

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 (3)

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43巻1号）
- 第4章 「糺問主義的検察官司法」の展開と証拠開示の關係——大正刑事訴訟法における証拠開示問題の構造
 - 第1節 明治34年案の構造と証拠開示の意味
 - 第1款 立法動向と実務上の動き
 - 第2款 明治34年案の基本構造
 - 第3款 明治34年案に対する反応——「刑法及刑事訴訟法意見書」と「刑法及刑事訴訟法意見書追加」——
 - 第2節 大正5年案の構造と証拠開示の意味
 - 第1款 理論的動向
 - 第2款 法曹関係者の見解
 - 第3款 大正5年案の構造と証拠開示
 - 第4款 大正5年案に対する反応
 - 第5款 小活 (以上本号)
- 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4章 「糺問主義的検察官司法」の展開と証拠開示の關係 ——大正刑事訴訟法における証拠開示問題の構造

- 第1節 明治34年案の構造と証拠開示の意味
- 第1款 立法動向と実務上の動き

刑事訴訟法の改正作業は、1895（明治28）年に刑事訴訟法調査委員会によって開始された。同調査委員会は、1898（明治31）年に「刑事訴訟法改正案」をまとめた。さらに同年に法典調査委員会規則が改正され、刑事訴訟法改正作業は法典調査会の所轄事項となった。法典調査会は、1901（明治34）年5月に「刑事訴訟法草案」（いわゆる明治34年案）を作成・公表し

た⁽¹⁾。

1. 捜査権限の拡大・起訴便宜主義の実務上の拡大

この刑事訴訟法改正作業の具体的内容の検討に入る前に、当時の他の立法動向や実務状況を確認しておこう。上述の刑事訴訟法の改正作業と並行して、1900（明治33）年6月に行政執行法が公布された。行政執行法は、保護検束（「泥酔者、瘋癲者、自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル者」に対する検束）・予防検束（「暴行、鬭争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者」に対する検束）（同法1条）や家宅侵入・搜索（同法2条）などを認めるものであった。これにより警察による強制的捜査の手段は実質的に多様化・強化されることになった。この行政検束は犯罪捜査を目的として用いられはならないこととされていたが、犯罪捜査目的の使用に対する抑止規定は存在しなかった。同法以前から事実上用いられていた行政検束は、この立法により濫用について抑制手段のない拡大解釈可能な規定を法的根拠として獲得することになった。この行政検束は、捜査機関の強制捜査権限が限定されていた当時において、最も効率的な捜査方法として活用された⁽²⁾。

これに加え、明治30年代以降、実務の起訴便宜主義的運用が確立されていった⁽³⁾。この起訴便宜主義的運用の確立と並行して明治30年代を中心として捜査に質的な変化が見られるようになった。この変化は、1899（明治32）年の司法大臣訓令に明確に現れている。すなわち、「…従来司法警察官ニ於テ或ハ事体明確ナルサルニ已ニ被告人ヲ拘束シ起訴ヲ検事ニ求メ検事モ亦多少其情実ヲ斟酌シ之カ処分ヲ為スニ方リテモ往々之ヲ遅延シ数日ノ後ニ至テ漸ク之ヲ放還シ若クハ強テ之ヲ予審或ハ公判ニ付シ又ハ犯罪ノ事体未タ明確ナラサルニ一片ノ推測ヲ以テ先ツ予審又ハ公判ニ付シ罪証ノ発見ヲ万一二期スルモノナキニ非サルカ如シ如斯ハ人権ヲ重ンスル所以ノ趣旨ニ背戾スルモノニシテ職ヲ検事ニ奉スルモノ深ク注意サセルヘカラ

サル点ナリトス故ニ被告事件猶検事ノ処分内ニアル間ニ於テ十分ニ事実ノ
捜査ヲ遂ケ苟モ訴ヲ起ス以上ハ必ス有罪ノ判決ヲ受クヘシト確信シ得ヘキ
モノニ限り初メテ起訴ノ手續ヲ爲シ其職責ヲ全フスルコトヲカムヘシ」、
「…司法警察官ニ於テモ亦常ニ此意ヲ体シ専ラ人権ヲ傷ケサラシムルコト
ニ注意セシメ事体輕微ニシテ罪証明確ナラストスル事件ニ付テハ司法警察
官ニ於テ速ニ捜査ヲ結了シ引致シタル被告人ハ仮リニ之ヲ釈放シ之ニ関ス
ル記録ノミヲ送致シ徒ラニ被告人ノ自由ヲ拘束スルカ如キコトナカラシメ
ンコトヲカムヘシ」、と⁽⁴⁾。

ここでは、「捜査・訴追の綿密化」の必要性和、事件が輕微で罪証が明
確な場合における「被告人の身体拘束の短縮化」の必要性が強調されてい
る。檢察官による捜査・起訴が相当に大雑把なものとなっている場合があ
り、予審判事が予審段階で罪証拠を追加する実務が行われていたことは、
第3章で指摘した。この司法大臣訓示においては、このような捜査実
務が批判され、それを前提に綿密な捜査、慎重な起訴が強調されているこ
とが分かる。

この慎重な起訴の前提となる綿密な捜査の中心的役割を果たしたのは、
先にも検討した「聴取書」であつた。その経緯について、花井卓蔵は以下
のように述べている。「…日本辯護士協會は、司法警察官の作成する聴取
書の効力に關する件、並に是等の文書を一件書類に添付する件に付き、評
議員會を開き、慎重に討議を盡し、實行委員若干名を選んで、當局に交渉
したこともあつた、…其の後に在りては、法廷に於ても、聴取書や、探偵
復名書を引用して、議論するなどといふことは無かつたやうになつた時
代もあつた。…然るに近時俄に聴取書の勢力を勃興して、此文書往々にし
て公訴の原動力となっている」⁽⁵⁾、と。このように明治30年代半ば以降に
なると、聴取書を中心とした「綿密な捜査」、さらに、それを前提とした
「慎重な起訴」という捜査実務が見られることになった。

さらに、1905（明治38）年4月1日に「刑ノ執行猶予ニ関スル法律」が公
（龍法 '10）43 - 2, 100（550）

布・施行され、その後1908（明治41）年10月に施行された現行刑法典に採り入れられた。この執行猶予制度導入による捜査活動への影響について、当時検察官であった岩松玄十は以下のように述べている。「明治38年に刑の執行猶予の制度が採り入れられてからは、犯罪の捜査ばかりでなくその情状も調べねばならん。そうしないと起訴してよいか不起訴にしてよいか分らないし、執行猶予にするという資料もない。そこで、検事の調べ方が今まではただのお取り次ぎだったのが、今度は自分の手で丹念に調べるということになっている」⁽⁶⁾、と。

これに加えて、1903（明治36）年10月22日の大審院判決も重要であろう。同判決において、大審院は「司法警察官ハ刑事訴訟法上犯罪ヲ捜査スルノ職務権限ヲ有スルヲ以テ司法警察官カ犯罪捜査ノ任務ニ従事スルニ当リ其取ル所ノ手段方法ニシテ苟モ法律ニ認許セラルルモノナルニ於テハ犯罪事実ノ真相ヲ探知シ之ヲ証明スルノ策ヲ構スル等被告事件ノ公訴提起ニ必要ナル準備手続ヲ為スコトヲ得ヘク其手段方法ノ何タルヤハ之ヲ問フノ必要ナシトス…犯罪捜査ノ必要上人ノ供述ヲ聞クコトヲ必要ナリトシ有益ナリトスル場合ニハ其人ノ承諾ヲ得タル上犯罪事件ニ関スル事実関係ヲ質問シ其答弁ヲ得テ捜査ノ手続ヲ進行スルコトヲ得」⁽⁷⁾と判示した。この判示は、任意捜査に関するものであったが、司法警察官による捜査手段としての取調べを許容するものであり、司法警察官による捜査権限の拡大・強化を後押しするものであったといえよう⁽⁸⁾。

以上のように、明治30年代に入ると、予審判事の強制権限に頼りがちであった証拠収集について、検察官を中心とする捜査機関が力を注ぎ始めたことが分かる。そしてその中心は検察官による取調べ及びその結果たる聴取書の獲得であった。

また、起訴についても検察官による起訴の選別はかなり慎重となってきたことも確認できる。統計を見てみると、1897（明治30）年の不起訴率は19.1%であったが、1903（明治36）年には41.1%、1908（明治41）年には

44.1%にまで上昇している⁽⁹⁾。この不起訴率からも窺えるように、日本における捜査は明治30年頃を境として質的な変化を見せ始めた⁽¹⁰⁾。この傾向は上記の大審院の判例によっても後押しを受けているように思われる。

以上のように、明治30年代を境として、捜査機関による捜査活動を比較的に厳しく規制していた治罪法・明治刑事訴訟法の制度と「『実際の必要』を前面に押し出した捜査実務との速歩的な背離過程」⁽¹¹⁾が進んだことを指摘することができよう。これに対して、予審免訴率は1896（明治29）年を境に急激な減少を見せている。同年44.0%を示した予審免訴率は、1901（明治34）年に30.0%、1906（明治39）年には19%台に、そして1908（明治41）年には17.7%にまで低下している⁽¹²⁾。これらの統計を見る限り、事件を公判に付すべきか否かという「事件選別機能」は予審から検察に移行しつつあったといえよう。

2. 証拠開示に関する動き

それでは、先に確認したような捜査・起訴に関する動向は、証拠開示についてどのような影響を及ぼしたのであろうか。この点に関して、例えば1901（明治34）年に広島控訴院検事長一瀬勇三郎が司法警察官に対して行った談話が参考となろう。一瀬は以下のように述べている。「…司法警察官の犯罪捜査及其取調等の全体に關する行動上正しく一大刷新を講ずる必要あるを感ず熟々從來取扱上の慣行に付て之を觀るに犯罪檢挙上或は半面的の行為に出るもの居多ならんかと察せらるるもの鮮しとせず即ち被疑者の不利益と爲る可き方面のみにて付て之を爲すものの如くして其利益となる可き方面に向て之を盡したるもの甚だ僅少ふるは最も小生の遺憾とする所なり抑も總て事件の起頭に係るを以て毫厘の誤千里の差を來たすことを慎まざる可からず犯罪の被疑者を檢挙逮捕するは勿論必要なりと雖も治罪の大義に於ては是れ第二段の目的にして即ち正しく其事實の真相を看破確認するに在り故に一面犯行の證據を搜索すると同時に他一面必ず又其被

疑者の利益と爲る可き材料を蒐集するに勉めざる可らず」(傍点ママ)、と⁽¹³⁾。ここでは、当時の実務状況として司法警察官が被疑者・被告人にとって不利益な証拠を重点的に収集していることが指摘されている。これに対し、一瀬は、犯罪者の検挙以上に真実発見が重要なのであるから、被疑者・被告人にとって有利な証拠も捜査せよ、と指示しているのである。

このような一瀬の談話は、捜査機関による証拠収集活動を被疑者・被告人に有利・不利を問わず客観的に進行させ、適正化しようとするものであったとの評価も可能であろう⁽¹⁴⁾。他方で、このような一瀬の談話は、治罪法や明治刑事訴訟法制定当初において前提とされた構想から距離があるものとなっていることには留意が必要であろう。というのも、治罪法や明治刑事訴訟法制定当初においては、司法警察官や検察官は被告人に不利な証拠のみ収集するという理由から、強制捜査権限や「証拠」を収集する権限は付与されず、その権限は予審判事に与えられていたからである。

このように見ると、一瀬の談話は、捜査機関は被告人に有利・不利を問わず公正な捜査をすべきということを前提として、捜査機関の権限を拡大しようとするものであるとも評価できる。このような一瀬の主張が実務に影響を及ぼしたかどうかについては定かではない。とはいえ、この主張からは、当時の実務状況としては、捜査機関が被疑者・被告人に不利な証拠を重点的に収集していたことが確認できよう。

当時の検察官による起訴において聴取書が重要な位置を占めていたことは、第3章においても述べた。そして、この聴取書は公判審理においても中心的役割を果たしていたことが指摘されていた。花井卓蔵は、「教科書事件に於て、事案判定の資料果たして彼等證人の陳述以外に求め得られざるか」とし、「事件は彼等の陳述を録取したる聴取書に依りて、起訴され、又豫審に於ても、公判に於ても、多くは彼等の證言に依つて決定並に判決に與へられてある。」⁽¹⁵⁾と批判していた。また、同じく弁護士である三坂繁人は、「警察に於て取調べたるものを再び豫審に於て取調ぶる必要なく

又更に公判に於て取調ぶる必要なべき」⁽¹⁶⁾ という現状があることを指摘していた。

この花井の指摘からは、予審が有していた事件選別機能低下に加え、証拠収集機能の低下が見られたことをも明らかにするものであると考えられる。このことは、当時の統計からも窺えるものである。当時の全体の無罪率を見ると、1901（明治34）年に10.4%を示したものの、1906（明治39）年には5.0%と大幅に低下し、1908（明治41）年には3.5%にまで低下している⁽¹⁷⁾。重罪・軽罪両者とも無罪率低下の傾向が見られるのである⁽¹⁸⁾。

事件の選別機能が予審から検察へと急激に移行したという証拠収集・訴追面の変動期において、上記のように無罪率が大幅に低下したということ踏まえるならば、これらの統計は、明治30年代に、公判が、有罪・無罪を判断する場ではなく、確認する場へと変化していったことを示していると評価することも可能であろう。その理由としては、以下のことが考えられる。おそらく、捜査機関は有罪証拠を重点的に収集していたという当時の状況を踏まえるならば、証拠収集機能も予審判事から検察を中心とする捜査機関に移行しつつあったことが考えられる。このことにより、治罪法や明治刑事訴訟法制定当初において一定程度機能していた予審における無罪方向の証拠収集が機能しなくなったのではないか。このことは、公判審理に提出される証拠が、以前に比べさらに有罪方向に偏ることを意味する。このように、無罪率が大幅に低下していたことは、この時期を境として捜査段階による公判審理の形骸化が進行したことを示すものであるといえる。以上を踏まえるならば、当時の証拠開示は、「有罪方向の捜査・訴追過程の事後的な確認」を意味するに過ぎないものとなりつつあったのである。

さらに、この時期においては、検察官による証拠隠しも見られた。日本弁護士協会は、1905（明治38）年に東京都で発生した兇徒聚衆事件及びこれに関連する警察官によって行われたとされた事件の起訴が不公正である

ことにつき、説明を求める公開状を倉富検事長に送付した⁽¹⁹⁾。これに対し、倉富は以下のように回答している。「警察官吏の犯罪事件に関する捜査の結果極めて不良なりしことは予亦之を認む…三名の巡査に對して起訴をするに至れり然れば検事は捜査の手續を盡くさざるに非ず之を盡くしたるに拘はらず遂に其結果を得ざりしものなり予は東京地方裁判所検事局に左記の如き記録あるを知る

一 検事の見聞書および報告書	二十通
一 負傷者其他の關係人に對する検事の聴取書	四百十一通
一 被嫌疑者に對する検事の聴取書	十二通
一 警察官吏の犯罪に関する報告書	二十八通
一 被害者に関する報告書	四十通
一 東京辯護士會より提出したる被害者名簿	一冊
一 東京辯護士會より提出したる被害事件調査書	二冊

右等の記録に依るも検事が本件の捜査を等閑に付したるに非ざることを知るに足るべし」⁽²⁰⁾、と。ここでは、警察官を起訴しないために不利益な証拠が隠されている。このように、当時においては既に検察段階で、送付すべき記録等が隠蔽される構造が存在していた可能性が見てとれるのである。少なくとも、検察から裁判所に対して証拠を送付するについて、その選別を可能とする構造が確認できる。

その他にも証拠開示に関する実務状況が報告されている。例えば、岡山弁護士会は記録を閲覧するために弁護士控室へ持ち帰ることができるよう交渉し、その結果岡山地方裁判所に弁護士用記録閲覧室が設置された。ここでは、裁判所所員の看守がない状態で閲覧できたとされている。この点に関し、以下のような「辯護士記録閲覧規約」が設けられている⁽²¹⁾。

- 一、書記課より記録を受取るときに書記課に備付ある閲覧簿に月日記録号（刑事は被告人の氏名）敷丁数を記入し書名又は捺印すること

- 一、閲覧は辯護士記録閲覧所に於て爲し又記録は同所の外に持出さざること
- 一、受領より返戻までに若し書類の紛失汚損等あるときは辯護士に於て其責に任ずること
- 一、他日謄写等の際索引の爲め書類の欄外に小さき附箋を爲すことはあるも文字又は圈点等の記入は爲さざること
- 一、記録は即日返戻すること

このような運用は、他の地域の弁護士会から報告されてはいない。岡山での運用が特殊なものでなかったのであれば、当時の弁護士による記録閲覧は相当に制限された状況の下でなされていたことが予想できよう。少なくとも、弁護活動に備えて、十分に記録を精査する、ということは困難であったのではなからうか。

以上のように、明治30年代における証拠開示の状況は、明治刑事訴訟法制定当初の時期と比較すると、その開示対象・内容が質的・量的に有罪方向の証拠のみへと限定されつつあったといえよう。そのような原因としては、その背景についての変化が挙げられよう。明治30年代に入り、捜査機関による捜査活動に変化が見られた。さらに検察による起訴判断にも大きな変化を確認することができる。これらの変化は、「綿密な捜査」や「慎重な起訴」への移行であるといえる。このような変化は、予審のあり方にも影響を及ぼした。予審免訴率は急激な減少を見せた。予審がもつ事件選別機能は急激に低下することとなったのである。これに対し、公判における無罪率は明治30年代後半になると急激な低下を見せた。このように公判審理の形骸化という状況の進行と並行して、予審による公判審理形骸化から検察による捜査活動による公判審理形骸化という状況に変化しつつあったのが、この時期の実務状況の特徴であるといえる。そして、この検察官による公判審理形骸化の中心的役割を果たしたのが聴取書であった。

以上を総合すれば、かつて「糺問主義的予審判事司法」によって、その意義を限定される可能性を有していた証拠開示は、いわゆる「糺問主義的検察官司法」への移行によってその意義を限定されるという状況へととなりつつあったといえよう。具体的には、開示対象としては予審ではなく捜査機関が収集した有罪方向の証拠が中心となりつつあったことが指摘できる。さらに、無罪率に大幅な低下に鑑みれば、公判審理の形骸化、さらに証拠開示がもつ意味の低下も存在したといえよう。というのも、予審判事以上に捜査機関は有罪方向の証拠収集に偏りがちであり、まさに証拠開示は捜査機関による「有罪方向での捜査・訴追過程の事後的な確認」を意味するに過ぎなかったからである。このように、証拠開示が果たす役割は、ますます低下しう状況にあったといえよう（図4参照）。

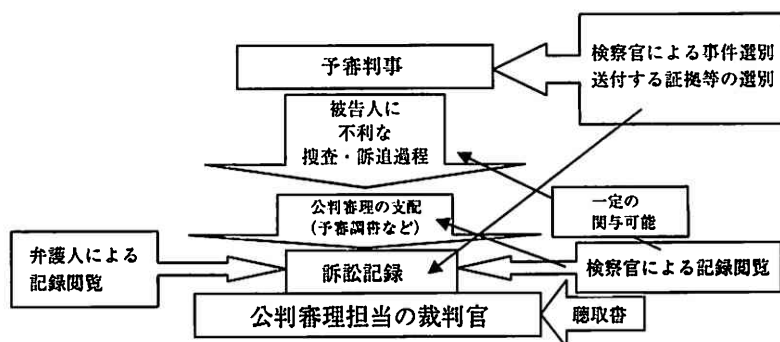


図4 明治30年代における証拠開示

以上のような実務状況の中で、明治34年案に関する議論が進められることになる。以下では、この明治34年案の基本構造を確認し、これに対する各界からの意見を概観しながら、そこでの証拠開示の意義を検討することにする。

第2款 明治34年案の基本構造

上述のように、刑事訴訟法改正作業を引き継いだ法典調査会は、1901（明治34）年5月に「刑事訴訟法草案」（いわゆる明治34年案）を作成・公表した⁽²²⁾。この明治34年案は、裁判所・検事局・弁護士会に配布されて、8月を期限とした答申が求められていた。以下では、この明治34年案及びこれに対する答申における証拠開示及び弁護権、捜査機関の捜査権限・検察官の起訴権限、予審制度、公判における証拠調べに関する規定を確認する⁽²³⁾。

1. 明治34年案における証拠開示及び弁護権

明治34年案では、証拠開示が一定程度拡大されていた。明治34年案163条は以下のように規定された。

163条1項「豫審に付したる事件に付ては第241條の手續を爲したる後豫審に付せざる事件に付ては検事公判を請求する後辯護人は裁判所内に於て被告事件に關する書類及び證據物件を閱覽し且其書類を謄写することを得」

2項「辯護人の立會を許す可き豫審處分に關する書類及び證據物件は豫審中と雖も閱覽又は謄写を請求することを得」

ここで確認できる改正点は、以下の2点である。第1の改正点は、予審段階における証拠開示が認められたことである。もっとも、本条1項で示されている明治34年案241条が、「豫審判事は被告事件に付き他に取調を要することなしと思料したるときは書類及び證據物件を檢事に交付す可し」という内容であったことには注意を要する。すなわち、163条は予審における取調べが終了したと予審判事が思料した後において証拠開示を認めたものなのである。この規定は、明治34年案239条2項が検察官について「何時（龍法 '10）43 - 2, 108 (558)

にても豫審書類を閲覧することを得且豫審手続の進行を妨ぐることを得ず」としていたことと対照的であるといえる。

他方で、明治34年案163条2項は、弁護人の立会が許されている予審処分に関する書類・証拠の閲覧・謄写を認めていた。この立会が許される処分とは、検証、差押え、搜索（107条参照）、鑑定（157条）、疾病等の理由で公判に複数回呼び出すことが困難と思われる証人について予審段階で行う訊問（233条）であった。もっとも、被告人訊問や通常の証人訊問（87条以下）については、適用がない。以上のように、さまざまな制限を伴いつつも予審段階における証拠開示が認められたことは、明治34年案の改正点の1つであった。

明治34年案における改正点の第2は、開示される資料として、「訴訟記録」から「被告事件に関する書類及び証拠物件」とされたことである。例えば、明治刑事訴訟法においては、「訴訟記録」には「証拠物件ハ此内ニ包含セス證書其他ノ物件ハ公判開廷ノ時ニ於イテノミ閲覧シ得ルニ止マル」⁽²⁴⁾とされていた。このような当時の解釈を鑑みれば、開示される資料は明治34年案において拡大されたといえよう。

さらに、明治34年案では、第一編第十章「書類」が設けられていたことが注目される。これによれば、被告人及び証人に対する訊問、鑑定、通訳に関する陳述内容及び宣誓内容（168条）、検証、差押え、領置又は搜索について、処分の手続・日時、品目・目録（169条）、予審調書（232条）などが「訴訟に関する書類」（167条）とされていた。その他、呼び出し状、拘引状、勾留状なども含まれよう（54条参照）。さらに、「被告事件に関する書類」であるから、捜査機関が作成した聴取書等も含まれたと考えられる。

次に弁護権の位置付けについて見てみよう。証拠開示に関する規定からも窺われるように、明治34年案では弁護人選任権も拡大されていた。

160条1項「被告人は公訴の提起ありたる後何時においても辯護人を選

任することを得」

このように、明治刑事訴訟法では公判段階で選任することができたのに対し、明治34年案では予審段階から弁護人を選任することが認められていた。さらに、必要的弁護事件（死刑又は無期刑に当たるとき）においては、弁護人が付けられていない状況で公判を開始したり判決の宣告してはならないとされた（261条）。また、弁護人が出廷しないまま公判を開いたことは、上訴理由たる違法であるとされた（329条7号）。加えて、上述のように検証、差押え、搜索、鑑定、さらに疾病等の理由で公判に複数回呼び出すことが困難と思われる証人について予審段階で行う訊問に立ち会うことができた。そして、被告人との接見交通権も明文化されたが、公判前手続の段階においては秘密交通権が認められていなかった（164条）。

もっとも、証人・鑑定人及び共同被告人に対する訊問を請求しうる主体は「被告人」（269条3項）とされ、その許否決定は裁判所の裁量に委ねられていた（276条）。さらに、証拠調べ後の検察官による事実及び法律に関する意見陳述に対する答弁、その後の弁論権が削除されていた（284条）⁽²⁵⁾。これに加えて、1人の被告人について付けられる弁護人の人数は3名までとされた（162条）。

2. 捜査機関の強制権限・検察官の起訴権限

明治34年案においても、明治刑事訴訟法と同様に捜査機関の捜査権限は限定されていた。明治34年案77条は、現行犯の場合、被告人が定まった住所を有していないとき、被告人が監視を付けられている者であるとき、強盗、窃盗又は囚人逃走の罪について、身体を検証した際に被告人と判断できた場合に、拘引状なしに被告人を拘引することを認めた。さらに明治34年案84条は、準現行犯を「兇器、贓物等を所持し又は誰何せられて逃走し、若しくは身体、被服に顕著なる犯罪の痕跡ありて犯人と思料す可き場（龍法 '10）43 - 2, 110（560）

合」とした。これは、明治刑事訴訟法における準現行犯の概念 (57条) を拡大したものであった⁽²⁶⁾。

さらに、捜査機関は、強制処分以外の手段で、目的を達するに必要な一切の取調べを行うことができた。もっとも、その取調べについては証人や鑑定人に宣誓をさせることはできないとされた (222条)。この規定は、強制にわたらない限り、全ての捜査を捜査機関に許したものといえよう。また、検察官が捜査のために強制処分を必要とする場合は、公訴提起前であっても検証、差押え、搜索、被告人・証人に対する訊問、鑑定を予審判事又は所属区裁判所の判事に請求することができた (223条)。さらに、この処分後、この書類及び証拠物件はすぐさま検察官に送付されると規定されていた。このように、明治34年案では、検察官は裁判官を介してではあるが強制処分に関与することが認められていたのである。

この捜査の結果、検察は、「其の事件に付き公訴を提起す可きものと思料したるときは豫審又は公判を求む可し」とされた (226条)。予審を付すべき基準については規定はないが、「軽罪の刑に該る可き事件に付ては予審を求むることを得ず但豫審を求むる事件と同時に取調を爲す可き場合は此限に在らず」 (227条) とされていた。ここでは、当時実務で進行されていた起訴便宜主義に関する明文規定は確認できない。もっとも、明治刑事訴訟法64条1項が、「被告事件罪ト爲ラス又ハ公訴受理ス可カラサルモノト思料シタルトキハ起訴ノ手續ヲ爲ス可カラス」と規定されていたのと比較すると、少なくとも起訴便宜主義的運用と抵触することの少ない文言とされていたといえよう。

さらに、「公訴は法律に定めたる區別に従ひ検事之を行ふ」 (194条) として、明治刑事訴訟法と同様に国家訴追主義が採用されていた。また、「裁判所は公訴を受けざる事件に付き審判を爲す可からず但特別の規定ある場合は此限りに在らず」 (195条)、「公訴は検事の指定したる以外の被告人に其効力を及ぼさず但特別の規定ある場合は此限りに在らず」という規

定からすれば、明治34年案は不告不理原則をより徹底したものであったといえる⁽²⁷⁾。これに伴ってか、明治34年案197条は「公訴は第一審の辯論開始に至るまでに之を取り消すことを得」として、予審段階であっても検察官による公訴取消を可能としていた。

以上のように、明治34年案においては、捜査機関の捜査権限は、対象範囲の面で拡大され、さらに裁判官を介してではあるが強制処分に関与することが認められていた。これまでの状況に比べ、強制的な捜査に関与する可能性が相当に拡大されたといえよう。さらに、訴追についても、起訴便宜主義と必ずしも抵触しない規定、不告不理原則の徹底、公訴取消権限の規定によって、検察官の権限がかなりの程度で強化されているといえよう。

3. 予審

予審は廃止されることなく存置されている。明治34年案では、以下のよう

231条1項「豫審は被告事件を公判に付す可きや否やを決するに必要な事項を取調ぶるを以て限度とす」

2項「公判に於て取調べ難しと思料す可き事項及び被告人の辯護準備の爲め必要なりと思料す可き事項に付き其取調を爲す可し」

予審は、事件選別機能を有する手続かつ公判の準備手続として位置付けられた。このような規定は、これまで弁護士層を中心に批判されてきた「予審による公判審理の形骸化」という当時の状況に対応し、予審の機能を明確化しようとしたものであったといえる⁽²⁸⁾。他方で、予審調書等への証拠能力の付与が明文で認められることになった。明治34年案37条1号は、裁判官、外国の官庁及び官吏、検察官・司法警察官が作成した調書の証拠

(龍法 '10) 43 - 2, 112 (562)

能力を認めた。当然、予審調書もここに含まれる。先に確認したように公判審理の形骸化に対する批判は、公判審理が調書の朗読の場となっているという批判を中心とするものであった。その意味では、予審による公判審理の形骸化に対して、明治34年案においても、その十分な防止策は提示されていなかったといえる。

また、231条2項では、「被告人の辯護準備の爲め」に取調べを行うべきことが明記されているが、予審判事に必要な処分を請求することができるのは検察官のみである (239条1項)。

予審判事は、必要な取調べが終了したと判断した場合は、書類及び証拠物件を検察官に送付し (241条)、さらに管轄違、免訴、公訴棄却などの事由があるときはその旨の意見書を添付する、とされた (242条)。検察官は予審判事の取調べが不十分であるときは、検察官はその事項を指示して取調べを請求することができる、とされた⁽²⁹⁾。予審判事が意見書を送致した事件については、検察官が書類及び証拠物件に意見書を添付して、管轄違、免訴、公訴棄却、それ以外の場合は事件を検察官に交付する旨の「先行の決定」を請求できる (242条、246条⁽³⁰⁾)。意見書を添附しなかった事件、246条により検察官に交付された事件については、検察官は公判を求める手続を行わなければならない、とされた (253条)。

以上のように、予審における処分や予審終結手続について、検察官の関与が大幅に認められることとなった。特に「先行決定」の制度は、ドイツの「中間手続 (Zwischenverfahren)」になったものとされる⁽³¹⁾。この制度は、予審判事による専断防止を制度的に担保しようとするものであったといえる。しかし、検察官の権限が実質的に拡大されていたという当時の状況に鑑みれば、検察官のみに関与権が認められ、弁護人には制限された書類閲覧・謄写権のみが認められていたという点は、大きな問題性を抱えるものであったといえよう。

4. 公判

治罪法や明治刑事訴訟法においては、上述のように理念としては直接主義が宣言されていたとはいえ、明文による規定はなかった。これに対し、明治34年案36条は直接主義を採用したことを明らかにしている。

36条「裁判の資料たる可き證據は裁判所又は判事の直接に取調を爲したるものに限る。」

さらに、明治34年案265条は、以下のように規定されている。

265条「證人は公判前裁判所又は判事其他法律に依り特別に裁判権を有する者又は條約に依り訴訟上の共助を爲す外國の官廳若くは官吏又は檢事司法警察官の訊問したる者と雖も更に之を訊問す可し但特別の規定ある場合は此限に在らず」

ここでも直接主義が宣言されている。もっとも、明治34年案で示された直接主義が、書面による事実認定を禁止する趣旨であるかというところではないように思われる。例えば、明治34年案37条は、裁判官、檢察官及び司法警察官等が作成した調書について、「前條の規定に拘はらず之を證據と爲すことを得」と規定する。さらに、264条はこの「證據と爲す書類は裁判長之を朗讀し又は裁判所書記をして之を朗讀せしむる可し但當事者異議なきときは其書類の要旨を告知して朗讀に代ふることを得」と規定されていた。また266条も上記の265条にいう書類も、証人等が死亡や病氣等により呼出困難な場合、公判前における供述の重大な部分を変更した場合、公判において供述を拒否した場合、その調書の朗読について当事者が異議のない場合、朗読できるとされていた。

これらの規定を見る限り、明治34年案で示されている直接主義は、証拠
(龍法 '10) 43・2, 114 (564)

調べは、原則的に判決裁判所それ自体の面前にて行われなければならないという「形式的直接主義（直接審理主義）」⁽³²⁾を宣言するものであったといえる。この「形式的直接主義」によれば、調書であっても裁判官が面前で証拠調べを行えば問題はないこととなる⁽³³⁾。この「形式的直接主義」はドイツ⁽³⁴⁾にならったものとされるが、ドイツ帝国刑事訴訟法に比べ証拠能力の認められる調書⁽³⁵⁾の種類が拡大されていた点が特徴的であったといえる⁽³⁶⁾。

以上のように、明治34年案は、直接主義を掲げつつも裁判官による調書のみならず、司法警察官や検察官作成の調書の朗読可能性、すなわち証拠能力を認めた。少なくとも建前として予審調書等の朗読可能性・捜査機関の聴取書の証拠能力を否定していた治罪法・明治刑事訴訟制定当初の時期に比べて、明治34年案において示された規定の意味は少なくないように思われる。

ここまで見てきたように、明治34年案は、弁護士層から要求され続けていた「予審弁護制」を一定程度採用したが、他方で捜査機関の捜査権限を拡大した。さらに、捜査機関が作成した調書の証拠能力も一定の制限のもとではあるが明文で認めた。また、予審は公判準備手続としてある程度純化された。このように、明治34年案では、予審が公判審理に対して有する影響力を限定しつつ、検察官及び弁護人・被告人の権限を一定程度強化しようとしたものであったといえる。

もっとも、弁護人の権限に関する規定を見ると、予審段階における弁護人による活動は相当に制限されていた。例えば、弁護人が立ち会うことのできる予審の処分には被告人・証人訊問が含まれていないし、証拠開示が認められる時期も予審における取調べが基本的に終結したあとであった。他方で、検察官は予審へ関与する権限を大幅に拡大されていた。検察官は予審において常に書類や証拠物件を閲覧でき、さらに必要な処分を常に予審判事に請求することができた。また、予審の免許等に関する決定に

についても再審査を請求することもできたのである。

このように、明治34年案はそれまで疑問視されてきた予審の役割を限定し、それに伴い両当事者の権限を拡大することを目的とするものであった。もっとも、弁護人に関する権限拡大はわずかな程度にとどまったのに対し、検察官の権限は大幅に拡大されていたといえる。このような弁護権の実質的な限定は、予審の役割制限や直接主義採用と密接に関わるものであったといえる。すなわち、予審が刑事手続において占める重要性の低下に伴って、予審段階で弁護人を付けることの意味も低下しうるからである。その意味で、このような改正動向は、当時の実務状況、すなわち「糺問主義的予審判事司法」から「糺問主義的検察官司法」への移行という実務状況とも合致するものであったといえよう。

第3款 明治34年案に対する反応——『刑法及刑事訴訟法意見書』と『刑法及刑事訴訟法意見書追加』——

1. 証拠開示に関する反応

先に述べたように、この明治34年案は、裁判所・検事局・弁護士会に配布されて、8月を期限とした答申が求められた。そして、それらの答申は『刑法及刑事訴訟法意見書』及び『刑法及刑事訴訟法意見書追加』⁽³⁷⁾にまとめられている。以下では、『刑法及刑事訴訟法意見書』及び『刑法及刑事訴訟法意見書追加』を中心に、それらの答申を概観しつつ、明治34年案の意義、さらには当時の問題状況を探ることにする。

証拠開示について規定した163条については以下のような見解が示されている。まず、仙台弁護士会は、163条について「(①) 辯護人ハ公判ニ付セラレタル事件ニ付テハ裁判所内ニ於テ被告事件ニ関スル書類又ハ証拠物件ヲ閲覽シ且其書類ヲ謄写スルコトヲ得 (②) 豫審ニ付シタル事件ニ付テハ其進行ヲ妨ケサル限り豫審処分ニ関スル書類又ハ証拠物ノ閲覽又ハ謄写ヲ請求スルコトヲ得」(括弧内引用者)⁽³⁸⁾、と改正すべきことを提案した。そ

(龍法 '10) 43・2, 116 (566)

の理由として、明治34年案の規定のままでは予審段階における弁護人選任権を認めた趣旨が意味のないものになってしまうことが挙げられている⁽³⁹⁾。

宇都宮地方裁判所所属弁護士会長は、弁護人が予審の取調べに立ち会う権利を認める規定を設けるべきとしたうえで、明治34年案163条1項を、以下のように改正すべきとしている。「豫審ニ付シタル事件又ハ豫審ニ付セサル事件ニ付テハ検事公判ヲ請求シタル後チ辯護人ハ裁判所内ニ於テ被告事件ニ関スル書類及ヒ証拠物件ヲ閲覧シ書類ヲ謄写スルコトヲ得」⁽⁴⁰⁾。さらに、第2項を削除することも提案している。その理由として、「豫審ノ取調ハ被告事件ノ基礎ヲ爲シ重要ナル利害関係ヲ有スルモノナレハ辯護人ヲシテ之レニ立会ハシムレハ被告人ノ爲メニ其利益少カラサルノミナラス豫審判事ニ於テモ審理上迅速ト精密トヲ得ルノ便宜アリト信ス 辯護人ヲシテ右ノ如ク豫審ノ取調ニ立会ハシムル以上ハ從ヒテ証拠物件ヲ閲覧セシメ書類ヲ謄写セシムル必要アルコトハ勿論ナリ」⁽⁴¹⁾、と述べている。

さらに、京都弁護士会は明治34年案163条について、「之實に妥當の規定にして從來の不便を補ふに足るべきを信ず然れども其如此の時機に達したることを辯護士に知らしむるの規定を存するに非ざれば辯護人は其事件の何の時に如此時機に達したるやを知るを得ずして不知の間に其機會を失せざらんとを期するには日々裁判所に就て之を探るの勞を取ざるべからず然らざれば本條により蒙るべき便宜と利益とは殆んど収むる能はざるべし之を以ての故に如此時機に達したる場合に於ては豫審判事若くは検事より辯護人に通知すべき規定を追加せられんことを希望す」⁽⁴²⁾、としている。

以上のように弁護士層の改正要求は、明治34年案以上に予審段階における証拠開示を強化しようとするものであった。具体的に見ると、予審段階で弁護人を付けることができたとしても、証拠開示が認められない（あるいは開示時期が遅い）以上は、その意義が失われる、という見解が多く見られる。ここでは、実効的弁護の前提として証拠開示が不可欠であるとの弁護士層の認識が見てとれる。さらに、京都弁護士会の意見は、この証拠

開示の実効的保障を目的とする方策を示したものとして重要であろう。それでは、弁護士層以外の証拠開示に関する意見はどのような内容であったのか確認しよう。

函館控訴院検事長と地方裁判所検事正は、弁護人の行為を制限する趣旨であるとの理由で、163条2項の削除を要求している⁽⁴³⁾。さらに宮城控訴院検事長は、163条1項において示されている241条を251条（「先行の決定後」）に改正し、さらに163条2項を削除することを要求している。その理由として以下のように述べている。「第241条ノ手續後モ検事ヨリ豫審ノ取調不十分ナリトシテ尚ホ取調ヲ請求シ更ニ豫審ヲ続行スルコトアルヲ以テ未タ全ク豫審終了シタルモノニアラス故ニ之ヲ第253条ニ改メ本条ノ手續ヲ許スハ其事件全然公判ニ付シタル後ト爲サンコトヲ望ム」⁽⁴⁴⁾、と。

以上のように、検察官側の意見はむしろ明治34年案の証拠開示に関する規定でも弁護士の権利を過度に強化しようとするものであるとして批判したものであるといえる。検察官側の見解は、証拠開示の時期を予審におけるすべての取調べ後に設定すべきというものであった。

これら両者の見解は、当時の証拠開示に関する弁護士層や検察官の要求を明確に示すものであるといえよう。ここでは、証拠開示の対象が直接の議論の対象とはなっておらず、その開示時期が問題となっているといえる。しかし、そもそも「予審弁護論」は、予審段階における無罪方向の証拠収集機能の回復を目的とするものであった。このことを踏まえるならば、開示時期の議論はまさに開示対象に無罪方向の証拠をも含めるか否かという議論に直結したものであったといえる。

他方で、予審段階における証拠開示の意義についても、この議論においても多少ながら明らかとなったといえよう。弁護士層の見解においては、予審段階における証拠開示は、予審段階における実効的な弁護・防御活動の前提条件として位置付けられているのである。

2. 捜査機関の強制権限・検察官の起訴権限に対する反応

次に、捜査機関に関する規定に対する対応を見てみよう。まずは、司法警察官及び検察官に対して拘引権限を一定事件につき認めた、77条に対する反応を概観する。

77条については、77条4号で挙げられている対象犯罪から強盗窃盗を削除せよという鹿児島弁護士会の意見⁽⁴⁵⁾、同条3号、4号、5号を削除すべきという宇都宮地方裁判所所属弁護士会長の意見があった。宇都宮地方裁判所所属弁護士会長は、その理由として、司法警察官の権限が過度に強化され、人権侵害をもたらす危険があることを挙げている⁽⁴⁶⁾。ここでは、司法警察官の権限拡大のみが問題とされている。

このような司法警察官の権限拡大のみを批判する見解は、京都弁護士会⁽⁴⁷⁾、横浜弁護士会⁽⁴⁸⁾、大阪弁護士会⁽⁴⁹⁾などにも見られる。これらの見解においては、明治刑事訴訟法においてさえも司法警察官がその権限を濫用する状況にあるのに、明治34年案ではその傾向に更に拍車がかかってしまう旨の批判がなされている。このように、明治34年案77条に対する弁護士層の批判は、司法警察官の権限拡大について集中している。これに対し、新潟弁護士会は検察官の権限拡大も含めて批判している。すなわち、「刑事訴訟法草案の如く今日の検事及び司法警察官をして現行豫審判事の職権に属する被告人尋問及び令状發行の権能を有しむるは現下の世態に於て極めて憂慮す可き危険事たる而已ならず特に今日の司法警察官をして訊問調書を作成するの職権を有せしめ且つ之に裁判上の證據力を附與するが如きは是れ實に自制の進歩人文の發達に伴はざる危殆の立法と言はざる可らず抑も方今刑事裁判の弊疾は其の由つて来る所多くは皆な警察署又は検事廷の不法處分よりするにあらずや然るに草案の改正却つて此の者に授るに人を害ふに足るべき兇器を以つてす人権の聞き恐くは此に藏せん矣宜しく之を修正し如上諸般の権能を梁等より奪却し去つて之を判事の職権に回収すべし」⁽⁵⁰⁾、と。ここでは、検察官や司法警察官の証拠収集権限拡大

が当時の実務状況を踏まえて批判されている。裁判における証拠収集権限は裁判官のみに付与されるべき、とされているのである。

捜査機関の尋問権を付与した明治34年案222条についても、司法警察官に関してのみ批判している弁護士会が大部分である⁽⁵¹⁾。

以上のように、当時の弁護士層は、捜査機関の権限拡大に関して、基本的に司法警察官の権限拡大のみについて警戒していたといえる。

検察官の意見を見ると、77条については、拘引が許される類型をさらに拡大せよというものが大部分である。

この捜査機関の権限拡大については、裁判官も多くの意見を表明している。例えば、山口裁判所長は、77条2号を以下の理由で削除することを要求している。「左條ハ検事及司法警察官ニ與フル権限ノ廣キニ過クルヤノ感アリ實際是等犯罪検挙ノ当局者ニハ斯ノ如キ機変ニ応スル便益ヲ與フルノ必要ナキニアラサル可ント雖モ之ヲ應用スルコト最モ多キ司法警察官ノ如キハ屢之ヲ濫用シ人民ノ權利自由ヲ侵害スル場合ナキヲ保シ難シ現行法実施以來ノ実例ニ徴スルニ疑ヲ存スル場合多キ…」⁽⁵²⁾、と。山口地方裁判所長は、222条についても同じくその削除を要求している⁽⁵³⁾。以上のように、裁判官にも捜査機関、特に司法警察官の権限拡大に対する警戒感が存在していたといえよう。もっとも、このような山口地方裁判所長の見解は少数にとどまっている。

ここまで見てきたように、当時の法曹関係者は、捜査機関の権限拡大についてはそれほど注意を払っていなかったように思われる。ここでは、司法警察官に強制捜査権限を付与するべきでない、との見解が一定程度見られるにとどまる。それでは、検察官の権限については、当時の法曹関係者はどのような態度を示していたのであろうか。以下の予審及び直接主義を巡る意見を概観することによって確認する。

3. 予審に対する反応

予審に関して、弁護士会の多くは「予審弁護」制の不充分さについて批判する見解を示している⁽⁵⁴⁾。これに対し、新潟弁護士会は明治34年案における予審制度改正について、以下の見解を表明している。「刑事訴訟法草案は、現行豫審制度を改造し而して却って之れを無能ならしめたり抑も現行豫審制度の多弊なるは世間既に定論在るありと雖も然ども亦た草案の如く豫審判事の権限を減殺し之れが大部を挙げて検事及び司法警察官に移付し豫審判事をして恰かも検事の頗使に供する一属僚たらしむる」⁽⁵⁵⁾、と。ここでは、予審判事の権限が縮小されたとしても、検察官や司法警察官にその権限が委譲されるのでは、その問題性がさらに拡大するだけであるとの批判が見られる。

予審の目的を規定した明治34年案231条に対する意見表明は、検察側・裁判所側によるものが多く見られる。神戸地方裁判所検事正は、明治34年案では予審は事件を公判に付すか否かの限度でしか証拠収集を行えないとされているので、その他の証拠は公判判事が収集することになるが、このことは多くの弊害を引き起こすと批判している。すなわち、時間の経過による証拠の散逸、公開主義を採る公判で証拠収集することによる罪証隠滅の危険性、弁護士が関与することによって紛糾が生じる虞がある、との批判が示されているのである⁽⁵⁶⁾。松江地方裁判所長は、明治34年案のように予審制度を改革することは、罪証隠滅と事件の遅延を引き起こすと批判している⁽⁵⁷⁾。以上のように、予審の機能及び目的を限定しようとする明治34年案の改正は、各方面からの大きな批判にさらされた。

上述した「先行の決定」制度は、先に示した231条の趣旨を貫徹するうえで必要なものであったといえる。予審判事に予審終結決定をさせることとなれば、結局予審判事による取調べが詳細かつ広範囲なもの（公判審理の先取り）とならざるを得ないからである。この制度に対する意見を確認しておく必要もあろう。例えば、盛岡地方裁判所検事正は、明治34年案が

明治刑事訴訟法の予審終結決定を廃止し、「先行の決定」制度を採用したことについては賛成意見を表明しているが、さらに管轄違い、免訴、公訴棄却以外の場合も含めて、予審判事は意見書を付するべきだとした。もっとも、このような賛成意見はこれのみである。これに対し、「先行の決定」制度については廃止すべきとの意見が大部分であった。神戸弁護士会⁽⁵⁸⁾、高松地方裁判所長⁽⁵⁹⁾などが明確に反対している。特に、宇都宮弁護士会が以下のような意見表明を行っている。「原案ニ現行法ノ如ク豫審判事ニ終結決定権ヲ付與スルノ規定ヲ設ケサルハ蓋シ若シ之レカ決定ヲ為スコトセハ其決定アルカ爲メ本案ノ公判ニ於テ先入主トナリテ裁判ニ影響ヲ及ホスヘキ恐レアリトシタルニ起因シタルモノナランカ果シテ然ラハ従来ノ経験ニ徴スルモ是レ恐ラク杞憂タルニ過キサルヘシ且凡ソ自ラ事ヲ終結スルノ決心ハ大ニ責任ヲ喚起スルノ力アルモノニシテ豫審終結ヲ自己ニ負担スルノ覚悟アルカ爲メ豫審判事ノ審理上ニ及ホス影響少ナカラサルコトハ従来ノ経験上明カナルノミナラス親シク其取調ヲ爲ササル第三者カ決定ヲ爲ストキハ却テ事實ノ真相ヲ誤ルノ恐レアリ是レ現行法ト同一ノ規定アラントヲ望ム所以ナリ」⁽⁶⁰⁾、と。ここでは、「先行の決定」が目的としたであろう予審段階での公判審理の先取りの防止が、真実発見を妨害するものとして批判されている。このような宇都宮弁護士会の見解を見れば、弁護士層は従来どおり予審に一定程度の重要性を認め、そのうえで予審を弾劾化することで、明治刑事訴訟法の問題性を解決しようとしていたといえよう。

これに対し、検察側は予審弁護制について徹底的に批判した。例えば、札幌地方裁判所検事正は、現状からすれば「辯護人ハ被告人ノ冤罪ニ陥ラサランコトヲカムルヨリ寧ロ罪証ノ湮滅ヲ図リ甚シキハ被告人ノ爲メニ証憑ヲ捏造スル如キノ弊害アリ」⁽⁶¹⁾として、証拠ねつ造などを理由として予審段階で弁護人を付けること自体に反対している。

4. 公判（直接主義）に対する反応

先に確認したように、明治34年案36条は直接主義を採用することを明らかにした。最後にこの点に関する反応を確認する。

弁護士層の36条に対する反応はまったく見られなかった。

これに対し、検察官や裁判官の反対意見は多数見られる。例えば、松山地方裁判所長は、①「絶対ノ口頭審理主義ハ事實ノ真相ヲ得ルニ困難」であること、②「絶対ノ口頭審理主義ハ現時ノ職員ノ経費額ニテハ到底完全ニ之ヲ実行スルコトヲ得サル」こと、③「絶対ノ口頭審理主義ハ到底之ヲ一貫セシムルヲ得ス」ことを理由として挙げている⁽⁶²⁾。ここで示されている真実発見との関係、人的・財的資源との関係という観点からの批判は、他の裁判官からもなされている。また、検察官も同様の形で批判している⁽⁶³⁾。このように、明治34年案において採用された直接主義は多大な批判にさらされた。これらの反対論者は、明治34年案の36条や37条の削除、また明治刑事訴訟法と同様の規定にせよという要求を行っている。さらに、裁判官・検察官は、37条で規定されている書面以外に、告訴・告発状、自首状、盗難届・被害届、捜査報告書などの書面を証拠とすべきことを提案している⁽⁶⁴⁾。

以上のように、当時の裁判官・検察官は直接主義の採用について全面的に反対し、さらに供述書以外の書面についても幅広く証拠とすべきことを要求した。もっとも、明治34年案が「形式的直接主義」を採用し、供述書を証拠とすることについては緩やかな態度をとっていたことは前述したとおりである。しかし、この点について弁護士層の批判は見られなかった。

5. 当時の法曹関係者の意識と証拠開示

これらを踏まえると、当時の弁護士層の主要な関心の1つは、いかに「予審弁護士制」を貫徹するかにあったといえる。当時の弁護士層は、司法警察官の権限拡大については厳格に反対の態度を示したものの、検察官

の権限拡大、その結果たる供述書の多くに証拠能力を認めることに対しては大きい批判はしなかった。他方で、検察官は捜査機関の権限を大幅に拡大し、予審は明治刑事訴訟法の状態で維持し、さらに公判におけるさまざまな書面の利用可能性を要求した。裁判官の立場も検察官に近いものがあるといえるが、司法警察官の権限拡大には警戒を示していた。

証拠開示に関しては、以下のことが指摘できよう。弁護士層の意識は、従来の弁護士層の要求とはほぼ変わらなかった。具体的には以下のような要求である。「予審弁護士制」を採用することによって予審を弾劾化する。それによって、公判審理への被告人に有利な証拠の提出を可能にする。そのために、証拠開示は予審段階における実効的弁護の前提条件として位置付けられる。その結果、公判段階における証拠開示は、予審において提出された無罪・有罪両方向の証拠が対象となる。もっとも、予審の弾劾化は予審に比重を置くことを前提とするので、手続の重複は避けられない。それゆえ、弁護士層の関心も、手続の実質的中心である予審段階における証拠開示に比重が置かれることとなる。

このように、当時の弁護士層の要求には、証拠開示に関する新たな意義を見てとることができる。すなわち、予審における証拠収集及び訴追過程を弁護人の観点からコントロールするためには、予審段階からの十分な証拠開示が必要であるとの要求である。ここから導かれる、証拠開示の新たな意義を、予審段階からの無罪方向の証拠収集及び予審における人権侵害防止の前提としての「捜査・訴追過程の同時的検証」とする。具体的には、証拠開示を通じて、証拠収集過程を同時に検討し、これにより予審による証拠収集の不足部分を補い、予審における人権侵害を防止しようという意義である。当時の弁護士層には、このような証拠開示の新たな意義が意識されつつあったといえる。この点、重要と思われるが、このような新たな意義が認識されつつあったことの意味である。それは、従来から証拠開示の意義として強調されてきた「捜査・訴追過程の事後的検証」が、

当時の実務状況を踏まえれば、防御活動にとって不十分であったことを意味する。予審段階での証拠の偏りを是正しない限り、「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義は十分に発揮されないからである。当時の弁護士層は、このような認識を前提として、予審段階における証拠開示を通した「捜査・訴追過程の同時的検証」によって、予審段階における証拠収集に同時的に関与することを要求したといえる。

もっとも、このような予審弁護士制度と証拠開示の拡大の要求が、実効性を持ち得たかは疑問である。なぜなら、当時の実務状況としては、証拠収集の中心的役割が予審から捜査機関に移行しつつあったからである。このような実務状況を前提とするならば、予審段階における証拠開示も、結局、捜査機関による「有罪方向の捜査・訴追過程の事後的確認」に過ぎないものになってしまう可能性があったからである。

他方で、検察官は「予審弁護士制」は採用せず、従来の予審を維持した状態で、捜査機関の強制捜査権限を拡大することを要求している。ここでは、証拠開示は、捜査機関が収集した証拠・資料等の公判前の開示を意味する。そうすると当時の実務状況を見る限り、有罪方向に偏った証拠が公判に提出され、それゆえそのような証拠のみが開示されることとなろう。証拠開示は「有罪方向の捜査・訴追過程の確認」という意義にとどまることとなる。当時の裁判官の意識もこれに近いものであったといえよう。

以上のように、証拠開示の意義に関しては、弁護士層は「捜査・訴追過程の同時的検証」の拡大・強化の重要性を、検察官・裁判官は「有罪方向の捜査・訴追過程の確認」の維持を重視していたといえよう。これに対し、明治34年案は、基本的に後者の立場に立ちつつ、部分的に予審段階における「捜査・訴追過程の同時的検証」の要素を採り入れたものと評価できる。163条2項の「辯護人の立會を許す可き豫審處分に關する書類及び證據物件は豫審中と雖も閲覧又は謄写を請求することを得」との規定はそのことを示すものであったといえよう。

もっとも、弁護士は検察官とは異なり予審判事に処分を請求できないこと、捜査機関の権限が拡大されたことを考慮するならば、予審段階における「捜査・訴追過程の同時的検証」がどこまで機能し得たかは疑問である。結局、予審判事に処分を請求できないのであれば無罪方向の証拠収集という証拠開示の意義は限定され、また上述のように証拠開示による検証の対象とすべき証拠収集の実質的な中心は捜査機関による活動へ移行していたと考えられるからである。

このように、当時の改正動向は、証拠開示について、予審段階における「捜査・訴追過程の同時的検証」を認めたかのような外観を呈しつつも、予審の機能限定及び捜査機関の起訴裁量や強制捜査に関する権限拡大などによって、証拠開示の意義を「有罪方向の捜査・訴追過程の事後的確認」へと実質的に限定しようとしたものであったといえよう。

4. 小活

以上のように、明治30年代における刑事手続に関する実務・立法上の動きとそこでの証拠開示の意義について概観してきた。

実務における動きとしては、捜査機関の権限拡大が特徴として挙げられる。この時期においては、捜査段階における聴取書を中心とする綿密な捜査と慎重な起訴の必要性が主張され、実行されていった。特に明治30年半ばあたりからは、検察官による起訴・不起訴の選別が慎重になってきたことが統計からも窺える。他方で、警察官の権限についても、従来から捜査目的で行使されていた行政検束が明確に立法されるなど、次第に拡大された状況が見られた。

このような綿密な捜査・慎重な起訴は、予審の事実上の機能にも影響を及ぼしたと思われる。統計をみても、検察官による不起訴率が上昇するに従って、予審免訴率が低下している。このように、予審の事件選別機能は次第に、検察官へと移行していったといえる。予審判事による予審終結決

定以上に、検察官の起訴・不起訴決定が重要な意味を持つようになっていたのである。さらに当時の法曹関係者の見解を見ると、そこでは捜査機関が収集した証拠が中心的役割を果たした。特に聴取書が中心となっていたことが指摘されている。

このような実務状況のなかで、証拠開示の事実上の意義は「予審判事が収集した有罪方向中心の証拠」の開示から、「捜査機関が収集した有罪方向中心の証拠」の開示へと移行しつつあったといえよう。というのも、当時の捜査機関が収集する証拠の重点は有罪証拠である、ということが各方面から指摘されていたからである。他方で、この時期には、証拠開示に関して、捜査機関の証拠隠しなどが発覚していた。

このような実務状況と並行して、明治34年案による刑事訴訟法改正の作業が進められた。この改正案の特徴としては、明治刑事訴訟法に比べ予審の役割が限定され、他方で弁護士・捜査機関の権限が拡大されたという点が挙げられる。また、直接主義の採用が明確に示され、公判中心主義の貫徹が図られた点も挙げることができる。もっとも、予審の役割が限定されたことによって、従来要求されてきた「予審弁護論」の意義も低下したといえる。それに伴い、予審段階における弁護権、ひいては証拠開示の規定も制限的なものとなっていた。他方で、弁護権の強化以上に、捜査機関の権限拡大が見られた。さらに、直接主義も多くの例外を認めるものであり、捜査機関が作成した調書の証拠能力を基本的に認めかねないものであった。

このような明治34年案に対する法曹関係者の態度はさまざまであった。弁護士層は、予審の役割の限定、捜査機関の権限拡大に対し、予審の役割の維持、司法警察官の権限付与の否定を主張し、従来通りの「予審弁護論」を主張した。証拠開示はこの「予審弁護論」において中心的役割を占めていた。多くの弁護士会は、予審における実効的弁護の前提条件として証拠開示の充実を主張していた。このような弁護士層の改革要求は、証拠

開示に関していえば、「捜査・訴追過程の事後的検証」の役割を果たすべき当時の証拠開示が機能していなかったことを示すものであるといえる。それゆえ、当時の弁護士層は、予審段階における「捜査・訴追過程の同時的検証」という証拠開示を実効的な防御活動の前提として位置付けたものであったといえよう。もっとも、当時進行していた捜査機関の権限拡大に鑑みれば、実効性を持ち得たかは疑問であった。

これに対し、検察官や裁判官は、予審の役割の維持、直接主義の削除をもって対応していた。特に検察官は、予審の役割を維持しつつ、「予審弁護制」の削除をも要求した。さらに、捜査機関の権限拡大も要求した。このような検察官の改革要求は、捜査機関が証拠を収集し、さらに予審を経たうえで、公判審理を先取りし、さらに公判前手続の段階で収集したさまざまな書面を公判審理に提出しようとするものであったといえる。この改正要求によれば、証拠開示が有する意義は相当に限定されることとなる。なぜなら、弁護人が関与し得ない段階で、捜査機関が中心に一方的に収集・作成した証拠や書面は、予審を経て、公判段階においてようやく弁護側に開示されることとなるからである。このような要求に従うならば、証拠開示は「有罪方向の捜査・訴追過程の確認」を意味するに過ぎないものとなり得た。

明治34年案は、証拠開示に関していえば、検察官の改革要求に立脚しつつも、弁護士層の改正要求をも一定程度容れたかのような外観を呈していた。しかし、弁護人が開示を受けたとしても、予審判事に処分を請求できないこと、捜査機関の権限が拡大されたことを考慮すれば、予審段階における証拠開示の意義は相当に限定されたといえよう。起訴前の捜査段階で有罪方向の証拠の大部分が収集されたのであれば、予審段階で証拠開示を受けたとしても、結局「有罪方向の捜査・訴追過程の確認」を意味するに過ぎないからである。

以上のような実務・法改正作業の後、刑事手続の動向はどのような方向
(龍法 '10) 43・2, 128 (578)

性をもって進められ、そこでの証拠開示の意味はどのように変化していったのであろうか。次節では、それらの動向をいわゆる「大正5年案」を中心に確認することにしよう。

第2節 大正5年案の構造と証拠開示の意味

第1款 理論的動向

明治34年案によって議論を開始したのは法曹界だけではなかった。明治40年前後には、学界でも活発な議論が行われることになった。この学界における議論の特徴は、それまで依拠されてきたフランス法ではなく、ドイツ法における議論に依拠することにあった。このことは、当時のドイツにおいてもドイツ刑訴法1908年草案が作成され、刑訴法改正作業が進んでいたことをも背景とするものであったといえる。以下では、それらの議論のうち、豊島直道、中川孝太郎、富田山寿の見解を概観することにしよう⁽⁶⁵⁾。

1. 豊島直道の見解

豊島の著書『刑事訴訟法原論』（1902）において、特徴的であると思われるのが「當事者訴訟トシテノ刑事訴訟」との章を設けて自身の見解を述べていることである。ここで、豊島は以下のように述べている。①「刑事訴訟ハ國家カ或者ニ對シ刑罰權ヲ有スルヤ否ヤヲ審究判定スル所ノモノタリ而シテ此問題タル國家カ法律ヲ以テ公訴提起ノ任ヲ委子タル檢事ナル官府ニ由リ裁判所ニ提出セラルルモノトス此檢事ナル官府ハ裁判所ニ於テ原告トシテ犯罪アリト主張セラルル被告人ト相對スルモノニシテ刑事訴訟ヲ外面ヨリ觀察スレハ裁判ヲ求ムル者ト裁判所ノ裁判ヲ受クル者トアリテ刑事訴訟ハ裁判ヲ以テ確定スヘキ權利ニ關スル二人ノ訴訟トシテ此二人ノ訴訟者ハ所謂訴訟ノ當事者トシテ表ハルルモノナリ」⁽⁶⁶⁾、②「被告人及ヒ檢事ヲ當事者ナリトシテ相對立セシムルハ至當ノ論ニアラス檢事ハ自己ノ權利ヲ主張スルモノニアラスシテ國家ノ有スル刑罰權ヲ主張スルモノナリ

而シテ検事ハ當事者ニアラスシテ當事者ノ代理人ナリ是故ニ刑事訴訟ヲ以テ當事者訴訟ナリトセハ原告ノ側ニ於テハ國家ヲ以テ當事者ト看做ササルヘカラス」⁽⁶⁷⁾、③「國家ハ當事者ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ而シテ國家ナル當事者ハ被告人ノ利益ト相反スル國家ノ利益ヲ訴訟ニ於テ主張セシムルモノナリ被告人モ亦之ヲ當事者ト見ルヲ要ス…被告ハ訴訟ニ於テハ證據方法タルカ故ニ當事者ニアラスト稱セリ然レトモ第一ニ被告人ハ種々ナル訴訟上ノ權利ヲ有シ即チ權利ノ主體ニシテ第二ニ之ト同時ニ證據ノ目的物ナリ…刑事訴訟法ニ於テハ被告人ヲシテ常ニ此二個ノ地位ヲ有セシム」⁽⁶⁸⁾、④「刑事訴訟ハ權利ノ争ト見サルヘカラス而シテ總テ爭議ニハ必ス相争フ關係人アリテ此關係人ハ即チ當事者ナリトス又刑事訴訟ニハ辯護人ナルモノヲ設ク此辯護人ナルモノノ訴訟ニ於ケル地位ヲ見レバ攻撃者ト攻撃ヲ受クル者トヲ條件トス即チ相争フ當事者アルコトヲ條件トスルモノナリ」⁽⁶⁹⁾、⑤「刑事訴訟ハ…正確ナル裁判ヲ得ント欲スレハ…當事者同等主義ノ原則ニ基カザルベカラザルナリ而シテ此ノ原則ハ成ルベク當事者ノ一方ヲ他ノ當事者ヨリ優等ノ地位ニ置スシテ凡テ平等ナルコトヲ主義トシ之ヲ刑事訴訟法ノ基礎ト爲スモノナリ然ルニ…種々ノ場合ニ於テ一方ノ當事者ニ附與シタル權利ヲ他ノ當事者カ有セサルコトアリ」⁽⁷⁰⁾、⑥「原告ノ側ハ被告人ニ對シ優等ナルモノナリ刑事訴訟法ニ於テモ攻撃者ノ地位ハ攻撃ヲ受クル者ノ地位ニ對シ優等ニシテ且検事カ此攻撃者ナレハ其優等ノ度ハ益甚シ」⁽⁷¹⁾。

このように豊島は、当事者訴訟の重要性を指摘し、検察官の國家の代理人性と原告たる地位を強調しつつも、実体的真實主義の重要性を前提として検察官の優位性を強調している。豊島はさらに、「捜査ノ目的ハ公訴ヲ提起スル爲ノ資材ヲ得ルノミニ止マラスシテ公訴ヲ實行シ之ヲ維持スルニ必要ナル資料ヲモ得ルニ在リ」⁽⁷²⁾として、綿密な捜査・慎重な起訴を支持し、公判維持のための証拠収集を認めている。そのうえで、豊島は明治刑事訴訟法における非現行犯に対する捜査に関する規定が不充分であると

し、フランス法やドイツ法を例として挙げながら「捜査ノ権力強大ニシテ依テ以テ検事ハ公訴ノ提起ヲ誤ルコトナキヲ得ヘシ然ルニ我刑事訴訟ハ此等ノ規定ヲ設ケス僅カニ現行犯ニ限りテ捜査ニ強制處分ヲ用ユルコトヲ許シタルノミナルハ一大欠点ト云フヘシ」と主張している⁽⁷³⁾。

以上のように豊島は、捜査機関の権限拡大を支持していた。さらに、豊島は、後の著書『修正刑事訴訟法新論』において、「検事、司法警察官カ以上ノ捜査處分ヲ爲シタルトキハ訊問ニ付テハ聴取書、實況見分ニ付テハ見分書等ノ書類ヲ作製スル義務アリ是レ公判ニ於ケル證據調ノ端緒タルモノナレハナリ又此捜査書類ハ検事等カ其捜査ノ権限内ニ於テ作製シタル公正ノ書類ナレハ法律ニ於テ禁制ノ規定ナキ以上ハ證據トシテ之ヲ採用スルコトヲ得ルモノトス」⁽⁷⁴⁾として、捜査において作成された書類の証拠能力を認めるべきとしている。これに加えて、豊島は予審の廃止をも示唆している。豊島は、捜査手続と予審が「其實質ハ糾問ニ傾キ捜査手續ノ引續ナルコトハ豫審ノ目的ト捜査ノ目的ト異ル所ナキヲ以テ之ヲ知ルヘキナリ故ニ各事件ニ付キ捜査ヲ完全ニ爲ストキハ豫審ヲ不必要ナラシム捜査ヲ或ル程度ニ止ムレハ豫審ノ必要ヲ生ス故ニ其實質ヨリシテ捜査ト豫審トノ限界ハ一定セス各事件ノ模様ニ依テ之ヲ定メサルヘカラス」⁽⁷⁵⁾と述べている。ここでは、捜査と予審の同質性が指摘され、それゆえ捜査手続が拡充されれば予審はその存置の必要性を欠くことが主張されている。ここでは、捜査機関の権限拡大が予審廃止につながるという論理が示されていたといえよう。事実、豊島は後述の大正5年案の立案過程で予審廃止及び捜査機関への強制権限付与を主張している⁽⁷⁶⁾。もっとも、他方で、豊島は直接審理主義を強調し、法定されている場合以外は、予審調書を朗読すべきではなく、証人・鑑定人を公判に呼び訊問すべきとしている⁽⁷⁷⁾。

それでは、豊島の見解において、証拠開示はどのように位置付けられたのであろうか。豊島は、弁護人の訴訟記録を閲覧・謄写する権利を「辯護人ガ被告人ノ犯罪行為及被告事件ノ訴訟ノ模様ヲ詳細ニ知了スル時ハ

愈々益々其辯護ハ正確ヲ得ルニ至ルベシ故ニ法律ハ左ノ權利ヲ辯護人ニ附與ス」⁽⁷⁸⁾、としている。さらに、明治刑事訴訟法180条にいう「訴訟記録」について以下のように説明している。「検事ノ捜査書類モ基礎ト共ニ裁判所ニ送致シ裁判所ハ之ヲ訴訟記録ノ中ニ綴込ムカ故ニ（第66條）本條ノ訴訟記録ナル語ノ中ニハ判事ノ作成シタル調書ノミナラズ検事ノ作りタル捜査書類ヲモ包含ス故ニ本條ニ所謂訴訟記録トハ裁判所ニ存ズル記録ノ意ナリ但シ證據物件ハ此内ニ包含セス證書其他ノ物件ハ公判開廷ノ時ニ於テノミ閲覽シ得ルニ止マル」⁽⁷⁹⁾、と。ここでは、「訴訟記録」とは「裁判所に存在する記録」であり、証拠物件等は含まれないとの解釈が示されている。さらに、それと同時に、開示対象として検察官の捜査記録が含まれるとの解釈も示されている。豊島の見解においては、明治刑事訴訟法における証拠開示は、裁判所・捜査機関による「捜査・訴追過程の事後的な検証」を意味するものとされているのである。

このように、豊島は公判審理における当事者対等主義を強調し、その前提の一つとして証拠開示を位置付けているといえる。さらに、豊島は捜査機関の権限拡大を主張し、捜査機関が作成した記録も一件記録に含めるべきとする。このように、豊島の見解は、捜査機関の権限拡大を前提としつつも、その捜査を含めて証拠開示による「事後的検証」の対象としようとする点で明治34年案や従来の見解と異なっていたといえよう。もっとも、捜査段階・予審段階の記録がすべて公判に持ち込まれることとなるので、直接審理主義を強調したとしても、そこから心証が採られるという危険性は増すこととなろう。この点に加えて、豊島は捜査書類の証拠能力も否定していない。その意味では、証拠開示の意義が制限される可能性が認められる見解であったといえる。

2. 中川孝太郎の見解

中川孝太郎は、明治34年案とドイツにおける改革論を参考に、刑事訴訟（龍法 '10）43・2, 132（582）

法改正について見解を示している⁽⁸⁰⁾。中川は、明治刑事訴訟法における予審が「豫審ト公判トガ一事件ヲ分割シ豫審ハ先ヅ證據蒐集ニ當リ次ニ公判ハ其調書ヲ朗讀シ書面審理ニ依リ刑ノ言渡ヲ爲スノ幣ニ」陥っていることを指摘している⁽⁸¹⁾。このような予審の弊害については、予審廃止論と予審弾劾化論が示されていたことは上述した。この点、中川はまず、予審を廃止して、予審判事のもつ強制権限を検察官に委譲すべきであるとの見解について、以下のように述べている。すなわち、予審を廃止したとしても、公判判事は結局、検察官が提出した起訴状や収集した資料を基礎として審理せざるを得ない⁽⁸²⁾。また、検察官は原告であるがゆえに「捜査モ自然専ラ原告タルベキ準備ヲノミ爲スニ止マル恐レ」⁽⁸³⁾があるうえに、検察官に強制権限を付与することは「當事者同等主義ニ反」⁽⁸⁴⁾するのではないかと。このように、中川は、予審廃止論には慎重な態度を採り、さらに予審廃止に伴う検察官への強制権限の委譲には批判的立場を採った。

それゆえ、中川は「檢事ト被告人トノ間ニ立チテ公平ニ審理ヲ爲スニ適當ニシテ其檢事ニ勝ルベキコトハ殆ンド疑ヲ要セズ」⁽⁸⁵⁾とし、予審制度そのものの改革が必要であるとする。その改革提案の具体的内容は、以下の4点である。①予審の目的を、公判を開始すべきか否かの審理として、証拠収集をその範囲内に限定すべきこと⁽⁸⁶⁾、②予審弁護士制を採用し、部分的に当事者公開とし、予審における公平を維持すること⁽⁸⁷⁾、③予審調書は可能な限り公判において朗読すべきではなく、またその内容も簡潔なものにすべきこと⁽⁸⁸⁾、④捜査は可能な限り検事によって行い、事件が極めて複雑でない限り予審を請求しないこと⁽⁸⁹⁾、である。

これに加えて、中川は、予審の当事者公開と関連するものとして、強制的弁護を予審段階まで繰り上げること⁽⁹⁰⁾、予審段階における証拠開示の保障を主張している。特に証拠開示については、「豫審記録ノ閲覽ニ付テモ…當事者ノ立會ヲ許ス場合ノ記録ハ之ヲ閲覽セシムベク其他ノ記録ニ至

リテハーニ豫審判事ニ許否ノ判定ヲ一任スルノ外アラザルベシ」と述べている⁽⁹¹⁾。このように、中川は予審における証拠開示の拡大を主張している。

以上のように、中川は検察官を原告と位置付け、被告人との間における当事者対等主義を強調し、さらに予審機能の縮小と予審の弾劾化を主張した。これに加えて、中川は直接主義の重要性をも強調し、公判中心主義の貫徹を主張したのである。この中川の見解において証拠開示は、一定程度の予審弾劾化のうえて重要な位置を付与されている。ここでは、証拠開示は、予審における主体的な防御・弁護活動の前提として位置付けられていたといえよう。中川の見解における証拠開示は、部分的ながらも「捜査・訴追過程の同時的検証」を意味し得たといえる。さらに、中川が予審判事を介して、有罪・無罪両方向の証拠を収集しようと考えていることからすれば、公判前における証拠開示は、有罪・無罪両方向の「捜査・訴追過程の事後的検証」をも意味し得たといえよう。

3. 富田山寿の見解

富田山寿は、明治刑事訴訟法について、「一方ニ於テ被告人ニ與フルニ自ラ訴訟ノ當事者トシテ自己ノ利益ヲ防禦スルノ權利ヲ以テシ一方ニ於テ裁判所及ヒ檢事ニ負ハシムルニ實體的ノ眞實ト符号スル限り被告人ノ利益ヲ顧慮セサルヘカラザルノ義務ヲ以テセリ」として、検察官や裁判官が被告人にとって不利益な方向で手続を進めやすい構造であることを指摘している⁽⁹²⁾。さらに、当時の実務状況として、まず捜査手続について「檢事又ハ司法警察官ノ處分ニ依リテ発見セラレタル材料特ニ所謂聴取書ナルモノ所謂逮捕又ハ告發調査ナルモノ所謂捜査復命書ナルモノナカ我國司法ノ實際ニ於テ如何有力ナルヤハ余輩實際家ノ業ニ既ニ知悉シタル所ニシテ然カモ此等ノ材料カ往々實體的ノ眞實ニ符号セサルコトアルモ亦余輩實際家ノ業ニ既ニ知悉シタル所ナリ」⁽⁹³⁾と指摘する。さらに、予審段階におい

(龍法 '10) 43 - 2, 134 (584)

ては証人訊問が最重要視され、「刑事判決ニ於テ断罪ノ資料トシ最モ多ク引用セラルルハ証人訊問ノ結果豫審ニ於テ作成セラレタル証人訊問調書ナリ」⁽⁹⁴⁾としている。

以上のように、富田の分析によれば、当時の刑事手続においては、司法警察官や検察官によって収集・作成された書面、さらには予審において作成された証人尋問調書に大きな価値が置かれ、手続のあらゆる段階において被告人に不利益ととられかねない処分が一方的に行われていた。このような分析のもと、富田は刑事弁護の意義として「起訴ノ攻撃ニ對スル防禦」を指摘する。すなわち、「起訴ノ攻撃ヲ爲ス者ハ検事ナリ此検事ノ攻撃アルニ由テ始メテ刑事辯護ノ存在アリ起訴ノ攻撃ハ公訴ノ準備、提起及ヒ續行ノ凡テニ存在スヘシ故ニ刑事辯護ハ捜査、豫審及ヒ公判ノ凡テニ存在スルヲ正當トス」⁽⁹⁵⁾、と。さらに、富田は、捜査段階における弁護権保障について以下のように述べる。捜査段階は秘密手続であることから弁護人関与を否定することは、「糺問訴訟ノ残夢ナリ當今ノ刑事訴訟ハ糺問訴訟ニ非スシテ弾劾訴訟ナリ不平等ノ訴訟ニ非スシテ平等ノ訴訟ナリ弾劾スル者宜シク公然之ヲ弾劾ス可シ弾劾セラルル者又宜シク公々然之ヲ防禦ス可シ弾劾ト防禦ト兩々相打相戦フニ依リテ始メテ弾劾訴訟ノ弾劾訴訟タル所以確實トナラン」⁽⁹⁶⁾、と。また、予審段階においても弁護人を付すべきとする⁽⁹⁷⁾。

以上のように富田は、捜査・予審を含めた全ての手続段階で、被疑者・被告人に弁護人を付けるべきとしている。他方で、富田は捜査機関の権限拡大にも賛成しているように思われる⁽⁹⁸⁾。この富田の見解において、証拠開示はどのように論じられているのか。以下では、この点を確認する。

富田は、証拠開示の重要性について、「訴訟記録ノ閱讀及ヒ抄寫ハ辯護人ニ辯護ノ材料ヲ供スルニ必要ナル方法ナリ故ニ此点ニ關スル規定ノ如何ハ直チニ以テ其法律ノ刑事辯護ニ關スル根本思想ノ如何ヲトスルニ足ル」⁽⁹⁹⁾と指摘する。そのうえで、明治34年案において示された規定について、以

下の3つの疑問を提示している。

①「何故ニ訴訟記録ノ閲讀ヲ裁判所内ニ限リタルカ」。富田は、書類の閲読・謄写には多くの時間がかかり、開廷直前に弁護人が選任され書類の閲読・謄写が行えず、弁護人がその任務を果たせない実例がある、と指摘する。そのうえで富田は、訴訟記録の裁判所外への持ち出しを要求している⁽¹⁰⁰⁾。

②「何故ニ豫審判事カ訴訟記録ヲ検事ニ交付スル迄辯護人ニ之ヲ閲讀スルコトヲ許ササリシカ」。富田は、Planckの見解を引用して、以下のように述べている。「今日ニ於テハ豫審記録ハ獨リ弾劾者ノ武器ニ非スシテ又同時ニ被弾劾者ノ武器タラサルヲ得ス當事者均等ノ理想ハ辯護人ニ賦與スルニ檢事ト同一ナル訴訟記録閲讀ノ權利ヲ以テスルニ依リテ初メテ達セラルルコトヲ得可シ訴訟記録ハ弾劾ノ代表者タル檢事ニ對シテハ必要缺ク可カラサル材料タルカ如ク辯護ノ代表者タル辯護人ニ對シテモ亦同シク必要缺ク可カラサル材料タリ辯護人ハ被告事件全般ノ事實ヲ知悉スルニ非サレハ良ク其職務ヲ得可キモノニ非ス而シテ此事實ハ訴訟記録ノ閲讀ニ之ヲ知悉シ得可キナリ然カモ辯護人ニ對シ全然豫審中ノ記録閲讀ヲ禁止シ豫審處分結末ヲ告グルニ非サレハ之ヲ許容セサル如キハ明カニ開明ノ訴訟主義即チ弾劾訴訟ノ本質ニ反スルモノト謂ハサル可カラス」⁽¹⁰¹⁾、と。

③「何故ニ辯護人ノ立會ヲ許ス可キ豫審處分ニ關スル書類ノ閲讀ヲ裁判所ノ許否ニ掛ラシメタルカ」。富田は、ドイツ帝国刑事訴訟法を引用しつつ、立会が許されているのに、その結果の記録が閲覧できないことがありうるということは矛盾であるとし、官尊民卑の思想に近いものがあると批判している⁽¹⁰²⁾。

以上のように、富田は証拠開示について重要な見解を示していたといえよう。富田は、捜査機関の強制権限の拡大には賛成しつつも、他方で証拠開示を含めた弁護権の大幅な拡大を提案している。そこで、証拠開示は弁護権行使の不可欠な前提条件として位置付けられているのである。具体的

(龍法 '10) 43 - 2, 136 (586)

には、証拠開示を通して事件に関する全ての事実を知ることが、弾劾者たる検察官との対等にとって不可欠であるとされている。先の弾劾手続に関する説明を考慮するならば、それはまさに証拠開示を通しての手続の可視化による、武器対等の実現であるといえよう。このように、富田は、証拠開示による「捜査・訴追過程の同時的・事後的検証」を通じた当事者対等主義を主張しているのである。そして、それこそが弾劾主義の本質であると指摘しているのである。

ここまで見てきたように、当時の理論状況においては、豊島の予審廃止に伴う捜査機関の権限拡大という見解、中川の予審弾劾化という見解、富田の捜査段階からの弁護権の徹底的強化という3つの流れを見て取ることができる。証拠開示に関しては、これらの見解においてはいずれも、弁護権行使の重要な前提条件として位置付けられていることは明らかであろう。また、中川の見解は、検察官に予審判事の権限を委譲することによる収集証拠の偏りの危険を指摘するものとして重要であるといえる。さらに、富田の見解も注目すべきものであった。富田は、証拠開示による「捜査・訴追過程の同時的・事後的検証」による当事者対等主義を主張するものであった。富田は捜査機関の権限拡大に賛成しつつも、それらを証拠開示等により可視化することによって、被疑者・被告人側との武器対等の実現を目指したものであったといえよう。

このような理論面の変化があった一方で、法曹関係者の見解はどのような変化を示したのであるだろうか。以下では、弁護士層の見解と検察官及び司法省関係者の見解を見ることにしよう。

第2款 法曹関係者の見解

1. 現行刑法の成立と弁護士層の反応

明治40年10月1日から、弁護士層による全面的な反対のなかで成立した現行刑法が施行された。その施行後、弁護士層により批判されたのが、裁

判官による量刑の重罰化と刑の執行猶予適用の減少であった。

このような状況のなか、1909（明治42）年12月11日に日本弁護士協会臨時大会が東京で開催された。この大会で、量刑の厳罰化及び執行猶予適用の減少に対する批判以外に、本論文の関心との関係では以下のような決議がなされている⁽¹⁰³⁾。

第一号 決議案

近時司法部ノ措置ハ苛酷峻烈ニ流レ刑政ノ本義ヲ誤レルモノト認ム本會ニ茲ニ時弊ノ最モ甚シキモノヲ列举シ當局者ヲシテ翻然反省セシメンコトヲ期ス

四 警察官ノ作製ニ係ル聴取書及素行調書ヲ過信シ事案ノ真相ヲ誤断スルノ弊アリ

五 捜査ノ方法及検挙ノ處置峻厳ニ失スルノ弊アリ

第二号決議

今日ノ司法官託スルニ広凡ノ権限ヲ以テスルハ自由及財産ノ安固ヲ全フスル所以ニアラス因テ本會ハ左ノ如ク法令ノ制定及改正ヲ行ハンコトヲ期ス

第四 刑事訴訟法中ニ司法警察官ノ聴取書作製ヲ禁止スル規定ヲ設クル事

このように、司法警察官作成の調書の取り扱いについて多くの批判がなされている。このような司法警察官が作成した調書の使用及び捜査・検挙方法に対する批判は、この臨時大会の以前から見られたものであった。

例えば、1908（明治41）年に開催された東北弁護士大会では、①「不起訴に係る刑事訴訟記録取寄の證據決定に應ぜらるる様検事局に交渉する件」、②「素行内偵書の如き秘密書類を公判判事の内覧に止めず辯護士に示さるる様交渉する件」、③「豫審に辯護人を付するを得せしむる件」に（龍法 '10）43 - 2, 138（588）

ついて協議・可決された⁽¹⁰⁴⁾。また、同年開催の中国弁護士大会でも、①「刑事訴訟法上豫審制度を廃する事」、②「司法警察官の調書を廃止する事」、③「被告人の素行調書は市町村長よりも之を徴する事又辯護人より提出したる素行に關する調査は訴訟記録に添附すべき事」が議論されている⁽¹⁰⁵⁾。さらに、1909（明治42）年には、第4回九州沖縄弁護士大会が開催され、①「刑事被告人の素行を調査するに方ては犯罪事實と同一の證據方法を採らん事を要望す」が可決された⁽¹⁰⁶⁾。その後各県の弁護士会においても、素行調書を訴訟記録に含めるべきことの要求、司法警察官の捜査方法に関する批判がなされている⁽¹⁰⁷⁾。

さらに、1910（明治43）年には、日本弁護士協会は、「日本弁護士協会録事人権問題特別号」（138号）を発行した。同書では、各県弁護士会の報告書が示された⁽¹⁰⁸⁾。また、日本弁護士協会内に設けられた調査委員会からは、統計をもとに、①現行刑法施行によって入監人員が増加していること（8959名から9317名）、②在監人員が増加していること（10742名から15357名）、③滞獄期の長期化などが報告された⁽¹⁰⁹⁾。さらに、人権蹂躪に關する39の実例が各弁護士会から報告されている。この実例報告においては、あまりに量刑判断が厳しいこと、あまりに執行猶予の数が少ないこと、杜撰な素行調書によって有罪認定がなされた事例、未決勾留日数の不算入、警察官による拷問、聴取書のみによって断罪された事例などが報告されている。もっとも、この報告によれば、先に指摘された素行調書は訴訟記録に含められていたようである。この点は、「改善」されつつあったといえよう⁽¹¹⁰⁾。

以上のように、当時の実務においては、捜査機関が収集した証拠・資料を中心に公判審理が進められていたことが指摘されている。この点、例えば「我邦に於ける刑事事件の調査材料は片面的報告が多い、即ち主として刑事被告人側の取調のみをして其對手人の素行取調に至つては實に不充分である、況や證人の人格等に至つては全く取り調べないのである、従て被

告人に不利益な事実のみ現はれて…公判に至ると多くは関係人の豫審調書を信用して裁判をする傾がある」⁽¹¹¹⁾との指摘がある。さらに、弁護士の高野茂基も、以下のように述べている。「…直接審理は名のみで證據申請の許否は全然裁判所の任意に属し豫審の調書は勿論檢察事務官の聴取書も一回の読み聞けのみにより充分辯解の余裕も與えられぬ、利益の證據には何らの説明も加へず不利益なる證據の羅列によりて判決」⁽¹¹²⁾が下されている、と。

このような当時の実務状況に関する指摘は、統計によっても示されていると理解することも可能である。1909（明治42）年から大正5年の間における不起訴率は、約40%から年々増加し、1916（大正5）年には60.8%にまで至っている⁽¹¹³⁾。また、1909（明治42）年に開始された起訴猶予も、当初は10%程度であったが、1916（大正5）年には28.4%にまで増加している⁽¹¹⁴⁾。また、予審免訴率を見ると、1909（明治42）年には、8.2%という以前に比べ極端に低い数字を示している。それ以降も、1916（大正5）年には5.2%にまで低下している⁽¹¹⁵⁾。予審終結がなされた事件総数の低下も顕著で、1909（明治42）年の10989件から低下を続け、1916（大正5）年には、5498件にまで半減している⁽¹¹⁶⁾。さらに無罪率の低下も顕著である。軽罪・重罪の区別がなくなったことには留意の必要があるが、1909（明治42）年には3%であった無罪率は、1912（明治45／大正1）年には1%にまで低下し、1916（大正5）年には2.3%となっている⁽¹¹⁷⁾。

以上のように、明治30年代中盤あたりから顕著となった「綿密な捜査」や「慎重な起訴」の傾向、それによる予審の事件選別機能の低下、公判審理の形骸化の傾向は、この時期においては定着し、さらに進行していったといえる。「糺問主義的檢察官司法」の進行は、この時期においても確認することができるのである。

これに対して、弁護士層はこれまでにない大々的な反対運動を展開していたといえる。もっとも、その内容については、従来の見解とそれほど大

（龍法 '10）43 - 2, 140（590）

差はない。

2. 司法省関係者の見解

それでは、このような状況を前提として、司法省関係者はどのような態度を示していたのであろうか。ここでは、当時、司法省民刑局長を務めていた平沼麒一郎の見解を挙げておこう。

平沼は、刑事訴訟法改正作業における問題点として、以下の3点を挙げている⁽¹¹⁸⁾。すなわち、①どの程度まで直接主義を採用するか、②公判前手続の改正、③上訴制度の整備、である。ここでは、①と②に関する記述を概観する。この点について、平沼は次のように述べている⁽¹¹⁹⁾。

明治刑事訴訟法は、秘密主義・札問主義・書面審理主義を採る予審と公開主義・口頭審理主義・訴訟主義を採る公判という2つの手続に区分されている。日本の手続は、直接審理主義ではないので、予審において行われた証拠調べの結果が予審調書として公判に提出される。公判審理はそれに基づいて審理が進められ、直接証人を調べることは例外となっている。ドイツは直接審理主義を採っているが、その実情は結局日本と同様である。予審調書は原則的に証拠とはされていないが、予審調書に基づいて証人取調べを行っているのである。

これを踏まえて、さらに平沼は以下のように主張する⁽¹²⁰⁾。イギリスの刑事手続は、これらの手続とは異なり、「初メカラ當事者訴訟主義、公開主義デアル」、と。すなわち、直接主義を刑事訴訟の大原則とするならば、日本やドイツの手続はこれと抵触せざるを得ない。それは札問主義の予審を基礎として審理をすれば当然の結果である。問題は、日本・ドイツの方法か、イギリスの方法かということに帰着することになる。直接主義を採るのであれば予審廃止ということになるが、それに代わる手続が必要となり、以下のようなものが考えられる。すなわち、「犯罪ノ搜索ニ付キ現今検事ノ有ツテ居ル職權ヲ拡張シテ之ヲシテ自ラ十分ナル取調ヲ名サシムル

事ト、檢事ノ公訴ニ對スル被告ノ防禦ノ準備ヲ容易ナラシムルト云フ事トソレカラ裁判所カ其間ニ立テ公平ナル判断ヲスルト云フコト」、である。そのためには予審を廃止して、予審判事がもっていた強制処分の権限を檢察官に付与することが必要である。もちろん、檢察官の原告たる地位に鑑みれば、その証拠収集は被告人に不利な証拠が大部分となる。それゆえ、被告人に有利な証拠も収集できるよう被告人の防御権の強化も必要であろう、と。

もっとも、平沼は檢察官の起訴によって直ちに公判が開かれるべきではなく準備手続が必要である、とする。「即チ檢事ノ公訴ノ事實ヲ見コレニ對スル證據方法ヲ調査シ、其事實關係ト證據方法ヲ被告側ノ方ニ通告致シマシテ、被告ノ方デハ之ニ對シテハドウ云フ防禦方法ヲ用キルノdealカコトヲ被告ノ方カラ聞キマシテ、ソレカラ裁判所デ之ヲ調査シテ然ル後ニ公判ヲ開クベキヤ否ヤヲ決スル」⁽¹²¹⁾、と。

以上のように、平沼は当時弁護士層が要求していた直接主義の採用の帰結として、予審廃止＝檢察官への強制権限付与という論理を示した。さらに、その結果として、同じく弁護士層が要求していた弁護権の強化をも示している。それでは、以上の平沼の論理においては、証拠開示はどのように位置付けられ得るのであろうか。平沼の論理によれば、証拠開示は準備手続で行われることとなる。そこで檢察官は、有罪方向の事実関係と証拠方法を示すこととなる。これは、実務において確立されてきた「有罪方向の捜査・訴追過程の確認」そのものであるといえる。これに対して、被告人も防御方法と証拠を示す。このように、平沼の見解においては、ここまで予審を前提とした「有罪・無罪方向の捜査・訴追過程の事後的検証」という証拠開示の意義が、有罪方向に純化されているのである。従来、弁護活動の前提として、「捜査・訴追過程」に関する有罪・無罪を問わない客観的な情報が開示されていたのに対し、平沼の見解ではまさに檢察官がどのような証拠によって有罪を立証しようとしているのかが証拠開示によ

(龍法 '10) 43 - 2, 142 (592)

て示されることとなると思われる。それを踏まえて、無罪方向の弁護や証拠を収集し示すのは、まさに弁護人の任務・責任とされているのである。

以上のように、平沼の見解は、従来の弁護士層の要求を一部容れつつ、検察官の強制権限強化を帰結するというものであった。そこでは、証拠開示の意義も大きく変化している。従来主張されてきたような、当事者間の武器対等、実効的な弁護の前提条件としての「有罪・無罪方向の捜査・訴追過程」の開示というよりも、むしろ「原告の主張」を示すものとして位置付けられているといえよう。イギリスの方法、すなわち当事者追行主義を前提として、新たな証拠開示の意義が理論的に示されたと評価できよう。重要と思われるのは、その前提の変化である。つまり、想定されている証拠収集方法の変化である。具体的には、予審や検察官による一方的な証拠収集を前提とするのではなく、両当事者による証拠収集を前提とした証拠開示の意義である。ここでは証拠開示により一方の当事者による証拠収集の過程を示せば足りることが、証拠収集過程も含めて一貫して説明されているといえる。その意味では、非常に重要な見解であるといえる。これに対して、弁護士層の十分な反論は見られなかった。以上のような議論状況の下、明治34年案を踏まえた立法作業がさらに進められることになる。

第3款 大正5年案の構造と証拠開示

明治34年案の公表後、法律取調委員会が1907（明治40）年4月に設置された。同委員会に設置された刑事訴訟法改正主査委員会において、明治34年案（法典調査改案）を基礎とした審議が進められた。その結果、1913（大正2）年10月に一応の案が示され、主査委員会で議決された（「第1次事案」）。この案は、さらに検討が加えられ、1916（大正5）年5月に、548条から成る改正案が作成された。この大正5年案は、第2次主査委員会で審議されると同時に公表され、各界からの意見が収集された。第2次主査委員会の議論を経て、1918（大正7）年9月「主査委員会決議案」（大正7年案）

が決議された⁽¹²²⁾。

このなかで特に重要と思われるのが、大正5年案である。当時に弁護士層の対応が、最も顕著であったことがそのことを示しているといえよう⁽¹²³⁾。また、大正5年案に関する審議を踏まえつつ成立した大正7年案には、大正5年案から基本的に変更はなかった。このことから、この大正5年案が、この時期における改正作業の特徴を最も示すものであったといえよう。

そこで、以下では、大正5年案の構造を概観しつつ、そこでの証拠開示の位置付けを確認することにする⁽¹²⁴⁾。大正5年案における改正点の1つとして、予審に関する改正が挙げられる。ここでは、予審の規定を確認したあとに、証拠開示を含めた弁護権の規定、公判に関する規定を概観することとしよう。

1. 起訴前予審化・予審の弾劾化後退

予審は、その弾劾化が後退させられ、捜査の一部として位置付けられた(起訴前予審の採用)。

270条「豫審ハ公訴ヲ提起ス可キヤ否ヤヲ決スルニ必要ナル事項ヲ取調フルヲ以テ限度トス」

大正5年案について解説を加えた平沼は、以下のように述べている。大正5年案では、判決裁判所に対して公訴を提起し、それによって弾劾訴訟を開始すべきものとしている。検察官は自ら行った捜査結果によって公訴提起することもあるが、司法機関たる予審の結果により公訴を提起することもある。どちらも、その請求の本質に差異はない。検察官による予審の請求は、公訴の前提となるべき取調べを求めるものである。それゆえ、予審は弾劾の形式を採るものではなく、予審の請求は判決裁判所に対する公訴とは全く性質が異なる。以上のことから、大正5年案は予審の請求を公(龍法'10) 43-2, 144 (594)

訴の提起として位置付けず、捜査と同じ公訴提起前の手続としている、と⁽¹²⁵⁾。もっとも捜査は、公平を維持する必要、強制処分を行う必要、取調べに集中する必要がある。それゆえ、その部分は司法機関たる予審に委ね、その活動は検察官の請求によって開始されるべきである、と⁽¹²⁶⁾。

以上のように、大正5年案では、予審は起訴前において検察官の請求によって活動する捜査機関として位置付けられることになった。これにより公判前手続の主宰者は、原告たる検察官とされたのである。これに伴い、従来主張されてきた予審弾劾化の構想は大幅に後退することとなった。次に、証拠開示及び弁護権について概観しよう。

2. 証拠開示及び弁護権に関する規定

証拠開示及び弁護権は、第1編第4章「辯護及ヒ補佐」において規定されている。大正5年案41条は、予審請求又は公訴提起後の弁護人選任権を規定した。他方で、証拠開示に関する規定は以下のとおりであった。

45条①辯護人ハ公訴ノ提起アリタル後裁判所ニ於テ被告事件ニ關スル書類及ヒ證據物ヲ閲覽シ且其書類ヲ謄写スルコトヲ得

②辯護人ノ立會フコトヲ得ヘキ豫審處分ニ關スル書類及ヒ證據物ハ豫審中ト雖モ之ヲ閲覽シ又ハ謄写スルコトヲ得

このように、この規定は、開示時期について公訴提起後とされたこと以外は、ほぼ明治34年案の文言を維持するものであった⁽¹²⁷⁾。もっとも、先に確認したように予審は起訴前に置かれたので、基本的には公判前に証拠開示がなされることになった。また、例外的に、起訴前段階で弁護人が立会い可能な予審処分（搜索・押収〔151条〕、検証〔172条〕、鑑定〔219条〕）に関する証拠・書類を閲覧できるとされた。予審においては、検察官・被告人・弁護人はいつでも必要な処分を予審判事に請求することがで

きるが、予審段階における書類・証拠閲覧権は検察官のみに与えられていた（276条）。さらに、予審段階における秘密交通権も認められていなかった（公訴提起後から秘密交通権は存在する〔46条〕）。

このような弁護権の規定について、平沼は以下のように解説している。「今日ノ制度ハ一面ニ於テ實體的眞實發見ヲ主義トスルト同時ニ他面ニ於テ弾劾ヲ訴訟ノ本體ト爲シ原被兩造互ニ攻撃防御ノ方法ヲ講シテ權利ヲ争フノ形式ヲ採リ一方ニ於テ檢事訴追ヲ爲シテ攻撃ノ地位ニ立ツ以上ハ之ニ對抗スヘキ相當ノ機關ヲ以テ防禦スルノ途ヲ開クニ非サレハ公平ヲ保ツコト能ハサルヘシ換言セハ檢事ハ其職務ヲ行フニ當リ被告ノ利益不利益兩方面ヲ顧慮スヘキモノナレトモ主トシテ攻撃ノ地位ニ立ツモノナリ主トシテ攻撃ノ地位ニ立ツカ故ニ其意見時トシテ平ヲ失フノ恐ナシトセス而シテ被告人ハ防禦ノ權ヲ有ス…是レ實質的辯護ノ存スルニ拘ラス形式的辯護ノ必要アル所以ナリ」、と。それゆえ、大正5年案においては、弁護制度に改正を加えて、弁護権を強化し予審に関与させることとし、他方で弁護士の人数に制限を設けている、と⁽¹²⁸⁾。ここでは、大正5年案において弁護権強化が行われ、予審への関与も強化されていることが主張されている。しかし、大正5年案における規定からも明らかなように、予審についてはその弾劾化が後退させられているうえに、弁護人による関与も実効的なものとなっていない。予審処分の請求権は認められたものの、その前提たる証拠開示に関する規定が大幅に制限されたことは、そのことを示すものであろう。それでは、被告人・弁護人に対置させられた検察官に関する規定についてはどのような改正案が示されたのであろうか。以下では、この点を確認しよう。

3. 捜査機関の権限

大正5年案288条は「公訴ハ檢事之ヲ行フ」とし、さらに「犯罪ノ情狀ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」とした。この

ように、大正5年案は起訴便宜主義を明文で採用した。平沼は、「本案ハ刑事訴訟ニ關シテ彈劾式主義ヲ採用シ國家ノ代表者タル檢事原告ノ地位ニ立チ訴追ヲ爲スニ非サレハ絶對ニ刑事ノ審判ヲ爲スコトラ得サルモノトセリ」と解説している。これにより、公判に事件を付するか否かの判断は、完全に検察官に委ねられることになった。

これに対して捜査権限はどのように改正されたのか。先に確認したように、予審が起訴前の機関とされ、検察官は書類・証拠を閲覧しつつ必要な処分を請求することが認められた(276条)。さらに、大正5年案120条は、被告人が住所不定の場合、現行犯の被告人がその場所にいないとき、現行犯の取調べの結果その共犯を発見したとき、既決の囚人又は刑訴法の処分で身体拘束を受けている者が逃亡したとき、死体の検証によってその事件の被告人を発見したとき、被告人が強盗又は窃盗の罪を犯した者の場合で、急速の処分を要し判事の拘引状を請求できないとき、検察官は拘引状を発することができるとされた(120条)。また、検察官が被告人を逮捕・その身柄を受けとった場合、訊問し、そこで留置の必要性があると考えた場合は勾留状を発することができる(126条)。さらに、これらの要急事件に加え、現行犯・準現行犯場合、搜索・押収(163条1項)、検証(173条1項)、証人訊問(207条)を行うことができるとされた。

司法警察官の権限も拡大された。司法警察官は、現行犯・準現行犯、さらに被告人を受けとった24時間以内に、予審請求前・公訴提起前に限り、搜索・押収(163条2項)、検証(173条2項)、証人訊問(207条2項)を行うことができるとされた。

これらに加え、検察官・司法警察官による訊問の場合には裁判所書記官の立会は不必要であるとされ(132条)、さらに検察官による証人訊問においては証人に宣誓させることができるとされた(208条1項)⁽¹²⁹⁾。

以上のように、捜査・起訴に関する捜査機関の権限は大幅に拡大されたことは明らかである。それでは、当時批判の対象とされた聴取書を巡る問

題、すなわち「直接主義」に関する規定はどうであろうか。最後に、この点を確認しよう。

4. 直接主義

明治34年案で規定された直接主義は、大正5年案においては削除された。平沼は、この点につき以下のように解説している。「本案ハ現行法ト同シク口頭弁論主義ニ従ヒ書面審理ヲ以テ裁判ノ基礎ト爲スコトヲ許サス此法則ヲ絶対的ノモノト爲スハ實情ニ適サストノ議論アリ」、「絶対ニ直接審理ヲ貫徹セントスルハノ理想ニ過キス公判ノ審判ニ於テ成ヘク直接ニ認識スルノ方法ニ依リ排斥セントスルハ實情ニ適合セス本案ハ此觀念ニ従ヒ豫審ニ於テ作成シタル各般ノ調書其他ノ證據書類ハ之ヲ朗讀シ又ハ其要旨ヲ告ゲテ裁判ノ資料ト爲シ得ヘキモノトシ直接審理ヲ貫徹セサリシナリ」⁽¹³⁰⁾、と。

このように、大正5年案においては、直接主義の貫徹は当時の刑事手続の実状に合わないとして排斥された。そして、証拠書類については以下のような規定が置かれた。

325条 證據書類ハ裁判長之ヲ朗讀シ若クハ其要旨ヲ告ケ又ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ朗讀セシム可シ

事実認定については、321条が「事實ノ認定ハ證據ニ依ル」、322条が「證據ノ證明力ハ判事ノ自由ナル判断ニ任ス」とするのみであった。これらの規定から見ると、大正5年案は、当時の実務状況を追認するものであり、予審調書、聴取書などをはじめとする書類の証拠能力が大幅に認められたといえよう。明治34年案に対する裁判官・検察官の批判的見解が大幅に採用されたものであったといえよう。

5. 大正5年案の構造と証拠開示

以上のように、大正5年案においては、起訴前予審制が採用された。平沼によれば、従来、問題とされた予審による公判審理の形骸化を意図したものとされているが、他方で、これにより捜査機関の権限が大幅に強化されることになった。大正5年案においては、このような捜査機関の権限強化に対して、被疑者・被告人の防御権も強化し、弾劾主義を貫徹しようとしてされているが、規定を見る限り、検察官の権限及びその強化に比べ相当に制限されたものであった。さらに、大正5年案においては、直接主義の徹底は明確に否定された。書面の取扱いに関する規定も大幅に簡略化され、書面を証拠として用いられる可能性が大幅に増大することになった。

このように、大正5年案においては、従来、批判の対象とされた予審による公判審理の形骸化は、確かに防止されうるといえる。他方で、大正5年案は、捜査機関の活動による公判審理の形骸化の危険性を内包するものであったといえよう。大正5年案においては、検察官が公判前手続の主宰者として位置付けられている。そして、捜査機関が作成した書類を証拠として利用する可能性が大幅に認められていた。他方で、平沼の指摘にも現れているように、捜査機関は、その原告という性格によって被疑者・被告人に不利益な方向で活動することが予定されていた。それゆえ、裁判が公正なものとするを目的として、被疑者・被告人の防御権が強化されたのであった。しかし、先に見たような捜査機関の権限強化及び直接主義の撤廃に比べ、防御権強化の程度は微々たるものであったといわざるを得ない。

証拠開示について見てみると、富田の見解にも現れているように、当時証拠開示は既に実効的な弁護及び実効的な弁護人による手続関与の前提として位置付けられていたにもかかわらず、大正5年案では、基本的に公判前手続における証拠開示は否定されている。確かに、弁護人は予審判事に対して、必要な処分を求めうとされていたが、その前提たる証拠開示は

基本的に認められていなかったのである。それでは、捜査状況の把握やどのような証拠が存在するかの確認も困難である。それゆえ、無罪方向の証拠の収集も困難となろう。このような状況では、公判審理に提出される証拠は、基本的に捜査機関が収集した有罪方向のものが占めることとなろう。公訴提起の際に開示される証拠は、捜査機関によって行われた有罪方向の「捜査・訴追過程の確認」、さらには検察による「有罪主張とそれを支える証拠の確認」を意味するに過ぎないものとなっていたといえるのではなかろうか。

以上をまとめよう。大正5年案における証拠開示は以下のように位置付けられていたといえるのではなかろうか。第1に、公判前手続における証拠開示についてである。当時の証拠開示は、公判前における無罪方向の証拠収集を初めとする主体的防御活動の前提として認識されつつあったにもかかわらず、大正5年案では、大幅に制限されていたことが指摘できる。第2に、公判審理前の証拠開示についてである。公判前における防御活動が制限されたにもかかわらず、証拠開示は、「対立する当事者による有罪主張とそれを支える証拠等の確認」を意味するに過ぎないものとなり得る

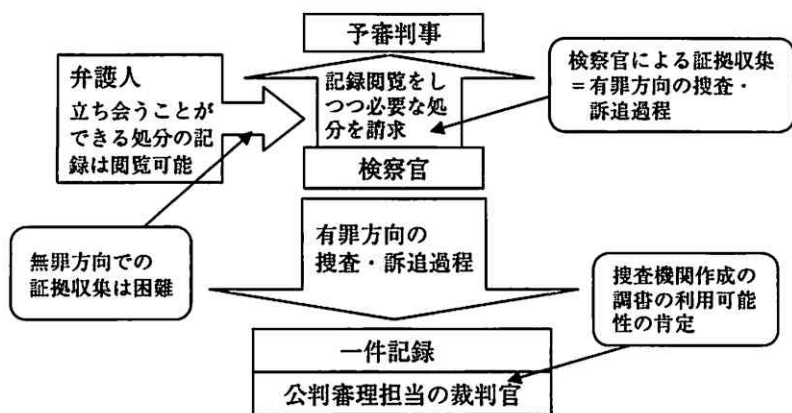


図5 大正5年案における証拠開示

構造に置かれたということが指摘できる。

以上のように、大正5年案における証拠開示は、富田が示したような当事者対等主義の前提となる手続の可視化としての「証拠開示」ではなく、むしろ平沼が示したような「原告たる検察官による有罪主張とその証拠の確認」に近いものであったといえよう（図5）。このような構想は、治罪法や明治刑事訴訟法において予定された、「予審による客観的な捜査・訴追の事後的検証」からみて、全く異なるものであったといえる。それでは、このような大正5年案についてはどのような反応があったのであろうか。本節の最後に、この点を確認しよう。

第4款 大正5年案に対する反応

1. 学界の反応

まず、大場茂馬の見解を概観しよう。大場は、大正5年案を「検事主義」、「検事萬能主義」であると批判する。すなわち、「裁判所の如きは検事に駆使せらるるやうな規定が少なくない」、「被告人の如きは現行犯にあらざる場合と雖も検事一個の意見で」身体拘束されるし、「豫審中にも辯護人を選任することを得るやうになつて居るが、ソレは単に形式に止まり、豫審記録に辯護届を綴り置くと云ふのと同じことである」、と⁽¹³¹⁾。

弁護権に関する規定については、さらに以下のように批判している。大正5年案を通読せずに弁護権の規定を見ると人権尊重の精神を示したものように見えるが、それはごまかしである、と。大場は、予審が起訴前手続となったことで、大正5年案における公訴の提起は、明治刑事訴訟法における公判請求と同一意義を有することに注意する必要がある、とする。特に、証拠開示について規定した45条1項については以下のように批判する。「之れ亦改正草案中進歩の如く思はれるが、其實決して進歩でも何でもない改正草案に所謂公訴の提起ありたる後とは事件が豫審を経由した場合に於ては豫審の取調を終り事件が公判に付せられた後というのと同じ意義で

あつて現行法の規定と毫も異なる所がない」。また、45条2項についても、「進歩した思想を採用したやうであるが同項に所謂辯護人の立會うことの得る豫審處分とは果して如何なる場合を指摘するものなるやに想到すれば何人も其規定の効果の甚だ少きに失望せざるを得ない」、と批判する。すなわち、大正5年案はいくつかの場合に弁護人の立會を認めているが予審判事が処分の急速を要すると思料した場合は、立ち会わせないこともできる(152条)からである、と⁽¹³²⁾。以上のように、大場は、大正5年案における証拠開示、そして弁護権がその実質においてほとんど改善されていないことを批判している。

大場は、その他の規定についても、様々な批判を行っている。例えば要急事件に関する120条についても、「改正案の検事萬能主義を最も能く發揮したものであつて人民の權利自由保障上より云ば法律の改正よりも法律の改悪と云ふが至當」と批判している。さらに、起訴予審の採用についても、「被告人との關係にて當事者對等主義に背くのみならず、更に裁判所との關係に於て主客顛倒し裁判所たる豫審判事をして検事の下風に立たしめるものして一面に於て如斯検事をして無限の權力を有せしめた改正草案は之れ即ち他面人權無視の甚だしきを證して余りあるものと云ふべき」⁽¹³³⁾、とする。さらに、起訴便宜主義についても徹底した批判を加え、直接主義不採用についても「一面實質的眞實を發見すると共に他の一面に於て裁判の公平を得る最良の方法」たる「直接審理主義」が放棄されたことを批判している⁽¹³⁴⁾。

以上のように、大場は、大正5年案を「検察萬能主義」實現のための改正であると批判し、これに対し弁護権の改善は見せかけのものであり、被告人との關係(當事者平等主義)においても、裁判所との關係においても檢察官を圧倒的優位に立たせるものであると批判する。証拠開示の規定についても、その実効性のなさが徹底的に批判されているといえよう。

次に、中川孝太郎の見解を概観しよう。中川は、公判中心主義の重要性(龍法 '10) 43 - 2, 152 (602)

を主張し（「公判なくんば刑事訴訟なしと云ふを得べし」）、大正5年案の公判に関する規定は、明治刑事訴訟法の規定を大部分補整したものであると評価する。他方で、公判前に作成された調書について、何ら規定がなく、その取捨選択を裁判所に一任している点が公判中心主義を形骸化するものと批判する。そのうえで、中川は、「公判に全力を集中し、従て當事者殊に報告をして公判に於て充分なる行動をなすことを許し、一切の審理を此處に於てなすことを原則とすること…訊問は原則として必らず公判に於て之をなすことを定め、公判が始より終に至るまで事件の顛末を取調べ、之によりて得たる所を以て裁判すべきものなりとせば最も理想に近からんと思考す」、とする。このように中川は、公判中心主義の重要性を強調し、その前提として直接主義の重要性を主張する⁽¹³⁵⁾。

さらに、大正5年案における起訴前予審制採用については、「外見上恰も豫審が検事に隸属するが如き現象を呈す」と批判する。すなわち、「豫審判事をして起訴をなすべきや否やを目標として取調をなさしむることは、或は危険を招く虞ありて豫審判事をして一層検事に近からしめ、遂には検事に強制捜査を許すと同様な結果に陥ることあるべきを恐るるなり」、と。それゆえ、「豫審手続の改良は之に比し稍々重要の程度低し、公判に於て一切の取調を直接審理する主義に據らしめんか、豫審は単に其下調たるに」とどめることが最良の改正である、とする⁽¹³⁶⁾。

以上のように、中川の批判によれば、大正5年案は公判中心主義を形骸化させる危険性を多くもつものであるとされているといえよう。予審については、その重要性を若干低くすることが提案されているが、他方で強制権限は裁判官たる予審判事が有すべきとされている。中川の大正5年案に対する評価において、証拠開示の位置付けは明らかではないが、先に確認した主張からすれば、訴訟記録の開示による公判前段階における「捜査・訴追過程の事後的検証」が前提とされていると考えられる。

2. 法曹界の反応

弁護士の本松重敏は、大正5年案における弁護権保障規定について、「殆んど有名無実」と批判し⁽¹³⁷⁾、さらに起訴前予審制の採用を「非常に退化にて検挙機関の補助作用をなすものなり」と批判している。さらに、秘密の手續たる予審が自白強要の結果を生み、その結果公判審理が形骸化させられていることを批判しつつ、以下のように述べている。「公判とは名のみにして其秘密裡に於て秘密に作り上げたる調書を以て其儘之を罪證とするに至りては決して之を公判と言ふことを得ず其故に現行法に於ける豫審を全廃して一切の證據は之を公判の前に於て公然調査せざるべからず蓋し審理と言ふは證據を調査するに在り證據の調査を秘密に行ひその調査終わりとる證據を公衆の前に於て之を被告人に示すは公示たるも公判と言ふことを得ず斯の如き審理は…立憲の本義に悖戾するものなり立憲の本義に適するさいばんと言ふは一切の證據を公判廷に持運び之を公衆の面前に於て調査するに在り」、と⁽¹³⁸⁾。それゆえ、予審を廃止し、直接主義を徹底させることが必要であるとする⁽¹³⁹⁾。

以上のように、松本は予審の問題性や大正5年案における捜査機関の強制権限の拡大について批判を行っている。そのうえで、公正な裁判というためには、収集された証拠を全て公判廷で公開することが重要である、と主張しているのである。ここでは、証拠の開示による手續の可視化が主張されている。このように、松本の見解においては、公正な公判中心主義の前提として、全ての証拠の公開の必要性が主張されている。そしてそれは、被告人にとって有利・不利を問わない証拠である必要があろう。これらのことを踏まえれば、松本においては有罪・無罪両方向の「捜査・訴追過程の事後的検証」という証拠開示の意義が強調されていたといえよう。さらに、松本の見解においては、従来の弁護士層の見解と異なり、捜査機関の強制権限付与が否定されている点が重要であろう。

このように、松本の見解は、大正5年案における捜査機関の強制権限の
(龍法 '10) 43 - 2, 154 (604)

拡大に対する批判がなされた点で特徴的である。このような特徴は、他の弁護士による大正5年案の評価においても見られるところである。例えば、大澤真吉や新井要太郎は、要急事件に関する120条について、非現行犯の場合においても、強制権限を司法警察官や検察官に付与したものであるとし、国民の権利を危険にさらすものであると批判している⁽¹⁴⁰⁾。

以上のように、大正5年案においては、捜査機関の権限拡大及び直接主義の不採用が弁護士層による主要な批判対象とされていたといえる⁽¹⁴¹⁾。これらの点の改善こそが、公判に提出される証拠や開示される証拠が有罪方向へ極化すること、その結果、公判審理が形骸化されることを防止することにとって不可欠であったと意識されていたといえるのではなかろうか。もっとも、証拠開示をはじめとする弁護権そのものについては、それほど要求がなかったという点も特徴的であるといえよう。

大正5年案における主要点について、検察側の意見はほとんど見られなかった。このことは、大正5年案が検察側にとってさしあたり満足すべきものと評価されていたことを示すものといえよう⁽¹⁴²⁾。

以上のように、この時期における法曹界、特に弁護士層の関心は捜査段階に移っていた。このことは、この時期に、検察官の聴取書を大々的に批判する見解・法律案が提出されたこと⁽¹⁴³⁾、さらに人権蹂躪問題が反響を呼び起こし⁽¹⁴⁴⁾、「犯罪捜査ニ關スル法律案」⁽¹⁴⁵⁾及び同内容の「人権保護ニ關スル法律案」が提出されたことにも現れている。もっとも他方で、それに伴い、弁護権の強化、予審の弾劾化に対する関心はやや下火となっていったことが見てとれる。

このような状況に対して、当時の大審院部長の横田秀雄も以下のように述べている。誤判は恐るべきものである。一国の刑事裁判は国民の信頼がなければならない。そのため、①誤判を避けること、②事実と法の適用を合致させること、刑事訴訟法・判決例に従い判断すること、③刑事手続が公正明大に行われること。すなわち被告人の利益に着目して可能な限りこ

れを尊重して審理し、十分に弁護させること、④人格・技術において卓越した裁判官を育成すること、が重要である、とする。さらに、横田は、捜査について、そこでの人権侵害につき警告を発し、聴取書についても「真に正當な裁判を爲すには断然聴取書の効力を否定せねばならぬ」と批判している⁽¹⁴⁶⁾。

当時の尾崎司法大臣も、社会の不安感を理由に捜査を含めた手続の迅速化を強調する一方で、捜査における人権蹂躞の防止を主張している。さらに、当時の捜査において、「捜査其方法を誤まり犯人に不利なる方向のみを探索するに急にして利益と爲るべき材料の集取を忽諸に付するが如きことあらむか爲に事實の真相を謬まり往々にして無事を害することあるべし」と批判する⁽¹⁴⁷⁾。当時の捜査においても、結局、捜査段階においては有罪方向の証拠が重点的に収集されており、これにより多くの誤判が生じていたことが示されているといえよう。

第5款 小活

以上のように、明治40年代から大正5年案までの時期における、刑事手続の構造及びそこでの証拠開示の意義について概観してきた。

当時の実務状況を見る限り、明治30年代にその萌芽が確認された「糺問主義的検察官司法」は、その傾向をますます強くしていったといえる。すなわち、その原告たる地位という性格もあり、当時の捜査機関は被疑者・被告人にとって不利益な方向の証拠を重点的に収集する傾向にあった。このように収集された証拠、特に聴取書が、公判審理における事実認定の中心的役割を果たしていた。以上のように、捜査段階・起訴の段階が刑事手続の中心的役割を果たすという「糺問主義的検察官司法」が、この時期においてはかなりの程度に進行していったといえる。

このことは、不起訴率の上昇、予審免訴率・無罪率の急激な低下にも現れている。このように、公判審理に提出される証拠、即ち開示対象となる

証拠は、捜査段階で徹底的に収集された被告人に不利益な証拠のみという傾向が、ますます進行していったといえるのである。

また、この時期においては、学界から示される見解も多く見られた。その中でも、富田山寿の見解は、捜査段階から弁護人を関与させようとした点で注目に値する。この富田の見解においては、証拠開示も捜査段階から認められるべきとされている。さらに、富田の見解においては、この証拠開示は「手続の可視化」を意味するものとして捉えられており、当事者対等の前提条件として位置付けられていた。以上のように、理論的にも証拠開示について分析が進められたといえる。他方で、平沼麒一郎の見解は、予審廃止の帰結としての当事者主義的な刑事手続のあり方、具体的には両当事者による証拠収集という形を示した点で重要である。そしてこのことは、上記の実務における証拠開示の意義を根拠付け、正当化するという側面を有していた。

このような状況の下で進められた刑事訴訟法改正作業は、このような実務状況を改善しようとするものではなく、むしろその傾向を促進させようとするものであったと評価できる。大正5年案は、起訴前予審制の採用、捜査機関の権限強化、起訴便宜主義の明文化、直接主義に関する規定の削除を大きな特徴とするものであった。これらの特徴は、捜査機関の権限強化と、捜査機関が作成・収集した捜査結果の公判における利用可能性の拡大を意図したものであったといえる。他方で、弁護権も強化されなかったわけではないが、大場の批判にも現れているように、それは見せかけの強化であり、また対立当事者たる検察官の権限強化に比べて微々たるものであったとの評価は十分可能である。この大正5年案においては、証拠開示の規定も全く改善されていないに等しいものであった。このように、法改正においても、「糺問主義的検察官司法」が貫徹され、それに伴い、証拠開示も、「捜査機関による捜査・訴追過程の事後的な確認」という方向へ、ますますその意味を限定されようとしていたといえよう。

このような実務状況・法改正に対しては、学界・弁護士層の反対は強かった。特に、捜査機関による人権蹂躪に対する批判は、相当に強いものがあつた。このような批判は、弁護士層に止まるものでなかつた。その中で、当時の司法大臣などから、当時の捜査が有罪方向に偏っている点が批判されていたことは注目に値する。

以上のように、この時期においては、実務・法改正作業の両者において、「糺問主義的検察官司法」の貫徹に伴って、証拠開示がもつ意義の「捜査機関による有罪方向の捜査・訴追過程の事後的な確認」への限定がますます進められたといえよう。

これに対し、学界・弁護士層も、捜査機関の捜査活動や人権侵害に対する大々的な批判を開始した。もっとも、捜査段階における証拠開示の保障を主張する見解は富田のみに限られ、また予審段階における証拠開示の保障の要求もやや下火になったように思われる。

このような状況の下、ここまで検討してきた立法作業はいよいよ大正刑事訴訟法へと結実することになる。最後に、この大正刑事訴訟法成立時における実務状況を確認しつつ、大正刑事訴訟法の構造及びそこでの証拠開示の意味を確認することにしよう。

注

- (1) 小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社、1976）104頁等を参照。
- (2) 潮見俊隆＝渡辺洋三「戦前における日本の警察」戒能通孝編『警察権』（岩波書店、1960）75頁、78頁以下を参照。同書によれば、「ずさんな見込捜査で、すこし怪しいと警察がにらんだ場合、犯罪容疑者として逮捕するだけの証拠がないために、とりあえず、理由をつけて検束し監禁しておいて自白を強いるというやり方が堂々とおこなわれていた」、という。さらに、小田中・前掲書註(1)『刑事訴訟法の歴史的分析』174頁以下も参照。
- (3) わが国における起訴便宜主義の歴史については、三井誠「検察官の起訴猶予裁量——その歴史的及び実証的研究——（一）～（三）」法学協会雑誌87巻9＝10号（1970）897頁以下、同91巻7号（1974）1047頁以下、同9号1319頁以下に詳しい。

- (4) 明治32年2月28日司法大臣訓令(民刑甲第44号)(小田中・前掲書註(1)『刑事訴訟法の歴史的分析』187頁以下による)。
- (5) 花井卓蔵「教科書の獄を論じて其法律上裁判上の疑義に及ぶ(三)」法律新聞156号(1903)5頁。
- (6) 「対談(岩松玄十・中尾文策)思い出を語る」罪と罰4巻1号(1966)36頁。
- (7) 大審院判決録9輯1721頁以下。
- (8) 小田中・前掲書註(1)『刑事訴訟法の歴史的分析』176頁。
- (9) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1899(明治32)年23.50%、1900(明治33)年31.5%、1901(明治34)年26.6%、1902(明治35)年32.3%、1903(明治36)年41.1%、1904(明治37)年46.5%、1905(明治38)年48.7%、1906(明治39)年44.5%、1907(明治40)年44.6%、1908(明治41年)44.1%。また、三井・前掲註(3)「検察官の起訴猶予裁量(一)」930頁以下も参照。
- (10) 出射義夫「検察制度の研究」司法研究報告書26輯4号(1939)141頁、159頁を参照。
- (11) 三井・前掲註(3)「検察官の起訴猶予裁量(一)」930頁、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)47頁以下も参照。
- (12) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1899(明治32)年35.0%、1900(明治33)年31.1%、1901(明治34)年30.0%、1902(明治35)年27.4%、1903(明治36)年24.1%、1904(明治37)年23.7%、1905(明治38)年21.7%、1906(明治39)年20.2%、1907(明治40)年19.6%、1908(明治41)年17.1%。また、出射・前掲註(10)「検察制度の研究」133頁以下も参照。
- (13) 「一瀬廣島控訴院検事長の談話」法律新聞20号(1891)12頁。
- (14) 例えば、出射・前掲註(10)「検察制度の研究」は、「今日(昭和10年代初期——筆者註)は誰しも知る如く公訴を提起する迄に有罪の證據のみならず、反證をも悉すのが原則となっている」とし、「この結果は歓迎すべきものであり、世界に誇つてよいものであると信ずる」とする。
- (15) 花井卓蔵「教科書の獄を論じて其法律上裁判上の疑義に及ぶ(五)」法律新聞159号(1903)4頁。
- (16) 三坂繁人「法廷の審問所見」法律新聞477号(1908)3頁以下。
- (17) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1899(明治32)年10.8%、1900(明治33)年10.6%、1901(明治34)年10.4%、1902(明治35)年9.8%、1903(明治36)年8.0%、1904(明治37)年6.6%、1905(明治38)年5.4%、1906(明治39)年5.0%、1907(明治40)年4.9%、1908(明治41)年3.5%。
- (18) 日本帝国司法省刑事統計年報による。軽罪における無罪率は、1899(明治32)年10.7%、1900(明治33)年10.5%、1901(明治34)年10.3%、1902(明治35)年9.5%、1903(明治36)年7.9%、1904(明治37)年6.3%、1905(明治38)年5.2%、1906(明治39)年4.7%、1907(明治40)年4.7%。

さらに、重罪における無罪率は、1899(明治32)年14.4%、1900(明治33)

- 年13.2%、1901（明治34）年14.0%、1902（明治35）年17.6%、1903（明治36）年11.0%、1904（明治37）年11.1%、1905（明治38）年9.4%、1906（明治39）年9.6%、1907（明治40）年8.8%。
- (19)「日本辯護士協會の公開状を読む」法律新聞363号（1906）1頁以下。さらに、この公開状の契機となった事件とその後の経過については、「敢て倉富氏に質す」法律新聞365号（1906）1頁以下に詳しい。
- (20)「倉富検事長の回答書（日本辯護士協會の公開状に對して）」法律新聞365号（1906）20頁以下。
- (21)「岡山法況」法律時報385号（1906）25頁以下。
- (22) 明治34年案の条文は、法律新聞37号（1901）25頁以下、同38号25頁以下、同39号25頁以下、同40号25頁以下、同41号25頁、同42号25頁以下に掲載されている。また、明治34年案の要旨については、「刑事訴訟法改正案の要旨」法律新聞34号（1901）12頁以下を参照。
- (23) 明治34年案について詳細に分析するものとして、小田中・前掲書註（1）『刑事訴訟法の歴史的分析』199頁以下。
- (24) 豊島直通『刑事訴訟法原論 第3版』（名進堂、1902）225頁。
- (25) 明治刑事訴訟法220条を参照。
- (26) この点につき、小田中・前掲書註（1）『刑事訴訟法の歴史的分析』205頁を参照。
- (27) 小田中・前掲書註（1）『刑事訴訟法の歴史的分析』214頁以下を参照。
- (28) 前掲註（22）「刑事訴訟法改正案の要旨」12頁。
- (29) もっとも、その請求に応じるか否かは予審判事の裁量に委ねられる（243条2項）。
- (30) さらに、明治34年案243条は、「①検事は豫審判事の取調十分ならずと史料したときは其事項を指示して取調べを請求する事を得 ②豫審判事検事の請求に應じたるときは更に其取調に関する書類及び證據物件を検事に交付す可し若し其請求に應ぜざるときは速に其旨を通知す可し」とする。ここでは、検察官による再度の取調要求が規定されているが、この取調べを行うか否かは予審判事の裁量に委ねられている。まら、検察官は「先行の決定」に対して抗告を提起する事もできる（252条）。
- (31) 小田中・前掲書註（1）『刑事訴訟法の歴史的分析』218頁を参照。
- (32) 宇藤崇「直接主義・口頭主義」法学教室268号（2003）26頁以下を参照。
- (33) 宇藤・前掲註（32）「直接主義・口頭主義」26頁以下参照。さらに、小田中・前掲書註（1）『刑事訴訟法の歴史的分析』199頁が、明治34年案における「直接主義」について詳細に検討している。また、上口裕「西ドイツ刑事訴訟における直接主義」南山法学1巻1号（1977）177頁以下も参照。
- (34) ドイツにおける「直接主義」については、宇藤・前掲註（33）「直接主義・口頭主義」26頁以下、上口・前掲註（33）「西ドイツにおける直接主義」175頁以下、さらに上口裕「西ドイツ刑事判例における伝聞証人の地位（一）～（四・

完)」南山法学2巻1号(1978)25頁以下、同2巻2号29頁以下、2巻3号(1978)35頁以下、2巻4号(1979)25頁以下を参照。

- (35) 当時のドイツ帝国刑事訴訟法の関係条文を確認しておこう。なお、以下の条文の翻訳については、法務資料327号(1953)を参照した。

250条 ある事実の証明がある者の知覚に基づくときは、公判においてこの者を尋問しなければならない。尋問は前に為した尋問を録取した調査、又は陳述書の朗読をもって代える事はできない。

251条1項 証人、鑑定人又は共同被告人の尋問は、左の各号に該当する場合には、前に行われた各自の裁判官尋問に関する調査の朗読をもって代える事ができる。

①証人・鑑定人又は共同被告人が死亡したとき、精神病に罹ったとき、又はその居所を知る事ができないとき、

②証人・鑑定人又は共同被告人の公判への出頭が、長期間又は不確実な期間にわたり、疾病、癱疾又はその他除去する事のできない障壁によって妨げられるとき

③証人又は鑑定人に、その証言の意義を考慮して、距離の著しく隔絶しているのを理由に、公判への出頭を期待できないとき」

253条1項「証人又は鑑定人がある事実をもはや記憶していない旨を陳述したときは、前の尋問に関する調査のこの点を、その記憶を助けるために朗読する事ができる。」

これらの規定を見る限り、ドイツ帝国刑事訴訟法では、基本的に朗読が許されているのは裁判官調査のみである。もっとも、253条にいう「調査」は、全ての調査とも解しうが、朗読ではなく弾劾とすべきとの見解も存在する(vgl. Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Teil II, Göttingen 1957, S.722ff.)。

- (36) 明治34年案37条によれば、裁判官以外の調査として、検察官、司法警察官、外国の官庁の官吏、公吏による調査の証拠能力が認められ得る、とされている。

- (37) 共にガリ版刷(筑波大学図書館所蔵)。

- (38) 『刑法及刑事訴訟法意見書』431頁。

- (39) 東京弁護士会も同様に、「豫審中辯護人を選任するを得るの規定あるも被告人訊問の立會及訴訟記録閲覧の権を辯護人に附與せず是れ被告人の利益と其の権利を適當に保護すべき所以の途にあらず」との意見を示している(「東京辯護士會の改正法案意見」法律新聞54号(1901)34頁)。

- (40) 前掲書註(38)『刑法及刑事訴訟法意見書』432頁以下。

- (41) 前掲書註(38)『刑法及刑事訴訟法意見書』433頁。

さらに、新潟弁護士会・横浜弁護士会の答申もほぼ同旨と思われる。「現行豫審制度の弊疾は其訊問檢證及び調査作成の中に存す故に豫審に在つても又た猶ほ公判におけるが如く被告人をして任意辯護人を選定して其訊問檢證及び調査作成の席に列せしめ且つ許多か己れの辯護権を代行せしむるを得せしむるは現行豫審制度改良の第一喫緊事たり然るに刑事訴訟法草案は僅かに「豫審に辯

護人を付するを得る』の規定ある而已にして其訊問檢證及作成の立會、證據の提出、書類の閲覽等に関する一般の規定無し之れ豈に其名あつて而して其實なきものにあらずや宜しく豫審に於ける如上諸般の辯護権を公認し且つ其辯護人の権限を詳定すべし」(「新潟辯護士會の刑法改正意見」法律新聞52号(1901)21頁、「第三 豫審に辯護人を附スルの精神を貫徹すべき 改正案は其第百六拾條の規定を以て會て當代の理論たりし豫審に辯護人を用ふるを許すべしとの意見を採用したるが如しと雖も仔細に之を通讀すれば豫審中辯護人として行ふべき職務は殆ど容認したる者なきが如し果して然らば現行法に比し此點に付き何等の擇ぶ虞なきものとす故に一旦公訴の提起ありたる後は辯護人は被告人及證人の訊問に立會を爲し得べき刑事訴訟記録の閲覽を爲し得べき事被告人の利益の證據を提出し及證據調の請求を爲し得べき事其他一切の證據調は緊急止むを得ざる場合を除くの外辯護人に通知して立會の機會及自由を得せしむ可きことを規定せざるべからず是等の規定を設くるは被告人等に犯罪を自白するの義務なき事と認めたる文明法律を採用したる必然の結果にして毫も躊躇すべきにあらざるなり。」(「横濱辯護士會の刑法及刑事訴訟改正案に對する意見」法律新聞51号(1901)23頁。

- (42)「京都辯護士會の刑事訴訟改正意見」法律新聞51号(1901)22頁。
- (43)前掲書註(38)『刑法及刑事訴訟法意見書』432頁。
- (44)『刑法及刑事訴訟法意見書追加』439頁以下。
- (45)前掲書註(38)『刑法及刑事訴訟法意見書』311頁。
- (46)前掲書註(38)『刑法及刑事訴訟法意見書』314頁。
- (47)「京都辯護士會の刑事訴訟改正意見」法律新聞51号(1901)22頁。京都弁護士會は、明治刑事訴訟法においても司法警察官が「職権を濫用し人権を蹂躪して顧ざるの事例は至る處吾人の常に見聞する所」であり、明治34年案の規定だとさらにこのような現状を助長することを批判している。
- (48)「横濱辯護士會の刑法及刑事訴訟改正案に對する意見」法律新聞51号(1901)23頁。
- (49)「大阪辯護士會の刑事訴訟改正意見」法律新聞52号(1901)12頁。
- (50)「新潟辯護士會の刑事訴訟改正意見」法律新聞52号(1901)22頁。
- (51)例えば、福島弁護士會の意見が挙げられる(前掲書註(44)『刑法及刑事訴訟法意見書追加』515頁以下。)
- (52)前掲書註(38)『刑法及刑事訴訟法意見書』318頁。
- (53)前掲書註(38)『刑法及刑事訴訟法意見書』508頁。
- (54)「宇都宮辯護士會の法案改正意見」法律新聞52号(1901)22頁、「東京辯護士會の改正法案意見」法律新聞54号(1901)34頁など。
- (55)「新潟辯護士會の刑事訴訟改正意見」法律新聞52号(1901)21頁。
- (56)前掲書註(44)『刑法及刑事訴訟法意見書追加』532頁。
- (57)前掲書註(44)『刑法及刑事訴訟法意見書追加』526頁。
- (58)前掲書註(38)『刑法及刑事訴訟法意見書』527頁以下。

- (59) 前掲書註 (38)『刑法及刑事訴訟法意見書』529頁以下。
- (60) 前掲書註 (38)『刑法及刑事訴訟法意見書』576頁以下。
- (61) 前掲書註 (38)『刑法及刑事訴訟法意見書』518頁以下。
- (62) 前掲書註 (44)『刑法及刑事訴訟法意見書追加』116頁以下。
- (63) 明治34年案における「直接主義」に対する裁判官・検察官の批判を詳細に検討しているものとして、小田中・前掲書註 (1)『刑事訴訟法の歴史的分析』233頁以下を参照。それらが、同書235頁にまとめられている。
- (64)『刑法及刑事訴訟法意見書』257頁以下、『刑法及刑事訴訟法意見書追加』246頁以下。
- (65) これらの理論動向について検討を加えるものとして、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）724頁。
- (66) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』167頁以下。
- (67) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』169頁。
- (68) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』172頁以下。
- (69) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』173頁。
- (70) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』173頁。
- (71) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』174頁。
- (72) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』481頁以下。
- (73) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』480頁。
- (74) 豊島直通『修正刑事訴訟法新論』（有斐閣、1910）489頁。
- (75) 豊島・前掲註 (74)『修正刑事訴訟法新論』544頁。
- (76) 豊島は、大正5年案立案過程である法律取調委員会主査委員会において、①「公判前ノ手続ハ訴追及弁護ヲ準備スルヲ以テ目的ト爲スコト」、②「豫審手続ヲ廃シ公判前ノ手続ハ検事ヲシテ之ヲ管掌セシムルコト」、③「検事ヲシテ勾留其他強制処分ヲ爲スヲ得サシムルコト」などを提案している（小田中・前掲書註 (1)『刑事訴訟法の歴史的分析』281頁以下）。
- (77) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』608頁以下。
- (78) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』225頁。
- (79) 豊島・前掲書註 (24)『刑事訴訟法原論 第3版』225頁。
- (80) 中川の見解については、中川孝太郎「刑事訴訟法ノ改正ニ付テ」法学協会雑誌22巻9号（1904）1219頁以下、中川孝太郎「獨國に於ける刑事訴訟法改正の委員会決議の要領」法学協会雑誌23巻7号（1905）973頁以下、さらに中川孝太郎「起訴ノ事實」法学協会雑誌26巻5号（1908）281頁以下を参照。
- (81) 中川・前掲註 (80)『刑事訴訟法ノ改正ニ付テ』1238頁。
- (82) 中川・前掲註 (80)『刑事訴訟法ノ改正ニ付テ』1238頁。
- (83) 中川・前掲註 (80)『刑事訴訟法ノ改正ニ付テ』1241頁。
- (84) 中川・前掲註 (80)『刑事訴訟法ノ改正ニ付テ』1239頁。中川は、明治刑事訴訟法が、現行犯のみに限って検察官に強制権限を付与していることにはやは

り理由がある、とする。

- (85) 中川・前掲註 (80)「刑事訴訟法ノ改正ニ付テ」1241頁。
 - (86) 中川は、明治34年のような規定では不十分であり、予審が判断するのは公判開始をすべきか否かの見込みが立つ程度とし、証拠調べもその範囲において要点を押さえてすべきとする(中川・前掲註 (80)「刑事訴訟法ノ改正ニ付テ」1242頁)。
 - (87) 中川・前掲註 (80)「刑事訴訟法ノ改正ニ付テ」1242頁以下。
 - (88) 中川は、明治34年案が直接主義をとっていること自体は評価するものの、予審調査の朗読可能性を認める点を批判する。
 - (89) 中川・前掲註 (80)「刑事訴訟法ノ改正ニ付テ」1244頁以下。
 - (90) 中川・前掲註 (80)「刑事訴訟法ノ改正ニ付テ」1227頁以下。
 - (91) 中川・前掲註 (80)「刑事訴訟法ノ改正ニ付テ」1228頁。
 - (92) 富田山寿「刑事辯護論」京都法學會雑誌3巻6号(1908)63頁。
 - (93) 富田山寿「刑事辯護論」京都法學會雑誌3巻7号(1908)42頁。
 - (94) 富田・前掲註 (92)「刑事辯護論」46頁。
 - (95) 富田・前掲註 (92)「刑事辯護論」67頁。
 - (96) 富田・前掲註 (93)「刑事辯護論」43頁。
 - (97) 富田は、明治34年案が証人訊問につき弁護人の立会を認めていない点を、「全然辯護人ヲ用ユルコトヲ許ササルト同一ニ非サルカ」と批判している。さらに、被告人訊問についても、弁護人立会を認めるべきとし、弁護人がついてこそ被告人は供述すると、明治34年案を批判する(富田・前掲註 (92)46頁以下)。
 - (98) 富田は、明治刑事訴訟法が検察官に強制処分の権限を認めていない理由について、「原告官タル検事又ハ其補助者タル司法警察官ニシテ強制力ヲ用ヒ得ルニ於テハ之カ爲メ被告人ノ防禦権ヲ危険ナラセシムル虞アリト諒フニ在リ然レトモ證據ハ凡ソ之ヲ迅速ニ集取スル必要アルモノナルヲ以テ此点ヨリ觀察スレハ寧ロ或程度ニ於テ捜査ノ一般強制力ヲ認ムルヲ至當トス」、と述べている(富田山寿「最近刑事訴訟法論 訂正補訂第4版 下巻」(有斐閣、1913)892頁)。
 - (99) 富田・前掲註 (92)「刑事辯護論」56頁。
 - (100) 富田・前掲註 (92)「刑事辯護論」58頁以下。
 - (101) 富田・前掲註 (92)「刑事辯護論」62頁。
 - (102) 富田・前掲註 (92)「刑事辯護論」64頁以下。
 - (103)「臨時大會記事」日本弁護士協會録事137号(1909)55頁以下、「日本辯護士協會臨時大會概況」法律新聞601号(1909)1頁以下。
 - (104)「東北辯護士大會」日本弁護士協會録事122号(1908)68頁以下。
 - (105)「中国弁護士大会」日本弁護士協會録事122号(1908)69頁以下。
 - (106)「第四回九州沖縄辯護士大會」日本弁護士協會録事135号(1909)67頁以下。
- さらに、同大会では、「刑事事件非訟事件の記録閲覧に付利害関係を疎明したるものに對しては之を許可世羅連呼とを要望すること」、「公判始末書口頭弁論

調書證人訊問調書は必ず訟廷に於て讀聞けられん事を要望する事」も可決されている。

- (107) 日本弁護士協会録事136号 (1909) 109頁以下、同138号 (1910) 4頁以下。
また、これらの弁護士会の決議は、小田中・前掲書註 (1)「刑事訴訟法の歴史的
的分析」276頁の註 (5) にも掲載されている。
- (108) 「各地辯護士會報告書」日本弁護士協会録事138号 (1910) 4頁以下。
- (109) 「調査委員報告書」日本弁護士協会録事138号 (1910) 29頁以下。
- (110) 日本弁護士協会録事138号 (1910) 43頁以下。例えば、ミカン泥棒の事例
における素行調書として以下のようなものが報告されている。(同56頁)。

素行調書

(前略)

一. 性質嗜好特技、

平素温和なるか如きも智恵に富み常に賭事と酒を好む飲酒するときは暴
行の癖あり、樹木に上る巧なり。

- (111) 「誤判録 (其四)」法律新聞733号 (1911) 12頁。
- (112) 高野茂基「刑事辯護論」法律新聞1008号 (1915) 3頁。
- (113) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1909 (明治42) 年40.9%、1910 (明
治43) 年44.2%、1911 (明治44) 年46.2%、1912 (明治45/大正1) 年50.3%、
1913 (大正2) 年54.6%、1914 (大正3) 年58.8%、1915 (大正4) 年59.0%、1916
(大正5) 年60.8%。
- (114) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1909 (明治42) 年10.9%、1910 (明
治43) 年16.0%、1911 (明治44) 年20.6%、1912 (明治45/大正1) 年24.6%、
1913 (大正2) 年24.6%、1914 (大正3) 年27.3%、1915 (大正4) 年26.3%、1916
(大正5) 年28.4%。
- (115) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1909 (明治42) 年8.2%、1910 (明治
43) 年7.7%、1911 (明治44) 年6.3%、1912 (明治45/大正1) 年5.9%、1913 (大
正2) 年5.7%、1914 (大正3) 年4.6%、1915 (大正4) 年4.6%、1916 (大正5) 年
5.2%。
- (116) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1909 (明治42) 年10989件、1910 (明
治43) 年10603件、1911 (明治44) 年10416件、1912 (明治45/大正1) 年9340
件、1913 (大正2) 年8029件、1914 (大正3) 年6277件、1915 (大正4) 年6192
件、1916 (大正5) 年5498件。
- (117) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1909 (明治42) 年3.0%、1910 (明治
43) 年2.5%、1911 (明治44) 年2.2%、1912 (明治45/大正1) 年1.9%、1913 (大
正2) 年1.7%、1914 (大正3) 年1.7%、1915 (大正4) 年1.6%、1916 (大正5) 年
2.3%。
- (118) 平沼麒一郎「刑事訴訟法ノ改正ニ就テ」法曹記事18巻5号 (1908) 1頁以下。
- (119) 平沼・前掲註 (118)「刑事訴訟法ノ改正ニ就テ」8頁以下。
- (120) 平沼・前掲註 (118)「刑事訴訟法ノ改正ニ就テ」10頁以下。また、平沼は

イギリスの刑事手続を視察した結果を、1908（明治41）年の司法官会議で講演している（平沼麒一郎「英国の刑事裁判制度」法曹記事18巻7号1頁以下）。

- (121) 平沼・前掲註(118)「刑事訴訟法ノ改正ニ就テ」15頁以下。
- (122) この法律取調委員会の主査委員会における議論経過については、平沼麒一郎「刑事訴訟法改正案要旨」（日英堂、1917）1頁以下、さらに小田中・前掲査註(1)「刑事訴訟法の歴史的分析」104頁以下に詳しい。また、大正2年案に関する主査委員会の審議過程が「主査委員会日誌」、大正7年案に関する審議過程が「第二次主査委員会日誌」に記録されているが、いずれも入手することができなかった。また、大正5年案に関する各界の意見は、「刑事訴訟法案（大正5年案）ニ對スル意見書」「刑事訴訟法案ニ對スル意見書」があるが、こちらも入手できなかった。
- (123) 例えば、当時の「法律新聞」では、大正5年案公表後、多数の意見が公表されている。
- (124) 大正5年案の規定については、「刑事訴訟法改正案（未定稿）」を参照した。また、法律新聞1184号（1916）5頁以下、にも掲載されている。
- (125) 平沼・前掲註(122)「刑事訴訟法改正案要旨」146頁以下。
- (126) 平沼・前掲註(122)「刑事訴訟法改正案要旨」156頁以下。
- (127) 小田中・前掲査註(1)「刑事訴訟法の歴史的分析」296頁によれば、第一次主査委員会において、証拠開示に関する議論はほとんどなかった。
- (128) 平沼・前掲註(122)「刑事訴訟法改正案要旨」50頁以下。
- (129) もっとも、司法警察官による証人訊問においては、宣誓をさせることはできない（208条2項）。
- (130) 平沼・前掲註(122)「刑事訴訟法改正案要旨」183頁以下。
- (131) 大場茂馬「刑事訴訟法改正案評（一）」法律新聞1085号（1916）12頁以下。
- (132) 大場茂馬「刑事訴訟法改正案評（四）」法律新聞1088号（1916）15頁以下。
- (133) 大場茂馬「刑事訴訟法改正案評（七）」法律新聞1092号（1916）14頁。
- (134) 大場茂馬「刑事訴訟法改正案評（一二）」法律新聞1096号（1916）13頁。
- (135) 中川孝太郎「刑事訴訟法改正案を評す（上）」法律新聞1093号（1916）4頁以下。
- (136) 中川孝太郎「刑事訴訟法改正案を評す（下）」法律新聞1094号（1916）4頁以下。
- (137) 松本重敏「刑事訴訟法改正案を評す（一）」法律新聞1198号（1916）6頁以下。
- (138) 松本重敏「刑事訴訟法改正案を評す（三）」法律新聞1200号（1916）6頁以下。
- (139) 松本重敏「刑事訴訟法改正案を評す（四）」法律新聞1201号（1916）4頁以下。
- (140) 大澤眞吉「刑事訴訟法改正案に對する私儀」日本弁護士協会録事216号（1917）6頁以下、新井要太郎「刑事訴訟法改正案私儀（三）」日本弁護士協会

録事218号(1917)23頁以下。

- (141) 例えば、日本弁護士協会による「刑事訴訟法改正案修正意見概要(未定稿)」日本弁護士協会録事221号(1917)106頁以下、「刑事訴訟法改正案修正意見概要」日本弁護士協会録事224(1917)82頁以下、東京弁護士会の「刑事訴訟法改正案に対する答申」日本弁護士協会録事324号(1917)98頁以下などにも、この特徴は見られる。
- (142) 小田中・前掲書註(1)『刑事訴訟法の歴史的分析』360頁。
- (143) 例えば、社説「先づ検事及び検察官の聴取書作成を禁ずべき」法律新聞341号(1906)1頁、同「無効調査の効力」法律新聞421号(1907)1頁、同「證據書類の解釈を論ず」法律新聞528号(1908)4頁などを参照。これらの論文は司法警察員による調査作成をも批判の対象としている。さらに、検察官による調査作成を専ら批判対象とするものとして、磯部四郎「検事の聴取書に関する卑見」日本弁護士協会録事183号(1914)1頁以下。
- (144) 代表的な人権蹂躪事件としては、1913(大正2)年の宇都宮事件、同年の水戸事件、1914(大正3)年の名古屋事件、1916(大正5)年の鈴ヶ森事件、1919(大正8)年の京都豚箱事件が挙げられる。これらの事件は、法律新聞において大きな批判にさらされた。宇都宮事件に関する批判としては、「人権擁護問題」法律新聞931号(1914)、「当局者反省せよ」法律新聞954号(1914)、「人権蹂躪の事実」法律新聞1074(1916)。鈴ヶ森事件に関する批判としては、「誤判と輿論」法律新聞1117号(1916)、「人権問題に対する政党の沈黙」法律新聞1120号(1916)、「誤判の責任如何」法律新聞1132号(1916)、「警察権の濫用」法律新聞1127号(1917)、「官権萬能と人権保護法案」法律新聞1381号(1918)、さらに石田仁太郎「人権蹂躪問題の根本的解決」法律新聞949号(1914)などがある。
- (145) 「犯罪捜査に関する法律案」の規定及びその理由書は、法律新聞918号(1914)14頁に掲載されている。この法律案は、捜査機関による被疑者取調べにおいて、隣佑または弁護士の立会を求めている点、恐喝・詐言を禁止している点、取調べ時期を制限し、さらに捜査において作成された調査の証拠能力を否定しようとするものであった。この「犯罪捜査に関する法律案」については、小田中・前掲書註(1)『刑事訴訟法の歴史的分析』332頁以下、多田辰也『被疑者取調べとその適正化』(成文堂、1999)88頁以下が詳しい。
- (146) 横田秀雄「刑事裁判と國民の信頼」法律新聞945号(1914)3頁以下。
- (147) 「尾崎司法大臣訓示」法律新聞1105号(1916)18頁以下。