

論  
説フランスの「人民代表訴追」とイギリスの  
「一般市民訴追」——捜査権強化と機能分離  
との調和

沢 登 佳 人

## 目 次 (適宜要約して示す)

- 一 訴追と予審との機能分離をめぐる難問
- 二 仏英法が共に人民訴追・人民法廷の理念に拠りながら、具体構造上なぜ顕著な違いを生じたのか？
- 三 フランス法における「訴追と予審との機能分離原則」の歴史と問題点
- 四 フランス一七九一年法のイギリス式手続における分離原則の不存在と、その後の立法・判例によるこの原則の完成  
——そのための糺問手続的手法の利用
- 五 フランス一七九五年罪刑法典において、公訴権の人民への帰属が宣言されると共に、被害者の訴権が強化され  
発展する。
- 六 絶対王権の告発奨励が糺問手続を生む——告発を取捨する訴追官吏の登場が近代的弾劾手続の開幕を告げる。

七 フランス一八〇一年法による、私訴原告人と検察官との協同訴追システムの完成——人民訴権代理行使者としての検察官の適任性と、イギリスに存在しえなかつた理由

八 一八〇一年法で完成した当事者対等原則・対物訴権・実体的眞実主義・裁判長の職權主義と、人民訴追・人民法廷の理念

九 フランスの人民法廷は各個人の良心の法廷であり、日本の裁判官法廷は超越者の絶対的眞理および絶対的正義の法廷である。

一〇 予審は訴追を待つて、訴追の対象たる物とその正犯または共犯たる人に対してのみ、なされうる。

一一 予審の訴追からの独立原則——C・I・C・におけるこの原則への抵触と、C・P・P・による抵触の克服

一二 C・P・P・における、検察・警察の現行犯予審の強化と予備捜査の法認

一三 フランス法の全面的証拠開示とドイツ法の自由な証明とは、予審と陪審（ドイツ法では参審）との要請である——それらが無いわが法における証拠開示の困難性と自由な証明の不可能性

一四 フランス法における軽罪判決に対する検察・警察の捜査記録の大きな影響力

一五 フランス法における検察・警察の捜査の予審に対する大きな影響力と公訴時効中断効

今後の課題

一 本論の課題（その一）、訴追と予審との機能分離の困難性とそれをめぐる問題状況の解明

本誌前々号所載拙論「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」におい

て、私は、フランス刑事訴権の大体の構造を説明しながら、その構造を支える基本原理として、訴追と予審との機能分離の原則が極めて重要であることを略説した。そして本誌前号所載拙論「フランス刑事訴訟法における『判決手続と訴追・予審との機能分離の原則』と『陪審制度・自由心証主義および口頭弁論主義の一体不可分性』」でさらに、標題に示した如く訴追と判決との間および予審と判決との間の機能分離の原則を、かなり詳細具体的に説明した。これら三つの機能分離原則を総合すれば、フランス刑事法の構造を支える基本原理の全貌が明らかとなる。

ただ、第一論文は、フランス刑事法を全く知らない読者にフランス刑事法とはこんなものかというおよそのイメージをつかんでもらいたいという願望もあって、公訴権および私訴権そのものの本質・構造の解明、なかなづく公訴権を人民から委託されて行使するフランス検察官のわが検察官との異質性の指摘やドイツ法学者の説くフランス検察官像(法律の番人理念)の虚像性の暴露に紙幅の大半を割いたために、訴追と予審との機能分離については、大革命の過程でこの原則が確立された極く概略の道筋と、この原則の極めて基本的な意義とを、説明するにとどまった。これに対して第二論文では、すでに読者が第一論文を読んでフランス刑事法の輪廓を知っていることを前提として、第一論文で照明を当てられなかった判決手続にスポットライトを当て、その基本構造・基本機能たる陪審制度と自由心証主義||口頭弁論主義に基づくその運用とを、判決と訴追・予審との機能分離原則に関連させつつ、ある程度専門的な問題点まで含めて考察した。それを成し終えてから改めて第一論文中の訴追と予審との機能分離原則の説明をふりかえると、啓蒙の意味合いからすればほぼ要領を尽くしているものの、もう少し深く突っ込んで問題を探りたいと思う読者には、粗枝大葉に過ぎ、かつC・I・C・以降の展開に対する考察が殆ど全く欠けている点で、甚だ物足りないであろうと思われる。第二論文はその主題につき、単に詳細具体的かつある程度専門的な視点から解明しただけでなく、大革命期よりもC・I・C・制定以降の展開に考察の主眼を置いており、同じ機能分

離原則を扱いながらその点で兩論文間にかんりのアンバランスが認められる。本論はまずその足らざる点を補充することによって、そのアンバランスを是正せんとする。

しかし、本論が書かれた目的は単にそれのみではない。実を言うと、機能分離原則の抵触をめぐる問題は、特に近年、判決と訴追・予審との間におけるよりも、訴追と予審との間において、遙かに深刻な形で提起されている。なぜならまず原理的な点として、訴追は起訴前捜査によって収集された犯罪に関する情報に基づいて行なわれるが、起訴前捜査と予審とはいずれも犯罪の痕跡と思われる事物または犯罪が行なわれなかったことの痕跡と思われる事物を収集することを目的とする行為たる点において本質を同じくするだけでなく、起訴を待つて開始される予審は必然的に、起訴がそれに基づいて行なわれた所の起訴前捜査により獲られた情報を受け継ぎ、これを予審のための最初の手がかりとするという意味で、訴追における嫌疑を引き継いでこれをさらに発展させ確実なものにし、または逆に弱め曇らすことを主眼とすることになるので、訴追と予審との分離独行よりも協力癒着の方が便宜であるという主張は、一般にかなりの説得力を持っているからである。さらに第二に、一九世紀よりこの方、司法警察の組織整備と科学的捜査技術の長足の進歩とによるその捜査能力の飛躍的發展の結果、予審に入る以前に確度の高い犯罪の痕跡がすでに十分に収集され終つていて、予審判事は単にそれを記録しそれに基づいて殆ど自動的に予定された嫌疑十分との評価を行ない、予定された付公判決定を下す機関、いわば司法警察の台所で作られ検察官の手で運ばれて眼の前に置かれた据え膳を食う係に過ぎぬかの印象を与えるケースが増えたために、分離の実について疑問が投げかけられただけでなく、予審の存在価値そのものが問われるという深刻な事態をすら招くに至ったからである。本論が考察すべき最重要のテーマはそれである。

二 本論の課題(その二)、同じ「同僚の裁判(社会—人民—公衆の訴追と判決と)」の理念に拠りながら、仏英両刑事訴訟手続の間に、実体的眞実主義に基づく職権主義と当事者処分権主義に基づく当事者主義との、および検察官訴追と司法警察訴追との、画然たる違いが生じた原因の解明

フランス刑法法の最も根底に在る理念は「同僚による裁判」すなわち「人民の一員である被疑者を、同じ人民の一員であり従つて被告人の仲間・同僚である検察官と私訴原告人(犯罪の被害者)とが協同して人民の名において人民を代表して訴追し、同じ人民の一員であり従つて被告人、検察官および私訴原告人の仲間・同僚である陪審員が、人民の名において人民を代表して、各当事者の言い分を公平に聴いて(有罪無罪の)判決をする手続」たることである。陪審裁判所は主権者たる人民の最高法廷である(いわゆる「裁判権の完全性」(Plénitude de juridiction)がそこから生じる。C. P. D. 一三三一条。G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, Procédure Pénale, 11<sup>e</sup> édit. 1980, Précis Dalloz, n<sup>o</sup> 328, 346, 361, 381, 566. および同書の沢登佳人・沢登俊雄・新倉修訳「フランス刑事法〔刑事訴訟法〕」(成文堂、昭和五七年)「三三八、三四六、三六一、三八一、五六六参照)から、訴追および予審の判断に影響されることなく自主独立の判断を下しえんがために、起訴前捜査および予審の記録に基づかず、公判において当事者が提出する証拠(記録は証拠そのものでなく証拠に関する情報にすぎない。一七九一年九月一六—一九日法 *Le part. tit. VI, art. 11, 12. C. P. D. 四三〇条*)とそれをめぐる当事者の討論とのみに基づき、心証形成に対する如何なる法定拘束も受けることなく、心証を形成し判定を下さなければならない。これが「口頭弁論主義」および「自由心証主義」である。かつ陪審員

は同じ人民の一員として、被告人、検察官および私訴原告人のいずれとも対等の同僚であるから、すべての当事者の言分を公平に聴かねばならず、従つてまたいずれの当事者に対しても独立無縁の立場を堅持しなければならぬ。このうち、被告人および私訴原告人との独立無縁性は当然のことで特筆するを要しないが、起訴前捜査においてかなりの権力を与えられている検察官および司法警察との独立無縁性は、裁判の公平上特に重要である。さらに、判決人が同時に予審機関を兼ねるときは、自己の仮説に固執して仮説に合う証拠だけを追い求め、合わない証拠の追求をなおざりにしまつたは無視する危険があり、公正な判断を期しがたいから、陪審員は、証拠の収集は予審裁判所に委ね、予審裁判所が収集した証拠を公判に提出して弁論を組み立てる仕事は原告被告に委ね、自らはその弁論を公平に聴いて見落しのない総合的な判断を下す仕事に専念すべきである。以上の諸要請が、判決と訴追・予審との機能分離の原則を構成する。

これが前掲第二論文の要旨である。そしてこの限りでは、フランスの判決手続（陪審裁判）およびそれと予審との関係は、イギリスの判決手続およびそれと予備審問との関係と、理念においても基本構造においても全く軌を一にしているように見える。しかし第二論文でも指摘した通り、一つの大きな違いが別に存在する。フランスの裁判官は「あるいは被告人のためあるいは公訴のため真理の認識に到達することを求めて何事をもおろそかにしない」義務を負うており（実体的眞実主義。Crim. 19 mars 1825, Bull. crim., n° 50）、収集された証拠だけでは不十分だという理由で判決を拒否することができない（Crim. 30 oct. 1862, Bull. crim., n° 300）から、予審で収集された証拠だけでは真相窮明に不十分だと思ふ場合には、新たな予審的措施ないし補充審理を命じることができ、そのために事件を後の公判に送ることができ（軽罪裁判所につきCrim. 19 mars 1825, Bull. crim., n° 50. 重罪法院につきCrim. 26 juin 1828, D. P. 1828, 1, 296. C. P. P. 五三八条（違警罪裁判所につき）、四六三条（軽罪裁判所につき）、五一二条（軽罪上

訴部につき)。そして特に重罪法院の裁判長は、「自己の名誉と良心とにかけて、真実の発見に有用と信ずるすべての手段をとりうる自由裁量権を与えられている(C・P・P・三二〇条、同旨C・I・C・二六八条)」ので、裁判長が真相窮明のためにとりうる措置は、自由心証主義・口頭弁論主義に反しない限り無制約である。その目的で彼は、後の開廷期へ事件を移送することができ、移送したならばその間に自ら必要な予審を行なうべきである(C・P・P・三四三条)。そしてその結果真相が重罪公訴部の付公判裁定の性質決定(訴因、罪名)と合わないと判断したなら、合うと思う性質決定に変更して陪審に設問することができる(Crim. 12 mai 1970, Bull. crim., 1970, p. 138, p. 360)。これに対して英米法では、証拠の収集・提出は全く当事者の責任に委ねられ、裁判長は両当事者をしてフェアにかつ平等にその責任を尽さしめるため、いわば両者の弁論に攻撃防禦の交通整理係ないし司会者の役割を果たすにすぎないから、陪審員は両当事者が提出した証拠だけでは真相窮明に不十分と判断した場合には、証拠不十分で無罪とする以外にはなく、かつそれでよい。訴因は正式起訴で最終的に定まり、公判審理の経過を見て修正することができないから、陪審員は、訴因が真相と合わなければ無罪とするの外はなく、かつそれでよい。つまり、フランス法における如き実体的真実主義と真実発見のための強力な裁判所・裁判長の職権とは、存在しないのである。同じように同僚の裁判の理念に立ちながら、仏法と英法との間に何故かくも大きな違いが生じるのか。第二論文で解き残したこの謎を解く鍵を、この論文で見つけたいと思う。

同じ疑問が訴追機関についても生じる。共に同僚による訴追であると言うにしては、社会||人民||公衆から公訴権(刑事訴権)を委託され、社会||人民||公衆の代表として社会||人民||公衆の名において、公訴権を始動しかつ行使する主体が、仏法と英法とでは全く異なる。英法ではそれは実質的に司法警察であるのに対し(市民個人が訴追する場合)は事務弁護士(collector)に依頼して訴追代理人になつてもらうのだが、事務弁護士は警察に協力を求めて捜査を行ない最

最終的に訴追することになると事件を法廷弁護士 (Carrison) に移管し、以後法廷弁護士が原告代理人として行動する。警察が訴追する場合は警察専属の事務弁護士に依頼しそこから法廷弁護士の手に移る。両者を比較すると、訴追するか否かの決め手となる情報収集はどちらも実質上は警察の手で行なわれ、訴追後の手続はどちらも法廷弁護士の手をわずらわすのだから、その差異は多分に名目的である。仏法では検察官である。フランス司法警察は、起訴の可否を決める情報の収集に当る点では英法と同じであるが、それを検察官の指揮に従ってなさねばならず、かつ集めた情報はすべて検察官の手許に送り検察官に起訴の可否を決定してもらうのであって、司法警察自身が決定を下すのではない。後の点で司法警察は、検察官に対して犯罪情報を提供して起訴を促すが自ら起訴することのできない一般市民たる告発人や、私訴原告人となることを申し立てない單純告訴人と、全く同列である。そこで今司法警察官の役割だけに限って両法を比較すると、フランスの司法警察官の方がイギリスのそれよりも、糺問手続の捜査機関からの距離が遠い、と言うことができる。糺問手続の捜査官は予審法官 (lieutenant criminel de baillage) であるが、彼の職務は、(一) 告訴告発に基づきまたは職権で犯罪の情報を集め (起訴前捜査)、(二) それに基づいて予審を行なうか否かを決定し (起訴)、(三) 予審を行ない、(四) その結果に基づいて事件を判決法廷に移送する (付公判ないし正式起訴) と共に、(五) 自ら判決裁判所に對して予審の報告を行ない (判決手続における原告としての活動)、かつ(六) 自ら判決裁判所の一員として判決に参加することである。つまり、刑事手続の全局面において中心的な主体として活動することである。これと比較するとき、フランスの司法警察官の役割は(一)の起訴前捜査のみに比定されうるのに対し、イギリスの司法警察官の役割は、(三)の予審・(四)の付公判・および(六)の判決への参加を除く残りすべて、すなわち(二)情報を収集し・(三)それに基づいて予審 (予備審問) を求め・かつ(五)公判で原告として行動することに比定される。つまり、司法警察の機能のみに着目すれば、仏法の方が予審法官の機能からより遠く従ってより弾劾的、英法の方がより近く従ってより糺問的

である、と言いうる。

人あるいは次のように反論するかもしれない。そういう結果になったわけは、仏法では、予審法官の(二)と(四)とに当る機能つまり原告としての行動を、司法警察官とは別個の検察官という機関に担掌させたためである。しかるに、検察官はその機能を果たすために司法警察官を指揮したまたは自ら起訴前捜査をなさしめまたは行なうのであるから、司法警察官は独立の存在でなく検察官の手脚であると見るべきで、従って起訴前捜査の真の主体は検察官である。してみれば、仏法では検察官が、英法の司法警察官と全く同様に、予審法官の(一)(四)に当る機能を遂行するのであり、従ってフランス検察官とイギリス司法警察官とをその点(予審法官との機能上の対応関係)に限って比較すれば、糺問手続からは全く等距離に在り、いずれがより弾劾的、いずれがより糺問的とは言えない。

以上の反論に対してはさらに以下の如き再反論が可能である。嫌疑の固まっていない初動捜査の段階では、仏法でも司法警察官が主役で、検察官は介入して来ないのが常態であり、ある程度情報が集まり嫌疑が固まった所で検察官に報告し指揮を仰ぐのが普通である。この時検察官は司法警察官によって収集された情報を第三者的な眼で冷静に分析し客観的に推論し、その上に立って、直ちに起訴すべき程に嫌疑が濃厚でありかつ起訴に便宜であるか、嫌疑はかなり濃く便宜はかなり大きい但未だ直ちに起訴すべき程度には達していないからさらに起訴前捜査を続行させまたは続行するのが適当であるか、それとも直ちに不起訴と決めるべき程に嫌疑が薄弱または起訴に不便宜であるかを、評価し判定する。つまり、初動捜査によって司法警察官がある程度固めた嫌疑は、ここで第三者的眼を持った他の機関により、一度再吟味されチェックされる。しかして、無理な訴追による人権侵害の危険を防ぐのに、このチェックが極めて有効であることは、言うまでもない。初動捜査の機関と、その結果を吟味し起訴・不起訴なしし起訴前捜査の継続・放棄を決定する機関とが、同一である場合には、初動捜査で形成された嫌疑が最後まで客

觀的吟味にかけられないまま先入観となつて起訴前捜査の全体を支配し、その結果起訴と原告としての公判活動との全体を支配してしまふことになりがちであり、最初の嫌疑が間違つていても訂正されることなく被疑者を訴追へ公判廷へそして有罪論告へと不正に追いつて行く危険がそれだけ大きくなるからである。糺問手続の大きな欠陥の一つは(三)でもう一度述べるが、予審法官という一人の裁判官が手続の全局(前記(一)(二))を通じて一貫して手続の中心主体となるがために、初動捜査における予審判事の子断が爾後終局判決に至るまでの全局を決定的に支配し、有罪宣告はすでにその時(初動捜査で予審判事が嫌疑ありと思つた時)宣告されるに等しい、という点に在つた。してみれば、初動捜査によつて司法警察官の抱いた嫌疑が同じ機関による起訴へ、そして判決手続における有罪立証活動へと、直接発展して行く英法の在り方は、初動捜査の嫌疑が一旦他の機関によつて吟味され批判された上であらなければ、後の機関による起訴へ、有罪立証活動へと引き継がれることのない仏法の在り方に比べて、遙かに糺問手続の在り方に近い、と言ひうる。

けれども他面、観点を変えて、訴追・有罪立証活動の主体であるフランスの検察官とイギリスの司法警察官との身分・地位・性格を比べると、逆の結論が出て来そうに見える。フランスの刑事原告たる検察官は、身分上行政機構の中でその中枢に近い地位に居る高級行政官であり、それだけ権力の末端としか日常的接触を持たぬ一般市民から遠い雲の上の存在、日本人的感覚からすればいわゆる「お上」に近い高級官僚であるから、彼自身や法律家や法学者が、いくら「政府の代表じゃありません、社会||人民||公衆の代表です。」と口を酸っぱくして言つても、一般市民特に日本の庶民の受ける感じからすると、「嘘をつけ。そんな綺麗事のたてまえを信じられるか。本当は政府の代表、国家訴追の担当官のくせに。」と悪態をつきたくなるかもしれない。これに比べてイギリスの刑事原告たる司法警察官は、イギリス公権力の、日本人から見るとえたいの知れぬ複雑な多元的・分権的構造の故に、何と

なくフランス検察官よりも権力機構中からの距離が遠く、それだけ一般市民に近くて、社会||人民||公衆の代表としての実を遙かに多く備えていそうな気がしないでもない。日本の警察官の如く政府の手先たること歴然たる警察官でさえ、一般市民との日常的接触が頻繁であるため、「お巡りさん」という愛称またはしばしば「ポリ公」という蔑称で呼ばれて親しまれているのだから、まして政府からの独立性が強いイギリスのお巡りさんにおいておや、ということになる。その点から見ると、フランスの検事さんおまかい訴追よりもイギリスのお巡りさん訴追の方が、社会||人民||公衆の訴追すなわち私人訴追||弾劾手統としてはずっと本物である、という気がする。しかも従来わが国では、純然たる政府機関として国家訴追の原告であり続けて来た日本の検察官のイメージを、直接フランス検察官のイメージと重ね合わせて疑わなかったために、かような観念が一層増幅されて、「フランス法は国家訴追主義で糺問手統的、イギリス法は私人訴追主義で真正の弾劾手統」という対比の図式が常識とされて来た。第一論文でフランス法へのそのような誤解を解こうと試みた次第であるが、それですべてが解決されたわけではない。

仏英両刑事手統が、共に社会||人民||公衆の訴追という理念に基づくと同時にかなりな程度までその実を備えていることは、一応証明されたけれども、それならばなぜ、上記二つの比較視点から見ても両手統が、極めて対照的な訴追構造を持つに至ったのか、同じ弾劾手統||私人訴追にかくも顯著に異なる二種の類型を生じたのか、またその差異がそれぞれの社会||人民||公衆訴権の本質の如何なる差異に由来するのか、という新たな疑問が生じる。この謎を解く鍵をも、本論の中で探してみたいと思う。それは単に謎解きの興味だけからではない。それによって、人民訴追、人民法廷理念に基づく弾劾手統の在るべき姿にとって、何が普遍的本質的であり、何が社会的歴史的條件の特殊性に應ずる各国ごとの特殊な色づけであるのかを、解明することができ、その解明の結果に基づいて、わが刑訴法の眞の弾劾手統化のために、普遍的本質に合致するようにどこをどのように造り変えるべきか、またわが国の

社会的歴史的條件に適合したどのような特殊な色合いを持たせるべきか、を考究する根本見地を確立することができからである。

二つの謎を解く鍵は、仏英両法が今の姿に創られて来た歴史的沿革の中に秘められているに違いない。第一論文で明らかにしたように、今のフランス法は一七九〇—一七九一年の諸法を出発点とし、大革命の過程を通じて種々の変遷を経た末、一八〇八年の法典(C・I・C・)でほぼ現在と同じ骨格が定まった。第一論文におけるその経過の説明は(啓蒙的叙述の必要から)いささか簡略に過ぎたし右の謎解きを特に念頭に置いてなされたものでもないから、本論では特に右の謎解きに留意しつつ、改めてその歴史的経緯を、第一論文よりも一層詳細にわたって辿り、さらに、第一論文で省略したC・I・C・制定以降最近までにこの原理・構造をめぐって生じた立法の変遷、判例の推移、そして諸家の議論を略述し、新たな問題を探ることにしよう。

### 三 一七九一年法からC・I・C・を経て今日に至る「訴追と予審との機能分離原則」の成立発展過程と問題点との概要

啓蒙思想家たちによって批判された札問手続の欠点は多岐にわたるが、その根幹に、先程私が指摘した機能分離の完全欠如、すなわち一人の裁判官(予審法官)が初動捜査、訴追、予審、判決法廷への移送、判決手続への予審結果の報告および判決への関与の諸権限を一貫して委ねられていたという事実が、横たわっている。例えばエスマンは、ブローワ(Blois)の貴族の陳情書から次のような文を抜き書きしている。「初審として証人を聴問し供述を受理する一人の判事は、しばしば、殆ど教育を受けていない、時として先入観に支配された(悪意の prévenu)判事で

ある。死刑はすでにその時から被告人に対して宣告されているに等しく、被告人がそれから逃れることは望みえない。なぜなら上訴裁判所 (tribunal d'appel. こゝでは法廷手続(特別札問)の裁判所を指す) は、最初の判事によって受理された一件書類 (procédure) と供述とに基いてのみ判決するのだから。(Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France, 1882, p. 406.) 日本の法学者が、札問手続の本質とその克服を目的として創造された近代刑事訴訟手続の本質とを理解する上で、ほとんどその重要性を見落して来たポイントがそこに在る。もっとも、陳情書の多くは、予審判事のこの強大な権限をチェックするために、単に、他の数名の判事または全法廷が予審の段階から予審法官と行動を共にしまたは予審法官の行動に干渉することを要求していたにすぎないが (Esmein, op. cit., pp. 406, 407)、大革命の潮流は津波の如く遙かにこのささやかな願望を追い越し、札問手続の予審法官が一手に握っていた上記の諸権限を、バラバラに切断して、各部分を互いに別個独立の機関に分掌させ、かつ相互の影響力行使ないし癒着を阻止するという、機能分離の完全実現へ向ってまっしぐらに動いて行く。

一七九一年九月一六―二九日の法が、まず、起訴陪審による訴追のチェックと審理陪審の判決公判における口頭弁論主義・自由心証主義の導入とにより、初動捜査―訴追―予審と判決手続との間に明瞭な機能分離を確立する。しかしそこでは未だ、初動捜査と訴追と予審との分界は十分には明瞭でない。治安判事は三機能を一身に兼ね、軽罪および違警罪裁判所では判決手続の裁判官まで兼ねる。ただ、重罪事件では予審全体を治安判事の手に乗ねないで、予審を完成・終結させる行為のうち強制権行使による証拠収集を起訴陪審指導判事に、証拠の評価とそれに基づく訴追の最終的認否(付公判裁定または予審免訴の裁定)を起訴陪審に委ねている点で、不完全ながら初動捜査―訴追と予審との間に機能分離の萌芽が見られる。この萌芽が成長を遂げるためには、二つの条件が必要である。第一に、訴追権を専らその手中に握る人(私人)または機関(官吏)の創設。第二に、この訴追人または訴追機関が被

告人や一般市民と対等の純粹の原告であることによって、被告人や一般市民に対し強制力を行使してする証拠の収集すなわち予審行為を行ないえないとされること。しかるにさらに、原告の利益である民事訴権と異り、何らかの超私的利益すなわち公益に外ならない刑事訴権にあっては、その直接の実行者が被告人と対等の純粹の原告であるためには、その超私的利益・公益が、王の如き被告人に対する上位身分者または政府・裁判所・議会の如き被告人を含む一般市民に対して法的強制力を用いる権限を付与された国家権力の機関の利益ではなく、被告人がその一員である所の、従って被告人と対等の同僚である所の、社会∥人民∥公衆自身の利益であつて、原告は、私人であるにせよ官吏であるにせよ、王や国家機関の利益として後者に属する刑事訴権を後者から委託され後者に代つて後者の名において始動・行使する者ではなく、さりとて彼ら自身にその私的利益として帰属する刑事訴権を自らの手で始動・行使する者でもなく、社会∥人民∥公衆にその一般利益として帰属する刑事訴権を直接社会∥人民∥公衆から委託され社会∥人民∥公衆に代つて社会∥人民∥公衆の名において始動・行使する者だ、と觀念されること、そしてその觀念にふさわしい身分保障と職務権限と権限の制限とを付与され加えられること、が必要である。革命曆四年（一八〇一年）霧月三日の罪刑法典（Code des délits et des peines）は、公訴権が本質的に人民に属することを明定し、かつそれを「駆動」する権限を有する者として、私訴原告人（犯罪から生じた損害の賠償請求訴権の行使者）となることを申し立てて告訴をした犯罪の被害者を指定し、それを「行使」する権限を有する者としてその目的で特別に任命された官吏を指定することによって、一七九一年法に見られた訴追と予審との機能分離の萌芽を、さらに成長・発展させるための理念的條件を定礎した。公訴権を「行使」する官吏としては、すでに一七九一年法で市民の中から選挙された公訴官が設置されており、罪刑法典はそれを引き継ぐだけで十分であつたが、公訴権を駆動する権利は次に見る如く予審と混り合つていた。また、理念上公訴権と対等の立場に置かれた私訴権の行

使としては、私訴原告人に対して、軽罪裁判所の面前に被告人を直接呼出の方法によって出頭せしめそこで自ら公判手続のイニシアチブをとる権利と、治安判事に告訴する権利およびそれが拒否されたとき陪審指導判事に上訴する権利とが認められたが、後の二権利は、直接大陪審の審理を求める官吏(治安判事と一部陪審指導判事と)の公訴権駆動権に比し、間接的で弱く、その意味で官吏と私訴原告人とは原告として完全に対等とは言えず、原理原則の立派さに反して実態上は、一七九一年法より後退してしまつた(一七九一年法では、治安判事に告訴を拒否されるとき、告訴人は直接大陪審に提訴しえた。)

訴追と予審との完全分離および官吏と私訴原告人との対等性の完全実現への第一歩は、革命暦八年(一七九九年)霜月<sup>フリース</sup>二二日の憲法によって踏み出される。この憲法は、従来市民の選挙によって選出されて公訴権の行使(始動を含まない)の任に當っていた公訴官の権限を、行政機関(この場合は首席統領(Le Premier Consul)すなわちナポレオン・ボナパルト)によって任命され罷免されうる行政官であつて、訴追の可否に関する意見陳述、公判審理の適法性の監視、審理陪審の有罪答申に基づく法律の適用(実質上科刑)の請求、判決に対する破棄申立などの権限を持つ政府委員の手に、従来の権限と併せて集中し、公訴権行使権を独占する官吏を創設した。しかし、この官吏は未だ公訴権駆動権を持っておらず、駆動権は私訴原告人の外、私訴原告人となることの申立を伴わぬ告訴人、一般市民で犯罪の証拠を握つた人(venoin)および治安判事に分散され、部分的に起訴陪審指導判事にも与えられていた。しかも後二者は公訴権駆動権と同時にかなり強力な強制処分権を伴う予審権を持っていた。それ故、訴追と予審との機能分離が完成するためには、私訴原告人の公訴権駆動権以外の公訴権駆動権を、社会||人民||公衆の代表たるにふさわしい人または機関の手に集中する一方、その人または機関以外の機関(予審権は人すなわち私人には委託しえない)の手に予審権のみを集中することが、必要であつた。そしてその完成への最後の一步は、革命暦九年 雨月<sup>フリュイヨール</sup>七日

の法によって踏み出され、一八〇八年のC・I・C・によって踏み固められる。

兩月七日法の立法趣旨説明の中で、この機能分離原則が極めて明確かつ自覚的に述べられる。「法案を支配する理念」とティエセ(Thiesse)は述べた、「それは、機能のきれいな分配を伴う公的訴追当事者と予審判事との理念」である。(Séance du tribunal, du 27 ventôse an IX, Archives parlementaires de 1800 à 1860, tome II, 1<sup>re</sup> partie, p. 94; Esmelin, op. cit., p. 452.) この理念に基づいて兩月七日法は、まず治安判事および起訴陪審指導判事から公訴権駆動権を召し上げて、これを、それまで公訴権の駆動権は全く有していなかったが革命暦八年の憲法この方その行使権の方を独占していた政府委員の手に委ね、初めて、公訴権の始動権と行使権とを併せ持つという意味で公訴権全体をそっくり社会||人民||公衆から委託された所の首尾一貫した一個の公訴原告を創造した。次に治安判事から予審権を召し上げて、これを、起訴陪審指導判事の手に集中した。後者は、罪刑法典で与えられた訴追権をすべて政府委員に手渡した代りに予審権を一手に収め、かくて唯一かつ専門の純予審機関となった。他方治安判事は、初動捜査、予審および公訴権始動の三権を一手に握る一種の糺問的捜査―訴追官であることをやめ、告訴告発に基づきまたは職権で、強制権の行使を伴わない初動捜査のみを行ない、その結果犯罪の嫌疑を基礎づける情報を獲たならば、その告訴告発、情報および(現行犯逮捕の場合)犯人を政府委員代理のもとに送ることによって犯罪を告訴することを義務づけられている所の、現行犯逮捕以外強制権力を持たぬ純然たる起訴前情報収集官||初動捜査官、いわば単なる公的告発官となる。他方政府委員は、私人および治安判事その他の司法警察官からもたらされた私的公的な告訴告発によって彼のもとに送られた情報に基づき、事件を予審判事に通知し、各種予審行為を請求しもしくはこれに異議を申し立て、または予審判事から意見陳述を求められるなどの方法によって、公訴権を予審判事の前に始動しかつ行使する権限と義務とを持つに至り、その行使を効果的かつ迅速ならしめるため政府委員代理とい

う部下を与えられただけでなく、事実上治安判事や地方警察(憲兵隊、自治体警察等)を(訴追の可否の最終認定に役立つ情報収集をなさしめるために)指揮する権限を持つ所の、(強制権限は制限されていたが情報収集の力量において優れているという意味で)極めて強力な機関となった。こうして、起訴前捜査―訴追―予審の三機能を、司法警察官―検察官(政府委員)―予審判事(陪審指導判事)の三主体に配分する形で、一七九一年法がやり残し、罪刑法典がその萌芽・出発点を置いた所の、機能分離が一応の完成を見る。

しかし右の説明からも明らかのように、この分離は最初から、第二論文で考察した判決と訴追・予審との機能分離ほどには明快でない。もっとも、司法警察官の情報収集は本質的に訴追のための基礎資料の収集として広い意味で訴追の一部であるから、検察官の指揮下に置いた方が敏速効果の合目的で市民に迷惑をかけることも少くなると考えられるので、分離が明快でない方がかえってよいかもしれない。検事勾留が二四時間を限って認められたが、これはC・I・C・できっぱり否定されることになるので一応度外視してもよからう。しかし、検察官が予審判事に対して必要と思うあらゆる予審行為をなすことを請求し、請求が容れられぬ都度まず郡裁判所次いで重罪裁判所に異議を申し立てえ、さらに破棄請求をなした点は、明らかに予審判事に対する統制である。他方、予審が糺問化した結果、この局面における検察官の大きな能動性に比較して、被告人の主体性・能動性・権利保障は著しく低下した。証人は被告人不在のまま一人一人聴問され、起訴陪審は手続記録に基づき当事者の聴問によらないで裁定した。これは弾劾手続―私人訴追主義の根幹をなす「当事者対等原則」の侵犯である。

こうなったことの裏には、訴追官と予審官とは一致協力して治安維持に当るべしとの、首席統領の意向が強く働いたように思われる。その証拠に、その後この方向を一層押し進める改革案が練られ、革命暦一二年 実 月 および革命暦一三年 葡萄月<sup>ヴァンデミーヌ</sup>にコンセイユ・デタで審議の運びとなる。その内容は、*magistrat de sûreté* と名づけら

れた検察官に訴追と予審との両機能を兼ねさせ、起訴陪審指導判事には被告人を尋問し時として拘引勾留状インクワジットを發して予審を完成させる権限のみを残し、さらに絶えず訴訟記録を検察官に伝達する義務を課せうとするものであった。これに対して反対論者は、機能分離の重要性を説いて賛成派に打ち克った。エスマンは、*ministre des cultes* および大法官の次のような意見を伝えている。「その役柄によれば検察官（人民への奉仕者 *ministère public*）は当事者である。この資格において訴追権は彼に属する。しかし正にそのことの故に、彼に予審行為をなすことを委ねるのは正義に反する。（Esmelin, *op. cit.*, p. 530）」かくて C・I・C は明文を以て、訴追と予審との機能を分離した。

「検察官（皇帝の代官 *procureur impérial*）は、あらゆる犯罪の探查（*recherche*）と訴追とをなす義務を負い、その犯罪の認定権（*connaissance*）は輕罪裁判所または重罪法院に属する。（二三条）」しかし原案賛成者への譲歩の結果、重罪現行犯に対しては検察官に予審権が、臨検に当っては予審判事に職権訴追権が、認められた。また、予審判事の臨検に常に検事局の代表を同伴すべき旨の規定は、予審に対する検察官の干渉・口出しを容易にした（J. Masson, *La séparation de la poursuite et de l'instruction*, thèse, Dijon, 1898, p. 23, cité par G. Bergoignan-Esper, *La séparation des fonctions de justice répressive*, 1973, p. 20）。その上 C・I・C は、「警察と予審とを明確に區別して見えないように見える。予審判事は法文によると「高級警察官（*officier de police supérieur*）」であり、彼の活動は法典の初巻に「司法警察およびそれを行なう警察官について」という標題の下に規定されている。他方司法警察官は検察官に従属しているので、かような規定の仕方は検察官の予審判事に対する活発な統制を招きかねない。エリは言う、機能分離は予審判事の独立と結びつくことによって予審の公平さを確保する正義の保障であるが、「予審判事が検察官から、刺激ではなくて、従わねばならぬ指示を受けるとすれば、わが訴訟手続の基礎そのものに外ならぬこの保障は、一体どうなることか」（F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1866, 1867, t.

IV, n. 1602.)」そして法運用の實際が、忽ちこの心配の杞憂でなかったことを証明することになる。

はずみをつけたのは一八六三年五月二〇日―六月一日の法であつて、従来重罪現行犯に対してしか認められていなかった検察官の予審権を軽罪現行犯に対しても認め、現場で捕えられた人に対して勾留状を発し(従来は勾留と予審とは不可分だった)、被告人を直接、その日または翌日(必要なら特別に開くべきだとされる)軽罪裁判所公判に呼出す権限を検察官に与えた(小さな軽罪裁判所では公判は週に一回開かれるのみで、実際には特別開催は行なわれず、被告人は検察官の発する勾留状で数日間拘束されることになった)。そしてこの法の制定に引続く何年かの間に、検察官自身が同一裁判所の異なる予審判事の間訴訟記録を分配することによって、検察官の考えに好意的と思われる予審判事に予審を依頼するという慣行が作られ、検察官の予審判事に対する支配力が増強された。また同じシステムが、予審判事に不係属に対しても採られた。(Bergoignan-Esper, op. cit., pp. 22, 23.)

二〇世紀に入つて法改正の動きが一旦鈍化した後、C・I・Cの最初の改正草案の作成が、一九三〇年一二月二三日のデクレによつて破棄法院検事長 Paul Matter を議長とする委員会に付託され、一九三八年に草案が議会に提出されたけれども、戦争で陽の目を見ず、戦後刑事手続における個人の自由の保障強化と防禦権の増大とを求める輿論のたかまりの中、機能分離特に予審判事の検察官に対する独立性を強調する改革要求が最も多く提出されるという情況の下で(例えばガルソン《Garçon》はこう書いている、「すでにあまたたび我々は、人々があまりにも忘れすぎてゐる次のことを思い出させて来た。予審官たるマジストラの決定は裁判であり、どこから見ても、その決定をする人が検事局に從属することは認められない。検察官は当事者であり、裁判官は訴訟人に從属してはならない。《Le Monde, 24 mars 1949, Pour l'indépendance des juges d'instruction, cité par Bergoignan-Esper, op. cit., p. 23.》)」、その草案の再検討が、ドゥニウ・ドゥ・ヴァーブル(H. Donnedieu de Vabres)を議長とする司法制度改革委員会(Commission de réforme

judiciaire) の刑事訴訟部会に委託された。公表された委員会の最終報告 (H. Donnedieu de Vabres, *Projet de Code d'instruction criminelle*, R. S. C., 1949, p. 433 et suiv., 617 et suiv., 796 ; H. Donnedieu de Vabres, *La réforme de l'instruction préparatoire*, R. S. C., 1949, p. 499 et suiv.) は、意外や意外、訴追と予審との分界を取り払って、従来予審判事に委ねられていた証人の聴問、捜索と押収、被告人の尋問と対質、令状の発付などの予審行為は、挙げてこれを検察官の権限とし、「予審する判事 (Juge d'instruction)」ではなくて「予審に対する裁判官 (Juge de l'Instruction)」には、予審を統制し、法定された幾つかの付帯訴訟を規制し、そして予審の開始および終結の決定によって裁判する権限を分配するという内容のものであった。議長の説明によれば、「従来の予審判事は……両棲類の人物である。」前記の検察官に移譲さるべしとされた諸権限を行使する者としては「彼は司法警察官である。」予審に対する裁判官に配分した権限を行使する者としては「彼は判事である。」後の権限が排他的に彼に属するとすれば、前の権限は行政権に属すべきである。「なぜなら、秩序の維持したがって重・軽罪の探査、確認および訴追の責務が課せらるべきは政府にであるから。」検察官と裁判官との「結びつきは」分離どころか逆に「緊密化されるべきである。なぜなら両者は同じ仕事に向って協力するのだから。」(H. Donnedieu de Vabres, *L'indépendance du juge d'instruction*, *Le Monde* 2 avril 1949. Voir Bergegnan-Esper, op. cit., p. 24.) つまり草案は、従来の訴追と予審との機能分離に代る新しい機能分離、従来の分類で言えば初動捜査―訴追―予審証拠収集の全機能を包括する新概念たる秩序維持機能と、それに対する統制、それによって収集された証拠の評価およびその評価に基づく付公判の可否の判定という従来の予審機能の一部分とを、それぞれ検察官と予審に対する裁判官とに専属させる、という形の機能分離を提案したのである。機能分離を放棄したのでなく、その分界線をずらしたのである。提案者自身が「分離と反対に結合の緊密化だ」と言うのは、彼から見て、従来は予審判事が検察官の機能を横取りしていたのを、本来

の持主に返し、彼から見て明確合理的な分業に基づく協力体制を作ろうとする意図を、示したのである。

伝統的な分界線と新提案の分界線との違いは、検察官の最も基本的な資格と役割とをどこに見るかの違いに対応する。伝統的な分界線を基礎づける理念は、屢述の如く、検察官の基本的な資格は社会||人民||公衆の代表者たるに在り、基本的な役割はこの資格に基づいて社会||人民||公衆に属する訴権を社会||人民||公衆の名において始動し行使することに在るから、検察官は人民の一員たる被疑者、私訴原告人、単純告訴者告発者、情報提供者(参考人)、証拠物占有者などを含む一般市民と全く対等な原告であり、従って起訴を基礎づけまたは嫌疑をはらすための情報の収集のために尋問・聴問・捜索押収・拘引勾留等の強制力を用いること(予審的証拠収集)ができず、嫌疑を基礎づける一応の情報を手に入れたならそれ以上の証拠収集は予審裁判所に付託すべきであり、予審裁判所が予審的証拠収集権を用いて調査した結果特定人の嫌疑を基礎づけるに十分な証拠が確認されたとき、初めて事件を公判に送るべきだ、というに在る。これに対して提案された新分界線を基礎づける理念は、ドンヌデイウ・ドゥ・ヴァーブルが説明しているように、検察官の基本的資格は国家行政権の機関、政府の代表たるに在り、基本的な役割はこの資格に基づいて国家行政権に属する秩序維持の責務および権限を政府の名において果しかつ行使すること、そのために国家法秩序(市民社会秩序とは一線を画する)を素す犯罪および犯罪者を探索・追求し確認し訴追することに在るから、これら一連の行為は国家法秩序の維持というただ一つの目的に率いられ、国家行政権の単一の主体たる政府から発する所の、被疑者被告人、私訴原告人、単純告訴者告発者、参考人、証拠物占有者を含む全国民に対する強制権の(もちろん立法権が定める法律に従うという制限の下での)行使によってなされることができ、従って当然に予審的証拠収集を含むことができるし含むべきである、というに在る。つまり、伝統的な社会||人民||公衆訴追主義理念とドイツ・日本的な国家訴追主義理念との対立に外ならない。後者は純論的に演繹すれば草案のよ

うになるのが必然で、戦前の日本法や一九七五年改正までの西ドイツ法は、言ってみれば母法から来たへその緒として予審判事制度を引きずっていたのを、日本新刑訴の（法文ではなくて）実際の運用および西ドイツ改正法はそれぞれ戦後および最近スツバリと切り捨て、予審権をそれぞれ検察・警察の両者および検察のみに委ね、国家訴追主義を一貫させたのである。

かように人民主権理念と矛盾し絶対主義・全体主義理念に適合する訴追と予審との一体化が、逆に絶対主義・全体主義時代には十分に貫徹されず（仏法をかなり変質させはしたが形だけは一応分離されていた）、人民主権の確立した戦後かえって完成されたのは、一見矛盾だが、次のように考えれば説明がつく。日独絶対主義国家は近代化のために、とにかく先進的法制を形だけ模倣し、仏は造っても魂はそう簡単に創れないから、形に合わせて大和魂やゲルマン精神をあれこれ変形し、何とか仏像に入れ込んでこれを使うことに成功した。社会∥人民∥公衆の訴権の形である検察官―予審判事制度の仏像すなわちフランス渡来の像にも、このようにして国家訴追主義の理念すなわち魂を埋め込んだのである。ところが、二度にわたる世界的な資本主義国家の帝国主義的争覇戦、戦後の社会的混乱・経済的困窮を克服するための各国家ごとの努力、そして特に第二次大戦後の全資本主義国家の連携による統一的国際帝国主義新体制の編成の過程で、国家権力の中核と独占資本との結合・癒着・一体化すなわち国家独占資本主義体制を軸に、労働者・農民・一般市民まで組織として個人として様々なやり方でその周辺に取り込み囲い込むいわゆる福祉国家体制が急速に成長発展し、特に近年社会機構管理技術の進歩によるいわゆる管理社会化の進展と相まって、国家権力と資本家労働者農民一般市民および彼らの諸組織を包括する市民社会∥人民∥大衆との複雑にからみ合い一体化した構造が現実のものとなり、国家の階級性がぼかされ社会∥人民∥公衆との区別が不鮮明になったために、人民主権理念が普及された戦後、かえって人民の訴権と国家の訴権とが、人民の代表と政府の機関とが、

一般利益の保護・公序の維持と国家利益の追求・国家法秩序の維持とが、混同される傾向を生じた。そのため日独では、国家訴追主義の論理を貫徹することがかえって容易になったし、機能分離の祖国フランスでさえ、ドンヌデイウ・ドゥ・ヴァーブルのような主張が出てくる条件が備わったのである。

しかし、大革命の後裔たちは、伝統的な社会Ⅱ人民Ⅱ公衆と国家との区別、国家権力の強制介入に対する人民および各個人の抵抗、そして古典的な個人の自由独立の理念に執着し、草案は法曹界の総スカンに遭って (M. Cahen, *Considération sur le nouveau projet de Code d'instruction criminelle*, R. S. C., 1952, p. 18 et suiv. ; R. Vouin, *Le projet de Code d'instruction criminelle*, D., 1950, chr. p. 37.) 退却を余儀なくされ、委員会は一九五一年一月一九日と一九五二年一月二二日の会合の過程で自らより伝統的な観念に復帰する (A. Besson, *Esquisse d'une rénovation de notre procédure pénale*, D., 1955, chr. p. 55, p. 4.)。一九五二年一月に、新しい委員会が組織され、その間に死去したドンヌデイウ・ドゥ・ヴァーブルに代り、破棄法院検事長ベソン (Antonin Besson) が議長となつて、実地的な解決と被告人の権利保障充実とを目標として努力する。そしてこのために、機能分離特に訴追と予審とのその尊重と強化とが、委員会と議長とにより根本原理として提示された。(A. Besson, *La réforme de la procédure pénale*, R. S. C., 1954, p. 3 et suiv.) 一九五八年一月二三日に C・I・C・に代るものとして公布され、一九五九年三月二日に施行された C・P・P・は、この精神に貫かれている。

さて、以上に概説したフランス刑訴法の歴史的沿革の出発点となつた一七九一年法は、当時のイギリス刑訴法をその骨子・大枠組において模倣したものである。フランスではそれが、以後、叙上の如き変革の道を辿つたのに対し、イギリスでは以後、それとかなり異なる変遷の過程を経て今日の姿に至つた。出発点は同じなのにどこでどう違つ

て来たのか、なぜそうなったのかを、以下章を改めて順を逐って見て行くことにしよう。そうすれば自然に二で提起した問題への答えが出る。その上でその観点から、叙上に略説した訴追と予審との機能分離をめぐる諸問題、特にC・P・P・P・下のこの原則に対する抵触に光を当てて見よう。わが現行刑法法の任意捜査・強制捜査および訴追の制度とその運用とに対する、批判と改革提言との究竟の手がかりがそこに必ず見出されるであろうから。

#### 四 一七九一年法のイギリス式手続では、訴追と予審との分離による当事者対等原則

は、未だ十分には確立されていなかった。以後の立法の変遷は、この原則の確立による弾劾手続完成への道程である。そのために、糺問手続の手法がしばしば利用された。

わが国で、フランス刑法法はかなり糺問主義的で弾劾手続＝私人訴追主義の原型から糺問手続の方向へ相当大きく後退したものだ、という誤解が生じた原因の一つに、フランス刑法法の出発点となった一七九一年九月一六―二九日法の重罪事件に対する刑事手続は、イギリス刑法法を模範として造られたのだという話を聴いて、多くの学者が、一七九一年法は今日のイギリス刑法法同様私人訴追主義＝弾劾手続の一典型たる性質を悉く備えたものであったと速断したこと（例えば団藤重光「新刑事訴訟法綱要七訂版」有斐閣、昭和四二年）八〇九頁、平野竜一「刑事訴訟法」法学全集43、有斐閣、昭和三二年）一三頁、鈴木茂嗣「刑事訴訟法」現代法律学講座28、青林書院、昭和五五年）九頁）が挙げられよう。さらに第二の原因として、従来わが法学者がフランス刑法法創成の歴史的沿革を調べる際、最も基本的かつポピュラーな拠り所として来たエスマン前掲本が、イギリス刑法法に対する著者の認識不足によってか、実際

に一七九一年法を今日のそしてエスマンの時代のイギリス法同様典型的な私人訴追主義 $\parallel$ 弾劾手続であったという前提で議論を展開している、ということが挙げられる。

しかし、私の第一論文(一一九、一四三―四頁)で解説したように、また本論で先程も略述したように、一七九一年法においては、訴追と予審とが未分化で、原告たる治安判事が直接被疑者被告人を拘引して尋問し証人に宣誓証言させ搜索押取を行なうなどの予審権を行使していたのであって、私人訴追主義 $\parallel$ 弾劾手続の真髓・魂とも言うべき当事者対等原則は、未だ確立されておらず、治安判事はかなり糺問手続の予審官に近い性質を持っていたのであり、それは当時のイギリス法の実態を踏襲したものである。イギリスの治安判事は一四世紀から一九世紀まで、秩序維持の全責任を負う機関として、捜査・予審・大陪審への訴追を一手に引受け、そのやり方は極めて糺問的であった。被疑者は取調において何らの権利なく、治安判事の面前に連れ出され、質問に答えねばならぬと同時に、証人の聴問への立会権はおろか、証言録取書閲覧権すらなかった。治安判事はしばしば私宅で取調を行ない、また全く非公式に手続を行なった。時代の進むに従って正式の手続が行なわれるようになり、一九世紀までに、予備審問は被疑者に多少の権利を与えるべき法律的手続の一形式であることが認められたのだが、被疑者に証言録取書の閲覧が許可されたのは、やっと一八三六年の *Trials for Felony Act* においてであり(フランスではすでに一八〇一年の刑法典三一九、三二〇条が、公訴官と被告人との対等性を確保するために、予審記録閲覧権を全面的に認めた。一七九一年法は英法に倣い、公訴官にしか認めていなかったのだが)、証人聴問における被疑者の立会権と質問権と、証言記録の証人への読み聞かせと証人の署名との必要性、および被疑者の供述拒否権は、一八四八年に、その頃までに出来上った慣行を *Indictable offences Act* として法典化したものである。そしてそれと共によりやく、治安判事は初動捜査権を完全に司法警察に譲り渡し、大陪審同様に(そして一九三三年には大陪審に完全にと

って代って)警察または私人の告発を受けて予備審問を行ない付公判の可否を判定する、純然たる司法機関となつたのである。(以上 P. Devlin, *The criminal prosecution in England, 1958* の児島武雄訳「警察・検察と人権」(岩波書店、昭和三五年)六〇一頁。)

治安判事や予備審問だけが糺問的だったわけではない。小陪審の面前での公判手続でも、原告と対等な被告人の防禦権は久しく認められていなかった。被告人には証人召喚権があったかどうか疑わしく、認められた場合もその証人は宣誓させられず、事実の主張に当っては弁護士への援助を受けえず、正式起訴に関する法律上の論点を論ずるため弁護士の使用を許されたこともあったが自己に有利な法律上の論点を見つけ出すためには許されず(疑わしきは罰せずだから、それでよいのだ、と説明されていた)、「前世紀に至るまでは」審理は極めて杜撰で、「同一の陪審員達が」評決に入る前に「数事件を一まとめにして記憶せねばならないこともあったらしいし、死刑の科せられる多数の事件が、唯一度の開廷で処理されることも、ありふれたことであつた。」裁判官の説示は短く無内容で、証拠の要約は必要条件でなかった。一九世紀初期のオールド・ベイリイ刑事裁判所での「一審理の平均的長さは、僅か数分で」……「囚人のまる三分の二は、自らの審理の帰途、法廷で生じた事柄を何一つ言うことができず、それどころか、自分が審理を受けたのかどうかすら言うことができなことが、非常にしばしばある」ほどだった。「最も重要な改正が一九世紀まで引き延ばされていた。一八三六年に、重罪のことで審理される囚人はついに、」法の学識ある弁護士によってそれに対する充分な答弁と防禦とをなす」権利を与えられた (*Trials for Felony Act 1836*。これに対してフランスでは、すでに一七九一年法の *De la justice criminelle et de l'instruction des jurés, tit. VII, 6 et 11* が、被告人の外その友人や弁護士が証人およびその証言に対し弁護に必要と判断することを述べる権利、ならびに証人聴問のやり方について被告人自身の外その友人や弁護士が様々な請求をなす権利を認め、罪刑

法典はそれを踏襲した(三五三、三六一條)外、被告人とその弁護士(一七九一年法では「その友人」となっていた。Foot. 18)とに最終弁論権を認めている(三七〇條)。「一八六七年になってやっと「囚人は、証人に証拠を審理前に証言録取書の形で供述することを求め、さらにかかる証人が審理に出頭することを誓約の形で義務づけるという、犯罪訴追の(つまり原告側の)便宜と匹敵できる便宜を、与えられた(Criminal Law Amendment Act 1867. 原告の方はこの便宜を、それまですでに三世紀に亘って享受して来たと言うのに。他方フランスでは、すでに一七九一年法で被告人の証人提出権が明定され(Op. cit., 9 et 14)」、刑法法典はこれを拡充強化して、予審で調べられなかった証人を公判で聴問するには、原告側は予め召喚しまたは準備書面に記載しておかなければならないが、被告側はその要なしとした(三五九條)。その限りで防禦権を訴追権よりも重からしめたのである。」(以上イギリス法の歴史については J. H. Baker, An introduction to English Legal History, 1971 の小山貞夫訳「イングランド法制史概説(創文社、昭和五〇年)」四七八〜四八〇頁に拠った)。

以上の事実をはっきり認識した上で一七九一年法以後のフランス刑訴法の発展過程を眺めれば、検察官—予審判事制度の導入による訴追と予審との機能分離の確立は、一七九一年法がその模範として当時のイギリス法から受け継いだ札問的性格を払拭し、当事者対等原理を貫徹させることによって、近代的弾劾手続—私人訴追主義を完成させて行った特殊フランス的過程と把えることができる。それは、一九世紀中葉以降、治安判事から強制力を伴わぬ初動捜査と訴追との権限を取り上げてこれを挙げて司法警察に委ね、治安判事には専ら、訴追を受けた人および事件について予審的証拠収集を行ない収集した証拠を評価して付公判の可否を判定するという、私人訴追に対するチェック機能—被告人に対する人権保障機能を委ねる、という形での機能分離に結実して行った所の、近代的弾劾手続—私人訴追主義完成への特殊イギリス的過程と、完全にパラレルな現象であった。ところが従来の日本法学者の

多くは、一七九一年法がこの現代の完成されたイギリスの純弾劾<sup>1</sup>私人訴追形態をすでに立派に備えていたと思ひこんでいるので、その後のフランス法の發展を、札問手統的要素の混入による弾劾手統<sup>2</sup>私人訴追主義のなし崩しの退行の過程と速断してしまつた。(団藤、平野、鈴木各前掲。この中に在つて独り柏木千秋のみは、フランス刑訴法の成立過程を必ずしもそのようには決めつけず、ドイツ法およびわが旧刑訴法が、独日の公英に対する社会的後進性の故に、フランス法に比べて保守的・職權的・官僚的・権力的な性格を強く帯びてゐることを、指摘している。柏木「刑事訴訟法(有斐閣、昭和四五一年)三頁、一一〜一二頁注(一)。

しかしエスマンをよく読むと、機能分離—檢察官制度の導入は、一七九一年法の(彼によれば典型的な)弾劾手統—私人訴追主義(彼の用語では *action populaire* (公衆訴權つまり一市民たる資格における犯罪の被害者または犯罪の証拠を握つた人 *le tiers* の訴權)の改良・進歩として、把えられている。エスマンの次の文に、そのことが最もよく示されている。罪刑法典五条が「公訴權は本質的に人民に属する。それは、人民の名において、そのために設置された官吏によつて行使される。」と述べた時から、「一七九一年法が定めたような種類」の (*cette sorte de…… que*) *action populaire* は消滅した(傍点筆者)。……刑罰權は人民と人民が選んだ官吏とのみに属するといふこの偉大な原理……は(罪刑法典では)まだ適用があいまいだが、もっと先でその果実をもたらすことになり、檢察官の再組織を胚種として含んでいる。(Esmain, *op. cit.*, pp. 442, 443) (この点は後でもう一度詳しく述べる。)

同時にエスマンは、このことを含むフランス刑訴法全体の發展が、札問手統の諸制度をかなり広汎に様々なやり方で採り入れ再組織する形で行なわれたことをも随所で指摘しており(前掲文でも、檢察官を國王の代官の再組織と捉えている)、予審の再組織においてはそれがかなり反動的・權威主義的な意味合いを持ったことをも指摘している。札問手統は丸ごとけしからんもの、恐ろしいもの、悪の化身だとのみ單純に思い込まされて来た日本人の法常識か

らその点を解釈すると、「それ見ろ、エスマンも糺問手続への逆もどりと見ていてではないか。」と反論したくなるかもしれない。しかし、モンテスキューがローマの公衆訴追の危険と、国王の代官というフランスの制度の優越性を力説していること(De l'esprit des lois, Liv. VI, chap. 8)や、糺問手続を批判するプロヴァンスのアカデミーの懸賞論文に応募し入賞することによって男を上げたロベスピエールでさえ、法定証拠主義の利点を自由心証主義・口頭弁論主義と折衷することを提案していること(第二論文二五六頁)からも明らかのように、当時のフランス人は最も進歩的で糺問手続の欠陥を激しく攻撃した人々でも、決して坊主憎けりや袈裟まで憎い式に糺問手続全体を憎悪していたわけではない。従って、立法者は進歩的であろうとなかろうと、便宜だと思えば糺問手続の制度や法文をそのまま新制度新规定の中にどンドン採り入れ踏襲することに殆ど抵抗を感じなかったであろうと想像される。さらに糺問手続研究の第一人者であったエスマンは(彼の「フランス刑事手続法史」の全標題を訳せば「一三世紀から現在に至る、フランスにおける刑事手続の、そして特に糺問手続の歴史」である)、糺問手続に対する造詣と特別の思い入れとから、必要以上にそして多分実際以上に、新制度は糺問手続のこの制度の復活だ、新法文は糺問手続に関する<sup>オルドナンス</sup>王令のこの規定の引写しだ(立法者は恐らく大革命以前に培った法学的素養を披露しているだけに)ということを強調したと考えられるので、一七九一年法以後の立法に対する糺問手続の影響力に関する彼の見積りは、かなり割引して受け取る必要がある。そしてこれらのことを勘案すると、糺問手続の制度・法文の利用がそのまま直ちに反動・退行であるわけではなく、最もしばしば「故キヲ温メテ新シキヲ知ル」法の進化の常道に外ならなかったであろうことを、容易に想像しうる。

以上のことをわきまえた上でもう一度一七九一年法からC・I・Cに至る立法の変遷を見直して行こう。まず

一七九一年法では、公訴権の発動は、治安判事が職権により被害者の告訴によりまたは犯罪の証拠を握った人 (témoin 以下テモワンと記す) の告発によって犯罪と犯人とを探查し必要なら強制権を行使して予審を行ない、重罪の嫌疑を認めたらならば起訴陪審に事件を移送する、という形態が原則だが、治安判事が移送を拒否したとき告発人が直接起訴陪審に起訴することも可能だった。そして、いずれの場合も起訴陪審の審議に付する前に、起訴陪審指導判事による予審がもう一度行なわれた。つまり訴追と予審とは、訴追権 (公訴権駆動権) のみを持つ告訴告発人と、予審権のみを持つ起訴陪審指導判事と、訴追権・予審権を併せ持つ治安判事との三者に分配されており、その中で中心的な役割を演じるのは治安判事であった。彼は近代大陸法の司法警察官と検察官と予審判事とを一身に兼ねたような役割の機関で、市民は変死体の発見・現行犯その他犯罪の疑いある場合直ちに予審判事に報告することを義務づけられ、治安判事は絶えず犯罪の発見に気を配り、市民からの報告があれば駆けつけて捜査をし予審的証拠収集 (拘引状の発行、被告人尋問、証人聴問、勾留状の発行など) を行ない、犯罪ありと判断すれば起訴陪審に送るので、公訴権発動の中心的役割を担っていた。告訴は被害者の権利だから、告訴を受けた治安判事は義務として予審を行ない、その結果起訴を拒否すれば、告訴人は直接起訴陪審に提訴しえたのに対して、告発は市民としてのテモワンの義務であるから (それゆえ *denonciation civique* と呼ばれる。civil がラテン語の *civilis* に当り公生活ないし軍隊生活 (*public ou militaire*) に対する私生活ないし民間人としての生活を指すのに対し、*civique* は祖国を救った者への栄冠である柵の葉の冠を指す *civicus* に由来し、同じく市民の生活ではあるが、私生活ではなく、公的活動の一要素としての各市民の活動すなわち公民としての活動を指す *denonciation civique* はそれゆえ「公民としての義務である告訴」ということである)、治安判事は告発者に署名による告発の確認を求めて応ずれば予審を義務づけられるが、署名が拒まれたときはその義務なく、必要なら職権で捜査・予審・訴追を行なう。つまり署名による告発の確認が告発人を告

訴人と対等の原告たらしめ、従つて訴追が拒否されたとき直接起訴陪審に提訴する権利を付与するのである。かように被害者には本来訴追権(公訴権駆動権)があるのに対し、テモワンは本来は市民の義務として犯罪の情報を提供する者にすぎず、署名によりその情報に対して自ら責任をとる旨の意思表示をしたとき初めて訴追権を付与されるのだ、という点は心に留めておかねばならない。一つには私人訴追||市民ないし公衆訴追の本義を考える上で、もう一つには被害者の私訴権提起に必然的に伴う公訴権駆動権と単なる告訴告発権との区別の意義を考える上で、もっと先で重要になってくるから。

治安判事の糺問官的性格は軽罪・違警罪事件の手続(一七九一年七月一九―二二日法)においては極めて鮮明である。軽罪事件(四三条以下)は、現行犯が治安判事の前に連行されて来たときは治安判事が予審し公判に付することにより、またはコミュニヌの代官、被害当事者またはその地区から委任された法律家の治安判事に対する請求に基づき治安判事がその請求を理由ありとして軽罪裁判所に事件を送ったときその裁判所の発する拘引状による、もしくは任意の、裁判所への被告人の出頭により、軽罪裁判所に係属し、予審は治安判事とその陪席とより成る法廷の公判で行なわれる。つまり治安判事は、捜査・(公判前公判後の)予審および判決手続を一手に引き受けて行なうわけで、糺問官的性格が顕著である。最後に違警罪(三二条以下の)はコミュニヌの代官または被害当事者の請求に基づき彼らの名において地方警察吏その他の執達官の裁判所への被告人呼出(直接呼出)によって違警罪裁判所に係属し、予審は公判で行なわれる。

## 五

一七九五年の罪刑法典は、公訴権駆動権を犯罪の被害者に、公訴権行使権をそのために特設する官吏に付与して、後の私訴原告人と検察官との協同による公訴権実行システム的基础を創った。被害者の訴権が損害賠償請求権（私訴権）に限定・矮小化されたと解するのは、重大な誤解である。公訴権駆動権に私訴権が付け加えられて、被害者の訴権が拡大強化されたのである。

以上から、一七九一年法が真に弾劾手続化するために達成しなければならない課題が二つ在ることがわかる。第一は、治安判事に集中している訴追権と予審権とを如何に分離するか、ということである。第二は、被害者の告訴権とテモワンの告発義務との違いに端的に表われている刑事訴権の本質に内在する二重性格をどのように把握するか、またその把えた所に従って二重の訴追システムを具体的に如何なる形に組織するか、ということである。そして一七九五年（革命暦四年）の罪刑法典は、まず第二の課題を果すための重要な第一歩を踏み出した。

罪刑法典五条は言う、「公訴権は本質的に人民に帰属する。公訴権は人民の名においてこの目的のために特別に設けられた官吏によって行使される。」従来わが国の学者は、行使 (*exercice* : *exercer*) と駆動 (*始動* *hâter* (*mettre en mouvement*)) との区別を知らないために、駆動権まで官吏に独占されたかの印象で読み、その結果六条に規定する私訴権（「私訴権は犯罪が惹起した損害の賠償を目的とする。私訴権は損害を受けた人に属する。」）が、刑事裁判所に対して提起される場合には、常に同時に公訴権の提起を伴なう、という八条の規定を見落して来たようである。しかし、告訴告発に関する他の条文をきちんと読めば、そうはなっていない。告訴告発が治安判事

の子審権を駆動する効力は、一七九一年法と全く同じである。ただ、告発人は告発を署名によって確認し治安判事に拘引状を義務的に発せしめて予審をなさしめる権利はあるが、その結果起訴を拒否されたならば不服の申立がでず、告訴人は当然に予審をなさしめうるが、拒否された場合は拒否確認状をもらって起訴陪審指導判事に上訴しうるにとどまった点で、起訴陪審に直接提訴しえた一七九一年法に比し、私人訴追権が若干弱体化しているようにも見える。しかし翻って考えるに、今日イギリス法には大陪審がないから、私訴権者は治安判事の予備審問で訴追を拒否されればもはや訴える所がない。しかし誰もこれを私訴権の弱体化だとは言っていない(デヴリンは大陪審廃止のいきさつをこう語っている。「大陪審の手續は、費用がかかり、かつ不便なものであった。訴追側の証人は……巡回裁判の第一日目に全員裁判所に出頭しなければならず、さらに、その事件の裁判がはじまると、多くの証人はまたあとで巡回裁判所に再度出頭しなければならなかった。一九三三年に大陪審が廃止された時、これを遺憾とする不平のささやきは聞かれたけれども、本当の意味の反対はなかった。(前掲児島訳一三頁)」。他方公訴権の行使については、一七九一年法でも罪刑法典でも、その最も基本的な部分をなす公判維持機能は公訴官に、付随的な科刑請求・刑の執行・破棄申立機能は国王委員(一七九一年法)ないし行政権委員(罪刑法典)に属していて、私人である告訴告発人には属していない。それ故、罪刑法典五条がわざわざ「公訴権は特別に設けられた官吏によって行使される」と規定したのは、そのこと自体に意味があるのでなく、公訴官は彼自身の訴権を行使するわけでも、治安判事や告訴告発人の訴権をあくまで行使するわけでもなく、主権者たる人民の訴権(それ故にこの訴権は *action populaire* (公衆訴権、各市民の訴権) ではなくて *action publique* (人民の訴権) と呼ばれる。)を委託されて人民の名において行使するのだ、という理念・大義名分を宣言した所に、意味があるのである。一七九一年にはまだ国王がいた。その翌々年彼の首は胴と別れを告げ、公訴権は完全に人民のものとなった。罪刑法典五条は誇らかにそれを宣言する。

かように公訴官が人民の公訴権を委託されて行使する者であるなら、治安判事、告訴人および自己の署名によって告発を確認した告発人は、人民の公訴権を人民から委託され人民の代表として人民の名において始動させる者である、ということになる。治安判事はその意味において公訴権始動の義務と権限とを有し、告訴人は犯罪の被害者たる地位に基づいて本来当然にその権利を有し、告訴人は犯罪の証拠を握った人 (venom) たる地位を署名によって確認しかつそれが万一誤りであった場合誣告の責任を負う意思を表明することを条件としてその権利を有する。ここまでは明文の規定がなくても、五条から直接演繹される当然の帰結である。しかしそれと並んで、告訴人は、人民の代表としてでなく、彼個人として、彼自身が犯罪によって直接蒙った損害の賠償を求める訴権をも有する。民刑未分化的思考に立てば、被害者が告訴をしてすでに公訴権駆動権を行使した以上、損害賠償請求訴権はその中に吸収されてもはや実行しえない、という結論も十分考えられる。そこで刑法典は、自らがそういう考えをとらないこと、刑事責任と民事責任とは、従って刑事責任を追求するための公訴権と民事責任を追求するための私訴権とははつきり別のものであり、それ故犯罪の被害者は公訴権駆動権すなわち告訴権と同時に、それと明確に区別される訴権として私訴権をも持つこと、従って告訴権の行使により私訴権がそれに吸収されてそれ自体として単独・独立の存在を失なうようなことは絶対にないこと、を闡明した。それが六条である。

ところで私訴権は、犯罪に関する訴権ではあるが刑罰を求める訴権ではないから、当然に刑事裁判所に提起しうるとは言えない。しかしまたそれは、損害賠償に関する訴権ではあるが犯罪に関する訴権であるから、当然に刑事裁判所にはなくて民事裁判所に提起すべきであるとも言えない。放置すれば混乱が起るから、立法的解決が必要である。そしてその解決は八条に示されている。「私訴権は公訴権と同時に公訴権(が提起されたの)と同じ裁判官(これは当然刑事裁判所裁判官である。〔筆者注〕)に対して提起されうる。(一項)」つまり、私訴権は刑罰を求める訴

権ではないからそれ単独では刑事裁判官(治安判事や起訴陪審指導判事を念頭に置いて裁判所と言わず裁判官と言っているのである。)に対して提起しえないが、刑罰を求める公訴権の駆動と一緒になら刑事裁判官に対して提起することを認める、というのである。

念のために注意しておくが、ここで言う公訴権提起の主体はあくまでも、同時に提起される私訴権の主体と同一人、すなわち犯罪の被害者＝告訴人である。「いや、文言から見ると公訴権提起主体が別の機関たとえば治安判事であってもよさそうではないか。八条一項は単に、治安判事が公訴を提起したときそれに付随して被害者が私訴権を刑事裁判所に提起しうることを定めたにすぎないのではないか。」日本の私訴を念頭に置くと、それからの類推でそういう疑問が生じるかもしれない。しかしその疑問は、一項の文言に続く二項の文言によってはかなくも消え失せる。二項は言う、「私訴権は(公訴権と)切り離して(separément)(民事裁判所に)提起されうる。しかしこの場合には、その行使は、その私訴権の提起前または提起中に(私訴権者自身または彼と別の人もしくは機関により)公訴権が提起されたときには、その公訴権についての終局判決が下されるまで停止される。」この場合私訴権は、一体誰の公訴権から切り離されるのか? 私訴権者自身が駆動しうるまたは駆動した公訴権から切り離されること以外には考えられない。私訴権は、他人(他の被害者およびテモワン)や他の機関の公訴権駆動権および行使権からは本来切り離されているのだから、民事裁判所に提起するためわざわざそれから切り離す必要はないはずである。そしてこのことを裏から言うと、犯罪の被害者は本来的に、私訴権と併せて人民の公訴権を人民を代表して人民の名において刑事裁判官に対して提起する権利を持っているのだ、ということになる。

罪刑法典はそれ故、わが国でしばしば誤解されて来たように公訴と私訴とを区別することによって被害者の訴権を損害賠償請求訴権のみに矮小化したものではなく、逆に被害者が、公訴権と私訴権とを同時に刑事裁判官に対し

て、または公訴権と私訴権とを切り離して前者を刑事裁判官に対し後者を民事裁判所に対して提起しようという、広汎・強力かつ柔軟性ある訴権を有することを、法典の冒頭すなわち刑事手続の最も基本的な原理・構造を定める場所で、法律により特にその職務・権限を与えられた官吏の公訴権行使権と相並ぶ最も基本的な刑事訴権の具体的内容として、明定することにより、それを確固不動のものとしたのである。被害者の訴権を矮小化したのではなく、拡張し強化したのである。

六 私人訴追主義—弾劾手続の原型は被害者訴追であるから、私訴原告人は弾劾手続生え抜きの原告であり、その地位は確固不動である。犯罪に対する訴権の公共性が自覚されるにつれて一般人の告発に基づく裁判所の職権訴追が生じ、糺問手続へと発展した。それ故、糺問手続からの脱皮、人民訴追人民法廷原理に基づく近代的弾劾手続創造のためには、告発の取捨権を訴追官吏に与えて、告発の公訴権駆動力を制限する必要がある。

しかしそのことは反面において、告発権が公訴権に対して大きく水をあけられたこと、被害者の公訴権駆動権の本来性に対してテモワンのその非本来性がいよいよ明確になったことを意味する。もつとも、後で改めて説明するように、C・I・C・制定当初までは真面目な告発が治安判事ないし検察官によって、特に後者によって、拒否されることは殆どありえなかつたので、実質上その差は公訴権駆動力に関して殆どなかつたと言つてよい。しかし、第一論文（一六九—一七二頁）で詳説したように、その後急速に起訴便宜主義が発展するにつれて、私訴原告人

となることを申し立てて告訴することにより検察官をして義務的に公訴権を行使せしめうる被害者と、告発がたとえ真実でも検察官の便宜性の判断如何では起訴を拒否されうるテモワンとの、公訴権駆動力の差は、にわかに歴然として来る。市民は誰でも国王の名において自ら原告として刑事訴権を始動・行使しうる、というイギリス法の私人訴追に比べて、これは明らかに私人訴追主義 $\parallel$ 弾劾手続の後退だ、検察官という官吏の公訴権駆動力が私訴原告人を除く一般市民の公訴権駆動力に優越し後者を制限しうるのだから。かような論理も従来、フランス刑法を國家訴追主義 $\parallel$ 糺問主義的に歪曲された半弾劾手続ときめつける人々によって、しばしば用いられて来た。しかし、真理は常に事ほどさように単純ではない。

第一に、第一論文で説明した如くフランスの起訴便宜主義は、「国家法秩序の利益(国益)と社会 $\parallel$ 人民 $\parallel$ 公衆の利益(公益ないし公序)」とは峻別さるべきであり、公訴権は後者のための訴権であるから、たとえ前者のために定められた刑罰法規に違反していようと後者の侵害が認められなければ公訴権の始動・行使の必要はない。その必要性の判断は純然たる私人であるテモワンには不向きで、公益 $\parallel$ 公序の保護をその任務とする検察官に一任されるのだ。」という論理に基づくのであるから、社会 $\parallel$ 人民 $\parallel$ 公衆すなわち被告人と対等な同僚の訴追従って弾劾手続の原理そのものから発しており、國家訴追主義 $\parallel$ 半弾劾手続の原理にはむしろ反するものである。

第二に、公訴権駆動力なき単純な告訴告発に対してすら仮借なく誣告罪を適用するわが法運用と異り、特定人名指してなされかつ官吏をして義務的に公訴権を行使せしめる効力を付与された私人の告訴告発でなければ、仮に誤っていても誣告の責を負うことのないフランス法の運用(たとえ私訴原告人となることを申し立てて告訴しても、告訴理由に嫌疑者の名を暗示したとしても、被告訴者をXと書いて特定人を名指することさえしなければ、誣告の責を負わない。このことはまた、予審の秘密厳守義務とも関連する。)からすると、告訴告発があれば当然起訴があったと見なさないこと

は、一方で告訴告発人を誣告の危険から守り、他方で被告人を濫訴による不当な名誉侵害から守る所以の道である。しかしして、誣告の責任を問われないうためのかつ被告人の名誉を誤つて毀損しないための慎重な配慮を公訴官吏にしてもらふことによつて、テモワンは安心して告発できその結果告発が活発化するのであり（現にイギリスでも、治安判事の手備審問制度がなかつた時代には、私人が大陪審に起訴して拒否されれば誣告罪に問われたため、それを恐れて訴追が停滞しがちであつたが、大陪審の審理に付する前に治安判事に十分証拠を探索してもらい、その結果に基づき治安判事の責任で大陪審に送つてもらふ道を設けてから、訴追が活発化したのである。總越益弘「私人訴追主義と國家訴追主義」『法政研究』四八巻一號）五五頁。）、告訴告発人の安全と告訴告発の活発化とは（上記イギリスの場合が紛れもなくそうであつたように）それ自体としては私人訴追の前進である。

そして第三に、これが最も重要な点であるが、私人訴追主義の——その原始的形態とその發展形態たる社会——人民——公衆訴追主義とに共通の——本質からすれば、被害者の告訴とテモワンの告発との間には、原理上嚴然たる區別があるべきである。私人訴追の原型は中世までの被害者訴追に在り、公権力の發達と共に平和・公序・公共福祉の侵害に対しては公権力にも求償訴権が在る、ということを理由にして公権力が訴追に介入し損害賠償を被害者と折半して罰金を取り立てることなどから始めて、やがて次第に公訴権の觀念を独立させ国王の代官の訴権や国王裁判所の職権訴追を發展させて札問手続へと移行したのである。そしてその移行のために、告発は、国王裁判所によつて徹底的に利用された。すなわち、従来の私人訴追——彈劾手続では、被害者のみが訴追権を有し、現行犯または周知の犯罪についてのみ裁判所の職権による事件の取り上げ（自己保屬）が認められたにすぎなかつたのが、一三、四世紀から單なる告発に基づく職権取り上げが行なわれるようになり、告発は起訴ではないから公判の大期日に先立つ準備段階で予め事件を調査した上で公判に付すべきか否かを決定する必要がある、という名目で、次第に

準備手続すなわち札問的予審が行なわれるようになり、一六世紀以降それに専従する予審法官が設けられて、一六七〇年の大王令に結実する札問手続が創造されたのである。そして国王裁判所はこの告発を歓迎し奨励した。というのは、警察力が乏しく自力で犯罪を探知できない国王裁判所は、活発な告発によってのみ漏れ落ちなく犯罪を認識してそれを追糺し処罰することができ、かくして王権の表向きの使命である正義||平和||公序||福祉の実現・維持・確保を達成しえたと同時に、当時の王権にとって重要な収入源の一つであった罰金や犯罪者の財産没収を確保し増大させたからである(国王の代官の役割も、二三、四世紀頃に登場した当初は、後の目的で犯罪を裁判所に訴追したは告知することに重点があった(Esmein, op. cit., p. 100, 101; M.-L. Rasset, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, 1967, n. 26.)。しかし王権の伸張・整備と共に、急速に前の使命が浮上し強調されるようになり、この使命を果すための専門の機関として国王の代官が設置され、実質的にもモンテスキューが指摘したように(これについてはすぐ後で説明する)、私人の密告や裁判所の職権による事件係属の濫用をチェックし監視する機能を果すようになって行った(Esmein, *ibid.*, p. 101; Rasset, *ibid.*, n. 28.)。イギリスにおける告発の起源もこれと同様であり、かつ後の目的の追求においてフランス王権より一層露骨であり、平和||正義||公序の実現・維持はかなり名目的であった。それ故国王の代官のような機関は遂に生れなかった。(その理由は後で述べる。)すなわちデヴリンによれば「国王が初めて犯罪に関係をもったのは、一つには、王の平和をあまねく国内に維持するためであり、さらに一つには、犯罪が行われると、罰金という形で臨時の利得を得る機会を王に与えたからであった。」検屍陪審や大陪審がそのために召集され、「彼らが告発した者が被告人であり、……被告人は(大陪審の)正式起訴状または(検屍陪審の)事実審問報告書にもとづいて、罪状の認否を問われ、審理を受けた。(前掲デヴリン著書の児島訳五頁)「ベイカーによると、ノルマン王朝の初めまでは重罪についても被害者の私訴が原則だったが、次第に国王が裁判に関与するようになると、「重罪人の財産は、動産は国王に、土地は封建領主に、没収されてしま」い、「財産の補償を欲する被害者」が「私訴を提起する前に私的に和解する」と「重罪私和罪とな」り、「重罪を無視し侵害訴訟を提起する」と「事実の不告知のことで処罰される危険」を生ずるに至っ

た。やがて国王は、私訴の提起されぬ犯罪を「裁判官に告発するための処置を講ずる。」ようになり、「この手段は当然、重罪に基づく私的な侵害訴訟（レックス・サキス）よりも優先した。」すなわち、「重大な犯罪が国中のどこにおいて生じようとも、それを記録する任務は、コロナー（Coroner）普通『検屍官』と訳すが、実態はシェリフと並ぶ強大な権力を与えられた高級政務官である。」と呼ばれる国王の役人に任された。「犯人を見つけ「その者を差し出す義務は……共同体にふりかかった。もし共同体がこれを怠り、コロナーの知るところとなると、共同体自身が処罰された。」「もしフランス人の死体がハンドレッド内で発見され、殺害者が見付けられずに終った場合には、殺人罰金と呼ばれた罰金を（ハンドレッド全体が）支払わねばならなかった。」「二八五年のウィンチェスター法は、処罰されずに終った強盗事件に対しては、ハンドレッドが責任を負うべきだと定めたし、またその後の制定法は、ハンドレッド内で生じた騒擾事件での（賠償）責任を（ハンドレッドに）課した。」「国王の裁判官が巡察の形で各州に巡回して来ると、各ハンドレッドと村落共同体の代表は、被疑者を裁判のため裁判官に告発すべく求められた。そしてこの告発は、コロナー録と照合されるのが常であった。」そして「この告発手続は、巡察の廃止後も存続し……州内の全ハンドレッドを代表しているものと想定されていた『大陪審』によって、犯罪が告発される際に、用いられた。」以上、前掲ベイカー著書の小山貞夫訳四七二―五、二四―五頁）。そして以後現在に至るまでの告発制度の発展は、一貫してこの始源的告発制度の直接延長線上に在る。一七九一年法が、告訴は被害者の本来の権利であるが、告発は公民としての義務であつて、本来の権利ではない、とされているのも、この伝統を抜きにしては理解しえない。（事情はイギリスでも同じで、ベイカーによれば、前記ハンドレッドに負わされた国王裁判所に対する犯罪告発の責任は「現在では、警察当局に移っている。」（前掲二五頁）。）それ故、イギリスでは今日なお、犯罪を告発する警察や一般市民は、国王の名代として訴追を行なう者と觀念されている。）

モンテスキウが、「我々は今日賞讃すべき法を持っている。それは、法を執行させるために設けられた君主が、彼の名においてすべての犯罪を訴追せんがために、各裁判所に一官吏を任命する法である。その結果（古代ローマにお

けるような) 密告者の役割はわが国では知られていない。……プラトンの『法律論』では、マジストラに(犯罪を) 知らせること……を怠った人は処罰される。これは今日では不適当である。公的当事者が市民のために(市民に代つて *Pour les citoyens*) 見張りする。前者が訴追し(行動し *agir*) 後者は(じつ)として( *être tranquilles*)。』と述べて(Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, VI, ch. 8) 一般市民訴追を密告とぎめつづけた告発の義務づけに反対して、フランスの国王の代官の役割を賞揚している意味も、これでわかる。一六七〇年のオールドナンスに現われる糺問手続の国王の代官は、すべての犯罪について被害者の訴追がない場合それを補充するために、しかも死刑または体刑に当る罪以外の罪については被害者と加害者との和解がなされぬときに限り(イギリスの王様が和解を犯罪として処罰したのと比べて何たる違い)、多くの場合告発を取捨して自ら訴追を行なう外、告発に基づく予審の結果予審法官が法廷手続に送る前に予審記録を檢察官に伝達して来るのを受けて文書で自己の最終意見を裁判所に伝えることによつて、告発に基づく職権取り上げの濫用をチェックしたのである。その後檢察官が設置されたとき国王の代官のこの役割が回想され、起訴便宜主義へと発展したのは、決して単なる偶然ではない。

かように見て来ると、私訴原告人こそは、私人訴追主義||弾劾手続本来の、治安判事や檢察官の如き新入りの原告とは氏も育ちも違ふ由緒正しき正統の原告であり、これに對して檢察官は、大革命の指導理念たる人民主権原理に基づく人民の公訴権の正統な被委託者として、新入りとは言え正に大革命正統の長子であるから、両者は完全に對等の立場で、刑事手続の原告としての正統性を主張しうる、と言える。ところが、テモワンの告発権は糺問手続に起源を有し、模範とされたイギリスの制度そのものが、告発人を国王の名代と位置づけてその起源の反人民主権性を暗示しているから、前二者と對等に公訴権駆動権を認めるわけには行かない。そこで一七九一年法ですでに告発権は告訴権とはつきり差をつけられ、罪刑法典では、私訴原告人の公訴権駆動権が檢察官の前身である公訴官そ

して一部行政権委員の公訴権行使権と全く対等の地位を確固不動のものとして確認されたのと対照的に、告発権の方は糺問手続の予審法官に相当する治安判事に対する予審請求権に格下げされ、検察官の登場後は治安判事に代つて検察官への單純告発権となり、起訴便宜主義の発達につれ明確に検察官の取捨の下に置かれる。以上の筋道からすると、むしろそれこそが社会||人民||公衆訴追主義としての私人訴追主義の在るべき姿だということになる。

「いやそうではない。糺問手続時代の告発は王権への密告だったから、告発者はいわば王権に同僚を売る卑劣な裏切者だったのであるが、人民主権の下では人民（その訴権の受託者である検察官）への告発であり、かつ告発者自身人民の一員であるから、人民の公訴権行使の一翼を担う者として公訴権駆動権（検察官に義務的に公訴提起せしめる権利）を持つて然るべきである。市民革命以降のイギリスの一般市民訴追も、昔は人民代表たる大陪審への告発、今はこれまた人民代表たる小陪審への直接訴追であるから、同じ意味だ。」こういう反論が出て来そうであるが本当にそうだろうか？

糺問手続の理念では、犯罪は窮極において神の掟に背くことであつたから、告発は、神の掟に背く悪人を神の地上における代理人たる国王の裁判所に摘発して地上における神の裁きを助けることであり、絶対的正義であり、それ故に認められ歓迎され奨励され義務づけられて然るべきであつた。これに対してモンテスキウにおいては「法は一般に地上の全人民を支配する限りにおいて人間の理性である。各国民の政治法および市民法は、この人間理性が適用される特殊な場合でしかあつてはならない。(Ibid., Liv. I, Chap. 3.)」しかるに「人間は物理的存在としては他の物体同様不変の法に支配されるのに対し、知慧ある存在 (être intelligent) としては絶えず神の法を犯し、かつ人間自身が定めた法を変える。人間は自らを導かねばならぬが、しかし彼は限界づけられた存在であり、すべての有限な知慧と同様無知と誤謬に陥り易く、その持つ弱い知識すら失つてしまう。感受性ある被造物として、彼は無

数の煩惱 (passions) の囚となり易い。……社会の中に生きるために作られながら、彼は社会の中で他人のことを常に忘れがちである。そこで立法者は政治法および市民法により、彼を自己の義務へと送り返したのだ。(Ibid., Liv. I Chap. 1.)」ここに、すべての偉大な啓蒙思想家たちに共通の、人間理性とそれが創る法とに対する醒めた諦観が在る。人間は理性的存在なるが故に誤り、誤るが故にこれを正しきに復帰させようとして理性の法を創るが、その法もまた理性なるが故に誤り、誤るが故にこれを正しき方向に創り変えねばならず……、この無限に続くシユフォスの務めの一駒としてのみ法は存在するが故に、人は善を目指して法に従うべきであるが、同時に法を絶対化してはならず、従って法に従う善良な市民も法に背く犯罪者も、その善悪は常に相対的なものと自覚すべきである。ならば前者が後者を告発することは正しくない。しかし同時に法は在るべきであり従われるべきであるから、市民の法への服従を監視し違反を摘発し弾劾し裁判することをそれぞれその職務とする官吏ないし機関が置かるべきである。言葉を変えて言えば、弾劾は社会的な役割としてなされるべきであって、悪の追糾・正義の実現としてなされるべきではない。法が神の意思に淵源するものでなく人民の意思に由来するものだという真理の自覚は、とりもなおさず、法は絶対的正義ではなく、法を制定し執行し解釈する権力は常に誤る者だという真理の自覚である。「だから、法を犯したという理由で仲間を権力の手に引き渡すことはしない。法を犯したことが本当にモンテスキウの言う『社会の中で他人のことを忘れていた』こと、すなわち他人の人権を侵害することになるのか否かを、人民自身がその代表(検察官)を中心にしてよくよく考えて見た上で、その可能性が強いと思ったときに、人民の代表が初めて犯人らしい人を人民の法廷に訴追して、そこで被告人の意見と人民代表の意見とを対等公平に十分闘わせ、人民のもう一つの代表(陪審員)が、原告被告いづれに対しても同じ仲間として中立平等の立場で両者の言分を聴いた上で、見落しのない総合的な判断を下すのだ。」これが公訴権と裁判権との人民への帰属すなわち

同僚の裁判（人民訴追—人民法廷）の理念である。他方、訴追があったとき、被告人の身柄を拘束して裁判に備えさせ、証拠を収集し、公判を秩序立て、かつ人民法廷に対して犯罪事実の存否・法の適用（科刑）について設問し、答申を受けて判決を言渡すことは、司法権（裁判所）の役割である。ボアソナードが「検察官もその補助者も、被告人や被疑者を司直（正義）の手に引き渡す（*livrer à la justice*）ことはできない」と言っている意味が、これでわかる（筆者第一論文二二八頁参照）。訴追は如何なる意味でも正義（*justice*）の実行なんぞではない。そして裁判所の役割は、地上のかりその相対的な正義の実行にすぎないのだ。訴追と予審と判決との機能分離の根本義がそこに在る。

告発の奨励、告発への強大な法的効力付与が、訴追と裁判とを絶対的正義の実行、神の裁きたらしめ、告発する民衆を正義の月光仮面たらしめて、検察ファッショ、司法弾圧、そして無数の月光仮面たちを煽動し操る独裁権力の温床となる危険の絶好例を、われわれは最近、田中元首相に対するいわゆる世論・検察・裁判所の糺弾・訴追・有罪判決の中に見た。犯罪の被疑者に黙秘権を無視して議院証言を迫り、偽証したという理由で別件逮捕し、手続法定の憲法規則を無視して外国裁判所に被疑者尋問を囑託し、この尋問に応じさせるために公訴権とは完全に無縁なるべき最高裁判所が事もあろうに被疑者と取引して、恐るべき権限踰越、権力分立無視の公訴権放棄の宣明（宣明とは一体何事であるか？被疑者が要求したのは最高裁の不起訴の *order* ないし *rule* だったはずだが、幾ら何でも検察官に不起訴を命じたり認める規則を作ったりすることはできないので、宣明という正体不明の代物を恰も命令規則に当るが如く見せかけて外国裁判所までまんまと欺くとは、最高裁判事には田中氏顔負けの大政治家がそろっていらっしやる。）を発して証言を引き出し、それと検面聴書における贈賄被疑者らの自白とをつなぎ合わせ、各自白・自供をして互いに他を補強せしめ合わせることに、告発者・検察官・裁判所が同心一体となって（訴追—予審—判決の完全癒着）遮二無二狙った餌

物を断罪に追い込んで行く手法は、正に、弾劾手続の仮面をつけた糺問手続以外の何である。糺問手続と異なる所はただ一つ、キリスト教の神の名における告発—予審—訴追—法廷手続の代りに、人民という名の神の名における告発—予審—訴追—公判であったこと、そして糺問手続ではその濫用をチェックするために設けられていた検察官が、現代日本の弾劾手続では、仮面を剥げば何とその実体は糺問手続の予審法官であったという、サスペンス・ドラマのクライマックスを彷彿させる奇つ怪事のみである。君主絶対主義国家の法廷が、人民絶対主義国家(つまりヒトラーやスターリンの支配する国家と同質の国家。彼らもまたいわゆる世論に便乗しかつ世論を操りながら、政敵を弾劾し排除して政権を奪取した。)の法廷に変わったのである。

以上により、一般市民の告発の採否を、初め治安判事、後検察官の判定にからしめた刑法典以降の告発権の変遷は、一七九一年法の弾劾性を一層徹底させ純化するという全体的方向と矛盾するものではないことが、確認された。「じゃあ、今のイギリスの一般市民訴追は糺問的だとお前は言うのか？」という反問が多分出るだろうと思ふが、そう単純に行かぬ所が又真理の真理たる所以であつて、そのことは後で詳しく説明しよう。

なお、公訴権の最終駆動権(起訴陪審への提訴権)が、刑法典に至つて治安判事と一部陪審指導判事とに、つまり官吏のみに、託されたことから生じる恐れのある、告発の不当な握りつぶしは、私訴原告人の公訴権駆動によつてかなり補完されうが、刑法典では官吏は直接起訴陪審に提訴しえたのに、私訴原告人は治安判事に告訴を拒否されたとき陪審指導判事に上訴しうるとどまつたので、五、六、八条に標榜する所と異り、官吏と私訴原告人とは公訴権駆動に対し必ずしも対等の権利を持っていなかった。この欠陥はC・I・C・で最終的に克服されることになる。すなわち、検察官も私訴原告人も平等に予審判事に提訴し、平等に(起訴陪審の代替機関たる)重罪起訴部に上訴しうることになった(その点では被告人も彼らと対等である)。

最後に、罪刑法典に関するエスマンの解説中に日本人読者に誤解され易い表現があるので、注意しておく。「罪刑法典のこの規定（五、六条（訳補））以後、実を言えば、一七九一年法が組織していたような公衆訴追（action populaire）は消え失せる。……今や、私人当事者は損害賠償のためにしか訴追し（*agit*）ないと、人々は知る（四三〇条）。（Esmein, op. cit., pp. 442, 443）」本文だけ読むと、私訴原告人には公訴権駆動権はないように見える。しかし、*agit* という動詞は訴訟行為の一部または全体をその場で適宜に指称する語でそれ自身としては十分限定された意味を持たぬから、この場合何を指しているのかは四三〇条を見よ、という指示が文尾に置かれている。しかるに、四三〇条は、四二九条に、陪審が有罪答申をし裁判長がそれを宣告した所で、「それに基づいて行政権委員は裁判所に対して法律の適用についての彼の請求をする。」とあるのに対して、「告訴当事者も同様に、損害賠償を求める彼の請求をする。」と定めたものである。法律の適用についての請求とは、一七九一年刑法典のどの条文に規定する法定刑を適用するかについての意見陳述つまり科刑請求のことで、この刑法典は厳格な罪刑法定主義に拠り量刑幅が無いので、こういう表現になっているのである。公訴権の行使は五条により官吏の専権故、科刑請求は行政権委員が行ない、私訴原告人は公訴権駆動権を有するが行使権が無いので、私訴権の行使として損害賠償請求をなしうるとどまる。これが上記簡略な表現でエスマンの言わんとしたことである。従ってそれに引続く「刑罰を目的とする訴権は人民および人民が選出する官吏にのみ属する。」といういささか不正確な表現は、「刑罰権は人民に属し、その行使権は……官吏にのみ属する。」と読むべきである。

## 七 一八〇一年法における、公訴権の駆動権と行使権とを併せ持つ検察官の創設によ

る私訴原告人と検察官との協同訴追システムの完成。人民訴権の代理行使者としての検察官の適任性と、フランスに在ってイギリスに存在しえなかつた理由。

革命暦九年(一八〇一年)雨<sup>フニツイオーヌ</sup>月七日法によつて、罪刑法典がその出发点を置いた人民訴権理念に基づく、公訴権と私訴権との分離が完成する。検察官(政府委員)が従来の治安判事の訴追権を奪い取つて、公訴権の駆動権と行使権とを併せ握る唯一の人民代表機関となり(一条、公訴権駆動権と私訴権(駆動権行使権共)とを併せ持つ被害当事者と並んで刑事訴権を実行する訴追二本立てが、極めて整理された姿で創り出されたのである。同時にこの法は、治安判事から予審権を奪つてこれを起訴陪審指導判事に集中し、これによつて、起訴の前提としてなされる犯罪についての情報収集権としての捜査権と、その情報に基づく訴追(予審請求)によつて開始される予審の権利とを明確に分離し、起訴の前提であるから捜査は訴追権者の指揮下に置かれるべきだとして、治安判事その他の司法警察機関を検察官の指揮下に置いた。かくて捜査―訴追―予審―公判という手続の各階梯のすっきりした区別、それぞれに対する互いに別個独立の機関の配置による、機能分離が一応の完成を見る。

「公訴権を官吏に委ねた方が、一般市民訴追よりも、人民主権下の同僚の裁判としての私人訴追<sup>||</sup>弾劾手続に適合している。」ということは、前の説明で納得したとしよう。しかしどうせ委ねるなら、人民の選挙によつて任命される治安判事の方が、身分上行政権に属し政府によつて任命され罷免される検察官なんぞよりも、人民代表たるに<sup>||</sup>ずつとふさわしいではないか。その限りで検察官訴追は、やはり私人<sup>||</sup>人民訴追の後退だ。」予想されるこの反

論に対しては、いろんな角度から答えることが可能である。

第一に、国王の代官が糺問手統の下で果していた前述の如き役割——私訴の補充と、告発および予審法官訴追の濫用チェックと——を、世論が政府委員に期待したことは、極めて自然の成り行きだったこと。王権の下でさえ、糺問手統の下でさえ、ちゃんとやられて来たことが、人民主権の下、弾劾手統の下で何倍か立派にやってもらえないはずはない。これは他の何者にも優る歴史的伝統の説得力である。ではどうしてこんな都合のよい機関が昔から在ったのか？ 一つの原因は、キリスト教のおよびギリシア・ローマ的な正義の法理念を利用しながら王権がその普遍的裁判権を確立して行った事情から来る、国王裁判権の内在的制約である。これについては第一論文(一一一頁以下)で詳しく述べた。もう一つの原因は、一般権力機構の統一的な位階構造のピラミッド(一般権力のヒエラルヒー)から独立しかつ一般権力の頂点と肩を並べうる高級な地位を認められる官職、すなわちマジストラを置いて、これに人民特に弱者(外国人と寡婦と孤児と)の保護の任務を付託するという法的伝統が、ギリシア・ローマ以来連綿として存在して来たことの影響である。ローマの護民官職の如きはその典型であり、フランス人が、訴訟手統における護民官の役割を国王の代官に期待したのも、自然の成り行きだったと言えることができる。そして三つ目の原因として、そのような期待に応えうる制度的条件が、フランス絶対王権の構造の中に備わっていたことである。

共和制ローマの主権は、名目上も実質的にも、民会、元老院のほか各種執政官・軍司令官などのマジストラ(独立高級官職)に分散しており、統一的なヒエラルヒーを形成していなかった。これらの権力は相互制肘によって独走を牽制し合うと同時に、その牽制の結果として、それら各権力から距離を置き諸権力抗争のはざままで凌辱される弱者の利益を拒否権の発動によって保護することを任務とする、もう一つのマジストラ、護民官を現出させた。このマジストラは期せずして、分権的体制全体の自動安定装置として機能したのである。同様の条件がフランス絶対王

制の中に存在した。フランスでは封建制度が典型的に成立したため王制のヒーラルヒーはかなり名目的で、封建諸権力の合謀連衡・相互牽制の政治力学による微妙な力の均衡の上で、王権はいわば一種の玉乗りをしつつ、その危い均衡をいささかなりと安定させるために民衆の保護者つまり護民官の役割を自らに課し、直屬のマジストラたる国王の代官を以てその任に当てたのである。

なお、このこととの対比から、イギリスの私人訴追⇨弾劾手続が、民権の伸張した市民革命以後も、遂にフランスの検察官の如く私人の告発を取捨して自ら公訴権を駆動行使する専門の訴追官を創造しえず、告発即訴追である所の一般市民訴追、いわば「人民同士の司直への仲間の売り渡し合い」という訴追形態にとどまらざるをえなかった理由が、明らかになる。イギリスの国王を頂点とする封建制度は、他民族征服王権によって、イングランド固有の法制・裁判権を素材とし、これを王権が力づくで自己の支配にくり込むという方法で、創り出されたものであつて(ベイカーによれば、ノルマン人がフランスの法制をイングランド人に押しつけたり、イングランド慣習法に融合させようとして)たりした、と考えるのは全くの誤りで、逆にノルマン人は、イングランドに新たな法を殆ど持ち込むことなく、ただ「王権についてのより強力な考えと天才的な行政能力」とを以て固有法制を編成替へすることにより、中央集権とその一環であり「国王権の自然の華の一つ」である裁判権の統一とを、実現して行つたのである(前掲小山沢一、一、二二頁、一七、一八頁、三六、三七頁)、フランスのその如く、土着の法制・裁判権が社会・歴史の発展につれて自らの内的必然的な力で自然に統合に向つたものではないから、フランス王権がその権力ヒーラルヒーを根拠づけるために創案した、正義⇨平和⇨公序⇨福祉の如き、高尚げな理念には不足していた(「王の平和」という理念はあつたがアングロサクソン起源のもので、私戦禁止を内容とするにすぎない。ノルマン征服以後、フランスの慣習をまねて、王は戴冠式に際し臣民に正義を与えるという宣誓をしたし、国王裁判所の発展の理由の一つに公序を意味する「国王の訴訟」という觀念も見られたが、ベイカーによれば、ずっと強力な

動機は、刑事裁判から生じる罰金と没収という金の果実であった。エドワード一世は裁判から戦費を埋め合わせるほどの富を得た。(前掲小山訳三六〇三頁)。こうして無理やりでっ上げられた王権とその華である国王裁判権との仕組みは、必然的に、小さな島国の単一民族として律令体制以来一貫して天皇を名目上の頂点とするわかり易い権力のヒーローを形成して来た日本人には、何ともまとまりがなくバラバラチグハグで得体が知れないと思われる代物になった(実態は前掲ベーカーの小山訳五三〇一〇頁参照)。しかも、力の秩序の必然の運命として、王権と王権により力づくでヒーローの中に組み込まれた他の封建諸権力との対立抗争が初めから深刻だったから、フランス検察官の如く、諸権力の均衡・制肘の間立って王権の意を受け王権の標榜する正義||平和||公序||福祉のために、諸権力抗争のはざままで苦しむ人民||弱者の利益を保護する役割を果すことにより、体制の自動安定装置となりうる機関の、発生するチャンスと存在する場所とは、行政機構の中にも司法機構の中にも全く欠けていた。体制の安定は力と権謀術数とに頼る外なかったために、王権の基盤が只でさえ弱い所へ加えて諸他権力の離反を早め、王権が苦勞して創り上げたコモン・ローの裁判所も次第に王権から離反し、遂に市民革命の先頭に立つに至る。この革命の混乱の過程で、人民は犯罪者に対してまたは不当な告発に対して彼らの利益を代弁してくれる機関を見出しえぬまま、各自が自力で訴権と防禦権とを行使して自らの利益を守る以外に方法が無かった。かくてイギリスの人民訴権は、単に検察官の如き代表機関そして告発の不当性へのチェック機関を持ちえなかったただけではなくて、訴権の公的資格すなわち社会||人民||公衆への根源的帰属性が各個人の利益保護目的の背後に隠されがちで、訴訟は原告と被告との私的係争たる性格つまり原初的な私人訴追主義、中世的な弾劾手続の面影を色濃く留め続けたのである。後でもう一度述べるように、そのことが、フランス型人民訴追主義||弾劾手続における実体的眞実主義|| (手続の進め方についての) 裁判官職権主義と著しいコントラストをなす、イギリス型のそれにおける当事者処分権主義||

(手続の進め方についての) 当事者主義を生んだのである。

なお、宮本英脩は、英国が今も公衆弾劾主義をとっているのは、「一方ニ、英国ノ社会ガ一般ニ保守的ニシテ伝統ヲ尚ビ、其ノ歴史的ニ有スル民衆ノ權利ヲ失フコトヲ欲セザルト、又他方ニ、英国人ガ常識ニ富ミ且公共心強ク、之ヲシテ甚シキ弊害ヲ生ズルニ至ランメザル十分ノ用意ヲ有スルトニ因ルモノトス。(宮本「刑事訴訟法大綱」(昭和一年)「四、五頁」)と述べているが、首肯しうる見解である。長い歴史の中で王権から無理やり告発を強いられて来た苦い民族的経験そして市民革命を経て培われた同僚への信頼・権力への不信とそれに基づく私的自治の精神とが、同僚を司法権に売り渡す告発に対する強い自制力として働いていることは、イギリス刑法を理解する上で絶対に見落してはならぬ点である。これに反し、古来外界から隔絶した小島で単一民族国家を形成し、イギリスの民族大移動に淵源しノルマン・コンケストに直接の端を発する深刻な民族対立と絡み合った激烈な階級対立の如きものが存在することなく、従って革命の経験もなく千数百年一系の天皇が少くも名目上は常に権力の頂点に在り続け今も国民統合の象徴で(単に法文上だけでなく現実の民衆の意識においても)ある日本社会では、民衆の権力に対する随順と依存との意識があまりにも強いので、他方では民衆同士の仲間意識も強いけれど一見対立が生じるとそれが逆に仲間の団結 $\parallel$ 和を乱す異端者の徹底排除・村八分に狂奔する群集心理を生み、しかも権力依存意識からそれを、権力特にその最強形態たる刑罰権の発動を(司法権と行政権とを一体のものとして扱えた)国家にお願いして、国家の力でやってもらおうとする行動様式、つまり民衆と権力と一体の魔女狩りを生む傾向がある。鬼頭判事補や田中元首相をマスコミとそれに煽動された組織や市民、政府、議会、検察、そして裁判所が一体となり総力を挙げて追いつめて行くやり方は、近年におけるその典型である。このような日本人の意識の变革従ってその前提としての社会体制の根本变革を抜きにして、イギリスで巧く行っているからと安直にイギリス式公衆訴追(市民訴追)と言うが

中心は警察訴追)をわが国に持ち込むことは、極めて危険である。上記の如き日本人の権力に対する意識——権力者においては、いわゆるお上意識——の化身である今の日本警察に、意識変革——体制変革抜きでイギリス警察の如く行動せよとは、言うだけ野暮である。検察官を人民の代表たるにふさわしい機関(例えば弁護士多年経験者中からの民選機関)に変えた上で、これを被害者の公訴提起権(フランス式私訴権)と組み合わせ、さらに予備審問的制度を設けて警察検察の強制捜査権を剝奪するという方向への改革が、少くとも当面の目標としてはベターだと思われる。その限りでフランス法から学ぶ所が多いと思うのであって、誤解なきよう申しておくが、私は決してフランス法の方がイギリス法より、検察官——被害者訴追の方が警察——一般市民訴追より、本質的に優れていると思つてゐるわけではない。どちらのタイプがよいかは、その国の歴史的社会的条件の如何によるのである。

さて、フランスで検察官が治安判事に代つて人民の代表として公訴権を委託されるに至つた原因として、第二に、大革命期の社会的混乱の中で新米の素人なるにもかかわらず、警察官と予審官と訴追官との役割を一手に引き受けさせられた過剩負担に耐えかね、至る所でその無能ぶりを露呈した、治安判事の弱体を挙げることができ、彼に対して失つた信頼を、国王の代官という由緒ある民衆の保護者の正統な後継者と目された、検察官という独立高級官職に託し直そうと、人々が考えたのは自然の成り行きであつた。

そして第三に、大革命により自らを主権者と称した市民階級(法定国民、能動的市民)とは、貴族・僧職と農民・労働者階級との中間に位置する富裕者階級、ブルジョアジーに外ならず、恐らく検察官の多くはこの階級の出自であつたらうから、当時の市民にとっては、そして法学者や立法者にとっては、検察官は、今日日本の庶民が純然たる国家権力の上級機関である検察官という高級官吏に対して抱く疎遠の感情、いわゆるお上に対する気持とは全く逆の気持を抱かせる、身近で親しみ深い存在であつて、自分たちの代表だという実感を十分市民に与えただあ

ろうと、想像される。

なお、革命九年の法では、私訴権を含む私人の告訴告発権は、刑法典と基本的に变化なく、告訴告発の相手が治安判事から司法警察へと変わっただけである(三條)。告訴告発が拒否されたときの陪審指導判事(すでにC・I・C・の予審判事と同じものになっている)への告訴人の上訴権は法文に規定はないが、この法の新制度は、治安判事―起訴陪審の訴追の停滞に活を入れるためのものであるから、事実上拒否は殆どなかつたと思われる。治安判事の地位は根本的に变化し、私人や検察官(政府委員)から告訴告発を受けまたは伝達される立場から、逆に検察官に告訴する立場に変わった(四、五、六條)。

## 八

一八〇八年法典(C・I・C・)における、私訴原告人の被告人および検察官に対する対等の地位の完全確立。単なる告訴および告発が必ず尊重される理由としての「物に対する訴追(adio in rem)」と、実体的眞実主義―予審裁判所・裁判長の職権主義。これらの原則と人民訴追・人民法廷理念との関係。

一八〇八年法典(C・I・C・)により、以上の方向がさらに推進され、ほぼ完成の域に達する。すなわち(一)革命九年の法が認めた検察官の勾留権を廃止して当事者性を一層純粋なものにし、(二)私訴権者に、予審判事に直接起訴(予審請求)し、予審判事を含む予審評議部の予審免訴決定に対し重罪起訴部(従来の起訴陪審に代るもの)に上訴する権利を与えて従来の私訴権・公訴権駆動権より強力なものにして、検察官の公訴権駆動行使権と全く対等な力を与えると同時に、予審の結果付公判決定が出たとき義務的に重罪起訴部に調べ直させる被告人の権利と、

対等な立場を保障した(四七、六三、六四、二二七―二五〇条)点は、明らかに弾劾手続 $\parallel$ 私人訴追主義の純化され完成された姿を示している。なお軽罪事件についての私訴原告人の直接呼出権は、従来通り維持された(一八三条)。(三)これに対して単なる告訴と告発とは、九年法のまま、検察官に情報を提供して公訴権駆動を請求しうるにとどまったから、私訴原告人となることの申立を伴う告訴との差は歴然とするに至った。前述の如く、これは人民訴追の前進とこそ見るべきである。ただし、明文の規定により、検察官は、告訴告発を受けたときは予審請求を義務づけられたので(四七、五四条)、後に起訴便宜主義が確立するまでの間は、依然として私人訴追権(公訴権駆動権)であり続けた。

C・I・C・では次第に起訴便宜主義が確立されて行き(第一論文一六九頁以下参照)、それにつれて告発権は公訴権駆動権の実を失って行ったように見える。しかしそのことは、人民主権 $\parallel$ 同僚の裁判の原理に添った私人訴追主義 $\parallel$ 弾劾手続の発展とこそ見るべきだ、ということは前に述べた。のみならず実質的には、根拠のはっきりした真面目な告発が検察官の恣意によって握りつぶされるといふことは、(起訴便宜主義による不起訴を除き)次のような理由によって殆ど起りえない——その意味で真面目な告発は常に必ず尊重される——ことに、留意しなければならぬ。すなわち、C・I・C・では訴追は人に対してでなく物に対してなされる。従って、犯人を特定しないで、Xがしかじかの犯罪を犯したと思われるので予審してくれ、と請求しうる(罪刑法典ですでにそうだったのではないかと推測させる条文は九七条で、「告訴はたとえ告訴人によって署名され確認されたとしても、それだけで、他の証拠または徴表なしに、被告人に対し拘引状を発する権限を治安判事に与えることはできない。しかし治安判事は、告訴人によって指示された証人を聴問すること、および犯罪を検証するためにも犯罪者を発見するためにも必要なあらゆる捜索・立入ならびに記録手続を行なうこととを、義務づけられる。《傍点筆者》」)とある。本当にそう解してよいか、この種規定を欠く一七九一年法の実際の運用はどうだっ

たのか、調べてないのでよくわからない。ラサは、一八〇八年法以前には、人に対する訴追か物に対するそれかという点について問題意識そのものがはっきりしていなかった、と言っており (Rasat, *op. cit.*, n° 276)、彼女にわからぬことが日本人にわかるかどうか心配だが、とにかくいつ頃から、どうしてそうなったのかは、将来の重要な研究課題の一つである。なお「物に対する訴追 (事件についての訴権 *actio in rem*)」については、とりあえず Stefani, *Levesseur*, *Bouloc*, *op. cit.*, n° 364, 433, 455 参照。C・I・C・以後については後程章を改めてこの問題について解説する)。しかるに、告発者が真実犯罪の証拠を握っているのなら、少くとも犯罪が行なわれたらしいということについては、検察官と告発者との意見がくい違うことはまづありえない。従って、起訴便宜主義の発動によるの外は、真面目な告発が拒否されることはまづ起りえない。これに対して、仮に人に対する訴追だったとしたら、犯罪が行なわれたことは確かでも、誰が犯人かについては告発人と検察官との意見がくい違うケースがしばしば起るだろうし、意見が一致したとしても、起訴して万一無実だったら人権侵害となるから、起訴は当然慎重になり、告発人が嫌疑充分と思っても検察官は「まだまだ」と腰をあげてくれないケースが多くなるであろう。物に対する訴追なら——被告人を特定しなくてよいなら——話は逆である。

それ故、フランス法とイギリス法との比較のポイントは、告発が原理上拒否されるか否かにはなく、むしろ物に対する訴えと人に対する訴えとの違い、被告人を特定しなくても訴追しうるか否かの違いに在る。しかるに、被告人を特定しないフランス方式では、必然的に、原告対被告の対立関係が稀薄化してしまい、起訴したら後は予審判事や裁判長の出番だ、ということになり、どうしても、予審裁判所と裁判長との職権が増大する。英米法に比し仏法は弾力的でない、当事者の能動性・主体性に乏しい、と言われる最大の原因はここに在る。そしてこの事実、「検察官はフランスでも専ら国家権力の手先だ」という日本式誤解が結びつくと、誤解は増幅されて恐ろしい

ものになる。

この誤解を解くためには、「なぜフランス法は物に対する訴追なのか？　なぜ予審裁判所や裁判長の職権が強いのか？」を改めて考えてみればよい。そうなったのも、元をただせば、フランス刑事手続が人民の訴権—人民の裁判であることによるのだから。すなわち—

物に対する訴追と裁判官職権主義とは表裏一体であるが、両者はさらに、「裁判所は、できる限りの努力を払い最善を尽くして事案の真相を窮明した上で、その窮明された所に従って事実認定を行なうべきであり、当事者の論証や予審が不十分だからという理由で無罪を言い渡して、判断の責任をまぬがれることはできない。」という、いわゆる実体的真実主義（但しフランス法学にそれに当る用語はないようだが）の理念に基づいている（筆者第二論文一六八—一七〇頁参照）。しからば裁判所は、真実窮明の責任を誰に對して負うのか。札問手続なら当然、窮極的には神に對して、具体的には神の地上における代理人である王に對して、負うのだということになる。神は無謬であるから、地上の代理人も絶対に謬ってはならず、謬らないために最善を尽くして真相を窮明しなければならないのである。これに對して、人民主権下の同僚による裁判では、裁判所が窮極的に責任を負うべきは人民に對してである。しかるに、被告人は人民の一員であり、私訴原告人および檢察官と陪審とは、それぞれ訴追と判決とにおいて人民を代表する機関である。従つて具体的には、予審裁判所と裁判長とは、被告人、私訴原告人、檢察官、および陪審に對して責任を負うものと解すべきである。そこまではまず間違ひなからう。しかしそのことから果して、直ちに真実窮明義務が導き出されうるのであらうか？

まず、人権宣言この方無罪推定を受けている被告人の立場から言えば、有罪を証明できねば自動的に無罪になるのだから、有罪を基礎づけうる証拠を最善を尽くして探索収集するという真相窮明はやつてもらいたくないである

う。逆に無罪を基礎づけうる証拠の探索収集は、徹底的にやってもらわねば困るのである。故に被告人のためには、裁判所の真相窮明義務は有罪証拠の探索収集を内容とせず、無罪証拠のそのみに限らるべきだということになる。これと丁度逆なのが、何としても有罪を認めてもらって損害賠償を獲たい私訴原告人である。以上に対して、絶対悪の追糾・懲罰のためでなく、社会の平和・秩序・福祉というあくまでも相対的な正義を守る公的役割上、訴追し判定する検察官と陪審員との立場は微妙である。役割上いい加減な調査に基づいて「真相がはっきりせぬから無罪」と論告したり判決したりするわけにも行かぬが、さりとて調査々々で被告人を長期間不確定の状態に置くことは人権侵害で許されぬから、ある程度調査した所で見切りをつけねばならない。自分は神の代理人ではないし被告人は自分の仲間ではあり、犯罪は相対悪にすぎぬから仮に調査不足で本当は有罪なのに無罪にしたとしても、どうってことはなし。しかしまたその反面、そういう調子で大らかにやりすぎて、迷宮入り兇悪犯罪が激増して社会の平和秩序福祉が害されたのでは、役割の懈怠ということになるし。いわばハムレット的心境であろう。その間に処して、被告人や人民代表へのサービス係である予審裁判所や裁判長も、どこまで徹底して証拠を探索収集したら義務を尽したと言えるのか、どの程度以上やると糾問的だ、やり過ぎだと非難されるのか、思案が難しいと言わなければならない。訴訟関係人の誰にとってもひとまず異論のないのは、無罪を推測させる証拠や徴表の存在する可能性を前にしながらその探索収集をしないことは許されない、ということであろう。しかし、証拠は公判で討議に付されたとき、必ずしも収集者や提出者の意図通りに機能するとは限らない。アリバイ証言の作為が反対尋問で明らかになれば、陪審員の心証は逆に有罪へ動くかもしれない。C・I・C・制定以後の発展を眺めると、法は予審については結局の所、当事者に予審行為に対する平等の請求権と統制権(異議申立権)とを与え、予審判事に対して、その権利の行使に平等に対処し、予審の不当な遅延で被告人の人権が害されることにならない限

度で、各当事者が納得する程度にまで証拠の探索収集をなすことを義務づける、という賢い解決に辿りついたように見える。これについては後程章を改めて考察する。裁判長の義務については、実際の発見のためにあらゆる手段をとりうる自由裁量権を認め必要なら予審の措置ないし補充審理命令の可能性を認める一方で、これを「口頭弁論主義を害さない限度で」という制約、「陪審法廷であるから無制限に審理をくり返したり引き延ばしたり一回々々長々と時間をかけたりはできない」という自然的制約、および「被告人を長く公開法廷にさらし者しておくわけには行かぬ」という人権保障上の制約により、常識にかなった程度に制限するという方法で、バランスをとっているように見える（筆者第二論文一五八―一六一、一六四、一七二―一七七頁参照）。それ故、フランス法では実体的真実主義||裁判官職権主義と言っても、わが国のその如く、裁判官自身が真相に到達したと得心するまで、被告人が棚ざらしに遭う苦痛などどこ吹く風、蜿々とダラダラと何年でもかけて審理を尽すわけではない。最後に、予審の犯罪性質決定（訴因構成）を裁判長の職権で変更しうる点にはかなり問題があるが、それについては第二論文で述べた（一四三―一四五頁）。

以上を通観して、ほぼ次のように把えることは、著しく失当ではなからうと思う。実体的真実窮明のために与えられたフランス裁判官の職権は、人民代表として私訴原告人と検察官とが訴追の役割を、陪審員が判決の役割を、人民の付託に応えてきちんと果たすために、また被告人が人権を全うしつつ防禦権を十分に行使しうるために、必要十分な程度にまで証拠を探索収集し公判での討議の用に備えるべき、人民の機関としての人民に対するサービス義務に外ならない。それは、独日法において裁判官が、そしてしばしば裁判官の協力者として立ち現われる検察官までもが、自己の個人的特殊の主観的利益の主張者擁護者としてのみ把えられた被告人に対し、全体的普遍的客観的利益、絶対的正義そして絶対的真理の代表者たるの資格において、優越せる上位権力として持つとされる所の、絶

対的眞実窮明義務・絶対的正義の実現義務とは、全く異質のもの、次元を異にするものである。後者は人民主権・人民訴追・人民法廷の理念と全く相反する。モンテスキウの言った如く、近代法の創始者たるすべての啓蒙思想家が口を揃えて説いた如く(デカルトにつき拙著「権力止揚論(昭和五五年、大成出版社)」六一頁(注1)、パスカルにつき同六五、六六頁、ルソーにつき同六八〜七〇頁参照)、立法者の理性の表現である法自身も、国家機関の理性による法の解釈適用も、解釈適用の対象となる事実の陪審による認定も、理性の本質によって常に必然的に誤るから。

## 九 フランスの人民法廷は各個人の内なる良心としての眞実および正義の法廷であ

り、日本の裁判官法廷は超越者たる絶対的眞実および絶対的正義の法廷である。

ただし、フランス法の裁判官職権が、正義の神ではないが眞理の神に仕えるためのものであるという側面を持つことを、全く否定し去るのは公平でないであろう。なぜなら、裁判官職権がそれへのサービスのために在る所の人民法廷自身が、良心に従い眞実の発見のために最善の努力を尽すべきものとされているから(審理に先立つ裁判長の陪審員に対する演説「憎悪や悪意にも、恐怖や感情にも耳を傾けることなく……あなた方の良心と内的確信とに従い、高潔で自由な人たるにふさわしい公平さと信念とを以て……」(C・I・C・三二二条、C・P・P・三〇四条)評議に先立つ裁判長の陪審への説示「法は陪審員(判決人)に対して、被告人に不利な事実を証するために提出された証拠と被告人が尽した弁護の手段とが、陪審員の理性に如何なる印象を与えたかを、沈黙と瞑想との中で自身に問いかけ、自己の良心の眞摯さの中で追求することを、命じている。(C・I・C・三四二条、C・P・P・三五三条)陪審の評決を陪審座長が法廷で宣告する仕方「陪審座長は起立し、手を彼の心臓の上に置き、『私の名譽と

良心とに基づき、神の前と人々の前とにおいて、陪審の意見表明は……である。」と述べる。(C・I・C・三四八条) 陪審の投票用紙記載の文「私の名譽と良心とに基づき、神の前と人々の前とにおいて、私の意思表示は……である。(一九四一年一月二五日のロワで定められ、一九四五年四月二〇日のオールドナンスによって確認された、C・I・C・改正三四六条)」「私の名譽に基づき、私の良心において、私の意思表示は……である。(C・P・P・三五七条)」予審における証人の宣誓「証人は、一切の真実を述べ、真実以外の何事をも述べない旨を、宣誓する。(C・I・C・七五条、C・P・P・一〇三条)」公判における証人の宣誓「証人は公判廷において、無効の制裁の下で、一切の真実を述べ、真実以外の何事も述べない旨の宣誓を行なう。(C・I・C・一五五条)」証人は、その供述を開始する前に、『憎まず恐れずに語る旨、一切の真実を述べ真実以外の何事をも述べない旨』を宣誓する。(C・P・P・三三一条)」。裁判長の自由裁量権が、この陪審員および証人の義務に対応するものなることは、明らかである(「裁判長は、自己の責任で真実の発見に有益と信ずるすべてのことをなしうる所の自由裁量権を与えられる。法は、真実発現のために全力を尽すべき義務を、彼の名譽と彼の良心とに課す。(C・I・C・二六八条)」裁判長は、彼の名譽においてかつ彼の良心において、真実の発見のために有益と信ずるすべての手段をとりうる所の自由裁量権を与えられる。……彼は、弁論手続の過程で、すべての人を、必要なら拘引状によって召喚して聴問し、または公判における事態の展開に応じ、真実の発現に有益と思われるすべての新しい証拠を提出させることができる。かようにして召喚された証人は宣誓をなさず、彼らの供述は参考資料としか見なされない。(C・P・P・三一〇条。最後の文における、裁判長の職権が強くなりすぎて公判が乱問手続化することのないようにするための工夫を、味わうべきである。))」。

「さすがデカルトの子孫の国」と感心する人もいるであろう反面、「真実真実ともつたいをつけやがって鼻持ちならん。いくら絶対的眞実じゃないと言っても、有罪判決は眞実の発現だということになれば、被告人は間違いな

く罪を犯したのだと、世間の人は信じて疑わないだろう。人民法廷は神の法廷に近づくであろう。これに対して英米法は、真実の追求など初めから断念し、有罪か無罪かは真実やったかやらぬかではなく、陪審員にとり原告被告いずれの説得力が優っていたかの問題だとして、人間理性の不完全性を卒直に認めており、人民法廷は真の人間法廷としてとどまる。人民主権に真にふさわしい裁判理念は後者だ。」と批判する人もいるだろう。法理念の比較としては確かにその通りだが、民衆の意識や手続の運用が理念通りかは疑わしい。第一論文でも触れたように、大陪審や予備審問はかなり糺問的な機能つまり職権による真実追求機能を持つ機関であり、説得力の優劣とは、かようにして収集された証拠を、原告被告が公判で如何に自己のために利用し使いこなすかそして相手のために利用され使いこなされることを如何にして妨げケチをつけるかの技術の上手下手・成功失敗を言うにすぎない。当事者の口頭弁論による証拠の討議の印象から陪審員が心証形成する過程を、証拠の収集の段階から評決までの全過程の中に置いて見れば、弁証法的真実の追求発見過程と解されるし、当事者の口頭弁論の巧拙と勝敗との因果関係に焦点を当てて眺めれば、説得力の優劣を争う競技としても扱えられる。どちらに力点を置いて説明するかで、フランス流実体的真実主義とイギリス流訴訟スポーツ観とが岐れるのであるから、言葉の違いほどに実態が違っていると頭から決め込むのは危険である。日本人にとって参考とすべきは仏英両法の違いではなく、いずれにせよ両法とも陪審制との絡みで手続の性格・構造が決まってくるのだから、わが国のような極端な裁判官職権主義がまかり通る余地はない、という、わが法と比べた場合の両者の共通点である。

なお、日本人的意識をフランス人の観念に重ね合わせて誤解することのないよう、一言付け加えるが、フランス法の観念では、真実 (vérité) と正義 (justice) とは全く別の事であり、犯罪が行なわれたという真実の認定と、その犯罪が悪いという正義の評価とは、全然無関係の事である。それ故、陪審員が有罪と評決したことは、彼らが

その犯罪を、法の定めている処罰に値する悪行だと評価したことを、必ずしも意味しない。全く悪くないと評価していることもあるし、悪いことは悪いが法の定める処罰に値する程ではないと評価していることもある。「それは多分にたてまえであろう。犯罪は、人間誰しもが悪いと思う行為の中から特に悪質なものを選び出して行為者を処罰すると定めたものであり、従って犯人は悪人中の悪人だから、少々処罰がきつ過ぎるからと言って文句をつける権利はない。陪審員はなるほど直接には、設問の事実や法適用の存否・当否を答えるだけだが、実際には心の中で、被告人は極悪非道を行なったのだから、法に従って処罰されるのが当然だ、と呟いているに違いない。」平均的日本人、そして平均的日本法律家は、多分こう反論するであろう。しかし歴史の教える所、陪審員に選ばれたフランス人つまり平均的フランス人は、常に明確に、真実と真実に対する正義の評価とを峻別し、犯罪は確かに行なわれたが悪行ではない、または悪いことは悪いが法定の処罰は重過ぎる、と評価した場合、しばしば正義のために真実を曲げ、真実には有罪であることを承知で無罪と答申して来た(第二論文一六五、一六六頁)。この時人民法廷は確かに神の法廷に近づくが、しかし陪審員個人従って人民を超越した国家法秩序という名の外なる神の法廷にではなく、陪審員個人従って人民の内なる良心という名の神の法廷にである。先頃勇名を馳せた怪盗メスリーヌの母と娘とは善良な市民であるが、殺人・強盗を職業とする札つきの兇悪犯の息子・父を恥じるどころか、愛人とデート中で何も気づかずにいた息子・父を警官が狙撃して殺したのは殺人罪だと訴追し(朝日新聞昭和五四年一月四日の関係記事の見出しによれば「車ごとハチの巣」「無残な最期メスリーヌ」「警察側、先制の猛攻撃」、世間もそれを非難したり珍しがったりしなかつたらしい(J. Meurine, Coupable d'être innocent の荻野弘巳訳編「怪盗メスリーヌ」講談社、一九八〇年)二六八〜九、二七四頁)。この例などに、犯罪というものに対するフランス人一般の意識の在り様が、極めてよく表われている。被害者以外の市民にとっては、犯罪は、国家法秩序に違反しかつ社会||公衆にとって迷惑な行為

という以上の意味を持たない。彼自身の信条・価値観に照らしてどう評価されるかには関係がない。そして国家はしばしば社会Ⅱ人民Ⅱ公衆と対立し、後者はその一員である彼と対立する(単に観念的にでなく、歴史の現実としてくり返された流血の革命やレジスタンスにおいて)。司法官憲や警察を手玉に取るアルセーヌ・ルパンや、それを地で行ったメスリーヌが、民衆の人気を博した所以である。(荻野弘巳は言う(前掲一〇〇二頁)、「一国の総理(田中角栄)がその地位を利用して莫大な賄賂をとったり、大統領(ニクソン)が権力をかさに不法行為のみ消しを計ったりすることを、われわれ(日本人と清教徒的アメリカ人と)は許せない。もちろん、フランス人もそうだ。しかし(フランス人の場合)その糾弾には、常に、これは相対的なものだという意識が働いている。絶対的な立場から人を裁くことが出来るのは『神』だけである——。この辺の感覚のずれは、かなり微妙なものだが、しかし、ずれはずれである。……(日本では)社会——その代弁者としての公器・新聞は、常に「正義の味方、月光仮面」をきどってはみ出し者をやっつける。……『NHKの職員ともあろうものが、売春クラブに入っていた』——こういう記事が記事としてなり立つこと自体フシギなことだが、このフシギがフシギとされないのは、つまり、偽善的であることに人々が麻痺しているのである。偽善はどここの国の社会にもあるが、偽善に対して寛容な社会、寛容どころか、一種の社会秩序を保つ柱としての効用を暗黙のうちに認める人々の社会と、偽善を悪行そのものよりも憎む人々が多くいる社会の違いはある。一般のフランス人がモリエールの『タルチュフ、またはベテン師』を見て、やはりタルチュフを許せないと思うのは、タルチュフがベテン師である以上に偽善者だからである。)

以上に反して、国家と人民とが癒着したドイツの参審法廷や、殊に純然たる国家機関である日本の裁判官法廷は、個人Ⅱ人民に超越する絶対的眞実および絶対的正義の法廷実は偽善の法廷であり、その有罪宣告は、絶対的眞理の表明であると同時に被告人が犯した絶対悪の調伏であると、一般市民からも法律家からも偽善的に信じられている。法廷は奉行所のお白洲に類し、裁判長は大岡越前や遠山の金さんを気取って被告人を叱責し訓戒する。

一〇 予審裁判所は、私訴原告人または検察官の訴追を待って初めて、かつ訴追の対象とされた物（事件）とそれの正犯または共犯である人とに対してのみ、予審をなしうる。

以上で、人民主権 $\parallel$ 同僚による裁判理念に基づくフランス的訴権の本質・構造原理が、かなり根本的な所から理解されたとと思うので、次に、C・I・C・およびC・P・P・下の訴追と予審との機能分離をめぐる諸問題に、そこから照明を当てて見よう。第二論文と同様本論でも、事実関係については Bergeignan-Esper, *La séparation des fonctions de justice répressive*, 1973 (1<sup>e</sup> partie) を下敷にして叙述を進める。

「予審裁判所は、公訴権を直接始動させることができない。その権限は私訴原告人と検察官とのみに属する。」この原則は、C・I・C・では非現行犯について認められたが（六一、六三、六四、七〇条）、重罪現行犯については当初から、一八六三年以降軽罪現行犯についても、予審判事が随検により直接事件を自己に係属させうる例外が存在した（五九条。例外が設けられたいきさつは、本論三参照）。C・P・P・は例外を廃止し、この原則（三一、四九、五一、八〇条）を次のようなやり方で現行犯についても貫徹させ、訴追と予審との機能分離を完全なものにした。すなわち――

現行犯の場合予審判事は二つの方法で事件に係属させられる。第一に、検察官と予審判事とが同時に現場に在るときには、前者は後者に直接予審開始を請求しうる（七二条五項）。この場合機能分離は、非現行犯と全く同様に完

全である。第二に、予審判事のみが現場に在るときには、予審判事は検察官と司法警察官とをその職務から免れさせ、代つて自ら捜査(enquête)に関する司法警察の一切の行為(臨検(五四条)、捜索・押収(五六条以下)、情報を提供しうる人すべての聴問(六二条)、罪を犯したと推測される人の逮捕(七三条)など)を完成しうる(七二条一、四項)。この場合予審判事は予審行為をなすのではなく、例外的に司法警察官の資格で司法警察の行為をなすのであるから、予審行為に属する勾留状・拘引勾留状の発行は許されず、検察官の権限である拘引状(七〇条)の発行をなしうるにとどまる。かつ、その行為が終つたら、訴追するか否かを決定してもらうため、捜査資料を共和国検事に送付しなければならぬ(この場合の送付は従つて単なる事実的行為だから、予審終了後の予審判事の共和国検事に対する予審記録の送付 communiquer le dossier (一七五条)と區別して、transmettre les pièces de l'enquête と表現されている)。重罪起訴部については、一八一〇年四月二二日のロワにより、その一員の告訴の場合検事長に対して訴追を命ずる権限が認められたが、七月王政以後用いられず、一九三四年二月二五日のロワによって廢止された。

私訴原告人または検察官の訴追によつて予審判事に係属せしめられる人および物の範圍は、当該訴追においてその対象として言及されている人および物の範圍に限定されるのか、それともその範圍を超過しうるのか。前者なら訴追は単に予審開始の条件であると言ふにとどまらず、予審の対象まで完全に限定してしまうという意味で、またその限りで、訴追の予審に対する独立性は完璧である。これに反してもし後者なら、予審裁判所の決・裁定により、原告は、訴追のとき対象として予定していなかった人または物に対して公訴権または私訴権を駆動・行使することを強制されるわけだから、訴追はその意味でまたその限りで予審裁判所に従属することになる。既述の如くC・I・C以来、ことによるとその以前から、予審裁判所は、訴追においてその対象として言及された人(被告人)ではなくて、物(事件)に係属せしめられる、というのが、学説と実務との一致した取扱ひであった。しか

し、それでよいか否かには議論があり、一八七九年のC・I・C改正草案は、予審判事に対し、係争の事実に関しても人に関しても、予審請求の文言を超過する権利を一切拒否することにより、この問題をズバリ解決しようとした(Rassat, op. cit., p. 204, n° 276)。けれども結局お流れになり、その後もC・I・Cの下従来の原則が踏襲され(Domedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 2<sup>e</sup> édit., 1943, p. 655, n° 1280)。さらにC・P・P.は明文でこれを確認した(Xに対する予審請求の許容は八〇条二項、付託された事実に正犯または共犯として関与した者すべての取調権と同三項)。だが、被疑者被告人の防禦権と原告の訴追権とを犯さないための配慮から、以下に述べるような様々の工夫が施されており、予審判事は訴追の対象とされた事件にちよつとも関係があれば、何でも誰でも好き勝手に取調べうるわけではない。まず、訴追でその対象として言及された物と、予審の対象となった物とが、同一の物か否かを判定する基準を示す判例としては、同一人の同種の犯行(この場合葡萄酒販売に関する詐欺)でも(商品引渡し)の相手が(訴状の相手と)違えば別の物だとするもの(J. C. P., 1951, II, 891)、犯行(戦災補償金の騙取)が同一なら犯行の場所が(訴状に示された場所と、同一裁判所管内の異なる郡に)異つてつても同じ物だとするもの(Crim., 17 nov. 1938, G. P., 1939, I, 195; E.-F. Carrive, *Chronique jurisprudentielle*, R. S. C., 1939, p. 313)、弁護権に基づき、訴追の対象として言及された違反行為とその行為の加重事由とは別の物である(から、原告の補充請求がなければ後者を予審しえない)とするもの(P. Delestrée, *L'instruction préparatoire*, Paris, 1959, p. 54)などがある。これらの判例に徴するに、弁護権保障の見地から、物(事件=公訴事実)の同一性の認定基準は、わが判例に比してかなり厳格である。フランス法には訴因制度が無いから、勢い、公訴事実の所で十分絞りかけないと、被告人の防禦権が危くなるのだ、と言うかもしれないが、第二論文(四六―七頁)で述べた如く、わが判例はせつかく訴因制度が在るにもかかわらず、訴因変更をせぬまま判決で別訴因の存在を認定することを広汎

に認めており、その許容基準と比べてもなお、フランス法の物の同一性認定基準の方がかなり厳しく、防禦権に対する配慮が厚いと思われる。大陸法には訴因制度が無いから、それだけ防禦権保障が薄い(被告人は不意討ちの危険にさらされている)、と一概にきめつけてはならないことが、これでわかる。要は人民の訴追||人民の裁判か、それとも国家ないし絶対的正義のそれか、の理念上の違いに因る所が大きいのである。

ただし、訴追で言及された物しか係属させられないということと、その物以外の物を見ても知らん顔をせよということは、同じでない。予審判事は予審行為中訴外犯罪事実の存在を知ったときは、直ちにそれを確認する告訴または記録手続を共和国検事に伝達しなければならない(C・P・P・八〇条四項)。これは久しい以前からの判例の再確認であるが(Crim. 26 juin 1940, Bull. crim., n° 188 ; Crim., 22 janvier 1953, J. C. P. 1953, II, 7456, Rapport du conseiller Brouchet.) 二つの物の間に結びつきが在ることまたは性質の一致が在ることを条件とする(Docteur de Vabres, op. cit., p. 655, ann. 2 ; R. Merle, A. Vitu, Traité de droit criminel, 1967, p. 1195, n° 1286)。知ったらずく検察官に伝えねばならぬのだから、この確認行為は予審行為ではなく、その性質も法的効果も、先述した現行犯の現場で予審判事がなしうる司法警察の行為と同じである。

以上の如く、物に対する訴追||物の係属(saisine in rem)の規則は、私訴原告人および検察官のみが訴追開始権を持つという一般原則の直接の適用である。問題は物についてでなく人について存する。予審判事は、予審請求において名指された人(被告人)だけでなく、請求の対象たる違反行為に正犯または共犯として関与したと思われるすべての人を、被疑者として調べる権限を有する(C・P・P・八〇条三項)。従ってまた、犯人が不明または不確実ならば、訴追は特定人を名指しせず、Xに対してなすことが可能である。その意味で予審は、訴追において言及された人の範囲を超えてなされえ、その限りで訴追を直接の前提とせずしてなされうる。しかし、予審の過程で全く偶

然に発見された所の、訴追の対象たる犯罪とは無関係の犯罪の被疑者は、これを調べることができない。かつ「実務上は、予審判事と検察官とは予審を通じて絶えず密接に連絡をとっているので、予審判事は新たな取調をする前に、検察官からその取調をして下さいとの明確な追加的請求を受けるべく、一般に記録を検事局に伝達する。(Stefani, *Levasseur, Bouloc, op. cit., n. 455.*)」それ故結局の所、「予審は訴追を前提とする」という原則への抵触は認められない。

C・P・P・は重罪公訴部に対し、同部に移送された被疑者または被告人の行為の中で、訴訟記録から明らかにした重・軽・違警罪で予審判事の決定が見落したものの、または一部予審免訴、審判の分離もしくは軽・違警罪裁判所への移送の決定により除去されたものにつき、主要事件たると関連事件たるを問わず、職権でまたは検事長の請求に基づき、予審すべきことを命ずる権限を与えた(二〇二条)。この命令は、私訴原告人または共和国検事の訴追を前提としているから、上記原則に直接抵触してはいないが、一旦訴追から目こぼしされたまたは訴追されたが免れた物が、原告でない者のイニシアチヴで新たにまたは再び予審を受ける点で、間接的に抵触しているとは言いはない。さらにC・P・P・は、重罪公訴部に対し、訴訟記録から明らかになった犯罪に関し、同部に移送されなかつた人を、被疑者として審理すべきことを命ずる権限を与えた(二〇四条)。その人がその犯罪について予審免訴の確定決定を受けた場合は再審理を命じえないとは言え、原告の訴追から一旦は目こぼしされた人が、原告でない者によって新たに予審対象とされる点、および予審免訴の確定決定を受けた人でも、その決定の対象である違反行為以外のその行為と関係ある新たな訴追理由(Charge)を以てすれば、その人に対して再び予審を命じうる点で、起訴の便宜性に対する判定を含む検察官の起訴不起訴の自由に対する間接的な侵害であるとも言いうる(Reasat, *op. cit., n. 277-279.*)。しかし、予審判事の予審行為と公訴部のそれとを一まとめにして一箇の予審と考えれば、何ら抵触

ではない」とも言える (Bergoignan-Esper, op. cit., p. 38.)。

- 一一 予審判事は公平のため、当事者の誰からも、特に検察官から、完全に独立かつ自由に予審すべきである。これを妨げていた C・I・C・下の事態と、C・P・P・によるその克服。

全当事者は対等であり、予審判事は彼らを平等に取扱わなければならないが、彼らの間、特に原告と被告との間には厳しい利害の対立が存在するから、これを平等に取扱うためには予審判事は、彼らの中の誰からの影響も受けることなく完全に独立かつ自由に予審すべきである(予審判事は公平に予審しなければならない旨の判例、Crim. 11 dec. 1961, J. C. P., 1962, II, 12692, note J.-P. Doll.)。この原則は C・I・C・以来原理上は不動のものとして認められて来た(「手続指揮権を持つ予審判事が、当事者が請求しうる予審方法の有用性を評価する」(Crim., 19 mars 1910, Bull. crim., n° 150)。「C・I・C・に明文なき対質の許容」(Crim. 10 août 1893, Bull. crim., n° 286) )が、実質上は必ずしも充分ではなかった。三で略説したように、予審判事は司法警察官の資格において検事長の監督に服しており(C・I・C・五七、二七九条)、職務怠慢のことで検事長の戒告を(aveu)または再度の怠慢のことで検事長の申告に基づく上訴法院の職務精励命令を(同二八〇、二八一条)受けた。検察官に好意的か否かは、予審判事の昇進、任命ないし再任(任期は三年)に影響を及ぼした。その上、予審判事が数名いる裁判所では、訴訟記録を分配するのは検察官であった。実を言うと、一八〇八年三月三〇日のデクレはその職務を裁判所長に委ねていたのだが、負担過剰の



対して広く検察官の同伴・立会が認められていたことを、挙げる。C・I・C・は単に、予審判事に対し、臨検に当っては常に帝國検事(後、国王検事・共和国検事)および裁判所書記を同伴すべきことを義務づけていたにすぎないが、判例は、尋問・対質への検察官の立会権(義務ではない)を認めた(T. C. Corbell, 11 nov. 1901, D. P., 1901, 2, p. 301; Crim. 1<sup>er</sup> sept. 1910, D. P., 1910, 480. Voir Bergoignan-Esper, op. cit., p. 50)。しかし学説の大部分はこれに批判的だったので(Nota non signée sous Crim., 1<sup>er</sup> sept. 1910, précité) C・P・P・は以下の如く手直した。まず、臨検の際予審判事は共和国検事に通知するにとどめ、同行は後者の権利とした(九二条)。但し、被告人の弁護士への通知は必要的でないから、検察官と被告人との不平等取扱いの問題は残った。被告人の尋問と対質とおよび私訴原告人の聴問に対する検察官の立会権は認められたが(一一九条一項)、証人の聴問に対するそれは認められなかった。被告人と私訴原告人とは自分が参加する対質にしか立会えないので(一一八条)、検察官と被告人および私訴原告人との対質立会権の不平等は残った。だが一二〇条は、立会った検察官が予審行為中に発言する条件を、被告人および私訴原告人と全く同じにして、厳格に規制しているので、全体として評価すればこれらの改正の主たる意義は、予審対審化への一步を印した点に在り、検察官だけが特に重く予審行為への関与権を認められたわけではない。

概ね以上のような侵害への予防措置を講じた上で、C・P・P・は明文を以て、予審の独立・自由の原則を宣言した、「予審判事は法律に従い、真実の発現のために有用と考える一切の予審行為を行なう。(八一一条)」

## 二二 C・P・P・における、司法警察官・検察官による現行犯予審権の拡大・強化

と、非現行犯に対する予備捜査の法認および若干の予審的権限の付与

以上に述べた所を総合的に評価すれば、訴追の予審に対する独立・自由は、C・I・C・下では現行犯に関して犯されていたが、C・P・P・で恢復され、予審の訴追に対する独立・自由は、予審判事の行為に対する検察官の影響力行使によりC・I・C・下ではかなり不完全だったが、C・P・P・で形式上はほぼ完全に修正された、と言ふことができる。しかし問題はそれで終つたのではない。従来の問題に代る新しい問題が、従来の問題をひとまず解決した当のC・P・P・自身によつて、置かれたのである。そしてそれは、例のドンヌディウ・ドゥ・ヴァーブル草案が提起した所の、従来の子審判事の権限の中から幾つかのものを検察官または司法警察官に移譲すべきか否かという問題の、直接延長線上に在る。

周知の如く、今世紀に入つて犯罪と犯罪捜査とのやり口が、いわばいたちごっこで急速な発達・進歩を遂げた。犯罪は広域化・集団化・組織化すると共に、実行・隠弊・証拠隠滅・逃亡の技術において飛躍的な進歩を遂げた。これに対応して司法警察の広域化・集団化・組織化および犯罪の予防・捜索・摘発・証拠収集・容疑者追捕技術も長足の進歩を遂げた。そのため第一に、公判前手続における司法警察とその指揮者としての検察官との重要性が増大し、予審の比重が相対的に低下した。そして第二に、強力かつ巧妙になつた犯罪および犯罪者と対抗しうる強大な力を司法警察に与えるためには、組織と技術との向上だけではどうしても不十分であるから、情報収集のためある程度の強制力を用いる権限を認める実際上の必要を生じた。他方法理念の領域では、かような技術的要請を肯定す

る上で、三で述べたように、国家独占資本主義⇨福祉国家⇨管理社会体制の成長・確立・発展による国家と市民社会との混同化が、有利に作用した。その論理はこうだ。人民の福祉、その前提をなす社会秩序維持の使命と責任とは、国家に帰属する。その一環として犯罪から社会秩序を防衛する使命と責任とは、政府と政府がその目的で特に設置している司法警察およびその指揮者としての検察官とに属する。ドンヌディウ・ドゥ・ヴァーブル草案は、この論法をストレイトに打ち出したものであった。なるほど、大革命の直系の子孫である訴追と予審との機能分離の理念に深く薫染されたフランスの法曹は、断乎としてその新理念を拒否し、草案は全面撤回を余儀なくされた。しかし、理念は撤回されたが現実の必要は残った。伝統的な理念を崩さないで、現実の必要と巧みに折衷させる方策如何。これがC・P・P・起草者の解決すべき根本課題であった。彼らがその課題を如何に処理したかを、以下C・I・C・下の扱いとも対比させながら、順を逐って見て行く。

検察官とその指揮下に行動する司法警察官とに認められる予審の権限は、現行犯捜査(enquête de flagrance)と予備捜査(enquête préliminaire)とで異なる。

C・I・C・三二条ないし四六条は帝国検事(後、国王検事、今日、共和国検事)に対し、重罪現行犯に対する広汎な予審権を認め、四九条はその規定を司法警察官に準用した。一八六三年五月二〇日―七月一日のロワはさらにそれを軽罪現行犯の場合にも推し拡げた。C・P・P・五四条ないし六七条は逆に、予審的行為の記述を司法警察官に集中した上で、現行犯を知った司法警察官に対し、直ちに共和国検事に通知する義務を課した(五四条一項、重罪現行犯の場合。六七条、軽罪現行犯への準用)。通知を受けた共和国検事は、自ら現場に赴くことなく、現場に居る司法警察官に必要な指示を与えて司法警察官に五四条以下に定める予審的行為を任せることもできるし(四一条)、予審

判事を同伴して現場に赴き、予審判事に一〇の冒頭に述べた行為をしてもらうこともできるし、さらに、C・I・Cのように予審判事に通知する義務を負うことなしに自ら現場に赴き、予審判事の到着を待たずに、現場に居る司法警察官を彼の単なる助手として、自ら予審的行為を含む司法警察官の一切の職務を行なうこともできる(六八条)。彼がなしうる予審的行為は押収・検証・家宅搜索・参考人の足止め・彼からの事情聴取・それを確保するための警察力による出頭強制・司法警察が行なう監守(Seize & Vene)に対する統制・予審が開かれるまでの間の重罪現行犯に対する拘引状の発布とそれによって引致された者の尋問(七〇条)などであるが、このうち家宅搜索と監守の統制とはC・I・Cに無かつたものであり、参考人の出頭強制・監守の統制・および重罪現行犯に対する拘引状の発布と尋問とは、司法警察官には認められていない共和国検事の特権である。さらに共和国検事は、軽罪現行犯を予審に付さず三九三条ないし三九七条所定の条件で迅速な公判に付する場合、被疑者を尋問した上で裁判所への出頭を確保するため被疑者に勾留状を発することができる(七一条、七一条の一)。

かように現行犯捜査においても、検察官・司法警察官の予審的行為権は、C・I・Cよりもかなり強化されているが、非現行犯については、C・I・Cが法文上は一切予審的行為権を認めていなかったのに対して、C・P・Pは予備捜査(enquête préliminaire)という名称の下に、現行犯捜査ほど強力広汎ではないがある程度の子審的行為権を認めた点で、両法典のコントラストは一層鮮明である。

もっとも、訴追の可否を判定するための情報収集の必要から、非公式捜査(enquête officieuse)は以前から行なわれており、ナチス占領下と戦後の混乱期には、法の規制が無いためかえって野放しの弊害を生じたので、C・P・Pはこれを正式に法認することによって法の規制の下に置いたのだ、とも言いうる。それ故実態においては、逆に以前より制限された面もある。すなわち、搜索・住居立入・および証拠物押収は、記録手続に記載される関係

者の明示の同意を条件として許される(七六条)。聴問のため召喚された人が出頭を拒否しても、出頭強制はできないが、警察のもとに在りながら質問に答えない場合には、現行犯の場合(六三〇六五条)と同じ条件で、監守の下に置くことができる(七七、七八条)。

### 一三

当事者が証拠収集を予審裁判所に委ね、陪審が予審記録を見ないで判定するフランス法のシステムでは、検察・警察が集めた全情報の記録(捜査記録)は予審記録に載せられて判決裁判所に送られ、全面的に開示されるが、判決は捜査から常に明確に分離されている。わが法で証拠開示が巧くなされ難いのは、予審と陪審とが無いからである。(付録)予審と参審とを欠くわが法では、ドイツ法におけるが如き、自由な証明は存在しえない。

以上により、今日検察官・司法警察官が、形態上予審判事の予審行為とよく似た行為をある程度なしうることははっきりした。しかし、それらの行為がそれに引続く予審や判決に及ぼさないならば、当事者対等原則への抵触はともかく、機能分離原則に対する実質的な侵害はほとんど無い、と言うことができる。そこで次に、その影響を測定する。

「公判前手続で収集された証拠の記録は、単なる参考資料(simple renseignement)としての価値しかない。」または「単に参考資料として(renseignement seulement)しか役立たせえない。」という慣用の言いまわしは、一七九

一年九月一六―二九日法に初めて現われた。第二論文(一五九―一六一、一七一―一七五頁)で詳述したように、その意味する所は何よりもまず、陪審に付すべき事件につき、それらの記録をすべて判決裁判所の長の手許に置き、両当事者をして自由に閲覧せしめ(ただし一七九一年法では公訴官のみ。一七九五年の罪刑法典(三二九、三三〇条)以降被告人にも閲覧権が認められる)、公判における攻撃防禦の対策を練るための参考資料として利用せしめることであり(一七九一年法の *le part. tit. VI, art. 11, 12* は言う、「司法警察官または陪審指導判事が書面に記録した説明のたぐいの尋問の覚え書きは、重罪裁判所の書記に送られて裁判所長の許に預け置かれ、裁判所長は単に情報としてのみ役立たせるために (*Pour servir de renseignements seulement*) その全部を公訴官に知らしめる。」「(公訴官、原告または被告人が新たな証人を提出すると、その証人のなす供述は、裁判所長またはその任を受けた裁判官によって書面で受理されるが)、この新しい供述は、それ以前の供述と同様、単に情報としてのみ役立たしめるために、すべて裁判所長の許に預け置かれる。」、第二に、それらの記録中の或るものを、口頭弁論の過程で朗読し、または陪審の評議に持ち込んで(但しC・P・P・に至って評議への記録の持込・参照は全面禁止となる。第二論文一六四―一六六頁参照)、陪審員をして、直接公判に提出された証拠とそれをめぐる当事者の討論とを評価するに当り、参考資料として役立てしめることである。しかし、これまた第二論文で指摘した如く(一六一―一六四、一七五頁)、陪審に付されぬ軽罪違警罪事件では、全記録を手中にし自由に閲覧しうる立場に在る裁判官即判決人は、心証形成に当り、口頭弁論の印象よりも記録を読んだ印象の方を重視しがちであり、C・P・P・が明文で「軽罪を確認する記録手続と報告書とは、単なる参考資料としての価値しかない。(四三〇条)」「裁判官は、弁論を通じて彼に提出され、かつ彼の面前で対審によって (*contradictoirement*) 討議される証拠の上しか、彼の裁判 (*decision*) を基づかしめない。(四二七条)」と定めた後も、この傾向は変っていない。判決手続においてさえそうなのだから、検察・警察の捜査記録が提供する情報を、最初のかつ(私訴原告人がいない場合は)唯

一の手がかりとしてなされる予審では、その重視傾向は一層強いであろうと推測される。以下その点を考察する。

フランスでは伝統的に司法警察官および検察官が捜査 (*enquête* 元来は「問い合わせ」の意味で実体もそれに近いから、捜査と訳すのは、わが国のあの物凄く被疑者取調を連想させ、不適當である。調査ないし情報収集とでも訳すべき所。) の過程で作成した記録手続は、必ずこれを予審判事に提出し、予審の訴訟記録 (*dossier*) に載せなければならぬ。判例は、捜査の記録手続が訴訟記録に載せられないまま開かれかつ追行された予審を、無効としている (*Crim.*, 6 juillet 1955; *Bull. crim.*, n. 389)。訴訟記録は、予審では弁護人にその閲覧権が認められ (*C. P. P.* 一八三条三項)、付公判後は弁護人にその閲覧権が (二七八条二項)、被告人にその写しの交付を無償 (二七九条) または有償 (二八〇条) で受ける権利が、認められている。これはもちろん防禦対策を練るためである。従って、捜査記録手続を訴訟記録に載せないことによってその閲覧・受交付の機会を奪うことは、防禦権の侵害である。C. P. P. は、一一八条違反の処分はその処分とそれ以後の全手続とを無効にする旨規定した (二七〇条) 外、一般に予審に関する重要規定に対する違反特に防禦権の侵害があった場合には、その処分を無効とすると同時に、重罪公訴部の判断で以後の手続の一部または全部を無効としうる、としている (一七二条) ので、前記一九五五年判例の解決は、C. P. P. で継承・確認された、と言うべきである。無効として排除された処分は予審記録から除かれ、弁論において当事者に不利な情報をそこから汲み出すことを禁止され、この禁止に違反した検察官は瀆職罪 (*forfaiture*) とされ、弁護人は懲戒裁判にかけられる (*poursuites devant leurs chambres de discipline*) (一七三条) のであるから、この違反 (捜査記録手続の握りつぶしによる訴訟記録への不載) に対する制裁は極めて重い (予審で収集された全証拠が無効となる)。それ故結局原告は、かような重き制裁の下で全面的に手持証拠の開示を義務づけられているわけである。情報収集

のための技術・組織・その組織に付与された権限・および資金のいづれを取っても、原告は被告より圧倒的に優っており、起訴前情報の大半が原告によって集められるのが常態であるから、原告がそれを取捨選別して有罪立証に好都合の情報のみを予審―公判に提出し、不都合なものを握りつぶすことを許すならば、当事者対等原則は完全に崩壊すると共に、刑事司法は真にその名（Justice＝正義）に値することができなくなる。フランス法の解決は、この当然の事理を闡明したものにすぎない。

わが国でも、旧法はこのやり方を踏襲していたのに、当事者主義を標榜する新法の下でかえって、検察官が証拠開示を拒否する慣行が生じ、判例も、検察官の開示義務を否認した上で、必要と認める場合裁判所の訴訟指揮権に基づいて開示するよう説得する、という微温的態度をとっている（最決昭和四四・四・二五刑集三巻四号二四八頁）。

しかも奇怪至極にも、論者はしばしばその論拠を当事者主義に求めている。すなわち、当事者主義の下では、攻撃および防禦のための証拠収集は、それぞれ攻撃および防禦の主体たる原告と被告とが分担すべきであって、原告が被告に手を貸す必要はない、と説くのである。予審を全廃し勢い当事者に強制捜査権を含む証拠収集を全部委せなければならぬ新法の構造を前提にして、当事者主義を形式論理的に貫徹させると、確かにそういう理窟が成り立つ。しかし、その結論の不正なることは自明であり、そのことから逆に、そういう不正な結論を必然的に導く新法のさような構造は間違っている、と断ずることができる。仏法や英米法のように、「当事者および市民は互いに對等であるから、原告が強制権を用いて証拠を収集すること（予審）は許されず、原告は、裁判所に対し、公平中立の立場で予審してもらうために、自分が集めた全情報を提供すべきである。」と考えれば、証拠開示は、逆に、当事者主義からの論理必然的帰結となる。

さらに、証拠開示義務の否認は、当事者主義の公判手続上の表現たる公判中心主義―起訴状一本主義からの論理

必然的帰結である、と主張されることもある。わが法制上そうなる必然性は、以下の点に在る。第二論文で詳述したように(一五九、一六〇頁)、仏法では、陪審の判断が予審裁判所の判断に影響されないために、陪審員に予審記録を閲覧させることは絶対に禁じられている。しかし、閲覧させたらぬのは陪審員に対してだけであって、裁判長は逆に、公判前に予審記録を熟読し、必要なら予審の不足を補充した上で、公判指揮計画を練り、その計画に従って公判指揮を行なうのである。そのために、予審記録は公判に先立って、すべて裁判所に提出せしめねばならない。従って、収集した情報の記録を裁判所に提出するかしないかの選択権は、当事者には無い。しかし、だからと言って、当事者に攻撃防禦の主体性が欠けるわけではない。当事者は、かようにして裁判所に集められた全情報を自由に調べて、それらを主体的に取捨し、公判でそれらの中のどれをどのように利用するか、又恐らく相手方がかように利用して来るであろうと予想される情報に対してどう対応するかを、自由に、主体的に決定することが出来る。その意味で当事者主義は貫徹されている。以上に対して、陪審不在で、有罪無罪認定権を公判指揮権と併せて裁判官が持つ所のが法制では、裁判官が公判前手続の判断に影響されないうために、公判前手続記録の閲覧を禁じなければならぬ相手は、陪審ではなくて裁判所である。それ故、公判に先立ってその記録を裁判所に提出することは禁じられる(起訴状一本主義)。裁判所に提出され留め置かれ、全当事者の自由な閲覧に供せられるのは、その記録中特に収集者が証拠調を請求し、書面証拠禁止の原則に対する例外たることを認められて公判で正規の証拠調を受けたもののみである。かかる手続構造の下では、各当事者の収集した情報の記録は、公判に証拠として例外的に提出されるまでは、ないし提出されぬ限り、収集者自身の手許に留め置かれ、「相手方に自由に閲覧させよ」という明文の規定の存せぬ限り、開示すべき必然性は存在しないことになる。しかし、わが現行法にはさような規定は存しない。

それ故、わが現行法が予審廃止と陪審不採用とを決めたとき、同時に右の如き規定を設けて開示に万全を期すべきだったのである。しかし、さような規定が無くても、現行法の解釈論として、原告側の開示義務を認めるべき実定法的根拠が、立派に存在する。憲法三七条一項所定の「公平な裁判所の……裁判を受ける」被告人の権利、および同条二項の「すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ」「自己のために強制手続により証人を求める権利」が、それである。原告の証拠の握りつぶしというアンフェアなやり方を承認する裁判所は公平な裁判所ではない。証拠開示に関するわが判例の取扱は、それ故憲法三七条一項違反である。検察官や司法警察官に対してした参考人の陳述（その記録）が握りつぶされれば、被告人はその証人を法廷に招いて尋問する機会を奪われ、「すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ」なかつたことになる。そういう記録があるらしいことを察知して開示を求めても、強制的に提出せしめなければ、「自己のために強制手続により証人を求める権利」は認められなかつたことになる。この意味でも判例は憲法三七条一項違反である。

さて、かようにフランス法では、全捜査記録が予審記録に載せられ、公判に先立って判決裁判所に送られ、全当事者の自由な閲覧に供せられるという形で、証拠の完全開示が行なわれていることは、重罪裁判所が陪審公判であつて、陪審には一切記録を見せないことと、不可分の関係に在る。それ故、重罪事件においては、検察・警察の捜査記録は、第二論文で説明した如き条件の下に公判で一部分が朗読される場合を除けば、判決に対して影響を与へることは全く無い。従つて、C・P・Pにおいて、捜査段階での予審的行為が従来より強化されても、判決に対して検察・警察の判断が従来より強く直接的影響を及ぼすわけではない。その意味で、訴追からの判決の独立性が犯される危険は無い。

(なお叙上と関連づけることにより、ドイツ刑事法学者が「公訴事実の認定には厳格な証明を要するが、その他の事実は自由な

証明で足りる。」と説いた意味がわかる。ドイツでもフランス同様、捜査・予審記録は公判に先立ちすべて判決裁判所に提出され、裁判長はそれを閲読して公判に臨む。しかし公判では、参審<sup>II</sup>口頭弁論主義の要請から記録の多くが、証拠能力を認められず従つて証拠調を経ることなくして終る。にもかかわらず裁判長は、それらの記録を読んでその内容を知っているから、必要でありかつ許されるならば、できればそれらを、彼が参加してなす係争事実認定の資料として用いたい、という欲求を持つに至るのは自然の成り行きである。参審の評議に付さず裁判官のみで判定を行なう訴訟法的事実の認定には、口頭弁論主義の要請が妥当しないので、法がその欲求を拒否する謂われはない。つまり、自由な証明を認めてもよいということになる。しかし、参審の評議の対象である公訴犯罪事実や被告人の罪責の認定にも、無制限にこれを認めたのでは、口頭弁論主義は形無しである。そこで、どの事実の認定には、証拠能力ありとして公判に提出され適法な証拠調を経た証拠のみを用いなければならないか、つまり厳格な証明を必要とするか、またどの事実の認定には自由な証明で足りるかを、はっきり区別する必要がある。これがドイツ法学で、厳格な証明と自由な証明との区別が論じられる理由である。他方フランス法は陪審制を採用、現行法は一切の書面の評議室への帯入を禁止して、裁判長が公判で朗読されなかつた捜査・予審記録の内容を記憶に基づいて陪審員や陪席判事に語ることは許されないから(第二論文一六五頁参照)、実体的事実の認定が自由証明に拠ることは、許されないし在りえない。だからフランス法学で、二つの証明の区別が論じられる実益は無く、論じられてもいけない。しかしその代りに、「裁判長は自由裁量権により、真実発見のために必要と判断する証拠を能う限り公判に提出(書面は朗読)させて口頭弁論を経させ、参考資料として陪審の評議の基礎として用いうるようにする」ことを法認して、口頭弁論主義と両立する捜査・予審記録の利用方法を創造したのである(第二論文一六〇、一六一、一七一―一七五頁)。以上に対してわが現行法には、参審も陪審も予審も無く、起訴状一本主義<sup>II</sup>公判中心主義により、証拠能力を認められて公判に提出され適法な証拠調を受けた証拠すなわち厳格な証明のための証拠以外の情報は、すべて当事者の手中に留め置かれ、裁判官が見知(書面は閲読)することはおろか、通常はその存在さえ知りえないのであるから、裁判官は、厳格な証明以外の証明方法を本来持ち合わせていないのである。しかも、憲法三一条に定める法定手続の保障が在る以上、憲

法・刑訴法が明確に、こういう情報は「証拠とすることができない(憲法三八条二項、刑訴法三一九条一項、三二〇条一項、三二二条一項但書、三三二五条)」と述べて証拠能力を否認している証拠を、如何なる意味においても証拠としえないことは、当然である。従ってわが法上、自由な証明が問題となることは本来ありえないし、あるべきでもない。判例や通説のように、公訴事実の存否・態様に直接関わりなき情状に関する資料、例えば被告人の性格に関する上申書・報告書の如きものなら、証拠能力は無くとも一応公判で証拠調の上、情状 $\parallel$ 量刑の認定資料として用いてもよい、とするのは、情状 $\parallel$ 量刑を重く認定する根拠として用いるなら、固より前記憲法・刑訴法の各条違反であるし(被告人自身の利益にとつてはしばしば、有罪と認められるか否かより、刑の重さ如何・執行猶予がつくか否かの方が、遙かに重大である)、軽く認定する根拠として用いたいのなら、そのような場合に備えてこそ正に刑訴法三二八条が在るのであって(この条文は、無罪推定 $\parallel$ 「疑わしきは被告人の利益に」の法理により、「有罪証明を動搖させるためならば如何なる資料を用いてもよい、なぜなら無罪はそもそも証明の対象ではなく、従って無罪を証明する証拠、又従つてその証拠能力というものは、本来在りえないから。」という理を表わしたものである。拙論「伝聞法則とその例外規定との、および刑事訴訟法三二八条の新解釈、『全訴訟關係人を人格として取扱え』『疑わしきは罰せず』の法理を証拠法に貫徹する道(法政理論九卷三号、昭和五二年)七七頁以下を見よ)、嚴格証明の原則に対する、法の認めぬ、従つて手続法定原則に反する例外として、理論構成すべきではない。判例学説は、三二八条の解釈を誤っているためにこれでは救えず、やむなく自由証明の觀念に附会したのかもしいないが、当事者主義 $\parallel$ 口頭弁論主義の要請上、公判における適法な証拠調を経ることを要件とせざるをえず、ドイツ法学の自由証明の原意から大きく外れている。ドイツ法の特殊構造の必要から生れた觀念を、さような構造を全く欠くわが法に採り入れること自体が、そもそも無理なのである。)

#### 一四 軽罪判決、特に直接呼出事件判決に対する、予備捜査・現行犯捜査記録の大き

##### な影響力

しかし、陪審を欠く軽罪・違警罪公判では、全捜査記録が公判に先立って予め裁判所に集められるというシステムの下で、検察・警察の予審的行為権の強化による情報収集能力の増大は、単に予審に対する影響を通じて間接的にだけでなく、裁判官がその判決を直接捜査記録に基づかきめる可能性の増大により直接的に、訴追からの判決の独立性を犯す危険が在る。第二論文で説明した如く、C・I・C・下の判例は、口頭弁論の討議を通さずに直接捜査—予審記録から心証形成を行なうことさえ、認めていた(第一論文一六三、一七五頁)。C・P・P・で、自由心証主義が軽罪事件にも適用されること、および捜査・予審記録は単なる参考資料にすぎないことが明文化され(四二七、四三〇条)、これに合わせて判例も、記録は少くも書面朗読により口頭弁論を通じて討論の対象とされなければ証拠となしえぬとするに至った(第二論文一七五頁)ので、若干緩和されはしたもの、依然として裁判官が記録に頼る傾向が強く、しかもその際しばしば、予審判事が自らなした予審の記録と同等またはそれ以上の情報価値を、検察・警察の予審的捜査の記録に認める、とのことである(Bergoignan-Esper, op. cit., p. 60)。

このことは、検察官が軽罪事件を、予審に付さずに直接呼出によって軽罪裁判所に係属させる場合(C・P・P・八八条以下、五五〇条以下)には決定的である。そこでは、予備捜査又は現行犯捜査でなされた検察・警察の予審的行為が、予審判事の予審に完全に取って代る。予審機関の過剰負担を救うためのこの制度の利用により、一九五八年以来、予審に付される事件に対する直接呼出事件の比率は、着実に増大して来た。もっとも、総事件数の増加により付予審事件も少しずつ増えている(一九六〇年一〇〇に対し一九六七年一〇八。Bergoignan-Esper, op. cit., p. 61)が、直接呼出事件の急増ぶり(同右一〇〇に対し一三四)には及ばない。とは言え、当事者対等および機能分離の原則が不動であるからには、重大事件のすべてに対して、予審裁判所が証拠収集・付公判可否判定の主導権を取り続けることは、疑いない(Ibid., p. 62)。

## 一五 予備捜査・現行犯捜査の、予審に対する大きな影響力と、公訴時効中断効

フランスの全国弁護士協会 (Association nationale des avocats) の第四一回会議で、グリモー会長 (Je Bar. Grimaud) は次のように述べた、「あまりにも多くの予審判事が、被告人に対し、彼が警察でした供述を改めて確認するかどうか尋ね、それ以上何も調べないで、引き続き、警察の肥え太った記録に比べて瘠せこけた予審記録を、判決裁判所に送るだけで満足している。」「前言をひるがえす被疑者・被告人は、ほとんど常に、嘘つき……予審での嘘つき——なぜなら警察の前では人は嘘をつけないから——と見做される。」(Bergoignan-Esper, op. cit., p. 59.) 日本の判決裁判所と変らないなあ、と思うかもしれないが、フランスの司法警察の取調は、わが国の警察・検察のそれのように、被疑者を何十日間家族・友人はおろか弁護士とさえろくに面会もさせず(拙論「憲法、刑事訴訟法英文によれば、検察・警察の取調を受けるとき、被疑者は弁護士のつきそい援助を求める権利を有する(法政理論一五巻二号、昭和五八年)」「二〇一頁で、「取調の前または途中で弁護士に面会して相談することをすら、捜査の必要上認めないことがある」と書いた所、五十嵐二葉から、「実態調査したところでは『認めること』の方が皆無に近い実情で、しかも特にここ一年ぐらい、急速にひどくなっております」との注意を受けたので、この機会にさよう訂正する。連日長時間密室で責め立てて自白させる、というよるな真似は絶対になさらない(監守 (Garde à vue) は、国家の安全に対する重・軽罪と麻薬の売買・使用罪との場合を除き、最長四八時間で、権利保護もかなり厚い。Stefani, Levasseur, Bouloc, op. cit., n° 265, 277. しかも判例によれば、方式に違反した監守の過程で収集された自白は、判決の基礎となしえなく (Douai, 12 déc. 1962. Gaz. Pal., 1963. I. 407.)」ことを考慮する必要がある。それでもなおベルゴニアニャン—エスペールは、「予審判事の職業的良心と公平さとのみが、こ

の危険を緩和しうる。(Bergeron-Esper, op. cit., p. 59)」と述べている。

最後に判例によれば、予備捜査および現行犯捜査の諸行為は、公訴時効の中断に関しては、検察官が行なう真の訴追行為および予審判事が行なう真の予審行為同様中断効を有する (Stefani, Levasseur, Bouloc, op. cit., n° 135, 136, 136-1 参照)。この場合に限っては、フランスの判例は、犯罪鎮圧を機能分離に優先させているように思われる。

以上を通観して、フランスの立法・判例は、時代の要請たる警察力強化と、当事者対等・機能分離の原則とを、かなり巧みにかつ適度に調和させている、と結論することができる。

### 今後の課題

三つの論文で私は、フランス刑事法の根本理念・基本構造原理・および具体像の輪廓を、ほぼ明らかにしたつもりである。描き残した事の中では、司法警察の機構・機能、予審の対審化とその限界、判決手続における実体的真実主義、裁判長職権主義と当事者主義との調和の方策、陪審制度と自由心証主義との歴史的・比較法的素描と問題点、などが重要である。但し、その大半については少くも当分の間それを論ずる意思は、私には無い。準備に時間がかかるという技術的理由からではない。一人の思索は一人のもので終る懼れがあるからである。思想の慣性は物体の慣性よりも、通常遙かに大きい。私一人の力で、学界・法曹界全体の流れを変えることは不可能である。近代刑事法の本質を理解することによってわが現行法への反省の根本視点を設定するために、フランス刑事法が提供し

てくれる無尽蔵の知慧は、わが学界・法曹界の共通財とならなければならぬ。私より遙かに適任の方々、特に新進有為の研究者が、あらゆる角度から自由にフランス刑訴法を検討し、その知識をわが刑訴法改革のために役立たせる時代が来なければならぬ。その方々の将来の自由な探究にとって、私の饒舌が邪魔にならないように、私は自己の意見の表明を最少限に抑制しなければならない。私はすでに多くを語り過ぎた。今後は、フランス法研究を専門とせぬ方々をフランス刑訴法に近づき易くするために、その形成過程を見るための基本的資料、さし当り大革命的な重要立法の翻訳に携わりたいと思う。三つの論文によって、どうか「フランス法の研究の重要性」を心あてる方々に感じ取って頂けたとすれば、もはや私の使命は終わったのである。

以上は私個人にとつての今後の課題である。学界法曹界全体にとつての今後の課題は、個別的には三論文の随所で述べて来た。今改めて総括する必要はなからう。ただ、それらを通観することによって、それらの課題全体の根底に横たわる一つの重要な問題が浮び上つて来る。三論文で指摘したわが現行法制の欠陥のすべてが、元を辿ると結局は「陪審（審理陪審）」の不在から生じているということ、これである。

イギリス型フランス型のいづれを問わず、近代刑訴法は、公判が審理陪審によって行なわれることを前提として、それに合わせるように構築されている。それ故、全体構造の中から審理陪審だけを抜き去ると、他の仕組みはすべて、それが正にそのために創られた所の目的を喪失して、わけのわからないものになり、そこへ別の目的が接合されると、しばしば重大な欠陥を露呈するに至る。あたかも、人間の体の各部位の構造・機能およびそれらの相互関係は脳の支配の下に始めて適切に作動するように創られているので、脳の欠缺（無脳症）は全機能の異常を招くが如くに。そしてそれが、わが現行法制の状況に外ならない。

例えば、自由心証主義は、陪審の最高法廷性(人民法廷・主権者法廷)を確保するために、口頭弁論主義||捜査予審記録排除(書面・伝聞証拠の禁止いわゆる伝聞法則)と一体不可分のものとして創造された。ところが、陪審不在のわが旧法下では、予審記録を手中にする裁判官がその記録を閲読しそれに基ついて自由に心証を形成することを認めることが、自由心証主義だと解されるに至り、わが国の自由心証主義は、陪審制と不可分の制度としてフランス革命の過程で確立された本来の自由心証主義(第一論文一五一―一五九頁)とは全く逆に、書面審理主義と結びつくことになった。そして、新法の下でもその慣行が法曹の意識を支配し、伝聞法則は形骸化されて、検察警察の捜査記録が極めてルースに証拠として採用され、しかも常に極めて高い証明力(特に公判における被告人・証人の供述がそれと矛盾するとき、多くの場合公判供述を虚偽としそれを真実と認めさせるほどの証明力)を認められている。(第二論文一五一―一六二頁)。

また例えば、陪審裁判では、判定は陪審員の仕事であつて裁判官の仕事ではないから、口頭弁論主義||書面伝聞証拠の禁止により捜査予審記録の閲読が禁止されるのは、陪審員に対してのみであつて裁判官に対してではない。それ故、公判に先立ち捜査予審の全記録を裁判長の手許に提出させ留め置き、被告側をして自由に閲読せしめ防禦の方策を十分に練らしめることができる(証拠の全面開示による防禦権の保障の完全性。本論一三)。また、裁判官が公判に先立ち自らの手で証拠を収集しても、裁判官は判定人ではないし判定人たる陪審員は前述の如くその記録を読めないのだから、判決人に予断を与える懼れはない。そこで、被疑者尋問権・証人聴問権その他の強制捜査権をすべて予審判事(フランス)または治安判事(イギリス)に委ね、原告たる検察警察には一切その権限を認めないことにより(訴追と公判との分離)、当事者対等原理を貫徹し、人民法廷と対応する人民訴追理念に基づく近代の弾劾手続構造を全うすることができる。(第一論文二二五―二二八頁)これに対して、陪審不在のわが法制では、裁

判官が判定人を兼ねるので、予断排除のためには、捜査予審記録を公判に先立って起訴状と共に裁判長の手許に提出することは禁じられ（起訴状一本主義）、証拠は当事者の責任において公判に初めて提出されることになる（公判中心主義）ので、検察官の証拠の握り潰し、証拠開示拒否が生じうる（本論一三）。また、公判前に裁判所自身が証拠収集を行なって記録を裁判長の手許に送ることも許されないもので、被疑者尋問・証人聴問その他一切の強制捜査を、必要なら検察警察が行なうことを認めざるをえなくなり、当事者対等原則の貫徹による人民訴追理念・近代の弾劾手続構造の維持は根底から破綻してしまふ。そしてその結果、原告が被疑者に対し長期間身柄拘束の下密室で拷問まがいの自白強奪をやり、しかも陪審不在のため前記の如く自由心証主義が歪曲されて口頭弁論主義が形骸化され、強奪した自白の記録が有罪判決の基礎とされることにより、誤判頻発の重要な原因となる。（第一論文二三〇～二三二頁）

予審は本質的に糺問的制度であつて、弾劾手続・当事者主義・被疑者被告人の人権保障に有害だから、新刑訴法はこれを廃止したのだ、という説明が今も広く流布されているが、わが法には陪審が無かつたためにそうなつたのであつて、予審が本質的不可避的にそういう制度であるわけではない。イギリス法やフランス法の如く陪審の厳存する所では、逆に予備審問や予審こそ、原告の強制捜査権を否認して当事者対等原則を確保し、かつ根拠薄弱な訴追を公判以前の段階で拒絶し訴追権の濫用をチェックするために必要不可欠の、極めて重要な人権保障制度なのである。これに反して、陪審を切り捨てて予審のみを導入したわが旧法下では、裁判官があらかじめ予審調書を読んで公判に臨み、自由心証主義の前記の如き誤解に基づき、口頭弁論はいい加減に聞き流して予審調書の言うがままに判決を下したので、公判が形骸化し手続全体が糺問化してしまつたのである。（第二論文二六一、一六二、一八〇、一八一、一八四頁）かように、形の上で相似た制度も、陪審の有無によりその意味と価値とが全く逆転してしまふ

のだから、これを逆に言うと、陪審を採用し口頭弁論主義 $\parallel$ 伝聞法則を徹底させれば、旧予審の欠陥はたちどころに解消されるはずであった。しかし、陪審に対する理解を全く欠いていた新刑訴法の立法者は、そのことに全然気づかず、ひたすら予審を悪の根源と信じ込み、予審を置くようにとの米国側委員の勧告にもかたくなに耳を塞ぎ(第一論文二三二頁)、予審を廃止してしまったために、事実上検察警察に予審権を認めざるをえなくなり、前記の如く旧予審制下に勝る恐るべき糾問的捜査・自白強奪・誤判の危険を招来してしまったのである。

それ故、三論文全体にまたがる統一的探究の結論として、次のように断定することができる。「陪審制度の導入は、単に『裁判を人民自身の手に』という人民主権の要請たるにとどまらず、今日問題となっているわが法制の欠陥のすべてを、抜本的に解決するための唯一不可欠の方策である。それ無くしては、他のすべての欠陥対策はその場しのぎの対症療法・弥縫策でしかない。従って陪審制の導入こそが、わが刑訴法学界・法曹界全体が今日只今から全力を挙げて実現に努むべき、根本的・最重要・かつ緊急焦眉の課題なのである。」

〈追記〉拙第一論文印行直後、北村一郎「フランスにおける公的輔佐(Ministère Public)の概念」(野田良之先生古稀記念「東西法文化の比較と交流」(有斐閣一九八三年)七〇一頁以下)を読むを得た。民事裁判所、行政裁判所、破産法院、会計法院等、刑事裁判所以外における検察官の役割に主眼を置いて解説し、刑事裁判所における役割のみに偏っていた日本人の従来のフランス検察官像を是正せんとする。これにより拙論の足らざる所を補われるならば、フランス検察官の全体像につきほぼ公正の見地を獲られよう。