

論 説

日・蘭刑事訴訟の比較的考察

土 本 武 司

I 刑事訴訟の手続構造上の原理

1 二大構造原理

周知のとおり，刑事訴訟の手続構造上の原理として，職権主義（“Ex officio” Principle）と当事者主義（Adversary Principle）とがある。両主義は主として公訴提起以後の訴訟段階に着目した区別であるが，刑事手続全体の理念としてこれをとらえれば，前者は実体的真実ないし公共の秩序維持を重視する思想であり，後者は適正手続保障ないし被疑者・被告人の人権保障を重視する思想である。ヨーロッパ大陸法は前者を基調とし，英米法は後者を基調としてきた。

ところで，平野龍一博士がその著「刑事訴訟法」のはしがきの冒頭で述べられているように，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⁽¹⁾。しかし，その「人権」と「真実」はしばしば深刻な対立様相を示す。そこで，世界の諸国は，上記の二大原理のいずれかに与^{くみ}しながらも，それぞれの歴史と文化を背景にして，その基本原理に修正を加え，自国にマッチしたやり方を追求している。

2 日本の刑事訴訟の理念と実際

この点をわが国についてみると，わが国は，明治期にフランス法，

ドイツ法を導入し、今次大戦後は英米法、とくにアメリカ法を導入したので、基本理念としては、戦前は職権主義ないし糾問主義 (Inquisitoial System) を、戦後は当事者主義ないし弾劾主義 (Accusatoial System) を基調とした。そして、学者は、それら外国法を手本にした理想型としての「モデル」を提示し、わが国の法の解釈・運用をそのモデルに合うようにリードしようと努めてきた。しかし、実務は、いつの時代でも、いったんはそれに目を向けるものの、やがてはそれから離れて日本独自の運用をしてきた。受入れては離れるということの繰返し—それが過去120余年の日本の法の歴史である。

とくに、刑事訴訟法は、基本法典のなかでも、「人権」と「適正手続」を謳った日本国憲法のもとで全面改正をした唯一のものであるだけに、理念的には、戦後、ドラスティックな大変革があったように見受けられるが、大陸法的要素も残置したこと、それに伴い個々の規定は旧法的に解釈することも可能であることとも相まって、実際には、日本の土壤にマッチする姿でのみ運用されてきた。そして、現行法施行40数年を経た今日、そのような日本特有の刑事司法の運用がほぼ定着したとみられるのであるが、その中の、捜査、起訴の公判前手続は、むしろ戦前の運用方法を維持し強化する方向に進んでおり、それが当事者主義化・弾劾主義化したはずの公判手続も形骸化させることにつながっているという指摘もなされ、さらには、現行刑事訴訟法は、欧米のそれに比べ“異常”で、“病的”でさえあるとの批判すら出されている。⁽²⁾

3 比較的観察

もとより日本の刑事司法の現状には改善すべき点がある。ただその改善策として、現実と理念を一致させるため制度改革を含めた抜本的改革をはかるというよりは、刑事司法はすぐれて歴史的、地理的、社会的諸条件を背景にして形成された国民の法意識を基盤とするものであるとの基本認識のもと、現状を全面的に否定するのではなく、また全面的に肯定するのではなく、どこに問題があるかを具体的に詰めていって、1つ1つ改善をは

かっていくことの方がより実践的である。

このような観点から、以下、オランダを比較対照国として選び、同国と日本の刑事司法の運用の実態を、捜査、起訴、公判の各段階に分けて比較検討し、両者の違いと特色を浮彫りにするとともに、将来の方向性を探ってみることにする。オランダを比較研究の対象として選んだのは、同国がヨーロッパの小国で、日本と同じように、フランス法、ドイツ法を範としながらも、自国にマッチした独自の法運用をしている点において、上記の本稿のねらいに合致するからである。

私は、1991年からオランダのライデン大学、ユトレヒト大学の客員教授として滞蘭中、両大学教授のアントニー A・G・ペータースと共同して、右の趣旨による実証的研究をした。その方法としては、特定の殺人事件を選び、同事件の公判を傍聴したほか、同事件の捜査、起訴、公判（一審および控訴審）に関与した警察官、検察官、裁判官、弁護士、保護観察官、さらには被告人自身にインタビューすることを中心とした。この比較研究を一般論、抽象論に終らせることなく、より具体的、よりダイナミックなものにするためである。

私たちがオランダで研究対象にした事件は、ある「父親殺し」の事件である。この事件の被害者は、男4人、女3人の父であるが、性的悪習者で、かつて自分の娘3名に次々に性的暴行を加えたが、家族は銃で脅されるため警察に届けることもできず、届け出ても取り下げってしまうという状況下にあって、今度は、被害者の娘（9歳）を含む孫娘3名（いずれも幼女）に対して同種の悪業に及んだため、これに憤慨した被告人が父である被害者を殴る、蹴るなどして死亡させたというものである。1973年日本の最高裁で尊属殺人違憲の判決を生んだ事件と類似しているという意味でも興味深い⁽³⁾が、本稿における関心は、もっぱら刑事訴訟法的観点にある。

（1） 平野龍一・刑事訴訟法（1958年）1頁

（2） 平野「現行刑事訴訟の診断」国藤重光博士古希祝賀論文集4巻1900年407頁

- (3) ペータース教授と私は、オランダにおける研究の後、日本においても、引続き本文記載の方法と同一の方法で研究したが、本稿における素材としては、オランダにおける「父親殺し」のみを取り上げることにする。

II 捜 査

1 捜査の担い手

(1) 警察官 オランダでは、捜査の主役は警察官である。警察は被害者を逮捕した場合、6 時間⁽⁴⁾(オランダ刑訴67条)、それに続き副検事(Assistant Public Prosecutor 通常は上位の警察官)の発する令状によって 2 日間(延長した場合 3 日間)(同57条)、被疑者の身柄を拘束して捜査するが、その短時間内では捜査の内容も限られたものにならざるを得ない。

上記事件の場合でも、事件発生当日に被疑者を逮捕し、その後 2 日以内に、死体の検視・解剖、現場の検証、証拠品の押収のほか、十数名に及ぶ参考人の取調べをして、事件自体のほかその背景事情も捜査の対象に取り込んでおり、短期間内に精力的な捜査をしていることは窺えるが、その内容は粗っぽいもので、ただ数だけ集めたという観を拭えない。この事件では、犯行の動機・目的・計画性などの主観的要素が特に重要であるのに、日本のように、被疑者・その他の関係者の取調上その点に力点をおいたと窺われる形跡はない。それらの主観的要素は客観的証拠ないし状況証拠によって認定する傾向が強いのであろう。

(2) 検察官 オランダの検察官も、日本と同様、法律上は捜査権がある(同148条)。自ら捜査することも警察を指揮して捜査させることも自由である点も日本と同じである。しかし、実際には、警察が捜査を全面的に掌握していて、検察官はほとんど捜査に手をつけていない。上記事件についても同様であった。

日本の検察官は、法律上警察を上回る捜査権を有しているのみならず、実際上も、捜査の主宰者として主動的・積極的に捜査活動をしている。そ

もそも、戦後の大改革により、裁判所は行政府から完全に分離独立し、警察は地方分権化し、被告人・弁護人の地位・権利は飛躍的に強化されたが、ひとり検察だけは、その実体において根本的な変革はなかった。それは、日本の検察がフランス法を範型として発足しながら、早くから、一方において捜査面にも力を注ぎ、他方において明文の根拠がないのに(明治形訴)、事実上の慣行として「起訴猶予」方式を実施するなど日本独自の検察運営をしてきて、これを新憲法体制下でも根本的に変革する必要がなかったからであろう。そして、新憲法のもとで、さまざまな捜査上の制約が課せられ、証拠に対する規制が強められたなかにあっても、検察は捜査能力をさらに向上させ、起訴事件については100パーセントに近い有罪率を維持している。

(3) 予審判事 日本では、フランス法に範をとった治罪法以来予審制度(Preliminary Examination system)をとっていたが、戦後の刑訴応急措置法により廃止された。その理由は、予審には、公判前に綿密な証拠収集を遂げ公判における有罪宣告をほとんど完全に準備するという糾問的機能と、公判を開くまでなく予審限りで被告人を解放するという自由主義的機能とがあるが、日本では、検察官の綿密な捜査活動と広範な訴追裁量とにより、予審のもつ上記の機能が2つとも無用となったからである。

これに対し、オランダでは、現在なお予審制度があり、予審判事(Examining Magistrate)が勾留のほか、被疑者の取調べその他捜査上重要な機能を営んでいる。そのうえ、予審判事は検察官よりも広範かつ強力な捜査上の権限を有している。例えば、検察官(警察も)は証人に対して出頭を求め任意の供述を求めるだけであるが、予審判事は証人に出席を命じ、真実を供述することを義務づけることができる(同210条～266条)。また、予審判事は警察に捜査を命ずることができ、それは「できるだけ(as much as possible)検察官と相談して」すべきものとされている(同177条)が、このことは、予審判事は自分自身の考えに基づいて捜査を遂行できることを意味する。かくして、検察官は「起訴」を掌握しているが、「捜査」を掌握しておらず、

「捜査」は予審判事がその指揮官を任じているのである。

2 防禦活動

(1) 証拠開示 証拠の事前開示問題は、日本では、1960年代後半の最高裁判所判決によって一応の解決をみたものの、それは起訴後に、検察官の取調請求予定請求証拠に限定されている。これは当事者主義の精神から、当事者は相互に自己の手のうちを相手に示すいわれはないということを根本的理由とする。

これに対し、オランダでは、警察官も予審判事も、被疑者・参考人の供述調書、その他の捜査資料はそれを作成すると、即座にそのコピーを弁護人に送付し、また予審の被疑者質問の際は、弁護人の立会、質問、発言を許している(同63条4項)。したがって、弁護人は捜査段階から事件に深くかわかり、証拠の内容を知悉し、かつ捜査の進捗状況を握握している。警察が、捜査資料の開示により将来の捜査に支障が生ずるようなもの(共犯事件、組織犯罪等のそれ)まで100パーセント開示しているかについては疑問の余地があるが、少なくとも日本における開示基準をはかるに超える事前開示⁽⁵⁾がなされており、これが捜査の可視化、訴訟関係人の相互信頼感の醸成に役立っていることは明らかである。その根底にあるのは、刑事訴訟の要諦は、「対立」、「闘争」にあらずして、「信頼」、「協力」にあるとの観念であるように思われる。

(2) 被疑者の援助活動 日本では、起訴前の被疑者については国選弁護人制度がない。最近、各地の弁護士会において、いわゆる「当番弁護士制度」を発足させているが、それは緒についたばかりであるうえ、その制度内容上、被疑者に対する法的援助として必ずしも十分なものといえない。

オランダでは、被疑者のための弁護士を弁護士会が選任し(同40条1, 2項)、または裁判所が選任する(同条3項)制度が完備しており、被疑者が警察に留置されると、弁護士が直ちにそれに面接し、法的援助を与えるための活動を開始する。“被拘束被疑者への早期法的援助制度(The system of early legal aid to suspects held in police custody)”がこれである。

また、日本では、保護観察官は、被告人の刑（または少年に対する保護処分）が確定してからその活動を開始するが、被疑者が留置されると、その旨が直ちに地方保護観察事務所に通知され、保護観察官が被疑者やその家族に面接してその人格・社会調査を開始し、その結果は、起訴前に、検察官のみならず、弁護人も知ることができる。“被拘禁被疑者の早期社会的援助制度（The system of early social aid to suspects held in police custody）”がこれである。

これらの(1)、(2)に象徴されるように、オランダにおいては被疑者に対する援助活動が活発であり、弁護活動も捜査段階のそれが公判段階のそれよりも重視されていることを意味する。そして、前記の予審制度と相まって、オランダにおける刑事訴訟の重点は公判手続から前公判手続へ移行しているといえる。

(4) ただし、午前零時から午前9時まではその6時間から除かれる。したがって、警察は被疑者を実質15時間拘束して尋問できる。

(5) とくに、逮捕直後の6時間（または15時間）は“密室”内の取調べであるので、その間の捜査資料の一部は秘匿される可能性がある。

III 起 訴

1 起訴権の行使

起訴権は検察官が行使するという点ではオランダでも日本でも同じである。ともに、国家訴追主義、起訴独占主義がとられているのである。起訴便宜主義がとられている点も同様である（ともに、全事件の半数近くが不起訴処分になっている。）。

しかし、次の各点に違いがみられる。

(1) 起訴・不起訴の決定 日本では、検察官は“独任性の官庁”でありながら、検事総長を頂点とした全国ピラミッド型の強固な中央集権的組織を構成しており、起訴・不起訴の決定にあたっては、担当検事の判断

だけでなく、必ず上司の決裁を受けなければならない仕組みになっており、証拠の過不足、価値判断についても内部チェックが厳しい。これに対し、オランダでは、起訴・不起訴の決定は担当検察官の独自の判断によってなされ、上司、同僚に相談することはあっても、それは事実上のものであって組織的、制度的なものではない。

また、日本では、前述した綿密・周到な捜査と相まって“有罪の確信”のある場合にのみ起訴することが許され、それがないまま起訴することはタブー視されているが、オランダでは、起訴するには“有罪の可能性”があれば足るとされている。

(2) 「起訴」の意味 日本では、「起訴」とは「公訴の提起」、具体的には起訴状を裁判所に提出することを意味する。その段階までは起訴の準備としての捜査段階としてとらえられている。「被疑者」という用語はその捜査段階において用いられ、起訴後は「被告人」と呼ばれる。

これに対し、オランダでは、「起訴 Prosecution」は検察官が事件を裁判官へ持ち込んだとき開始されるものとしてとらえられている。それは次の2つのルールによって生ずる。その1つは、予審判事に対し被疑者の勾留を請求をしたとき、あるいは予審判事による予審尋問がなされたとき。その2は、予審尋問を経ないで裁判所に起訴されたとき(同244条～246条、255条)。したがって、オランダでは、「被疑者 suspect」は上記の意味の「起訴 prosecution」、すなわち予審判事へ事件が持ち込まれたときまたは裁判所に起訴されたときに「被告人 defendant」になる。

(3) 不起訴の効果 日本では、不起訴処分に既判力類似の効力はなく、いったん不起訴処分をした後でも、新証拠の発見、情状の変化等により検察官が起訴相当と判断すれば「再起」のうえ、起訴することができるものとされている。のみならず、「検察審査会」や「準起訴」制度により、被疑者その他の一般私人がいったん不起訴とされた事件につき起訴するよう求めることができるものとされている。

これに対し、オランダでは、不起訴処分に既判力類似の効力が生ずる場

合がある。

(7) もし捜査の結果（それが検察官のみによるものであれ、検察官および予審判事によるものであれ）、検察官が当該事件を「起訴を遂行」(further prosecution)すべきであるとの意見を持った場合は、できるかぎり早く起訴手続を進めなければならないが、事件を裁判所へ持ち込まないかぎり、公益的地から起訴手続を進めないという決定をすることができる（同242条）。

(i) 捜査が終了した後、検察官は被告人に対し(a)今後起訴手続を進めない (no further be procecuted), (b)起訴手続を進める (be further prosecuted), (c)裁判の付する (be tried in court) のいずれかを通知しなければならない。そして、重要なことは(a)の通知がなされると手続は終了し (the case is ended) (同246条1項)、その後は同一事件につき新証拠があらわれないかぎり起訴することはできない(同255条)。このことは被告人は合理的な時間内に起訴が行われるかどうかを知る権利を持つこと、不起訴通知には一事不再理 (ne bis in idem) 効があることを意味する。

このように、オランダでは不起訴通知に既判力類似の効果を認めるものであるが、そのことと、被害者が不起訴処分に対して不服の申し立てができることとの関係が問題となる。すなわち、オランダでは、日本のように検察審査会制度や準起訴制度が存在しないが、被害者は高等裁判所に対して不起訴に対する不服申し立てができ、同裁判所はその不服申し立てに理由があると認めるときは起訴することを命じることができることになっている(同12条以下)。一方で、不起訴処分に一事不再理効を認めながら、他方で、上記の被害者不服申し立て制度をとっていることとの理論的整合性は定かではないが、被害者の法的地位の強化が被告人の法的地位を弱体化ならしめていないことは確かである。

3 訴因の構成・特定、罰条等

起訴状の記載方法については、オランダと日本とでは「被告人を特定する事項」以外はかなりの差異がある。この点を上記「父親殺し」事件の起訴状を例にとって述べてみよう。

公訴事実として、その冒頭に

被告人は、1991年6月16日かそのころ、ライデンかその附近において、ほか数名又は1名と共謀しかつ共同し、少なくとも単独で、計画的に父 K. H. を殺害する目的で、同人の頭部を蹴り、及び／又はその胴体を殴りかつ／又は蹴り、よって同人を死亡させた。

と書いてあり、それに続いて、いずれも、

仮に上記事実につき被告人を有罪とし処罰できないのであれば、補助的に

という書き出しのもとに、5つもの犯罪事実が書いてある。つまり、1個の父親殺しの事実について1個の本位的訴因と5個の予備的訴因が構成されているのである。罪名、罰条が記載されていないが、訴因の内容からして、本位的訴因は謀殺 (Premeditated Murder)、予備的訴因の第1は故殺 (Manslaughter)、第2は計画的重大傷害致死 (Death Resulting from Premeditated Serious Bodily Injury)、第3は重大傷害致死 (Death Resulting from Serious Bodily Injury)、第4は傷害致死 (Death Resulting from Bodily Injury)、第5は暴行致死 (Death Resulting from Violence) である。

オランダの刑法は、日本の刑法のように普通殺人と尊属殺人の区別がなにかわりに、加害者の主観的意図によって構成要件を異にし、法定刑にも差異を設けている。そこで、この事件の起訴では、上記のように刑の重い罪から軽い罪へと訴因構成されているのである。

上記公訴事実の記載方法を、日本のそれと比較すると、次のような特色が見出される。

(1) 犯行の日時、場所、犯行方法、結果発生(被害者の死亡)の日時、場所、死因等が記載されていないか莫然としている。

(2) 犯行の日時、場所、共謀の有無、犯行方法などの点につき、択一的記載が多い。

(3) 1個の殺人事件につき6個もの訴因が予備的に構成されている。

(4) 罪名・罪条の記載がない。

(1)は、日本であれば訴因不特定の謗りを受けかねない。(2)は、日本でも択一的記載は法律的には可能である(刑訴256条5項)が、実務上はほとんど行われていない。(4)は、日本でも罪名・罰条は公訴事実の補助的機能を営むにとどまると解されているが、罪名は起訴状の記載要件とされ(刑訴256条2項3号、4項本文)、実務上も記載が励行されている。

最も問題となるのは、(3)についてである。予備的記載も、日本でも法律上認められている(256条5項)が、実際には、公判の進展に伴って予備的訴因の追加という操作をすることはあっても、起訴の当初から予備的訴因—それも5段階ものそれ—を起訴状に掲げることはない。

そもそも、日本では、罪質が同質で構成要件的に重なり合う犯罪である場合は、1が他を包摂しうる関係にあるかぎり、“大は小を兼ねる”の理論より、いわゆる縮小認定ができるものとして取り扱われている。父親を殺したという1個の事実を内容とするこの事件における6つの訴因は、計画性、故意などの主観的要素において差異があるのみで、その罪質は共通しており、構成要件的に重なり合っているのであるから、日本的な訴因操作方式によれば、その最も重い態様の本位的訴因(謀殺)が掲げられてありさえすれば、裁判所はその訴因の範囲内で、前記の5つの予備的訴因のいずれも認定できるはずである。にもかかわらず、この事件の起訴検察官が仰々しく可能なかぎりの訴因を予備的に並べ立てたのは、オランダでは、訴因の拘束力をきわめて厳しいものとして取り扱い、「大小理論」を認めないからである。したがって、もし「謀殺」の訴因だけで起訴すると、裁判所が「謀殺は認められないが、故殺あるいは傷害致死は認められる」と判断した場合も無罪とならざるを得ず、一事不再理の要請から別訴因で再起訴することも許されないし、訴因変更も許されない。前述の「1991年6月16日かそのころ」、「ライデンかその付近で」、「共謀又は単独で」というように抽象的でありながら択一的な記載が多いのも、同一の理由による。

重要なことは、起訴状の書き方や訴因の取り扱い方の当否ではなく、訴因構成にあらわれる検察官の起訴に対する姿勢、ひいては刑事訴訟全体に

対する姿勢である。

一体、この起訴検察官は、この事件の真相を何であると見たのであろうか。本位的訴因の「謀殺」と最後の予備的訴因の「暴行致死」との間には、法律的评价の面で大きな違いがあるのみならず、社会的评价の面でも格段の差がある。もし、本件が「謀殺」であるのなら「暴行致死」などは論外でなければならない。検察官が本件をどんな罪に当たるとして起訴したのか、その訴追意思が問題である。何でもよいから、被告人のやった行為が犯罪になるのなら罰してくれ、というのでは検察官としての姿勢が問われるのではなかろうか。

日本において、スリが現金をすり取ろうとして失敗してチリ紙1束をすり取ったというケースについて、検察官は現金の窃盗未遂で起訴したところ、裁判所はチリ紙でも財物には違いないからチリ紙の窃盗未遂に訴因変更するよう勧告したが、検察官がこれに応じなかった例がある。現金目的のスリ行為であると認めたからこそ起訴価値があると判断したのであり、チリ紙1束のスリなら不問に付していたところであるからである。いわんや殺人事件についておやである。

日本では、起訴に際して「事実の認定」は最優先事とされ、「真実はただ1つ」の理念のもと、犯罪行為についてはその客観面だけでなく、主観面においても綿密な捜査を尽くし、犯罪事実につき十分な心証を形成するとともに、法律構成についても厳密な吟味検討を加えそれを起訴状に盛り込む。それは十分な修練のもと一撃で相手を倒す剣道にも似て、数多く打てばどれかが当たる式の訴因構成は、日本検察のとらないところである。

また、犯行の日時・場所、犯行の方法などについて、起訴状の記載と裁判所の認定との間に些細なズレがあっても、無罪で訴訟を打ち切らざるを得ないというオランダのやり方は、「手続維持の原則」に反するし、訴訟関係人、特に検察官が枝葉の点にとらわれて、根幹部分を見失う危険がある。そのような些細なズレは「起訴状の補正」または「訴因の変更」手続による是正を認めるべきではないかと思われる。

4 起訴状一本主義

日本では、戦後「起訴状一本主義」（刑訴256条6項）がとられているが、オランダでは、起訴と同時にいっさいの捜査記録（File）が裁判所に提出され、裁判官がそれを精査することによって第1回公判前に事件についてのある程度に心証形成を終えている。

この点は、後述する公判審理方式と相まって、日本の方が当事者主義的、弾劾主義的であり、オランダは職権主義的、糾問主義的であるが、その当否はそれぞれの全体構造との関連において考察する必要がある。

IV 公 判

オランダでは、まず、法廷は、検察官席が裁判官席と並んで壇上で設けられ、弁護人席と被告人席は1段下のフロアに設けられている。そのため、被告人が検察官の求刑を裁判官の判決と間違えることが時折あるという。そして、公判は裁判官（とくに裁判長）の被告人質問を中心に行われる。証拠は起訴と同時に裁判所に提出されているから、法廷にいちいち提出されるということはない。伝聞法則、自白法則、違法収集証拠排除法則等の証拠法則も有名無実である。上記の事件でも、証人尋問は全くなく、裁判長の被告人質問だけが行われ、検察官と弁護人はそれぞれ論告・弁論をして、1回の公判で結審し、2週間後には判決言渡し。被告人・検察官の双方が控訴。控訴審は覆審構造をとっているが、そこでの審理も1審と同様、ほとんど裁判長の被告人質問のみで結審している。

こういう公判審理を見るかぎり、戦前の日本のそれを彷彿させるが、その根底には、真実発見は裁判所の主動的な実践によってのみ可能になるという訴訟観がある⁽⁶⁾のであろう。

これに対し、戦後の日本のそれは、起訴状一本主義と相まって、著しく当事者主義化、弾劾主義化した。

しかし、日本では、前述したように捜査・起訴が綿密・厳格で、有罪率

が顕著に高いことから、被告人、弁護人が「事実」を争うことは少なく、「情状」立証のみに終始することが多く、したがって、検察官申請証拠が全部同意のうえ取調べられるというケースが少なくない。その場合は、日本の公判審理も儀式的になり、裁判は「調書裁判」の様相を呈することになる。一方、否認事件では、平均1か月に1回という。“こま切れ”期日指定と相まって、裁判は長期化することが多い。

- (6) 因みに、上記「父親殺し事件」では、懲役8年の求刑に対し、一審判決は、本位的訴因を排斥し、予備的訴因第1（故殺）を認定して、懲役4年を言い渡し、これに対し、被告人のほか、検察官も控訴したのに、控訴審判決は、一審判決も破棄し、予備的訴因第1（計画的重大傷害致死）を認定し、量刑は懲役2年（うち6ヶ月に月執行猶予）とした。検察官にとって、事実認定面で2段階下落し、量刑面で求刑の4分の1に減じたわけである。日本の検察官ならまっ青になるところであるが、オランダの担当検察官はケロッとしていた。

V ま と め

ヨーロッパの一隅で、その刑事司法の実態を垣間見た私は、刑事司法の運営はそれぞれの国ごとに秀れて独自性のあるものであるということを痛感する。日本では、私も含めて、しばしば「欧米」を1つのパターンとしてとらえ、「欧米」と「日本」を比較対照する手法がとられがちであるが、刑事司法に関するかぎり、ヨーロッパとアメリカとでは大きな違いがあることはもちろん、ヨーロッパの中でも、国によって差異がある。例えば、オランダはヨーロッパの一国であるが、その刑事訴訟の運用方式は、前述したように、職権主義・糾問主義と当事者主義・弾劾主義を混合したオランダ独特のものである。その起訴は検察官から裁判所への事務引継ぎのような観を呈しているし、その裁判は、日本以上に形式的・儀式的であるように見受けられるが、そもそも、この国では、刑事手続きはスムーズに、

なめらかに流れることをよしとされ、起訴を境にその前と後とを截然と区別するなど、手紙の折り目、節目を明確にすることは重視されず、Pre-TrialとTrialが一体となって刑事裁判が機能しているように思われる。そして、警察官、検察官、予審判事、裁判官、弁護人等の訴訟関係人が相互信頼のもと、それぞれの役割を誠実にこなし、その結果、総体的にまとまりのあるものになることが標榜され、検察官側と弁護人との対立構造はここにはないのである。こういうやり方がこの国の土壤にマッチするのであろう。これに対し、アメリカでは、公判廷を主戦場とする闘争こそが裁判の生命であると受け止められ、検察官と弁護人が法廷で激しく対立し、その訴訟技術の巧拙によって結果が左右され、その反面“司法取引”が半ば公然と行われるスポーツ競技的なし民事訴訟的刑事訴訟の運用をしているが、それをアメリカ国民は納得している。いずれも、日本の刑事司法とは大きな距離がある。

それでは、日本の刑事司法の特色は何か。松尾教授は「精密司法」と「擬似当事者主義」であると喝破された。⁽⁷⁾これは日本の刑事司法の特色を最大公約数的に見事に浮彫りにした見解である。

「精密司法」は捜査・公判を通じてのことであるが、公判だけでなく、捜査においても「精密」な作業をして、できるかぎり真実に近づき、その事実認定に即した妥当な処分をすることは、被告人をして、有罪の認定を受け処罰されることになったとしても、納得させることになるという点に「精密司法」の長所があり、それが日本の土壤にマッチしているのであろう。オランダにおける捜査・公判のようにラフなものでは、背景事情が複雑で、人間の奥深く潜む神性と魔性の葛藤の表れとしての事件でであればあるほど、刑種・刑量のいかんにかかわらず、被告人を満足させることはできない。“闘争”と“取引”を旨とするアメリカ型のやり方でも同様である。

「精密司法」に問題があるとすれば、捜査官の事件の筋の読み違いにより、間違った見込みに基づく証拠が収集され、それによって事件が固まってしまう場合がありうるということであろう。これが「事実」についての

場合も問題であるが、「犯人」についての場合はなおさら深刻である。しかし、それは「精密司法」それ自体を否定する理由にはならず、弁護活動の活発化、捜査過程の可視化等の方策によって解決すべきことであろう。その具体策としては、オランダで実施されている捜査記録の全面開示制度が参考になろう。

また、「疑似当事者主義」とは「検察官は検察官で一生懸命やる、弁護人は弁護人で一生懸命やる、その結果、⁽⁸⁾しかし、落ち着くところはいわゆる実体的真実である」というものである。すなわち、刑事訴訟の基本理念として当事者主義を標榜するけれども、アメリカ的な司法取引や訴訟技術の巧拙によって結果が分かれるという民事訴訟的当事者主義ではなく、検察官と弁護人が対等に攻撃・防禦を尽くし、しかし、最後は真実に照準を当てた結果になるようにするというものである。「疑似」という用語は「真似」ないし「偽物」に類似するマイナスの語感があるが、言葉ではなく内容が重要であるとすれば、疑似当事者主義は、本来の当事者主義と違っていても、日本の風土にマッチした日本的当事者主義として、国民の支持を受けらるであろう。

(7)(8) 松尾浩也「刑事訴訟の基礎理論」法学教室86号31頁