

フランス刑事訴訟法は、檢察官と私訴原告人との 協同による公衆訴追主義を採る

沢 登 佳 人

目 次 (本文見出しを簡略化して示す)

- 一 標題に同じ。國家訴追主義・檢察官の起訴独占は存在しない。
- 二 檢察官一体の原則はなく、逆に檢察官の獨立を保障する固有權と口述の自由とが在る
(付録) 独日國家訴追主義下の公訴權論の矮小化
- 三 糾問手続における國王の代官の名目的形式的な裁判監督權と被害者私訴の補充としての公訴
- 四 仏檢察官の主任務は、一七九一年イギリス式刑訴法の治安判事と公訴官との任務の繼承である。國王の代官のそれは従である。
- 五 フランスにおける檢察官の登場は、訴追と予審との機能分離による彈劾主義の画期的前進をもたらした
- 六 純原告たる仏檢察官・司法警察官には被疑者尋問權その他の強制搜查權がなく、それらの權能は予審裁判所に委ねられる
- 七 日独法との比較および仏法における搜查と予審との調和

八 仏予審はイギリスの予備審問と大陪審との継受であり、両者の実体は意外なほどよく似ている。

九 仏法の私訴権は公衆を代表する被害者の科刑請求訴権であり、公衆の利益保護を使命とする組合や市民組織にも認められている。

一〇 仏検察官の法律の番人理念なるものはドイツ法学者の捏造である。その根拠とされる民事裁判その他国政への一般監督権なるものの実体。

一一 その根拠とされる刑事裁判監督権なるものの実体

一二 検察官の公衆代表性のシンボル、起訴便宜主義の成立発展過程

結 論 (以上から学び取るべきもの)

フランス刑事訴訟法は誤解されている。彼女は泣いている。泣きながら自分を冤罪の牢獄から救い出してくれる騎士の到来を夢見ている。私はその騎士になろう。彼女を解放し、彼女の愛すべく学ぶべき所以を人々に説こう。そのために、ヘラクレスの十二功業にあやかり、目次に掲げた事項のすべてを証明する仕事を成就しよう、いざ。

一 フランス刑事訴訟法は、検察官(公衆への奉仕者)と私訴原告人(被害当事者)とが協同して行なう公衆訴追主義である。国家訴追主義・検察官の起訴独占は存在しない。

わが国の多くの刑事法教科書は次のように説く。大陸近代刑事訴訟法の原型はフランスで創られ(一八〇八年の Code d'instruction criminelle。以下 C・I・C・と略記)、ドイツの学者に「改革された刑事手続 (reformierter Strafprozess)」と呼ばれて自国制度改革の模範とされ、一八四八年フランクフルト国民会議の基本権の決議におい

てこの改革の方向が確認され、この政治的圧力の下でドイツ各邦に次第に「改革された刑事訴訟法」が採用されて行き、やがてこれを基礎にして一八七七年に統一的な刑事訴訟法典が制定された、と。(例えば団藤重光「新刑事訴訟法綱要(七訂版)」一〇～一二頁。鈴木茂嗣「刑事訴訟法(現代法律学講座28)」九～一〇頁。)そうであるなら、ドイツ刑訴法は理念・構造の骨子においてフランス刑訴法に酷似しており、訴権のそれも例外ではないはずである。事実多くの教科書がそう説いている。「起訴独占主義はヨーロッパ大陸法系の伝統である。(団藤前掲三六六頁)」「国家訴追主義・起訴独占主義は、フランス革命後における『改革された刑事訴訟法』以降の大陸法系の伝統であった。(田官裕編著「刑事訴訟法Ⅰ(昭和五〇年初版)」四五〇頁)」「明治一年には検事による国家訴追の原則を宣明する司法省達が発せられ、ほぼわが国の国家訴追主義および起訴独占主義が確立したといわれる。(鈴木茂嗣前掲八八頁)」これらでは、仏法も独法同様検察官による起訴独占主義を採用しており、かつ検察官は国家に属する訴権を行使するのだから国家訴追主義である、と説明されている。鈴木ノブキの文は直接仏法と独法とを同一視したものではないが、仏法の翻案たる明治一三年の治罪法も、独法の強い影響下に作られた大正一一年の刑事訴訟法も、共に国家訴追主義・起訴独占主義を採ったと解さざるをえない表現になっている。しかし奇妙なことに――

フランス刑事手続法史上初めて刑事訴権を公訴権と私訴権とに分け、後者の行使を犯罪の被害者の権限としたのに対して、前者の行使を専らそのために設けられた特別の官吏の権限とすることによって、検察官公訴の原型を定めた革命暦(共和暦)四年(一七九五年)霧月三日フグニエの罪刑法典(Code des délits et des peines)は、その五条において、「公訴権(action publique)は本質的に人民(peuple)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(fonctionnaire)によって行使される。」と規定している(因みに、しばしばフランス検察官の祖型と目されるアンシャン・レジーム期の国王の代官の訴権は、被害者の訴追がない場合に限りそれを補充するものと

して例外的にのみ認められた。この点は後改めて詳述)。以来二百年、フランスの立法、学説、判例がただの一度たりとこの規定に矛盾する訴権の定義を与えたことはない。C・I・C・一条一項は「刑の適用のための訴権は、法律によってその訴権をあずけられた(confié)官吏にのみ属する。」と定め、一九五八年の Code de procédure pénale (以下C・P・P・と略記) 一条一項は一層正確に「刑の適用のための公訴権は、法律によってその訴権をあずけられた司法官(magistrats, 検察官を指す▲筆者注▽)または官吏(検察官以外の役人を指す▲筆者注▽)によって始動されかつ行使される(est mise en mouvement et exercée)」と定めており、公訴権をあずけた本人すなわち公訴権の窮極的帰属主体の何びとなるかには直接言及していないが、それが決して国家ではありえないこと、人民≡公衆であることは、次の条文によって知られる。すなわち、C・I・C・三条は、「私訴権(action civile)は公訴権と同時にかつ同じ裁判官にこれを提起することができる。」と定め、C・P・P・一条二項、三条一項は一層明確に「この訴権(一項の公訴権を指す▲筆者注▽)はまた、この法典の定める条件に従って、被害当事者(partie lésée)によっても始動されうる。」「私訴権は公訴権と同時にかつ同じ裁判所に行使されうる。」と定めて、犯罪の被害者が、損害賠償請求訴権と同時に、(検察官の意に反してでも) 検察官を駆り立てて公訴権を始動させ、かつ検察官を役使して公訴権を行使せしめる権限を有することを、明らかにしている。公訴権の帰属主体が国家であるなら、かようなことは起こりえない(国家訴追主義を採ると言われているドイツや日本の刑訴法がそうであるように)。公訴権が人民≡公衆に属するからこそ、人民≡公衆の一員として被害者は、検察官と協同して公訴権を始動・行使しうるのである(この点は後改めて詳説)。

フランスの学説はこれを当然自明の理と解しているので、一般の教科書の解説は至ってあっさりしている。また、新古典学派のブルジョア刑法理論が、人民≡公衆の利益すなわち一般利益(intérêt général)を社会の利益

(intérêt social) ——その実体はブルジョアジー支配の市民社会の利益——と呼びかえ、犯罪の悪を社会的利益の侵害の中に見、したがって犯罪者に対する懲罰権は社会に帰属すると主張して以来は(新古典学派の刑法理論の骨子については拙論「仏独近代刑罰権理念史序説」(《法政理論》一四卷三号、一九八二年)「一五一頁以下参照。より詳しくは江口三角「フランス刑法学における犯罪論の体系」(岡山大学法学会雑誌三一巻四号、昭和五七年)「刑罰権が国家でなく社会に属すると解されていることについてはその二二頁注(一)、同「ボワソナードと政治犯」(同誌二八巻三・四号、昭和五四年)「刑罰の正当根拠(倫理的正義と社会的効用と)を判断するのは社会であって国家(政府・権力)ではないと主張されていることについては、その一四九頁、同「フランス刑法における被害者の同意」(一)《同誌二八巻二号、昭和五三年》「特に一五四頁以下、七九頁以下、一八四頁以下所引の学説・判例、同「フランス刑法における正当化事由」(二)《愛媛法学四九号、一九七二—一九七六年》「特に(四九、六四頁、(四)五五頁以下、(四)七〇頁以下、八五頁、(四)五一頁以下所引の学説・判例、同「フランス刑法における不作為犯」(愛媛法学一号、一九六九年)「特に三四頁以下所引の立法・学説を参照せよ。人民≠公衆の代りに社会を以て公訴権の帰属主体とする表現が一般的である。例えば、「可罰的行為と犯罪者の罪責とを確認し、法が定めている刑罰を適用するために、社会の名において、社会の利益のために、司法機関に対して行使される訴権を、人々は刑罰訴権(刑事訴権 action pénale)ないし公訴権と呼ぶ。全犯罪から公訴権が生じ、公訴権はそれが帰属する所の社会の名において、実行者(remplissant. 社会に代つてその役割を実際に遂行する人の意)たる公務員の「一団、公認された独特の表現に従えば人民への奉仕者(ministère public)」によつて行使される。(R. Garraud, Précis de droit criminel, 6^e éd., 1938, P. 449.)」公訴権は社会に、かつ社会にのみ属する。社会のみが公訴権を行使しまたは放棄する権利を有する。実を言えば、社会は公訴権を、資格のある代理人すなわち人民への奉仕者(ministère public)という司法官(magistrat)に行使せざるを得ない。(G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Procédure pénale, 11^e éd., Précis Dalloz

1880, P. 93. その沢登佳人・沢登俊雄および新倉修訳「フランス刑事法・刑事訴訟法(成文堂、一九八二年)」六九頁。上記いづれも以下の本論においては「ステファニア」[刑事訴訟法]としてその次に引用項目の通し番号をゴチック体漢数字(原文はゴチック体アラビア数字)で示す。」

しかし、初めてヨーロッパ近代法に接した日本人に対するポアンナードの解説は懇切丁寧で、公訴権が文字通り公衆の訴権である所以をわかり易く説明している。「刑事手続は訴訟(訴権 *action*)であり、社会の名において (*au nom de la société*) 社会の利益のために (*dans son intérêt*) なされるから、人々はこれを公訴(公訴権、人民||公衆訴権 *action publique, publique* は元来「*de peuple*」すなわち「人民の」の意▲筆者注▽。)と呼ぶ。昔特に古代ギリシアとローマにおいては、公訴権は全市民、人民およびその成員の各々に (*à tous les citoyens, au peuple et à chacun de ses membres*) 属していた。そこでこの理由により人々はこれを公衆訴追 (*action populaire*) と呼んでいた。当時人々は、今日ヨーロッパ諸国の大部分に存在するような、かつ日本に導入されたような、この訴権を、万人の名において (*au nom de tous*)、行使することを特別の任務とする司法官を持っていた。万人の名において訴権を行使するという所から、この司法官は、人民への奉仕者(公僕 *ministère public, ministère* はラテン語の *minister* (≡*serviteur*) → *ministerium* (≡*service, fonction de serviteur*) と *public* は *populus* (≡*peuple*) → *publicus* に由来する。ポアンナードは——先のガローヤステファニアもそうだが——この原義に拠って説明しているのである。普通の邦訳は検察官。)と名づけられている。(Projet de Code de procédure criminelle pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire par Mr. Gré Boissonade, 1882.)」ポアンナード——したがって彼に代表される新古典学派以降のフランス法学者——の脳裡においては、公訴権の帰属主体たる社会、人民、公衆、全市民、万人などの觀念はほとんど一つのものであることが、これでわかる。名村泰蔵(治罪法草案審査委員司法少書記官)口訳のボ

アソナード講義（「仏国治罪法講義（明治十四年）」二頁）では、この点が極めて端的に示されていて興味深い。「アクシオンピュブリック」即ち刑事事ノ訟ヘト云フモノハ公衆（ソレシエテはソシエテの誤刻ならん▲筆者注▼）ノ名代タル官員アリテ公衆ノ満足ヲ得セシムル者ナリ」（他方治罪法草案審査委員だつた大政官少書記官村田保の「治罪法註釈（再版明治十四年）卷一」第一枚では明らかに前記アソナードの草案註釈を祖述して、「抑々刑事ノ訴ハ法律ニ定メタル刑ノ適用ヲ目的トシ社会ノ為メ檢察官之ヲ行フ乃チ公訴ノ名アル所以ナリ檢察官ハ社会ノ代人ト為リ公訴ヲ行フ者ニシテ刑事ノ原告人ナリ」と述べられ、*public*を社会と訳している。両者を比べれば、当時は日本人法律家も社会と公衆とを同義異語と解していたことがわかる。ちなみに、漢字「公」の古体は「𠂔」で、その原義は「勝手に囲い込む（口）」の「反対・そむく（八）」つまり「公衆が自由に入出しうる場」であつて、*public*の原義に等しい（加藤常賢「漢字の起源（角川書店、昭和四五年）」三九六頁）。絶対権力がそのような場の管理を専らにするようになって、公が国家・国家権力・官の意味に流用されるに至つたのである。）

その後わが国の法律界では、ドイツ絶対主義国家の法理念の影響下に、律令体制以来の日本国家における「公」の伝統的意味、すなわち公＝おおやけ＝大きな家＝国家の觀念が急速に蘇り、天皇制絶対主義、国家主義、民族主義、さらには全体主義の法理念の隆盛下に、「社会」は「公衆」＝「人民」から完全に引き離されて「国家」の中に吸収され、「公訴」＝「国家訴追」という図式が当然自明の原理、刑訴法が基づくべき大前提となつて行く。

しかしフランスでは、「公訴権」＝「公衆訴権」、「公訴官」＝「公衆訴権の代理行使者」という原理は今日に至るまで微動だもしない。したがつてまた、被害者が損害賠償請求権としての私訴権を行使すると同時に、公衆の一員たる資格で公訴権＝公衆訴権を駆動する権限を有することも、不変である。それゆえフランス刑訴法は、大革命初頭の一七九一年に導入されたイギリス式刑訴法（詳細は後述）以来一貫して（国家訴追主義の反対物である）公衆訴追主義であり、かつ公的訴追機関の公訴と被害者の（損害賠償訴権と公訴権駆動権とを含む）私訴との区別が確立し

てよりこの方は、公的訴追機関(検察官・公衆への奉仕者)と私訴原告人(*partie civile*、被害当事者)とが協同して行なう公衆追訴主義である(それゆえ、検察官の起訴独占なるものは存在しない)。(あらかじめ読者にお願しておくが、本論の議論を単なる言葉の問題に還元してすまそうとしないで頂きたい。これから述べて行くフランス刑事訴訟の実体に、公衆追訴というレッテルを貼るのが気に入らなければ、他の何か好みのレッテルを貼ることは読者の自由である。ただ、しっかりと見とどけて頂きたいのは、その実体が、少くとも、従来国家追訴、検察官の起訴独占という名の下に理解されて来たものは、明確に別のものだということである。)

二 フランス法には、いわゆる検察官一体の原則は存在しない。逆に検事局の長の「固有権」と各検察官の「口述の自由」とが、公衆の代訴人たるフランス検察官の独立性を保障している。

それゆえフランスの検察官は、公訴権の行使者としては直接人民 \parallel 公衆 \parallel 社会の機関ないし手脚つまり *fonctionnaire* ないし *remplissant* であつて国家機関の一部ではなく、したがって行政府・司法大臣からも司法府・裁判所からも独立の機関なのである。検察官が裁判官同様 *magistrat* とされるのは、その職務の遂行において裁判官同様、身分上自己の属する国家権力機構の全体から(検察官は行政府から、裁判官は司法府すなわち裁判所から)独立し、後者からの指揮を受けぬ点に着目してである。(三権分立における司法権が裁判所に専属するという意味では裁判官のみが司法官たるべきであるから、検察官も *magistrat* であると言う場合の *magistrat* を司法官と訳すのは、誤解のもとである。正しくは「国家から独立の官職」という意味で「独立官職」とでも訳すべき所である。元々 *magistrat* はラテン語の *magister* すなわち *maître* (教師)、*directeur* (導く人)、*chef* (頭) 等に出た *magistratus* すなわち執政官・法務官等の独立高級官職に由来

し、今でも大統領などの高級行政官まで広く指称する幅の広い言葉である。しかるに裁判関係職中の独立高級官職は判検事であるから、裁判手続に限っては判検事を *magistrat* と称し、これが次第にこの語の狭い意味として固定したのである。立法職や行政官職と対比させて *magistrat* と言ったのではない。

こう述べると、とたんにオヤ?と思う人がいるかもしれない。検察官一体の原則 (*régle de l'indivisibilité du parquet*) はフランス刑法の基本原理の一つであつて、それを日本法が踏襲した内容は、周知の如く、「検察官は全国的に統一的・階層的な組織をなしていて、検察事務についても検察行政についても——やや比喩的にいえば——一体不可分の全体として活動するものであり、その結果各検察官は、法務大臣の一般的指揮監督権に服するだけでなく、個別的事件の処置についても、司法大臣の指揮を受ける検事総長を頂点とする検察機構全体の中で、「上命下服の關係に立つ」(団藤前掲九四頁、九八頁)ということではなかつたのか。つまり各検察官は、行政政府の頂点に位置する法務大臣(フランスでは *Garde des sceaux* 國璽尚書ないし *ministre de la Justice* 司法大臣)とその指揮下に置かれてゐる検事総長(フランスでは *procureur général* (法院) 検事長)との鉄桶の如き指揮監督下に各事件を処理しなければならないのではなかつたのかと。

答えて言う。*régle de l'indivisibilité du parquet* は「検察官の」不可分性(一体性)の規則ではなくて、「検事局(検察庁 *parquet*)の」それである。フランス法では(ドイツ法もそうであるが。西ドイツ現行刑法典一五二条「検事局 (*Staatsanwaltschaft*) は公訴提起の権限を有する。」、日本法と異り、公訴主体 || 原告としての検察官の活動は、一体不可分のものと扱えられた各検事局 (*parquet*) の単一の意思を、各検事局の長(上訴法院検事長および共和国検事)が代表し、他の検事局構成員を単にその長の正式の代理人にすぎないものとして完全な指揮監督権および取り替え権の下に置きつつ、検事局全体の名において実現する活動だとされている。つまり、それは各検事局ごとの、

それぞれの内部のみに限定された一体性なのである。(ステファニア「刑訴法」八〇参照)これに反して、同一検事局の外部に在る上司に対しては、各検事局の長にいわゆる固有権 (*pouvoir propre*) が与えられており、これにより外部上司の指揮・監督・代行権は大幅に制限されている。すなわち、検事局の長の公訴権行使の権限は彼に固有の権限であるから、彼は上司の命令なしにまたは命令に反してさえ訴追しうるし、また上司の命令に反して訴追を拒否したとしても上司が彼らに代って訴追することはできない。(ステファニア「刑訴法」一〇一) また司法大臣は公訴権を行使する権限を持たないから、自ら認識した犯罪を法院検事長に伝達してそれを訴追するようまたは訴追させるよう命令しうるにとどまり、わが国のいわゆる指揮権発動の如く、公訴権の行使をやめるよう命令することはできない (Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie de Code d'instruction criminelle*, 2^e édit., 1866, Tome premier, n^o 533, 534. Art. 1 et 274 C. I. C. Art. 36 C. P. P.)。固有権の根拠に「*agent immédiat*」であつて、「*Toullier*」方で検察官は政府の代表者 (*représentant*) であり、政府の直接の手先 (*agent immédiat*) であつて、「*Toullier*」ル (*Treillard*) の表現を用いるなら政府の眼 (*oeil du gouvernement*) であるが、同時に彼は、管轄内における公訴権の受託者 (*dépositaire*) であり、公訴権の行使に責任を持つ代理人 (*ministre*) であり、一般利益の機関 (*organe des intérêts généraux*) であり、社会の手先 (*agent de la société*) である。……このように、検察官は、国家政府と国民自身とを同時に代表するのである。彼は、権力の利益 (*intérêts du pouvoir*) と司法 (正義) の利益 (*intérêts de la justice*) とを同時に維持する。(Faustin-Hélie, *op. cit.*, n^o 487.)」と述べて、前者の立場から蒙る行政的指揮監督を、後者の立場から制限し拒絶する権利が固有権だとする見解を示している。ロランはこれに一步を進めて、この二面性のうち検察官にとって本質的なのは後者であるとして、固有権と、後述する検察官の活動 (訴訟行為 *action*) および口述 (*parole*) の独立性 (*indépendance*) とを強調し (Rolland, *Le ministère*

public en droit français, *Juris—classieur périodique* (J. C. P.), 1956, I 1271, n° 11.)、さらにラサは、公訴権は本来主権者 (souveraineté) に帰属するから、人権宣言の方は人民 (peuple) ないし国民 (nation) に帰属し、したがって検察官は直接国民の代表者 (représentants de la nation) であって単なる政府の代理人にすぎないものではない、という論理により、固有権等に示されている検察官の国家権力からの独立官職性すなわち magistrat 的性格を高唱する (Michele—Laure Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Bibliothèque de science criminelles, Tome V, 1967 n° 187.)。

わが国の検察官 (検察庁ではない) 一体の原則は以上と丁度対蹠的に、国家訴追主義の理念に基づき検察官を専ら国家行政機関の代表者ないし直接の手先、トゥレイヤールのいわゆる政府の眼とのみ把える所から生じる。すなわち、わが国の検察官は検事局として行動するフランスの検察官と異り、下級の検察官といえども「それぞれの管轄に属する事件 (の捜査・訴追権 (筆者補入)) を固有・独自の権限をもって行使する」ものであり、国家機関本来の構成原理から言えば「裁判所のように独立してその権限を行使しうべきである」のに、「ただ、検察の職務が——強い司法的性格を有するにもかかわらず——依然行政事務であることを考慮し、法がとくに一定の長たる検察官に指揮監督権を与えた」所にこそ、検察官一体の原則の特異性と本質とが在る (柏木千秋「刑事訴訟法 (昭和四五年)」二二五頁)。そして検事局の一体性は、各検察官を政府に直属させその眼としての働きを最高限に発揮させるにはむしろ障害であるから、これを廃止して、公訴権行使の主体を検事局から各検察官へと移しかえたのである。

フランスの検察官の独立官職性はさらに、各検事局の内部にもある程度浸透し、各検察官のいわゆる「口述の自由 (liberté de la parole)」の原則が認められている。すなわち、検事長または共和国検事の部下たちは、書面による申立については検事長または共和国検事の命令に従わなければならないけれども、公判において彼らの個人的

意見を表明することができるし、書面の申立に反する口頭の請求をすることもできる。「ペンは奴隷である、しかし口は自由である。(La plume est servie, mais la parole est libre)」という伝統的な法諺が言い表わしているのはつまりこのことで、「フランス検察官の名誉」と自負され(Rassat, op. cit., n° 188)、現行フランス刑法典三三条により公認された。(ステファニア前掲一〇一)ガローによれば、「この点で検察官の独立性は完璧であり、事実、彼は彼の親玉の命令に従って訴追した後で訴追の不正を指摘し、無罪判決を請求する権利を有する。(R. Garraud, Précis de droit criminel, 6^e édit., 1898, p.482)」

それゆえ次のように断定しよう。いわゆる検察官一体の原則なるものは、フランス法には存在しない。逆に検事局の長の「固有権」と各検察官の「口述の自由」とが、公衆の代訴人たるフランス検察官の独立官職性(政府からも裁判所からも所属検事局の長たる検察官からさえも独立して自由に公訴権を行使する権限)を保障している。

(一)いづれに指摘しておくが、検察官一体の原則に相当するフランス法の用語としてわが国の刑法教科書に掲げられている *Punité et la subordination hiérarchique du ministère public* (団藤前掲九九頁。ただし原文は *hiérarchique* が複数形。牧野英一「重訂刑事訴訟法」(二版、昭和十二年)六六頁では *hiérarchique* が省かれている。)なる語は、筆者の寡見ゆえかフランスの著作には見当らなかつた。叙上の理窟からすれば存在するはずはないのだが。さらにおかしなことに、日本の教科書に掲げられている検察官一体の原則のドイツ文は *Einheit und Unteilbarkeit der Staatsanwaltschaft* であり(牧野、団藤とも)、これを仏訳すると *unité et indivisibilité du parquet* すなわち検事局の一体不可分性である。これなら確かにフランス法にもドイツ法にも実在するが、前述の如く検察官一体の原則とは全く別のことである。かつ仏文の *subordination hiérarchique* すなわち位階的従属性に当る独文は含まれておらぬ。理解しがたき錯簡である。なお固有権・口述の自由の全般的解説として、前掲ラサの著を下敷とした鈴木教司「フランスにおける検察官の職務上の独立について」(愛媛法学会雑誌七卷二号、一九八一年)がある。

(付録) 国家訴追主義の下では、フランス法理論の訴権論に相当するものは存在しない。公訴権論は検察官の訴追行為権限論に矮小化される。

以上から明らかなように、フランス刑法理論では、訴権の窮極的帰属主体は何びとか、その主体を代表して誰と誰とがどのような権限分配の下に訴権の始動または行使の権限をゆだねられているか、という問題、そのような意味での訴権論が一つの重要な課題として設定される。すべての教科書がそれに多くの枚数を割き、また夥しい数の論文がそれをめぐって書かれている。これに対し「訴権は、全刑法体系の当然自明の前提として、国家にかつ国家のみに属する。」とされて来た旧刑法以来のわが国の刑法学では、如何であろうか。

牧野英一は言う、「原告官トシテノ検事ハ、国家ヲ代表シテ公訴ノ提起実行ヲ為スノ機関ナリ。……公訴権ノ主体ハ国家ニシテ検事ハ之カ機関タルニ過キス。(牧野前掲六一―六三頁)」「公訴権ハ国家ニ属ス。而シテ、国家ノ機関タル検事ニ於テ之ヲ行フ。(同九三頁)」「検事ハ同一体ナリ。即チ、一方ニ於テハ、検事ハ其ノ上官ノ命令ニ従フカ故ニ、司法大臣、検事総長、検事正ノ監督及指揮ヲ受クルト同時ニ、他方ニ於テハ、検事ハ其ノ上司ノ命令ニ従フカ故ニ、司法大臣、検事総長、検事正ノ職務ヲ自ラ行ヒ、又ハ或検事ノ事務ヲ他ノ検事ニ移スコトヲ得。故ニ、検事ハ全国ニ亘リテ一ノ大ナル組織体ヲ為スモノトス。(牧野前掲六六頁)」牧野英一はフランス法に精通する学者であったから、公訴権の概念をフランス法流に理解し、ただわが法ではフランス法の如くそれが社会||人民||公衆に帰属するのではなく、国家に帰属するのであり、それゆえに検察官は中央集権的な国家権力機構の一環として司法大臣―検事総長の下に一体的組織を成して存在すると説明する。これに対し、専らドイツ法を研究した宮本英脩にあっては、公訴権が国家に属することは自明の公理であり、刑法、刑訴法、刑訴法学そのものが拠って立つ大前提であって、フ

フランス法の如く社会||人民||公衆に帰属するなどということは最初から全く念頭に浮かびさえしない。それゆえ、フランス法的意味で公訴権が何者に属するかはそもそも刑訴法学の問題となりえない。問題なのは、牧野のいわゆる国家公訴権を實際に検察官が行使する権限の在り様である。かくて宮本においては公訴権は、この検察官の権限を指称する言葉に矮小化されてしまふ。そして以来今日に至るまで、わが刑訴法学の主流として用いられて来た公訴権概念は、正にそのようなものであった。宮本は言う、「訴訟ノ方式ヲ弾劾主義ニ執リ、唯専ラ国家ノ機関ヲ以テ弾劾の局ニ当ラシムル方式ヲ公訴主義ノ制度ト謂フ。……此ノ主義ノ下ニ於テハ、国家ハ犯罪アレハ何時ニテモ刑事手續ヲ開始スルコトヲ得ルヲ以テ、社会秩序ヲ維持ノ方法トシテ頗ル便(宮本英脩「刑事訴訟法大綱(昭和一年)七頁)」「刑事訴訟ニ由テ実行セラルル刑罰請求権ノ問題ハ事国家ノ公益ニ関ス(同九頁)」つまり、ここでは、国家法秩序と社会秩序、国家の利益と社会||公共の利益とは、完全に混同され一体不可分のものと観念されているのである。そして宮本によれば、公訴権には私訴権をも含む最広義の公訴権もあるが、通常公訴権と言われるものは「狭義ニ於テハ、検事が裁判所ニ対シ或一定ノ被告事件ニ付キ訴訟手續ノ開始ヲ求ムル意思表示ヲ為スノ權利ヲ意味ス。而シテ此ノ意思表示ノ効果トシテ先ヅ成立スルモノハ所謂訴訟關係ニシテ其ノ後ノ訴訟手續ハ凡テ此ノ關係ヲ基礎トシテ行ハル。而モ其ノ間ヲ通ジ検事ニ依リテ逐次行使セラルル各種ノ訴訟上ノ權利ハ是レ亦各個ニ公訴権ノ性質ヲ有スルモノニシテ、此レ等ヲ一体トシテ見タルモノ即チ広義ノ公訴権ナリ。(宮本前掲二三八―二三九頁)」かような意味で、「公訴権ノ主体ノ地位ニ立ツ」ものは検事局ではなく、「其ノ所属検事が各個ニ担当事件ニ付キ公訴権ノ主体ノ地位ニ立ツモノニシテ、所属検事が数人アル場合ニ於テモ合議体トシテ活動スルモノニアラズ。(宮本前掲一〇五頁)」それ故検事正、検事長および検事総長は「各其所屬検事局ノ事務取扱ヲ分配指揮監督ス。其ノ他検事間ニハ構成法ノ定ムル順序ニ従ヒ全体トシテ上官下官ノ關係アリテ、下官ハ凡テ上官ノ命ニ従フ。(宮本前掲

一〇二頁」フランス公訴権論との赫然たる相違を觀、その由つて來たる所を察すべきである。

三 フランス檢察官の前身たるアンシャン・レジーム期の国王の代官は、平和維持と弱者保護との理念に基づき、糺問手続上裁判官に対する多分に名目的形式的な監視監督権を有したが、その公訴権は私訴権を補充するものにすぎなかつた。

しかし、と人は反論するかもしれぬ。たてまへはどうあらうと、現実問題として檢察官が司法大臣によつて任命されかつ罷免されうる行政官の身分を有する以上、彼が人民 \parallel 公衆 \parallel 社会の代表であることよりも国家行政権のトップ \parallel 政府 \parallel 時の支配者の意向にそうことの方を好むのは、避けえずまた責めえないのではないかと。答えて言う。第一に、被害者による私訴権の行使は、檢察官をして人民 \parallel 公衆 \parallel 社会の代理人たるの本分から逸脱せしめぬための強力な支援であり激励であり監視でありまたしばしば叱責である。第二に、私訴と公訴との協同による公衆訴追主義の理念・構造は、フランス刑訴法の諸制度中でも特に枢要の地位を占めるもの——刑訴法全体の基本性格を決定する中心要因——として、大革命の中心課題の一つであつた糺問手続の克服・刑訴法制定の過程で常に激しい議論の焦点に置かれ、豊富な工夫を施され、大革命と帝政とを生き抜いて遂にC・I・Cの中心制度の一つとして定着し、さらにその後の相次ぐ革命・政変の中をほとんど原型のまま若干の技巧的修正を加えられただけで生き続け、ほぼたてまえ通りの使命を立派に果して來たと万人に認められているものである。フランス人民が、文字通り自らの血でかちとつた貴重な成果である。いわば、自由・人權を求めてやまぬ長い激動のフランス近代政治史社会思想史そのものが、その理念・構造の現実性に対する直接の根柢なのである。第一の点は後で詳説することに

して、まずフランス訴権制度の歴史的生成過程をたどることによって、第二の点を証明しようと思う。

近代のフランス検察官が担う職務・権限の一部(但し後述する如く決して中心的部分ではない)は、アンシャン・レジーム期の糺問手続における国王の代官(*procurateur du roi*)の職務・権限(その多分に形骸化し名目化したもの)を受け継いでいるし、私訴制度もまた部分的にその源を糺問手続以来の伝統の中に見出しうるので、フランス近代刑事訴権史の前史として、まずそれらの考察から始めなければならない。

中近世、世俗公権力(王や領主)を導く理念としての正義の内容は、キリスト教理念に色濃く染められていた。キリスト教的正義は一口に言って、神を愛すること、神は愛であるから神への愛を通じて己自身を愛するが如く隣人を愛すること、である。しかるに神は富める人・安全な人・正しき人よりも貧しき人・保護されていない人・罪ある人を、羊の群よりも群を離れた一匹の迷える羊を偏愛する者であるから(例えば「あなたがたのうちに百匹の羊を持つている者がいたとする。その一匹がいなくなったら、九十九匹を野原に残しておいて、いなくなった一匹を見つけるまでは、捜し歩かないであろうか。……それと同じように、罪人がひとりでも悔い改めるなら、悔改めを必要としない九十九人の正しい人のためにもまさる大きいよろこびが、天にあるであろう。(ルカ伝 XV 1-7)」「むしろ、イスラエルの家の失われた羊のところに行け。(マタイ伝 X 6)」「寄留の他国人、寡婦または孤児を苦しめ悩ましてはならない(出エジプト記 XXII 21、22、XXIII 9、XXIII 17)」「私に呼ぶ人(レビ記 XXIII 9、10)」「私は正しい人を呼びに来たのではなく、罪ある人を呼びに来たのである(マタイ伝 IX 13、ルカ伝 V 32)」「*Voir Michel Villey, Philosophie du droit, definition et fins du droit, 1975, p. 107-113.*」世俗生活において人民の牧者である世俗公権力の正義は、神への愛を通じてそれらの弱者・要保護者すなわち「外国人と寡婦と孤児とを守り……神において生きること——信仰を守

ること——祈りの時を守ること——である (Jonas d'Orléan, le 9^e siècle)。「正義の本質的な使命は貧しい人たちの窮乏を救うことである (Sentences de Pierre Lombard, le 12^e siècle. この本は一六世紀まで大学の神学部の主要な教科書であった。)」(Ibid., p. 115)

都市の勃興、商品経済の浸透、ローマ教皇・皇帝・王ら特定封建公権力の強大化・集中化とその下での諸他封建権力間の闘争の沈静化・統一と平和への希求という社会的趨勢の進展に合わせて、かような理念に微妙な変化が現われる。例えばトマス・アクイナスは、このキリスト教的正義を、ギリシア・ローマ的「アリストテレス的な財の公正配分としての正義(普通交換的正義と配分的正義、算術的正義と比例的正義などと呼ばれているもの)」と調和的に総合しようとして企てた。彼は言う、「いかなる支配者の意図も、かれが支配の任にあたっては所々の福祉を確保することに向けられるべきである。……しかるに社会を形成している大衆の善および福祉は、その統一性——それは平和と呼ばれる——の維持である。(De Regimine Principum, 1, 3, 730. 稲垣良典「トマス・アクイナスの共通善思想(有斐閣、昭和三六年)」一六七頁。」「大衆の善き生活を確立するためには三つのことが必要である。」第一は平和の確立、第二は平和により一致して大衆が善き行動へ導かれること、「第三には統治者の努力によって善き生活に必要なものの豊かな供給が充分に存在するということである。……しかるに(この)公共的な善が永續化されることを妨げるものに三つあり」、第一は人間が生涯同一職務を遂行しえぬこと、第二は公共福祉の要請を遂行しない怠惰または正義と平和とをかき乱し大衆を害する行為、そして第三の障害は「敵の攻撃によって平和が破壊され、時として王国または都市が根底から抹殺されること」である。そこで王は、第一に職務の適切な継承・交替に、第二に法を定め、守る者に褒賞を、背く者に罰を与えて人民を善行に導くことに、そして第三に大衆を敵から守ることに配慮する義務を負う。そしてかくて維持された大衆の善をさらに一層推しすすめる職務を課される。(Ibid., 1, 15, 813)

828. 上掲一七六—一七九頁)しかして、大衆の善き生活のために必要な財の豊かな供給を保障する法理念として、アリストテレスのニコマコス倫理学の特殊的正義の理念が適当である (Summa Theologiae, IIa IIae qu. 57, 58 et suiv. Villey, op. cit., p. 126 et suiv.)。それゆえ「人定法の目的は……人々の利益・福祉である。……法はそれが神法に適合する限りにおいて宗教と調和すると言われ、それが自然法に合致する限りにおいて規律と一致すると言われ、さらにそれが人間的な利益・福祉に適合する限りにおいて福祉に寄与すると言われている。(S. T. Ia IIae qu. 95・稲垣訳「トマス・アクイナス神学大全」(創文社、昭和五二年)九八頁)。」

聖トマスを代表とし先がけとするかような思想的動向を通じて、次第に集権化し行く封建世俗公権力(フランスでは特に王)の使命すなわち正義の護持の中に、伝統的な弱者の保護や信仰の保持と併んで、その物質的保障条件としての公共の福祉 (bien commun ; intérêt commun. commun の代りに public を用いることもある) の確保・増進とそのための人定法による公共の秩序 (公序 ordre public) の維持とが、不可分のものとして付け加えられて行き、それらは平和の維持という語に包括されて行く。王はしばしば即位に当り、平和の維持を厳かに誓約した。彼にとって犯罪の放任はその誓いに背くことであるから、被害者が訴追しえずまたは敢て訴追しない場合、王は誓いを果たすため補充的に訴追しうる、という糾問手続の原理がそこから生じる。(Stefani || Levasseur, Droit pénal Général, 10^e édit., Précis Daloz, 1978, n^o 65 ; 同書の沢登俊雄ほか訳「フランス刑事法〔刑法総論〕(成文堂、昭和五六年)」六五)。

やがて絶対王権の伸張・確立が、一般領主権を単なる私益に格下げし、伝統的な弱者保護と信仰の護持とを依然本質的中心的な要素とする公共の福祉 || 一般利益をその内容とし、公序の維持・道徳の遵守をその形式とし、正義をその理念とする所の、平和維持の使命を、王権の手に集中するに至る。信仰を害し弱者を凌辱し公序に背き平和

を乱す犯罪者（例えば瀆神的な言葉は放置すれば王国に神の怒りを招くが故に、決闘、武器携帯、浮浪と乞食、無許可の巡礼などは平和を害するが故に、公序に反し処罰されるべきだというのが、王権の論理であった（André Langui, Arlette Lebigre, Histoire du droit pénal, I Le droit pénal, 1979, p. 8～10に引く一六～一八世紀の王の各種 *édit* ordonnance 等への *déclaration* を見よ。)) を処罰する司法権の発動、すなわち正義の実現は、王の専権であると主張されるに至った。「すべての正義（司法）は国王より出づ（*Toute justice émane du roi.*）」神より授かりし権力に基づき彼の官吏によりて復讐をなしうる者は王のみ。これらの理念に基づいて国王裁判所は次第に領主裁判所を駆逐して行った（A. Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours, 1882, p. 21～42；ステファニア「刑法総論」六七、同「刑事訴訟法」五七、六〇、六一）

そしてこの絶対王権の裁判所に導入された札問手続の中で、王の正義∥公共の福祉∥公序∥平和を實行する職責は裁判官に託され、「すべての裁判官は国王代訴人（*procureur général*）である」という法諺に示される如く、裁判官自身による事件係属が原則となった（ステファニア「刑事訴訟法」六二）。（なお、将来の議論に備えてあらかじめ注意しておくが、公共の福祉および公序は、かように、フランス法否ヨーロッパ法の伝統理念としては、各人が人倫にかなった生活をするための必要条件として人民・公衆に十分供給されかつ公正に配分される利益・福祉・およびさらにその最低条件として弱者・要保護者（その中には犯罪者も含まれる）の保護を内容とし、後に啓蒙思想家や近代法理論の中で神的起源から切り離されて、最大多数の最大幸福や人権保障へと再構成され発展せしめられて行ったものにはかならない。その主体は常に人民∥公衆∥社会であって、王・皇帝・政府つまり国家ではなかった。フランス革命の引金が犯罪者・被疑者の法的保護をめぐる問題であった理由、その結果人権宣言で刑事人権保障が極めて重要な地位を占めた理由は、そこに求められる。また、財産権（その存在・内容と行使の自由と。すなわち所有権の不可侵や契約自由）が弱者を迫害しその福利を奪う場合には、公共の福祉により、または公序良俗に反するとして、制限される理由も、そこに在る。アメリカ合衆国法の *public welfare*（「公共の福祉」と和訳される）の内容が、主

として国や公共団体の行なう救貧・衛生などの社会厚生事業であるのも、欧米法の伝統的用語法からすれば至極当然のことである。日本国憲法の「公共の福祉（二二、二三、二四、二九条）」は英訳文（実は英語原文）では *public welfare* と在るので、当然の趣旨に解すべきであり、そう解して初めて、人権を「侵すことのできない永久の権利（二一条、九七条）」と定義した憲法の本質に合致する。わが国今日の通説・判例の如く、基本的人権を制限・剝奪する根拠たる一般条項と解するのは、話が逆である。

しかし王権は、この職責を裁判官に委せ切ることには不安を感じていた。なぜなら、実際問題として司法官職は世襲制で売買の対象にさえなり（モンテスキューは一七二三年にボルドーの法院判事となり、一七二六年ギエヌの高等法院の *President a mortier* 職を伯父から相続し、一七二六年に法官職を売っている。（宮沢俊義「法律思想家評伝（昭和二五年）」のモンテスキューの項）、国王の任免権・監督権は形式上のもので実際に発動することはできず、しかも高等法院は、周知の如く、王権に反抗する貴族たちの牙城であったから（ルイ二三世の宰相リシェリウはこれら貴族を抑えるため高等法院の王令登録権を奪おうとして成らず、ルイ一四世即位の初めパリ高等法院の法服貴族を中心とするフロンドの乱を誘発し、さらにルイ一六世は刑事法改正案をパリ高等法院に提示して登録を拒否され、やむなく三部会を開いて改正をこれに謀らうとして大革命を誘発するに至った）。そこで王権は、自己にもっと忠実な直屬官僚をして、裁判官が主役となつて行なう刑事手続を側面から監視、監督せしめ、さらに部分的に介入せしめるといふ制度を設け、これを次第に拡大して行つた。この直屬官僚が国王の代官 (*procureur du Roi*) である。

一三、四世紀王権の抬頭に伴つて刑事手続上に初めて姿を現わした当時のこの官僚の主たる任務は、当時王権の主要な財源であつた有罪判決に基づく罰金および財産没収を確保するために、刑事訴追を監督し判決の執行に介入することであつた (Erslein, *op. cit.*, p. 100, 101; Kassat, *op. cit.*, p. 26)。絶対主義と糾問手続との発展につれ、彼らの任務は次第に性質を改め、文字通り国王の代官として刑事手続過程全体を監視・監督しさらに部分的にそれ

へ介入することへと変貌して行く。王権の強化を策する国王の法律顧問たち (*Legistes*) は述べた、「国王は王国の皇帝 (*Empereur*) である。すべての正義は国王より発する。それゆえ、裁判所において国王を代理する者たちの権限は、王権の拡大と共に拡大されるのが当然である。」(*Rassat, op. cit., n. 28*) と。つまり、公共の福祉 || 正義を実現するという王権の使命観は、実現の機関として一方で国王裁判所の普遍的裁判権を基礎づける原理として利用され、他方で、現実の裁判官は信用できないからこれを監視監督するという国王直属の官僚たる国王の代官の権限を基礎づける原理としても利用されたのである。

もっとも、国王の代官として裁判官同様、形式的には国王の右腕たる大法官 (*chancelier*) の任免権・監督権に服するが (*Fausin-Hélie, op. cit., n. 482*)、事実上は世襲で制裁・罷免を受けることは無かった上に、ただの下働きではなく、国王に対し個人的意見を認めさせうる上級官僚であつて、常に自己の意見を国王の面前でさえも表明しえたから (*Rassat, op. cit., n. 77*)、今日階級的従属性 (*subordination hiérarchique*) と呼ばれているような実体が存在したわけではない (*Rassat, op. cit., n. 79*)。しかし国王の代官は、少くとも裁判官よりは王権への直属性が強く、その意味で行政官的性格がはつきりしていた。のみならず、それ自身としては多分に名目的な王権への服従の理念を巧みに駆使して、面従腹背の貴族たちを、バラバラに分割して個別的に自己に服属させつつ相互に対抗させ制肘させあるいは離反させるといふマキアベリスムこそ、絶対主義権力の最も基本的普遍的な政策原理であつて、共に王権の手脚である所の裁判所と国王の代官とを互いに拮抗・制肘させるために、刑事手続遂行の主役を前者に、監視・監督役を後者にふり分けた札問手続の手法は、この原理の一適用にほかならない。

ただし、監視・監督役の実際は、手続書面の閲覧、逮捕令 (*décret*) 発布と勾留者釈放との前提となる申立、尋問記録を直ちに伝達されること、法廷手続前に文書で自己の最終意見を裁判所に伝えること (一六七〇年のオールドナ

ンス一〇章一条、二二条、一四章一七条などを見よ。もつともこのオールドナンス二四章三条では、裁判官が国王の代官の意見に惑わされぬよう、理由を付けることは禁じられた。などにすぎず、手続への介入の実際はそれが最も強化された一六七〇年のオールドナンスでも、私訴原告人の訴追が無いときこれを補充するため(三章八条)、および死刑または体刑に当たる犯罪以外の犯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(二五章一九条)、国王の代官の訴追を認める(三章六条)というものにすぎなかった。これを見ると、わが国で通常想像されている所に比し、国王の代官の刑事手続上の役割は実質上極めて小さくかつ消極的なものにすぎなかったと言いうる。

このことはつまり、王権に対する裁判所・裁判官貴族の実質的独立性敵対性の強さ・厳しさを示すものであると同時に、それが強く厳しかったからこそ、王権にとりたとえ名目的にもせよ自己の代官によって監視・監督・介入することが重要な意義を持っていた、ということである。逆に言うと、政府と裁判所・裁判官との対立が弱まれれば、それに比例して国王の代官(後にその機能を担掌することになる国王委員および検察官)の監視・監督機能の重要性は薄れ形骸化して行く、ということである。それゆえに、(後の議論にそなえてあらかじめ指摘しておくが)ナポレオン法典以降検察官(実質は次に述べる如く国王の代官とはすっかり変り面目を一新したと言つてよいが、名前だけは国王の代官 Procureur du Roi を踏襲し、その時々々の最高権者の代官すなわち皇帝の代官 Procureur Imperial (第一、第一帝政期)、国王の代官 Procureur du Roi (復古王政、七月王政期)、共和国の代官 Procureur de la République (共和政期)と呼ばれて来た。)に移しかえられた裁判官・裁判手続に対する監視・監督ないし統制の機能は、裁判所・裁判官の非特権化・非貴族化言いかえれば近代官僚機構化・近代官僚化と政府の民主化(一九世紀の相次ぐ革命を経て次第に達成)との結果両者間の敵対関係が薄れるに従つて、急速に重要性を失い、もともと名目的にすぎなかったものがさらに形骸化されて、実体のあまりはつきりしないものになってしまった。(しかし、フランス刑訴法典がドイツに継受されるに際し

それは従にすぎない。

さて、フランス革命の指導理念を提供したルソーを先頭とする急進的啓蒙思想家たちは、王権には公共の福祉 \parallel 公序 \parallel 平和 \parallel 正義の実現者たる使命を果しうる資格も能力もないこと、その使命は、ほかならぬ公共の福祉 \parallel 一般利益の帰属主体たる社会 \parallel 人民 \parallel 公衆自身の力で彼ら自身の手によつてのみ達成されうることを主張し、この主張の一環と言ふよりはむしろ中心テーマとして、国王の裁判所とその糾問手続とを排撃し、社会 \parallel 人民 \parallel 公衆自身の力と手とによる裁判の実現を求め、その模範をイギリスの刑事手続に見出した。かくて一七九一年九月一六―二九日の治安警察、刑事司法および陪審の設置に関するデクレは全面的にイギリス風の刑事訴訟手続を創設した。

今、重罪事件についてその大体を述べよう。まず、司法警察の職務を付託された所の選挙された一般市民たる治安判事(Juge de paix. イギリスのJustice of the Peace)に倣つたのであるが、後改めて説明するように、当時のイギリスの治安判事は今日のそれと異り、強制捜査権と訴追権とを併せ持つ一種の糾問裁判官であつたから、フランスの治安判事は始めその性格をそのまま採り入れた。しかし後に検察官が創設されて訴追権がそれに移ると、フランスの治安判事は検察官の指揮下に捜査を行なう純司法警察官にvari、さらに起訴陪審指導判事(後に予審判事)の権限が強化されかつ訴追と予審(強制力を伴なう証拠の収集・評価)との峻別の原理に基づいて予審権が彼に集中されると、一切の強制力行使を少なくも法的には認められぬ下働きの司法警察官に格下げされて行く。C・I・C・では違警罪裁判所判事を兼ねたが、この兼務は不合理ゆえC・P・P・は治安判事を廃止してしまつた。違警罪裁判所判事は専門の裁判官が当たることになつた。これに対しイギリスの治安判事は、逆に一九世紀中頃以降司法警察官の役割を失ひ、純然たる裁判官に変質して行く(詳細は八で述べる)。元は同じでも、変化の方向が逆だつたため、わずか数十年で似ても似つかぬものに変質した、という不思議なケースである。なお、検察官の登場が、予審判事との機能分

離と相まって、糺問裁判官の歴史に終止符を打ったのだ、ということに対しあらかじめ注意を喚起しておく。は私人の告訴・告発に基づきまたは職権で略式予審 (instruction sommaire) を行なう。当時まだ一種の糺問官であったイギリスの治安判事に倣い、フランスの治安判事もまた、証人を聴問し、勾引状を發して被告人を出頭せしめて尋問を行ない、訴追に理由ありと思うとき勾引勾留状を發して被告人を拘禁するなどの糺問的捜査をなし、その結果訴追に理由ありと考えたときは起訴陪審の討議に付する。告訴・告発が治安判事によって拒否されたときは、告訴した被害者または告発した一般市民は、直接起訴陪審に事件を係属させうる。

起訴陪審ではまず陪審指導判事 (président du jury) が被疑者を尋問し証人を聴問し、告訴・告発人がある場合において告訴・告発人が二日以内に出頭したときは彼と協議して、しからざるときはひとりで、起訴状 (acte d'accusation) を作成し (協議不調のときは指導判事と告訴・告発人とが別々に二通、指導判事が起訴に反対なら告訴・告発人のみが、作成する)、これに基づいて八名の市民から成る起訴陪審が口頭・対審による審問後協議し多数決で判決し、それが訴追に理由あり (Il y a lieu) のときは事件は重罪裁判所に移送される。告訴・告発人のいない事件で指導判事が起訴に理由なしと思うときは、二四時間以内に事件を裁判所に送り、裁判所は国王委員の意見を聴いた後に陪審の評議にかけるか否かを決定する。

重罪裁判所には一名の裁判所長と三名の裁判官および一名の国王委員 (commissaires du Roi) と一名の公訴官 (accusateur public) と、さらに一名の書記が置かれている。国王委員は、治安判事から送られて来た事件を陪審指導判事が起訴陪審に付さぬ方がよいと考えたとき裁判所の決定に先立って意見を述べ、起訴状が起訴陪審に提示される前にその伝達を受けて認否の意見を述べ (否認したときどうするかは裁判所がきめる)、公判審理の間に形式が正確に遵守されることを要求し、判決が下される前に法律の適用につき請求を行ない、下された判決に対して破棄

申立をするなどの職務・権限を持つが、自ら決定を行なう権限を全く持たない。つまり、国王の代官の伝統的職務・権限いわゆる監視監督権を継承しているのである。これに対して公訴官の任務は、起訴陪審によって認められた起訴状に基づき訴追を実行するほか、所管の治安判事を監督し治安判事に職務上の不正があるとき陪審指導判事に対してその事件の一件書類を送付する。刑事裁判所の手続は一二名の判決陪審の面前で口頭・対審・公開で行なわれ、裁判所長の被告人に対する人定尋問、起訴状朗読、公訴官の訴追理由説明、証人（公訴官、告訴人、被告人がそれぞれ呼び出さる）の聴問、公訴官の最終意見陳述、裁判所長の陪審に対する書面による設問の提示、陪審の評議・評決、一〇名以上が有罪に同意したときは有罪宣告、国王委員の求刑（法律適用の請求）、被告側の抗弁、裁判官たちの意見陳述、裁判所長の刑の宣告、被告人と国王委員との判決に対する破棄申立の順で進められる。

国王の代官からナポレオン法典の検察官への変身の第一歩としてここで重要なのは、国王の代官はたとえ自ら私人を補充して原告となる場合にも、私訴原告人同様、一旦起訴した後はその後の手続（予審、確定手続および法廷手続。その概要はステファニラ〔刑事訴訟法〕六〇〜六六を見よ。〕の進行に対し全く能動的主体的役割を演じなかったのに対し、新手続では、告訴告発者・治安判事・起訴陪審が一体として行なう私人公衆訴権の始動の後、彼らからの訴権の行使の職務と権限とを受け継いで訴権の行使（フランス法学では公訴権の始動 *mise en mouvement* とその後の行使 *exercice* とを厳密に区別する。なぜなら前者は私訴原告人による私訴の提起によっても、検察官自身の意思によらず検察官の意思に反してさえなされるのに対し、後者は専ら検察官のみが行ないうるから。〕を行なう主体として新たに公訴官が設置され、かつ彼は公訴権行使のほかに後の司法警察官に当たる治安判事を監督する任務を持つ、という点である。

この公訴官は、英法で私人公衆訴追者に代って訴追を実行する法廷弁護士（*Barrister*）に相当するものとして設置されたものであるが、人民により選挙された官吏であって、*accusateur public* すなわち公的訴追者という名

を持つ。つまり民法の觀念では、一七九一年法以来私人に公衆訴追は公的訴追つまり公訴なのである。

ところで、その後登場する檢察官の職務・権限は、一七九一年法の治安判事、公訴官および国王委員の各職務権限の全部または一部をまとめて引き継いだものである。(C・I・Cは、治安判事の予審的権限は機能分離の原則により、檢察官でなく予審判事に引き継がせている。)すなわち、治安判事からは捜査権と起訴権(公訴権を始動させる権限)とを、公訴官からは治安判事(司法警察官)に対する監督権と訴追の実行ないし公訴維持の機能(公訴権を行使する権限)とを、そして国王委員からは裁判官とその活動とへの監視監督権とを。

国王委員は糺問手統の国王の代官の後身であり、その後のフランスの檢察官は時の最高権力者の如何により国王の代官、皇帝の代官、共和国の代官などと呼ばれて名前だけは国王の代官を踏襲しているため、ドイツやわが国の法学者の間では、糺問手統の国王の代官や一七九一年法の国王委員の職務・権限・性格が今でもフランス檢察官のそのの中核・本質を形造っている、と錯覚している向きがある。しかし実体は今述べたように、イギリス刑事手統を学んだ大革命の眞の創造物たる一七九一年法の治安判事と公訴官との職務・権限・基本性格こそが、フランス檢察官のそのの中核・本質を形造るものとして受け継がれたのである。以下その受け継ぎのいきさつを見よう。

五 人民代表たる治安判事の訴追権を奪い取った檢察官の登場は、私人に公衆訴追の後退であるが、治安判事の強制権・予審権を奪って予審判事に専属させた機能分離(訴追は檢察官に、予審は裁判官に)は、弾劾主義の画期的前進・確立である。

一七九二年王制が顛覆するや、国王の委員は行政権委員(*commissaire du pouvoir exécutif*)と名を変えられ、

九月二二日のデクレで一且刑事に関する介入を廃止された後、テルールを経て共和歴三年（一七九四年）熱月反動により革命が穏和化すると、同年実月五日の憲法により再規定され、共和暦四年（一七九五年）霧月三日の罪刑法典（Code des délits et des peines）においては執政官政府により任命され罷免される官吏たる政府委員（*commissaire du gouvernement*）となった。これに対し公訴官の方は、一貫して、市民により提起された訴追を公判で維持する任務を持ち、市民によって選挙され行政権との結びつきを持たず、人民に属する公訴権を人民の名において行使するものと規定された（一所掲の罪刑法典五条の文言を見よ）。

しかし、テルールを克服して革命の主導権を握ったブルジョアジーは、一七九一年法で定められた公訴官の組織・権限を修正することにより、公訴権の実際の始動・行使に対する政府の影響力を高めようと謀った。革命期の混乱に対し従来のシステムが有効に機能しえなかったこと（選挙で選ばれた司法官達の無能と政治圧力に対する弱さ、警察機構の解体に伴う膨大な職務に圧倒された治安判事、不起訴処分を濫発する反面政治的訴追に厳格な大陪審、その土地の世論に敏感な判決陪審。ステファニア〔刑事訴訟法〕七十一。Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e ed., 1947, n^o 1053.）混乱に疲れて一般市民も安定や秩序を求める気持になっていたことも、この企てを容易にした。

その第一着手として罪刑法典は、訴権を公訴権と私訴権とに分けた（六条）上で、前者を始動させる権限を、従来通り被害者と一般市民とに与えたほかさらにそれに付け加えて、新たに公訴官が市民の告訴・告発を受理してこれを治安判事に伝達する型態の公訴提起（二八一条）と公訴官自身が認識した犯罪を治安判事に告発する型態の公訴提起（二八〇条。ただし他の公務員すべても同じ告発権を持つ。）とを創設した。（鈴木教司前掲二四、二五頁では、起訴陪審による起訴が停滞したこともあって政府委員（鈴木訳では政府公安委員）に訴えを提起する権限が与えられた、と在るが、何か

の錯覚であろう。これだと、訴追官としての検察官が國王の代官の直接の後身にすぎず、一七九一年法で創設された公訴官の方とは直接の関係がないことになる。実際には政府委員は起訴陪審と無関係な違警罪事件に対し訴追権を認められただけだ。(なお、被害者による私訴の提起は刑事手続としてなされる場合には、同時に同一裁判官に対する公訴提起を伴う(八条)ことに注意。その後一般市民の公訴提起が廃止された後も、私訴に伴う被害者の公訴提起は維持されて今日に至っている。今日の私訴は一七九一年法の私人公衆訴追制度の直接の生き残りなのである。)次いで共和暦八年(一七九九年)霜月^{フワール}二二日の憲法は、公訴官と政府委員との任務を一つに集めてその担掌官のために政府委員という名の方を残し、公訴官という名を廃止してしまつた(六三条「刑事裁判所における公訴官の機能は政府委員によつて遂行される」。これにより、社会人民公衆の名において公訴権を行使する刑事原告として社会人民公衆の代訴人でありながら、同時に行政権によつて任命されかつ罷免されうる行政官の身分を持つ所の、今日の検察官の原型が造られたのである。そしてこれに最後の仕上げを施したのが共和暦九年雨月^{フリュットイニス}七日(一八〇一年一月二七日)のロワであつて、共和暦四年の罪刑法典により人民の告発を受けてそれを治安判事に伝達する権限と自己が認識した犯罪を告発する権限とを与えられた公訴官の権限を拡大し、共和暦八年の憲法によりこの権限を受け継いだ政府委員に対して、逆に治安判事を初めとする司法警察機関から告発を受け、自らが主体となつて起訴陪審指導判事の予審を請求し、事件を起訴陪審に係属させる権限を付与した(一条)。そしてこの権限を有効に行使するため、革命期には社会人民公衆の直接の代表たる性格に適合して無組織性を特徴にしていた検察官に、政府委員代理(substitut)という部下を与え、検察機構に行政官僚的な階層構造を持ち込んだ(一―三条)。治安判事や地方警察(憲兵隊、自治体警察など)はその指揮下に立ち、したがつてその補助者にすぎないものとなつた(四、五条)。

かように、身分上政府機関たる検察官が、公衆の代表たる治安判事から訴追権を奪つて後者を自己の補助機関た

らしめた点は、確かに私人—公衆訴追の後退であり反動現象である。しかし、一種の糺問裁判官であった治安判事から訴追権と強制権に基づく予審(評価・判定)の権限とを奪って、前者は挙げて検察官に、後者は挙げて予審判事に付託した点は、糺問手続から弾劾手続への完全な脱皮を示す画期的な進歩であった。第三立法議会(Tribunat)への報告でティエセ(Thiessé)はこの法案の提案理由を説明してこう述べている。「この法案は、一切の特殊的な配慮の上に超然として、彼の役割が必要とする情熱と活動力とをフルに発揮しうる所の眞の公的、当事者を組織する……判定(Jugement)に關することと訴追(poursuite)に關することとの間でわれわれがなした分配は、刑事手続の全当事者に推し及ぼされ、釣り合いがとれかつ完全な階層構造を持つ二重のシステムを提示する。(Esmein, op. cit., p. 452.)」後にもう一度詳しく触れるが、この機能分離こそ今日まで一貫してフランス刑訴法の構造上の基本原理とされているものであり、これによって検察官は純粹かつ明確に原告たる地位にとどまるのである(エスマンはこれを「機能のきれいな分配 distribution nette des fonctions」と評している。Esmein, *ibid.*)。ただし共和曆九年兩月七日のロワでは、検察官に勾留状(mandat de dépôt)を發する権限が与えられた点で(七条)、「人々が予審と訴追との間に築いたと宣言した柵は低められていた」が、「これを緩和するためにロワはその期間を制限し」勾留状を發してから二四時間以内に事件を予審に付すべきものとした(Esmein, op. cit., p. 453.)。検察官制度の創設は好評を博したが、検事勾留には批判が強かったので、C・I・C・では廢止され、機能分離の純粹性が賞かれることになつた。(それ以後今日に至るまでの機能分離の実態と問題とについてはC. Bergoignan-Esper, *La séparation des fonctions de justice répressive*, 1973, p. 29~65 を参照せよ。)

六 純粹の原告たるフランスの検察官、その補助者たる司法警察官は、自己と対等な被疑者と一般市民とに対し、取調（尋問・聴問）や強制捜査による証拠の収集・評価とそれに基づく訴追（付公判）の可否の最終的判定とをなしえない。それら（予審）は裁判官の権限に属する。

以上に対し、読者あるいは次のような疑問を抱かれるかもしれない。訴追と予審との分配などと言っても、検察官は訴追の前提として司法警察を指揮して証拠を探索・収集する権限を与えられているが、証拠の探索・収集は予審行為と本質を同じくするではないか。それならば、今日でもドイツ刑法法ではそうであるように、検察官は予審判事と協力して証拠を探索・収集し事案の真相を明らかにする者にほかならないではないか、と。

答えて言う。フランス刑法法の考え方は、検察・警察の捜査と予審行為とは明確に異質のものである。検察官・警察官は証拠を探索・収集 (rechercher et découvrir) するが決して評価 (apprécier) しそれに基づいて公判に付すべきか否かを判定 (décider) することをしない。評価・判定は予審裁判所のみ権限に属する予審の行為である。(ステファニア「刑事訴訟法」二八、二八一) なぜなら、社会||人民||公衆を代表しその公訴権を代理行使する者として純粹の原告である検察官の職分は、証拠を一応探し集めて「犯罪が在ったらしいな」と思ったらたとえ犯罪者の見当がつかなくてもその事件を訴追して (X) に対する訴追。ステファニア「刑事訴訟法」四〇七参照。前掲村田保の治罪法註釈三巻第一九枚には「予審判事ニ対シ云々ノ事件ニ付キ誰某ニ対シ予審アラン事ヲ請求シ又未タ被告人ノ誰某タル事ヲ知ラサル時ハ止タ云々ノ事件ニ付キ予審アラン事ヲ請求ス可シ」とある。あと足らぬ所、特に被疑者・被告人・証人の取調や強制捜査は予審判事にやってもらった上で「犯罪が在ったかなかったか、在ったとしたら誰がやったか」を評価してもらい、その評価に従って公判に付するか否かを決定してもらうことに尽きるからである。言いかえると、純

粹の原告として検察官は私訴原告人や被疑者・被告人と対等の当事者ゆえ被疑者・被告人に対する取調権(尋問権)を有せず、社会||人民||公衆の代理人として本人(被代理者)の一人である一般市民に対し取調権(聴問権)と強制力とを行使する権限を有しないので、「強制力を用いて徹底的に証拠を探し集めそれに基づいてこの人を取調べた所その罪状が明らかだと評価されましたから、この事件につきこの人を公判裁判所に起訴することに決定しました。」と言う資格を持たないのである。

この事情をボアソナードは、初めてフランス式刑事手続に接する日本人が誤解しないようにとの配慮からである、次のように極めて懇切丁寧に説明している。「捜査(最初の探索 *les premières recherches*) が検察官に属するとは、検察官がその管轄内で何らかの犯罪が犯されていないか否かを見つけ出すために、好き勝手に (*au hasard*)、いつでもどこでも、秘密の探索 (*investigations secrètes*) を行なう義務を負っているということも、行なう権利を有するということも、意味するものではない。……検察官とその補助者らとは、原則として、現行犯または緊急の場合の例外を除くの外は、被告人も証人も尋問しないし、仮にしたとしてもそれを確認する文書を作成しない。彼らは住居への立入りも捜索も押収もそれらに関わる検証もしない。それゆえ彼らが『証拠 (*preuves*)』をとりまとめる (*rassembleur*)』と言うことはできない。彼らはただ、予審判事にまたは直接判決裁判所に事件を係属させるべきかそれとも一切の訴追を差しひかえるかを彼らに教えてくれる情報 (*renseignements*) または説明 (*éclaircissements*) を拾い集める (*recueillir*) ことしかできない。証拠が出現する (提出される *se produire*) のはただ予審判事または判決裁判所の前でのみである。それゆえ次の如くあるのが正しい、検察官は、追行しうる刑事手続において、原告 (*demandeur*) の役割、訴訟の当事者 (*une partie en cause*) の役割を演ずるに先立って、彼が申立てる事がらの証拠を自らととのえ、自ら創ってはならない。このマジストゥラ (||検察官) の誠実

さと真摯さがどんなであらうとも、彼が社会に対する過度の熱情によって、事実を誇張した、証拠を力づくで奪った (avoir frocé) または変質させた (avoir dénaturé) と疑われうるようなことがあってはならない。検察官もその補助者も、どちらも犯人として訴えられた (prévenu) —— 嫌疑をかけられた (soupçonné) —— 人を『司直の手に引き渡す (livrer à la justice)』ことはできない、すなわち身柄拘束権 (droit d'arrestation) も同様に裁判所にのみ属する。(Boissonade, op. cit., p. 210~212.) 起訴に先立って検察官が自分で証拠をととのえたり創ったりしてはいけない、証拠は予審や公判で初めて登場する、という意味がわかりにくければ、日本人の読者に対し同じ日本人としてボアソナードを一そうかみ砕いてわかり易く解説した村田保の次の文を読んでいただきたい。曰く、

「検察官ト予審判事トノ職務ハ密着牽連スル者ナリト雖モ決シテ之ヲ混同ス可カラス検察官ハ刑事ノ訴訟ニ付キ原告官ナルヲ以テ自ラ検シ自ラ訴フ可カラス若シ自ラ検シ自ラ訴フル時ハ民事ノ訴訟ニ於テ原告人自ラ貸金証書ヲ作テ其返金ヲ訴フルト同一ニシテ不理モ亦甚タシ故ニ現行犯及ヒ准現行犯ノ時機緊急ナル場合ヲ除クノ外檢証訊問其他證據ヲ蒐集スルハ決シテ検察官ノ管掌ス可キ事ニ非ス(村田前掲三卷第二枚)」つまり、刑事原告たる検察官が、被疑者を尋問し私訴原告人や証人を聴問し彼らや一般市民に対して身柄拘束、住居立入、搜索、押収、検証などの強制手段を加える等の方法で供述証拠や物的証拠を集め(「自ラ検シ」)それらを調査に仕立て上げたものを証拠として「これこの通りこの人がこれこれしかじかの罪を犯したことは証拠によって明らかですから、この人を処罰して下さい」と訴えるのは、これを民事訴訟にひきくらべて言えば、民事原告人が自分で勝手に「被告人にしかじかの金を貸したことに間違いありません」という証文を造りこれを証拠にして返金を訴えるのと同じことで、理くつに合わない、と言うのである。

かような法理は英米刑事訴訟法の採る所に一致するが、検察官を裁判官と対等の立場で裁判官に協力して真実を追求

する非当事者とするドイツ刑訴法の理念からすれば、検察官にも裁判官同様取調権やある程度の強制捜査権を認めることが原理的に可能であり、今日西ドイツ法は実際上もそうしている。しかし、そのような改正がなされる以前のドイツ法や治罪法を改正したドイツ式の旧刑訴法は、フランス法に倣って予審を置き、検察官・警察官の強制捜査権を否認し(大正一一年の刑訴法二五四条一項但書。牧野前掲三二七、三四五頁。宮本前掲一〇、三三八頁)、検察官の聴取書の類には証拠能力を否認していた(大正一一年刑訴法二四三條)。牧野は、「検事ハ其ノ捜査ニ於テ原則トシテ強制方法ヲ用キルコトヲ得ス。故ニ、複雑重大ナル事件ニ付テハ特ニ強制方法ヲ用キテ事件ノ真相ヲ調査スルノ必要アリ。」「予審判事ハ裁判官ナリ。検事ヨリ独立シテ公平ノ地位ニ立ツ。」ということを以て、予審制度の存在理由としている(牧野前掲三四五頁。なお、残るもう一つの理由として、手続が複雑で敏速に審理しえず従って十分の審理ができない公判裁判所の不備を補う必要を挙げている)。そして宮本は「何レノ国ノ訴訟法ニ於テモ、原告タル検事ハ特別ノ場合ノ外証拠ノ集取ニ関シテ強制力ヲ有セザルヲ原則トシ、必要アル場合ニハ裁判所之ヲ行フ。」と述べて、これを万国共通の刑事訴訟法の大原則としている。これらに引きくらべ、検察官のみか警察官までが、逮捕勾留の下に弁護士につきそい援助を認めず被疑者を密室で強制的に取調べ(黙秘権だけは一応形式的にはあるが、監視人・立会人不在で出頭拒否も退去も一切認めず好きだけの時間好きな方法で取調べるので、ほとんど無力)、その調書は一問一答式でなく捜査官が適当に作文し、それが特に自白や不利益自認の場合は無条件で証拠能力を認められるわが現行法の運用の実際(法文に反していることについては拙論「逮捕または勾留中の被疑者の取り調べは許されない」(法政理論一二卷二号、一九七九年)および「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」(同右一五卷二号、一九八三年)を見よ)は、一体何であろうか。刑事訴訟の歴史は二百年以上も逆転してしまつたのであろうか。しかしそれにしても、多くの法曹が、現行法は英米法に倣って旧法よりも遙かに純粋か

つ強力に弾劾主義・当事者主義したがって検察・警察と被疑者・被告人との対等原理を貫徹したものである、と主張していることは、どう考えたらよいのであろうか。

七 予審を廃止したわが現行手続は、現実問題として検察・警察の純原告性、被疑者との対等性、尋問・

強制の禁止原則を犠牲にせざるをえない。検察官の非当事者性原理に立つ西ドイツ法は検察官の予審権を認めた。現行フランス法が検察・警察の原告性と裁判官予審との調和をはかるためにした努力とその成果。

フランスの法・法理論が説く如く、検察・警察の純原告性と裁判官による予審の必要性とが一体不可分のものとすれば、裁判官予審を廃止しつつ検察・警察の純原告性を貫くことは、至難と言うよりほとんど不可能となるはずである。そして、わが現行法制はそのことを如実に証明している。すなわち――

わが現行法には裁判官予審がないので、公訴を提起し維持するために必要十分な程度にまで被告人の罪状を証拠に基づいて確認することは、挙げて検察・警察の仕事である。ゆえに、その仕事を遂行する上で被疑者取調権や強制捜査権がもしせひとも必要であるというのなら、検察・警察にその権限を認めざるをえないであろう。しかるに現実の問題として、それらの権限が全くないと十分な捜査は不可能であるケースが多い。ここにおいてわが捜査制度は次のいずれかを選択せざるをえない。

検察・警察は被告人と対等の原告であるという原理をあくまで貫き通して、捜査はすべて任意捜査たるべく、被疑者取調はなしえぬ、とするのが一つ。この場合には犯罪の疑いある多くの事案について十分な証拠の探索・収集

を行ないえず、犯罪があったか、誰がやったか、についてかなり確度の高い判断を検察官が下すことは困難となるであろうが、フランス法の如く予審裁判所にそれをやってもらうわけには行かないので、その場合どうするかについてはさらに二つの立場が生じうる。

一つは、不確実な嫌疑で人を公判にすることはそのこと自体ですでに人権侵害であるから、起訴をあきらめる、という立場。このときには、被疑者の人権は擁護されるが訴追活動は停滞し、犯罪者の野放しにされる率が増えて治安に害があるであろう。もう一つは、不確実な嫌疑のまま公判にかけることに踏み切る、という立場。このとき人権は危殆に瀕するであろう。

なぜなら、わが国の現行刑事手続は、予審や（後述する英米法流の）予備審問―大陪審を欠くので公判審理に過重の負担がかかり、現状でさえ極めて長びくのを常としているのに、検察官から提出される証拠が不十分のため公判裁判所が強制権・尋問権をフルに発動してその不備を補わねば真相を見窮めえぬことになれば、その遅延は恐るべきものとなろう。そうすれば、仮に結局有罪判決が下るとしても被告人をさような長期間不安定の状態に置くこと自体が人権侵害となるであろう。またもし結局無罪放免になったとしても、被告人は一生を棒に振ることになり侵害された人権の回復は不可能である一方で、真の犯罪者は時効や時間の経過による証拠の滅失によって免罪符を手に入れるであろう。そうかと言って、手続の迅速のために真実を犠牲にし、ある程度以上有罪の可能性が認められれば無罪の合理的疑いを容れる余地があっても敢て有罪判決を下すことにすれば、暗黒の警察国家が出現するであらう。

そこでやはり検察・警察によるある程度の被疑者取調や強制捜査は必要だ、とする第二の選択が説得力を持ってくる。しかしそれは、わが法の根本原理、原告と被告との対等および被疑者・一般市民の権利・自由の保障という

近代法の真髓・魂をふみにじることにならう。捜査手続は私問化し、重大な誤判の危険が増大するであらう。そしてわが国の現状はそのことを裏書きしている。

英米法に倣ったはずのわが法が、英米法にないこんなシレンマを背負いこんだのは、フランスの予審に当たる英米法の予備審問や大陪審を採り入れることを忘れたためである。大陪審では被告人は取調の対象となりえず、予備審問では被告人に取調を受ける義務はなく彼が望めば取調の対象となりうるにとどまるが、裁判官は勾引状・勾留状・搜索押収令状を発しうるほか、強制的に証人を召喚・留置・聴問し物証を提出せしめ鑑定意見を求める等のことをなしえて、原告（私人、警察または検察官）の被疑者取調権・強制捜査権の欠落を相当程度補充できる。そして、かようにしてかなり立ち入って収集した証拠に基づいて、公判に付するか否かを判定する。してみると、予備審問と大陪審との機能はフランスの予審と本質を同じくし、当事者対等原則による原告の捜査能力の不足を補いかつ公判に付すべきか否かの最終的評価・判定をなすことを、裁判機関に委ねているのである。そうしないと、わが現行法制の如く、事実上原告が被告・証人・一般市民に対し取調や強制捜査を加えることを防ぐことができない。論者はその防止を以て予備審問の主たる機能の一つとする（河田勝夫「アメリカの予備審問」〔警察研究四四巻一号、昭和四八年〕二六～二七頁）。それゆえ、わが現行刑法法の立法過程でも、アメリカ側委員は何度も予審を設けてはどうかと言ったのに、日本側委員は旧予審の悪運用への連想から拒絶反応を示し採用を拒否した。しかし日本側委員の一人団藤重光は、後になって、予備審問が「人身の保護の上に大きな役割をもっている」と、「日本国憲法も、本来、この種の制度を予想している」たことに気づき、「今から考えると、われわれは……予備審問制度を設けておくべきではなかったかと惜しまれる。これは、今後の問題として充分に検討されるべきであらうと考える」と述べている（団藤「刑事裁判と人権」〔公法研究三五号、一九七三年〕一〇二～一〇三頁）。

るが、それならば予審を検察官の権限とするか裁判官の権限とするかは専ら便宜の問題に属し、どちらに決めようと手続の基本原理・基本構造に影響はない。かつ便宜から言えば、捜査の全体を検察官に委ねて一本化した方がすつきりしており、手続の簡潔と迅速に適する。かつては絶対君主・独裁権力の名代として創出された検察官の力を抑制するために、また創出されたばかりの未知数への不安から、予審判事が必要とされたが、民主主義と家父長的保護理念とに基づく今日の社会法治国家の検察官は、客観的義務を負い正義に拠る義務を負う司法機関としての実を立派に備えるに至っているから、その抑制の歴史的意義は失われてしまった。それゆえ捜査に必要な強制権をすべて検察官に与えた上で、裁判所のコントロールの下に置くことが最善である。かような論理により、近年西ドイツでは実際に予審が廃止されてしまった（高田昭正・熊谷丞佑『刑事訴訟法改正第一法律草案』理由書総論仮訳④（大阪市立大法学雑誌二二巻三号、一九七六年）五二一～五頁）。

これに対しフランスでは、一九四九年にドンスデイウ・ドゥ・ヴァーブルが同様の改正案を提出したが、思ひも寄らぬ反動・個人の自由の後退であるとして、法曹界の殆どから猛反対を受けてつぶされてしまった（ステファニニ「刑事訴訟法」八二〇）。

そもそもフランスでは、検察・警察の純原告性したがって取調権・強制権の不在が初めから明確であった所へ持つて来て、一八九七年二月八日のロウ以来予審における被告の権利（特に弁護士につきそい援助を受ける権利）が認められて予審でも被告人の被取調客体性が退いて当事者性が前面に出、弁護士は検察官と同様に全訴訟記録を閲覧し、予審判事に対して示唆を与え、対質のとき予審判事をして証人に自己の望む質問をなさしめるなどの権利を与えられたため、公判前の証拠収集が相対的にかなり難しくなっていた。ドンスデイウ・ドゥ・ヴァーブルは、その結果現在の予審は検察官と弁護士との双方から強力なコントロールを受けて自己のイニシアチヴの下に自由な

調査ができず、名目に反して捜査の主要部分が司法警察の非公式な権力濫用的取調——暴力行使、夜間尋問、拷問など——に帰し、予審の主要な仕事は結果の書き留めにすぎなくなっているから、そんな無力な予審はやめて、検察官が司法警察と予審判事との捜査・予審権を一手に集めて掌握し司法警察の権力濫用を抑止しつつもっと効果的能率的に証拠を収集しようようにすると共に、予審判事には、保釈を認めるか否かを決定し、公判に付すべきか否かの予審終結決定をなし、検察官、被告人その他の各種訴訟当事間に生じうる付帯的な異議申立を規制する等の権限を留保すべきである、と主張したのである(H. Donnedieu de Vabres, *La réforme de l'instruction préparatoire, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1949, p. 500~502.)。かように提案の趣旨・内容は西ドイツの場合とよく似ていたのに猛反対であつたりつゞされた理由は、フランス検察官の伝統である純原告性は死守すべく、それゆえ予審における被告人の当事者としての能動性・自由と権利の保障・検察官との対等性はさらに増進さるべきである、という法曹界全体の支配的意見(例えばC. P. P. 起草委員長 Anton Besson の *Esquisses d'une révolution de notre procédure pénale, Recueil Dalloz et Sirey*, 1955, 1^{er} cahier, nos 7, 19, 20.)に、真向から抵触したからに外ならない。

ただしこれをつぶした結果、ナチス時代の慣行(Voir, *ibid.*, no 20)と戦後の社会的混乱に対処するためとから生じた司法警察の権力濫用をどう抑制するかという問題が残ったわけで、一九五八年C. P. P. P. によるその解決は、従来法的根拠を全く欠いていた司法警察の捜査権を「予備捜査(*enquête préliminaire*)」という名称の下で法定しかつ「監守(*garde à vue*)」という制度を新たに設けて若干の強制捜査権まで法定し妥当な範囲で従来の慣行を承認した上で、これに対処してきちんとした法的規制を加えて、妥当な範囲を超える捜査権の濫用を厳しく抑止する、というものであった(Besson, *op. cit.*, no 21~24; ステファニアら「刑事訴訟法」二七〇~二七八、一三六)。評価はい

ろいろあろうが、現在のわが国と西ドイツとの警察・検察に対してそれぞれ実際上および法上与えられている強大な捜査権に比べれば、その強制力の範囲・強さにおいても、獲られた結果に結びつけられる法的効力においても、フランス司法警察の捜査権は格段に微弱である（唯一の強制力による身柄拘束手段である監守は通常四八時間を超ええず、濫用防止のため理由・尋問・休憩時間の記録手続（調書 *procès-verbal*）への記載とその一々に対する監守に付された人の署名とが義務づけられ、付された人と彼の家族との請求による医師の診断がそれぞれ義務づけられおよび認められる。また司法警察官によって作成された記録手続は、予審を経ぬ軽罪事件につき直接公判に提出されても、単なる参考資料（*renseignement*）としての価値しかない。Art. 430, C. P. P.）。ドンスデイウ・ドゥ・ヴァーブルが提案したような西ドイツ検察官に匹敵する強大な捜査権でなく、この程度のもので濫用の抑止と効果的な証拠探索とを同時に果しているのは、社会の複雑化・犯罪の激増に伴う司法警察機構の強大化に反比例する比重低下と被告人の権利保障の強化および対審化に伴う証拠収集力の低下とにより、昔日に比べて著しく無力化しているとどんなにそしられようとも、予審が今日なお有効に機能して、この程度でしか認められぬ警察捜査の不十分性を立派に補いえているからである。この意味でフランスの捜査・予審制度は、今日現実上も、人権保障および当事者対等原則と能率的効果的かつ正確な証拠の探索・収集・評価・決定とを、ひとまず成功裡に調和させている、と言いうる。（この問題についてはなお論ずべき多くのことがあるが、他日に期し、当画 C. Bergegnan-Esper, *La séparation des fonctions de justice répressive*, 1973, p. 45~64 の参照をお願いするにとどめる。）

八 フランスの予審はイギリスの予備審問Ⅱ大陪審を継受したものであって、両者の実体は意外なほどよく似ている

叙上において、英米法の予備審問||大陪審と仏法の予審とが、当事者対等原則から不可避的に生じる原告捜査の不十分性を補うという役割・機能において一致していることを指摘したが、これは決してただの偶然ではない。歴史的沿革から見て仏法の予審制度は、イギリス法の予備審問および大陪審を直接継受した上でそれに若干の手直しを加えたものにはかならないからである。以下その手直しの次第を概観することにする。

一七九一年のデクレによってフランスに創設されたイギリス式の起訴陪審制度は、共和暦四年（一七九五年）の罪刑法典において早くも改変の第一歩を踏み出す。起訴陪審指導判事はある場合に自ら重罪を訴追することおよび自ら認識した事件を直接自己に係属させることができる（二二、一四〇〜一四二条）。告発者は、告発が個人的利害から出たものでないことを署名によって確言して司法警察官をして強制的に勾引状を発せしめうるが（九〇条）、直接起訴陪審に事件に係属せしめることはできない。被害者は告訴によって治安判事をして義務として証人を聴問せしめうるが、後者が訴追を拒否した場合従来の如く起訴陪審に事件に係属せしめることはできず、陪審指導判事に上訴しうるにすぎない（九八、一四七条）。陪審指導判事は治安判事から事件を受け取ると、被告人を尋問し証人を聴問するが、その手続は秘密で書記によって書きとめられる（二二五条）。次いで手続の合法性を確認しさらに行政権委員の意見を聴いた後に、陪審指導判事は起訴陪審に付するか軽罪裁判所に移送するかを決定するが、司法警察官から送られた事件を証拠不十分として却下（予審免訴 *non-lieu*）の決定をすることはできない。ただし、告訴人から前記の上訴があったときは、却下の決定をなしうる。また彼は事件の軽重に従い保釈請求を認めるか否か決定する（二二三条）。大陪審に付する決定を下したならば、前法と同じ条件で私人当事者を加えて起訴状を作り（二二六〜二三〇条）、それを行政権委員に送って意見を求め（二三八条）、前法と同じやり方で起訴陪審を開いて陪審員らにその義務を告知し、彼らに向つてまず長文の予審報告書を読み上げる。次いで行政権委員が、供述と尋問とを除く

手続文書を読み上げる。証人と告訴当事者とは聴問される。陪審が起訴相当と決定すると指導判事は被告人に対して身柄拘束命令を発し、被告人を *maison de justice* に連行し、そこでその命令と起訴状とを通告する(二五九条)。以後手続は重罪裁判所に移される。

以上のうち陪審指導判事が後の予審判事になる前触として重要な変更は、第一に陪審指導判事による予審の秘密化と文書手続化により書証の重要性が増したこと、第二に私人当事者すなわち告訴告発人には直接大陪審に訴追する途が鎖され、治安判事を頂点とし新たに加わった警察委員 (*commissaires de police*) と田園ならびに森林監視員 (*gardes champêtres et forestiers*) とを副としおよび憲兵隊士官 (*officiers de gendarmerie*) を協力者とする所の、ある程度階層組織化した司法警察(二、五―四七条) および(陪審指導判事が職権で自己に事件に係属させたときおよび司法警察官の訴追拒否に対し被害者が上訴したとき)陪審指導判事に対して、起訴陪審に付すべきか否かの最終決定権が与えられたことである。

ただしここで注目してほしいのは、右第一点はそのままC・I・Cの子審制度に引き継がれたのに対し、第二点は検察官制度の導入によって逆に否定されたということである。すなわち――

一七九一年法でも、治安判事と起訴陪審指導判事とは強大な権限を持つ一種の糺問官であった。しかし、前者が告訴・告発事件を糺問的に捜査して(＝予審を行なつて)起訴を拒否したとしても、告訴・告発人は公衆訴追権を直接起訴陪審の前に行使しえ、かつ前者が糺問的に捜査して起訴しても、起訴陪審指導判事はそれに異議を唱えて裁判所の判断を仰ぎえた点で、前者の糺問的訴追権には二つの大きな制約があり、糺問手続の予審官の訴追権の如き無制約性・絶対性は認められてはいなかった。また後者(起訴陪審指導判事)は、自ら事件を自己に係属させることはできず、必ず治安判事または告訴・告発人の起訴陪審への起訴をまつて初めて糺問的捜査をなしうるにとど

まった点で、訴追権と予審権とを併せ持つ糺問手続の子審官とは異なる存在であった。しかるに罪刑法典は、前者の糺問的訴追権に対するこれらの制約を取り払って、糺問手続の子審官の訴追にひとしい絶対性をそれに与えた。また、陪審指導判事にも、自ら訴追しおよび上訴審として訴追を認める権限を与えることにより、彼をして訴追と予審との両権限を併せ持つ眞の糺問手続的予審官たらしめた。これらの点で罪刑法典は糺問手続への明らか逆行を示していた。

そこでこれへの反省から、共和曆九年(一八〇一年)のロワは、先述の如く(本論五)各訴訟主体間に明確な訴追と判定との役割の分配を確立する意図の下に(先所引ティエセの立法理由参照)、司法警察官と起訴陪審指導判事とから訴追の権限を取り上げ、これを挙げて(従来政府委員と公訴官とを合体させて共和曆八年(一七九九年)の憲法が創設した所の)檢察官の手に委ねたのである。

かくて司法警察官はただ起訴前捜査のみを、起訴陪審指導判事はただ起訴||予審請求を受けてする予審のみを、その役割とするに至る。両者の役割は、その間に割って入って両役割を連結する所の檢察官の役割をさしはさんで明確に区分される。檢察官は一方で司法警察の捜査を指揮し、その結果を手許に集めて検討し、犯罪の嫌疑の有無程度の如何に応じて指導判事に予審を請求すべきか否かを決定する。他方指導判事(C・I・C・以後予審判事)は、檢察官の請求がなければ予審を開始しえないと同時に、檢察官の請求があれば予審を開始しなければならないし、檢察官から請求された各種予審行為をしなければならぬ。その反面予審判事ないし指導判事は檢察官や司法警察にない強力な取調権・強制権を持ち、自己の主體的判断で可能な限りの証拠を収集し全証拠を自己の手中に集め、事実上彼の一言で結論が決まる予審評議部の一員として(C・I・C・制定以降一八五六年まで)または単独で(C・I・C・制定以前および一八五六年以降)証拠の評価を行ないそれに基づいて違警罪または軽罪事件とし

て公判に移送すべきか否か、重罪事件として上訴法院重罪起訴部 (Chambre des mises en accusation. C. I. C.) または重罪公訴部 (Chambre d'accusation. C. P. P.) に移送して、一八〇一年法では起訴陪審の評議にかけて、その裁定を仰ぐべきか否かを決定する。重罪起 (公) 訴部 (後に見る如く C. I. C. で起訴陪審の機能を果すものとして創設された) は移送された事件を審理して、予審免訴にするか、それとも重・軽・違警罪いずれかの裁判所の公判に付するか否かを判定する。つまり、これら予審裁判所または起訴陪審は、公訴提起と公判手続との間に割って入り、起訴された事件を公判に送るか否かのふるいにかけるのである。こうして捜査・訴追の機能と予審・付公判の機能との明快な分離が達成され、フランス刑事手続の弾劾化Ⅱ 糺問手続の克服が完成する。してみれば、革命四年 (一七九五年) の刑法法典が企てた訴追と予審との混同、糺問手続への逆行に「待った」をかけ、弾劾手続の原理・構造を貫徹するために、共和曆九年 (一八〇一年) のロワが創造した眞の原告、それが検察官なのだ、ということになる。

かくて起訴陪審指導判事の糺問裁判官化は防がれたものの、予審行為そのものの非弾劾化・糺問化は阻止できなかった。第一に、指導判事は証人を別々に被告人の立会なしに聴問し (九条)、被告人をどんな嫌疑がかかっているのかを知らせずに尋問した (一〇条)。第二に、起訴陪審の面前における在来の口頭手続は一変して書面手続化した。指導判事は検察官が作った起訴状とこれに関連する一切の記録とを陪審に読み聴かせる (二〇条)。告訴当事者は起訴陪審の前で聴問されず、証人はもはや呼び出されさえない。彼らの供述記録手続は、起訴状を裏づける尋問記録手続およびすべての文書と一緒に、起訴陪審に提出される (二二条)。しかし忘れないでほしいが、それらは決して予審の本質に由来するものではない。前述した如く、当時のフランスの社会秩序の混乱に対処しえなかつた起訴陪審の墮落と無力とが、一般世論をして、指導判事の強力な予審権と陪審に対する強力な指導力とを求めし

めたのである。C・I・Cの制定論議の中で、この陪審不信が一挙に火を吹いた。

刑訴法典編纂の企ては、共和曆九年(一八〇一年)の刑事法改正委員会草案以来進められ、共和曆十二年(一八〇四年)には初めてコンセイユ・デタの立法部会で刑事訴訟法の審議が行なわれた。審議に先立ち皇帝(一八〇四年ナポレオン即位)の命令で問題点のリストが提出されたが、その初めの八項目はすべて陪審制をめぐる問題であつて、議論は忽ちそこに集中した(Esmein, op. cit., p. 506)。審理陪審の方は、革命の最も輝かしい成果の一つと信じられていた法定証拠主義否定||自由心証主義に適合するといふ論拠(Esmein, op. cit., p. 510)などによって存続論が優勢だったが、不評の起訴陪審は、共和曆八年の憲法が二重陪審制を保障しているというトゥレイヤール(Treillard)の反論にもかかわらず、「大陪審が廃止されるのでなく、単に陪審員を裁判官によって置きかえるだけだ」というまやかしの論理によって廃止が提案される状況だった。しかし、本心は両陪審の廃止を切望していたが輿論の推移に神経質なナポレオンは時機尚早とみて、こう述べるにとどまった。「護民院議決(senatus-consulte)なしに訴追承認権を陪審員から裁判官に移しうると言うに於ては、訴追は陪審員によって承認さるべしとの憲法の規定はあまりにも命令的(imperativement)でありすぎる。(Esmein, op. cit., p. 517)」結局皇帝は陪審維持論が下火になるのを待つべく、突如審議會を停止する。

一八〇八年に審議は再開され、ふたたび激しい議論の後コンセイユは陪審の維持を決議し、二度と同じ議題がむしかえされることはあるまいと思つたのだが……「Erreur(とエスマンは言う)」。皇帝は今度ははつきり廃止を提案し、コンセイユは改めて陪審による裁判の採用を議決する。この議決は四度くり返され、その間に、審理陪審を維持し起訴陪審を廃止することで妥協が成立する。起訴陪審に代つて提案された新制度は次の通りである。重罪事件の場合、予審判事と二名の判事とから成る予審評議部(Chambre du conseil)が予審判事の報告に基づき一件書類を

上訴法院の重罪起訴部 (*Chambre des mises en accusation*) に送るか否かを決定する。後者は終審として予審裁定をする起訴陪審であつて、陪審員を裁判官に置きかえたものである。ここで先記ナポレオンの意見が想起され、最終決定は護民院の議決に委ねられた。審理陪審が維持された今、トゥレイヤールも前説を撤回して言った、「憲法は起訴陪審の存在を命じているが、それを裁判所の中に置くことを禁止してはいない。」と。(Esmein, *op. cit.*, p. 523~526.)

起訴陪審廃止に成功した皇帝は、醜を得て蜀を望み、共和暦九年のロワが確立した起訴と予審との機能分離の原則に反して、被疑者と証人とに対する尋問・聴問権および各種強制捜査権を、予審に先立ってまず検察官(皇帝の代官 *procureur imperial*) に行使させることを提案した。反対の主力は意外や先の陪審廃止論者たちであつた。彼らは言った、「皇帝の代官は市民国家 (*cité*) をふるえあがらせる小タイラントとなるであらう。……同じ人間の中に訴追する権力と、自分のした訴追を正当化しうる証拠を収集する権力とを見るなら、全市民はふるえおののくであらう。(Esmein, *op. cit.*, p. 530)」彼らは多分、糺問手続で原告の立場を決して踏み超えなかつた国王の代官を回想したのである。そのためかかえつて陪審制維持の功労者トゥレイヤール、メルラン (*Merlin*) およびルニョー・ドゥ・サン・ジャン・ダンジェリ (*Regnaud de Saint-Jean d'Angély*) が原案を支持した。彼らは述べた。訴追するためには事実をよく調べ (*instruire*) なければならないが、捜査は急を要するから、一々判事に依頼して調べてもらうのでは遅れて危険だ、と。現行犯については確かにその通りだということで、その場合に限り予審的手段の行使を検察官にも許す特別を置くことになつたが、非現行犯については(つまり一般的には)機能分離の原則を再確認したばかりか、共和暦九年のロワにあつた検事勾留を廃止しこの原則を一そう純化し徹底した。(Esmein, *op. cit.*, p. 531~532.)

かようにして創り上げられたC・I・Cの(重罪事件についての)システム「検察官の指揮による警察の捜査——検察官の起訴(予審請求)——予審判事(予審評議部)の予審——重罪起訴部の付公判裁定——審理陪審による公判」を、当時のイギリス刑訴法のシステム「事務弁護士(solicitor)の協力を得た私人または警察の捜査——法廷弁護士(barrister)の協力による訴追——治安判事の予備審問——大陪審の正式起訴——小陪審による公判」と改めて比較すると、各項間にも全体の手順間にも、きちんとした対応関係の存することがわかる。予審判事も重罪起訴部も民衆裁判所でないから、英米の治安判事および大陪審の真髓・魂が抜けていると言われればその通りだが、予審判事の予審行為と重罪起訴部の付公判裁定との役割に着目すれば、原告の限定された捜査権を補充して尋問・聴問・強制捜査を行ないその結果を吟味して、起訴の当否を公判に先立ち二重にチェックするという点で、予備審問——大陪審制の本質的機能をちゃんと受け継いでいる。

のみならず、大陪審は元来予備審問以上に極めて明瞭な糾問的機能とそれを果すための強大な予審的権限とを持つ機関であり(篠倉満「大陪審の機能と動揺」(熊本法学一六号、一九七〇年)七四、七五頁。同②(熊本法学一八号、一九七一年)一〇六〜一〇八頁、一一五、一一六頁。)、独自の捜査に基づいて被疑者を起訴することさえでき(同①)八一頁。同②)九二、九三、九六〜九九頁。同③(熊本法学二二号、一九七四年)一一四頁。)、米国では刑事手続上の仕事以外の各種調査・監督・勧告機能すら持っている(同①)八六、八七頁。同③)一一七頁。のだから、フランスの予審制度との差はわが国で普通考えられているほど大きなものではない。

その上前に述べた通り(本論五)、イギリスの予備審問の主体である治安判事(Justice of the Peace)は元来司法警察官であって被疑者の逮捕・尋問権、証人の召喚・聴問権(被疑者の立会権と証言録取書閲覧権は認められない)を含む強大な捜査権を持つと同時に訴追権をも持つ所の糾問裁判官にほかならなかったものであり(同②)一〇七、一〇

八、一一八、一一九頁。児島武雄「イギリスの予備審問(司法研修所『司法研究報告』一八輯三号、昭和四三年)」、一四〇—一三三頁)、フランス革命当時は未だその性格が払拭されていなかったのである。前記フランス一七九一年のデクレが創設した治安判事(Juge de paix)とその略式予審とはその模倣である。

しかも、フランス法が早くも共和曆九年(一八〇一年)のロワで、治安判事から訴追権と予審権とを完全に奪ってそれぞれ検察官と予審判事とに付与し、機能の完全分離を達成したのに対して、イギリスでは、フランスと逆に治安判事から訴追権とその前提たる限りでの捜査権とを奪い、訴追された事件についてのみ予審的調査を行なつて訴追の当否を判断する所の純然たる裁判官とするという形で、機能の完全分離が実施されたのは、一八四八年のことであり、それは一八三〇—四〇年代に近代的な警察機構が創られて捜査の主役がその方へ移つた結果であると説明されている(篠倉前掲②一一八、一一九頁。児島前掲二四—三三頁)。その結果予備審問の機能が、被疑者を発見し彼に不利な証拠を準備する機能から不当な起訴をチェックするという被疑者保護機能へと逆転し、大陪審のチェック機能を取取りするに至つたので、大陪審は無用の重複と感じられて一九三三年(一部は一九四八年)に廃止された。これに対しフランス法では、大陪審の代替物たる重罪起訴部(現行法は重罪公訴部)による二重チェックが今も堅持されている。もつとも、予審行為そのものの強権性の払拭では、英法の方が一歩先んじていたようであるが、仏法でも一八九七、一九二二年のロワおよび現行法で大幅に改善されている(もつとも英法と異り、仏法は予審記録手続に高き証拠価値を与え、予審判事が無罪を主張する被疑者をも尋問することを認めるが、この意味の被告人尋問権は判決手続(公判)の裁判長にも認められており、英法と異なる仏法のいわゆる職権主義(普通糾問手続的性格と解されている)の真髓をなし、当面の考察とは別に検討すべき問題である)。

米国でも一九世紀になると大陪審批判が高まりいくつかの州で検察官の略式起訴を認め常設の大陪審を廃止し

(篠倉滿「大陪審とは如何なる団体か(熊本法学二五号、一九七〇年)」、二二七頁以下。同「大陪審の機能と動搖(3)」、二二四頁以下)、存置している所でも、予備審問の方が、訴追許容基準が高く対審でありもう一つのチェック(大陪審の正式起訴)を必要とし被告人にディスカバリー(証拠開示)の機会が与えられるなど、大陪審より被告人に有利だという理由で(小山雅亀「アメリカ合衆国の予備審問(阪大法学二一八、一一九号、一九八一年)」、一五六、一五七頁)、大陪審や檢察官の権限を抑え予備審問の権威を高めようとする判例・学説の動向もある(同二五八、一六四頁)。また大陪審の前記糾問的調査的機能をフルに利用して腐敗した政府、大企業、犯罪組織の犯罪を調査し訴追し処罰した例も多いが(篠倉「大陪審の機能と動搖(3)」、一三四、一三八頁)、その是非は又別の問題である。いずれにせよ、仏法の予審は糾問的、英米法の予備審問や大陪審は弾劾的と簡単に割切ることの誤りだけは、以上により明らかであろう。

なお非公開非対審は仏法の予審と英米法の大陪審とに共通の原則であって、弁護士につきそい援助権を認める現状の下では専ら被疑者の名誉保護と(旧刑訴法二五三条「捜査ニ付テハ秘密ヲ保チ被疑者其ノ他ノ者ノ名誉ヲ毀損セサルコトニ注意スヘシ」因みに教会裁判所で糾問手續がまず生まれた動機の一つは、聖職者のスキヤンダルを防ぐに在った(ステファニア「刑事訴訟法」六一))、証人を政治的圧力から守ることに役立つ(篠倉「大陪審の機能と動搖(3)」、一三六頁注6)。イギリスの予備審問制度には、この点欠陥があるらしい(児島前掲二二〇、二三頁)。

戦後英米法流の当事者対等原理に基づく公判重視思想と、訴追者・捜査官の被告人・被疑者に対する優位原理に基づき検察・警察に尋問・強制捜査の権限を認めた上で法律で規制すべきだとする旧法以来の議論とが奇妙に合流して、新法制定に先立って予審が廃止されたため(松尾浩也「刑事訴訟法(II)(昭和五四年、弘文堂)」七、八頁)、予審や予備審問・大陪審が弾劾手続を支える上で重要な役割を演じているという事実が忘れ去られた結果、弾劾的捜査観そのものがわけのわからないものになり(人により定義がまちまちで把え所がない。例えば、松尾や鈴木茂嗣が、仏法やわ

さてしかしながら、予備審問ないし予審的な制度を設けただけで、必然的に糺問的捜査が弾劾的捜査に様変わりするわけではない。より重要なのは、公訴権は社会Ⅱ人民Ⅱ公衆のものだという理念と、それを貫徹させるための制度的保障とである。なぜなら、戦前戦中のわが旧法の運用実体が教えているように、国家訴追主義の検察官は、予審判事と一体となつて、時には予審判事を自己の捜査の下請機関化して、被疑者や一般市民に対し糺問官的権力を揮いがちだからである。

フランス法では公衆訴追の理念は一七九一年以来不動であつた。問題は制度的保障の方に在る。制度的保障としてフランス法は第一に、検察官に対し、行政官身分に基づく位階的従属性を排除する固有権および口述の自由権により、政府からの独立性を保障している（本論二）。これは、検察官が政府つまり時の支配権力の手先に成り下らなため、いわば消極的保障である。これに対して、彼をして常に社会Ⅱ人民Ⅱ公衆の利益を代弁して適切かつ精力的に公訴権を行使せしめるための積極的保障が、私訴権である。

近年、検察官の不当な起訴への拘制として先記公訴権濫用論が唱えられたのに併行して、検察官の不当な起訴への拘制として、検察審査会の権限強化や準起訴手続の適用範囲拡大などが論じられる中で、それだけでは如何にも不十分だから、私人訴追ないし公衆訴追の理念・制度の導入を検討する必要がある、との主張が見られるようになった（鯨越澄弘「私人訴追主義と国家訴追主義（法政研究四八巻一号、昭和五六年）」三三頁以下。川崎英明「成立期におけるドイツ検察官制度（二・完）（大阪市立大学法学雑誌三巻四号、一九七七年）」五四〇頁、同「ドイツ検察官制度の史的考察（刑法雑誌二五巻一号、一九八二年）」七二、七三頁。優れた着眼ではあるが不思議と英米法の私人Ⅱ公衆訴追しか援用せず、仏法の私訴に言及しながらそれが真の公衆訴追であることを看過している。恐らく私訴という名の同一に欺かれて、仏法やわが治罪法の私訴を、明治二三年および大正一一年のわが刑訴法やドイツ刑訴法の私訴と似たり

寄つたりのものと誤解しているのであろう。

仏法およびわが治罪法の私訴を眞の公衆訴追たらしめてゐる核心は、私訴権が単なる損害賠償請求権ではなくて公訴権を駆動する権利たる点に在る。治罪法一一〇条二項は言う、「予審判事直チニ被害者ヨリ民事原告人ト為ル可キノ申立ヲ受ケタル時ハ檢察官ノ起訴ナシト雖モ公訴私訴ヲ併セテ受理シタル者トス（傍点筆者）」と。

しかるに明治二三年刑訴法はこれを削除し、大正一一年刑訴法もまた、私訴はただ檢察官が公訴を提起したときそれに付帯してのみ提起しうるものとして（五六七条）、私訴を専ら損害賠償請求権に矮小化してしまつた。宮本英脩はこれを、民刑未分化の仏法的私訴権が純民事的訴権へと分化を遂げたもので法の進化の産物であると評し（宮本前掲五二二、五一九頁）、旧刑訴法の私訴は事実判断の正確を期し手続の重複を避ける便宜上公訴に付帯せられたのだと説いて（同五二二頁）、公訴権の国家独占という絶対主義国家のイデオロギーを礼讃する。かくて公衆訴追の魂を失つた私訴権は必然的に形骸化し、あまり利用されず、便宜上かえつて裁判の迅速性を害するとして、新刑訴法では削除されてしまつた（法務庁検務局総務課「改正刑事訴訟法提案理由書（昭和二三年）」六八頁）。

ドイツ法の私訴はこれらと異り、確かに私人の独立の科刑請求訴権ではあるが、公訴権を駆動する力がないので、檢察官が進んで公訴を提起してくれぬ限り全面的に私人訴追者の（当然に重い）負担の下に、ごく限られた種類の比較的軽い犯罪（住居侵入、侮辱、信書の秘密侵犯、傷害、脅迫、器物損壊、不正競争防止法違反、各種無体財産権侵害）に對し、しかも多くの場合調停官庁の和解が不成功に終つたことを条件にして、提起されうるにすぎない（現行法典三七四、三七七、三八〇条）。

フランス法の私訴とこれらの私訴との相隔たることは、かのアンドロメダ星雲が地球を隔たるが如くである。それを証明するため、以下フランス法の私訴の实体を考証する。

(一) フランスでは犯罪の被害者は、その犯罪が必要的予審(ステファニア「刑事訴訟法」四三二)の法定されていない軽罪または違警罪に当り、加害者の誰なるかが明らかで、その上証拠も十分そろっている場合には、軽罪裁判所または違警罪裁判所に「直接呼出(citation directe)」により事件に係属させることができるが(同四四二以下)、重罪、必要的予審を法定された軽罪、加害者不明または不確実な軽罪、証拠が不十分な軽罪、その他予審を行なうことが望ましいと考えられる軽罪の場合には、予審判事に対する「私訴原告人となることを申立ててする告訴(plainte avec constitution de partie civile)」により、事件を予審判事に係属させることができ、以後予審判事に依頼して自分の力では発見ないし確定できなかった犯人を見つけ、自分の力では捜索困難な証拠を探し出してもらい、自分の力では解明できなかった事件の全貌または詳細を解明してもらうことができる。仏法の訴追は人についてでなく事件について(in rem et non in personam)なされる。したがってXに対する予審請求も可能である。(同四三三)そのためかように、被害者にとって都合な——自分の負担を非常に軽くして専ら公権力を利用しないし使役して調べてもらい、証拠のみか犯人まで見つけてもらう——私訴が可能となるのである。被疑者を名指ししないと起訴できず、時には損害賠償や誣告罪の危険にさらされる英米の被害者訴追・一般市民訴追より、負担や危険が遙かに少く、訴追し易い(危いと思つたら犯人がたとえわかつていても書かなくてよい。同四三五参照)。被害者以外の市民に私訴権の無い欠点を(少くも被害者のある犯罪について)埋め合わせるのに十分である。

(二) 被害者のみが、犯罪から直接生じた、彼自身の、現存の損害の賠償を求めて、私訴権を行使しうる、ということになっているので(同一五二)、一見かなり制限がきついに感じられるが、実は、判決裁判所に受理され請求を認めさせるには全部の要件を証明せねばならぬのに対し、予審判事に係属させるためには、単に状況から見て

損害が存在しかつそれが犯罪と直接関係していることが在りうると認めさせるだけでよい (Crim. 6 octobre 1964, B. crim. n° 256 ; 13 avril 1967, B. crim. n° 119 その他多数の判例がある)。なぜよいかと言うと、後で改めて説明する如く、私訴権は単に損害賠償を求める訴権にすぎないものではなく、刑罰を求める訴権でもあるから、否むしろ後者を本質とするから、仮に損害賠償が最終的に否定されるとしても、予審で犯罪の嫌疑を確かめてもらい、公判に付してもらい、公判で有罪判決をしてもらえれば、私訴権行使の目的は少くも半分は、そして実は本質的な点で達せられたことになるからである。またそうだからこそ、予審判事の持つ国家最強の権力を、一私人が、自分だけの意思で（仮に検察官が反対であつてさえ）使役しうるのである。もしわが旧刑訴の私訴または宮本英脩が誤解したような実体のものであつたとしたら、つまり純然たる私権の追求にすぎぬものだとしたら、予審判事は私人の私利に義務的に奉仕することになり、背理も甚しい。

(三) 判例はこの原理をぎりぎりまで推し進めている。すなわち、破棄法院刑事部は、私訴が行政裁判所の管轄に属したがって刑事裁判所が損害賠償の訴えを審理する権限を有しない場合であつても、その私訴は受理されえ、予審判事は予審を行なうことを義務づけられる、と判示し（職務執行中の公務員が罪を犯しそれについて行政庁が民事責任を負つたケース。Crim. 22 janvier 1953, Recueil Dalloz 1953. 109, rapport Patin. 航空輸送者、過失で労働災害を惹起した使用者、生徒によりまたは生徒に対して惹起された損害につき責任を負う教員などに対する私訴につき、同趣旨の判例多数あり）、予審判事が私訴原告人となることの申立を受理できない場合であつても（この判例は、文書偽造行使が社会的損害しかもたらさぬので、告訴人は被害者でなくしたがって私訴権を持たぬと、予審判事が判断したケース）抽象的な吟味だけで予審拒否の決定をすることはできない（たとえ起訴事実がかなり疑わしくとも、警察・検察の調査結果では否認されようとも）、なぜなら、予審判事は私訴の申立により、共和国検事の予審請求によるのと全く同様に予審を義務づけられ、かつ

検事の請求による場合予審判事は、起訴事実が明らかに元々起訴しえず(時効、大赦、既判力、外交官特権などにより)または如何なる犯罪をも構成しない場合を除き、予審を拒否しえないからである、と判示し(Crim. 21 février 1968, Recueil Dalloz et Sirey 1968. 691, note Pradel)。さらに、原則としてすべての被害者は、たとえ彼が蒙った損害の賠償請求権を行使することを欲しない場合であっても、私訴原告人となる権利を有する(つまり損害賠償は要りませんが犯人を処罰して下さいと言つて私訴原告人となりうる)、なぜなら、損害賠償を請求することと、私訴原告人になることは、必然的に結びついているわけではないから、と判示するまでに至つた(Crim. 15 octobre 1970, Recueil Dalloz 1970. 733, note Costa. ただしこの判例では「社会立法の枠内で、もし被告人に過失が認められれば年金の増額を主張しうるから」という、私訴権の一身専属性を基礎づけるための、損害賠償と関わりのない別の理由づけがなされている)。

これから観ると、刑事裁判所に対する私訴権は本質的第一義的には、私人が社会||人民||公衆の一員として、社会||人民||公衆の全体を代表する検察官と対等の立場で、刑事裁判所に対して行使しうる所の科刑請求訴権にはかならない。(私訴原告人は検察官と対等だからこそ、検察官がたとえ反対しても公訴権を始動させる権能を有するのだ、というのが一九〇六年二月八日の名高いロラン・アタラン判決以来不変の判例理論である。この判例はこう述べている、「自己の危険において予審判事の前で公訴権を始動させる私訴原告人の権利は、私訴原告人に対して検察官の権利とバラレルな権利を定めている他のすべての法規定と一致する。」Recueil Sirey 1907, 1. 377 note Denogue; Recueil Dalloz 1907, 1. 207, Rapport Laurent (Athlain) さればこそ科刑請求訴権の実質と行使の意思とが備わつてさえないれば、損害賠償請求訴権としての実質的形式的要件または行使の意思がたとえ欠けていても、公訴権を駆動し予審判事をして予審を義務として行なわせることができ、私訴原告人自身はたとえ公判で損害賠償を請求する原告として行動することができなくても、科刑請求訴権は検察官をして公判から科刑の段階まで代理行使せしめることができるのである(フランスの検察官は社会

「人民」公衆の代理人として公訴権を行使するので、誰の意思によってであろうと一旦公訴権が発動された以上は途中で取下げることではできない。そして損害賠償請求訴権の方は、(それが存在する場合)単に科刑請求訴権に付随してのみ、正に宮本英備が指摘した如く被害者の便宜(犯人や証拠を見つけ犯罪を証明するという困難な、多額の出費を伴う、しばしば生命・身体の危険すら伴なう仕事を裁判所や検察官や司法警察にやってもらえる、一回の訴訟で二つの請求訴権を一べんに行使できる)に従って行使することあるいはしないことが許されるのである。(以上につき、ステフナー「刑事訴訟法」二〇一—一、四〇六、四三四。José Vidal, Observations sur la nature juridique de l'action civile, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1963, p. 481—489. Jeanne de Poupiquet, Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ?, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1975, p. 37—40. を参照せよ。)

(四) かように私訴権の本質が刑事公衆訴追権たる所に在るのなら、なぜ全市民にこれを与えないのであろうか。まず理論上は、犯罪によって一般市民が受ける不利益は社会「人民」公衆の一般利益に対する侵害の中に汲み尽されるので、その侵害者に対する科刑要求権としての一般市民の訴権は、それと全く同じ内容を持つ所の検察官に付託された公訴権によって完全に代表されていて、各市民の手許には如何なる固有権の一身専属的部分も残されていないのに対し、被害者が受ける不利益は、一般利益の侵害からはみ出た彼に固有権の部分として、彼の私的利益の侵害を持っているから、彼の訴権は検察官により代表されない固有権の一身専属的部分を有し、それが私訴権を構成する、と説明されうる(例えばドゥ・ブルビケはその部分を「私的復讐(vindicte privée)の不屈の生き残り、司法が交換的(commutative)であった時代の再湧出(résurgence)」と呼ぶが(de Poupiquet, op. cit., p. 38—39))。そう単純化してよいかは別にして、私的復讐または私的贖罪を国家権力が代行して、当事者に委せた場合生ずべき社会平和の乱れを防ぐことを、刑罰

の一機能とする説は、今でもポピュラーである。次に実践的にも、フランスの私訴権は以上の如く、わが旧刑訴や西独法のそれらもろろん、英法のそれに比してもなおかなり強い力を持つので、濫訴されがちではしばしば大きな弊害（被疑者の名誉毀損、恐喝の手段化、民事手続のための利用など。ステファニア「刑事訴訟法」二〇三）を生じるから、被害者のみに限定することが丁度手ごろだと言える。

(四) 右のことからさらに二つの帰結を生じる。第一に、私訴権に副次的に含まれている損害賠償請求権の方は刑事裁判所に受理可能な条件を備えていても、科刑請求権の方が被害者の固有権・一身専属の特権という本質に反するがゆえに存在しえない場合には、その私訴権は刑事裁判所では受理されえない。たとえば、損害賠償請求権は財産的訴権だから、私訴権のその部分はフランス民法典一六九〇条以下の条件で譲渡の対象となりうるが、科刑請求権すなわち公訴権を始動させる権利の方はC・P・P・一条二項（「この訴権（公訴権）は本法に定める条件に従い、被害当事者によってもまた始動されうる。」）により被害者のみに属するから、譲渡されえず、したがって私訴権の（前の部分の）被譲渡者は、刑事裁判所に対して私訴権を行使しえない（Crim. 25 février, 1897, Recueil Sirey 1898. 1. 201, note Roux）。被害者に損害の補償を支払って被害者の権利につき被害者に代位した第三者も同様である（Crim. 9 janvier 1973, Juris-classeur périodique (Semaine juridique), 1974. II. 17674, note Bouloc.）（なお以上はVidal, op. cit., p. 489~492 et suiv. ; de Poupliquet, op. cit., p. 40 et suiv. を参照せよ）

(四) しかしまた、公訴権を始動させる権利を原則として直接の現存の彼自身の被害を受けた人に限った理由は、(一) 一般的利益の侵害の中に汲み尽せない彼固有の利益侵害があったことと、(二) 被害者という觀念はとりようで止めどなく拡がる可能性があるるので濫用の危険を防ぐには厳しく限定する必要があったこととに在るから、濫用の危険がなくかつ社会政策上この被害者には訴権を与えた方がよいと判断される場合には、その制限を緩和し権利者の範

困を拡張してもよいはずである。こういう考えから、近年判例や立法で刑事裁判所に私訴権を行使しうる者の範囲が次第に拡張される傾向にあり、立法の斉放と判例・学説の争鳴を生じている。たとえば被害者の保険者、社会保障機関、自動車補償基金は犯罪の被害者に保険金を支払うことにより一種の被害者となるが、刑事裁判所に私訴権を行使しうるか。被害者の債権者や相続人はどうか。職業組合 (syndicat professionnel)、共同組合 (association) および公法人が、法人そのものの利益でなく、法人が保護しようとする集合的利益を侵害された場合はどうか。公益を保護する法律の違反により特定個人が被害を受けたときはどうか、などなど。これを詳説するのは本論の使命ではないから、詳しくはステファニ (刑事訴訟法) 一五三—一六三、一六五、一六八—一七二)、ヴィダル (op. cit., p. 492~504) およびドゥ・ブルビケ (op. cit., p. 40~41) の論著を見ていただきたいが、雰囲気を感じておく。

経済統制法規は公共利益保護を目的とするが、一九七三年一月二七日のロワで、ある種の経済立法違反の被害者に私訴権が認められた。法人の集合的利益の侵害に対する法人の私訴権は、職業組合については二〇世紀初めに認められ、一九二〇年三月二二日のロワにより法認拡張された (職業組合は、彼らが代表する職業の集合的利益に対し直接または間接の損害をもたらす行為に関し、あらゆる裁判所において、私訴原告人に与えられるあらゆる権利を行使しうる。職業組合の創設に関する一八八四年三月二二日のロワを改正した、職業組合の民事能力の拡張に関する一九二〇年三月二二日のロワ、改正五条)。たとえば各種の商業上の許害行為や不正競争や労働・社会法違反や不備な労働条件に起因する過失致死 (例えば安全基準不遵守から生じた火災による労働者の死) に対する、工業・商業生産者組合や労働組合の私訴権。医師会、薬剤士会、建築士会など懲戒権を与えられた審議会の方で職業の品位を守ることを任務とする組織の、品位を傷つける行為例えば違法医療行為に対する私訴権。この方向は近年共同組合に対しても急速に推し及ぼされて

いる。例えば、自然および環境の保護または生活環境の改善の分野で活動する団体の、自然・環境・生活環境を汚染、破壊する行為に対する私訴権。地方消費者団体の、消費者利益を侵害する行為に対する私訴権。性的暴力行為や子供の虐待や人道に対する重罪の如き弱者に対する凌辱行為と闘うことを目的とする団体の、それらの行為に対する私訴権。ドゥ・プルピケはかような動向を要約して次のように言う、「立法・判例は確かに、私的個人に対してよりも団体 (groupements) に対しての方が (私訴権を認めるについて▲筆者補▼) 気前がよい、それらの団体が集合的利益 (un intérêt collectif) に対し一般利益 (l'intérêt général) と区別することが困難な集合的利益を、裁判で守るために、立法者から特別の使命を受けていることを条件にして。(op. cit., p. 46, 47)』

なぜこの条件が必要なのか。私訴権は本質的に、一般利益侵害行為者たる犯罪者に対する科刑請求権であるから、犯罪行為によって個人的に受けた利益侵害が本来的に当該一般利益侵害と不可分に結びつき混り合っているかまたは団体に對してのみ、認められるべきだからである。傷害罪の被害者が侵害された身体の健全性の利益(個人的利益)は、傷害罪から法が守ろうとする公衆の身体的安全の利益(一般利益)と不可分に結びつき混り合っている。だから被害者は公衆を代表して公衆訴追権としての私訴権を行使する最適任者である。同様に、環境保護団体が環境破壊行為によって侵害された所の環境保護の使命達成の利益(集合的利益)は、環境保護法がその種環境破壊行為から守ろうとする公衆の好環境享受の利益(一般利益)と不可分に結びつき混り合っている。だからその団体もまた、公衆を代表して私訴権を行使する最適任者と認められるのである。のみならず、個人の私訴権の場合には、彼の個人的利益侵害に対する求償訴権の方へ眼が行きがちでもすればその蔭に隠される公衆訴権が、団体の私訴権でははつきりと前面に表われ出る。

(七) かような団体の私訴権の法認は、私訴権者の範囲を日本語の語感ではもはや私人ではなく立派な公衆ないし

市民組織であるものに拡張し、かつ団体の個人に優る強力さによって私訴権を強力なものにしただけでなく、社会・公衆にアピールする力において、またそのアピールの結果社会・公衆の輿論を背景として闘いうる点において、私訴権を実質上眞に公衆訴追権の名に値するものにした。従来の英米法における一般市民個人による公衆訴追方式では、この効果は期待できない。そのため米国では前記の如く、大陪審の糾問的調査と訴追とが利用されているのであるが、そのことの是非は（例えばウォーターゲート事件の摘発が本当に正義の闘いだったのか、政治的陰謀への加担にすぎなかったのか、今日意見が岐れているように）慎重な検討を待たねばならない。まして独日法では、公害・労働災害・環境破壊をめぐる事件で、市民団体や労働組合が常に切齒扼腕する如く、団体はおろか直接の被害者すら、事件を義務的に刑事裁判所にとり上げさせる権能を有しない。この点フランス法から学ぶべき多くのものがある。

(V) さて最後に、(四)から生じる第二の帰結として、被害者の不品行 (*indignité*) のゆえに、例外的に、彼の損害賠償請求権の行使が民事裁判所に対しては阻まれていた場合であっても、刑事裁判所に私訴権を行使することを妨げない（例えば、売春婦がその紐に対して売春の稼ぎを返せと訴える私訴権 (Crim. 7 juin 1945, D. 1946. 149, note R. Savatier ; J. C. P., 1946. II 2955, note Hémond)）。その他この種の判例多数あり (Vidal, op. cit., p. 487-489 ; de Poulbiquet, op. cit., p. 47-49 を参照せよ)）。判例の認める一般的な表現によれば、被害者の科刑訴追権は、「被害者を刑事訴追に加盟させて、彼を処罰のエイジェント、検察官の補助者にする (Vidal, op. cit., p. 489)」からである。

以上によって、次のように確言できる。フランス法の私訴権とは、社会∥人民∥公衆の一般利益を代表して検察官が行使する公訴権を、あるときは補充しあるときはその尻を引っぱたくために、犯罪の個人的被害者および刑罰法規が守ろうとする一般利益と不可分に結びつき混り合っている公衆の集合的利益を守ることを目的として組織さ

れた各種組合や市民団体が、検察官と並ぶ検察官と対等の原告として、社会||人民||公衆を代表して行使する所の、真正の公衆訴追権である。その意味で私訴権は、正にフォスターナーエリが言う如く、「公的自由 (liberté publique) の一種、王制に対する抵抗の一手段、かなり強力で訴追をまぬがれることにかなり巧みな犯罪者に対し司法によって弱者 (faibles) と下層民 (petits) とを守ることを確保する所の一保障である。」(Faustin-Hélie, op. cit., n° 524, p. 627)]

一〇 フランス検察官のいわゆる「法律の番人」理念なるものは実在しない。その実定法的根拠とされる一八一〇年司法組織に関するロワの四六条は、保護・援助を要する弱者・権利者のために検察官が民事訴訟に介入する職責を定めたものである。その他の各種行政的介入権もそのためのものである。

キューンシュは言う、「検察官 (公衆への奉仕者 *ministère public*) を定義するための伝統的なきまり文句がある。検察官は法律 (*lois et décret*) の遵守を見守り (*veiller*)、判決 (*jugements et arrêts*) の執行を追求し、公法人と無能力者とを保護するために設けられたものだ。(Cuche, *Précis de Procédure civile*, n° 109)」ロランはこれを解説して言う、「検察官は、それを果すには彼の良心しか頼るものがないある役割、一般利益、公序および公道徳、自らの力で身を守る能力のない人々またはその利益が検察官にあずけられている所の人々の保護に気を配る (*veiller*) 役割を持つ。」(Rolland, op. cit., 1271, 11.)」

思うに、ドイツ法律家が述べ近年わが法学者がしきりに引用しているフランス検察官の「法律の番人 (Gesetzes-

wächter) 理念は、これを次の二点において曲解したものであろう。

第一に、このきまり文句は、社会||人民||公衆を代表する公訴権の行使者、純刑事原告たる役割をも包含する所の、フランス検察官の全役割に対して与えられた総括的・一般の規定であるのに対して、法律の番人なる役割は、公衆訴権の代理行使者・純刑事原告たる役割と矛盾対立するものとして説かれている(例えば「ミッテルマイヤーとブラウンとは、検察官をなお客観的な法の保護者 (objektiven Wähler des Rechts) と考えるフランス人の見解にその限りで従ったのであるが……これに対してザカリーエは、刑事手続における原告としての検察官のはっきりした原告たる地位を支持した。 (Ernst Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 1932, Ss. 18/19.)」)。ではなぜ矛盾対立するものと曲解されたのか。それは次の第二の曲解に起因する。

フランスのきまり文句では、法律の遵守の見守り(=法律の番人)の役割は、他の二つの役割と並列されている。この三つの役割は別々のことを言っているのではなく、同一の内容を見方を変えて言いなおしたものである。(だから原文では、三つの言葉はコンマで区切られているだけで、二つ目と三つ目との間に「et」が入っていない。) ロランの解説から明らかなように、この場合一般利益と公序および公道徳との中味が、とりもなおさず、弱者および一般市民||公衆(例えば犯罪から安全な状態に置かれる彼らの利益は検察官にあずけられている)の保護なのであり、検察官は彼らを保護するためにその保護を定めた法律を遵守させ、その保護を認めた判決を執行させ、その保護を任務とする公法人を保護するのである。そしてその役割の中で最も重要なものが、一般市民||公衆そしてしばしば弱者(例えば遺棄や虐待や暴行の対象となりがちな乳幼児、老病廃疾者、女性)を犯罪から保護するために、一般市民||公衆を代表しその保護を定めた刑法・刑事訴訟法の遵守を裁判所に求めて公訴を提起し、有罪判決が下ったならばその判決通りの科刑をなさしめることなのである(例えば一八二八年一月二十九日の司法省通達は言う、「公序に留意し社会の平和を確保す

ることを任務とする検察官は、公序または社会の平和が乱されたか否か、その結果として公訴を提起することが必要または適当であるか否かを決定する唯一の者である。」(Rassat, op. cit., n° 307. 後記本論二三に再出)。外国人・旅行者・寡婦・孤児などの保護と平和の維持(一般市民に公衆が犯し合わず安全に生活すること)において実現される公共の福祉を、国王の代官として追求する任を負うたアンシャン・レジーム期の検察官の伝統は、このような形でまたその限りにおい(國王委員、行政権委員、政府委員そして今日の検察官へと受け継がれ)今も脈々として生き続けているのである。

ところが、ドイツ法律家の説くフランス検察官の法律の番人理念においては、法律の遵守の見守り、判決の執行追求、公序公道徳の維持の役割に對するこの限定(弱者や一般市民に公衆を保護するためという限定)が完全に欠落している。そのため検察官は、法律一般、判決一般、国家法秩序一般という意味での公序、国家的道義一般という意味での公道徳を、政府の名代として、遵守させ執行し維持するために裁判を含む国政全般と国民の公生活全般とを監視監督する、強大無比の権力者として立ち現われる。かように曲解されたフランス検察官像は、もちろん、社会に人民に公衆を代表して私訴原告人・被疑者・一般市民と對等の立場で公訴権を行使する純原告たる、現実のフランス検察官像と真向から矛盾する。(ドイツ人の説く法律の番人理念を紹介した論文で管見に入ったものとしては、内田一郎「ドイツ検察制度の成立」(早稲田法学三九卷二号、一九六三年)一五頁。上山安敏「法社会史(昭和四一年)」四〇八頁。松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」(法学協会雜誌八四卷一〇号、昭和四二年)八四頁。川崎英明「成立期におけるドイツ検察制度」(大阪市立大学法学雑誌二三卷三号、一九七六年)五八、六一、八六頁。同(二)(同誌二三卷四号)五一、六一、六五、七四、七五頁。同「ドイツ検察官制度の史的考察」(刑法雜誌二五卷一号、一九八二年)一〇、一二、一四、一五、一八、二二、二四、三三、五一、六九、七一頁。横山晃一郎「ソビエト型検察官と大陸型検察官」(法政研究四三卷二号、昭和五一年)六〇～六五頁。同「司法と検察」(法学セミナー増刊「現代の検察」、一九八一年)一二、一四、一五頁。福井厚「西ドイツの検察」(同右)二八一頁。がある。本論でドイツ法律家が云々と言うときは、主としてこれらの紹介による。)

お前の方こそ曲解だと言われぬために、私見（というよりキューンネ、ロランら仏法学の泰斗の見解）の実定法上、判例上、学説上、実務上の根拠を以下に略説する。

前記きまり文句とよく似た実定法の規定は、司法組織に関する一八一〇年四月二〇日のロワ（今なお生きている）の第六章「検察官について」四六条である。四五条と四七条とが検察官の公訴権と、検事長の法廷秩序監視権および司法警察官その他の官吏に対する監督権とを定めたのに対して、四六条は次のように規定する。「民事に関し検察官は、法律によって特に明示された場合において職権で訴訟行為する (*agir*) ことができる。検察官は、法律と判決との執行を見守る (*surveiller*)。検察官は、公序 (*ordre public*) に関係のある諸法規定に従って職権でその執行（前記「法律と判決との執行」を指す▲筆者注▼）を追求する (*poursuivre*)。』

ドイツ法学者カルステンは、四五、四七条と四六条の第一文とを省き第二文と第三文とだけを原文のまま引用した上で、次のように付け加える、「すなわち、司法（訴訟手続 *Rechtspflege*）に対してどんな干渉をもしうる権力を与える所の極めて広汎な（検察官の）権能を（このロワは）規定しているのだ」と（*Carsten, a. a. O., S. 14.*）。このような解釈は法律の番人理念を基礎づけるのに甚だ都合がよい。

しかし当然のことながら、フランスの判例や法律家たちの解釈は全く違う。第一に、彼らは、四五条、四七条との対比から、四六条全体を検察官の民事手続への関与の条件と態様とを定めたものと解した上で、第一文（一項）と第二、三文（二項）との関係を問題にし、公序に関係がある事件なら法律に特に明定されていなくても検察官は主当事者として民事手続に関与しうるか否かを論じている。（*Voir Rolland, op. cit., 1281, n. 17.*）しかるに第二に、私的利益が問題である民事手続には、公序は例外的にしか関係を持たないから、四六条二項に基づいて検察官が民事手続に介入できるケースは、主当事者として自ら争うにせよ、付帯当事者として意見を口頭で述べるにとどまる

にせよ(民事手続への検察官の参加の態様については、Henry Delpech, *Ministère public*, Dalloz, *Encyclopédie juridique*, n. 64 et suiv.)、おのずからその範囲をはっきり限定されてくる。そしてその範囲は奇しくも、外国人と寡婦と孤児との保護という、絶対王権とその代官とが彼ら本来の使命と自任した領域(も少し一般的に言うとう「権利者が保護され援助される必要のある領域」)に一致する。(Rolland, *op. cit.*, 1281, n. 15)そして実はそれこそがこの法律の本来の狙いであったのだ。例のトゥレイヤールが提案理由書の中でこう書いている、「法律は弱者と孤児との保護のために民事に関し検察官(公衆への奉仕者)を当事者としたのだ(a constitué)。検察官は未成年者、禁治産者または失踪者のすべての事件において審訊されねばならない。要するに、公序に関わる事件はどんなものでも、検察官にとって無縁ではありえない。」(Cuche, *Précis de procédure*, p. 119, cité par Rolland, *op. cit.*, 1281, n. 17)

かくして民法典(Code civil)は検察官が主当事者として訴を起しまたは応訴する場合として、不在宣告で不在者を代理し(一一六条)、離婚または夫婦別居の訴訟で子に対する監護権の付与と親権行使の態様およびその変更または補充とを請求し(二八九、二九一、二〇四条)、婚姻に関し適齢に達していない当事者(一四四条。但し当事者および胎児の保護のための一八五条の例外と、準式地の共和国検事が重大な理由により年齢制限免除を認める権限(一四五条)とが在る)。婚姻を強制された当事者(一四六条)。重婚者の正規の配偶者(一四七条)。近親婚者と彼らから生まるべき子(二六一〜二六三条)。適式でない婚姻の被害者(一九一条)の保護を主眼とする公序良俗の維持のために、それらの婚姻を攻撃する(二八四、一九〇、一九一条)ことなどを定めた。またその他の法律で検察官参加が必要とされる事件は、国籍、戸籍上の身分、徴兵・公職選挙に関する資格など、法的保護・保障の対象・内容を確定する法的前提条件が係争の対象であるもの、社会保障・福祉のための施設・制度に関するものである。絶対に、カルステンが曲解

したような、司法に対してどんな種類どんな形の干渉でも無制限にできる一般的監督権を認めてはいない。

そしてそのことは、検察官の民事手続参加の歴史的沿革から見て必然と言える。アンシャン・レジーム期に民事訴訟で国王を代理したのは国王の代官 (*procureur du Roi*) ではなくて国王の弁護士 (*avocat du Roi*) であり、一八一〇年法四六条はその権限を検察官に移し与えたものに外ならない。ゆえにその権限は、国王の代官の一般的な国政監督権とは全く淵源を異にする純粹に民事的な私的権利保護のための介入権なのである。(Rassat, *op. cit.*, n. 35. なお、後の学説は国王の代官と弁護士とを混同する傾向にあるが(例えば *Esmelin, op. cit.*, p. 100 et suiv.)、前者は国王直属の上級官僚、後者は単なる弁護士にすぎず (Rassat, *op. cit.*, n. 25, 34) 後者は同一検事局内で名目上前者に従属したが (*ibid.*, n. 75, 76) 実質的にはかなりの独立性を有し (*ibid.*, n. 161, 162) 一七世紀には一般弁護士業の名誉長官と考えられていた (*ibid.*, n. 31)。しかし訴訟事件で問題が生じたときは常に協議を行ない仲好くやっていたことが (*ibid.*, n. 75)、大革命後兩者の機能を検察官一人に集中する素地をなしたと言えよう。)

ドイツ法律家の曲解の原因は恐らくこうであろう。第一に、社会||人民||公衆を国家に吸収して把える絶対主義ないし国家主義の法理念においては、公序は国家法秩序と、公道徳は国家的道義と、一般利益は国家利益と、そして社会||人民||公衆の代表者は絶対主義国家の代表者と、混同される。この混同に基づいてフランスの検察官を理解すると、まさしく「法律の番人」の姿が浮び上る。第二に、かようにして作り出されたフランス検察官の虚像は、フランス刑法の真実の姿たる、検察官と私訴原告人との協力による公衆訴追主義およびそれと必然的に結びつく弾劾手続構造の導入を妨げて、絶対主義に適合した糾問手続構造をあくまで温存しようとするサヴェイニール体制法律家にとって、まことに好ましい検察官像である。それゆえ彼らは、恐らく意図的にその虚像をふくらませ、フランス検察官の本質は原告性にはなくて正にそこに在るのだという謬見を、恐らくはそれと承知の上で流布・

宣伝した。そして一大形に吠えて百大声に吠え、定説化したこの虚像を適当に修正して、被疑者や一般市民に優越し裁判官と協力して真実の発見に努める客観義務を負うドイツ型検察官を創造したのである(なぜ、どのように、修正したかは後で述べる)。

かようにドイツでその虚像がふくれ上って行くのに反比例して、フランス本国では、前述の如く国王と裁判官貴族との対立が消え失せ、それと入れ替った共和国政府と近代官僚化した裁判官との対立が急速に弱まり解消して行く中で、民事訴訟における検察官の付帯当事者としての陳述権はほとんど有名無実化し形骸化して行く。それは実際には、単に裁判所の見解に従う旨の陳述をするにすぎなくなる。判例は、法廷に在席する検察官が、慣用形式に従い「然るべく(裁判所のはからいにお任せします *sen rapporter à la prudence du tribunal*)」と述べれば、それは意見を述べたと認めるに十分である、ということを認めている(Civ. 26 juill. 1884, *Recueil Dalloz* 1884, 1. 303)。かくして検察官は法廷における単なる物的存在にすぎなくなり、この制度を無用だと主張する論者により批判されている。(Delpach, *op. cit.*, no 67, 石川良雄「フランスの司法制度(司法研究書一三輯二号、昭和三七年)」一五二頁。)

なお、フランス検察官は民事手続以外でも、保護・援助を要する権利者・弱者の保護・援助ないし福祉に密接に関連する公序の維持のため広汎な監護(*surveillance*、因みにこの語は、あることの上で眠らずにいる、徹夜で番する、が原義で、子守りや病人の看護から囚人の監視や労働の監督まで含む広汎な意味を持つ。フランス検察官の職務としては保護の意味が強いのに、無神経に監督権などと訳すから誤解が生じるのである。)の職務・権限を有する(例えば執達官(執行吏 *huissier*)や戸籍係官吏の監督、配当手続・破産手続・清算手続などの監視(債権者保護のための)、国家元首に向けられた請願書の送付、未成年者や精神病者の保護、私学の衛生・安全・教師の適格性保証、飲酒店の開業規制、貯

金の保護、など)。これまた政府の政策一般を実施させるための監督権ではない。(Delpech, op. cit., no 46, 51~58, 60 ; Rolland, 1281, op. cit., no 21 et suiv. ; 石川前掲一五三頁。)

一 法律の番人理念の実定法的根拠とされる、予審判事その他の裁判所や弁護士に対する各種の *contrôle* と *surveillance* との実体は、日本語の語感における統制や監視監督には全く当らない。

法律の番人理念の実定法的根拠としてもう一つよく引用されるのは、検察官のいわゆる「予審判事に対する統制 (*contrôle*) と監督 (*surveillance*) と」である。日本語で統制・監督権と言うと強力な上位権力を連想するだろうが、実体を知るといささか拍子抜けがする。

まず統制の中味の第一は、C・I・C・で認められC・P・P・で廃止された予審判事の指名権である (Rolland, 1281, op. cit., no 11)。複数判事の中から「誰に予審をお願いしようかな」と選ぶ権利だから、日本語の普通の意味での統制には当たらないであろう (学生が受講教官を選択するからとて学生が先生を統制するわけではない)。中味の第二は、検察官自身が (純原告たる立場上) やることのできない強制的性質を持つ各種予審行為 (物的検証、被疑者尋問、証人聴問、対質、搜索、押収、種々の令状の発布とその結果としての逮捕、勾留、司法統制処分など) をして下さいと予審判事に請求する権利と、その請求の拒否などの予審判事の決定に対する上訴権とである。かような意味の統制権は検察官の起訴権そのものの一態様に外ならぬから、私訴原告人も持っているし、彼らと対等の立場に在る被疑者もまた、防禦権の一態様として、これらと対抗するための予審における各種予審行為請求権、勾留された場合の釈放請求権、その却下に対する上訴権などの型態でこれを持っている。つまりフランス法の観念では、何

と被疑者までが予審判事に対する統制権を持つとされるのである(ステファニア「刑事訴訟法」五三一、五三三)。まさか被疑者が予審判事に対する上位権力であるはずはなからう。

次に監督権の中味を吟味しよう。C・I・C・五七条は「予審判事は司法警察の職務に、関し、上訴法院検事長の監督(surveillance)の下に置かれる(傍点筆者)」と定め、これに基づいて一般の警察官同様職務怠慢のことで予審判事を戒告し、再度怠慢のとき上訴法院に職務精励命令を出して下さいと請求する検事長の権利が定められていた(二七九―二八一条)。これは九条が、一般の司法警察と並んで共和国検事と予審判事にも司法警察官の地位・役割を与えたための規定で、予審判事の裁判官としての活動すなわち予審審理そのものに対する監督権を規定したものである。決してない。問題はむしろ、予審判事に司法警察官を兼務させ、訴追と予審との分離というフランス刑訴法の構造上の大原則に抵触している点に在り、さらに、そのことと先記の予審判事を選択する権利とが結びついて、最低年齢二五歳をすぎたばかりの経験に乏しく貫録の不足している予審判事に対し検事長が実質上威光や權威を揮うことがままありえた点に在った(ステファニア「刑事訴訟法」三〇三)。そこでC・P・P・は、選択権を廃止すると共に、予審判事から司法警察官の地位・名称を奪って検事長の監督下からはずした(同三〇三)。ゆえに今ではもはや検事長の予審判事に対する監督権なるものは如何なる意味でも存在しない。(同時にC・P・P・は、共和国検事からも司法警察官の地位を奪うことにより、彼らを職制上上訴法院から独立させて位階的従屬性を弱め、彼らの固有権をさらに強固なものとした。)

予審判事に対する監督権以外にも、名目上は裁判所に対する検察官のさまざまな監視監督権なるものが存在する。しかしそれらの中味は、判決の執行、ある裁判所から他のある裁判所への書類送達(例えばC・I・C・一三三、

一三三條。C・P・P・一八〇、一八一條、判決や予審の決・裁定の關係當事者への送達(C・I・C・一三三條、C・P・P・一八三條)、および公判審理に立会うこと、である。何と監視監督とは、裁判所の走り使い、メッセンジャー・ボーイの仕事なのだ。裁判所に委せておくとインチキするといけないから、「私がやります、伝えます」という意味で監視監督なのであるが、アンシャン・レジーム期の国王の裁判官不信の表明ゆえ、今日では全く意味を失っている。また公判立會権は、英米法やわが法の觀念では、被告人の出席権(刑事に関する基本的人権の一つであるから、民法にも当然存在する)と對抗する原告の不可奪の權利であるが、裁判長の主導性・職権の極めて強いフランス公判手続では、しばしば検察官は法律の適用を求めるとどまるので、「只の飾り物じゃないぞ」という所を見せたくて、一部の学者が、これもまた今では無意味となったアンシャン・レジームの觀念で粉飾し公序と呼んでいるものにすぎない(J. Bouclys, M. LeClère, Code de procédure pénale commenté, 1973, p. 56)。裁判所書記に対する監視権も同じ意味合いのものである(Voir Delpech, op. cit., n° 49)。

最後に、裁判所以外の訴訟關係人や裁判關係機關に対する検察官の監視監督権の多くは、前述の如く(本論一〇末尾)弱者・要保護援助權利者の保護援助のために在るが、被疑者・刑事被告人の保護援助者であり民事手続でもしばしば検察官の對抗當事者である弁護士に対してまで、検事長が監視監督権を持つというのは、どう見ても當事者対等原則・検察官の純原告的地位と矛盾する、と思うかもしれない。

しかしその中味は、弁護士会理事會(Conseil de l'Ordre)が行なう弁護士名簿または試補名簿への登録と弁護士名簿からの抹消または抹消拒否とに関する決定に対し、登録請求者その他の利害關係人と並んで上訴法院に不服を申立てる權利(司法上および法律上のある専門職の改革に関する一九七一年二月三日のロワ二〇條、一九七二年六月九日のデクレ二一、四六、五二條)、登録された弁護士の名簿からの抹消を理事會に申出る權利(同ロワ一七條一號)、理事

会に対し弁護士に犯罪・非行を追及して懲戒を求め、手続が終るまで職務の一時禁止を求めまたは利害関係人と並んでその解除を求め、懲戒手続における理事会の決定に対し利害関係ある弁護士と並んで上訴法院に不服を申立てる権利(同ローワ三二二四条)、問題の弁護士の行動につき弁護士会長に調査を求める権利(同デクレ一三三條)、弁護士会理事および弁護士会長の選挙につき弁護士と並んで上訴法院に不服を申立てる権利(同ロー二五條、同デクレ一、一五條)、上訴法院長、大審裁判所長および弁護士と並んで理事会の制定または改正した内規の写しを送付される権利(同デクレ一二條)、そして執行委員会の権限外のまたは違法な決議・決定を無効にするよう利害関係人と並んで上訴法院に申立てる権利(同ロー一九條、同デクレ一二一五條)、であつて、いずれも対抗当事者としての弁護士の公正な業務(その中には当然刑事被疑者・被告人の適正な弁護も含まれる)を確保するために、通知を受け、必要な措置をとるよう上訴法院、弁護士会理事会または弁護士会長に申請する一種の訴権ないし請求権であり、上級監督権ではない。なお犯罪を構成する法廷での弁護士の行動に対し、在廷検察官は直ちに受訴裁判所に法廷現行犯の手続に従つて刑の適用を申立てるが(C. I. C. 五〇四六條、C. P. P. 六七五八條。なおある場合裁判所は検察官の申立をまたず職権で裁判す。 Voir Bergoignan-Esper, op. cit., p. 79-80)。これは一種の公訴権行使であつて監督権ではない。このほか在廷検察官には、法廷における弁護士の非行または義務懈怠に対する裁判所の懲戒に当り、弁護士会長またはその代理と並んで意見を述べる権利がある(同ロー二五條)。

以上により、フランスの検察官は決して、日本語の語感における監督権を弁護士に対して行使するものではないことが明らかである。法自体が明確に次のように述べている、「弁護士の職は自由かつ独立の職である。弁護士の独立およびこの職の自由を侵害するすべての行為は、この職の活動と両立しえない。(同ロー七條)」そして弁護士会自身が、弁護士会は全国的強制加入団体を持たず、会長や理事会の権限が確立し、内部規律が多様で、その規則が

違法な場合検事長が上訴法院に提訴しうる外は監督を受けないなど、法律家団体中最も自治が徹底している、と自負している (Association nationale des avocats, Au service de la justice — la profession juridique de demain, 1967, p. 127~130. 河原正和・中川登・更田義彦「フランスの弁護士制度改革の背景と新制度」(第二東京弁護士会編『諸外国の弁護士制度』(日本評論社、一九七六年)『一一八頁以下』)参照)。(一九七一年のロワは従来の制度を整理統合改正したのだが、検事長の干渉の骨子はほぼ旧制を踏襲している。旧制については Delpech, op. cit., n. 46.; 石川前掲一五五頁以下、新制については河原ら同右書同右頁を参照せよ。)

以上で法律の番人理念の虚像性がはっきりしたが、ドイツ絶対主義の法理論はその虚像をそのまま採用することもできなかった。絶対君主が検察官を名代にして、自分の臣下の一人である被告人の処罰について、自分の手脚の一つにすぎない裁判所の裁断を仰ぐというのは、理に合わない(上山前掲四一〇頁に引くカルミグナニ、シュタールの意見(同四一三頁注(3))。そうではなくて、従来裁判所に弾劾と審判との両権能を併せ持たせたと同独善化して民衆の不評を買ったから、それを避けるため両権能を、検察官と裁判所という異なる手脚に分掌させ、協力して真実の発見と法に基づく適正公平な処罰とに遺漏ならしめるのだ。これがサヴィニエーラ開明御用学者の主張であり、今日に及ぶドイツ刑法の基本理念となったものである。そして、これを不満とするミッテルマイヤーの公衆の代理人たる検察官、その訴追の不備を補うべきグナイストの補充的公衆訴追の主張は、フランス法の訴権の理念・構造の実像と完全に一致している。

一二 検察官の政府からの独立性、社会||人民||公衆の代表性の最も端的な表現たる起訴便宜主義の成立発展過程

フランス検察官が創立以来名実共に公衆の代理人として歩み続けて来たことを、最も象徴的に示すのは起訴便宜主義の成立・発展過程である。

検察官制度は先述の如く、大革命期の混乱に懲りて「もっと有効強力な訴追機関を」という声があがったのに応えて登場した。それゆえ検察官は、初めは専ら訴追促進のための機関と考えられた。この考え方は当然起訴法定主義と結びつく。事実C・I・Cには起訴便宜主義の規定はなく、逆に四七条は告訴告発により犯罪を知らされた共和国検事に予審請求を義務づけた。起草者の一人トゥレイヤールは述べている、「いかなる重罪も軽罪も違警罪も訴追されないままにされてはならない。この法律が第一に願うことは、規則の違反がすべて確認され訴追され裁判されることである。」(Rassat, op. cit., n° 305)

しかし早くも、復古王政下の一八一七年の司法省通達(circulaire de la chancellerie)は、「公序に全く関係のない軽微でしばしば無意味でさえある告訴に基づく予審と官訴追とがあまりにも増えすぎた」から、そのたぐいの事件は不起訴にするようにと述べ、その文言をそっくりそのまま踏襲して一八二六年二月八日の破棄法院刑事部判決は、告訴に対する検察官の自由裁量による不起訴処分を肯定し(ただしその告訴が私訴原告人となることの申立を伴わぬことを条件とする、と述べている。この条件の反対解釈から、この判例はまた、私訴原告人の検察官の意に反する公訴権始動権を認めたものと解される(Rapport Laurent-Arthalaïn, Recueil Dalloz 1907, I, p. 209)*)。さらにこれを一般化して一八二八年一月二九日の司法省通達は、「公序に留意し社会の平和を確保することを任務とする検察官は、公序なし社会の平和が乱されたか否か、その結果として公訴を提起することが必要または適当であるか否かを決定する唯一の者である。」と述べて、明確に起訴便宜主義を宣言した。(以上 Rassat, op. cit., n° 307)

この動きは、フランス資本主義の発生発達につれて資本家階級が王権と闘いこれを排斥して自らを社会人民

公衆と同一視させて行く過程で、彼らの刑法上のイデオロギーとして新古典学派理論を創造した動きと、完全に軌を一にしている（新古典学派創造のいきさつの概要はステファニア「刑法総論」七二、七三、拙論前掲「仏独近代……」一五一頁以下、拙論「ドイツ近代犯罪論体系の史的变化遷（法政理論一四卷二号、一九八一年）」八七〜八頁参照。この学派の理論を初めて明確に示したギゾーの政治犯論（F. Guizot, *De la peine de mort en matière politique*）につき江口前掲「ボワソナードと政治犯」参照。当時の政治社会情勢につき小山勉「初期トククヴィルの知的形成とその同時代的背景——一八〇五年から一八三一年まで——（法政理論一二卷三号、一九八〇年）」特に一八二〇年政治生活を辞してソルボンヌにもどつてからのギゾーと、クワザンらとの活動につき七七頁以下、濱聖罪処罰法とそれへの抵抗につき同三五頁以下、五四、五五頁、出版の自由の禁止に対する抵抗につき同五二、九〇、九二〜九四頁参照）。その証拠に、ブルジョアジーが復古王政との闘いに勝ち、同時に新古典学派理論が学界に制覇した七月王政期初頭の「一八三二〜五年には、解決刑事事件中検察官の不起訴決定の占める割合が一七・七〇％に、二月革命後さらにブルジョアジーが強力化し新古典学派が体系構築をめざして華々しい議論をくりひろげた一八五一〜五年には三二・〇一％に、第二帝政が没落しブルジョア共和制が確立し新古典学派理論が完成した一八七一〜五年には四六・六七％に、そして一九〇一〜五年には六二・五〇％（以後一九五〇年までほぼ同水準）に達している（A. Davidovitch et R. Boudon, *Les mécanismes sociaux des abandons de poursuites*, *Année sociologique*, 1965, ■ — *Évolution de la criminalité apparente judiciaire depuis 1831*. 不起訴率増加がすべて起訴猶予増加によるとは限らぬが、少くもかなりの部分がそうであることは間違いない）。かくしてC・P・P・は明確に起訴便宜主義を宣言するに至った（「共和国検事は告訴および告発を受理し、それらを訴追するか否かを評価する」C・P・P・四〇条）。

新古典学派はこう宣言する。たとえ刑罰法規所定の構成要件を完備している行為であっても、社会||人民||公衆の利益（論者は主としてブルジョア社会、ブルジョア階級の利益を念頭に置き、その保護を主眼にして主張しているのだが）を

害さぬ行為、またはそれを禁止すればかえって社会 \parallel 人民 \parallel 公衆の利益を害する結果となる行為は犯罪とならず、したがってその事件を訴追してはならない。また、刑罰法規所定の帰責条件を備えしたがって法がその処罰を命じている人でも、刑罰法規所定の刑罰の質・量が彼のなした犯罪に対する応報のために必要十分な範囲・程度を超えているときには、その刑罰を彼に科することは不正であり、したがってその人を訴追してはならない。と。(拙論前掲「ドイツ近代……」八七～八頁。同「仏独近代……」一五二～三、一五八～九、一六一～三頁。)

それゆえ、歴史的に見て、フランスの起訴便宜主義は、先述せる検事局の長の固有権や各検察官の口述の自由と同様に、検察官が社会 \parallel 人民 \parallel 公衆の代表として政府から独立して公訴権を行使する者である、という原理の一表現にほかならない。その意味で起訴不起訴決定権は検察官専属の一種の固有権であるから、政府(司法大臣)は、「起訴するな」と検事局の長に命令して起訴便宜主義の発動を促すことはできないのであって、起訴便宜主義を笠に着て起訴を怠っていると思われる検事局の長に対し「起訴したらどうか」と促すことができるだけであり、しかもこの命令すら固有権に阻まれて法的拘束力を持たないのである(これに対して、私訴原告人の起訴要求には、検事局の長は義務として従わねばならない。つまり、国家の命令には従わなくてもよいが、一私人の命には是れ従わざるをえない。検察官公訴が国家訴追にあらずして公衆訴追 \parallel 公衆代表者としての訴追たることの何よりの証しである。なお不起訴決定権の検察官専属性については A. Vitu, *Le classement sans suites, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1964, p. 505.)。かくて起訴便宜主義の発展もまた、名称通り共和国の代官 (*procureur de la République*、普通共和国検事と訳すが、検事局の長である所から検事正という訳もある。) つまり共和国政府の代弁者・手先として行動することを、フランス検察官に対して阻む方向に強く作用し、仮に政府と裁判所との間に敵対関係が生じた場合にも、検察官が政府の手先として裁判所に対する監視・監督権を實質的に発動することを妨げる。そして事実、王政復古期に瀆聖罪、不敬

罪、言論出版犯罪をめぐりこれを処罰せよとの王権の要請が、陪審員や議会の抵抗に遭ったとき、検察官はむしろ不起訴処分によって後者に好意的な姿勢を堅持しえたのである。(小山前掲三八頁参照。これに反して、近代絶対主義国家の中央集権的官僚機構の一員として国家の利益のために国家の訴権を行使する者として創設されたドイツ検察官は、同じ官僚機構の一員たる裁判官と協力して絶対主義国家の法秩序維持に当たることを任務とするから、その法秩序において犯罪とされる行為を、自己の判断で(国家利益のためでなく社会||人民||公衆の利益のために)訴追しない、というようなことを許されない(起訴法定主義)という必然的帰結に導かれたのである。)

結 論

叙上を通じて考えさせられたことを略記して結論にかえる。

(一) 研究の仕方に対する反省

(a) フランス刑訴法を理解するにはフランス法とフランス人自身の著作とを読まなければならない。ドイツ人のフランス法理解にはイデオロギッシュな偏向・歪曲があるので、そのまま信用してはいけない。

(b) 従来フランス刑訴法の実体研究が(部分的にはともかく全体的考察としては)ほとんどなされていなかったため、「英法→仏法→独法→日法↑→米法↑→英法」という近代刑訴法継受の道筋の中で、「英法→仏法→独法」という継受過程の理解は、想像臆説や孫引きの範囲をあまり出ていなかった。しかし、これら一連の(変奏・歪曲を含む)継受の道筋を正確かつ全体的に把握することは、各法の理念・構造の意義・個性・特質な

んづくわが法のそれを理解し、相互の長短なかんづくわが法とその他の各法とのそれを比較し参考とするために、絶対に欠くことができない。しかして、この継受の鎖の中で仏法は、英法と独日法とを架橋する要^{キヤウ}の地位に在るので、これを抜きにして英米法と独日法とを直接比較しても、要領を得ることはむづかしい。それゆえ、フランス刑訴法の全体像の研究は(刑法もそうだが)、わが刑事法学界の一大急務である。(そうと思ひ定めて勉強し始めてからかれこれ一〇年、やっとフランス刑事法の輪廓がつかめて来たので、前掲拙論と本論とで諸国刑法および刑訴法の理論・構造の關係を解明する仕事に着手したのだが、一人でやるのは気の遠くなるような話。私より遙かに適任の方々の賛成と同行を願うや切である。)

(c) 刑訴法は緊密な体系をなしているので、個々の制度・規定・理論をバラバラに読むと、こちらの先入見に當てはめてとんだ間違いをしがちである。歴史も過去から現在まで通してみないで一断面だけを眺めると、同じ間違いを起こす。まず一冊の教科書、一冊の通史をしつかり読みこんでから、その中にきちんと位置づけて個々のものを見なければいけない。(「博クシテ精ナラザル者ハ有リ、未ダ博カラズシテ能ク精ナル者ハ有ラザルナリ。」楊守敬「激素飛清閣平碑記」自序)。

(d) 各法体系にはそれぞれ独自の論理・観念・用語がある。訳語はそれらを自國法の論理・観念・用語に合わせて切りつめたり引き伸ばしたりするダマステースの寝台であるから、訳語固有の意味から原意を想像してはならず、必ず実体を調べて確認しなければならない。

(一) フランス刑訴法からせひ学び取るべき事から(括弧内は筆者のコメント)

(a) 国家と社会||人民||公衆とは明確に区別される。

(b) 公訴は公衆訴追であつて国家訴追ではない。

(c) 検察官は被害者以外の一般公衆を代表して公衆の科刑請求訴権を代理行使する。

(d) 検察官をして眞の公衆の代表者たらしめる制度的保障として別に私訴を置くほか、検察官に固有権と口述の自由とを与える。(わが国への導入を考える場合には、他に、検察官の選任方法を含む検察組織の全体構造および警察機構との関係を、公衆の代表たるにふさわしいものに改革する必要があるが、その検討は今後の課題である。)

(e) 被害者もまた公衆を代表し公訴権を始動させる権利を持つ。(わが国に導入する場合、被害者に自ら公訴権を行使する権能まで与えるべきか否か、損害賠償請求訴権を公訴権駆動権に併せて刑事裁判所の前で行使させるべきか否かは、別途考慮すべきだが、今の所筆者は、必ずしも肯定することを要しないのではないかと考えている。)

(f) 一般利益と不可分の集合的利益の保護を目的とする職業組合や市民団体に広く私訴権を認めて、検察官公訴を補充し叱咤する。

(g) 検察官・司法警察官は、被疑者・被告人および私訴原告人と対等の純原告である。

(h) それゆえ彼らは、被疑者尋問権、証人聴問権その他の強制捜査権を持たない。

(i) それらの権能を用いなければ起訴の当否を評価する基礎として十分な証拠を収集しえないときには、裁判官(または陪審)にその権能に基づく証拠収集とそれに基づく付公判の可否の判定を委ねる。(これに伴い、その機関の組織と権限(許される証拠収集方式)とをどう定めるか、訴因制度をどうするか、Xに対する起訴を認めるか否か、予審(予備審問ないし大陪審)の記録手続(調書)の証拠能力および証明力をどうするか(起訴状一本主義を採るか否か)、公判審理は職権主義で行くか当事者主義で行くか(予審、予備審問または大陪審で収集された証

拠は記録化して裁判長に直接移送されるのか、それとも一旦検察官にもどし公判で検察官が改めて提出するのか、後者を採るとすれば証拠開示をどうやって行なうか、などの問題点の検討が必要となってくるが、それは今後の課題である。）

(j) 公衆訴追と小陪審（公衆自身による本案終局裁判）とは不可分の関係に在る。（小陪審の組織・権限・判定方式などは、フランス法式がよいか英米法式がよいか、さらに何らかの工夫が必要かは、今後の検討課題である。）

(k) （総じてフランス式の公衆訴追—小陪審の方が英米法のそれよりも、わが現行法制になじみ易く、導入し易いように思われる。）

「有難う」とプロセデュール・クリミネル・ドゥ・ラ・フランスが筆者に言った、「私の待ってた騎士さんにしては齡を取りすぎてたけど、あなたは精一杯やってくれたわ。きっとあなたのを追って、若くてハンサムな騎士さんが、私をたすけに来てくれるわよね。」