

私人訴追主義と国家訴追主義

鯨越, 溢弘
九州大学大学院法学研究科博士課程

<https://doi.org/10.15017/16183>

出版情報 : 法政研究. 48 (1), pp.33-118, 1981-09-10. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

私人訴追主義と国家訴追主義

鯨越 溢弘

序章 問題意識の提示

一 戦後三〇年にわたる刑事訴訟法学の発展は今日、刑事訴追をめぐる諸問題を根本的な批判の俎上にのぼらせるに至っている⁽¹⁾。しかし刑事訴追をめぐる諸問題をいかなる観点から体系的に再検討すべきかという基礎視角はまだ確立されていない⁽²⁾。

訴追形式については、従来からその主体に着目して、犯罪の被害者が行う被害者訴追、一般市民の誰でも訴追しうる公衆訴追、国家機関としての検察官が行なう国家訴追⁽³⁾があげられるが、それは刑事訴訟法の基本的な性格ないしは刑事訴訟法の解釈総体を規定する原理・原則として深化されてはいない⁽⁴⁾。

国家と市民との対抗の中で訴追理念を構成するとすれば、国家訴追主義と私人訴追主義という相互に対立する訴追理念を考えることができよう。国家機関としての検察官が刑事訴追を行うべきだとするのが国家訴追主義（そして起訴独占主義）であり、一般市民が刑事訴追権を行使すべきだとするのが私人訴追主義である。このように考えれば被害者訴追・公衆訴追・大陪審による訴追はいずれも私人訴追主義に属するものといえることができる⁽⁵⁾。

本稿の主たる課題は、右に指定した国家訴追主義と私人訴追主義という相互に対立する訴追理念が刑事司法の中で

有する意義を、私人訴追主義を維持・発展させてきたイギリスと、国家訴追主義を生みだしてきたフランスを中心としたヨーロッパ諸国における刑事訴追制度の發展史を辿ることによって明かにしようとするものである。このような問題意識の背後には、わが国の刑事訴追制度に対する批判的な視点が前提とされている。

二 わが国は、明治五年の検察官制度の創設以来、大陸の法制に倣って、国家訴追主義を刑事訴追の基本理念としてきた。⁽⁶⁾

国家訴追主義の長所は、被害者その他一部の者の感情や利害に左右されることなく、又地域的に刑に輕重を生ずるといふ不公平におちいることなく、全体的な観点、全国的な視野から犯罪の訴追を行うことができる点にあると解されている。⁽⁷⁾ 確かに、国家機関である検察官には、被害者や利害関係人に比べ、私的な感情や利害に基づいて刑事訴追を行う危険は少ないであろう。しかし、検察官が恣意的な刑事訴追権の行使から全く自由であるというわけではない。私的な感情や利害からは比較的免れ易い検察官も別の観点——階級的な利害感情——から刑事訴追権を恣意的に運用する危険性がある。というのは、通常の事件においては、検察官は被害者である市民の代理人ではなく、被告に対しては理性的対立者にとどまるのが常態であるのに対して、集団公安事件とか内乱事件においては、侵害された秩序そのものの代理人として立ち現れるのであり、その限りにおいて、被告に対して被害者としての感情が働くのであり、政治的な配慮に基づいて刑事訴追権を行使しがちだからである。⁽⁸⁾

国家訴追主義のもたらす弊害がいかに甚大なものであるかを示す好例をわれわれは我国の戦前の刑事司法の運用の経験の中に持っている。すなわち、戦前の天皇制ファシズム体制下において、検察官は国家理念、国家的正義の具現者として国民に対峙し、「検察ファシヨ」と呼ばれる圧制的な刑事司法を出現せしめたのである。

「検察ファシヨ」の意味するところは、「一般的には、検察官が刑事訴追権を独占していることから、その裁量によ

って、例えば帝人事件のように瀆職事件を大きく取り上げ、内閣を倒したり、又は放任しておくというように、政治的意図に基づく刑事訴追権の運用であると解されている⁹⁾。しかし、国家訴追主義の弊害は恣意的な訴追裁量という訴追手続の場面においてのみ現れるわけではない。というのは、刑事訴追手続は、捜査手続と公判手続を媒介する環であり、いかなる訴追理念に基づいて、誰に、いかなる条件を付与して刑事訴追権を与えるかによって刑事手続全体が大きな影響を受けるからである。

「検察ファショ」とは、刑事訴追権を梃として司法組織の中で政治的權威を高めた検察官が刑事手続全体を事実上支配することによって成立した「糺問主義的検察官司法」の謂である¹⁰⁾。

三 わが国の検察官制度は明治五年、司法省の権限強化を意図する江藤司法卿の下で「法權及人民ノ權利ヲ指摘シ良ヲ扶ケ悪ヲ除キ裁判ノ当否ヲ監スル」強力な地位・権限を付与されたフランス型検察官として組織された¹¹⁾。しかし、明治七年、大久保内務卿によって強引に推進されようとしていた行政主導型の富国強兵・殖産興業政策は一切の司法的チェックを排除することなしには貫徹しえないものであった。そこで、大久保内務卿の意図に沿うべく行なわれた司法改革において、検察官の権限は刑事事件の捜査及び訴追に限定され、いわゆるドイツ型検察官へと再編成されるのである¹²⁾。そして国内の治安維持の役割は司法省の検察官から内務省の警察へと移行した。その結果、明治時代中ばには、検察官は捜査手続にはほとんど関与せず「検事は司法警察官と裁判官との間に立、刑事事件の取次を為すに過ぎず」という状況が生まれたのである¹³⁾。

右のような状況にあった検察官が「検察官司法」といわれる程に司法官僚内部で威信を高める契機となったのは、日糖事件・帝人事件といった疑獄事件への介入であった¹⁴⁾。これらの事件では、司法省民刑局長平沼騏一郎の陣頭指揮の下に、検察官自らが直接捜査に乗り出し、事件を摘発したのである。これを契機として、実際の捜査は勿論、捜査

の開始決定、捜査方針及び方法に到るまで一切を司法警察官に委ねていた従来の捜査慣行は破られ、檢察官主導型の犯罪捜査という慣行が確立してゆくのである。¹⁵⁾

檢察官による捜査手続の支配は、更に刑事訴追権の裁量的運用及び刑の執行猶予制度と結びつけられることによつて、檢察権力の飛躍的強化をもたらした。それは、財閥との癒着によつて腐敗を深めていた政党人を震撼させたのみならず、司法官僚をも事実上の支配下におくに充分なものであった。¹⁶⁾ (司法行政上の問題はここではおくが)。

捜査—訴追手続が檢察官に掌握されることによつて「予審判事ハ判事ノ地位ヲ有スルモ真ノ意味ニ於テ裁判セズ。……其ノ實際ニ於テ寧口檢事ノ補助機關トシテ捜査ヲスルノ觀ナキニ非ズ」という状況が生まれ、¹⁷⁾ 重疊する糺問主義的捜査の貫徹は、訴追側に対する公判裁判官の一方的信頼と遠慮とを醸成し、起訴状と共に提出される一件書類(檢察調査書、予審問調査書等)に専ら依拠した判決が下されるといふ状況が大勢を占るに到つたのである。このような「檢尊判卑主義」¹⁸⁾ともいうべき、檢察官による刑事司法の支配は勢い刑事手続全体を糺問主義的な色彩の濃いものとせずにはおかない。被疑者・被告人の防禦權・人權は全く無視され、司法官憲の違法捜査は犯罪追求の為の仕事熱心の故のゆきすぎとして寛大に処理される。

何年にも及ぶ不法拘禁、自白強要のための拷問、更には令状なしの逮捕・搜索・押収等捜査官憲によるあらゆる形態の人權侵害も、檢察官による刑事司法の事実上の支配を前提として初めて可能であつたといつてよい。

戦前の「日本では、個人の權利の最も重要な侵害は、種々の警察機關、とくに特別高等警察および憲兵隊の何ら制限されない行動ならびに檢察官(檢事)の行為を通じて行なわれた。あらゆる態様の侵害が警察および檢事により、一般の法律の実施に際し、とりわけ思想統制法の実施に際して行われた」といふG・H・Q法制担当官マロイ・E・ラウエルの戦後司法改革にあつた指摘は的確なものであつた。¹⁹⁾

四 戦後刑事司法改革の目標は、それ故、「検察ファシヨの再現を防止すること」と「人権蹂躪事件の再発を防止すること」であるとされたが、これは「糺問主義的検察官司法」からの脱却を意味していた。

「糺問主義的検察官司法」からの脱却——司法と検察の分離（裁判の独立の達成）——を完全に成し遂げるためには、なによりも刑事訴訟法の全面的な改正——大陸法の流れをくむ糺問主義的な刑事訴訟法から英米法に倣った当事者主義的な刑事訴訟法への移行——が必要であった。従来の刑事訴訟法には知られていなかった諸制度・理念が新しい刑事訴訟法のために提出された。強制処分について令状主義の徹底、予審制度および被告人訊問の廃止、起訴状一本主義、訴訟法の導入、伝聞法則の採用等々。これら諸制度・理念が新しい刑事訴訟法に採用されたことで戦後刑事手続は少くとも公判手続では面目を一新したといつてよい。糺問主義・職権主義に対する当事者主義の強調——これこそ戦後の刑事訴訟法の改正作業における最大の成果であったし、又、戦後三〇年に亘る刑事訴訟法学の指導理念でもあった。

しかし、新刑事訴訟法において国家訴追主義はどうなったか。戦前の「糺問主義的検察官司法」が国家訴追主義に基づく検察官の刑事訴追権の運用を梃として形成されたことを考えれば、国家訴追主義をめぐる論議こそ最も重要な課題であったはずである。

五 戦前の刑事司法の実践の中で、その弊害を露呈していた国家訴追主義に対し、最もラディカルな改革案を提出したのは、G・H・Qの法制担当官マニスカルコ大尉であった。彼は、昭和二一年三月、わが国政府に対し「刑事訴訟法に対する修正意見」を提示したが、⁽²⁰⁾その中で訴追制度については、起訴陪審の採用、私人訴追の導入、⁽²¹⁾検察官の公選制を提案したのである。この提案は、国家訴追主義に立脚する戦前の訴追制度とは明かに異質のものであり、⁽²²⁾刑事訴追権に民衆的基礎を与えようとする点で私人訴追主義への志向をもつものであった。

これに対しわが国政府は国家訴追主義をあくまで維持しようとした。⁽²³⁾すなわち、戦前の糺問主義的な刑事手続に

愛着を持つ司法当局は、「人権蹂躪事件」の発生の原因は、捜査機関が合法的な強制捜査権をもたなかったことにありと主張し、「人権蹂躪事件」の再発防止のためにも検察官の権限強化が必要であると主張したのである。⁽²⁵⁾

G・H・Q側の見解とわが国政府の見解は真正面から対立しているのであり、従って、私人訴追主義と国家訴追主義という訴追理念にまで立ち帰って議論さるべきであった。

しかし、当時のわが国には訴追理念としての私人訴追主義についての関心は充分ではなく、又、短期間に改正作業を終了する必要から、国家訴追主義と私人訴追主義という相対立する訴追理念についての理論的検討はほとんど行われなかった。⁽²⁷⁾

そのために、国家訴追主義の控制手段として提起された起訴陪審制度及び私人訴追制度も私人訴追主義という訴追理念との関連で十分に理論的に深化されることなく、単に技術的次元において解決がはかられたにすぎない。すなわち、起訴陪審制度は検察審査会制度⁽²⁸⁾に、私人訴追制度は準起訴手続⁽²⁹⁾というように、最初の改革提案は至少化され、その効果を減殺されたりえて戦後刑事司法制度の中に採用されたのである。

しかし、職権濫用罪にあたる犯罪について検察官が公訴を提起しない場合には、事件を公判に付すよう裁判所の審判を仰ぐことができるとした準起訴手続と、不起訴処分不満がある場合には、市民の中から選ばれた審査員に審査を申し立て、議決を求めるとすることができるとした検察審査会制度は、戦後改革の重要な成果であって、私人訴追主義という訴追理念との関係で再評価するならば、今日いわれている以上の意味を付与することができる。

六 以上の論述でほぼ明かにした通り、われわれの志向は、国家訴追主義の控制原理として、私人訴追主義を再評価することにある。そのためには、私人訴追主義と国家訴追主義の形成過程とそれがどのような相剋を繰り返しながら近代刑事手続を形成してきたかを理解しなければならない。イギリス、フランス、そしてドイツを中心としてヨ-

ロッパ諸国の刑事手続の発展史を概観しようとするのはそのためである。

- (1) 捜査―訴追―公判―刑の執行という刑事司法の全手続段階に関与する検察官の機能をめぐって、昭和三〇年代以降、捜査構造論、公訴権濫用論、公判専従論、証拠開示論、更には検察官の地位ないしあり方をめぐる検察官論が展開され、更に檢察審査会、準起訴手続をめぐる議論も活発に展開されるに到っている。このような成果の上に立って、刑事訴追制度の根本的な再検討が可能となっている。
- (2) 「官僚司法」対「民衆司法」乃至「刑事司法の民主化」といった方向ではすでに分析の視角は与えられているといえるかもしれないが、訴追理念の対抗というまでには徹底純化されていないと思う。小田中聡樹「現代司法の構造と思想」（昭和四八年、日本評論社）、庭山英雄「民衆刑事司法の動態」（昭和五三年、成文堂）、横山晃一郎「戦後の刑事手続における当事者主義思想の展開」（『現代日本の法思想』昭和四七年、日本評論社）参照。
- (3) 平野龍一「刑事訴訟法」法律学全集43、昭和三三、有斐閣）二頁、田宮裕「刑事訴訟法Ⅰ」（昭和五〇、有斐閣）四五〇頁など。
- (4) 私人訴追主義についての理論的検討が不十分であるために、準起訴手続も「国家訴追主義の例外ではない」というような評価が生まれる。平田胤明「新版刑事訴訟法」（高田卓爾編・別冊法学セミナー、基本法コンメンタール、昭和五四年、日本評論社）二二二頁参照。
- (5) 小野清一郎「新刑事訴訟法概論」（昭和二六年、法文社）七〇頁、R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatkläger. (1891) P. 9.
- (6) 我国の検察官の導入過程については、横山晃一郎「明治初年における検察官制度の導入過程」（『刑事裁判の理論』鴨良弼先生古稀祝賀論集、昭和五四年、日本評論社）を参照。以下の記述もそれに負っている。
- (7) 横山晃一郎「刑事訴訟法の解釈」（昭和四〇年、中央経済社）一〇一頁。
- (8) 横山晃一郎「憲法と刑事訴訟法の交錯」（昭和五二年、成文堂）二四三頁参照。
- (9) 最高検察庁中央広報部「新検察制度十年の回顧」（『法曹時報』一〇巻二号）四〇頁。
- (10) 小田中聡樹「刑事裁判制度の改革」（東大社研編、『戦後改革4、司法改革』一九七五年）一七八頁以下。

- (11) 横山「明治初年における検察官制度の導入過程」一三一頁。
- (12) 横山・前掲一四一頁以下。
- (13) 光行次郎「検察権運用の推移」(法曹会雑誌一七卷一一号)七八頁。
出射義夫「検察制度の研究」(司法研究報告書26輯4号)四一、一五九頁。
小田中聡樹「大正刑訴の歴史の意義」(都立大学法学会雑誌八卷一號)一四頁、一五頁。
松尾浩也「司法と検察」(裁判法の諸問題(中))一三四頁。
- (14) 三井誠「検察官の訴追裁量」(法学協会雑誌八七卷九・一〇合併号)三九頁。
三谷太一郎「近代日本の司法権と政党」(昭和五年、塙書房)五一頁以下。
- (15) 三谷・前掲、五三頁。
- (16) 光行・前掲、七九頁。
- (17) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(以下、単に『制定過程』と略称する)」(一)(法学協会雑誌、九一卷)一〇九六頁。
- (18) 尾佐竹猛「判事と検事と警察」(総葉社書店、大正一五年)三頁。
- (19) 『制定過程(六)』(法協九二卷)五七六頁。ラウエルは、憲法改正問題を担当した占領軍総司令部民政局課長である。彼は憲法条文の中に、令状主義・事後処罰の禁止・無罪の推定・被疑者の弁護人選任権・迅速・公開の裁判を受ける権利・二重の危険の禁止・黙秘権などの規定をおくよう提案した。
- (20) 『制定過程(六)』(法協九二卷)五八九頁。
- (21) 「公訴ハ検察官之ヲ行フ」と定めた旧刑事訴訟法二八七条の前に「被告人ハ起訴陪審ニヨリ為サレタル起訴評決又ハ申告ニ基ツクニ非ザレバ一年以上ノ拘禁刑、終身若クハ不定期ノ拘禁刑又ハ死刑ニ該ル犯罪ニ付責ヲ問ハルル(公訴ヲ受クル)コトナシ」という規定を置くことを提案している。
- (22) 「公訴ノ提起ハ予審又ハ公判ヲ請求スルニ依リテ之ヲナス」とする旧法二八八条を廃止し、「公訴ノ提起ハ最高刑が一ノ年ノ拘禁刑ナル罪ニ付テハ起訴陪審起訴ノ提出ニヨリ之ヲ為ス」という規定を二三〇条として新設することを提案している。『制定過程(六)』(法協九二卷)六〇二頁。ここでいう告訴・告発・起訴陪審起訴は、英米法にいうコムプレイント

- (Complaint) インフォメーション (Information) 及びインディクトメント (Indictment) に対応するものである。
- (23) 検察官の公選制と地方分権化は「刑事訴訟法に対する修正意見」と共にマニスカルコ大尉が提示した「裁判所構成法修正案」の中で示されている。米国の地方検事がそのモデルであったことは容易に推測しうる。小田中「刑事裁判制度の改革」二一〇頁参照。
- (24) 最高検察庁中央広報部「新検察制度十年の回顧」一八四頁。
- (25) G・H・Qの改革提案に対する我国政府の抵抗については、小田中・前掲、一八九頁参照。
- (26) 検察官による人権蹂躪に対して、民衆によるコントロールを行なおうとする試みは既に戦前から存在したが、時代的潮流とはなりえなかった。三井誠「検察審査会前史」（関西検審一五号、一九七四年）参照。
- (27) 「刑事訴訟法25年の軌跡と展望」（ジュリスト五五一号）所収の馬場義統「占領下における刑事法制定雑感」二二頁以下、座談会「刑事訴訟法の制定過程」参照。
- (28) 篠倉満「わが国の検察審査会とアメリカの大陪審制度」（ジュリスト一九七三年一〇月一〇日号）八二頁以下、利谷信義「戦後改革と国民の司法参加」（『戦後改革4、司法改革』一五三頁、小田中「『検察の民主化』と検察審査会」（法律時報五〇巻九号）一七頁以下参照。
- (29) 準起訴手続はドイツの起訴強制手続に倣ったものとされる（平野龍一「刑事訴訟法」一二七頁）が、裁判官の決定によって公訴提起があったと同一の法的効力が生ずる点又、弁護士が訴追を行う点においてドイツの起訴強制手続とは大きな違いがある。
- 準起訴手続が検察官の起訴独占を破るために国民乃至弁護士会に刑事訴追権を付与せよという戦前からの要求、更に私人訴追を認めよというG・H・Qの提案に対応して創設された手続であることを考慮すると私人訴追の変形として再構成する余地があるように思われる。尚、戦前から準起訴手続類似の提案がなされていたことにつき、小田中「大正刑事訴訟法の歴史的意義（一四）」同「準起訴手続とドイツ起訴強制手続の立法過程について」（法律時報四五巻九号）四一頁以下参照。

第一章 私人訴追主義の形成

序節 はじめに

一 ヨーロッパ大陸の諸国では、犯罪の捜査に関わり、証拠を収集し、起訴を行ない、裁判において訴訟を進行する義務は、国家機関たる検察官の手に委ねられているが、イギリスには、大陸諸国の検察官に匹敵するような刑事訴追のための強力な国家機関は存在せず刑事訴追は私人の誰でもが行いうるものとされている。⁽¹⁾

確かに、イギリスにおいても公訴長官 (Director of Public Prosecution) ⁽²⁾ がおかれ、同長官の部局が、最も重大な犯罪について刑事訴追を行う責務を負っているが、その組織は大陸諸国の検察官組織と比べると極めて小さなものであり、その権限及びそこが処理する事件数においても比較にならない。⁽⁴⁾

更に、今日のイギリスにおいて、實際上、大多数の犯罪を訴追しているのは警察であるが、このことは私人訴追の原理、すなわち私人訴追主義と何ら抵触するものではない。何故なら、警察が訴追する場合でも、警察は一人として、公衆の一人としての資格において犯罪を訴追しているのであって、彼には一人に付与されている以上に特別の権能はほとんど与えられてないからである。⁽⁵⁾ 警察による訴追が大多数を占めているということは、彼が犯罪についての関心を持たざるをえない職に就いているということ以上の意味を持たない。⁽⁶⁾

イギリスの訴追制度の変遷をみると、後述する如く、被害者訴追—告発陪審訴追—治安判事の訴追—警察訴追というふうに、犯罪の大多数を訴追する担い手は順次変化してきたのであるが、いずれの時代においても「私人訴追の原理」すなわち私人訴追主義の原則は一貫して維持されてきたのである。

それでは何故、イギリスにおいては私人訴追主義が維持・発展させられたのであろうか。このことを明かにするた

めには、イギリスの訴追制度の変遷を、その社会的発展史の中で辿る必要があろう。何故なら、刑事訴訟は極めて政治的・社会的な法領域を構成しているからである。又、訴追制度の変遷を社会的発展の中で辿ることを通じて、私人訴追主義が刑事司法の中で有する意義についてもより鮮明にすることができよう。

第一節 被害者訴追

一 イギリスの刑事手続が大陸諸国の刑事手続と異なった独自の発展を示すようになるのは、早くともノルマンディイ公ウィリアムによるノルマン征服（一〇六六年）以降のことであるが、その前史として、古代アングロ・サクソン時代の訴追制度について記述する必要がある。

なぜなら、ノルマン王朝は、従来のアングロ・サクソンの法と異質の法によって新領土を統治しようとしたのではなく、アングロ・サクソン古来の法慣習を体系化することによって統治しようとしたからである。又、封建諸侯をはじめ、イギリスの民衆が国王権力に対抗して自己の権利・利益を擁護しようとする際、彼らはしばしば、アングロ・サクソン以来の法慣習―しかも、時代に適合するようにディフォルメされた法慣習―に訴えたからである。

二 ノルマン征服前のイングランドは、アングロ・サクソン人の定住地であったが、その社会は、本来、古代ゲルマン社会と同様に氏族的血縁共同体を基礎として構成された比較的均等に配分された耕地（ハイド）を耕す自由な農民の社会であった。⁽⁸⁾ 階級の分化は未だ際だったものとはなっておらず、他の古代ゲルマン社会とはほぼ同様の発展段階にあった。それ故、裁判手続も古代ゲルマン社会のものと同様のものであったと考えられている。⁽⁹⁾

古代社会において最古の、そして最も重要な共同体は共通の出自に基づく氏族（Gippe）であったが、裁判において主要な役割を果たしたのも氏族であった。⁽¹⁰⁾

氏族構成員の誰かに加えられた侵害（犯罪）は、氏族全体の栄光に対する侵害であり、それ故、攻撃者の氏族に対するフェーデ（Fehde）と血讐によって回復さるべきものと観念された。⁽¹⁴⁾しかし、報復としてのフェーデは、その無制約性の故に、報復された氏族の新たな憤激を喚起し、際限なくくり返えされるフェーデの応酬に陥る危険を伴っていた。⁽¹⁵⁾古代社会の裁判の目的は、かかるフェーデを終息させ共同体に平和と秩序を回復することであった。

それ故、裁判は贖罪金の支払い又は犯人の引渡しを条件としてなされる氏族間の和解をめざす契約的 성격の強いものであった。換言すれば、古代社会の裁判は、当事者となる氏族が、裁判手続によりフェーデを終息させるということと及び判決に誠実に従うということとを内容とする訴訟契約の締結を前提として始めて成立しえたのである。⁽¹³⁾

裁判はいわば合法的フェーデーフェーデの平和的形態と考えられたから手続は被害者の訴によって開始された。かかる意味において古代社会の訴追形式としての被害者訴追は理解されるのである。

訴追は召喚に応じて出頭した被告人に対して、形式的な儀式に従って被害者自身が行うべきものとされていた。⁽¹⁴⁾手続は、当事者の弁論を中心に進められ、裁判官は裁判を主宰するという消極的役割を果たしたにすぎない。⁽¹⁵⁾原告の訴に対し、被告人は一語一語応答すべきものとされ、その応答の中で訴を承認したり否認したりすることができた。⁽¹⁶⁾

当事者の弁論が終ると裁判官は判決発見人に判決の提案を求め、提案された判決は会衆の裁可に委ねられた。⁽¹⁷⁾判決は、被告人が原告の訴を承認するか否かで内容を異にした。訴を承認した場合には贖罪金の支払いを命ずる終局判決が下され、否認した場合には証拠方法および証明に敗れた当事者が贖罪金の支払いを行うべき旨を命ずる判決が下された。⁽¹⁸⁾古代ゲルマン社会で使用されていたのは、宣誓・神判・決闘といった形式的証拠方法であったが、アングロ・サクソンでは証拠法としての決闘は知られていなかった。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

このように、古代社会においては被害者訴追を基礎として、口頭・公開の形式的証拠法による当事者主義の訴訟が

行われていたのである。⁽²²⁾

三 古代アングロ・サクソン社会において被害者訴追が行われたのは、既に述べた如く、捜査機関・裁判機関が未発達であるという点に最大の理由があった。しかも、その訴追は贖罪金の獲得、又は犯人の引渡しといった氏族の失なわれた栄光の回復を目的としたものであって、今日いう私人訴追主義の理念とは異質なものであった。しかし、被害者訴追に基づく訴訟原理のいくつかは後世の私人訴追主義の形成にとって重要な意義をもっている。何故なら、イギリス民衆は、既に述べた如く国王権力との闘争の中で、絶えず自由で平等であった古代社会をふり返り、その刑事手続を想い起したからである。⁽²³⁾

第二節 被害者訴追の衰退

一 被害者訴追は、自由民を基礎とした氏族共同体を歴史的与件として存立していたのであるが、九世紀末葉以降、アングロ・サクソン社会も次第に変貌を遂げ、封建国家へと移行して行く。⁽²⁴⁾それは、将にゲルマン民族の大移動によって開始された部族国家の建設という、ヨーロッパ社会全体に生じていた歴史的発展と軌を一にするものであった。征服戦と土地の分封とを媒介としてゲルマン民族は各地に部族国家を建設していったのであるが、この過程で氏族の紐帯は弛緩し、⁽²⁵⁾身分と戦功とに応じて行なわれた土地の不平等な分配は、大土地所有者としての国王・諸侯・騎士といった封建領主の抬頭と自由民の没落、すなわち、没落自由民の封建領主への従属をもたらした。⁽²⁶⁾かかる社会的変化こそ、被害者訴追の衰退と民衆裁判の形骸化の要因であった。

二 古代社会の裁判は、被害者訴追が原則であったが、それは、実際には、被害者を含むジッペの訴追を意味していた。犯罪はジッペに対する挑戦と観念され、裁判はフェーデの平和的形態と考えられていたから、被害者自身が訴

訟手續上原告となるべきだとされてきたとしても、その訴追に実効力を与えていたのは被害者の属するジッペであった。訴訟契約を締結したのもジッペであったし、証明手續において宣誓補助者の提出、犯人の発見・追跡・逮捕についての協力、そして敗訴の際の贖罪金の支払い等、裁判全体に渡って、原告・被告共にジッペの協力なしに訴訟手續を実行することは現実的には不可能であった。

被害者訴追の衰退はまずはジッペの解体にその原因が求められるのである。私人訴追を維持しようとするればそれを補助する新たな共同体、ないし共同体の機構が準備されなければならない。

更に、自由民の没落は、古代社会に行われていた民衆裁判を形骸化させることとなった。古代社会において、被害者がフエーデに代えて裁判による解決を選択したのは、当事者と法意識を均一にする判決発見人・会衆によって裁判手續・判決の公正さが担保されていたからに他ならない。

自由民の社会的・経済的没落と封建領主への従属は、階級的利害の対立を契機とする法意識の断絶を生みだし、判決発見人の固定化―世襲化と自由民の会衆としての裁判弾劾機能の喪失とは、一般民衆の裁判への関心を減退させるものであった。このことは間接的にせよ被害者訴追を衰退させる要因を形成したのであろう。私人訴追を維持・発展させるためには、裁判を民衆の身近のものとし、共通の社会的・経済的利害に媒介され均一の法意識を持つ階級の手に委ねなければならない。

三 被害者訴追の衰退は、それに代わって国王の裁判所とその裁判手續の形成とを助長する間隙を与えた。

封建国家の裁判手續の特徴は王権の伸長に伴って、被害者訴追に基礎を置く当事者主義的訴訟手續が衰退し、それに代って、職権訴追に基づく糾問主義的な訴訟手續が生まれたことであるが、その典型的な例が、今日「フランクの糾問」と呼称される手續である。

フランク王国においても被害者訴追が原則とされていたが、ジッペの解体がその実行を困難なものとしていた。そこで、多くの犯罪者が処罰されないまま放置され、「ラントにとって危険な人物 (landschädlich Leute)」が訴追を免れているという観念が現われた。又、封建領主間のフェーデを禁圧すべしとする要求は依然として根強く存在していた。

被害者訴追の不振を補充するものとして、メロビンガ朝の時代に既に職権訴追の萌芽が現れていたが、それは現行犯の場合と王室が原告となる *Fiskalklage* (被害者の人命金が王室に帰属する訴訟) の場合に制限されていた。

しかし、領主権を超越して、ある程度の一般臣民制を布き、人民全体を「平和国家 (Friedensverband)」にまとめあげようとしていたカロリング朝の国王は、職権訴追の強化にその一方策を求めた。⁽²⁸⁾ そのために創出されたのが、「フランクの糺問」として著名な「告発手続」(Rügeverfahren) と「糺問手続」(Inquisitionsverfahren) である。すなわち、国王は、諸勅令によって国王の代官、特に巡察使に対して、各地方の信用ある名望家を招集し地域内で発生した犯罪につき告発する義務を課しうる権限を付与した。⁽²⁹⁾ この手続に該当する犯罪は殺人・強盗・強姦・放火等の重大な犯罪であったが、後に、魔術・王有林侵奪罪・聖俗官吏の職権濫用罪が加えられた。

告発によって訴えられた被告人は、被害者訴追による被告人と同じ立場に立たされたが、国王の代官が原告であるという理由で、被害者訴追の場合には許されている決闘による雪冤の道が閉ざされていた。部族法が被告人に許していた他の雪冤方法は宣誓補助者を伴う宣誓及び神判による雪冤であった。しかし、地方の名望家が告発した事件において、宣誓補助者を発見するのは極めて困難だったし、神判は明かに被告人に不利な証拠法であった。そこで、新たな証拠法として創出されたのが「糺問手続」であった。すなわち、裁判官は実体的真実を明かにするために宣誓証人に対し尋問し、その結果として得た証言に基づいて判決を下したのである。

「フランクの糺問手続」においては明かに裁判において裁判官の果たす役割が従来と比べると極めて重要になっており、裁判官の尋問権こそがこの手続の根幹となっているのである。ところで、個別領主権を超越した支配権の確立を企図した国王は、この尋問権を地方の通常の官吏である地方伯 (Graf) やツェンテナール (Zentnar) には与えず、国王直属の巡察使 (missi dominici) にのみ付与した⁽⁸¹⁾。然るに、この手続は古代ゲルマン時代以来の民衆の権利と伝統的慣習に反するものであり、又、地方分権化を志向する地方領主にとっては歓迎すべきものではなかった。それ故、「フランクの糺問手続」は、伝統的な裁判概念に大きな変革をもたらすものであったが、その社会的・制度的基礎は弱体であり、それ故支配的な裁判手続となるには到らなかった⁽⁸²⁾。

被害者訴追の衰退と職権訴追の萌芽という大陸において進行していた変化は、イングランドにおいても同様に生じていた。「フランクの糺問手続」が、ノルマン征服によってイングランドに移植され「告発陪審」に発展したという説明が通常なされているが、「フランクの糺問手続」がジッペの紐帯の施緩と自由民の没落、国王を頂点とする封建領主の抬頭を歴史的与件として創出されたものだとすれば、イングランドにおいても同様の訴訟手続が創出されていたと考えてよい。このように考えるとき、エセルレッド二世 (在位、九七八—一〇一六) の法の中に「集会は各ウォンテイク (デインロー) 地方において他の地域におけるハンドレッドに相当する行政区) ごとに開かれ、二人の年長のセインが役人と共に進み出て、彼らの手に渡された聖遺物に手をかけて、罪人を隠したりしないことを誓うべきこと」という規定がおかれていた⁽⁸³⁾ことが注意を引く。これは、中世の告発陪審の原型でないにしても、「フランクの糺問手続」に非常によく似た手続であった。

この当時の法が、大陸諸国における法と同様、民族の慣習法を集大成したものであるということを考慮すれば、イングランドにおいても少くとも一世紀初頭以前に「フランクの糺問手続」類似の手続が創出されていたことが推測

される。

以上、概観した如く、一一世紀初頭以前のイングランドの裁判手続は大陸諸国の裁判手続とほぼ同一の發展を辿ったのであり、兩者の間に際違った相違は存在しなかつたといつてよい。兩者の相違が次第に明確になっていくのは、一二世紀以降の封建時代後期—絶対王制の創出過程においてである。

第三節 告発陪審の創設

一 大陸諸国においてはフランク時代に現れていた職権訴追が実務上、私人訴追を排除し糺問主義を体系化していく（その過程については後述）のに対し、イングランドにおいては、むしろ私人訴追の原則が維持され、私人訴追主義が形成されていくのであるが、この分岐点は一二世紀にあつた。

大陸においては、職権訴追—国家訴追という潮流が形成されたのに対し、何故イングランドにおいては私人訴追主義が維持發展させられたかという問に答えるためには、われわれはどうしても陪審制度に触れなければならない。

前節で述べた如く、私人訴追（被害者訴追）が衰退した理由は、私人訴追者の訴追を補助する社会的機構の喪失（ジッペの解体）と民衆裁判の形骸化とにあつた。もし、陪審制度が私人訴追者の訴追に援助を与え、民衆裁判の形骸化をくい止める機能を果しうるものとして成長するならば、私人訴追は維持されるだろうからである。

二 イングランドの陪審制度の起源については諸説があるが、疑いえないのは、ヘンリー二世（在位一一五四—一一八九）が、分権化した地方の統治を国王の権力に結びつけるために、クラレンダン法（一一六六年）とノーサンプトン法（一一七六年）によって、巡回裁判所と告発陪審（Jury of presentment）について立法上の根柢を与えたことである。すなわち各ハンドレッドを代表する一二名の陪審員に対して、宣誓のうえ、犯罪者を自己の知識と信念に基

づいて巡回裁判所に対して告発するよう義務づけたのである。

国王が告発陪審を創設したのは、犯罪の適確な処罰により王国内の治安を維持するためであったが、犯罪の処罰という目的の背後には国王の財政的な欲望が隠されていた。この当時の犯罪処罰の罰金と没収という「金の果実」を伴っていたので、犯罪の訴追と処罰とは国庫にとって重大な関心事であった。⁽³⁶⁾

国王は犯罪の処罰に遺漏なきを期するために、重大な犯罪が王国内で発生すると、コロナー（検死官）と称する国王の官吏に記録させた。その記録がコロナー録（coroners roll）である。諸州に派遣される巡回裁判官は、このコロナー録を携えて目的地に赴いたのである。

州に到着した巡回裁判官は、犯罪についての訴追を私人訴追者及び告発陪審から受けとったが、その際、訴追された事件とコロナー録に記載された事件とが照合された。⁽³⁷⁾ その際、未訴追事件が発見されると犯罪処罰によって国庫にはいるべき筈であった罰金及び没収利益を犯罪が発生したハンドレッドに課すことによって、国王は各ハンドレッドに対し犯罪の訴追を強制したのである。⁽³⁸⁾

このように、ヘンリー二世によって法的規定を与えられた告発陪審は、「フランクの糺問」と同様に犯罪の訴追を強制するための制度であった。従って、告発陪審が完全に国王の意のままになる人々によって構成されるか（告発陪審の公訴官化）、又は巡回裁判官が訴追権と裁判権を完全に掌握し（裁判官の糺問官化）、陪審員を単に犯罪についての情報を提供するにすぎない人々の地位に落としめる（陪審員の証人化）こととなれば、大陸において進化したと同様の糺問手続の体系化への道を辿ることになったであろう。

ヘンリー二世によって創設された告発陪審は將にその岐路に立っていた。何故なら、告発陪審の陪審員は、国王の官吏であると同時に、地方住民の代表でもあった。又、告発陪審は訴追者であると同時に証人でもあった。⁽³⁹⁾ 何故な

ら、告発陪審の陪審員たちは、他人の提出した証拠に基づいて訴追したのではなく自分自身の信念と知識とに基づいて訴追していたからである。

大陸において糺問手続が体系化されたのに対し、イングランドでは別の発展がみられた。まず巡回裁判官は糺問裁判官となることはできなかった。確かに巡回裁判は地方領主の非違を正すという側面を有していたが故に一時は民衆に歓迎されたが、既に述べたが如く犯罪処罰の背後には国王の財政的欲望が潜んでいた。そこで、巡回裁判官は次第に徴税官的色彩を濃くしていった⁴⁰。巡回裁判官は、どんなささいな非違をも逃さず、罰金を課そうと試みた。それ故、巡回裁判は封建領主にとっても民衆にとっても大きな負担を意味していた。

そこで、地方の封建領主層を先頭に民衆は巡察に対して抵抗を試みた。彼らは議會を通じて巡回裁判の回数及び告発すべき犯罪を制限するよう請願をくり返し、一四世紀には遂にその実現を克ち取ったのである。⁴¹

更に、告発陪審が単なる証人の地位へ転落することも回避された。その理由の第一は、裁判官が訴追の責任を引き受けなかったことであり、第二は告発陪審が私人訴追者の排除というより、むしろ私人訴追者との協働へと動いたためである。

告発陪審は、既に述べた如く、本来は他人の提出した証拠に基づいて訴追を行うのではなく、自分自身の知識と信念に基づいて訴追することを期待されていた。しかしながら、陪審が自分の個人的体験に基づいて得ることのできる知識には限界があった。

そこで告発陪審が創設されるや、否や、告発陪審の陪審員たちは自分自身が見聞した知識のみに頼るのではなく、他の住民がもたらす情報を広く受け入れ、それに基づいて答申をするという慣行が形成された。⁴²

三 告発陪審に犯罪を告発し、証拠を提供することによって告発陪審の訴追を誘発しようとする試みは、犯罪者の処

罰を望む住民にとつても意味があることであつた。といふのは訴追形式と証拠法の相関關係の原則が形成されていたからである。すなわち、大逆罪・殺人・横領・放火・強盜・強姦の罪に關して、告発陪審によつて訴追された (indictment) 被告人の雪冤方法は神判であつたのに対し、私人によつて訴追された (appeal) 被告人の雪冤方法は決闘であつた。⁽⁴⁴⁾この原則は既にグランヴィル (Ranulf Granvill, 一一九〇年没) の法律書において示されていたがクラレンダン法によつても確認された。

告発陪審の起訴の場合に証拠法が神判とされたのは、私人訴追の場合と異なり、決闘の相手方を特定しえないといふことがその理由であつたが、このことは明かに訴追者の危険負担を軽減するものであつた。といふのは、本来、被害者訴追は犯罪によつて侵害された利益と名譽の回復を目的としたものであつたが、原告敗訴の場合には、被告人の名譽を侵害することになり、それに対して損害賠償をする義務が原告に課された。決闘は、神判に比べ原告に不利な証拠法だつたからである。更に決闘は、今や軍事から解放され、農耕に専従するようになった農民にとつては、やっかいな証拠法であつた。⁽⁴⁵⁾

訴追形式と証拠法の相関關係の原則は、新たな証拠法として審理陪審が導入された際にも維持された。すなわち、私人訴追 (appeal) の被告人は、決闘裁判か陪審裁判かを選択できたのに対し、告発陪審による訴追 (indictment) を受けた被告人はすべて陪審による裁判に従わなければならなかつた。⁽⁴⁶⁾創設当初の審理陪審は、その構成員の全員又は一部が告発陪審のメンバーから成つていたことにみられるように、被告人にとつて甚だ不利なものであつた。被告人が決闘に訴えるかもしれない私人訴追 (appeal) は、既に述べた如く、敗訴及びその結果として生じる損害賠償の負担の危険を伴う賭けであつた。

それ故、犯罪の処罰をのぞむ者は、裁判所に対して直接、訴えを提起する (appeal) 代わりに、告発陪審に犯罪を

告発し、証拠を提出して、告発陪審の正式起訴 (indictment) をひきだそうとしたのである。ただ、この試みは常に成功したわけではない。陪審員といえども被告人が無罪となった場合には処罰される危険があったからである。⁽⁴⁷⁾ といえ、決闘裁判に比べれば原告敗訴の危険は、はるかに少なかった。

そこで、私人訴追 (appeal) を回避し、正式起訴 (indictment) を誘発しようという試みは時代の潮流となった。そして、このことを通じて、告発陪審は、自分の見聞した知識に基づく訴追者から、第三者の提出する告発及び証拠に基づいて起訴・不起訴の決定を行う審判者、すなわち起訴陪審へと移行していくのである。

起訴陪審の手続が確立するのは一四世紀のことであるが、その手続は次のようなものであった。すなわち、告発者の提出する「正式起訴状案 (bill of indictment)」を受け取った起訴陪審は、当該事件が起訴に値する場合は正式起訴状案に「原案適正 (villa vera)」と記し、その起訴状案は、起訴するに「証拠十分である (true)」との答申を行う。逆の場合には、正式起訴状案に「不知 (ignoramus)」と裏書きし、訴訟手続を打ち切る。

四 右に述べた如く、告発陪審から起訴陪審への移行を促がし、起訴陪審の活動に生氣を与えたのは、起訴陪審に対し犯罪を告発し、証拠を提供する住民の存在であった。彼らは起訴陪審が不当な理由で起訴することを拒んだ場合は常に私人訴追 (appeal) によって訴追しようと考えた人々であった。彼らが、私人訴追 (appeal) という訴追形式に代えて起訴陪審による訴追 (indictment) を選んだのは、その方が都合がよかったからにすぎない。実際に私人訴追 (appeal) に訴えることは稀になっていったけれども、公衆の誰でも犯罪を訴追する権利があるという観念は維持されたのである。

更に、起訴陪審に犯罪を告発するという慣行の形成は、公正な訴追という観念の醸成にも役立った。起訴陪審による審理の介在は、私人訴追 (appeal) の場合と異なり、単なる敵愾心や個人的利害感情に基づく憶測によっては犯罪の

訴追は行いえないということが明らかとなつてゆくからである。ここに、被害者訴追の系譜をひく私人訴追(appeal)から近代的な私人訴追主義(公的意識をもつた市民の訴追)への飛躍の契機が与えられたのである。

五 右に述べた如く、一四世紀末には、告発陪審は起訴相当・不相当の判断を行う起訴陪審へと変質していたのであるが、近代的な意味における大陪審、「市民の自由の砦」としての大陪審と呼ぶためには、尚、解決されねばならぬ課題があつた。その課題とは一口でいえば、創設当初に告発陪審がもつていた札問的性格を払拭することであつた。そのためには、起訴陪審に代わる捜査機関の創出、国王裁判官による支配からの離脱、起訴陪審と審理陪審の分離が必要であつた。

第四節 治安判事の創設

一 告発陪審から起訴陪審への移行が行なわれた一四世紀は、社会史の上でもイングランドの変革期であつた。一二世紀以降、徐々に進行していた商品経済の発展は、賦役(労働地代)から地代の金納化を促進し、それに続く独立自営農民(ヨーマンリー)の創出、農村人口の都市への流出、羊毛工業の発達とエンクロージャーの進展という形をとつて、封建体制そのものを動揺させるに到つていた。⁽⁴⁸⁾

国王は、崩壊しつつある封建制度を中央集権的な絶対王政へと再編成する必要があつた。そのためには、地方の治安を維持し、国王の命令を実施する行政官の創出が必要であつた。

そのために、エドワード三世は地方の行政・治安維持にあたる治安維持官又は治安判事キープ・ザ・ピース ジャッジ・オブ・ザ・ピースと呼ばれる地方官を各州に設けた。⁽⁴⁹⁾これらの官吏は国王権力の地方への浸透を企図して設置されたものであり、国王が任命したが、彼らは、国王の俸酬に依存しないで生活しうる人々であつた。すなわち、富裕な商人及び郷紳ジェントリーといった新興階級が治安判

事の地位について。⁽⁵⁰⁾

治安判事が創設されるや否や、従来は巡回裁判所や州長官^{シェリフ}が行っていた業務は治安判事が担うこととなった。治安判事は、地方行政について「全ての仕事をする人々」となっていたが、その名称が示す如く、地方の治安維持が本来の任務であった。⁽⁵¹⁾

治安維持のために当初彼らに与えられた権限は、「正式起訴 (Indictment)」の提起された被告人を逮捕することであった。⁽⁵²⁾しかし、治安判事はその権限を順次拡大し被疑者の尋問権限を手に入れた。⁽⁵³⁾治安判事が被疑者を尋問しうるといふことは、犯罪を告発しようとする者にとつては大きな魅力であった。「正式起訴状案」を作成する前に犯罪事実について被疑者に尋ねることができるとすれば、より詳細な証拠を得ることができらうし、仮に人違いだといふことが分かれば誣告を犯す危険も回避することができであろう。そこで犯罪を告発しようとする者は、これまで「大陪審」に直接提出していた有罪証拠を治安判事の前に提出するようになった。治安判事が告発者と「大陪審」とを媒介する役割を引き受けたのである。⁽⁵⁴⁾

告発者が有罪証拠を直接「大陪審」に提出せず、治安判事を介したのは、治安判事が告発者の提出する有罪証拠を単に「大陪審」に取りつぐのではなく、告発者の提出する有罪証拠が不十分な場合、それを補強すべく援助を与えたからである。告発者が最も期待していたのはそのことであつた。それ故、告発者が有罪証拠を直接「大陪審」に提出する代わりに、それをまず治安判事の前に提出するという傾向が顕著となるのは、事件について証言するであろう全ての人の出頭を強制し証言を得る権限が付与されて以降のことである。

このようにして治安判事は、告発者の提出する有罪証拠の受理と捜査権限の活用によって、訴追手続に重要な影響を与えるようになった。すなわち、起訴陪審に提出する正式起訴状案の作成は、治安判事が引き受けることとなり、

告発者は治安判事の捜査活動に端緒を与え、資料を提供する役割を果たすことになった。

治安判事が捜査を引き受けることにより、起訴陪審は捜査的任務から解放され、純粹に第三者の提出する訴追案に對する審判者となる契機を与えられた。

二 治安判事の創設が訴追手續に与えた影響は、右に見た通りであるが、治安判事の創設によって、私人訴追主義という訴追理念はどうなったであろうか。

治安判事が捜査権を行使することによって確かに「私人訴追者」の負担は軽減された。彼らは、証拠収集から解放されることによって、事実上、治安判事の見査活動に端緒を与えるにすぎないかの如き状態になった。

しかし、犯罪の訴追は住民の権利であり、義務であるという觀念は定着していた。住民にとって、私人訴追 (appeal) によって犯罪を訴追するのか、直接、有罪証拠と共に告発を起訴陪審に提起するのか、それとも治安判事に捜査協力を依頼するのか、それは単に方法の問題であつた。⁵⁶⁾

しかも、治安判事といえども私人の告発なしには、逮捕手續を取ることも、証人を出頭させ証言を取ることもできなかったのであり、その点において、犯罪訴追の主導権は依然として私人にあると觀念されていた。勿論、治安判事も単独で「正式起訴状案」を起訴陪審に提出することができたが、それは治安判事の特権を意味するものではなく、告発を行う私人と全く同じ資格で、私人として訴追するのである。

治安判事の創設が私人訴追を理念上、排除するものではなく、むしろ、治安判事の訴追も一人としての訴追であるという觀念が生まれたことは重要である。治安判事が担っていた捜査は、一九世紀に創出された本格的な捜査機関 (警察) によって引きつがれていくのであるが、今日においても尚、捜査・訴追における「市民性の原理」が支配することとなるからである。⁵⁶⁾

三 右にみた如く、治安判事の創設によっても私人訴追主義は排除されることなく維持されたのである。しかし、私人訴追主義という場合、単に私人に訴追についての主導権が握られているというだけでは充分ではない。その訴追が正義になつた妥当なものでなければならぬのは当然である。訴追が妥当であるか否かの判断も又、民衆の主導権の下で実行されなければならない。更に翻つて考へるならば、訴追相当という判断は、決して被告人が有罪であるという判断とは同一ではない。訴追が相当であるか否かの判断は、被告人が有罪か無罪かを審理してもらふ理由と必要性があるかどうかの判断である。従つて、訴追手続と公判手続とは明確に分離されていなければならない。かかる条件が充たされて初めて、私人訴追主義は完結した訴追理念となるのである。そのためには、起訴陪審が妥当な訴追かどうかの判断を行うにふさわしい司法機関に成長することが必要であつた。

治安判事の創設によつて、起訴陪審は起訴状態に対する純然たる審判者となる契機を与えられたが、彼らは依然として国王の裁判官の支配下にあり、審理陪審との分離も明確なものではなかつた。では、国王の裁判官の支配からの離脱と審理陪審との分離という残された課題がどのようにして実現されたのであろうか。次節ではその点を検討しなければならぬ。

第五節 私人訴追主義の確立

一 国王の裁判官による支配からの離脱と起訴手続と公判手続の明確な分離という課題が達成される過程は、絶対主義国家の創出のために、刑事司法の糺問化を企図する国王と、私人訴追主義に依拠し、刑事司法の合理化と民主化を実現しようとする地方封建領主・民衆の対立・抗争の歴史であつた。

二 歴史的にいうならば、まず実現されたのは、訴追手続と公判手続の分離であつた。

イギリスにおいて訴追手続と公判手続の分離という時、それは起訴陪審と審理陪審との分離を意味する。なぜなら、一二一五年ラテラン會議において、キリスト教僧侶の神判への立会が禁止されたのを契機に、イギリスにおいては陪審による評決が新たな証拠法として採用され、それが公判手続の中核をなしていたからである。⁽⁵⁷⁾

国王が陪審の評決を新たな証拠法として採用したのは、犯罪処罰のために必要な情報を、それを最も持っている人々から蒐集するためであった。⁽⁵⁸⁾従って、創設当初の審理陪審は、告発陪審がそうであった如く、他人の提出する証拠に基づく審判者というより、自分の見聞した犯罪事実についての証人という性格が強かった。⁽⁵⁹⁾そこで、当然のことながら告発陪審の陪審員であった者によって、審理陪審の一部又は全部が構成されるといふ事態が生じた。しかし、かくの如き審理陪審によつては、公正な裁判は期待できなかつたし、又、訴追手続と公判手続の性格の相違も意識されなかつた。

公正な陪審裁判を実現するために被告人が用いた手段は陪審員の忌避であった。おそらく古代社会の裁判弾劾にその思想的源を発するであろう忌避こそ、起訴陪審と審理陪審とを分離し、審理陪審をして個人的感情や利害にとらわれない司法機関＝小陪審へと高めた重要な手段であつた。⁽⁶¹⁾

しかし、その過程は困難な過程であつた。一三四一年になつても裁判官は告発陪審の一員であつたことを理由として審理陪審の陪審員を忌避することを認めなかつた。犯罪者の処罰を第一義であると考えた裁判官は、訴追者が審理陪審から除かれることは、国王のためにならないことであると考えたからである。⁽⁶²⁾

封建諸侯を始めとする庶民の抗議によつて告発陪審の一員であつたことを理由とする審理陪審の陪審員の忌避を認める法律が制定されたのは、一三五二年のことであつた。⁽⁶³⁾

告発陪審と審理陪審の分離が実現したのは忌避を執拗に繰り返す被告人の存在や議會を通じた請願の提出といった

闘いの存在という理由の他に社会的理由があった。

告発陪審を審理陪審の一員に加えようと裁判官が考えたのは、いずれの陪審員も自分の見聞した知識に基づいて答申する証人としての性格が強かったためである。そして、陪審員が犯罪についての情報を容易に入手できたのは、犯罪の加害者、被害者共に近在の者であり彼らの性格・関係・日常の言動等について陪審員が熟知しており、又、犯行を直接目撃する機会も多いという封建的共同体に特有の閉鎖性と住民相互の親密性が存在していたからである。かかる条件は、一四世紀に到って急速に失われていった。

一四世紀以降、犯罪についての情報の収集、捜査は、既に述べた如く治安判事の職務となった。国王にしても、告発陪審や審理陪審から犯罪の情報を集取する必要は少なくなったのである。

右にみたような経過で、起訴手続の分離が実現されたが、最後の課題として残されたのは、国王の裁判官の支配からの陪審の離脱であった。この課題が最後まで残されたのは、この点こそ、国王と封建諸侯・庶民との階級的力関係の刑事司法的表現だったからである。

三 大陸諸国において糺問手続が支配的な刑事手続となっていた一四・五世紀には、むしろ、犯罪の訴追が充分に行われていないという不安が生じていた。この時代にイギリスで犯罪訴追の義務を担っていたのは、私人・治安判事・起訴陪審であったが、彼らはいずれも国王の意志に忠実に従う国家官吏ではなかった。

起訴陪審に対して国王は陪審査問という威嚇手段によって訴追を強制することもできたが、それが有効に使用された形跡はない。⁽⁸⁵⁾ 陪審査問は、所詮、間接的な強制手段にすぎなかったからである。

治安判事も又、地方的利害と階級的利害を優先させ、国王の意志のままに活動する官吏ではなかった。特に、彼らは、絶対主義の確立の為の必須条件であった産業統制法違反の処罰に関して、積極的に取組もうとはしなかった。⁽⁸⁶⁾

絶対王政の確立をめざすチューダー朝の初代国王ヘンリー七世が即位したのは、右のような状況の中であつた。ヘンリー七世は、より直接的な犯罪統制を行うために、一四八七年、刑事衡平裁判所としての星室院 (Court of Star Chamber) を設置した。⁽⁶⁸⁾そして、私人訴追主義に伴うコモン・ロー上の手続的規制を全く無視し、陪審裁判に依拠しない刑事手続を導入した。この手続は、大陸の糺問手続に倣つたものであり「国内秩序の回復」という面では寄与したが、王権神授説を思想的支柱として絶対王制を確立せんとするジェームズ一世が即位すると星室院は国王の專擅的な権力行使の道具と化した。⁽⁶⁹⁾

これに対して、イングランドの封建諸侯・郷紳・新興商人らは議會に依拠して、国王の压制に反抗した。その際、彼らのイデオログであつたコークはコモン・ローの優位を主張したのである。⁽⁶⁸⁾

糺問主義的な星室院がその手続と共に廃止されるのは、一六四〇年、清教徒革命の鳴動の中においてであつた。⁽⁶⁹⁾ イングランドにおける糺問手続は比較的短命であつた。

そして、星室院の压制に対する闘いの中で彼らが依拠すべきものが、裁判官でなく陪審員であることを学んだ。

四 一六四九年、ジョン・リルバーンは、彼の裁判を担当した陪審員たちに語つた。

ノルマン征服以前には、法律家も職業裁判官もおらず「あらゆる紛争を解決するためには、ただ各村落で選出された一二名の善良にして法に適つた人々があつたばかりである」と。リルバーンは、裁判官に対する陪審員の優位、従つて、陪審員は事実に関する裁判官であると同様、法律に関する裁判官であるということを主張するために、古代社會を引き合いにしたのである。⁽⁷⁰⁾

陪審こそ全てであるという主張は、ヘンリー・マーチンによつてもなされた。彼は、陪審員が「法廷における主席裁判官」であるということ、及び裁判官は陪審員の下風に立つべきだということを示すために、陪審員は法廷で帽子

を被っているようにと語った。⁽⁷⁷⁾

リルバーンやマーチンらの主張は、コークの主張をも凌駕するものであった。コークは裁判官の制定する法の至上権を確立しようとしたのであるが、リルバーンらは、法の決定は、支配階級の出身であり政府と密接な関係をもつ裁判官によるよりも、むしろ、小商品生産者からなる陪審員によることを欲したのである。⁽⁷⁸⁾

このような民衆勢力の抬頭と法意識に支えられて、起訴陪審は不当な刑事訴追から民衆を守る自由の砦、大陪審となった。すなわち国王の公訴官 (royal prosecutor) によって申し立てられた訴追さえも拒否しうるまでに成長したのである。その著名な事例が一六八一年のコーリッジ事件とシャフツベリ事件であった。

ここに、長い間の課題であった国王 (政府) の裁判官の支配からの陪審の独立が達せられ、私人訴追主義も一応の完成をみるのである。⁽⁷⁹⁾

四 一八世紀のイギリスでは、私人訴追主義の基礎の上に次のような刑事手続が行われていた。

- (1) 全ての刑事事件は、通常、起訴の当否を判断する大陪審と有罪認定を行う小陪審を通過すべく予定されている。
- (2) 訴追者による被疑者の逮捕状又は、召喚状の請求によって手続が開始される。この請求は治安判事に対して行われる。治安判事は申立のあった犯罪事実を調べ、訴追者の訴追の意思を確認し、理由があると認めた場合は令状を発行する。⁽⁷⁴⁾ 令状により被疑者が連行されると、治安判事は尋問を行ない、連行した官吏の証言と一緒に記録にとどめる。被疑者尋問に際して、治安判事は被疑者に黙秘権があること、もし供述した場合、それは公判廷で証拠として使用される旨、告知しなければならぬ。⁽⁷⁵⁾ 治安判事は尋問が終了すると被疑者を釈放するか、あるいは勾留するか、いづれかに決定しなければならぬ。⁽⁷⁶⁾ 勾留の決定は、手続の継続を意味する。そこで、最後に治安判事は、訴追者の申し立てに理由があるとして、大陪審に「正式起訴状案」を提出し、起訴するよう請求する。以上の手続が予備尋問手続と

呼ばれる手続で、秘密裏に行われる。

(3)大陪審は「正式起訴状案」に添付された資料の他に、「訴追を行うために」必要な限度で証人を喚問し、証言を聞き、それに基づいて評決を行う。⁽⁷⁷⁾ 評決の結果、起訴相当の場合は「正式起訴状」が作成された。起訴状は—今日でもそうであるが—国王の名において犯罪を訴追するという体裁になっているが、そのことは、訴追が公共のためになされることを象徴しているにすぎず、訴追に責任をもつのは訴追者たる私人である。⁽⁷⁸⁾

大陪審は正式起訴状を公判裁判所に提出し事件は小陪審の審理に委ねられる。⁽⁷⁹⁾

(4)公判手続は、被告人の出廷によって開始される。裁判官は被告人に対して起訴状を朗読し「有罪か無罪か」を問う。これが、罪状認否手続(アレインメント)⁽⁸⁰⁾である。被告人が有罪の答弁をすれば、直ちに量刑が行われ、手続は終了する。

小陪審による審理が行われるのは、被告人が無罪を主張し、かつ、陪審裁判を承認した場合である。被告人が陪審裁判を拒否した場合は、手続は停止する。そこで、被告人は勾留され、陪審裁判に服するように「苛酷拷問」に付き⁽⁸¹⁾れる。

陪審裁判において、証拠を提出し、証人の尋問を行い、被告人の有罪を立証するのは、訴追者の弁護士である。審理は口頭・公開で行なわれ、最後に陪審員が評決し、裁判官が量刑を行い、判決を下す。

五 右にみたように、一八世紀のイギリスの刑事手続には、私人訴追主義の理念が貫流していた。すなわち、私人訴追主義の出発点は被害者訴追であったように、訴追者は、糾問官のような超越的正義の具現者(この点については後述)ではなく、被告人と対等の私人である。従って、私人訴追者の訴は、自己の個人的・主観的嫌疑の主張(起訴状案)にすぎない。その主張が理由のある合理的なものかどうかは、同胞たる市民によって審査されなければならない

い（大陪審）。更に、訴追が私人の個人的・主観的な主張にすぎないとすれば、被告人の有罪を立証する責任は訴追者にある。被告人には黙否権（自己負罪特権）が承認されなければならない。

更に、私人訴追主義の理念を徹底するとすれば、訴追者に認められる権利は被告人にも承認されねばならないことになろう。被告人の弁護士依頼権、無罪証拠の提出、反対尋問等、原告と対等に渡りあえるように配慮されなければならない（武器対等の原則）。

確かに一八世紀においては、死刑に値する犯罪については弁護人の選任が承認されておらず、無罪証拠の提出に一定の制限があるなど限界があったけれども、大陸諸国では札問手続が支配的であった時期に、イギリスでは私人訴追主義の基礎の上に、口頭・公開の当事者主義的な刑事手続が成立していた。⁽⁸³⁾そして、この手続が札問手続からの脱却をめざす大陸諸国―特に革命期のフランス―の到達すべき目標として観念されたのである。

(1) James-F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883. vol. 1, p. 495. 尚、Stephen は、Thorp, *Ancient Law and Institution of England*. に依拠している。

R. M. Jackson, *The Machinery of Justice in England*, 6th. ed. 1972, p. 155.

Patrick Devlin, *The Criminal Prosecution in England*, 1958. 尚、本書については邦訳、P・デブリン著児島武雄訳

「警察・検察と人権」(岩波書店、昭三五)がある他、土屋正三「イギリスにおける刑事訴追」警察学研究三一巻二号以下に紹介がある。深山晴三「イングランド及びウェルズにおける職権訴追の研究」(上)警察学論集七巻六号、四七頁〜四八頁。「同下」警察学論集七巻八号、七七頁。

内田力蔵「(特集・検察官)イギリス」比較法研究38、一一頁。尚、本稿の執筆にあたって本論文に教えられることが多かった。

(2) Jackson, *op. cit.* p. 155. Devlin, *op. cit.* p. 16. 深山、前掲論文(上)。五〇頁以下。内田、前掲、二八頁以下。

- (3) 公訴長官が訴追すべき犯罪については「犯罪訴追法」Prosecution of Offence Act, 1879 to 1902. 第二条に基づいて定められた規則の他、特別法に規定がある。尚“A Director of Public Prosecution”の訳語については諸説があるが、本稿では内田教授の訳に従った。法務長官の官職の特徴とその職務については Archbold, Protection from Power under English Law, London, pp. 25~40. 参照。
- (4) Devlin, op. cit. pp. 20~21. Jackson, op. cit. p. 162.
尚、双方の数値の違いに対する説明としては、内田、前掲、五六頁(99)参照。
又、一九〇二年から一九〇七年の間、公訴長官の起訴した犯罪が全体の千分の一にも満たないこと、及びその後ほとんど増加してはいないだろうという点につき、深山、前掲論文(下)、七四頁一七五頁。
- (5) Stephen, op. cit. pp. 493~495. Devlin, op. cit. pp. 20~21. 内田、前掲、一〇頁。
- (6) Jackson, op. cit. p. 155. 内田、前掲、六頁。
- (7) ウィリアム征服王が卒いた軍兵はわずか五千名であり、彼も又、従来の王権の正統な後継者を称する必要があった。アン・ドレ・モアロ著、水野・小林共訳「英国史上巻」(一九六六)九七頁。
- (8) 田中正義「封建的土地所有の成立過程」日本評論社、九〇頁以下、大野真弓編「イギリス史」山川出版、五八頁、J・ヘイカー、小山貞夫訳「イングラント法制史概説」創文社、二二頁以下参照。
- (9) M. Ploscowe, The Development of Presentday Criminal Procedure in Europe and America, Harvard, L. R. vol. 48 (1935) p. 437. R. Schmidt, op. cit. p. 72.
J・ヘイカー、前掲書、一八頁~一九頁。平場、前掲、三九頁~四〇頁。
- (10) E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsplege, Dritte Auf. p. 21, f.
シッタイス・ヒリーベツヒ著、世良晃志郎訳「ドイツ法制史概説」創文社、四四六、二七頁。尚、古代社会の刑事訴訟手続の包括的な記述として、沢登佳人・沢登俊雄・庭山英雄著「刑事訴訟法史」風媒社、(一九六八)五七頁以下。
- (11) E. Schmidt, op. cit. pp. 23~24.
A. Esmehn, History of Continental Criminal Procedure, Continental Legal History Series, London, 1914, p. 34.
シッタイス、前掲、二九頁、五四頁~五五頁。

- (12) 沢登、前掲、二六頁、
- (13) ミッターイス、前掲、六六頁。ベイカー、前掲、一八頁。
- (14) 犯罪を訴追することは人民の権利 (folks right) であり、訴追が虚疑によるものでなく、又被告人に対する憎悪から訴追するものでない旨宣誓した上で訴追したことにつき、Stephen, op. cit. p. 70. 又、訴追には、被害の事実を示す必要があったことにつき、ミッターイス、前掲、六七頁。
- (15) イングランドの古代社会において、裁判所の機能を果したのには民衆集会であった。そこで裁判長の役割を演じたのは長老、州長官、地主であったが、彼らは今日的な意味でいえば単なる司会者にすぎない。Stephen, op. cit. p. 67. ベイカーは「裁判官はいなかった」とさえている。ベイカー、前掲、一九頁。更に、シヨミットは、全てのイニシヤティブは被害者にあつたとする。E. Schmidt, op. cit. p. 38.
- (16) Stephen, op. cit. p. 70. Ploscowe, op. cit. p. 439. E. Schmidt, op. cit. p. 39. ミッターイス、前掲六八頁。
- (17) 最も古い時代には、全ての会衆が判決発見人であつたという。階層の分化と共に判決発見人が会衆から分離した。分離が明確になるのはカルル・マルテルの時代（八世紀前半）である。Ploscowe, op. cit. p. 438. Esmein, op. cit. p. 32. ミッターイス、前掲一二〇頁。
- (18) ミッターイス、前掲、六八頁〜六九頁。
- (19) 宣誓か神判かは、被告人が信用できる人格の持ち主であるかどうかで決つた。又、宣誓にも形式があつた。Stephen, op. cit. p. 70.
- (20) E. Schmidt, op. cit. p. 39. ミッターイス、前掲、一〇頁〜一二頁、ベイカー、前掲、一〇一〜一二頁。
- (21) Thayer, A. Preliminary treatise on Evidence at the Common Law, 1898. p. 7. R. Schmidt, op. cit. p. 72. 田中和夫「英米法概説」昭四六、有斐閣、二三四頁。
- (22) Stephen, op. cit. p. 68. E. Schmidt, op. cit. p. 38f.
- (23) フランスの糺問手続を民主主義的な陪審裁判への発展へと導いたのが、アングロ・サクソン期の民主的自立精神であらうとすることにつき、大野真義「イギリスにおける刑事裁判と人身の自由」―その歴史的考察を中心として―（「阪大法学

- 一八号、七一頁―七二頁。同論文(白阪大法学一九号、八六―一〇〇頁。島田仁郎「英国刑事裁判における当事者主義発展の素描」)法曹時報二二卷九号、四一頁。
- (24) 大野「イギリス史」六〇頁以下。
- (25) ジッペの紐帯が弛緩した原因としては、古代ゲルマン社会に比べ、農耕(土地)に依存した経済生活が営まれるようになったこと、その際、土地の個人所有が進行したこと、キリスト教会がジッペの解体を促したことなどが挙げられる。ミッターイス、前掲、八七頁。堀米庸三、「ヨーロッパ中世世界の構造」(昭五一、岩波書店)二八七頁。
- (26) ミッターイス、前掲、八六頁以下、堀米、前掲、八三頁、参照。
- (27) H. Brunner, *Die Entschuehung der Schwurgericht*, 1812. p. 82. E. Schmidt, *op. cit.*, p. 43 f. ミッターイス、前掲一七五頁。
- (28) 堀米、前掲、二五〇頁。
- (29) Brunner, *op. cit.*, p. 488 f.
- (30) ミッターイス、前掲一七五頁。
- (31) 巡察使に任じられたのは、聖職者であった。告発者に対し、宣誓のうえで証言させるといふことが *Rügeverfahren* の根幹をなしていたこと、Graf にこの特権を付与することを通じて地方分権化が進むことを国王が欲しなかったことにつき堀米、前掲、二二九頁参照。
- (32) フランクの糾問の過大評価をいまして、小野、前掲、二五頁。堀米、前掲、二二九頁。
- (33) Stephen, *op. cit.*, p. 68.
- (34) 陪審の起源については、平場、前掲書、菊地博「陪審制度について」日本法律協会シリーズ(一九五九)二二頁―二〇頁。小林栄三郎、今来陸郎還歴記念、西洋史学論集(一九六六)九三頁以下、篠倉満「大陪審の機能と動揺」(2)熊大法学一八号、九一頁以下。尚、Thayer, *op. cit.*, p. 50 f. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 1, 1903. p. 145.
- (35) Stephen, *op. cit.*, p. 186. Thayer, *op. cit.*, p. 57 f. Holdsworth, *op. cit.*, p. 147. ハイカー、前掲、四七五頁。尚、海原文雄「刑事裁判手続と国王権力 クラートレンド条例

- を中心として」（『刑罰と国家権力』創文社、昭三五）参照。
- (36) Stephen, op. cit, p. 102.
 犯罪の処罰がいかに膨大な利益をもたらしたかは、例えば、エドワード一世（在位一二七二—一二七三—一二七四—一二七五—一二七六—一二七七—一二七八—一二七九—一二八〇—一二八一—一二八二—一二八三—一二八四—一二八五—一二八六—一二八七—一二八八—一二八九—一二九〇—一二九一—一二九二—一二九三—一二九四—一二九五—一二九六—一二九七—一二九八—一二九九—一三〇〇—一三〇一—一三〇二—一三〇三—一三〇四—一三〇五—一三〇六—一三〇七—一三〇八—一三〇九—一三一〇—一三一〇七）が犯罪者の処罰によって百年戦争の戦費を補填したということからも窺える。ベイカー、前掲、三八頁。
- (37) ベイカー、前掲、四七五頁。尚、コロナーについては、Stephen, op. cit, pp. 217~218.
- (38) Maitland, op. cit, p. 181. Thayer, op. cit, p. 48.
- (39) Thayer, op. cit, pp. 132~133. ただし、陪審が証人を尋問することは許されていた。Thayer, op. cit, p. 157.
- (40) 一三三三年には、コーンウォールの人々は恐しい巡回裁判から逃る為に、家族もろとも森林や荒地に逃げ込んだという。トレヴェリアン「イギリス史」一五五頁。
- (41) Stephen, op. cit, p. 107 f. プラクネット「イギリス法制史、総説編上」東大出版会、二六一頁。
- (42) 巡察をめぐる国王と議会の論争については、Stephen, op. cit, p. 104.
- (43) 田中、前掲書、二四〇頁。
- (44) R. Schmidt, op. cit, p. 73.
- (45) 決闘裁判がイギリスにおいて不評だったことについては、トレヴェリアン「イギリス史」一五四頁。
 又、私人訴追者も決闘裁判を回避しようする例外規定が創出されたことについては、R. Schmidt, op. cit, p. 74.
- (46) R. Schmidt, op. cit, p. 75.
- (47) プラクネット、前掲書、二二八頁。
- (48) 大野編「イギリス史」一一五頁参照。
- (49) トレヴェリアン、前掲書、一九二頁、大野、前掲書、一二三頁、
 治安判事の職務規定を定めた法律は、一五五四年と一五五五年に制定された。土屋正三「イギリスにおける刑事訴追」
 警察研究三一巻二号（昭三五）八頁参照。尚、Stephen, op. cit, p. 102. I. Edward, 3, c. 16.
- (50) Stephen, op. cit, p. 114
- (51) J・U・ネフ「十六・七世紀の産業と政治」未来社刊（一九五八年）二二頁以下参照。

- (52) 土屋・前掲論文、七頁参照。治安判事の沿革と種類、その権限については、田村豊「英国刑事裁判の研究」(清水書店、昭一四)七〇頁以下。なお、Stephan, op. cit., p. 112.
Stephan, op. cit., p. 136. 34. Edward, 3. c. 1.
R. Schmidt, op. cit., pp. 83~84.
- (53) プラクネット、前掲書、三〇四頁以下。
- (54) R. Schmidt, op. cit., p. 84. Esmein, op. cit., p. 339.
- (55) Esmein, op. cit., p. 340.
- (56) Devlin, op. cit., p. 14. Stephen, op. cit., p. 245. 参照。
- (57) ケイカー前掲、三〇頁他。
- (58) Esmein, op. cit., pp. 324—325.
民事陪審は既にドウムズデイ・ブックの作成過程の中にその存在を認めることができる。それがリチャード一世の時代に刑事裁判に導入されたという。
- (59) プラクネット、前掲書、二二七頁以下。
- (60) Esmein, op. cit., p. 304.
- (61) プラクネット、前掲書、二二八頁。
Stephan, op. cit., p. 253, Thayer, op. cit., pp. 81~82.
- (62) プラクネット、前掲書、二二八頁。
- (63) 25. Edward III, stat. S. c. 3.
- (64) 陪審査問は他の訴訟事件については、その範囲が拡大されていったが、刑事事件には適用されなかった。プラクネット前掲書二八八—二八九頁。
- (65) 治安判事の出身階級がジョントリーと富裕な商人であったこと、国王の統制力が完璧でなかったことについては、J・U・ネフ「一六・七世紀の産業と政治」二〇頁以下参照。
- (66) 星室院の歴史については、プラクネット、前掲書、三三〇頁以下。尚、星室院が平和を求める民衆の要望にもなっていない

- たことについては、横山晃一郎「イギリス刑法と罪刑法定主義」八五頁。
- (67) 星室院は最初は重要性を持たなかった。それが、重要な歴史的意義をもつのは、文書毀棄罪等の政治犯の処罪に關与するようになる一六世紀以降一七世紀である。Stephen, op. cit. pp. 175~176.
- (68) コモン・ローの優位を確立するために、闘いの先頭にたったのが、エドワード・コークであった。一六一二年、ジェームズ一世が「國王が法の下にあると主張することは大逆罪である」と主張したのに対し、コークが「國王は何びとも服すべきでないが、神と法には服すべきである」と考えたというエピソードは有名である。
- 尚、この闘いの意味及び、このような闘いが可能であった理由については、横山、前掲論文、八七頁以下参照。
- (69) 星室院に対する民衆意識について Stephen, op. cit. p. 168.
- (70) C・ヒル著、紀藤信義訳「ノルマンの軛」（未来社、社会科学ゼミナール26）七三頁。
- (71) C・ヒル、前掲書、七三頁。
- (72) リルバーンやマーチンはレベライズに属していた。C・ヒル、前掲書七〇頁以下参照
- (73) 篠倉「大陪審の機能と動搖(2)」熊大法学一八号、一一二頁。
- (74) Esmein op. cit. p. 343. Brackstone, Book, VI, p. 290.
- (75) 自己負罪拒否権の獲得のために大きな貢献をしたのがジョン・リルバーンである。Stephen op. cit. pp. 343—345. リルバーン事件を取り扱った邦文文献としては、アラン・バース著、児島武雄監訳「市民の自由と警察権力」三三一—三七頁。
- 尚、自己負罪拒否権の成立史についての簡潔な記述としては David Fellman, The Defendant's Rights Today, Wisconsin. L. R. (1976) pp. 304~306.
- (76) 保釈についていえば、一八世紀には輕犯罪についてはのみ認められていた。Stephen, op. cit. p. 201. 但し、不法な逮捕、勾留に対しては人身保請令状による救済の道が残されていた。Esmein, op. cit. p. 344.
- (77) 大陪審は一二名乃至二三名の陪審員によって構成され、一二名以上の多数決で評決した。Stephen, op. cit. p. 274.
- (78) Brackstone, Book, IV, p. 303.
- (79) 陪審裁判が行われたのは巡回裁判所においてであった。巡回裁判所ではウェストミンスターから派遣された裁判官による

- “oyer and terminer and gaol delivery” が主なものである。これは各州において年二回開催された。その他に四季裁判所があったが、四季裁判所は軽罪のみを取扱った。Stephen, *op. cit.*, p. 97. f. Esmeth, *op. cit.*, pp. 344—345.
- (80) アレインメント手続は罪状認否という他に陪審裁判に服すか否かを問うという意味があった。古代社会以来の訴訟契約の伝統を窺い知ることが出来る。尚、陪審に服するかどうかを問うた理由について、ブラクネット、前掲書、二二五頁。
- (87) 苛酷拷問の廃止は一七七二年である。Thayer, *Evidence* p. 74. Stephen, *op. cit.*, pp. 297—300.
- (82) 「裁判官が被告人の弁護士であるべきだ」というのが、弁護士拒否の理由であった。Brackston, *Book. IV, ch. XXVII.*
- (83) Brackston, *Book. IV, p. 359.*、ブラククトンは、その際に、ローマ法及びフランス法を引きあいに出している。
- (84) イギリスにおける当事者主義の発展については、島田仁郎「英国刑事裁判における当事者主義発展の素描」〔法曹時報第二一巻九号参照〕

第二章 国家訴追主義と私人訴追主義

第二節 糺問手続と公訴官制度の創設

一 革命期のフランス・ドイツが直面していた問題状況を明かにするためには、糺問手続がどういう手続であったのか、又、それがアンシャン・レジュームの刑事司法の中でどういう意義をもっていたかを簡単にみておかなければならない。

二 糺問手続の特徴は、私人の訴追をまつことなく、裁判官が職権で手続を開始し、被疑者や証人を尋問し、判決を下すという点にある。私人訴追によらない手続の形式は「フランクの糺問」の中にすでに現れていたが、住民の告発に依存している点で不十分なものであった。

糺問手続が形成されるのは、まずは教会法の中においてである。中世以降、強勢となったローマ教皇は、枢機卿以下の階層的身分を確立し、教会組織を系統的に整備・強化すると共に一般宗会議の決議を教会の組織と成員に対する拘束力のある法律として布告し、その法を遵守させるために、教区裁判所やロタ裁判所等の司法機関を創出した。²

教会裁判所の手続も、最初は、私人の訴によって開始され原告・被告の訴答によって判決される当事者主義的手続であった。³

しかしながら、一三世紀以降の教会の俗化と墮落⁴に対する批判の高揚—ルネッサンスと宗教改革—は「異端」の運動を活発化した。⁵「異端」との闘いのためには、原告の訴をまつて開始され、原告と被告の主張の優劣によって判決を下すという従来の訴訟手続は不十分なものであった。⁶そこで教皇は一二一五年ラテラン会議を召集し、神判への聖職者の立会を禁止すると共に「異端」との闘いのために糺問手続を教会裁判所の手続に導入した。⁷これ以降、ヨーロッパ各地に「異端審問所」が設置され、糺問手続が教会法の中で支配的となるのである。⁸

三 糺問手続も創設当初は、非合理的な神判を廃止し、証人の証言に基づいて判決を下すという意味において、証拠法の改良を意味していたが、それが自白獲得のための拷問と結びつくと苛酷な制度に転化した。

有罪判決を下すためには、二人以上の証人の証言か又は被疑者の自白が必要であったが教会は被疑者の自白を重視した。

「異端」を糺すためには、何よりも「異端者」自身の信仰告白を得ることが必要だったからである。そのためには、審問官自身が密室において被疑者を尋問し、必要とあらば拷問にかけることが、最も効果的で確実な方法であった。⁹

教会の「異端審問」の中で糺問手続が体系化されたということの意義は大きい。なぜなら、その中に糺問手続の背

後にある權威主義と絶対主義とが象徴されているからである。すなわち、糺問官と被疑者は対等の私人ではない。糺問官は正統な教義の具現者、絶対的正義の具現者であり、被疑者は単に取調べの対象にすぎない⁽¹⁰⁾。自分は絶対的正義の具現者であり、自己の抱く嫌疑には疑いがないという信念こそ、苛酷な拷問と峻厳な刑罰とを正当化した糺問官の法意識なのである。

④ 教会法の中で体系化された糺問手続は、絶対王制の創出期にあった世俗権力によって全ヨーロッパに普及した。スペインは、レコンキスタ（国土回復運動）とユダヤ人迫害の為にローマ教皇と手を結び、「異端審問所」と共に糺問手続を導入した⁽¹²⁾。

⑤ ドイツでも一五世紀以降、糺問手続が支配的となった。イタリア法学と教会法の影響の下に、一四九九年には「チロル犯罪規則（Tiroler Malefizordnung）」が現われ、一五〇七年には「バンベルグ刑事裁判規則（Bambergsche Halsgerichtsordnung）」が公刊された⁽¹³⁾。そして、一五三二年、ルターの宗教改革が開始された時代に、スペインの教養と伝統を身につけて皇帝の座についたカール五世によって「カロリーナ法典（Constitutio Criminalis Carolina）」が發布された⁽¹⁴⁾。

カロリーナ法典は、古代ゲルマル以慣の慣習に従ったという外観を有しているが、そこに示されているのは、教会法とローマ法の相互作用の中で形成された諸原則である⁽¹⁵⁾。

例えば、カロリーナ法典は古代ゲルマン以来の私人訴追に基づく弾劾手続について長い説明を行っており、職権訴追に関する条項は非常に少ない。

しかし、実務家向けにつくられたテキストにおいては職権訴追が最初に記載されており、その上、職権訴追こそが伝統的性格をもったものであるとして記述されているのである⁽¹⁸⁾。「ある者が、ある犯罪について、一般の風聞・風評

により、もしくははその他の信ずべき懲表、嫌疑、又は疑惑によって司直により勾留されるとき¹⁹⁾は証人は司直によって尋問され証言は書面に録取される。被告人を有罪とすべき証拠としては、自白か又は「二人もしくは三人の資格があり信用できる証人」の証言が必要であった²¹⁾。証人の証言が得られない時には拷問が頼みの綱であった。そして、どの程度の嫌疑があれば拷問を実施してよいのかを詳細に説明することは困難であったので、拷問がしばしば行われることになった。カロリナ法典以前に作成され、カロリナ法典の成立に大きな影響を与えたバンベルゲンシス第八〇条によれば、有罪の立証に充分な証拠があった時といえども、尚、自白を獲得するために被告人を拷問にかけなければならなかった²²⁾。被告人自らが自分の罪を認めるということが贖罪のための出発点と考えられたからである。カロリナ法典は明文上はそのような規定を含んではいなかったが、実務では同じことが行なわれた。裁判官を始め実務家たちは法律の規定よりも従来の実務慣行を尊重したためである。

ドイツのみならずヨーロッパの裁判実務に大きな影響を与えたのは、カロリナ法典の条文そのものよりも学説であった。特に、一六三五年に現れたカルプツォの『*Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*』は、その後の糾問官の手引き書となった。

カルプツォはローマ法、教会法、サクソニア法、そしてカロリナ法に依拠して刑事手続を体系化しようとした²⁴⁾。カルプツォの目からすれば弾劾手続が依然として通常手続であったが、彼が最も重要な地位を与えたのは糾問手続であった。カルプツォは糾問手続がローマ法以来、「通常手続 (*remedium ordinarium*)」であったことを示そうとしたのである²⁵⁾。カップツォの「貢績」は、糾問手続を一般糾問と特別糾問に分け、それを体系化したことであるが、彼によって示された手続が、それ以後のドイツにおける刑事手続の範例となるのである²⁶⁾。

右にみた如く、カロリナ法典の規定もカルプツォの学説も、訴追手続の原則は私人の訴追であることを認めていた

のである。しかし実務家達が考慮したのは常に国王や諸侯、教会といった支配者達の利益であつて被告人の利益ではなかつた。糺問官たちが支配者の利益擁護者として、「正義」の具現者として被告人に対した時、ドイツに吹き荒れたのが「魔女裁判」に象徴される司法による暴虐であつた。

六 フランスにおいても一三世紀以降、刑事裁判に糺問手続が導入された。しかし、従来から存在していた私人訴追も存続していた。そこで一三世紀後半ないし一四世紀前半には、フランスにおいても私人訴追に基づく訴訟形式と職権訴追による糺問形式という起源も性格も異にする二つの刑事手続が並存することとなった。

糺問手続を強化したのが、一五三九年、フランシス一世によって発布されたヴィレ・コウトレ (Villes-Cottorets) の勅令であつた。⁽²⁷⁾これ以降、フランスにおいても糺問手続が実務を支配することになるのであるが、それは、一六七〇年、ルイ一四世の公布した「刑事手続に関する大条例 (La grande Ordonnance sur la procédure Criminelle)」⁽²⁸⁾によって頂点に達した。

この大条例によって、証拠収集を目的とし予審官の面前でおこなわれる「アンフォルマシオン (information)」——糺問手続の原則に従つて被告人に対して尋問し、書面に録取する「予審」——予審官と陪席判事によって構成される「合議部 (Stage assmblée)」の面前で書面に基づき、秘密裏に行なわれる「審理」というフランスに特徴的な刑事手続が体系化されたのである。⁽²⁹⁾この手続が大革命によって変更されるまで基本的にフランスの刑事手続を支配するのである。

七 糺問手続は既に述べた如く、封建権力が政敵を打倒するためには極めて都合のよい手続であつたが、封建諸勢力の割拠の中から国王が脱出し、中央集権的な絶対権力を構築するためには尚克服しなければならぬ課題があつた。それは、国王にのみに忠実であり、国王の利益を最優先する司法官僚によって刑事司法を支配的に管理するとい

う問題であった。ドイツにおいて典型的な如く、糺問裁判官は国王の完全な統制下にはなかつた。糺問裁判官の出身階層は種々であり、その中には聖職者・諸封建領主・新興商人が含まれていた。⁽³⁶⁾ フランスにおいても程度の差はあるにしても事情は似通っていた。

そこで刑事司法における国王の代理人としての司法官僚の創設が必要であつた。フランスの刑事司法に特徴を与える公訴官（＝検察官）は、將に国王の代理人の中にその起源を有するのである。⁽³¹⁾

国王は自分に最も忠実な家臣を財務官の中にみだしていた。国王の国庫を預かる財務官こそ、国王権力の消長に敏感にならざるをえない官吏だからである。實際、フランスの国王の代理（*Gens du roi*）は、ドイツのフィスカル（*Fiskal*）と同様、その起源は遠く、ローマの *procuratores Cæsaris*（*Dig. I. 19*）又は *advocati fisci*（*Dig. II. 8*）だと推測されている行政官・財務官であつた。⁽³²⁾ 本来的には、財務官である国王の代理がどのようにして刑事司法における支配的地位を確立していったのかを、フランスを例にとつて概観しておこう。

フランスにおける最初の国王代理の任命は一三〇二年、フィリップ二世の勅令によつておこなわれた。⁽³³⁾ 国王代理が裁判に關与したのは、国王が原告又は被告となる訴訟事件における当事者としてであつた。⁽³⁴⁾ 国王の代理人には、ローマの *procurator* と同様、書面を通じて訴訟行為をなす国王代理（*Gens du roi*）とローマの *advocati* に対応し、裁判所に出頭し弁論を行う国王代訴人（*advocatus du roi*）とがあつた。それ故、前者は「ベンの人」と呼ばれ、後者は「言葉の人」と称された。彼らは共に服務宣誓の義務が課されており、親族の利害に關する裁判に關与することを禁じられていた。⁽³⁵⁾

国王権力の伸長に伴つて、国王の代理人の人員は順次増加し、結局、全ての裁判所に国王代理と国王代訴人が設置されるに到つた。この内、全身分會議（*Parlement*）——最高裁判所——に付屬する国王代訴人に特に検事長（*Procureur*

general)の称号が付与された。そして、地方の下級裁判所に属する全ての国王代理と国王代訴人は検事長に服属するものとされた。

このように検事長を頂点として、階層的に組織された国王の代理人がいわゆる検察庁 (ministère public) を構成した。

検察庁の官吏の任務は民事事件・刑事事件において国王の利益を擁護することであったが、この当時、刑事裁判に伴う罰金刑び没収益金は国庫にとつて重大な財源であった。国王は罰金及び没収の財貨は国庫に帰属すべきであると考へたが、封建体制に特有の錯綜した裁判管轄 (領主裁判権・教会裁判権の介在) の故に、その財貨が常に国庫に帰属するとは限らなかつた。そこで、国王は国王代理を利用して罰金及び没収の財貨を確保する策を講じた。

すなわち、一五三九年、罰金及び没収の科される犯罪については、国王代理 (procureur) に報告すべき義務を予審官に課したのである。⁽³⁶⁾更に罰金及び没収の科される犯罪については予審官は特別札問終了後、その処分について国王代理の意見を聞かねばならないとする実務慣行が形成された。

このようにして、国王代理 (＝検察官) の刑事司法に対する影響が強化されたのであるが、刑事訴追権を有しないという点で「弱さ」を持っていた。

この弱点を克服しようとしたのが、ルイ一四世が一六七〇年に公布した刑事手続に関する条例であった。ルイ一四世は、検事長を頂点とする国王代理に刑事訴追権を付与することによって刑事司法における主導権を確保しようとしたのである。⁽³⁷⁾

裁判手続において証人を尋問し、被疑者を取調べ、被告人を拷問にかけ自白させ、判決を下すのは予審官の任務であったが、国王代理は手続の全ての段階に干渉することができた。すなわち、国王代理の尋問後でなければいかなる

特別糺問も開始できなかったし、判決を下すこともできなかった。勿論、予審官は常に国王代理の見解に従わなければならぬという明文の規定があった訳ではないが、国王権力の伸長の中で「国王の目」「国王の耳」と呼ばれるまでに強力になった国王代理の見解を予審官が無視することは事実上困難であった。

ドイツにおけるフィスカルが、フィスカル相互の権限の不明確さ、組織の複雑さの故に不評であり、国王権力の脆弱性の故に衰微していったのと対照的に、フランスの国王代理は、一七世紀から一八世紀にかけての絶対君主（国王）と全身分会議（＝封建諸侯）との激しい権力闘争の過中において、国王の命令を裁判官に伝え、国王の命令の正当性を主張し、その実施を監督し、国王の反対者を打破するために刑事司法を動員するということにおいて重要な役割を果たしたのである。³⁹⁾

右にみた如く、フランスの国王代理は、最初は民事事件、刑事事件の訴訟当事者として出発しながら、糺問官の持つていた権限を分掌することを通じて、糺官をも支配しうる地位―単なる訴訟当事者としての地位をはるかに凌駕する「法の番人」としての地位―を獲得するに到ったのである。

国家訴追主義の塑型は、右に述べた国王代理（＝検察官）による刑事訴追の形成過程の中に示されている。すなわち、国王の代理人としての国家訴追官の役割は神聖にして侵すべからざる国王の権威と利益を擁護することであり、彼らの行動原理は国王の階級的利害によって貫かれていたのである。⁴⁰⁾従って、事件を訴追するか否かの判断において階級的利害が介在することは避け難かったのである。

国王の権威を背景に国民に対峙した国家訴追官は、市民の権利について配慮しないというわけではないが、それは国王の恩恵に属する事項であり、国王の利益に抵触しない範囲に限られるのである。国家訴追官が、市民生活の細部に到るまで監視し、市民の権利（被害者及び被告人の権利）についても、後見的な立場からこれを保護すべきである

とする国家訴追主義に固有の觀念は、右に述べたことの異つた表現形態にすぎない。

第二節 フランス革命と訴追制度

一 一八世紀にはいると職権による手続の開始、秘密尋問、自白獲得のための苛酷な拷問、期限なしの未決拘禁といった糺問手続は、アンシャン・レジュームの圧制の象徴とみなされるようになった。特に、抬頭しつつあつた市民階級の利益を代表する啓蒙思想家達は糺問手続の廃止を最も重要な改革要求として掲げた。その際、啓蒙思想の目的は、国民が同胞を裁くイギリスの陪審裁判が、理想的な手続として映つたのである。⁽⁴⁾

一八世紀末、フランス絶対王政は、財政的破綻が直接的原因となつて、著しい社会的、政治的危機を迎えていた。ルイ一六世は、高揚しつつある糺問手続への批判を回避し、更に絶対王政の障害となつていたバルマンの抵抗を打破するために、新興市民階級の司法改革要求に譲歩を試みた。ルイ一六世は、一七八〇年八月二四日の勅令によつて、自白獲得のための拷問や予審における自白強要を禁止し、更に一七八八年五月八日の勅令によつて、すでに有罪の言渡を受けた被告人に対して、共犯者の名を自白させるための拷問を廃止したが、司法貴族を中心とした政治的反対によつて実効力をもちえなかつた。⁽⁵⁾ 結局、糺問手続は、アンシャン・レジュームと共に、フランス革命によつて廃絶される以外になつた。

一七八九年五月、フランス革命の序曲となるべき三部会の召集が行なわれた。各身分は、他の諸制度の改革を求める陳情書と共に、司法制度の改革についての陳情書を代表を通して三部会に提出した。陳情書の中には、手続の公開、弁護人制度の採用、被告人の宣誓義務の否定等、注目すべき改革要求がみられたが、成案とはならなかつた。

二 一七八九年六月、三部会が解散され、新たに成立した憲法制定議会在が刑事制度改革の課題をもひきついだ。憲

法制定議会の討論においては、イギリスの刑事手続がたえず話題にのぼった。

「犯罪の訴追と処罰のために、イングランドと自由アメリカにおいて採用されている法体系によって創出された手続以外、何も議論されなかったのは明白である。フランスにおいても昔使用されていたこのシステムは、実際唯一の人道の実務のシステムである。或部分においては、一部修正をほどこしたとしても、一刻も早くこの体系を採用する以外にない。」⁽⁴³⁾

かかる見解が、憲法制定議会の基本的見解であった。そこで、憲法制定議會は、従来のフランスの刑事手続を逐条的に検討し、どの条項を改革すべきかという検討作業に入った。しかし、それは困難な作業であった。

一七八九年一〇月八日の法律がその作業の成果であったが、審理の公開と対質以後の弁護士選任権は承認したものの、大筋においては、一六七〇年のルイ一四世の大条例を踏襲したものであった。⁽⁴⁴⁾

逐条的に条文を検討し、改正を行なうという方法自体に限界があった。何故なら、フランスの法体系とイギリスの法体系では、根本的な対立があったからである。⁽⁴⁵⁾

フランスにおいては、犯罪の訴追は事実上公訴官の掌中にあつた。私人訴追者は、ただ損害賠償を請求する訴を行ないうるにすぎなかつた。イギリスにおいては、私人訴追が原則であり、法務長官 (atony general) はごく稀に訴追を行なうにすぎなかつた。イギリスにおける治安判事の審問がほとんど公判に影響を与えないのに対し、フランスにおける予審判事の審問は、刑事手続で最も重要な地位を占めており、判決は予審調書に依拠してなされていた。更に、イギリスでは、公判手続において口頭主義が貫徹されていたのに対し、フランスでは一七八九年の改革以後も書面主義の審理が行われていた。

刑事手続の個別的な条項や制度についての論争が不毛であると考えた憲法制定議會は陪審制度の導入の賛否及びそ

の範圍、裁判官、檢察官の任命方法など一〇項目にわたる基本原則についての決定を先議すべきものとした。⁽⁴⁶⁾ ここでまず陪審制の採用が討議の中心となっていた。

フランスの司法改革において、まず陪審制度が問題とされ訴追制度の再検討があと回しになったのは、札問手続の主たる担い手が札問裁判官であり、国王代理（＝檢察官）が裁判官に多大の影響力を有していたとしてもその活動は札問裁判官の背後に隠されていたこと、更に、国王代理（＝檢察官）は「幣害の著しかったバルマン以下の国王裁判所に対する一定の制約機関として機能しうる地位にあった」⁽⁴⁷⁾からである。しかし、陪審制度の採用を問題とする以上は、訴追制度の改革が日程にのぼるのは必然である。というのは、訴追制度の改革なしには陪審制度の効用も減殺されるであろうし、それに、なによりも陪審制度自体、私人訴追主義の發展の産物であるという性格をもっていたからである。訴追制度につき、まず問題になったのは国王代理（＝檢察官）の選任方式であった。⁽⁴⁸⁾この論点について、憲法制定會議は、一七九〇年五月八日にほとんど議論なしに選任権の国王帰属を決定した。⁽⁴⁹⁾しかし、この結論は国王委員は執行権に属し、従って執行権の担い手たる国王によって任命さるべきだという單純な論理に基づくものであって、このことを決定した五月八日の決議は、新たな司法制度の下において国王委員の担うべき職務内容については一切ふれていなかった。⁽⁵⁰⁾

国王委員の職務権限、特に国王委員が従来の国王代理と同様、刑事訴追機を保持するか否かの議論は、憲法委員会が一七九〇年七月五日に提出した「国民議會によって議決された基礎に従う司法秩序に関する新法案」（第三法案）をめぐって行なわれた。第三法案は国王委員は国王によって選任され、瀆職罪を理由とするものではない限り罷免されることはないとしながら、国王委員の権限を「①公序に関する法律の遵守（そのための意見の陳述および要求）②判決の執行③司法官の監視に限定」し、国王代理がもっていた民事訴追権のみならず刑事訴追権をも剝奪したので

ある。そして、刑事訴追権は、市民、及び選挙によって選ばれる裁判官の中で委任を受けた公訴官 (accusateur public) が行使するものとした。⁽⁵¹⁾

国王委員から刑事訴追権を剝奪し、これを市民及び公選された公訴官に付与しようとする第三法案は、明かに国家訴追主義から私人訴追主義へと、その依つて立つ理念を移行させるものであった。

第三法案に規定された国王委員と刑事訴追権について、一七九〇年八月四日、憲法委員会において報告を行ったトゥレは、国王委員からの刑事訴追権の剝奪と私人たる市民及び公訴官へのその委譲を、権力分立論と市民の基本権によつて基礎づけた。即ち、国王代理が従来、刑事訴追権を有したのは国王に権力が集中されていたことによる。権力分立の時代には、真に国民的な職務と執行権から派生する職務の混同は廃すべきであり、国王委員は、人民の代表でなく、執行権をもつ国王の機関である以上、執行権に属する職務のみを有する。⁽⁵²⁾これに対して、刑事訴追権の行使は人民的職務であり、官職の濫用と叛徒の陰謀に対する自由の保護の手段として、本来、それぞれの市民の権利に属すると主張した。

刑事訴追権が個人の自然権に属するという主張はフランス革命の高揚の中で、革命の精神に合致するものとして憲法委員会の主流を形成していった。反対派は、国王委員の刑事訴追権を私人訴追が行なわれない場合の補充的手段として、あるいは私人訴追と並存するものとして維持しようとした。

しかしながら、イギリスの陪審裁判制度の導入のためには、そして陪審制度と調和的な体系的な制度として創出するためには、旧体制下の諸制度が全廃されねばならないとする主張が大勢を占めた。

一七九〇年十二月二六日、デュポア (Dupont) が陪審による手続に関する法案を議会に提出した。この法案によれば、新しい刑事手続はカントン (Canton) における治安判事 (Jude de paix) による略式の審問 (予備審問)、ディ

ストリクト裁判所における大陪審の審理、そして県 (département) に設けられた刑事裁判所 (tribunal Criminel) における審理陪審 (jury de judgement) による審理と判決という三段階を経て行われることとされていた。⁽⁸³⁾

治安判事の職務は、拘引状 (mandat d'amener) によって、被疑者を出頭させ、被疑事実について尋問し、ディスクリト裁判所に事件を送致するか否かを決定することであった。刑事訴追の要なしと治安判事が思慮した場合は被疑者は直ちに釈放されるが、逆の場合には、被疑者の氏名・住所・逮捕の理由を記した逮捕状 (mandat d'arrêter) によって事件を送致した。⁽⁸⁴⁾

この手続を治安判事は職権によって開始することもできたが、それは現行犯及び原因が不明かもしくは死因に疑いのある死亡事件の場合に限られていた。その他の事件においては治安判事は市民の告訴・告発に基づいて手続を開始した。⁽⁸⁵⁾

告訴は「被害者の訴」であり、この点では古代の用語法が踏襲されていた。しかし、市民の果たす役割は以前より重要なものとなっていた。治安判事は告訴人 (partie plaignante) が申請した証人の尋問を行ない、必要な場合には公式の調書を作成する義務があった。被疑者の拘引状・逮捕状の発行は義務的なものでなく、告訴があっても治安判事は、被疑者の拘引を拒否することができたし、又、すでに拘引している被疑者を釈放することも可能であった。告訴人はそのような場合、治安判事に対し、「拒否証明書」の発行を要求することができた。そして、治安判事が逮捕状による事件の送致を拒否した場合、告訴人は単独で直接大陪審に刑事訴追について審理・評決してもらう権利を有していた。⁽⁸⁶⁾

告訴が被害者の権利であるのに対し、事件に直接利害関係をもたない市民による告発は公民としての市民の一般義務であるとされ、「公衆訴追 (denonction civique)」と呼ばれた。告発人 (denoncateur civique) が「彼の告

発を署名承認し、確認した」場合には、告発者は告訴人と同一権利を付与された。告発者が告発状への署名を拒否した場合には治安判事は事件を不問に付せば足りたが、自ら必要と思慮する場合には職権によって手続を進めることも可能であった。⁽⁵⁷⁾

カントンにおける手続が終了した後に事件はディストリクトの地方裁判所に送致される。

地方裁判所は五名の裁判官によって構成されており、その他に裁判官の中から六ヶ月交代で選出される陪審指導官 (*directeur de jury*)、そして国王委員がいた。更に、ディストリクトには大陪審が設けられており、未決囚監もディストリクトにあった。

地方裁判所における手続は、治安判事の職権に基づいて開始された場合と、告訴・告発による場合とは異なる。

職権による手続の場合は、陪審指導官が主導的役割を果たす。陪審指導官はまず治安判事の作成した一件書類を調査し、未決囚監に収容された被疑者を尋問する。その結果、訴追の理由がないと思慮した場合は、二四時間内に事件を地方裁判所に送致する。地方裁判所は国王委員の意見を聞いた後に、訴追の理由なしと認めれば釈放の決定を下す。

陪審指導官が訴追の理由ありと判断した場合、若しくは訴追の理由なしとする陪審指導官の見解に反して地方裁判所が理由ありとの決定を下した場合には、陪審指導官は大陪審に提出する起訴状 (*acte d'accusation*) の作成を行わなければならない。又、陪審指導官はこの段階で事件が軽罪である場合、又は充分な保釈金が準備された場合には保釈決定を行う。⁽⁵⁸⁾

手続が市民の告訴・告発に基づく場合には二通りの手続の発展がある。治安判事が告訴・告発を理由ありと認め、その後の手続を進めた場合と、手続の開始を拒否した場合である。前者の場合、告発者・告訴人が二日以内に出頭す

れば、陪審指導官は意見の一致する限りにおいて彼らと協力して起訴状を作成する。見解の異なる場合には陪審指導官及び告訴・告発人が独自に起訴状を作成する。後者の場合はすでに述べた如く、告訴・告発人は治安判事の拒否証明書をえた上で直接大陪審に事件をもちこむ。⁽⁶⁹⁾

起訴状はいずれの場合にも国王委員の意見を付さなければならなかったが、国王委員がなしえたのは該当事件が刑罰を科するにふさわしいものか否かの決定であった。

起訴状は、八人の陪審員によって構成され陪審指導官によって統轄された大陪審の審理に付される。起訴状が朗読され、証人が口頭で審問される。証人の提出は陪審指導官の任務であったが、告訴・告発人も又、独自の証人を提出することができた。手続は秘密裏に行われ、最後に評決が行われる。決定は多数決で行われた。訴追の理由があるとの決定が行われると、陪審長がその旨を起訴状に記入し事件は刑事裁判所に送致される。犯人が逮捕されていない場合には逮捕令状が発せられる。

各県に設備された刑事裁判所は四人の裁判官（三人の裁判官と一人の裁判長）によって構成されており、公訴官と小陪審とがおかれていた。裁判官の役割は、小陪審が事実問題について有罪・無罪の決定を行うのに対し、科すべき刑罰を決定することであった。

訴追を遂行するのは選挙によって選ばれた公訴官 (accusatus public) の役目であった。ただし、公訴官は大陪審の起訴決定に基づいてのみ訴追を遂行しえたのである。公訴官は訴追を遂行するために証人を提出し尋問を行ない、犯罪事実を証明するための訴訟行為を行なった。⁽⁶⁰⁾ 国王委員には、ディストリクト裁判所及び刑事裁判所における法の執行を監視する職務が付与された。

右に述べたデュボ氏の提案は一七六〇年のオールドナンスを保持しようとする反対派の抵抗にもかかわらず、一七九

一年八月一六日—二九日のデクレ「治安警察、刑事裁判及び陪審員の設置に関するデクレ」として結実した。

一七九一年のデクレは、審理陪審と並んで起訴陪審をも採用することによって、起訴するか否かの決定権を選挙人資格を有する市民から選出された八人の陪審員の評決に委ねた。このことによって職権訴追、更にいうならば、国王の代理人—檢察官による国家訴追は完全に廃止された。しかも、起訴陪審への起訴についても、治安判事による手続の他に、告訴・告発人が直接、単独で起訴陪審に事件をもちださうる手続を認めることによって市民の刑事訴追権を、より直接的なものとして保障したのである。イギリスに範をとった私人訴追主義は、ほぼ全面的に新しい制度の中に移植された。

だが刑事訴追権を国民の自然権として位置づけることによって、私人訴追主義を大幅に取り入れた一七九一年のデクレは、フランス革命の高揚の中で生まれ、その反動の中で死すべき運命を持っていた。

革命の高揚が封建諸特権を打破したのみならず、私有財産制度の否定にまで到達しようとした時、有産階級は、人身と財産の安全を保障するために、無政府状態を抑圧し、法の支配を確立することを欲した。彼らは一七九一年のデクレを全面的に再検討する必要があると感じた。訴追制度一つ例にとつても、全ての国民に等しく刑事訴追権が付与されていることは、有産階級の目からすれば確かに無政府状態と呼ぶにふさわしいものであった。

有産階級は、私有財産制度を守るために一七九一年のデクレで廃止された古い制度と理念をいくつか復活させようとした。無政府状態からの脱出のためには特に訴追制度が再検討される必要があった。というのは、訴追制度こそ犯罪抑圧のための出発点に横たわるキートンだからである。

右に述べた有産階級の意図は、一七九四年のテルミドールの反動という政治的クーデターの後に成立した革命暦四年ブリュメール三日の「犯罪と刑罰に関する法典」(一七九五年一〇月二五日)によって実現された。

この法典における最大の改正点は訴追制度とその理念の変更の中にあつた。一七九一年のデクレによって止揚された「公訴 (public action)」と「私訴 (civil action)」の区別が再び持ちだされた。

ブリューメル法典は五条以下に次のように規定する——「五条、公訴の目的は社会秩序に対する侵害を処罰することである。これは本来、人民の任務であるが、この任務は上に掲げた目的のために任命された官吏により、人民の名においてなされる。——六条、私訴の目的は犯罪によって惹起された損害の賠償である。私訴権は被害者に属する。——八条、私訴は公訴と共に、同一裁判官の面前に提起しうるし、又、公訴と分離して提起しうる」⁽⁶⁾

右の条文においては、刑事訴追権は国民の自然権であるとする思想は後退し、私人訴追は損害賠償請求のために被害者によつてなされる訴追であるという「古い」私訴概念が復活したのである。近代的な意味における私人訴追、市民の権利としての刑事訴追権（その表現形式としての公衆訴追）は、著しく制限されたのである。

ブリューメル法典においても、市民の告訴・告発は有効なものとされており（八七条—九三条）、告訴・告発人はなお起訴状の作成に参加することが許されていた（二二四条—二二七条）が、告訴・告発の目的は損害賠償の獲得にあるとされ、私人が、直接、刑事事件を大陪審に訴追することが、もはや許されなくなったということが決定的であつた。⁽⁶⁾

市民の刑事訴追権が制限されたのに対し、訴追手続において、より重要な役割を付与されるに到つたのは治安判事と陪審指導官であつた。告訴人が請求した証人を聴聞すべき義務が治安判事に課せられていたが、それが全てであつた。

ブリューメル法典において現れていた私人訴追主義から国家訴追主義への回帰—公訴官復活—の方向性は、一八〇一年「政府の代官」すなわち検察官制度の復活を規定した一八〇八年の刑事訴訟法典の公布によって決定的となつ

た。

一八〇八年の刑事訴訟法典における訴追制度の変更は、大陪審の廃止と強力な権限をもった検察官の創設に端的に示されるごとく、刑事訴追に関して一切の民衆的関与を排除し国家官吏によってこれを掌握せしめるという点にその最大の特徴があった。⁽⁶⁵⁾

特に大陪審の廃止は刑事訴追について民衆の参加を一切排除せんとするのであったが、それはすでにブリュームル法典において私人訴追が禁止された時に、その運命は決定付けられていたといつてよい。というのは、大陪審の活動は雑多な私人訴追に法的抑制を加えその適切な運用を計るという役割がある一方、大陪審の活動に活気を与えていたのは、犯罪訴追を積極的に自己の権利及び義務と感じ、犯罪を告訴・告発し、証拠を提出する私人訴追者の活動に他ならなかったからである。

ブリュームル法典で「公訴」を私人が提起することが禁止され、大陪審に対して「公訴」を提起する役割が陪審指導官に移った後、実質的な審理が大陪審から奪われ、大陪審は単に治安判事から陪審指導官を経て送付されてくる書面によって起訴・不起訴の決定を行なうにすぎないという状態になれば、大陪審の手続が余分なものと感ぜられるようになるのも無理からぬことである。しかし、それだけであったならば大陪審の廃止ということにはならなかったであろう。というのは、治安判事―陪審指導官の手続と大陪審の手続とが事実上重複するものであっても、市民の代表による不当な起訴の抑制という大陪審の役割は依然として残ったからである。それ故、大陪審廃止の理由は他に求めなければならない。その理由はフランス革命がもたらした社会的混乱にあった。相つぐ革命指導勢力の交代、外国の絶対君主国による反革命戦争の組織化は、ブルジョワ階級の中に秩序回復の要望、強力な検察の希望を生じさせ、英雄ナポレオンの出現は、権威主義と国家主義の復活とをもたらしたのである。

公益の代表者としての檢察官の復活——刑事事件において、刑事訴追權を行使し、判決を執行するのみならず、捜査官憲をも指揮・監督する權限を有し、更に民事事件についても種々の權限を有する——は、右に述べた政治的・社会的事情を考慮してはじめて理解しうる。しかし、ナポレオンといえども、フランス革命の成果を一掃することはできなかった。というのは、ナポレオンの權力は革命勢力と反革命勢力の均衡の上に成立しており、「革命精神」の継承者であることを表明することによつてはじめてその權力は維持されていたからである。公判手続において当事者訴訟形式が外形的にはあれ維持され、「私訴原告」という形式における私人訴追が維持されたのはそのためである。

ここに、捜査・訴追手続においては糺問主義、公判手続においては当事者訴訟主義という「改革された刑事訴追法」が成立したのである。⁽⁶⁶⁾

フランスにおいて成立した「改革された刑事訴訟法」は、その後、ヨーロッパ大陸諸国の刑事司法改革においてその範とされた。次節においては、ドイツを例にその影響をみておきたい。

ドイツにおいては、糺問手続からの脱出のための手段として檢察官制度の導入が企図されながら、檢察官訴追——家訴追主義のもつ問題性がやがて意識されるようになり、私人訴追主義によつてその抑制が企図されるに至るからである。次節では、それを簡単に概観することが必要である。

第三節 ドイツ檢察制度と私人訴追主義

一 刑事手続の近代化の過程で、フランスに倣つて、國家訴追主義を基本的な訴追理念としたのがドイツである。⁽⁶⁷⁾
 一九世紀初頭に到つても、ドイツにおいては、純粹の糺問手続が支配的な刑事手続であったが、糺問手続の欠陥——とりわけ、事件の判断者である裁判官が、捜査官と訴追者の機能・權限を兼ねているということから生じる裁判の客

観的公平さの欠如及び被告人の防禦権の無視が、強く意識されるに到っていた。⁽⁶⁸⁾

一八四八年のドイツ三月革命に到る自由主義運動の高揚の中で、札問手続からの脱却―公開主義、口頭主義、陪審制度の採用、そして訴追手続の導入―は、常に自由主義政党的改革要求として掲げられていた。なかでも、訴追手続の導入によって、裁判機能と訴追機能を分離することが、札問主義的刑事司法を改革するための急務であると觀念された。その際、フランスの檢察制度がその模範とされた。⁽⁶⁹⁾

ドイツの改革派がフランスの檢察制度にその範を求めたのは、一八一〇年のナポレオン軍の進駐と共にライン・ラントに移植されたフランスの檢察制度が、最も身近な範例であったということ、フランス以外の諸国の訴追制度についての知識が、一九世紀初頭のドイツにおいては皆無に近かったということ、そして最後に、ドイツにおける自由な精神はフランスを民主主義の模範的な国家とみなしていたという理由に基づいていた。⁽⁷⁰⁾

ドイツにおいても、フランスの檢察官とよく似に制度 *Fiskalat* が以前存在していたが、訴追制度の導入を考慮するに際して、人々は、それが存在していた当時、悪評の高い制度であったが故に、これを無視した。⁽⁷¹⁾

二 右に述べた如く、ドイツにおける檢察制度の導入は、札問手続から脱却―裁判機能は訴追機能の分離―という脈絡において企図されるのであるが、札問手続からの脱却のために訴追手続の導入が必要であるとしても、それを檢察官制度の導入へと短絡させる思考には危険が伴っていた。事実、自由主義陣営の側にあっても、政府に完全に依存した権力機関に刑事訴追権を付与することは、市民の自由を侵害する危険が従来よりも高くなるという声が存在していた。⁽⁷²⁾

しかし、札問手続の廃絶が、焦眉の急を要する国民的改革要求であるとして觀念され、そのためには、公的訴追官の導入が急務であるという見解が支配的であった時期には、私人訴追主義の主張は議論の中心とはなりえなかつ

た。

私人訴追主義が国家訴追主義の控制原理として意識されるようになるのは、プロイセンに検察官制度が導入され、国家機関による起訴独占によって生ずる弊害が意識され、批判の対象とされる一八五〇年代以降である。⁷⁶⁾以下、ドイツにおける訴追制度をめぐる論争を国家訴追主義と私人訴追主義の対抗という視点からみてゆきたい。その際、分析の対象とされるのは、ドイツにおける指導的勢力となったプロイセンである。

三 一九世紀中葉以降、ドイツの運命を左右する地位にあったプロイセン政府は、最初は検察官制度の導入に反対する見解を明かにしていた。一八一五年に明かにされたその見解は、警察が全ての犯罪を追求するのであるから検察官は必要ないということ、警察も政府の統制の下におかれていゝのだから恣意的な捜査活動はできないということ、更に、仮に捜査機関を裁判所の監督下に服せしめるとすれば、裁判所の行政官庁化をもたらし、裁判所の独立を危胎ならしめるものであるということを検察官制度の導入に対する反対理由としていた。⁷⁷⁾

しかし、一八一五年のプロイセンによるライン・ラントの併合は検察制度をもった地方をプロイセンが抱え込むことを意味した。ライン・ラントの検察制度の存廃が問題とされたが、一八一八年、直屬司法委員 (Immediat-Justiz-Kommission) ライン・ラントの刑事手続の存続を決定した。この決定によって、プロイセン内部には、異なった刑事手続が並存することとなったのであり、手続の統一が国家的課題となった。⁷⁸⁾

更に、一九世紀初頭以来、札問手続の改革、検察制度の導入を求める世論は日増しに高まっており、プロイセン以外の諸邦では、制限された形態においてではあったが、検察制度の導入を認める邦が現れていた。⁷⁹⁾

そこで、一八四三年、プロイセン政府も刑事手続の改革と検察制度の導入に向けて動き始めた。しかし、その際、政府は検察制度を彼らにとって都合のよいもの、刑事手続において政府の利益を代弁する、安全かつ信頼のおける手

先として組織しようと考えた。裁判所に対抗しうる政府の機関としてのフランスの検察制度は、政府の意図に沿うるものであった。

国王の命を受けて、検察制度の問題に取組んだ二人の司法大臣、ミュラーとサヴィニーも検察官がフランス的な「法の番人」として地位と権限をもつべきであるとする点においては、その見解が一致していた。彼らは最初、訴訟手続の改革と切り離れた上で、ハノーバーに倣って上訴権を行使する機関として検察制度を導入しようとした。⁽⁷⁷⁾

しかし、後に、サヴィニーは、司法大臣の直接的な影響をうけ、その主たる権限は司法事務の処理、審問開始の申し立て、単独裁判官の判決に対する上訴、民事訴訟における国庫の代理人であるとする、フランス型検察官制度の導入に疑問をもった。⁽⁷⁸⁾そこで、サヴィニーは、ミュラーに反対して、刑事手続の改革前に検察官制度を導入することに反対した。

論争は、ミュラーに代って司法大臣となったウーデンとサヴィニーの間でも継続された。しかし、サヴィニーとウーデンは、刑事手続において客観的な非当事者としての地位に立つ、権力的な機関として検察官—警察を指揮・監督して捜査を行ない、捜査機関と裁判所とを媒介し、更に被告人の利益のためにも活動する検察官—という基本構想においては一致点を見いだしていた。⁽⁷⁹⁾

しかし、内閣は司法大臣達の構想する検察官制度の導入は警察の独立性、とりわけ迅速機敏な対応を要求される政治犯取締のための警察の活動を阻害し、現存の警察制度と裁判制度に矛盾するという理由に基づいて反対の意向を明らかにした。⁽⁸⁰⁾

四 プロイセン政府内の議論を一挙に検察官制度の導入へと突き動かしたのは、一八四六年のポーランドの大暴動であった。⁽⁸¹⁾この事件は、逮捕された多数の暴動参加者をこれまでの如く煩瑣で長つたらしい札問手続によって裁判す

ることが不可能であるということを証明した。

そこで、プロイセン政府は一八四八年七月一七日の法律によって少なくともポーランド暴動事件が係属していた帝室裁判所の手続に検察官制度を公開・口頭の公判手続と共に、事件の迅速な処理のために導入した。

一八四八年に成立したプロイセンの検察官は明かにフランスの検察官制度の強い影響を受けていた。⁽⁸²⁾ まず、検察官は司法大臣の指揮下にあり、司法大臣の指示に従うべきものとされた。更に検察官は訴追官であるにもかかわらず、無実の被告人を保護する義務があるとされた。又、検察官は公訴を提起するために捜査手続において警察官を指揮する権限があたえられた。そして更に、注目すべきことには、ドイツで初めて検察官に起訴独占が認められたということである。

一八四八年のドイツ革命の高揚も、刑事司法改革及びそれに伴う検察官制度の導入に対して促進的な役割を果たした。刑事司法改革は革命的自由主義のプログラムの本質的な構成部分であった。法律家の大多数も又、司法改革を要求していたということは一八四八年一〇月一四日ハムで開催された法律家集会の決議が証明している。この決議は、フランス・ラインの刑事手続の諸原理、即ち口頭主義・公開主義・弾劾主義の採用及び陪審裁判と検察官制度の導入を要求していたが、検察官制度については刑事訴追者として被告人と同等の地位に立つ原告として位置付けられており、裁判所を監督する権限及び民事事件への関与といった「法の番人」としての優越的地位の承認は否定していた。

プロイセン政府は一八四八年二月五日の欽定憲法において公開主義・口頭主義に基づく刑事手続の採用を陪審裁判所の採用を約束した。そして、翌年一月二日の命令 (Verordnung) で、プロイセンに統一的な裁判機構を創出することとし、同年一月三日の命令において、公開主義・口頭主義に基づく公判手続を実現すると共に、出版犯罪・政治犯及び三年以上の自由刑にあたる一定の重罪につき陪審制を採用することとした。そして更にこの命令によって検

察官制度は司法大臣―検事長―検事・違警罪検事という裁判機構に対応した官僚的・階層的な組織体制が整備されることとなった。しかし、この二つの命令においても、秘密主義・書面主義・札問主義に基づく予審が温存され、公判手続も職権主義的なものであった。

プロイセンの司法改革と相前後して連邦諸邦において検察官制度の導入及びその組織化が進められたが、その権限及び組織機構は諸邦においてそれぞれ異なっていた。⁽⁸³⁾

五 新しく導入された検察官制度に対する批判は、プロイセン政府が帝室裁判所に最初の検察官を創設した一八四七年に早くも「一八四六年六月一七日の法律についての実務裁判官による批判的所見」という小冊子の中で現れた。⁽⁸⁴⁾この著者は、この法律に基づく検察官制度の導入は、被告人にとって従来そうであった以上の何らの保護をも与えるものではないということを明かにした。法律の主要な目的は犯罪の捜査と追求にあり、検察官は国家の訴追官として単に独立していないのみならず政府に従属する官僚だったからである。

政府に従属する官僚が刑事訴追権を独占することは危険であり、検察官の控訴 (Beschwerde) は被告人の裁判官に対する控訴にとって阻害物となる。著者の要求はつまり、「検察官は裁判官の前における、法律又は侵害された市民秩序の代理人であるが、裁判官と並存するか又は裁判官の上位に立つ官僚であってはならない」ということにある。

リップルトも同じ立場に立っていた。彼は裁判官と同じ地位におかれたフランス型の検察官に反対した。リップルトは、訴訟当事者、純粹の刑事訴追官としての検察官を要求したのであり、行政府の代理であってはならないということ、即ち訴追官と行政府との分離を要求したのである。⁽⁸⁵⁾

更に一八五〇年代から六〇年代にかけて、検察官制度をめぐる根本的な議論が活発に展開された。ここにおいて

も批判の中心は、検察官の起訴独占——とりわけ、司法大臣の指揮権によって政府に密接に結びつけられた検察官による起訴独占——に対する批判にあった。

ミッテルマイヤーは、検察官の身分保障——裁判官と同様に任意に罷免又は転任させられないようにすること——を通じて、検察官に対する政府の影響力を減殺しようとした。ミッテルマイヤーは検察官の地位を強化することにより政府に対抗しようとしたのである。検察官は政府の命令によってではなく公的な利益の要求に対する考慮を行為規範とすべきだと考えたミッテルマイヤーは、同時に起訴便宜主義の主張者であった。彼は、独立性を付与された検察官は起訴提起に際して、公的な利益 (das öffentliche Interesse) が訴追を必要としているか否かを慎重に検討すべきであるという見解を示した。⁽⁸⁶⁾

ズンデリンは、司法大臣の権限を検察行政に対する監督及び懲戒権に限定し、刑事訴追に対する政府の影響力を弱めようとした。そして更に、刑事訴追の公正を保障するために起訴法定主義を主張した。ズンデリンはミッテルマイヤーに反対して、公的な利益でなく、正義が刑事訴追の基礎でなければならないことを強調した。更に彼は、起訴独占を制限するために、特別の親告罪 (Antrages delikte) と補充的な私人訴追の導入とを提案した。⁽⁸⁷⁾

政治的な定期刊行物においても、検察官制度は熱心な議論の対象となった。自由主義政党は、例えばプロイセンにおけるがごとく、政府と密接に結びついた検察官に付与された起訴独占と起訴便宜主義とを激しく攻撃した。特に、政府与党は検察官に対して有する影響力によって自らは刑事訴追から免れているのに対し、政敵に対しては容赦なく刑法を適用しているということが強調された。「検察官制度は、政府与党がそれによって既存の法秩序の上に君臨する制度である。」と述べられた。右のような弊害を除去するために、多くの論者は、補充的な私人訴追と検察官の独立性とを提案した。更に、若干の論者は、イギリスの制度に倣って、検察官制度の廃止と私人訴追主義の貫徹

か、さもなくば次善の策としての檢察機構の徹底的な改革、例えば、"社会的公的代理人 (der öffentliche Anwalt der Gesellschaft)" の設立を要求するに致した。というのは、このような改革によつてのみ、国家官吏である同時に訴追者 (原告) であるということによつて失なわれていた "訴訟における武器の対等性" が実現されるからである。⁽⁸⁸⁾

一八六〇年以来、定期的に開催されることとなつたドイツ法律家集會も又、檢察官制度に関する諸問題を取り扱つた。⁽⁸⁹⁾ 一八六〇年、ベルリンで開催された第一回會議にバルト弁護士が、檢察官の起訴独占を制限するための補充的な公衆訴追の導入と檢察官の当事者化を提案した。この提案は、常任委員會 (die ständigen Deputation) の討議に委ねられた。第一回會議は、一八六一年にドレスデンで開催された。第二回會議はグロス (Gross)、フォン・ゼッケンドルフ (von Sechendorf) の鑑定及びフォン・シュバルツ (von Schwarze) の報告に沿つて討議を行なつた。ここでは、檢察官は当事者ではなく、実体的眞実の追求者であるということ、刑事訴追における起訴法定主義の採用が方向づけられた。一方、特に法律家會議は、起訴独占に対する制限について討議を行ない、軽罪については、私人訴追が一般的な原則として導入されること、重罪については、基本的には檢察官がまず訴追権を行使すべきであることとされたが、檢察官の不起訴処分に対しては、告訴者 (彼は同時に一般的には被害者でなければならぬ) は裁判官に対して抗告を申し立てることができ、裁判官が抗告を認めた場合には、彼は私人訴追者として訴追を進行しようという提案がなされた。

以上みてきたような批判的な諸論文、及び法律家會議の議論は、立法にも影響を与えた。檢察官の起訴独占に対する批判の高揚に直面して、プロイセン政府はこれについての鑑定を命じたが、鑑定多くは、起訴独占に反対であつた。一八六二年、プロイセン政府は、"刑事裁判における被害者訴追に関する法律" の草案を提出した。この草案

は、検察官が起訴を行なわない場合に、被害者の裁判所に対する抗告 (Beschwerde) を認めたものであったが、議会は承認を拒否した。しかし、この草案において、政府が導入しようとした私人訴追は、被害者の保護を図ることを主要な目的とするものであり、国家訴追主義に伴なう弊害―検察官の政治的な刑事訴追権の行使―を抑制しようとするものではなかった。⁽⁹⁰⁾一八六七年一月二五日の刑事訴訟法によって、プロイセン政府は、起訴独占主義の修正として傷害罪、虐待罪及び親告罪につき私人訴追の導入を認めたが、これは右の脈絡において理解されるべきものであった。すなわち、政府は検察官の起訴独占に対する批判を、被害者訴追という方向でそらそうと試みたのであった。軽微な事件に限定して刑事訴追を私人の手に委ねるということは、検察官の負担を軽減するという意味で政府にとっても有利であった。

六 国家訴追主義に伴なう弊害を除去するために、それと対置されるべきは、訴追理念としての私人訴追主義であり、訴追形式としての被害者訴追 (私人訴追) ではなかった。訴追理念としての私人訴追主義と、訴追形式としての私人訴追との相違を明確にし、国家訴追主義の制御原理としての私人訴追主義を対置するという理論的課題をドイツにおいて最初に果たしたのはグナイストであった。⁽⁹¹⁾

グナイストは、被害者訴追及び被害者の抗告という形式によって国家訴追主義を制御することは充分ではないと考えた。彼は、検察官の起訴独占に対抗するために、私人訴追主義に基づく公衆訴追を提案した。彼は、私人訴追主義を正当化するために、古代ゲルマン社会以来の法的伝統及びイギリスの訴追制度について語った。

「民衆訴追の完全な法的展開はゲルマンの世界に属する。市民の一般的義務としての訴追義務は市民的自由の礎石である。これはイギリスにおいて、我慢強く保持され、公権力の不法に対する武器となっていた。その基本思想はイギリスからアメリカに渡り、(アメリカにおける) 検察官導入の後も、新大陸のあらゆる州の憲法により、私人によ

る刑事訴追の権利は「合憲的服従」および市民的自由の決定的基礎として妥当しているのである。⁽⁹²⁾

古代ゲルマン社会の民衆訴追は、国家権力の伸長と自由民の没落によって「職権による訴追 (die Klage vom Amts wegen)」に席を譲り、更に裁判官的な糾問官の審問にとつてかわられた。しかし、一八四八年、四九年の刑事手続によって、プロイセンに導入された検察官による起訴独占に対する批判の中で、再び私人訴追が議論の対象となっていたのである。グナイストは、一八六一年、ドレスデンで開催された第二回法律家会議の議論を念頭において、次のようにいう。「議論において、イギリスの私人訴追が好んでひきあいにだされた。しかし、発言者は、私人訴追の名の下に、一般的な訴追義務を理解しておらず、イギリスにおいては早くから廃止されていた『被害者』の訴追 (die Privatanklage des "Verletzten" (appeal)) を考えたのである。⁽⁹³⁾」

イギリスの制度に詳しいグラザー (Glaser) 教授が、イギリスの私人訴追は、多くの人達が考えていた被害者の私訴とは別物であるということを警告したが、充分な理解を得られなかった。⁽⁹⁴⁾

前述した如く、一八六二年プロイセン政府は、検察官が刑事訴追を行なわない場合に裁判官に訴追を命じる権限のある控訴裁判所 (Appellationsgericht) に抗告する権利を被害者に認めるといふ内容の法律草案を提出した。しかし、司法委員会は草案に満足せず、私人訴追の「完全な」導入を主張したため、成案とはならなかった。プロイセン政府は続いて一八六五年に、プロイセン刑事訴訟草案を提起したが、この草案は、私人訴追について「被害者による訴追」という概念から出発していた。草案の理由書には、「私人訴追の一般的承認は私人の意思 (Privatwillen) に対する過度の配慮を含んでいる。そして、それは刑事訴追の純粹性を曇らせるような要素を刑事訴追の中に導入することになる」と述べて、私人訴追を被害者訴追と同一視した上でこれを批判していた。⁽⁹⁵⁾

もし、プロイセン政府が私人訴追の導入に対して全面的に反対したのであれば、議論はより尖鋭化したであろう。

そして、私人訴追主義の導入は、被害者の賠償としての刑法という既に克服されたイデーに逆戻を意味するものではないということが明かにされたであろう。しかし、中世において妥当した刑法の私法的な見解を復活させるのか否かといった論争は、政府の手によって回避させられた。プロイセン政府は、むしろ、被害者訴追の妥当領域が行政権力の濫用とうまい具合に重ならない領域、行政権力の専擅的な行使にとってほとんど実害のない領域であることを発見した。⁹⁶行政権力による党派的な政治の危険が現実化されているような領域では、被害者の訴追ということは妥当しない。何故なら、このような領域においては、被害者を特定することが困難であり、公務員の汚職事件に致っては、直接的な被害者は存在しないからである。そこで、プロイセン政府は、一八六七年の刑事訴訟法において、検察官の起訴独占に対する批判を回避するための「最小の犠牲」として、傷害罪等の犯罪に対して被害者による私人訴追を認めたのである。⁹⁷

私人訴追主義を被害者訴追の中に歪小化しようとする見解に対して、グナイストは、私人訴追を、市民に一般的に与えられた訴追権として把えることによって、近代的な意味における私人訴追主義の概念を対置したのである。

私人訴追は「市民の自由の中心をなすもの」であり、「市民の一般的義務」である。従って、訴追形式としては公衆訴追が妥当するのである。⁹⁸グナイストは、私人訴追主義を、市民的自治の原則(Grundsatz der Selbstverwaltung)によって理由づけたのである。「公訴権の自治的な行使は市民の自由の保護にとって直接に最も重要な機能であり、イギリスの上級裁判所判事(Dord ober richter)は正しくそれを『重要な憲法原則』と名づけた。実体的利益の主張も、まして権利の永続性や個人の権利領域の保護も自治を責任をもって担うことなく達成されるはずはない。⁹⁹」このようにして、グナイストは、補完的な私人訴追⇨公衆訴追の導入を主張するのである。「補完的な訴追機能を責任をもって担うことは自治の最低(条件)であり、立憲体制の下での政党政治の下では、それなくしていかなる刑法

秩序も存在しない。それは、まさに法共同体構成員と民族構成員、即ち公的団体と市民権を有するドイツ人は、自己の責任において刑事訴追を担わねばならない、とする数百年來承認されてきた原則の繼承に他ならない。⁽¹⁰⁰⁾

更にグナイストは、私人訴追主義が当事者訴訟へと必然的に結びつくということをも理解していた。私人訴追と公衆訴追の採用は、「刑事訴訟が当事者平等の原則に従って構成されなければならないという間接的効果をうむ。国家机关としてのフランスの検察官が有する特権は、私人訴追者を認める訴訟ではもはや存在しないのである」と。⁽¹⁰¹⁾

七 一八七一年、プロイセンによるドイツの統一が達成されると、政府は早急に司法組織と訴訟手続を統一しようとした。この当時、ドイツ諸邦は、それぞれ独自の司法改革を実施し、刑事手続においても起訴手続と検察官制度を導入していたが、その内容は各邦によってそれぞれ異なったものであった。

一八七四年、政府は裁判所構成法及び刑事訴訟法の草案を帝国議會及び司法委員会の討議に付した。この草案において、検察官制度の存在は既定の事実とされ、検察官制度を保持するか否かは、もはや争う余地のない問題だとされた。裁判所構成法は、帝国検事の組織と職務についての規定を行った。帝国検事は、帝国裁判所に係属する全ての事件において、帝国検事総長の指揮に従わなければならないとされ、帝国宰相が帝国検事総長の上司であった。邦検察官の任命、辞職、構成等は、諸邦の立法に譲られた。⁽¹⁰²⁾

裁判所構成法と同時にドイツ刑事訴訟法も討議に付された。草案は、公的訴追官としての検察官の導入、訴追手続の採用を規定し、更に全ての審級において、検察官の起訴独占が原則的に実現されるべきものとしていた。⁽¹⁰³⁾ 又草案では、最初プロイセンの例に倣って起訴便宜主義が採られていたが、起訴法定主義に修正された。

起訴独占を貫徹しようとする政府は、検察官の訴追行為に対する不服申立は、当該検察官の上位検察官に対して行なうべきものとしていた。特に草案は、検察官の訴追権を一般的に補充するものとしての私人訴追の導入に反対して

いた。刑事訴追は、公的な利益に基づいてなされるべきものであり、公衆訴追はドイツの法觀念と著しく矛盾する⁽¹⁰⁴⁾というのがその理由であった。私人訴追は個人的な利益にのみ奉仕するものであるという見解に立つ草案は、個人的利益の追求が問題になる場合のみ、即ち、親告罪及び賠償請求権の認められる犯罪についてのみ、私人訴追が許される (§ 335) としたのである。これは、一八六七年のプロイセン刑法、更にチューリンゲン及び他のいくつかの諸邦のものと一致するものであった。更に草案は、侮辱及び身体傷害についても、公的利益がこれらの犯罪には存在しないという理由でこれを認めた (§ 356)。

國家訴追主義—起訴独占主義の控制手段としては、起訴法定主義、上級検察官又は裁判所への抗告、私人訴追主義等が討議の対象とされた。政府代表は、起訴法定主義を支持した⁽¹⁰⁵⁾。

草案は、帝国議会の討議を経て成案となった。一八七九年の刑事訴訟法制定が最も重要な意義は、これによってドイツ帝国が統一した刑事手続をもつに到ったということである。いまや全ドイツに、刑事裁判は刑事訴追に基づいてのみ開始されるという訴追形式の手続 (Anklageformprozess) が妥当することとなった⁽¹⁰⁶⁾。

一八七九年の刑法は、訴追に関し、刑事訴追は公的なものであり、訴追者は検察官であるという原理を採用した。検察官は、彼が見聞した行為が刑法に抵触し、十分な事実上の根拠⁽¹⁰⁷⁾によって嫌疑が裏付けられている場合には起訴しなければならない (起訴法定主義) とされた。又、検察官は、原則として刑事訴追権を独占していたが、不起訴処分につき、被害者が訴追の決定をなしうる上級裁判所 (Oberlandesgericht) に抗告をなしうること、及び侮辱、身体傷害については、直接、被害者が訴追しうるという点において、検察官の起訴独占は例外をもっていた⁽¹⁰⁷⁾。

帝国刑法制定後も、検察官制度に関する論争は依然として続けられた。それどころか、検察官制度を取り扱った論文は、以前よりもその数を増した。しかしながら、論点はすでに出尽くしており、提起された改革案も、本質的に

は何ら新しいものを含んでいなかった。

ただ、全ドイツに導入された検察官が、刑事司法全体に支配的影響力を及ぼし始めた故に、裁判官の中から、検察官の訴追権限を他の機関（予審判事、警察等）に譲り渡すべきだとする主張が現われた（それは多分に糺問手続への回帰を願う主張をも含むものであった）が、司法大臣の指揮監督下におかれた検察官が、政治的恣意に基づいて刑事訴追を行なうことに対する批判が高まったということは、注目に値する。

帝国政府は、起訴法定主義によって、検察官の恣意的な訴追は控制しうると主張したが、運用の実態はこの主張を正当化しうるものではなかった。⁽¹⁰⁸⁾ 行政府に従属した検察官の起訴独占に対する闘いの最前線に立っていたのは、依然として私人訴追主義の提唱者たちであった。

R・シュミットは、刑事訴訟においては私人訴追が原則であるとし、私人訴追を他の軽罪にまで拡大すること、及び「公的な利益」が存在する場合にのみ検察官に訴追権を付与することを提案した。この提案は、一般的・原則的な私人訴追の提案であつて、検察官の負担軽減とか、単なる検察の監視といった目的のためになされたものではなかつた。⁽¹⁰⁹⁾

ハルトマンは、一義的な(Dritter)公衆訴追を主張した。彼は、私人訴追者を支持する特別の訴追機関を地方裁判所に設けることを提案した。そして、検察官の起訴独占は、行政罰が科される犯罪及び公的利益が前面にでている犯罪にのみ限定されるとした。ハルトマンにあつては、⁽¹¹⁰⁾ 訴追につき第一義的な権限を有するのは私人であり、検察官は第二義的な訴追機関であると考えられていたのである。

これらの主張に対して、刑事訴追の権利と義務は国家に属するとか、個々人は刑事訴追を遂行するに足る十分な権力的手段を持たないといった理由に基づいて反対が行なわれた。⁽¹¹¹⁾

補充的な私人訴追という、グナイストが以前から主張していた提案も、尚多くの支持者を見いだしていた。彼らは、補充的な私人訴追が、検察官による訴追に対する有効な矯正となると考えていた。

これに対しては、公衆訴追の導入が根拠のない密告と脅迫とを生みだし、私的復讐の満足にのみ陥るといふ批判が行なわれた。

ミッテルマイヤーは、被害者による補充的な私訴を主張した⁽¹¹²⁾。もちろん、ミッテルマイヤーは被害者の概念を広く理解していたのであり、そのことを暗示するために、彼は被害者のみならず、「全ての利益保持者」について言及していた。

しかし、被害者と利益保持者との厳密な区分は困難であり、検察官の刑事訴追が最も問題となる領域——政治的犯罪においては特定の被害が存在しないという点で、ミッテルマイヤーが支持した補充的な被害者訴追は不十分なものを含んでいた。しかし、いづれにせよ、私人訴追を主張した論者の発想の根底にあったのは、刑事訴追権に民衆的基礎を与えるということ、換言すれば、国家訴追主義の弊害を除去するためには、訴追手続に民衆の参加を実現する以外にはないという私人訴追主義の理念であった。それ故、帝国刑法に規定されていた被害者の抗告は、私人訴追の支持者からはほとんど賛同をえることができなかった。というのは帝国刑法法が準備した被害者の抗告という制度は、刑事訴追権を国家から私人の手に移譲するものではなく、起訴についての相当性の判断をただ検察官とは独立の国家官庁である裁判所の審査に委ねるにすぎないものだったからである。

以上みてきたように、ドイツにおいては、札問手続からの脱却のための重要な鍵として、訴追手続の採用が待望され、そこから訴追機関としての検察官制度の導入がはかられていくのであるが、検察官制度の導入は、国家による刑事訴追権の掌握を結果的に生みだし、国家による恣意的な刑事訴追の貫徹へと連なるといふ意味において、¹¹² 両刃の

剣¹¹³であった。そこで、検察官の恣意的な訴追に対する抑制の問題が、検察官導入後顕在化してきたのであるが、国家訴追主義に対して最も根底的な批判たりえたのは私人訴追主義であった。しかしながら、諸邦政府及び帝国政府及びそのイデオログ達は、刑事訴追権を国家から民衆の手に移そうとする私人訴追主義の主張に対し、公的利益の保護は国家の権利及び義務であるというテーゼをアプリオリに対置することにより、私人訴追主義の主張を個人的利益のための私訴という内容に歪小化し、民衆の刑事訴追権獲得の要求を封殺したのである。

ドイツにおいて、私人訴追主義の主張が容れられなかったのは、理論的に国家訴追主義の主張に劣っていた故ではない。イギリス及び革命高揚期のフランスにおいては、私人訴追主義が勝利したこととの対比で考えれば明らかなく、ドイツにおける私人訴追主義の敗北は、一八四八年のドイツ革命の敗北に象徴される自由主義・民主主義勢力の未成熟とブルジョワジーの反動化、絶対主義的なドイツ帝国の成立という歴史的な社会状況にその原因があったといふべきである。ドイツにおける私人訴追主義の敗北は、ドイツにおける民主主義の敗北の刑事司法的表現であった。

(1) 古代ローマ帝国の下で国教として栄えてきたキリスト教は、フランク時代には、修道院の活動を通じてゲルマン民族の中に浸透し、フランク時代後期には、国王の官吏として多数の聖職者を提供するに到っていた。

しかし、フランク時代における聖職者の除任権は、国王の手に握られていたため、ローマ司教の権力は、それ程、強大なものではなかった。

聖職者叙任権闘争を通じて、教皇権の確立を図ったのはグレゴリウス七世である。今野国雄「西洋中世の社会と教会」(岩波書店、一九七三年)、一三頁以下、六四頁以下、堀米「ヨーロッパ中世世界の構造」三〇三頁以下参照。

(2) 教会法の歴史については、Löning, Geschichte des deutschen Kirchenrecht, Richter-Dove "Lehrbuch des deutschen Kirchenrecht" が有名。

- (3) Esmein, *op. cit.* p. 79.
- (4) 教会の俗化と墮落については、「世界の歴史7、近代の序曲」(中央公論社)、森島恒雄「魔女狩り」岩波新書、二三頁。
- (5) 異端運動とそれに対する闘争についての手頃な邦文の文献として、森島、前掲書その他ギー・テスタス、ジャン・テスタス著、安斎和雄訳「異端審問」(白水社、文庫クセジュ516)がある。
- (6) 教会法において職権訴追が強化されていく過程については Esmein, *op. cit.* p. 79f.
- (7) Esmein, *op. cit.* p. 80.
- ただ、この手続では、まだ札問官が訴追の責任を負ってはならず、告発は教区の聖職者と俗人の義務とされている。テスタス、前掲書、一七頁—一八頁。
- (8) 最初に「異端」札問に各地に赴いたのはドミニコ会やフランシスコ会の修道士であった。彼らは教皇の命令にのみ忠実な「異端」撲滅のための戦士であった。テスタス「異端審問」一八頁以下。沢登「刑訴法史」八七頁。又、被疑者の出頭を強制したし、逮捕するために世俗権力が動員されたことについては、テスタス「異端審問」一七頁以下。
- (9) 沢登「刑訴法史」八四頁以下。
- (10) 沢登教授は、これを「権威主義」と「一方性」の原理として表現している。沢登「刑訴法史」八四頁参照。
- (11) ただし、イギリスのみは例外であった。イギリスは「異端審問」からも札問手続からも基本的に免れていた。テスタス「異端審問」二三頁。イタリアについては、沢登「刑訴法史」八八頁以下、テスタス「異端審問」三二頁以下。Esmein, *op. cit.* p. 296f.
- (12) スペインへの導入については、沢登「刑訴法史」八八頁以下、テスタス「異端審問」三二頁以下。Esmein, *op. cit.* p. 296f.
- (13) Esmein, *op. cit.* pp. 304—305.
- バンベルグ刑事裁判規則の邦訳は、槇浩、「バンベルグ刑事裁判令(バンベルゲンシス(一)~(四))」神戸法学会雑誌一九卷一・二合併号~二卷一号がある。
- (14) カロリナ法典については、槇浩、「カルル五世刑事裁判令(カロリナ(一)~(四))」神戸法学会雑誌一八卷二号~二三卷一号)の邦訳がある他、米山耕二「カロリナ刑事法典について—刑事訴訟法における合目的性と正義(一)—」橋論叢七二卷四号等、次第に研究が深化されている。

- (15) Esmeln, op. cit, p. 306.
- (16) Carolina Art. 11. et. seq.
- (17) Carolina Art. 6—10. Esmain, op. cit, p. 307.
- (18) Esmeln, op. cit, p. 307.
- (19) Carolina, Art. 6.
- (20) Carolina, Art. 6.
- (21) Carolina, Art. 6.
- (22) Banbeng, Art. 80.
- (23) Carolina, Art. 65.
- (24) Esmeln, op. cit, p. 309.
- (25) Esmeln, op. cit, p. 309.
- (26) カロリナ法典及び学説がドイツの刑事手続に与えた影響については E. Schmidt, op. cit, p. 149 pp. 207—209.
- (27) Esmeln, op. cit, p. 145f. 沢登「刑訴法史」一〇二頁以下。
- (28) Esmeln, op. cit, p. 145f. 沢登、前掲書、一〇二頁以下。
- (29) Esmeln, op. cit, p. 183f.
一六七〇年の大条例の簡潔な要約としては、沢登、前掲書、一〇四頁以下。田村豊「刑事裁判方式の変遷とその形態につ
くす」(法経論集二号)三一頁。
- (30) 堀米、前掲書七七頁以下。
- (31) Esmeln, op. cit, p. 288f.
- (32) Esmeln, op. cit, p. 114.
ドイツのフィスカルの簡潔な叙述としては、Carsten. Die Geschichte der Staatsamwaltschaft in Deutschland bis zur
Gegenwart, 1932 p. 7f. 参照。尚、ドイツのフィスカルについては E. Schmidt, Fiskalat und Strafprozess.
- (33) Esmeln, op. cit, p. 115.

- (34) Esmein, op. cit. p. 114. Carsten, op. cit. p. 8.
- (35) Esmein, op. cit. p. 149f. Carsten, op. cit. p. 8.
- (36) Esmein, op. cit. p. 102.
- (37) Esmein, op. cit. p. 102f. Carsten, op. cit. pp. 8~9.
- (38) Carsten, op. cit. p. 1. ff.
- (39) Carsten, op. cit. p. 9. 上山安敏「法社会史」(みすず書房、一九六六年)四〇八頁。
尚、フィスカルが国王権力伸長の尖兵であったことにつき、横山晃一郎「ソビエト型検察官と大陸型検察官」(法政研究 四三巻二号)、一九二頁。
- (40) このことはドイツのフィカルにも当てはまる。横山、前掲、一九七頁―一九八頁。
- (41) 特にフランスの啓蒙家たちの注目を集めたのは陪審制度であった。モンテスキューは、陪審裁判こそ、市民的自由の守護神であり、刑事司法における人民主権の表現であると考えたし、ロビエスピエールは、陪審裁判は、自由の本質的基礎であり、フランスの制度がいかによいものであろうと、陪審制度なしにフランス人は自由たりえないと主張した。E. Schmidt, *Geschichte*, p. 326. 参照。沢登、前掲書、一五七頁―一五八頁には、ベツカリア、モンテスキュー、ボルテールらの思想が紹介されている。
- (42) 中村義孝、「フランス革命初期における刑事裁判の変遷」六二四頁、沢登、前掲一五八頁。
- (43) 一七八九年八月一七日の憲法委員会第一法案の報告者である M. Bergasse の発言である。Esmein, op. cit. p. 408.
- (44) 沢登俊雄「検察官―フランス」比較法研究三八号(一九七七)八二頁。
- (45) Esmein, op. cit. p. 409.
- (46) 稲本洋之助「フランス革命初期における検察の構造」社会科学研究二四巻二号、三一頁。以下の論述は本論文に負うところが多い。尚、フランス革命期の刑事訴追制度の変遷については、岩井昇二「フランスにおける刑事訴追(一)〜(四)」(警察研究三五巻一二号〜三六巻一一号)が予審を中心として詳細な検討を行っている。
- (47) 稲本、前掲、三五頁。
- (48) 稲本、前掲、三七頁以下。

- (49) 稲本、前掲、三八頁以下。
- (50) 稲本、前掲、三八頁—三九頁。
- (51) 稲本、前掲、四一頁。
- (52) 稲本、前掲、四二頁、参照。
- (53) Esmein, op. cit. p. 410.
- (54) Esmein, op. cit. pp. 410—411.
- (55) Esmein, op. cit. p. 411.
- (56) Esmein, op. cit. p. 411.
- (57) Esmein, op. cit. p. 411.
- (58) Esmein, op. cit. p. 412.
- (59) Esmein, op. cit. p. 412—p. 413.
- (60) Esmein, op. cit. p. 414. 選挙に参加できたのは、有産階級のみであった。
- (61) Esmein, op. cit. p. 410. 稲本、前掲、五〇頁以下。そこには、このデクレの詳細な記述がなされている。
- (62) Esmein, op. cit. pp. 417—418.
- (63) Esmein, op. cit. p. 429.
- (64) Esmein, op. cit. pp. 429—430.
- (65) Esmein, op. cit. p. 470.
 沢登俊雄、前掲、八二頁—八三頁。
- (66) 「改革された刑事訴訟法」といっても、実際には糺問主義的色彩が濃いものであった。エスマンは、それを表して「一六七〇年のオールドナンスへ復帰した」と述べている。Esmein, op. cit. p. 436.
- (67) ドイツにおける検察制度の導入過程については、内田一郎「ドイツ検察制度の成立」（早稲田法学三九卷二号）、上山安敏「法社会史」、同「ドイツ第二帝政期の権力構造四」（法学論叢八三卷五号）同「近代ドイツの憲法状況と司法の構造、12」（法律時報四六卷四号）、川崎英明「成定期におけるドイツ検察制度（一）」（法学雑誌二三卷三号、四号）。その

他、斎藤誠二、「檢察官—西ドイツ」比較法研究三八卷、横山前掲諸論文などがある。本稿は基本的にはカルステンに依拠しているが、ここで列記した論文から教えられることが多い。

- (68) Carsten, op. cit. p. 15.
 札問手続に対する批判と改革案について川崎「ミッターマイヤーの刑事司法論(一)」一八四頁以下、光藤景皎「ツァハリエの刑事訴訟法論(一)」法学雑誌二七卷三、四号、三二六頁以下。
- (69) Carsten, op. cit. p. 15. フランス型檢察官の導入を求める声が基本的には主流だったが、強大な権限を檢察官に与えることについてはそれが司法の独立を脅かすのではないかという警戒心が働いていた。川崎「成立期におけるドイツ檢察制度(一)」三八一頁、同「ミッターマイヤーの刑事司法論(一)」二〇一頁。
- (70) Carsten, op. cit. pp. 16~17.
 イギリスの刑事手続について初めて注意を喚起したのはミッテルマイヤーであった。E. Schmidt, op. cit. p. 279.
- (71) Carsten, op. cit. p. 2f. E. Schmidt, Fiskal, p. 5f. 尚、前注(68)参照。
- (72) Carsten, op. cit. p. 19.
- (73) Carsten, op. cit. p. 21.
- (74) Carsten, op. cit. p. 22.
- (75) Carsten, op. cit. p. 23.
- (76) (77) Carsten, op. cit. pp. 23—24.
- (78) 川崎「成立期におけるドイツ檢察制度(一)」三十三頁。Carsten, op. cit. p. 23.
- (79) (80) Carsten, op. cit. p. 24.
- (81) Carsten, op. cit. p. 25.
- (82) Carsten, op. cit. p. 25.
- (83) 諸邦の檢察制度の改革については、Carsten, op. cit. pp. 28—34 参照。
- (84) Carsten, op. cit. p. 34.
- (85) Lippert, Ursprung, Entwicklung und West der franzosischen Anwaltschaft, G. S. 1849, II, Bd, p. 60ff.

- Carsten, op. cit, p. 35.
- (92) Mittermaier, Die Gesetzgebung und Rechtsübung uber Strafverfahren, Erlangen 1856, pp. 179—180, 及び p. 184—185。
- (93) Sundein, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland, 1860 p. 55ff.
- (94) Carsten, op. cit, p. 43—p. 45.
- (95) Carsten, op. cit, p. 46—p. 47.
- (96) Carsten, op. cit, p. 48.
- (97) von, Gneist, Die Staatsanwaltschaft und die Privatklage, in 4 Fragen zur deutschen Strafprozessordnung, Berlin, 1874. 及び 一八七三年の帝國刑訴法草案の鑑定書を參照。
- (98) Gneist, op. cit, p. 38.
- (99) Gneist, op. cit, pp. 43—44.
- (100) Gneist, op. cit, p. 44. この当時、私人訴追を重要な訴追形式としていたのは、バーデンザクセン、チューリンゲンの刑訴法が一八六七年のオーストリア草案である。但し、チューリンゲン、リューベック、オーストリアでは私人訴追は補充的なものであった。
- (101) Gneist, op. cit, p. 45.
- (102) Gneist, op. cit, p. 48.
- (103) Gneist, op. cit, p. 38.
- (104) Gneist, op. cit, p. 38.
- (105) Gneist, op. cit, p. 49f.
- (106) Gneist, op. cit, p. 49f.
- (107) Gneist, op. cit, p. 55.
- (108) Gneist, op. cit, p. 59f.
- (109) Gneist, op. cit, p. 64f.

- (104) *Gneist, op. cit., p. 46.* ここにドイツ帝国刑訴法草案の私訴に関する觀念が示されている。*Carsten, op. cit., p. 66.*
- (105) 国家訴追主義の下における起訴法定主義は、見せかけの公正さの担保とならう。
- (106) *Carsten, op. cit., p. 71.*
- (107) *Carsten, op. cit., p. 71.*
- (108) *Carsten, op. cit., p. 82.*
- (109) *R. Schmidt, Staatsanwalt und Privatklager. 60ff.*
- (110) *Hartmann, Die Anklagebehörden im künftigen Strafprozess. Z. Str. W. 25 Bd, 1905, p. 801ff.*
- (111) *Carsten, op. cit., p. 83.*
- (112) *Mittermaier, op. cit., pp. 148—150.*
- (113) このような視点は既に川崎「成立期におけるドイツ檢察制度(二)」五四〇頁において示唆されている。

終章 私人訴追主義の發展のために

一 我々は、イギリス・フランス・ドイツを中心にヨーロッパ諸国の刑事訴追制度の変遷を、それぞれの国の歴史的發展の中で辿り、そのことを通じて国家訴追主義と私人訴追主義という相互に対立する訴追理念が刑事司法の中で、どのような意味をもっていたかを概観してきた。そして、私人訴追主義がどの程度、それぞれの国の刑事司法の中に根づいているかは、それぞれの国の民主主義の深化の度合と深い関連性を有しているということを明らかにしてきた。

私人訴追主義がどの程度、刑事司法の中で貫徹されているかということと民主主義の深化とが深い関連性を有するのは、犯罪の訴追が市民の権利であり、義務であるとする私人訴追主義は、国家による人権侵害、国家による市民生

活への干渉を可能な限り排除し、刑事司法そのものを市民的自治の上に基礎づけようとする訴追理念だからである。

二 我国の戦後司法改革の課題は、戦前の糺問主義的な刑事司法からの脱却、換言すれば刑事司法の民主化にあった。それ故、序章において既に示唆した如く、G・H・Qの訴追制度に関する改革提案において、検察官の地方分権化、公選制（地域住民の代表としての検察官）、大陪審制度（住民の代表による濫訴のチェック）の導入といった私人訴追主義への志向がみられたのである。

しかしながら、刑事司法の改革を短期間に実現する必要性、我国の戦前の状況からして私人訴追主義を受け入れる素地が形式されていなかったこと等の理由で、結局は戦前同様に、行政府に属する国家官僚としての検察官制度が維持・強化され、この検察官に刑事訴追権を独占的に付与されることによって、基本的には国家訴追主義が維持されたといつてよい。

三 だが、G・H・Q側委員から提起された私人訴追主義が、現行刑事訴訟法の中に何らの痕跡をも残さなかったかといえ、答は否である。国家訴追主義の控制原理としての私人訴追主義—刑事訴追に対する民衆の関与—という観点から現行刑事訴訟法を見直す時、我々は、私人訴追主義を具現したと思われるいくつかの規定を見いだすことができる。

まず第一に、告訴・告発・請求のあった事件につき、検察官が起訴・不起訴の処分をした時は、その旨を速かにつげ、不起訴処分にした場合は、その理由をつげる必要がある（刑訴法二六〇条・二六一條）という規定がある。第二に、検察官の不起訴処分について、不服のある場合は、市民から選ばれた検察審査会に対して、審査を申し立て議決を求めることができる（検察審査会法四〇条）とした検察審査会法の規定がある。第三は、職権濫用罪につき、検察官の不起訴処分に不服の者は、「その検察官の所在地を管轄する地方裁判に事件を裁判所の審判に付することを請求

することができ「(刑訴法二六二条)」という、準起訴手続の規定がある。

これらの規定は、直接・間接に刑事訴追への民衆の関与を認めたものであり、それ故、私人訴追主義の立場から、その解釈を行うことが、これらの規定の趣旨を最も生かすことになる。このような観点から右に述べた規定を解釈すると以下の結論が導かれる。

まず、告訴・告発・請求のあつた事件につき、検察官に処分結果の通知義務及び不起訴処分の際の理由開示義務を課したのは、当該の告訴・告発・請求が理由のあるものである限り、検察官に告訴・告発・請求者の意志を尊重せしめんとする趣旨である。刑事訴追についての主導権は告訴・告発・請求者にあり、検察官は、当該の告訴・告発・請求が理由のあるものであるか否かの判断者としての役割が期待されているのである。それ故、不起訴処分の理由は、告訴・告発・請求を行つた者を納得させるに足りる合理的なものでなければならぬ。

次に、檢察審査会制度についていえば、この制度は、英米の大陪審制度に倣つて、民衆の意志を直接、檢察権の行使に反映させようとする制度である。それ故、戦後改革の遺産であるといえるが、英米の大陪審と異なるのは、不当な刑事訴追に対しては審査権がない点である。

又、檢察審査会の議決が檢察官を拘束しないことも大陪審の評決との相違点として挙げられている。檢察審査会の起訴相当の議決が直ちに起訴の提起があつたものとは同一視されないという点では、確かに大陪審の評決とは異なるけれども、檢察官を拘束しないというのは誤りである。というのは、檢察審査会が、起訴相当の議決を行つた場合、「その議決を参考にし、公訴を提起すべきものと思量するときは、公訴の提起をしなければならない」(檢察審査会法第四十一条)義務が検事正に課されているからである。

確かに、起訴・不起訴の決定は「検事正の思量」に委ねられているけれども、その判断に際して「檢察審査会の決

議」を参考にしなければならぬのであって、結局は、検事正が「檢察審査会の決議」にどれ程の敬意を払うかによって、結論が異ってくるのである。

刑事訴追は国家の専決事項であるという国家訴追主義の立場に立てば、「検事正の思料」が決定的に重要であるということになろうし、刑事訴追は本来、国民の権利であり、義務であるという私人訴追主義の立場に立てば国民大衆の代表たる檢察審査会の決議こそ決定的であるということになる。

第三に、準起訴手続は、私人が檢察官に頼らず事件を公判に付すことのできる道を拓いたものであり、私人訴追主義の理念に最もよくかなった制度である。すなわち、職権濫用罪につき、檢察官の不起訴処分不服の者は「その檢察官の所在地を管轄する地方裁判所に事件を裁判所の審判に付すよう請求することができ」（刑法二六二条）事件を公判に付すべき理由があると裁判所が決定した場合は「その事件について公訴の提起があつたものとみなす」（二六七条）。そして、公訴追行の義務を負うのは、裁判所が指定した弁護士である（二六六条）。

このように準起訴手続は、付審判の請求から訴追までが私人の手に委ねられているのであるが、現行刑事訴訟法が規定するのは、二六六条以下、わずか四ヶ条であり、実際の成用は解釈に委ねられている。

そこで、準起訴手続の構造及び審理方式について議論が分かれることとなる。刑事訴追権はあくまで国家の手にあるとする国家訴追主義の立場をとれば、準起訴手続は國家機關たる檢察官の捜査・訴追機能を同じ國家機關としての裁判官が引きつぎ、継続するというのが準起訴手続であり、それ故、付審判の請求者の審理手続への関与は必然的でないということになろうが、私人訴追主義の立場からすると、付審判請求者の起訴提案に対する審判であり、請求者と被疑者が対立当事者として起訴の当否をめぐって争うべき手続が準起訴手続であつて、それ故、当事者たる請求者の審理手続への関与は必然的なものである。

四 右にみた如く、刑事訴訟法には私人訴追主義に基づく規定が散見されるのであるが、それはいずれも不当な不起訴処分に対する控制手段として規定されているのであって、不当な不起訴処分に対する控制手段は、明文上は存在しない。それでは、このことから現行法は、國家訴追主義に対する控制原理としての私人訴追主義を不当な不起訴処分の場合に対してのみ考慮したといふべきであらうか。

この間に答える為には、私人訴追主義に基づく検察官の役割について考察しなければならない。というのは、検察官の不当な起訴に対する控制手段何如という問題は、全ての犯罪についての主導権が検察官にあるということをも前提にして初めて成立しうる問題だからである。

それでは、私人訴追主義に基づく検察官の役割とはどのようなものであろうか。

既に前章までの記述で明かにした如く、私人訴追主義に立脚すれば、刑事訴追の積極的・主導的な担い手は公衆であつて検察官ではない。犯罪の捜査―証拠の収集といった起訴提案に必要な手続は検察官の役割ではなく、公衆又は公衆と同一の資格において活動する警察等の役割である。検察官はただ合法的に収集された証拠と共に提出される起訴提案が法的に妥当なものであるか否かを判断すれば足りるのであつて、起訴後には、原告の訴訟代理人 (attorney) として公訴の維持にあたればよいのである。

右のように、私人訴追主義の立場から検察官の役割を把え返すことによつて、戦後改革の中で G・H・Q 側委員が「検事は警察官の捜査した事件を法律的に判断して公訴を提起すべきや否やを決め、起訴した事件の公訴の維持にあつたればよいのであつて、犯罪捜査の如きは法律家たる検事のすべきことではない」という考えに固執して「た」ことの意味も十分に理解しうるのである。

更に、私人訴追主義の理念に従えば、訴追手続総体―起訴提案及びその当否についての判断―が私人たる民衆によ

って行われなければならない。従って、起訴提案に対する判断者としての検察官は、住民の代表として起訴の可否を判断するのである。このように考える時、検察官の地方分権化・公選制という提案のもつ意義が明かになる。実際 G・H・Q 側委員が念頭に浮かべていたと思われるアメリカの地区検事は住民によって選出される地方住民の代表者であって、キャリアの国家官吏ではない。¹⁾

右のように、私人訴追主義に立脚した検察官をイメージするならば、検察官による不当な起訴という問題自体が生じないことになる。何故なら、検察官は私人や警察の起訴提案に対する法的判断者、つまり、濫訴に対する抑制者として構想されているからである。

ところで、国家訴追主義の立場から検察官をイメージすれば、検察官こそ犯罪の訴追について積極的・主導的役割を果すものであり、しかも同時に起訴の適正さの担保者なのである。従って、捜査―証拠収集といった役割も検察官が担うことになる。「公訴の提起・遂行が適正に行なわれるためには、その準備行為としての犯罪の捜査が適正でなければならぬことは理論上、当然であり、……人権侵害を防止するためにも検察官が直接捜査に関与しなければならぬ」という我国政府委員の見解は右に述べた国家訴追主義の検察官をイメージしているのである。

このように、G・H・Q 側委員が構想した検察官と我国政府委員が構想した検察官では全くその役割が異っているにもかかわらず、それぞれの主張に従えば、不当な起訴については生ずる筈のない問題であるということになる。不当な起訴処分に対しては控制手段を規定している現行刑法法が、不当な起訴に対しては何らの控制手段も明文上規定していないのはそのためであると考えられる。

それ故、現行刑法法が不当な起訴処分に対して、明文上何らの規定を持っていないからといって、それが直ちに私人訴追主義の理念を排除したものとはいえないのである。要は検察官の役割を何如なるものとして構想するかという

点に懸るのである。

訴追の公正さを保障するためには、自らの行為に対して自らその公正さを担保するということが困難である以上、私人訴追主義の理念に基づいて檢察官像を再構成し、現行刑事訴訟法が規定する檢察官の権限についても、可能な限り、私人訴追主義の理念に基づいて解釈すべきである。

五、ところで現行刑法が不当な起訴について何らの規定も明文上は設けていないという状況の中で、不当な起訴によって被告人が負担しなければならない様々な不利益から可能な限り早い時期に被告人を解放すべきであるという極めて優れた人権感覚に支えられて、解釈論として提起されているのが「公訴権濫用論」である。すなわち、嫌疑なき起訴、訴追裁量の範囲を逸脱した不平等な起訴、違法な捜査に基づく起訴のいずれかに該当する場合、「公訴権濫用」として形式裁判によって手続を打ち切るべきだというのである。「公訴権濫用論」は未だ生成中の理論であり、その概念及び基準について諸説があり、それについて詳論することは本稿ではよくないところであるが、私人訴追主義との関連で必要な範囲について最小限度、論述しておきたい。

「公訴権濫用論」は今日では多くの学説によって支持されており、下級審の判例でも「公訴権濫用論」を認めるものが現れているが、論者によっては、不当な起訴であるか否かの判断を实体審理を担当する裁判官に委ねることにつき危惧感を抱くものがない訳ではない。なぜなら、实体審理を担当する裁判官に起訴相当・不相当の判断を委ねることとは、裁判官をして再び札問官の立場に近づける危険性が存在するからである。何故なら、起訴不相当の判断をする場合はともかく、起訴相当の判断をした場合、裁判官は訴追側の立場から公判を眺めることとなるからである。

しかし、起訴相当の判断をした裁判官は常に忌避しようというのであれば事情は若干異ってくるであろう。それは従来の公訴権濫用論の射程には含まれていないのであるが、起訴相当・不相当の判断に関与した裁判官が常に忌避の

対象となるのであれば、裁判官が国家機関であるという点を除いて、私人訴追主義の発展の中で形成されてきた予備審問手続と同様の手続が分離独立することとなる。

そのような手続として公訴権濫用をめぐる審理手続を構成しうるとすれば、検察官の役割は、単に訴追者の訴訟代理人としての役割に純化されることとなり、私人訴追主義の理念により近くなる。

ただし、私人訴追主義を貫徹するとすれば、訴追の当否に対する判断も、私人の代表の手に委ねられるべきであり、察察審査会の判断に委ねるといのが至当である。

六 今日問題とされている訴追手続をめぐる諸問題について、私人訴追主義の立場に立てばいかなる解決の道があるのかという問題に対する解答は右に述べたところで尽きるわけではない。本稿においては、単なる示唆に止め、日を改めて詳論したい。というのは、本稿の主要な目的は、国家訴追主義と私人訴追主義という相互に対立する訴追理念が刑事司法において有する意義を明かにすることであつたからである。

(1) 篠倉満「わが国の検察審査会とアメリカの大陪審制度」ジュリスト一九七三年一月一日号、八二頁以下、利谷信義「戦後改革と国民の司法参加」東大社研編「戦後改革4・司法改革」一五三頁、小田中聡樹「『検察の民主化』と検察審査会」法律時報、五〇巻九号（昭五三）一七頁。

(2) 準起訴手続の構造については、捜査とみる説（最決昭和四七・一一・一六、刑集二六巻九号五一五頁、井上隆晴「付審判請求事件の審理」警察学論集二六巻一号三頁）。検察官の不起訴処分の当否に関する審査であるとする説（最決昭四四・九頁）、捜査とも公判ともいえない中間的な手続とみる説（三井誠「準起訴手続」ジュリスト四三九号、五三頁）等諸説がある。又、審理手続への請求者の関与については右に挙げたもの他、米田泰邦「付審判請求事件の死活」法学セミナー二〇二号二頁。井戸田侃「準起訴手続をめぐる諸問題序説」他、法律時報四五巻九号に掲載の諸頁文をはじめ多数の論文があ

る。

- (3) 「新檢察制度十年の回顧(二)」八四頁。
- (4) 三井誠「檢察官—アメリカ」七一頁。
- (5) 「新檢察制度十年の回顧(二)」、八四—八五頁。