

準司法機関としての検察制度と司法警察の関係

田 和 俊 輔

1. 検察官の地位と権能（わが国検察官の性格と問題点）
2. 合衆国の犯罪捜査と刑事訴追における基本概念
3. 合衆国における逮捕の要件
4. 大陪審（grand jury）について
5. 検屍官（coroner）とその陪審について
6. 予審（Voruntersuchung）について
7. 社会主義圏における検察の特殊性について
8. 準起訴手続・付審判の請求と検察審査会制度について
9. 将来の検察制度の展望特に検察と司法警察の関係のあり方について
10. Summary

序 論

この論文の目的は前稿* につづきわが国の検察制度の行政制度としてかかえる問題点を西ドイツ、フランス、合衆国、イギリスのそれを中心に比較解明し、わが国の検察制度が、公訴機関としてどのような意義をもち、また、その前駆機関としての司法警察と如何なる関連をもつか、更に将来の理想としてはいかにあるべきかを論述するものである。検察制度は前稿* においてのべたように行政機関にぞくしながら準司法的作用を行ない、⁽¹⁾ 検察官は裁判官に近い強い身分保障を受けている。⁽²⁾ それ故に、時の政治権力に支配されることなく行動することが要求される。しかし現行制

(1) 検察庁法4条：刑事について、公訴を行ない、裁判所に法の正当な適用を請求し、且つ、裁判の執行を監督し、又裁判所の権限に属するその他の事項についても職務上必要と認めるときは、裁判所に通知を求め、又は意見を述べ、又、公益の代表者として他の法令がその権限に属させた事務を行う。なお、公訴については、刑事訴訟法247条により、国家訴追主義が規定され、国家を代表する者としての検察官として位置づけられている。

(2) 検察庁法22条25条：検事総長、次長検事及び検事長については、検察適格審査会の議決及び法務大臣の勅告を経て、検事及び副検事については、検察適格審査会の議決を経て、その官を免ずることができるほか、定年、剰員欠位待ちの場合を除いては、その意志に反して、その官を失い、職務を停止され、又は俸給を減額されることはない。

* 58ページ（注）参照

度の下では検察官は法務大臣を頂点とする法務省にぞくする一般職の国家公務員であって、⁽³⁾ ただ他の公務員とことなり個々の検察官が国家を代表する行政官庁であり、検事総長を頂点とした上命下服の関係にたち、かつ検察官一体の関係をもつ特殊な行政組織をなしている。しかもその職能は刑事について公訴を提起し、⁽⁴⁾ 公益の代表者として国家の刑罰権の行使を求め、⁽⁵⁾ 公判を維持し、⁽⁶⁾ 刑の執行を監督する。⁽⁷⁾ そして、これらの機能を担保するために必要と認めれば一切の事件を自ら捜査し、⁽⁸⁾ 検察事務官や司法警察職員に捜査の補佐⁽⁹⁾ または補助をさせることができる。⁽¹⁰⁾

このように強大な権限を単独に持つ国家機関は現在のわが国の行政制度の下においては、他に存在せず、制度的に民意に拘束されることがほとんどないといってよく、しかも行政権外に超越して法の正当な適用と執行を担保する機関でありながら、組織の上では、あく迄行政権の枠内に組み込まれているために、人権擁護機関としての実績をどの範囲まであげうるか、ということは制度的に問題がある。

この論文では、この問題点をできるだけ明確にし、これについての制度論と、実体面における犯罪捜査の端緒、被疑者の逮捕、被逮捕者の送庁、起訴、不起訴の決定と、その際に民意を何処迄徴することが可能であるか、そのための方法として、現在わが国では採用されていない起訴陪審や、戦前行なわれていて、現在廃止されている予審制度、全く採用されていない私人訴追制度、検事の選考、任命制度及び判、検事、弁護士、三者間の法曹一元化問題などを何処迄修正又は導入できるかを以下章を追って論述し、各国の例にならひ比較検討してみたいと考える次第である。

1. 検察官の地位と権能（わが国検察官の性格と問題点）

フランスにおける検察官は、広い意味での司法官にはいり、告訴、告発を受理し、その処理を決定する権限を認められ、⁽¹¹⁾ 公務遂行中に重罪、軽罪を問わず知り得たあらゆる官憲、官公吏、文官は遅滞なくその事実を検事に通報し、それに関連するすべての告訴(検察官の)、公式報告、証拠

(3) 国家公務員法2条②③、検察庁法32条の二、15条、16条、14条、なお国家行政組織法5条

(4) 検察庁法4条、刑事訴訟法247条

(5) 検察庁法4条は「裁判所に法の正当な適用を請求し」という表現をしている。

(6) 刑訴291条起訴状の朗読、同293条事実及び法律の適用についての意見の陳述(弁論)、同296条証拠により証明すべき事実の明示(冒頭陳述)

(7) 検察庁法4条は「裁判の執行を監督し」と表現する。

(8) 検察庁法6条、刑訴19条①

(9) 刑訴191条

(10) 同法193条③④、検察庁法27条③

(11) フランス刑事訴訟法40条、Prof. Gerald L. Kock: *THE FRENCH CODE of CRIMINAL PROCEDURE* (The American Series of FOREIGN PENAL CODES 7, FRANCE) (FRED B. ROTHMAN & CO. SWEET & MAXWELL LIMITED, LONDON), P. 30.

を治安判事に送付することを義務づけられている。このことは、わが国の検察官が前述のごとく原則として公訴官であり、公訴を提起し、公判を維持する上に必要な限度で、いわゆる補充捜査が認められ、第一次的の実体捜査は司法警察職員によることを原則としているのと、著しい相違を示すのである。⁽¹²⁾ このことはフランス刑事訴訟法第一章司法警察第一節総則12条に司法警察権力は検事の監督の下に官吏、文官及び本法で指定された補助者に依って行使される⁽¹³⁾ こと、そして司法警察権力の行使者は①司法警察官、②司法警察補助者、③特定司法警察業務を法律に依って命じられている文官と補助者とされ、⁽¹⁴⁾ 司法警察官の地位を占める者としては、1.市長、助役、2.憲兵の将校、下士、在営5年以上にして委任推薦に依り、司法大臣と国防省 **National Defence** の政令に依る指名に依って指定された憲兵、3.国家保安隊の警察委員 (**police commissioner**)、警察官(国家保安隊の警察官はその地位において5年以上犯罪票の処理に当たってきた巡査または警部の中から補充され、委任推薦に基づき司法大臣と内務大臣の政令にもとずいて指命される。)4.パリ警視庁の警察委員、警察委員代理、警察官(パリ警視庁の警察官はその地位に5年以上在任した巡査の中から補充され、委任推薦に依り、パリ警視総監の推薦に基づき司法大臣と内務大臣の政令に依る指名に依って指定される。)(2,3,4の者について規定された委任の内容は司法大臣とその他の関係大臣の発議に依って発せられる行政規則に依って決定せられる。⁽¹⁵⁾ 司法警察の補助員としては、1.司法警察官の地位をもたない憲兵 2.巡査(この両者の任務は、司法警察官の職務執行を補佐すること、重罪、軽罪、違反を捜査し、その公式報告書を準備すること、このような犯罪において、これら補助員に指揮権をもつ一切の上位者に依って補助員に向けて作られる申立書、証拠と、さらに主犯、共犯についての告訴を受理することであって、司法警察補助員は管理者的手段で決定する権限を与えられていない。⁽¹⁶⁾ このほか司法警察補助員として規定されている者に 1.指導監督業務を行なう者を除いて上に含まれる以外の警察業務を行なう公務員 2.市警察補助員があり、彼の職務は司法警察官の職務執行に当って補助すること、その察知したすべての重罪、軽罪、違反を上位者に説明すること、上位者の命令に応じて、彼等に適用される基本法、特別法に定められた制限と規程の範囲で刑法犯を捜査し、このような犯罪者を発見する目的に役立つあらゆる情報を集めることである。⁽¹⁷⁾ そしてさらにこのほかに特別司法業務をまかされている官吏と補助者がある。技官、地方長官、水上、森林の技術補助者、村落駐在巡査である。⁽¹⁸⁾ 彼等は軽罪や、森林に損害を与えたり、村落の財産を侵害したりする違反を捜査し、公式報告に依って立証するものとされる。⁽¹⁹⁾ そ

(12) 刑訴189条、警察法2条

(13) ditto, *THE FRENCH CODE of CRIMINAL PROCEDURE*, p. 21.

(14) ditto, *THE FRENCH CODE of CRIMINAL PROCEDURE*, p. 22. フランス刑訴 15条

(15) ditto, pp. 22—23. フランス刑訴16条

(16) ditto, p. 24. フランス刑訴20条

(17) ditto, p. 25. フランス刑訴21条

(18) ditto, p. 25.

(19) ditto, p. 25. フランス刑訴22条

してこれら司法警察職員は、一般警察、憲兵両者を通じ、機能的にも人事的にも覆審院（わが国の高等裁判所というよりはむしろ旧控訴院に相当する）検事局の監督を受け、⁽²⁰⁾ この監督は、検事総長と大統領の命令に依る場合を含むものとされる。⁽²¹⁾ このことと、前述の刑訴第一章司法警察第一節総則12条の司法警察権力は、検事の監督の下に行使されることと、司法警察官の人事に司法大臣が関係することの多い条項⁽²²⁾ などからして検事は高級司法警察官としての地位を占めるものとされ、わが国の旧刑事訴訟法上の地位と酷似していることに気付くのである。すなわち旧刑事訴訟法によれば、「検事犯罪アリト思料スルトキハ犯人及証拠ヲ捜査スヘシ⁽²³⁾」とし、検事に捜査の主体としての地位をみとめ、「左ニ掲クル者ハ検事ノ補佐トシテ其ノ指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スヘシ」①庁府県ノ警察官②憲兵ノ将校、准士官及下士⁽²⁴⁾ 「巡査、憲兵卒ハ検事又ハ司法警察官ノ命令ヲ受ケ司法警察吏トシテ捜査ノ補助ヲ為ス⁽²⁵⁾」ものとしていたのである。

フランス刑事訴訟法は、検事をもって公益を代表して始審裁判所、重罪裁判所、警察裁判所に公訴を提起するものとされ、⁽²⁶⁾ 告訴、告発を受理し、処理を決定する権限をみとめられ、⁽²⁷⁾ 公訴官としての本質的性格を規定するが、公訴の前提となる被疑者の逮捕、証拠の収集などの一連の捜査活動もまた検事の本務とせられ、犯罪捜査の主体、司法警察の指揮監督者としての地位が明定せられている。

ドイツにおいては公訴を提起するのは検察の機能であり、法律に別段の定めのある場合を除いて、法廷で処罰され訴追のできるすべての行為については訴訟を提起する義務があるとされる。このことは、いわゆる起訴法定主義であって、立法趣旨の説明に依れば、この規定は微罪についての私訴や、処罰令の場合を除いて、刑事について単独かつ排他的に公訴を提起する権利を与えたものであるという。⁽²⁸⁾ そしてこの目的にそうように、検察当局はすべての公的機関から報告を要求し、宣誓取問をのぞき、いかなる種類の捜査も自ら行なうことができまたは警察機関、警察官に捜査を行なわせることができる。警察機関や警察官は検察当局の要求や命令に従って行動することを義務づけられている。⁽²⁹⁾ 警察機関と警察官は処罰さるべき行為を捜査し、事態が不明瞭にならないように遅滞なくすべての手段をとらなければならない。警察機関と警察官は彼等の収集したすべての証拠を遅滞なく検察当局に送付しなければならない。もし捜査についての迅速な司法活動の遂行が

(20) ditto, p. 88. フランス刑訴224条なお ditto, p. 79. フランス刑訴191条

(21) ditto, p. 88. フランス刑訴225条

(22) ditto, pp. 22—23. フランス刑訴16条

(23) 旧刑事訴訟法246条

(24) 旧刑事訴訟法248条

(25) 同法249条

(26) ditto, p. 30. フランス刑訴39条

(27) ditto, p. 30. 同40条

(28) DR. HORST NIEBLER: *The German Code of Criminal Procedure* (The American Series of FOREIGN PENAL CODES 10, GERMANY) FRED B. ROTHMAN & CO. SWEET & MAXWELL LIMITED, LONDON p. 87. ドイツ刑事訴訟法152条①②項

(29) ditto, p. 93. ドイツ刑訴161条

必要と考えられれば、このような証拠は直接に治安判事⁽³⁰⁾ に送付されてよい。⁽³¹⁾ これらの点は戦後のわが国の訴訟手続に非常に似ており、新刑事訴訟法制定にあたり合衆国法の指導を受けたといわれながら、ドイツ法の伝統がかなり影響をのこしたと考えられるのである。すなわち検察官は原則として公訴官であり（刑訴247条）、（検察庁法4条）、しかも、唯一の公訴機関であり、司法警察は犯罪の実体捜査を行なう機関であり（警察法2条、刑事訴訟法189条①②項）、警察機関の逮捕した被疑者を検察官に送致し（刑訴203）、公訴を提起するのを本則とするが（刑訴205）、公訴を提起するに必要な範囲で捜査を行なうが、これを警察捜査を補うという意味で補充捜査また実体捜査に対して法律捜査ということがある。この点で警察は第一次の捜査機関、検察官は第二次の捜査機関であるとされるが、法は「検察官は、必要と認めるときは、自ら犯罪を捜査することができる」（刑訴191条）とするほか、その捜査範囲をいかなる犯罪についてもみとめているのである（検察庁法6条）。そして捜査を適正に、公訴の遂行を全うするために必要な事項に関する一般的準則を定めることによって、司法警察職員に対し、その捜査に関し、必要な一般的指示をすることができ（刑訴193条①）、検察官自ら犯罪を捜査する場合に必要があれば、司法警察職員を指揮して、捜査の補助をさせることができる（刑訴193条③）うえ、司法警察職員は、検察官の指示又は指揮に従わなければならないものとされる（同条④）。司法警察職員が正当な理由がなく検察官の指示又は指揮に従わない場合において検事総長、検事長又は検事正が必要とみとめれば、その者の懲戒罷免権限を有する者に罷免の訴追をすることができるとされ、これらの者は、訴追に理由ありとするときは、法律の定めるところにより、訴追を受けた者を懲戒し又は罷免しなければならない（刑訴194条②）。

これらの法制に対し、合衆国の制度は著しい相違がある。合衆国は英国植民地として英国法の影響を受けたというよりも、英本国から独立した際に、啓蒙思想と合理主義とパイオニア精神が強くはたらき、フランス的合理性と新興国独特の団体自治のかおりの強い法制になったといえる。先進国の多くが今日、立法、行政、司法を程度の差こそあれ、分離、独立させ、立法には原則として公選に依るスタッフが⁽³²⁾、行政にたづさわる職員も政治的官職につくものは概して公選カリコール⁽³³⁾の制約を受け、専門的事務職員もその採用法規制定の時点で国民または住民の意思が反映されており、⁽³⁴⁾ 委員会、審議会などのいわゆる *committee system* の採用により更に民意を反映させようとする傾向にある。しかし司法のみは高度の専門職業的公務員に依ることとされるのが例であって、一般人の参加や、選出母体を一般人とするようなことは、行なわれないのが通則である。その理由は、司法作用は一般人にはなじみにくい極めて高度の専門知識と技術を必要とするし、ひ

⁽³⁰⁾ わが国の簡裁判事に相当

⁽³¹⁾ ditto, p. 93. ドイツ刑訴163条

⁽³²⁾ 日本国憲法15条①③, 43条, *Constitution of the United States, 1787 Article 1, section 2.*

⁽³³⁾ 日本国憲法93条②, 地方自治法81条

⁽³⁴⁾ 国家公務員法1条

とたびあやまれば人の生命、身体、財産などに取り返しのでない侵害を与えることになるからである。ここに制度の民主化素人主義と、身分的玄人主義の接点があるといえるのである。国の統治作用が立法、行政、司法を通じてひとしく国民のものであり、国民の名で行なわれることが民主主義の要請である以上、司法のみが例外であってよいという論理は成り立たないのである。閉鎖的、身分的にならず、国民の権利の擁護者として司法権の独立を貫くということは、相反する2つの要求を一度にみたせというにひとしく不可能な欲望ともいえるであろう。しかも検察業務は前述の如く司法そのものではないのであって、3権分立ではなく4権分立とでもいわざるを得ない複雑な立場をしめる行政である。

合衆国の検察は以上の様な要素をふまえて生成発展してきただけに全く独特のものであるといえる。すなわち合衆国の検察官は原則として市民に依って弁護士の中から選考され、もっぱら公訴の提起及び維持を任務とする官吏⁽³⁵⁾（政府任命の場合もある）である。州に依って多少の例外はあるが原則として犯罪捜査に従事しない。検事は公訴官としての地位を主たるものとするが、合衆国には英米法の古い伝統があり、私人訴追が制度として存続して大陪審または起訴陪審（grand jury）という組織がある。大陪審は、起訴をするかどうかを票決し、その票決に基き起訴状案（bill of indictment）を提出し、これに基づいて正式起訴（indictment）が行なわれる。イギリスでは1933年大陪審の制度は廃止されたが合衆国では制度として存続している。また大陪審は、制度的には、検察官と別個独立な訴追機関として犯罪の取調権を有し、独自の立場から犯罪を訴追する権限を有し、大陪審の審査は検察官の提出した起訴状案に拘束されず、又、検察官の提出した証拠によらず、その個人的に他から知りえた知識に基づいて、自ら犯罪を告発し公判を請求することができる。この告発を大陪審の告発（presentment）と称す。但し現今の実際においては、検察官の提出した起訴状案及び証拠のみについて審査するのが一般である⁽³⁶⁾。大陪審の審査を経ないで提起される公訴（又はその起訴状）、起訴状の構成は大陪審の部分を除き、正式起訴状と同じであるが、その名称は略式起訴状（information）と呼ばれ正式起訴（indictment）に対する概念とされる。⁽³⁷⁾

このようにみえてくると次のように結論される。合衆国の検察は制度的には民衆と検察官の二本立である。しかも沿革的には民衆に依るものの方が古い。原則的には民衆に依るのであるが、時代と共に犯罪の増加と複雑多様化が検察に対し、高度の専門性と技術性を要求しはじめたので、検察官（prosecuting attorney）という職能が生まれ、実質的には、むしろこれが本則になって来て原

⁽³⁵⁾ 高柳賢三、未延三次編集：英米法辞典、有斐閣昭和43年4月20日初版第8刷 P. 386参照

⁽³⁶⁾ 前掲英米法辞典 pp. 204, 374.）同 p. 234. ただし Allen P. Bristow, M. S. (California State College at Los Angeles) John B. Williams, LL. sB, LLM, MS. (California State College at Los Angeles) : *A Handbook in Criminal Procedure and the ADMINISTRATION OF JUSTICE* (REVISED EDITION), GLENCOE PRESS, A DIVISION OF THE MACMILLAN COMPANY BEVERLY HILLS pp. 34—36 によると、大陪審の審査は実質面にかなり立ち入れるようである。

⁽³⁷⁾ 前掲英米法辞典 p. 386

則と例外が逆になっている現状である。現在、私人訴追は、きわめて微罪の事件に限られ検察官が公訴をほぼ独占的にひきうけ、検察官が起訴を行なうに当って大陪審で民意を聞く、その範囲で起訴にもまた民意がかかづらわっているということになるのである。

このように私人訴追は影をひそめ、大陪審もあまり行なわれなくなってきて検察官が公訴の主役となって来たことは、その性格がフランス型に近くなったともいえるが、その就任が各州において原則として市民に依る公選であるということである。被公選者が弁護士 (lawyer) 資格をもつ者であり、わが国の検事正に相当するところの地方検察官 (district attorney) とわが国の検事に相当する副検察官 (assistant attorney) があり、⁽³⁷⁾ 前者は任期があるが、後者は任期がない場合が多い。この点は、フランス、ドイツをはじめとするヨーロッパ大陸およびわが国の検察官、裁判官のような終身 (定年制はあるが)、専門官僚型とは甚だ趣を異にするのである。弁護士の資格をもつ者が互に検察官になったり、裁判官になったりする意味で法曹一元といわれるのであって、わが国のように一たん検事となった者はほぼ定年迄その職を専業とし、判事もまたこれに同じく、退職後弁護士となるとか、弁護士実務一定年経過後、高裁や最高裁判事になるとかいうのとは意味がちがうのである。⁽³⁸⁾ ここで特に注意を要するのは、合衆国における弁護士の数的比率である。わが国と異り、大学を卒業して法律学校、これはもっぱら法律事務を教えるところであるが、law school と称せられ、これを卒業して州で行なう弁護士試験に合格すれば弁護士資格が得られるがその合格率は高く平均して15%の州が多く、ある説によると平均30%といい、ニューヨーク州は40%という。このため必然的に法曹人口は多く、わが国の人口 8,000人に対し弁護士 1人の比率に対し、人口 500人に対し弁護士 1人という状況である。⁽³⁹⁾ その業務もわが国とちがって法律実務すべての受任にわたり、法廷実務を全く行なわない弁護士も多数に及ぶ。こういったことから考えると合衆国の弁護士のスペシャリストとしての地位はわが国ほどの希少価値はないことになるし、それ故にこそ基礎資格をもつ者の中から公選ということが可能になるのであるが、基礎資格を得ることを極限しているわが国においては不可能なことである。

検察官と司法警察職員との関係については、前者が公訴、後者が捜査と分業の形をとるのを原則とし、州によって例外的に検事が捜査をする所があるにとどまる。従って、司法警察官は逮捕した被疑者をすみやかに検察官に渡し、起訴、不起訴はその判断にまかせ何等の干渉は行なわない。⁽⁴⁰⁾ この時点で大陪審の判断のあり得ることは前述のとおりである。

⁽³⁷⁾ 検察研究所：「アメリカの司法制度と検察の運用状況」昭和26年4月検察研究所資料第35号 p. 26 なお弁護士が検事になったり、判事になったりすることは、医師と同じく法曹としての基礎資格で職業としてのカラーが少いということにもなる。英国のように事務弁護士 (solicitor) だとか、法廷弁護士 (barrister) などの区別はなく、ひとしく原則としてすべて attorney (barrister 相当) であり、検事は裁判区におかれる意味で district attorney とか country attorney とか呼ばれるのである。

⁽³⁸⁾ 前掲「アメリカの司法制度と検察の運用状況」 p. 31.

⁽⁴⁰⁾ Cf. FRED E. INBAU and MARVINE ASPEN: *CRIMINAL LAW FOR THE POLICE* (CHILTON BOOK COMPANY PHILADELPHIA NEW YORK, LONDON), p. 4.

英国は英米法の母国として合衆国法の基礎を提供しながら、前述のように、現在は全く異質ともいえる検察制度をとどめる。先づ大陪審が1933年の *Administration of Justice Act* に依て廃止されており、私人が制定法に依て刑事訴追を開始することはないとする。しかも検察官は一般的に刑事訴追の公訴官ではなく、謀殺事件は必ず、煽動罪、秩序破壊共謀罪、貨幣製造犯罪と、これらを含む犯罪は引き継ぐことができるだけで、原則的には、刑事事件は警察に依って訴追され、⁽⁴¹⁾ 特殊犯罪は、郵政大臣や労働大臣、通商産業大臣が自ら、または部局によって独自の訴追職員をもって訴追するのであって、この点行政機関と検察機関は分化されていないし、警察は犯罪捜査機関であると同時に、訴追機関としての機能をもっていることになる。そして制定法のない場合に、何人も自発的に弁護士に通告することに依って、刑事手続を行なえることでは、私人訴追の精神と原則が生きているといわなければならない。要するに英国における検察官は訴追事務に関連して政府部局や、裁判所書記官、検屍官、警察署長、その他の者の求めに応じあるいは自発的に、口頭や書面で助言を与える⁽⁴²⁾ 国家法律顧問としての性格と、王室が刑事控訴院に訴えられた場合に訴訟当時者となる王室顧問弁護士としての性格の2つをもっているといえる。

以上の諸国例を考えるとわが国の検察官の地位は、政治性からの独立を理想として行政機関の中にありながら裁判官に近い身分保障を受ける点は戦前と同様でも、職能の点は変容し、公訴官として合衆国の形体に近く、戦前の捜査官としてのフランス流の地位はうすれて行く傾向にある。しかし起訴独占と国家訴追主義によって私人訴追や、大陪審を認めないから内容においては合衆国とも全く相違しているといえる。

検察という高度の専門知識を要し、いやしくも人の財産、生命に対する生殺与奪という重大な権限の行使にあたり素人の民意を参考の限度であっても問うことは慎重を要する。しかし検察も国家行政の一環である以上、この部門についてのみ民意の表現や参加を全く拒んでよいとは断言できない。ここに問題提起の根源がある。厳正適確な法の執行と公正な民意の吸収、しかもそのためにいささかも法の誤用や権威の失墜を招かない施策を講ずるための参考事例として次章と三章において合衆国の検察の前提となる犯罪と逮捕の概念を見ていくことにする。

2. 合衆国の犯罪捜査と刑事訴追における基本概念

合衆国においては、憲法の問題に基いて犯罪訴追を制御すると共に、自由社会の中で一般的に正

(41) David Fellman: *THE DEFENDANT'S RIGHTS UNDER ENGLISH LAW*: (THE UNIVERSITY OF WISCONSIN PRESS, Madison, Milwaukee and London 1966) p. 28 拙稿「行政機関としての検察制度」鳥取大学教養部 紀要 第5巻 昭和46年12月

(42) ditto, *THE DEFENDANT'S RIGHTS UNDER ENGLISH LAW*, p. 28. この点はわが国の「国の利害に係る訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律（昭和22. 12. 17 法197）第1条→国を当事者とする訴訟についての法務大臣に依る国の代表、6条→法務大臣に依る行政庁に対する指揮、法務大臣の指定する所部の職員（法務省訟務部訟務課検事）に依る訴訟遂行などの関係に近似する。

当な法律秩序維持のために不可欠であると 考えられるものを 追及しよう という、2つの 矛盾概念があるようである。⁽⁴³⁾ ヘイピアスコパス (人身保護令状) *habeas corpus* やデュプロセス (正当手続) *due process*⁽⁴⁴⁾ 条項などは前者のあらわれであり、アーサー L. ハーディング教授 (ARTHUR L. HARDING) によれば人間の自由と、政治力の二律背反の終局的な解決は何であるか、刑事訴追において、われわれは政治国家の権力に対立するものとして個人の人間の自由を取り扱っている。ここに政治国家は、社会の多数がそうであると一応想定された場合、個人の自由、時には生命さえも奪う権利を主張する。そこでわれわれは基本法の2つの概念は如何なるものであるかということに直面するのである。先づ政治国家は被告人を逮捕し、裁判にかけ有罪を宣告すること自体が法に適合していなければならないということであり、この法は政治国家が公布した法の題目にとどまらず、すべての人権を制限する、というより高度の法概念のいくつかを含んでいる。つぎに、刑法典の文字を越え、人間に罪の宣告をするにあたって守られなければならない公正と正義の準則があるということである。

立憲政治とは決して数の政治と同じものではない。立憲政治の主要目的の1つは、多数者に対立するものとして個人や少数者の確実な保護を制定することである。わが国においては、憲法の定める裁判官が、時々個人とその仲間の多数者の正当な非難の間に干渉しなければならぬことがある。裁判官がこのように多数者の非難を頭におくことが裁判官の職務を執行する際にその態度を少なからず命令的にさせることがあるかもしれない。法の下における個人の自由の現実の争いが勝を占めなければならないのは、こういう背景の下であり、起訴された市民の側に対する最大の理解が絶対に必要とされるのはこういう場合である。⁽⁴⁵⁾

以上要約すると合衆国には犯罪から社会を市民共同の責任でまもらなければならないという社会防衛の観念と、犯罪は社会に対する挑戦であるが、真実の挑戦者でない者を誤って処断してはならず、挑戦者と断ずるためには慎重に適用し守られなければならぬ普遍的な遵則があるということである。それが憲法であり、憲法の本質たる自由と正義である。ここに被害者の保護と犯罪者、被疑者に対する制裁という2つの矛盾した要求のバランスを自然法的にとらざるを得ない衡平法的な要

(43) ARTHUR L. HARDING WILLIAM. BEANEY CHARLES FAIRMAN CHARLES A. REYNARD: *Fundamental Law in Criminal Prosecutions* (SOUTHERN METHODIST UNIVERSITY PRESS 1959), pp. 1—5.

(44) *Magna Carta* 39 条「国法によるの外逮捕、監禁、財産侵奪、追放を受けることなし〜」に由来、正当な法の手続ないしは国法によらずして、権利及び自由を奪われぬという概念は合衆国に移入され合衆国憲法修正 5 条、14 条その他各州憲法中に規定。修正 5 条「何人も戦時または非常事態に軍務に服している際、陸、海軍、民兵組織の中で発生した事件をのぞき、大陪審の告発もしくは正式起訴によらずして重、軽罪を問わず審問されるために抑留されることはない。」同 14 条「〜如何なる州も正当手続に依らずして何人の生命、自由、財産も奪ってはならない。また合衆国の司法権に服する何人に対しても法の平等の保護を否定してはならない。」なおわが国の新憲法は 31 条において、このことを決定の手続の保障と称し「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」とする。なお旧憲法 23 条には「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」とある。

(45) ditto, *Fundamental Law in Criminal Prosecutions*, pp. 3—4.

求がある。合衆国が判例法〔case law〕の国たらざるを得ないのはこのためである。そこでは裁判官は常に民意を陪審という形で聞くというよりも陪審なくして裁判はあり得ないという原則が生まれたのは当然であり、裁判の前提たる起訴とさらにその前提たる逮捕に迄社会防衛と自由、正義の精神が濃厚に入ってくるのは当然である。その意味で合衆国における逮捕の概念を、要件の面から次章でおさえていくことにする。

3. 合衆国における逮捕の要件

合衆国においては犯罪の種類を軽罪（misdemeanor）と、重罪（felony）にわけ、逮捕の要件と様式を異にしている。重罪とは、統一法⁽⁴⁶⁾ 第一節によれば、死刑又は州刑務所への収監を以て処罰され得る犯罪のすべてとされ、その他すべての犯罪と、市町などの自治体の条例違反のすべてが軽罪であり、逮捕とは犯した犯罪の審問に答えさせるために被疑者を拘置することである。

逮捕に当る者を“peace officer”保安官、警察官と呼ぶが、これに属する者は、sheriff（執行官）、deputy sheriff（執行官代理）、mayor（市長）、city marshal（市執行官、州によっては警察官を指すこともある）、constable（警察吏）、警察官その他、犯罪事件に際し逮捕権を法律によってみとめられている公務員である。以下「保安官」と呼ぶが、保安官は外見から犯罪を現に犯しているとか、犯したとか、又は犯そうとしている者を何人といえども停止させ、その氏名、住所、職業、行先を求めることができる。そのような質問を受けて、停止を命じた保安官に対し彼の納得のゆくだけの自己確認と行動説明のできない者はすべて拘留され、更に訊問され、捜査されうる。この規定による拘留の期間は通じて2時間を越えることはできない。こういう拘留は逮捕ではなく、このような拘留は、いかなる公簿にも逮捕として記録されてはならない。拘留期限の終りに、このようにして拘留された者は、犯罪で逮捕されるか、告発（告訴）されない限り釈放されなければならない。（以上統一逮捕法第一節1条～3条）。

逮捕は原則として事前に発せられる逮捕状を必要とするのであるが、前述したように、社会防衛と刑事被告人（被疑者）の基本的な人権の擁護という2つの相反する要請を満足させるのが合衆国法の理想であり、軽罪についても保安官は令状なくして逮捕できる場合がある。わが国の場合は、重罪についてのみその犯罪性と対社会性から緊急の場合、令状なしに逮捕することができるのと対

(46) 合衆国政府は刑事訴訟手続の地域による不統一を是正しようとして、統一法典作成委員会に委嘱した。こうして出来上がった法典はどの州でも、その一部又は全部が採用されて来ている。たとえば、統一車輛法、即時追及法（The Uniform Fresh Pursuit Act）統一引渡法、統一逮捕法などがそうであり、1941年に犯罪州際委員会は統一逮捕法を発展させた。多くの州ではこの法を部分的に採用したが、ニューハンプシャー、デラウェア、ロードアイランドは全面的にこれを採用している→ ditto, A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE p. 27.

照的で興味のある点である⁽⁴⁷⁾（もっともわが国もこの場合も事後に令状を要するのではあるが）。合衆国において軽罪を令状なしに逮捕できるのは次の場合である。1. 軽罪が保安官の面前で、いわゆる現行犯として行なわれて、それを逮捕されるべき者が犯したと保安官が信ずるだけの合理的根拠を持つ場合（わが国の場合、現行犯は軽罪、重罪を問わない⁽⁴⁸⁾）2. 保安官が州の内外を問わず、その態度から軽罪が犯され、逮捕されるべき者がその犯罪を犯し、直ちに逮捕しなければ、逮捕できなくなると信ずるに足る合理的根拠を持つ場合⁽⁴⁹⁾（この点についてもわが国はいわゆる重罪の範疇にはいるものに限っている点で相違する）。合衆国において重罪を令状なしに逮捕できるのは次の場合である。1. 逮捕前に、保安官が、その者がその犯罪について有罪と信ずる何等合理的な根拠がなくても、重罪が現実にもその逮捕されるべき者に依て犯された場合。2. 重罪が犯され、その保安官は、その逮捕されるべき者がそれを犯したと信ずる合理的な根拠を持っている場合である。

さきに述べた2つの要求にできるだけこたえようとする精神は逮捕の実施と事後の処置についてもあらわれるのであって、正当な根拠のない逮捕でも法的に筋がとおれば良いという可成り弾力的な態度がある。恐らく犯罪防止と社会防衛のためにはその程度のことはやむを得ないという考えのあらわれであろう。すなわち統一逮捕法第7節に依れば、逮捕の合法的な原因が存在すれば、当該保安官が誤まって犯罪を告発しても、その逮捕を正当づけられない根拠があってもなお、その逮捕は合法とされるということであり、また同法第8節に依れば、逮捕状が出ていさえすれば、逮捕の時に逮捕状を所持していなくても、逮捕状の下に行動した保安官に依る逮捕として適法である。もっともこのようにして逮捕された者が逮捕状の呈示を求めたときは出来るだけすみやかに現実にその者にこれを呈示しなければならない。このように弾力的で機能的な逮捕活動がみとめられる反面、被疑者の人権と保護も充分考慮されているのであって、同法第9節に依れば、逮捕にかえて召喚状を発する場合があるとされる。すなわち、軽罪の^とがで保安官が逮捕状なしに人を逮捕することが法的にみとめられている場合に、逮捕するかわりに召喚状がその者に発せられる場合がある（いろいろな形式が様々なカリフォルニア裁判管轄に依て用いられるが）。本質的には次のような場合がある⁽⁵⁰⁾（この点もわが国の任意出頭を命ずる場合に似ているが、わが国は嫌疑の程度に依るのであって犯罪の軽重に依るのでない点で相違する）⁽⁵¹⁾。統一逮捕法に依れば、まづ出頭しない場合は逮捕状を出し得るものとし、このような召喚に応じて故意に出頭しなければ100ドル以下の罰金か30日未満の拘禁に処せられるとなし（以上同法第9節⁽⁵²⁾）、このようにして逮捕された者も

(47) 刑事訴訟法210条

(48) 同法213条—215条なお217条

(49) ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, p. 29.

(50) ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, p. 29.

(51) 刑事訴訟法198条

(52) ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, pp. 29

警察機関ないし警察権をみとめられる公務員はすべて逮捕状なしに、所属職員に依て逮捕された者を治安判事の所へ連行せずに釈放することができる（同法第10節1）。これはわが国のいわゆる警察かぎりの微罪処分⁽⁵³⁾ に似ているが、わが国のそれが検察庁に送検するか否かについて、検察官の指定した事件についていわゆる微罪不検挙の原則が働くのに対し、合衆国の場合は治安判事に逮捕の合法性を判断させる時点で行なわれる点で異なる。統一逮捕法に依れば、A. 被逮捕者に刑事告発をする何の根拠もないとか、被逮捕者が泥酔で逮捕され、それ以上の訴訟手続が望ましくないと当該官が考えたとき、B. このような者が軽罪で逮捕され、指定された日時に出廷するという承諾書に署名し、その者がその州の居住者であって、指定された日時に出廷すると、当該官が考えたときである。なお同節IIによればこの節のAかBの項目に規定された所に従って釈放された者は、治安判事の所へ連行されずに釈放されたという根拠で公務員を訴える権利はない。同法第11節はまた拘留の期限を定めており、このようにしてたとえ釈放されなかったとしても、逮捕された者はすべて、拘留された地方か、当該犯罪が犯された地方の裁判所判事が明白な理由で、更に48時間を越えない期間更新によって拘留の必要を命じない限り逮捕されて24時間以内に釈放されなければならない。⁽⁵⁴⁾ この規程もわが国の刑訴によく似ており、わが国では警察官に依る逮捕後48時間以内に検察庁へ送検するか釈放するかを決し、送検された被疑者を検察官は24時間取り調べ72時間以内に起訴、不起訴を決定するが、合衆国は時間的にわが国よりもはるかに短時間に処分が決定されることと、判断をすべて裁判官に委ねている点で見ると、わが国においては、更に検察官において10日間やむを得ない場合には更に1回更新して通じて20日間、犯罪の種類に依ては更に5日延長して通じて25日間起訴前の勾留をすることが出来るのとは甚だしく相違する⁽⁵⁵⁾。合衆国の逮捕法において今一つ考慮に値する点は初動捜査において目撃者の確認が正確に行なえることであって、保安官は犯罪が犯されたと信ずるだけの合理的な根拠を持てば、そこにいたと信ずるだけの合理的な根拠のある者は、何人といえどもこれを停止させて、その氏名と住所を質問することができる。もし、このような者が保安官を納得させるにたる彼自身の証明ができなければ、保安官は直ちに、彼を治安判事の所へ連行することができ、もしこの者が治安判事を納得させるにたる彼自身の証明ができなければ、治安判事は彼に出頭保証金を積むことを要求するか、または彼自身の証明ができる迄、拘留することができる（同法第12節）。

もし人や状況に対するこの法令の規程やそれについての適用が無効であっても、このような無効は、無効な規程や適用なしに影響を与え得るような他の法令の規程や適用に影響を与えない、そしてこの結果この法令の規程は、厳正であったと宣告せられるのである⁽⁵⁶⁾（同法第13節）。

以上は各州で適用もしくは一部準用されている統一逮捕法の立場であるが、合衆国はフランスの

⁽⁵³⁾ 刑事訴訟法246条但書

⁽⁵⁴⁾ *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, p. 30.

⁽⁵⁵⁾ 刑事訴訟法208条

⁽⁵⁶⁾ *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, p. 31.

ような国家警察中心に自治体警察を加味したものや、イタリアのように国家警察のみ、イギリスのように自治体警察に国家警察を加えたものなどちがいが、自治体警察中心の国であり、各自治体警察は独立であり、互に指揮監督や、干渉を行わないのを原則とする。しかし国土が二重国家であるということと広大であるということは、州際犯罪や連邦規模の犯罪、対連邦犯罪を処理するには、自治体警察の機能と規模は甚だしく適当でないといわざるを得ない。禁酒法時代のギャング取締りの目的で発足した連邦検察局 (F.B.I.) や、特殊犯罪取り締りのために発生した coast guard (もっともこれは財務省 Treasury Bureau に属しながら合衆国軍隊 United States Forces の一部を構成するから例外的で厳密には警察とはいえない) や、'forest ranger', 郵政監察官, 麻薬取締官, 'immigration' などがこの類である。わが国で変則的に運営されている鉄道公安のようなものは、銀行、鉱山などの安全、警備にあたるものと同じ扱いになっており private police (私警察)⁽⁵⁷⁾ と称せられ、連邦又は州の規模で犯罪の鎮圧、捜査、検挙に当るものではなく、専ら私企業の営業と営利保護に当るものであるから連邦ないし連邦につながる特別司法警察と考えるはならない。

以上のような沿革から連邦は逮捕についての準則を設けており、ロサンゼルス、カリフォルニア州立大学警察行政学部 Allen P. Bristow, John B. Williams 両助教授は合衆国財務省の許可を得て「逮捕状なしの逮捕権力」について説明している。⁽⁵⁸⁾

それに依ると、A. 多くの連邦官吏は逮捕するための特別の制定法上の権威を与えられることなしに一定の法の執行を任されている。B. 最高裁判所は更に支配する連邦法がない場合には逮捕がなされた州の逮捕法が支配すると述べている。C. 逮捕状なしの逮捕権を確認するためにつきのような各種の司法権に関する法が考えられておかなければならない。

1. 保安官は逮捕される者が自分の面前で重罪を犯したと信ずる蓋然的な理由を持つときは逮捕状なしに逮捕することができる。この法令は犯罪が犯された時になされる逮捕を想定している。
2. 保安官は逮捕される者が自分の面前で軽罪を犯したと信ずる蓋然的な理由を持つときは逮捕状なくして逮捕することができる。この法令はマサチューセッツ、バーモント、テキサスを除くあらゆる州と準州において無制限に有効である。マサチューセッツ、バーモント、テキサスの州は軽罪が治安の破壊や破壊のおそれに達するような時のみ面前で行なわれた軽罪を保安官は逮捕状なくして逮捕できるという普通法の原則に帰着する。
3. 保安官は自分の面前でなくても重罪が犯されたと信ずる合理的な理由があり、その合理的な理由がその者がそれを犯したのだと信ずべきものであれば逮捕できる。この法の下では、その

(57) 同旨。司法省調査部：「司法研究報告書第二十四輯十六アメリカ合衆国に於ける犯罪捜査の方法に就て昭和12年12月」p. 38 参照

(58) ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and The ADMINISTRATION OF JUSTICE*, pp. 31—33.

重罪が実は犯されなかったのだということが後日判ってもその逮捕は適法とされる。この法は以下の州において有効である。すなわちアラバマ、アリゾナ、アルカンサス、カリフォルニア、コロラド、コネティカット、デラウェア、コロンビア特別地区、フロリダ、ジョージア、ハワイ、インディアナ、カンサス、ケンタッキー、ルイジアナ、メイン、メリーランド、マサチューセッツ、ミシガン、ミズリー、ニュージャージー、ニューハンプシャー、ノースカロライナ、オハイオ、ペンシルバニア、ロードアイランド、サウスカロライナ、テキサス、バーモント、バージニア、ワシントン、ウエストバージニア、ウイスコンシン、ワイオミングの各州である。この法はまたコネティカットの軽罪に適用せられている。しかしコネティカット州において保安官の面前で犯されたのでない重罪を逮捕状なしに逮捕できる権利は、逮捕が他の迅速な告発に基いてなされる場合に限られる。このことは、彼に伝えられかつ犯行後直ちに、又は遅滞なく彼に依って行使さるべき告発のできるときに限り、逮捕状なしに行動できることを意味する。テキサスにおいては犯人が逃亡しようとしていて、令状を求める時間がない時のみ、面前で行なわれなかった重罪を令状なしに逮捕できる。ジョージアにおいては、犯罪者が逃亡しようとしているとか他の理由で令状を発する官吏の不足のために公正さを欠くおそれのあるような場合にのみ面前で犯されたのでない重罪を保安官は令状なしに逮捕できる。

4. 保安官は原則として、重罪が現実に犯され、その者がそれを犯したと信ずるに足るだけの合理的な理由がある時は、令状なくして人を逮捕できる。この法の下での逮捕を正当づけるために、重罪が現実に犯され、逮捕の時にそれを知っていたことを示すことが必要である。この法は次の諸州で行なわれている。すなわちアラスカ、カリフォルニア、アイダホ、イリノイ、アイオワ、ミネソタ、ミシシッピー、モンタナ、ネブラスカ、ネバタ、ニューメキシコ、ニューヨーク、ノースダコタ、テネシー、ユタの各州である。

上記の法はまたイリノイとアイオアにおける軽罪にも適用せられている。しかしながら、これらの州と準州（カリフォルニア、アイダホ、ミネソタ、モンタナ、ネバダ、ニューヨーク、ノースダコタ、オクラホマ、プエルトリコ、サウスダコタ、ユタ）の多くは制定法に依って、当該官吏は重罪が犯されたと信ずるに足る合理的な理由のある者は何人といえども、令状なしに夜間においてもこれを逮捕し得ると規定している。この制定法の下では、後日、その重罪が実際には犯されなかったのだということが判明しても当該官吏はその逮捕をしたことについては正当とされる。

5. 保安官は、その者がこのような重罪を犯したということを合理的な理由で告発されている旨を確実に通知されている場合には面前で犯されたのでない重罪も令状なしに逮捕できる。このような告発は告訴状の提出や、令状の発行や、正式起訴への回付や、裁判所の拘引状の発行などに依って、立証されうる。この法は次の各州と準州で有効である。すなわちアラバマ、カリフ

ォルニア、フロリダ、アイダホ、ルイジアナ、ミシガン、ミネソタ、ミシシッピー、モンタナ、ネバダ、ノースダコタ、オクラホマ、オレゴン、プエルトリコ、ロードアイランド、サウスダコタ、テネシー、ユタ、バージニア、ウエストバージニア、ウイスコンシンである。

6. 令状なしに逮捕したときは当該官は、このような者が現実に犯罪を犯している場合と、逃亡を図っている場合は別として、当該官吏はその権限と逮捕の意図と、逮捕理由を、その者に知らせなければならない。このことの必要性は次の諸州と準州で制定法と裁判所の判決に依って要求されている。すなわちアラバマ、アラスカ、アリゾナ、アルカンサス、カリフォルニア、ハワイ、アイダホ、インディアナ、アイオワ、ケンタッキー、ルイジアナ、ミシガン、ミネソタ、ミシシッピー、モンタナ、ネバダ、ニューヨーク、ノースダコタ、オハイオ、オクラホマ、オレゴン、プエルトリコ、サウスダコタ、テネシー、ユタの各州および準州である。

このような通告はすべての司法機関関係の法に依って必要とされていないにもかかわらず可能な時に依って通告するというのは、法の適用に慎重を期する精神からである。

D. この指示は合衆国保安官として財務省執行官もまた逮捕状を執行する保安官の系列的な権力を持つということの意味するのである。しかしながら、合衆国連邦裁判所執行官の職務は逮捕状の執行を含むから、財務省官吏は一般的にはこの機能を果さない。⁵⁹⁾

要するに、前章の「犯罪」は憎むべき行為であり社会悪であるが逮捕とは、私人をふくめて逮捕の発動を促すチャンスは広く与えながら、実施にあたっては人の身体の拘置という人身の自由に対する重大な制約であり、慎重の上にも慎重を期さなければならない。犯種と対社会的影響、嫌疑の軽重、被疑者の状況に応じた処理と、逮捕の合法性の判定をすべてわが国における予審の廃止とは裏腹に治安判事 (magistrate) に判断させることを要する点、逮捕から検察にいたる段階で私人及び警察に対する強いチェックがされているわけである。これをさらに市民に依ってチェックする手段として大陪審や検察官陪審が考えられるのである。

4. 大陪審 (grand jury) について

大陪審は前にも述べたように、起訴陪審のことである。この制度は、英米法独特のものであり、英国に始まり植民地時代を経て合衆国に継承されたものである。英国においては前述のように、今日ではこの制度は法律に依て廃止されたが継承国たる合衆国においては今日、憲法の保障するところである。本論文にこの一章を設けたのは、大陪審が検察官の陪審として起訴の可否を答申し、そ

⁵⁹⁾ ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE (REVISED EDITION)*, pp. 31—33, なおこの点については、わが国の国税監察官も、鉄道公安職員と同様、刑事訴訟法上の捜査権を認められる特殊の者であって特別司法警察職員ではない。

の結果行われる起訴を *indictment* (正式起訴) と称し、現実には多い *information* (検事に依る略式起訴) と区別して、観念的には非常にウエイトの高い制度とされていること、さらに重要なのは、大陪審は *presentment* (大陪審に依る告発) を行なうことができるので、検察官の *information* とは関係なく、それに拘束されずに捜査活動を行ない、その捜査結果に基づいて独自に告発することができる。このことは、一定の条件の下で無作為にえらばれた一般市民 (*citizen*) が、検察という準司法機関を構成し作用することになるからである。裁判の段階で陪審員 (*juror*) をえらび市民を裁判(司法)に参画させることは、各国において行なわれており珍らしくないが、起訴とその前提作用たる捜査の段階で、市民が、参画するというよりその者自体となることは、風土と時代の要求の結果とはいえ、われわれから見れば画期的なことである。およそ各国における検察は、専門的職業的公務員が官僚機構の中で、準終身的身分保障(定年のある点で)の下で、国家に依ってはファッション的と呼ばれる事態も生じるが、強力な国家代表機関として排他的に構成され、職権の行使がなされるのが普通である。英仏のように一部私人訴追の行なわれる国家や、ソビエト連邦や合衆国のように訴追員(検察官)が公選される制度などがあるが、検察官その者が専門職業であることに変わりはない。

わが国の実務家の論説の中にも、検察官は公訴官にとどまるべしという意見、ないしこれを示唆したとみられる意見や、⁽⁶⁰⁾ 合衆国においては私人訴追は微罪にかぎられ、英国のように弁護士を使って、公訴を提起したりすることはできず、制度として大陪審はあっても、イギリスにおいて廃止されたのはこの制度の発足した時代のように、隣人の刑事事件の摘発にエネルギーを費す時間がない、犯罪の多発と専門化は、到底素人市民の処理する所にあらずという反省からであって、合衆国において残存しているのは憲法の故である(それも検察官の *information* にとってかわられ、刑骸化しつつあるというのは、必ずしも当たっていないが)、として、素人は検察に干渉すべからずという、公訴専門独占主義を強く擁護する立場がある。その当否は別として、犯罪の多発と専門化故にこそ、広く各専門の知識を前提としなければ、時代にマッチした検察は行なえなくなるのではないかとも考えられるのである。勿論、安易な素人主義と悪平等の思想は厳に排すべきであるが、非常に少数のフレッシュな人材を早期に採用して、固定的排他的に定年迄勤務する者を厳選する⁽⁶¹⁾ 態度を是としても、一方試験採用者以外に警察、裁判、司法、検察などの事務従事者のうちから経験年数とランクによって選考される場合があり、専門職の起用という点からは、一考を要するというよりむしろ消極に解すべきである。

このような状況にあるとき合衆国の大陪審は、検察官の専断を排するという意味もあるであろう

⁽⁶⁰⁾ 検察研究所：「アメリカの司法制度と検察の運用状況昭和26年4月検察研究所資料第35号」 pp. 66—67.

⁽⁶¹⁾ p. 16 にあげたように大学法学部を修了して受験すれば、わが国の医師国家試験よりは難かしいとしても、先づパスするのを原則とする、合衆国の弁護士試験と合格率2%のわが国の司法試験を同一に考えてはあまりである。受験年令や回数を制限するフランスも大学法学部定員そのものがわが国の10%以下であり、通状の状態であれば合格するから、これらを前提に法曹一元化や専門職の固定化を当然視するのは誤りである。

う。⁽⁶²⁾ 大陪審の審理と構成についていうと、合衆国では、軽罪はある犯罪の被害者の告訴、又は犯罪事実を見聞した者の告発を検察官が受理、斟酌した後、検察官によって提出される *information* (略式起訴) に依って起訴されるのが普通である。しかし、重罪に関しては、多くの州はその事件を大陪審に提出することを要求する。それ故、被害者その他の者に関連する申立事項を審問した後、大陪審は告発された者の実質公判をすすめるだけの合理的な根拠があるか否かを決定する。大陪審は通常23人の市民投票者から構成され、そのうちの16人が定数を構成する。そして12票が正式起訴への回付には必要である。正式起訴はまた “true bill” 「原案適正」と呼ばれる。大陪審に依て告発された重罪についての斟酌には公判という意味は全くない。州の証拠だけが提出され斟酌される。被疑者は常に審問されないし、彼に有利な証拠を提出するためにその弁護士が出廷もしない。大陪審に依て重罪事件に対する考慮が必要とされる根本の理由は検事に依る独断的な訴訟から被告人に別な意味での保護を提供するということである。何故なれば、大陪審の正式起訴がなければ、重罪事件においては公判らしいものは全くあり得なくなるからである。正式起訴は、告発された人間が、彼に対する告発の合理性を予審ですでに審理された場合においてさえ必要とされる。⁽⁶³⁾

カリフォルニア州法は大陪審を、犯人を公判に付する場合に、特別の法廷や手続が一役を演ずるが、その特別の法廷手続の一つと定義づけている。解説によれば⁽⁶⁴⁾ ヘンリー2世の時代にさかのぼるとされ、カリフォルニア刑法典888条から939条8項迄に同州における大陪審の性格と機能が説明されているので引用する。

大陪審は、管轄裁判所に郡民の中から選出され *county* (郡) 内で犯された、公判に付し得る犯罪の調査のために宣誓した必要人員から成る団体である。その人数は、人口400万人を越える郡においては23人、その他の州では19人が必要人数である。正式起訴とは犯罪を告発する管轄裁判所に対し、大陪審に依て提出された書面に依る告発である。人はすべて民事訴訟法198節に規定する資格を有するかぎり大陪審の陪審員として行動することができる。但し次のいずれかに該当するときはそのぞかれる。(a) その者が当州のいずれかの法廷において公判の陪審員として行動している場合、(b) その者が1年以内に当州のいずれかの法廷の大陪審員として解任されたことがあるとき、(c) その者が公務員としての不正行為や重罪又は重大な犯罪(政治的な失行などを含む)で有罪とせられたとき。

以上である。大陪審の陪審員にはつぎのような宣誓をすることが要求される。「私は合衆国憲法、カリフォルニア憲法、およびその執行と関連法規のすべてを支持し、当州民に対する犯罪で当郡内で犯され、公判に付し得るすべての犯罪を誠実に調査し、大陪審の任務とされ、法的証拠を入

(62) Cf. FRED E. INBAU and MARVIN E. ASPEN, *CRIMINAL LAW FOR THE POLICE* (CHILTON BOOK COMPANY, PHILADELPHIA NEWYORK LONDON), p. 6.

(63) ditto, FRED E. INBAU and MARVIN E. ASPEN: *CRIMINAL LAW FOR THE POLICE*, p. 6.

(64) ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, p. 34.

手し得るすべてについて真実の告発を行なう。私は自身の協議、発言、同僚、当局のそれを秘密として守り、正当な司法手続の中で必要とされた場合を除き、大陪審に喚問されたいかなる証人の証言、私または他の如何なる大陪審員をとわず、発言した内容、または大陪審における如何なる事柄についても、そのなした投票の様子などを暴露しない。

私は敵意や憎悪や悪意を以て何人をも告発せず、また恐怖や好意、愛情や報酬や約束、それについての期待などのために、何人に対する告発をやめるようなことはせず、告発のすべてに於て、全能力と悟性のすべてをかけ告発の真実を述べ、真実以外には何物をも述べない。神よ、われを助け給え」以上である。

大陪審員として参加するために召集され出席した者の中から、法廷は陪審長を任命する。既に任命された者が大陪審の解散以前に辞任又は解任された時も、また法廷は陪審長を任命する。大陪審は陪審員名簿に記入され、宣誓が行なわれると、大陪審は法廷に依って委託され、それが終わった時点で法廷は大陪審の義務であり、法廷に回付され、恐らく大陪審に出されるであろう犯罪に対するすべての告発に関し、適当と考えられ、あるいは法に依って必要とされる告発状を大陪審員達に示す。大陪審は郡内で犯され審理し得るすべての犯罪を調査しそれを正式起訴状に依って法廷に提出する。大陪審はつぎのような事柄を調査する。

- (a) 刑事事件の嫌疑で郡刑務所に収監され、正式起訴されていないすべての者の事件
- (b) 郡内刑務所の条件と管理
- (c) 郡内のあらゆる種類の公務員の官署における故意又は汚職不正行為

大陪審は合理的な時間であれば何時でも自由に刑務所で面会し、無監督で当該郡内のすべての公式記録を調べることができ、陪審員は何人といえども、当該被告人が逮捕される迄に、重罪のとがでなされた略式起訴や正式起訴の事実を故意に暴露したときは、軽罪に処せられる。また法廷に依って必要とされる場合を除き、大陪審に引用された証拠や、自分自身や大陪審の他のメンバーのすべての発言、又審理中の事項に関して投票した様子などを、故意に暴露した大陪審員は何人といえども、軽罪に処せられる。大陪審は毎年計算書と記録を注意ぶかく完全に調査し、特に歳入に係した計算書や郡のすべての公務員の記録、適当という推薦書つきの発見された事実についての報告書などを注意ぶかく完全に調査する。大陪審は常に法廷や、当該法廷の判事や、地方検事や郡弁護士などに助言を求めることができる。このような助言が求められないかぎり法廷の判事や、民事事件に関する郡弁護士などは、大陪審の開廷中、出席することはできない。

嫌疑の捜査 (investigation) をする場合に大陪審は次にかかげる以外の証拠を採用してはならない。

- (a)(1) 大陪審に宣誓の上出廷した証人に依って提出されたもの
- (2) 書証、物証、または実験に供された物によって与えられたもの
- (3) 686節第3部でみとめられる調書に含まれるもの

(b) 大陪審は刑事訴訟裁判で、反証の余地なしとみとめられるような証拠以外は採択できないが、公判において排除されるような証拠が、大陪審に依って採択されたという事実があっても、それは正式起訴を支持するだけの有力な証拠が大陪審に依って受け入れられた場合は、その正式起訴を無効にするものではない。

大陪審は被告の利益のために証拠を審問することを要求されないが、大陪審に提出されたすべての証拠を考量し、職権範囲内の他の証拠がその嫌疑を釈明すると信ずるだけの理由がある時はその証拠が提出されるように命じ、またその目的のために地方検事に証人召喚令状を発行するように要求することができる。

大陪審は一緒に採用されたすべての提出証拠が否認も、弁明もされなければ、正式起訴は公判陪審で有罪決定になると判断するのである。⁽⁶⁵⁾

大陪審についての ALLE P. BRISTOW JOHN B. WILIAMS 両助教授の大陪審についての注釈は次の如くである。

刑事訴追の要素は950年から1150年にいたる迄の時期に英国において始まった。

この時期には国王の治安判事は最も人口の多い地方に法廷を持ち、刑事事件を審問するために、年に1度か2度田舎に出向いていた。このような旅行は愉快なものではないので、治安判事はその旅行をできるだけ短くしようとした。不十分な証拠に基づいたり、不正確に告訴された犯罪者は、治安判事の旅行時間の浪費をもたらした。このような悩みを防ぐために、治安判事は事件の予審をする優れた市民を一地域毎に任命して、殆んど価値のない事件を除去した。その制度は発展を続け、地方社会は、その地方民が大陪審に依って認めない限り、刑事訴追は行なうべきでないと考えられるようになった。このような考え方が大陪審の審問を1215年のマグナカルタの発展中に具体化した。大陪審はアングロサクソンの刑事訴追の大きな部分となったので、それは個人の自由の他の保護手段と共に合衆国憲法修正第5条* の中にとり込まれた。今日重罪として分類されている連邦犯罪は合衆国の大陪審正式起訴から出発しなければならない。いろいろの州はまた大陪審が州や地方の告訴を予審する規定を持っているが、このような審問は常に強制的であるとは限らない。英国の歴史に於ける初期には大陪審の審問は、秘密状態の有利な条件をもって、そしてこのために、若干の国王は彼等の政府部内の不忠なメンバーに対して不利な証拠を集めるのに大陪審を利用した。大陪審の秘密審問の態勢は、もし叛逆者の逮捕前にその素姓が知れていたら暗殺されていたかも知れないような証人から証言がとられることを可能にした。

この秘密状態の特徴は現在の法の執行においても若干用いられている。特に覆面官吏が、非常に

(65) ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, pp. 35-37.

* AMENDMENT V.

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury...

多くの麻薬、悪徳、詐欺犯に基く証拠を蒐めている時にそうである。その官吏は被告に不利な立証をすることがあっても、このように長期にわたって覆面の状態を保って、最高裁判所において被告の公判がある迄被告人達に対面することは必要ではない。⁽⁶⁶⁾

両助教授は以上のように述べているのであるが、この所説の中で注目すべきは、大陪審は予備審問のはたらきをすることがあること、その予備審問も治安判事の時間的ロスを少なくする目的が沿革的であったこと、アングロサクソン法系では、起訴の時点で民衆が参画することは、個人の自由の保護手段 (safeguards of individual liberty) と考えられていることであり、また前述のように、(カリフォルニア州刑法典939・7) 証拠調の段階で被疑者の嫌疑を釈明する丈の証拠があると信ずるだけの理由があれば証拠の提出を命じ、その目的にそうように、地方検事に証人召喚令状を発することを要求できることなど、いわゆる検察ファッショの弊に陥入ることなく、民衆に依る捜査指揮をみとめていることである。そしてまたこのことは、Fred E. Inbau, Marvin E. Aspen 両氏がその著 CRIMINAL LAW FOR THE POLICE の Outline of Criminal Procedure I. PROCEDURE BETWEEN ARREST AND TRIAL (d)The Grand jury) の項で、「大陪審に依る重罪の斟酌が必要とされる主な理由は検事に依る専断的な訴訟に対して被告人に他の保護を与えるということである～」と「大陪審に依る正式起訴は被疑者が彼に対する嫌疑の合理性について既に予審を受けていた場合に於いてさえ必要とされる」という考え方と一致するものである。⁽⁶⁷⁾

要するに合衆国の考え方は、告訴、告発の濫訴が裁判官を悩ます弊を改め、ふるいにかけるために pre-hear (予備審問) の概念を生み、pre-hear を通ったものだけを訴追する。そして pre-hear を行なう者は市民でなければならぬ。pre-hear を行なう者が市民であればこそ、個人の自由の保護手段となることができる。更にそれは発展して検察官の専断を抑え、検察官に助言を求め、⁽⁶⁸⁾ 証人の召喚を命ずる⁽⁶⁹⁾ という検察の合理化と民主的運営を担保できるとするにあると思われる。長短是非は別として、また、私人訴追に端を発する英米法の歴史が現代の犯罪捜査と、刑事訴追の要求する高度の専門技術性、能率性と検察の民主化の妥協した形体として評価すべきであろう。そしてわが国で主張され、行なわれてきた検察の独占性や能率性故に、捜査、公訴の段階において特に素人の介入を全く許さない形態とは、余りにも相違があることに気付くのである。

5. 検屍官 (Coroner) とその陪審 (Coroner's jury) について

わが国においては、自然死以外の死因によるものを変死と称し、犯罪捜査の端緒になることがあ

⁽⁶⁶⁾ ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, pp. 37—38.

⁽⁶⁷⁾ ditto, *CRIMINAL LAW FOR THE POLICE*, p. 6.

⁽⁶⁸⁾ ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, p. 36.

⁽⁶⁹⁾ ditto, p. 37.

る。変死が犯罪に依るものである疑がある場合には、司法検視を経なければならない。犯罪に依るものである疑がないときは行政検視のみを以て足りる。⁽⁷⁰⁾そして司法検視を行なう者は、わが国では地検又は区検の検察官又はこれらの官から代行命令を受けた検察事務官か司法警察員である。⁽⁷¹⁾

これに対し、合衆国では検視を行なうことを専業とする公務員があり、これを **coroner** (検屍官) と称する。この官吏は死亡原因の認定を行ない、犯罪捜査の端緒をもたらす点で一種の準司法作用を営むので、1章を設けた次第である。

カリフォルニア政府法27491条から27546条に規定された内容は次のとおりである。暴力に依って殺害されたと検屍官に報告された者、その死が、犯罪手段に依る他の者の行為に依って発生したと疑うに足るだけの合理的な根拠を与えるような状況の下で、突然に死んだ者、又は自殺⁽⁷²⁾した者、そして健康安全法典 (**Health and Safety Code**) の規定が死亡証明書に署名することを検屍官の義務としているすべての死亡の原因を調査し、調査される端緒を作るのは検屍官の義務とされる。このような調査の目的のために、検屍官は自由裁量で遺体を管理し、調査することができ、この権限には遺体発掘、死後検視や死体検査をされる理由、胃、血液、内臓、器官、体の(細胞)組織の分析がなされる理由を作り、このような死後検視の結果に関して専門的な意見を聴取する権限を含むものとする。検屍官は書面を確実にしたため、彼に依って直ちに個人の死亡記録に整理できるように、通知を指示する。検屍官は9人以上15人以下の陪審員になる法律上の資格のある者を、直ちに自分の所か、死体の存在した場所あるいは、死亡原因を調査するため彼の指定や地方検事の要請に基づいて郡内の他の便宜な場所へ召喚したり、執行官、警察吏、警察官などに召喚させることができる。何人も召喚された者は、検察官の裁量に依る場合のほかは、陪審の義務を免れることはできない。何人も、死者に関係のある者や殺害で告訴されている者、嫌疑のある者、死者に対して好意・悪意いづれを問わず偏見を持っていると考えられる者は召喚されない。陪審員として選ばれ、召喚されて出頭した者は何人も、原告・被告いづれからも忌避されることはない。

陪審員の6人以上の者が出席したときは、死者が何人か、何時、何処で、どうして死んだか、死亡の状況などを調査すること、そして陪審員達に提供され、死体の調査から発生した証拠に依って、それに対する真実の票決をすることを、検屍官に依って宣誓させられる。

検屍官は、自分か、陪審の誰かの意見でその事実について何等かの知識を持っている者は、すべ

(70) 刑事訴訟法229条①, ②死体取扱規則(昭33国公規則4)1条, 4条

(71) 刑訴法229条①, ②

(72) 自殺はわが国では犯罪とされないが、**Common Law** では殺人とされ、行為者が死んでいるため特別な科刑方法が考えられ、財産は没収され、死体は杭を刺しつらぬかれて埋められた。(1)犯罪制裁として財産没収が廃止されてから、屈辱的な埋葬はすたれ、多くの法廷は自殺そのものを重罪とすることをやめた。(2)大部分の州において、刑事法典の下で制定法規は全くおかれていない。**GARN H. WEBB and THOMAS G. BIANCO, 7 HOLT/LANDMARK LAW SUMMARIES: CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE (HOLT, RINEHART AND WINSTON, INC.), pp.44-45.**

て証人として、召喚し調査することができる。

検屍官は、外科医や内科医を、死体調査や死後検視をするために、また、死亡の原因に関して専門的な意見を述べるために、死体の胃や、(細胞)組織の分析をさせるために、化学者を、召喚して調査することができる。

証言を聞いた後、陪審は票決し陪審メンバーの署名した調書に依ってそれを証明する。調書には次のことが示される。(a) 殺害された者の氏名、時刻、場所、死因 (b) 殺害、他人の犯罪行為に依って死亡したのであるときは、犯人。

この条項は人口 400万人を越える郡のみに適用される。このような郡においては検屍官はこの条項の規定に従って検視をする。検屍官は自由裁量又は自分が管轄権を持つ郡内の地方検事、執行官、市検察官、市警察署長などに依って要請された時は検視をするものとする。このような検視は陪審なしに開廷している検屍官や検屍官の自由裁量において検屍陪審に依って行なわれるが、検屍官の管轄の郡の地方検事、執行官、市検察官、市警察署長に依って要請されて、このような検視が検屍官の陪審に依って行なわれなければならない場合は例外とする。

証言を審問した後、陪審は勧告票決をし、陪審員達に依て署名された調書に依ってそれを証明する。調書には次のことが記載される、(a) 殺害された者の氏名、時刻、場所で、どういう手段で殺されたか (b) もしその死が他の者の行為に依って、生ぜしめられたものであるならば、その死について責任のある者を誰と名ざすのでなく、犯罪に依る死であるか否か。⁽⁷³⁾

ALLEN P. BRISTOW, JOHN B. WILLIAMS 両助教授の解説に依ると、検屍官の職務は、英国史においては、マグナカルタの時代に遡る。元来、検屍官は歳入の検査官として国王に依って創設され、その職務は、すべての他の公務員の集税と他の政府収入の調査を含んでおり、“coroner”「検屍官」の語は“crown”「冠をかぶせる人」から来ており、それは又ラテン語の“corona”又は“crown”からきている。

“crown”は異常な方式における刑事訴追の中に、取り込まれて来た。その職務は、初期においては刑事訴追を全く処理しなかった。政府の収入源の一つは、重罪犯で処罰された者の財産の没収をすることであり、重罪の訴追、そのものは大部分被害者に依って開始された。しかし殺人事件は被害者の不存在や、遺族が訴追を強要しないという事実によって、しばしば不起訴になった。このために、検屍官は、訴追が開始されることを確認するために殺人を調査し始めた。次の世紀の間に、その歳入関係の職務はすたれ、わづかに2つの主要な機能がその職務として残った。その(1)は、死亡原因の調査であり、(2)は、死者の財産の管理である。

権威者の多くは、検屍官の職務はすたれたと考えている。このことは検屍官が検死官や他の病理学者を雇わないような場所では事実である。しかし、刑事訴追に関しては、検屍官の機能の非常に

⁽⁷³⁾ ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, pp. 38—40.

好ましい面がある。その検視は、殺人後すぐ行われ得る、そして証人の証言は、事件がまだ彼等の心の中で新鮮である間に、取ることができる。他の訴追の下では、この証言は予審で1週間かかって取れない場合もあるし、もし殺人が正式起訴であるならば、それは数週間にわたって、遅れることもあり得るのである⁽⁷⁴⁾。

このような利点はあるが、両助教授が既に、「権威者の多くがこの職務はすたれてきていると指摘している」、と述べている実例としてつぎのような説明がある。Fred E. Inbau, Marvin E. Aspen 両氏の説であって、殺人事件に特有の訴訟手続があり、この訴訟手続は殺害又は死亡発見後直ちに開始されなければならない。これが検屍官の検屍であるとされ、検屍官の検屍は非常に古い訴訟手続であり、その機能は死亡の原因を決定することであり、なおつづいている。

検屍官の陪審は若干の州においては検屍官又はその代理者の1人に依って選ばれ、6人の素人から成る場合もあるが、その票決は検事、大陪審、法廷などを束縛しない。事実、それは、受け入れられるか、全く無視されるか任意の勧告的な答申にすぎない。たとえば、たとえ検屍官の陪審が、事故死という票決を回付したとしても、大陪審は自発的に、又は検事の提出した証拠に依り、その死を何人かの犯罪行為に依るものとして、その者を犯罪者として告訴することができる。⁽⁷⁵⁾

以上の諸説から考えると、合衆国の検屍官制度はマグナカルタに遡る英国法の古い沿革を持って発展してきたが、財政監察の色彩はうすれ、自殺を一種の犯罪ととらえ、その制裁と国富という兩目的を達成する手段としての財産没収が、何時の間にか財産没収に価する死であるか否かを判定する職務へと転移し、更に自殺を犯罪でないとする現代においては、死因が犯罪に結び付く所から、殺人であるか否かを判定して、殺人であれば犯罪捜査の端緒とする原因を見出す官職となってきた。だが犯罪捜査機関や、検察機関、大陪審、法廷が必ずしもその判定に拘束されなくなって来ている点に、時代の実状に合わなくなってきたものを感じるのである。しかしわが国が公判陪審を停止し、捜査、検察の段階でつよく素人の介入を拒み、わずかに検察審査会の制度を設けて不起訴事件に対して事後の勧告をするに止まり、その勧告も、全く検察官を拘束することのないのとは甚だしいへだたりを感じるのである。そして英国法が、国王、王室とその臣下としての貴族、国民が伝統的な身分制を存続させながら、法の下に平等という精神に貫かれているに対し、合衆国に於ては新天地のパイオニアとして、住民の合意の下に慣習的な法がつくられ、相互に契約思想がはたらいっているため、法を犯す者は、反社会的行為者として、社会構成員の名において罰せられる点に特色がある。

それ故、大陸法系が素人主義を排するのに対し、起訴の段階に迄、素人(社会構成員たる市民)の意見を聞くのは、国柄としては当然のことであろう。それと今一つ注目しなければならない点は、英米法は、人間の死ということを極めて厳粛に考えているということことである。検屍官制度を、

(74) ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE*~, pp. 40—41.

(75) ditto, *CRIMINAL LAW FOR THE POLICE*, pp. 5—6.

殺人に特有の訴追として考えていることは、何よりその考えのあらわれだと思ってよいであろう。ただ、その判定迄素人の票決に依ることは、民主政治への信頼度が高いからであることは勿論であるが、このような、自然科学事実の判定は、やはり専門家の鑑定に待つべきであろう。

要するにこの制度は、時代の進展と共に多少現実にそわない欠点が出てきているとしても、民意を犯罪捜査と検察に反映させるという点では大陪審と共にその理想を端的に表現するものであるといえよう。

そして検屍官陪審は大陪審と軌を一にして発展したものであり、大陪審は先に述べたように、歴史的には予審の沿革を持ちそれが検察官の専断的な訴訟から被告人を保護し、同時に治安判事の時間的ロスを少なくする目的が沿革的にあったことを想起するとき、予審の意義とその功罪を再検討してみる必要がある。

6. 予審 (Voruntersuchung) について

わが国は予審を廃止している⁽⁷⁶⁾。裁判官に予断を抱かせぬためという理由である。しかし旧法に予審をみとめていたために、不公平な裁判が行なわれたとか、司法制度上不都合が生じたという事実はない。要するに戦後の合衆国に依る指導で検察庁が裁判所から分離した際、被告と原告たる検察庁を対等の土俵たる裁判所で公平にたたかわせるためには、裁判所の職員たる予審判事が正式公判前に先行した審理を行なうことは公平を欠くおそれがあるというに外ならない。しかし、刑事訴訟は、合衆国流の社会正義の貫徹だけでなく、むしろ真実の発見に重点を置くのが、わが国はじめ大陸系諸国の精神である。前者の立場を取れば、素人主義と多数決原理が支配するのであり、陪審や大陪審や検屍官陪審などの制度が、私人訴追と共に発達したのはこのためである。しかし後者の立場をとれば、素人の法的無知や感情をふまえて感覚に訴えるのは、事が人の生命、身体に関するものであるだけに、その判断は正確、公正という点では、完全を期し難いばかりか極めて危険であるといわざるを得ない。わが国は後者の立場をとっているようである。しかし、真実の発見というためには予断をかりに生じることが若干あったとしても、それはあく迄専門家に依るものであるから、さほど不都合は生じないのではないかと思われる。現実に、合衆国は勿論、英国も公訴の可否を決する予備審問制度 (preliminary examination) は存続しているのであり、先述の如く英国では、治安判事の煩雑を解消するために予備審問が生まれ、予備審問の役割を果たすために大陪審が

(76) 刑訴応急措置法9条(予審の不施行)なお旧刑訴は295条「予審ハ被告事件ヲ公判ニ付スヘキカ否ヲ決スル為必要ナル事項ヲ取調フルヲ以テ其ノ目的トス」「予審判事ハ公判ニ於テ取調ヘ難シト思料スル事項ニ付亦取調ヲ為スヘシ」でみとめていたが、当事者主義の要求から前記措置法で行なわないこととし、現行刑事訴訟法はこれを見とめない。証拠保全がおもな目的となり、予審判事の前の供述が公判廷に提出されて動かすことのできない証拠となり、被告人の利益をまもるための制度がかえって被告人に不利な制度であるかのようになったということが理由とされた。我妻栄：新版法律学辞典(有斐閣)1969 pp.1208—1209, 同 p. 287参照

生まれ、それが合衆国に移入継承されて、人権擁護の役割を果たすようになったという沿革があったのである。⁽⁷⁷⁾ 予備審問は司法警察と検察の間に介在してよい制度と考えられる。合衆国の予備審問に対する考え方は次のようである。すなわち、当該被告人が犯罪を犯したと信ずるに足る合理的な根拠があるかどうか、言葉をかえれば、その被告人をその状況で正式の裁判に立たせることを要求することが、公平であるかどうかに関して決定がなされるところの、相対的には非公式の訴訟手続である。もしこの予備審問の後で、判事や治安判事が、その訴追が蓋然性なしと判断すれば、被告は釈放される。しかしその釈放は、その後進展した証拠（予備審問に於いて提出されたと同じ証拠である場合もあるが）が、その訴追が充分根拠があると大陪審に納得させた場合は、大陪審の正式起訴を妨げるものではない。

もし予備審問判事や治安判事がその訴追が合理的なものと決定すれば、被告は大陪審に廻される。すなわち彼に対する告訴が大陪審の考慮を求めて提出される迄勾留される、又もし保釈される筋の犯罪であるならば、被告は、大陪審がその事件を処理する迄、自分の出席を保証するための一定額の保証金が支払われてのち釈放される。⁽⁷⁸⁾

以上の見解から合衆国においては、大陪審にはつとめて素人たる市民を参加させるが、専門家を予備審問判事（治安判事を含む）が事実をあらかじめ調査し、大陪審に送付される点で、民主主義の素人裁判が専門的、法律的に矯正されることになる。しかも、大陪審が事後の証拠調で根拠ありと断ずれば、予備審問を無視して正式起訴ができるのであるから、最終的には市民の良識の方を信用しているといえる。ちなみに陪審員には適格テスト⁽⁷⁹⁾ があり、プリミティブではあるが、法律知識を確認した上でかかるので、わが国の検察審査会のメンバーのように、無作為抽出でないことに注意する必要がある。そして大陪審の正式起訴は、告訴されたものが、既に告訴の合理性について予備審問を受けている場合でさえ、要求されることがある⁽⁸⁰⁾ ことなどから見ると、素人主義優先と、専門性、合理性の調和を合衆国は予備審問制において或る程度みたしているともいえるのである。

7. 社会主義国における検察の特殊性について

ソビエトは、西欧および合衆国とは全く異なった政治体制に立つ国である。犯罪に対する概念も犯罪に対する国家、社会、国民の保護概念も西欧や合衆国のそれとは対照的なものである。そういう点で比較の意味で検察制度の特徴を取り上げてみる次第である。

(77) ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, pp. 37—38.

(78) ditto, *CRIMINAL LAW FOR THE POLICE*, pp. 4—5.

(79) cf. ditto, *A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the ADMINISTRATION OF JUSTICE*, p. 67.

(80) cf. ditto, *Criminal Law for The Police*, p. 6.

ソビエトの法益は先づソビエト国家保護であり、ソビエト体制の破壊を防止することにある。⁽⁸¹⁾ ソビエト国家構成員たる国民個人の安寧よりも国家利益が重視されていることは、やはり一つの特色といえるであろう。

ソビエト検察官は、強力な国家行政機関であるが国家から任命されながら⁽⁸²⁾ 立法、司法両機関から独立しているばかりでなく、他の行政機関からも独立している。⁽⁸³⁾ そしてその独立の理由は最も強力な行政機関であるが故に、職務の独立性を担保し、他の機関による掣肘を排除しなければならないとするにあり、かつてのわが国の検事が司法大臣傘下の裁判所検事局に属しながら単独国家代表機関として強力な身分の独立性を保障されていたのと類似していることに気付くのである。

ソビエト検察官は連邦検事は7年⁽⁸⁴⁾、その他の検察官（県、郡、市の）は任期5年⁽⁸⁵⁾である。その職能の特殊性は、国家訴追の代行者としての地位のほか犯罪捜査⁽⁸⁶⁾、押収、捜索のようなフランスおよびかつてのわが国におけるような、犯罪捜査の主体としての地位をもつほか、国家行政機関の違法、不当をも監察するという特殊な立場をもち、わが国の行政管理庁、行政監察庁のような色彩をもつわけであるが、このことをソビエト市民の保護機関として説明している。⁽⁸⁷⁾

さらに最も大きな特徴と考えられるのは、民事関係の処理権である。西欧、合衆国、わが国を通じ、財産権、親族、相続に関する法律上の争訟はすべて民事裁判所の管轄に属することであり、特殊の事項たとえば、禁治産宣告や、不在者の財産管理などについて請求権をもつたり離婚事件や父を定める訴や嫡出性否認について、かかづらうにすぎないが、ソビエトにおいては、私人間の紛争処理に進んで国家が調整の労をとることが理想と考えているようである。⁽⁸⁸⁾ もっとも英国においては前述したように王室顧問としての検事の役割があるほか、国家を個人と対等の人格とみてその場合の国家の弁護人という立場で民事にかかづらうことのあるのは勿論であるが、私人相互の紛争や、国家対私人の争訟に乗り出してくることは原則としてあり得ない。わが国の国家賠償法や行政事件訴訟法に基づく被告たる国を代表する法務大臣の職務代行者として検察官が行動するのは勿論別問題である。

ソビエトにおいては、私人対国家事件における国家側代理当事者となる任務のほか国家行政機関が私人に及ぼした違法、不当行為に対してもその告発を受けることは勿論、職権探知に依っても、積極的に捜査を開始することがあるようである。この点は国家行政機関そのものの行政に対する監督という前述の職務と同様、市民社会におけるソビエト市民権の担保と説明されているが、⁽⁸⁹⁾ 検察

(81) Andrei Y. Vyshinsky: TRANSLATED FROM THE RUSSIAN BY & HUGH W. BABB: *THE LAW OF THE SOVIET STATE*, (THE MACMILLAN COMPANY NEWYORK, 1951), pp. 525, 528.

(82) ditto, p. 525.

(83) ditto, p. 525.

(84) ditto, p. 528.

(85) ditto, p. 528.

(86) ditto, p. 535.

(87) ditto, p. 532.

(88) ditto, pp. 536—537.

(89) ditto, p. 537.

はあく迄、行政機関であるという位置づけと、民衆の保護機関という意味をもたせようとしたものと考えられる。しかし一面、社会主義国独特の国家統制が反革命思想はそれが人民であれ、行政機関であれ、官吏であっても反国家行為として取り扱おうとしているとも考えられるのである。そのような国家中心主義的な発想が形の上では、かつてのわが国や、大陸法系諸国の検察制度に酷似しているように見えるのである。ソビエトの法学者の言に依れば、西側ヨーロッパ民主主義諸国の検察官は、公訴の提起にとどまり、積極的に民事関係に介入することはほとんどない。ソビエトの検察官は民事関係において困窮している私人を救済するが、それこそが公益の代表者として人権擁護機関の実績をあげうる保障となつてきている。⁽⁹⁰⁾ その最終目標がソビエト体制の維持という国家主義的な姿勢はかつてのナチズムドイツや、ファシストイタリーの国家統制を想起させ全体主義的なにおいがつよく国粋主義や超国家主義のそれと抽象的には同質に近いものを感じるのであるが、積極的に私人の民事関係に介入することは、諸外国においては例がなく、わが国においても刑事訴訟法 454条の非常上告においてのみこの精神がみとめられるのであって、検察官は、はじめののべたように公訴を提起し、国家の刑罰権の行使を公益の代表者として要求し、公判を維持し、刑の執行を監督し、これらの作用を維持するために捜査権をみとめられるという意味で、国民の保護者になるというのとは性格的にちがうのである。以上のことは、端的に云えば、ソビエトにおいては、検察官がわが国の人権擁護局の職務も行なっているといえるのであって、合衆国の弁護士が先きのべたように法廷関係事務のみでなく、わが国におけるその他の司法事務のほとんど全部を引きうけていることと対照的であるといえよう。要するにソビエト連邦の検察官の職務は、犯罪捜査、国家訴追の代行者としての公訴の提起、行政監督（監察）、民事関係調整、対国家事件の国家側代理当事者という5つの性格をもっているということになるであろう。以上からみてソビエト検察制度は、体質的にちがひ、わが国の検察制度の問題点解決にはならないと考える。

8. 準起訴手続、付審判の請求と検察審査会制度について

わが国の刑事訴追は、前述のごとく国家訴追であり、それも起訴独占主義をとって、検察官以外の者に公訴権をみとめない。ことの是非は別として諸外国では何等かの形で一般国民が介入していることはすでに述べてきたところであつて、将来検討の余地があるであろう。殊に合衆国においては前述のごとく、大陪審（grand jury）は起訴の段階における検事の陪審であり、公判における小陪審（trial jury, petit jury）と相まって2つの段階において市民に依るチェックが行なわれているわけであり、その上、殺人事件、変死事件については検屍官（coroner）の陪審を行なわれているのであるから市民の司法及び検察への直接参加が行なわれていることになる。この制度の基礎と

⁽⁹⁰⁾ ditto, p. 537.

なった私人訴追は母国英本国において今なお存続しているが起訴陪審＝大陪審は、英本国において廃止され、逆に合衆国においては私人訴追はすたれたが、大陪審は憲法において保障され、今日に至っている。もっともこの制度は州に依ては法律で廃止又は停止することもできるし、被告人の請求に依て略式起訴（検察官に依る）（information）の行なわれることは多いが連邦憲法のみとめる制度として厳然として存在していることは注目に価する。このことは前述したから繰り返さない。ただ極端な迄に強力で外部の一切の介入を許さなかった戦前のわが国の検察制度が戦後、合衆国の指導と助言に依って検察を司法機関（裁判所）から切り離して行政機関として位置づけた際、刑事訴訟法そのものが民主的に全面改正され（昭23. 7. 10法260）刑事被疑者、被告人の権利が人権として戦前と比較にならない程、大きく尊重、保護され、更に積極的に民意を何等かの形で検察行政面に制度として表現させようという精神がある。本章に掲げる準起訴手続も、検察審査会制度もこの精神の実現の1つとみて支障ないと思われる。

準起訴手続は、職権濫用と公安調査官の職権濫用罪について告訴又は告発をしたが検察官が不起訴処分をした場合に不服があるとき、当該検察官所属の検察庁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ることを請求することをみとめるものである。要するに検察官の起訴不起訴裁量自由絶対権と、公務員の職権濫用、更に国民の基本的人権に重大な関係を有すると考⁽⁹¹⁾えられる破壊活動防止法の定める職務に従事する公安調査官の職権濫用行為（同法45条）に対し、国民の立場において監視し、場合に依っては制裁を加えることをみとめることに依って法の下の平等を担保するとともに、同族裁判ではないかとの疑惑や誤解を避けさせる長所があると考えられる。

しかし不起訴処分不服につき裁判所に付審判の請求をするに当たり、不起訴処分の通知を受けた日から7日以内に不起訴処分をした検察官に差し出さなければならず、直接裁判官に提出するのでないから、不起訴処分をした当該同一検察官が請求を理由ありとみとめる⁽⁹²⁾ことは論理的にはあり得ないことのように思われる。もし理由がないと考えれば、意見書を添えて、書類、証拠物とともに請求書を裁判所に送付する⁽⁹³⁾が、理由ありと考えたときは公訴を提起しなければならない。⁽⁹⁴⁾

審理の結果、請求が不適法であったり、理由がなければ、裁判所は決定をもって請求を棄却するが、理由があるとみとめれば事件を管轄地方裁判所の審判に付することになる。⁽⁹⁵⁾ 審判に付する決定があるとその時点から公訴の提起があったものとみなされる⁽⁹⁶⁾からこの点で国家訴追主義と起訴独占主義は狭い意味では例外をつくり、修正されることになる。ただしこの時点から裁判所の指定する弁護士が公訴の維持にあたり検察官の職務を行うのであるが刑訴法 268条③項はこの者を

(91) 破壊活動防止法2条

(92) 刑事訴訟法264条

(93) 刑事訴訟規則171条

(94) 刑訴法264条

(95) 刑訴法266条

(96) 同法267条

公務員とみなす規定を設けているから、広義においては矢張り国家訴追主義の枠外に出るものではないであろう。そしてまた、検察事務官及び司法警察職員に対する捜査の指揮は、検察官に囑託してしなければならない点に問題がないとはいえないのである。(刑訴法 268条②項)この2点の関係から検察と司法警察の関係のあり方について第9章において結論を示す必要があるのである。付審判の制度そのものはドイツ法^{*}に例があり、それにならったといえるが精神的にはむしろ英米法の私人訴追の影響が強く感ぜられるのである。

これに対し検察審査制度は俗に検察官の目付け役といわれるが主体たる検察審査会は小学校を卒業しない者(小卒と同等以上の学識を有する者はのぞく)、破産者で復権を得ないもの、耳の聞えない者、口のきけない者及び目の見えない者、1年の懲役又は禁錮以上の刑に処せられた者以外というおよそ常識的で健康な通常生活を送っていて、職務遂行に不可欠な身体上の欠陥のない者は同法10条の無作為抽出で選定される点で検察行政への国民参加といえるが、その職務は、検察官の不起訴処分不服のある告訴、告発者、請求者、犯罪被害者の審査申立を受けて、照会、証人尋問、助言徴取等の権限を行使して審査をとげ議決したとき、理由書を付けた議決書謄本を当該検察官を指揮監督する検事正に送付し、検事正はその議決を参考にして、公訴を提起すべきものと思料するときは、起訴の手續をしなければならないが、⁽⁹⁷⁾ 審査会の議決は拘束力がなく、あく迄起訴は検事正の自由な判断に委ねられるから前述の合衆国の起訴陪審(大陪審)や英国の私人訴追とは全く異質で程遠いものであるといわねばならない。ただ注目すべきは検察審査会法40条に、審査結果の議決書に理由を付しその謄本を前記、検事正だけでなく、検察官適格審査会に送付することを定めている点で、この議決は少なくとも検察官の正当性をつねに担保する作用はあると考えなければならない。

9. 将来の検察制度の展望特に検察と司法警察の関係のあり方について

以上戦前のわが国の制度と独仏を主とする大陸法系と合衆国を主とする英米法系さらに全く別個の発想をもつ社会主義圏などと戦後のわが国のものとを比較してきたのであるが、各国の事情における相違は別として、その理想とする所に1つの共通性のあることに気付くのである。すなわち検察は国家の公益の代表者であるということである。公益の代表者とは正義の保護者でなければならない。正義の保護者として行動し得るための身分の保障、独立、職務、職分の明確化、それについては司法警察との事務配分をいかに行なうべきか、公益代表、正義保護の名の下に起訴を独占することは妥当か、私人訴追をみとめる余地はないか、捜査と起訴の段階で国民(市民)の参加を求め

* ditto, *THE GERMAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE* p. 172.

⁽⁹⁷⁾ 検察審査会法41条

る必要はないか。参加を求めないまでも、その声を聞く機会をみとめる必要はないか。予審を復活させることは果して予断をいだかせることになるか、副検事と検察官事務取扱制度⁽⁹⁸⁾はどうか。検察官は公訴官たるの地位にとどまるべきか、犯罪の捜査も加えるべきか、など多くの問題が考えられるのである。

私自身は、検察官はある種の公共犯罪についてはイギリスのように私人訴追をみとめ、素人故の濫訴を規制し、正常な法律的構成を指導する後見的役割を与えることと、フランス法制のように、広義の司法官として位置づけて裁判所検事局を勤務官署として考えることが法曹としての職務の協力的から妥当と考える。また検察官を公訴官として専念させることについては、公判維持のために密接不可分の関係にあると考えられる犯罪捜査の主体を検事にすることに賛成である。警察は行政警察と司法警察の職務をもつが、司法警察は検事の犯罪捜査の補佐または補助として位置づけ、特別警察はできるだけ廃止の方向にもっていくことがのぞましい。けだし自衛隊警務官や、海上保安官のように、特別権力関係内のものや、対外的なものを除いては屋上屋を設けているきらいがある上、各省庁が司法警察職員類似のものをもつこと自体捜査の一貫性という点ではおかしいし、犯罪の特殊性といっても事物、場所に対する管轄を異にする必要はあまりないからである。もし捜査に特殊の知識を必要とするとするれば、かつて検屍官の所でみたように特別の知識や技術、学識を持つ者の鑑定その他の協力をその都度仰げばよいのである。最近の航空機事故についても航空関係の特別司法警察職員があるわけではなく、学識経験者の鑑定を得て、一般司法警察職員が捜査してこと足りている事実を見ても明らかである。

検察と司法警察の関係については、イスラエルの刑事訴訟法が独特の形体をもち、前述の諸問題にある程度の示唆を与えると考えられるので要約しておく。イスラエル法律評論によれば、イスラエルの法はヘブライにおいて制定されたが、国家成立以前の法もまた、有効とされ、制定された。それは民族的政治的理由に依るものであり、3つの言語すなわち英語、ヘブライ、アラブ、中でも、英語が最も権威的であった。このような状況で、イスラエル刑事訴訟法は1965年7月に最終的に採択された⁽⁹⁹⁾といういきさつがあるからである。このため当然英国法の影響が強いのであるが、それ自体とはかなり相違している。すなわち、検察と司法警察制度について見れば、刑事訴追は国家の名において、検事に依て代表されて行なわれる。検事は犯罪の捜査には全くかかわらない。その仕事は全く警察か他の捜査機関の領域である。論告や公判準備のために更に捜査が必要な場合は、その事件は警察にさし戻される。検事総長や国家検事局のその他のすべての構成員はいかなる法廷でも検事として行動できる。警視總監に依って指定された警察職員は治安裁判所、市裁判所(この裁判所における検事は市会に依っても任命され必ずしも弁護士である必要はない)、一定の規定せられた審

(98) 検察庁法36条

(99) M. Shalgi: *The New Code of Criminal Procedure in Israel* (Reprinted from ISRAEL LAW REVIEW) Vol.1, No. 3, 1966, p. 448.

級にあっては、他の法廷に公訴を提起することができる。警察検事は必ずしも弁護士の資格のある必要はなく、実務経験があれば良い。国家検事は必ずしも弁護士資格をもつ必要はないが、弁護士会のメンバー以外の者が事実上、国家検事局に任命されることはない。⁽¹⁰⁰⁾ 何人かの告訴に基いて捜査が行なわれ、検事が被告を投獄することを拒絶した場合には、それについて適当な告知を受けべき告訴者は、それが微罪として法に規定され犯人が私人告訴に依って審判に付され得るようなものでないかぎり、検事総長に異議を提出することができる。私人訴追者とは、法文上の言葉では告訴人となっているが、必ずしもその犯罪に依って直接被害を蒙った者である必要はなく、また警察に告訴を行なった者である必要もない。

私人告訴に依って告訴される犯罪のなかのいくつかはささいな性質のものである。しかし選挙法違反のようなあるものは公共的に重要であり、私人訴追の権利は選挙の白熱的な政治雰囲気の中で発生するおそれのある権威の乱用に対する安全装置として役立っている。にもかかわらずこのような場合においてさえ地方検事が15日以内に訴追行為を引き受けると宣言しうる法廷内に提出されたあらゆる告訴についての通知を受けていなければならないという理由で、訴追について国家の主導性が確保されている。その上、文官が職務遂行中に行なった行為に関してなされたいかなる私人告訴も検事総長の同意なしには提出され得ない。

私人告訴に基づく審判はすべての段階において、国家訴追に依る正式起訴に基づく公判と同じ様式で行なわれる。

訴追者は審判の開始前ならいかなる時期においても論告を修正することができる。一たん審判が開始されると裁判所だけが原告、被告いずれかの申請に基いて、被告が防禦に合理的な機会が与えられるかぎり修正が可能である。⁽¹⁰¹⁾

以上要するにこの国の考え方は、検察官は国家の訴追権の代行者である。検察官にはわが国の検事と副検事⁽¹⁰²⁾ または検察事務取扱に相当するものに大別され、前者は法定資格は必ずしも問われないが事実上は弁護士会に属する者の中から指名され、後者は経験者であれば良く、職能、所掌が截然と区別されている。検察官は公訴官としての職能に止まり、犯罪捜査は警察の責務であり、不完全な捜査は、事件が警察に逆送され、検察官が補充捜査をするようなことはない。反面、警察官のうち特定の者は簡易裁判所的な裁判所に起訴権をもつ、この意味で彼等はわが国の副検事や検察事務取扱検察事務官よりはむしろ、旧制の裁判所構成法18条⁽¹⁰³⁾ に近いように考えられる。

⁽¹⁰⁰⁾ ditto, *The New Code of Criminal Procedure in Israel*, p. 451.

⁽¹⁰¹⁾ ditto, p. 451.

⁽¹⁰²⁾ 検察庁法3条, 16条②, 18条②, 36条

⁽¹⁰³⁾ 「各区裁判所ノ検事局ニ検事ヲ置ク区裁判所検事局ノ検事ノ事務ハ其ノ地ノ警察官憲兵将校下士又ハ林務官之ヲ取扱フコトヲ得司法大臣ハ適當ナル場合ニ於テハ区裁判所判事試補又ハ郡市町村ノ長ヲシテ検事ヲ代理セシムルコトヲ得」

そしてイスラエルのいま1つの特色は、私人訴追¹⁰⁴を軽微事件についてみとめていることであって、これは英国法の影響を強く受けていることによるものかと思われる。

各国における検察、司法警察制度はその国の法系のほか、政治状勢、政治感覚に依ってその理想とするところに可成りの開きや相違があるようである。わが国の検察、司法警察制度が今後どのような展開をして行くかは、結局世界各国の発展変化との関係を見て行かなければ推測できないと考えられる。

ただ私の理想的結論としては、フランス流の司法警察に対する指揮監督権をもち捜査主体たる地位をもつ検察官と、選挙犯罪、公務員犯罪のような公共犯罪に対するイギリス流の私人訴追をみとめその法律的指導後見者としての検察官という2つの性格を将来のわが国の検察制度に期待してやまないのである。けだし、大陪審や検屍官陪審のような制度は全くわが国とは体質の異なる自然法、慣習法前提の判例法中心の風土を前提に発達しており、生活のすみずみ迄、制定法の網目のような枠内に規定されている大陸法系であるわが国へこれを導入することは無理であり、またソビエトなどの社会主義圏の制度は前述のように保護法益に対する観念が全く異なり、到底適用導入の余地はない。また現在のように合衆国流の刑事訴訟法の中で、部分修正したフランス流の組織を運営することは中途半端な矛盾と無理があるからであり、その意味でむしろ検察官制度そのものはフランス法系に復し、訴訟法の運用面においてはイギリス法系の私人訴追を公共犯罪の分野にみとめ、検察官に後見補正の職務を行なわせることが適当ではあるまいか。

104 わが国の旧刑事訴訟法も私訴はみとめていたが、567条には「犯罪ニ因リ身体、自由、名誉又ハ財産ヲ害セラレタル者ハ其ノ損害ヲ原因トスル請求ニ付公訴ニ附帯シ公訴ノ被告人ニ対シテ私訴ヲ提起スルコトヲ得」とあり、被害者に限られ、被害者が独立してではなく、公訴に附帯しなければならなかった。この点で諸外国の私訴とは異なるし、わが国の現行の準起訴手続とも請求主体及び犯罪の性質が相違する。

A Research on Some Relations between the Prosecution System as the Semi-Jurisdictional Organ and the Judicial Police

Shunsuke Tawa

SUMMARY

Public prosecution in our country is entirely committed to the hands of the Government. Each prosecutor, representing the will of the Government, monopolizes the power of prosecution, and his status is specially guaranteed by the Government so that he can perform his duty without disturbances, public or private. The chief advantages of this system are for one thing to make his prosecution smooth and efficient and for another, to leave him comparatively independent of political struggles of his country. The defect lies, however, in the probability that he could any time make arbitrary decisions in his business because of his own independence of public opinion.

As regards how far the public will should be respected, we can find good examples in the U.S. systems of Grand Jury and Coroner's jury, as well as in the feature of the private prosecution in England. The Grand Jury system in the United States where people join in the criminal proceedings particularly draws our interest. To respect the will of the people has of course a seamy side of its own. What to pick up and respect among the various opinions is in fact one of the gravest problems. *Voruntersuchung System*, for instance, which we abolished long ago, might have been a device for the moderate respect of public will. The prosecution system in socialist states would certainly be another device for the means of reflecting the will of their people. The idea of people, however, in those socialist states of today seems slightly different from the traditionally Western idea of them; that is, an individual of the former countries is respected as a protector of his national doctrine and the latter, namely the West considers him an opponent against the Government's will. We are not in the stage so far where we have found the ideal form in this respect.

There are two systems Japan newly devised after the war; "the inquest of prosecution" and "the semi-judicial proceedings". Each of them was expected to moderate a prosecutor's somewhat arbitrary decision in dealing with his criminal suspects. Nevertheless the inquest of prosecution is no better than a mere consultative body, while the system of judicial proceedings is still far from

being a final solution of the problems. In these two cases the first does not hold a sufficient authority in itself and the second cannot fulfil its business without the immediate participation of such Governmental organs as prosecutors, judicial police, and specially appointed lawyers, which all actually play most important parts in the proceedings.

We suggest in the following a few possible ways of getting rid of those present disadvantages mentioned above.

First: To admit private prosecution when the case directly concerns one's individual rights.

Second: To accept the British way of criminal proceedings to make up for the abuse of ignorant people's execution.

Third: To give such leadership in criminal investigation to prosecutors as established in France, whereby to make clear the relation of prosecutors and the judicial police.