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（1）

斎藤　司

第1章　はじめに
　第1節　問題状況と問題意識
　第2節　本論文における検討方法
　第3節　本論文の内容
第2章　「糾問的な捜査・訴追」と証拠開示の関係——治罪法における証拠開示問題の構造
　第1節　治罪法の制定過程とボアソナード草案
　　第1款　治罪法の制定過程
　　第2款　ボアソナード草案と証拠開示
　　第3款　ボアソナード草案の手続構造と証拠開示
　第2節　治罪法における証拠開示制度の位置づけ
　　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（以上本号）
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5章　捜査段階における証拠開示に関する展開過程——司法改善に関する議論
第6章　戦時刑事立法における証拠開示
第7章　昭和刑事訴訟法制定過程における証拠開示問題とその影響
第8章　むすびにかえて

（龍法 '10）42 - 3，504（1091）

第1章　はじめに

第1節　問題状況と問題意識

2004年5月、第159回国会において「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」（以下、2004年改正刑訴法とする）が成立した。この2004年改正刑訴法によって、日本において長年議論されてきた証拠開示に関する立法が行われることになった。

この2004年改正刑訴法における証拠開示に関する立法の直接の契機は、1999年6月に設置された司法制度改革審議会にあった。2001年6月に同審議会から提出された司法制度改革審議会意見書[(1)]は、刑事司法の改革に関する柱の一つとして「刑事裁判の充実・迅速化」を挙げ、以下のように述べている。「充実した争点整理が行われるためには、証拠開示の拡充が必要である。そのために、証拠開示の時期・範囲等に関するルールを法令により、明確化するとともに、新たな準備手続の中で、必要に応じて、裁判所が開示の要否につき裁定することが可能となるような仕組みを整備すべきである」[(2)]、と。

これを受けた内閣の司法制度改革推進本部の裁判員・刑事検討会（以下、検討会という）において、この証拠開示の立法に関する議論が行われた。この点、検討会では、以下の2点で対立があったといえよう。第1の対立点は、全面的証拠開示を主張する立場と個別的証拠開示を主張する立場の間におけるものである。そして、第2の対立点は、争点整理の前提としての証拠開示を主張する立場と、弁護側による主張・争点明示の後、関連する証拠を開示しようとする立場の間におけるものである。

以上のような議論の末に成立した2004年改正刑訴法は、基本的に第1の対立点については後者、第2の対立点については前者の立場に立つものであるといえる[(3)]。2004年改正刑訴法における証拠開示制度は、訴訟の迅速・合理化（争点整理など）と密接な関連をもちつつも、弁護側による主張・

争点明示の前提としての証拠開示を個別的に行うものであるといえる[(4)]。もっとも、後述の新しい証拠開示制度に関する最高裁判例が示すように、運用次第では、一定程度の幅広い証拠開示を可能とする柔軟な構造を有している点も、その特徴である。

このような証拠開示制度は、基本的に検察官が請求する証拠以外の証拠をどこまで開示するのが妥当であるかという開示範囲を、証拠開示に伴う「弊害の虞」に配慮しながら確定していくという、バランス論的性格が色濃いといえる。例えば、2004年改正刑訴法316条の15は、同条で掲げられている類型証拠に該当することだけなく、弁護人が特定した検察官請求証拠の証明力を判断するために重要であること、その重要性の程度その他の被告人の防御の準備のために必要であること、さらに開示による弊害との比較考量のうえで検察官は開示を判断すべきことを規定している[(5)]。

このようなバランス論的な証拠開示制度の採用は、日本における、これまでの議論状況を一部引き継ぐものであったといえる。日本においては、当初、当事者主義の理解を根拠とした全面的証拠開示説[(6)]と証拠開示否定説[(7)]の対立という議論の構図が存在した。しかし、その構図は、いわゆる1969（昭和44）年最高裁決定[(8)]後、徐々に変化していった。1969（昭和44）年決定は、個別に、さまざまな要素を考慮しながら、裁判所は訴訟指揮権に基づき検察官に証拠の閲覧を命令することができるとした。1969（昭和44）年決定は、全面的証拠開示説と証拠開示否定説の両者を退けつつも、さまざまな利益を考量し個別的に開示を判断するという手法を採ったものといえた。この全面的開示あるいは開示の全面的否定という二項対立的思考から脱却し、さまざまな利益を考量しつつ証拠開示の当否を判断するという方法は、その後の証拠開示をめぐる議論に大きな影響を与えたといえる。

この1969（昭和44）年決定後において、証拠開示に関する重要な研究成果を示したのは、酒巻匡であった。酒巻は、1969（昭和44）年決定前の議

論状況を、「議論を単純化させ、その結果当事者主義の訴訟構造の中にいかなる範囲で、どのような形で証拠開示を取り入れるべきなのか、またその際に証拠開示をめぐって交錯する手続関与の利害をどのように調整してゆくのが妥当かといった、きめ細やかな視点を乏しくしてしまった点で、限界があったように思われる」(9) との判断を示した。そのうえで、酒巻は、個々の資料類型ごとに開示の必要性・重要性と開示に伴う弊害の可能性を考量して開示のあり方を個別的に考えてゆくというアプローチを採用した (10)。

この酒巻の見解は、「類型開示」の方法を採用するものであり、1969（昭和44）年決定と同様にバランス論的アプローチを基本線としながらも、より広い開示対象を要求するものであった。さらに、「当事者主義」の理解をめぐる論争・対立から距離をとりつつ、妥当な証拠開示の範囲を論ずるという姿勢が特徴的である。このような政策的にどの範囲で証拠を開示することが、被告人の防御と弊害の防止という両者間における利益考量において妥当なのかという手法は、今回の刑事司法改革において、訴訟の迅速化という近年の日本における傾向とも共鳴し、今回の立法につながったという評価は可能であるように思われる。

以上のような主張は、少なくとも証拠開示制度それ自体の必要性について承認を得るうえでは強力な説得力をもっていたといえる。他方で、このようなバランス論的方法には、以下の疑問がある。

第1に、当事者主義から演繹的に証拠開示を論じるアプローチから距離をとることは、必然的に政策論を帰結するものなのかという疑問である。当事者主義と関連付けずに論じる場合にも、被疑者・被告人の権利を出発点とすることは不可能ではないはずである。この点については、戦後の日本における刑事訴訟法理論が、被疑者・被告人の権利保障を語るときに、「当事者主義」という訴訟構造と関連づけざるを得なかったという歴史的経緯と無関係ではなかろう (11)。当事者主義と関連付けずに、権利として

の証拠開示の意義や内容を論じる方向性も検討されるべきである。

この第1の点と関連して、第2に、バランス論的アプローチは、証拠開示の目的として、証人尋問の準備や検察官の手元にある被告人側に有利な証拠資料の開示などを挙げる(12)。しかし、被告人の防御に関連する以上、憲法上保障されている被告人の諸権利と無関係ではないであろう(13)。そうであるならば、証拠開示は、これらの諸権利と具体的にどのように関連するのか、またそれに伴いどのような意義や本質を有しているのかが明らかにされなければならないはずである。その意義や本質の明らかとされないまま、証拠開示の当否について利益考量を行うことは妥当とは思われない。

これに対し、当事者主義アプローチや全面的証拠開示説にも問題はあるように思われる。第1に、当事者主義アプローチは、証拠開示や証拠開示の意義や本質をかえって曖昧にしているように思われる。実質的当事者主義を根拠とする全面的証拠開示説は、証拠開示によって両当事者間における実質的対等が保障されるということ以上のものは示し得ていない。この点は、近年の全面的証拠開示説に対する批判にも現れているように思われる。例えば、憲法から事前全面開示の保障は憲法から直接に導出することは困難であるという批判(14)、プライバシー侵害や弾劾証拠の間隙を縫った弁解が作出されるといった弊害の虞に対する歯止めをもたないという批判(15)が提起されている。このような批判は、証拠開示の意義や本質が曖昧であるために、憲法との関係や、なぜ「全面的」開示でなければならないのかということについて、全面的証拠開示説が説明し得ていないという状況を示すものではなかろうか。

第2に、全面的証拠開示説においては、その具体的制度像も明らかでないことも指摘できよう。この問題点は、上述したように、証拠開示の意義が不明確であることにも起因すると思われる。両当事者の武器対等のために、さらには被告人の防御権の実質的保障のために、証拠開示が必要であ

るという主張は、それ自体は明確である。しかし、他方で、このような主張は、具体的な制度設計に関しては、「証拠開示は広ければ広いほどいい」とか、「検察官手持ちの証拠はすべて開示すべき」という、ある意味で抽象的で漠然とした主張につながりやすい。

以上の諸見解に共通している問題点は、証拠開示と当事者主義との関係をうまく処理し得てないという点にあるように思われる。すなわち、従来の証拠開示をめぐる見解には、「当事者主義」といういわば「ブラック・ボックス」との距離をうまくとれなかったことに起因して、証拠開示の意義や本質、憲法（さらには、被疑者・被告人の権利）との関係を明確にしえなかった点に問題があったように思われるのである。

この問題を検討することは、2004年改正刑訴法において明文化された証拠開示に関する規定をどのように解釈するかという重要な課題にもつながる。2004年改正刑訴法における証拠開示の規定について、最高裁はすでにいくつかの重要判例を示している。これらの諸判例によって、証拠開示の対象は、検察官が保管する証拠以外の証拠、さらに、警察官（場合によっては検察官も）作成のいわゆる「捜査メモ」にも及ぶことになった[16]。これらの判例は基本的に好意的に受け止められているように思われる。もっとも、最高裁が以上のように証拠開示の対象を確定していった根拠について、証拠開示制度の目的や趣旨を根拠の論理的必然性の弱さを指摘する見解[17]が示すように、2004年改正刑訴法や最高裁判例が想定する証拠開示の本質や意義はやはり不明確であるといわざるを得ない。そのことにも起因して、これらの判例に関する評釈においても、最高裁が示す開示判断を支持・批判する基準は、それほど明確であるとはいえないように思われる。

このように、最高裁判例に対する態度の明示やその活用、さらには2004年改正刑訴法の問題点を踏まえた今後の立法論を示すためには、証拠開示の本質や意義、憲法との関係を再確認することが不可欠であるといえる。

ここまで概観してきたような日本における議論の構図は、日本における証拠開示問題が、戦後、昭和刑事訴訟法制定の際に「当事者主義」や「起訴状一本主義」を採用したことに生じたという点が前提とされていることに、1つの原因があるように思われる。すなわち、戦前においては「証拠開示の問題はなかった」のに対し、昭和刑事訴訟法においては「当事者主義」や「起訴状一本主義」採用のいわば代償として証拠開示問題が生じたという通説的理解[18]が前提とされてきた点である。このような理解によれば、証拠開示の意義や内容は、「当事者主義」をどのように考えるか[19]によって変化せざるを得ない。また、被疑者・被告人の権利保障を「当事者主義」と関連付けて論じることによって、かえって証拠開示の意義を曖昧なものにしてしまってきた可能性も否定できない。

この通説的理解は果たして的確なものなのであろうか。この点に関して検討を加えた研究は皆無である[20]。日本における証拠開示問題は、歴史的にみてどのように生成され、どのような歴史的構造をもつのか。この点を確認し分析することが、「当事者主義」と証拠開示の関係を明らかにすることだけでなく、証拠開示の意義や本質を明らかにすることにつながるのではないか。

第2節　本論文における検討方法

以上のような問題意識のもと、筆者は、ここまで、ドイツにおける証拠開示問題の歴史的展開を確認してきた。そこで得た、本論文と関連する成果は以下の通りであった[21]。①ドイツにおける証拠開示は、職権主義という訴訟構造ではなく、まさに被疑者・被告人の主体性保障という憲法上の権利（ドイツ基本法103条1項にいう法的聴聞請求権やヨーロッパ人権条約6条にいう公正な裁判を受ける権利など）と密接に関連して展開されてきたことである。そして、証拠開示は、その権利に対応する国家の情報提供義務という側面も持つ。②証拠開示の意義は、「捜査・訴追過程の同時

的・事後的検証」にあるという点である。証拠開示は、まさに被疑者・被告人に対する捜査・訴追がどのように行われたかを知ることによって、防御の準備や証拠調べ請求の準備といった主体的防御が可能になるとされているのである。③これらの点を前提として、ドイツでは、証拠開示の実効的保障のあり方が追求されているという点である。つまり、憲法論の観点から、不開示を含めた具体的制度（証拠開示請求権の実効的保障）のあり方が追求され、不服申立制度の創設や拒否理由の具体化及びその「あとづけ可能性審査」が提案されているのである。

以上のことから、筆者は、訴訟構造にとらわれない「被疑者・被告人の主体性の保障」という観点から、証拠開示をとらえようとしてきた（もちろん、このことは当事者主義を否定するものではなく、証拠開示と関連する当事者主義の中核部分を抽出しようと試みたものである）。このように得られたドイツ法からの示唆をより意味あるものとして活かすためには、日本における証拠開示問題の歴史的構造を明らかにする必要がある。日本とドイツの証拠開示問題の異同が明らかにすることが、ドイツ法の示唆の参照可能性を具体的に示すことになるからである。また、職権主義を採用した戦前の日本において、証拠開示問題がどのように議論され、どのように意味を持っていたかを確認することも、その意味で重要であるといえよう。そこで、本論文では、その作業の1つとして、治罪法から昭和刑事訴訟法制定過程の時期における日本の証拠開示問題の展開過程を分析対象とする。

後述するように、治罪法や明治刑事訴訟法、さらに大正刑事訴訟法においては、基本的に裁判所に提出される証拠は開示されていた。それゆえ、日本における証拠開示問題は、戦後の昭和刑事訴訟法の採用に伴って生じたものであるという理解が一般的である。しかし、そのことのみをもって、戦前において証拠開示問題は存在しなかったと断言することは出来ない。具体的に、どのように証拠が作成・収集され、どのように公判に提出

されていたのか、その内容次第では、当時の証拠開示は、昭和刑事訴訟法と同様に訴追側請求証拠以外の証拠を内容としていなかったということになりうるからである。

そこで、本論文では、戦前の日本における証拠開示問題については、公判前手続における証拠収集がどのように行われ、どのように提出され、さらに公判審理においてどのように扱われていたかを確認することによって、そこで証拠開示が持ち得た意義を確認することを主な作業とする。

第3節　本論文の内容

以下では、まず戦前の日本における証拠開示問題を、治罪法（第2章）、明治刑事訴訟法制定当初、そして明治刑事訴訟法における運用状況やその改正作業（第2章）、大正刑事訴訟法における状況（第3章）、その後の司法改善をめぐる動（第4章）、戦時刑事立法の状況（第5章）、昭和刑事訴訟法の制定過程（第6章）と区分して検討することとする[22]。第1章では、治罪法において予定されていた、糺問的に構成されてはいたが予審による被疑者・被告人に有利・不利を問わない証拠収集が、証拠開示にとってどのような意味を持ち得たのか、さらに実務上ではどのように運用されていたのかを中心に確認する。第2章では、そのような状況が明治刑事訴訟法においてどのように維持あるいは変化していったのかを確認する。第3章では、捜査機関の権限が事実上拡大されていく上での証拠開示の意味を確認し、さらにこの点に関してどのような議論がなされ、大正刑事訴訟法においてどのような形で結実したのかを確認する。そして、大正刑事訴訟法において、実際に証拠開示はどのような意味を持ち得たのかを確認する。第4章では、司法改善をめぐる議論の中、特に捜査段階における証拠開示が主張され始めるのだが、その主張内容と背景を中心に検討する。第5章では、その後の戦時中における議論や立法を確認する。そして、第6章では、昭和刑事訴訟法の制定過程の検討を中心に、それまでの実務や理論がどの

ように影響を与えたかを確認する。最後に、これらを踏まえたうえで、現行刑事訴訟法における証拠開示問題の歴史的構造について検討することとしたい。

この度、退職される村井敏邦先生には、私が博士課程在学中の大学院での集中講義でお会いして以来、研究者としての姿勢、研究することの意味、研究の方法など、さまざまなことを教えていただいた。また、刑事法研究の第一人者として研究・教育を続けてこられた村井先生と、同僚としてご一緒させていただいたこの一年間は何にも代え難い私の宝である。謹んで、先生のご退職をお祝い申し上げ、本論文を捧げる次第である。

（1）司法制度改革審議会における議論の経過や最終意見書について、詳細に検討・批判を加えているものとして、ここでは、小田中聰樹『司法改革の思想と論理』（信山社、2001）、渕野貴生「刑事司法制度改革の評価方法―裁判員制度を素材として」静岡大学法政研究6巻3＝4号（2002）371頁を挙げるにとどめる。さらに、その後の法律案も含めて批判的な考察を加えるものとして、小田中聰樹「裁判員制度の批判的考察」丹宗昭信＝小田中聰樹偏『構造改革批判と法の視点―規制緩和・司法改革・独占禁止法―』（花伝社、2004）39頁以下など。

（2）この提案を踏まえながら証拠開示に検討を加えたものとして、田淵浩二「証拠開示」『シリーズ司法改革Ⅲ』法律時報増刊（2001）174頁、川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法43号（2002）48頁、美奈川成章「準備手続の創設・証拠開示の拡充」季刊刑事弁護33号（2003）41頁、大澤裕「『新たな準備手続』と証拠開示」刑法雑誌43巻3号（2004）426頁など。

（3）この証拠開示制度に基づく運用について、類型証拠開示の全面的証拠開示的な運用か裁量的な個別開示的運用かという第1の対立軸、全面的な類型証拠開示を前提とした補充的な主張関連証拠開示か個別的な証拠開示を前提とした主張関連証拠開示かという第2の対立軸を示したものとして、川崎英明「公判前整理手続と証拠開示」村井敏邦＝川崎英明＝白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法　下巻』（日本評論社、2007）539頁以下。同論文は、これらの対立軸を総合すると、「防御権保障－類型証拠開示の全面証拠開示的運用－主張明示－補充的な主張関連証拠開示」か「争点絞り込み－類型証拠開示の個別的開示的運用－主張明示の罪状認否化－主張関連証拠開示の重点化」という解釈の方向性に区分されることになり、前者の方向性を妥当であるとする。対立軸の把握の方法については、本論文と基本的に同様と思われる。

（4）この2004年改正刑事訴訟法における証拠開示について言及したものとして

は、松代剛枝「証拠開示理論と2004年刑事訴訟法改正――比較法的検討――」関大法学論集54巻4号（2004）60頁、辻裕教「刑事訴訟法等の一部を改正する法律（平成16年法律第62号）について（1）（2）」法曹時報57巻7号（2005）1頁、同8号19頁、西村健「公判前整理手続創設及び連日的開廷の法定化の経緯」季刊刑事弁護41号（2005）20頁、渕野貴生「公判前整理手続の問題点」季刊刑事弁護41号（2005）25頁、大阪弁護士会裁判員制度実施大阪本部編『コンメンタール公判前整理手続』（現代人文社、2005年）、松代剛枝「2004年刑事訴訟法改正と証拠開示」刑法雑誌46巻1号（2006）128頁、日本弁護士連合会裁判員制度実施本部編『公判前整理手続を活かすPart2（実践編）』（現代人文社、2007）など。さらに、実務の状況については、岡慎一「裁判員制度の導入と弁護活動――公判前整理手続を中心に――」法律のひろば57巻9号（2004）43頁、「特集　公判前整理手続を検証する」季刊刑事弁護48号（2006）21頁、田野尻猛「公判前整理手続の運用状況」法律のひろば57巻10号（2006）36頁、米山正明「公判前整理手続の運用と今後の課題――大阪地裁における一年間の実施状況を参考にして」判例タイムズ1228号（2007）32頁、酒井邦彦「公判前整理手続の実施状況――施行一年を振り返って」判例タイムズ1129号（2007）33頁、「特集　公判前整理手続の現在と課題」刑事法ジャーナル7号（2007）2頁など参照。

（5）このような証拠開示制度を批判するものとして、渕野・前掲註（4）「公判前整理手続の問題点」25頁。

（6）当時の見解としては、佐伯千仞「崩壊しゆく人権保障」同『刑事裁判と人権』（法律文化社、1957）5頁、佐伯千仞「刑事訴訟における証拠の開示」同『刑事訴訟の理論と現実』（有斐閣、1979）46頁、西尾貫一「証拠開示」法学セミナー76号（1962）58頁など。もっとも、この全面的証拠開示説は現在も根強く主張されている。そのような見解を採るものとして、小田中聰樹＝大出良知＝川崎英明『刑事弁護コンメンタール1　刑事訴訟法』（現代人文社、1998）266頁[新屋達之執筆部分]、新屋達之「日本の証拠開示、その歴史と現状」法学セミナー584号（2003）48頁以下、さらに特集として、「特集　甦れ！証拠開示」季刊刑事弁護19号（1996）16頁以下、「特集　新しい時代の司法と『証拠開示』制度」法学セミナー584号40頁以下、「特集　全面証拠開示を求めて―冤罪・誤判をなくすために」法と民主主義379号（2003）以下など。これらの見解を詳細に検討するものとして、渡辺修「証拠開示の問題状況」渡辺修編著『刑事手続の最前線』（三省堂、1996）218頁など。

（7）本田正義「証拠書類の閲覧謄写」法律のひろば12巻11号（1959）4頁、萩野錐一郎「証拠の開示」判例タイムズ201号272頁、川崎謙輔「検察官手持証拠の開示について」自由と正義19巻2号（1968）2頁など。

（8）最決昭和44年4月25日刑集23巻4号248頁。さらに、同決定以降における証拠開示の実務については、「証拠開示の勧告は、実務上弾力的に運用がなされている」（小坂敏幸「証拠開示」判例タイムズ918号（1996）4頁）との評価がある一方で、「勧告は行っても命令は行わない」という消極的姿勢が裁判所に見

られたり（指宿信「証拠開示に関する判例の現状と可能性」季刊刑事弁護19号（1999）77頁）、実際には「裁判所・裁判官の開示の必要性に対する理解と気力によって決定的な差が生じている」（石松竹雄『刑事裁判の空洞化』（頸草書房、1993）122頁以下）との批判も存在する。同様の批判を行うものとして、笠井治「証拠開示管見—証拠開示の体験に寄せて」『田宮裕博士追悼論集』（信山社、2003）371頁以下。

（9）酒巻匡『刑事証拠開示の研究』（弘文堂、1988）3頁。

（10）酒巻・前掲書註（9）『刑事証拠開示の研究』328頁。

（11）この点につき、松宮孝明「『当事者主義』を考える」ジュリスト1148号（1999）84頁以下参照。

（12）たとえば、酒巻・前掲書註（9）『刑事証拠開示の研究』282頁以下。

（13）この点、酒巻・前掲書註（9）『刑事証拠開示の研究』328頁は、証拠開示という「刑訴法上に明文の法規の乏しいこの問題について、憲法の解釈論として直接証拠開示に関する何らかの帰結を主張するというアプローチを——被告人に有利な証拠が公判中に顕出されなかった場合を除き——採らなかった。・・・憲法の諸条項の解釈論として、本稿に示したような具体的な証拠開示制度のあり方が直接導けると主張することは相当に困難であるように思われる」と主張する。

（14）大澤・前掲註（2）「『新たな準備手続』と証拠開示」429頁以下。

（15）大澤・前掲註（2）「『新たな準備手続』と証拠開示」429頁以下。

（16）最決平成19年5月25日判タ1254号18頁、最決平成20年6月25日判時2014号155頁、最決平成20年9月30日裁時1469号6頁。これらの諸判例を総合的に検討するものとして、後藤昭＝後藤貞人＝岡慎一＝宮村啓太「証拠開示の最前線」日本弁護士連合会編『裁判員裁判における弁護活動——その思想と戦略——』（日本評論社、2009）95頁以下、「公判前整理手続をするとき」大出良知＝髙田昭正＝神山啓史＝坂根真也編『新版刑事弁護』（現代人文社、2009）66頁以下など。

（17）後藤昭＝後藤貞人＝岡慎一＝宮村啓太「証拠開示の最前線」〔後藤昭発言〕日本弁護士連合会編・前掲書（15）『裁判員裁判における弁護活動』77頁以下。

（18）佐伯・前掲書註（6）「崩壊しゆく人権保障」16頁以下、団藤重光『刑事訴訟法綱要七訂版』（創文社、1967）131頁以下、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996）266頁以下、松尾浩也『刑事訴訟法（上）新版』（弘文堂、1999）223頁、白取祐司『刑事訴訟法第5版』（日本評論社、2008）259頁、田口守一『刑事訴訟法（第5版）』（成文堂、2009）251頁など。平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）123頁以下は、当事者主義が証拠の不開示の理由とされていることを示すのみである。さらに、昭和刑事訴訟法の制定過程における証拠開示問題の経過について検討したものとして、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、2003）268頁以下。

（19）佐伯・前掲書註（6）「崩壊しゆく人権保障」5頁以下参照。

(20) このような本論文の問題意識も踏まえながら、証拠開示について詳細な検討を加えるものとして、松代剛枝『刑事証拠開示の分析』(日本評論社、2004) 10頁以下。同書においては、戦前に関する状況も確認・検討されている (131頁以下)。

(21) 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、斎藤司「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。

(22) 戦前の日本における刑事訴訟法について、詳細に検討するものとして、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(日本評論社、1976)、同「刑事訴訟法の史的構造」(有斐閣、1986)。さらに、現行刑事訴訟法の制定過程については、同『現代刑事訴訟法論』(勁草書房、1977)。

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

第1節　治罪法の制定過程とボアソナード草案

第1款　治罪法の制定過程

治罪法の制定過程は、資料的制約もあってそれほど明らかではないが、先行研究によれば(1)、以下のような流れをたどっている。

1873 (明治6) 年11月に来日したボアソナードによって、検察制度を中心としたフランス刑事訴訟制度の講義が1875 (明治8) 年2月から行われた。日本の治罪法制定に関しても、このボアソナードによる講義が基礎とされた。このことは、ボアソナードによる「千八百七十五年ヨリ一八百八十年マテ刑法、治罪法草案及其注釈書ヲ編纂セリ而シテ此等ノ書ハ其後仏文ヲ以テ出版セラレタリ」(2) という記述からも窺えるところである。

治罪法編纂の開始時期は定かではないが、1876 (明治9) 年9月28日付けの司法卿大木喬任の「法律起業之儀ノ付申稟」における「治罪法案之事項コロ既ニ僚員ニ命シテ編纂ニ着手セシム」(3) という記述から、この時点で治罪法草案作成作業が既に進行中であったことが明らかとなっている。

この治罪法の起草作業は、①司法省による起草作業（司法省段階）、②治罪法草案審査局における審査修正作業（審査局段階）、③元老院における審査作業（元老院段階）という3段階を経ている[(4)]。①司法省段階における作業は、司法卿・大木喬任、大検事岸良兼養、権大検事・岡内重俊、検事補・横田国臣、三等属・清浦奎吾の5名の委員に加え、属員として八等属・池上三郎、八等属・亀山貞義、八等属・内藤貞亮、八等属・橋本胖三郎、雇・堀田正忠、さらに仏国人雇としてジョスランとボアソナードという12名からなる治罪法編纂委員会によって行われた[(5)]。この司法省段階の作業は、当初ボアソナードを補助的位置に置きつつ、日本人委員が主導権を握る形で進められたが、結局その主導権はボアソナードに移され、ボアソナード作成の草案をたたき台とした編纂作業が開始された[(6)]。この作業は、大木司法卿を総裁とする司法省官吏及びボアソナードら計9名からなる委員会によって行われた。その成果として、1878（明治11年）末に「ボアソナード氏起稿治罪法草案直案（仏文六五〇条）」（以下、「ボアソナード草案」とする）が作成された。このボアソナード草案は、1808年のフランス治罪法をモデルに作成されたものであり、ボアソナードの構想が色濃いものであった。その後、日本人委員による修正を経て、1879（明治12）年6月に「治罪法草案六五〇条」が完成した。

次の②審査局段階では、この「治罪法草案六五〇条」の審査修正作業が行われたが、この時点で既にボアソナードは立法作業から排除されている[(7)]。この審査局段階での作業は、1880（明治13）年2月26日に終了し、翌27日「治罪法審査修正案五三〇条」が太政大臣に提出された。

この修正案は、直ちに、③元老院段階の審議作業に付されるはずであったが、その前に内閣において陪審制度削除という大幅な修正を受けた[(8)]。その結果、同案は「治罪法審査修正案四八〇条」として元老院に下付されたが、若干の修正を受けたのみで採択された。そして、旧刑法と共に、1880（明治13）年7月に公布、1882（明治15）年1月より施行されたのであ

る。

以上のような治罪法の制定過程は、完成した治罪法が当初のボアソナードの構想からかなり距離のあるものとなったことを示すものである。特に、「陪審制度」の削除はその最たるものであり、このような制定過程は、ボアソナードが「草案中に掲げた自由主義的・個人主義的要素が、日本人編纂委員によって削除された経緯」(9) であるといえる。このような制定過程に踏み込んで検討することは、治罪法における証拠開示の意義を確認するうえで不可欠であるといえよう。

そこで以下では、より具体的に治罪法における証拠開示の規定、予審に関する規定、予審を中心とする公判前手続で採取された証拠の公判での取扱いに関する規定などに焦点を当てて、治罪法の制定過程を概観することにしよう。

第2款　ボアソナード草案と証拠開示

1. ボアソナード草案における証拠開示・弁護権

先に述べたように、治罪法編纂作業の出発点となったのは、ボアソナード草案であった。ボアソナード草案における証拠開示の規定は、442条であった。

> 442条「辯護人ハ尋問ノ後チハ自由ニ被告人ト交通スルコトヲ得ヘク及ヒ書記局ニ於テ訴訟ニ管スル書類物件ヲ検閲スルコトヲ得　弁護人ハ又其写ヲ取ルヲ得　但其書類物件ヲ他ニ移スヲ許サス　其他何人トイヘトモ送付ノ命令以後重罪院ノ判決マテハ被告人ト交通スルヲ得ス　但被告人拘留セラル管轄地ノ裁判所ノ上席ノ允許アルトキハ此限ニ非ス」(傍点引用者) (10)

傍点部分の文言からも明らかなように、この規定は弁護人への証拠開示

を規定したものであった。ボアソナードはこの点について特に解説を行っていない(11)。ボアソナード草案では、弁護権の規定は「第三章　重罪ノ裁判」においてのみ設けられていたので、証拠開示は重罪院における手続でのみ認められていたといえる。公判前の手続時期における弁護人に対する証拠開示に関する規定は見当たらない。

この点については、ボアソナードによる以下の指摘が重要であろう。「法律上被告人ノ辯護ノ権ヲ鄭重ニスト雖モ之ヲ以テ捜索ノ障害トナス事能ハス」、「他又眞ノ辯護ノ権利ハ豫審終結ニ據リ被告人ノ摸様即チ其犯罪人ナル事確定セル後ニ非サレハ発生スル者ニ非ス……故ニ此時マテ被告人ノ代言人ト交通スル事ヲ得ルハ是レ恩典ニ出ツル者ナル」(12)、と。すなわち、ここでは、被告人の弁護権は尊重すべきであるが、捜索（捜査）の障害となるべきではない。さらには、本当の意味での弁護権は予審終結後に公訴が確定した後でなければ発生しないというボアソナードの考えが示されているのである。その理由としては、「二三ノ外國法律ニハ被告人ニ對シ一層自由ヲ興ヘ即チ豫審中ト雖モ職権ヲ以テ又ハ被告人ノ請願ニ依リ代言人ヲ用フル事ヲ許ス者アリ然レモ此法ハ歐州ニ於テモ其經驗ヲ充分ニ盡ササルヲ以テ今日之ヲ日本ニ施ス事ヲ得サル可シ」(13) ことを挙げている。このように、予審における弁護人の保障は、当時の日本における経験の不足を理由として消極的に捉えられていたのである。

他方で、ボアソナード草案168条は、被告人が自身の供述を記載した予審調書の謄本を請求することができる旨を規定している。

168条「被告人ハ自己ノ申立ヲ證シタル調書ノ謄本ヲ求ムル事ヲ得」

ボアソナードは、この条文について、「恐クハ後日訊問ヲ爲スニ當リ其供述スル所ノ相牴觸スルヲ防クニ便ナラン」(14) として、被告人による供述の齟齬を防ぐことを目的として挙げている。ここでは、被告人による防

御という観点は、強調されてはいないことが確認できる。

以上のように、ボアソナード草案における証拠開示は、公判段階では全面的に認められていたが、公判前の手続においては全く認められていなかったといえる。そして、その理由としては、弁護権保障による捜査妨害に対する懸念やその経験不足などが挙げられていたことが確認できる。それでは、このような証拠開示は、手続全体から見てどのような意味を持ち得たのであろうか。以下ではボアソナード草案の手続構造を概観することとする。

2. ボアソナード草案における公訴権・検察官の位置付け

まず、訴追官たる検察官及び捜査機関の捜査権限に関する規定を確認する。ボアソナード草案においては、検察官は、「原ト公訴原告人」とされており、訴訟当事者としての役割を担うべきとされていた。さらに、検察官は、「誠意ヲ以テ事實ノ發見ヲ力メサル可カラス是ヲ以テ總テ其諸負責ヲ減殺破却シ或ハ其一部ヲ減殺破却ス可キ者ト認メタル事柄ハ勿論纔カニ罪責ニ附キ疑ヲ生スル事有ル可キ者ト雖モ猶ホ之ヲ明示スルヲ以テ基本分ナリトス」として、被告人にとってわずかに有利な事実であっても明示する義務を負うとされていた。

他方で、ボアソナードは、「證據ノ正シク生スルハ獨リ豫審判事ノ面前又ハ裁判所ノ法廷ノミ」と述べ、さらに「檢察官ハ刑事訴訟ノ原告人ノ職務ヲ行ハサル可カラサル者ナレハ自カラ己レノ陳述スル證據ノ預備ヲ爲シ又ハ之ヲ創制スルヲ得サルナリ」、「事實ノ擴大ト爲シ或ハ強テ證據ヲ求メ或ハ證據ノ性質ヲ變シタリシヤ否ヤノ疑ヲ招ク等ノ事有ル可カラス」(15)としていた。ここでは、検察官の強制的な証拠収集権限は否定されているといえる。

また、被告人の身体拘束権限は裁判官のみに与えられており、現行犯・準現行犯の場合は、緊急を要するという理由から例外的に検察官及びその

補佐官が被告人の身体を拘束することができるとされていた[16]。

このように、ボアソナード草案における検察官は、強制的な証拠収集権限を基本的に持たない原告（訴訟当事者）であり、他方で被告人にとってわずかな有利な事実をも明示する義務を負わされていたのである。

3. ボアソナード草案における予審と公判の関係

それでは、弁護人が付けられていない状態で進められる予審を経た証拠は、公判手続においてどのような価値を持っていたのであろうか。この点を確認することは、ボアソナード草案における証拠開示が有していた意義を確認するために重要であると考えられる。というのも、弁護側が実質的に関与し得ない手続時期において、証拠固めが行われ、判決が実質的に確定されるのであれば、全ての証拠の開示を受けたとしても、その一方的に確定された手続の結果の確認を意味するに過ぎないからである。その意味でも、ボアソナード草案における証拠調べの原則を確認する必要があろう。

この点に関するボアソナード草案の規定は以下の通りであった。

> 335条「糾問裁判官ノ面前ニテ訴用セラレタル罪責ノ負ハシメ・・・又ハ罪責ヲ免レシメントスル一切ノ証拠ハ裁判ノ法庁ニ於テモ亦等シク許用セラル可シ」

この規定について、ボアソナードは以下のように解説している。予審判事が収集した「證據タル更ニ公判廳ニモ之ヲ提出スルヲ要スル者トス何トナレハ新裁判官ハ更ニ又事實ヲ審悉シ罪科ノ一切ノ元素ニ附キ心證ヲ作ラサル可カラサレハナリ」、「被告人ノ訊問證人ノ訊問鑑定人ノ報告證據物件ノ提出等ニ就テモ亦其法式同様タル可シ」、と。ここで示されている「新裁判官」とは公判の裁判官を意味するとされている[17]。すなわち、「公判

には予審調書をそのまま提出することは許されず、予審で取調べられ調書に記載された元の証拠（＝証言そのもの、物証そのもの）を、改めて提出し直さねばならぬ。なぜなら、公判の裁判官は最初から直接証拠を見て……心証を形成しなければならないから」(18) と説明されているのである。

また、ボアソナード草案336条の規定も重要である。

> 336条「若シ犯罪ノ既ニ予審ノ目的タリシモノタルトキ其予審中管轄ノ官吏ニ因テ法式ニ従ヒ記載セラレタル調書及其他ノ検証証書ハ訴訟官係人中一人ノ請求ニ依リ又ハ裁判長其読上ヲ以テ裁判所ノ為メニ事実ヲ明白ナラシムルニ益アリト察スルトキハ職権ヲ以テ書記ニ朗読セシム可シ　前項ノ調書ニ記スル所ノ総テノ陳述ハ官吏ノ自カラ見聞セシ所ノ事実ヲ記シタルトキト雖モ其罪責ヲ負ハシメ又ハ之ヲ免レシムルカ為メニモ証人ノ証拠ノ力ヲ有スルニ過キス　而シテ一切ノ反証ニ因テ之ヲ攻撃スルヲ得可……」

この規定の意味について、公判段階で裁判長の職権により証人訊問調書を書記に朗読させた場合は、公判廷における証言と同一の効力があるとする見解が存在する (19)。しかし、ボアソナードの解説はこれとは異なる。すなわち、「然レモ犯所ノ臨撿ニ至テハ之ヲ行フノ場合甚タ稀ナリ蓋シ其重輕罪ノ犯跡既ニ隠滅シテ之カ臨撿ヲ行フモ據ル可キノ證無キ事多キカ故ナリ是ヲ以テ此点ニ就テハ獨リ豫審判事ニ於テツクリタル撿證調書ノミ據ル可キノ効力ヲ有ス」、と。この解説を見る限り、草案336条にいう「予審中管轄ノ官吏ニ因テ法式ニ従ヒ記載セラレタル調書」とは予審検証調書を指すものであり、証人訊問調書はこれに含まれていなかったといえよう (20)。

さらに、ボアソナード草案337条も重要な規定である。

337条「予審ニ訊問セラレタル証人ハ同様ニ訊問セラルルカ為メ更ラニ呼出セシメラレ又ハ呼出サルルコトアル可シ　訴訟管係人ノ各人モ亦証人ノ呼出セラレサルカ又ハ法式ノ如ク呼出ヲ受ケテ出席セサルカ若シ又其出席シタルモ二箇（前後ノ）ノ供述照合セシムルカ為メ必益アリト見ユルトキハ予審ニ於テ筆記セラレタル供述ノ朗読ヲ求ムルコトヲ得可シ　裁判長ハ職権ヲ以テ右ノ朗読ヲ命令スルヲ得可シ」

この規定の意味について、ボアソナードは、以下のように解説している。「豫審中既ニ證人ヲ訊問シタル事有ルト否トニ拘ワラス本案裁判官ニ於テハ更ニ是ヲ召喚スル事ヲ得……證人ノ初次ノ陳述ハ其更ニ召喚スル事無キカ或ハ其レカ出廷ヲ爲サス若クハ出廷シタルモ亦其初次ノ陳述ト齟齬スルニ似タル時ニ非スンハ之ヲ朗讀セス而シテ此三個ノ場合ニ於イテ猶ホ該朗讀ハ當然爲ス可キ者ニ非ス関係人ノ一方ニテ之ヲ要求スル有テ始テ行ハルル者ナリ然レモ裁判長ハ常ニ職権ヲ以テ之ヲ命スルヲ得可シ……」[21]。すなわち、この規定では予審調書を公判で朗読する場合が、①証人が公判に呼び出されない場合、または②呼び出されている証人が出頭しない場合、あるいは、③証人は出頭したものの予審で行った陳述と内容が食い違う陳述を行った場合であって、訴訟関係人の請求または裁判長の命令がある場合に限定されているのである[22]。

第3款　ボアソナード草案の手続構造と証拠開示

以上のように、ボアソナード草案においては、公判審理における直接主義・口頭主義がかなりの程度で徹底されようとしていたことが分かる。直接主義・口頭主義を徹底しようとするボアソナードの構想は、陪審制度を導入しようとしたその姿勢にも現れているといえよう[23]。その反面、ボアソナード草案においては、弁護権が保障される手続時期や対象事件は相当程度に限定されており、これに伴って証拠開示が認められる手続時期や

対象事件も限られていた。

他方で、検察官は被告人に対する原告たる訴訟当事者とされ、強制的な証拠収集権限・身体拘束権限は基本的に付与されておらず、さらに被告人に有利な事実は全て明示する義務を負わされていた。

このような手続構造の中で、証拠開示はどのような意義を持ち得たのであろうか。ボアソナード草案においては、予審を中心とする公判前手続では秘密性の維持が基本とされ、弁護人は関与し得なかった。とはいえ、この公判前手続において作成された調書等が公判審理において決定的な役割を果たしたかというとそうではない。ボアソナード草案は、予審等で作成された調書等の利用可能性を厳格に限定していた。このように、ボアソナード草案は、直接主義・口頭主義の貫徹によって公判中心主義を実現しようとしたと評価できるものであったといえる。

もっとも、ボアソナード草案が想定していた公判中心主義は、予審・事実審裁判官による「裁判官中心型」の公判中心主義であったことは否定できないように思われる。このことは、弁護人に関与はもちろん、検察官もあくまで原告であることが強調されている点からも窺えることである。

すなわち、捜査の主体は裁判官（予審判事）であり、その捜査により証拠が収集される。予審において作成された調書は、予審検証調書以外は証拠として扱うことはできず、公判における直接主義・口頭主義が貫徹される。検察官及び弁護人は、重罪事件の場合に、公判段階以降から、実質的に関与することが可能となる。以上のことを踏まえるならば、ボアソナード草案においては、刑事手続進行の主導はあくまで裁判官とされていたと評価できる。

証拠開示も、このようなボアソナード草案の基本的性格の影響を強く受けているといえよう。以上のような性格を持つ手続においては、証拠開示は限定的な意味しか持ち得ない。むしろ、証拠開示を早い手続時期から広範囲に認めることは裁判官の活動を妨害さえするというのが、ボアソナー

ドの構想であったといえるのではないだろうか。上述のような、公判前手続における弁護権に対するボアソナードの見解は、このことを如実に表している。裁判官主導の手続進行を基本線とするボアソナード草案における証拠開示は、その恩恵的性格を否定することはできないように思われる。

とはいえ、ボアソナード草案においては、弁護人が関与できない予審段階において作成された調書等は基本的に証拠とされないことにより、予審における一方的な証拠固めや、刑事手続の結果の実質的確定は不可能であったことを看過すべきではない。事件の帰趨が決される公判段階において、全面的な証拠開示を受けられるということは、重要な意味を持ちうると考えられるからである。

検察官及び裁判官が、被告人の利益も十分に考慮し手続を進める限りでは、証拠開示は被告人側に有利・不利を問わない公正な捜査・訴追過程を示すことになる。そして、検察官の地位、裁判官による捜査という構想、予審の位置づけを前提とするならば、ボアソナード草案における証拠開示は、まさに公正かつ公平な捜査・訴追過程を公判段階で弁護側に示すものとなり得たといえる。その結果、証拠開示は、弁護の準備に資する重要な制度として位置づけられていたといえよう。

第2節　治罪法における証拠開示制度の位置づけ

第1款　治罪法における証拠開示と弁護権

以上のように、ボアソナード草案は、検察官の地位や直接主義・口頭主義の貫徹等、注目すべき構想をさまざまに規定したものであった。他方で、証拠開示をはじめとする弁護権については、その恩恵的性格を基本的前提にしようとするものであったといえよう。それでは、このようなボアソナード草案を基礎として編纂された治罪法[24]において証拠開示はどのように規定されていたのであろうか。

証拠開示については、治罪法382条で規定されていた。

382条「辯護人ハ第三百七十八條ノ處分アリタル後被告人ト接見スル事ヲ得……又書記局ニ於テ一切ノ訴訟書類ヲ閲讀シ且之抄寫スル事ヲ得……」（傍点引用者）

治罪法編纂過程に関与した村田保によれば、この規定は、378条にいう被告人訊問（重罪裁判所長又はその委任を受けた陪席判事が、公訴状送達24時間後、書記官立ち会いのもと、被告事件について行う被告人に対する訊問及び弁護人を選任しているかどうかに関する質問）の後に、弁護準備のために訴訟書類の閲覧・複写を弁護人に許すことを予定しているものであった。もっとも、書記局外に訴訟書類を持ち出すことは許されていなかった[25]。このように、治罪法における証拠開示の規定は、ボアソナード草案とそれほど相違なかった。さらに、予審において、被告人が被告人訊問調書の謄本を請求することができる旨の規定も、ボアソナード草案と変わりなく規定されている（153条[26]）。

次に、この閲覧対象となる「訴訟書類」の具体的内容についてみてみよう。これは訴訟に関する様々な書類であるが、例えば巡査が提出した勾留状・収監状執行に関する書類（138条）、予審判事による臨検、家宅捜索、物件差押え、被告人及び証人に対する訊問（148条）、鑑定命令書・鑑定書（199条）、予審終結言渡書（230条）などが挙げられる。このように、「訴訟書類」は強制処分やその執行状況を中心とした公判前手続の状況を詳細に記録したものであったといえよう。

それでは、証拠開示が認められる事件の範囲についてはどうか。これについて、弁護人制度については変化が見られる。治罪法草案438条以下（第三編公判第三章重罪公判）では重罪公判において、被告人の弁護人選任権を保障して、弁護人がついていない状態で弁論が行われた場合に刑の言渡を無効とすることを規定していた。さらに、治罪法は、重罪公判だけ

でなく全ての公判に弁護人制度を拡充したのである。

> 266条「被告人ハ辯論ノ為メ辯護人ヲ用フル事ヲ得　辯護人ハ裁判所所属ノ代言人中ヨリ之ヲ選任ス可シ但裁判所ノ允許ヲ得タル時ハ代言人ニ非サル者ト雖モ辯護人ト爲ス事ヲ得」

この規定は、治罪法の第四編公判第一章通則の中に定められたものであった。このような弁護人制度の拡充は、上述の②治罪法草案審査局における審査修正作業の中で実現したものであった[27]。

このように、治罪法においては、弁護人を付することができる事件の範囲は軽罪も含む全ての事件へと拡充された。もっとも、証拠開示に関する規定は、第四編公判第一章通則には置かれなかった。治罪法382条における証拠開示は、第四編公判第四章重罪公判で規定されていた。さらに、予審を中心とする公判前手続において弁護人制度の導入がないことは治罪法も変わりなかった。それゆえ、証拠開示そのものが重罪事件の公判のみにおいて認められるということは、ボアソナード草案から変化がなかった。

さらに、証拠開示が378条にいう被告人訊問後から認められる理由については、検察官の堀田正忠が以下のように説明を加えている。「第三百七十八條ノ處分前ニ其閲讀抄寫ヲ許スモ爲メニ事實發見ヲ妨クル事アラサレハナリ然レモ豫審終結ノ言渡確定スル前ハ之ヲ許ス可カラス蓋シ豫審密行ノ主義ニ戻レハナリ」[28]、と。ここでは、証拠開示を認める時期について、真実発見を妨害しないという理由が強調されている。それゆえ、真実発見を妨害する可能性がない場合は、公判開始後被告人訊問前の時期においても閲覧は認められ得る、としている。

もっとも、実務においては証拠開示及び弁護人に対する裁判官の不信感は大きかったようである。例えば、当時から弁護活動を行っていた立川雲平は以下のように述べている。「裁判所の方では辯護人と云ふ者は被告人

の従犯位に見て居て……原田某軽罪事件の辯護を受任したから記録を見せてくれと掛合った處が書記先生なかなか聞入れぬ已むを得んから裁判官に直談判を試みた結果……裁判官は曰辯護人に記録を見せると色々な穴を探し手落を見つけて官の威厳に關るからみせぬのじやと御託宣だ僕は然らば治罪法はどうなさる同法には辯護人に記録を見せよとあるではありませんかと切込めば裁判官はスマシタもので其は重罪の規則である軽罪にはそんな規則はない」と返答したという(29)。結局、その事件では記録を見ることができなかったという。このように、少なくとも当時の裁判官は、証拠開示は手続を妨害しかねないものとしてとらえていたといえよう。

さらに公判段階における他の弁護権についても、さまざまな制限が設けられた。治罪法267条、269条、さらに270条は一定の条件のもと、全ての事件に関する公判において被告人の欠席裁判を許し、その場合には弁護人の出廷を認めないことを規定していた。また、治罪法291条は弁護人及び被告人による直接訊問権を否定していた。

> 291条「證人及ヒ被告人ハ裁判長ニ非サレハ之ヲ訊問スル事ヲ得ス
> 陪席判事及ヒ検察官ハ裁判長ニ告ケ證人及ヒ被告人ヲ訊問スル事ヲ得
> 訴訟関係人ハ辯論ニ必要ナリトスル條件ヲ分明ナラセシムル爲メ證人ヲ訊問ス可キ事ヲ求ムルヲ得」

以上のように、弁護制度そのものは、その事件の範囲が拡充されるなどの前進が見られたものの、証拠開示などの弁護権の内容については、ほとんど前進はなかったといえる(30)。それでは、証拠開示を始めとする弁護権以外の規定については、どのような修正が加えられたのであろうか。以下では、それらの点を確認しよう。

第2款　治罪法における公訴権・検察官の位置付け

治罪法において検察官はどのように位置付けられたのであろうか。この点につき、例えば、治罪法92条が挙げられる。

> 92条「檢察官ハ後ニ記載シタル告訴告發現行犯其他ノ原由ニ因リ犯罪アル事ヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタル時ハ其證憑及ヒ犯人ヲ捜査シ第百七條以下ノ規則ニ從ヒ起訴ノ手續ヲ爲ス可シ」

村田は、この規定について以下のように解説している。「檢察官ト豫審判事トノ職務ハ密着牽連スル者ナリト雖モ決シテ之ヲ混同ス可カラス檢察官ハ刑事ノ訴訟ニ付キ原告官ナルヲ以テ自ラ檢シ自ラ檢シ自ラ訴フ可カラス……故ニ現行犯及ヒ准現行犯ノ時機緊急ナル場合ヲ除クノ外檢證訊問其他證據を蒐集スルハ決シテ檢察官ノ管掌ス可キ事ニ非ス」(31)、と。さらに、「檢察官ハ社會ノ代人ト爲リ公訴ヲ行フ者ニシテ刑事ノ原告人ナリ」(32)、と。このように、村田によれば、検察官は「社會ノ代人」と位置付けられる一方で、被告人に対峙する原告官としても位置付けられ、現行犯事件等の緊急の場合以外は、証拠を強制的に収集する権限を付与されていなかったのである。

当時の検察官であった堀田正忠も、検察官を「社會ノ代人」(33)と位置付け、「檢察官ハ……一般ノ利益ヲ保護ス可キ者ナリ故ニ檢察官ヲ称シテ公益ノ保護人ト謂ヒ又法律ノ適用ノ監督者ト謂フ」(34)とする。ここでの「公益保護」の具体例としては、被告人の利益のために証人を訊問することや証拠物件を収集すること、さらに上訴や再審も請求することなどが含まれると説明されている。他方で、堀田は、「檢察官ノ捜査ヲ爲スハ行政官タルノ分限ヲ以テ爲スモノニ非ス即チ刑事原告官タルノ分限ヲ以テ爲スモノナリ之ヲ譬ヘハ通常ノ民事ニ於ケル原告人ノ如シ」(35)として、検察官の訴訟当事者としての地位を強調している。

以上のように、検察官は、ボアソナードの構想と同様に位置付けられていたといえる。もっとも、治罪法では、予審段階において、被告人側に対する証拠開示が認められていなかったのに対し、検察官に対しては常に訴訟書類の閲覧が認められていた（117条）[36]。その理由として、例えば村田は、「撿事ハ公訴ノ利益ニ關シ豫審ノ模様及ヒ其結果ノ如何ヲ知リ得ルノ權」があることを挙げている[37]。このように、検察官は、訴訟当事者と位置付けられていたとはいえ、「社會ノ代人」という地位に相応して、被告人側に比べ優越した権限が付与されていたといえよう。

以上のように検討すると、治罪法では、ボアソナード草案に比べ、検察官の権限が強化されていたと評価できる。

第3款　治罪法における予審と公判の関係

最後に、予審と公判の関係を中心とする証拠調べに関する規定を確認しておこう。まず、上述のボアソナード草案335条に当たる条文として治罪法283条が挙げられる。

283条「公判ニ於テ用フ可キ證據ハ豫審ニ於テ用フ可キ證據ニ同シ」

この規定について、村田は、「公判ニ於テ證據トシテ用フ可キ者ハ豫審ニ於テ證據トシテ用ヒタル者ニ異ナル事ナシ故ニ豫審ノ時證據トシタルハ公判ニ於テモ之ヲ證據トシ豫審ニ於テ證據トセサルハ公判ニ於テモ證據トセサル事ヲ云フ」[38]と解説している。ここでは、予審において証拠として採用されなかったものは、公判において証拠とすることができないとされている。

他方で、堀田は、この村田の見解を「誤謬ノ尤モ甚キモノナリ」と批判し、以下のように述べている。「豫審判事ハ被告人ヲ公判ニ移ス可キヤ否ヤヲ判定センカ爲メ原被ノ証憑ヲ集聚スルモノニシテ専ラ公判ノ用ニ供セ

ンカ爲メ之レヲ集聚スルモノニ非ラス又公判判事ハ豫審ニ於テ集聚セシ所ノ証憑及ヒ原被兩造ヨリ差出セシ所ノ証憑ヲ取調ヘ以テ事ノ曲直ヲ断スルモノナレハナリ」、と[39]。この堀田の見解においては、予審は事件を公判に付すべきかどうかを判断するにすぎないという理由から、予審が持つ証拠収集機能・権限が、村田の見解に比べ限定され、公判段階における新たな証拠の収集・提出も肯定されている点が特徴的である。

もっとも、上述のように、治罪法は、検察官の強制捜査権限を現行犯及び準現行犯事件における逮捕に限定していた（92条）。この条文につき、堀田は、捜査には「証憑の捜査」と「犯人の捜査」があると指摘する。その上で、堀田は、「証憑の捜査」について、「豫審判事ノ証憑ヲ蒐集スルト違ヒ被告人及ヒ證人ヲ訊問シ犯所ニ臨撿シ家宅ヲ捜索スル等ノ處分ヲ行フモノニ非ス」[40]として、予審判事と検察官が持つ権限とを区別する（検察官には強制的な証拠収集権限はない）。

では、検察官による「証憑の捜査」とはなにか。これについて、堀田は、「一事件ヲ裁判官ニ訴フ可キヤ否ヤ若シ之ヲ訴フルモノトセハ何レノ裁判官ニ訴ヘテ可ナル乎ニ付キ撿察官ノ思料ヲ作成センカ爲メ爲ス所ノ取調ナレハ告訴状告發状新聞紙其他告訴人告發人ヨリ差出ス所ノ証憑等ニ就テ其思料ヲ作成スルニ止マルモノナリ」[41]、とする。そして「犯人の捜査」については、「豫審判事ノ令状ヲ發スルカ如キ處分ニ非ス唯被告人ハ果テ犯人ナルヤ否ヤヲ考定スル處分ナリ例ヘハ被告人住所ノ地ノ警察官若クハ戸長ニ通知シ其行状ヲ取調フルカ如キテ謂フ彼ノ現行犯ノ場合ニ於テ犯人ヲ逮捕シ若クハ令状ヲ發スル如キ豫審ノ處分ト混同視スル事勿レ」[42]とする。いわゆる対人的捜査である。そして、証憑に関する捜査と同様に、予審判事による処分とは明確に区別されるべきことが明示されている。

このように、堀田の見解は、当時の検察官による証拠収集のあり方を詳細に検討している点で重要である。そして、当時の検察官には、その地位

に応じて、強制的な捜査権限は原則的に認められていなかったこと、任意の取調べを中心に捜査が行われていたことを確認することができる。

次に、上述のボアソナード草案336条に当たる治罪法284条を見てみよう。

284条「裁判長ハ検察官其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ予審中管轄官吏ノ作リタル調書及ヒ檢證書類ヲ朗読セシムル事ヲ得是等ノ書類ハ原被證人ノ陳述ト同一ノ効力ヲ有ス」

この規定について、村田は、「豫審中豫審判事ノ作リタル檢證調書及ヒ檢證書類ハ完全確實ナル者ナリ故ニ公判ニ於テ更ニ事實ヲ取調フル事ヲ緊要トセス必要トスル場合ニハ豫審判事ノ作リタル調書ヲ朗讀セシムルヲ以テ充分ナリトス」、「書類ヲ朗讀セシメタル時ハ原告被告ノ證人口ツカラ證據ヲ陳述シタルト毫モ異ナル事ナシ」、と説明している。このように、村田は治罪法283条に関する解説と同様に、284条においても予審判事の作成した書類に高い信頼を置いているといえよう(43)。

これに対し、堀田は「豫審ニ於テ作リシ調書及ヒ檢證書類ヲ朗讀セシムルヲ得ル旨ヲ定ムルモノナリ」として、調書及び検証書類の公判における朗読可能性を肯定する一方で、以下の点を指摘している。すなわち、「豫審書類ハ公廷ニ於テ之ヲ朗讀セシメシ上ニ非サレハ決テ公判ノ用ニ供ス可カラス蓋シ公判裁判官ハ公廷ニ於テ見聞セシモノノ外之ヲ採テ心証ニ供スル能ハサルノミナラス原被兩造ハ豫審書類ニ付キ充分ニ弁論ヲ爲スノ權アレハ裁判官公廷ニ於テ朗讀ヲ聽カス且原被兩造ヲシテ充分ニ辯論セシメサリシ所ノ書類ヲ採テ其心証ニ供スルハ法律ノ許ササル所ナリ」(44)、と。このように、堀田の見解は、予審判事や裁判官に高い信頼を置く村田の見解とは異なり、公判における検察官や弁護人による弁論に一定の重要性を認めるものであった。それゆえ、書面の朗読が許されるとしても、両当事

者による弁論によって十分な吟味がなされなければならないことを要求しているのである[45]。

さらに、ボアソナード草案337条に当たる治罪法286条も確認する必要がある。

> 286条「豫審ニ於テ訊問シタル證人ハ更ニ之ヲ呼出ス事ヲ得　豫審ニ於テ録取シタル證人ノ陳述書ハ更二其證人ヲ呼出ササル時證人呼出ヲ受ケ出廷セサル時又ハ豫審及ヒ公判ニ於テノ陳述ヲ比較ス可キ時ハ檢察官其他訴訟關係人ノ請求ニ因リ又ハ裁判長ノ職權ヲ以テ朗讀セシムル事ヲ得」

この条文につき、村田は、「其證人ノ陳述ニ付テハ既ニ調書ヲ作リタルニ因リ公廷ニ於テ之ヲ朗讀セシムル時ハ更ニ之ヲ呼出スノ煩ヲ去ル可シト雖モ公判ハ固ト口陳辯論ヲ主トスル者ニシテ豫審ノ如ク書類ニ依テ判決ヲ爲ス者ト異ナリ故ニ之ヲ呼出シ口ツカラ陳述セシムルヲ以テ本則トス」[46]、とする。ここでは、直接・口頭主義が原則であることが主張されている。

これに対して、堀田は以下のように述べている。「証人一旦豫審ニ於テ陳述ヲ爲セシトキハ其陳述書アルヲ以テ更ニ之ヲ公判ニ呼出ササルモ唯之レヲ朗讀セシムルヲ以テ足レルカ如シト雖モ誤聞書損ノ患ナキ能ハサル陳述書ヲ讀ムト親ク本人ノ陳述ヲ聽クトハ其確實ノ点ニ付キ大差アルヲ以テ一旦豫審ニ於テ訊問ヲ受ケシ証人ト雖モ更ニ之ヲ公判ニ呼出スヲ禁ス可カラス是レ本項ノ設ケアル所以ナリ」[47]、と。このように堀田は、証人の陳述に関する予審調書がある場合、公判でそれを朗読することで充分であるが、聞き違いや書き損じなどの可能性もあるから、公判で直接証人に訊問する方が、確実であると述べているのである。さらに堀田は、証人に関する予審調書を朗読しうる状況を、以下の3つの類型に分類している。第1

の類型は、裁判所の職権あるいは訴訟関係人によって証人が呼び出されなかった場合である。堀田は、予審において訊問を受けた証人を必ず呼び出さなければならないという規定は存在しないと説明している。第2の類型は、証人が呼出を受けたにもかかわらず出廷しないとき、その証人の証言を聞く必要がないとされた場合である。もっとも、証言を聞くことが必要とされた場合は、公判を延期し、さらに呼び出し、これにも応じないときに勾引しうる。そして、第3の類型は、証人が呼出に応じ出廷し、証言したが、予審における陳述と相違する場合である。この場合は、予審における陳述と公判における証言を比較し、相違する部分に関する弁解を求めるために予審調書の朗読が許される、と説明されている。この3類型に該当する場合、裁判長の職権または訴訟関係人の請求によって予審調書の朗読が許される、とされている。

以上のように、ボアソナードと立法関与者である村田及び堀田との見解の比較から、これらの見解には、予審と公判の関係、さらには公判における証拠調べの原則である直接・口頭主義の理解について、一定程度の相違があることを確認できた。村田や堀田の見解においては、ボアソナードの構想に比べ、公判前の手続に対する高い信頼を指摘することができる。さらに、堀田においては村田の見解に比べ、検察官に対する信頼が高いことも認められる。

以上のようにみると、治罪法はボアソナード草案に比べ、予審を中心とする公判前の手続に一定の比重を置いており、その意味で直接・口頭主義を中心とする公判中心主義がやや軽視されていることが指摘できよう。

以上の概観から、治罪法はボアソナード草案に比べ、予審を中心とする公判前の手続の比重が高くなっていることを確認することができた。これに対し、弁護権については、以下のことを確認できた。弁護人を付すことができる事件が大幅に拡大されたとはいえ、公判前の手続における弁護の関与が全面的に否定されているという状況には変化はなかった。さらに、

証拠開示についても、重罪公判においてのみ認めるという状況に変わりはなかった。それでは、これらの確認を踏まえた検討を、以下で行うことにしよう。

第4款　治罪法の手続構造と証拠開示

以上のように、治罪法においては、予審を中心とする公判前手続の結果のもたらす公判への影響力が強化されたにもかかわらず、公判前手続における弁護権強化を中心とする改正は行われなかったといえる。それゆえ、治罪法における証拠開示の意味は、ボアソナード草案におけるそれに比べて減殺されたものとなってしまったといえよう。

なぜなら、被告人・弁護人が争うことのできない予審段階において作成された予審調書に一定程度の重要性が付与されることによって、弁護人が閲覧できる証拠・書類の中に、「防御のため」に閲覧できる部分と「既に確定したものを確認するにすぎない」部分が生じたと考えられるからである。

例えば、治罪法286条により予審における証人訊問調書の朗読が認められた場合、被告人側が、自身が関与していない場においてなされた供述の信用性等について実効的に争うことは困難である。この場合、この予審における証人訊問調書を閲覧することについて、「防御のために」閲覧するという意味は減殺され、「予審においてこのような証言がなされた」という事実を確認したにすぎないという側面が生ずるといえよう。

さらに、梅田豊が指摘するように、治罪法においては、予審調書を公判で朗読せずに「其公判ノ用ニ供」することも、法律上許されないが、事実上可能とされていた。裁判官は公判手続外で予審の書類等を見ることができる立場であるとされていたからである(48)。その背景としては、治罪法においては、陪審制が削除され、裁判官が訴訟指揮と事実認定を行うこととなったことが挙げられている(49)。

これらを踏まえれば、治罪法における証拠開示については、以下のような特徴を指摘することができよう。第1の特徴は、証拠開示が公判段階における弁護を準備するための重要な制度として位置付けられていることである。

第2の特徴は、その開示対象は事実審裁判所に提出された、公判前手続における強制処分やその執行状況、進行状況等の「記録」も含まれるという点である。

第3の特徴は、その対象となる「記録」は、訴訟の一方当事者たる検察官ではなく、公正な判断者たる予審判事による捜査・訴追過程の記録であるということである。これにより、治罪法にいう公判において開示対象とされる「記録」としては、被告人に有利・不利を問わない全ての証拠に関する捜査・訴追過程が、想定されていたといえる。この点を見れば、治罪法における証拠開示は、予審判事による証拠収集過程を含んだ予審の経過を事後的に提示（捜査・訴追過程の事後的検証）する、という意味を持ち得たといえよう。その意味で、治罪法382条は、「證據」ではなく「一切ノ訴訟書類」を「閲讀」及び「抄寫」しうることを規定しているといえる。被告人側は、証拠開示を通して、どのような証拠収集や訴追の判断が行われたかを事後的に確認することによって、有罪方向への証拠に対する反証や無罪方向での証拠の探索行うことができた。その意味で、証拠開示は、公判段階における弁護活動にとって重要な意義を持ち得た。

しかし、第4の特徴としては、予審を中心とする公判前手続においては被告人側による関与が認められていなかったため、公判に提出される「記録」は、あくまで裁判官の判断によって作成されたものであったことが指摘できる。

さらに第5の特徴として、治罪法は、ボアソナード草案に比べ予審調書に高い信用性が認められており、さらに公判において調書から心証をとることが可能であった点である。このような直接・口頭主義を中心とする公

判中心主義の例外の拡大は、証拠開示の意味を形骸化させる可能性を持つものであったといえる。そこでの証拠開示は、公判における弁護の準備のためという意味は一定程度後退し、弁護側が検証・関与・反論し得ない予審段階における調書を確認するに過ぎないという意味をも持つこととなったといえる。

第3節　小括——治罪法の構造と証拠開示の意義

以上のように、ボアソナード草案及び治罪法の構造とそこでの証拠開示が持つ意義を確認してきた。

この両者に共通して指摘できることは、証拠開示そのものについて、それほど規定も設けられておらず、またこの点に関する議論もそれほどないことである。

この両者の法規定においては、それぞれ公判開始後において、公判廷に提出された全ての訴訟記録を閲覧し、あるいは謄写できる、とされている。この条文を挙げながら、治罪法は、被告人側の「全面的証拠開示を受ける権利を定め……現行法の制度とは……証拠開示の完全性の点で現行法をはるかに凌駕している」(50) と指摘する見解がある。しかし、公判開始後に証拠が「全て」開示された点のみをもって、治罪法において証拠開示の問題は存在し得なかったと断言できるのであろうか。本節においては、このような問題意識も踏まえ、手続全体において証拠開示がどのような意義を持ち得たのかを確認した。

ボアソナード草案及び治罪法の共通点として指摘しうるのは、裁判官（予審判事・事実審裁判官）が、証拠の収集及び事実認定における中心的役割を果たしているということである。他方で、当事者たる被告人には予審を中心とする公判前手続において弁護人を付与されなかった。弁護人を通した実効的な防御活動が可能となるのは公判段階においてのみであった。証拠開示も、公判開始後における最初の被告人訊問後から認められて

いた。

治罪法における証拠開示の意味を確認するうえで重要と思われるのは、予審と公判の関係である。この点につき、青柳文雄は、「わが国の予審は治罪法……においてまさに証拠の収集者であるとともにその吟味者であった。それは単に警察官、検察官の証拠収集の補充としての意味を持つものではなく、まさにその事件の運命を決する機関であったといってよい。……直接主義は、わが国では公判裁判官が公判で直接予審調書を朗読し、被告人を訊問することであると理解された」(51) と指摘する。このような指摘が的確なのであれば、証拠開示の意味は予審を中心とする公判前手続で実質的に決定された「事件の運命」の結果を確認するという点にとどまることとなる。しかし、本章でも確認したように、治罪法において検察官は訴訟当事者と位置付けられ、強制的な証拠収集権限を付与されていなかったうえに、予審調書の公判における朗読可能性は大幅に限定されていたのである。その意味で、青柳の理解は妥当なものとは言い難い。さらに、検察官・予審判事は共に、被告人側に有利・不利を問わず全ての証拠・事実を提出する義務が課されていたことも重要である。

これらの点に鑑みれば、治罪法における証拠開示は、被告人側が実質的に関与し得なかった予審を中心とする公判前手続の経過を事後的に確認しうるという意義を持ち得たこととなろう。被告人側は、証拠開示を通して、どのような証拠収集や訴追の判断が行われたかを事後的に確認することによって、有罪方向への証拠に対する反証や無罪方向での証拠の探索を行うことができた。このような意味で、証拠開示は、公判段階における弁護活動の実効的な準備に資することとなったといえる。つまり、治罪法における証拠開示は「捜査・訴追過程の事後的検証」という意義を持ち得たのである。治罪法382条が、「訴訟書類」の閲覧・謄写を認めたのは、このような意味においてであるといえよう。

もっとも、治罪法では、ボアソナード草案に比べ、予審調書に高い信用

性が認められていた。さらに、梅田が指摘するように、治罪法においては予審調書の公判廷外における朗読可能性が事実上認められていた。その背景としては、陪審制度の削除が挙げられる。これにより、被告人側が関与し得ない予審段階における証拠評価が、公判審理に直接に流入しうる可能性がが拡大したこととなったのである。

このような事態は、証拠開示が持つ「捜査・訴追過程の事後的検証」という意味を一定程度形骸化する可能性をもつものであった。というのも、「捜査・訴追過程の事後的検証」を前提とする防御活動が及ばない領域において心証がとられる事態（予審調書による事実認定）、さらに防御活動の実効性が喪失させられる事態が考えられるからである（予審調書の開示を受けたとしても、その内容については争い得ない事態など）。このような「訴訟書類」が、すでに争うことが困難な重要な証拠とされるという事態によって、治罪法における証拠開示の意義はボアソナード草案に比べて少ないものとなったといえよう（図1・2参照）。

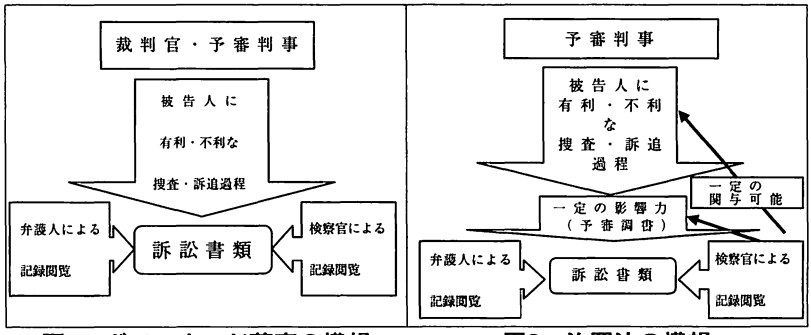

図1　ボアソナード草案の構想　　**図2　治罪法の構想**

治罪法の運用状況については、不明な部分が多いが、当時の統計からその一端を窺うことはできる。1882（明治15）年から1890（明治23）年における不起訴率は、基本的に約19％後半から22％前半となっている[52]。

次に予審免訴率を見てみると、約47％から徐々に低下しているものの、

その後も約40％を越えている[53]。これらの数字をみる限り、当時の予審は、高い「事件選別機能」を示していたといえる。

さらに、公判審理における無罪率についてみてみると、軽罪については、約4％から5％となっている[54]。さらに重罪については、1882（明治15）年、1883（明治16）年はそれぞれ3．8％、5．4％という数字を示したものの、その後は12％前半の数字を示している[55]。これらを総合すれば、軽罪・重罪事件全体では、平均して4％台～7％台の無罪率が示されていることとなる[56]。このような無罪率は現在の実務状況から見ればある程度高い数字といえる。このような状況は、公判中心主義が一定程度貫かれていたことを示しうるものといえよう。

以上を踏まえると、特に重罪事件の無罪率について見る限り、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解明によって）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おかれていたといえる。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、調書の作成をも行っ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。

日本における刑事手続は、この治罪法を基礎として発展することとなる。それでは、治罪法後に制定された明治刑事訴訟法では、証拠開示はどのように規定され、そしてどのような意味を持ち得たのであろうか。次章においては、これらの点に焦点を当てつつ検討を進めることにしよう。

（1）治罪法の制定過程については、司法省刑事部「舊刑法、治罪法及舊刑事訴訟法編纂沿革（一）～（四・完）」法曹会雑誌8巻8号109頁以下、同9号135頁以下、同10号141頁以下、同11号（1930）123頁以下参照。さらに、向井健＝矢野祐子「村田本『治罪法直訳』——治罪法編纂過程の基礎的研究」法学研究68巻9号（1995）71頁以下、向井健＝矢野祐子「村田本『治罪法草案審査第二修正趣意書』——治罪法編纂過程の基礎的研究——」法学研究69巻3号（1996）71頁以下も参照。さらに、治罪法を含めた日本の近代における刑事手続法について概観するものとして、内田一郎「刑事裁判の近代化——明治初期から旧刑訴まで——」比較法学3巻2号（1967）1頁以下、吉田常二郎「日本刑事訴訟法小史」法学新報74巻9号（1967）33頁以下、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社、1976）、青柳文雄「明治期におけるフランス刑訴の受容と修正」法学研究50巻2号（1977）1頁以下、青柳文雄「フランス刑訴、ドイツ刑訴の特色——治罪法、明治刑訴、大正刑訴への影響を通じて——」上智法学論集20巻3号（1977）55頁以下、横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」法政研究51巻3＝4号（1985）51頁以下。

（2）堀内節「御雇法律教師のブスケとボアソナード——雇入から雇止までの経過」比較法雑誌8巻1号（1974）121頁以下、同「明治初年における司法省御雇外国人関係記録抄–「御雇法律教師のブスケとボアソナート」の補遺をかねて（資料）」比較法雑誌9巻1号（1975）27頁以下。

（3）司法省刑事部・前掲註（1）「舊刑法、治罪法及舊刑事訴訟法編纂沿革（一）」109頁。

（4）向井＝矢野・前掲註（1）「村田本『治罪法草案審査第二修正趣意書』——治罪法編纂過程の基礎的研究——」74頁の時期区分によった。

（5）司法省刑事部・前掲註（1）「舊刑法、治罪法及舊刑事訴訟法編纂沿革（一）」117頁。

（6）向井＝矢野・前掲註（1）「村田本『治罪法草案審査第二修正趣意書』——治罪法編纂過程の基礎的研究——」74頁参照。

（7）司法省刑事部・前掲註（1）「舊刑法、治罪法及舊刑事訴訟法編纂沿革（一）」121頁以下に、その治罪法草案審査局の構成が示されている（1880（明治12）年12月24日付辞令）。これによれば、総裁：元老院幹事・柳原前光、審査局委員：元老院議官・津田出、同・細川潤次郎、同・河瀬眞孝、司法大書記官・鶴田皓、太政官少書記官・村田保、司法少書記官・名村泰蔵、判事・昌谷千里、検事清浦奎吾、という9名が構成メンバーである。さらに、その直後、玉乃世履が任命されている（司法省刑事部・前掲註（1）「舊刑法、治罪法及舊刑事訴訟法編纂沿革（一）」122頁）。

（8）陪審制度の規定の削除を主張した井上毅とボアソナードの対立に関しては、三谷太一郎「日本における陪審制度の受容」同『近代日本の司法権と政党——陪審制成立の政治史』（塙書房、1980）、利谷信義「天皇制法体制と陪審制度論」日本近代法制史研究会編『日本近代国家の法構造』（木鐸社、1983）を参照さ

れたい。

(9) 向井＝矢野・前掲註 (1)「村田本『治罪法草案審査第二修正趣意書』――治罪法編纂過程の基礎的研究――」76頁。

(10) 向井＝矢野・前掲註 (1)「村田本『治罪法直訳』――治罪法編纂過程の基礎的研究」105頁。なお、「ボアソナード氏起稿治罪法草案直案（仏文六五〇条）」の翻訳については、ボアソナード著（森順正＝岩野新平＝小山銓太郎）『治罪法註釈』（司法省、1883）もあるが、本稿は、この向井＝矢野・前掲註 (1)「村田本『治罪法直訳』――治罪法編纂過程の基礎的研究」に従うこととする。というのも、この村田本「治罪法直訳」は、ボアソナードの「仏文の治罪法草案」に近い時点で翻訳され、またその原文にほぼ忠実な形で翻訳されているという指摘があるからである（向井＝矢野・前掲註 (1)「村田本『治罪法直訳』――治罪法編纂過程の基礎的研究」82頁。もっとも、同論文では、301条以降の条文のみ紹介されているので、300条以前の条文については、ボアソナード著（森順正＝岩野新平＝小山銓太郎）・前掲書『治罪法註釈』註 (10) を参照することとする。

(11) ボアソナード著・前掲書註 (10)『治罪法註釈』第三編437頁参照。ここでは、接見交通に関する解説のみが行われている。

(12) ボアソナード著・前掲書註 (10)『治罪法註釈』第二編170頁。

(13) ボアソナード著・前掲書註 (10)『治罪法註釈』第二編171頁。ボアソナードは、ヨーロッパにおける立法動向の例として、フランスを挙げ、予審において職権で弁護人を付することができることを規定した草案が提出されたことを紹介している（ボアソナード著・前掲書註 (10)『治罪法註釈』第二編171頁）。

(14) ボアソナード著・前掲書註 (10)『治罪法註釈』第二編258頁。

(15) ボアソナード著・前掲書註 (10)『治罪法註釈』第二編17頁。

(16) ボアソナード著・前掲書註 (10)『治罪法註釈』第二編18頁。

(17) 沢登佳人＝中川宇志「明治治罪法の精神」法政理論19巻3号（1987）32頁。

(18) 沢登＝中川・前掲註 (17)「明治治罪法の精神」31頁。

(19) 青柳文雄「明治期におけるフランス刑訴の受容と修正」法学研究50巻2号（1977）10頁。

(20) 沢登＝中川・前掲註 (17)「明治治罪法の精神」31頁も参照。

(21) ボアソナード著・前掲書第三編136頁。

(22) 沢登＝中川・前掲註 (17)「明治治罪法の精神」33頁も参照。

(23) 沢登＝中川・前掲註 (17)「明治治罪法の精神」37頁以下は、日本における「公判の調書裁判化の真因は、陪審制の不存在である」と指摘する。さらに、梅田豊「近代刑事裁判における口頭弁論主義・自由心証主義・継続審理主義の意義と陪審制度（一）（二）――フランス一九七一年刑事訴訟法制定過程議会審議録からの紹介と検討――」法学54巻3号（1990）162頁、同4号155頁以下も参照。

(24) このボアソナード草案から治罪法までの過程については不明な部分が多い。

その過程における「治罪法草案審査第二読会」について資料をもとに解明しようとするものとして、向井＝矢野・前掲註（1）「村田本『治罪法草案審査第二修正趣意書』——治罪法編纂過程の基礎的研究——」71頁以下参照。

(25) 村田保『治罪法註釋　七巻』（内田正榮堂、1880）27頁以下。

(26) 規定の趣旨についても、同様と思われる。村田が「被告人ハ前後ノ陳述ノ齟齬スルヲ防ク爲メ陳述書ノ謄本ヲ請求スル事ヲ得」と述べていることからも、このことは明らかであろう（村田保『治罪法註釋　四巻』（内田正榮堂、1880）10頁）。

(27) 向井＝矢野・前掲註（1）「村田本『治罪法草案審査第二修正趣意書』——治罪法編纂過程の基礎的研究——」81頁を参照。同論文は、審査局における第二読会の概要を、復元した資料により伝えるものである。これによると、この時点ですでに、全ての事件に関する公判への弁護人制度拡充が導入されている。ただし、その理由は明らかではない。

(28) 堀田正忠『治罪法釋義　第三十三號』（博聞社、1883）2628頁。

(29)「立川雲平氏の懐舊談」法律新聞515号（1908）26頁。

(30) 治罪法における弁護権の位置づけについては、石川才顕「わが国における被疑者の弁護権保障制度の歴史的発展」同『捜査における弁護の機能』（日本評論社、1993）55頁以下、春日勉「弁護権の歴史的考察——明治・大正期を中心として」九大法学77号（1999）315頁以下、特に342頁以下などを参照。

(31) 村田保『治罪法註釋　三巻』（内田正榮堂、1880）2頁以下。

(32) 村田保『治罪法註釋　一巻』（内田正榮堂、1880）2頁以下。

(33) 堀田正忠『治罪法釋義　第七號』（博聞社、1881）467頁。

(34) 堀田・前掲書註（33）『治罪法釋義　第七號』471頁。

(35) 堀田・前掲書註（33）『治罪法釋義　第七號』469頁。

(36) もっとも、検察官は、24時間以内に訴訟書類を返還しなければならない。

(37) 村田・前掲書註（31）『治罪法註釋　三巻』29頁以下を参照。村田は、さらに、「撿事ハ必要ナリトスル處分ニ付キ臨時其請求ヲ爲ス事ヲ得ルハ職務上固ヨリ當然ナリトス」と説明している。

(38) 村田保『治罪法註釋　六巻』（内田正榮堂、1880）21頁以下。

(39) 堀田正忠『治罪法釋義　第二八號』（博聞社、1882）2225頁以下。

(40) 堀田正忠『治罪法釋義　第十一號』（博聞社、1881）800頁以下。

(41) 堀田・前掲書註（40）『治罪法釋義　第十一號』800頁以下。さらに堀田は、現行犯等事件に関する検察官の処分も、検察官による「証憑の捜査」「犯人の捜査」に該当しないので、あくまで予審の処分であることを指摘する。

(42) 堀田正忠『治罪法釋義　第十一號』（博聞社、1881）801頁以下。

(43) 沢登＝中川・前掲註（17）「明治治罪法の精神」36頁を参照。

(44) 堀田・前掲書註（39）『治罪法釋義　第二八號』2228頁以下。

(45) 梅田豊「近代刑事裁判における口頭弁論主義・自由心証主義・継続審理主義の意義と陪審制度（一）——フランス一九七一年刑事訴訟法制定過程議会審

議録からの紹介と検討――」法学54巻3号（1990）171頁。

(46) 村田保『治罪法註釋　六巻』（内田正榮堂、1880）23頁以下。

(47) 堀田正忠『治罪法釋義　第二九號』（博聞社、1882）2242頁以下。

(48) 梅田・前掲註（45）「近代刑事裁判における口頭弁論主義・自由心証主義・継続審理主義の意義と陪審制度（一）――フランス一九七一年刑事訴訟法制定過程議会審議録からの紹介と検討――」171頁。

(49) この点につき、三谷・前掲書註（8）『近代日本の司法権と政党』103頁以下、沢登＝中川・前掲註（17）「明治治罪法の精神」37頁以下を参照。

(50) 沢登＝中川・前掲註（17）「明治治罪法の精神」63頁を参照。

(51) 青柳・前掲註（1）「フランス刑訴、ドイツ刑訴の特色――治罪法、明治刑訴、大正刑訴への影響を通じて――」（1977）64頁以下

(52) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1882（明治15）年19.6%、1883（明治16）年20.5%、1884（明治17）年21.9%、1885（明治18）年27.7%、1886（明治19）年20.1%、1887（明治20）年21.8%、1888（明治21）年22.1%、1889（明治22）年20.6%、1890（明治23）年19.5%。

(53) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1882（明治15）年47.7%、1883（明治16）年46.2%、1884（明治17）年44.9%、1885（明治18）年44.4%、1887（明治20）年44.8%、1891（明治24）年40.0%。もっとも、1886（明治19）年、1889（明治22）年から1890（明治23）年については見ることができなかった。

(54) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1882（明治15）年4.5%、1883（明治16）年4.9%、1884（明治17）年6.9%、1885（明治18）年5.9%、1887（明治20）年5.7%、1888（明治21）年5.4%、1891（明治24）年7.6。もっとも、1886（明治19）年、1889（明治22）年、1890（明治23）年については見ることができなかった。

(55) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1882（明治15）年3.8%、1883（明治16）年5.4%、1884（明治17）年8.9%、1885（明18）年12.0%、1887（明治20）年12.3%、1888（明治21）年12.2%、1891（明治24）年12.5%。もっとも、1886（明治19）年、1889（明治22）年、1890（明治23）年%については見ることができなかった。

(56) 日本帝国司法省刑事統計年報による。1882（明治15）年4.5%、1883（明治16）年4.9%、1884（明治17）年7.0%、1885（明治18）年6.2%、1887（明治20）年6.1%、1890（明治23）年5.1%、1891（明治24）年7.7%。もっとも、1886（明治19）年、1889（明治22）年、1890（明治23）年については見ることができなかった。