

# 行政機関としての検察制度

田 和 俊 輔

1. 総 説
2. 検察と警察との関係および沿革
3. 検察行政組織
4. 検察官の機能
5. わが国検察制度の歴史的考察
6. 特殊の検察について
7. 英国の検察について
8. 英米法における司法警察と検察の関係（わが国との比較）

## 1. 総 説

「検察」とは、犯罪を捜査し<sup>1)</sup>、公訴を提起し<sup>2)</sup>、公判を維持し<sup>3)</sup>、刑の執行を監督する<sup>4)</sup> 国家の作用である。これに対し裁判とは、法の宣言であり、明りように区別する必要がある。国家の統治作用を三分した場合、法の定立を立法、法の執行を行政、法の宣言を司法と称するのが通説であるから、この点で検察は明らかに行政部に属する。

旧法においては、裁判所そのものが行政機関たる司法大臣の管轄の下にあり<sup>5)</sup> 行政機構の中でその作用面の司法権だけが天皇の名において行なわれ<sup>6)</sup>、天皇主権の下で他の立法、行政の二権に対立していたということができた。このため旧裁判所構成法は検事局を裁判所に付置させ<sup>7)</sup>、司法機関と行政機関の区分は甚だ不明確であったといわざるを得ないのである。

検察庁の行政上の地位が独立化されたのは、第二次大戦後であり、検察は司法機関とは裁判所検事局から検察庁の分離独立という措置によって截然と分離されるにいたった<sup>8)</sup>。

- 
- 1) 刑事訴訟法 191 ①, 193, 検察庁法なお旧刑法 246, 検察庁法 4
  - 2) 刑訴 247, なお旧刑訴 6
  - 3) 刑訴 291, 293, 296 なお旧刑訴 6
  - 4) 刑訴 472, なお旧刑訴 6
  - 5) 旧裁判所構成法 134
  - 6) 旧憲法 57
  - 7) 旧裁判所構成法 6
  - 8) 検察庁法 1, 2

## 2. 検察と警察との関係および沿革

警察は公共の安全と秩序維持<sup>1)</sup>のために自然の自由を制御する行政作用である。この点で検察の作用とは相違するのであるが、またある点ではきわめて近い関連をもつものである。すなわち、現行法上警察の責務とされる生命財産の保護、犯罪の予防鎮圧、交通の取締りも<sup>2)</sup>、生命財産が侵害され、犯罪が予防されず、結果となってあらわれたとき、または、交通の取締りに服しない者があらわれたとき、それらはすべて犯罪として評価されるからその行為者（犯人、被疑者）と、証拠が捜査され、被疑者が逮捕されなければならない<sup>3)</sup>。司法警察という言葉が用いられるのはこのためである。すなわち、本来行政機関に属するものが国家の公訴権と司法権につながるために別の機能をいとなむという意味であって、フランスのように別個の機関を概念としてはいない。

旧法時代においては、捜査の主体は検事であり<sup>4)</sup> 警察官（司法警察官）、憲兵の将校、準士官及び下士（陸、海軍司法警察官）は、これを補佐するものとされ<sup>5)</sup>、巡査（司法警察吏）、憲兵卒（陸海軍司法警察吏）<sup>6)</sup> は、さらにこれを補助するものとされた。これに対し、現行の刑事訴訟法は原則として第一次の捜査権は警察が担当することとされ<sup>7)</sup>、第二次の捜査権いわゆる補充捜査を検察官が担当するものとされる<sup>8)</sup>。これは、検察官は公益の代表者として、公訴を提起することを主任務とする機関（Public Prosecutor）であることに焦点を絞り、犯罪の捜査は、公訴を提起するための前提要件<sup>9)</sup> のしかも必要最小限の枠内にとどめようとする趣旨にほかならない。従って、同じ捜査という言葉を使ってもその質は異なり、警察の捜査が実体捜査であるのに対し、検察の捜査は法律捜査であるともいうことができるのである。

## 3. 検察行政組織

現在の組織は、法務省の外局<sup>10)</sup>たる最高検察庁を頂点とし高等検察庁、地方検察庁、区検察庁を官署<sup>11)</sup>とし、それぞれ検事総長<sup>12)</sup>、高検検事長、<sup>13)</sup>検事正、<sup>14)</sup>上席検察官<sup>15)</sup>を長とするが、他の行

- 1) 警察法 2
- 2) 同 2
- 3) 同 2
- 4) 旧刑訴 246
- 5) 旧刑訴 248
- 6) 旧刑訴 249
- 7) 刑訴 189②
- 8) 刑訴 191①, 193①, 193③
- 9) 刑訴203①, 204, 205
- 10) 国家行政組織法 3
- 11) 検察庁法 1
- 12) 同法 7
- 13) 同法 8
- 14) 同法 9
- 15) 同法 10

政機関と異なり、官署の長を行政官庁とし、以下のスタッフを補佐機関とするのではなく、各個検察官すべてが行政官庁である。すなわち、各検察官は各々独立して国家を代表して公訴権を行使するのであり、<sup>1)</sup> いずれかの検察官<sup>2)</sup> の公訴権の行使は国家行政権の発動<sup>3)</sup> とみられる点で「検察官一体の原則」という概念が生ずるのである。ただし、公訴権の行使については、検事総長を頂点<sup>4)</sup> とした上命下服の指揮命令系統<sup>5)</sup> に属する点で、裁判官の独立<sup>6)</sup> とは意義を異にするから注意を要する。

この意味から検察官の身分について少しのべておきたい。旧制の「検事」はそれ自体官名<sup>7)</sup> であり、奏任官または親任官、勅任官としての身分をもち<sup>8)</sup>、検事総長、控訴院検事長、検事正、上席検事もすべて単なる職名であり、検事総長は親任検事の中から親補<sup>9)</sup>、検事長は勅任又は勅任検事からの補職であり、その他の検事は奏任検事の中からの補職であった<sup>10)</sup>。これに反し、現行制度下の検察官は、官名の中にさらに種類を設けており<sup>11)</sup>、検事総長、次長検事、高検検事長、検事、副検事の5つの種類があり、旧制の「検事」の概念は、ほぼ現行の検察官に相当し、検事正は地方検察庁の長としての補職であり、旧制の地方裁判所検事局の長としての補職と同様である<sup>12)</sup>。

検察官は個々の事件の公訴をするにあたって上司の指揮をうけるが、法務大臣は検事総長を指揮できるだけであって、個々の検事を指揮することはできない<sup>13)</sup>。しかし検察行政の最高機関である検事総長を内閣の一員たる法務大臣が指揮し得ることは、検察行政が上命下服のピラミッド体制にあるためその頂点を押えることになり、政治的に所謂指揮権発動の現象が生じ、天皇大権の下に立法、行政の分立していた旧制度下のそれを政党内閣制の議院内閣制下に踏襲することは無理があるようである。

検察官は一切の事件について捜査することができる<sup>14)</sup>。また必要とみとめるときは自ら犯罪を捜査することができる。この点に関するかぎり検察官<sup>15)</sup> は依然として犯罪捜査機関としての実質を備えていることになる。しかし、その本質においては旧法と格段の相違がある。すなわち旧法下のそれが捜査主体であり、司法警察官以下を補佐ないし補助として指揮できたのに対し現行法下のそれは、相互に独立した捜査機関という形をとっていることである。もっとも司法巡査から被疑者また

- 
- 1) 同法 4
  - 2) 同法 5
  - 3) 刑事訴訟法 247
  - 4) 検察庁法 7
  - 5) 同法 7～10, なお同法 14
  - 6) 憲法 76③
  - 7) 旧刑訴 6, 7
  - 8) 旧刑訴 79
  - 9) 旧刑訴 79
  - 10) 同 79
  - 11) 検察庁法 3
  - 12) 一級検事を以てこれに充てる(検察庁法 9①)
  - 13) 検察庁法 14条
  - 14) 検察庁法 6
  - 15) 刑訴 191①

は現行犯人を受けとった司法警察員が<sup>48)</sup> 時間の取り調べの後、検察官に身柄、証拠を送致し（書類送検の場合を除く）、<sup>24)</sup> 時間の取り調べの後、原則として起訴、不起訴を決定するから、順序段階的に警察捜査の段階より検察捜査の段階は上位といえ、また、捜査にあたり、検察官は、司法警察職員（司法警察員、司法巡查）に対し必要に応じ一般的指示<sup>3)</sup>、個別指揮<sup>4)</sup>、一般指揮<sup>5)</sup> をすることができるから公訴提起のための捜査指揮だけはできるということになる。

以上の意味における捜査とその指揮はすることができるが、検察官はその手足となるべきスタッフと捜査のための装備（鑑識、科学捜査設備、武器等）をまったく持たないから、新制度発足の際、これを補い、検察官直属の司法警察職員ともいべき存在としてみられたのが検察事務官<sup>6)</sup> である。

検察事務官は、検察官ではない。司法警察職員でもない。また一般省庁の現在の事務官でもない。検察官でないから公訴権はない。司法警察職員でないから独立した捜査権もない。しかし一般省庁の事務官とは相違する。すなわち、検察事務官は検察官の個別指揮を受けて犯罪の捜査をし、あるいは、その他の強制の処分（捜索、押収、逮捕、勾留、収監等の令状の執行）を行なうものであるが、もっぱら庶務、会計のような一般事務に従事する配置の者も潜在的にこれらの権限をすべてとめられている点で一般省庁の事務官とは甚だしく相違するのである。検察事務官は副検事選考審査会<sup>7)</sup> の選考を経て、一定以上の官職等級に所定年数在职するときは副検事に任官することができる。またこの官は、一般職国家公務員公安職等級表(二)<sup>8)</sup> の適用を受け、検察官が一般職の国家公務員でありながら裁判官に準ずる身分の保障上、国家公務員法の職階制に関する規定を積局的に排除されている<sup>9)</sup> のといちじるしく異なるのである。

つぎに検察行政組織ではないが、検察に準じた作用をいとなむ場合についてのべることにする。現行法上起訴独占主義<sup>10)</sup> がとられ、刑事事件については一切私人訴追を許さず、検察官が国家を代表してこの任務を行なうのであるが、前述の司法警察員から検察官に被疑者、証拠、書類送致の段階において、あらかじめ指定された犯種に限り、<sup>11)</sup> その枠内で犯人の性情、傾向、犯罪の動機、状況によって微罪処分とすることができることになっており、検察官の起訴の裁量権（起訴便宜主義）が司法警察員に迄下げられているといえる。

1) 同法 203①

2) 同法 205①

3) 同法 193①

4) 同法 193③

5) 同法

6) 検察庁法27、刑訴 191②

7) 検察庁法 18②

8) 警察庁に所属する警部補以上の国家公務員たる警察官、皇官巡查以上皇官警視監迄の皇宮護衛官、都道府警に勤務する警視正以上の地方警務官については公安職等級表(一)が適用される。

9) 検察庁法32条の二

10) 刑訴 247

11) 刑訴法 246

微罪処分は、いわゆる警察限りで検察官に送致しないことをいうのであるが、本人の更生をはかる意味と、過失を宥恕するという点で、人道上、基本権上甚だ当を得た制度であり、検察官が裁量の枠を定めている点で問題はないとはいえるが、司法警察機関が準検察機能をいとむことに疑いがないではない。

#### 4. 検 察 官 の 機 能

検察官は前述の如く公訴官としての機能をもつ。公訴官とは国家の名において、犯罪について訴えを提起することであり、科罪権の発動をうながすことである。民事裁判における原告の立場をとるわけであるから、この訴訟進行を公判維持という。ここで注意すべきは、犯罪事実につき処罰を求める（求刑）者も、これに有罪、無罪の判断を示めす者（裁判所）も共に国家機関であるということである。

領域と人口と主権と政府の綜合が政治学からとらえた国家であるから、国民が主権者であり、主権者総意（相対的多数）の行政表現として政府が意識構成され、その一省としての法務省・その外局としての検察庁所属検察官は、国民の意思と公益を代表しており、行政部と対立する裁判所もまた国民主権の一表現として司法作用を担当するのであるから、形の上では訴える者も訴えられる者も、裁く者もひとしく国民であり、国民不在の裁判、検察などはあり得ないはずである。しかし、第二次大戦後の政治意識は、基本的民主主義概念を発達させ、裁判の民主化が制度的に確立した反面、一部では、国民の階級性、国家の権力性を説き、国民に対立する概念としての国家を想定する立場を政治感覚として底流に持たせた点もあり、少数意見ではあるが、検察行政は民主主義に対立する概念であるかのごとくいわれるのは、甚だ遺憾である。

裁判所、検察庁、共に国家機関であるということに対して、裁判の民主化という観点から陪審という方法が考えられ、諸外国に行なわれ、わが国にも戦前は存在したのであるが、素人裁判に依る危険と却って人権が侵害されることへの配慮から停止されて今日にいたっている。陪審は一般人から無作為に抽出された者を審理に立合わせ、その評決の結果に依り有罪無罪を決定するものであるが、(ドイツで行なわれている参審制は職業裁判官に、民間素人裁判官を加えて審理そのものを行なうものであり、わが国で行なわれている調停も民事について正式裁判に先立って、民間人の中からあらかじめ囑託された調停委員に依って行なわれる点で異なる)。ここで注目すべきは、合衆国の陪審制度であって、連邦憲法で規定しており、各州もこれに倣った憲法規定を設けている。合衆国の陪審制度は、有罪、無罪を決定する小陪審のほかに、起訴、不起訴を決定する大陪審 (Grand jury) = 起訴陪審がある。ここに検察官の職能上重要な相違がみられる。すなわち、大陪審は捜査を行ない、その結果を検察官に執行 (起訴) させるのであるから、検察官は公訴官とは名ばかりの存在になるということである。現在、合衆国においてこの制度は弊害が多いとされ検察官において一切の起訴事務をとることが多くなってきており、その理由は、素人主義の限界と、専門事項への介入の

危険と繁雑にあるようである。それにもかかわらず、ある種の重大な連邦犯罪については、この素人市民による検察が生きていることは政治的市民権の発達したこの国の特色というべきであろう。

つぎに検察官の職能と任命についてのべることにする。検察官は前述のように公訴官であり、国家の科罰権をうながす者である。しかし同時に民事について意見をのべることができ、狭義の行政について国家機関が被告となったとき（例えば公務員の不法行為により国家賠償法が適用される場合、営造物の管理行為に瑕疵ありとして訴えられた場合など）各国機関そのものには法人格がないから当事者能力がない。当事者能力は国そのものにしかないから国を代表して訴えられる者が必要である。国を代表して訴えられる能力を訴訟能力と称するが現行法上この者は法務大臣であり、現実に訴訟適格者として行動するのが法務省訟務課の検事である。このような点から総合すると検察官は単に公訴官にとどまらず、国家の弁護人であり、行政機関直属の法律専門家であり、ある場合は国家の行政組織そのものの抽象体ともいえるのである。合衆国の検事のことを *attorney* と呼び弁護士と用語の上では区別しにくい点はここにあると思われる。英米法系の検事と大陸法系の検事とはその概念が甚だ異なっており、わが国のものが戦前大陸法系（殊にフランス法系）であり、戦後のそれが英米法殊に合衆国法の影響を強く受けながら政治体系の相違から完全にこれとも一致せず、独特の行政組織の中に存在しているので、この点を少し明らかにしておきたい。

わが国の検察官は前にも一言したように起訴独占主義の下における公訴機関である。しかも専門職的職業公務員である。これに対し、英法の検事は名称こそ *public prosecutor* であるが、王室の法律顧問と国家の法律顧問という性質をもち、警察からの告発や、陪審からの告訴をうけて起訴する場合もあるが、検事が（検事代理を使って）起訴する件数は、きわめて少ない。もっとも英国は、政治組織がわが国と根本的に異なり立法と司法が分化されておらず、英国の最高裁判所の機能は貴族院（*Star chamber*）がつかさどり、わが国の法務大臣に相当する者が大法官であり、大法官や検事総長に任せられると、終身の官となり、貴族に列せられることなどから推して英国における国家はある程度王室によって象徴される面があるから検事の国家王室法律顧問としての地位と機能も首肯されるのである。

合衆国の検事は州によって若干の相違があり、検事が捜査にタッチする州とそうでない州があり、前述の大陪審が存続するものと廃止されたものと、任意的なもの、犯罪の種類によるものとに分けられるが、私人訴追という憲法上の大前提から、不便と弊害が伴うにかかわらず大陪審が憲法上の制度として存続している。合衆国の検事（わが国の検事正がこれに相当し、わが国の検事は合衆国の検事補に相当するが）は、わが国のような競争選抜試験もしくは選考による定年制排他的専門職業公務員ではなく、公選による任期制の公務員である。しかも地方検事は大部分州知事へのワンステップとされており、公訴官ないし州によっては捜査指揮官を兼ねるとしても、わが国の検察官とは身分において甚だ異なるとせざるを得ない。

職能においても、当然の起訴独占官ではなく、被害者（告訴者）からの起訴依頼と黙示の起訴依

頼があったものとして発動する公訴、または連邦の一部犯罪と、州によっては全面的な大陪審（起訴陪審 Grand jury）の票決を待って起訴するのであるから、英国の検事を国家または王室の法律顧問（弁護士）と名づければ、合衆国のそれは、市民の公的な法律顧問（弁護士）と呼ぶことも可能であろう。

わが国の検察制度は主としてフランス法系によっていたようであるが、仏・独もある程度私人訴追を許しているようであるから、戦後の合衆国系の刑事訴訟法が逮捕、搜索、勾留に令状・時間・日数の厳重な制限を加えたり、黙否権をみとめるとか、予断排除（予審廃止）、伝聞排除（直接主義）、補強証拠の必要性、など被告人の人権保護と真実発見のために捜査に困難を来たすおそれさえある法制“合衆国においてみとめられている当事者処分主義の Arraignment（犯罪事実認否）さえもみとめていない”の下にあってさえ、依然検察官そのものの身分と職能は独特のものといわざるを得ない。

つぎにわが国の検察官の職能について付言しなければならないのは、犯罪捜査機関のうちのある者について一種の人事権のあることである。旧制時代からみとめられ、現行法上特別司法警察職員と呼ばれるグループのうち、特別法で規定される海上保安官や、麻薬取締官、入国警備官、自衛隊警務官、刑務官、皇宮護衛官、郵政監察官、鉱山保安監督官、船員労務官、労働基準監督官などをのぞき司法警察官吏の職務を行なう者の指定に関する件、司法警察官吏指定応急措置法などにもとづく指定を検事正において行なうことができる。この点はあきらかに特別の事項に関しては検察官が捜査の直属者をもつことを意味するようである。一例をあげると、特別司法警察職員ではないが刑訴訟法上の捜査権をみとめられる特殊の者であるところの鉄道公安職員の捜査の指揮命令系統は、検事一運輸大臣一鉄道公安本部長一公安支部長一国鉄管理局公安課長一公安室長一公安員

となっており、一般司法警察職員については捜査の二本立てで検察と警察は並列関係になったが、各省庁（含公共企業体等の特殊法人）に属する特別司法警察職員との関係はなお、上下の関係にあるといえよう。このことは、旧軍隊の一部に属する憲兵が一般警察を補佐し、旧憲兵令に基き主として軍事警察を掌り、行政警察、司法警察にその権及ぶとされたため、陸軍現役軍人として陸軍大臣直属とされながら職掌に応じ海軍、司法、内務各省に隷直するものとされたため一般犯罪捜査についてもきわめて有力な検事の手足であったことが想起されるのである。この点は主としてフランスの検察と憲兵制度（gen'darme）にならったものであるが、捜査の機動性と統一、能率性という面からは今一度再検討の余地のある問題であろう。

検察官の機能について今一つの重要点、公益代表者としての役割である。民事について父を定める訴えの被告となったり、禁治産、準禁治産の宣告を要求したり、失踪宣告を求めたり、刑ではないが、行政違反事件の制裁としての過料の徴収を執行したり、刑事事件について非常上告をして不利益処分者を救済したりすることである。出生した子にとって父の定まらないということは甚だ不幸なことであるが、いやしくも争いのある人の実父子関係を外部から判断し確定することは重大な

問題である。禁治産、準禁治産の宣告についても、自己の行為能力を無ないし不十分と判定されることは、取引の安全と社会秩序の維持、本人及び相手方の保護という意味からは必要なことであるが、本人にとっては苦痛でもあるはずである。従来の居所を去って容易に帰来する見込みのない者を何時迄も待ってやることが人情としては美しいことであっても、のこされた配偶者の再婚関係、推定相続人の相続関係、財産関係など本人をめぐる法律関係の結着をつけておかないと社会秩序の混乱を来す場合がある。過料の制裁も行政法規違反の秩序罰であるからこの執行も社会秩序の維持という公益につながる。刑事事件についての非常上告も基本権の保護者としての作用である。以上の点から総合して、検察官は狭い意味でも公益の代表者としての地位を占めるわけである。

## 5. わが国検察制度の歴史的考察

旧幕時代における行政組織そのものが、中央集権的地方分権制度といわれる独特のものであったため現在の検察制度と比較することは困難であるが、武家と庶民に大別される身分社会にあって別々のサークルの秩序を独立に維持しつつ、同時に両サークル共通の秩序を維持したとみられる点で、旧幕時代の検察制度はかえりみる必要がある。

旧幕藩体制なるものは、將軍を首班とする幕閣を中心とし、この下に各藩を独立させ各藩主を主権者とする一国をなしており、支配機関でありながら幕閣もまた、それ自体独立の国家、江戸藩というような形体をもっていた。

この点から見るかぎり幕藩体制は、一種の二重国家と連邦国家の様相を呈しており、今日の合衆国やソビエト連邦、旧神聖ローマ帝国などの政治体系に類似している。しかし、合衆国は徹底した基本権にもとづく市民権をもとした地方自治が主流であり、宣戦、講和、貨幣鑄造、郵便、軍隊、連邦にまたがる司法（連邦最高裁）、警察（F. B. I.）のような、国家全体としての主権事項をのぞいては、全く州の主権をみとめており、封建身分をもとに独立主権をみとめられた幕藩体制とは根本的に相違する。またソビエト連邦は職能的労働組合（ソビエト）による自治国家の連邦であり、その連合たる最高ソビエト会議は連邦国家の主権行使の上で最高の権力をもつが、資本家と労働者、地主と小作という生産手段と分配における階級の廃止のための階級としてプロレタリアートを位置づけ、これにソビエトの運営にあたらせているのであるから、これも幕藩体制とは全く相違するといわなければならない。ただ旧神聖ローマ帝国は、封建身分（王侯、貴族、地主、農夫）を前提に組織された諸王国の連合であり、各王国の連合体から選出された者が皇帝となる点で、幕藩体制といくらか共通点があるといえるが、幕藩体制下の最高権威者たる將軍は徳川宗家の当主であり、原則として世襲であり、後継者のない場合にはじめて三家（尾張、紀伊、水戸）、三卿（一つ橋、清水、田安）から選考されるのであって、諸藩主の互選でない点で、神聖ローマ帝国の選帝侯（Kurfürst）と相違する。



ここに、旧幕藩体制の下では、独特の官治行政を行なう必要が生じ支配者としての武士階級の自治的統治と、被支配者たる農、工、商に対する統制、さらに、この時代における特別身分たる禁裏構成者たる公卿、神職、僧侶にたいする監察的支配を軸にした検察制度が生まれたと考えられる。

武家社会における検察制度としては、目付、大目付が考えられ、一般の町方の検察制度はこれに及ばなかった。もちろん封建社会の政治的特色として、立法、行政、司法は分立しておらず、三権を一手に掌握するのは将軍であるから、最終審判者は将軍である。しかし実質的には大名格の武家の検察は大目付（大老又は老中の所属機関）において行ない、将軍（大老又は老中の意見を徴して）が裁断を下し、旗本（100俵以上1万石未満で、直参かつお目見得以上の士）に対する検察は目付（若年寄所属機関）において行ない、竜の口評定所において三手方（寺社奉行、町奉行、勘定奉行）の取り調べ（公判）を行ない、将軍の名において（上意）裁断が下され、御家人（直参ではあるがお目見得身分に達しない士）、お抱え席（直参ではあるが譜代ではなく一代限りで採用の形を採り、毎年大晦日において、明年も相変わらずつとむることという申し渡しを受けることに依って任期更新するもので、与力、同心がこれに相当する。ただし、事実上は、一定年令に達すると、与力、同心の子供が見習に出て、父親の職と家禄をつぐのが例であったから、譜代同様であった。）に対する検察は御従士目付において行なっていた。このようなことは、武家社会を被支配身分たる農、工、商と截然と区分し、支配階級身分同志のいわば同族裁判が行なわれたことを意味する。

一般町人、いわゆる庶民階級に対しては、町奉行が裁判、検察、警察を兼ねた形でのぞんでおり、神職、僧侶に対しては寺社奉行が、百姓に対しては勘定奉行があたっており、検察官としての奉行の下にあって庶務、警察のことに当たった吏が、与力・同心である。与力、同心共に前述のごとく、お抱え席の直参であるが、与力は禄高200石でその面からは旗本なみであるが、お目見得身分でなかったからその点では御家人格であり、しかも形式的には譜代でないというきわめて特殊な身分の武士であった。その職分は同心を指揮して犯罪の捜査、摘発、予防、鎮圧にあたり、同時に、逮捕された者に対し、予審判事の職掌をもち（吟味与力）、或いは本案判決を行なった。同心は、直接犯人逮捕のことにあたる司法警察官（ほぼ現在の警部に相当）であるが、定廻り（警邏）、臨時廻り（警備）穩密廻り（公安）の三廻りがあり、実際の逮捕は小者、目明かし（奉行所の職員ではなく同心から手金を貰って行動する庶民）を指揮して行なったから、同心は捜査担当の検察官に類した作用をいとなんだようである。

以上は江戸時代の江戸市中における検察であるが、諸藩においても類似した職制をもっていたようである。

これらにたいして、幕府はもう一つの検察警察体系をもっていた。加役（火付盗賊改め）がこれであり、元来は、戦陣において犯罪、非違を取り締まるものであったが、幕府開設後も持ち越された機関である。その性質上武官であることと取り締まり対象が庶民に属する兇悪犯であることから町奉行配下の系列に属する検察とは別に行動し、即決裁判や、執行妨害行為に対する直接武力行使

(殺傷)ができることなど独特の検察制度であったといえよう。

以上のような検察制度が明治になって根本的に改正され今日の制度にいたるのであるが、新政府発足当時の弾正台は、旧幕時代の町奉行の職能の中から検察部分のみを分化させた形体であり、明治初期の警察制度下では、上級警察官の中に検事の職務を行なう者があったり、明治中期以降確立され昭和22年迄継続した検察制度においても検事は捜査の主体として司法警察官吏を指揮できたことなど、江戸時代の検察制度の伝統がフランス流の検察、憲兵制度の影響をうけながら発達したと考えられる。

## 6. 特殊の検察について

特別の行政組織と特別の事項については、特殊の検察が必要とされることがある。旧陸海軍をはじめ各国の軍隊、合衆国軍隊の一部を構成する沿岸警備隊 (Coast Guard) (もっともこれは平時は財務省 (Treasure Bureau) 戦時は海軍に所属し、組織そのものが特殊の機関であるが) の行なう検察などがこれに該当するが、海難審判における理事官、裁判官弾劾における訴追委員会なども同列に解してよいと思われる。

わが国の旧軍隊は天皇の統帥権と編成大権の下にあったため軍政そのものは内閣の一省を構成する陸軍海軍両省において行ない、その長たる大臣は官制上は文官とされた (文官任用令により陸海軍の現役 → 予備役でよかった時代もあるが → 将官は、これを部内の勅任文官に任用することを得)。軍隊はその秩序維持と統制を他のすべての行政機関よりも強化すべきことは当然である。天皇を頂点とする特別権力関係に服する特殊な身分をもつ官吏 (陸海軍将校、同親任相当官、< 勅任、奏任 >、陸軍準士官、下士 < 判任 >、陸海軍属 < 親任、勅任、奏任、判任 >)、と徴集兵よりなり、軍機の保持と、壮丁の監察、軍隊に対する犯罪、軍隊内の犯罪に対する捜査も特殊な形態をとらざるを得ない。捜査形態が特殊であることは、これにつらなる検察と裁判も特殊化されざるを得ない。しかし、現実には統帥権直属という特別権力関係からくる身分上の性格から特別裁判所の判断に服するものとし、裁判所が特別であるところから検察機構も特別でなければならず、検察機構が特別であることが、司法警察機構も特別化せざるを得なかったとみるべきであろう。

陸海軍軍人は一般刑法犯、諸法令犯の場合も、特別裁判所たる陸海軍軍法会議で審理され、一般人は、陸海軍刑法を犯した場合でも普通司法裁判所で審理された。審理の前提となる検察についても軍法会議検察官があり、陸軍大臣海軍大臣の指揮監督の下に犯罪の捜査、公訴の任に当たった。軍法会議検察官は陸海軍法務官 (文官、終戦直前武官に編入) であり、捜査の主体であった。この補佐をなすのは陸海軍司法警察官であり、補助をなしたのは陸海軍司法警察吏であった。陸海軍司法警察官は、陸軍大臣直属の憲兵の将校、準士官及び下士、陸海軍司法警察吏は、憲兵卒を主体とするが、陸海軍の一般兵科将校も部隊指揮官の地位にある時、(陸軍にあっては中隊長以上の配置、海

軍にあっては部隊の長又は分隊長)は陸海軍司法警察官としての資格を保有していたし、憲兵の将校といっても、憲兵科の将校に限らず憲兵司令官のように一般兵科の将校でも、憲兵の業務遂行中はこれに包含して考えられた。このような形で行なわれた犯罪の捜査は、軍法会議検察官に依って起訴されるが、その場合も、各軍法会議(高等軍法会議、師団軍法会議、特設軍法会議)の長官(各陸軍大臣、師団長、部隊又は地域司令官)(高等軍法会議、東京軍法会議、鎮守府軍法会議、要港軍法会議、特設軍法会議)(各海軍大臣、鎮守府司令長官、要港部司令官、部隊又は地域指揮官)が、公訴を提起すべきか否かを決定し、検察官に命ずるのであり、公訴を提起後でも長官の命令によって公訴を取消することができることとされ、この点で軍の検察は全く兵科将校によって主導権があったことになる。検察官は前述のごとく陸海軍法務官であり終戦直前に武官になったとはいえ、それ迄は文官であり、高等試験合格の司法官として専門法律家である者のウエイトはきわめて低かったといわざるを得ない。しかも軍法会議の審理は構成裁判官5人の会議を以て行なわれ、その内4人迄が兵科将校であり法務官1人を加えるにすぎなかったこと、構成裁判官たる兵科将校は判士と称せられ、その上級者が裁判長となる点で、普通司法裁判所における検察とは全く相違した同族検察、同族裁判であったといわざるを得ない。

現在のわが国の自衛隊は警務官をもつが、これは、部内の秩序維持に専従する者で、自衛隊法96条の定めるところにより、自衛官とこれに準ずる者(各幕僚監部と部隊に所属するが自衛官以外の隊員、学生、訓練招集中の予備自衛官)の犯罪、職務従事中の隊員に対する犯罪、その他隊員の職務に関し隊員以外の者の犯した犯罪、自衛隊の使用する船舶、庁舎、営舎その他の施設内における犯罪、自衛隊の所有し、又は使用する施設又は物に対する犯罪につき、司法警察職員として職務を行なうだけであり、捜査そのものが対内的なものである。しかも、捜査から公訴に移ると一般検察にひきつぐわけであるから、旧軍の検察制度は全くもたない。現行憲法がその76条2項において、特別裁判所は、これを設置することができないとして、旧軍人が軍人たるの身分故に、普通裁判所の審理に服さなかったようなことを禁止しているが、それにつらなる検察も同義に解釈されたものと思う。しかし各国の軍隊はすべて軍人軍属の刑事裁判と検察は軍法会議乃至軍事裁判で行なわれるから、この意味から逆に自衛隊は軍隊ではないという論理も成り立つと思われる。

旧軍の検察について今一つ重要であったことは、前述の陸軍大臣直属の憲兵が軍以外の一般人に対する執行権をもっていたことである。すなわち、旧憲兵令によれば、「憲兵の本務は軍事警察をつかさどり、司法警察、行政警察にその権及ぶ」とされ、軍事司法警察、軍事行政警察、司法警察、行政警察の権限をみとめられていた。このことは旧陸軍軍法会議法73条「憲兵ノ将校、准士官又ハ下士ハ陸軍司法警察官トシテ捜査ヲ為ス」同65条「陸軍大臣ハ公訴及捜査ヲ指揮監督ス」旧海軍軍法会議法65条「海軍大臣ハ公訴及捜査ヲ指揮監督ス」同73条「憲兵ノ将校、准士官又ハ下士ハ海軍司法警察官トシテ捜査ヲ為ス」旧刑事訴訟法248条「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」旧刑

訴 249 条「左ニ掲クル者ハ検事又ハ 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ヘシ①巡査②憲兵卒」旧刑訴 247 条「警視總監，地方長官及憲兵司令官ハ各其ノ管轄区域内ニ於テ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スルニ付地方裁判所検事ト同一ノ権ヲ有ス但シ東京府知事ハ此ノ限ニ在ラス」旧司法警察職務規範 20 条「警視總監，地方長官（東京府知事ヲ除ク）及憲兵司令官ノ捜査ノ権ハ異常ノ場合ニ於テ之ヲ行フヲ例トス此ノ場合ニ於テモ成ルヘク其ノ処分ヲ検事ニ譲ルヘシ」などの規定にあらわれている。しかしもっと注目すべきは，旧裁判所構成法 18 条により，「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」とし，憲兵将校や下士，警部補以上の警察官は，「拘留，科料ニ該ル罪，短期 1 年以上ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ヲ除ク有期ノ懲役若ハ禁錮又ハ罰金ニ該ル罪ヲ予審ヲ經ナイモノ」(同法 16 条)については，検事の事務すなわち公訴官としての地位を占めたということである。

つぎに現行刑事訴訟法内での特殊の検察たる準起訴手続についてのべる。前述のようにわが国では，旧刑訴時代から，国家訴追主義，起訴独占主義をとり，検察官以外の者が公訴を行なうことはできない(刑訴 247 条)。このことは，検察行政の特殊性(検察庁法 32 条の二)と，専門性(同法 18 条，19 条)裁判所法 41 条～44 条)，(弁護士法 5 条)から資格身分を法定された行政官庁である検察官に委ねることは，能率性と人権保護の意味からは全く妥当である。

しかし，英米法(殊に米法)のような判例法の立場からは，司法行政は住民のものであり，一般住民が裁判や，検察に参加することが司法行政の民主化と観念づけられている。このような考え方が，裁判官や検察官を appointed staff でなく，公選に依る職(elected staff)としている。先に述べた合衆国連邦裁判所における大陪審(起訴陪審)(Grand jury)は，人民に依る検察の典型的な例であろう。わが国では明治初年以來ながく大陸法系の刑事訴訟法の下にあったこともあってこのような考え方は採用されなかった。ただ刑事事件に付，事実判断を国民が評議の形で行なう制度として陪審が採用されてきたが(旧陪審法 1 条)，死刑，無期の懲役，禁錮に該る事件についても，被告人が陪審の評議に付することを辞退すれば行えず，(同法 2 条，41 条，6 条)また，長期 3 年を越える有期の懲役，禁錮に該る事件で地方裁判所の管轄に属するものについて被告人の請求があったときは陪審の評議に付する(同法 3 条)ことになっており，被告人の辞退，請求という形で，その意思が尊重されたことにはなるが，一旦陪審の答申を採択して判決の言渡があると，陪審の評議に付して事実の判断をしたことになり(同法 97 条)控訴にもちこむことができないことになり(同法 101 条)，上告だけはできたが，上告審は法律審であるから，事実の誤認を理由とする上告はできなかった(同法 102 条)(なお旧刑訴 409 条，414 条)。このことは，民意を問うて事実の判断をしてもらった以上，客観的事実は不変であるが，専門法官僚の審判は不変ではないという矛盾がありながら，被告人が陪審を請求したり，陪審を辞退しないことは余程の決心と覚悟をもたねばならぬという危険があったことになる。その上，陪審の採択権は，あく迄も裁判所にあり，何等答申に拘束されることなく，決定を以て更に他の陪審の評議に付することができた(旧陪審法 95 条

）このようなことから到底、陪審を以て、国民の裁判とか、裁判の民主化とすることは解釈上不可能であった。現行裁判所法は、その3条3項において、「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」としているが、「陪審法ノ停止ニ関スル法律」によって停止されたまま今日に至っている。前述の弊害面と、わが国における一般民間人の法律常識と感覚が未だ合理的水準に達しないと考えられたためと思われる。現在のところ、民間人が司法に参与しうべき制度としては、民事訴訟における和解の補助をする司法委員（民訴法358条ノ4）、家事審判において、ドイツ式の一種の参審をみとめる参与員（家事審判法10条）、家庭裁判所において、人事訴訟事件、一般に家庭に関する事件について調停を行なう際の調停委員（家事審判法17条、22条②③）、民事に関する紛争につき、当事者互譲により、条理にかなない実情に即した解決を図ることを目的とする民事調停委員（民事調停法7条②③）、公訴権の実行に関し民意を反映せしめてその適正を図るため政令で定める地方裁判所及び地方裁判所支部の所在地におかれる検察審査会の検察審査員（検察審査会法4条）がある。このうち検察行政に最も関係をもつのは検察審査会であるが、その所掌は検察官の公訴を提起しない処分の当否の審査に関する事項と、検察事務の改善に関する建議又は勧告に関する事項であり（検察審査会法22）、要するに検察官の公訴を提起しない処分に不服のある告訴、告発、請求者、被害者が、その処分の当否の審査の申立（同法30条）をした場合に議決し、当該検察官を指揮監督する検事正に送付することであるが（同法40条）、その処理は検事正に委せられており起訴を強制されるものではない。「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」（同法41条）、とあって、決定は全く検事正の（法律上ではあるが）主観的判断に委ねられているのである。

準起訴手續はこのような各種の民間人司法参与方式の弱点と欠点を補充する強力な手段であると思われる。ただし、この手續で、公訴の維持にあたる者は素人ではなく弁護士であるから（刑訴法268条①）、厳密には民間人参与とはいえない。しかし、国家訴追主義、起訴独占主義のわが国において、民間人である弁護士に検察官の職務を行なわせること（刑訴法268条）は、公務員とみなす画期的なことである。その意味では、合衆国の attorney が州の公益を代表する弁護士というような立場であり、prosecutor のおかれる州においても、私人訴追の代行者という形が原則であるのと類似しているように思われる。準起訴手續とは、職権濫用や公安調査官の職権濫用の罪について告訴又は告発をした者が、検察官の不起訴処分に不服をとらえて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ができ（刑訴法262条①）、検察官がこの請求を理由あるものとして公訴を提起すればそれで解決するが（同法264条）、不提起の場合に裁判所が請求を理由あるものとした場合は、事件を管轄地方裁判所の審判に付する（同法266条②）。注目すべきは、これらの手續を経て、事件がその裁判所の審判に付されたとき、その事件について公訴の維持にあたる者が弁護士であるということであり（刑訴268条①）しかも、事件について公訴を維持するため裁判の確定に至るまで検察官の職務を行ない（同条②）、職

務中は公務員とみなすということである（同条③）このことは、公務員の職権濫用から国民の基本権をまもるというより、公権力そのものから人権をまもるという意味があり、行政機関の構成員でない弁護士にこの公訴維持行為を担当させることは、国民のための検察から、国民の検察という意義がうかがわれるのである。そしてまた国家訴追主義と起訴独占主義がこの程度において修正されたことは、検察審査会制度が形式的で無力な目付制度にすぎないのに比べ（わが国の陪審員の構成、就職禁止範囲、辞退資格、裁判所がその評議に拘束されないことなどの点で類似し、合衆国連邦の起訴陪審とは、決定に拘束力がない点で相違する）、私人訴追に一步近づいたといえよう。

司法権はかつては天皇の名において行なわれ、法廷は宮廷になぞらえることができた。現在は国民の名において行なわれ、法廷は議会である。旧憲法57条が「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」とあったのが、新憲法76条①に「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」同③「すべて裁判官は、その良心に従い独立してその職務を行ない、この憲法及び法律にのみ拘束される」と変革されたのは、この意味である。司法権につながる司法行政たる検察がこれに応じて変革されたのは当然であるが、立法権が、一般的抽象的な法の定立であって、それだけに国民の良識さえあれば、必ずしも専門的知識を前提としなくても、否常識的な素人主義こそ民意の反映として官僚制の独善を排除する長所もあるのであるが、司法権の作用は、法の宣言であり、ことが人の生命、身体、自由、財産、名誉に対して取返しのつかない損失を与える場合がある。民主主義の政治理念は本来、生命、自由、幸福の追求であり、基本権の尊重も、主権在民もそのために、これから発展した概念である。司法権の作用は一步誤ると、本来の目的と反対の結果を生じかねない。ここにひとしく国民主権から発した統治作用ながら、玄人主義が存続する価値観が高いのである。ただわずかに、行政機関の干渉からの独立が強く叫ばれて現行の裁判所はかつての司法省（法務省）から独立して職権を行なうとされているのである。しかもそこで宣言される法そのものは国民全体を代表する議会で制定されたものなのであるから、国民の信託によって高度の職業的専門公務員が裁判を行なっているということになる。しかしこれはあく迄論理上の形式論であって、官僚集団は専門化、永く身分化されることによって支配的になるおそれがある。素人化、任期化、更に任命制を公選制にすることに依ってこの欠点は救えるが、素人化するには内容が専門的にすぎかえって危険であることは前述のとおりである。このような二律背反の調和として考えられるのが、前述のような陪審、家事審判調停、検察審査会、準起訴手続などであるが、英米法の陪審や、私人訴追、ドイツの参審制などとは程遠いものである。

裁判と検察の民主化はきわめて大切なことであるが、その実現のためには、先づ、国民の法律感覚と知識の向上と関心を高めるよりないであろう。

つきにかかげるのは、英国の検察で、前述のように私人訴追から出発しながら、今日原則が例外となって公務員、殊に警察訴追が本則になり、私訴は例外となり、しかも1933年以降、起訴陪審は廃止された。では、英国においては検事というものがいないのかということそうではなく **The Director**

of Public Prosecutions (公訴局長) とかこれを指揮する Attorney-General (法務長官) などがあるのであるが、彼等の役割は、警察や各官庁の訴追指導、助言と、国家、王室直属の弁護士という任務と、わずかにこの私人訴追の引継ぎ (必要とみとめた場合) などであり、丁度わが国の法務省 (訟務課検事) のような役割、官選弁護士のような形、さらに刑事についての法制局のような仕事、それに加えて重要犯罪の起訴を行なうことはあるが、犯罪の捜査機関ではなく、起訴件数、人数共にきわめて少ない。このことはヨーロッパやアメリカ合衆国、日本の検察とはあまりにも相違するので以下 David Fellman THE DEFENDANT'S RIGHTS UNDER ENGLISH LAW を翻訳引用する。

## 7. 英国の検察について

イギリスには、現在、大陪審が廃止されており<sup>1)</sup>、私人による刑事訴追の開始はもちろん、常任の職業検事によるトムデューイ方式もないことは、イギリスの刑事訴追概念をあらわす重要条項である。それと反対に制定法の規定がない場合には、何人も自発的に弁護士に通告することに依って、刑事手続を開始することができる。

しかかし公訴<sup>2)</sup>局長 (Director of Public Prosecutions) またの名公訴官 (Public prosecutor) は適当とみとめれば、如何なる私人訴追でもその段階の如何をとわず引き継ぐことができる。そして、法務長官 (Attorney General) は、如何なる段階にある訴訟でもその絶対権限で、起訴猶予を提起することによって、訴追を中止させることができる。今日私人訴追は多くない。それは主に商業分野におけるものである<sup>3)</sup>。

多くの刑事事件は、警察に依て行なわれるのである。ただ例外として公訴局長は、すべての謀殺事件を引き継がねばならず、煽動罪、秩序破壊共謀罪、貨幣製造犯罪のようなものを含む犯罪を引き継ぐことができる。ただし、一般的な公衆の利益がそれによって役立つ場合のみである。そのほか多くの訴追は制定法による国家機関に準じた政府部局に依て開始される。たとえば郵政省は郵便法関係の犯罪の訴追を提起するし、労働大臣は工場立法に関連した訴追に掛かり合うし、通商産業省は、度量衡、破産、会社のような事項を含む事件に関係がある。部局のなかには独自の訴追職員をもつものもあり、公訴局長は、彼らが行なわない仕事の補いをする。

合衆国におけるように、合理的妥当な原因なき悪意の訴追は訴訟対象になる違法である。

- 1) 1933年の司法制度法 (Administration of Justice Act) 第1節第1項
- 2) 1879年法律でイギリスに設置された公訴局の訴追局長、犯罪が重大であるか、難事件であって、公益に必要と考えられる場合に、私人の訴追をまたず、国の名で訴追を開始遂行する者高柳賢三・末延三次編集英米法辞典有斐閣 p. 389参照
- 3) David Fellman THE DEFENDANT'S RIGHTS UNDER ENGLISH LAW. THE UNIVERSITY OF WISCONSIN PRESS, Madison, Milwaukee and London 1966 p. 28

刑事事件の訴追に関して、制定法は種々の規則を出している。

議員法によれば多くの犯罪は内務大臣、法務官、公訴局長、警察官、地方官のようなある種の官吏の指揮または同意によってのみ訴追せられ得る。

このようにし、貨幣犯罪法第4節第3項、1936年公衆秩序法第1節第2項第2節第2項の下で犯罪を訴追するのに法務長官の同意が必要とされる。

また1951年危険薬品法第18節第1項a号の下での訴追は公訴局長の許可を必要とする。

1952年関税消費税法第281節第1項第3項違反の訴追は関税委員その他の官吏の同意を必要とする。郵政長官は1953年郵便法第56節第3項、63節第3項の下での一定の犯罪に関して同意を与えなければならない。制定法の一つである1888年の修正文書誹毀罪法第8節は新聞に対する文書誹毀刑事訴訟は判事の命令によってのみ開始される。

公訴局長の官署は1879年に議会法に依て制定され、1884年に廃止されたのち、1908年に独立局として改正された。局長は首相の同意と、法務長官との協議の後に、内務大臣に依て任命されるが、事実上、法務長官の監督下にある。

内務大臣と公訴局長の間には、刑事事件においてきわめて密接な連絡がある。しかし内務大臣は局長に責任を負わず、局長に訓令もしない。当然のことながら、内務大臣は、もはや昔のように訴追とは何の関係もない。

勿論内務省は刑法と法廷の機能をかなり処理しなければならないが、訴追機関、司法大臣ではない。

しかし、法務長官はその司法機能においては、政治から独立している。そして、法廷の許可を要する略式事件は別として如何なる事件でも起訴猶予を出すことによって、却下する権能がある。公訴局長はいろいろな機能をもっている。

死刑を以て処断されるべきすべての犯罪、通貨犯罪を含む犯罪、刑事手続を提起することを妥当と考えられ、政府部長によって彼に照会されたすべての事件、または、局長が重要、困難と考えた事件や、彼の訴訟参加が何等かの理由で必要とされるような事件において刑事手続提起、維持することはその義務である。彼は法務長官か国務長官の命に基いて起訴する義務がある。公訴局長はどんな私人訴追でも引き継ぐことができる。もっとも銀行や祐福な会社に依て訴追が提起されている場合に常にそうするとは限らないが。

ある種の犯罪は彼の手で処理するのが可能であるとして局長に報告されなければならない。たとえば全社会に影響するような犯罪がこれに含まれる（動乱教唆罪、秩序破壊共同謀議、公務員買収、公務員汚職）、または他の重要犯罪（故殺、強姦、風俗壊乱文書誹毀）、訴追が取下げられ、取消された事件、逃亡犯罪人引渡事件、買収または選挙違反訴訟手続（実務）などである。

このほか、局長は刑事控訴院に訴えられたたいていの上訴で王室側被告の事務を処理する。

このほか訴追に関連してそれ以外の任務もある。局長は、自発的にまたは、申し出に基いて、政



府部局や裁判所書記官や、検屍官、警察署長、その他の者に口頭または書面で助言を与える。

ある公訴局長の経歴者はつぎのように述べている「これこそが多くの仕事の中で公訴局長の最も重要なものである」と。

合衆国の批評家の一人はつぎのように見解をのべている。すなわち「公訟局長の官署は事実上、最近警察のための法定受付機関になって来ている」と。

公訴局長は決してイギリスの唯一の公訴官ではない。そして彼の部門は犯罪の調査をしない。その訴追権は非常に任意的なものであり、事実その部門は全訴追事件の中では比較的小さなパーセンテージしか処理していない。たとえば1948年には、略式で処理された671,000人のうちわずか487人を起訴したにすぎず、四期裁判所と巡回裁判において処理された22,750人のうちわずか900人を起訴したにすぎない。1955年には、公訴局長は総計114,811件の中から起訴犯罪として989件を引き受け、非起訴犯罪としては115件を処理したに過ぎない。デブリン卿がのべたことであるが、(英国の判事は「検事は被告を補助するに公正でなければならぬ」と主張するので、前半世紀は訴追される側の弁護士から司法大臣へ訴追する弁護士へと弁護士の役割が好ましい変遷をとげた)ということはいぜんとして注意されなければならない。今日英国においては、デニング卿が記しているように、起訴を命ぜられたあらゆる弁護士は、その起訴が如何に公正でなければならないか知っている。

国家もそれを期待している。判事もそれを必要としている。彼は有罪判決を迫ってはならない。もし彼が囚人に有利となるような事実を知っているならば、それを発表しなければならない。彼はそれが厳しい判決に都合の良い保証となると否とを問わず。その事実を公平に述べなければならない。

反対訊問の権利に関しても同様に、訴追に当る弁護士は穏健な自制された態度で行なわなければならない。審理中の人間を威嚇するような如何なる方法もあってはならない<sup>1)</sup>。

## 8. 英米法における司法警察と検察の関係 (わが国との比較)

わが国の検察が旧法時代は独罪捜査の主体であり、司法警察はこの補助ないし補佐として定義づけられ、戦後のそれは合衆国法をつよい影響を受け実体捜査は警察にうつり、検察は公訴を主たる任務とし、公訴提起の条件を整える目的の範囲内での捜査すなわち法律捜査とか補充捜査と称せられるものに限られるようになったことは既に述べた。しかし、詳細に合衆国法を見てみると、合衆国法のみ影響を受けているといい切れぬものがあるのである。たとえば、わが国では司法巡査から司法警察員に引き渡された被疑者はこの時点で弁解の機会、黙否権、弁護士依頼権を与えられ、

1) D. Fellman THE DEFENDANT'S RIGHTS UNDER ENGLISH LAW. THE UNIVERSITY OF WISCONSIN PRESS. Madison, Milwaukee, and London 1966 pp. 28—33

逮捕時から48時間で検察官に送致されるが、合衆国では、司法警察職員の逮捕した被疑者は、遅滞なく逮捕の行われた county (郡) 内の magistrate (治安判事)(逮捕状発行官でもある)に引き渡されなければならない。そして被疑事実、告訴内容などについて、治安判事が被疑者に告げるのである。この点について合衆国には、逮捕された者は、すみやかに司法官憲に引致するのが適当という考え方があるからである。その理由は逮捕者とは別個の (independent) 公平な観察者にその逮捕の有効性を判断させるのが正しい、逮捕した官吏は、司法法令の一執行者にすぎないというのである。

前合衆国検事総長フランシスビドルの言によれば、令状なしに何人も逮捕されない、令状なしに逮捕するには合理的な根拠がなければならない。また逮捕相当の合理的根拠があれば、令状を以てしても人を逮捕できない。令状を持たずに人を逮捕した場合、逮捕者が逮捕するだけの合理的根拠を持っていることを申し立てるために被疑者を直ちに治安判事の所に連行するのは逮捕者の責任である。というのが根本法であり、それはまさに、古代英国普通法であるという。この犯罪事実認否<sup>1)</sup> にあたって、事実上、その逮捕を正当付けるだけの証拠があるか否かを決定し、もし、証拠があれば、被疑者を公判中未決勾留することを認めるか、その犯罪の性格と状況に応じて、保釈するか、被疑者の発言が記録され、公判に於て証拠になり得ることを注意し、沈黙し、資格のある弁護士を依頼する権利を被疑者に告げるなどは、治安判事の任務とされる。

また、バザロン判事の言を借りれば、「犯罪事実認否が遅滞なく行なわれることを法が要求するのは、警察官が判事であるような所では、個人の自由や尊厳は生存できない」とも云われる。

このよう面からみれば、合衆国は、行政機関の行なう前司法的手続と司法官憲そのものとを劃然と区別し、司法警察官が予断を抱かせたり、司法官憲的な事を行なうのを厳に禁じているといえる。しかも原則として、警察から裁判所へのバトンタッチで(州によって多少の例外はあるが)捜査の段階で検事はタッチしていない。

この点は、わが国と非常にちがう点で、私人訴追から出発し、今尚、連邦犯罪については陪審 (Grand jury) = 起訴陪審に起訴の如何を問うことが本則とされ、しかも制度的には、大陪審は検察官と別個独立な訴追機関として犯罪の取調権限を有し、独自の立場から犯罪を訴追する権限を有し、審査に当たっては、検察官の提出した起訴状案 (bill of indictment) に拘束されず、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得た知識に基づいて、自ら犯罪を告発し公判を請求することができる (Presentment<sup>2)</sup>)、ような沿革があり、公訴の段階で便宜事実上、検察官の提出した起訴状案、証拠のみについて審査するに過ぎない。すなわち、公訴の段階で、職業官僚でなく、市民 (私人) に依る検察が行なわれるという点にヨーロッパ及びわが国とは、根本的な相違があ

1) Alan Barth, LAW ENFORCEMENT. VERSUS THE LAW, COLLIER BOOKS NEWYORK, N.Y. pp. 24—25

2) 高柳賢三・末延三次編集英米法辞典、有斐閣 1968 p.204, 374

る。しかも検察官は、わが国やヨーロッパのような任命制 (**appointed staff**) ではなく公選制の (**elected staff**) である。

