

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（4）

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 「糺問的な捜査・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 「糺問主義的予審司法」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 「札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43巻2号)
 - 第3節 大正刑事訴訟法の構造と証拠開示
 - 第1款 大正5年案当時の実務の状況
 - 第2款 大正刑事訴訟法の審議過程
 - 第3款 大正刑事訴訟法と証拠開示
 - 第4節 「札問主義的檢察官司法」への移行及び定着と証拠開示
- 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1節 実務上の動向
 - 第1款 大正刑事訴訟法の証拠開示に関する質疑回答
 - 第2款 人権蹂躪事件と大正刑事訴訟法下の実務
 - 第3款 大正刑事訴訟法下の弁護活動——南波丞三郎「辯護学」
 - 第2節 「司法制度改善」
 - 第1款 「司法制度改善」構想
 - 第2款 檢察官の反応
 - 第3款 裁判官の反応
 - 第4款 弁護士層の反応
 - 第5款 学界の反応
 - 第6款 「司法制度改善」構想後の動き
 - 第7款 小括
 - 第3節 「当事者」による証拠収集と証拠開示の関係
- 第6章 戦時刑事立法における証拠開示の制限

第1節 国防保安法

第2節 治安維持法の全面改正

第3節 戦時刑事特別法

第4節 小括

(以上、本号)

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関係 ——大正刑事訴訟法における証拠開示問題の構造

第3節 大正刑事訴訟法の構造と証拠開示 (承前)

第1款 大正5年案当時の実務の状況

以下では、大正5年案後の大正刑事訴訟法の制定過程を検討するが、その前に、大正5年案当時の実務状況を見ていこう。結論から言うならば、実務の状況はそれほど変化していないことが分かる。例えば、日本弁護士協会録事では以下のような指摘を確認できる。刑事手続の実状は、江木衷が指摘した「巡査裁判」へ接近している。すなわち、実務における「刑事記録の多数（検事局への告訴告発を除き）は、先づ巡査の聴取書又は報告書に始まり、次に検事又は豫審判事の訊問となる、而して直接間接に検挙巡査は関係人に附纏、公判に至れば、尢然たる記録となり、形式的の書類調査と被告の取調のみ、故に其初め見込違の者を擧げて」しまい、結局誤判を生むことになるという裁判へ、と⁽¹⁾。同様の指摘は、裁判官経験者からもなされている。一件記録においては「検事の聴取書が大部分を占めている」とか、「今日一件記録を閲して異様に感ずるのは、豫審判事は検事の聴取書の跡を辿りて訊問して行くやうな気がする。昔は記録を読んでも、斯様な氣は毛頭しなかった」⁽²⁾、と。

さらに、被告人に対する取調べについて捜査機関が調書に記録しないという事件も報告されている。1920（大正9）年に日本弁護士協会が司法大臣原敬に宛てた「京都人権問題ニ關スル顛末報告」においては、1918（大

正7) 年の京都府議会汚職事件における人権蹂躪について、さまざまな報告がなされている⁽³⁾。この事件では、長時間にわたる苛酷な取調べがなされた。そのうえで以下のような検察官の行為があったという。「公訴カ豫審ニ繁属シテ豫審判事カ被告人ニ對シ他人トノ接見及書類ノ授受ヲ禁シタル後検事カ被告ヲ訊問スルコト或ハ検事ノ捜査権ニ属スト論スル者アルヘシト雖モ検事カ本件京都府會議員瀆職事件ノ被告ヲ取調べタル方法ハ他ニ類例ヲ見サル苛刻ノ處指ニシテ同一被告ニ對シ同一ノ検事カ連日長時間ニ涉リ調書ヲモ作成セスシテ訊問ヲ繼續シ自白ヲ強要シタルノ跡歴々蔽フ可カラサルモノ有り」⁽⁴⁾、と。このように、捜査活動を行ったとしても、調書に記録しない事例は、それまでもいくつか報告されていた。例えば、古賀廉造は、捜査機関が「事實の捜査に就て力を用ふることを知らずして、被告人又は證人の自白に依りて、以て事實の眞相を得んことを努む。殊に其の自白は検事又は司法警察官の想像に書きたる模型に當て嵌まるとことの自白ならざるべからず」、と指摘する⁽⁵⁾。ここでは、聴取書が検察官や警察の主観的見込によって作成されるという実務が指摘されている。また、さらに岡山では、検察官が被告人に利益な証人を取調べその聴取書を作成しても、一件記録に編纂しなかったという事件も生じていたという⁽⁶⁾。

このような指摘は重要な意味を持つといえる。第4章で指摘したように、明治30年代の時点で、綿密な捜査・慎重な起訴が強化され、予審の事件選別機能が低下し、その中で予審ではなく捜査機関が収集した（聴取書を中心とする）証拠が中心的役割を果たすようになっていた。その結果、証拠開示の対象は、「捜査機関が収集した有罪方向中心の証拠」へと移行していった⁽⁷⁾。上述の指摘は、このような傾向が続いていたことだけでなく、捜査過程を記録しないこと、捜査記録を主観的に記録・作成すること、被告人に有利な証拠を隠すことが行われていたことを示すものである。かつて予審や明治刑事訴訟法成立当初に予定されていた、予審による有罪・無

罪方向の証拠収集過程の記録やその結果の開示という証拠開示の意義は、この時点において確認し得ない状態にあった。

以上のように、この時期の実務においても、捜査機関が作成した聴取書をはじめとする書類が、予審を通して、公判審理に重大な影響を及ぼしていたことが分かる。それだけではなく、予審・公判審理には、基本的に有罪方向の証拠のみが提出されていたのである。さらには、捜査過程の自身に都合のよい作成、都合の悪い証拠の隠蔽なども少なくなかったといえる。ここでは、証拠開示によって示される捜査・訴追過程は客観的なものではなく、捜査機関が構成したストーリーとなりつつあったことが確認できる。

このような実務状況は、統計にも表れているといえる。検察官の不起訴率・起訴猶予率を見てみると、不起訴率は1917（大正6）年には59.8%という数字を示しており、1922（大正11）年には69.1%にまで至っている⁽⁸⁾。また、起訴猶予率は、1917（大正6）年の29.0%から急激な上昇を示し、1922（大正11）年には53.0%にまで至っている⁽⁹⁾。このように、検察官による「事件選別機能」はますます強化されていることが分かる⁽¹⁰⁾。それに伴って、先に確認したように被疑者・被告人の取調べを中心とする捜査の綿密化も進行していたといえよう。次に、予審免訴率を確認しよう。1917（大正6）年の予審免訴率を見てみると、4.7%であったが、それ以降低下傾向にあり、4.0%にまで低下している⁽¹¹⁾。このように、予審免訴率はますます低下していることが確認できる。予審の事件選別機能がますます低下していることに加え、検察官の不起訴率等を併せて考えると、検察官の判断が予審終結決定にとって決定的意味を持っていたといえよう。最後に公判の無罪率を確認しよう。1917（大正6）年には、1.2%にまで低下した無罪率は、1919（大正8）年にはついに1.0%を切り、1922（大正11）年には0.9%に至っている⁽¹²⁾。このように、この時期の無罪率は1%を切るにまで至った。

このように、公判審理の形骸化が進行し、確立していったことが分かる。以上を踏まえると、取調べを中心とする綿密な捜査に基づく慎重な起訴の結果が、予審や公判審理において決定的役割を果たしていることが分かる。「糺問主義的検察官司法」が進行し、さらにはほぼ定着を見ていたといえよう。このような実務状況の下で、大正刑事訴訟法は成立することとなる。次に、大正刑事訴訟法に関する審議経過を概観し、最後に大正刑事訴訟法の構造とそこでの証拠開示の意義を確認しよう。

第2款 大正刑事訴訟法の審議過程

1. 審議に至るまでの経過

1919（大正8）年、法律取調委員会が廃止され刑事訴訟法改正作業は休止状態となった。しかし、1920（大正9）年4月、司法省に刑事訴訟法改正調査委員会が設けられ、法律取調委員会の大正7年案をもとに刑事訴訟法改正作業が進められた。その結果、1921（大正10）年8月にいわゆる大正10年案が成立した⁽¹³⁾。

この大正10年案は、大正7年案に比べて以下のような特徴を持っていた。
①起訴前予審を起訴後予審へと変更したこと、②捜査段階・予審段階における被疑者・被告人の名誉保護に関する訓示規定を設けたこと、③勾留期間について制限を設定したこと、④被疑者・被告人尋問につき、黙秘権規定をはじめとする人権保護的な訓示規定を設けたこと、⑤起訴便宜主義の規定の基準を明確にしたこと、⑥予審における証拠開示について「豫審判事ノ許可ヲ受ケ書類及證據物ヲ閲覽スルコトヲ得」との規定を設けたこと、⑦検察官・弁護人に、被告人・証人等に対する直接尋問権を認めたこと、⑧判決理由を示す旨の規定を設けたこと、などである⁽¹⁴⁾。このように、大正10年案では、大正2年案、5年案、そして7年案に比べ、人権保護方向での修正が多くなされたといえよう。これは、弁護士層を中心とした上述のような改正要求等が、一定程度、刑事訴訟法改正作業に影響を及ぼ

した結果であるといえよう⁽¹⁵⁾。

この大正10年案は、1921（大正10）年12月に開かれた第45帝国議会に、政府から提出された。そこで、衆議院刑事訴訟法案委員会は、1922（大正11）年2月10日から審議を開始した。そこでは、政友会修正案が可決され、憲政会と国民党による各修正案が否決された。これに基づき、衆議院本会議（第2読会）は、同年3月8日に政友会修正案を可決した。貴族院に回付された後、同院刑事訴訟法案特別委員会における審議が開始された。そこでは、要急事件、検察官による勾留、裁判上の捜査処分が規定され、さらに勾留期間の制限が規定された。以上のような貴族院修正案の回付を受けた衆議院では、この貴族院修正案が可決された。

この審議過程では、政友会修正案が大きな役割を果たしていた。そして、この政友会修正案は、日本弁護士協会の「刑事訴訟法案修正主旨」を基礎としたものであった。日本弁護士協会は、刑事訴訟法改正法律案委員会を設置し、そこでの議論の結果として、1922（大正11）年2月22日に議会への提出を決定した⁽¹⁶⁾。この「刑事訴訟法案修正主旨」の内容としては、①勾引囑託する者から「検事又ハ司法警察官」を削除したこと、②要急事件に関する規定の削除、③被告人を留置する検察官の権限の削除、④司法警察官による被疑者訊問における「親族縁故者隣人又ハ市町村吏員」の立会の規定、⑤検察官・司法警察官による証人訊問における宣誓の廃止、⑥いわゆる裁判上の捜査処分規定の削除、⑦予審判事による被告人訊問や証拠調べへの検察官・弁護人の立会権の規定、⑧「證據ハ裁判所直接之ヲ取調べタルモノニ限ル但左ノ場合ニ限り訴訟關係人ノ異議ナキトキハ被告人其他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ヲ證據ト爲スコトヲ得 一供述者死亡シタルトキ 二疾病其他ノ事由ニ依リ訊問スルコト能サルトキ 三土地ノ遠隔其他交通不便ニシテ直接ニ取調ヲ爲スコト困難ナルトキ」とする直接主義の規定等を含む36の提案が示された⁽¹⁷⁾。もっとも、この「刑事訴訟法案修正主旨」は、上述の①④⑦⑧の削除、⑥については削除ではな

くその要件の厳格化を行う等の大幅な修正が加えられた上で、政友会修正案として提出された。

以下では、これらのことを踏まえて、大正刑事訴訟法審議過程を、証拠開示に関する規定を中心に見ることにしよう。

2. 大正刑事訴訟法の審議過程①——予審における証拠開示に関する議論

衆議院刑事訴訟法委員会では、作間耕逸委員から、大正10年案は予審弁護制度をある程度認めているが、これでは不十分でないかとの意見が出た。これに対して、林頼三政府委員は、「證人訊問、鑑定、押収、搜索、檢證、是ガ豫審手續ノ主要ナモノデアリマシテ、其主要ナル手續ニ付テ、辯護人ガ大體ニ於テ何レモ關與出来ルコトニナツテ居リマス、ソレカラ又書類モ一定ノ範圍ニ於テ閲覧出来ルト云フコトニナツテ居リマスノ辯護人ハ豫審手續ノ大體ヲ知ツテ、サウシテ被告人ノ爲ニ防禦ヲスルト云フコトハ、相當ニ出来ルコトデアル」と返答した（第1回委員会）⁽¹⁸⁾。

さらに、宮古啓三郎委員は、なぜ予審において徹底した予審弁護制を採用しないのかとの質問を行っている。これに対して、林政府委員は、「豫審ハ全ク公判準備手續デアリマシテ、總テノ取調ハ公判ニ集中スルト云フ原則ヲ採ツテ居リマス……豫審ノ調ハ唯タ公判ニ附スルニ足ル嫌疑ガ十分デアルカドウカラ決スルト云フ程度ニ於テ調ベルノデアリマス…サウ云フ次第デ、被告人ノ権利益ノ擁護ハ公判廷ニ於テ十分出来ルコトニナツテ居リマス」と、予審は公判準備手續にすぎないことが理由として挙げられている（第6回委員会）⁽¹⁹⁾。

以上のように、予審弁護士制と関連した論点においては、証拠開示はほとんど議論されていない。林政府委員の、「辯護人ハ豫審手續ノ大體ヲ知ツテ、サウシテ被告人ノ爲ニ防禦ヲスル」という答弁が見られる程度である。もっとも、このような答弁から、予審手續の過程を知るという予審段階における証拠開示の意義を一定程度窺うことができる。他方で、予審の

(龍法 '11) 44 - 1, 8 (8)

位置付けについて、起訴後予審制度が採用され、またその役割・位置付けも明治刑事訴訟法に比べ限定されたことが明らかとなっている。

次に、証拠開示を規定した44条に関する議論を確認しておこう。上臈益三郎委員は、44条は証拠開示について裁判長又は予審判事の許可が必要としているが、「訴訟手続ニ關スル裁判所ノ許可デハナクシテ、行政上ノ許可ノ意味デスカ」との質問を行った。これに対して、林政府委員は、書類を閲覧する権利は弁護人にある。しかし、証拠物は、色々と古いものがあり取扱いに注意を要するものがあるので、その意味で裁判長・予審判事の許可を受けるとする趣旨であると答弁した。さらに、上臈委員は、裁判長・予審判事による閲覧の許可決定が、訴訟行為に対する裁判であるとすれば、弁護人の請求が却下された場合は即時抗告が認められるはずであると主張した。不当な閲覧に関する決定については、法律上は正することが出来るのかどうか、と。これに対して、林政府委員は、「實驗上妨ガナイノニ、許可ヲ與ヘナイト云フヤウナコトハ、マルデ豫想シナイノデスカラ」と断ったうえで以下のように答弁した。「理由ナク許可ヲ與ヘスト云フヤウナ事ガアレバ、是ハドウモ職務ヲ相當ニ行ハヌ者デアリマスカラ、職務上ノ制裁ハ免レナイ、無論裁判長ナリ豫審判事ハ、法律ノ精神ヲ能ク採ツテソレニ則ツテ職務ヲ執ラナケレバナリマセヌカラ、職務上懲戒其他ノ責任ヲ免レヌコトニナリマス」と答弁した。それゆえ、閲覧の不許可決定の場合は、職務上の監督権に任せる外ない、ということが確認された⁽²⁰⁾。

また、鈴木富士彌委員は、44条3項にいう証拠物の謄写について、そこには写真という方法も含まれるのか、との質問を行った。これに対しては、林政府委員から、含まれるとの答弁があった（以上、第2回衆議院特別調査委員会）⁽²¹⁾。

証拠開示に関する議論、予審や予審弁護制に関する議論は以上のとおりである。その結果、予審以後の弁護人選任が認められ（39条）、証拠開示

は以下のように規定された。

- 44条 ①辯護人ハ被告事件公判ニ付サラレタル後裁判所ニ於テ訴訟ニ
關スル書類及證據物ヲ閲覽シ且其ノ書類ヲ謄写スルコトヲ得
②豫審ニ於テハ辯護人ノ立會フコトヲ得ヘキ豫審處分ニ關スル
書類及證據物ヲ閲覽シ且其ノ書類ヲ謄写スルコトヲ得
③辯護人ハ裁判長又ハ豫審判事ノ許可ヲ受ケ證據物ヲ謄写スル
コトヲ得

本条によって、予審段階からの証拠開示が認められることとなった。予審段階で開示が認められる「豫審處分」とは、押収・搜索（158条）、検証（178条）、鑑定（227条）、予審判事が公判に召喚し難いと思料する証人の尋問（302条）であった。しかし、被告人訊問、通常の証人訊問は、これに含められていない。さらに、予審段階において、被告人・弁護人は予審判事に必要な処分を請求することができるが、その前提として、「辯護人ハ豫審判事ノ許可ヲ受ケ書類及證據物ヲ閲覽スルコトヲ得」とされた。これに対し、検察官は予審の進行を妨げない限り証拠開示を受けられるとされていた（303条）。

これに加えて、大正刑事訴訟法は、書類に関する一般規則を設けた点で特徴的である。特に、56条は、被告人、被疑者、証人、鑑定人等の訊問については調書を作成すべきことを定めている。次に、57条は、検証、押収または搜索について、その品目を調書に記載し、目録を作成すべきことを要求している。さらに、58条は、上記処分の年月日、日時などを記載することを、59条は裁判所書記の立ち会いなくして取り調べや処分を行う場合には、処分を行った者（検察官や司法警察官）が自ら記録を作るべきとしていた⁽²²⁾。これらの書類は、大正刑訴法の規定によれば、予審段階では予審判事の許可によって、さらに公判に付された以降の段階では原則とし

て閲覧できるということになる。もっとも、これらの書類の作成者として、検察官や司法警察官も想定されている点には注意が必要であろう。

接見交通権も、公判開始後のみ接見及び信書の往復を禁じ得ないとされた(45条)。さらに、弁護人に、公判準備として公判期日前の裁判所による被告人・証人訊問への立会(323条)、証拠書類・証拠物の提出権(325条)を認められていた。

他方で、被告人に対しては、被告人訊問において「被告人ニ對シテハ丁寧深切ヲ旨トシ其ノ利益ト爲ルヘキ事實ヲ陳述スル機會ヲ與フヘシ」(135条)とされ、また勾留期間にも制限が付された(2ヶ月ごとの更新)(113条)。

以上のように、弁護権・被告人の権利に関する規定については、大正5年案に比べ一定程度の権限の拡大が予定されていたことを確認できる。もっとも、検察官に認められていた権限に比べて、制限されていることも明らかである。さらに、証拠開示の規定についても、文言自体にはそれほど変化はなかったといえよう。

もっとも、ここまで見てきたように、当時の証拠開示については捜査のありかた、そこで作成された証拠を公判でどのように扱うかということも、大きく関連しているといえる。そこで以下では、捜査機関の権限、直接主義に関する議論を概観することとしよう。

3. 大正刑事訴訟法の審議過程②——捜査機関の権限に関する議論

明治刑事訴訟法の不備及び大正10年案における改革について、貴族院特別委員会において、林政府委員は以下のように述べている⁽²³⁾。

①原告たる検察官について、明治刑事訴訟法においては、主に検察官による捜査手段に対する準則が全く欠けていることである。明治刑事訴訟法においては、検察官は強制権限を用いることはできない。他方で、起訴不起訴を判断するためには、ある程度まで徹底した調べが必要である。し

かし、職務に熱心なあまり法律に定められた範囲を逸脱すること（人権蹂躪）がないように、捜査手段に関する準則が必要である。それゆえ、原則として、検察官には強制力を認めるべきではないが、必要がある場合には一定の条件のもとで裁判官に取調べを請求してよい、ということにすべきである。

②明治刑事訴訟法は、被告人の保護という面で不十分な点があることである。被告人は予審手続の内容を知る機会がなく、予審において自己の防御権を完全に行使できない状態にある。この点を考慮して、被告人側の権利・利益を保証するためのさまざまな規定を設ける。すなわち、被告人を依然として証拠方法としてみるけれども、その地位に鑑みて被告事件について何か弁解することがあれば、それを聞くような形式にしている。さらに未決勾留の期限を設定し、予審段階で弁護人を選任できるようにしている。

③裁判所について、明治刑事訴訟法では、予審が手続の中心とならざるを得ないこととなっている。これに対し、公判中心主義を実現するために、適当な公判準備を行い、公判開始時に手続が速く完全に行えるよう、規定を設ける。

これに対して、石渡敏一委員は現行法の大きな欠点を発見し得ないとしつつ、「今度ハ必要ナル場合ニハ検事ガ判事ニ向ツテ助ヲ乞フ、援助ヲ乞フ、サウスルト判事ガ強制力ヲ出シテ、サウシテ證據調べヲシテ来レバ其證據調ニ依ツテ検事ガ起訴、不起訴ヲ極メル、斯ウ云フコトヲ現行法デハ是等ノ手続ヲ欠イテ居ル爲ニ、現行法デハドウシテモヤラナケレバナラスト云フ理屈ハチヨット言エバ之ガ爲ニ検事ガ弁護ヲ余計ニ得ルト云フコトニ過ギナイト云フコトニナチハセヌカト思フノデアリマス」と批判した⁽²⁴⁾。以上のように、明治刑事訴訟法の欠陥の修正及びそれに伴う人権蹂躪の防止のために、捜査機関の権限強化・被告人の権限強化が必要である政府委員の論理と、大正10年案は検察官の権限のみを実質的な目的とす

るものと批判する弁護士層の論理が対立していたといえる。

もっとも、政府委員の論理は人権蹂躪に対して対応を示すものであった上に、弁護士層の反論も、石渡委員以上のものは行われなかった。このことは、上述の議論が立法過程の最終段階である貴族院におけるものであることから窺えることである。このような議論の方向性が顕著であったのが、要急事件規定に関する立法過程であった。この貴族院における議論の中で、衆議院では削除された要急事件規定（123条）が再度設けられることとなった。123条は、衆議院においては濫用の危険があるとして削除されたが、これに対して政府は全面的な反対を行った。鈴木三郎は以下のような批判を行っている。衆議院では検察の専横の危険があるということで123条は削除されているが、それは各人の注意に任せるほかなく、さらにこの条文が必要であるということはいうまでもない。すなわち、「秩序ヲ維持スル爲メナルト共ニ、各被疑者ト矢張利益ヲ保護スルコトニナルノデ、若シ斯ル條文が無イトスルト、所謂世間ニ云フ所ノ人権蹂躪ト云フヤウナ疑ヲ受クルヤウナコトガ出来ルノデゴザイマスカラシテ、此條文ハ決シテ被疑者ノ不利益ニ濫ニ勾引スルモノデハナクシテ、却テ此法ノタメニ利益ヲ惹起シ、一面ニハ社會ノ秩序安寧ヲ保持スル必要上、是非無ケレバナラヌモノト考ヘルノデゴザイマス」⁽²⁵⁾、と（貴族院特別委員小委員会）。このような論理に対して、弁護士層は反論できなかった。

以上のように、大正刑事訴訟法においては、捜査機関の権限についてはさまざまな強化が予定されていたことが分かる。具体的には、裁判長は検察官・司法警察官に被告人の勾引を囑託することができ（94条）、それに付随して取調べを行うことができる（96条）。要急事件規定も、若干要件が削除された末に認められた（123条）。検察官・司法警察官は要急事件・現行犯事件において急速を要する場合、押収・搜索（170条）、検証（180条）、証人訊問等（214条）、鑑定（228条）を行うことができるとされた。検察官は、現行犯事件で緊急を要する場合は勾留を行うことができるとき

れた(129条)。もっとも、検察官・司法警察官による証人訊問の場合、宣誓をさせることはできないとされ(215条)、さらに検察官の被告人・証人訊問には書記官の立会を要し(136条)、司法警察官による証人訊問には司法警察吏の立会を要するとされた。これに加えて、捜査における取調べが認められ(254条)、検察官は、強制処分が必要な場合、搜索・押収、検証、勾留、被疑者・証人訊問、鑑定を裁判所に請求することができる、とされた(255条)。そして、「犯人ノ性格、年齢及境遇竝犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ」という条件のもとで起訴便宜主義が採用された(279条)。

このような強化された捜査によって収集された証拠は、公判審理においてどのように扱われるべきとされたのであろうか。最後に、この点を確認することとしよう。

4. 大正刑事訴訟法の審議過程③——直接主義に関する議論

公判審理のあり方について、原夫次郎委員は、弾劾主義・糺問主義は公判だけでなく捜査の問題でもあるとして、以下のように主張した。「陪審法ハモウ理想的ノ弾劾主義デアル……陪審ニ係ルベキ事件ニ付テハ、検事ノ聴取書ハ固ヨリ、豫審ニ於テノ調書デアツテモ、是ハ所謂参考ニ供セラレルダケデアツテ、陪審ノ公判廷ニ於テハ、所謂直接審理主義ヲ採ルモノト心得ヘテ居ル……公正明大ナル弾劾主義ニ基イテ居ルニ拘ラズ……サウ云フ弾劾主義ヲ採ラズシテ、糺問主義ヲ密行シタル所ノ調書ガ總テ犯罪ノ証明、判決ノ認定タルベキ材料ニナルトスルナラバ、互ニ非常ニ大キナ矛盾ヲ来ス所以ニナル」(第5回衆議院委員会)、「密行シタル裁判ガ——公ノ手続ニ依ラヌデ取調シタ証拠ガズンズン法廷ニ於テ判事ノ裁判ノ證據ニナルト云フナラバ、是ハ矢張糺問主義ノ結果ニナルノデアリマス」(第6回衆議院委員会)、と⁽²⁶⁾。

このように、原委員は、弾劾主義と陪審制、公判前手続の密接な関係を

強調したうえで、糺問主義を採る公判前手続で作成された調書が事実認定に用いられることは公判手続における弾劾主義を形骸化することにつながることを指摘している。もっとも、これに対しては、林政府委員が、陪審法と刑事訴訟法を同時に議論するかどうかは立法技術の問題であるとして、区別して議論することに特に問題はないと答弁した。さらに林政府委員は捜査手続との関係についても「検事が捜査ノ手続ヲスルト云フノハ、是ハ弾劾主義ヲ採リタル結果デアリマシテ、即チ被告人ヲ弾劾スル準備トシテ取調ノ手続ヲスルノデアリマス」として、検察官による捜査や取調べは、むしろ公判手続において弾劾主義を採用することの帰結であると答弁した(第5回衆議院委員会)⁽²⁷⁾。このように、原委員と林政府委員の見解は、そもそも「弾劾主義」の理解について相当の食い違いがあったため、その後の議論もかみ合うことはなかった⁽²⁸⁾。もっとも、当時の弁護士層に、捜査の弾劾主義化こそが公判の弾劾化につながるという構想が存在したこと、他方で政府側は、「國家ノ権力ヲ起訴スル者ト、裁判ヲスル者ト分ケ」、「原告被告裁判所、線ヲ引ケバ三角形ニナル」⁽²⁹⁾(秋山政府委員)のが弾劾主義であり、直接審理主義の採用の可否とは無関係であるとの見解を示していた点では重要であるといえよう。

このような状況の中、捜査機関の聴取書についても議論されている。宮古委員は、大正10年案では、聴取書の証拠能力が原則として認められないとした点は前進であるが、区裁判所に係る事件には適用がない点を批判した。なぜなら、予審を経由しない事件は、かなり重大な事件でも判決ができるからである、と⁽³⁰⁾。さらに、横山勝太郎委員は、宮古委員が挙げた理由に加え、以下のような理由を挙げて大正10年案を批判した。345条にいう「疾病其他ノ事由ニ因リ供述者ヲ召喚シ難キト云フ、ソレカラ訴訟關係人異議ナキトキ、斯ウ云フ規定ヲ置キマスト、自然警察官、検事等ガ法律ニ背イタ、法律ノ規定ニ依ラザル証拠ヲ作ツテ、其物ヲ後日證據トスルコトガ出来ルト云フ確信ヲ持ツ結果、無暗ニ人ヲ訊問スルト云フコトが起

ツテ来ハシナイカ、又訊問シタモノハ何デモスデモ記録ニ綴込ンデ置イテ後日ノ用ニ供スル」ことになり、「訊問及訊問調書ト云フモノニ厳格ナ規定ヲ置イタ趣旨ヲ、此處ニ来ツテ全部破壊」するものではないか、と（第7回衆議院特別調査委員会）⁽³¹⁾。

これに対して、山岡萬之政府委員は、大正10年案は直接審理をすべきであるという点では、少なくとも明治刑事訴訟法より前進したものであり、区裁判所では自白事件・内容が簡単な事件が多く、誤判の虞はない、と答弁した（第7回衆議院特別調査委員会）⁽³²⁾。もっとも、先述のように日本弁護士協会の「刑事訴訟法法案主旨」を受けた政友会修正案は、直接主義に関する規定を削除した。禰委員は、その政友会修正案の説明で、345条の部分的な修正のみを提案し、区裁判所を例外とする2項の削除は要求しなかった。その理由として、「非常ニ裁判所ニ於テ事件ガ増加シテ、一々…直ニ其被害者ヲ喚バナケレバ、犯罪構成要件ト云フモノガ説明セラレナイ…理想トシテハ好イ事デアルケレドモ…裁判官ハ非常ニ殖エナレバナラナヌ」として、裁判官の人材が確保することが困難であることを挙げた⁽³³⁾。このような政友会修正案も影響してか、直接主義の採用は明文化されず、証拠書類の証拠能力については多くの例外を伴って条文化された。

さらに、証拠開示との関連では、前科調書や素行調査書、無名の投書のような書類証拠についての、林政府委員の指摘が重要であると思われる。すなわち、これらの書類が「證據ニナラスト云フ事モ、學問上確タル事實デアル、サウ云フ事ヲ一々法文ニ列舉スルコトハ困難デアリ、却テ違脱ガ起リマセウ」とし、このような証拠とならない文書等について、「訴訟記録ニドレ程ノモノヲ綴込ムカト云フコトハ、今日デモ基本的ニ法則ガアリマセヌ、ソレデ慣習ニ依ツテヤツテ居ルヤウナ次第」であり、将来統一する必要がある、と⁽³⁴⁾。このように上記のような書類証拠を一件記録に編纂するかどうかについては結局明文の規定は置かれなかった。

以上のような議論の結果、大正刑事訴訟法においては結局直接主義の採用は明文化されなかった。340条は証拠書類の朗読可能性について規定している。

- 340条 ①証拠書類ハ裁判長之ヲ朗讀シ若ハ其ノ要旨ヲ告ケ又ハ裁判所書記ヲシテ之ヲ朗讀セシムヘシ
- ②単ニ風説又ハ素行ヲ記載シタル書類ニシテ人ノ名譽ヲ毀損スル虞アルモノハ之ヲ朗讀スルコトヲ得ス
- ③前項ノ書類ハ之ヲ被告人ニ示シ被告人文字ヲ解セサルトキニ限り其ノ要旨ヲ告クヘシ

さらに、大正10年案345条は、343条として規定された。

- 343条 ①被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ證據ト爲スコトヲ得
- 一供述者死亡シタルトキ
- 二疾病其ノ他ノ事由ニ因リ供述者ヲ訊問スルコト能サルトキ
- 三訴訟關係人異議ナキトキ
- ②区裁判所ノ事件ニ付テハ前項ノ規定スル制限ニ依ルコトヲ要セス

以上のように、大正刑事訴訟法は、直接主義の採用を明文化しなかった。他方で、聴取書等の証拠能力の制限についてはかなり積極的であったといえよう。これに対し、捜査の規定を見る限り、聴取書の作成自体は禁止されていない上に、その制限には多くの例外を伴っていたといえる。ま

た、どの証拠を訴訟記録に含めるかについても、結局基準は定められなかった。慣習により、検察官の裁量に委ねられていたと評価できると考えられる。

第3款 大正刑事訴訟法と証拠開示

以上のように、大正刑事訴訟法は、明治34年案や大正2年案、5年案、7年案に比べ、さまざまな点において弁護士層の要求を一定程度容れたものであったといえよう。弁護士層による、大正刑事訴訟法に関する評価がほとんど公にされていない点にも、そのことが表れているといえよう⁽³⁵⁾。それは、大正刑事訴訟法が、弁護士層の要求を容れた訓示規定（被疑者の訊問に関する規定など）や例外を伴った規定（証拠書類に関する規定など）を設け、他方で捜査機関の権限強化についても人権蹂躪防止が一つの目的として含められたということを、一つの背景としていると思われる⁽³⁶⁾。

もっとも、ジャパン・クロニクル紙が批判するように、大正刑事訴訟法は、証拠開示をはじめとする弁護権を「辯護人に對して公判前に其被告人を授くべき甚だ僅かなる権能を附與している過ぎないといふ結論に到着せざるを得ない」⁽³⁷⁾ものであったことは明らかであるように思われる。林頼三は、「公判中心主義を新法に於ては明白に採つたのである」と述べている。即ち、「豫審が取調の中心で公判が裁判すると云ふことになれば之は間接審理である、訴訟手続としては甚だ不當」であった明治刑事訴訟法の欠陥が改善されているからである、と⁽³⁸⁾。確かに、大正刑事訴訟法においては、予審の役割が限定され、書類の証拠能力も限定されているかのようである。しかし、他方で捜査機関の権限が強化されたことは、当時の実務状況をも合わせて考えると、実務状況や公判中心主義の欠陥を改善し得るものでなかったといえよう。ここまで確認してきたように、証拠収集や事件選別といった当時の実務状況における刑事手続の中心はすでに捜査

(龍法 '11) 44 - 1, 18 (18)

段階に移行していたからである。

他方で、大正刑事訴訟法は捜査機関の権限をかなりの程度強化した。書類の証拠能力に関する規定も「多くの例外規定の挿入に依りて其折角の価値を發揮し得ざる迄に妨げられる」⁽³⁹⁾のものであった。結局、大正刑事訴訟法は、捜査段階で作成された書面等が大幅に公判審理に提出される状況自体を改善させるものではなかったといえる。さらに、大正刑事訴訟法では、「防禦力も進んで居るが、検事の攻撃力も強めている。兩方共強めてある」⁽⁴⁰⁾とされている。より具体的には原告たる検察官の権限が強化されているのである。それゆえ、捜査機関によって収集される証拠は被告人に不利な方向が中心ということになろう。

このように、大正刑事訴訟法は、当時ほぼ定着していた「糺問主義的検察官司法」を変革するものでなく、弁護士層の要求を容れたという外観を示しつつ、当時の実務状況をほぼ追認するものであったといえよう。そこでは、証拠開示の意味も結局当時の実務状況と同様のものとならざるを得なかった。

大正刑事訴訟法においては、予審段階での証拠開示は一定程度認められたものの、予審そのものの役割が限定されていた上に、捜査段階こそが手続の中心とされている。そのような状況においては、予審が一定の証拠開示によって「手続の可視化」がなされたとしても、防御にとっては僅かな意義しか持ち得ないということとなろう。従来弁護士層から主張されてきたような予審段階における、弁護士関与による予審判事の監視も、予審段階における利益方向の証拠収集も、その意味が相当に限定されるからである。結局、大正刑事訴訟法は、当時の実務状況における「捜査機関による有罪方向の捜査・訴追過程の確認」という証拠開示の意義を改善するものではなく、むしろ追認するものであったと評価することができよう。

第4節 「糺問主義的検察官司法」への移行及び定着と証拠開示

以上のように、明治30年代から大正刑事訴訟法成立までにおける刑事手続の実務状況や法改正作業と、そこでの刑事手続の全体的な構造を概観しつつ、そこで証拠開示が持ち得た意義を確認してきた。

この時期においては、それ以前の時期に比べ、いくつかの特徴が見られる。まず、実務状況について見てみると、「糺問主義的予審判事司法」から「糺問主義的検察官司法」への移行とその定着が挙げられよう。すなわち、予審が高い「事件選別機能」を有し、公判にも強い影響力を持っていたという状況から、「事件選別機能」が起訴段階へと移行し、さらにその前提として綿密な捜査が行われる状況へと変化したのである。このような動向と平行して、無罪率が急激に低下している点も重要であろう。

このことは、治罪法・明治刑事訴訟法において、検察官は原告として位置付けられ、もっぱら被告人に不利益な方向で活動する者とされており、実際にもそのように活動していたことと密接な関係を持つものであるといえよう。すなわち、予審から捜査段階へと刑事手続の中心が移行したことにより、公判審理に提出される証拠の「有罪方向への一極化」が生じやすい状況へと変化したことが考えられるのである。

治罪法・明治刑事訴訟法においては、予審判事による被告人に有利・不利を問わない証拠収集が予定されていた。ここでの公判前における証拠開示は、まさに「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義を持ち得るものであった。これに対し、この時期における証拠開示は、「捜査機関による有罪方向の捜査・訴追過程の確認」に過ぎないものとして、その意義が大幅に限定されていたといえる。このような証拠開示では、被告人に有利な証拠を発見することは困難であり、捜査・訴追に対する積極的な防御も困難であったといえよう。さらに、このような状況に加えて、明治刑事訴訟法の実務状況においては、捜査機関による記録・書類の選別や作成しないという手法が見られた。すなわち、一件記録は「捜査・訴追過程」を示す客観的記録ですらなく、捜査機関側による作成・提出についての選別を経

た「有罪ストーリー」を示すものになりつつあったと評価できるのではないか。これらを踏まえるならば、当時の証拠開示の有し得た意義は、「捜査機関による有罪ストーリーの事後的確認」であったということも可能であろう。すなわち、昭和刑事訴訟法下において問題となった証拠開示の状況と、その内容においてかなり接近してきたことが指摘できると思われる。

このような実務状況に対して、明治刑事訴訟法の改正作業は、予審の役割の限定、捜査機関・弁護人の権限強化という基本的方向性をもって進められた。もっとも、弁護人の権限強化は限定的なものにとどまり、強制権限の実質的拡大・起訴便宜主義の採用をはじめとする捜査機関の権限強化が主眼とされたといえる。これに対し、弁護士層は、当初は予審の弾劾化、大正時代以降は捜査段階について改正を要求した。特に、人権蹂躪批判を中心とする捜査手続及び予審手続の改正要求は、改正作業に一定程度の影響力を与えた。本稿の関心との関係では、予審段階における弁護人の関与及び予審段階における証拠開示の立法化は重要な動向であるといえる。そして、それは予審による証拠収集が被告人に不利益な方向に偏りつつあるという状況を是正する、すなわち証拠開示を前提とする弁護側の関与により被告人に有利な方向の証拠の収集も確保するという意義を有するものであった。

もっとも、その結果成立した大正刑事訴訟法において、その影響力は表面的なものに止まり、基本的に予審の役割の限定、捜査機関の権限強化が大きく進められた。このように、大正刑事訴訟法は、先に示した実務状況を改善するものではなく、むしろ追認するものであったといえる。

理論面においても、さまざまな動向があったといえる。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、平沼麟一郎の見解は、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。

以上のように、この時期においては、証拠開示の意義は、実務や立法においても「有罪方向の捜査・訴追過程の確認」として、従来予定されていた意義を大幅に制限されたといえよう。一件記録には、捜査機関が一方的に収集した、有罪方向の証拠へと偏りを見せていった。このような有罪方向の捜査・訴追過程を確認することからは、無罪方向の証拠の収集はもちろん、効果的な弁護も困難であったといわざるを得なかったといえる。これに対し予審段階における証拠開示が認められたことは、一定の前進であるとも評価できよう。しかし、すでに証拠収集及び事件選別の実質的機能が予審以前の段階に移されていたこと、予審段階における弁護人の関与及び証拠開示も限定されていたことに鑑みれば、その意義は相当に限定されていたというべきである。

それでは、このような動向は、大正刑事訴訟施行後、どのような方向性で進んだのであろうか。この点を確認することにより、ここまで確認した動向と現行刑事訴訟法との関係を、少なからず明らかにすることができると考えられる。以下では、大正刑事訴訟施行後から現行刑事訴訟法の制定過程まで概観し、そこでの証拠開示の意義を確認することにしよう。

注

(1)「誤判は巡査裁判の反影」日本弁護士協会録事208号(1916)100頁以下。

(2)「刑事訴訟回顧談片」日本弁護士協会録事232号(1918)60頁以下。

(3)「京都人権問題ニ關スル顛末報告」日本弁護士協会録事249号(1920)49頁

以下。

- (4) 前掲註 (3)「京都人権問題ニ關スル顛末報告」65頁。
- (5) 古賀廉造「犯罪の捜査に就て」法律新聞1130号 (1916) 5頁。
- (6) 弁護士某君報告「岡山地方裁判所検事局人権蹂躪問題の顛末」法律新聞637号 (1910) 29頁。ここでは、「検事局は検舉の第5日目に…村上某を捜査上呼出し取調べ聴取書を作り書名をも爲さしめたる…然るに之を記録に添附せず又判事に提出せず公判に於て辯護人より其提出を求めて続て證人として喚問を求めたるに検事は同人取調中警察より其言信するに足らざる旨の報告ありしにより聴取を中止し時機を待ちしに被告人の口より該證人の氏名を述べしにより危険と思ひ豫審判事に話し豫審にても取調べざりしと意見を述べたり
右聴取書は果して書面をも爲したる公文書や否やは知らざれども被告利益の證人ならば之を取調べ其陳述により必要の事項を取調べ以て眞否を判するは事の公平なるものにあらずや」と報告されている。
- (7) 斎藤司「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)」龍谷法学43巻2号 (2010) 126頁以下。
- (8) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1917 (大正6) 年59.8%、1918 (大正7) 年63.0%、1919 (大正8) 年65.6%、1920 (大正9) 年65.7%、1921 (大正10) 年67.9%、1922 (大正11) 年69.1%。
- (9) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1917 (大正6) 年29.0%、1918 (大正7) 年30.0%、1919 (大正8) 年30.8%、1920 (大正9) 年47.6%、1921 (大正10) 年50.7%、1922 (大正11) 年53.0%。
- (10) この時期の檢察の訴追裁量の動向及びそれに対する議論については、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—— (2)」法学協会雑誌91巻7号 (1974) 1047頁以下を参照。
- (11) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1917 (大正6) 年4.7%、1918 (大正7) 年4.1%、1919 (大正8) 年3.2%、1920 (大正9) 年3.6%、1921 (大正10) 年3.7%、1922 (大正11) 年4.0%。
- (12) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1917 (大正6) 年1.2%、1918 (大正7) 年1.0%、1919 (大正8) 年0.9%、1920 (大正9) 年0.8%、1921 (大正10) 年0.7%、1922 (大正11) 年0.9%。
- (13) 『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』(法曹会、1922) 3頁以下。
- (14) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』6頁以下、さらに小田中聰樹「刑事訴訟法の歴史的分析」(日本評論社、1976) 399頁以下を参照。
- (15) 小田中・前掲書註 (14)『刑事訴訟法の歴史的分析』405頁以下。
- (16) 「刑事訴訟法改正法律案委員會」日本弁護士協會録事272号 (1922) 95頁。
- (17) 「刑事訴訟法案修正主旨」日本弁護士協會録事272号 (1922) 95頁以下。
- (18) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』18頁以下。
- (19) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』281頁以下。
- (20) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』409頁以下。

- (21) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』410頁以下。
- (22) これらの規定の趣旨については、司法省編纂『改正刑事訴訟法理由』（中央社、1922）40頁以下。
- (23) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』837頁以下。
- (24) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』840頁以下。
- (25) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』873頁以下。
- (26) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』239頁、265頁以下。
- (27) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』243頁以下。
- (28) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』248頁以下。例えば、林政府委員は、原委員の見解を、陪審制度が弾劾主義であり、職業裁判官による裁判を糾問主義とする見解と位置付けている場面も見られる。この両者の議論につき、松尾浩也『刑事訴訟法の原理』（有斐閣、1974）332頁以下。
- (29) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』268頁以下。
- (30) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』163頁以下。
- (31) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』648頁以下。
- (32) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』649頁以下。
- (33) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』798頁以下。
- (34) 前掲註 (13)『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』175頁以下。
- (35) 少なくとも、管見の限り、「法律新聞」「日本弁護士協会録事」において確認できた弁護士層による評価は、大谷忠四郎「刑事訴訟法案を評す」法律新聞1949号（1922）4頁以下のみであった。これは、大正刑事訴訟法の法案に対する評価と比べても圧倒的に少ないといえる。
- (36) 小田中・前掲書註 (14)『刑事訴訟法の歴史的分析』455頁以下を参照。
- (37) ジャパン・クロニクル紙「改正刑事訴訟法を評す」法律新聞2111号（1923）5頁。
- (38) 林頼三「新刑事訴訟法の特徴」法学新報33巻1号（1923）94頁。
- (39) ジャパン・クロニクル紙・前掲註 (37)「改正刑事訴訟法を評す」3頁。
- (40) 林・前掲註 (38)「新刑事訴訟法の特徴」83頁。

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1節 実務上の動向

第1款 大正刑事訴訟法の証拠開示に関する質疑回答

大正刑事訴訟法の施行に伴って、裁判官から司法省に対していくつかの

質疑がなされているので、参考のため確認しておこう。まず、函館地方裁判所長から、「第44条第1項及第2項ノ末段ニ『書類ノ謄寫スルコトヲ得』其ノ書類トハ訴訟記録ノミヲ云フヤ將證據物タル書類ヲモ包含スルヤ」との質問がなされている。これに対しては、「前段貴見ノ通」との司法省刑事局の回答があった⁽¹⁾。このように、大正刑事訴訟法では、証拠物たる書類の謄写権も認められると解釈されようとしていたようである。

また、名古屋控訴院による質問もあった。すなわち、「改正刑事訴訟法第44条第2項第3項ニ於テ秘密厳守適用ノ一トシテ豫審中ノ書類又ハ證據物ノ謄寫ハ辯護士本人ニ限ル御趣旨ニ承リ候ヘ共當管内所長會議ノ結果從來辯護士ノ慣行態度ニ依レハ本人自身ニ記録ノ謄寫ヲ爲ス如キハ到底言フヘクシテ行ハルヘカラサルコトニ属スルヲ以テ此ノ際之ヲ遂行セシメントセハ勢ヒ衝突ヲ免カレス從テ一般強調ニ大ナル障害ト相成ルヲ以テ成ルヘク避クル方針ニ出テ而シテ一面既ニ豫審ニ辯護士ヲ付スルノ立法精神ハ内面ハ兎モ角表面ハ辯護士ニ信認ヲ與ヘタル基礎ノ上ニ成立シタルモノナルヲ以テ謄寫ノ一事ニ付僅カニ其ノ信認ヲ二三ニスルハ首尾貫徹セザルモノト言フヘク又實際ヨルスルモ一旦謄寫シタル後ハ辯護士ノ信認スル關係者ニハ自然漏洩ヲ免レサルヘク旁此ノ問題ニ付テハ御再考ノ上實行シ得ヘキ程度ニ變更致サレ度希望致候」、と。これに対しての刑事局長の返答は以下の通りであった。「豫審ニ於ケル辯護人ノ書類及証拠物ノ謄寫ハ新刑事訴訟法ニ依リ初メテ辯護人ニ許容セラレタル特權ニシテ辯護人本人ニ限り之ヲ許容シタル法意ナルヲ以テ本人以外ノ者ニ於テハ謄寫ヲ爲ス能ハサル趣旨ト請フヘク若辯護人自ラ謄寫ヲ爲サズ本人以外ノ者ヲシテ謄寫セシメ得ルモノトセハ書類ノ内容等ハ自然此等ノ者ニ依リ外部ニ漏洩スルヲ免レス從テ豫審ノ秘密ハ到底之ヲ嚴守スルヲ得サルニ至ルヘク加之辯護人ノ謄寫権ハ叙上ノ如ク新法ニ依リ認メラレタル特權ニシテ毫モ辯護人ノ従前ノ權利ヲ制限スルモノニ非サルヲ以テ固ヨリ之ニ異議アルヘキ筋合ニ非スト確信致候」、と⁽²⁾。このように、名古屋控訴院管内所長會議においては、弁

護人に対する不信感を基礎として、弁護人に書類・証拠物の謄写を許すことによる予審の秘密の漏洩に対する警戒が顕著である。これに対して、司法省刑事局長は、この謄写権は弁護人の特権であるという大正刑事訴訟法44条の趣旨をもって、弁護人本人に限り謄写をさせるべき旨の返答を行っている。とはいえ、当時の裁判官に、予審段階で弁護人に書類・証拠物の謄写を認めることに対する不信感や警戒が相当にあったことが示されているといえよう。

以上のように、大正刑事訴訟法施行時点で、特に明治刑事訴訟法では認められていなかった証拠物の閲覧・謄写、また予審段階における書類・証拠物の閲覧・謄写について、裁判官の悩みや消極的態度が確認することができる。それでは、大正刑事訴訟法下の実際の実務がどのように運用されていたのであろうか。次に、その点を確認することにしよう。

第2款 人権蹂躪事件と大正刑事訴訟法下の実務

大正刑事訴訟法施行後も、結局人権蹂躪が止むことはなかった。例えば、1925（大正14）年に発行された日本弁護士協会録事306号では、香川県の農村で生じた「高松人権蹂躪事件」の特集が組まれている。この事件は、香川県の小作人が、地主の横暴に耐えかねて、弁護士に相談のうえ刈り取った稲を留置したところ、地主は人夫23名及び警察官70名と共に駆けつけたが、交渉の結果一度は引き上げたにも拘わらず、その翌日司法当局が小作人を検挙し、弁護士を拘禁したというものである。罪名は窃盗及び窃盗教唆であった⁽³⁾。この事件では、予審判事による取調べが問題となった。例えば、午前10時から深夜12時まで、同じ質問を繰り返すという取調べ、予審判事の顔が3つや4つにも見えるまでに苛酷な取調べ、「嘘を言うならば食事を与えない」と予審判事による圧力がかけられた取調べ等が行われ、精神に異常を来す者もあったという⁽⁴⁾。また、取調べの末虚偽の自白をしたとして、窃盗教唆の嫌疑をかけられていた弁護士は自殺を遂げ

ている。

この高松人権蹂躪事件について、司法省が日本弁護士協会に対して弁明を行っている。司法省は、調査の結果、「豫審判事が被告人を取調べるに当たり、被告人を取調べて置きながら、一々記録に止めず、従って之が調書を作成せざりし事を發見せり、此上は豫審判事の辯明あるも、司法省に於ては、不穩の行為と認めるを以て、依てこの不隱當なる行為に對しては、司法省としても、責任者に對し相當の處置を取る事とせり、其他の点については、諸君が取調べたる事實と、意見の見解を異にするを以て、責任を認める訳には行ず」と返答した。もっとも、苛酷な取調べを行ったという事実については、深夜まで取調べが続けられたという事実は發見されず、また被告人の自殺とは因果関係はないとの返答を行った。

これに対して、日本弁護士協会側は、「豫審判事が一々調書を作成せざりしは、人権を蹂躪するが如き、訊問を試したるを以つて、調書は之に記載し能はざりしにあらざるか、而も或る被告の如きは二日も三日も取調べて置きながら、一回も調書を取らざる事實あり、これ人権蹂躪の甚しきものに非ざるか」と批判した。これに対し、司法省は、「調書を作成せざる点は全く不隱當と認めるを以つて、相當の處置を執ると言明したる通りであるが、其他の点は諸君と意見を異にするを以て致し方なし」とだけ返答した⁽⁵⁾。

以上のように、この高松人権蹂躪事件では、予審判事による人権侵害的な取調べだけでなく、その取調べの非記録化が問題となった。大正刑事訴訟法では、予審判事による被告人・証人訊問への弁護人立会は規定されず、その不十分さが批判されていた。その批判が示すように、まさに予審の弾劾化の不十分さが、このような人権蹂躪を招いた一要因であったといえよう。また、証拠開示との関係では、訊問の非記録化が重要である。これにより、治罪法や明治刑事訴訟法において予定されていた、予審段階での証拠収集活動を事後的に検証するという証拠開示の意義が形骸化し得る

ことも指摘できる。この点について、司法省は適法ではないとの姿勢を示しているが、書類作成義務に対する意識は当時それほど高くなかったといえるかもしれない⁽⁶⁾。

さらに、昭和10年頃になると、弁護士層から人権蹂躪事件に対する批判が大々的になされるようになった。鈴木義男によれば、この時期の人権蹂躪は3つの類型に分けられるという⁽⁷⁾。第1の類型として挙げられるのが、「警察の人権蹂躪」である。「事功を急ぐの余り、見込検挙を爲し、冤罪に陥れ、かりに冤罪に迄陥れぬとするも、正當以上の罪責を負はしむる傾向にあることは殆んど常習とも云ふべきである。物理的、心理的拷問の事實は今猶頻々として傳へられて居る。殴る蹴る、指の間に鉛筆を挟んで置いて固く握るとか、鞭で叩くとか、變なつるし方をするとか云ふことは廣く行はれて居るやうである」とされている。

第2の類型として挙げられるのが、検察官による人権蹂躪である。「多くの場合検事も見込んだ結果を舉ぐるに急なる余り、物理的拷問に當らないその他の方法ならば随分之用ふるに躊躇しないやうである。…聞くに堪へざる罵言、傳票の媒介、被疑者同士の會見斡旋、時としては菊の御紋章を引用すると云ふやうなことも」行われ、物理的な拷問を行うこともあったようである。

第3の類型として挙げられるのが、予審判事による人権蹂躪である。鈴木によれば、予審において「警察検事廷の供述を變更して眞實を述べれば、往々にして検事廷に呼び戻される」という実務が行われているとされている。それゆえ、検事廷への「逆送」を恐れて被告人は供述を變更しがたい状況に置かれていたとされている。

以上のように、結局、大正刑事訴訟法においても人権蹂躪が止むことはなかった⁽⁸⁾。さらに、本稿との関心との関係で重要といえるのが、警察や検察の捜査権限が強化されたにもかかわらず、被疑者・被告人に不利な方向について重点的に証拠収集していたのではないかと推認される点であ

る。そして、これに予審判事も協力的であったと思われる点である。

このような状況に対して、第一東京弁護士会及び帝国弁護士会は、「第一東京辯護士會及帝國辯護士會の檢察権限強化提案に対する反對決議」を行った。そこでは、予審を廃止し、檢察に強制権限を与えること、その聴取書に証拠能力を付与することについて反対が示されている。その理由としては、以下の実務状況を挙げられている。すなわち、檢察官が予審判事の取調べ開始後に追求態度を示しながら取調べを行い、被疑者尋問調書や予審調書が往々にして檢察官の聴取書の謄本となっているという実務が確立している、と⁽⁹⁾。

さらに以下のような指摘も存在する。「検事は豫審判事の勾留を利用して、検事聴取書を作る便に供し、その聴取書に基づいて起訴するのでは、刑事訴訟法第255条（裁判上の捜査処分——筆者註）の趣旨は全然没却されて了る。…検事は同条を濫用して検事自ら強制権を有すると同じ効果を舉げてをる」⁽¹⁰⁾、と。

以上のように、この時期における実務の状況は、実質的に檢察官が主体となって被疑者の身体を確保し、そこで人権侵害的な取調べを行い、そこで作成された聴取書を中心に起訴を行い、予審においては聴取書の引き継ぎが行われ公判審理へと聴取書が提出されるというものであった。大正刑事訴訟法下においても、結局、「糺問主義的檢察官司法」という状況に変化はなかったといえる。

このような実務状況は、統計からも窺えるところである。大正刑事訴訟法施行直前の1923（大正12）年から1931（昭和6）年までの統計を見ると、不起訴率は68.3%から69.0%へと変動している。このように不起訴率自体は、それほど動きはなく、むしろその間に一度低下傾向を見せている⁽¹¹⁾。他方で、起訴猶予率は、51.9%から59.5%とやや上昇傾向にあった⁽¹²⁾。大正刑事訴訟法において起訴便宜主義が明文化された後は、檢察による「事件選別」にはそれほど変化はなかったといえる。大正刑事訴訟

法施行前の段階から起訴便宜主義の実務が完全に定着していたことを示していると評価できよう⁽¹³⁾。

次に、予審免訴率を確認しよう。1923（大正12）年から1931（昭和6）年までの予審免訴率は、4.4%から2.2%へと低下している⁽¹⁴⁾。大正刑事訴訟法以前の実務状況が維持されていることに加え、先に示したような捜査活動の追認をするかのような予審判事の態度を示すものでもあるといえよう。

最後に無罪率を確認する。1923（大正12）年から1931（昭和6）年までの無罪率は、1923（大正12）年に0.9%、1927（昭和2）年に0.4%、そして1931（昭和6）年には0.8%となっている⁽¹⁵⁾。無罪率は着実に低下している。先の不起訴率、起訴猶予率、予審免訴率と併せて考えるならば、大正刑事訴訟法が予定していた「公判中心主義」の実現にはほど遠い数字であるといえよう。

以上のように、当時の実務状況は、大正刑事訴訟法以前の状況と基本的に変化はなく、また、大正刑事訴訟法制定過程時に政府側から主張されたような「捜査機関の権限拡大＝人権蹂躞防止」というような事態も見られなかったといえよう。それゆえ、大正刑事訴訟法においても、「捜査機関による有罪ストーリーの事後的確認」という証拠開示の意義は、何ら変化することはなかった。むしろ、統計上の数値の安定を見る限り、このような証拠開示の位置付けも含めた「札問主義的検察官司法」という構造はほぼ完全に定着していたといえよう。それでは、このような実務状況の下において、弁護活動はどのように行われていたのであろうか。最後にこの点を確認することにしよう。

第3款 大正刑事訴訟法下の弁護活動——南波丞三郎『辯護学』

大正刑事訴訟法下における刑事弁護の実際・方針を知るうえで参考となると思われるのが、1935（昭和10）年に公刊された南波丞三郎『辯護学

——科学的辯護と防禦技術」である⁽¹⁶⁾。同書は、刑事弁護の原理、心理学・法医学・心理学・理化学といった刑事弁護における科学技術の応用、実務における弁護技術、法廷における弁論技術など、さまざまな点について言及している。その意味で、当時の刑事弁護に関するハンドブックといえるものである。同書で注目すべきと思われるのが、「第3編辯護技術」において「一件記録の検討」が扱われている点である。以下では、この点に関する南波の記述を概観することとしよう。

南波は、「一件記録は刑事闘争の推移経過の縮図であり、及戦線現状客観的描寫の成果である。随て攻撃者側にも亦防禦者側にも頗る重要な意義を有つ」とする。他方で、刑事事件においてはほとんど一件記録のみに基づいて有罪判決が作られている、すなわち「書面審理」「一件記録中心主義」の支配を受けており、「被告人の禍福は繁つて一に書類の中に在る」と指摘する。以上の2点をもって、南波は、刑事弁護にとっての一件記録検討の重要性を強調している⁽¹⁷⁾。

南波は、一件記録を批判的に詳細に分析・検討することを「辯護の根本要件」とする。すなわち、以下の点から、弁護人による一件記録の批判的検討が必要であるとする。①人間は書面に示されたものを非常に尊重し、正当化する傾向にある。しかも一件記録は徹頭徹尾、常に被告人の不利益な方向で作成されているので、記録が裁判官によって不利益に解釈される危険はますます増加する。②人の供述は、言語という媒介物を解して、その真意から離れることは免れない⁽¹⁸⁾。

さらに、以下のような記述も見られる。「辯護人の辯護権は出来上がつてゐる・既に事件は固めて了はれた記録を元として始めて動き出す」。それゆえ、記録閲覧は弁護活動の出発点である。もっとも、記録閲覧によっても、「如何なる事件であるかが判かり、今や極めて窮迫せる被告人防禦の現状を認識し得るに過ぎない。」これに対し、「攻撃者たる検事が抑も公訴権發生の時より現在に至る迄自ら攻撃に當り、直接間接に記録作成に干

與し事件の経過一切を巨細となく知悉し、又記録無くしても捜査権は實際自由に活躍し得るとの事情に比して、大きに趣きを異にする」ということを、南波は指摘する。それゆえ、一件記録は弁護人にとって重要な批判の対象であるとする⁽¹⁹⁾。ここでは、本稿においてここまで確認してきたことが明確に示されている。すなわち、検察官による直接・間接の記録作成への関与と記録がない状態でも検察官は捜査権限を實質上自由に用いることができたということである。

以上に加え、南波は以下のように指摘する。「刑事記録なるものの殆ど全部が攻撃機関・審問機関（警察・検事・豫審・公判）の手に依て、唯だ一方的に作成されたものであるとの点は、辯護人として重大なる關係を有つ。加之其記事は、専ら被告人の不利の爲め有罪證據の客観化・書面化たるの本性を有つてゐる。更に一件記録は調製者の故意あると否とに不拘、多くは審問官の主観的精神だけで出来上るものだと心理學的考察が、辯護人をして調書に對する深奥の攻究を一層に鞭撻する」⁽²⁰⁾（傍点ママ）。

以上のように、南波は、一件記録の閲覽・検討を刑事弁護にとって不可欠な作業と位置付けつつ、記録の不正確性及び記録の一方的不利益的性格を前提とする必要があるとする。まず、不正確性については、①調書を作成した審問官の主観的色彩による規則の不信用性⁽²¹⁾、②供述を記述することによる誤謬可能性⁽²²⁾、③紕問の心理による記録上のつじつま合わせによる不正確性⁽²³⁾、を挙げている。他方で、一方的不利益性については、一件記録は「之では殆ど辯護の余地は無い」というのが原則であり、「検事（訴訟の一方的立場に在る）の起訴狀記載事實を支持するだけの範圍に於ける證據の一應の客観化に過ぎない」（傍点ママ）しているのである⁽²⁴⁾。

それでは、このような一件記録の意義及び性格を前提とした弁護活動はどうあるべきなのか。南波は、まず「聴取書」の検討が重要である、とする。すなわち、「刑事事件と云ふ一建築物の礎石且大黒柱と棟梁とを成

すもの」であり、「事実上著しき證據力」ともつものであるからである、と⁽²⁵⁾。その上で、予審調書と「聴取書」の比較対照を行うべきであるとする。この点に加え、実際に記録を検討する場合には、①「暗示訊問其他不當なる訊問の形跡ある個所」、②「供述者の言葉が言語より著しく變形せるが如き記載」、③記録上の問答が、一般人には困難であろうあまりにできすぎた論争の形跡があるもの、④保釈前の訊問調書（自由になりたい一心による虚偽供述）、⑤前の調書と完全に反復して記載されているもの、⑥「審問官が同一事項に付き反復数回審問せる個所、又は多く顧みざりし個所」、⑦「不正確・不合理に見ゆる記載」、⑧「一件記録編纂上の不整理」に注意すべきである、とする⁽²⁶⁾。この記録の検討・分析により、一方的な不利益方向で作成された記録の欠陥・弱点を発見すべきである、とされている。

南波は、このような検討・分析作業の上で、被告人その他の者と面会し、疑問点を解消すべきである、とする⁽²⁷⁾。これらの作業の上で、当該「聴取書」「訊問調書」に関する証人等の召喚による、記録の誤りの是正、その上での公判調書の読み聞け、訂正・増減変更の申立を行い、記録誤記の予防を講ずるべきである、と述べている⁽²⁸⁾。

以上の南波の記述から、当時の一件記録の刑事弁護における位置付けやその性格が明らかとなった。当時の一件記録を通した証拠開示は、「検事（訴訟の一方的立場に在る）の起訴状記載事實を支持するだけの範囲に於ける證據の一應の客観化に過ぎない」ものであった。すなわち、「檢察による有罪ストーリーの確認」に過ぎないものであったのである。これに対し、南波はさまざまな刑事弁護の方法や対応を示しているが、一件記録の一方的な不利益的性格を前提とする以上、そこには限界があったといえよう。すなわち、一方的な不利益的性格を前提とする以上、刑事弁護活動は、その記録の誤りの指摘や、その記録から発見した不適切な捜査・訴追過程の批判に止まらざるを得ないからである。一件記録の開示が、刑事弁

護にとってそれほど大きな意味を果たしていなかったことが、南波の記述から窺うことができるといえよう。

このように、当時の証拠開示は、刑事弁護において重要な意義を付与されていたと同時に、証拠の作成・収集、さらには提出について、警察や検察の選別に依存するという当時の実務により実質的に制限されていたといえる。それは、治罪法や明治刑事訴訟法において予定されていた捜査・訴追過程の事後的に完全に知るというものではなく、検察官が選択的に作成し、選別した起訴状記載事実を支える証拠を閲覧し、その内容を批判的に検討することによって刑事弁護の活動を開始するというものであった。このような状態は、昭和刑事訴訟法における証拠開示問題とそれほど変わらないものと評価することも可能であろう。他方で、このような制限にさらされつつも、当時の弁護士がさまざまな努力を行っていたということも確認できた。このような実務状況のもと、刑事訴訟法に関する立法作業も、再び活発になることとなった。次に、その過程を、いわゆる「司法改善」、「戦時特別法」、「現行刑事訴訟法の制定過程」に分類し、概観することとしよう。

第2節 「司法制度改善」

第1款 「司法制度改善」構想

小原司法大臣就任直後の1934（昭和9）年7月7日に行われた、全国控訴院長・検事長会議において「司法制度調査会設置に関する件」が協議された⁽²⁹⁾。司法省は、司法制度調査会設置の準備として各界（裁判所、検事局、弁護士会、商工会議所、産業団体等）の意見を収集するために、1934（昭和9）年10月11日に「司法制度改善ニ關スル諸問題」を配布諮問した⁽³⁰⁾。この「司法制度改善ニ關スル諸問題」は、民事・刑事を問わず司法制度に関する28の項目を挙げていたが、刑事手続については以下の諮問がなされた。

第一 区裁判所ヲ第一審トスル民事及刑事ノ事件ノ上告ハ之ヲ控訴院ノ管轄トスベキカ

第四 輕微ナル刑事事件ニ付夜間裁判ヲ爲スノ途ヲ拓ク要ナキカ

第七 民事及刑事ノ訴訟記録ヲ簡便ニスル方法如何

第十 現在各府縣ニ分属スル司法警察ヲ全國的ニ統一スルノ要ナキカ

其ノ他現行司法警察制度ノ改善ニ付考慮スベキ点如何

第十一 検事局ノ書記及雇ヲシテ司法警察官吏ノ職務ヲ行ハシムルノ制度ヲ一層徹底セシムルノ要ナキカ

第十二 大審院ニ於ケル事實審理ヲ廢止スルノ要ナキカ

第十三 豫審ノ現状ニ鑑ミ之ヲ適當ニ改正スルノ要ナキカ若シ其ノ要アルモノトセバ其ノ方法如何

第十四 刑事ノ公判手續ニ付裁判長ガ陪席判事ヲシテ被告人ノ訊問及證據調ヲ爲サシムルコトヲ得ルノ途ヲ拓クベキカ

第十五 輕微ナル刑事事件ニ付簡易手續（例ヘバ即決言渡）ノ制度ヲ設クルノ要ナキカ

第十六 違警罪即決例ニ依ル即決處分及略式命令ニ對シテハ正式裁判ノ申立ヲ許スモ控訴ヲ許サザルモノト爲スノ要ナキカ

第十七 地方裁判所ノ刑事事件ニ付聴取書ニ證據力ヲ認ムルノ要ナキカ

第十八 刑事辯護ニ付代表辯論ノ制ヲ設ケ又ハ辯護人ノ数ヲ制限スルノ要ナキカ

第二十二 未決拘禁制度ニ關シ考慮スベキ点如何

第二十七 裁判所及検事局ノ書記ノ教養訓練ノ爲講習制度ヲ設クルノ要ナキカ

小原司法大臣は、司法制度改善の目標について以下のように述べてい

る。「特に重要なことは、制度の改善に依り司法の権威信用の確保、事務の適性、負擔の軽減、訴訟の敏速及訴訟經濟の総合的な實現を期し眞に克く時代に適應する善良なる司法制度を樹立することであつて司法制度改善の目標も又實に茲に存する訳である」⁽³¹⁾、と。このうち、本論文の関心との関係で特に重要と思われるのが、①第7の訴訟記録の改善、②第13の予審制度改革、③第17の聴取書問題であるが、司法省による解説ではそれぞれ以下のように説明されている⁽³²⁾。

①について。「現在ノ訴訟記録ハ共ノ體裁編別等必シモ簡易ナラズ而モ事件ニ依リテハ相當長期間ニ互リ記録膨大トナルモノ尠カラズ之ガ整理閱讀ニ關シ何等カラ様式ヲ案出シテ之ヲ便ニスルノ要アリト思料セラルルモ果シテ如何ナル点ニ付改良スベキカラ問ハントスルモノナリ」⁽³³⁾。

②について。「刑事事件ノ取調ハ捜査、豫審及公判ノ三者間ニ於テ重複シテ行ハルルノ實情ニ在リ爲ニ生ズル訴訟關係人ノ煩勞及事件ノ渋滞ハ其等關係人ノ利便及訴訟ノ進捗上深く考慮ヲ要スルコロニシテ之ニ何等カノ改正ヲ加フルノ要緊切ナルモノアリト思料セラルルモ果シテ如何ナル方法ニ依ルベキカラ問ハントスルモノナリ」⁽³⁴⁾。

③について。大正刑事訴訟法においては、地方裁判所を第一審とする事件については聴取書の証拠能力が制限されている。それゆえ、「捜査並ニ豫審ニ於ケル取調ノ重複ヲ来タシ訴訟ノ進捗上尠カラザル障礙トナリツツアルコトハ深く考慮ヲ要スルコロニシテ被疑者、被害者其ノ他ノ關係人ニ對シ任意ノ供述ヲ求メテ作成シタル聴取書ト雖モ其ノ證明力ハ之ヲ裁判官ノ自由ナル判断ニ任ジ…以テ叙上ノ無益ナル煩勞ヲ除去スルノ要誠ニ緊切ナルモノアリ是レ本問ヲ以テ其ノ當否ヲ問ハントスル所以ナリ」⁽³⁵⁾。

以上のように、司法省によって示された「司法制度改善」の構想は、司法制度の合理化による刑事手続の円滑・敏速な進捗の實現を目的としていたといえる。もっとも、この構想で示されている多くの項目が、大正刑事訴訟法制定過程において激しく議論されていることからすれば、その目的

はその内容に尽きるものでなかったといえよう。すなわち、「司法警察の統一化（ひいては行政警察からの分離）、聴取書の証拠化（直接審理主義の後退）、および予審制度の改正（検察権の強化）」⁽³⁶⁾がその実質的な目的であったと評価できよう。それでは、このような諮問に対して各界はどのような反応を示したのであろうか。以下ではこの点を確認しながら、当時の改革動向の内容とその根拠について検討しよう。

第2款 検察官の反応

まず、検察官による「司法制度改善」への反応を確認しよう。検察官の予審制度改革に対する反応は以下の通りであった（計58件）⁽³⁷⁾。

- ①「豫審制度は現在のままとし豫審制度の増員及検事の聴取書に證據能力を認め事件の進捗を図るべし」47
- ②「検事に強制捜査権を認むる制度を設け豫審を全廢すべし」4
- ③「起訴前豫審制を採るべし」6
- ④「豫審判事に略式裁判権を許容すべし」1

他方で聴取書問題に対する検察官の反応は以下の通りであった（計58件）⁽³⁸⁾。

- ①「何れも證據能力を認むべし」58
- ②「其の要なし」0

以上のように、当時の検察官の反応は、予審制度を維持したうえで改善を加え、聴取書の証拠能力を認めようという点ではほぼ一致していたといえる。

この点について、当時大審院検事であった池田克の見解を概観しよう⁽³⁹⁾。池田は、捜査機関に強制権限を付与していない大正刑事訴訟法は、

捜査に不能あるいは著しい困難を強いるものであって、この点に根本的批判を加える必要があるとする。そのうえで、「捜査を爲すに付、強制の處分に依ることが極度に制限されてゐる現行制度の下に於ては…甚しき不便を忍ばねばならぬこともさることながら、事に臨み機宜の措置を講じ難き障壁に突當り…捜査の追行に無理を生じ、或は強制處分の相似物又は代用物を利用し、或は法律上許容せられたる最短期間内に事を解決せんとして職権の行使が合法線の外に出で、所謂人権蹂躪等、憂ふべき派生的事象を繁からしむるの虞がある」と主張した⁽⁴⁰⁾。

その上で池田は、檢察官と司法警察官に強制處分の権限を付与すべきであり、聴取書等に証拠能力を付与すべきとの対策要綱を提示した⁽⁴¹⁾。他方で、「被疑者の保護措置」として、①勾留・押収に対する不服申立権、②勾留理由の消滅・継続の必要性消滅の場合は、直ちに被疑者を釈放すべきこと、③被疑者・弁護人は捜査中いつでも必要とする処分を請求できること、④弁護人は捜査段階で許可を受けて書類閲覧できること、⑤檢察官・司法警察官が、公判に召喚し難いと思料する証人を訊問する場合における弁護人の立会権等を提案している⁽⁴²⁾。

それでは、池田の見解において予審はどのように位置付けられているのか。池田は、当時の起訴後予審制度について、公平維持という政策的理由があるのみであり、他方で、捜査機関に強制権限がないことによる予審判事への加重的負担、捜査と予審の手続の重複と訴訟関係人への負担等を挙げて批判する⁽⁴³⁾。その上で、池田は起訴後予審から起訴前予審への転換を主張する。具体的には、①予審開始を原則的に檢察官の請求によること、②予審は公訴を提起すべきか否かを決定するに必要な事項を取調の限度とすること、③予審官（予審判事）は、予審を行う上で必要な強制処分（搜索・押収、検証、被疑者の勾引、勾留、被疑者・証人訊問、鑑定等）を行えること、④予審官が起訴・不起訴を決定すること、である⁽⁴⁴⁾。

池田は、このような起訴前手続論を予審廃止論に近いものであることを

自認している⁽⁴⁵⁾。むしろ、「私は1日も早く豫審が廃止せられ、捜査が豫審を吸収してしまふ日の近からんことを期待さへもしてゐる」⁽⁴⁶⁾とも主張しているのである。なぜ、池田は予審廃止論に立ちながら、起訴前予審制採用を要求したのであろうか。池田は以下のように述べている⁽⁴⁷⁾。①「現行豫審制度の存在理由の一たる公平維持の爲の必要」を考える必要がある。「國民の公平維持感は、検事は其の意見公平を失し、公訴の維持を努るに急にして被疑者利益の證據の蒐集を閉却する虞ありとする」からである。②捜査・勾留には十分な期間を期待し得ない。それゆえ、重大かつ複雑な事件等については、集中的取調をなし得るよう予審手続が必要である。

以上のように、検察官による「司法制度改善」への反応は、予審判事の増員と聴取書への証拠能力付与を要求する見解が多数であったが、他方で実質的に予審を廃止したうえで捜査機関に強制権限を付与すべきとの見解も根強かったといえよう。他方で、池田の見解を見る限り、実質的な予審廃止に伴って、被疑者・被告人に捜査活動の請求権を認め、さらに一定の制限のもと捜査段階における証拠開示を認めようとしていた点は注目に値しよう。特にその背景にある考え方は重要である。すなわち、池田は予審制度を問題の多い制度としながらも、公判前手続の公正性維持の要であると位置付けていたのである。この池田の見解においては、予審廃止後の、捜査段階における弁護側の証拠開示は、捜査手続を含めた刑事手続の公正性を維持する上で重要な位置を占めていたのである。より具体的には、捜査段階における証拠開示を認めることによって被疑者・弁護人側の証拠収集を一定程度確保し、さらには被疑者に対する人権蹂躪を防止しようとしていたといえる。このように、予審廃止が現実的な課題となりつつあった状況の中で、予審廃止後の刑事手続の公正性を図る上で捜査段階での証拠開示が非常に重要な位置を占めつつあったといえよう。予審廃止に伴う捜査権限の移譲先の問題との関連においても、その根拠も含めて、重要な指

摘であるといえる。

第3款 裁判官の反応

次に、予審制度改革及び聴取書問題に対する裁判官の反応を確認しておこう。

予審制度改革について（計63件）⁽⁴⁸⁾。

- ①「豫審制度は之を現在のままとし、豫審判事の増員と検事の聴取書に證據能力を認むる事により事件の進捗を計るべし」30
- ②「検事に強制捜査権を與へて豫審を全廢すべし」3
- ③「検事の聴取書に證據力を認め豫審を公判準備手續とすべし」12
- ④「起訴前豫審制を採用すべし」3
- ⑤「豫審判事に略式裁判権を付與すべし」8
- ⑥「其の他」7

また、聴取書問題については以下のような反応があった（計66件）⁽⁴⁹⁾。

- ①「司法警察官及検事の別なく共に聴取書に證據能力を認むべし」52
- ②「司法警察につきは其の要なく検事につきてのみ之を認むべし」7
- ③「何れも證據能力を認めざるを可とする」5
- ④「其の他」2

以上のように、検察官の反応に比べ、多様な反応が見られる。予審制度の維持を前提に予審を改革しようという姿勢が検察官以上に強く見られ、聴取書問題については検察官に比べやや慎重な姿勢が見られると評価できよう。もっとも、多数意見は検察官のそれと変わらない。

このように、裁判官においても、予審判事の増員と聴取書への証拠能力付与すべきとの見解が大多数であった。大審院部長を務めた磯谷幸次郎

は、司法制度において改善を要するのは「訴訟の進捗」「検察権の独立」であるとして、以下の提案を行っている⁽⁵⁰⁾。例えば、判決書の改革（証拠内容記載の簡略化、上訴申立・当事者の請求のない場合における判決書作成の廃止）⁽⁵¹⁾、予審制度改革（予審を廃止し検察官聴取書に証拠能力を認めるか、あるいは予審判事にある程度の裁判権を与え、被告人が希望した場合、予審判事による直接の裁判言渡が可能にする）である⁽⁵²⁾。

以上のように、裁判官においても予審廃止は拒否されておらず、また聴取書の証拠能力付与についても肯定的意見が多かった。

第4款 弁護士層の反応⁽⁵³⁾

最後に、弁護士層における、予審制度改革・聴取書問題に対する反応を確認しておこう。

予審制度改革について⁽⁵⁴⁾（計51件）。

- ①「判事の増員による事件の進捗を希望するにとどまれるもの」6
- ②「強制捜査制度のみならず検事の聴取書に證據力を認むる事に反対し且豫審を全廢すべし」20
- ③「現行豫審制度の改革には言及せず、単に豫審に於ける被告人及辯護人の地位を更に擴張すべし」26

さらに、聴取書問題については以下のような反応があった（計51件）⁽⁵⁵⁾。

- ①「何れも證據能力を認むべし」0
- ②「その要なしとするもの」51

以上のように⁽⁵⁶⁾、弁護士層の、予審制度改革に対する反応はさまざまであり、他方で聴取書問題に対する反応は、証拠能力付与に反対で一致していたといえる。もっとも、予審制度改革や捜査機関の権限強化について賛成する見解は見当たらない。さらに、予審制度改革の目的として「公判

中心主義」の実現が挙げられている点が特徴的である。例えば、東京弁護士会は予審廃止論を採っているが、この点について以下の理由を述べている。「現在の豫審制度は起訴後に於て再び捜査を繰り返すものにして爲に被告人に對する長期の勾留となり一面被告人に對し眞實に反する陳述を強要するの具に供せらるる嫌甚多し又證人に對しては宣誓を爲さしめ訊問するに拘らず其の審理は公開せられざるを以て其の公正を確保するを得ず然るに一旦此等訊問調書が公判に廻付せらるるや公判に於ては之を以て重要な證據として採用するの實情にして公判中心主義の我刑事訴訟法の根本精神を破壊するものと認む」⁽⁵⁷⁾、と。また、第一東京弁護士会も、「公判中心主義を徹底して、豫審を公判の下調手續に止め且豫審終結決定には理由を附せざることと爲すべし」⁽⁵⁸⁾との意見を示している。このように弁護士層の意見では、予審制度は捜査手續を繰り返すもので弊害が多いこと、他方で公判中心主義の実現を妨げるものであること等の批判が見られる。

他方で、予審段階における弁護権の拡張もさまざまに要求されている。例えば、大阪弁護士会は、①被告人訊問立会権を検察官・弁護人に与えること、②「訴訟主義の根本精神に鑑み豫審の進行を妨げざる限り書類及證據物を閲覧するの権利を検事及び辯護人に均等に與ふること（現行法が「検事ハ豫審ノ進行ヲ妨ザゲル限り書類及證據物ヲ閲覧スルコトヲ得、辯護人ハ豫審判事ノ許可ヲ受ケ書類及證據物ヲ閲覧スルコトヲ得」（然れども實際に於て未だ豫審判事が快く之を許可したる事例を聞かず）とあるは糺問主義の腐臭を残せるものにして訴訟主義と相容れざる不合理の規定なり此の如き規定の存在は刑事訴訟法の名に對しても認容するを得ず）」、③捜索・差押、検証についても検察官・弁護人に立会権を平等に付与すること、を要求している⁽⁵⁹⁾。また、岡山弁護士会も、「豫審判事ノ爲ス證人訊問ニハ辯護人ハ立會フコトヲ原則トスル制度ニ改メラレタシ辯護人ハ豫審ノ進行ヲ妨ケサル限り書類及證據物ヲ閲覧スルコトヲ得ル事ニ改正セラレ

（龍法 '11）44・1, 42（42）

度シ」⁽⁶⁰⁾と要求している。

以上のように、弁護士層は、予審段階における弁護権強化を根強く主張しており、その中で予審段階の証拠開示の充実が強く要求されていたといえよう。これらの見解においては、糾問主義を本質とする予審手続に対する当事者の関与、そしてその前提としての証拠開示が弾劾主義の実現のために必要とされていたことが分かる。その意味では、大正刑事訴訟法の立法過程における弁護士層の主張と基本的には変わらない。

他方で、訴訟記録問題については、訴訟記録の簡素化に反対する意見が大部分であった。例えば、福岡弁護士会は、「形式ノ簡易化ニ付テハ異論ナキモ内容ヲ省略スルハ記録上事案ノ経過及真相ヲ不明瞭ナラシムル虞アルヲ以テ反対ス」、と主張している⁽⁶¹⁾。

このような答申後、1936（昭和11）年に全国弁護士大会が開催され、「人権蹂躪ヲ根絶スル爲メ左記ノ各項ヲ實行スベシ」ことが決議された⁽⁶²⁾。この決議は、15項目にわたるものであるが、①裁判所と検事局の庁舎を分離すること、②捜査手続に関する監視機関を設けること、③人権蹂躪に関する事後的制裁を充実すること、④未決拘禁制度の改革、⑤捜査官の増員・訓練の向上などが挙げられている。

さらに本稿の関心との関係で注目すべきなのは、この決議において「11 捜査中ト雖モ辯護人ヲ附シ書類ノ閲覧・證據提出等被疑者ノ利益保護ノ制度ヲ設ケ起訴後ハ固ヨリ捜査中ト雖モ辯護人トノ接見ヲ禁止セサルコト」とされていることである。その理由として、「人権蹂躪ノ禍根ハ、自白ヲ中心トスル檢舉手段ニアリ。元來處分権ナキ被告自身ノ供述ハ、自由ニ行ハレタル場合ト雖モ、之ヲ證據ト爲スハ不合理ナルノミナラス、往々無辜ヲ罰スルノ危険ナキニアラス。況ンヤ傍證捜査ノ煩ヲ避ケ、強制威壓ノ末、勢ノ赴ク所、遂ニ拷問ノ不法ヲ敢テスルニ至ル。多年傳統ノ陋習非道ハ、人ヲシテ免ラ蔽ハシムルモノアリ。洵ニ聖代文化國ノ不祥事ト云ハサルヘカラス。之ヲ矯ムルノ道ハ、監督者ヲ厳戒シテ責任ヲ連帶セシメ、

随時勾禁者ノ健康診断ヲ許容シ、捜査中ト雖モ辯護制度ヲ設ケ、苟モ拷問ノ余地ナカラシムルニアリ」⁽⁶³⁾とされている。このように、この時点において、弁護人による捜査の監視・監督、捜査段階における人権蹂躪防止、そして捜査段階における誤判原因である自白の強制的な獲得防止のための方策として、捜査段階の弁護制度が、その前提としての証拠開示が要求されることになったといえよう。

以上のように、当時の弁護士層の反応は、「公判中心主義」の実現と関連して予審制度の改革、聴取書の証拠能力付与の反対を主張し、他方で捜査段階における人権蹂躪防止の方策として、弁護制度の充実を主張するものであった。特に、証拠開示について見てみると、捜査段階からの証拠開示制度が要求され、また予審段階における証拠開示の要求も根強かったといえよう。その理由として挙げられたのは、手続の公正性の維持、弾劾主義の実現、人権蹂躪の防止、誤判防止等であった。このように、当時の弁護士層の見解においては、予審や捜査手続の持つ弊害を除去し、捜査手続を含めた刑事手続における手続の公正性や弾劾主義の実現、人権蹂躪や誤判の防止を図る上で、弁護権の拡充及び証拠開示の保障は重要な位置を占めていたといえよう。

第5款 学界の反応

「司法制度改善」に対する学界の反応もさまざまであったが、ここでも予審制度改革・聴取書問題について、それらの反応を確認しておこう⁽⁶⁴⁾。

予審制度改革については、予審制度を改善する必要があるとする見解は、京都帝国大学、京城帝国大学、早稲田大学、慶應義塾大学、立命館大学教員有志、中央大学4教授（花井忠、片山金章、升本重夫、佐々穆）によって示されている。このうち、京都帝国大学及び慶應義塾大学は、予審が捜査の付属機関とならないためにも、予審の職務に対する独立を一層保障すべきという意見であった⁽⁶⁵⁾。また、中央大学4教授は「公判中心主義

を徹底せしむべし。豫審終結決定には理由を附すべからず。」⁽⁶⁶⁾ という見解であった。以上の3つの意見は、聴取書に証拠能力を付与することについても、必要ないとして反対している。

早稲田大学及び立命館大学の見解は、より具体的かつ根本的なものであった。早稲田大学は、司法省の「司法制度改善」構想を費用の節減か裁判所及び検察機関の権限拡大に帰着するものであると批判している。そのうえで、司法権の独立、司法精神の作興、裁判所構成の改善、人権の尊重、司法機関の民衆化、司法予算の増大を改革方向として挙げている。予審制度改革については、予審を廃止することは実情に鑑みて廃止することが困難であり、また徹底的改革を加える必要があるとして、以下のような意見を示している。

「一、公判中心主義を徹底し、豫審の取調は、公判準備の程度に止むること。

二、検事が豫審に介入するの途を杜絶すること。

現在の豫審制度に於ては、豫審の内容に及ぼす検事の影響過大なりと認む。因つて此の弊を矯むるが爲めには、豫審終結決定を初めとし、保釈許否の決定等に付き、其の都度、検事の意見を聴くの規定を削除するを可とする。尚、其の他、實質的にも、干渉し得ざるものと爲す必要あり。

三、豫審をして公明正大ならしめ、且つ人権蹂躪の跡を断たしむるが爲め、少なくとも辯護人の立會を原則的に許可すること。」⁽⁶⁷⁾

また、聴取書に証拠能力付与することについても、「絶対に其の必要なし」として、証拠能力の認められない聴取書等は訴訟記録に含めるべきでない、と主張している⁽⁶⁸⁾。

立命館大学も、①予審判事の独立保障のために、検察官と予審判事との

連絡に関する規定を改正すること、②公判中心主義を徹底させるために、公判における取調べに重点を置き、予審と公判の重複を可及的に避けること、③無制限の予審期間とこれに伴う被告人の身体拘束の長期化を避けるため、可能な限り短期の予審期間を決定し、期間を延長する場合は適切な手続を経るようにすること、を要求している。他方で、聴取書についても証拠能力を認める必要はないとしている⁽⁶⁹⁾。

これに対し、京城帝国大学は、不破武夫の見解を引用して、起訴前予審制度の採用を主張している⁽⁷⁰⁾。不破は、大正刑事訴訟法が採用する起訴後予審の弊害を、予審判事は法定されている予審の目的を越えた取調べを行わざるを得ない状態に置かれていること、公判中心主義は日本の国民性に適合していないことを理由に、以下のように提案している。「豫審制度を徹底的に改めて起訴前の手続と爲すを最も可とす。然らざる場合は、豫審判事に略式命令に依て刑の言渡を爲す権限を與ふるを次善の策とす」と⁽⁷¹⁾。他方で、京城大学は、検察官の聴取書のみに限って証拠能力を認めるべき、と主張している⁽⁷²⁾。

以上のような見解に対し、東京帝国大学は、実務では予審が検察官の補助機関として機能しているにすぎず、他方で予審が原因で検察官の行動が制限されており、さらに手続の重複や口頭主義・直接主義を形骸化していることを理由に、予審廃止論を採った。他方で、聴取書については、証拠能力付与の必要性を認めつつも、しばらくは大正刑事訴訟法の現状維持が適当であるとしている⁽⁷³⁾。

このような予審廃止論は、小野清一郎の予審廃止論を前提としたものであるといえる。小野は、ドイツ・フランス及びわが国の歴史を検討した上で、大正刑事訴訟法が自由主義的要求も刑事訴追の公益も満たすものでないとする。小野は、その原因として予審制度を挙げる。すなわち、予審制度は本質的に糾問的なものであり、その弁論主義化には限界がある上に、自由主義化・弁論主義化に比例して刑事訴追の確保という本来的機能が大

幅に減殺されるからである、と。その上で小野は、強制処分を検察官ではなく予審判事に付与していることが、裁判官を検察官の補助機関にして、裁判官の威信を失墜させるという結果を生んでいるとし、予審廃止論を主張している⁽⁷⁴⁾。小野は、予審廃止に伴って、検察官に強制権限を付与すること、受訴裁判所の部員たる受命裁判官による取調べをもとにして事件を公判に付すべきか否かを決定する「新たな豫審制度」を設けることを主張している。他方で、検察官への強制権限付与に伴い、捜査段階における弁護人の活動の必要性も小野は主張している。すなわち、検察官による証人訊問、搜索・押収、検証、鑑定等に対する被告人・弁護人の立会、違法の処分に対する異議申立権を認めるべきである、と⁽⁷⁵⁾。もっとも小野が、捜査段階において「国家機関として公益のために犯罪を捜査する検事が、被疑者たる一個人と全く對等であるといふが如きは到底あり得べからざること」とし、当事者對等主義は公判における對等を意味するに過ぎず、捜査段階における検察官と被疑者との對等性を否定していることには注意を要する⁽⁷⁶⁾。他方で、牧野英一及び南原繁は予審廃止に反対している⁽⁷⁷⁾。

以上のように、学界の反応は聴取書については基本的に証拠能力付与には反対で一致しており、他方で予審についてはさまざまな見解が見られたといえよう。もっとも、証拠開示については、早稲田大学が、聴取書等を訴訟記録から除外すべきとして、間接的に述べているのみであるが、予審制度の改善に含まれていることも考えられる。

第6款 「司法制度改善」構想後の動き

「司法制度改善」について議論した司法制度調査会は、司法警察官・検察官に勾留権限を付与し、検察官に訊問権を付与して聴取書に証拠能力を付与する旨を提案したと報道された⁽⁷⁸⁾。これに対し第一東京弁護士会と帝国弁護士会は、検察権強化に対する反対決議を行った⁽⁷⁹⁾。もっとも、

司法当局はこの報道を誤報とした⁽⁸⁰⁾。

1938（昭和13）年7月に、司法制度調査会の後身ともいべき司法制度調査委員会が設置された⁽⁸¹⁾。同委員会は、同10月15日から諮問第2号「刑事事件ノ処理ノ迅速、適正ヲ期スル爲考慮スヘキ点如何」に関する協議を行った。そこでの論点は、予審制度改革（存置の場合はその改善方策、廃止の場合はその後の手続）、強制捜査権限のあり方、代表弁護制であった⁽⁸²⁾。

ここで、司法省は検察官の権限強化を主張したのに対し、弁護士層は強く反対したとされている。弁護士層の反対の方向性は、同委員会の委員であった清瀬一郎による以下の試案に表れているといえよう。

①各検事局に相当数の専属の司法警察官を配置する、②検事局を裁判所から分離すること、③検察官の強制権限は拡張しないこと、④関係者不拘束のままで捜査を進める訓練を積むべきであること、⑤警察聴取書と検察官聴取書の重複を除くべきであること、⑥予審の本質を改めるべきこと、⑦聴取書を作成するとき原告官以外の者による立会を必要とし、証拠能力を付与すること、⑧公判中心主義を励行すべきこと、⑨弁護人の立会及び閲覧権を認めるべきこと等であった⁽⁸³⁾。

このような対立もあり、司法制度長委員会における議論は難航した。諮問事項第2号を検討した特別委員会は、1939（昭和14）年12月25日に、「検事の勾留権については意見の一致を見るに至ら」なかったこと、予審制度の存置等を総会に報告した⁽⁸⁴⁾。

第7款 小括

以上のように、「司法制度改善」構想を発端とする議論は、予審制度改革問題及び聴取書問題を中心に激しく行われた。この議論は、特に予審制度改革問題については、予審制度を廃止し強制処分権限を捜査機関に委譲する立場と予審制度を維持しながら改善を加えるという立場が有力に主張

されたが、結局その一致を見ることはなかった。

他方で、検察官層の意見にも、起訴前予審制度の導入に伴うものとはいえ、捜査段階における証拠開示が主張されたこと、弁護士層からもほぼ一致した見解として捜査段階・予審段階における証拠開示が要求されていたことは、注目に値しよう。そして、その証拠開示を保障すべき根拠としては、両当事者による手続関与といった手続の公正性、そして人権蹂躪の防止といったものが挙げられていたことは重要であろう。このような根拠は、予審を廃止すべきとの見解においても同様であった。

検察官層の見解は、予審廃止及び強制捜査権限の捜査機関への委譲に伴い、被疑者側による被疑者にとって有利な証拠を確保する必要性に配慮したものであるといえる。弁護士層の見解は、当時の実務においても被疑者・被告人側に有利な証拠の確保が困難であることに鑑みて、その保障のために捜査段階における証拠開示を主張したと考えられる。当時の実務状況に関する評価は分かれているとはいえ、公平な裁判のためには両当事者による証拠収集が必要であり、そのためにも捜査段階における証拠開示が欠かせないということが認識されていたのであろう。

このように、この時期においては、公判段階での証拠開示に加え、公判前手続における証拠開示を保障することの重要性が強調され、さらにその根拠が明確に示され始めたのである。

第3節 「当事者」による証拠収集と証拠開示の関係

本章においては、まず大正刑事訴訟法下における実務状況を確認した。当時の実務状況は、大正刑事訴訟法以前の状況と基本的に変化はなく、また、大正刑事訴訟法制定過程時に政府側から主張されたような捜査機関の権限拡大による人権蹂躪防止という目的は実現しなかったといえる。さらに、証拠収集の過程に関する記録の不作成や証拠隠しが止むこともなかった。大正刑事訴訟法においても、「捜査機関による有罪ストーリーの事後

的確認」という証拠開示の意義は、何ら変化することはなかったと評価できよう。

このように弁護人が閲覧できる書類や証拠は、作成・収集、提出の面で警察や検察の選別に依存することになった。当時の弁護活動に関する記録に鑑みても、当時の証拠開示の意義は、治刑法や明治刑事訴訟法において予定されていた捜査・訴追過程の事後的に完全に知るというものではなく、起訴状記載事実を支える証拠を閲覧し、その内容を批判的に検討することによって刑事弁護の活動を開始するというものであった。このような状態は、起訴状一本主義を除き、昭和刑事訴訟法下において問題となった証拠開示と一定程度共通するものがあつたと評価できよう。

このような状況において、「司法改善」の動きとの関連で、さらに法改正の動向が生じた。その中で表れた改正要求は、予審廃止に伴う強制捜査権限の捜査機関への委譲という論理と予審維持を前提とした予審の改善と弁護権強化という論理であった。その中で、両者の論理から捜査段階における証拠開示の保障が要求されたことは重要である。そして、いずれの論理においても、捜査段階における証拠開示を認める根拠としては、両当事者による手続関与といった手続の公正性、そして人権蹂躪の防止といったものが挙げられていた。前者の見解においては、予審廃止及び強制捜査権限の捜査機関への委譲に伴い、被疑者側による被疑者に有利な証拠を確保する必要性に配慮したものであるといえる。弁護士層の見解は、当時の実務においても被疑者・被告人側に有利な証拠の確保が困難であることに鑑みて、その保障のために捜査段階における証拠開示が主張されたと考えられる。当時の実務状況に関する評価は分かれているとはいえ、公平な裁判のためには両当事者（特に弁護側）による証拠収集が必要であり、そのためにも捜査段階における証拠開示が欠かせないということが認識されていたのであろう。もっとも、捜査機関に求められる証拠収集の範囲や量、それに伴い弁護側に求められる証拠収集のそれについては、両者の見解で相

当の差異はあったと考えられる。

このような議論は、「捜査機関による有罪ストーリーの事後的確認」（起訴状記載事実を支える証拠の閲覧）という証拠開示の意義を前提としたものであったといえる。治罪法や明治刑事訴訟法で予定されていた「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義が機能し得なくなった状態を前提として、予審や捜査段階における弁護権や証拠開示の保障が議論され始めたといえる。当初の証拠開示の意義は、弁護人が公判段階において証拠開示により「捜査・訴追過程の事後的検証」を行うことにより、予審判事が収集した証拠から弁護側に有利な証拠を確保することにあった。そして、これにより公正な裁判が実現されることになるという論理だったのである。

これに対し、この司法改善においてなされた議論は、予審判事による公正かつ客観的な証拠収集が困難であることを前提に、検察官や弁護人といった当事者にいかに証拠収集させるかという性格が強いものであった。そして、弁護側による証拠収集の前提として、予審段階や捜査段階における証拠開示の保障が議論されていたのである。以上のような議論の変化から、日本では証拠収集の主体や証拠収集手続の構造が証拠開示の保障のあり方と不可分に関連付けられ議論されてきたということが確認できるといえる。

このような議論がなされる中、日本は戦時体制へと突入することになった。そこで、証拠開示についても動きがあったので、次にこれを確認する。

注

- （1）大原登編『刑事訴訟法質疑回答録』（清水書店、1924）13頁。
- （2）大原・前掲註（1）『刑事訴訟法質疑回答録』43頁以下。
- （3）松谷與二郎「小作争議の原因及本件發生の動機」日本弁護士協会録事306号（1925）9頁以下。事件の詳細については、古屋貞雄「農村の實情と高松事件」日本弁護士協会録事306号（1925）16頁以下。
- （4）「此事實を如何にせん——人権蹂躪の聴取書」日本弁護士協会録事306号

- (1925) 27頁以下。
- (5) この経過について、「高松人権蹂躪事件に對する司法當局の辯明」日本弁護士協会録308号(1925)126頁以下。
- (6) この点、松代剛枝『刑事証拠開示の分析』(日本評論社、2004年)132頁以下も参照。
- (7) 鈴木義男「人権蹂躪の防止」正義11巻4号(1935)20頁以下。
- (8) このような状況に対し、例えば帝国弁護士会が1935(昭和10)年1月21日に、「人権問題に関する臨時總會記事」が行われ、人権蹂躪に関する調査が行われている(正義11巻2号(1935)14頁以下)。その調査の報告として、「人権問題調査實行に關する経過報告及調査資料」正義12巻3号(1936)1頁以下。さらに、1925(大正14)年に制定され、1928(昭和3)年に改正された治安維持法による人権蹂躪も、さらに凄惨なものであった。この点につき、小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』(有斐閣、1986)10頁以下。さらに、戒能通孝「戦前における治安立法体系」『治安立法——その過去と現在』法律時報臨時増刊30巻13号(1958)2頁以下も参照。
- (9) 「第一東京辯護士會及帝國辯護士會の檢察権限強化提案に對する反對決議」正義12巻9号(1936)1頁以下。
- (10) 島田武夫「檢察官の職權濫用」正義12巻12号(1936)11頁以下。
- (11) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1923(大正12)年68.3%、1924(大正13)年63.0%、1925(大正14)年64.5%、1926(大正15/昭和元)年65.3%、1927(昭和2)年65.5%、1928(昭和3)年66.6%、1929(昭和4)年66.5%、1930(昭和5)年66.8%、1931(昭和6)年69.4%。1932(昭和7)年以降の資料については入手する事ができなかった。
- (12) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1923(大正12)年51.9%、1924(大正13)年48.8%、1925(大正14)年50.4%、1926(大正15/昭和元)年52.6%、1927(昭和2)年53.0%、1928(昭和3)年54.6%、1929(昭和4)年55.0%、1930(昭和5)年55.9%、1931(昭和6)年59.5%。1932(昭和7)年以降の資料については入手する事ができなかった。
- (13) この時期の檢察官による起訴猶予裁量の動態については、三井誠「檢察官の起訴猶予裁量(3)」法学協會雜誌91巻9号(1974)1319頁に詳しい。
- (14) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1923(大正12)年4.4%、1925(大正14)年2.8%、1926(大正15/昭和元)年2.2%、1927(昭和2)年2.9%、1928(昭和3)年2.7%、1929(昭和4)年2.6%、1930(昭和5)年2.4%、1931(昭和6)年2.2%。1932(昭和7)年以降の資料については入手する事ができなかった。
- (15) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1923(大正12)年0.9%、1924(大正13)年0.5%、1925(大正14)年0.5%、1926(大正15/昭和元)年0.5%、1927(昭和2)年0.4%、1928(昭和3)年0.5%、1929(昭和4)年0.4%、1930(昭和5)年0.9%、1931(昭和6)年0.8%。1932(昭和7)年以降の資料については入手する事ができなかった。

- (16) 南波丞三郎『辯護学——科學的辯護と防禦技術』（新光閣、1935）。
- (17) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』291頁。
- (18) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』292頁。
- (19) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』293頁。
- (20) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』293頁以下。
- (21) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』294頁以下。ここでは、調査の作成技術という問題と審問官の札問的心理という問題が挙げられている。
- (22) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』302頁以下。南波は、「訊問調査が審問者自身の手によって作成されず、立會の書記等第三者の手を通じて調製せられる場合、往々記載に誤謬あるを免れない」と指摘する。
- (23) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』304頁以下。南波は、捜査機関について、その当事者性から派生する「党派心理」による記録の偏執性、予審判事について、検事と同じ国家機関性、その職業心理による予断と札問的心理による記録の偏執性を指摘する。
- (24) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』311頁以下。
- (25) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』314頁以下。南波は、「被告人・證人等が前に捜査機関の尋問に對して爲せる陳述を最早想ひ出せなかつたとき、或はそれと瞭かに相違若くは矛盾抵触せる供述を試みんか…、予審判事又は公判判事は、その供述に忽ち厳しく訓戒したり、非難叱責を浴びせ掛けるを例とする事實」から、聴取書の記録中における存在意義を指摘する。
- (26) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』317頁以下。
- (27) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』323頁以下。
- (28) 南波・前掲書註(16)『辯護学——科學的辯護と防禦技術』323頁以下。
- (29) 「全國控訴院長、検事長會議」法律新聞3725号（1934）1頁。
- (30) 「司法制度改善に關する司法省諮問案」正義10卷11号（1934）3頁以下。
- (31) 「司法制度改善に關する諸問題」法曹会雑誌12卷11号（1934）116頁。
- (32) 司法省調査課「司法制度改善ニ關スル諸問題」法曹会雑誌12卷12号（1934）203頁以下。
- (33) 司法省調査課・前掲註(32)「司法制度改善ニ關スル諸問題」207頁。
- (34) 司法省調査課・前掲註(32)「司法制度改善ニ關スル諸問題」207頁以下。
- (35) 司法省調査課・前掲註(32)「司法制度改善ニ關スル諸問題」209頁。
- (36) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（1）」〔松尾浩也執筆部分〕法学協會雑誌91卷7号（1974）1096頁。
- (37) 出射義夫「檢察制度に關する各種改革案と其の批判（二・完）」法曹会雑誌17卷2号（1939）85頁以下。
- (38) 出射・前掲註(37)「檢察制度に關する各種改革案と其の批判（二・完）」80頁。

- (39) 池田克「現行捜査並に豫審制度の批判と對策」警察研究7卷1号 (1936) 23頁以下。
- (40) 池田・前掲註 (39)「現行捜査並に豫審制度の批判と對策」25頁以下。
- (41) 池田・前掲註 (39)「現行捜査並に豫審制度の批判と對策」31頁以下。もっとも池田は、司法警察官について、「但し被疑者を勾留すべき監獄は、警察官署に附属する留置場…とす。之が爲には留置場施設の改善を緊切とすべく、又、司法警察制度の改善をも考慮するの要あるべし」とする。
- (42) 池田・前掲註 (39)「現行捜査並に豫審制度の批判と對策」32頁以下。
- (43) 池田・前掲註 (39)「現行捜査並に豫審制度の批判と對策」35頁以下。
- (44) 池田・前掲註 (39)「現行捜査並に豫審制度の批判と對策」41頁以下。
- (45) 池田・前掲註 (39)「現行捜査並に豫審制度の批判と對策」43頁以下。
- (46) 池田・前掲註 (39)「現行捜査並に豫審制度の批判と對策」44頁。
- (47) 池田・前掲註 (39)「現行捜査並に豫審制度の批判と對策」44頁。
- (48) 出射・前掲註 (37)「檢察制度に關する各種改革案と其の批判 (二・完)」85頁以下。
- (49) 出射・前掲註 (37)「檢察制度に關する各種改革案と其の批判 (二・完)」80頁。
- (50) 磯谷幸次郎「司法制度改革に關する卑見」法曹會雜誌12卷10号 (1934) 1頁以下。
- (51) 磯谷・前掲註 (50)「司法制度改革に關する卑見」3頁以下。
- (52) 磯谷・前掲註 (50)「司法制度改革に關する卑見」38頁以下。
- (53) 弁護士層の反應については、小田中・前掲書註 (8)「刑事訴訟法の史的構造」51頁以下が詳しい。
- (54) 出射・前掲註 (37)「檢察制度に關する各種改革案と其の批判 (二・完)」86頁。
- (55) 出射・前掲註 (37)「檢察制度に關する各種改革案と其の批判 (二・完)」80頁。
- (56) 「司法制度改善」に對する弁護士層の反應をまとめたものとして、「司法制度改善に關する辯護士會の意見」法律時報7卷4号 (1935) 55頁以下、「司法制度改善に關する全國各辯護士會の意見」法曹公論39卷1号 (1935) 48頁以下、「司法制度改善に關する全國各辯護士會の意見 (其二)」法曹公論39卷2号 (1935) 52頁以下、「司法制度改善に關する全國各辯護士會の意見 (其三)」法曹公論39卷3号 (1935) 68頁以下、「司法制度改善に關する全國各辯護士會の意見 (其四)」法曹公論39卷4号 (1935) 63頁以下、さらに帝國弁護士會の反應として、「司法制度改善ニ關スル意見」正義10卷12号 (1934) 1頁以下、「第一東京辯護士會、帝國辯護士會に於ける司法制度改善實行委員會決定意見 豫審及勾留ニ關スル改善意見」正義12卷1号 (1936) 1頁以下、「第一東京辯護士會及帝國辯護士會の檢察權強化提案に對する反對決議」正義12卷9号 (1936) 1頁以下。
- (57) 法律時報7卷4号 (1935) 57頁、法曹公論39卷1号 (1935) 53頁。

- (58) 法律時報7巻4号 (1935) 57頁、法曹公論39巻1号 (1935) 60頁。
(59) 法律時報7巻4号 (1935) 57頁、法曹公論39巻1号 (1935) 87頁。
(60) 法曹公論39巻2号 (1935) 69頁。
(61) 法曹公論39巻3号 (1935) 68頁。
(62) 法曹公論40巻11号 (1936) 5頁以下。
(63) 法曹公論40巻11号 (1936) 9頁。また、同95頁以下に、その議論状況が示されている。
(64) 各大学の反応をまとめたものとして、「司法制度改善に関する學界の意見」法律時報7巻3号 (1935) 59頁以下。
(65) 前掲註 (64)「司法制度改善に関する學界の意見」63頁、74頁。
(66) 前掲註 (64)「司法制度改善に関する學界の意見」79頁。
(67) 前掲註 (64)「司法制度改善に関する學界の意見」71頁以下。
(68) 前掲註 (64)「司法制度改善に関する學界の意見」72頁。
(69) 前掲註 (64)「司法制度改善に関する學界の意見」76頁。
(70) 前掲註 (64)「司法制度改善に関する學界の意見」66頁。
(71) 不破武夫「刑事訴訟手續の改正に関する私見」法律時報7巻3号 (1935) 22頁以下。
(72) 前掲註 (64)「司法制度改善に関する學界の意見」66頁。
(73) 前掲註 (64)「司法制度改善に関する學界の意見」60頁以下。
(74) 小野清一郎「豫審制度の根本的改革に付て」法学協會雜誌53巻4号 (1935) 618頁。
(75) 小野・前掲註 (74)「豫審制度の根本的改革に付て」623頁以下。
(76) 小野・前掲註 (74)「豫審制度の根本的改革に付て」624頁。
(77) 牧野は、小野の予審廃止論について、「公判は公判として煩雑な證據保全を爲すに堪へるものではない」こと、「検事の強制處分を許容することは、…むしろ豫審以上の弊害を招く虞あるもと」であること、を主張している(牧野英一「喜望峰としての豫審」法律時報7巻4号 (1935) 3頁以下)。南原も、予審廃止は被告人にとってますます不利益であること、予審と公判という手續の重複についても、慎重公平な審理のためにやむを得ない、と主張している(前掲「司法制度改善に関する學界の意見」60頁)。他方で、瀧川幸辰は、予審判事が検察官に従属していること、予審弁護制の不十分さ等のさまざまな弊害を理由に予審制廃止論を主張している(瀧川幸辰「人權保護と豫審」『刑法と社会』(1939) 33頁以下)。もっとも、解決の鍵は無制限に続く勾留を如何にして食い止めるかにあるとし、予審廃止するか否かは問題の核心でない、と主張している(瀧川幸辰「予審」『刑法と社会』41頁以下)。
(78) 「檢察権強化の提案に對する反對運動の経過報告」正義12巻9号 (1936) 4頁以下参照。
(79) 前掲註 (56)「第一東京辯護士會及帝國辯護士會の檢察権強化提案に對する反對決議」1頁以下。

- (80)「新聞記事に關する司法當局の通達」正義12卷9号(1936)6頁以下。
(81)刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(36)「刑事訴訟法の制定過程(1)」〔松尾浩也執筆部分〕94頁。
(82)刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(36)「刑事訴訟法の制定過程(1)」〔松尾浩也執筆部分〕95頁。
(83)清瀬一郎「檢察機關の改革と予審制度の改善」法律新聞4363号(1939)3頁、同4364号(1939)3頁。
(84)刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註(36)「刑事訴訟法の制定過程(1)」〔松尾浩也執筆部分〕96頁。さらに、司法制度調査委員會の審議については、小田中・前掲書註(8)「刑事訴訟法の史的構造」111頁以下が詳しい。

第6章 戦時刑事立法における証拠開示の制限

第1節 国防保安法

1940(昭和15)年7月、第二次近衛内閣が成立した。近衛内閣は、日独伊三国同盟の締結・南進政策を行った。その後、日米関係が悪化し日本は太平洋戦争への道を進むことになった。

このような状況下で、国内では「国内態勢の刷新」のための「強力な新政治体制の確立」(基本国策要綱(1940(昭和15)年7月)に向けて、「新体制」運動が展開された。その中で、司法についても「司法の新体制」が論じられることになった⁽¹⁾。

1941(昭和16)年1月29日、政府から国防保安法案が衆議院に提出された。同法案は、同年2月8日に原案通り可決され、貴族院では批判・修正案が示されたものの、同月27日に原案が可決された。

その内容を概観しよう。同法は全2章からなっていた。第1章は実体法的規定であった。同章では、国家機密に関する罪が規定されていた。そこでは、国家機密の範囲が規定され(1条)、さらに「国家機密」の漏洩・公表・探知・収集の処罰(3~7条)、外交・財政・経済などに関する「国防上不利益な」情報の探知・収集、治安阻害事項の流布、国民経済運行阻害

行為の処罰 (8～10条)、さらに以上の犯罪の未遂、予備、陰謀、教唆、誘惑、扇動の処罰 (11～13条) が規定されている⁽²⁾。

第2章では、無条件に本法の適用を受ける事件として、国防保安法違反、軍機保護法違反、軍用資源秘密保護法違反、外患罪、国家総動員法違反が挙げられている。他方で、外国と通謀し又は外国に利益を与える目的をもって犯した場合に限り適用を受ける事件として、皇室に対する罪、内乱に関する罪、国交に関する罪、騒乱の罪、放火失火の罪、溢水及び水利に関する罪、往来を妨害する罪、飲料水に関する罪、通貨偽造の罪、文書偽造の罪、有価証券偽造の罪、殺人の罪、障害の罪等が挙げられている⁽³⁾。

以上の事件につき、本法が定める特別な刑事手続の適用を受けると定められた⁽⁴⁾。本法による特別な刑事手続の具体的な特徴は、以下の4点であった。①捜査機関の権限強化 (17～28条)。被疑者の召喚、勾引、勾留、被疑者の訊問権、証人の尋問権、押収、搜索、検証、鑑定、通訳・翻訳に関する捜査機関の権限が認められた。さらに、外国の船舶・航空機が法律によって禁止・制限されている区域に侵入したときの廻航・抑留、その乗務員等を対流させる権限が認められた。②弁護権の制限 (29～32条)。弁護人は司法大臣が予め指定した弁護士の中から選任すること、弁護人の数の制限 (被告人1人につき2人まで)、公判における一定の機密事項に関する陳述禁止 (その場合は書面の提出に代える)、訴訟書類の閲覧謄写の制限等が定められた。③第一審の有罪判決に対する控訴の禁止 (上告は許される)。④陪審裁判の評議に付さないこと。

以上のように、国防保安法においては、捜査機関の権限強化や弁護権の制限など、ここまで議論されてきた論点について、事件が限定されつつも規定されたことが分かる。このうち、証拠開示については、32条で規定されていた。

32条 ①辯護人ハ訴訟ニ關スル書類ノ謄写ヲ爲サントスルトキハ裁判

長又ハ豫審判事ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

②辯護人ノ訴訟ニ關スル書類ノ閲覽ハ裁判長又ハ豫審判事ノ指定シタル場所ニ於テ之ヲ爲スベシ

この規定の特徴は、開示対象から証拠物が排除され書類のみに限定されたこと、公判段階における証拠開示についても裁判官の許可が必要とされたことであった。その理由としては、秘密の保持が挙げられている⁽⁵⁾。

このように国防保安法は、条件付きながら捜査機関への強制権限を認めるなど、これまで強い反対が示されていた論点を立法化したものであるといえる⁽⁶⁾。このような状況は、戦争体制における特別法という意味に止まらず、「戦時立法が一般法制のパイオニアたる権能を持つ」⁽⁷⁾ という意味を持つものであったといえる。その意味で、手続等の秘密維持を目的として、証拠開示を大幅に限定されたことは、当時の政府の刑事手続改革に関する意図を明示するものであったといえよう。

第2節 治安維持法の全面改正

1941（昭和16）年2月7日、政府から衆議院に対し治安維持法改正法律案が提出された。この法案も、衆議院において同年2月20日に可決され、さらに貴族院においても同年3月1日に原案通り可決されるというスピード立法であった。

その改正の要点は以下の通りであった⁽⁸⁾。

①処罰規定の拡大強化（1～16条）。国体変革を目的とする犯罪に対する刑期の引き上げ、支援結社に対する処罰規定の新設、準備結社に対する処罰規定の新設、結社の程度に至らない集団に関する規定の新設、宣伝その他国体変革の目的に資する一切の個人行為に関する処罰規定の新設、不逞類似宗教等に関する処罰規定の新設が行われた。

②特別刑事手続の規定（17～37条）。捜査機関に対する強制権限（被疑
（龍法 '11）44・1, 58（58）

者の召喚、勾引、勾留、被疑者・証人訊問、押収、搜索、検証、鑑定、通訳・翻訳)の付与が認められた。さらに、弁護権に対する制限(司法大臣が予め指定した弁護士からの弁護人の選任、弁護人の人数の制限(被告人1人につき2人まで)、訴訟書類の閲覧・謄写の制限)も認められた。有罪判決に対する控訴禁止(上告は許される)が認められた。

③予防拘禁制度の設置(48～65条)が認められた。

この改正の趣旨として、当時の柳川司法大臣は、「捜査機関ノ捜査手段ヲ強化致シ、其ノ迅速適正ヲ期スル共ニ、裁判手続モ亦之ヲ極メテ敏速化シ、…所謂法廷闘争ヲ防止スル」ことを挙げている⁽⁹⁾。

改正治安維持法においても、証拠開示が国防保安法と同様のかたちで制限が規定されている。このように、当時の政府が、法廷闘争を防止することによる手続の迅速化を目的として、証拠開示を制限しようとしていたことが窺えよう。また、この改正においても、捜査機関に対する強制権限付与等が認められている点が注目されよう。

第3節 戦時刑事特別法

第三次近衛内閣の後、1941(昭和16)年10月に東条内閣が成立した。同年12月1日に開催された御前会議において、東条内務大臣は開戦と同時に採るべき治安維持の方策を挙げた。そのなかには、各種戦時犯罪に対する「刑罰ノ加重或ハ刑事裁判手続ノ簡易化等ノ措置」も含まれていた⁽¹⁰⁾。

同年12月、全面的な戦争状態のもとで第79回帝国議会が開かれた。1942(昭和17)年1月24日、「裁判所構成法戦時特例」と「戦時刑事特別法」に関する案が政府から提出され、貴族院及び衆議院を原案通りで通過し、同年4月24日に公布された。「裁判所構成法戦時特例」の提案理由としては「戦時下ニ於ケル裁判所及検事局ノ権能ヲ昂メ、以テ司法裁判ノ運行ノ迅速ヲ期スル爲、裁判所構成法ニ應急臨時ノ特例ヲ設クルノ必要」あることが挙げられ⁽¹¹⁾、また「戦時刑事特別法」についても、戦時における刑事

手続の敏速的確な運行と、戦時下における一部犯罪に対する厳罰主義が挙げられている⁽¹²⁾。

まず、「裁判所構成法戦時特例」の刑事手続に関する規定を概観しておこう。

①区裁判所の管轄範囲の拡張(3条)。短期一年以上の懲役又は禁錮に当たる罪のうち予審を経た事件を除いたもの、戦時刑事特別法にいう戦時窃盗と常習窃盗を区裁判所の管轄とした⁽¹³⁾。

②控訴審の部分的廃止(4条)。他の法律(陪審法、刑訴法、国防保安法)によって二審制が認められているものの他に、安寧秩序に対する罪等に対する控訴の禁止(上告は可能)が認められた。

③上告に関する特例(5～6条)。区裁判所が下した第一審判決に対する上告審を控訴院とすることが認められた。

次に、「戦時刑事特別法」の内容について見てみよう⁽¹⁴⁾。この法律も、上記の「裁判所構成法戦時特例」と同様に実体法の規定と手続法の規定を含むものであった。実体法の規定については、「戦時に際し灯火管制中又は敵襲の危険その他人心に動揺を生ぜしむべき状態ある場合」における行為と「戦時に際し」て行われた行為について規定されている。前者の犯罪類型としては、戦時放火罪、戦時猥褻罪、戦時盗犯罪、戦時恐喝罪(1～6条)が新設され、それぞれ一般刑法に比べ刑が加重されている。後者の犯罪類型としては、国政の錯乱を目的とする殺人、防空公務執行妨害、戦時騒乱罪、戦時損壊罪、買い占め及び売り惜しみに関する罪、戦時往来妨害罪、戦時住居侵入罪、戦時飲料水に関する処罰規定が新設されている(7～18条)⁽¹⁵⁾。

手続法部分については、以下のような規定が新設された⁽¹⁶⁾。

①弁護人の人数及び弁護権の制限(20～22条)。弁護人の人数の制限(被告人に1人につき2人まで)、弁護人の選任時期の制限(公判期日の召喚状を受けた日から10日を超過した場合は原則的に弁護人選任が出来ない)、

訴訟書類の閲覧・謄写の制限（国防保安法及び改正治安維持法と同様）、
必要的弁護の制限（必要的弁護事件からの戦時窃盗罪・常習窃盗犯に係る
事件の除外）、裁判書謄本等交付の制限（機密の保持その他公益上の理由
による交付の制限）が認められた。

②聴取書の証拠能力付与（25条）。地方裁判所の管轄にかかる事件にお
ける聴取書等への証拠能力付与が認められた。

③有罪判決に付す理由を簡易化することが認められた（26条）。

④上告に関する特例（27～29条）が設けられた。

この「戦時刑事特別法」の特徴は、上記の2つの法律に比べ捜査機関に
対する強制権限付与が規定されておらず、他方で聴取書等に対する証拠能
力付与が明文で認められていた点であるといえよう。例えば、団藤重光
は、この聴取書等への証拠能力付与について、「これは捜査機関の任意捜
査に基く聴取書に證據能力を認める点で實際上極めて重要な意味を有する
ものといはねばならぬ。捜査機関に強制處分の権能を認めなかつたことの
一部は、これによつて補はれるものといつてよいであろう」と評価を加え
つつも、「捜査機関に強制處分の権能を認めないといふことは、實に、そ
の裏面において従前の不合理かつ非合法ともいひ得べき捜査の實情を黙認
することになるのである。」、としている⁽¹⁷⁾。

証拠開示についても、国防保安法と改正治安維持法と同様に制限されて
いる。この規定につき、「直接の目的は訴訟の不當なる遅延を防止するに
在るのであるから、原則として書類の謄寫は許可せらるべきものと建前
に出でてゐる。唯それが不当に濫用せられた過去の経験に鑑み、一應裁判
長の管理下に置くことにせられた点に本條の重大な意義」があるとの解説
がある⁽¹⁸⁾。もっとも、この規定については、帝国弁護士会及び第一東京
弁護士会の反対があった⁽¹⁹⁾。これに対しては、この解説に沿った運用が
行われるべきことが明言されている⁽²⁰⁾。他方で、「尤も最近の事案に於て
は訴訟記録中に重要な機密文書の編綴せらるる例の少なくない事實に鑑

み、本條亦機密保持という点より制定せられしことも否定し得ない」との解説もある⁽²¹⁾。また、安平政吉も、この規定の趣旨を「機密の保持、訴訟の促進等」を挙げ、「従来兎もすれば辯護人が訴訟記録の閲覧謄寫を爲し得ざることを理由として公判期日の延期を求め訴訟遅延を來した事例あるに鑑み、許可制とするときは、當然不許可といふことも考へられ、また許可を本則としても一定の條件または期限を附し得ることとなり、自然、右の如き乱用を防止し得ようとなすのであるが、他の一面に於て謄寫された書類が被告人、證人の通謀に役立つたり、時には謄寫従業者が、これ等の資料を恐喝等の用に供したことも稀でなく、これ等の弊害を除く爲め右の規定が定立されてゐることも、とうてい否み得ない」と説明を加えている⁽²²⁾。

このように、この「戦時刑事特別法」21条の証拠開示制限規定は、秘密保持・訴訟促進の他、証人との通謀や証人威迫等といった弊害の虞の防止をも目的としていたといえよう。もっとも、安平は、「時局柄これは好ましい立法ではないが、已むなき所としなければならないであろう」との評価を加えている⁽²³⁾。

第4節 小括

以上のように、これらの戦時立法においては、それまで激しい議論が交わされた論点につき、戦時下の特別立法という理由で一氣に立法が進んだ。具体的には、捜査機関の権限強化、聴取書への証拠能力の付与、控訴の禁止、弁護権の制限等がそれであったといえよう。その意味では、戦時立法で実現されたこれらの点に関する規定は、当時の政府がかねてからその実現を目指していたものであったといえよう。

他方で、国防保安法、改正治安維持法、戦時刑事特別法において、一貫して証拠開示の制限規定が設けられていたことは重要な意味を持つものといえる。立法目的も併せて考えるならば、手続等の秘密保持、訴訟の促

進、証人威迫等の弊害を防止するために、証拠開示を大幅に制限しようという当時の政府の意図がここでは見られる。

これに加えて、大正刑事訴訟法で認められた予審段階での証拠開示が全面的に制限されただけでなく、公判段階における証拠開示さえも制限されたことは重要な意味を持つといえる。公判段階における証拠開示の制限は、ナチス時代のドイツにおいても実現していない⁽²⁴⁾。公判前手続における弁護人や被疑者の関与を排除する反面、その手続過程に関する記録をすべて開示することによって公判手続における公正性を実現するという治罪法以来の論理は、この戦時立法において、初めて、明文で制限されることになった。そして、それは手続等の秘密保持、訴訟の促進、証人威迫等の弊害防止という政策目的を理由とするものであった。さらに、このような証拠開示の制限は、捜査機関の強制捜査権限や聴取書への証拠能力付与をも伴ったものであった。第5章第2節第7款で指摘したような証拠収集の主体や手続の構造と証拠開示との密接不可分な関連性は、同様に政策目的によって分断されることになった。その意味では、証拠開示は公正な刑事手続の前提という存在から、秘密かつ迅速な手続の障害として位置付けられることになったのである。

この戦時立法における証拠開示制限の実現は、一般法についても多大な影響力を持つものであったと考えられる。例えば、佐伯千仞は、戦時特例の多くがこれまでさまざまに議論されてきたものであることから、「それ等は戦時立法といふ形で、實は従来懸案たる刑事手續法の改革について一つの大がかりの實驗が行はれてゐるともいへるのである。従つてこれ等の適用の結果が良好であるならば、それがその儘将来に向つて引継がれる可能性も大きいと思はれる。…今日の所謂戦時法は一時的立法ではなくて、むしろ、恒久的性格を有するものとして考へられねばならぬことからもういへるのである」⁽²⁵⁾とする。また、団藤も「戦時臨時法的なものであつて、それが戦時の終了とともに廢止されるとしても、それはあとへ

何ものかを沈殿して残すものとおもはれる」⁽²⁶⁾としている。これらの指摘が示すように、戦時立法の影響と共に、上記のような証拠開示制限、そしてその意味も後の立法に影響を与えたことも考えられよう⁽²⁷⁾。

それでは、最後に、その影響も踏まえながら、昭和刑事訴訟法の制定過程について確認・分析を行うことにしよう。

注

- (1) 以上の経過については、小田中聰樹『刑事訴訟法の史的構造』(有斐閣、1986) 132頁以下が詳しい。
- (2) 国防保安法の概要については、大竹武七郎「国防保安法の必要性和その特質」警察研究12巻4号(1941) 29頁以下を参照した。
- (3) 団藤重光「国防保安法の若干の検討」法律時報13巻5号(1941) 2頁以下参照。
- (4) 団藤・前掲註(3)「国防保安法の若干の検討」7頁以下参照。
- (5) 柳川司法大臣の衆議院国防保安法委員会における説明(「思想研究資料特輯」82号19頁以下、団藤・前掲註(3)「国防保安法の若干の検討」9頁。
- (6) 同法における捜査機関の権限強化を批判するものとして、牧野英一「国防保安法案」警察研究12巻3号(1941) 1頁以下。
- (7) 団藤・前掲註(3)「国防保安法の若干の検討」7頁。
- (8) 改正治安維持法の特徴については、太田耐造「改正治安維持法を繞る若干の問題」法律時報13巻5号(1941) 15頁以下を参照した。さらに、同改正法については、山崎丹照「改正治安維持法概説(一)～(五)」警察研究12巻3号(1941) 33頁以下、同4号93頁以下、同5号23頁以下、同6号69頁以下、同7号81頁以下、牧野英一「教唆の獨立性と刑事訴訟における保障機能」法律時報13巻6号(1941) 2頁以下などを参照した。
- (9) 「思想研究資料特輯」83号17頁、また山崎・前掲註(8)「改正治安維持法概説(一)」41頁以下も参照。
- (10) 由井正臣「太平洋戦争」『岩波講座日本歴史21 近代8』(岩波書店、1977) 103頁註27参照。
- (11) 梶田年「改正戦時司法特例法要義」(法文社、1944) 3頁。
- (12) 磯部靖「戦時刑事特別法」斎藤直一＝梶村敏樹＝磯部靖『戦時司法特別法』(厳松堂書店、1943) 183頁以下。
- (13) これにより、地方裁判所の管轄は、死刑・無期の予定される罪が対象とされた(梶田・前掲書註(11)「改正戦時司法特例法要義」10頁以下)。
- (14) 戦時刑事特別法に関する解説としては、三井明「戦時刑事特別法規の概要(一)(二・完)」警察研究13巻4号(1942) 23頁以下、同5号25頁以下、団藤重

- 光「戦時刑事特別法」我妻栄編「第79・80帝國議會 新法律の解説」(有斐閣、1942) 254頁以下、梶田・前掲註(11)「改正戦時司法特例法要義」228頁以下、磯部・前掲註(12)「戦時刑事特別法」181頁以下など。
- (15) 牧野英一「戦時刑事特別法」警察研究13巻5号(1942) 1頁以下参照。
 - (16) 団藤・前掲註(14)「戦時刑事特別法」263頁以下参照。
 - (17) 団藤重光「戦時刑事法の展開」法律時報14巻4号(1942) 25頁。
 - (18) 磯部・前掲註(12)「戦時刑事特別法」282頁以下。
 - (19) 法律新聞4252号(1942) 30頁。
 - (20) 磯部・前掲註(12)「戦時刑事特別法」284頁。
 - (21) 斎藤金作「戦時刑事特別法」早稲田大学東亞法制研究所編「新立法の動向 第2輯」(巖松堂、1942) 111頁。
 - (22) 安平政吉「戦時の刑事特別手續に就て」法律時報14巻9号(1942) 15頁。
 - (23) 安平・前掲註(22)「戦時の刑事特別手續に就て」155頁。
 - (24) 斎藤司「ドイツにおける被疑者・被告人の証拠開示請求権の展開」九大法学89号(2004) 60頁。
 - (25) 佐伯千仞「戦時下に於ける我刑政の發展——戦時刑事特別法の制定を中心として——」法学論叢46巻4号(1942) 132頁以下。
 - (26) 団藤・前掲註(17)「戦時刑事法の展開」25頁。
 - (27) この戦時特別法との関係で、現行刑事訴訟法における伝聞例外規定を分析・批判するものとして、佐伯千仞「証拠法における戦時法の残照」佐伯千仞『陪審裁判の復活』(第一法規、1996) 59頁以下。