

治罪法制定期前後の刑事弁護権

椎 橋 隆 幸

(99) 治罪法制定期前後の刑事弁護権

- 一、はじめに
- 二、前史
- 三、治罪法の性格
- 四、民間憲法草案中の弁護権
- 五、刑事弁護権の主張
- 六、刑事弁護の実際

一 はじめに

日本に於て本格的な刑事弁護権が認められたのは明治十三年制定の治罪法によってであり、しかも一般にそれは日本人の努力とは無関係に突如として天降りの出現したといわれる⁽¹⁾。その根拠として、前年の十二年に司法省修法課の磯部四郎が刑事弁護を権利として認めよとの主張をした際、政府委員十人中八人までが猛烈な反対を

したにも拘らず、翌年には政府顧問ボアソナードの手によって刑事弁護権が規定されたという事情があげられる。この短期間内での変化について、穂積陳重は「これは治罪法起草者たるボアソナード氏が、磯部博士の説を賛成したからであらう。当時の大官連は、……非常なる外国人崇拜者であったから、御雇外国人の云ふ事なら、殆んど一も二も無く尤もと考へて鵜呑にするを例としたから、磯部博士は日本人なるが故に前年に反対せられ、ボアソナードは外国人なるが故に翌年に賛成せられたのであらう⁽³⁾」という。確かにボアソナードの功績は高く評価されようが、彼一個の見解によって治罪法に刑事弁護が実現したとするのは皮相であろう。重要なのは、誰が草案を作ったのかより以上に、当時、政府が弁護を規定しなけ

ればならなかった事情であり、さらに重要なのは民衆の間で弁護を必要とする声がどれくらいに拡がりをもっていったのか、また、弁護についての理解はどんなものであったのかであろう。一つの制度はそれを支える基盤がなければ成立し得ないし、し得たとしても着実な受容はなされない。勿論、木に竹を継いだといえる程従来の刑事手続とは異質の治罪法の規定が全て順調に働いたとはいえない。理想的な内容を含んでいたため実施できず、当分の間留保されたものも多く、実施前の幾多の大修正により実際の適用に於ては従前と大差なくなつたという者もある。⁽⁵⁾しかし、弁護権についていえば、代言人の数の少ないため重罪事件の必要弁護(三八一条一項)が十分行なわれなかつた⁽⁶⁾他は殆ど制限を受けなかつた。そして、被告人の権利に無理解な裁判所の権威的な運用にも拘らず、代言人の活動を中心に、弁護権は比較的順調に発展していく。おそらく、そうした背後には民衆の間に弁護を必要とする要求が広汎にあり、弁護についての高く、深い理解が存在することが必要であり、代言人の被告人側に立つた弁護活動があつたものと思われる。本稿は治罪法の刑事弁護権が決して偶然に突如として天降つたものでは

なく、生れるべくして生れたものであることを当時の法律雑誌の論稿を中心に明らかにしたいと思うものである。

(1) 南波奎三郎「弁護学」三八頁。なお、山田武雄「日本に於ける弁護の歴史」六五―六六頁参照。

(2) 尾佐竹猛「明治警察裁判史」一九七―一九八頁。

(3) 穂積陳重「統法窓夜話」一〇二―一〇三頁。

(4) 染野義信「司法制度」日本近代法発達史第二卷一〇一―一二頁参照。

(5) 池田寅二郎「司法ニ関スル法制」司法資料第四百四号四七頁。

(6) 「治罪法第三百八十一条第一項ニ若シ弁護ナクシテ弁論ヲ為シタル時ハ刑ノ言渡ノ効ナカルヘシト有之候得共其裁判所々屬ノ代言人無之場所ニ於テハ当分ノ内弁護人ヲ用ヒサルモ其刑ノ言渡ハ無効ノ限リニ在ラス」明治十五年一月九日太政官布告第一号法規分類大全第一編治罪門一〇九頁。

(7) 大分時代は下るが、穂積は十三年にわが国が刑事弁護制を採用しないでは済まなかつたこと、またその後も順調に受容されていることを述べている。穂積「陪審法の制定に就て」法曹会雑誌一卷四号十頁。

二 前史

日本で初めて辩护人制度が設けられたのは明治五年の

司法職務定制に於てであり、代言人は「自ら訴フル能ハサル者ノ為メニ之ニ代リ其訴フ事情ヲ陳述シテ冤枉無カラシム」(四十三条) 役割を担った。しかし、ここで代言人が許されたのは民事についてだけであった。明治四年に暗殺された参議広沢真臣の事件を処理する為に、政府は八年二月に広沢故参議暗殺事件別局裁判規則を制定し、その中に「弁護官」の制度を設け、弁護官は被告人の為に弁護する責に任ずる(六条)ものとされた。南波李三郎はこれをもって「我國に於ける刑事弁護制度の嚆矢であつたろう」とする。この規則によれば、弁護官は「司法卿ノ選ヲ以テ省中官吏ノ内ヨリ」(四条)選ばれ(官選弁護)、意見を述べることはできても「糺弾ノ善悪ヲ論シ又ハ罪ノ有無ヲ論シ裁判ノ当否ヲ論スルノ權ナシ」(五条)との制限を受けた。そして、実際に弁護官に選定された明法中法官・荒木博臣と権中法官・長野文炳は陳述の機会を与えられた際に、被告等に付て「別に弁護すべき意見なし、仮令抑圧せらるゝとも、真正の事実を述べられざる道理なき故、特に弁護するに及ばずと信ず」と被告人に何の役にも立たない陳述をした。弁護権の認識を全く欠いていたものといえよう。この規則は特

別規則であり一般の事件には適用されず、当該事件での弁護官も形式的についたというだけで、何ら実質的な弁護はしなかったから、殆ど重要性を持たないといつてよいだろう。明治九年に、米人が日本人八百屋夫妻を傷害し、そのうえ告訴するという事件があった。被告人に「十分ノ条理アリト見込モ、婦女子又ハ訥弁ノ為メ、直者ヲシテ却テ曲者ト為ラシムルノ憂」(4)があつたため、政府は外国人関係の刑事事件に限って代言人を用いることを許した。しかし、刑事事件一般ではなく、しかも事件毎に司法卿へ許可を願ひ出るといふ形をとつた。司法省の考えでは、「従来刑事上代言人ヲ用ヒサルハ、必スシモ禁令アルニ非ス、自然ノ習慣」(6)であつただけで、代言人を許す理由は「敢て公訴の攻撃に対し被告人に防禦を許すの趣旨に出でたるものにあらずして治罪手續上対外的に国民の権利を保護するを目的とし」たもので「差掛りの事件の必要に基きたるに過ぎざりし」(7)ものであった。被告人の利益よりも国益を優先した考え方である。ところで、ここまでくると、外国人関係の事件に許され、しかも禁止されているのではないなら、日本人間の事件に許されない筈はないと考えるのは当然で、九年七月には三

谷三九郎の油事件⁽⁸⁾において刑事弁護が許された。⁽⁹⁾しかし、これも司法卿に願ひ出で許可を得るといふ個別的なものであった。かくて、刑事弁護が被告人の権利として一般に認められるのは治罪法を待たねばならない。

- (1) 南波 前掲三六頁。尾佐竹猛「日本陪審史」一一四頁。広沢暗殺事件は本書が詳しい。
- (2) 尾佐竹 前掲一二三—一二四頁。
- (3) 滝川政次郎「弁護官」自由と正義二巻七号三九頁参照。もつとも五年後、同じ事件の他の被告人の審理のために故広沢参議暗殺事件別局裁判規則が制定されたが、その際選定された弁護官殿谷龍一は「縷々数万言、此頃としては真に比類なき大陳述をなし、徴に入り細を穿ちて、無罪の大弁論を為した」結果、全員無罪の判決を勝ち得たということがある。尾佐竹 前掲一三四頁。
- (4) 法規分類大全第一編治罪門一 三一五頁。
- (5) 山田 前掲二八頁。
- (6) 法規分類大全第一編治罪門一 三一四頁。
- (7) 山田 前掲二七頁。
- (8) この事件については奥平昌洪「日本弁護士史」六一頁以下参照。
- (9) 法規分類大全第一編治罪門一 三一五頁。

三 治罪法の性格

明治政府の上からの近代化政策の一環として、法典整備要求（それは直接的には不平等条約撤廃という切実な目標があった）があり、それと同時に民衆の間からの自由民権運動はその要求の一つを自由と権利の保障を獲得することに置いていた。⁽¹⁾この二つの大きな流れの中で生まれてきたものとして治罪法は次のような性格を持つことを余儀なくされた。政府の文明開化政策の一環としての近代的法治国家の法典といひ得るためには自由・権利の保障をかなり認めねばならない。かといって自由民権運動の昂まりを見て、政府はそこに出ている要求をある程度認めざるを得ないと同時に弾圧もしなければならぬ。そのような相反する力の一つの均衡点に治罪法は成立したといえる。つまり、母法フランス治罪法（一八〇八年）よりも糺問的色彩が強い⁽²⁾といへ、体系的な法典を持たなかった当時の日本としては画期的といえる程国民の自由・権利を保障した進歩的な法典であった。⁽³⁾公訴時効（二〇条）、保釈（二〇—二二九）、不告不理の原則（一一三、二七六）、公開主義（二六三）弁護権（二六六）等の規定はその例である。また、十六年二月五日、元老院は、国体に合わないという理由で治罪法の一部を

改正するよう上奏している。それは、尊属に対する罪には公訴時効を認めないことにし、皇室に対する犯罪者は少年と雖も減刑しないことに変えるという逆の方向への改正を意図していた。⁽⁴⁾ これからも治罪法の進歩的性格が窺われる。前述の如く治罪法には法文上、運用上の例外が多くあったけれど、全体として、当時にしてみれば、進歩的な法典だったと評価できよう。

ここで、当時、治罪法がいかに理解されていたのかを少し見ておくのも無駄ではないだろう。十三年七月の法律志叢の論稿「治罪法論」は、治罪において、犯人の処罰及び無辜を罰しないことは相反する二つの要求で、これをいかに調和するかが苦心するところであることを述べた後、治罪の原則として、人身の自由、住居の不可侵、それに犯人の処罰の三つをあげている。人身の自由が保護される理由として、有罪無罪不明の間の厳しい取り調べは無辜を罰する恐れがあり、無辜を罰しないために人身の自由が保障されるのだという。⁽⁵⁾ そして、予審については公開すべきだとする。理由は「公聴ハ官吏ノ専横ヲ制シ人民危疑ノ念ヲ絶ツ其利タル大」なるものがあるからで、予審は原則として公開とし、罪証隠滅の恐れ

がある場合に適宜に、例外として、密行を認めればよいとする。⁽⁹⁾ また、治罪法の各規定の解釈に当たっても、三つの原則つまり犯人の処罰、人身の自由、住居不可侵を基本に考えればよく、枝葉末節にとらわれるべきではないとしている。⁽¹⁰⁾ 重要なのは、犯人の処罰といえども人身の自由を侵して実現されてはならない、というデュー・プロセス思想の一端が窺われることである。すなわち「罪犯ヲ防懲スルハ国民ノ大義ナリ然リト雖トモ決シテ人身自由、住居不侵ノ義ヲ冒スコトヲ得ズ」。⁽¹¹⁾ また、十四年一月の「治罪法論」は、治罪法が刑法の実現を助ける手続であることを述べた後、「治罪法ハ決シテ一箇ノ裁判手続法ニ非ラス人民ノ自由安全ヲ託スル所ノ金城湯池ナリト云フモ亦敢テ失言ニ非ラサルナリ」⁽¹²⁾ として、治罪法に国民の自由を守る堅固な城としての役割を認めている。

これらは、治罪法について優れた理解を示した例としてとりあげたもので、これらのほか、治罪法の諸問題についての論稿は、当時、数多く発表されており、⁽¹³⁾ 治罪法の注釈書もたくさん刊行されている。治罪法に対する関心の高かったことが知られよう。治罪法が制定されてか

らは、その適切な実施を望む⁽¹⁴⁾声、実施後に備えて国民全部が勉強すべきであるとの声も聞かれる。

- (1) 家永三郎「司法権独立の歴史的考察」一七七頁参照。
- (2) 密室監禁(一四三条)、予審判事の被告人訊問(一四九)、現行犯の予審(二〇一)等々の糾問的な規定が多いうえ、陪審制度を採用しなかった。
- (3) 染野 前掲一二〇頁。
- (4) 十六年二月五日元老院上奏 法規分類大全第一編治罪門一 二〇〇頁参照。
- (5) 「法律志叢」(十三年五月二九日創刊)は論説、弁疑、裁判、投書より成り、弁疑、投書欄は「博ク江湖(注・民衆)ノ論説問答ヲ録ス」ものであるが、論説についても投稿者の基盤にたいした違いはないようである。
- (6) 「治罪法論」法律志叢第七号(十三・七・二三)二一三頁。なお、治罪法の趣旨が、国家の利益(犯人の処罰)と被告人の利益(無辜の保護)との調和的実現にあり、は、多くの注釈書の認めるところである。堀田正忠「治罪法釈義」十九頁、江木衷「現行治罪原論」上巻四頁等参照。
- (7) 法律志叢第七号 二頁。
- (8) 法律志叢第八号(十三・七・二七)二頁。
- (9) 同前 一頁。
- (10) 同前 五頁。
- (11) 同前 四頁。
- (12) 法律志叢第三一号(十四・一・二七)九頁。

(13) 自白論、未決拘留論、検察官論等々治罪法のほとんどの論点について論じられている。

- (14) 例えば、近事評論第三三〇号(十四・六・二八)十丁。
- (15) 例えば、近事評論第二八一号(十三・七・二八)二丁。

四 民間憲法草案中の弁護権

十四年を頂点として民間憲法草案が数多く作製される。代表的な植木枝盛の日本国憲案が「刑事裁判陪審ヲ設ケ弁護人ヲ許ス」(百九十二条)と規定する他、少なくとも十三の民間憲法草案が弁護権を保障している。そして、その過半数は弁護を認めるだけでなく、弁護人のつかない裁判は無効だとしている。なかでも交詢社の私考憲法草案(十四年五月一六月)は弁護権の条項の説明で、弁護権の前提に無罪推定法理があることを述べている。「刑事被告人ニ弁護者ヲ許スハ効訴法ヲ用ユルト共ニ民ニ冤托無カラシムルノ便法ト云ハサル可カラス凡ソ人罪ヲアリト告訴セラル、モ其罪犯未タ分明ナラサル間ハ之ヲ認メテ罪人トナス可ラス即チ其人ニ属スルノ権理ヲ剝奪ス可ラス宜シク充分ニ自ラ弁明セシメサル可ラス是レ弁護者ヲ許スノ必要ナル所以ナリ」⁽²⁾。これは何よりも被

告人の地位・権利についての深い理解が示されているものとして高い評価が許されよう。その他民間憲法草案中の弁護権の規定の特徴をあげれば、弁護権と陪審制の採用が対になって規定されているものがいくつあること。

また、弁護権の規定が、植木案を例にとれば、第四編の「国民の自由権利」の中に規定されているのではなく、第八編の「司法権」の中に規定されているというように、殆どの草案が司法ないしは裁判の編に規定しており、わずかに立志社の日本憲法見込案（十四年九月）が第四節「民権」中に、西周の憲法草案が第三章「国民の権利義務」中に弁護権を規定しているのが注目される。植木等が弁護権をいかに理解していたのか、何故国民の権利として規定せずに裁判の所に規定したのかは興味ある問題であるが本稿の任ではない。ともあれ、十四年前後に民衆が国の基本法である憲法中に弁護権を規定していたという事実は、民衆が弁護権を基本的権利として理解し、弁護の実現を強く望んでいたということが知られる。⁽³⁾

(1) 家永三郎・松永昌三・江村栄一編「明治前期の憲法構想」二四八頁。その他の草案についても本書を参照した。

(2) 同前 一八〇頁。

(3) なお、森長英三郎「在野法曹85年小史」法律時報三二卷五号一一頁参照。

五 刑事弁護権の主張

弁護が刑事事件一般に権利として保障されたのは十三年の治罪法によってであるが、早くも七年には政府の開明化政策を代表するが如く、井上毅は、無罪推定、不当な身柄拘束の禁止、弾劾主義等を採用する西洋刑事訴訟手続の継受を勧めている⁽¹⁾。そして十一年に、井上は、裁判の所で、被告人の利益になるものとして、原被告の対審、公判の公開、そして弁護権をあげている⁽²⁾。彼は「弁護ノ権利ハ、刑事裁判ノ緊要ナル者ニシテ、古昔告訴法ノ精神、其由テ来ル所、久シ、若シ此権利無ラシメバ、刑事裁判ハ、幾ント圧迫ノ具タルニ帰セントス⁽³⁾」として弁護権が弾劾主義訴訟に欠かせない旨を述べている。また、公判における必要弁護、私選のないときの官選弁護をも述べている。

これに対して権力外すなわち民衆の間で弁護権はどのように理解されていたのか。この点がより重要である。明治十年八月の法律雑誌⁽⁴⁾第四号の論説「代言弁護ノ刑事

ニ次ク可ラサルヲ論ス」において、金丸鐵は代言人が必要なる理由として第一に、法廷では被告人は正常な判断をなし得ないことを的確に指摘し、第二に、裁判官が被告人の言に耳をかさず、自己の憶測に頼って判決すること(6)をあげている。「被告カ弁白ノ難キト偏ヘニ法官ノ恃ム可ラサルヲ曉ルニ至ラン既ニ之ヲ曉ラハ宜シク之ニ備フルノ方無カル可ラス是則チ欧米ノ諸国概ネ代言ノ弁護ヲ許シテ人民保護ノ要ヲ得ルモノトスル所以ナリ」。論文は続けて、民事訴訟の対象が主に人の身分と財産に関り敗訴した場合でも財産と名誉が損われるに止るのに対して、刑事訴訟では、敗れた場合軽くて罰金、でなければ自由の拘束と名誉の失墜、さらには終身刑、死刑ともなる重大なものであることを説き、民事にだけ代言を許し、刑事に許さないのは不当であるとしている。次に訴訟構造の違いとそこでの代言の要否について、金丸は、検察官制度もない、糾問主義訴訟なら代言人は必要ないかもしれないが、弾劾主義訴訟では代言人が不可欠となることを正当に指摘している。またその場合、検察官の強大な力に対する現実的考慮も忘れていない。すなわち「告訴法ヲ用テ治罪ノ法トシ既ニ學ト識トヲ兼ネ威権ヲ有シ

口ニ法章ヲ誦ンジ手ニ無数ノ証告書ヲ捧ケ堂々被告ノ罪ヲ鳴ラシ論告弾劾刑ヲ求ムルヲ以テ職トスルノ檢官ヲシテ原告ノ位ニ立タシメ無智卑屈ノ愚民ヲシテ独リ之レニ当ラシムルガ如キコト有ラシメハ吾輩未タ其可ヲ称スルコト能ハザルナリ」。すでに十年に、このような弁護権についての理解がなされていたことは注目されてよいだろう。

十五年一月治罪法施行直後、後の代言人宮城浩蔵は「弁護權トハ……社会ノ一人罪アリトシテ法庭ニ告ケラル、ニ当リ弁論説明シテ以テ自ラ護衛スルノ權」と定義した後、刑事弁護權は民事答弁權と異なり「独リ被告ノ有ノミナラス刑事ニ原告ノ資格ヲ具フル社会モ亦共ニ之ヲ分有スル」ことを主張する(10)。宮城によれば、治罪法全編に亘って厚く保護されている被告人の弁護權は検察官、予審判事によって大きな制約を受ける。予審ですでに捺印済みの調書がとられていると、弁護人は公判でそれを覆すことはむずかしい。しかも相手の検察官は人爵を有する熟達(11)の官吏である。弁護人の弁論は空論になつてしまふ恐れがあり、弁護權の趣旨は全うされない。それではどうすればよいのかというと、裁判官や検察官は「常

ニ弁護権ノ唯リ被告人ノ為メニ非ルノ理ヲ服膺シ其公判ニ望ムヤ容貌ヲ温良ニシ言語ヲ淳厚ニシテ力メテ被告人及ヒ証人ヲ誘導シ弁護ノ自由ヲ尽サシムル⁽¹²⁾ことが必要であり、そうしないで弁護が効を奏さず、その結果無辜が罰せられたり、過当の刑を課せられたりすれば、それは単に被告人だけの不幸ではなく社会の不幸でもある。それ故、弁護権は被告人だけにあるのではなく社会にもあるのだという⁽¹³⁾。これをみると、宮城の考えは実質的弁護の思想のようにみえる。しかし、これを裁判官、検察官の被告人に対する従来あまりにも權威的な態度を改めるべきだとの要求とも受けることができるし、弁護については言葉足らずのために不明確であるが、必ずしも実質的弁護の思想ではないと思われる。少し時代は下るが、彼の教科書で彼の見解を補足すれば、裁判の目的は犯罪者を罰することにあるが、それに優る社会の利益として無辜を罰しないことがある。弁護人の設けがあるのはまさに無辜を罰しないという社会の利益の為なのだから、弁護人は唯被告人のためのみに設けられているのではなく社会のために設けられているのだという所に力点がある。しかし、宮城の、弁護権は被告人だ

けでなく社会も持つ、との主張は、むしろ重罪被告人の弁護権放棄の可否の点で意味をもってくる。宮城の弟子である「飄々生」という筆名の明治法律学校生徒は宮城の説を引き継ぎ発展させている。一六年七月の論文は重罪事件の強制弁護に関して、重罪弁護人が被告人のためだけにあるなら被告人がその利益を放棄できるのは当然だが、被告人のためだけではなく社会のためにもあるのなら被告人の意思だけで弁護権を放棄できないのが道理だとする⁽¹⁵⁾。また、彼は公平な裁判を担保するための不可欠の機関として弁護人が必要だとする。公平な裁判ができなければ裁判の信用を失ない、社会公衆の危険を招くので、被告人だけの不幸に止らず社会の不幸となる。ところで、強大な権限を有する検察官に対して被告人一人ではあまりにも均衡を失するので、公平な裁判といえるためには被告人に必ず弁護人が必要となる、という⁽¹⁶⁾。それでは、法文上強制弁護とされていない軽罪についてはどうか。彼は言う。軽罪についても裁判の公平の見地からすれば、弁護人を必要とする点は同じであるが、ただ、軽罪はその数が多いので全てに弁護人をつけなければならぬとすると裁判の遲滞を生じ、公益を計ろうとして

一方では公益を害する結果になる。従つて軽罪については被告人の請求によるとしてゐるのである。⁽¹⁷⁾さらに、強制弁護についての批判——知識があり法律も知り十分自ら弁護できる者まで弁護権を放棄できないのは不当である——については簡単に「此等ハ殆ト弁護人ノ何物タルヤヲ弁知セサル謬論ニシテ固ヨリ取ルニ足ラス」として斥けている。しかし、この点は彼の論文全体を見ても論じ尽されているとは思われない。のみならず、この点についての疑問は他にも多くの者が抱いていたようである。例えば、佐津呑月⁽¹⁹⁾が十五年六月に質問を投書している。それによれば、第一に、重罪被告人に弁護人をつけるのは被告人保護のためなのだから被告人が権利を放棄するのは自由ではないか。第二に、弁護人の日当、弁当代は被告の負担であり、貧困な場合は国が負担するが、被告人が弁護人を必要ないと思つたときにもつけて費用を負担せしめる(貧困の場合は国に)のは不当ではないか、の二点をあげている。⁽²⁰⁾これに対する佐田裕堂⁽²¹⁾の答は弁護権の理解をさらに発展させてゐるものと評価できる。「飄々生」は重罪被告人の強制弁護を説明するために宮城のいう、弁護権は被告人のみではなく社会も持つ、と

の見解を發展的に採用し、検察官と被告人との力の差に着目して、公平な裁判のための不可欠の機関として被告人を位置づけた。これに対して佐田は、弁護権は被告人を保護するための権利であることをまず述べる。それでは、法律に通じていて、他人の弁護を必要としない者にも弁護人をつけるのはどうしてかについては、「凡ソ人ハ何程聡明ナルモ自己ノ事ニ関シテハ或ハ利欲ノ迷霧ニ惑ハサレテ邪路ニ陥イルコトナシトセス此場合ニ於テ弁護人ナル者アリテ其邪路ニ陥ラントスル者ヲ救フハ豈ニ一大利益ナラズヤ」と答えている。⁽²²⁾重要なのは、従来は身分も法知識もある検察官に対して、被告人は大抵愚民であるから弁護人が必要であるとの説明がなされていた⁽²³⁾のが、ここでは「何程聡明な人でも」弁護人が必要であるといつてゐることである。佐田はこれをたとえて、月夜に客を帰す際に、万一に備えて提燈を貸与するようなものだとする。被告人の保護に厚い進んだ考え方といえよう。佐田はさらにもう一つ重要な指摘をしてゐる。それは、被告人が身柄拘束されている場合に、被告人に代つて、証拠収集等の防禦活動を弁護人が行なう役割を認めてゐることである。「重罪被告人ニ在テハ既ニ未決拘

留ヲ受クルヲ以テ其身ノ進退自由ナラス從テ証拠ヲ集聚シ及ヒ証人召喚ヲ請求スル等ノ処分ヲ為スニ其不便少ナカラズ然ルニ若シ弁護人アリテ之ヲ助ケハ其便利少々ナラサル可シ既ニ此便益アル以上ハ仮令被告人何程聡明ナルモ弁護人ヲ選任スルハ決シテ無要ノ業ニ非サル可シ⁽²⁴⁾。身柄は拘束されていても、有罪となるまでは、被告人は自由に自己の防禦活動をすることができるということが前提になければ、それを助ける弁護人の活動もあり得ないわけだから、この主張はかなり重要なものである。

ここまで述べてきたところをみると、今日の弁護権論のエッセンスは、この時期に殆ど出ているといえるのではなからうか。明治憲法制定以後には、⁽²⁵⁾ 基本的人権と関連した法思想は殆どみられなくなる、といわれるが、⁽²⁶⁾ 弁護権発展史においても、明治憲法制定前とくに治罪法制定期前後は重要な一時期を画しているように思われる。

- (1) 井上毅「治罪法備攷」上編諸言序一—五参照。
- (2) 井上「治罪法備攷」下編一ノ六。
- (3) 同前 一ノ七—八。
- (4) 「法律雜誌」(十年八月十二日創刊)は、官令、論説、

問答、外国裁判の四部より成り、「論説ノ部ニハ内外古今ノ法律ニ渉ル論文寄書ヲ記シ、問答ノ部ニハ法律ノ問題ヲ江湖ノ諸彦ニ得テ本社之ニ答ヘ或ハ本社ヨリ問ヲ起シテ諸彦ノ答ヲ請フテ之ヲ集録」するもので、「四方ノ君子幸ニ高明論説ヲ答マス本社ニ投寄セラレンコトヲ切望」している。また、「論説問答外国裁判ノ部ニ於テ記者ノ姓名ヲ掲ケサルモノハ皆本社編輯者ノ手稿ニ係ル」とあり、初代の編輯者は社長でもある、後の代言人(十五年一月より)金丸鐵である。

- (5) 「代言弁護ノ刑事ニ欠ク可ラサルヲ論ス」法律雜誌第四号(十・九・十一)四三丁。
- (6) 同前 四三—四四丁。
- (7) 同前 四四丁。
- (8) 法律雜誌第五号(十・九・二二)五四—五五丁。
- (9) 同前 五五丁。
- (10) 宮城浩藏「弁護権ヲ論ス」法律志叢第八七号(十五・一・三)二—二二頁。
- (11) 宮城がここでいう弁護権とは、精神錯乱の際、弁論を停止してもらふ利益、違警罪・軽罪の呼出状に被告事件を記載してもらふ利益をも含んだ広い意味をもっている。同前 二—二五頁参照。
- (12) 同前 二五頁。
- (13) 同前 二五—二六頁。
- (14) 宮城浩藏「日本治罪法講義」四七九—四八〇頁参照。

- (15) 「重罪被告人ハ弁護人ヲ辞スルノ權ナキ所以ヲ論ス」
法律志叢第一七七号(十六・七・三)二七頁。
- (16) 同前 二九頁。
- (17) 法律志叢第一七九号(十六・七・十五)二三—二四頁。
- (18) 法律志叢第一九〇号(十六・九・二一)三〇頁。
- (19) (21) 佐津呑月、佐田豁堂は共に筆名であろうか。兩者は幅広い分野に互つて頻繁に投稿している。とくに佐田は、刑法、治罪法はもとより憲法、民法の分野にまで論稿を寄せている。佐田によれば、自分達の仲間で、ある問題について議論し、解決のつかない点を雑誌社及び読者の意見を求めるということのあることが知られる。法律雑誌第二〇四号(十四・十・二三)八頁参照。
- (20) 佐津呑月「重罪ノ被告人ヲ辞スルノ權アルヤノ問」法律雑誌第二四七号(十五・六・三)十五—十六頁。
- (22) 佐田豁堂「重罪ノ被告人ヲ辞スルノ權アリヤ否ヤノ問ニ答フ」法律雑誌第二四九号(十五・六・十三)十八頁。
- (23) 例えば、法律雑誌第五号五五丁。
- (24) 法律雑誌第二四九号二〇頁。
- (25) 石田雄「基本的人權2」歴史I七頁。

六 刑事弁護の実際

前述の如く、治罪法制定期前後において弁護権につい

ての高く、深い理解が民衆の間になされていたことが明らかであるが、実際の弁護はいかに行なわれていたかが当然に問題とされよう。治罪法そして弁護権の条項の進歩的性格に対して、政府の設けた様々な妨害、裁判所の権力的な態度、被告人の地位や弁護権についての無理解等等によって弁護人の法廷での活動は様々な制約を受けた⁽¹⁾。十三年五月改正の代言人規則は「訟庭ニ於テ現行ノ法律ヲ誹謗スル者」や「官吏ニ対シテ不敬ノ所業ヲ為ス者」(二十二条)を誹責、停業さらに除名(二十三条)の即決裁判をなす権限を裁判所に与えた。こうした制限にも拘らず、弁護人はその使命を自覚し、弁護権を理解した立派な弁護をなしている。治罪法施行後の事件によってその一端をみてみよう。十五年三月の強盗事件に関する東京重罪裁判所の公判で弁護人角田真平は、警察官を証人として喚問させ、拷問の有無を問いただしている。また、拷問による自白は無効である旨を主張している⁽²⁾。また十五年十二月の桜間要三郎故殺事件では被害者が土佐出身の自由党员で代言人であったため、不測の事態が起るかもしれないということで、弁護の引き受け手がないだらうとの評判であった。これを聞いて代言人大岡育

造は「代言人は一身上の關係に依りて其嚮背を決すべきものに非ず」として、飯塚銀弥・角田真平・高梨哲四郎等と相談の上、自ら弁護に當った。大岡は正当防衛の主張をし、裁判所に受け容れられ、被告人は無罪放免となつた。⁽³⁾(十六年七月)。正当防衛の主張が認められた初めての判決として、また、弁護士の職業使命の問題を含んでいる点で重要な事件である。この他にも一般の刑事事件で弁護人は立派な弁護をしている。しかし、なんと⁽⁴⁾いってもこの時期の最たるものは福島事件、大阪事件等の国事犯事件における星亨の弁護活動であつたらう。近代日本裁判史上、公開裁判としては国家对弁護人が対決した本格的な大裁判といわれる福島事件の高等法院における星の弁論は、内容の充実と舌端の剛健を相待つて、我が邦の刑事弁護始つて以来、會て見ざる有力な弁護であつたといわれている。星の弁論の詳細は他に譲るとして、この時期の弁護人の共通の悩みは法廷での弁論が彼らの活動の中心であるにも拘らず、種々の制限で自由にならないことであつた。十六年八月六日の公開開廷の際、星は、かねて裁判長より誹謗讒言にならぬよう弁論するように言われているが「公判廷に於て是非を論争するに

當りては多少誹謗讒言に涉ることあるべし若し他に於て謂ふ所の誹謗讒言を以て之を視且牽制せらるるならば公廷内にては何事をも云ふこと能はざるに至るべし……」⁽⁵⁾と法廷に於ける弁論の自由を主張している。また、星は大阪事件の公判で、法廷内での被告人との接見談話は自由であると主張し、裁判長が、その許可を与えなければ妄りに接見談話してはいけないとすると、これに対して異議申立をなし、それに対して裁判長は、法廷内のことはその取締に属することだから自分に申出で許可を得なければ接見できないとして異議申立を却下した。星の接見自由の主張は次の通りである。「……弁護人と被告人との間に於て談話するは公然たるものにして治罪法の許したる権利なり法律の許したる権利を行ふに於て何の不都合がある治罪法第三百八十二条第三百七十八条の規定により公判下調の終りたる後には弁護人は自由に被告人に接見することを得而して接見の場所を規定せざる限りは被告人の在る所は何処にても接見することを得るは弁護人の法律により許されたる権利なり……自由なり此權利自由は何者も制限すること能はざるは勿論、裁判長と雖も之を差止めらるることは失当と申すべし況や自分の

被告人新井章吾と談話したる事項は弁護上最も必要なる
事実参考人を呼出すことに關し法律の禁ぜざるべき性質
の談話なるに於てを⁽⁸⁾……」

これらは代言人の弁護活動のほんの一部であり、不充
分であるが、それでも代言人が様々な制約の中でも活発
に弁護を行ない、弁護権の発展に寄与したことを推測さ
せることができよう。まさに、刑事訴訟の歴史は弁護の
歴史であり、弁護の歴史は代言人の歴史である所以であ
る。⁽⁹⁾

(1) 古賀正義「日本弁護士の基本的諸問題」講座現代の弁

護士第三卷四三頁。

(2) 重罪裁判傍聴記第二編五丁。

(3) 奥平 前掲四三五―四三八頁参照。

(4) 色川大吉「明治の精神」現代法ジャーナル一九七三年
一月号四〇頁。

(5) 原嘉道「弁護士生活の回顧」六四頁。

(6) 奥平 前掲四四六頁。

(7) 「大阪弁護士史稿」下二二六―二二七一頁参照。

(8) 同前二二二―二二三頁。

(9) 山田 前掲七八頁。

(鹿兒島大学講師)