

<論 説>

刑事証拠開示の諸相

白 取 祐 司

はじめに

近年、証拠開示に関する学説、判例の活発な動きが止まらない。きっかけは、2001年の司法制度改革審議会意見書を受け、2004年の刑事訴訟法改正(2005年11月1日施行。以下、「2004年法」という。)によって実現した証拠開示制度である。同制度は、改正後の刑事訴訟法316条の14以下、すなわち「公判前整理手続」の款(刑事訴訟法・第2編・第3章・第2節・第1款)に規定されていることから明らかなように、公判前整理手続が採られた場合に、争点・証拠の整理という目的のために認められたものである。

しかも、2004年法が新たに創設した証拠開示制度は、いわゆる事前の全面開示やリスト開示ではなく、法定の開示条件を満たした場合に開示が義務づけられる、制限的ともいえる開示制度であった。また、開示するか否かの判断にあたっては、開示の必要性の程度のほか、開示による弊害の有無・程度を考慮することとされているなど、法文上は制約の多い制度になっていた。そのため、立法当時の評価は、必ずしも高いものではなかった⁽¹⁾。

そもそも、証拠開示に関しては、すべての刑事事件において、起訴後公判が始まる前に検察官手持ちの全証拠を開示すべきあり(事前の全面開示論)、その他の手続場面でも可及的に証拠は開示されなければいけないとの立場にたてば、2004年法の認める証拠開示は限定的で不十分だということになろう。第1に、上述したように、2004年法の証拠開示は、

公判前整理手続が採られた場合にしか使えない。リーディング・ケースの最決昭和44・4・25刑集23巻4号248頁が証拠調べの段階に入った後の証拠開示に関するものであることからすると、半歩前進ではあるが、公判前整理手続を採らない大多数の刑事事件にとっては解決にならない。そして第2に、証拠開示は、通常審の公判準備のためだけではなく、もっと広いパースペクティブをもち得るはずだが、2004年法のような立法の仕方をしてしまうと、公判の枠から拡がりにくい。

しかし、2004年法の証拠開示は、当初の予想以上に刑事手続に大きなインパクトを与えた。以上の2点についても、実務上目に見えた変化が生じている。第1の点については、公判前整理手続を採らない一般事件でも、裁判所の開示勧告（釈明）などにより、2004年法に準じたかたちで証拠開示がなされるケースが増えているという。第2に、とりわけ再審請求審において、証拠開示に関する裁判所の積極姿勢が見られるようになった。これらは、2004年法の波及効果により証拠開示が広がりを見せたものとして、高く評価されるべきものである。しかし他方で、実務のこのような動向を前にして、学説の側からの理論的検討は、必ずしも十分ではないようにも見受けられる。

本稿の課題は、2004年法を契機とする証拠開示の新しい動きを理論的に検討し、刑事手続の各場面に通底する証拠開示の理論的根拠を得ることである。

一 証拠開示が問題になる場面

そこでまず、捜査に始まる刑事手続の流れの中で、証拠開示が問題となっている（なり得る）場面を取り上げ、2004年法までの状況を「各論」的に論じながら、それぞれの証拠開示に共通する理論の可能性を探ることにしたい。

1 捜査と証拠開示

(1)捜査段階における証拠開示について、従前の議論に見るべきものは

あまりない。理由として、公判段階の証拠開示すら、(少なくとも 2004 年法までは) 十分な開示がなされてこなかった状況の下では捜査段階での開示は非現実的と解されてきたと思われること、被疑者段階で弁護人が付く例が稀であったこともあり被疑者のための防禦活動の実践例が乏しかったこと、そのため捜査における証拠開示の重要性について認識されてこなかったこと、捜査の密行性から公判前に被疑者等に捜査記録を開示するのは弊害が大きいと考えられていたこと等が挙げられよう。要するに、「伝統的な糾問的捜査観の下、捜査の密行性を実質的な理由とし、かつ対審構造をとっていないことを理論的な根拠として、証拠開示を求めることはできないとするのが定着した実務である」とされていたのである⁽²⁾。たしかに、理論的には、対審構造ないし当事者主義をとる起訴後の被告人と異なり、被疑者には防禦主体としての地位と権利が法律上十分認められていない。しかし、そのような中であって、捜査における被疑者の防禦主体性を正面から認める平野龍一の提唱した弾劾的捜査観は、捜査と証拠開示を考える際の視座を拡げてくれる貴重な理論であった⁽³⁾。起訴前であっても、証拠開示(捜査資料開示)が認められるための理論的契機は、すでに示されていたのである⁽⁴⁾。

なお、ここでの問題意識は、捜査過程の事後的検証のための事後的開示ではなく⁽⁵⁾、捜査段階における防禦のために必要な捜査資料の開示の必要性の問題であり、一定の制約の下でそれが可能ではないかというものである。とりわけ、逮捕、勾留された被疑者にとって、逮捕においては勾留されないための防禦(弁護)活動、勾留においては起訴されないための防禦(弁護)活動が極めて重要であり、そのために捜査官手持ちの資料を開示させる必要性は大きい。しかし現実には、起訴猶予に持ち込むため、被疑者の弁護人が捜査官から被害者の連絡先を聞き出して示談交渉をする程度であり、それ以上の開示要求や防禦活動は行われてこなかった。

(2)しかし、弁護士・弁護士会から、捜査資料の開示について要望がな

かったわけではない。たとえば、1995年の日本弁護士連合会「刑事司法改革に向けてのアクションプログラム」⁽⁶⁾では、「刑事手続のすべての段階において各手続が適切に履践されたかを検証するに足りる手続証拠の開示も射程に入れる必要がある」としている。また、1998年に日弁連が公表した「司法改革ビジョン——市民に身近で信頼される司法をめざして——」では、「日本国憲法と世界人権宣言の基本理念に立って、個人の尊厳と人権のための司法改革をさらに推し進める決意」を新たにしたいうえで幾つかの提言をするが、そのうち「刑事裁判の改革」として、国費による被疑者弁護制度の確立、接見交通権・取調べ立会権の確立、起訴前保釈制度などと並んで、「起訴前証拠開示制度の確立」を挙げているのが注目される⁽⁷⁾。その後、被疑者国選弁護について2004年立法以前から盛んに議論されたものの、その「弁護」の中身、とくに捜査弁護のための証拠開示についての議論は見られない。そして、21世紀に始まる「司法改革」の中でも、捜査段階（逮捕など）における証拠開示は、立法の俎上に載せられることはなかった。

(3)他方、ヨーロッパでは、適正手続（公正手続）の保障の観点から、捜査段階における防御権保障を重視する欧州人権裁判所の判例等の影響で、立法の見直しや法改正が行われている。フランスでは、「警察留置に関する2011年4月14日法」（Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue）によって、「弁護人は、その請求により、①警察留置に付した旨及びこれに伴う諸権利の告知を明記する第63-1条最終項の実施に際して作成される調書、②第63-2条の適用の際作成される医師の診断書、及び③立ち会う者の取調べ調書を閲覧することができる。」（刑事訴訟法63-1条）ことになった⁽⁸⁾。

2 準起訴手続と証拠開示

(1)次に、これも議論として十分なされてこなかったが、準起訴手続（付審判手続）における証拠開示について採り上げることにしよう。周知の

ように、準起訴手続は、特別公務員の職権濫用罪等の職務犯罪の被害者が、検察官の不起訴処分に対して訴追を求める手続だが(刑事訴訟法 262 条以下)、請求件数は毎年数百件あるが殆ど認められることがない。その理由のひとつに、請求人に対する証拠開示が十分に行われていないことが挙げられる⁽⁹⁾。

そして、証拠開示を実務で認めない理論的根拠が、付審判構造の非対審的理解(捜査類似説)であり、それを理由に捜査記録の請求人・弁護人への開示を否定する最決昭和 49・3・13 刑集 28 巻 2 号 1 頁が、その後ろ盾になっている。この最決は、まず、「付審判請求事件における審理手続は、捜査に類似する性格をも有する公訴提起前における職権手続であり、本質的には対立当事者の存在を前提とする対審構造を有しない」との理解にたつて、検察官手持ち証拠の全面開示を認めた原決定の処分について、「検察官から送付された捜査記録等の閲覧謄写を請求人代理人に許可することは、これによつて被疑者その他捜査協力者らの名誉・プライバシーを不当に侵害する可能性や、真実歪曲の危険性などの存在を否定しきれないのであるから、このような密行性の解除によつてもたらされる弊害に優越すべき特段の必要性のないかぎり、裁判所に許される裁量の範囲を逸脱し、違法となる」と解して、原決定を取り消した。

(2)しかし、このような判例・実務の姿勢に対しては、この判例がだされた当時から批判が強かった。当時の大阪弁護士会は、相次ぐ付審判請求事件を前にして、付審判制度の、特別公務員による人権侵害などの職権濫用事案について適正に処理し、その防止を図るという制度目的からみて、その「最低限の条件」として、「請求人または代理人は、捜査記録を含む全記録の閲覧謄写をすることができる。」ことを第 1 に挙げている⁽¹⁰⁾。

その後、判例・実務において、請求人からの証拠開示(記録閲覧)請求がとくに採り上げられて問題になることもなく、この点に関する学説の議論も乏しいようである。問題のポイントは、付審判手続の審判構造

を捜査類似と捉えるか、訴訟構造と捉えるかであると解され、手続を後者のように捉えれば、「請求人に当事者としての権利を可及的に保障し、請求人に資料の提供はじめ審理への積極的関与を認めた上で、事実究明をおこなうのが望ましい」⁽¹¹⁾との結論を導くことも比較的容易ではある。これは、要するに、証拠開示を当事者主義と結びつけて根拠づけようとする発想であり、理論的に正当なものである。しかし同時に、付審判手続の目的として、「新たな証拠の発見・収集こそその〔付審判〕手続の中心課題とされなければならない」とすれば、「それにふさわしい独自の適正な手続構造と審理方式をもたねばならない」⁽¹²⁾。請求人は不当な公権力の被害者である可能性があり、それを明らかにするのが付審判制度の趣旨だとすれば、審判構造が当事者主義を採用しているかを問わず、広く判断材料を開示するのが制度趣旨に適うとともに、適正手続の理念にも合致するように思われる。

3 起訴後第1回公判まで

(1)2004年法以前は、この段階での証拠開示は、明文上の根拠を欠いていることもあり、任意に検察官が開示に応じる場合（任意開示）を除いて行われてこなかった。この任意開示をするか否かは、検察官の裁量であるが、検察官によって積極的に行うよう努めている検察官とそうでない検察官あるという⁽¹³⁾。ただし、任意開示が行われるのは争いのない事件が多いから、弁護側からみて証拠開示が是非とも必要とされる重大事件の否認事例などでは、むしろ開示されないと覚悟しなければならないであろう。

(2)では、いわゆる、事前の全面開示（一括開示）について、実務はどうなっていたか。これについては、1959年の最高裁判例（最決昭和34・12・26刑集13巻13号3372頁）によって否定された。事案は、一審の冒頭手続において、人定質問後に弁護人から全面証拠開示の請求があり、これを受けて裁判所が、「弁護人に対し、直ちに本件手持証拠の全部を開

覧せしめること」という命令に対する検察官の特別抗告事件で、最高裁は、次の理由を挙げて地裁の証拠開示命令を取り消した。すなわち、「公判裁判所の管理に属せず裁判所がその存在および内容について知るところのない検察官所持の証拠書類、証拠物について検察官が公判において取調を請求すると否とを問わず、またそれらが証拠能力、事件との関連性を有すると否とを問わず、証拠調前予めこれらの全部または一部を弁護人に閲覧する機会を与えるべく裁判所が検察官に命令することができること、もしくは当然弁護人に閲覧させるべき義務あることを定めた一般的法規の存することは認められない」「その他の刑事訴訟法規をみても、検察官が所持の証拠書類又は証拠物につき公判において取調を請求すると否とに拘わりなく予めこれを被告人もしくは弁護人に閲覧させるべきことを裁判所が検察官に命ずることを是認する規定は存しない」と。事前の全面証拠開示は認められないという結論は、つまるところ、「法律上開示命令を発出する明文がないという、いわば形式的な理由を殆ど唯一の根拠として導き出されている」⁽¹⁴⁾。

(3)実務上、事前の全面開示は、この判例によってとどめを刺され、任意開示を別にすれば、全面開示は行われてこなかった。学説は、①実質的当事者主義、②適正手続の保障、③「無罪推定」原則など、様々な理論的根拠を示して、事前の全面開示を主張したが、判例・実務の受容するところとはならなかった⁽¹⁵⁾。

4 公判 — 証拠調べ手続段階

(1)最高裁は、先の1959年決定から5年後に、証拠調べ段階に入って以降の証拠開示について、裁判所の訴訟指揮権にもとづきこれを限定的に認める、次のような判断を示した(最決昭和44・4・25刑集23-4-248)。すなわち、「裁判所は、その訴訟上の地位にかんがみ、法規の明文ないし訴訟の基本構造に違背しないかぎり、適切な裁量により公正な訴訟指揮を行ない、訴訟の合目的的進行をはかるべき権限と職責を有するもので

あるから、本件のように証拠調の段階に入った後、弁護人から、具体的必要性を示して、一定の証拠を弁護人に閲覧させるよう検察官に命ぜられたい旨の申出がなされた場合、事案の性質、審理の状況、閲覧を求める証拠の種類および内容、閲覧の時期、程度および方法、その他諸般の事情を勘案し、その閲覧が被告人の防禦のため特に重要であり、かつこれにより罪証隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認めるときは、その訴訟指揮権に基づき、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させるよう命ずることができるものと解すべきである」。要するに、最高裁は、①証拠調べの段階で、②具体的必要性があり、③防御にとくに重要で、④罪証隠滅・証人威迫のおそれがないという4要件を充たせば、個別の証拠開示を命じることを認めたのである。

(2)しかし、この昭和44年最決は、証人尋問終了後、弁護側の反証準備のために証人尋問調書を求めた事案に関するものであり、いわゆる「証拠開示」の問題としなくても、反対尋問権や防御権保障(憲法37条2項、31条など)から導かれ得るはずで、本来の「証拠開示」からは程遠いものではないか。また、2004年法の施行まで、このような不十分な個別開示でも防御活動がかろうじて遂行できたのは、各公判期日の間隔が広く、ゆっくりした審理が常態であったからであろう。このような事態は、裁判員裁判の導入と継続的審理の要請を前に、ようやく改められることになる。それが、2004年法の証拠開示である。

5 再審請求審

(1)再審請求が認められるのは、文字通り稀有なことと言って良いが、再審開始のための「新証拠」(刑訴法435条6号)が、再審請求審における検察官開示の証拠の中から見つかることも少なくない。古くは免田事件、財田川事件、松山事件など主要な再審事件において、弁護側の粘り強い開示請求と裁判所の勧告によって検察官手持ちの未提出証拠が開示され、それが「新証拠」として再審開始決定・再審無罪判決に結びつい

た事例は比較的多い⁽¹⁶⁾。最近の例では、東電 OL 殺人事件の再審請求審で、確定審では提出されなかった新証拠(陰毛の DNA 等)が再審開始の決め手となった⁽¹⁷⁾。このような、いわば成功例とともに、検察が証拠開示に応じない例も数多くあげることができる。現行法に証拠開示に関する規定がなく、そのため実務上は明確な基準がないまま検察官の裁量で開示(不開示)の運用がなされてきたのである。

(2)そこで、かつて日弁連は、再審法改正案を、1951年以降何度か提案しているが、その改正案の中で、「……弁護人は、訴訟に関する書類及び証拠物を閲覧し、且つ謄写することができる」との規定を置くことを提言している(再審法改正案 440 条 5 項)。その趣旨は、再審請求人の請求に対する弁護を全うするために、記録の閲覧謄写は不可欠である」からだ、という⁽¹⁸⁾。

再審に関する刑事訴訟法の規定は、このような立法提案や、判例の動きはあるものの、今日までまったく改正されていない。証拠開示についても結局運用に任されているのだが、無辜の救済という再審制度の趣旨からは広く未提出証拠の開示が認められるべきことに加え、再審事案の特徴として、証拠開示一般についてよく言われる「弊害」である証人威迫や証拠隠滅、関係者のプライバシー保護の要請が大きく後退していると考えられることから、立法を待つまでもなく、検察官手持ちの未提出証拠の開示請求は認められるべきであろう。ただし、実務上は、ここでも検察官の裁量という「壁」があった。

二 2004 年法の証拠開示制度の解釈・運用

証拠開示に関する立法提言は、すでに何度かなされている⁽¹⁹⁾。適正な刑事手続、安定的な法運用のためにも立法化が望ましいこと言うを待たないが、刑事立法に非常に消極的な日本の特色は、証拠開示立法についても同様であり、21 世紀初頭の「司法改革」の一環として、公判前整理手続の枠組みの中で初めて、証拠開示は法的制度となった。

1 2004年法で認められた4つの証拠開示

(1)2004年法で認められた証拠開示は、以下の4類型である。

①検察官請求証拠の開示

検察官が取調べ請求した証拠（検察官請求証拠）については、速やかに、被告人または弁護人に対して証拠開示しなければならない(316条の14)。開示方法は、証拠書類・証拠物については、閲覧・謄写（被告人は閲覧のみ）、証人・鑑定人・通訳人・翻訳人については、その氏名および住居を知る機会を与えるほか、その者の供述録取書等のうち「その者が公判期日において供述すると思料する内容が明らかになるもの」を閲覧・謄写（被告人は閲覧のみ）することができる（同条2号）。この最後の点は、厳密にいうと「検察官請求証拠」を超える証拠開示である。

②類型証拠開示

一定の証拠類型に該当し、かつ、特定の検察官請求証拠の証明力判断に重要であると認められるものについて、検察官が重要性・必要性と弊害を考慮し相当と判断したときには、速やかに証拠開示がなされなければならない(316条の15第1項)。一定の類型とは、(a)証拠物(同条項1号)、(b)裁判所・裁判官による検証調書(2号)、(c)捜査機関による検証・実況見分調書またはこれに準ずる書面(3号)、(d)鑑定書またはこれに準ずる書面(4号)、(e)証人等の供述録取書等(5号)、(f)特定の検察官請求証拠により検察官が直接証明しようとする事実の有無に関する供述内容とする参考人の供述録取書等(6号)、(g)被告人の供述録取書等(7号)、(h)取調べ状況記録書面(8号)である。

③被告人・弁護人の請求証拠の開示

公判前整理手続では、被告人・弁護人にも、主張予定事実があるときはこれを明らかにし、その証明のために用いる証拠の取調べ請求をしなければならない(316条の17)。その場合に、取調べ請求した証拠の開示が、この段階で義務付けられる(316条の18)。他方で法は、被告人・弁護人の主張予定事実(316条の17第1項)の主張に関連する検察官証拠の開示を認めた(次の「争点関連証拠」である)。いわば、被告人側に一

定の義務を課すことと引き換えに、検察官が取調べ請求する予定のない証拠の開示を認めるという構造になっているのである。

④争点関連証拠の開示

被告人・弁護人の主張に関連する検察官証拠の開示が、争点関連証拠の開示である(316条の20)。検察官の証拠開示としては、検察官請求証拠の開示(第1段階)、類型証拠の開示(第2段階)に続く第3段階の証拠開示となる。この開示が認められるためには、①開示請求にかかる証拠を識別するに足りる事項、②316条の17第1項の主張と開示請求証拠との関連性その他の被告人の防御の準備のため開示が必要である理由を、被告人側で明らかにして請求しなければならない(316条の20第2項)。この請求を受けた検察官は、その関連性の程度その他の被告人の防御の準備のため開示が必要な程度と当該開示によって生じるおそれのある弊害の内容・程度を考慮して相当と認めるときは、開示しなければならない(同条1項)。請求のために被告人側が負う防御の必要性の明示義務は、開示後の防御活動を拘束しない緩やかなものと考えべきである。

(2)いずれの証拠開示についても、利益衡量のうえ第1次的に開示・不開示を決めるのは(訴追側証拠については)検察官だが、当事者は裁判所に裁定を請求することができる(316条の26)。裁判所は、請求を受けて開示すべきなのに開示していないと認めるときは、証拠開示を命じなければならない(同条1項)。以上の4類型のうち、実務上証拠開示を拡げる役割を果たし、また議論が多いのが、②類型証拠開示(316条の15)と、④争点関連証拠の開示(316条の20)である。事前の全面開示から見ると限定的ではあるが、これらのタイプの活用により、実務上証拠開示は大きく前進していると言われている。それを後押ししているのが、3つの最高裁判例である。次にこれを見ていくことにしよう。

2 新証拠開示をめぐる判例の動向

(1)2004年法の証拠開示の施行は、2005年(平成17年)11月1日から

であったが、初期の下級審判例には、証拠開示に対して制限的なものがあった。たとえば、刑訴法 316 条の 15 第 1 項 6 号の「供述録取書等」に捜査官が事情聴取の結果を記録した捜査報告書があたるかが問題とされた事案で、大阪高決平成 18・10・6 判時 1945 号 166 頁はこれを否定した（東京高決平成 18・10・16 判時 1945 号 166 頁等、同旨の下級審判例が複数ある）。否定の理由は、6 号書面は 316 条の 14 第 2 号に定義されるとおり、「供述書、供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるもの」でなければならないが、本件捜査報告書は、警察官の「供述書」にすぎず、原供述者の署名・押印がないというものである。

しかし、これに対しては、実務家からの次のような批判のあることを指摘しておく。前田巖（東京地裁判事 [執筆時]）は、「証拠開示制度自体は、類型証拠であれ主張関連証拠であれ、伝聞法則を前提とするものでないことは明らかである」としたうえで、当該供述書面が「自ら記述した供述書なのか、他者より録取された供述録取書なのか、機械的に記録された媒体なのかということは、……形式の問題にすぎないのではなからうか」と言う⁽²⁰⁾。理論的にみて、証拠開示段階で署名・押印を要件とする必然性があるのか、疑問がもたれるところであり、同氏の指摘の方が正鵠を射ているように思われる。

(2)以上は類型証拠開示に関するものだが、主張関連証拠の開示について、最高裁は、検察官の手持ち証拠以外の証拠についても開示を認める 3 つの重要判例を出した。いずれも開示の範囲を拡げ、実務に大きな影響を与える重要なものであるので、それぞれについて幾分詳しく見ていくことにする。

①最決平成 19・12・25 刑集 61 卷 9 号 895 頁

【事案】通貨偽造行使の事実で起訴された被告人の弁護人が、被告人に係る警察官の取調メモ等の開示を請求したが、検察官が、請求に係る取調メモ等は、一般に証拠開示の対象となる証拠に該当しないと回答したため、弁護人が、本件開示請求に係る証拠の開示命令を請求したとこ

ろ、原審が、請求を棄却した原々決定を変更し、開示を命じたため、検察官が特別抗告をした事案で、刑訴法 316 条の 26 第 1 項の証拠開示命令の対象となる証拠は、必ずしも検察官が現に保管している証拠に限られず、当該事件の捜査の過程で作成され、又は入手した書面等であって、公務員が職務上現に保管し、かつ検察官において入手が容易なものを含むと解するのが相当であるとし、抗告を棄却した事例である。

【判旨】「公務員がその職務の過程で作成するメモについては、専ら自己が使用するために作成したもので、他に見せたり提出することを全く想定していないものがあることは所論のとおりであり、これを証拠開示命令の対象とするのが相当でないことも所論のとおりである。しかしながら、犯罪捜査規範 13 条は、『警察官は、捜査を行うに当り、当該事件の公判の審理に証人として出頭する場合を考慮し、および将来の捜査に資するため、その経過その他参考となるべき事項を明細に記録しておかなければならない。』と規定しており、警察官が被疑者の取調べを行った場合には、同条により備忘録を作成し、これを保管しておくべきものとしているのであるから、取調警察官が、同条に基づき作成した備忘録であって、取調べの経過その他参考となるべき事項が記録され、捜査機関において保管されている書面は、個人的メモの域を超え、捜査関係の公文書とすることができる。これに該当する備忘録については、当該事件の公判審理において、当該取調べ状況に関する証拠調べが行われる場合には、証拠開示の対象となり得るものと解するのが相当である。」

この判例①で注目される 1 点目は、最高裁は、公判前整理手続・期日間整理手続における証拠開示は検察官手持ちの証拠に限られないとしたことである。2 点目は、犯罪捜査規範 13 条にもとづく備忘録で、取調べ経過その他参考となるべき事項が記録され、捜査機関において保管されている書面は、開示の対象となる、とされたことである。いずれも、実務に与える影響は大きく、弁護士サイドからは歓迎された。

②最決平成 20・6・25 刑集 62 卷 6 号 1886 頁

【事案】証拠開示決定に対する即時抗告棄却決定に対する特別抗告事

件につき、犯罪捜査に当たった警察官が犯罪捜査規範 13 条に基づき作成した備忘録であって、捜査の経過その他参考となるべき事項が記録され、捜査機関において保管されている書面は、当該事件の公判審理において、当該捜査状況に関する証拠調べが行われる場合、証拠開示の対象となり得るものと解するのが相当であるとし、抗告を棄却した事例。

【判旨】「犯罪捜査に当たった警察官が犯罪捜査規範 13 条に基づき作成した備忘録であって、捜査の経過その他参考となるべき事項が記録され、捜査機関において保管されている書面は、当該事件の公判審理において、当該捜査状況に関する証拠調べが行われる場合、証拠開示の対象となり得るものと解するのが相当である（前記第三小法廷決定〔最決平 19・12・25〕参照）。そして、警察官が捜査の過程で作成し保管するメモが証拠開示命令の対象となるものであるか否かの判断は、裁判所が行うべきものであるから、裁判所は、その判断をするために必要があると認めるときは、検察官に対し、同メモの提示を命ずることができるというべきである。これを本件について見るに、本件メモは、本件捜査等の過程で作成されたもので警察官によって保管されているというのであるから、証拠開示命令の対象となる備忘録に該当する可能性があることは否定することができないのであり、原々審が検察官に対し本件メモの提示を命じたことは相当である。」

本判例で、最高裁は、第 1 に、警察官が作成・保管するメモが開示命令の対象となるか否かの判断は、裁判所が行うのであり、捜査機関が主観的に判断してはいけないとした。第 2 に、本件の開示命令の対象となったのは、「本件保護状況ないし採尿状況に関する記載のある警察官 A 作成のメモ」であり、被疑者の取調べ以外の捜査に関する警察官作成のメモも開示対象になる、とした。

③最決平成 20・9・30 刑集 62 卷 8 号 2753 頁

【事案】警察官が私費で購入したノートに記載し、一時期自宅に持ち帰っていた本件取調べメモについて、最高裁は、同メモは、捜査の過程で作成され、公務員が職務上現に保管し、かつ、検察官において入手が

容易な証拠であり、弁護人の主張(判文参照)と同メモの記載の間には一定の関連性が認められ、開示の必要性も肯認できないではなく、開示により特段の弊害が生じるおそれも認められず、その証拠開示を命じた判断は結論において是認できると判断した。

【判旨】「本件メモは、B警察官が、警察官としての職務を執行するに際して、その職務の執行のために作成したものであり、その意味で公的な性質を有するものであって、職務上保管しているものというべきである。したがって、本件メモは、本件犯行の捜査の過程で作成され、公務員が職務上現に保管し、かつ、検察官において入手が容易なものに該当する。また、Aの供述の信用性判断については、当然、同人が従前の取調べで新規供述に係る事項についてどのように述べていたかが問題にされることになるから、Aの新規供述に関する検察官調書あるいは予定証言の信用性を争う旨の弁護人の主張と本件メモの記載の間には、一定の関連性を認めることができ、弁護人が、その主張に関連する証拠として、本件メモの証拠開示を求める必要性もこれを肯認することができないではない。さらに、本件メモの上記のような性質やその記載内容等からすると、これを開示することによって特段の弊害が生ずるおそれがあるものとも認められない。そうすると、捜査機関において保管されている本件メモの証拠開示を命じた原々決定を是認した原判断は、結論において正当として是認できるものというべきである。」

この判例は、上記判例①②をさらに拡張し、警察官が私費で購入したノートについても証拠開示命令の対象になるとした。なお、本判例には甲斐中裁判官の反対意見が付されている。

(3)最高裁の証拠開示規定の解釈における積極的姿勢に対して、批判的見方もある。酒巻匡は、開示命令の対象を検察官の手持ち証拠に限定されなかったとした判断について次のように言う。「そのような手法自体が法解釈の限界を超え、……明文のない現行法の『解釈』としてそのような拡張を実現するのが裁判所の役割として果たして適切・賢明であるか」「そ

のような手法自体が法解釈の限界を越え、ひいては、どこまで対象範囲が拡張するか明確な線引きが予測不可能になり、争点と証拠を整理し公判準備に資するという政策目的に逆行した、開示範囲をめぐる両当事者間の周縁的紛争を激化させるという懸念が生じる」、と⁽²¹⁾。

しかし、この批判に対しては、強い反論もなされており、門野博は、「最高裁決定が法解釈の限界を超えているものでないことは明らかであり、また、最高裁決定のデュープロセスの観点に立つ根元的発想（フェアな手続を実践することが、真に刑事手続の適正効率化につながるという発想）は、誠に正当であって、開示命令の対象範囲を検察官の手持ち証拠に限定されないとしたこともその根元的発想の表れと解されるのであり、この批判はあたっていない」と言われる⁽²²⁾。

証拠開示が両当事者の証拠収集格差を是正し、公正な裁判に資する重要な役割を果たすことに鑑みれば、成立した証拠開示規定（2004年法）をそのようなものとして柔軟に解釈することが咎められる謂われはなく、また、最高裁①②③事件はいずれも、警察官が検察官に伝えるべき情報を適切に資料化し、それが検察官の手持ち資料になっていれば、「法解釈の限界」を問うことなく開示命令の対象となったはずである⁽²³⁾。硬直な法解釈で、証拠開示をめぐる当事者間の利害調整を行うことはできない。門野の言うように、最高裁は、「証拠開示に関して、積極的に判断を示し、そのルールの内実を明らかにしようとしている」、そしてそれは、「裁判員制度を定着させたい……並々ならない意思」によるものだと見るべきであろう⁽²⁴⁾。

3 2004年法の拡がりと限界

(1)2004年法の法文を見る限り、条文化された316条の14以下を準用する規定はなく、形式的にみれば、「拡がり」ようがないようにもみえる。しかし、実務上は、次にみるような「拡がり」ないし「波及」を見取ることができる。

まず、公判前整理手続に付さない一審裁判において、公判前整理手続

に付した場合とほぼ同レベルまで、任意開示として開示が行われているという⁽²⁵⁾。このようにしないと、広汎な証拠開示を求めることを主眼として、必ずしも主張や証拠の整理が必要でない事案について公判前整理手続に付されたい旨の申し出があるからだという。立法技術的には、公判前整理手続と証拠開示手続規定を分離することも考えられたところである。

控訴審における証拠開示については、実務上の必要があるのに法の規定を欠くため、種々議論がある。①控訴審に期日間整理手続の規定が準用されるか、②一審弁護士が（開示請求すべきなのに）請求しなかった証拠を控訴審で開示請求できるか、③控訴審が事後審であることからすれば、新証拠の開示請求はハードルが上がるのではないか、などの問題がある。とくに③の点からは、控訴審における証拠開示を拡げることの困難性を否定し難いが、弁論終結後の事情（刑法 382 条の 2）以外でも、事実調べを行う場合は証拠開示を制約しすぎないことが肝要であろう。

再審については、先に述べたように、証拠開示の壁は高かったが、最近では裁判所の勧告を受けて開示が行われる事件が増えたようだ。既述の東電 OL 事件のほか、福井女子中学生殺人事件、袴田事件、狭山事件、恵庭 OL 殺人事件の各再審請求審で開示された例が続いているのも、背景に 2004 年法の証拠開示の存在があると言われている⁽²⁶⁾。

再審の非常救済的性格（不利益再審の不存在）、開示による弊害が一般的に乏しいことなどから、理論的にも開示を認めやすいということもあろう。この点について、「公判前整理手続等が、その事件の確定裁判の手続中に実施されていたとすれば、そのときに、類型証拠、主張関連証拠などとして開示の対象とされていたであろう証拠は、新証拠の直接の対象範囲という枠にとらわれることなく、開示の対象とできる」とするのが簡明で理論上も無理がないとする提案もなされている⁽²⁷⁾。後述のように、316 条の 14 以下を理論的に公判前整理手続から切り離すことができれば、このような準用（類推）に障害はないことになる。

(2)次に限界であるが、2004年法は、立法者意思としては「事件の争点及び証拠の整理」のための証拠開示であり、この目的を「決定的に重要な考慮要素」と位置づければ、2004年法の証拠開示はきわめて限定されたものということになろう⁽²⁸⁾。このような見方が適切かどうかは、ここではひとまず措く。

この点を別にしても、立法化された開示は4類型にあたる場合について開示命令を認めるもので、この4つを拡大解釈したとしても、出てこない証拠がある。たしかに、とりわけ「類型証拠」と「主張関連証拠」を拡げていくと、かなり開示証拠の範囲は広がるが、それでも、検察官手持ちの証拠で4類型以外の証拠はある。弁護側がこれにあたりを見つけられなければ、そもそも開示請求の契機が得られない。現行規定の大きな限界というべきである。

他の限界として、2004年法の証拠開示制度の複雑さに由来する、使い勝手の悪さがある。坂根真也（弁護士）は、2004年法の証拠開示手続は複雑で手間がかかり、訴訟遅延の原因になっているという。彼によれば、これらの問題は、全面開示（リスト開示を含む）を実現すれば「一気に問題は解決」を見るのであって、「現行制度の致命的欠陥は、要件該当性の判断を検察官が行い、そこが弁護人にとってまったくのブラックボックスである（開示すべき証拠が開示とされたことに気づかない可能性すらある）」という点である⁽²⁹⁾と云う。公判前整理手続で証拠開示の対象か否かを裁判官が判断するというのは、複雑で時間を要するだけでなく、裁判官に予断を与えるおそれがあるとの指摘もなされている⁽³⁰⁾。

(3)最後に、2004年法（及びその後の立法）は、316条の14以下の証拠開示規定を、他の法適用場面、たとえば公判前整理手続を採らない事件の裁判、あるいは再審請求審に準用してない。この点は、2004年法が証拠を開示する方向で拡がりを持ちうる可能性があり、現に影響を与えているとしても、立法で準用された場合と比べれば不徹底にならざるを得ないわけで、惜しまれる点である。

三 証拠開示制度の理論的課題

証拠開示は、公判前整理手続の枠の中で立法化が実現した。そこで理論的問題として、枠の外で証拠開示は認められるのか、また、枠の中の証拠開示を外に波及させることはできないか。そのために、枠の中の証拠開示の意義あるいはレゾン・デートルを理論的に解き明かす必要がある。さらに、これとは別に、全面証拠開示（あるいはリスト開示）が、法制審議会特別部会で検討の対象とされている。

証拠開示の理論的検討は、現行刑事訴訟法の歩みとともになされてきたが、今日の新しいステージに立って、再度検討を行わなければならない。

1 当事者主義との関係

(1)証拠開示（論）において当事者主義（すでに多義的だが）は、証拠開示を抑制する方向で議論する場合に引き合いに出されることが多い。すなわち、当事者（追行）主義をもっとも狭く解すれば、各当事者は自らの主張を裏付ける証拠も自分で収集せよということになるからである。しかし、この点については、証拠開示に関していえば、証拠収集能力の大きな格差があるままでは当事者主義の実を挙げることができないから、この格差を是正し武器対等を図るべきだという考え（実質的当事者主義）が一般に承認されている。「当事者主義だから証拠開示は認められないという一般論には過度の誇張がある。また当事者主義だから被告人に有利な証拠は自力で収集・提出すべきであるという一般論も、……適切とは思われない」、のである⁽³¹⁾。

(2)さて、単純な当事者主義論に立った証拠開示限定論が議論の仕方として良くないとすれば、どのような理論に拠るべきか。かつて酒巻匡は、アメリカの証拠開示制度を参考に、「一方当事者たる検察側の収集した事件に関する証拠・資料を被告人側に再配分することによって両当事者がこれを共通に利用できる場を設けたうえで、当事者相互が立証活動を展

開し、それを事実認定者が公平・中立の立場から判定するという訴訟の形態は、やはり当事者追行主義の訴訟にほかならない⁽³²⁾という説明をした。ニュアンスはやや異なるが、実質的当事者主義の立場から、「公務員が税金を使って集めた資料は被告人側にも共有されるべきであり、また検察官にとって容易に入手可能な資料は、弁護側にとっても利用可能となるべきである⁽³³⁾」というのも、同趣旨であろう。これらは、今日においても十二分に説得力をもつだけでなく、事前の全面開示（ないしリスト開示）を基礎づける理論としても有効であろう。

(3)以上は、もっぱら公判を前提にして証拠開示請求主体（被告人）がそれなりに手続主体性を認められている場合を前提にした議論だが、先に述べた捜査段階や付審判手続の場合は、そもそも手続主体性が十分認められないがゆえに証拠開示請求が認められていない。先に挙げた最決昭和49・3・13は、付審判手続が「捜査に類似する性格をも有する公訴提起前における職権手続であり、本質的には対立当事者の存在を前提とする対審構造を有しない」ことを理由に、捜査資料の開示を拒んだ。刑事手続上の当事者性（手続主体性）を有することは、証拠開示請求が認められるための十分条件ではないが、必要条件ではあるようである。

2 適正手続の保障との関係

(1)当事者主義同様、適正手続の意義も多義的だが、たとえば、検察官が証拠を開示しなかったために被告人がその証拠について争う機会を奪われたときは、適正手続に違反するというべきである。ここから、「裁判の適正を確保し誤判を防止するため」に、「検察官手持ち証拠を事前に被告人側に開示して共通のものとして利用させ、十分な反証活動を促す⁽³⁴⁾」べきことが導かれる。要するに、十分な防御の機会を与えることで、被告人の適正な裁判（広義）を受ける権利を保障しようというのである。これは、当事者双方に攻防材料を与えて戦わせた方が真相発見に資するという当事者主義の課題を越えた問題である。川崎英明が、「『事

実認定の適正化』のための証拠開示に加えて、『手続の適正化』のための証拠開示が実践的課題として登場している」と指摘しているのは、このことであろう⁽³⁵⁾。

適正手続主義は、事前の全面証拠開示論の有力な根拠として主張されてきたが、それにとどまらず、2004年法以降も、最高裁判例をデュープロセスの観点から理解しようとする論者もあらわれている。門野博は、証拠開示に関する一連の最高裁判例を、「刑事手続は公正な手続に則って行われなければならないとするデュープロセスの観点からの決断であった」⁽³⁶⁾と捉えており、注目される。

(2)刑事被告人は、本来「無罪の推定」を受けるのであるから、必罰主義を捨て、無罪を主張する被告人のために可能な限り便益を与えることが必要になる。田宮裕は、これを「真実主義からデュープロセスへ」と表現し、このことから、資料的便宜の提供として証拠開示が大きな意味をもち、とくに無罪証拠は必ず顕出しなければならない、有罪請求の基礎も吟味されなければならないことを導く⁽³⁷⁾。

適正手続の保障を証拠開示の基礎におく理論的メリットは、これにより証拠開示を公判手続から解放し、捜査や準起訴手続などに拡げる可能性を得るからである。

3 公判前整理手続と現行証拠開示制度は相即不離の関係か？

以上のような考察を経て、改めて言えることは、2004年法の証拠開示規定は、必ずしも公判前整理手続と結びつけて考える必要はなく、他の手続場面に（場合によって多少の修正を経て）準用ないし類推しようということである。2008年に新たな証拠開示制度を立法化した韓国刑事訴訟法は、公判前整理手続と証拠開示規定を切り離しており、参考になる⁽³⁸⁾。

また、「公判前整理手続」の請求権を認めるべきだという主張もあるが（日弁連等）、それがもし、証拠開示制度を利用するための便法を得るた

めだとする、正しく一般的「証拠開示」立法を求めるべきであろう。

四 結びに代えて

現在、法制審議会の「新時代の刑事司法特別部会」で今後の刑事司法の在り方について、広範な論点について議論が進められており、そこで取調べの可視化などの論点とともに、証拠開示についても検討がなされている。2013年1月には、同特別部会の「基本構想」が公表されたが、そこに示された証拠開示は、「検察官が保管する証拠の標目等を記載した一覧表」の交付（リスト開示）も検討するとされていたが、合わせて弊害への言及もあった。同年6月の作業分科会「素案」でも、リスト開示を制度化した場合の枠組みと問題点がまとめられている。ただ、その後の部会審議をみる限り、全面開示あるいはリスト開示への途は険しいようだ。

ただし、実務の現場では、日々の営為の中で、証拠開示は着実に広がってきている。証拠開示が適正な刑事裁判のかなめである以上、その歩みを押しとどめてはならない。

【注】

- (1) 「〈鼎談〉刑事裁判の理念と事実認定」法律時報77巻11号（2005年）9頁〔白取発言〕等。
- (2) 森下弘「捜査段階における証拠開示」季刊刑事弁護19号（1999年）36頁。
- (3) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）83頁。
- (4) ただし、平野は、弾劾的捜査観の帰結として、捜査における証拠開示について言及しているわけではない。
- (5) 斎藤司「捜査過程を示す記録と証拠開示」刑法雑誌52巻2号（2013年）85頁、同「捜査手続過程の事後的可視化と証拠開示」村井敏邦先生古稀記念論文集『人権の刑事法学』（日本評論社、2011年）352頁等。
- (6) 自由と正義47巻9号（1996年）所収。
- (7) http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/1998/1998_2.html
- (8) 白取祐司「フランスの警察留置法制の現在」福井厚先生古稀祝賀論文集『改革期の刑事法理論』（法律文化社、2013年）23頁参照。

- (9) 白取祐司『刑事訴訟法 (第7版)』(日本評論社、2012年) 223頁。
- (10) 「付審判請求事件の審理方式に関する大阪弁護士会の見解」法学セミナー 202号 (1972年) 158頁。
- (11) 三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣、2003年) 71頁。
- (12) 能勢弘之「捜査活動と人権をめぐる付審判請求の理論的考察」法律時報 58巻 10号 (1986年) 38頁。
- (13) 合田悦三「公判前整理手続の長期化」刑事法ジャーナル 36号 (2013年) 38頁。
- (14) 磯部衛「証拠開示」別冊判例タイムズ 7号『刑事訴訟法の理論と実務』(判例タイムズ社、1980年) 314頁。
- (15) 白取祐司『刑事訴訟法』(日本評論社、1999年) 226頁参照。同書は現在第7版だが、この「事前全面開示論」の部分は、2004年法以降削除した。
- (16) 日本弁護士連合会編『続・再審』(日本評論社、1986年) 366頁以下。
- (17) 斉藤司「再審における証拠開示」法学セミナー 698号 (2013年) 22頁。
- (18) 日本弁護士連合会編・前掲『続・再審』426頁。再審の場合の証拠開示の重要性につき、検察官手持ち証拠の多くは、代替性がなく、再現不可能であり、公判廷に提出されなかった証拠でも、新証拠との関連で評価すれば請求人の無実を明らかにしようと指摘されている。日本弁護士連合会編『再審』(日本評論社、1977年) 137頁。なお、指宿信『証拠開示と公正な裁判』(現代人文社、2012年) 197頁以下参照。
- (19) 代表的なものとして、酒巻匡『刑事証拠開示の研究』(弘文堂、1988年) 308頁など。
- (20) 前田巖「類型証拠 6号要件の該当性について」酒巻匡編著『刑事証拠開示の理論と実務』(判例タイムズ社、2009年) 201頁。
- (21) 酒巻匡「証拠開示制度の構造と機能」酒巻匡編著『刑事証拠開示の理論と実務』(判例タイムズ社、2009年) 25頁。
- (22) 門野博「証拠開示に関する最近の最高裁判例と今後の課題——デュープロセスの観点から」原田國男判事退官記念論文集『新しい時代の刑事裁判』(判例タイムズ社、2010年) 149頁注(12)。
- (23) この点につき、「共同研究・刑事証拠開示のあり方」(遠藤邦彦裁判官のコメント)判例タイムズ 1387号 (2013年) 63頁参照。
- (24) 門野・前掲論文 140頁。
- (25) 前掲注(23)「共同研究・刑事証拠開示のあり方」における研究者と法曹三者の「コメント」参照(65頁以下)。
- (26) 前掲注(23)「共同研究・刑事証拠開示のあり方」における松代剛枝コメント(65頁)。
- (27) 門野・前掲論文 162頁、斉藤・前掲注(17)「再審における証拠開示」25

- 頁。
- (28) 酒巻・前掲注(21)「証拠開示制度の構造と機能」11頁。
 - (29) 坂根真也「公判前整理手続の現状と課題」季刊刑事弁護72号(2012年)28頁。
 - (30) 捜査メモについて裁判官がインカメラ審理方式で判断の際の予断可能性について、杉田宗久『裁判員裁判の理論と実際』（成文堂、2012年）28頁参照。
 - (31) 酒巻・前掲注(19)294頁。
 - (32) 酒巻・前掲注(19)287-288頁。
 - (33) 後藤昭「公判前整理手続における証拠開示命令の対象」ジュリスト1376号(2009年)213頁。
 - (34) 石川才頭「証拠開示」別冊判例タイムズ6号『刑事訴訟法の理論と実務』（1980年）178頁。
 - (35) 川崎英明「証拠開示問題と刑事弁護の課題」季刊刑事弁護19号(1999年)20頁。
 - (36) 門野・前掲論文149頁。
 - (37) 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』（有斐閣、1972年）249-250頁。
 - (38) 関永盛「韓国刑事訴訟法上の証拠開示制度」法と政治64巻3号(2013年)235頁。

吉川先生には、本学法学部創設時(1984年)から、新任の私にも大変親切に接していただきました。先生のご退職記念号に拙稿を献呈する機会を与您いただき、心より感謝申し上げます。