

# 刑事証拠法の比較歴史法研究（3）

——現行証拠法の系譜——

大 場 史 朗

はじめに

第1章 わが国における刑事証拠法の沿革

第1節 起点の設定

第2節 いわゆる聴取書問題と人権蹂躪問題

1. 聴取書問題と人権蹂躪問題の現出

(1) 明治刑事訴訟法下の実務

(2) 人権蹂躪の問題化

2. 是正の方向性

3. 大正刑事訴訟法の制定

(1) 大正刑事訴訟法下の実務

(2) 陪審法の制定

(3) 「司法制度改善」の動き

(4) 「新体制」への順応

(5) 検察の対応

第3節 刑事証拠法學説史（戦前） （以上、神戸学院法学43巻1号）

1. 学説の動向

2. 科学的探証法

3. 強制処分権付与論

(1) 三つの方向性

(2) 小野証拠法の展開（戦前）

(3) 「普遍主義」による変容

第4節 戦時法の展開

1. 戦時法の動向

2. 戦時法の伸展
3. 戦時法の拡大
4. 日本法理の証拠法

第5節 小括 (以上, 同43巻2号)

## 第2章 現行刑事訴訟法の制定過程と証拠法

### 第1節 現行刑事訴訟法の基本的性格

1. 日本側の基本方針
2. アメリカ側の基本方針

### 第2節 現行証拠法の制定過程

1. 第一期
2. 第二期
3. 第三期

第3節 小括 (以上, 本号)

## 第3章 ウィグモア証拠法研究

## 第4章 刑事証拠法の受容と変容

おわりに

## 第2章 現行刑事訴訟法の制定過程と証拠法<sup>(1)</sup>

### 第1節 現行刑事訴訟法の基本的性格

#### 1. 日本側の基本方針

敗戦後、日本はアメリカの占領に服したが、言うまでもなく、実際の

---

(1) 現行刑訴法の制定過程については、主として次の先行研究を参照した。團藤重光「新刑事訴訟法の構想」法律タイムズ1巻1号(1947)11頁以下、同「刑事訴訟法の改正について」法律新報734号(1947)25頁以下、同「刑事新立法について(一)(二)」法時19巻5号37頁以下・6号18頁以下(1947)、同「新刑事訴訟法と当事者主義」法時20巻9号(1948)410頁以下、同「新刑事訴訟法の概観」法律タイムズ2巻10号(1948)3頁以下、同「刑事裁判と人権」公法研究35号(1973)92頁以下、團藤重光講述『刑事訴訟法講義案』(東京大学緑会叢書・1947)、同『新刑事訴訟法綱要』

刑政を指導したのは連合国軍最高司令官総司令部（以下、GHQ という）の方針であった。<sup>(2)</sup> GHQ がいち早く取り組んだのは、軍事立法及び戦時立法の廃止であり、それらを支えた捜査機構の解体であった。とりわけ、戦前・戦中を通して多くの人権蹂躪を生んだ特高警察（秘密警察）

- 
- (1948), 同『条解刑事訴訟法上』(1950), 野木新一＝宮下明義＝横井大三『新刑事訴訟法概説』(1948), 横井大三「改正刑事訴訟法概観」法時20巻9号(1948)403頁以下, 同『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』(1949), 同「新刑訴制定資料」刑法雑誌3巻3号付録(1952), 法務府検務局『新刑事訴訟法制定資料(一)』(検察資料28号・1952), 宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ』(1949), 同『刑事訴訟法講義』(1949), 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(1)～(22)」法協91巻7号82頁以下(1974)～同99巻6号125頁以下(1982)〔以下では「制定過程」という〕, 小田中聰樹「刑事裁判制度の改革」東大社会科学研究所編『戦後改革4・司法改革』(1975)173頁以下, 佐藤欣子「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討(上)(下)」警論32巻10号20頁以下・11号43頁以下(1979), 松尾浩也「刑事訴訟法史のなかの現行法」刑事訴訟法の理論と実務(別冊判例タイムズ7号・1980)4頁以下, 同「証拠法の一断面」研修334号(1976)3頁以下, 「新刑事訴訟法特集号」法律新報748号(1948), 「特集・刑事訴訟法25年の軌跡と展望」ジュリ551号(1974), とりわけ團藤重光・松尾浩也ほか「座談会・刑事訴訟法の制定過程」同30頁以下, 「座談会・刑事訴訟法の応急措置法について」法の支配63号(1985)66頁以下, 井上正仁ほか『刑事訴訟法制定資料全集(1)～(6)』(2001～2013)〔以下では『制定資料』という〕, 渡辺咲子「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈—伝聞法則を中心として—」河上和雄古稀(2003)293頁以下〔以下では「証拠法の制定過程」という〕, 同「制定過程から見た現行刑事訴訟法の意義と問題点」ジュリ1370号(2009)35頁以下〔以下では「現行刑事訴訟法の意義と問題点」という〕。本稿はこれらの先行研究に多くを負っている。
- (2) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」184頁以下によれば, 刑事裁判制度の戦後改革には「三つの契機」があるとされ, それは(1)「在野法曹を中心とする刑事裁判制度民主化の動き」, (2)「戦前から権力側が一貫して追求してきた『糺問主義的検察官司法』の再編, 強化, 完成の動き」, (3)「対日占領政策の一環としての刑事裁判制度改革策」であるとされる。さらに, 小田中によれば, (3)の直接的契機は, (1)の契機を促進し, (2)の契機を強く規制したと分析される。

に多くの関心が示された。

GHQ は昭和20年（1945年）10月1日に特高警察の実態を把握するため、警視庁幹部より、特高警察の機構、外国人や朝鮮人、台湾人の受刑者の状況、検挙の方法などを聴取した。<sup>(3)</sup>そして、その数日後の10月4日、GHQ は「政治警察廃止に関する覚書」という通牒を日本政府に対して発し、(1) 政治犯の即時釈放、(2) 思想警察その他一切の類似機関の廃止、(3) 内務大臣及び警察関係の首脳部、その他全国の思想警察及び弾圧に関係ある官吏の罷免、(4) 市民の自由を弾圧する一切の法規の廃止ないし停止を要求した。<sup>(4)</sup>この通牒をきっかけとして、東久邇内閣は翌5日に総辞職し、新たに幣原内閣が誕生することになったが、同内閣が迫られたのは、表現の自由と皇室との問題と並んで、国内治安の維持であった。

しかし、敗戦後、治安維持に特化した刑罰法規は次々に廃止されることになった。たとえば、昭和20年10月13日の勅令568号により、国防保安法、不穏文書臨時取締法、言論・出版・集会・結社等臨時取締法、戦時刑事特別法第7条の4が、同月16日の勅令576号により治安維持法、<sup>(5)</sup>思想犯保護観察法が廃止されることとなった。

そして、このような治安維持に特化した法規の廃止、警察機関の弱体化と並んで、目下喫緊の課題たる治安維持に当っては、人権蹂躪を防ぐ

---

(3) 朝日新聞1945年10月2日。

(4) 朝日新聞1945年10月5日。なお、同紙によれば、当時の山崎巖内務大臣は前日（4日）の外国人記者との記者会見で「反皇室的宣傳を行う共産主義者は容赦なく逮捕する、また政府轉覆を企む者の逮捕も續ける」「政府形體の變革、とくに、天皇制廢止を主張するものはすべて共産主義者と考へ、治安維持法によつて逮捕される」と語つたとされる。また、同紙によれば、当時の岩田宙造司法大臣も「共産主義運動は部分的にこれを認める方針である。しかし國體の變更、不敬罪を構成する如き運動は嚴重に取締る」として同法相が治安維持法の部分的修正を検討しているとしている。

(5) 治安警察法も同年11月に廢止され、戦時刑事特別法も翌年の昭和21年1月に廢止されることとなった。

ことがGHQにより強く要求されることとなった。GHQが10月11日に幣原内閣に要求した日本民主化に伴う「五大改革」においては、その四として「秘密の検察及びその濫用が国民をたえざる恐怖に曝してきた諸制度の廃止—従って圧倒的、専横的にして不正な手段から国民を擁護しうる如き正義に基いてつくられた組織にこれをおきかえなければならない」とされていたからである。とりわけ、この「秘密の検察及びその濫用が国民をたえざる恐怖に曝してきた諸制度の廃止」には「予審廃止」を含むものと理解された。すなわち、「其ノ第四ハ『シークレットイングジション』並ニ『アビューズ』ト云フコトデアル。即チ、予審ト人権蹂躪トデアル。司法省ノ試案ハ予審ヲ廢シテ其ノ代リ捜査ニ強制權ヲ與フルト云ウノデアッテ、予審ハマッカーサー司令部ノ要請ニヨッテモ廃止サレネバナラヌ」というのがそれである。

ここにおいて、日本政府は捜査の武器が乏しいなかで国内治安を維持する必要性と、人権蹂躪の防止というGHQ側の強い要求を両立させることが必要となった。<sup>(7)(8)</sup>この新情勢のもと、戦前の議論の蓄積を土台とし

---

(6) 「司法制度改正審議会第2諮問事項関係小委員会（第1回）」における清瀬一郎委員長の発言。井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』53頁〔資料13〕。なお、松尾浩也によれば、第四項にいう『「秘密の検察」(原文は secret inquisition—引用者)が何を指していたかは、十分に明らかではないが、おそらく捜査から予審にいたる公判前の段階全般、および行政執行法の運用状況などを含めて、漠然と糺問的な刑事司法のありかたを意味したものである」とされる(松尾・前掲註(1)「制定過程(3)」法協91巻10号(1974)64頁註(2)参照)。さらに、松尾によれば「このような連合国側の態度が、日本側の動きに影響を及ぼしたことは明白である。もっとも、この段階では、ごく抽象的な意向表明にとどまっていたため、その影響の深度はおのずから限られたものに過ぎなかった」とも説かれる(同47頁)。他方、GHQの要求により予審が廃止されたことを示す証拠は見当たらず、「ただ、日本側にそのような誤解があり、その誤解が予審の廃止を容易にさせたことは事実である」との評価もみられる(佐藤・前掲註(1)「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討(上)」30頁)。

(7) 團藤・松尾ほか・前掲註(1)「座談会」32頁によれば、戦後の改正作

て、日本側がいち早く、検察機構の整備、そして捜査機関に対する強制処分権の付与に着手したのはけだし当然であったといえよう。<sup>(9)(10)</sup>

たとえば、司法省内の「司法制度改正審議会」の設置に先駆けて策定された「<sup>(11)</sup>検察機構ノ整備ニ関スル件ノ措置要綱」(昭和20年10月18日)、「<sup>(12)</sup>捜査機関ノ強制権ノ問題」(同年10月18日)、「<sup>(13)</sup>検察機構ノ整備ニ関スル件」(同年10月22日)、「<sup>(14)</sup>検察制度改革案要綱」(同年10月30日)、「<sup>(15)</sup>強制捜査権ニ関スル規定要綱」(同年10月31日)などの文書において、検察

業の方向性として「人権蹂躪の根絶」ということが「第一の目標」であったとされる。もっとも、「人権蹂躪の根絶」という名目自体は、誰も否定しえないものであり、戦前・戦中さえも疑われたことはなかった。

- (8) なお、当時の警察の状況については次のような発言が注目される。「終戦直後軍の解体に伴う治安力の不足を補ふ為に警察官約八万数千の倍の十七万として同時に装備(武装)の強化を申出でたが、マッカーサー司令部より不許可になり、今のところ現状の俣で行けと云ふことだったので目下増員の時期を窺って居る訳です」(「司法制度改正審議会第2諮問事項関係小委員会(第3回)」における小泉梧郎委員長の発言。井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』75頁〔資料17])。
- (9) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」192頁も「…戦前の検察権強化論の一環としての予審廃止・強制捜査権拡大論が、戦後に再生した。しかも奇妙なことに、糾問主義的検察官司法の廃絶を指示した五大改革指示がその実現の機縁となり槓杆とされたのである」と説く。
- (10) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』1頁以下の「解説」によれば、現行刑訴法の制定過程の「第一期」における検討内容は「主として検察機構の整備と捜査における人権擁護策であったが、その年(昭和20年)11月には、司法省内に『司法制度改正審議会』が置かれ、司法制度、犯罪捜査における人権擁護策が討議され、それまでの司法省内の刑事訴訟法改正作業に沿った答申がなされるに至った」とされる(同書5頁)。
- (11) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』9頁以下〔資料1〕。本案は後掲〔資料3〕の原案である。
- (12) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』11頁以下〔資料2〕。本案は後掲〔資料3〕及び〔資料8〕の原案である。
- (13) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』12頁以下〔資料3〕。本案は後掲〔資料8〕の原案である。
- (14) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』23頁以下〔資料7〕。

に強制処分権を付与する必要性が説かれることになった。

とりわけ、10月22日付の「検察機構ノ整備ニ関スル件」では、検察機構の整備の「趣旨」として、「軍備撤廢ニ伴フ軍警備力ノ欠缺ヲ補ヒ治安維持ニ萬全ヲ期スルト共ニ各種ノ惡質犯罪ノ檢舉ヲ徹底セシメテ道義ノ顯揚及民生ノ安定ヲ圖ル爲檢察機構ヲ整備スルモノトス」とされた。ここでは、軍の武装解除<sup>(16)</sup>や來たるべき軍隊の解散<sup>(17)</sup>に備えた検察による国内治安の維持が説かれていることは明らかであろう。<sup>(18)</sup>

さらに、同「検察機構ノ整備ニ関スル件」では、検察機構の整備の「方針」として「檢事補及檢事局直屬ノ司法警察官吏ヲ創設シ檢事、檢事補及司法警察官ニ捜査上必要ナル強制權ヲ與フル反面行政檢束ニ依ル犯罪捜査ノ慣行ヲ廢絶スルト共ニ捜査機關ノ強制權行使ノ公正ヲ擔保スルノ措置ヲ講スルモノトス」とされ、戦争直後の国内治安維持のために、検察官をはじめとした捜査機関に強制処分権を付与することが説かれた。そして、この検察機構の強化という既定路線に沿って、現行刑法の改正の構想が実現されていくことになったのである。<sup>(19)</sup>

(15) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』25頁以下〔資料8〕。

(16) ポツダム宣言第9条など参照。

(17) 1945年（昭和20年）11月30日の勅令第675号及び同第680号により、陸軍省及び海軍省は、それぞれ第一復員省及び第二復員省に改組された。

(18) この点、小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」189頁以下も参照。とりわけ同290頁は「検察制度改革の動きは、軍備撤廢と警察弱体化による治安体制弱体化を補強するための検察機構強化を目的として着手された」とする。なお、戦後における治安維持法の適用にみられるように、当時においては治安の維持が「国体の護持」という側面を持ちうる限り、検察による治安の維持が同様の性質をもちえたことも見逃してはならないところであろう。戦前の「皇国的検察精神」によれば「検察は軍が外敵より國體を擁護する使命を有すると同一の使命を國內に於て有してゐるのである」とされていた（出射義夫「検察の現状に対する反省すべき諸点」警研11卷4号（1940）33頁以下）。

(19) また、前掲註(14)「検察制度改革案要綱」によれば、その「方針」として「検察制度ヲ現下ノ新事態ニ即應セシメ機能ノ發揮及人權ノ保障ニ拔

昭和20年11月2日には、司法省行政考査において「終戦ニ伴ウ新事態ニ即応スル司法制度ヲ確立スル為、従来ノ制度ニ再検討ヲ加ヘ之ヲ改正スルノ要アリ。之ガ為、司法省内ニ司法制度改正審議會ヲ置キ、司法大臣ノ諮問ニ応ジ、之ニ関スル重要事項ノ審議ヲ為サシメントス」として、同月16日に司法制度改正審議会が設置された。<sup>(20)</sup>

その諮問事項は

「第一 新情勢ニ鑑ミ裁判並檢察ノ機構ニ付改正ヲ要スベキ具体的事項如何

第二 新情勢ニ鑑ミ犯罪捜査ニ関シ人権ヲ擁護スベキ具体的方策如何」

というものであり、そこでは戦前の議論の蓄積を背景に多くの議論が戦わされたが、同審議会委員であった小野清一郎の意見が大きな影響を与えることになった。<sup>(21)</sup>

そして、司法制度改正審議会第二諮問小委員会が答申した「犯罪捜査ニ関スル人権擁護ノ具体的方策」<sup>(22)</sup>(昭和20年12月18日)によれば、「捜査機關ニ對シ必要且適切ナル捜査上ノ權限ヲ付與シ其ノ他捜査制度ヲ合理化スル」ことが志向された。

また、行政検束などを廃止するのに即応して、司法警察作用と行政警察作用の分離が図られたが、この分離は、前者の司法警察の監督者として檢察を位置づけ、檢察權の強化を目的としたものであったことに注意する必要がある。この目的の下、いちはやく檢察庁法の策定が急がれ、

---

本的措置ヲ講ジテ檢察權運用ノ完璧ヲ期スルモノトス」とされた。

(20) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』39頁以下〔資料10〕。

(21) 團藤・松尾ほか・前掲註(1)「座談会」31頁以下参照。なお、横井大三によれば「私の記憶に間違いがなければ…満州国の当時の刑事訴訟法が、予審をなくして、捜査機関、特に檢察官に独自の強制權を与えていたといふので、それがあつた程度影響し、いろいろな考えをきめるとき資料になつたように思ふのです」と説かれる(同32頁)。

(22) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』83頁以下〔資料20〕。



検察機構の整備が構想されることになった。

加えて、科学的探証法や犯罪科学研究所も早い段階で構想されていたことも重要であろう。たとえば、刑事局が作成した「犯罪科学研究所及犯罪捜査補助施設設置ニ関スル件」<sup>(23)</sup>（昭和20年10月22日）がそれである。

その「趣旨」は、「犯罪捜査等ノ刑事司法事務ヲ科學的方法ニ依リ根本的ニ刷新改善シ以テ刑事司法ノ適正敏活ナル運営ヲ期スルト共ニ被疑者被告人等ノ人權尊重ニ遺憾ナキヲ期スルモノトス」とされ、「中央ニ犯罪科學研究所ヲ、各控訴院検事局ニ犯罪捜査補助施設ヲ設置スルモノトス」という「方針」が立てられた。そして、この「犯罪科學研究所」で管掌される科学的探証法は以下のようなものとされた。

1. 体臭等ニ依ル犯人ノ鑑別方法ノ研究
2. 死因、発火原因等ノ究明其ノ他各種鑑定方法ノ研究改善
3. 押収、搜索ニ付電波探知機X光線其ノ他科学的機器ノ応用方法ノ研究
4. 犯罪現場ノ保存方法及科学的検証方法ノ研究
5. 陳述、供述ノ保存方法及其ノ真偽ノ科學的方法ニ依ル鑑別ノ研究
6. 無電其ノ他ノ通信連絡方法ノ利用改善其ノ他刑事司法事務能率増進ノ科學的方法ニ関スル研究
7. 各種カード（例 手口カード、犯罪人カード、被害記録カード、指紋カード等）ノ利用改善ニ関スル研究
8. 各種刑事参考品ノ募集整理保存ニ関スル事務」

また、「科學捜査補助施設」は「法醫學的鑑定、理化學的鑑定其ノ他ノ鑑定ヲ爲シ其ノ他現場検証、押収、搜索等捜査機關ノ證據募集ヲ科學的方法ニ依リ補助スルモノトス」とされた。

---

(23) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』17頁以下〔資料4〕。

このように、日本側が志向する人権蹂躪の防止策は戦前の議論、とりわけ「戦時体制」の議論をそのまま移行させたものであった。そして、この人権蹂躪の防止策によって、日本側はGHQの要求に応えるとともに、戦前からの悲願であった捜査機関に対する強制処分権の付与を実現することが可能となった。いわば、GHQからの人権蹂躪防止の要求という「外圧」の中で、検察官に対する強制処分権の付与という「戦時体制」が温存されたわけである。

## 2. アメリカ側の基本方針

戦後混乱期の治安維持の要請にみられる特殊時代的な要請は、現行刑訴法の制定においても現れることになった。

周知のように、日本国憲法の制定に伴って策定された「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」（昭和22年法律第76号。以下、単に応急措置法という。）は、旧刑訴法を新憲法の理念に<sup>(24)</sup> 応急的に対応させたものであったが、現行刑訴法も占領の終了、すなわち日本の「国力の回復」を<sup>(24)</sup> まって全面的に改正することを前提として立案制定されたからである。

また、国力が回復すれば、<sup>(25)</sup> 陪審又は参審制度を導入することも「刑訴法改正の当然の前提」であった。

---

(24) 渡辺・前掲註(1)「現行刑訴法の意義と問題点」46頁など参照。最高裁判所「上訴制度改革についての提案」においても「…今後日本の国力が回復すれば、陪審制度になると思う。そうすれば事実審は一回でよくなる。現在の最高裁判所は行政事務も行っており極めて負担過重になっている。これを軽減するためにもこの案（上訴制度改革についての提案—引用者）を考えたのである」との記載が見られる。法務府検務局・前掲註(1)『新刑事訴訟法制定資料（一）』123頁。また、横山晃一郎「立法関係者の昭和刑訴観—立法理由確定の試みとして—」法政研究47巻2＝4号（1981）161頁以下も参照。

(25) 渡辺・前掲註(1)「現行刑訴法の意義と問題点」41頁など参照。小野清一郎・團藤重光ほか「座談会・新刑事訴訟法について」法律新報748号

このように、現行刑訴法も、いわば「暫定的な刑事訴訟法」というべきものであった。加えて、立法関係者が指摘しているように、国会の議決に間に合わせるために急ピッチで現行刑訴法が策定されたことも指摘しなければならぬ<sup>(26)</sup>だろう。

こうして、現行刑訴法においては、戦前でさえ事件を限定して認められたに過ぎなかった捜査機関に対する強制処分権の付与が全面的に解禁された。もっとも、それを促した要因は、上記の戦後混乱期の特殊な事情に加え、立法にかかわったGHQ側の姿勢にもあるように思われる。

現行刑事訴訟法に深く携わったのは、オプラー、ブレイクモア、アップルトンらであった<sup>(27)</sup>。彼らは戦後の司法改革についてどのような態度で臨んだのだろうか。

この点、オプラーは占領下の法制度改革について次のように回想している。

「第二次世界大戦後の連合国による占領の斬新的な性格については、最近の文献において、くり返し強調されているところである。戦勝国による被占領国の処理の現代的な類型は、たしかに、過去の軍事的占領に比較すれば、はるかに広範な諸目的をめざしているといえるであろう。それは、もはや単に軍事的・技術的な見地から敵を武装解除することだけに限定することなく、いわば心理的武装解除（psychological disarmament）とも呼ぶことのできるものによって、敵が将来侵略行為をなし

---

（1948）45頁〔團藤重光発言〕も「…陪審の問題は将来の問題としてもっと徹底的に改正を加えた上で細目を検討する…」としている。

(26) 團藤・松尾ほか・前掲註(1)「座談会」など参照。

(27) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」293頁以下、山中俊夫「オプラー博士とのインタビュー」法時47巻4号（1975）98頁以下、RICHARD B. APPLETON, *Reforms in Japanese Criminal Procedure under Allied Occupation*, 24 WASH. L. REV. 401 (1949) など参照。なお、アップルトン論文の紹介として、浦辺衛「『占領下における日本刑事訴訟法の改正』」曹時2巻10号（1950）40頁以下がある。

えないようにすることを意図しているのである」,「両極端—改革の行きすぎと不徹底—は避けなければならなかった。日本人—彼らの大部分にとって、われわれの考えや習慣は比較的なじみの少ないものであったが—を扱う唯一の望ましい方法として中庸の方針 (middle-of-the-road course) が推奨された」,「日本の歴史的経験が、かつて民主主義政治の時代を経験したドイツのような国々のそれと異なるということは、日本が新しい諸概念に適応するときに、有利にも、また不利にも、作用した。これらの諸概念は、〔日本人には〕理解されないであろうし、また容易には消化されないであろう、という危惧の念が存在していたことは明らかである。一方、日本人の心の中には不幸な過去の経験の思い出—〔たとえば〕ワイマール共和国の失敗を忘れえないドイツ人の場合には、あったかも知れないところのそうした思い出—は、何も存在していなかった。ドイツの占領軍の場合は…何事によらず理由を明示したり、またかの失敗に起因する失意やシニズム (cynicism) までも克服するという困難な仕事におそらくしばしば直面したであろう。これに反して、普通の日本人は、以前にまったく経験したことのない新時代の曙を、やや戸惑いながらも熱心に期待する人の態度で、連合国の占領計画に対応した。(原文改行) もう一つの幸運な要因は、日本人が、彼らの法制度に関連しては、とりわけ、外国の考え方を快く受け入れることを、過去においてみずから証明しているという事実であった。明治維新における一連の基本法典…の制定は、確かに、十五・六世紀に北ヨーロッパを通じて行われたローマ法の継受と異ならないユニークな現象であった。これら二つの場合にあっては、一地方の慣習や伝統は輸入された諸制度と融合した… (原文改行) …日本では、慣習と伝統が主要な役割を演じるという事実をわれわれは念頭におかなければならない。成文法と不文の慣習との対立においては、後者の方が重視される。そして、かような慣習を排除しようとする法令の価値は、社会がそれを望まないかぎり疑わしいものとなるであろう。(原文改行) それゆえに、占領下における法制度改革は、

日本の法制度が基礎づけられている次の二つの要素を考慮に入れなければならなかった。一すなわち、(1) その大陸〔法〕的性格、および(2) 慣習と伝統の力である。(原文改行) 右の改革作業に対する監督を委ねられていた占領軍の法律家たちは、熱心のあまり、日本の大陸法にアングロ・サクソンの法制度の恩恵を推しつけるようなことにならないよう、用心しなければならなかった。アングロ・サクソンの法制度が、たとえ本国では、いかに卓越したものであるかがわかっていたとしても、それを採用するにあたっては、日本の異なった制度に適合するかどうかを慎重に吟味する必要があった、「占領軍が、占領目的を達成しようとするにあたって日本人にはまだそのための準備が整っていなかったような改革を強制したり、あるいは示唆したりするという過誤を、どの程度まで回避したか、に関して公正な判断に到達するには、あまりにも時期尚早である。…けれども、連合軍最高司令官としてマッカーサー元帥の一貫した政策は、命令 (fiat) による厳然たる指示よりも、むしろ鼓舞と激励を日本政府に与えることにあった、ということが指摘されねばならない。…直接的な軍政方式が用いられたドイツや朝鮮とは異なり、日本の占領軍は、完全な形で残っていた中央政府を媒介として行動したし、また、その後も行動し続けた。改革立法に関する限り、それは、日本国民を代表する立法機関としての国会によって制定された。占領のこのような間接的性格は日本人の意見が大いに考慮されることを可能にした。また、変更計画に対する彼らの意見も、通常は、無視されなかった。占領が長期にわたればわたるほど、日本政府に対するコントロールはますます、緩和されてきている」<sup>(28)</sup> ([ ] 内は原訳者註)。

---

(28) ALFRED C. OPPLER, *the Reforms of Japan's Legal and Judicial System under Allied Occupation*, 24 WASH. L. REV. 290 (1949). 邦訳として、A・C・オプラー「占領下日本の法律改革(1)(完)」法律タイムズ4巻2号1頁以下、同3号2頁以下(1950)、A・C・オプラー＝和田英夫・中里英夫訳「連合軍占領下における日本の法制度および司法制度の改革」法時45巻4

また、次のようにも説かれている。

「アメリカの法律専門家たちは、そのだれもが、ほとんど連日に行われた日本人との接触を通じて、次のような深い確信を抱くようになった。すなわち、この新しい法律、あるいはその条項は真の進歩を意味するのであって、たんに外国の要素を日本の法律におり込む作業を意味するのではないことを日本人自ら納得できないかぎり、いかなる改正も占領後まで存続しないであろうという確信がそれである。アメリカの法律専門家たちは、被占領国の人民に対して、占領軍のメンバーが与える「助言」(advice)でさえも、おだやかな形式の指令であると誤解され易いという危険に気づいたので、討論を公開することによって、いかなる高圧的態度も慎しむという決意を表明した。刑事訴訟法の改正は、複雑な、かつ、市民的自由の見地からは、非常に重要な法改革の一例証としてあげるのがに適當であろう。」「…日本人は最初は乗気がなく、熱が入らなかったが、連合軍の代表者たちが日本人の意見を心底から聞きたがっていることを、日本人自ら納得してからは、委員会を大いに利用するようになった。占領者对被占領者という関係は、法の改善に対して熱烈な関心を共有する法律家たちのあいだの国際的な友好感情によって、遂に忘れられたように思われた。<sup>(29)</sup>」「大陸諸国では、重要な法典の起草には二〇年かかったこともあるのに対し、日本では、多数の、そのような法典の戦後における改正が、一九四六年の秋から、一九四八年の夏までの短期間において実施された。しかしながら、過去との速やかな断絶が要求された状況において、完ぺきな立法を行なう理想的方法を用いようとしたところで、それは不可能であっただろう。したがって、このような特殊な場合には、普通程度の完全さえ期待することはできない。さまざまな過

---

号 (1973) 45・46頁。訳文は和田英夫・中里英夫訳によった。

(29) A・C・オプラー・前掲註(28)「連合国占領下における日本の法制度および司法制度の改革」51・52頁。なお、一部改訳したところがある。以下同じ。

誤や遺漏も必ずや発見されるにちがいない。しかし、これらの欠陥はそ  
の後の修正によって補正されうるものである。…。いずれにせよ、新た  
な社会秩序と政治秩序のために不可欠な法的土台が築かれてきているの  
である。<sup>(30)(31)</sup>

このように、アメリカ側も法制度の完全な「アメリカ化」を意図して  
いたのではなく、日本の既存の制度や日本人の意欲を利用する間接統治  
という占領計画のゆえに、法典編纂においても「中庸」を志向していた  
ことが看取されよう。したがって、オプラーによれば「現在でも、日本  
の刑事訴訟法が、糺問主義に向かうか、弾劾主義に向かうかは、開かれ  
たままに残されているのです」とされるのである。<sup>(32)</sup>

他方、ブレイクモアについては、資料が少ないものの、基本的にはオ  
プラーと同様の方針であったとされる。<sup>(33)</sup>このようなアメリカ側の方針は、

(30) 同上62頁。

(31) また、別の資料によれば、GHQに課された計画のうち、「占領目的と  
の適合を達成し、下級の行政法規を通じて個人の諸権利の侵害を許してい  
る抜け道を封じるための、現行の実体法・手続法の改正および社会制度の  
修正」及び「改正法で具体化された諸権利を守るための適当な統治機構の  
組織化、ならびに国民が新しく獲得した諸権利の行使に関する国民教育」  
という二つの計画においては、「人権に関する新しい考え方を育成するとい  
う、よりデリケートな任務を含んでいることから、さらなる忍耐と穏健  
な政策が求められていた」とされる。そして「この問題へのアプローチに  
際して、連合最高司令官は、法曹界および労働界における進歩的趨勢を  
利用した。それらの団体では、長年にわたって法制度の近代化と、基本法  
における改正を模索していたが、成功していなかった。それらの運動は、  
1930年以降、政府によって厳しく抑圧されてきたが、それにもかかわらず、  
彼らは、連合司令官の任務にとって、必要な改革を誘発する手段であっ  
た」とされる。竹前栄治＝中村隆英監修・納谷廣美訳『GHQ日本占領史  
14・法制・司法制度の改革』（1996）7頁。

(32) 山中・前掲註（27）「オプラー博士とのインタビュー」101頁。

(33) ジョン・O・ヘンリー「トーマス・ブレイクモアが日本の司法に与え  
たもの」国際文化会館会報20巻2号（2009）10頁参照。なお、大陪審制度  
の導入は、ブレイクモアの上層部からの提案であったとされ、ブレイクモ

すでに見た日本側の基本方針を大幅に受容する余地を生むことになった。

また、GHQ側は、「いわゆる交互尋問」や「有罪答弁」制度のように、アメリカ的刑事手続が当時の日本の実情に鑑みて人権保障にそぐわない場合には、アメリカ法を排斥したとされる。<sup>(34)</sup>

こうして、現行刑訴法は、戦後混乱期の特殊な事情に加え、GHQ側の間接統治、そのもとの「中庸」な占領政策に支えられて誕生した。そして、それは全面改正を所与の前提としていた「暫定的な刑事訴訟法」であった。もっとも、全面改正の「約束」は果たされておらず、現行刑訴法はいまなお全面改正の時を待ち続けているといえようか。

## 第2節 現行証拠法の制定過程

ほぼ三年近くにわたった現行刑訴法の制定過程は、大まかに三つに分できるとされる。<sup>(35)</sup>

まず、第一期は、終戦後の昭和20年秋から司法省において刑事訴訟法の改正作業が開始された昭和21年1月末までであり、この期はまだ憲法改正の帰趨が定かではなく、法律の改正一般についても、日本側で独自に立案を進めていた時期とされる。

---

ア自身はこれに抵抗したといわれている（同8頁）。

(34) 佐藤・前掲註(1)「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討(上)」24頁以下。たとえば、「いわゆる交互尋問」に対するGHQ側の反対の根拠は、(1)日本においては、弁護士の数が少なく、被告人の多くは十分な弁護士を持ち得ない。しかも弁護士の多くは主訊問や反対訊問の訓練を受けていないから、「原則としてクロスをやれば、必ず検事が有利となり(オプラー発言)被告人に対する保護が不十分となる。(2)検事も弁護人も訓練不足のため、公判や審理が遅延し混乱するであろうこと。(3)裁判官も事件の真髄を得るように審理をコントロールすることを妨げられること等であった(同26頁)。さらに、ブレイクモアは、(当時の)アメリカでは当事者訴訟主義から職権審理主義に移りつつあると述べたとされる(同27頁)。

(35) 團藤・松尾ほか・前掲註(1)「座談会」30頁以下。



第二期は、昭和21年2月に憲法の草案要綱がGHQ側から日本に渡され、昭和22年10月に、日本側がその最終案となる第9案を立案して、全文を英訳のうえGHQ側に提出するまでである。

そして、第三期は昭和23年3月下旬からの準備期間を経て、計16回に及ぶ日米双方の代表者による「協議会」を行った時期であり、ここにおいて現行刑訴法の最終原案が確定したのであった。

ここでは、この時期区分に沿って現行証拠法の制定過程を概観していくことにしよう。

### 1. 第一期

すでに述べたように、日本側はGHQの人権蹂躪の根絶という要求に対して、戦前の「司法制度改善」に示されていた検察権の強化を中核にすえた。しかし、司法制度の改革を求める動きは政府の外側にも生まれていた。

たとえば、弁護士層の動きがそれである。大日本弁護士会連合会は、「司法制度改革に関する建議」<sup>(36)</sup>（昭和20年9月24日）の中で、次のように提議した。

- 「一 裁判所ト検事局トヲ區別シ独立ノ二庁ト為スコト
- 二 裁判所ヲ司法大臣ノ監督下ヨリ離脱セシメ天皇ノ直隷タラシムルコト
- 三 司法警察官ト行政警察官トヲ分離シテ司法警察署ヲ特設シ之ヲ検事ニ隷属セシムルコト
- 四 司法官ハ凡テ十年以上弁護士ノ職ニ在リタル者ヨリ採用スルノ制度ヲ確立スルコト
- 五 司法ニ関スル立法並ニ既成法律ノ改正ニ当リテハ該法案ヲ議會提出前スル先ヅ弁護士会ニ諮問スルコト」

---

(36) 法務大臣官房司法法制調査部編『続司法沿革誌』（1963）341頁。

大日本弁護士報告会が解散したのちに結成された司法改革同志会も「改革意見」<sup>(37)</sup>（昭和20年10月）の中で強要された自白の排除を提起した。

「我国大審院は証拠の取捨は裁判官の自由なりとの口実の下に、拷問に依り作成されたる被告人の自白、及び証人の証言を証拠として採用す。これ起訴官が被告及び証人に自白を強要する要因なり。右の如き不条理なる証拠法則は之を改めざるべからず。この声すでに従前より高しと雖も裁判官は改むることを欲せざるなり。」

しかし、弁護士層の主張も、基本的には戦前との連続性を有しており、のちに見るように一定の限界を有していたことも否めなかった。

他方、司法省に設置された司法制度改正審議会は、捜査機関による強制処分権の濫用を防ぐために、捜査官が採取した調書の証拠能力を制限する姿勢を見せた。

たとえば、さきにみた司法制度改正審議会第二諮問小委員会の「犯罪捜査ニ関スル人権擁護ノ具体的方策」（昭和20年12月18日）によれば、検事及び司法警察官は被疑者や証人の訊問を含む強制処分を行うことができることとされた一方で、併せて、「司法警察官ノ訊問調査及聴取書ノ作成ヲ適當ニ制限スルコト」として、司法警察官の調書に限っては証拠能力が制限された。また、捜査上の強制処分権の公正を確保するため、不服の申立、弁護人の選任、刑事補償などと並んで「検事又ハ司法警察官ノ不法ナル行爲ニ因リテ得タル證據書類ハ之ヲ證據トナスコトヲ得ザルモノトスコト」とされた。

同小委員会の審議の中では、警察側の委員から、戦前の人権蹂躪の原因が次のように分析された。<sup>(38)</sup>

---

(37) 法律新報728号（1946）12頁。

(38) 「司法制度改正審議会第2諮問事項関係小委員会（第2回）議事録」（昭和20年12月5日）における小泉梧郎委員の発言（井上ほか・前掲註（1）『制定資料（1）』58頁〔資料15〕）。

「警察官ノ人権蹂躪ノ原因ト致シマシテハ

- 一、裁判デ自白調書ガ證據トシテ過重ニ評價サレルコト
  - 一、検事カラ自白シナイ事件ノ受理ヲ拒否サレ其ノ為留置日数モ長クナルト云フヨウナコト
  - 一、自白ノミヲ證據トスル思想事件ノ多カッタコト
  - 一、検事カラ完全捜査ヲ要求サレナガラ戦時中人員不足疲勞困憊ノ為ニ遂〔ツイ〕無理ヲシタコト
- 等カラ人権蹂躪ノ問題ヲ生ズル様ニナッタノダト思ヒマス」

しかし、実務関係者にとって、戦時法の魅惑はあまりに強かった。たとえば、「戦時司法法規中戦時終了後モ存置スルヲ相当トスル規定調（刑事局関係）」（昭和20年10月31日）と題された資料によれば、次のような規定が列挙されたからである。<sup>(39)</sup>

- 「五 公判調書記載ノ簡易化ノ規定（第二十二條ノ二）
- 六 証人、鑑定人ノ訊問ニ代ル書面ノ提出ノ規定（第二十二條ノ三）
- 七 団体ニ対シ報告ヲ求ムルヲ得ルコトノ規定（第二十三條）
- 八 常習窃盜ノ罪ニ付必要的弁護制ヲ排除スル規定（第二十四條第一項後段）
- 九 聴取書ノ証拠力ノ制限撤廃ノ規定（第二十五條）
- 十 判決書ノ簡易化ノ規定（第二十六條）
- 十一 上告審ニ於ケル書面審理ノ規定（第二十九條）
- 十二 検事ニ対シ略式命令ニ付正式裁判權ヲ認ムル規定（第二十九ノ三）
- 十三 略式命令ニ付正式裁判請求權ノ放棄ヲ認ムル規定（第二十九ノ三）」

---

(39) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』28頁〔資料9〕。

また、「戦時刑事特別法第二章刑事手続規定中刑事訴訟法中改正法律案ニ取入ルヲ可トスルモノ」(昭和21年1月18日)<sup>(40)</sup>においても、ほぼ同様に、①弁護人数の制限(戦特法20条1項)、②公判調書の簡易化(同法22条の2)、③団体に対して報告を求めうること(同法23条)、④公判期日の取調準備のための訊問(同法23条の2)、⑤(旧)刑訴法343条の撤廃(同法25条)、⑥検事が区裁管轄の事件を地裁に提起できるとすること(同法25条の2)、⑦判決書の簡易化(同法26条)、⑧上告裁判所の書面審理(同法29条)、⑨検事に略式命令に対する正式裁判請求権を認めること(同法29条の3)が挙げられた(なお、上記「六」「八」「十三」が姿を消し、①、④、⑥が新たに登場している)。

さらに、「戦時刑事特別法第二章刑事手続規定中刑事訴訟法ノ改正ニ際シ取入ルルヲ可トスルモノ及其ノ取入ニ関スル要綱案」(昭和21年2月2日)<sup>(41)</sup>としてまとめられた文書においても、ほぼ同様に、①弁護人数の制限、②公判調書の簡易化、③検事が区裁管轄の事件を地裁に提起できるとすること、④判決書の簡易化、⑤上告裁判所の書面審理、⑥検事に略式命令に対する正式裁判請求権を認めること、が挙げられている(なお、上記③、④、⑤が姿を消している。とりわけ、⑤の刑訴法343条撤廃の規定が再登場するのは応急措置法の原案となった後掲の「臨時特例法案」からである)。

いうまでもなく、これらの文書には、戦後司法改革と戦時法の連続性が色濃く表現されているように思われる。現に、「…提示された項目の多くは、爾後の制定過程において修正あるいは排除されてゆくのである。しかし、現行法に影響を与えている部分も絶無ではない…」とも説かれて<sup>(42)</sup>いるのである。

司法制度改正審議会の答申が得られた後、具体的な改正法を立案する

(40) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』216頁以下〔資料57〕。

(41) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』245頁以下〔資料67〕。

(42) 松尾・前掲註(1)「制定過程(5)」法協91巻12号(1974)62頁。

動きは司法省刑事局別室を中心に進められることになった。その刑事局別室が作成した「刑事訴訟法中改正要綱案」<sup>(43)</sup>（昭和21年1月26日）においても、戦前の人権蹂躪を反映して「暴行又ハ陵虐ニヨリ被告人其ノ他ノ者ヲシテ供述ヲナサシメタルコトヲ疑ウニ足ルベキ顯著ナ事由アルトキハ其ノ供述ヲ録取シタル書類ハコレヲ証拠トスルヲ得ザルモノトスルコト」<sup>(44)</sup>という規定が設けられた。

## 2. 第二期

昭和21年2月に、マッカーサー憲法草案が発表されると、GHQから「証拠法案」<sup>(43)</sup>（昭和21年4月1日付）として、いわゆる「マニスカルコ案」が提示された。この案は、伝聞法則の意義を詳細に説明したうえで、伝聞証拠を許容すべき場合として、陳述が日常の事務行為に属する過程の遂行中になされた場合、臨終宣言、公的性質の書類及び書籍、宣誓供述中、供述者が死亡、出頭不能等により証言不能な場合その他の訴訟等において宣誓上なした供述等を挙げていた。

もっとも、証拠法の策定について日本側の動きは鈍く、陪審制を採用ことが明示された司法省刑事局「刑事訴訟法改正方針試案」<sup>(45)</sup>（昭和21年4月30日）においても、「刑事訴訟法に証拠法を定める必要があるかどうかを検討すること」とされたに過ぎなかった。

---

(43) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(1)』222頁以下〔資料61〕。

(44) この点に関して、松尾浩也『刑事訴訟法下・新版補正第二版』（1999）42頁は次のようにいう。「…日本国憲法の制定過程からみても、自白に關する右規定（憲法38条2項—引用者）が、アメリカ法の影響を強く受けて成立したことは疑いを容れない。しかし同時に、わが国の中にも、旧刑事訴訟法下の苛酷な捜査活動に対する強い反省が存在した。拷問の禁止（憲三六条）と並んで、暴行陵虐の所為による自白の排除は、アメリカ法の刺激なしにも構想され得たものであり、結局、憲法三八条二項は、日米双方の法思想の協同によって生れたとみるべきであろう」。このような指摘は刑訴法319条1項についても妥当しよう。

(45) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(2)』356頁〔資料11〕。

司法省は当初、証拠法は最高裁規則による方針であったとされるが、司法法制審議会第3小委員会「刑事訴訟法改正要綱試案」(昭和21年8月5日)において、ようやく次のような指針が示された。<sup>(46)</sup>

○刑事訴訟法改正要綱試案<sup>(47)</sup>(昭和21年8月5日)

「第三十二条 証拠能力に関する規定をほぼ次のような趣旨に改めること。

一 証拠は左に掲げる場合を除く外、原則として、公判期日において直接に調べたものに限ることとする。

(一) 公判期日において証拠を直接に取り調べることができない場合又は著しく困難な場合において、これに代る検証調書、訊問調書、鑑定調書、鑑定書又は任意の聴取書その他の証拠書類。

(二) 公務員が職権で証明することができる事実について公務員が作った書類。

(三) 前項の事実について外国の公務員が作った書類であって、その真正なことの証明があるもの。

二 証人その他の者の供述又はその供述を録取した書類は、その供述に際して被告人にその訊問の機会が与えられた場合でなければ、原則としてこれを証拠とすることができないものとする。

(憲法草案第34条第2項参照)

三 証拠とすることについて、訴訟関係人に異議がないときは、一及び二の制限によることを要しないものとする。

四 『強制、拷問若しくは脅迫の下での自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とする<sup>(48)</sup>ことはできない』ものとする。(憲法草案第35条第2項参照)

---

(46) 井上ほか・前掲註(1)『制定資料(3)』301頁〔資料77-1〕。

(47) このような規定は、戦前の陪審法71条及び72条にも見出される。

(48) なお、團藤ファイル欄外メモによれば「(伝聞証拠等はルールによる)」

この試案は、その後、司法法制審議会第3審議会、同総会、臨時法制調査会の審議を経て、昭和21年10月23日の第3回臨時法制調査会総会で「刑事訴訟法改正要綱」として可決された。

上記の「要綱試案」に基づいて、昭和21年8月から9月にかけて策定された刑事訴訟法改正案第1次案は、以下のような証拠法規定を置いた。

○刑訴法改正案・第1次案（昭和21年8月～9月）

「公第23条（新）証拠は別段の定ある場合を除く外、公判期日において直接に調べたものに限る。

公第24条（新）左に掲げる証拠書類は、これを証拠とすることができる。

- 一 公判期日において、証拠を直接に取り調べることができない場合又は著しく困難な場合において、これに代る検証調書、訊問調書、鑑定調書、鑑定書又は任意の聴取書その他の証拠書類
- 二 公務員がその職務上証明することができる事実について、公務員の作った書類
- 三 前号の事実について、外国の公務員が作った書類であって、その真正なことの証明があるもの

別案 左に掲げる証拠書類は、これを証拠とすることができる。

- 一 検証、押収又は搜索の調書及びこれを補完する書類図画
- 二 公務員がその職務上証明することができる事実について、公

---

と記載されていたとされる。また、團藤・前掲註(1)「新刑事訴訟法の構想」14頁〔昭和21年10月4日脱稿〕によれば「(証拠法の問題は)裁判所の規則や判例によって、実際に即しながらだいに詳細な證據法則が形成されてゆくことの方が、のぞましいのである。刑事訴訟法には、證據法の骨組みだけを規定すべきである。」、また、團藤・前掲註(1)「刑事訴訟法の改正について」31頁〔昭和21・11・23脱稿〕によれば「(証拠能力の制限など)さういふこまかい點については、擧げて、裁判所の規則に一任されることになるのである」と説かれていた。

務員の作った書類

三 前号の事実について、外国の公務員が作った書類であって、その真正なことの証明があるもの

四 前三号に掲げる証拠書類以外の証拠書類であって、公判期日において、直接に取り調べることができないもの又は著しく困難なもの

公第25条（新）証人その他の者の供述は、その供述に際して、被告人に、訊問の機会が与えられた場合でなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難であった場合はこの限りでない。

証人その他の者の供述を録取した書類で、公訴提起前に作成されたもの以外のもは、公第24条第1項の規定に拘わらずその供述に際して、被告人に訊問の機会が与えられた場合でなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難であった場合はこの限りでない。

公第26条（新）証拠とすることについて、訴訟関係人に異議がない書類、図画は、公第23条乃至25条の規定に拘わらず、これを証拠とすることができる。」

以上のように、第1次案が直接主義を徹底し、「任意の聴取書」であっても、「証拠を直接に取り調べることができない場合又は著しく困難な場合」に証拠能力を限定していることが特筆される。刑事訴訟法の改正案は昭和22年2月までに第6次案が策定されたが、基本的な考え方に変更はなく、第6次案では次のような規定が置かれた。

○刑訴法改正案・第6次案（～昭和22年2月）

「第364条 証拠は、特別の定のある場合を除いては、公判期日にお



いて直接に調べたものに限る。

第365条 左の書類図画は、これを証拠とすることができる。

- 一 公判調書
- 二 検証、押収又は搜索についての調書及びこれを補充する書類図画
- 三 証人訊問調書
- 四 鑑定書又は鑑定人尋問調書及びこれらを補充する書類図画

前項第3号及び第4号に掲げる書類図画は、被告人が証人又は鑑定人の訊問に際してこれに立会い、且つ当該証人又は鑑定人を訊問する機会を与えられた場合を除いては、同項の規定にかかわらず、これらの書類図画に関し、公判期日において、被告人にその証人又は鑑定人を訊問する機会を与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難であった場合は、この限りでない。

第366条 前条に掲げるもの以外の書類図画は、左のものに限り、これを証拠とすることができる。

- 一 供述を録取した書類で供述者を公判期日において取り調べることができないもの又は著しく困難なもの
- 二 前号に掲げるもの以外の書類図画で作成者を公判期日において取り調べることができないもの又は著しく困難なもの

第367条 証拠とすることについて訴訟関係人に異議がない書類図画は、前2条の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

第368条 証人その他の者の供述は、その供述に際し被告人にその証人その他の者を訊問する機会を与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難であった場合は、この限りでない。」

この第6次案は、規定の形式をみても分かるように、陪審法をモデル<sup>(49)</sup>にしていた。そして、この第6次案をGHQの審査、承認を得て、帝国議会に提出する予定であったが、第92帝国議会が昭和22年3月末に解散することが見込まれたために、同提出は不可能となった<sup>(50)</sup>。そこで、日本側は、急遽、旧刑法に「応急措置」を施すことを試み<sup>(51)</sup>、「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の臨時特例に関する法律案」<sup>(52)</sup>（昭和22年3月7日、以下「臨時特例法案」という）を策定した。立案作業の過程は明らかではない<sup>(53)</sup>が、ここでは、姿を消していた旧刑法343条撤廃の条項が再び姿を現した。

○臨時特例法案（昭和22年3月7日）

「第10条 被告人の請求があるときは、被告人を除く証人その他の者の供述を録取した書類（被告人がその証人その他の者の訊問に際し、これに立会い、且つその証人その他の者を訊問する機会を与えられたものを除く。）又はこれに代わるべき書類については、その供述者又は作成者を公判期日において訊問する機会を被告人に与えなければ、

---

(49) 野木ほか・前掲註(1)『新刑事訴訟法概説』5頁参照。

(50) この点、團藤によれば、GHQから訴因制度の採用を強く示唆されたため、法案提出が困難になったとされる。團藤ほか・前掲註(1)「座談会・刑事訴訟法の応急措置法について」70頁参照。

(51) この応急措置法の策定は日本側からの自発的な提案のようである。応急措置法案を審議した特別法案改正委員会第10回会議（3月15日）において、GHQ側が「本刑事訴訟法改正は、憲法施行上不可欠のものであるか」と日本側に問う場面があり、日本側は「さようである」と答えている（松尾・後掲註(52)「制定過程(20)」118頁参照）。

(52) 松尾・前掲註(1)「制定過程(20)」法協97巻5号(1980)106頁以下。

(53) この点、団藤メモによれば「一九四七・三・六一七、野木、横井、勝田、宮下、栗本、団藤」と記入されており、これが法案作成の日、および立案関与者を示すものとされる。松尾・前掲註(52)「制定過程(20)」128頁註(1)。

これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず又は著しく困難な場合は、この限りでない。

刑事訴訟法第三百四十三条の規定は、これを適用しない。」

その後、日本側案とGHQ案（3月13日・特別法案改正委員会第8回会議で提示<sup>(54)</sup>）が折衷され、GHQ案に示されていた「但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、裁判所はこれらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる」という但書が挿入された。また、憲法38条をくり返した規定も挿入された（3月15日・特別法案改正委員会第10回会<sup>(55)</sup>議）。こうして、「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」（昭和22年3月31日）が制定された。

#### ○応急措置法（昭和22年法律76号）

##### 「第10条

- 1 何人も、自己に不利益な供述を強要されない。
- 2 強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若し

---

(54) 松尾・前掲註(52)「制定過程(20)」122頁参照。また、渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」304頁以下も参照。なお、この第8回特別法案改正委員会の出席者は、GHQからオブラー、ブレイクモア、マイヤース、日本政府（司法省）から谷村唯一郎次官、佐藤藤佐刑事局長、野木新一刑事局総務課長、宮下明義、栗本一夫、横井大三各刑事局事務官、大審院から長野長良大審院長、宮城実（部長）判事、根本松男判事、検事局から福井盛太検事総長、竹内寿平大審院検事、馬場義統東京控訴院検事など約20名であったとされる（松尾・前掲註(52)「制定過程(20)」110頁）。

(55) 松尾・前掲註(52)「制定過程(20)」124頁参照。なお、團藤によれば「（応急措置法）第10条の規定も、私の発案によるものでした。」とされる。もっとも、議事録によれば「第十条と第十一条との間（いずれも応急措置法案の条文番号—引用者）に、憲法第三十八条のくり返しを入れて貰いたい」というGHQ側の要請に対して、日本側（司法省）が「それを入れることに異議はない」と答えている。

くは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない。

- 3 何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない。」

「第12条

- 1 証人その他の者（被告人を除く。）の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類は、被告人の請求があるときは、その供述者又は作成者を公判期日において訊問する機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、裁判所はこれらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる。
- 2 刑事訴訟法第343条の規定は、これを適用しない。<sup>(56)</sup>

ここで注意しなければならないのは、第6次案と応急措置法との証拠法規定の差異である。第6次案は、陪審法の規定を参照して口頭主義を徹底していたが、応急措置法は「応急措置」であるためか、旧刑訴法<sup>(57)</sup>第343条の適用を排除しているからである。

---

(56) この応急措置法の実際の運用は解釈と行政指導に委ねられることになった。たとえば、大学書房編『増補検察実務例規集成』（1948）、司法省刑事局『刑訴応急措置法質疑解答集』（司法警察官吏訓練資料第40巻・1947）所収の通牒など参照。

(57) 応急措置法と第6次案との差異について、小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」235頁は、次のように評価する。「…刑訴応急措置法には不十分な点が多々あった。それらの中には第六次案よりも後退しているものがあることを考えれば、『全面改正によって事態が激変することにそなえての、いわば緩衝地帯をかたちづくるもの』（団藤重光）との評も一応は成り立つようにもみえる。しかし第六次案より前進している点が少なくないことを考えると、その不十分な点は『緩衝地帯』をつくろうという立案者の英知の所産というよりはむしろ刑事手続改革の限度設定の努力の所産とみるべき面が多いのではないかと思われる。」

この応急措置法において、旧刑訴法343条が撤廃された理由としては、次のように説かれている。

「…公判期日において訊問する権利を認める以上、その供述録取書類が法令により作成された訊問調書であると否とにより證據能力に差別を設ける理由がない。従って第一二條第二項は『刑事訴訟法第三四三條の規定は、これを適用しない』と定め地方裁判所の事件についても聴取書の證據能力を認めた。然しながら右は被告人を除く證人その他の者の供述録取書類又は代替書類についてであり、被告人（被疑者）の供述録取書類につき刑事訴訟法第三四三條の適用が廢止された理由はこれと異なるものがある。即ち新憲法及び應急措置法の下においては自白の強要禁止が宣言され且つこれは自白の證據能力及び證據價値の制限により強く擔保された（憲法第三八條措置法第一〇條）。この結果裁判官は従前よりも一層用心深く極めて細心に自白の證據能力及び證據價値を検討しなければならず、若し少しでも憲法に違反し自白を強要した疑いの存するものについては敢てその證據價値を認めないであろう。従って地方裁判所の事件についても被告人に對する聴取書に證據能力を認めて何等實質上の弊害もなく且つ不合理も存在しない。これ即ち被告人の供述録取書類についても亦刑事訴訟法第三四三條の制限が撤廢されるに至った理由<sup>(58)</sup>である。」

このように、上記の説明によれば、被告人以外の供述録取書類等については公判期日での反対尋問権（より正確に言えば「反対尋問の機会付与請求権」<sup>(59)</sup>）を根拠に、他方、被告人の供述録取書類については自白法則及び補強法則の担保を根拠に、それらの証拠能力が全面的に解禁され

(58) 高橋一郎『新憲法下における刑事訴訟法解説—応急措置法を中心として—』（1947）109・110頁。

(59) 「最高裁判所臨時刑事委員会決議」前掲註(56)『増補檢察實務例規集成』136頁の質疑二九参照。

たわけである。戦時刑事特別法が昭和21年1月に廃止されたのち、日本国憲法の施行まで、一旦、旧刑訴法が適用されていたが、応急措置法の施行に伴い、書面の証拠能力は再び戦時刑事特別法の線に戻った。<sup>(60)</sup> 最高裁の次のような決議もそれを示している。

「二六． 刑訴応急措置法第十二條第二項の規定ができた結果、同法の施行前に作成せられた聴取書をも新地方裁判所に於て（殊にその合議體に於て）罪證に供し得るか。…

決議一 五月三日以後は罪證に供して差支ない。但し之を罪證に供する為には、同條第一項の規定によって反對訊問の機會を與えた上でなければならぬ。<sup>(61)</sup>」

応急措置法12条1項但書がいう「被告人の憲法上の權利を適當に考慮する」という意味は、次のように理解された。

「四九． 應急措置法第十二條第一項但書中に『被告人の憲法上の權利を適當に考慮する』というのは、具体的にどうすることを意味するか。…

決議一 例えば（1）證人を公判廷外で臨床訊問し、これに被告人或はその弁護人を立会わせ、反對尋問の機會を與えた場合。（2）檢察官、司法警察官等がその證人、共同被疑者等の取調に当該被告人（又はその弁護人）を立会わせ、反問の機會を與えていた場合。（3）従前の手続で当該被告人と證人その他の者が、対

---

(60) 團藤・前掲註(1)「刑事新立法について(二)」24頁も、「…被告人が被疑者であったときに作成された被疑者訊問調査または聴取書を証拠にするについては、その作成者を訊問する機會を被告人にあたえなくてもよいのである。」「…被告人の供述を録取した書類で訊問調査以外のもの、たとえば被疑者にたいする聴取書も、刑訴第343条の制限によらず、全面的に証拠能力をみとめられることになるのである」と説く。

(61) 「最高裁判所臨時刑事委員会決議」前掲註(56)『増補檢察実務例規集成』135頁。

### 刑事証拠法の比較歴史法研究（3）

質訊問（刑訴204條参照）せられていた場合などには、被告人の憲法上の権利が適當に考慮せられているものと云える。

なお、被告人か或はその弁護人の一方だけがその取調に臨席し、反問の機会を與えられて居ればそれで足るであろう。<sup>(62)</sup>

他方、被告人の供述録取書類も、次のように「任意」でありさえすれば、証拠として許容されることになった。

「四〇． 五月三日以後、裁判所の被告人訊問はいかに行うべきか。

決議一 新憲法第三八條第一項によると、被告人を證據方法として罪責の有無を糺明せんが為に、推問追究することは許されない。故に意見辯解を聴取する趣旨で發問をなすに止むべきである。なお、斯かる發問に対して、被告人が自發的になした供述乃至犯罪事實の告白は、之を證據となしうることを俟たない。要之、被告人を證據方法として糺問することはいけませんが、被告人が進んで證言（英米流の表現）或は證據資料を提出することは妨げない—否歡迎すべきである。<sup>(63)</sup>…」

---

(62) 同上147・148頁。宮下・前掲註(1)『刑事訴訟法講義』129頁は、現行刑法320條以下の規定について「…伝聞証拠を認めるときは、被告人から反対尋問の権利を奪うことになるという理由により、英米法は、これを否定するのであるが、新憲法も第三七條第二項以下でこの考え方を受けており、そこで被告人の反対尋問権の尊重と眞實発見のための手段確保の二つの要請を適當に考慮して本條以下の規定が設けられたのである」とする。この点、GHQが提案した「その機会を與えることができず、又は著しく困難な場合には、裁判所はこれらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適當に考慮して、これを証拠とすることができる。」という応急措置法12條但書の規定を、「柔軟な合理性」と解し、裁判員裁判などを含めたこれからの刑事司法の運用指針としようとする見解もみられる。渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」328頁以下参照。

(63) 同上143頁。

応急措置法10条の規定は、憲法38条を引きうつしたものであり、のちに現行刑訴法319条にも引き継がれていくものであるが、「任意」でありさえすれば証拠とできるという意味で、戦前の聴取書採用における「任意性」判断を明文化したにすぎなかったともいえる。

こうして、応急措置法においても「戦時法の残照」を遮断することができなかつた。これらの規定が捜査官に有利であったことはいうまでもなからう。<sup>(64)</sup>そして、応急措置法の証拠法規定は、その後の日本側の基本線となるのである。<sup>(65)</sup>

刑訴法の制定作業は、応急措置法の運用改善と併行して、その後も引き続き行われた。昭和22年7月から行われた「刑訴改正懇談会」においては「訴訟書類の証拠能力は、応急措置法程度とすること」という結論

---

(64) 團藤重光ほか・前掲註(1)「座談会・刑事訴訟法の応急措置法について」85頁によれば、「…この条文は検察官にも有利だったと思われます。…この条文では、被告人の供述調書は聴取書でも証拠とできるということになるのです。…ですからこの点では、旧刑訴時代よりも検察官作成の供述書類が証拠力を授与されたということになるのではないかと思います。」(高橋正八発言)、「…応急措置法の12条ですか、これが検察官に非常に有利なのですよ。ぼくはこの程度で良いのじゃないかということを非常に主張してきたわけなんですけれども、だから、『応急措置法のほうが出来が良いのじゃないか』という議論もあるわけなのですよ。それは今の12条辺りのことを言っているのではないかと、私はそう思うのですけれども。」(山本清二郎発言)、「私は、応急措置法というのは旧刑訴から新刑訴に移る過渡期の法律としては非常に良く出来ていると思いますですね」(高橋正八発言)とされる。

(65) 横井大三「総説」團藤重光責任編集『法律実務講座刑事編第八巻・証拠法(1)』1737頁も「現行刑訴321条1項1号又は2号を違憲とする学説はあるが、刑訴応急措置法12条1項を違憲とするものは殆んど見当たらない。その意味で、この規定は、その後の裁判の実務及び立法を指導したものであるということができよう」とする。小野・團藤ほか・前掲註(25)「座談会」〔團藤重光発言〕47頁も、現行刑訴法の証拠法と憲法37条との関係は「大體應急措置法の線」にそっているとする。



に至ったとされる。<sup>(66)</sup>第7次案、第8次案を経て、昭和22年10月15日、日本側の最終案である第9次案（「10月草案」ともいう）が策定された。第9次案の証拠法規定は以下の通りである。

○刑訴法改正案・第9次案（昭和22年10月15日）

「第257条 証人その他の者（被告人を除く。以下同じ。）の供述（裁判官の面前における供述を除く。）を録取した書類で公訴の提起後に作成されたものは、これを証拠とすることができない。但し、公判期日において尋問することができず、又は著しく困難な者の供述を録取した書類は、この限りでない。

第258条 証人その他の者の供述を録取した書類（前条の規定により証拠とすることができないものを除く。）又はこれに代わるべき書類は、その供述者又は作成者を公判期日において当該事件について判決をする裁判官の面前で尋問する機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない。但し、その機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、これらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる。

前項の規定は、左の書類については、これを適用しない。

- 一 公務員がその職務上証明することができる事実について、公務員の作った書類
- 二 前号の事実について外国の公務員が作った書類でその真正なことの証明があるもの

第259条 証拠とすることについて被告人に異議がない書類、図画は、前2条の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。公判手続の更新前に被告人に異議のなかったものについても、同

---

(66) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」306頁及び308頁註(18)参照。

様である。

第260条 強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない。

被告人に、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない。」

この第9次案も、応急措置法の運用実績をふまえ、応急措置法とほぼ同じ内容の規定を維持しようとしたものであった。<sup>(67)</sup> 上記のように、第9次案の証拠法規定は、①「証人その他の者…の供述…を録取した書類で公訴の提起後に作成されたもの」(257条)、②「証人その他の者の供述を録取した書類(前条の規定により証拠とすることができないものを除く。)又はこれに代わるべき書類」(258条)、③「被告人に異議がない書類、図画」(259条)に整序され、被告人の捜査段階の調書に関する規定は、憲法38条に類似した260条を数えるに過ぎない。<sup>(68)</sup>

以上のように、第二期における証拠法規定の変遷については、応急措置法以前と以後で顕著な断絶がみられる。すなわち、応急措置法以前(第6次案まで)は陪審法の証拠法規定を参照していたのに対し、応急措置法以後(第9次案まで)では応急措置法の証拠法規定が基本線に置かれていたからである。そして、この最終案をもとに、日本側とアメリ

---

(67) 野木ほか・前掲註(1)『新刑事訴訟法概説』7頁参照。松尾・前掲註(1)「証拠法の一断面」4頁も「この原案は、昭和二二年五月から施行されていた刑訴応急措置法一二条一項とほぼ同じ内容の規定を維持しようというものであった」とする。

(68) この第9次案の証拠法規定について、小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」253頁は、「戦前から在野法曹が一貫して要求してきたものに検事や司法警察官の聴取書の排除があり、この要求が直接主義または伝聞法則の理論的根拠に支えられながら刑訴法改正作業に不十分ながら入り込んでいた」とする。

カ側は本格的な折衝に入ることになるのである。

### 3. 第三期

第三期は、刑事訴訟法改正小審議会（昭和23年3月23日～4月5日）を経て、刑事訴訟法改正協議会（同年4月12日～5月5日・計16回）において改正案の原案が確定された時期をさす。

まず、3月下旬の刑訴法改正小審議会において、GHQ側は、検察官の司法警察職員に対する指揮権及び懲戒罷免勧告権の規定（第9次案116条・167条）、捜査に必要な取調に関する規定（同171条）を批判し、被疑者取調の際の黙秘権告知（同172条参照）、起訴勾留の延長を10日に制限すること、緊急逮捕しうる犯罪をしほり準現行犯を削ること、予備審問の設置、公判廷自白に補強証拠を必要とすることなどを要求した。<sup>(69)</sup> それに対し、日本側は抵抗を示し、議論はのちの刑訴法改正協議会に持ち越されたとされる。

このような議論を経たのち、刑訴法改正協議会において本格的な協議が進められた。<sup>(70)</sup> 証拠法もこの日米の協議会において議論された。

オプラーの回想によれば、「連合国の代表者たちは、一方において、刑法の厳格な執行における国家の利益を強調する検事、他方において、自由人権協会の代表者と共同して個人の権利を強調する弁護士、というような異なった日本人グループ間の論争における仲裁者としての役をも、

---

(69) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」246頁以下。

(70) 委員は、GHQ側がオプラー、マイヤース、ブレイクモア、アップルトン、日本側が、当初、真野毅、島保（以上裁判所側）、橋本乾三、馬場義統（以上検察側）、木内曾益、国宗栄（以上法務庁側）、円山田作、江橋活郎（のち鈴木勇、以上弁護士側）、團藤重光、斎藤金作（以上学界）らであったが、間もなく自由人権協会の代表者も加わり、時に斎藤悠輔（裁判所側）、福井盛太、安平政吉（以上検察側）、兼子一、大室亮一（以上法務庁）らも出席したとされる。法務府検務局・前掲註(1)『新刑事訴訟法制定資料（一）』4頁など参照。

時折、つとめた。もとより、裁判官らの意見は、司法部の威信を高め、かつ、裁判所を仕事の過重な負担から解放しようとする動機から出たものであった<sup>(71)</sup>とされる。

議論のたたき台となったのは第9次案をもとに策定された「プロブレム・シート」であり、これが日本側に提示され、これをもとにして日本側とGHQとの折衝が開始された<sup>(72)</sup>。そして、この折衝の過程で、証拠法に関する規定は2回に亘って大幅に修正された。

まず、GHQは、次のような勧告を作成し、同年4月17日の第4回協議会<sup>(73)</sup>に提出した。

「第10問 司法警察職員の訊問、取調及びその作成書類の証拠能力

問題 司法警察職員が行う訊問及び取調べについては、如何なる規定を設くるのが正しいか。又彼等の手続において作成された書類は公判において如何なる条件の下に証拠として使用を認むべきであるか。

理由 ガヴァメント・セクションは長い研究の結果、左に掲げる基本原則が検察官及び司法警察職員の行う訊問及び取調べ並びに彼等が録取した証言を公判において使用することについて設けられねばならぬと提案する。

一 如何なる場合においても、検察官、司法警察職員は、被告

---

(71) A・C・オブラー・前掲註(28)「連合国占領下における日本の法制度および司法制度の改革」52頁。

(72) プロブレム・シートについては、法務府検務局・前掲註(1)『新刑事訴訟法定資料(一)』及び横井・前掲註(1)「新刑事訴訟法定資料」参照。

(73) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」254頁以下。また、渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」310頁以下、GHQ/SCAP, LS-11902, Code of Criminal Procedure, Record of Proceedings, 17 April 1948。(国立国会図書館憲政資料室所蔵のGHQ/SCAP文書。原所蔵機関は米国国立公文書館。以下同じ)も参照。

人、被疑者その他の何人に対しても質問に答えることを強制し得ない。検察官、司法警察職員の取調の段階においては、被訊問者は何時でも答を拒絶することができ、又逮捕されていないときには退出することができる。

二 検察官、司法警察職員は捜査すべき事件に関して知識を有する人に対し任意の出頭を求め質問に答えて貰うことができる。この訊問で作成した供述録取書類は、できればこれを整備し、その者に閲読せしめ誤謬を補正せしめる。

三 検察官、司法警察職員の作成した尋問調書は如何なるものであっても証人の供述を録取した証拠として法廷に提出し得ない。又これを起訴と共に又は起訴状に関連して提出することもできない。但し、その証言をなした証人が出頭し得ない場合にのみ、これを証拠の目的に提出することができる。（茲に出頭し得ない場合とは、証人が裁判所、受命又は受託裁判官の前に出頭し得ない場合を含む。）

四 捜査すべき事件について重要な事項を知っていると明らかに認められる人が任意の供述を拒否する場合には、検察官は裁判官に対して、この人を証人として召喚し訊問の上証言を録取することを求めることができる（証拠保全）。この請求を受けた裁判官は証人訊問の必要に関して検事の意見を聴かなければならない。

五 公判前に判事に訊問される証人には、一般の証人と同様のすべての特権と保障が与えられ、証言をしない場合には一般の刑罰が科されなければならぬ。この証人調は公開しない。

六 検察官、司法警察職員は、犯罪捜査中証人又は被疑者の身体を検査する必要を認め且つこれらの人が任意の検査に応じない場合には、裁判官に対し身体検査令状を求めることができる。裁判官はこの令状を発する前に検察官又は司法警察職

員より身体検査の必要に関し意見を聴かねばならない。と同時に被疑者側の反対意見を聴くことについても合理的な努力をしなければならない。

身体検査令状は、検察官又は司法警察職員がこれを執行しなければならない。なお裁判官は別に立ち会うべき医師等を指定することができる。

身体検査令状の執行に対する抵抗は召喚に関する抵抗と同様に処罰する。

勧告 刑事訴訟法の本文中に右の原則を実行するに必要な修正を施す。第257条、第258条の変更が必要と思われる。」

上記のように、プロブレムシート「第10問」は、原則として、捜査機関が作成した尋問調書の証拠能力を否定し（第10問の三参照）、一定の場合に裁判官に請求することで証拠保全を認めた（第10問の四）。いうまでもなく、第9次案の証拠法規定よりもはるかに厳格な要請であるといえる。この第4回協議会の議論は、捜査機関の尋問調書の証拠能力を否定した「第10問」の三に集中した。大要、次のような議論があったとされる。

「この勧告に対する日本側出席者の大方の意見は、目標としては望ましいが実際問題としては実現不可能であるというものであった（馬場義統、橋本乾三、国宗栄、真野毅、齊藤金作）。また円山田作は、検察官調書は認めるが警察官調書は排除するという折衷案、団藤重光は、ルールに譲り時機をみるという案、真野毅は、聴取書を裁判所に出すことを認めるが被告人側から異議が出されたら排除する、予断を抱いてはならぬ旨の訓示規定を設けるとする案、国宗は、検事の裁量に委ねるという案などを出した。これに対しオプラーは、調書中心の裁判手続の下で裁判官をした自己の経験をひきつつ中世糺問主義的手続を克服すべきことを説いた。<sup>(74)(75)</sup>」

(74) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」255頁。この点、松尾・前掲註(1)「証拠法の一断面」4・5頁によれば、当時の協議の様子が次のように要約されている。「4月17日の会議において、アメリカ側は、『警察官・検察官の記録は証言として使うことはできない』と述べ、日本側は、証人中心主義では訴訟が遅延し、また実体法と手続法とのギャップが増大し、さらに選挙違反や賄賂罪の処罰が困難になるという理由をあげて、これに反論した。(原文改行) アメリカ側は、検察官や警察官の調書を裁判官が『山のように読んでおいて』証人や被告人を尋問するのでは、『中世の糾問主義と変わらない』し、『憲法37条に十分審問する機会を与えるところが根本原理じゃないか』と述べ、日本側の立論を厳しく批判した。しかし、日本側の熱心な説得が続き、やがてアメリカ側も態度を軟化した。日本側の主張の重点は、検察官に対しては真実を語った証人ないし共同被告人が、公判廷では必ずしも真実を述べないというところであり、あわせて、検事調書と警察の調書とは差等を付して然るべきだということが—とくに検察官以外のメンバーから—強調された。その結果、4月23日の段階でアメリカ側から提出された修正案は、次のように、検察官面前調書に関する規定を含むものになったのである」、(こうして)「当初、捜査書類の排斥に熱意を示したアメリカ側法律家が、ある程度までその方針を緩和し、とくに、検察官調書の優遇に踏み切った」。また、渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」317頁も参照。

(75) なお、アメリカ側の資料によれば、4月17日の協議の様子が次のようにも説かれている。(GHQ/SCAP, LS-11916, Code of Criminal Procedure, Conference Discussion: Problem 10, 17 April 1948.)

「馬場氏は、一般原則には賛成であるが、犯罪集団の事件 (gangster cases) における供述獲得の困難性を含む訴訟の遅延、及び窃盗罪の有罪判決には認識的故意 (knowledge) の立証を要求するといった、実体刑法の運用において一定の規定を変更する必要性を理由に、現在の日本において適用することはできないと思うと述べた。

橋本氏も馬場氏の検察官の立場からの意見を補強し、多くの市民が証言しなければならない、会計処理を含む事件 (cases involving accounting) に存在する困難性を指摘した。彼は、被告人が望んだ証人を呼ぶ権利の保障は、現在の日本法では、実践可能な限りにおいてなされなければならないと述べた。… (中略) …

鳥判事及び真野判事も、原則には賛成したが、馬場検事及び橋本検事によって挙げられたような実務上の理由から、この計画は現在においては実施することができないと述べた。

このように、応急措置法の実務（その実質は戦時刑事特別法の運用）に慣れた捜査側が、必死に抵抗したのはある意味当然であるように思われる。日本側は「現在の状況」を引き合いに出して、口頭主義を徹底しようとしたアメリカ側の提案を回避した。

次に、GHQは、4月19日の第5回協議会に次のような勧告を提示した。<sup>(76)</sup>

「第5問 法廷外の供述を証拠として使用する場合の基準

参照 257, 258, 第2問及び第10問（理由3）

問題 公判前になされた証言或は陳述を録取した書類を刑事の公判において使用することについては、いかなる基準を設くべきであるか。

理由 公判において口頭でなされる証言は、大多数の場合公判廷外においてなされる証言を録取した書類による証言よりもより完全な形式の証拠である。而して口頭の証言は証拠の価値即ち信憑力を検討するのに書面の証言よりもより十分の機会があるから、証拠提出の方法として優先権を与えられるべきである。故

---

国宗氏も、同様に、原則には賛成したが、即時の適用には反対した。為されうる殆どのは部分的な履行に止まる、と述べた。

斉藤教授及び團藤教授もまた、原則には賛成したが、現在の状況下では全面的な改革は不可能であることを認めた。

円山氏〔訳註：原文ではMoriyamaであるが、誤記と思われる〕も、原則には賛成したが、その原則の適用は現在においては不可能であると思うとした。しかしながら、彼は、少なくともこの実現に向けて第一歩を踏み出すべきであるとも述べた。捜査記録の使用は検察官に限られるべきであり、決して司法警察職員（the judicial police）にまで及ぼすべきではない、と述べた。〕

(76) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」256頁。また、渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」309頁以下、GHQ/SCAP, LS-11902, Code of Criminal Procedure, Record of Proceedings, 19 April 1948. も参照。



### 刑事証拠法の比較歴史法研究（3）

に証言録取書類は、その供述者を証人として使用しうる限り公判において使用さるべきではない。

勧告 前掲参照条文及びこれに関する改正案中の他の条文は左の基本原則に従って改定さるべきであることを勧告する。

一 公判前に保全された証言を録取した書類或いは人の供述を録取した書類（検察官又は司法警察職員の訊問の記録を含む。）は、刑事裁判においては、証言又は供述を記録された者が公判期日において死亡又は国外に居る時又は身体の故障、心神喪失により証人として裁判官に訊問され得ないときでなければ使用することができない。

二 この一般原則は、公判手続中に証人として受命又は受託裁判官の面前で訊問された証人の証言の記録には適用しない。蓋し、かかる証人は、（第2問の特例により）公判廷においても訊問し得ないものであったからである。又戸籍謄本の如く一定の公務員の作った記録又は外国領事により証明された書類等事実の存在を記録し、かかる事実の存在を公証する書類を作る任務を有する公務員によって適法に認証された書類についても、この原則は適用されない。（第258条第2項参照）

三 右の一般原則にかかわらず、被告人において証拠とすることに異議のない書類は証拠とすることができる。（第259条による）」

上記のように、プロブレムシート「第5問」も、同「第10問」と同じく、捜査機関の作成した証言録取書類の証拠能力を原則として否定し、「公判期日において死亡又は国外に居る時又は身体の故障、心神喪失により証人として裁判官に訊問され得ないとき」に限って例外的にその証拠能力を認めている（第5問の勧告一参照）。この第5回協議会では、次のような議論があったとされる。

「この勧告に対し、橋本乾三と馬場義統は強く反対したが、兼子一は、『この際思い切って変えた方がよい。実情が困るから待ってくれと言うことは理由にならぬ。私は第10問も第5問も大体このままでよいと思う。唯第5問では、捜査官の調書も、反対尋問ができるならば証拠となし得ることとした方がよいと思う。その点では改正案（10月草案—筆者註）の方がよいと思う』と述べてこれを支持した。円山田作は、とくに警察聴取書が問題であることを指摘してその排除が当面の課題だとしたが、その他の検事調書等については実現困難であり2、3年間の準備が必要であるとした。団藤重光は、ほぼ兼子と円山の意見にそいつつ、司法警察官調書の証拠能力は否定した方がいいが検察官調書は補充的に反対尋問の機会を与えた場合には証拠能力を認めてよいと主張した。（原文改行）このような日本側関係者の意見に対し、オブラーは、総司令部の案が決して革命的な案ではないことを強調し、アングロサクソンのやったことが何故できないのか、と迫った。<sup>(77)</sup>」

なお、この第5回協議会の席上で次の四が追加された。<sup>(78)</sup>

「四 被告人の爲した不利益な供述は検察官に述べたことでもそれを公判に使うことができる。」

GHQは、以上の論議をふまえて、その勧告を整理し日本側に提示した<sup>(79)</sup>（「第1次修正案」<sup>(80)</sup>）。

---

(77) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」256・257頁。また、渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」317頁、GHQ/SCAP, LS-11916, Code of Criminal Procedure, Conference Discussion: Problem 5, 19 April 1948. も参照。

(78) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」256頁。

(79) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」257頁以下。なお、この「第1次修正案」は4月23日の協議会ではじめて検討されたようである。GHQ/SCAP, LS-11902, Code of Criminal Procedure, Record of Proceedings,

○第1次修正案

「第5問及び第10問の修正（1）」

参照 以下に述べる理論は第5問及び第10問に代わるものである。

理由 我々 GS は次の如く提案する。即ち検察官及び警察官の取調、裁判官の前における公判前の証言、起訴及び公判前に為された諸資料（記録並びに供述）を公判において証拠として使用することについては、左の諸原則が適用されねばならない。

之等の原則と矛盾せざる限り、刑事訴訟法改正案の規定はその適用を存続するものである。

一 検察官並びに警察官の取調

1 検察官又は警察官は犯罪捜査中被告人、被疑者、又は事件の知識を有すると信ぜられる者に対し訊問に答えるよう要求することができる。すべての被訊問者は答を拒絶する権利を有し、若し逮捕されていない場合には何時でも退去することができる。検察官又は警察官の尋問中なされた供述については、訊問調書を作成し、何時でも出来れば、之を被訊問者に閲読のため及び誤謬なきことの認証を筆記せしめるために提出する。

2 略〔身体検査〕

二 裁判官が録取する公判前の証言

1 犯罪の捜査に関し欠くべからざる知識を有すると明かに認められる人が検察官、警察官に対し任意にその知識を提供することを拒否する場合、検察官は裁判官に対して、その人を証人として召喚し、之を訊問し、証言録取書を作成するよう、請求することができる。

---

23 April 1948. GHQ/SCAP, LS-11916, Code of Criminal Procedure, Conference Discussion: Problem 5 and 10, 23 April 1948.

(80) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」311頁以下。

かかる請求を受けた裁判官は訊問の必要性に関し検事の意見を聴かなければならない。

- 2 任意に知識を提供した者が、公判で証言する際、前の供述を撤回し又は変更する虞ある圧迫を受けると信ずべき理由のある場合で、しかもかかる証言が有罪判決を得るために緊要と思われる場合には、検察官は裁判官に対しその者を証人として召喚し、之を訊問し、その証言録取書を作成するよう、請求することができる。

かかる請求を受けた裁判官は訊問の必要に関し検事の意見を聴かなければならない。

- 3 被疑者又は弁護人の証拠保全を要求する権利は変更せず、そのままとする。
- 4 公判前に裁判官に訊問される証人には、一般の証人と同様のすべての特権と保障が与えられ、証言をしない場合には、公判中の証言拒否と同様、処罰を受ける。
- 5 裁判官は必要と認める時は、公判前の証人訊問を判事室で行うことができる。

### 三 起訴（略）

- 四 公判前に為された証拠資料（供述並びに調書の類）を公判廷において使用すること。

#### A 裁判官の前で録取された供述の使用。

- 1 被告人（又はその弁護人）及び検事が同意する場合には裁判所は裁判官が公判前にとった供述の記録を、公判廷の時証人の出頭がなくとも、事実認定の基礎として、使用することができる。

裁判所は裁判官が公判前にとった供述の記録を次の場合には常に事実認定の基礎として使用することができる。

- a 証人がその供述を公判のときに再び述べることで

### 刑事証拠法の比較歴史法研究（3）

きない場合（即ち、証人が死亡し、又は日本国外に在り、又は肉体的、精神的に無能のために証言し得ないとき又は証人の所在が不明のとき）。

b 証人が公判の時、以前に述べた供述と異なった供述をしたとき。

#### B 警察官及び検察官の訊問調書の使用。

1 被告人が同意する場合には、検察官は公判において、検察官又は司法警察職員が作成した起訴前の訊問調書を証拠として提出できる。裁判官はかかる証拠を事実認定の基礎として使用することができる。

2 証人が公判において、前に検察官の訊問調書中になしたと伝えられる供述と反対の、若しくは重大な点で異なった証言をした場合には、検察官の訊問調書は必ず証拠として提出されなければならない。裁判所は特別な状況が存在するがためにかかる以前の供述が公判においてなされた証言よりもより信用できると認める場合には、かかる証拠を事実認定の基礎として使用することができる。

#### C 被告人の自己に不利益な供述の使用。

1 被告人の自己に不利益な供述を記載した記録又は（此の種の供述に関する）口頭の説明は、何時又は誰にその供述がなされたかということに関係なく、公判の時、証拠として提出することができる。裁判所はかかる証拠を事実認定の基礎として使用することができる。

#### D 証人の供述の使用。

1 被告人（又はその弁護人）及び検察官が同意し裁判所の承諾のある場合には、在る者が証人として出頭すればなすと予想される証言に関する協議書を証拠として提出することができる。かかる証拠の提出は、被告人、検察

官又は裁判所がその者のなした供述の正確さを争う権利を侵害するものではない。

2 証人として取調ができない者のなした供述を記載した記録又は（此の供述に関する）口頭の説明は、若しも、その供述が事件の決定に極めて重要であるという立証及び、その供述を裏書きする状況が存在するという何等かの立証と共に提出されるならば公判において証拠として提出できる。裁判所は此の証拠を事実認定の基礎として使用することができる。

3 証人の供述を記載した記録又は（この供述の）口頭の説明で公判における同人の証言の重要な部分に一致せず且つその証人が説明できないものは、公判において証拠として提出できる。裁判所はかかる証拠を証人を信用すべきかどうかを決定するために使用することはできるが（それ以外の）事実認定の基礎として使用することはできない。

E 記録並びに口頭説明を証拠として受理すること。

1 検察官、司法警察職員又は其の他の如何なる者になされたとを問わず、供述を記載した記録又（供述に関する）口頭の説明を証拠として受理する前に、裁判所はその供述がなされ又は録取された時の状況を調査せねばならない。自白は、若し任意でなく為されたことが判明した場合にはこれを証拠として受理してはならない。」

上記のように、「第1次修正案」は、捜査機関が作成した調書の証拠能力を解禁し、かつ、裁判官調書、検察官調書、警察官調書の証拠能力に差異を付している点に特徴がある（上記・四参照）。とりわけ、協議の結果に鑑み、検察官面前調書に特別の配慮がなされたことに注意すべ

きであろう。また、「前の供述を撤回し又は変更する虞ある圧迫を受けると信すべき理由のある場合」にも証人尋問請求を認めた（上記・二の2参照）。

4月24日の第9回協議会では、とりわけ「第1次修正案」の四のCが問題となった<sup>(81)</sup>。この第9回協議会では、次のような議論があったとされる。

「この協議会で問題となったのは、四のC、即ち被告人の不利益供述の証拠能力であった。被告人の不利益供述の証拠能力を、任意性がありさえすれば一律に認めようとするオプラーに対し、円山田作と江橋活郎は批判した。とくに円山は、『この一項を設けたばかりに是迄のGSの苦心が逆戻りしたのではないか』と批判し、とくに警察官作成の自白調書を排除すべきことを主張した。また江橋活郎も同様の主張をした。この批判に対しブレイクモアは、自白はまず任意性が審査される点をあげ、さらに自白調書の証拠能力を認めるのは検事の便宜をはかるためだとした。これに対して円山は、警察が拷問を加えて調書を作っている実情を指摘し、団藤重光の共鳴を得ている。団藤は、警察での自白の任意性は積極的なものであることを要する旨を明らかにする必要があると主張した。（原文改行）これに対し橋本乾三、木内曾益、馬場義統は修正（一）四Cを支持し、島保も同様であった。そしてオプラーは、自白の任意性を四Eで厳格にしほることにして論議の収束をはかった<sup>(82)</sup>。」

(81) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」260頁、GHQ/SCAP, LS-11902, Code of Criminal Procedure, Record of Proceedings, 24 April 1948.

(82) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」260・261頁。また、GHQ/SCAP, LS-11916, Code of Criminal Procedure, Conference Discussion: Problem 5 and 10, 24 April 1948. も参照。この点、団藤・松尾ほか・前掲註(1)「座談会」50頁（羽山忠弘発言）によれば、当時の協議の様子が次のように回想されている。「（総司令部の）影響があった例のうちの、私がアメリカ関係者が大きな勘違いをして影響力を行使したのではないかと思っている例を申し上げますと、これは、裁判官と検察官とその他に分けて、供述調書の証拠能力を区別した条文（刑訴三二一条一項）がありますね。この

このように、第9回協議会では被告人の不利益供述について議論され、弁護士の委員からアメリカ流の解釈に強い反感が提起されたものの、自白の任意性の審査を厳格にすることで一応の決着をみたことがわかる。GHQは、この論議を踏まえて、次のような最終的な勧告を作成した<sup>(83)</sup>（「第2次修正案」<sup>(84)</sup>）。この「第2次修正案」では、すでに現行証拠法規定の輪郭が明らかになっている。

○第2次修正案

「第5問及び第10問の修正（2）」

---

規定は、次のようにしてできたのです。つまり、はじめに弁護士さんの関係者の一人が、警察官の作った調書は非常にあてにならない。裁判官の調書は信用できる、検察官の作った調書もまずよいが、警察官の調書は、いかげんな調書ばかりだということ力を説かれたのです。…ところで、その弁護士さんの御主張は、警察官作成の自白調書の信憑力に関するものだったと思うのです。警察は裁判官や検察官とちがって、自白調書をとる時に非常に無理をするということを強調されて、それでその場の議論は済んだのですが、その後アメリカから出されてきた提案を見たら、三二一条で裁判官と検察官のその他の者とに分けて、それぞれの作成した参考人調書の証拠能力を区別してきました。つまり、弁護士さんが力説された裁判官及び警察官の区別は、現行法の三二一条一項では反映されることになった。しかるに、肝心の自白調書の証拠能力については、向こうが提示した三二二条の原案においては、『自己に不利益な内容の供述は証拠能力がある』とされていました。それを見たときに、前に述べた弁護士の委員の方が、非常に意外な顔をされ、これでは自分が主張したことが全然理解されていないではないか。『自己に不利益な内容』ということで証拠能力が認められるのなら、警察の自白調書はすべて証拠能力ありということになるじゃないかといって、不満を漏らされた。そうしたら、ブレイクモアさんだっただと思うが、相手が裁判官であろうと検察官であろうと警察官であろうと、任意に自己に不利益な供述をするものに証拠能力を認めるというのはあたりまえではないかということで、これもまさにアメリカの影響力で決着がついてしまったのです。」

(83) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」261頁。

(84) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」314頁以下。



C 被告人の供述の使用。

1 被告人が作成した供述若しくは被告人の署名ある供述書又は被告人が或人の前でなした供述についてのその人（証人）の証言は次の場合にのみ公判において証拠として使用することができる。

- (1) 検察官，被告人共にその提出に異議がないとき。
- (2) その供述中被告人が自己に不利益な事実の承認をなしているとき。
- (3) 供述がそれを特に信用すべきような特別の状況の下になされたものであるとき。

前項の供述書又は証言を証拠として受理する前に裁判所は供述がなされたときの状況を調査し供述が自由意思によりなされたとするのを確かめねばならぬ。供述書が検察官又は司法警察職員の訊問調書で被告人の署名したものであるときはそれは検察官，司法警察職員の捜査記録の他の記事とは結合せず分割して裁判所に提出されなければならない。裁判所の同意があれば訊問調書の原文に代えて認証のある謄本を提出することができる。

2 前条2項の被告人の供述が罪を犯したことの自白である場合には犯罪が犯されたことを示す他の証拠が受理される前にはその供述を提出することができない。裁判所は、いささかでも自白が自由意思によりなされたのではない疑があるときはその自白を証拠とすることを拒否しなければならない。

D 証人の供述の使用。

1 被告人以外の者で証人ではない者の作成し若しくは署名のある供述書又は被告人以外の者で証人ではない者が或証人の面前でなしたことのある供述に関するその証人の口頭

の証言は公判において次の場合にのみ証拠として使用することができる。

- (1) 検察官、被告人共にその提出に異議がないとき。
- (2) 次のすべての事実が先に裁判所により十分に確認された場合。
  - a 供述内容が証明さるべき証人が死亡し又は国外にあり若しくは証言が不可能な程心身に故障があり又は所在を発見できないこと。
  - b この供述の使用が被告人の有罪無罪の決定に是非必要なこと。
  - c 供述が特に信用しうるような状況下になされたこと。

前項に掲げた供述書又は証言を証拠として受理する前に裁判所は供述のなされたときの状況を調査しなければならない。若しその書面による供述が検察官又は司法警察職員の訊問調書であり証人が署名したものであるときは、それは検察官又は司法警察職員の捜査記録の他の記事とは結合せず分割して提出されなければならない。裁判所の同意があれば認証のある謄本を訊問調書の原文に代えることができる。

- 2 証人の信憑性は、適当なあらゆる方法で攻撃防御できる。同時に、裁判所は証人が公判廷外でなした供述の記録、又は他の人の前でなした供述に関するその人の証言の価値を考慮することができる。しかし裁判所はかかる付随的証拠は証人の証明力を定めるためにのみ使用することができ、判決において事実を認定するために証拠として使用することはできない。

#### E 文書の使用

### 刑事証拠法の比較歴史法研究（3）

1 文書が作成され保存された状況を調査した後、裁判所は公判において次の種類の文書をすべて証拠として受理することができる。

a 通常の業務において保存されている帳簿、備忘録の記載

b 日本政府たると外国政府たるとを問わず公務員により作成保存されることが要求されている一切の記録

c その中に記載されている事実を肯定するために特に信憑を与えるような事情の下に作成された一切の文章

但し、警察官、検察官の訊問調書はこの法律の他の条文に特に規定された場合を除き如何なる状況下においても証拠として受理できない。

#### F 協議書の使用

被告人（又は弁護士）検察官双方の同意があったときは、或る文書の内容に関する協議書又は証人が法廷に出頭すればなしたであろう証言の内容に関する協議書を裁判所は証拠として使用することができる。この協議書は被告人、検察官又は裁判官が協議書中の事実の信憑性を争う権利を害しない。

#### G 証拠の受理に関する異議申立

1 検察官及び被告人は証言、証拠物の提出に異議を述べる権利を有する。そして閲覧、反対訊問又は別の証人の召喚によりすべての証拠物の信憑性を争う合理的な機会が与えられなければならない。

#### H 被告人の陳述

1 被告人は彼自身の利益のために供述をする機会を与えられなければならない。而して彼は自発的に行った供述のすべてに関してのみ訊問されることができる。」

以上のように「第2次修正案」は、第9回協議会の協議を踏まえ、「第1次修正案」の四C以下の内容を豊富化したものである。とりわけ、自白の任意性調査に意を払い、明示的にウイグモア流の伝聞例外の要件を採用したように見える（四Dの1参照）。また、伝聞例外の範囲も拡張されている。

この「第2次修正案」は4月30日の第13回協議会において協議された<sup>(85)</sup>が、協議の終了が急がれたことから、十分な討論が行われたとは言い難いとされる。<sup>(86)</sup>日本側はこの「第2次修正案」をもとに、証拠法規定の修正案の起草に入ったが、その際、起草担当者に資料として配布されたのが、ウイグモアの教科書中、伝聞法則の例外として証拠能力が認められる登記簿等の文書の例示、伝聞法則の例外の法理、常務において作成される文書の証拠能力に関する部分<sup>(87)</sup>であった。こうして、作成された「証拠法」案は以下の通りである。

○「証拠法」案（昭和23年5月17日付）

「第Y1条 事実の認定は、証拠による。

第Y2条 証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる。

第Y3条 強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意になされたものでない疑いのある自白は、これを証拠とすることができない。

---

(85) 小田中・前掲註(1)「刑事裁判制度の改革」261頁。また、GHQ/SCAP, LS-11902, Code of Criminal Procedure, Record of Proceedings, 30 April 1948. GHQ/SCAP, LS-11916, Code of Criminal Procedure, Conference Discussion: Problem 5 and 10, 30 April 1948. も参照。

(86) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」318頁以下。

(87) 同上321頁及び325頁註(24)参照。また、拙稿「刑事証拠法の比較歴史法研究(1)」神戸学院法学43巻1号(2013)まえがきの註(19)参照。なお、GHQ/SCAP, LS-24791, 24792, Outline of The Law of Evidence (日付不明)においても、ウイグモア証拠法が参照されている。この文書には「Charles W. Joiner」なる者の署名がある。

### 刑事証拠法の比較歴史法研究（3）

被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない。

被告人が起訴された犯罪について有罪であることを自認した場合でもそれだけでは有罪とされない。

第Y4条 第Y5乃至第Y12条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて、書面を証拠とすることはできない。<sup>(88)</sup>

第Y5条 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名又は押印のあるものは、左の場合に限り、これを証拠とすることができる。

一 裁判官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、心身の故障、所在不明、外国旅行その他の事由により公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異つた供述をしたとき。

二 検察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、心身の故障、所在不明、外国旅行その他の事由により公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異つた供述をしたとき。但し、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る。

三 前二号に掲げる書面以外の書面については、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、且つ、その供

---

(88) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」322頁によれば、現行刑訴法320条の基となる第Y4条は、協議会後の日本側による「伝聞法則」の検討過程で新設された案文であるとされる。

述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき。但し、その供述が特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限る。

被告人以外の者の公判準備若しくは公判期日における供述を録取した書面又は裁判所若しくは裁判官の検証の結果を記載した書面は、前項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

検察官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、その供述者が公判期日において証人としてその真正に作成されたものであることを供述したときは、第1項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

鑑定経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したものについても、前項と同様である。

第Y6条 被告人が作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面で被告人の署名若しくは押印のあるものは、その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき、又は特に信用すべき状況の下にされたものであるときに限り、これを証拠とすることができる。<sup>(89)</sup>

第Y7条 前2条に掲げる書面以外の書面は、次に掲げるものに限る、これを証拠とすることができる。

- 一 戸籍謄本、公正証書謄本その他公務員（外国の公務員を含む。）がその職務上証明することができる事実についてその公務員の作成した書面
- 二 商業帳簿、航海日誌その他業務の通常の過程において作成された書面

---

(89) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」323頁によれば、現行刑法322条1項後段の基となる第Y6条の「又は」以下も、協議会後の日本側による「伝聞法則」の検討過程で加えられたものとされる。

三 前二号に掲げるものの外特に信用すべき状況の下に作成された書面

第Y8条 被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人の供述をその内容とするものについては、第Y6条に規定する事由がある場合に限り、これを証拠とすることができる。

被告人以外の者の公判準備又は公判期日における供述で被告人以外の者の供述をその内容とするものについては、第Y6条に規定する事由がある場合に限り、これを証拠とすることができる。

第Y9条 裁判所は、前4条の規定により証拠とすることができる書面又は供述であつても、あらかじめ、その書面に記載された供述又は公判準備若しくは公判期日における供述の内容となつた他の者の供述が任意にされたものかどうかを調査した後でなければ、これを証拠とすることができない。

第Y10条 検察官及び被告人が証拠とすることに同意した書面又は供述は、第Y5条乃至前条の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

被告人が出頭しないでも証拠調を行うことができる場合において、被告人が出頭しないときは、前項の同意があつたものとみなす。但し、弁護士又は代理人が出頭したときは、この限りでない。

第Y11条 裁判所は、検察官及び被告人又は弁護士が合意の上、証拠とすべき文書の内容又は供述の内容を記載した書面を差し出したときは、その文書又は供述すべき者を取り調べないでも、その書面を証拠とすることができる。

第Y12条 第Y5条乃至第Y8条の規定により証拠とすることができない書面又は供述であつても、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述の証明力を争うためには、こ

れを証拠とすることができる。」

この案についてのGHQとの協議は昭和23年5月20日に行われ、Y3条とY6条の調整等、若干の訂正を経て、法案が確定し、閣議決定を経たのち（最終政府案）、5月26日、第二回国会に提出された<sup>(90)</sup>。また、法案提出後の6月9日には、日本側が322条2項「被告人の公判準備又は公判期日における供述を録取した書面は、その供述が任意になされたものであると認められる限り、これを証拠とすることができる。」を挿入<sup>(91)</sup>することを申入れ、GHQの了承を得たとされる。

こうして、国会において若干の修正を経たのち、現行刑訴法が制定されたのであった（昭和24年1月1日から施行）。

もっとも、刑事訴訟法の改正を至急なしとげる必要があったことから、各党は刑訴法の改正案が不十分であることを認めながらも、近い将来に徹底的な改正を加えるという条件付きで同修正案に賛成した。

「今回の刑事訴訟法の改正は必ずしも万全なものではないと思うのですが、新憲法の施行に伴いまして、本法を相当大幅に至急改正しなければならぬ必要に迫られていると思いますので、足らざる点につきましては、近き将来においてさらに検討し、徹底的に改正することといたしまして…各党共同提案になりますところの修正案に賛成し…その他…の部分につきましては政府原案に賛成するものであります」（社会党・池谷委員）、「私どもはこの法案を審議した結果、さしあたりましてはただいま提案された共同提案の修正案が、最小限度の修正と認め、しかして他の部分の原案はこの際一応成立を認め、追って関連法規が制定された場合、及び将来の実務の状況等から見まして、さらに徹底したと

---

(90) 野木ほか・前掲註(1)『新刑事訴訟法概説』8頁以下など参照。提出された「刑事訴訟法を改正する法律案」については、第二回国会衆議院議員司法委員会議事録22号1頁以下参照。

(91) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」325頁。



ころの改正案をいずれも用意するという希望のもとに、とりあえず本法案に賛成するものであります。」（民主自由党・佐瀬委員<sup>(92)</sup>）

以上、第三期における経緯を総合すれば、現行証拠法規定は、日本側とアメリカ側の歩み寄りによって策定されたといえよう。日米の協議においては、なるべく捜査の便宜を最大化しようとする日本側の意図を感じることができる。

また、アメリカの当事者主義的な理解を直接の契機として、被告人の捜査段階の自白調書が許容された。この点、「当事者理論」（自己に不利益なことを述べた場合はそれを証拠に採れないはずはないという考え）が直接主義の要請を後退させた<sup>(93)</sup>とみることもできよう。しかし、それだけではない。この直接主義の後退は、結果的に日本側の要求を素通りさせ、これにより戦時法の思想が温存されることになったからである。

### 第3節 小括

以上、現行証拠法規定の制定過程を概観してきた。戦前の「司法制度改善」の動きは、戦後も引き継がれ、戦後初期の特殊な状況の中で実現<sup>(94)</sup>をみた。人権蹂躪の根絶という「外圧」は、検察権を強化する方向に働

---

(92) 第二回国会衆議院議員司法委員会議事録46号7頁。

(93) 松尾浩也『刑事訴訟法下・新版補正第二版』（1999）47頁註\*\*\*\*  
\* 「自白と直接主義」参照。また、松尾「演習・直接主義とは何か」法教169号（1994）114頁も参照。小野清一郎「新刑事訴訟法における第一審の公判手続」法律新報748号（1948）32頁も「辯論主義的な意味における自白の尊重は實際的に職権主義的な自白の尊重を超えるのである」とする。

(94) この点、佐藤・前掲註（1）「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討（下）」62頁以下も次のように評価する。「…わが国の刑事手続、少なくとも公判前手続は一方では『予審廃止』により大陸法系と切り離され、他方においては『予備審問』を採用しなかったことによって、英米法系とも切り離されていわば独自の日本の刑事手続、日本型公判前手続を成立させたのである。（原文改行）まさに戦後の改革によって、わが国

いた。そこでは戦前の議論の蓄積が大きく寄与したといえよう。

第二期のところでみたように、当初、証拠法策定の動きは直接主義・口頭主義の貫徹を目指していたが、応急措置法の成立を画期として、直接主義・口頭主義の緩和に向かった。戦後混乱期の治安悪化という特殊な事情もそれに寄与した。

しかし、応急措置法は単なる「応急措置」とどまるものではなかった。応急措置法が旧法343条の適用を排除したように、むしろ、応急措置法は、戦時法の表出であり、その延長でもあった。捜査側にきわめて有利な証拠法規定が、その後の証拠法策定の基本線となったのはある意味当然といえよう。

確かに、第三期においては、GHQが提示したプロブレム・シートによって、証拠法規定には抜本的な変化が生じた。この点、「現行刑事訴訟法の制定過程を辿ると、我が国では、憲法に保障された反対尋問権を保障する趣旨で、書面の証拠能力を制限する案が起草されてきたにもかかわらず、制定の最終段階に至って、伝聞法則に関する規定が、唐突といつてよいほどに起草、決定されてきたことが分かる<sup>(95)</sup>」との評価も存する。

しかし、日本側最終案（第9次案）は、応急措置法を基本線とした規定をおいていたにすぎず、事実上、書面の証拠能力を全面的に解禁するものであった。GHQのプロブレムシート（当初案）は、この日本側最

---

の公判前手続の主宰者ないし最終責任者は治罪法以来はじめて、検察官となったのである。」「…それは戦前に模索されていた捜査手続・公判前手続が戦後において実現されたという面を持っている」、「(刑事訴訟法の改正は)日本の一世紀にわたる刑事訴訟手続の発展の到達点であったといえるであろう」。「しかし、その発展を貫いたものは…『実体的真実主義』『裁判国事主義』『酌量主義』等の諸原理と司法官僚制であり、それは日本の歴史、地理、政治、経済、社会、文化等の諸条件と、それと密接に係る国民の法意識、行動様式、正義感情等といった主観的な諸条件にその基礎を持っているのである」。

(95) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」328頁。

終案に危惧を示し、捜査機関の作成した書面の証拠能力を原則として認めないものであった。

しかし、日米の協議の過程において、伝聞法則もなしくずしにされることになった。日本側が当時の日本の状況に鑑み、GHQの要求を拒否したからである。確かに、戦後混乱期の人的・能力的制約という現実的な問題も存したが、協議会においても（検察を中心として）戦前の「司法制度改善」の思想が生き続けていたとみることもできよう。

また、アメリカ法の当事者主義的理解は、直接主義の要請を後退させ、証拠法における「戦時法の残照」を許容する余地を生み出した。この点、自白の任意性判断を厳格にすることで協議会は一応の結論をみたように思われるが、第4章で検討するように、その後の判例は任意性を柔軟に解していったため、結局、「戦時法の残照」を遮ることはできなかった。強制、拷問等による自白を禁じた憲法38条（及び応急措置法10条）を展開軸として、戦前の聴取書採否における「任意性」判断が、戦後にもそのまま移行することになったからである。

証拠法以外の領域においても、「戦時法の残照」が見られる。判決書の簡易化（戦特法26条；現行法335条1項参照）をはじめとして、弁護人数の制限（戦特法20条；現行法35条参照）、照会先の拡大（戦特法23条；現行法197条2項、279条参照）、書面審理のみの上告棄却（戦特法29条；現行法408条参照）がそれである。また、公判調書の記載の簡略化（戦特法22条の2）は最高裁規則（昭和26年最高裁判所規則15号、現規則第44条第1項第31号参照）によって達成され、さらには、昭和28年の刑訴法改正によって、略式手続に対する検察官の公判請求権（戦特法29条の3；現行法465条参照）が認められた。加えて、戦後の二回にわたる改正によって、簡易裁判所の事物管轄及び科刑権が拡張されたことも重要であろう（戦特法29条の2など参照<sup>(96)</sup>）。

---

(96) もっとも、この規定はそのまま生かされているわけではない。

しかしながら、英米法に由来する伝聞法則及び自白法則を日本側がどのように咀嚼し、現行刑訴法に織り込んでいったかについては未だ未解明の部分も多い。この点、先行研究によれば、これらの経緯を示す資料はプロブレム・シートとウィグモア資料のほかに存しないとされる。<sup>(97)</sup>また、近年の研究においては、GHQ側の証拠法策定にかかわったブレイクモアとウィグモアの個人的接触が明らかにされている。<sup>(98)</sup>確かに、現行刑訴法の証拠法規定にはウィグモア証拠法の強い影響が認められることから、現行証拠法規定の本質的理解のためにはウィグモア証拠法にまで遡った論証が求められているといえる。そこで、次章では、ウィグモア証拠法の歴史的意義について検討を進めることとしよう。

〔未完〕

(本稿は、本学に提出した博士学位論文に加筆、修正を加えたものである)

---

(97) 渡辺・前掲註(1)「証拠法の制定過程」329頁。

(98) 出口雄一「トーマス・L・ブレイクモアと日本法——東京帝国大学の学生として、GHQのスタッフとして——」*Law and practice in postwar Japan: the postwar legal reforms and their influence: proceedings of the symposium honoring the contributions and career of Thomas L. Blakemore: May 28-29, 2009* (2010) 19頁以下。なお、出口によれば、「ブレイクモアが占領期法制改革において果たした役割は、まず、大陸法と英米法の間の『比較法的差異』の認識をオプラーと共有したことにより、アメリカ法の性急な受容を抑制したことにある」とされ、ラインシュタインやウィグモアらから受けた重層的な影響の下、彼の「知日家」と表現しうるスタンスが形成されたと分析される(同23頁)。また、出口雄一、文科省科研費補助金研究成果報告書「占領期における戦後日本法体制の形成過程に関する人的側面からの再検討」(2009・課題番号19730011)も参照。