

7 外国法の継受という観点から見た日本の 刑事訴訟法と刑事手続

川 出 敏 裕

- I はじめに
- II 明治維新から戦前の時代
- III 新刑事訴訟法制定とその後の時期
- IV 1990年代後半以降の時期
- V おわりに

I はじめに

他の基本法と同じく、わが国の刑事訴訟法とその運用は、明治維新以来、外国法からの大きな影響を受けつつ、発展を遂げてきた。もっとも、外国法が持つ意味は、時代ごとに異なっている。ここでは、大きく、(1) 明治維新後の治罪法から大正刑事訴訟法までの時代、(2) 戦後の新刑事訴訟法の時代、(3) 現在、の3つの時期に分けて、それぞれの時期において、わが国が外国法をどのように受け入れ、それが刑事訴訟法とその運用にどのような影響を及ぼしたかを振り返りたい。そのうえで、それを踏まえて、最後に、今後、外国法に対してどのように向かい合うべきかを考えてみたい。

II 明治維新から戦前の時代

明治維新後のしばらくは、「王政復古」のスローガンのもとに、律令法の時代が続き、刑事手続に関しても、明治6年制定の「改定律令」や「断獄則

例」による規律がなされていた。しかし、同時に、その当時の明治政府は、不平等条約の改正のために、西欧流の法律制度や裁判制度を導入することを求められていた。このことは、治外法権が撤廃された場合に、外国人がその下で裁かれることになる刑事司法制度について、とりわけ顕著であり、早急に西欧流の刑事訴訟法を制定する必要に迫られていたのである。

そこで、政府は、フランスからボアソナードを招き、彼によって、当時のフランスの治罪法を元に、治罪法草案が起草された。これに修正を加えるかたちで、明治13（1880）年に「治罪法」が制定され、明治15年から施行された。これが、わが国初の近代的な刑事訴訟法典ということになる。

この治罪法は、ボアソナードの草案にあった陪審制度が取り入れられていないなどの違いがあるとはいえ、それを除けば、基本的には、フランスの治罪法の内容を継承したものであった。ボアソナードは、明治6年に来日後、司法省の法学校で教授として法学教育を行い、その後、治罪法の起草にとりかかっている。つまり、その作業は、いわば何もなかったところに、法律の教育から初めて、西欧の刑事手続を導入しようとするものであったから、ある意味で外国法の直輸入のようなかたちになったことは、当然の帰結であったともいえよう。

その後、治罪法は、明治23（1890）年に、若干の修正を経て「刑事訴訟法」と名称を変えるが、それは、基本的に治罪法の内容を引き継ぐものであった。

しかし、その後、ドイツ法の影響が強くなり、明治23年の裁判所構成法に引き続き、大正11（1922）年に、当時のドイツ刑事訴訟法の影響を色濃く受けた、いわゆる大正刑事訴訟法（旧刑事訴訟法）が制定される。治罪法の制定から42年の歳月が過ぎているが、そこに至るまでに、多くの留学生がドイツに渡って、刑事訴訟法を含む法律を学んだ。そして、ボアソナードによって起草された治罪法とは異なり、旧刑事訴訟法は、ドイツ刑事訴訟法を十分に理解した日本人の法律家によって起草されたのである⁽¹⁾。

旧刑事訴訟法がドイツの刑事訴訟法典と刑事訴訟法学の影響を強く受けたものであったことは、法律の編別構成が、当時のドイツ刑事訴訟法に類似し

たものであったことに端的に現われている。また、刑事訴訟法の教科書は、そのいずれもが、ドイツの刑事訴訟法学に則ったかたちで書かれており、現在までに通じる、訴訟行為、訴訟条件といった概念がそこに現れているし、ドイツ刑事訴訟法の基本原則であるところの、職権主義、公判における直接主義・口頭主義も、旧刑事訴訟法の原則として取り上げられている。

しかし、その一方で、旧刑事訴訟法は、単にドイツの刑事訴訟法を直輸入したものではなかった。それは、治罪法制定以来の40年にわたる実務の積み重ねの中で、日本独自の刑事手続の運用が形成されていたからである。その最も顕著な例が、旧刑事訴訟法において、検察官の起訴猶予権限が明文化されたことである。ドイツでは、その当時から現在まで、いわゆる起訴法定主義がとられている。起訴法定主義は、起訴するに足る証拠がある以上は、必ず起訴することを原則とするというものであるが、その前提として、一定の嫌疑がある以上は、捜査をしなければならないということも、その内容として含んでいる。この原則は、元々は、ドイツの刑事訴訟法が制定された当時(1877年制定)に支配的であった絶対的応報刑論に対応したものであったとされているが、その後、刑法理論において、一般予防や特別予防を重視する見解が絶対的応報刑論にとってかわったことにより、その元々の理論的根拠を失っている。しかし、そのうえで、現在では、刑罰を科す条件は、原則として、立法者自らが定めなければならないことは、民主主義、法治国家原則、罪刑法定主義、平等原則などが要求するものであるとして、起訴法定主義は、基本法上の原則から導かれるものであるとされている⁽²⁾。このように、時代によって、その根拠について変遷があるとはいえ、起訴法定主義は、ドイツ刑事訴訟法の基本原則の1つであり続けている⁽³⁾。

旧刑事訴訟法において、それとは異なる制度が採用されたことは、重要な点で、旧刑事訴訟法がドイツ刑事訴訟法から離れたことを意味する。歴史的な経緯を振り返ってみると、元々、治罪法とそれを基本的に引き継いだ明治刑事訴訟法には、検察官の起訴猶予権限を認める規定はなかった。そのため、学説上は、起訴法定主義を採用しているという見方が強かった。しか

し、明治半ばごろの飢饉等による社会の乱れにより、窃盗等の軽微な財産犯が激増した。これをすべて捕まえて判決にいたるまで身柄を拘束しておくというのは、当時の監獄の状況からして無理であり、そのための費用も莫大なものとなりかねなかった。そこで、明治18（1885）年に、当時の山田顕義司法卿が、「微罪不検挙」という方針を打ち出したことをきっかけに、その後、監獄経費の削減を目的として、一定の軽微な犯罪については起訴せず手続を打ち切るという運用が定着していった⁽⁴⁾。

したがって、起訴猶予の運用が拡大していった出発点は、財政上の事情から軽微な事件を手続から落とすということにあったわけである。しかし、その後、これに強力な理論的バックボーンが加わる。それが、刑法学における新派の登場である。新派は、刑法の目的を犯罪者の改善更生による再犯の防止に置く教育刑主義を標榜し、特別予防という観点から、そのための手段として起訴猶予を積極的に利用すべきだとしたのである。

こうした背景のもとで、明文の規定がないにもかかわらず、起訴猶予の運用は確立したものとなり、その対象も、軽微な罪から犯罪一般へと拡大していった。そして、そうした実務の現状を追認するかたちで、大正刑事訴訟法に、起訴猶予権限を認める明文規定が置かれることになったのである。その条文は、現行の刑事訴訟法248条とほぼ同内容のものである。

先に述べたとおり、治罪法は、基本的には、当時のフランスの治罪法を引き継いだものであったが、その重要な要素である陪審制を採用しなかった。これは、その当時は、憲法も議会もまだできておらず、国家権力の行使の1つである司法に国民が参加する段階にはないということによるものであった。実際、この後、大正デモクラシーの時代になって、陪審が実現するに至るのである⁽⁵⁾。その意味で、陪審制の不採用は、いわば消極的な理由に基づく、外国法の受容の否定であったといえよう。これに対して、大正刑事訴訟法における起訴猶予権限の承認は、それまで形成されてきたわが国の実務を前提に、いわば積極的な理由から、ドイツの刑事訴訟法を修正したかたちで受容したものであった。それは、同時に、旧刑事訴訟法制定の原動力となった人々が、ドイツ刑事訴訟法を、日本に適合しない部分を含めて、十分に理

解していたことを意味する。

そして、検察官が起訴猶予権限を適切に行使するためには、綿密な捜査を行い、情状面を含めて、豊富な資料を得ることが必要になる。ここから、犯罪事実自体についても、十分な捜査を尽くしたうえで、有罪判決が得られる高度の見込みがある場合に起訴するという運用が次第に確立していく。ドイツでは、起訴に必要な嫌疑は、勾留に必要な嫌疑よりも低いという考え方が一般的であり、この点でも、日本とドイツには差異が見られる。

III 新刑事訴訟法制定とその後の時期

第2次大戦後、刑事訴訟法は、再び、外国法の大きな影響のもとに、抜本的な改正を受けることになる。この改正は、アメリカを中心とするGHQの占領下で、そのリーガルセクションとの折衝を経て行われたものであり、戦前とは異なり、アメリカ法の影響を強く受けている。その根源は、刑事訴訟法の上位規範である憲法に、31条から39条まで、刑事手続に関する条文が置かれ、それがアメリカの連邦憲法の規定に由来するものであったことにある。それが刑事訴訟法において具体化されることになった。その主眼は、刑事手続における基本的人権の保障の強化であり、例えば、令状主義の採用、黙秘権の保障、弁護人選任権の拡充（国選弁護制度）など、被疑者・被告人に数多くの手続的権利が保障されたことに現れている。

さらに、目に見えるかたちで変わったのが、公判手続である。訴因制度や起訴状一本主義などの当事者主義の原理に基づく制度が採用されるとともに、訴訟の進行も、旧刑訴下の職権主義に基づくものとは異なり、検察官による主張と証拠提出、これに対する被告人・弁護人による反論、あるいはその逆という当事者の攻防が中心となり、裁判所は、基本的には、中立の立場に立って、両者の主張を判断するというかたちになった。この限りでは、当事者主義を標榜するアメリカ法は、確実にわが国の刑事訴訟法に継受されたといえる。

他方で、ここでも、旧刑事訴訟法の制定の際と同様に、アメリカの刑事訴

訟法がそのまま輸入されたわけではない。とりわけ、それまでの実務を踏まえて、日本側が積極的に外国法を取り入れる形で制定された旧刑事訴訟法とは異なり、今回の改正は、多くの部分で、これまでそれを基に実務が積み重ねられてきた刑事手続とは異質な刑事手続を、いわば外在的な要因によって導入しようとするものであったから⁽⁶⁾、当然のことながら、それには抵抗も強かった。それもあって、アメリカの刑事手続を特徴づけるいくつかの制度、例えば、陪審制度、手続二分、有罪答弁、それと結合した取引、被告人の証人適格などは、取り入れられなかったのである。

故團藤重光博士は、司法省嘱託として、新刑事訴訟法の立案作業に関与されたが、その施行40年を契機に組まれた雑誌の特集号に寄稿された論考において、立案作業の経緯とともに、以下のとおり、それに当たられた際の基本的な考え方を明らかにされている⁽⁷⁾。

「日本は、明治以来、刑事司法を含め法制の全般にわたって、ヨーロッパ大陸法系の継受によって近代化を進めてきたが、それはせいぜい近代国家の実現という意味での政治の近代化にとどまり、社会の近代化には程遠かった。新憲法による基本的人権の保障は、その社会的近代化を実現するという任務を持つ。憲法の要請に従って刑事訴訟法に英米法を取り入れるということは、そのような意味づけを与えられるべきものだと思う。だから、英米法の採用は一面において必然的であると同時に、それには限度がある。そうでなければ、第一、実務が動くはずもない。だから、内部での立案の際にも先方との折衝の際にも、私の念頭にあったのは、人権保障に役立つような英米法の長所の大幅な採用による従来の法制の修正、その意味における大陸法と英米法の結合でこそあれ、端的な英米法への切り替えではなかった。」

そして、この考え方が現れた具体的な例として、現行刑事訴訟法が導入しなかった制度の1つである有罪答弁制度（アレインメント）への言及がなされている。有罪答弁制度は、制定過程において、一時期条文化されたが、最終的には採用されなかったという経緯をたどった。それについて、團藤博士は、刑事訴訟に当事者処分主義を持ち込もうとする考え方には、絶対に承服することができなかったこと、それは実体的真実主義を基本とする刑事訴訟

の本質とは相いれないものであること、そして、有罪答弁制度は、被告人が自分の責任で訴訟物を処分することを認めるものであり、ひいては、アメリカの実務にみられるように、有罪の答弁をめぐる検察官と被告人・弁護人の間で取引が行われるのを是認することにもなる、として強く反対する旨を述べておられる⁽⁸⁾。ここに示された考え方は、現在に至るまで、日本の法律家の中に深く根付いているように思われる。

これは、制度として見た場合に、アメリカの刑事訴訟法が導入されなかった例であるが、さらに、その運用においても、アメリカ流の当事者主義の考え方は、必ずしもそのままには受容されなかったといえることができる。アメリカにおける刑事裁判の考え方は、検察官が訴因として示した事実があったか否かを、裁判所が、検察官、弁護人から取調べが請求された証拠に基づき判断するというものであるが、わが国では、それだけでは説明できない運用が見られる。その背景には、事件には真相、つまり、実体的な真実というものがあつて、それが刑事手続によって解明されなければならないという考え方が、一般の国民だけでなく、刑事手続に関与する法律家の間にも根強く存在することがある。團藤博士は、前述の論考の中で、新刑訴が当事者主義を大幅に取り入れたのも、第1には、人権を保障するためであるが、それと同時に、それが職権主義よりもかえって実体的真実の発見に役立つからだとして、その趣旨を明らかにするために、立案作業の最後の段階で、全体の締め括りとして、「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現することを目的とする」という第1条の規定を設けたとされている⁽⁹⁾。

このように、刑事手続によって実体的な真実が解明されなければならないという考え方は、一般の国民だけでなく、刑事手続に関わる法律家の中にも深く根付き、わが国の刑事訴訟法の運用を形成してきたといえよう。それは様々な場面で見られるが、ここでは2つほど例を挙げる。

第1に、現行刑事訴訟法が制定された当時には、刑事裁判における審判の対象は、検察官の主張たる訴因なのか、それとも、その背後にある歴史的事

実である公訴事実なのかという論争があった⁽¹⁰⁾。この問題については、旧刑事訴訟法においては、裁判所が、検察官から嫌疑を引き継ぎ、事件を解明していくという職権主義が基本であったから、審判の対象も、歴史的事実であるところの事件であったわけであるが、それとは異なり、当事者主義を採用した現行刑事訴訟法のもとでは、訴因と考えるべきだということで、現在は決着が着いている。

しかし、そのうえで、訴因変更が許されるか否かの基準である「公訴事実の同一性」の判断基準に関しては、訴因の背後に実体をともなった歴史的・社会的事実ないしその嫌疑というものを想定し、証拠調べの結果に表れた歴史的・社会的事実に照らして、変更前の訴因と変更後の訴因が両立しうかどうかを問題とする見解が、実務では有力である⁽¹¹⁾。この見解は、検察官の主張する事実とは別に、実体としての社会的事実があるのだという考え方を前提とするものであり、それは、旧刑事訴訟法の下での考え方とは同じではないものの、結局は、その歴史的事実こそが、刑事裁判において解明されるべきものだという考え方と親和性を持つように思われる。

第2に、先に挙げたアメリカ流の当事者主義の考え方からすれば、裁判所は、検察官及び被告人・弁護人の主張、立証に基づき、検察官が主張する事実が認められるかどうかを判断すればよいし、また、そうすべきだということになる。しかし、これまで、わが国の裁判所は、必ずしもそのような姿勢にとどまってはこなかった。裁判員裁判のもとでの裁判所の役割がどうあるべきかを論じた、最近の裁判官による論考の中の次のような指摘は、それを端的に示している⁽¹²⁾。

「裁判所は、検察官の論告は参考にとどまるものとして、検察官が気づいていない細かい事実を証拠に基づいて認定し、そのうえで、そのように認定した事実をも加えて組み上げるなどして有罪判断をすることも少なくない。また、無罪の場合には、弁護人の弁論を参考にはするが、論告にも提示されていない観点まで広げて証拠を検討し、論告が依拠する以外の有罪の可能性まで視野に入れて検討を尽くしたうえで判決することもあった。これまで裁判官は、当事者の気づいていない珠玉の事実を膨大な証拠の中から発見する

ことにやりがいを感じていた面もある。」

ここには、刑事裁判において真実を解明することへの裁判官の強い意識が垣間見られるとともに、アメリカ法の導入により否定されたはずの、職権主義の考え方との類似性さえ感じられる。

そして、このような真実解明への志向は、刑事手続全体を規定し、いわゆる精密司法と呼ばれる運用を生み出した。この言葉の命名者である松尾浩也名誉教授によれば、それは、第1に、捜査が、被疑者の取調べを中心に、徹底的に行われ、第2に、起訴の段階で、検察官によって事件が慎重にふるい分けられ、第3に、公判はゆっくりとかつ綿密に行われ、その際には、捜査段階で作成された書面が大量に使用される、という特色をもつ⁽¹³⁾。このような刑事手続の姿は、アメリカと異なることはもちろん、ドイツとも異なるものである。最近、法務省によって、取調べの実態を含めて、諸外国における捜査と公判の実情についての調査がなされ、それが公表されているが⁽¹⁴⁾、日本のように、捜査段階での綿密な取調べを基軸として刑事手続全体が動いている国は、欧米の主要国にはどこにもない。その意味で、松尾教授が指摘されたとおり、わが国の刑事手続は、その特異性において、一種の「ガラパゴス的状况」を混在させているという評価が可能であろう⁽¹⁵⁾。

IV 1990年代後半以降の時期

このように、わが国独自の刑事手続の運用が確立され、また、わが国では、諸外国と比較して、犯罪情勢が安定しており、刑事司法制度がうまく機能しているという評価がなされるにつれ、外国法への関心は次第に低下していったように思われる。しかしながら、最近では、いくつかの点で、その状況に変化が見られる。

その要因の1つは、1990年代の後半から、刑事立法が活性化するのに伴い、改めて外国法に関心が向けられるようになったことである。わが国の場合、立法によってある制度の導入を検討する際に、ほぼ例外なく、それに対応する外国の制度が調査され、参考にされる。例えば、基本法の改正にあた

っては、法務大臣による法制審議会への諮問と、それによる答申というプロセスがなされるが、実際に審議を行う各部会には、その審議の際に、問題となっている制度につき、事務当局から、参考資料として、英米独仏における制度の一覧表が提出されるのが通常である。最近は、その対象国が増加している。また、学界でも、法律雑誌等において、諸外国の制度を紹介する特集が組まれることが少なくない。

刑事立法が次々となされるという状況は、現在まで続いており、外国法への関心は再度高まっているといえるが、しかし、この時期の外国法の位置づけは、第1期及び第2期とは異なっている。それは、外国の刑事訴訟制度全体ではなく、あくまで、その時々の問題となっている個別の制度が対象となっていることに加えて、個別の制度に関しても、当初から、外国の制度を基本的にそのまま導入するのではなく、あくまで、それを参考にしながら、日本に合った制度を構築するという観点から、外国の制度の調査と検討がなされているからである。そのため、その結果としてできあがった制度は、外国法の影響を受けているとはいえ、それとは異なる日本独自のものとなっている。その具体的な例として、ここでは、裁判員制度と被害者参加制度を取り上げる。

まず、裁判員制度の導入にあたっては、司法制度改革審議会及び司法制度改革推進本部における「裁判員制度・刑事検討会」における議論と並行して、広く欧米諸国における国民の刑事裁判への参加制度が調査された。その対象は、伝統的にこうした調査の対象とされてきた英米独仏だけではなく、これまで、わが国ではほとんど紹介されることがなかった北欧諸国にも及んでいる。そして、導入段階においては、英米法系の陪審型か、それとも、大陸法系の参審型かをめぐって議論がなされた。同じく陪審制あるいは参審制といっても、国によって制度の内容には差異があるが、基本的な特色としては、陪審制は、一般国民から無作為に選ばれた陪審員が、基本的には、有罪か無罪かの判断のみを行うというものであるのに対し、参審制は、職業裁判官と、一般国民から選ばれた参審員（任期制である場合が多い）が、協働して、有罪か無罪かの判断だけでなく、量刑まで行うというものである。議論

の結果として導入された裁判員制度は、裁判官と一般国民が合議体を組む点では参審と共通するが、無作為抽出の点では陪審と共通するという点で、そのどちらとも異なるものとなったのである。

諸外国におけるような陪審制や参審制が採用されなかったのは、陪審との関係では、そもそも、それは、職業裁判官への不信から出発したものであるが、わが国では、そうではなく、一般国民の健全な社会常識を取り入れるという意味で、両者が協働して裁判を担当することが望ましいと考えられたこと、また、参審との関係では、一定の任期を持った参審員というものを選ぶとした場合、日本にはその基盤がない⁽¹⁶⁾という理由によるものである。その点で、日本の実情に合わせたかたちでの制度設計がなされたといえる。

被害者参加制度についても、同様なことがいえる。被害者の刑事裁判への参加については、平成16年の犯罪被害者等基本法を受けて、翌年に閣議決定された犯罪被害者等基本計画の中で、被害者が直接に刑事裁判に参加することができる制度を新たに導入する方向で検討すべきものとされたが、その中に、「わが国にふさわしいもの」という一言が入れられていた。

被害者が刑事裁判に参加する制度の内容は、国によって様々であるが、大きな分けとしては、職権主義をとる大陸法系の諸国では、被害者に検察官や被告人と同様かそれに近い権限を認め、当事者主義をとる英米法系の諸国では、せいぜい意見陳述権程度にとどまっているといえることができる。被害者参加制度の導入が議論された法制審議会の刑事法部会では、ドイツの公訴参加制度を基に、検察官とほぼ同様の権限を被害者に認めようとする見解が主張される一方で、当事者主義をとる英米諸国では、被害者の権限は限られていることを指摘し、わが国の刑事裁判が当事者主義によるものである以上、そのような権限は認められないとして、検察官の補助者的な立場での参加を認めるべきだという意見などがあった。しかし、結果的に導入された被害者参加制度は、二当事者による対審構造を維持しつつ、被害者に、公判出席や、一定の範囲での証人尋問や被告人質問を認めるという独自の制度となった。2009年8月に日本で世界被害者学会が主催する国際被害者学シンポジウムが行われ、その中で、日本における被害者参加制度をとり上げた分科会

が設けられたが、そこに出席していたアメリカの研究者が、日本は第2次世界大戦後に、アメリカの刑事訴訟法の影響のもとで新たな刑事訴訟法を導入したと聞いているが、被害者の参加に関しては、アメリカを追い越したという感想を述べていたのを印象深く記憶している。

外国法との関係で、最近における状況の変化として指摘できるもう1つの点は、現行刑事訴訟法のもとで、アメリカ法をいわば修正するかたちでなされてきた、これまでの運用や、その基盤となっている考え方を見直す動きが生じていることである。前述したように、これまでの刑事裁判の運用においては、アメリカにおける当事者主義の考え方とは異なり、裁判所側に積極的に事実を解明するという志向が強かったとされている。しかし、裁判員裁判の導入に伴い、最近では、裁判所は、原則として、中立の判断者として両当事者の攻防を吟味し、証拠調べの結果を踏まえて、検察官の主張する事実が合理的な疑いを超えて証明されているかを評価するのであり、その意味で、裁判所の役割は、基本的には、「被告人側の弁論をふまえ、検察官の論告を検討・評価することにつきる」という見解が、裁判所の中で共有されつつあるようである⁽¹⁷⁾。

さらに、直接の理由は、裁判員にとってわかりやすい審理を行うということにあったとはいえ、直接主義・口頭主義が強調され、従来のような書証中心の審理ではなく、公判における証人尋問や被告人質問等の人証を中心とした証拠調べが行われるようになってきている⁽¹⁸⁾。直接主義・口頭主義というのは、元々は、ドイツ法から入ってきた概念で、アメリカ法のものではないが、これにより、結果として、公判で両当事者が攻防を行うという、現行刑事訴訟法が想定していた公判審理の在り方が実現されつつあるのである。

また、実体的真実の解明を重視する考え方に基づく運用として挙げたもう一つの例である、訴因変更の際の「公訴事実の同一性」の判断についても、当事者主義のもとでは、検察官の主張たる訴因以外に、その背後にある歴史的事実というものは想定できず、したがって、「公訴事実の同一性」の判断も、訴因自体の比較でしかありえないという考え方が、実務家の中でも支持者を獲得し始めている⁽¹⁹⁾。

これらは、いわば、アメリカの刑事手続が想定する理念型の当事者主義の表れともいえ、そうであるなら、制定から60年を過ぎて、ようやく、アメリカ法の根幹部分が受容されつつあるともいうこともできるであろう。

そして、このことは、さらに、現行刑事訴訟法及びその運用が、アメリカ法を変容させるかたちで取り入れた最大の要因であると考えられる、刑事手続を通じての真相の解明という考え方に変化が生じる可能性があることを意味している。その兆候は、いわゆる司法取引を巡る最近の議論に表れている。

刑事手続によって真相を解明し、犯罪を行った者に対しては、解明された事実に基づき、それにふさわしい処分を行うという考え方からすれば、事件を両当事者の合意に基づいて処理する取引は、刑事手続とは相いれないものである。わが国では、伝統的にそのような考え方がとられてきており、刑事訴訟法上、取引による事件処理を認めた規定は存在していないし、実務上も、少なくとも、表立ったかたちで取引は行われていない。しかし、最近では、これまでのような取調べによる自白の獲得が困難になっているという背景のもとで、新たな捜査手法として、司法取引の導入の可否が正面から論じられるようになってきている。

大阪地検特捜部に係る一連の事態を契機として設置された「検察の在り方検討会議」による提言を受けて、平成23(2011)年6月に、法制審議会に「新時代の刑事司法制度特別部会」が設置されて、審議が開始されたが、ここでは、新たな刑事司法制度の構築のために刑事の実体法、手続法をどのように整備すべきかについての意見が求められている。部会では、いわゆる取調べの録音・録画制度の導入とならんで、新たな捜査手法の導入の可否が、主たるテーマとされている。そして、その1つとして、取調べ以外のかたちでの供述獲得を容易にする手法が挙げられており、その中に、いわゆる刑事免責や、捜査に協力したことを有利な量刑事情とする刑の減軽・免除規定を置く制度と並んで、司法取引が挙げられているのである。

司法取引というと、アメリカの刑事手続がまず思い浮かぶ。実際にも、アメリカでは、刑事事件の9割以上が取引を前提とした有罪答弁によって処理

されており⁽²⁰⁾、その意味で、取引は、アメリカの刑事手続を特徴づけるものであるといえる。ただ、アメリカでは、取引が、19世紀後半に各地の裁判所での標準的な運用になったとされているが、その当否については長く争いがあり、その意義が連邦最高裁によって積極的に認められたのは、1970年のブレイディ判決⁽²¹⁾においてであった。したがって、厳密には、司法取引は、現行刑事訴訟法の制定時において、それを受容するかどうかが迫られたアメリカ法ではなかったともいえる。しかし、前述した團藤博士の論考にも示されているように、同じく当事者による事件処理という側面を持ち、事実上、取引を前提として運用されていた有罪答弁制度について、現行刑事訴訟法が、319条3項を置いて、明確にそれを排除したことに鑑みれば、それは、取引の受容をも拒否したと見るのが妥当であろう。

しかし、それから60年を経て、現在、その導入の当否が正面から議論される状況になっている。つまり、この間の刑事手続についての考え方の変化をふまえて、改めて、アメリカ法を受容するかどうかの検討が迫られているともいえよう。ただ、他方で、取引ないし合意に基づく事件処理というのは、英米法系の諸国だけでなく、ドイツをはじめとする大陸法系の諸国でも行われるようになってきており、その内容や形態は一樣ではないことが明らかにされている⁽²²⁾。その意味では、その導入に向けた検討は、もはや、アメリカ法を受容するかどうかという二者択一ではなく、様々な制度を考慮したうえでのもthingになろう。

現在では、基本的な考え方として、刑事事件において取引というのはおよそ認められないという固い考え方は崩れてきているように思われる。法制審議会の特別部会においても、それに伴って生じうる様々な問題点を指摘する見解はあるが、少なくとも、およそ司法取引という手法を認めるべきではないという意見は見られない。

そうだとすれば、問題は、どのような内容の制度であれば導入が可能なのかである。この点につき、松尾教授は、平成18(2006)年に行われた講演後の質疑応答の中で、真相の究明(真実への傾斜)ということは、日本の刑事手続の基盤をなすものであり、それが捨て去られることはないであろうこ

と、そして、司法取引は、世界的に広まりつつあるが、日本は最後までそれに抵抗するのではないかと思うと述べておられる⁽²³⁾。

ここで言われている「真実への傾斜」ということが、どの程度強固なものなのかは、評価が分かれうるであろう。アメリカとは異なり、実体的真実主義の伝統を持つとされるドイツにおいても、最近では、実体的真実とは、真の現実を意味するのではなく、訴訟の中間目的にすぎないと理解されるに至っているとの指摘があり⁽²⁴⁾、日本でも、いずれその方向に向かうとも考えられる。ただ、真実究明への志向がわが国の刑事手続の根幹にあることは確かであり、それから離れるような制度を導入することは、少なくとも、現時点では難しいように思われる。この点につき、法制審議会の特別部会において、刑訴法1条にある「事案の真相を解明し」という場合の「事案の真相」とは何を意味するのかという議論がなされた。そして、刑事裁判の任務は、刑罰法令の定める犯罪事実を被告人が行ったか否か、そして、被告人がそれを行ったのであれば、被告人に対する刑を決めるのに重要な事実を確定することに尽きるのであって、例えば、被告人の心の闇であるとか、犯罪事象の社会的原因といった、それ以外の事実を解明することは、たとえその解明を国民が求めているとしても、刑事裁判が扱うべきものでないということでおおむね意見の一致があったが、この意味での事案の真相の解明を刑事手続の目的とすること自体に反対する意見はなかった⁽²⁵⁾。

そうだとすると、わが国の刑事手続の中に取引を導入するとしても、それは、犯罪事実の一部についての処罰をあきらめる、あるいはそれに科される刑罰を軽くすることにより、事実の解明を進めるという制度にならざるをえないであろう。逆にいえば、当事者の合意に基づき、事実自体の認定、あるいは被告人の罪責の認定を行うような制度の導入は難しいように思われる。

最後に、外国法の継受という観点からみた場合、最近の特色として、もう一つ挙げることができる点がある。それは、特定の国の制度を導入することではなく、国際的な犯罪対策の一環として、わが国にも特定の制度の導入が求められるという事態が生じていることである。こうした傾向は、特に実体法上の刑罰法規において顕著であるが、手続法についても同様な状況

が生じている。最近の例では、欧州評議会によるサイバー犯罪条約の批准のためになされた、ハイテク犯罪に対処するための刑事訴訟法の改正が挙げられる。こうしたかたちでの新たな制度の導入は、特定の外国法の継受ではないが、いわば国際法が日本法の一部をなすものともいえ、外からの影響を受けて日本法が変わっていく新たな契機となることが予想される。

V おわりに

以上の通り、最近では、外国法は、個別の新たな制度を創設する際に、その参考とされているというのが現状である。第1期や第2期のように、一部を除きつつも、刑事訴訟法全体を包括的に受け入れるというようなかたちで、わが国の刑事訴訟法の改正がなされるというようなことは、もう起きないであろうし、個別の制度についても、それをそのまま導入することもないと思われる。その意味で、外国法を準拠法として用いる時代は終わったといえよう。そのうえで、これから外国法に向き合ううえで注意すべきと思われる点を、最後に述べておきたい。

第1は、外国法の役割が上記のようなものになってきている結果として、その関心が、その時々において問題とされている個別の制度に集中し、その国の刑事手続全体を視野に入れ、それを理解しようとする研究が不十分になっているのではないかということである。松尾教授が、田宮裕教授の追悼論集のはしがきで、「我々の世代にとっては、アメリカの刑事司法との距離をどう設定するかが最大の問題であり、共通の関心事だった」と書かれておられるが、我々の世代が、そこまでの緊張感を持って外国法に臨んでいるとは言い難いように思われる。それでは外国法の理解は皮相的なものにとどまってしまうであろうし、また、こうした姿勢が、時に、特定の制度について、ほとんどの外国ではそれを採用しているから、日本でも採用すべきだといった安易な主張を生んでいるように思われる。

第2に、このような問題意識から、外国法を参照する場合にも、刑事手続全体を視野に入れて、それぞれの制度を検討しなければならないということ

がしばしばいわれる。それはその通りであるが、ただ、この点が、時に、ある制度の導入が問題とされた場合に、それに反対する側から、単に、外国と日本は事情が異なるからということで制度改正を阻む根拠とされる場合がある。これは、逆の意味で、外国法の皮相的な理解に基づく議論といえる。むしろ、背景事情が異なることを前提に、その制度がなぜその国では機能しているのか、そして、それを仮に日本に取り入れたとしたらどのような影響が生じるかを具体的に検討していく作業が必要である。新たな刑事司法制度の在り方が論じられている現在は、まさにそれが求められているのではないかと思われる。

- (1) 松尾浩也「日本における刑事訴訟法の発展—比較法の視点から」早稲田大学比較法研究所編『比較と歴史のなかの日本法学』(2008年) 324頁。
- (2) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht (27. Aufl., 2012), S. 77.
- (3) 松尾教授は、起訴法定主義は、「ドイツ刑事訴訟法の魂であるといってもよい部分である」とされている(松尾・前掲注(1) 325頁)。
- (4) 三井誠『刑事手続法II』(有斐閣, 2003年) 24頁。
- (5) その歴史的経緯については、三谷太郎『政治制度としての陪審制』(東京大学出版会, 2001年) 参照。
- (6) もっとも、現行刑事訴訟法には、予審の廃止と、それに伴う捜査機関への強制権限の付与など、旧刑訴の時代から存在した内在的な改正の動きに対応する部分もある(松尾浩也「刑事訴訟の日本の特色—いわゆるモデル論とも関連して」法曹時報46巻7号(1994年) 13頁)。
- (7) 團藤重光「刑事訴訟法の40年」ジュリスト930号(1989年) 5頁。
- (8) 團藤・前掲注(7) 5頁。
- (9) 團藤・前掲注(7) 6頁。
- (10) 佐藤文哉「訴因制度の意義」刑事訴訟法の争点(第3版) 114頁。
- (11) 香城敏磨「訴因制度の構造(上)」判例時報1236号(1987年) 13頁, 山室恵「訴因変更の可否」平野龍一=松尾浩也編『新実例刑事訴訟法II』(青林書院, 1998年) 64頁, 松田俊哉「訴因変更の可否」松尾浩也=岩瀬徹編『実例刑事訴訟法II』(青林書院, 2012年) 32頁等。それは、変更前の訴因に掲げられた事実と変更後の訴因に掲げられた事実が、訴因の背後にある、同じ歴史的・社会的事実に帰属するものかどうかを問題とする見解と言い換えることもできよう(松尾浩也「刑事訴訟法の基礎理

論」法学教室86号（1987年）26頁）。

- (12) 村瀬均＝河本雅也「裁判員裁判の審理等について一模擬裁判をふりかえって」ジュリスト1358号（2008年）92頁。
- (13) 松尾浩也『刑事訴訟法上（新版）』（弘文堂，1999年）15頁。
- (14) 法務省「取調への録音・録画制度等に関する国外調査結果報告書」（平成23年9月）
- (15) 松尾浩也「刑事訴訟の課題」刑事訴訟法の争点（第3版）7頁。
- (16) 例えば，参審制が採用されているドイツでは，参審員の選任にあたって，その地域の政党による推薦がはたす役割が大きい（最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度—ドイツ編』（司法協会，2000年）35頁以下）。
- (17) 村瀬＝河本・前掲注（12）92頁。
- (18) 稗田雅洋「裁判員が参加する裁判の実情と課題—日本の刑事裁判がどう変わったのか」刑事法ジャーナル32号（2012年）53頁。
- (19) 佐藤文哉「公訴事実の同一性に関する非両立性の基準について」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（2003年）260頁，長沼範良＝池田修「覚せい剤使用剤の訴因の特定」法学教室322号（2007年）88頁等。
- (20) アメリカでは，裁判所において有罪とされた事件の95%以上が，公判を行うことなく，有罪答弁によって処理されており（Jacqueline E. Ross, *The Entrenched Position of Plea Bargaining in United States Legal Practice*, in Stephen C. Thaman (ed.) *World Plea Bargaining* (2010) at 107.), そして，通常，有罪答弁は検察官と弁護人による取引を前提としている（W. LaFave/J. Israel/N. King/O. Kerr, *Criminal Procedure*, at 1000 (5th ed. 2009).）。
- (21) *Brady v. United States*, 397 U. S. 742 (1970).
- (22) Máximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in Stephen C. Thaman (ed.), *supra* note 20, at 3ff..
- (23) 松尾・前掲注（1）336頁。
- (24) 田口守一「刑事訴訟における精密司法論の意義」早稲田大学比較法研究所編『日本法のアイデンティティに関する総合的・比較法的研究—源流の法とグローバル化の法』（2006年）70頁。
- (25) 法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会・第8回会議議事録。