

刑事司法への市民参加の意義

福 井 厚

目 次

- I はしがき
- II 刑事司法への市民参加の意義
- III 那覇検察審査会の「起訴相当」議決
 - 1 検察官の不起訴処分
 - (1) 事件の経過
 - (2) 「公務中」を理由とする検察官の不起訴処分一日米密約の存在
 - (3) 起訴の際の嫌疑の程度
 - 2 那覇検察審査会の「起訴相当」議決
 - (1) 検察審査会への審査申立て
 - (2) 那覇検察審査会の「起訴相当」議決
- IV 起訴の際の「嫌疑」の程度と起訴便宜主義
- V 結びに代えて

I はしがき

裁判員制度の施行後3年が経過し、その見直し作業が要請されているという事情に加えて、検察審査会の「強制起訴」議決に基づいて起訴された8事件のうち、2件が相次いで第一審で無罪とされ⁽¹⁾、また、公訴時効の完成を理由に免訴とされた明石歩道橋事件（神戸地判『朝日新聞』2013年2月20日付夕刊による）もあった（なお、2013年2月8日、徳島地裁が強制起訴の事件につき初めて有罪判決を言い渡した〔『朝日新聞』2013年2月9日付朝刊による〕）こともあって、刑事司法への市民参加の意義を巡る議論が再燃している⁽²⁾。そこで本稿では、2011年5月に那覇検察審査会が米軍属の構成員による自動車運転過失致死事件に係る検察官の不起訴処分につき「起訴相当」という議決を行った事件を素材に、刑事司法への市民参加の意義について若干の考察を行うものである。

II 刑事司法への市民参加の意義

裁判員制度であれ検察審査会の強制起訴制度であれ、刑事司法への市民参加に対しては、それが「立憲主義・自由主義と強い緊張関係に立つ。国民主権論で司法への国民参加を基礎づけることは適切でない。」⁽³⁾という観点から原則的な批判が提起されてきた。このような観点から市民の司法参加に疑義を呈する憲法学者が依然として存在している一方で、裁判員制度を擁護する陣営においても、職業裁判官の法的専門合理性ということを強調する意見が存在している⁽⁴⁾。

裁判員制度であれ検察審査会の強制起訴制度であれ、素人参加は「専門職という資格に由来する正統性を持たない」⁽⁵⁾、というのが右の憲法学者の前提である⁽⁶⁾。①素人参加は「専門職という資格に由来する正統性を持たない」、②「無作為抽出の11人の意思は、選挙に基づくものではないし、内容的に

国民全体の民意の縮図となっている保証もないので、検審の民主的正統性を語るのは難しい」⁽⁷⁾、というのである。

しかしながら②のような言説は、論者が他方では陪審制を高く評価していることと平仄があうのか疑問と思われる⁽⁸⁾。「無作為抽出の11人の意思は、選挙に基づくものではないし、内容的に国民全体の民意の縮図となっている保証もない」というのであれば、陪審制についても検審と同様に「民主的正統性を語るのは難しい」ということになる筈のものであろう。また、①のような言説について言えば、(刑事)裁判(司法)は、事実を認定して、その認定された事実法令を適用するという権力作用であるが、「立憲主義・自由主義」という観点から裁判員制度や強制起訴制度を批判する論者は、経験則(常識)に基づく推認という作用である事実認定についても「専門職という資格に由来する正統性」に飽くまで拘るのであろうか。論者は、「裁くには相応の法的熟練が前提となるべきだ」⁽⁹⁾と述べているので、事実認定それ自体の次元においても職業裁判官に「専門職という資格に由来する正統性」を認めるべきであるということを前提にしているのかもしれない。しかし、事実認定は経験則(常識)に基づく推認を本質とする作用であるから、職業裁判官には何故に法曹(専門家)であるというだけの理由で、法令の解釈とは区別される事実認定の次元でも素人に優越する正統性が付与されるべきなのか問われているのである。「裁くには相応の法的熟練が前提となるべきだ」というだけでは、その間に答えたことにはならないのである⁽¹⁰⁾。

ともあれ、本稿では、事実の認定とは区別された次元である法令の解釈・適用について、刑事司法への市民参加がどのような意義を有しているかを分析し、論者の強調して止まない「専門職という資格に由来する正統性」の内実はいかなるものであるかを、那覇検察審査会の「起訴相当」議決を素材に検討してみようとするものである。

Ⅲ 那覇検察審査会の「起訴相当」議決

1 検察官の不起訴処分

(1) 事件の経過

2011年1月12日午後9時45分、米空軍に所属する軍属（軍属とは、軍人ではなく、軍隊に所属する文官、技師などの総称である。在日米軍には約4,700人の軍属が所属し、軍務を支援している）の運転する普通乗用車が、沖縄市比屋根の国道329号で中央線を越えて暴走し対向車線に侵入、対向車線を普通走行していた興儀功貴君（当時19歳）運転の軽乗用車と正面衝突して、同君が即死するという事件が発生した。刑事裁判権も領土主権の一つであり、したがって刑事裁判権は原則としてわが国の領土内にいるすべての者に及ぶから、わが国に駐留する米軍の構成員・軍属およびそれらの家族（以下、「米軍人」、「米軍属」ないし「米軍人等」と略記する）の犯した犯罪については、わが国にも裁判権（刑事訴訟法338条1号参照）はある。ただし、1960年のいわゆる日米地位協定（昭35年条約7号）17条（以下、地位協定17条の如く略記する）に基づき日本国の裁判権の行使が制約され、米軍当局に第一次裁判権があるとされているものがあるので、この制約に違反して起訴された場合は刑事訴訟法338条4号違反として判決で公訴棄却となる⁽¹⁾。この事故で、当の米軍属男性（24歳）は警察により当初自動車運転過失致死罪で書類送検されたが、那覇地検沖縄支部は、職務終了10分後の帰宅途中に起こした事故であり「公務中」⁽²⁾の行為なので、地位協定17条に基づき米側に第一次裁判権があるため日本は裁判権を行使できないとして、10日後に、遺族（母親）に不起訴処分⁽³⁾を告げた（『沖縄タイムス』2011年4月4日付朝刊による）。「公務中」とした米軍の判断について、タイムカードのコピーや同軍属男性の上司らの話を聞いて確認した⁽⁴⁾というのが、那覇地検の捜査担当検事の説明であり（『沖縄タイムス』2011年4月16日付朝刊による）、このような経過を経て那覇地検沖縄支部は同年3月24日に正式

に不起訴処分⁽¹⁵⁾を行ったのである（『沖繩タイムス』2011年5月29日付朝刊、『琉球新報』2011年11月25日付朝刊による）。

(2) 「公務中」を理由とする検察官の不起訴処分—日米密約の存在

本件で最愛の息子を失った遺族（母親）の願いにもかかわらず、検察官がいつも簡単に不起訴処分を行った事情の背後には、米軍人等の犯罪の裁判権を巡る日米密約が存在している。

地位協定17条の前身は、サンフランシスコ講和条約（昭27年条約5号）と同時に発効したいわゆる日米行政協定17条（以下、単に行政協定17条の如く略記する）である。行政協定17条2項は、「合衆国の軍事裁判所及び当局は、合衆国軍隊の構成員及び軍属並びにそれらの家族（日本の国籍のみを有するそれらの家族を除く）が日本国内で犯すすべての罪について、専属的裁判権を日本国内で行使する権利を有する」という治外法権丸出しの内容であり、わずかに恩恵的に「この裁判権は、いつでも合衆国が放棄することができる」との規定が付け加えられていたに過ぎなかった。日本を植民地扱いするこのような屈辱的な規定は当然のことながら厳しい批判にさらされるところとなり、米軍人の家族が犯した犯罪にいたるまで、すべて米軍側に裁判権があるという規定はNATO-協定の発効1年後には、日本側の要請に応じてNATO協定並みに改定する旨の規定が行政協定17条1項として定められたのである。同規定を受けて、NATO協定の発効後の1953年9月28日、「行政協定を改正する議定書」が締結され、それによって、行政協定17条は、現行の地位協定17条とほとんど同内容の条文となり、それが今日まで踏襲されているのである⁽¹⁶⁾。

こうして、米軍人等の犯罪についての裁判権の扱いは、表面的にはNATO協定並みに日米両者対等に見える規定となった。ところが、日米両者の裁判権が競合する場合に関する地位協定17条3項は、「裁判権を行使する権利が競合する場合には、次の規定が適用される。」として(a)～(c)

の規定を置いている⁽¹⁷⁾。

- (a) 合衆国の軍当局は、次の罪については、合衆国軍隊の構成員又は軍属に対して裁判権を行使する第一次の権利を有する。
 - (i) もっぱら合衆国の財産若しくは安全のみに対する罪又はもっぱら合衆国軍隊の他の構成員若しくは軍属若しくは合衆国軍隊の構成員若しくは軍属の家族の身体若しくは財産のみに対する罪
 - (ii) 公務執行中の作為又は不作為から生ずる罪
- (b) その他の罪については、日本国の当局が、裁判権を行使する第一次の権利を有する。
- (c) 第一次の権利を有する国は、裁判権を行使しないことに決定したときは、できる限りすみやかに他方の国の当局にその旨を通告しなければならない。第一次の権利を有する国の当局は、他方の国がその権利の放棄を特に重要であると認めた場合において、その他方の国の当局から要請があったときは、その要請に好意的考慮を払わなければならない。

17条3項(a)(ii)の規定は、派遣国軍隊構成員が「公務執行中」に犯した犯罪については受け入れ国の裁判権は排除されるという、従来、国際慣習法として確立されていた原則を、基本的にそのまま採用したものとされている⁽¹⁸⁾。那覇地検の不起訴処分の根拠となっている規定が、この地位協定17条3項(a)(ii)なのである。前述したように「通勤」も「公務中」に含まれる等、「公務中」という要件の存否の判断が極めて恣意的に行われているのである。たとえば、那覇地検は、事故の10分前を刻む米軍提出のタイムカードの写しが偽造かどうか確認せず、事故前の行動を含めその日の仕事のシフト表と照合して勤務状態を確認しておらず、飲酒検査もされていない、というのである。そして、米軍の「公務中」の判断に異議があれば、日

米合同委員会に申し立てることができるのに、少なくとも沖縄県内の事件・事故でそのような事例はないと言われている（『沖縄タイムス』2011年5月29日付朝刊による）。

先に述べたように、サンフランシスコ講和条約（昭27年条約5号）と同時に発効した行政協定17条2項の治外法権丸出しの内容は、NATO協定発効を契機に改定され、それが地位協定17条に引き継がれて表面的にはNATO協定並みに日米両者対等に見える規定となったかに思えるのに、右に紹介したような治外法権的な実態を生み出すもの、それこそ日米行政協定の刑事裁判権に関する条項を改定する議定書発効の前日、1953年10月28日に結ばれた「日米密約」の存在なのである。行政協定の運用について協議する日米合同委員会の刑事裁判管轄権分科委員会で、日本側委員長の津田實氏（法務省刑事局総務課長）が次のように声明し、「非公開議事録」として署名していたのである。

議定書第3項の規定の実際的運用に関し、私は、政策の問題として、日本の当局は通常、合衆国軍隊の構成員、軍属、あるいは米軍法に服するそれらの家族に対し、日本にとって著しく重要と考えられる事件以外については第一次裁判権を行使するつもりがないと述べることができる⁽¹⁹⁾。

「議定書第3項の規定」とは、米兵らが「公務外」で起こした犯罪については日本側に第一次裁判権があるとしたものであるから、津田氏の声明は、事実上この「規定」を骨抜きにするものと言ってよいであろう⁽²⁰⁾。日本側に第一次裁判権がある「公務外」の犯罪についてすら、その裁判権を行使しない⁽²¹⁾というのであるから、那覇地検が米側に第一次裁判権がある「公務中」であることを理由に本件をいとも簡単に不起訴処分にすることも異とするに足りない⁽²²⁾。というのも、1953年10月7日付で法務省刑事局長から全国の検事長、検事正宛に、日本側に第一次裁判権のある公務外の米兵犯罪に関し

て、「日本側において諸般の事情を勘案し実質的に重要であると認める事件についてのみ右の第一次裁判権を行使するのが適当である」という通達が発せられているからである²³⁾。

このような日本の検察官僚の実態を考察しようとする場合、アメリカの大陪審を巡る議論を一瞥しておくことも無駄ではあるまい。アメリカ合衆国において、大陪審に対しては様々な批判が出されてきたにもかかわらず、「手続への市民参加という点からいえば、たとえ警察官や検察官が様々な動機から犯罪の隠蔽や訴追活動の懈怠を行ったとしても、大陪審が社会的非難に値すると思料した事件であれば、陪審員が生来的に備え持つ正義感や法感情に従って職権で捜査・訴追を行うことができるという点が重要である」²⁴⁾、という観点から、「国家機関のみが法執行機関を掌握するだけで犯罪に対応することは不可能であると考えられ、また他方では、法執行機関による犯罪の隠蔽や訴追の懈怠は社会にとって重要な問題であり、これを防止する策を講ずる必要があることが認識され」、大陪審は現在に至るまで廃止されるに至っていないのである²⁵⁾。

(3) 起訴の際の嫌疑の程度

もっとも、「公務中」の問題がクリアーできたとしても、那覇地検が直ちに本件を起訴できたかにはなお疑問の余地がある。この点は論点①に関する、「問題は、……、検審の民主的正統性の外装（『民意の反映』、『国民参加』）を利用して、主権者国民の判断であるから、既存の法（例えば、高度の有罪の見込みを要求する検察官の起訴基準）を無視して、『一般国民の良識』（素人の健全な良識、市民感覚等）に基づいて人を起訴してよいのだという論理が主張されることである。民意・参加・国民主権といったカテゴリーを曖昧な形で司法の世界に持ち込むと、似非民主主義によって法的合理性が突き崩されてしまう。」²⁶⁾、という論者の言説に係る。「高度の有罪の見込みを要求する検察官の起訴基準」の「法的合理性」は、「専門職という資格に由来す

る正統性」を有しているというのが論者の理解だと思われる。

たしかに、「検察実務においては、的確な証拠によって有罪判決が得られる高度の見込みのある場合、すなわち、法廷において合理的な疑いを超えて立証できると判断した場合に初めて起訴することとしている」、「検察の実務においては、的確な証拠に基づき有罪判決が得られる高度の見込みがある場合に限って起訴するという原則に厳格に従っている」²⁷⁾という伝統は、とりわけ「起訴される被告人の不利益」を強調することによって、学説によっても支持されてきたと言えよう。たとえば、典型的には次のように説かれるのである²⁸⁾。

なるほど、起訴されても事件は白紙であり、被告人には立派に無罪の推定がある。だがこれは刑事訴訟の理想像であり、その意味ではザインの問題というよりズレンのそれである。むろん、訴訟理論にはあるべきビジョンを描いてそれへの接近を期待するという方向も必要であるが、場合によっては、現実の地盤のうえに立って着実な改善をはかることが必要なときもある。そのどちらをとるかは、ビジョンへの距離とそれぞれの方法の機能の功利的較量による。ところで、起訴によってこうむる被告人の不利益—心理的・物理的・時間的負担、社会的な不名誉と蔑視、さらには法律上の不利益（たとえば、国家公務員法79条、地方公務員法28条など）—はあまりにも大きく、近い将来起訴のもつ社会的意義が変化を遂げるということも容易には期待しえない。こういう状況のもとで起訴処分の意義を軽視することは、公判中心を期待する意図にもかかわらず、被告人に不必要な負担を強いる結果となりかねない

このような伝統的な理解から出発する限り、本件で「高度の有罪の見込みを要求する検察官の起訴基準」が充たされることには困難が伴う。まず、日本の捜査・訴追当局が当の米軍属の身柄を確保しているわけではないから、

日本人の被疑者を取り調べる場合のように十分な取調べができないおそれがある²⁹⁾。地位協定17条3項(c)によれば、たとえ日本側に第一次裁判権がある場合であっても、「被疑者の拘禁は、その者の身柄が合衆国の手中にあるときは、日本国により公訴が提起されるまでの間、合衆国が引き続き行うものとする」、ということになっているのである³⁰⁾。また、「公務中」であるか否かを判断する資料の多くは米軍の支配下にあると考えられるが、搜索・押収という強制捜査を実施することも事実上困難なのである。というのも、1953年9月29日の行政協定の改定時の「合意議事録」において、米軍当局の同意した場合を除いて、基地内は当然のこととして、基地外にあるものでも、日本側は米軍財産に対してその権限を行使できないことになっているからである³¹⁾。こうして、当の米軍属の犯罪事実（とくに過失）の存在や訴訟条件（刑事訴訟法338条4号参照）の存在について担当検事が確信を形成できるのかは疑問と思われるからである（訴訟条件の存在につき挙証責任は検察官にあるというのが通説なので、本件でも第一次裁判権がわが国にあることは「合理的な疑い」を超えて証明されなければならない³²⁾。

2 那覇検察審査会の「起訴相当」議決

(1) 検察審査会への審査申立て

ともあれ、検察官の不起訴処分に対して、2011年4月15日には興儀君の遺族を支える会が国会議員、県議および沖縄の各市町村の議員をも含めて発足し、県民各層に遺族支援を働き掛ける運動が始まり、同月25日には遺族(母親)が、那覇地検の不起訴処分を不当として那覇検察審査会に審査を申し立てた(『沖縄タイムス』2011年4月16日付および26日付朝刊による)。「審査員は一般の方なので、親身になって結論を出してほしい」というのが遺族(母親)の思いであった。同審査会によると、米軍人・軍属の公務中の犯罪に対する同様の申立ては沖縄県内では初めてであった。同申立書は、地位協定17条によれば、公務中の米軍属による犯罪の第一次裁判権は米側にある

が、「〔1960年に〕合衆国連邦裁判所が、平時に軍属を軍法会議に付することは憲法違反と判決している」ため、公務中の米軍属が軍法会議で裁かれないことは明白で、日本側が起訴すべきであると主張するものであった³³⁾。

(2) 那覇検察審査会の「起訴相当」議決

遺族の申立てを受けた那覇検察審査会は、2011年5月27日、那覇地検が「公務中」を理由に行った不起訴処分を不当として「起訴相当」と議決した。その議決の概要は次のようなものであり、それにつき遺族（母親）は「県民の常識で判断してくれたことが本当にうれしい。（軍属男性を）日本で裁いてほしい。」と語ったという（『沖縄タイムス』2011年5月28日付朝刊による）。

今回のような事故が、日本の裁判所で審理できないことは「日本国民として非常に不合理だと考える」。日米地位協定の改定や日米合同委員会の透明性が求められる。

同事故で公務中と判断した検察官が、当の軍属男性の勤務状態を確認するためのシフト表を米軍から提供されていないため照合しておらず、「公務中の認定が不十分」である。

1960年の米国連邦最高裁判決により、平時は米軍の軍属への裁判権が及ばず、軍法会議で裁くことは憲法違反であるとされたことを踏まえると、軍属も裁判権行使の対象とする「1953年の日米合同委員会合意も撤回されたと考えるのが相当」である。

また、NATO諸国では現在、「軍属や家族は軍法に服する者」に該当しないと解釈され、軍属の裁判権は駐留受け入れ国で行使されており³⁴⁾、韓国の大法院判決でも軍属の裁判権は米軍にはないとされ、韓国の裁判権を行使した事例もあり、「今回の件は日本で第一次裁判権を行使すべきである」、米軍属に米側の出した免許停止5年という制裁は不当に軽い、というのである。

このような経過を経て、軍属が公務中に事件・事故を起こし米側が刑事訴追しない場合は、日本側で裁判できるとする日米地位協定の運用見直し³⁵⁾が日米合同委員会で合意されたことを受けて、那覇地検が米側の同意を得て2011年11月25日同軍属を自動車運転過失致死罪で在宅起訴するところとなり（『沖縄タイムス』2011年11月26日付朝刊による）、その後、2012年2月22日、那覇地裁は禁錮1年6月の実刑判決を言い渡したのである（『琉球新報』2012年2月23日付朝刊による）。

Ⅳ 起訴の際の「嫌疑」の程度と起訴便宜主義

本件について、伝統的な「高度の有罪の見込みを要求する検察官の起訴基準」という法曹（検察官）の法的専門「合理性」に飽くまで拘ってれば、米軍属を自動車運転過失致死罪で起訴することは困難であったと思われる（前述Ⅲ1（3）参照）。

もっとも、検察官による起訴であれ、検察審査会の議決に基づく「強制起訴」であれ、被告人の地位に置かれることによる負担や不利益に変わりはないことを理由に、従来の「訴追のハードルを下げること」を疑問とする向きもある³⁶⁾。また、検察審査会の「強制起訴」議決に基づいて政治資金規正法違反の罪で起訴された小沢一郎・民主党元代表の事件では、第一審の無罪判決に対する控訴も棄却されて無罪判決が確定しているが、その際にも、「強制起訴の基準は、一般の検察官の起訴より低いと言え、被告となった人の不利益や人権問題につながる恐れもある。強制起訴のハードルを厳格にし、検察官起訴に近づけるための法改正が必要だ。」³⁷⁾、というような批判（前述Ⅲ1（3）参照）も行われている。

このような批判がある一方で、未公開株の取引に絡む事件につき那覇検察審査会の「強制起訴」議決に基づき詐欺罪で起訴された被告人に対して、

2012年3月14日那覇地裁が無罪判決を言い渡した事例については、次のような理解が示されている³⁸⁾。

経済取引においては、適法・違法の差が紙一重で、評価が難しいケースも少なくない。今回の事件では、それを理由に検察官が不起訴にしたが、他方、検察審査会側も、そのような事件の際どさゆえ、検察限りで事件を終結させるよりも裁判所にその説明を委ねるほうが検察官・被告人・被害者いずれの納得にも資するのではないかという思いがあったように思われる。

検察限りで終結させるより、被告人に負担を負わせるとしても、裁判所が最終判断すべきだというのは「公判中心主義」という刑事手続きの基本的な考え方である。この原則を前提とすれば、今回の強制起訴は、その実現に寄与したと評価することもできる。公判中心主義も検察審査会制度も、捜査・訴追のプロである検察官も判断を誤り得ることを前提に、検察限りでなく、事件を裁判所の最終判断に委ねるべきだという共通の思想を有する。

このように、両者何れも、公判中心主義³⁹⁾を前提にしながら、「強制起訴」議決の際の「嫌疑の程度」については理解が対立している。中島も「公判中心主義」を前提に、「強制起訴」議決の際の嫌疑の程度につき、伝統的な検察官の起訴の際の嫌疑の程度を下げることは疑問だとしているのである。というのも、中島によれば、両者の嫌疑の程度を同一の程度に維持しても「公判中心主義」は形骸化することはない、というのである⁴⁰⁾。この立場は、「強制起訴の導入で検察の起訴との二重の基準が併存している」(『日本経済新聞』2013年2月21日付朝刊「社説」による)という事態を、「強制起訴」議決の際の嫌疑の程度を伝統的な検察官の起訴の際の嫌疑の程度にまで引き上げることによって解消しようとするものと言ってよいだろう。

この問題にアプローチするには、戦前・戦後を通じて、わが国の検察官・訴追の制度の特色である「中央集権、起訴独占、訴追裁量の三つが三点セットとなって国家訴追主義を支えている」⁽⁴¹⁾という問題、とりわけ、その訴追裁量が検察官によって特別予防的に運用されている事と刑事訴訟の基本構造たる当事者主義との関係、という問題を視野に入れることが必要と思われる⁽⁴²⁾。

いうまでもなく、日本の検察官には起訴の権限が独占的に付与され、かつ起訴猶予の権限が付与されており（刑事訴訟法 247・248 条）、その権限は非常に大きく、それが特別予防的に運用されているのが特色である。たとえば、2011 年における検察庁の終局処理についていえば、全事件については起訴猶予率は 63.08% であり、自動車運転過失致死傷等を除く一般刑法犯の起訴猶予率は 46.47%、自動車運転過失致死傷等の起訴猶予率は 90.53%、道交違反を除く特別法犯の起訴猶予率は 39.46%、道交違反の起訴猶予率は 30.90% となっており⁽⁴³⁾、起訴便宜主義はわが国の刑事手続において極めて大きな役割を演じていることは明らかである。その際、犯人と被害者等との示談の成否等、被害者の意思も検察官の起訴猶予処分決定に当って重要な役割を演じる等、起訴猶予の権限は特別予防的に運用されているのは周知の事柄に属するが、被疑者を起訴猶予にすべきか否かの判断は「事件を直接取り調べた検察官の全人格的判断」（傍点は福井による）であることが強調されてきた⁽⁴⁴⁾。

このような検察官制度・訴追制度のもとでは、検察官が「良心的に一生懸命やればやるほど、非当事者的になっていく」、すなわち「当事者主義のチェック機能が働きのくいで、その結果として誤った無罪が混入する恐れから完全に免れえていないことが問題だ」、と言われるのである⁽⁴⁵⁾。

訴追という公的な制度も一人ひとりの検察官の心のあり様を媒介に運用されるものであり、それが検察官の「全人格的判断」であるというのであれば、一層そのことが妥当すると言えよう。たとえば、ある（女性）検察官の次のような文章から、検察官が「良心的に一生懸命やればやるほど、非当事者的

になっていく」という日本の訴追制度に潜む問題点（「合成の誤謬」）のメカニズムが理解可能であると思われる。これは、100グラムの大麻事件の共犯者であるデニス・ポッターは否認したが、主としてゲイリーの供述に基づいて起訴された事件に関するものである。ゲイリーが大麻の出所がポッターであることを認めた事件である⁴⁶。少し長くなるが、それを以下に掲げておこう。

今日、自分のアパートに戻った時、郵便箱を開けると、ゲイリーの手紙が入っていました。私は心臓がどきどきしました。私が彼を起訴した時に彼が私にした話をかえたのかもしれないと心配だったからです。しかし、結局はゲイリーは可愛らしい1人の青年であることが分かりました。彼の父親が心臓発作から回復したと聞いて大変嬉しく思いました。ゲイリーの手紙の写しを同封します。あなたが最後に彼に会ってから、その後彼がどうしているかあなたが知りたがっていると思ったのです。

ゲイリーが私のところへ現れたことをありがたく思っています。検察官としての私にとって、彼の供述（彼がどのようにして大麻を手に入れたかということと、彼の反省の気持ちと更生の決意についての供述）を信ずるか、否かは大きな賭けでした。1人の人間を信ずべきか、否かを決めることで、私は私自身の存在そのものを賭けることになるのです。まさに、それは私の全能力を試すことです。私にとって、ゲイリーを信ずることには大きなリスクが伴いましたが、私はその挑戦を受けて立つだけの意味があると思いました。私にとって、どれだけゲイリーを信じられるかを見きわめ、また私の判断が間違っているかどうかを評価することの方が、デニス・ポッターを確実に有罪にすることより、もっと大事なことでした。

もしゲイリーが真実を語っているのならば、私は、検察官としてではなく、1人の人間として彼に対応したかったのです。そうすることで、ゲイリーが彼の人生において、人を信頼することに希望と願を持つようになる

だろうと私は信じたのです。もしも、私がポッター事件が無罪になるリスクを避け、検察官としての「良い成績」を残すためにゲイリーの話を信ずることを拒否していたとしたら、ゲイリーは自分の人生を、心の片隅に絶望の念を抱いたまま生きていくことになったかもしれません。だから、信じるべきか、否か、私は大変悩みました。私は戦いました。デイビッドさん、私は勝ったと思いますか？

デニス・ポッターの裁判の結果が問題なのではありません。ゲイリーの手紙を読んで、私は私自身との闘いに勝ったことを確信しました。今、私はワインを飲んでます。そして乾杯をしています（1人で）。1人の人間を信ずる時、私は自分の全存在を賭けるのです。このように考え、危険を冒し、そして行動することは良いことなのだとすることを、私は、ゲイリーに教えられたのです。だから、私はゲイリーに感謝しています……………

ゲイリーの進むべき道ははっきりしています。彼が引き続き幸せに生きていくことを願っています。検察官としての立場上、私は今後は彼と密接な関係を維持することはできません。しかし、ゲイリーは私の心の友です。心の底から彼の幸せを祈っています……………

引用が些か長くなってしまったが、ここには、僅かの人員で多数の事件を効率的に処理しなければならない日本の検察官のエートスを解明する手掛かりがあるように思われる。ジョンソンは、「例の検察官がゲイリーの反省の気持ちを『信ずる』という決断をし、ゲイリーの過ちを叱り、考え方を『正そう』とする姿勢が、ゲイリーに彼女の温情に対する心からの感謝の気持ちを引き起こしたのである」、「日本の検察官は、全体として、明らかにアメリカの検察官よりも『矯正』ということに強い信念を持って取り組んでいる」と評価している⁽⁴⁷⁾。「検察官と警察は共産主義者を『転向』させ、社会に再統合することで国家主義への抵抗を抑え、戦争の遂行に協力的で忠実な国民を作ることを目標にしていた」、というのがSteinhoffの主張⁽⁴⁸⁾であり、その

ような戦前の伝統を基礎としつつ、戦後は起訴猶予の権限が被疑者・被告人の「更生」を願うという風に特別予防的に検察官の「善意」に基づいてスマートに運用されているのである。しかしながら、（女性）検察官の上述のようなパターナリスティックな文章の中に何ほどかの自己欺瞞の響きを聴くのは、筆者だけであろうか。被疑者・被告人に対する生殺与奪の権限である訴追権たる国家権力を行使しているという自覚なしに、その更生をこのように自己陶酔的に語ることには違和感を抱かざるをえないのである。

ともあれ、起訴便宜主義のこのような特別予防的な運用の結果、日本の検察官には、たとえ自白がなくとも有罪判決が可能な場合にも自白を求めて取り調べようとする⁽⁴⁹⁾、など有罪の確信なしには起訴しない傾向が生じる一方で、そのような傾向の裏返しとして他方では、黙秘・否認する被疑者に対しては、被疑者取調べの道徳的意義・機能を強調しつつ被疑者の取調べ受忍義務を前提に「愛の鞭」を揮いつつ自白を追及する過酷な被疑者取調べ⁽⁵⁰⁾に基づく訴追という訴追権の運用が生み出され、（その延長上にFDの改ざんというような村木事件も位置づけることが可能であろう）それが冤罪を生み出す土壌となっていると思われるのである⁽⁵¹⁾。

V 結びに代えて

『『検審制度と裁判員制度は車の両輪』などと言うが、制度を詳細に知らない発言だ。・・・もし、『車の両輪』だというなら、その二つの輪は、相互に逆の方向を向いている。』、という理解が示されることがある。たしかに、検審は「起訴する＝有罪方向に向けて事件をレールに乗せるシステムだ」から、このような理解にも無理からぬところがある⁽⁵²⁾。しかも、2009年5月に強制起訴制度が導入されて以来、それが適用された6事件中、第一審判決が出た2件はいずれも無罪である。そのうち、検察審査会の「強制起訴」議決に基づいて政治資金規正法違反の罪で起訴された小沢一郎・民主党元代表の

事件では、第一審の無罪判決に対する控訴も棄却されて無罪判決が確定している。

しかしながら、このような言説は、強制起訴制度が生み出した現実の一面しかみていない。そもそも本件は、検察審査会が「強制起訴」議決に至っていないのに、検察官が那覇検察審査会の「起訴相当」議決を契機にして「法と証拠」に基づいて起訴したものであり、従来の「高度の有罪の見込みを要求する検察官の起訴基準」を前提にする限り、理解が困難である。そして、なにもこれは例外的な事例というわけではなく、検察審査会の「強制起訴」議決の前に検察官が自主的に不起訴処分を見直す傾向は、全国的に生じている事態なのである⁵³⁾。こうして、訴追の段階への市民参加が従来の「高度の有罪の見込みを要求する検察官の起訴基準」の見直しの契機となり、ひいてはそれが、糾問的な被疑者取調べ及びそれと不可分一体の逮捕・勾留制度⁵⁴⁾の見直し並びに公判の活性化（公判中心主義の実現）に資するのであれば⁵⁵⁾、検察審査会の民主的正統性を語ることは十分に可能であろう。

そもそも、伝統的に裁判所（司法）が「少数者の人権の砦」だと言われてきた所以は、立憲主義・自由主義が、民主主義（デモクラシー）と自由主義とを対立するものと把握し、多数者による専制から少数者の自由を保護するためであるというものであり、犯人として疑われて行政権力たる検察官に起訴された被告人こそ、その少数派の最たるものであった。しかしながら、「今日における両者（デモクラシーと自由主義のこと—福井）の新たな緊張は、デモクラシーの拡大によってもたらされたものではない。すなわち、デモクラシーの拡大によって、個人の自由が脅かされるというかたちで生じたものではない。むしろそれは、個人化が進む状況のなかで、『デモクラシーの不足』というかたちで現れるであろう」⁵⁶⁾、とされている。まさに本件こそ、「デモクラシーの不足」の故に独任制の官庁といわれる法曹（検察官）の「法的合理性」、「法曹の専門合理性」が、日米両政治権力を後ろ盾とする強固な中央集権的な官僚制によって損なわれて生じた事件の一つなのである。本件の

那覇地検による起訴、それを受けた那覇地裁の有罪判決を生み出したものこそ、市民参加（デモクラシー）に基づく那覇検察審査会の「起訴相当」議決なのである。刑罰制度それ自体の意義を否定しない限り、それが沖縄県民の生命と自由を守るという観点からも大きな意義を有していることを否定することは、誰にもできないであろう。本件の経過からわれわれが学ぶべきは、ア・プリオリに立憲主義・自由主義のドグマから出発するのではなく、日本人（とりわけ沖縄県民）の生命が米軍によってまるで虫けら同然に扱われている現実から出発することであろう⁵⁷。

（注）

- (1) そのうち1件は小沢一郎・民主党元代表の政治資金規正法違反事件であり、他の1件はIVで触れる那覇地裁の詐欺事件である。
- (2) たとえば、憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』（敬文堂、2011年）119頁以下参照。
- (3) 今関源成「刑事裁判への『国民参加』とは何か？」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』（敬文堂、2011年）129頁。
- (4) 葛野尋之「裁判員制度における民主主義と自由主義」法律時報84巻9号（2012年）6-8頁。
- (5) 今関源成「検察審査会による強制起訴—『統治主体』としての『国民』—」法律時報83巻4号（2011年）2頁。なお、論者は「法制度のもつ法的合理性を『常識』という捉えどころのない観念によって相対化することは、人権保障にとって有害である場合が多い。」（今関源成「司法制度改革における『法の支配』と『国民の司法参加』」現代思想36巻13号〔2008年〕80頁）、とも述べている
- (6) なお、笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009年）203-204頁参照。この点につき、「デモクラシーの欠陥は、デモクラシー自らによって克服されなければならない。なぜだろうか。わたしたちは、市場による決定、司法による決定、デモクラシーによる決定のそれぞれに適した問題があり、相互の権限が適切に配分されるべきであるとしても、その配分のあり方自体は、つねに民主的な再検討に付されるべきであると考えている。つまり、ある意味で、すべてはデモクラシーの内にあり、その外部に絶対的な根拠を見出すことは不可能なのである。そうだとすれば、デモクラシーの欠陥を解決しようとする場合であっても、単に外部から歯止めをかけるだけでは不十分である。むしろ、自らの歪みに対するデモクラシーの自己チェック機能のたえざる再検討が求められることになるだろう。」（宇野重規・田村哲樹・山崎望『デモクラシーの擁護』〔ナ

カニシヤ出版、2011年] 72-73頁)、という見解が参考になろう。

- (7) 今関・前掲論文「検察審査会による強制起訴—『統治主体』としての『国民』—」2頁。
- (8) 今関・前掲論文「『刑事裁判への『国民参加』とは何か?』」122-123頁参照。
- (9) 今関・前掲論文「『刑事裁判への『国民参加』とは何か?』」123頁。
- (10) この点につき、拙稿「裁判員制度と『民主司法のジレンマ』論」法政法科大学院紀要6巻1号(2010年)及び同「国民の司法参加と民主主義—検察審査会による『強制起訴』議決を契機として」『村井敏邦先生古稀記念論文集』人権の刑事法学(日本評論社、2012年)408頁以下参照。
- (11) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版〕』(弘文堂、2009年)952頁参照。
- (12) 日米両政府は1956年の日米合同委員会で通勤を「公務」に含むことで合意している(『沖縄タイムス』2011年4月4日付朝刊による)。ただし、「公の催事」の後に飲酒運転しても公務中として扱うということについては、2011年12月の日米合同委員会で見直しに合意し、削除されている(「吉田敏浩/井上哲士〔対談〕オスプレイ、米軍基地被害・米兵犯罪、密約—いま安保条約を問う」前衛2013年6月号186頁〔井上〕参照)。
- なお、日米合同委員会は、地位協定25条に基づいて、「この協定の実施に関して相互間の協議を必要とするすべての事項」に関する協議機関として設置されるもので(1項前段)、「合同委員会は、特に合衆国が相互協力及び安全保障条約の目的の遂行に当たって使用するため必要とされる日本国内の施設及び区域を決定する協議機関」(1項後段)で、合同委員会の構成と補助機関・事務機関の設置を定める同条2項によれば、「日本国政府の代表者1人及び合衆国政府の代表者1人で組織し、各代表者は1人又は2人以上の代理及び職員団を有する」とし、また「補助機関及び事務機関を設ける」こととされている(日米合同委員会については、地位協定研究会編『日米地位協定逐条批判』〔新日本出版社、1997年〕203頁以下参照)。
- (13) 法務省によれば、検察当局が第一次裁判権のないことを理由に米軍属の関与した犯罪を不起訴処分とした件数は、2008年が19件、2009年が16件、2010年が17件である(『沖縄タイムス』2011年11月21日付朝刊による)。
- (14) この点につき、地位協定研究会編・前掲書『日米地位協定逐条批判』156-157頁参照。
- (15) ちなみに、法務省の資料によれば、2006年9月～2010年12月の軍属の「公務中」の犯罪62件について刑事訴追された例は皆無であり、そのうち懲戒処分が35件、処分なしが27件であり(『東京新聞』2011年11月25日付朝刊による)、本件でも当の軍属は米軍により運転免許停止5年の懲戒処分を受けたただけであった(『沖縄タイムス』2011年11月26日付朝刊による)。ちなみに、62件の内訳は、自動車運転過失致死罪

が1件、自動車運転過失傷害罪が41件、業務上過失傷害罪が16件、道路交通法違反が4件となっている（井上哲史「日米地位協定の抜本改定を」前衛2012年2月号139頁参照）。一般に、米側に裁判権がある場合の起訴率は異常に低いことが指摘されている（地位協定研究会編・前掲書『日米地位協定逐条批判』153頁参照）。なお、民科法律部会編『安保条約—その批判的検討』（法律時報41巻6号〔1969年〕614-617頁参照）。

- (16) 地位協定研究会編・前掲書『日米地位協定逐条批判』150-151頁による。
- (17) 地位協定研究会編・前掲書『日米地位協定逐条批判』244頁による。
- (18) 本間浩『在日米軍地位協定』（日本評論社、1996年）279頁参照。
- (19) このように、日本側が第一次裁判権を放棄することに同意する方式は、「NATO-オランダ方式」と呼ばれており、オランダでは同内容の協定が公開されているのに対して、日米間では秘密覚書という形をとっているのである（新原昭治「憲法の立場から安保条約・地位協定を根源から問う」前衛2008年8月号129頁参照）。
- (20) 布施祐仁『日米密約 裁かれない米兵犯罪』（岩波書店、2010年）7頁以下による。
- (21) しかも、犯罪通知がなされてから、「比較的軽微な罪」は10日間、その他（つまり殺人、強盗、強姦など重い罪の場合）は20日間以内に裁判権行使の意思を相手に通告しなければ、自動的に裁判権を放棄したとみなすという密約が、日米両政府間でかわされているのである（林博史『米軍基地の歴史』（吉川弘文館、2012年）162頁。なお、布施祐仁・前掲書『日米密約 裁かれない米兵犯罪』70-71参照）。
- (22) 「いとも簡単に」という表現は決して誇張ではない。たとえば、2005年8月13日夜間中央自動車道で発生した交通死亡事故に関する検察官の常軌を逸した訴追エネルギーと比較してみればよい。この事件では、2008年4月24日甲府地裁が無罪判決を言い渡したのに対して検察官控訴があり、東京高裁の破棄差戻し判決に対する弁護側上告の棄却を経て、現在甲府地裁に係属中である（柳原三佳「夜中の中央自動車道」冤罪FileNo.13、98頁参照）。
- (23) 吉田敏浩『密約 日米地位協定と米兵犯罪』（毎日新聞社、2010年）42頁参照。1953年当時の「日米密約」は、1957年1月30日、群馬県相馬ヶ原で発生したジラード事件（米陸軍第一騎兵師団第八連隊三等特技下士官ジラード〔21歳〕による日本婦人〔46歳〕狙撃・殺害事件）を契機にさらに強化された。というのも、ジラード事件につき、(i) 日本側はジラードを日本の刑法205条の定める傷害致死罪より重い罪では起訴しない、(ii) 日本側は、日本の裁判所が事件の状況を考慮して、できる限り刑を軽くすることを行政当局をつうじて勧告する、という二点を内容とする秘密取決めが日米両政府の間で結ばれたからである（明田川融「日米地位協定の形成（下）」

法学志林95巻3号151頁注(3)参照)。ちなみに、前橋地裁は、同年11月19日、検察官の懲役5年(傷害致死)の求刑に対して懲役3年(執行猶予4年)の判決をジラードに言い渡し、最高検察庁は12月3日、控訴しないことを決定、ジラードは3日後の12月6日、妻とともにアメリカに帰国している(以上、末浪靖司「日本の裁判を動かした日米密約」前掲1996年5月号65-66頁による)。沖縄における裁判員裁判との関係でも、「米軍犯罪は、できるだけ小さく裁こうとする政治力学が働いているようです(米軍犯罪の小型化)」と言われている(森川恭剛「米軍犯罪と裁判員裁判」琉球大学編『普遍への牽引力』〔沖縄タイムス社、2012年〕186-187頁)。

- (24) 白井論「検察審査会制度における市民参加と検察官の役割」法政策研究会編『法政策学の試み(法政策研究第13集)』(信山社、2012年)27頁。
- (25) 白井論「刑事追迫における市民参加の現代的意義と問題点—大陪審制度・検察審査会制度の再検討—」東北大学『法学』73巻2号(2009年)147頁。
- (26) 今関・前掲論文「検察審査会による強制起訴—『統治主体』としての『国民』—」2-3頁。
- (27) 司法研修所検察教官室編『検察講義案〔平24年版〕』(法曹会、2013年)6頁、68頁。
- (28) 田宮裕『日本の刑事追迫』(有斐閣、1998年)85-86頁。「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」のがわが国の刑事訴訟法の特徴とされ、「起訴ということが被告人やその家族等に及ぼす不利益の大きさを考えると起訴はやはり、できるだけ厳密な判断にもとづいて慎重に行われるべきものであろう」、というわけである(青山善充・井上正仁『新訂 法と裁判』〔放送大学教育振興会、2000年〕143-145頁〔井上〕参照)。アメリカ合衆国でもフリードマンが、「起訴されたことがそれ自体として懲罰的体験である」ことを強調しつつ、同旨の主張をしている(白井論「公訴提起における犯罪の嫌疑と検察官の倫理—起訴の基準を巡る合衆国の議論を中心に—」大阪経済大学法学論集70号〔2011年〕179頁参照)。
- (29) この問題につき、村井敏邦「国際社会と刑事人権」時の法令1519号(1996年)37頁以下参照。

1995年の米兵の少女暴行事件を契機に殺人や強姦等の凶悪事件につき、米側が刑事追迫しない場合、日本側の要請に「好意的配慮」を払うなどの条件が付けられたが、「好意的配慮」による日本側への起訴前の身柄引渡しは、16年間でわずか2件にすぎない(『沖縄タイムス』2011年11月26日付朝刊による)。

- (30) 地位協定研究会編・前掲書『日米地位協定逐条批判』159-163頁参照。
- (31) 地位協定研究会編・前掲書『日米地位協定逐条批判』164頁参照。なお、横浜弁護士会『基地と人権』(日本評論社、1989年)269-271頁参照。

- (32) 上口裕『刑事訴訟法〔第3版〕』（成文堂、2012年）408頁。
- (33) 『沖繩タイムス』2011年4月26日付朝刊による。米側は、2000年に罪を犯した米軍属を米本国で裁くことを定めた軍事域外管轄法を制定し、2006年から第一次裁判権を主張してきた。しかし、同法も被疑者の本国移送コストなどがネックとなって形骸化し、その結果、公務中犯罪を裁判によらずに懲戒処分や不処分で済ます「法の空白」が生じていたのである（『琉球新報』2012年2月24日付朝刊による）。
- (34) 米第七陸軍司令部外国法部のポール・コンダーマン副部長執筆の『駐留軍関係法に関するハンドブック』（英オックスフォード大学出版部、2001年）によれば、米軍属の犯罪については、「実質的に接受国（基地受け入れ国）が専属的裁判権を持つ」とされている（『沖繩タイムス』2011年10月29日付朝刊による）。
- (35) 日米地位協定運用の見直し合意の骨子は、（イ）米軍属の公務中の事件、事故は日米地位協定に基づき、米側に第一次裁判権がある、（ロ）米側が軍属を刑事訴追しない場合、日本政府は日本側の裁判権行使に同意するよう米国政府に要請できる、（ハ）米国政府は、被害者が死亡するか、生命を脅かす傷害や永続的な障害が残る場合、日本側の要請に好意的考慮を払う、（ニ）米国政府は、それ以外の犯罪では、日本の裁判権行使の要請を十分考慮する、というものである（『毎日新聞』2011年11月25日付朝刊による）。
- (36) 中島宏「検察審査会と公訴のあり方」法学セミナー 698号（2013年）16-17頁。
- (37) 村上光鶏弁護士（元東京高裁判事）（『神奈川新聞』2012年11月13日付朝刊による）。
- (38) 新屋達之（『琉球新報』2012年3月15日付朝刊による）。
- (39) 松尾浩也「刑事裁判と国民参加 日本における150年」判例タイムズ 1373号（2012年）78頁参照。
- (40) 中島・前掲論文「検察審査会と公訴のあり方」16頁。なお、田宮・前掲書『日本の刑事訴追』85-88頁参照。
- (41) 田宮・前掲書『日本の刑事訴追』38-39頁。
- (42) この点につき小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法（下）—演習編—』（有斐閣、1988年）123頁以下参照。
- (43) 『犯罪白書〔平成24年版〕』46-47頁による。
- (44) 亀山継夫『現代刑罰法大系5』（日本評論社、1983年）45頁。
- (45) 田宮・前掲書『日本の刑事訴追』42頁。
- (46) デイビッド・T・ジョンソン／大久保光也訳『アメリカ人の見た日本の検察制度 日米の比較考察』（シュプリンガー・フェアラーク東京株式会社、2004年）241-242頁、279頁注2より引用。

- (47) ジョンソン / 大久保光也訳・前掲書『アメリカ人の見た日本の検察制度 日米の比較考察』242頁。
- (48) ジョンソン / 大久保光也訳・前掲書『アメリカ人の見た日本の検察制度 日米の比較考察』279頁注4.による。
- (49) ジョンソン / 大久保光也訳・前掲書『アメリカ人の見た日本の検察制度 日米の比較考察』246頁以下参照。
- (50) 高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』（現代人文社、2003年）103頁注（1）参照。このような我が国の捜査・訴追機関のバターナリスティックな行動を評価するにあたって、危害原理を提唱したミルがバターナリズムに反対したことが参考となろう（田中成明『法理学講義』〔有斐閣、1994年〕139頁参照）。
- (51) 木谷明「強すぎる検察（検察官司法）と裁判員制度」法政法科大学院紀要8巻1号（2012年）29-68参照。
- (52) 五十嵐二葉「検察審査会をどうするか」法と民主主義468号（2012年）50頁。
- (53) 『東京新聞』2010年12月27日付朝刊による。
- (54) 福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』（日本評論社、2009年）7-8頁（後藤昭）参照。なお、石田倫識「起訴の基準に関する一試論—黙秘権の実質的保障に向けて—」法政研究78巻3号（2012年）参照。
- (55) 拙稿「国民の司法参加と民主主義—検察審査会による『強制起訴』議決を契機として」『〔村井敏邦先生古稀記念論文集〕人権の刑事法学』（日本評論社、2012年）425頁参照。
- (56) 宇野重規・田村哲樹・山崎望・前掲書『デモクラシーの擁護』68頁。今回の那覇検察審査会の「起訴相当」議決が、「デモクラシーの不足」を補うという点で巨大な意義を有していることに疑う余地はないであろう。なお、この点で利谷信義「検察審査会と国民の法意識」『〔戒能通孝博士還暦記念論文集〕日本の裁判』（日本評論社、1968年）231頁以下参照。
- (57) 前泊博盛『沖縄と米軍基地』（角川書店、2011年）118頁参照。