

刑事手続における記録へのアクセス権の本質

—刑事弁護の史的分析試論—

藤 本 幸 二*

1. はじめに

(1) 問題の所在

平成28(2016)年5月24日の改正法制定により、刑事手続上の証拠開示に関しては、証拠一覧表交付手続の導入、公判前整理手続請求権の当事者への付与、証拠開示の対象の拡大等が実現し、これらの制度は同年12月1日から施行された。

証拠開示制度の整備を巡る経緯を略述するならば以下のようにまとめられよう。遡れば昭和34(1959)年の松川事件最高裁判決においていわゆる「諏訪メモ」に関する判断が下された時代から、事前全面開示を求める弁護士側と開示そのもの、もしくは開示対象や範囲の拡大を避けようとする検察側との間で論戦が繰り広げられ、裁判所は松川事件と同じく昭和34(1959)年に根拠条文不在という形式論で弁護人の証拠開示請求権・検察官の開示応諾義務を否定した¹⁾ものの、次第に態度を軟化させ、実務の中で、裁判長の訴訟指揮権(刑事訴訟法(以下「刑訴」)第294条)を利用した「証拠開示命令」による個別の証拠開示制度が案出され、昭和44(1969)年に最高裁でその正当性が確認されたこと²⁾でこの制度が定着をみた。しかしながら、この手法に対しては当初から、各地の弁護士会等より、当事者に証拠開示請求権を認めたものではなく、発令があくまで裁判所の裁量によるものであること、にもかかわらず証拠開示を求める側が証拠を特定し開示を求める具体的必要性を示さなければならず、反対当事者がその存在や内容を知り得ない証拠については開示の申し立てそのものが不可能であること、ならびに「防御のため特に重要」「罪証隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認めるとき」といった要件が付されており、その要件が厳しすぎることなどの問題点が指摘されていた³⁾。その後、いくつかの重大再審事件において検察側の証拠隠しが指摘され、再審開始決定や再審無罪判決につながったことから、刑事手続における証拠開示を求める声が強まり、平成16(2004)年には裁判員制度の創設を念頭に置いて設置された公判前整理手続において、類型証拠および主張関連証拠についての開示制度が導入されることとなった。これにより、立法による証拠開示の正式な制度化がもたらされたわけであるが、しかしこれについても一定の評価が与えられる⁴⁾反面で、弁護士会は、公判前整理

* 岩手大学人文社会科学部准教授

1) 昭和34年12月26日最高裁決定。

2) 昭和44年4月25日最高裁決定。

3) 例として、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)、49-50頁。

4) 例として、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)、15頁。

手続が必須的に実施される対象事件が限定されていることや、特に主張関連証拠に関して、やはり開示を求める側に予定主張との関連性および開示の相当性を示す責任が問われていること、裁判所に、開示請求を受けた検察官に対する手持ち証拠一覧表の提出を命じる権限を認めながらも、当該一覧表が裁判所の使用にのみ供され、請求側には閲覧・謄写が明文で否定されていたこと（刑訴第316条の27第2項）などにつき、批判の声を和らげることはなかった。

これらの批判に応えるかたちで行われたのが、冒頭に挙げた刑事訴訟法改正であった。その中でも特に証拠一覧表交付手続（刑訴第316条の14条第2項）については、被告人・弁護人にとって大きな障害となっていた開示請求証拠特定の負担を緩和するものとして期待を集める一方、法案段階からの制度設計⁵⁾や、具体的な運用面⁶⁾に対する厳しい批判もなされている。全体的な評価についてはさらなる事例の蓄積を待たねばなるまいが、ともあれ証拠開示を巡る問題に、またひとつ重大な変化がもたらされたことは確かであろう。いわゆる布川事件における検察官の証拠非開示を違法とした判決⁷⁾もまた、そうした流れの中に位置づけることができようか。

ところで、検察官手持ち証拠の扱いを巡っては、証拠開示に比して小さくはあるが、しかし無視できない実務上の問題があり、かつこれには現時点で改善の糸口が見えていない。刑訴第40条に規定された「証拠書類および証拠物の弁護人による閲覧・謄写について」がそれである。同法第299条は、「検察官、被告人又は弁護人が…証拠書類又は証拠物の取調を請求するについては、あらかじめ、相手方にこれを閲覧する機会を与えなければならない」と規定し、これを受けて刑事訴訟規則（以下「規則」）第178条の6第1項一号では検察官に「被告人又は弁護人に対し、閲覧する機会を与えるべき証拠書類又は証拠物があるときは、公訴の提起後なるべくすみやかに、その機会を与えること」を義務づけている。

日本弁護士連合会（日弁連）は平成21年（2009）年に「刑事訴訟法第299条第1項等の改正に関する提言」（以下「提言」）を発し、平成22（2010）年には、「訴訟に関する書類及び証拠物の写しの交付に関する意見書」（以下「意見書」）にて同第40条の改正についての要望を法務省に提出した。そこでの問題意識は、規則第178条の6第1項一号が、検察官に対して、取調べ請求予定の証拠書類または証拠物の「閲覧の機会」を弁護人に与えればよいと規定している反面、同第2項第三号において、弁護人の取調べ請求予定の証拠書類または証拠物については、検察官に対して、「これを提示して」閲覧の機会を与えなければならないと規定している点、および刑訴第40条第1項の規定にもかかわらず、弁護人が訴訟書類等の謄写を行う場合には、刑事訴訟法施行法（以下、「施行法」）第10条により、裁判所において有償で謄写を行うことが必要になる一方で、訴訟の相手方である検察官は裁判所から訴訟記録の貸出しを受けることが認められており、自庁で写しを作成することができるという点が、当事者実質的平等主義の観点から不合理である、という主張に集約される。日弁連はこれを前提として、法および規則の改正により、検察官が取調べ請求を予定する証拠書類謄本の弁護人への無償交付を要求しているのである。

この背景にはさらに、謄写料負担という現実的な問題が横たわっている。「提言」は以下のようにいう。「国選弁護報酬は低額に抑えられているとともに、記録の謄写に要する費用も満

5) 山田直子「公判前整理手続（証拠開示）改正法案に対する提言（下）」（『法と政治』66巻4号）、41-43頁。

6) 山本了宣「証拠の一覧表の現状を改善するための三つの提言」（『判例時報』2346号）、4-19頁。

7) 令和元年5月27日東京地裁判決。「検察の「証拠開示拒否」は違法：布川事件、東京地裁が国と茨城県に賠償命令」（『法学セミナー』64巻8号、13頁）。

額が実費支給されているわけではない。そのため、訴訟記録を綿密に検討するために全てを謄写しようとするれば、謄写すればするほど国選弁護報酬が実質的に目減りするという背理が生じている。しかしながら、検察官から証拠書類の謄本が弁護人に交付されるならば、かかる謄写料問題の大部分が解消できる」。その負担額は、とある法律事務所のHP上の記載によれば、「謄写費用は、事件によっては相当高額になることもあります。通常ですと数千円～数万円程度なのですが、裁判員裁判事件など、事件によっては10万円を超える高額になることもあります。…こうした実費については、私選弁護ですと、原則としてご依頼人に負担していただくなくてはならなくなってしまいます」⁸⁾ とのことであり、弁護人あるいは被告人本人にとっては決して無視できるものではない。

しかしながら、こうした謄写に係る手間や費用の問題は、証拠開示の問題が注目を浴び続ける一方で、学術的検討はほとんどなされてこなかったのが実情である。しかし、たとえ証拠の無条件事前全面開示が制度化されたとしても、開示された書類や証拠物の閲覧や謄写に事実上の制限が付されていたならば、せっかくの制度も画餅に帰してしまうだろう。そうした危険性は、たとえば被告人の取調べ状況を撮影したDVDについて無条件の謄写を求めた弁護人の証拠開示命令請求に対して謄写枚数の制限や複写の禁止などの条件を付した検察官の措置を是認する裁判所の決定⁹⁾ などからも垣間見られる。弁護人による検察官手持ち証拠の閲覧・謄写を實際上妨げている障害は、証拠開示の実効性を担保するためにも解消が求められる問題なのである。

そもそも、本邦における証拠開示制度の不備が問題視されたのは、それが、近代刑事手続の原則である無辜の不処罰の要請という観点から大きな欠陥を抱えていたためである¹⁰⁾。それが白日の下にさらされたのが、布川事件や東京電力女性社員殺害事件などの再審無罪事件ではなかったか。日弁連の「提言」は次のようにも述べている。「公判段階における弁護活動は、検察官が取調べを請求する予定の証拠書類・証拠物を検討することから始まるといっても過言ではない。かかる記録の検討は、極めて重要な弁護活動として位置づけられている」。おそらくこれは刑事弁護に携わる者の共通した認識であろう。

(2) 本稿の目的と史的分析の意義

本稿の目的は、以上述べてきた検察官手持ち証拠の閲覧・謄写に係る問題を、近代刑事手続の前身である糾問訴訟期の制度を手掛かりとして検討することにある。言うまでもなく、糾問訴訟とは裁判所等が訴追者と判断者を兼ね、職権によって訴訟を開始し、捜査・事実認定・裁判をする手続を指し、ドイツにおいては16世紀から19世紀に至るまで刑事司法を支配していた。従来、この時期の刑事手続に関しては強大な国家権力の前で被告人が「客体化」したとそれがかもたらした弊害とが強調して論じられ、弁護人の存在や役割、機能に関してはほぼ省みられることはなかった。「刑事手続における弁護人の地位は、糾問主義の発展につれて低下し、18世紀には、かつての「自由な弁護」の時代とは明らかに異なるものとなった」¹¹⁾ とするのが現在の刑事法学における通説的見解であると言ってよいかもかもしれない。

8) 「刑事事件における記録の謄写」(東京ディフェンダー法律事務所HP, <https://www.t-defender.jp/%E5%88%91%E4%BA%8B%E4%BB%B6%E3%81%AB%E3%81%8A%E3%81%91%E3%82%8B%E8%A8%98%E9%8C%B2%E3%81%AE%E8%AC%84%E5%86%99/> 2019年9月27日最終閲覧)

9) 平成22(2010)年3月17日東京高裁決定。

10) 山田, 前掲(註6), 27-29頁。

11) 辻本典央『刑事弁護の理論』(成文堂, 2017年), 11頁。

しかし、近年の刑事法史研究の成果として、糾問訴訟下にあっても、このように抑圧され矮小化された姿とは異なる刑事弁護が実践されていたことが報告され始めている。筆者はかつて、1589年に開始されたとある魔女裁判に関する論稿を翻訳した¹²⁾が、そこにおいても弁護人は八面六臂の活躍の末に被告人を火刑台から救い出している。さらに興味深いのは、たとえばこの事例においても弁護人がまず最初に取り組み、成功の足掛かりとしたのは、他でもない、捜査関係文書の写しの交付を請求したことであったという点である。そして同様の事例は実のところ他にも数多く見出だされることから、極めて大雑把な捉え方をすれば、糾問訴訟期の弁護人たちのこれらの努力が、現行ドイツ刑事訴訟法の第147条における記録閲覧権に結晶化したとも言えるのかもしれない。

以下では、このような史的観点から証拠書類・証拠物の閲覧・謄写の問題をみることの可能性および意義について検討したい。なお、以下では証拠書類や証拠物、文書等の閲覧・謄写を総合的に扱う際、「記録へのアクセス」という表現を用いたいと考える。また、本稿では基本的構想を示すにとどめ、詳細な検討については後日に譲る。

2. 糾問訴訟下の刑事弁護と記録へのアクセス

(1) 前史－糾問訴訟確立以前の刑事弁護の沿革

糾問訴訟下において、記録へのアクセスがどのようなものであったかを見る前に、まずそれまでの刑事弁護の沿革について確認しておきたい。なお、本稿においては糾問訴訟確立の時期を1532年のカロリーナ刑事法典制定をもって画することとする。

既述の通り、一般的な現代刑事法学において糾問訴訟は刑事弁護あるいは弁護人の地位を後退させた、と捉えることが通説となっている。また、これと表裏一体をなすものとして、それ以前にはローマの伝統を汲み、弁護人が手続の中で一定の役割を果たしていた、とする言説も広まっている。「民事と刑事の分化が広まった中世初期の裁判手続においても、なお弁論主義が強く妥当し、裁判所は当事者の主張に拘束されるべき者〔原文ママ〕とされていた。そこでは、当事者の主張の巧拙が訴訟の勝敗を分けたため、法的素養のある援助者の必要性は非常に高かった。当事者のために訴訟で弁論を行う代弁者が登場したのも、この頃である」¹³⁾。

しかし、奇妙なことに、刑事法史学の分野においてこうした見方は必ずしも支持されているとは言い難い。引用文が挙げた「中世初期」が示す具体的な年代は定かではないが、紛争解決の手段が未だフェーデ等の自力救済や民事賠償類似の贖罪金の支払いに限定されていた状態から刑事法・刑事手続が分化してきた時期といえ、フェーデを制限・禁止するとともにその代替物としての公的な「刑罰」を規定したラント平和令が領邦国家や帝国レベルで発せられていた11世紀から13世紀頃¹⁴⁾が想起される。ではその時代の刑事手続はどうかと言えば、この頃には職権によって訴追が行われる公的な刑事司法はいくつかの都市においてその萌芽が見られ

12) ウルリッヒ・ファルク、藤本訳「16世紀後半のある魔女裁判」小川浩三他編『ヨーロッパ史のなかの裁判事例』（ミネルヴァ書房、2014年）、299-322頁。

13) 辻本、前掲（註12）、274頁。おそらくこうした理解の背景には、余りにも著名な刑事法学者ロクシンの影響が大きい。Vgl. Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch*, 25. Aufl. München, 1998, S.525.

14) Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3rd revised and changed ed., Göttingen, 1974, § 36.

るに過ぎず¹⁵⁾、手続の大部分は被害者等の原告がイニシアティヴを握る親告手続（私訴手続）によって占められていた。このことは、これ以前の、かろうじて法的であると言える紛争解決手続が贖罪契約の締結や贖罪金の支払いを巡るものであったことを考え合わせれば、容易に理解されよう。訴訟法に関して言えば、この時代の大きな変化は証拠法の分野に見出される。すなわち、原告の立証機会の拡大である。

これ以前の伝統的な証拠法は雪冤宣誓や神判、決闘などの形式的証明によって代表されるが、これらはいずれも罪を問われた被疑者・被告が自己の嫌疑を払うための手段であり、訴えに出た告訴人あるいは原告は、雪冤宣誓に対し非難を加え決闘へと進む¹⁶⁾以外の関与の機会をほとんど与えられなかった。これに対し、先駆的なくつかの都市や地方において、原告が訴追に際して一定の要件を満たした場合に被告に雪冤宣誓を許さない、とする制度が見られるようになった。これは、従来から例外的に原告側に証明のイニシアティヴが認められていた現行犯手続が通常手続へと拡大したものであり、そこで求められる要件とは多くの場合、原告が証人を伴って被告による（とする）行為の状況や結果、あるいは犯行それ自体について立証を行うことであった。これらの証人には、前時代に被告の雪冤宣誓の信頼性を担保する役割を担っていたいわゆる宣誓補助人とは異なり、自身が見聞した知覚証言を行うことが求められていた。こうした変化の中では当然ながら法的な要件や求められる証言内容等について原告に対して助言を与え、ときには本人に代わって法廷で主張を行う存在が求められることとなる。原告の代弁人の登場である。

ではこれに対して被告の側はどうだったのだろうか。こうした制度下においては被告の地位は当然ながら悪化した。原告が要件を満たす立証を行った場合、被告には自らの証人による反証は許されなかったのである。前述した宣誓補助人は補助宣誓により被告と一体化し、ときには原告側からの宣誓非難に対して自ら決闘を行うことすらあった。その意味において宣誓補助人は被告の擁護者あるいは代理人としての役割を負っていたのであるが、そもそも被告に雪冤の機会が与えられないとなればそうした機能も求められなくなる。つまり、原告による立証機会の拡大はむしろ被告に対する刑事弁護の後退をもたらしたのである¹⁷⁾。

続く時代を見ても状況は変わらない。原告による立証はますます重視されるようになり、被告の反証や弁護活動はその余地を失っていった。本邦におけるドイツ刑事法史の大家若曾根健治は著書¹⁸⁾の中で、14世紀から15世紀にかけての多種多様な都市裁判記録や裁判令等の法規を取り上げ、証拠法が原告による立証から被告の自白を偏重するものへと変化し、やがて糾問訴訟へとつながる沿革を事細かに分析しているが、その中には確かに、「代弁人」への言及が見られるものも少なくない。しかし、これらの記録に登場する代弁人たちが果たす役割はあくまで原告および被告の主張を法や慣習にのっとった一ときには儀式的・定例句的ですからある一表現に乗せ、裁判官や判決発見人に口頭で伝えることにある¹⁹⁾。被告の代弁人が手続で発するのは、せいぜい証明手段の選択や証明期日の延期に関する要望のみであり²⁰⁾、被告の反証は可

15) Ebd., § 68.

16) 岩波敦子『誓いの精神史』（講談社選書メチエ、2007年）、54-63頁。

17) Schmidt, a.a.o. (Anm.15), § 65.

18) 若曾根健治『中世ドイツの刑事裁判』（多賀出版、1998年）

19) 典型例として挙げられるのが、1485年にニュルンベルクで出された刑事裁判令である。ここには原告の代弁人選任手続については規定があるものの、「被告の代弁人とその弁論については、この刑事裁判令には言及がない」。同、369頁。

20) 例として、エルヴァンゲン市の刑事裁判規則がある。同、403頁。

能性が全く与えられないか、機会が与えられたとしてもそこに代弁人が深く関わるような事例は見出され得ない。我々が求める「刑事弁護」の姿はそこには見られない²¹⁾。

(2) 糾問訴訟下の刑事弁護

こうした弁護人の不在がさらに深刻化し、原告に代わる公的な官庁から職権による起訴を受けた被告人は手続の中で自白を求められる捜査対象あるいは証拠手段として客体化し、そこに刑事弁護の入り込む余地はほとんどなかった、とするのが通説的な糾問訴訟に対する理解であった。しかし近年、こうした理解に異論が唱えられている²²⁾ことは既述の通りである。

新しい見解において、糾問訴訟成立という時代的变化は次のように把握される。すなわち、「そこにおいては、証拠に基づく真実に達しようとする努力がなされるがゆえに、被告人には少なくとも自身の実体的な無実を立証する機会が与えられ」²³⁾た、と。

確かに、実体的真実追求原則は、従来から糾問訴訟成立のメルクマールのひとつとして挙げられてきた。いわく「糾問訴訟の本質を定めているのは、訴追全体が職権のイニシアティブに基づいていることであり、最初に容疑が浮上する発端から判決に至るまでの訴訟全体を公権が掌握して進めること、そして——ここがまさに決定的なのだが——直接有罪もしくは無罪に結びつくような形式上の証拠物件によってではなく、過去に横たわる事実関係についての合理的な認識方法によって証拠が導かれ、それも同様に職権によって証明されることである」²⁴⁾。しかし通説的な理解では、この原則は、実体的真実を最もよく知る人物、すなわち被告人からの自白聴取に偏重する証拠法観につながり、やがて拷問の利用という糾問訴訟の最もおぞましい一面をもたらした、と考えられている。

新しい見解はこれに対し、実体的真実追求原則を、後退する一方であった被告人による無罪立証に再び光を当てたもの、と解釈する。その根拠として挙げられるのが、カロリーナ刑事法典の第47条、すなわち無罪の立証に関する規定である。

「被告人が、弾劾に係る犯行を否認するときは、行ったと非難されている犯行について無罪であることを陳述しうるか否かが追及されなければならない」²⁵⁾。

この条文は、糾問訴訟下で強まる刑事法の法的強制力増大に対するバランスを取るためのものと考えられる。実体的真実の追求とは、刑事法に則して端的に言うならば、真に罪ある者と真に無実である者を判別することをその目的としている。そして、その帰結として、前者に対する追及は、後者を保護するという観点から制限されることを余儀なくされる。カロリーナ第47条はそのための条文である²⁶⁾。

21) ただし、若曾根の関心は一般的な裁判制度よりもむしろ、当時急進的な変化を示していた「有害な人間」に対する手続に向けられている。それゆえ、通常の手続においては代弁人が刑事弁護に関与していた可能性もある。この点は今後突き詰めていきたい。

22) 代表的なものとして、Ignor, Alexander, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, Schöningh, 2002.

23) Ebd., S.79.

24) Schmidt, a.a.o. (Anm.15), § 70.

25) カロリーナ刑事法典条文の訳は特記しない限り、上口裕「カール5世刑事裁判令（1532年）試訳（1）～（3）」『南山法学』37巻1・2号、2014、149-200頁、37巻3・4号、2014、299-348頁、38巻1号、2014、243-288頁に基づく。

26) Ignor, a.a.o. (Anm.23), S.80.

さらに第47条には、以下のような規定も置かれている。

「被拘禁者等の申立てがあるときは、裁判官の許可に基づき、被拘禁者又はその親族が無罪主張のために提出しようとする証言は、しかるべく、かつ「同じく、被告人が自白しない場合において云々」をもって始まる62条以下の条文において証明について定められるところに従い、聴取されなければならない。上に定めるかかる証人尋問の申立ては、これを請求する被拘禁者又はその親族に対し、十分かつ適法な理由なくして拒まれてはならない」

これは具体的な無罪立証、すなわち刑事弁護の手法について言及したものであり、ここでの証人とは、「被告事件たる犯行が行われた時刻にある場所に」被拘禁者たる被疑者が「ともに居た」第三者、すなわちアリバイを立証する者が想定されている。

ただしこの第47条に、親族以外に被告人の代理をする者に関する既述はない。それは第88条に見出される。

「さらに、原告人および被告人の双方には、その請求に応じて、裁判所内より一名の代理人を持つことが認められるべきである。ただし、彼ら代理人は、宣誓に従い、正義と真実、および本法典の定めるところを遵守せねばならず、それと知りつつ故意をもって、手続を妨害し、または歪めるようなことはあってはならない。これらは、裁判官によって、彼らに対し、彼らの義務として改めて命じられるべきである」

さらに、このうち被告人の代理人の権限については、まず第90条に以下のように述べられている。

「完全な証言と十分な方法にてなされた自白について明確に規定されているようなかたちで、被告人が、非行について、すでに、自白をなし、十分な立証がなされた場合については、被告人はもはや、慈悲を除いては何も請求し、あるいは請求させることもできない。しかしながら、彼が非行について自白していない場合、または、当該の行為について自白をなしたものの、それに関して、刑事刑を免れることを望み得るような事由を提示するような場合には、被告人は、自身の代理人を通じ、以下に示すような請求を行うことができる。

以降に続いて示す条文において、Bは被告人を、Aは原告人を、Cについては訴えられた非行を、省略して示したものであって、そのように理解されるべきである。

裁判官殿。被告人Bは、原告人たるAによってBを相手取って提起され、かつ、BがCによって行つたとされる、訴えられた非行に関する答弁を、すでになされた答弁の通り全てに渡って十分に提示いたしました。そこで、私は次のように求めるものであります。裁判官殿は、すでになされた訴えと答弁について、すべての審理内容と記録とを、それはすべて我々が賛美し奉るべき法の遵守者たる神聖ローマ帝国皇帝カール5世の刑事裁判令に従い、ひとたび十分と思えるほどまで主張され、審理されたものであるがゆえに、誠実に衡量していただけますように。そして被告人は、もし彼に責のないことが最終判決と法によって確定された後は、発生した訴訟費用と損害について賠償を受け、原告人は、皇帝による本刑事裁判令に基づき、法廷における最終決定をもって、既に述べたように、刑罰および賠償について責を負うこととなりますように」

もちろん、このように被告人代理人の権限に関する一般的・抽象的規定が置かれていた事実のみをもって、刑事弁護が現実には機能していたと決めつけることは早計であろう。そこにおいては証拠法との関係を考慮する必要がある。なんとなれば、前時代において被告人の代弁人が刑事弁護の機能を発揮することができなかったのは、訴訟の勝敗、すなわち有罪無罪の決定が、原告による知覚証人を通じた証明の成功か、もしくは自白の聴取によってのみ行われていたためである。そしてこの事情はカロリーナ刑事法典においても大きく変わるところはなかった。むしろこの法典は、自白か目撃証人による証言に決定的な証明力があることを法定し、その獲得をもって有罪判決の根拠とする、法定証拠主義を確立させたものとしてよくその名を知られている。事実、たとえば第22条には次のような規定がある。

「何びとも、刑事罰の最終有罪判決を受けるべきときは、推定又は微憑ではなく、自白又は証言による証明に基づき有罪とされなければならないからである」

また、既に引用した第90条の冒頭でも、自白をしてしまった被告人については弁護の機会が与えられないことが明記されている。その意味において、被告人代理人の果たし得る機能は、実質的には前時代とさして変わらないようにも思える。しかし、それでもなお、ここにおいて被告人代理人には、前時代の代弁人との明確な役割の違いが見出される。彼はもはや、被告人の主張を法的なフォーマットに乗せて文字通り「代弁」するだけの存在ではない。「被告人は、自身の代理人を通じ、以下に示すような」、すなわち自己の無罪に関する答弁に基づき「誠実に衡量して」審理を行うよう「請求を行うことができる」のである。そして代理人はそうした請求が成功するよう助言するのみならず、後に述べるようないくつかの訴訟行為を代行することが許されていた。この意味において、実質的な刑事弁護の可能性が、ここに拓けたとみることができるのではないだろうか。

(2) カロリーナ刑事法典における記録へのアクセス

さて、既に引用した第90条を補完するものとして、被告人代理人が手続において刑事弁護の目的のために行使用することができる権限について規定されているのが第73条である。

「証言が聴取されたときは、証言の開示が行われなければならない。すなわち、その能力のある若干名の刑事裁判所構成員の面前において証言が聴取されたときは、裁判官は、当該証言の開示期日を定め、以下に定める形式及び方法により、抗弁書及び再抗弁書を許さなければならない。

(中略) 証言聴取者は、当事者に証言開示期日を指定し、所定期日に、適切な対価と引換えに当事者に証言記録の写しを交付し、かつ、事件の状況に照らし、証言記録の写しが代理人、特に被告人に周知されるために必要と判断するしかるべき猶予を与えなければならない。また、被拘禁者の代理人が被拘禁者のもとに赴くことが許されなければならない。両当事者が当該証言について同意又は異議を述べようとするときは、証言聴取者が事件の状況に照らし相当な期限内に定めるべき期日に、書面2部作成の上、上に定める証言聴取者に提出しなければならない。書面1部は証言聴取者の手元に留められ、かつ、他の1部が反対当事者に交付され、(必要ならば)抗弁書作成の用に供されなければならない」

一瞥してわかる通り、本条文は、古き親告手続を念頭に置いている。そこには確かに「両当事者」があり、「抗弁と再抗弁」が存在する。しかしここでの手続は実際には厳格に糾問主義的に実行されていた。原告が証人を裁判所に連行し、そこで証言をさせるのではなく、裁判所自身が証人を探し、事情を聴取するかあるいは尋問をさせるのである。これは秘密裡に行われ、何者もそこに立ち会うことはできなかった。その代わりに証言内容についての文書が開示され、当事者たちが事後に、これに対する主張を書面で行うことができた。

驚くべきことはむしろ、ここにおいて「写し」についての言及があることである。この規定の後半部は、本稿の冒頭で触れた日弁連の「提言」を直ちに想起させるが、そのことはさておくとしても、また、弁護において最も重要な権利とは文書に対するアクセス権であり、被疑者被告人あるいはその弁護人が、いつ、そしてどのようにして捜査文書を閲覧することができるのかという問題が、中世から現代に至るまで問われ続けている²⁷⁾ことが刑事弁護に携わる者にとって共通の認識になっている²⁸⁾としても、やはりカロリーナ刑事法典において既にこれほど明示的に言及がなされているというのは驚くほかはない。しかし実際のところ、被疑者による文書閲覧権については、さらに時代を遡り1206年の教皇インノケンティウス3世のデクレタルにおいてそれが保障されるべきことが定められているのである。

「もしも被疑者が反抗的な態度を示し、場に現れない場合であっても、糾問は行われるべきであるということ、およびその者自身を弁護することができるように、その者には説明がなされるべきであることを示す。そこでは、明らかにされるべき証人の名前（誰によって何が明らかにされようとしているのか）と、法的に認められた謄本とが例外なく被疑者に与えられるべきである。厚かましいという批判による抑圧を通じて中傷され、あるいは厚かましさに対する反発により偽りを口にするのを避けるために、援助が与えられるべきである」

13世紀初頭に確立されたとされるカノン法における異端審問の手続が糾問訴訟の原型になったという見方は、少なくともドイツに関しては疑義が示されている²⁹⁾が、しかし文書閲覧権については異端審問における制度がはるかに先行していたことには疑いの余地はなく、カロリーナのこの規定もまたこのような歴史的蓄積を背景として制度化されたものなのである。

(3) 糾問訴訟実務における刑事弁護と記録へのアクセス

このように条文上は確立した制度とされた被疑者・被告人もしくはその代理人による記録アクセス権であるが、実務上はどのように用いられていたのだろうか。既に何度か触れてきた通り、糾問訴訟における被疑者・被告人が何の弁護の機会も与えられていなかったというイメージは、広く流布している。そして確かに、カロリーナ刑事法典の規定に従えば、公判の場において被告人代理人は弁護活動らしい活動を行う余地はほとんどなかった。そこには冒頭陳述も証拠請求も証人尋問も異議申立も最終弁論も規定されていない。というよりも公判手続そのものが儀礼的なものを除けば想定がなされていなかった。

27) Meister (d.Ä.), Christian Friedrich Georg, *Vollständige Einleitung zur Peinlichen Rechtsgelehrsamkeit in Teutschland*, Erster Band, welcher die Vorbereitung zum peinlichen Prozesse enthält, Göttingen, 1764, 1. Abschn, 8, HSt. § XLVII.

28) Ignor, a.a.o. (Anm.23), S.81.

29) Schmidt, a.a.o. (Anm.15), § 75.

しかし、現行手続においてもそうであるように、公判における弁護が刑事弁護の全てではない。そして公判外の活動については、この時代の被告人代理人は現代と同様に法規範に忠実に基づいて構成されていたのである。

実例として、先に挙げた1589年の魔女裁判を見てみよう。魔術による加害、悪魔召喚、洗神、そして悪魔との性交の廉で拘禁・起訴された姉妹に関して、それぞれの夫が氏名・来歴不詳の人物に法的助言を求めた。まずいことに、この時点で既に姉妹を有罪とする証人の調書が数多く集められており、その中にはすでに有罪判決を受け処刑された「魔女」たちのものも含まれていたのである。この段階では拷問によって「共犯者」の氏名が無理やり聴取されたことで被害者が拡大していくという、魔女裁判に典型的な事例の様相が呈されており、被告人姉妹の身の上は風前の灯であるように思えた。

弁護人—事件記録には代弁人を意味するVorsprecherではなく、Defensorと記されている—となった人物はこの状況に際して、あくまでカロリーナの規定を拠り所にして法的な弁護を試みた。彼はまず、夫たちに送付された起訴状に記された、抗弁・再抗弁を行うまでの猶予期間の短さにつき、現時点では、しかるべき弁護を行うことは不可能であるとする異議を唱える文書を裁判所に送付した。

「というのも、我々には、彼女たちに対し何が何回尋問されたか、あるいは彼女たちに対してなされた刑事訴追に対して、彼女たち、つまり我々の妻たちが、自白をしているのかいないのか、あるいは、これについて証人(…)によって何が証明されているのかされていないのかすら、我々には全く知らされておらず、また、具体的な自白、糾問やなされた証言について——これは先に〔つまり拷問に〕進まねばならないとする前には、法律上当然にわれわれに伝えられねばならない——あらかじめ慈悲により伝えられることがなかったもので、何もできず、法律家も見つけることができない」³⁰⁾

この異議が、カロリーナ刑事法典第47条および第90条に基づいていることは明らかである。彼はこの異議によりとりあえず1週間の猶予を得ると、次いで証人や被告人に対する調書等捜査文書の公開を断固として求めた。裁判所は弁護人の強硬な姿勢に折れ、カロリーナ刑事法典が求める手続に従って判断についての鑑定をマールブルク大学の博士たちに求めたが、寄こされた回答は、被告人は、文書記録全ての謄写を要求する法的権利を持っており、また、被告人の選任する刑事弁護人にもこれを手渡すことができるとする見解を示すものであった。弁護人は交付された証人の調書の謄本に目を通し、その内容に鋭く詳細な反撃を加えた。彼はまた、裁判所に対して、無実の者を誤った起訴から守るための刑事手続上の準則はすべて遵守されねばならず、通常手続の標準からのあらゆる逸脱は、退けられなければならないことを請求するとともに、その要請を、専門文献やカロリーナ刑事法典からの多くの引用によって根拠づけた。文書へのアクセスを軸としてなされた彼の戦いは、途中、被告人に対して拷問の使用が認められるなどの危機を招いたものの、最終的には彼女たちを火刑台から救い出す結果をもたらしたのである。

それでは、糾問訴訟下での文書閲覧権の保障は、この事件における弁護人だけが成し遂げた、あるいは本件において鑑定を行った博士たちだけによって示された、例外的な成果物だったのであろうか。以下では、続く17世紀にあって刑事実務に、参審人あるいは鑑定人として携

30) ファルク、前掲(註13)、306頁。原文はHauptstaatsarchiv Wiesbaden, Abt.399, Nr.218, Blatt35 v.

わりつつ、刑事法の学術的な深化発展に功績を残した3名の法律家の見解を見てみよう。

(4) 普通法の時代

まず初めに取り上げるのはベネディクト・カルプツォフ（1595-1666）である。ライプツィヒ大学に籍を置きつつも同市の刑事実務に参審人として関与していた彼は、その主著『新ザクセン刑事実務』において、刑事弁護と糾問訴訟の関係について以下のように述べている。

「糾問訴訟を直視しようとすればするほど、弁護権が自然権であることは極めて確実なものとなる。ゆえに、弁護権は動物からも、ましてや人間からも、そして悪魔からすらも奪われてはならないものなのである」³¹⁾

カルプツォフによれば、糾問訴訟においては、被疑者は、親告訴訟において有していたような手続上の要請権を持っていない。彼はもはや、有罪を示す証拠を批判的検証にかけたり、拘禁される場合に、反証となる証拠を集めたりする程度のことしかできない。しかしながら、自然権としての弁護のための権利が否定されたわけではないのであるから、官憲は被疑者に、いわばその代償を提供せねばならず、さもなくば、糾問手続の枠内での弁護を利用する機会を与えねばならない。これにより弁護の機会を与えることは、本質的には慈悲や恩恵ではなく、また、裁判所の実体的真実追求の義務の単なる反射的效果でもなくなった。弁護の機会を与えることは、刑事訴追の任を負うことと結びついた、官憲の基本的な義務となったのである。

カルプツォフはさらに、弁護権の具体的な中身についても論じている。

「弁護権は自然法の求める権利であるがゆえに、あらゆる被疑者はその意見を聴取されねばならない。さもなくば、何者も弁護を行うことはできないだろう」³²⁾

この意見聴取の権利から、カルプツォフはさらに、被疑者には捜査に当たる裁判官に対して、自分が無実であることを示す事実証拠を提出し、これに関する証人を尋問するように求める権利が与えられることを導き出している³³⁾。

ただし、カルプツォフは被告人・弁護人による記録の閲覧・謄写について消極的な見解を述べている。被告人による文書閲覧が許される時期について、カルプツォフは被告人に対する尋問が終了した後にはじめてこれが認められるとし³⁴⁾、また訴訟記録全体の謄写には時間がかかり、その結果もたらされる手続の遅延は、糾問訴訟の本質である迅速性を損なう、というのがその理由である。もっとも、彼は裁判官が法廷で原本を示し、弁護人が裁判所内で必要な部分を抜粋するという手法は非常に有益であると述べてもいることから、記録へのアクセス権それ自体の重要性を否定しているわけではない³⁵⁾。

続いて、カルプツォフより少し遅れてハンザ同盟都市ヴィスマールの裁判所で実務に当た

31) Carpov, Benedikt, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, Qu.115,Nr.1.

32) Ebd., Qu.115, Nr.4.

33) Ebd., Qu.115, Nr.69.

34) Ebd., Qu.115, Nr.26.

35) Ebd., Qu.115. Nr.102, et seq. なお、同時代に魔女裁判に反対し反カルプツォフの立場を取った法律家にして外交官であるユストゥス・オルデコープによるこの点に関する批判は非常に興味深い。これについては上口裕『近世ドイツの刑事訴訟』（成文堂、2012年）、180頁、註168を参照のこと。

り、カルプツォフとともにいわゆる「パンデクテンの現代的慣用」の代表的人物と称されるダヴィド・メヴィウス (1609-1670) の見解を見てみよう。メヴィウスは1658年もしくはその前後に、魔女の被告事件手続に関して鑑定を求められ、2通の意見書を返している。そこにおいては、被告人がそれを閲覧することを望んだときには、被告人が未だ尋問されていない場合であっても、文書と証拠とが引渡されるべきである、としてカルプツォフとは異なる見解を示している。なお、文書閲覧を許す時期についてのこうした見解の相違は、被疑者に、尋問に先だって自身に対する非難についての情報を得る機会を与えるべきか否かという問題に由来しており、後述するブルンネマンやシュトリクといった高名な法学者たちもまた、こうした情報を与えるべきではないという見地から、カルプツォフと見解を共有していた。その中でメヴィウスが異なる立場を採ったのは、彼が、文書の引渡しを、被糾問者にとってなくてはならない権利であり、さもなくば被糾問者は弁護の可能性を失い、糾問訴訟が歪んだものになってしまう、と考えていたことによるものと推定されている³⁶⁾。

最後に、メヴィウスとほぼ同時代の刑事法学者、ヨハン・ブルンネマン (1608-1672) について取り上げたい。ブランデンブルクの地で法実務に携わるとともに法学者としての活躍を見せた彼は、17世紀前半を代表する法律家としてしばしばカルプツォフと並び称されるが、彼の刑事弁護についての見解は、糾問訴訟の全体像を略述した主著『糾問訴訟法論』³⁷⁾ から見て取ることができる。ブルンネマンもカルプツォフと同様、被告人の防御権を自然法に由来させ、何人もこれを奪うことができない特権であるとする³⁸⁾。ただし彼は弁護については、被告人自身のみならず親族もまたそれが許される、としたうえで、誰もそれをなさない場合には裁判官自らが職権により被告人の弁護的取調べを行わなければならない、と述べており、第三者による弁護については消極的な立場を採るようにも見える。

そして問題の記録閲覧に関して、ブルンネマンは以下のように述べている。

「さて、論述の順番からみて、防禦を行う際の規則に注目しなければならない。この規則の内容は主として、証人、証言に対する抗弁の提出によって防禦を行いうるよう、被糾問者に訴訟記録の写し、証人の氏名及び特に証言〔の記録〕が交付されなければならないという点にある」³⁹⁾

このように、彼にとって記録の写しの交付は当然の事項であったが、しかし既述の通り、閲覧の時期についての意見はメヴィウスとは異なっていた。もっとも、ブルンネマンは、証言録取書をはじめから2部作成させ、1部を被糾問者に即時交付することが有益な場合もあり得る、という留保を付していること⁴⁰⁾には留意する必要があるだろう。

以上より、糾問訴訟下における刑事弁護と記録アクセス権については次のようなことが言えるだろう。被疑者・被告人が糾問訴訟において客体化し、何の弁護の機会も与えられていなかったという広く流布したイメージは、公判廷における弁護活動だけを念頭においたものであ

36) Lorenz, Sönke, David Mevius (1609-1670) und der Hexenprozeß. Zur Problematik der Diskussion, wer als Gegner der Hexenverfolgung bezeichnet werden kann, in : Lehmann, Hartmut, Ulbricht, ott (hry.), *Vom Unfug des Hexen Processes*, 1992, S.319.

37) この著作は上口、前掲(註36)において全訳されている。以下、引用はこの訳文に従う。

38) 同、140頁。

39) 同、176頁。

40) 同、180頁。

り、現在の刑事弁護実務の標準に照らしても正当な評価であるとは言えない。被告人代理人は公判外の、現在で言うところの捜査段階において、カロリーナ刑事法典の条文を根拠としながら弁護活動に取り組むことができていた。そしてその前提となっていたのが、証人の証言内容等を記した捜査文書へのアクセス権であった。同法典は既に、証言記録の写しが代理人、特に被告人に交付されるべきことを定めており、その後の実務や訴訟法の学術的發展の中でもそうした手法は支持され続けていた。これらは、糾問訴訟の実体的真実追求原則が論理必然的に被告人に有利な方向での立証を求めたことから来るものであり、また、完全に公的機関が主導するものとなった糾問訴訟においては口頭でのやり取りではなく文書記録に基づいた審理の運営が基本となっていたことが、被疑者・被告人やその代理人による記録へのアクセス権の重要性をこれほどまでに高めたのである。

3. 検討と今後の展望

以上、糾問訴訟下における刑事弁護と記録アクセス権についてみてきたが、そこからどのような示唆が得られるのであろうか。

疑いのないところと言えば、糾問訴訟において確立した被疑者・被告人やその代理人による記録へのアクセス権が、同時に弁護権行使それ自体の必然的前提となっているという点であろう。そしてこのこと自体は、刑訴法第40条、第299条、規則第178条の6等からもわかるとおり、現在の刑事手続においても異論なく共有されているものと思われる。ただし糾問訴訟下のこうした規定や理論が、証拠の事前全面開示を根拠づけるような歴史的事実であると言えるかは、より慎重な読解が必要になるとと思われる。証拠隠しの問題についてはカロリーナ刑事法典第47条が「自白及び全ての取調べによって明らかになった事柄は全て精確に録取され（中略）故意に省略され隠蔽されてはならない」と規定している一方、すでに普通法時代の学者たちの間でも、記録閲覧を許すタイミングについて議論が行われており、事前全面開示に反対する論者が依拠する、いわゆるFishing Expedition論に類するような批判も見受けられる⁴¹⁾。

そして、冒頭で触れた謄写の費用負担に関してであるが、カロリーナ刑事法典は明確に「適切な対価と引換えに当事者に証言記録の写しを交付」する、と述べている。ブルンネマンもまた、以下のように端的に結論づけている。

「写しは、〔交付の〕申立人、親族又は被告人の弁護を申し出た者の費用において交付されるべきである。裁判官が行うべきことはすべて、被糺問者が無資力でない限り、申立人の費用によって行うのが原則だからである」⁴²⁾

謄写に係る手間と費用が現代とは比べものにならなかったことを措いても、現代と共通する

41) 同、184頁より「被糺問者は、構成的な方法、すなわち、無罪を証拠によって立証する方法だけでなく、破壊的な方法、すなわち、矛盾している等の理由に基づいて証人の適格又はその供述を争うことによって、自己に不利益な証拠を反駁する方法〔=弾劾〕も、無罪弁護のために用いるのが通例である。したがって、裁判官が被糺問者と長々と論争することは無意味であり、また、事実及び法律に関する多くの主張によって一件記録を長大化することを弁護人に許すべきではなく、簡潔に弁護をなすべきことを刑罰の威嚇をもって命ずべきである」

42) 同、177頁。

この考え方に疑問の余地はないようにも思える。ただし、これらはあくまで糾問訴訟下で訴訟に係る公的機関が作成した文書記録に関する規定であることには留意する必要があるだろう。原告が存在する親告訴訟的な手続が行われている場合、すなわち反対当事者がいるときには、カロリーナはやはり明文でそれぞれの主張を述べる意見書が2通作成され、公的機関と反対当事者に交付されるべきことを定めている。このことは、たとえば冒頭で取り上げた日弁連の刑訴法第299条に関する提言で、「検察官が取調べ請求予定の証拠書類の謄本を作成して弁護人に交付することは、検察官が手持ち証拠をコピーして手控えとする際に、弁護人交付用として、さらに1部をコピーすれば済む」と主張していることと符合する。

さらに、カロリーナは被告に資力のない場合について、第47条で「被告人又はその親族が上に定める費用を貧困により負担することができないときは、悪が処罰を免れ、無辜が不法に減ぼされることのないよう、官憲又は裁判所による費用負担の下、裁判官において手続を行わなければならない」とし、カルプツォフやブルンネマンもこれを強く支持している。他方で、やはり日弁連の「提言」や「意見書」では、謄写費用に関して国選弁護費用や法テラスから満額実費支給されていない現状が述べられており、この点は重大な問題として捉えられるべきであろう。

以上、糾問訴訟下の諸制度に関する史的分析とそこから得られる示唆について述べてきたが、このような手法が成功しているのか、あるいはそもそも意義が認められないのかは、おそらく今後の議論の展開によるであろう。ここでは、はじめに述べた通り、刑事弁護の現代的課題である記録へのアクセス権を史的観点から検討することによって問題点がより明確になるのではないかと期待のもとに筆者なりの見解を述べてきた。もちろん、このような方法論が不适当であるとの批判もあるだろうが、刑事弁護における記録へのアクセス権に係る問題をより広い視野から見ることの必要性を強調できたのではないかと考えている。

今後は、その他の課題も含め刑事弁護の全体像について、歴史的な変遷を踏まえ、かつより詳細に検討していくことが筆者の使命となろう。このことは、明治以降に実現されたはずの法の西洋化・近代化の流れにあって、本邦の刑事司法が未だ西洋で言うところの近世段階にあると評価せざるを得ない部分がある、という筆者の従来からの問題意識と深く関わってくるだろう。記録へのアクセスという問題はその1つの側面を示すものであり、この観点からも今後の研究を進めなければならないのである。