

琉球大学学術リポジトリ

刑事司法改革の現状と展望： 二〇年改革の軌跡に寄せて

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-08-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 青木, 孝之, Aoki, Takayuki メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/1561

刑事司法改革の現状と展望

— 二〇年改革の軌跡に寄せて —

青 木 孝 之

- 一 はじめに
- 二 すべての出発点、平野論文
- 三 日本的刑事司法論
 - 1 石井一正（元）判事の分析
 - 2 井上正仁教授の分析
- 四 刑事弁護ルネッサンスの動き
 - 1 改革の萌芽 — 松江シンポジウムに至るまで —
 - 2 当番弁護士制度と捜査弁護の強化
 - 3 司法制度改革論議の始まり
- 五 検察実務家の認識と分析
 - 1 亀山継夫（元）検事の卓見
 - 2 直接主義・口頭主義が実務に定着しなかった原因
 - (一) 手続峻別の不徹底
 - (二) 公判供述の不安定さ
 - 3 ラフな捜査・ラフな起訴が実現しなかった理由
 - 4 書証中心主義の必然性
- 六 評価と処方箋 — 亀山論文に沿って —
 - 1 現行刑事司法制度の問題点
 - 2 三つの方向性
 - (一) 陪審制度の採用

- (二) 旧刑訴への回帰
- (三) 現行制度を基礎とした手直し
 - (1) 公判の活性化
 - (2) 精密司法のモデルチェンジ
 - (3) 検察官の在り方と訴追裁量

七 平野博士の参審論

八 論点整理と現状の評価

- 1 実体刑罰法規に関する論点
 - (一) 時代の流れに応じた新たな犯罪構成要件の創設
 - (1) 悪質・危険な交通事犯に対応する構成要件の創設
 - (2) 組織的犯罪に対応する法律の制定
 - (3) 共謀罪 (conspiracy) の創設
 - (二) 主観的要件立証の負担軽減化
 - (1) 構成要件の客観化からの観点の再編成
 - (2) 推定規定の新設
 - (3) 法人の処罰規定の新設
- 2 捜査・訴追に関する諸論点
 - (一) 捜査弁護の充実・強化
 - (1) 被疑者国選弁護
 - (2) 公設弁護人制度
 - (3) 接見交通の拡大
 - (4) 捜査の可視化
 - 取調状況の録音・録画化、弁護人の立会等 —
 - (二) 捜査段階の供述調書に対する過度の依存の是正
 - (1) 司法取引制度の導入
 - (2) 起訴前の証人尋問制度の活用

- (3) 検察審査会に対する大陪審機能の付与
- (4) 通信傍受など、新たな証拠収集手段の創設
- (三) 検察官の起訴裁量の見直し
- 3 公判段階の諸論点
 - (一) 大多数を占める争いのない事件の処理
 - (二) 集中審理を可能にする公判前手続
 - (1) 新たな争点整理手続の創設
 - (2) 証拠開示の拡大
 - (3) 保釈の運用
 - (三) 連日開廷の確保
 - (1) 公設弁護人制度
 - (2) 訴訟進行協力義務の法定化
 - (3) 訴訟指揮権の強化・明確化
 - (四) 直接主義・口頭主義の実質化 (調書利用の制限・厳格化)
 - (1) 自白の任意性判断の厳格化
 - (2) 取調状況の可視化
 - (3) 二号 (後段) 書面の特信性判断の厳格化
 - (五) 公判供述の信用性担保
 - (1) 証人が公判廷で証言しやすくするための諸方策
 - (2) 被告人に証人適格を認めること
 - (3) 偽証罪の運用の活発化
 - (六) 被害者の主体性の強化・当事者化
 - (1) 公判での主体性付与
 - (2) 付随処分としての損害賠償命令制度
 - (七) 事実認定者の構成と事実認定過程の記録
 - (1) 刑事公判への国民の参加

（２）判決書の簡素化

（３）上訴審との関係

九 終わりに

一 はじめに

本稿を執筆しているのは、平成一七年一〇月末現在のこと。平成一六年法律第六二号による改正後の刑事訴訟法（以下、単に「刑訴法」あるいは「法」という）三一六条の二以下に定められた、いわゆる公判前整理手続及び新証拠開示制度の施行を目前に控えた段階である。これら各制度の施行は、単に集中審理及び迅速裁判の実現を目的とする現行法の手直しではなく、平成二一年五月二七日までに施行されることが決まっている裁判員制度^(註1)の導入に向けた、本格的・構造的な刑事司法改革の嚆矢をなすものである。

刑事司法改革は、この数年凄まじい勢いで進んできており、今回（平成一六年）の法改正に限ってみても、上述のとおり、裁判員制度の施行に先だって、平成一七年一月にまず公判前整理手続及び新証拠開示制度が施行され、集中審理とその前提となる密度の濃い争点整理・証拠整理手続の実現が促される。その上で、平成一八年一月二七日までに法廷合議事件を対象に、また裁判員制度が施行されるタイムリミットの同二一年五月二七日までには必要的弁護事件を対象に被疑者国選弁護制度が施行され^(註2)、当事者の実質的対等を実現して公判を充実させるための最大の鍵となる、被疑者段階から弁護人の援助を受ける権利の保障とその実質化が図られる。そして、裁判員制度の施行と時期を同じくして、検察審査会の一定の議決に対して法的拘束力が付与され^(註3)、こ

^(註1) 根拠法は、平成一六年法律第六三号「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（以下、「裁判員法」という）である。

^(註2) 刑訴法三一条の二以下及び平成一六年法律第六二号による改正後の少年法（以下、単に「少年法」という）四五条七号等。

れまで付審判請求事件（法二六二条以下）に限定されていた、「精密司法」、
「日本的刑事司法」の本丸ともいうべき検察官の起訴独占主義（法二四七条）
及び起訴便宜主義（法二四八条）に対する例外が、一定の限度ではあるが、
拡大されるのである。

近時の刑事立法の動きは、実体法・手続法の各領域にまたがる広範なもので
あるが⁽⁴⁾、刑事司法の根幹をなす刑事手続の基本部分については、上記のよ
うに、平成二年五月二七日をタイムリミットとする裁判員制度の施行をもつ
て、一応の完成をみることになる。これら一連の立法については、積極的なも
のから消極的なものまで様々な評価が可能であろうが、個人的には、「よくぞ
ここまで来た」との感慨を禁じ得ない。私見によれば、今回の平成の刑事司法
改革は、日本の刑事裁判を「かなり絶望的である」と評した故平野龍一博士の
著名な論文（平野龍一「現行刑事訴訟の診断」団藤重光博士古稀祝賀論文集第
四巻所収。以下、「平野論文」という）に端を発した、約二〇年に及ぶ刑事司
法改革論議が結実した成果である。ようやく芽吹いた刑事司法改革の芽を、今
後、実務の運用によって大きく育て、実り多いものにする必要があるのであつ
て、ゆめ、改革の志を見失うことがあってはならない。

本稿は、二〇年間の改革論議の軌跡を概観するとともに、概略ではあるが、
現時点の到達点と今後の課題を洗い出し、もって、改革の大きな方向性を再確
認することを目的とするものである。

⁽⁴³⁾ 平成一六年法律第六二号による改正後の検察審査会法（以下、単に「検察審査会法」という）第七章。

⁽⁴⁴⁾ 主なものを列挙するだけでも、平成一年の通信傍受法など組織的犯罪対策三法の制定、平成二年の犯罪被害者保護二法の制定、少年法改正、平成五年の心神喪失者処遇法の制定、平成一六年の裁判員法制定、同年の刑事訴訟法等の一部を改正する法律に基づく刑訴法等の改正、さらに刑法改正等がある。

また、本稿を執筆している現在、共謀罪の新設、人身取引関係犯罪の罰則強化、少年保護事件の調査手続新設と公的付添人制度導入等に関する立法作業が最終段階に進んでおり、平成一七年九月一日の衆議院選挙で与党が大勝したこともあって、これら法案の成立が有力視されている。

二 すべての出発点、平野論文

前記平野論文が所収された団藤重光博士古稀祝賀論文集第四巻の初版が刊行されたのは、一九八五年のことである。当時、日本の刑事実務は、公安・労働事件華やかかなりし「荒れる法廷」の時代をくぐり抜け、解釈・運用の安定期に入っていた。これを肯定的に評価する検察実務家及び大方の刑事裁判実務家の基本的な認識は、高度に発達した産業先進国の中で、日本ほど効率的な刑事司法を実現して治安の良さを誇っている国はない、その日本的刑事司法の成功は、精密をもってなる捜査機関の真実発見能力、なかんずく、捜査から刑の執行に至るまで刑事司法の中核に位置してこれに携わる検察官の士気・能力の高さによるところが大きいといったものであった^(註5)。しかし、このような「ジャパン・アズ・ナンバーワン」というべき論調の一方で、モデル論的な刑事訴訟法解釈を基盤とする学説は、実務が学説の説く弾効的な捜査・訴追構造をついぞ採用しなかったことに対する苛立ち・失望を深め、また、一般的な弁護士の間では、いわば検察官の独り勝ちとでもいうべき状況に起因して、「刑事離れ」の風潮が広がり始めていた^(註6)。

平野論文が書かれたのは、以上のような時代背景を受けてのことであったが、同論文を貫く透徹した問題意識は、物事の本質を端的にえぐり出しており、今なお実務に対して眼をそむけることを許さない鋭い問題を提起し続けている。同論文から、幾つかの記述を抜粋してみよう。

^(註5) 代表的な論考として、河上和雄「日本的刑事訴訟の特色－検察の立場から－」、中山善房「日本的刑事訴訟の特色－裁判の立場から－」（いずれも三井誠ほか編「刑事手続」（上）所収）が、あげられる。

^(註6) 平野龍一博士は、後掲の「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」（以下、「平野・参審制の採用による『核心司法』を」という）ジュリスト一一四八号二頁において、当時の状況を次のように描写しておられる。

「一九八五年、私が『現行刑事訴訟の診断』という論文を書いた頃は、刑事訴訟法の制定後四〇年近くを経過し、その解釈運用はほぼ安定し、後は『微調整』だけだという気分が、学界にも実務界にも強かった。そして弁護士の人達の間では『刑事離れ』という言葉も聞かれた。刑事弁護では、やることがない、何をやっても同じだ、だから刑事弁護はやりたくない、というムードである。」

「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。」^(註7)、

「欧米の裁判所は『有罪か無罪かを判断するところ』であるのに対して、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。」^(註8)、

「わが国の刑事訴訟の実質は、捜査手続にある。しかもその捜査手続は、検察官・警察官による糾問手続である。そこにわが国の刑事訴訟の特質がある。」^(註9)、

「しばしばわが国の裁判は『調書裁判』であるといわれる。しかし、調書から公判廷で心証をとるわけではない。……本来、心証をとる行為が『証拠調べ』だとすれば、わが国では『証拠調べ』は裁判官の自室・自宅でなされるといつてよい。そこで捜査の結果が公判の結果にてらして審査されるのである。」^(註10)、

「伝聞法則にせよ、直接主義にせよ、公判で心証をとることを前提とした制度である。ところがわが国では、この前提が欠けているため、単なる証拠能力の制限、しかも実際上の観点からすればあまり理由のない制限と受けとられているといつてよいであろう。捜査の結果を審査するのであるならば、捜査書類を全部出させて審査する方が、むしろ合理的だからである。」^(註11)、

「日本の裁判官その他の司法関係者は、そもそも法廷というところは真実を明かにするのに適したところではないと考えているように思われる。人が相手に真実を語るのは、二人だけのところで、心を打ちあけて語るときであって、法廷のような公開の場所では、いろいろな方面への配慮から、思い思いのことをいうにすぎない。法廷とは、いいたいことをいわせる儀式にすぎない、だから真実は、後でその模様を考えあわせながら静かに調書を読みこれとつきあわ

^(註7) 平野論文・前掲書四〇七頁

^(註8) 平野論文・前掲書四〇七頁

^(註9) 平野論文・前掲書四〇九頁

^(註10) 平野論文・前掲書四一八頁

^(註11) 平野論文・前掲書四一九頁

せることによってえられるものである、ということなのであろう。」^(註12)、

「しかし、アメリカやドイツで本気で公判廷で心証をとろうとしているのを単なる教条主義とみていいものであろうか。調書もまた『種々の配慮』から、多くの真実でないものを含んでいる。それを『自室』で見抜く眼力を持つと裁判官が考えるのは自信過剰であり、大部分は実は検察官・警察官の考えにのっかっているにすぎないのではなかろうか。最近の再審事件は氷山の一角としてそのことを示したのではなかろうか。」^(註13)、

以上の記述から分かるとおり、平野博士が理想とした刑事訴訟は、掘って立つ証拠法上の原理として伝聞主義を想定するか、あるいは直接主義を想定するかは別にして^(註14)、公判廷での証拠調べで事実上心証のすべてが形成される、公判中心主義の刑事訴訟であったとあってよい^(註15)。しかし、平野博士の理想とは異なり、このような刑事訴訟が実現することは遂になかった。現行刑訴法の施行後間もないある時期、日本国憲法と現行刑訴法の英米法的理念に忠実ないわゆる「新刑訴派」^(註16)によって、当事者訴訟遂行主義に基づく集中審理と徹底した公判中心の心証形成が説かれ、東京地裁を中心とする一部の実務で実践されたものの、結果として、これらの実践は実務に定着しなかった^(註17)。平

^(註12) 平野論文・前掲書四二二頁

^(註13) 平野論文・前掲書四二三頁

^(註14) 伝聞主義が英米法系（とりわけアメリカ合衆国）の、直接主義が大陸法系（とりわけドイツ）の、それぞれ証拠法上の大原則であることは、いうまでもない。

^(註15) 法律上、公判廷の証拠調べで心証が形成されるべきことは、日本の刑事訴訟法においても当然である。ここで「事実上」との用語を用いたのは、公判廷では要旨の告知で済ませておいて公判廷での証拠調べという対面を整えた上で、自室でじっくり訴訟記録を読み込むことによって実質的な心証形成を行う、日本の裁判実務の在り方を意識してのことである。

なお、井上正仁「刑事裁判に対する提言」司法研修所論集1989-I（以下、「井上論文」という）九七～九八頁も、同旨の分析をしている。

^(註16) 代表的な裁判実務家は、周知のとおり、岸盛一・元最高裁判事及び横川敏雄・元札幌高裁長官である。

^(註17) その原因の分析については、様々な切り口が可能と思われるが、例えば、井上論文・前掲書九九～一〇〇頁においては、実務が公判中心主義を前提とする「あっさり捜査、おおらかな起訴」に付いてこなかった大きな理由として、刑事訴訟に対し、実

野博士は、このような現状に危機感を深め、その後繰り返し引用されて人口に膾炙した、次のフレーズで論文を締めくくっておられる。

「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。……わが国の刑事裁判はかなり絶望的である。」^(註18)

三 日本の刑事司法論

1 石井一正（元）判事の分析

平野論文に刺激を受け、学説及び実務の双方において、施行約四〇年を経て安定期に入ったとされる「日本的刑事訴訟」なるものは、そもそもいかなる特質を有するのか、批判・検討の対象として解明しようとする試みが、盛んになった。当時の代表的な裁判実務家の手によるものとして、今でもよく引用されるのが、石井一正（元）札幌高裁長官（現・関西大学法科大学院教授）の「わが国刑事司法の特色とその功罪」（司法研修所論集1987－I）（以下、「石井論文」という）である。

石井論文は、わが国刑事司法の特色として、① 統一性のある官僚組織（いうまでもなく、警察庁、検察庁及び裁判所のことである）によって運営されていること、② 公判前の段階においては、実体真実発見の強い要請を受けて十分な捜査がなされた上、有罪の確信というべき高度の嫌疑を要件として慎重に起訴が行われること、③ 公判段階においては、やはり実体真実発見の強い要請に基づき、大量の書証の取調べを中心とした濃密な審理が行われ、その結果

体真実の解明を強く希求する国民性と、さらに、捜査・訴追の対象となって被疑者・被告人の立場に立たされることに伴う、身柄拘束や応訴の負担の大きさが挙げられている。

^(註18) 平野論文・前掲書四二三頁。

が詳密な判決書として書き下ろされること、以上の三つを挙げる⁽¹¹⁹⁾。石井（元）判事の言葉をそのまま借りれば、「わが国の刑事司法（捜査・公訴・公判）を諸外国のそれと比較すれば、『統一性のある官僚組織に運営され、十分な捜査を基に検察官は慎重に基礎をし、裁判所が詳密な審理および判決をしている』ところに特色がある、と結論づけられよう。」⁽¹²⁰⁾ということになる。まことにそのとおりであり、とりわけ、わが国の捜査・公訴提起の在り方を描写した「十分な捜査と慎重な起訴」という言葉は、平野博士が年来提唱してきた「あっさりした捜査と大らかな起訴」と対比される形で、学説と実務が最も乖離した法分野と評される刑事訴訟法の分野における、実務家の認識を端的に表すものとして、シンボリックに受け取られることとなった。

ただ、石井論文は、日本の刑事司法を評価する視点として、実体的真実主義、基本的人権の尊重ないし適正手続の保障及び効率性の三つを挙げた上⁽¹²¹⁾、「わが国の刑事司法は、実体的真実主義によく適合し、複雑困難な否認事件の公判を別にすれば、おおむね効率よく運営されているが、公判前の段階における人権の尊重ないし適正な手続の保障、検察、弁護、裁判の各機能のバランス等に問題を残す、と評価しえよう。全体として高く評価するか低い評価を下すかは、いうまでもなく、わが国刑事司法の功の面を強調するか、それとも罪の面にスポットをあてるかによる。」と結ばれている⁽¹²²⁾。つまり、日本の刑事司法の評価は読者に委ねられているのであって、その意味で、ニュートラルな立場からの分析に徹した論文であることに注意しなければならない⁽¹²³⁾。

⁽¹¹⁹⁾ 石井論文・前掲書三〇六～三一六頁。

⁽¹²⁰⁾ 石井論文・前掲書三一六頁。

⁽¹²¹⁾ 石井論文・前掲書三一九頁。

⁽¹²²⁾ 石井論文・前掲書三三〇頁。

⁽¹²³⁾ 石井論文は、全体として、非常に抑制の利いた冷静な論調で貫かれているが、それでも、おそらくは刑事実務に携わる者の多くが共有するであろう、実体真実の追求にかける情熱と自負心が垣間見える箇所がある。例えば、同論文は、「実体的真実主義には批判があるが、刑事訴訟は公益に関するものであり、真に有罪の者が処罰を免れたり、真に無実の者が処罰されることは正義に反するから、実体的真実主義を

2 井上正仁教授の分析

井上正仁・東京大学教授は、石井論文が発表されて間もなく、司法研修所において、「刑事裁判に対する提言」という演題で講演をし^(註24)、その中で、わが国の刑事手続の特色を、次のようにまとめて述べられた。

「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。……諸外国に比べて、検挙率が一般に高いなど、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関与する。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って起訴をする。……このような検察段階での慎重な選別といたしますか、スクリーニングの結果、公判での有罪率は九九%を超えるという、諸外国にも例を見ないほどの高率を誇っている。次に、その公判は、単に犯罪事実のみに限らず、犯行の動機や経緯、背景事情、被告人の身上などのいわゆる情状等、広範な事実につき詳細な審理が行われる。そのために、先ほどの綿密な捜査の所産である供述調書等の書証が、大量に証拠として用いられる。それらの書証の公判廷での取調べは、多くの場合、要旨の告知で済まされ、実際には、その内容は裁判官が後で精査して心証を取ることになる。……また、公判では、ご承知のように、連続して毎日開かれるというのではなく、二週間に一回とか一ヶ月に一回というふうに間隔をあけて開かれる。……そのためもあってか、詳細な公判調書が作成され、裁判官は、そういう公判調書や書証といった膨大な書面を基に、詳細な事実認定

排斥ないしタブー視すべきではない。石は水中に沈み、木の葉は水面に浮くのが望ましいのであって、沈んだものを石、浮いたものを木の葉と観念するのは、刑事訴訟の生命を損なう考え方である。」という（同論文・前掲書三一八頁）。

脚注まで含めて注意深く読めば、上記のくだが、実体真実モデルと適正手続モデルを構築した上、前者から後者へ力点を移動することを提唱したモデル論的解釈に対する再批判として書かれていることは明らかであるが、代表的な刑事裁判実務家の意識を表すものとして、非常に興味深い。

^(註24) 一九八九年六月一日、司法研修所平成元年度刑事実務研究会において行われた講演の録音反訳に加筆したものが、前記井上論文（前注15）である。

および量刑判断を内容とする判決書を作成する。……控訴審でも、基本的には同様な事情がありまして、法律問題ではなく事実認定や量刑が争われることが多く、控訴裁判所は、訴訟記録を中心にそれらの点を審査するが、原判決を破棄するときには、自ら新たな事実認定や量刑をすることも珍しくない。また、このような全過程を通じて、その運営は、それぞれかなり統一性のとれた官僚組織といえますか、公の機関によって担われており、素人である一般国民の参加の度合いが極めて小さいということも、諸外国と比べた場合の特色だといえます。」⁽¹²²⁵⁾

ほぼすべての論点が網羅された、密度の濃い叙述である。立場の違いこそあれ、このころから、上記井上論文に叙述された「日本的刑事司法」の姿を共通認識として、刑事司法改革を論じる流れが定着したとみてよいであろう。それ以前から、刑事法の研究者によって用いられてきた「日本的刑事司法」を特徴づけるワン・フレーズ、例えば「精密司法」⁽¹²²⁶⁾ や「検察官司法」⁽¹²²⁷⁾ 等の用語も、「日本的刑事司法論」の高まりと相まって、このころから、わが国の刑事司法を論じる際の一般名詞として定着したように思われる。

四 刑事弁護のルネッサンス

日本的刑事司法論が盛んになると軌を一にして、弁護士サイドにおいては、「刑事弁護ルネッサンス」と呼ぶべき改革の動きが進行する。

⁽¹²²⁵⁾ 井上論文・前掲書九五～九六頁。

⁽¹²²⁶⁾ 松尾浩也博士が初めて用いた用語である。松尾浩也「刑事訴訟法・上」〔補正第二版〕一六頁、同「刑事訴訟法の三〇年」判例タイムズ三六五号四五頁、同「刑事手続の日本の特色について」研修三九一号四六頁等参照。

⁽¹²²⁷⁾ 三井誠教授が初めて用いた用語である。三井誠「刑事訴訟法施行三〇年と『検察官司法』」刑事訴訟法の理論と実務（別冊判例タイムズ）四〇頁、同「日本的刑事司法の特色—コメント」三井誠ほか編・刑事手続（上）等参照。

1 改革の萌芽 —松江シンポジウムに至るまで—

平野論文に刺激を受ける形で、一九八五年ころから、各単位会に刑事弁護センター設立の動きがみられるようになっていたが、一九八八年には、日弁連第一二回司法シンポジウムが名古屋市で開催され、平野博士が講師として招かれた。同博士は、何から手をつければよいのかとの質問に対し、まず被疑者の弁護の強化から始めよと答えたとのことである^(註28)。

翌一九八九年には、日弁連第三二回人権シンポジウムが島根県松江市で開催され、同年九月一六日付けで、「刑事訴訟法四〇周年宣言」と題する刑事司法改革決議が採択された。その核心部分を抜粋してみよう。

「わが国の刑事手続は、現在、憂慮すべき状況にある。捜査段階における代用監獄を利用した無制約・長時間の取調べ、弁護人との接見の機会および時間の制限、そして被疑者に国選弁護人制度のないこと等、被疑者の人権は大きく制限されている。起訴後も、保釈されず、勾留が長期に継続する事件は多い。公判段階では、右のような取調べで作成された自白調書の安易な採用、被告人に有利な検察官手持ち証拠の不開示・不提出、弁護人請求の証人調べの制限等は被告人の防御権の行使の重大な支障となっている。控訴審、上告審もその機能を十分に発揮せず、一審の誤りがほとんど除去されないまま終了することも稀ではない。」

「刑事訴訟法施行四〇周年そして同時に当連合会四〇周年にあたり、当連合会は国民の人権擁護という弁護士的基本的責務を果たすべく、国民とともに、英知を結集し、現在の刑事手続を抜本的に見直し、制度の改正と運用の改善をはかるとともに、各弁護人に情報・資料を提供し、刑事弁護の一層の充実強化をはかるための機構を設置するなど、あるべき刑事手続の実現に向けて全力をあげてとりくむものである。」^(註29)

^(註28) 平野・参審制の採用による「核心司法」を(前注6)二頁。

^(註29) 日本弁護士連合会ホームページ、<http://www.nichibenren.or.jp>。

この「刑事訴訟法四〇周年宣言」は、当時の弁護士会の認識と、刑事弁護実務の置かれた状況を端的に表しており、興味深い。すなわち、同宣言は、捜査段階における問題点として、代用監獄、接見制限、公的弁護制度の不存在を、公判段階における問題点として、保釈率の低さ、自白調書の安易な証拠採用、証拠開示の不徹底、上訴審の是正機能の低下をそれぞれ挙げるのであるが、いずれも、正当な問題意識に基づくものではあるにせよ、反面、弁護士会の年来の主張（例えば、代用監獄の廃止）や、従前から学説が指摘してきた刑訴法上の論点（例えば、取調べの制限、自白の証拠能力判断の厳格化、証拠開示制度・運用の見直し）の繰り返しということもでき、いささか新味に欠ける印象も拭えない。また、このような問題意識に基づき、具体的にどのような方策を打ち出し、どのような行動をとるのか、という点については、「国民とともに、英知を結集し、現在の刑事手続を抜本的に見直し、制度の改正と運用の改善をはかる」としか述べないのであるから、どう最良目に見ても、抽象的にすぎるといふほかない。ただ、刑事弁護実務の立場から見れば、当時は、「絶望的」と評される状況からどのようにして脱却すべきか、文字どおり暗中模索の時期にあった。そのことを十分認識すれば、この段階で改革に立ち上がった先人たちの熱意と行動力に対し、素直に敬意を表すべきであろう⁽¹³⁰⁾。

それ自体は抽象的なスローガンであるにせよ、日本弁護士会が上記宣言を採択し、会として刑事弁護に取り組む姿勢を世に示したことには、大きな社会的意味があったはずである。事実、同宣言に謳われた「被疑者に国選弁護人制度のないこと等、被疑者の人権」の問題は、当番弁護士制度の発足に、また、「各弁護人に情報・資料を提供し、刑事弁護の一層の充実強化をはかるための

⁽¹³⁰⁾ 後知恵で、先人の苦勞の跡をあれこれ評するのはたやすい。「刑事訴訟法四〇周年宣言」をまとめた先人たちも、おそらくは、本文で指摘したことなど先刻承知の上で、限られた時間と様々な制約の中、会として合意できる最大公約数的なところを文章化したのであろう。

本文の記述の真意は、そのことを考慮しても、なお記述自体が総花的にすぎ、着手すべき具体的な方策を絞りきれなかったことを惜しむ、というにある。

機構を設置」する問題は、刑事弁護センターないし刑事弁護委員会の設置に、ほどなく引き継がれ、具体的な成果として形を表していくのである。

2 当番弁護士制度と捜査弁護の強化

改革の動きの中で、最も特筆すべきは、一九九〇年七月、後に「日弁連戦後最大のヒット商品」と評されることになる当番弁護士制度が、全国に先駆けて大分県弁護士会で始まったことであろう^(註31)。この制度は、慢性的な財政的・物理的困難に悩みつつも、当初あった消極的な見込みを覆して、燎原の火のように全国に広がった。今では完全に実務に定着し、刑事司法の一翼の重要な担い手としての地歩を固めている。刑事訴訟法の理論上も、また実務の実感としても、当番弁護士制度がもたらしたインパクトの大きさは、いくら強調しても強調しすぎることはない。そのことを本稿で再度確認しておきたい。

当番弁護士制度が象徴するとおり、一九九〇年代は、弁護実務及び刑訴法学界において、捜査弁護（被疑者弁護）の重要性に対する認識が強く共有された時代であった。例えば、日本弁護士連合会が刑事弁護センターを設置したのが、当番弁護士制度の創設に先立つ一九九〇年四月一日のことであり^(註32)、その後、各単位会において、刑事弁護センターないし刑事弁護委員設置の動きが加速する一方で、刑事司法制度全体のドラスティックな転換をにらんで、弁護士会内で陪審及び参審制度の調査・研究が進む^(註33)。そして、一九九一年一月一日付けをもって、人権擁護大会宣言として、「被疑者の弁護活動強化のための

^(註31) 日本弁護士連合会ホームページ、<http://www.nichibenren.or.jp>によると、大分県弁護士会で弁護人推薦制の当番弁護士制度が始まったのが一九九〇年（平成二年）七月、次いで福岡県弁護士会で当番制の当番弁護士制度が始まったのが同年二月のことである。

^(註32) 日本弁護士連合会ホームページ、<http://www.nichibenren.or.jp>。

^(註33) このような動きが、「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。」とする平野論文に刺激を受けたものであったことは、いうまでもない。

宣言」を採択するに至る。そこでは、① 被疑者の弁護人依頼権の周知徹底と被疑者国選ないし公選弁護人制度の実現、② 代用監獄の廃止、③ 接見交通権の確立、④ 弁護人の取調立会権の確立、及び、⑤ 逮捕・勾留・保釈の裁判の形骸化の是正が、具体的な目標として掲げられており⁽¹³⁴⁾、前記松江シンポジウムにおける「刑事訴訟法四〇周年宣言」の総花的記述に比べると、当番弁護士制度の立ち上げに成功した実績を前提に（例えば、「被疑者の弁護人依頼権の周知徹底」の語句に、そのことが表れている）問題が絞り込まれ、弁護士会全体が、「被疑者の弁護活動強化」の有効性を認識し、それを一層推し進める方針を採用したことが、うかがい知れる。

3 司法制度改革論議の始まり

捜査機関の圧倒的な証拠収集能力と、石橋を叩いても渡らない検察官による起訴便宜主義の運用を前提とすると、確率の問題として、公訴提起された刑事被告事件の大多数が結果的に有罪との実体判断を受ける事件であることは、否定できない事実である⁽¹³⁵⁾。その意味で公判が形骸化するのは、ほとんど不可避に近い。このような現実を前提にして、刑事弁護の閉塞状況を打破するには、公訴提起に至る前の段階、すなわち捜査段階での弁護の強化が必要であることについては、前記のとおり、共通認識が存在した。ただ、捜査弁護拡充のための具体的方策については、専ら民事を対象にしてきた法律扶助を刑事弁護に拡張するか、あるいは、既に存在する被告人の国選弁護制度を被疑者段階に広げるかにつき、弁護士会内でも議論があった。しかるに、一九九八年、日弁連が事実上後者に態度を決定し、最高裁判所及び法務省に三者協議を申し出たこと

⁽¹³⁴⁾ 日本弁護士連合会ホームページ、<http://www.nichibenren.or.jp>。

⁽¹³⁵⁾ いうまでもなく、そのことに対する評価はまた別問題である。刑事司法のシステムとしての効率性と被疑者・被告人として訴追されることの負担を重視する檢察実務の立場からは、あるべき刑事司法の運用ということになるであろうし、あっさり捜査し、大らかに起訴して黑白は公判で明らかにせよ、という平野博士のような立場からは、公判中心主義の理念を忘れた悪しき運用ということになるであろう。

で、被疑者国選弁護制度の実現可能性が具体的なものになった^(註36)。

それと同時に、注目すべきは、一九九〇年ころから、東京・大阪のような大規模単位会を中心に、陪審・参審制度に関する本格的な調査・研究が始まったことである^(註37)。これは、石井論文が日本的刑事司法の三つの特色として指摘したうちの一つである、統一的な官僚組織によって運営されていること（日弁連サイドの用語でいえば「官僚司法」）の問題点を見据え、そこに真っ向から切り込もうとするものであることは、いうまでもない。ここに至って、「まず被疑者の弁護の強化から始めよ」との平野博士のサジェスションに刺激を受け、当番弁護士制度（すなわち捜査弁護の強化）の立ち上げに始まった弁護士サイドからの刑事司法改革が、制度全体の抜本的改革を視野に入れ始めたともてよいであろう。

一九九九年（平成十一年）七月には、時限立法である司法制度改革審議会設置法に基づき、内閣府に司法制度改革審議会が設置され、本格的かつ全政府的な司法改革論議が現実のものとなる。同年一〇月一五日付けの日弁連「新しい世紀の刑事手続を求める宣言 — 刑事訴訟法施行五〇年をふまえて —」においては、「当連合会は、わが国の刑事手続を、真に憲法の理念にかない、国際人権法の水準に見合ったものに改革していくため、市民と手を携えて、国費による被疑者弁護制度の実現はもとより、代用監獄の早期廃止、捜査の可視化、人質司法の打破、証拠の事前全面開示、公判審理の活性化、さらには、法曹一元や陪・参審制度の導入など、刑事訴訟法の全面的な改正をも視野に入れた広範な改革に取り組むものである。」と謳われている。憲法や国際人権法を法源として強調することや、取り組むべき具体的な論点として、代用監獄の早期廃

^(註36) 平野・「参審制の採用による「核心司法」を」（前注6）三頁。

^(註37) 陪審・参審に関しては、その後の司法改革論議の深まりとともに、各方面から資料・研究成果が発表されることになるが、弁護士会の手による当時の代表的な研究成果として、東京三弁護士会陪審制度委員会「スウェーデンの参審制度—国民参加の刑事裁判」、日本弁護士連合会司法改革推進センター「デンマークの陪審制・参審制」などがある。

止、人質司法の打破、公判審理の活性化などを打ち出すのは、いわば従前からの弁護士会の主張に沿ったものであるが、ここでは、「国費による被疑者弁護制度の実現はもとより」と、「国費による被疑者弁護制度の実現」の実現は射程距離に入ったといわんばかりの表現が用いられていること、「捜査の可視化」という言葉が初めて用いられたこと、さらには、「法曹一元や陪・参審制度の導入など、刑事訴訟法の全面的な改正をも視野に入れた広範な改革」が、真正面から取り上げられたことに注目したい。司法制度改革審議会に寄せた日弁連サイドの期待の大きさが分かるとういうものである。

なお、司法制度改革審議会設置以後は、二〇〇一年（平成一三年）六月の同審議会意見書提出、同年一二月の司法制度改革推進本部設置、それを受けての裁判員制度・刑事検討会（座長は井上正仁教授である）及び公的弁護制度検討会の設置、これら委員会の審議結果に基づく関連各法案の提出、そして二〇〇四年（平成一六年）五月の裁判員法及び刑訴法等改正法の成立・公布と続いて、現在に至るのは、周知のとおりである。現段階で、これら一連の刑事司法改革を十分なものとみるか、不十分な妥協の産物とみるのか、評価は分かれるところであろうが、刑事司法改革論議が一段落した後も、日弁連は、今回の改革論議の中では、遂に具体的なタイム・スケジュールに乗せることのできなかつた、例えば「捜査の可視化」の問題につき、二〇〇三年（平成一五年）一〇月一七日付けで「被疑者取調べ全過程の録画・録音による取調べ可視化を求める決議」を宣言している^(註39)。平成の刑事司法改革に、まだまだ終わりはない、ということであろう。

^(註39) 日本弁護士連合会ホームページ、<http://www.nichibenren.or.jp>。

五 検察実務家の認識と分析

1 亀山継夫 (元) 検事の卓見

「検察官司法」という言葉が示すように、いかなる立場に立つにせよ、現行刑事司法制度のキーパーソンが検察官であることは、否定できない事実である。良くも悪くも、検察官の意識と行動様式を無視して、日本の刑事司法がシステムとしてどのように作動し、機能するかを論じることはできない^(註39)。それでは、学説と弁護実務を中心とする刑事司法改革の動きに対し、検察サイドはどのように認識し、反応したのであろうか。

検察実務家の手による示唆に富む論文は、数多くあるが^(註40)、本稿では、代表的なものとして、司法制度改革審議会が設置される直前の段階で公刊された、亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて 一主として検察の立場からみた『新刑訴』の回顧と展望一」松尾浩也博士古稀祝賀論文集 (一九九八年) (以下、「亀山論文」という) を取り上げたい。理由は二つある。一つは、同論

^(註39) 仮に法改正等の形で刑事司法を手直したとしても、それが刑事司法をシステムとして作動させる現実性・機能性を有するものでない限り、やがて運用により変質させられてしまうことは、本文で触れた「新刑訴派」の挫折が示すとおりだがというのが、筆者の認識である。

^(註40) 例えば、土本武司「もう一つの診断 一わが刑事司法は“病的”か一」研修四九二号 (一九八九年) は、その題名が示すとおり、平野論文に代表される、「日本的刑事司法」は、母法である英米法の理念を離れて独自の姿容を遂げた「病的」なものであるとの認識に対し、検察実務からの見方を提示し、反論を試みたものである。

また、刑事司法改革論議が一段落した後に公刊された、古田佑紀「日本の刑事司法の特色ー検察の立場から」(三井誠ほか編、新・刑事手続一頁以下) は、検察官の立場からみた日本の刑事司法の特色として、①事実審に関して二審制が採られていること、②運用上、供述調書が重要な役割を果たしていること、③検察官が情状に関する事項も含めて広範な捜査を余儀なくされ、捜査方法として被疑者や関係者の取調べに多くの時間を割いていることなどを指摘した上、日本の捜査機関は、諸外国に比べて限定された捜査手段しか与えられていないとし、学説や弁護実務の大方の理解とは対照的に、「総じていえば、日本の捜査手続は、他国のそれと比べて、かなり制約されたもので、被疑者その他の関係者の人権の制約をできるだけ小さくしたものと見えるであろう。」(前掲書八～九頁) と述べている。非常に興味深いところである。

文が、検察実務家に共通する認識を典型的に表していると考えられるからである。すなわち、検察官は、捜査、公訴提起、公判の遂行から刑の執行に至るまで、刑事司法全体に関わる立場にあり、かつ、争いのない定型的な事件や軽微な事件まで含めて、警察から送致されるすべての事件を処理する立場にある。したがって、刑事司法を社会統制システムとして機能面から考察する傾向を強く有する。後にみるとおり、同論文は、そのような検察官特有の視点を色濃く有するだけでなく、一貫した視点から刑事司法全体を分析することに見事に成功しているのである。もう一つの理由は、同論文が学術的にも非常に質の高いものに思われるからである。同論文は、検察官という一方当事者の立場から書かれたものではあるが、一読すれば明らかなおとおり、豊富な実務経験と英米法に対する深い理解に裏付けられている。それと同時に、結果的に、後に本格化する刑事司法改革論議の中で出てきた論点のほぼすべてを網羅する内容となっており、司法改革論議の軌跡をたどる、またとないナビゲーションの役割を果たしてくれる。

2 直接主義・口頭主義が実務に定着しなかった原因

亀山論文は、「新刑訴はなぜ死んだか」という問いを立てた上、直接主義・口頭主義が実務に定着しなかった原因として、争いのある事件とそうでない事件の手續峻別の不徹底と、公判供述の不安定さの二つをあげる^(註41)。

(一) 手續峻別の不徹底

まず、前者についてみてみよう。同論文は、次のようにいう。直接主義・口頭主義による審理は、関係者に高度の負担をかける手續であり、ふさわしい事件を厳選する必要がある。その一方で、実務の大部分を占めるそれ以外の事件

^(註41) 亀山論文・前掲書七～九頁。

については、思い切って手続を簡略化し、争いのある事件とない事件の手続を峻別する必要がある。実務的な観点からすると、数の上で大部分を占める争いのない事件についての捜査、処理^(註42)、裁判の手続が実務の流れを事実上形成するところ、上記手続の峻別が不徹底であると、結局、争いのない事件の手続の大量性の中に前者が埋没する危険があるからである。しかるに、わが刑法法における簡易公判手続及び略式手続は、直接主義・口頭主義の要件を緩和しただけで、実質的には正式な公判手続と替わらない証拠調べと心証形成が要求される上に、いつでも正式手続に移行するという不確定要素をはらんでいる。これでは、捜査・処理の過程において、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、むしろ自然なことである。結局、手続の峻別の不徹底が、直接主義・口頭主義の定着を妨げる一要因をなしたのであり、「検察の実務に限っていえば、アレイ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知れないと思われる節がある。」^(註43)

英米法化を徹底し、いったん挫折した公判中心主義を実現するための有力な方途の一つが、アレイメントの採用であることは、かねてから学説の説くところであったが^(註44)、刑事司法システムの最大のユーザーであるとともに、結果的に不起訴となる事件を含めて、警察から送致されてくる大量の事件を処理

^(註42) 「処理」という言葉は、亀山論文において、検察官の立場からの最終事件処理、すなわち起訴・不起訴の決定という意味で用いられている。

^(註43) 亀山論文・前掲書八頁。

^(註44) 例えば、松尾浩也「迅速な裁判」法学協会百周年論文集第二巻（一九八三）。

なお、同「適正な刑事裁判について」（司法研修所論集一九九八-I）二七頁は、上記論文「迅速な裁判」を指して、「今の日本の刑事裁判を大きく変える方法がある」とすれば、一つは陪審制度の導入であり、一つは法曹一元の導入であり、一つはアレイメント制度の導入であろうと、しかし、その三つともそれぞれ問題があって、そう簡単に実行できるものではないという趣旨のことを書いたことがあるのですが、……」と述べている。

する検察官からの指摘には、また違った重みと説得力があるように思われる。検察官の申立に基づく即決裁判手続の導入⁽⁴⁴⁾が現実のものとなってみると、なおさらのことである。

（二）公判供述の不安定さ

次に、後者の公判供述の不安定さについてみよう。亀山論文によれば、わが国の国民性として、他人、なかんずく対面する相手の感情を傷つけまいとする配慮が働く傾向の強いことは、かねてから指摘されているところであるが、実際に、公判において被告人に面と向かった証人の供述が著しく後退することの多いことは、実務上顕著な事実である。第一回公判前の証人尋問制度（改正前の刑訴法二二六～二二七条）が、制度自体に制約が多く、使い勝手が悪いなどの理由から活用されなかったのも実際上やむを得なかったことを併せ考えると、予審調査の不完全な代替手段とも観念される検察官調書（いわゆる二号書面）に依存する方向に実務が進んだことも、やむを得ないことであった。また、被告人の供述についても、現行刑訴法は、被告人に黙秘権を認めつつ、宣誓

⁽⁴⁴⁾ 刑訴法三五〇条の二～一四。この制度は、検察官が公訴提起と同時に即決裁判手続によることを申し立てた事件（短期一年以上の法定刑の事件を除く）につき、必要的弁護の下に、同手続による審理を行うか否かを決するための公判期日を開き、そこで被告人が有罪の答弁をし、かつ裁判所が当該事件を同手続で処理することを不可能又は不相当でないと判断した場合に、同手続で審判する旨の決定がされる。この決定がされた場合には、基本的に従前の簡易公判手続と同様の方式で証拠調べが行われ、体刑に関する必要的執行猶予という科刑制限、及び、事実誤認を理由とすることを許さないという上訴制限の存在を前提に、できる限り即日判決を言い渡さなければならない。概要、以上のような制度である。審理の方式は基本的に従前の簡易公判手続と同じであり、アレイメントのように事実審理を省略する効果を有するものではないから、書証中心主義の負担にあえぐ現在の捜査・公判の合理化・省力化にどこまで資するものか、疑問は否定し得ないところであるが、本文で指摘した問題意識に基づき、現行制度の中で、争いのある事件とない事件の手続にできるだけめりはりをつけようとの意図から導入された制度であることは、間違いない。川出敏裕「即決裁判手続の創設」現代刑事法六巻一―二号（二〇〇四年）参照。

なお、即決裁判手続は、平成一八年一月二七日までに施行されることが決まっている。

に基づかない任意の法廷供述に無制限に証拠能力を認めたため、俗に言えば、言いたい放題の状態となって、被告人の法廷供述一般の信用性を低下させることになった。その一方、自白調書は、比較的広範に証拠能力が認められているので⁽⁴⁴⁶⁾、証拠としての自白の重要性が不変である限り、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、むしろ当然の成り行きだったというのである。

純粋な解釈法学の観点からは、様々な批判が可能であろうが、刑事司法を一個の有機的なシステムとしてみる観点からは、上記指摘は正当なもののように思われる。今回の刑事司法改革において、起訴前の証人尋問手続制度が手直しされた⁽⁴⁴⁷⁾のも、上記の問題意識に基づくものであり、正当と評価すべきであろう。ただ、長年の懸案事項である二号書面や自白調書の扱いにつき、十分な議論が尽くされず、有効な改善策が打ち出されなかった⁽⁴⁴⁸⁾ことは、今後の大きな課題である。

⁽⁴⁴⁶⁾ 現行法三二二条等は、任意性を要件に自白調書に証拠能力を認めるが、伝聞法則との関係で理論的な疑問が残ることについて、例えば、前注45・松尾浩也「適正な刑事裁判について」(司法研修所論集一九九八-1)一八～一九頁。

⁽⁴⁴⁷⁾ 刑訴法二二七条。従前の条文から「圧迫を受け」の文言が削除され、要件が緩和された。

⁽⁴⁴⁸⁾ 立法に関与した有力な裁判実務家の解説によると、二号書面や自白調書の証拠能力は、裁判員が直接判断に関与することのない「訴訟手続に関する判断」(裁判員法六条二項二号)に含まれる。司法制度改革推進本部の下に設置された裁判員制度・刑事検討委員会での議論においては、違法収集証拠や自白の任意性に関する判断について、裁判員の関与を認めるべきとの意見も一部にあったが、これらの判断は専門性・技術性が高く、迅速性も求められる上に、裁判員制度の対象とならない事件でも判断が必要になる事柄であり、法的整合性が必要であるから、裁判員制度の対象となった事件のみを別異に扱う合理的理由はないなどとして反対する意見が大勢を占め、これらを裁判員の判断事項とはしないが、審理・評議に同席させた上、裁判官が必要と考えたときに意見を聴くことができるとすることに、意見が集約されたとのことである(池田修「解説・裁判員法」三三～三四頁)。

別稿を立てて論ずべき大きなテーマであるから、ここでは深入りしないが、現実の問題として、二号書面の特信性と信用性や、あるいは自白調書の任意性と信用性は、必ずしも截然と区別できるものではない。したがって、この点に関しても裁判員の判断事項とし、職業法曹が積み上げてきたテクニカルな判断基準や手法を一般市民の清新な感覚の前にさらすことによって、過度の書証中心主義を是正する効果を期待することも、立法技術として十分あり得たように思われる。

3 ラフな捜査・ラフな起訴が実現しなかった理由

亀山論文は、平野博士が提唱したような、「ラフな捜査・ラフな起訴」^(註49)が日本の刑事司法に実現しなかった理由を、次のように分析する^(註50)。

「ラフな捜査・ラフな起訴」は、現行法の制定当時ある程度予想された刑事司法の在り方であるし、このような運用には、それなりに十分なメリットもある。しかし、捜査官・公訴官にあっては、伝統的に、真犯人と確信できるものを特定し、起訴して、有罪判決を獲得することを使命にしてきたのであって、そこでは精密捜査・厳格起訴が当然のこととされてきた。このような慣行・感覚は、効率を追求すべき組織として当然の受け止め方であるし、起訴権限を行使する検察官個人にとって当然の職業倫理でもある。

加えて、「ラフな捜査・ラフな起訴」実現のためには、克服すべき大きな障害が少なくとも二つある。一つは、システムの効率性の問題である。刑事司法システムの目的は、処罰すべき犯罪者を的確に選別し、速やかに処罰することにあるところ、その効率性は、目的達成のための社会的コストをいかに低く抑さえつつ、上記目的を最大限に達成するかによって計られる。要するに、捜査段階の選別と裁判段階の選別のどちらに重点を置くかということであり、これは究極的には政策マターであるが、効率性の観点だけから見ると、前者の方が明らかに社会的コストが低い^(註51)。

^(註49) 亀山論文で用いられている言葉であるが、いい加減な捜査、いい加減な起訴という意味ではもちろんない。同論文の言葉を借りれば、「被疑者の糾問を最小限に押さえ、大づかみな捜査で心証をとった上で、限界事例は裁判所の判断にゆだねるという感じで大胆に起訴をするという捜査・処理のあり方」（同論文・前掲書九頁）を指す言葉である。

平野博士が提唱した「あっさり捜査、大らかな起訴」と同義とみてよいであろう。

^(註50) 亀山論文・前掲書九～一頁。

^(註51) 亀山論文・前掲書一〇頁。

まことににそのとおりであり、その意味では、よく訓練され、統制の利いた捜査機関により綿密な捜査を遂げた上、プロの検察官に証拠評価のみならず、刑事政策的な観点からの吟味をも委ねて、起訴・不起訴を決する現行刑事司法の運用は、捜査段階での選別に最大限に重点を置いた運用ということができる。効率性ないし社会的コストの観点からは、「最も安上がりな刑事司法」といえるであろう。

もう一つは、ラフな起訴ないし無罪率の上昇を一般的庶民感覚が許容するかという問題である。起訴便宜主義が受容され、執行猶予制度の大幅な活用が是認されている背景には、人を裁判にかけ、刑罰を科するのは、極力回避したい最後の手段であるという普遍的感觉があるように思われる。それだけに、起訴は、一般に有罪宣告に近い重いものとして受け取られ、反面、無罪判決が出たときの公訴提起に対する非難も、あるべからざる過誤として非常に厳しいものがある。

これらの問題点を総合すると、精密な捜査に基づく高度の心証を要件として、公訴提起権限を有罪判決請求権の行使として厳格に運用するというやり方は、むしろシステムの要請からくる当然の帰結であり、これを異なる方向に向けるためには、よほど明確で強力な法制度上の指示⁽¹⁵²⁾が必要だったと思われる。

以上の指摘も、筆者には、非常にまっとうなものに思われる。刑事訴訟法の解釈には、基本的な原理を見失わず、解釈の振れ幅を最小限に保つための演繹的・モデル的な手法が大切であることはもちろんだが、それと同時に、有機的に関連する諸要因をベクトル化し、その総和がどこに向かうかという観点から分析する、帰納的・システム論的な手法も、負けず劣らず重要なのではないか。その意味でいうと、例えば、井上正仁教授が、前記井上論文の中で、平野論文は必ずしも刑事裁判実務の在り方をトータルに否定したのではなく、公判中心主義を中核とする年来のビジョンに実務が付いてこなかったことに対する研究者としての慨嘆を、「絶望」という言葉で表現したものではないかと指摘しておられる⁽¹⁵³⁾ことに、注目すべきである。筆者には、平野論文と亀山論文は、一見、対極的なアプローチと相反する現行刑事司法への評価を有するもののように見えながら、実質的にはそれほど変わらないものを見据えていたよう

⁽¹⁵²⁾ 亀山論文・前掲書一一頁。ここでいう「よほど明確で強力な法制度上の指示」とは、例えば起訴法定主義（全面的なものか、部分的なものかは別にして）の明文化などが想定されているものと考えられる。

⁽¹⁵³⁾ 井上論文・前掲書九七～九八頁。

に思われるのである。

4 書証中心主義の必然性

上述の検討をもとに、亀山論文は、次のようにいう。「このように見てくると、戦後の混乱期における大量の事件を弱体化された捜査機能で適正迅速に処理する（精密な捜査を遂げた上、厳格な起訴をし、公訴を維持する）ためには、調書に依存することが諸条件に照らしてほとんど唯一の方法であったと考えられ、書証中心主義という現在の実務の運用は必然のものという感が深い。」「このような運用は、検察が主導した形を取っているとはいえ、もちろん、検察のみで形成されたわけではなく、他の関係者の対応も与って力があつたことはいうまでもない。」「これを弁護人の側から見ると、捜査段階の調書以外に攻撃防御の材料がない場合が通常であること、法廷での勝負に不慣れであつたこと等から、すべては調書を見てから、反対尋問でさえ主尋問の記録を見てからということになり、公判調書を含め、調書中心にならざるを得なかつた。また、一般の弁護士の執務形態が集中審理に堪えうるものでなかつたことも実際問題として大きい。」「一方、裁判所の対応も、当初は旧刑訴的な調書中心の審理に慣れた裁判官が多かつたこと、公判供述の不安定さからくる心証の取り難さ、上級審への顧慮、記録に残らない心証形成の不安等からやはり調書重視の傾向が強かつた。」^(註54)

少しでも実務の実情を知る者ならば、上記指摘を否定するわけにはいかないであろう。亀山論文は、現行刑事訴訟の分析に費やしたその前半部分を、次のような言葉で締めくくっている。「結局、新刑訴は、直接主義・口頭主義の真実発見機能を重視したが、これを過信したために、この機能を担保し、強化すべきデバイスについての配慮に足りないところがあつたため、大量の事件を迅

^(註54) 亀山論文・前掲書一一頁。

速適正に処理するというシステム本来の目的からくる要請に押され、自ら変質せざるを得なかったということができよう。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。」^(註56)

六 評価と処方箋 一 亀山論文に沿って一

1 現行刑事司法制度の問題点

それを「病理現象」^(註56)とみるか、「生理現象」^(註57)とみるかは別にして、一九九〇年代の刑事司法改革論議を通じ、現行刑事司法制度が客観的にどのような特徴を有するものであるかについては、ほぼ共通認識が形成されていたように思われる。再度確認すると、そこで指摘されていたのは、取調べという捜査手法に重点を置いた綿密な捜査、高度の嫌疑を前提とした起訴便宜主義の運用、真実性の担保手段を欠くことなどからくる公判供述の不安定さ、そして、これらと裏表の関係にある、圧倒的に書証に依存した公判立証等である。

このような現行刑事司法の在り方に対しては、興味深いことに、公判の結果

^(註56) 亀山論文・前掲書一二頁。

^(註56) 程度・表現の差こそあれ、このような認識を示すものとして、平野論文のほか、毛利与一「奇形の定着—新刑訴の四半世紀」自由と正義二四巻二号二頁、三井誠「刑事訴訟法施行三〇年と『検察官司法』」別冊判例タイムズ七号・刑事訴訟法の理論と実務（一九八〇年）、座談会「刑事裁判の実態」自由と正義三八巻二号、下村幸雄「刑事裁判はこのままでいいか」小野慶二判事退官記念論文集・刑事裁判の現代的展開（一九八八年）、石松竹雄「わが国の刑事被告人は、裁判官による裁判を本当に受けているのか」法学セミナー四二二三号（一九九〇年）などがある。

^(註57) 河上和雄「日本的刑事訴訟の特色 一検察の立場から一」（前注5）、中山善房「日本の刑事訴訟の特色 一裁判の立場から一」（同）、土本武司「もう一つの診断 一わが刑事司法は“病的”か一」研修四九二号（前注40）、古田佑紀「日本の刑事司法の特色 一検察の立場から一」（同）、さらには本文掲記の石井論文も、このような認識の系譜に連なるものといえよう。

だけを見れば、圧倒的な有罪率を誇り、いわば「独り勝ち」の状態にある検察実務の立場からも、改善の必要性が指摘されていた。再度、亀山論文をみてみよう。同論文は、「現在の刑事司法システムの運用は、戦後五〇年の混乱と激動を切り抜け、日本を世界一安全な社会にすることに大きく寄与してきたものであって、高く評価されるべきもの」であるが、他方、「このような現状は、比喩的に言うと、検察の主導のもとに、新刑訴体制をできる限り旧刑訴的に運用することによって得られたものということができ」、ここに至って「無視し得ない歪みを各所に生じさせている」という^(註58)。

「無視し得ない歪み」として、まず挙げられるのは、公判審理の形骸化である。同論文は、次のようにいう。「公判段階について常に指摘されるのは、書証の取調べが中心となることによる公判審理の形骸化であり、検察側からいえば、調書の字句等をあげつらういわゆる『精密司法』の出現ということになる。このような現象は、捜査において調書に頼らざるを得ないところに根本的問題があるのであり、既に指摘した諸要因による半ば必然的なものであったとはいえ、結果として、直接主義・口頭主義を衰弱させ、新刑訴の理念を後退させていることは否めない事実である。」^(註59) ただ、亀山（元）検事の認識は、「このような公判審理の形骸化は、どちらかといえば結果であり、それ以前に、捜査・処理の過程に根本的な問題があるように思われる。」^(註60) というものであって、検察実務家らしく、同論文の記述は、警察との関係を中心としたある種の検察官論（検察の位置づけの問題）へと進んでいく。

まず捜査権限の行使についていえば、捜査の主宰者・最終責任者が警察か、検察かという点を含めて、検察官の捜査権の在り方が曖昧なまま残されたため、ともすれば、「検察が警察と同様の捜査機関として行動することによって、検

^(註58) 亀山論文・前掲書一三頁。

^(註59) 亀山論文・前掲書一三頁。

^(註60) 亀山論文・前掲書一三頁。

察と警察の間は、同じ目的のために協力するという協同関係のみが前面に出るため、捜査内容の妥当さについては厳しくチェックするものの、検察官が手続の適正という観点から捜査過程をチェックするという緊張関係が希薄にならざるを得ず、捜査過程の適正の担保という観点から問題を残すこととなっている」^(註61)。次に公訴権の行使についていえば、精密な捜査に基づく厳格な起訴という慣行の下、公訴権限が、従来どおり有罪判決請求権として運用されてきたことは、既に指摘した諸要因の下では、むしろ当然の選択ともいえるものであったが、「その結果として、精密な捜査に基づく厳格な起訴が追求されるあまり、無罪を回避しようとする傾向が過度に強くなり、そのために処理のゆがみを生じさせている傾きがあることは否定できない。」「過度の無罪回避性向は、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。有罪・無罪にかかわらず、法的あるいは社会的に重大な関心が集まり、裁判所の公的判断が期待され、ないしは示されるのが望ましい事件は決して少なくない。このような事件が無罪回避性向のために全く起訴されないこととなると、裁判の機能の弱体化を招き、公判の不活性化に拍車をかける結果となる。」^(註62)、以上のようにいうのである。専ら捜査・公訴提起の在り方に重点を置き、検察実務の観点から光を当てた分析であるが、その率直で平明な指摘は、現行刑事司法制度の問題点を見事に浮き彫りにしている。

2 三つの方向性

亀山論文は、上記のような現状認識を前提に、刑事司法システム再編成のた

^(註61) 亀山論文・前掲書一四～一五頁。

^(註62) 亀山論文・前掲書一五～一六頁。

なお、同論文は、本文で触れた無罪回避性向につき、「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をする等のケースが目立つとの指摘があることも、このような弊の存在を示している。」(亀山論文・前掲書一五頁)と述べる。裁判実務と検察実務の両方の経験を有する高名な実務家の言として、重く受け取るべきであろう。

めの処方箋として、次の三つの方向性が考えられるとする。

（一）陪審制度の採用

現行刑事訴訟法が、大陸法的な糾問的捜査構造に英米法的な当事者主義的公判構造を接ぎ木した性格を有するものであることは、つとに指摘されてきたところであるが⁽⁴⁶³⁾、訴因制度、起訴状一本主義、当事者訴訟遂行主義、二重の危険の法理等、日本国憲法及び現行刑事訴訟法に採り入れられた英米法的な原理を貫徹し、公判中心主義の刑事司法を実現するには、事実認定を陪審に委ねるのが最も簡明かつ効果的であることは、大方の論者の同意するところであろう。一般市民である陪審が事実認定にあたるということは、細かな語句の突き合わせや論理整合性の検討作業を事実認定者に強いる書証の使用を最小限にとどめることを必然的に要請する。それと同時に、詳細な理由を付した大部な判決書を起案する作業が裁判から放逐されることをも意味する。少なくとも刑事司法改革論議の中で誰もがモデル的に想定し、論じていた米国流の陪審裁判は、集中的な人証調べによって一気に心証を形成し、その印象が薄れないうちに結論だけ言い渡して、その場で解散する、そのようなやり方を宿命づけられた裁判なのである。訴因制度も、起訴状一本主義も、そして証拠の中身を知る当事者に訴訟遂行のイニシャティブを与え、訴訟の主宰者たる裁判官については、陪審の目に触れる可能性のある証拠の許容性の問題や、フェアな手続が守られているかどうかの判断だけに専念させる米国流の当事者訴訟遂行主義も、すべてこのような陪審裁判を機能させるための道具立てだといってもよいであろう。したがって、デメリットの点には目をつぶり、とにかくにも直接主義・口頭

⁽⁴⁶³⁾ 例えば、大久保太郎（元）判事は、「わが刑事訴訟法は、大陸法系の裁判所が職権主義的に行っている審理の内容を、英米法系の裁判所の当事者に主導権を与えた審理の方式のもとで行おうとしているもの」であって、このことに、一部の否認事件の審理が異常に長期化する根本原因があると指摘する。同「司法制度改革審議会の審議に寄せて（続） 一刑事訴訟制度の観点から一」判例時報一七〇七号三五頁。

主義を貫徹した公判中心の刑事司法制度を実現せよというのであるならば、陪審制度を採用することが、最も手っ取り早い方法と思われる。亀山論文は、次のようにいう。「新刑訴の理念を貫き、公判中心主義を貫徹するという方向での立法論としてもっとも素直でかつ効果的と思われるのは、筆者の年来の主張でもある陪審制度の復活である。新刑訴は、何といても陪審による裁判を基礎とする英米法の手続を下敷きとしているのであり、新刑訴を借り着でない手続として定着させるには、陪審制度を経験し、通過することがもっとも効果的であると思われる。」^(註64)

刑事訴訟法は、理論と実務が最も乖離した法分野といわれる。そのことから分かるとおり、従前、ともすれば、英米法化の徹底を主張する学説と、大陸法的な運用を手放さない実務という図式的な構図でイメージされがちであったように思われる。実際、刑事司法の現状に強い危機感を抱く学説及び弁護実務においては、取調べ中心主義と調書裁判に墮した日本の刑事司法は「絶望的」であり、事実認定者を取り替えることにより、すなわち陪審の採用により、手続全体のコペルニクス的転換を図るしかないとの認識が、かなりの範囲で共有されていたものと考えられる^(註65)。その一方で、理論家で聞こえた有力な検察実務家が、英米法化（正確には、米国法化であろうが）を徹底して現行刑事司法の歪みをただす方策として、陪審制度の採用を「年来の主張」としていたことに、注目しなければならない。現行刑事司法の姿を正しく見据え、そこから生じる構造的な歪みを法律家として冷静に分析するならば、立場は違えど、同じ処方箋に行き着くことを示すものというべきであろう。

ただし、その一方で、陪審制度が多大な社会的コストを伴う、効率の面からいえば、およそ効率的とはいえない司法制度であることも、否定しがたい事実

^(註64) 亀山論文・前掲書一七頁。

^(註65) 明確に陪審制度の採用を主張してきた研究者として、例えば、大出良知教授、鉦越滋弘教授、丸田隆教授、指宿信教授が、弁護実務家として、四宮啓弁護士、西村健弁護士の名氏が、それぞれ挙げられよう。

である。亀山論文は、上記のとおり、陪審制度の採用が最も効果的であるとしつつも、それに引き続き、「陪審制度は、制度維持のための費用や関係者の負担という社会的コストの面においても、事実認定の不安定性という面においても決して効率的な制度とは言い難い。」「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（有罪の方向にも、無罪の方向にも）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。」⁽¹⁶⁶⁾ と、まるで、裁判員制度の導入で一応の決着をみた、今回の刑事司法改革論議の行く末を見通していたかのような記述をしている⁽¹⁶⁷⁾。正直に告白すれば、筆者も、大陸法に英米法を接ぎ木したかのような中途半端な訴訟法の構造を解消し、英米法化を貫徹するという理論的な観点から、また、学説・弁護実務が、現行刑事訴訟を「絶望的」と評したくなるのも無理からぬ一面があるという心情的な観点から、時として、陪審制度の導入が正しい方策ではないかと思うことがある。しかし、そこで最後に二の足をふませるのは、理論的な興味のために、あるいは自分の改革衝動を満足させるために、陪審制度という莫大な社会的コストに耐えることを、おそらくは刑事司法にさしたる興味もないであろう大多数の国民に強いていいのか、その一点である。上記亀山論文の指摘は、刑事司法制度を実際に運用し、制度の長短や各制度に伴う社会的コストの大小を実感として知る検察実務家の手によるものであり、その意味で、「国民の司法参加」という時として政治的な色彩を帯びる観点から論じられる陪審論とは、また違った重みがあるように思われるのである。

⁽¹⁶⁶⁾ 亀山論文・前掲書一七頁。

⁽¹⁶⁷⁾ なお、石井一正（元）判事（現関西大学法科大学院教授）は、裁判員制度につき、「表現が適切かどうかは別として、『程よい折り合い』とっていえなくもない」と評している。同「刑事司法大改革の時代」現代刑事法六巻一―二号（二〇〇四年）三頁。

(二) 旧刑訴への回帰

次に亀山論文があげるのは、「旧刑訴への回帰」という方向性である。重要な示唆が含まれているので、該当部分を全部引用する。

「一方、現在までの運用の流れを尊重する方向をとるのであるならば、旧刑訴的な制度（予審を復活させないとすれば、応急措置法的な制度）を現代化した手続を考えるのがもっとも効果的であるように思われる。最近の解釈運用の流れや改正の議論の多くは、皮肉なことに、無意識のうちに旧刑訴への回帰を示している。書証ないし書証間の整合性の重視の傾向、全面的証拠開示の要請、再審事由の拡大、捜査過程の可視化の要請、公訴権濫用論の制度化等もこの方向でならば比較的無理なく、かつ、国民性に合った形で解決できるように思われるのである。」^(註68)

改革前夜、学説・弁護実務にとって刑事裁判が「絶望的」に思われ、弁護士の刑事離れが囁かれたころ、一部では、「これなら旧刑訴の方がましだった。」という半ば諦めの声が聞かれたと仄聞する。そこでいう「旧刑訴の方がまし」とは、何を意味するのか。予審の存在を捨象して簡単に言えば、旧刑訴においては、捜査と公判が連続する構造が採られ、捜査書類がいわゆる一件記録として裁判所に引き継がれていた。いうまでもなく、そこには「嫌疑の引き継ぎ」の危険性があり、現行法は、起訴状一本主義等の採用により捜査と公判を分断し^(註69)、公判では当事者訴訟遂行主義をとることによって、このような構造を改めだ。しかし、その結果、公判に提出される証拠の選択は、皮肉なことに、形式論理上、公判ではあくまで一方当事者に過ぎない検察官に、事実上委ねられることになった^(註70)。そのことが、被告人・弁護人に、彼我的圧倒的な物量

^(註68) 亀山論文・前掲書一八頁。

^(註69) 松尾浩也博士は、現行刑訴法制定過程の研究結果をふまえ、当時の改革の中心は、一言で言えば、公判を捜査から切断する努力であったと述べておられる。同「適正な刑事裁判について」(司法研修所論集一九八八・I)五頁。

^(註70) このような形式論理から生じる矛盾を克服するため、例えば学説が検察官の客観義

差を実感させ、捜査段階の調書の一字一句を攻撃する、直接主義・口頭主義の理念に照らせば決して正攻法とはいえない法廷戦術を採ることを余儀なくさせた。また、訴訟指揮をする裁判所にとっても、「こんな証拠があるはずだ」、「いや存在しない」との証拠開示を巡る押し問答を、限られた情報量に基づき苦慮しつつ裁定しながら、その一方で、事実認定者である自分は果たして事件の全体像（とりわけ無罪方向の証拠）がどこまで見えているのだろうかという疑心暗鬼を抱えたまま、判決という名の最終判断を迫られてきた面があったように思われる。このような、現行法の定着に伴い徐々に明らかになってきた、捜査と公判のねじれ現象は、少なくとも理論上は、旧刑訴的な運用においては起こらなかったはずである。そこでは、一件記録が裁判所に引き継がれるのだから、嫌疑も引き継がれるかも知れないが、同時に、無罪方向の証拠も引き継がれる。したがって、被告人の立場からすれば、事実認定者である裁判官が、嫌疑に先入観を抱くことなく、虚心坦懐にすべての証拠を検討してくれれば、無罪方向で証拠を組み立てる可能性が発見されることも、また期待できたのである。「旧刑訴の方がましだった。」とは、このことを指しての言葉であったと思われる。

ちなみに、あまり意識されていないことであるが、わが国の現行刑事司法制度の中で、上記のような一件記録引き継ぎ方式を採るのは、少年保護事件である。少年事件は、職権主義構造を採る非訟事件であるため、審判手続に当事者なるものは存在しない。したがって、非行事実の立証に成功するかどうかという観点から、訴追の有無を決めたり、証拠を取捨選択した上で裁判所に提出する、刑事手続における検察官の機能を果たす者がいない。それどころか、保護

務を強調し、あるいは、判例（最二小決昭和四四年四月二五日刑集二三巻四号二四八頁）が裁判所の訴訟指揮権に基づく個別の証拠開示を命じるなどの工夫をしてきたが、必ずしも十分な効果をあげるには至らず、今回の刑事司法改革論議でもこの点が主要な論点の一つとなって、新たな証拠開示制度（刑訴法三一六条の一四以下）の創設に至ったことは、周知のとおりである。

主義の理念の下、全件送致主義（少年法四一条、四二条）が採られているので、捜査の結果、犯罪の嫌疑があると思われるものは、検察官のスクリーニングを経ることなく、すべて家庭裁判所に送致されてくる。このような構造の下では、非行事実が存在するようにみえても、一件記録を精査すると、むしろ少年の弁解を裏付ける方向の資料が含まれていることも少なくない。結果的に非行事実が認定されるか否かは別にして、捜査を遂げた全結果としての一件記録は、検察官が戦略的に取捨選択し、整然と整理した上で出してくる結果としての公判記録とは、随分趣を異にするものだというのが、筆者の偽らざる実務感覚である。

少年事件は別として、刑事訴訟法学の伝統的な議論の枠組みの中に話を戻しても、旧刑訴を、参審制を採るドイツの手続構造に擬して論じることは、許されるであろう。周知のとおり、ドイツの刑事司法は、起訴法定主義を採用した上、捜査の結果である一件記録を裁判所に引き継ぎ、直接主義の公判を主宰するため（訴訟指揮のため）という名目で、裁判長にこれを事前に検討することを事実上許容する。したがって、嫌疑が引き継がれる危険性は否定できず、また、裁判長と参審員（及び陪席裁判官）の間の情報量の差も否定できないから、これらの点に対する批判も根強く存在するといわれている。しかし、その一方で、ドイツのように、起訴法定主義を前提に、一件記録引き継ぎ方式を採った上で、法廷で直接取り調べられた人証を中心に心証形成するというやり方を採れば、捜査権限・訴追権限の行使の在り方に関する諸論点（捜査の可視化、公訴権濫用論、証拠開示等）を巡る対立を回避した上で、書証というプロダクト（成果物）に表された綿密な捜査の結果をふまえつつ、直接主義の理念を守って事実認定をすることが可能になるのも、また事実なのである。

そして、旧刑訴の時代から、現行刑事司法の基盤となってきたのが、大陸法（とりわけドイツ法）系の制度であることは、紛れもない事実である。戦後、ここに英米法（とりわけアメリカ法）的な制度を接ぎ木したために、ある種の

ねじれ現象が起こって、その歪みが無視し得ない状況に至ったとするならば、それを正す方策として、戦前への回帰と擲揄され、批判されようとも、後から入ってきたアメリカ法的なものを修正し、基盤にあるドイツ法的なものの徹底を図るべしとの言説が出てくるのは、ある意味で自然なことであつたらう。上記ねじれ現象がドイツ法的なものと同アメリカ法的なものとの混淆から生じているとするならば、少なくとも論理的には、ねじれを正すには、陪審制度を採用してアメリカ法化を徹底するか（前記（一）参照）、まづたく正反対に、旧刑訴の時代から一貫して存在したドイツ法的なものを徹底するか、そのどちらかしかない。しかも、アメリカ法的なものがすべて進歩的であるとか、ドイツ法的なものが普遍的に正しいとか、そのようなことは誰にもいえないはずであるから（少なくとも筆者は、そう考えている）、アメリカ法化もドイツ法化も選択肢としては等価値なものとして扱うほかない。そのような意味において、一見、違和感を感じさせる「旧刑訴への回帰」というテーゼを掲げた亀山論文は、実は非常に論理的であるし、刑事司法システム全体に対する深く有機的な理解に裏付けられている点で、まさしく卓見だつたと思うのである。

（三）現行制度を基礎とした手直し

陪審の採用による英米法化の徹底（前記（一））、及び、旧刑訴的な制度を現代的にリメイクすることによる大陸法化（同（二））の徹底のいずれもが難しければ、最後に考えられるのは、改革論議当時、制定後約五〇年を経て実務に定着した「日本の刑事司法」を基礎として、これに全面的な手直しを加えるという、実現可能性の点では最も高い、いわば最も現実的な第三の道であつた⁽⁴⁷⁷⁾。

⁽⁴⁷⁷⁾ なお、「わが現行刑事訴訟法は、施行後五〇年を経て実務に定着し、訴訟の促進のために改善すべき点は多々蔵するとはいえ、無実の者を罰してはならず、罪ある者を逃してはならないという法の基本的機能の点において、今日のわが国社会の政治的情勢をも考えるならば、今や押すにも押せない、引くにも引けない均衡状況に立っており、この均衡を崩すような法の改変は、實際上不可能である」（大久保太郎「司

従前から、刑事司法全体を一個の有機的システムとして理解する傾向の強い論者においては、接見指定に関する一般指定書の廃止を良き先例として、協議により運用改善の努力を地道に積み重ねることが大切であり、さしあたっては、被疑者の国選弁護制度、起訴後の保釈の問題などから手をつけるべきではないかとの指摘があった^(註72)。あるいは、現行制度改善のための現実的施策としては、大きく分けて、(A) 捜査弁護の強化・充実と (B) 調書利用の制限・厳格化が考えられ、前者については、被疑者国選弁護の段階的導入、法律扶助の拡大、公設弁護人制度、接見交通の緩和・自由化、証拠開示の拡充などが、後者については、争いのある事件とない事件の手続峻別、自白の任意性判断の厳格化、取調状況の可視化、二号書面の特信性判断の厳格化などが、それぞれ課題として挙げられると説く論者がいた^(註73)。

亀山論文が、考えられる三つの方向性の最後に挙げたのは、犯罪被害者の観 points の導入や、取調べと供述調書に代替すべき供述証拠確保手段にまで触れ、さらには、実体刑罰法規との関係や検察審査会の権限強化にまで踏み込んだ、現行制度の全面改装ともいうべき大幅な手直し論である。以下、その内容をやや詳しくみていこう。

(1) 公判の活性化

同論文は、まず公判活性化の方策として、① 争いのある事件とない事件の

法制度改革審議会の審議に寄せて 一刑事訴訟制度の観点から一 判例時報一六七八号三六頁)との認識の下、確かに、一部の重大事件が異常に長期化して国民の信頼を失わせている病理現象は存在するが、それは専ら弁護サイドの問題によるものであって、連日開廷に耐えうる弁護態勢の整備、訴訟進行協力義務の法定化、公判期日指定に対する即時抗告制度の整備、訴訟指揮権の明確化等によって対応し得るとし、「現在の職業裁判官だけによる裁判の制度が、今後も、所要の改善を加えつつ、肅々として維持されることが正しい道」(同四〇頁)と結論づける意見も存在した(同じ論者による「司法制度改革審議会の審議に寄せて(続) 一刑事訴訟制度の観点から一 判例時報一七〇七号三四頁以下・前注63も同旨)。しかし、このような意見が、司法改革論議の中で多数の支持を集めることはなかった。

^(註72) 松尾浩也「刑事訴訟の日本的特色 一いわゆるモデル論とも関連して一」法曹時報四六巻七号二七～二八頁。

^(註73) 井上論文(前注24)・前掲書一一二頁以下。

手続の選別、② 被告人の公判供述の宣誓証言化、起訴前の証人尋問制度の活用、偽証罪適用の活発化等による公判供述の信頼性確保、③ 迅速裁判への協力義務明記、公設弁護人制度の創設等による集中審理に耐えうる弁護態勢の確立、④ 付帯私訴制度の復活等による被害者の立場の公判への導入⁽¹²⁷⁴⁾の四つを挙げる。

同論文の基本的認識は、新刑訴派が挫折し、再び調書中心の審理となったことについては、前述したそれなりの理由（前項四2、4参照）があったのだから、公判中心主義の刑事司法は、単に書証の証拠能力を見直し、調書の使用を制限するだけでは実現しない。まず、調書作成の必要のない争いのない事件については、思い切った手続の簡略化をして、「捜査すなわち調書の作成という惰性を断ち切る必要がある」⁽¹²⁷⁵⁾。その一方で、被告人尋問を宣誓供述化した上で偽証罪を有効活用するなどし、公判廷における、亀山（元）検事いうところの「言いたい放題」⁽¹²⁷⁶⁾の状態を改めなければならない。集中審理に耐えうる弁護態勢の確立も必要である。以上のようなものである。

アレインメント（類似の制度を含む）の導入や弁護態勢確立の必要性は、従前から学説によっても指摘されてきたが、亀山論文においては、書証使用の制限（上記①）と公判供述の信頼性確保（同②）がいわばセットとして扱われていることが、注目に値する。これは、例えば単に自白の任意性判断を厳格化せよとか、二号書面の特信性判断を厳格化せよとかいってみても、捜査・公判のいずれかの段階で供述証拠を確保しなければ、検挙・立件が不可能な犯罪類型が厳として存在する以上、国民の安全・社会の安寧を守るべき捜査・訴追機関

⁽¹²⁷⁴⁾ 本稿では構成の関係上、犯罪被害者に関する制度・立法の動きについて触れることはできなかったが、二〇〇〇年に犯罪被害者保護法が、二〇〇四年に犯罪被害者基本法がそれぞれ成立し、二〇〇五年現在、政府内で犯罪被害者等基本計画の策定作業が進められ、犯罪被害者の権利の一層の拡充が議論されている。

このような急激な動きを改めて追ってみると、この点についても、亀山論文は慧眼であったというべきであろう。

⁽¹²⁷⁵⁾ 亀山論文・前掲書一九頁。

⁽¹²⁷⁶⁾ 亀山論文・前掲書九頁。

としては、現在の自白調書・検面調書に代替する立証手段が用意されない限り、おいそれと乗れる話ではないし、仮に乗ったとしても刑事司法システムが健全に機能するものではないとの認識を、端的に表したものとみてよいであろう^(註77)。そして、筆者は、このような認識を基本的にやむを得ないものだと考えている。確かに、自白の任意性判断や二号書面の特信性判断については、従来の判例・実務の基準は緩やかに過ぎた面があり、その点は批判されるべきであるし、反省すべき点は胸に手を当てて反省すべきである。ただ、現行刑事司法システムの他の部分をそのままに、自白の任意性判断や二号書面の特信性判断の判断だけを単純に厳格化すればどうなるか。無罪率は上がるかも知れないが、その一方で、ある種の犯罪類型において、現在検挙・立件されているうちの幾ばくかのものが処罰を免れることになり、ふだん額に汗して働き、ひとたび事件が起これば刑事司法に真実の解明を素朴に期待する善良な人々の間に、別種のフラストレーションをもたらすことも、おそらく間違いないところであろう。手続的な正義を守るためならば、それでもやむを得ないとの社会的合意が成立しているならば話は別であるが、一般市民が刑事司法に対して有する真実発見への強い期待を肌で感じる実務の立場からすると、適切な代替立証手段の用意なしに、モデル論的な刑事訴訟法の理想を説く学説ににわかに賛同し切れないのも、否定できない事実なのである。

(2) 精密司法のモデルチェンジ

亀山論文は、公訴という苛酷な負担を人に負わせることを職務とする以上、有罪の確信を基準とする現在の起訴慣行を内在的に変えることは不可能であり、また適当でもないと同前置きした上、最も問題となる被疑者取調べ・自白の追求

^(註77) 亀山論文は、その末尾において、法改正を論じる際に最も注意が必要なことは、「対立し、競合する種々の社会的要請のバランスをとる」ことであって、「このバランスを失った立法は、システムに内在する復元力のために、その運用において当初の意図を裏切られることになるというのが、新刑訴の運用の歴史の教訓」であると述べている（同論文前掲書二四頁）。全く同感である。

という捜査手法につき、現時点での社会的諸条件を考えれば、これらを全面的に回避すべきであり、かつ、それが可能だと考えるのはあまりに非現実的だとする。(A)できる限り自白に頼らなくて済む枠組みの設定と、(B)自白追求・獲得過程の適正担保の強化を考えるのが、現実的だというのである。これは、「綿密な捜査と慎重な起訴」を特徴とする精密司法を基本的にはとしつつ、精密さを生み出す捜査の在り方や捜査手法を見直すことによって、いわばモデルチェンジを図ろうとするものと理解できるであろう。

そして、同論文は、前者（上記(A)）については、実体法及び手続法の両面にわたる大幅な手直しが不可欠だとし、責任主義への顧慮から事実認定手続に加重の負担がかかっているのを改めるべきとの問題意識から、実体法上の論点としては、犯罪構成要件の客観化の観点からの再編成、推定規定の整備、法人の犯罪行為に関する規定の整備等の必要性を指摘する。また、時代の変化に応じて捜査機能を強化すべきとの問題意識から、手続法上の論点としては、バーゲン（司法取引）やイミュニティ（免責証言制度）の導入、物証収集規定の整備、大陪審機能の強化、起訴前勾留期間の延伸、検察官の参考人喚問権等を挙げる。他方、後者（同(B)）については、取調状況のビデオ化、被疑者取調べへの弁護人の立会い（それに必然的に伴う被疑者国選弁護制度）等、捜査の可視化推進の観点からの方策が、いずれ立法の検討課題となるだろうと指摘する^(註78)。

上記の諸論点については、それぞれ賛否両論が激しく対立するところであろう。しかし、ここで取り上げたいのは、そのような各論の議論ではない。注目すべきは、少なくとも公式には検察庁・法務省が最も堅い対応をする、おそらく最も触れたくないであろう、「取調状況のビデオ化、被疑者取調べへの弁護人の立会い」という論点について、いずれ立法の検討課題となろうとのフェア

^(註78) 亀山論文・前掲書二〇～二二頁。

な認識を示す検察実務家をもってして、仮に、現行法を前提に、できる限り自由に頼らなくて済む枠組みを設定せよといわれたならば、犯罪構成要件の客観化から司法取引、免責証言制度の導入に至るまで、上記に列挙した程度の道具立てがなければ、実現は困難であるとの認識が暗に示されていることである。別の言い方をすれば、このような代替手段を講じることなしに、単に取調べをするな、自白追求をやめよというのであれば、現行システムの精密さにははや維持できず、ある種のラフ・ジャスティスで満足するしかないということであろう。ちなみに、筆者は、上記列挙された論点に無条件で賛成するものではない。例えば、主観的要件の推定規定を整備するに際しては、これまで犯罪論が当然の前提としてきた責任主義との関係が詰めて議論されなければならないであろうし、司法取引や免責証言制度については、個人的には賛成であるものの、現段階においては、廉潔性を保持した上での真実解明に強く傾斜するわが国の司法文化⁽¹²⁷⁹⁾に照らし、国民の理解がはたして得られるか、仮に導入したとしても、かえって国民の司法に対する信頼を損なうのではないかとの危惧を拭いきれない。ましていわんや、起訴前勾留期間の延伸となると、直ちに賛成しかねるものであることは、いうまでもない⁽¹²⁸⁰⁾。しかし、これまで刑事司法制度上の論点につき、論点相互の有機的関連に十分意が払われず、かくあるべしと想定された演繹的・体系的モデルから、「これはよし、あれはだめ」と個々に分断して論じられてきた傾きはなかったか、そのことは問いかねられる必要がある。その意味で、亀山論文が列挙する上記の諸論点は、一国の刑事司法を有機的・全体的なシステムとして考えるに際し、好個の題材を提供しているというべきであろう。

⁽¹²⁷⁹⁾ 佐々木知子「日本の司法文化」文春新書等参照。

⁽¹²⁸⁰⁾ ただし、学説及び弁護実務の理解と異なり、現場で捜査に従事する検察官の多くは、比較法的にみて、日本の起訴前勾留期間は、限定された短いものであるとの認識を持っていることは、事実として知っておかねばなるまい。古田佑紀「日本の刑事司法の特色－検察の立場から」(前注40)前掲書六～八頁等参照。

（3）検察官の在り方と訴追裁量

現行刑事司法制度の最大のキーパーソンである検察官の在り方と、営々と築き上げられてきた精密司法の本丸と目される起訴便宜主義の運用につき、亀山論文は、次のようにいう^(註81)。

検察官は、純粋な意味での捜査機関ではなく、また、単なる公訴提起・遂行を職責とする機関でもない。「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である。このような立場からは、例えば、適正手続の要請は、警察にとっては、職務遂行上尊重・遵守すべき職務規範にとどまるが、検察官にとっては、その実現が実体法の適正な実現と並ぶ自己の直接的な職責となる。したがって、捜査過程の全般について、適正手続の観点からチェックを行うのは、職責上むしろ当然である。また、公訴権は、当然、適正判決請求権的に運用されるべきことになる。検察の在り方を見直すきっかけとなる一つのポイントは、公訴権の運用を有罪判決請求権的なものから適正判決請求権的なものへと変えていくことである。そのために最も有効かつ現実的な方策は、起訴・不起訴を決定する段階に一般人の感覚ないし民意を導入することである。具体的には、現行の検察審査会の権限を強化して、起訴相当の議決に法的拘束力を持たせるとともに、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できるようにするなど、検察審査会の仕組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。

これまでの検察官が、「公益の代表者」を標榜しつつも、ひとたび公判の雲行きが怪しくなると、最も組織的かつ徹底的に抵抗する「最強の当事者」に転じることは、刑事実務に携わる者ならば、誰でも体験することである。検察実務家は、おしなべて、現行刑事司法の成功の最大の要因が、検察官制度の成功と現場の検察官の士気・能力の高さにあることが、公平に評価されるべきであ

^(註81) 以下の本文の記述につき、亀山論文・前掲書二二～二三頁。

ると主張する。筆者も、実務上大多数を占める事件について、そのことを認めるのにやぶさかではない。しかし、その一方で、有罪・無罪が激しく争われた事件については、上告審に限っても、証拠に対する捜査官の作為が疑われたり、被告人に有利な証拠がある段階まで提出されなかったことにつき、合理的な説明のつきかねる事件が、複数存在したことも明記しておかなければ、片手落ちというものであろう⁽¹²⁸²⁾。そのような現実の中で、なお、適正手続が守られているか否かという観点から捜査全般をチェックするのは検察官の直接の職責であるといい、かつ、公訴権は適正判決請求権的に運用すべきと主張する検察実務家が存在する。心洗われる(?)気がするというものである。

さらに注目すべきは、亀山論文が、検察審査会の起訴相当の議決に法的拘束力を持たせるべきという、おそらくは検察庁内部でも少数意見と思われる意見⁽¹²⁸³⁾を述べるにとどまらず、このような制度を採用した場合に予想される無罪率にまで具体的に言及している点である。正確を期すため、同論文の該当部分をそのまま引用しよう。「現在我が国の刑事裁判の無罪率は、通常第一審判決約五万件に対して例年一〇〇件未満、率にして〇・二パーセントといわれているが、五万件の大部分は争いのない事件であり、例年約四〇〇〇件ある否認事件に対する割合、いわば実質的無罪率は、約二・五パーセントということになる。一方、検察審査会が起訴相当・不起訴不当の議決をした事件の内、検察

⁽¹²⁸²⁾ 古いものでは、松川事件第一次上告審判決（最大判昭和三四年八月一〇日・刑集一三卷九号一四一九頁）における有名な諏訪メモの例があるし、その後も、甲府放火事件判決（最一小決昭和三八年一月三日・判時七二五号一〇四頁）、白鳥事件決定（最一小決昭和三〇年五月二〇日・刑集二九卷五号一七七頁）、鹿兒島夫婦殺し事件判決（最一小判昭和三七年一月二八日・刑集三六卷一号六七頁）、新潟轢き逃げ事件判決（最二小判平成元年四月二一日・判時一三一九号三九頁）等がある。詳しくは、木谷明「犯人の特定」小林充＝香城敏彦編「刑事事実認定（下）」所収、同「事実認定適正化の方策」廣瀬健二＝多田辰也編「田宮裕博士追悼論集・上巻」所収を参照されたい。

⁽¹²⁸³⁾ 亀山（元）検事自身、同論文の見解は、「むしろ、検察の中では少数意見に属する個人的見解にとどまるものであることをお断りしておきたい」と述べておられる。同論文・前掲書四頁。

による再捜査の上、約一五ないし二〇パーセントが起訴されており、その無罪率は、約八パーセントである（犯罪白書平成九年版一四四頁以下参照）。したがって、検察審査会の議決に法的拘束力を認めると、議決後の再捜査によるチェックがなくなる反面、議決前の検察官の関与が拡大することも勘案して、無罪率が約一〇パーセント程度にまでは上昇することがあり得ると思われるが、民意の導入の拡大強化それ自体の意義、検察のあり方の是正、公判の活性化等のメリットを考慮すれば、市民的感觉からしても許容される範囲内であると思われる。」^(L84)

刑事司法は、無辜の不処罰と真犯人の必罰という相克する要請をいかに調和させるかという、永遠のアポリアを抱えたシステムである。望ましい調和がどの程度図られているかについては、評価する側の価値観によって大きく左右される場所であるが、上記の対立する要請を一〇〇%調和させることに成功した刑事司法システムは、いまだかつて存在しないといっても誇張にはあたらないであろう。片方の要請を無視して片方に秤を傾けるのは簡単であるが、刑事司法が、悩み、こだわり、時として間違う生身の人間が運営する、現実の社会を律するシステムである以上、理想の刑事司法システムなるものは、理論の上ではあり得ても、現実にはいまだかつて実現していないと考えるのが、ごく常識的な結論のはずである^(L85)。そのことを前提に、制度の違いを十分ふまえた上、諸外国の統計をも参考にして、仮に刑事司法システムにとって健全な無罪率というものがあるとすればそれは何%か、という形で議論することは、現行刑事司法を少しでも理想の姿に近づける上で、大変有益な議論というべきであろう。我が国の場合、九九・八～九%になんなんとする驚異的な有罪率の高さ

^(L84) 亀山論文・前掲書二三頁。

^(L85) 参審制論者で知られる佐藤博史弁護士は、「刑事司法の理想を実現した国はどこにも存在しない、という当然の前提から出発する必要がある。」と述べておられるが、まさしくそのとおりである。同「日本の刑事司法の特色 一弁護の立場から」新・刑事手続一三頁。

だけが喧伝されがちであるが、自白事件、すなわち米国法であればアレイメントで終了する事件まで含めての有罪率であることをふまえた上での議論でなければ、一般の人々に対し、わが国の刑事司法がまるで暗黒のものであるかのような印象を徒に与えるだけで、フェアな議論とはいえないであろう。もちろん、筆者も、そのことを割り引いても現在の有罪率は高すぎると考えている。ただ、それはなぜか、それを改善するにはどのような具体的方策が考えられるか、無罪率が何%程度にまで上昇すれば、慎重な起訴慣行を前提にしてもなお、裁判所の判断を得るべき事件を正当に起訴したといえる水準に達するのか、また無罪率が何%を超えれば、公開の法廷で白黒をつけることのメリットを超えて、結果的に無罪となる者を訴追して重い負担を強いたことのデメリットが大きくなったと評価できるのか、これらの点に関する具体的な思考実験が必要だと、いいたいのである。その意味で、上記亀山論文の試算は、厳密な統計に裏付けられているわけではないものの、これまでの解釈法学に欠けていた実証主義的な思考の一端を示すものというべきである。このような統計資料を最も豊富に蓄積し、かつ分析する能力を有するのは、他ならぬ法務・検察と最高裁判所のはずである。国民の共有財産である統計資料に基づく実証主義的な議論が、石井（元）判事いうところの「統制のとれた官僚組織」の側からも起こって行くことを強く望みたい。

七 平野博士の参審論

亀山論文に沿って検討したとおり、現行刑事司法改革のための処方箋としては、大きく分けて、(A) 陪審制の採用による徹底した英米法化、(B) 旧刑訴的制度・運用の徹底による大陸法化、(C) 現行制度を基礎とした日本的刑事司法のリフォーム、この三つの方向性があったと考えられる。筆者も、前項で触れたとおり、これらの方向性が出てくるのは、ある意味で論理必然的であっ

たし、これらの方向性を軸に、今回実現した刑事司法改革の諸制度を分析するのが、有用な視点であると考えている。このような視点からは、何らかの形による国民の刑事裁判への参加が既定路線となった後、司法制度改革審議会等で華々しく闘わされた、陪審が是か、あるいは参審が是かといった議論⁽¹²⁸⁶⁾は、上記（A）の路線と同（C）の路線の対立であったと、大まかに区分けして間違いではないであろう⁽¹²⁸⁷⁾。

ところで、上記陪審・参審論争に関連して見逃せないのは、故・平野博士が、改革論議が加速しだした一九九〇年ころから⁽¹²⁸⁸⁾、明確に参審制の採用を主張されるようになったことである。平野博士といえば、いうまでもなく、弾劾的な捜査観（ないし訴追観）をはじめて学説として打ち出し⁽¹²⁸⁹⁾、また、捜査法・公判法全般にわたって、戦後接ぎ木された英米法的な制度（例えば訴因制度）の何たるかをいち早く学説・実務に提示し、議論をリードしてきた刑事法学の巨人である。ステレオタイプな見方といってしまうまでもあるが、上記

⁽¹²⁸⁶⁾ 司法制度改革審議会において、明確に陪審の採用を説いた論者として、中坊公平（弁護士・整理回収機構社長）、高木剛（連合副会長）、吉岡初子（主婦連合会事務局長）の各委員がいる。また、発言全体から判断して、参審の導入ないし現行制度の維持を支持したと思われる論者として、井上正仁（東京大学法学部教授）、北村敬子（中央大学商学部長）、山本勝（東京電力常務取締役）ほかの各委員がいる（肩書きはいずれも当時）。

なお、明確な陪審制採用論者の研究者・実務家については、前注65のとおり。これに対し、明確な参審制採用論者としては、平良木登規男教授、佐藤博史弁護士（前注85）等の諸氏がいる。

⁽¹²⁸⁷⁾ 日本で念頭に置かれがちなのはドイツ流の参審制は、いうまでもなく大陸法系に属する制度であるが、刑事司法改革論議の中で議論された参審制は、ドイツほど徹底した直接主義の要請を必ずしも前提とするものではなく、むしろ起訴状一本主義等の原理・原則を守ったまま、裁判官と一般市民が基本的に同じ条件で同じ証拠に接した上、対等な立場で合議するという点に力点が置かれていたように思われる。

このような制度設計は、単純な大陸法化ではあり得ず、むしろ現行制度を前提とした日本独自の第三の道と評すべきものと思われる。そこで、本文にいう（C）の方向性に属するものと分類した。

⁽¹²⁸⁸⁾ 平野博士は、東京三弁護士会が一九九〇年に設置した「陪審制度委員会」の第一回会合に識師として招かれた際、陪審ではなく参審を採用すべきとの意見を述べたとされる。平野龍一「国民の司法参加を語る」法の支配八七号（平成四年）参照。このころから、平野博士が参審論を公にしはじめたようである。

⁽¹²⁸⁹⁾ 平野龍一「刑事訴訟法」有斐閣法律学全集八三頁以下等。

のような一般的イメージからすると、「日本の刑事裁判はかなり絶望的である」とのフレーズが学界・実務に鮮烈な印象を与えた記憶も手伝って、平野博士は、現行法の徹底した英米法化を目指し（上記（A））、陪審制度の採用を主張するのではないかとみる向きが一部にあったのも、ある意味でもっともなことであつたろう。なにしろ、上述のとおり、中途半端に終わった英米法化を徹底して接ぎ木状態を解消するには、陪審制の採用が最も直裁かつ簡明な方法であるわけだし、現行刑事司法が「絶望的」な状況にあると診断するのならば、事実認定者の総入れ替え、すなわち陪審制の採用という思い切った外科手術を施すのが、最も素直な処方箋のはずだからである。しかし、平野博士は、陪審ではなく参審の採用を主張した。今回の刑事司法改革を多角的・総合的に論じる視点を手に入れるために、その説くところを検討してみよう。

平野博士は、前掲の論文、平野・参審制の採用による「核心司法」を（前注6）において、当時、弁護士会を中心に盛んであつた陪審制導入（ないし停止されている戦前の陪審法の復活）の動きに触れ、「たしかに陪審は『民主的』であるし、ロマンティックでさえある。これに対して参審は中途半端であり、官僚裁判官制度を民主的であるかのようにカムフラージュしようとするにすぎないものだ」という批判もある。しかし、私には、陪審制度それ自体に、いろいろな問題があり、そう簡単に外国から移植できるものではないように思われる。むしろ参審の方が、わが国においては妥当であり、改革目標としても、より現実的である」（上記論文・前掲書四頁）として、参審論を採ることを明確にされた。ただ、参審制を是とする理由については、参審の方が、陪審よりも広い範囲で実施可能であり、刑事手続全体を改革する上で大きなインパクトを持つことが指摘されるにとどまっていた（同・前掲書四～五頁）。なお、ここで想定されていたのは、職権主義的な審理構造に伴い、捜査記録を全部読んで公判に臨む裁判官と一般の参審員の間に、無視し得ない情報格差が生じるドイツ流の参審制度ではなく、現在のわが国のような当事者主義的な手続を基本とする

スウェーデンやデンマークの参審制である（同・前掲書五頁）ことに、留意しなければならない。公判中心主義の刑事司法を理想とする平野博士は、わが国の現行法の基本構造を維持した上で、職業裁判官のみによって構成されてきた判断主体に一般市民を迎え入れ、混成の合議体を構成することを想定していたのであって、ドイツのように、公判手続に参審員を取り込みつつも、訴訟指揮のためという名目で一件記録が事前に裁判官の目に触れる構造は、必ずしも望ましいものではないと考えていたのである。このような考えを持つ平野博士が、予断排除原則というしぼりは厳然としてあるにせよ、集中審理にとって不可欠な争点整理のためという名目で、裁判員が必ずしも出席しない公判前手続において、受訴裁判所が証拠に触れ、証明力の判断と紙一重の場合も少なくない証拠能力の判断をすることになる裁判員制度（裁判員法六条、五四条、六〇条等参照）をみる事があれば、何と評されたであろうか⁽¹⁹⁰⁾。現行法を前提に苦心・工夫した跡がしのばれる、いかにもわが国らしい、複雑ではあるが精緻な制度設計であると、比較的好意的に評されるのであろうか。それとも、大陸法的な制度の残滓を断ち切れず、またぞろ大量の捜査書類を公判に流入させかねない、改革どころか改悪というべき中途半端な制度であると、一刀両断に切り捨てられるのであろうか。是非とも意見をお聞きしたいところであるが、今となってはそれもかなわない。

さて、平野博士は、上記論文に引き続き、「参審制度採用の提唱」（ジュリスト一八九号）を公にし、なぜ陪審よりも参審が選択肢として勝るのか、その理由をやや詳しく述べた。同論文から抜粋してみよう。

「陪審にはいろいろな問題があるが、最大のものは、その事実認定が不安定

⁽¹⁹⁰⁾ ちなみに、平野博士は、本文後掲の「参審制度採用の提唱」ジュリスト一八九号（二〇〇〇年）において、「ドイツでは、訴訟指揮のためにという名目で、ある裁判員だけが一件記録を見ることができる。これも一つの解決方法であるが、わが国でこのような方法をとるのは適当でないであろう。」と述べている。上記論文・前掲書五七頁。これからすると、裁判員制度に対しては、消極的な評価を下されることになるのだろうか。

だということである。たしかに、……陪審は裁判官よりも無罪が多いが、これが『無辜』を救ったものであるかは疑わしい。他方、陪審の有罪判決にも誤判があることは、いくつかの研究で示されている。」「陪審の事実認定がいくらか不安定になる原因には、さまざまなことが考えられる。」「陪審はどうしてもその感情に動かされやすい。」「陪審員は、その個性による差異が著しい。」「陪審員は証拠の評価に慣れていないので、当事者の訴訟技術、その他の証拠外の事情にひきずられやすい。とくにマスコミの影響を受けやすい。」「陪審員は捜査の実情を知らないで、その結果についての判断を適正に行うのは困難で、捜査の結果を鵜呑みにしてしまうおそれもある。たとえば素人の人は、やってもないことを自白するはずはない、と思いがちである。」「陪審員は、『合理的な疑い』なのか、『合理的でない疑い』にすぎないのかの判断ができてくれない。『一点の疑いもない』ときにだけ有罪とする傾きもある。」「それにもかかわらず、イギリスやアメリカでは陪審が維持され、これを廃止せよという議論はほとんど聞かれない。それは何故か。それは陪審、とくにアメリカの陪審は、アメリカの長い歴史と独特の司法文化に支えられ、これに包まれて、その存在を保っているからである。」「陪審がはじめイギリスで発生したとき、陪審員は村落の有力者であって、まさに村落を代表するものであった。しかし現在、僅か一二人の人が、億という多様な国民を代表するとは到底考え難い。しかしいわば歴史の重みで、現在でもなお陪審は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の間に行き渡っている。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。」「陪審は連続開廷で終わり、終わったら事実誤認の上訴はできない。有罪か無罪かの勝負はそこで決まるのである。しかも、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。それで弁護士は、前もって十分に準備をして戦い、負けたら文句はいわない。このことがアメリカの弁護士の態度を闘争的にし、それに支えられたアメリカの法文化を闘争的なものにしていく。国の捜査の資料にたよって、これにいつまでも（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。」「陪審はたしかに民主主義的な制度である。しかし陪審を持っていなければ民主主義国家ではないということはないし、民主主義国家であることを示すために陪審を採用する必要もない。」「わが国で陪審を採用するとしても、これによって審理される事件数は限られるであろう。多くの事件を陪審で裁判するのは、あまりに大きな負担となるからである。たしかにアメリカでも、陪審事件は必ずしもそう多くはない。しかし、裁判官による裁判手続も、基本的には陪審とおなじ手続がとられ、陪審裁判が裁判の基本的形態だという形は維持されている。しかしわが国で、わずかの事件だけが陪審という特殊な手続で行われ、大部分の事件は、裁判官によって現在と同じ手続で行われることになるならば、ただ『日本にも陪審があります』というだけのことになってしまう。」「陪審では、証拠の提出も証人の尋問も当事者に限られ、裁判官による補充的な証人喚問、証人尋問は行われない。したがって、弁護士が検察官と同等の能力をもっていて、はじめて訴訟はバランスのとれたものになる。……もちろん、わが国の弁護士はアメリカの弁護士よりも劣っているわけではない。しかし、日本の捜査はアメリカの捜査よりもはるかに強力である。その『精密な』捜査結果に対して、裁判官の補充的な援助なしに、弁護士が十分に対向できるかは疑問である。」「しばしば証拠開示が完全に行われるならば、弁護士も十分検察官に対抗できるであろうといわれる。現在のように調書が沢山提出され、それが同意され、その弾劾のために証人が喚問されるという

手続であるならば、その調書が全部事前に開示されれば、弁護人も検察官に対抗できるかもしれない。しかし徹底した口頭主義がとられ、証人の公判での証言だけで立証するという方法がとられ、『調書』はほとんど作成も提出もされないことになると、その提出しない調書やメモまで開示せよというのは無理で、開示にもほとんど内容がなくなる。このような状況のもとで、アメリカのような弱い捜査ならともかく、わが国のような強力な捜査に弁護人が対抗できるかは疑問である。」「陪審の票決には理由はつけられないし、事実誤認の上訴もできない。弁護士会の陪審制度案では事実誤認の上訴を認めている。これでは、陪審は必ずしも信頼できないものである、という前提に立つことになってしまい、陪審の理念に反する。それにもかかわらずこのような規定をおいたのは、事実誤認の上訴を認めない制度は、弁護士にとって堪え難いものであることを示すものであろう。」(上記論文・前掲書五二～五六頁)

陪審制度の当否はさておいても、刑事司法制度の根底にある国民性論にはじまり、国民を代表する(と観念される)事実認定者のあり方、事実認定の面からみたその特徴、マスコミ報道による被影響性、さらには、当事者の武器対等を基礎づける証拠開示の問題、当事者主義を貫徹した証拠調べのあり方、口頭主義の審理方式、その裏返しとしての書証使用の最小化、事実誤認を理由とする上訴制度の在り方に至るまで、裁判員制度を設計するに際して侃々諤々の議論の対象となった論点が、平易な語り口の中にすべて折り込まれていることに、改めて驚かざるを得ない。ただ、上記の叙述によって、陪審制度の採用が現実的でない、あるいは好ましくない理由は分かったとしても(論者が納得するかどうかは、もちろん別問題である)、それではなぜ参審制を採用すべきなのかという点については、十分論証されたとはいえない。引き続き、同論文を抜粋してみよう。

「参審制度を採用すべきだというのは、現在のキャリア裁判官のシステムは、基本的にはすぐれており、維持に値するということが前提になっている。」

「それにもかかわらず、参審制度の採用を提案するには、いくつかの理由がある。」「裁判官は何といっても官僚裁判官である。いかにすぐれているとしても、今後いつまでも官僚裁判官による裁判が、裁判としての正当性（Legitimacy）を持ち続けることができるかは、やはり問題である。少なくとも重要な事件には、何らかの形で国民参加が必要なのではなからうか。いわゆる先進国に、陪審も参審もない国がほとんどないのは、厳然たる事実である。」「同じような者のグループの中だけで生活し、自分たちの間でだけ通用する言葉で仕事をしていると、何時のまにか、それがあたりまえのものだという感覚を持ってしまいやすい。多少とも異質的な素人の人達と、いつも仕事の上で接触し、たえずそれらの人達の考え方と言葉を聞き、いつもこれらの人を説得しようと努力をすることによって、自分の考え方、自分たちの既成観念を反省することができる。個々の裁判に民意を反映させることにも増して、日頃から裁判官がこのような経験をし、自己教育をすることが重要なのである。」「現在の刑事裁判は、強力な捜査に基づく、調書裁判、精密司法に堕している。参審は陪審ほど徹底的ではないが、公判中心主義となるので、調書裁判・精密司法からの脱却の契機となるであろう。刑事訴訟の改革という視点からみても、参審の採用は重要な意味を持つ。」（上記論文・前掲書五六頁）

上記のとおり、平野博士は、かつて「日本の刑事裁判はかなり絶望的である」と評されたにもかかわらず、職業裁判官による現行の裁判制度は、基本的に維持するに値するとの認識を示しておられる^(註91)。同博士の参審論は、現行制度が陪審導入という外科手術を必要とするほど行き詰まっているわけではないが、年来の理想である公判中心主義の刑事司法を実現するためには、相当思い切っ

^(註91) 「現在の裁判官は厳格な選抜を経て任命され、司法研修所で研修を受け、かなり長い期間、判事補として実地の教育と訓練を受ける。清廉で、政治的な影響も受けにくい。また強力な捜査を点検する能力も相当程度に備えているといつてよい。」と、かなり好意的に評価している点が目を引く。本文掲記の「参審制度採用の提唱」・前掲書五六頁。

た制度の改変が必要であり、その処方箋としては、「国民の司法参加」の理念を強調する向きからは妥協的とそしられようとも、陪審よりも参審の方が有効かつ実現可能性が高い、したがって参審制の採用を主張するという内容のものなのである。前記の分析枠組みでいえば、「現行制度を基礎とした日本的刑事司法のリフォーム」(本項の冒頭参照)に分類されるものといえよう。平野博士が、なぜ最晩年になって、刑事司法改革論議のまっただ中、陪審ではなく参審の採用を主張されるに至ったのか、それ自体、独立してとりあげるに値する興味深い研究テーマであるが、刑事司法全体を見通すパースペクティブを持つ同博士が、ある時期、モデル論的刑事訴訟法解釈学のはしりというべきモチーフを提示しながらも、その一方で、刑事司法が個々の制度が関連しつつ全体として機能する一つの有機的システムであることを誰よりもよく認識しておられたことは、おそらく間違いない。筆者には、同博士がこのような認識に基づき、司法文化の違い等の諸条件を捨象して陪審制度だけを外国から移植しても、システムは全体としてうまく機能しないとの結論に達したように思えてならないのである。

八 論点整理と現状の評価

前項までで論点は出尽くした感がある。本項では、ブレイクストーミングのために、今回の刑事司法改革に際して取り上げられた論点を箇条書きにして抜き出した上、それぞれの問題点を概観することにしよう。

1 実体刑罰法規に関する論点

- (一) 時代の流れに応じた新たな犯罪構成要件の創設
 - (1) 悪質・危険な交通事犯に対応する構成要件の創設
 - (2) 組織的犯罪に対応する法律の制定

（3）共謀罪（conspiracy）の創設

（二）主観的要件立証の負担軽減化

（1）構成要件の客観化からの観点の再編成

（2）推定規定の新設

（3）法人の処罰規定の新設

これらは、専ら検察実務家（亀山継夫、古田佑紀等）によって主張されてきたものである。その中には、上記（一）（1）、（2）^{（註92）}のように、それぞれ、危険運転致死傷罪（刑法二〇八条の二）及び組織犯罪処罰法という形で既に立法化されたものもあれば、同（3）のように立法が具体化しつつあるものもある^{（註92）}。同（二）の諸論点については、これから議論が本格化することが予想される^{（註93）}。

筆者は、基本的に、わが国の実体刑罰法規は、訴追者にとって立証の負担の重いものであり、これらをそのまま放置して「取調べに頼るな、供述調書を取るな」と言ってみても、他に有力な立証手段も見当たらない現状では、すべての犯罪成立要件につき挙証責任を負う検察官としては、直ちに従いかねる状況にあると考えている。したがって、上記の立法自体には賛成であるが、裁判員制度に代表される刑事司法改革の華やかな動きの一方で、悪質交通事件厳罰化の世論の後押しをひとたび受けると、伝統的な犯罪論の範疇に収まりきらない危険運転致死傷罪の構成要件があつという間に規定され、また、捜査・訴追機関にとって年来の宿願であった共謀罪の創設すら、立法が具体化する時代になったことに注意しなければならない。余りに捜査に重点が移行した現行刑事司法システムを、本来の公判中心主義の姿に戻そうとするベクトルが不十分である

^{（註92）} 組織的犯罪処罰法六条の二に共謀罪の規定を新設することなどを内容とする法案が、第一五九回通常国会に提出されたが、平成一七年八月八日の衆議院解散により廃案となった。

^{（註93）} 本文掲記の「構成要件の客観化からの観点の再編成」につき、平野龍一「刑法の客観化 一刑法と刑事訴訟法との連関」警察研究二〇巻三号、四号（一九四九）、同「当事者訴訟の刑法に及ぼす影響」法律時報二一卷一一号（一九四九）参照。

一方で、上記のような立法の動きだけが加速すると、より一層バランスを失わせる結果となりかねない。亀山論文は、刑事司法関連立法を論じる際に最も必要なことは、対立し、競合する種々の社会的要請のバランスをとることであると述べた（前注77参照）。これは、検察実務の立場から、公判中心主義の方向にバランスを傾けようとして実務の運用による揺り戻しの前に失敗に終わった現行刑訴法の歴史を指しての言葉であったが、今、逆の立場から、同じことが指摘されなければならない。日本の刑事司法のバランスを公判中心の方向に回復させるため、実体刑罰法規の見直しは必要な手当であるが、手続法分野における成果が不十分なまま、実体刑罰法規の見直しだけが先行して処罰確保の方向に走り出すことのないようにしなければならない。

2 捜査・訴追に関する諸論点

(一) 捜査弁護の充実・強化

- (1) 被疑者国選弁護
- (2) 公設弁護人制度
- (3) 接見交通の拡大
- (4) 捜査の可視化 —取調状況の録音・録画化、弁護人の立会等—

上記(1)を挙げるものとして、前記松尾浩也「適正な刑事裁判について」(前注44)及び井上論文が、同(2)及び(3)を挙げるものとして井上論文が、それぞれあるが、学説・弁護実務によって広く主張されていた論点であって、特に目新しいものではない。

同(1)は、冒頭で触れたとおり、即決裁判制度や裁判員制度の導入に伴って段階的に導入されることが既に決まっており、また、同(2)は、総合法律支援法の制定や弁護士会の自助努力による刑事中心の公設弁護事務所開設^(註94)

^(註94) 現在のところ、北千住パブリック法律事務所（東京弁護士会）及び刑事こうせつ法律事務所（大阪弁護士会）が、その例としてあげられる。

によって、部分的にはあるが、実現したものと評価してよいであろう。同（3）も、一般指定書の廃止の後、接見指定の違法性を争う国家賠償請求事件を中心に一進一退の状況が続いているが^(註35)、もう以前の状況に戻りすることはないであろう。

問題は、同（4）である。この論点は、かねてから学説・弁護実務が強く主張してきたが^(註36)、他方において、捜査実務の抵抗が最も強かったところでもある。しかるに、今回の刑事司法改革論議の中で、前記のとおり、亀山（元）検事のように、検察実務家でありながら、英米法化を徹底する理論的観点から、また過度の調査依存を是正して現場の検察官の負担を軽減すべきとの実際的な観点から、取調べの可視化が立法の課題になるであろうと指摘する意見が表れた。その後、裁判員制度の導入が現実のものとなってからも、複数の有力な（元）裁判実務家から、取調べ状況の可視化が必要である旨の意見が表明されるに至っている^(註37)。この点が改善されない限り、従前と同じ「いった、いわない」の水掛け論が繰り返されることになり、裁判員を含む事実認定者の判断を著しく困難にするであろう。それでは、裁判員制度を導入した意味がない。いや、端的に言って、手間が増える分だけ、裁判員を含む一般の国民にとって、また職業法曹にとっても不幸である。のみならず、延々と続く水掛け論を法廷

^(註35) 現時点でのリーディングケースとして、最大判平成一一年三月二四日・民集五三卷三号五一四頁。その後に出た注目すべき判例として、最三小判平成一二年六月一三日・民集五四卷五号一六三五頁。

なお、この間の学説・実務の動きを的確にまとめたものとして、安村勉「被疑者と弁護人の接見交通」刑事訴訟法の争点〔第3版〕（二〇〇二年）七〇頁以下がある。

^(註36) 渥美東洋「取調べ手続の可視性の向上」研修五〇八号（一九九〇年）、井上正仁＝長沼範良「イギリスにおける刑事手続改革の動向（三）」ジュリスト七六九号（一九八二年）、渡部保夫「被疑者の尋問とテープレコーディング」判例タイムズ五六六号（一九八五年）、同「被疑者尋問のテープ録音制度」判例タイムズ六〇八号（一九八六年）、米田泰邦「被疑者取調べ可視化論の現状と課題」石松竹雄判事退官記念論文集・刑事裁判の復興（一九九〇年）等。

^(註37) 吉丸眞「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」判例時報一八〇七号七頁、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」判例タイムズ一一〇号九頁。

で聞かせることによって、職業法曹と司法制度は、国民に対し、回復しがたい不信と失望の念を植え付けることになるであろう。取調べ状況の可視化は、今回の改革論議の中では合意に至らなかったが、これで一段落したわけではなく、今後も議論を継続すべき喫緊の課題と位置づけるべきである。

(二) 捜査段階の供述調書に対する過度の依存の是正

- (1) 司法取引制度の導入
- (2) 起訴前の証人尋問制度の活用
- (3) 検察審査会に対する大陪審機能の付与
- (4) 通信傍受など、新たな証拠収集手段の創設

上記(1)～(3)は、亀山論文で取り上げられた論点であり、同(4)は、同論文のほか、井上正仁教授など一部の学説によっても説かれていたところである。

これらのうち、同(4)は、周知のとおり、平成十一年(一九九九年)の通信傍受法制定により既に実現した。賛否両論が激しく対立する法制度であるが、要件は厳格に絞られており、取調べ・供述調書の作成に代替する捜査手法を提供するという方向性において、筆者は、基本的な妥当なものと考えている。もちろん、この制度が、供述調書に替わる立証手段として定着しなければ、単に、プライバシー侵害のおそれの強い捜査手法がひとつできただけに終わる危険性も否定できない。健全なバランス感覚に基づく運用が求められるところである。

また、同(2)も、今回の立法によって要件が緩和され、その活用が図られることになった。ただし、効果のほどは率直に言って未知数である。削除された「圧迫を受け」(刑法二二七条)の要件の問題もさることながら、これまでこの制度がほとんど活用されなかった実質的な理由が、捜査の現場にいる検察官が尋問実施者となる裁判官の感覚に対して抱く違和感にあったと思われる^(註98) ことからすれば、この制度が直ちに二号書面に替わる機能を発揮してみるとみるのは、楽天的にすぎるであろう。もちろん、上記の機能を果たしてもらわ

ないと、公判中心主義の実現はおぼつかないもので、運用の努力により、何としてもそのような方向へ導く必要がある。実務家の見識と力量が問われるところである。

他方、同（1）は、近時議論が蓄積されつつあるものの⁽¹²⁹⁾、真実発見に対する国民の強い期待（刑事司法を論じる際に随所に顔を出す、いわゆる国民性論の核心をなす部分である）からすると、その導入は時期尚早であるとして、今回の改革論議の中でも、真正面から取り上げられることはなかった。ただ、急激な法社会化傾向（それは、政治・経済全般にみられる米国社会化の一環でもある）からすると、司法取引が刑事司法システム上の有力な選択肢として論じられる日が、そう遠くないうちにやって来る可能性もある気がする。ちなみに、筆者は、何らかの司法取引制度を導入することに賛成である。理由は二つある。一つは、争いのある事件とない事件の手續にめりはりをつけることにより、捜査機関の調書作成の負担を軽減し、もって公判中心主義の刑事司法に誘導するという政策的な見地からの理由である。もう一つは、現行刑事司法においても、起訴便宜主義の運用により司法取引と事実上同じ効果をもたらす事件処理の仕方が考えられないでもないのであって、そうであるならば、不透明な運用による事実上の司法取引よりも、制度化された司法取引の方が、透明性や説明責任の観点から優れているという観点からの理由である。被疑者・被告人がその置かれた状況を正しく認識し、その正当な利益の擁護のために「取引」

⁽¹²⁹⁾ 亀山論文は、起訴前の証人尋問制度が活用されなかった理由として、制度自体に制約が多く、使いにくいことのほか、急場の間に合わないこと、令状事務を取り扱う若手判事補の感覚に検察官が違和感を抱くことが多かったことを挙げている。同論文・前掲書八頁。

⁽¹³⁰⁾ 敷田稔「米国における有罪答弁の取引」犯罪と非行五〇号七九頁（一九八一年）、渡辺修「答弁取引の諸問題—ギフォードの研究」神戸学院法学一四巻四号一四五頁、高窪貞人「イギリスにおける答弁取引の実情」青山法学論集三二巻一号六七頁・三＝四号六〇九頁（一九九〇年）、宇川春彦「司法取引を考える（1）～（17）・完」判例時報一五八三三三頁～一六二七号三六頁（一九九七年～一九九八年）、福島至「有罪答弁制度導入論の問題」法学六二巻六号二五一頁（一九九九年）等。

に応じることを可能にするためには、早い段階からプロフェッショナルな弁護人の助言・援助を十分に受けることが前提であることは、いうまでもない。司法取引と被疑者弁護の全面的強化は、いわばセットの問題なのである。ここでも、システムのバランスを崩すことのないよう注意が必要である。

同(3)は、同(1)と同様、今回の改革論議ではほとんど議論の対象とならなかったが、筆者は、亀山論文の説く検察審査会の大陪審化に賛成である。検察審査会に勧告機能だけを持たせるというのは、プロフェッショナルな法曹を基本的に信頼し、その権限の行使の在り方について任意の再考を促すという、実に日本的な制度であるが、これが必ずしも十分に機能してこなかったことは、周知のとおりである。その理由の一端は、大陪審が、参考人を喚問するなど独自の真実発見機能を備えておらず、検察が遂げた捜査の結果に依拠して書面審査する以外の審理方法を持たないところにある。大陪審は、捜査機関の捜査活動と同じく、全くの非公開で秘密が厳守された中で行われる手続であるから、その情報が十分伝わらず、刑事司法の中で果たす役割が十分意識されてこなかったきらいがあるが、筆者は、米国の刑事司法において大陪審が果たす重要な機能のひとつに、事実上の補充捜査機能があり^(註100)、これが、証拠構造上、供述証拠に不可避的に依拠せざるを得ない類型の事件(例えば組織的犯罪)においても、何とか公判中心主義の審理を実現し、事件を陪審の事実認定に委ねることを可能にしている側面があると考えている。その意味で、もっと論じられてよい論点であるし、検察審査会の大陪審化が実現すれば、取調や供述調書の録

^(註100) 例えば、大陪審には、参考人の喚問権があるし、喚問した参考人に対し、刑事免責を与えて証言を強制することもできる。理由なく証言を拒絶したり、出頭を拒否した者に対しては、収監などの形で制裁を与えることすらある。

大陪審自体は裁判所が主宰する手続であるが、誰を参考人として呼ぶかを事実上決定し、また呼んだ参考人を実際に大陪審の前で尋問するのは、それまで内偵捜査をするなどし、立件すべき事件にこれと狙いをつけた担当検察官である。その実態に着目すれば、大陪審は、検察官が、陪審員の前で、当該事件が訴追するに足る嫌疑を備えた事件であることをデモンストレーションしてみせる、そのような手続であると理解してよいだろう。

取に代替する機能を発揮することは間違いない。そこで尋問された内容が録取され、後の公判廷で供述を翻せば、録取された供述が弾劾証拠（自己矛盾供述）として法廷に顕出されるからである。今後の立法課題の一つと位置づけるべきであろう。

（三）検察官の起訴裁量の見直し

この点は、検察審査会が起訴相当の議決をしたにもかかわらず、検察官が公訴を提起しない処分をした事件につき、同審査会が再び審査して起訴議決をした場合には、裁判所が指定した弁護士が公訴を提起・遂行する制度（検察審査会法三九条の五、四一条、四一条の二以下）が新たに導入されたことによって、一応の決着をみた。

起訴便宜主義が、「有罪の確信」を基準として厳格に運用されてきたのには、それなりの理由があり、これを大きく変革することは、今回の改革論議の中でも強く主張されなかった。しかし、その一方で、余りにも厳格化し、無罪を出さないことそれ自体が目的であるかのように変質してしまった（亀山論文の言葉を借りれば「過度の無罪回避性向」）起訴便宜主義の運用が、刑事司法全体をいささか不健全にしていることについては、共通認識があったといってよい。広範な起訴裁量を検察官に委ねた国民の側からみて、上記のような運用の最大の問題点は、なぜ十分疑わしいとみえる事件が起訴されないのか、あるいは、なぜある事件が起訴されて、別のある事件が起訴されないのか、そのあたりの事情が全く見えてこない、その不透明感にあったといえよう。検察官は、自らの起訴権限に関する説明責任を果たすべき最終的な相手が、組織内の決裁権限者ではなく、一般の国民であることを改めて銘記すべきである。その意味で、今回の検察審査会法改正は、一步前進と評価できるものではあるが、起訴議決のあった事件につき検察官の職務を執り行うのが、指定弁護士とされた点については、やや残念な気がする。検察庁の組織としての意思決定・最終判断を尊重したということなのだろうが、私見としては、「公益の代表者」に、ぎりぎ

り無罪のリスクを背負いつつも^(註101)、検察審査会の議決を尊重して、有罪獲得に全力を尽くす、そのような公訴提起・遂行の在り方を経験してほしかった。その経験が、個々の検察官を一皮むけたものにし、ひいては検察庁を足腰の強い、真に国民から信頼される組織にすることにつながると思うのだが、どうだろうか。

3 公判段階の諸論点

(一) 大多数を占める争いのない事件の処理

公判中心主義の刑事司法を実現するために、いわゆるアレイメント、あるいは類似の制度を導入する必要があることについては、一部の学説^(註102)、弁護実務^(註103)、さらには検察実務^(註104)の各論者が共通して指摘するところであった。したがって、今回の即決裁判制度（刑訴法三五〇条の二以下）の導入自体には、それほど強い異論はなかったように思われる。問題は、この制度が本当に機能するかである。

この制度は、公訴提起と同時に検察官から申立てのあった一定の軽微な事件につき、速やかに即決裁判手続に付するかどうか決めるための公判期日を開き、そこで有罪の答弁がされた時には、裁判所は同手続によって審判する旨の決定をし、簡略された証拠調べ手続を経て、できる限り即日判決の言い渡しをするというものである。前科のない覚せい剤の自己使用事案など、量刑もある程度

^(註101) もっとも、寺崎嘉博「検察審査会の権限」刑事訴訟法の争点〔第3版〕(二〇〇二年)一〇〇頁以下によれば、検察審査会の起訴相当ないし不起訴不当の議決後に起訴された者の有罪率は、毎年ほぼ一〇〇%、過去五二年間の累計で九二・七%とのことであるから、「リスク」というほどの「リスク」を背負うわけでもない。

^(註102) 例えば平野博士は、前掲の「参審制度採用の提唱」ジュリスト一八九号五七頁において、「自認事件については、現在の簡易公判手続よりも簡易な、アレイメント制度を設けるべきである（もっとも量刑に参審員を参加させることが重要だから自認事件も参審事件にすべきだという考えもありうる）」と述べている。

^(註103) 五十嵐二葉「アレイメント制度の導入について」季刊刑事弁護二〇号二二頁。

^(註104) 亀山論文のほか、宇川春彦「司法取引を考える(1)～(17)・完」判例時報一五八三号三一頁～一六二七号三六頁(前注九八)等。

定式化された事件が対象として想定されており、懲役刑・禁錮刑の言い渡しに関する必要的執行猶予の科刑制限（同法三五〇条の一四）、及び、事実誤認を理由とする控訴を認めないなどの上訴制限（同法四〇三条の二）がある点で、検察官と被告人・弁護人の双方にメリットがあり、相当数の事件をこの手続に誘導できるものと期待されている⁽¹²¹⁰⁶⁾。ある意味では実に日本的な、折衷的な技術を凝らした立法であるが、証拠調べを省略する効果がない以上、「すべての事件についてまず調書をとっておくことにならざるを得ず」⁽¹²¹⁰⁶⁾、調書依存傾向の解消にはつながらないのではないかとの疑念も払拭できない。法曹三者が、まず無難な事件を対象にこの制度を定着させ、しかる後に、本格的なアレイメント制度の可否に関する議論を開始するのが、あるべき方向性であろう。

（二）集中審理を可能にする公判前手続

- （１）新たな争点整理手続の創設
- （２）証拠開示の拡大
- （３）保釈の運用

上記（１）、（２）については、説明不要であろう。二〇〇五年一月からの施行を目前に控え、具体的な運用に関する議論が進んでおり⁽¹²¹⁰⁷⁾、施行後の試行錯誤を経て実務に定着したところで、ひとまずの答えが出るであろう。公判前手続（刑訴法第一節の二、第一款）とその中核に位置づけられる証拠開示制度（刑訴法三一六条の一四以下）は、裁判員制度対象事件を含むすべての刑事被告事件について適用可能な汎用性の高いものであって、実務的な観点からは、

⁽¹²¹⁰⁶⁾ 川出敏裕「即決裁判手続の創設」現代刑事法六巻一―二号（二〇〇四年）二二頁以下。

⁽¹²¹⁰⁶⁾ 亀山論文・前掲書七頁。

⁽¹²¹⁰⁷⁾ 二〇〇五年に入ってから公刊された主なものに限っても、「季刊刑事弁護」（現代人新社）第41号の「連続特集・裁判員制度と刑事弁護 1 ―公判前整理手続・連日的開廷が始まる―」に所収された各論文、岡慎一「公判前整理手続における弁護の課題」自由と正義五六巻三号、連載「公判前整理手続を活かす」自由と正義五六巻五号～九号所収の各論文、杉田宗久「公判前整理手続における『争点』の明確化について」判例タイムズ一一七六号四頁以下。

今回の刑事司法改革の核心部分をなすものである。それだけに、複雑な条文構造が採られており、対立する諸要因をぎりぎりの線で調整した立法技術の結実と評価できるが、逆に、複雑で使い勝手の悪い制度として、裁判員を含む関係者に負担をかけるだけのものに終わる危険もないではない。すべては運用次第であり、結果を良い目と出すためには、これまでの刑事司法の問題点をふまえた高い意識と不断的努力が求められるのであって、容易なことではないと思われる。本稿では、そのことを指摘するにとどめておこう。

同(3)については、現行刑事司法の実態は「人質司法」であるとして、学説及び弁護実務が強く批判してきたところである^(註109)。確かに、単に否認しているからといって、「罪障隠滅のおそれあり」と典型的に判断されるようなことでは、法が権利保釈(刑訴法八九条)を原則とした趣旨を没却するというべきであろう。今回の刑事司法改革は、争点と証拠の十分な整理を前提とした集中審理の実現を目指すものであるが、そのための物理的な条件として、被告人と弁護人の十分な打ち合わせが必要であることを想起しなければならない。この点に関する配慮なしに、集中審理と迅速裁判の実現だけを急ぐことがあれば、またぞろ弁護実務を徹底抗戦に駆り立てるだけであり、不毛な消耗戦を繰り返して、刑事裁判に対する国民の信頼を決定的に損なうことになるであろう。

(三) 連日開廷の確保

- (1) 公設弁護人制度
- (2) 訴訟進行協力義務の法定化
- (3) 訴訟指揮権の強化・明確化

上記(1)が、形を変えて一部実現したことは、2(一)(2)で既に述べた。

^(註109) 例えば、日弁連「新しい世紀の刑事手続を求める宣言——刑事訴訟法施行五〇年をふまえて」(一九九九年一〇月一五日)は、「長期勾留と保釈の却下により被告人は防御権を剥奪され、人質司法と呼ばれて……久しい。」とする。日本弁護士連合会ホームページ、<http://www.nichibenren.or.jp> 参照。

同（２）については、亀山論文のほか、大久保太郎（元）判事が提唱するところであったが^(註109)、公判前手続を対象に、「訴訟関係人」を主語として、訓示規定（訓示規定にとどめることが適当であったと思う）の形で実現した（刑事訴訟法三一六条の三第二項）。

また、同（３）は、期日指定に対する即時抗告制度を設けるなどの形で、やはり大久保太郎（元）判事が提唱したところであるが、今回の刑事司法改革論議の中で取り上げられることはなかった。

現行刑事司法制度がある種の制度疲労を起こしたのには構造的な要因があり、一部の大型公判事件の長期化をすべて弁護態勢に由来するものとして、裁判所の訴訟指揮権を強化すれば足りると説くかのような言説に、筆者は組しない。したがって、同（３）が単発論点として取り上げられなかったことは、当然と考えているが、その一方で、例えば陪審制の導入を論じる際には、この論点が少なからぬ意味を持つものとして浮上してくる可能性のあることを指摘しておきたい。すなわち、陪審制度は、書証を突き合わせたり、読みこなしたりする技能を持ち合わせない陪審員が事実認定にあたることから、事実上人証オンリーの集中証拠調べが大前提となる裁判制度である。このような制度の下では、重要証人はすべて法廷に呼び、かつ法廷で真実を語らせることが、制度的に担保されていなければならない。そのための重要な仕組みの一環が、身柄拘束等の制裁措置を裏付けにした強力な証人喚問権であり、法廷侮辱罪であり、刑事免責により証言拒絶権を剥奪した上での証言強制である。そこだけをみれば、陪審裁判は、訴訟指揮をつかさどる裁判官に非常に強力な権限を与えた、こわもての裁判制度なのである。「国民の司法参加」の美名の下、陪審制度の導入を熱心に説く論者が、この点をどこまで意識しているのか、していないのか、首

^(註109) 大久保太郎「司法制度改革審議会の審議に寄せて－刑事訴訟制度の観点から－」判例時報一六七八号三六頁（前注71）、「司法制度改革審議会の審議に寄せて（続）－刑事訴訟制度の観点から－」判例時報一七〇七号三四頁以下（前注63）。

を捻らざるを得ないことも多い。この機会に問題提起しておきたい。

(四) 直接主義・口頭主義の実質化 (調書利用の制限・厳格化)

- (1) 自白の任意性判断の厳格化
- (2) 取調状況の可視化
- (3) 二号 (後段) 書面の特信性判断の厳格化

今回の刑事司法改革が、「現行制度を基礎とした日本的刑事司法のリフォーム」(第六項冒頭参照)を基本路線とするものであることは、おそらく間違いない。そのことを前提とする限り、自白の任意性判断(上記(1))及び二号書面の特信性判断(同(3))が、これまで以上に、新たな制度の下での運用の鍵を握るポイントになるものと思われる(なお、上記(2)は、同(1)に付随する論点という意味で掲げたが、「捜査・訴追に関する諸論点」として、2(一)(4)で取り上げたので、ここでは繰り返さない)。なぜなら、裁判員制度の下では、第六項で触れたとおり、争点整理のためという名目で、裁判員が必ずしも出席しない公判前手続において、受訴裁判所が証拠に触れ、証明力の判断と紙一重の場合も少なくない証拠能力の判断をすることになる(裁判員法六条、五四条、六〇条等参照)。その上で、証拠能力ありと判断された供述調書が、公判手続に顕出され、おそらくは朗読という形で証拠調べに供せられ(もちろん、事案の内容や調書自体の性質によって、要旨の告知ですませる場合も考えられるが)、裁判員が、基本的にその場で心証を取ることになる。しかし、その一方で、争いのある事案については、供述調書の信用性が争われ、原供述者が証人として呼ばれて、その公判供述と捜査段階での供述調書が対比されることになる。ここで複雑な問題が生じる。

まず一つは、自白の任意性にしても、前の供述を信用すべき特別の情況にしても、信用性と紙一重の場合が少なくないから、上記のように、公判前手続と公判手続がそれぞれ審理の対象とするところを截然と分けて処理できるのだろうか、という問題である。この点は、当該公判前手続に裁判員を同席させ(と

いっても、出席義務があるわけではないので、負担が大きいことを理由に消極的態度を取られた場合、頭の痛いことになるが）、その意見を求めるなどの運用上の工夫が考えられるが、それをさておいても、仮にある供述調書について、裁判官が証拠能力を肯定した場合、その調書が長大なものであったならば、法廷での朗読で心証をすべて形成するのは實際上困難な面があるから、合議の場で再度読み直すことも必要になろう。その場合、職業裁判官は、やり慣れた作業であるから苦にならないとしても、裁判員にとってはどうだろうか。長大な供述調書の内容を正確に把握した上で議論に臨むのは、容易なことではないだろう。だからといって、職業裁判官が調書の内容をダイジェストし、レクチャーして合議に臨むようなことがあれば、職業裁判官の判断を正当化するために、いわば添え物的に裁判員を法廷に招き入れたことになりかねず、何のための裁判員制度か、ということになる。そのようなことは決してあってはならない。結局、裁判員を事実認定者に加えた趣旨を守るには、証拠能力が肯定されて事実認定の用に供される証拠資料を最小限にとどめ、かつ個々の内容も思い切って簡略化するしかないように思われる。その限りにおいて、検察官も、裁判官も、そして弁護人も、良くも悪くも長年慣れ親しんだ精密司法の精密さを放棄する覚悟が必要であろう^(註110)。

また、次のようなことも考えられる。裁判官が証拠能力を否定した供述調書が弾劾証拠（刑訴法三二八条）として出てきて、弾劾が成功し、合議の結果、捜査段階の供述を翻し、あるいは後退させて、被告人の弁解に沿うような、あるいは少なくとも矛盾しない供述をした重要証人の公判供述の信用性が否定されたとする。この証人の捜査段階の供述が有罪立証に不可欠なものであった場合（そのような事案は実務上、日常的に存在する）、その公判供述が採証されないのはいいとして、弾劾に用いられた供述証拠も、「証拠の標目」に掲げる

^(註110) このことを、平野博士は、「核心司法」という言葉で端的に表現したものと考えられる。平野・参審制の採用による「核心司法」を（前注6）参照。

証拠として用いることはできないのだから、結局、有罪の決め手となる証拠が存在しないことになり、無罪の結論に至らざるを得なくなる。訴訟法上は、これが論理的な帰結のはずであるが、裁判員の素朴な感覚は、このような結論を支持するであろうか。筆者は、このような場合、証拠能力の要件を緩やかに解して上記供述調書を採証し、これを使って有罪にせよとっているのではない(もしそのようなことがあれば、それこそが、学説から強く批判されてきた悪しき慣行の正体というべきであろう。)。訴訟法は、いかなる原理を採るにせよ、法技術的に完璧ということはあり得ず、どこかで犠牲にせざるを得ないものが出てくる。職業法曹ならば、最終的にそれを割り切ることできるし、その中で事例を蓄積し、統一的な運用の基準を見出すこともできる。しかし、裁判員は、その事件限りの判断者である。その判断者が、上記のような事案において、有罪の心証を強く持っている場合、弾劾証拠としてその中身に触れた最有力の有罪方向の証拠が、裁判官が証拠能力なしと判断した証拠であって、その供述内容を立証趣旨とする証拠としては使うことができないとの説明によって、満足してくれるものだろうか。少なくとも筆者は、生まれて初めて伝聞法則云々という極めてテクニカルな証拠法上の説明を聞く裁判員に対し、意を尽くした説明をして、十分に納得させる自信はない。一般市民の素朴な感覚や常識を法廷に取り入れる、そのこと自体は尊いことである。しかし、そのことには諸刃の刃の面もある。そのことを認識した上で、研究者は議論しなければならないし、また、職業法曹は運用にあたらなければならないであろう。

(五) 公判供述の信用性担保

- (1) 証人が公判廷で証言しやすくするための諸方策
- (2) 被告人に証人適格を認めること
- (3) 偽証罪の運用の活発化

上記(1)は、証人への付添、証人尋問に際しての遮蔽措置、ビデオリンク方式による証人尋問の形で既に立法化された(刑訴法一五七条の二～四)。こ

れらは、被害者への配慮の高まりの中で速やかに立法されたものであり、後記の「被害者の主体性の強化・当事者化」ともちろん関連する。実務が近年積み重ねてきた工夫を法定化したものでもあって、妥当な立法というべきである。

同（２）、（３）は、いずれも亀山論文に代表される檢察実務サイドからの問題提起であるが、問題提起だけに終わらせるのではなく、そろそろ具体的な検討を開始する時期に来ている。公判中心主義の刑事司法を実現するのならば、公判で真実が供述される制度的な仕組みが必要である旨の亀山論文の指摘は、しごくもっともなものである。この点に関する意識の転換を図らないと、公判中心主義の理念的価値をいくら強調しようとも、またいくら精緻な立法技術を凝らそうとも、同論文がいうところの「システムに内在する復元力」^(註111)によって元の木阿弥になることは、新刑訴派の挫折が教えるところである。「歴史は繰り返す」を地でいく例を作らないためには、制度を先入観なく観察・分析し、その利害得失を総合的に論じる科学的な態度が必要である。

（六）被害者の主体性の強化・当事者化

（１）公判での主体性付与

（２）付随処分としての損害賠償命令制度

上記（１）は、被害者等の意見陳述制度として既に実現した（刑訴法二九二条の二）。これまで被害者に証拠資料としての地位しか与えてこなかった刑事公判は、犯罪被害者及びその家族にとって、極めて冷たい場所であったということが出来る。近年の被害者学の高まりに伴い、被害者等により主体的な地位を付与することに、一般論として反対する論者はいまい。「被害者は、手続の当事者ではなくとも、疑いもなく事件の当事者である。」^(註112)との言葉が、改めて明記されなければならない。その意味で、いわゆる刑事和解制度（犯罪被

^(註111) 亀山論文・前掲書二四頁。

^(註112) 川出敏裕「刑事手続における犯罪被害者の法的地位」刑事訴訟法の争点〔第3版〕（二〇〇二年）三四頁。

害者保護法四條)の導入で終わることなく、上記(2)の論点が、新たな立法を視野に入れて継続して論じられている^(註119)のは、時代の流れを象徴するものである。

ただ、ここでもバランス感覚は必要である。これまでの刑事司法システムが、余りに犯罪被害者等に冷淡であったことは否定できない事実であり、おそらく、その揺り戻しとして、被害者関連の法案は、表立った反対もなく通過するという状況がしばらく続くであろう。しかし、その行き着くところには、私的な復讐を禁じ、国家が刑罰権を独占した上でその発動の有無を判断するという近代刑法の原理を揺るがしかねない場面が出てくる可能性がある。刑事法の分野でもポスト・モダンが問われるようになったといえばそれまでであるが、法哲学的・法原理的な考察を捨象して、一時のエモーショナルな議論に引きずられるようなことがあつては、単なる厳罰化をもたらすだけの結果に終わりがかねない。筆者は、近代刑事法の拠って立つ諸原則が永遠不滅の真理であると考えているわけでは決してない。むしろ、個人的には、これら諸原則に対して相対的な立場を採るものであるが、事柄の性質上、拙速な立法化は危険だといいたいのである。

(七) 事実認定者の構成と事実認定過程の記録

- (1) 刑事公判への国民の参加
- (2) 判決書の簡素化
- (3) 上訴審との関係

上記(1)については、専ら陪審か参審かという形で議論が伯仲し、裁判員制度の導入で一応の決着をみたのは前記のとおりである。したがって、ここではそれ以上触れない。

^(註119) 平成一七年九月現在、法制審議会刑事法部会において、財産犯等の犯罪収益をなく奪し、被害者の被害回復に直接充てる制度の導入が検討されている。法務省ホームページ、<http://www.moj.or.jp> 参照。

同（２）については、前記石井論文^(註114)ほか専ら裁判実務家によって説かれてきたところであるが、これは決して裁判実務の合理化・省力化といった卑小な視点にとどまるものではないので、その旨誤解なきようにしておく必要がある。事実認定及びその結果としての判決書作成が詳密なものであれば、その詳密さに耐えうることを要求される捜査・訴追は必然的に綿密なものになる。いわば、事実認定の細かさと捜査の細かさは正比例する。これは、捜査と公判の両方に従事し、これらを架橋する検察官が、法律解釈のみならず事実認定の面でも専門的訓練を受けた法律家である以上、ほとんど不可避とってよい。したがって、捜査及びその成果物であるところの証拠を簡素にし、公判中心主義の刑事司法に誘導するためには、長年培ってきた慣行を見直し、判決書を思い切って簡素なものにすることが必要なのである^(註115)。

同（３）についても、同様のことがいえる。いくら一審が、裁判員制度の導入に伴って、公判中心主義の審理を実現させようとの問題意識の下に、調書や書証の細かな整合性が事実認定に占める割合を相対的に低下させようと試みたとしても、上訴審が従前の審理の在り方を前提に、緩やかな事後審としての性格を維持し続ける限り、一審判決がたやすく破棄されることになりかねず、裁判員制度を導入した意義が失われかねない。このことは、刑事司法改革論議の中でも相当程度に意識されたものと思われ、これまで以上に原審の事実認定を

^(註114) 石井論文・前掲書三二五頁以下。

^(註115) 裁判員制度導入後の判決書が簡素化されるであろうことについて、一般論として、これを否定する論考は見当たらない。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」（前注97）、松本時夫「裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について」法曹時報五五巻四号、松本芳希「裁判員制度の下における審理・判決の在り方」ジュリスト一六八号、中谷雄二郎・合田悦三「裁判員制度における事実認定」現代刑事法六巻五号等を参照。

中でも、上記佐藤文哉論文が、「新しい判決の基本的なスタイルは、否認事件の有罪判決であっても、罪となるべき事実は、訴因事実のみに止めた上、真の争点に対する判断を項目別に示すということになろう。……心証形成の過程を順序立てて書くとか、周辺の事実も全部固めておくといったスタイルの判決は避けなければならぬまい。」（前掲書一〇頁）と、かなり具体的な記述をしているのが目を引く。

尊重する姿勢が必要である旨の意見が表明されている^(註116)のは心強い限りである。実務は、再度このことを確認する必要があるだろう。

九 終わりに

以上、一九八五年の平野論文から二〇〇五年の公判前手続施行に至るまで、二〇年に及ぶ刑事司法改革論議の軌跡をたどりつつ、現在の到達点への概略的な評価を示してきたが、筆者は、今回の刑事司法改革立法は、全体として「八〇点」と評価して差し支えない出来映えではないかと考えている^(註117)。

様々な立場からの様々な評価が可能であることはもとより承知しているが、理念的対立が激しく、これまで立法がさながらピラミッドのように沈黙してきたとされる刑事訴訟の分野において^(註118)、このような広範かつ抜本的な改革がなされるとは、つい数年前までは考えられないことであった。個々の制度に対しては、いくらでも論評が可能であるが、全体を概観すれば、「よくぞこまで来た」との感を禁じ得ない。ベスト (best) ではなくとも、マッチ・ベター (much better) であり、少なく見積もっても五〇～六〇年に一度あるかないかの大改革であることは間違いない。そのことは素直に評価すべきである。

その一方で、新たに立法された条文は、精緻ではあるが複雑であり、意地悪

^(註116) 中谷雄二郎・合田悦三「裁判員制度における事実認定」(前注115) 前掲書四五～四六頁。

^(註117) 平成一七年九月一日日に実施された日弁連夏期講習(沖縄地区)で話す機会を与えられた際、筆者は、今回の刑事司法改革を「八四点」と採点した。

四点減点したのは、本稿をものするに際し、改めて実務家の論考に幾つかあたってみて、今回の刑事司法改革を前向きに捉える姿勢にやや乏しく、いわば「痛み分け」、「妥協の産物」のように受け取る論調が思ったより多かったことが気になったからである。このような意識が主流では、運用により改革の理念が後退するおそれなきにしもあらずと感じられ、減点することにした。減点した後も、「優」(八〇点)の評価を保っているのは、立法自体の技術的精緻さもさることながら、今回の改革に対する個人的期待の大きさの表れと理解して頂きたい。

^(註118) 松尾浩也博士の手による、ジュリスト別冊「刑事訴訟法判例百選 [第四版]」のはしがき参照。

な見方をすれば、使い勝手の悪い、英米法とも大陸法とも似ても似つかない妥協的・複合的な制度ができあがったということもできる。失望や懸念の声も少なくなく^(註19)、新たに生まれた刑事司法制度がどのような運命をたどるのか、予断は許されない状況にある。すべては、今後の実務の運用次第といってよいであろう。

実務が、従来の意識を引きずり、安易に手慣れた精密司法の手法に近づけて新制度を運用するならば、新制度は、これまで職業法曹だけで効率的に運用してきたシステムを、言葉は悪いが、裁判員という「お客さん」を抱え込んだ分だけ効率を低下させ、裁判員を含む一般国民と職業法曹の両方に不全感だけを残して、早晚失敗に終わるのであろう。仮にそうなったならば、施行後六〇年を経て顕在化した現行法の歪み・ひずみを正し、現代に通用するシステムとしてリフォームするチャンスは、少なくとも今後数十年は訪れないかもしれない。いや、それ以前に、職業法曹を代表とする「専門家」と称する人たちが、国民の側から、「彼らに任せておいても駄目だ」、「彼らに任せても結局なにも変わらない」と決定的な不信感を買ひ、ある種の社会的亀裂を生じさせることの深刻さを思うべきである。

逆に、職業法曹が今回の刑事司法改革の趣旨を正しく理解し、その趣旨を踏み外さない運用を心がけるならば、裁判員制度は、単なる陪審や参審の真似ではなく、これまで築き上げてきた精密司法の長所を生かしつつ、国民の常識・感覚を裁判に取り入れることに成功した、世界的にも例を見ないユニークな司法制度として、高い評価を受けることも可能であろう。上述のとおり、裁判員制度は、意地悪な見方をすれば、妥協的・折衷的な制度であるが、他方、見方をかえれば、アメリカの真似でもドイツの真似でもない、日本的智慧の結集で

^(註19) 例えば、年来の陪審制導入論者である丸田隆教授は、今回の立法を、その理想とする陪審制度とはかけ離れた妥協の産物と受け取っている。丸田隆「裁判員制度」平凡社新書二〇二頁参照。

あるところのオリジナルな制度である。明治以後、近代法治国家の制度を欧米から翻訳・輸入し続けてきたわが国が、この分野で初めて打ち出したオリジナリティであり、アイデンティティであるといってもよい。その制度に息吹を吹き込み、彫り上げた仏像に魂を込める栄誉ある機会が、平成の時代の法律実務家に与えられたのである。

有力な刑事弁護実務家である後藤貞人弁護士は、次のようにいう。「弁護士会内には裁判員裁判を悲観的にとらえる見方が少なからずある。そのような悲観論にも一定の根拠がある。しかし、裁判員裁判がこれまでの『精密司法』『調書裁判』を根本的に変え、迅速かつ充実した審理を実現させる萌芽を内包していることは確実である。」^(註120)

約二〇年の議論と試行錯誤を経て実現した今回の刑事司法改革が、後世の人々からどのような評価を受けるかは、ひとえに実務家の見識と力量にかかっている。そのことを再度強調して、本項の結びとしたい。

^(註120) 後藤貞人「刑事裁判の充実・迅速化 ―弁護人の立場から―」現代刑事法六卷一二号（二〇〇四年）四九頁。