

## 論説

## 私人訴追主義と起訴前手続の構造

鯨 越 溢 弘

## 序章 問題の所在

我国において、起訴前手続の構造についての問題性を顕在化させたのは、平野教授の弾劾的捜査観の提唱であつた。すなわち、平野教授は、捜査の構造について、「弾劾的捜査観」と「糾問的捜査観」という対象的な考え方があることを指摘し、弾劾的捜査観に依ることを主張され、そのことを通じて、被疑者取調べが許されないこと、及び、令状は裁判官の命令状であるといった重要な帰結を導いたのである。<sup>(1)</sup> それ以来、捜査構造論をめぐる議論は活発に展開され、「弾劾的捜査観」は特に松尾、田宮両教授によつて継承、発展させられる一方、井戸田教授による新たな捜査構造論も提唱されるに到り、捜査構造論をめぐる議論は、百家争鳴の感を呈するに到っているのである。<sup>(4)</sup>

このように、平野教授の弾効的捜査観の提唱は、従来、我国の刑訴法学においては、ほとんど等閑視されていた捜査手続を理論的解明の対象として、その射程の内にとらえ、学界の関心を喚起したという点で画期的な業績であったといえよう。<sup>(5)</sup>

しかし、捜査構造論は、単なる構造論にとどまりえるものではなく、捜査、訴追主体（警察官・検察官）、被疑者・弁護人の法的地位並びに権限といった起訴前手続に関与する主体に関わる問題、違法収集証拠、逮捕、勾留の問題等といった手続法上の解釈問題等、その理論的外延は限りなく広い。<sup>(6)</sup>

捜査手続が全刑事手続の中で占める意義と目的を問うことを通じて、新たな捜査構造論を提唱した井戸田教授の<sup>(8)</sup>所説は、捜査構造論の真の解決は、我々が依拠すべき訴追理念の再検討を含めて、この「理論的外延」との関わりなしには考えられないということのほんの切り口を暗示したにすぎない。

このような理論状況を顧みるとき、捜査構造論の根は相当に深いことに気づくのである。

更に、捜査構造論の現代的、理論的意義について考えるならば、それは、公判手続においては、公開・口頭主義・当事者訴訟主義を形式的には採用しながら、起訴前手続においては、訴追理念としての国家訴追主義に立脚することによって、検察官又は予審判事による糺問主義手続を温存した所謂「改革された刑事訴訟法」を更に弾効化せんとする際に、必然的に直面しなければならない理論的課題であるということが想起されなければならない。<sup>(9)</sup>つまり、捜査構造論という理論的課題は、糺問主義からの脱却をめざした近代諸国の中でも、公判前手続においては糺問主義、公判手続においては弾効主義という折衷的性格を有する「改革された刑事訴訟法」を採用した国家においてのみ問題となる特殊歴史的な理論的課題なのである。

このことは、今日でも尚、主張されている糺問的捜査観の支持者が「改革された刑事的訴訟法」の肯定的評価を暗黙の内に、その理論的前提としていることから、容易に理解されよう。

そこで本稿では、フランスにおいて生み出された「改革された刑事訴訟法」（一八〇八年治罪法）を範としながら、イギリスの私人訴追主義の思想的影響の下に、その糺問主義的残滓を払拭するための理論的営為が行なわれた一九世紀末から二〇世紀初頭のドイツにおける論争を検討しようとするものである。というのは、ドイツにおいては、一八〇八年のフランスの治罪法においては、「社会の代理人」「公衆の代表」と観念されていた公訴官を換骨奪胎し、「国家の代理人」「行政府の手先」として創立された検察官に刑事訴追権を独占的に付与することにより、国家訴追主義に基づく、より糺問主義的な公判手続が形成されたことによって、公判前手続の問題性が鋭角的に、より尖鋭な議論が展開された。それ故、今日、我々が直面している問題状況について考察する際に、より適切な示唆を得ることができるのではないかと考えるからである。

又、戦後の刑事司法改革の対象とされた旧刑事訴訟法が、ドイツ法の強い影響の下で形成されたものであるということも、ドイツの論争を検討の対象として選んだ理由の一つである。

「改革された刑事訴訟法」の祖国、フランスの状況については、触れないわけにはいかないが、それはドイツの論争に対しての評価に関連する限りにおいて概観するにとどめたい。

最後に、起訴前手続の理論的外延が限りなく広いことは既に述べた通りであり、それ故、その全ての理論的課題について論じつくした後でなければ、捜査構造論についての明確な輪郭を描くことも、その進むべき道も明らかにすることもできないと思われるが、本稿でその全ての理論的課題について論じ尽くすことは、とうていできない。

ただ、従来、起訴前手続と訴追理念について論じたものは、あまり見つけられないように思われるので、その点について論じてみようと思う。それが、本稿の課題である。

# 註

(1) 平野龍一「刑事訴訟法」(法律学全集43、有斐閣、昭33)三八頁以下。

(2) 平野教授の主張をデュー・プロセス論と結びつけて、継承・発展させたのは、松尾・田宮両教授であるが、井戸田教授の「新たな捜査構造論」に対する評価において、両教授の見解は分かれる。平野教授の主張を徹底したのは、田宮教授である。田宮裕「捜査の構造」(有斐閣、一九七二)参照。特に、「はしがき」三頁―四頁に、田宮教授の「捜査構造論」に対する基本的視点が示されているが、刑事手続全体の弾劾化の中で捜査手続についても考えようという田宮教授の主張に、本稿も従うものである。松尾浩也「弾劾的捜査観について」(警察研究四六巻七号)、同「刑事訴訟の原理」(東大出版会、一九七四)所収の「捜査の構造について」「刑事手続の基本構造」参照。

(3) 井戸田侃、「刑事手続の構造序説」(有斐閣、昭四六)参照。

(4) 井戸田教授の所説に対しては、松尾、田宮両教授から「新たな札問的捜査観」という批判がなされた(松尾、前掲「捜査の構造について」「刑事訴訟の原理」二六一頁)。松尾教授は、井戸田教授の反論(「刑事手続の構造序説」はしがき)を受けて批判を撤回された(前掲、二六七頁)が、田宮教授は、その主張を維持している。

両教授の井戸田説に対する評価の相違は、松尾教授が検察官の準司法官化に対し好意を示されるのに対し、田宮教授が私人訴追主義に注目される点にあると思われる。

(5) 昭和三〇年代後半以降、捜査手続に関する論文が続々と現われたことが、そのことを如実に示している。前掲諸論文の他、例えば、井上正治「捜査の構造と人権の保障」(「刑事訴訟法講座、一卷」)一一四頁以下、石川才頭、「批判的捜査概念論序説」(「日大法學紀要八巻」)四七頁、等。

尚、昭和四二年四月に開催された日本刑法学会第一分科会は「捜査構造論」を独立のテーマとして取りあげた。

(6) それぞれの主体について論ずべき点が多い。仮に、検察官の地位を取り上げるにしても検察官の準司法官化、検察官の客観義務、検察官の公判専従論等がいりみだれて、それ自体、一個独立のテーマを形成する。

(7) 告訴、告発の意義・起訴便宜主義・準起訴手続・検察審査会等論すべき点は多岐に渡り、その立論のいかんによっては、捜査構造論と深り関わりを持つことになるう。

(8) 井戸田、前掲書、はしがき二頁以下。一四五頁以下参照。

井戸田教授は、検察官を審判者とし、司法警察職員、被告人を対立当事者とする起訴前手続における三面構造の図式を提示されるのであるが、それは必然的に、教授が構想されている検察官の地位及び依拠している訴追理念に対する疑念を生じさせることになるう。というのは、英米法における予備審問の際の治安判事の面前における手続であればともかく、教授も承認される如く公判手続においては、検察官は訴追原告として活動すべく期待されているからである。そこに矛盾は存在しないであろうか。尚、松尾、前掲書、二六八頁参照。

(9) 横山教授は、当事者主義思想の深化が捜査構造論を理論的課題として意識させるに到らせたインパクトであるとされる。横山晃一郎「捜査の基本構造」(「刑事訴訟法を学ぶ」)一一二頁。同「戦後の刑事手続における当事者主義思想の展開」(法時三九巻一一号)八四頁。

(10) 戦後は、現行刑事刑事訴訟法が英米法の強い影響を受けて形成されたこともあって、英米における公判前手続について

の研究が現れた。本稿が、その成果の上に立っていることは勿論である。さしあたり、次の文献を掲げておく。出射義夫「アメリカ刑事司法の性格―刑事訴追の形式を中心として」(刑法一卷三・四号)河田勝夫「アメリカの予備審問(上・下)」(警研四四号一、二号)篠倉満「大陪審の機能と動搖(1)」「(3)」(熊大法学一六、一八、二三号)、青柳文雄「刑事手続論―大陸型と英米型の調和の試論」(法曹時報二五卷八号)井戸田侃「西ドイツの刑事手続とイギリスの刑事手続」(立命館法学八七号、八八号)、光藤景昭、「英米法における予備審問の手続について」同「刑事訴訟行為論」(昭49・有斐閣)五三頁以下。

## 第一章 訴追手続の導入過程

### ―一九世紀初頭における問題状況―

#### 一

他のヨーロッパ諸国におけると同様、ドイツ諸邦においても、一九世紀の初頭には、啓蒙主義思想の浸透<sup>(1)</sup>と、新興ブルジョワジーの台頭とを背景に糺問主義の刑事手続に対する批判―自由主義的刑事司法改革運動が高揚をみせていた<sup>(2)</sup>。

一八世紀中葉においても、啓蒙主義的絶対君主を自認するプロイセンのフリードリッヒ大王の改革の試みがあるにはあった。すなわち、大王は一七四〇年に、当時、最も批判の厳しかった拷問を廃止する法令を發布した<sup>(3)</sup>。

しかし、拷問は糺問主義の全刑事手続―法定証拠主義、秘密主義、書面主義、そして何よりも糺問裁判官の絶対

的権力の下における被疑者(被告人)の無権利状態のままで、糾問と密接に結びついていたが故に、一片の法令で廃止できるものではなかつた。<sup>(4)</sup>しかも、一八〇五年のプロイセン刑事法典(Preussische Kriminalordnung vom 1. Desember 1805)においては、特別糾問手続と一般糾問手続の段階的分離という糾問手続の中でわずかに残されていたチェック機能さえも取り払い、むしろ糾問主義を押し進めたのである。<sup>(5)</sup>従つて、一九世紀初頭のドイツにおいては、依然として糾問主義が刑事司法を支配していたのである。

一九世紀初頭のドイツにおいて、糾問主義の刑事司法からの脱却をめざした自由主義的刑事司法改革運動が、その模範としたのはフランスの司法制度、とりわけ、一八〇八年のフランス治罪法(Code d'Instruction Criminelle)であつた。

フランスの刑事司法制度が、ドイツの改革運動によつて範とされたのは、一九世紀初頭においては、フランスこそが市民の自由と人権の保障において、最も進んだ国家であるということ、及び、ドイツにとつてフランスの司法制度が最も身近かな制度であつたという理由に基づいた。<sup>(6)</sup>

しかし、一八〇八年のフランス治罪法は、フランス革命の嫡出子というよりは、むしろ庶子ともいうべき性格を有していた。<sup>(7)</sup>というのは、一八〇八年のフランス治罪法は、革命の高揚期に、絶対王政の腐朽化の中で猖獗を極めていた糾問主義的刑事司法の<sup>(8)</sup>超克のために、イギリスの弾劾主義的刑事司法をほぼ全面的に導入した一七九一年八月一六日―二九日のデクレール「治安警察及び陪審の設置に関するデクレ」(Décret concernant la police du sûreté, la justice criminelle et l'établissement du jury)において採用されていた私人訴追主義に立脚する弾劾主義的刑事手続を修正し、検察官制度と予審制度の採用によつて、特に公判前手続を再び糾問主義化することによつて、刑

事手続全体の弾劾化に対し、一定の逆行を示したからである。<sup>(9)</sup>

そこで、ドイツの議論を検討する前に、一八〇八年のフランス治罪法の成立の経緯とその内容を一七九一年のデクレとの対比の中で概観しておきたい。

というのは、それによって、一八〇八年のフランス治罪法を範に採りながら、刑事司法改革を推進していったドイツの法制度が、一八〇八年のフランス治罪法とどの点で異なっていたか、何故、ドイツでは検察官制度をめぐる論争がフランス以上に深刻化したのか、そして更に、検察官制度をめぐる論争が、何故に、公判前手続の改革論議に直結していくのかを浮彫にしうると考えるからである。

#### 註

(1) E・シュニットは、ドイツの刑法学における啓蒙主義の先駆者として、C・トマジウス(C. Tomasius)を挙げる。E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., 1965, S. 212ff.

(2) 紀問主義からの脱却のために検察官制度を導入しようとする試みは、まず歴史法学派に属するアベッグ(J. Abegg)、ビーナー(F. A. Biener)によって行われたが、それは、公判手続における公訴追行者としての検察官を構想するものであって、公判前手続は秘密の紀問手続を維持するものであった。

J. Abegg, *Beiträge zur Strafprozeßgesetzgebung*, Neustadt a. O., 1841. F. A. Biener, *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte*, Leipzig 1827. Vgl. K. Elling, *Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, 1911, S. 32ff.



自由主義的改革運動の最も重要な理論家としては、ミッターマイヤー (C. J. A. Mittermaier) とツァハリーエ (H. A. Zachariae) がいる。尚、その理論については、それぞれ、川崎英明「ミッターマイヤーの刑事司法論(一)」「(二)」大阪市法学雑誌二五卷二号、三〇四号、光藤豊皎「ツァハリーエの刑事訴訟法論(一)」「(三)」大阪市法学雑誌二七卷三〇四号、二八卷一号、二八卷三〇四号に詳しい紹介がある。

- (3) E. Schmidt, op. cit., S. 268f.
- (4) J. Glaser, Handbuch des Strafprozess, Bd. 1, 29ff.
- (5) E. Schmidt, op. cit., S. 271.
- (6) E. Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, Ein Beitrag zur Reform des Strafprozess, 1932, S. 16.
- (7) フランスの刑事司法制度の歴史については基本的には、A. Esmein, History of Continental Criminal Procedure, Continental Lagel History Series, London, 1914, に依った。フランス革命期の刑事司法制度について論じた我国の論文は比較的少ないが岩井昇二の「フランスにおける刑事訴追—その予審を中心とした歴史的考察(一)」「(七)」警察研究三五卷一二号—三六卷一号、中村義孝「フランスの司法制度について」立命館法学七七号、がある他、稲本教授の一連の著作がある。稲本洋之助「フランス革命初期の裁判官選任論」社会学研究二三卷一号、同、「フランス革命初期における検察の構造」社会科学研究二四二号、同「フランス革命初期における治安判事の創設(一)」「(二)」社会科学研究二五卷二・三号がある。又、フランスの検察官制度については、沢登俊雄「各国の検察官・フランス」比較法雑誌三八号を参照した。
- (8) フランスの絶対王制の下における紀問主義の過酷さとその超克のためにイギリスの司法制度の採用が待望されたことについて A. Esmein, op. cit., P. 408. 尚、ボルテールが、両国の刑事司法を評して、フランスの制度は人権を侵害する

ために存在しているように思われるのに対し、イギリスでは市民を保護するために存在していると述べたのは有名である。

Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité*, art. 32 (1777)

(9) ドイツにおける代表的な私人訴追の主張者 R・シュミットは一七九一年のデレクにおいて私人訴追主義が採用されて以来、大陸諸国における刑事訴追理念をめぐる論争の歴史が始まったとする。R. Schmidt, *Staatsanwalt und Privakläger*, Leipzig, 1891, S.1.

## 二

フランス革命の高揚の中で、憲法制定議会 (*assemblée constituante*) は、一七八九年八月二六日いわゆる人権宣言を採決したが、その中に示された国家権力からの市民の権利の擁護<sup>(1)</sup>という思想を、刑事司法レベルにおいて、より具体的・現実的なものとしたのが、一七九一年のデクレであつた。<sup>(2)</sup>

一七九一年のデクレの特徴は、刑事手続の弾劾化のために、公判手続において公開・口頭主義、当事者起訴形式を採用したのみならず、公判前手続の弾劾化をも一挙におし進めたことであつた。特に、糾問主義的刑事司法の中核を形成していた糾問裁判官の秘密の尋問、書面主義を廃止し、イギリスに倣って、住民によって選出される治安判事の面前での予備審問手続を採用したことは画期的なことであつた。<sup>(3)</sup>

従来の糾問主義の刑事手続—フランスにおいては、ルイ一四世治下の二六七〇年のオールドナンス (*Grandes Ordonances Royales*)<sup>(4)</sup>において集大成されていた—においては、密告又は風説によって、犯罪が行なわれたという

疑いが生じた時には、糺問裁判官は一般糺問によって罪体の確認を行ない、次に誰が犯人であるかを認定するために特別糺問を行なったのであるがそれは、糺問裁判官が最初に抱いた嫌疑を確認する手続を意味するものであった。従つて嫌疑をかけられた被疑者（被告人）には常に「有罪の推定」が支配することになる。このことは、疑わしい場合には拷問が許されたこと、自白しない場合でも、糺問裁判官が疑わしいと思えば嫌疑刑を科すことができたことを想起すれば容易に首肯できよう。

このような恐るべき裁判官による糺問主義的刑事手続を支えた理念は、国家（国王）こそが秩序の擁護者であり、それ故、犯罪者の訴追及び犯罪の証明、そして処罰の権利と責任は国家（国王）にあるという理念（国家訴追主義）であつた、<sup>(5)</sup>それ故に、糺問裁判官は、捜査―訴追―審判という刑事司法の全手続過程を支配したのであり、訴追・審判者・弁護人という矛盾する三つの権限・機能を一身に担っていたのである。<sup>(6)</sup>

従つて、糺問主義からの脱却のためには、訴追手続の導入による捜査手続と公判手続の分離、私人訴追主義の採用による原告・被告の平等化（武器の対等）及び裁判官の審判者への純化は避けて通れない課題である。<sup>(7)</sup>

そこで、一七九一年のデクレと一八〇八年の治罪法が、どのような経緯の中で、それを実現したか、又、その限界はどこにあつたかを次にみておく。

憲法制定議会が、イギリスの司法制度の中で、最大の関心を抱き、その導入に熱意を持ったが、陪審制度であつたことは事実である。<sup>(8)</sup>しかし、他の刑事手続を以前のまま残し陪審制度のみを採用することは、無意味に等しかった。陪審制度が有効に機能するためには、糺問主義の刑事手続を支えていた諸理念・諸原則が根底から転覆させらねばならなかつた。<sup>(9)</sup>というのは素人裁判官たる陪審員が有罪・無罪について判決を下すためには、まず第一に書面

主義とは調和しないし、訴追側当事者のみの主張に基づいて、判断を下す形式は考えられないからである。つまり、陪審制度は、弾劾主義の下で始めて有効に機能するのである。そして、弾劾主義は訴追理念としての私人訴追主義に、その基礎を置いていた。このことは、イギリスが私人訴追主義の基礎の上に、陪審制度と弾劾主義の刑事手続を発展させてきたという経緯からも窺い知ることができよう。<sup>(10)</sup>

訴追手続の導入と私人訴追主義の採用が、糾問手続からの脱却のための転換軸を形成するということは、既に述べた通りである。

そこで、一七九一年のデクレは、陪審制度を採用すると共に、第三者の訴えを持たずに糾問裁判官が職権で刑事手続を開始するという「職権訴追主義」を廃止し、原則的には訴追手続を採用し、しかも、刑事訴追権を市民のインシヤティブに委ねたのである。

すなわち、一七九一年のデクレは、重罪事件における刑事訴追権を、第一義的には、<sup>(11)</sup>一私人たる犯罪の被害者及び一般市民に与えた。治安判事に対して提起される告訴・告発のうち、告訴は犯罪の被害者が行う刑事訴追であり、一般市民が憲法上の権利を行使するという意味で公衆訴追 (*d'enonciation civile*) と呼ばれた告発は、一般市民の行う刑事訴追であった。しかも、ここでいう告訴・告発は、単なる捜査の端緒にとどまるものではなく、文字通り、刑事訴追権の行使を意味していた。

確かに、被疑者・証人を拘引状によって出頭させ、彼らを取り調べ、事件をディストリクト裁判所の起訴陪審に移送するかどうかを決定する権限は、告訴・告発を受理した治安判事<sup>(13)</sup>に属していたが、告訴・告発人はそれを治安判事に請求することができ、仮に治安判事が、告訴・告発人の意に反して、事件を起訴陪審に送致することを拒否

し、被疑者を釈放した場合にも、告訴・告発人は治安判事に対して拒否証明書の発行を請求でき、その証明書を添えて、直接、起訴陪審に告訴・告発状（＝起訴状案）を提出できたのである<sup>(15)</sup>。

訴追が理由のあるものかどうか、つまり、公判手続を開始するか否かを決定したのは、ディストリクト（district）裁判所におかれた起訴陪審であつた<sup>(16)</sup>。起訴陪審の手続は、陪審指導判事（président du jury）が主催したが、起訴するか否かの決定は陪審員の評決に委ねられていた<sup>(17)</sup>。

評決の結果、起訴不相当とされた場合には、被疑者は直ちに釈放され、起訴相当とされた場合は、陪審指導判事は身体拘束命令（ordonnance du prise du corps）を発する<sup>(18)</sup>。それによって手続はデパルトマン（département）の重罪裁判所（tribunal criminel）に移る。

公判手続において、訴訟を進行する任務を担当したのは選挙によって選ばれた公訴官（accusateur public）である<sup>(19)</sup>。ただし、公訴官は起訴陪審の起訴相当の評決に基づいてのみ訴訟を進行しえたのであり、実体審理請求権としての刑事訴追権は公訴官には付与されていなかった。従つて、公訴官は公判手続においては訴追側の訴訟代理人、つまり、実質的当事者として観念されたのであり、その意味では公判手続において選任された弁護人と対等の地位にあつた<sup>(20)</sup>。

そして、有罪か否かは、当事者の弁論に基づいて、陪審員が評決したのである。

以上、みてきた如く、一九七一年のデクレは、イギリスの法制度に倣つて私人訴追主義をほぼ全面的に導入し、公判手続の弾効化を実現した。確かに、公判前手続においては、治安判事の被告人尋問が認められていたこと等、糺問主義的色彩を残していたが、私人訴追主義の導入によって、刑事訴追権が一般市民に付与されたことは、治安

判事や公訴官等には、犯罪の訴追について能動的・積極的役割は期待されていないということを意味するのであり、そのことが糺問主義から弾劾主義への理論的転換軸を形成していたのである。

しかも、治安判事、陪審指導判事、公訴官の被告人・証人の尋問は断片的なものであり、従来の糺問主義の下での尋問に比べれば、よほど改善されたものであった<sup>(21)</sup>。

勿論、それが緩和されたものであったにしても、治安判事等に被告人に対する尋問権が付与されていたこと及び公判前手続における弁護権を認められていなかったことは、一七九一年のデレクが規定する刑事手続が、今日的な意味における真の弾劾主義とは一定の距離があることを意味するが、私人訴追主義の採用は、公訴官を訴追当事者へ純化する理論的水路を準備したのであり、偉大な変革であったといえよう。

一七九一年のデレクにおいて、私人訴追主義が、訴追理念として採用されたのは、フランス革命の高揚の中で、国家主権の国王から人民への転換が志向され、刑事訴追権も人民の上に基礎づけられねばならないという思想が勝利を占めたからである。

「公訴権は、最も神聖な権利であり、すべての原則に照らして人民の諸権利から生ずるのであって、人民は争いの余地なくその行使を授權する権限を有しているから（その任にあたる者は、国王の人間ではなく）人民の間でなければならぬ<sup>(23)</sup>」とする主張や、「自由は、人民がこの権利（公訴権）の保持者でなければやがて衰退するであろう。私は、この権利をすべての市民に（与えられるよう）要求する<sup>(24)</sup>」という主張は端的にその事情を示している。

しかし、刑事訴追権を人民の自然権として位置付けることによって、私人訴追主義を採用した一七九一年のデレクは、一七九四年のテルミドールの反動を契機とするフランス革命の後退の中で修正を余儀なくされたのである。

すなわち、革命の高揚が封建的諸特権のみならず、私有財産制度の否定をもその射程の中に把えた時、有産階級は人身と財産の安全を保障するため、無政府状態の克服と法の支配の回復を求めたのである。<sup>(25)</sup>

その際、再び刑事訴追制度が検討の対象とされた。というのは、私人訴追主義の徹底は確かに有産階級の目からすれば、無政府状態そのものだったからである。

このような有産階級の意図は、一七九五年一〇月二五日のブリュメール法典Ⅱ「犯罪と刑罰に関する法典 (code des délits et des peines)」の中に示された。

ブリュメール法典の主な変更点は、まず訴追理念と訴追制度の修正の中にあつた。すなわち、一七九一年のデレクによって止揚されていた「公訴 (action publique)」と「私訴 (action civile)」の区別が再び持ちだされた。ブリュメール法典は五条以下に次のように規定する。「第五条、公訴の目的は社会秩序に対する侵害を処罰することである。これは本来、人民の任務であるが、この任務は上に掲げた目的のために任命された官吏により、人民の名においてなされる。——第六条、私訴の目的は犯罪によって惹起された損害の賠償である。私訴権は被害者に属する。

——第八条、私訴は公訴と共に同一裁判官の面前に提起しうるし、又、公訴と分離しうる。<sup>(26)</sup>」

ブリュメール法典においても、刑事訴追権が窮極的には人民に由来するものであることは認めていたが、犯罪の処罰を目的とする公訴については、公訴官に委ね、犯罪によって惹起された損害賠償の請求を目的とする私訴を被害者に委ねたことが、一七九一年のデレクとの相違点であつた。ブリュメール法典においても告訴・告発は有効なものであつた(八七条—九三条)し、告訴・告発人は起訴状の作成に参加でき(二二四条—二七条)、告訴人から請求された証人については、治安判事は、その取り調べを行う義務が課されていた。その意味では依然、市民の

刑事訴追手続への参加は保証されていたが、市民が治安判事の決定に反して、単独で、大陪審に訴を提起する権限が否定されたことは、私人訴追主義の後退であつた。<sup>(27)</sup>

刑事訴追権を公訴と私訴に分け、公訴権は国家官吏である公訴官に、私訴権は犯罪の被害たる市民に、それぞれ付与せんとする志向を完成させたのが、将に一八〇八年の治罪法であつた。すなわち、一七九一年のデレクが保証していた告発（犯罪の直接的被害者でない一般市民による刑事訴追）は、一八〇八年の治罪法においては否定され、刑事訴追権は公訴官の手に委ねられたのである。<sup>(28)</sup>

確かに、公訴官は公益の代表として行動すべく觀念されており、行政府のためというより、社会の利益、公衆の利益のために訴追を行うものと考えられていた。<sup>(29)</sup>しかし、一七九一年のデレクが規定していた檢察官公選制は否定され、行政府によつて任命される官吏となつたのである。

ただ、一七九一年のデレクにおいて採用された私人訴追主義が全く排除されたわけではない。というのは「私訴（action civile）」の名の下に、犯罪の被害者が、刑事手続を始動する権限は温存されたからである。<sup>(30)</sup>私訴は、その目的が、犯罪によつて惹起された損害の賠償にあつたとはいえ、その訴えの提起は同時に刑事手続を始動させるのであつて、「公訴」の提起と同様の法的効果を持つたからである。

この点において、後にドイツにおいて創出されたような檢察官の起訴独占は存在しないのであり、私人訴追主義が訴追原理として働いているのである。

しかし、一八〇八年の治罪法においては、起訴陪審の廃止、私人訴追の制限、公訴官の公選制の否定、治安判事の廃止と予審判事の創設に端的に示される如く、一七九一年のデレクにおいて貫徹されていた私人訴追主義が一定



の後退を強いられたことは事実であつた。<sup>(31)</sup>

そして、私人訴追主義の後退は、公害前手続においては糺問主義、公判手続においては弾劾主義という治罪法典の折衷性格と軌を一にするものであつた。すなわち、公判前手続においては、犯罪の探索は司法警察官の、予審は予審判事の職務とされたが、公訴官には警察を指揮・監督する権限及び予審を請求する権限が与えられた。そして、予審の手続は、秘密・書面・非対審の手続であり、予審中は弁護人の援助は認められなかった。訴追の続行・打切りは、軽罪については軽罪裁判所 (tribunal correctionnel) の評議部 (chambre du conseil) が、重罪については、起訴陪審の機能を継承した上訴法院の重罪訴追部 (chambre des mises en accusation) が決定するが、予審判事の影響力は、絶大で、重罪起訴部の手続も又、書面、非公開、非対審であつた。公訴官及び被告人は意見書を提出できにすぎない。公訴官は、重罪起訴部の決定に基づいて起訴状を作成したのである。

このように公判前手続が糺問的であつたのに対し、公判手続は、公開・口頭・対審で行なわれ、重罪事件については、陪審裁判が保障されていた。

一八〇八年の治罪法は、右にみた如く、一七九一年のデレクと比べれば、私人訴追主義の徹底を欠き、そのことがそのまま治罪法の糺問化に結びついたのである。しかし、ナポレオン帝政がそうであつた如く、一八〇八年の治罪法もフランス革命の成果を全面的に否定するものではなかった。

ナポレオンの意志にもかかわらず審理陪審の廃止が実現しなかつたことは著名であるが、一八〇八年の治罪法にも被害者原告という形式において私人訴追が認められていたし、公訴官は単に行政府の官吏であるというより、裁判官と並ぶ独立の官職 (magistrats) であるという観念を温存させることになつた。<sup>(32)</sup>  
<sup>(33)</sup>

そして、公判手続における陪審裁判の保障と公益の代表者としての公訴官の存在が、公判手続の弾劾化の重要な契機となっていたのである。というのは、糺問主義的な公判前手続―秘密・書面主義―は、職業裁判官が審理を行なう公判手続において最も有効に機能するものであって、素人裁判官たる陪審による公判手続（実体審理）は、口頭主義・直接主義の当事者訴訟を抜きにしては考えられないからである。そして、公益の代表者としての公訴官という観念は、公正に刑事訴追権を行使する当事者と把え直されることによって、公判における訴訟が当事者主義に基づいて行なわれる前提を形成したのである。

このように、一八〇八年のフランス治罪法は、予審手続においては糺問主義を残したとはいえ、公判手続はほぼ弾劾主義が貫徹されていたのである。これが、糺問主義からの脱却をめざすドイツの自由主義的司法改革運動が、その範としたいわゆる「改革された刑事訴訟法」の原像であった。

次節においては、その原像がどのような修正を受けてドイツの刑事手続の中に定着していくかを、訴追手続及び検察官制度の導入過程を中心にみていきたい。というのは、その作業を通じて、公判前手続の弾劾化という理論課題が、訴追理念及び検察官制度との関連の中で生じざるを得なかったドイツの特殊事情、つまり、ドイツにおける公判前手続の改革をめぐる論争の起点が明かにされるからである。

## 註

- (1) 正式には「人及び市民の権利宣言 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)」という。第七条以下に刑事手続における人権保障規定がある。条文については、高木八尺、末延三次、宮沢俊義編「人権宣言集」(岩波文庫) 一三二

頁以下参照。

(2) この草案はデュボル (Dupont) が起草者であった。A. Esmein, op. cit. p.410. 尚、これに先立ち、一七八九年一〇月八日のデレクは公判手続の公開と尋問、対質終了後の被疑者の(被告人)の弁護人選任権を認めたが、大筋では、一六七〇年の大条例を踏襲するものであった。

(3) 一八世紀初頭には、イギリスにおいては、陪審制度及び口頭・公開の弾劾主義的刑事手続がほぼ完成していた。フランスの司法改革の担い手の一人であったベルガス (M. Bergasse) は、一七八九年八月一七日に次のように述べた。「犯罪の訴追と処罰のためにイングランドと自由アメリカにおいて採用されている司法制度によって創出された手段以外は、何も議論の対象にならなかった」と。in Buch and Roux. "History of Parliament" Vol. II, P.275., A. Esmein, op. cit., p.408.

(4) A. Esmein, op. cit. p.102f. E. Carsten, op. cit., S.8f. R. Schmidt, op. op. cit., S.2f.

(5) 糺問主義のイデオロギーについて、G・ステファニ、G・ルヴァスール、B・ブーロック著、澤登佳人、澤登俊雄、新倉修訳、「フランス刑事法〔刑事訴訟法〕(成文堂・昭五七)」(以下、澤登他訳「フランス刑事法」として引用)四三頁以下は、国家利益の個人利益に対する優越、合目的性を理由とするあらゆる手段の正当化を挙げている。澤登佳人教授は、かつて「権威主義」と「一方性」の原理を糺問主義の特徴として挙げておられたが、その意味するところは同じであろう。澤登佳人、澤登俊雄「刑事訴訟法史」(風媒社、一九六六)八四頁。

(6) 岩井、前掲、「フランスにおける刑事訴追」ハ〇頁以下。光藤、前掲「ツァハリーエの刑事訴訟法論」七二頁以下。同「現代刑事訴訟法入門」(横山晃一郎編、法律文化社、一九八三)四五頁以下参照。

(7) R. Schmidt, op. cit., S.2f.

- (8) モンテスキューは、早くから陪審裁判こそ市民的自由の守護神であり、刑事司法における人民主権の表現であると主張していたが、ロビエスピエール (Robespierre) も又、陪審裁判は、自由の本質的基礎であり、フランスの制度がいかによいものであると、陪審制度なしには、フランス人は自由たりえないと主張した。E. Schmidt, *op. cit.*, p. 326.
- (9) 憲法制定会議は、当初、一六七〇年の大条例を逐条的に検討することによって改正を試みたが、英・仏両国の刑事司法は全く根本的に異なっていることが明かとなり、全面改正の道が採られた。A. Esmein, *op. cit.*, p. 409.
- (10) イギリスにおける私人訴追主義の形成過程については、拙稿「私人訴追主義と国家訴追主義」法政研究四八巻一号、四二頁以下。イギリスの陪審制度も本来は札問的目的のために創出された機関であったが、裁判官が決して訴追のイニシアティブを採ろうとせず、敢くまでも私人訴追主義を維持したことが、起訴前手続が札問化しなかったことの理由である。(拙稿、前掲、五一頁)。
- (11) 「第一義的には」という趣旨は、原則として私人が刑事訴追権の担い手であったという趣旨である。というのは、治安判事も現行犯の場合 (Tit. IV)、及び変死体を発見した場合 (Tit. III, art. 2, 3) には職権で刑事手続を開始したからである。但し、後者の場合は能動市民一名の立会の上、検証することが必要であった。A. Esmein, *op. cit.*, p. 411.
- (12) Tit. V, art. 1.
- (13) 治安判事 (juge de paix) は各カントン (Canton) 毎に市民の選挙によって選ばれた裁判官である。その主たる任務は、被疑者の出頭を強制するための勾引状の発行、証人の尋問等であった。沢登他訳「フランス刑法」九七頁。尚、フランス革命初期の治安判事の創設をめぐる議論とその任務及び出身階級について、稲本、前掲「フランス革命初期における治安判事の創設〔一〕」に詳しい。
- (14) この手続は、イギリスの予備尋問に似ている。手続は口頭で行なわれ、その尋問調書は、作成されたが、それは、大陪

審には提出されない。A. Esmein, op. cit., p.419.

尚、英米法における予備審問については、光藤豊皎「英米法における予備審問の手続について」(甲南法学二卷二号)、児島武雄「イギリスの予備審問」(司法研究報告書第一八輯第三号)参照。

(15) A. Esmein, op. cit., p.411.

(16) イギリスにおいては、「大陪審」という呼称は、その構成員の数が審理陪審である「小陪審」より多いことから生じた。フランスの一七九一年のデレクの「大陪審」の人数が八名であることを考慮して、端的に起訴陪審(jury d'accusation)という呼称に統一した。稲本「フランス革命初期における検察の構造」五〇頁参照。

(17) 起訴陪審の手続は、口頭・対審であり(沢登他訳「フランス刑法」四七頁)評決は過半数で決定した(一七条―二〇条、二七条。稲本、前掲、五四頁参照。)

(18) 稲本、前掲、五四頁。

(19) 稲本、前掲、五〇頁。

(20) 公訴官には、刑事手続を開始させるという意味における刑事訴追権がなかったのみならず、公判前手続における捜査権もなかった。捜査を担当したのは選挙で選ばれた治安判事||治安警察吏であって、ただ、公訴官にはその監督権が与えられていたにすぎない。稲本、前掲、五二頁 A. Esmein, op. cit., p.418.

(21) 一七九一年のデレクにおいても、治安判事による被疑者の弁解録取、陪審指導判事の証人尋問が許されていたが、その録取した書面は、起訴陪審にも審理陪審にも提出されなかった。それ故、口頭主義が結局のところ、手続を支配した。

A. Esmein, op. cit., p.419. 岩井、前掲(八七頁)

(22) A. Esmein, op. cit., p.418-419.

## 註

- (23) Archives parlementaires, t. XVII, p.664. 縮本、前掲四六頁。Mouginsの主張である。
- (24) Brioisの言葉である。Archives parlementaires, t. XVII, p.670. 縮本、前掲、四六頁。
- (25) A. Esmein, op. cit., p.437.
- (26) A. Esmein, op. cit., p.429.
- (27) A. Esmein, op. cit., p.429f.
- (28) A. Esmein, op. cit., p.470. 沢登俊雄、前掲、八二頁以下。
- (29) 沢登他訳「フランス刑法」六九頁。
- (30) 沢登俊雄、前掲、九一頁、私訴の性格については、沢登他訳「フランス刑法」六四頁以下。
- (31) 沢登他訳「フランス刑法」四九頁以下。
- (32) 岩井、前掲「フランスの刑事訴訟」八八頁。
- (33) フランスの公訴官が、行政府の官吏でありながら、検事局の固有権等によって行政府から一定の独立を保っていたことについては、石川良雄「フランスの司法制度」(司法研究報告書、第一三輯第二号)一四八頁以下。尚、沢登佳人教授は端的にフランスの訴追制度は公衆訴追主義であるとされる。沢登佳人「フランス刑事訴訟法は、検察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る」(法政理論第一六巻一号)九六頁以下。従来の通説的理解を覆える注目すべき主張であるが、私人訴追主義ではなく公衆訴追主義という表現が、ドイツや日本に入った時には、国家訴追主義に転化される余地を生ぜしめたことに注意する必要がある。

## 三

フランスにおける刑事司法改革が、イギリスの刑事司法を範として、私人訴追主義を基礎にした陪審制度、手続における公開・口頭主義の弾劾主義の當事者訴訟の実現をめざしたのと同様に、ドイツにおいても、公開・口頭主義の刑事手続、陪審制度の採用、刑事司法に対する行政府の干渉の排除が自由主義的刑事司法改革の目標として掲げられたが、フランスに比べて、ドイツの特徴は、訴追制度の採用と檢察官官制度の導入が、糺問主義からの脱却のための最も重要な梃として觀念されたことである<sup>(2)</sup>。

ドイツにおいて、訴追手続の採用と檢察官制度の導入とが、陪審制度以上に熱心に要求されたのは、ドイツが範とした司法制度がフランスの制度であり、イギリスの法制度については、ほとんど知られていなかったという理由の外に、ドイツの社会状況に根ざす理由があった。その理由を、コーエンダーはドイツにおける諸邦・自治都市の割拠状況（地方分権制）と封建的身分制度の残存に求めている<sup>(5)</sup>。すなわち、地方分権制と身分的分裂の故に、イギリスにおいて私人訴追主義と陪審制度の発展を促した市民の自治的組織も存在せず、又、フランスにおける如く、公訴官（ministere public）制度を生み出した体系的統治機構もドイツには存在しなかったのであり、そのことが、刑事司法において、捜査・訴追・審理という全ての負担を糺問裁判官に担わせることになった。そして、この糺問裁判官の負担過重が、糺問主義の欠陥の最たるものであるとみなされるのである<sup>(6)</sup>。

換言するならば、訴追機能を裁判官から分離し、それを裁判官以上の第三者に委ねることは、裁判官を公平な審判者とするための必須条件だとされ、それ故に檢察官制度の創設が志向されたのである<sup>(7)</sup>。

確かに、糺問主義からの脱却のためには、裁判官を捜査手続から分離すること及び刑事手続を開始する権限を裁

判官以外の第三者に委ねることは、裁判官をして公平な審判者の地位に立たしめるための必須条件であつた。しかし、訴追手続の導入が、直ちに検察官制度の創設を論理必然的に要請するものではないし、誰に刑事訴追権を付与するのか―それは依拠すべき訴追理念と密接な関連性を持つ―という問題は、それ自体、別個の問題である。<sup>(8)</sup>

それ故に、一九世紀初頭における自由主義的司法改革の陣営の中でも、検察官制度の無批判の導入が、刑事手続の政府による新たな形態の支配を生みだし、市民の自由の侵害を惹起するのではないかという批判が存在したが、それは大きな声とはならなかった。自由主義的司法改革運動の大勢は、口頭主義・公開主義・直接主義の刑事手続の採用と共に検察官制度の導入を要求したのである。

これに対し、糺問手続が、政敵の弾圧にとつて最も有利な刑事手続であるという現実的利益を見いだしていた各邦政府は、最初は検察官制度の導入には冷淡であつたが、一八四八年のドイツ革命に到る自由主義的改革運動の高揚に直面して、まず南ドイツ諸邦が刑事司法改革に着手したのである。<sup>(9)</sup>

その間に、北ドイツ諸邦においても刑事司法改革が日程にのぼつた。<sup>(10)</sup>プロシヤにおいても、一八四三年以降、刑事司法改革をめぐる議論が政府内で本格化した。検察官の導入がそこにおいては、最も重要な論点を形成したが、その際、「法の番人」としての検察官が志向された。

「法の番人」としての検察官という観念はフランスの公訴官にその範を採つたものであつたが、市民革命と共和制を経験したフランスと革命勢力が未成熟であり、君主の権力が強力であつたドイツでは、その実質的意味は異つたものとなる。法律及び裁判の執行を監視し、刑事だけではなく、民事及び行政にも関与するフランスの公訴官に対してドイツの自由主義者が警戒を示したのは、そのためであつた。<sup>(11)</sup>



最初、檢察官制度の導入に積極的でなかったプロシヤ政府も、やがて、檢察官制度を政府に従属させることによって、政府が刑事手続において自己の利益を貫徹するための梃となりうることを察知したのである。従つて残された問題は、口頭主義・公開主義・直接主義の採用、当事者訴訟の実現という刑事手続の弾効化を実現した上で檢察官制度の導入を計るのか、それとも刑事手続の改正と切り離した上で檢察官制度を導入するかであった。この点をめぐつて、サヴィニー (E. C. von Savigny) とミューラー (von Müller) 及び彼の後を受けたウーデン (von Udden) の間で論争が続けられた。<sup>(12)</sup>

しかし、一八四六年のボーランドの反乱は糾問手続による煩瑣で長つたらしい尋問形式に基づく判決の実現を不可能なものとした。そこでプロシヤ政府は、一八四六年七月二七日の「ベルリン帝室裁判所 (Kammergerichts) 並びに刑事裁判所における審問手続に関する法律」によつて、公判手続における口頭・公開主義の採用と共に檢察官制度を導入したのである。<sup>(13)</sup>

この立法は、明かに一八〇八年のフランス治罪法の影響を受けたものであったが、フランスの治罪法よりも国家主義的色彩の強いものであった。それは、フランス治罪法の下における公訴官が「公衆の代理人」、「社会の代理人」であつたのに対し、プロシヤ法の檢察官は「国家の代理人」、「行政の手先」としての性格を持っている点に端的に現れていた。

すなわち、フランスの公訴官は、検事局の長の固有权、口述の自由によつて行政府からの一定の独立を保ち、司法大臣の指揮権も固々の公訴官には及ばないとされていたのに対し、プロシヤにおいては、檢察官は司法大臣の下に階層的に組織され、司法大臣の指揮に従属していた。<sup>(15)</sup> それ故、プロシヤにおいては、檢察官は完全に行政府に従

属していたのであり、司法大臣がそれを指揮しうることは当然とされ、論争は司法大臣が個々の刑事事件について指揮しうるのか、それとも一般的な指示に限定されるのかという点に止まっていた。<sup>(16)</sup>

更に、フランスにおける公訴官の“法の番人”という意味は、公訴官は全ての法領域、すなわち、刑事事件のみならず民事・行政事件においても法の適正な執行を監視すべく活動するという点に力点があったのであり、刑事手続においては、強制処分権を持たず訴訟当事者として観念されていたのに対し、プロシヤの検察官は、刑事手続における非当事者として、裁判所と協働して実体的真実発見に努める客観的判断者という意味において“法の番人”概念が理解されたのである。従つてプロシヤの検察官は、被告人に不利な証拠のみならず、有利な証拠についても被告人の利益のためにも、これをなすべしと想定されていたのである。<sup>(17)</sup>

このようなフランスの公訴官とプロシヤの検察官の性格の相違は、フランス治罪法が私人訴追主義を排除していないのに対し、プロシヤの法律では、国家訴追主義に立脚していることの反映である。すなわち、プロシヤにおいては、国家こそが法と正義の擁護者であり、それ故、国家の弁護人たる検察官 (Staatsanwalt) が、その具現者であるという国家訴追主義に基づいて検察官制度が組織されているのであつて、その論理的帰結として、プロシヤは、フランス治罪法に規定されていない国家の起訴独占主義を一八四六年の法律において、他のドイツ諸邦にもさきがけて採用したのである。<sup>(18)</sup>

プロシヤが検察官制度を導入した時期に相前後して、ドイツ諸邦は検察官制度を導入していくのであるが、ドイツ国家の不統一によつて、検察官制度も、刑事手続も様々な偏差を持っていた。

それは、大別して、三種類の形態があつた。

第一は、刑事手続の全ての段階に関与する権限を付与された検察官を起訴手続と共に導入した領邦で、そこでは行政府による刑事手続の支配を貫徹するために起訴独占主義が採用された。第二は、重罪についてののみ、検察官が起訴独占をもち、軽微な犯罪については、予審判事の職権訴追を認める領邦である。そして、最後に、検察官の起訴独占は認めず、予審判事又は、裁判官に職権による訴追を認めた領邦が存在した。<sup>(19)</sup>

更に細かな相違点まで指摘すれば、各邦はそれぞれ独自の検察官制度を持っていたとさえいえる。それにもかかわらず、ドイツの検察官制度には、一つの共通性を見いだすことができる。

それは、刑事訴追権を国家の支配の下にとどめたということであり、検察官の起訴独占を認めるか、予審判事と共有するかは、いわば各邦が、いずれの形態の方が、刑事手続において行政府の影響力を行使しうるかの判断に関していたとさえいえる。

それ故、一八四八年前後に各邦に導入された検察官制度は、一九世紀初頭に自由主義的改革運動が期待した程には、糾問主義からの脱却のための有効な手段とはならなかった。<sup>(20)</sup>

それどころか、訴追理念としての国家訴追主義の採用は、糾問主義を再編・強化するための手段とさえなりえたのである。その意味では、検察官制度は『両刃の剣』だったのである。従って、ドイツ諸邦に検察官制度が導入されるや否や、新たに導入された検察官制度に対して激しい批判が展開されることになるのであるが、それについては、章を改めて論ずることにしたい。

その事を通じて、起訴前手続をめぐる論争は、実は、検察官制度をめぐる論争のメダルの裏面であることが明かにされるであろう。

## 註

- (1) E. Schmidt, op. cit., S.327.
- (2) ドイツにおける検察官制度の導入過程については、内田一郎「ドイツ検察官制度の成立（早稲田法学三九卷二号）、上山安敏「法社会史」（みすず書房、一九六六）四〇五頁以下、同、「近代ドイツの憲法状況と司法の構造」（法時、四六卷四号）、同「ドイツ第二帝政期の権力構造」とくに社会史的視角からの寄与（四）（法学論叢八三卷五号）、川崎英明「成立期におけるドイツ検察官制度（一）」（大阪市大法学雑誌二三卷三号、四号）同「ドイツ検察官の史的考察」（刑法雑誌二五卷一号）、拙稿「私人訴追主義と国家訴追主義」（法政研究四八卷一号）。
- (3) 陪審制度の導入は必ずしも刑事手続の弾劾化のための必須条件でなく、陪審制度の導入が実現されなくても、公開・口頭・直接主義の採用による弾劾化は実現するという主張は、ツァハリエやミッターマイヤーの初期の主張であった。川崎「ミッターマイヤーの刑事司法論」四頁。E. Schmidt, op. cit., S.327.
- (4) E. Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, Ein Beitrag zur Reform der Strafprozesses, Breslau, 1932, S.16f.
- (5) A. Coender, über den Strafantrag und die Privatklage der Nichtverletzten, G.S. Bd.83. (1915), S.292.
- (6) この認識は、当時のドイツにおいては、一般的な認識であった。光藤「ツァハリエの刑事訴訟法論」七三頁。
- (7) E. Carsten, op. cit., S.16.
- (8) 横山晃一郎「司法と検察」（法七増刊「現代の検察」所収）一一頁。尚、平場安治「検察官」（岩波講座現代法6「現代の法律家」参照）。
- (9) それらの諸邦は、国民の立憲政体実現の強求に最初に譲歩した諸邦であった。Badenは一八一九年に草案が作られ、一

八三年に刑事手続の一部に検察官制度を導入した。Württemberg は、一八二〇年以降、数次に渡って草案を作成し、一八四三年に検察官制度を導入した。Bayern においては、一八二五年、一八三〇年に草案が作成された。E. Carsten, op. cit., s.21.

- (10) 北ドイツ諸邦の中で、最も早く検察官制度の導入に着手したのは Hannover であつた。E. Carsten, d. d. o. s.21.
- (11) 横山、前掲、一二頁。
- (12) E. Carsten, op. cit., s.24.
- (13) E. Carsten, op. cit., s.25.
- (14) E. Carsten, op. cit., s.25.
- (15) Gesets vom.17. Juli. 1846. "betreffend das Verfahren in dem bei dem Kammergericht und Kriminalgericht in Berlin zu führenden Untersuchungen". §3.
- (16) 我国においても、戦前には司法大臣の指揮権の発動が問題とされた。団藤重光「法務大臣と検事総長の権限」ジュリス ト二三号（昭二八）。
- (17) 横山、前掲、一二頁。Gesets vom.17. Juli. §6.
- (18) Gesets vom.17. Juli. 1846. §5.
- (19) 第一の類型には、プロセイン、ハノーバー、チュービンゲン及び一八五〇年のオーストリアが属する。第二の類型としてはザクセンがある。最後の類型に属するものとしてバイエルン、ビュルテンベルグ、一八五三年のオーストリアがある。  
E. Carsten, op. cit., s.39~40.
- (20) E. Carsten, op. cit., s.33~34.

## 第二章 国家訴追主義に対する批判

—一八五〇年代―七〇年代の論争—

### 一

一八四〇年代以降、ドイツ諸邦に導入された検察官制度は、確かに形式的には糺問裁判官が担っていた訴追権限を分担することによって、訴追者と審判者を分離し、そのことを通じて、裁判官が審判者に純化される水路を開いたという点では、糺問主義からの脱却のための第一歩を形成した。

しかし、訴追理念としての国家訴追主義の採用は、検察官を訴追当事者として把えるのではなく、裁判官と協働して実体的真理の発見に努める司法官として位置づけることになり、結局は、糺問手続において糺問裁判官に集中していた訴追・審判機能を形式的に分離し、訴追機能を検察官に分担させたという以上の意味は持たないことになる。換言するならば、糺問手続の下における糺問裁判官―被疑者（被告人）という構造が、裁判官・検察官―被疑者（被告人）という構造に変形したにすぎず、国家権力による被疑者（被告人）の一方的な糺問という糺問主義の基本構造は何ら本質的な変更を受けないということである。

それ故、新たに導入された検察官制度に対する改革者の批判は、まずは国家訴追主義の発現形態である検察官の行政府への従属に向けられるのである。

プロシヤに最初の検察官が導入された一八四七年に、行政府に従属する検察官制度の導入は、従来の糺問手続の

下で被告人に与えられていた保護以上の何ら新しい保護を付与するものではないと主張する匿名の小冊子が現れた。<sup>(1)</sup> というのは、検察官の任務は、犯罪の捜査と訴追であるが、行政府から独立していないどころか、行政府に従属した検察官に訴追権を独占させることは、行政府から独立した裁判官に訴追権を付与する以上に危険だからである。<sup>(2)</sup> それは、糾問裁判官の支配に代って検察官による糾問的刑事司法の実現を意味するであろう。従って、小冊子の著者は、検察官の捜査権、上訴権の制限と共に、否、それ以上に裁判官と並ぶか、若しくは裁判官の上位にあるような検察官の地位を否定したのである。<sup>(3)</sup>

検察官の存在を前提にする以上、検察官の行政府への従属の除去、訴訟当事者への純化は、刑事手続の弾効化のための最低の改革課題であった。一八四〇年代末から五〇年代の初頭に、上述の理論的課題に取り組んだ者に、リッペルトとフライがいた。<sup>(4)</sup>

リッペルトは、特に、行政府から一定の独立を保ち、裁判官と同様の身分保障を与えられたフランスの検察官に注目した。検察官は公的訴追者であり、訴訟当事者でなければならぬが、公正な刑事訴追権の運用のためには、行政府の代理人であってはならず、それ故、検察官の行政府からの完全な独立と身分保障が必要であると主張した。新たに導入された検察官制度をめぐる論点を根本的に取り扱ったのはフライであった。

まず、検察官の地位について、フライは刑事訴追が政治的恣意に基づいて行なわれることのないように、検察官が行政府の指揮から完全に免がれること及び検察官の独立を保障するために、裁判官と同様の身分保障を与えられること、従って任意に罷免又は転任させられないことを要求した。<sup>(5)</sup> 明らかにフライはフランスの公訴官を念頭においている。

公正な公訴官を前提とする以上、公的訴追者の方が慎重であり、偏見に把われないとして、公訴官の起訴独占と可能な限りの私人訴追の制限を主張することは論理的であり、更に、それは起訴便宜主義の承認へと結びつく。<sup>(7)</sup><sup>(8)</sup>

次に、刑事手続における検察官の地位について、フライは、純正の訴訟当事者であるべきことを強調した。刑事訴訟において、検察官は、被告人と同じ地位にあり、法廷の決闘において、当事者の武器対等の原則が妥当しなくてはならないとしたのである。<sup>(9)</sup>

又、訴訟当事者に純化することから予審判事と検察官の機能分離が説かれる。すなわち、フライは、予審手続において検察官は裁判官の機能を一切行なつてはならないし、現行犯 (délit flagrant) 処分も行つてはならないとするのである。<sup>(10)</sup>

検察官の行政府への従属に対しては、自由主義的司法改革運動の旗手であつたミッターマイヤーも又、厳しい批判を展開した。<sup>(11)</sup>

検察官の行政府からの独立のために、ミッターマイヤーはフランスと同様に、裁判官と同じ身分保障 (任意の罷免及び転任の禁止) を要求した。さもなければ、権力の命令によつてではなく、正義の要求によつて行使すべき検察官の権限は、容易に政治的目的を貫徹するための傀儡となつてしまふからである。<sup>(12)</sup>

独立の検察官を前提にしてミッターマイヤーも又、起訴便宜主義を支持した。すなわち、ミッターマイヤーは、いかなる場合においても検察官は、起訴を提起する前に、公的な利益 (Öffentliches Interesse) が存在するか否かを慎重に検討しなければならないとしたのである。<sup>(13)</sup>

リップルト、フライ、ミッターマイヤーが理念的に志向している検察官が、「社会の代理人」「公衆の代表者」と



しての公訴官であつたことは明らかであり、行政府からの独立が、その具体的メルクマールであつたが、それが、単なる身分保障のみで担保しうるかどうかは疑問であつた。というのは、仮に檢察官に身分保障（任意に罷免又は転任されないこと）が与えられたとしても、行政府は、最初の任命及び昇進を通じてその影響力を行使しうるし、そして何よりも刑事訴追権の行使の公正さを何によって担保するかは問題として残るからである。

この点においては、ズンデリンの見解に一日の長があつた。すなわち、ズンデリンは、司法大臣の権限を檢察行政及び懲戒権に限定すること、及び刑事訴追の公正さを担保するために、起訴法定主義と特別の親告罪及び補充的な私人訴追の導入を提案したのである。<sup>(14)</sup>

ズンデリンの主張は、国家訴追主義を前提とした上で、その控制手段を考えるとという限界は持っていたとはいえ、私人訴追に着目した点において注目すべき主張であつた。

というのは、国家訴追主義は糺問主義を温存するための重要な支柱であつて、本質的に弾劾主義とは矛盾する訴追理念だからである。

国家訴追主義が、糺問主義の主たるメルクマールであるという主張は、既に一八四〇年代にケストリンが明かにしていた。<sup>(15)</sup>

「糺問訴追の本質は、国家は犯罪の訴追と処罰を個々人に委ねないで、職権で国家の直接的利益において且つ直接の関心としてこのために活動すべき官憲を置くことにある。このことだけが、糺問訴訟のイデーである。」従つて、その手続において、訴追機能と審問機能とは分担させうることもできるし、しないこともできる。それ故、訴追機能を檢察官に審問機能を糺問官に分担させることは、糺問主義の何ら本質的な変更を意味しないのであるというの

がケストリンの主張であつた。

ただ、注意しておかなければならないのはケストリンは、糺問訴訟を刑事手続の本質的形態であると考え、それを肯定している点である。そこに、ツァハリーエらの批判が向けられる余地が存在したのである。

ツァハリーエは、公的訴追—国家訴追主義—糺問訴訟というケストリンの論理図式を打ち破るために公的訴追は必然的に糺問訴訟と結びつくものではなく、弾劾形式と両立することを示そうとした。<sup>(16)</sup>確かに公的訴追は糺問主義と必然的に結びつくものではない。しかし、公的訴追が公衆訴追主義（私人訴追主義）を意味するのか、国家訴追主義と結びつくのかについて、ツァハリーエは充分な検討を行っていない。それが、ツァハリーエの限界であつた。<sup>(17)</sup>そのことは、ツァハリーエらが範としたフランスの公訴官の形成過程、すなわち私人訴追主義の影響の下にその公正さが担保されていたことを想定すれば容易に理解されよう。

次節においては、新たに導入された検察官制度に対する私人訴追主義の立場からの批判をみておこう。

## 註

(1) "Kritische Bemerkung über des Gesetz vom 17. Juli 1846. von einem praktischen Richter." と題する小冊子がそれで  
あゝ° S.2f. 参照。

(2) op. cit., S.5.

(3) op. cit., S.13f.

(4) Lippert, *Ursprung, Entwicklung und Wert der französischen Staatsanwaltschaft*, G.S. Bd2. 1849. S.66ff.

- (5) L. Fry, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und in Frankreich. 1850.
- (6) op. cit., S.210ff.
- (7) op. cit., S.98.
- (8) op. cit., S.99-100, 230.
- (9) op. cit., S.114f.
- (10) op. cit., S.206, 210.
- (11) Mittermeier, C.J.A., Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren, Erlangen, 1856.  
 —. Das Kampf der staatsanwaltschaft mit der richterlichen Gewalt, in Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung, 1862, S.273ff.
- (12) Mittermeier, Gesetzgebung und Rechtsübung, S.179.  
 in Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung, S.278f.
- (13) Mittermeier, Gesetzgebung und Rechtsübung, S.184f.
- (14) Sundelin, Ministerwillkur und Staatsanwaltschaft, in allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung, 1862, S.193ff. 209ff.
- (15) R.Köstlin, Schwegler's Jahrbucher, 1845, S.902ff.  
 光藤景皎「ツァハリーエの刑事訴訟法論」七十四頁〜七十五頁。
- (16) 光藤、前掲七五〜七六頁。
- (17) ツァハリーエの国家訴追主義に対する態度は明確でない。それ故、テンメによる批判が効を奏するのである。Temme, Ueber das accusatorische und inquisitorische Prinzip in Strafverfahren, Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Bd.4.

(1847) . S 92ff. 光藤、前掲、七六頁以下。

## 二

一八五〇年代のドイツにおいては、新たに導入された検察官は、行政府に従属しており、それ故、それは支配的党派が政敵を弾圧するための手段と化しているという認識が次第に広く共有されつつあった。<sup>(1)</sup> それ故、検察官制度の改革要求は、単に検察官の身分保障の問題に止まらなかったのである。

一八五〇年代―六〇年代に提案された改革案としては、前節で触れた検察官の身分保障による行政府からの独立の他に、起訴法定主義の採用、原則的、若しくは補充的な私人訴追の導入が提案された。

この提案のうち、検察官の身分保障による行政府からの独立という改革案の限界については、既に前節で触れたが、起訴法定主義も又、恣意的な刑事事訴追に対する控制原理としては不自由なものであった。というのは、ある行為が刑法の定める犯罪行為に該当するか否か、証拠が訴追をするに十分なものであるかどうかの判断が検察官に委ねられる以上、実質的には、検察官の裁量が働くことになるし、何よりも、訴追者が同時に公正な判断者であることは不可能だからである。従って、起訴法定主義を定めたとしても、それを担保する手段――検察官の裁量<sup>(2)</sup>を控制する手段――が準備されなければならない。その意味で、ズンデリンが、起訴法定主義を主張すると共に、私人訴追の導入を主張したことは意味のあることであつた。

このように、国家訴追主義の弊害を除却するためには、窮極的には私人訴追主義の採用以外にはないのである。

従つて、本節では、一八五〇年代―六〇年代の私人訴追主義の主張を概観する。

一八五〇年代における最もラディカルな主張は、イギリスの法制度に目を向け、それに倣つて檢察官制度の廃止と私人訴追主義の貫徹とを主張した。<sup>(3)</sup>又、ティベルキルヒの如く檢察制度の徹底的な改革、国家(「行政府」とは全く組織的に關係を持たない組織、例えば「社会の公的代理人 (öffentliche Anwalt der Gesellschaft)」の創設が主張された。というのは、そのことを通じてのみ、国家が訴追者でありかつ審判官であることによって侵害されている「手続における武器平等」の原則が実現できるからである。<sup>(4)</sup>

これらの主張こそ、最も徹底した改革案であつた。私人訴追主義に立脚するならば、手続の弾劾化は、アプリオに実現されることになるからである。

というのは、私人訴追主義においては、原告、被告は共に平等な一人であるから、被告に与えられる以上の特権が原告に与えられるわけではない(武器の平等)。従つて、両当事者は、公判前手続においては、それぞれ独自に証拠を収集し、公判に備えるのであり、公判手続においては、それぞれの主張を立証によって争うのである(當事者訴訟主義<sup>(5)</sup>)。

しかし、このようなラディカルな主張を受け入れる素地は、一八五〇年代、六〇年代のドイツには未だ存在しなかつた。というのは、この時代には、私人訴追主義を被害者訴追と同義的に解する見解が一般的であり、被害者訴追は既に克服された訴追形式であるという反論が主流を占めていたこと、及び、何よりも、立憲君主制という政治形態にみられる如く、民主主義的諸制度及び思想が未発達であつたからである。<sup>(6)</sup>

そこで、近代的意味において私人訴追主義の概念を明かにすることが理論的課題となつた。

訴追形式としての被害者訴追と訴追理念としての私人訴追主義の相違を明確にし、国家訴追主義の控制原理としての私人訴追主義を対置したのはグナイストであつた。<sup>(7)</sup>

グナイストは、私人訴追主義を被害者訴追に歪少化しようとする見解に反論して、近代的な訴追理念としての私人訴追主義を市民的自治の原則 (Grundsatz der Selbstverwaltung) によつて基礎づけたのである。「公訴権の自治的な行使は市民の自由な保護にとつて直接に最も重要な機能であり、イギリスの上級裁判所判事は正しくそれを『重要な憲法原則』と名づけた。実体的利益の主張も、まして権利の永続性や個人の権利領域の保護も自治を責任をもつて担うことなしに達成されるはずはない。」<sup>(8)</sup>

そこで、グナイストは、補充的な私人訴追すなわち、檢察官が訴追すべきなのに訴追しない場合に、これを補充するものとしての一般市民による刑事訴追<sup>||</sup>補充的公衆訴追を提唱したのである。グナイストの主張は、国家訴追主義に立脚する檢察官を前提として、それを控制するものとしての私人訴追主義の採用、従つて原則的な公衆訴追ではなく、補充的な公衆訴追という限界は持っていたが、その理論はイギリスの私人訴追主義に源流を有し、フランスを経てドイツに導入された近代的な訴追理念としての私人訴追主義の正統な系譜に属するものであるといふことができる。<sup>(9)</sup>

近代的な訴追理念としての私人訴追主義は刑事訴追を本質的に国家権力から遠ざけ、市民社会、公民としての市民に割り当てることを要求するのである。フランスの「公訴官」を「市民社会の代理人」「公衆の代表」という時は、私人訴追主義の脈絡の中で把え直す必要があつたのである。

しかし、ドイツにおいては、私人訴追主義は、グナイストの主張に触発されながら、次第に支持者を増加してい

くのであるが、それは必ずしも健全な発展を遂げなかった。というのは、グナイスト自身が自覺的に述べた如く私人訴追主義の貫徹は、刑事訴訟法が当事者平等の原則に従って構成されなければならないという派生的効果を生み出すからであり、それは檢察官の特權的地位の否定へと連なるからである。<sup>(11)</sup>

これは、各邦政府の望むところではなかった。各邦政府は、國家訴追主義に対する批判を最少の犠牲によって回避しようとしたのである。その典型的な例を我々は、プロシヤの一八六九年一月二五日の刑事訴訟法の規定にみることができる。

プロシヤ政府は、國家訴追主義―起訴独占主義に対する批判を回避するために、傷害罪、虐待罪及び親告罪について私人訴追を認めた。しかし、それは被害者の私的満足を充足させるためと、檢察官の負担軽減という観点から実現されたのである。<sup>(12)</sup>

勿論、被害者訴追も私人訴追主義の一形態であつて、被害者訴追を認めたことに問題があるのではない。問題は、私人訴追主義を被害者訴追に矮小化した点にあつたのである。

被害者訴追を侮辱や身体傷害等の輕微な犯罪に限定する際に使われた論理は、次のようなものであつた。すなわち、犯罪は單に私的な利益を侵害するのみならず、國家利益を侵害するものであり、犯罪の本質はむしろ後者にある。従つて、犯罪の訴追と処罰の責任は國家にあるのであつて、それ故、刑事訴追權は國家の代理人たる檢察官に属するものである。ただ、侮辱や身体傷害のような輕微な犯罪については、國家の利益はほとんど存在しないが、個人にとっては重大な侵害であり、その領域が私人訴追の妥当すべき領域だとするのである。<sup>(13)</sup>

しかし、私人訴追主義の主張は、單に個人的な利害を刑事手続において貫徹するという点に限定される訳ではな

い。それどころか、私人は、公の秩序の侵害に対しては社会共同体構成員の責務として、訴追を行うのである。その意味では、私人の行う刑事訴追もあくまでも“公訴”<sup>(14)</sup>なのである。

しかし、このことを諸邦政府は認めようとはしなかった。その意味では、私人訴追の導入も依然として中世以前の被害者訴追と同じ理解に止まったのである。

そして、そのことがドイツの刑事司法の糾問的性格を本質的に規定する要因となったのである。それは一八七七年の帝国刑法においても基本的に維持されたのである。

#### 註

- (1) E. Carsten, op. cit., S.42f.
- (2) Sundelin, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland, 1860, S.55ff, derselbe, Ministerwillkür und Staatsanwaltschaft, in allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung, 1862, S.129ff.
- (3) E. Carsten, op. cit., S.44.
- (4) von Toppelkirch, Deutschen Vierteljahrschrift, 22, S.134f.
- (5) 私人訴追主義と弾劾主義との理論的關係については、拙稿「現代刑事訴訟法入門」(横山晃一郎編)一三六頁以下。
- (6) ハルトマンは、自治組織の未発達が私人訴追主義が受け入れられなかった理由として挙げている。A. Hartmann, Die Anklagebehörden in künftigen Strafprozess, Z. St. W. Bd.25, 1905, S.804.
- (7) R. v. Gneist, Die Staatsanwaltschaft und die Privaklage, in Vier Fragen zur deutschen Strafprozessordnung, Berlin,



1874. これは、一八七三年の帝国刑事訴訟法草案の鑑定書として記されたものである。

(8) R. v. Gneist, op. cit., S.49f. グナイストの主張については、拙稿「私人訴追主義と国家訴追主義」九六頁以下。

(9) J. F. Stephen, A. History of the Criminal Law of England, 1883, vol.1, p.496. “すべての状況の下で、国法上の権利の擁護に関して、人が公的又は私的理由に基づいて、是認しがい行為の適法性を、刑事訴追によって吟味するという、イギリスの組織が全ての人に付与した権限ほど、より強力かつ効果的な保証はありえない。”ステイブンのこの主張は、私人訴追は、彼ら自身の権限において刑法を発動させる憲法上の権利である、という主張と思想的脈絡を持つものである。これは王座裁判所判事 Cambl 卿の言葉である。in report from the Secret Committee on public prosecution, 1856. No.674.

(10) 私人訴追は「公的自由 (liberté publique) の一種、圧制に対する抵抗の一手段、かなり強力で訴追をまねがれることにならかなり巧みな犯罪者に対し司法によつて弱者 (faibles) と下層民 (petits) とを守ることを確保するところの一保障である。」Faustin-Hélie, Traité de l'instruction criminelle ou théorie de Code d'instruction criminelle, 2<sup>e</sup>édit., 1866. Tome premier, n°524, p.627. フランスの私人訴追主義は彼の権威に依拠してゐる。

(11) R. v. Gneist, op. cit., S.55.

(12) R. v. Gneist, op. cit., S.45, S.48.

(13) 今の考え方は、それ以後、ドイツの通説である。K. Binding, Die Wirkungen des Eintritts des Staatsanwaltschaft in der Privatklage, G.S.Bd.72. (1908) S.4f. von Töwe, Die Privatklage, G.S.Bd.106. (1935).

(14) カルステンによれば、グラザー (Glaser) がイギリスの私人訴追主義をひきあいにだして、私人訴追と被害者訴追の区別を説いたが、多数の理解は得られなかったという。E. Carsten, op. cit., S.46f. 尚、ドイツに最初にイギリスの訴追

制度を紹介したのは、ミッターマイヤーであったが、彼はスコットランドの制度に共感を示した。Vgl. C. J. A. Mittermaier, Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren in Zusammenhang mit den politischen, sittlichen und sozialen Zuständen und den Einzelheiten der Rechtsübung, Erlangen, 1851.

### 三

一八七一年、プロシアによるドイツの統一が実現されると帝国政府は、早急に司法組織と刑事手続の統一を実現する必要性を感じた。<sup>(1)</sup>

すでにみた如く、ドイツ諸邦は、それぞれ個別的に司法改革を行い、ほとんどの邦が、訴追手続と検察官制度を導入していたが、その内容は、それぞれ異ったものであった。

そこで、帝国政府は一八七四年、裁判所構成法及び刑事訴訟法の草案を帝国議会及び司法委員会の討議に付した。その草案においては検察官制度の存在は、既定の事実とされ、検察官制度を存続すべきか否かの論争はもはや過去のものだということを前提にしていた。<sup>(2)</sup>

草案は、一八七七年に審議を終了、可決され一八七九年から施行されることとなった。これが、一八七七年の帝国刑事訴訟法である。その法律の意義は、これによってドイツ帝国は、初めて統一的な刑事手続法を持ったということにある。これによって、ドイツの全ての地域で、弾劾形式の手続 (Anklageformprozess) が採用された。つまり、不告・不理の原則と形式上、訴追原告となる検察官制度が、導入されたのである。<sup>(3)</sup>

刑事訴訟は、公的性格のものであり、国家秩序の維持と国家利益の擁護のために、国家官吏たる検察官が行うべきであるという、公的利益—国家利益とする短絡的思考と、それ故「公訴」は検察官が行うべきとする国家訴追主義は、プロシヤ刑法法を継承して規定されたが、草案がプロシヤ刑法法に倣って採用していた起訴便宜主義は草案の審議過程で修正され、起訴法定主義が採用された<sup>(4)</sup>。

刑事訴追は国家官吏たる検察官が行うべきだという国家訴追主義の立場から、原則として検察官の起訴独占主義を採ったが、一八五〇年代以降展開された「行政府に従属する検察官の起訴独占」に対する批判を考慮して、犯罪の被害者による州高等裁判所 (Oberlandesgericht) への抗告及び侮辱・軽微な身体傷害における私人訴追が認められた<sup>(5)</sup>。

一八七七年の帝国刑法法が規定した刑事手続は以下の内容である<sup>(6)</sup>。

刑事手続は、捜査によって開始される。捜査の主体は、警察官であるが、検察官には、警察官を指揮監督する権限がある。又、検察官には、捜査の遅延が許されない事件については、被疑者に対する強制処分権が付与されている。そして、更に、警察官・検察官は、被疑者を取り調べる事ができた。

捜査が終わると、検察官は公訴を提起し、又は、必要な場合には予審請求が行なわれる。

予審においては、検察官が犯罪事実についての申し立てを行ない、予審判事が秘密裡に被疑者・証人を個別に取調べ、調書を作成する。そして、それに基づいて公判を開始するかどうかの決定を行う。

検察官には、予審調書の閲覧が許される。

予審請求事件については、予審判事の公判開始決定に基づいて公判が開かれるが、公判前手続において収集され

た証拠は、そのまま起訴状と共に公判手続に引き継がれる。

公判前手続は、形式上・口頭・公開で行われ、当事者訴訟形式で行われる。

以上、みた如く、一八七七年の帝国刑事訴訟法の成立によって、ドイツは、形式上は公判手続においては、口頭・公開の弾劾主義、公判前手続においては、秘密・書面主義の糾問主義という「改革された刑事訴訟法」の系譜に属する刑事手続が成立したのである。

しかし、一八七七年の刑事訴訟法・裁判所構成法の成立は、検察官をめぐる論争の終焉を意味したわけではない。むしろ、反対に検察官制度を扱った論文は増加するのである。<sup>(7)</sup>

しかも、検察官制度が全ドイツに導入され、それが機能しはじめるにつれて、以前とは反対に、検察官制度を廃止し、刑事訴追権を他の機関に移譲すべきであるという主張が増加したことは注目に値する。<sup>(8)</sup>

勿論、検察官から刑事訴追権を奪い、これを他の機関に委ねようとする主張の全てが刑事手続の弾劾化をめざす革新的見解だった訳ではない。従来の糾問的刑事手続に慣れ親しんだ裁判官層にも、検察官廃止論の支持者が多かった。例えば、邦裁判所(Landesgerichte)のブツァー判事は、検察官が、行政府に従属している限り、法律に基づいて訴追権を行使することは不可能であるということ、刑事裁判は、捜査手続を含め、裁判官の専決事項であるということ、理由に、公判前手続は邦裁判官の中から交代で選ばれる予審判事が行うこと、公判における訴追の維持も裁判官の中から選ばれる検察官が行うべきことを主張した。<sup>(9)</sup>その他の者は検察官制度の導入と起訴法定主義の規定は、起訴事件の増加を招来すること、検察官制度はドイツの法感情に矛盾するということを理由に、軽罪については、区裁判所判事(Amtsrichter)が、重罪については、予審判事が刑事訴追権を行使すべきことを主張した。<sup>(10)</sup>

しかし、検察官から刑事訴追権を奪い、それを裁判官に付与することは、検察官制度と訴追手続の導入によって、それが形式的であるにせよ、一応、成立している公判前手続と公判手続の分離、裁判官の訴追機能からの解放という一定の弾効化を志向していた動きを逆流させるものである。<sup>(11)</sup>

又、保守派の中には、検察官に代えて警察官に刑事訴追権を付与せよという主張も存在したが、従来の警察制度を改革することなしに、警察官に刑事訴追権を付与することは、かえって、旧来の「警察国家」を再現させる危険を含むものであった。その点は、警察訴追といつても、住民の側にあり、自治体警察として組織された警察官が一般の市民と同じ資格において刑事訴追を行なうイギリスの制度とは、全く無縁の発想に基づく主張であつた。<sup>(13)</sup>

このような、保守派の主張との比較においては、検察官制度の支持者の方が、進歩的であるといえたが、それは検察官の客観性、政治的中立性を最低の条件として要請するものであつた。

検察官の行政府からの独立に関しては、オルトロフとティシュが、既に検察官制度の導入過程においてズンデリン<sup>(16)</sup>やケラー<sup>(14)</sup>が主張していた検事総長 (Oberstaatsanwalt) を組織の頂点とする独立した検察官制度の創設を提案した。

しかも、オルトロフは、検事総長を頂点とする検察官制度の創設と共に、州裁判所長官に匹敵する弁護士 (Oberanwalt) を頂点とする公的弁護人の制度を構想したのである。<sup>(17)</sup> このオルトロフの主張は、裁判官・検察官・弁護士の全てを国家支配の下に包摂してしまうという志向性が窺われる点で問題はあつたが、その点を措くとすれば、相互に独立し、しかも、実質的に対等な訴訟関与者 (訴訟主体) を構想しているという点で漸新なものであつた。最後に、「政府に従属する検察官の起訴独占」に対して最も根底的な批判を展開したのは、私人訴追主義の主張

者であった。

中でもR・シュミットは、私人訴追主義の主張の中には、刑事手続における被害者の満足と民主主義（住民自治）に基礎を置く憲法的人権思想の要請という二つの思想潮流が存在していたことを指摘し、検察官の負担軽減や被害者の満足のために私人訴追を承認するのではなく、近代的な訴追理念としての私人訴追主義について語り、私人訴追を他の軽罪にまで拡大すること、及び「公的利益」が存在する場合にのみ、検察官に起訴権限を付与することを提案したのである。<sup>(18)</sup>

だが、私人訴追主義を徹底するとすれば、理念上は、補充的な私人訴追ではなしに、原則的な私人訴追が主張されなければならない。なぜならば、近代的な私人訴追主義は、仮にそれが現実には警察官・治安判事・検察官等の司法関係者によるものであろうと、一人としての資格において刑事訴追が行われることを要請するからである。

ドイツにおいて、原則的な私人訴追を主張したのは、ハルトマンであったが、彼において理解されていたのは、むしろ、訴追形式としての私人訴追であった。<sup>(19)</sup>

更に、補充的な公衆訴追を主張したグナイスの見解も、尚、多くの支持者を持っていたし、ミッターマイヤーさえも、補充的な被害者訴追を主張していた。<sup>(20)</sup>

以上見た如く、一八七七年の刑事訴訟法の成立以後も、国家訴追主義に立脚する検察官制度をめぐる論争が依然として激しく展開され、止まることがなかったのは、いかなる訴追理念に立脚するか、又、検察官の地位・権言にどのような内容を盛るかによって刑事訴訟法そのものの性格が規定されるからに他ならない。

次章では、訴追理念と刑事手続の構造をめぐる論争を特に、公判前手続の問題を中心にみてゆく。

註

- (1) E. Carsten, op. cit., S.57-58.
- (2) E. Carsten, op. cit., S.58.
- (3) 「一八七〇年代初めまで」' まだ検察官制度を持っていなかったのは' Mecklenberg 及び Lippe であった。
- (4) St. P. O. §.152.②.
- (5) St. P. O. §.356.
- (6) E. Carsten, op. cit., S.71-72.
- (7) E. Carsten, op. cit., S.77.
- (8) E. Carsten, op. cit., S.77.
- (9) Pfizer, Rechts und Willkür in Deutschen Strafprozess, 1888. S.5. S.41.
- (10) H. Mayer, Die Parteien und Strafprozess, 1888. S.11-12.  
Justus Clemens, Strafrechts und Politik, 1898. S.41f.  
その他。
- (11) 裁判官に刑事訴追権を付与することの反対したものとては、むしろあたり、オットロフとオッターを挙げる。  
Orloff, Zur Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, G.S.Bd.49. (1848), S.273-274.  
Otto, Dip preussische Staatsanwaltschaft, Berlin, 1899.
- (12) Chudy, Kriminaljustiz und Polizei, Pester Lloyd vom 20. 2. 1892.
- (13) イギリスの警察制度が民制的であることについては、内田力蔵「検察官—イギリス」比較法雑誌三八号、二〇頁参照。

内田教授は「ヤング・イギリス警察の市民性原理」について語っている。

- (14) Orloff, Staats- und Gesellschaftsvertretung in Strafverfahren, Tübingen, 1892, S.14. derselbe, Zur Unabhängigkeit der Strafrechtspflege, G.S.Bd.49, S.336. S.348f.
- (15) H. Tinsch, Staatsanwaltschaft in deutschen Strafprozessrechts, 1883, S.21ff.
- (16) Sundelin, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland, 1860, S.55ff. derselbe, Ministerwillkür und Staatsanwaltschaft, in Allgemeine Deutschen Strafzeitung, 1862, S.129ff.
- (17) Orloff, op. cit., S.74f.
- (18) R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger, Leipzig, 1891.
- (19) A. Hartmann, op. cit., S.801f.
- (20) C. J. A. Mittermeier, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren, S.148ff. Carsten, op. cit., S.83.

### 第三章 私人訴追主義と公判前手続

——一八八〇年代以降の論争と立法の試み——

#### 一

前章でみた如く、一八七七年の帝国刑事訴訟法・裁判所構成法の成立によって、ドイツは統一的な刑事手続——検察官制度と訴追手続を伴い、公判手続においては、公開主義・口頭主義及び当事者主義を採用した刑事手続——



を持つに到ったが、一八七七年の帝国刑事訴訟法・裁判所構成法の成立は、検察官制度をめぐる論争の終焉を意味するものではなく、むしろ、更なる論争の出発点となつたのである。というのは「行政府の従属する検察官による起訴独占」が意味するものは、単に行政府が刑事訴追手続に影響を及ぼすといっただけのものではなく、その背後に訴追理念としての国家訴追主義が潜んでおり、それは刑事手続全体の性格を規定するような重大な意味を持つものであることが次第に認識されるに到ったからに他ならない。

換言するならば、糺問主義の超克と弾劾主義の貫徹にとつて、国家訴追主義こそが、克服されるべき、新たな理論課題であることが次第に認識されるに到つたのである。

というのは、形式的・表面的に見れば、国家訴追主義も私人訴追主義も弾劾主義と論理的整合性を持ちうるようにみえるが、実質的・内容的に検討してみると国家訴追主義は弾劾主義と理論的整合性は持ちえないことが判明するからである。

なぜなら、国家訴追主義に立脚しようが、形式上は、訴追によつて手続が開始され、しかも、検察官が訴追側原告としての機能を果たすことによつて、公判手続における当事者主義が実現できる。しかしながら、国家訴追主義においては、検察官は公判手続における形式的な当事者たりえても、実質的には、単なる訴追当事者ではなく、国家的正義の具現者であり、「社会秩序」の擁護者である。したがって、国家訴追主義に立脚する検察官には被告人に超越する機能・権限が付与されることになる。一八七七年の帝国刑事訴訟法が予定している検察官は将にそういう検察官である。すなわち、検察官は捜査官<sup>(1)</sup>憲を指揮・監督して有罪証拠<sup>(2)</sup>の収集に努めることは勿論、被告人に有利な証拠をも収集しなければならない。更に、国家訴追主義を徹底するならば、検察官は被害者・被告人と対等の

当事者ではなく、裁判所と共に、又は裁判所を超えて、国家的利益と社会秩序の擁護のために活動する国家機関なのである。

このような検察官が弾劾主義と理論的整合性を持ちえないことは、明かである。何故なら、弾劾主義は対等の資格と権限とをもった訴訟当事者の存在を前提にして初めて実質的な意味を持ちうるものである。にもかかわらず裁判所と共に、又は裁判所を超えて実体的真実の発見に努める検察官を構想せざるをえない国家訴追主義の下では、検察官と裁判官の關係は協働關係又は支配關係となり、弾劾主義の基本的訴訟構造である三面構造は、その実を失うことになるからである。

一八七七年の帝国刑法法の定める検察官が国家訴追主義に依拠するものであり、それ故、弾劾主義と一致するものではないという考えは、一八八〇年代以降のドイツでは、むしろ通説的見解であつたといつてよい。

例えば、ビルクマイヤーは当時の通説的見解を以下のように要約している<sup>(3)</sup>。

当事者 (Partei) とは、部分 (Parts) に語源を持ち手続において争う部分を意味する。従つて当事者は、訴訟において反対利益を主張する反対当事者の存在を前提にする。しかし (通説は) 刑事手続におけるそのような当事者の存在を疑つてきた。というのは、検察官は一方的な当事者の利益 (Partei-Interesse) の担い手ではなく、正当な判決を得るといふ国家利益の担い手だからである (ドイツ刑法法一五八条二項、三三八条二項)。それ故、刑事手続においては、利益の対立は存在せず、従つて、被疑者・被告人も当事者ではない。

又、(通説は) 検察官一体の原則も、検察官が当事者としての性格を持ちえない理由としている。しかも、被疑者・被告人は、実際には、証拠方法であつて当事者ではないとするのである。

もし仮に、人が刑事手続の中に、相対立す利益を見いだそうとすれば、一方に国家の利益を、他方に被告人の利益を認める他ないが、国家は同時に裁判権の担い手である。それ故、国家は当事者たりえないとするのである。

以上が、ビルクマイヤーが要約する一八七七年刑法施行後のドイツにおける通説的理解である。それに従うならば、一八七七年の刑法は、旧態依然として糺問主義的な刑事手続であることになる。

しかし、ビルクマイヤーはこのような通説的理解に全面的に従っていた訳ではない。<sup>(4)</sup>

ビルクマイヤーは、一八七七年の刑法は純正の糺問主義の刑事手続ではないとする。というのは、一八七七年の刑法は、訴追原則を採用しているからである。それ故、刑事手続においても当事者の存在が前提とされていることは疑うことはできないのである。何故なら、訴追原則を採用した刑事手続の本質は、訴追・弁護・裁判という三つの任務が、三つの独立した訴訟主体に課され、各自が、彼に課された任務の方向に従って、手続の形式と手段に従って行動することになるからである。

このように、ビルクマイヤーは、訴追手続に弾劾化の契機をみる。そして、一八七七年の刑法においても、当事者主義の存在を否定する通説的理解は、当事者概念を実態的利益の対立の上に構成しようとするが故に誤った理解に陥るのだと批判したのである。

ただ、ここで注意を要するのはビルクマイヤーは、当事者主義を公判手続においてのみ理解しているのであり、公判前手続においては、職権主義が妥当としたのであるが、それはビルクマイヤーが国家訴追主義に依拠していることの理論的帰結であった。

公判手続においては、当事者主義が妥当としながら、弾劾主義が貫徹されている訳ではないとする見解は、

ベーリングにおいても示されている。しかも、ベーリングにおいては、弾劾主義は私人訴追主義によってのみ基礎づけられていることが明確に自覚されているのである。ベーリングは次のようにい<sup>(5)</sup>う。

今日の刑事手続は、私人、すなわち被害者の訴追によってのみ開始される弾劾主義 (Akkusationsmaxime) に基礎を置いておらず、職権主義 (Officialprinzip) ¹、すなわち、国家が基本的に、自ら職権によって犯罪の訴追と処罰を担当する国家の起訴独占を採用している。

その意味では、一八七七年の刑訴法は、弾劾主義の採用を否定しているけれども、徹頭徹尾、糾問形式によって行なわれるのではなく、訴追 (弾劾) 形式によって行なわれる弾劾訴訟 (processus accusatorius) ²であって糾問訴訟ではない。

しかし、ベーリングが、糾問訴訟でないという意味は、裁判官が同時に訴追権を持つのではなく、被告人に対立する方向において訴訟を進行する特別の訴追官＝検察官を持ち、検察官の訴追に基づいて公判が行われるという意味においてである。

このように、ビルクマイヤー、ベーリングにおいては、共に、一八七七年の刑訴法は真正の弾劾主義でなく、形式的な意味においてのみ、弾劾主義といいうことが明確に意識されているのである。

訴追理念としての国家訴追主義が、公判手続においても、形式的・表面的にしか、弾劾主義を整合性を持ちえないことは、右にみた通りであるが、国家訴追主義と弾劾主義との理論的矛盾は、次の点にある。すなわち国家訴追主義は公判前手続において、検察官に訴追のために捜査官憲を指揮・監督して、有罪証拠を収集する原告の機能を要求するのみならず、被告人に有利な証拠をも収集して、起訴するか否かの公正な判断者としての役割を、要求す

るからである。したがって、公判前手続においては、国家訴追主義に立つかぎり、原告・被告と審判者という弾劾主義の訴訟形式である三面構造は、名実共に失われて、糺問主義類似の二面構造となるのである。

この意味において、グナイストが一八四八年以後のドイツ諸邦が制定した刑事訴訟法を評していった「半弾劾主義・半口頭主義・半公開主義」の刑事手続であるという批判が、一八七七年の帝国刑事訴訟法にも妥当するものである。

しかも、グナイストの評する「半弾劾主義・半口頭主義・半公開主義」の意味は、既にみた如く、公判手続においては弾劾主義―公判前手続においては糺問主義といった形式的なものではなく、公判手続の弾劾主義自体が形式的・表面的なものに止まり、実質的なものになっていないという意味であった。そして、この「半弾劾主義・半口頭主義・半公開主義」の刑事手続を貫く訴追理念こそ国家訴追主義であった。

それ故、公判手続も国家訴追主義に立脚する限り、実質的な意味においては弾劾主義と一致するものではないが、公判前手続は、国家訴追主義の糺問的性格が顕在化する領域であり、又、逆に、公判前手続は糺問主義でなければならぬとする思考法こそ、刑事手続において私人訴追主義を排除し、国家訴追主義を維持する思考法なのである。いうなれば、「改革された刑事訴訟法」の折衷的性格の訴追理念的表現が国家訴追主義なのであって、それ故、国家訴追主義の克服のためにも「公判前手続は糺問的でなければならない」という論理との対決が必要なのである。節を改めて検討したい。

## 註

- (1) G.V.G. §.123.
- (2) St. P.O. §.139.2. 現行ドイツ刑法一六〇条二項参照。
- (3) K. Bilmeyer, Deutschen Strafprozeßrechts, 1898. Berlin, S.292f.
- (4) K. Birkmayer, op. cit., S.293.
- (5) E. Beling, Strafprozeßrechts, in Encyclopädie der Rechtswissenschaft. v. Folzendorff. 1904. S.356. S.360f.
- (6) R. v. Gneist, op. cit., 5. ff.

## 二

私人訴追主義のみが弾劾主義と一致する訴追理念であるということ、そして、私人訴追主義が純粹に貫徹されるのは、民事訴訟及びそれに類似した私人訴追主義に立脚する訴追手続においてであるということは、一八八〇年代のドイツにおいて通説的見解となっていたことは前節で示した通りである。<sup>(一)</sup>

従つて、刑事手続なканずく公判前手続の弾劾化をめざす理論が、民事訴訟法の領域で獲得された概念と原則の上に刑事手続の構築を企図することは、自然の経緯であつた。

しかし、他方において、それが形式的なものであれ、檢察官制度の創設と訴追手続の導入が、刑事手続の弾劾化の契機となつたことも事実であつた。それ故、訴追手続導入の意義を深化することによって、公判前手続の弾劾化

を目ざす道も残されていた。<sup>(2)</sup>

このように、公判前手続の弾効化には、その出発点において、二通りの道筋があったのであるが、本節では、クリースとクロネッカーの論争を中心に、その内容を検討することにする。というのは、クリースとクロネッカーの主張の中に、公判前手続の弾効化の二つの方法の基本的論点が包摂されているからである。

民事訴訟法の領域において獲得された原理と概念を刑事訴訟法の領域に適用しようという試みは、既に、プランク、ヨーンらによって行われていたが、刑事手続、<sup>(3)</sup>なかならず、公判前手続の弾効化のために、民事訴訟法において獲得された原理と概念を適用したのが、クリースであった。<sup>(4)</sup>

クリースは、ヨーンらが抽出した訴訟能力、訴訟係属（*Rechtshängigkeit*）、訴訟条件、心証形成といった概念を刑事手続に適用することの必要性は認めながら、刑事手続の弾効化にとつては、それらの概念は、直接的インパクトを形成しないことを見て取り、民事訴訟の中心的概念を“当事者概念”と“当事者の武器対等の原理”の中に求めたのである。<sup>(5)</sup>

クリースの鋭さは、この概念を刑事手続の全過程、すなわち、公判手続のみならず公判前手続にも適用したことである。つまり、公判前手続においても“武器対等の原理”は維持されるべきであり、被疑者（被告人）が特別の取扱いを受けなければならないということはないとしたのである。

公判前手続においても“武器対等の原則”を適用するクリースは、それ故、検察官をも被疑者（被告人）と対等の当事者と位置付けるのであり、それ故、公判前手続は、原告・被告が、単独で、それぞれ独自に行う公判準備であると解するのである。

このことは、クロネッカーがハイントツに従つて、公判前手続の目的は、公判手続を請求すべきかどうかを「決定」するために確実な根拠を作りだすこと及び審理裁判所 (Erkennendes, gericht) に必要な証拠を提出することにあるとしたことに對して、クリースが厳しい批判を展開したことの中に示されている。<sup>(7)</sup>

すなわち、クリースは、クロネッカーが、公判前手続の目的を公判手続を請求すべきか否かを「決定 (Entscheidung)」することにあるとした点を批判し、「処分 (Eutschluß)」又は「檢察官の決定」という語に替えるべきだと主張したのである。というのは、「決定」という語は、公正かつ実体的真実に合致しているという考慮に基づいているが、当事者たるべき檢察官の判断が、公正かつ実体的真実に合致しているのは疑問であり、檢察官の起訴処分は、あくまでも、一当事者たる檢察官の主観的判断だからである。そこにクリースの批判の核心がある。<sup>(8)</sup>

公判前手続において当事者対等の原則の適用を主張するクリースは、又、証拠収集と身柄拘束の区別をも要求する。<sup>(9)</sup> それは、全く別の目的に奉仕するものであつて、勾留を取調の手段としてはならないというのがクリースの主張である。従つて、クリースは証拠湮滅を理由とする勾留 (Kollusionshaft) の廃止を要求するのである。

そして最後に、公判前手続の改革案として予審の廃止を主張するのである。両当事者がそれぞれ単独で公判準備を行なうことが公判前手続の目的であれば、特に予審は必要ないというのがクリースの主張である。<sup>(10)</sup>

勿論、クリースの予審廃止の主張は、単なる論理的結論として述べられているのではなく、当時の予審の存在状況に對する批判がその前提となっている。

クリースは端的に予審は、被疑者 (被告人) のために役立つていない、すなわち、予審は被疑者 (被告人) の主



張にあまり考慮を払おうとしないと主張するのであるが、それは、当時の予審が、検察官の請求によって開始され、検察官にのみ許される予審調書の閲覧権、及び、検察官の補充審査の存在、更には、官僚機構内部における検察官の優位によって、予審が訴追についての公正な審判者というより、むしろ、検察官の下請け的捜査機関となっていたという状況認識に裏打されていたのである。

クリースは、このような予審を廃止することによって訴追の促進が実現しうるし、又、予審による公判開始決定が事実上ひき起す被告人に対する不利な推定を排除できると考えたのである。

勿論、クリースも公判前手続における強制処分が必要を認めるのであるが、それは主として被告人の公判への出頭を確保するためのものであり、それ故、裁判官による勾留開始手続の採用で足りると考えたのである。<sup>(11)</sup>

以上、みた如く、クリースの主張する公判前手続の改革案は、検察官の当事者化を基軸とした、予審廃止—公判中心主義の主張であつた。<sup>(12)</sup> 勿論、クリースの主張の中にも、例えば、証拠開示の必要性の軽視、被疑者（被告人）の証拠収集能力に対する過小評価などいくつかの問題があるが、それは、当時の弁護士がおかれていた劣悪な状況の反映であつて、クリースの主張は大筋において、最も先進的な主張であつたと評することができよう。

クリースが、検察官の当事者への純化、予審廃止→公判中心主義という改革案を提示したのに対し、検察官の準司法官化、予審存置→予審の弾劾化（充実化）という改革案を提示したのは、クロネッカーであつた。

クロネッカーとクリースの相違点は、その理論の出発点において示される。すなわち、クリースが、民事手続と刑事手続のアナロジーに、その理論的出発点を求めたのに対し、クロネッカーは、グラザーに従つて、<sup>(13)</sup>それを否定する。<sup>(14)</sup>

民事訴訟と刑事訴訟は全く性格が異なる。というのは、民事訴訟においては、二人の私人が対立し、原告は彼が申し立てた権利を克ち取ろうとし、被告は彼の主張する権利を防衛しようとする。二人の当事者の一方は、自分で自分の違法性を知っているにもかかわらず争うこと、及びそれに勝つために不正な手段を使用する可能性が常に残されている。そして、民事訴訟においては、国家は何の利益も関心も持たない。

刑事訴訟は全く異なる。国家は一方の側にあり、法の具体化と犯罪者の処罰のために、検察官を通じて関与する。従って、刑事訴訟における被告人は、民事訴訟における被告人には課されない制限を甘受しなければならない。

以上が、クロネツカーの論理構成の出発点とした認識である。

ここで、クロネツカーが主張したかったのは、刑事手続においては、民事手続におけるよりも実体的真実の発見の要請が強いこと、そのために、国家の関与が要請されるということである。

しかし、国家の役割は、実体的真実の発見に必要な限りで要求されるものであり、国家の重要性の過度の強調は、かえって無辜の処罰という結果を惹起し、国家に重大な害悪をもたらす<sup>(15)</sup>。一八七七年の刑法の問題点は、国家に過度の重要性を認めたことであつた。それがクロネツカーの批判の核心である。具体的に言えばクロネツカーは、それを予審手続における書面主義的審理方法と当事者の手続への関与の排除の中にみていたのである。<sup>(16)</sup>

警察官や検事によって作成された尋問調書には、その作成過程において虚偽がはいり込む危険があつたし、又、許容できない証拠さえも書面によって提出され、判断の基礎とされる危険があつたからである。

クロネツカーは、この弊害を除去するためには、単に検察官や予審判事の「公正さ」に期待するだけでは充分ではなく、公判前手続とりわけ、予審手続における当事者の関与（対審化）が必要があると考えたのである。

このように、クロネッカーの主張は、予審の弾劾化をめざすことによって公判前手続の弾劾化を実現しようとするものであった。

クリースが予審廃止を主張するのに対し、クロネッカーが予審の充実（弾劾化）を主張した理由には、既に述べた公判前手続が持つ独自の目的の強調の他、検察官は公判前手続においては非当事者であるという刑法の規定<sup>(17)</sup>が存在するということ、更に、公判前手続においては、被疑者は常に入れ替る可能性を持っているが故に、当事者として確定することが難しいといったことに対する考慮が含まれていたが、しかし、クリースの主張に対する最も重要な反論は、予審を廃止し、検察官を当事者と位置づけるならば、不当な公訴提起に対するチェックという、予審に期待されていた機能が失なわれることになるのではないかとこの危惧感にあった。<sup>(19)</sup>

クリースは自由に起訴させたら良いではないかと主張する。しかし、クロネッカーは、刑事被告人とされること自体が、無罪判決によつては償いえない負担を市民に課することになる、と考えた。予審の機能は將に不必要な訴追の抑制にあるとクロネッカーは考えたのである。<sup>(20)</sup>それだけではない。クロネッカーは、予審を対審化することは、被告人に有利な証拠を収集する機会を与えることにもなると考えたのである。<sup>(21)</sup>

しかし、クロネッカーの主張を認めるにしても、それは検察官の当事者化を実現することなしには、被疑者（被告人）の人権保障を実現することできない。というのは、予審の対審化することによって、被疑者（被告人）の権利が保障されるためには、予審手続における原告と被告の武器対等の原則が必要だからである。更に、クロネッカーの改革案に対しては、予審手続が充実すれば充実する程、公判手続が形骸化するのではないかという批判も考えうる。<sup>(22)</sup>しかし、クロネッカーが示した改革案も、刑事手続の弾劾化のための一方策であつたことは事実であ

る。

以上、みた如く、クリースは検察官の当事者化↓予審廃止という改革案を、クロネッカーは、検察官の準司法化↓予審の弾劾化という改革案を提示したのであるが、それは、彼ら二人の改革提案にとどまらず、一八八〇年代以降のドイツにおける刑事訴訟法改革案を流れる二つの基調を形成したのである。

# 註

(1) 国家訴追主義と弾劾主義が一致しないという考えは、既にケストリンによって示されていた(R. Köstlin, *Schwerger's Jahrbücher*, 1845, S. 902)。

国家訴追主義イコール糾問主義という考えが根強かったことについては光藤「ツァハリーエの刑事訴訟法論(一)」三四三頁参照。ただ、国家官吏たる検察官が訴追するから国家訴追主義というのではない。光藤教授の中では、国家訴追主義と、検察官訴追が同義的に解されていたふしが見える。国家訴追主義とは、犯罪||国家秩序の侵害↓訴追し処罰するのは国家の義務という考えに基礎をおいている。

(2) 問題は、訴追形式の導入が、単なる形式にとどまっていることであった。光藤、前掲三四一頁。

(3) R. John, *Kommentar*, Bd. I, S. 14ff.

(4) v. Kries, *Vorverfahren und Hauptverfahren*, Z. St. W. Bd. 9, S. 1ff.

(5) v. Kries, *op. cit.*, S. 1f.

(5) Heinz, *Prinzip und Form*, *Gold. Arch.* Bd. 24, S. 265.

- (9) v. Kronecker, Die Reformbedürftigkeit des Vorverfahren in Strafprozess. Z. St. W. Bd. 7. S. 410.
  - (7) v. Kries, op. cit., S. 46.
  - (8) v. Kries, op. cit., S. 7.
  - (6) 50.
  - (10) v. Kries, op. cit., S. 65ff. 尚「クロネッカーによると」クリースは「ステマン (Siemann)」「ケラー (Keller) の予審廃止論の主張に属するところ。しかし、その発想の根拠は異なる。」
  - v. Kronecker, Vorverfahren und Hauptverfahren, Z. St. W. Bd. 10. S. 518.
  - (11) v. Kries, op. cit., S. 66ff.
  - (12) v. Kries, op. cit., S. 102.
  - (13) Glaser, Handbuch, Bd. 1. S. 14ff. S. 239ff.
  - (14) v. Kries, op. cit., S. 490f.
  - (15) Glaser, op. cit., S. 15. S. 240 ; v. Kronecker, Die Reformbedürftigkeit, S. 395ff.
  - (16) クロネッカーは特にドイツ刑法一五八条二項を引きあいて出づところ。v. Kronecker, Vorverfahren, S. 493.
  - (18) v. Kronecker, op. cit. S. 495. 公判前手続においては、被疑者の当事者性は確定できないが故に、「弾劾主義は公判前手続には妥当しない」という主張は、「今日の我国でも行われている。例えば、鴨良弼「刑事訴訟における技術と倫理」(日本評論社) 昭三九、一五頁以下。
- 但し、私人訴追主義を採る英米法においては、「告発状の提出と被疑者の召換によって刑事手続が開始されるので、問題はあらかじめ解決されている。」R. Schmidt, op. cit., S. 7.

- (19) v. Kries, op. cit., S.502f.
- (20) v. Kries, op. cit., S.522f.
- (21) v. Kries, op. cit., S.495f. クロネッカーも、クリースの予審廃止論を全く見当はずれの批判だとしているわけではない。  
 ただ、公判前手続も実体的真実の発見のために奉仕すべきだとし、その際、強制的処分が必然的に伴うという前提から予  
 審判事に期待したのである。v. Kronecker, op. cit., s.501.
- (22) v. Kronecker, op. cit., s.501f. クロネッカーは、公判前手続でも、できる限り事実が明かにされねばならず、公判手続  
 はその不十分さを補充する手続だと考えている。それは、検察官も「公正な非当事者」であると考えることの論理的帰結  
 である。vgl. E. Schmidt, op. cit., s.414.

### 三

前節においては、公判前手続の弾劾化をめぐる理論的問題を概観したが、解釈による解決には自から限界があり、立法上の解決を要請するものであった。そこで、本節においては、一八八〇年代以降の刑訴法改正の動きを追うこととする。

一八七七年の刑訴法の問題点が、その「糺問的残滓」にあったことは、既にたびたび述べた通りである。従って、改革の基調は一八七七年の刑訴法に付着している「糺問的残滓」をいかにして払拭するかということにあった。<sup>(1)</sup>  
 個々の規定の改革案は、既に一八七七年の刑訴法並びに裁判所構成法の施行当初から議会に提案されていたが、<sup>(2)</sup>

一八九五年の帝国議會に刑訴法と裁判所構成法の改正と補充に関する草案が提出された。<sup>(3)</sup>

この草案は、檢察官制度そのものの改廃を目論む提案を、何ら含んでいなかったが、その鑑定を付託された、二十一名の委員によつて構成された委員会は、草案に反対して、原則的な私人訴追を侮辱と身体傷害以外の犯罪に拡大すること、及び公益の存在しない場合には檢察官は起訴をしなくてもよい権限を付与されるべきことを決議した。<sup>(4)</sup>しかし、草案は審議未了となつた。

一九〇三年に司法省は、新たな刑訴法の改正案を準備するために二十一名からなる委員会を設立した。その委員会が一九〇五年に作成した報告書は、本質的には、従来の内容を何ら変更しようとするものではなかったが、<sup>(5)</sup>檢察官が起訴する際には、全ての手持ち証拠を被疑者に説明したでなければ、起訴状を提出できないこととし、被告人の防衛権を強化しようとした。<sup>(5)</sup>この提案は委員会で採択された。

本稿との関連において注目されるのは、委員会の討議において、公判前手続の改正が問題とされたことである。<sup>(7)</sup>

委員会は、被疑者(被告人)の利益を計るために、公判前手続の改正が必要であるという点では意見の一致をみていたが、多数意見は、原則は維持し、部分的改正にとどめようとした。これに対し、公判前手続を当事者訴訟構造にせよという主張や予審を廃止せよという主張が少数意見ではあったが存在した。<sup>(8)</sup>

公判前手続の当事者化(弾劾化)を求める主張が批判の対象としたのは、特に予審における書面主義の問題であつた。というのは、公判前手続において調書を作成する予審裁判所の書記は、欠陥の多い、不正確な書面を作ることが稀ではなかったし、調書が公判手続にそのまま証拠として引き継がれることは、裁判官を偏見に陥れ、更に、口頭主義を形骸化するからである。<sup>(9)</sup>

公判前手続における書面主義の持つ弊害を克服するための改革案が、公判前手続の弾効化であった。それは、具體的にいえば、検察官は当事者として証拠を収集し、起訴状を作成することとし、予審判事が、検察官と被疑者双方を尋問して公判開始決定を行うべしという提案であった。<sup>(10)</sup> 検察官の作成した調査は、予審の資料とされたのである。

これに対して、検察官が捜査を担当するとすれば、検察官の人員増加が必要であるという実務上の理由からの反対の他に、調査と証言とがくい違った場合には、調査の方が信用できるという批判や、<sup>(11)</sup> 更には、予審手続の弾効化は、訴訟遅延の原因となり、かえって被疑者（被告人）に不利になるという批判が加えられた。<sup>(12)</sup>

一方予審廃止論には、検察官の当事者化による廃止ではなく、検察官に公判前手続の権限を集中せよという、検察官の権限強化による予審廃止論も現れた。<sup>(13)</sup> この主張は、予審判事は、被疑者（被告人）に有利な証拠を収集しようとはせず、被疑者に対して不誠実であるともいう現状認識に立脚していたが、これに対しては、予審判事は、公正で客観的であり、裁判官としての職務を遂行しているという反論が加えられた。<sup>(14)</sup>

又、実際上も、訴追官としての検察官よりも、予審判事の方が被疑者（被告人）の保護に適しているという主張が多数を占め、委員会は結局、予審廃止案を否決した。<sup>(15)</sup>

以上、見た如く、一九〇五年の委員会審議は、結局、一八七七年の刑訴法の基本的骨格を維持することで落着いたのである。

しかし、公判前手続の改革要求は、これで終わりを告げたのではない。更にそれ以後陪審制度拡大の要求と結びついて展開されることになる。



そして、公判前手続をめぐる論争の中で、クリース、クロネッカーによって提示された改革案は、予審手続の弾効化は一九〇八年草案に、予審廃止論は一九二〇年草案にという形で盛り込まれていくのである。<sup>(16)</sup>

一九〇五年の報告書に基づいて、一九〇八年に、陪審制度の拡大と控訴権の充実とを内容とする草案が作成された。<sup>(17)</sup> 陪審制度の拡大は、既に一九世紀初頭以来の自由主義的改革運動の目標として掲げられ、一八四八年の各邦の刑事訴訟法の改正過程で部分的には採用されていたが、充分なものとはいえなかった。<sup>(18)</sup>

陪審制度の導入は、フランスの経験が示すごとく、公判前手続の改革と連動するものであつて、公判前手続の改革抜きには、その実効性は期待できないものであつた。

それ故、一九〇八年草案は、予審手続の当事者化という方向においてその改革をめざしたのであるが、陪審制の拡大に対する抵抗と同様、公判前手続の改革に対する抵抗は大きく、結局、一九〇八年の草案も成案とはならなかった。

しかし、第一次世界大戦におけるドイツの敗北とドイツ帝政の崩壊、ワイマール共和国の成立は、刑事訴訟法全面改正への意欲を喚起した。<sup>(19)</sup> すなわち、一九二〇年、ゴールドシュミットの起草した「刑事事件における訴追手続に関する法律草案」がそれである。これは、裁判所構成法案と共にワイマール共和国議会に提出された。

「ゴールドシュミット草案」と呼称されるこの草案は、一八七七年の刑事訴訟法に付着していた「糾問主義的残滓」を払拭し、弾劾主義の思想を押し進めた画期的かつ大胆な提案を含んでいた。<sup>(20)</sup>

まず第一の改正点は予審の廃止であつた。公判前手続における捜査・予審手続での被疑者・証人の重複する尋問（それによって、手続が遅延し、末決勾留が長期化していた）の回避、検察官の訴訟当事者化（予審は検察官の事

実上の支配化にあり、それが証拠収集、証拠評価を行うことにより、公判前手続が糺問化していた、偏見にとらわれた予審実務（實際上、予審は訴追機関であり、検察官の補助機関であった）の撤廃、それが、予審廃止によって実現しようとする目標であった。

ただ、予審廃止論はすでにみた如く、検察官の当事者化にも、検察官の権限強化にも結びつく両刃の剣である。検察官の権限強化と結びついた予審廃止は事態を一層悪化させる危険があった。それを回避するには、検察官の当事者主義化、公判前手続における武器対等の原則の貫徹しかない。それ故、検察官との関係においては、検察官の強制捜査権、特に被疑者取調べについて、草案がどのように規定しているかを見なければならぬ。

草案は、この点に関して、被疑者への黙秘権の告知 (§35 ③)、弁護人の立会権 (§171 ①) を規定し、更に、逮捕・勾留については区判事に請求し、区判事が命令することとした (§188 ③)。

このように、検察官は基本的に、強制捜査権をもたないのであって、強制捜査権は区判事に属する。しかも、区判事の尋問も、被疑者に関しては、被疑者が検察官に被疑事実について供述し、かつ取調に対する被疑者の「明瞭な同意」が存在する場合にのみ、可能である (§190 ③)。

公判前手続における武器対等の原則の適用は、右にみた如く、検察官からの強制捜査権の剝奪、被疑者尋問の禁止という結論をひきだしたのであるが、他方においては、被疑者・被告人の訴訟主体としての確立、防御権の強化をも実現する。

すなわち、被疑者は、官吏の監視の下で書類及び証拠の閲覧が許され (§34)、弁護人は「特別の許可」なしにそれを閲覧できる (§172 ②)。

更に、被疑者には、単に訴追側の収集した証拠の閲覧という消極的保障のみならず、積極的に証拠収集するための便宜が与えられている。すなわち、被疑者が証拠取調べを請求した場合には、検察官は重要なものについては取り調べねばならず (§191 ①)、検察官が拒否した場合には、被疑者は直接、区判事に申し立てることができる (§191 ②、③)。

これが、ゴールドシュミット草案の公判前手続の骨子であった。

ゴールドシュミット草案は、確かに、検察官に被疑者を拘引する権限を認めたし (§157, 156) 起訴状一本主義の不採用 (§202) など、不十分な点をいくつか残していた。<sup>(21)</sup> しかし、それはドイツで初めて公判前手続の弾劾化への一つのモデルを示したものであったのである。

その意味で、ゴールドシュミット草案は、結局、成案とはならなかったが、<sup>(22)</sup> これまでみてきたように、一九世紀初頭以来続けられてきた刑事手続弾劾化のための理論的営為の一つの偉大な到達点であった。<sup>(23)</sup>

#### 註

- (1) 既に述べた如く、グナイストは一八四八年以降に成立したプロイセンはじめ諸邦の刑事訴訟法について、半弾劾主義、半口頭主義・半公開主義であると批判した (R. v. Gneist, Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung, 1874) が、一九二〇年草案の起草者であるゴールドシュミットも、グナイストの右の言葉を引用しつつ、一八七七年の刑事訴訟法に「付着してゐる紀問的残滓」の克服が、刑法法改革の課題であるとした。Goldschmidt, Die new Ordnung der Strafgerichte und des Strafverfahren, J. W. 1920, S.230.

- (2) 一八七七年以降の改正作業について H. Gündel, F. Hartung, II. Lingemann, E. Niehammer, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 22. März. 1924. (Kommentar) S. 11 ff. E. Schmidt, op. cit., S. 413f. 参照。
- (3) E. Schmidt, op. cit., S. 414. E. Carsten, op. cit., S. 88.
- (4) E. Carsten, op. cit., S. 88.
- (5) Geobel, Stellung der Staatsanwaltschaft in Strafverfahren, insbesondere im Vorverfahren, in P. F. Aschrott, Reform des Strafprozess, 1906. Berlin. S. 368 ff.
- (6) Geobel, op. cit., S. 373. 但し、被疑者が全てを自白し、尋問後に新たな事実が捜査されなかった場合はこの限りではなかった。
- (7) W. Lilienthal, Voruntersuchung und Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahren, in Aschrott, S. 381 ff.
- (8) W. Lilienthal, op. cit., S. 380.
- (9) W. Lilienthal, op. cit., S. 380.
- (10) W. Lilienthal, op. cit., S. 381.
- (11) W. Lilienthal, op. cit., S. 381 f.
- (12) W. Lilienthal, op. cit., S. 383.
- (13) W. Lilienthal, op. cit., S. 383.
- (14) W. Lilienthal, op. cit., S. 384.
- (15) W. Lilienthal, op. cit., S. 385 f.
- (16) 両草案の構造とそれをめぐる論争については、既に小野博士と小田中教授による詳細な紹介と分析がある。基本的には、

小田中教授に依った。小野清一郎「ドイツの新刑事訴訟法草案について」〔法学志林二四巻二号、小田中聡樹「ドイツ刑事手続の構造」(同「刑事訴訟法の歴史的分折」日本評論社、一九七六年所収、頁数は同書の頁で示す)三四頁以下。

(17) E. Schmidt, op. cit., S.414.

(18) E. Schmidt, op. cit., S.327f.

(19) 一九二〇年草案は、ワイマール共和国の政治的リーダーシップを握っていた社会民主党が決議した「刑事裁判制度及び手続の改正に関する見解」の思想的影響下において作成された。小野、前掲、五七頁。小田中、前掲、三六頁以下。

(20) E. Schmidt, op. cit., S.417. 小田中、前掲、七〇頁以下。

(21) 小田中、前掲、八八頁以下。

(22) ゴールドシュミット草案が成案とならなかったのは、「ワイマール合同」の政治的脆弱性に起因する。小田中、前掲、三七頁。

(23) E. Schmidt, op. cit., S.417.

## 終章 今後の課題と展望

起訴前手続の構造をめぐる議論が「改革された刑事訴訟法」の更なる弾劾化という歴史的理論課題をめぐるものであったこと、「改革された刑事訴訟法」において、その公判手続における弾劾主義的側面と起訴前手続における

糾問主義的側面とを架橋したのが、国家訴追主義に立脚する檢察官であつたこと、それ故、公判前手続の弾劾化に際して、常に檢察官の地位、権限およびそれが依拠する訴追理念が問題とされたという<sup>(1)</sup>ことについて以上論述を進めてきた。そして、ドイツにおける起訴前手続の弾劾化のための一つのモデルを、一九二〇年のゴールドシュミット草案の中にみた。それは、ゴールドシュミット草案を私人訴追主義の理念の一つの具体化として、その発展史の中に位置づけることができる、と考えたからである。なぜなら、私人訴追主義の最も重要な理論的帰結は、當事者の訴追主体としての確立と武器對等の原則の貫徹であるが、この理論的帰結がゴールドシュミット草案の中に見事に実現されていると思われるからである。

ところで、我国においてもすでに戦前、このような方向への改革が全く志向されなかつたわけではない。弁護士権の確立、強化が學者、弁護士によつて強く意識されていただけでなく、更に進んで、このような理論的帰結を生み出した私人訴追主義の研究の必要性さえ、「攻究すべき理論的課題」として意識されていたからである。<sup>(1)</sup>それにもかかわらず、「糾問主義的檢察官司法」からの脱却が戦後改革の課題とされたとき、ゴールドシュミット草案に示された程の改革案も国内からは損唱されることはなかつた。それどころか、私人訴追主義の上に立つた総司令部(HO)の刑事手続改革への指針を十分に読みとることすらできなかったのである。

今日において、もし、刑事手続の弾劾化を実現しようとするならば、私人訴追主義についての研究を深め、公判前手続の改革案も、私人訴追主義の基礎の上に築かねばなるまい。

国家訴追主義に依拠した上で、現行刑法における人権保障を志向するとすれば、それは、檢察官の「公正さ」に多くを期待することとなり、「檢察官の準司法官化」「客觀義務論」の迷路に迷い込むことにならう。訴追側の当

事者である検察官に「公正さ」を期待することは、結局は検察官の権限強化論に連なり、「糺問主義的検察官司法」に道を拓くことになるであろう。

その意味では、田宮教授が、検察官を「公正な」審判者とし、被疑者及び司法警察職員を対立当事者とする井戸田教授の「新たな捜査構造論」に疑惑の目を向け、英米法における予備審問手続を念頭に置き、公判前手続においても裁判官による司法的抑制を充実すること―勾留の際の逮捕前置主義の意義の再確認及び勾留裁判の実質化―によって、人権保障の実を挙げようとするのは、鋭い認識であるといわなければならない。

最後に、本稿においても若干触れたが、私人訴追主義に立脚した上で予審を弾劾化するという方策も考えられないことはない。しかし、その方途・当否は、国家訴追主義を採用したドイツにおいて更に、起訴前手続の弾劾化が何故問題となったのかという問題のその源流を探ることに主眼をおいた本稿ではこの点について論究することができなかつた。残された問題についてはフランスの予審弾劾化の経過の検討を含めて他日に期したい。

#### 註

(1) 林頼三郎「刑事訴訟法論」(大正十年改訂)五三頁以下。平沼騏一郎「新刑事訴訟法要論」(大正十五年改訂)四一頁以下。団藤重光「刑事訴訟法綱要」(昭一八)三七頁以下。

(2) 田宮裕編著「刑事訴訟法Ⅰ」(昭五〇)三九頁・一五九頁参照。

〔本稿の執筆については、平田元・大久保哲両君を始めとする九州大学刑事法研究室の諸君に資料収集を始めとして、多大の援助を載いた。誌上を借りて、厚く感謝の意を表したい。〕