

刑事司法における検察官の役割（二）

加藤 康 榮

I はじめに

II 本稿の課題

III 刑事法制発展の歴史から学ぶべきこと

1 英米法系と大陸法系の刑事法制の比較

2 我が国の刑事法制の歴史的發展

3 刑事法制史から学ぶべきこと

4 小 括

IV 検察官の地位・役割

1 予審制度の廃止と検察官の公訴権行使の制御・チェック機能

（以上、（二）―前号）

2 当事者主義と検察官の地位・役割

(以上、(二) — 本号)

3 検察再生とその在るべき将来像

4 近時の新たな重要法制度の導入

5 小括

(以上、(三) — 次号)

V 管見の整序

1 刑事司法の理念 — その究極に在るもの

2 管見のまとめ

VI 総括

(以上、(四) — 次々号)

IV 検察官の地位・役割

1 予審制度の廃止と検察官の公訴権行使の制御・チェック機能

(1) 予審制度の廃止から新しい検察官制度へ

ア 予審制度と検事・予審判事の役割分担

本稿は、刑事司法において中心的役割を果たす検察官について、刑事法制の歴史に学びながらその地位・役割を整理し、今後の在るべき姿を求めようとするものである。そして、前(二)編では刑事司法のシステムの考察から、約

七〇年にわたる予審制度における検事と予審判事の役割分担（嫌疑が十分でない被疑者を早期に見極めて釈放する役割を裁判所が担任することなど）を詳しく見てきた。その母法のフランス刑事訴訟法では、予審請求の権限を検察官に独占させず、私訴原告にも認める制度であつて、これはイギリスでの民衆起訴―起訴陪審の歴史にも通じるものであり、今に生きている。我が国では、戦後廃止後しばらくは予備審問や更なる新しい予審制度の提言もあつたりしたが、²⁹今や予審制度の復活論までは見られない。それは、単に現行法が定着してきたという現実の重みだけではない。捜査権限を第一次捜査機関として独立して有することとなつた警察等司法警察職員の地位・役割の効用との関係でも、これとその事件処分を裁判所へ繋ぐその媒介者として、予審判事ではないところの検察官を介在させることは有用なシステムと言える。また、刑事手続上のシステムとしても、そして適正なチェック・アンド・バランスの観点からも、刑罰権を実現するに効果的・有機的な機能を果たしていると評される。このため、この枠組みは現行制度を以て基本形とするのが相当ではないか。

イ 戦後の改正現行刑訴法の制定過程と検察官の位置づけ

改正現行刑訴法は、戦後GHQ（連合国軍総司令部）の指示・指導の下、国民主権となつた新しい日本国憲法に従つて、その「応用憲法的」な刑訴応急措置法を経て制定に至つたものであるが、アメリカ法の理念が必ずしも体系的に導入されたわけではない。それは、短期間で相当な混乱状態のうちに慌ただしく、しかも切り貼りの改正作業が行われて接ぎ木されたというのが歴史的事実であつたと言える。³⁰

そこでの検察の機能・職能に関する改革の骨子を述べれば、先ずは裁判所からの分離独立であつたが、それは予審制度の廃止とそれに伴つての捜査権限の名実ともになる強化でもあつた。それは従来の予審判事が有した強制捜査権

限を検察官等の捜査機関に移管し、その代替措置として令状主義を憲法、それを承けた改正刑訴法に規定した。そのGHQ案から成案に至った憲法第二一条、第三五条が示す令状発付権限者の「司法官憲」には、裁判官のほか検察官も含まれるとするのが当初の政府答弁であったが、やがてそれが「司法官憲とは、検察官を含まず裁判官のみである」との公権解釈に落ち着いたという立法解釈上の変遷経緯もあった。また、旧刑訴法通り国家訴追主義としての公訴権の原則独占と起訴便宜主義が維持され、その一方で訴因制度などを以て当事者主義が導入された。

ウ 予審制度廃止に伴う検察官の役割の重要性

新しい検察官の役割は、捜査機関として任意捜査権限のほか強制捜査権限を含めて全ての捜査権限を有し、第一次捜査機関である警察等の捜査機関の関係でも、検察官への全件送致・送付主義（刑訴法第二四六条）の下で、これが統括する捜査の主宰者になること（検察官のみ勾留請求権限を有することがこれを示す―刑訴法第二〇四条、第二〇八の二。ほかに、検察官の司法警察職員に対する指示・指揮権の付与―第一九三条・第一九四条）、事件の起訴・不起訴の処分を原則検察官が独占するということは、公訴前の捜査段階がいわば前捌きの裁判機能を有することを示す。

この検察官の権限集中型になる役割の付与は、極めて重要である。刑事司法システムの中では、その後の手続の出発点となるが、そこでの判断が誤りであったり、結果として権限濫用になる公訴権濫用あるいは起訴すべき事件の不起訴処分であったり、捜査の過程で被疑者等の関係者に対する人権蹂躪に至る不都合な事態を招く危険をも孕むダイナミックな制度設計とも言える。現に、検察官へは戦前からその独自捜査による日糖事件や大逆事件等著名事件の摘発と、その有罪判決に至る強力な活動が、ともすれば、無罪となった帝人事件等の摘発から、「検察ファッショ」とも批判されたりしてきた³¹。また、戦後も、「検察官司法」と評されたりもしてきた。そこでは、当時アメリカ留学か

ら帰国されたばかりの平野龍一博士による、我が国の捜査が従来のそれは糾問的捜査観であるとして、これを否定して弾劾的捜査観たれとする学理的には有名な提言も生まれた。

そこで、刑事司法のシステム的思考から、捜査権限は検察官への権限の分配として「補充的な範囲」で認め、公訴官に徹しさせること、そして、起訴基準も緩和した運用へと変革を遂げさせ、公判中心主義へと前進させること、しかし、無用な公訴がないよう、その確認制度として新たな予審制度を設けるといふ司法システムも、学理的には一案としては挙げる事ができる。それは、「捜査の司法化」の理念であつて、検察官の起訴裁量権の必要性を減少させ、起訴した事件に対しても、「公平な予審判事」がいれば確認の捜査をして、公判に耐えられると判断した事件だけ公判に付するといふものであつて、裁判官が関与する点で一面弾劾的手続とも言えよう。しかし、この制度は実績もある一方で、小野博士の指摘にも、捜査の不必要な二重性、予審勾留の長期化と被告人の負担加重等の問題点があり、その解決案として、予審制度を廃止し捜査権限を検察官に集中させるという改革案が廃止前の戦前当時から出ていたもので、今や従来のままの予審制度の復活論は到底採り得ないし、現実の声にも接しない。ただ、検察官による捜査の主宰と起訴・不起訴の処分を巡つての裁判官的機能を分散化・希釈化あるいは実質的控制の方策として、システム構造的には検察官への権限集中を「公訴の是非」の確認としての新たな予審制度（現在のフランスでも維持されている私訴原告も含めた予審制度も含めた制度）を採ることも、学理的には立法政策の一つとなり得よう。

そこで現在、予審制度相応の機能を有する制御・チェックシステムを設ける必要性があるかである。

(2) 検察官の公訴権行使と制御・チェック機能

我が国の予審制度は廃止されるべくして廃止されたものと言えるが、問題は検察官の公訴権行使を制御・チェック

する予審制度に代わる新しいシステムが必要ではないのかということである。

そして、先の検察不祥事も検察官制度の「制度疲労」によるならば、なおさら検討の余地のある議論ではないかということである。予審制度の機能的観点からは、検察官が自らその役割を担うこととなった。しかし、事件を公判に付するか否かの決定権限を二重構造となる予審制度を廃止して、検察官にだけ直接的・集中的に付与することが制度的にはそれでよいのかということである。いわば予審的機能になる新たな「公判前の前捌きのシステム」が必要なのではないか。そして、必要だとすれば、具体的にどのような制度設計が適切かという学理的な問題提起である。

戦後七〇年間は、予審制度の廃止に代わって検察官の起訴・不起訴処分 of 適否のチェックは、検察官が基本的には先ずは「自己チェック」で規律するという重い役割を担い、起訴された事件は裁判所が精密司法に従って適正手続を履践しての証拠収集であることを検察官と弁護人の協力も得て検証し、真相解明を尽くして冤罪を防ぎながら適正な科刑に至る。一方、不起訴処分に対しては、検察審査会のほか公務員の職権濫用罪については付審判制度によって裁判所が控制・チェックするということでのその機能の役割分担をしてきた。

しかし、国民の司法参加が時代の要請となって、近時は起訴の重大事件では新たに裁判員制度が導入され、起訴事件の適否の判断に新たに国民（裁判員）が「裁判」に直接加わるようになった。また、不起訴事件に対しては、国民（検察審査員）が従来参加していたが、それがいわば勧告・意見具申的な位置づけから、「起訴強制」権限まで付与されるようになった。これら重い画期的な「民意の反映」の制度化によって、「国民による刑事司法チェック」という一大システムができ上がっている。このパラダイムシフトをどう考えるかということである。

してみると、かつての予審制度に代わる制度の設計を今考えるよりも、司法への国民参加の流れに即して、従来か

らの検察官の公訴権行使の運用を基本としつつ、それが相当か否かは国民のチェック状況の結果如何で改善を重ね、それが例えば、フランスの予審制度のような、その機能に相応する新たな制度設計の要請が強まれば、その時点で改革を実施すればよいものと思われる。そのためには、国民が「司法参加の主体」（裁判員、検察審査員、あるいは「被害者参加」の被害者）となる国民と、その対象（客体）となる罪を犯した犯罪者の国民との「国民二分化」問題、あるいは「ペナル・ポピュリズム問題」を呼ぶことや、そして対象国民に対する「訴追抑制」の要請との関係を説く論者の指摘も考慮しながら、また、「起訴議決」（起訴強制）制度の実施以降、これまで起訴強制の件数自体が少ない上に、これが無罪判決も圧倒的に多い状況にもかんがみて、これからの制度の浸透状況を見て、引き続き検討課題としていく必要がある。そして、刑事司法への「国民参加」が時代の要請であるならば、後述する現状批判派の有力論者からの、検察官の起訴に対しても起訴陪審ないしは検察審査会の審査員に「起訴審査」権限をも与えて、これに拘束力を持たせるとの案も現実味を帯びてこよう。それは予審判事に代わる役割を付与するものであるが、そこまでいけば、英米法の大陪審（起訴陪審）論まで議論は発展を見せ、国民による検察官の公訴権行使に対する究極の制御・チェック制度となつてこよう。

こうして見るとき、事は「検察官の地位・役割の性格・位置づけ」をどう捉え、その期待する内容をどう見るかという問題点の検討こそ必要となつてくるものと言える。

2 当事者主義と検察官の地位・役割

(1) 公益の代表者・準司法官性論

ア 検察官の地位・役割論に関しては、まず、その位置づけとして、従来から検察官は刑事訴訟の単なる一方当事

者ではなく、「公益の代表者」、あるいは「準司法官（性）」であるという位置づけが有力に唱えられている。

だからこそ、検察官は捜査においては有罪証拠ばかりでなく無罪証拠も収集し、いったんは有罪の確信を以て起訴した後も、その立証過程で無罪の証拠が発見されれば、「公訴取消権」という後戻りのための黄金の架け橋を用意し、あるいは審理をほぼ遂げているならば無罪論告を以て冤罪を厳粛に認めるとの職責を有することが指摘でき、この公益の代表者・準司法官論は管見においても支持するところである。このように解する根拠は、戦後、改正現行刑訴法施行までの繋ぎ法になる時限立法の刑訴応急措置法（昭和三二年五月三日施行）の第九条が、「予審は、これを行わない」と規定し、その従来の予審判事の役割を、本来の公訴官である検察官の担任意務に吸収した形で、同法と同じ日に施行された検察庁法第四条において、検察官の職務権限を明示したことである。それは、①刑事について、公訴を行い、裁判所に法の正当な適用を請求し、かつ、裁判の執行を監督する事務、②裁判所の権限に属するその他の職務上必要と認める事項につき、裁判所に通知を求め、又は意見を述べる事務、③公益の代表者として他の法令が属させた事務、の三点の職務権限である。戦後の新検察官としての職務権限を整理して明示したものである。その共通項は「公益の代表者」である。条文上は、③の事務だけにしか「公益の代表者」という用語は使われていないが、①②の事務も公益の代表者としての職務であることは明らかであり、③は①②に続いて「その他の公益の代表者」としての検察官の職権事務を括って掲げたものと言える。ただ、公務員は「全体の奉仕者」（憲法第一五条二項）として、みな公益に奉仕する職責を有するから、検察官の刑事司法システム上の位置づけの説明としては不十分であり、ここで検察官の職務を問う場合の「公益」の内容というのは、検察官固有の特徴を捉えたものでなければならぬ。

イ 亀山継夫教授（元検察官・元最高裁判事）は、「現在の実務の運用においては、検察官の性格が不明確なままに

推移しており、このことが検察のあり方のあいまいさを招き、種々のところで問題を生んでいる」として、その位置づけの明確化の必要性を指摘される。

つまり、この問題は、従来、検察官は捜査官か公訴官という形で論じられてきたが、検察官は、捜査を直接の職責とする機関という意味では捜査機関ではなく、また単に公訴を職責とするのでもないことを指摘された上で、検察官の刑事司法システム上の位置づけを、「『法の正当な適用』、換言すれば『法の適正な実現』という『公益』を代表することを直接の職責とする機関」と説かれる³²。その理由の一つとして、現行法上、検察官が司法官ではなく行政官であること自体は明瞭であるが、戦前の検察官は、裁判所に所属して裁判官と並んで司法官であり、戦後司法権の独立に伴って両者は分離したが、このような沿革ばかりでなく、職務の基本的性格が事件の真相を解明して適正な刑罰権を行使、すなわち法の正当な適用をするための職責にある点では裁判官の職責に通じ、また、検察官は、行政官とは言いながらも他の行政官とは違って、特定の一般行政目的を有しているわけではないから、この点でも裁判官の職責に通じるものと言えるとして、検察官の実質「準司法官性」の視点を説かれる³³。

井戸田侃教授は、捜査手続を検察官・司法警察職員・被疑者（弁護士）がそれぞれ訴訟法律関係を構成し、そこでの検察官の役割は公益の代表者として起訴・不起訴の第一の振るい分けをする機能の独自性を認め、その位置づけにつき「準司法官性」を認める。これは、当事者主義を受容しながらも検察官には客観義務を求める考え方を基底にするものであり、アメリカ法の純粋な当事者主義を念頭に、解釈上の訴訟条件になる公訴権濫用論と一体的に論じる³⁴。

この公益の代表性については、検察の在り方検討会議の提言、平成二三年三月三十一日付け「検察の再生に向けて」においても確認されているが、この点は同検討会議の提言の分析の項で再論する。

ウ 次に、検察官の地位・役割を「客観義務」の面から位置づける立場がある。

岡部泰昌教授の「検察官の客観義務」でその総括がなされる³⁵。その論旨のポイントは、検察官を刑事手続における（消極的）実体的真実主義の担い手と位置づけ、そのための職務（義務）と、その手続を適正に遂行すべき義務を負うこと、それをもつて「客観義務」と称するものであり、これを各手続段階ごとに分析し、その客観義務違反に対しては裁判所がこれをチェックするものとする。すなわち、①実体的真実主義が刑事訴訟の基本理念であることを確認の上、実体的真実主義は、まさに検察官の主張としての訴因に掲げられた事実との密接な関係をもち、事件を鋭く反映するか否かによつて担保されていると考える。つまり、検察官はこの公訴権行使において客観的義務を尽くすべきものとし、その客観的抑制の方法として、訴因の構成において、事件との密接かつ鋭い対応関係を維持しつつ、法の適正な手続をとおして収集された証拠の充分性に裏打ちされるべき義務と、刑事訴追を必要かつ妥当とする刑事政策その他の考慮を客観的に行うべき義務とを検察官に負担させるべきであるとされ、これらの義務を検察官の「職務遂行の客観義務」と観念される。②次に、その検察官に客観義務を負わせる実定法的根拠について、従来は検察官の準司法官的地位から論拠づけられていたところ、検察官は国家機関として国家の刑事訴追権ならびに刑罰権を行使する行政官としての公的地位にあることから本来的にでてくるものとして、公益の代表としての地位からの根拠づけを考える。しかし、その公益の代表性も、「検察官が公益の代表者である」というのは被告人の弾劾そのものが公益の代表者としての立場からなされるものであるということ、従つて、その弾劾に当たっては、それが「個人的な利害や感情に走るなどして——公益の代表者としての行動の枠外にそれるようなものであつてはならない、ということ在意味するにすぎない」（柏木教授）と説明されるように、検察官が私的利害や感情に走つて刑事訴追権を行使してはなら

ないこと、また政治的な利害に基づき訴追活動を行ってはならないことなどは、まさに検察官が行政官として公的地位にあることに由来するものであるとする。こうして、検察官は、公務員として不偏不党、かつ公正に職務の遂行に当たる一般的義務を負い、刑事訴追権の担い手として、法の定める適正な手続に従って行動する義務を負うものと論拠づけられる。そして、③この検察官の客観義務を、刑事手続の各段階における検察官の各職務を検討しながら、これらの手続部分のありうべき目的と機能の関連において、具体的、個別的に論定することで理論づけを行う。例えば、捜査手続では、被疑者に与えられた防御権が憲法上、法定手続の保障、令状主義、黙秘権、弁護人依頼権等として規定され、これが刑事訴訟法で具体化されていることから、被疑者に与えられた防御権の行使を尊重し、将来の公判に對する十分な準備活動を行わしむべく努め、いやしくもこれらの基本的人権の保障を侵害するがごとき犯罪の捜査をなすべきではないという義務が中心となること、実体的眞実主義も誤って無辜を訴追しないという消極的な眞実義務であるとした上、被疑事件の客観的な解明に基つかない検察官による不当な起訴を起訴以前に規範的に抑止しようとして意図してなされたものであること、公訴が検察官の主張であり、その限りにおいて主観的なものであっても、そうした主張は被疑事件の客観的な解明＝客観的嫌疑に基づき、とくに十分な証拠に基づく客観的な判断に依拠して確信的になされたものか否かということにより区別できること、このことから警察の違法な捜査活動に基づく公訴を提起すべきでないことなどの刑事訴追の恣意的行使の抑制としての客観的義務を説かれる。また、④検察官の客観義務に対する制御・チェックは、公判における裁判所の司法的抑制に期待し、公訴が客観的嫌疑と密接かつ鋭い緊張関係を保持していないことが検察官側の証拠によって判明したとき、起訴便宜主義の不当な運用があった場合、あるいは違法な捜査に基づく不当起訴の場合に對しては、刑訴法三三九条一項四号により公訴棄却の決定を言い渡し、公判手続に

において蒙る諸種の負担から被告人を早期に解放してやるべきであり、そこにこそ、人権擁護機能に基づく裁判所の司法的抑制の実質的な具体化が認められることになることを説かれる(横山晃一郎教授からの批判もある³⁶)。

エ 検察官の地位・役割の定立は、刑事手続における捜査の構造論と結びつけて論じられることから、先の井戸田教授提唱の訴訟的捜査構造論は、平野龍一博士提唱の糺問的捜査観か弾効的捜査観かとの択一的対比論³⁷に「新しい糺問的捜査観」とも言える積極的な捜査観を定立するものと評されたこともある。

ところが、検察官の公正・客観性の確保や客観的な職務執行の義務論には、その実体的根拠こそが問われ、観念的義務論で終わるとの川崎英明教授からの疑念の指摘もある³⁸。これに対して田宮裕博士は、取調べの任意性の確保や、被疑者弁護権の保障だけならば、弾効構造をとる必要性はなく、「人権にめざめた糺問構造」でも足りるとした上、さらに「もしそれだけが弾効的捜査観の帰結ならば、客観義務をもった検察官が捜査を総括するといういわゆる『修正された糺問構造』もむしろ弾効的なものと称さざるをえなくなり、糺問—弾効のモデルとしての意義は失われてしまふ。そこで、真に有用な弾効構造というのは、当事者の平等関係ばかりでなく、捜査の法的地位ないし目的論にこそその特徴があると考える」とされ、「捜査構造論は捜査独自の理論ではなく、即『訴訟構造論』なのである。この見地からは、自白や弁護権ばかりでなく、強制処分論一般の再検討、捜査と検察官論、したがってそれとの関連における裁判官の機能論など説明を要すべき課題はなお山積している」と指摘される³⁹。

(2) 当事者主義と捜査構造における検察官の機能

ア 当事者主義の徹底には当然、人権保障の重視が政策論として存在するが、アメリカでは刑事訴訟も基本的には民事訴訟の延長であり、形式的現実主義の下で当事者処分権主義となる。

アメリカの刑事手続におけるアレインメント制度では、被告人が有罪答弁をすれば、証拠調べなく直ちに量刑の調査をして有罪判決に至る。無罪答弁をした事件だけが公判審理に付され陪審が審理する。全事件の九割以上は有罪答弁で処理されており、しかもその前の手続では、検察官と被告人・弁護人の当事者間で、いわば罪一等減ずる訴因の縮小や求刑を低くする答弁取引（司法取引）をして有罪答弁に至ることが法認される。しかし、我が国の刑法では、大陸法系の訴訟構造で当事者処分権は認めず、実体的（実質的）真実主義を指導理念とした（刑法第一条）。それでも、神のみぞ知る絶対的真実ではなく、人権を保障した適正手続を踏んだ上での結果、すなわち訴訟法上の真実を前提とした刑罰権の確定である。検察官も裁判官も、証拠を吟味して実体的真実の解明に努めるが、実は弁護人も一定の真実解明に対する協力義務を負う。要するに、アメリカの刑事訴訟における当事者主義は、裁判訴訟のゲーム化で戦術を駆使しての弁論主義によって決せられ、それが奏功しての結果が真実として扱われる。このため、検察官と弁護人の陪審員に対する説得としての弁論の巧拙・優劣で形式的に有罪・無罪が決せられる。その結果、我が国ではいわば「木の葉が水に沈んで石が浮かぶ」というような事実認定は、実体的真実に反する理不尽・不合理なものとして到底受容しないが、アメリカではこれと対照的に、水に沈んだと認識したものが木の葉であっても、沈んだものと認識した以上はその認識した形式的真実ないし手続上の事実主義によってこれを受容する。このように、陪審で真実（Truth）と事実（Fact）とを割り切って区別しながら評決をして、その結果に理由も付さないことで裁判を終結させるというのがアメリカの「司法風土」であることは確認しておかなければならない。⁴⁰

イ 田宮裕博士は、日米の当事者主義の違いを受容しながら、捜査に始まる訴訟構造をシステムの捉え、我が国での当事者主義の徹底を主張される。⁴¹

戦前の予審制度では、捜査について予審判事が公判に向けての準備の最終責任者となるが、戦後はそれが廃止された。ところが、その役割を現行法でも捜査機関―捜査の主宰者である検察官がその予審判事の役割も担うとする捜査観がある(この捜査観を弾劾的捜査観の論者は「糾問的捜査観」と命名する)。しかし、司法的抑制からする令状主義がとられた以上、捜査機関―検察官がこれを予審判事に担うのは現行法の当事者主義に合わないから、ここでは当事者として捜査機関側と被疑者・弁護人側とが公判活動と同様対等当事者として各準備し合うものと捉える捜査観を主張するのが弾劾的捜査観である。この見解では、捜査機関の捜査活動として「性質的には私的な探偵の活動と変わりがないものと観念せよ」ということになる。しかし、これでは、理屈上は行き着くところ「検察官民営化論」まで発展してその受容を迫られることにもなる。この点では、同博士は国民感情という点から言っても、捜査機関を私立探偵と同じに考えるのは実態に合わないだろうとする。そして、弾劾的捜査と現行の訴追制度とはナチュラルにはつながらないとし、「法の正当な適用」を請求するという意味での準司法官的性格を持つ検察官のいわば「司法処分」的な訴追と、捜査の当事者の性格とはうまくつながりにくい。だまっていれば捜査は「司法処分」という方向へ流されていってしまうはずで、これが弾劾的捜査に対して働く阻害要因の最大のもものと分析する。要するに、検察官に司法処分を行う地位・役割までを付与する訴訟構造は、当事者主義、弾劾的捜査の理想に反して相当でないとの基本的な考えの下に、しかし現状の検察官の地位・役割が客観義務を負う準司法官である現状を認めるものである。

事は、当事者主義の内容の確定と検察官の地位・役割を刑事手続上、システムのどう捉えるのが政策的に相当であるのかということである。田宮博士の分析と主張は、検察官制度の現状が中央集権的なキャリアの検察官による官僚的な検察制度で、公訴権を原則独占し、しかもその行使については訴追裁量権が認められているという三点セット

で国家訴追主義を支えていることを前提とすれば、戦前と同じように、裁判の前に行われる司法的な判断、準司法官による司法的判断だと考えることはごく自然のこととする。そういう一種の準司法官とされる訴追官（検察官）が、同時に捜査官でもあることから、その捜査官はやはり、公平な準司法官でなければならぬ。しかし、当事者主義もワン・サイドットの性格にならざるを得ない。その顕れとして、捜査の結果を調査にまとめ、これが証拠として事実認定に供する手続が定着し、それは起訴状一本主義を「一段階遅れた書証の引き継ぎ」と化させて、捜査の結果が実質上優先しているという実情となっている。また、調書尊重主義は、書面審査の「調書裁判」となり、口頭弁論・公判中心主義を形骸化させる危険を孕んでいる。ところが、この裁判手法によつて、無罪率を最小限に抑え込んでいく事実は、起訴・不起訴について有罪の確信に至るまで証拠を厳選してこれを決定しているということを示すものである。それ自体は人権に配慮し、裁判の効率化にも寄与している一面評価すべき点でもある。そこで、この裁判手法でも裁判が公正に誤りなく行われて、正しい結果を出しているのであれば問題がないはずである。しかし、このような公判主義を形骸化させる実情は、ひいては当事者主義のチェック機能が働き難くなって、冤罪を易々と有罪と裁判してしまう危険が避け難いものとなり、それは、「検察官が準司法官の立場で完璧を期そうとすればするほど、それは非当事者主義化する」という制度的な問題点があることなどを田宮博士は指摘される。

ウ この検察官の公益の代表者・準司法官性論は、検察官に公訴官のほか捜査の主宰者としての地位・役割を与え、捜査の結果に対して起訴・不起訴の司法処分を現実に行わせるものであつて、大きな権限行使を認めるものとなる。

弾劾的捜査観からは、アメリカ刑事手続法同様、当事者主義を徹底すべき刑事訴訟にあつて、これが捜査段階でも行われるべきところ、「我が国では実体的真実主義の指導理念を強調して、その捜査から公訴までの段階を自己完結

的に担うという糾問的捜査で終始している」と見て批判する。戦前から、予審制度の下での捜査過程において、既に人権侵害の危険が指摘され、このため、検察官に強制捜査権限も含めて権限集中を図ることでこれを回避する策が提案されていた。しかし、我が国では検察官の地位・役割自体に変革を加えるべきではないであろう。ただ、いかなる制度でも、これを担任する機関の人材の無瑕疵性に期待しているだけでは、やがて巣くう弛緩現象を免れ得ないのが歴史の示す通患と言えよう。その弊害回避のための担保規定はもちろん、誤りが現出した場合の救済措置の設定は重要と言えよう。このようなことから、検察官による捜査の主宰と起訴・不起訴の決定を巡っての裁判官的機能を希釈化あるいは実質的控制の方策としては、先に触れたように付審判（準起訴）手続（刑訴法第二六二条以下）のほか、検察審査会法の改正による「起訴議決」（起訴強制―同法第四一条の六以下）の創設という検察官の起訴裁量権の例外拡大の政策の流れをもって是正する担保政策が当面相当と言えよう。

こうして絞られてくる問題の核心部分は、究極の批判が「現行法での検察官の公訴権行使は、刑事司法のシステム上、あまりに当事者主義・公判中心主義と乖離している」との指摘に収斂できるように思われる。もともと、そこでの当事者主義は、アメリカ法のそれとはやや異なり、検察官の捜査・訴訟追行には公益の代表者、準司法官的立場での行為規範を求めつつ、被告人側には実質的武器対等の原則の担保を求める意味での当事者主義―松尾教授の言われる擬似当事者主義―を指し、したがって、主張の重心は公判中心主義からの乖離を批判するところにあるものと言えよう。そこでは、刑事手続のいわゆるモデル論が我が国にも紹介された。それは、憲法原理を具現化するための規範的ツールとして、特に学界では捜査構造論と合わせて活発な議論が展開された。すなわち、これが我が国では従来の大陸法型の真実究明・権力行使型―実体真実モデルと、英米法（アメリカ法）型の主張吟味・権力抑制型―適正手続

モデルという一対のモデル類型として論じられてきた。その議論の先に、現状は「精密司法」との分析が出てきて、それがいわば日本型当事者主義としてむしろ国民性にも合致し、問題は各論的・具体的なものとして検討していくべきではないかとも考えられるようになってきた。

そこで、次には「モデル論」から精密司法論へと展開して行った過程を追って見ることにする。

(3) 「モデル論」の展開

ア 従来の大陸法型と英米法型のモデル論に対して、一九六四年以降、アメリカでは「パッカーのモデル論」を契機として、注目すべきモデル論が提示されるところとなった。⁽⁴²⁾

ハーバート・パッカーは「刑事手続の二つのモデル」論を展開する。刑事手続の最も重要な機能・目的は、犯罪の抑圧（処罰）だとする「犯罪抑圧モデル」（処罰優先型）を一方に置き、これに対し、個人優位の観念及びこれを補充する公権力の制約という観念を基礎に置く「適正手続モデル」（手続保障優先型）を対置させた。前者は、裁判所の審判手続よりもより優れた手続として、警察・検察が行う迅速・正確で効率的な行政的眞実発見活動を置き（有罪の推定に結びつく活動）、公共の秩序の回復維持面を重視する。後者は、基本的に前者の手続に信頼を置かず、誤判の余地をできるかぎり排除するために機能し、そこから「無罪の推定」の観念なども生まれるとする理念である。

これに対し、一九七〇年、グリフィスは、「刑事手続における理念——刑事手続の第三のモデル」を示した。すなわち、パッカーモデル論は、国家と被告人との関係を、本質的に利害相反する調和不可能な関係とする思想、闘争のモデルを提示したにすぎないと批判する。その上で新たに、「刑事手続は官憲に対する信頼が前提とされ、弁護人も検察官と相争うものではなく、裁判所の公正な裁判に協力するものとして捉えられることになる。被告人も、その権利、

尊厳、人格につき最大の尊重を受け、特殊のカテゴリーの者としてではなく、人間として扱われる。また、手続それ自体の教育的効果など、手続の実体的機能も重要な問題として浮かび上がってくる」とし、司法の目的を「主として犯人の改善更生に向けられるもの」とする「家族モデル」を提唱したのである。

それでは、パッカーらのモデル論は我が国にはどのような影響を及ぼしたのか。次に、その状況をも概観する。

イ パッカーのモデル論が公刊されるより五年前の一九五八年、平野龍一博士が既に「弾劾的捜査観・糺問的捜査観」の対比論——いわば捜査におけるモデル論——を提言されていた⁴³。

学説は、弾劾的捜査構造論を検討するなかで現れた「適正手続と犯罪抑制のモデル論」を、捜査から始まる刑事手続システム全体にわたる問題として位置づけ、また、適正手続の具現化の試みを、当時モデル論を支えるミランダ判決などアメリカ合衆国連邦最高裁のリベラル判例を基礎づけとして深化させようとした。そして、我が国の最高裁の判例にもその影響が顕れたものとして、取調べにおける約束による自白の証拠排除（最判昭四一・七・一刑集二〇・六・五三七）や、偽計による自白の証拠排除（最大判昭四五・一一・二五刑集二四・一一・一六七〇）の判例を挙げた。ただ、モデル論への評価あるいは批判は、実務のほか学者からも上がっていた。

田宮裕博士は、パッカーのモデル論は、「複数の制度の比較ではなく、アメリカ法の運用の方向づけ理念たるを本質とするので、アメリカにおいては固有の有用性をもつが、普遍性に難点がある」とし、「ダマシユッカ等の職権主義・当事者主義のモデルに帰着せざるをえないであろう」と、また、グリフィスの家族モデルと抗争ないし対立モデルの対比は、「職権主義モデルと当事者モデルに相応するものといえる」とされる⁴⁴。

白取祐司教授は、パッカーモデル論は、当時のアメリカの深刻化する犯罪情勢への厳しい対応の法執行と連邦最高

裁のウォーレン・コートによる刑事手続に関する一連の自由主義的な判例の輩出という時代背景におけるモデル論であったことを指摘される。そして、パッカーは「憲法理念」を切り口にして手続上の問題を縦断することで、刑事司法の「革命」を指し示す方向、すなわちデュー・プロセス方向への転換の正統性を論証しようとしたと評する。⁽⁴⁵⁾

鴨良弼教授は、我が国の法制は英米法とドイツ法とのいわゆるミックス型であるから、弾劾システムを基本とする法制下での「適正手続のモデル」論がそのままではまるかどようかは疑問であるとして、「刑事訴訟は、すぐれて、人間関係の濃厚な社会である。相互の信頼関係、協力関係なくしては成立しない社会である。公権力側と個人の関係を一律にエネミーの関係で割り切るわけにはいかない社会である。・法的義務とまではいかないが、一般第三者の協力なくして民主法制下の捜査は十分に機能することはできない。当事者の敵対関係と一般の無関心を刑事訴訟の基本的前提としているものとは、とうてい考えられない」として、むしろグリフィスの「家族モデル」を評価される。⁽⁴⁶⁾

また、松尾浩也教授は、モデルは、ドイツ、アメリカにせよ各国の刑事手続を素材にしながら、しかしそれを高度に抽象化して作成したものであり、実在の手続は、社会の変化にダイナミックな反応を示すし、またある部分の変容は必然的に他の部分にも影響を及ぼすとされた上、ところが、モデルは作成された段階で固定されやすいし、また、モデルの一部分（捜査等）を取り出して現実に適用しようとする場合、他の部分との関連は失念されがちであって、弾劾的捜査観に従って捜査の抑制を求める以上、公訴提起における嫌疑の基準も抑えなければならぬ。しかし、檢察実務は、ほとんど確信に近い高度の基準を採用していると指摘され、その概説書を執筆した際、悩み抜いて結論において実務を支持したが、これは同時にモデル論からの離脱を余儀なくさせるものであると結論を述べられている。⁽⁴⁷⁾

こうしたモデル論争は、我が国では先行する捜査構造論（糺問的捜査観・弾劾的捜査観の対比論）を以て、「実体的真

実主義(真相解明)と適正手続」の相克として対置させ、適正手続の深化を図る論議を「我が国のモデル論」としたが、やがて、根強い実務の手續実体を直視し、日本の特色論としての国民性論、そして改革点を探る視点からの「精密司法論」が有力に説かれるようになってきた。

(4) 刑事司法の現状分析における国民性論・精密司法論と現状批判論

ア 国民性論は、つとに青柳文雄博士の提唱になる分析である。

その「新旧刑訴の連続性と非連続性」の論考で、「被疑者取調べの重視、低調な弁護活動、起訴便宜主義、書証の中心的活用、念入りな被告人質問など基本的な諸制度の連続性を強調するばかりか、旧法からの断絶を象徴するかのようにならわっている令状主義、起訴状一本主義、訴因制度、各種証拠法則、上訴などにおいてさえ、旧法的傾向からの修正が加味され、結局、日本的にアレンジされた大陸法が強固に生き続けている」とされる⁴⁸。田宮裕博士は、青柳博士の主張を要して、「日本人の民族、歴史、生活、思想、文化等がかもす特性、そのあり方とこれをもたらした諸状況との総合を、国民性と表現」し、これを一口で言えば「和合とゆるしの心情」と理解された上、これは「実は私たちを変えた『反・当事者主義論』(反・英米法論)にほかならない」とされ、職権主義の正当化論であるから、真の日本の特色論は、精密司法論をまたねばならなかったとされる⁴⁹。

ところで、土本武司博士(元検察官)は、基本的に国民性の視点から現行刑事訴訟を分析され、「かかる国民性がある以上、わが国では、警察や検察が、あつさり捜査し、おおらかに起訴するという態度をとることは、わが国民の正義感情と司法に寄せる期待に反することになりかねないであろう」とされる。すなわち、①高い有罪率は起訴の厳選が前提となっていること、②捜査手続は糾問型と弾劾型の混合形態であること、③「あつさり捜査し、おおらかに起

訴すること」は、わが国民性にそぐわないことなどを説かれる。そして、国民性については、④国民は権利意識よりも「お上」意識が強く、司法官憲の真実にできるだけ近づこうとする熱意と誠実さに期待し、そこに自分達の正義感の満足を求めようとすることを指摘される。そして、権利義務の論理的観念の代わりに、「互譲」「和」を尊ぶ精神風土が培われ、情緒性を本旨とする「義理」「人情」という独特の心情が育ち、民事紛争についても、訴訟による解決は好まれず、和解や調停がもてはやされること、刑事訴訟法も、実際の運用面では、わが国民性に合致する方向でのみ機能し、そこでは法廷のみを主戦場とし、スポーツ的訴訟技術の巧拙によってことを決めることでは国民の納得が得られず、捜査において真実を発見し、確定して、裁判においてはそれを説得し明確にするということのほうが国民性によく適応することも挙げられる。また、⑤我が国においては自白が非常に多く、国民も自白がないのを当然と見ないで、「もどかしさ」を感じていること、⑥我が国にあつては犯人として検挙されればその者の八〇%が有罪である⁵⁰と思ひ、起訴されれば九〇%が有罪であるとする国民感情が支配的であることなどを指摘される。

イ 精密司法論は、松尾浩也教授が提唱された刑事手続の日本の特色としての分析である。

それは「綿密な取調べに始まり、慎重な起訴を経て、入念な判決に終わる」という丁寧な手続であつて、「『事案の真相』を細部まで解明し、また量刑の資料も提供できること、起訴に無駄がなく高い有罪率を確保できること」等の長所がある一方で、「捜査が糾問的な色彩を帯びやすく、国際的な批判の対象にもなること、虚偽の自白など誤判の原因を生じた場合は正に関係者の多大の労力を要することがその短所である」と分析される。要するに、徹底した捜査を経た慎重・厳選起訴で、公判を書面中心でじっくり進めて、納得のいくまで上訴を三審限度で重ねて、無罪率の低下を目指す刑事モデルを特色として捉えるものである。松尾教授は、これを検察官の権限の強大さという側面か

ら見て、戦前からドイツ法に倣いつつその基本とする起訴法定主義の影響からは離脱して、起訴便宜（裁量）主義を採用したが、これは「旧法下においても、すでに擬似当事者主義的な土壌が存在していたことを意味しており、戦後、アメリカ法の部分的継受がスムーズに行われた理由の一半は、それによって説明がつくといつてよい」とされる。その上で、「警察だけでなく検察官も捜査に深い関心を持ち、公訴の提起は、十分な証拠固めをした上で、確信をもつてなされるのが常態である」とし、その結果、口頭弁論は調書裁判となつて形骸化しているものの、有罪率は九九パーセント強という世界の裁判趨勢からはおよそ驚異的な精密度を呈していることをもつて、「精密司法」と称された⁵¹。そして、この刑事裁判の歴史は、多年にわたつて形成された結果であり、その歴史の連続と不連続の問題があるところ、そのなかで生まれたのが「丹念な取り調べによる真実の発見」であると評された⁵²。

また、井上正仁教授は、わが国の刑事手続の特色について、捜査は、被疑者の取調べを中核として、極めて綿密になされる。成果という点でも、諸外国に比べて、検挙率が一番高いなど、効果的・効率的である。しかも、警察のみならず、検察官も自ら捜査に参与する。被疑者や重要な参考人については、検察官が重ねて取調べをし、自ら嫌疑を確認したうえで、有罪の確信があり、かつ刑事政策的にもメリットがあると判断される場合に限つて起訴をするという『十分な捜査と慎重な起訴』（石井判事）であると分析される。そして、その問題点を、①慎重な起訴、②真実の究明、③有罪率の高さ、④証書の多用、⑤弁護人の責任を挙げ、精密司法の実体を受容した上で、その改革案を提言される。それは、(i) 刑事弁護の強化・充実である。具体的には、(a) 起訴前弁護制度の整備、(b) 接見交通の緩和・自由化、(c) 証拠開示の拡充である。次に、(ii) 調書の利用の制限・厳格化である。それは(a) 争いのある事件と争いのない事件の区別、(b) 自白調書の任意性・信用性の厳格な判断、(c) 取調べ状況の可視化、(d) 検

察官面前調書等の利用の制限などであると分析されている⁽⁵³⁾（なお、法文化（松尾教授）や国民性（青柳博士・土本博士）に準拠することには言及されていない）。

ウ 田宮博士は、我が国の刑事司法が精密司法の実態にあるとの議論について、次のような疑義を呈される⁽⁵⁴⁾。

（ア）それは、①徹底した捜査で事件が固められ、公判ではその成果たる書証が活用されるやり方は誤判を招きかねないとの指摘があるが、それはむしろ「ラフな審理」であって、決して精密ではないこと、②アメリカの当事者主義像と似ても似つかぬというのが実体と言うが、それは「反・アメリカ」にすぎない。「お国ぶり」が違うのだからそれ自体は当然であること、③日本の法文化論や、青柳文雄博士の提唱になる国民性論などには、ただ異なる理念像を提示しただけと言うべきであること、④精密司法論では、手続の適正を欠きかねないとの指摘があるが、丁寧にやるのが適正を欠くこととはならず、それは精密そのものに問題があるのではないことを示していると考えべきこと、などを挙げた上、当事者主義ないし公判中心主義こそ真に実現すべきことであり、その阻害事由は、「他の制度との相互規制、つまり訴追制度の反映」とされる。

もつとも、現在の制度・運用にメリットがあることも確かであり、「日本の刑事司法の効率のよさは、誰が何と言おうと現在の検察制度の帰結」であるとも評される。すなわち「いかなる刑事手続きであっても、事件を選り分ける、起訴をスクリーンする何らかの制度が必要」なところ、「予審などと比べて、検察による方が手続きをスマートにシエイプ・アップできている」と分析される。それは、公判を簡単にすませるのが適当な事件ではそれができ、また、被疑者の早期解放にも寄与するとする。ところが、他国ではほとんど例外なく、犯罪が多く過剰拘禁が大問題で、刑事司法の軽量化が最大の課題となっていて、このため非犯罪化、ダイバージョン、罰金の多用などや司法取引などが

刑事司法の最先端の問題として論じられていることを指摘される。しかし、日本は幸いにしてこれらの問題から免れ、えている唯一の文明国といってよく、それには、すべてを呑みこんで処理するという訴追制度が寄与しているとして、現行の検察官の役割自体は評価し、「我が国の訴追の在り方を根本的に変えることは現時点では不可能だから、捜査自体の弾劾化を強力に推進する手立てを試みる他はない」とされる。そこで、それは立法で明文化するのがベターだが、運用でもある程度可能とする。また当事者主義の復権にかけて、刑事弁護の活発化など各論的問題点の改善のほか、当事者主義化に伴って浮上する推定規定の問題や状況証拠に関連する問題の検討も避けて通れなくなると結論づけられるが、検察官の役割が相当鋭く分析されているものと評される。

(イ) 精密司法の問題点は、提唱者の松尾教授自身も、次のような諸点を指摘されている。それは、①捜査機関に多大の労力を要求するという意味においても、また、捜査対象の被疑者にも重い負担を受忍させる点においても、一考すべきものを含んでいるとされた上、捜査ないし公訴提起の「精密さ」の故に、もし誤った起訴が行われた場合には、その誤りを是正して無罪判決に至ることが、いわゆる「あっさりした起訴」の場合に比べて容易ではないことを挙げ、捜査が公判の前段階であるという点に留意すれば、このような「精密」司法は、多分に前のめりの刑事手続だということになること、そして、これに対して公判段階の比重の回復をはかろうとしたのが弾劾的捜査観であり、弾劾的訴追観にほかならないことを指摘される。また、②現在の日本の刑事訴訟法の「成功」は、その特異性の点で一種のガラパゴス的状况を混在させているのではないかとの懸念が払拭しきれないとして、その改革案としては、③弁護人を通じて、争う被疑者とそうでない者とを早期に区分し、前者については公判中心主義の審理を徹底させることにすること、そしてもしこれが軌道に乗れば、アレイメント手続（形式上の二元主義）の採用も視野に入ってくるとされ

るが、結局、④改革の方向としては当事者主義の充実という方向をとりたいたとされ、それは、精密司法と調和するからではなく、むしろその対立物だからであるとの位置づけをされている。そして、⑤裁判員制度の導入は、訴因の厳選、証拠の選択が行われ、調書への依存度は低下し、公判中心の裁判が実感され、それはいわゆる核心司法ということになるが、それは、精密司法にとって代わるのではなく、精密司法を圧縮して実現するのであるとされる⁵⁵。

エ 精密司法論に対しては、根強い反対説がある。

(ア) 白取祐司教授は、精密司法論が、効率的な日本の刑事司法に自信をもつ裁判・検察実務家に広く受け容れられ「発展」させられていったという事実を指摘しつつ、しかしこの精密司法論の問題性は、①精密司法論が適正手続モデル論の否定的評価の延長線上で展開されたこと、また、②それが日本の法文化の所産であることを強調するが、それは、国民性論と同様、論証不能なジャパノロジーにすぎず、法文化論はゾレンの問題を覆い隠す危険性をもつこと、そして、③我が国に根づいていない黙秘権、防御権等の人権に対して「改革」を語るのではなく「精密司法」ないし「日本の特色」の名の下に是認してしまうことなどにあることを批判する⁵⁶。

小田中聰樹教授は、①精密司法という概念は、微調整論といった改革論と絡める形で発展してきたように思えること、②精密司法という概念規定・現状分析自体が、松尾理論の中では、微調整論へとつながる踊り場となったのではないかということ、③精密司法というとらえ方は、部分的すぎ、その一番の限界は、日本の司法が抱えている人権侵害とどう向き合うのか、はつきりしない点であることなどを指摘し、「糾問的な自白追究、それにあわせた証拠収集など、様々な人権侵害が生じていると思うが、この問題とどう向き合うのか」と問われる⁵⁷。

田口守一教授は、精密司法の理論的根拠が実体的真実主義にあるとの視点から、①日本の実体的真実をめぐる議論

がその概念の母国ドイツのそれを墨守・修正する過程であること、②逆説的だが、日本ではアメリカと違って、むしろデュー・プロセスを進めたことが、現実主義を温存させたのではないかということ、そして、③綿密な事実認定が必要な事件もあるだろうが、そうでない事件もあり、事実の個性にダイナミックに対応する必要がある、そのためにどうしたらいいかが時代の課題であるとされる。そして、④デュー・プロセスと現実発見の二項対立的な考え方はうまく対応できないとして「相対的現実主義」という自説を開陳される⁵⁸⁾。

（イ）精密司法の実体に対しては、檢察実務家からの改革視点もある。

先の亀山教授は、証拠としての「調書化」の問題を指摘された。すなわち「公判は、實際上調書中心主義であり、捜査段階の調書の記載及び調書間の整合性に関する精密な審理がその特徴をなすに至っている。このような姿は、新刑訴の本来目指していたもの、少なくとも条文等から予想されるものとは相当大きく異なっているものといわざるを得ないであろう」と根本的・重要な指摘をされた。しかし、その調書化の原因について、簡易公判手続・略式手続も書証の存在が当然の前提となっており、「すべての事件についてまず調書をとっておくということにならざるを得ず、調書重視の傾向が実務に定着するのはむしろ当然といえよう。・アレインメント等の方式によって、真に争いのある事件とそうでない事件を手続的に峻別していれば、あるいは公判中心主義のいわゆる集中審理方式が定着したかもしれないと思われる節がある」とされ、また、「証拠資料としての自白の重要性が不変である限り、現実を追求する職責を有する捜査機関が自白を追求し、これを調書化しようとするのは、むしろ当然の成行きといわなくてはならない」こと、「アレインメント、司法取引等の制度を導入して、争いのない事件の審理手続を正規の手続と全く別のものとすることによって、捜査すなわち調書の作成という惰性を断ち切るきっかけを作る必要性がある」こととされ、

「平野教授は、かつて刑事訴訟の実務の現状を病理現象と評されたが、私見では、それはほとんど必然的な推移であり、その意味では、病理現象というよりは、生理現象というべきものと思われる」とされた。⁽⁵⁹⁾ この見解は、アメリカのアレイメント方式では、有罪答弁があれば証拠調べなくして有罪とでき、その前提としての起訴前の司法取引が認められており、我が国とは訴訟構造が異なること、我が国の刑事訴訟法では、この方式を採用せず公判中心主義を行うにしても、重罪・軽罪、そして自白・否認の事件の区別なく公判では厳格な証拠が求められるため、起訴を厳選し、捜査段階では全ての事件に対して、公判での証拠調べに耐えられるよう精密な捜査、調書化をしなければならぬという訴訟構造そのものに精密司法必然の原因があることを指摘するものである。

田口守一教授も、精密司法論との関係では、「訴追基準の精密化」と「量刑事情の精密化」という要請を満たすためには、「公判」では遅すぎるのであって、「捜査」においてそれに耐えうる事実説明を尽くしておく必要があるということになること、その「調書」利用可能性の点に着目したものとされ、調書の証拠能力というどちらかといえば技術的側面に極めて本質的な問題が潜んでいる点を解明されたものと評される。⁽⁶⁰⁾

オ　ところで、学説では更に檢察制度の根幹を睨んでの現状批判によるラジカルな改革案を主張する論者も多い。

川崎英明教授は、「我が国の当事者主義は『擬似当事者主義』である」とする松尾教授の捉え方に対して、「それは、『予審廃止―検察官への強制処分権の移譲』という、戦前の司法制度改革新論から戦後改革における司法省の刑事手続改革構想に至る検察官司法再編路線の反映に他ならない」と分析した上、我が国の検察制度が国民的議論のないまま定着し、戦後改革でも検察は「民主化」の洗礼を免れ、戦後改革で失った権限回復、すなわち捜査における主宰者性の回復を追求したと見る。そして、当事者主義の展開のなか、検察官を「真実発見の担い手」とは見ずに当事者の一

方的準備活動と位置づける弾劾的捜査観が学説上湧き上がっても、檢察実務では、捜査を「眞実発見の自己完結的手続」と捉えて譲らず、捜査における檢察官の裁判官的役割を続けているとする。これまで公判専従論が検討されて眞実発見を公判に委ねるよう議論されたり、学説や弁護士側から公訴権濫用論が主張されたりして弾劾的捜査観と相まって訴追裁量の次元での檢察の实体変革が迫られたが、現状変革には至っていないとする。また、客観義務論や準司法官論の台頭は、当事者主義下の檢察官像を総括的に提示しようとしたものと捉え、それが少なくとも檢察の活動にデュー・プロセスの枠をかぶせるといふ問題意識は評価できるとしながら、この見解に対しては「解釈論的帰結を導出する媒介概念として必ずしも必須でない上、逆に檢察官の権限強化を導きかねない」との批判を招くとし、そしてその批判は、当事者主義の観点からすれば支持できるとする。更には、公訴権は本来、市民に帰属するとの理念から、「檢察官は市民に帰属する公訴権を代理行使する機関だから、その地位は訴追された市民たる被告人と対等同質のものでなければならない」として、檢察官の当事者たる所以を説く。ただ、私人訴追論まで主張するには、濫訴のチェックが働かないとしてその理論のアポリア部分を懸念される⁶¹。

小田中聰樹教授もこの現状批判の論説を支持され、「精密司法」として特色づけられた我が国の刑事司法の实体について、わが国刑事司法は「『糺問的檢察官司法』と特色づけることができると思う」とし、「もともと、檢察当局の立場は、對警察関係において近時とみに弱体化、低下しており、その意味でわが国刑事司法は糺問的『警察司法』へと変貌しつつあるとの見方が強くなっている」との見解を示される⁶²。そして、このように、現状を「人権侵害的な糺問的捜査手続に強度に依存する公判手続の形骸性」と捉え、これを一九七〇年代以降の治安政策の所産とみた上、その改善策として、①違法な身柄拘束の禁圧、②代用監獄制度の廃止、③被疑者取調べの改善（弁護士立会の許容、取調

時間等の規制、取調受忍義務不存在の手続的明確化など)、④捜査弁護の強化(接見自由化など)、⑤証拠全面開示手続の新設、⑥自白の任意性・信用性の判断基準の厳格化と補強法則適用範囲の拡大、⑦伝聞法則の例外の厳格化などを挙げらる。そして、このような現状批判の立場からの捜査・起訴・書証の抑制を軸とする改革指向の問題点として、これら改革案が一定の理念に基づくとまよりのある刑事手続に収斂できるのかということ、その実現可能性を検討される。それは、権力抑制型の当事者主義的構造を持つ現手続において、このような改革手続の全体像が捜査・起訴・公判の各段階を統合し得る一貫した体系的原則を持つかどうかであるとされる。また、捜査の弾劾化モデルに従えば、「捜査はあつさりしたものと抑制され、起訴も低い嫌疑に基づくあつさりしたものとなり、黒白は公判で決すべきものとなるが、無罪がかなり出る上、不都合は冤罪者の起訴や逆に真犯人の不起訴の形で現れるところ、このような事態は国民に支持されない」とする反論に対しては、「その解決は、捜査権限の強化という逆行的方向で行われるべきではなく、捜査技術の向上、起訴・不起訴に対する検察外部からの抑制・充実・強化(例えば検察審査会の権限を起訴処分の審査にも拡大し、しかもその議決に拘束力を与えること、準起訴手続を改善することなど)、検察組織機構の民主的改革(例えば個々の検察官の職権の独立性の拡大など)、公判審理の充実、無罪判決の迅速化などによって行われるべきである」として、現状批判の立場からの改革案を総体的にみて「一種の体系的な一貫性を認めてよいのではないか」とされる。⁶³⁾

なお、現状批判派からは、予備審問を新設して起訴のスクリーニングをするべきとの改革案も提示される。予備審問は、英米法における大陪審による正式起訴と検察官による略式起訴の二元的刑事手続において、起訴前に逮捕された被疑者に公判に付するだけの相当な犯罪の嫌疑があるか否かをマジストレイト(治安判事)等が審査する制度であ

る。ところが、我が刑事訴訟上では、検察官の不当な不起訴処分に対するチェック手段として、検察審査会の議決や準起訴手続があり、不当起訴に対しては公訴権濫用論が判例に上ってきているが、当事者主義的な審査手続によって自己の身体拘束の正統性を争うための手段がない、として予備審問の導入を主張するものである。⁶⁴

この点、田宮裕博士は、立法論としながらも捜査の弾劾化は究極的には我が国も英米のような予備審問を要求してくる事となつて弾劾化が徹底し、他方で検察官の手元で必ずしも十分にできなくなった事件の振るい分けを担当する機関が生まれるとの見通しを立てておられる。⁶⁵

カ 以上の我が国の基本的な捜査・訴訟構造観について、鈴木茂嗣教授は、次のように整理される。⁶⁶

それは、平野博士が提唱された捜査観は、現状のそれが糾問的捜査観（捜査を「捜査機関による被疑者取調べの手続」として、強制処分もこのために認められるという捜査観）で運用されていることを批判し、在るべき捜査観が弾劾的捜査観（捜査は「捜査機関が一方当事者として単独で行う公判準備活動にすぎない」として、その強制処分も将来の裁判のために裁判所に委ねられるという捜査観）でなければならぬと断ずるもので、その議論提起の帰結は、「あつさり捜査して起訴せよ」ということとなる。しかし、そのような事件処理は妥当なものと言えるのかということを鋭く指摘される。現状は、起訴されれば社会的には既に有罪視され、法的にも被告人となれば様々な制約を受けるから、当然「起訴・不起訴の判断はできる限り慎重に行う方が望ましい」との反論に晒される。そこで、井戸田教授から「訴訟的捜査観」が提唱されるに至った。それは、捜査は起訴・不起訴の決定を目的とする手続であり、その判断者の検察官に対し、司法警察職員と被疑者・弁護人が働きかけるといふものである。これは、弾劾的捜査観と同じく人権保障の視点からの主張ではあるが、被疑者の取調べ自体を否定し（弾劾的捜査観の提唱者である平野博士は、身柄拘束中の取調べ受忍義務は

否定しつつ、任意の取調べまでは否定していない。)、被疑者・弁護人から捜査機関への働きかけの重視へと訴訟構造の転換を図るものである。しかし、この「検察官をはさんで司法警察職員と被疑者側が対立する三面構造をもつものとして捜査を把握し、とくに被疑者側からの検察官への働きかけを積極的に認める訴訟的捜査観」は有益であることを認め、その限りではこれを支持するが、被疑者の取調べを一切否定して、刑訴法第一九八条一項を単に被疑者側に弁解の機会を与えるにすぎない規定と割り切る点は、現行法の解釈としては無理だとされる。

鈴木教授のこの整理・分析は、かねてからの管見と符合することが多いところである。

キ　ところで、團藤博士は、戦時中の昭和一八年（一九四三年）当時の刑事司法時代において、既にして「有罪が一〇〇パーセントに近いことは、欧州諸国に比して我が国に特殊の現象である。これは我が国において捜査に重点が置かれ、且つ起訴が極めて慎重なることを物語るものである」と指摘され、そして、現行刑事訴訟法における捜査手続は糾問手続であり、せいぜい「当事者訴訟的構造の萌芽がみられる」にすぎないとされる⁶⁷。

平野博士も、昭和三六年（一九六一年）に著した論文では、検察官が「確実なものだけ、自信のあるものだけを起訴しているのだとすると、検察官は治安維持の活動に忠実ではないのではないか、という批判を甘受しなければならぬ」とされた上、「かりに現在の起訴猶予中、二〇パーセントは情状としては起訴すべきものであり、ただ証拠が十分でないため起訴されなかったものだとしよう。そして、起訴したならば一五パーセント程度は有罪になったはずだとしよう。この一五パーセントについて検察官は、無罪の判決をうけて面目を失うことをおそれるのあまり有罪とすべきものをしなかったことになる」として、「もし、治安維持の責任をも同時に果そうとするならば、強力にめんみつに捜査を行う必要がある」とする。しかし、「それでは被疑者に対する強制処分も強化されざるをえないし、

好ましくない結果も出てくる」から、被疑者を「何はともあれ、裁判所に連れてゆき、ある程度の無罪はがまんするという方法をとることによって、人権を保障しつつしかもある面ではむしろ治安維持に役立つ」ものであるとの結論を導かれる。また、「この見解では治安が乱れてもかまわないのかとか、無罪率が一〇パーセントにもなれば国民が黙っていないだろう」とかいう批判があるとしても、これを「取越苦労」として、「五〇パーセントの不起訴に文句をいわない国民が、一〇パーセントの無罪に不満をいだくかどうか、うたがわしい。しかも、何もただちに、無罪を一〇パーセント程度まで引き上げよといっているわけではない。現在の〇・三パーセントを、せいぜい三パーセント程度に引き上げる覚悟をするならば、日本の捜査はもつとおおらかなものになるだろう」との見解を示された⁶⁸。

同博士はその後の昭和六〇年(一九八五年)には「現行刑事訴訟法の診断」の論文を発表され、「現行刑事訴訟法は、欧米の刑事訴訟法、いわばその『文化的水準』に比べると、かなり異状であり、病的でさえあるように思われる」として、「わが国の刑事裁判はかなり絶望的である」との衝撃的な診断をされた。要するに、検察官は「ラフな捜査でおおらかに起訴」して、事件は裁判で有罪無罪を決するのが刑事司法の本来の在り方であるという究極の公判中心主義の主張になる。すなわち、欧米の裁判所は「有罪か無罪かを判断するところ」であるが、日本の裁判所は、「有罪であることを確認するところであるといつてよい」とされる。そして、アメリカでも、検察官の起訴は「一応の証拠」があればよく、被害者のコンプレイント(告訴)がある以上、一応の証拠があれば起訴しなければならないとされているといつてよいが、我が国では、公訴提起のために必要な嫌疑は、逮捕・勾留に必要な「相当の嫌疑」よりも高いものと考えられている。そうして取り調べの結果、嫌疑が十二分確認されてはじめて起訴すべきものとする。公判で無罪となるのは、検察官・警察官の失態とされ、マスコミその他国民の多数もそう考えがちである。一審で有罪

となり上級審で無罪となったときでさえ、検察官の起訴に対し賠償が求められ許容されさえしている（憲法第四〇条では、刑事補償の規定を置く）。公訴提起に高度の嫌疑を要求するのは、一度公訴が提起されると被告人に大きな負担がかかるからとされる。起訴が慎重なこと自体は好ましいようにも見えるが、起訴に高度の嫌疑が要求されると、訴訟の実質が捜査手続に移って、捜査機関にかなり強力な強制権限を与えざるを得なくなる。その一方、裁判所は検察官が有罪と確信したものを、「念のために確かめる」だけのものになってしまい、実際我が国の第一審は「検察官に對する控訴審にすぎない」と言えなくもなく、「検察官司法」といわれるのもあたっていないともいえない。したがって、我が国の刑事訴訟の実質は捜査手続にあり、それは検察官・警察官による糺問手続なのである。そこで、この捜査手続ないし公判前手続をどのように構成するべきかである。ドイツでは、予審制度による糺問手続であったが、長年の議論の末、一九六四年の刑事訴訟法の改正により、検察官（警察官は含まず）に予審判事の権限の一部を移譲することによって、予審廃止が実現した。我が国では戦後になって予審制度を廃止したところ、刑事訴訟法上では予審判事の権限が検察官に移譲されてはいないが、運営上はかなり移譲されている。その他、我が国の定着した取調べや「任意性の疑い」の裁判所の扱い、調書裁判の実体、最高裁判所も書面による事実認定にかなり自信を持っていることである。そして「一般の人々、とくにマス・メディアも、一方では、人権を強調しながら、他方では警察による『厳しい追及』を期待しているといつてよい。警察の取調べによって、告白させることができなるときは、しばしば『もどかしさ』が表明される。そして、告白の内容が客観的事実と喰い違うと、急に『人権』を問題にする。反応のパターンは、裁判所の場合と同じである。現在の捜査のやり方はある意味では世論に支えられているともいえよう」
「ではこのような訴訟から脱却する道があるか。おそらく参審か陪審でも採用しない限り、ないかもしれない。現実

は、むしろこれを強化する方向に向かつてさえいるように思われる。我が国の刑事裁判はかなり絶望的である」とされる。⁶⁹しかし、この提言は実務で支持されずその運用に変更をもたらせなかったばかりか、学界からも、「被疑者の主体性の承認という点では弾劾的捜査観を支持しながら、起訴のための嫌疑の基準を下げるべきである」というこの平野主張に従わなかった⁷⁰のである。

このため、同博士はその一四年後の一九九九年に著した論文では、参審制の採用による「核心司法」の新しい提言をされ、参審制度を採用すれば、公判で心証をとるようになり、そのためには捜査記録も、要を得た、そして事件の核心を突いた短いものにする必要があるであろうから、ひいては、取調べでのやり方、身柄拘束の長さにも影響を及ぼすかも知れず、公判での証人尋問、反対尋問も精密なものでなく、核心的なものになるかもしれない。それは「ラフ・ジャスティス」ではなく、あえていうならば「核心司法」であるとされた。⁷¹

こうして、「あっさりした捜査・ラフな起訴」との平野提言自体は現状批判派を含めて支持が少ないが、その後、「国民参加によって核心司法が成り、現状打開ができる」とされた点では慧眼とされている。

（5）刑事手続の日米比較論

ア 英米法が我が国の刑事訴訟法に及ぼした影響について、我が国の研究者はどのように分析しているか。

（ア）田宮裕博士は「刑事訴訟法の展開と英米法の影響」との論考⁷²において、「通常英米法とはコモン・ローをさすのであって、それは長い年月を経て集積された判例法にほかならない。『大陸法から英米法へ』というとき、最初の課題は、まず、そのような既存の英米法のなかから、何を吸収すべきかということにあった。ところが、一九五〇年代の後半から、英米法のうちとくにわが法とかかわりの多いアメリカ法じたいが、大きくゆれ動き、飛躍をとげるに

至った」「わが法も、アメリカ法の進展を追いかけるようなかたちで少しずつ動いてゆくのである。それは『憲法的刑事訴訟』といわれる分野、すなわち、デュー・プロセスの領域において、判例のリーダシップによって行われた静かな地殻変動であった」と分析される。ただ、アメリカのデュー・プロセス条項は、厳密に言えば連邦制に由来する独自のものであることも指摘される。すなわち、「州の事件には、連邦憲法の修正一条から八条までの具体的な権利宣言の各規定は適用がなく、同一四条の『いかなる州もデュー・プロセスに違反して、人の生命または財産を奪うことはできない』といういわゆるデュー・プロセス条項だけ適用がある。そこで、連邦最高裁が州の事件に介入するのはこの条項を利用するほかない」という、アメリカ固有の判例生成の過程があることである。そして、ウォーレン長官が就任した一九五三年以降、連邦最高裁によるデュー・プロセス判例は量・質とも飛躍的な発展をとげ、ミランダ判決、違法収集証拠の排除法則判決等を生んでいったこと、そして、これらが我が国の判例にも影響を与えていったことが指摘される。しかし、その後のバーガー長官時代に入った一九七〇年代からは、ミランダ判決の原則内容に制限を加えるなど前ウォーレン・コート時代と比べて、その連邦最高裁の判例には明らかに後退をみせるけいがある」とされる。この点、同博士は、他の「実務と英米法」と題する座談会において、先例拘束性の問題について「裁判はリアリズムでなければ動きません。しかし、アメリカのリアリズムはもつとダイナミックで思い切った実験をやって、望ましいと思われる新しい法律状態をどんどんつくっていくことがある」と指摘され、判例は一つの実験たる性格をもち、ミランダ判決も連邦最高裁がその実験を行ったものと評する。その座談会での鈴木義男検事の分析では、画期的な判例、例えば違法収集証拠排除法則の判例が出されても、日本ではそのような判例の有無にかかわらず、違法な証拠収集は禁止されたものとしてそれ自体非常に限られたものであって、判例が出ればその実務への実効性は高

いが、アメリカの場合は、「最高裁で証拠排除法則を出したところで実務がどこまでそれに従うことになるのかということは大変むずかしい問題だ」と指摘される。それというのも、現場の警察官は何も裁判まで持つていく必要はなく、とにかく違法な事態を抑圧すれば足りると考え、証拠排除のことはお構いなしに令状もなくプロバブル・コースもないのに搜索差押や逮捕に至つてしまい、しかし、後は答弁取引で裁判にならずに終わつてしまうというアメリカ法特有の訴訟構造を指摘される。⁽⁷³⁾

(イ) 河上和雄教授(元検察官)は、我が国の検察実務に対するアメリカ法の影響を日米の刑事手続の相違点から分析される。第一に、刑事司法の地方分権化である。アメリカは五〇の州の法体系と連邦の法体系からなるばかりか、準州に対する連邦法や軍法があり、その法執行たるや特に現実の地方における法の執行状況の酷さは到底我が国では考えられないこと、それだけに連邦最高裁の高踏的な判決を必要とする現実があつて、戦後のわが刑事司法の執行状況には大きな差がある。第二に、国民参加である陪審制度が存在し、それが州に対しても保障され全司法制度、実務の前提として構成されていることである。そして、連邦最高裁が発展させ、これが我が国の最高裁判決まで生み出させた違法収集証拠排除法則をはじめ、伝聞法則や有罪答弁について取引が行われることなどは陪審の存在を大きな前提としていることが、我が国の制度との大きな違いである(我が国にも平成二二年五月から、裁判官と共に事実認定と量刑の判断をおこなう裁判構造の裁判員制度が施行されたが、陪審制度では裁判官は加わらず、評議・評決は事実認定だけで全員一致が要件であり、かつ民事陪審もあるなど、大きな違いがある―筆者)。また、訴追免除、証人抑留などの制度的保障の下に公判が唯一の事実認定の場である制度であること、さらに起訴前手続では、アメリカ法では被疑者の身体上の拘束から始まるのが常道であり、伝統的に拘束が原則で釈放が例外であること、これに対し我が国の場合は、起訴前の保釈

制度はなく、釈放はあっても検察官の裁量によることであり、この保釈制度の違い、予備審問制度の欠如が彼我の国民の被疑者に対する嫌疑の程度の違いと関連があること、それは我が国では逮捕即有罪に近いもの、起訴では有罪の嫌疑が一層高い（九九パーセント以上の有罪率）ものとの国民の認識があり、法的な「無罪の推定」の原則も、現実の社会生活においては極めて影が薄いのが現状となっていることを指摘される。なお、アメリカには我が国の検察審査会制度と類似する大陪審が存在する（我が国の検察審査会の議決は、当初は勧告にすぎなかったが、裁判員制度導入に合わせ「起訴議決」による起訴強制へと改正―筆者）。大陪審は、独立の訴追機関として被害者の保護とともに被告発者の保護に当たる独立の捜査機関であり、その捜査、訴追の合理性については裁判所の司法審査さえ及ばない強力な権限を有するとされている（現実には検察官主導の機関とされている）。

こうして、同教授はこれら彼我の刑事手続の相違から、検察実務へのアメリカ法の影響を、結局「わが国の刑事司法は、実体的真実の発見をその中心目的に置き、その目的のために全ての制度が組立てられており、そのため、アメリカからの輸入の当事者主義もその目的に奉仕するものと理解されてきた」とし、これに対し、アメリカにおける刑事司法の目的は、「実体的真実主義が中心目的からはずれ、ラフ・ジャスティスの名で呼ばれるように、刑事司法が存在し、それが自分たちの身近な代表によって運営され、その過程が外見上適正であること、つまりデュー・プロセスが目的の中心となっていることに表われているように思われる」とする。もともと、その後のアメリカの判例の流れを見ると「ミア・エビデンス・ルールの廃止やバーガー・コートの後退、さらには、連邦証拠規則による伝聞法則の大幅な緩和のような実体的真実主義への回帰の傾向がないわけではない」と評する。そして、もとより、わが国においても「人権保障、適正手続の保障は、憲法的要請であり、戦後の検察実務が、その面での多くの発展を遂げて

いることも間違いない」こと、「このデュー・プロセスへの志向はなお分続くであろうし、檢察実務もその方向に進むであろう」としつつ、しかし、「彼我の差異は根深く、決定的であり、わが国の司法の一環としての檢察は、実体的眞実主義を中心目的とし、デュー・プロセスをその範囲内で高める実体的眞実志向型適正手続導入檢察とでもいうべき方向をひきつづき進むこととなるうし、それが法の求めるものといえよう」と結論づけられる⁷⁴。

イ 我が国が範としたアメリカの刑事手続について、アメリカの研究者のその日米比較論を見るとき、我が国の檢察官の地位・役割など刑事司法の評価は、相当に高いものがある。以下、その研究者の論考を見ることとする。

(ア) ダニエル・フットーワシントン大学教授は、「日米比較刑事司法の講義を振り返って」の論考⁷⁵において、「一国の刑事司法制度を理解しようとするれば、その制度の全体をながめて、一つのまとまりとして把握しなければいけない」として、システムの思考が重要であること指摘した上で、日本の刑事司法の研究成果をアメリカ法と比較しながら分析している。そして、日本の檢察官の役割は、当事者主義を採っていないながら大陸法の欧州諸国とも違った特異なものを見る。また、元来、英米の制度において、当事者主義の手続は眞実を究明するための優れた手段であり、加えてアグレッシブな防衛活動はすべての人の基本的人権を守るための要となる手段だと考えられてきたが、現在のアメリカでは、眞実は神様以外だれも知りえないとして、当事者主義の手続はゲーム以外の何ものでもない、当事者主義の名のもとに、勝訴するためには、ほとんど何でもやってよいといった風潮が強くなっていると見る。現に、刑務所の服役者の話を聞いても、ゲームで負けたぐらいの気持ちでしかなく、「刑務所に入れられたのは悪いことをしたからではなく、お金がないから優秀な弁護士を雇えなかったからにすぎない」と言っている現状を紹介する。また、アメリカの有名な弁護士が語る被疑者との接見時の会話の一例も紹介する。最初の面会で、依頼人（被疑者）が何も言

わない前に、必ず依頼人に「真実を語るな。一番聞きたくないのは、真実なんだよ。真実を知ってしまったら、弁護の妨げになるかもしれない。自分が知りたいのは、真実ではなくて、むしろ君が陪審に信じてほしい物語だ。一五分ほど休憩をとるから、そのあいだに、君が信じてほしいと思う物語をじっくり考えなさい。私が戻ったら、その話を聞かせてくれ」と話す。これはアメリカの弁護士として決して例外的な存在とは思えないとする。ところが、日本の弁護士の多くは、真実の追及を自分の主たる使命としているし、検察官も裁判官も真実の追及のために尽くしていると弁護士も信じているように思われる。これが、アメリカと日本の刑事司法におけるもつとも重要な相違点と見る。「それは何かと言うと、刑事司法制度全体が基本的にどういうことを志向し究極の目標としているかという点での考え方の違いである」とズバリ核心を突く分析をしている。そして、日本の刑事司法の全体像は、捜査段階では厳しい取調べを伴う捜査を、裁判の段階では真実の追及を、また処分の段階では、改善更生と特別予防の考え方に基づいた比較的寛大な取扱いをする手続にあると捉え、更に、すべての段階において、当局、特に検察官に、強い権限と幅広い裁量を与えていることなどを特徴点として指摘する。この刑事司法制度を支持するかどうかは、当局に対する信用の度合いの差に尽きるとし、警察と検察官の質と公正さだけでなく、真実の追及と改善更生への熱意に対する信頼も必要であること、しかし、いくら信頼しても潜在的な偏見や思い込みなどによる誤った判断の危険性は常にあることから、特に検察官のチェックが重要であり、日本の制度にも改善の余地もあるとしながら、「それでも一外国人として、日本の刑事司法制度を全体として評価した場合、その制度は本当に誇るべきものと思う」とされている。

(イ) B・J・ジョーニニューヨーク・ロースクール名誉教授は、「外国人から見た日本の刑事訴訟法」と題して分析する。⁷⁶ 同教授は、まず「いかなる法システムも、それが生きて動いている限り、折々の立法的調整の必要がない

法律や法などというものは、機能的には死んだものに違いない」と指摘した上、日本の刑事司法制度は、その社会的・法的伝統にある程度の基礎を持ちながら、①戦後の独立した司法権の創設、②重要な人権が憲法自体に基礎づけられたこと、③制度を運用する二つの主要構成——裁判所、検察官、弁護士——の関係が再編成されたこと（裁判所を頂点とする三角形の位置づけ）、④システムを動かしている人々が、厳格な司法試験によってセレクトされた献身的専門家集団であること（これは、世界のどこの国も真似ができないことかもしれない）などとの優れたポイントを挙げる。そして、むしろアメリカでも採用されればよいと望む日本の刑事手続の特徴点として、例えば、日本では任意捜査を原則とし、未決勾留は原則ではなく例外であることが挙げられるとする。これは、勾留のための逮捕が原則で、有罪前の釈放が裁量的例外である英米の伝統に比べて、遥かに人道的である。また、起訴猶予制度（刑法第二四八条）は、有罪のステイグマを与えることを避けながら犯罪者の更生を促進する手段として推奨されるとする。それは、効果において一種の判決前プロベーションであり、具体的事件において成功すれば、有罪判決の法的・社会的帰結を避けながら犯罪者の更生を促進することができるものとなる。この点は、すでに一九六〇年代から一九七〇年代にかけてアメリカの幾つかの検察局がほぼ同様のプログラムを実験したことがあるが、苛酷な「法と秩序」の環境下でついに同様の法改正には至らなかつたという経過も説明する。また、日本では公判において証人の「生の」証言に依拠することが減少し、それに対応して書証に依拠することが増加していることを分析する。この日本の現行刑事訴訟法の改正を指導したSCAP（連合国最高司令官）の起草者は、証人が徹底的な主尋問——反対尋問にさらされる当事者対抗的な公判手続を創設することにあつたことだから、書証化はおそらく考えていなかつたであろうし、望んでもいなかつたであろうが、「私は特に心配していない」とする。英米（特にアメリカ）の当事者対抗的な公判手続と証拠の範囲・内容

を統制する念入りな証拠規則に対する観念（「強迫観念」とまで表する―筆者）は、陪審制度に対する伝統的な依拠と敬意を反映したものと見る。日本の制度は、人間と人間の組織に考え得る限りに汚職と権力濫用から免れ高度の能力を持った専門家によつて運営されている。世界のどこの国も現実的にはまねすることができないものであるかもしれないが、日本の国民と政府が誇ることのできるものである。少なくとも、世界のその明白な長所を示すために、今後さらに五〇年間存続するに値するものである」と評されている。

（ウ）ジョーゼフ・ホフマン・インディアナ大学教授は、「『真実』と日本の刑事訴訟法」と題してアメリカの当事者主義と陪審制度の実体等を述べる。⁷⁷すなわち、アメリカの刑事手続法（連邦と各州の刑事手続法を集合した法体系）は、根底に国民の「自らの統治機構に対する歴史に根差した深い不信感を共有していることに由来しているものである」と指摘する。そして、更にアメリカ人は、「糺問的」ではなく「弾劾的」な刑事司法制度を維持するのが望ましいという考えに強く取りつかれているので、また、アメリカの刑事司法制度の高度に当事者抗争的な性質を保持しておきたいために、捜査機関が被疑者から自白を獲得することを妨げるための規則や手続を生み出してきたとする。そして、ほとんどのアメリカ人は、事実そのものが確定できない世界に住む以上、「事実としての真実」に代わる実現可能なものとして、「法的な真実」とでもいうべきもの、すなわちその最も重要な形態である「陪審による真実」を信頼し、それを客観的な「真実」に代わり得るものとして受容していること、したがって、O・J・シン普森事件（被告人が一九九四年六月、元妻とその友人を殺害したとして起訴されたが、彼が有名な元プロフットボール選手であったため注目を集め、刑事の陪審では無罪、民事裁判では殺人が認められて賠償が命じられるという特異な経緯を辿った事件）や、ロドニー・キング事件（一九九一年三月、強盗で仮釈放中の黒人のキング被告人が交通違反を犯した際に白人警察官から暴行を受けこれが大きく報

道され、人種差別事件としてロス暴動のきっかけにもなったとされる事件）のような陪審裁判で時折生じる異常な結末にもそれほど動揺を受けない傾向にあることも指摘する。その陪審制度については、公共心の涵養に向いていること、公務員（とりわけ警察官及び検察官）の裁量に対して一般市民の統制がよりよく及ぶこと、法制度の中に市民の常識が注入されること、まれには不当な刑罰法規を陪審が無視できることなどを、同制度の相対的な利点として目を向け認容するのがアメリカ人であるとする。また、アメリカに「自白に対する奇妙な嫌悪感が拡がっているためか、合衆国最高裁のアントニン・スカリア裁判官は、一九九〇年のある判決で次のような反対意見を述べている」として、同裁判官の「百歩譲って、正直に自白することは愚かな過ちだとしても、私は、これを拒絶するのではなく、これを受け入れたと思う。正直な自白を『過ち』と考えることは、誤っているし、われわれの刑事司法制度を徐々に腐食させるものである。何人も黙秘する権利を保障されてはいるが、悪事を働いた者が自らの罪を認め、相応の罰を受け入れることのほうが、より道徳的である。罪を認めることは、それが強要されたものでないのなら、社会だけでなく犯人自身にとっても、本来的に望ましいものである。『正義』と『社会復帰』の両方の目標に適うからである。したがって、われわれは、自白した者を『哀れな愚者』と気の毒がるのではなく、むしろ正直な自白をしたことを歓迎すべきである。われわれは、そのような善行を思い止まらせるよう助長したりせず、むしろ善行に出ないことを遺憾とすべきである。これらと逆の前提で法制度を設計することは、個人の責任又は服従すべき統治機構の道徳的正当性に対する信念を放棄することである」との意見を紹介される。

（エ）デイビッド・T・ジョンソン（ハワイ大学アノア校准教授は、神戸地方検察庁と法務省法務総合研修所の国連アジア極東犯罪防止研修所において日本の検察制度を研究しており、その結果を『アメリカ人のみた日本の検察制度

『日米の比較考察』との著書でまとめられた。⁷⁸

まず、アメリカ合衆国の多様な刑事司法制度の要約六点を示す。①いったん一市民が告訴すると、ほとんどの刑事事件は「逮捕」から始まること、②検察官は、逮捕から二四時間以内に最初の起訴の決定を行うのが通常であるが、その間に警察官が取調べ（二時間位）を完了し、検察官は被疑者に対する取調べは行わないこと、③裁判官または治安判事の前で行われる罪状認否手続は、逮捕から四八時間以内に実施されるのが通常であり、そこで裁判所は被告人に対し起訴事実を告げ、弁護人を指名して保釈の適格性、種類、金額を決定し、被告人は最初の答弁を行うこと、④大陪審または予備審問は、被疑事実の嫌疑に相当な理由があるか否かを決定すること、⑤有罪または無罪は、審理段階において、裁判官または陪審員により、棄却、有罪答弁または審理の評決を通じて決定されること、⑥陪審では審理を経ての評決で有罪の決定の場合は、そのあと別途裁判官によって行われる審問において、被告人に判決（量刑宣告）がなされることである。

次に、検察官の役割について、アメリカの検察官は、(i) 世界に比類なき独立性と裁量の特権を享受していると
言うのは間違っており、多数の事件処理に追われ多忙な中で、この重荷を回避すべく裁量によって、答弁取引はシステムが目詰まりを起こさないようにするドレミ（訳者注―パイプ用洗淨剤）であること、(ii) 一方で中立的な独立した「法の番人」であつて、ただ有罪判決を求める者でなく、無実の者の罪をはらすことが義務づけられているが、他方で、検事正が公選制のため選挙民の犯罪者に厳しい処罰を求める目を意識せざるを得ず、その選挙民の目は「絶対的な善」であり、検察官をますます厳罰強化の方向へ押しやっていること、(iii) 逮捕と収監における人種的格差の大きさの拡大傾向と、すし詰め刑務所の現況や、無数の誤審を生むが、検事正は選挙のために、法の番人としての責

務より、有罪判決を追求する者としての役割を優先させる「熱意過剰」または「有罪判決心理」に陥っていると。そして、日本の検察官の役割をアメリカの検察官と比較して分析する。第一に、日本では起訴前の捜査や取調べを自らまたは警察と協力して行うが、アメリカでは連邦レベルを除けば、捜査や取調べをすることは殆どないこと、第二に、日本では起訴、不起訴の事件処理につき独占的権限を行使するが、アメリカでは起訴の決定を他の関係者、つまり警察、裁判官（予備審問において）、大陪審、そしてまれではあるが一般市民（私訴において）などと一緒に行うこと、第三に、日本では裁判所に対して適切な判断を求め、無罪判決や量刑の決定についての上訴ができるが、アメリカでは無罪判決に対しては上訴ができず、量刑に関する上訴も一部の裁判管轄における限定的な場合だけであること、第四に、日本では刑罰の執行を監督し、罰金の支払いを確保するとともに、矯正担当者は判決の刑罰を確実に執行するが、アメリカでは刑罰の執行の監督に関する権限はほとんどないことを挙げている。

【注】

(29) 青柳文雄「刑事手続論」『刑事裁判と国民性（機能編）』（成文堂一九七六年）二九頁・三三頁・三四頁の注(8)、同「新しい予審制度の検討」ジュリスト（一九六〇年一九九号）五二頁以下で、予審制度に内在する欠陥の克服となる新予審制度の提言をされている。なお、戦後の現行改正刑法の改正に関与された横井大三（元検察官・元最高裁判事）「現行刑事訴訟法の四つの改正点―二十数年後に見る」ジュリスト（一九七四年五五二号）一七二頁は、「予審的な手続のない国は少ない。予審的な手続の全くなくなった日本では、勢いそれが程度検察官の任務とされている」とした上、しかし「本来裁判官の担当すべき予審の任務を検察官に行わせようとしてもそれは無理であると思います。特に公訴権濫用問題を効果的に処理するためには、スクリーニングの役割を持つ予審があった方がよいのではないのでしょうか。そのような予審的手続がないところに

現在の日本の検察官の苦悩があるわけです」とされる。

(30) 團藤重光ほか座談会「刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト（一九七四年五五一号）三〇頁以下参照。

(31) 日糖事件とは、大手製糖会社日糖（株）が事業不振打開のために国家の保護を受けるべく、明治三十九年（一九〇六年）の帝国議会での原料輸入砂糖戻税法改正案の成立と、翌年の帝国議会での砂糖官営法成立のために同社の重役七名が政友会、憲政本党等の代議士二一名を買収した贈収賄事件で、全員有罪となり検察史上記念碑的事件とされている。我妻栄・団藤重光ら編『日本政治裁判史録〔明治・後〕』（第一法規一九六九年）四八六頁以下〔雨宮昭一〕参照。小貫芳信「日糖事件」研修七五〇号（二〇一〇年）四七頁以下参照。大逆事件とは、明治四三年（一九一〇年）発覚の天皇暗殺未遂事件であるが、二六名の被告人が死刑等の有罪判決となる当時世間を震撼させた著名事件である。前掲『日本政治裁判史録〔明治・後〕』五四四頁以下〔松尾浩也〕参照。

帝人事件とは、台湾銀行の頭取、理事ら幹部が、担保流れで所有し日本銀行へ自行の債務担保として差し入れていた帝国人絹（株）の二二万株を、政財界の有力者が介在して政官財界の有力者へ安く売却したとする一大背任事件で、検察が独自捜査で摘発した事件であった。しかし、大正一二年（一九三七年）一二月の判決では、正常な商取引であり「空中楼阁事件」とされて被告人一六名全員が無罪とされた。検察主張の「得べかりし利益の喪失」の有無を巡っての解釈・認定の相違であって、予審でも予審判事の前で被告人は自白し、三人の株式取引に関する専門の鑑定人も得べかりし利益の喪失ありとの鑑定結果を示していたことから、公判に付するとの予審決定がなされた。ところが、その後の公判では、被告人が全員否認し、鑑定人も鑑定結果を否定的に変更したため、通常の商取引と断定されたもので、冤罪事件とは異なるものである。我妻栄ほか編『日本裁判史録〔昭和・後〕』五二頁〔大島太郎〕参照。小貫芳信「帝人事件Ⅱ『恰も水中に月影を掬せんとする類』」研修七五二号（二〇一一年）三三三頁以下参照。

(32) 亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて―主として検察の立場から見た『新刑訴の回顧と展望』―」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』（有斐閣一九九八年―以下「亀山①論文」という。）二二頁。なお、亀山継夫「検察の機能」石原一彦ほか編『現代刑罰法体系5刑事手続1』（日本評論社一九八三年―以下「亀山②論文」という。）三五頁。

- (33) 前掲亀山②論文三六頁。
- (34) 井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』（有斐閣二〇〇四年）二三頁。
- (35) 岡部泰昌「検察官の客観義務」金沢法学一一卷二号（一五卷一〇二二号。本文中の①は、一一卷一号七頁、九頁・一〇頁。②は、一三卷一号六七頁。なお、そこで引用の「柏木教授の見解」は、柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣一九七〇年）一二七頁。③は、一三卷一号七六頁、八九頁、九〇頁、九三頁、一二二頁。④は、一三卷二号八七頁。
- (36) 横山晃一郎「刑事法学の動き」——「岡部泰昌『検察官の客観義務』」法律時報四三卷四号（通卷五〇八号）一三三二頁以下では、「段階的に派生すると思われる諸義務についていえば、その段階的な諸義務相互の關係が必ずしも明確でなく、ために果たして裁判所が、このような義務違反に適切に対処しうるか、という疑問なしとしない」として、他の批判者の「岡部論文が、なぜ、検察制度に対する内在的批判の立場に赴かざるをえなかつたかといえ、それは彼の論文に、戦前、戦後の国家権力の断絶と連続の分析、検察制度の歴史的視点の視点が欠落しているからだ。岡部論文の主要テーマである公訴権濫用問題とは、検察官の『恣意』をめぐる問題でなく、公訴権が高度の刑事政策目的に沿って、法的に運用されている、という事態なのである」との批判に同調して紹介されている。
- (37) 平野龍一前（一）編前掲（注1）書一同『刑事訴訟法』（有斐閣一九五八年）八三頁以下。なお、高田卓爾「刑事訴訟の動向」『現代法』五三ヶ月章編・現代の裁判』（岩波書店一九六五年）九九頁は、現行刑訴法の捜査の基本的な構造が糺問手続であることをむしろ積極的に肯定される。
- (38) 川崎英明「井戸田侃著『刑事手続構造論の展開』」法律時報五四卷一一号一四二頁・一四三頁。なお、井戸田説を支持するのは鈴木茂嗣「弾劾的捜査観か糺問的捜査観か」判例タイムズ四一四号四頁・五頁。
- (39) 田宮裕『捜査の構造』（有斐閣一九七一年）三頁以下の「はしがき」。
- (40) 佐藤欣子『取引の社会』（中央公論社一九八二年）三二頁参照。
- (41) 田宮裕「刑事手続きをめぐる理論と現実」法学教室一七〇号一〇頁以下。
- (42) モデル論については、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本構造』（成文堂一九七九年）一二〇頁以下参照、鴨良弼「刑事訴訟と

方法論——とくに日・パッカーの方法論について——」研修三六八号（一九七九年）一六頁以下参照、田宮裕・前（一）編前掲（注22）書——「刑事訴訟におけるモデル論」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』（有斐閣一九九四年）三五五頁以下参照、田口守一『刑事訴訟の目的』（成文堂二〇〇七年）一九五頁以下参照。

(43) 平野龍一・前掲（注37）書八三頁。

(44) 田宮裕・前掲（注42）書——三七七頁——三七九頁。

(45) 白取祐司「モデル論と精密司法論」村井敏那ほか編『刑事司法改革と刑事訴訟法上巻』（日本評論社二〇〇七年）一五八頁以下。

(46) 鴨良弼・前掲（注42）書二二頁——二三頁以下。同教授はパッカーの提言にある根本的な問題点、「犯罪抑止モデル」の理解のありかたについて疑問を呈されて「刑法の適用・実現という理念、社会秩序の安定という公共的な理念は、それ自体、訴訟制度の基本理念であり、訴訟はこの目標のもとに、運用されることはいずれの国の法制でも肯定される。この目標のもとに展開する訴訟形態を危険要因のもつとも濃厚なモデルとして短絡的に把握することには、その方法論のありかたに疑問がある」として問題を的確に指摘される。そして、要は、理念の実現過程における「手続の抑制的機能をはなはだしく軽視する『糺問型の訴訟』と手続の抑制機能を重くみる『適正手続のモデル』とを対立的に把握していく方法論であるならば、一応、納得のいく方法論であろう」とされる。

(47) 松尾浩也『刑事訴訟の理論』（有斐閣二〇一二年）三二八頁。なお、初出は同「刑事訴訟の日本の特色——いわゆるモデル論とも関連して」（法曹時報四六・七）二四頁以下。

(48) 青柳文雄「日本人と和合の心情」法曹時報三〇巻六号（一九七八年）一頁（『刑事裁判と国民性・総括篇』有斐閣一九八九年所収）。同「新刑訴の連続性と非連続性」法曹時報三二巻五号（一九七九年）一頁。なお、青柳博士が提唱される国民性論を「正鵠を射ているものとして全面的な賛意を表する」とされる檢察実務家として、土本武司『刑事訴訟法要義』（有斐閣一九九〇年）九六頁以下参照。

(49) 田宮裕・前掲（注42）書二七二頁——二七三頁。

- (50) 土本武司「刑事訴訟雜感―国民性の視点から―」高田卓爾博士古稀祝賀『刑事訴訟の現代的動向』（三省堂一九九一年）四三頁以下。また、土本・前掲（注48）書九六頁以下。
- (51) 松尾浩也『刑事法学の地平』（有斐閣二〇〇六年）一八八頁。同『刑事訴訟法上（新版）』（弘文堂一九九九年）一六頁・一三七頁・一五〇頁・一六八頁。同『刑事訴訟法講演集』（有斐閣二〇〇四年）二八四頁・三〇六頁・三七七頁。
- (52) 松尾浩也『刑事訴訟の理論』（有斐閣二〇一二年）二九八頁。椎橋隆幸「裁判員制度が克服すべき問題点」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社二〇〇三年）一二四頁は「精密司法は殆ど全ての刑事裁判関係者のニーズに応じて形成されたのである・公判での被告人側の徹底的な争い（これは当事者としては当然であるが）に耐えて公判を維持するために検察官は自らにもまた警察にも綿密・周到な捜査とその調書化を求め、また、有罪の高度の見込みのある事件に限定して起訴することになった。裁判官は上訴審における審査に耐えうるように公判廷での証言に加えて証拠物、証拠資料を精査した上で慎重に判決を書くのである。こうした実務が起訴人員を少なくし、また、誤判の可能性を小さくしてきたことは確かであろう」とされている。
- (53) 井上正仁「刑事裁判に対する提言〔講演〕」司法研修所論集八五号（一九九一年I号）九三頁以下。なお、石井一正「わが国刑事訴訟法の特徴とその功罪」司法研修所論―創立四十周年記念特集号―七九号（一九八七年I号）三〇四頁以下参照。
- (54) 田宮裕・前掲（注41）書一九頁。田宮・前掲（注42）書三六六頁。
- (55) 松尾浩也教授の見解として、本文中の①は、同『刑事訴訟法上（新版）』（弘文堂一九九九年）一六八頁。②は、同「刑事訴訟の課題」ジュリスト刑事訴訟法の争点〔第三版〕（二〇〇二年）七頁。③は、同「刑事裁判の経年変化」『平野龍一先生古稀祝賀論文集下巻』（有斐閣一九九一年）三八九頁以下（『刑事訴訟の理論』有斐閣二〇一二年所収）。④は、同『刑事訴訟法講演集』（有斐閣二〇〇四年）二八四頁以下。なお、田口守一「刑事訴訟の目的」（成文堂二〇〇七年）一〇六頁以下参照。⑤は、松尾浩也「日本における刑事手続の過去、現在、そして未来」刑法雑誌四九卷二〥三合併号（二〇一〇年）（『刑事訴訟の理論』有斐閣二〇一二年所収・四三二頁）。
- (56) 白取・前掲（注45）書一七七頁以下。ほかに小田中聰樹『現代司法と刑事訴訟の改革課題』（日本評論社一九九五年）

二〇〇頁以下参照、福井厚「いわゆるモデル論の意義」『刑事訴訟法の争点』（有斐閣一九七九年）二二頁参照。

(57) 福島至・記「日本刑法学会ワークショップ—精密司法の意義と限界—での小田中聰樹教授発言」『刑法雑誌四四卷二号二六一頁・二六二頁』。

(58) 福島至・記「日本刑法学会ワークショップ—精密司法の意義と限界—での田口守一教授発言」『刑法雑誌四四卷二号二六三頁』。なお、同旨見解は、田口教授の『刑事訴訟の目的』（成文堂二〇〇七年）一〇五頁以下に詳しい。

(59) 亀山・前掲論文①六頁～九頁。なお、古田佑紀（元検察官・元最高裁判事）は、「刑事手続の将来」論究ジュリス二〇一五年冬季特集1の一〇四頁において、「取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査」の点について、実際の取調べを徹底する方向に向かったのは、「それには理由があつたはずであり、その理由を十分分析せずに対策を議論することは単なる対処療法にとどまり、場合によっては犯罪摘発機能を不当に弱め、あるいは事案の実態に即した処理を困難にするなど、適切な刑事司法の運営を妨げる結果になるおそれがある。」と指摘された上、その理由の一つとして「取調べに代わる効果的な真相解明手段が用意されていなかったこと」などを挙げて、「司法取引制度の導入等はそのような問題に対応するための現実的な方策であるといえよう。」とされる。

(60) 田口・前掲(注58)書『刑事訴訟の目的』一一三頁。なお、田口教授は、宇川春彦検事も、「司法取引を考える(17)」判例時報一六二七号（一九九八年）三六頁以下において「我が国における実体的真実主義というのは、事実認定をするにあたって、裁判官がどこまで細かいことを問題としなければ気がすまないかという程度の問題のような気がしてならない」と指摘していることは、精密司法への疑問を提起されているものといえよう」とされている。

(61) 川崎英明「検察官論の課題—戦後の検察と刑事司法—」高田卓爾博士古稀祝賀『刑事訴訟法の現代的動向』（三省堂一九九一年）四頁以下（同『現代検察官論』日本評論社一九九七年所収）。なお、私人訴追説として、鯉越溢弘「私人訴追主義と国家訴追主義」九州大学法政研究（一九八一年）四八卷一号三三頁以下（同『刑事訴追理念の研究』成文堂二〇〇五年所収）、水谷規男「フランスの私訴制度の現代的展開と訴追理念の変容」一橋論叢二〇三卷一号一〇〇頁以下参照。

(62) 小田中聰樹「刑訴改革議論の基礎的視点—「精密司法」論の検討を手掛りとして—」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（下

卷』(有斐閣一九九一年)二五〇頁。

- (63) 小田中聰樹「刑事手続改革の課題」『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』(有斐閣一九九四年)三九四頁以下。
- (64) 小山雅亀「アメリカ合衆国の予備審問―最近のカリフォルニア州の動きを中心に―」阪大法学(一九八一年)一一八・一一九号一四七頁参照。
- (65) 田宮裕・前(一)編・前掲(注2)書―松尾・田宮『刑事訴訟法の基礎知識』(有斐閣一九六六年)四二頁。
- (66) 鈴木茂嗣「弾劾的捜査か糾問的捜査か」判例タイムズ四一四号「西東問話」四頁。
- (67) 團藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂書房一九四三年)六〇四頁―前段指摘部分。同『新刑事訴訟法綱要(七訂版)』(前(一)編・前掲(注3)書)三二八頁―後段部分。
- (68) 平野龍一「刑事訴訟の促進の二つの方法」ジュリスト(一九六一年二二七号)八頁。
- (69) 平野龍一「現行刑事訴訟法の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第四卷』(有斐閣一九八五年)四〇七頁。
- (70) 後藤昭「平野刑訴理論の今日的意義」ジュリスト(二〇〇四年一二八一号)六二頁。なお、渡辺咲子「現行刑事訴訟法制定時における公訴提起に必要な嫌疑の程度」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集・上巻』(信山社二〇〇一年)五七頁以下では、現行刑事訴訟法制定過程ではGHQが予審の廃止を絶対的指針とし、記録を一べつした程度で嫌疑のない起訴であることが判明するような起訴があることを前提としての法改正を提案したが、日本側は法曹三者一致して、ほぼ一〇〇%に近い有罪率を得る厳格な起訴を行う実務を前提にした改正案を主張し、結局、GHQもこれに異を唱えることなく、これに一応の理解を示して、ゆるやかな起訴をする提案を撤回するに至った経緯を述べている。また、松尾浩也「刑事訴訟法五〇年―総括の試み(一九九九年)『刑事法学の地平』(有斐閣二〇〇六年)一二二頁では、「起訴基準を少しずつ引き下げ、無罪判決の若干の増加を覚悟すれば、事態は動くはずである。その方向に踏み出す決断をするかどうか、二一世紀に向けての大局的な課題だと言えよう。」とされる。
- (71) 平野龍一「参審制の採用による『核心司法』を―刑事司法改革の動きと方向」ジュリスト(一九九九年一一四八号)二頁、三頁。同「参審制度採用の提唱」ジュリスト(二〇〇〇年一一八九号)五二頁以下では、提唱として陪審制ではなく参審制の

採用の理由を述べる。

- (72) 田宮裕「刑事訴訟法の展開と英米法の影響」ジュリスト(一九七四年五五一号)一五八頁、鈴木義男・谷川久・時国康夫・田宮裕・長島安治・織部政男「日本法と英米法の三十年―座談会〔実務と英米法〕」ジュリスト六百号記念特集(一九七五年)田宮発言―三三四頁。
- (73) 鈴木義男・前掲(注72)書「実務と英米法」ジュリスト六百号記念特集―三三四頁。
- (74) 河上和雄「檢察実務と英米法」ジュリスト(一九七五年六〇〇号)三四〇頁以下。
- (75) ダニエル・H・フット「日米比較刑事司法の講義を振り返って」ジュリスト(一九九九年一一四八号)一六五頁以下。
- (76) B・J・ジョージ「外国人から見た日本の刑事訴訟法」(佐伯仁志訳)ジュリスト(一九九九年一二四八号)一七四頁。
- (77) ジョーゼフ・ホフマン「『真実』と日本の刑事訴訟法」(長沼範良訳)ジュリスト一一四八号一七八頁。ほかに、アメリカでは、有罪無罪を決める審理陪審(小陪審)の問題性が指摘されるほか、起訴・不起訴を決める大陪審(非公開制)の不起訴決定に大きな疑問が呈されている。
- (78) デイビッド・T・ジョンソン『アメリカ人からみた日本の檢察制度〔日米の比較考察〕』大久保光也訳(シユプリンガー・フェアラーク東京二〇〇四年)一五頁、一五五頁、三三頁以下。なお、既存の刑事司法に対し、今痛烈な反省を迫られているのはアメリカであると分析されるのは松尾浩也教授である。同『研修』八〇〇号(二〇一五年二月号)七頁では「一九九二年にニューヨークの弁護士ハリ・シエックらが立ち上げたThe Innocence Projectは、DNA検査の進歩などを有効な手段として、受刑者の無実を次々に立証し『雪冤』された受刑者は、死刑囚であった者を含めて三二二名に及んでいる。このような危機的事態に直面してみると、アメリカが『刑事裁判』という困難な業務を地方分権に委ねていたことにも疑問を生じないでもない」とされる。