

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（5・完）

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續構造と証拠開示

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 治罪法の手續構造と証拠開示

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 小括——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 小括 (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 「糺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 当時の実務状況と司法改善による改革提案
- 第6章 戦時刑事立法における証拠開示
 - 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、44巻1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1節 司法制度改正審議会における議論——強制捜査権限の直接委譲と捜査段階における証拠開示

第2節 司法省刑事局別室における立案作業——捜査機関への強制捜査権限集中と捜査段階における証拠開示

第3節 新憲法制定作業と刑事訴訟法改正作業——証拠収集手続の変容と証拠開示

第4節 一極的な証拠収集手続の採用と証拠開示

第5節 起訴状一本主義の採用に関する経緯

第6節 国会審議における議論——証拠開示問題の歴史的構造

第7節 小括

第8章 むすびにかえて

第1節 予審による一極的な証拠収集と証拠開示

第2節 一極的な証拠収集を前提とする証拠開示の限界

第3節 昭和刑法における証拠開示問題の歴史的構造

第4節 捜査過程を示す記録の開示と捜査段階の証拠開示 (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1節 司法制度改正審議会——強制捜査権限の直接委譲と捜査段階における証拠開示

第二次世界大戦が終結し、これを契機に、戦前及び戦時中の諸制度を改革し、終戦後の事態に対応した新しい機構・制度を確立すべきことになった。このような動きは、司法制度についても同様であり、刑事訴訟法についても、「裁判所構成法戦時特例」や「戦時刑事特別法」などが廃止され、「終戦ニ伴ウ新事態ニ即応スル司法制度ヲ確立スル為、従来ノ制度ニ再検討ヲ加ヘ、之ヲ改正スルノ要アリ」として、1945（昭和20）年11月16日に「司法制度改正審議会」が設置された⁽¹⁾。

この司法制度改正審議会は、1945（昭和20）年11月24日に総会を開いた。司法大臣が、この総会で提示した諮問事項は、「第1 新情勢ニ鑑ミ裁判並ニ檢察ノ機構ニ付改正ヲ要スベキ具体的事項如何」、「第2 新情勢ニ鑑

ミ犯罪捜査ニ関シ人権ヲ擁護スベキ具体的方策如何」であった。

刑事訴訟法の改正については、上記第2諮問事項に係る小委員会において議論されている⁽²⁾。ここでの審議は、司法省刑事局作成の「司法制度改革審議会諮問事項ニ対スル方策（仮案）」（以下、「仮案」とする）を事実上の原案として進められた⁽³⁾。この仮案は、「犯罪捜査ニ関スル制度ヲ改正スルコト」として、予審の廃止及びそれに伴う捜査機関への強制権限付与を提案し、他方で「檢察権行使ノ適正ヲ確保スル為」の措置として、捜査機関処分に対する不服申立を認めること、「被疑者ハ弁護人ヲ選任シ或程度ノ弁護権ヲ行使セシメ得ルモノトスルコト」、不法な勾留に対する補償、不法な強制処分によって獲得された証拠書類の証拠能力を否定すること、司法省に檢察権行使に対する監察官を置くこと、などが提案されている⁽⁴⁾。

この仮案について、佐藤藤佐委員は、以下のような趣旨説明を行っている。「現在捜査機関ノ権限ガ十分デナイ為行政執行法ニ依ル行政検束ガ勾留ノ代リニリヨウサレルコトニナリ……今後行政検束ヲ犯罪捜査ニ利用スルコトハ一切ヤメタイ」、「予審ヲ廃止スレバ勾留ガ無制限ニ延ビルト云フコトハ無クナル。……行政検束利用ヲ廃絶スル為ニハ、之ニ代ルベキ強制権ヲ検事、司法警察権ニ与ヘナケレバナラヌ」、と⁽⁵⁾。以上のように、仮案は、人権蹂躪防止をも目的としながら、予審廃止とそれに伴う捜査機関の権限強化を提案したものであった。

この仮案において、証拠開示に係ると思われるのは、「被疑者ハ弁護人ヲ選任シ或程度ノ弁護権ヲ行使セシメ得ルモノトスルコト」という提案である。この点に関して、佐藤委員は、「被疑者ニ弁護人ノ選任ヲ認メルコトニ付テハ、其ノ弁護権ノ範囲ニ付テハ難カシイ問題ガアルと思フガ、予審ニ於ケル弁護権ヲ大体目安ニシテ居ル」⁽⁶⁾との趣旨説明を行った。このように、仮案においては、被疑者段階の弁護制度の拡充が予定されていただけでなく、その保障の程度として大正刑訴法の予審におけ

る弁護権保障が基準とされていたことが分かる。そして、仮案においては、予審を廃止し、その権限を直接に捜査機関に委譲し、他方で予審における防御権や手続保障をも捜査段階へ移そうという構想が示されていたことが分かる。

先述のように、この仮案をもとに、第2諮問事項関係小委員会の議論は進められた。以下では、この小委員会における弁護権に関する議論について確認しよう。まず、草野豹一郎委員が「被疑者ニ選任セラタ弁護士ノ権限ハ予審ニ於ケル程度ヲ考ヘテ居ルトノコトデアルガ、何ノ様ナコトヲ考ヘテ居ルカ」との質問を行った。これに対し、佐藤委員は「今少シ研究シテ見度イガ、証拠物ノ閲覧トカ、検証の立会トカ云フ様ナコトガアルト思フ」と返答している⁽⁷⁾。

さらに、林逸郎委員が、「被疑者ノ弁護権ハ予審ノ場合ト同程度ヲ考ヘテ居ルトノコトダガ、今日予審ノ弁護ニ付テハ被告人モ弁護人モ満足シテ居ラヌコトヲ承知デアルカ」との質問を行っている。これに対し、佐藤委員は「予審ハ訊問ハ密行ダガ、其ノ他ニ付テハ弁護人ノ立会ガ出来ルト考ヘテ居ル」と返答した。林委員が更に、「被疑者ニ弁護人ガ附クト云フコトハ捜査ノ邪魔ニモナラウガ、兎ニ角モット明ルクスル様ニ考ヘラレナイカ。現状デハ満足出来ナイ。」と追加の質問を行ったが、佐藤委員は返答しなかった⁽⁸⁾。

第2諮問事項小委員会における、捜査段階における弁護権に関する議論は以上のやりとりで終わっている。しかし、少なくとも、当時の政府の意図としては、予審廃止に伴いその強制権限を、留保を付すことなく直接に捜査機関に付与し、他方で、予審段階で認められていた弁護権を捜査段階においても認めようとする方向性が見て取れる。そして、そのなかに、証拠開示請求権も含められていたといえよう。このように、仮案の提案は、捜査権限や弁護権も含めて予審の構造を捜査手続へ移そうとしたものと評価できるように思われる。

以上の議論の結果、1945（昭和20）年12月18日、答申案として「犯罪捜査ニ関スル人権擁護ノ具体的方策」がまとめられた⁽⁹⁾。その主な内容は、①抜本的措置として、行政執行法・違警罪即決例を廃止すること、予審を廃止・公判準備手続を拡充強化すること、②捜査機関に対して強制権限を付与すること、その他捜査制度を合理化するための措置として、被疑者の接見交通権を整備すること、司法警察官の訊問調書・聴取書の作成を適当に制限すること、③捜査上の強制権限行使の公正性を確保するための措置として、準抗告制度を設けること、「被疑者ハ弁護人ヲ選任シ法令ノ範囲内ニ於テ弁護権ヲ行使セシメ得ルモノトスルコト」、不法留置に対する補償を認めること、不法行為によって獲得した証拠書類の証拠能力を否定すること、捜査に対する監察制度を設けること、④その他の措置として、私人訴迫について考慮すること、自由心証主義を徹底すること、検察官を増員すること、人権蹂躪事件について糾弾すること、などであった。

このうち、②強制捜査権限の捜査機関への委譲については、「検事及司法警察官ハ犯罪捜査ノ目的ヲ達スル為必要トスルトキハ押収、搜索、検証及被疑者ノ召喚、勾引、勾留、被疑者若ハ証人ノ訊問ヲ為シ又ハ鑑定、通訳若ハ翻訳ヲ命ズルコトヲ得ルモノトスルコト」⁽¹⁰⁾とされている。この提案においても、捜査機関の強制処分権限について何らかの留保を付す提案はなされていない。

上記③で示されている「被疑者ハ弁護人ヲ選任シ法令ノ範囲内ニ於テ弁護権ヲ行使セシメ得ルモノトスルコト」にいう「弁護権」には、以上の審議過程を見る限り、証拠開示も含まれているというべきであろう。このように、この司法制度改正審議会の段階では、予審廃止に伴って捜査機関に対して強制捜査権限を付与する制度をとる上で公正性の担保することを目的として、大正刑事訴訟法と同程度の証拠開示が捜査段階で認められるべきとされていたことが確認できる。これは、「司法制度改善」の時期に池田などによって示された見解とほぼ同様のものといえよう。また、このよ

うな提案の構造は、上記の仮案とほぼ同様のものでもあったといえる。

第2節 司法省刑事局別室における立案作業——捜査機関への強制捜査権 限集中と捜査段階における証拠開示

司法制度改正審議会による答申が出された後、具体的な改正法律案作業は、いわゆる「刑事局別室」を中心に進められた。この刑事局別室は、「当時の司法省刑事局が、山積する立法準備作業の機動的処理のため、司法省の内外から人材を集めて作ったタスク・フォース的な機構であった」⁽¹¹⁾。ここでの会議は、1946（昭和21）年1月から同年2月にかけて連日のように行われた。

刑事局別室では、「検事及司法警察官ノ強制捜査権」（1月4日）、「予審ノ廃止ニ伴フ裁判所構成法・刑事補償法・刑事訴訟法ノ改正」（同7日）、「捜査中ニ於ケル弁護権」（同8日）、「検事及司法警察官ノ強制捜査権」（同9日）、「公判準備手続」（同10日）、「捜査中ニ於ケル弁護権（第二次案）」（同14日）などが議論された。

以下では、証拠開示に関する議論を確認しよう。1946（昭和21）年1月4日付けの資料「検事及司法警察官ノ強制捜査権ニ関スル規定」では、16項目にわたって捜査機関に対し強制権限を付与すべき提案がなされている。

その中に、証拠開示に関する提案も示されていることが注目されている。すなわち、「第15 被疑者又ハ辯護人ハ公訴提起前何時ニテモ證據物又ハ證據書類ヲ検事又ハ司法警察官ニ提出スルコトヲ得ルモノトスルコト 辯護人ハ検事又ハ司法警察官ノ許可ヲ受ケ書類及證據物〔ヲ〕閲覧スルコトヲ得ルモノトスルコト」、と⁽¹²⁾。

この提案は、これまでの提案と同様に予審が有していた強制捜査権限を、基本的に留保を付すことなく捜査機関に委譲していることを前提としたものといえる。そのうえで、おそらく起訴・不起訴を含めた手続打ち切りの判断のために被疑者・弁護人による証拠提出を認め、さらに強制権限

を有する捜査手続の主宰者たる捜査機関の許可を得て証拠開示を受けるべきことを認めたのだろう。

上記の提案は、同年1月8日に配布された「捜査中ニ於ケル弁護権ニ関スル規定」に引き継がれている。その内容は以下のとおりである⁽¹³⁾。

第4 辯護人ハ公訴ノ提起アリタル後裁判所ニ於テ訴訟ニ関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ルモノトスルコト
公訴提起前ニ於テハ辯護人ノ立會フコトヲ得ヘキ檢事ノ處分ニ関スル書類ヲ閲覽シ且之ヲ謄写スルコトヲ得ルモノトスルコト 辯護人ハ裁判長ノ許可ヲ受ケ第2項ノ處分ニ関スル證據物ヲ閲覽シ又ハ謄写スルコトヲ得ルモノトスルコト（刑訴44）（下線部ママ）

第9 辯護人ハ檢事ノ許可ヲ受ケ書類及證據物ヲ閲覽スルコトヲ得ルモノトスルコト（参照303Ⅲ予審）

このように、この提案では、第一に公訴提起後の証拠開示が認められ、第二に公訴提起前の証拠開示も認められている。この提案によれば、捜査段階における証拠開示も認められることになろう。そして、公訴提起前の証拠開示については、弁護人の立ち合いが認められている検察官の処分に關する書類の閲覽・謄写ができるとされている。もっとも、証拠開示については裁判長や検事の許可を受けることが必要とされている。もっとも、この提案は、同年1月9日の「検事及司法警察官ノ強制捜査権」に関する議論で配布された「検事及司法警察官ノ強制捜査権ニ関スル規定」では削除されている⁽¹⁴⁾。

これをもとにした条文案が、同年1月14日付の「捜査中ニ於ケル弁護権ニ関スル規定（第二次案）」であった。ここでは以下のような条文案が提示されている⁽¹⁵⁾。

第44条を左ノ如ク改ム

辯護人ハ公訴ノ提起アリタル後裁判所ニ於テ訴訟ニ関スル書類及證據物ヲ閲覽シ且ツ其ノ書類ヲ謄寫スルコトヲ得

裁判長ノ許可ヲ受ケ證據物ヲ謄寫スルコトヲ得

公訴提起前ニ於テハ檢事ノ許可ヲ受ケ書類及ビ證據物ヲ閲覽スルコトヲ得

檢事ハ辯護人ニ對シ公訴提起前少ナクトモ一回書類及證據物ノ閲覽ノ機會ヲ與フルコトヲ要ス辯護人二人以上アルトキハ其ノ一人ニ對シテ閲覽ノ機會ヲ與フルヲ以テ足ル

以上のように、証拠開示については、かなり包括的な改正が提案されていたことが窺える。

また同日付の「捜査中ニ於ケル弁護人ノ記録及証拠物閲覽権ニ関スル資料」では、以下のドイツ刑訴法1920年草案172条2項の条文が示されている⁽¹⁶⁾。

捜査手續中ニ於テハ手續ノ目的ヲ害スルノ虞アルトキハ記録ノ各部分及個々ノ證據物ノ閲覽ヲ辯護人ニ禁ズルコトヲ得但シ捜査手續ノ終結前少ナクトモ一度記録ノ此ノ部分又ハ證據物ニ付テモ閲覽ノ機會ヲ與フルコトヲ要ス

このことから、上記の刑訴法44条に関する改正提案は、ドイツ刑訴法1920年草案を参考にしていることは明らかであろう⁽¹⁷⁾。

以上のように、捜査段階における証拠開示規定の検討が進められた一方で、開示制限規定についてはどのような提案がなされたのであろうか。この点、戦時刑事特別法の規定の一部を新法に盛り込もうとする作業が進められていたことも確認できる。1946（昭和21）年2月2日の「戦時刑事特別

法第二章刑事手続規定中刑事訴訟法ノ改正ニ際シ取入ルルヲ可トスルモノ及其ノ取入ニ関スル要綱案」では、弁護人の人数制限や判決書の簡易化に関する規定などが取り入れられるべきとされているが、証拠開示制限に関する規定は挙げられていない⁽¹⁸⁾。

このような議論の結果、1946（昭和21）年1月26日に「刑事訴訟法中改正要綱案」が示された。これは、予審廃止、公判準備手続の拡充強化、捜査機関に対する強制権限の付与、そしてこの強制権限付与に対応した被疑者の権利強化を柱とするものであった⁽¹⁹⁾。この要綱案において、証拠開示は「捜査中ニ於ケル弁護権ノ行使ニ関スル事項」の中で、以下のように提案されている。

（4） 弁護人ハ公訴提起前検事ノ許可ヲ受ケ捜査ニ関ス書類及証拠物ノ
閲覧スルコトヲ得ルモノトスルコト但検事ハ捜査ニ著シキ支障ナキ限
リ之ヲ許可スルコトヲ要スルモノトスルコト（参照44条）

この提案は、刑事局別室において提案されていた条文案に比べ、公訴提起前の最低限1回の証拠開示の保障規定を削除しており、トーンダウンしたものであることは明らかである。とはいえ、昭和刑訴法に存在しない捜査段階における証拠開示を提案していることは重要である。この点、他の規定について確認すると、この改正案は、司法制度改正審議会によって示された「方策」とほぼ基本線を同じにするものであったといえよう。

これに対して、捜査機関による証拠収集に関する規定は同提案されていたか確認しよう。この点の提案は、「第2 強制捜査権ニ関スル事項」として「1、検事及司法警察官ニ左ノ如キ強制捜査権ヲ認ムルコト」と提案されている。その強制捜査権限の具体的内容としては、召喚、勾引、勾留、逮捕、被疑者の訊問、証人の訊問、押収、検証、鑑定、通訳・翻訳などが提案されている。これらの強制捜査の主体は、検察官や司法警察官であ

り、現在の令状主義のような留保は予定されていない。

これに加えて重要と思われるのが、「2、右ニ伴ヒ強制捜査権行使ノ公正ヲ確保スル為左ノ如ク措置スルコト」との提案である。この「右」とは、「1、検事及司法警察官ニ左ノ如キ強制捜査権ヲ認ムルコト」のことである。そして、この「措置」の1つとして、上記の「捜査中ニ於ケル弁護権ノ行使ニ関スル事項」が挙げられ、①「被疑者ハ勾留セラレタル後何時ニテモ弁護人ヲ選任スルコトヲ得ルモノトスルコト」、②上記の公訴提起前における証拠開示、③「被疑者又ハ弁護人ハ公訴提起前ニ限り必要トスル処分ヲ検事又ハ司法警察官ニ請求スルコトヲ得ルモノトスルコト（参照303条1項）」、④「被疑者又ハ弁護人ハ公訴提起前ニ限り証拠物ヲ検事又ハ司法警察官ニ提出スルコトヲ得ルモノトスルコト」、⑤「検事又ハ司法警察官公判ニ於テ召喚シ難シト思料スル証人ヲ訊問スル場合ニ於テハ弁護人ハ其ノ訊問ニ立会フコトヲ得ルモノトスルコト……」、⑥「検事捜査ノ結果ニ依リ公訴ヲ提起スベキモノト思料スルトキハ被疑者ニ対シ嫌疑ヲ受ケタル原因ヲ告知シ弁解ヲ為サシムベキモノトスルコト但シ被疑者正当ノ事由ナクシテ出頭セザルトキハ此ノ限ニ在ラザルモノトスルコト（参照301条） 弁護人ハ前項ノ場合ニ立会フコトヲ得ルモノトスルコト」などである⁽²⁰⁾。

このように、これまでの提案がかなり具体的なものとなっている。予審廃止に伴い、その強制捜査権限は捜査機関に留保が付されることなく委譲されることが提案されている。他方で、これまで検討してきたように、一方当事者が証拠収集の主体となることにより、人権蹂躪や不公正な証拠収集が行われる危険を防止するため、様々な提案がなされているのである。そのなかの1つが捜査段階における証拠開示であることは重要である。また、被疑者や弁護人による捜査機関への証拠収集を請求すること（③）ができ、また自身の証拠や意見を捜査や公訴提起に反映できることが認められている（④⑤⑥）。これらの提案の多くは、大正刑法の予審に関する

規定が参照されている。このことから、この時期の提案は、予審廃止を行うことを前提に、予審の強制捜査権限だけでなく、公正な証拠収集を行うための予審の責務や被疑者・被告人側の権利も同じく捜査段階に委譲しようとしたものであったと評価できよう。以上のように、1946年1月26日の「刑事訴訟法中改正要綱案」は、捜査機関による一極的な証拠収集を構想しながら、公正な手続を保障しようと試みたものであるといえ、その中で公判段階での幅広い証拠開示や捜査段階における証拠開示が提案されたことは重要な意味を有しているといえる。

第3節 新憲法制定作業と刑事訴訟法改正作業——証拠収集手続の変容と証拠開示

1946（昭和21）年2月に、いわゆるマッカーサー憲法草案が日本政府側に示された。マッカーサー草案は、刑事手続については、令状主義、弁護人依頼権、適正手続、拷問禁止、証人審問権、黙秘権、自白法則、一事不再理の採用を提案するものであった⁽²¹⁾。これに基づき、同年3月6日に「憲法改正草案要綱」が作成された⁽²²⁾。この「憲法改正草案要綱」の枠組みの中で、その後の刑事訴訟法改正作業は進められた。

憲法改正作業が進む一方で、刑事訴訟法改正作業はGHQとの折衝の中で進められた。1946（昭和21）年3月22日、総司令部民間情報部保安課法律班のマニスカルコによる「刑事訴訟法ニ対スル修正意見（Proposed Revision of Code of Criminal Procedure）」が日本政府に提示された。これは、大正刑訴法に逐条的検討を加え、修正意見をコメントするものであった⁽²³⁾。この修正意見は、交互訊問制を採用すること、反対訊問を受けない供述証拠の証拠能力を否定すること、被告人訊問制度を廃止すること、アレイメント制度を採用すること、供述録取書の証拠能力に関する規定を廃止することなど、多くの提案を内容とするものであった。このマニスカルコ修正案においても、証拠開示を規定する大正刑事訴訟法44条は「存置（龍法 '12）45 - 3, 124（854）」

すべし」とされていることが注目される⁽²⁴⁾。

このような中で、刑事局別室においては、1946（昭和21）年4月作成の「刑事訴訟法改正方針試案」をもとにした審議が進められた。この試案においては、被疑者の弁護人選任権や予審廃止など従来の作業を引き継ぐ一方で、官選弁護制度の拡大、令状主義、被疑者と弁護人の接見交通、勾留に対する異議申立制度、保釈請求権、被疑者訊問における黙秘権告知、交互訊問制度、陪審制、不利益再審廃止など、憲法改正作業の影響力の大きさが窺える部分も多かった⁽²⁵⁾。では、このように変化を見せる改正作業の中で、証拠開示に関する規定はどのように提案されたかを検討しよう。

「刑事訴訟法改正方針試案」における「第3（弁護及び補佐）」は、以下のような内容であった⁽²⁶⁾。

被告人のみならず、被疑者も常に弁護人を依頼して、その公正な援助を受けられることが出来るやうにし、さらに、新憲法の規定の趣旨に従ひ、官選弁護の制度を拡充し、資力がないため弁護人を依頼できない者にも、充分弁護の機会を與へるやうにするとともに、弁護人の地位と品位の向上を図るため必要な方法を考えること。

このように、従来の議論が、予審廃止に伴い、捜査機関への強制権限委譲とともに、予審で保障されていた被疑者・被告人や弁護人の権限や手続的保障の委譲にも重点が置かれていたのに対し、この時点においては新憲法制定を踏まえて、憲法上において明確に示された理念、すなわち被疑者の弁護人依頼権の保障と官選弁護制度の拡充に重点が移動しつつあったことがわかる。その結果、議論の焦点は、「憲法の要請としての」弁護権の導入とその具体的検討へとシフトし、上記のような予審廃止との関連が意識されなくなったといえる。そのため、それまで検討されてきた予審廃止に伴う捜査段階における「弁護権の内容」についての検討の比重が軽く

なったといえるかもしれない。

他方で、捜査機関への強制捜査権限移譲との関連でも、重要な変化がみられる。「第6（捜査）」の「2（捜査手続）」においては、次のような指針が示されている⁽²⁷⁾。

1 捜査について強制的処分を必要とするときは、現行犯事件及び要急事件の場合を除いて、常に裁判所の令状を求めなければならないものとし、令状を得たうへは、捜査機関が自ら被疑者の勾引及び勾留、押収、搜索、検証、証人の訊問等を行ふものとする。

このように憲法草案との関係で令状主義が採用され、従来のような予審の強制捜査権限の単純な委譲ではなく、令状による一定の抑制付きの委譲が提案されている。

1946（昭和21）年7月3日、憲法改正に伴う法律制定のために調査審議する総理大臣諮問機関として、臨時法制調査会が設置された。同会は、4つの小委員会に分けられたが、司法関係の法律を担当したのは第3小委員会であった。この第3小委員会の第1回会合で、刑事局別室作成の「刑事訴訟法改正に付考慮すべき問題」が提示された（同年7月15日）。その提示された内容としては、予審制度をどうするか、強制権限を行使する主体やその行使方法、被告人に証人訊問権を付与することとの関連問題、陪審制度に関する論点が示されていたが、弁護権については、「第1 弁護権拡充の範囲をどうするか。 1捜査中の刑事被疑事件についての弁護権をどうするか。 2官選弁護人をどうするか。 3代表弁論その他弁論制限に関する規定を設けることはどうか。」との論点が示された⁽²⁸⁾。この第3小委員会では、予審廃止の可否やそれに伴う捜査機関への強制権限付与などについて激しい議論がなされたが、弁護権に関する議論は明らかでない⁽²⁹⁾。

この第3小委員会における議論と並行して、刑事局別室における法案作
(龍法 '12) 45 - 3, 126 (856)

成作業も進められた。その結果、1946（昭和21）年8月5日に「刑事訴訟法改正要綱試案」が作成され、同年9月に第3小委員会に提出された。この「刑事訴訟法改正要綱試案」は、弁護権の充実、勾留に対する異議申立制度、黙秘権告知規定の設置、予審廃止、補強法則・自白法則、交互訊問制度、不利益再審廃止、さらに検察官への強制権限付与、陪審制度の削除など提案している⁽³⁰⁾。弁護権や証拠開示については、「被疑者の弁護権を次の要領により認めること」として、以下の提案がなされている⁽³¹⁾。

2. 弁護権の範囲

……

ホ 弁護人は故意に捜査を妨げるやうな行動を採ってはならないものとする。こと。（なほ証拠書類及び証拠物閲覧、謄写権については後記第33参照）

……

このように、弁護権の範囲については、捜査段階における弁護権を保障することを前提に、「捜査妨害の禁止」が定められている。他方で、証拠開示については、「第33」を参照するよう指示されている。その「第33」は次のような提案であった⁽³²⁾。

（公判手続）

……

第33 証拠を提出するには、提出すべき証拠の標目をあらかじめ相手方（被告人に弁護人があるときは弁護人）に通知しなければならないものとする。こと。

前項の通知があったときは、相手方は、その証拠を閲覧又は謄写することができるものとする。こと。

前項の規定による閲覧の機会が与へられなかった証拠については、相手方は著しく不利益を受けることを理由として、その提出につき異議を申立てることができるものとする。

以上のように、「弁護」の項目、特に捜査段階における弁護権の内容や範囲に関する提案から証拠開示が削除された。他方で、証拠開示に関する言及は、「公判手続」の項目においてのみなされている。また、その開示対象も従来の規定や提案とは異なり「提出証拠」となりそうである。このように現行刑訴法299条のベースともいえる提案が、この時期に登場していることは重要であるといえる。

もっとも、捜査段階における弁護権そのものについて提案がなかったわけではない。勾留に対する異議申立権、証拠保全請求権、検察官による押収・搜索・検証・鑑定への立会権など、諸権利が拡大されている。他方で、これまで注目すべき提案がなされてきた証拠開示請求権が削除された理由は明らかにされていない⁽³³⁾。

上記の弁護権に関する提案のうち、重要と思われるのが、証拠保全請求権に関するものである。その具体的内容は、以下の通りであった⁽³⁴⁾。

第18 検事、被告人、被疑者及び弁護人に次の要領による証拠保全請求権を認めること。

一、被告人、被疑者又は弁護人は、裁判所に対し、証拠保全の申立をすることができるものとする。

二、公訴提起後は、検事も、前項の申立をすることができるものとする。

三、証拠保全の手続は、ほぼ民事訴訟法の規定に準じて、これを定めること。

これに対し、捜査機関の捜査権限についてはどのような提案がなされていたのであろうか。この点については、「捜査」の項目で次のような提案がなされている⁽³⁵⁾。

第19 検事の強制捜査権は、次の要領によりこれを認めること。

一、検事は、捜査を行ふにあたって、強制の処分を必要とするときは、公訴の提起前に限り、押収、搜索、検証、被疑者の召喚、勾引、勾留、訊問、及び証人の（召喚、勾引）訊問をなし、鑑定、通訳及び翻訳を命ずることができるものとする。

第21 司法警察官に対しては、現行犯の場合を除くの外、原則として、強制捜査権を認めないものとする。但し、検事の命令があるときは、被疑者及び証人の召喚及び訊問ができるものとする。

以上の提案からわかることは、証拠収集に関する制度の変化である。まず、捜査機関の証拠収集については、4か月ほど前に作成された上述の1946（昭和21）年4月の「刑事訴訟法改正方針試案」と比べて、裁判官の令状による抑制が提案されていない点が特徴的である。他方で、警察官による強制捜査権限が原則として否定され、証拠収集主体の中心としては検察官が想定されている。

これに対し、被疑者側の証拠収集については、裁判所に対する証拠保全請求権の行使が提案されている。これに伴い、これまで提案されてきたような、被疑者側による捜査機関への証拠収集の請求などの提案は削除されている。この時点では、現行刑法179条の「あらかじめ証拠を保全しておかなければその証拠を使用することが困難な事情があるとき」というような要件は付されていない点も重要であろう。また、公訴の提起後は、検察官も証拠保全請求権が認められるとされている点も特徴的である。

これらをまとめると、①捜査段階における証拠収集の中心は検察官で、

裁判官の令状なしに強制捜査権限を行使できること、②これに対し、被疑者側も裁判所に対する証拠保全請求権を行使でき、提案をみる限り、かなり緩やかな行使が可能であること、③公訴提起後の証拠収集の主体は裁判所であること、が分かる。

このように「刑事訴訟法改正要綱試案」では、予審廃止に伴う強制捜査権限の検察官に対する直接的な委譲という従来の方向性を維持しながら、捜査段階における被疑者側による証拠収集も一定程度が予定されることになった。従来の提案との関係では、検察官と被告人の両当事者による証拠収集（二極的な証拠収集）が提案されたという点で特徴的である。「刑事訴訟法改正要綱試案」で提案された、現行刑訴法299条類似の請求証拠の開示規定は、このような証拠収集制度を前提としたものであると評価することができる。

従来の議論との関係では、強制捜査権限と同時に委譲が予定されていた予審段階の被疑者・被告人の権利や手続保障が、予審廃止に伴う委譲とは関連付けずに議論され始めた点が特徴的である。このように、「刑事訴訟法改正要綱試案」は証拠開示との関係では、転換点ともいえる提案であったと評価できよう。

この「刑事訴訟法改正要綱試案」が提出された第3小委員会では、さまざまな議論の末、弁護人の人数制限の削除、司法警察官にもある程度の強制捜査権を認める、証拠書類は原則としてこれを申し出た当事者が朗読するものとするなどの修正が加えられた。他方で、この第3小委員会においても、証拠開示規定の変化について異論や議論はなかったようである。

この第3小委員会による修正により作成されたのが、「刑事訴訟法改正要綱案」（1946（昭和21）年8月8日）であった。この「刑事訴訟法改正要綱案」をもとに、第2回司法法制審議会総会の臨時法制調査会第3部会に付議された⁽³⁶⁾。ここでも、証拠開示に関する議論は見当たらない。この議論の結果、第3臨時法制調査会総会で同年10月23日に可決された「刑事訴訟

法改正要綱」の証拠開示に関する規定も、先の「刑事訴訟法改正要綱試案」から全く変化はなかった⁽³⁷⁾。

第4節 一極的な証拠収集手続の採用と証拠開示制度

上記の「刑事訴訟法改正要綱」に沿って、1946（昭和21）年8月に改正刑事訴訟法第一次案が作成された。第一次案は「刑事訴訟法改正要綱」をほぼ引き継ぐものであった。証拠開示の規定については、「公判手続」に関する第17条が挙げられる⁽³⁸⁾。

検事、被告人及び弁護人が公判期日において証拠物又は証拠書類の取調をするには、あらかじめ、相手方にその証拠物又は証拠書類を閲覧又は謄写する機会を与へなければならない。但し、相手方に著しいときは、この限りでない。

他方で、第1次案16章では、「証拠保全」が提案されている⁽³⁹⁾。

第1条 裁判所は、あらかじめ証拠調をして置かなければ、公判期日にその証拠を使用するのに困難な事情があるものと認めるときは、被告人、被疑者又は弁護人の申立により、押収、搜索若しくは検証を行ひ又は証人若しくは鑑定人の訊問をすることができる。

この提案は、1946（昭和21）年8月5日「刑事訴訟法改正要綱試案」で提案されていた「証拠保全請求権」ではなく、証拠保全を裁判所の権限として構成するものであったといえよう。もっとも、1946（昭和21）年9月2日の「証拠保全手続に関する修正案」は、以下のように「証拠保全請求権」を認めようとするものであった⁽⁴⁰⁾。

第1条 被告人、被疑者又は弁護人は、あらかじめ証拠を保全して置

かなければ、公判期日にその証拠を使用することが困難な事情があるときは、裁判所に対して、押収、搜索、検証、証人の訊問、又は鑑定の処分を請求することができる。

公訴提起後は検事も亦前項の請求をすることができる。

前二項の請求を受けた裁判所はその処分に関しては受訴裁判所と同一の権限を有する。

……

第4条 証拠保全の請求を理由がないものと認めるときは、決定でこれを却下しなければならない。

第5条 検事、被告人、被疑者及び弁護人は、証拠保全に関する記録を閲覧又は謄写することができる。

このように被疑者・被告人側の証拠保全請求権は、「あらかじめ証拠を保全して置かなければ、公判期日にその証拠を使用することが困難な事情があるとき」という現行刑法179条と同様の要件が付されることになった。また、検察官や被疑者・被告人側による証拠保全請求に関する記録の閲覧・謄写が認められた。この提案は、主体を検察官と弁護人に限定し、さらに弁護人による証拠物の閲覧について裁判官の許可を求める現行刑法180条1項と比べて、被疑者・被告人側の閲覧謄写権を強化しているものといえる。捜査段階における被疑者側による証拠収集、さらには証拠開示を実質的に担いうる重要な規定であったといえる⁽⁴¹⁾。

これに対し、捜査機関による証拠収集の規定はどのように変化したのだろうか。「第2編 第一審」の「第1章 捜査」では、次のような提案がなされている⁽⁴²⁾。

第11条 検事及び司法警察官は、捜査をするについて強制の処分を必要とするときは、左の処分をすることができる。

- 一、被疑者を召喚し、勾引し、勾留し又は訊問すること。
 - 二、公訴の提起前に限り、証人を尋問し、押収、搜索若しくは検証をし、又は鑑定、通訳若しくは翻訳を命ずること。
- 検事及び司法警察官は、前項の規定により、勾引、勾留、差押、搜索若しくは検証をし又は鑑定を命ずるには、あらかじめ、その検事若しくは司法警察官の職務執行地又はその所属する官署を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の判事の承認を受けなければならない。但し、急速を要しその承認を受けることができないときは、この限りでない。
- 前項但書の場合には、その処分をした後、速やかに、前項の承認を受けなければならない。承認が得られなかつたときは、検事及び司法警察官は、被疑者を釈放し、又は差押へた物を還付しなければならない。

このように第一次案は、捜査機関に対し強制捜査権限を付与したうえで、その権限濫用防止策として判事による事前承認制を採用した。これは裁判官の令状なく捜査機関に強制捜査権限を付与し、令状以外の方法で権限濫用に対応したいとの司法省側が、その防止策は十分でなく、令状主義を採用すべきとするGHQ側の要請を踏まえて、採用せざるを得なかったものとされている⁽⁴³⁾。もっとも、現行刑訴法が採用している令状主義に比べ、「急速を要し、判事の承認を得ることができないときは、事後、直ちに、その承認を受ける」というかなり広い例外を認めていたという点で特徴的である。その意味では、予審の強制捜査権限を捜査機関へ委譲するという従来の方針は変更されていない⁽⁴⁴⁾。

以上のように、第一次案は、1946（昭和21）年8月5日「刑事訴訟法改正要綱試案」の基本的方針を踏まえながら、権限濫用防止策として判事的事前承認制を、他方で被疑者側の証拠保全請求権についても一定の限定をかけようとしたものであったといえる。この点、重要と思われるのが、後者の提案である。少なくとも、「刑事訴訟法改正要綱試案」の段階では、証

証拠保全請求権は広範囲なものが予定されており、いわゆる「二極的な証拠収集」が予定されていると評価することも可能な提案がなされていた。これに対し、第一次案では、証拠保全請求権に限定が付され、捜査機関への強制捜査権限の委譲という方針は一定の限定は付されたものの維持されたままであった。その意味では、捜査機関による一極的な証拠収集を維持する方向性がここでは確認できると評価できる。

もっとも、1946（昭和21）年1月26日「刑事訴訟法中改正要綱案」とは異なり、第一次案では、捜査機関による一極的な証拠収集を予定しながら、被疑者側による捜査機関への証拠収集の請求や捜査段階における証拠開示は提案されていない。このように、この時期においては、予審廃止に伴った被疑者・被告人の防御権や手続保障はもはや検討されていないことが分かる。そして、捜査機関による一極的な証拠収集手続を採用しながら、公判段階における請求証拠のみを開示する制度を採用するという、これまでの議論からすれば非常にアンバランスな提案が示されるに至ったといえる。

もっとも、このような提案にはまったく理由がないとも断言できない。第一次案の第3章（第4章）第2節第23条は、「証拠は、別段の定めある場合を除く外、公判期日において直接に取調べたものに限る」として、直接主義の採用を明言している。さらに同第25条は「証人その他の者の供述は、その供述に際して、被告人に、訊問の機会を与えた場合でなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与へることができず又は著しく困難であつた場合はこの限りでない。」とし、さらに「証人その他の者の供述を録取した書類で、公訴提起前に作成されたもの以外のものは、（公）第24条第1号の規定に拘らずその供述に際して、被告人に訊問の機会が与えられた場合でなければこれを証拠とすることができない。但し、その機会を与へることができず、又は著しく困難であつた場合はこの限りでない」⁽⁴⁵⁾として、証人訊問を経ない供述や証拠書類の証拠能力を

制限している。このように現行刑法320条1項（伝聞法則）に近いルールが採用されることによって、従来に比べ一件記録に含まれていた書類などが公判廷に持ち込まれる可能性は制限されることになった。その意味では、開示対象を一件記録に広げる必然性はなくなったとも説明することも可能であろう。事実、後述する国会審議ではそのような説明がなされている。

その後いくつかの修正を経て、1976（昭和21）年10月から12月にかけて改正刑事訴訟法第三次案が作成された⁽⁴⁶⁾。第三次案の特徴は、司法警察官を第一次捜査機関とし（237条）、逮捕や仮勾留について裁判官が発付した逮捕状・仮勾留状（246条以下）を、搜索・差押えなどについて裁判官が発した許可状が必要であるとして、令状主義に近い規定を置いていることである。このように、これまでの提案と比べて、捜査機関側の強制捜査権限はより制限される提案がなされた。

1947（昭和22）年3月ごろには、第6次案が作成された。この第6次案は、被疑者に弁護人選任権を付与し、国選弁護人制度を設け、被告人に黙秘権を保障し、予審を廃止し、交互訊問制を採用し、直接主義による証拠能力制限を強化し、さらに令状主義を採用するなど、現行刑事訴訟法にかなり近い形を示すものであった⁽⁴⁷⁾。

この第6次案第1編第4章「弁護及び補佐」の51条には、「弁護人は、公訴提起後は、裁判所において、訴訟に関する書類及び証拠物を閲覧し、且つ謄写することができる。但し、証拠物を謄写するについては、裁判長の許可を受けなければならない。」として、現行刑事訴訟法40条と同様の規定が設けられた⁽⁴⁸⁾。さらに、第2編第3章「公判」第2節「公判」の376条1項は、「検察官、被告人又は弁護人が請求した証拠物の取調をするについては、裁判長は、請求をした者にその証拠物を示さなければならない。但し、裁判長は、自らこれを示し、又は裁判所書記に示させることができる。」というものであった⁽⁴⁹⁾。これは、第1次案「公判手続」における第17条と類似の規定であるが、閲覧・謄写という文言が削除されている。お

そらく、閲覧・謄写に関する弁護人の権利は、51条として再び弁護権として規定されることになったと考えられる。

この第6次案の時点では、起訴状一本主義は採用されていなかった⁽⁵⁰⁾。それゆえ、この時点では、検察官が起訴状に添付した請求証拠が、公訴提起後に裁判所で閲覧・謄写できる、ということが予定されていたといえる。

1947（昭和22）年3月31日、憲法実施に伴う応急的な措置としていわゆる刑訴応急措置法が成立した。同法は、第6次案に沿って作成されたものであった⁽⁵¹⁾。ここでも、証拠開示に関する規定は示されていない。また、第7次～9次案においても、実質的な規定の変化はなかった。

以上のように、この時期の特徴は、当事者の請求証拠に開示対象を限定する制度が確定したことである。このような制度構築の背景としては、いくつかの要因を指摘することができよう。第一に、証拠収集制度の変容である。一件記録の開示や捜査段階での証拠開示が提案されていた段階では、予審の強制捜査権限を捜査機関にそのまま委譲する提案がなされていた（捜査機関による一極的な証拠収集）。そして、予審の採用と密接に関連していた諸制度、本稿の関心との関係では一件記録の開示、捜査段階における証拠申請、証拠収集への立ち合い、そして証拠開示が採用されるべきとされていた。これに対し、この時期には、証拠保全請求権が採用されるなど、捜査段階での被疑者側による独自の証拠収集が予定されることになった。このように、これまでの制度が前提としてきた、特定の機関による一極的な証拠収集を前提に、その過程を事後的に検証する必要性が低くなり、証拠開示制度も不意打ち防止のために反対当事者の請求する証拠に限定すればよいとの考えが登場したと考えられる。

第二に、令状主義の採用である。これにより、捜査機関への強制捜査権限の直接的な委譲が行われたという説明は困難となった⁽⁵²⁾。この点も、予審と密接に関連していた権利や手続的保障も併せて委譲するという提案の後退と関連しているといえよう。

第三に、証拠書類の証拠能力を制限する規定の登場である。この規定により、一件記録をまとめて裁判所に事前に送致するという従来の制度を採用することが困難となったといえよう。

もっとも、これらの提案は、「立法は妥協の産物ということもあるので、権限移譲論から説明できる規定も多い」⁽⁵³⁾。この点をさらに明らかにするため、以下では国会の審議過程を検討する。その作業に入る前に、従来証拠開示問題と密接に関連するとされてきた起訴状一本主義との関係を確認しよう。

第5節 起訴状一本主義の採用に関する経緯

起訴状一本主義については大きな変化があった⁽⁵⁴⁾。第9次案を詳細に検討したGHQは、1947（昭和22）年3月から開始された「刑訴改正協議会」において、以下のような勧告を提示した⁽⁵⁵⁾。

3、起訴

1 公訴は検察官が書面により之を行い、それには左の事項を記載せねばならない。

- (1) 被告人の氏名及び之を特定する事項。
- (2) 被告人が違反したと主張せられる法令の条文を列举する形式による被告人に対する公訴事実。
- (3) 訴追される犯罪を構成する事実の簡単明瞭な叙述。之には犯罪が何時、何処で如何にして行われたかについての叙述を包含する。

2 警察官、検察官の訊問調書、又如何なる種類の証拠も起訴状の中に引用し、又之に添附してはならない。

GHQは、独立の判断者である裁判官が法廷に提出される証拠以外で心証を採ることは問題であるとして、事前に調書を読んで裁判に臨むのは

「全く書面主義で中世の糺問主義と変わりはない」などと批判した。日本政府側は、裁判官への影響は少ないこと、起訴状だけでは審理をすることが出来ないなどと反対した。その後も日本政府側の反対は根強かったが、協議会終了後の「刑訴法小委員会」において、日本政府側も「公訴を提起するについては、裁判所に予断を生ぜしめる虞のある証拠書類、証拠物その他のものを書面に附加し又はこれ等のものの内容を説明してはならない」として、起訴状一本主義採用を決定した⁽⁵⁶⁾。現行法256条とほぼ同様の内容の条文が作成されたのは、新刑訴法案国会上程の数日前であった。

この起訴状一本主義は、国会における審議においても批判された。羽山忠弘によれば、検察官側からは「新法の様に事実上クロース・エグザミネーションを採用した制度の下では、法廷における証拠提出のやり方如何が訴訟の成否に大きな影響を及ぼす。証拠によつては突如として提出した方が効果的なものもある。又、重要な証人の氏名、住所を事前に通告すれば、被告人等が証人訊問前にこれに対して策謀を試みる虞もある。だから、第299条1項は不都合な規定である」⁽⁵⁷⁾という批判がなされた。

他方で、弁護士側は、「旧刑事訴訟法の下においては、弁護人は、捜査記録その他の証拠の全部を公判前に閲覧することができた。然るに、改正案によれば、検察官が証拠として取調を請求する意思を有するものについてしか閲覧等の機会が与へられない。これでは、洵に困るから、いはば検察官の掌の中全部を知り得る様にして貰いたい」⁽⁵⁸⁾、と主張した。このような意見があったものの、起訴状一本主義に関する規定は可決された。

第6節 国会審議における議論——証拠開示問題の歴史的構造

では、最後に国会における審議を検討しよう。

1948（昭和23）年6月4日に開催された第2回国会衆議院司法委員会において、猪俣委員から、昭和刑訴法が当事者主義を徹底することについては、弁護人がフルに活動するという前提があって、そうしないと当事者訴（龍法 '12）45 - 3, 138（868）

訟主義は有名無実になってしまうが、その観点からすると、次のような疑問があるとの質問があった⁽⁵⁹⁾。

……弁護士の特権の問題であります。これも相当拡張されておるのでありますが、なおこの草案を見まして二、三疑問に思うところがあるのでありまして、要は弁護士の権利の拡張、すなわち当事者訴訟主義を実行せんこととした権利の拡張として最も問題になるのは、被疑事件についての弁護士の立場であります。この被疑事件についても十分弁護士の活動を認めないならば、検事と対等な意味において攻撃防禦ができない。この弁護士の権利といたしましては押収、搜索、検証、証人尋問等における立会権、第一は立会権でありましようが、この立会権は被疑事件について十分認めていかぬと、そこに十分なる防禦の態勢がとれないと思うのであります。ところが本草案を見ますと、どうも被疑事件におきまして検事が盛んに活動している際に、弁護士の立会権を認めておらない。

これに加えて、猪俣委員は、現行刑訴法198条4項は被疑者に供述録取書を閲覧させるとなっているが、弁護人についてはどうかという質問を行った。このように、猪俣委員の質問は、当事者訴訟主義の貫徹という観点から、捜査段階における弁護人の立会権・閲覧権が重要であることを前提とする質問であった。これに対しては、野木政府委員は次のように答弁している⁽⁶⁰⁾。

弁護人の権利義務の関係でございますけれども、この案におきましては現行刑事訴訟法よりも被告人の当事者的地位を高め、従つて弁護人の被告人を保護する活動も一層期待されておるわけでありまして、それは主として憲法との関係を見ましても、公判の起訴後の段

階におきまして非常に強まつたのでありまして、起訴前の段階におけますは、必ずしもそれが十分徹底したところまではいつておりません。それは一つは日本の検察官の制度がアメリカ等と違ひまして、純然たる攻撃機関までに徹するところまでいつておりませんので、検察官はもちろん攻撃者の面をもつところに、なお多分に公益の代表者という考えもあるのでありまして、この考えはこの草案及び検察廳法案を通じて残つておりますので、その点が一つと、それからこの案におきましては、現行刑事訴訟法と違ひまして証拠力の点におきまして今と非常に違つた考え方をしておる。たとえば検察官がとつた聴取書とか、そういうものにつきましてはあとで公判の証拠のところでそういうことになるかと思いますが、著しく制限されてきまして、たとえば検証、押収というようなものにつきましても、すぐそれだけで証拠としてとれないのでありまして、それをつくつた人を公判廷に呼び出して、弁護人側なり被告人側から反対尋問をしまして、十分とつたときの状況とか何かを確かめまして、初めてそれを証拠にとれる。そういうような関係になつてゐる点も御留意願いたいと思います。今の点が結局被疑事件の立会権の問題に関連しますけれども、その検証とか押収、捜査のような場合は、そういうような観点から、この案では弁護人の権利としての立会権は認めておりません。

このように野木政府委員の答弁は、昭和刑訴法全体の構造にかかわるものともいえる。これによれば、被告人の当事者的地位の向上や弁護人の活動の保障は公訴提起後に限られ、起訴前段階においては十分徹底されない。その根拠としては、第一に、アメリカなどとは異なり、昭和刑訴法などでは検察官の公益の代表者性が前提とされていることが挙げられている。第二に、検察官の聴取書などに関する証拠能力の著しい制限が挙げられている。これらの根拠に捜査段階における弁護人の積極的関与は消極的

に理解されていることが分かる。もっとも、その具体的論理は明らかにされていない。この点について、野木政府委員は、さらに次のように説明を加えている⁽⁶¹⁾。少し長いが引用する。

まず第一の考えといたしましては、本案におきましては当事者主義の色彩を非常に強化してまいりましたけれども、それは日本の現在の段階では、大体公判以後において非常に強化し、公判以前におきましてはそこまで徹底できなかった。その理由といたしましては、一つは先ほど申し上げましたように、起訴、不起訴という検察官の性格が、欧米のように純粹なる攻撃者という性格のみでなくて、日本の検察廳法及びこの訴訟法の考え方におきましては、攻撃者であると同時に、被疑者側の利益をもなお考えてやる。そういう氣持が多分に残つておりまして、これが英米の訴訟法の検察官の性格と、この検察廳法と本案に考えておる性質と違う点であります。それが一点。

それから次の点といたしましては、捜査の段階におきましては、やはり捜査の活動を場合によつては迅速にやる必要があるが、弁護人に一々立会権を認めておきましては、迅速性に合わない場合が非常に多いのじやないかという点も考えられます。

次にかりに立会権を認めなくても、そうしてつくられたいわゆる調書につきましては、先ほども申し上げましたように公判の証拠能力という点におきまして、嚴重な制限を設けております。調書がそのままで証拠にとられるということではなくて、たとえば検証調書の例を申し上げますれば、検証調書をつくつた警察官なりが公判廷に喚び出されて、弁護人側からそのつくつた状況とか、その他についての完膚なきまでの反対尋問にさらされる、そういう立て方になっておりますので、今までとまったく違ひまして、あまりあとで問題になるような調書はつくれない。そういう立て方にしておる点も一つの理由でありま

す。結局この案の考え方といたしましては、捜査の段階におきまして、今申し上げましたように、弁護人にまったく捜査官と対等の力を認める。それからいま一点は、今言つたように弁護人側としては、要するに被告人というものは自分のやつたことは全部知つておる。この案におきましては、被告人は自己に有利な証拠を身近にもつておる。検察官は何もわからない。暗中模索しておる。これからいろいろと調べていく。被告人は自分がやつたことであるから全部自分が知つておる。弁護人を頼めばその弁護人に、この証人が一番よく知つておる、これはこういうことだということを全部教えるという点におきまして、被疑者に弁護人がついたということは、公判の場所でいろいろ主張するという点において非常に、今までと違つて、被告人の保護があつくなつたことと思います。そういう事情ともならみ合わせまして、捜査の段階におきまして弁護人に同じような立会権を認めて、立会の際にいろいろ反対尋問とか、何かの機会を與えるということになりますと、かえつて力の権衡が失われて、公共の福祉、被告人の保護という調和が失われてくる心配があるのじゃないか。そういうような点を考えまして、この案におきましては、捜査の段階におきましては弁護人の権利として当然証人尋問、検証、押収、捜査等に立会うというところまでは認めておりません。もつとも検察官側が相当と認める場合には、弁護人側に見てもらふということは忌避しているわけではありません。

このように公判前段階に関する弁護人の関与を消極的に解する根拠としての検察官の公益代表性については、検察官が被疑者側の利益をも考慮するという点が示されている。これは、検察官が捜査手続の主体として、被疑者側の利益にも配慮しながら、被疑者に有利な証拠も収集するので、特に弁護人の関与も必要ないということであろう。第二の根拠である証拠

書類の証拠能力の制限の具体的内容については、捜査段階で立ち会わなくとも、無条件で証拠能力が付与されるわけではないこと、さらに公判段階で反対尋問によってチェックすることができることが挙げられている。さらに、第三の根拠として、被疑者側の保護の行き過ぎ、すなわち被疑者側と検察官との逆の意味での武器不対等が挙げられている。

これらの議論からわかることは、立法者は、予審からの権限移譲論に立ち、公益の代表者である検察官も含む捜査機関による一極的な証拠収集を予定していたことである。このような考えは、昭和刑事訴訟法制定過程の当初のものに近い。また、捜査段階における被疑者・弁護人の権利保障については、具体的論拠は不明確であるけれども、相当に消極的な立場をとっていたことである。

以上の議論に加えて、さらに重要と思われるのが、証拠開示の対象に関するやり取りである。この点、1948（昭和23）年6月19日第2回国会衆議院司法委員会において、明禮委員は、起訴状一本主義によって、「検察廳側では、証拠物の点については、十分に取調べができておるはずでありますけれども、弁護士の方の立場といたしますと、被告人に聽けるでもありませんけれども、どんな取調べがあつてどういうふうになつておるという内容に至つては、わからないのが常であります。……ただ起訴状だけでは十分にわからない。大岩の筋だけありますから、私どもは証拠物を附せないということは、取調べの公平の原則を第一破つておるのではないか」⁽⁶²⁾と質問した。

これに対し、木内政府委員は、捜査記録を被告人側が閲覧できないのは、「公判廷へ証拠を出すには、非常な制限がありまして、検察官の聴取書は、従來のごとく全部法廷へ提出することはできないのであります。従つて検事の手もとに、どういう聴取書なり、あるいは証拠物があるかということ、全部被告人側が知る必要もないわけであります」として、ここでも証拠書類の証拠能力の制限が根拠として挙げられている。

次に、公平性の原則違反ではないかとの点については以下のような答弁がなされている⁽⁶³⁾。

検事の手もとには調べたものが全部ある。弁護人の方は被告人に聴けばわかるが、しかし空手で法廷へ臨むのでは、非常に公平の原則に反するのではないかという御質問の点につきましては、当事者訴訟主義は、原則として公判以後の問題であります。捜査につきましては、検事の方はさような事件については、何ら白紙で知れないわけでありましてそれを言葉は悪いかもしれませんが、暗中模索をやつて、検事はいろいろ資料を集めるわけでありまして。ところが弁護人の方、被告人の方は、その被疑事実については、自方が一番よく知つておることでありまして、この問題については、だれに聴いてもらえばどういうことがわかるというようなこと、またどういう書面を見てもらえば、こういう点が明らかになるというようなことは、一番被告人が知つておることでありまして、弁護人の方は、被告人によつて十分の調査ができるわけでありまして。なお捜査はやはり原則として密行すべきものであります。これは要するに公共の福祉、被告人保護主義とこの問題をいかように調和していくかということの問題にかかつておるわけでありまして。

このように一件記録の開示を規定していない理由として、捜査段階での積極的関与を消極的に理解しているものとほぼ同様のものが挙げられている。具体的には、捜査には当事者訴訟主義の適用はないこと、被疑事実については被告人が一番よく知っていること、捜査密行主義が挙げられている。

以上のように、証拠開示の対象が一件記録ではなくなってしまうという点に関する批判は根強かった。1948（昭和23）年6月22日第2回国会衆議院（龍法 '12）45 - 3, 144（874）

司法委員会において、石井委員は、両当事者の力の不均衡などからすると、現行刑法299条は、従来一件記録として添付されていた記録を弁護側に閲覧させるとか、その取調べの機会を与えることを予定しているものかという質問を行っている⁽⁶⁴⁾。これに対して、野木政府委員は、刑法299条は、検察官が「証拠として出したい、すなわち事実認定の資料に供したいというそういう書類については、必ず弁護側に閲覧する機会を与えなければならない、そういう趣旨」であり、「不意討主義を封ずる、そういう考え方から出発して」いるとの答弁を行った⁽⁶⁵⁾。

これに対し、石井委員は、従来の運用に倣い、検察庁で、公判前に一件記録を閲覧できるという手続ができるかとの質問を行った。これに対し、野木政府委員は、「この案の考え方並びに現在の実務の実情から申しまして、大体お説の通りに運用していつたらどうかと思っております。……今のところは今まで裁判所で証拠を閲覧したように、検察廳でその証拠を閲覧する。そういうことにして、さしあたってこの規定を運用していつたらどうかと存じております。」⁽⁶⁶⁾と答弁している。

これを踏まえて、石井委員は、さらに「検察廳側は非常な有利な地位に立つのでありますが、この法案は公益の代表者、單なる弾劾権を行使するというのではなくて、公益の代表者として、検察側が活動するという趣旨が、本刑事訴訟法においても、各所に現われておる関係から見ますれば、十分に検察官側において集めたる証拠物、少くとも公判においてこれを使いたいというような関係のものは、弁護人側に取調べの便宜を与えるということを考慮してもらわなければならないと思うのでありますが、さような点も考慮に入れて、本條すなわち299條は制定されておる。かように伺つておいて差支えありませんか」⁽⁶⁷⁾と質問した。

これに対し、野木政府委員は、以下のように答弁している⁽⁶⁸⁾。

結論的にまず申し上げますと、299條は御趣旨のような趣旨をもつ

ておると解して差支えないと思います。と申しますのは、御指摘のように検察廳法及びこの刑事訴訟法におきましては、檢察官というものは、なお公益者であるとともに、多分に公益の代表者であるという性格を維持しておるという点が一つ。それから訴訟全体が円滑に、迅速に進行していかなければならないということは、檢察官もこれを負担しなければならぬことになりますので、あらかじめ聴取書、証拠書類、または証拠物を弁護人側に見せておけば、あるいは弁護人側も、そして今後はこの刑事訴訟法になりますと、取調べが非常に丁寧になつて、今までのような無理が行われない結果、その聴取書は、その限度においては異議がないという場合が多かろうと思いますので、法廷でいきなりこれを出し、どうと突きつけられますと、弁護人側もそれはちよつと待つてくれ、読んでみなければということで、期日も非常に遅れる結果になりますので、どうしても檢察官側としても、訴訟の全体の運行を円滑、敏速ならしむるためには、あらかじめでき得る限り手のうちを弁護人側の方にも示しておく。そういう運用になり、またそういうように運用していきたいものと思つております。

これと同趣旨の答弁は、木内政府委員によつても行われている⁽⁶⁹⁾。このように、立法者意思としては、条文の形式的な解釈としてはともかく、刑訴法299条に基づく運用として、公判前の一件記録の閲覧がなされるべきことが想定されていたといえる。その根拠としては、檢察官の公益の代表性や訴訟の円滑な運行、昭和刑訴法案の考え方や従来の実務が挙げられている。

以上のように、立法者意思としては、本章第2節で検討した捜査機関による一極的な証拠収集を基本的に前提として、当事者対等主義を保障するために、刑訴法299条を一定の根拠として一件記録の事前開示が予定されていたといえる。

これに対し、このような証拠開示を消極的に解する根拠も、立法過程では明示されている。具体的には、伝聞法則の採用、捜査密行主義などであった。

第7節 小括

本章においては、昭和刑事訴訟法制定過程における証拠開示規定の変遷について、証拠収集に関する規定などの変遷とも併せて確認・検討してきた。その結果、上記制定過程は、3つの時期に分けることが可能であると考えられる。

第一期は、特に第5章⁽⁷⁰⁾で検討した戦前の予審廃止論が刑訴法改正作業に直接に持ち込まれていた時期である（本章第2節）。1945（昭和20）年11月16日の「司法制度改正審議会」設置から1946（昭和21）年1月26日の「刑事訴訟法中改正要綱案」までの過程がこれに当たる。

第一期の提案は、一件記録の公判前段階での全面的な開示と捜査段階における証拠開示を内容とする。この提案は、予審廃止を前提として、その強制捜査権限は捜査機関（特に検察官）に留保が付されることなく委譲することが前提とされている点で特徴的である。他方で、これまで一方当事者にすぎないとして強制捜査権限の付与が否定されてきた検察官が証拠収集の主体となることにより、人権蹂躪や不公正な証拠収集が行われる危険が想定されるため、その防止のための様々な提案がなされているのである。その中の1つが捜査段階における証拠開示であった。また、被疑者や弁護人による捜査機関への証拠収集を請求することができ、また自身の証拠や意見を捜査や公訴提起に反映できることが認められている。これらの提案の多くは、大正刑訴法の予審に関する規定が参照されている。このことから、この時期の提案は、予審廃止を行うことを前提に、予審の強制捜査権限だけでなく、公正な証拠収集を行うための予審の責務や被疑者・被告人側の権利も同じく捜査段階に適用しようとしたものであったと評価

できよう。まさに、捜査機関による一極的な証拠収集を構想しながら、公正な手続を保障しようと試みたものであるといえ、その中で公判段階での一件記録の証拠開示や捜査段階における証拠開示が提案されたことは重要な意味を有しているといえる。

第二期は、検察官の請求証拠にその開示範囲が限定された時期である（第3節）。1946（昭和21）年4月の「刑事訴訟法改正方針試案」から1946年10月23日に第3臨時法制調査会総会で可決された「刑事訴訟法改正要綱」までの時期がこれに当たる。この時期の特徴の第1は、憲法との整合性が求められ、憲法上要求されていた被疑者の弁護人依頼権の保障と官選弁護制度の拡充に重点が移動しつつあったことである。その結果、議論の焦点は、「憲法の要請としての」弁護権の導入とその具体的内容へとシフトし、上記のような予審廃止との関連が意識されなくなったと考えられる。また、第2の特徴として証拠収集に関する制度の変化が挙げられよう。具体的には、従来の予審廃止に伴う強制捜査権限の検察官に対する直接的な委譲という従来の方向性を維持しながら、証拠保全請求権の採用によって、捜査段階における被疑者自身による証拠収集も一定程度が予定されることになった。従来の提案との関係では、検察官と被告人の両当事者による証拠収集（二極的な証拠収集）が一定の範囲で提案されたという点が重要と言える。「刑事訴訟法改正要綱試案」で提案された、現行刑訴法299条類似の請求証拠の開示規定は、このような証拠収集制度をも前提としたものであると評価することができる。

第三期は、これらの議論を踏まえて、証拠収集手続については、証拠保全請求権も予定しながら、捜査機関による一極的な証拠収集手続を前提として、他方で開示対象を検察官請求証拠へと限定する提案がなされた時期である（第4節、第6節）。この考え方が、昭和刑訴法に採用されたと言える。これまでの検討や、第一期と第二期と比較すると、このような考えは、予審による公正な一極的な証拠収集手続を前提として、その過程や結（龍法 '12）45 - 3, 148（878）

果を事後的に利用可能とするための証拠開示という従来の考え方と矛盾するようにも思える。捜査機関による一極的な証拠収集を認めつつ、開示対象を請求証拠に限定するとなると、被疑者・被告人側にとって、その証拠収集の過程や結果を利用することは困難だからである。この点については、国会審議における政府委員の答弁などが一定の回答を示している。具体的には捜査段階については当事者訴訟主義が採用されていないこと、捜査密行主義が妥当すること、被疑事実については被疑者側の方がむしろ知っているという検察官との情報の不均衡が存在すること、伝聞法則により捜査機関が作成・収集した記録は原則として証拠能力を有しないことがその根拠として挙げられている。すなわち、従来の手続とは異なり、公益の代表者である検察官が一極的に証拠を収集したとしても、その過程や結果がすべてそのまま証拠になるわけではなく、なおかつ公判手続においては当事者訴訟主義が採用され被告人の権利も強化されていることが根拠とされているのである。このような制度においては、捜査機関が収集・作成した記録は、伝聞法則との関係や当事者の対等という関係、さらには捜査密行主義との関係でも、全面的に開示されるべきでないということになるのであろう。その結果、不意打ち防止という観点から、証拠調べ請求を行う証拠を事前に開示すれば足りる、という論理が採用されたと考えられる。

これらの根拠のうち、従来の直接的な予審の権限委譲論と比較して特徴的なのは、伝聞法則を根拠として挙げている点であろう。それ以外の根拠は、従来の提案においても主張可能あるいは主張されていたものである。

これらのことは、日本における証拠開示問題がまさに捜査手続や証拠収集手続の構造と密接に関連しており、さらには捜査手続と公判手続の関係と関連していることを示すものである。他方で、起訴状一本主義との関係は、政府委員の答弁との関係ではそれほど触れられておらず、先に検討した歴史的経緯からしても証拠開示問題とそれほど関連していないように考えられる。

この点、「伝聞証拠排除法則のもとでは、『捜査で集められた証拠は、選択を経たその一部分しか提出されなくなる』にとどまらず、捜査で集められた証拠を公判に提出することそれ自体が許されないのであって、これを裁判所の事実認定に供するためには、同一の『証拠方法』に由来する同一の立証事項に関する『証拠資料』であっても、公判廷における『公開の対審』保障のもとで改めて採取しなおすことが要請されることになる」とし、「起訴状一本主義は、それ自体、かならずしもこのことを制度的に裏付けるものではない」⁽⁷¹⁾とする見解がある。この見解が示すように、捜査で集められた証拠の一部選択の要請と「『検察官の嫌疑』の形成に供される資料と『裁判所の心証』に供される証拠の採取手続を峻別すること」⁽⁷²⁾が、一件記録を裁判所に送付することを禁止し、そしてその結果、従来の一件記録の開示の廃止につながったと考えられるのである。このように日本の証拠開示問題は、起訴状一本主義の採用により一件記録が事前に裁判所へ提出されなくなったからというよりも、伝聞法則の採用により、収集した証拠を選別すべきことになったことと「検察官の嫌疑」の形成に供される資料と「裁判所の心証」に供される証拠の採取手続を峻別すべきことが直接の原因となったと理解できる⁽⁷³⁾。

他方で、政府委員は、299条の解釈などについて、従来の一件記録の開示に近い運用を昭和刑訴法においても行うことを約束している。その根拠としては、検察官の公益の代表性や訴訟の円滑な運行、昭和刑訴法案の考え方や従来の実務が挙げられている。この政府委員の答弁は、上記のような伝聞法則の採用という原因を踏まえても、従来の直接的な予審の権限委譲論に近いとも評価可能な証拠収集手続、すなわち公益の代表者である検察官（捜査機関）による一極的な証拠収集手続を前提とするならば、やはり一件記録の開示がなされるべきとの認識を示したものと評価できるのかもしれない。

注

- (1) この「司法制度改正審議会」については、内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第2分冊）——事務当局者の立場から——』司法研究報告書8輯10号（1959）2頁以下が詳しい。
- (2) 第1諮問事項関係委員会では、4回の審議の末、裁判所と検事局を分離すること、参審制の採用についてはさらなる研究を進めることなどが決議された（内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第3分冊）——事務当局者の立場から——』司法研究報告書8輯10号（1959）505頁以下）。また、第1諮問事項関係小委員会における審議については、内藤・前掲書註1『終戦後の司法制度改革の経過（第2分冊）——事務当局者の立場から——』10頁以下。
- (3) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（3）」（松尾浩也執筆部分）法学協会雑誌91巻10号（1974）49頁。
- (4) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註3「刑事訴訟法の制定過程（3）」（松尾浩也執筆部分）49頁以下。
- (5) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註3「刑事訴訟法の制定過程（3）」（松尾浩也執筆部分）60頁。
- (6) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註3「刑事訴訟法の制定過程（3）」（松尾浩也執筆部分）60頁。
- (7) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註3「刑事訴訟法の制定過程（3）」（松尾浩也執筆部分）61頁。
- (8) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註3「刑事訴訟法の制定過程（3）」（松尾浩也執筆部分）62頁以下。
- (9) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（4）」（松尾浩也執筆部分）法学協会雑誌91巻11号（1974）104頁以下。
- (10) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註4「刑事訴訟法の制定過程（4）」（松尾浩也執筆部分）104頁。
- (11) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（5）」（松尾浩也執筆部分）法学協会雑誌91巻12号（1974）47頁。また、この刑事局別室については、勝田成治＝団藤重光＝羽山忠弘＝樋口勝＝横井大三＝松尾浩也「座談会 刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号（1974）30頁以下参照。
- (12) 井上正仁＝渡辺咲子＝田中開編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（1）』（信山社、2001）100頁。
- (13) 井上＝渡辺＝田中・前掲書註12『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（1）』132頁。
- (14) 井上＝渡辺＝田中・前掲書註12『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（1）』141頁以下。
- (15) 井上＝渡辺＝田中・前掲書註12『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（1）』164頁。
- (16) 井上＝渡辺＝田中・前掲書註12『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟

法編（1）』174頁。

- (17) 1月15日には、「捜査中ニ於ケル弁護権ニ関スル規定（第二次）対案」が示されている。44条4項「検事ハ辯護人ニ對シ公訴提起前少ナクトモ一回書類及證據物ノ閲覧ノ機會ヲ與フルコトヲ要ス辯護人二人以上アルトキハ其ノ一人ニ對シテ閲覧ノ機會ヲ與フルヲ以テ足ル」を「検事ハ弁護人ニ對シ公訴提起前少クトモ一回書類及證據物ヲ閲覧スル機會ヲ與フルコトヲ要ス」と修正すること、というものであった（井上＝渡辺＝田中・前掲書註12）『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（1）』182頁以下。）
- (18) 井上＝渡辺＝田中・前掲書註12）『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（1）』245頁以下。
- (19) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註11）「刑事訴訟法の制定過程（5）」（松尾浩也執筆部分）48頁以下。
- (20) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註11）「刑事訴訟法の制定過程（5）」（松尾浩也執筆部分）54頁以下。
- (21) マッカーサー草案は、内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第1分冊）——一事務当局者の立場から——』司法研究報告書8輯10号（1959）96頁以下に掲載されている。
- (22) この経過については、内藤・前掲書註1）『終戦後の司法制度改革の経過（第1分冊）——一事務当局者の立場から——』38頁以下が詳しい。
- (23) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（6）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌92巻5号（1975）107頁以下。
- (24) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註23）「刑事訴訟法の制定過程（6）」（小田中聰樹執筆部分）108頁。このマニスカルク修正案の原文は、井上正仁＝渡辺咲子＝田中開編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（2）』（信山社、2007）70頁以下。
- (25) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（7）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌92巻6号（1975）102頁以下。
- (26) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註25）「刑事訴訟法の制定過程（7）」（小田中聰樹執筆部分）103頁。
- (27) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註25）「刑事訴訟法の制定過程（7）」（小田中聰樹執筆部分）103頁。
- (28) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（8）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌92巻7号（1975）103頁。
- (29) この第3部会の議論の模様については、刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註28）「刑事訴訟法の制定過程（8）」（小田中聰樹執筆部分）103頁以下が詳しい。
- (30) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註28）「刑事訴訟法の制定過程（8）」（小田中聰樹執筆部分）113頁以下。
- (31) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註28）「刑事訴訟法の制定過程（8）」（小田中聰樹執筆部分）114頁以下。

- (32) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註28)「刑事訴訟法の制定過程（8）」（小田中聰樹執筆部分）119頁。
- (33) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註28)「刑事訴訟法の制定過程（8）」（小田中聰樹執筆部分）115頁。
- (34) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註28)「刑事訴訟法の制定過程（8）」（小田中聰樹執筆部分）116頁。
- (35) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註28)「刑事訴訟法の制定過程（8）」（小田中聰樹執筆部分）117頁。
- (36) この臨時法制調査会第3部会における議論の様子は、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（9）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌92巻10号（1975）112頁以下に示されている。
- (37) 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（9）」（小田中聰樹執筆部分）126頁以下。
- (38) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（14）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌93巻5号（1976）781頁。
- (39) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（13）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌93巻4号（1976）169頁。
- (40) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註39)「刑事訴訟法の制定過程（13）」（小田中聰樹執筆部分）170頁。
- (41) 現行法の枠組みにおいて、証拠保全請求権に証拠開示の機能も担わせるべきと主張するものとして、斎藤司「捜査機関が収集し保管している証拠を証拠保全手続の対象とすることの可否」法律時報79巻9号（2007）98頁以下。
- (42) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註38)「刑事訴訟法の制定過程（14）」（小田中聰樹執筆部分）145頁。
- (43) この経緯については、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（12）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌93巻3号（1975）404頁以下が詳しい。
- (44) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註43)「刑事訴訟法の制定過程（12）」（小田中聰樹執筆部分）414頁。
- (45) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註38)「刑事訴訟法の制定過程（14）」（小田中聰樹執筆部分）782頁以下。
- (46) 刑事訴訟法制定過程研究会・前掲註43)「刑事訴訟法の制定過程（12）」（小田中聰樹執筆部分）414頁。
- (47) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（16）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌95巻9号（1978）147頁以下。
- (48) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（17）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌95巻12号（1978）56頁。
- (49) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（19）」（小田中聰樹執筆部分）法学協会雑誌96巻2号（1979）192頁。

- (50) 三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、2003）139頁以下。
- (51) 応急措置法の立案過程については、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（20）」（松尾浩也執筆部分）法学協会雑誌97巻5号（1980）694頁以下が詳しい。
- (52) この点について、田宮裕「捜査の選別機能と法的規制」田宮裕『変革のなかの刑事法』（有斐閣、2000）99頁。
- (53) 田宮・前掲註52）100頁。
- (54) 起訴状一本主義の制定経過について詳細に整理しているものとして、三井・前掲書註54）『刑事手続法Ⅱ』139頁以下。
- (55) 小田中聰樹『現代刑事訴訟法論』（勁草書房、1977）116頁以下。さらに、「刑事訴訟法20年のあゆみ」法務資料416号（1971）38頁も参照。
- (56) 三井・前掲書註54）『刑事手続法Ⅱ』140頁以下を参照した。
- (57) 羽山忠弘「刑訴第299条第1項とその關聯問題に就いて——特に英米法におけるdiscoveryの理論との比較——」警察学論集16集（1950）25頁。
- (58) 羽山・前掲註57）「刑訴第299条第1項とその關聯問題に就いて——特に英米法におけるdiscoveryの理論との比較——」25頁。
- (59) 1948（昭和23）年6月4日第2回国会衆議院司法委員会第24号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206041340024a.html>）。
- (60) 1948（昭和23）年6月4日第2回国会衆議院司法委員会第24号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206041340024a.html>）。
- (61) 1948（昭和23）年6月4日第2回国会衆議院司法委員会第24号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206041340024a.html>）。
- (62) 1948（昭和23）年6月19日第2回国会衆議院司法委員会第36号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206191340036a.html>）。
- (63) 1948（昭和23）年6月19日第2回国会衆議院司法委員会第36号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206191340036a.html>）。
- (64) 1948（昭和23）年6月22日第2回国会衆議院司法委員会第38号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206221340038a.html>）。
- (65) 1948（昭和23）年6月22日第2回国会衆議院司法委員会第38号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206221340038a.html>）。
- (66) 1948（昭和23）年6月22日第2回国会衆議院司法委員会第38号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206221340038a.html>）。
- (67) 1948（昭和23）年6月22日第2回国会衆議院司法委員会第38号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206221340038a.html>）。
- (68) 1948（昭和23）年6月22日第2回国会衆議院司法委員会第38号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206221340038a.html>）。
- (69) 1948（昭和23）年6月24日第2回国会衆議院司法委員会第40号（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/002/1340/00206241340040a.html>）。
- (70) 斎藤司「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）」龍谷法学44巻1号（2011）24頁以下。

(71) 松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010）120頁以下。

(72) 松田・前掲書註71）120頁。

(73) このように理解すると、「起訴状一本主義導入の結果、公判審理を主宰する裁判所が、捜査過程で集積された一件記録を引き継ぎこれを直接心証形成の素材とする途は厳格に封じられることになった」という通説の理解（酒巻匡「証拠開示制度の構造と機能」酒巻匡編著『刑事証拠開示の理論と実務』（判例タイムズ社、2009）4頁）には疑問が生じることになろう。

第8章 むすびにかえて

第1節 予審による一極的な証拠収集と証拠開示

以上のように、治罪法から現行刑事訴訟法の制定までの時期における刑事手続の構造とそこでの証拠開示の意義について、概観・検討してきた。以上の作業のもと、確認できたことをまず整理しておこう。

本稿で確認できたことの第1は、治罪法から明治刑事訴訟法において予定されていた証拠開示の意義である（本稿第2章及び第3章）。この時期における証拠開示の意義は、戦前の刑事証拠開示の意義の基盤を形成したものと評価できる。

治罪法においては、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⁽¹⁾。予審は札問・秘密の手続であって、そこでの被告人や弁護人の関与は否定されていた。他方で、捜査機関、特に検察官は「社会の代人」と位置づけられながらも、民事訴訟における原告人と同様であるから被告人に不利な証拠のみを収集する傾向が存在することなどを根拠に、緊急の場合以外は強制捜査権限を付与されていなかった。これらのことを前提として、予審判事は被告人側に有利・不利を問わずにすべての証拠を収集することが義務付けられていた。

上記のような予審段階における証拠収集の「過程」は、「訴訟記録」として書面化されることが予定されていた。治罪法において開示対象とされていたのは、この「訴訟記録」であった。すなわち、被告人側は、訴訟記

録を閲覧することによって、自身らの関与が否定されていた、証拠収集や訴追の判断がどのように行われたか、その結果だけでなく過程も事後的に確認し、利用できたのである。その意味で、治罪法で予定されていた証拠開示は、有罪・無罪方向を問わない予審判事による捜査・訴追過程及び結果の事後的な検証にあったといえよう。

重罪事件の無罪率に関する当時の統計などを踏まえると、当時は、公判中心主義が一定程度機能していたことを確認することができる。他方で、予審は強い「事件選別機能」を持っていたことも確認することもできる。これらを総合すれば、治罪法における証拠開示は、「捜査・訴追過程の事後的検証」という重要な意義を持ち得た反面、この「捜査・訴追過程の事後的検証」が（予審段階での一定の事案説明によって）実効的な防御活動につながらない可能性を持ちうる状態にあったといえる。なぜなら、予審が証拠の収集と事件の形式的な選別だけでなく、事件の内容にまで踏み込んで、調書の作成もしていたと考えられるからである。さらに、証拠開示が認められていたのは、重罪事件の公判だけであったこともあり、対象事件が限定されていた点も、治罪法における証拠開示に対する制限として指摘できよう。

次に明治刑訴法における証拠開示の意義を確認できた⁽²⁾。この制度と比べて、明治刑訴法の記録閲覧制度は基本的に大きく変わっていない。

この時期の特徴として指摘できるのは、記録閲覧権の意義が理論的に説明された点である。当時の多くの学説は、記録閲覧権の意義として、記録閲覧を通して、公判手続での検察官側と同等の弁論を実現するために「訴訟ノ性質模様等」を知ることができることを指摘していた。

例えば、磯部四郎は、訴訟記録の閲覧について、「辯護人ヲシテ能ク其職務ヲ盡サシメンニハ能ク其事件ノ性質模様等ヲ知了セシメタル可カラス而シテ之レヲ知了セシムルハ辯護人ニ訴訟記録ノ閲讀及ヒ抄寫ヲ許スニ如カス若シ夫レ訴訟ノ性質模様等ヲ知了セサルトキハ如何シテ之レカ辯護ノ

準備ヲ爲シ他日公判ニ立チテ検事ト事件ノ黑白ヲ弁論スルコトヲ得ン乎加之論告ハ同等ナラシム可シト云ヘル原則ヨリ觀察スルモ辯護人ヲシテ其任ヲ全フセシメンニハ訴訟記録ノ閱讀及ヒ抄寫ヲ許ササル可カラサル理由アルヲ見ル何トナレハ検事ハ原告官トシテ事件ノ始終ハ悉ク之レヲ知了スルノミナラス其公判ニ立チテ刑ノ適用ヲ求ムル迄ニハ充分ノ準備ヲ爲シタル者ナレハ之レニ對シテ辯論ヲ盡ス可キ辯護人ニ付テハ假令検事ノ如クナラサルモ亦充分之レヲ知了セシメ且ツ之レカ準備ヲ爲サシメサル可カラサルハ論ヲ待タス然ラサレハ論告ヲ同等ナラシムルコト能ハサル可シ是茲ニ本條ノ規定アル所以ナリ」⁽³⁾としていた。そして、この「訴訟ノ性質模様等」が重要であるとして位置付けられる根拠として、公判における弁護側と検察官との間の「同等の弁論」原則が挙げていた。

松室致も「辯護人タル者ハ其訴訟ニ關スル一切ノ事實ヲ知悉スルノ要アリ随テ訴訟記録ノ閲覽及ヒ謄寫ヲ爲スコトヲ得」⁽⁴⁾と指摘している。ここでは、磯辺とは異なり、公判における両当事者の間における「同等の原則」は明示されていないが、「捜査・訴追過程の事後的な検証」が公判段階における弁護にとって不可欠であり、そのために証拠開示が必要であるとされているといえる。亀山貞義も、「捜査・訴追過程の事後的検証」という証拠開示の意義を強調している。亀山は、「辯護人ハ被告人ノ利益ヲ保護ス可キモノニシテ此職任ヲ盡サントスルニハ豫メ其被告事件ノ詳細ナル模様及ヒ被告人果シテ其事件ニ關係シタル乎之ニ關係シタリトセハ其情状ハ如何ナル乎等ヲ熟知セサル可カラス法廷ニ於テ検事ノ論告被告人ノ辯解等ヲ聴キタルノミニニテハ決シテ十分ナル辯護ヲ爲スコト能ハサルヤ必然ナリ」⁽⁵⁾として、訴訟記録の閲覽・謄写の必要性を主張している。

以上のように、当時の学説は、公判手続における公正性や被告人側と検察官との対等性を保障することが不可欠であるとしたうえで、証拠収集を弁護人や被告人の関与を排除した一極的な証拠収集手続である予審手続を採用する必要な条件として、「捜査・訴追過程を事後的に知る」手段とし

て記録閲覧権を位置付けていたことがわかる。

このように職権主義を採用した明治刑訴法下での記録閲覧権は、「裁判所に存在する記録である」という根拠だけでなく、予審判事による一極的な証拠収集過程をその後の公判段階で可視化し、それをもとに公判手続における弁護側の主体的な活動を可能にするという意義が付与されていたのである。この点では、職権主義とは独立した意義を見出すことができる。このような証拠開示制度は、糺問・秘密の予審制度、すなわち証拠収集手続の採用と密接不可分の被告人の権利、手続的保障であったといえよう。

第2節 一極的な証拠収集を前提とする証拠開示の限界とその後の展開

本稿で確認できたことの第2は、明治刑事訴訟法の実務において、この証拠開示の意義に実質的变化が生じたことである（本稿第3章、第4章）。

明治刑事訴訟法制定初期の時点で、既に当時の証拠開示の意義は制限される可能性を有していた⁽⁶⁾。当時の証拠開示による「捜査・訴追過程の事後的検証」、それに伴う弁護権の実効的保障や公判審理における検察側との「対等」の保障という意義は、警察や検察の捜査のあり方、予審の運用次第で大幅に限定される可能性があり、また現実に限定された事件が少なからず存在した。また、公判審理における予審調書の朗読可能性は、運用次第では、口頭・直接主義に基づく公判中心主義を形骸化させる可能性を十分に持っていたといえよう。予審調書の朗読可能性が法的・實際上拡大されたことは、その運用次第では公判中心主義の形骸化を引き起こす可能性を持っていたのである。

被告人に不利益な方向に活動する予審による証拠収集過程及び捜査機関作成の聴取書等、被告人に不利益な「有罪方向の捜査・訴追過程の事後的検証」の機能を果たすに過ぎない可能性が十分に存在したのである。本章第1節で確認した証拠開示の意義とは大きく異なるものであった。

当時の実務状況について検討すると、明治刑訴法初期は、予審は被告人

にとって不利益な証拠の収集機関と変化していることが指摘・批判された。さらに検察官による不十分な起訴について証拠を補充する機能をも担っていたことも指摘されていた。当時の予審の結果は公判審理で被告人に不利な方向で決定的な役割を果たしていたという認識のもと、その改善が弁護士層を中心に意識され始めていたのである。さらに、警察や検察が作成した聴取書が一件記録に添付あるいは独立して公判の裁判官に送付され、心証形成について事実上の影響を及ぼしていることも批判されていた。このように予審の紕問的な運用が証拠開示の意義や内容に影響を与えていることが、当時から批判されていた。

これに加えて、明治30年代以降には、捜査機関の権限拡大が特徴として挙げられる⁽⁷⁾。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、実行された。特に明治30年中盤あたりからは、検察官による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る。

このような綿密な捜査・慎重な起訴は、予審の機能にも影響を及ぼしたと思われる。統計を見ても、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きたのである。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となった。特に「聴取書」が中心となっていたことが指摘されている。

明治30年代に入ると、このような実務状況の中で、証拠開示が持つ意味は「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。

捜査機関への強制捜査権限の付与が原則として否定されていた根拠が示すように、当時の捜査機関が収集する証拠は有罪証拠のみである、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、証拠開示に関して、捜査機関の証拠隠しなどが発覚したのもこの時期であった。

このように予審判事の活動に加えて、捜査機関による証拠収集への実質的関与によって、証拠開示の対象も実質的に変化していったといえる。このような展開は、大正時代に入っても進んでいることが確認できる。たとえば、南波丞三郎弁護士による『辯護学——科學的辯護と防禦技術』においては以下のような指摘がなされている。「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觀化・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、多くは審問官の主觀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的攻究を一層に鞭撻する」⁽⁸⁾（傍点ママ）、と。以上のように、当時の記録閲覧の対象は、検察官や警察官が収集した有罪方向の捜査・訴追過程を主に示すという限定的なものになり、また外見上は昭和刑訴法に近い運用がなされることになったことが確認できる。

これに対し、大正刑訴法44条は、弁護人が立ち会うことができる予審処分（搜索・押収、検証、鑑定など）に関する記録の予審段階での記録閲覧権を認めた⁽⁹⁾。これにより予審段階からの被告人側の関与が認められることになった。このような改正は、予審による被告人に有利・不利を問わない公正な証拠収集には限界があることを前提に、被告人側の視点からの証拠収集を、被告人側の関与を認めることによって担保しようとするものと評価できる。このような改正は、証拠収集手続への関与の実質的保障という新たな証拠開示の意義を示しうるものであったといえる。

このような構想は、「司法制度改善」における予審制度改革問題に関する（龍法 '12）45 - 3, 160（890）

る議論からも読み取れるところである⁽¹⁰⁾。その中であらわれた改正要求は、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、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。以上のことは、大正に示された学説などからも窺えるところである⁽¹¹⁾。もっとも、上記の南波の指摘を踏まえるならば、このような改正が解決になったかについては疑問が示されることになろう。

第3節 昭和刑訴法における証拠開示問題の歴史的構造

第三に、上記を踏まえた昭和刑訴法における証拠開示問題の歴史的構造を確認できたことである（本稿第7章）。昭和刑訴法の制定過程においては、証拠開示に関する提案は一件記録の開示と捜査段階の開示を認めるものと、証拠調べ請求を行う証拠の開示に限定し、捜査段階における証拠開示を認めないものとに区別できた。

前者の提案は、1934（昭和9）年以降のいわゆる「司法改善」における検察官・法務省の見解や刑事局別室の当初の提案である。この時期における提案の特徴は、予審を廃止し、予審の強制権限を全面的に警察官・検察官へ委譲する提案を前提としている点である。そして、被疑者・弁護人は、捜査中必要とする処分を捜査機関に請求できるとされ、その前提として捜査機関の許可に基づく記録閲覧が提案されたのである⁽¹²⁾。捜査機関による一極的な証拠収集を認めたうえで、予審における被疑者・被告人の権利や手続保障をも、捜査段階へと委譲しようとしたものと評価できる。

後者の提案は、昭和刑訴法299条のように検察官請求証拠のみの開示を認める規定が登場した、それ以降の時期に行われたものである。重要と思われるのは、この提案と同時に、弁護人の証拠保全請求権が提案されたことである⁽¹³⁾。すなわち、これまでと異なり被告人側による一定程度証拠収集が予定され、他方で閲覧対象が検察官請求証拠に限定されたといえる。もっとも、このような提案は、被疑者側の証拠保全請求権も予定しながら、捜査機関による一極的な証拠収集手続を前提としながら、他方で開示対象を検察官請求証拠へと限定する提案へと変化していった。このような考えは、昭和刑訴法に採用されたといえる。

このような提案は、捜査段階については当事者訴訟主義が採用されていないこと、捜査密行主義が妥当すること、真実については被疑者側の方がむしろ知っているという検察官との情報の不均衡が存在すること、伝聞法則により捜査機関が作成・収集した記録は原則として証拠能力を有しないことをその根拠としている。すなわち、従来の手続とは異なり、公益の代表者である検察官が一極的に証拠を収集したとしても、その過程や結果がすべてそのまま証拠になるわけではなく、なおかつ公判手続においては当事者訴訟主義が採用され被告人の権利も強化されていることを根拠としている。

このように、日本における証拠開示問題は、まさに捜査手続や証拠収集手続の構造と密接に関連しており、さらには捜査手続と公判手続の関係と関連していることを示すものである。他方で、起訴状一本主義との関係は、国会審議委における政府委員の答弁との関係ではそれほど触れられておらず、先に検討した歴史的経緯からしても証拠開示問題とそれほど関連していないように思われる。日本の証拠開示問題は、起訴状一本主義の採用により一件記録が事前に裁判所へ提出されなくなったからというよりも、伝聞法則の採用により、収集した証拠を選別すべきことになったことと「検察官の嫌疑」の形成に供される資料と「裁判所の心証」に供される

証拠の採取手続を峻別すべきことが直接の原因となったと理解できる。

他方で、政府委員は、刑訴法299条の解釈等について、従来の一件記録の開示に近い運用を昭和刑訴法においても行うことを約束している。その根拠としては、検察官の公益の代表性や訴訟の円滑な運行、昭和刑訴法案の考え方や従来の実務が挙げられている。この政府委員の答弁は、上記のような伝聞法則の採用という原因を踏まえても、従来の直接的な予審の権限委譲論に近いとも評価可能な証拠収集手続、すなわち公益の代表者である検察官（捜査機関）による一極的な証拠収集手続を前提とするならば、やはり一件記録の開示がなされるべきとの認識を示したものと評価できる。

このように、昭和刑訴法制定過程においては証拠開示の規定が証拠収集手続の構造や主体、公判手続との関係と関連付けて議論されてきた可能性を指摘できる。そして、その過程においては、証拠開示を検察官請求証拠に限定しようとする見解は、証拠収集手続の構造との関係では、予審による一極的な証拠収集権限を、捜査機関のみに委譲したのではなく、証拠保全を通じた被告人側による証拠収集を十分確保した、両当事者による証拠収集を現行法は認めているという考えを前提としたものであるとの解釈が可能である。他方で、公益の代表者である検察官による一極的な証拠収集（予審判事の強制捜査権限の委譲論）を前提としたとしても、伝聞法則が厳格かつ徹底して運用されることが前提とされなければならない、ということになろう。もっとも、国会審議における政府委員の答弁が示すように、その場合においても、やはり一件記録の開示が必要だという理解もあり得よう。

これに対し、予審の権限を捜査機関のみに委譲し、捜査機関を捜査手続の主体とする一極的な証拠収集手続を現行法が採用したとするならば⁽¹⁴⁾、予審制度と密接に関連付けられてきた記録閲覧制度が委譲されなかったと理解することは困難であろう。すなわち、当事者主義を採用した公正かつ

対審の公判手続を採用しながら、予審から権限を委譲された捜査機関による一極的な証拠収集を採用したと現行法の性格を理解するのであれば、予審の権限だけでなく、そこでの被疑者・被告人の権利や手続的保障も委譲されたと理解されなければならない。具体的には、捜査の過程を示す記録やその結果である証拠をすべて開示する制度が採用されるべきことになるのではないか。

上述のように戦前の記録閲覧制度は、被告人に不利な方向へ偏る傾向を有しており、証拠収集手続の構造や運用と密接に関連していた。その意味では、戦前の制度と現行制度は、一極的な証拠収集手続の維持という点で連続性を有し、それが起訴状一本主義の採用によって証拠開示問題という形で顕在化したと評価できるといえる⁽¹⁵⁾。この点、証拠開示否定説や限定的な証拠開示を主張する見解の多くは、証拠収集について捜査機関による一極的な証拠収集、すなわち糺問的捜査観（あるいはそれに近い考え）を採用し、証拠開示について請求証拠のみの開示を採用しようとするものといえる。しかし、このような理解は、歴史的にもそして公正な裁判の保障という意味でも、疑問のあるものだということが分かる。刑訴法299条のような限定的な証拠開示は、両当事者による証拠収集の確保（二極的な証拠収集の明確な採用）や捜査で集められた証拠の一部選択の要請と「『檢察官の嫌疑』の形成に供される資料と『裁判所の心証』に供される証拠の採取手続を峻別する」伝聞法則の徹底が前提なのである⁽¹⁶⁾。先に検討したように、捜査機関による一極的な捜査手続を前提とするのであれば、歴史的にそれと密接に関連していた証拠収集手続の過程を示す記録やその結果である証拠が開示範囲とされるべきである。

第4節 捜査過程を示す記録の開示と捜査段階の証拠開示

これまでの検討を踏まえるならば、証拠開示は「当事者主義」という訴訟構造というよりも、公判段階における被告人の主体性の確保、さらには（龍法 '12）45 - 3, 164（894）

訴追側との対等、すなわち公正な裁判や手続の前提として位置付けられるべきことになろう。そして、その具体的意義は、証拠収集手続をどのように構築するかによって変化しうることが明らかとなった。

実務が採用する捜査機関による一極的な証拠収集を前提とする場合、当事者主義を採用した公正かつ対審の公判手続を保障する前提として、証拠収集「過程」を示す記録やその結果である証拠がすべて開示する制度が採用されるべきである。

このような証拠収集過程を示す記録について、ドイツにおける証拠開示のあり方や「記録完全性の原則（Grundsatz der Aktenvollständigkeit）」（被疑者・被告人に有利・不利なものも含めて検察や警察による捜査手続の過程はすべて記録化されるべきという原則）が参考になるとと思われる⁽¹⁷⁾。

予審廃止後の捜査手続の主宰者という検察官の地位や糺問的な捜査手続の構造、捜査の主宰者としての検察官や警察官の義務に適合するように、記録完全性の原則は承認されたと説明されている⁽¹⁸⁾。さらに、法的聴聞請求権が保障される公訴提起の判断や公判手続の準備という捜査手続の任務や構造もこの原則の根拠とされている。具体的には、捜査機関や起訴・不起訴について判断する検察官が、後に事件に従事する裁判所や弁護人に対して、それまでの手続の経過や手続によって得られた知見に関する完全かつ信頼できる表象を仲介すべきことが根拠とされている⁽¹⁹⁾。そして、被告人の法的主体性保障のために、このように記録化された被告人に対する当該事件の捜査・訴追過程が証拠開示によって提示されるべきとされているのである。このように「記録完全性の原則」とそれに基づき作成された記録の全面開示は、一極的な証拠収集手続と密接に関連しており、上述のように同様の証拠収集手続をとる日本においても参照されるべきである。

これらのことを踏まえて、公判前整理手続における証拠開示の解釈指針について若干の検討を加える。公判前整理手続は、上記のような捜査手続を前提として、充実した公判審理、すなわち被告人の意見表明や態度決定

を最大限保障するための手続といえる。そこで開示される証拠は、「当該事件の捜査手続の経過や結果を示す記録や証拠」という基準で判断されるべきことになる。最高裁平成19年決定⁽²⁰⁾などが、「争点整理と証拠調べを有効かつ効率的に行う」という証拠開示制度の趣旨をその根拠としながら、当該事件の捜査の過程で作成され、又は入手した書面等を証拠開示の対象としたことは、まさにこのような観点から支持されるものといえる。

以上のように、当該事件の捜査の経過が記載された書面や記録は、原則として開示範囲に含まれると解することができよう。今後問題となりうる、行政文書や行政調査の記録、捜査会議に関する記録などは、上記のような基準を満たす場合は、開示されるべきと考える。

これに加えて、犯罪捜査規範13条は捜査機関に捜査記録の作成や保管を義務付けていると解すべきである。これに反して、記録が作成・保管されない場合、その手続によって作成・取得された証拠の信用性判断に影響があることなどが考えられるべきである⁽²¹⁾。

解釈論としても、伝聞法則との関係を重視して、限定的な証拠開示を採用する場合においても、伝聞例外により調書等が採用される場合、その調書作成に関する捜査過程を示す記録はすべて開示されるべきとの見解も可能であろう。刑訴法316条の15第1項6号については、そのような視点からの解釈を行うことも可能であろう。

予審の強制捜査権限を捜査機関に委譲したことを前提に、現行法においても一極的な証拠収集が採用されたとの実務の理解を採用するのであれば、捜査段階における証拠開示も採用されるべきと考える。すなわち、昭和刑訴法制定過程初期の提案のように、予審廃止に伴う強制捜査権限移譲論は、予審における防御権や手続保障と密接不可分でなければならないはずである。また、本章第2節で確認したように、一極的な証拠収集には限界がある。それを克服するために提示された弁護側による一定の証拠収集とその前提としての捜査段階における証拠開示が、現行法においても採用

されるべきであったし、現在においても採用されるべきである。この点については、刑訴法179条の証拠保全請求権が既に存在するという反論がありうるところである。しかし、証拠保全の前提としてはその時点で進行している捜査機関による捜査の過程も被疑者側に知らされることが必要不可欠である。そして、それこそが戦前における、一極的な証拠収集を前提とした、予審や捜査段階における証拠開示の意義であったというべきである。このように、一極的な証拠収集手続を採用する以上、捜査段階における一定の証拠開示も採用されるべきである。この点についても、捜査段階における証拠開示を採用するドイツの状況や議論が参考となろう⁽²²⁾。

日本における証拠開示問題は、公判手続の構造以上に、公判前の証拠収集手続の構造と密接に関連していたというべきである。そして、どのような証拠収集手続を採用しようと、被告人の法的主体性の保障や公正な裁判を保障するためには、被告人側の視点を反映した証拠収集が十分に確保されなければならない。その証拠収集を、訴追側に委ねるのであれば、その証拠収集の過程や結果が防御側に利用可能なものでなければならない。証拠開示はそのための手段の中核を占めることになる。

従来の日本における議論は、第1章で述べたように、証拠開示と当事者主義及び起訴状一本主義との関係を重視するあまり、公判手続の構造との関係でのみ証拠開示問題を論じようとしてきた。しかし、上述のように公判前の証拠収集手続との関係も含めて議論しなければ、真の公正な裁判のための証拠開示のあり方は検討できないと考える。本稿では、拙いながらもその準備作業を行ったということになる。

本稿で示し得たものは多くはない。さらに、本来は被告人と検察官という両当事者間の問題であった証拠開示問題を、裁判所との密接な関連を有する職権主義における証拠開示問題（記録閲覧）と同様に論じてよいのか、捜査段階における証拠開示のあり方に関するさらに詳細な検討、証拠開示を原則とするとしても、例外的な開示拒否の要件や手続をどのように

構築するかなど課題は山積みである。これらについては今後の課題として取り組むことを約束し、本稿を閉じることとする。

注

- (1) この点については、斎藤司「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制定過程に関する分析 (1)」龍谷法学42巻3号 (2010) 516頁以下。
- (2) 斎藤司「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制定過程に関する分析 (2)」龍谷法学43巻1号 (2010) 2頁以下。
- (3) 磯部四郎『刑事訴訟講義 下巻』(図書出版社、1893) 15頁以下。
- (4) 松室至講述『刑事訴訟法』(出版社、出版年ともに不明) 341頁。
- (5) 亀山貞義『刑事訴訟法論 下之巻完』(六法講究會出版、1897) 811頁以下。
- (6) 斎藤・前掲註2)「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制定過程に関する分析 (2)」16頁以下。
- (7) 斎藤司「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制定過程に関する分析 (3)」龍谷法学43巻2号 (2010) 98頁以下。
- (8) 南波丞三郎『辯護学——科學的辯護と防禦技術』(新光閣、1935) 293頁以下。
- (9) 斎藤・前掲註7)「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制定過程に関する分析 (3)」98頁以下。
- (10) 斎藤司「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制定過程に関する分析 (4)」龍谷法学44巻1号 (2011) 34頁以下。
- (11) 斎藤・前掲註7)「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制定過程に関する分析 (3)」129頁以下。
- (12) 斎藤・前掲註10)「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制定過程に関する分析 (4)」34頁以下、さらに1946年1月26日の「刑事訴訟法中改正要綱案」などを参照(刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程 (5)」法学協会雑誌91巻12号 (1974) (松尾浩也執筆部分) 48頁以下)。
- (13) 1946年8月5日の「刑事訴訟法改正要綱試案」などを参照(刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程 (8)」(小田中聰樹執筆部分) 法学協会雑誌92巻7号 (1975) 115頁以下)。
- (14) この点、田宮裕『日本の刑事訴追』(有斐閣、1998) 29頁以下の分析も参照。
- (15) この点、松代剛枝『刑事証拠開示の分析』(日本評論社、2004) 135頁も、「大正刑事訴訟法下の閲覧・謄写権保障は、検察官が犯罪立証・情状に関連しないと判断した資料(ないし情報)については、一件記録編綴実務・調書作成実務等を介して切り崩し可能であった」とし、「証拠開示問題は大正刑事訴訟法の下においてすでに潜在したと云うことあでける」とする。多くの点で、本稿と理解を共通にするものといえる。

- (16) 松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010）120頁。
- (17) これらの点につき、斎藤司「捜査手続過程の事後的可視化と証拠開示」『人權の刑事法学——村井敏邦先生古稀記念論文集』（日本評論社、2011）371頁以下、斎藤司「捜査過程を示す記録と刑事証拠開示」刑法雑誌52巻2号掲載予定が詳しい。
- (18) BT-Drs. 7/511, S.76.
- (19) LR-Rieß, § 160 Rn.61,62.
- (20) 刑集61巻9号895頁、さらに平成20年6月25日決定（刑集62巻6号1886頁）、そして平成20年9月30日決定（刑集62巻8号2753頁）。
- (21) 大阪地決平20・3・26（判例タイムズ1264号343頁）の判断などを参照。この判示について批判的検討を加えるものとして、角田正紀「取調べメモ等の証拠開示命令請求に関する最高裁決定を巡って」酒巻匡編著『刑事証拠開示の理論と実践』（判例タイムズ社、2009）330頁以下。
- (22) 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）1頁以下、同「ドイツにおける証拠開示請求権とその憲法的視点」法律時報78巻10号（2006）68頁以下など。