

# ケース・コンストラクション論と訴因論の接点-McConvilleらの研究を手がかりに-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2013-11-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 八百, 章嘉 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/16145">http://hdl.handle.net/10291/16145</a>

## ケース・コンストラクション論と訴因論の接点

——McConville らの研究を手がかりに——

### Examination of Count from the Perspective of the Theory of Case-Construction

博士後期課程 公法学専攻 2009年度入学

八 百 章 嘉

YAO Akiyoshi

#### 【論文要旨】

本稿は、イギリスの McConville らが経験的研究を基に展開したケース・コンストラクション論を参照し、我が国の訴因論について論究するものである。ケース・コンストラクション論は、訴追側ケースがプロセスとしての刑事司法制度で構築されていく過程を例証したものであり、その知見は検察庁が新たに発足したイギリスで一大センセーションを巻き起こした。そして、それは刑事訴訟における事実観にも多大な影響を与えたものであり、「公訴事実の同一性」をめぐるなお議論が尽きない我が国の訴因論にとって有益なものとなるであろう。その両者の接点を明らかにし、日本法への示唆を提示することが本稿の目的である。

【キーワード】 ケース・コンストラクション、訴追側ケース、訴因、公訴事実、審判対象

目次

I. 問題の所在—本稿の目的

II. ケース・コンストラクション論

1. イギリス検察庁創設の動向
2. ケース・コンストラクション論—McConville らの主張

III. 訴因論への示唆

1. 導入可能性
2. ケース・コンストラクション論と訴因論の接点

IV. 結論

## I. 問題の所在一本稿の目的

刑事訴訟法学において長く論争の主題であった審判対象論は近年、「審判の対象は訴因か公訴事実か」という伝統的問いかけからの脱却を図り、その問題設定自体の見直しが図られてきたように思われる。例えば、時早くして田宮博士はその問いを「審判は、書かれた訴因事実にとどまるか、あるいは書かれるべき（同一性のある）事実まで及ぶか」<sup>1</sup>と再設定され、現行法の精神である當事者主義を基底に訴因制度の意義を考察されていた。また松田教授は近時、刑事訴訟法312条1項が規定する訴因の変更に関する論考において、訴因変更の限界・可否ないし「公訴事実の同一性」概念を巡る従来の議論はア・プリオリに審判対象論の問題として位置づけられてきたことを指摘し、訴因変更の限界・可否ないし「公訴事実の同一性」概念は、「審判の対象」ではなく「公訴の対象」となりうる事実の範囲の問題として論じられるべきであると主張されている<sup>2</sup>。さらに山田教授は、旧刑事訴訟法と現行刑事訴訟法の連続性と非連続性を考察されるにあたって、審判対象論における訴因対象説と公訴事実対象説の対比は、現行法解釈は旧法との連続性の下でなされるべきという主張への批判としては有効であったが、今日では一種の「モデル」に過ぎないとしてその存在意義に疑問を投げかけられている<sup>3</sup>。

現在から振り返れば、現行刑訴法の施行当時から展開されてきた「審判の対象は訴因か（旧法時代の）公訴事実か」という問題は「仮象の問題」であり、審判対象論は「もはや歴史的使命を終えた」<sup>4</sup>と言われている。「審判の対象は訴因である」というテーゼが、通説判例で確固たる地位を占めていると評価でき、妥当であるように思われる。

審判対象論そのものが齟齬を見せる一方で、訴因の変更を巡る議論—とりわけ訴因変更の可否ないし「公訴事実の同一性」概念を巡るそれ—は、今なお「錯雑さを極め、いわば百花繚乱といってもよい状況」<sup>5</sup>からの出口を見出せずにいる。混迷の背景には、従来の審判対象論における対立の構図から、①現行法上規定されている「訴因」と「公訴事実」の関係、②「公訴事実の同一性」の意義といった2点が不明確なままであったことが挙げられよう。まず、①は主に審判対象論のコンテキストにおいてであるが、256条と312条の文言解釈として、訴因と公訴事実は同義であるのか、それとも概念として異なるものであるのかといった問いである。両者の同義性を主張される松尾教授は、「公訴事実、すなわち訴因」<sup>6</sup>と断ぜられ、両者は対立するものではないと述べられる。

<sup>1</sup> 田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』(1996年) 185頁。

<sup>2</sup> 松田岳士「刑事訴訟法312条1項について—脱『審判対象論』の試み—(1)~(2)」阪大法学60巻2号(2010年) 85頁以下、同61巻5号(2012年) 25頁以下。

<sup>3</sup> 山田道郎「刑事訴訟における連続性と非連続性—訴因制度を中心に—」明治大学法学部創立130周年記念論文集(2011年) 425頁以下。

<sup>4</sup> 酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因(1)」法学教室298号(2005年) 66頁。

<sup>5</sup> 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』(2002年) 122頁。

<sup>6</sup> 松尾浩也『刑事訴訟法・下 [新版補正第2版]』(1999年) 349頁。また、同「刑事訴訟法の基礎理論—その現代的状況についての一考察」法律時報48巻10号(1976年) 37頁以下も参照。

近時、この見解が支配的であるように思われるが<sup>7</sup>、なお訴因と公訴事実を異なるものとして取り扱うべきとの主張も散見される<sup>8</sup>。②の問題は、訴因と公訴事実を同義としそれを審判対象とするのならば、256条の「公訴事実」と312条の「公訴事実の同一性」の整合的説明はいかにして可能かを問うものである。この点、条文の文言にさほど拘泥せず、同一手続で訴因変更を許してもいい外枠を画する基準が「公訴事実の同一性」概念であると一般に理解されているが、この概念を単なる「機能概念」とするのか、それとも「事実的基礎」を有する概念とまで承認してもよいかの問題であるといえよう<sup>9</sup>。旧法との断絶を意識してか、従来は機能概念説が有力であったように思われるが、事実的基礎説の採用がすなわち職権主義的であるとのことにはならないとの認識も広がり始めている<sup>10</sup>。辻本准教授は近時「公訴事実の同一性」概念に関する一連の論考において、狭義の公訴事実の同一性を判断するにあたって、訴因外の「etwas」を指定することは社会システムとしての刑事訴訟という観点から積極的に解されるものと主張されている<sup>11</sup>。

このような審判対象論から訴因変更論へといった議論の推移は、審判対象論でも本来そうであったが、訴因とは何か、公訴事実（の同一性）とは何かといった根源的な問いがなお合理的・説得的に解明されていないことを表象しているように思われる。ある種「脱構築」ともいえる潮流がそこには存在しているといえよう。

現行法の当事者主義化に尽力された平野博士は、訴因とは、「それについて検察官が審判を請求する、検察官の主張」であり、「具体的事実の主張」でなければならないと定義された<sup>12</sup>。前者の定義は、「審判の対象の性質いかんの問題」すなわち「審判の対象は嫌疑なのか、それとも主張、すなわち主張された観念形象なのか」<sup>13</sup>という問題と主に関連するものである。また後者の定義は、訴因を「公訴事実を一定の犯罪構成要件にあてはめて法律的に構成したもの」<sup>14</sup>と考える法律構成説へのアンチテーゼとして提唱されたものであり、自身の定義—事実記載説—のほうが被告人の防御にとって望ましいものと主張された。エポックメイキングともいえるこの見解は、旧法における「客観化された嫌疑」はもはや現行法では審判の対象にはなりえないことを明らかにし、現行

<sup>7</sup> 三井誠『刑事手続法Ⅱ』（2003年）182頁、酒巻・前掲注(4) 65頁。

<sup>8</sup> 小林充「訴因と公訴事実（再論）」判例タイムズ1198号（2006年）4頁以下、井戸田侃「訴因と公訴事実」浅田和茂ほか編『刑事・少年司法の再生—梶田英雄判事守屋克彦判事退官記念論文集』（2000年）223頁以下。

<sup>9</sup> 白取祐司『刑事訴訟法〔第5版〕』（2008年）278-279頁。

<sup>10</sup> このような立場は、審判対象論において公訴事実の実体概念を肯定することが職権主義的であることにはならないという見解にその萌芽を看取できる（平場安治「公訴事実の同一性」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座2巻』（1964年）67頁）。

<sup>11</sup> 辻本典央『「公訴事実の同一性」概念について(1)～(3・完)』近大法学53巻2号（2005年）173頁以下、同54巻3号（2006年）165頁以下、同55巻2号（2007年）95頁以下。

<sup>12</sup> 平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）131-132頁。

<sup>13</sup> 平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』（1964年）74頁。

<sup>14</sup> 団藤重光「刑事訴訟法註釈(3)」警察研究22巻11号（1951年）59頁。法律構成説については、岸盛一「訴因変更命令」法曹時報11巻8号（1959年）1頁以下参照。またその原型である罰条同一説については、宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ』（1949年）155頁以下参照。

法解釈原理としての職権主義を排斥する力を有するものであった<sup>15</sup>。現在、訴因をこのように理解する立場は通説的であるといえるが、異議が提出されていることも事実である。例えば、団藤博士の見解によれば、「実質的・事実にみるときは、捜査の当初における主観的嫌疑が公訴提起に足りるだけの証拠の裏づけをもったばあいに公訴提起が行われるたてまえであるから、訴因として記載される事実、まさに『客観化された嫌疑』にほかならない」<sup>16</sup>。しかし、現行法は起訴状一本主義を採用した結果、そのような嫌疑が裁判所に実体形成の対象としてそのまま引き継がれることはない<sup>17</sup>。また、「審判の対象の性質いかん」の問いは本来「公訴の対象の性質いかん」の問題とされていたとの指摘が松田教授によってなされている<sup>18</sup>。さらに事実記載説も、訴因記載事実は純たる事実ではなく法的評価も伴った事実であるのが当然であるし<sup>19</sup>、審判対象論において訴因対象説に立つとしても論理必然的に事実記載説を採用することにはならず法律評価説も採用しうる<sup>20</sup>、といった理論上の反省を迫られている。

そこで本稿では、訴因変更論を念頭に置き「公訴事実の同一性」概念の検討は急務であるが一、改めて「訴因とは何か」を検討し、とりわけ「検察官の主張」という性質について考察を加える。従来の議論では、条文解釈にあたって、旧法との連続性・非連続性やアメリカ法ないしドイツ法との比較検討が指針として利用されてきたように思われるが、ここでは法社会学的な視座を導入することで、理論面のみならず実践面からのアプローチを試みたい。この試みによって、訴因がいかん形成され、それが一つの事件として刑事訴訟に組み込まれていくのかを明らかにでき、またドグマティックなレベルにおいても、訴因の性質および「公訴事実の同一性」概念の解明にとっての手がかりが提供されるであろう。

具体的には、訴追側がいかんにして「事件（ないし主張）」を「構築」していくのかを明らかにした、M・McConville, A・Sanders および R・Leng の著作『The Case for the Prosecution—Police Suspects and the Construction of Criminality』<sup>21</sup>を参照する。本研究は、主に警察段階に焦点を当てて実施されたフィールドワークであるが、後に述べるように、警察の処理が検察の処理に大きな影響を与えることを示唆するものであり、本稿で取り上げる価値があるように思われる<sup>22</sup>。次い

---

<sup>15</sup> 現行法はなお職権主義の影響下にあることを平野博士が認められている点、審判対象論の当初において平野博士も公訴事実の実体概念を肯定せざるをえない旨の主張を行われている点には留意すべきであるが（平野龍一「訴因概説」『訴因と証拠』（1981年）92頁以下参照）。

<sup>16</sup> 団藤重光『新刑事訴訟法綱要 [7訂版]』（1972年）198頁。

<sup>17</sup> 田宮・前掲注(1) 189-190頁も参照。

<sup>18</sup> 松田・前掲注(2)「刑事訴訟法312条1項について(2)」30頁。

<sup>19</sup> 渡辺修「『訴因』の機能」浅田和茂ほか編『刑事・少年司法の再生—梶田英雄判事守屋克彦判事退官記念論文集』（2000年）262頁。

<sup>20</sup> 小林充「訴因変更の要否の基準—平成13年判例との関係において—」法曹時報63巻4号（2011年）3頁。また、山田・前掲注(3) 445-446頁(注34)も参照。

<sup>21</sup> Mike McConville, Andrew Sanders and Roger Leng, *The Case for the Prosecution: Police Suspects and the Construction of Criminality* (1991).

で、そこで得られた知見をいかにして我が国の訴因論の議論へ導入するのか—そもそも導入しうるのか—が問われるべき事柄であるが—を検討しなければならない。

平野博士はかつて、訴訟が職権主義であるか当事者主義であるかを性格づける決定的な部分は、「訴訟追行過程、すなわち訴因と証拠の面」<sup>23</sup>と述べられた。審判対象論における公訴事実対象説と訴因対象説の対立は、前述のように、旧法的思考方法とその離脱を意識した思考方法＝職権主義と当事者主義の対立を具体化した「代理戦争」と形容できるものであった。一度その「モデル」論から離れ、現行刑事訴訟法の象徴ともいえる訴因について若干の示唆を提示するのが本稿の目的である。

## II. ケース・コンストラクション論

本章では、McConvilleらの著作『The Case for the Prosecution』（以下、本書を指すときはCFPとする）を主に参照し、訴追側の主張・立証が刑事手続において構築されていく過程を実証的な角度から考察する。その考察に入る前に、本研究が実施されたイギリス（イングランドおよびウェールズ）刑事手続の訴追制度を中心に歴史的・制度的背景を概観することにしたい。とりわけ、私人訴追主義を採用していたイギリスにおいて、イギリス検察庁（Crown Prosecution Service, 以下CPSとする）が創設された経緯を俯瞰することは本稿にとっても有益であるように思われる。その動向を確認後、訴追側の主張・立証を中心として1つの事件が構築されていく過程（ケース・コンストラクション）を例証する本研究をやや詳細に参照後、McConvilleらへの批判とその反論を検討する。

### 1. イギリス検察庁創設の動向<sup>24</sup>

捜査のみならず訴追についても事実上警察が中心的な役割を担っていたイギリスでは、1970年代そのような訴追システムに批判の目が向けられ、1984年警察および刑事証拠法（Police and Criminal Evidence Act 1984, 以下PACE1984とする）で捜査手続と証拠法が再編成され、1985年犯罪訴追法（Prosecution of Offences Act 1985, 以下POOA1985とする）で新しい公訴機関であるCPSが設立された<sup>25</sup>。POOA1985の基本構想は、犯罪捜査および最初の訴追判断についての責任は警察に、訴追の審査・遂行についての責任はCPSの検事（Crown Prosecutor）に再分配することにあつたとされる<sup>26</sup>。

<sup>22</sup> McConvilleらの本研究を参照する我が国の刑事訴訟法学の研究として、小山雅亀『イギリスの訴追制度—検察庁の創設と私人訴追主義—』（1995年）とくに131頁以下、豊崎七絵『刑事訴訟における事実観』（2006年）とくに415頁以下がある。

<sup>23</sup> 平野・前掲注(13) 20頁。

<sup>24</sup> 本節の記述は主に小山・前掲注(22)に基づく。

<sup>25</sup> PACE1984とPOOA1985の訳文については、法務大臣官房司法法制調査部編『イギリス警察・刑事証拠法、イギリス犯罪訴追法』（1988年）を参照した。

POOA1985によれば、CPSは、長たる検察長官（the Director of Public Prosecutions）、担当地区の事務を掌理し長官に対し責任を負う首席検事（the Chief Crown Prosecutor）ならびに検事で構成され、首席検事および検事は検察長官と同一の権限・責務、すなわち警察によって開始された全ての刑事手続の審査・遂行を原則として引き継ぐ（take over）権限・責務を有する<sup>27</sup>。警察によって開始された刑事手続については基本的に2つの方法が想定されており、第一に、警察が被疑者を無令状で逮捕し、警察署に引致し、（通例取調べの後に）公式に告発する（formally charge）方法、第二に、訴追者一般（prosecutor）が訴状（information）によって被疑者に対する召喚状（summons）を請求する方法がある<sup>28</sup>。CPSは警察から事件の一件書類を受け取り、事件を引き継ぐ。その際、当該書類に基づき、検事規範（Code for Crown Prosecutors）<sup>29</sup>を参照し、検事は当該事件を審査し、手続を続行すべきか手続打ち切り（discontinuance）とすべきかを判断する<sup>30</sup>。この手続打ち切りの権限は、警察により開始された刑事手続が正当であったかどうかを警察から独立してチェックし、不当な場合は早期に手続の停止（halt）を図るものであり、CPS創設の主たる理由とされていた<sup>31</sup>。なお、警察が訴追行為を開始しなかった事件—例えば警告や不処分として処理した事件など—について、CPSが関与することはほとんどない。法律上は、警察が行う犯罪に関する活動一般について、相当と認められる範囲で助言を与えることがCPSの職務の一つとされているが。

このように、警察の訴追活動を独立してチェックする組織としてCPSが創設され、その期待されていた主たる目的は、①警察からの独立性の確保と外部からの不当な影響力の遮断、訴追に関する判断および立証準備の高質化、②地方の事情を考慮できる柔軟性、③公益に合致した訴追の確保、④活発で遅延のない訴訟の遂行、⑤効果的かつ能率的で経済的な訴訟の遂行、⑥刑事司法システム全体の改善であったが、CPSは「刑事司法を改善するものではなく、新たに巨大な官僚機構の創設と刑事訴訟の遅延をもたらしたただけである」と揶揄されるに至り、事件処理の遅れ、CPSの職員—とりわけ検事—のレベルの低さといった点が主に批判的となった<sup>32</sup>。

<sup>26</sup> 小山・前掲注(22) 109頁。このような責任の分離は、従来の実務が抱える問題「捜査と訴追の両機能の混同」は「訴追を担当する法律家の警察からの独立性の欠如」が原因であったという批判への応答である（小山・前掲87頁）。

<sup>27</sup> POOA1985, ss.1-3. なおその他の職務については、POOA1985, s.3(2)参照。

<sup>28</sup> John Sprack, *Emmins on Criminal Procedure* (9<sup>th</sup> ed. 2002) at 7. なお、これらの方法には様々なバリエーションがあり、警察が逮捕後に被疑者を一旦釈放し召喚状によって再び刑事手続を再開する場合もある（Id., at 8）。このことは統計資料を読み解く際に留意すべき事項であろう。

<sup>29</sup> 検事規範とは、検事が従うべき一般原則を指示するもので、例えば、訴追手続を開始すべきか否か、若しくは既に開始されている手続を打ち切るべきか否か、又は、いかなる罪で訴追するかを決定する基準を示している規範である（POOA1985, s.10(1)参照）。

<sup>30</sup> POOA1985, s.23.

<sup>31</sup> Sprack, *supra* note 28 at 60.

<sup>32</sup> 小山・前掲注(22) 110-112頁。またPOOA1985 制定からわずか1年ほどで組織を立ち上げることとなったため、当初からCPSの人員不足が指摘されていた。

CPSの特筆すべき特徴は何より、CPS自身は捜査を行わないこと、そして通例自身が刑事手続を開始しないことである。CPSの役割は警察が告発または訴状の提出を行ったあとにあり、当該事件が続行されるべきか否かを判断することである。その判断をなす際、検事は警察から「独立しているべき」であり、警察の見解ではなく「自己の見解に依拠して行動しなければならない」と考えられている<sup>33</sup>。しかし、形式的にはその点が立法によって保証されたことに疑いがなく、実質的にその理念が実行されているのかどうかは問われ、様々な調査が実施されることとなったのである。

## 2. ケース・コンストラクション論—McConvilleらの主張

McConvilleらのフィールドワークは、1986～1988年の間に実施され、その調査方法は、「①性格を異にする地域を管轄する3つの警察管区（police forces）からそれぞれ2つの地区（police sub-divisions）を選び出し、計6地区の各々において一道交法事件を除いて一召喚状を求める申告（summons report）または逮捕のなされた成人事件120件と少年事件60件ずつ、総計1080件を調査対象とし、②警察の留置記録に記載されている全情報、関与した警察官および検事とのインタビューを基礎として、経験的調査（empirical research）を実施したもの」である<sup>34</sup>。調査の主たる対象は警察段階ないし検察段階ではあるが、本研究は刑事手続全体に及びうる示唆を提示するものであり、CPS創設に表れているような「公正さ、公開性、答責性および効率性に関する諸基準」<sup>35</sup>に基づき改革されたイギリス刑事手続を実証的に検討する点にその特色があるといえる。

小山教授は、本研究を研究者が実施したCPSに関する研究で最も詳細なものであると評し、その問題関心からCPSの活動と関係する部分に焦点を合わせCFPを参照される<sup>36</sup>。一方、豊崎准教授は、刑事訴訟における事実観を考察される著書において、本研究の視覚を基礎づける、その法の構造に関する理解と法現象分析の方法論に主として焦点を合わせ、CFPを参照されている<sup>37</sup>。ここでは、訴因論との関係から、刑事訴訟における事件（犯罪事実）は「発見」されるのではなく「構築」されるプロセスとみなすMcConvilleらの主張に関心を寄せ、以下、その点に関する内容を摘記する。その後、本研究の前提ともいえるべきD・McBarnetの主張と対比することでその輪郭を明確にし、次いで本研究への批判とその反論を取り上げることとする。

<sup>33</sup> Sprack, *supra* note 28 at 60.

<sup>34</sup> 小山・前掲注(22) 131-132頁における要約。See also, McConville et al., *supra* note 21 at 209-213. なお2つの地区に関してはCPS導入前から調査が実施されているため、その点にはやや懸念が残る。しかしMcConvilleらも述べるように、本文のように実施された本調査は「異なるタイプの事件および異なるタイプの警察のディシジョンメイキングを表象するものであり、一般化は可能である」(Id., at 212)。

<sup>35</sup> The Royal Commission on Criminal Procedure, *Report* (1981), para. 6.8. なお王立委員会の報告書については、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(1)～(4)」ジュリスト765号(1982年)82頁以下、同766号(1982年)97頁以下、同769号(1982年)114頁以下、770号(1982年)100頁以下参照。

<sup>36</sup> 小山・前掲注(22) 131-137頁。

<sup>37</sup> 豊崎・前掲注(22) 415-437頁。

### (1) CFPの主張内容

McConvilleらは、第1章「イングランドおよびウェールズにおける刑事司法」にて、本書の問題意識・検討課題および用いる方法論について述べている。これらを明確にしておくことはここでも不可欠なことと思われるため、以下要約引用を行う<sup>38</sup>。

イギリス刑事司法の公式な構造は当事者主義であり、訴追側と被告側は「真実」を追求するよりはむしろ、一定の倫理的限界内で最大限に自己のケースを主張するのである。本書では訴追側がいかにそのケースを構築し提示するかを検証する。刑事司法は、固定された境界線を有する比較的静的なシステムではなく、プロセスとして理解される。このプロセスは、個人に不利なケースが生ずる方法を理解することで研究されるであろう。

訴追側とは警察とCPSという2つの機関を指す。警察は「警察独立の原則」に従って逮捕や訴追に関する判断を下している。(イギリスで注目された一引用者注)一連の誤判事件は、訴追側に有利に/被告側に不利に働く権限とリソースのバランスが存する当事者主義のプロセスに内在する警察の自律性から通常産出されるものなのか、単なる例外的事例にすぎないのか、それを検討するのが我々の目的である。

POOA1985制定後も、訴追は自動的になされるのではなく、また警察は逮捕および訴追決定に関する自律性を保持しているため、訴追手続に関する警察の自由裁量およびコントロールは(少なくとも早期の段階では)事実上絶対的なものである。このことは、我々の刑事司法プロセスに「クライム・コントロール」の要素が存在することを提示しているが、しかしCPSが警察から形式的には独立していること、CPSが警察の決定を審査する機能を形式的には有することは、「デュー・プロセス」的価値へ形式的にはコミットしていることを明示している<sup>39</sup>。この形式と実質の緊張関係が本書の主たるテーマである。

伝統的に弁護活動の焦点は公判廷であったが、近時の諸改革によって事件が公判廷で取り扱われる以前の弁護活動が拡大されることになった。(両当事者が公判前に事件のレビューをするといった一引用者注)全ての関与者が抱く主たる目的は、公判で争うことなく解決(settlement)を得ることである<sup>40</sup>。

<sup>38</sup> McConville et al., *supra* note 21 at 1-13. 以下、傍点部分は原文でイタリック表記の箇所である。また、原文で“case”が使用されている箇所について、実体的な犯罪事実概念を意味しているであろうときは「事件」、(訴追側の)主張・立証という意味のときは「ケース」と訳すことにする。なお、彼らのいう「訴追側ケース」とは、公判段階での訴追側の主張・立証にとどまるものではなく、公判前段階の捜査や訴追側の証拠収集・選別とその証拠の整合的説明まで含むものであり、刑事手続全体におよぶ概念である。

<sup>39</sup> 無論、このモデル論はパッカーによるそれである。See, Herbert Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968).

<sup>40</sup> McConvilleらのサンプルによれば、観察した事例のうち約85%が有罪の答弁で終結している。なお、無罪の答弁をした者の中で公判の結果無罪となった者が約半数にのぼることも注目される。See, McConville et al., *supra* note 21 at 150.

ある者がある犯罪の嫌疑で逮捕されると公的記録が作成されるが、この書類はある時点で作成済となるのではなく、被疑者が刑事司法システムにとどまる限り、継続的な追加・修正がなされることになる。情報に関するこの絶え間ない作業は最終的に事件に関する当局の説明という産物に至り、それに反する他の説明（例えば被告弁護側のそれ）は（公判ないしそれ以降の段階で一引用者注）受け入れられることが困難になる。本書では、捜査対象の犯罪に関するそういった公的記録を理解し、当局の説明が複雑な現実からの選択的で問題を含むものから構成されているかを示し、刑事司法システムにとってこのことが含意する帰結を検証する。

本書で採用しうる分析方法は、実証主義（positivism）、相互作用論（interactionism）、構造主義（structuralism）がある。実証主義は、諸基準に照らして行動を評価する立場であるが、現実には、想定される諸基準から警察が逸脱するのは独自の理由による場合があるし、これらの諸基準が全く明確でないといったことから、究極的には有益な方法ではない<sup>41</sup>。実証主義に代わる1つの方法は相互作用論であり、それは情報のそしてあらゆる社会生活の曖昧さと不確かさを強調する立場で、「逸脱」行動の説明を中位ないし下位の行為者に求める。相互作用論者はサブカルチャーが変化すれば警察の行動も変わるであろうと想定するが、それはいささか単純化しすぎであろう。もう1つの方法は構造主義であり、社会経済的な構造、法的官僚的な諸ルール、およびそれらの構造と諸ルールを媒介する「上級官、裁判官そして国家のエリート」に焦点を当てる。我々が採用するアプローチは概ね構造主義であるが、部分的に相互作用論の方法論も必要である。これは「統合的アプローチ（an integrated approach）」であり、ミクロ構造とマクロ構造の相互浸透を探求するものである。我々は、ミクロ社会の世界の複雑性、ケースが外的な「現実」を反映する際のダイナミックな方法、および広い社会政治的な目的を促進する社会的コンストラクション（social construction）<sup>42</sup>となる方法を承認する必要がある。

社会的コンストラクションの本質は、法の想定された目的を必ずしも充足することではなく、法的形態を用いて特定の目的を達成しようと試みるところにある。コンストラクションは、ケースは価値やメリットがないとか、コンストラクションの対象である被疑者や被告人の利益に反するものであるということ、要求したり示唆したりするものではない。ケース・コンストラクションはあらゆる刑事司法システムの特徴である一方で、当事者主義はケース・コンストラクションをとくに

<sup>41</sup> 実証主義は、行為に関して明確で客観的で確定的な一連の基準が存在すると想定し、自由裁量も明確な基準に拘束されるとする。訴追判断は証拠の諸基準などに服することを勘案すると、実証主義は一見適切な方法であるように思えるが、（本文の理由以外に一引用者注）ルール適用するための事実も現実には明確でないし、警察官などの行動を純粋に法的ルールや規則またガイドラインの観点からのみ理解することは不適当である（Id., at 9）。

<sup>42</sup> なお、ここで McConville らが用いる“social construction”は、ソシユールの構造主義的言語学に端を発し、人文・社会科学上の一大パラダイムを形成した社会構築主義（social constructionism）の概念とはややニュアンスを異にする点（例えば McConville らは国家レベルでの政策も視野に入れて同語を使用している）もあるように思われるため、ここでは本文のように訳すことにする（豊崎・前掲注(22) 194頁参照）。社会構築主義一般については、上野千鶴子編『構築主義とは何か』（2001年）参照。

偏った党派的なプロセスにする。コンストラクションはある行為によりある時点で達成しうるときもあるが、通例それは目標が変化する過程での進行中の作業であるため、以前のコンストラクションを一少なくともその時点では一不要なものまたは不成功なものとする。本書の主たる課題は被疑者が警察の嫌疑の対象となった瞬間からケースが構築されるプロセスを解明することであり、強調されるべきことは、刑事司法プロセスの各段階で、「起こったこと (what happened)」は解釈、付加、減殺、選別、そして再公式化の対象となることである。ケース・コンストラクションによって、行為者は法的ルールとガイドラインを有するディスコース (discourse) に関与し、ルールを用い、操作し、そして解釈することになる。それは、証拠の選別および解釈のみならず創造をも伴う。それゆえ、このなされる選別と決定を理解するためには、行為者の動機—彼らの価値体系およびイデオロギー—の分析が必要とされる。(複雑な現実を単純な法的カテゴリーに当てはめていく—引用者注) この過程は、他の説明がありうるというヒエラルキーの中で、訴追側の見解に最高位の地位を与え、現実に関する他の説明は不当なものであるとする。さらに、ケース・コンストラクションの世界では、法的世界とは異なり、事実、価値そしてルールは密接に融合しているのである。

やや冗長となったが、彼らの主張を本稿の目的に関わる範囲でさらに摘示すると、①刑事司法は静的なシステムではなく継続的なプロセスである、②ケース (ないし事件) は被疑者が警察の嫌疑の対象となった瞬間から構築され、断続的な選別や解釈にさらされ変化しうるものである、③訴追側のケースはこのようなプロセスを経て—捜査記録といった公的記録を操作することによって—、もっとも「リアリティのある」事実の説明として受け入れられる、④刑事司法プロセスを分析するにあたっては、構造主義 (マクロな視点) のみならず相互作用論の立場 (ミクロな視点) も必要とする統合的アプローチを採用する、といった点が挙げられよう。とりわけ①～③の点は、訴訟論の観点から非常に興味深いものであるため、やや詳しく彼らの見解を確認することにしたい。

McConville らは本書で、被疑者の選別、警察署内での処理、取調べ (供述証拠の構築)、警察記録と非供述証拠の構築、事件の最終判断 (訴追するか他の処理にするか)、訴追判断の審査、公判後の結果について考察を加えている。ケース・コンストラクションに関わりを持つ重要な点のみを取り上げることにし、その過程を概観しよう。

法的レトリックでは、警察は不偏的な捜査官として捜査段階で「存在」する証拠を辛抱強く収集すると描かれるであろうが、実際、証拠は「構築」されるものであり、その過程においては警察がキー・アクターになると指摘する<sup>43</sup>。しかし証拠を構築する前に、警察はそれを自己に有利に行えるようするために、社会的・環境的条件を整えなければならない。その際、警察署内でまず重要な役割を担うのは留置管理官 (custody officer) である。留置管理官は、警察署に連れてこられた被疑者を引き続き勾留するべきか否かを決定する責任を有し、その判断にあたっては証拠の十分性や

<sup>43</sup> McConville et al., *supra* note 21 at 36.

勾留の必要性を考慮しなければならない<sup>44</sup>。この制度は、警察権限の行使を内部的コントロールに服するという上述の王立委員会や PACE1984の基本イデオロギーを具現化したものであり、留置管理官は「犯罪の捜査に現に携わって」いない者、すなわち独立した準司法的な立場で活動されることが期待されていたのである<sup>45</sup>。しかし現実では、留置管理官は警察（担当捜査官）から独立しておらず、勾留判断も個別的にせずルーティンなそれを行い、法が期待していた役割を果たしていない。また、PACE1984によって拡大保障された弁護人依頼権についても、十分な告知をしない、被疑者の理解不足に乗じて放棄させるといった手段を用いることで、警察は証拠を構築する足場を整え、ケース・コンストラクションを開始するのである。

警察は、その根本的なレベルにおいて、事実を選択・拒絶・評価・創出する能力を有しており、McConvilleらは証拠を創り出す道具としての取調べの機能に着目する。事件の基本的構成要素事実（primary fact）はとくに取調べの産物であり、「事実は（被疑者から情報として—引用者注）引き出されるのではなく創出されるのである。取調べで作りに出された『事実』は、被疑者と捜査官の相互行為という複雑なプロセスを経たものであり、その相互行為の大半は警察の質問様式に直接起因するものである<sup>46</sup>」と述べる。例えば、万引きの疑いで逮捕された被疑者の取調べにおいて、被疑者は一度も「窃取した（stole）」という表現を使用していないにもかかわらず、捜査官は彼の供述を聞いた後に「つまり君はそれを窃取したということだよ」と要約し（summarize）、罪責を肯定するための法的諸要件を充足する形で供述を得る<sup>47</sup>。

また、取調べ以外の方法による警察の書類仕事—警察記録—にも彼らは注目する。警察は公判前記録のあらゆる側面についての支配力を有しているため、いかなる範囲で証拠を必要とするかについてもその支配力を及ぼしうるものであり、警察の説明ないし記録は実際に起きたことを反映するものではなく、代替する説明を抑圧し当該状況に決着をつけるものであると主張する<sup>48</sup>。例えば、警告（caution）や不処分（no further action）といった訴追に至らない処分<sup>49</sup>は本質的に糾問的であり、警察は片面的なコンストラクションを行えることを挙げている。また、警察記録は後の外的評価—例えば CPS や公判廷におけるそれ—から警察を保護することにも役立つものであり、そのように記録は構築されていくものである。すなわち、警察は手続遵守（procedural compliance）

<sup>44</sup> PACE1984, s.37.

<sup>45</sup> Id., s.36(5). このようなイデオロギーが依拠していた前提は、①留置管理官は一般警察業務から手を引いている、②留置管理官は被疑者の容貌などに影響されない、③捜査官から独立した判断をなすための情報を留置管理官は利用可能である、であったが、全て経験的に否定されている（McConville et al., *supra* note 21 at 121-122.）

<sup>46</sup> McConville et al., *supra* note 21 at 67.

<sup>47</sup> Id., at 71. このような取調べが我が国においても行われていることは改めて指摘するまでもないが、問題はこのような法的要件に当てはめて被疑者の供述を法的に再構成する際に、「バーバリング（verballing）」現象が生じることである。バーバリング現象とは、事実上被疑者とその旨を発言していないにもかかわらず、罪責を認める供述として被疑者の発言を使用することを指す。

<sup>48</sup> Id., at 80.

<sup>49</sup> See, Sprack, *supra* note 28 64ff.

を創出することで、自己の活動を適法なものとするのであり得るのである。その例証として、街頭での市民との接触（とくに stop and search）と留置記録および他の警察書類が取り上げられている<sup>50</sup>。とくに後者では、「警察が記録すると選別したことが、それは単なる事実の表象ではなく、事実そのものとなる」のであり、記録がひとたび作成されると、「構築された事実は、まさにその記録によって保証され、警察が物語ること（narrative）が全ての実務上の目的に関する異論の余地がない説明の源となる」<sup>51</sup>と述べ、その問題の強さを確認している。

以上のプロセスを経て、最後に警察は訴追判断を下すことになるが、証拠の十分性の基準は逮捕の場合と告発の場合では程度が異なっているし<sup>52</sup>、別の目的で単に逮捕をするのみで最初から告発をするつもりがない場合もあるため、警察による「ふるい分け（sorting）」が不可欠となる。そして、この過程においてもケース・コンストラクションは続くのである。本書でのこの段階に関するサンプルによれば、①警察がそもそも訴追を望まない場合、②警察は訴追を望むが実際はしない場合、③警察が訴追を望み無理にでもそうする場合、の3パターンが確認され、その全てにおいてその判断を正当化するためのケース・コンストラクションが行われていた<sup>53</sup>。

警察と CPS の関係については、CPS 創設の目的とはかけ離れた現状が確認され、CPS は「警察に依存した組織」<sup>54</sup>であると結論づけている。たしかに、警察と CPS は訴追の審査にあたっては重複する点（公益の判断、証拠の十分性、告発内容の正当性）もあるが、それぞれの組織のみが排他的に保持する審査の機能もある。例えば、警告や非公式の注意（informal warning）は警察にしからず許されていない処分であるし、公判廷における事件の最終的処理は CPS の責任にあり、訴追をドロップしたり変更したりできるのも CPS のみである。しかしながら、証拠の選別・創造・提示は警察が達成しようと目論む目的に突き動かされている。そのように進行するケース・コンストラクションは CPS を警察のイデオロギーおよび価値に浸らせ、法レトリックとは異なり、現実では警察がなした判断は適切なもので覆すべきではないという想定に後押しされ、訴追判断はルーティンになされていると指摘する<sup>55</sup>。警察が CPS より優位に立つ具体的な方法としては、前述したように捜査記録の作成がとくに重要である。警察の捜査記録は2段階で構築され、第一にはいかなる証拠を収集するか・被疑者ならびに証人にいかなる質問をするのかを選択する、第二に捜査記録に記載される事件の概要（case summary）を作成する段階である。McConville らによれば、事件の

<sup>50</sup> McConville et al., *supra* note 21 90ff. 例えば前者は PACE1984以降であっても、警察は同意を被処分者から得ることでその活動を正当化できしており、同意自体も警察の構築物であると述べている。

<sup>51</sup> *Id.*, at 97.

<sup>52</sup> PACE1984, s.37(1). また、訴追開始後の検事による審査基準は「有罪判決の現実的期待（a realistic prospect of a conviction）」である（Code for Crown Prosecutor, para. 4）。

<sup>53</sup> McConville et al., *supra* note 21 at 105-115. 例えば、①はドメスティック事件のように被害者が告訴を取り下げるような場合、②はさらなる証拠が得られなかったような場合、③は秩序と権威の維持の観点から強硬な態度が必要とされるような場合が挙げられている。

<sup>54</sup> *Id.*, at 147.

<sup>55</sup> *Id.*, at 126.

概要は「後の判断が依拠する当該事件の決定的な説明」になる場合もあり、とくにその効果が強調されている<sup>56</sup>。

最終的に、McConville らは公判を経た後の「有罪および無罪両方とも警察の産物である」と主張し、無罪となる場合の多くは警察の不適切な捜査に由来しているとする<sup>57</sup>。そして、このように警察段階で事件の方向性が決定される実情は「デュー・プロセス」イデオロギーが後退し、「クライム・コントロール」イデオロギーが強く反映していると指摘するにあたって、彼らは「本研究は、警察の権限が他の機関ないし関与者より勝っていることを例証してきた。これはクライム・コントロールイデオロギーを示すもので、資本主義が強い国家を要求してきたことの所産である。この権限は、告発内容を決めその関する情報を創り出すときに最高点に達する。警察からの情報のみに基づいて活動する CPS が『公正に』活動することなどできるのであろうか。……略……そして被告弁護人も他の方法で警察および CPS に隷属する立場となっているのである」<sup>58</sup>と述べている。

## (2) CFP の位置づけ

McConville らの主張—訴追側ケースは警察段階から構築されていき、刑事訴訟において最も有力な「事実の説明」となる—は、D・McBarnet が『Conviction—Law, the State and the Construction of Justice』<sup>59</sup>で主張した見解をさらに展開させたものである。そこで CFP への批判を検討する前に、McBarnet の主張を McConville らがいかにかに推し進めたのかについてその要点となる部分のみを確認する。

McBarnet は、方法論としてマクロな視点を用いる構造主義を採用し、一線公務員の活動に着目する「ロー・イン・アクション」の視点ではなく、「ロー・イン・ボックス」の視点から司法と政治のトップ階級に着目すべきとする。その立場から、105件におよぶ裁判所での事例観察を通じて、彼女は自己の研究を「日々いかに評決がルーティンに行われているかのみならず、民主主義国家のイデオロギーで中心を占める側面がいかに作用しているかという根本的レベルも含めた司法の構造」を明らかにするものと位置づけている<sup>60</sup>。本稿の問題意識と関する範囲での McBarnet の主張は、証拠やケースの事実といったものは、普遍的絶対的なものではなく、利用可能な「事実」を組織化した選別し、公判廷のためのケースとして構築されたものと捉え、訴追側ケースの強度は

<sup>56</sup> Id., at 134–135. 警察が CPS の審査を見込んで活動するのは自明のことであり、審査に備えて、①犯罪の重大性を記述によって操作する、②捜査官の見解を補強するために被疑者自身の発言を使用する、③被疑者の供述から一部を欠落させる、④当該地域における警察活動として重要な案件であると強調する、といった手法を用いている。①～③は警察記録の問題である。

<sup>57</sup> Id., at 160–161.

<sup>58</sup> Id., at 182.

<sup>59</sup> Doreen J. McBarnet, *Conviction: Law, the State and the Construction of Justice* (1981). 本研究を参照するものとして、豊崎・前掲注(22)393頁以下。

<sup>60</sup> McBarnet, *supra* note 59 at 1–9. 本研究は、法的証明の構造、制定法および判例法の検討、裁判所の構造、および民主主義国家における法の支配に関する全体的考察で構成されている (Id., at 10)。

公判前の刑事手続の所産であってそれは「ロー・イン・ボックス」でも許容されている、と要約できよう。McConville らの McBarnet への批判は主に、①方法論として構造主義のみを採用する点、②法レトリックと実践レベルでのクライム・コントロールとデュー・プロセスのイデオロギー対立に関してなされている<sup>61</sup>。

さて、CFP の調査結果—とくに CPS が警察に依存している現状を暴露したこと—は多くの反響を呼んだが<sup>62</sup>、ここでは本稿との関係から、D・Smith による批判<sup>63</sup>を取り上げることにする。Smith は、①CFP はパッカーのモデル論を粗雑な二分法として使用している、②犯罪者を有罪とする以外の幅広い警察の目的を見落としている、③訴追側のケースがいかに構築されるものであったとしても、それは究極的に納得されうるものである以上、それは客観的事実の供述となる、④全ての説明は自己の社会的状況に属する観点ないし目的に適合するよう語り手に構築されるのみであり、独立したまたは規約を得た信用性のある証拠によってその説明を確証することはできない、などの諸点を批判として挙げている。ここでは③および④を確認しよう<sup>64</sup>。Smith によれば、ケース・コンストラクション論は、③最小説 (minimal theory) と④最大説 (maximal theory) の2つの種類に分けられる。最小説では、警察が証拠収集およびその選別にとって重要な影響を与えることになるため、警察の見方は「明白なことに関する例外のない供述」であり「誰でもすでに知っていることの供述」ということになる。例えば、太郎が窓から飛び降りたという証人もいれば窓から突き落とされたという証人もいる場合、どちらかを真とする答えは出せないが、捜査によってかなりの確実性をもって太郎は、事実 (in fact)、突き落とされたと警察はすることができる。一方、最大説では、誰も太郎が事実上突き落とされたとは言えず、ただ「私の主張では太郎は突き落とされたのです」としか言えないことになる。そして、CFP は最小説より最大説に傾斜しているとし、そのような哲学的考察はさして重要ではないと Smith は考える。

このような批判に対し、McConville らも反論<sup>65</sup>を展開し、Smith の批判は CFP ならびにそれが用いる Packer や Bittner の誤った理解に起因するものだとした。ここでは上述の③および④の点に対する彼らの反論を見ておこう<sup>66</sup>。まず、③の最小説に対しては、警察のケースがいかに説得的であるとしても、それはコンストラクションされたものでありつづけ、その究極的な強度はコンストラクションのプロセスの検証およびとりわけ証拠の生産・選別における警察の役割の考察を通

<sup>61</sup> とくに②の点は、法レトリックにデュー・プロセス的なイデオロギーしか認めない McBarnet の見解とクライム・コントロール的なそれも法の構成要素として認める McConville らの見解には大きな差異がある。See, McConville et al., *supra* note 21 at 178-181. See also, Andrew Sanders, Richard Young and Mandy Burton, *Criminal Justice* (4<sup>th</sup> ed. 2010) at 24-28.

<sup>62</sup> S. Edwards, Book Review: The Case for the Prosecution, [1992] *NLJ* 680.

<sup>63</sup> David J. Smith, Case construction and the Goals of Criminal Process, 37 *Brit. J. Criminol.* 319 (1997).

<sup>64</sup> *Id.*, at 321.

<sup>65</sup> Mike McConville, Andrew Sanders and Roger Leng, Descriptive or Critical Sociology: The choice is yours, 37 *Brit. J. Criminol.* 347 (1997).

<sup>66</sup> *Id.*, at 349-350.

してのみ評価されうると主張する。また、警察のケースは客観的事実の地位に到達しようという Smith の見解は、捜査手続は徹底したもので内省的であることを含意しているが、そのような見解を根拠づける経験的なそれではなく、社会学的というよりむしろイデオロギ的だと批判する。そして④の最大説に対しては、CFP は、説明は「独立したまたは規約を得た信用性のある証拠によって確証」しえないとは言及していない。むしろ、CFP で示そうとしたことは、証拠が独立したも のまたは信用性あるものかどうかは、それ自体警察がなした決定の産物であるという主張である。したがって、上述の太郎の例では、警察はその独自の理由で太郎は突き落とされたと決めることができ、そうするならば CPS や裁判所をそのように説得するプロジェクトを開始する—太郎はジャンプしたという証人の信用性を落とすといった方法で—。

以上、本章では、McConville らが CFP で主張したケース・コンストラクション論について、その批判や反論も含め検討してきた。

McBarnet の研究に示唆を受け、刑事司法の法現象をマクロな視点（構造主義）とミクロな視点（相互作用論）で分析する統合主義を採用したことは本研究における功績の 1 つである。

それにも劣らず、彼らが提示した訴追側ケースが構築されていく過程—捜査段階から証拠の選別・収集・創出およびその整合的説明を付与するプロセス、すなわちケース・コンストラクション—は、法社会学的な研究として高く評価されるものである。彼らが主張する、刑事訴訟においては絶対的真実なるものは措定することができず、犯罪事実は「発見」されるものではなく「構築」されるものとする点<sup>67</sup>、そのプロセスにおいてクライム・コントロール的価値が強く作用し構築される訴追側ケース（警察・検察による異論の余地のない説明）は、コンストラクションされたもの以上でも以下でもなく、それが客観的事実になるわけではないとする点は、改めてここで確認しておくべき事柄であろう<sup>68</sup>。

### III. 訴因論への示唆

刑事訴訟において訴追側ケースが構築されていく過程を描くケース・コンストラクション論は、訴因論と共通のプラットフォームを有しうるのであろうか。仮に肯定される場合、それは訴因論という理論的営みにいかなる知見を提供してくれるのであろうか。

<sup>67</sup> しかし彼らが、絶対的な事実は究極的には認知しえないという相対主義に立たない点は看過してはならない。だからこそ、彼らは訴追側ケースが構築されていくプロセスに問題や偏りがなければ批判的にチェックできるのである（豊崎・前掲注(22) 197頁）。See also, Andrew Sanders, *Constructing the Case for the Prosecution*, 14 *J. Law and Soc.* 229 (1987).

<sup>68</sup> なお本稿の目的からやや逸れるが、McConville らが Packer の「モデル論は刑事司法プロセスの目的に関するものではなく、刑事司法プロセスが形成しなければならない価値に関するものである」とし、刑事司法の根本的目標はクライム・コントロールである（McConville et al., *supra* note 65 at 355）とする点も銘記されるべきであろう。See also, Packer, *supra* note 39 at 153.

## 1. 導入可能性

第一に、我が国と CFP の研究がなされたイギリスの制度的共通点ないし相違点を確認する必要がある。そこに著しい差異が存在するならば、そもそもケース・コンストラクション論の知見は我が国に導入しえないからである。

イギリスの特徴としては、前述のように、CPS 自体は直接的な捜査権限を持たず、その主たる機能は警察が開始した訴追を引き継ぎ審査・追行する点が挙げられる。その制度的背景をもって、McConville らが明らかにしたように、POOA1985の理念とは異なり、CPS は警察から独立して活動するのではなく、むしろ依存する機関となってしまっている。小山教授は、警察の書類のみに基づいて活動を展開する CPS の検察官モデルを「受動的書面点検モデル (passive paper-vetting model)」と表現される<sup>69</sup>。

その点、我が国では、検察官は法文上捜査権限を有しており (191条1項, 検察庁法6条), さらに二次的捜査権限として司法警察職員に対する検察官の指示・指揮権限を定めている (193条1~3項)。また、公訴提起を行う者は検察官である (247条, 検察庁法4条)。法形式的には、イギリスとは異なり、CPS のように警察依存型の組織とまではいえないであろう<sup>70</sup>。しかし、犯罪探知後の第一次捜査権限は当然に警察が有するし、検察官は捜査記録に基づき—自身による被疑者取調べも実施した上で—被疑者を起訴するか否か決定する。アメリカの社会学者である A・Reiss Jr. らは、環境的・組織的観点から警察を分析する論文において<sup>71</sup>, 警察は証拠の性質や被疑者となる者を決定することによって司法機関—裁判所や検察—の司法的役割を制限することができると述べている<sup>72</sup>。また、村山教授は、刑事司法システム内部において事件処理の圧力がどのように処理されるかという観点から日仏の刑事過程を比較される論考において<sup>73</sup>, 事件の絞り込みの過程では、検察官の訴追裁量のみならず、警察が果たす役割の大きさを指摘されている<sup>74</sup>。このような考慮も含めれば、概して検察は警察の結果に部分的であれ依存しているともいえる。

したがって、CFP の知見は我が国の訴因論を議論する前提として、利用可能なものであると位置づけることができよう。

<sup>69</sup> 小山・前掲注(22) 143頁。さらに、CPS の現状と動向については、前掲同書142-145頁参照。

<sup>70</sup> いわゆる検察官論はここでは言及しない。検察と警察の事実上の関係については、亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて—主として検察の立場から見た『新刑訴』の回顧と展望—」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下巻』(1998年) 1頁以下とくに14-15頁参照。

<sup>71</sup> Albert J. Reiss, Jr. and David J. Bordua, *Environment and Organization: A Perspective on the Police*, in David J. Bordua (ed.), *The Police: Six Sociological Essays* (1967), at 25-55.

<sup>72</sup> Id., at 33. 本論文によれば、裁判所や検察による警察への制裁は、警察にとって不快なものと感じられ、結果、警察は法廷外で「正義(裁判)をなした」という確信を抱いて事案を処理する傾向が強まると指摘しており、組織間分析や違法収集証拠排除法則の点で示唆に富むものである。

<sup>73</sup> 村山眞維「日本型刑事司法過程の特徴—比較的観点から—」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 下巻』(1998年) 25頁以下。また、警察の事実上の裁量処分については、同『警邏警察の研究』(1990年) とくに第4章・第5章を参照。

<sup>74</sup> 村山・前掲注(73)「日本型刑事司法過程の特徴」44頁。

## 2. ケース・コンストラクション論と訴因論の接点

McConville らは、刑事司法は静的なシステムではなく継続的なプロセスとみなすべきである、そのプロセスにおいて訴追側ケースは警察段階から構築が開始され、断続的な証拠の選別や解釈にさらされ変化しうるものであり、最終的にもっとも「リアリティのある」事実の説明として受け入れられる、と主張していた。この見解と訴因論との接点は見出しうるのか。

序章で述べたように、通説的理解によれば、訴因は「客観化された嫌疑」ではなく、「それについて検察官が審判を請求する、検察官の主張」と定義される。ここでいう主張とは、当事者主義的訴訟構造を思考の起点として、裁判所が積極的に探求する真実ではなく、一方当事者たる検察官が裁判所に対しその審判を請求する具体的犯罪事実（観念形象）の主張と解してよいであろう。この主張は訴因として検察官によって提示されるわけであるが、それは公訴提起前の捜査活動によって収集された証拠に基づく主張である<sup>75</sup>。そして、捜査は「流動的であり、証拠を集めながら暫定的に事実を選択し、更に証拠を集めて再検討するという作業を往復する」ものであり、証拠と訴追側ケースは「相互に補完しながら並行して進行する」関係にある<sup>76</sup>。検察官は、「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り」<sup>77</sup> 自己の主張を訴因の形にして公訴を提起する。

このプロセスは、純粋法理論的なそれであるが、McConville らの実践的側面を表すケース・コンストラクション論と重なり合うところもあろう。すなわち、客観的事実（絶対的真実）を措定しない立場に立つならば、我が国においても、警察による捜査活動を基に一そこで捜査記録の操作が行われているか否かは経験的研究に依らざるをえないが一、検察官は得られた証拠を吟味し訴因を設定するが、それはプロセスを経て主張されるものでしかなく、当然に各段階で断続的な再解釈・創造にさらされることになる。このように解するならば、訴因は検察官—プロセスとしては警察も含むが一によって構築された主張であって、変更の余地がない絶対的な真実として措定されるものではなく、刑事司法プロセスにおいて変更されうるものといえよう。訴追側によって構築された主張（訴因）は、生の歴史的社会的事実を指向するものでもなく、裁判によってそうなるわけでもない<sup>78</sup>。それは、そのプロセス性を有する故に、フラジールな性質を伴う主張とならざるをえず、訴

<sup>75</sup> 捜査の目的は、犯罪の嫌疑の有無を判断して、起訴不起訴の決定をなし、公訴提起される場合に備えてのその準備をなすことである（田口守一『刑事訴訟法〔第5版〕』（2009年）36頁）。

<sup>76</sup> 大久保隆志「訴追の当否—訴追における事実の選択と包括—」広島法科大学院論集6号（2010年）79頁。

<sup>77</sup> 司法研修所検察教官室編『検察講義案〔平成21年度版〕』（2009年）63頁。

<sup>78</sup> 歴史学における、客観的事実や真実を回復することは不可能であり、過去の出来事の「正しさ」に関して優劣はつけられないとする歴史相対主義に与みするわけではない。検察官が特定の被告人に対し特定の過去の出来事を理由に、国家刑罰権を請求するのは法理論的にも当然である。ただ思うに、検察官によって構築された主張（訴因）は、裁判を通じて、その主張の記述が適切性（説得/受容可能性）を持つものと承認されるか否かが問われるのだが、この点は今後の課題としたい。なお、増田豊『刑事手続における事実認定の推論構造と真実発見』（2004年）443頁以下、北田暁大「〈構築されざるもの〉の権利をめぐる一歴史的構築主義と実在論」上野編・前掲注(42) 255頁以下参照。

因に記載された事実外の事実が同一訴訟の中で顕出されることもありうるし、そもそも当初から訴因に記載されない事実も考えられよう。例えば、一罪の一部起訴を巡る議論において、結果的加重犯である傷害致死で結果の致死を除外し傷害のみで起訴した場合、因果関係の立証に関する証拠に問題がないならば、適法な一部起訴とは認めがたい可能性もあろう<sup>79</sup>。McConville らの結論をペシミズム的に使用すれば、本件の場合、警察段階から傷害事件として訴追側ケースは構築されてきたのであり、致死に関わる部分の証拠は創出されず、検察官も致死の証明を法廷で行うことは事実上困難なものとなるであろう。しかし一方で、訴因は検察官によって構築された主張であるため、刑事司法プロセスにおいてそれは断続的に再解釈にさらされ変化しうるものである。公判廷において—この場合は想定しにくいが一被告弁護人の活動が、訴追側ケースに淀みを生じさせることで、致死の可能性が「再構築されうる/再記述されうる事実」として生じることもありえよう<sup>80</sup>。

訴因変更の可否における「公訴事実の同一性」概念の検討にあたっては、公訴事実ドイツ法の所為 (Tat) 概念に由来すると考えられる点<sup>81</sup>、また訴因変更制度の根底にある「一回的解決の相当性」<sup>82</sup>の意味をどこに求めるかという点などをその検討課題は孕むものであるため、刑事訴訟法学上の理論的考察が不可欠である。よって、ケース・コンストラクション論は「公訴事実の同一性」概念解明の妙策とはいえないかもしれないし、本稿の目的はその知見を手がかりに訴因の性質を検討することであるため、詳細な検討は他日に期し、若干の指摘にとどめることとする。第一に、訴因記載外事実の実在性については、そもそもケース・コンストラクション論によれば、客観的事実・絶対的真実なるものは措定することができず<sup>83</sup>、具体的犯罪事実としての事件 (what happened=起こったこと) は「発見」されるものでなく「構築」されるものとみなすため、検察官によって構築された主張以外の「etwas」は一見措定できないようにみえる。しかし、訴因がまさに構築されるものであるからこそ、訴因に記載されていない「再構築されうる/再記述されうる事実」は法廷で出現することがありうるし<sup>84</sup>、そのような立場こそ刑事司法をプロセスとしてみなすことと一貫するようと思われる<sup>85</sup>。第二に、公訴事実の同一性判断にあたっては、訴因変更は検察官の主張の変更 (再構築/再記述) という面を強調すべきであるため<sup>86</sup>、主張としての訴因と訴

<sup>79</sup> 大久保・前掲注(76) 121頁。一部起訴があった場合における裁判所の審理判断の範囲に関する判例として、最判平成15・4・23刑集57巻4号467頁参照。また、業務上過失致死ではなく業務上過失傷害で起訴することを適法とした裁判例として、名古屋高判昭和62・9・7判タ653号(1988年) 228頁参照。なお、検察官の訴追裁量権については、詳細な検討を要する問題であるため別稿に譲る。

<sup>80</sup> もちろん、もっとも「リアリティのある」主張とされる訴追側ケースを崩すには、相当有力なアナザー・ストーリーを提示しなければならないであろう。

<sup>81</sup> ドイツの所為概念については、拙稿「ドイツ刑事訴訟における Tat 概念について」法学研究論集36号(2012年) 57頁以下参照。

<sup>82</sup> 田宮・前掲注(1) 207頁。

<sup>83</sup> ただし、前掲注(67)参照。

<sup>84</sup> なお、刑事裁判における物語りというコミュニケーション作用を重視するものとして、W・Lance Bennett and Martha S. Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgment in American Culture* (1981) (北村隆憲訳『法廷における〈現実〉の構築—物語としての裁判』(2007年)) 参照。

因を比較して決する他はないが、具体的犯罪事実としての事件（what happened）は再構築の対象として認識されうるものであるから、両訴因がそこへ帰属しうるかどうかのアプローチは放棄できないように思われる<sup>87</sup>。田宮博士は、かつて「検察官の抱く表象や裁判所の心証以外に存在する実体が、かりに客観的にあるとしても、……略……これを訴訟理論の中へ組み入れるわけにはいかない」<sup>88</sup>と述べ旧法の公訴事実の実体概念は現行法下で一ゾレンの問題として一認めることはできないとされたが、検察官によって構築された主張以外の事実を実体概念として承認することは、それは訴因という主張の変更でしか法廷で顕在化しえないこと、換言すれば、検察官が構築すらしていない主張を裁判所が進んで発見するということが一能力の問題としても一不可能であることを踏まえれば、さして問題はないようにも思われる<sup>89</sup>。

#### Ⅳ. 結 論

本稿では、従来の審判対象論のパラダイムでは訴因対象説を採用した上で、McConvilleらの見解であるケース・コンストラクション論を参照し、訴因とは何かについて論究してきた。訴追側ケースは警察段階からプロセスとしての刑事司法で構築されていき、断続的な選別や解釈にさらされ変化しうるものであり、それは最終的にもっとも「リアリティのある」事実の説明として受容されることを提出するケース・コンストラクション論は、訴因を「検察官の主張」とする我が国の訴因論において、経験実証的なアスペクトのみならず、刑事訴訟における事実観も問いうる、メタフィジカルな示唆まで与えうるものといえよう<sup>90</sup>。

従来の議論では、序章で述べたように、旧法との連続性・非連続性を意識し、（旧法の）公訴事実と対比させて訴因を論ずる傾向があり、そこでは「訴因とは検察官の主張である」というテーゼ

<sup>85</sup> 「再構築されうる/再記述されうる事実」を訴訟理論上いかに位置づけるかは難問であるが、いわゆる歴史的社会的事実とは一線を画する概念と思われる。刑事手続の仮説的性格から公訴事実の実在性を否定する際に、「実体は訴訟を終えてはじめて明らかになるのであり、その実体をあらかじめ想定して訴訟理論を展開するのは訴訟法にふさわしくない静的・実体法的観察方法である」（鈴木茂嗣『公訴事実の同一性』再論）同『統・刑事訴訟の基本構造 上巻』（1996年）331頁）と言われるが、「再構築されうる/再記述されうる事実」は検察官によって構築された主張を起点とし、むしろ動的なプロセスから派生するものといえようか。なお、公訴事実の同一性に事実的基礎を承認する立場として、白取・前掲注(9) 280頁。

<sup>86</sup> 本文のように主張（公訴）の変更として訴因変更（の可否）を論ずる見解は、従来の審判対象論を脱却し公訴対象論へシフトすべきと提案される松田教授の見解（松田・前掲注(2)「刑事訴訟法312条1項について(2)」61頁以下）と親和性を持つように感じられるが、詳細な検討は今後の課題である。

<sup>87</sup> 辻本・前掲注(11)「『公訴事実の同一性』概念について(3・完)」166-167頁参照。

<sup>88</sup> 松尾浩也＝田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（1966年）88頁〔田宮裕〕。

<sup>89</sup> ここで起訴状一本主義が強く機能することが期待される。それによって、「捜査から公判を通じて一貫して形成される嫌疑」への嫌悪はフィクションとしうるからである。

<sup>90</sup> なお、同様の視座で殺人事件に絞り研究調査を実施したものとして、Martin Innes, *Investigating Murder: Detective Work and the Police Response to Criminal Homicide* (2003) がある。本研究の結論はCFPと類似するが、警察当局によって構築された説明が公衆の当該事件に関する理解およびその「集合的記憶 (collective memory)」形成にまで影響を及ぼす点は示唆に富む。

の「主張」に関して十分な吟味がなされてこなかったように思われる<sup>91</sup>。本稿では、プロセスとしての刑事司法に注目する McConville らの見解を手がかりに、訴因は検察官によって構築された主張であり、手続の各段階で再構築・再記述されるものであるとした。それは、訴因変更論への足がかりとなるばかりでなく、刑事訴訟における事実観ないし真実論、また公判における被告弁護側の応訴方法まで含意するものといえよう。

しかし、ドグマティックな議論としての理論的検討は不可欠であるし、本稿では検討しきれなかった「公訴事実の同一性」概念に新たな角度から光を照射する必要もある。検察官の訴追裁量権の検討、さらには刑事訴訟法学への社会構築主義の導入可能性や真実論からのアプローチといった点まで課題として挙げられなければならないであろう。

さきに述べたように、従来の審判対象論では職権主義的思考方法と当事者主義的思考方法の対立が先鋭化していた感が否めないが、いずれの方法を採用にせよ、とりわけ被告人への不利益を回避する方向性は忘れられてはならないであろう<sup>92</sup>。この指摘をもって、多々検討課題は残されているが、小稿を締めくくりにしたい。

---

<sup>91</sup> 英米法域の訴追制度の歴史的展開および近時のアメリカにおける訴因理解に関しては、拙稿「英米法における訴因の性質について」法学研究論集33号（2010年）107頁以下、とくに起訴状の「主張・申立（pleading）」としての性質については114-116頁参照。

<sup>92</sup> 被告人への不利益を回避する理念・方策については、久岡康成「訴因の機能と訴因の特定の再検討—憲法レベルおよび刑訴法レベルでの防禦権保障の視点から—」立命館法学339・340合併号（2012年）388頁以下。また、拙稿「アメリカにおける訴因の変更について」法学研究論集34号（2011年）135頁以下、拙稿「ドイツ刑事訴訟法265条の告知義務と公判延期について」法学研究論集35号（2011年）107頁以下も参照。