鐵管事件ハ如何デアツタカ、又和歌山ノ或ル豫審ニ於テ如何ナルコトガ起リマシタカ、ト云フコトハ、當局者モ必ズ御承知デアラウト思ヒマス。又世間ノ人モ之ヲ記憶シテ居ラウト思フノdeal。皆ナ豫審デハ、豫審判事ガ双方ヨリ賄賂ヲ取ツテ今日監獄ニ繋ガレテ居ルデハナイカ、検事ガ被告人ヲ誘導シテ被告人ノ親戚ヨリ賄賂ヲ取ツテ現ニ巢鴨ノ監獄ニ検事某ガ懲役中デハナイカ、又和歌山ノ検事正ガ被告人ノ親戚盟友ヲ誘導シテ如何ナルコトヲシテ今日刑事ノ被告人トナツテ居ル、斯ウ云フコトハ續々豫審中ニ總テ起ツテ居ルノデアリマス。…矢張豫審中ノ紛紜ガアツテ是ガ爲メニ非常ナル地方ノ総攬ヲ惹起シテ居ルノデアリマス、斯ノ如キコトハ皆是レ豫審ノ秘密ヨリ起ル所ノモノdeal。豫審判事一人デアルカラ起ル所ノ弊害デアリマス。」⁽⁸⁶⁾

このような反論に加えて、さらに三好は『日本弁護士協会録事』においても以下のように主張している。検察官の捜査権限は限定されていることから、「時に有罪の確信より来たる起訴なきにならざるべきも多くは予審判事の手^ニに於て充分證據を蒐集するときは或は有罪の證據を得らるるやも知るべからずと云ふが如き、半信半疑の間に起訴を爲すことは實際の事情に通ずる者の熟知する所なり」（傍点ママ）⁽⁸⁷⁾、と。このように三好は、検察官がいわゆるあつまり起訴をしているという状況に鑑みれば、3分の1という予審免訴率はむしろ低いものであると批判しているのである。

しかし、結局参議院において、この修正案は否決され、両院協議会が開かれたが、ここでも否決された⁽⁸⁸⁾。

その後、1899（明治32）年4月に、日本弁護士協会は、原嘉道、花井卓蔵、江木衷による「修正刑事訴訟法実施に関する覚書」を司法大臣に提出（龍法 '10）43 - 1. 32（32）

した⁽⁸⁹⁾。さらに、同年、花井卓蔵は、先の帝国議会で清浦大臣が予審弁護制度は採用すべきであると述べた事実を引用しつつ、50数名の賛成を得て、予審弁護制度を採用すべきであるとする「刑事訴訟法改正に関する質問趣意書」を帝国議会に提出した⁽⁹⁰⁾。

花井は、まず当時のイギリス・ドイツ・フランス等における弁護権保障の状況を挙げつつ、「学理上」の理由から予審段階において弁護権が保障されるべき、と主張している⁽⁹¹⁾。さらに、花井は当時の実務状況を「予審弁護論」の論拠として挙げている。その具体的内容は、以下の5点にまとめられる。

①予審判事は被告人を無期限に勾留する権限をもっているため、危険である。その弊害を防止する必要がある。

②予審判事による恐嚇詐言の行使の防止に資する。

③陪審制度が採用されていないので、公判判事は予審結果に盲従し、予審判事は検察官と共働的關係にある。

④公判審理においては、予審終結決定が確定判決と同様に扱われ、被告人の弁解や弁護人の弁論にはほとんど聞かれず、予審において被告人に利益な証拠を提出できなかった場合は、公判において採用されたことはほぼない。このような状況に加え、予審判事が被告人に利益な証拠を収集し一件書類に添付して公判に回した事例は見たことがない。予審において無罪方向の証拠が出た場合は、免訴決定がなされているとはいっても、公判審理において弁護活動によって無罪を獲得したという例は稀である。予審判事が有罪証拠を収集すると同時に、弁護人によって無罪の証拠を収集させることが被告人の権利利益を保護することにつながる。

⑤証人は有罪・無罪を左右する重要な証拠であると同時に、最も危険な証拠でもある。それゆえ、特に告訴人やその親類等については、様々な方向から訊問を試みて、虚偽証言を看破する必要がある。しかし、予審判事は有罪証拠のみを収集する傾向があり、証人訊問についても同様である。

予審段階から、弁護人が被告人のために証人に対する反対訊問を行う利益は大きい。

この花井の質問趣意書においては、従来弁護士層が主張してきた「予審弁護論」の根拠が網羅されていたといえよう。ここでは、当時の刑事手続の問題とこれに対する当時の弁護士層の改革案の方向性が明確に示されていたといえる。特に、証拠開示との関係においては、予審が被告人に不利益な方向のみで機能しており、そして予審が公判審理を実質的に支配しており、公判審理にも有罪方向の証拠のみが提出されていたという当時の実務状況が示されていることが重要であろう。このことから、明治刑事訴訟法の実務においては、証拠開示は裁判所に提出された一件記録が対象とされていたものの、その内容の実質は被告人に不利益な方向でまとめられる可能性があったことが窺われる。もっとも、清浦等の反論をみる限り、証拠開示の内容の大部分が被告人に不利益なものであったとまではいい切れないように思われる。とはいえ、日本において戦後主張されてきた明治刑事訴訟法においては「全面的証拠開示を受ける権利を定め……現行法の制度とは……証拠開示の完全性の点で現行法をはるかに凌駕している」⁽⁹²⁾との現在の通説的見解は、少なくとも的確なものではなかったといえるのではなかろうか。

これに対し、弁護士層は、「予審弁護論」を中心として改革提案を示した。この提案は、予審による公判審理の実質的支配を批判しつつ、予審に弁護人を関与させることによって、その支配の内容を被告人にとって公平なものにしようとしたものといえる。具体的には、予審における人権侵害の防止、被告人に有利な証拠の収集・提出等によって、公平な予審の実現を目指したものといえる。このような改革提案は、証拠開示との関係では、公平な予審の実現によって、公平な「捜査・訴追過程の事後的検証」とそれによる公判における検察官と弁護側の「同等の弁論」という証拠開示の意義や機能の回復を目指そうとしたものと評価できよう。

また、「予審弁護論」の前提として、予審段階における証拠開示の保障も提案された点も重要であるといえる。その理由としては、予審における実質的な弁護人関与が想定していると思われる。もっとも、この時期においては明確な理由は示されていない。

第3款 明治刑事訴訟法の改正論議により示される当時の実務

以上のように、明治刑事訴訟法制定当初の時期において、弁護士層からは、予審は被告人に有利不利を問わず客観的に行動する機関ではなくなつたと評価されつつあった。具体的には、身体拘束の濫用や恐嚇詐言の行使といった人権侵害を行っていたことに加え、予審は被告人にとって不利益な証拠の収集機関へと変化しつつあったことが指摘されていた。さらには、予審は検察官による大雑把な起訴について有罪証拠を補充するという機能をも担っていたことも批判されていた。

以上のことを踏まえるならば、当時の弁護士層にとって、当時の実務における証拠開示は、現在の意味での「全面的」なものではなく、予審や検察官による有罪証拠の収集とその訴追過程の確認を意味するに過ぎないものと理解することが可能な部分があったといえる。

このような状況は、当時の予審の構造・機能に起因するところが大きかったように考えられる。花井による以下の指摘も、このことを示すものであろう。すなわち、「之を要するに豫審判事の職権は廣大無邊にして被告人の権利の薄弱なること實に風前の燈火の如し」、と⁽⁹³⁾。被告人の身体拘束、被告人・証人訊問を始めとする証拠収集等に関する多大な権限の糾問的な運用により、証拠開示による「捜査・訴追過程の事後的検証」の対象は、予審における実質的な有罪証拠の収集とその訴追の過程へと変化させられたといえよう（図3参照）。

では、このような弁護士層の認識や批判は適切なものであったのであろうか。例えば、1891（明治24）年から1898（明治31）年まで、不起訴率が

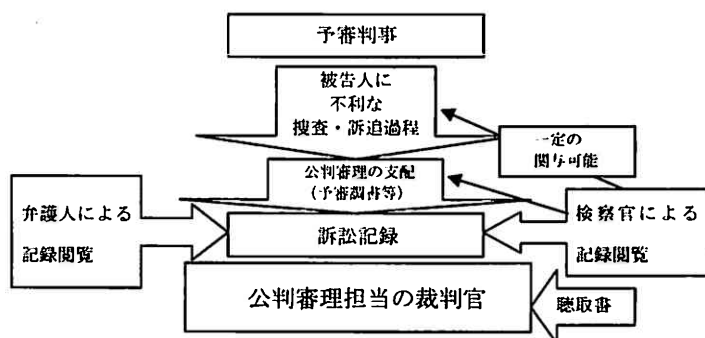


図3 弁護士層からみた明治刑事訴訟法施行初期の実務における証拠開示

18%台後半から20%台へと若干上昇していたのに対し⁽⁹⁴⁾、同時期の予審免訴率は39.6%から徐々に上昇し1896（明治29）年には44.0%を示している（もっとも、同年を境に免訴率は低下傾向にあった）⁽⁹⁵⁾。これらの統計からは、不起訴率がそれほど変化しておらず、その反面、予審免訴率が不起訴率をはるかに上回っていたことが分かる。これらのことを踏まえるならば、当時は、起訴が比較的あっさりかつ大雑把に行われていたのに対し、予審においては治罪法時代ほどでないにしても慎重な事件選別が行われていたことが分かる。少なくとも、当時の刑事手続における事件選別機能は、予審における免訴によるところが大きかったことは明らかであろう。

さらに、無罪率に関する統計も確認しておこう。同時期の軽罪事件に関する無罪率は7%台から徐々に上昇し、9%台にまで至っていた⁽⁹⁶⁾。また重罪事件については、11%台後半から13%台で推移していた⁽⁹⁷⁾。そして、全体の無罪率は、8%台から9%台の間で推移していた⁽⁹⁸⁾。この時期の無罪率は、軽罪・重罪いずれの事件においても、第2章で検討した1882（明治15）年から1890（明治23）年の時期に比べるとやや高い数字であるといえる。一定程度、予審によって事件が選別されながら、このような一定程度高い無罪率が示されていたことは、当時においても公判中心主義が一定

程度貫かれていたことを意味するといえよう。

これに加えて、予審を経た事件についても一定程度の無罪率が存在していることも考慮する必要があるだろう。この時期においては、重罪事件における検察官による公判請求数と予審請求数の比率は1:99、軽罪事件においては9:1であった。重罪事件における予審を経た事件の割合とその無罪率を見る限り、予審を経た事件においても一定程度高い無罪率であったことが確認できる。このことから、当時の予審においては、無罪証拠も一定程度収集されていたこと、予審による事件選別も比較的緩やかであったこと、さらには証拠収集そのものが不十分であったことが予想される。いずれにせよ、当時の弁護士層が批判していたような予審による公判審理の支配・形骸化が当時の実務で定着していたかについては疑問が残る。

もっとも、当時の弁護士層の批判は、当時の実務の質的問題を示すものとしては重要であると考えられる。この批判にも現れているように、当時のいくつかの事件で、予審における人権侵害や予審による公判審理の支配・形骸化と評価できるような事態が見られたことも事実であった。その意味では、当時の弁護士層による実務の認識や批判は、当時の予審の運用やその運用がもたらす刑事手続全体の実際の問題点や問題となり得る点を示唆するものであったといえることができる。

このような実務状況に対して、弁護士層は、立法過程において「予審弁護論」をもって対抗した。この「予審弁護論」は、予審段階における直接の人権侵害の防止（監視）と予審における被告人に有利な証拠の収集機能の保障を目的とするものであったといえよう。そこで、予審段階における訴訟記録閲覧権の保障が規定されていたことは重要であろう。その理由は予審段階における弁護の目的たる予審段階での人権侵害防止（監視）及び無罪方向の証拠収集、特に後者と密接に関連していることは明らかであろう。明治32年改正において、この「予審弁護論」は実現しなかったが、清浦大臣の答弁に示されているように、予審弁護制度の実現は避けることの

できない立法課題とされていたと考えられる。

第5節 小活——明治刑事訴訟法初期における証拠開示の意義

以上のように、本章では、明治刑事訴訟法初期における証拠開示の意義や機能、そしてその実際を確認してきた。

第2章で確認したように、治罪法においては、被告人に有利・不利を問わず客観的に活動する予審判事のみが基本的に証拠収集権限をもつとされていた。そして、それらが全て公判に提出されるということが前提とされた。また、その証拠収集の過程は訴訟記録として記録化されていた。弁護士は公判手続以降の手続段階においてのみ選任された。その弁護士は、公判段階における全て訴訟記録の閲覧を通して、上記の証拠収集過程や訴追過程、捜査や予審でどのような活動が行われたかをも知ることができたと考えられる。その意味で、治罪法における証拠開示は予審による公正な「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義を持ち、同時にそれは敵対当事者たる検察官との情報の同等を意味し得たのである。

本章で確認・検討してきたように、このような構造は、基本的に明治刑事訴訟法においても引き継がれたと考えられる。このことは、予審判事に証拠収集権限が集中していたことや、証拠開示の規定に関する当時の各論者が示した見解からも明らかであろう。

もっとも、治罪法・明治刑事訴訟法は共に様々な問題点を抱えていたことも十分確認することができる。特に、公判審理における予審調書の朗読可能性は、運用次第では、口頭・直接主義に基づく公判中心主義を形骸化させる可能性を十分に持っていたといえよう。このことに加えて、治罪法の編纂過程において陪審制度が削除されたことは大きな意味を持っていたといえる。陪審制削除により、事実認定を行う者と訴訟指揮を行う者が同一人物となったからである。それゆえ、予審調書の朗読可能性が法的・実際上拡大されたことは、その運用次第では公判中心主義の形骸化を引き起

こす可能性を持っていたのである。

治罪法における実務状況を確認することはできなかったが、明治刑事訴訟法の制定当初の実務状況を確認する限り、予審の機能や役割は治罪法・明治刑事訴訟法で予定されていたものに比べ若干変化していたことが指摘できる。

当時の弁護士層からは、予審段階において身体拘束の濫用や恐嚇詐言の行使といった人権侵害が行われていたことに加え、予審は被告人にとって不利益な証拠の収集機関と変化していることが指摘・批判された。さらに検察官による不十分な起訴について証拠を補充する機能をも担っていたことも指摘された。当時の予審の結果は公判審理で被告人に不利な方向で決定的な役割を果たしていたという認識のもと、その改善が弁護士層を中心に意識され始めたのである。また、予審に限らず、警察や検察が作成した聴取書が一件記録に添付あるいは独立して公判の裁判官に送付され、心証形成について事実上の影響を及ぼしていることも批判されていた。

もっとも、統計（特に重罪事件の無罪率）を見る限り、このような状況が実務全体において定着していたとはいえない。無罪方向の証拠も収集するという予審の機能も、一定程度機能していた可能性は十分ある。とはいえ、弁護士層の批判が示唆するように、構造的には当時の（当事者関与を排除した）予審制度が刑事手続における問題点であると認識され始めたことは明らかである。

以上のような弁護士層の批判は、「糺問主義的予審判事司法」という当時の刑事手続の一側面や検察や検察作成の聴取書が、当時の証拠開示が有する「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義や機能を形骸化させる可能性を有していたことを示すものであったといえる。すなわち、当時の証拠開示の意義や機能が、警察や検察の「聴取書」の活用や予審の運用のあり方次第で大きく変化する可能性が存在していたといえる。それらの運用次第では、当時の証拠開示は、弁護人の関与が排除された予審において実

質的に確定された有罪証拠の収集・有罪方向での訴追過程を確認するという意味しか持ち得ないという可能性を常に有していたと評価することができよう。また、一件記録にどのような書類を含めるかについて検察官や予審判事は、一定程度の裁量を有していたということも指摘できる。その意味で、当時の証拠開示は、警察・検察の証拠収集権限やその結果の利用可能性、さらには予審の運用次第で、その機能が「有罪方向での捜査・訴追過程の事後的検証」へと限定され、それに伴い弁護権の実効的保障や公判審理における検察側との「対等」の保障という意義も限定される可能性があったといえる。

このような状況に対しては、実務・理論上で様々な動きがあった。まず指摘しうるのが、弁護士層による改革要求の提起である。1897（明治30）年に結成された日本弁護士協会は、上記の認識のもと、「糾問主義的予審判事司法」に対し、「予審廃止論」や「予審弁護論」をもって対抗しようとした。特に「予審弁護論」は、予審段階から弁護人を付けることによって、予審判事による人権侵害、予審による証拠収集の（有罪方向での）一極化を防止することを目的とするものであった。このような要求は、1899（明治32）年の刑事訴訟法改正においても主張された。この過程で注目されるのが、予審段階において弁護人選任を認めることと付随して、予審段階における訴訟記録閲覧・謄写権が主張されたことである。この要求は、当時の諸外国の動向を参考としたものであると考えられるが、予審における人権侵害、証拠の一極化の防止と密接に関連するものとして訴訟記録閲覧・謄写権が位置付けられていたと思われる。

これに対し、捜査機関による活動に関しても大きな動きがみられた。治罪法・明治刑事訴訟法では、現行犯・準現行犯以外の場合には強制捜査権限を否定されていた捜査機関は、捜査段階で作成した被告人・証人に対する訊問調書を裁判所に提出するという動きをみせ始めた⁽⁹⁹⁾。このような動きに対して、大審院は、数度にわたり、このような調書は無効であると

判示した。しかし、聴取書は証拠としてではないにしても、一件記録に綴じられ、事実認定において事実上一定の役割を果たしていたことが指摘されていた。このような動きは、捜査機関の権限拡大を示すものであるといえるが、理論上もそれを肯定するかのような見解も示され始めていたことも看過することはできない。

以上のように、明治刑事訴訟法制定初期の時点で既に当時の証拠開示の意義は制限される可能性を有していたといえる。当時の証拠開示が有するとされる公正な「捜査・訴追過程の事後的検証」、それに伴う弁護権の実効的保障や公判審理における検察側との「対等」の保障という意義は、警察や検察の捜査のあり方、予審の運用次第で大幅に限定される可能性があり、また現実に限定された事件が少なからず存在した。被告人に不利益な方向に活動する予審による証拠収集過程及び捜査機関作成の聴取書等、被告人に不利益な「有罪方向での捜査・訴追過程の事後的検証」の機能を果たすに過ぎない可能性が十分に存在したのである。このような状況は、当事者の関与は排除されるが、公正に証拠収集・訴追を行う予審による「捜査・訴追過程の事後的検証」という証拠開示の理念像とは大きく異なるものであった。

このような当時の刑事手続をめぐる問題状況は、陪審制度削除や「糾問主義的予審判事司法」につながりかねない当時の刑事手続の性格に規定されるところが大きかったといえる。このような状況に対して、弁護士層や捜査機関による様々な動きがみられ始めたことは、1898（明治31）年の「刑事訴訟法改正案」や明治32年改正やそれを巡る議論をみても明らかであった。

それでは、このような捜査機関の活動や予審の活動の方向性によって左右される証拠開示の意義は、これ以降の時期において、どのように変化していったのであろうか。また、これに対し、本章で確認・検討した改革要求はどのような動きを見せ、そしてどのように実現されたのだろうか。

さらに、そこでの証拠開示はどのように位置付けられ、現実にはどのような意義を持ち得たのであろうか。大正刑事訴訟法の制定を巡って、これらの点については様々な議論や実務の変化が見られることになる。次章においては、これらの点を中心に確認・検討することとしよう。

- (1) 垂水克己「明治大正刑事訴訟法史（二・完）」法曹会雑誌18巻3号（1940）57頁。例えば、磯部四郎も治罪法が不完全であったことによる弊害を主張している（磯部四郎『刑事訴訟講義 上巻』（図書出版社、1893）9頁以下）。
- (2) 垂水・前掲註（1）「明治大正刑事訴訟法史（二・完）」57頁。垂水克己によれば、ドイツ法の要素が加味されたのは、1877年ドイツ刑法は理論的に整頓された、より合理的なものであったものであったという理由によるものであるとされている。
- (3) 大日本帝国憲法23条「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非サルシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」、同24条「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルコトナシ」、同25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レ及搜索セラルルコトナシ」、同59条「裁判ノ對審判決ハ公開ス但シ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ法律ニ依リ又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得」。
- (4) 小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社、1976）133頁、さらに大日本帝国憲法の制定過程及び同時期における憲法理論の展開について、大石真『日本憲法史 第2版』（有斐閣、2005）273頁以下。これに加えて、家永三郎『刑事訴訟法をめぐる人権保障の要求』同『司法権独立の歴史的考察（増補版）』（日本評論社、1967）175頁以下も参照。
- (5) 小田中・前掲書註（4）『刑事訴訟法の歴史的分析』104頁を参照。同書は、「明治刑法は第一帝国議会（明治23年11月29日開会）以前の明治23年10月6日公布された。従って元老院で審議されたことが想像されるが、元老院の審議記録たる『元老院會議筆録』は明治17年分迄しか公刊されていない」としている。
- (6) 磯部四郎『刑事訴訟講義 下巻』（図書出版社、1893）15頁以下。
- (7) 松室至講述『刑事訴訟法』341頁。なお、同書は、松室が講師として行った講義用のものと推測されるが、残念ながら、出版年及び出版社は明らかではない。
- (8) 亀山貞義『刑事訴訟法論 下之巻完』（六法講究會出版、1897）811頁以下。
- (9) 井上正一『刑事訴訟法義解』（書肆明法堂、1893）572頁以下。
- (10) 井上・前掲書註（9）『刑事訴訟法義解』568頁以下。
- (11) 磯部・前掲書註（6）『刑事訴訟講義 下巻』13頁以下。
- (12) 磯部・前掲書註（1）『刑事訴訟講義 上巻』283頁以下。
- (13) 亀山・前掲書註（8）『刑事訴訟法論 下之巻完』780頁以下など。

- (14) 小田中聰樹「刑事訴訟理論の歴史的概観」吉川経夫＝内藤謙＝中山研一＝小田中聰樹＝三井誠編『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社、1994）720頁を参照。
- (15) 井上・前掲書註（9）『刑事訴訟法義解』19頁以下。
- (16) 磯辺は、刑罰権の行使を要求するのは被害者たる社会の公衆であり、公訴を提起するのも公衆であるとしている。検察官は、「社会ノ代表者トシテ刑事訴訟ニ於テ原告ノ地位ニ立ツモノト」とされているのである。それゆえ、公訴権は検察官の所有物でなく、検察官が代表者として行使しているのに過ぎないのであって、犯罪事実が明確な場合には、必ず起訴すべきことが主張されている（磯部・前掲書註（1）『刑事訴訟講義 上巻』36頁、269頁以下を参照）。
- (17) 亀山貞義『刑事訴訟法論 上之巻』（六法講究會出版、1893）43頁以下。
- (18) 亀山・前掲書註（17）『刑事訴訟法論 上之巻』68頁以下。
- (19) 亀山・前掲書註（17）『刑事訴訟法論 上之巻』61頁以下。
- (20) 亀山貞義『刑事訴訟法論 中之巻』（六法講究會出版、1894）529頁以下。
- (21) 亀山・前掲書註（20）『刑事訴訟法論 中之巻』581頁以下。
- (22) 松室致『改正刑事訴訟法論』（有斐閣書房、1899）198頁以下。松室は、強制力を用いて作成していない以上、公判審理における証拠とできると主張している。
- (23) この理論状況の詳細については、小田中・前掲註（14）「刑事訴訟理論の歴史的概観」720頁以下を参照。
- (24) 井上・前掲書註（9）『刑事訴訟法義解』532頁以下。
- (25) 磯部・前掲書註（6）『刑事訴訟講義 下巻』43頁以下。
- (26) 磯部・前掲書註（6）『刑事訴訟講義 下巻』44頁以下。
- (27) 磯部・前掲書註（6）『刑事訴訟講義 下巻』45頁。
- (28) 亀山・前掲書註（8）『刑事訴訟法論 下之巻完』821頁。
- (29) 亀山・前掲書註（8）『刑事訴訟法論 下之巻完』820頁以下。
- (30) 松室・前掲書註（22）『改正刑事訴訟法論』308頁。
- (31) 松室・前掲書註（22）『改正刑事訴訟法論』317頁以下。
- (32) 磯部・前掲書註（1）『刑事訴訟講義 上巻』285頁以下。
- (33) 「豫審制度ヲ廃止スルノ件」日本弁護士協会録事5号（1897）4頁以下。
- (34) 前掲註（33）「豫審制度ヲ廃止スルノ件」6頁。
- (35) 前掲註（33）「豫審制度ヲ廃止スルノ件」6頁以下。
- (36) 前掲註（33）「豫審制度ヲ廃止スルノ件」10頁以下。
- (37) 前掲註（33）「豫審制度ヲ廃止スルノ件」13頁以下。花井は、密室監禁制度の存在は、改正条約を実施する際に障害となることを指摘している。さらに、日本弁護士協会評議員会第17例会における第16議題として「密室監禁廃止ノ件」が議論され、全員一致でこの提案が可決されている（「密室監禁廃止ノ件」日本弁護士協会録事17号（1899）1頁以下）。
- (38) 前掲註（33）「豫審制度ヲ廃止スルノ件」17頁以下参照。

- (39) 前掲註 (33)「豫審制度ヲ廃止スルノ件」20頁以下。ここでは、東京地方裁判所の判事の人数が例として挙げられている。これによると、判事の総数のうち3分の1 (89名) が予審判事の任務を割り当てられている。このような傾向は、各地方裁判所等でも同じとされている。この予審判事についても書記官などの人員が割かれているということから、司法経済上の損害であるとして批判されているのである。
- (40) もっとも、小田中・前掲書註 (4)『刑事訴訟法の歴史的分析』155頁以下は、「予審廃止後の公判前手続の構想、即ち証拠収集のための強制権限をどの範囲で検事に与えること」を指摘している。このような指摘は、その他の予審廃止賛成論者においても同様であるとされている。これに対し、予審廃止反対論者たる井本常治 (『第二説』) は、予審廃止が目的とする人権保護を貫徹しようとするれば予審に関する全てを廃止することにならざるを得ないが、社会の安寧を保持するためには予審の主義精神を全て除去することは不可能であるとする。さらに、予審廃止論者の主張も検察官に「公力ノ一部ヲ用ユベキ権能ヲ付与スル」というものであるから、人権侵害の危険性は依然として無くならないだけでなく、司法警察官にもそれを付与するというのであれば、その危険性はさらに増すことになる、と批判している (前掲註 (33)「豫審制度ヲ廃止スルノ件」34頁以下)。
- (41)「豫審制度ヲ廃止スルノ件」日本弁護士協会録事6号 (1898) 3頁 (以下、「豫審制度ヲ廃止スルノ件・続」とする)。
- (42) 前掲註 (41)「豫審制度ヲ廃止スルノ件・続」24頁以下。
- (43) 前掲註 (41)「豫審制度ヲ廃止スルノ件・続」28頁以下。
- (44) 前掲註 (41)「豫審制度ヲ廃止スルノ件・続」29頁。
- (45) 密室監禁廃止論を主張するものとして、例えば、磯部四郎「密室監禁に関する考察」日本弁護士協会録事9号 (1898) 51頁以下。さらに、前掲註 (37)「密室監禁廃止スルノ件」1頁以下も参照。
- (46) 小田中・前掲書註 (4)『刑事訴訟法の歴史的分析』6頁以下によれば、「糺問主義的予審判事司法」とは、「糺問手続をほぼそのまま維持している公判前手続 (なにかんずく、予審手続) にその中核をもち、したがって予審判事を全刑事手続の実質的決定者としている」ものとされる。さらに、「糺問的予審で得られた証拠 (とくに予審調査) が大幅に証拠能力を認められ、これが公判で決定的な役割を果たすのがこの型の通例である」ともされている (小田中・前掲書註 (4)『刑事訴訟法の歴史的分析』9頁における註3)。
- (47) 前掲註 (41)「豫審制度ヲ廃止スルノ件・続」32頁。
- (48)「豫審二辯護人ヲ付スルノ件」日本弁護士協会録事7号 (1898) 3頁以下。
- (49) 前掲註 (48)「豫審二辯護人ヲ付スルノ件」6頁以下。
- (50) 前掲註 (48)「豫審二辯護人ヲ付スルノ件」10頁。
- (51) 前掲註 (48)「豫審二辯護人ヲ付スルノ件」14頁。
- (52) 植村俊平「現今ノ司法制度」日本弁護士協会録事4号 (1897) 64頁。

- (53) 「雑報」日本弁護士協会録事48号 (1899) 97頁。
- (54) 「聴取書」問題については、小田中・前掲書註 (4) 「刑事訴訟法の歴史的分析」141頁以下、小田中聰樹「被疑者取調べの歴史的考察 (戦前)」井戸田侃編集代表『総合研究＝被疑者取調べ』(日本評論社、1991) 109頁以下、多田辰也『被疑者取調べとその適正化』(成文堂、1999) 69頁以下などを参照した。
- (55) 「司法警察官被告人ノ訊問調書ヲ作りタルノ件」法曹記事10号 (1892) 48頁以下。本判決要旨は、「…告發ヲ受ケタル司法警察官ハ第四十九條ノ規定ニ從ヒ其處分ヲ爲ス可シトアリテ現行犯ノ豫審ニ付同法第四百七條ニ於テ豫審判事ニ屬スル處分ヲ假ニ行フコトヲ許シタル外非現行犯ニ付テハ司法警察官ハ檢事ノ指揮ヲ受ケ犯罪ヲ捜査スルニ止マリ被告人ヲ訊問シ調書ヲ作ルノ權ナキモノトス而シテ本件ハ司法警察官タル土浦警察署警部ニ於テ告被人關本善十郎田村義嗣連署ノ書面ヲ以テ告發ヲ受ケタルモノナレハ前掲第四十九條第二項ノ規定ニ從ヒ速ニ其書類ヲ管轄裁判所ノ檢事ニ送致ス可キモノナルニ良シヤ捜査ノ爲メナリトスルモ被告人ヲ訊問シ其調書ヲ作りタルハ越權ノ處分ニシテ其調書ハ無効ニ屬スルモノナリ然ルニ原判決右無効ノ調書ニ記載シタル被告ノ自白ヲ採リ以テ斷罪ノ證憑ニ供シタルモノナレハ其認定シタル事實ノ果シテ眞確ナルヲ保シ難ク隨テ擬律ノ當否ヲ鑑査スルニ由ナキ不法ノ裁判ニシテ破毀ス可キ理由アルモノトス」というものであった。
- (56) 例えば、野村正男『法窓風雲録 上』(朝日新聞社、1966) 24頁以下。同書によれば、同判決は、「當裁判所は、檢事総長岡岡康毅が、被告等は金銭を賭し、博奕をなし、判事懲戒法第1条2号にあたるべきものたるにつき、同法第2条の罰に処せらるべし、との申立に係る懲戒事件につき、受命判事芹沢政温、木下哲三郎の下調べを十分なりと思料し、その取調べたる証人三好退蔵——(下略)の調書、その他客人入船帳の謄本等一切の書類および檢事の意見書を閱し、博奕をなしたりと認むべき証憑一もこれなきをもって、随つて判事懲戒法第1条第2号に適するの非行なきものと判定す。よつて同法27条第1項末段に従い、各被告人に対し免訴するものなり」、「但し、東京地方裁判所檢事正野崎啓三の囑託により、警視庁巡查本部において取調べたる相原イシほか17名の調書は、法律によらざる訊問に成り立ちたる無効のものなるをもって、本件審理の材料に供せず」。弄花事件については、小田中聰樹『現代司法の構造と思想』(日本評論社、1973) 293頁以下を参照。
- (57) 小山松吉「裁判所構成法施行後の事蹟を顧みて」法曹会雑誌17卷11号 (1939) 68頁。
- (58) 小山・前掲註 (57) 「裁判所構成法施行後の事蹟を顧みて」69頁を参照。
- (59) 大判明治28年10月25日判決録1輯3卷169頁。
- (60) 花井卓蔵「教科書の獄を論して其法律上裁判上の疑義に及ぶ (三)」法律新聞156号 (1903) 6頁。また当時の状況を示す裁判例として、例えば、1894 (明治27) 年8月16日大審院判決は既に、司法警察官が被告人等の陳述を録取して、その警察官のみが署名押印し、被告人が署名押印していない聴取書は無効の書

類とはいえない、と判示している（『司法警察官ノ作りタル被刻印聞取書ノ件』法曹記事33号（1894）51頁以下）。

- (61)「検事司法警察官ノ犯罪捜査ニ關スル件」法曹記事52号（1896）125頁以下。
 国分三亥も「爾今、檢察側の取調べでは証拠にならぬということで、時の司法省は検事の調べたものは袋に入れてマル秘をつけて差出し、裁判官の参考だけにせよ、ということになった。その結果、はじめて検事の聴取書、すなわち“聴きとり書き”というものができたのである」と述べている（野村・前掲書註（56）『法窓風雲録 上』24頁）。

- (62)「検事ノ作りタル訊問調書ノ件」法曹記事37号（1894）587頁以下。

- (63)「検事ノ起訴セサル被告人ノ調書効力ノ件」法曹記事37号（1894）588頁以下。

- (64) 例えば、岡村輝彦「刑事上證據法ノ改良ヲ望ム」日本弁護士協會録事2号（1897）55頁以下、信岡雄四郎「刑事判決に慨嘆す」日本弁護士協會録事4号（1897）68頁以下、守屋此助「聴取書ヲ論ス」日本弁護士協會録事16号（1898）41頁以下など。

- (65)「緊急議題 司法警察官ノ作製スル聴取書ノ證據力ニ關スル件並ニ一件書類ニ添付ス可カラサルノ件」日本弁護士協會録事16号（1898）18頁以下。

- (66) 前掲註（65）「緊急議題 司法警察官ノ作製スル聴取書ノ證據力ニ關スル件並ニ一件書類ニ添付ス可カラサルノ件」18頁以下。もっとも、この太田の見解は、檢察官が證據収集の権限を持つという点で誤っているように思われる。この太田の見解を検討するものとして、小田中・前掲書註（4）『刑事訴訟法の歴史的分析』141頁以下。

- (67) 小田中・前掲書註（4）『刑事訴訟法の歴史的分析』144頁以下を参照。小田中は、「『通常の聴取書』を排除する論理としてはこれが一番優れている」と「第五説」を評価する。

- (68) 前掲註（65）「緊急議題 司法警察官ノ作製スル聴取書ノ證據力ニ關スル件並ニ一件書類ニ添付ス可カラサルノ件」34頁。

- (69) 国分三亥「往事を追懷して（中）」法曹会雑誌16巻8号（1938）119頁。もっとも、国分自身は、司法警察官が作成した訊問調書は、「決して違法といふべきではない」として、公判判事が判決の資料として採用するかはともかくとして、訴訟記録の中に編綴してはならないという理由はないとして、当時の検事総長に上申して、その再議を求めたという。

- (70)「公判中検事の取調」日本弁護士協會録事33号（1900）74頁以下。

- (71)「証拠物件ヲ被告ニ示サシ件」法曹記事15号（1893）45頁以下。

- (72) 明治刑事訴訟法198条「①裁判長ハ各證憑ノ取調終リタル毎ニ被告人ニ意見アリヤ否ヤヲ問ヒ且其利益ト爲ル可シ證憑ヲ差出スヲ得ヘキコトヲ告知ス可シ②又證憑物件ハ被告人ニ示シテ辯解ヲ爲サシム可シ」。

- (73) 上述の日本弁護士協會評議員会の予審廃止に関する議論における「第十説」のほか、植村・前掲註（52）「現今の司法制度」65頁などにおいてもこのこと

は指摘されている。

- (74) この「刑事訴訟法改正案」は、東京大学法学部研究室図書館に所蔵されている（小田中・前掲書註（4）『刑事訴訟法の歴史的分析』106頁における註5を参照）。この「刑事訴訟法改正案」は入手することができなかったため、小田中・前掲書註（4）『刑事訴訟法の歴史的分析』106頁、春日勉「弁護権の歴史的考察」九大法学77号（1999）385頁以下を参照した。
- (75) この刑事訴訟法中改正法律案の条文については、小田中・前掲書註（4）『刑事訴訟法の歴史的分析』158頁以下を参照。さらに、密室監禁廃止に関する立法過程における議論については、同書160頁以下を参照。
- (76) 第13帝国議会貴族院議事速記録第28号（1899）401頁以下、日本弁護士協会録事19号（1899）83頁以下など参照。
- (77) 91条「豫審判事ハ檢事若クハ被告人ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ事實發見ノ爲メ必要ナリトスル證據徴憑ヲ集取ス可シ」。
- (78) 小田中・前掲書註（4）『刑事訴訟法の歴史的分析』164頁。
- (79) 第13帝国議会貴族院議事速記録第28号（1899）403頁。
- (80) 第13帝国議会貴族院議事速記録第28号（1899）403頁
- (81) 第13帝国議会貴族院議事速記録第28号（1899）403頁以下。清浦は、また予審に関する改正は司法警察や公判部分の改正も伴うことも理由として挙げている。
- (82) これは花井卓蔵の独断であったとされている（「豫審の辯護に關する修正案」日本弁護士協会録事19号（1899）83頁）。花井の提案理由は、大木源二編『花井卓蔵全傳 上巻』（花井卓蔵全伝編纂所、1935）144頁以下を参照。また、小田中・前掲書註（4）『刑事訴訟法の歴史的分析』171頁以下を参照。
- (83) 第13帝国議会衆議院議事速記録第41号（1899）632頁以下。
- (84) 第13帝国議会衆議院議事速記録第41号（1899）634頁以下。
- (85) 第13帝国議会貴族院議事速記録第41号（1899）647頁以下。さらに、この石渡政府委員に対する反論は、「豫審免訴の統計」日本弁護士協会録事19号（1899）80頁以下にも掲載されている。
- (86) 第13帝国議会貴族院議事速記録第41号（1899）648頁。また、この内容は、日本弁護士協会録事20号（1899）41頁以下にも掲載されている。
- (87) 前掲註（85）「豫審免訴の統計」81頁以下。
- (88) この両院協議会では、花井や三好などはそのメンバーから除外されていた。このことが、修正提案否決につながったことは容易に想像できよう（小田中・前掲書註（4）『刑事訴訟法の歴史的分析』167頁参照）。さらにその経過・結束について報告するものとして、「刑事訴訟法改正案」日本弁護士協会録事25号（1899）95頁以下。
- (89) 「司法大臣交渉始末」日本弁護士協会録事20号（1899）67頁以下。
- (90) 「豫審辯護に關する質問」日本弁護士協会録事27号（1899）110頁以下。
- (91) 前掲註（90）「豫審辯護に關する質問」111頁以下。花井は、刑事弁護人を

用いることには学理上2つの主義があるとする。1つは、訴訟の進行具合を問わず全て弁護人を用いるようにすべきという主義（英米法、ドイツ法、フランス法）であり、もう1つは弁護人を用いることを公判に限定する主義（明治刑事訴訟法・かつてのフランス治罪法）である。第1の主義は、被告人は有罪判決が確定するまでは無罪の領民と扱われるべきで、被告人のために十分その権利を保護することが弁護人をつける理由とされる。それゆえ、公訴提起後無罪無罪が確定するまではいつでも弁護人を利用することができるのであるとされている。これに対して、第2の主義は、予審は真実発見のために秘密であるべきで、それゆえ弁護人の立会いは許されないとする。花井は、この第2の主義に対して、弁護人は被告人の代理として行動するのであるから、予審を被告人には公開している現行法と抵触しないこと、また第2の主義の考えは、弁護人に対して罪証隠滅など行おうなどの疑いをかけるものであるが、そのような考え方は理由になっていない、とする。

- (92) 沢登佳人＝中川字志「明治治罪法の精神」法政理論19巻3号（1987）63頁。
- (93) 前掲註（90）「豫審辯護に關する質問」116頁。
- (94) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1891（明治24）年18.8%、1892（明治25）年18.7%、1893（明治26）年19.9%、1894（明治27）年20.4%、1895（明治28）年20.4%、1896（明治29）年20.0%、1897（明治30）年19.1%、1898（明治31）年19.1%。さらに、三井誠「檢察官の起訴猶予裁量——その歴史のおよび実証的研究——」法学協会雑誌87巻9＝10号（1970）918頁以下も参照。
- (95) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1891（明治24）年40.0%、1893（明治26）年40.0%、1894（明治27）年39.1%、1895（明治28）年38.2%、1896（明治29）年44.0%、1898（明治31）35.9%。もっとも、1897（明治30）年については見ることができなかった。出射義夫「檢察制度の研究」司法研究報告書第26輯4号（1939）135頁以下も参照。
- (96) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1891（明治24）年7.6%、1892（明治25）年8.6%、1893（明治26）年9.6%、1894（明治27）年9.7%、1895（明治28）年9.4%、1896（明治29）年9.2%、1898（明治31）年9.6%。もっとも、1897（明治30）年の統計については見ることができなかった。
- (97) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1891（明治24）年12.5%、1892（明治25）年11.7%、1893（明治26）年14.1%、1894（明治27）年13.2%、1895（明治28）年11.9%、1896（明治29）年13.5%、1898（明治31）年12.1%。もっとも、1897（明治30）年の統計については見ることができなかった。
- (98) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1891（明治24）年7.7%、1892（明治25）年8.7%、1893（明治26）年9.7%、1894（明治27）年9.8%、1895（明治28）年9.5%、1896（明治29）年9.3%、1898（明治31）年9.6%。もっとも、1897（明治30）年の統計については見ることができなかった。
- (99) もっとも、この「訊問」の動きについては、強制処分としての訊問と任意処分としての訊問を区別する必要もあろう。この時期の判例等が否定したの

は、「強制処分としての訊問」であり、任意処分としての被疑者取調べは既に幅広く用いられていたようである。もっとも、その実態が、事実強制的なものであったことも稀ではなかった（小田中・前掲註（14）「被疑者取調の歴史的考察（戦前）」114頁以下、さらに田中輝和「旧旧刑訴における捜査の方法とその法的規制についての素描——旧法第254条1項成立の背景——」法学30巻4号（1966）25頁以下も参照）。