

ドイツにおける被疑者・被告人の証拠開示請求権の 展開

齋藤, 司
九州大学大学院法学府刑事訴訟法

<https://doi.org/10.15017/10976>

出版情報 : 九大法学. 89, pp.1-149, 2004-09-15. Kyudai Hogakkai
バージョン :
権利関係 :

ドイツにおける被疑者・被告人の証拠開示請求権の展開

斎藤 司

序

第一章 ドイツ証拠開示制度の成立とその問題性

第一節 一八七七年帝国刑事訴訟法制定前の状況

第二節 一八七七年帝国刑事訴訟法の制定過程

第三節 一九〇八年草案と個別的改善

第四節 小括

第二章 証拠開示制度の改正要求とその部分的実現

第一節 一九二〇年草案における全面的改正要求

第二節 ナチス期における制限

第三節 一九六四年小改正と連邦憲法裁判所決定

第四節 一九七四年改正と弁護権制限の動き

第五節 小括

第三章 被疑者・被告人の証拠開示請求権の展開

第一節 AK草案と証拠開示請求権の理論的根拠付けの試み

第二節 判例の展開

第三節 一九九九年刑事手続法改正法

第四節 判例の新動向と新たな改革要求

第五節 小括

むすびにかえて

序

一 昭和四四年四月二五日決定^①において、最高裁が裁判所の訴訟指揮権に基づく個別的な証拠開示命令という手法を明示して三〇年あまりが経過した。同決定及び同決定以降の実務は、一定の評価を受けつつも、主に以下の二点でその問題性が指摘されてきたといえる。第一に「全面的事前開示論に近い運用から、開示否定論に近い運用まで可能^③」との指摘などに示されているように、その不安定性^④という問題である。そして第二に、「あくまで裁判所の職権発動による救済という視点から構成された解決策にとどまり、証拠開示に重大な利害を持つ被告人側の視点をくみ上げることには、自ずから限界がある^⑤」との指摘などが示すように、訴訟指揮による解決方法自体が持つ問題性である。ここでは、被告人側の視点、すなわち被告人の防禦の利益と証拠開示との関係が不明確であるという点が、問題とされてきたといえよう。

このように最高裁決定及び同決定以降の実務においては、開示基準が不安定で、かつ証拠開示と被告人の防禦権との関係が不明である点が問題点とされてきたといえる。それゆえ学説を中心とする立法論を含めた証拠開示論が、第一に証拠の基準(対象・時期)の具体化へ、そして第二に証拠開示を被告人側と検察官という当事者間の権利・義務関係として捉える、という方向へと向かったのは当然であったといえよう^⑥。このような方向性を持つ見解としては、①最高裁昭和四四年決定以前から主張される憲法論に根拠をおく事前全面開示説^⑦、②特定の資料類型につき証拠開示請求権を認める見解^⑧、③「利益衡量アプローチ」・「権利保障アプローチ」のどちらを採用しても事前全面開示がとられるべきとする見解^⑨、④事前全面開示説の立場から証拠の標目開示と個別不開示とい

う二段階開示手続を提案する見解、⑤上の諸見解とは方向性をやや異にするが、各証拠の開示の必要性と弊害を細かく検討した個別的開示説^⑪、などが挙げられる。

このような議論状況のもと、二〇〇一年六月に提出された司法制度改革審議会意見書は、刑事司法改革の柱の一つとして「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^⑬」と。そしてこれを受けた内閣の司法制度改革推進本部の裁判員・刑事検討会における議論を経て、二〇〇四年三月に「刑事訴訟法等の一部を改正する法律案」が提出され^⑭、同年五月二日に「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」が成立した。

以上のような経緯を経て、日本においても証拠開示に関する明文規定が設けられることとなった。しかし、司法制度改革審議会の時点において既に指摘されていたように^⑮、今回の改正においても、依然として証拠開示と被告人の防禦権の関係については明らかでない状況にあるといえよう。具体的には、それは、①開示される証拠が特定されていること、②証拠開示の必要性や証拠開示に伴う弊害の有無・程度、さらに被告人側による争点主張を前提とする争点関連性という限定がかけられていること、③被告人側の争点明示義務が設けられていること、であるといえる。最高裁昭和四四年決定に対する評価及びそれ以降の実務の現状を鑑みても、証拠開示と被告人の防禦権の関係について検討を加えることは、今回の司法改革の評価を行ううえで、そして今後の安定した証拠開示制度を構築するうえでも、またさらなる改革論における視座を設定するうえでも不可欠の作業であるといえるのではないか。

二 以上のような問題意識のもと、本稿では証拠開示と被告人の権利との関係を検討する準備作業として、証拠開示について「権利保障アプローチ」⁽¹⁶⁾をとるとされることもあるドイツにおける証拠開示制度の展開過程を分析対象として設定する。「証拠開示問題は、決して当事者主義構造に固有のものとは云え」⁽¹⁷⁾ず、職権主義をとるドイツを証拠開示に関する比較法の対象として設定することが無意味ではないことは既に指摘されている。本稿がドイツの証拠開示を検討対象とする理由は、さらに以下の点にある。第一に、ドイツにおける証拠開示制度は、「権利保障アプローチ」をとりつつ、開示対象・開示時期の拡大、そして証拠開示が拒否された場合の不服申立制度等の確立を着実に実現させてきていることである。⁽¹⁸⁾「権利保障アプローチ」をとりつつ、着実に改正を積み重ねているドイツの改革動向がどのような方向性を持ってきたのか、そしてその背景には何が存在するのかを確認することは、証拠開示と防禦権の関係を考えるうえで少なからず有益であると考えるからである。第二に、ドイツの証拠開示制度は、これまで比較法の対象とされることは少なくなかったが、ドイツの証拠開示制度の展開過程そのものを一貫して検討する研究は見当たらないことである。⁽¹⁹⁾それゆえ、ドイツの証拠開示制度が歴史的に見てどのような意義を持つのかを確認することは、無意味ではないといえよう。さらに、従来「証拠開示は問題とならない」⁽²⁰⁾とされてきた大陸法系のドイツにおいて証拠開示制度がどのように展開してきたかを検討することは、現在日本でなされている証拠開示請求権の議論の位相を確認するためにも、比較法的意味を持つといえるのではないか。

三 以下では、まず第一章で、一八七七年のドイツ帝国刑事訴訟法制定前夜から一九〇八年草案までの動向を概観し、我が国の旧刑事訴訟法が典型とされる、いわゆる「一件記録提出主義」⁽²¹⁾に伴う証拠開示制度がどのように成立したのか、この制度のどの部分が問題とされたのかを確認する。次に第二章においては、一九〇八年草案が挫折した以降から一九二〇年草案を経て、ナチス期、一九六四年小改正、そして一九七四年改正までの時期を扱う。

ここでは、「一件記録提出主義」に伴う証拠開示制度の問題点を踏まえ、一九二〇年改正で包括的な改正案が提出されたこと、その一部が一九六四年小改正及び一九七四年改正で実現されるといふ動向を確認し、第一章で確認した証拠開示制度の問題点がドイツではどのように克服されていったかを確認する。そして第三章では、それ以降の時期から一九九九年刑事手続改正法及びその直後の時期までを扱う。ここでは、一九七四年改正までにある程度実現した証拠開示制度に関するその後の問題点が、様々な観点から浮き彫りにされ、さらなる改善が様々な方向から試みられ、それらの試みが一九九九年改正で部分的に実現し、さらに議論が進められているという状況を確認する。そして、最後にこれらの動向を総括し、それを踏まえて若干ながら被疑者・被告人の防禦権と証拠開示の関係性を中心に検討を加えることとしたい。なお、ドイツにおける証拠開示請求権は、「ドイツ刑事訴訟法一四七条で規定されているが、ドイツでは「書類閲覧権 (Akteneinsichtsrecht)」と呼ばれる。それゆえ、以下の第一章から第三章の部分においては、論述の便宜上、ドイツの書類閲覧請求権については「書類閲覧権」の表記で統一することとしたい。

(1) 最決昭和四四年四月二五日刑集二三卷四号二四八頁。

(2) 例えば、安原判事は、同決定以後「三〇年の間に証拠開示問題はかなり前進した部分と、膠着した部分とが併存している」と指摘する。その前進した部分として、「検察官は慣行として、あるいは裁判所の勧告に従って証拠を開示している」点を挙げ、「その意味では、前記決定が実務に定着し、証拠の原則的開示に多大な貢献をしてきたことがうかがえる」と述べられている。安原浩「証拠開示の現状と展望」季刊刑事弁護一九九号(一九九九)一七頁。また、大野市太郎裁判官も、「証拠開示の運用については、……既に最高裁判例の線を越え、柔軟に運用されている実情にある」との一定の評価をされている。大野市太郎「捜査と弁護」刑法雑誌三三卷一号(一九九一)五六頁。同決定及び同決定以降の実務そのものについては、その柔軟性が評価されているといえよう。

- (3) 村上保之助「証拠開示」判例タイムズ四六六号(一九八二)二一九頁。
- (4) 証拠開示の現在の実務については、「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」判例タイムズ九一八号(一九九六)四頁)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」季刊刑事弁護一九号(一九九九)七七頁)、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、一九九三)一一二二三頁以下)との批判も存在する。同様の批判を行うものとして、さらに笠井治「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下巻』(信山社出版、二〇〇三)三七二頁以下。
- (5) 酒巻匡『刑事証拠開示の研究』(弘文堂、一九八八)六三頁
- (6) 最高裁昭和四四年決定以前の議論状況については、酒巻・前掲書註(5)七頁以下に詳しい。
- (7) 例えば、佐伯千仞『刑事訴訟の理論と現実』(有斐閣、一九七九)二七頁以下、渡辺修「証拠開示の問題状況」同編『刑事手続の最前線』(三省堂、一九九六)二二八頁、白取祐司『刑事訴訟法 第二版』(日本評論社、二〇〇一)一三三六頁以下、新屋達之「日本の証拠開示、その歴史と現状」法学セミナー五八四号(二〇〇三)四八頁以下、さらに特集として、「特集 甦れ! 証拠開示」季刊刑事弁護一九号(一九九九)一六頁以下、「特集 新しい時代の司法と『証拠開示』制度」法学セミナー五八四号四〇頁以下、「特集 全面証拠開示を求めて——冤罪・誤判をなくすために」法と民主主義三七九号(二〇〇三)以下など。また、「無古幸の不処罰」という刑事法の最重要目的から全面証拠開示を主張するものとして、田中輝和「刑事法の最重要目的としての「無古幸の不処罰」——証拠開示問題を例としての覚書——」東北学院大学論集(法律学)六二号(二〇〇四)一九頁。
- (8) 酒巻・前掲書註(5)。
- (9) 松代剛枝『刑事証拠開示の分析』(日本評論社、二〇〇四)。
- (10) 指宿・前掲註(4)七七頁以下、さらに同「まとめと提言」法学セミナー五八四号(二〇〇三)六二頁など。
- (11) 吉丸眞「刑事訴訟における証拠開示——第一回公判期日前の証拠開示を中心に——」(上)(下)「法曹時報五二巻五号(二〇〇〇)一頁以下、同六号(二〇〇〇)一頁以下。さらに同「刑事訴訟における証拠開示——被告人に有利な証拠の開示——」(上)(下)「法曹時報五四巻三号一頁(二〇〇二)以下、同四号(二〇〇二)一頁以下等が挙げられる。
- (12) 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、二〇〇一）、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」静岡大学法政研究六卷三〇四号（二〇〇二）三七七頁を挙げるにとどめておく。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・小田中聰樹編『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、二〇〇四）三九頁以下。

(13) このような提案をもとに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（二〇〇一）一七四頁、川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法四二二号（二〇〇二）四八頁、美奈川成章「準備手続の創設・証拠開示の拡充」季刊刑事弁護三三三号（二〇〇三）四一頁、大澤裕「『新たな準備手続』と証拠開示」刑法雑誌四三巻三号（二〇〇四）四五頁。

(14) 同法律案の解説・検討を行うものとして、「特集 裁判員制度の導入」ジュリスト一二六八号（二〇〇四）六頁以下、特に証拠開示に関して、川出敏裕「公判前整理手続」ジュリスト一二六八号七三頁以下。

(15) 渕野・前掲註（12）三七七頁、田淵・前掲註（13）一七四頁、川出・前掲註（13）四八頁、美奈川・前掲註（13）四一頁、大澤・前掲註（13）四五頁。

(16) 松代・前掲書註（9）一三七頁以下。

(17) 松代・前掲書註（9）一〇頁。

(18) 松代・前掲書註（9）一四九頁以下において、ドイツ証拠開示制度の現状が詳細に検討されている。

(19) 松代・前掲書註（9）が、ドイツおよびイギリスにおける証拠開示制度を詳細に比較・検討を行っている。また、ドイツにおける一九六四年改正を中心とした書類閲覧権の展開を詳細に検討しているものとして、光藤景皎「ドイツ公判前手続の構造——西ドイツ刑事訴訟法一九六四年改正を中心として」同『刑事訴訟行為論』（有斐閣、一九七四）九八頁、特に一四八頁以下。さらに現在のドイツにおける捜査弁護の実務と併せて証拠開示の実務を紹介しているものとして、高田昭正「ドイツにおける実効的捜査弁護——被疑者供述の証拠化と取調べ」同『被疑者の自己決定と弁護』（現代人文社、二〇〇三）三九頁以下、五七頁、石川才顕『捜査における弁護の機能』（日本評論社、一九九三）一四八頁。

(20) 例えば、鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論社、一九六二）二九二頁以下、また安原・前掲註（2）二八頁。これに反論を行うものとして、松代・前掲書註（9）一〇頁。

(21) 三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、二〇〇三）一三八頁。

第一章 ドイツ証拠開示制度の成立とその問題性

第一節 一八七七年帝国刑事訴訟法制定前の状況

一 いわゆる「改革された刑事訴訟 (der reformierte Strafprozess)」以前の時代に、既にドイツでは書類閲覧制度の原型は存在していたとされている。⁽¹⁾ 例えば、プロイセンでは一七二七年法で、被糾問者 (Inquisitio) と弁護士 (Advocato) の裁判所内における書類閲覧が認められ、⁽²⁾ さらに弁護士には書類の写しを要求する権利が与えられていた。⁽³⁾ しかし一八〇五年の刑事規則 (一八〇五年二月一日) により、三つの制限が設けられるようになった。第一に弁護人のみが書類閲覧を認めること、第二に予審段階の書類閲覧は禁止すること、第三に書類の写しを要求することができなくなったこと、である。ただし、弁護士が官吏 (öffentliche Beamten) である場合にはその住居への書類の持ち帰りが三日以内で認められる、とされていた。⁽⁴⁾

またバイエルンでは、Feuerbachが起草したバイエルン刑事法典 (一八一三年一〇月一日)⁽⁵⁾ による規定が存在していた。そこでは、「終結手続にあたっては、被告人の明示の要求により法律に通じた弁護人がつけられ (一四二条)、その弁護人は「弁護準備をするために、被告人の免責または刑の軽減に役立つあらゆる事情が残らず究明され且つその証拠が書類にとられているかどうかを検討しなければならない」 (一四五条) とされていた。そして、そのために「全ての書類を、宣誓した裁判所職員の立会のもとで検討する」 (一四五条一項一号) 権利と義務が与えられていたのである。

このように、この時代においても、少なくとも公判の開始前には書類閲覧を認める立法は、存在していたのである。しかし他方で相当に制限的な立法が存在していたことも事実であった。例えば、ハノーファーでは、「被糾問者は概して既に存在する自己に不利な証拠について情報を得ることのみを求めることが、経験上証明されているがゆえに、被告人には、自己の犯行を隠蔽するため不真実とか各種の策略をすることができないように、一般糾問の際にとられた調書及び記録は、閲覧させてはならない⁶⁾」とされ、実務上は弁護人の書類閲覧さえも拒否していた。さらにヘッセン＝ダルムシュタットの一七二六年刑事裁判所法では、被告人に書類の閲覧を許していたものの、それは裁判所に認められた裁量権であるとされていた。弁護人には書類閲覧が認められてはいたが、それも「書類の内容を依頼者に知らせる意図はないことを誓う」ことが書類閲覧の条件であった⁷⁾。

このような立法や実務の動向に対して学説の動きも活発であった。学説においては、書類閲覧権が不可欠の弁護手段であるという点では一致しており、また書類閲覧は弁護人へのみ認められるという点でも一致していたが、対立が生じていたのは、以下の二点においてであった⁸⁾。それらは、第一に弁護人は被告人に書類内容を知らせてよいかどうかという点で、第二に終結手続の審問前に書類閲覧が認められるかどうかという点であった。そこで、これらの論点をめぐる議論を概観し、当時の議論状況を確認することとしたい。

第一の論点につき、Titman は、可能な限りの効果的な刑事訴追のために、「弁護人は被告人に書類から知ったこと全てを知らせる権利を持っていない」とする。その理由として、「弁護人は擁護 (Verteilen) する権利のみを持っており、国家に対しては常に誠実な者として義務を負って行動しなければならない。その点において、弁護人は法を侵害するようなこと何ら行ってはならない。それゆえに、法を妨害するためだけに被告人が利用する可能性がある報告 (Mitteilungen) も、行ってはならないのである⁹⁾」、と述べている。

これに対して、Mittermaier は「被告人 (Inkulpaten) に書類内容を伝える、弁護人 (Defensors) の権利」を強調している。そしてさらに、以下のように述べている。「弁護人は、被告人の助言者であるが…、しかし助言者という概念には、率直さと誠実さを最も高い程度で示すということが含まれている。それゆえ、依頼人の質問に対して完全に真実に従い答えるということが含まれるし、防禦目的の達成に寄与しうることを全てを用いるということが含まれるのである」¹¹⁾。「しかし書類の完全な伝達なしでは、弁護人にとって弁護がほとんど不可能であるということも考えられる。なぜなら、訴追証拠に反論することが弁護人の主要な義務であるのに、書類の完全な伝達ができないときには、弁護人は証人、そして証人と被告人の関係を知らることができないからである。このように弁護人は、防禦に資する資料を被告人に委ねるよう要求しなければならぬし、このような目的のため、弁護人は全ての証人、その全ての証言に対して、反論できる状態になるように、被告人に伝達しなければならぬのである。もし、我々がこのようなことを弁護人に許そうと思わないのであれば、そのことはまさに弁護人が彼の義務を果すことを許されなくなる、ということの意味するのである」¹²⁾、と。さらに、被告人に対する報告の禁止の根拠について、以下のように指摘し、批判している。「…そのような禁止の理由は、ドイツ刑事訴訟における非難すべき策略と密行主義にのみ存するのである。ドイツ刑事訴訟では、人々は、審理の対象とされる被告人を常に確保 (Fangen) しようとするのであり、そしてそれによって司法の品位と誠実さは傷つけられているのである」¹³⁾、と。また Kleinschrod も、同様の理由から弁護人による被告人への書類内容の伝達を肯定している¹⁴⁾。

この第一の論点においては、刑事弁護人の任務をどのように捉えるかが、結論に大きく影響していることが分かる。すなわち弁護人の、いわゆる司法機関性を強調するか、あるいは被告人の防禦を重視するか、ひいては書類閲覧に伴う弊害と被告人の防禦権とのどちらを重要視するかが、書類閲覧に関する議論に大きく影響している

ことが見て取れるのである。

次に、第二の論点である、終結手続の審問前の書類閲覧に関する議論状況を概観しよう。

これについては、*Fittman*⁽¹⁵⁾ v. *Bülow-Hagemann*⁽¹⁶⁾、*Grolman*⁽¹⁷⁾などは、このような終結手続の審問前の書類閲覧には反対していた。その理由としては、終結手続の審問前の書類閲覧によって「濫用が生じうるし、被告人が嘘や言い逃れへと誘惑されるような内容が、被告人に知らされてしまう⁽¹⁸⁾」という点が主に挙げられている。

これに対しては、*Klein*⁽¹⁹⁾、*Kleinschrod*⁽²⁰⁾、*Stübel*⁽²¹⁾、*Bauer*⁽²²⁾、*Martin*⁽²³⁾らが、終結手続の審問前の書類閲覧を肯定していた。例えば、*Stübel*は以下のような理由を述べている。「全ての被告人は、審問で利用しようとされている嫌疑の根拠を知ることを要求する権利を持っている。∴終結手続の審問前における書類閲覧が拒否されれば、それは弁護の妨害以外の何物でもない。そしてこのようなことは不法といえるであろう⁽²⁴⁾」、と。

この論点においても、書類閲覧による弊害と書類閲覧が持つ防禦上の重要性との関係をどのように捉えるか、という対立点が看取される。

このように、「改革された刑事訴訟」以前のドイツにおける書類閲覧制度は、領邦ごとに様々な様相を見せていたといえる。ただし、弁護人には書類閲覧が認められていたものの、閲覧の時期・場所については厳格な制限が課されており、さらに被告人への書類閲覧の保障（弁護人から被告人への書類内容の伝達も含めた）についてもほぼ認められていなかった、という点ではほぼ共通しているといえよう。このような状況は、当時の理論状況を併せてみても、被告人に対する書類閲覧によって生じうる弊害のおそれに対する警戒が相当に根深く存在したことを示すものであったといえる。また「ドイツ刑事訴訟における非難すべき策略と密行主義にのみ存する」という、当時の書類閲覧に対する厳格な制限に対する *Mittermaier* の批判にも現れているように、「手続の全ての段階で

裁判官の自由な裁量が支配し、糾問判事が手続の支配者であり、被疑者・被告人は糾問の客体に過ぎない⁽²⁵⁾という糾問訴訟の性格が、防禦権と密接に係る書類閲覧を大幅に限定したことが指摘できよう。その意味で、当時の書類閲覧は、権利といえるようなものではなく、あくまで審問という裁判所の秘密事項を害さない限度で弁護人に書類の閲覧を許していたに過ぎないものであったと性格付けることができる⁽²⁶⁾と考えられる。

二 次に、ドイツに根強く残っていた秘密・書面の糾問訴訟を非難し、口頭・公開の弾劾訴訟を求める動きと、そしてそれに基づき糾問訴訟の改革へと立法が動き始めた一八四〇年代から一八七七年帝国国刑法制定前までの、いわゆる「改革された刑事訴訟」における書類閲覧に関する動きを見てみよう⁽²⁷⁾。ここでは、当時の書類閲覧の状況を、予審段階と公判段階という手続時期に分けて概観し、その後の一八六〇年代から帝国国刑法制定前までの状況を概観することとする。

三 一八五〇年代までの時期において、予審段階における書類閲覧を認める立法は、三つの領邦でしか存在していなかった。ハノーファー⁽²⁸⁾、ナッサウ⁽²⁹⁾、ブラウンシュバイク⁽³⁰⁾における立法は、予審段階における書類閲覧を認めていた。ただし、書類閲覧許可に関する決定は、ハノーファーとナッサウにおいては予審判事の裁量とされていた。これに対し、ブラウンシュバイクにおいては、弁護人は「被告人が勾留されて、尋問がなされるか、あるいは家宅搜索または差押が命令されたときはすぐに、予審中であつても書類閲覧が許されるべきである」とされていた。その他の多くの領邦、プロイセン⁽³¹⁾、オーストリア⁽³²⁾、バイエルン⁽³³⁾、ヴェルテンベルク⁽³⁴⁾、バーデン⁽³⁵⁾、チューリンゲン諸国⁽³⁶⁾、ヘッセン＝ホンブルク地方伯領⁽³⁷⁾、ヘッセン大公国⁽³⁸⁾、ヘッセン選帝侯国⁽³⁹⁾、フランクフルト⁽⁴⁰⁾、オルデンブルク⁽⁴¹⁾における立法は、そもそも予審段階で弁護人がつくことを認めておらず、それゆえ書類閲覧も認められず、予審終結後にようやく書類を閲覧することができたのである。

公判段階における書類閲覧については、全ての立法が認めていた。しかし、弁護人のみ閲覧が許されるのか、あるいは被疑者にも閲覧が許されるのかについては、各領邦の態度は異なっていた。オーストリア、ザクセン、チューリンゲン諸国、バーデン、ヴェルテンベルク、ヘッセン選帝侯国そしてハノーファーにおける立法では、被疑者にも書類閲覧が認められていた。しかし、これに対しては、プロイセンを筆頭に、バイエルン、ブラウンシュバイク、ヘッセン大公国、ヘッセン地方伯領、ナッサウ、フランクフルトそしてオルデンブルクは、弁護人のみ書類閲覧を認めていた。

また、閲覧できる場所についても、ほとんどの立法は裁判所内に限定していた。さらに弁護人が書類を住居へ持ち帰る特権についても、以前はこの特権を承認していたプロイセンやヴェルテンベルクでさえ、この時期には認められなくなったのである⁽⁴³⁾。そして、書類の写しを受け取る被告人の権利についても、認めない立法がほとんどであった。このような権利は普通法上では慣行として認められていたのだが、この権利を認めていたのは、オーストリア、バイエルン、チューリンゲン諸国、ヘッセンホンブルク、フランクフルトだけであった。

このように、一八五〇年代までの書類閲覧制度は、公判段階における書類閲覧が認められた点や予審段階における書類閲覧を認める立法が若干存在したという点以外で、ほとんど改善はみられない状況にあったといえよう。このようにほぼ前進のない書類閲覧制度の状況は、当時の刑事手続全体の改革状況に大きく規定されているように思われる。当時、「ドイツの刑事手続には一定の基本的欠陥があり、被告人に対する不法な圧迫や実体的に見て不正な判決に対する保障が欠けている⁽⁴⁴⁾」という認識に基づき、「判決裁判官の面前での弁論の直接主義が不可欠であり、糾問訴訟の問題点を除去することが不可欠⁽⁴⁵⁾」であるとして、改革の必要性は認識されていた。しかし、この一八四八年から一八五〇年代の時期における刑事手続に関する立法は、「普通法の糾問訴訟の根幹を維

持し、それに口頭・公開の弾効的公判を接続しただけの経過法ないし部分法⁽⁴⁶⁾という批判に現れているように、後述する当時の自由主義的な刑事手続の改革要求を一定限度で受け入れながら、糾問訴訟との連続性が色濃いものであった⁽⁴⁷⁾。

これに対して、書類閲覧制度に転眼してみると、第一の特徴として、公判段階における書類閲覧制度はその確立をみていたものの、予審中の書類閲覧を認めている立法は少数にとどまり、認めているとしても予審の審問目的を最重要視した、予審判事の裁量に委任された恩恵的な性格が強いということが挙げられる。これらの立法の根底には、あまりに早い捜査の公開により、被疑者は「合法的手段だけでなく、違法手段そして非道徳的手段によつて、審問の進行を挫折する可能性があり、また刑事司法を妨害する可能性がある⁽⁴⁸⁾」という考えが指摘できよう。また、第二の特徴として、書類閲覧の場所の制限、書類を住居に持ち帰る権利の剥奪、そして被告人へ書類の写しを与えることの拒否が大部分の立法で認められていた点も挙げられる。とくに、プロイセンではこれらの点に関する反動が顕著であった。

このように、刑事手続全体の性格が書類閲覧制度にも大きく影響していることが見て取れるのである。口頭・公開の弾効的な公判手続の導入に伴って、公判段階の書類閲覧制度は確立を見たものの、それ以外の部分では以前の状況が維持あるいは後退させさせられている当時の書類閲覧制度の性格は、まさに上述の「糾問訴訟の根幹を維持した、経過法ないし部分法」という表現が当てはまるものであるといえよう。

四 一八六〇年代に入り、若干の地域で書類閲覧制度はある程度の前進をみることとなる。以下ではその動向を確認することとする。バーデンの一八六八年刑事訴訟法⁽⁴⁹⁾一九七条、ヴェルテンベルクの一八六八年刑事訴訟法⁽⁵⁰⁾二二二条、ザクセンの一八六八年刑事訴訟法⁽⁵¹⁾四二二条は、「閲覧が、裁判官の裁量により審問に対する不利益なし

で行われうるとされる限りで」、予審段階における書類閲覧を弁護人に認めるようになった⁽⁵²⁾。またこれらの立法では、弁護人だけでなく被疑者にも書類閲覧が認められていた点が注目される。ヴェルテンベルク刑事訴訟法二二二条七項は予審時に、バーデン刑事訴訟法一九六条二項およびザクセン刑事訴訟法四二条四項は公判時に、被告人に書類閲覧を認める規定を盛り込んでいる。また、弁護人が弁護士である場合に限りという条件付きであるものの、弁護人が書類を住居に持ち帰る権利も規定されていた⁽⁵³⁾。しかし、これら三つの立法においても、書類の写しが手渡されることは許容されていなかった。

このような動向に対し、プロイセンでは一八六七年の刑事訴訟法においても書類閲覧制度は改正されることはなかった。プロイセン刑法二〇九条一項では、公判手続開始後によりやく書類閲覧権が認められるとされ、また二項では被告人自身には書類閲覧は認められないとされていた。さらに書類の写しが手渡されることも許容されず、最後に三項では、書類を住居に持ち帰ることも許されないとされていたのである⁽⁵⁴⁾。

このように、予審段階における書類閲覧を認める立法、また被告人にも書類閲覧を認める立法も増加する傾向が一八六〇年代以降の時期に存在したことを指摘することができよう。とはいえ、このような傾向が、それまでの書類閲覧制度の性格を根本から転換するものとは到底いえないことは明らかである。当時の刑事手続に関する立法状況は、一八五〇年代までの時期に比べ進歩を見せてはいた。しかし、Gneistが指摘するように、その本質的特徴は「半弾劾主義、半口頭主義、半公開主義」、すなわち公判手続のみにとどまる形式的な弾劾化であり、秘密の糾問的な予審による公判支配および公判手続自体の糾問的性格によって、実質的には、糾問訴訟の精神は維持されたという点では、以前の法状況に比べ根本的改善はみられなかった⁽⁵⁵⁾。この時期においても、予審段階の書類閲覧が予審判事の裁量に左右されていたこと等を鑑みても、この時期の書類閲覧制度が、公判手続の形式的

な弾劾化のみに寄与していたことは明らかであろう。

五 このように、帝国刑事訴訟法制定以前の時期における書類閲覧制度は、「秘密の糾問的な公判前手続による公判支配」という当時の刑事手続の性格を色濃く反映していたといえる。すなわち、いわば形式的に公判段階に認められたにすぎない書類閲覧制度であったということができようが、このような立法状況に対して、一貫して自由主義的な刑事手続改革要求が存在したことは周知の通りである。最後に、その自由主義的改革要求の中心的存在であったC.J.A.MittermaierとH.A.Zachariaの見解を概観し、その中における書類閲覧制度の位置づけを確認することとしたい。

MittermaierとZachariaの刑事手続改革論は、当時の糾問訴訟を克服するための改革課題を、被疑者・被告人の権利主体性の確立と裁判官の機能純化(糾問判事の権力分散と制約)とに求めるものであった。⁽⁵⁶⁾

Mittermaierの改革論は、「訴追側と被告人の地位の平等」を基本原則とする「公正な刑事手続」(ein gerechtes Strafverfahren)を理念として設定するものであった。しかも、それは公判手続の弾劾化にとどまらず、当時の刑事手続において、予審が糾問訴訟の精神を受け継いでいることを批判し、予審の弾劾化を指摘するものであった。このような改革論の中で、書類閲覧の強化も主張されている。すなわち、Mittermaierは、「公正な手続」の要素として、訴追側証拠の被告人への伝達が挙げられ、また予審の弾劾化の鍵として、書類閲覧権をはじめとする弁護権の包括的保障を挙げている。⁽⁵⁷⁾

また、Zachariaの改革論も、弾劾主義の本質を「手続を指揮する公平な第三者の前での、対等な権利を持ち、自由な地位において対立する二つの主体間における、ある事案に関する秩序ある審理」であると定義づけるものであった。そして、そのような弾劾主義の要素として、当事者の権利主体性と対等性、口頭・直接・公開主義と

弁護制度等を挙げている。このような弾劾主義の正当性を、国家的結合における各構成員の自由な人格を認め、保障する法治国家観、そして憲法原則としての個人の人格保障などに求めるといふ改革論は、Mittelmanierと方向性を同じくするものであった。⁽⁵⁸⁾ また、当時の刑事立法が、完全な糾問訴訟と異ならない予審と、「弾劾主義の飾りをつけた糾問訴訟」の公判手続を維持していることを批判し、予審と公判の弾劾化を要求している点でも同様であるといえよう。⁽⁵⁹⁾ 書類閲覧制度について、Zachariaは、このような弾劾主義の要素としての弁護制度が十分に機能していない状況として、弁護人の書類閲覧権が制限を受けている点を挙げている。また、一八四八年三月革命を経て、検察官制度が導入されたことによつて、Zachariaは、検察官と弁護人の「武器対等」(Waffengleichheit)が、公判における検察と弁護との関係に関する原則であると指摘し、その具体化の必須の要件として、書類閲覧権の保障を挙げている。このように、弾劾主義の要素としての弁護制度の充実や公判における「武器対等」の必須の要素として書類閲覧権の保障が挙げられているのである。

このように、書類閲覧制度は、当時の自由主義的な刑事手続改革要求においては、被疑者・被告人の防禦権保障のため、ひいてはその権利主体的地位の確立のための、必須の要素として位置づけられていることを確認することができた。そして、Zachariaが指摘するように、従来の書類閲覧制度ではその目的達成にとつて不十分であるとされ、少なくとも予審段階における書類閲覧権の十分な保障が要求されていたことが確認できた。

六 以上で概観したように、帝国刑訴法制定過程以前の時期における書類閲覧制度は、以下の二つの動向を軸として展開してきたといえよう。第一の動向として、刑事手続の弾劾化を形式的なものに限定することの必然的結果として、公判段階においてのみ書類閲覧制度を認め、それ以前の手続時期においては書類閲覧許可を予審判事の裁量にかからしめ、また書類閲覧権の主体を弁護人に可及的に限定しようとする、個別改善的な動向である。そ

して第二の動向として、自由主義的な刑事手続改革において被疑者・被告人の防禦権保障のため、ひいてはその権利主体的地位の確立のための、必須の要素として書類閲覧権を位置づけ、書類閲覧権の強化を要求する動向である。これら二つの動向の間で、書類閲覧制度は緊張関係を持ちつつ展開してきたものであるといえよう。このような緊張関係のなか、立法状況としては、公判手続における書類閲覧制度は確立をみていたが、予審段階における書類閲覧は非常に不安定なものであったという状況、さらに被告人に書類閲覧を認めるか否かについても明らかではなかったという状況が見て取れるのである。それゆえ、予審段階、さらにそれ以前の手続時期における書類閲覧制度をどのようなものにするのか、また書類閲覧権の主体を弁護人に限定するのがあるいは被疑者・被告人にも認めるのか、などの点が、以降の時期における立法課題として形成されつつあったことを指摘することができよう。このような状況のもとで、一八七七年帝国刑事訴訟法は制定されることとなる。

第二節 一八七七年帝国刑事訴訟法の制定過程

一 本節においては、前節のような展開過程を経て、ドイツにおける書類閲覧制度がどのような方向性をたどることになるのかを、現行法の基盤となっている帝国刑事訴訟法の制定過程を通して確認することとしたい。

まず、簡単に帝国刑事訴訟法の制定手続の過程を概観しておこう。⁶¹一八六八年の北ドイツ連邦結成による政治的統一を発端として、統一刑事訴訟法の立法作業が進むこととなった。北ドイツ連邦帝国議会 (Reichstag) と連邦参議院 (Bundesrath) の決議を受けて、連邦宰相 Bismarck は一八六八年七月一二日にプロイセン司法大臣 Leonhardt に統一刑事訴訟法草案の起草を命じた。実際に起草に当たったのは Friedberg である。そして第一草案・

第二草案を経た後、ドイツ帝国成立後の⁽⁶²⁾一八七四年一〇月二十九日、帝国刑法法の第三草案が帝国議会⁽⁶³⁾に提出されている。帝国議会はこの草案を委員会に付託した。委員会における二回の読会、その後の連邦参議院と帝国議会の検討を経て、帝国刑法法は一八七七年二月一日に公布され、一八七八年一〇月一〇日から施行された。

以下、このような制定手続きを踏まえ、草案及びその理由書を概観した後に、その後の審議を概観するが、帝国刑法法の実質的・最終的内容を決定したのは帝国議会の委員会審議であるので、審議については帝国議会の委員会審議を中心に概観することとする。

二 Friedbergと数人のプロイセンの法律家、さらにプロイセン司法省による検討が加えられ、一八七三年一月に第一草案が連邦参議院に提出された。第一草案における書類閲覧権の規定は以下の通りであった。⁽⁶⁴⁾

一一二六条

- 一項 弁護人は公判手続の開始後、裁判所の審問書類 (Untersuchungsakten) を閲覧する権利を有する。
- 二項 前項以前の時期においては、審問目的 (Untersuchungszweck) を阻害することがない場合には、閲覧が許されなければならない。

この第一草案は、公表後約三ヶ月間の公の批判を待った後、連邦参議院から一名の著名な法律家で構成される委員会に付託された。これが第二草案であるが、同草案における書類閲覧権の規定は以下の通りであった。⁽⁶⁵⁾

一一二八条

- 一項 弁護人は予審終結後、また予審が行われない場合には起訴状提出後、審問書類を閲覧する権利を有する。
- 二項 前項以前の時期においては、審問目的を阻害することなしに行われうる場合には、裁判所の審問書類の閲覧が許されるべきである。

そしてこの第二草案は、連邦参議院の司法制度委員会 (Justizausschuss) で審議された後、一八七四年一〇月

二九日連邦参議院から、帝国議会へ回付された。これが第三草案である。この第三草案では書類閲覧権の規定は二二八条から一三〇条に変更されたが、内容については第二草案と変更点はなかった。⁶⁶⁾

一三〇条

一項 弁護人は予審終結後、予審が行われない場合には起訴状提出後、審問書類を閲覧する権利を有する。

二項 前項以前の時期においては、審問目的を阻害することなしに行われうる場合には、裁判所の審問書類の閲覧が許されるべきである。

これらの草案における規定を概観してみると、書類閲覧権が認められる時期が、「公判手続の開始後」から「予審終結後あるいは起訴状提出後」へと変更された点、また第二項で規定されている閲覧対象が「裁判所の審問書類」と変更された点以外には、大きな変更点はないといえる。一貫している内容の特徴としては、①書類閲覧権が保障されているのは弁護人だけであること、②閲覧が許される書類は「審問書類」だけであること、③被疑者・被告人が書類の写しを受け取る権利には言及されていないこと、④第一項で規定されている時期以前の閲覧については、「審問目的を阻害することなしに行われうる場合に」という条件が付されていること、であるといえよう。この中で、特に④については、理由書が言及しているので確認しておく。この「審問目的を阻害することなしに行われうる場合に」という条件を付すことについては、理由書は以下のように説明している。「無制限の権利を弁護人に認めることはできない。なぜなら無制限の権利は、予審判事の計画を妨害し、審問目的を挫折させる機会を、被疑者に与えてしまう可能性があるからだ⁶⁷⁾」と。

第一草案からの変更点を見ると、上述のとおり、書類閲覧権が認められる時期が変更されていることが挙げられる。第一草案では、「公判手続の開始後」とされていたのが、最終草案では、「予審終結後」、予審がない場合には「起訴状提出後」とされ、若干前の手続時期に変更されることとなった。第二草案理由書は、書類閲覧権の

規定に関してザクセン刑事訴訟法を、そして特にヴェルテンベルク刑事訴訟法を参考にしたことを明言している。⁽⁶⁸⁾ それに対して第一草案は、その規定内容からしてもプロイセン刑事訴訟法の影響が色濃い。しかし、上述のように、プロイセンにおける制限されない書類閲覧が許される時期は、その他の領邦の立法と比較しても後退したものであった。そのため、このようなプロイセン型の書類閲覧の規定は修正を受けざるを得なかったであろう。次に、この草案をもとに帝国議会の委員会でのように議論されたのか、確認することとしたい。

三 帝国議会の委員会による第一読会で、論点となったのが、「審問書類」の具体的内容、そして二項の「審問目的を阻害することなしに行われうる場合に」という条件の可否、書類を持ち帰る弁護人の権利の可否についてであった。以下では、これらの論点についての議論を、特に前者の二つの論点に絞りつつ確認していくことにする。⁽⁶⁹⁾

(一) 「審問書類」の具体的内容に関して、以下のような提案がなされた。

① Hauck の提案

一項の「審問書類」に代え、「裁判所に提出された書類」とすること。

提案理由：「草案におけるような『審問書類』という文言では、検察官が持つ書類も含まれるかどうかが定かではない。⁽⁷⁰⁾」

② 保守党 Struckmann の提案

a) 一項の「審問書類」に代え、「公判前手続及び公判における書類」とすること。

b) 一項に、以下の条文を付け加えること。

「準備手続 (vorbereitenden Verfahrens) の書類は、起訴状と共に検察から裁判所へと引き継ぎ (übergeben) がなされなければならない。」

提案理由：a)については、Hauckと同様。b)については、「各領邦の検察に浸透している、起訴状と共に若干の準備手続の書類のみを裁判所に提出しているという検察の慣行を、防止したい。」⁽⁷¹⁾

この提案に対して、まず政府委員 Ansborg から、それぞれの提案に対して、返答がなされている。Ansborg は、まず Hauck の提案を肯定し、「検察官が持つ書類は裁判所に提出された範囲で審問書類である」と返答した。次いで、Struckmann の b) の提案に反対している。その理由として、「検察が、彼の持つ全ての書類を提出するという義務を履行することはできない」こと、さらに「起訴状と共に、検察は起訴理由にとって必要なものを裁判所に移す。しかし、検察が持つ書類の中に、起訴が及ぼされていない第三者への調査も入っている可能性がある」ことを挙げている。⁽⁷²⁾

この Ansborg の主張に対しては、「国民自由党 Gneist や v. Puttkamer」、中央党 Reichensperger も賛成している。Gneist による主張の理由は明らかではないが、v. Puttkamer は書類閲覧が検察による捜査を弁護士に公開することになるという点を警戒していた。そのことよって、巨大都市における組織化された犯罪者に対する警察捜査が麻痺することになるからであるということが理由であった。さらに v. Puttkamer は、Struckmann が検察に寄せられる資料全ての無差別な提出を義務付けようと考えているのであれば、b) の提案はあまりにひどいものであるし、そのように考えていないのであれば、結局意味がない提案であるとして、以下の提案を行った。

「Struckmann の提案 b) における、『引き継ぎがなされなければならない』という文言を、『引き継ぎがなされうる』に置き換える」⁽⁷⁴⁾

他方、Struckmann の提案 b) に対する賛成意見も出されている。Klotz は、「検察官の提出前の書類は審問

書類にとって欠かせない部分であり、重要な弁護資料、特に目撃者の信用性に関連する資料は、しばしば早い時期になくなってしまふ」という理由を述べている。⁽⁷⁶⁾

このような議論のもとで、Struckmann は自身の提案 a) を撤回し⁽⁷⁶⁾、結局 Hauck の提案が仮採用され、Struckmann の提案 b) も採用されたが、Putkamer の提案は採用されなかった。ただし、Struckmann 自身が言明しているように、Struckmann の提案は、a) と b) が共に採用されたときにのみ意味を持つものであった。⁽⁷⁷⁾ 結局、第一項で閲覧が認められる書類が、「裁判所に提出された書類」とされるのであれば、彼の b) 提案も、ほぼその意味を失うからである。

もっとも、この「審問書類」に関する論点はそれほど激しく議論されることはなかった。これらは上述の提案者らも述べているように、あくまで「表現上の問題」であるとされ、それほど重要視されなかったからである。事実、この論点は第二読会⁽⁷⁸⁾では扱われず、第一読会により一三〇条一項は確定している。

一三〇条一項

「弁護人は予審終結後、予審が行われない場合には起訴状提出後、裁判所に提出されている書類を閲覧する権利を有する。」

委員会における議論の焦点は、一項で確定した「予審終結後・起訴状提出後」以前の手続時期における書類閲覧権の可否及びその程度にあったのである。

(二) 二項の「審問目的を阻害することなしに行われうる場合に」という条件の可否については、激しい議論がかわされることとなった。

最初にリベラル派 Eysoldt、左派自由党の二人 Herz、Klotz から以下の提案がなされた。

一三〇条二項にいう「審問目的を阻害することなしに行われうる場合に」という文言を削除すること。

提案理由 「草案のような文言のままであるなら、書類閲覧権は予審中、その意義を失う。このような法規

定の誤った適用が簡単に思い浮かぶので、一三〇条二項の制限を削除することが望ましい。」⁽⁷⁹⁾

この提案は、政府委員 *Amberg* から完全に拒否された。その理由は、委員会で採用された秘密・書面の予審制度と矛盾していること。また委員会で弁護士以外の人物に与えられることが決定されていることであった。特に後者については、制限されない書類閲覧権の許容によって、予審段階における弁護人の認可そのものが疑問視される可能性があることを指摘した。⁽⁸⁰⁾ また、*Struckmann* や *Reichensperger*、*Oehlschläger* も、同様の根拠から反対意見を示している。⁽⁸¹⁾

これに対して、*Gneist* と *Puttkamer* として左派自由党 *Gaupp* から反論がなされた。特に *Gneist* は、予審段階における「審問書類を閲覧する権利を、弁護人に渡さずにおくことはできないし、この権利の行使を、重大事件において挫折させる諸条件と結びつけてはならない」うえに、審問計画は予審判事や検察官によって立てられるべきものではなく、裁判所の所有下にある書類について、審問計画への配慮は認めるべきでないと主張した。さらに「書類閲覧は草案自身が表明している当事者公開の原則の必然的結果」であり、「予審の公開と共に形成されなければならない」が、草案がこの点を軽視していると批判し、予審の当事者公開とともに書類閲覧権が形成されてこそ、書類閲覧権は「裁判所の所有下にある審問資料の、弁護人のための公開」を意味するのだと主張した。⁽⁸²⁾ また *Puttkamer* は、*Gneist* の見解と全く同様であるとしたうえで、書類閲覧を単なる任意によって許可することは実際には意味がないと主張した。それに続いて、*Gaupp* は、予審判事は時間的な問題や閲覧許可が好都合かどうかをのみを考慮して判断し、それは例外なく閲覧拒否の判断につながってしまうと主張した。それは草案のモデルでもあるヴェルテンベルクにおける経験、さらには弁護士からの見聞を

根拠とするものであり、それゆえ草案二項にいうような制限は書類閲覧権の意義を喪失させることになる主張した。ただし、閲覧可能な審問書類は、実行された審問行為に関する書類のみに限定することを条件とする⁽⁸³⁾ことも主張している。

このような対立のなかで、制限のない全面的な書類閲覧の必要性を認めつつも、委員会で予審の公開が否決されたことから、Eysoldtらの提案には賛成できないとする、折衷的な見解が主流となっていた。このような見解は、左派自由党 Bähr や Grimm、リベラル派 Wolfson らによるものであった。Bähr は、弁護人は書類から知ったことを全て被告人に知らせてしまうであろうことが予測されるから、被告人への書類の公開は被告人への書類と同じことになるので、制限のない書類閲覧権は頻繁に審問目的を極度の危険に追いやってしまうことを理由として挙げた⁽⁸⁴⁾。Grimm と Wolfson も、「全面的な書類閲覧権が認められていない予審における十分な弁護は不可能である」ことや、バーデンにおける経験によれば草案が規定するような書類閲覧の条件付許可は実務上あまり意味がないことを指摘しつつも、Bähr と同様の根拠で、閲覧制限の廃止に反対した。さらに、そのような弁護人による審問目的の挫折が、弁護人の地位を誤った社会的地位に導くことになる危険性も理由として挙げている⁽⁸⁵⁾。Grimm は、以上のような見解を述べたうえで、Wolfson と共に以下の提案を行った。

一三〇条二項を以下のように修正すること。

「前項以前の時期においては、審問目的を阻害することなしに行われうる場合には、裁判所の審問書類の閲覧が許されるべきである。被疑者の尋問調書、証人・鑑定人の尋問調書及び弁護人が法的に参加する権利を持つ、裁判所の行為についての調書の閲覧は、いかなる場合においても弁護人に対して拒否されえない⁽⁸⁶⁾。」

Wolfson によれば、この提案は、「閲覧が弁護人に許されても、審問目的を阻害することがない書類の種

類を示そうと試み」たものであるとされている。この提案は、多くの賛成を得た。例えば、国民自由党 Miguel は、Gneist の見解は予審の公開を否決した委員会の決定に矛盾していると批判し、Grimmらと同様に、「弁護人の清廉潔白を最も高い程度に危うくすることを懸念する」と述べ、Grimmらの提案に賛成の意思を示している。この論点に関する議論は、最後に Bahr から、Grimmらの提案における「証人」という用語について、個別に採決を行うよう提案がなされ、終結した。

結局、採決により、Eysoldtらの提案は否決され、Grimmらの提案が可決されることとなったが、そのうちの「証人」の文言は削除されることとなった。そのうえで、「被疑者の尋問調書、専門家の鑑定書及び弁護人が立会いの権利をもつ裁判所の行為についての調書の閲覧は、弁護人に対して、いかなる場合も拒否されてはならない」と修正され、一三〇条三項とされた。また一三〇条二項についても、「審問目的を阻害することなしに行われうる場合に」が、「審問目的を阻害することなしに行われうる限りで」と修正された。その後の第二読会において、再度 Eysoldtらから第一読会と同様の提案がなされたが、全面的な反対にあり、結局、再度否決され、これにより一三〇条二項と三項が確定されたこととなったのである。⁽⁸⁷⁾

四 以上のように、帝国刑法法の書類閲覧制度に関する制定過程を概観してきたが、次にその論点を整理し、帝国刑法法における書類閲覧制度の意義を検討する。

(一) 委員会は、草案一三〇条三項を草案の主な修正点として挙げて、以下のように報告を行っている。⁽⁸⁸⁾

「三項の規定は、公判前手続において弁護人が若干の証拠に関する行為に立ち会うことができ、それにより直接証拠に関する知識を得ることができるとした規定の帰結である。」

また議論全体については、「一三〇条について、委員会は草案との調和の上で、異議によって出された論点

との解決を図りながら、書類閲覧権を規定した」との報告を行っている。

(二) このような報告と審議の経過とを総合すると、帝国刑訴法制定過程においては、特に書類閲覧に対する制限の可否についての議論に関心が集中したといえる。そしてこの論点においては、大きく分けて以下の三つの立場が見られるといえよう。

第一に挙げられるものとして、*Ansberg* や *Oehlschläger* などに代表される政府側の立場である。彼らの見解は、秘密・書面の予審制度を前提とし、書類閲覧の対象も「裁判所に提出された書類」に限定しようとするものであった。基本的に帝国刑訴法以前の状況を維持しようとする立場であるといつてよからう。

第二に、これに近いものとして *Grimm* や *Wolfson* らの見解を置くことができる。この見解をとる者の多くは、全面的な書類閲覧権の必要性は認めつつも、そのことが弁護人の社会的地位に危険を及ぼすこと、さらには予審の公開と同様となってしまうので委員会の決定に内部矛盾が生じてしまうことを理由に、これらの問題点の解決を図ろうとした。これらの見解が三項として実現している。前者に比べ、弁護側の利益をある程度重視しようとする意図はうかがえるものの、秘密・書面の予審を前提とする点で前者と基本構造は変わらないといえよう。

第三に、特に第一の見解の対極として、*Eysoldt*、*Herz*、*Klotz* の立場、そして *Gneist* や *Puttkamer* らの見解をおくことができるであろう。彼らの見解は、弁護人の書類閲覧権を最重要視し、それに対する裁量による制限を一切認めないというものであったが、ほとんど賛成を得ることはなかった。⁽⁸⁸⁾ この様な提案を「予審の当事者公開」から根拠付けようとするものとして、*Gneist* や *Puttkamer* らの見解を挙げることができよう。彼らの見解は、書類閲覧は「当事者公開の必然的結果」であり、書類閲覧に対する制限の撤廃は予審の公開と

密接に結びつくものであるとする立場であった。このような見解は、英米における予備審問の導入を想定するものであるといえよう。⁽⁹⁰⁾ だが、予審の公開は既に委員会で否決されており、Greistらの見解は支持を得ることはなかった。これらの見解は、公判前における弁護権を強化し、刑事訴訟における武器対等主義を実現しようとした見解であるといえよう。

(三) このようにみると、帝国刑法における書類閲覧権はGrimmらの妥協的見解に近い規定になったといえよう。彼らにより実現した三項の規定は、一八七七年以前の状況に比べ、ある程度の前進を見せたものであるといつてよい。しかし、上述のように、予審段階における書類閲覧許可の大部分が予審判事の裁量に委ねられるという基本的構造に変化はなかったといえる。⁽⁹¹⁾ すなわち、糾問主義的な予審に書類閲覧制度は規定されていた、という点では変化はなかったといえる。とにかく、一八七七年帝国刑事訴訟法における書類閲覧制度は、以下のような規定で確定した。⁽⁹²⁾

一四七条

- 一 項 弁護人は予審終結後、また予審が行われなかった場合には起訴状提出後、裁判所に提出されている書類を閲覧する権限を有する。
- 二 項 前項以前の時期においては、審問目的を阻害することなく行われうる限りで、裁判所の審問書類の閲覧は弁護人に許されるべきである。
- 三 項 被疑者の尋問調書、専門家の鑑定書および弁護人が立会権を有する裁判所の行為に関する調書の閲覧は、弁護人に対していかなる場合も拒否することはできない。
- 四 項 裁判長の裁量により、証拠物を除いた書類は、住居または事務所に持ち帰るため、これを弁護人に交付することができる。

この規定は、上述のような妥協的解決が図られたことにより、解釈が曖昧となる部分が存在したことも明

らからであった。それは第一に、二項でいう「前項以前の時期」とはどの時期までが該当するのかという論点であり、第二にそれに伴って三項の時期もどこまでを想定したものなのか、という論点であった。これらの論点が以降の時期では議論となったのである。

次節においては、このような論点が、一八七七年帝国刑訴法制定後の解釈論により書類閲覧権が認められる時期をいかなる時期に確定しようとしたのかを確認し、それによって帝国刑訴法における書類閲覧制度の性格を確認することとしたい。そして、その後に、そのような帝国刑訴法の書類閲覧制度がどのような批判を受け、どのような方向へと改革されようとしたのか、確認することにしてしよう。

第三節 一九〇八年草案と個別的改善

一 一八七七年直後における主な解釈論は、書類閲覧権が認められる手続時期に関するものであった。

第一に予審前の時期に一四七条二項の適用があるか否かに関する議論が挙げられる。この点に関して、Philio⁽⁹³⁾、Mamroth⁽⁹⁴⁾、Isenbart-Santer⁽⁹⁵⁾、Birkmeyer⁽⁹⁶⁾らは、一四七条二項が予審段階だけでなく、それ以前の時期にも適用されない根拠はないとして、一四七条二項は予審前の全ての手続時期に適用があるとした。しかしこれに対して、Werner Rosenberg⁽⁹⁷⁾、Schorn⁽⁹⁸⁾そしてSchwarze⁽⁹⁹⁾の反対意見が有力であったとされる。彼らは二項の「裁判所の審問書類」という文言を根拠とし、予審前の時期では、たとえ裁判官によって採られた調書であってもそれは検察官の書類なのであるから、予審前の時期には「裁判所の審問書類」など存在し得ないとして、予審前の手続時期における一四七条二項の適用を否定した。同様に、検察と警察が所有する書類に対する閲覧権も否定され

ている。^(四)このように、帝国刑訴法一四七条は、基本的に予審段階以後の時期にのみ適用があるということが確認されたのである。

第二に、一四七条三項が予審前に適用があるかどうかに関する議論が挙げられる。これに関しては、一四七条二項の議論とは逆に、その適用を認める見解が大多数であった。後述の一九〇八年草案やWerner Rosenbergの見解が挙げられるが、そのなかでも、Werner Rosenbergが帝国議会委員会の第一読会における議論をもとに根拠付けているのが注目される。彼は「GrimmとWolffsonは、その提案によって二項の範囲の限定を試みたといえる。しかし帝国議会の委員会はこの提案をそれほど重視しなかった」として、GrimmとWolffsonの提案が持つ二項の限定という性格を重視しなかった委員会報告を批判し、以下のように述べている。「このような根拠付けは、予審だけでなく捜査手続にも当てはまる。委員会はその根拠付けに適合するよう二項にGrimmとWolffsonの提案を付け加えるのではなく、三項として独立させた。捜査手続中において三項にいう調書や鑑定書の閲覧を拒否する必要は全くない」と。^(五)このように、一四七条三項は、帝国刑訴法における書類閲覧制度における例外的性格を持つことが確認されていたのである。^(四)

このように、帝国刑訴法においては、一四七条は捜査段階への適用が原則的に否定されていたということになった。そして、このことと、糾問主義的予審司法という帝国刑訴法の性格、すなわち糾問的な予審の構造が公判前手続全体を質的に規定し、その予審で得られた調書が公判審理で決定的な役割を果たしていた、との指摘を併せて鑑みれば、^(五)以下のように言えると考ええる。すなわち被告人側はそのように実質的に確定した刑事訴追の結果を確認できたに過ぎなかったのであり、結局その基本的性格は一八七七年以前における個別的改善の動向を基本的に引き継ぐものであった、と。しかし、上述のように三項に関しては捜査段階においても適用が認められたので、

その部分に関しては、前進があつたと見る事ができよう。

それでは、このような性格を持った帝国刑法が、どのような改革要求にさらされ、どのような方向で改正されようとしたのか。以下ではそれを確認することにしよう。

二 その公布時にすでに生じたとされている、帝国刑事訴訟法に対する厳しい批判と改正運動に一四七条も例外なくさらされた。⁽¹⁰⁶⁾ 帝国刑法における公判前手続においては、訴追側と弁護側の間における武器対等は実現されず、それゆえ上述の通り書類閲覧権は大幅に制限され、効果的な刑事訴追が防禦権の充実より優先されていたのである。⁽¹⁰⁸⁾

このような帝国刑法の問題点に対し、公判前における制限的な書類閲覧制度を改善し、公判前手続における全面的な書類閲覧を求める声が多く出された。これらの要求は、理論的には武器対等原則から、そして弁護人を中心とする実務家からは充実した弁護の準備のために、時宜を得たそして全面的な書類資料の知識が必要である、ということから根拠付けられていた、とされる。⁽¹⁰⁹⁾

このような状況の中で、⁽¹¹⁰⁾ 帝国司法省は一九〇三年に二一名からなる刑事訴訟改革委員会を招集し、刑事訴訟法の改正に着手することとなった。一四七条もその中で議論され、一九〇八年草案一四七条として規定されることとなる。⁽¹¹²⁾ 以下、その経緯を概観する。

刑事訴訟改革委員会では第一読会と第二読会⁽¹¹³⁾が行われているが、書類閲覧権に関する実質的な議論がなされたのは第二読会であった。⁽¹¹⁴⁾ 同委員会は予審の維持を決定していたが、公判前手続における全面的な書類閲覧権を提案する者はいなかった。第二読会では予審開始後には書類閲覧権が弁護人に原則的に認められるという点では全員一致であり、⁽¹¹⁵⁾ 議論は、①裁判所に提出されていない書類、特に添付書類 (Beilagen)⁽¹¹⁶⁾ を閲覧する権利が認められるか、②予審の当事者公開⁽¹¹⁷⁾ という委員会決定に関連してどのような規定が必要か、③捜査手続において書類閱

覧権は認められるか、という三点に集中した。⁽¹¹⁸⁾

①については、その添付書類が「審問と関連する限りで」、閲覧が認められるべきであるという見解が支持を集めた。また、②については、予審開始後には原則的に書類閲覧権が認められるとされ、予審中に書類に関する知識が、被疑者によってあるいは被疑者の利益のために、審問目的を阻害するため利用されうる場合、予審判事は個々の書類閲覧を拒否する権限を有することが確認された。さらに帝国刑訴法一四七条三項が予審段階でも適用があることが確認された。そして③については、捜査手続における書類閲覧権については、帝国刑訴法一四七条三項の適用があるとされた。⁽¹¹⁹⁾

三 この委員会決定をもとに帝国司法省は議論を重ね、一九〇八年九月一日に裁判所構成法草案と刑事訴訟法の草案を公表した。これがいわゆる一九〇八年草案である。さらに翌年、この草案は政府の議案として帝国議会に提出され、帝国議会及び第七委員会における検討を経ることとなる。

上述の通り、一九〇八年草案における書類閲覧制度は一四七条で規定されていた。まず第一項は「弁護士は、裁判官の命令により添付されたその他の書類を含めた裁判所の書類、そして公的に保管されている証拠を閲覧する権限を有する。公判開始請求までは、閲覧許可が審問目的を阻害するであろうときは、個々の書類の閲覧は拒否されうる」と規定されている。⁽¹²⁰⁾これは帝国刑訴法一四七条第一項と二項とを統一して、改正を加えたものといえる。帝国刑訴法と比べ、この草案第一項は、三つの改正点が確認できる。第一の改正点は、閲覧できる対象が「裁判所の書類」以外に「裁判官の命令により添付されたその他の書類」及び「公的に保管されている証拠」と明確化されたことである。第二の改正点は、制限されない書類閲覧権が認められる時期が「公判開始請求後」とされたことであり、そして第三の改正点は、「個々の書類の閲覧は拒否されうる」とされていることである。

第一の改正点につき、草案は、帝国刑訴法一四七条二項で規定される手続時期に裁判所の審問調書のみしか閲覧できないという状況を批判し、「閲覧権は、審問への意味があるがゆえに書類に併合されるか、あるいは裁判官の命令により添付された全てのものに適用されなければならない。引用された書類の一部のみが審問に関して意味を持っているだけであつても、主要な書類への書類の添付を、裁判官は命じなければならない」と述べている。また、「現行法が規定していない部分を、閲覧権は公的に保管されている証拠物にも適用されるという規定によつて、明確化した」と説明している。

第二の改正点については明確な根拠は示されていないが、第三の改正点については、帝国刑訴法一四七条二項を批判しつつ、「帝国刑訴法一四七条一項で規定されている手続時期以前には、その閲覧は包括的に禁止されている。しかし、このような区別は正当と思われない」という根拠から、書類閲覧の全面的な拒否を禁止している。⁽¹²⁾

二項は、「専門家の鑑定書の閲覧、そして被疑者の取調に関する調書の閲覧、弁護人に立会いが許されていたかあるいは許されなければならなかつた審問行為に関する調書の閲覧は、手続のいかなる段階においても拒否されてはならない」という規定であつた。これは、帝国刑訴法一四七条三項の規定とほぼ同様であつたが、上述のように捜査手続にも適用があるのかについては争いがあつた。このような争いに対して、草案は、「三項にいう書類は手続のいかなる段階においても閲覧拒否されてはならない、すなわち捜査手続にも適用があること」を明確化した結果がこの規定である、と説明している。⁽¹³⁾

三項の規定は「その申請によつて、書類を閲覧するために、弁護人にその住居へ持ち帰らせることができる。」というものであつた。これは帝国刑訴法一四七条四項にあたる規定であるが、草案はその四項にいう「裁判長の裁量により」という条件を削除した。その理由として、そのような制限により、「起訴状提出後に書類の持ち出

しが許される」ということが帝国刑訴法では困難であり、それは正当ではないからだとする。それゆえ草案は、このような時期の制限を廃止したのである。⁽¹²⁾

四 一九〇八年草案の内容についての、以上のような概観を踏まえ、次に同草案の性格について検討することとしたい。

一九〇八年草案の基本的な姿勢は、①帝国刑事訴訟法の欠陥は個別的な改善によって除去することができる、②公判前手続の完全な再構成は、被疑者の利益にも真実発見にも役立たないという認識のうえに立つものであった。⁽¹³⁾ このような基本姿勢のうえで、書類閲覧制度はどのような性格を持っていたのか。まず、帝国刑訴法と同様の基本的構造を持つ書類閲覧制度が原則的に維持されている点が挙げられよう。なぜなら捜査手続における書類閲覧権は原則的に否定されているし、また「公判開始請求まで」という閲覧制限はむしろ帝国刑訴法より後退するものであり、相変わらず公判前の秘密保持が重要視されている、といえるからである。また、一項の規定は当初の刑事訴訟委員会の意図とは逆に、むしろ書類閲覧の範囲を確実に「裁判所あるいは予審判事に提出されている書類」に限定するものであった。⁽¹⁴⁾

このように基本構造を維持したうえ、帝国刑訴法における書類閲覧制度を個別的に改善しようとしたのが一九〇八年草案における書類閲覧制度の特徴であったといえる。⁽¹⁵⁾ それらの個別的改善とは、第一に予審中においても書類閲覧権が原則的に存在するとされたこと。第二に、書類閲覧の全面的な拒否は禁止されたこと。第三に帝国刑訴法一四七条三項が捜査手続にも適用されると明確化されたこと。そして最後に書類を持ち帰る権利に対する時期的な制限が廃止されたことであった。

これらの個別的改善は、帝国刑訴法の「根本的欠陥が、被疑者及びその弁護人が自己に不利益な証拠を通常公

判のときに初めて、ほとんどは起訴状によって初めて知るということにある⁽¹²⁸⁾という草案起草者の理解に裏付けられている、といえる。このような理解は、公判開始直前の書類閲覧が意味をなしていないというものであると思われる。しかし結局、予審段階における書類閲覧拒否の可能性は維持されており、批判も多かった。例えば Heinemann や Werner Rosenberg は、予審段階で書類閲覧権が原則的に存在するか否かが重要なのではなく、予審判事によって書類閲覧が拒否される可能性があるか否かが問題なのであると批判している⁽¹²⁹⁾。さらに制限されない書類閲覧権が認められる時期が「公判開始請求後」と、帝国刑訴法に比べ後退させられたことにより、閲覧拒否の可能性がある時期が長くなったことを鑑みれば、むしろ弁護人の地位を低くするものである、との批判も存在した⁽¹³⁰⁾。また、一項のような「添付書類」の閲覧に関しても反対が大部分であった。というのも、通常の実務では裁判官による添付命令はほとんど行われていなかったからである。むしろ、添付命令がなされないだけで、弁護人には閲覧されず裁判所に送られる「内密の添付書類」が発生することとなる、という批判がなされたのである⁽¹³¹⁾。

以上のような当時の批判を併せてみれば、一九〇八年草案における書類閲覧制度は、一見当時の問題提起に応え、着実な改正を行っているように見えるが、しかし、むしろその実質は、「見せかけの譲歩 (Scheinkonzession)」⁽¹³²⁾であるとか、「主文の中に、但し書きで再び断ち切られるような原則を掲げているのが草案の特徴である」⁽¹³³⁾などの草案全体に対する批判が、そのまま当てはまるものであったと言いうことができる⁽¹³⁴⁾と考えられる。

とはいえ、これらの議論を通じて、帝国刑訴法における書類閲覧制度の問題点はより明確になったといえよう。第一に、検察官の判断によって裁判所に提出されず、そして閲覧対象となり得ない書類を閲覧することが重要であること、である。その意味で、帝国刑訴法の制定過程における第一読会の議論は、「表現上の問題」にとどま

らない重要な論点であったといえる。第二に、閲覧権と閲覧拒否権の関係である。原則的に閲覧権があったとしても閲覧拒否権が自由な裁量に委ねられることになれば、結局、原則と例外の関係は逆転し、閲覧権はその意義を失ってしまう、という帝国刑訴法制定過程で示された問題意識は、この時期においても根強く存在したものであるといえよう。

第五節 小括

以上のように、帝国刑訴法制定過程前の時期から一九〇八年草案までの書類閲覧制度と、その改革要求に関する議論を概観してきた。

個別的改善の動向と自由主義的な刑事手続の改革要求の間における対抗関係のうえに成立した、帝国刑訴法における書類閲覧制度は、秘密・糾問の予審制度を前提としつつ、一四七条三項に挙げられる書類の閲覧を全ての手続段階で認めるといふ、妥協的性格を持つものであった。そして、帝国刑訴法における糾問主義的予審司法という性格と、検察官の判断によって裁判所に提出されない書類が存在し、それについては閲覧が認められなかったこと、それゆえ公判開始前における書類閲覧が意味をなしていない、ということとを併せて考えてみれば、被疑者・被告人の防禦にとって書類閲覧が持つ意味は、相当に限定されたものであったということができよう。一九〇八年草案をめぐる議論においては、個別的改善という観点から、これらの問題の解決を試みられたが、結局は相当に不十分なものであったといえる。それは、帝国刑訴法の基本構造を維持した部分と後退する部分が多く存在したということはもちろん、書類閲覧拒否を予審判事の自由な裁量に委ねることにも問題性を有していたということができよう。

それでは、このような問題点について、以降の時期においてはどのような取り組みがなされたのか。次章では、その改革動向を確認することとしたい。

- (1) ドイツの書類閲覧制度は、ローマ法までその起源を遡ることができるとされている。一八七七年帝国刑訴法までの書類閲覧制度の展開について詳細な検討を行っているものとして、Werner Schulz, Die geschichtliche Entwicklung des Akteneinsichtsrechts im Strafprozess. Diss. Marburg 1971.
- (2) Preussische Criminal-Ordnung von 1717, Cap. III, § 24.
- (3) Preussische Criminal-Ordnung von 1717, Cap. IV, § 4.
- (4) Criminal-Ordnung für die Preussischen Staaten vom 11. Dezember 1805, § 451.
- (5) Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 2. Theil. なお、条文の訳については、久岡康成・中村義孝「フォイエルバッハ・バイエルン刑事訴訟法(一)(二)(三)」立命館法学一〇四号(一九七二)一一〇頁以下、同一一五号(一九七四)二五頁以下、同二二五―二二六号(一九七六)一九二頁以下を参照した。
- (6) Hannover Criminal-Instruction Cap. IV § 26. なお、条文の訳は、光藤景皎「ツァハリーエの刑事訴訟法論(3)」法学雑誌三三卷三二四号(一九八二)一一七頁以下、特に二九八頁以下を参照した。
- (7) Die peinliche Gerichts-Ordnung, Tit. IX, § 3. なお、同法の条文の訳についても、光藤・前掲註(6)「ツァハリーエの刑事訴訟法論(3)」二二八頁を参照した。
- (8) Schulz 1971 (Anm. 1), S. 141.
- (9) Carl August Tittman, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der Strafgesetzkunde, 2. Aufl., Bd. 3, 1824, S. 439f. (Schulz 1971 (Anm. 1), S. 114f. 註49°)
- (10) Gallus Aloys Kleinschrod/Christian Gottlieb Konopak/C.J.A.Mittermaier (Hrsg.), Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 3., St. 1. Halle 1819, S. 170ff. (Schulz 1971 (Anm. 1), S. 115f. 註49°)
- (11) Gallus Aloys Kleinschrod/Christian Gottlieb Konopak/C.J.A. Mittermaier (Hrsg.) 1819 (Anm. 10), S. 171, Nr. 1. (Schulz 1971 (Anm. 1), S. 115f. 註49°)

- (21) Gallus Aloys Kleinschrod/Christian Gottlieb Konopak/C.J.A. Mittermaier (Hrsg.) 1819 (Anm. 10), S. 171, Nr. 2. (Schulz 1971 (Anm. 1), S. 115ff. 246⁹⁰)
- (22) Gallus Aloys Kleinschrod/Christian Gottlieb Konopak/C.J.A. Mittermaier (Hrsg.) 1819 (Anm. 10), S. 172, Nr. 7. (Schulz (Anm. 1), S. 116. 246⁹⁰)
- (23) Vgl. Gallus Aloys Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und peinlichen Processen, Bd. 1., Erlangen 1797, S. 75ff.
- (24) Vgl. Carl August Tittman 1824 (Anm. 9), S. 441f.
- (25) Vgl. v. Bülow-Hagemann, Practische Erörterungen aus allen Theil der Rechtsgelehrsamkeit, 2. Aufl., Bd. 1., Hannover 1806, S. 157.
- (26) Vgl. Karl Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, Giessen 1798, § 678, Anm. 1.
- (27) Carl August Tittman 1824 (Anm. 9), S. 442f.
- (28) Ernst Ferdinand Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen und Preußischen Peinlichen Rechts, Halle 1796, § 566.
- (29) Gallus Aloys Kleinschrod 1797 (Anm. 14), S. 75ff.
- (30) Cristoph Carl Stübel, Criminalverfahren in den deutschen Gerichten mit besonderer Rücksicht auf das Königreich Sachsen, Bd. 4., Leipzig 1811, § § 2341, 2342, 2345.
- (31) Anton Bauer, Grundsätze des Criminalprocesses, Marburg 1805, § 213.
- (32) Cristoph Martin, Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminal-Processes mit besonderer Rücksicht auf die neueren in Teutschlan geltenden Strafproceßgesetze, 5. Aufl., Leipzig 1857, § 51.
- (33) Stübel 1811 (Anm. 21), § 2341, 2342.
- (34) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965, S. 272. 714⁹¹の君主は、拷問廃止という刑事司法の「危機」を、秘密・書面の糾問訴訟の廃止を求めたとはなかつた。当時のドイツ諸領邦の君主は、拷問廃止という刑事司法の「危機」を、秘密・書面の糾問訴訟の確認と再生によって打開しようとしたとされている。この時期のドイツ刑事訴訟の状況については、川崎英明「ミッターマイヤーの刑事司法論(一)」法学雑誌二五卷二二号

- (一九七八) 一七九頁以下、沢登佳人・沢登俊雄(庭山英雄訂補)『刑事訴訟法史』(風媒社、一九六八)一七〇頁以下など参照。
- (26) Vgl. Heinrich Albert Zacharia, *Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, Göttingen 1846, S. 152ff. なお、Zachariaの見解について詳細に検討を加えたものとして、光藤景皎「ツァハリエの刑事訴訟法論(1)(2)(3)」法学雑誌二七卷二四号(一九八一)三三三頁以下、同二八卷一号(一九八一)七三頁以下、同二四号(一九八二)五九九頁以下。
- (27) 「改革された刑事訴訟」の詳細な状況に関しては、川崎・前掲註(25)「ミッターマイヤーの刑事司法論(1)」一八五頁以下、沢登ほか・前掲書註(25)『刑事訴訟法史』一七〇頁以下などを参照。
- (28) Strafprozessordnung von 1850, § 71. なおこの規定の条文は、「予審間における審問書類の閲覧は認められない。もし被疑者が前項における申請等の根拠付けのために、個々の書類の閲覧を必要とするなら、被疑者もしくはその法的援助者(Rechtsbeistand)は、予審判事に閲覧もしくは複写を要求(ersuchen)する権利が出来る。予審判事の判断により、閲覧もしくは写しが許可される。しかし、それにより審問の遅延または損害を引き起すれてはならない。このように、事件が起訴段階で長引くのもめ、書類閲覧または書類の写しは全く許されなかつたのである。」と述べている。vgl. Birgit Malsack, *Die Stellung der Verteidigung im reformierten Strafprozess*, Frankfurt am Main 1992, S. 164ff.
- (29) Das Nassauische Gesetz über Strafverfahren von 1849, § 74.; vgl. Malsack 1992 (Anm. 28), S. 164f.
- (30) Strafprozessordnung von 1849, § 8.; vgl. Malsack 1992 (Anm. 28), S. 164f.
- (31) Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen, § 16.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 121.
- (32) Strafprozessordnung vom 17. Januar 1850, § 222 und Kaiserliches Patent vom 29. Juli 1853, § 215.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 121.
- (33) Gesetz vom 10. November 1848, die Abänderung des zweiten Theiles des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 betreffend (Gesetz über Schwurgerichte), § 124.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 121f.
- (34) Gesetz über das Verfahren in Strafsachen, welche vor die Schwurgerichtshöfe gehören, vom 14. August 1849, Art. 9.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 122f.
- (35) Gesetz vom 5. Februar 1851, die Einführung des strafgesetzbuchs, des neuen Strafverfahrens und der Schwur-

- gerichte betreffend, § 83. vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 122.
- (36) Strafprozessordnungen für Sachsen=Weimar vom 20. März, Sachsen=Meiningen vom 21. Juni, für Schwarzburg=Sonderhausen vom 25. März, für Schwarzburg=Rudolstadt vom 26. April und für Anhalt=Dessau und Anhalt-Köthen vom 28. Mai 1850, Art. 198 ; Sachsen=Altenburg, Strafprozessordnung mit Einführung-Patent vom 27. Februar 1854, Art. 180; Sachsen=Coburg=Gotha, Gesetz vom 21. September 1857, betreffend die Einführung einer neuen Strafprozessordnung, Art. 203; Weimar = Schwarzburgische Novelle vom 9. Dezember 1854, § 40.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 122.
- (37) Gesetz, die Einführung von Geschworenengerichten betreffend, vom 15. Oktober 1848, Art. 46.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 122.
- (38) Gesetz vom 28. Oktober 1848, die Einführung des mündlichen und öffentlichen Strafverfahrens mit schwurgericht in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betreffend, Art. 75.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 122.
- (39) Gesetz vom 28. Oktober 1848, die Umbildung des Strafverfahrens betreffend, § 195.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 122.
- (40) Gesetz über das Verfahren in Strafsachen, vom 15. Mai 1856, Art. 172.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 122.
- (41) Strafprozessordnung vom 2. November 1857, Art. 173, § 1; Art. 177, § 1; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 122.
- (42) プロイセンにおける立法は、閱覽を許す対象を弁護人に制限すべきことか、弁護士ののみ許すべきことか、とが帝国刑法法の条項に大きな影響をもたらしたことを指摘している。vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 124f.
- (43) ハノーファーでは、「相当な理由が対立していないときに」¹⁾「そしてオルデンブルクでは「弁護人が弁護士かあるいは Accessist である場合」²⁾「かつ信用できる人物であると裁判所に認知されているとき」³⁾「住居への書類の持ち帰りが許されていた」⁴⁾。
- (44) Zacharia 1846 (Anm. 26), S. 26.
- (45) C.J.A.Mittermaier, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren, F. Enke 1856, S. 2.
- (46) Julius Glaser, Handbuch der Strafprozesses, Bd. 1, Leipzig 1883, S. 166.
- (47) 当時の刑事立法の状況、および当時の検察官制度に関する状況の詳細については、川崎英明『現代検察官論』（日本評論社、

- 一九九七) 九三頁以下を参照。
- (48) Arnold, Acteneinsicht zur Verteidigung gegen die Stellung vor Gericht, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge 1856, S. 157.
- (49) Strafprozessordnung für das Großherzogtum Baden vom 18. März 1864.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 127.
- (50) Strafprozessordnung für das Königreich Württemberg vom 17. April 1868.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 127.
- (51) Revidierte Strafprozessordnung für das Königreich Sachsen vom 1. Oktober 1868.; vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 127.
- (52) またオルデンブルク一八六八年法四条は、「被告人は申立及び抗告のため、既に予審中弁護人を利用することができる。弁護人は、特段の事情なき限り拘禁中の被告人と接見することができる。要求があれば、予審終結の動議の時から弁護人に対し書類閲覧を許す」としている。光藤・前掲註(6)「ツァハリーエの刑事訴訟法論(3)」六二二頁。
- (53) Baden §196 Abs. 3; Württemberg Art. 213 Abs. 3; Sachsen Art. 42 Abs. 3.
- (54) ハのプロイセンの立法に關しては、vgl. Schulz 1971 (Anm. 1), S. 128.
- (55) Vgl. R. v. Gneist, Vier Fragen zur deutschen Strafprozessordnung, 1874, S. 1ff.; Schulz 1971 (Anm. 1), S. 126ff. ツァハリーエ 川崎・前掲註(25)「ミッターマイヤーの刑事司法論(1)」一九六頁参照。
- (56) C.J.A.Mittermaier 1856 (Anm. 45), S. 285. 川崎・前掲書註(47) 八四頁参照。
- (57) 川崎・前掲書註(47) 八四頁以下参照。
- (58) 光藤・前掲註(26)「ツァハリーエの刑事訴訟法論(3)」五九九頁以下参照。
- (59) H.A.Zacharia 1864 (Anm. 26), S. 42ff.; Zacharia, Handbuch des deutschen Strafprozess, Bd. 1, Göttingen 1861, S. 43ff.
- (60) H.A.Zacharia 1846 (Anm. 26), S. 42ff. ツァハリーエにおける検察官制度の生成過程を詳細に検討したものととして、川崎・前掲書註(47)が挙げられる。特に、一八〇〇年代の検討については七三頁以下を参照。
- (61) 帝国刑法法の制定手続過程については、大出良知「西ドイツ刑事再審法の研究・序説1」法律時報四九卷三号(一九七七)七一頁が詳しい。また、vgl. von Adolf Doehow, Die deutsche Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877, in v. Holtzendorffs, Handbuch des deutschen Strafprozessrechts, Berlin 1879, Bd. 1., S. 103ff.
- (62) 一八七一年に、北ドイツ連邦はドイツ帝国へと発展している。
- (63) 一八六七年に成立した北ドイツ連邦帝国議會は、ドイツ統一の大きなエネルギーを与えながら主導権をユンカーに譲り渡し

たブルジョアジーに対する Bismark の贈り物だったとされている。このような要因もあって、皇帝や連邦宰相の強い絶対的
性格と比べ、民主的 성격の強いものであった。成立当時の議員選出方法は、二五歳以上の成年男子による直接秘密投票であつ
た。議員は三八二名であり、人口一〇万人に一人の割合で選出されていたので、「当時世界で最も民主的基盤に立つ議会」で
あつたとされている。帝国議会で第三草案が審議された一八七四年から一八七七年の時期の党派数は以下の通りである。保守
党二二名、自由保守党(帝国党)三三名、国民自由党一五五名、自由主義者党三名、左派自由党(当時は進歩党が中心)四九
名、ドイツ人民党一人、中央党九一名、ベルク党四名、社会民主党九名、その他(ポーランド党、デンマーク党、エルザス・
ロートリゲン党)三〇名。

Bismark を支持していたのは帝国党(主に帝国及びプロイセン官界上層の開明派)であつたが、実質的な基盤は国民自由
党(主に大産業ブルジョアジー)であつた。これに対立していたのが、左派自由党(中小ブルジョアジー)、さらにカトリッ
クの宗教的紐帯で結ばれていた中央党であつた。林健太郎『プロイセン・ドイツ史研究』(東京大学出版会、一九七七)二五六
頁以下参照。

- (64) GA 1873, S. 17. なお、第一草案全文は、GA 1873, SS. 5-39 に掲載されている。また理由書を見ることはできなかった。
- (65) 第二草案の原文を見ることはできなかった。第二草案から第三草案へいたる変更点は、GA 1874, SS. 370-382. に示され
ているので、これと第一草案、第三草案を比較することにより第二草案の内容を確定している。よって、理由書を見ることは
できなかったが、内容的には第三草案と同様なので、第三草案理由書とほぼ同様であると考えられる。
- (66) 第二草案、理由書、理由書付属資料、帝国議会における全ての審議記録が、Carl Hahn, Die gesamten Materialien zur
Strafprozessordnung, I Abt., Berlin 1885, II Abt. 1886 に収録されている。本稿は同書の第二版によつた。Cral Hahn, Die
gesamnten Materialien zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., I Abt. Berlin 1983, II Abt. Berlin 1983. なお、同書は二
巻からなつてゐるが、引用の際には通しの頁数を用ゐることとする。

(67) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 144.

(68) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 144.

(69) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 690ff. 第三草案一二〇条に関する委員会の第一読会第六八回会議は一八七五年九月一〇日に行
われてゐる。また、Dr. Lieber v Lasker が欠席していた。委員会の審議には連邦参議院と各政府の代表者が参加してゐるが、
草案一二〇条に関しては Amsberg (帝国宰相官房長官) が中心的な役割を果している。

- (70) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 964.
- (71) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 964.
- (72) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 964.
- (73) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 964.
- (74) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 965.
- (75) Vgl. Hahn 1983 (Anm. 66), S. 965.
- (76) Vgl. Hahn 1983 (Anm. 66), S. 966. なお Struckmann は、提案 a) を撤回しつつも、提案 a) と b) を組み合わせること、「検察官は束縛ならざるを得ない書類から、一部を選択して、そのみを裁判所に引き渡すが、このことによって審問とわずかな関連しかない秘密の書類部分が、検察官により準備された書類の一部とされないことが防止」できるという点の重要性を主張していた。
- (77) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 966.
- (78) 草案二二〇条に関する第一読会は、一八六七年六月九日に行われている。Lieber が欠席していた。vgl. Hahn (Anm. 66), S. 1282.
- (79) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 964ff.
- (80) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 964ff.
- (81) Vgl. Hahn 1983 (Anm. 66), S. 966ff.
- (82) Vgl. Hahn 1983 (Anm. 66), S. 965ff.
- (83) Vgl. Hahn 1983 (Anm. 66), S. 965ff.
- (84) Vgl. Hahn 1983 (Anm. 66), S. 965f.
- (85) Vgl. Hahn 1983 (Anm. 66), S. 966ff. また Grimm は制限のない書類閲覧によって妨害される審問行為の例として、家宅捜索、手紙の差押、共犯者の逮捕などを挙げている。Grimm らは、このような審問行為が行われる予定であるという情報、被疑者・被告人に知られることにより、審問計画が挫折すること、ひいては弁護人の社会的地位が低くなることを懸念したのである。
- (86) Hahn 1983 (Anm. 66), S. 967.
- (87) また Heyssoldt は、第二読会で、弁護にとって最も重要な書類は証人の供述であるという理由から、第三項に「証人尋問調

- 書」を加えることを提案したが、これも否決された。vgl. Hahn 1983 (Anm. 66), S. 1298ff.
- (88) Vgl. Hahn 1983 (Anm. 66), S. 1558.
- (89) Struckmannの見解は、書類閲覧の対象を検察官が持つ全ての書類に適用しようとするものであり、一見 Eysoldtらの見解に近いもののように思える。しかし、この見解は検察官の司法官としての性格・客観義務を最大限に押し出したものであり、書類閲覧権を弁護人の権利として構成しようとするものではないといえよう。現に Struckmann は、「司法官——非当事者」という検察官論の有力な主張者であった。この Struckmann の検察官論につき、川崎・前掲書註(47)一五一頁以下参照。
- (90) Gneistの子審の公開に関する見解について検討したものとして、光藤景皎「ドイツ公判前手続の構造」同『刑事訴訟行為論』(有斐閣、一九七四)九八頁以下、特に一〇四頁以下。また、英米の子備審問の制度と機能について検討を行うものとして、光藤景皎「英米法における予備審問の手続について」同『刑事訴訟行為論』五三頁以下、などが挙げられる。
- (91) しかし、弁護人が書類の写しを作成する権利、依頼人に書類の内容を伝える権利については、弁護人の書類閲覧権とともに認められたようである。この点は前進と評価できるといえる。vgl. v. Holtzendorff, Verteidigung, in v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozessrechts, Berlin 1879, S. 410ff.; Werner Rosenberg, Stellung des Verteidigers im Strafverfahren, in P. F. Aschrott, Reform des Strafprozesses, Berlin 1906, S. 306, 322.
- (92) なお、条文の訳については、光藤・前掲書註(90)一五四頁以下を参照した。
- (93) Thilo, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877, Berlin 1878, §147, Anm. 6.
- (94) Mamroth, Die Strafprozessordnung, 1900, §147, Anm. 3. (Hans Kleinjung, Das Recht des Strafverteidigers auf Akteneinsicht, Diss. Frankfurt am Main 1939, S. 9246⁹⁰)
- (95) Isenbart-Santer, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 1893, §147, Anm. 40, 41. (Kleinjung, (Anm. 94), S. 9246⁹⁰)
- (96) Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1898, S. 359.
- (97) Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 17. Aufl., Berlin/Leipzig 1927, §147, Anm. 5.
- (98) Schorn, Akteneinsicht und Abschriftserteilung im Strafverfahren. DRiZ 1930, S. 211.
- (99) Erörterungen praktisch wichtiger Materien aus dem Deutschen Strafprozessrecht, Bd. 1., Leipzig 1881, S. 206.
- (100) 参考として Gulland, JW 1932, S. 1713.; Köhler, GS 1897, S. 237.; Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Bd. 2,

- Leipzig 1885 S. 243.; Rosenfeld, Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1826, S. 120. が挙げられる。
- (101) Vgl. v. Holtzendorff 1879 (Anm. 91), S. 410.
- (102) Löwe/Rosenberg 1927 (Anm. 97), §147, Anm. 5.
- (103) これに対し、一四七条は裁判所と弁護人の関係のうえに成り立っているものであり、検察官と弁護人の関係の上に成り立っていないことは、一四七条二項から明らかであるので三項も予審以前には適用されないとするものとして、Bennecke Beiling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozesses, Breslau 1900, S. 148.; John, Strafprozessordnung für Deutsche Reich, 1884, §147, Anm. I, 1.
- (104) 被告人の書類の写しを要求する権利は、明文上規定はなかったが、弁護人が付いているときは弁護人の書類閲覧権の範囲内で認められていたとされる。しかし、弁護人が付いていない時は裁判官及び予審判事の完全な裁量に委ねられていたようである。vgl. v. Holtzendorff, (Anm. 91), S. 410ff.
- (105) ドイツ帝国刑法における予審制度の問題性とそれに対する批判を詳細に検討しているものとして、小田中聰樹「ドイツ刑事手続の構造」同『刑事訴訟法の歴史的分析』(日本評論社、一九七六)四九頁以下。
- (106) 一八七七年以降の刑事訴訟に関する動向については、光藤・前掲書註(90)「ドイツ公判前手続の構造」九八頁以下で詳細に検討されている。光藤教授によれば、一八七七年以降の改正論争において、「当事者訴訟」という概念は、「訴追側と被告側との武器平等をよりよく顕すことを目指したあらゆる努力に対する総合概念」へと変化したとされる。そのような意味の当事者訴訟を目指す改正運動において、公判前手続について以下の三つの見解があったという。第一に、Gneist、Kronecker、Binding に代表される「口頭・弾劾の予審導入」論。第二に Aschrott v. Lilienthal、Mittermaier に代表される「いわゆる I. K. V (国際犯罪学協会) 派による「公判前手続の短縮と簡潔化」論。そして第三に「公判前手続の基本構造に触れない個別的改善によって公判前手続と被疑者及び弁護人の地位の改善をはかる」見解であったとされている。また vgl. Peter Georg Krattinger, Die Strafverteidigung im Vorverfahren im deutschen, französischen und englischen Strafprozess und ihre Reform, Bonn 1964, S. 220ff.
- (107) 光藤・前掲書註(88)「メーソン公判前手続の構造」一〇三頁参照。また、vgl. Krattinger 1964 (Anm. 106), S. 223.
- (108) Vgl. Hugo Heinemann, Stellung des Verteidigers im Strafverfahren, in Aschrott 1906 (Anm. 91), S. 334, 344.
- (109) Julius Vargha, Die Verteidigung in Strafsachen, Wien 1879, S. 612ff.

(110) 一九〇八年草案、さらに後述の一九二〇年草案の立案過程と手続構造について詳細に検討したものととして、光藤・前掲書註(90)「ドイツ公判前手続の構造」、小田中・前掲書註(105)「ドイツ刑事手続の構造」三四頁以下、小野清一郎「ドイツの新刑事訴訟法草案に就て(1)」「(3)」法学志林二四卷(一九二二)七九一頁以下、九一二頁以下、一一〇四頁以下。

- (111) 同委員会の委員を以下に示しておく。
- Bassermann (弁護士・帝国議會議員)
- Baumbach (上級法律顧問官)
- Baumstark (弁護士・Fiskalanwalt)
- Behringer (州裁判所所長)
- Dr. Buft (州裁判所顧問官)
- Dr. v. Falkner (正教授)
- Gassersbach (弁護士)
- Gröber (州裁判所顧問官・帝国議會議員)
- v. Hecker (検事長)
- Himburg (区裁判所顧問官・帝国議會議員)
- Kaufmann (帝国裁判所顧問官)
- Dr. Kronecker (ベルリン上級地方裁判所顧問官)
- Lenzmann (法律顧問官・弁護士・帝国議會議員)
- Dr. Nagel (ドイツ帝国最高裁検事)
- Dr. Opfergelt (区裁判所顧問官・帝国議會議員)
- Dr. Oppermann (州裁判所所長)
- Dr. Rintelen (枢密上級法律顧問官・ベルリン上級地方裁判所顧問官・帝国議會議員)
- Tauchert (第一検察官)
- Dr. Wach (枢密官・正教授)
- Wachler (枢密上級法律顧問官・検事長)

Dr. Wolffson (弁護士)

- (112) この委員会へ政府から、「弁護人の書類閲覧権は拡大されるべきか」という諮問が行われている。vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. 1., S. 127; Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. 2., S. 2.
- (113) 書類閲覧権についての第一読会は一九〇二年七月一〇日に、第二読会は一九〇五年四月一八日に行われている。Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. 1., S. 127; Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. 2., S. 163.
- (114) 書類閲覧権に関する第一読会が行われた時点では、まだ公判前段階全体に対する委員会の態度が決定されておらず、さらに書類閲覧権と公判前段階の性格との密接な関連が確認されたため、実質的な議論は第二読会で行うということが第一読会で承認されている。vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. 1., Berlin 1905, S. 127ff.
- (115) 委員会においては「確かに弁護人は予審中においても書類閲覧権を原則的に持つが、しかしこの権利の行使はある程度の制限を受けざるを得ない」という立場が支配的であったとされている。vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. 2., S. 164.
- (116) 例えば、行政書類や人事書類などが挙げられている。vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. 2., S. 164.
- (117) もっとも、小田中教授は一九〇八年草案における予審の当事者公開を「みせかけ」であると批判されている。むしろこのことにより従来より予審調書がもっと強い信用性を得る、と。小田中・前掲書註(105)「ドイツ刑事手続の構造」六二頁参照。
- (118) 議論のたたき台として、第一読会で採用された以下の提案が最初になされている。
現行刑法一四七条一項・二項・三項を以下のように修正する。
弁護人は予審開始後、あるいは予審が行われなかった場合には起訴状到達後に、審問書類及び裁判所に提出された書類を閲覧する権限を有する。
- 予審中に書類に関する知識が、被疑者によって、あるいは被疑者の利益のために、審問目的を阻害するため利用されうるなら、裁判官は個々の書類の閲覧を拒否する権限を有する。前文にいう書類には、被疑者の尋問調書、専門家の鑑定書そして弁護人が立ち会ったあるいは法の規定により立ち会うことが許されるべきであった裁判所の行為に関する調書はいかなる場合も

金持たぬさ。

- (119) Vgl. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Bd. 2, S. 457.
- (120) Entwurf einer Strafprozessordnung, S. 53, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 12, Bonn 1960.
- (121) Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, einer Strafprozessordnung und eines Einführungsgesetzes zu beiden Gesetzen, S. 20., in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 12.
- (122) Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, einer Strafprozessordnung und eines Einführungsgesetzes zu beiden Gesetzen, S. 20., in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 12.
- (123) Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, einer Strafprozessordnung und eines Einführungsgesetzes zu beiden Gesetzen, S. 21., in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 12.
- (124) 光藤・前掲書註(88)「ツェンシ公判前手続の構想」一一一頁以下。また、vgl. Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, einer Strafprozessordnung und eines Einführungsgesetzes zu beiden Gesetzen, S. 5ff., in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 12.
- (125) Vgl. Werner Rosenberg, Die Stellung des Verteidigers in der Novelle zur Strafprozessordnung, JW 1909, S. 355; Cristoph Winter, Die Reform der Informationsrechte des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren, Diss. Frankfurt am Main 1991, S. 42.
- (126) v. Hippel, Der Entwurf einer STPO. Heidelberg 1909, S. 54ff. 一九〇八年草案の予審の当事者公開については、「疑いもなく正しい方向」と賛成した。v. Hippel のこのような批判が興味深い。彼は「書類が『内密の添付書類』の名のもとに書類が閲覧対象から除外されることは、絶対にあつてはならぬ」とする。また、この一項については、草案に対して発表された見解の大部分が批判してつたといふ。vgl. Krattinger 1964 (Anm. 106), S. 249ff.
- (127) Werner Rosenberg, 1909 (Anm. 125), S. 355; Cristoph Winter 1991 (Anm. 125), S. 41.
- (128) Krattinger 1964 (Anm. 106), S. 234.
- (129) この理解について挙げておかなければならないのが、捜査終結尋問 (Schlussgehör) である。あまりにも安易に公訴が提起されていることに対する抑制をかける制度が要求されたなかで、生まれたとされている。一九〇八年草案でも、予審判事は被

告人に、予審終結前に、その不利益な被疑事実を口頭で告知しなければならぬとされていた(草案一九一条)。ただし、弁護人が立ち会うか否かは予審判事の裁量であったとされている。捜査終結尋問については、光藤・前掲書註(90)「ドイツ公判前手続の構造」一五七頁以下が詳しい。

(130) Vgl. Heinemann 1906 (Anm. 108), S. 343; Werner Rosenberg 1909 (Anm. 125), S. 355.

(131) Vgl. Krattinger 1964 (Anm. 105), S. 249.

(132) Vgl. v. Hippel 1909 (Anm. 126), S. 54f.

(133) v. Lilienthal, Der Entwurf einer STPO. und einer Novelle zum GVG., ZStrW 1909, S. 427; v. Lilienthal, Voruntersuchung und Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahren, in Aschrott 1906 (Anm. 91), S. 404.

(134) Drucker, Die Verteidigung nach den Entwurf des STPO., Leipzig 1909, S. 68.

(135) Werner Rosenberg & Heinemann から「弁護人の地位を弱体化するものもある」とまで酷評されていることからもこのことは確かである。vgl. Werner Rosenberg 1909 (Anm. 125), S. 355ff.; Heinemann 1906 (Anm. 108), S. 343ff. 光藤・前掲書註(90)「ドイツ公判前手続の構造」一一四頁参照。

第二章 証拠開示制度の改正要求とその部分的実現

第一節 一九二〇年草案における全面的改正要求

一 一九〇八年草案の公表後⁽¹⁾、上述のような批判が数多くなされたほか、書類閲覧権の規定に関しては、特に Manroth、Werner Rosenberg、ベルリン弁護士協会などの弁護士層を中心として、全面的な書類閲覧が要求されることとなった。ただ、これらの要求は予審段階における全面的な書類閲覧の要求にとどまるものが大部分

であった。⁽²⁾

そのなかで、捜査段階における全面的な書類を要求していたのは、Mamrothであった。彼は帝国刑訴法一四七条を「予審判事を閲覧権に対して制限的な方向へと条件付けるものであるがゆえに、その点について個別的な改善がなされるべきでない」と批判していた。さらに「多くの場合、公判審理は検察官の捜査書類によってのみ準備されるのであり、それらの書類に弁護士が接することができないままであるということは、全く不可解である」との理由から、手続の全段階における全面的な書類閲覧を要求している。⁽³⁾

これに対しては、法律上の閲覧拒否の可能性を維持することは原則的に必要であるという見解も、裁判官や研究者から示されている。⁽⁴⁾ 例えば、Leyendeckerは帝国刑訴法で規定されている書類閲覧権の制限でも不十分であるとし、「書類閲覧権は事件の内容が解明されたときに初めて認められるべきである」と主張している。⁽⁵⁾

二 結局、一九〇八年草案は挫折することとなり、⁽⁶⁾ さらにその後実体法改正が手続法より先行されるべきであるという意見が有力となった。このような状況のなか、第一次世界大戦が勃発したこともあり刑事訴訟法の改正作業は完全に中断されることとなった。ところが、一九一八年一月に入ると、労働者・兵士を中心とした革命が生じ、同年一月九日にドイツ帝政は崩壊、そしてワイマル共和国が成立することとなった。このような革命的な情勢の中、刑事訴訟法及び裁判所構成法が可能な限り迅速に改正されなければならない、とする動きが生じた。⁽⁷⁾

一九一八年末にベルリン刑事弁護士の間から刑事法協会が結成され、またほぼ同時に、戦前から刑事訴訟法改正にもっとも活発な動きを見せていた「I・N・V」(国際犯罪学協会)が、ベルリン会員会議で刑事訴訟法改正のための委員会設置を決議した。両者とも、「現行法」の基盤に立って刑事訴訟法改正の準備を行ったという点で一致していた。⁽⁸⁾

一九一九年一月一九日に、国民議会の選挙が行われ、同年二月二六日にワイマールに召集された。国民議会は同年二月一〇日、憲法定制までの暫定的措置として「暫定的国権に関する法律 (Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt)」を制定し、国民議会に憲法定制権および緊急なライヒ法律を制定する権限を与えた(一条)。

政府は、James Goldschmidtに委嘱し、草案の作成を急いだ⁹⁾。そして一九二〇年一月には裁判所構成法草案と刑事訴訟法草案そしてその理由書を政府は発表し、国民議会を通しての改正の実現を図った。この草案は、「大胆な構想¹¹⁾」と呼ばれ、「一九〇八年草案以上の徹底的で根本的な改正¹²⁾」を指すものであった。そして、その改正の基本的な方向は、帝国刑法における糾問的部分の除去、当事者主義の貫徹、第一審における素人の一般的な関与の維持、全ての刑事事件について控訴を許容する、などの全手続構造の本質的な改革にあつたとされる¹³⁾。このような性格の草案のもとで、書類閲覧制度も大幅に改正されることとなる。一九二〇年草案の公表前に、書類閲覧制度に関して重要な動向があつたので、まずそれを確認する。

その重要な動向とは、捜査段階において弁護人に検察官手持の書類の閲覧が認められたことである。一九一八年一月二三日、プロイセン司法大臣は、一般的指示 (Allgemeinverweisung) として、審問目的を阻害する可能性がない限りで、捜査段階において弁護人に検察官手持の証拠の閲覧を認めると指示し、さらに審問目的を阻害することを理由に閲覧を拒否した場合にも、その理由が書面で弁護人に伝えられなければならないとした。この一般的指示は、「時宜を得た弁護そして適切な弁護が、事件処理を迅速にすると同時に、無罪判決で終わる公判審理、すなわち避けられるべき公判審理の数を減少することについて効果的に貢献する事ができる¹⁴⁾」という理念に基づくものであつた。これは、当時の「社会的混乱による犯罪増加に対する刑事司法の有効な対処の要求¹⁵⁾」を重要視するものであると考えられる。それまで刑事訴追の効率性を阻害するものとして、一貫して拒否されて

きた捜査段階における書類閲覧が、むしろ逆に刑事訴追の効率性を理由に認められた、という動向は重要であるといふべきであろう。

このように、この一般的指示もこれまでの状況からすれば劇的な展開であったといえよう。しかし一九二〇年草案における書類閲覧制度の改正はさらに「徹底的で根本的な改正」であったといえる。以下、それを概観することとしたい。

三 一九二〇年草案は、糾問訴訟がなおドイツ刑事訴訟法における三つの部分、すなわち書面・秘密の糾問的な予審、公判前手続の結果の公判審理への影響、公判審理自体の糾問的構成といった部分に存在しているという認識に立っていた。それゆえ草案は、予審を廃止し⁽¹⁶⁾、公判前記録・調書の公判審理における朗読可能性を原則的に排除し、当事者に対して公判審理における証拠提出を自ら引き受ける権利を承認していた⁽¹⁷⁾。

このような草案の性格は、書類閲覧制度の規定にも明確に現れていた。そのような方向性が最も顕著であったのが、被疑者にも固有の書類閲覧の可能性を認めていたことであつた⁽¹⁸⁾。草案は、その三四条で以下のように規定していた。

三四条 「官吏の監督のもと、公務所 (Amtsstelle) における書類及び証拠物の閲覧が被疑者に許される可能性がある⁽¹⁹⁾。」

草案の理由書はこの規定について、以下のように説明している。「草案で貫徹されている被疑者の地位に関する改革は、被疑者が信頼するに値する人物で、かつ十分な監督が可能である場合に限り、書類及び証拠物の閲覧を被疑者に認めることを適切とするものである⁽²⁰⁾、と。

また、弁護人の書類閲覧権も大幅に強化されている。帝国刑訴法一四七条にあたる、一九一九年草案一七二条は五項の条文からなるが、書類閲覧権の基本原則は一項で述べられている。

一七二条一項 「弁護人は、特別な許可なしで、添付されたその他の書類も含めた捜査書類、ならびに公的に保管されている証拠物を、公務所で閲覧する権限を有する。⁽²¹⁾」

これは、弁護人は原則的に刑事手続全体を通しての書類閲覧権を持つことを明確にした条項であった。そして閲覧対象も「裁判所に提出された書類」ではなく「捜査書類」とされているのも大きな特徴である。理由は、予審の廃止により捜査書類の閲覧を保障することが必要となったことを理由として挙げている。⁽²²⁾

また一項に対する制限的な条項としては二項が存在する。

一七二条二項 「捜査手続中、手続の目的が阻害される可能性があるときは、弁護人に対して書類の個々の部分あるいは個々の証拠物の閲覧を拒否することができる。ただし、捜査終結前(一九四条)に少なくとも一度は書類あるいは証拠物を閲覧する機会が与えられなければならない。⁽²³⁾」

このように二項は捜査手続においても、閲覧の全般的な拒否を禁止し、そしてさらに一度は必ず全面的な閲覧を弁護人に許すものであり、かなり画期的な内容であったといえよう。例えば、一九〇八年に開かれたベルリン弁護士協会では、捜査手続中に弁護人が捜査書類の内容についてその依頼人に対して秘密にしておくことが義務付けられたときのみ、捜査手続における書類閲覧が許される、という提案がなされていた。しかし、草案はこのような提案も否定している。なぜなら、提案がというような弁護人の義務はあまりに重い良心の葛藤(Gewissenskonflikten)を弁護人に課してしまうからだ、と。その代わりとして、一七二条二項但書を規定したのだとしている。⁽²⁴⁾

三項は一九〇八年草案一四七条二項とほぼ同様の内容であり、全ての手続段階で制限されずに閲覧できる書類の類型が挙げられている。⁽²⁵⁾ 四項は公訴提起後に関する規定である。公訴提起後に弁護人が選任された場合に関して規定されている。⁽²⁶⁾ 五項も、一九〇八年草案の一四七条三項とほぼ同じであった。

一七二条五項「弁護人の申請により、弁護人によるその住居あるいは事務所に書類を、それにより手続が遅延されない限り、閲覧のため持ち帰らせるべきである。」⁽²⁷⁾

さらに、これらの規定以外にも、書類閲覧制度に関して看過し得ない重要な規定が草案には二つ存在する。第一に、草案一三七条二項である。この条項は六文までにわたるものであるが、書類閲覧制度に関するものは、最後の第六文である。

一三七条二項六文

「勾留命令の維持は、弁護人に対し閲覧が拒否されている書類部分あるいは証拠物にもとづくことはできない。」⁽²⁸⁾

そして第二に、一九三条一項である。

一九三条一項「捜査手続における検察官の措置が、事件の関係者から不服を申し立てられた場合、法が他に規定していない限り、区裁判官が決定を下す。この区裁判官の決定は取り消すことができない。」⁽²⁹⁾

この規定により、捜査段階における書類閲覧拒否に対して区裁判官による法的救済が認められることとなった。これら二つの規定は、これまでの改革では見られなかった規定であったといえる。

四 以上のように、書類閲覧制度は大幅かつ多方向に強化するよう提案されたのであるが、同草案に対しては激しい議論がなされている。以下、それらの議論を整理しつつ、一九二〇年草案の書類閲覧制度の性格を検討するこ
としたい。

W. Mittermaier や Koffka として Alsborg らは⁽³⁰⁾、このような書類閲覧権の強化には賛成していた。⁽³¹⁾ とはいえ、草案に対する見解のうち大多数は反対意見であり、それは書類閲覧制度についても例外ではなかった。例えば Wach は、特に一七二条一項と二項に対して、「現行法は弁護の目的に適っていない」ということは、長年一致し

ていたことである」としつつも、草案は書類閲覧権をあまりに強化しすぎていると批判している。すなわち、「裁判所の書類と裁判所に提出された書類だけが、自由に閲覧されてよい」ので、一九二〇年草案が提案している予審の廃止に相応しいのは、書類閲覧権の拡大ではなく、むしろ制限を設けることであると述べている。さらに被疑者と関連のない書類は閲覧権の対象には入らないとの批判も行っている。⁽³²⁾

また、Chrzescinskiも、一七二条一項によって検察官の手控えが閲覧権の対象に入る点を激しく非難している。すなわち、検察官の手控えに、閲覧権を適用させようという草案の見解は、「検察官が、閲覧させるべき書類を違法に手控えとすることによって、弁護側に見せないのではないか」という疑いに基づくものであるとし、「手続の合法性とりわけ検察官自身の合法性を監視するのが検察官の任務である」という理由から、草案を批判している。⁽³³⁾

さらに、後にドイツの公判前手続における弁護権の歴史を詳細に研究したKrättingerも、捜査の持つ公判審理への影響を大幅に削減しようとした一方で、捜査手続における弁護権を大幅に拡大することは矛盾するのではないか、との批判を行っている。⁽³⁴⁾

その他にも、Werner Rosenberg⁽³⁵⁾、Hagemann⁽³⁶⁾、Dahn⁽³⁷⁾らも、草案が規定するような書類閲覧権および早期の当事者公開は弁護人にも譲歩するものであり、刑事訴追の効率を阻害する恐れがあるという意見で一致していた。

以上のような議論を概観してみると、草案の書類閲覧制度に対する批判は以下の三つであったといえる。第一に、WachやChrzescinskiのように、閲覧権の対象となる書類の概念および閲覧権が認められる手続時期の拡大に対する批判が挙げられよう。このような批判は、閲覧権の拡大が、準司法官という検察官の性格とも適合しないとの理由から主張されたと考えられる。閲覧権を強化する規定が「弁護人による検察官の監視を意味する」⁽³⁸⁾

との Chrzescinski の批判は、このことを示している。すなわち、予審廃止に伴って必要なのは「客観的・不偏的な独立の官吏」⁽³⁹⁾たる予審判事が持っていた客観性・不偏性が検察官に委譲されることなのであって、捜査はそのような客観性・不偏性を前提とするものであり、そのような捜査に対する「弁護士による監視」は必要ないということになると考えられる。

しかし、小田中教授が指摘されるように、Goldschmidt は、そもそも「予審判事は実は裁判官の衣をまとった捜査官吏にすぎない」という前提に立って、予審を廃止し、弁護権の強化や検察官調書の証拠能力制限等によって捜査の公正性を保障し、被疑者の保護を図ろうとするものであった。⁽⁴⁰⁾「検察官は一方当事者であるとする認識こそ、むしろ客観性・不偏性に向けての有効な匡正を可能とする」⁽⁴¹⁾と考えられるからである。このように考えると、一九二〇年草案は、まさに一方当事者という訴訟主体として、被疑者が捜査段階から活動することが可能となるように、書類閲覧権を強化したものであったと評価できよう。⁽⁴²⁾

草案に対する批判の第二は、Krattinger の批判のように、I・K・V 派の見解（予審の廃止・公判前手続の短縮）を取り入れながらも、書類閲覧権を拡大することが首尾一貫しないというものであった。⁽⁴³⁾I・K・V 派の見解の核心は、必然的に秘密・糾問的にならざるを得ない捜査の期間をできるだけ短縮することによって、公判が捜査記録・書類の引継ぎの場になり公判の口頭・直接主義が形骸化する、という状況を防止しようとする点にあった。このように、検察官の捜査は一方当事者の行為であるという認識に立つがゆえに、捜査は秘密のものでなければならぬとするので、I・K・V 派の大多数は書類閲覧権を否定していたのである。⁽⁴⁴⁾このことから、草案の提案は内部矛盾が生じているのではないかと批判されるのである。

しかし、このような批判にも疑問がある。光藤教授が指摘されるように、一九二〇年草案は公判前手続が「必

然的にある程度の期間にわたると考えたからであろうし、また公判での武器対等を実質的なものにするため被告人・弁護側の準備の必要を認識した」と考えられるからである。⁽⁴⁶⁾ また、後に弁護人の情報権について詳細な研究を行った C. Winter の以下のような見解も重要であろう。すなわち、上述のような草案に対する批判は「捜査手続において拡大された弁護権の主要な目的をあまりに過小評価している。その目的とは、つまり、捜査段階においても被疑者を消極的な客体的地位から脱却させ、公判審理を避けるために、手続打ち切りを目指す十分な可能性を被疑者に認めることである」⁽⁴⁷⁾、と。このことは、草案が捜査終結尋問を規定していたことから明らかであろう。草案によれば、この制度は捜査終結前における検察官の被疑事実の口頭による告知の制度であるが、その前に捜査書類が全て閲覧可能であるので、被疑者側は検察官の公訴提起の決定に対し、相当の主体的な影響力を持つことが可能となったのである。⁽⁴⁸⁾ この点においても、被疑者の主体的活動のために、書類閲覧の十分な保障が必要であることを草案が認識していたことが示されているといえる。

草案に対する批判の第三は、効果的な刑事訴追が維持できないという批判である。例えば Krattinger は、草案が挫折した理由として、政治的混乱・経済的急迫、一般的情勢の不安定さと、それに伴う犯罪の異常増加の時代にこの議論がなされたという点を挙げる。⁽⁴⁹⁾ そのような状況で、被疑者および弁護人にあまりに広範囲な権限を与えていると批判されたのである。このような批判も、上述の司法大臣によって捜査段階における書類閲覧が認められた理由を鑑みれば疑問が残るものである。すなわち、書類閲覧の十分な保障と効率的な刑事訴追とは矛盾するものではないのである。

五 以上のように、一九二〇年草案における書類閲覧制度に対する批判を検討することによって、同草案における書類閲覧制度の意義が以下のように明らかになったように思われる。第一に指摘できるのが、帝国刑法及び

一九〇八年草案におけるような「裁判所に提出された書類を閲覧する」という概念から根本的な転換を図るものであったということである。第二に指摘できるのが、公判前手続を被告人側の準備手続として構成するだけでなく、この時期における被疑者の主体的地位を認めることにより被疑者に負担となる公判審理を避ける十分な可能性を認めた、ということである。これらの点においては、公判手続においてのみではなく、公判前段階においても被疑者に主体的地位を認めようとする草案の意図が十分に示されているといえよう。

また第三に指摘しうるのが、これまでの改革論で示されてこなかった論点、すなわち勾留手続における書類閲覧権の強化や閲覧拒否決定に対する法的救済という改革を示した点である。そしてこのようにして刑事手続における実質的な武器対等を保障しようと試みた、といえるであろう。

しかし第四に、全く制限のない書類閲覧権を認めるという方向性は、一九二〇年草案においても採用されなかった。一九二〇年草案のこのような態度は上述のように、そのような制限されない閲覧権保障がむしろ弁護人にとって不利益となる、との考えに基づくものであるといえる。書類閲覧に対する拒否権のあり方については、長年の問題であったことは上述の通りであるが、草案は閲覧拒否権限を厳格化し、そして閲覧拒否に対する事後的救済を認めるという方向で改正を試みた。このような改正方向は、後の動向にも大きく影響している点で注目し得るものである。

以上のように、一九二〇年草案における書類閲覧制度は、それまでの自由主義的な改革要求を採用しつつ、新たな視点を盛り込む点で、ドイツ書類閲覧制度の展開過程において大きな意義を持つものであったことが明らかになったといえよう。

第二節 ナチス期における制限

一 前節で確認したように、一九二〇年草案は、ドイツ書類閲覧制度の根本的な改革を図るものであった。しかし、上述のような大多数の批判の結果、政府は国民議会を通しての一九二〇年草案の成立を断念し、まず実体刑法の改革を待つこととなった。結局その後のワイマール期には書類閲覧制度の改革がなされることはなかった。一九三〇年に帝国司法省は、多くの刑訴法改正に関する提案を含む刑法典導入法案⁽⁵⁰⁾を提出した。しかしこのような実体刑法の改革と同時に手続法の包括的改正を近い将来に行うことは不可能であるとして、拒否されたのである。⁽⁵¹⁾

この一九三〇年草案が拒否された後、まもなくワイマール体制は実質的に崩壊し、一九三三年一月にはヒ特勒が宰相に就任した。さらに、同年三月の総選挙でナチスは過半数の議席を占め、ヒ特勒が全権を掌握することとなった。そのような情勢の中で、書類閲覧権に関しては一九三九年に草案が提出された。⁽⁵²⁾

この草案は、一九三六年二月一四日に開始された「大刑事訴訟委員会(Große Strafprozesskommission)」での審議が基礎となっている。まずは、同委員会に提出された司法省の草案を確認し、その後委員会での審議を概観することとしたい。

二 一九三六年に提出された司法省草案は、①公訴提起後に弁護人に、制限されない書類(裁判所にある書類及びそれに添付された書類)の閲覧権および証拠を吟味する権利を与え、②それ以前の手続時期には、手続の目的が阻害されるであろう場合、閲覧及び証拠の見分を検察官は拒否すべきであり、③被疑者の供述録取書及び弁護人が立ち会う権利を有していた審問行為に関する記録、鑑定書はいかなる場合も閲覧してもよい、との規定であった。

このような草案に対して、委員会は第一読会で、①制限されない書類閲覧権を認める手続時期、②閲覧権が適

用される書類概念、という論点を中心に審議された。①については、「捜査の終結後」という基準が有力となった。この基準は、先に審議された制限されない接見交通と同様の基準である。この点に関しては、捜査終結後から捜査終結聴取までの時間が弁護側にとって重要であるとの理由が示されている。②については検察官の手控え (Handakten)などは除外されるべきであるとされ、「審理の対象とされる書類」と修正された。

しかし、第二読会では、書類概念については「裁判所に提出されるべきか、あるいは提出された書類」とされた。捜査終結後は制限されない閲覧権が認められる部分は修正を受けなかったものの、「手続の目的が阻害されないであろうならば」と制限が追加された。それに伴って捜査段階では閲覧拒否が原則とされた。結局このまま書類閲覧権は一九三九年草案一四六条で規定されることとなった。

三 同草案は、帝国刑事訴訟法及び従来草案が、個人主義的な方向性を持ち、個人の自由の保障が重視されていたのに対し、民族共同体の保護や贖罪の要求が軽視されていたという思想から出発しているとされる。このような国家社会主義的思想を背景に持つ同草案の制定過程においても、従来の議論が参照されつつ審議が進んだが、捜査段階における書類閲覧は認められていたものの、原則的には閲覧拒否という条件が付されていたことは、看過すべきではないように思われる。⁽⁵³⁾

第三節 一九六四年小改正と連邦憲法裁判所決定

一 一九四五年五月、ヨーロッパでの第二次世界大戦は終了し、ナチスは崩壊した。それと共にナチスによる刑事訴訟法の改変は全て廃止された。だが、それに代わる立法は、ドイツを占領下においた四カ国 (アメリカ・イギ

リス・フランス・ソ連)の各占領地区でそれぞれ独自に行われていた。それゆえ、ドイツは四つの異なる法制が並存する状況がしばらく続いた。一九四九年にドイツ連邦共和国が成立した後、一九五〇年九月一二日のいわゆる「統一化法 (Vereinheitlichungsgesetz)⁽⁵⁴⁾」が公布され、法的統一が行われた。これは、新しい法典の編纂ではなく、被疑者の取調べ方法に関する一三六条 a の新設など若干の手直しはあったものの⁽⁵⁵⁾、基本的にはナチスによる改変が始まる以前の状況への復帰であった。

それゆえ、書類閲覧制度の規定も帝国刑事訴訟法の状態へと戻ることとなった。まず、当時の法状況を確認しておこう。一四七条一項は予審終結後、あるいは起訴状提出後の原則的な書類閲覧権を認めるものであった。一四七条二項は裁判所の審問書類についてのみ触れているので、捜査手続には適用されず、予審で作成される審問書類にのみ適用されていた。また捜査手続において裁判官の審問行為に関して書かれた文書も予審開始請求や起訴状と共に裁判所に示されるまでは、検察の書類とされ閲覧できなかつた。例外的に一四七条三項が捜査手続まで適用があることは上述の通り認められていた。⁽⁵⁶⁾すなわち、一四七条三項という例外を除けば、弁護人が書類閲覧権を捜査手続において認められていないという状況に変化はなかつた。

その数年後、既に捜査手続における書類閲覧に関して若干の変化が生じていることが注目される。一九五三年の「刑事手続に関する指針 (Richtlinien für das Strafverfahren)」一七二項は、一九一八年一月三〇日のプロイセン司法大臣の一般的指示 (Allgemeineverweisung)⁽⁵⁷⁾を継受するものであった。この服務規定 (Dienstabweisung)によって、刑訴法一四七条二項の規定は検察官の捜査手続にまで拡大されることとなったのである。⁽⁵⁸⁾しかし書類閲覧許可の決定を下すのは検察官であり、閲覧拒否の決定に対しては、刑訴法三〇四条による地方裁判所への抗告は認められていなかった。⁽⁵⁹⁾

二「統一化法」以降、ドイツ刑事訴訟法には未だに権威国家的理念が存続していること、特に公判前手続への被疑者及び弁護人の参加は全く刑事訴追機関の裁量に委ねられていること、弁護人は公判の開始に至るまで何らかの意味ある参加から遠ざけられていること、公判においてもその権限は大幅に減少させられていること、公判審理が書証に大きく依存していること、そしてあまりに多くそして長く勾留がなされていること、などの批判がなされるようになった⁽⁶⁰⁾。このような批判の中、弁護士層を中心とした刑事訴訟改正運動が激しさを増すこととなる⁽⁶¹⁾。以下では、その経過を概観することとしたい⁽⁶²⁾。

一九五九年一月二九日、連邦議会 (Bundestag) において、司法大臣は、依然として実体刑法の改革が手続法の改革よりも優先されるべきであるとしつつも、刑事訴訟法に緊急の解決を要する部分が存在することもまた事実である、と述べた。そしてこれにより、連邦司法省は刑事訴訟法及び裁判所構成法の草案作成に着手することとなった。

他方で、同年三月一四日、シュトゥットガルトでは第三〇回ドイツ弁護士大会が開催された⁽⁶³⁾。同大会における、二人の弁護士 Hans Dahs と v. Stackelberg による講演を契機に、刑事訴訟法の改正運動が再燃することとなった。Dahs は、当時の刑事訴訟法は老朽化しており、個々の部分ではかなり時代遅れの法律であるので、近代的な刑事手続法がそれに取って代わるべきであると主張した。そして、このような見解は、法治国家に関する見解と一致すると主張した。また、v. Stackelberg は、英米法的刑事手続がドイツの実体刑法の性格と調和しないというところに英米法の受け入れの限界があるとしつつも、英米法の部分的な受け入れ、特に証拠調べが検察官と弁護人に委ねられるべきであることなどを主張した。これらの講演をもとに弁護士層からは、弁護人の地位の強化⁽⁶⁴⁾、未決勾留の制限及び短縮、捜査終結尋問制度を設けること、公判開始決定の廃止などが要求されることと

なったのである。

連邦司法省の草案は、このような弁護士層からの要求を、緊急の改正を要する問題点に関する部分、そして当時の刑事手続法の全体に変化をもたらさない部分に限定するものであった。⁽⁶⁶⁾ その部分とは、未決勾留の制限、必要的弁護の拡充と起訴前手続における弁護人の地位の強化であった。同草案は政府から承認を受け、政府草案として提出され、さらに連邦参議院 (Bundesrat) の見解を添付して連邦議会に提出されたが、連邦議会法務委員会 (Rechtsausschuß) が他の任務で手が回らず、結局当時の第三立法期内 (一九五七年—一九六一年) には実現することはなかった。第四立法期 (一九六一年—一九六五年) に入り、CDU/CSU、SPD、FDP から再び同草案が提出され、一九六二年一月一二日に連邦政府がこの草案を連邦参議院に提出し、本格的に草案の審議が開始されることとなった。⁽⁶⁶⁾

この政府草案は、一九六二年二月二日に連邦参議院の審議を、一九六二年二月一四日には連邦議会の第一読会を、そして一九六二年二月から一年にわたる連邦議会法務委員会の審議を経て、一九六三年三月一日にその報告書が連邦議会に提出された。⁽⁶⁷⁾ 一九六三年に、これに対して、ドイツ裁判官連盟 (Deutsche Richterbund) の意見表明⁽⁶⁸⁾ を受けて、連邦議会第二読会・第三読会では多くの修正が加えられ、さらに委員会の審議を経て、一九六四年六月四日連邦議会で草案は可決された。その後、連邦参議院の反対によって調停委員会が仲介を行い、結局一九六四年二月一九日に公布されるに至った。⁽⁶⁹⁾

この改正法は、上述のように緊急の改正を要する問題点に限定された改正であったため、「小刑事訴訟改革 (kleine Strafprozessreform)」とも呼ばれているが、内容的には、後に Dahs が「一八七七年二月一日の刑事訴訟法の改革への数十年にわたる努力の筆頭に位置する最初の成果⁽⁷⁰⁾」と評価していることからもうかがえるように、

特に公判前手続における被疑者・被告人の地位の強化に関する重要な改正を行っている。そして、書類閲覧制度もこの改正の中で、「根本的な改革」⁽⁷¹⁾とも評価される改正を受けることになるのである。以下、その内容を概観し、検討を行うこととしたい。

三 上述の通り、第四立法期に再度草案が提出され、一九六二年二月一四日に連邦議会で審議されているが、まず、その草案における書類閲覧制度の規定を、理由書と共に概観することとしたい。

書類閲覧制度は、草案一四七条で規定されていた。その第一項は「弁護士は、裁判所に存在する書類または公訴提起の際に提出されるであろう書類を閲覧し、そして職務上保管されている証拠 (amtlich verwahrte Beweisstücke) を閲覧する権利を持つ」とされている。⁽⁷²⁾この規定につき、草案は以下のように説明している。「弁護士人は原則的に、裁判所に存在しているか、または公訴提起の際に検察官によって提出されうる、全ての書類を閲覧する権限を持つ」と。そしてこれにより、「弁護人の閲覧が、従来刑事手続に関する指針一七二項においてのみ規定されている検察の捜査書類も、上述の原則のもとに置かれる」と。すなわち、草案一四七条一項は、捜査手続も含めた刑事手続の全段階において、書類閲覧権を弁護人に原則的に認めるものであった。また、公的に保管されている証拠物の閲覧権も明文化されている。ただし、理由書では「裁判所の手続で利用されないとされる、検察の手控え (Handakten) や、その他の公的な関係書類だけは、書類閲覧から除外される」という例外が示されている。⁽⁷³⁾

この草案一項に対して例外的性格を持つ規定が二項であった。二項は「捜査の終結が未だ書類に書き込まれていない場合、一件書類または個々の書類ならびに職務上保管されている証拠の閲覧は、それが手続の目的を阻害する可能性が存在するであろう場合は、弁護人に対して拒絶することができる」と規定されている。⁽⁷⁴⁾この規定により、制限されない書類閲覧権は、「捜査の終結」以降に認められることとなった。理由書は、「手続目的が危う

くなる可能性が存在するときのみ」閲覧拒否ができるとして、相当に厳格な制限を提案している。また、「捜査最終後に、捜査に再び着手するときには、書類閲覧は弁護人に対して拒否されうる」との説明もなされている。⁽⁷⁵⁾

草案三項は、帝国刑訴法一四七条三項とはほぼ同様の規定であったが、解釈論上、予審開始後の時期に限るのか、捜査手続にまで適用を認めるのか争いがあったのは上述の通りである。草案一四七条三項は、完全に通説となつた後者の見解を明文化したものであった。すなわち、「被疑者の尋問調書、弁護人に立会が認められまたは認められなければならなかつた裁判官の審問行為に関する調書、ならびに専門家の鑑定書の閲覧は、いかなる場合も拒否されてはならない。⁽⁷⁶⁾」

草案四項は、帝国刑訴法一四七条四項に相当するものである。草案は四項における弁護人の権利の拡大を提案している。四項は、「請求によつて、証拠物を除いた書類がその事務所や住居における閲覧のために、望ましい限り、弁護人に引き渡されなければならない。この決定は、取り消すことはできない」というものであった。草案は、これまで弁護人の書類持ち帰りが完全に裁判長の裁量にかかつていた状況を批判し、「弁護人の書類引渡請求は、原則的に許可されるべきである」とする。例外的に「弁護人自ら示す必要はない、特別な事情だけが弁護人への書類引渡を望ましくもないものと考えさせ、この請求の拒否が正当化されうる」としている。これによつて、弁護人による書類の持ち帰りは、ほぼ完全な弁護人の権利として認められたのである。ただし、拒否の決定に対して抗告（刑訴法三〇四条）で争うことはできない。⁽⁷⁷⁾

最後に、草案では新たな条項の追加が提案されている。草案五項は、「公訴提起前の書類閲覧の許可については検察が、予審の間は予審判事が、それ以外はその事件を扱う裁判所の裁判長が決定する」とされた。⁽⁷⁸⁾ 草案一項や二項により、閲覧許可の決定者が複雑になったので、帝国刑訴法に比べ、さらに明確に明文化した、と理由書

は説明している⁽⁷⁹⁾。

このような書類閲覧制度の規定の提案に対して、連邦議会では、ほとんど議論されることもなく、そのまま連邦議会法務委員会に送付されることとなった。その法務委員会の審議において、一四七条は若干の修正を受けているので、次にそれを確認することとする。

法務委員会の審議では一項・二項・五項は修正を受けていない。修正を受けたのは、まず二項である。草案における「…それが手続の目的 (Zweck des Verfahrens) を阻害する可能性が存在するであろう (könnte) 場合は」という部分が、修正を受けている。法務委員会は、この部分を「審問目的 (Untersuchungszweck) を阻害する可能性が存在する (kann) ときは」と修正した⁽⁸¹⁾。これは、「阻害化のより高い蓋然性が強調されるべき」という根拠に基づくものであったとされている⁽⁸²⁾。さらに四項が修正を受けている。すなわち、「…望ましい限り (soweit funlich)、弁護人に引き渡されるべきである」の部分が、「十分な根拠が対立しない限り (soweit nicht wichtige Gründe entgegenstehen)、弁護人に引き渡されるべきである」と修正されたのである⁽⁸³⁾。これは、法務委員会において連邦弁護士会側の意見が採用された結果である、とされている⁽⁸⁴⁾。これにより、四項における弁護人の権利はさらに拡大されることとなった。そして最後に、新しく六項として「二項による命令が前もって失効されること」がなければ、検察官は遅くとも捜査終結とともに、予審判事は予審終結とともに、これを取り消さなければならぬ」という規定がおかれた⁽⁸⁵⁾。これは、既に実務上確立されているものであり、委員会はそれを明文化したにすぎない、と説明されている⁽⁸⁶⁾。

四 結局、一九六四年小改正における書類閲覧制度は、この法務委員会報告をもって確定することとなった⁽⁸⁷⁾。Kernによれば、委員会審議後の連邦議会第二読会の時点で、全ての政党が被疑者及び弁護人の地位の強化が必

須であるということについては一致しており、また連邦参議院においても一四七条に関して反対意見はなかったようである。改正後に公にされた、一九六四年小改正に関する評価においても、総じて、新しい書類閲覧制度の規定は好意的な評価を受けている。それらは、Dahsの「最も重要な新規定であり、弁護権の重大な拡大⁽⁸⁸⁾」という評価や、Schornの「法治国家的な根拠から正当化される要求を満たしている⁽⁸⁹⁾」という評価によって示されているといえよう。特に、捜査段階にも原則的に弁護人の書類閲覧権が認められたこと、制限されない書類閲覧権が認められる時期が早められたことに対する評価は大きいものがあつた。

では、このような、長年にわたり拒否され続けてきた捜査段階における弁護人の書類閲覧権や、制限されない書類閲覧権が認められる手続時期を早めることが、この改正で実現した理由はどこにあるのだろうか。

その理由としては、上述の弁護士層による強い改正要求以外に、主に以下の二点にあると考えられる。その理由の第一として、そもそも一九六四年小改正そのものを促す要因ともなったLettenbauer事件、Rohrbach事件⁽⁹¹⁾などのセンサーショナルな誤判事件の存在が挙げられよう⁽⁹²⁾。そしてそれよりさらに大きい影響を持ったと考えられるのが、Hirschbergにより一九六〇年に公刊された『刑事訴訟における誤判——判決病理学のために』⁽⁹³⁾ (Das Fehlurteil im Strafprozess, Zur Pathologie der Rechtsprechung)である。同書は、ドイツ及び諸外国における四八件の誤判事件をもとにした刑事訴訟における誤判の分析を主な目的としていたが、同書における「誤判原因としての法の欠落」の章において刑法一四七条が挙げられている点は注目に値しよう。Hirschbergは以下のように指摘する。「真実発見、従つて誤判の防止にとつてとくに禍多きものは、公判における当事者公開、弁護人による記録の閲覧に関する諸規定である。∴弁護人は、予審の最終後、もしくは予審が行われなかつたときは起訴状の提出後において初めて、記録を閲覧する権利をもつ。それまでは無罪を立証する材料の全体が、弁護人

や被告人に知られることなく秘密にされている。弁護士は、時宜にかなった証拠申請によって現に始まっている誤判の防止に効果を与えるいかなる可能性ももたない。刑事訴訟法第一四七条第三項の例外規定は、ほとんど意味がない。まず第一に問題になるのは、証人尋問の場合である。予審中、もしくは、起訴状の提出以前の段階では、弁護士に記録の閲覧が許されるのは、それが審問に危険を及ぼすことなくしてなされる場合に限られる。この規定は、解明すべき疑点を非常に多く含んでいる。法律は、弁護士が記録を閲覧するときは、審問を危うくすることがありうるというような嫌疑を弁護士にかけている。とくに興味深いのは、被疑者に罪を着せしめようとする訴追訴訟の方向、従って有罪を立証しうる要素の一方的収集ということを明白に特色付けている『審問の目的』：という表現である⁽⁹⁴⁾、と。同書は、Petersの評価も手伝って、一九六〇年に連邦議会の討論で取り上げられるほどの反響を得ている⁽⁹⁵⁾。そして、同書でなされている批判は、これまでの改革論とほぼ同様の方向性であったことも考えると、一九六四年小改正において成立した書類閲覧制度は、このHirschbergによる誤判研究を背景としていたと考えられるのである。

そして第二の理由として挙げられるのが、実務上において、一九一八年のプロイセン司法大臣の一般的指示及びそれを継受した一九五三年の刑事手続に関する指針において、すでに捜査段階における書類閲覧が実現されていたことである。すなわち、すでに実務においては一〇年以上にわたり、捜査段階における書類閲覧が運用されていたことである。それゆえ、捜査段階における書類閲覧には弊害の恐れがないことが、一定の期間にわたる実務経験から実証されていたと考えることも可能であろう。

五 いずれにせよ、この一九六四年小改正によってドイツ書類閲覧制度が大きな転換を迎えたことは間違いない。この改正された書類閲覧制度の第一の特徴は、制限されない書類閲覧権が認められる手続時期が「捜査の終結」

にまで早められた点である。これにより、公判期日前に被告人にとって不利益な証拠を検討することが可能となり、有効な弁護が保障されたからである。⁽⁹⁷⁾ この点においては一九〇八年草案以来の「根本的欠陥が、被疑者及びその弁護人が自己に不利益な証拠を通常公判のときに初めて、ほとんどは起訴状によって初めて知るということにある」という認識が見て取れる。この第一の特徴は、公判前の充実した準備活動のために制限されない書類閲覧が必要不可欠であると認められた点に、その意義が存在するといえよう。

さらにこの第一の特徴は、もう一つ重要な意義をもつと考えられる。それは、弁護士層が要求していた捜査終結尋問制度の実現と密接な関係を持つものであった。この制度について政府草案は、被疑者は弁護人の援助を得て、検察官手持の全証拠を認識し、公訴提起前の被疑事実の反駁に役立つ全事実及び有利な証拠を提出する可能性を持つべきである、⁽⁹⁸⁾とする。この捜査終結尋問との関連で、改正された書類閲覧制度の意義を考えることは重要であろう。この制度は、あまりに安易な公訴提起を抑制するために、被疑者及びその弁護人に、相当の程度に影響を及ぼす機会を認めるものであった。⁽⁹⁹⁾ そうだとすれば、「捜査段階においても被疑者を消極的な客体的地位から脱出させ、公判審理を避けるために手続打ち切りを目指す十分な可能性を被疑者に認め」、⁽¹⁰⁰⁾ そのような被疑者の主体的地位にとつて制限されない書類閲覧が必要不可欠であることを認めた点に意義が認められるのである。そして同改正における第二の特徴は、捜査段階においても原則的に弁護人の書類閲覧権が認められたことである。この規定により捜査手続は、国家による捜査活動という意味に加え、「被疑者・弁護人による準備活動」という意味を勝ち得た⁽¹⁰¹⁾のである。

このようにみると、一九六四年小改正においては、ドイツ書類閲覧制度は「裁判所に提出された書類を閲覧する」という基本構造からの転換がある程度実現し、⁽¹⁰²⁾ さらに「刑事手続の性格を著しく変えて、法の適用における

思考を改めることを余儀なくするような、新たな特徴が付与された⁽¹⁰⁸⁾といえるところである。

とはいえ、この一九六四年小改正が、上述の通り緊急の改正を要する部分に限られていたこと、また当時のドイツの改革論においては、「糾問的な刑事手続の開始から制限された当事者公開の中間段階を経て弾劾的な公判前審問へ」というDahnらの段階説⁽¹⁰⁹⁾が有力であったこともあって、同改正がその個別的改善の延長上にあったというのも事実であった⁽¹¹⁰⁾。では、書類閲覧制度における、この個別的改善たる部分は何であったのか。これは、一九二〇年草案と照らし合わせれば、ほぼ明らかとなろう。すなわち、捜査段階における検察官による閲覧拒否決定に対する法的救済が存在しないこと、そして被疑者自身に書類閲覧の可能性が認められなかったということ、であった。事実、第三章で確認するように一九六四年以降の書類閲覧権をめぐる議論は、この論点を中心に構成されることとなるのである。

六 また他方で、書類閲覧権と基本法との関係について言及され始めたことも、この時期の特徴の一つである。ここでは、同改正直後の一九六五年三月九日における、連邦憲法裁判所の判決を確認しておこう。

本件は、ブレーメン地方裁判所が書類閲覧を認めることなしに、決定を下したことにつき、基本法一〇三条一項違反があると抗告人が主張していた事案であった。これに対して、連邦憲法裁判所はまず一〇三条一項にいう法的聴聞請求権⁽¹¹¹⁾の解釈について「聴聞を求める権利とは、関係者が陳述の機会を与えた事実や証明結果(Beweisergebnis)のみを裁判の基礎にすることを要求するものである⁽¹¹²⁾」と判示し、次に書類閲覧権との関係について以下のように判示した。

「基本法一〇三条一項は、法的聴聞のより詳細なスタイルの策定が個別の訴訟法規に委ねられるべきことを前提としている(BVerfGE 9, 89 [95f])。刑事訴訟法一四七条の刑事手続における書類閲覧の可能性はそのうちの

一つである。刑訴法一四七条一項によれば、弁護人は予審終結後、また予審が行われなかった場合には起訴状提出後、裁判所に提出されている書類を閲覧する権限をもつ。刑訴法一四七条二項によれば、それ以前の時期においては、審問目的を阻害することなく行われうる限りで、裁判所の審問書類の閲覧は弁護人に許されてよい。しかし、刑事訴訟法一四七条三項によれば、被疑者の尋問調書、専門家の鑑定書および弁護人が立会権を有する裁判所の行為に関する調書の閲覧は、弁護人に対していかなる場合も拒否することはできない。以上によれば、ブレーメン地方裁判所は少なくとも部分的な書類閲覧を原告人の弁護人に許さなければならなかった⁽¹⁸⁾、と。同判決は一九六四年小改正前の一四七条に関するものだが、この連邦憲法裁判所の判決は、書類閲覧権の根拠としての法的聴聞請求権を確認したものととして、現在も法的聴聞請求権及び書類閲覧権に関する判例で常に引用されている重要な判決である。そして、後述の書類閲覧制度の改革論や未決勾留と書類閲覧権に関する連邦憲法裁判所の判決などにも大きな影響を及ぼすこととなる。

七 以上のように、一九六四年小改正では、一九二〇年草案で提案されていた改革案がある程度実現することとなった。このような、いわゆる「自由主義化 (Liberalisierung)」のなかで、誤判問題や、刑事実務上における弁護人及び被疑者の劣悪な地位に対する批判などを背景とした、弁護士層を中心とする改正運動は、書類閲覧制度に関して、①制限されない書類閲覧権が認められる時期が早められたこと、②捜査段階においても弁護人の書類閲覧権が認められたこと、などの改正点と結びついた、といえよう。

さらに、制度面では捜査終結尋問との結びつきによって、被疑者・被告人の主体的活動との関連が明らかにされたこと、また理念的にも連邦憲法裁判所判決によって、基本法一〇三条一項の法的聴聞請求権との結びつきが明らかにされ、基本法との結びつきも意識されはじめたことも、注目される動向であるといえよう。

第四節 一九七四年改正と弁護権制限の動き

一 一九六四年小改正後、一九六八年に基本法が改正され、いわゆる「緊急事態法」⁽¹⁰⁹⁾が制定されることとなった。これを契機として、ドイツでは「対内的安全 (innere Sicherheit)」のための法制度の確立が目指されることとなった⁽¹¹⁰⁾。刑事訴訟法に関する立法動向もこの例外ではなく、一九六八年以降、刑事手続を簡素化、迅速化、また効率化して犯罪を抑制すること、そしてテロリストの訴訟に対策を講じることと犯罪を抑制すること、⁽¹¹¹⁾という二つの方向性をもつこととなった⁽¹¹²⁾。このような立法動向の中、刑事訴訟法も改正されることとなる。その第一の立法として挙げられるのが、一九七四年一月九日成立の「刑事手続法改正第一法律 (Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts)」である⁽¹¹³⁾。この改正法は、同年一月二〇日成立の「刑事手続法改正第一法律補充法 (Gesetz zur Ergänzung des 1. StVRG)」と、すでに同年三月二日に成立していた「刑法典新総則導入法 (Einführungsgesetz zum neuen Allgemein Teil des StGB)」とあわせて、一九七五年刑事訴訟改革と呼ばれている⁽¹¹⁴⁾。この改革のなかで、書類閲覧制度に関する改革も行われているので、以下それを概観することとする。

二 「刑事手続法改正第一法律」の目的は、刑事裁判を簡潔にすること、そして効果的な犯罪闘争を実現し、適切な期間内における被疑者の有罪判決を受ける権利をよりよく対処できる状態にするよう、手続を迅速化することであった⁽¹¹⁵⁾、とされる。特に、同改正においては捜査手続が改革対象とされ、長年の懸案であった予審が廃止されたことをはじめ様々な改正がなされた⁽¹¹⁶⁾。この改正法は、連邦司法省参事官と州司法省の作業グループにより、一九七〇年六月から一九七一年一月まで準備作業が進められた。この準備をもとに、連邦司法省により政府草案が作成され、一九七二年四月に立法機関へと送付された。一九七二年秋に第五立法期（一九六九年—一九七二

年)のドイツ連邦議会が解散したため、若干変更された草案が、一九七三年二月に再び提出された。連邦議会法務委員会における議論は、一九七三年一月から一九七四年九月まで続けられた。一九七四年一月一日、連邦議会は、第二読会及び第三読会で協議を行った。しかし、参議院によつて異議が出されたため、一九七四年一月八日に仲介委員会による提案がなされたのち、連邦議会は一九七四年一月一日に満場一致で可決し、参議院も同様に一九七四年一月一日に可決している。⁽¹⁹⁾このような立法過程の中で、書類閲覧制度に関しては連邦議会法務委員会の決定が大きく影響している。以下では、政府草案及び理由書、そして法務委員会報告およびその理由書を確認することとしたい。

三 政府草案の提案は、一四七条五項および六項を以下のように修正する、というものであった。⁽²⁰⁾

① 五項における、「起訴状提出前は検察が、予審の間は予審判事が」の文言を、「起訴前手続の間は検察が」とすること。

② 六項における文言、「予審判事は予審終結と共に遅くとも」を削除すること。

以上の二点である。理由書はこの提案の根拠について、予審の廃止を挙げている。⁽²¹⁾この修正提案の内容を見ると、この時点では、このような改正はあくまで予審廃止に伴なう、表現上の修正に過ぎないものであったといえるであろう。しかし、同草案提出後の連邦議会法務委員会において、一四七条はさらに改正を加えられることになる。法務委員会は、一四七条五項に関しては政府草案の内容と同様としつつも、六項に関して以下のような修正提案を行っている。

① 六項を以下のような規定とすること。

「閲覧拒否の根拠が消滅するに至っていない場合、検察は遅くとも捜査の終結と同時に拒否の処分を取り消

す。書類閲覧権が制限されなくなったときは、直ちにその旨を弁護人に通知しなければならない。⁽¹²⁾

そしてこの修正提案について、法務委員会は以下のような理由を述べている。「弁護人は公判前手続において既に、原則的に書類閲覧権を持つ。捜査終結（一六九条 a 一項）が書類に書き込まれる前の時期においては、一四七条二項を根拠にしてのみ書類閲覧拒否が許されてよい。弁護人が書類閲覧を、全面的あるいは部分的に拒否された場合は、捜査終結聴取（Schlußanhörung）及び捜査終結尋問（Schulßgehör）の完全な廃止の代償として、弁護人が公訴提起前に完全な書類閲覧ができるということについての必要性が生じる。このような要求を満たすため、新しく修正された六項は、書類閲覧権が制限されなくなったことについて検察官が連絡することを規定しているのである。また六項一文に表現上の修正を加えている⁽¹³⁾、と。

以上のように、この修正六項によって書類閲覧拒否の根拠が消滅した場合、直ちに弁護人に通知しなければならない義務が検察官に生じる、とされたのである。法務委員会によれば、この通知義務は、「公訴提起前に完全な書類を閲覧し必要であれば捜査結果について発言するという地位に弁護人を置く⁽¹⁴⁾」という意義を持つ。そして、捜査終結によってはじめて書類閲覧が無制限になる場合は、弁護人にこのような権限を行使する機会を与えるために、公訴提起をしばらく差し控える義務が検察官に生じる、ともされている⁽¹⁵⁾。

この修正された六項は、法務委員会報告の理由書が述べているように、捜査終結聴取および捜査終結尋問の廃止に伴うものであった。一九六四年小改正で、弁護士層の要望でようやく実現した捜査終結尋問制度であったが、期待された役割をほとんど果たせていなかった、とされる。政府草案によれば、この捜査終結尋問はほとんど利用されることがなく、利用されたとしてもその効果を発揮することはほとんどなかったようである。また捜査終結尋問の際に被疑者に有利となる理由を述べてしまうとその後公判で逆に不利になってしまうなど、弁護

人からの評判もよいものではなかった。さらに、捜査終結尋問の準備のために多くの時間が浪費されてしまうという問題点もあった。以上のような理由により、捜査終結尋問制度は廃止されることとなった。⁽¹²⁸⁾

このような捜査終結尋問制度廃止と書類閲覧権の強化が結びついたのは、弁護士層の要求によるものだと考えられる。例えば弁護士の Schmidt-Leichner は、捜査終結尋問が目指した被疑者の法的聴聞権の保障は、捜査終結尋問によってではなく、むしろ弁護人の書類閲覧権を拡充し、必要的弁護及び国選弁護の保障を捜査手続においてさらに強化することによってこそ、実現されるという評価を下している。⁽¹²⁹⁾ この一九七四年改正においては、このような評価及び要求が、法務委員会の審議を経て実現したといえよう。そして、このことによって理念的にだけでなく、現実的・制度的にも直接に、書類閲覧制度は被疑者の法的聴聞請求権を保障する意義を持つことになったといえよう。⁽¹³⁰⁾

四 他方、テロリスト対策立法が進む中で、弁護権が制限されるに伴い、弁護人の書類閲覧権が制限された動向があったことも看過することはできない。⁽¹³¹⁾ この点に関して、まず上述の「刑事手続法改正第一法律補充法」で新設された弁護人排除規定を挙げるができる

この弁護人排除の立法化の実現は、一九六八年以降において連合赤軍、バーダー・マインホフ・グループのメンバーについて弁護人が、その接見交通時に、被疑者と逃走中のメンバーらとの通謀を仲介したと疑われ、この弁護人が排除されたことに始まる。この事件における抗告について、連邦通常裁判所は、弁護人は独立した司法機関であることなどを理由にこれを棄却し、その際に刑法一四七条の書類閲覧権は、共犯者たる弁護人には真実発見を阻害するため認められない旨を判示した。⁽¹³²⁾

この決定に対して弁護人より基本法一二条一項（職業選択の自由）違反を理由に抗告がなされ、連邦憲法裁判

所は一九七三年二月一四日にこの抗告を受け入れた⁽⁸¹⁾。だが、この判示の最後に連邦憲法裁判所は、近い将来に適当な弁護士排除の立法措置をとることが望まれるとの、立法機関に異例の要求を行い、これにより弁護士排除に関する立法作業が急ピッチで進められることとなった⁽⁸²⁾。そして、「刑事手続法改正第一法律補充法」で刑訴法一三八条a以下が新設されたのである。書類閲覧権の制限については、一三八条c三項が規定している。

「手続が継続する裁判所は、一四七条、一四八条の弁護人の権利が一項により管轄を持つ裁判所の弁護士排除に関する裁判までは停止を命令することができる。…停止命令の期間中は、一四七条、一四八条の権利を保護するため裁判所は他の弁護士を任命しなければならない。」

また、同様にテロリスト対策立法として定められたのが、一九七九年一〇月二日から施行されたいわゆる「接見遮断法 (Kontaktsperr-Gesetz)⁽⁸³⁾」である。この法律によって、裁判所構成法施行法 (EGGVG) 三一条以下で接見遮断が可能となったのだが、その接見遮断の目的を阻害する恐れがある場合に書類閲覧を禁止できる旨の規定が、裁判所構成法三四条三項二号三段に置かれている⁽⁸⁴⁾。

以上のように、テロリスト対策立法の動向のなかで、弁護人の書類閲覧権は制限を受けることとなった。だが、これらの立法がテロ活動を弁護士が仲介するという緊急事態への対処であったという点、また規定自体も権利行使の保障するための歯止めがかけられている点は看過すべきではない。

第五節 小括

この時期は、一九二〇年草案で全面的な改正要求が示され、同草案は挫折したものの、一九六四年小改正で、長

年要求されていた捜査手続から公判手続までの全ての手続段階において書類閲覧権が認められたという点で、書類閲覧制度の改革史においても重要な時期であったといえよう。

このような動向は、第一章で扱った時期における改革要求、すなわち帝国刑事訴訟法における書類閲覧制度が、十分な弁護を行うには不十分であるとか、武器対等原則からみても不十分であるという改革要求に、誤判原因の分析や実務上の捜査段階における書類閲覧の経験といった、実証的根拠が加えられた点に特徴があるといえよう。

また、これらの改革においては、手続に対する被疑者・被告人および弁護人による主体的な影響力の行使と密接な関係を重視して書類閲覧制度が改正されている点が重要であると考えられる。それは、捜査段階において書類閲覧権が認められたことはもちろん、検察による起訴の決定に対する抑制を目的とする捜査終結尋問との関連で書類閲覧権が強化されたこと、に現れているといえよう。一九七四年改正で捜査終結尋問が廃止されつつも、書類閲覧権はむしろ強化されたという点は、より一層このことを明らかにしている。さらにこの時期においては、基本法との関連が明確にされた点も特徴として挙げられる。

このように、本章で扱った時期においてはドイツ書類閲覧制度は大きな転換点を経たと評価することができ、が、不十分な点も少なくなかった。第一に挙げられるのが、実現したのは全ての手続段階における書類閲覧権の承認のみであるという点である。原則的に書類閲覧が認められるというのみでは、書類閲覧拒否のあり方次第で、原則・例外の関係が逆転し、結局その意味を失ってしまう、という一九〇八年草案に対する批判、それを受けた一九二〇年草案における改正要求が、一九六四年小改正では生かされていないのである。第二に指摘できるのが、被疑者・被告人と書類閲覧権の関係が不明確である点である。一九二〇年草案で示された、被疑者の書類閲覧の可能性は、一九六四年小改正では論じられていない。連邦憲法裁判所によって、基本法一〇三条一項の法的聴聞請求権の具体

化とされた書類閲覧権と被疑者・被告人の関係は、どのようにあるべきなのか、結局この時期においては不明確なままであった、といえよう。

- (1) 第一章でも述べたが、一九〇八年草案は帝国議会及び第七委員会において検討された。特に第七委員会では後述の一九二〇年草案でも見られるような「未決拘禁下にある被疑者の弁護士は、手続のいかなる場合でも閲覧が許されなければならない」という提案などがなされているものの、それ以外の部分では一九〇八年草案の内容とほとんど異なる点はなかった。第七委員会の議論については、*Materialien zur Strafrechtsreform*, Bd. 13, Bonn 1960, S. 3248ff. また、委員会の決定については *Materialien zur Strafrechtsreform*, Bd. 13, S. 3550ff.
- (2) Werner Rosenberg, *Die Stellung des Verteidigers in der Novelle zur Strafprozeßordnung*, JW 1906, S. 355; Drucker, *Die Verteidigung nach den Entwurf des StPO*, Leipzig 1909, S. 71; Mammoth, *Der Notstand der Verteidigung im Vorverfahren*, DJZ 1908, S. 626; *Beschl. Nr. 6 des 19. Anwaltstages*, JW 1909, S. 596. なお、クルリン弁護士協会の改正提案は「捜査手続中に、弁護士が書類内容をその依頼人に対して秘密にすることを義務づけられている場合、奪われない閲覧権が認められる」というものであり、被疑者による罪証隠滅を危惧するものであった。
- (3) Mammoth 1908 (Anm. 2), S. 626.
- (4) v. Hippel, *Der Entwurf einer StPO*, S. 55; Wolfgang Mittermaier, *Verh. 29. Juristentag*, Bd. 2, S. 191; Leyendecker, *Die Stellung des Verteidigers im Vorverfahren nach dem Entwurf der StPO*, DRiZ 1910, 219ff. 及び Mittermaier は「濫用の恐れにより除外される事実 (Tatsachen) を示すことが、閲覧拒否と共になされるべきであると主張している」。
- (5) Leyendecker 1910 (Anm. 4), S. 219ff.
- (6) 上述の第七委員会が帝国議会に報告書を提出後、一九一一年二月六日から第二議会が開始されたが、控訴審に素人裁判官を導入するか否かの問題により審議が挫折した。それ以降の審議は一九一一年秋まで延期されたが、差し迫った選挙と政党側でのこの問題について隠蔽されたため、結局行われることはなかった。vgl. Peter Georg Krattinger, *Die Strafverteidigung im Vorverfahren im deutschen, französischen und englischen Strafprozeß und ihre Reform*, Bonn 1964, S. 286. また、

第七委員会における党派数は以下の通りである。保守党四名、帝国党一名、農民同盟一名、中央党八名、ポーランド人一名、国民自由党四名、進歩党四名、社会民主党三名。

- (7) Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 2, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14, Bonn 1960.
 - (8) 一九一九年草案の作成経過については、小田中聰樹「ドイツ刑事手続の構造」同『刑事訴訟法の歴史的分析』(日本評論社、一九七六)三四頁以下、とくに六三頁以下が詳しい。さらに、光藤景皎「ドイツ公判前手続の構造」同『刑事訴訟行為論』(有斐閣、一九七四)九八頁以下、特に一一五頁以下を参照。近年、ドイツにおいてもこの草案に関する詳細な研究がなされつつあることが注目される。Wolfgang Rentzel-Rothe, Der Goldschmidt-Entwurf «Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920, Diss. Pfaffenweiler 1995.
 - (9) それゆえ、同草案は Goldschmidt 草案とも呼ばれる。
 - (10) Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14, 及び「1919」と呼んでいるのは、一九一九年草案と呼ばれることも多いが、本稿においては、一九二〇年に公表されたという事実を踏まえて、「一九二〇年草案」で統一することとする。
 - (11) Wolfgang Mittermaier, Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen vor dem Forum der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, DStZ 1920, S. 34.
 - (12) Krattinger 1964 (Anm. 6), S. 256.
 - (13) Vgl. Eberhard. Schmidt, Einführung in die Geschichte des deutschen Strafpflege, Göttingen 1965, S. 417.
 - (14) Preuß. JminBl. 1919, S. 4.
 - (15) Eb. Schmidt, 1965 (Anm 13), S. 416.
 - (16) 予審廃止の理由については、草案は以下の二点を挙げている。vgl. Begründung Entwürfen eines zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 11f., in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- ① 公判前段階を捜査手続と予審とに分けることは、尋問の無用な繰り返しであること。これにより官吏の負担が増大するし、手続も遅延し、さらには未決拘留を長期化させる。

- ② 予審判事の存在によって、検察官が証拠収集の信頼性や完全性に影響を及ぼせなくなるし、被疑者や証人を独自に判断できなくなる。それゆえ、起訴に対し責任を持つ検察官がその決定を左右すべき証拠資料に通じていないことになってしまった。
- ③ 被告人は予審判事を公平な独立の機関と考えているが、実際は書面・秘密手続で糾問する訴追機関であり、糾問官の後裔であり、検察官の補助機関である。その反面、その調書は公判において動かし難い証明力を持っている。
- また、小田中・前掲書註(8)「ドイツ刑事手続の構造」七〇頁も参照。
- (17) Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 11, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (18) Christoph Winter, Die Reform der Informationsrechte des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren, Diss. Frankfurt am Main 1991, S. 42ff.
- (19) Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 20, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (20) Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 37, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (21) Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 47, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (22) Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 49, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (23) Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 47, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (24) Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 49ff, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (25) 一七二条三項「専門家の鑑定書及び、弁護人が立ち会うことが許され、あるいは許されなければならなかった職務行為(Amtshandlungen)に関する文書の閲覧は、いかなる手続の段階においても弁護人に対して拒否されてはならない。」
なお、一九二〇年草案では検察官が自分自身で捜査しなければならず(一八八条一項)、被疑者の尋問などについても同様であったので、この「職務行為」は「検察官による行為」とほぼ同義であるといえよう。
- (26) 一七二条四項「公訴提起後、書類あるいは証拠物が裁判所の書類に添付された場合、裁判所書記官はそのことにつき弁護人に連絡しなければならない。ただし、その添付時に弁護人選任が裁判所から命令された場合に限る。」

- (27) Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 47., in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (28) Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 40., in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (29) Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, S. 51., in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 14.
- (30) 一九二〇年一月にI・K・V会議がベルリンで行われており、そこで一九二〇年草案についての議論が行われている。この議論の様子はJW 1920, S. 256ff. また、同様に一九二〇年一月にベルリン弁護士協会の会議も行われている。その中でも一九二〇年草案について論じられている。その様子はJW 1920, S. 259ff. 他にKahlやPlaschkeが同草案に賛成していた。また、この会議が行われたGoldschmidtの報告によれば、Die Neuordnung der Strafgerichte und Strafverfahrens, JW 1920, S. 230ff.
- (31) また、一九二〇年草案の有力な批判者であった v. Hippel は、書類閲覧権の規定については「適切である」という評価を述べている。 v. Hippel, Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, ZStrW 1920, S. 325, 338.
- (32) Adolf Wach, Die Reform der Strafjustiz, DStZ 1920, S. 81ff. また、一九〇三年の刑事訴訟改革委員会が提案された「審問目的と関連する書類」の閲覧を制限する案も提案している。
- (33) Chrzescinski, Das Vorverfahren nach dem Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen und die Staatsanwaltschaft, DStZ 1920, S. 202, 204.
- (34) Kratinger 1964 (Anm. 6), S. 266ff.
- (35) Werner Rosenberg, Der neue Gesetzentwurf über den Rechtsgang in Strafsachen, DStZ 1920, S. 10, 12.
- (36) Hagemann, Die Stellung der Staatsanwaltschaft in Strafsachen nach den Entwürfen einer Novelle zum GVG und des Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, GA 1921-1925., S. 13, 20.
- (37) Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, ZStrW 1932, S. 587, 603f.
- (38) Vgl. Chrzescinski, 1920 (Anm. 33), S. 204.
- (39) v. Hippel 1991 (Anm. 31), S. 348.
- (40) 小田中・前掲書註(8) 八四頁。
- (41) 小田中・前掲書註(8) 八四頁。
- (42) Wolfgang Rentzel-Rothe 1995 (Anm. 8), S. 221. なお、一九二〇年草案における書類閲覧権の強化は、「公判前手

続における武器対等」として扱われている。

- (43) Krattinger 1964 (Anm. 6), S. 266f.
- (44) 光藤・前掲書註(8)「ドイツ公判前手続の構造」一〇七頁以下参照。
- (45) 光藤・前掲書註(8)一一八頁。
- (46) Winter 1991 (Anm. 18) S. 44ff.
- (47) 一九〇八年草案および一九二〇年草案における捜査終結尋問については、光藤・前掲書註(8)「ドイツ公判前手続の構造」一五八頁を参照。
- (48) 光藤・前掲書註(8)「ドイツ公判前手続の構造」一五頁以下参照。
- (49) Krattinger 1964 (Anm. 6), S. 268.
- (50) Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz 1930, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 7., Bonn 1954.
- (51) Vgl. Winter 1991 (Anm. 18), S. 45.
- (52) Entwurf einer Strafverfahrensordnung und einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung, abgeschlossen am 1. Mai 1939 (Nachdruck 1954).
- (53) 松代剛枝『刑事証拠開示の分析』(日本評論社、二〇〇四)一四七頁。
- (54) Gesetz zum Wiederstellung der Rechtseinheit an des Gebiete des GVG, des bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. 9. 1950, BGBl S. 455ff.
- (55) この「統一化法」は三つの目的を有していたとされている。法令と統一、連邦法への顧慮、そして被疑者・被告人の人権保障である。この一二六条aなどは、第三の目的のあらわれ、とされている。沢登佳人・沢登俊雄(庭山英雄訂補)『刑事訴訟法史』(風媒社、一九六八)一七五頁参照。
- (56) Eberhart Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil 2: Erläuterungen zur StPO und zum Einführungsgesetz zur StPO, Göttingen 1957, § 147 Nr. 8; Niethammer, in Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Aufl., Berlin 1953, § 147; Kleinkecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur StPO und zum GVG, 4. Aufl., Darmstadt/Nürnberg/Düsseldorf 1958, § 147 Anm. 2; Heinrich Henkel,

- Strafverfahrensrecht, Stuttgart/Köln 1963, S. 213.
- (57) Krattinger 1964 (Anm. 6), S. 56.
- (58) 一七二項
- ① 「起訴前手続 (vorbereitenden Verfahrens) の間に、検察官は義務上の裁量により、弁護人が書類を閲覧してよいか否かを決定する。」
- ② 「手続の進行は書類閲覧によって妨げられてはならない。それゆえ弁護士と、書類を引き渡す時期や期間について協議することが望ましい。」
- ③ 「一七二項の原則 (書類閲覧は原則的に検察の事務室あるいは裁判所でのみ許されるべきである) 以外の場合は、検察官の許可が必要である。疑わしい場合には官庁の長が決定しなければならぬ。」
- (59) 予審判事による閲覧拒否に対しては、三〇四条による抗告が認められている。
- (60) Hans Dahs, Stellung und Grundaufgaben des Strafverteidigers, NJW 1959, S. 1158; Recht und Unrecht der Untersuchungshaft, NJW 1959, S. 500; Schmidt-Leinchner, Deutscher und Anglo-amerikanischer Strafprozess, NJW 1951, S. 7.
- (61) 当時学界の関心は手続法にはほとんど置かれず、実体刑法に傾斜していた。これにより、実体刑法については一九五三年から改正事業が開始されたのに対して、刑事訴訟法の改正事業は大きく遅れていたとの松尾教授の指摘がある。松尾浩也「起訴法定主義の動向」『団藤重光博士古稀祝賀論文集4巻』(有斐閣、一九八五)一九七頁以下参照。
- また、Krattinger はもう一つの理由として、「多くのドイツの法律家が、占領軍裁判所での英米的刑事手続を直接見る機会を持ち、生きた比較が英米の法原則の導入を巡る議論を新たに組成させた」と述べている。Krattinger 1964 (Anm. 6), S. 280.
- (62) 一九六四年改正の経過については、Eduard Kern, Strafverfahrensrecht, 7. Aufl., München 1965 S. 302ff.; Kleinkecht, Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, JZ 1965, S. 113. などが詳しい。さらに邦語文献としては、中野次雄「西ドイツの刑事訴訟法一部改正案」法曹時報一五卷七号(一九六三)光藤・前掲書註(8)「ドイツ公判前手続の構造」九九頁以下。また、この改正に関する文献リストが、Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das GVG, 21. Aufl. Berlin 1967, S. 1ff. に挙げられている。
- (63) この第三〇回弁護士大会の様子は、AnwBl. 1959, S. 157ff. に詳細に記録されている。

- (64) 弁護士層からの改正に対する強い衝動は、多くの弁護士が刑事手続における自己の任務と地位が不十分なものと考えていたことに帰結するとされている。このような認識と改正への要求は、一九〇三年から一九一一年の間のそれより、はるかに強いものであったという。vgl. Krattinger 1964 (Ann. 6), S. 284.
- (65) これは、政府草案の理由書に書かれる以下の言葉を見ても明らかであろう。
「議会に、専門家のグループに、そして全民衆に本質的に広範囲な改革願望が存在することは、看過されてはいない。しかし、それらの検査は後回しにされなければならない。草案は、現行刑事手続法の全構造に体系的に順応し、そしてその影響を概観できるような改革に限定している。公判前手続、中間手続、公判審理における裁判長の地位、検察官の地位、被告人及び弁護人の地位に関する英米法的刑事手続の原則を導入することに関する根本的な改革願望には、草案は態度を明らかにしていない。現行刑事手続法へのそのような性格をもつ介入の全ては、あらゆる影響の綿密な検討を前提条件とする。性急な変更は、刑事司法へ致命的な道で影響を及ぼしうるし、ドイツ立法の名声を損なうに違いないのである。」BT-Drs. 4/178. S. 15f.
- (66) BT-Drs. 4/178.
- (67) BT-Drs. 4/178, 4/1920.
- (68) Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Strafprozessänderungsgesetz, DRiZ 1963, S. 115. このなかで、裁判官連盟は、公判開始を行う裁判官と判決を下す裁判官の分離の提案、そして警察における被疑者に供述拒否権について注意を喚起する義務の提案などについて猛反対している。
- (69) Gesetz zum Änderung der StPO und des GVG vom 19. 12. 1964 (StPÄG), BGBI. I, S. 1067ff.
- (70) Hans Dahs, Die kleine Strafprozessreform, Zum Strafprozessänderungsgesetz vom 19. 12. 1964, NJW 1965, S. 81.
- (71) Martin Spaetgens, Das strafprozessuale Akteneinsichtsrecht, Diss. Berlin 2001, S. 18.
- (72) BT-Drs. 4/178, S. 8.
- (73) BT-Drs. 4/178, S. 31.
- (74) BT-Drs. 4/178, S. 8.
- (75) BT-Drs. 4/178, S. 31.
- (76) BT-Drs. 4/178, S. 8.
- (77) ただし、検察官の拒否に対しては抗告が認められるとしている。BT-Drs. 4/178, S. 31.

- (78) BT-Drs. 4/178, S. 8.
- (79) BT-Drs. 4/178, S. 31.
- (80) 法の法務委員会には「ドイツ裁判官連盟、連邦弁護士会、連邦刑事局の専門家たちが招聘された」とされている。vgl. Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses, zu BT-Drs. 4/1020, S. 1.
- (81) BT-Drs. 4/1020, S. 18.
- (82) Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses, zu BT-Drs. 4/1020, S. 3.
- (83) BT-Drs. 4/1020, S. 18.
- (84) Krattinger 1964 (Anm. 6), S. 291.
- (85) BT-Drs. 4/1020, S. 18.
- (86) Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses, zu BT-Drs. 4/1020, S. 3.
- (87) 一応、確認のため、改正された一四七条の規定を示しておくこととしたい。
 - ① 弁護士は、裁判所に存在する書類または公訴提起の際に提出されるであろう書類を閲覧し、そして職務上保管されている証拠を閲覧する権利を持つ。
 - ② 捜査の終結が、まだ書類に書き込まれていないのならば、一件書類または個々の書類ならびに職務上保管されている証拠の閲覧は、それが手続の目的を阻害する可能性があるときは、弁護士に対して拒絶される。
 - ③ 被疑者の尋問調書、弁護士に立会が認められまたは認められなければならなかった裁判官の審問行為の調書、ならびに専門家の鑑定書の閲覧は、いかなる場合も拒否されてはならない。
 - ④ 請求によって、証拠物を除いた書類がその事務所や住居における閲覧のために、重大な根拠が対立しない限り、弁護士に引き渡されるべきである。この決定は、取り消すことができない。
 - ⑤ 公訴提起前の書類閲覧の許可については検察が、予審の間は予審判事が、それ以外はその事件を扱う裁判所の裁判長が決定する。
 - ⑥ 二項による命令が前もって失効されることがなければ、検察官は遅くとも捜査終結とともに、予審判事は予審終結とともに、これを取り消さなければならない。
- (88) Kern 1965 (Anm. 62), S. 306.

- (88) Dahs, 1965 (Anm. 70), S. 84.
- (89) Hubert Schorn, Die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers nach dem Strafprozeßänderungsgesetz, NJW 1965, S. 713, 716.
- (91) これらの事件の詳細については、Karl Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 1. Karlsruhe 1970, S. 80ff., 195ff. また邦語訳としては、能勢弘之・吉田敏雄訳『ペーターズ・誤判の研究』（北海道大学図書刊行会、一九八一）がある。同書二頁以下、さらに一五三頁以下などを参照。
- (92) v. Stackelberg, Zur Reform des Strafprozessrechts, Juristen-Jahrbuch, Bd. 2. 1961/62, S. 175.
- (93) Max Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozeß, Zur Pathologie der Rechtsprechung. Stuttgart 1960. また、邦語訳として安西温訳『誤判』（日本評論社、一九六一）がある。
- (94) 安西・前掲書註(93)一五一頁以下。
- (95) Peters, JZ 1960, S. 230f.
- (96) 能勢弘之・吉田敏雄訳・前掲書註(94)一五五頁以下。
- (97) 光藤・前掲書註(8)「ドイツ公判前手続の構造」一五三頁参照。
- (98) BT-Drs. 4/178, S. 177f.
- (99) 光藤・前掲書註(8)「ドイツ公判前手続の構造」一五七頁以下参照。さらに光藤教授は、この捜査終結尋問の意義として、「これまで検察の内部的事象以外のものではなかった『捜査収集の段階』と『捜査終結後検察官は公訴提起をするかまたは予審の開かれたときは公判の開始を請求する段階』との境界が客観化され、それに重要な訴訟法上の効果が結びつけられたこと」を挙げている。
- (100) Winter 1991 (Anm. 18), S. 45.
- (101) Spaetgens 2001 (Anm. 71), S. 18.
- (102) 光藤・前掲書註(8)「ドイツ公判前手続の構造」一五三頁参照。
- (103) Dahs 1965 (Anm. 70), S. 81.
- (104) Dahm 1921 (Anm. 37), S. 587.
- (105) 光藤・前掲書註(8)「ドイツ公判前手続の構造」一六五頁。

- (106) 法的聴聞権について、詳細な歴史研究を行っているものとして、Hinrich Rüping, *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren*, Berlin 1976.
- (107) BVerGE18, 399 [404].
- (108) BVerGE18, 399 [405].
- (109) この「緊急事態法」については、多くの邦語文献が存在する。例えば、影山日出彌「西独『緊急事態法』の問題点」法学七ミナー一四九号(一九八六)八頁、水島朝穂「西ドイツ緊急事態法制の展開」法律時報五一巻一〇号(一九七八)六八頁等が挙げられる。
- (110) 水島・前掲註(109)六九頁参照。
- (111) このようなテロ対策立法に関する邦語文献として、臼井滋夫「西ドイツにおけるテロ対策立法の推進」法律のひろば三一巻六号(一九七八)三二頁、神山敏雄「西ドイツにおけるテロ事件対策としての刑事訴訟法の改正」ジュリスト六六七号(一九七八)九九頁、則定衛「西ドイツにおける最近のテロ事犯対策立法について」法律のひろば三〇巻二号(一九七七)三〇頁。
- (112) 高田昭正「西ドイツ刑事訴訟法改正における検察官と弁護人」岡山大学法学会雑誌二九巻三―四号(一九八〇)三六八頁、特に三六四頁以下参照。また、Peter Rieg, *Gesamtreform des Strafverfahrensrechts — eine lösbar Aufgabe?*, ZRP 1977, 67, S. 69.
- (113) BGBl. I, S. 3393. またこの改正法の草案理由書の翻訳及び解説として、高田昭正、熊谷丞佑「刑事訴訟法改正第一法律草案」理由書総論論仮訳(1)〜(6)大阪市立大学法学雑誌二二巻(一九七五)二号、三号、四号、一三三巻(一九七六)一号、二号、四号がある。さらに、田淵浩二「ドイツ刑事訴訟における大規模事件対策」静岡大学法政研究六巻三―四号(二〇〇二)九五頁も参照。
- (114) BGBl. I, S. 3686.
- (115) BGBl. I, S. 469.
- (116) 一八七七年帝国刑罰法制定過程から、このような一九七〇年代の法改正まで詳細に検討しているものとして、Ingo Müller, *Rechtsstaat und Strafverfahren*, Frankfurt/Main 1980.
- (117) Peter Rieg, *Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG)*, NJW 1975, S. 81.
- (118) これらの改正に対する評価につき、高田・前掲註(112)「西ドイツ刑事訴訟法改正における検察官と弁護人」三六七頁以下、

田淵・前掲註(113)「ドイツ刑事訴訟における大規模事件対策」一〇一頁以下などを参照。

- (119) Peter Rieg, 1975 (Anm. 117), S. 81.
- (120) BT-Drs. 7/551, S. 5f.
- (121) BT-Drs. 7/551, S. 69.
- (122) BT-Drs. 7/2600, S. 26.
- (123) BT-Drs. 7/2600, S. 5f.
- (124) RA-Bericht, S. 5f.
- (125) Peter Rieg 1975 (Anm. 117), S. 85.
- (126) BT-Drs. 7/551, S. 41ff. 調査によれば、捜査終結尋問が許される事件のうち捜査終結尋問が利用された割合は、ベルリン
 ○. 四%、ハンブルク三. 三六%、ミュンヘン三. 三八%、ヘッセン○. 八%などかなり低いものであった。また利用された
 事件のうち、手続打ち切りにまで至った事件は、○. 〇六%という数字が出ている。さらに、捜査終結尋問の準備にかかる日
 数は、平均して少なくとも二週間から三週間であったという。結局捜査終結尋問によって、全事件のうち一五. 四%が一ヶ月
 以上手続遅延し、長いものは一年以上に及んだという(一九七〇年のザールラントにおける検察庁調査)。
- (127) Schmidt-Leichner, Die "kleine" Strafprozessreform, AnwBl. 1961, S. 25, 28.
- (128) また Martin Spaetgens は、この改正につき「捜査手続における、手続の公正性の一部がもたらされることを担保」する
 ものであるとも評価している。Spaetgens 2001(Anm. 71), S. 18.
- (129) 一九七〇年代の弁護権制限立法及びその背景を詳細に検討したものとして、高田昭正「西ドイツにおける刑訴法改正と弁護
 権の制限」法律時報五〇巻三号(一九七八)三九頁、高田・前掲註(112)「西ドイツ刑事訴訟法改正における検察官と辩护人」
 九五頁以下。また、Hans Dahn, Ausschlussung und Überwachung des Strafverteidigers — Bilanz und Vorschau,
 NJW 1975, 1385. この邦語訳として、福井厚「刑事弁護人の排除及び監視——予測と評価——」法学志林七三巻三〇四号
 (一九七八)八七頁。
- (130) BGH, NJW 1972, S. 2140.
- (131) BVerGE, NJW 1973, S. 696.
- (132) Burkhard Schulz, Bericht aus Bonn, ZRP 1975, S. 44.

(133) 正式名称は「裁判所構成法施行法改正法 (Gesetz Änderung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetzes vom 30. September 1977, BGBl. I, S. 1877)」である。この法律につき検討を加えているものとして、白井・前掲註(111)「西ドイツにおけるテロ対策立法の推進」、則定・前掲註(111)「西ドイツにおける最近のテロ事犯対策立法について」、神山・前掲註(111)「西ドイツにおけるテロ事件対策としての刑事訴訟法の改正」。また、ドイツにおける七〇年代の接見交通権に関する動向に検討を加えているものとして、福井厚「西ドイツにおける接見交通権をめぐる最近の動向」(一)(二)「法学志林七五巻三号(一九八〇)九二頁、七九巻一号(一九八一)一四二頁。

(134) この点につき、松代・前掲書註(53)一四八頁以下参照。

第三章 被疑者・被告人の証拠開示請求権の展開

第一節 AK草案と証拠開示請求権の理論的根拠付けの試み

一九七〇年代後半に入ると、一九六四年小改正から一〇数年を経過していることもあって、書類閲覧制度に関して指摘される問題点が次第に蓄積を見せ始める。他方で、一九六〇年代後半から高まりを見せ始めた学界の継続法に対する関心が、訴訟主体論、特に弁護人論及び検察官論に向いていたこと⁽¹⁾、さらには上述の弁護権制限立法が連続していたこともあり、書類閲覧制度を含む刑事弁護上の諸問題に対する立法提案が提出されることとなった。それが、一九七九年に公刊された刑事訴訟改革作業班 (Arbeitskreis Strafprozessreform)⁽²⁾ の『弁護——法律草案及び理由書 (Die Verteidigung — Gesetzentwurf mit Begründung)⁽³⁾』である (以下、AK草案とする)。以下、この立法提案を概観し、その確認を通して、一九七〇年代までの書類閲覧制度に関する論点を確認し、さらには

これに対する理論的動向を確認することとしたい。

二 この作業班の目的は、「より長期的に、老朽化した刑事手続法を我々の国家の変化した社会的・法的条件に適應させ、刑事政策的に十分に練り上げられ且つ理論的にも根拠のある手続の改革を開始し、それを援助すること」⁽⁴⁾であり、そしてこのAK草案の目的は「憲法の法治国家的及び社会国家的要請にのっとり⁽⁵⁾」、弁護に関する規定を再調整することであった。このような目的のもとで、弁護人の書類閲覧権は「弁護の情報権」として、第三章で規定されている。草案は、同章において、特に起訴前手続における弁護人の地位強化を重要視している、と述べている。なぜ、このような弁護権強化が必要なのか。その理由について、草案は以下のように述べている。「捜査手続の結果は、最後の手続段階まで影響を及ぼしている。事件の解明行為の誤り及びその不足は、もはや、大部分が、その後の手続段階では修正されえない。誤判においてそのことが明らかとなりつつある。捜査に対する弁護の影響力の強化は、そのような解明行為の誤りや不足を防ぐ可能性を持つ。その結果、その誤りや不足は公判審理にまったく到達しないか、あるいは、しかし全ての無罪方向の事情や証拠が手続対象に含まれ、そして公判審理へと持ち込まれるのである。」⁽⁶⁾と。このような捜査手続の影響力による公判審理の形骸化という問題は、先のKarl Petersによる大規模な誤判の実証的研究で指摘されていること⁽⁷⁾から考えても、同草案は誤判研究を背景とする実証的基盤を持つているといえる。

さらに、「起訴前手続そのものにおいて、被疑者は相当に権利を侵害されている。それゆえ、弁護は、被疑者に対してなされる処分(Maßnahmen)の根拠を形成する捜査に対して影響力を及ぼす必要がある、そして被疑者の権利の擁護及びその人格の尊厳を見守る必要がある」、とも草案は述べている。

このように、誤判研究を基礎に置いて、捜査手続の影響力による公判の形骸化や、捜査手続そのものが持つ人

権侵害性に着目しつつ、改革作業班が立法提案を行っていることは注目に値しよう。

以上のような前提のもと、弁護人の書類閲覧権は一一条で規定されている。その規定内容は以下の通りである。

一一条⁸⁾

- 一 項 弁護人は手続の全ての書類を閲覧し、謄本または複写を作成し、及び公務上保管されている証拠物を見分する権利を有する。また、弁護人は被疑者または被告人に記録の内容を告げ、謄本または複写を交付する権利を有する。
- 二 項 捜査が終結していない場合、一定の事実を理由として、閲覧が以降の捜査を著しく妨げるおそれがある限りにおいて、弁護人に書類の一部の閲覧及び証拠の見分を拒否することができる。
- 三 項 被疑者または被告人が未決勾留下にある場合は、口頭弁論に基づく勾留審査を行う二日前までに、弁護人に勾留審査裁判官に提出される全ての書類の閲覧を認めなければならない。
- 四 項 刑事訴訟法一二二条により、高等裁判所に書類を提出する場合は、遅くともその二週間前までに、弁護人に対し完全な書類閲覧を認めなければならない。
- 五 項 弁護人に完全な書類閲覧を認めることができない場合は、弁護人にこれを通知しなければならない。
- 六 項 被疑者または被告人の尋問、及び弁護人に立会いが許され、あるいは許されなければならなかった尋問行為に関する録取書、ならびに鑑定人の鑑定書は、弁護人にこれを謄本で送付しなければならない。
- 七 項 重大な理由が存しない限り、申立により証拠物を除いた書類を、その事務所あるいはその住居における閲覧のために帯出することを弁護人に許さなければならない。
- 八 項 書類閲覧に関する決定は、警察において処理される書類についても、起訴前手続の間は検察が行う。その他の場合は、裁判所の裁判長がこれをおこなう。決定に対しては裁判所に不服を申し立てることができる。
- 九 項 書類閲覧を制限する理由が前もって消滅するに至っていない場合、検察は遅くとも捜査の終了とともにこの処分を取り消すものとする。書類閲覧権の制限が消滅すれば、直ちにこれを弁護人に通知しなければならない。

草案によれば、これらの規定は以下の二つの目的を持つという⁹⁾。第一の目的は弁護人は捜査がどれだけ公開されているか、そして自分たちはどのような状況に置かれているのかを、知ることを可能とし、弁護人が被疑者に

対して可能な限り迅速かつ完全に態度を決定することが可能となる、ということである。そしてこれにより、捜査段階においていわれなき嫌疑を晴らすことが可能となり、被疑者に大きな負担をかけるであろう公判審理を避けることが可能となる、と。

第二の目的は、弁護人・被疑者間の信頼関係を危険にさらさないことである。このことは、弁護人と依頼人の間に情報差があつてはならないことを意味する。なぜなら、弁護人に制限されない書類閲覧権を認めながら、同時にその知識を被疑者に伝えないことを弁護人に義務づけるのであれば、依頼人の目には弁護人が、ときとして国家利益の代弁者として映ることもあろうからである、と草案は述べている。

このうち、後者は草案の一項に関連するものだが、当時の議論状況を明確に反映しているといえる。被告人に閲覧した内容を伝える弁護人の義務が存在するかどうかは、すでに見たように一九世紀頃から存在していた論点であつた。⁽¹⁰⁾ さらに、プロイセン司法大臣の一般的指示以降、捜査段階における書類閲覧が、ある程度認められるようになる、と、閲覧した書類内容を被疑者に伝えてよいかどうかという論点が新たに出現した。⁽¹¹⁾ この問題につき、いち早く論じていたLutjegerは「事案の解明に役立つ場合にのみ」、書類内容を伝えてよいと主張している。⁽¹²⁾ この見解は一九六四年小改正後も大きな支持を受け、さらに上述の弁護権制限立法の際に「弁護人II司法機関」説が強調されて、ますます支持されたこともあり、ほぼ通説となつていた。⁽¹³⁾ また書類の写しを被疑者に引き渡す権利についても同様である。⁽¹⁴⁾ この草案はこのような見解と反対の立場をとり、「弁護人は被疑者に対して情報を知らせないよう義務づけられないことを明確にした」と述べている。これは、草案がその第一条で、「弁護人は被疑者の利益を擁護する。弁護人はその信頼に基づく」としていることの必然的帰結でもあろう。

またこの草案一項は、その他の点でも重要な提案を含んでいる。「手続の全ての書類」という文言である。現

行法の一四七条一項にいう「裁判所に提出されているかあるいは提出されうる」という限定を、閲覧権の範囲とは無関係にしたものであると説明されている⁽¹⁶⁾。

草案二項は現行法一四七条二項に相当するものである。まず第一の特徴として、閲覧の包括的な拒否は否定される。特定の捜査書類の知識のみが捜査を妨害する危険を生むからである、と説明されている。そして第二の特徴として現行法における「審問目的の阻害化」が「閲覧が以降の捜査を著しく妨げるおそれ」に置き換えられ、そして閲覧を拒否する場合には「一定の事実」の明示が要求される。これによって、「妨害されない」捜査という怠惰が、閲覧拒否理由になることが防止されると述べられている⁽¹⁶⁾。草案が指摘している部分は、管見の限りではこの草案が最初の提案を行っているものであり、重要な提案であるといえる⁽¹⁷⁾。さらに、草案では、「審問目的の阻害化」という制限により、現行法においては一項と二項という原則・例外が逆転している現状があると指摘され、そのために閲覧の包括的拒否の禁止、拒否理由の明示などが提案されている⁽¹⁸⁾。

草案三項は、一九二〇年草案における条項をさらに詳細に規定したものであるといえよう。現行法においては、弁護人は勾留審査時に、勾留理由について全く知らないか、あるいは審理の中でようやく知るといふ状況であったことが指摘されている。だが、勾留審査の場において適切な弁護が必要であることは間違いなく、これにより三項を規定した、とされている⁽¹⁹⁾。これも一九二〇年草案以来の提案である。この勾留審査における書類閲覧の強化については、後で確認するように一九九〇年代に大きな前進があるので、やはり重要な提案であるといえよう。草案四項は、勾留審査に関する特別規定である刑法一二二条に関するものである。さらに五項は九項と併せて、一九七四年の「刑事手続改正第一法律」で改正された六項を若干改善したものである。また、六項及び七項も現行法三項及び四項に対応するものであり、理由書でもそれほど重要視されていない。

最後に、草案八項について検討する。検察官による閲覧拒否、つまり起訴前における閲覧拒否に対する法的救済が許されるか否かは、一九六四年小改正以降の重大な論点であった。⁽²⁰⁾ 例えば Hans Dals は、「弁護人は、書類閲覧の拒否の場合には異議申立の可能性を検討しなければならぬ。裁判官の決定は抗告の適用を受けるし、検察の拒否は職務監督上の異議 (Dienstaufsichtsbeschwerde) の適用を受ける。裁判所構成法施行法二三条による申請が許されるかどうかについては、一様な反応が示されていない」⁽²¹⁾、と指摘している。この職務監督上の異議は上司の検察官に申し立てるものであるが、検察庁内部で検討させるといふ救済方法にとどまるものであった。それゆえ、この閲覧拒否決定に対する抗告に関して、裁判所構成法施行法 (EGVG) 一二条⁽²²⁾の適用が認められるか否かが大きな論点となり、裁判上でも争われてきたのであった。だが結局、判例は一様に、裁判所構成法施行法二三条の適用を拒否してきたのである。その理由は、書類閲覧に対する検察官の拒否は、司法行政行為ではなく、裁判所構成法施行法二三条以下による手続によって審査されえない、というものであった。⁽²³⁾

このような現状に対し、草案は八項の規定を設けている。理由書は以下のように述べている。「法的救済制度を設けることにより、書類閲覧の正しい保障が確立される。この規定は、被疑者の権利に対する全ての侵害が法的に再検討されなければならないという原則に一致する。確かに、書類閲覧拒否は、被疑者ではなく、弁護人に向けられている。だが、閲覧拒否によって被疑者は、長期間不法行為の疑いをかけられない権利、捜査終結前に彼に対して提起されている非難に自分自身で、あるいは弁護人を通して態度を決定する権利を侵害されているのである」⁽²⁴⁾、と。

三 以上のように、AK草案を概観してきた。同草案は、Karl Peters による誤判研究をはじめとする実証的な誤判研究の結果を背景としながら、書類閲覧制度に関する諸問題を整理し、またなおかつその改正提案を理論的か

つ包括的に行っている点で大きな意味をもっていると考えられる。事実、AK草案は公刊後大きな反響を呼んでいる。⁽²⁶⁾そして、AK草案公刊後のわずか三年後、一九八二年九月に一九八三年刑事手続改正法参事官草案(SYLVAG)⁽²⁶⁾が発表された。この中でも、書類閲覧制度の改革として刑法一四七条の改正が提案されているので、以下それを確認することとしたい。⁽²⁷⁾

この参事官草案の目的は、理由書によれば以下の通りである。⁽²⁸⁾

- ① 特に手続の簡素化によって刑事裁判所及び検察庁の負担が軽減すること。
- ② 弁護権について緊急の改正が実現すること。
- ③ マスメディア（新聞・ラジオ及びテレビ）の押収からの自由の範囲を拡大するとともに、それを明文化すること。

さらに、弁護権に関する改正については、以下のように述べている。「社会国家における法治国家的刑事訴訟にとつて、『有効な弁護 (effektiver Verteidigung)』の保障は公正であるという意義をもつ。公正な訴訟は、被告人・被疑者が訴訟主体として手続形成に積極的に関与することができる場合にのみ保障されるが、それは自分の本心を打ち明けることのできる専門知識を持つ補助者の助けを借りてのみ、実効性を持つ。∴被告人・被疑者のみを補助すべき弁護人の任務により、弁護人は公的任務、つまり法治国家的刑事訴訟法の担い手とも考えられ、⁽²⁹⁾そのような性格を持つからこそ、被疑者・被告人に認められない権能が認められる、と。

このような総論のもと、参事官草案は「書類閲覧権及び接見交通権を、刑事司法を危うくしないで、可能な限り拡張し且つ精密化すること」を提案している。以下、その改正提案を具体的に見ることとしたい。⁽³⁰⁾

一四七条の改正

一項 現行法一項と同じ。

二項 捜査の終結がまだ記入されない場合は、一件書類またはその一部の閲覧及び職務上保管されている証拠物の閲覧は、それが審問目的を阻害する可能性が存在する限りで (soweit und solange)、弁護人に拒否される可能性がある。この規定は、被疑者尋問調書及び弁護人の立会いを許し、または許すべきであった審問行為に関する調書ならびに専門家の鑑定書については適用されない。

三項 現行法六項と同じ。

四項 現行法四項と同じ。

五項 弁護人は、報告及び交付が拒否されない限りで、弁護人が閲覧することのできる書類内容を被疑者・被告人に対して報告し、その謄本を交付することができる。本項にいう拒否は、報告または交付が審問目的を阻害するおそれがある場合、または他の重大な根拠が交付を妨げる場合に限り許される。

六項 被疑者・被告人は、重大な根拠が妨げにならない限りで、裁判所または検察庁または他の官庁において、監視のもとで一件書類の閲覧が許されることがある。

七項 現行法五項と同じ。

草案の二項は、現行法二項及び三項を一本化し、それとともに、以下の点において「書類閲覧権の若干の拡張」を意図するものとされている。第一の点として、書類閲覧拒否の条件を厳格化することである。草案は、捜査手続において、審問目的のための書類閲覧権を制約することは不可欠であるとしつつも、その制約の条件を最大限まで厳格化しようと試みた、と説明している。そのため二項一文では、現行法における「審問目的を阻害する可能性が存在する場合は (wenn)」に代え、「審問目的を阻害する可能性が存在する限りで (soweit und solange)」の文言を用いている。⁽³¹⁾ 第二の点は、現行法三項にあたる草案二項一文で、裁判官以外の審問行為に関する調書について制限されない書類閲覧権を認めていることである。そこで、現行法三項における「裁判官の審問行為」

という文言から「裁判官の (richterlichen)」の部分を削除している⁽³²⁾。

草案の五項は、被疑者・被告人に書類の内容を報告し、その謄本を交付する弁護人の権利に対して、連邦政府がはじめて態度を示しているものとして注目される。このいわゆる弁護人の「情報伝達権 (Informationsbefugnis)」は、当時認められつつあったようであるが、問題はその例外の可否及びその条件の内容にあった⁽³³⁾。草案の規定を見る限り、草案は、その例外を認めることが書類閲覧権の広範囲の保障に役立つと考えていたといえよう。そのため、一文で例外を規定し、二文でその例外に関する条件の内容を規定しているのである。一文では、報告及び交付の拒否が弁護人に明示されるべきことを規定している。それに対する違反は、弁護人の懲戒等の事由となるので、これにより弁護人が違法行為に及ぶ危険性はなくなるというのである。二文は、報告及び交付の拒否の条件として、「審問目的を阻害する可能性」あるいは「十分な根拠」を挙げている。その「十分な根拠」とは、交付された謄本が手続外の目的に利用される可能性や、またそれにより第三者の利益が侵害される可能性があることを指すとされている⁽³⁴⁾。

草案の六項は、一九二〇年草案でも提案されていた、被疑者・被告人にも書類閲覧を認める規定である。弁護人がつかない被疑者・被告人が書類閲覧をできないということから、被疑者・被告人にも書類閲覧権を認めよという要求は、一九六四年改正後においても存在していたが⁽³⁵⁾、しかし、被疑者・被告人は「書類の無傷 (Integrität der Originalakten)」を損なうおそれがある、すなわち、書類を隠蔽したり、破棄したりするおそれがあるということから強く反対されていたのである⁽³⁶⁾。草案も、被疑者・被告人に書類閲覧権を認めると、「書類の無傷」が損なわれるであろうという点は、肯定している。だがこれを全く否定する根拠がないというのも事実であり、限定的ながらもそれを認めることとしたのである。草案は、被疑者・被告人の大部分は、検察官の許可を得て近隣

の警察署で書類を閲覧できることとなるであろう、と予測している。⁽³⁷⁾

草案におけるこのような規定内容を見れば、上述のAK草案の影響、ひいては弁護士層及び学界による問題点の指摘が参事官草案に色濃く反映されているといえよう。それゆえ、これらの提案や指摘に対して、迅速に対応がなされている点は評価できる。しかし、この草案に対する学界及び弁護士層の評価は、それほど芳しいものではなかった。次に、それらの評価を確認しながら、参事官草案を検討することとしたい。

多くの弁護士会は、書類閲覧権の目的について、AK草案と同様の見解を示している。すなわち、「弁護士は捜査がどれだけ示されているか、そして自分たちはどのような状況に置かれているのかを、知ることを可能とし、弁護士が被疑者に対して可能な限り迅速且つ完全に態度を決定することが可能となる、という点である。そしてこれにより、捜査段階においていわれなき嫌疑を晴らすことが可能となり、被疑者に大きな負担をかけるであろう公判審理を避けることが可能となるという点である」、⁽³⁸⁾と。

そのうえで、草案が被疑者・被告人に対して書類閲覧を認めようとしている点には、好意的な評価がなされている。⁽³⁹⁾さらに、弁護士会は被疑者・被告人に書類の抜粋の交付も保障するべきであるともしている。また、一九八三年の第七回刑事弁護人大会では、この規定を認めることにつき、必要的弁護制度が制限されないことを条件として、賛成している。⁽⁴⁰⁾

他方で、草案一四七条二項における書類閲覧拒否について、さらに五項の弁護人の依頼人に対する連絡義務の例外規定については、「最も好ましくない」ものであるとの批判が加えられている。⁽⁴¹⁾まず二項の規定については、第一に「審問目的を阻害する可能性」をさらに具体化する必要がある、との批判があった。草案で提案されたような、「場合」を「限り」に修正するのみでは、実際に限定がかかるか不明であるというのである。⁽⁴²⁾また第二

に、検察官の閲覧拒否に対して理由の告知と、閲覧拒否決定に対する裁判所への不服申立を認めよ、という批判があった。弁護士会は、一九六四年小改正においても捜査終結前における制限されない書類閲覧権を要求していなかった。⁽⁴³⁾ 今回もそのことを前提としての、可能な限り包括的な書類閲覧権の保障の前提として、検察官による書類閲覧拒否の厳格化・客観化を要求しているのだと考えられる。上述の刑事弁護人大会でも同様の決定がなされ、さらに進んで弁護人が立会権を主張しなかった証人尋問の場合、弁護人には当然にその写しが送付されなければならぬことが決定されている点は注目される。⁽⁴⁴⁾

草案五項に対しても批判が加えられている。この点については、一九八一年にマインツで行われた第四一回弁護士大会における Egon Müller の講演が重要であろう。そこで E. Müller は、「弁護人が被疑者にその知識を全ては伝えないであろうという期待の下で、弁護人に制限されない書類閲覧権が保障されているという状況の解決は、弁護人と依頼人の間にある関係の基本的構造を誤解させるであろう。内密の信頼関係が挙げられるということが負担にならないように、書類閲覧権は調整されるべきである」⁽⁴⁵⁾、と主張している。すなわち、弁護人と被疑者の情報に格差が生まれることによって、刑事弁護を行ううえで不可欠な両者の信頼関係が損なわれるというのである。

以上のように、参事官草案における「弁護人の書類閲覧権」に関しては、実質的な保障と言えるものではなく、逆に五項によって制限を受ける可能性があるとして、批判が加えられている状況が確認できる。⁽⁴⁶⁾ そして、これらの批判の根拠は A K 草案とほぼ同様の内容をもつものであり、それゆえ A K 草案の指摘と提案の影響の大きさも確認できた。

このように、現行法に対する改正要求は、A K 草案を中心にある程度一致した態度を示していたといつてよいであろう。それゆえ、従前から強い影響力を持ってきた弁護士層による実務経験を基盤とした改正要求が、学界

からの理論的動向の後押しを得て、さらに強固なものになったという構図が、ここには見て取れるといえよう。

四 結局、一九八三年参事官草案における書類閲覧権に関する改正提案は成立しなかった。他方で、一九八〇年代以降、書類閲覧制度に関する多くの文献が公にされ⁽⁴⁷⁾、改正要求の動向は、さらに高まりを見せることになった。その改正要求において重要な役割を果たしたと考えられるのが、Jurgen Weltpである。上述の刑事訴訟改革作業班のメンバーでもあったWeltpの論文、特に「書類閲覧権の諸問題(Probleme des Akteneinsichtsrechts)⁽⁴⁸⁾」で示された「被疑者の書類閲覧権」の構想は一九八〇年代中期以降の改革要求に大きな影響を与えることになる。以下では、このWeltpの「被疑者の書類閲覧権」構想を確認することにしよう。

Weltpは、起訴前段階における書類閲覧権の保障の根拠について、法的聴聞請求権は「裁判所における (vor Gerichts) 権利」であるがゆえに不十分であるとして、これに加えて「手続の公正性(Offenheit des Verfahren)」を根拠として示している⁽⁴⁹⁾。というのも、書類閲覧が認められることにより、訴追側と弁護側との間における「知識の平等 (Parität des Wissens)」が生じるからである、と。このことにより、Weltpは書類閲覧権を「被疑者が訴訟主体の地位(Stellung als Prozesssubjekt)へと昇格しうるために必要な前提条件」であると定義付ける⁽⁵⁰⁾。というのも、被疑者に向けられる非難の正確な認識とその非難を根拠付ける被疑事実が、被疑者に対して知らされないような秘密の手続の上では、「被疑者が自らの権利として、弁護を受ける機会 of 適切な利用によって訴訟の進行に影響を及ぼす機会を得ていない場合、被疑者は手続の目的へと導かれる、手続の単なる対象でしかないということになる⁽⁵¹⁾」からである、と。

また捜査の現状が秘密にされることになれば、手続の見込みと危険の現実判断は不可能であるから、書類に関する知識なしに効果的な弁護活動を行うことは不可能となる。つまり、全ての弁護戦術は捜査の現状をどれだけ

弁護人や被疑者が把握しているかにかかるのであり、それにより書類の一部を被疑者や弁護人に伝えないということは、その法的地位への侵害を意味すると Weltp は主張する。

以上のように Weltp は、「被疑者の書類閲覧権」構想を理論的に根拠付けている。すなわち、捜査段階における書類閲覧の目的とは、手続の公開による訴追側と弁護側の「知識の平等 (Parität des Wissens)」なのである、と。そして、このような「知識の平等」が、被疑者に、手続に対して主体的に影響を与えることを可能ならしめるといふ、法治国家的な刑事手続を実現するのだ、と主張するのである。⁽⁵²⁾

では、なぜこのような主張が必要なのか。Weltp は以下のように理由づけている。第一の理由として、弁護人が全ての被疑者につけられていないという当時の状況がある。すなわち、軽微な犯罪の貧しい被疑者は書類閲覧をすることができないし、また必要的弁護の事件においても、弁護人がつけられる時期がかなり遅いという状況が理由の一つである、と。⁽⁵³⁾ もっとも、実務においては裁判官や検察官の裁量によって、被疑者に書類を手渡すことなどが許されることはあったようである。だが問題は、それらが全て裁判官や検察官の裁量にかかっていること⁽⁵⁴⁾にあった。これが第二の理由である。これら二つの理由により、被疑者がまったく書類内容を知らされずに、刑事裁判にかけられる可能性が十分にあることになる。弁護人がついていないことで、被疑者・被告人の弁護の利益が侵害されてはならない、と Weltp は主張する。⁽⁵⁵⁾

この点につき、上述の参事官草案が被疑者・被告人の書類閲覧を認めている点を、Weltp は高く評価をしている。⁽⁵⁶⁾ だが、「重大な根拠」そして「監視のもと」という限定付けを行っている点は不必要であるとして、以下のような立法提案を行っている。第一点として弁護人と同程度にしか書類閲覧は制限されるべきではない、ということである。すなわち、書類の隠滅や改ざんなどの「書類の無傷」に対する明白な危険があるときにのみ閲覧拒

否されるべきであるとするのである⁽⁵⁷⁾。第二点として、監視の問題は、被疑者・被告人が書類の原本を見るときのみに限られるべきであること、である。当時すでに、コピー技術も発展していたのであり、そのコピーを被疑者に手渡すことにより「書類の無傷」の問題はクリアできるのである、と主張されている⁽⁵⁸⁾。

最後に Weip は、弁護人から依頼人への情報伝達の問題、さらに書類閲覧拒否に対する法的保護の問題について、「被疑者の書類閲覧権」構想を前提に考察を行っている。前者については、AK草案と同様に「司法機関としての弁護士」の強調を否定し⁽⁵⁹⁾、弁護人と被疑者の信頼関係の維持を根拠に、さらには一八七七年の帝国刑訴法制定過程から現行一四七条二項は「弁護人がその依頼人に書類内容について知らせるであろうことを想定している」という根拠から、それゆえ弁護人は書類から得た知識を全て依頼人に伝えてもよい、と。

後者についても、AK草案同様に、Weip は刑事訴訟における捜査段階が公判にもたらす影響力と関連付けて検討を行っている。「Karl Peters の刑事訴訟の誤判研究⁽⁶¹⁾によって、実証的な根拠が呈示されている。精密な起訴行為は、必然的に選択的となる。すなわち嫌疑の立証あるいは嫌疑が誤っていることの立証について、前もって示されている構想に適合するような捜査の可能性だけで、被疑者を逮捕しているのである。もし、その部分で、最初から捜査が誤った方向に進められるのであれば、その誤りはより遅い時期、つまりその訴訟的範囲において単に現実の捜査行為の再生を許しているに過ぎない公判審理において、ほとんど訂正されることはないの⁽⁶²⁾」として、それは捜査段階における決定が公判審理で再生されること以外の何物でもない、と。それゆえ、この捜査手続は「既に被疑者の特別な弁護利益が存在する、決定的な刑事手続そのものなのである⁽⁶³⁾」、と。このような刑事手続の構造、さらには「多くの場合、公開された公判手続が、それ自体期待可能な処罰の重さにひけを取らない社会的悪⁽⁶⁴⁾」であるという起訴そのものの害悪性から、手続打ち切りの拡大、さらには手続打ち切りへの被疑者の

主体的な関与が必要となる、と。そのためには、「捜査状況の早期の可視化」が必要なのだ⁽⁶⁵⁾、と Weip は主張する。それゆえ、捜査段階における書類閲覧拒否に対する法的保護が必要であるとされているのである。法的保護が存在しないことによって、「刑法一四七条は検察の統制不可能な決定に委ねられることになり、規範は単なる秩序規定に成り下がってしまう。」⁽⁶⁶⁾それゆえ、そこには、裁判官による統制が必要なのだ、と。

以上のような、Weip の見解は、基本的に A K 草案の延長線上にあるといえるが、それ以上に、次のような特徴を持っているといえる。第一の特徴は書類閲覧権を弁護人の特権としてではなく、被疑者の権利として、再構成している点である。A K 草案では、被疑者・被告人の書類閲覧「権」への言及はなかった。それゆえ、弁護人が中心として構成されるため、被疑者への情報伝達という論点における「司法機関としての弁護人」を強調する見解に対しては、完全な説得力を持つに至らなかったといえよう。Weip の見解は、この点を「被疑者の閲覧権」の構想で克服しようとして試みたと考えられる。第二の特徴として、書類閲覧権の根拠として「手続の公正性」を挙げたことである。A K 草案では「憲法の法治国家的及び社会国家的要請にのっとり」という言及があるのみで、具体的にどのような基本法の規範に基づくのかは、不明確であった。この点につき Weip は、「手続の公正性」すなわち「公正な手続(faires Strafverfahrens)」を根拠として挙げている。この「公正な手続」は、憲法上明文化されていないものの、基本法一条、二〇条、二八条によって、法治国家的及び社会国家的の基本的な価値判断の帰結であることが承認されており、⁽⁶⁷⁾さらにヨーロッパ人権条約六条一項一文で実定化されている。既に連邦憲法裁判所によって書類閲覧権の根拠として承認されていた基本法一〇三条一項の法的聴聞請求権は、捜査段階においても適用があるか否かは争いがあったが、Weip が述べているように「裁判所における」権利であって、捜査段階には適用がないとする見解が優勢であった。⁽⁶⁸⁾しかし、このような見解によれば、書類閲覧権は捜査段階に

においては憲法的根拠を持たないこととなる。このような問題点を解決するため、Weipは、全ての刑事手続の段階に適用があるとされる「手続の公正性」を憲法的根拠として挙げているのである。すなわち、書類閲覧により生じる「知識の平等」によって、被疑者は手続に影響力を及ぼすことが可能な「訴訟主体の地位」へと昇格するのである、と。

このように、AK草案を基礎として、さらに憲法的観点を加えたWeipの見解は、大きな影響力を持った。このことは、ドイツにおける注釈書さらには多くの文献が、Weipの見解を採用していることから明らかである。⁽⁶⁹⁾

五 最後に、書類閲覧権に関する原則が、この時期に学説によって展開されているので、それを確認しておこう。

Karl Petersは、その概説書において以下のように述べている。「…書類には全ての出来事が記されなければならない。検察が、証拠物、記録 (Urkunden)、重要な手続における出来事に関する調査 (Protokollen) あるいはメモ (Vermerken) を差し控えること (Zurückhalten) は許されない。そのような差し控えは、弁護に対する許されざる制限であり、法的聴聞の侵害を意味する」、と。このように、捜査手続の進行を、裁判所及び弁護側に対して書類を通して全面的に知らせることを検察官に要求する原則が、一九八〇年代初期から承認されつつあった。このような原則は「書類の完全性の原則 (Grundsatz der Aktenvollständigkeit)」⁽⁷¹⁾と呼ばれる。この原則により、「知識の平等」はより実効的に保障されることとなる。この原則は、書類閲覧に関する検察官の選択権を限定する機能を持つ点、またそれが検察官の客観義務というよりも、法的聴聞請求権という憲法規範によって説明されている点でも、重要な原則といえるであろう。⁽⁷²⁾

第二節 判例の展開

一 参事官草案における書類閲覧権の規定は、政府草案作成の際に削除されることとなり、結局一四七条は改正されなかった。だが、上述の改正要求のほかにも、書類閲覧制度に関する文献は、さらに多く公けにされる傾向にあったことは間違いなかった。⁽⁷⁴⁾ このように実務家や研究者らから、多くの見解が出される一方で、書類閲覧制度に関する判例も大きく動いた。

二 まず第一にいわゆる証跡書類 (Spurenakten) が閲覧権の対象に入るか否かに関する連邦通常裁判所の一九八一年五月二六日の決定が挙げられる。⁽⁷⁵⁾ 証跡書類とは、被疑者・被告人が嫌疑を受けている行為には関連するが、被疑者・被告人自身には関連せず、捜査機関の判断によれば当該事件とは無関係な第三者に関する捜査記録のことである。例えば指紋や自動車番号・住民からの通報というような警察所蔵の情報記録である。⁽⁷⁶⁾

この問題に関して連邦通常裁判所は、閲覧権の対象となるのは基本的に被疑者・被告人に関する資料であり、痕跡書類のように被疑者・被告人に対する手続きに基づいて作成されていないものは、原則として刑法一四七条や一九九条という手続書類にはあたらない、と判示した。⁽⁷⁷⁾ すなわち、検察の捜査記録に一本化されている限りで一四七条の適用を受ける、とされたのである。

このような連邦通常裁判所の態度に対して、有力な反対意見も存在する。Claus Wasserburg や Werner Beulke、Hans Dünnebier らは、連邦通常裁判所が定義するような意味で関連性が認められなくても、「実質的」書類概念⁽⁷⁸⁾によって、痕跡書類の全てを訴訟書類の一部と見なし、一四七条を適用すべきである、と主張している。⁽⁷⁹⁾ すなわち、弁護士は全ての嫌疑が様々な容疑者に対して追及する過程を詳細に認識し、当該事件がどのような嫌

疑の形成・強化に裏付けられて起訴に至ったかを知ったときのみ、実効的な弁護が可能となる、と。さらに、検察官及び裁判所による判断から独立して弁護人に全ての書類を閲覧させることは、書類選択に関する弁護人の独立性を根本から保障する意味を持つ、と。⁽⁸⁰⁾

ただし、このような見解を採らないとしても、他のとりうる方法が現行法で用意されている。裁判所が解明義務(二四四条二項)の範囲内で閲覧を許可しなければならない場合に該当すれば、証拠調べ請求(Beweisantrag)あるいは証拠捜査請求(Beweisermittlungsantrag)によって、公判時に閲覧できる可能性がある⁽⁸¹⁾とされる。そして、証拠調べ請求は、その請求が却下される場合というのは、証拠先取評価の禁止(Beweisantizipationsverbot)の原則によって、非常に限定されていることには注意を要する。⁽⁸²⁾この方法によっても、裁判所が証拠書類を取り寄せない場合は、弁護人は裁判所構成法施行法二三条によって、証拠書類を直接警察で、あるいは検察で閲覧することを強制する権利が与えられているのである。⁽⁸³⁾このように、ドイツでは証拠書類についても、いずれにせよ手厚い保障がなされているとの評価が可能であろう。

三 第二に挙げられる判例は、ヨーロッパ人権裁判所における、ベルギーのLamy事件に対する判決である。⁽⁸⁵⁾この事件は、一九八三年二月一八日の時点では当初、勾留決定が行われた際に勾留命令には署名が欠けており、さらに日付の誤記もあったため、被告人Lamy(以下、被告人)は地裁評議部(Ratskammer)及びLiege高等裁判所の公訴部(Angelagerekammer)に対して、不服申立を二月二二日、さらに翌二三日にも行ったのだが、結局認められず、勾留は八月一八日まで延長を繰り返された。そして、身体拘束から三〇日を経過した後に、ようやく弁護人だけが勾留延長を決定する期日に先立つ四八時間に限って、捜査書類の開示を受けている。⁽⁸⁷⁾

この抗告で問題になっているのは、被告人もその弁護人も捜査書類を閲覧できなかったことであった。そこで

原告人は、一九八三年六月二〇日にヨーロッパ人権条約五条四項違反を理由にヨーロッパ人権委員会に申し立て（ヨーロッパ人権条約二条一項）、一九八五年一二月にヨーロッパ人権裁判所が取り上げることとなった（ヨーロッパ人権条約四八条⁸⁸）。この原告の具体的内容は、第一に彼に対する勾留審査手続は、公平な対審的手続（objektiv kontradiktorische Verfahren）でなければならぬという点である。そして第二に、そのような手続においては被拘束者側に対して、勾留請求側及び勾留命令側との「武器対等」が認められなければならない、という点であった。これらは、既にヨーロッパ人権裁判所で一九八八年に決定されている内容であった⁸⁹。

この原告に対して、一九八九年に、ヨーロッパ人権裁判所は以下のように判示している。

被疑者が身体拘束を受けた最初三〇日間、法律により弁護士はまったく捜査書類、特に身体拘束を適法とする準原告裁判所が依拠した捜査判事や警察の調書・報告書を検討できなかった。これらの書類に基づき訴追側が行った陳述や主張について、認定（Feststellungen）や解釈（Auffassungen）を争う機会が弁護士にはなかった。これらの書類にアクセスすることは、被疑者の釈放か留置のいずれかを、裁判所が決定するという決定的な手続段階において、必要不可欠のことであった。とりわけ Lamy 氏の弁護士にとつて、書類へのアクセスは、共同被告人の主張や態度を裁判所に示すことにつながっていたであろう。以上のことから、当裁判所の理解では、勾留命令に対する原告の適法性を実際に争うようにするために、問題の書類を閲覧することが重要と考える。検察官は全ての書類に関する知識をもっているのに対し、この手続では原告人が、勾留がどのようなものによって根拠付けられているのかという理由を、適当な方法で争う機会を与えられていない。この手続は武器対等を保障していないのであるから、それゆえ事実上対審構造であるとはいえない（the procedure was not truly adversarial）⁹⁰。

四 このヨーロッパ人権裁判所の判決が、ドイツにおける書類閲覧制度に関する判例を進展させる結果となったこ

とは、既に我が国でも指摘されているところである⁽⁹¹⁾。同判決以前の時期におけるドイツ国内の裁判所においても「法的聴聞請求権及び公正な手続の原則に鑑み」捜査が阻害されない限り、証拠まで勾留状に挙示しなければならぬ、との判示も存在はしていた⁽⁹²⁾。だが、同様のケースで反対の見解を判示する裁判所もあり、一進一退の状況が続いていた。その状況を打開したのが、上述のヨーロッパ人権裁判所の判決であったといえる。

例えば、ベルリンのカンマー裁判所は、一九九三年一〇月五日決定及び一九九四年二月七日決定で、勾留の根拠となった証拠や書類等を弁護側に見覧させなかったことは勾留処分自体を違法にする、と決定した⁽⁹³⁾。そして、このような判例の流れを決定的としたのが、一九九四年七月一日の連邦憲法裁判所決定であった⁽⁹⁴⁾。以下、同決定を概観することとしたい。

架空会社による詐欺事件の嫌疑の基礎として、勾留状にはそれぞれ名指しで三人の証人と五人の共同被告人の供述が挙示されていた。本件抗告人の弁護人は、一九九四年二月一六日、検察官に対して、そして一九九四年二月一六日に行われる勾留審査の申立に関連して区裁判所で、ヨーロッパ人権条約五条四項は勾留審査の決定に先立つ書類閲覧を保障しているとして、それぞれ書類閲覧を申請した。しかし、この申請が拒否されたため、弁護人は勾留取り消しを申し立てた。結局、この申立も棄却され、また書類閲覧の機会も与えられなかった。その理由として、当該勾留がヨーロッパ人権条約五条違反でないことと、刑法一四七条によれば検察官は捜査段階における書類閲覧の許可の決定について裁量権をもっており、本件ではその裁量の逸脱がなかったことが挙げられている。そしてこれに対する抗告も、ブラウンシュヴァイク地方上級裁判所一九九四年三月二九日決定で棄却された。また、弁護人は検察官の見覧拒否に対する抗告も裁判所構成法施行法二三条を根拠に行っているが、これもブラウンシュヴァイク地方上級裁判所一九九四年三月一八日決定で棄却された。

これらの棄却に対して、抗告人は連邦憲法裁判所に憲法抗告を行った。まず三月一八日決定に対しては、従来の裁判所構成法施行法二三条以下の解釈論どおり、検察官の閲覧拒否行為は司法行政上のものではないとして退けられた。一方、三月二九日決定に対しては、破棄差戻しがなされている。その判示は、以下のようなものであった。⁽⁹⁵⁾

- ① 上述の一九六五年連邦憲法裁判所が示しているように、基本法一〇三条一項は、被疑者・被告人に対し基本的に法的聴聞請求権があることを保障しているが、このことは原則的に捜査手続における裁判官の判断に対しても当てはまる。それゆえ、基本法一〇三条一項は、勾留命令及びその期間に関する判断に対しても適用されなければならない。勾留命令及び勾留審査手続や勾留に対する抗告手続において言い渡される裁判は、被疑者に事前に通告され、それに対して被疑者が意見を表明した事実及び証拠方法のみを裁判の基礎とすべきである。一方、勾留命令手続が開始される際に、あるいは被疑者に対する非難を実証することとなるその後の勾留に関する決定に先立って、被疑者が証拠状態 (Beweislage) や勾留理由を認識していることが、その前提とされる。
- ② これも一九六五年判決が示すように、基本法一〇三条一項は、法的聴聞のより詳細なスタイルの策定が個別の訴訟法規に委ねられるべきことを前提としているが、勾留審査についても、このことは当てはまる。被疑者が拘束された場合、刑訴法一一四条 a により勾留命令が告知されなければならない。刑訴法一一四条二項によつて、嫌疑をかけられている事実、その犯罪の日時・場所及び犯罪行為の法律的特徴、そして適用されるべき刑罰法規、勾留理由及び十分な犯罪の嫌疑を示して勾留理由を与える事実が含まなければならない。これと関連して、訴訟の対象を形成しかつ勾留質問にとつても意味を持つ、収集されている被疑者に対して不利な資料が、被疑者に知らされる。被疑者は十分な嫌疑と勾留理由の基礎となる事実及び証拠資料などについて、知ら

されていなければならない。その他にも、勾留に対する抗告や勾留審査という勾留に関して予定されている法的手段によって、勾留命令やその更新についても意見を述べる機会が与えられなければならない。特に、口頭による勾留審査の段階で、被疑者による聴聞がなされなければならない（刑訴法一一八条 a 三項）。その際には、手続の最終段階に捜査の結果が審問目的に反しなければ、重大な捜査結果が被疑者に対して告知されるべきである。⁽⁹⁶⁾

③ これらの規定により、勾留に関する手続における被疑者の法的聴聞請求権は、多くの場合十分に考慮されている。しかし、勾留命令の告知の際あるいは口頭の勾留審査の際に、被疑者に口頭で通知を行うことが、常に十分に実質を伴った情報を提供しうるとは限らない。特に、証人ないし共同被疑者による不利な証言あるいは有利な証言または文書の内容を口頭で告知することは、複雑な事実関係のもとでは困難である。さらに、勾留期間の長期化に伴ない、刑事訴追の利益に対する被疑者の自由への欲求は次第に強くなるため、勾留に対する抗告や勾留審査によって、勾留の比例性について判断を得ることが被疑者にとって可能となるという、被疑者の情報入手の利益もまた大きくなるのである。事実や、そして特に裁判所が勾留に関して決定の基礎とするような証拠資料が口頭では伝達不可能であるときは、さらに大きな情報源が、例えば書類閲覧権を通じて、被疑者に開かれていなければならない。⁽⁹⁷⁾

④ 法的聴聞請求権の具体化としての刑訴法一四七条にいう書類閲覧権⁽⁹⁸⁾の保障範囲について。被疑者の弁護人に対しては、捜査最終後に制限なく認められる。それ以前の時期には、審問目的を阻害する可能性が存在する場合（刑訴法一四七条二項）、書類閲覧は全面的あるいは一部が拒否される可能性がある。この規定は、基本的に憲法的見地から問題があるわけではない。というのも、捜査手続は事案解明のために行われるのであって、そ

れゆえ最初から「公開 (offen)」つまり調査された全ての事実の公開がなされうるといわけではないからである。そうでなければ、可能な限りの事実の探求と真実の発見という刑事手続の中心的な関心事及び法治国家的任務は、耐えがたい障害と証拠隠滅の可能性にさらされることになるであろう。そうすると、検察が捜査手続においては情報に関する優位を維持し、抗告人の情報入手の利益が捜査手続の最終的な終結まで留保されるということに反対することはできない。⁽⁹⁾

- ⑤ だが、被疑者が勾留されている場合も同様かというところではない。連邦憲法裁判所は以下のように結論づけている。「……しかし被疑者が拘禁されている場合、状況によつては捜査終結まで待つことなく書類を閲覧する利益を被疑者はもつ。なぜなら、捜査そのものを通して、被疑者の権利は直接侵害されていないことが通常であつても、このような場合、基本法二条二項二文による人身の自由に対する被疑者の権利は侵害されている。人身の自由は、手続法においても自由保障機能を要求しているのであつて (BVerfGE 57, 250 [257] = NJW 1981, S. 1719 参照)、刑事手続における真実の探求に向けて行われる法治国家的任務の要求に対して、被疑者の情報入手の利益により重きをおいているのである。それゆえ、公正で法治国家的な手続を受ける被疑者の権利から (BVerfGE 57, 250 [257] = NJW 1981, S. 1719)、または法的聴聞請求権から、裁判所の勾留決定に対して効果的な反論をなすため書類に含まれる情報が必要な場合で、裁判所が判断の基礎としたと思われる事実及び証拠方法の口頭による告知では十分でない場合には、拘束された被疑者の弁護人による書類閲覧を求めめる権利が導かれるのである。もっともこの際には、勾留決定と関連する事実及び証拠方法に関する部分的閲覧で、通常は十分であろう。検察側から、捜査を阻害するという理由で、捜査記録の一部も閲覧できず、検察が刑法一四七条二項によつてそれを拒否した場合、裁判所は、その拒否のために被疑者が知りえなかつた事実および

び証拠方法を判断材料に供することはできず、また、場合によっては勾留命令を破棄すべきである (BVerfGE, StV 1994, S. 1=NJW 1994, S. 573参照)』と。

さらに、一九九五年九月二八日に連邦通常裁判所も同様の決定を下している⁽¹⁰⁾。これらの決定によって、被疑者の身体拘束を続ける以上、その身体拘束の証拠的基礎を、弁護側に閲覧を認めるべきであるということが判例上・実務上確立されたのである。ただし、勾留手続における被疑者の法的聴聞請求権は、多くの場合十分に考慮されているので、複雑な事件や弁護側に対する書類内容の口頭による伝達が困難である場合に限られていることには注意を払う必要がある⁽¹¹⁾。

とはいえ、一九二〇年草案、AK草案において提案され続けてきた、勾留審査における書類閲覧がこれら一連の判決においてほぼ実現したといえる。さらに、このような判例の動向があった後、書類閲覧制度に関する立法動向にも動きが生じた。そこで以下では、その一九九九年改正の制定過程を確認することとしたい。

第三節 一九九九年刑事手続法改正法と部分的改正

一 一九八三年十二月一日に連邦憲法裁判所から、いわゆる「国勢調査事件判決」が出された⁽¹²⁾。この判決は個人情報保護の保護制度に関していくつかの重要な論点を出しているが、本稿にとって最も注目すべきであるのは、自己に関する情報の処分を自由に決定する個人の権利を承認したことと、この権利を保護するために必要とされる立法上の原則を明確にしたことであった。そして、同判決以降、「情報に関する自己決定」という指標のもとに、刑事手続における個人情報収集及び取り扱いについて、数回にわたる刑事法改正が行われてきた⁽¹³⁾。

それらの刑訴法改正作業は、すでに一九八四年に連邦司法省で開始されており、様々な検討を経て「一九八八年刑事手続法改正補充法参事官草案 (StVAG1988)」⁽¹⁸⁾ が作成されるに至った。これは若干の手直しを経て、「一九八九年刑事手続法改正法政府草案」として作成された。そして、その内容の一部が一九九二年七月に制定された「組織犯罪対策法 (OrgKG)」⁽¹⁹⁾ として規定されている。その後、一九九四年に連邦参議院草案が、そして一九九六年に連邦政府草案が提出されたが、州と連邦が内容をめぐって対立し、一九九八年段階では妥協点に到達したものの、政府草案の一六一条二項三項の削除をバイエルン州が譲らなかったので、結局、一三立法期 (一九九四年—一九九八年) 中に同草案は成立しなかった。次の一四立法期 (一九九八年—二〇〇二年) に入り、一九九九年五月に再度、連邦政府草案が提出され、同年三月一九日に連邦参議院が二八項目におよぶ修正提案を行った。その後、両者間の調整が図られたいうえで同年八月一六日に新しい政府草案が提出され、連邦参議院の審議を経て、二〇〇〇年八月二日にこの法律は成立し、同年一月一日に施行されている。⁽²⁰⁾ これが「一九九九年刑事手続法改正法 (StVAG 1999)」⁽²¹⁾ である。以下、この改正法における書類閲覧制度の規定について概観することとしたい。

二 一九九四年連邦参議院草案では、一四七条に関する改正は提案されておらず、その後提出された一九九六年連邦政府草案においてはじめて一四七条の改正提案が登場している。その提案は以下のようなものであった。

- 一四七条を以下のように改正する。⁽²²⁾
- a) 五項を以下のように規定する。

「書類閲覧許可については、起訴前手続の間および確定による手続終了後は検察が、その他の場合にはその事件を扱う裁判所の裁判長が決定する。検察が書類閲覧を拒否したときは、刑訴法一六一条 a 三項一文から四文に従い裁判所による決定を請求することができる。この決定は、その公開により審問目的が阻害される可能性がある場合には、理由は付さないものとする。」

b) 七項として以下を付け加える。

「弁護人を有さない被疑者に対し、書類の情報及び写しは、審問目的が阻害される可能性がない場合であつてかつ第三者の重大な保護に値する利益がそれに対立しない場合に、これを提供することができる。本条五項および四七七条五項を準用する。」

両提案とも、これまで議論が多くなされてきた論点に対応するものであるといつてよい。五項は検察官による閲覧拒否に対する抗告を認めているし、六項は条件付きながらも被疑者に対して書類閲覧を認めている。では、政府草案がこれらの提案にどのような理由付けを行っているか、以下で確認しよう。

まず五項について草案は以下のように述べている。「捜査手続において、弁護人に対して検察が審問目的の阻害の可能性を理由に書類閲覧を拒否した場合、支配的見解および実務一般によれば、弁護人はそれに対して裁判所による審査を受ける可能性を持っていない」と。このような現状によれば、弁護人は、検察官が不正に閲覧拒否権限を利用したとしても、捜査終結までは書類閲覧を待たなければならない。「このように裁判所から独立した、検察の決定権限は、論文等で近年ますます批判されている状況にある。加えて、上級裁判所の判例は、一四七条三項の場合には裁判所構成法二三条による法的救済を認めている」という現状認識を草案は示す。そして、それらの点を背景に、以下の点を明らかにしている。すなわち、「すでに検察官や警察による捜査手続において、影響力をもつ必要がある、効果的な弁護の前提条件としての書類閲覧が、検察による法の適用だけに左右されてよいのかどうかは、疑問である」と。

また一九八六年の被害者保護法⁽¹⁸⁾ (Opferschutzgesetz 1986) によって、犯罪被害者の代理人にも書類閲覧権が認められているが、この場合の検察官による閲覧拒否に対しては裁判所による決定を請求することができる(四〇六条e)。さらに、同草案で提案されている刑法四七五条(私人のための情報提供及び書類閲覧)と四七八

条三項(四七五条による請求が拒否された場合の不服申し立て)でも、不服申し立てが認められている点が挙げられている。⁽¹⁴⁾そして、このような規定上のアンバランスにより、被疑者だけが不利益を甘受している状況は、もはや適切なものではないと草案は指摘する。

以上の理由から草案は捜査手続における書類閲覧拒否決定に対する法的救済制度の必要性を認めている。このように「捜査手続における書類閲覧拒否に対して出訴の途を開くことは、捜査手続における弁護状況を改善するであろう」と。⁽¹⁵⁾そして、これにより「検察官は一四七条二項にいう拒否の根拠を詳細に検討しようとするし、場合によっては捜査の進行への配慮の上で必要である限りで、閲覧拒否の根拠が存在せず(例えば一四七条三項)、そしてもはや拒否する必要がない範囲内で、書類の一部の閲覧を保障しようとするであろう」として、閲覧拒否に対する法的救済制度を設けることによって、検察官に対する実際上の抑制がかかることを予想している。

それでは、このような制度が認められたうえでの書類閲覧拒否決定の審査は、具体的にはどうあるべきなのか。草案の以下のような見解は重要であろう。「弁護人が書類閲覧拒否に対して、裁判所に審査の請求を行うとなれば、検察官は特定の場合には、捜査がさらに阻害されないようにするために、一四七条二項にいう閲覧拒否の根拠を、弁護人に対しては大雑把な形でしか(nur in allgemeiner Form)述べない可能性があるであろう。請求された裁判所は、検察官の決定があとづけ可能かどうか(ob die Entscheidung des Staatsanwalts nachvollziehbar ist)を検討しなければならぬ。この規定は、裁判所による検討の過程が、二項にいう審問目的を阻害する可能性をもつときは、弁護人に公開されないことを明確にしている」⁽¹⁶⁾と。すなわち、検察官による閲覧拒否決定が根拠あるものかどうかを、裁判所は「あとづけ可能性」という基準から審査しなければならない、ということが草案では示されているのである。このような「あとづけ可能性」審査という方法は、当時の諸文献においても既に承

認されていることも考えると、このような草案の態度は注目に値しよう。⁽¹⁸⁾

次に、七項については以下のように述べている。「現行法によれば被疑者自身は、弁護人の仲介なしで自身の手続における書類を閲覧し、あるいはそこから情報の獲得を請求することができない。しかし支配的見解によれば、手続を妨害するおそれがないときには、公訴提起後は全面的な書類閲覧と同等の情報を被疑者に伝える権限を検察官は持つ」。だがこのような見解は、弁護人を選任できないかあるいは選任の意志がない被疑者に、包括的な情報を提供することによって事案解明に貢献せよと命じようとするものであり、実際にはほとんど使われることはない、と草案はいう。それゆえ、実務では刑事手続に関する指針一八五号四項などを根拠として、被疑者自身の書類閲覧に対処していた、とされている。しかし、書類には、情報に関する憲法的な自己決定権をもつ第三者に関する情報も含んでいるので、このような行政上の指針によって対処することでは、もはや十分ではないと草案はいう。⁽¹⁹⁾

それゆえ、被害者への直接の情報の保障（刑事訴訟法四〇六条e五項）および第三者への情報の保障（刑事訴訟法四七五条四項）に適合するように、弁護人がついていない被疑者の権利も保障されなければならない、と草案はいう。しかし他方で、審問目的を阻害するおそれがある場合や重大な保護に値する第三者の利益と対立することにより、この情報は被疑者に与えられないことも明示されている。その第三者の利益としては、第三者のプライバシー、証人の保護、業務上の秘密や企業秘密が挙げられている。⁽²⁰⁾

さらに草案では、一四七条五項二文の規定を準用することが示されている。また、その類似性から、刑訴法四七七条五項も準用され、情報の目的拘束性も肯定されることとなる。その反面、弁護人による書類閲覧に関して、そのような目的拘束性は不要である。なぜなら弁護の任務および司法機関という特別な地位から、そのこと

は明らかである⁽¹²¹⁾、とされている。

七項については、国勢調査事件判決の影響の強さがうかがえる。それゆえ、書類閲覧制度に関する問題点の認識から出発しているものの、第三者等の情報については、「情報に関する自己決定権」が援用されているため、その扱いにかなり慎重であることがうかがえる。その結果として、被疑者自身の書類閲覧に関する利益とこのような第三者等の情報に関する基本権との利益衡量が避けられず、このように弁護人の書類閲覧に比べ、非常に限定的な規定となったことが考えられる。

三 上述のとおり、この草案は結局一三立法期中には成立しなかったが、七項はその後も修正を受けることなく、最終的にはこの形で確定することとなった。しかし五項に関しては、一三立法期中に連邦政府とバイエルンを表とする諸州が対立する中で大きな修正を受け、不服申立が認められる範囲がかなり制限されることとなった。連邦政府はデータ保護に重点をおいていたのに対し、バイエルン側は効果的な刑事訴追に重点をおいていたので、この両者の妥協の中でこのような規定になったのである⁽¹²²⁾。連邦参議院が後述の連邦議会法務委員会の提案には激しく反対していたことからも⁽¹²³⁾、バイエルン側が一四七条の改正、特に検察官の閲覧拒否に対する法的救済制度を認めることに対して、相当に消極的であったことがうかがえる。このような連邦と諸州の妥協の中で修正された規定は以下の通りである。

五項 書類閲覧許可については、起訴前手続の間および確定による手続終了後は検察が、その他の場合にはその事件を扱う裁判所の裁判長が決定する。捜査を終結を書類に記入した後に検察が書類閲覧を拒否したとき、あるいは本条三項にいう書類の閲覧を検察官が拒否したときは、刑法一六一条a三項二文から四文に従い裁判所による決定を請求することができる。この決定は、その公開により審問目的が阻害される可能性がある場合には、理由は付さないものとする⁽¹²⁴⁾。

このように一九九六年政府草案はかなり妥協的・制限的な規定へと修正されたといえる。具体的には、従来から不服申立が判例・実務上認められていた部分、言い換えれば制限されない書類閲覧権が認められていた書類の閲覧拒否に対する不服申立を認めることが、明文化されたにすぎない規定となってしまったのである⁽¹⁸⁾。このような妥協的・消極的姿勢は同草案理由書にも明確に現れている。理由書は一九九六年政府草案の一部を修正したものであった。その修正された部分の内容は以下の通りである。「弁護人に対して、少なくとも検察官が正式に捜査を終結した場合(一六九条a)および一四七条二項以外の制限されない書類について、少なくとも書類閲覧拒否に対する裁判官への不服申立をみとめることは、適切であると思われる。被疑者及びその弁護人に対して、捜査手続における書類閲覧拒否に対する出訴の途を認め、それにより捜査手続における弁護状況を改善するべきか否か、そしてどれだけそれを認めるかは、上訴制度改革との総合的な関係の中で検討されなければならない⁽¹⁹⁾。」

このように、検察官による閲覧拒否に対する全面的な法的救済制度を設けることは今後の改革課題とされ、緊急に改正可能な部分の修正に限定されることとなったのである。

四 しかし、このような妥協的・制限的な提案がそのまま立法されたわけではない。その後、連邦議会法務委員会の審議の中で⁽²⁰⁾、捜査の終結後、三項に挙げられる書類以外に、もう一つ不服申立が認められる条件が付け加えられることになったのである。それは、「被疑者が拘禁されている場合⁽²¹⁾」であった。この点につき理由書では以下のように述べられている。「勾留命令あるいは強制収容命令により施設に拘禁されている者は、弁護人に書類閲覧を保障するという法律上認められるべき特別な利益を有している。このような場合における検察官による書類閲覧拒否は、裁判所による検討を受けることができるということが、考慮されなければならない。関連する場合には、検察側から書類の写しが勾留審査や抗告を考慮して原則的に提出されていることを考慮すれば、特筆すべき

手続遅延のおそれも考えられない」と。この委員会の提案は、一九九四年連邦憲法裁判所決定をさらに一歩進めたものだといえる。というのも、一九九四年決定では、検察官の決定に対する不服申立は、未決勾留に關しても否定されていたからである。この点が明文化されたことは評価されるべきであろう。⁽¹²⁹⁾ 結局、一四七条五項に關してはこの委員会の提案が併せて採用されることとなり、これにより一九九九年改正における一四七条の改正は確定することとなったのである。⁽¹³⁰⁾

五 一九九九年改正は、検察官の閲覧拒否に対する法的救済制度に關しては、一九九四年連邦憲法裁判所決定の影響を受けつつもかなり妥協的・限定的な改正にとどまっていること、被疑者の書類閲覧権についても「第三者の保護に値する利益」という制限が付されていることから予想できるように、この改正に対する評価は芳しいものではなかった。以下では、そのような一九九九年改正に対する評価を確認しよう。

数少ない肯定派として、Gatzweilerが挙げられる。彼は、同改正が実務上どのように扱われるかは待たなければならぬが、「いずれにせよ、近年の被疑者・被告人の権利を制限する立法傾向を考慮すると、喜ばしい例外」だと評価している。⁽¹³¹⁾

これに対して、Schlothauerは、「一九九九年改正により改正一四七条五項は、確かに正しい方向に一歩踏み出すことになった」と評価しつつも、やはり検察官による閲覧拒否に対しては原則的に法的救済制度が認められることが、迅速かつ効果的な弁護には必要であると主張している。さらに「被疑者による不服申立が、捜査の最終後の場合や一四七条二項違反の場合、そして被疑者が拘禁されている場合、の三点に限定されていることに関しては、そのような限定が被害者にはない(四〇六条e四項)点を鑑みれば、『武器対等原則』の観点からならざる改正が必要であると主張する。⁽¹³²⁾

また、Dady は五項が既に裁判所への不服申立が判例により認められていた部分を明文化したものにすぎず、「期待をかなり下回っている」との批判を行い、さらに七項については『第三者の重要な保護に値する利益』という衡量を伴う裁量的規定の導入により、被疑者の書類閲覧権は安定することなく相対化されてしまう」と批判し、結局この改正は単なる「口先だけの告白」であり、改正前に比べほとんど改善されていない点で、「前進か現状維持か」という問いには「現状維持」としか答えられない、との手厳しい批判を行っている⁽¹⁸⁾。

このように、一九九九年改正は、その妥協的・限定的な態度が強く批判されており、確かにそのような批判はこれまでの議論状況を鑑みても適切なものであるといえよう。しかし、そうであるとしても、これまで蓄積された論点について、立法者が一定程度の態度を示した点、そして一九九四年の連邦憲法裁判所決定の趣旨を、ある部分ではさらに改善して立法化した点は、確実に評価できる部分であるといえよう。

第四節 判例の新動向と新たな改革要求

一 以上のように、一九九九年改正の制定過程およびそれに対する評価を概観してきた。同改正が実務においてどのような結果をもたらしたのかは、実務の積み重ねを待つしかないが、ドイツにおける書類閲覧権をめぐる動向は、立法作業以外にも、活発であった。まず判例の新たな動向があったことが挙げられる。先に検討した一九九九年改正の前後で、ヨーロッパ人権裁判所を中心に、書類閲覧権に関する判例が多く出されることとなった。以下では、その具体的内容を確認することにしよう。

二 まず第一に挙げられるのが、一九九七年三月一八日にヨーロッパ人権裁判所で下された Foucher 判決⁽¹⁹⁾である。

同判決は、フランス法が規定していた被告人の記録謄写権の制限が、ヨーロッパ人権条約六条一項及び三項に違反する、としたものであるが、事件の概要は以下のようなものであった。

被告人 Foucher 父子は、森林警備官に対する侮辱罪の嫌疑で違警罪裁判所に起訴されたが、弁護人に依頼することなく審理を受けることとし、警察記録の閲覧・謄写を申し出たところ、書記官に記録の謄写を拒否された。これに対し、違警罪裁判所は一九九一年に、この記録謄写拒否がヨーロッパ人権条約六条で保障された防禦権侵害に当たるとし、控訴を棄却した。この判決に対する訴追側の控訴の結果、控訴院は一九九二年に原判決を破棄し、警察記録を証拠として被告人両名に罰金刑を言い渡した。同判決は、弁護人にも記録謄写を認めている刑事訴訟法によっても、本件被告人は規則閲覧を許可されており、防禦権侵害に当たらないとした。同決定は破棄院でも支持され、国内法による救済手段が尽きたので、被告人両名はヨーロッパ人権条約に提訴、その後人権委員会とフランス政府によって人権裁判所に付託された⁽⁸⁸⁾。

ヨーロッパ人権裁判所は、本件における記録謄写拒否によって、客観的に見て被告人は適切な弁護を行えるような状況におかれていないとし、ヨーロッパ人権条約六条三項から導出される武器対等原則に違反すると判示した。さらに、被告人の書類閲覧権は、ヨーロッパ人権条約六条一項の公正な手続の要求、三項bの嫌疑の性質および根拠を詳細に知る権利、同じく防禦の準備のための十分な時間と便益の付与、三項cの自身による弁護または弁護人による弁護の保障から導かれるとし、さらに本件が自己弁護の事例で、記録謄写拒否によって、被告人が有罪認定に直接利用された証拠について十分な検討を行う機会を奪われており、それゆえ公正な裁判を受ける権利が侵害されている、と判示したのである。

三 この Foucher 判決の内容は被疑者・被告人自身に書類閲覧権を認めたものとして、注目に値するものである

といえよう。しかし、このヨーロッパ人権裁判所の判決は、上述の一九九九年改正の過程で取り上げられた形跡はない。それはなぜか。その原因の一つとして考えられるのが、マインツ地方裁判所の一九九八年決定⁽¹³⁷⁾である。以下では、その内容を概観することとする。

同決定は、一九九八年六月二六日のアルツアイ区裁判所による、自己弁護を行う被告人への書類閲覧保障の拒否に対する抗告に関するものである。一九九八年一〇月二二日マインツ地方裁判所は、当時の刑法によれば、被疑者の書類閲覧権は認められておらず、それゆえ立法者が被疑者の書類閲覧権を規定するまでは、刑法一四七条における「弁護人の書類閲覧権」という原則が維持されなければならない、として抗告を棄却した。さらに、抗告人によるヨーロッパ人権条約及び判例違反という主張に対しては、ヨーロッパ人権裁判所は、ドイツ国内の裁判所の上位に立つものではなく、その判決は国内の裁判所への拘束力を持つものではないと判示している。ヨーロッパ人権裁判所の判例が拘束力を持つのは、その手続に具体的に参加している者に対してのみなのである、と⁽¹³⁸⁾。

このようにマインツ地裁によって、ヨーロッパ人権裁判所判決の影響力、少なくとも Foucher 判決の影響は、多少なりとも限定されることになったといつてよい。このような裁判所の態度が、一九九九年改正の被疑者の書類閲覧に対する消極的な態度の一因となったことは十分に考えられる。ただし、概説書等では、すでにこの Foucher 判決により、被疑者・被告人の書類閲覧権、その根拠としてのヨーロッパ人権条約六条一項及び三項が示されており、すでに学説レベルでは Foucher 判決は受け入れられているといえよう⁽¹³⁹⁾。

四 このような被疑者・被告人の書類閲覧権に関する判例の動向と平行して、勾留手続における書類閲覧に関する判例の動向にも新しい展開が見られることも指摘しておく必要があるであろう。

その動向として指摘できるのが、ヨーロッパ人権裁判所による二〇〇一年二月一三日の *Lietzow*、*Schöp*、*Garcia Alva* 三決定である。⁽¹⁰⁾ これらの決定は、共にドイツの勾留審査手続における書類閲覧に関するものであった。この三判決においてヨーロッパ人権裁判所は以下のよう述べている。

① 勾留命令に含まれている情報および勾留係裁判官によって、付加的に口頭で伝えられた情報は、勾留係裁判官による、検察官によつて提出された捜査書類に示されている事実からの推論の概要にすぎない、ということである。そして、そのような結論と概要を基礎として、身柄を拘束されている被疑者およびその弁護人は、その結論の基礎となっている証拠資料にふれることができない状況で、そのような結論の正当性を検討する状態にはないといえる。身体拘束の正当性の検討は、被疑者が警察やその他の捜査結果および供述、そして証拠物を知る十分な可能性をもつということを、前提条件とする。⁽¹¹⁾

② 一九八八年のヨーロッパ人権裁判所 *Jarmy* 判決が示すように、未決拘禁あるいは身柄を拘束されている者は、自由剥奪の適法性に関して、重要な諸事情を再検討する権利を持つ。裁判所は、未決拘禁の適法性に関する審査を行う際に、司法による手続を保障しなければならない。そして、この手続は対審的にすすめられなければならないし、検察官と勾留下にある者との間における武器対等の原則が保障されなければならない。依頼人の勾留の適法性を非難することが可能となるために重要な捜査書類中の文書へのアクセスが、弁護人に対して拒否された場合は、武器対等は保障されていない。⁽¹²⁾

③ 他方で、ヨーロッパ人権裁判所は、警察による捜査は、効率的に進められる必要があるということを確認に承認されるべきである、とする。このことは、被疑者が証拠方法に影響を及ぼし、そして捜査の執行を妨げるのを防ぐために、続行中の捜査中に収集された情報のある部分を秘密にする、ということをも内包するもので

ある、とされる。しかし、このような正当な目的は、弁護権が実質的に削減されることを導くものではない⁽¹⁴³⁾。

以上のような理由から、ある者の勾留の正当性に関する問題に関する情報は、被疑者の弁護人に対して、適切な方法で利用可能とされなければならないことが判示されたのである。

この三判決の意義は、一九九四年の連邦憲法裁判所判決の意義をさらに前進させた点にあった、いえよう。と
いうのも、一九九四年判決では、「手続の対象でありかつ勾留質問にとって重要な負罪方向の資料を、口頭で述べることによって、多くの場合は足りる」とされているのに対し、ヨーロッパ人権裁判所は、そのような口頭による情報は、勾留係裁判官による推論の単なる概要にすぎない、と断じているからである。それゆえ、連邦憲法裁判所が示す要件は不十分なものであって、裁判官による推論の根拠となった証拠や資料等が閲覧に供されなければならぬ、と三判決は示しているのである。それゆえ、この判決によって、勾留命令のために検察から提出された証拠資料の閲覧が拒否されるということは考えられない、という状況となったのである。これにより、検察は被疑者に知られたくない証拠資料は勾留請求の根拠として提出しない、という選択肢のみが残されることとなった。しかし、検察がこのような裁判所の手続において、全ての証拠を提出する義務はないことには注意を要する⁽¹⁴⁴⁾。

五 このような新たな判例の動向⁽¹⁴⁵⁾を踏まえつつ、一九九九年改正を批判しながら、改正提案を提示しているものとして注目されるのが、二〇〇一年に公刊された対案グループ⁽¹⁴⁶⁾の『捜査手続の改革対案 (Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens)』⁽¹⁴⁷⁾である。

この対案は、最初に一九九九年改正を「極めて強く刑事訴追の利益を志向している⁽¹⁴⁸⁾」としたうえで、改正された五項と七項をそれぞれ批判している。まず「五項で挙げられている場合に不服申立を限定することは了見が狭

いように思われる。もし裁判所による再検討を採用し、それを法治国家的諸根拠から不可避のものであるとするなら、書類閲覧権の意義を鑑みれば、閲覧拒否は捜査手続開始の時期から再検討可能とするべきであろう⁽¹⁴⁹⁾として、法治国家上の要求から、検察官が閲覧拒否した場合は、捜査判事に審査を要請できるとしている。

さらに七項については「弁護人の職業的役割によって制限するフィルター機能という考えは、今日少なくとも時代遅れである。というのも、被疑者は書類内容に関する包括的な情報を、実務上その弁護人から受け取っているからである⁽¹⁵⁰⁾」と述べ、さらに弁護人がついていない被疑者の地位がますます弱くなっている状況を指摘しつつ、Schlothauer 同様、被害者の書類閲覧権とのアンバランスが存在する点で「武器対等原則とは一致しない⁽¹⁵¹⁾」と批判している。対案が示すように、従来から争いのあった、いわゆる弁護人の情報伝達義務に関する議論は、すでに「弁護人は、依頼人に対して、口頭やコピーの引き渡しによって、書類内容を包括的に知らせてよい⁽¹⁵²⁾」という見解ではほぼ一致を見ていたようである。ただ、Werner Beulkeによれば、「不意打ちの効果を持つ必要がある、緊急の強制処分だけは、連絡してはならない⁽¹⁵³⁾」との例外が存在する。このように、緊急の強制処分を妨害する場合以外は、自由に伝達を行うことが可能であるという点で、学説は一致していたといえよう。また、上述のように、ヨーロッパ人権裁判所は、Foucher 判決によって、弁護人のついていない被疑者の書類閲覧請求権をヨーロッパ人権条約六条三項から引き出していることからも、一九九九年改正は不十分であることが指摘されている。

さらに、若手研究者による書類閲覧権に関する研究が多数公刊されている点も、近年の動向の特徴である。これらの研究は、法的聴聞請求権（基本法一〇三条一項）、法治国家原則やヨーロッパ人権条約から導かれる武器対等／機会均等原則（基本法三条一項の平等原則および二〇条三項の法治国家原則）、公正な手続を受ける権利（ヨー

ロッパ人権条約六条) および無罪推定原則(ヨーロッパ人権条約六条二項)、また弁護の準備のために十分な時間と便益を持つ権利(自由権規約一四条三項b)などを根拠として、以下のような「法治国家的刑事手続」に合致した立法要求を示している点で共通している。第一に被疑者・被告人の書類に関する情報権を原則的に承認することである。ここでは被疑者・被告人の書類閲覧権はもちろん、その弁護人から書類に関する情報を包括的に入手する権利が強調される。第二に、捜査段階における書類閲覧拒否決定の具体性を要求することである。そのため、阻害のおそれが具体的事実によって示されることが必要であるとされる。そして第三に、検察官による書類閲覧拒否決定に対する法的救済制度を完備することである。⁽⁸⁸⁾

また、勾留審査手続だけではなく、刑事訴訟法上における強制処分⁽⁸⁹⁾の適法性を審査する際にも、基本法一九条四項の権利保護保障を根拠に、未決拘禁の場合と同様の書類閲覧を保障することを要求する見解が示され始めている点も注目に値しよう。⁽⁹⁰⁾

このように、一九九九年改正と平行しながら、また改正後においても、対案グループの改革要求、さらに若手研究者を中心とする改革案が示されている、という学界側の動向を確認できた。このような動向は、基本法やヨーロッパ人権条約を背景に「法治国家的な刑事手続」にふさわしい書類閲覧制度を突き詰めようとする点で一致しているといえる。さらに、一九九九年改正後も、いまだ書類閲覧権に対する学界の関心が高いということも、このことから明らかであろう。

第五節 小括

以上のように、一九八〇年以降の書類閲覧制度をめぐる動向は、誤判研究によって捜査段階における被疑者および弁護人の権利拡大の必要性が示されたことや、ヨーロッパ人権裁判所及び連邦憲法裁判所による決定、また研究者による書類閲覧権に関する研究などを背景にして、一九六四年改正における書類閲覧制度改革以後の課題、具体的には捜査段階における書類閲覧拒否権限を厳格にすること、検察官による書類閲覧拒否決定に対する法的救済制度を設けること、そして勾留審査における書類閲覧の保障を強化すること、さらに被疑者・被告人の書類閲覧権を保障すること、という方向で展開したといえる。さらにいえば、このような改革動向は、被疑者が主体的に活動する必要があると考えられた、捜査手続や勾留審査手続における書類閲覧権を実効的に保障しようとする方向性、そして弁護人の固有権であると考えられてきた書類閲覧権を、被疑者・被告人の権利として把握しようとする方向性を持っていたことが指摘できよう。

このような一九八〇年代以降の改革要求は、一九九九年改正で一部実現することとなった。同改正は、その妥協的・消極的な態度が厳しく批判されてはいるが、これまでの議論の蓄積に立法者が一定の態度を示している点、またそのなかでも改革に対する積極的な態度が若干ながら示された点で評価することも可能であろう。

そして、同改正以降においても、判例の動向及び学界を中心とする改革要求は、同改正前とほぼ同じ方向性を維持しており、引き続きその後の動向が注目される。

(一) 戦後から一九七〇年代にかけての、ドイツにおける刑事訴訟法学の動向については、松尾浩也「起訴法定主義の動向」『団

藤重光博士古稀祝賀論文集4巻』(有斐閣、一九八五)一九七頁以下、とくに一九八頁以下参照。

- (2) この作業班のメンバーを「」で挙げておく。Günter Bemann, Gerald Grünwald, Winfried Hassemer, Detlef Krauß, Klaus Lüderssen, Wolfgang Nauke, Hans-Joachim Rudolph, Jürgen Welp による。この八名の研究者による「西澤浩一編『西ドイツ刑法学(学者編)』(成文堂、一九七八)二二頁、一三八頁、一五六頁、二九二頁、三五四頁、四三〇頁、五〇二頁六七八頁を参照。
- (3) Arbeitskreis Strafprozessreform 'Die Verteidigung — Gesetzentwurf mit Begründung, Heidelberg/Kahlsruhe 1979. また、この草案の翻訳としては、福井厚「(西独) 刑訴改正対案グループ『刑事) 弁護 — 法律草案及び理由書』」法学志林七七巻四号(一九八〇)一七一頁、西ドイツ刑事弁護制度研究会「西ドイツにおける刑事弁護制度改革の動向について(一) — (七・完)」警察研究六〇巻一号、二号、三号、四号、五号、六号、七号(一九八九)。
- (4) Arbeitskreis Strafprozessreform 1979 (Anm. 3), S. 16.
- (5) Arbeitskreis Strafprozessreform 1979 (Anm. 3), S. 16.
- (6) Arbeitskreis Strafprozessreform 1979 (Anm. 3), S. 87ff.
- (7) Karl Peters, Fehlerquellen im Strafprozess: eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, Karlsruhe 1972, S. 195.
- (8) Arbeitskreis Strafprozessreform 1979 (Anm. 3), S. 97.
- (9) Arbeitskreis Strafprozessreform 1979 (Anm. 3), S. 98.
- (10) この問題を裁判所と弁護人の立場から論じたものとして、Adolf Lobe/Max Alsberg, Ist ein Verteidiger berechtigt, nach Eröffnung des Hauptverfahrens dem Angeklagten einen Aktenauszug oder auch eine vollständig Aktenabschrift mitzuteilen und während der Hauptverhandlung zu seiner Verteidigung zu belassen?, JW 1926, S. 2725ff.
- (11) Hans Lüttger, Das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht, NJW 1951, S. 744. Lüttger によれば、一九五一年の段階で実務家の間では書類内容を被疑者に伝えてよいか、書類の写しを渡してよいか、という議論がなされていた。また、一九六四年改正後にいっしょに同様であった。vgl. Hans Dahs, Das Strafprozessänderungsgesetz in der Praxis, AnwBl. 1966, S. 34, 37.

- (21) Lüttger 1951 (Anm. 11), S. 745.
- (22) Jürgen Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts, in Klaus Wasserburg/Wilhelm Haddenhorst (Hrsg.), Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80.Geburstages, Heidelberg 1984, S. 309, 315ff.
- (23) 写しを被疑者・被告人に与えよ」とする主張も古くからあった。一九六四年改正後も同様このことが主張されてくる。Werner Schulz, Die geschichtliche Entwicklung des Akteneinsichtsrechts im Strafprozess, Diss. Marburg S. 132ff. Lüttger の見解を支持するものとして BGHSt 29, 99, 103ff.; BGH, GA 1968, S. 307=MDR 1968, S. 728; Klusmann, NJW 1973, S. 1965; Kuckuck, NJW 1980, S. 298; Bode, MDR 1981, S. 287, 288.; Heinz Müller-Dietz, JR 1981, S. 76, 78.; Günter Ernesti, JR 1982, S. 226; Ellen Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1983, S. 121.
- (15) Arbeitskreis Strafprozessreform 1979 (Anm. 3), S. 99.
- (16) Arbeitskreis Strafprozessreform 1979 (Anm. 3), S. 99.
- (17) 同様の提案を行つたものとして Hans Dahs, Zur Verteidigung im Ermittlungsverfahren, NJW 1985, S. 1113, 1115f.; Wilhelm Krekeler, Probleme der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen, wistra 1983, S. 43, 47f.; Rolf Jörke, Akteneinsicht als Voraussetzung effektiver Verteidigungs, Diss. Tübingen 1987, S. 140.; Sven Thomas, Erweiterte Teilhaberechte des Verteidigung im reformierten Ermittlungsverfahren, AnwBl. 1986, 56, 59.
- (18) Winter のよれば、捜査側の不手際や単なる怠惰による理由なきにすぎないことを主張するものがある。これに vgl. Cristoph Winter, Die Reform der Informationsrechte des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren, Diss. Mainz 1991, S. 47.
- (19) Arbeitskreis Strafprozessreform 1979 (Anm. 3), S. 99.
- (20) 例として Hans Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 2. Aufl., Köln/Marienburg 1969, Rdnr. 180.
- (21) Hans Dahs 1969 (Anm. 20), Rn. 180.
- (22) 特に裁判所構成法施行法二三条一項一文、同三項及び三〇条が問題となっている。以下にそれを示しておこう。
 二三条一項一文「民法(商法を含む)、民事訴訟法、非訟裁判管轄権及び刑事司法の領域における個別の問題を規制するために司法機関によってなされた命令、処分またはその他の措置(いわゆる司法行政行為)の適法性については、裁判所に対して不服申立ができる。」

「三三三三項」既に他の規定に基づき通常の裁判所に不服申立ができるときは、不服申立はそれに限られる。」さらに三〇条は、司法行政に対する裁判所による法的救済を認めている。

(23) 例えば、OLG Koblenz, GA 1975, S. 340; OLG Hamm, NJW 1966, S. 1241; OLG Karlsruhe, NJW 1976, S. 1418.

また、このような書類閲覧権拒否に対する法的救済の可否に関する判例を紹介・検討するものとして、関西大学大学院外国刑事判例研究会(田淵浩二)「記録閲覧の検察官による拒否に対する権利保護」法学ジャーナル五七号(一九九〇)一二六頁。

(24) Arbeitskreis Strafprozessreform 1979 (Ann. 3), S. 100.

(25) 好意的な評価としては、Baumannの「弁護人の改革に関する議論に参加しようとする全てのの人々にとって一読に値する本であり、この草案は討論の中で重要な役割を演じるであろう」という評価、またドイツ裁判官新聞における「今日では、『制限的』立法の法規と『法治国家的自由主義的』原則の再考とを求める声が次第に高まっている」という評価が挙げられる。Baumann, JZ 1979, S. 656; DRiZ 1979, S. 39.

これに対して、批判的な評価としては、Eyrichの「刑事弁護の利益に一面的に固執しており、アナーキスティックなテロリズムから生じる危険を世間知らずにもほとんど評価していないがゆえに、大部分受け入れられない」という批判がある。Eyrich, Der Strafverteidiger als Organ der Rechtspflege, Südwesprese vom 26. 7. 1979.

(26) Der Bundesminister der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung strafverfahrensrechtlicher Vorschriften (Strafverfahrensänderungsgesetz 1983 — StVÄG 1983 —) Stand: 30. September 1982. また、この参事官草案を詳細に紹介するものとして、西ドイツ刑事訴訟法研究会「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介(一)」(七・完)「警察研究五五巻(一九八四)六号八四頁、七号七六頁、八号九四頁、九号九二頁、一一号七七頁、一二号七〇頁、五六巻(一九八五)一号八九頁。

(27) この参事官草案は入手することができなかった。そこで、西ドイツ刑事訴訟法研究会・前掲註(26)「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介(一)」(七・完)「ヤ」Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins und der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e. V., Vereinigung Niedersächsischer Strafverteidiger e. V., Hamburger Arbeitsgemeinschaft für Strafverteidiger e. V., Initiative Bayerischer Strafverteidiger e. V., Vereinigung Hessischer Strafverteidiger e. V., deutscher Strafverteidiger e. V. (Arbeitsgemeinschaft im DAV), Strafrechtausschuß des Kölner Anwaltvereins e. V., StV 1983, S. 214. (以下「StV」)Stellungnahme zum StVÄG(1983)を参照した。

- (28) 西ドイツ刑事訴訟法研究会 (光藤景皎)・前掲註 (26) 「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介 (一)」八四頁、Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), 214f.
- (29) 西ドイツ刑事訴訟法研究会 (光藤景皎)・前掲註 (26) 「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介 (一)」八八頁以下、Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), S. 215.
- (30) 西ドイツ刑事訴訟法研究会 (川崎英明)・前掲註 (26) 「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介 (四)」九二頁以下。
- (31) 西ドイツ刑事訴訟法研究会 (川崎英明)・前掲註 (26) 「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介 (四)」九二頁以下、Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), S. 219.
- (32) 西ドイツ刑事訴訟法研究会 (川崎英明)・前掲註 (26) 「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介 (四)」九三頁。
- (33) 西ドイツ刑事訴訟法研究会 (川崎英明)・前掲註 (26) 「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介 (四)」九三頁。
- (34) 西ドイツ刑事訴訟法研究会 (川崎英明)・前掲註 (26) 「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介 (四)」九三頁、Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), S. 219.
- (35) 例えは、Schulz 1971 (Anm. 14), S. 132ff.
- (36) 例えは、Hanns Dünnebiel, in Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz 21. Aufl., Berlin 1967, § 147, Rdnr. 4.; Schwarz/Kleinkecht, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 26Aufl. München/Berlin 1966, § 147, Rdnr. 4.
- (37) 西ドイツ刑事訴訟法研究会 (川崎英明)・前掲註 (26) 「西ドイツ刑事訴訟法改正のための参事官草案の紹介 (四)」九三頁以下。
- (38) Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), S. 219.
- (39) Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), S. 219.
- (40) この刑事弁護人大会の模様については、浅田和茂、田中輝和「西ドイツ刑事司法の現況——第七回 (1983年) 刑事弁護人大会にみる——」法律時報五五卷八号 (一九八三) 一一二頁、特に一一六頁を参照。この刑事弁護人大会では、この参事官草案が議題として、大きく扱われていたようである。
- (41) Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), S. 219.

- (42) Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), S. 219.
- (43) Peter Georg Krattinger, Die Strafverteidigung im Vorverfahren im deutschen, französischen und englischen Strafprozess und ihre Reform, Bonn 1964, S. 290f. Krattingerによらば、当時の連邦弁護士会の刑法委員会が、第一にあまりに早すぎる書類閲覧は、弁護人として被疑者に知らせる義務と、なお差し迫っている捜査について沈黙する義務との間に相違がある点を、第二に無制限の書類閲覧は、捜査機関をかえって他の便法によらざるに迫らざることを、とらへて配慮しているように。
- (44) 幾田＝田中・前掲註(40)「西ドイツ刑事司法の現況」一一六頁。
- (45) Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), S. 219.
- (46) Stellungnahme zum StVÄG1983 1983 (Anm. 27), S. 219.
- (47) 一九七〇年代後半から一九八〇年代に発表された書類閲覧権に関する文献としては、例えば、Werner Beulke, Das Einsichtsrecht des Strafverteidigers in die polizeilichen Spurenakten, in Festschrift für Hanns Dünnebler zum 75. Geburtstag, Berlin/New York 1982, S. 285; Karl-Werner Bode, Ist der Verteidiger berechtigt, nach Eröffnung des Hauptverfahrens, dem Angeklagten einen Aktenauszug zu überlassen?, MDR 1982, S. 287; Mirjan Damaska, Die Stellung des Verteidigers im amerikanischen Strafprozess, ZStrW 1978, S. 829; Bernd-Martin Groh, Zum Recht des Strafverteidigers auf Einsichtnahme in staatsanwaltliche Ermittlungsakten, DRiZ 1985, S. 53; Rolf Jörke, Akteneinsicht als Voraussetzung effektiver Verteidigung, Diss. Tübingen 1987; Lutz Meyer-Großner, Die Behandlung kriminalpolizeilicher Spurenakten, NSStZ 1982, S. 353; Cornelius Pawlita, Die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts im gerichtlichen und behördlichen Verfahren durch Überlassung der Akten in die Rechtsanwaltskanzlei, AnwBl. 1986, 2; Klaus Wasserburg, Das Einsichtsrecht des Anwalts in die kriminalpolizeilichen Spurenakten, NJW 1980, S. 2440; Jürgen Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts, 1984 (Anm. 13), S. 309; ders. Rechtsschutz gegen verweigerte Akteneinsicht, StV 1986, S. 446.
- (48) Jürgen Welp 1983 (Anm. 13), S. 309ff. 以下、Welp の他の論文として、Jürgen Welp, Rechtsschutz gegen verweigerte Akteneinsicht, StV 1986, S. 446. 以下、Welp の論文を所収として、Welp の論文集として、Jürgen Welp, Verteidigung und Überwachung, Baden＝Baden 2001.

- (49) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts (Anm. 13), S. 309.
- (50) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts 1983 (Anm. 13) S. 309.; Hanns Dünnebler, in Löwe/Rosenderg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 23Aufl., Berlin/New York 1978, §147 Rdnr. 20. 同様。また、Karl Peters は「書類閲覧権を「弁護の重要な前提条件である」と定義づけ、Groh は「弁護の重大な権利」と定義づけている。Karl Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. Heidelberg 1985, S. 231; Bernd Martin Groh, Zum Recht des Strafverteidigers auf Einsichtnahme in staatsanwaltliche Ermittlungsakten, DRiZ 1985, S. 54.
- (51) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts (Anm. 13), S. 309f.
- (52) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts (Anm. 13), S. 309.
- (53) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts (Anm. 13), S. 312f. 当時の「弁護人関与率などに関する統計資料として、Peter Rieg, Zur Häufigkeit der Mitwirkung von Verteidigung, StV 1985, 211. その邦訳が、西ドイツ刑事弁護制度研究会 (福井厚)「西ドイツにおける刑事弁護制度改革の動向について (一)」警察研究六〇巻一号 (一九八九) 七四頁以下にある。これによれば、一九七一年から一九八二年の区裁判所による手続上の「弁護人関与率」は、おおむね五五% 辺りから六一% ほどである。また参審裁判所の場合もほぼ同様である。地方裁判所の大刑事部及び小刑事部の場合だと、七五% から八三% ほどである。
- (54) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts (Anm. 13), S. 313f.
- (55) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts (Anm. 13), S. 314f.
- (56) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts (Anm. 13), S. 314.
- (57) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts (Anm. 13), S. 314f.
- (58) Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts (Anm. 13), S. 315. それゆえ、Welp は「このようなコピー技術の発展を全く考慮していない立法者を批判している。
- (59) そして、弁護士＝司法機関の見解によって、弁護人は書類閲覧によって得た情報を、「検察官より慎重に守らなくてはならない」ことになる点を厳しく批判する。そして、このような見解は、弁護人と依頼人の間における情報の流れを意図的に操作しようとするものであるとし、「一九八二年参事官草案もこの立場にたつと批判している。さらに、Beulke も「弁護人は弁護の効果だけでなく、刑事司法の効果にも留意すべきである」と述べているが、これに対しても批判を加えている。vgl.

Werner Beulke, *Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktion und Rechtsstellung*, Frankfurt 1980. S. 92ff. Welp や Beulke の見解も含めた、ドイツの弁護人論を詳細に分析しているものとして、吉村弘「刑事「弁護」の本質と機能——ドイツ理論状況の「断章」『刑事実体法と裁判手続（法学博士井上正治先生追悼論集）』（九州大学出版会、二〇〇三）二四五頁以下、さらに辻本典央「ドイツにおける刑事弁護人の法的地位論について（一）（二・完）」法学論叢一五四巻一号（二〇〇三）五一頁、同二号一八頁。

- (9) Welp, *Probleme des Akteneinsichtsrechts* (Anm. 13), S. 321. たゞ、第一読会における Grimm と Miquel との Bähr の発言にも。
- (10) Vgl. Karl Peters, *Fehlerquellen im Strafprozess*, Bd. 1. Karlsruhe 1970, S. 195.
- (11) Welp, *Probleme des Akteneinsichtsrechts* (Anm. 13), S. 327.
- (12) Welp, *Probleme des Akteneinsichtsrechts* (Anm. 13), S. 327.
- (13) Welp, *Probleme des Akteneinsichtsrechts* (Anm. 13), S. 327.
- (14) Welp, *Probleme des Akteneinsichtsrechts* (Anm. 13), S. 327.
- (15) Welp, *Probleme des Akteneinsichtsrechts* (Anm. 13), S. 327. Welp が、その「手続打ち切」が、検察官の霊的な神の御心に委ねられたものであるとの点もあるが、被疑者に手続を打ち切りへの権利主体性を認める権利として、聽取を拒むべき機会が与えられなければならない」とも。
- (16) Welp, *Probleme des Akteneinsichtsrechts* (Anm. 13), S. 326.
- (17) Vgl. BGHSt32, 345, 350; BGHSt37, 10, 13; BVerfG NJW 2001, S. 2245. 「公田の手続」に関する同時代の研究として Horst Heubel, *Der "fair trial" — ein Grundsatz des Strafverfahrens?*, Berlin 1981.
- (18) 同、Karl Schäfer, in Löwe/Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 23. Aufl., Berlin/New York 1976, Einleitung Kap 13 Rdnr. 89; Ehel Leonore, *Behrendt, Rechts und Gehör — Grundrecht und Grundwert*, München 1978, S. 14.
- (19) 同、Karl Peter Julius, in Heidelberg Kommentar 3. Aufl., Heidelberg 2001, § 147 Rdnr. 1.; Klaus Lüderssen, Löwe/Rosenberg *Großkommentar*, 25. Aufl., Berlin/New York 2002, § 147 Rdnr. 1ff.
- (20) Peters 1985 (Anm. 50), S. 231.
- (21) その原則について、例として Hanns Dünnebier, *StV* 1981, S. 504, 505. その中で、その点に関する議論を概観するものとして

- 1) Alexander Meyer, Das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten, Diss. Hamburg 2003, S. 80ff.
- (72) Vgl. Meyer 2003 (Anm. 71), S. 80ff.
- (73) 1) の政府草案は、議会における議論を経て、一九八七年刑事手続改正法 (StVÄG1987) として公布された (Strafverfahrensänderungsgesetz1987 vom 27. 1. 1987 BGBl. I, S. 475.)。その目的は、刑事司法の負担軽減であった。1) の改正は、Peter Rieß und Hans Hilger, Das neue Strafverfahrensrecht, NSTz 1987, S. 145, 204; Hans-Helmut Günter, Die deformierte Reform, DRiZ 1987, S. 66; Lutz Meyer-Großner, Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1987, NJW 1987, S. 1131. 以下参照。
- (74) 一九九〇年代に発表された書類閲覧制度に関する論文を以下に可能な限り挙げておきたい。
- Sönke Bahnsen, Das Akteneinsichtsrecht der Verteidigung in Strafverfahren, Diss. Frankfurt am Main 1995; Jochiam Bohner, Untersuchungshaft, Akteneinsicht und Verfassungsrecht, GA 1994, S. 468; Hans Buschbell und Helmut Janker, Gewährung von Akteneinsicht durch die Polizei ein Weg zur Beschleunigung der Schadensabwicklung in Verkehrsunfallsachen, ZRP 1996, S. 475; Detlef Burhoff, Akteneinsicht des Verteidigers in Strafsachen, Zeitschrift für Anwaltpraxis 1994, 135; Helmut Frister, Der Anspruch des Beschuldigten auf Mitteilung Beschuldigung aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, StV 1998, S. 159; Stefan Hiebl, Ausgewählte Probleme des Akteneinsichtsrecht, Diss. Frankfurt am Main 1993; Friedrich Hoffmann, Staatsanwaltliche Informationssysteme, ZRP 1990, S. 55; Roland Scmitz, Das Recht auf Akteneinsicht bei Anordnung von Untersuchungshaft, wistra 1993, S. 112; Hartmut Schneider, Grundprobleme des Rechts auf Akteneinsicht, Jura 1995, S. 337; Matthias Zieger, Akteneinsicht des Verteidigers, StV 1993, S. 320.
- (75) BGHSt 30, 131, 132.
- (76) 例として Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 23. Aufl., München 1993, S. 127. 以下は、本邦『刑事証拠開示の分析』(日本評論社、二〇〇四) 一五―一頁を参照。
- (77) BGHSt 30, 131.
- (78) 1) の目的は「書類閲覧」ではなく、証拠の検査を促すことにある。例として Meyer 2003 (Anm. 71), S. 74ff.
- (79) Vgl. Klaus Wasserburg, Das Einsichtsrecht des Anwalts in die kriminalpolizeilichen Sprenakten, NJW 1980, S.

- 2440; Werner Beulke, Das Einsichtsrecht des Strafverteidigers in die polizeilichen Spurenakten, in Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag, Berlin/New York 1982, S. 285; Hanns Dünnebier, StV 1981, S. 504.
- (80) 例えに vgl. Kalus Ssessar, Wege zu einer Neugestaltung der Hauptverhandlung, ZStrW 1980, S. 698, 699ff.
- (81) BGHSt 30, 131.
- (82) このような証拠調べ請求権とその証拠先取評価の禁止の意義について、詳細に検討を行っているものとして、光藤景皎「証拠調請求権の復権」『刑事裁判の復興(石松竹雄判事退官記念論文集)』(頸草書房、一九九〇)一三一頁「のちに、光藤『刑事証拠法の新展開』(成文堂、二〇〇二)六八頁に所収」。さらに、田淵浩二「マックス・アルスベルクの証拠申請権論(一)〜(三・完)」静岡大学法経研究四二巻二号(一九九四)一〇七頁、同四四巻一号(一九九五)五七頁、静岡大学法政研究一卷二〇三〇四号(一九九七)三二頁、同「証拠調べ強制権」『民衆司法と刑事法学(庭山英雄先生古稀祝賀論文集)』(現代人文社、一九九九)一四九頁、同「ドイツ刑事公判改革と証拠申請権制限」静岡大学法政研究八巻二号(二〇〇三)二二五頁。さらに、これらの文献も所収している田淵教授の著書として、田淵浩二「証拠調べ請求権」(成文堂、二〇〇四)。
- (83) Vgl. Meyer-Göbner, NSStZ 1982, S. 353; Bender=Nack, ZRP 1983, S. 1; BVerG NSStZ 1984, S. 83; Karl Peters 1985 (Anm. 50), S. 231.
- (84) ヨーロッパ人権条約とヨーロッパ人権裁判所に関して説明をしているものとして、五百蔵洋一「ヨーロッパ人権条約と人権の国際化」判例タイムズ七九五号(一九九二)二二頁以下。
- (85) EGMR, Urt. v. 30. 3. 1989 — Nr. 16/1987/139/193 (Lamy gegen Belgien), StV 1993, S. 283. また、ドイツにおける身体拘束と証拠開示に関する判例を概観・検討しているものとして、高田昭正「身体拘束と証拠開示」浅田和茂ほか編『転換期の刑事法学(井戸田侃先生古稀祝賀論文集)』(現代人文社、一九九九)一一三頁「後に、高田『被疑者の自己決定と弁護』(現代人文社、二〇〇三)一六九頁以下に所収」、高田昭正「身体拘束を争うための証拠開示・理論上のポイント」季刊刑事弁護一九号(一九九九)四七頁以下、さらに新屋達之「未決拘留と記録閲覧権」立正法学論集二九巻三・四号(一九九六)二二七頁以下、がある。本論文における判例の訳についてもこれらの論文を参照した。
- (86) ベルギーの未決拘禁制度を簡潔に紹介しているものとして、能勢弘之「世界の未決拘禁法2 ベルギー・オランダ」法時四九巻八号(一九七七)参照。これによれば、ベルギーでは勾留から一ヵ月後の「追認更新手続」の際に弁護人に限り書類閲覧権が認められるとされているようである。

- (87) EGMR, Urt. v. 30. 3. 1989 — Nr. 16/1987/139/193 (Lamy gegen Belgien), (Anm. 85), S. 283.
- (88) EGMR, Urt. v. 30. 3. 1989 — Nr. 16/1987/139/193 (Lamy gegen Belgien), (Anm. 85), S. 283.
- (89) EGMR, Sansher-Reisse EuGRZ 1988, S. 523.
- (90) EGMR, Urt. v. 30. 3. 1989 — Nr. 16/1987/139/193 (Lamy gegen Belgien), (Anm. 85), S. 284.
- (91) 高田・前掲註 (85) 「身体拘束と証拠開示」一一六頁、新屋・前掲註 (85) 「未決の留と記録閲覧権」一四四頁、ならに Matthias Zieger, Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bei Untersuchungshaft, StV 1993, S. 320.
- (92) 高田・前掲註 (85) 「身体拘束と証拠開示」一一五頁以下参照。
- (93) KG, StV 1994, S. 318ff
- (94) BverfGE, NJW 1994, S. 3219=NSStZ 1994, S. 551.
- (95) BverfGE, (Anm. 94), S. 3219. 本論文を NJW 1994 に掲載された判決によった。また、その訳は新屋・前掲註 (85) 「未決の留と記録閲覧権」一一四八頁以下、ならに高田・前掲註 (85) 「身体拘束と証拠開示」一一〇頁を参照した。
- (96) Boujong, in Gerd Pfeiffer, Karlsruher Kommentar zur StPo und zur GVG, 2. Aufl., Müncher 1987, §118a Rdnr. 9.
- (97) Vgl. BVerfGE 19, 342[347]=NJW 1966, S. 243.
- (98) BVerfGE 18, 399[405]=NJW 1965, S. 1171; BVerfGE 62, 338[343] =NJW 1983, S. 1046.
- (99) Vgl. BVerfGE 57, 250[275]=NJW S. 1981, 1712; BVerfGE 80, 367 [378]= NJW 1990, S. 563.
- (100) Vgl. BVerfG, NSStZ 1984, S. 228; 1985, S. 228f.
- (101) BGH, NJW 1996, S. 734.
- (102) 同決定について検討を行つたものとして Joachim Bohnert, Untersuchungshaft, Akteneinsichtsrecht und Verfassungsrecht, GA 1995, S. 293.; Reinhold Schlothauer, Die Verteidigung des inhaftierten Mandanten, StraFo 1995, S. 5.; Gerd Pfeiffer, Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers, Festschrift für Walter Odersky, Berlin/New York 1996, S. 453. 等が挙げられる。
- (103) BVerfGE 65, 1. また同判決に関しては、わが国においても多くの論文が出されている。例えば、浜砂敬郎「西ドイツ一九八三年国勢調査法に関する連邦憲法裁判所の判決文」経済学研究五〇巻一一二号(一九八五)一一九頁以下、藤原静雄「西ドイツ国勢調査判決における『情報の自己決定』」一橋論叢九四巻五号(一九八六)七二八頁以下、鈴木庸夫、藤原静雄

- 「西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決(上)(下)」ジュリスト八一七号(一九八四)六四頁以下、八一八号七六頁など。
- (104) このようなドイツにおける刑事訴訟法の立法動向について詳細な検討を行っているものとして、浅田和茂「刑事手続における個人関係情報の利用——ドイツ刑事訴訟法一部改正草案の場合——」高田卓爾博士古稀祝賀『刑事訴訟の現代的動向』(三省堂、一九九一)三二五頁以下(浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』(有斐閣、一九九四)五四頁以下)、浅田和茂「刑事手続における個人情報の収集と利用——ドイツ1999年刑事手続改正法の場合——」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集(上)』(三省堂、二〇〇一)四九頁以下。さらにユルゲン・マイヤー著福井厚訳「ドイツ連邦共和国の刑事手続及び警察法における情報自己決定権」『各国警察制度の再編』法政大学現代法研究所(一九九五)一八五頁以下。
- (105) この「一九八八年刑事手続法改正補充法参事官草案」について紹介・検討しているものとして、浅田・前掲註(104)「刑事手続における個人関係情報の利用」。
- (106) 白川靖浩「ドイツにおける組織犯罪対策法について」捜査研究四九七号(一九九三)三三頁以下、四九八号(一九九三)四三頁以下、四九九号四七頁以下、五〇〇号三三頁以下、五〇一号(一九九三)四九頁以下、また Christoph Meertens, Das Gesetz gegen die organisierte Kriminalität eine unerträgliche Geschichte, ZRP 1992,S.20.; Hans Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch OrKG 1. Teil/2. Teil, NSTZ 1993, S. 457, 523.
- さらに、その後一九九四年に施行された「犯罪対策法」については、川出敏裕「ドイツ犯罪対策法(上)(下)」ジュリスト一〇七七号(一九九五)一〇三頁以下、一〇七八号(一九九五)五一頁以下、宮澤浩一「ドイツの新犯罪対策防止法」時の法令一四八八号(一九九四)五四頁以下、一四九四号五七頁以下、一五〇六号(一九九五)六〇頁以下など。
- (107) この経緯については、浅田・前掲註(104)「刑事手続における個人情報の収集と利用」三〇頁以下、松尾浩也「ドイツ刑事訴訟法典略史」法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』(二〇〇一)一頁以下。また Hans Hilger, Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999 (StVÄG1999)1. Teil, 2. Teil, NSTZ 2001, S. 561; Michael Soine, Strafverfahrenänderungsgesetz 1999 Teil.1/Teil.2, Kriminalistik 2001, S. 173, 245; Kilian Brodersen, Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999, NJW 2000, S. 2536.
- (108) BGBl. 2000 I, S. 1253.
- (109) BT-Drs. 13/9718, S. 5f.
- (110) BT-Drs. 13/9718, S. 18f.

- (111) BT-Drs. 13/9718, S. 19.
- (112) BT-Drs. 13/9718, S. 19.
- (113) Opferschutzgesetz vom 18. 12. 1986, BGBl. 1986 I, 2496. この法律はドイツの例を参照し vgl. Peter Rieß/Hans Hilger Das neue Strafverfahrensrecht—Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987—1. Teil/2. Teil., NSTZ 1987, S. 204. この法律は邦語文献として 宮澤浩一「犯罪被害者の法的地位について—西ドイツ一九八六年改正刑法を中心として」 研修四七三号 (一九八七) 三頁、田口守一「西ドイツにおける犯罪被害者の地位」 刑法雑誌一九九二号 (一九八八) 一一二頁。
- (114) BT-Drs. 13/9718, S. 19.
- (115) BT-Drs. 13/9718, S. 19.
- (116) BT-Drs. 13/9718, S. 19.
- (117) BT-Drs. 13/9718, S. 19.
- (118) 塚本尚也「Jürgen Welp, Anm. zu OLG Frankfurt am Main Beschul., StV 1989, S. 194; Reinhold Schlothauer, Zum Rechtsschutz des Beschuldigten nach StVÄG 1999 bei Verweigerung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft, StV 2001, S. 192.
- (119) BT-Drs. 13/9718, S. 19.
- (120) BT-Drs. 13/9718, S. 19.
- (121) BT-Drs. 13/9718, S. 20.
- (122) Vgl. Kilian Brodersen 2000 (Anm. 107), S. 2537.
- (123) BT-Drs. 14/2886, S. 3.
- (124) BR-Drs. 65/99, S. 3f.
- (125) Eva Dedy, Die Neuregelung des Akteneinsichtsrecht durch das Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts (Strafverfahrensänderungsgesetz1999) —Forschritt oder Stillstand?, StraFo 2001, S. 149.
- (126) BR-Drs. 65/99, S. 43.
- (127) Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/2595.
- (128) Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/2595, S. 6.

- (129) Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/2595, S. 28.
- (130) ただ委員会の報告後、連邦参議院から、委員会の提案に反対であり、その部分を削除するよう要求があった。だが、そのような要求は結局受け入れられなかったようである。
- (131) この改正により一四七条は以下のように改正された。
一四七条
①～④ 変更なし
⑤ 「書類閲覧許可については、起訴前手続の間および確定による手続終了後は検察が、その他の場合にはその事件を扱う裁判所の裁判長が決定する。捜査終結を書類に記入した後に検察が書類閲覧を拒否したとき、あるいは本条三項にいう書類の閲覧を検察官が拒否したとき、または被疑者が拘禁されているときは、刑法一六一条a三項二文から四文に従い裁判所による決定を請求することができる。この決定は、その公開により審問目的が阻害される可能性がある場合には、理由は付さないものとする。」
⑥ 変更なし
⑦ 「弁護人を有さない被疑者に対し、書類の情報及び写しは、審問目的が阻害される可能性がない場合であつてかつ第三者の重大な保護に値する利益がそれに対立しない場合に、これを提供することができる。本条五項及び四七七条五項を準用する。」
- (132) N. Gatzweiler, Folgen des Strafverfahrensänderungsgesetzes 1999 (StVÄG1999) — Änderung des Akteneinsichts, StraFo 2001, S. 1.
- (133) Reinhold Schlothauer 2001 (Anm. 118), S. 192, 196. 2001, S. 192, 196.
- (134) Eva Dedy 2001 (Anm. 125), S. 149.
- (135) EGMF "Foucher", NSTZ 1998, S. 429.
- (136) この事件の詳細については、水谷規男「フランスの証拠開示」法学セミナー(二〇〇三)五八四号五八頁以下を参照。
- (137) LG Mainz, NJW 1999, S. 1271.
- (138) この有名なラインミン地裁の考えに批判を加えてみる。Meyer 2003 (Anm. 71), S. 198ff.
- (139) 例えは、Werner Beulke, Strafprozeßrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 91.; Haller/Conzen, Das Strafverfahren, 3.

Aufl., Heidelberg 2003, S. 60ff.; Kalus Volk, Strafprozessrecht, 2. Aufl., München 2001, S. 77. 等が挙げられる。

- (140) EGMRE. "Lietzow", "Schöps", "Garcia Alva", StV 2001, S. 201.
- (141) EGMR 2001 (Anm. 140), S. 202f.
- (142) EGMR 2001 (Anm. 140), S. 202f.
- (143) EGMR 2001 (Anm. 140), S. 206f.
- (144) Vgl. Deckers, StV 2002, S. 319ff.; Kempf, StV 2001, S. 206.; Meyer 2003 (Anm. 71), S. 253ff.
- (145) また、ヨーロッパ人権裁判所における近年の未決拘禁関係の判例を詳細に検討しているものとして、Kühne=Esser, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Untersuchungshaft, StV 2002, S. 383.
- (146) この対案グループのメンバーは以下の通りである。
Britta Bannenberg, Jürgen Baumann, Frank Höpfel, Barbara Huber, Heinke Jung, Katharina Kock, Hans Lilje, Horst Luther, Werner Maihofer, Bernd-Dieter Meier, Rudolf Rengier, Peter Rieß, Franz Riklin, Dieter Rössner, Klaus Rolinski, Claus Roxin, Heinz Schöch, Horst Schüler-Springorum, Thomas Weigend, Jürgen Wolter.
- (147) Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), München 2001.
- (148) Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), S. 53. 以下に対案グループの一四七条改正提案を示しておく。
 - 一 項…現行法と同じ
 - 二 項…捜査の終結がまだ書類に書き込まれておらず、また Schlussgespräch の日時が決められていない場合は、書類の閲覧あるいは個々の証拠物への閲覧は、それにより将来の手続目的が阻害される可能性があるという仮定を特定の事実が根拠付けるときにのみ、弁護人に対し拒否することができる。
 - 三 項・四 項…現行法と同じ
 - 五 項…準備手続間の書類閲覧許可については検察が決定し、その他の場合ではその事件を管轄する裁判所の裁判長が決定する。
 検察が書類閲覧を拒否した時、捜査判事による決定を申請することができる。その公開により捜査目的が阻害される可能性

がある限りで、この決定は理由を付されない。捜査判事の決定に対しては、即時抗告が許される。この抗告により、手続は延期される。

六項…現行法と同じ

七項…一項から三項、五項及び六項、そして四七七条五項は、被疑者についても適用がある。

- (149) Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (Anm. 143), S. 54.
- (150) Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (Anm. 143), S. 54.
- (151) Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (Anm. 143), S. 55.
- (152) Beulke 2004 (Anm. 139), S. 91ff.
- (153) Beulke 2004 (Anm. 139), S. 91ff.
- (154) EGM, NStZ 1998, S. 429.
- (155) Stefan Hiebl, Ausgewählte Probleme des Akteneinsichtsrechts nach §147StPO, Diss. Frankfurt am Main 1994; Sönke Bahnsen, Das Akteneinsichtsrecht der Verteidigung im Strafverfahren, Diss. Frankfurt am Main 1995.; Martin Spaetgens, Das strafprozessuale Akteneinsichtsrecht — Die deutsche und englische Perspektive —, Diss. Berlin 2000.; Leonard Walischewski, Probleme des Akteneinsichtsrecht der Verteidigung im Ermittlungsverfahren im Lichte der Rechtsprechung des BundesVerfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, Diss. Frankfurt am Main u. a. 1999; Meyer 2003 (Anm. 71).
- (156) BVerfGE 38, 103, 111; Almut Sandermann, "Waffengleichheit" im Strafprozeß — Zu den rechtlichen Grundlagen dieses Rechtsinstituts, Diss. Köln 1975, S. 102ff.; Peter J. Tettinger, Fairness und Waffengleichheit, München 1984, S. 19f..
- (157) その他の根拠として、訴訟的眞実の発見等を挙ぐる事もある。Bahnsen 1995 (Anm. 148), S. 27ff.
- (158) 例として、Bahnsen 1995 (Anm. 148), S. 136ff. & Meyer 2003 (Anm. 71) S. 325ff. 以下、本文で示したような法學案を示すものは、参照せよ。
- (159) Leonard Walischewski, Das Recht auf Akteneinsicht bei Strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, StV 2001, S. 243ff.; Meyer 2003 (Anm. 71), S. 277ff.

むすびにかえて

一 本稿においては、ドイツにおける証拠開示制度の歴史的展開について、立法面を中心に概観してきた。最後に簡単ながらまとめを行うこととしたい。

ドイツ証拠開示制度の改革の方向性は、以下のようにまとめることができよう。一八七七年帝国刑事訴訟法における証拠開示制度は、制定前において対立のあった自由主義的な刑事手続の改革要求と糾問訴訟の修正論との間におけるいわば折衷的立場をとるものであった。この帝国刑事訴訟法における証拠開示制度は、一四七条三項という例外的性格を持つ規定を内包しつつも、基本的に糾問的予審司法という構造に規定され、実質的には公判前において既に有罪方向で確定された訴追側証拠を確認するに過ぎないという基本的性格は維持されたままのものであった。それゆえ、以降の時期においてはこのような問題点を踏まえた改革が行われることとなった。

それ以降の時期において、ドイツ証拠開示制度の改革動向は、時期により大きく二つに区分することができる。といえる。まず第一期は、一九〇八年草案や一九一八年の司法大臣による一般的指示、そして一九二〇年草案および一九六四年小改正に現れた、証拠開示請求権の拡大という動向である。このような動向は、帝国刑事訴訟法以降の時期における刑事手続改革論の課題の一つであった、公判前手続における被疑者や弁護人の地位改善の動向に内包されつつ展開されたものであるといえる。このような動向は、誤判研究による証拠開示制度の欠陥の指摘、弁護士層を中心とした実効的弁護のための証拠開示請求権の拡充の要求、また一九一八年の一般的指示以降、捜査段階において書類閲覧を認めること自体は手続を遅延するものではなくむしろ効率化するという経緯を背景に、

一九六四年小改正で法律上の実現を見た。⁽¹⁾

そして第二期における動向は、一九二〇年草案、AK草案やWeberの見解をはじめとする諸見解、一九八〇年代後半からの判例の動向、そして一九九九年刑事手続改正法に現れた、とりわけ検察官の、証拠開示に関する様々な裁量を限定しようとする動向である。一九六四年小改正で、一定の改正を見たドイツ証拠開示制度の改正動向は、捜査段階における証拠開示拒否に対する法的救済制度、「書類の完全性の原則」の展開、勾留審査手続における証拠開示請求権の強化という方向性をたどっている。これらの動向は、捜査段階における検察官の証拠開示拒否権限の厳格化・客観化を要求し、検察官による証拠の差し控えを禁止し、勾留審査手続における検察官の書類閲覧拒否権限を否定するといふものであった。このように、第二期における動向の方向性としては、弁護側の権限強化というよりも、検察官を中心とする国家側の活動の適正化が主であったといえる。その背景として、基本法の制定、ヨーロッパ人権条約およびヨーロッパ人権裁判所判決の影響、Karl Petersを中心とする誤判研究、そして弁護士・研究者を中心とした証拠開示請求権に関する実務上における原則・例外の逆転現象の指摘、そして一九八〇年代以降の詳細な理論的検討が存在することは、明らかであろう。ただし、このような方向性は、一九九九年改正で一部実現したとはいえ、完全な実現を見てはいない。

さらに、上述の第二期の動向と平行するものであり、その動向の背景とも考えられるが、証拠開示請求権の主体の実質的転換が見られることも重要であろう。帝国刑訴法制定前においては、被告人に証拠開示を認める立法も若干ながら存在したものの、帝国刑訴法の制定過程を経て証拠開示請求権の主体は弁護人に限定されることとなった。一九二〇年草案では、被疑者・被告人にも証拠開示の可能性が認められていたが結局実現しなかった。

このような動向の転換点となったのが、第一に弁護士の法的地位論を契機とする弁護人の書類内容の伝達義務

に関する議論であり、第二に基本法の制定、そして連邦憲法裁判所の判決であったといえよう。開示内容の伝達義務に関する議論は、弁護士の司法機関性を理由に開示内容の伝達における弁護人のいわゆるフィルター機能を要求する点で、証拠開示権はそもそも誰のために存在するのかという点を再考する契機を与えるものであった、といえよう。また、基本法、特に一九六四年の連邦憲法裁判所の決定で、証拠開示請求権の基本法上の根拠とされた法的聴聞請求権の名宛人はいうまでもなく被疑者・被告人であるということも、証拠開示請求権の主体として被疑者・被告人を想定させるものであったといえよう。このように、証拠開示請求権のそもそもの意義あるいは基本権との関係上、証拠開示請求権の主体を想定するうえで被疑者・被告人を考慮に入れないことは困難となりつつある。確かに、現状を見る限り、Waldのような「被疑者・被告人の書類閲覧権」の見解が、全面的に採用されているとはいえない。しかし、ヨーロッパ人権裁判所のFoucher判決^③で被疑者・被告人の証拠開示請求権が認められ、文献上でもほぼ承認されていること、学説上においても弁護人のフィルター機能を肯定する見解が少数になっていることを鑑みれば、実質的には、弁護人の固有権から被疑者・被告人の権利への転換という改革の方向性、そして証拠開示請求権は弁護人の固有権であるという職権主義構造内在型の制度からの脱却という方向性をドイツ証拠開示制度がとっていることが指摘できよう。

また、証拠開示請求権と基本法との関係性も看過することはできない。連邦憲法裁判所決定、さらにヨーロッパ人権裁判所Foucher判決、そしてそれを受けた学説等において、ドイツにおける証拠開示請求権は少なくとも基本法一〇三条一項の「法的聴聞請求権」と法治国家原則並びにヨーロッパ人権条約六条一項及び二項による、「機会均等・武器対等」を内容とする「公正な手続を受ける権利」から導出されうることが確認されている。ドイツにおいては、これらの権利は被疑者・被告人が訴訟主体として活動することを、保障するものであるという

点では一致している。また学説上においても、「書類閲覧権は弁護における重要な前提条件である」⁽⁴⁾とか「被疑者・被告人が訴訟主体に昇格するための前提条件である」⁽⁵⁾という、証拠開示請求権は訴訟主体として権利を行使するための前提条件であるとの見解がみられた。このような動向は、先に述べた第二期における動向と併せて、証拠開示を「法治国家的刑事手続」の保障という観点から捉え直すものであったといえよう。

最後に、基本権侵害と証拠開示請求権の関係性も指摘できるといえよう。一九八八年のヨーロッパ人権裁判所 *Lamy* 判決⁽⁶⁾以降、ドイツにおいては未決拘禁の適法性を審査する場合における検察官の書類閲覧拒否権限を限定しようとする判例の動きが見られた。そして、一九九四年連邦憲法裁判所決定、さらに二〇〇一年のヨーロッパ人権裁判所 *Lietzow, Schöps, Garcia Alva* 判決⁽⁷⁾を経て、勾留の適法性を審査する場において検察官提出の証拠・資料の閲覧拒否を認めない、ということが確認されている。さらに近年においては、基本法一九条四項にいう権利保護保障に着目して、他の強制処分の場合においても、その適法性を審査する場合に未決勾留と同じ書類閲覧権の保障を要求する見解が示されている。

二 以上のような検討を経て、本稿では以下の点を明らかにできたと考ええる。

第一に、ドイツにおける証拠開示は、被疑者・被告人の防禦権行使そして弁護人の弁護活動、さらに捜査最終尋問のような手続に対する積極的な関与においても、必要不可欠な前提条件として位置づけられていることである⁽⁸⁾。このことは、ドイツの証拠開示請求権拡大が、公判前手続における被疑者及び弁護人の権限強化と密接不可分に展開されてきたことから明らかであろう。このように、証拠開示は被疑者・被告人の積極的・消極的な防禦権行使の必要不可欠な前提条件であると位置づけるといふ構成が可能となったのではないか。

第二に、そのような証拠開示の「法治国家的刑事手続」にふさわしい実効的保障という観点からは、被疑者・

被告人側に対して証拠開示を認めることに加えて、さらに証拠開示に関して決定を行う側の裁量・権限を問題にすることがより重要だということである。ドイツにおける一九六四年小改正後の改革動向からも明らかのように、証拠開示の実効的保障という観点からは、証拠開示拒否決定について厳格化・客観化が図られなければならないのである。この点について、ドイツにおける閲覧拒否決定に関する法的救済制度に関する実務の状況を確認することは有用であろう。

第三に、このように高い水準で証拠開示を保障したとしても、手続の遅延や証拠隠滅などの開示に伴う弊害は生じていないということである。ドイツにおいて証拠開示時期が拡大した背景、そして近年のドイツにおける一連の迅速化法案においても証拠開示は制限されるどころかむしろ強化されているということは、その点を示しているといえよう。

第四に、被疑者・被告人、特に被疑者が捜査段階で強制処分等によって権利侵害を受けた場合に、その適法性を争う場合は、証拠開示がより実効的に保障されなければならないことである。ドイツとの関係では、特に未決拘禁が第一に想定されよう。しかし、ドイツにおける展開は、ドイツ国内に限られず、ヨーロッパ人権条約という国際水準を背景にするものであった。捜査段階においても、被疑者の権利が侵害された場合は、捜査側の利益よりも被疑者の防禦の利益が絶対的に優先しなければならぬことをドイツの動向は示している。

三 以上の検討から、次のような示唆を得ることができたと考える。証拠開示と被疑者・被告人の防禦権の関係については、「被疑者・被告人の主体的な防禦活動」の必要不可欠な前提条件として、証拠開示を捉えることが可能となったといえよう。被疑者・被告人の法的主体性を認めるのであれば、それに応じた証拠開示の保障がなされなければならない。それゆえ、被疑者・被告人の法的主体性の承認を前提とする当事者主義をとる日本におい

ても、例えばドイツと同程度の高い水準を備えた証拠開示が必要であると言えるのではないか。そして、その証拠開示の「法治国家的刑事手続」にふさわしい実効的保障を考える場合、公判前手続の構造による制限、検察官側の視点による制限は極力排除される必要がある。そのためにも、証拠開示の拡充は公判前手続の改革と平行して行うこと、捜査段階からの証拠開示を実現すること、そして開示拒否の場合における法的救済制度を恣意の排除という観点から充実させることは不可欠であるといえよう。日本の捜査手続が「ドイツ以上に糾問的」⁹⁾であるというとき、その必要性はさらに高くなると言える。また、被疑者に対する権利侵害の適法性を審査する場合における証拠開示の拡充も必要不可欠のものであるといえる。さらに、「防禦権行使の必要不可欠な前提条件」という捉え方からすれば、証拠開示と引き換えとして、権利の行使ではない「義務」として主張の明示を要求してはならない、ということが言えるのではないか。

本稿においては、不十分ながら、ドイツにおける立法面を中心に検討を試みたために、理論面、特に憲法論に関する検討、そして実務において実際にどのような証拠開示が行われているか等の具体的問題について、踏み込んだ検討を行うことができなかった。さらに、当然のことながら日本における証拠開示の議論の検討、特に近年の司法改革における証拠開示の議論を分析することは、¹⁰⁾本稿で示したドイツの知見を生かすうえでも、必須のことであることは間違いない。これらの点に関する検討については他日を期すこととし、稿を締めくくることがとしたい。

(1) 光藤教授は、この時期の証拠開示請求権を、「…検察官の手持証拠が公訴提起とともに裁判所に提出されないのであれば、むしろ検察官手持証拠の閲覧を認めるべき契機は強まるべきものであった。というのは、弁護人の書類閲覧権は、『裁判所にあるからみる』という権利ではなくて、公判期日前に被告人に不利益な証拠を識らねば有効な弁護はほとんど期待できないからこれを保障せんとする権利」と的確に定義づけている。光藤景皎「ドイツ公判前手続の構造——西ドイツ刑事訴訟法一九六四年改正

- を中心として」同『刑事訴訟行為論』(有斐閣、一九七四)一五三頁。
- (2) Jürgen Welp, Probleme des Akteneinsichtsrechts, in Klaus Wasserburg/Wilhelm Haddenhorst (Hrsg.), Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages, Heidelberg 1984, S. 309ff.
- (3) EGMR "Foucher", NSTZ 1998, S. 429.
- (4) Karl Peters, Strafprozess, 4. Aufl. Heidelberg 1985, S. 321.
- (5) Welp 1983 (Anm. 2), S. 309.
- (6) EGMR, Urt. v. 30. 3. 1989 — Nr. 16/1987/139/193 (Lamy gegen Belgien), StV 1993, S. 283.
- (7) StV 2001, S. 201
- (8) ドイツの捜査弁護におけるこのような状況を紹介・検討しているものとして、高田昭正「ドイツにおける実効的捜査弁護——被疑者供述の証拠化と取調べ」『誤判の防止と救済(竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集)』(現代人文社、一九九八)一六三頁〔後に同『被疑者の自己決定と弁護』(現代人文社、二〇〇三)六九頁〕、さらに同「ドイツの捜査弁護」刑法雑誌三九巻一号(一九九九)七七頁〔後に、同『被疑者の自己決定と弁護』一八九頁〕。またドイツ語文献として、Mathias Wehrhahn, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 6. Aufl., Heidelberg 2002, S. 41ff. 以下では、「証拠開示なくして被疑者の自由なし、書類閲覧なくして弁護人の立場決定なし」という原則が示されており、刑事弁護の実務においても、本稿が指摘する証拠開示と防禦活動の関係が重要視されていることは興味深い。また、トーマス・ヴァイгент||川出敏裕(訳)「日本の刑事弁護に対するドイツ法からのコメント」ジュリスト一一四八号(一九九九)一九三頁、特に一九五頁以下も参照。
- (9) 田淵浩二『証拠調べ調求権』(成文堂、二〇〇四)二六三頁。
- (10) 今回の司法改革における証拠開示の議論における論点は多岐にわたる。被告人側開示のあり方や、それと黙秘権の問題も重要な論点であろう。また、「争点」をどのように理解するのかという点も重要な論点であると考えられる。イギリスにおける「関連性論」から日本への有益な示唆を示すものとして、松代剛枝『刑事証拠開示の分析』(日本評論社、二〇〇四)一一六頁。また、ドイツとイギリスの証拠開示を比較検討し、ドイツには相互開示を持ち込むべきではないと主張する研究が存在する()とは興味深い。Martin Spaetgens, Das strafprozessuale Akteneinsichtsrecht — Die deutsche und englische Perspektive —, Diss. Berlin 2000.