

論 説

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」

沢 登 佳 人

目 次

本論の課題

序

一 訴追と判決との分離

A. 検察官は判決をなしえない。

(i) 検察官は判決手続で一当事者の役割しか果たしえない。

(ii) 同一事件において同一人が検察官と裁判官との機能を兼ね行なうことはできない。

B. 判決裁判所は訴追をなしえない（判決裁判所に対する検察官の独立の原則）。

(i) この原則の適用

- (a) 判決裁判所は職権で訴追を開始しえない。
- (b) 判決裁判所は検事局の代表に対し、命令も非難叱責も発しえない。
- (c) 判決裁判所に対する検察官の独立の原則への抵触
- (d) 重罪法院の公判における新事実の発覚の場合
- (e) 破棄法院の事件審査における軽罪の発覚の場合
- (f) 上訴法院連合部に対しそのメンバーの一人によってなされた告発の場合
- (g) 判決裁判所への誤れる事件係属の場合
- (h) 偽証の場合
- (i) 法廷侮辱罪の場合
- (j) 法廷で犯された普通法違反の罪の場合

## 二 予審と判決との分離

### A. 予審と判決との機能分離の原則の諸適用

- (1) ある事件で予審行為をなした裁判官は、その事件の判決に関与しえない。
- (2) 原則として予審手続記録は判決の局面に影響を及ぼしてはならない。
- (3) 判決裁判所は、起訴事実の性質決定と本来の管轄とを、予審裁判所の判断に拘束されることなく、自由に評価しうる。

裁判所は、付公判裁定の性質決定を変更して有罪判決をなしたまたは他の裁判所に移送しうる——重罪法院の裁判長は、その変更可能性を口頭弁論で予告すべきか？——わが法の訴因変更命令と起訴状記載訴因から逸脱した有罪認定とへの反省——わが法運用における、捜査記録に対する放漫な証拠能力認定、自由心証主義の誤れる解釈

### (b) 自由心証主義と口頭弁論主義

一七九一年法において陪審制度、口頭弁論主義および自由心証主義が一体不可分のものとして創設されたいきさつ——C・I・C・およびC・P・P・における、重罪法院の陪審と自由心証主義・口頭弁論主義——C・I・C・における軽罪・違警罪裁判所の書面審理主義的傾向とC・P・P・におけるその改善——わが現行法の運用における自由心証主義・口頭弁論主義の歪曲・形骸化

(c) 重罪法院の評議への予審記録の持込禁止

C・P・P・におけるこの禁止の徹底——陪審と裁判官との共同のシステムの下では、裁判官を通して予審記録の影響が陪審の心証形成に及ぶことはないか？

B. 予審と判決との機能分離の原則への抵触

(i) 判決裁判所に対する予審裁判所の独立への抵触

(a) ある予審行為に対する判決裁判所の統制

(b) 予審記録を補完するための、判決裁判所の予審的措置ないし補充審理命令

(ii) 予審裁判所に対する判決裁判所の独立への抵触

(a) 判決裁判所の真相究明義務（実体的真実主義）

(b) 予審記録に現われた資料に対する証拠能力および証明力の付与

重罪法院における、裁判長の自由裁量権による、参考資料としての、特に法廷証言の証明力を確認または弾劾する資料としての、記録の朗読とその条件——軽罪裁判所におけるこの条件のC・I・C・下の緩和とC・P・P・による厳格化

(c) 予審判事が重罪法院の公判に証人として出頭することの許容

結 論

## 本論の課題

本誌前号所載拙論「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」の中で、私は次のことを明らかにした。フランス刑事訴訟法では、訴追権は検察官と私訴原告人とに、予審権（被告人を尋問し、証人を聴問し、被告人を勾留し、捜索・押収を行なうなど、強制力を用いて犯罪の証拠を収集し、その証拠に基づいて訴追の可否を判定する権限）は予審裁判所（予審判事と上訴法院重罪公訴部と）にそれぞれ専属する。予審裁判所は職権で予審を開始しえず、必ず検察官または私訴原告人の訴追を待って、訴追された事件に対してのみ、予審を開始しなければならない。検察官と私訴原告人とは、情報を収集して犯罪の疑いありと考えた事件に対し、予審裁判所に予審をして下さいと請求しうるにとどまり、自ら強制力を用いて証拠を収集する権限を持たない。かくの如き「訴追と予審との機能の分離」は、人民主権の下では刑事訴権の窮極的帰属主体が人民（公衆、社会）自身であることに基づく。検察官と私訴原告人とは人民の訴権を代理行使する者であるから、同じ人民の一員であり従って自己と対等な被疑者および一般市民に対して尋問、聴問、捜索、押収などの強制力を用いてする捜査を行ないえない。しかし他方、神判・宣誓などの方法に拠って判決した古代の弾劾手続と異り、証拠に基づいて判決を下すべき近代の弾劾手続では、証拠収集に強制力の行使が必要不可欠の場合にはこれを認めなければならない。原告にその権限を認めえぬ以上、公平な第三者たる国家機関（強制力は国家機関のみが持ちうるから）にこれを付与しなければならない。それが予審裁判所である。この意味で、「訴追と予審との機能分離」こそは、「人民訴追（訴権の人民への帰属）」と「証拠裁判主義（証拠に基づく判決）」という二つの近代的要請を一つの刑事手続に融合するために不可欠の手続

構成原理である。大要以上の如きが前掲拙論の要旨であった。

機能分離は、判決裁判所と訴追者との間および前者と予審裁判所との間にも、存在しなければならぬ。第一に、人民訴追の故に両当事者が完全に対等である以上、判定者は、両者のいづれかに対して好意的・協力的であつてはならず、両者の言分を公平に聴き中立の立場で判定を下すべきであるから、当事者のいづれからも明確に分離・独立した存在でなければならぬ。これが「訴追と判決との機能分離」である。第二に、人民主権国家の裁判所は人民の最高法廷たる陪審裁判所であるから、その判断に心証形成は自主独立たるべく、他の何者の意思にも拘束されてはならず影響されてはならない。従つて法（立法機関の意思）の拘束および予審裁判所の判断の影響からまぬがれていなければならない。前者からまぬがれていることが「自由心証主義」である。後者からまぬがれるためには、心証形成を、予審記録（例えば証人の供述録取書）に基づかしてはならず、人民法廷に陪審裁判所自身の公判における両当事者の口頭弁論を通じて提出された生の証拠（例えば証人の口頭による証言）とそれをめぐる両当事者の討論との印象にのみ基づかされるべきである。これが「口頭弁論主義」に外ならない。故に自由心証主義と口頭弁論主義とは、人民法廷に陪審裁判の要請に基づく一体不可分の判定手続原理である。かような意味において、陪審制・自由心証主義・口頭弁論主義は「判決の予審に対する独立」を保障する原理である。かつ、生の証拠提出は書面からの伝聞によつて歪められない第一次的情報を陪審に提供し、それをめぐる当事者の真贋な討論（特に被告人はそれに人生がかかっているから）は、偏らず独善的でなく見落しのない推論を通じて弁証法的総合的全体的な真実の発見へと陪審を導く。

他方、判決裁判所は、主権者の代表たることを笠に着て予審に介入してはならない。自ら証拠を探索・収集するために、事件の真相についての仮説を立てその裏づけを探すという方法をとらざるをえないが、人情の常として

仮説を立てた者は、自己の仮説の誤りが証明されることよりも正しさが証明されることの方を好むから、仮説に合った証拠を探すのに熱心で、合わない証拠からは眼をそむけてこれを見落したり軽視したりしがちであって、公平無私な判定者たり難いからである。これが「予審裁判所の判決裁判所に対する独立」の原則である。

両独立原則は相まって「判決と予審との機能分離」の原則を構成する。この原則は以上の如く、陪審裁判所をして、真に主権者たる人民の最高法廷たるにふさわしい、自主独立の判断主体性と、その判断の正確性・公平性・適合性を確保せしめるための、不可欠の原則である。

以上結論を先取りして述べたが、これらの事を、フランスの立法・判例・学説の歴史的歩みを辿り現状を説明することによって実証するのが、本論の第一の課題である。かくて説明されたフランス刑法法の諸原理が、わが国の学説によって如何に曲解され、この曲解に基づいてわが国の法制において如何に歪曲され、その歪曲がさらにその法制の運用と運用を支持し指導する判例・学説とによって如何に畸型化されて来たかを明らかにすることを通じて、そのような状態を批判し克服するための根本的視点を確立すること、それが本論の第二の課題である。

なお、本稿におけるフランスの法制・判例・学説の解説は、大枠において G. Bergegnan-Esper, *La séparation des fonctions de justice répressive*, 1973 の pp. 67 et suiv., Deuxième Partie, *La séparation du jugement d'avec la poursuite et l'instruction* を下敷にしており、その限りで本稿は、主として同書同部の要約ないし内容紹介であると考えてもらって差支えない。私の創意はただ、わが法制・判例・実務・学説上の諸問題点とつき合わせて若干の考察・指摘を試みた所のみ存する。特に力点を置いたのが、上述の如く、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の解明と、わが法におけるそれらの不採用・歪曲および形骸化の原因・実態の解

明およびその批判克服のための根本視点の設定とであるから、機能分離原則と併せてその一体不可分性を標題に掲げた。

## 序

訴追と判決との機能分離は、一八〇八年法典（以下C・I・C・と略記）で基本的には達成されたが、「すべての裁判官は国王代訴人（Procureur Général）である」という糺問手続原理の余風は、なおC・I・C・の中に幾つもの痕跡をとどめていた。一九五八年法典（以下C・P・P・と略記）がほぼ完全にこれを一掃し、今日この機能分離の原則に抵触する制度はほとんど無い。一でその点を解説する。

予審と判決との機能分離は共和歴九年<sup>フランスイヤー</sup>兩月七日のロワによって達成され、C・I・C・はさらに、同一事件につき予審と判決とは両立しえないことを明言すると共に判決の局面に対する書面の影響を制限することによって、それを完全なものにした。そしてC・P・P・はこれらの規定を再確認した。二でそれらの点を論じる。

### 一 訴追と判決との分離

この原則は二つの側面を持つ。第一に、「検察官は検察官として自己の関与した事件の判決にどんな仕方によっても関与しえない。この禁止に例外は存在しない。第二に、判決裁判所は訴追の主導権をとりえない。この禁止には稀に例外が存する。以下この二点につき分説する。

## A. 検察官は判決をなしえない。

この原則はさらに二つの側面を持つ。

### (i) 検察官は判決手続で一当事者の役割しか果しえない。

検察官は他の当事者たち以上の権利を持たず、判決裁判所に対して「こういう方向に判決をせよ」と命令ないし強制をなしえない。一当事者として彼の出席は判決手続のあらゆる局面で義務づけられ、彼はそこで対審的に聴問され、被告人や証人に質問するよう勧められる。当事者であるから、裁判官や裁判所のように忌避 (*recusation*) や正当な嫌疑を理由とする管轄移転の請求 (*requête en suspicion legitime*) の対象とされえない。原則として最終弁論に先立って論告をなすにとどまり、もちろん判決を下すための評議には立ち会わず、判決に不服なら被告人および私訴原告人同様上訴法院または破棄法院に不服申立をなしうるにとどまる。

### (ii) 同一事件において同一人が検察官と裁判官との機能を兼ね行なうことはできない。

初め検察官として事件に関与した後に検察官をやめて裁判官に任命されても、同一事件に裁判官として関与しえぬ、という原則である。C・I・C・に明文の規定はなかったが、一八二八年九月一三日の破棄法院判決 (*Crim. 13 sept. 1827, Bull. crim. n° 237*) が重罪事件に関しこの原則を「共通かつ普通の法 (*droit commun et universel*)」として法典が黙示しているものと宣言して以来、多数の判例が、予審および重罪起訴部の付公判裁定に関与した予審



判事および上訴法院判事に重罪法院の判決への関与を禁止したC・I・C・二五七条の原則と比較しうる「永遠の正義の原理 (principe de justice éternelle)」であること述べた (Crim. 28 févr. 1828, Bull. crim., n° 51 ; Crim. 5 févr. 1850, Bull. crim., n° 410 ; Crim. 3 mars 1859, Bull. crim., n° 67 ; Crim. 16 déc. 1875, Bull. crim., n° 352 ; Crim. 25 sept. 1894, Bull. crim., n° 284 ; Crim. 9 déc. 1899, Bull. crim., n° 359 ; Crim., 5 déc 1903, Bull. crim., n° 411 ; Crim. 14 sept. 1905, Bull. crim., n° 445)。判例はさむじこの原則を軽罪および違警罪裁判所の判決にも適用した (違警罪裁判所判決及びCrim. 20 nov. 1925, Bull. crim., n° 313, 軽罪上訴部判決及びCrim., 29 avril 1864, Bull. crim., n° 119 ; Crim. 8 nov. 1888, Bull. crim., n° 322 ; Crim. 11 juillet 1928, Bull. crim., n° 209)。そして一九五八年C・P・P・は遂に明文を以て「重罪法院の事件につき、訴追もしくは予審の処分をなしましたは………した司法官 (magistrats) は、裁判長または陪席判事として法院に加わることができない。」と規定した (二五三条)。

この禁止に抵触する magistrat の範囲は、判例によればかなり広く、担当検察官がたまたま不在のため偶然臨時にその職務をちょっと代行したにすぎぬ者 (Crim. 16 déc. 1875, Bull. crim., n° 352 ; Crim. 6 nivôse, an VII, Bull. crim., n° 178 ; Crim. 5 déc. 1850, Bull. crim., n° 410) や「帝国検事 (皇帝の代官) に代つて (pour le procureur impérial)」と記載して実際には検事代理が請求 (réquisitoire) に署名した場合の帝国検事 (Crim. 29 avril 1864, Bull. crim., n° 119 ; voir également Crim. 25 sept. 1884, Bull. crim., n° 284) は、当該事件につき裁判官たりえないとされた。この後の場合判例は「同一検事局のメンバー間には、機能、権利および義務の共同 (communauté) が存在する」とを論拠としていているけれども、そして本件に限っては帝国検事の署名ある文書が彼の当該事件に対する認識と関与とを証明していたから判例の結論は正しかったけれども、右の論拠を一般化すると重大な困難に逢着するのである。なぜなら、検察官の裁判官への交迭は頻繁なので一検事局の一メンバーがした訴追行為の一つ一つに全メンバ

一が関与したと見做せば、判決裁判所の構成が極めて難しくなるからである。そこで破棄法院は、禁止原則の適用を、判事が担当事件につき前に検事局の代表として真実「訴追行為 (acte de poursuite)」を行なった場合に限り、訴追に関するどの文書にも（この判例では上訴法院検事長としての）彼自身の署名がなくすべて彼の代理（検事長代理）によって署名されていたケースにつき、「彼がその事件の訴追に直接または間接に参加したことの証明が無い」から、彼は「彼が属する裁判所でその事件を裁判官として審理しうる」と判決した (Crim. 17 déc. 1964, J. C. P., 1965, II, 14042, note R. Conbaldeu.)。この判例は同時に、C・P・P・Pで禁止原則が明定された重罪法院以外の裁判所（この場合は上訴法院）に対しても、同じ原則が妥当することを示したものである。

以上により、「検察官は判決をなしえぬ」という意味での機能分離の原則は、全く例外なしに極めて厳格に適用されていることが、判明した。

## B. 判決裁判所は訴追をなしえない（判決裁判所に対する検察官の独立の原則）。

### (1) この原則の適用

この原則もまた二つの側面を持つ。一つは、「裁判所は自ら認識した犯罪につき職権で訴追を開始しえない。」という意味。もう一つは、「検察官は判決裁判所に対して独立しているので、訴追に関し判決裁判所が検察官に対して命令 (injonction) または非難叱責 (blâme) を発することは許されない。」という意味。以下これを分説する。

(a) 判決裁判所は職権で訴追を開始しえない。

この原則は自明であるから判例も少い。当時植民地だったアルジェリアの連警罪裁判所の治安判事が土人に対して知事のアレテの違反のかどで自ら記録手続を作った上自己の公判廷に出頭を命じて下した判決を、破棄したケースが古く (Crim. 22 juin 1878, D. 1878, I. 496) 近年詐欺の嫌疑で二被告を公判に付する旨の予審判事の決定により事件係属を受けた判決裁判所が、法廷で私訴原告人からその犯罪の共犯者と目される他の三名の人の行為を判定するため補充審理をするよう申立てられたのを、それを認めれば「判決裁判所が直接公訴権行使の一局面たる予審請求の局面に介入し権力の濫用を犯すことになる」という理由で、拒否したケースが注目される (T. C. Seine, 13<sup>e</sup> Chambre, 13 mai 1965, T. C. P., 1966, II. 14523, note P. C.)。

(b) 判決裁判所は検事局の代表者に対し、命令も非難叱責も発しえない。

まず裁判所は、しかじかの事実のかどで、またはしかじかの特定人物に対して、訴追権を行使せよと、検察官に命じることはできない。判例は、彼に対してまだ全く訴追が開始されていない人を訴追するように、裁判官が検察官に命令したケース (Crim. 14 dec. 1867, D. 1869, 488) だけでなく、審理中その証拠を発見したが自己に管轄権のない重罪事件を、検事局が管轄権ある別の裁判所に起訴して判決してもらわれない限り、当裁判所は、自己に対して起訴された別の事件に対して判決することができない、と宣言したケース (Crim. 4 juin 1892, D., 1892, 511, note L. S) や、上訴法院が上訴された有罪判決を取消した上、検察官のその被告人に対する公訴権を (当該事件について) 留保するにとどめないで、しかるべき予審を受けさせるために自ら拘引状を発して被告人を予審判事の下に移送したケース (Crim. 10 sept. 1836, S., 1837, I. 508) についても、それらの訴追を権限越 (excès de pouvoir) により無

効としている。

さらに裁判所は、検事局の代表者が訴追行為をしたことを非難したり咎めたり (censurer ou blâmer) してはならない。判例によれば、裁判所が検察官の論告をば、「窮余の一策として (en désespoir de cause)」行なった「混乱した講義 (cours confus)」で「こんな奇妙な説明には心をとめる余地はない」と嘲弄したり (Crim. 3 mars 1884, Bull. crim., n° 61)、「極めて遺憾なことに、検察官殿 (Monsieur le procureur) は……を拒否することにより司法判決を麻痺させる義務があると信じておられる」と述べて裁判所が検事局の代表者を叱責したり (Ch. des Req. 22 juin 1938, D. H. 1938, p. 549) することは、権限逾越である。ただし非難めいていなければ検察官に対する「いささか生き生きとした表現 (des expressions un peu vives)」を用いること (Crim. 24 juin 1864, D., 1865, 307) や、あまりにも信用性に乏しいという理由で検察官が呼んだ証人を採用しないこと (Crim. 2 août 1866, Bull. crim., n° 199) は有効である。

フランスの検察官は社会∥人民∥公衆の代理人として後者を代表し後者の名において公訴権を行使するのだから、それを非難したり叱責したりすれば、社会∥人民∥公衆を非難し叱責することになる。人民主権を前提とすれば、国家権力は人民に従属するから、国家机关の一要素にすぎない裁判所の裁判官に、社会∥人民∥公衆を非難したり叱責したりする権限のあるはずがない。これに対して、ドイツ法のように、検察官の公訴権行使を、真実の発見とそれに基づく法の適正な適用のために国家行政権 (政府) を代表し国家司法権 (裁判所) と協力して行なうものと考えらるれば、対等の立場で協力し合うにしても、互いに相手の協力の懈怠ややり方のまずさを指摘して勤勉で正しい協力を求め合うこと、その意味でまたその限度で非難し合うことは、あるいは認められうるかもしれない。

い。しかし、対等の協力者である以上、一方が他方に対して叱責を加えることまでは絶対にできないはずである。できるとすれば叱責権者は他方に対して上級権力となり、司法権と行政権との対等な分立の原則に反するからである。

近年わが国で、「検察官が不十分な証拠しかなく公訴を維持できる見込みもないのに他の目的——多くは政治目的——で起訴を強行したり、人権侵害的違法捜査によって収集した証拠に基づいて犯罪を証明しようとしたりした場合には、その公訴提起そのものの不法——公訴権の濫用——を叱責する意味において、公訴を棄却すべきである。」という、いわゆる公訴権濫用論が熱心に主張された。前号所載拙論<sup>八</sup>で触れたように、わが捜査実務の前代未聞の糺問性に対する批判の場を、単に理論の上だけでなく刑事手続のどこか実際の局面で持ちたい、という論者のせつない願望は身に沁みてよくわかるが、その結果裁判所に検察官を叱責しうる上級権力の地位を認めるならば、フランスの判例・法理論が説く訴追と判決との機能分離の鉄則を犯し、裁判所は公然と訴追に介入する一種の糺問機関と化するであろう。警察・検察の糺問的捜査の弊を矯正し弾劾的捜査を確立しようとして、かえって現在の弾劾的裁判所を一種の糺問的裁判所に変質させることを願うのは、矛盾と言わねばならない。糺問的捜査改革の本道はそこには存せず、前論で詳説したように、「検察官は社会 $\parallel$ 人民 $\parallel$ 公衆の代理人として後者の一員たる私訴原告人および被疑者・被告人と全く対等の純原告であるから、私訴原告人、被疑者・被告人およびこれまた社会 $\parallel$ 人民 $\parallel$ 公衆の一員である一般市民を尋問・聴問することその他強制力を用いて捜査することが、本来できないのだ。」というフランス法の原理に立ち還ることに存する。

(四) 判決裁判所に対する検察官の独立の原則への抵触

C・I・Cの下では糺問手続の痕跡として、判決裁判所に幾らかの職権訴追権が認められていたが、C・P・P・はほとんどこれを一掃した。事項別にその間の事情を説明する。

(a) 重罪法院の公判における新事実の発覚の場合

C・I・Cは次のように定めていた。重罪法院の公判中被告人に、すでに公訴されている犯罪以外の重罪があることを認めた場合、法院は、すでに公訴されている犯罪について有罪判決をなすべきときには、新たに発覚した重罪が先の重罪より重い刑に当るか、または被告人に在監中の共犯者があることを条件に、その新事実につき被告人の訴追を命ずべきであり、後訴につき判決があるまで前訴の有罪判決の執行を停止すべきである(C・I・C・三七九条)。また、すでに公訴されている犯罪について無罪判決をなすべきときには、弁論の終結前に檢察官が訴追のための留保をしたことを条件にして、裁判長は、無罪を言渡した後被告人を新事実につき訴追するよう命ずべきである(C・I・C・三六一条)。

C・P・Pはこれらの規定を廃止し、公訴済みの事件につき無罪を言渡すべきときに限って、檢察官の訴追留保を条件として、裁判長が、無罪とされた被告人を警察力で遅滞なく、新事実につき管轄権ある重罪法院づきの共和国検事の下に引致するよう命ずべきであり、引致を受けた共和国検事は直ちに予審を請求しなければならない、と定めるにとどめた。

(b) 破棄法院の事件審査における軽罪の発覚の場合

C・I・Cは、破棄法院の審査中ある種の裁判所または裁判官のある種の犯罪が発覚した場合、法院は職権で

所定の部に移送しうる旨を、定めた（四九四条）。この場合破棄法院は検事局の介入なしに犯罪に対し直接裁判をなしたものである。この権限はC・P・P・で廃止された。

(c) 上訴法院連合部に対しそのメンバーの一人によってなされた告発の場合

一八一〇年四月二〇日のロワの一一一条は、この場合連合部が検察官に対し訴追を命じることを認めたが、実際に適用されることなく、この規定は一九三四年二月二四日のロワにより廃止された。

(d) 判決裁判所への誤れる事件係属の場合

C・I・C・一九三条は、重罪事件が誤って軽罪裁判所に係属した場合、裁判所は引続き勾留状または拘引勾留状を発しえ、かつ被告人を管轄権を有する予審判事に移送すべきである、と定め、同二二四条は、誤って重罪事件に対してなされた判決の上訴を受けた上訴法院軽罪上訴部に対しても、同様に規定した。これに対して、違警罪裁判所が誤って軽罪事件を係属せしめられた場合は、普通法通り当事者を検察官へ送るべきものとした（二六〇条）。

C・P・P・はC・I・C・一六〇条の解決を一般化し、違警罪裁判所、軽罪裁判所および軽罪上訴部が、それぞれ誤って重罪または軽罪事件、重罪事件、および重罪事件に対して軽罪裁判所が誤ってした判決への上訴、を係属せしめられた場合、これらの裁判所は訴訟記録を検察官に移送すべきだ、とした（四六九条一項、五一九条一項、五四〇条）が、ただ軽罪上訴部が軽罪事件に対して違警罪裁判所の誤ってした判決への上訴を係属せしめられた場合限り、自ら直ちに判決をなすべきものとした（五四九条二項）。

この最後の規定を、ラサは、検察官の訴追主導権に対する侵害だと断じている（M.-L. Rassat, Le ministère public

entre son passé et son avenir, thèse, Paris, 1967, p. 208, n° 281.) が、ベルゴアニャーエスペールは彼女に反対して、C・P・P がこの場合のみを別扱いにしたのは確かに奇妙ではあるけれど、当該事件に対して公訴権を始めたのは検察官のみであり、彼にとって、起訴した事件が正規の管轄権を持つ軽罪裁判所で判決されるか、それとも上訴法院で判決されるかは大した問題ではないから、とり立てて侵害と言うには当たらない、とする (Bergoignan-Esper, op. cit., p. 78)。筆者思うに、事件が一旦上訴法院から検察官に移送されるとすれば、検察官は改めて、その事件が果して上訴法院の言う如く軽罪に該当するか否か、また軽罪であるとすれば起訴便宜主義の下で起訴することが適当かつ必要であるか否かを判断した上で、軽罪裁判所に起訴するか否かを決定するであろう。所信に反して起訴すべき義務は検察官には存在しない。しかるに五四九条二項によれば、当該事件は当然に起訴されたものとして上訴法院の判決を下される。これは明らかに検察官の起訴不起訴裁量権に対する侵害である。すでに検察官によって起訴されているではないか、と言うかもしれないが、この起訴は、検察官が事件を違警罪に当るものと判断し、かつ違警罪裁判所に起訴するのが適当にして必要であると評価してなしたものであって、検察官がこの事件を上訴法院の判断通り軽罪事件に当ると判断するか否か、また仮に当るとしても起訴することが適当かつ必要と評価するか否かは、前の検察官の判断および評価とは、全く別の問題である。故に筆者は結論において、ラサに賛成する。

(e) 偽証の場合

C・I・C・三三〇条は、重罪法院の公判で偽証したと判断した者を、裁判長がその場で直ちに逮捕して捜査予審に付し、検事長と裁判長または陪席判事とがそれぞれ司法警察と予審判事との役割を果し、次いで予審記録は



重罪起訴部に送られるべきである旨、規定した。「この見せ物的なやり口は、陪審が自ら判定すべき事件に対して下すべき評価を歪めさせる危険があり、裁判の尊厳を害し……予審と訴追との機能分離を侵害していた（R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 1967, n° 1118. Voir également J. Damour, *Le faux témoignage*, R. S. C., 1956, p. 9 et suiv.）」ので、C. P. P. は見せ物的でないやり方に改め、裁判長が書記に対し証人の証言の移り変りを記録することを命じ、判決の宣告まで法廷にとどまることを証人に義務づけることができ、証人が従わなければ彼を逮捕しえ、判決が下された後に警察力を以て証人を直接検察官のもとに引致することを命ずべきものとした（三四二、四五七、五三六条）。しかし法文によると、引致を受けた検察官は訴追することを義務づけられているように読めるので、訴追と判決との分離の原則に対する抵触は残った。ベルゴアニャン・エスペールは、違反が刑事裁判所全体の見知している所で公然と犯されたが故に、違反の存在を争う余地が全く存在しないことを以て、この抵触を正当化する理由としている（Bergoignan-Esper, *op. cit.*, pp. 78-79.）。

(f) 法廷侮辱罪の場合

軽罪裁判所および重罪法院の公判で犯されたこの罪に対し、裁判長または判事が即時事実を確証した後刑を言渡す旨定めたC. I. C. 下の規則（C. I. C. 五〇五条、一八三五年九月九日のロワの二一条）はC. P. P. でも踏襲され、裁判長に、即時勾留状を発し裁判し刑を言渡す権限が認められている（三二二、四〇四条）。ただしそれは義務的ではなく、裁判長は事件を検察官に移送してもよい（五三五条二項はその場合の規定である）。

(g) 法廷で犯された普通法違反の罪の場合

軽罪および重罪法廷でそれぞれ犯された軽罪および重・軽罪に対し、裁判所はその場で審理し判決すべきだとしたC・I・Cの規定(一八一、五〇七、五〇八条)は、C・P・P・で以下のように手直しされた。まず、犯された罪が重罪に当る場合には、判決裁判所はいかなる種類・審級の裁判所であろうとも、被疑者を逮捕させ、尋問し、記録手続を作成してから、被疑者を共和国検事のもとへ引致することを命ずべきものとすると定める(六七八条)。軽罪が軽罪裁判所または上訴法院の公判で犯された場合には、裁判長に、記録手続を作成して共和国検事のもとへ送るか、それとも自ら職権で審理・判決するかを選択権が与えられる(六七七条一項)。軽罪が違警罪裁判所の公判で犯された場合には、裁判官は記録手続を作成して共和国検事に送るだけで満足しなければならない(六七七条二項)。違警罪が犯された場合には、いづれの裁判所も、その場で判決を下すべきである(六七五条)。

結論として、C・P・P・はC・I・C・における糺問手続の残渣を掃蕩し、防禦権を強化するために、訴追と判決との機能分離に対する幾つかの抵触を取除いた、と言ってよい。例外はただ、軽微な事件についてのみ、しかも多くは公判で全員の見知している所で公然と犯されたが故に違反の存在を争う余地が全くない場合に、認められているにすぎない。それ故今日では、糺問性の払拭、防禦権強化をめぐってなお残された問題は、訴追と判決との機能分離に関しては殆ど存在しない。それは予審と判決との分離に関して存在するのである。

## 二 予審と判決との分離

これはC・I・C・以来多数の法条および判例により確認された原則であり、特に陪審・口頭弁論主義・自由心

証主義の如き近代刑訴法の根本を形造る制度・原則と固く結びついている点で極めて重要である。しかし、予審は結局公判準備手続に外ならないから、その公判への影響を全く断ち切ることは不可能であり、分離原則への幾多の抵觸が併存することを免れえない。そこで本論ではこの章を二つに分け、最初に両機能の分離原則の適用の次第を、次にこの原則と抵觸する諸場合を、観て行く。

### A. 予審と判決との機能分離の原則の諸適用

この原則はさらに二つの側面を持つ。

(1) ある事件で予審行為をなした裁判官は、その事件の判決に関与しえない。

これは予審判事と重罪公訴部の上訴法院判事とにひとしく適用される(C・P・P・四九、二五三条)。彼らは、自己が予審行為をした事件について判決手続で裁判官をつとめることも、重罪法院の陪審員をつとめることも、ひとしくできない(C・P・P・二五七条)。C・I・C・二五七条は、事件を判決裁判所へ移送する決定に加わった上訴法院判事と予審判事とが同一事件につき特に重罪法院の裁判長または陪席判事となることのみを禁止していたが、一八九七年二月八日のロワの一、一二条はこの禁止を一般に拡張した。その理由は、予審に従事した裁判官は「不可避的にその事件についてあらかじめ確信を持ち、したがって判決に予断を持ち込むことになる」というに在った(Propos tenus par Théard, J. O., Documents parlementaires, session extraordinaire, 1895, p. 8, n° 22)。C・P・P・の起草者も同じ趣旨で同じ規定を置いたのである(A. Besson, R. Vouin, A. Arpaillange, Le Code annoté de procé-

pure pénale, art. 49, al. 2.)。

多数の判例から引き出されたこの禁止の射程は、次の通りである。禁止は、裁判官の子審への関与が実質的 (effective) であったことに基づいて (Crim. 14 déc. 1911, Bull. crim., n° 580 ; Crim. 7 mars 1946, Bull. crim., n° 82 ; Crim. 14 janvier 1953, Bull. crim., n° 16.) から、後に訴外とされた共犯者を尋問し被疑者と対質させたり、被疑者に拘引状もしくは拘引勾留状を発したさらには証人聴問のため共助の囑託をしたり、被告人を尋問したりした裁判官は、判決に関与しえない (前から順に Crim. 4 nov. 1830, Bull. crim., n° 245 ; Crim. 16 août 1844, Bull. crim., n° 291 et Pau, 11 nov. 1899, G. P. 1900, I, 517 ; Crim. 1<sup>er</sup> août 1829, Bull. crim., n° 174 et Crim. 14 déc. 1911, Bull. crim., n° 580) が、事案の内容を関知せず純事実的ないし裁判事務的な行為をしたにすぎぬ裁判官、例えば証拠書類や証拠物を第三者に届けたり、訴追事実と直接の関係なき情状につき共助の囑託を受けたりしたにすぎぬ裁判官は、禁止原則に触れない (前から順に Crim. 3 févr. 1865, D, 1865, 410 ; Crim. 25 mars 1935, Bull. crim., n° 35.)。

C・I・C・二五七条と一八九七年のロワの一および二条とは、禁止原則違反の裁判に無効の制裁を科し、破棄法院はそれを公序だとして常に厳格にその適用を監視した (Crim. 1<sup>er</sup> févr. 1913, D, 1913, 550, 同旨 Crim. 1<sup>er</sup> août 1829, Bull. crim., n° 174 ; Crim. 29 mai 1834, Bull. crim., n° 160 ; Crim. 1<sup>er</sup> févr. 1913, 550 ; Crim. 7 mars 1946, Bull. crim., n° 82 ; Crim. 14 janvier 1953, Bull. crim., n° 16.)。C・d・d・二五三条はこの制裁を再規定はしてないが、同じ解決が認められべきだとするものが学説である (P. Escandé, Du juge d'instruction, Jurisclasseur proc. pén., art. 49 à 52 ; Bergegnan-Esper, op. cit., p. 84.)。

通常手続では以上の如く、判例は厳格にこの禁止原則を貫いているが、少年犯罪を裁く少年係判事は、予審判事と判決判事とを兼ねる (G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, procédure pénale, 11<sup>e</sup> édit., Dalloz, 1980, n° 332 ; 沢登佳

人、沢登俊雄、新倉修によるその邦訳「フランス刑事法〔刑事訴訟法〕（成文堂、昭和五七年）三三三参照。）。この例を全予審判事に拡張することを望む理論家も多いが、この問題を考察することは本論の射程を超えており、他日に期したい（問題の概要は Bergignan-Esper, op. cit., pp. 89~91 を見よ）。

(四) 原則として予審手続記録は判決の局面に影響を及ぼしてはならない。

札問手続では、罪体および罪状に関する証拠はまず予審（準備手続 *instruction préparatoire*）で集められ、次いで確定手続（*instruction définitive*）によって確定され（以後被告人はその証拠価値を争いえなくなる。）、その結果もし有罪を言渡すに必要な法定証拠がそろえば事件は公判手続（*audience*）に移され、被告人は拷問台上の最終尋問を受けその際正当化事実（罪体の欠如、正当防衛、アリバイ、刑事未成年、狂気、夢遊病など）を主張しその証明に成功するのでなければ、判決裁判所は法定証拠の規則に従い自動的に有罪判決を言渡し、もし拷問の権限を与える証拠がそろっていれば、被告人は拷問台上で拷問を受け、自白すれば判決裁判所は右と同様にして有罪判決を言渡す（概要は Stefani, *Lévasseur, Bouloc, op. cit.*, n° 60~66; 同書拙訳前掲六〇~六六（原書内容の要約）; A. Allard, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, 1868, pp. 309, 313~323, 510; 拙論「フランス犯罪論に学ぶもの——独仏犯罪論体系の比較考察——」（一九八一年、法政理論一三卷三号）二〇三~四頁を見よ。）。つまり、判決手続に入る以前の段階で罪体および罪状に関するすべての証拠が予審官の手で集められ整えられ確定されていて、判決裁判所は単にそれをそのまま受け継ぐにすぎず、その点については自ら新たに証拠を集めたり、受け継いだ証拠の取捨を改めて吟味し決定しなおしたりすることはできないのである（罪体・罪状の大体の意義については前掲拙論二〇三、二〇四頁参照。）。この予審は秘密、非対審の取調で、その結果は書面に記載されて法廷に証拠として提出されるのであるが、被告人は純然たる

取調客体であつて、共犯者や証人の取調に立ち会うこともその記録を読むことも許されず、したがつて証人の忌避（忌避すればその証言は無効となる）は証人が如何なる証言をしているか不明の状況でしなければならない（忌避してから被告人に有利な証言をしていたとわかつて、後の祭である）。かようにして作られた取調記録が、証拠としてすでに確定した状態で、そっくりそのまま判決手続に引き継がれ、判決の直接的基礎となり、しかも法定証拠の規則にてらして自動的に判決の内容が決まってしまうという点こそ、糺問手続を弾劾手続から分ける決定的な特徴である。

C・I・C・は当初、予審の在り方の中に大幅に糺問手続的性格を留め（前号所載拙論一四〇頁）、その後かなり改善された（一八九七年二月八日のロワ以来弁護士につきたい援助権、全訴訟記録閲覧権、予審判事に対する意見陳述権、対質時予審判事をして証人に自己の望む質問をなさしめる権利、被告人の対質請求権、被告人の黙秘権とそれの予審判事の告知義務と、などが認められて来た。（一八九七年のロワについては前掲拙論一三四頁、C・P・P・についてはステファニア「刑事訴訟法」四六九―四七四参照。）が、非公開性と予審の結果が書面（予審記録手続）に記載されて判決手続に送られる点是不変である。それ故、もしも送られた書面の証拠価値が予審終結の段階で確定してしまい、判決裁判所がそれに拘束されて改めて取捨すなわち証拠能力や証明力の程度の評価をなしえないとすれば、判決手続そのものが如何に弾劾化・対審化・当事者主義化しようとも、所詮それは予審で明らかにされた事実の舞台発表、追認の儀式にすぎなくなり、予審の本質である（緩和されたと言え）一種の糺問性、非弾劾性が刑事手続の全体を覆うことになるであらう。従つて、予審と判決との機能分離による糺問手続からの脱皮をめぐる問題の焦点は、予審記録の判決手続への影響力を如何にして遮断するか、という点に存する。そしてこの遮断のために、フランスの法・判例・学説は三つの方策を用意した。判決裁判所が起訴事実の性質決定（qualification）が法の用語に引き直せばさしづめ原因構成に当る。）と本来の管轄とにつき予審裁判所の判断に拘束されないこと。心証形成を予審記録に基づかしめず公判

廷での口頭弁論の評価に基づかしめ、かつその評価はあらかじめ法定された規則に拠ることなく裁判官の自由に委ねられること（口頭弁論主義と自由心証主義）。そしてこの趣旨を徹底させるため特に重罪法院における陪審の評議に当っては予審記録を参照しないこと。以下この順で見えてゆく。

(a) 判決裁判所は、起訴事実の性質決定と本来の管轄とを、予審裁判所の判断に拘束されることなく、自由に評価しうる。

これは判例が発達させた原則である。まず予審判事が一婦人を傷害罪の正犯として判決裁判所に移送したのを、判決裁判所が共同被告人たる夫の傷害罪の共犯であると判決したのに対する破棄申立を棄却したケースが在る（Crim. 14 avril 1961, Bull. Crim., n° 200. 同旨 Crim. 27—6—1811, Bull. crim., n° 94.）。これは、重罪起訴部および公訴部がなした軽罪裁判所および重罪法院への移送（付公判）裁定における性質決定を、裁判所および法院が変更したケースにも推し及ぼされた（Crim. 19 mars 1875, Bull. crim., n° 97 ; Crim. 3 sept. 1857, Bull. crim., n° 331 ~ 以上軽罪裁判所への移送。Crim. 12 mai 1970, Bull. crim., 1970, n° 158, p. 360 ~ 重罪法院への移送）。右括弧内所引重罪法院判決に対する破棄申立理由は、「一の訴追を他の訴追に置きかえる権限は裁判長にも法院にも無いはずなのに、裁判長が陪審に対し共犯に関する補助的設問をなし、これによって謀殺の正犯とする移送裁定から逸脱したことは、不告不理の原則に反する（嫌疑を基礎づける事実と異なる事実に関する設問をなした。）。（以上筆者要約）」と言うに在ったが、破棄法院はこの申立を棄却し、「重罪法院は、訴訟記録があらかじめ確認した通りにはなく、公判の弁論から明らかになった通りに、訴追につき判決を下すべきである。（筆者要約）」と述べた。すなわち、判決の基礎からの予審記録の排除 || 口頭弁論主義の論理必然的帰結として、重罪法院は犯罪の性質決定についても予審裁判所の

判断から完全に自由だ、というのである。

なお、判決裁判所が新たに認定した犯罪の性質に従えば、その事件が本来別の裁判所の管轄に属するときには、判決裁判所は、本来管轄権を有する裁判所が自分より上級であるならば、その裁判所付属の検事局に記録を移送すべきである（C・P・P・四六九、五四〇条）。逆に自分の方が上級（より重い罪の管轄権を持つ）ならば、そのまま審理を有するので、誤って係属した事件のすべてを裁判しなければならぬ（C・P・P・三五一条）。

訴因制度を知っているわれわれから見ると、それを知らないフランスの判例理論には、論理上大きな欠落が在るように思われる。確かに、予審記録に基づく判断と公判の弁論に基づく判断とが食い違った場合、判決裁判所は前者を無視して後者に拠って判決すべきだ、と言うことは、判決を単なる予審の追認にすぎないものではなくし、公判における弾劾主義に基づく当事者の口頭弁論の重要性を保障するのに役立つ。しかしそのことは、裁判所または裁判長が口頭弁論の過程で当事者が自覚的に争点としなかった犯罪の性質決定（訴因構成）の問題を、判決言渡に先立つ裁判所自身の内部的な評議の段階で（当然当事者の見知しない所で）突然提起し、（当事者の口頭弁論を経ずに）裁判所だけで決定し、その決定を判決として言渡すことを、直接正当化するものではない。裁判所はその問題に気づいた段階で、即刻当事者に対して問題の指摘をなし（フランスの裁判長は英米法やわが法のそれに比しかなり強力な指導権を有するので、わが法の訴因変更命令の性質をめぐる困難な理論状況は生じる余地がないであろう）、それに関する当事者の口頭弁論を経た後にのみ、それに対する判決をなすべきである。さもないと、当事者特に被告人の防禦権を決定的に侵害することになる。先所引重罪法院判決に対する破棄申立理由が、「共犯は援助という事実 (*Faits d'aide ou d'assistance*) が在ったことを要件としているのに、その事実は公判への移送裁定で言及されておらず、



かつ弁論から結果として出て来たことでもない」と述べているのは、つまりその点を衝いているのである。裁判長の職権が強く、訴因制度が存しないフランスの判例は、従来その点を見落して来た。しかし最近二、三の判例が、弁論の流れから見て、予審の性質決定とは別の性質決定の方が適切だと判断した場合、裁判長は、罪責に関する当初の設問に対して陪審から否定的な答えが出たときに備えて、別様に性質決定した罪責に関する副次的設問をなしうるが、その際弁論手続の終結を待つことなく、かような副次的設問をなす意図が在ることを公判廷で知らせることが出来る旨を判示し、そうすることは防禦権を侵害するどころか、当事者に弁論の機会を与えて防禦権の行使を容易にさせることだ、と述べた（Crim. 17 juillet 1970, Bull. n° 238 ; Crim. 6 décembre 1972, Bull. n° 380, D. 1973, Inf. rap. n° 10）。破棄申立人はあらかじめ副次的設問をなす意図を知らせることが防禦権を侵害することになると言い、破棄法院は逆に防禦権の行使を容易にさせることになると言い、同一事実について一八〇度異なる評価がなされたことは一見不思議だが、それには理由がある。C. P. P. 三二八条二項によれば、「裁判長は、罪責について自己の意見を表明してはならない。」表明すれば最高法廷たる陪審員の判断に影響を与え、「陪審員は当事者の口頭弁論による討議に基づいてのみ心証を形成すべきだ」という自由心証主義の原則を犯すからである。しかるに、裁判官が副次的設問をなす意図があることを公判審理中に知らせることは、彼が予審の性質決定を不当と判断しかつそれと異なる性質決定なら有罪だと判断していることを表明すること、つまり罪責について自己の意見を述べることであり、従って自由心証主義に反し結果的に被告人の防禦権を犯すことになる。さりとて、あらかじめ知らせないでおいて評議の段階で突然設問をなすのでは、被告人側はあらかじめそれに備えた弁論をなすことをえず、これもまた防禦権の一部を奪うことになる。こういうジレンマがあるので、判例の解決は衝切れが悪く、あらかじめ知らせることを認めはしたが、義務づけるまでには至らなかったのである。

ひるがえってわが法には、陪審も予審もないから、陪審が予審の判断に拘束されないようにしてその最高法廷性を確保するための「犯罪の性質決定の変更（訴因変更）の自由」を、職業裁判官に認めるべき理由は全く存在しない。かつ、フランス法には訴因制度が無く、訴追は事件についてなされるので、訴追された事実の性質決定権（訴因構成権）は原告には無いから（それ故C・I・C.では、付公判の決・裁定が出てから、予審裁判所の判断通りの性質決定（訴因）によって検察官が一応起訴状を作ることになっていたが、あまり意味が無いということでC・P・P.では起訴状は廃止されてしまった）、訴追された事実に対して裁判所がどんな性質決定（訴因構成）を行なおうと、原告の訴追権を犯したことはないのに対して、わが法では検察官が訴因を決めて起訴状に記載することになっているので、裁判所が勝手にこれを変更すれば、原告の訴追権を犯し、弾劾手続を破り、職業裁判官を原告・被告に対する上位権力、一種の糺問裁判官たらしめることになる。その上、被告人の防禦権行使に不利益を与えることにもなる。故に絶対に、裁判所の訴因変更権を認めてはならない。

ところがわが法は、第一に、裁判所が検察官に対して訴因変更命令を発しうる旨を定めて、直接にこの禁を犯している。

第二に、わが判例は裁判所が判決において、訴因変更無しに、かなり広い範囲で起訴状記載の訴因から逸脱した有罪認定をなすことを認めることにより、この禁を不法に潜脱している。例えば、強盗の訴因に対して恐喝を（最判昭二六・六・一五集五・二七七）、殺人に対して同意殺人を（最決昭二八・九・三〇集、七・一八六八）、殺人未遂に対して傷害を（最決昭二八・一一・二〇集七・二二七五）、強盗致死に対して傷害致死を（最判昭二九・一二・一七集八・二一四七）、爆発物取締罰則三条の罪に対して六条の罪を（最判昭三〇・一〇・一八集九・二二三四）、単独犯に対して共同正犯を（最判昭三四・七・二四集一三・一一五〇）、共同正犯に対して幫助犯を（最判昭三三・六・二四集一二・二二六九、

傷害の同時犯に対して共同正犯を（最判昭三三・七・一八集二二・二六五〇）認定することを許している（柏木千秋「刑事訴訟法（昭和四五年、有斐閣）」二九〇頁。なお、拙論「訴因と公訴事実とは同じ物である、公訴事実同一の範囲と一事不再理の効力の及ぶ範囲とは異なる（法政論集七〇号、昭和五二年）」一八四頁以下参照）。訴因制度が無く予審が存在した治罪法・旧刑訴法下、フランス判例法を踏襲して作られた慣行を、全く無反省に踏襲しているのであるか？しかしフランスの判例といえども、先程見たように、かくも広汎に訴因外有罪事実の認定を容認しているわけではない。

かようにわが法および裁判所は、フランス法制から母法における存在理由を無視して、札問的裁判権に都合のよい所だけを断片的に採り入れた上、フランス法制ではそれらと不可分に結合している口頭弁論主義の方は、札問的裁判権には甚だ不都合であるので単に採り入れなかつたどころか、それと全く逆の法運用を公然と行っている。重ねて言うが、フランスの陪審裁判所は、予審記録の影響を受けないようにするため、専ら公判における口頭弁論による当事者の討論に基づいてのみ心証形成をなすべきものとされており（口頭弁論主義）、その論理必然的帰結として、犯罪の性質決定につき予審裁判所と判断を異にしたならば、予審裁判所の判断に従わず自己の判断を貫き通すべきものとされているのである（性質決定（訴因）変更の自由）。かように二つの原則は、不可分一体のものとして初めて有意義なのである。しかるにわが職業裁判官の裁判所は、最高法廷でもないのに、被告人の迷惑をはばからずまた原告に対してはあたかも上位権力のような顔をして訴因変更を命ずる権限をほしきままにする一方、フランス法ではそれと不可分に結びついている口頭弁論主義を殆ど骨抜きにするような法運用を行なっているのである。すなわち、わが現行法の規定に反し予審判事の予審に代るものとして実務慣行上広く行なわれ、学説判例も殆ど異議をさしはさまない所の、検察官と司法警察官とによる予審的捜査（逮捕・勾留された被疑者の取調とその調査特に自白調書の作成、参考人の尋問とその供述録取書の作成。前者の違法性については拙論「逮捕または勾留中の被疑者の取り調べ

は許されない（法政理論二二巻二号、昭和五四年）「一頁以下、横山晃一郎「身柄拘束者の『取調』」(3)（法学セミナー、一九八三年、二七巻四号通巻三三八号）「一四〇頁以下参照。違法なるにもかかわらずある程度まで認められざるをえざらしめる必然性に關しては、前号所載拙論一三二頁以下参照。」）によって作成された自白調書や供述録取書の類に、伝聞証拠排斥の原則（刑訴法三二〇条一項）をゆるめて大幅に証拠能力を認め、特に自白や不利益自認の調書はほとんど無条件で証拠能力を認めた上で（刑訴法三二三条一項の解釈）、それらを直接の証拠として——つまり書面の文言自体を直接引証して——有罪を認定することが、（伝聞禁止が原則で許容は例外という、わが刑訴法本来の構造を逆転して）ほとんど原則の観を呈している。さらに、証拠能力なき調書や供述録取書の類まで、被告人に有利な証拠の証明力を争うためには無条件に直接の証拠とすることを許して（刑訴法三二八条の解釈）、この転倒した原則に対する例外の出現を極力抑制している。他方被告人に有利な自供調書の証拠能力には厳しい制限を置いている（刑訴法三二三条一項の解釈）。（かような解釈・運用が法文に反することについては、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（法政理論九巻三号、昭和五二年）「五〇頁以下を参照せよ。」）そしてかかる運用が認められたことよって、捜査と公判とを併せた刑事手続の全体が、ほとんど糺問手続たるの観を呈するに至っている。すなわちそこには、フランス近代刑訴法の基本構造原理である訴追と予審と判決との機能分離とは全く逆に、その融合・癒着・一体化が在る。訴追と予審との両機能は、併せて検察・警察の手中に握られている。これによって検察官・警察官は、糺問手続の予審官と全く等しき権限を持つことになる。そしてこの糺問的捜査⇋検察警察予審によって強奪された自白および参考人供述の記録を、直接有罪認定の基礎となすことにより、裁判所は、直接予審記録に基づいて判決を下した糺問手続の法廷裁判官に酷似する。前に解説したように、糺問手続では法廷手続の裁判所は予審で収集され確定手続で確定された証拠をそのまま判決の基礎として

受け継ぐのであるが、現在のわが裁判所もまた、検察・警察の糺問的捜査⇨予審記録を大幅に証拠として採用し有罪判決の基礎として受け継ぐからである。

これに対してわが裁判所は恐らくこう反論するであろう。「糺問手続では判決法廷は、受け継いだ予審記録に対してあらかじめ法定された証拠法則を適用して自動的機械的に結論を導き出すにすぎず（法定証拠主義）、主体的にその証拠価値を評価して自由な心証形成を行なうことは許されていなかったが、われわれにはその主体性・自由が在る（自由心証主義）。それ故判断の基礎となる証拠が同じでも、それに対する評価、それを基礎とする事実認定は、検察・警察のそれに対して厳然として別個・独立であり、捜査⇨訴追と判決との機能分離は十分確保されている。」と。

答えて言う。かような反論は、自由心証主義の真意義の完全な誤解に基づくものだ。自由心証主義はもととフランスにおいて、大革命のさ中陪審制度が導入された際、陪審員の心証形成が基づくべき原則として提唱され法定されたものであって、その精神は、「主権者たる人民の直接の代表である陪審は、司法を裁判官の専恣に委ねず個人生活の安全と公生活の自由とを確保するために設けられた最高法廷であるから、予審裁判所の判断に従属することなく、ましてアンシャン・レژیム期の国王裁判所が発達させた法定証拠の規則に拘束されることなく、自主独立の立場で自由な判定を下すべきだ。」と言うに在った。かようにして初めて、「すべての司法は国王より出づ」というアンシャン・レژیムの司法理念が、「すべての司法は人民より出づ」という人民主権適合的な理念に置き代えられるのである。それ故自由心証主義は、犯罪の性質決定の自由ともども、予審記録——その文言自体——が陪審員の判断に影響を与えることを防ぐために、陪審員の心証形成を、公判における口頭弁論による討論の印象のみに基づかしめるべきだとする、口頭弁論主義と一体不可分なのである。それ故フランスの自由心証主義では、予

審記録（予審裁判所の予審記録のみに限定された狭義の概念でなく、検察・警察の捜査記録なども含む広義の概念としての。以下同じ。）——その文言自体——の直接参照は、陪審員に対して禁じられているのであり、この禁止は今日では、口頭弁論の過程だけでなく、弁論終結後陪審の評議にまで嚴格に推し及ぼされている（予審記録の評議室への帯入禁止。これについては①で独立に解説する。）。

これと引き較べるとき、職業裁判官のみが、公判廷で口頭弁論によりなされた討論内容以上に検察官や司法警察官の作成した予審的捜査記録——それも専ら有罪を基礎づける部分——を重視し、直接その文言に基づいて有罪認定を行なうわが法の制度と運用とは、自由心証主義に真向から背馳するものである。裁判官自身も、「自分は捜査記録の文言を主体的に評価して自由な心証形成を行なっているのだ。」と確信しているとすれば、独善・思ひ上りも甚しいと言わなければならない。裁判官はなるほど法律知識と法解釈技術については陪審員より格段に優れているかもしれないが、科学的な観測・実験から獲られた資料に基づいてでなく、たまたま残された犯罪の不完全な痕跡にすぎない証拠から真相を推理する能力においては、決してそうではありえない。すべての人が日常生活の中でそういう性質の推理を不断に行なっているものであり、その意味ですべての人がその道のエキスパートであるとも言えるし、また裁判官もその道にかけては素人と同じだとも言える。予審記録の文言を直接参照することにより陪審の判断が予審裁判所の判断に影響されやすく主体性を欠きがちだ、というのが真実なら、それは裁判官の判断にとっても真実である。（同書 F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2<sup>e</sup> édit., Paris, 1866, 1867, tome IV, pp. 349 ~ 350, n<sup>o</sup> 1776）だからフランス法では、一九四一年一月二五日の *acte dit loi* 以来、そして C. P. P. でも、法院の裁判官が陪審員と並んで陪審に加わることになっているが、陪審の評議に予審記録を帯入・参照することの制限は、緩められないどころか、逆に強化されている。

日本における自由心証主義の確立は、まず裁判官が現在の法運用とは逆に、刑訴法三二〇条一項の伝聞法則と、その例外を定めた三二一―三二八条の規定とを、例えば前掲拙論「伝聞法則とその例外規定との……」に提案したようなやり方でつとめて厳格に、例外については被告人に有利な場合を除き思い切って制限的に解釈・運用することによって、有罪認定を全面的に、公判における口頭弁論による討論の内容に基づかしめ、検察官・司法警察官の捜査記録の心証形成に対する影響力を徹底的に遮断すること、そして最終的には陪審を導入して有罪無罪の認定権をそれに与えること、によって初めて達成されるであろう。

(b) 自由心証主義 (principe de l'intime conviction) と口頭弁論主義 (principe de l'oralité des débats)

わが刑訴法の通念では、この二つの主義は、単に内的必然的な連関を持たぬ別々の原則とされているだけではない。通説に従えば、自由心証主義は証拠の評価の自由の前提として「評価の対象である証拠にはどんなものを用いてもよい」という「証拠の自由」を当然に含意しており、従って口頭弁論主義が拠って立つ所の「書証の原則的排斥」は、自由心証主義の前提ないし精神に抵触するものである（団藤重光「新刑事訴訟法綱要（七訂版）」二〇八頁、同「自由心証主義（刑事法講座六巻、有斐閣、昭和二八年）」一一一八―九頁、柏木千秋「刑事訴訟法（昭和四五年初版）」二四八―九頁）。しかし以上の説明から明らかのように、フランス法の自由心証主義すなわち元祖・本家の自由心証主義は、わが国の通説とは全く逆に、口頭弁論主義＝書証の原則的排斥と本来一体不可分のものなのである。以下においては、まずそのことを両主義の歴史的発祥を辿ることによって確認し、しかる後にC・I・C・およびC・P・P.における実態と問題点を考察する。

口頭弁論主義は書面審理主義と、自由心証主義は法定証拠主義とに対立するが、各後者はいずれもアンシャン・レジームの札問手続の原則であった。札問手続がそうなる必然は次の点に在る。札問手続では裁判権の窮極的帰属主体は国王であった(「すべての司法は国王より出づ」前号所載拙論一一頁以下参照)。故に理念上は裁判官は、国王の手先として国王の名において事実認定(心証形成に当る者である。しかし事実上の裁判官はしばしば国王と対立した法服貴族であつて、国王には実質的な任命権も罷免権もなく、その上世襲制と売官制とによりどんな馬鹿が裁判官になるかわからなかったから、国王は自己直属の国王の代官を通じて裁判を監視・監督すると共に(これについては前号所載拙論一一五頁以下参照)、より直接的な方法として、証拠方法の種類(目録)と証明力(その大小射程の位階)とをあらかじめ嚴格に法定し、判決裁判所の事実認定(法廷手続)をして、予審で収集され確定手続で確定されて書面に記録された上で判決法廷に提出された証拠に対し単にその法則を機械的に適用するにすぎない過程たらしめ、これにより裁判官の事実認定に、忠実な王法(国王意思の代行たる実と、(王法は權威ある従來の学説法および慣習法を、さらに当代の權威ありかつ聡明な法学者が取捨して編纂した学説を法源とするが故に)信頼するに足る合正性と合理性とを与えようとした。これが法定証拠主義(*principe de la preuve légale*)である。

大革命の結果主権者従つて裁判権の窮極的帰属主体は人民となり、重罪法院は人民の最高法廷であつて、そこでの人民の裁判権は、人民の手先たる官僚裁判官によつてでなく、人民自身の一員として直接人民自身を代表する陪審員によつて、単に名目的にだけでなく実質的にも人民自らの手で行使されることになった。かような人民の最高法廷は、第一に、従来王の最高主権によつて基礎づけられ王法として形成されて来た法定証拠の法則にはいささかも拘束されるべきではなく、第二に、予審裁判所の公判前判断にいささかも影響されるべきではない。第二の点につきさらに付言すれば、予審裁判所がC・I・C・以降の如き純然たる官僚裁判所である場合はもちろんその判断



に影響されてはならないが、革命期の如く起訴不起訴の当否を判定する公判前判断の最終段階で、判決陪審と同様人民の直接代表である起訴陪審が決定的な役割を演じる制度の下でも、事は同様たるべきである。起訴陪審の役割は起訴の当否の判定に在り、犯罪の存否および（存在するとすればその）性質の認定には無く、兩陪審は互いに全く対等・独立の立場でそれぞれの役割を遂行すべきであるから。のみならず、大革命当初不馴れな起訴陪審が誤って判決陪審の機能を先取りし、起訴が妥当か否かでなく、自己の眼に事件が確実に有罪と見えるか否かに従って起訴不起訴を決定したために、犯罪の訴追が停滞し、犯罪の横行・社会秩序の混乱の一因をなしたこと（Voir H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3<sup>e</sup> édit., 1947, p. 585, n° 1053 ; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, 1882, pp. 498 et suiv.）への反省からも、「公判における口頭弁論を通じて提出された証拠に、かつそれのみ基づいて、犯罪の存否・性質を認定する権限が判決陪審に対して保障されなければならず、公判前になした如何なる機関の判断もこれにいささかの影響をも与えてはならぬ。」という原則が、フランス刑訴法では自明の原理とされて行った。概念上は第一の法則が自由心証主義、第二の法則が口頭弁論主義だとして、一応区別することができるけれども、両者はまず法理念的に、人民主権∥裁判権の人民への窮極帰属∥判決陪審による公判廷の最高法廷性という同一の淵源に由来し、次に機能的に見ると、相携え相協力して最高法廷∥判決陪審の犯罪の存否・性質の認定が他の如何なる機関の判断にも絶対に影響されたり拘束されたりすることがなく、従ってその最高法廷性が完全無垢に貫かれうるようにすることを、任務としており、その意味で一体不可分の関係に在る。

以上は刑事手続理念の推移から見た概略の説明である。以下もう少し事実在即して、大革命の過程でその新しい理念が法制上に具体化されて行った過程を概観する。

一七八九年の三部会エタ・ピエネローへの陳情書カイエに挙げられた司法制度改革要求の中には、弁護人の必要、国王押印書シトル・イヴ・カレンの廃止、手続の公開、被告人宣誓の廃止、予審判事の権限制限などとならんで、拷問の廃止は在ったが法定証拠主義の廃止はなく、陪審制度の導入が在る反面で（陪審の答申と矛盾する）判決の理由づけも在った。つまり大革命当初の人民の一般感情では、「拷問さえやめれば法定証拠主義は結構善いものだ。陪審は必要だが有罪無罪の理由がはっきりしないと困る。」という、併立困難な願望が無自覚的に雑居していたのである。（A. Esmein, op. cit., pp. 404~409）陪審の導入は、「事実についての判定と法についての判定とを分離した上で、裁判官の権限を後者に限定すべきだ。」という、モンテスキウ以来の裁判官不信に基づく「自動的に法を適用する機械」としての裁判官像と結びつけていた。そして「事実の判定権を陪審に与えよ」とする点で、王権と対抗する「人民の法廷」「人民自身による人民の裁判」というイギリスの司法理念および法制を模範としていた。そうすることは「個人の安全と人民の自由と（私生活の安全と公生活の自由と *la sûreté personnelle et la liberté publique*）にとつてより好都合だから、どうしたらわれわれの立法にこの制度を採用しうるかを探るのが三部会の仕事である」とパリ市の陳情書は述べた。（*Ibid.*, pp. 408~409.）

これを受けて一七八九年八月一七日ベルガス（Bergasse）が議会に対し憲法委員会の名で報告した司法制度改革の最初の草案は、速やかにイギリスおよび自由アメリカの法制を、細部に若干の改良を施して採用すべきことを提案し（*Ibid.*, p. 417）、一七九〇年三月三〇日議会は満場一致で起訴陪審と審理陪審との導入を票決した（*Ibid.*, pp. 418~419.）。この意を受けて起草の任に当った立法および刑事法委員会（*comités de Législation et de Jurisprudence criminelle*）は、陪審が伝統的な制度と全く調和しえないことを感じとり、前者のために後者を犠牲にすることに躊躇しなかった。委員会の名においてデュポール（Duport）は一七九〇年一月二六日の議会に対してこう報

告した、「当初から……あなた方の委員会は、この新制度（陪審）が何事においてもわれわれのオールドナンス（その中心は二六七〇年王令）と調和しないことを看取した。すべてが調和するような完全なシステムを作りうるためには、すべてを銚直す必要があるように、委員会には見えた。」と（*Séance du 26 nov. 1790, Archives parlementaires, 1<sup>re</sup> série, tome XXI, p. 42.*）。

不調和は特に、陪審の面前における手続の口頭弁論主義と、糾問法廷における手続の書面審理主義との間に、従つて口頭弁論による当事者の討議の印象にのみ基づいて陪審が事実認定を下す自由心証主義と、予審により収集され確定手続で確定され書面に記録されて法廷に提出された証拠に対し法廷裁判官が法定の証拠規則を自動的機械的に適用して事実認定の結論を導き出す法定証拠主義との間に存在した。そして委員会草案は断乎として、口頭弁論主義—自由心証主義を採つて書面審理主義—法廷証拠主義を排斥したのである。「証人調べは常に口頭で（生の声で *de vive voix*）かつ証人の陳述を記録することなく行なわれる。（一七九〇年二月一六日の草案および一七九一年九月一六日のロワ *Le partie, tit. VIII, art. 5.*）」彼ら（陪審員）は手続書面（*pièces du procès*）を調べるべきだが、その中に証人の供述記録は含まれず、それは陪審員に渡されてはならない。ただ起訴状、記録手続およびそれに類似の書面のみが含まれるべきである。（*Instruction sur les jurés.*）陪審は次のような宣誓を課される、「原告の立証（*charges*）と被告人の弁護方法（*moyens de défense*）とにより（*d'après*）かつ自由な人間にふさわしい公平さと不拔の信念とを以て（*avec l'impartialité et la fermeté*）自らの良心と内的確信とに従い（*suivant*）判定を下すことを……誓う。（*Le partie, tit. VII, art. 24.*）」この「陪審の判定は絶対に上訴されえない。ただし裁判所は全員一致で陪審が誤判したと確信するならば、五分の四の票決に対する意見を述べさせるため初めの二二名の陪審員に三名（三名が反対すれば有罪を認めえない。 *Partie II, tit. VII, art. 28.*）を追加することを命じうる。（*Le partie, tit. VIII, art. 27.*）」

しかし一般の議員は書面審理—法定証拠主義の利点に執着し、陪審—口頭弁論主義—自由心証主義に対して敵意を示し、あるいは両者の折衷を提案した。書面は陪審の記憶を助け、被告人の防禦を容易にし、手続の見直しを可能にする。「私はカラス (Calas) と三人の車刑に処せられた人 (roué) の例をも主張の支えとする。もし証拠が記録されていないかつとしたら、彼らの手続が彼らの記憶を復活させることは絶対にできなかったであろうに。(拍手喝采とちわめぎと)」とモーリー神父 (abbé Maury) は述べた (Séance du 17 janvier 1791, Arch. parl., 1<sup>re</sup> série tome XXII, p. 296.)。「判決だけが書面化され証拠が書面化されなければ……陪審員と裁判官とが誤判したとき被告人には希望もとるべき手段もない。(Mougin の意見。Séance du 27 décembre 1790, Arch. parl., 1<sup>re</sup> série, tome XXI, p. 682.)」書面の不使用は蛮族にもさわしい制度だ。何と恐しい試みがあなたの方に提案されていることか。証明された真実を否定するための呪咀者 (conjureur) が——公衆の理性を玉座から引き下すことが、問題になっているのだ。(Prugnon の意見。Séance du 3 janvier 1791, Arch. parl., 1<sup>re</sup> série, tome XXII, p. 5.)」これらの主張と原案との折衷をはかり、ロベスピエール (Robespierre) は次のように提案した、「(一) 供述は書面に記録され、(二) 被告人は法定証拠が存在しなければ有罪と認められることができず、(三) 法廷証拠が在っても判決人の認識と内的確信とに反するならば法定証拠に基づいて有罪とされることはできなく。(Séance du 4 janvier 1791, Arch. parl., ibid., p. 11.)」(以上どこも Esmelin, op. cit., pp. 433~435を参照)

これに対してデュボールは反論した。「書かれた証拠と聴かれた証拠と (la preuve écrite et la preuve orale) を結合し、二つのシステムの利点を併せ手に入れることができたなら、極めて有益だろうと人々は考えた。しかしそれはできない相談だ。……(そんなことになったら) 彼らの室に入って陪審員は、トゥルネル (Tournelle) の判事同様供述書を読み、秤量し、結合するだろう。人々はそこに……卓抜な陪審ではなくて邪悪な裁判官を見るであろう。

(Séance du 4 janvier 1791, Arch. parl. op. cit., tome XXII, p. 12.) 「陪審創設の利点、それは、すべてがそこでは公正と誠実と (la droiture et la bonne foi) によって決せられること、人々が今日まで正義 (司法 justice) と呼んでいた煩瑣な議論と形式との無益かつ有害な堆積よりもずっと好ましい単純性」である。(Esmelin, op. cit., p. 436.) 一七九一年一月一七日の議会で反論は勝利を収め (Arch. parl. op. cit., tome XXII, pp. 292~303.)、法案は九月一六日のロワとして原案通り採択された。(以上につき Esmelin, op. cit., pp. 433~437 参照。) 陪審の口頭弁論に基づく自由心証主義を明確に解説した九月二九日の訓令 (instruction) は、このロワの精神を見事に要約している。「陪審員が彼らの個人的確信の基礎を置かねばならぬのは、とりわけ彼らの面前で行なわれた供述と弁論との上にある。なぜなら、ここで問題なのは彼らの個人的確信であるから。法が彼らに表明を求めるのはその確信であり、社会が、被告人が、信頼するのはその確信である。(F. Hélie, op. cit., p. 340, n. 1768.)」

以来自由心証主義と口頭弁論主義(予審記録の影響力排除)とは、大革命の推移に従って多少の屈曲を経ながら大筋においては一七九一年法の形のまま、C・I・C・に引き継がれ、C・P・P・でさらに発展させられることになる。先程見たわが刑訴法解釈におけるその真意義の隠弊・歪曲の甚しさに鑑み、その歴史的沿革を資料によって精密に実証することを通じて両原則の真意義を闡明することは、わが刑訴法学界の急務であるから、できれば早い機会にそれを試みたいと思っているが、当面はその準備も時間も紙幅も無いので、本論では一七九一年法からC・I・C・に至る過程を省略し、C・I・C・以降の法制の大体を説明するにとどめる。(但し、革命暦四年霧月三日の罪刑法典 (Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV) の予審記録の公判での朗読および陪審の評議への持込の制限規定は重要であるから、後程解説する。)

以上の所説から明らかのように、自由心証主義は、もともと重罪法院の陪審員に適用される原則と考えられていた。従つてC・I・Cはこの原則を、重罪法院における陪審の評議の開始に先立ち、陪審座長が陪審員に対してなすべき説示 (Instruction) の中で規定するにとどめた(三四二条)。「法は、陪審員たちに対し、彼らがどうやって心証を得たかを説明することを求めていない。法は、彼らが証拠の完全性と充分性とを特にそれにかからしめるべき所の規則を、彼らに対して全く定めていない。法は、彼らに対し、被告人の有罪立証のために提出された諸証拠と被告人の防禦の諸手段とが彼らの理性にいかなる印象を与えたかを、沈黙と瞑想との中で自分自身に問いかけ、彼らの良心の真摯さの中で追求することを、命じている。つまり法は、彼らに対して、しかしかの数の証人によつて証言された事実をすべて真実と見なせ、とは言わないし、さらに、かような記録手続、かような文書、いくらくらの数の証人またはいくらくらの数の徴表より成っていないような証拠はすべて、十分に証明力あるものと見なしてはならぬ、とも言わない。法は彼らに対して、彼らの義務の全尺度を包含する所の次のようなただ一つの質問をなすにすぎない、あなた方は内的確信 (infirm conviction) を持っていますか?」

C・P・Pはこの原則を三〇四条(公判審理開始に先立つ、陪審構成のための、陪審員に対する、裁判長の説示)、三三三条(陪審の評議に先立つ、裁判長の陪審員に対する説示および評議室への揭示。その中味は前記C・I・C・三四二条の説示内容を踏襲し、ただその文言中「つまり法は……十分に証明力あるものと見なしてはならぬ、とも言わない。」を省いている)、四二七条(軽罪裁判所判事の自由心証主義。なお軽罪を検証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)として証明力を制限されていることに注意。自由心証主義をわが通説の如く解すると、これは自由心証主義の制限であるが、自由心証を裁判官が予審記録に影響されないための保障とする本来の自由心証主義からすれば、むしろこれは自由心証の保障のための制限と解しう

る。）および五三六条（違警罪裁判所判事に対する四二七条の準用。ただし五三七条により、記録手続または報告書による証明を証人による証明に優先させ、また法律により違警罪を検証する権限を与えられた司法警察官その他の公務員が作成した記録手続または報告書は、反証があるまでは真実とみなされる、としている。それ故実際には自由心証は大幅に制限されている。）で、重罪法院については再確認すると同時に、軽罪裁判所および（部分的にはあるが）違警罪裁判所にも拡張適用した。

くり返して言うが、自由な心証形成のためには陪審員は、そして裁判官も、事実を、予審記録が導く所に従ってではなく、彼らの面前で行なわれる口頭弁論が頭わならしめる所に従って、認識しなければならぬ。そのことを、フォスター・エリは次のように説明している、「口頭手続は、今日すべての判決の基礎をなしている自由心証主義と調和する所の、唯一の手続形式である。なぜなら、この主義は心的確証（certitude morale）を必要条件として予想している（supposer）が、真理の唯一の試準（critérium）であるこの確証は、被告人と証人との自由な対論によってのみ獲得されうるからである。（F. Helle, *Traité de l'instruction criminelle*, 2<sup>e</sup> édit., Paris, 1866, 1867, t. VII, n<sup>o</sup> 3407）

ただ念のために注意しておくが、予審記録——その文言自体——を見せたり読み聴かせたりしてならぬのは、判決人たる陪審員に対してであって、当事者や裁判長に対してではない（もっとも後でもう一度述べることが、一九四一年以来裁判長と陪席裁判官も陪審に加わるようになっていて、判決人の一部は予審記録を閲読して評議に臨むわけで、陪審裁判所の最高法廷性・判決と予審との分離の原則との調整が微妙な問題となる）。予審記録を含む一切の証拠方法は、重罪法院が開廷される地の大審裁判所の書記局に送付され（唯一の例外は、「予審の過程で収集されたものでない証拠方法は、公判に提出され当事者によって自由に討論されることを条件としてのみ受理されうる。」と云うことである。Crim. 1<sup>er</sup> août 1862, Bull. crim.,

no 117 ; Crim. 21 déc. 1916, Bull. crim., no 286 ; Crim. 26 mai 1933, Bull. crim., no 117 ; Crim. 14 juin 1961, Bull. crim., no 297). まず開廷に先立って、裁判長はこれを閲覽・閲読して一定の被告人尋問を行ない、必要があれば補充審理を行ないまたは行なわしめ、その他眞実発見のために有用と思われる一切の処分を行ないうる。また当事者とその弁護人とは、記録を閲読して攻撃防禦の対策を練り、公判で証言させようとする証人を選んでその名簿を相手方当事者に送達するなどの行為をなしうる。(C・P・P・二六八～二八七条。C・I・C・二九一～三〇八条) 次に公判では、裁判長は記録その他の証拠方法に基づいてあらかじめ事件の概要を予測し、その予測に従って公判審理の指揮方針を定め、その方針に則って被告人の尋問(C・P・P・三三八条。C・I・C・には規定が無かったが、早くから慣行として行なわれて来たのをC・P・P・が追認した)、証人の聴問(C・P・P・三三四～三三六、三三九～三四二条。C・I・C・三二四～三三一条)、鑑定の委嘱と鑑定人の意見聴取(C・P・P・一五六～一六九一条)を行なう。また当事者とその弁護人とは、同様にして攻撃または防禦の方針を立て、その方針に則って尋問に答え、証人を提出し、鑑定を求め、最後に論告(検察官の *requisitoire*)・結論的申立(私訴原告人の *conclusion*)または最終弁論(被告人およびその弁護人の *plaidoirie*) (C・P・P・三四六条。C・I・C・三三五条)を行なう。ただ陪審員のみが、その間一貫してその記録を直接閲覽する機会を持たない。陪審員はただ、以上のようにして被告人の答弁、証言、鑑定意見が口頭で提出される過程および当事者の弁論からのみ、その心証を形成しうるにとどまる。ただし「裁判長は、自己の名譽と良心とにかけて、眞実の発見に有用と信ずるすべての手段をとりうる所の自由裁量權 (*pouvoir discrétionnaire*) を与えられている (C・P・P・三三〇条。同旨C・I・C・二六八条)。」ので、この権限の行使の一環として、判例により、裁判長は、当事者が請求しなくても欠席した証人の供述書の朗読を命じ (Crim. 4 juin 1969, J. C. P. 1970. II. 16191 note Chambon ; Crim. 9 novembre 1971, Bull. no 303 ; Crim. 27 avril 1977, Bull. no 140 ; Crim.



18 mai 1977, Bull. n° 180 ; Crim. 28 juin 1978, Bull. n° 216, J. C. P. 1978, IV. 276.) または受任鑑定人の報告書の朗読を命じ (Crim. 28 février 1973, Bull. n° 103, J. C. P. 1973, IV. 143.) 移送裁定書に掲げられた被告人に帰せられる犯罪事実の目録を陪審員に配布させ、手続書面 (pièces de la procédure) の適法性または有効性が争われておらずかつ被告人またはその弁護人からその朗読に対して如何なる制限も申立てられていない以上その文書の朗読を命じる (Crim. 5 janvier 1978, J. C. P. 1978, IV. 76.) (Voir Stefani, Levasseur, Bouloc, op. cit., pp. 635, 636.) ことを認められているから、この範囲でまたその限りにおいて予審記録の文言自体を聴くことがありうる。これは明らかに自由心証主義—口頭弁論主義—判決と予審との分離の原則への抵触であるので、後に項を改めて考察する (C・I・C・時代からの判例の展開はそのとき説明する)。

ひるがえってわが法は、治罪法この方曲りなりにもフランス式刑訴法を導入したものの、天皇制絶対主義下の天皇法廷の理念と相容れない人民の最高法廷の理念、その制度的表現たる重罪陪審の制度を採用しなかった。そのため、予審記録のすべてを掌握し閲読し、それに基づいて公判における訴訟指揮の方針を立て、被告人尋問や証人聴問を行なう裁判長が、彼と同様予審記録のすべてを閲読した陪席判事と共に、それらの記録と公判における口頭弁論の経緯とを併せて証拠として、法律適用の前提となる事実認定をも行なうこととなった。かくて自由心証主義は、「公判における当事者の口頭弁論のみに基づいて、とりわけ陪審員が行なうべき心証形成に対して、適用される原則である。」という、母法の大前提・核心・真髓・魂を失ってしまった。旧刑訴法は、「法令ニ依り作成シタル訊問調査」に無条件で証拠能力を与え(三四三条)、これに対応して、予審の証拠を公判のために保全する必要ありとの理由から、予審判事に調査を作することを義務づけた(五六、五七条)上に、検事が予審中必要な処分を予審判事に請求する権利(三〇三条一項)の行使は、本来はこれとバラレルなるべき被告人および弁護人のそれと扱いを異に

して、ほとんど拒絶されることがない慣行の形成により、検察官はいつでも公判に備えてこの方法により、自分の取調結果を予審判事に再確認させて予審調書に記載せしめることができたので、事実上捜査—予審記録はほとんど全面的に証拠能力を認められる結果となった。現行刑法法はこの弊害を反省して、予審したがって予審調書を廃止し、検察・警察の被疑者尋問調書その他の供述録取書を含む捜査記録に原則として証拠能力を与えず(三三〇条一項)、かつ起訴状一本主義(二五六条六項)により、裁判官が予断を抱いて公判に臨むことなく、公判での当事者の口頭弁論のみに基づいて事実認定をなすべきものとして、職業裁判官の心証形成過程を陪審のそれに倣わしめ、自由心証主義本来の姿にもどそうと努めた。三二八条(自由心証主義の宣言)はそれ故、二五六条六項および三二〇条一項と一体不可分のものとして読むべきであり、自由心証主義が近代刑法法の根本原理たる以上、書証の排斥は極めて厳格に行なうべきであり、従って三二二条以下の例外は(前掲拙論「伝聞法則とその……」で試みた如く)極度に制限的に解釈すべきである。しかるに、旧法の積習になずみ自由心証主義本来の姿を全く知らなかった裁判官たちは、旧法における予審権に等しい強制捜査権・被疑者取調権・参考人聴問権を検察・警察に認めたと併行して、彼らの作成した尋問調書や供述録取書の類に、旧法の予審調書に等しい証拠能力と証明力とを認めようとし、三二二条以下に列挙する三二〇条一項の例外の場合を、これ以上は無い放漫さで広汎に認めてしまったのである。

フランス法でも、陪審を欠く軽罪および違警罪裁判所では必然的に相似た問題を生じる。先述の如く、C・I・C・では、自由心証主義は重罪法院の評議に先立つ説示の形でしか規定されていなかった。そして違警罪は、記録手続(わが旧法の調書に相当) または報告書によって証明さるべきものとされ、証人による証明は記録手続や報告書が無いときおよび記録手続や報告書を補充するために認められた。権限ある官憲の作成した記録手続や報告書は、

偽造の証明があるまでは、証人によってその記載以外にわたりまたはその記載に反した立証をなしえず、立証したとしても無効とされた。（一五四条）さらに一八五六年六月二三日のロワは、軽罪の証明につきこれを準用した（一八九条）。かように記録手続等に高い証明力を付与しているので、一見一種の書面審理主義—法定証拠主義を採用しているように見える。しかしよく読むと、証言その他の証拠に対しても、単独で、または記録手続等の補充として、そして時には別訴において記録手続等の偽造を証明する証拠とされた上で本訴においてこれに取って代るものとして、結局の所記録手続に拮抗する証明力を広く認めている、とも言える。そこでC・I・C・制定以後のほとんどの判例学説は、軽罪および違警罪裁判所にも従って職業裁判官にも自由心証主義の適用が在る、として来た。（Helle, op. cit., pp. 350~351, nos 1776, 1777）それら判例中の一つは次のように言っている、「自己に係属する違警罪または軽罪を構成する事実が、正規の記録手続により適法に確認されるとき、違警罪および軽罪裁判所判事は、その事実の確認および評価において陪審員の機能を果し、その結果陪審員と同じく、三四二条に含まれている説示に従わねばならない。（Crim. 13 nov. 1834, J. P. tom. XXVI, p. 1008）」と。しかし同時に判例は、軽罪裁判所や軽罪上訴部における口頭弁論主義の必要不可欠性に対しては否定的であった（軽罪公判における口頭主義の必要不可欠性の否定 Crim. 18 juillet 1884, Bull. crim., n° 242. 上訴審における書面閲読に基づく心証形成の容認 Crim. 7 mars 1879, Bull. crim., n° 242）。これらの間には矛盾がある。陪審員は、予審記録の文言に直接基づくことなく、口頭弁論が彼に与える印象に基づいて心証を形成すべきであるから、前の判例論理を推し進めれば、軽罪裁判所判事もまた陪審員同様に、軽罪を証明する記録手続等に直接基づくことなく、口頭弁論に基づいて心証を形成すべきだ、ということになるはずである。かくてC・P・P・P・は論旨を一貫させ、先述の如く、四二七条で軽罪裁判所判事の自由心証主義を明定すると同時に、四三〇条で「法律に別段の定めある場合を除き、軽罪を確認する記録手続

および報告書は、単なる参考資料 (simples renseignements) としての価値を有するにすぎない。」と規定したのである。

この理は当然、わが裁判官の自由心証にも推し及ぼさるべきであるが、わが法制は書証の証明力でなく証拠能力を制限する方策で口頭弁論主義を貫こうとしているから、既述の如く、書証排斥の原則に対する例外を極力制限するように三二〇〜三二八条を解釈・運用すべきである。

### (c) 重罪法院の評議への予審記録の持込禁止

公判審理中予審記録の直接参照をいくら完全に禁止しても、肝心の評議の場へそれを持ち込んでゆっくり吟味されたのでは尻抜けである。C・I・C・は初め、裁判長が、陪審座長に渡す設問の書面リストに、起訴状、軽罪を確認する記録手続、および証人の書面供述を除く手続書面を添付すべき旨を定めていたが(三四一条)、この規則の射程は判例により制限され、一方で、警察および憲兵隊に対して証人がなした供述は列挙された書面の枠に含まれないことが認められ (Crim. 20 nov. 1891, D. P. 1892, 1, 439)、他方で、これらの規制は実体方式 (formalité substantielle) とは見なされず違反しても判決は無効とされなかった (Crim. 12 déc. 1902, D. P., 1906, 1, 531 ; Crim., 22 sept. 1910, Bull. crim., n° 502 ; Crim. 17 janv. 1934, Bull. crim., n° 14 ; Crim. 21 mars 1935, Bull. crim., n° 34)。一九四一年一月二五日のロワにより法院と陪審との共同評議が制度化されるや、この規定は廃止されたが、C・P・P・は、共同評議に先立ち裁判長は、訴訟記録を書記の手中に預け置き、ただ、すでに公判廷で読み上げられた(三二七、三四八条)移送裁定書と設問書とのみを評議室に持ち込むべき旨、定めて(三四七条)、口頭弁論主義に書面排斥を評議の段階まで徹底的に貫かせた。

もつとも、法院と陪審との共同評議の下では、老練で記録を熟知している裁判官が評議に際し、陪審員の誰かが見落しそうな書面や事実を約言して、陪審に影響を与える心配がある。裁判官側の十分な慎重さのみがこの危険を避ける、とベルゴアニャーエスパーは述べている。(Bergoignan-Esper, op. cit., p. 88.)

なお、「共同評議を認めたこと自体が、陪審の最高法廷性とそれを保障する口頭弁論主義—自由心証主義—toに対する侵犯ではないか。」という一層根本的な疑問が在るが、この問題は本論の射程を遙かに超えており、もし将来陪審制度の比較法的考察を行なう機会があればそのときに検討したい。ただこの際、仏法の共同システムを独法の陪審と単純に同一視してはならないことだけを、指摘しておく。前号所載拙論でも触れた如く、ドイツの職業裁判官は改革された刑訴法形成過程で、検察官と共同して真実を発見することを本質的な職能とする第一次的な判定者として位置づけられ、これに対して人民が第二次的判定者として後から付け加えられたのが、正に訳語通りの参審である。かつ一個の参審に参加する人民の絶対数が少いため（一九七四年改正以後 Schwurgericht（陪審裁判所）三裁判官（陪審員（Geschwornen））。Schöffengericht（参審裁判所）のうち Strafkammer は、Amtsgericht の控訴審一裁判官（参審員（Schöffen））その他の場合三二一、Amtsgericht 一または二二二。これは従来通り）、職業裁判官に対する相対的比重・発言力・判断主体性も必然的に低くならざるをえない。従って理念上も実質上も職業裁判官の主導性が強く、人民法廷—主権者の最高法廷たる名も実も十分備えているとは言いがたい。これに対してフランスの陪審は、大革命当初から名実ともにまぎれもない人民の最高法廷であり、自主独立の判断主体としてしばしば職業裁判官と、そして時には立法者とすら対立し、裁判官や法律の判断をすら否認することによって、裁判官や立法者に優越する最高法廷の権威を顕示して来た。例えば法定刑が重過ぎる場合、たとえ有罪でも重過ぎる科刑は不正であるとして無罪を答申することは昔から今に至るまでしばしば行なわれ、歴史的に見るとこれが刑の柔軟化をもたらす原

因となった (G. Stefani, G. Levasseur, *Droit pénal général*, 10<sup>e</sup> édit., Dalloz, 1978, n° 72 ; 沢登俊雄・沢登佳人・新倉修によるその邦訳「フランス刑事法〔刑法総論〕」(成文堂、昭和五六年) 七三)。また裁判官が減輕事情を認めないであろうと予想される場合、認めるべきだとする陪審はしばしば無罪答申をしたので、これが一八三三年四月二八日のロワで減輕事情の認定権を裁判官の手から陪審の手に移す原因となった (Stefani, Levasseur, Bouloc, *Procédure pénale*, 11<sup>e</sup> édit., Dalloz, 1980, n° 75 ; 沢登佳人・沢登俊雄・新倉修によるその邦訳「フランス刑事法〔刑事訴訟法〕」(成文堂、昭和五七年) 七五)。一九四一年一月二五日の *acte dit loi* で共同のシステムが創設され、C・P・P・でも踏襲されたが、かように長い歴史の実績の上に築かれた陪審員の自主独立の伝統を揺がすことはなかった。さらにC・P・P・は、数の上でも裁判官三名に対して陪審員を九名とし、かつ仮に裁判官全員が有罪と判断しても陪審員の過半数五名が反対なら有罪としないように有罪評決の必要数を過半数の七でなく八とするなど、陪審員の優位と主導性を確保するための制度的保障に配慮した。最近も、「窃盗が横行する世相に義憤を感じた陪審が、何度も窃盗の被害に遭ったため侵入者を射殺する装置を設けて白昼侵入した窃盗犯人を殺害した被告人を、無罪にした。」という事件が報道されたが、裁判官がそれに賛成するはずは無く、事の当否は別として「フランス陪審員健在なり」の感を深くする。いずれにせよ、お上への従属意識の強いわが国民性から推測して、共同システムの下で陪審員は裁判官に従属しているだろうと、勝手に決め込んではいならない。

## B. 予審と判決との機能分離の原則への抵触

これには二つの場合がある。一つは、判決裁判所が予審の或る行為を統制しおよび予審の不備を補充させる権限

を有する場合。もう一つは、予審記録がしばしば事案の判定に重くのしかかる場合。特に重要なのは後者である。

(1) 判決裁判所に対する予審裁判所の独立への抵触

(a) ある予審行為に対する判決裁判所の統制

このことは重罪法院では起りえない。C・P・P・五九四、五九五条により、重罪公訴部の付公判裁定の確定は、それに先行する訴訟手続の瑕疵を治癒するからである。この解決は、一八一七年一月三〇日の刑事部判決（Bull. crim. n° 107）以来くり返された判例の追認である。重罪公訴部はC・I・C・制定の際、陪審を廃止したという立法委員会に対するナポレオンのたつての要求と、それを不可とする委員会の固い意思との妥協の結果、起訴陪審の存在を命じている当時の憲法の規定を潜脱するため、法院の中に設置され従って裁判官が陪審員に充てられる所の一種の起訴陪審に外ならないという名目の下に、設けられたものである（前号所載拙論一四一―二頁）から、名目上は終審として起訴不起訴を裁定する人民の最高法廷であつて、重罪法院と対等であり、従つてその裁定は修正しえず、裁定までの手続のあらゆる瑕疵を治癒するのである。

これに対して、重罪事件以外の事件の子審では上訴が制限され、最高法廷の起訴不起訴裁定を必ず仰ぎうる保障が無いから、権利侵害的予審行為から被告人を救済するため、判決裁判所の介入が必要となる。C・I・C・と一八九七年一月八日のロワは十分な解決を規定していなかったが、二〇世紀に入って判例により、判決裁判所が被告人の請求に基づき、予審記録に現われている違法な行為を、そして爾後の全行為をすら、無効となしうる、とされた（Crim. 28 juillet 1900, S., 1904, I, 299 ; Crim. 6 nov. 1952, J. C. P., 1953, II, 7357, note Chambon）。無効を宣した

ならば、軽罪裁判所は手続を検察官に差しもどし、軽罪上訴部は事件を移管し公判で自ら予審しまたはその一員に予審せしめた後に本案判決する。C・P・P・は一七四条および五二〇条によってこの手続を維持したが、これは予審裁判所を判決裁判所に従属させ後者の下級審たらしめるものだ、との非難があたり(M. R. M. P., note sous Crim., 23 fevr. 1961, D., 1961, 287.) 一九六〇年七月四日のオルドナンスで、無効の対象は被疑者尋問における方式違反(一七〇条)および弁護士への決定の懈怠(一八三条一項)に限定された。前者の無効は爾後の全手続に及ぶ。後者の無効は懈怠が防禦権を侵害したときにのみその決定に対してのみ及ぶ。また無効請求は時間的制限をつけられ、かつ重罪公訴部に提起されなかったことを条件とされた。制限しすぎて権利保障に不十分だとの批判もある(R. Merle, A. Vitu, op. cit., p. 1000, n° 1062.)。あちら立てればこちら立たず、の観もある。

(b) 予審記録を補充するための、判決裁判所の予審的措置 (measure d'instruction) ないし補充審理 (supplément d'information) 命令

どの裁判所も、予審で行なわれなかった予審的措置でその実行が必要不可欠と思うもの(後の公判のための証人の呼出、ある証拠の弁論への提出、鑑定命令の如き)を、何なりと命ずることができ、重罪法院ではこの権限は、裁判長の自由裁量権(三二〇条)と一体である。

また裁判所は、一連の複合的な予審的措置を命ずる必要があると思つたなら、補充審理を命ずることができる。C・I・C・にはその規定が無かったが、判例はまず軽罪裁判所に対し、裁判官の義務は「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こと」であるという理由で、なされた予審を完璧のものとするためこの手段を命じ、その目的で事件を後の公判に送ることを命じる権限を認め



(Crim. 19 mars 1825, Bull. crim., n° 50) 次いで重罪法院に対してもこれを認めた (Crim. 26 juin 1828, D. P., 1828, 1, 286)。そして C・P・P・はこれを成文化した (違警罪裁判所につき五三八、軽罪裁判所につき四六三、軽罪上訴部につき五二二条)。重罪法院では裁判長の自由裁量権と一体化され (二八三条)、その目的で裁判長が後の開廷期へ事件を移送する権限も規定されている (三四三条)。重罪法院以外の判決裁判所は、これを命じた後構成員の一人にその仕事を委任すべきであるが、重罪法院の裁判長は事件を別の開廷期に送ってその間に自ら必要な予審行為を行なうべきである。

委任された裁判官は、事件が公判に送り返されたとき改めて判決裁判所に席を占めることができるか。もし席を占めれば、ある事件の予審裁判官が同一事件の判決手続に関与することを禁止した C・I・C・二五七条、C・P・P・四九条二項に違反し、判決は無効となるはずだ。こういう理由の破棄申立を、破棄法院は一貫して却下して来た (Crim. 12 juillet 1833, Bull. crim., n° 268)。判決裁判所は、予審が不十分だったからという理由で無罪を言い渡すわけには行かない (Crim. 30 oct. 1862, Bull. crim., n° 300) から、その場合自ら補充審理をする権限がある、というのがその根拠である。

(d) 予審裁判所に対する判決裁判所の独立への抵触

(a) 判決裁判所の真相究明義務 (実体的真実主義)

フランスの不告不理の原則では、予審裁判所は検察官の起訴した (人ではなく) 事実を係属せしめられ、判決裁判所は予審裁判所の付公判決定 (予審判事) または裁定 (重罪公訴部) によって確定された事実と人 (特定された

被告人)とを係属せしめられ、判決裁判所はその事実と人と以外の人または事実について判決しえない(事実につき *no* Crim. 17 oct. 1966, D., 1967, 75, note non signée ; dans le même sens, Crim. 16 janv. 1847, D., 1847, 4, 101 ; Crim. 21 mai 1874, D. P., 1875, 1, 137 ; Crim. 10 avril 1933, Bull. crim., n° 82. 人につき T. C. 13<sup>e</sup> Ch. Seine, 13 mai 1965, J. C. P., 1966, I, 14523 ; Crim. 5 févr. 1959, Bull. crim., n° 86.)。この意味で判決裁判所は、人と事実とに関する予審の判断——事実に関してはさらに予審の判断がそれに従属する所の検察官の判断——に従属する。

ベルゴブニヤン—エスベールは、これもまた予審裁判所に対する判決裁判所の独立の原則への抵触だとするが (Bergoignan-Esper, *op. cit.*, pp. 98~98) 私ので、不告不理の原則は、機能分離が正にそのための手続構成原理に外ならない所の、人民||社会||公衆訴追と人民法廷との原理に基づく当事者主義的訴訟構造そのものから、直接流出する原則なのだから、機能分離と正に一体のもので、それと抵触すると言うのは話が逆である。

なお、当事者主義を徹底すれば、裁判所は当事者が提出した証拠のみに基づいて心証形成をすれば足り、予審が不十分だったため真相を明確にするに必要な証拠が十分にそろっていないと思うときには、「確信の心証に到達しなかった」として無罪にすればよく、新たな予審的行為や補充審理をしてあくまでも真相を究明する必要はないはずである(フランスの判例は逆である。Crim. 30 oct. 1962, Bull. crim., n° 300.)。それ故、判決裁判所がこれらの行為や審理をするよう命じることは、当事者主義従ってそのための手続構成原理たる機能分離、その一つたる予審裁判所の判決裁判所に対する独立の原則に対する抵触を意味する。裁判長の職権主義が強いフランス法では、いわゆる実体的真実主義により、前述の如くこの抵触が認められている。しかしそのことは反面から言うと、判決裁判所は職権であらゆる手段を尽して事案の真相を究明した上で本案に対する判決を下すまでは、検察官の起訴と予審裁判所の付公判決・裁定によって把えられ、そこに示された事実と人との係属から解放されえないことを意味する。

これは、先の抵触とは丁度逆に、判決裁判所の予審裁判所に対する独立の原則に抵触する、とベルゴアニャンーエスパーは解している（Bergoignan Esper, *op. cit.*, p. 98）。同じ事がらでも見方を変えると形式上は正反対に見えてくることを教えてくれる面白い例だが、このあたりのベルゴアニャンーエスパーの分析は形式論に終始し、ささか表面的な感じがする。

(b) 予審記録に現われた資料に対する証拠能力および証明力の付与

既述の如く、自由心証主義—口頭弁論主義の要請により、フランス法では、偽造または不実の証明があるまで真実と見做される所の司法警察のある種の記録手続を除いて、一般に書面に現われた資料は単なる参考資料としての価値しか認められない（C・P・P・四三〇条）。しかし、それらの資料が判決裁判所の前で思い起される（*Evocuer*）ことを禁止する規定はなく、それらは公判の弁論の際提出されえ（証拠能力の許容）、適法に終局判決の根拠として利用されうる（証明力の許容）。ただし重罪法院では、陪審のために口頭弁論主義の原則が貫徹されなければならぬから、証拠能力が与えられうるのは、すなわち重罪公判の弁論に提出されうるのは、書面そのもの（紙上に記された文字）の全体または一部ではなく、裁判長が必要と判断する部分の朗読（*lecture*）のみであるから、わが法で書面に証拠能力が認められる場合、裁判官が書面そのものを手許に置いて隅から隅まで何度でも読み直して、心証形成に対したつぷりその影響を受けうるのとは、趣を異にする。また証人の供述記録の朗読は、同じ証人の公判での供述の後に、その供述が供述記録と異なることを指摘して証人に注意を喚起するためのみ提出されえ、反すれば全手続が無効となるという、厳しい制限の下に置かれていることを、看過してはならない。以下これらの事情を細説する。

一七九一年のロウは自由心証主義—口頭弁論主義の基礎を築いたけれども、そしてわが国の学者の普通の見解では今日の英米法同様典型的な弾劾手続構造を持っていたと信じられているけれども、実際には、予審（強制力を伴う証拠収集手続）と訴追と、そして予審と判決手続との分離は必ずしも明確ではなかった。強制力を伴う証拠収集が、まず、告訴告発によりまたは職権で公訴権の最初の行使である被訴追事件の捜査を行なう所の治安判事により、次に、事件が起訴陪審に送られた段階で起訴陪審指導判事により、そしてさらに公判の段階でさえ行なわれた（ベルゴアニャン—エスペールの表現を借りれば「分割されて手から手へと渡されていた。」(Bergoignan-Esper, op. cit., p. 16.)」訴追と予審との未分離による糾問的構造については本誌前号所載拙論一一九—二〇、二一五、一三八—一三九頁参照)ので、公判手続における予審記録排除は必ずしも完全ではなかった。前に引用した、当時の陪審に関する訓令でも、陪審は証人の供述記録を除く手続書面すなわち起訴状、記録手続およびそれに準ずる書面を調べるべきだ、とされている。

革命暦四年霧月三日の罪刑法典は、明らかに、予審と判決との機能のかかる混同を改めようと努力した。公判で予審がなされるのは、違警罪（フリュンメル）に関し市町村委員会（*commission municipale*）所属行政権委員（*commissaire du pouvoir exécutif*）または被害当事者（*Partie lésée*）の請求により訴追が開始されたときに限られることになった（一五三条、一六二条）。そして重罪事件に関しては、陪審の評決に対する予審の影響力を低減するため、重罪法院がなしうる予審記録の利用は、極めて厳格に規制されるに至った。「法廷に出席していない証人の書かれた供述は如何なるものでも、陪審員に対して朗読されえない。（三六五条）」警察官、陪審指導判事および刑事裁判所の裁判長の面前で（今）法廷に出席している証人が（以前に）した陳述の記録および被告人が受けた尋問の覚え書（*Notes écrites*）に関しては、それらのうち、証人または被告人をして、彼らが陪審員たちの面前で言ったことと以前に言

ったこととの間に見出されうる移ろい (variations)、矛盾 (contradictions)、違い (différence) に気づかしめるために必要であるもの以外は、弁論の過程で朗読されえない。(三六六条)」「裁判長は陪審員にも、証人の陳述の記録および被告人の尋問の記録を除くすべての手続書面を、渡す。(三八二条)」

C・I・C・は三四二条で、前述の如く、陪審員に対し、記録上に集められた証拠ではなく口頭弁論の印象に基づいて判定すべき旨を命じることによって、罪刑法典の精神を継承したが、罪刑法典の三六六、三八二条の言いまわしを変え(罪刑法典三六六条に対応するC・I・C・三一八条「裁判長は、証人の供述 (déposition) とその証人が先にした陳述 (déclarations) との間に増加、変更または移ろい (additions, changements ou variations) が在るときには、書記をしてこれを録取せしめる。検事長および被告人は、その変更、増加および相違を録取せしめることを、裁判長に請求しうる。」罪刑法典三八二条に対応するC・I・C・三四一条については先程(二A)(b)(c)述べた)、三六五条を廃止したために、また罪刑法典三八二条で評議の際陪審に渡すことを禁じられていた記録から被告人尋問記録を除き証人の陳述記録のみを残したために、(C・I・C・三四一条)、書面利用制限の実際の射程は縮減してしまった。さらに軽罪事件では、裁判官が予審記録を見ることは何ら禁止されなかった。

しかし、法典のかような後退は、(前述軽罪・違警罪裁判所への自由心証主義の適用がそうだったように)判例・学説の努力によって盛り返され、重罪法院では証人につきかなり罪刑法典の線に近い予審記録の利用制限が行なわれるようになり、その努力の蓄積の上に立ってC・P・P・は、軽罪裁判所に対しても書面利用制限を適用した。また前述の如く、陪審の評議には移送裁定書と設問書とを除く一切の訴訟記録の持込を禁止した。次にその努力の過程を、重罪法院に関する判例の展開から順に見て行くこととする。

判例によれば、重罪法院の裁判長は、その自由裁量権により、真実の発見に役立つと思う予審の記録の読み上げ

を命じうる（出席している被告人の尋問記録の朗読～Crim. 22 juin 1820, Bull. crim., n° 92 ; Crim. 7 janv. 1886, Bull. crim., n° 4. 死亡した被告人の尋問記録の朗読～Crim. 13 mai 1886, Bull. crim., n° 173. 予審免訴となったまたは先に無罪とされた共同被告人の尋問記録の朗読～Crim. 30 juillet 1829, Bull. crim., n° 168. 呼出されず出頭していない証人の供述記録の朗読～Crim. 8 fevr. 1844, Bull. crim., n° 42. 呼出されたが出頭しなかった人の供述記録の朗読～Crim. 26 déc. 1956, Bull. crim., n° 873 ; Crim. 30 oct. 1947, Bull. crim., n° 209.）裁判長はまた、証人の供述内容の変わったことを知らせるために、まず法院が証人を口頭で聴問した後に、同じ証人の供述記録の朗読を命じうる。聴問せずに朗読すれば全手続が無効となる。（Crim. 14 avril 1910, Bull. crim., n° 190.）破棄法院は「聴問後に」という条件について常に厳格で、法院が「弁論手続に属さぬ」要素および「弁論手続で早まって提出された」要素に基づいてその意見を形成する可能性が在る場合には、口頭弁論主義の侵害が存する、と見なしている（Crim. 15 déc. 1950, Bull. crim., n° 287 ; également en ce sens : Crim. 24 janv. 1951, Bull. crim., n° 28 ; Crim. 26 mars 1957, Bull. crim., n° 285 ; Crim. 23 déc. 1915, Bull. crim., n° 247.）。「口頭の聴問後に」という条件が付けられているのは、判例が「証言の変ったことを知らせるため」と言っていることから明らかのように、刑法典三六六条の趣旨を踏襲しているのであって、それを知らしめて証人に弁解または証言の訂正をなさしめ、これにより公判での証言の真意を明らかにしまたはその信用性をテストしようとするものである。言い換えると、証人の供述記録はあくまでも、公判で彼がなした証言を評価する上での「単なる参考」としてしか利用しえない、という一般原則を貫くためである。その点では、英米証拠法で古くからの証拠規則であり現行ドイツ刑法にも規定のある、いわゆる「矛盾供述」記録の証拠能力付与、およびそれらと類縁関係に在るわが刑法三二八条の「証明力を争うための証拠」としての書証の証拠能力の一般的承認と、方向を同じくすると思われる。同じ趣旨で、鑑定書の朗読もまた、鑑定人が聴問されるた

めに呼出された場合には、彼の供述の後でしか行なわれてはならない（Crim. 23 janv. 1868, Bull. crim., n° 19）。なお裁判長のみがかような命令権を行使しうるのであって、法院に委任しえず、委任すれば無効の制裁を受ける（Crim. 22 fevr. 1894, Bull. crim., n° 50）。裁判長のみが予審記録を参照しえ、またそのある部分を陪席判事と陪審員とに伝達しうるのである。

かように重罪法院では予審記録の朗読と採証との条件は（特に証人について）かなり厳しいが、陪審不在の軽罪・違警罪裁判所では、裁判官は極めてしばしば記録に含まれる被告人の尋問および証人の供述の記録手続を読むだけで満足して来た。証人や鑑定人は大い公判供述に代えて書面の提出ですませたがるからである。これでは口頭弁論主義は形無しだ、という理由に基づく破棄申立を、破棄法院は、とりわけ軽罪裁判所においては口頭弁論主義は「排他的に口頭の (exclusivement oral)」性格を有するわけではなく、と述べて（Crim. 18 juillet 1884, Bull. crim., n° 242）常に拒否して来た。軽罪上訴部でも、本案判決は、主として一審の公判記録と予審記録とを閲読して (au vue de) なされて来た。判例も「上訴審では裁判官の心証は、一般に、収集して書面にとどめられた証言の閲読に基づいて形成される。」と公言している（Crim. 7 mars 1879, Bull. crim., n° 242）。これは先述の如く、C・I・C・Cが軽罪公判に違警罪公判の書面重視規定を準用し自由心証主義を明確に規定しなかったためであるが、C・P・P・Pで違警罪規定の準用を廃し重罪公判と全く同様に自由心証—口頭弁論主義が軽罪公判についても明文化され（四二七条）かつ記録手続や報告書は単なる参考資料の価値しかないと規定（四三〇条）されて以来は、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ることを必要とされてくる（一般的にCrim. 21 janv. 1975, D. 1975, Inf. rap. p. 47. 鑑定書の扱ふことCrim. 9 nov. 1972, Bull. n° 334, D. 1973, Somm. p. 19）。

わが国では、口頭弁論主義が陪審制度と固く結びついていること、さらに陪審制度は心証形成の直接的基礎とし

ての書面証拠の排斥と不可分に結びついていることについての理解が乏しいので、「フランス法を含む大陸型刑事法の公判手続が仮にどんなに口頭弁論主義に徹しているとしても、予審記録がすべて証拠として裁判所に提出され、裁判官が自由にそれを閲読して裁判することになっていて、英米法のように書面の証拠能力が厳しく制限されてはいない以上、予審記録そのもの（紙上に記された文字）が無制限に公判に提出され採証されて直接判決の基礎とされるのだから、判決への影響力において予審記録が占める比重は、口頭弁論の印象が占めるそれに比して通常圧倒的に大きいはずだ、従つて口頭弁論主義は多分に形だけのもので、手続全体を見れば、秘密非対審の糺問型証拠収集と、収集された証拠そのものでなくその証拠を記載した書面とが全局を支配する所の、緩和された糺問手続にすぎない。」という見解が一般的である。しかし、陪審員の主体性の高い仏法はもちろん、参審員の加わる独法の公判手続も、職業裁判官だけのわが国のそれとは、かなり実態が違うことを知っておく必要がある。英米法の公判中心主義―弾劾的捜査と対照的に、仏独法では、公判審理よりもその準備段階で公正な機関（フランスでは予審判事、西ドイツでは検察官）が強制権を行使してしっかり証拠固めをしておくことが大切だとするいわゆる糺問的捜査の行き方がとられている、というわが国ではポピュラーな説明（例えば田宮裕編「刑事訴訟法Ⅰ（昭和五〇年初版）」三三、三三頁）を聴く場合にも、その点を心得て、わが法運用のイメージを仏独のそれに直接ダブらせて理解することのないよう配慮する必要がある。フランス法では以上の如く、予審記録は確かにすべて裁判所に集められるけれども、重罪法院では絶対に、それが直接陪審の心証形成の基礎となることはない。つまり、わが刑法学の言う意味で証拠能力を認められることはない。裁判長が必要と判断した箇所の朗読としてのみ提出され、特に証人の供述記録についてはかなり厳しい条件が付けられ、鑑定書についてもそうである。他方英米法は公判中心主義で書面の証拠能力は原則として否定されている、と言われるけれども、予備審問や大陪審の調査記録には例外としてかな



り寛やかに証拠能力を認めているようであるから、実態において公判前調査記録特に証人の供述記録手続が陪審の心証形成に対して与える影響力には、仏法と大きな開きがあると、速断してよいか疑問である。英米法との開きがありしとすれば、それは、先述の実体的眞実主義に基づく裁判長の自由裁量権により、証言記録等の公判廷での朗読を、必ずしも当事者の請求に基づくを要せず裁判長が職権で命じうることから生じるであろうと想像されるが、具体的にどういふ差異として現われるのかは、規則・判例を具体的かつつづさに比較検討し、さらに両手続を何度も実見した上でないとわからない（双方を実見された方々の感想をうかがえば有難い）。今後の重要な研究課題である。

(c) 予審判事が重罪法院の公判に証人として出頭することの許容

これは裁判長の自由裁量権による、というのが判例である（Crim. 16 mars 1901, S., 1904, I, p. 477 ; voir également Crim. 8 août 1855, S., 1852, I, 220, note non signée）。今注記した無署名ノートはこれを批判して、予審判事は苦勞して有罪の証拠を集めたのだから人情として自分の判断を弁護したが、彼は犯罪そのものを見ていないのだから、公判で彼の意見を述べさせると、判決を偏った方向へ誘導する危険がある、と指摘する。確かにその通りであるから、彼に証言させうる事項の範囲を、予審行為のやり方が適正だったか否かの判断資料の提供に限定すべきである。例えばベルゴアニヤン―エスペールが引く一九七〇年の事案——共同被告人の一人の尋問の際予審判事の室に一警察官が居たか否かを確認しようとする弁護側の請求に答えて、裁判長がその予審判事の聴問を命じたケース——（Bergoignan-Esper, op. cit., p. 101.）では、この意味で予審判事の聴問は適切だったと言えよう。しかしこのような場合には、判決裁判所はむしろ、予審裁判所の判定の基礎とされた証拠提出過程の適正さを疑って予審の判断

から独立の自主的判断をなしえんがために、予審判事を聴問するのであるから——先所引のケースでは、訴追の主要な根拠となった共同被告人の一人の自白が如何なる条件下になされたかに、質問が集中した——、この聴問の許容は判決裁判所の予審裁判所に対する独立を確保するためのものであって、その逆ではありえない。

## 結 論

フランス法の実態考証の結論は、すでに冒頭の**本論の課題**で述べた。ここで読者にもう一度読み返して頂いて「なるほど大筋において嘘ではなかったな」と思つて頂けるなら、筆者の意図は半ば達せられたのである。考証された実態と照らし合わせて、わが法・法運用に対して加えられた反省は、改めて総括するを要しないであらう。それ故ここでは、書きながら気づいた二、三の問題点を指摘して、結論に代える。

フランス刑法——その出発点となったC・I・C——は、中間期（大革命勃発より第一帝政発足までの時期）の弾劾システムとアンシャン・レジームの糾問手統とを、訴追・公判に前者を適用し、予審に後者を適用することによって、折衷したものだ、とフランス法学者自身が言っている（Donnedieu de Vabres, op. cit., p. 386, n. 1054 et 1055; Stefan, Levasseur, Bouloc, op. cit., p. 67, n. 73.）。足して二で割るのが折衷だとする日本人的感覚で読むと、公判手統の弾劾性——口頭、対審、公開——を「公判前に非公開で綿密な証拠収集を遂げ、公判における有罪宣告をほとんど完全に準備する（松尾浩也「刑事訴訟法」(弘文堂、昭和五四年)「八頁）」という予審手統の糾問性によって薄め、検察官の弾劾性——被告人と対等な原告性——を予審判事との協同・癒着によって薄めたものが、フランス

刑訴法だ、と言っているように解される。そしてわが国の戦前戦中の刑訴法が実際にそうになっていたのを見、それがフランス法を直接（治罪法）間接（旧旧刑訴法・旧刑訴法）に継受したものだと言われているのを聞いて、いよいよその確信を深くする。しかし、実態は本論で見た通りだ。訴追、予審および公判の相互影響を極力排除し、まして癒着は絶対に認めず、それぞれの自主性独立性を貫かしめる機能分離こそ、フランス刑訴法の基本構造原理なのである。そしてフランス法学者が折衷と称するのは、実はそのことなのである。

フランスは明晰判明知性の根本準則としたデカルトの祖国、フランスの知性が最も忌み嫌うのは、足して二で割る日本の折衷のあいまいさ・非論理性・ごまかしである。彼らの折衷はこれと正反対に、矛盾し対立するものの個性・異質性を、はっきり認めると言うよりもむしろ対照させ・際立たせた上で、その各々を、互いに犯し合わないうようにいわば異なる平面に配列し、さらにこれをいわば縦の論理的関係で立体的に統一して、一個の総合的な体系に創り上げることである。刑事法におけるその好例を、人々はまだ新古典主義派の折衷主義（*eclectisme*）の中に見出す。ペンサム流の功利論的社会防衛・一般予防と、カントやドゥ・メーストゥールの道徳的応報ないし贖罪とを、明確に対立し矛盾するものとして対照させた上で、新古典学派はこの矛盾するものを、明快な（しかし私に言わせればいささか形式的な）立体的論理構造の中で統一する。「人は己の行為の応報を忍受すべきだ」というのは正しい道徳的要請だが、犯罪者に応報を加える権利が神―運命の手にのみ委ねられず、何故に社会に与えられうるのか。この問いに答えるのが功利論的社会防衛論であって、社会は犯罪によって自己の利益を侵害されその存立を危うくされるが故に、自己の存立を守るために必要十分な範囲で、侵害しようとする者に刑罰を予告して威嚇を加え、侵害した者に見せしめとして予告通りの刑罰を科せようとする。しかし、その科刑を侵害者が忍受する義務を負う限度、従って社会が彼に科刑する権利を有する限度は、科刑が同時に道徳的応報たりうる範囲に一致する。オルトランのこ

の巧妙な論理構成こそ、フランス的折衷の特徴を最もよく示すものだ。(オルトランら新古典学派諸家の学説の骨子につき、拙論「仏独近代刑罰権理念史序説」(法政理論一四卷三号、昭和五七年)「一五一〜一六四頁参照。より詳しくは本誌前号拙論一〇〇頁に引く江口三角の諸論文参照。)

機能分離による、弾劾的訴追—公判と糺問的予審との折衷は、以上と好一对をなす。折衷すべき矛盾は、人民の代表(検察官)または人民の一員(被害当事者)たる原告と人民の法廷(陪審裁判所)とによる、人民たる被告に対する訴追と判決と(同僚による裁判 *Jugement par les pairs*. Voir *Stefani, Levasseur, Bouloc, op. cit., p. 68, n° 73*)の原理と、証拠に基づいて心証を形成するために強制力を用いて与う限りの証拠を集めよ、という証拠裁判主義の原理との間に在る。人民は主権者であつて国家権力は人民の意思に基づくべきであるが、人民自身は自ら直接権力を行使する者ではないから、同僚たる被告人や一般市民を取調べたり、その財産を捜索・押収したりすることはできない。しかし同時に人民法廷は、証拠に基づかない訴追を受理すべきではなく、証拠に基づかずして判決を下すべきではない。それが人間理性の要求、文明の要請である。しかるに、証拠の収集には、全く強制力を用いないというわけには行かない。人民の裁判と証拠に基づく裁判とは、それ故、そのままの形では両立不可能である。そこでフランス刑法は、人民裁判にふさわしい弾劾主義的構造を持つ訴追—公判の機関と、強制的証拠収集を可能にする糺問主義的構造を持つ予審の機関とを、まずはっきり区別していわば別平面上に配置し、次いで両者をいわば縦につなぐ第三の相互関係原理の導入により、一つの立体的体系の中で統一する。縦の相互関係原理の第一は、人民訴追者および人民法廷は自ら強制力を用いて証拠を収集しえないけれども、彼らが主権者の一員として強制力をそれに委ねた所の公正な国家機関の一部局(予審裁判所)に、強制力を用いて証拠を収集する仕事を委任しうる、という理くつ(強制的証拠収集委任の原理)である。しかし、委任を受けた機関の報告書(予審記録)を読み、そ

れに基づいて判決を下すのでは、人民法廷が真に自己の主体性において証拠を評価し判決したことはない。評価―判決権の大半は、実質的に予審機関に帰属してしまい、人民法廷は最高法廷たるの權威と同僚による裁判の実とを失うであろう。そこで第二の原理として、予審記録はただ裁判長と当事者とがそれを読んで訴訟指揮と攻撃防禦との方針を立てる所の参考資料としてのみ用いることを許し、陪審の評価・判決は、純粹に陪審の面前における口頭弁論を通じて提出される証拠とそれをめぐる当事者の討論の印象とのみに基づかしめるべきだ、という口頭弁論主義―自由心証主義が登場する。そしてかような立体的論理構造により、最初の矛盾が明快に一個の訴訟手続体系の中で統一される。

この縦の相互関係原理はまことに明快で、フランス的思考の純理性をよく示しているが、日本人の共同体的義理人情的思考からすると、いささか抵抗を感じるものが在る。日本人なら普通こう考えるであろう、「自分で調べられないから、一つ調べて下さいと頼んで置きながら、人が苦勞して調べ上げて報告書を差し出したのに、読みもしないなんて（人情に照らして）失礼だ。ちゃんと読んで、お説通りにしますとまでは言わずとも、せめて貴重な証拠資料として利用させて頂きますとぐらいいは言う義務（実は義理）がある。」まして検察官も予審判事も判決判事も、共に司法官試験という難関を突破し、司法官試験補として一つ釜の飯を食い、天皇の股肱たる同じ司法官として国政の重責に任ずるエリート中のエリート仲間ではないか。こうして、検察官の意を汲んで予審を行ない予審調書を作る予審判事、口頭弁論は話半分は聴いて専ら予審調書を熟読しその趣旨に添って判決を下す判決裁判官が出現する。機能分離ではなくて正に機能癒着である。

しかしどうやら、フランス人には、そんな義理人情がらみの論理は通用しないらしい。フランスの法律家は現にこう述べている。予審判事の役割は調査記録を準備することだけだ、罪責を決めるのは裁判所の仕事だ。予審判事

は自分が犯罪を調べた経過についてのみ情報をもたらさるのであって、犯罪そのものの情報をもたらすことにはできないのだ。(Bergoignan-Esper, op. cit., p. 101)に引く、予審判事が自分の予審した事件に証人として出頭することに對する批判。)予審記録手続は証拠そのものではなく、単なる「証拠の記録」にすぎない(J.C. Soyer, Droit pénal et procédure pénale, 1976, p. 256)。要するにフランス人の考えでは、予審記録というものは、予審裁判所が、「ご依頼によりこの事件を調査した所、どこそこにこれこれしかじかの証拠が在ることがわかりました。その証拠から私自身は有罪の嫌疑が濃いと判断しましたので、起訴を認め事件を公判の審理に委ねます。裁判長および当事者の皆さん、あなた方ご自身のために、どうぞ私が探して見つけ出しその所在を報告書に記載しておいた証拠を、報告書を手がかりにお手数ながらも一度ご自身の手で公判廷に呼び集め持ち込んで、陪審員に聴かせ見せて上げて下さい。また陪審員の皆さん、私はご依頼によって集めた証拠に基づいて、この事件は白と決めるには不十分であるから、公判に付してあなた方のご判断を仰ぐ値打があると判断しました。当事者の方々がいざ改めてその証拠をあなた方の前に提出すると思いますが、よく聴きよく見て、あなた方ご自身の判断で自由にそれを評価し、有罪無罪をお決め下さい。」と言って(もちろん口で言わずに心で言って)差し出す報告書にすぎないのである。だからそれを読んだ当事者は、「ア、この人を証人に頼めばその証言で陪審員に有罪心証を与えることができそうだな。(検察官)」「ア、検察官はきっとこの人にこう証言してもらおうとするだろうから、こちらはこの人にこう証言してもらって、前の証言の嘘を指摘すればいいな。(弁護士)」と対策を練ることはできるが、「これこの通り、予審調査にこう載っているのが有罪の動かぬ証拠です。」「いや、こちらにこう書いてあるからその記載は嘘です。」などと主張しえないのである。予審記録は証拠の索訪日誌および証拠の索引表であって、証拠そのものではないからである。裁判官や当事者がどう訴訟指揮をしたらよいか、どこからどうしてどんな証拠を公判廷に呼び寄せ持ち来らせて、それをど

う使つて弁論を組み立てるか、を考へるために、彼らに対して（陪審に対してではなく）必要な情報を提供する案内書にすぎないからである。

それ故、フランス刑法は創始以来今日まで、予審が最も札問的だった革命暦九年（一八〇一年）フリュウワイヤージュ 兩月七日および一八日のロワにおいてさえ、公判手続の口頭對審性・弾劾構造は微動だもしなかつたのである。例えばエスマンは、これらのロワの反動的性格を、七日のロワで札問的予審の創り出されたいきさつおよび一八日のロワで特別裁判所が設置されたいきさつを纏々説明することによつて強調した後言う、「しかし、別の観点からすれば、九年のロワは王令ロイヤル・デクレの体質と深く異つてゐる。新しい法の諸原理に適合して、このロワ（兩月一八日の）は、法廷審理の公開、口頭弁論と自由心証主義との諸利益、被告人の立會、を保障してゐた。さらに政府委員が起訴状を起草してそれを朗読することになつてゐた（二八條）。最後に、最終條項は次のように宣言してゐた、『特別裁判所は全般的平和恢復後二年で自動的に廃止される（三一條）』と。（Esmein, op. cit., p. 473.）（なおこの文言の中でも、口頭弁論主義と自由心証主義とは一まとめにされた上で、公開および對審の原則と並置されてゐることに注意）ところが團藤重光は兩月七日のロワを評して、「予審で秘密に取調をした予審判事はそのまま公判へ出て来て審判する。これでは公判手続をみとめても、その意味は半減してしまふ。（團藤前掲九頁。）」と述べた上、この性格がそのままC・I・C・Cに引き継がれたかの印象を与える記述をしている。しかし陪審制の下では、たとへ予審判事が公判で裁判官の一員となつても、自己の意見は述べられないし、もちろん有罪無罪の判定には関与できない。ロワには、予審判事が當然判決裁判官を兼ねるべき旨の規定も兼ねうる旨の規定もないし、C・I・C・Cでは前述の如く明文で兼務は禁止されてゐた。團藤の記述は何か基づく所が在るのだから、少くも公判の意味が半減する理由として挙げるには不適當である。

わが国の刑訴法が、フランス法の機能分離を真似しながら、結果的に正反対の機能癒着に陥ってしまった原因は、以上の分析から自然に明かになる。人民の訴追—人民の法廷（同僚による裁判）と証拠裁判主義に基づく強制的証拠収集の必要性との間に存する矛盾を如何にして克服するかが、フランス刑訴法創造過程における根本問題であり、大革命期の立法者たちがこれに対して与えた解答が機能分離だったのである。フランス法がわが国に継受された時、人民の訴追—人民の法廷（同僚による裁判）の原理は天皇の訴追—天皇の法廷（絶対君主—現人神による裁判）の原理に置き替えられた。神が人に対し、絶対君主が臣民に対して、必要に応じ強制力を行使しうることに何の妨げもない。従って訴追—判決と予審との間には、原理上何の矛盾も存在しないことになった。三者は共に絶対君主—神の手先として、絶対君主—神の名において、犯罪を摘発し取調べ処罰するために、一心同体の如く行動すべきである。国家訴追主義と職業裁判官の判決とが、このような原理・構造に適合した制度として創造された。して見れば、人民主権下の裁判はこれと対照的に、人民の訴追—人民の法廷（同僚による裁判）でなければならず、従って公衆訴追主義—陪審制を採らなければならない。わが現行法制は人民主権に反し、憲法違反である。

フランス刑訴法の機能分離による矛盾の解決は、国家権力の存在を前提として考えればひとまず理にかなっている。しかし、さらに根本に遡って考えると、人民訴追者—人民法廷が、一方で、自らは同僚たる被疑者・被告人および一般市民に対し強制力を用いて証拠を収集する権限がないと称しながら、他方で、自己の意思に基づいて設置された国家機関に対し一般的に強制権力を授けた上で、特に予審裁判所に対し証拠収集のためにその強制権力の行使を依頼するということは、考えようでは、やってはならぬことを自分の手を汚さないで他人にやらせて、自分だ



け善い子ぶっている虫の好いやり方、ある意味で最も不純・不潔・狡猾・悪辣なやり方だとも言える。理論的にも、もし同僚たる市民に強制力を加える権利が本来存在しないものなら、存在しない権利の行使を他者に依頼することはできないはずである。この矛盾はしかし強制的証拠収集権に限った矛盾ではない。人民主権国家の権力一般の基礎に横たわる根本的な矛盾である。人民主権は突きつめれば、法は人民の自律としてのみ存在しうる、ということであり、それは人民に対する外からの強制力である国家権力の存在と両立せず、従って強制的証拠収集権を持つ国家機関の存在と両立しない。ここに至って本論は、私が先に公表した論著、「権力止揚論（大成出版社、昭和五六年）」および「刑罰権否定の法理（刑法雜誌二五卷一号、昭和五七年）」の根本課題と交わる。

私は先程、国家権力の存在を前提として考えれば、フランス刑訴法の矛盾解決はひとまず理にかなっている、と言った。しかしそれは、権力止揚社会において刑罰権と共に強制的証拠収集権が否定されるまでの、そして犯罪（人権侵害的違法行為）に対し刑罰でない何らかの対応措置（その大体の構想は「権力止揚論」三三三―三三一頁、「刑罰権否定の法理」二二五―六、一三三―四、一四一―三頁参照）を講ずる前提として犯罪に対する訴追―判決をなすに当り、訴追―判決の基礎となるべき証拠の収集が一切の強制力を用いないで十分に行なわれうる日が来るまでの、暫定的解決でしかない。

その観点からわが現行法制をかえりみると、極めて遅れたものと最も先進的なものとが混在していることに気づく。極めて遅れたものとは、国家訴追主義―職業裁判官の裁判という絶対主義的・反人民主権的な制度の残存である。その改革すなわち公衆訴追主義―陪審制の導入は、わが刑訴法の根本課題である。最も先進的なものとは、予審制度を廃止し、従来予審判事がなして来た予審行為のうち、捜索・押収の如き対物的強制証拠収集のみを、裁判官の令状に基づいて行なうという制限の下に検察・警察の権限に移し換え、被疑者を逮捕・勾留して強制的に尋問

に答えさせ証人に出頭を強制し宣誓の上供述することを義務づけるなどの对人的強制証拠収集は、少くとも法文上は廃止したことである。その点では、フランス法よりも、強制証拠収集権廃止への歩みにおいて一步先んじていると言える。

しかし遺憾ながら、実務は法文を全く無視して逮捕・勾留中の被疑者を強制的に取調べる慣行を作り上げ、その結果かえって、裁判官ではなくて被疑者と対等なるべき原告たる検察・警察が、逮捕・勾留中の被疑者を、弁護士の立会さえ認めず弁護士との接見交通すら大幅に制限して、孤立無縁の密室内で尋問し、調書に作り、こうして作られた自白や不利益自認調書には、裁判所が無条件で証拠能力を認めるといふ、東西絶無・古今未曾有おそらくは空前絶後の超糾問的捜査を現出している。そして判例と学説の大半ともこれを当然視して、ほとんど一片の疑いも抱かない現状である。私はこの数年、刑訴法学関係の論文では専らそのことの指摘と批判とに従事して来た(拙論「刑事法体系の新構成要綱、およびその体系の一部をなす実体的真実認識方法論としての刑事訴訟法体系の新構成序説」(法政理論八巻二号、昭和五〇年)、拙著「刑事法における人間の虚像と実像」(大成出版社、昭和五一年)一八六頁以下、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、『全訴訟関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」(法政理論九巻三号、昭和五二年)、「逮捕または勾留中の被疑者の取調は許されない」(法政理論一二巻二号、昭和五四年)、拙著「権力止揚論」(大成出版社、昭和五六年)四六〇―五二頁、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、被疑者は弁護士に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)等)。しかし、前掲横山晃一郎論文以外には、同じ明確な問題意識の下に十分論旨を展開した論策は未だ現われていない。かようにこの問題が一般の関心を惹きにくい理由は、一般の法曹が明治以来の悪慣行にならず、それをどこの国でもやっている極く当り前の捜査・裁判方法と信じて疑わないためであるが、しかし変だなあ、諸外国法制の研究・紹介・解

説の盛んなる今日に過ぐるは無しという有様なものになぜ気づかないのかなあ、とそのもう一つ奥の理由を探って行くと、結局、本論が冒頭からくり返しくり返し述べて来た近代刑訴法の基本構造原理たる「機能分離」および「それと人民主権理念との不可分の関係」に対する明確な認識の欠落に辿りつく。それがわからないから、変だなあ、困ったなあ、ひどいなあ、けしからんなあ、と思いつつ、誤りの根本を指摘できず、例えば自白強制、別件逮捕、代用監獄など違法な取調方法に対する技術的批判のみに終始せざるをえない。もちろん技術的批判も極めて重要で、そのこと自体にケチをつけるつもりなど毛頭ないが、密室での強制取調を認めた上での話では、弊害防止効果にはおのずから限度がある。そうと気がついたから、本誌前号所載論文と本論とで、右の根本原理・理念の解明にとりかかった次第。不動と信じられて来た通説や常識を片端からこき下した罪は、その意図に免じて何とぞお許し頂きたい。くり返して言う。

「人民主権下の刑事手続は人民の訴追—人民の法廷すなわち同僚による裁判でなければならず、その具体化形態として公衆訴追—陪審法廷のシステムに拠らなければならない。それは同僚による裁判であるから、訴追者—判決裁判所は本質的に強制力を以てする証拠収集権を持ちえない。また、陪審法廷は人民の最高法廷であるから、他機関の作成した調査記録に基づくことなく、自己の面前で提出された生の証拠（なま）とそれをめぐる当事者の討論との印象のみに基づいて、あくまでも自己の主体性において証拠を評価し事実を認定しなければならぬ。」

これが近代刑訴法の根底に横たわる原理である。そしてこれこそが、何度くり返し述べても絶対に多すぎることのない、本論の論証課題であり中心テーマであり、そして最終結論なのである。