

刑事司法における検察官の役割（一）

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発展

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、（一）―本号）

刑事司法における検察官の役割（一）（加藤）

六三（三四三）

2 当事者主義と検察官の地位・役割

（以上、（二）―次号）

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）―次々号）

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）―次々々号）

I はじめに

我が国の刑事司法は、特にこの十数年間司法制度の重要な法改正が相次いで行われている。平成一六年五月の法改正では国民の司法参加としての画期的な裁判員制度や検察審査会の「起訴議決」（起訴強制）制度が導入され、その五年後からこれら法が施行されたが、一部改善点を示しながらも既に定着化しつつある。また、平成一八年一〇月の法改正では被疑者国選弁護制度も導入されてこれが緒に就き、その後、同制度も勾留中の全被疑者に拡大されることや、更には一定の被疑者取調べの録音・録画制度の導入、一部司法取引（捜査・公判協力型協議・合意制度及び刑事免責

制度の導入等々の法改正案が平成二七年通常国会に提出され（衆議院で一部修正のうえ可決されたが、参議院で継続審議となつている）、刑事司法制度の改革は飛躍的に推進されようとしている。

刑事司法（手続）とは、国家における適正な刑罰権行使のための制度である。その遂行の結果、治安の回復と維持に寄与することとなる。それは、警察等や検察官の捜査活動によつて事件が処理され、検察官が公訴を提起した場合、公判・判決（裁判）を経て有罪無罪が確定される。そして、確定した有罪判決の刑の執行は検察官が担任する。弁護人は、この刑事手続上の一方当事者である被疑者・被告人の補助者として、一定の真実解明に対する協力義務を負いながら刑事訴訟の遂行に協力する。また、刑事手続に関わる司法警察職員は、治安の回復維持に任じ、検察官はそれとともに、弾劾（訴追）機関として公訴権を有する。裁判所は、公訴事実の「判断」のみに任じ、治安の回復維持という行政目的の達成は、裁判の反射効にとどまる。

この刑事手続の過程は、狭義には、訴訟関係者による刑事の実体法、訴訟法の規律下でなされる一連の刑事手続として捉えられる。しかし、広義には刑の執行に密接に繋がる矯正や更生・保護法等の行刑法等の規律下でなされる矯正・保護の各過程がある。それぞれの過程に担任機関が配されて、専門の担い手が当該時代の要請に従つてその役割・担任意務を果たしながら、その手続の工夫・改善を重ねてきた歩みがある。ところが、刑事司法には更にその周辺において密接にかかわる被害者参加、非行少年の保護・処遇などの諸制度もある。また、これら刑事司法にかかわる諸機関、担い手の存在は相互にその役割・機能が依存し合い、また影響し合う関係性を有することから、これらを広く「刑事司法システム」(criminal justice system) という有機的全体像の概念として俯瞰する必要がある。狭義の刑事司法を見ても、戦後のアメリカ法に倣う新憲法制定とこれに従つての刑事司法の大改革後、最近では裁判員制度の導入も

あつて、公判中心主義への指向徹底が図られるなどパラダイムシフトとなる司法制度改革がなされた。

日本の刑事司法は、従来から検察が主導する「精密司法」と言われ、取調べを核にする綿密な捜査に基づき、刑事政策をも考慮した慎重な公訴権の行使によつて、諸外国に比しても例がないような無罪が極めて少ない高有罪率を保つて治安の維持に貢献してきた。ところが、その刑事手続の中核を担うべき検察官にあつて、制度運用上の突沸現象なのか、それとも制度疲労 (system fatigue) がもたらしたことによる深刻な現象なのか、証拠改ざんとその隠ぺいという、およそあつてはならない不祥事に直面し (その不祥事の真の問題点は、検察官が事件の見立てに沿つた不実の供述調書の作成を呼び込んでいったという事実にある)、識者による「検察の在り方検討会議」が設置され、「検察の再生に向けて」の提言を法務大臣に提出する局面に至つた。このため、このような新しい裁判、検察再生を模索する時勢にあつては、四半世紀先も見越した新しい時代に対応する未来志向の改革を按ずる必要がある。そこで、長く捜査・公判に従事した元検察官の立場から、まずは刑事手続全体の在るべき姿を求めた上で、その刑事司法にあつて重要な地位を占めている検察官の役割、在り方について、その原点に立ち返り、これを分析し、その改革の方向性を探つてみることは、些かなりとも意義があるうかと考えた。

その検討の視点としては、近時、国民の司法参加になる裁判員制度を初め、取調べの可視化や一部司法取引制度の導入等の抜本的法改正が見込まれていることから、その方向性を追求することが重要であることはもちろんである。しかし、検察官の公訴権行使の在り方、すなわち刑事訴訟論は刑事手続全体に関わる構造論であるといふべきであるから、むしろこれを機会にここで思考をリチャップルして、まずは迂遠ではあつても刑事司法の歴史の積み重ねを辿つてその生成発展の過程から学ぶべきものと考ええる。そして、その到達点としての現在の法制度とその重要な法改

正の経緯を検討し、更にはその運用実態を法社会学的手法で確認するという三位一体的把握法を採ることとする。また、もとより比較法的検討も加えて日本の刑事司法の特色を浮き彫りにすることも重要である。こうして、そのシステム上における検察官の立ち位置を再検討してこれをポジショニングし、その上で近時の新しい法制度の導入を踏まえてその将来像を追究するとの姿勢で本稿を整理することとした。

なお、「国民の司法参加」と言えば、それは「司法の主体者」になるが、その対象（客体）になる者も国民の一部であるから、従来検察官が担ってきた「刑事訴追の抑制的運用」も、国民の司法参加の中で留意すべき視点となろう。

Ⅱ 本稿の課題

一国の刑事司法の実体を観察しようとするとき、その歴史の過程で生成発展してきた法制度、すなわち、弾劾（訴追）と裁判のシステム、国民参加の形態など静的な面からのアプローチが必要と思われる。また、比較法的に同様の法制度があっても、実は国民の国家（司法）に対する信頼を前提にしての制度か、それともむしろ不信感を根底に抱いての制度設計に成るのかの、その背景分析も等閑視できない。そしてその上で、その制度の運用が実際にどのような状態にあるかという動的な面からのアプローチが重要である。しかし、制度も運用の過程で改革されて生成発展するものである。その静的に見える制度も、動的なその運用の日々の積み重ねから必然的に改革が求められてくる。その静的な面と動的な面とは、時に交錯しながら当時代の刑事司法の実体を表す。まさに「不易流行」なのである。我が国の刑事手続は国家が主体であり、国民はその客体に置かれていたが、主権在民となってからも依然として国家を信頼してその制度設計を支持しその運用を委ねてきた。それは、後発建国で発展を遂げたアメリカでの司法制度

が国民の政府に対する不信を前提にしてのものと言われのとは対照的であり、この制度のバックグラウンドの違いは大きい。このため、これまで我が国の刑事手続の各担い手や刑事司法を研究対象とする者にも、制度が国家と国民の共通のメンタリティーに立ってのものであり、国民を制度主体との観点から変動する刑事手続の活動状態を、全体としてシステムの捉え、これを巨視的に分析して改革に供するというような動きは、必ずしも機敏ではなかったとの批判もある。本稿では、まず本格的な国民参加の時代を迎えてのこれが分析の前に、これまでの刑事司法の歴史を辿り、この一連の手続を一つのシステム、有機的統一体として捉え、先達の研究結果に学びながら、それを基に更には刑事司法の将来を見据えて、その改革されるべき在るべき姿を検討しようとするものである。

そこで、刑事訴訟の要諦は何なのか。この点、新刑事訴訟法の立法にも関与された團藤重光博士は、「人権の尊重、当事者主義の強化が新法の根本的な特色」と述べられ(もつとも、そこでの当事者主義のそれは「技術的当事者構成であり、職権主義の内容を当事者の形式に盛ったものだ」とされる)、また、平野龍一博士も、「刑事訴訟で最も重要なのは、どうすれば、被告人の人権を護りながら、真実を発見することができるか、である」と指摘される⁽¹⁾。この真相解明、すなわち、実体的真実主義と人権尊重・適正手続との関係は、実務においては前者を目的として捉え、後者はその手段ないし必要な手続要件として捉えるが、学説の多くは実態的に対立的併存関係として捉え、かつ人権尊重・適正手続の優位性を主張する⁽²⁾。確かに、先に触れたように、近時一部の検察官とはいえ、その真相解明という職責の遂行過程において、「正義追及者」としての自負心が昂じての驕りからか、証拠改ざんや内容の真正が疑われる捜査報告書作成など、これまで孜孜^し營々^しとして築きあげてきた検察の信頼を根底から覆すことになる、由々^ししき驚愕^しの事件を出来させた。このため、検察に対しては、その「不都合な真実」の個別的検証のほか、検察の信頼回復のため、従来の捜

査・公判の手法に対し、折からの裁判員制度の導入と相まって、議論されていた取調べの可視化（録音・録画）など根源的な組織的改革論に拍車が掛けられた。この捜査・公判の刑事手続は、法と証拠に基づく真相解明による厳正な刑罰権行使の過程である。この過程において、検察官は、国家の訴追・独占主義と起訴便宜（裁量）主義の下、刑罰法一条の標榜する実体的真実主義の目的を実現するために、適正手続を履践しながら、被疑者を誤りなく特定し、その証拠を収集した上で起訴・不起訴の処分を決定し、その後の公判を進行する。検察官は、この「前捌き裁判」とも言い得る重要な職責を誠実に行使することによって、従来からそのレーゾン・デートルを示してきた。

その検察官と検察組織に対しては、次のような理念・目標、職務遂行姿勢についての再構築と実現状況を確認してみたいところである。すなわち、①裁判員制度や検察審査会法の「起訴議決」（起訴強制）制度の導入、取調べの可視化（録音・録画）制度や一部司法取引制度の導入など大きな制度改革の動きに対して、検察官が外部からのチェックを待つまでもなく、自己規律的な組織的対応と今後の検察官の在り方をどのように捉えているのか。②前記の制度改革に伴って、検察官の従来からの座標軸である真相解明の理念の下で、「綿密な捜査と慎重な起訴」と「確実な公判での緻密な立証」といういわゆる「精密司法」の実態に変容を生じさせるのかどうか。また、従来からの「起訴基準」に変更はあるのか。③公益の代表者である検察官の起訴裁量権の行使が、適正な起訴・不起訴処分（率）、略式手続・即決裁判手続による事件のセレクトと「核心司法」への結びつきをどうつかせていくのか。また、アメリカの刑事手続に倣って、一定の犯罪を刑事手続から外すというディヴァージョン（diversion）のセレクト手続も維持し適正に行われていくのかどうかなどの基本的な視点の確認がある。そして、司法取引などによって事件処理が公平に誤りなく実施していく柱をどう樹立していくのかなどである。そのほか、具体的な職務遂行の姿勢として、④全国検察

庁の各種情報や事件処分例、あるいは法的分析例(例えば、贈収賄罪における職務権限等)がデータベース化されていて、これが必要に応じてワンストップ的に検索され、捜査・公判に適切に活用されているのかどうか。⑤刑事司法のシステム思考からの刑事統計等による犯罪情勢の分析結果、そして刑事司法・刑事政策を俯瞰してその結果を実務の指針・運用の資料に活用することなどはなされているのかどうか。⑥検察官・検察事務官に対しては、充実した体系的研修や日常的指導が実施され、当時代の「検察の意識」が十分に共有され、人事も硬直化せず適材適所で組織発展のために闊達に実施されているのかどうか。⑦最高検察庁では、常々四半世紀先を見越した各種関連法規の改正を含めた「検察の在るべき像」の検討がなされ、これが全国の検察官に浸透されているのかどうか、などである。そして、そのいくつかは今や抜本の変革の対象になっているであろうが、例えば、前記基本的①②③の柱に関連して、事件処理を「あっさりした捜査によるおらかな起訴」などのアメリカ法方式への大変革を企図することはないにしても、制度改革のなかで理念と座標軸の拠り所をどこに置き、具体的にどう対応していくのか。検察は今、正念場に立たされていると言えよう。そして、他の理念等についてもそれが国民の期待にとどまり既に神話化ないし、そもそも期待に基づく虚像でしかなかったりしているものがないのか、などを整理して検察再生の方途を考える必要があると思われる。

検察官の公訴権行使は、戦前は予審制度で予審判事と検事とが役割分担をして相互チェックし、戦後は予審制度が廃止されたが、それが検察官の起訴処分においては自己チェックに委ねられ、不起訴処分に対しては、国民参加による検察審査会によるチェックが行われるようになっていた。ところが、近時は裁判員制度の実施と検察審査会法改正による不起訴処分に対する「起訴議決」(起訴強制)などの国民の司法参加になる司法制度改革があり、更には、平成

二七年通常国会には特定犯罪の取調べ可視化（録音・録画）や一部司法取引等の画期的な刑事訴訟法の一部改正等の法案が提出された。この刑事司法制度の大きな転換に際して、検察再生の道筋は見えてきていると言える。

そこで本稿では、根源的な思考法をとって、第一に、我が国の刑事法制発展の歴史を、英米法系や大陸法系を比較しながら先達の研究成果、特に旧刑法の母法になるフランス刑法が現在も維持している予審制度の改廃過程を辿って見ることとした。それは、予審制度に代わる検察官の公訴権行使のチェック機能を誰が担うべきか。それは検察官の役割に吸収させるべきか、などを考察する縁^{よすが}とすることにある。続いて、第二に、刑事司法全体をシステム的に捉えるべく若干の検討を行う。その上で、第三に、そこでの検察官の役割と検察運営の現状、そして最近の検察不祥事や裁判員制度、取調べ可視化制度、検察審査会法の「起訴議決」（起訴強制）制度、あるいは一部司法取引制度等の導入になる大改革の動きを契機としての、更なる四半世紀先を見越した検察の在るべき姿を検討整理し、そのことによつて、パラダイムシフトとなる司法制度改革を見極めたい。最後に、元検察官の立場から、管を以て天を窺うばかりの管見ではあるうとも、あえて一顧の提言にとどまることを恐れずに、果敢に提言を試みることにした。

團藤重光博士は「近代的刑事手続は、被告人の利益を擁護するために当事者訴訟の構造をとり、したがって刑事『訴訟』とよばれる。しかし、それは一つの歴史的所産であつて、その本質を知るためには、われわれは、まず、この歴史的発展をあとづけてみる必要がある」とされる^③。そこで以下、まず、主として同博士や田宮裕博士らが叙述される歴史を核に辿りながら、刑事法制の発展の歴史を通史的に祖述概観することから始めたい。

Ⅲ 刑事法制発展の歴史から学ぶべきこと⁽⁴⁾

1 英米法系と大陸法系の刑事法制の比較

イギリスの近世後の刑事法制は、それまでの神判の裁判を禁止し、起訴陪審（大陪審）により訴追がなければ刑事手続が開始されず、更に訴追後の手続は審理陪審（小陪審）で審理されるという訴訟構造を整え、当事者主義的であり、証拠による事実認定も厳格であつて、人身保護令状（*Habeas Corpus*）の機能が既に徹底していた。

これに対し、フランス等欧州大陸法系は、一四世紀以降、民事・刑事責任の分化、神判の廃止等を経て糺問手続が整い、その手続法はそれなりに時代的意義を失わない発展経過であった。ところが、フランス革命（一七八九年）が勃発し、国民会議から人権宣言が宣言されたことにより、イギリスの法制に倣って陪審制の採用など一時改革が進められた。それもナポレオンのクー・デター（一七九九年）により、訴追官としての検察官制と予審制度が生まれ、一八〇八年には刑事訴訟法典が發布された。そして、その基本形が現代へと継承されてきた。つまり、大陸法系の刑事法制には、英米法系のような「無罪の推定」が、形式的にはともかく実質的には無いに等しく、糺問主義が継受されてきたと指摘される。それでも、国家訴追主義による陪審制下の形を変えた「当事者訴訟主義」になり、公開による口頭弁論・自由心証主義が行われ、革命の成果は確実に示されたものとされる。

これは、一八七七年、ドイツ刑事訴訟法にも継受されて欧州主要国における刑事手続の基本形となつて根を下ろして行き、後述するようにこれが明治以降我が国にも継受されるところとなった。

2 我が国の刑事法制の歴史的発展

(1) 明治以前の刑事法制概観

ア 律令による刑事法制時代

我が国では、中国の隋、唐の律令を継受することから刑事法制が始まったとされる。その継受法は、大宝律令（七〇一年）や養老律令（七五七年）であり、裁判は被害者や公衆の訴えのほか官吏の糾弾によって職権主義的に刑事手続が行われた。その事実の認定法は、罪人の白状を得るか証人の証言によることとされ、拷問も一定の範囲では許されるものであった。裁判に対する不服申立ても認められ、その法制は、その後生まれた大陸法系のカロリナ刑事法典（一五三二年）にも匹敵する相当に整ったものと評されている。しかし、この律令は当時代の我が国の民衆土壌（国民性）には合わず、継受法はあまり生成発展することもなく、京内の犯罪者の糾弾、官吏の綱紀肅正を掌る弾正台の職制が設けられるに至った。しかし、これも平安朝時代を迎えると、新たに「檢非違使庁」が置かれて、刑事法制は一変していった。それは、民衆の犯罪を捜査し、証拠を収集して犯人を弾劾後、訴訟から行刑まで行うという今の警察・検察そして裁判官等の全ての役割を担う強大な権限を有する令外官（律令制下における規定外の官職）の官署であった。しかし、その職制の内容は、必ずしも分明ではなく、職権主義、糺問主義による刑事手続であつて、拷問も広く行われるようになり、これが中世・近世へと引き継がれていった。

イ 独自の発展を遂げた江戸時代の刑事法制

その後時代は下つて、江戸時代では刑事訴訟が「吟味筋」と称されて、独自の発展を遂げた。幕府の直轄地では奉行（寺社・町・勘定の三奉行）を置いて、各所管の訴訟を担当させ（諸大名はその領地内で裁判権を有していたが、全国的に

統一はされていなかった。)、町奉行にあつては行政・司法・警察等を掌った。支配下の与力をして、警察事務を行う部下の町同心やその手下の岡引きを指揮して事件の捜査、罪人の探索に当たらせたと、罪人を追捕・召喚し、これを糾問(取調べ)審理の上で裁判するという我が国独自の刑事手続を生み出していった。

(2) 明治以降、終戦までの刑事法制概観

ア 近代的刑事法制の黎明期—治罪法及び明治刑事訴訟法初頭の時代

我が国は、明治維新を迎えて中央集権体制を整え、四民平等化され裁判権も統一されて近代的な司法制度が生まれるところとなった。明治元年(一八六八年)三月に明治天皇が明治新政における基本政策五カ条(有名な「一、広く會議を興し、万機公論に決すべし」の条等の五カ条)のいわゆる五箇条御誓文を宣布し、それが翌月に政体書(組織法)として具体化され、「天下ノ権力総テコレヲ太政官ニ帰ス。則チ政令ニ途ニ出ルノ患無カラシム。太政官ノ権力ヲ分ツテ立法・行政・司法ノ三権トス。則偏重ノ患無カラシムナリ」として、司法権も三権の一つとして独立することを目標としつつも(官吏公選制導入も謳う)、明治二年には律令系法制の弾正台や行部省(中央司法機関)の復活がなされた。しかし、これも明治四年に廃止され、これらに代わって司法省が設けられ、裁判所、検事局、明法寮の三省務を管掌することとなった。そして、明治八年(一八七五年)に司法権独立の礎となる大審院を頂点とし、下級裁判所としては上等裁判所・府県裁判所を置く系統的ピラミッド型の三審制になる裁判組織を制定した。また、その翌年には改定律令第三一八条の「凡罪ヲ断ズルハ口供結案ニ依ル」との規定を、太政官布告により、「凡ソ罪ヲ断ズルハ証ニ依ル」と改定して証拠裁判主義を掲げ、また法定証拠主義から自由心証主義への改革が示された。更には、明治一二年(一八七九年)の太政官布告において、拷問が明文を以て廃止された。この明治期の法制度は、招聘したフランスはパ

リ大学教授ボアソナードの指導により、民事法・刑事法とも並んで精力的に立法作業が進められた。その過程で前述の通り一時、検事制度に類するものとして律令制の弾正台を復活したこともあったが、明治五年（一八七二年）八月、司法職務定制を以て検事の職制を定めた。その第三一条が「検事ハ裁判ヲ求ムルノ權アリテ裁判ヲ為スノ權ナシ」として、検事の公訴官としての位置づけを示した。ただ、翌年の断獄則例では「判事専ラ推問ニ任ジ、解部口供ヲ登記シ、検事傍ニ在リテ查核ス」と規定していて、検事の公訴官としての職制の内容が必ずしも分明ではなかった。ところが、明治七年の太政官達になる検事職制章程司法警察規則では、その第二章前文で「検事ハ犯人ヲ検探シ良ヲ扶ケ悪ヲ除クノ職トス」とした上、第七条で「検事ハ原告人ト為テ刑ヲ求ムルノ權アリテ裁判ヲ為スノ權ナシ」と明記して、検事の公訴官としての位置づけをはっきりさせた。しかし、これはなお徹底せず、裁判所が検事の公訴を待たないで職権で審判を開始する例も出てきたため、明治十一年（一八七八年）六月の司法省達により、裁判は検事の公訴がなければ開始してはならないことを徹底させ、以後これが定着した。

こうして、明治一三年（一八八〇年）七月、フランス刑事法制の継受法である治罪法が太政官布告で制定された。

同法により、検事による国家訴追主義、不告不理の原則、証拠法の制定が体系的に規定された。ただ、フランス法の影響を受けて、公訴に関して、検事が行う場合のほか、重罪軽罪の被害者が公訴に付帯して私訴（民事原告）をなしたときは、公訴・私訴を併せて受理するものとされた（第一一〇条）。また、現行犯事件、付帯事件及び公判廷内の事件については、不告不理の原則の例外が認められた（第一一三条、第二七六条）。治罪法の特徴点は、第一に予審制度を導入したことである（第一一三条以下）。この制度は、フランス革命の反動期における糺問手続の一部復活の例とされている。予審制度は、明治九年の司法省達になる糺問判事職務仮規則において、既に各府県裁判所に判事又は

判事補の中から糺問掛判事を置いて、一種の起訴前予審を実施していたところを、治罪法第一一三条では、検事の起訴後における公判準備手続としたものであった。同条では、「現行ノ重罪軽罪ヲ除ク」とするが、現行犯については検事の起訴手続を待つことなく、予審判事の検証調書の作成を以て公訴を受理したものと見做すものであって、予審が起訴後における手続であることは明らかであった。以後、この起訴後の予審制度は戦後の刑訴応急措置法で廃止されるまで続いたのであった。第二の特徴点は、弁護制度にある。まず明治五年八月、民事事件の弁護制度を司法職務定制において認め、明治九年司法省布達になる代言人規則が制定されたが、刑事弁護制度は治罪法でようやく起訴後の被告人に対する弁護制度が制定された(第二六六条、第二七八条)。第三に、上訴制度の整備がある。そして、治罪法は、明治二三年(一八九〇年)の改正の刑事訴訟法(明治刑事訴訟法、旧々刑事訴訟法とも指称される。)となったが、治罪法の上訴制度での不合理部分等は改正されたものの、治罪法の根本的な修正はなかった。

イ 明治刑事訴訟法の中期以降、大正刑事訴訟法時代

治罪法や明治刑事訴訟法の制定・運用は、外国の近代法典(フランス法系)を導入し、これを咀嚼・注解する時代であったといわれる。その後、裁判所構成法の制定などでドイツ法系の影響を受けるようになり、そして、大正一年公布(一九二二年―法七五号)、同一三年一月一日施行のいわゆる大正刑事訴訟法(旧刑事訴訟法とも指称される。)は、まさにドイツ法学の影響を受けたものとなった。この明治二、三〇年代以降は、やがて大正デモクラシーといわれる自由主義的風潮の昂揚期前夜、宿因となる諸々の制度や思潮の改革が大正年間に試みられた時代でもあった。刑訴法に關しても、学問として体系的、理論的に研究されるようになった。当時、実体的眞実発見の指導原理の追求は「犯人必罰」となって、しばしば官憲の人権蹂躪行為が問題視され、当時の日本弁護士協会も、明治四二年に既にこれを

批判して被告人の人権擁護の声を上げた。そして、大正三年には「犯罪捜査に関する法律案」を作成して、捜査官の取調べに弁護人の立会いを求め、捜査書類の証拠能力を否定することなど革新的な主張をしたりした。

ウ 訴訟の基本原則―職権主義と直接主義・口頭弁論主義^⑤

戦前の刑事法の基本原則は、大陸法に由来する職権主義であり、直接主義・口頭弁論主義であった。職権主義とは、戦後の当事者主義の対立概念になるものである。刑事手続の公判審理においては、裁判所が主宰者となり、証拠収集、証人尋問など、証拠調べ等の権限を集中的に主導して、真相究明を追求するのが訴訟原則であるところ、これは職権審理主義とも称される。当時のドイツ刑事法の影響を受けたもので、具体的な審理追行として直接主義・口頭弁論主義の考え方も導入された。直接主義（直接審理主義）とは、「公判廷で直接に取り調べられた証拠に限りて裁判の基礎とすることができる」ものとする訴訟原則である。糾問訴訟では書面に基づく判決という性格が顕著であるところ、この弊害を克服するため、フランスでは審理の公開と口頭主義の採用が、そしてドイツでは書面審理が間接的であることから直接主義の原則が示されたという経緯があつて、我が国もこれに影響を受けたとされる。旧刑法第三四三条は、「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ證據と為スコトヲ得」との原則を規定する（同条での「左ノ場合」の例外の場合とは、①供述者の死亡と疾病等で供述者の訊問ができないときのほか、②訴訟関係人に異議がないときである）。このように、法令による訊問調書に証拠能力が認められ、その他の例外規定も置くことから、必ずしも直接主義が徹底されていたわけではなかつたものである。また、裁判所は直接審理において口頭によつて提出された訴訟資料により、かつ当事者の弁論（主張・立証・意見陳述）によつて、審理を進行すべきとする口頭・弁論主義と結びついていた。このため、当初直接主義も口頭主義も一

体のものとして扱われていたとされる。しかし、直接主義は裁判所と証拠との関係を重視してこれを規律するものであるのに対し、口頭主義は公判廷における関係人のコミュニケーションの問題であるので、両者の違いは正確に認識しておく必要がある。

戦後の現行刑法への改正では、アメリカ法に倣って当事者主義が導入された。しかし、この戦前までの訴訟原則であった直接主義は必ずしも消え去つたものではない。大きくその意義を変容させながらも、なおそれと重なる形で、あるいは後見的に残っているものと解されている。

(3) 戦前の刑事法制の特徴点—予審制度と検事の公訴権

ア 予審制度の導入とその改革案⁽⁶⁾

(ア) 予審制度については、先に治罪法の特徴点の一つとして概観したが、予審判事と検事の役割分担制度(相互チェック)の歴史的事実として重要なので、ここで更に詳しく見ることにする。

予審制度は、近世初頭からの大陸法系のアンシャン・レジュームの糺問制度下における法制であり、当時は被疑者・証人の取調べ結果だけで直ちに判決に至り、公判手続はなかつた(職業裁判官だけによる非対審構造の秘密・書面主義)。しかし、フランス革命後は近代的な弾劾手続に変革したが、革命期の混乱で起訴陪審が機能せず、一八〇八年、フランス治罪法が制定された。そこでは、イギリスの刑事手続における公開主義と弁論主義を取り入れたが、予審と公判との二段階方式を採り、予審では従来通り職権主義になる糺問手続を残した。予審判事は検事より公平であり、また衆人環視の公判での取調べよりはむしろ被告人に有利との視点と、公判における証拠保全の役割を實際上果たさせるとの趣旨から制定されたものとされる。そして、予審後の手続として自由主義・当事者主義になる公判手続を設

け、このシステムが他の大陸諸国へ継受されて拡がり、我が国でも明治時代に入って、司法省達を経て当時のフランス法に倣う治罪法として採用されたのであった。そして、数次の改正を経て定着していき、戦後の現行刑法によって廃止されるまで続いた（正確には、その直前の刑訴応急措置法で廃止が明示される）。

この予審制度は、ドイツでは一九七五年まで続いた末に廃止された。しかし、フランスの予審制度は、一八九七年の大幅改正（弁護人の選任権が認められて予審判事の取調べにも立合うことが認められたことや記録閲覧権が認められる等相当大幅に弾劾化がなされたものであった。）を経て現在もなおこれが維持されている⁽⁷⁾。

我が国の治罪法では、検事又は民事原告人の請求がなければ予審が開始されないと規定していたが（治罪法第一一三条。ただし、現行犯等の要急事件では検事の請求を待たずに予審を開始できる—第二〇一条・第二〇二条）、これは明治二三年（一八九〇年）のいわゆる明治刑法では、既にドイツ法の影響を受けて民事原告人の請求による場合の予審開始が廃止され、「重罪軽罪の現行犯の場合を除くほか、検事の請求がなければ予審は開始されない」旨改正された（明治刑法第六七条）。その後も、大正十一年（一九二二年）のいわゆる大正刑法では、前記例外の「現行犯の重罪軽罪事件は予審判事が検事の公訴の提起を待たずに起訴と見做して予審を開始できる」旨の明治刑法第一四二条等の規定を削除したほか、予審制度のいくつかも改正がなされて戦後まで続いた。

予審制度下の捜査は、裁判所検事局所属の司法官である検事（又は内務省所属の司法警察官）が内務省所属の司法警察吏を指揮して行うこととなっていて、実際の捜査主宰者は検事であった。しかし、形式上の捜査主宰者は予審判事であった。すなわち、規定上は現行犯等要急事件以外の強制処分は予審判事が行うこととなっており、この強制処分は、予審判事が直接又は検事の請求を受けて実施することとなっていた（大正刑法第二五五条。以下、引用条文は同法

による。なお、捜査機関による被疑者の取調べの明文の規定はなく、実際の活動として任意の取調べがなされ、その聴取書の証拠能力も認められるようになった。検事の請求でなした強制処分の場合、予審判事はその結果得られた書類・証拠物を検事に速やかに送付しなければならない(第二五六条)。予審は、検事が公訴を提起した被告人に対する被告事件を、予審判事が公判に付すべきかを決定するために、必要事項を取り調べることを以てその目的とし、公判においては取調べが困難と思料する事項についてまた取調べをすべきものとする(第二九五条)。予審判事は、公判に付するに足る犯罪の嫌疑があるときは決定を以て事実・法令の適用を摘示して被告事件を公判に付する言渡しを行い、それに足る犯罪の嫌疑がないときは決定を以て免訴の言渡しをする(第三二二条・第三二三条)。そして、弁護人の選任も従来の明治刑法までは予審を経た公判以後の段階で付することが認められていたが、これを被告人が公訴提起後はいつでも、すなわち予審段階から弁護人が選任できるようになった(第三九条一項)。また、検事、被告人又は弁護人は予審中いつでも必要とする処分を予審判事に請求できるとの規定を置き、予審自体の弁論主義化を図った(第三〇三条)。更には、予審判事は公訴提起の被告事件について取調べを終えたときは、書類及び証拠物を検事に送付して意見を求め、検事は予審判事の取調べが不十分と認めるときは事項を指示して取調べを請求することができる(第三〇六条・第三〇七条)。ただ、このような公判前の実質的にはいわば捜査の二重構造になる制度は、被告人に対して取調べの煩を及ぼすことや、警察が行政執行法や違警罪即決例の行政処分の名においてこれを濫用し、検束(身柄拘束)に走る捜査上の強制処分潜脱の弊をもたらし問題が生じていた。

予審制度の他の問題点としては、予審の目的について治罪法から旧々刑法(いわゆる明治刑法)へ改正するため法案改正理由書では、「事実発見のため必要なりとする証拠徴憑を収集すること」とされていたところ、それを旧

刑訴法（いわゆる大正刑訴法）へ改正する際の理由書では、予審の目的を「判決裁判所に於ける直接審理の遂行を現実にするべきことを期して」、「被告事件を公判に付すべきか否かを決定するため捜査遂行の必要な事項を取り調べる」とにあるとしてその目的の原則型を変更したことであった。すなわち、公訴官の検事ではなく、裁判官である予審判事が有罪・無罪の確信を得ないまま公判に付するに足る犯罪の嫌疑が一応あるかないかとの、いわば中途半端な判断程度で決定することが問題であった。それは公判に付するか、または否（予審免訴）かを決するというのは、実体的真実主義を我が国刑事司法の基本柱とする以上、実務上不可解な変更と指摘されるものであった。このことは、予審が実質、検事捜査の延長であり重複であるということを示すものであった。また、予審と公判の関係も、公判を直接審理重視の「公判中心主義」の建前に従って、旧刑訴法第三四三条では被告人その他の者の供述を録取した訊問調書の証拠能力を制限していたのに、予審判事の訊問調書はこの制約を受けないことから、それが不可欠の証拠となり（公判では被告人や証人が容易には真実を語らない実態も背景にしていると思われるが）、その後の公判審理は、予審における審問調書裁判の実体を招いて、公判中心主義はすでに形骸化していたことであった。その結果、予審の証拠収集の重要性、ひいては捜査機関の捜査活動の徹底を促し、屋上屋を架すような中途半端な予審制度は、捜査機関に強制捜査権を付与し、予審を廃止する流れを呼んだものであった。予審制度が存続する間も、それは起訴前における検事の綿密な捜査と取調べの励行が前提であった⁸⁾。

そこで、昭和九年には、時の司法大臣（小原直）が「司法制度改善」を指示し、刑事に関して、①司法警察を分離して検事に直属させること、②予審を廃止すること、③検事と警察に強制捜査権限を付与すること、④捜査機関の供述調書に証拠力を認めることの四点が司法省において検討されるようになっていた⁹⁾。また、小野清一郎博士も当時

「司法制度改革新論」を掲げた。それは、捜査について検事と予審判事の二重性を排し、むしろ捜査権限は検事に一本化して、統一的な責任を持たせた上（検事は、司法警察吏を補助役として指揮して捜査を従来以上に主体的に適正なものとして徹底する）、任意捜査の権限はもとより強制捜査の権限をも付与することである。そのことによつて、捜査、取調べは集中的になつて徹底し、より事件の真相解明にも資するほか、被疑者（被告人）にとつても未決勾留が短縮されて有利である。こうして、従来の予審制度は廃止しても、その後の公判手続は既存条項を活用することを以て予審的効果を上げるものとする。すなわち、従来予審判事は、規定上は公判に付した事件には除斥されて関与できず、むしろ取調べの結果について証人として喚問できるかが議論されていたくらいで問題点が多く、また捜査の位置づけはともかく現実には当時「予審判事は検事の手助け（補助）をしているかの如し」の観を呈していた現状にもかんがみ、大正刑訴法第三二三条以下の「公判の準備手続」の規定を利用することを提言する。同条の第一項は「裁判所ハ第一回ノ公判期日ニ於ケル取調準備ノ為公判期日前被告人ノ訊問ヲ為シ又ハ部員ヲシテ之ヲ為サシムルコトヲ得」、第二項は「検事及弁護士ハ前項ノ訊問ニ立会フコトヲ得」と規定されていた。従来、この「公判準備」の手続規定は、予審制度があるために無用の長物となつていたが、これを活用し、公判手続も直接審理主義の原則を徹底して、公判中心主義を実現すべきものとする。こうして、従来の予審判事による予審の制度はこれを廃止すべきとするが、同時に裁判所にはその部員（受命判事）の準備的取調べを認めようとする特色ある予審改革論になる。ただ、証拠書類利用の例外は認めるべきであり、その範囲は陪審法の証拠取調べに関する第七一条ないし第七五条の規定に倣うものとする。例えば、検事の訊問調書は陪審法第七三条の規定に倣い、供述者が死亡し又は召喚し難い事情があるとき、供述者が公判において供述の重要な部分を変更したときなどにおいて証拠力を認める¹⁰。

この司法省の「司法制度改善」や小野博士の予審制度の分析と提案に接するとき、まさに刑事司法をシステム的に捉える真髓が看取できるように思われる。いかに検察官と裁判官の役割を客観化して、最も事案の真相解明と被疑者・被告人の基本的人權の尊重に配慮した適正な刑罰権実現の手續を設計できるかである。戦前の刑事司法を専ら古色蒼然のものとするだけではなく、温故知新で虚心に学ぼうとすれば、予審制度の当時の「捜査の司法化」になる各担い手の制度的長所は残しつつ、あまりに制度改革の振り子の振れが大きくなり過ぎないように、極大値にも走らずあくまでも当時代の国民の理解・容認度の最大公約数の範囲を見極めながら改革案を考えるとき、現代においてもこの小野博士の改革案は検討の余地があるのではないかとの視点もここでは残しておきたい。

(イ) こうして、予審制度は戦後の司法権の独立、裁判官と検事の分離という大きな制度機構改革に伴って廃止されたが、検察官の地位・役割を検討する上では、この予審制度の母法であるフランス刑訴法が今でも予審制度を一部の改革を経ながらも維持しているところから、なおこれを更に詳しく見てみることにする。

フランスの予審制度は、公訴権行使の前提としての捜査であり、重罪は必要的、軽罪は任意的に行われる。その予審の開始は、検事正の予審開始請求のほか被害者（私訴原告）の私訴申立てを伴う請求も認められている。予審判事は、予審被告人の取調べや対質等は自ら行い、その他の捜査は司法警察官等に共助囑託をして行う。その捜査を遂げた結果、犯罪が成立すると判断したときは、罪種に従い重罪院、軽罪裁判所ないし違警罪裁判所等への送致決定を行い、犯罪不成立と判断すれば免訴の決定を行う。この送致決定に対して、検察官は全決定について、私訴原告は不利益決定について、そして予審被告人は重罪院送致決定について、いずれも控訴院予審弾劾部への上訴が認められる。検察官は、捜査に直接的には関与せず、予審を監視する役割を担任し、随時予審記録を閲覧し、証拠調べの請求、予

審終結前の論告などを行う。弁護人は、予審判事が行う予審被告人の取調べに立会い（明確な権利放棄の意思表示がない限り必要的立会いである）、予審被告人の尋問や対質の際に自ら質問ができるほか予審記録の閲覧ができる。予審における被疑者の勾留措置としては、重罪事件が一年間、軽罪事件が四カ月間であるが、いずれもその勾留延長が認められ、その期間延長は重罪事件が六カ月ごとで罪種により最長二年ないし三年間、軽罪事件が原則一年間である。従来、勾留決定は予審判事が行っていたが、二〇〇〇年の法改正で釈放勾留裁判官が行うこととなった¹¹。

しかし、最近この伝統的予審制度の根幹を揺るがすような大きな事件（ウトロー事件と称される。）が発生し問題となった。それは、二〇〇〇年一二月、フランスの地方都市ウトロー市で発生した被告人一八名による子供に対する性的虐待等事件である。その予審における長期間にわたる被告人一七名に対する捜査方法や未決勾留の妥当性等が問われた。この事件では、予審の問題点が議論となり、二〇〇五年一二月、下院にウトロー事件に関する調査委員会が設置され、司法の機能不全の原因探索と再発防止策の調査活動を続け、二〇〇六年六月、その最終調査報告書が採択された。同報告書によると、問題点として、未決勾留期間の長期化については、勾留最長期間の短縮が必要であること¹²を指摘した。また、予審判事の問題としては、国立司法学院（我が国の司法研修所に相当する。）を修了したばかりの裁判官が単独で捜査に当たったこと、その対質や取調べに不当な点があったことなど当該事件対応の固有の問題を挙げるとともに、これは「合議制」で改善できるとした。そして、予審制度自体の存廃については、予審終結決定の免訴率が二〇パーセントに達している予審が常に予審被告人に不利とは言えないこと、本件では予審判事や釈放勾留裁判官の孤立という固有の問題があること、予審制度を廃止して捜査官を予審判事から検察や警察に替えても本件のような問題を回避できるものではないこと、現在の予審制度も弾劾的要素はあり、また弾劾主義的手続においては経済

的に恵まれた被疑者ほどその弁護活動が手厚く有利となるという弊害があること、弾劾主義への移行では検察官を行
政権力から完全に独立させなければならぬことなどの諸点を挙げて、「予審制度の廃止」とまでの提言はしなかつ
た。その結論を導く根底の理念には、真実発見のためには公平な裁判官が捜査することこそ最善の方法であるとする
根強い思想があることや、予審制度の糺問主義的手続性をかえって諒とするフランスの誇り高い歴史と国民性をバツ
クとする確固たる法文化があることなどによるものと思われる¹²。

イ 検事（検察官）の公訴権—起訴便宜（裁量）主義

この検事（検察官）が有する公訴権については、治罪法時代から起訴法定主義と解されていた。ところが、実際の
には起訴便宜主義が取り入れられてこれが慣行化し、やがて明文化され定着していったという歴史的経緯がある。し
かもこれが戦後の改正期にも変わらずに今日に至っているということである。

我が国でも治罪法以来、当初検察官の公訴権は現在のドイツ刑法と同じく起訴法定主義（改正前当時は「合法主
義」と称していた。）になると解されていた。ところが、明治一八年には既に刑務所の定員過剰から予算不足となった
ため、微罪不検挙として起訴の例外を設け始め、それが拡大されていって明治四一年一二月には司法大臣訓令で「起
訴猶予裁量」として発展させ（刑事統計年報に「起訴猶予」との欄が設けられたのは明治四二年からである。）、以後これが起
訴便宜主義（改正前当時は「任意主義」と称されていた。）の権限として慣行化していった。そして、大正刑法法でこの
起訴便宜主義が明文化されたものである（大正刑法法第二七九条。現行刑法法第二四八条もほぼ同じ規定）。しかしその改
正案は、なかなか成立せず数次にわたる法案提出の末に成立した。その大正の初めの改正案の第二八九条では、「検
事ハ犯罪ノ情状ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」と規定し、これに先立って第二八五条

一項として「検事犯罪ノ情状ニ因リ被告人ニ対シ不起訴処分ヲ為シタル場合ニ於テ其処分時ヨリ二年ヲ経過シタルトキハ同一事件ニ付キ之ヲ予審ノ被告人ト為シ又ハ之ニ対シ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス」との規定も置いた。これに對しては、当時大審院検事局は、これは公訴提起について合法主義を採用するものではなく、他の規定の趣旨、殊に右改正案第二八五条で既に明らかだから特に本条(第二八九条案)を設けてこれを宣示する必要はないとの意見を表明した。また、大審院(裁判所)は、本改正案の如く絶大な権限を検事に認めるのは世界無類であること、被害者の告訴権の効力の減殺甚だしいこと、訴追権の行使不行使の当否に關し政治上の責任問題を喚起すること、のみならず刑罰権の運用に対する人心の信服を害する虞があることなどの理由を挙げてその明文化に異議を唱えた。また、弁護士会(神戸)も、訴追必要の有無を独り検事の判断に委ねるとするならば、国家の刑罰権は検事の左右する所となり、生殺与奪の権は全く掌中に歸するという不合理が生ずること、したがって犯罪があれば必ず起訴して裁判所が科刑上執行猶予の手段によりあるいは免訴の規定を設けることがよいなどとして改正案に反対していた。そして学者側からも、法定主義を採った上で予審を経た重大事件では裁判所が起訴不起訴を決する主義とするとか、法文で絶対に起訴すべき犯罪と起訴不起訴の判断を検事の任意とする犯罪とに区分すべきとか、あるいは現行法の準起訴手続によるべきとの案などが提言されていた。こうして、結局大正一〇年の準備草案が基になって帝国議會で成案(第二七九条「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」として成立したという明文化の経緯も確認しておくべきであろう。¹³⁾この起訴便宜主義の明文化直前には、大隈重信内閣の大浦兼武農商務大臣が法案成立のために代議士を買収した事件の処理を巡って、檢察が司法大臣の指揮指導によってその起訴を断念したことから、大方の批判を受けたという時代背景もあつたことである。¹⁴⁾したがって、この起訴便宜主義

を敢えて明文化すれば、檢察がその処分の責任を一身に背負うこととなるとの懸念が大審院の検事局にあり、また裁判所の反対意見の含意でもあったと解され、しかしそれでも当時の明文化の提案理由にもあったが、この起訴便宜主義は慣行化して定着しており、明治後期以降の長い実務の積み重ねで基準も固まって妥当な運用がなされていたものである。

このように、我が国の公訴権行使の歴史は、起訴便宜主義を長年にわたって適切に行使してきたものであった。

(4) 戦後の刑事法制とその運用概観

ア 予審制度廃止後の改正現行刑事訴訟法の骨子

予審制度はフランスでは紆余曲折を経ながらもなお現代に生きているが、我が国では昭和二〇年（一九四五年）八月の終戦から僅か三年後には、旧刑事訴訟法（大正刑事訴訟法）を廃止しないまま、その全面改正法（現行刑事訴訟法）を制定する過程で廃止された。

昭和二二年五月には改正刑事訴訟法の施行までの間の繋ぎ法として、刑事応急措置法（日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律。法七六号—憲法第三二条から第四〇条までの刑事手続に関する規定に対応する時限立法）が制定され、現行の刑事訴訟法は、昭和二三年法一三二一号により公布され、翌年一月一日施行されるに至った。同法の骨格は、「大陸法系の法制を継受する旧法に、英米法の重要な理念を接ぎ木したものと一般的に評されるものであった。その顕著な点として、①公判における当事者主義の強化、②令状主義（捜査機関の強制処分に対する裁判官の令状審査）、③勾留に対する理由開示の規定、④証拠法の厳格化（伝聞法則、自白法則・補強法則等）、⑤上訴制度の改革、⑥略式手続の制限、⑦私訴の廃止、などである。また、刑事応急措置法で既に予審制度や不利益再審制度（旧法の再審制度は、被告人に利

益な再審ばかりでなく、不利益な再審も認める制度であった。)が廃止されて、これが新刑訴法で制定された。なお、陪審制度は大正一二年に制定され(一九二三年法五〇号の陪審法)、五年間の周知期間を経て一五年間施行されたが、戦時中から停止されている(昭和一八年―一九四三年法八八号。陪審法ノ停止ニ関スル法律)。他方、同制度とは別に裁判員制度(平成一六年―二〇〇四年法六三号。裁判員の参加する刑事裁判に関する法律)が、平成二二年五月から実施されている。英米法の証拠法等は陪審制度を前提としているところ、我が国も裁判員制度が導入されたことにより、アメリカ法の当事者主義等の実現がより実際的になったと言えよう。

イ 現行刑事訴訟法へと改正されるまでには、GHQとの間で厳しいせめぎ合いもあった。

戦後の刑訴法の改正過程を見ると、GHQ担当部の「刑事訴訟法手続の改正について」のステイトメントでは、「人民を警察官、検察官及び裁判官の恣意的な行為から護り、又人民に法と迅速な司法の運営との保護を与える」という東洋文明の後進性の観念を背景とする指示であった。ここで意外な歴史的事実として、我が国の準備した刑訴法改正第九次案の交互尋問制度(第二六七条案)と有罪答弁制度(第二六一条・第二六二条案)がGHQ側から拒否されていたということであった。前者は、我が国が当事者主義を主張し、GHQ側が職権主義を主張したこととなるが、それは当時すでにGHQ側自身がアメリカ的当事者主義への不信を抱いていて、日本への移植に危惧感を持ったからとの見方がある(交互尋問は、現行法第三〇四条一項でGHQ側の指示に従った規定として、三項でその例外変更を許す規定とした上、その後規則第一九九条の二以下の追加で交互尋問を原則として実質的に当事者主義化した経緯がある)。また、有罪答弁制度については、日本案の第二六一条では「検察官は、まず、被告事件の要旨を陳述しなければならない。裁判長は前項の陳述が終った後、被告人に対し、その事件についての答弁を求めなければならない」、第二六二条では「被

告人が有罪の答弁をした場合において、裁判所は、その答弁が被告事件を理解した上自由な意見に基いてされたものと認め、且つ他の資料をも考察してその答弁が真実に合するものと認めるときは、被告事件について犯罪の証明があつた旨の決定をすることができる。但し、死刑にあたる事件についてはこの限りでない——第一項。(第二項の記載省略)と英米法で定着していたアレインメント制度の導入であつたが、被告人の人権保障を理由にGHQ側からその採用を拒否され、別に訴因制度を提示されてこれが導入されるに至つた経緯があつた。結局、日本側が職権主義的な大陸法の伝統を盾に拒否したわけではなかつたことや、当事者主義化も「英米法の当事者主義化」ではないとの見方もある。¹⁵⁾

このような法改正の攻防の中、GHQ側は、我が国に対し公判前手続に関するアメリカ流の提案もしており、その中には予備審問も含まれていた。その内容は、被逮捕者はこれを釈放しない限り、逮捕時から二四時間以内に判事又は予審判事の面前に連れて行き、その場で検察官は公訴を行い、判事又は予審判事は、被告人に公訴事実、及び弁護人選任権を告げた上、逮捕の適法性と被告人が有罪判決を受けることがプロバブル(蓋然性)であるとするに十分な理由があるかを吟味し、この点が確認されれば検察官の請求により裁判官は公判に付し被告人を勾留するとするものであつた。この予備審問は、とくに警察官が捜査、公訴を行うような行政型公判前手続においての「司法的チェック」ないし「司法的フィルター」であり、証拠を保全し証人を国家の支配の中に保つておく機能を有するが、糺問的証拠収集から警察の発達によつて治安判事と警察とが分化した経過を辿る制度とされ、採用している英米では必ずしも評判がよくないとされていた。この予備審問の導入は、起訴ないし公判に対する嫌疑の程度の基本的考え方を巡つて綱引きがあり、我が国では予審制度を採つていても、その実質は「検事が十分な捜査を遂げて実体的真実を解明し、

有罪の確信を得た上で起訴する」との手續を重ねていたことから、この予備審問制度の導入には至らなかった。こうして我が国の刑事手續は、檢察官の起訴便宜主義を旧刑訴法から既に採用し、かつ戦後になって予審制度も廃止したことで、大陸法からやや遠ざかり、戦後の刑訴法の改正時に交互尋問や有罪答弁の制度を目指してGHQから拒否される一方で、訴因制度の提言は受け入れつつ予備審問は拒否することで英米法からも一定の距離を置いた。¹⁶⁾

ウ 戦後の改正（現行）刑事訴訟法における予審制度の廃止と檢察官

(ア) 予審制度の廃止に伴う予備審問案

ここで、予審制度の内容を整理すれば、同制度は検事が当時から実際は強制処分を自由に活用して糺問的捜査手續を主宰していたこと、したがって、予審が捜査の代替的機能を果たし、検事が予審調書を通じて予審後の公判をも事実上間接的に支配していたという「検事（檢察官）司法」の実体にあったと位置づける訴訟構造観がある。そして、形式的眞実主義を基調とするアメリカ法の当事者主義の導入になる現行刑訴法の誕生は、それまでの職権主義の旧刑訴法から、鮮やかな純正の弾劾主義訴訟構造へとの変革を目指したものであったと評することとなろう。青柳文雄教授も、旧刑訴法の下における予審が被告人を公判に付する嫌疑があるかどうかを迅速に決定する制度として制定されながら、その運用において、「檢察官の手足として証拠を集取するようなことに帰着し、そのために迅速な訴訟の要請に矛盾し、また公判中心主義が軽視されることになった」と分析された。その原因としては、①旧刑訴法発足当時の自由主義思潮が昭和の初頭から急速に国家主義思潮へと転換し、それが本来刑罰を以て臨むべきでない思想統制にまで及んだこと、②裁判官が司法大臣の監督下にあり、また檢察官による控制の手段も認められていたこと、③訴訟の遅延、長期間にわたる勾留、公判における口頭弁論主義の軽視の傾向等、予審制度に内在する欠陥も軽視すること

ができなかったことなどを指摘された。そして、刑訴応急措置法で予審制度が廃止された後、GHQ側から一種のプリ・トリアル制度―予備審問（裁判官に対して、勾留中の被告人の事件を公判に付する嫌疑があるかどうかの決定を求める権利を与える。）制度が示唆されたが、裁判所側が旧予審制度の記憶が新しい際にそれと同じ運用になる虞れがあるとして反対したため、この案が撤回されたとの歴史的経緯も明らかにされている。¹⁷

（イ） 予審判事の役割の検察官への移行論

こうして、予審制度が廃止された後は、一見するとその役割が「検察官」（現行刑訴法から従来の検事のほか副検事制度が創設され、両者を「検察官」と称する。）へ移行したようにも評される。例えば、検察官調書は証拠能力の点で予審判事の作成する予審調書の代替になる制度（刑訴法三二一条一項二号書面）も挙げられよう。

しかし、新しい組織は、従来の判事と検事が同じ司法官として司法省に属していたのが両者分離され、「裁判所」は最高裁判所を頂点にしてその司法権の独立が名実ともに実現した。また、検事はそのまま司法省所属で新しくその特別の機関として裁判所組織に対応する独立性の強い最高検察庁を頂点とする「検察庁」組織を創設した（検察庁法―昭和三二年四月一六日法六一号で公布し、日本国憲法施行の同年五月三日から合わせて施行）。ただ、検察官については当初GHQから任期制や公選制の導入が提案されたが、余りに我が国の歴史と国民性にそぐわないことから、代わりに検察官の活動を制御する制度として検察審査会法が制定された。そして、検事の補助役にとどまっていた警察官吏は、第一次捜査機関としていわばこれも独立した（警察のほか各内務行政を管轄していた巨大中央官庁の内務省は解体されて、その所管事務に従って各省に分かれた。）。この警察組織は、その固有の行政警察事務を所管し、司法警察事務も兼ねるところの組織としたが、一時は地方分権を重視するアメリカに倣い自治体警察と国家警察の併存警察組織とされた。し

かし、その実施後これが我が国の土壌には馴染まず弊害が多かったことから、昭和二九年法一六二号制定の警察法により、各都道府県公安委員会管理下の都道府県単位の各警察本部と、これを指揮・監督する国家公安委員会管理下の「警察庁」を頂点とする全国組織としてリニューアルした。

検察官は、第一次捜査機関の警察等とともに第二次捜査機関として捜査権限を有し(法第一九一条第一項)、逮捕された被疑者の勾留請求権を有し(法第二〇四条、第二〇五条、第二〇八条等)、公訴権を原則独占して起訴裁量権を有することから(これを従来から「起訴便宜主義」という―法第二四七条、第二四八条等)、捜査の主宰者として重要な権限を有する。その捜査権限の行使は、任意捜査が原則であり、強制捜査は「強制処分法定主義」に従い、具体的には「令状主義」による(憲法第三一・第三三条・第三五条、法第一九七条一項、第一九九条・第二二八条等)。戦前の大正刑法では、強制捜査権限は現行犯等要急事件を除き予審判事が有していた。検事が強制処分を必要とする場合は、予審判事に請求して予審判事がこれを実施するものであったことは先に見たとおりである。予審判事が捜査を主宰するのは、糾問的手続であるから、この廃止は弾劾主義・当事者主義を徹底させることであつた。ただ、検察官が司法官でなくなつた以上、令状発付の権限を付与できないことから、逮捕等強制処分の種別の指定は立法機関が行い、その具体的な実施に関しては裁判官の令状審査を要するとの方式が採用された¹⁸⁾。

3 刑事法制史から学ぶべきこと

(1) 我が国の刑事手続の変遷・発展史に学ぶべきこと

我が国の刑事法制史は律令制の導入に始まるが、この刑事手続の歴史的な変遷・発展状況を見ると、我が国で共通する各時代の法制の運用は、いずれも他国の継受法を受容しながら、当該時代の国民がこれを使いこなしてきた。例

えば、弾正台から検非違使庁制を設けて独自の法制を生み出したり、明治以降も近代化、欧化主義の文明開化思潮の中で大陸法系の制度を輸入しながら起訴法定主義は、当初国費削減の必要性から明治一八年の司法大臣訓示により微罪処分としての不検挙とし、その後は特別予防によって社会防衛を図るといふ新派刑法学の影響を受けて、刑事政策的処分の役割を発揮すべく、起訴便宜主義の慣行へと舵を切り、その後法改正をもつてそれを確立させたりするなど独自の受容ぶりを示してきた。そして、現行刑事訴訟法の運用においても、当事者主義などの実践において、捜査段階における詳細な供述の調書を活用するなど、いわゆる「精密司法」の手法によって、法制度を換骨奪胎して受容していることなどは、注目すべきことである。まさに「凡そ法律制度は其の成立する時代の社会的地盤をはなれて之を考へることは出来ない。一国の法律はその国民的乃至民族的精神形態とその時代的要求とを表現するものであらねばならない。特に刑法と刑事司法とは正に一国の倫理的・政治的要求の具現である」(小野清一郎博士)¹⁹と言える。

こうして、これまで先達が見出した刑事手続の歴史から学び得るのは、それが時代を重ねて徐々に洗練され各国の当時代の国民性の違いの中で揉まれ、一部独自性を発揮しながら融合し根づいていくという歴史的過程の事実である。事件の真相解明に急なあまりの拷問が横行し、冤罪も生まれるべくして生まれるような「目的のためには手段を選ばず」というような荒っぽい時代も続いた。しかし、世界では文明・文化の発展と民主化から、やがてこのような前時代的な手続の様相は、革命を経るなどして当時代の国民の願望を結集し、人権尊重と適正手続が重視される時代へと入って行くという息の長い歴史の流れでもあった。

(2) 刑事法制的歴史の分析—その連続性と非連続性

ア 現行法の旧法との連続性と非連続性

松尾浩也教授は、旧刑訴法は①裁判手続の二元性公判手続のほか略式手続も単独法で制定(大正二年制定の刑事略式手続法)して、裁判所の負担軽減を図っていたこと、②捜査の司法化とその後退—予審制度は、「多分に捜査の代行であったから、その意味で捜査は『司法化』されていた」こと、しかし、現行犯や要急事件の強制処分権が検察官に認められ、「予審判事の権限が實際上縮小される方向にあった」こと、③捜査の優越的地位—捜査段階では被疑者は取調べの対象という色彩が強く、その身柄拘束を行政法規(行政執行法による検束、違警罪即決例による拘留)の濫用で運用するなど捜査の優位性が顕著であったこと、④公訴提起の裁量制—起訴便宜主義が慣行から明文化となり、「ドイツ刑事訴訟法に対する意識的な造反という意味(その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っている。)でも、注目すべき発展であった」こと、⑤公判手続の職権主義と書面の許容—公判手続は、ドイツ法と同じく職権主義、書面審理が緩やかである点で間接審理的であり、直接審理主義の採否は結局実現しなかったことなどを挙げる。そして、現行法への過程では、司法制度改革善策として(i)訴訟の迅速化、(ii)人権蹂躪の根絶の二点に集約化しつつ、更にその達成方策として、(iii)予審の廃止及び検察権強化、(iv)裁判所と検事局との分離及び裁判所の独立性の強化、(v)司法警察と行政警察の分離及び前者の検察直属化の改革案があったことを指摘する。こうして、予審の廃止や公判準備の拡充強化、検事及び司法警察官に広汎な強制捜査権限を認めたことや令状主義、起訴状一本主義及び訴因制度の採用など大きな改革の歴史を整理しながら、そこには新旧の「法の連続と非連続性」があり、その範型となるアメリカの制度とは「似ても似つかぬ」ものとなっている、とされる。²⁰⁾

また、田宮裕博士は、明治維新後の刑事法制は大陸法系の継受になる法制が続いたが、治罪法、そして同法のいわば第一次的改正になる、いわゆる明治刑訴法（旧々刑訴法）を経て、いわば第二次的改正になるいわゆる大正刑訴法（旧刑訴法）からはドイツ法を継受して新旧法の「連続」と「不連続」の改正の連続の歴史であったことを指摘される。そしてそれが、戦後のアメリカ法の基本的理念を従来の旧刑訴法の原型に接ぎ木をする法制になる現行刑訴法へと変遷する過程を概観して、その戦後の現行刑訴法も「改正法」の形をとるが、それは既に西欧法の思想・法原理がそれなりに定着していたことからできたものと評されるのである。²¹そして、我が国の大陸法型に倣う明治時代からの治罪法以後の近代的刑訴法の特徴について、最大公約数的に言えば、国对被告人の二面構造による職権主義の訴訟であるとされる。それは、①裁判所と検察官の関係は、訴追者たる検察官は「当事者」（被告人と並ぶ原告）ではなく、裁判の監視役たるを本質とするので、訴追と裁判の分離は形式にとどまり、実質は未分化であったこと、②職権（審理）主義として、証拠の収集・取調べは裁判所の職権によって施行されていたこと、③被告人の地位は、被告人の人格的主体性の承認は弱く、したがって訴訟法上の権利保障も十分とはいえなかったことなどを指摘される。そして、旧法から戦後の現行法への移行は、モデル論的には、まさに大陸法型の職権主義訴訟から英米法型の当事者主義訴訟への転換を意味し、これを前記旧法の特徴に対応させて見れば、前記①の裁判所と検察官の関係は、その機能が分離したこと、つまり訴因制度により、訴訟物の範囲は当事者たる検察官の決定するところとなり、他方で、起訴状一本主義の採用により、裁判所の判断者たる地位が純化したので、訴追と裁判の機能が分離され、弾劾方式が実質化した。前記②の職権主義は、それが当事者追行主義に変わったこと、すなわち、旧刑訴法では証拠調べの客体として供述が強制されるのが実体とされていた被告人訊問の廃止、伝聞法則の採用等により、当事者による証拠提出等が原則とされ

た。前記③の被告人の地位は、その人格的主体性が承認されたこと、すなわち黙秘権、弁護権をはじめ、被告人の訴訟法上の権利保障が前進したことなどとされる。²²⁾

イ 多様な歴史的分析の方法論

刑訴法の歴史的分析の方法論として、小田中聰樹教授は、刑事手続の法現象、とりわけ刑訴法は、歴史をみると国家権力の歴史的性格の変化に極めて敏感に反応ないし対応して変化し発展してきたとした上、このことは「刑事訴訟法が刑事手続における国家と市民との関係を律する法規範であり、『国家権力の端的な発現』（團藤重光）を保障する法規範であることからみて当然といつていいであろうが、問題は、このような両者の対応関係がいかに歴史的必然的に成立し発展するかを分析し把握することであり、これこそ歴史的分析の重要な課題であるといえよう。」²³⁾「この両者の対応関係は、国家権力側の『刑事手続政策』と、これに対抗して展開される『刑事手続における人権保護要求運動』、すなわち刑事手続の自由主義的改革運動とを媒介項として設定し、両者の運動面および理論面における対抗と交錯の諸様相を分析することによって、より精密に分析し把握されよう」とされる。²³⁾

また、川崎英明教授は、戦前の刑事手続理論の流れを、次の三つに分析される。すなわち、①予審廃止論などを展開された小野清一郎博士の理論を「糺問主義的検察官司法を理論化した権力主義的刑事手続理論」と位置づけた。これに対し、②これを批判する弁護士らを「国民」法曹の担い手として、その主張を人権主義的改革論とし、これを理論的に昇華しようとする自由主義的刑事手続法理論だとする。また、③これらと一線を画して職権主義的刑事手続理論を追求したのが團藤重光博士であるとした。その上で、前記①は敗戦とともにその基盤を失い、前記②も形成に至っておらず、こうして、前記③の團藤理論が必然的に戦後の刑事訴訟法学の出発点となったと評する。²⁴⁾

このように、刑事法制度の歴史からは多くのことを学び、立場により様々に分析評価を加え得るが、その刑事手続の分析と改革のためには、分断的でなく、連綿として続いてきた一国の制度の歴史と当時代を背景として行われてきた制度全体をシステムの・統一的に観察し、その連続性と非連続性にある実態を鋭く分析することが肝要であると言える。

そこで、次にはそのような視点から、鳥瞰図を描くように刑事司法をその「システム観」の手法を以て検討する。

(3) 刑事司法のシステムの考察の有用性⁽²⁵⁾

ア 刑事司法のシステムの把握の思考

刑事司法システム観とは、刑事手続には、司法警察職員の第一次捜査機関と捜査・公訴機関であり、裁判の一方当事者である検察官、これと対立する当事者の被疑者・被告人の弁護士、そして裁判官・裁判員、あるいは参加被害者や検察審査員ら多くの訴訟関係者らが関与する。これら関係者が適正な刑罰権の実現という共通の目的に向けて協働する関係図は、その手続の表裏・相互作用を分断することなく全体的統一体としてシステムの的に把握する。そのことが制度の本質、在り方や改善点を客観的に見極めるための効果的、かつ相当な方法と言えよう。このシステムの把握は、企業でも鉄道・航空事業等々巨大システムは多いが、安全性や定時運行等いかにそのシステム全体が役割分担し、しかもその連携を確実に遂げながら求められる目的・結果を生んでいるか、その見るべき共通課題は多い。

刑事司法におけるシステムの思考は、もともと犯罪統計も不備な状態であったアメリカにおいて、一九六七年、大統領委員会報告書が刊行されたことを契機として着眼され始めた手法と言われている。それは、刑事司法システムの全体を調査対象として、警察・裁判所それに矯正への事件の流れの全体像を把握しようとするものであった。もつ

とも、アメリカは五〇の州による連邦制を採っており、二重の統治機構になる合衆国であるから、各州には刑事司法の法文化や制度運用の違いがあつて、これをシステムの的に把握することは刑罰権実現の統一を図る上でも必然のことであつたと言えよう。²⁶ 一九六一年のアメリカ連邦最高裁判決のマップ事件（不合理な搜索押収を禁止するアメリカ連邦憲法修正第四条に違反する違法収集証拠の排除判決で、この判決が同憲法修正第一四条の適正手続条項をもつて各州事件にも適用するとした判決になる。）や、一九六六年のミランダ事件（被疑者に対する黙秘権と弁護人依頼権の十分な告知を命じる判決）等が、アメリカ連邦憲法による各州手続に対する規制というアメリカの刑事手続の構造をシステムの的に把握することにおいて大きな貢献をなし、我が国への影響も大きかつたと言える。

イ 我が国の刑事司法システム観

(ア) 事件統計からの分析

刑事司法をシステムの的に捉えるという思考は、我が国では明治以降に事件統計を行うことで既にその一部は顕れてきた。明治八年（一八七五年）、司法省は「刑事綜計表」（その三年後からは「刑事統計年報」と改め）を始めて、事件統計によつて犯罪情勢や刑務所の収容人員を把握し、それが軽微事件の不検挙や刑事略式手続法（大正二年―一九一三年）、あるいは検事の起訴便宜主義制度の導入に繋がり（大正二年―一九二三年旧刑訴法第二七九条で明文化）、戦後に至つている。ただ、これは自覚的なシステム思考ではなく、法社会的観点からの追究も意識的にはなされていなかったと見られている。戦後の昭和二〇年（一九四五年）以降は、刑事司法改革が始まり、その後新しい刑事訴訟法の下で刑事統計は継続し、昭和三五年（一九六〇年）にはその前年に生まれた法務省法務総合研究所から『犯罪白書』が創刊され、当時の増加・凶悪化傾向にある犯罪情勢を統計的に分析し、以後同白書の刊行は毎年特集を設けて今に続き、

システムの思考の深化に寄与している。

(イ) 『犯罪白書』における分析

そこで、刑事手続のシステムの考察の具体的推進状況として、最近の『犯罪白書』（平成二六年―二〇一四年版）によつてその内容を見るに、ここでは、犯罪統計の分析のほか、窃盗事犯者の再犯について特集がなされている。そして、犯罪の動向、犯罪者の処遇（検察、裁判の結果から矯正・更生保護の現状等）、少年非行の動向と非行少年の処遇、各種犯罪者の動向と処遇、犯罪被害者、窃盗事犯者と再犯等について、これら刑事手続を事件統計によつてシステムの思考で分析している。『犯罪白書』から刑事司法の推移を概観するに、昭和四〇年代に入ると、犯罪情勢は落ち着きながら裁判の遅延は続き、かえつて深刻化する傾向にあったことから、手続の改革として、交通事件では、昭和二八年（一九五三年）の刑訴法一部改正による在庁略式方式、翌年制定の交通事件即決裁判手続法、昭和三八年（一九六三年）の交通切符制と、これに続く昭和四二年（一九六七年）の道路交通法一部改正による交通反則通告制度等の導入へと、システム思考の結果によると目される法改正が続いた。一般事件では、規則や法改正を伴わずして、裁判所の期日指定等を核として各担い手によるシステム対応で迅速裁判が効果を示した。公安事件では、吹田事件、高田事件等裁判の長期化への対応が困難を極め、昭和五〇年代には公判開廷の暫定的な特例法案も国会に提出されたが、廃案に終わっている。しかし、その後必要的弁護事件の公安事件等で法廷闘争としての弁護人の正当の理由のない不出頭や、裁判長から退廷命令を受ける行動から審理が長時間遅延する状態の公判審理に対して、判例もこのような場合は弁護人不出頭のまま審理ができることを認め、これは平成一六年、刑事訴訟法第二八九条の二項の改正と、三項の追加がなされるところとなつて、訴訟促進の成果を上げている。²⁷⁾

これらシステマ的思考方法について、『犯罪白書』を題材にして見てきたが、松尾教授は、システマ的思考は各担い手が共通の目的に向かつての協働関係で改善を行うことが前提であつて、当事者対立関係であつてはでき得ないこと、真実発見の追及、人権擁護に対する姿勢でも、関与者の職業倫理で敵対することは非システマ的であることを指摘される。そして、『犯罪白書』から、刑事司法システムの現状、特にその日本の特色として明らかだと思われる点として、松尾教授は後に詳しく検討するが、まず無罪数が著しく低いことを挙げる。これは、検察官が確実な嫌疑のある被告人だけを起訴するという綿密な振り分けをしていることを指摘する。また自白事件が多く、証人が少ないという特徴があるが、自白事件の高率は精密な捜査の反映であり、証人が少ないのは自白以外でも公判で取り調べられる証拠の比重が証拠に傾いていること、換言すれば、捜査の過程で作成された調書等が多く利用されていることを物語るものとする。そして、システム各部分の相互作用は、弁護人ら関係者が起訴を免れ得るよう活動し、検察官も一層起訴・不起訴の判断を慎重にするため捜査をますます精密にするなどの作用を指摘される。

ウ 刑事司法における各担い手の一連の人間関係と「主体性」

團藤重光博士は、「刑事訴訟法における主体性の理論」を唱道される²⁸。同博士は、刑法において人格責任理論を説いておられ、これを刑罰法においても主体性理論として構成しようとするものであり、「人格の主体性を認めることは人間の尊厳をみとめることである。犯人でさえも人間としての尊厳をみとめられなければならないのはもちろんであるが（だからこそ真の意味での刑罰もありうるのである）、まして刑事訴訟では被告人はもともと犯人かどうかからない者なのであるから、ある意味では、主体性の考えが刑法以上に当て嵌まるはずである。往時の糾問手続では被疑者は手続の客体であつたのに対して、当事者訴訟では被告人は当事者として訴訟の主体であると言われるが、私が主

体性の理論において『主体』というのは、単なる法的な主体という以上に、より人格的な、いわば実存主義的な意味での主体を意味しているものであり、そのような意味での主体であることを主体性を有するというのである。・刑事手続に参与するすべての人たちが、このような意味での主体性を有するものというべきである。つまり、刑事訴訟は、一時的ながらも、それらの主体によって形成される一連の人間関係に外ならない」とされる。また、一連の手続システムの各担い手の相互間には「間主体性」というものが働き、これを「友好的―敵対的な協力」とするカール・ポツパーの見解を引用して「刑事訴訟における主体と主体とのいわば人格的なぶつかり合いの関係を、このような『友好的―敵対的な協力』の関係として見ることができるのではないかと思う」とされる。

刑事手続をシステムの捉えようとするとき、それは「担い手の人間としての働きの所産である」との視点が重要であろう。

4 小 括

如上のように、我が国の刑事司法の歴史概観とその中での予審制度の導入と戦後の廃止経緯を見ることで、そこに現在の検察官の公訴権行使を制御・チェックする機能を研究する上では学ぶべきことが多い。そして、制度はセクショナリズムに分断考察するのではなく、システムを全体的に考察し、より客観的正義とその結果を得る方途を導くものとしてのシステム観に従う必要があることである。各機関が連続的・協働的に担う刑事司法をシステム全体として捉えるとき、近時はシステム全体の改革はかなり高いレベルで進展している様子が見られる。ただ、平成二年五月施行の裁判員制度が、その成案の当初は法曹三者必ずしも一致してその必要性を感じてはおらず、また、国民の七割も的人がその制度化に戸惑いを隠さなかつたという当時代の背景事情をどう見るかである。いわば刑事司法外の要

因をもって五年間の準備期間を経て裁判員制度は施行されたが、その結果は必然的に従来の「調書裁判」から公判中心の直接集中審理による裁判員に分かり易い迅速な裁判が求められ、当事者主義、口頭・弁論主義が展開されて今日に至っている。しかし、陪審法が停止中に、同じく司法への国民参加という「在るべき論」からの大改革であるが、長いスパンでどういう効果をもたらすのか注目すべき大いなる司法制度改革の試行過程にあるものとも言えよう。ただ、他の先進諸国のように、政策・改革の実施は果敢であるが、不都合であれば随時変更することに躊躇を示さない国民性とは違って、我が国の国民性は、その実施中に不都合な部分が出てきても、法改正という手続までは容易に実施しないで、しかし実際には徐々に当時代の現実に合わせて運用上変更していくという独特の法文化も窺われる。それは、律令の継受法にあつて検非違使庁を創設して実施したという歴史的事実からも言えるであろう。

このように、長く大陸法系に慣れ親しんできた我が国の旧刑法から戦後の新刑法への大改正の歴史も、敗戦という特殊事情下において、法系も国情・法文化も全く異なり、基本的に刑事訴訟も民事訴訟と同列ないしその延長になる法理念の下でのアメリカ法おける純粋な当事者主義という概念を導入した。それも、敗戦国の我が国が占領軍のGHQ（連合国軍総司令部）の指令で時間的余裕もなく、アレイメント制度や司法取引なども外して、ピンポイント的にかつ生硬なまま導入したというのが紛れもない事実経緯である。したがって、この当事者主義における検察官の在るべき地位・役割の意義も、やはり我が国の長い刑事司法の歴史を踏まえ、その刑事司法システムの全体像の中で鳥瞰し、これを価値中立的・客観的に見定めるべきものと言えよう。してみると、アメリカ法の純粋当事者主義は、我が国では、松尾浩也教授が指摘されるように「擬似当事者主義」に変容していると捉えるのが、そのシステム観から導かれる適正な思考かと思われる。

このようなシステム観は、検察官の地位・役割を分析する際の基本的思考、座標軸として深化させていくものと思
うが、その手法としては「検察官と裁判官のシステム上での役割分担」を考える歴史的視点として、予審制度の創設
と廃止の歴史を見ておくことも、検察官の役割の在り方を考える上で必要なものと言える。すなわち、予審制度の改
廢の歴史を見る意義は、検察官の現代的役割の本質を見極めようとする視点だけでなく、近時の国民参加の裁判員制
度等の導入という、大きな司法制度改革の時代の意義を見出すためのいわば伏線にしたいということでもある。

【注】

- (1) 團藤重光「新刑事訴訟法の概観」法律タイムズ（一九四八年三号）三頁、本文の（一）内の記述は團藤『刑事訴訟法綱要（七訂版）』（創文社一九六七年）八八頁。平野龍一『法律学全集 刑事訴訟法』（有斐閣一九五八年）はしがき。
- (2) 松尾浩也・田宮裕「刑事訴訟法の基礎知識」（有斐閣一九六六年）―田宮「刑事手続におけるデュー・プロセスとはなにか」一頁以下、松尾「実体的真実主義とはなにか」一一頁以下参照。
- (3) 團藤・前掲『刑事訴訟法綱要（七訂版）』一頁以下。
- (4) 本事項の概要は、主として團藤・前掲（注3）書二頁以下、團藤重光「近代的司法制度の成立」『刑法の近代的展開』（弘文堂書房一九四八年）一頁以下、田宮裕「刑事訴訟法（戦前）」ジュリスト（一九六八年四〇〇号）一六六頁以下、兼子一・竹下守夫『裁判法（新版）』（有斐閣一九七九年）四九頁以下に依拠した。検非違使庁については、細川亀市『日本刑事裁判手続の法制的研究』（日本法理研究会一九四三年）四二頁以下に詳しい。なお、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社一九七六年）二頁以下参照。
- (5) 團藤重光『刑事訴訟法綱要』（創文社一九四三年）五五六頁、なお同書（七訂版）（團藤・前掲（注3）書）四三八頁・四三九頁参照。松尾浩也『刑事訴訟法・下（新版補正第二版）』（成文堂一九九九年）三三六頁参照。川出敏裕「刑事裁判にお

ける直接主義の意義と機能」川端博先生古稀記念論文集（下巻）（成文堂二〇一四年）六八一頁以下参照。

(6) 小野清一郎「司法制度革新論」『法学評論・上』（弘文堂書房一九三六年）二六四頁以下参照。

(7) 山崎威「フランスにおける予審制度を巡る最近の議論について」判例タイムズ一三三七号（二〇〇七年）一二九頁。

(8) 佐藤欣子「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討（上）」警察學論集（一九七九年）三二卷一〇号三二頁以下参照。

(9) 小野・前掲書二六四頁。

(10) 予審の実情については、小野・前掲書二六七頁参照。

(11) 山崎・前掲書二二九頁以下参照。

(12) 山崎・前掲書一三〇頁以下参照。その予審・公判経過は、予審終結前に死亡した被告人一名を除く一七名の被告人に対して、加重強姦罪等により重罪院に送致決定がなされたところ、二〇〇四年七月、重罪院が一〇名に有罪、七名に無罪判決を言い渡した。そして、有罪被告人六名が控訴し、二〇〇五年一二月、パリ重罪院（控訴審）は、六名全員に無罪判決を言い渡した（結局、被告人一七名中、一三名が無罪判決で確定）。無罪被告人の未決勾留期間は、一年一カ月から三年三カ月間にわたっていた。拙稿「第二章 取調べの有罪性と任意性立証」『適正捜査と検察官の役割』（北樹出版二〇〇八年）五三頁以下参照（初出論文は二〇〇七年三月。筆者がその前年、当時欧州において留学中にウトロー事件問題がフランス司法界で議論沸騰中であったため、その内容を当時及び帰国後も資料を取り寄せてフォローし、これを紹介した部分である。その後、前掲山崎裁判官の詳しい論文に接したが、問題の基本的捉え方は筆者と同じと言える。）。

(13) 三井誠「検察官の起訴猶予裁量（二）」法学協会雑誌九一卷（一九七四年）七号五二頁以下。なお、小貫芳信「起訴裁量権の獲得」研修七四九号（二〇一〇年）三七頁以下参照。

(14) 大浦事件とは、大隈重信内閣が大正三年の帝国議会で提出した陸軍二個師団増設法案と海軍軍艦建造法案に反対する政友党の切り崩しを図るため、大浦兼武農商務大臣が林田衆院書記官長を介して代議士一〇名に贈賄したという議員買収事件。大浦が一切の公職を辞し反省の意を表したとして、司法大臣が検察に対し慣行の「起訴猶予」処分にするよう指揮指導し、検察

もこれに従って収賄者側からは起訴しながら贈賄側の大浦を起訴猶予という偏頗な処分が批判された（我妻栄・団藤重光ら編『日本政治裁判史録〔大正〕』（第一法規一九六九年）一〇六頁以下〔田宮裕〕参照。三井誠ほか編『刑事法辞典』（信山社二〇〇三年）三九頁・四〇頁〔吉村弘〕参照。

(15) 佐藤欣子・前掲二四頁以下参照。松尾浩也「刑事訴訟法を学ぶ〔第六回〕」法学教室（一九八一年一二号）四六頁参照。

(16) 佐藤欣子「戦後刑事司法における『アメリカ法継受論』の再検討（下）」警察學論集（一九七九年）三二卷一―号五〇頁以下参照。

(17) 青柳文雄「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・五三頁。

(18) 小野・前掲書二六八頁。

(19) 小野・前掲書二六四頁。なお、田宮裕『刑事手続とその運用』（有斐閣一九九〇年）六頁参照。

(20) 松尾浩也「刑事訴訟法史のなかの現行法（一九八〇年）」『刑事法学の地平』（有斐閣二〇〇六年）二二〇頁以下。なお、初出は別冊判例タイムズ（一九八〇年）七号。

(21) 田宮裕「刑事訴訟法の展開」ジュリスト（一九八九年）九三〇号三・二五―六〇頁参照。

(22) 田宮裕「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）三五七頁―三五九頁。

(23) 小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社一九七六年）二頁。

(24) 川崎英明「刑事手続法理論史研究の発展」法律時報六七卷一号（一九九五年）二七頁以下。なお、同号曾根威彦ほか「座談会」現代法理論史研究の現代的課題―IV刑事手続法理論史研究の展開」五二頁以下の「川崎英明発言」も参照。

(25) 刑事司法システムについては、松尾浩也「刑事手続とシステム思考」『刑事訴訟の理論』（有斐閣二〇一二年）一四三頁以下、同『刑事訴訟法・下〔新版補正第三版〕』（弘文堂一九九九年）三五五頁以下に主として依拠した。なお、巨大システムの管理運営等について、水戸祐子『定刻発車―日本の鉄道はなぜ世界で最も正確なのか？―』（新潮社二〇〇五年）一九五頁以下参照。

(26) 平野龍一「刑事司法のシステムの研究」判例タイムズ(一九八〇年)四〇〇号三二頁参照。

(27) 平成二六年版『犯罪白書』九二頁。同白書から平成二五年の犯罪の認知・検挙・処理・裁判状況等を概観して見ると、警察等から検察官への送致の新規受理人員は、一三三万二、九一八人である(刑法二四六条ただし書きによる微罪処分は、一般刑法犯で七万六、一五一人―全検挙人員に占める比率は二九・〇パーセント)。検察官の終局処理人員は一三四万八九七人であるが、その内、公判請求人員九万四八六人、略式請求人員三二万四、九三〇人、不起訴人員八二万九、〇九三人(内、起訴猶予七五万八、一六四人)、家庭裁判所送致一〇万六、三八八人。各処分の比率は、公判請求が六・七パーセント、略式命令請求が二・三・五パーセント、起訴猶予が五・六・五パーセント、その他の不起訴が五・三パーセント、家庭裁判所送致が七・九パーセント。全事件の起訴率は三二・八パーセント。

その他、裁判所の裁判確定人員は、有罪三六万四、八二四人、通常第一審における終局処理人員五万九三二一人中、無罪は五四八人であるが、同年(平成二五年)の無罪確定者は二二二人で裁判確定人員総数の〇・〇三パーセントになる。起訴率・無罪率とも例年とほぼ同じ割合で推移している。なお、犯罪の検挙率は、五二・〇パーセント(ただし、一般刑法犯では三〇・〇パーセント―前年比一・二pt減少)である。

(28) 團藤重光「刑事訴訟法における主体性の理論」ジュリスト(一九八八年九〇五号)四四頁。