

# 刑事司法における検察官の役割（四・完）

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）―前々々号）

刑事司法における検察官の役割（四・完）（加藤）

一（二）

2 当事者主義と検察官の地位・役割

（以上、（二）—前々号）

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）—前号）

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・完）—本号）

V 管見の整序

1 刑事司法の理念—その究極に在るもの

（1）刑事司法の核としての実体的眞実主義

ア 刑事司法の指導理念をどのように捉えるか。

先に触れたダニエル・フット・ワシントン大学教授が指摘するように、アメリカと日本の刑事司法の重要な相違点は「刑事司法制度全体が基本的にどうということを志向し、究極の目標としているか」である。<sup>97</sup> 我が国の検察官など実

務が捉えてきたのは、まず、「無辜の者を誤って罰してはならない」ということである。その上で、「有罪者（殊に巨悪）をみすみす見逃してもならない」ということである。つまり、無罪の者をむざむざ法廷に引き出して晒し者にしてはならず、また、有罪の者は刑事政策にも配慮して起訴すべきものは起訴すべきということである。それは、実体的眞実主義を座標軸に置くことが前提であるが、神のみが知る絶対的眞実主義ではなく、実体的眞実を説明することである。それは被疑者の人権を保障した適正手続の下における厳格な証拠に基づく、刑事訴訟上の眞実でもって確認するものである。ここで、実体的眞実主義とは、「その手続上のルールに従った上で、限りなく歴史的眞実に肉薄するものとして求める姿」のことである。團藤重光博士は、「事實は客観的なものであるはずであるが、絶対的な眞実はいわば神の目から見た場合のことであつて、人間の認識能力が相対的なものである以上、訴訟における眞実は性質上やはり相対的なものであり、その意味では事實の認定は、認識ないしは発見ではなく、むしろ創造的なものだというべきである。だからこそ、裁判官は謙虚でなければならないのである。裁判における事實の認定は、神から見た眞実に可及的に接近することが要請されるが（実体的眞実主義）、実際には裁判官をはじめすべての訴訟関係人の努力によるべきであり、結局、これらすべての者の主体的な活動にかかっている」こと、「眞の『事實』というものは、訴訟の世界を超絶したものである。訴訟的にみるかぎり、『公訴事實』は、いわば仮説的なものである」こと、「確定判決において認定された『犯罪事實』でさえも、それは、『眞実とみなされる』だけのことであつて、再審の可能性が否定されないばかりでなく、再審にならない場合であつても、それが眞に間違いのない本当の『事實』であるかどうかは、まさに神のみぞ知るものである」こと、その実体的眞実主義を達成するためには、「当事者の攻撃・防御を前提としてはじめて眞実の発見が可能となるのであり、当事者主義は眞実発見の手段として重要である」こと、檢察の

任務に関連して「実体的真実主義は、無実の者を罰することが絶対にならないようにすることを、最小限度のこととして何よりも先ず要請するのである。実体的真実主義を『必罰主義』であるかのように説く論者があるが―糺問主義の手續のもとでは別論として―これは誤りだといふべきである。検察官は、いかなる場合にも、このことを忘れてはならない」ことなどを説かれる<sup>(98)</sup>。我が国では、古くからイギリスの法諺「一人の冤罪者あらんよりは十人の逃罪者あらしめよ」(Better ten guilty escape than one innocent suffer.)<sup>(99)</sup>を自らのものとして目標にしている。しかし、神ならぬ人間が行う手續である以上、最大限の尽力があつても制度的には誤りが皆無ではなく、「誤りはあり得る」ことを前提にしているものというほかはない。我々は、この制度的冷厳な限界は受容しなければならぬ。その上で、「最大限の誠実懸命な実体的真実の追及」である。それが冤罪者を出すことを極小に抑える術である。

そもそも刑事訴訟の当事者の一方の被告人側は、裁判の結果いかに自己の重要な法益(自由・名誉・財産等の法益)を奪われるか否かの岐路に立たされている。真犯人が有罪と認定されて適正な刑罰が科せられるのは当然であるが、それが冤罪なのに誤って有罪となれば直接的に法益が侵害される立場にある。その意味で真の「訴訟当事者」は、被告人側がその立場に位置づけられるだけである。もう一方の「訴訟当事者」と言われる検察官は、その実質は擬似的当事者となる。この両者の位置づけには、説得力を有するものがあると言わざるを得ない。してみれば、当事者主義と標榜される中での検察官の地位は、実は一種のフィクションに帰することとなる。したがって、検察官は当事者として効率よく処罰にだけ専念すればよいということとはならず、「公益を代表して、犯罪の被害者に代わって刑罰権行使に関与し加害者を弾劾するという立場」にあるのである。また、検察官は被告人に有利な証拠も収集して、客観的な活動としての捜査・公判の職務の遂行でなければならず、弾劾の職務を遂行する指導理念となる「事案の真

相を解明する」という役割を全うしなければならない。そして、この真相解明の目標は、被告人側にとっても必然的に共有するものであり、その利害は共通するものとなるはずである。結局、訴訟活動をあたかも決闘なりスポーツなりの如く見てはならないのであり、このことは誰もが認めざるを得ないこととなる。團藤博士が述べられる「当事者主義は真実発見の手段として重要である」との真髄は、これらの道理を前提とするものと言えよう。

イ 現状批判派の中には、実務における取調べ過程を、強圧な取調べによつて虚偽自白を導く、いわば「冤罪者を生み出す危ないシステム」と捉えて、代用監獄の廃止と取調べ可視化による是正こそ至高とする見解がある。

それは、捜査側を意図的にまで極論はしないとしても、職務熱心のあまりの「冤罪者を生み出しかねない危なっかしい権力機関」の程度に決めつけているものと思われる。これは、アメリカ法の（純粹）当事者主義が、我が国でも刑事司法の公理であるとして、これをア・プリオリに設定した上、この理念は検察捜査でも検察官と被疑者は対等当事者、すなわち弾劾的捜査であるべきとし、しかし「現状は糾問的捜査にある」とする平野龍一博士の提唱になる捜査観の高じた見方となる。同博士のこの見解は、当時から「公判中心主義」を強調する点では他の現状批判派の弁護士側や学者からは強く支持された。ところが、検察官に「証拠が十分でなく有罪の確信が持てない事件まで起訴せよ」とする点では、実務がこれを受け入れられないとしたのはもちろん、被疑者の人権を擁護する現状批判派の立場からも支持する者は少なかったものである。

平野博士の見解は、我が国の検察官がアメリカのそれと同様広い起訴裁量権を有する法制度自体は認めつつ、「ラフな基準で、先ずはもつとおおらかに起訴するべきである」とするものであるが、そのような起訴こそ、公訴権濫用論者の攻撃的となる公訴権行使の行為となるはずであり、疑問である。構え慎重過多の不起訴処分ならば、検察審

査会の「起訴相当」の議決により控制するのが筋ではないか（平成一六年検審査法改正により、再度の「起訴議決」に起訴強制（拘束力）の効果が付与された。）。また、同博士は、数値目標を「三パーセント程度まで引き上げる」とも言われているが、そのような腰だめの数値で国民が納得するような状況にはないと思われる。

この点、田口守一教授は、「平野博士がいわれたような三%あるいは現在の無罪率を前提とした二%程度への増加を想定することが現実的といえようか」としてこの主張に疑問を呈しつつ、「いわゆる弾劾的捜査観の理論を純粹に貫くことは困難であるが、大局的にはこの方向に進むこととなろう」とも予測する。しかし、また「無罪率の増加がこの程度であれば、起訴基準の引下げの程度も、これに対応した程度にとどまることとなろう」とし、「しかし、わが国の起訴前身柄拘束期間は、諸外国と比べて短い。・今後、取り調べの機能の低下が避けられないとすれば、以前のような綿密な事案説明が困難となることも考慮する必要がある。ただし、イギリスの起訴基準のような『五パーセント基準』を参考にすることはできない」とされる<sup>10)</sup>。

こうして、この平野理論は実務でも学説上でも核心的議論とはならず、むしろ問題の視点は検察官において、①犯人性には確信を抱いているが、証拠上有罪判決を獲得することの一〇〇パーセントの確信が持てない場合や、②過失犯罪について、その評価に争いがある場合などにおいて、慎重に過ぎる公訴権の行使の傾向にあるという運用実態にこそ議論の対象が向けられていることにある。また、従来の綿密な捜査が高じて、取調べが理詰めに過ぎたり、重箱の隅を楊枝でほじくるような取調べに墮するなど、かえってコンテンツが真実から離れてしまうような捜査であつてもならない。いわばマシユマロのような柔らかい事実の再現こそ実相を抉るとの視点も出ている。

「精密司法」と指摘される松尾浩也教授も、「綿密な捜査⇨慎重な起訴」という長年にわたるやり方について、「法

技術的にある程度の修正を加えることは可能であろう。起訴基準を少しずつ下げ、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、そして検察審査会法の起訴強制制度への改正に事態を動かす可能性があることも指摘されていた。<sup>101</sup>

ウ 従来からの検察官の公訴権行使の現状に関しては、裁判所側もこれを諒として審理を続けてきた刑事司法のこれまでの裁判過程も見逃せないであろう。

例えば、「日本の刑事司法の特色」について、「裁判の立場から」として、中山善房裁判官は次のような分析をされている。<sup>102</sup> すなわち、①検察官が捜査に深く関与して十分な証拠固めをしたうえで確信のある起訴をしていること、②検察官の訴追裁量権が明文化されて積極的に運用されていること、③身柄拘束中の被疑者に対する取調べが手続の適正と抵触しない限度で最大限に行われていること、④検察官の権限・活動の質量と弁護側のそれを比較すると、わが国における当事者主義は「傾斜的・擬似的」なものであることなどを分析される。また、起訴後の裁判手続に関しては、⑤捜査段階で作成された供述調書は、争いのない事件では同意書面として、争いのある事件でも供述の不能・矛盾を理由として、いずれも証拠として多量に採用されていること、⑥多数回の開廷を要する複雑困難な事件においては、開廷間隔が長く、適正・迅速な審理が行われていないこと、⑦公判請求事件についての有罪率が著しく高いことなどを指摘されている（なお、その他特色として国民参加がないことを挙げている点では、我が国も平成二一年五月以降、裁判員裁判が施行されている―筆者）。また、①ないし④の実体を巡って、これを「検察官司法」と称して批判する者もいることについては、「わが国の当事者主義が形式的なものにすぎず、当事者の一方である検察官の組織・権限が強大であることを特徴的に表現しようとしたところにある」とした上、大陪審や予審制度、あるいは不起訴処分に裁判所の

同意を要する制度などを採用していない制度下にあつて、我が国の検察官の権限は大きいが、刑事司法における裁判所と検察官との役割分担という見地に立てば、予審制度を別として、検察官の権限行使により終始するのは、結局、起訴された場合に執行猶予となる可能性のある事件のうち、検察官が起訴猶予処分をする事件があるくらいであるとして、「わが国の検察官は、諸外国の場合と比較してきわめて重要な役割を分担しているということができるが、わが刑事司法においては、裁判所との関係、さらに警察等で、それぞれ応分の役割を分担して、刑事司法全体の円滑な運用に寄与している」とされる。さらに有罪率がきわめて高いことも「最大の理由は、検察官が有罪の立証に確信をもてない事件を起訴しないためであるが、この検察官の役割は、積極的に評価してよい」とされる。そして、重大事件では有罪立証の確信がなくても相当の嫌疑があれば起訴して裁判所の判断を求めべきとの意見に対しても、「刑事被告人の立場に伴う法律上・事実上の不利益を考慮すると、にわかに賛成しがたいものがある」とされる。その理由として、現行法の建前が刑法の謙抑主義の理念にも合致すること、予審制度等では嫌疑不十分の被疑者を早期に解放する役割を裁判所が分担する制度であるが、現行法ではこれを廃止して起訴状一本主義を採用した以上、この役割はやはり検察官に委ねるほかないとされる。ただ、「法律問題に未解決の点があることを実質的な理由として起訴猶予処分をする傾向があるとすれば、これは疑問であつて、事実関係の立証の確信があるかぎり、法律判断はやはり裁判所に委ねるべきものである」とされている。

エ ところで、現状批判派になる「弁護の立場から」ではどうか。

例えば、田邨正義弁護士は検察官の活動等について、次のような見解を示される。<sup>103</sup> 有罪率が高い点については、「検察官の誤った起訴がきわめて少なかった結果であり、起訴便宜主義の積極面であるとともに、その運用にあたる

検察の優秀さを示すものと評価することは、もとより可能であろう」とされた上、起訴に対するわが国社会の受け止め方として、「起訴され刑事被告人となったというだけで、その人物の社会的評価は往々にして著しい低下を免れない。公判において罪責を争うこと自体、当事者に多大の負担をもたらすことを顧慮すると、公訴権行使について検察官が謙抑的であることは、望まれこそすれ、なんら非難されるべきではない」と評される。この見解からすれば、平野博士が主張される「ラフな起訴」論は支持できないはずである。しかし、身柄拘束中の被疑者取調べに関する捜査官の強大な権限の付与が自白獲得の手段となつていくこと、自白調書が確実に採用されて捜査資料と公判資料との基本的共通性の実体にあること、裁判官と検察官の人事交流が事実認定の共通的思考を抱かせることなどを指摘した上、高い有罪率自体の相乗作用を説いて「公訴維持の見通しの確実な事件しか起訴しないという検察の方針のもとにおける極度に高い有罪率は、検察の捜査が実際上予審的機能を果たしていることを意味すると同時に、検察の予審的機能が無視しえない現実として定着をみたことが、高い有罪率を構造的に再生産しているということもできる」との見解も披瀝される。ただ、この予審的機能のどこが不都合なのかの説明はない。そして、これらの指摘は、続く弁護人の活動上の制約として、弁護人が公判段階でも検察官と武器対等でないとか、否認のままでの保釈率の低さとか、裁判所が実体的真実主義への傾斜から弁護人の活動を阻害するような後見的機能を発揮しすぎるとかの指摘があることは、それは刑事弁護人一般の日ごろの刑事弁護敬遠による実力涵養不足の裏返しとも見える議論のようにも思われる。なお、同弁護士は裁判の審理方法の改善も提言される。すなわち、現行法体系においても「被告人が有罪を自認している事件については初期の段階で、また罪体に争いある事件については裁判官が有罪の心証を得た段階で、いずれも量刑に関する審理に入る旨を宣言し、当事者に量刑資料の提出を促したうえ、必要に応じ調査官等の補助者に量

刑事事情についての調査を命じ、調査終了後当事者に反論、反証の機会を与え、審理を終結するというやり方」も、工次第で可能とされる。

この審理方法の改善ならば、法曹二者の協議によって実務の「運用」でかなり実現できるものであり、この点は確かに積極的に推進すべきものと言えよう。

オ 結局、実体的真実解明の指導理念は、法廷で全てが訴訟法上の真実として衣替えして果たされるものではないこと、それは刑事司法を有機的システム体と捉え、公判に先行する捜査段階における真相解明の役割、その独自の位置づけも考察することで果たされものであることが導き出される。

それは公訴権行使の担い手である検察官が、その権限を誠実に実現するために必要な追究課題、すなわち実体的真実の解明を最大限果たすために、警察に続く検察捜査を先行させこれを綿密に実行し、その結果を吟味して限りなく実体的真実と重なり合う程度の訴訟法上の真実から有罪の確信に到達したときに、起訴・不起訴の振るい分け機能を完遂させるものである。そして、起訴の場合は「検察官による事実認定の結果である訴因事実」を審判の対象とさせるというのが、現在における刑事司法のシステムの理解と言えよう。そうしてみると、平野博士の先の見解は検討してきたように、今日的意義は起訴基準の再検討ということ以上の本質的変革を呼ぶものにはなり得ないと言える。したがって、なお検討すべき論点としては、そのほかの現状批判派が主張するところの「現状は依然として『糺問的』であるとして、『捜査』の実態を問題とする」点に収斂されよう。具体的には、取調べの可視化や被疑者の人権保障・適正捜査という面での透徹化が図られる方策ということになるが、この点も、平成二七年第一八九回通常国会で継続審査となっていた刑事訴訟法の一部改正法が第一九〇回通常国会で成立（本稿連載中の平成二八年五月二四日成

立)したことで、相当な推進が図られようとしているところである。

そこで、先に見た中山裁判官の「事実関係の立証の確信があるかぎり、法律判断は裁判所に委ねるべきもの」との起訴裁量権の行使に対する見解である。それは特に過失犯になる医療過誤事件や最近の東日本大震災に起因するいわゆる福島原発事故を含めての特殊重大事件などにおいて、過失の評価に争いがあつて十分な有罪の確信が持てないような場合である。そして、そのような場合は、検察官は事件によっては起訴して裁判所の判断に委ねるとすることは、両者の役割分担の見地、刑事司法のシステムの視點などからも傾聴に値する見解と言うべきものであり、今後の検察の課題とすべきではないかということである。この点は、検察官は基本的には従来 of 確信基準に従い、しかし、より民意を反映させての処分をなし、不起訴処分に対しては検察審査会の審査に委ねるといふ国民の司法参加との役割分担を重視するというのが時代の流れに沿った解決の方向性のように思われる。

## (2) 検察官制度の在り方論

ア ここで、そもそも我が国の検察官制度自体いかに在るべきかについて、その是正案や運用の改善案を吟味し直しておくこととする。

そこで、ラジカル案から微調整案までおよそ考えられる改革案をできるだけ多く挙げてみることにする。まず、第一に、従来の検察官制度を廃止する大きな改革案として、かつてのイギリス型の私人訴追制度に徹する案(①案)や、現在の検察官制度を民営化ないし一部民間委託(弁護士 of 公訴追行制度等)する案(②案)が考えられる。また、第二に、検察官制度は残しつつ、効果的な起訴のスクリーニングを行うとの観点から、訴追者に被害者を加えるフランス型予審制度を採用する案(③案)、予備審問ないし新しい予審制度を加えたり、起訴法定主義として不起訴処分には

裁判所の同意を要する制度とするなどの案（④案）、アメリカ法に倣って、訴追権を軽罪に限り検察官独自に認めるが、重罪は大陪審が決定する案（⑤案）、第三に、現行制度の充実、強化を図る案であり、それは検察官（特に検事正）の公選制ないし任期制の導入や、取調べに対してその可視化と弁護人の立会いを制度化する案（⑥案）や、現行制度の起訴基準等運用を再点検して、捜査・公訴の一層の改善・透徹化を図る案（⑦案）などの各案が考えられる。

イ まず、比較法的に主要国の訴追制度ないし検察官制度の概要を確認しておく。

イギリス型は、民衆訴訟の歴史から大陪審（起訴陪審）の制度を採り、一般的に私人訴追と警察官訴追（これも私人訴追の一種と見る。）による私人訴追型が原則であった。このため、伝統的に警察と検察との未分化時代が長く、通貨偽造その他の国家的重大事件についてのみ国家機関としての訴追官が起訴手続をするものであったが、その必要性の高まりから公訴官起訴の範囲も拡大され、徐々に検事を増加させていったが、ついに一九八五年に至って訴追機関として「検察官庁」を制度として独立発足させるに至っている。我が国では、イギリスのこの訴追機関設置以前の伝統的訴追方法が起訴後の手続においてフェアとして、このイギリス型の検察制度にすべきとの見解も一時あったとされる。しかし、「起訴の不均衡、警察的刑事司法に墮する危険性がある」との指摘が重大で、現にイギリス自体、この弊害を克服すべきとする考えからかと思われるが、古くからあった大陪審制度も廃止し、公訴官起訴の拡大を重ね、ついに検察官庁として制度化するに至っていることは注目すべきことと言えよう。

次に、アメリカ型である。ここではイギリスと同じコモン・ローの判例法主義を採るが、各州それぞれの型となっている。フランス型にごく近い州もあれば、イギリス型を基礎としながらフランス型の公訴官を置く州も多いとされる。検察官は予審制度を持たないのに捜査の強制処分権限がなく、警察捜査の法律的文書アドバイザーの役割を果たすも

のとされている。ただ、大都市（ニューヨーク、シカゴ等）でのアトニー・オフィス（我が国の検察庁にあたる機関である）では、政治的事件や複雑な経済事件等の重要事件の捜査について、市の警察官を借りたり、専従調査員を雇ったりして、直接捜査に乗り出し、強制処分が必要な場合は大陪審を予審制度代わりに活用して実施する実情にあるとされている。また、地方分権の思想から地方検事は公選制による州が多い。

そして、大陸法系になるフランス型は、一三世紀ころから国王の代理人が訴訟に関与したことが検察制度の始まりで、フランス革命後これが訴追機関として確立されたとされる。またそれは、三権分立主義の所産としての検察官制度であり、裁判と訴追を分離することによってむしろ裁判の専断を絶ったという歴史的経緯にある。ただ、証拠収集には強制処分も必要なので、この権限は裁判官に与え、弾劾という公訴権限は検察官に責任を負わせつつ、現行犯以外は捜査の強制処分を与えないという、予審制度を維持している。これがドイツ等の大陸諸国に継受され、我が国の治罪法でもそのままの形でこの制度を継受したという歴史になる。<sup>104</sup>

最後に、我が国が戦前に範としたドイツ刑法は、予審制度により、検察官の公訴権行使も起訴法定主義であったが、一九六八年に起訴便宜主義を導入し、一九七四年刑法の改正に際して、予審制度も廃止した。そして、検察官の強制権限を強化した（被疑者の強制的取調べ権、証人・鑑定人の強制喚問権と供述・鑑定義務の承認）。起訴強制手続の対象を縮小し、遵守事項付きの起訴猶予制を創設した。ただし、検察官による被疑者取調べに対する弁護人立会権を保障し、その供述調書の公判への顕出を制限することで弁護権の保障にも一定の配慮をした。<sup>105</sup>

ウ　そこで、先ほどの検察官制度の改革案あるいはその運用案を検討してみることとする。

現状批判派は、我が国の検察官制度について、現状は「検察官司法」となっていて本来の公判中心主義が形骸化し

ているとか、強圧捜査で被疑者に対する人権保障が蔑ろにされているとかの主張であったが、このような批判点をも考慮しながら、検討結果をまとめたい。

まず、そもそも刑事司法は弾劾による訴訟形式によって行われるものであるから、必然的に訴追者―原告がいなければならぬところ、先の第一の①、②案は、現行検察官制度をいったん廃止する案である。すなわち、制度自体を私人・被害者訴追に変えるか、あるいは制度の骨格自体は残しつつ、これをがらりと民営化するとの案である。①案は、これは長く民衆訴追の歴史を有してきたイギリス型が参考になる。しかし、我が国では私人訴追については、治罪法時代において既に私人（民事原告人）の起訴が認められていたが（同法第一一〇条）、明治刑訴法で廃止された経緯がある。そして、イギリス型も先に見たように問題点が多く、検察官制度に移行している。また、文明国家にあっては刑罰権の行使は単なる復讐心や公憤を満たすためのものではない。これを被害者や一般民衆に任せるとなると、冷静さや合理性を欠く判断、あるいは恣意的判断に流れる恐れがある。この刑罰権行使のための訴追要否の判断は、優れて客観性を満たす必要がある、また一定の方針を持って画一的に行う必要のあるものである。この要請にこたえるために、現行法のようにこれを国家機関としての検察制度を設けて行っているのが世界的傾向である<sup>106</sup>。しかし、②案は民営化論である。現にこれを主張する論者がいないとしても、イディアル (ideal) の問題として、この際検討しておく意義はあろうかと思われる。この点、堀田力弁護士（元検察官）の論考「法務省の民営化」が参考となる<sup>107</sup>。そこでは、「検察の捜査指揮や公判立会いを弁護士に委ねることが考えられる」との鋭い考察をされている。これを要するに、立法、司法及び行政のサービスは、すべて公共財であるが、これを民間が行わずに税金を使って公務員が行う根拠は、公共のサービスは市場取引の原理では提供できないからであるとする、財政学上からの理由とする。そして、

司法、自治、警察、消防等を例にあげれば、これらは全市民がその利益を享受すべきものであつて、そのサービスは共同で消費されるものである。したがつて、私的財のように特定の消費者にその利用を独占させることは困難であり、市場取引には馴染まない。しかしながら、司法においても民事裁判ならば財政学上からは公共財でないとと思われるが、先進国はすべて判決に公定力や執行力があることなどから政策上司法を公共財としている。理論的には市場原理を導入することも、経済的には可能であるが、政策的に採用できないというものであるとする。また、法務省の検察、矯正、入国管理局など権力を行使する権限を付与された機関にあつては、民間委託は妥当しないのではないかという問題がある。しかし、アメリカでは公共財である警察が、犯人を捕らえて治安を維持するという共同消費者に対する公共サービスの提供が不十分なため、被害者が市場原理により犯人探しを民間機関に依頼している実情にある。ただ、日本の私立探偵と同様、逮捕等の強制権限は与えられていない。この逮捕や強制収容のような権力の行使については、銃器使用を伴うこともあつて強制権限の行使に関わる部分は政策目的上、あるいは人権尊重という高度の倫理性と訓練の必要性などから、民間委託は適切でないと考えられる。このように分析していけば、検察等の業務の中でも、絶対に公務員が行わなければならない部分は理論的には、強制的に武力を用いる部分だけとなる。こうして、前述したように、検察の捜査指揮や公判立会いを弁護士に委ねることは可能で、それはこのような業務は、武力を背景とする行使そのものではないからであるとする。そして、「現にイギリスは、数年前までそのシステムで検察権を適用していた。効率性に問題があつてイギリスは専門的検察官の制度をつくつたが、日本の検察官も、効率の悪い仕事をしていたり人権上の問題が続くと、民間委託を考えることが理論的には可能」とされる。なお、実際に法務省では刑務所業務の一部や登記事務の一部については民間委託をしているところである。

確かに、現行法でも、付審判制度（準起訴手続—刑訴法第二六二条—第二七〇条）があり、裁判所の付審判決定に起訴擬制効果を付与して、以後は裁判所が指定する弁護士が検察官役を務めて公判追行する制度となっている。また、検察審査会法における改正の二度目の「起訴議決」に起訴強制の効果を付与して、以後の公判追行は付審判制度同様、指定弁護士が行うこととなっている（検審法第四一条の六、第四一条の九以下等）。これらの制度は、正に刑事手続の訴追権に一部予審性、あるいは被害者・民衆訴追性を加え、また公判追行を弁護士に民間委託（弁護士公訴追行制度）するという民営化理論を採用しているとも言えよう。そして、そもそも民事だけでなく刑事の「裁判」も、裁判員なり陪審員が参加すること自体、その性格は民衆裁判、民間委託なりの民営化であり、そのことは検察審査会の検察審査員の審議（議決）も同様と言えよう。もつとも、先に触れた日米比較論における「アメリカの刑事手続法は、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」とのジョーゼフ・ホフマン・インディアナ大学教授の分析が正鵠を得ているものと思われる<sup>108</sup>。しかし、我が国民には隣人の裁きではなく、国家の制度設計になる刑事司法の担い手に共通のメンタリティーを抱いて、基本的にその手続に委ねるといふ法文化・精神土壌があり、アメリカ法手続を単純には導入できない根源的違いがあることは認識しなければならぬ<sup>109</sup>と言えよう。

しかし、イギリス自体が今や検察官制度の移行へ向っており、一口に民営化論と言っても検察の捜査はアメリカと同列には扱えないし、公訴権の行使もその裁量権を封じて、かつ起訴法定主義を前提にでもしなければ、かつての国鉄などの民営化はもとより、刑務所等の民営化（一部民間委託）論とも同日の談とはならないであろう（昭和六二年の国鉄の民営化に当たっても、鉄道公安職員の職務に関する法律は廃止されて、鉄道施設の警戒警備等の業務は一般警察事務へ編入

されている)。さらに起訴法定主義であっても、嫌疑不十分の事件は起訴すべきでないこととなるから、そのような判断は訓練のない一般人が容易にできるものではない。被害者・告発人が捜査機関へ訴追を求め、また一定の犯罪を親告罪として訴訟条件とする現行刑法が相当な訴訟構造と言えよう。また、この起訴法定主義については、これを古くから採用しているドイツが既に多くの例外を設けて、むしろ段階的に起訴便宜主義に近づけていて、今や参考にし難い。

ここで見逃がせないのは、①案では捜査を被害者・告発人が自ら又は探偵に依頼して実施するか警察に依頼するほかないし、②案の場合も警察に依頼することとなる。しかし現実には結局、警察が行政警察の権限のほか捜査（司法警察）の任務を全面的・独占的に担うこととなり、それでは外したはずの検察官の役割まで警察が現実には担うようになり、それこそ「刑事手続の警察化」となり、私人・被害者・民間事業者及び警察等の客観的チェック作用、制御が効かない状態を招くことは必定である。したがって、これらの事情にも照らせば、この①②の改革案は、我が国では採用の現実性はほとんどないと言えよう。ただ、現行制度の運用に対し、その理念を掣肘的に反映させるとの観点からは意義があり、丁寧はその制度における是非を検討しておくべきものとは言えよう。

そこで、次に検討すべきは、第二の起訴のスクリーニングの観点からの③ないし⑤の案である。

③案のフランス型予審制度は、我が国では戦前に長らく実践済みであるが、先に詳しく検討してきたように問題点が多い上、戦後これを廃止して現行の検察官制度へ移行した経緯もあることと、現在の裁判所側からも、裁判に徹すべきとして裁判所が予審として関与することに積極的ではないと思われること、フランスでも近時予審の問題点が浮き彫りになっていることなどから、むしろこれも先に詳しく見たように、④案での青柳教授らが提唱される特定事件

に限つての新しい予審制度ないし予備審問こそ制度としては学理的に見て検討の余地がないわけではない。そして、⑤案のアメリカ型は、大陪審制度自体が我が国に馴染まない制度と言われる。そこでは実体法上、軽罪と重罪を区別して刑事手続上その扱いに差異を設けていることの是非論もある。つまりアメリカの法体系は基本的にコモン・ローの判例法主義であつて「犯罪構成要件」の規定の仕方も違う。これは我が国の法体系と根本的に異質なものであり、我が刑事手続全体の改革と連動する改革案の実現化は極めて難しいものと言えよう。<sup>10)</sup>

最後に、第三の現行制度の充実・強化を図る案である。

その⑥の案の検察官（特に検事正）の公選制ないし任期制の導入案は、戦後改革案のアメリカ法導入案の一つであつたが、民意の反映と言つても国会議員の選挙とは違つて、検察官は一党一派に偏することのない中立性が強く要請されること、大陪審に代わる検察審査会法の制定とその後の起訴強制制度への改正があること、検察官（特に検事正）公選制や任期制を採るアメリカでも先に触れたようにその問題点が指摘されていること（デイビッド・T・ジョンソン・ハワイ大学アノア校准教授は、「アメリカでは、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、検察官をますます懲罰強化の方向へ押しやっている」として、その問題点を指摘している―第（二）編注（78）三四頁）、我が国の現状批判派からも、検察官公選制や任期制の主張までは見られないことなどからして、我が国には馴染まない制度と言えよう。また、取調べの弁護人立会制度等の改正案は、現在のドイツ型に類似するが真相解明の方途の実質変更を伴い、アレインメント制度や自己負罪型司法取引まで視野に入れた根幹的問題の採否とも連動することから、検討を要する点である。少なくとも、取調べの録音・録画と司法取引の一部は、一定の範囲で法制化されるに至っている。しかし、弁護人の立会いについてはなお十分な検討が必要であろう。また、

弁護人にとっても現実には相当の負担となるなどの問題点を抱えている論点でもある。

こうして、残るは⑦の案、すなわち検察官制度自体はこれまでの公訴権行使が公平、統一的で効率的に運用されてきた実績から、これを維持することをもって妥当とするものである。しかし、それは最も現実的であるが、そこに制度疲労がないのか。「綿密な捜査と慎重な起訴」の運用の見直しなど制度の根本的在り方を、検察官と被告人・弁護人の両当事者はもとより被害者も加わって、かつ裁判所の視点からも、また検察再生に向けても更に吟味を要する重要な検討論点となる。いつの世でも国民の信頼、支持のない組織や制度が発展した例は見られない。封建制の江戸時代にあっても、民意を無視した藩政が成功した例はなく、一揆まで発展した例も多いものである。現代検察の制度設計の吟味とその運用にあっても、私人訴追、民営化、検察官（検事正）公選制等を採用しないとしても、常々民意の反映には十分留意すべきであることはもちろんである。この点、新たに導入した起訴強制制度による検察官の不起訴処分の当否判断の拘束力を持つチェック機能の付与は、一部民衆訴追の権能を付与した制度設計と言えるものであり、被疑者に対する抗弁・弁明権の手続的保障等問題点の改善を経ながら制度的に成熟していくことを当面は見守っていくことが必要であろうかと思われる。

なお、現行検察官制度を維持するとしても、刑事司法を有機的システム的に運用することでの改革点は多い。例えば、廃止した予審制度の代わりに旧刑訴法の如く検察官が起訴時に一件記録・証拠を全て裁判所へ送り、裁判所はその後裁判員も入れて公判中心主義で審理することで、検察官の証拠開示を巡る被告人・弁護人側間での相互不信に基づく不毛・非生産的な応酬を回避し、これを全面的に公平中立な裁判所の判断に委ねるといって一部旧刑訴法回帰論も考えられなくはないであろう。亀山教授は、この点、現代化した手続としての旧刑訴への回帰がもつとも効果的であ

るとされ、また現行法律制度を基礎とした手直しならば、公判の活性化として、アレイメント、司法取引等の制度導入や「ラフな捜査・ラフな起訴」の実現性、あるいは檢察審査会の「起訴議決」の起訴強制効力の付与や大陪審的なものへの改編など慧眼になる重要な提案をされておられたが、<sup>①</sup>今やその提言のいくつかは実現しているところである。

## 2 管見のまとめ

### (1) 本稿の課題の確認

ア 本稿での課題は、我が国の現行の檢察官制度の刑事司法における位置づけ、役割の在り方論を追究し、さらには現在の運用上の問題点を分析した上、また四半世紀先を見越した未来志向の檢察官像を描くことであった。

そのために、これまでの刑事司法の制度とその改革の歴史、運用実態を先達の研究結果を辿りながら確かめてきた。それは、ある時期での私の檢察官としての実体験と志向とが重なる部分も多く、相当踏み込んで分析できた点もあれば、研究者の特に現状批判派からの要請に対しては、その理念上の乖離と克服の困難さも確認せざるを得ないところであった。実際の運用は、あたかも「百メートルは常に九秒台で走るべし」とするに等しいような奇麗ごとばかりではいかなるのが現実なのである。また神ならぬ普通の人間が担い手となる現実に、敢えて目をそらすかのような現状批判派の求めを、それでも実務では現状の厳しさの中でできるだけこの求めに応ずるよう誠実にその職務をこなしているものと言えよう。しかし、檢察の再生を図るためには、もとより我が国の現行檢察官制度自体も決して手づかずの不動のもの、アンタッチャブルないしサンクチュアリとするものであってもならない。結果的に制度自体を残す結論に到達するにしても、その見直し論から始めていくつかの改革案を検討すること自体に意義があると考えるもので

ある。すなわち、本稿では現行制度を存続することが有為か否か、その制度の存否自体を一から見直し、結果として検察再生のためにも現行制度が有用との確証が得られるかどうかについて、歴史からと諸外国の制度に比較法的に学ぶとの視点から、大陪審（重罪の起訴陪審）、予審、予備審問等の抜本的制度改革案を詳しく検討してきた。その結果、我が国の現行検察官制度自体を改廃するには、実体法を含め刑事司法全体に関わることであり、また現行制度に匹敵する妥当な制度も選択し難いことから、基本的な現行検察官制度は維持すべきとの結論に達したところである。

イ ここで、さらに亀山教授の検察の在り方論を先の論考から見てみるに<sup>12</sup>、公判審理の形骸化の現状は「確かに健康的なものとは言い難い」として、その原因は検察の在り方が不明確、すなわち、捜査・処理の過程に根本的な問題があるように思われるとされる。

それは、新刑訴法体系上の検察官は「捜査全般について最終的責任を持つ」という意味では捜査機関ではなくなり、むしろ、公訴追行官ないし適正な法の実現について職責を有する公益の代表者たることが予期されているといっている<sup>13</sup>が、現状は旧刑訴的運用でかえって成功しているものの、検察のあり方とすれば種々のひずみを生むことになったと分析される。捜査は第一次捜査機関である警察が最終責任を負うべきであるから、公訴維持に必要な補充捜査に警察が従わなければ「警察突き放し論」が生きてきて、検察官が警察捜査のチェックを行う両者の緊張関係が生じ、そこに適正捜査の担保機能が発揮できるはずである。しかし、現状は検察官が警察と同様の捜査機関として活動し、検察と警察とが同一目的で協力・協同する関係のみが前面に出て、緊張関係が希薄になることの問題点を残している、と分析されている点である。

この点は、我が国の検察官制度は、比較法的にも日本の特色を有する精巧なメカニズムとなっている。それは、検

察官は、起訴裁量権限を有し、自ら又は警察を指揮して捜査を行つて、その有罪の確信がある場合において刑事政策的に起訴に値する事件だけを厳選して起訴するという、「実質捜査する公訴官」である。出射教授が説かれるように、検察官の捜査権限は警察とともに有し、その捜査の二重性は検察官が自ら「有罪の確信」を持てるかどうかのラインに到達するための、すなわち公訴官として実体的真実、真犯人を違わない事実に迫る「検察官の事実認定」を誠実に責任をもつてなすための必要な捜査であること、そして、起訴・不起訴の判断に実質的な裁判機能である「振るい分け機能」があることは、公訴官に要求される「檢察的濾過作用」を果たすための責務と解すべきであり、弾劾機能としてむしろそれこそ在るべき制度の姿と言ふべきなのである。

管見としても、この現行の定着した検察官制度の実態を前提に、その是非論を検討するとき、検察官制度の民営化論や、廃止して私人訴追に絞るとか大陪審（起訴陪審）、あるいは予備審問や新しい予審制度の導入など検察官制度自体の存続の是非に及ぶ議論は、現行制度の利点を凌駕する代替案とはなり得ないものと考ええる。現に、少なくとも①ないし⑤の案は、今や一つの案にとどまる少数論となっていると言つてよいであろう。ただ、右少数説も検察官制度の在り方論に刺激を与え、その是非論を呼び起こすことで、運用における改善点を浮き彫りにさせ、これを検討させる契機となる効用は見逃せないであろう。

残るは、⑥と⑦の案である。この点は、従来から、平野龍一博士ら純粹当事者主義の徹底と弾劾的捜査観の推進を説かれる学者も、現在の検察官制度自体の改廃を主張するものではなかった。そればかりか、同博士も現行の検察官に従来通り起訴裁量権を付与しつつ、現在の検察官が良かれと考えてのことではあるが、むしろ「あまりにも良心的で自己を裁判官と同じような終局的な判断者」だと考えての、誠実に職務に専念しているその運用実態それこそが問

題であると指摘されるのである。すなわち、現行の検察官の制度を前提にした上で、現在の精密司法になる検察官の厳密起訴の運用こそ、訴訟とくに捜査を「糺問化」している大きな原因があるとされるのであった。この見解は制度の運用の改善論としては、制度自体の根本理念に関わる根源的な見方ではある。しかし、比較的ラジカルな主張をされる田宮裕博士にあっては、「いかなる刑事手続きであっても、事件を選び分ける、起訴をスクリーンする何らかの制度が必要である」こと、そして「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り、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ェイプ・アップできている」として、検察官の役割の重要性を積極評価されていた<sup>113</sup>。また、横山晃一郎教授は、検事の役割について、「起訴、不起訴の振り分け、その処分の妥当性確保が、国家財政上の要請、司法（検察）の課題とすれば、検事は自ら事件に深くコミットせざるをえぬ。なぜなら、警察捜査の慎重な吟味検討、事件の実体、犯人の情状についての十分な心証形成だけが起訴不起訴の振り分けに確信を附与するからである」とされる<sup>114</sup>。これが、実務・学説の大勢的考え方となって定着し、現状批判派からも、例えば小田中教授もあっさり起訴による無罪増加は容認しないことを前提にして、その回避を捜査技術の向上や準起訴手続の改善などに求めるなど、<sup>115</sup> 実際はその「運用面」において改善を唱えていたものであった。このことは、検察官の起訴裁量権の適正な行使に関し、検察審査会における起訴強制制度の導入もなされており（平成一六年検審法改正）、先の驚愕の検察不祥事があっても基本的には変わらず、ただ、それは取調べの全面可視化への要請を一層高潮化へと導く契機となつてはあったが、それも遂にその一定範囲での法制化へと結実したところである。

しかし、裁判所側からも、起訴の在り方と取調べの任意性の立証上の問題点が指摘され、弁護士や現状批判派からも、取調べ可視化、代用監獄廃止、取調べへの弁護士立会の必要性、接見交通と接見指定の妥当性等々、運用上の問

題点の指摘にも傾聴すべきものがあつたことも事実であると言わなければならない。ところが、最近、弁護士会による自主的な「当番弁護士」の実施や一連の接見国家賠償請求裁判を通じての接見指定の充実・拡充化、「被疑者国選弁護人」の制度の拡充があり、検察審査会の「起訴議決」による起訴強制の制度化の後、取調べ可視化制度等の法制化など大きな改革が進められている。また、被害者参加制度や裁判員制度の導入などもあつて、現状批判派が主張する公判中心主義化も進んでいると言つてよい。こうした刑事司法の改革が着々と進展する状況下で、検察不祥事を契機として、いわばこれを奇貨居くべしとばかりに、湯が濁っていると断じて一挙に「盥の湯を赤子と一緒に流す」が如き結果を招来させる改革案では、国家百年の礎を創造する議論としてはもとより適切とは言い難い。

ところが、亀山教授が指摘される以下の検察官の公訴権行使の問題点はまことに重要と考える。すなわち、①現場の裁判官から、無罪をおそれるあまり、常識的には当然起訴してよいような事件を不起訴にし、あるいは不自然に縮小した訴因で起訴する等のケースが目立つとの指摘があることも検察官の委縮した事件処理（公訴権行使）の問題点であり、それは被害者の立場を無視することにも繋がることであること、さらに、②過度の無罪回避性は、社会的関心事に裁判所の公的判断が示される機会を失わせる結果を招くことも無視できないこと、そして、③このような理由での不起訴状態は、その一方で裁判機能の弱体化を招き、公判の不活発傾向に拍車をかける結果となることなどを挙げ、したがつて、「有罪・無罪にかかわらず裁判所の判断を求めるといふ形での公訴提起があつてよいと思われるし、公判の活性化にも大いに資することとなるう」とされる点である。<sup>16)</sup>

この見解はまことに鋭い指摘であり、国民の理解を求めた上でのこれからの検察の方向性を的確に示されているものと思われる。そこで以下、管見のまとめに入りたい。

(2) 検察官制度の再確認とその適切な運用について

ア 検察再生のためにも、現行の検察官制度自体は維持するのが相当と考える。

この結論に対しては、大方の賛同が得られよう。現状批判派の理由も、先に見たように多くは検察官制度自体の是非論ではなく、その運用上の問題を指摘するものであり、制度自体の民営化や私人訴追化までは求めていない。弁護士公訴追行制も、付審判制度（準起訴手続）と起訴強制における検察官役の指定弁護士による公訴追行だけが現行法の制度設計となっていて、これが特に議論になっているわけでもない。そして、裁判所も司法権が独立して不告不理の原則に徹し、訴追された事件と強制捜査の令状発付に関する裁判（判断）に専念する刑事司法システム上での役割分担を諒とし、新たに予審制度や予備審問の制度化も望んでいない。付審判制度（準起訴手続）は、裁判官が公判に付すべきか否かをチェックするある種予審判事的な役割を担うが、飽くまでも公務員の職権乱用等罪に限っての例外的な制度として受容している。してみると結局、制度自体の改廃は後述の提言の一部改正点のほかは考察の射程外に置いてよいと考える。

そこで、その「運用」の問題点の核心である。それは、「検察のあまりの厳格な捜査と起訴にあつて、これが『調べ』調書尊重主義』の運用、そしていわゆる『調書裁判』への流れとなり、戦後のアメリカの刑事手続法に倣った純粋当事者主義・公判中心主義が形骸化することに作用している」との理由に収斂されるものと言える。「綿密な捜査と慎重な起訴」の現状を糾問的捜査観であるとし、これを弾劾的捜査観に従い「ラフな捜査と起訴」で早々に裁判に持ち込む運用に切り換えるべきとする平野博士の独自の見解は受け入れられなかった。しかし、捜査でも公判でも調書尊重主義となっていて公判での裁判が形骸化されていると言っても、その実態はどうなのかである。

実は現在も全事件の起訴率が三十数パーセントに留まると言っても、不起訴処分件数には微罪処分件数も分母に加えての数値である（起訴猶予が六〇パーセント足らずであつて、そのうち微罪処分は一〇パーセント前後を占める）。また、起訴の内訳も、八〇パーセント前後は略式命令請求事件（自白事件）であり、公判請求された事件でも即決裁判手続事件（自白事件）はもとより、九〇パーセント以上は争わない事件であつて、それが公判に至つて否認に転ずる件数を含めても、実質争わない自白事件が大部分である。毎年通常第一審における終局処理人員が地方裁判所と簡易裁判所合わせて七万人足らずで推移しているところ、公判請求事件中で公訴事実の「核心部分が争われる事件」の割合としては、結局七、八パーセント台で例年推移しており、ここまで絞り込んだ上での真に争う事件での実質的無罪率は二・五パーセント前後で推移している<sup>17</sup>。

また、裁判員制度の導入に当たり、争いのある事件が最も国民参加の法廷での審理としては相応しいものと目されていたところ、これまでも争いのある事件こそが実質は公判中心主義の対象となつてきており、それはアメリカでの陪審が行う事件と割合的には大差ないものとなつていると言えよう。そして、「調書裁判」と言つても、争いのない事件では、調書が同意されるためその調書の信用性の程度で裁判が決められ、それは審理の必然的な流れであつたと言えよう。ところが、争いある事件では、証人や被告人が法廷では真実を語ることを避ける傾向があるため、結局、調書が伝聞証拠の例外規定（証人は、刑訴法三二二条一項二号の書面が多い。被告人の自白調書は、三二二条一項になる。）によつて証拠として採用され、それに信用性が認められるというのがこれまでの裁判の実際の審理事情であつた。裁判員裁判でも、争いのない事件では調書が同意されるのは、証拠法が従前通りである以上当然である。このため、国民の司法参加の意義が半減されるとして、争いのない事件でも重要参考人はわざわざ証人として裁判員出席の法廷に召

喚して直接証人尋問を行い（調書と相反する証言でない限り、いわゆる二号書面の提出はない）、被告人質問でも自白調書は法廷での供述と重要な点で相反する供述部分だけ採用するという方式を採る傾向にある。いわば直接主義の活用と言つてもよいであろう。<sup>118</sup>ただ、これらの審理方式において、争いのない事件（当該証人の捜査段階での供述調書は、刑訴法三二六条の同意書面となつている。被告人の調書も同様の扱いとなる。）でも、敢えて証人として喚問することには問題なしとしない。形を整えるにことに急ぐが余り、「刑事司法全体の効率化」の迅速裁判の要請からは、かえつて外れることにもなりかねない。刑訴規則一九八条の二も、争いのない事実の証拠調べについて、刑訴法三二六条の同意書面、三二七条の合意書面の活用を検討するなどして、当該事実及び証拠の内容及び性質に応じた適切な証拠調べが行われるよう努めることを求めている。また、自白して争わない事件で立証責任を負う検察官の取調べ申請の被告人供述調書（刑訴法三二二条一項の要件充足）もその取調べ前に被告人質問を先行する審理方式を採り始めている。このように、裁判員裁判での審理方式は、未だ試行錯誤の過程にあるように思われる。<sup>119</sup>

こうして見るとき、裁判員制度の導入を契機として、争いのある事件とそうでない事件とを区別して（争いのない事件は、従来の略式命令請求、即決裁判手続のセレクトの活用となる。）、争いのある事件だけを純粹当事者主義ないし直接主義・公判中心主義に徹すれば、それこそ平野博士らの主張される「核心司法」となつて、<sup>120</sup>従来の「綿密な捜査と慎重な起訴」の中核的運用自体を変えなくてもよいものと思われる。裁判員制度の施行後も、我が国の特徴である高い有罪率には変化がなかったが、この事実は従来からの刑事司法の運用が適切になされていることを裏付けているものと言えよう。それに、「ラフな捜査と起訴」で嫌疑が十分でない事件まで起訴するとすれば、あたら無罪になるような被告人を法廷に晒して人権侵害をきたす恐れが回避できないことは先に見てきた通りである。また我が国では、ア

レインメント制度は、おそらく刑事訴訟法の全体構造に照らして、制度化は困難であろう。刑訴法第一条が標榜する実体的眞実主義に照らししても採り難い。アメリカの場合は陪審限りであるが、我が国では伝統的にこの実体的眞実主義を重んじて三審制度、更には再審制度(判例上は、殆ど四審的運用となつている)までをも採用しており、被告人の有罪答弁だけで証拠調べもしないで有罪とするアレインメント制度を設けることは現実的でない。確かに、公判中心主義のため担任者に余力を与えることとなり、憲法的にも、また理論的・政策的にも可能ではあろう。しかし、即決裁判手続といえども裁判で否認に転じて正式裁判へ移行することを認める以上、証拠調べの手続は通常通りである。そうである以上、その場合に備えて全事件に対して証拠収集の捜査を徹底しておく必要がある。起訴後の証拠収集では後追いで遅きに失し、到底核心的な捜査とはなり難い。正に、イギリスの諺からの「鉄は熱いうちに鍛えよ」の教えが浸透されるべきである。したがって、起訴前の捜査に限っては基本的には従来通りとならざるを得ないように思われる。そして、検察官が公訴官であるが故に、これまで通り実質的に捜査に深く関与することが必要である。捜査に実力が発揮できる検察官こそが適正な公訴の要否判断ができ、公判でも適切な公訴追行ができるというのが実際である。つまり、捜査の実力が十分でない検察官は、公判でもその活動が十分できない傾向にある。私の検察官時代の体験でも、特に重大事件の警察捜査には犯罪発生時から(たとい真夜中の事件発生時からでも)深くコミットして、犯罪現場へ自ら臨場して死体解剖まで立ち会い、警察の捜査会議にも適宜オブザーバー的に出席した上、捜査の指導をすること、執行した捜査手続の適否の相談まで警察活動の現場でその機会に行つてきており、早期に適正捜査のレーンに乗せることもしてきたものである。検察と警察の関係も、捜査現場での実際の活動で決まるものである。<sup>121</sup> その体験を通じて、捜査の実際を知り実力を蓄積することにより、より適切な起訴・不起訴の公訴要否判断ができ、また、

公判でも適切な訴訟追行ができるものである。捜査が初動捜査の稚拙、緩慢ないしは杜撰な遂行によって徹底していないような事件は、その後の公判では争われて裁判審理を難航させるものである。この公訴要否判断を適切に行うためには、書面審査では捜査の過不足とその奥にある真実を理解するのにも限界があり、誤りを犯す危険がある。旧法時代までの予審判事も、自らの捜査、被疑者・参考人の取調べを重ねることで証拠判断の実力（洞察力）を養ったという<sup>122</sup>。捜査における実力の涵養が不足していれば、警察からの事件の事前相談でも的確な指揮指導ができず、枝葉の事実<sup>122</sup>に拘泥した指示、抽象的あるいは的外れな指示に終始する「頼りない検察官」になってしまう。それでは、警察は的確な補充捜査はできないし、検察官に対する深い信頼関係を築くこともできない。警察は実力のある熱心な検察官の指示には、それが場合によっては不起訴に至らしめる証拠収集でも、指示通り実施するものである。私も検察官時代、事件現場へ自ら足を運ぶことから、事件発生が真夜中でも警察は私の官舎に警察車両で迎えに来て、警察と同じリアルタイムで阿鼻叫喚、血の海の殺人事件の現場での死体見分をすることも何度かあったものであるが、それによつて自らの実力を涵養し、警察の信頼も得てきたという自負があった。現場は「制度ではなく、人が運用する」のである。しかし、事件にのめり込みすぎたり、メンツにこだわったり、あるいは功名心から勢いの赴くままに起訴してしまうようなことがあつてもいけない。「引き返す勇氣」も持たなければならぬ。それは検察組織の理念として、確かに全検察官が共有すべきことである。ある殺人事件で、逮捕勾留までして捜査したが、有罪の決定的証拠が収集できずかえつてその阻害となる疑問の証拠もあつて、誤認逮捕を認めて「引き返す勇氣」で釈放し、不起訴処分にした事件があつたが、その事件ではその十数年後に真犯人が判明してこれが逮捕起訴に至り、有罪となつた。そのような最近の実例も体験上現に存在するのである（なお、検察内部では、最近この事件を「引き返す勇氣」の一つの例となる教材

として全職員に指導している。）。檢察官の「実質捜査する公訴官」として、その職務はまことに厳しい。新人医師が脚光を浴びる心臓移植の手術ばかりに目を向けるより、まずは地道に研鑽に努め、将来は一町医者として真摯に患者に接することにこそ真の生きがいを求める、その姿こそ大方の檢察官にもあてはまる姿と言えよう。

この「実質捜査する公訴官」としての檢察官の在り方については、近時、取調べの可視化、一部司法取引等重要な新しい制度導入の刑事訴訟法一部改正法が成立をみていることから、この改正法を具体的に検討するとき更に分析することとする。

#### イ 起訴基準の理念の見直し―その運用の在り方

檢察官の起訴基準は、世間の耳目を集めた国民の関心の大きな、そして被害者感情も強いような列車事故、医療事故、危険運転致死傷事件や特殊重大過失事件、特異な特別法違反事件等については、証拠上嫌疑が相当ある以上、従来の厳格慎重の起訴基準ならば不起訴としてきた事例でも、裁判において適正な判断を得ることとして、起訴に踏みきる積極的な公訴権行使は認めるべきであろう<sup>123</sup>。この点は、檢察審査会の起訴強制制度も設けたのであるから、運用の改善として重要な事項と言える。また、以前からいわゆる「基準檢察」（機械的マニュアル運用）に墮するなどされるが、一方で檢察は捜査・立証に資する各種事件処理例を項目別に分類しデータベース化して組織的に適正な処理ができるノウハウを蓄えるべきである。その中で、檢察官のこれまで築きあげてきた重要な起訴便宜（起訴裁量権）主義の適切な行使に任ずるべきである。機械的な血の通わない事務的、官僚的とかいうような事件処理はもとより許されない。かつて、嫁の姑との口論から一歳余の赤ん坊を発作的に抱いて一月の厳寒の裏山入った末にこれを捨て、一夜自殺すべく山を彷徨ったところでその赤ん坊を捨てた父親が翌日、殺人未遂（赤ん坊は奇跡的に一命をとりとめた。）

で逮捕・勾留されたという、その地方では大きく報道された事件の処理の例である。結局、起訴猶予処分にした。夫婦が仲良く末永く子を大事に育てることで、刑務所においてではなく、そのまま勤務を続けて「自己の犯した罪を生十字架として背負っていくべし」とし、さらに毎年、私（事件の主任検察官）と年賀状のやり取りによって子供の成長過程を報告するとの約束を取り付けて釈放した。当時の上司も驚きながらも納得して決裁された。年賀状は私も彼も既に重職も終えた今にしてなお毎年欠かさず続いている。このような大岡裁きの裁量権の行使には、あるいは賛意を示さない向きもあろうかと思う。しかし、検察官の究極に在る職責を問いかける一例として挙げておきたい。

もつとも、検察官の公訴権行使における裁量権の適切な判断としては、最近では検察も刑事政策的観点から不起訴処分にする場合も、積極的に福祉施設との連携を取るなどして、従来にも増してきめの細かい運用を組織的に行うようになってきているが、この点は次に更に見ていくこととする。

ウ 公訴権の適正行使に関しては、システムの思考における役割分担、刑事政策等の観点からの運用が重要である。先の（三）編3の「検察再生とその在るべき将来像」の項で検討した平成二三年九月最高検察庁制定に係る検察の基本規程「検察の理念」では、各機関との担当事務の分担として、「警察その他の捜査機関のほか、矯正、保護その他の関係機関とも連携し、犯罪の防止や罪を犯した者の更生等の刑事政策の目的に寄与する」（第八項）との刑事司法のシステムの視点からの裁判官や弁護士等訴訟当事者、その他関係機関との役割分担を確認していた（第二項）<sup>124</sup>。検察官の役割は広く、公訴権の裁量的行使というのも、この刑事政策的観点からの深い配慮が求められているものであつて、平成二五年六月には、刑の一部執行猶予制度も導入している（刑法等の一部を改正する法律―同年法四九号、及び薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律―同年法第五〇号。平成二八年六月一日施行となっている）。

大きな刑事政策的刑事司法推進の一環である。その法改正では、一定要件（前に禁錮以上の刑に処せられたことがない者や禁錮以上の刑の執行終了日から五年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者等）に当たる者に対して、裁判所が、三年以下の懲役又は禁錮を言い渡す場合に、「犯情の軽重及びその犯人の境遇その他の情状を考慮して、再び犯罪をすることを防ぐために必要であり、かつ、相当であると認められるときは、一年以上五年以下の期間、その刑の一部の執行を猶予することができる」こと（改正の刑法二七条の二第一項）、同項の場合においては「猶予の期間中保護観察に付すことができる」こと（二七条の三第一項）、そして、薬物使用等の罪を犯した者に対しては、過去五年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その刑の一部の執行を猶予することができ、その猶予の期間中、必要的に保護観察に付される」こと（前記薬物使用者等一部執行猶予法三条）と規定して、再犯防止のために刑の一部執行猶予を言い渡すことの必要性と相当性が要求されることを示している。同条項は、対象者の刑事責任の償いについて、施設内・社会内の処遇相互で適切な連携を行って再犯防止と改善更生を図るのが制度趣旨となる。また、刑事政策と福祉政策の交錯としての観点からの検討、刑務所出所者、障害者等社会的排除者の職業訓練などソーシャル・ファームとの連携、保護観察モデルの根本的見直しなど再犯防止・社会復帰支援、社会福祉との連携、あるいは被害者の保護支援など検察官の中核的役割のほかになすべき役割は多い。検察官は起訴・不起訴処分の際に対象者を適切に選定する必要があるが、これは事件の捜査自体が通り一遍のものでなく事件の真実の解明の中で被疑者の全人格に関わる背景事情を把握することが前提となり、深まりのある総合的配慮の行き届く検察官像が求められている。検察官の公訴権行使の権限の範囲は広くて深い。この一部執行猶予の新たな制度も研修を重ねるなどして、これからの進むべき検察再生の前途に必然的に光明を見出す制度と位置づけるべきである。このため、検察は組織を挙げて一層の効率的な運

用の実を果たすべきものと考え<sup>(125)</sup>る。

このように、検察官の役割は刑事司法システムの各担い手の役割分担との関係において考えるべきものと言える。

### (3) 新たな重要制度導入への対応

ア 現行の検察官制度を維持するとしても、直接の訴訟当事者の裁判官、弁護人らの本来的役割分担と連携のほか、既に平成一六年法改正による裁判員制度とこれに伴う公判前整理手続制度、検察審査会の起訴強制制度、更には被疑者の国選弁護制度の拡充など諸改革が進展していることから、刑事手続のシステムの検討が必要である。

(ア) 裁判員制度は、平成二二年五月から実施されてその改善点も検討されているが、ほぼ定着化しつつある。この制度では、これまでのいわゆる「精密司法」からの変容がありそうである。しかし、裁判員裁判の対象事件は重罪事件であり、証拠法や訴訟法の構造自体には変更がないことから、旬における捜査自体の緻密性は維持せざるを得ないものと思われる。いわゆる二号書面が法廷において採用される場面は一層限られるとしても、法廷での説得力のある核心的な尋問のためには、捜査自体は結局詳細なものであることが欠かせないというのが実際である。自白事件でも、裏付け捜査の省力化には限界がある(即決裁判手続に同意しても、被告人がこれを撤回することが許されていることから、その公訴取り消し後の再起訴制限の緩和規定を設ける法改正を行ったものであるが、結局初動捜査からの十分な有罪立証の証拠収集は欠かせないものである)。したがって、訴追自体に対する影響も限定的となろう。すなわち、例えば覚せい剤密輸事件のいわゆる運び屋に係る違法薬物の認識の認定に関しては、裁判員裁判では従来の証拠関係では裁判員への有罪認定への説得が成功せず無罪事件が多くなっている傾向がある。このことから捜査の緻密化に拍車を掛けるものの、それでも証拠収集や公判の立証方法には事件の性格上限度があつて、起訴基準をより慎重・厳格化することが考えら

れる。一方、性犯罪などについては、従来にも増して厳罰化の傾向もあり、また親告罪から外す法改正が検討されているが、それが実現すれば必然的に起訴が多くなることが考えられる。また、検察審査会における起訴強制事件の有罪判決が多くなってきた場合にも、起訴基準の緩和が考えられようか。しかし、このような相関関係が考えられなくても、おそらく検察の起訴基準の基本型自体は変更がないであろう。ただ、従来の起訴基準は、いわば証拠上の「嫌疑の程度」一〇〇レベルが有罪の十分レベルとして、仮に七〇レベルをもつて「合理的な疑いを差し挟まない」程度の最低限度の有罪レベルとするならば（このレベル以上が検察官にとつての「有罪の確信」レベル）、従来は証拠価値の逓減や否認に転ずる可能性を考慮して、つまり、裁判の過程で、証拠上有罪レベルの七〇を下回る恐れが出てくることを懸念して、いわゆる「念のための捜査」を事件が旬のうちに（時機に遅れた証拠収集は極めて難しい）、少なくとも八〇レベル程度まで「立証の余裕（幅）」を持たせて多めの捜査（裏付け捜査等）を実施しておくというのが捜査現場の実際である。当初の捜査において、七〇レベル程度の核心捜査の範囲では省力化の工夫は可能とも言えようが、「念のための捜査」はアレイメント制度など何らかの制度的保障がない限り、省力化し難いものと思われる。

また、裁判員裁判でも「調書裁判」の復活が問題となった。「核心司法」論からして、裁判員裁判こそ公判中心主義化の核になるべきものとして、法廷ですべて直接証人や被告人を質問して裁判員自ら心証を得るとの手法への動きである。しかし、純粹当事者主義ならば法廷での攻撃防御は当事者に委ねるといふ大原則がある。したがって、いかに裁判員裁判の対象事件でも、同意・合意書面制度の意義には被害者・目撃者らが法廷に赴くという重い協力が省けるといふ当事者の意図が込められている。それは、法廷外で示談が成つての被害者の宥恕になる修復的司法の観点からも、実質的に当事者間では宥恕され紛争が解決していると言える。このことをどう考えるかである。それでも、同

意書面の当該供述者を敢えて証人として公判に召喚して取り調べるといのは「新たな職権主義」とも言えよう。

そこで、争いのある事件は、公判前整理手続の段階からこれに裁判員を出席させれば、裁判官ら訴訟当事者と同じ密度の情報量で法廷に臨むことができることから、本来はこの出席も必要と言うべきではないかという問題点が残る。しかし、裁判員の負担を軽減させる必要から、現行法では公判前整理手続への裁判員の出席は求めず、公判前整理手続終了後に裁判員の選任をしているため、裁判員の負担加重となる法改正は現実的でない。ともあれ、争点の多い複雑重大事件では、公判前整理手続だけで平均七か月を要し、これが一年を超える事件も少なくないが（そのような事件では、総じて従来の裁判と審理期間的には変わらない現象が生じている）、迅速な整理手続を行うべき大きな問題点と言えよう。管見では、これら問題点は、従来の審理方法には長年の知恵で積み重ねてきた刑事司法の運用上のそれなりの必然性があつたものであり、性急な改革が肝心の真相解明を疎かにするものとなつてはならず、これら批判点には十分配慮してよく吟味し、在るべきより効果的な真相解明の方途を探りながら、改善の歩を進めて行くとの配慮が必要なことと思われる（裁判員裁判での最長期の審理は三年三四八日間の例があつたが、平成二七年六月の改正裁判員法（同年法律三七号）によって、審理が著しく長期にわたる事件については裁判員裁判の対象から除外できることとなつた―同法第三条の二として追加。）。

（イ）次に、檢察審査会法の一部改正になる新設の起訴強制制度の問題点である。

これまでの起訴強制事件は、福知山列車脱線事故や民主党元代表の政治資金規正法違反事件等ほとんどの事件が、檢察官が「嫌疑不十分」として不起訴処分とした事件であり、起訴猶予処分の事件は一件にとどまる。そして、「嫌疑不十分」として不起訴処分とした事件に対する起訴強制事件は、これまで長野県松本市の柔道指導上の事故事件

（業務上過失傷害事件として起訴となり、長野地裁は平成二六年四月三〇日有罪判決を言い渡し、検察官役の指定弁護士は控訴することなく判決確定） 以外は一、二審無罪で更に上告事件もあり、被疑者の受けたダメージは相当大きいものがあつたと言える。そこでの問題点としては、検察官の公訴権行使の起訴基準が確信基準である以上、その当否の判断基準も基本的には同じ基準でなければならぬはずである（判断の基準―物差し―が違うのであれば、両者の判断はかみ合うはずもなく単なる見解の相違になってしまう）。ところが、検察審査会の審査の実際の起訴基準は「国民目線」というあまりにも基準が確かでないレベルで、どうやらイギリスの「五一パーセント基準」で行っていると思われる点である。このため、起訴強制の対象事件は「起訴猶予」処分の事件に限ることとし、「嫌疑不十分」での不起訴処分事件を外すとの改正意見や、審査補助者（補助弁護士）制度の選任や活動の不透明な点、指定弁護士の補充捜査のための強制捜査の具体的規定が不明確な点などに対する制度設計への改善意見もある。

そこで、管見になるが、これらの問題点の改善点はいずれも重要であるが、むしろ、進んで一つは、二度目の起訴議決でも直ちに起訴強制とはせずに、これを従来の付審判制度（準起訴手続）の事件に組み入れるとの法改正をする案も考えられる。つまり、刑法法第二六二条以下に規定する付審判請求の対象事件に、この検察審査会の起訴強制事件を含ませ、更に裁判所の審理及び裁判に委ねることで、被疑者をいたずらに法廷に晒すことにセーブをかけるという、被疑者の人権に配慮した重厚な制度とするものである。これはフランスが維持している一種予審制度にも似た制度になるのか。しかし、一方で、裁判員制度や被害者参加制度を導入し、また検察官の公訴権行使にも国民が十分監視することの徹底化として起訴強制制度を導入した国民の司法参加という大きな方向性からして、むしろ現行付審判制度こそ廃止して、検察官が不起訴処分にした全事件を検察審査会の審理議決にかからせる考え方があろう（検察審

査会法は、そもそも付審判請求事件においても裁判所が請求棄却の裁判をした不起訴事件に対しては、檢察審査会の審査の対象事件からも除外はしていない法構造を採っていると解される。それは、同一不起訴事件が付審判裁判の係属裁判所と檢察審査会とに併存することを前提に、先に起訴した場合の起訴通知義務を互いに規定する刑訴法二六七条の二、檢審法四一条の二一から言える。管見としては、付審判制度と起訴強制制度の両理念・制度の分裂は問題であるから、現行の起訴強制の議決に關して、「民意の独善」が陥る感情的な魔女裁判との批判を受けないための方策として、審査の可視化・透明性を高め、審査においてその対象となった被疑者にも弁解の機会を与え、かつ弁護人を付すること（身柄不拘束での国選弁護人特例制度の新設も含め）などの法改正をとるならば、後者の考え方が相当ではないかと考えている。ただ、「公訴権が国民に由来するとしても、それが権力の行使である以上、必要最小限度に制限され、かつ、それに対する統制手段が設けられなければならない。そう考えると、実は不当起訴に対する統制というリベラリズム型の国民参加こそがむしろ重要であり、訴追強度を強化する方向での参加を導入することは、基本的には慎重さが求められる」とする考え方もあり、また、<sup>126</sup>そもそも被害者や一般国民は徹底した真相解明や被告人の全人格的情状などを解明して嚴罰を求めるとの傾向があるとの問題点の指摘も見られる。これらは、従来余り検討されてきた論点でもないので、なお議論を深める必要がある。

イ 次に、被疑者取調べ可視化対象の拡大や自己負罪型取引、刑の減免制度、あるいは更にはアレイメント制度までを視野にした検討を行いたい。

先に近時の被疑者取調べの録音・録画制度、捜査・公判協力型協議・合意制度及び刑事免責制度等の導入に対する捜査・公判への影響の検討は概括的に試みたので、これに関連して「将来の検討課題」となった点について、若干の

管見を述べたい。

本稿では、平野博士の「ラフな捜査と起訴」論を、これが実務はもちろん学説上でもあまり支持を得ていなかったにもかかわらずかなり詳しく紹介し、またその採り得ない経過も述べてきた。その平野理論は、徹底したアメリカ法の純粹当事者主義になる公判中心主義への変革論であるが、それが戦後の刑事司法制度改革の本旨であったとするものであった。しかし、我が国の歴史に学べば、法文化に根差す独自の「精密司法」こそ国民から支持を得たもので、明治時代も無罪が多くなると国民の批判の声が大きくなり、検察官が捜査を徹底し起訴裁量権を明らかにして、刑事政策面にも配慮した上での起訴・不起訴の処分を行ってきた。こうして、起訴事件も綿密な捜査に裏打ちされた証拠に基づき更に丁寧な公判での立証を追求することにより、高い有罪率を維持するという、今日の「綿密な捜査」慎重な起訴」による精密司法を築いてきたものであった。その前提の一つとして、これは多くの学者・実務家も紹介してきたように、彼我の立法（構成要件）の違いがあることである。平野博士も、既に昭和二四年に著した「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」の論考で、我が国もアメリカと同様に検察官の立証を容易にするための手段として、「新刑事訴訟法の制定によって、訴訟法は一躍英米法化し、当事者主義化した。それにもかかわらず実体刑法は従来の大陸型を維持して差支えないものであろうか」として、その主張の前提としてのアメリカの法条を紹介されていた<sup>127</sup>。すなわち、「(アメリカ法における)当事者主義の訴訟は被告人を自己の利益を主張して戦う独立の訴訟主体として取り扱う。したがって自己に不利益な事項については黙秘権が認められ、これに自白を期待することは許されていない。したがって犯人の内心の状態の立証は困難となる。この困難を避けるため、犯罪の構成要件は立証の容易な客観的要素のみによって構成されるに至っている」こと、したがって、「その犯罪類型が大陸法と異なつて客観的な構造を持つ

ていることは否定できない」こと、ニューヨーク刑法を例にすれば、「目的犯という主観的要素の違いも立証の難易を考えて、一級・二級・三級と分けられることが多い。一級又は二級では特別の主観的要素が要求される。例えば一級の放火では艦船の中に人が現在することの認識が必要であり、一級の暴行では殺人の意思、二級の暴行では傷害の意思が必要である。それ以外は三級の罪と規定する。この主観的要素の証明ができれば上級の罪として処罰し、証明できなければ下級の罪とする」こと、その他禁制品の所持罪では早くからその主張の前提として、故意も過失も不要の絶対的禁止条項としたり、贓物罪（現・盗品等譲り受け等罪）の知情も「近接所持」の事実上の推定規定を置いたりしていること、我が国でも「未必の故意」理論のような精緻な概念があるがそれは「裁判官の認定」の職権主義的な訴訟構造の影響と見る、ことなどである。

このような構成要件の違いが、我が国においては綿密な被疑者取調べが必要な理由の一つであるから、今後は取調べ以外の供述証拠の収集方法を採用上でも、構成要件上での区別された立証方法を考えるべきであろう。しかし、その刑法実体法の改正は遠く、また、我が国では捜査機関が採るべき捜査方法に対しても潔癖なまでに「高度の適正さ」を求める法文化があり、とかくアンフェアに見られがちな司法取引、おとり捜査あるいは別件逮捕等については、今後もその適用範囲や遂行の謙抑的運用が要請され続けくものと思われる。

この点は、本稿（三）編「3 検察再生とその在るべき将来像」の項で触れた「検察の在り方検討会議」の提言でも、取調べや供述証拠に過度に依存した捜査・公判から脱却するための抜本的・構造的な改革として、追求的な取調べにやらずに供述や客観的証拠を収集できる仕組み、すなわち、実体法の見直し、客観的な証拠により広範に収集する仕組み、先端科学や心理学等の知見も活用した捜査の「現代化」などを早急に整備すべきことを指摘している。

(4) 本稿課題で指摘した七点の確認事項の整序

本稿(一)編のⅡで指摘した確認事項は、検察官及びその組織に対する現状と在り方についてのものである。まず、①の裁判員制度や検察審査会法改正による起訴強制制度の導入に始まり、そして被疑者取調べの録音・録画制度、一部司法取引制度の導入等の抜本的な法改正に対する検察の今後の組織的対応がどうであるかである。これまでの取調べによる供述証拠の収集という取調べ依存方式が大きく変わり、また、供述証拠収集の多様化のひとつとして司法取引制度が一部導入されたことに対する検察の共通認識の醸成が重要である。

そして、裁判員制度導入に伴う捜査と立証方法の改革の一層の推進と、これに関連して、②③の精密司法からの変容の遂げ方である。起訴基準の変容はあるのか。「丁寧綿密な事件処分」が公平に誤りなく実施され、公益の代表者として、起訴裁量権の行使が適正に行われているかである。これは、公訴権行使の「運用基本」に関わる事項であり、従来通りこの基本はゆるがせにするべきではないと言える。しかし、確かに「ラフな捜査・起訴」論は基本的に採り得るものではないとしても、事件処理が公平かつ誤りなく行われるべきとの要請を意識するがあまり、「慎重に過ぎる公訴権の行使」となって、かえって国民の期待に沿っていないという点がないか、との点は真摯に検討すべき時代を迎えているものと思われる。すなわち、刑事手続をシステムの捉えれば、適切な役割分担をしてそれぞれに委ねるべきは委ねて一体的に適正な遂行を機能的に行うべきである。してみると、最終判断者が裁判所の役割である以上、起訴・不起訴のセレクトを弾力的にして、その判断を裁判所に委ねるべき事件を検察官限りとしてしまうことのないよう、適宜果断に裁判所(不起訴処分であれば検察審査会)の判断に委ねて、「起訴すべき事件は起訴する」として、従来の確信基準の理念の見直しについて、今や検討に着手する時期にきているように思われる。その結果、基本型は不

動のものとするにしても、特殊重大事故等一定の事件に限つての基準変更とか、あるいは檢察審査会による当初の「起訴相当」議決に対しては、なるべく起訴の方向で再捜査をして再度の起訴議決（起訴強制議決）を待つまでもなく、檢察官によつて起訴するというような限定的な確信基準の見直しなど、微調整の運用変更から実施するとかの方策もあり得ようかと思われる。その結果、無罪が増加し国民から従来の「慎重起訴」を望む声が多くなつてきたならば再修正を考へるといふような弾力的姿勢こそが、これからの「民意の時代」への対応の在り方と言えよう。また、裁判員裁判などを中心に立証を簡にして要を得たものとするための核心司法を推進する一方、いわばその捜査公判の環境整備の意味も含めディヴァージョンで不起訴にする事件の適正な範囲も見極め、自白事件等争いのない事件における公判追行に要する負担の軽減化、更には法制化された司法取引のほか起訴裁量権を基にしての実質的な司法取引（秘められたる司法取引）でもつてその捜査自体の軽減化（この点は、後に更に検討する。）に組織的に取り組んでその基準を定め、本格的な推進を図る段階にきているものと思われる。

そのほか、具体的な課題として、④の情報等のデータベース化、⑤の刑事統計等を駆使しての犯罪情勢の分析から、刑事政策的処理を行うことについては、工夫を凝らしての一層の実のある展開の余地があるのではないかということである。また、⑥の檢察官・檢察事務官に対する研修は、法務省法務総合研究所を中心に相当の実績を上げてきていると思われるが、それは「適材適所の人事」とも連携した、弛まぬ人材養成こそ「檢察百年の計」形成の要諦との観点で適正に継続していかなければならず、以て「檢察の意識」の共有化を透徹させていかなければならない。そして、最後は⑦の点である。つまり、最高檢察庁では、適宜法務省の刑事局などと協働して、常々四半世紀先を見越した各種関連法規の改正を含めて「檢察の在るべき像」の検討をなし、これを全国の檢察官に浸透させているかについてで

ある。これまではこれが上滑りの時代もあったかも知れない。しかし今は、検察改革を目指して最高検に専門委員会（科学捜査対策の法科学専門委員会、金融経済犯罪対策の金融証券専門委員会、犯罪の国際化対策の国際分野専門委員会）が設置され、それぞれの最新の知見や事例を整理し検討した結果や情報等を全国検察庁に提供し、これが共有できる体制を整えるようになってきている。このように、検察不祥事以来、検察再生に向けて議論澎湃<sup>ほうはい</sup>として起きているこの機を逃さず、検察の進むべき方向性を確固たるものとして、熟慮断行しなければならぬものと言えよう。

そこで、検察の再生に向けて、検事総長が法務検察の機関誌『研修』誌（平成二十七年新年号）掲載の年頭所感において、「未来志向の検察改革」と題して改革の指針を示している<sup>128</sup>ので、これを紹介することとする。

まず、検察改革については、これは「単に不祥事のいわば後始末をし、失われた信頼を回復するというような後ろ向きの改革にとどまるものではなく、むしろ二〇年三〇年先を睨んで新しい時代の下でも有効適切に機能する検察や刑事司法を作っていくための未来志向の改革である」こと、しかし、「時代の変化にもかかわらず、変わることがないのは、検察の理念にも謳われている通り、事案の真相を解明して適正迅速に刑罰権を発動するという検察の使命」であること、「その手段である捜査公判のやり方や、それを支える組織の在り方は時代に応じて変わっていくのが当然」であり、「むしろその使命を全うするためには、これらを柔軟に変えていかなければならない」こと、さらに「今回の改革は、検察が新しい時代においてもその使命を十分に果たし得るような制度や運用を生み出していこうとするものである」する。そして、日本の刑事司法が検察主導の精密司法と言われ、極めて高い有罪率を維持し、良好な治安の確保に貢献してきた実績を回顧しつつ、社会情勢や国民の意識の変化から否認や黙秘が増え、被疑者国選弁護制度の導入等に伴い、捜査段階における弁護活動が活発化するとともに、裁判員制度の導入もあって裁判所の姿勢

も変わり、「今までのように取調べと供述調書に大幅に依拠したやり方は既に限界に達している」こと、「それによって事案の真相を解明し、裁判所を説得することは、実際のところなかなか難しくなっている」ことなどとして、これまでの司法制度改革の経緯とその理由、その影響等を分析の上、今後の改革の具体的方策を示す。それは、「取調べや供述調書に大幅に依存した今までのやり方に固執していたのでは、この先、検察がその使命を果たしていくことはますます難しくなり、現場の検察官へのしわ寄せを一層大きくするおそれがある」ばかりか、「本来刑事司法において裁かれなければならない事件を訴追することができず、ひいては、国民の正義感情や良好な治安を損なう事態を招くことにもなりかねない」とし、今の「取調べや供述調書に過度に依存した従来の捜査構造を改めていくためには、外国の制度等も参考にして日本の実情に合った新しい制度を導入すべき」ことを訴え、「検察は刑事司法の最初から最後まで能動的な主体として関わっている」から、「検察改革というのは必然的に刑事司法改革にならざるを得ず、またそうならないと真の意味における検察改革は遂げられない」ことを強調する。また、検察運用上の改革点としては、取調べの可視化をその任意性の立証責任を負う検察官において積極的に主導していくことを確認し、最後に検察が「えん罪を避けなければならないことは言うまでもないが、それと同時に警戒しなければならないのは、犯罪事象に対し検察が切り込んで訴追できなくなる」ということ、それにより「刑事司法が機能せず、法秩序が乱れば、国民生活の安心安全を脅かし、社会経済の基盤を揺るがす事態をもたらす」ことを危惧し、検察や刑事司法の機能を強化するために、改革を進めていく必要がある、「将来にわたって、適正な手続の下に真相を解明して犯罪者を摘発処罰し、無辜を罰することのないような検察や刑事司法を作っていくための未来志向のもの」であり、そうした観点に立って、検察を挙げて「この検察改革に積極的に取り組んでいく」とする改革の基本方針が示されている。

また、平成二八年新年号の『研修』誌上での「検察に求められているもの」と題する検事総長の年頭所感では、先に述べた検察再生のための所信の趣旨を敷衍して、「検察は強くなければならない」ことが示されている。<sup>129</sup>それは「検察が複雑巧妙化する犯罪と戦って市民生活や社会経済の基盤である法秩序を守る役割を担っており、『強い検察』でなければそうした使命を遂げることができないから」であることを述べる。また、検察の改革では「過去の誤った傾向を改め、未来に向けて新しい検察を築こうとしているものである」こと、また、「強い検察」とは、「基本的には、真に処罰すべき事件について、それがどれほど複雑困難であり、犯罪者の側がいかにか巧妙に法の網から逃れようとしても、これを摘発し、訴追し、適切な刑罰を科することができる力のある検察を意味している」ことであることを述べた上、その一方で「『引き返す勇氣』と言われるように、誤りが明らかになった時には、素直にそれを認めることも重要である」こと、「検察が事件の処理に当たり、万が一にもえん罪を生じさせることのないよう念には念を入れるべきことは言うまでもない」が、「それでもなお誤りが生じることがあり得る」ところ、「裁判制度は、もともと起訴された事件が裁判所において有罪とされない場合もあることを当然の前提としている」こと、そして、そうした場合、「過去の経緯や処理に関係した者の立場等にこだわって頑なな姿勢を取ることは、公正誠実あるいはフェアネスの精神に反する」こと、「検察が処理の時点の証拠関係から間違いないと考えて起訴した事件であっても、公判における弁護人の活動によって無罪とすべき事情が明らかにされ、裁判所により無罪判決が下された場合等には、刑事司法システムが正しく機能したとしてそれを肯定的に受け止めるだけの度量を持ちたい」とし、「こうした懐の深い対応こそが、真に『強い検察』にふさわしい」と述べている。

検事総長が提示するこの検察の再生と改革に向けての真摯な姿勢と将来像の方向性は瞭然であり、管見も同じであ

る。その後、一定事件の被疑者取調べ可視化や一部司法取引制度の導入も法制化が成ったことから、再生検察の今後の運用の在り方が注目される場所である。また、既に検察は、特捜部における独自捜査最優先の風潮を改めて、国税当局、証券取引等監視委員会、公正取引委員会、警察等関係機関との連携を一層強化することとして、そのための特捜部の組織体制の手直しも行っていることなども指摘できる。もつとも、特捜部の存在とその役割の重要性は、検察の在り方論のなかでもゆるがせにできないものである。これまで「巨悪は眠らせない」として、ロッキード事件やリクルート事件等々多くの警察が手掛けることの困難な政治家の贈収賄事件や大型経済事犯等巨悪別扱の実績を重ねてきた特捜部である。その存在の意義と必要性及び国民の要請が十分にあると言える。検察は、この特捜部の存在と活躍については、ひるむことなく地道に持続発展させるべきものと言うべきである。

検察への課題は、この検事総長の改革指針でその方向性が明瞭に示されていると言える。過去に学びながらも、困難な問題に立竦むことなく、これに真摯に取り組んで克服すべく力強く前進するとの気概を持ち、肅々としかも烈々として検察改革を進め、その再生成って真に正義実現のための「強い検察」を取り戻すことを期待し、今後の活動を見守っていききたいところである。

## VI 総括

本稿の目的は、刑事司法がシステムの把握され、それぞれの部署の担任者が役割分担をしながら、協働して一つの刑罰権を適正に行使する過程を多面的に分析することにあつた。そして、その刑事司法システム上、核心的役割を担任する検察官の在るべき姿を、多様化するその刑罰権実現模様の過程の中でその分析を整理完結させ、これが結果

としても社会秩序の回復と維持に貢献し、以て共同社会の志向する理念としてこれが統合されるものであるとの刑事司法の在るべき姿の整理課題に迫ったものである。先達の研究成果を辿り、歩んできた歴史から学び、比較法的にも課題解析のヒントを求め、歴史の重み（法制史的分析）と、将来を見据えた現状を分析し（現行法制の解析）、かつ、その成果が社会でどのように活用されているかとの活用実態を見ながら（法社会学的分析）、ささやかな体験も交えて、刑事司法の一端ではあるが、核心的役割を担う検察官の地位・役割を、システムの的確に捉えるべく、またその将来像としても相当に先を見越した在るべき姿を描きつつ、現に進むべき検察再生を見ることとしてきた。

このシステムの思考は、企業の巨大システムと対比しても確認できる。例えば、我が国の鉄道事業は、「一定のルールの下に運営される、きわめて複雑で大規模なシステム」であり、安全運転でかつ定時運行である歴史を誇っている。これは世界に冠たるシステム文化と言えるもので、その運行に関与する各担任者が、その役割を尽くし各担任者間の連携協働を怠らないことで、安全運転でしかも「一分違わず」の定時運行が行われている。しかし、これには実は乗客（国民）がこれを支持し、ホームでの整然たる乗降、秩序ある乗車などの協力があってこそのことである。国民は江戸時代から時鐘、梵鐘で時間の感覚を身に付けていたこと、あるいは参勤交代では緻密な旅程ダイヤが組まれていたことなど長年にわたる国民の生活文化が下地になっていたというバックグラウンドがあったことも指摘される。定時運転は「その複雑なシステムが外部環境への適応を果たそうとする中で、外部との微妙なバランスを保ちながら成立する」ものであること、そして、「正確なダイヤを維持してゆこうとする」ことは、日本の鉄道の原点であり、それが守られてきたことが、国鉄からの民営分割化を可能ならしめた基盤の一つであるといつてよい」とまで評されている。刑事司法も正にこの鉄道事業の運行と同様と言えよう。また、刑事司法の有罪率が高いことでは列車の「定

時運行」において新幹線九五パーセント、在来線八七パーセントが定刻に発車しているという事実（JR東日本一九九九年の調査結果）と対比するとき、刑事司法―綿密な捜査と慎重な起訴を経る精密司法との奇妙なまでの符合状況が興味を呼ぶ。また、我が国の定刻遅れは「一分未満」が基準であるが、ヨーロッパのそれは一五分以上を以て「定刻遅れ」とカウントし、一〇分、二〇分の遅れは常態化しており、アメリカでは一、二時間の遅れは当たり前というのが実情と言われている。これは、彼我の刑事司法の無罪率の思想対比とも奇妙に符合するように思われる。しかも、我が国の定時運行も、明治年間では遅れることしきりで、それが定時運行化したのは鉄道マンの一大努力があったことによるもので、それによって大正の中期ころから「鉄道は安全で定時運行」ということが、我が国の世界に冠たる「鉄道文化」とまでなって定着し、今日に至っているものである<sup>130</sup>。これも我が国の刑事司法における高い有罪率が明治の後半から検事が捜査に深くコミットすることで獲得するに至った歴史とも符合するところである。「精密司法」と「安全運転で定時運行」、それはいずれも我が国の国民性に支えられながら形成されてきたものであって、決して偶然の一致の成せることではないと言えよう。

ところで、明治以降の刑事手続は、フランスやドイツの大陸法系に倣う訴訟構造で運営されていた。司法権の独立は憲法上確立しておらず、判検事はともに司法省の監督下になる司法官として、弾劾役は検事が担い、裁判所においては、起訴された事件を公判に付するか否かの判断は予審判事が担い、そして公判審理を公判判事が担当するというように役割を分担していた。江戸時代の糺問的裁判から弾劾的裁判へと近代化されたが、予審制度が続き、それも検事の警察官を補助役としてこれを指揮した捜査が実態上は核となり、予審判事の捜査権限は形骸化し、その実態は検事へ移り、予審制度の廃止論が唱えられていた。しかし、結局は太平洋戦争が終結に至るまで予審制度は続いた。そ

の一方で、検事の起訴便宜主義は明治時代後半からは慣行化していたが、その明文化は大正刑訴法においてなされた。また、検事は捜査に実質的に関与して、実体的眞実主義での捜査を徹底し、起訴の基準を厳格化して有罪率を高めることでその役割を確実なものとした。ところが、戦後は占領軍GHQの指示により、アメリカ刑事手続法の英米法の決闘裁判の歴史を背景とする「純粋当事者主義」などその核心部分が導入された。それも大陸法の旧法からの訴訟法にピンポイント的に、かつ接ぎ木的に導入されたものであった。ところが、我が国はその解釈を柔軟にして、徐々に受容しながら、日本的刑訴法として独特の刑事手続を定着させていった。この日本の国民性と法文化は、実体的眞実主義の指導理念の下、精密司法を求め、これが世界にも類例のない有罪率を続けることとなった。そこでの検察官の公訴権の行使は、これを見極めるために自ら捜査へコミットして得られる有罪の確信に基づくものであった。その起訴・不起訴の振るい分け機能の厳格さによつて、高度の有罪率を維持してきた。しかし、平野博士がこれでは「治安維持の責任を果たしていない」などと批判し、また、それでは捜査段階で実質黒白が決してしまい、肝心の公判中心主義であるべき裁判の場が、単に捜査の「結果の確認」の場にすぎない儀式的なものとなってしまうからとして、いつそ「ラフな捜査・起訴」によるべし主張された。しかし、実務も学説もこの点では動かなかった。

松尾教授は、これをガラパゴス状況とかねて評してそれからの脱却を唱えていたが、それを一変させることは誰にもできず、高い有罪率は裁判員制度の施行後も変化しなかったことは顕著な事実であるとされた上、「検察審査会法における起訴議決制度の導入は、この問題に一石を投じたと思われたが、議決の件数は僅かで、起訴基準に影響を及ぼすに至っていない。生じたのは、ガラパゴス状況に対する『反省』とでも言うべきであつたらう」とされる。<sup>131</sup> そうしたガラパゴス状況のなかで、見方によれば検察官の「正義を気負うがあまり」と言える傲慢さからか、あるいは

制度疲労を伴ったものか、検察不祥事も起きたが、これは厳しく見ればいずれ起こるべくして起きたもので、そこには大きな問題点を検察は抱えているのではないか、との根幹的議論を進める必要に迫られてきたのであった。

現行の検察官制度は有用であり、この制度を維持するに問題はなく、その運用も「実質捜査する公訴官」で続けるべきではある。ただ、起訴・不起訴の公訴要否判断に際しては、もつと裁判に委ねるべき事件の範囲を広げ、起訴することにより躊躇をしないことが求められよう。また、裁判員制度の導入と検察審査会の起訴強制制度の導入等国民の司法参加の大きな変革がある。起訴強制制度では、直ちに起訴強制の効果を付与せず、これが事件は更に現行の付審判手続で裁判所がその起訴の可否を決定するように法改正するのが妥当か、それとも国民の司法参加の流れで起訴強制の改正にまで踏み込んだ以上、むしろ、付審判制度こそ廃止して検察審査会の審議にすべての不起訴事件の処分の適否の審査を委ねるべきであるとするのが妥当かである。管見では後者の案を支持しつつ、なお更なる議論をして解決すべき論点であることを指摘したものである。ただ、そうであるならば検察官の起訴した事件の起訴審査も検察審査会に委ねるべきかという実質予審制度的な、そして一部大陪審（起訴陪審）的な役割まで付与する改革案まで発展していくことにもなる。起訴・不起訴を決定する過程で完全な形での民意を導入するシステムは、検察官制度の大改革になるもので、国民主権の建前からは思索的で魅力的ではある。しかし、国民の負担は裁判員制度と同じく過剰なまでの負担を強いることとなり、国家を基本的には信頼する今の民意がそこまでの改革・強化を要求しているとも思えないものである。<sup>132</sup>

また、精密司法のなかで取調べとその供述調書に過度に依存した供述証拠の収集方法から、その手段の多様化などの要請に応えて、被疑者取調べの可視化（録音・録画）制度の導入、一部司法取引制度の導入などが法制化されるに

至っており、核心司法の観点から、従来争う事件に公判審理を集中させるために、かねて検察官の起訴裁量権の適正な行使による「秘められたる司法取引」を積極的に活用して、事件捜査・公判の分野において証拠法上の労力の軽減化ができるような運用をも提言してきたが、これには賛否両論あり得るところであった。ところが、導入されたこの捜査・公判協力型協議・合意制度及び刑事免責制度における司法取引は、検察官が一定の財政経済関係犯罪や薬物銃器犯罪に関わる他人の犯罪事実を明らかにする真実供述、その他の行為をすることの協力者に、これと引き換えに当該協力者の刑事事件を不起訴処分、求刑等で有利な取り扱いを協力者の弁護人の協議過程の立会いと同意を必要として合意する制度の導入であり、その実施状況に従うべきこととなった。これは、刑事司法を全体的に捉えた適切な改革と言えるが、この法案成立後の具体的実施は謙抑的に行うことを基本としつつも、必要に応じて果断に実施することも躊躇すべきではないであろう。特に犯罪が国際化し、組織的に巧妙かつ最新の科学をも悪用しての犯罪が多くなってきており、捜査機関もそれに対応した発展的手段を講じていくべきである。警察では、通信傍受法の対象犯罪の拡大等の改正法の成立をみたほか、従来の尾行（監視捜査）の補助手段として、対象者が携帯する携帯電話やスマートフォンが発する電波をキャッチして位置情報を得る方法は強制捜査として、あるいはGPS（全地球測位システムの略称）端末を対象者の使用車両等に取り付けて同様の情報を得る方法は任意捜査として行うなど捜査手法を進展させている。しかし、後者に関してはその取り付け方法が相当でない場合（例えば、他人の敷地内に侵入して駐車中の対象者車両に取り付ける行為等）などは令状によるべきものとして任意捜査では違法とする裁判例もあることから、検察官の違法収集証拠の排除法則に留意した公訴権行使の役割も一層強まるものと思われる。ただ、プライバシー侵害に関わる新しい捜査方法であり、今後その推移を見て法整備を考える必要にもなつてこよう。<sup>133</sup>

本稿は、四編の長きにわたってしまい、また、折から刑事司法の重大な制度改編・強化になる刑事司法改革関連法案が国会で一度継続審査となった末に本稿連載中の第一九〇回通常国会で成立をみたという経緯もあって、管見の整理必ずしも十全でない憾みも残ったが、元検察官の立場から、敢えてこの新しい検察官論と検察再生問題や新制度導入に向かい合った意義は些かなながらもあつたものと自負し、これをもって擱筆する次第である。

#### 【注】

- (97) ダニエル・H・フット・前(二)編前掲(注75) 書「日米比較刑事司法の講義を振り返って」一六五頁以下参照。
- (98) 團藤重光・前(二)編前掲(注28) 書「同」刑事訴訟法における主体性の理論」ジュリスト(九〇五号) 四九頁・五一頁。
- (99) 穂積陳重『法窓夜話』(有斐閣一九一六年) 二二六頁。
- (100) 田口守一・前(三)編前掲(注82) 書「新しい捜査・公判のあり方」ジュリスト一四二九号七〇頁。また、鈴木茂嗣・前(二)編前掲(注66) 書「弾劾的捜査か糾問的捜査か」判例タイムズ四一四号四頁も、「あつさり捜査して起訴せよ」ということを批判する。
- (101) 松尾浩也・前(二)編(注70)の「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) 一一一頁。

なお、同教授は平野博士の現在の慎重な起訴運用に対する批判について、検察審査会法の起訴議決の改正はこの問題に一石を投じたかに思われたが、議決の件数は僅かで、起訴基準に影響を及ぼすには至っていないとされる(同『研修』八〇〇号(二〇一五年二月号) 七頁)。

(102) 中山善房「日本の刑事司法の特色―裁判の立場から」『刑事手続・上』(筑摩書房一九八八年) 一頁～一〇頁。同「刑事手続の活性化」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第四卷』(成文堂一九九八年) 一七頁。このほか、石井一正「わが国司法の特色とその功罪」司法研修所論集―創立四十周年記念特集号一九八七年―一刑事編三〇四頁以下では、検察官の「十分な捜査と慎重

な起訴」については、「犯罪の嫌疑につき疑念の残る事件は大部分この段階でふるい落とされている」ことで、「スクリーン制度」が被疑者を刑事手続の負担から早期に解放すると同時に裁判の効率化に資している」ことを評価する一方で、しかし「勢いのおもむくところ、手続きの適正さに対する配慮を欠き訴訟関係人ことに被疑者の人権を侵害しかねない危険性をはらんでいる」とも指摘される（三三二頁）。

- (103) 田邨正義「日本の刑事司法の特色―弁護の立場から」『刑事手続・上』（筑摩書房一九八八年）二六頁～三七頁。
- (104) 出射義夫・前（三）編前掲（注84）書『検察・裁判・弁護』二七頁・二八頁参照。兼子一・竹下守夫『裁判法〔第四版〕』（有斐閣一九九九年）三四六頁参照。
- (105) 川崎英明『現代検察官論』（日本評論社一九九七年）五三頁参照。
- (106) 兼子・竹下前掲（注104）書三四五頁参照。
- (107) 堀田力「法務省の民営化」みんけん（民事研修）四五五号（一九九五年）三頁以下。法務省は、民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（平成二年法律一一七号）に基づき、刑事施設の民間資金を活用した社会資本整備（PFI）として、全国七七カ所の刑事施設中、平成二六年末現在美祢社会復帰促進センター（山口県美祢市）等四施設あり、平成二七年夏以降更にその拡大をしてコスト低減を図り、業務内容の充実に努めている（『平成二七年版犯罪白書』七〇頁、平成二七年二月一八日付け日本経済新聞朝刊）。このほか、平成二二年度から競争の導入による公共サービスの改革に関する法律（平成一八年法律五一号）に基づき、六矯正施設で総務・警備業務等の民間委託を行っている（同犯罪白書七〇頁）。
- (108) ジョーゼフ・ホフマン・前（二）編前掲（注77）書『「真実」と日本の刑事訴訟法』一七八頁。
- (109) 土本武司『刑事訴訟法要義』（有斐閣一九九一年）二八頁以下参照。なお、拙稿「裁判員制度の問題点」『桜門春秋』（日本大学二〇〇八年夏季号一一六号三〇頁以下、拙稿「裁判員制度」は今『罪と罰』（日本刑事政策研究会二〇一二年九月号）四九卷四号（通巻一九六号）四五頁参照。
- (110) 河上和雄「検察実務と英米法」ジュリスト（一九七五年六〇〇号）三四三頁参照。
- (111) 亀山継夫・前（三）編前掲（注91）書『刑事司法システムの再構築に向けて』『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』一七

頁以下。

(112) 亀山前掲(注11) 書一三頁・一四頁。

(113) 田宮裕・前(二) 編前掲(注39) 書『捜査の構造』三頁、田宮前掲(注41) 書「刑事手続きをめぐる理論と現実」法学教室一七〇号二〇頁。

(114) 横山晃一郎「司法と檢察」『法学セミナー増刊現代の檢察』(一九八一年) 一七頁以下参照。

(115) 小田中聰樹・前(二) 編前掲(注62) 書「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〔下巻〕二五〇頁。

(116) 亀山継夫・前(三) 編前掲(注91) 書(前掲注11) 一五頁。なお、中山善房前掲(注102) 書三頁も、檢察官の起訴・不起訴の判断について「事実関係の立証の確信があるかぎり、法律判断はやはり裁判所に委ねるべきものである」とされている。

(117) ここでの分析結果は、前(一) 編(注27) でも示した『犯罪白書』、法曹時報六六巻第二号―二〇一四年―最高裁判所事務総局刑事局の「平成二四年における刑事事件の概況(上)」の統計及び亀山継夫・前(三) 編(注91) 書二三頁による。結局、法廷で真に争われる否認事件は、地裁で七、八パーセント、簡裁で三、四パーセントの割合で例年推移していて、実質的無罪率は二・五パーセント前後で推移している。亀山論文のように実証主義的な分析は、今後『犯罪白書』等の豊富な資料から解析していく必要があると思われる。なお、その必要性について、青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』(日本評論社二〇一三年) 四五頁参照。

(118) 稗田雅洋「裁判員が参加する裁判の实情と課題」刑事法ジャーナル三三二号(二〇一二年) 五〇頁以下、齊藤啓昭「公判中心主義からみた裁判員裁判の運用」刑事法ジャーナル三六号(二〇一三年) 四四頁以下参照。

(119) 清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判例時報(平成二七年五月二一日) 二二五二号三頁以下。裁判員裁判では、自白事件・否認事件を問わず、檢察官が証拠調べ請求をした被告人の捜査段階の供述調書は、弁護人が同意しても、その採用を留保した上で、まず被告人質問を行い、被告人が捜査段階の供述を変遷させた場合であっても、刑訴法三二二条に基づいて被告人の供述調書が取り調べられるのは、それが公訴事実又は重要な情状事実の立証に必要な例外的な場合に限ると

いう取り扱いが定着しつつあり、このような審理方法は、本来、刑事訴訟法等の規定にも、更には現行刑訴法が採用している当事者主義構造にも沿わないものであることを説き、検察官は裁判員裁判の特性を考慮してこれにに応じているが、裁判所はこの方式を裁判員裁判以外の一般事件にまで要求する傾向があり、これは当事者主義の下で立証責任を負う検察官の立証活動を阻害するものであることを強調している。これに関連して、辻昌文「判例紹介」研修(二〇一五年)八〇七号六九頁以下では、福岡高判平二七・三・二五が、原審が検察官の取調べ請求に係る被告人の覚せい剤自己使用の自白調書を採用せず、検察官の異議申立ても棄却した上、しかし法廷での被告人質問の結果は否認供述であったことから、他の証拠により結局覚せい剤自己使用罪で有罪判決をし、「罪となるべき事実」では、覚せい剤の使用方法与日時・場所を全く特定しないまま事実を認定したことが、理由不備として破棄自判(有罪)したという裁判例を紹介している。

筆者も右清野見解を支持するものであるが、更に運用の改善策として「核心司法」と捜査経路上から、被疑者の取調べ結果(供述)の調書化は警察官調書にとどめ、検察官自らの取調べ結果(供述)は書面化しないで、その「録音・録画」にとどめ、それも自白事件にあつては最後の取り調べで全事件の自白の内容になるいわばダイジェスト版の「録音・録画」をもって刑訴法三二二条一項書面の証拠能力と同視する運用を認めることによって、揶揄される「調書裁判」から「公判中心裁判」へ実質転換を図る方策を提案するところである。

なお、平成二七年六月開催の裁判所の全国長官・所長会同では寺田逸郎最高裁長官が「長官あいさつ」において、刑事手続に關し「今一度、事案に応じた争点及び証拠の整理を経て、公判で心証が得られる証拠調べ、過不足なく行うという刑事裁判本来の姿を確認する必要がある」ことと、「その上で、具体的な事案に基づき実証的な検討を重ね、その結果を実務へ還元することを繰り返していくという地道な取組を、裁判所全体で、さらには法曹三者間で、続けていかなければならない」ことを述べている(『法曹』七七八(二〇一五年八月号)三〇頁)。

(120) 「核心司法」については、平野龍一・前(二)編前掲(注71)「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」ジュリスト一一四八号二頁参照。ほかに佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」ジュリスト(二〇〇三年)一一一〇号九頁以下参照。田口守一・前(三)編前掲(注82)「新しい捜査・公判のあり方」ジュリスト

一四二九号（二〇一一年）七〇頁参照。

(121) 拙稿「『検察と警察の関係』について―『刑事手続の警察化論』と検察官の役割―」日本法學（二〇一〇年）第七五卷四号七八頁。

(122) 小貫芳信「戦前の予審の実情」研修七四八号（二〇一〇年）三七頁参照。

(123) 公判中心主義の実現に向けてとの視点から、起訴基準の見直しを論ずるのは、石田倫識「捜査改革と起訴基準」法律時報（二〇一三年）八五卷八号三六頁以下である。また、平成二十三年三月一日発生の東日本大震災における福島第一原子力発電所事故（福島原発事故）の様な特殊重大過失事故事件の場合は、検察は公訴権の行使を弾力的に運用して裁判所の判断に委ねることが考えられるが、この点につき、古川元晴（元検察官）・船山泰範（日本大学教授）『福島原発、裁かれないでいいのか』（朝日新聞出版二〇一五年）一一八頁、一七二頁参照（福島原発事故は、東京第五検察審査会が平成二十七年七月一七日再度の「起訴議決」をなし、翌年二月二十九日に強制起訴に至っている。）。

さらに、公正取引委員会の告発（独占禁止法―私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律七四条）、国税局長又は税務署長の告発（国税犯則取締法一七条）、証券取引等監視委員会の告発（金融商品取引法二二六条一項）に係る犯罪等いわゆる「経済的正義の実現」を目的とする取締り分野では、検察と当該行政機関との間で「告発問題協議会」を設置するなどして告発の基準・受理や起訴相当基準を事件ごとに検討しているが、なお当該行政機関からすれば検察の対応姿勢とに齟齬感を抱いている向きもあるようであるので、検察としてもこの分野での従来の告発受理・起訴基準の見直し等検討の余地もあろう（神垣清水『競争政策概論』（二〇一二年立花書房）四〇二頁以下参照。著者の神垣現弁護士は元検察官・公正取引委員会委員を務めた経験からの意見を同著書で述べている。）。他に、告発が訴訟条件でない金商法二二六条の「告発の見送り」に関する問題点につき、須藤純正「エンフォースメント」柳明昌編著『金融商品取引法の新潮流』（法政大学出版社二〇一六年）二〇一頁以下参照。

なお、大規模事故等では刑事司法の限界が見られることから、事故調査機関による調査制度の必要性を説くのは、川出敏裕「刑事司法の役割と限界―大規模事故・医療事故を中心」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣二〇一三年）二〇

頁以下である。

(124) 「検察の理念」は前(三)編前掲(注90) 書参照。

(125) 『犯罪白書(平成二十七年版)』九〇頁。伊藤栄二「刑の一部の執行猶予制度の導入と検察の課題」『川端先生古稀記念論文集(上巻)』(成文堂二〇一四年)八九七頁以下参照。古江久枝「再犯防止等の刑事政策の目的に向けた検察の取組」法律のひろば(二〇一三年)一四二頁以下参照。日笠和彦「再犯防止に係る施設内処遇の現状と課題」同三六頁以下参照。なお、私も傍聴したが平成二五年三月には法務省で「公開シンポジウム」刑事政策の新しい風」が開催され、検事総長以下法務検察の幹部も出席して議論されてその内容は『罪と罰』(第五〇巻二号―通巻一九九号)に掲載されている。さらに、『罪と罰』(第五二巻二号―通巻二〇六号)にはソーシャル・ファームの特集論文(灰谷茂等)が掲載されている。ほかに、太田達也『刑の一部執行猶予―犯罪者の改善更生と再犯防止』(慶応義塾大学出版会株式会社二〇一四年)が、この制度導入の背景や問題点の分析において詳しい。

(126) 新屋達之「刑事訴追と国民」『刑法雑誌』(有斐閣二〇〇六年)四五巻二号四五六頁。同「本格始動した検察審査会」法律時報(二〇一〇年)八二巻一―二頁以下。川崎英明「検察審査会の審査対象と若干の論点」『村井敏邦先生古稀記念論文集―人権の刑事法学』(日本評論社二〇一一年)四四二頁以下では、「検察審査会の起訴強制制度は実質的には(不起訴処分は是正という形で補充的に) 検察審査会という市民の代表者に訴追決定権を付与した一種の公衆訴追制度とみることができる。」「市民には、無罪推定原則から導出される権利として、濫りに国家に訴追されない権利を観念することができ、それはいわれなき起訴(不当起訴)を排除する権利としての妨訴抗弁権として機能するから・不起訴処分の不利益変更の制度にふさわしい防衛権保障が不可欠となる。」とする。ほかに、検察審査会の起訴議決の改正点の問題点等につき、拙稿「検察官の適正な公訴権行使と司法取引」日本大学法科大学院『法務研究』第八号(平成二四年三月発行)二六頁。同『ケース刑事訴訟法』(法学書院二〇一三年)一一二頁・一一二頁・一一三頁。『週刊朝日』(二〇一二年一〇月一五日号)一三〇頁は、民主党元代表に対する政治資金規正法違反事件の「起訴強制事件」の控訴について、「強大な権力を有する検察をチェックする、という検察制度の趣旨は正しい。しかし、・・・その運用がポピュリズムに染まった時、歯止めは誰がかけるのか」「ここで『無罪』

を勝ちとった被告に『控訴』、はては『上告』まで裁判を受けさせるのは、つまり世論に狙われた人間は逃れられない——ということにほかならない。そこに流れているのは『推定有罪』の論理である」と批判する。

なお、「司法への国民参加」ということについては、裁判員・検察審査員・参加被害者側の国民と、被疑者・被告人側の国民の「国民二分化」の問題、「民意の独善」という問題が指摘されていることである。この点、平野龍一「参審制度採用の提唱」ジュリスト一一八九号（二〇〇〇年）五二頁以下では、英米で陪審制度が続くのも、それは「いわば歴史の重みで、現在でもなお国民を代表するものであり、その陪審が決めたことは『しかたがない』として受け入れる、信仰に近い観念がひろく国民に行き渡っている。陪審の判断は合理的であるから信頼されるのではなく、『陪審』の判断であるから諦められるのである。陪審の判断に理由をつけることが要求されず、陪審の判決には事実誤認の上訴が認められないのも、そのためである」。「陪審は一度票決を下すと、解散して存在しなくなる。当事者が文句を言おうとしても、その相手はいない。『陪審は国民を国家から保護するために存在するのではなく、国家を国民から保護するために存在するのだ』といわれるのも、このような事情を背景とするものである」とされる。さらに、英米の陪審を支える国民性の違いについて、我が国の国民は「国の資料にたよりに、これについていつまでも（お上のなさることは完璧でなければならぬという前提で）『文句をつける』、わが国の司法文化とはかなり違っているのである」とされる。そこで以下は管見にわたるが、導入した裁判員制度や起訴強制制度も、裁判所や検察官が国民を刑事司法の役割分担者として位置づけるのはよいが、それが高じて己の「肩の荷を下ろす」ための「逃げ場」ないし「踊り場」という便宜的な制度として定着させてはならないし、国民も司法参加の歴史がなく（陪審制度はあったがお仕着せの制度で失敗して停止中）、ましてその判断が信仰的にまで絶対という司法文化にはなく、むしろ隣人の裁きを受けるのを潔しとしない司法文化の我が国にあつては、素人が手術のメスを握る危険・重大性を十分覚悟して「民意の独善」に陥らないようよほどしっかり自覚しないとこれら制度は将来破綻をきたす危険を孕んでいるとも指摘し得ようか。

(127) 平野龍一「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」『裁判と上訴（刑事法研究第五卷）』（有斐閣二〇〇五年）四三頁以下。初出——法律時報二二卷一一号所収（昭和二十四年）。ほかに、同「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」法律時報二二卷一一号（一九四九年）も参照。同「刑法の客観化——刑法と刑事訴訟法との連関」警察研究二〇卷二号、四号（一九四九年）。

- (128) 大野恒太郎「未来志向の改革」『研修』（二〇一五年第七九九号）二頁以下。
- (129) 大野恒太郎「検察に求められているもの」『研修』（二〇一六年第八一一号）二頁以下。
- (130) 鉄道の歴史、運行等に関する記述については、三戸祐子『定時発車』（新潮文庫二〇〇五年）一四頁以下参照。なお、ここでは、JR東日本初代社長の住田正二『鉄路（レール）に夢をのせて』（東洋経済新報社一九九二年）が語る「民営分割化と正確ダイヤの維持」の言葉が引用されている。
- (131) 松尾浩也「『研修』八〇〇号に寄せて」『研修』八〇〇号（二〇一五年）七頁。
- (132) 亀山継夫・前掲注111・前（三）編前掲（注91）書一七頁以下では、裁判員制度の導入や検察審査会の起訴強制制度の改正前の時代にあつて、公判中心主義を徹底する立法論としては、陪審制度の復活こそもっとも効果的とされつつ、「財政的負担、陪審員・証人予定者等関係者に生じることが予想される甚大な社会的・経済的・精神的負担、予想される事実認定のぶれ」があることにもかかわらず、「陪審を採用すべきであるという強い世論が形成され、かつ、相当程度思い切った報道の自由の制限が是認されるのでなければ、この方向でのシステム再編成は困難であろう」と指摘されていた。また、検察審査会の改編・強化に関しては、捜査官の感覚よりも、むしろ公益の代表者の感覚で無罪起訴に対する批判につながる傾向を打破するためにも、起訴相当の議決に法的拘束力を持たせるほか、「検察官から検察審査会に意見を問い、さらには証拠調べを請求することができるようにする等検察審査会のしくみ自体をいわば大陪審的なものに改編することが有効であると思う」とされていた。
- (133) 大阪地裁では、同じ共犯者に係る常習的組織的広域窃盗事件で審理が分離されたが、弁護人は警察の尾行（監視捜査）の補助手段として公道や公衆が自由に出入りできる場所、そして他人の敷地等での対象駐車車両に密かにGPS端末を取り付ける捜査手法を違法との主張をしたのに対し、係属部によって判断が分かれた。一つの係属部では平成二七年一月二七日、これを任意捜査として適法と判断し、有罪判決をした。ところが、他の係属部では同年六月五日、他人の敷地等に立ち入ったの端末取り付けの態様が含まれていることから、これを強制捜査に拠るべき行為として無令状で行った捜査手法を全部違法とする決定をなし、それによって得られた関連・派生証拠を採用しなかったが、他の証拠で判決では有罪を言い渡した。しかし、控訴審の大阪高裁平成二八年三月二日判決は「重大な違法ではない」としてその証拠能力を認め控訴棄却とした。また、名古屋

地裁では、平成二七年一二月二四日判決で、窃盗事件における捜査手法として、被告人の乗用車に令状なくしてGPS端末を装着して位置検索を前後一六五三回にわたって実行した捜査活動は、「任意捜査として許される尾行とは質的に異なつて違法だが、事件当時は司法判断がなかった点を考慮して、重大な違法ではないからこれによつて得た証拠資料の証拠能力は認めると判断して有罪とした。（控訴審の名古屋高判平成二八年六月二九日判決は、この一審判決を支持し被告人控訴を棄却したが、プライバシー侵害の危険性が高まっているとして、「新たな立法的措置も検討されるべき」としている。）。

GPS捜査に関しては、太田茂「GPS捜査による位置情報の取得について」刑事法ジャーナル二〇一六―Vol・四八・六二頁以下では、右に紹介した最近の裁判例を挙げながら、その形態として尾行補助手段型と遠隔・継続的監視型とに分類し、前者の捜査形態では本来的に任意捜査の範ちゆうであることを詳論した上、問題の本質について「GPS捜査の必要性等を前提とした上で、それが捜査官により濫用され、被疑者のプライバシー等の過度の制約・侵害に及ぶ危険が現実化することを、どのようにして防止ないし抑止していくべきか、ということである。そのためには、利用の要件や用法、事後措置を含む手続等について、捜査機関内部におけるものを含む規律の在り方が十分に検討されなければならぬ。その際には、既存の検証許可状を得て捜査を実行すべき場合の有無や新規立法の要否についても検討の対象とされるべきであろうし、仮に我が国でも遠隔・継続的監視型のGPS捜査をも活用する方向を目指すのであれば、それらについての一層深められた検討が必要となろう」と的確な分析がなされている。なお、前記刑事法ジャーナル第四八号では「捜査における位置情報の取得」に関する論考を特集しており、中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」四八頁以下のほか、アメリカ法を踏まえて（柳川重規―三〇頁以下）、ドイツ法を踏まえて（滝沢誠―四二頁以下）なども有益である。