

日本における検察と警察の関係 及び刑事制度に関する一考察

北海道大学大学院 法学研究科

15223018

文 雪旻

目次

第一章 序論

第一節 問題意識

第二節 研究目的

第三節 本稿の構成

第二章 大陸法系と英米法系

第一節 序説：両方系の対立点

第二節 大陸法系

第三節 英米法系

第四節 日本の刑事法のアイデンティティー

第三章 歴史的発展における「検察と警察」

第一節 司法警察、そして警察官

第二節 韓国の刑事法制の歴史的発展

第三節 日本の刑事法制の歴史的発展

第四章 捜査の構造

第一節 捜査の基本概念

第二節 韓国の検察改革

第五章 結論

第一章 序論

第一節 問題意識

現代社会の様子を一言で定義付けるとしてみよう。真っ先に思い浮かぶことは何であろう。筆者は「スピード」だと思う。目まぐるしく変わり出していく国際的情勢に伴い、世界中の国々にとって、行政と司法の両面においての制度の改革は、もはや避けられない課題となっているのである。そしてそれは、日本と韓国の場合においても決して例外ではない。国民の意識は日々進化している。現代の国民の政府に対する期待は日々高まっている。果たして政府は、その国民の期待にどれほど応えられているのであろうか。

韓国の刑事司法にとって、ここ数年は大変革期と言わざるを得ない。韓国では2020年、前例のない大規模な法改正が実施された。2020年1月13日議決され、2020年2月4日公布された「刑事訴訟法」（法律第16924号）および「検察庁法」（法律第16908号）、そして2020年1月14日公布された高位公職者犯罪捜査処設置及び運営に関する法律」（法律第16863号）といった法律の改正は、いわば検察改革、検察と警察の捜査権調整のための3大立法として評価されている¹。この法改正は捜査手続きに限らず、刑事手続き全般においても大きな変化をもたらした。

韓国政府にとって、それは思い切った判断であっただろう。この思い切った法改正が、韓国の検察と警察といったいわば「捜査機関」に与えた影響と

¹ パク・チャンゴル「検察と警察の捜査権調整への批判的分析：2020年2月4日付改訂刑事訴訟法および検察庁法の内容を中心に」刑事政策研究第31巻第1号、2020年、p. 30.

は実に相当なものであった。この大きな大変革の波に困惑しつつ、捜査機関は今でも、新たに改正された法律を受け入れようと必死になっているのである。

捜査機関。検察と警察。普段接することはあまりない上、恐ろしくも感じられる国家機関である。しかし多くのマスコミやドラマ、映画の舞台として登場しているからであろうか。この捜査機関の存在そのものについて意外と興味を持っている国民は少なくない。それは日本も韓国も同様であろう。では、ここで大変革のキーワードとは何かをまず知っておく必要が生じる。それは捜査権調整、いわば検察改革だ。

刑事司法（手続）とは、国家における適正な刑罰権行使のための制度である。その遂行の結果、治安の回復と維持に寄与することとなる²。検察と警察は刑事手続の全般においてなくてはならない存在である一方、真実を究明するためにお互い協力し合わなければならない相棒のような存在なのである。

しかし現在までの韓国の刑事司法の様相を振り返ってみると、その全般の手続において主導となっているのは主として検察、つまり検察官³であったということは否定しがたい。韓国の検察官は捜査の主宰者であり、刑事司法の全般においてほぼ全てを支配してきたのである。韓国の検察官は犯罪の捜査、捜査の指揮、捜査の終結、裁判の執行といった権限を持っていることはさることながら、日本とは違って、令状の請求権限まで独占している（韓国の検察庁法第4条第1項）。改正される前の、韓国の旧刑事訴訟法⁴によれば、警

² 加藤康榮「刑事司法における検察官の役割（一）」日本法学、第81巻第2号、2015年、p.65.

³ 韓国では「検察官」という言葉より「検事」とい言葉を用いることが多い。本稿ではなるべく日本の例に従う。

⁴ 本稿のテーマでもある、捜査権調整が行われる前の旧刑事訴訟法のことである。

察を含めた司法警察官吏⁵は独自の捜査権を持っておらず、 検察官の指揮に従って捜査を行わなければいけない、いわば操作の補助者であると規定されていたのである。こういった上下関係は、刑事手続の発展、そして捜査の効率性といった観点からみても、決して最善だとは言えないのではないだろうか。捜査権調整、つまり「警察を検察から独立させ、自らの独自の権限で捜査できるよう、二つの機関の関係を従来の垂直的な関係から水平的で協調的な関係に正すべき」という議論は、韓国の刑事司法の歴史においてはもはや常連客のような、常に取り上げられているテーマの一つであったのである。その捜査権調整が、ついに現実となった。韓国での検察の警察への捜査指揮権は66年ぶりに廃止され、検察と警察は協力関係となったのである⁶。

今回の刑事訴訟法改正は、その大部分が捜査手続において警察の権限を拡大し、検察の権限を縮小するといった内容となっている。前述したとおり、すべての捜査において検察官の指揮を受けるようになっていた従来の文言は削除された上、今までは認められなかった捜査の終結権まで与えられた。こういった法改正は、政府の検察改革という明確な目標のもとで行われただけあって、捜査権調整というよりも検察改革という名がふさわしいと評価されている。今回の改正法での検察と警察の捜査権調整をより根本的に覗いてみると、その旨は警察の主張する論旨が正しいかどうかを徹底的に検討した結果というより、何らかの方法で従来の検察の権力を縮小すべきだという政府の時代的・歴史的・政治的な使命感の一環として行われたものだと評価できるのである。つまり警察の努力に基づいて行われたというより、むしろ検察の問題点が指摘されたことによる反射的な効果として、警察へ捜査権を与

⁵ 司法警察吏と司法警察官の総称。階級によって区別され、韓国では日本の検察事務官に当たる検察捜査官もこの範疇に入る。

⁶ 検事と司法警察官は捜査、公訴の提起なおよび公訴の維持においてお互い協力し合わなければならない。 韓国・刑事訴訟法195条第1項

えるべきだという観点が浮上したということである⁷。まさに「検察改革」そのものである。

無論、先に触れたように、従来韓国の検察は異常に肥大であったため、必ず改革されるべきであったということ自体には異論がない。刑事手続の中核を担い、そのほぼ全体を支配してきたと評価されている韓国の検察。そういう巨大な権力を握りしめていただけあって、韓国の国民にとって検察のイメージは決して良きものではなかった。それどころか、国民を守るためではなく、ある特定の政治的な利益や目的だけを追って、その権力を振り回してきた過去の一部のケースなどにより、検察のイメージは「政治的な集団」として固まりつつあった。そういった理由などから、今回の捜査権調整—検察改革—はその目的に正当性を持つようになったと言えよう。

しかしながら、今回の捜査権調整—検察改革—はあまりにも検察の権限を縮小することだけに集中したため、検察と警察の両側の立場が十分に考慮されていないと評価されている。実際にこういった内容が発表されてから、検察と警察はその合意内容について、繰り返し不満の声を上げている。そして、こういった抜本的法改正が行われ、施行されてから間もなく、韓国の刑事訴訟法と検察庁法は再び改正を迎えた。「検察の捜査権と起訴権を分離する」という政策のタイトルのもとで、すべではあつという間に行われた。以前の改正に慣れる余裕などはもはやなかった。

再び改正を迎えてしまった韓国の検察と警察。彼らは困惑した。捜査機関だけではない。いきなりこういった変革の波の真ん中に立たされてしまった

⁷ チェ・ホジン「韓国型捜査と起訴分離モデルの展望と警察の課題」比較刑事法研究第19巻第1号、韓国比較刑事法学会、2017年、p. 221.

韓国の国民も共に困惑し、こういった状況について懸念しているのである。こういった加速化した法改正は、国民の不安を促した。

どんな国でも同じである。ある法律を改正するに至って、現代社会において欠かせないキーワードであるスピードは、これらのような法改正においては適用されなくても良いのではなかろうか。むしろ、煮込めば煮込むほど味が深くなるシチューのように、じっくり時間をかけて行われるべきだ。しかし今回の韓国での捜査権調整は、そういったことは一切考慮されず、ひたすら従来の検察の巨大な権力を縮小させることだけに集中された偏った法改正である。半分しか完成されてない、いわば未完成の立法だと評価されているのが現在の状況なのである。

第二節 研究目的

ここで、本稿は日本の現在の刑事司法の様相に注目するに至ったのである。

日本の刑事司法は、従来から検察が主導する「精密司法」と言われ、取り調べを核にする綿密な捜査に基づき、刑事政策をも考慮した慎重な公訴権の行使によって、諸外国に比しても例がないように無罪が極めて少ない高有罪率を保って、治安の維持に貢献してきた⁸。「刑事司法システム」(criminal justice system)において、日本の捜査機関—主に検察と警察—は相互に尊重し、また協力し合いながら、その役割や機能を分担してきた。

⁸ 加藤、前論文(注2)、p. 66.

詳細は追って触れることにするが、日本の刑事訴訟法の歴史を少しだけ覗いてみることにしよう。過去の大正刑事訴訟法（大正11年法律75号）によれば、捜査の主宰者は検察官であり、司法警察官はあくまでも検察官の補助官に過ぎなかった。警察は検察官の指揮の下で捜査を行うにとどまり、独自の捜査の権限は認められていなかったのである。現在の韓国が置かれている状況とほぼ酷似している。おそらくドイツ法を受け継いでいた当時の日本の大正刑事訴訟法を、韓国が殆どそのまま受け継いだためだと思われる。そこから始まり、現在の刑事法制が定着するまで、日本ではどれほどの数多くの試みが行われ、またどれほどの試行錯誤があったのであろうか。これが韓国の刑事法制に示唆するところは大きい。

日本での通常の刑事事件の場合、第1次的な捜査を担当するのは警察である。検察官は警察が捜査した様々な証拠や資料を元に、第2次的な捜査を行うのである。したがって、第1次的な責任者は警察であり、検察官は公訴の維持のため必要な場合、補充的な捜査を行う第2次的な捜査機関と規定し、お互い協力し合うように義務付けられている。従来韓国の刑事訴訟法、そして新しい改正法とは、似ているようで似ていない。

そこで筆者は、日本の犯罪捜査において、こういった仕組みがどのようにして成功的に定着するに至ったのか、その現状をより詳しく研究する必要があると判断したのである。韓国国内だけでの研究に止まらず、視野を広げて、また研究の幅を広げることによって、日本と韓国の直接的な比較はさておき、まずはこれまで日本がどういう道を歩いてきたのか、その足跡を最初からじっくり考察していきたいのである。まさしく有意義な第一歩となるに間違いないのではなかろうか。

第三節 本稿の構成

本稿ではそういった所定の目的を達成するために思考を転換し、多少遠回りの接近方法になるかもしれないが、刑事司法がどういう歴史を積み重ねてきたかを先に考察していきたい。そして先達が行ってきた様々な優れた研究結果をも参考に、総合的な検討を展開する。詳しくは、次のとおりの手順による。

序論に続く第二章では、まず根源的な思考法をとって歴史の始まりに遡っていき、刑事司法制の発展において最も基本となる英米法系、大陸法系といった制度確立について検討する。次に、そういった両観点において、検察官はどのような役割を担っているかについての検討を行う。

第三章では、司法警察と検察の歴史について簡略に触れ、さらに前章で検討した英米法系と大陸法系の観点に従い、日本の刑事司法は全体においてどういった観点を採択し、それを発展させてきたか、日本の刑事法制の発展過程を歴史的な観点から考察する。

第四章では、捜査の構造について検討する。先に捜査の基本概念、そして捜査構造論について、高名な学者たちの意見を参考にしながら軽く触れる。それから韓国の検察改革の詳細についてさらに詳しく検討する。まずはその概念を明瞭に整理した上、検察改革をめぐるありとあらゆる諸議論を様々な視点から検討する。

最後に、第五章では、結論として、こういった検討や考察内容に鑑み、韓国の刑事法制において、日本の刑事法制が示唆する点を考察し、韓国の検察

再生への提言を図る。

第二章 大陸法系と英米法系

法系とは、法の継受によって形成された法の系統のことを意味する。世界中には様々な法令のシステムが存在しているが、刑事訴訟の手續構造での法系は大陸法系 (Civil Law) と英米法系 (Common Law) の二つに分けられることが多い⁹。こういった刑事手續の理念として、前者は職権主義 (“Ex officio” Principle)、後者は当事者主義 (Adversary Principle) を基調としている。両主義は主として公訴的移行の訴訟段階における区別であるが、前者が実態的真実、または公共の秩序維持の方を重視する思想であるのに対し、後者は適正手續保障、または被疑者・被告人の人権保障の方を重視する思想である。世界各国では、上記の2大原理のいずれかに着目しながらも、それぞれの固有な歴史と文化を背景にしながら、その基本原理にある種の修正などを加え、自国に相応する様々なやり方を展開しつつある¹⁰。

大陸法と英米法において最も明瞭な相違は、いうまでもなく前者の主要な法源が制定法であり、後者のそれが判例法だという点にある。その相違は単なる形式的相違に止まらず、長い歴史の全過程において形成された、法を表す様式の相違である¹¹。本章では、多少遠回りになるかもしれないが、刑事法に限らず全範囲において、両方系の対立点について検討する。次に、それぞ

⁹ もっとも、イギリスでは、大陸法を示す場合に、より一般的にシビルロー (Civil Law) という言葉を使い、これと、伝統的なイギリス法の名称であるコモンロー (Common Law) とを対比してきた。五十嵐清『ヨーロッパ私法への道—現代大陸法への歴史的入門—』悠々社、2015年、p. 1.

¹⁰ 土本武司「日・蘭刑事訴訟の比較的考察」比較法学27巻1号、1993年、p. 123.

¹¹ 大木雅夫「大陸法と英米法：制定法と判例法を中心にして」1980年、p. 8.

れの歴史や刑事手続においての特徴などについての検討を進め、その基本的な概念を元にし、二つの理念—職権主義と当事者主義—における検察官の役割の違いについて考察することにする。

第一節 序説：両方系の対立点

五十嵐は自分の著書¹²で、大陸法と英米法の対立点を、ツヴァイゲルトの提唱する法系分類のための多元的基準¹³に着目した上、五つの相違点を挙げている。本節ではその観点に従って検討を行う。

1 歴史的伝統

大陸法と英米法の対立は、まずその歴史的伝統の相違から辿っていく必要がある。ここで特に決定的なのはローマ法の影響の有無であり、大陸法がローマ法を基礎として発展したのに対し、英米法の母法であるイギリス法（コモンロー）は、ローマ法の影響をほとんど受けることなく、独自の発展をなしとげてきた。その理由としては主として、①イギリスが地理的に島国であったこと、②大陸諸国より先立ち国王の中央集権を確立したこと、③大陸のように、法律家を育成するべきである機関の大学が、その役割を果たせず、従って法律家の団体である法曹学院がその役割をしていたこと、といった様々な事実がその背景としてあげられている。このため、イギリスでは中世から起源を探ることができる、多くの独自の制度が近世まで残るようになった。多少の非合理性は存在するが、大陸法とは区別される、独特の法文化を

¹² 五十嵐、前掲書（注9）、pp. 9-12.

¹³ 五十嵐（注9）によると、ツヴァイゲルト・ケッツ『原論』上、p. 107以下参照

形成するようになったのである。

2 法源

両方系における歴史的伝統の相違とは、そのほとんどが法源の相違と一致するといえるであろう。大陸法の基礎であるローマ法源は、ユスチニアヌス帝の市民法大全に集成された。この法は成文法の形をとっており、これに従い、中世の慣習法の多くは成文化されるようになった。さらに18世紀後半以降、自然法学説の影響を強く受け、法典編纂への動きが始まった。以降、主要法源としての法典の主要性は高まり、慣習法はただの2次的意義をもつに止まり、判例の法源性も否定された。裁判官は、成文化された法、つまり制定法にだけ拘束されるべきであるとされた。

これに対し、イギリスのコモンローは少々状況が違う。コモンローそのものが、裁判所の判決によって形成されたのである。その上、19世紀以降、裁判官は裁判をする際、先例に拘束されて判断しなければいけない法的義務があるという原則（先例拘束性の原則）が徐々に根強く確立された。現在の英米諸国において、以前よりは制定法の比重が増えつつあることは否定し難い。しかし依然として、英米法系における第1次的法源は判例法であり、前述したとおり、大陸法と比べて最も相違が目立つのもこの点である。

これらの状況から、従来大陸法と英米法の差異とは、制定（成文）法主義と判例（不文）法主義の対立で説明することが通例であったとされる。しかし同じく英米法系の国でも、先例拘束性の程度は国により多少異なり（イギリスはきびしく、アメリカはゆるやか）、最近では、イギリスがその中心となり、成文化を目指し、本格的な法典化へと乗り出そうとしている。一方、

大陸法でも、現代社会において、法典編纂から随分年月が経っている法典より、判例を重視する動きも高まりつつある。要するに、現代においての多くの国では、もはや法源論に関する大陸法と英米法の差異は、一瞥できるほどの大きいわけではないともいえよう。

3 法的思考方法

法を思考する考え方、いわば法的思考方法においても、大陸法と英米法が表す差異が目立つ。一言で縮約すると、大陸の学者が抽象的演繹的に思考するのに対し、英米の法律家は具体的帰納的に推論する。詳しく考察してみよう。大陸法系において、形成される規範がごく抽象的であった。もともと、ローマ法源はもともとカズイスタック¹⁴なものであったが、それを自然法学者が整え、体系化させ、抽象的規範としたのである。近世においての法典編纂とは、それを成文化したものである。このようにして、一度抽象的規範が生まれると、その後の法の適用においては、演繹的三段論法が用いられるとされる。ここでの抽象的規範は、すべての事件に適用されることができるとされ（法秩序の無欠缺性）、やがて概念法学が成立するに至る。

英米法の場合はどうなるだろうか。まず、このような抽象的規範そのものが存在しない。コモンローにおいて、法規範はあくまで先例のなかに存在する。具体的な事件の裁判するにあたって、裁判官にまず求められることは、同種の先例を探すことである。そこで先例が見つかることができるとしたら、その裁判の際、どういった理由でそのような判決が下されたか、その中に含まれる判決理由（レイシオ・デシデンダイ）を考慮し、それに従って裁判を

¹⁴ Casuistica。ラテン語で、「症例報告」あるいは「臨床の記録」を意味する。

するわけだが、判決理由が一般的な形で示されていることはほとんどないため、（たとえ明示されているとしても、それは「傍論」に過ぎないため拘束力がないであろう）、当該判決において、裁判官は自ら判決理由を探り出すか、自分の力でそれを構成しなければならない。このため、英米の法律家の思考様式は具体的帰納的にならざるをえないとされる。

ただ現代においては、前述したような思考方法の対立はだいぶ緩くなりつつあるとされる。大陸諸国においては、20世紀に入って以来、概念法学を克服しようとする試みがなされており、自由法学や利益法学などが提唱されるようになった。ここでは具体的類型的思考の必要性が強調されている。一方、英米諸国においては、判例の数が日増しに膨大となりつつあるため、それを整理するためには、一般理論を受け入れるべきだという必要性が浮上してきている。したがって今日においては、この点でも両者の区別は目立つものではなく、大陸諸国において、今後一段と（法学教育におけるケース・メソッドの導入を含め）英米の具体的帰納的思考方法が示唆するところは大きくなっていると言えよう。

4 特徴的法制度

各法系においては、それぞれの法系の特徴が存在する。またその特徴となる法制度は共有されているところも多いため、ある法制度を共有するかどうか、また法系を分類する基準となる。五十嵐によると、この点がとくにツヴァイゲルトの強調するところだという。この観点に立ち、大陸法と英米法を比較してみよう。大陸法の観点から考えると、とくに英米法のなかには多くの特徴的制度を見出すことが可能である。コモンロー裁判所によって発展してきた、不動産法律の諸制度の多くは、我々にとって、今においても英米

法へのアプローチを困難にしている。大法官裁判所によって作られたエクイティ (Equity) 上の制度も、また英米法の特徴の一つであり、とくに信託制度は昔から英米の社会に根強く存在してきた。無論現代においては、大陸法にも信託制度は導入され、またそれと同じような機能を果たす制度を見出すことも苦にはならないが、その社会的重要性においては大きな相違がある。したがって、そのような信託制度を共有するかどうか、また大陸法と英米法の区別する一つの基準となるであろう。

5 イデオロギー

法系を分類する一つの基準として、イデオロギーを重視するのは、ダヴィッドの見解だという。そしてそのダヴィッドによれば、大陸法と英米法は、ともにキリスト教の道徳的原理、自由主義的デモクラシーの政治社会原理、および資本主義経済構造をその基礎としており、それらの点においては、両者のあいだに共通性が存在するとされる¹⁵。たしかに、イデオロギー的観点から考えると、両者のあいだには本質的差異はほぼないといっても差し支えないのではないだろうか。こういった観点から考えると、大陸法と英米法は、西欧法または資本主義法として一つに取りまとめることが可能であり、この点では宗教法やかつての社会主義法と区別されるといえる。

¹⁵ 五十嵐 (注9) によると、五十嵐清『比較法入門』日本評論社、1972年、p. 87以下参照。なお五十嵐は、ダヴィッドはその後西欧法の一体性を示すものとして、従来の3要素を放棄し、新たに「法の支配」にそれを求めているという。

第二節 大陸法系

1 基本概念

大陸法系とは、何度も重ねての説明になっているが、成文法の一つである。英米法系に対比される概念であり、フランスやドイツなどを中心としてヨーロッパ大陸の全域にわたって広がり、形成・発展されるに至った法系のことである。英米法が「判例」を第1次的な法源とする「判例法主義（もしくは不文法主義）」をとっているに対し、大陸法は議会の議決により制定された法律を第1次的な法源とする「制定法主義（成文法主義）」をとっている。

大陸法という概念は、法典という形をとっているところで英米法とそれとは本質的に異なっていると考えられている。一先ず大陸法の歴史についてから話を進めることにしよう。

（1）大陸法の歴史¹⁶

起源はローマ法に遡る。元々ローマ法とは、ローマ市民にのみ適用される「市民法（*ius Civile*）」であった。それがローマ帝国の発展・拡大に伴い、ローマ市民と外国人、外国人同士の取引に適用される「万民法（*ius Gentium*）」を生み出したのである。ローマ法においては市民としての一個人が個人として尊重され、個人の意志から出発し、法主体間の平等を基本とする私法を中心とした法体系が発達するようになったのである。

¹⁶ 以下での情報は、<https://ja.wikipedia.org/wiki/大陸法のページから検索・参照としてものである。>

中世末には、ローマ・カトリックの教会法であるカノン法により、カトリック信者であれば適用される普遍性を有する「一般法」(jus commune、ユース・コムーネ)の概念が成立され、発展された。このようにして、西ヨーロッパ大陸ではローマ・カトリックの権威を背景にローマ法が広く受け入れられるに至った。そのうちでも、最もローマ法に忠実なのはドイツであると言われている。

近代大陸法の重要な提唱者には、ドイツのアルトゥジウスが挙げられる。その理論は、カルヴァン主義¹⁷の契約進学に立脚した自然法¹⁸論であり、君主による専制支配については抵抗権、当時のドイツの身分制議会を背景とした間接民主主義(代表制議会)、また、君主の持つ主権を国民全体に帰属させる民主主義・連邦主義を認めた。社会契約¹⁹、自然法を中心とした社会の構成を唱えた点は、予定説²⁰に疑問を呈したオランダのグローティウスの理論とも共通しており、王権や絶対主義を掲げるフランスのボダンとは対立した。

こうした間接民主主義による立法制度の誕生に対し、17世紀には住民発案や国民投票などを重視するスイスのような国も生まれ、ルソーなどの提唱により、古代ローマ共和国に始まる直線民主主義による立法・行政制度も広まることとなった。

(2) 法典の編纂

ヨーロッパ大陸では、法の体系化を行うため、法学者の色々な努力があっ

¹⁷ すべての上にある神の主権を強調するしんがくたいけい、およびクリスチャン生活の実践。

¹⁸ 事物の自然な本性から導き出される方の総称。

¹⁹ ある国家とその市民の関係についての制約。

²⁰ キリスト教神学で提唱される説の一つ。個々の人間が救われるか滅びるかは全て神によって予め定められているとする考え。

た。法学者はユスティニアヌス法を基礎に、法概念を整理し、それに基づいて作られた法典を作った。その法典の解釈を通じて、大陸法はその運用がなされてきたのである。法典編纂運動の先駆をなした、1794年のプロイセン法典は、充分体系的といえるだけのものはもっていたけれども、個々の詳細な規定の、膨大な集成ともいえるべきものであって、いまだこれを模倣するものは現れていない。真の出発点となったのは1804年のフランス民法典（ナポレオン法典）である。中央集権が早くから行われていたフランスでは、早くも法の統一がられたのである。これが1804年に制定されたフランス民法典である。この法典は後述するドイツ民法典が現れるまで、ほとんど全ての民放店の模範となっていた。この民法典はやがてイタリア、スペイン、オランダ、ベルギー、ポルトガルなどの諸国へと継受されるに至った。一方、フランスに比べて中央権力が弱く、地方分権的であったドイツでは、法の統一は学問（パンデクテン法学）に頼って行われるしかなかった。そしてようやく19世紀末、全ドイツで適用される民法典が編纂されたのである。これが1896年制定、1900年1月1日施行のドイツ民法典である。これらの法典はハンガリー、旧ユーゴスラビア、旧チェコスロバキア、ポーランドなどに継受された²¹。このように、こういった法典は世界中に広がり、今の我々が知っている「法律」という概念の基礎となった。これらは今でも変化・発展を繰り返しながら現在まで続いている。

2 大陸における刑事手続の歴史的展開

刑事手続は、無論時代によって多少の違いは生じるかもしれないが、糾問主義と弾劾主義に分けられるのが一般的である。訴追機関と裁判機関が区別

²¹ F. H. ローソン（小堀憲助・真田芳憲 訳）『英米法とヨーロッパ大陸法』日本比較法研究所、1972年、p. 58.

されておらず、全ての刑事訴訟が裁判所の職権で行われる糾問主義に対し、弾劾主義は訴追期間の訴追がなければ訴訟手続が開始されないという点で違いがある。こういった糾問主義は、近代的な刑事訴訟の観点から強い批判の対象となり、やがて18世紀のフランス革命などをきっかけに、次々とその姿を消すようになった。

この弾劾主義は、さらに詳しく職権主義と当事者主義に分けることができる。前述したとおり、ドイツとフランスを中心として発展してきた大陸法は、この職権主義を基調としているのである。

本稿では大方の学者の使用例に従い²²、フランス革命の以前の訴訟構造を糾問主義、それ以来の近代的な訴訟構造を職権主義と命名し、ドイツとフランスを中心とした刑事手続の歴史的展開について考察しようとするのである。

(1) ドイツ

考察に先立ち、ゲルマン民族によって構成されているドイツが、どのような経緯でゲルマン法の系統である英米法ではなく、ローマ法の系統である大陸法の範疇に入るかを、先に検討させていただきたい。

英語でドイツのことを「Germany」という。これはドイツがゲルマン人の国であることを意味していると言えよう。この点に着目すると、本来、ゲルマン人の伝統を正当に受け継ぐのは、まさしくドイツ人であるはずだ。その理由はゲルマン民族大移動から探することができる。476年、西ローマ帝国が滅亡

²² ジュ・スンヒ「当事者主義と職権主義の訴訟構造の比較研究」2006年、p. 19.

した後、現在のドイツの土地を占領していたゲルマン諸部族は、統一国家を建設する方向へと動き出し、その結果、フランク王国が成立した。フランク王国は、分裂と統合の歴史を繰り返し続けたが、国家そのものがなくなることはなかった。10世紀半ばには、ローマを支配下に置き、ヨーロッパ全域を含む神聖ローマ帝国を形成するに至った。この神聖ローマ帝国は、古代ローマ帝国を再現できると信じられ、またその皇帝の存在は、ローマ皇帝の後継者として注目された。したがって、ローマ皇帝の法であるローマ法は、神聖ローマ帝国においても法であるという思想が強かったのである²³。

ところで、このときにドイツをはじめとしてヨーロッパ全域を支配したローマ法は、古代ローマの法律とは違う。6世紀半ばころ、東ローマ帝国のユスティニアヌス皇帝によって編纂された、いわゆる「ローマ法大全 (Corpus juris civilis)」である。しかも、この「ローマ法大全」そのものではなく、その中でも、ローマ帝国時代の学者たちの学説を集めて編纂した「学説彙集 (Digesta)」であり、さらにはこの「学説彙集」を研究し、体系化した中世イタリアの法学者たちによる解釈であったのである。この事実から、ローマ法系、すなわち大陸法系は、法の体系化と解釈を重視するという性格を持つということが推察できる²⁴。

では本題に入ろう。古代ドイツでは、被害者が加害者を訴えることによって刑事手続が始まり（私人訴追もしくは民衆訴追）、裁判は口述により (mündlich)、公の場で行われた。特に被害回復や罰金を科することを目的としていた手続きは、被害者によらない限り手続きが開始されることはできないこととなっていたため、「訴追人なきところに判事なし (Wo kein Kläger, da

²³ 村井敏邦『罪と罰のクロスロード』大蔵省印刷局、2000年、pp. 17-18.

²⁴ 村井、前掲書（注23）、pp. 18. -19.

kein Richter) 」という弾劾主義の原則が支配していた時代だったとも言えるのである²⁵。被害者によって始まった刑事手続は、当事者たちの攻防によって公判が行われ、その主体として裁判官 (Richter) がこれを監視し、審判官 (Urteiler) である参審員 (Kollegium der Schöffen) が当事者たちの攻防に対する決定権を持っていた²⁶。今日のように、実態的真実を発見することよりは、被害者の名誉を回復し、及びその被害者に対して何らかの形で補償することにて、共同体の法的平和を確保することが刑事手続の主な目的とされた。さらに、被告人 (加害者) にも弁解や立証の機会は与えられていた²⁷。

中世初期、神聖ローマ帝国の皇帝や領邦国家の君主などは独自の刑事裁判権を持つようになった。1532年、ドイツ皇帝のカール5世は、当時併存していた様々な類型の刑事手続を統合するため、ローマ法を継受し、カロリナ刑事法典 (Constitutio Criminalis Carolina) を制定するに至った。このカロリナ刑事法典は、いくつかの重要な意味を持つが、中でも特に糾問主義の訴訟手続 (Inquisitionsprozess) を定着させたことが挙げられる²⁸。

当時の糾問主義の訴訟手続においては、主として以下のような特徴を挙げることができる。まず、全体的な訴訟手続が裁判官のコントロール下に置かれている (つまり、嫌疑の確定から判決の言い渡しまで、全ての手続が裁判官によって行われる) という点である。また、全てが書類のやりとりによって秘密裏に行われ、事実の確定は厳格な証拠法則によるという点である。有罪判決を言い渡すためには、被告人が自白するか、そうでなければ少なくとも二人の証人が必要であった。間接証拠はそれ自体としては有罪の証

²⁵ ジュ (注22) によると、Geppert 「Der Grundsatz des Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren」 1979年、p. 8を参照

²⁶ ジュ (注22) によると、Geppert、前掲書 (注25)、p. 8を参照

²⁷ ジュ、前論文 (注22)、p. 27.

²⁸ ジュ、前論文 (注22)、p. 28.

抛として不十分であったが、被告人の自白を得るためという目的で拷問することは可能とされた。このような糾問主義は、19世紀に至るまでドイツの刑事訴訟手続きを支配していた²⁹。

17世紀から始まり、18世紀に至るまで徐々に広がり続けた啓蒙主義は、拷問が非合理的で、野蛮な行為だという立場であった。こういう啓蒙思想の影響を受け、ヨーロッパ全域の刑事手続において、糾問主義は漸く、その姿を消すようになっていった。その真っ先に立った国がフランスである。フランスでは、フランス革命をはじめとし、強くイギリスの法政の影響を受けるようになり、糾問主義の代わりに口頭主義、公開主義、自由な事実認定となどを受け入れた。そのような動きは、やがてドイツの領邦国家にも影響を与えるようになった³⁰。

1849年3月、フランクフルト国民議会では、ドイツ帝国憲法が採択された。新たな憲法により、刑事手続には口頭主義や公開主義、検察制度、参審員制度が導入された。1871年、ドイツ帝国が誕生し、裁判所構成法と刑事訴訟法が制定された。これらの法令は、検察庁と裁判所の明確な分離、裁判官の独立性の保障、陪審員と参審員の参加、公開主義と口頭主義を規定していた。そのため、こういった法令の整備により、今日における近代的で自由法治国家とも言える刑事手続法は実現されるに至るのである³¹。

²⁹ ジュ、前論文（注22）、p. 28.

³⁰ ジュ、前論文（注22）、p. 29.

³¹ ジュ、前論文（注22）、p. 29.

(2) フランス

フランスの刑事訴訟手続においても、前述したドイツとほぼ変わりはないと考えても差し支えないように思われる。初期のフランスは当事者主義 (accusatoire) の形をとっていたが、それは段々糾問主義 (inquisitoire) へと発展していったのである³²。当事者主義とは、古代ギリシャと古代ローマで使われていた概念であり、フランスにおいてはゲルマン民族の侵入によって始まり、封建時代から中世後期に至るまで維持されていた。フランスの刑事訴訟手続においては、告訴人 (被害者もしくは親戚) が重要な役割を担っていた。したがって、仮に告訴人が告訴を取り下げる場合、被告人は刑罰から免れることができたのである。手続においての主導権は個人が握るようになり、ここで発生した様々な問題を解決するため、幾つの制度が設けられた。たとえば、その一つとして、被告訴人が釈放される場合、告訴人が被告訴人を告訴したときと同じ罪名を適用し、処罰することを挙げられる³³。

一方、13世紀からは、告訴人の訴訟を補助する機関として、様々な仲介人 (代理人、les procuratores) の集団が生まれるようになった。これらの代理人は、裁判において当事者を代表する役割を果たしており、それに対抗するため、封建領主と国王もまた自分の利益を防御する必要を感じ、代理人 (un procureur) を雇うようになった。特に国王の代理人であった検察官 (procureur de roi) の制度は、14世紀半ば、フランスの刑事手続において完全に定着する。告訴人とは別の目的、つまり客観的に判断し、社会利益を代弁するという目的を持ち、起訴を維持できる権限が検察官に与えられた³⁴。

³² ジュ (注22) によると、パク・チャンホ「比較捜査制度論」2004年、p. 15を参照

³³ ジュ、前論文 (注22)、p. 30.

³⁴ ジュ、前論文 (注22)、p. 30.

中世のフランスにおいても、拷問は行われていた。有罪を認定できる証拠が不十分である場合、被告人に対して水を沸騰させてそのままかけたり、熱い鉄などで試練を与えたりする神明裁判 (ordalie) や、真相究明のため裁判による決闘 (duel judiciaire) などがまさしくそれである³⁵。

当時の糾問主義は、前述したドイツの場合と同じように、刑事手続において、裁判官の役割の増大や書面性、厳格な補強法則などを特徴としていた。こういった個人の権利が完全に無視された糾問主義の元での手続は、18世紀以降、多くの法律家から批判を浴びるようになる。17世紀に起きたフランス革命は、フランスの刑事手続に大きな変革をもたらす。個人の自由を保護するため、新たな手続が多く導入されるようになったのである。陪審制の導入、刑事裁判の公開、弁護人の援助を受ける権利を認めるといったことが主な内容となっていた。1958年、個人の自由と司法権の権限、刑事裁判の効率性を強化する内容を盛り込んだ現在の刑事訴訟法が制定されて以来、フランスでは今に至るまでも、職権主義から当事者主義へと進むため、繰り返し部分的な改正が行われている。

3 大陸法系における検察官の役割

大陸法系の刑事司法において、その大前提となるものは何であろうか。それは国家の刑罰権であるといえよう。大陸法系では、犯罪を私人間における不法行為であると同時に、国家の法秩序に対する反抗行為だと見做している。その思考の根源には、国家は国の法律の秩序を確立するため、捜査及び

³⁵ ジュ、前論文 (注22)、p. 30.

裁判という形にて真相を究明し、犯人を処罰する権限と義務を持つという理念と哲学が存在する。したがって、国家は原則として、被害者の意思とは関係なく、罪を犯したものを探し出して刑罰を課すことができ、それによって、国民の生活や財産などを保護することができるようになるのである。このように、国が社会においての法律の秩序を確立するため、犯罪者に対して刑罰を課する権限を持つことを、国家刑罰権という³⁶。

証拠能力も重要である。たとえ被告人が自ら罪を認めたとしても（最も、そもそも被告人の自白が有罪の証拠として用いられることには異論がない）裁判所は証拠法という手続を遵守する義務があり、適切な段階を経てからこそ、被告人の有罪を認めなければならない。つまり、国家刑罰権というのは、罪を犯したものに限り、その力が発揮されなければならないということである。国家は捜査と裁判をとという段階を踏んで、被疑者、あるいは被告人が実際に犯人であるか、仮に犯人であるならその犯罪行為とは具体的にどのような行われていたかといった内容を徹底的に究明し、実際に罪を犯しているものに間違いないと誰もが認定できる場合に限って（合理的な疑いがない場合限り）、その罪質に相応しい刑罰を課さなければならないのである³⁷。

ましてや民主主義国家では、国民に対して、国家が国家刑罰権を恣意的、かつ不当に行使することを阻止するため、三権分立によって統制することを原則としている。国民の人権を保障し、実態的真実を導き出すためでもある。ここで具体的な流れを簡略に説明しておく。一先ず、国会が刑法や刑事訴訟法などといった法律を作り、刑罰の根拠及び処罰を決める。次に、行政府に属する捜査機関が、そういった法律に基づいて犯罪者を探し出し、裁判所に

³⁶ ジョン・ウンソク「大陸法系及び英米法系の刑事司法手続における検察官の役割の比較研究」、2021年、p. 56.

³⁷ ジョン、前論文（注36）、p. 56.

起訴する。次に、裁判所は起訴されたものに対して裁判を行い、嫌疑の有無を確定し、その結果に基づいて量刑を決める。この流れを見て分かるように、裁判の対象となるのは、公判の前の段階において、捜査機関の捜査によって嫌疑が明らかになった上で起訴されたものだけに限られている。故に、この制度において裁判が持つ意味とは、ある意味では捜査機関の結論を再度確認するだけにとどまり、それが最も大きい意味だと考えても差し支えないのではなかろうか。したがって、被告人に対する無罪率はごく低いと見て良い³⁸。

結局、フランス及びドイツといった大陸法系における刑事司法の原理とは、次のような概念にまとめることができると思われる。まずは、犯人の発見や証拠収集といった捜査活動を、単純な治安秩序維持ではなく、刑事司法の働きとして、司法官による司法的統制におくべきだと考えているところである。次に、その主催者は裁判官と同じく、司法官で法律専門家である検察官にするというところだ³⁹。この点に着目し、それまで広い範囲に渡って行われていた警察の活動において、犯罪捜査や訴追といった領域は、司法の働きという名の下で、国の法治主義による司法的統制を受ける方向へと動くようになったのであり、その役割を、国家を代表する新たな司法官である検察官が担うことになったのである。これがフランスを初めとして構築された、検事制度による刑事司法の基本原則である。検察制度の起源は追って後述する。

³⁸ ジョン、前論文（注36）、p. 56.

³⁹ ジョン（注36）によると、バン・ヒソン「検察官の令状請求権の法的義義と妥当性に関する検討（上）」、2013年、p. 10を参照

第三節 英米法系

1 基本概念

英米法系 (Anglo-American law、common law) とは、前述した通り、ヨーロッパ大陸諸国の法体系である大陸法系と対比する概念であり、「判例」を第1次的な法源とする「判例法主義（もしくは不文法主義）」を基本としている判例法である。言葉そのものの意味としては、単なるアメリカ法とイギリス法の組み合わせだと捉えることができるかもしれないが、もはや現代においては、大陸法系と共に世界の両方系を構成する重要な役割を果たしていて、世界全域に非常に大きな影響を与えている法系だと言えるであろう。

英米法とは、イングランドの国王裁判所及び大法官府裁判所の判例を元に、それによって形成されたコモン・ローとエクイティからなる法体系が、イングランドだけでなく、その支配（旧イギリス帝国植民地など）の影響下における諸地域に広まったものだと定義することができる⁴⁰。

ではここで、まずコモン・ローという概念とは、具体的にどういった意味を持つのかというところから軽く触れることにしよう。コモン・ローという言葉は、直訳すると普通法と訳されることが多く、広い意味では英米法系を示すものとしてよく用いられる。中世以来、イングランドにおいて国王の裁

⁴⁰ <https://ja.wikipedia.org/wiki/英米法のページから検索・参照>

判所が、伝統や習慣、先例に基づいて裁判をしていたことで発達してきた法分野のことを指していて、エクイティとは別の概念であり、ここには含まれない⁴¹。

ではそもそもエクイティとは何か。現在の訴訟の手續において、その違いの色は段々薄くなりつつあると思われる。簡単に比べてみよう。コモン・ローが裁判所の判決の集積からなる判例法体系であるのに対し、エクイティは、こういったコモン・ローの硬直化に対応するため、大法官 (Lord Chancellor) が与えた個別の救済、つまり雑多な法準則が集積しているものであり、そこから違いを探ることができる。

現在の英米法の性格とは、このようにコモン・ローとエクイティからなる法の二元性をとっており、ここがまた大陸法とは区別されるところでもある。

この判例法、つまりコモン・ローがイングランド法を基盤として発展してきたことから、そのイングランド法を基礎とする英米法を「コモン・ロー」とも呼ぶようになったのである。

大陸法系が、私法の重要な部分を法律（特に法典という形で）の条文によって規定しているのに対し、英米法系は、ゲルマン族の一支流であるアングロ・サクソン法を背景として成立された、いわゆる慣習法であり、判例を第1次的法源とする⁴²。

「制定法主義」である大陸法系のドイツやフランスには、制定法としての

⁴¹ <https://ja.wikipedia.org/wiki/コモン・ローのページから検索・参照>

⁴² <https://ja.wikipedia.org/wiki/英米法のページから検索・参照>

憲法・基本法が存在するのに対し、イギリスには、特にこれといった憲法と呼べるような制定法は存在しない。判例や先例によって集積された、国の基本原則がイギリスにおける憲法とされるのである⁴³。

しかし、同じく英米法でひとくくりにして論じられてはいるが、アメリカには、制定法としての憲法が存在する。また、刑法の場合においても、イギリスには、刑法典と称するまとまった法典がない上、現在でも、ばらばらの制定法と判例法によって運用されている。ベンサム⁴⁴以来、何度か刑法典編纂への動きがあり、最近では、1989年に刑法典草案まで発表されたが、いまだ実現の運びには至っていない。同様に、刑事訴訟法の場合においても、刑事裁判法、刑事証拠法、犯罪訴追法など、個別の制定法の中に、刑事手続のルールは定められているが、まとまった形での「刑事訴訟法」という法典は存在しない。しかし、これに対してアメリカには、刑法典が存在し、その中には刑事手続に関する規定もある⁴⁵。同じく「英米法」に分類されているとしても、形式の面においては違いがあり、ここはまた非常に興味深いところである。

前述した通り、大陸法と英米法において、最も大きな相違と言えるのは、誰もが認めることでもあるが、その法源が制定法か、それとも判例法かというところである。判例法は長い歴史によって繰り返し形成されている。したがって、英米法を更に深く理解するためには、まずはその歴史からきちんと理解しておくことが最優先であると思われる。

⁴³ 村井、前掲書（注23）、p. 21.

⁴⁴ ジェレミ・ベンサム（Jeremy Bentham、1748年2月15日 - 1832年6月6日）。イギリスの哲学者・経済学者・法学者で、功利主義の創始者として有名である。

⁴⁵ 村井、前掲書（注23）、pp. 21-22.

(1) 英米法の歴史

英米法がコモン・ローとして一般的に呼ばれていることは、前述した通りである。英語の‘common’を辞書で引いてみよう。直訳すると、「共通の、一般の」などの意味である。では英米法（アメリカはイギリス法をほとんど引き継いでいるため、ここでのコモン・ローの起源はイギリス法といっても差し支えないように思われる）はどういった理由から、コモン・ローと呼ばれるようになったのであろうか。

簡略に概観しよう。コモン・ローという言葉が初めて登場し、定着したのは1250年、ノルマン征服以降、およそ200年が過ぎた頃である。それまでのイギリスの各地域では、それぞれの慣習によってその社会が運用されていた。だが、こういう状況はやがて変化を迎える。類似している事案が、地域ごとに違う規則や慣習によって結論づけられるのは正しくないと、判断されるようになったからである。その結果、各地域の慣習の中、合理的かつ妥当な慣習や規則を採択し、その慣習や規則を、すべての地域において適用するようになった。2世紀ほどの過程を繰り返し、こういう変化は自然と定着するようになっていった。こういう過程を経て、イギリスでは「すべての地域において共通として、一般的に適用される規範」といった意味で、コモン・ローという名で法を呼ぶようになったのである。

(2) コモン・ローのゲルマン法的背景

コモン・ローは、王の支配下における巡回裁判所の判決例の集積と、地方における慣習法とを合わせたものであり、これは、征服王朝の権限と、非征服民族の慣習が統合した結果ともいえる。さらに、前述した通り、コモ

ン・ローを補充するため、大法官が管轄するエクイティー・ローの制度を設け、確立したのも、まさにこのころであった。このように、12世紀半ばには、英米法の基礎が確立された。しかも、それが、地方権限をある程度尊重しながら、中央集権を強化していくという統治政策の結果であるところは、イギリスの制度において、その歴史性と政治性が窺える⁴⁶。

このように、一般的な国法という意味でのコモン・ローが登場するまでは、いわゆる地方的慣習法に過ぎなかったアングロ・サクソン法しか法と呼べるものではなく、コモン・ローの主な性質とされる王国の一般慣習 (General Custom of the Realm) は、ノルマン征服以前には存在しなかったのである。確かに、アングロ・サクソン法典 (Anglo-Saxon Codes) というものが、歴史的にこの時代において存在するが、それらのいわゆる「法典」は、現代我々が思い浮かべるような、体系的に成り立っている法典ではなく、慣習法の集約に過ぎなかった。そればかりでなく、その法典において、慣習法を体系的に宣明しているとするより、むしろ問題となった点についての法規を断片的に宣明したものに過ぎなかった。それらは、大陸における同時代の蛮人法 (Leges Barbarorum) と同じ性格のものではあったが、後者がラテン語で書かれているのに対して、「アングロ・サクソン法典」は、土着語で書かれているという点に一つの特色があった⁴⁷。

前述した通り、アングロ・サクソン法は地方的かつ原資法的性格を持っており、一般国法、つまりコモン・ローが厳格で高度の技術性を持っていたこととは大きく区別された。しかし、ここでもやはり、ある種の史的継続性 (Historical Continuity) は存在するのである。公法の分野において、国会と

⁴⁶ 村井、前掲書 (注23)、pp. 35-36.

⁴⁷ 高柳賢三『英米法の歴史と精神』書肆心水、2022年、p. 20.

王裁判所と中央官庁が、いずれもノルマン征服後に成立しているのに対し、国王制と地方制度とは、アングロ・サクソン期に遡っている。また私法の分野においても、最も典型的な動産のcattle（家畜）から、後代のchattel（動産）という言葉が生まれた。さらに、動産に関する占有をめぐる訴えに関しても、英米法と大陸法との差異はアングロ・サクソン期に遡っている⁴⁸。

2 英米における刑事手続の歴史的展開

(1) イギリス

イギリスの刑事手続において、最も大きな特異点と言えるのは、イギリスがいわゆる私人訴追主義を採用しているという点である。この点は、刑事訴訟手続での公判が、当事者主義による訴訟手続として形成されているという点とも深くつながっているとも言えるであろう。

イギリスの場合、古代、中世においては政治・社会・文化といった様々な面において、アジアやヨーロッパなどの主要国より遥かに遅れていた。他国がそれぞれ固有の法制を整備するために必死であったのに比べて、イギリスにはイギリス法と称するような一般的な実態法、もしくは手続法が存在しなかった。それは刑事法の分野も同じであった⁴⁹。ドイツを始めとしたヨーロッパ大陸において、ローマ法の影響が広まっていた一方、他国に比べて民族構

⁴⁸ 高柳、前論文（注47）、p. 20.

⁴⁹ ジュ（注22）によると、ピョ・ソンス「英米刑事司法の構造—その価値に関する新しい理解—」2004年、p. 24以下を参照

成の複雑性や、自治的といった特徴が目立っていたイギリスは、比較的その影響が小さく、地域的な慣習法がその代わりになり、長い間その運用がなされていた。12世紀、やがてフランスから陪審制が導入されたが、これがイギリスに完全に定着するまでは時間がかかり、イギリスにおいてはそれまでの間、神明裁判 (trial by ordeal) や決闘裁判 (trial by battle) 、そして免責宣誓による裁判 (trial by compurgation) が通常行われていた⁵⁰。

中世以降、ドイツを含めたヨーロッパ諸国において、国王を中心とした中央集権的な司法体制は日増しに整備されていた。これに比べて、比較的王権が弱かったイギリスは、刑事司法の多くの部分を治安判事、大・小陪審といった市民のメカニズムに委ねており、私的な手続によって刑事的な問題を扱う伝統が確立されつつあった⁵¹。しかしこういった世界中の動きからイギリスも決して例外ではなく、イギリスにおいても中央集権制は次第に確立されていき、王権は刑事的な問題にも介入しはじめた。その動きはやがてヘンリー2世の時代に至っては頂点に達するようになり、重い犯罪においての場合、当事者間で和解することまで禁じられた。けれども、糾問的な刑事手続を確立したヨーロッパ他国とはまた違って、刑事司法制度の民主化を求める市民の要求なども広く受け入れられており、その点が今日におけるイギリス独特の陪審制を発展にもつなげたともいえよう⁵²。

陪審制の点はさておきながら、イギリスの刑事司法制度の全般において、最初から被疑者・被告人の人権が十分に保護されていたわけではない。しかし、数回の市民革命を繰り返しながら、イギリスの刑事司法手続は、従前の

⁵⁰ ジュ (注22) によると、ピョ、前論文 (注49) 、p. 30以下を参照

⁵¹ ジュ (注22) によると、ピョ、前論文 (注49) 、p. 36以下を参照

⁵² ジュ、前論文 (注22) 、p. 24.

制度から、国王に比べれば少々おろそかにされがちであった市民（被告人）の人権保護、及び実態的真実の発見を第一に考える制度へと改善されていった。例えば、1640年の革命以来、政治犯に対して過酷な拷問を繰り返していた星室庁を廃止し、また被告人が自分にとって有利な証人を自ら召喚できるようにする権利も認めたことがその一例である⁵³。

犯罪を個人の問題として捉える、いわゆる私的に扱う風潮は、近代以降にも続けられた。この風潮はやがて、当事者主義という司法構造を誕生させるに至る。特に17世紀以降、数々の市民革命によって国王の絶対的権威はその姿を消し、市民による政治が確立されるようになってから、陪審の独立性と中立性もそれらの状況と伴って確保されるようになった。これをうけ、裁判所も同じく、公正かつ中立的な地位を持つようになった⁵⁴。

（2）アメリカ

アメリカの刑事司法手続は、一般的に「弾劾的」、「当事者主義」であるとされる。この二つの言葉は、実質的に同じ意味を持っていると考えられるのが普通である。しかしAbraham S. Goldstein教授によると、両方は相当な違いがあるという⁵⁵。彼はアメリカの刑事司法手続きについて、次のような見解を表している⁵⁶。

⁵³ ジュ、前論文（注22）、p. 24.

⁵⁴ ジュ（注22）によると、ピョ、前論文（注49）、p. 63以下を参照

⁵⁵ ベ・ソンボム「アメリカの刑事司法手続のモデル及び最近の刑事司法の流れの概観」2006年、p. 8.

⁵⁶ 以下の三つの段落は、ベ（注55）によると、Abraham S. Goldstein「Reflections on Two Models: Inquisitorial themes in American criminal procedure」Stanford Law Review (Vol. 26, No. 5) 1974年、pp. 1016-1018を参照

当事者主義は紛争を解決する方法と深く関連しており、競争的な裁判という手段によってその姿を表す。国家と被告人がお互いを相手として裁判をする際、個々の弁護士は証人を召喚したり、取り調べをしたりするなど、法的争点においてお互いに攻撃を繰り返す。裁判官は、彼らに比べれば比較的中立的な参加者の立場であり、証拠法の要件が満たされているか、また陪審が法によって適切な教育を受けているかなどを保障する。

しかし、当事者主義のモデルというのは、あくまでも事実を確認し、規範を裏付けする方法の一つにすぎない。取り調べなどの目的で、被告人の身体を捜索する行為から被告人を保護しているわけではなく、また法が規定している裁判官と陪審との関係、検察官・大陪審・小陪審の役割、公判前の釈放に関する権利などを必要的に含んでいるわけでもない。そういった刑事司法の伝統は、弾劾主義—つまり、当事者主義における裁判手続だけでなく、基本的な前提となる古典的な刑事手続全体におけるモデル—を反映しているのである。弾劾主義のシステムでは、軽く侵害されてはいけない、社会において非常に重要な価値を想定しており、国家は紛争、特に不名誉などといった社会的紛争から一定の距離を置くべきだという点に注目する。

例えば、被告人を起訴する者⁵⁷は、その起訴により被告人に対して、自分が無罪であることを立証する義務を背負わせることになる。したがって起訴の理由としては、自分の主張だけに頼ることはできず、合理的に見て誰もが有罪だと納得できるような証拠を提示しなければならない。こういった意味での無罪推定の原則は、弾劾主義において訴訟構造の核となる。公判前、国家は告訴人に対して、国家として必要な最小限の役割しか果たさない。簡潔に

⁵⁷ 日本と韓国においては検察官であるが、アメリカでは詩人でも起訴することができる。

いうと、こういった弾劾主義モデルは、イギリスの刑事司法において、根強く存在していた私人訴追制度とごく類似しており、問題の解決を当事者に委ねる民事訴訟を思い出させるのである。

以上のAbraham S. Goldstein教授の説明を参考とすれば、アメリカの刑事司法を支配している弾劾主義は、イギリスの刑事司法の根本と比べて大きく差がないといえる。そもそもイギリスの刑事司法からスタートしているので、そのまま受け入れたといっても過言ではなかろう。

アメリカの刑事司法は、イギリス法を継受していた時代、独創的なアメリカ法を形成していた時代として、大きく三つの時代に分けることができる。イギリスから初期アメリカへと移住したピューリタンや商人は、従前のイギリスの制度に対して根強い不満を抱えており、この状況をうけ、地域によってそれぞれ違う宗教的原理・慣習が適用されるようになった。もともと、初期の植民地社会において、適した法学の教育が行われていたとは言い難い。したがって、真つ当な法律専門家もほとんどいなかったことが理由の一つでもあったであろう⁵⁸。

以降、植民地社会は徐々に安定していった。それに伴い、より組織的な法律や制度への要求は高まった。住民の大多数はイギリスの制度に馴染んでおり、不満ではあったものの、イギリス法が新興商人及び資産家を保護することには適切だということは否定できなかった。したがって、イギリスの司法制度を基盤としてアメリカ大陸においての刑事法は形成されるようになった。つまり、公判中心主義・陪審制・刑事証拠法などの、イギリスの基軸といえ

⁵⁸ ジュ（注22）によると、ピョ、前論文（注49）、p. 67以下を参照

る刑事司法制度がアメリカにほぼそのまま導入されたのである⁵⁹。

しかし、アメリカはここで止まらず、イギリスとは違う、更なるアメリカ独特の刑事司法制度を形成していった。アメリカ法とイギリス法において最も違う点は、アメリカには真っ当な成文法が存在するという点であることは前述した通りである。アメリカは基本法を成文化することによって、被告人の権利を明文化し、陪審の権利をも強化するなど、刑事手続において適正性を保障するため、規則を整備していった。特にアメリカ各州の中でも、バージニア州が作ったバージニア権利章典は、刑事司法手続の適正性と被告人の人権を公言した人権宣言の一つとして、以降のアメリカの刑事手続の規定において掟となった⁶⁰。

イギリスの当事者主義は、アメリカの刑事司法にも相当な影響を与えた。しかしアメリカではそこからまたアメリカ独特の発展を展開するに至る。特に市民が法律家へと抱く不信感などは、やがてアメリカの刑事手続において、裁判官の権力を弱める一方、陪審の権限を強める結果を生み出したのである⁶¹。

3 英米法系における検察官の役割

英米法系において、警察が被疑者を逮捕してから取り調べができる期間は、通常48時間という、ごく短い間だけである。その以降は、裁判所による予備審問が行われ、公判において事実を確認するための様々な手続が行われる。

⁵⁹ ジュ、前論文（注22）、p. 26.

⁶⁰ ジュ（注22）によると、ピョ、前論文（注49）、p. 73以下を参照

⁶¹ ジュ（注22）によると、ピョ、前論文（注49）、p. 78以下を参照

この際、公判ではこういった一連の手続を進行するものとして、一方的な当事者ではあるが、訴追官である検察官がその役割を任せている。つまり、英米法系の刑事司法手続においては、初動捜査を行う警察と、刑事訴追を行う検察官、それから公判で訴訟を率い、量刑を判断する裁判官及び事実について判断する役割を果たしている陪審員として構成されている裁判所、こうして三つの機関がその権限を分け合っており、捜査権・訴追権・裁判権などがきちんと分立されている⁶²。

当事者主義は、英米法系の刑事司法においては触れないわけにはいけない、基本中の基本である。この当事者主義の概念に基づいて、三つの機関はそれぞれ独立的な地位を保っている。この点に鑑みると、英米法系における刑事司法の特徴とは、それぞれの機関が指揮や統制をする立場に立っているわけではなく、事前に権限を分かち合うことによって、特定の機関が刑事司法において権力を振り回すことを防止しているということであると思われる。そればかりでなく、そういった一連の手続には、市民が直接参加できる制度が整備されており、それによる地方自治及び住民自治を可能としている。刑事司法において、市民による統制が担保されているという点は大きな特徴の一つといえよう⁶³。

アメリカの刑事司法において特殊な点の一つとしては、統一した国立警察組織が存在しないということが挙げられる。連邦 (Federal)、州 (State)、カウンティ (County)、市 (City) ごとに様々な形の警察組織が存在するが、それぞれの組織はピラミッド構造ではないため、上から指揮及び監督を受けず、独自に捜査することができる。裁判所においても、また上下関係という

⁶² ジョン、前論文 (注36)、p. 57.

⁶³ ジョン、前論文 (注36)、p. 57.

のがなく、裁判官という職名においても、昇進という概念は存在しないという⁶⁴。

第四節 日本の刑事法のアイデンティティー

日本、そして韓国の刑事司法において、そのアイデンティティーを一言で定義することはほぼ不可能だと思われる。大陸法系と英米法系が深く混在しており、またそれを独自に発展させてきたからである。日本の場合、「刑法は大陸法、刑事訴訟法は英米法」といわれることが多いが、この場合の「刑法」と「刑事訴訟法」は具体的に何をさしているのか、考察する⁶⁵。

まず考察したい点は、この場合の「刑法」の意味である。果たしてこれは法律の「刑法典」を意味するか、それとも学問の「刑法学」を意味するか。刑法典の場合、明治40年に制定された現行刑法典は、確かにその当時はドイツ法の影響が強いと思われ、このことを受け、刑法は全体的に大陸法の色彩が強いといわれていた。しかし現在では、その当時の制定過程についての深い研究が進んでおり、必ずしもドイツ法の影響だけを受けている訳ではないという指摘が出てきている。その指摘とは、当時の制定過程においては、ドイツ法だけではなく、フランス法、イギリス法をはじめ、ロシア法やハンガリー法までも参照されていたということである。一方、刑法学の場合、ドイツ系法学の影響が強いことは明らかである。もし前述した「刑法が大陸法」という理論において、刑法が刑法学を意味するのであれば、その意味では、

⁶⁴ ジョン、前論文（注36）、p. 57.

⁶⁵ 村井、前掲書（注23）、p. 22.

刑法学はドイツ法系というのも正しいかもしれない⁶⁶。

日本の刑事訴訟法の場合、刑法とは少々異なる。法律の制定過程において、最も強く影響を受けたのはアメリカ法であるといえる。しかし、刑事訴訟法学という学問として考えれば、また必ずしもアメリカ法一辺倒とはいえないという。刑事訴訟法学者の中には、ドイツ刑事訴訟法の研究者が多いこともその点を傍証する。このように、刑事訴訟法の領域と刑法の領域との両領域において、英米法、大陸法が及ぼす影響とは少々異なっているということがわかる⁶⁷。

様々な議論が存在するが、どちらにせよ、日本、そして韓国の刑事制度において、大陸法系と英米法系は区別がつかないほど根強く混在しており、そのアイデンティティーを探り出すことは非常に困難だといえるであろう。現代の刑事制度を語るに於ては、それらの法系を区別することより、それぞれの長所と短所を実務において有効に活用しているという点に注目すべきではなかろうか。

第三章 歴史的発展における「検察と警察」

前章では、刑事法制の根源をなしているともいえる、大陸法系と英米法系におけるそれぞれの法系について考察を行った。両方の法系は、それぞれ前者を職権主義、後者を当事者主義と呼ぶことができ、長所と短所が共存し

⁶⁶ 村井、前掲書（注23）、pp. 22-23.

⁶⁷ 村井、前掲書（注23）、p. 23.

てとも言えるであろう。日本と韓国はどちらも同じく、こういう法系のある一方だけを受け入れているわけではなく、両方を持ち合わせて共有している。したがって、こういう面から考えると、ある法系を他の法系に比べて優れていると判断することはできない。

こういう刑事司法の歴史において、警察と検察がれっきとした捜査機関としてその役割を果たしてきたということは、誰もが否定できない事実であると思われる。ここで筆者は、刑事司法という長い歴史の中で、警察と検察は果たして、どのような段階を踏んで発展し続けてきたのかを、考察してみる必要があると判断した。

現在、日韓において築かれてきた検察制度、及び刑事司法における法律は、そのほとんどを外国—フランスとドイツを中心としている—から引き継いでいることが多い。したがって本章ではまず、その根本に遡っていき、警察及び検察の歴史を概観し、概観した内容を基本知識として、日本と韓国の場合にはどのようにして、それぞれの国々から刑事司法制度を受け入れ、発展させてきたのかについての検討を比較法的な観点から展開する。

第一節 司法警察、そして検察官

1 行政・司法警察の歴史

日本における戦前までの警察作用というのは、警察官は幅広い権限を有する内務省に所属していて、行政警察の職務を固有の権限として持っていた。

司法警察としての職務とは、あくまでも検事の指揮を受け、その補佐役として活動するに過ぎなかった。この二つの警察作用においては、目的・性質・執行主体・根拠法などの様々な違いが存在しており、行政警察と司法警察の職務を区分することは、それだけで十分な意義を持っていたといえよう⁶⁸。

戦後、行政警察のうち、保安と交通の分野の以外は、それぞれの行政機関が独自に、それらの機関における規制や取り締まりを担当するようになった。また、警察法2条1項により、警察官の捜査権限が明確に規定され、もはや警察官は行政警察としてだけでなく、第一次的な捜査機関たる「司法警察職員」としての資格を持つようになったのである⁶⁹。

では、果たして日本が戦前まで最も強く影響を受けていた、大陸法系の国—フランスやドイツ—においては、その警察活動においてどのような歴史が展開されていたであろうか。

フランスの最初の憲法ともいえる、1791年憲法は、三権分立の精神に基づき、初めて行政権と司法権の分離を宣言し、また警察作用も司法警察（犯罪捜査）と行政警察（公共の秩序維持—犯罪の予防—）の両者に分離することを間接的に示唆していた。後述するが、こういった目的・機能の違いの区分により、行政事件と一般事件における裁判所の管轄も、また分離されるようになった⁷⁰。

フランスの歴史において、司法警察作用は司法作用を意味しており、それ

⁶⁸ 加藤康榮「行政警察活動と犯罪の事前捜査（上）」日本法学、第80巻第4号、2015年、pp. 9-10.

⁶⁹ <https://ja.wikipedia.org/wiki/司法警察のページから検索>・参照

⁷⁰ キム・ヨンジュ「司法警察と検察官の捜査権の沿革について」警察法研究、第10巻第2号、2012年、p. 260.

は裁判官の権限とされていた。つまり、司法警察官は犯罪を探り出し、専門的な知識を持っている司法官である予審判事が捜査をするようになっていた。もっとも、この時期において、警察の捜査段階と、予審判事の起訴以降の段階は、厳密にいつて明らかに区別されていたわけではなかった⁷¹。

司法警察と行政警察の区分は1808年、治罪法の制定とともに廃止される。しかし、その後も理論上の区分は維持されており、やがて1951年の判例をきっかけに判例法として定着するに至る。その判例法はほぼそのままフランス刑訴法に継受される。当時の司法警察活動においては、警察史は捜査を行い、その犯罪を証明できる証拠を収集し、それに基づいて犯人を裁判所に引き渡すこととなっていた。したがって、治安裁判所と予審判事は、いずれもこの司法作用を行使することができた。そして、この両者においては、その手続が違法であった場合の救済手段として、行政警察の活動に関するものであれば行政裁判所へ、また司法警察の活動に関するものであれば司法裁判所へ訴えるという形となっており、裁判管轄の違いが明確に表れていた。それは、伝統的な立場からして、まだ行政・司法警察を区分する意義あるとされ、ドイツなどの国にも採用された。ただ、英米法系においては、そもそも行政警察と司法警察区別する概念自体が存在しない⁷²。

こういった、行政警察と司法警察の区分を継受していたドイツは、どのようにして歴史を展開していたであろうか。1794年制定されたドイツのプロイセン一般ラント法 (Preussische Allgemeine Landrecht) では、「公共の安寧と秩序の維持」という内容が、初めて警察の仕事として法律にて明らかにされた。司法はまた警察裁判所 (Polizeigericht) 及び刑事裁判所 (Krimina

⁷¹ キム、前論文 (注70)、p. 260.

⁷² 加藤、前論文 (注68)、p. 9.

lgericht)として区分されており、警察裁判所にて社会の秩序を違反した市民を、刑事裁判所にて実質的な刑事犯を裁判していた。同法では、また警察に対しても、「公共の安寧と平穩を妨害する全ての犯罪」について捜査できる権限を与えていた。「初動捜査権 (Ersten Zugriff)」と「臨時調査権 (Vorläufigen Untersuchung)」の二つに分かれたこれらの権限により、警察は初動捜査を行うことができるようになった。捜査の結果、刑事犯罪であることが明らかな場合は、刑事裁判所に身柄を移管していた (第12・13条)⁷³。

1799年、ベルリンにて、1人の警察幹部 (Polizeidirektor) と6人の警察官とで構成された捜査チームが警察裁判所に派遣された。捜査チームは犯罪捜査のため、裁判所の監督のもとですべての捜査活動や取り調べなどを行い、この活動をきっかけとして、ドイツにおいて警察は警察裁判所の刑事事件についても捜査できるようになった。これはドイツにおいての司法警察の始まりともいえよう。それから1811年、司法部と警察の間で、司法警察が独自に刑事事件を捜査できるようにする「ベルリン警察規定 (Berliner Polizeireglement)」が採択された⁷⁴。このように、糾問主義の時代において、実際に捜査を担当していた主体は警察であったといえる⁷⁵。

2 検察制度の歴史

検察官とは、誰もが承知しているように、職務の内容の全てが検察庁法により定められている、いわゆる国家公務員である。日本の検察庁法第4条によ

⁷³ キム (注70) によると、パク・ノソプ「捜査と起訴の分離及び検察・警察の関係についての比較研究」2010年、p. 35を参照

⁷⁴ キム (注70) によると、パク、前論文 (注73)、p. 143を参照

⁷⁵ キム、前論文 (注70)、p. 263.

ると、検察官の職責は次のように規定されている。

「刑事について、公訴を行い、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」

「検察」とは、犯罪を捜査し、公訴を提起し、公判を維持し、刑の執行を監督する国家の作用である。これに対し裁判とは、法の宣言であり、明瞭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⁷⁶。

検察官の刑事手続における法的地位は、国によって少々違いがあると言われている。全ての例を挙げることは不可能であるが、少しだけ触れてから進めることにしよう。

例えば、日本の検察官は訴追機関であると同時に捜査機関でもあり、実際には補充的な捜査にとどまることが多いが、検察庁法第6条や刑事訴訟法第191条の規定に基づき、大型経済犯罪や政界絡みの汚職事件等、単独で犯罪の捜査を行う場合もある。ただし、実力を持って「犯罪を予防鎮圧する（行政警察活動）機能」は有していない⁷⁷。アメリカの場合、警察の捜査と公訴の提起の前に、予備審問（Preliminary hearing）という手続きを行い、また公訴提起も、その提起の可否を市民の中から無作為に選ばれた陪審員を以て構成さ

⁷⁶ 田和俊輔「行政機関としての検察制度」鳥取大学教養部第5巻、1971年、p. 21.

⁷⁷ <https://ja.wikipedia.org/wiki/検察官のページ参照>

せる大陪審（または起訴陪審、grand jury）に決定させる。これは州による起訴独占を排除し、民意が起訴を正当とするときに限って、初めて、検察官が起訴するという制度上の建前だといえる⁷⁸。ドイツの場合、イギリスやアメリカとは違って、刑事手続において検察官は当事者（Partei）ではない⁷⁹。一方、フランスにおける検察官は、広い意味での司法官に入り、告訴、告発を受理し、その処理を規定する権限を認められ⁸⁰、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、それに関連する全ての告訴（検察官の）、公式報告、証拠を治安判事に送付することを義務付けられている。このことは、日本の検察官が原則として公訴管であり、公訴を提起し、公判を維持する上に必要な限度で、いわゆる補充操作が認められ、第一次的の実態捜査は司法警察職員によることを原則としているのと、著しい相違を示すものである⁸¹。

検察制度の誕生の背景には、捜査・訴追・裁判が混在していた糾問主義に対する反省が根強いと言わざるを得ない。その反省から、訴追権と捜査権を裁判権から分離し、その中で起訴権を検察官に委ねたのである。

検察制度の歴史について考察するためには、まずフランスの歴史から辿って行かなければいけない。コモン・ローが支配している英米法系において、検察制度は多少馴染めない制度であった。

一般的に、刑事事件において国家機関、つまり検察官が被告として関与す

⁷⁸ 田和俊輔「犯罪捜査ならびに公訴担当機関としての検察官と司法警察の関係は如何になるべきか」1973年、pp. 21-22.

⁷⁹ 田和、前論文（注75）、p. 23.

⁸⁰ フランス刑事訴訟法第40条

⁸¹ 刑事訴訟法第189条、警察法第2条及び田和俊輔「準司法機関としての検察制度と司法警察の関係」、1972年、p. 53.

るようになったのは、14世紀、フランスにおいて国王（国庫）の利益を擁護するために設けられた「国王の代官（procureur du roi）」制度からであると言われている。フランスでの国王の代官の始まりは国王の個人的な利益を保護するためであった⁸²。しかし、国家権力はますます強大化していき、16世紀以降、国家や社会の公益の擁護のための任務まで与えられるようになったのである。裁判所に付置されて人民からの告訴、告発を受け、犯罪の捜査を行い、裁判所に犯人の処罰を申し立て、刑を執行する他、公益の代表者として民事訴訟に立ち合い、司法行政事務を監督する訴追官としての権限が与えられた⁸³。18世紀のフランス革命以降、イギリスの法制による陪審制が導入された時期もあった。この時期は国王の代官の代わり、国民によって選出された公訴人（Accusateur）が訴追権を持っていたが、公訴人による起訴陪審制度は順調に運用されなかった。結局、起訴陪審制度は廃止され、ここで新しく誕生したのが「政府の代官（Commissaire du gouvernement）」という制度である。その後、1808年11月27日、治罪法（犯罪捜査法、Le code d'instruction criminelle）が公布され、「検察官」制度が確立された。この法の制定により、従来の「政府の代官」から「皇帝の代官（procureur impérial）」へと名称が変更されたが、共和制になってからは現代の形の検察制度が維持されてきている⁸⁴。

1800年代、ドイツはこういったフランスの検察制度を受け入れた。第2次大戦までのドイツの制度が、極めて糾問主義的であったのも、このためである。すなわち、フランスの検察制度は、他のナポレオン法典とともにラインランドにまず導入された。それが間もなくドイツ諸州に及んだのである。ここで

⁸² ジュ、前論文（注22）、p. 119.

⁸³ https://www.kensatsu.go.jp/kensatsu_seido/ ページ参照

⁸⁴ ジュ、前論文（注22）、p. 119.

注目すべき点は、ドイツがフランス制度を全面的にはではなく、検察官が法の守護者という一面を引き継いでいるということである。検察官の職務を公訴提起に限定し、裁判所を検察官から独立させ、そうすることによって政治的権力の影響から独立した判決を維持できると考えられた⁸⁵。つまり、従来の糾問主義的であった刑事手続から、糾問判事が独占していた捜査権限と裁判権限を分離し、検察官に捜査権限と訴追権限を与えたのである。これは検察官が法律の監視者として、被疑者の権利を保護し、警察に対する法治国家としての統制を実現できるという政策的動機からであった。その後、ドイツ帝国において新たに制定された1879年の裁判所構成法には、フランスと同じように統一された検察制度が規定されたが、フランスの検察官より広い範囲にわたって捜査権が認められるようになったのが大きな特徴である。1974年、ドイツにおいての予審制度は廃止された⁸⁶。このような予審制度の廃止により、検察官は強制処分権を持つようになり、これにより初めて、ドイツの検察官が捜査の主催者として登場したのである⁸⁷。

警察の検察の関係の歴史において、主として次のような特徴が現れていると考えられる。大陸法系においては、捜査機関は一般的に政治権力によって統治できる手段として利用されることが多い。したがって、こういった支配をより可能とするため、上下関係である場合が多い。一方、英米法系においては、捜査機関はそれぞれの独自性を持っており、権力分立・地方分権の原理にしたがって相互に協力し合う体系をとっている。

⁸⁵ 田和俊輔「ドイツの検察官と司法警察の関係史及び西ドイツの現在の問題点」1981年、p. 77.

⁸⁶ ジュ、前論文（注22）、pp. 120-121.

⁸⁷ ジョ・グク「検察官の捜査指揮権に関する研究」2010年、p. 34.

第二節 韓国の刑事法制の歴史的発展

韓国の司法制度の歴史の中で、検察が初めて近代的な意味を持ってその姿を現したのは1894年の甲午改革であるとされている。改革の一環として制定された「裁判所構成法」は韓国の近代的な司法制度の始まりとなった⁸⁸。日本の検察制度から深く影響を受けていたこの法律では、検事を裁判所の職員と規定し、捜査権と起訴権を与えていた。

朝鮮が日本の植民地下にあった時代、朝鮮の検事が持っていた警察に対する捜査指揮権・直接捜査権は十分に働いていなかった。様々な理由があったとされているが、最も大きい要因としては、検事の数が警察の数に比べて少なかったことが挙げられている。したがって、この時代における朝鮮の検事は、警察の捜査に完全に依存しており、事件を法院に渡すことだけに力を注いでいた⁸⁹。

戦後、日本はアメリカの影響を強く受け、同国の主導のもとで、従来の検察と警察の様相を上下関係から相互協力関係へと変えていった。韓国も日本と同じように、いわば「アメリカ式」のモデルに従い、警察に1次的捜査権を、検察に公訴の提起・維持権を与えようとする法律などが整えられた。この動きは警察と検察を捜査・起訴の両側に分離し、人権を保護し、捜査機関が互いに牽制し合い、またバランスを保っていくことを重視しようとする政策の表現であったといえよう⁹⁰。

⁸⁸ ムン・ジュンヨン「法院と検察の誕生」歴史批評社、2010年、p. 166

⁸⁹ 詳細は次のページを参照、https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/912106.html
「124年の検察権力、日本が生み出し、保安法が育てた」ハンギョレ新聞、2019年10月11日

⁹⁰ シン・ドンウン「捜査権の帰属に対する沿革的な考察」2001年、ソウル大学法学研究所、p. 210.

しかし当時の警察は検察に対して非協力的な姿で一貫しており、これに対して国民の不信感の日増しに強くなっていった。こういう当時の韓国の検察と警察の激しい対立の中で、それまで無差別に行われていた警察の人権侵害行為などに疲れきっていた国民は自然と検察側の味方になっていった。こういう国民の支持を養分とし、検察を筆頭とした韓国の法曹系は検察を中心として捜査体制を再建することを出張することに至る。これには検事が捜査権を取り戻し、より警察に対して具体的に統制できるようにすべきだという議論が含まれた⁹¹。結局アメリカ側はこういう意見を受け入れ、1948年7月、韓国では日本の「新検察庁法（1947年4月制定）」を参考とした新しい法律の「検察庁法案」が誕生する。この法案はやがて1949年12月20日、「検察庁法」としてまとめられる⁹²。この法案の完成により、それまで検察が主張してきた「刑事事件において、いかなる犯罪でも直接、または司法警察官吏を指揮して捜査し、その結果によって公訴の提起または不起訴処分をし、公判の維持に必要な事務を行う」ことが可能となったわけである。

韓国で刑事訴訟法が制定されたのはおよそ70年前の1954年9月である。この刑事訴訟法は、キム・ビョンロ当時大法院長が日本の刑事訴訟法を参考として作成した「刑事訴訟法政府案」からきているとされている⁹³。ただこの法案を見ればわかるように、当案は日本の新刑事訴訟法やアメリカ式ではなく、どちらかといえば日本の従来の大正刑事訴訟法に近く、大陸法系を基本としながら、英米法系の長所を受け入れる方向でまとまっている⁹⁴。当時、刑事訴訟法の草案に関する公聴会では、検察と警察の関係を見直し、「捜査と起訴は分離すべきだ」という議論が再び争点として浮上していたらしい。これに

⁹¹ ムン、前掲書（注88）、p. 671.

⁹² キム・ヨンテ「韓国の憲法と検察制度」2014年、p. 180.

⁹³ ユ・ジュソン「捜査と起訴の分離のための争点と課題」2018年、pp. 155-156.

⁹⁴ シン・ドンウン「制定刑事訴訟法の成立経緯」、2004年、p. 205.

対してハン・ギョクマン当時検察総長は、「理論的に考えれば、法理上その意見はご最もだと思う。しかし今の時点でそれはまだ早い話で、少なくとも100年は経たなければいけないだろう」と発言していたとされている。

1948年7月に制定された韓国の第1号憲法であった「制憲憲法」では、「捜査機関は法律の定めるところにより、令状の交付を請求することができる」としていた。ここでもわかるように、当時は検事だけが令状の請求権者ではなく、検事以外の捜査機関も令状を請求ことができると解釈されていた。この条項は韓国の軍事政府にて数回に渡って行われた憲法の改正により、やがて1972年12月27日、「逮捕・拘禁・押収・捜索には検事の要求によって法官が発布した令状を提示しなければならない（大韓民国憲法第12条第3項）」、「住居に対する押収や捜索には検事の要求によって法官が発付した令状を提示しなければならない（同法第16条）」と規定することによって、令状を発付できる要件として「検事の要求」が必要であることを憲法にて明確に規定するに至った。この規定により、韓国の憲法に初めて「検事」という言葉が登場したとされている⁹⁵。また同規定は、憲法によって設置されたわけではない韓国の検察に、少なくとも憲法が規定している機関としての地位を持たせたこととして意味を持つ。結局刑事訴訟法の改正することだけでは令状請求権者を変更することは不可能となったのである⁹⁶。今回の検察改革で令状請求権者を変更することが対象外となったのはこのためである。

軍事政府のもとで、韓国の検察と警察はほぼ上部の権力を守るための道具として扱われていた。特に法務部長官と検察総長といった検察を動かせる職には軍事行政に詳しい軍人が就き、上部の手と足となって動いた。警察はま

⁹⁵ キム、前論文（注92）、pp. 183-187

⁹⁶ シン・ドンウン「令状実質審査制度の実施と令状主義の新しい展開」1996年、p. 40以下

たそういう検察の指示を受け、権力に忠誠する姿で一貫していた。こういう状況はやがて「司法の検察化」、「検察の警察化」、「警察の軍人化」現象を生み出し、国民の検察と警察に対する不信感は日増しに強くなっていく一方であった⁹⁷。民主化される前の韓国の刑事司法は、いわば暗黒時代であったといえざるを得ないだろう。全ての国民は監視され、行動を統制されていた。そしてその統制の真っ先に立っていたのは、残念ながら上部の指示に従って政治的に動いていた検察であったのである。

韓国の民主化と共に、それまで権威的な雰囲気浸っていた検察制度にも変化の風が吹き始めた。真の意味での1990年代を開いたと評価されるキム・ヨンサム元大統領の文民政府にて、検察を改革しようとする試みはようやく動き出し、それは今に至っている。検察改革というキーワードは常に存在し、どの大統領も主な政策として出張してきたテーマでもあった。しかし2020年、大幅にわたる検察改革が行われる前までは、さほどの変化はなかったといっても差し支えないと思われる。

第二節 日本の刑事法制の歴史的発展

日本の歴史において、刑事法制は様々な変化を繰り返し、今のような安定した制度に至ったとされる。現在の韓国の刑事法制において最も話題となっている「検察と警察の協力関係」もまさしく、日本では随分昔からその規定が存在しており、今に至るまできちんと運用されていると評価されている。

⁹⁷ キム、前論文（注21）、p. 188.

現在、韓国の刑事法制は過渡期であり、したがってこういった状況での日本の刑事法制について考察することは、とても有意義だと思われるのである。

このことに踏まえ、本節ではまず、明治以前、中国の律令制度を継受していた時代から始まり、現在の刑事法制に至るまでの日本の歴史を詳しく考察していくことにする。

1 明治以前

日本における刑事法制の始まりは、中国の隋、唐の律令を継受することからきているとされている⁹⁸。日本における裁判の原初形態として、日本書紀に、クカタチ（盟神探湯）という一種の神判の存在したことが記されている。その後、中国の律令制度を継受した法定証拠主義にとって代わる。西暦718年の養老律令は、その前身である大宝律令（701年）と同じく中国法系の換推制度（除斥・忌避制度、拷問制度、三審制度をもち、裁判は法の明文によるべしとの法条も有していたが、断罪するには自白が必要とされた。そのために拷問が重視された。徳川時代の拷問制度も、被疑者の自白をあくまでも追及するという糺問手続のあらわれであったが、これはこのまま、日本における近代化の幕開けたる明治初期においても、新律綱領（1870年）、改定律例（1873年）に受け継がれた⁹⁹。

平安朝時代に新たに置かれた「検非違使庁」によって、刑事法制は一変していった。それは、民衆の犯罪を捜査し、証拠を収集して犯人を弾劾後、訴

⁹⁸ 加藤、前論文（注68）、p. 73.

⁹⁹ 白取裕司『刑事訴訟法（第10版）』日本評論社、2021年、p. 21.

訟から行刑まで行うという今の警察・検察そして裁判官等の全ての役割を担う強大な権限を有する令外官(律令制下における規定外の官職)の官署であった。しかし、その職制の内容は、必ずしも分明ではなく、職権主義、糺問主義による刑事手続であって、拷問も広く行われるようになり、これが中世・近世へと引き継がれていった¹⁰⁰。

その後、刑事法政は独自の発展を遂げることになる。江戸時代において「吟味筋」と称されていた刑事訴訟法は、幕府の直轄地において奉行(寺社・町・勘定の三奉行)を置き、各所管の訴訟を担当させていた(諸大名はその領地内での裁判権を有していたが、全国的に統一はされていなかった)。町奉行にあっては行政・司法・警察等を掌った。支配下の与力をして、警察事務を行う部下の町同心やその手下の岡引きを指揮して事件の捜査、罪人の探索に当たさせた上、罪人を追補・召喚し、これを糺問(取調べ)審理の上で裁判するという、日本独自の刑事手続が誕生しつつあったのである¹⁰¹。

2 明治以降から戦前まで

(1) 治罪法

日本における最初の近代的刑事訴訟法は、1880年公布された、フランス法の影響を強く受けている、予審制度をその内容の一つとする治罪法とされている。

¹⁰⁰ 加藤、前論文(注68)、p. 73.

¹⁰¹ 加藤、前論文(注68)、p. 73.

その時代、日本では、明治維新を迎えて中央集権体制を整え、四民平等化され裁判権も統一されて近代的な司法制度が定着しつつあった。明治元年(1868年)三月に明治天皇が明治新政における基本政策五カ条(有名な「一、広く会議を興し、万機公論に決すべし」の条等の五カ条)のいわゆる五箇条御誓文を宣布し、それが翌月に政体書(組織法)として具体化され、「天下ノ権力総テコレヲ太政官ニ帰ス。則チ政令ニ途ニ出ルノ患無カラシム。太政官ノ権力ヲ分ツテ立 法・行政・司法ノ三権トス。則偏重ノ患無カラシムナリ」とし、司法権も三権の一つとして独立することを目標としつつも(官吏公選制導入も謳う)、明治二年には律令系法制の弾正台や行部省(中央司法機関)の復活がなされた。しかし、これも明治四年に廃止され、これらに代わって司法省が設けられ、裁判所、検事局、明法寮の三省務を管掌することとなった。そして、明治八年(1875年)に司法権独立の礎となる大審院を頂点とし、下級裁判所としては 上等裁判所・府県裁判所を置く系統的ピラミッド型の三審制になる裁判組織を制定した。また、その翌年には改定律およそ令第三一八条の「凡 罪ヲ断ズルハ口供結案ニ依ル」との規定を、太政官布告により、「凡ソ罪ヲ断ズルハ証ニ依ル」と改定して証拠裁判主義を掲げ、また法定証拠主義から自由心証主義への改革が示された。更には、明治一二年(1879年)の太政官布告において、拷問の規定は明文を以て廃止された¹⁰²。これにより、自白に代えて「証ニ依ル、すなわち自白以外の間接証拠等にもとづいて(有罪)判決ができることになり(自由心証主義)、拷問制度を支えてきた法定証拠主義という支柱は失われたのである(手塚豊『明治初期刑法史の研究』[慶應通信、1956年]140頁)¹⁰³。

¹⁰² 拷問の廃止に大きく貢献したのは、御雇い外国人、ボワソナードであったという。白取、前掲書、p. 21.

¹⁰³ 白取、前掲書(注89)、p. 21.

ここから治罪法は登場する。明治期の法制度は、御雇い外国人として来日中のフランス人法学者、G. ボワソナードの指導により、民事法・刑事法において精力的な立法作業が進められた。この過程で一時、検事制度に類するものとして律令制の弾正台を復活したこともあったが、明治5年(1872年)8月、司法職務定制を以て検事の職制を定めた。そこでは検事の公訴官としての位置付けを示していた¹⁰⁴。

こうして、明治13年(1880年)7月、フランス刑事法制の継受法である治罪法が太政官布告で制定されたのである¹⁰⁵。この治罪法は、前述したように、日本における最初の近代的刑事訴訟法典でもあり、1882年1月から施行された。

同法の原案起草者であったボワソナードは、フランス治罪法典を中心に、ドイツ、オーストリア、エジプト等の諸国の法を参考にして全650箇条の仏文の草案を書き上げた。これが翻訳され、元老院、内閣で修正を加えて、全480箇条の治罪法ができあがった（石井良助編『明治文化史2法制編』〔洋々社、1954年〕436頁以下）¹⁰⁶。

治罪法の内容のうち、注目すべき第1の点として、私訴の制度がある。これは、フランス法の私訴制度にならったもので、犯罪で損害を受けた被害

¹⁰⁴ 第31条の「検事ハ裁判ヲ求ムルノ権アリテ裁判ヲ為スノ権ナシ」で示していたが、翌年の断獄則例では「判事専ラ推問ニ任ジ、解剖口供ヲ登記シ、検事傍ニ在リテ査核ス」と規定していて、検事の公訴官としての職制の内容は必ずしも明らかではなかった。ところが、明治7年の太政官達になる検事職制章程司法警察規則では、その第二章前文で「検事ハ犯人ヲ検探シ良ヲ扶ケ悪ヲ除クノ職トス」とした上、第七条で「検事ハ原告人ト為テ刑ヲ求ムルノ権アリテ裁判ヲ為スノ権ナシ」と明記するなど、検事の公訴官としての位置づけをはっきりさせた。しかし、これはなお徹底せず、裁判所が検事の公訴を待たないで職権で審判を開始する例も出てきたため、明治11年(1878年)6月の司法省達により、裁判は検事の公訴がなければ開始してはならないことを徹底させ、以後これが定着した。加藤、前論文（注68）、p. 75.

¹⁰⁵ 加藤、前論文（注68）、p. 75.

¹⁰⁶ 白取、前掲書（注89）、p. 22.

者が損害の賠償を求める訴え（私訴）を、公訴に附帯してなすことができた。

予審判事は、検察官の起訴がないときでも「公訴私訴を併せて受理」するものとされ（110条2項）、検察官の起訴独占の例外をなしていた。第2は、予審である。治罪法の予審は、1875年の判事職制通則以来行われていた起訴前の「下調べ」（一種の予審）をやめ、起訴後の予審のみを規定する¹⁰⁷。この制度は、フランス革命の反動期における糺問手続の一部復活の例とされている。予審制度は、明治9年の司法省達になる糺問判事職務仮規則において、既に各府県裁判所に判事又は判事補の中から糺問掛判事を置いて、一種の起訴前予審を実施していたところを、治罪法第113条では、検事の起訴後における公判準備手続としたものであった。同条では、「現行ノ重罪軽罪ヲ除ク」とするが、現行犯については検事の起訴手続を待つことなく、予審判事の検証調書の作成を以て公訴を受理したものと見做すものであって、予審が起訴後における手続であることは明らかであった。以後、この起訴後の予審制度は戦後の刑訴応急措置法で廃止されるまで続いたのであった¹⁰⁸。予審判事は、検事または民事原告人の起訴があったときは、被告人を呼び出して尋問し、必要なら被告人の身柄を拘束するほか、真実発見のため必要な証拠収集も行う。予審中は、被告人尋問はもっぱら予審判事が行い、検察官が関与することはない。第3は、ボワソナード草案にあった陪審制が、内閣における審査の結果、井上毅の強い反対にあって削除されたことである。裁判は天皇の名においてなされるべきだとする明治政府のもとで、陪審制が実現する余地はなかったのである。日本における陪審制の導入は、第1次大戦後の資本主義の急激な発展、ブルジョア化の進行を背景とする大正デモクラシーの到来を待たなければならなかった¹⁰⁹。

¹⁰⁷ 白取、前掲書（注89）、p. 22.

¹⁰⁸ 加藤、前論文（注68）、p. 76.

¹⁰⁹ 白取、前掲書（注89）、p. 22.

同法により、検事による国家訴追主義、不告不理の原則、証拠法の制定が体系的に規定された。ただ、フランス法の影響を強く受けており、公訴に関しては、検事が行う場合のほか、重罪軽罪の被害者が公訴に付帯して私訴(民事原告)をなしたときは、公訴・私訴を併せて受理するものとされた(第110条)。また、現行犯事件、付帯事件及び公判廷内の事件については、不告不理の原則の例外が認められた(第113条、第276条)¹¹⁰。

(2) 明治刑事訴訟法 (旧々刑事訴訟法)

1899年、日本における大日本国憲法の制定をはじめとし、治罪法を改正する必要が生じてきた。そこで新たに編纂された刑事訴訟法が、明治23年の1890年10月に公布された明治刑事訴訟法である。同法は、同法は、治罪法第二編・裁判所の構成が省かれ、編別が一部再編されたほかは、治罪法の条文をそのままか多少の訂正を施しただけで起草された¹¹¹。治罪法の上訴制度での不合理部分等は改正されたものの、治罪法の根本的な修正はなかった¹¹²。明治刑事訴訟法もなお、フランス法系といえよう¹¹³。

(3) 大正刑事訴訟法 (旧刑事訴訟法)

日本における刑事訴訟法は、その後さらにドイツ法系の色彩を強く帯びるようになっていった。大正11年(1922年)、大正13年1月1日施行のいわゆる大

¹¹⁰ 加藤、前論文(注68)、p. 76.

¹¹¹ 白取、前掲書(注89)、p. 23.

¹¹² 加藤、前論文(注68)、p. 76.

¹¹³ 治罪法がフランス法に習った私訴制度を有していたのに対し、明治刑訴法が認める「私訴権」は、あくまでも公訴権に附帯するもののみであった。白取、前掲書、p. 23.

正刑事訴訟法は、まさにドイツ法学の影響を受けたものとなった。この明治2、30年代以降は、やがて大正デモクラシーといわれる自由主義的風潮の昂揚期前夜、宿因となる諸々の制度や思潮の改革が大正年間に試みられた時代でもあった¹¹⁴。日清戦争（1894年）、日露戦争（1904年）を経て、日本においての政治・社会・文化といった各方面にてその動きはさらに強まり、国家の治安に対する政策もこれに伴って強化された¹¹⁵。こういった大正デモクラシーを背景として、人権保護ないし弁護権保障のための諸規定が登場した点は、注目すべき変化といえよう。まず、予審段階から被告人は弁護人による防御を受けることが可能になり、また弁護人の諸権利も明文化された。どのような場合に必要的弁護事件になるかについても、「死刑又ハ無期若ハ短期1年以上」¹¹⁶と明定されたほか、弁護人の、公訴提起後の記録閲覧・謄写権、接見制限の禁止、被告人の黙秘権などが定められた。ただし、現行法と比べると、証拠能力の概念はなく（若干の証拠提出の制限はあった）、裁判官は、予審を経た事件では予審判事から、そうでない事件では検察官から送られる全記録を自由にみることができた。予断排除への配慮、強力な検察権限への抑止などの要素はみられない。むしろ逆に、要急事件と裁判上の捜査処分の新設、起訴便宜主義の明文化からみてとれるのは、糺問主義的検察官司法への転換ではないか、と指摘されている（小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』[日本評論社、1976年] 14頁、454頁等）。上にあげた人権保障の諸規定も、実効性の乏しいものであったようだ¹¹⁷。

戦前の刑訴法の基本原則は、大陸法に由来する職権主義であり、直接主義・口頭弁論主義であった。職権主義とは、戦後の当事者主義の対立概念に

¹¹⁴ 加藤、前論文（注68）、p. 76.

¹¹⁵ イ・ジョンミン「日本の捜査制度の運営とその前提」刑事法の新動向第60巻、2018年、p. 186.

¹¹⁶ 大正2年「犯罪捜査に関する法律案」

¹¹⁷ 白取、前掲書（注89）、p. 23.

なるものである。刑事手続の公判審理においては、裁判所が主宰者となり、証拠収集、証人尋問など、証拠調べ等の権限を集中的に主導して、真相究明を迫るのが訴訟原則であるところ、これは職権審理主義とも称される。当時のドイツ刑訴法の影響を受けたもので、具体的な審理追行として直接主義・口頭弁論主義の考え方も導入された。直接主義(直接審理主義)とは、「公判廷で直接に取り調べられた証拠に限って裁判の基礎とすることができる」ものとする訴訟原則である。糺問訴訟では書面に基づく判決という性格が顕著であるところ、この弊害を克服するため、フランスでは審理の公開と口頭主義の採用が、そしてドイツでは書面審理が間接的であることから直接主義の原則が示されたという経緯があつて、我が国もこれに影響を受けたとされる。旧刑訴法第343条は、「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニ依リ作成シタル訊問調書ニ非サルモノハ左ノ場合ニ限り之ヲ證據ト為スコトヲ得」との原則を規定する(同条での「左ノ場合」の例外の場合とは、①供述者の死亡と疾病等で供述者の訊問ができないときのほか、②訴訟関係人に異議がないときである。)。このように、法令による訊問調書に証拠能力が認められ、その他の例外規定も置くことから、必ずしも直接主義が徹底されていたわけではなかったものである。また、裁判所は直接審理において口頭によって提出された訴訟資料により、かつ当事者の弁論(主張・立証・意見陳述)によって、審理を迫るべきとする口頭・弁論主義と結びついてきた。このため、当初直接主義も口頭主義も一体のものとして扱われていたとされる。しかし、直接主義は裁判所と証拠との関係を重視してこれを規律するものであるのに対し、口頭主義は公判廷における関係人のコミュニケーションの問題であるので、両者の違いは正確に認識しておく必要がある¹¹⁸。

¹¹⁸ 加藤、前論文(注68)、p. 77.

この時代において、検察官は公訴権を独占しており、予審調書はその大半が検察官の作成した長所のコピーであった。その後の後半においてもまた、これらの予審調書は決定的な決め手となっていたため、公判は事実上、予審調書を追認する過程に過ぎなかった。このように、日本の大正刑事訴訟法において、検察官は強力な捜査権限を持っており、公判は検察官が支配する、いわゆる糾問主義的手続の色彩が強かった時代だったといえよう¹¹⁹。

(ア) ここで、現在まで続いている、日本の刑事訴訟法において大きな特徴の一つでもある、検察官の有する公訴権（いわゆる起訴便宜主義）がどのような経緯を経て定着するようになったのかについて、紙面が許す限り触れさせていただきたい。日本における刑事手続、さらに検察制度を深く知るためには、欠かせない考察だと思われるからである。

この検事(検察官)が有する公訴権については、治罪法時代から起訴法定主義と解されていた。ところが、実際的には起訴便宜主義が取り入れられてこれが慣行化し、やがて明文化され定着していったという歴史的経緯がある。しかもこれが戦後の改正期にも変わらずに今日に至っているということである¹²⁰。

日本においては、治罪法以来、当初検察官の公訴権は現在のドイツ刑訴法と同じく起訴法定主義(改正前当時は「合法主義」と称していた)になると解されていた。ところが、明治18年には既に刑務所の定員過剰から予算不足となったため、微罪不検挙として起訴の例外を設け始め、それが拡大されてい

¹¹⁹ イ、前論文(注105)、p. 186.

¹²⁰ 加藤、前論文(注68)、p. 85.

って明治41年12月には司法大臣訓令で「起訴猶予裁量」として発展させ(刑事統計年報に「起訴猶予」との欄が設けられたのは明治42年からである。)、以後これが起訴便宜主義(改正前当時は「任意主義」と称されていた。)の権限として慣行化していった。そして、大正刑訴法でこの起訴便宜主義が明文化されたものである¹²¹。しかしその改正案は、なかなか成立せず数次にわたる法案提出の末に成立した。その大正の初めの改正案の第289条では、「検事ハ犯罪ノ情状ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」と規定し、これに先立って第285条1項として「検事犯罪ノ情状ニ因リ被告人ニ対シ不起訴処分ヲ為シタル場合ニ於テ其処分時ヨリ二年ヲ経過シタルトキハ同一事件ニ付キ之ヲ予審ノ被告人ト為シ又ハ之ニ対シ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス」との規定も置いた。これに対しては、当時大審院検事局は、これは公訴提起について合法主義を採用するものではなく、他の規定の趣旨、殊に右改正案第285条で既に明らかだから特に本条(第289条案)を設けてこれを宣示する必要はないとの意見を表明した。また、大審院(裁判所)は、本改正案の如く絶大な権限を検事に認めるのは世界無類であること、被害者の告訴権の効力の減殺甚だしいこと、訴追権の行使不行使の当否に関し政治上の責任問題を喚起すること、のみならず刑罰権の運用に対する人心の信服を害する虞があることなどの理由を挙げてその明文化に異議を唱えた。また、弁護士会(神戸)も、訴追必要の有無を独り検事の判断に委ねるとするならば、国家の刑罰権は検事の左右する所となり、生殺与奪の権は全く掌中に帰するという不合理が生ずること、したがって犯罪があれば必ず起訴して裁判所が科刑上執行猶予の手段によりあるいは免訴の規定を設けることがよいなどとして改正案に反対していた。そして学者側からも、法定主義を採った上で予審を経た重大事件では裁判所が起訴不起訴を決する主義とするとか、法文で絶対に

¹²¹ 大正刑訴法第279条。現行刑訴法第248条もほぼ同じ規定

起訴すべき犯罪と起訴不起訴の判断を検事の任意とする犯罪とに区分すべきとか、あるいは現行法の準起訴手続によるべきとの案などが提言されていた。こうして、結局大正10年の準備草案が基になって帝国議会で成案(第279条「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情况ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」)として成立したという明文化の経緯も確認しておくべきであろう。この起訴便宜主義の明文化直前には、大隈重信内閣の大浦兼武農商務大臣が法案成立のために代議士を買収した事件の処理を巡って、検察が司法大臣の指揮指導によってその起訴を断念したことから、大方の批判を受けたという時代背景もあったことである。したがって、この起訴便宜主義を敢えて明文化すれば、検察がその処分の責任を一身に背負うこととなるとの懸念が大審院の検事局にあり、また裁判所の反対意見の含意でもあったと解され、しかしそれでも当時の明文化の提案理由にもあったが、この起訴便宜主義は慣行化して定着しており、明治後期以降の長い実務の積み重ねで基準も固まって妥当な運用がなされていたものである¹²²。

3 戦時から終戦、そして現行刑事訴訟法の成立に至るまで

(1) 戦時における刑事手続の動き

1923年、原敬(暗殺後は、高橋是清)政友会内閣の推進のもとで、陪審

¹²² 加藤、前論文(注68)、pp. 85-87.

法が制定された。しかしこの陪審法は、戦時治安体制の確立と戦争の激化の中で、1943年に「停止」させられ、今日に至っている（裁3条3項参照）¹²³。

陪審法制定の2年後である1925年、治安維持法が制定された。同法は、国体変革と私有財産制度の否認を目的とする結社行為およびその周辺行為を処罰することをねらいとするものであったが、その規定は非常に曖昧であった上、どのような拡大解釈も可能なものであった¹²⁴。

戦時において、日本の刑事手続も戦時ファシズム体制に支配されつつあった。1941年の治安維持法の全面改正や国防保安法（同年公布）の制定、1942年、戦時刑事特別法の制定、および裁判所構成法戦時特例改正、1943年、同法改正、および陪審法停止、1945年の戦時刑事特別法の改正など一連の戦時刑事手続立法などがまさにそれである。

検察官に強制権限を集中するこのシステムを糺問的検察官司法と呼ぶが（小田中・前掲『刑事訴訟法の史的構造』163頁）、チェック機構のないままに警察権限の濫用が広く行われていたことも、この時代の重要な特徴であった。そして、このような戦時刑事手続を支えるイデオロギーは、日本法理研究会（小野清一郎主宰。団藤重光の名もある）が著した『日本刑事手続要綱』（1943年）にみることができる。そこでは、①検事への全面的強制捜査権の付与（ただ、予審は存置）、②保釈の例外化、③被告人の真実供述義務の明定、④択一的事実認定の是認、⑤控訴の廃止、⑥不利益再審事由を利益再審並みに拡張すること、などが提案されていた。以上のような戦時ファシ

¹²³ 1943年の陪審法の停止に関する法律の附則に、「陪審法ハ今次ノ戦争終了後再施行スルモノ」としていたが、今日まで「再施行」の気配はない。2004年に立法化された裁判員制度は、あらゆる意味で、陪審法との連続性をもたない。白取、前掲書（注89）、pp. 23-24.

¹²⁴ 白取、前掲書（注89）、p. 24.

ズム体制下の刑事手続は、1945年の敗戦とポツダム宣言の受諾まで続いた¹²⁵。

(2) 終戦、そして新刑事訴訟法（1948年）

それまでの日本における警察作用とは、行政警察と司法警察とで区分されていた。行政警察の諸活動が行政権の作用として警察の事務として見做されていた一方、司法警察の活動、つまり犯罪捜査は、司法権の作用として裁判所に置かれた検察の事務であり、警察固有の事務ではないと見ていた¹²⁶。しかしこういった法政は、敗戦と共に、大変革期を迎えることになる¹²⁷。

ポツダム宣言（1945年7月26日）（同年8月10日受諾）により、連合国軍最高司令官総司令部（以下GHQ）は日本で占領政策を実施した。日本の政治・行政は民主化という名のもとで、根本的な改革が余儀なくされた。特に戦前の秘密的で糾問的であった警察、および検察の組織や手続などはさることながら、全ての刑事手続における全面的な見直しが求められた。

GHQは日本の民主化政策の中で、刑事司法改革を特に重視していた。これは彼らが、日本の戦時刑事手続の運用実態についてよく認識していたからである。このことを示すものとして、マロイ・E・ラウエル（占領軍総司令部民政局法規課長）のレポートがある。彼は次のように言う。「日本では、個人の権利の最も重大な侵害は、種々の警察機関、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並びに検察官（検事）の行動を通じて行なわれ

¹²⁵ 白取、前掲書（注89）、pp. 24-25.

¹²⁶ 野村護「刑事警察50年のあゆみ」警察学論集第52巻第1号、1999年、p. 71.

¹²⁷ イ・ドンヒ「日本刑事手続における警察と検察の関係」2003年、p. 164.

た。あらゆる態様の侵害が、警察および検事により、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。訴追されることなくして何ヶ月も何年間も監禁されることは、国民にとって異例のことではなく、しかもその期間中、被疑者からの自白を強要する企てがなされたのである」(高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ』〔有斐閣、1972年〕27頁以下)¹²⁸。

新たな刑事手続の改正への歩みは、1946年11月3日公布された日本国憲法がその軸となっていた。前述した通り、GHQによって進められた新たな日本国憲法は、人権保障を主な内容としており、当時の大正刑事訴訟法とは適合していなかった。そこで、新刑事訴訟法に先立ち、昭和22年5月には同法の施行までの間の繋ぎ法として、刑訴応急措置法(日本国憲法の施行に伴う刑訴法の応急的措置に関する法律)が制定された¹²⁹。その内容は、予審制度の廃止、令状主義、身体拘束中の被疑者への弁護人選任権等の諸権利の付与、勾留理由開示制度、国選弁護制度、当事者の証人尋問権の保障、不利益再審の廃止など、いずれも憲法上の権利ないし原則を速やかに実現するための改正であった¹³⁰。一方、この応急処置法は捜査機関の権限において、既に旧刑事訴訟法とは違う態度を示していた。これにより、司法警察官吏にも、検察官と同じく裁判官に直接逮捕状を請求できる権限が与えられた(同法第8条第1号)¹³¹。

こういった状況により、マグナ・カルタ以来、イギリス法の影響を強く受けていたアメリカ法制に従い、日本においての新たな新刑事訴訟法が誕生するに至ったのである。昭和23年(1948年)に公布され、24年(1949年)1月に

¹²⁸ 白取、前掲書(注89)、p. 25.

¹²⁹ 加藤、前論文(注68)、p. 87.

¹³⁰ 白取、前掲書(注89)、p. 26.

¹³¹ イ、前論文(注117)、p. 165.

施行された現行の刑事訴訟法（昭和23年法律第131号）は、日本国憲法の精神にのっとり、実体的真実の発見並びに被告人及び被疑者の人権保障を基本理念とするものであった¹³²。新刑事訴訟法は、全体的に憲法化・英米化されたというところにその特徴があるといえよう¹³³。その骨格とは「大陸法系の法制を継受する旧法に、英米法の重要な理念を接ぎ木したもの」と一般的に評されるものであった。その顕著な点として、①公判における当事者主義の強化、②令状主義（捜査機関の強制処分に対する裁判官の令状審査）、③勾留に対する理由開示の規定、④証拠法の厳格化（伝聞法則、自白法則・補強法則等）、⑤上訴制度の改革、⑥略式手続の制限、⑦私訴の廃止、などである。なお、陪審制度は大正12年に制定され（1923年法50号の陪審法）、5年間の周知期間を経て15年間施行されたが、戦時中から停止されている（昭和18年、1943年法88号。陪審法ノ停止ニ関スル法律）¹³⁴。

現行刑事訴訟法に至るまで、全てが順調であったとは決して言えない。特に本稿のテーマでもある、検察と警察の関係を設定することをめぐっては、GHQと司法省との間で激しく論争もあった。しかし、民主主義において、警察が検察の命令に従う形になるのは、警察の民主化・地方分権化への発展を妨害することになるだけでなく、むしろ警察の捜査に対する責任を明確にすることによって、人権を保護できるといった理由などで、GHQの主導により、現行刑事訴訟法の検察の警察の関係が設定されるに至った¹³⁵。

このように、現行刑事訴訟法は、検察官が捜査の主催者として設定せず、第1次的捜査権および石印を警察に与えることによって、捜査における検察

¹³² https://hakusyol.moj.go.jp/jp/66/nfm/n66_2_1_2_1_1.html 令和元年版犯罪白書 第2章第1節参照

¹³³ 三井誠『刑事訴訟法の争点』有斐閣、1991年、p. 20.

¹³⁴ 加藤、前論文（注68）、p. 88.

¹³⁵ 三井誠『刑事手続法（I）』1997年、pp. 76-77.

と警察を協力関係として明示している。最も、捜査の適正化・効率化・そして適切な公訴権を行使するためには、一定範囲においての検察官による指揮権や指示の権限を認めている。その背景には、捜査の目的、つまり捜査は公訴を提起するために行われることであり、その公訴権を行使するか否かの判断ができるのは検察官だけだということ、現行法は、警察が第1次的捜査権を持っていて、全ての捜査を終えた後、被疑者の身柄および事件を検察に送致するというシステムであること、検察官が法律専門家であること、自由な捜査のため、検察官には強い身分保障が認められていること、経済・汚職犯罪などにおいては検察官が独自に捜査を行う必要があるという根拠が裏付けられているといえよう¹³⁶。

こうして検察と警察の関係は戦前の上下関係から現在の相互協力し合う関係へと変わった。またこれらの延長線上で、それまでは司法省訓令として決められていた「司法警察職務規範」は、1949年4月1日から国家地方警察本部長官の訓令として「犯罪捜査規範」へと新しく切り替わった。

これらの大きな変化は、日本の刑事手続において英米法系、特にアメリカの当事者主義と公判中心主義を導入したことによって、その理念を徹底に実現するための検察官の公訴官としての訴追活動を何より重視した結果であり、またそれまでの刑事手続全般において、検察の強力な権限によって支配されていたという状況への反省にもつながるものであったと評価できると思われる¹³⁷。

(3) その後、再び浮上した捜査権をめぐる論争

¹³⁶ 三井、前掲書（注125）、pp. 77-78.

¹³⁷ イ、前論文（注116）、p. 167.

現行刑事訴訟法施行直後の時期は、新しい英米法的な理念を研究し実務に採り入れようとする活発な動きがその特色をなす。たとえば、裁判官、検察官、弁護士、研究者間で、それぞれに、あるいは合同で研究会、協議会などがもたれ、訴因あるいは各種証拠規定に関する基本問題について理解を深め合い、その成果の一端は、当時の『司法研究報告書』『法務資料』等に見ることができる。また、1951年から、東京地裁を中心として、「新刑訴派」裁判官を中心とする第一審公判の充実・訴訟促進化が試みられ一定の「成果」をあげたほか、裁判所内部の動きとしては、刑訴規則改正（規則199条の2ないし13の追加）により交互尋問が導入された点も、特筆に値する。しかし、捜査実務の方は、敗戦後の混乱の中で治安が悪化したこと、および捜査主体自身、旧法時代から変わっていないこともあって、糾問的な体質からの脱皮はみられず、旧態依然とした自白追及中心の捜査が行われた¹³⁸。これらの状況において、いまだに糾問的な体質を脱皮していない刑事訴訟の運用と実務について、刑事訴訟法の大家の1人である平野博士は強く批判しており、刑事訴訟の形態と構造は社会的条件によって異なる解釈を行うべきだとし、弾劾的捜査観を主張した¹³⁹。平野博士は、当事者主義が公判過程の構造を規定するのと同様に、捜査の構造をも規定するものであるといい、当事者主義と弾劾的捜査観について次のように述べている¹⁴⁰。

「捜査の構造については、全く対照的な考がある。一つは、糾問的捜査観ともいうべきもので、他は、弾劾的捜査観ともいうべきものである。前者によれば、捜査は、本来、捜査機関が、被疑者を取り調べるための手続であっ

¹³⁸ 白取、前掲書（注89）、p. 29.

¹³⁹ 平野龍一郎『刑事訴訟法』1958年、有斐閣、p. 83。「捜査の構造」法学教室第6号、1973年、p. 84.

¹⁴⁰ 平野、前掲書（注129）、p. 84.

て、強制が認められるのもそのためである。ただ、その濫用をさけるために、裁判所または裁判官による抑制が行われる。このようにして、捜査はある程度法律化され、当事者主義の萌芽がみられることになる。これに対し、弾劾的捜査観では、捜査は、捜査機関が単独で行う準備活動にすぎない。被疑者も、これと独立に準備を行う。強制は、将来行われる裁判のために、裁判所が行うだけである。当事者は、その強制処分の結果を利用するにすぎない。ただ、検察官・司法警察の発達とともに、ある限度で、強制の処分を検察官・司法警察職員に委ねる傾向が生ずる。そこで、結果において、この二つの形態は接近してくる。わが法も、この接近した構造をとっている。」

こうした状況の中で、現行刑事訴訟法は自主的ではないという声が高まっていた。戦後、何もかもが不安な状況の中で、日増しに強くなっていく捜査機関の権限の濫用への批判がまさにそれである。

これに従い、1953年、法務大臣は刑事訴訟法の一部改正についての意見表明で、検察官の一般的指示を強化し、司法警察が逮捕状を請求する際は、必ず「検察官の同意」を得るようすべきだという見解を示した。これに基づいて提出された改正案について、警察が強く反発したのはいうまでもなく当然のことであろう。警察は、この通りになるとすれば、捜査は戦前に戻ってしまうだけだと主張し、国会での検察と警察は激しく対立した。捜査の主導権をめぐり、検察と警察の対立が最高潮に達していた時期であったとも言える。論争の末、一般的指示権の範囲は、従来の「公訴」から「捜査および公訴」に拡大された。一方、逮捕状の請求においては、検察官の同意は要件として認められず、代わりに請求権者が「警部以上のもの」に制限され、検察官の指示に従わない警察官への懲戒処分が可能になるなど、ある程度の民主

的統制がなされたのである¹⁴¹。

(4) 公判専従論

前述した通り、日本の戦後の刑事司法手続において、最も強調された基調は当事者主義、そして公判中心主義である。様々な異見が存在したが、第1次的捜査権を警察に委ねた検察は、今こそさらに当事者主義を強化するため、捜査を完全に警察に委ね、公判に専従すべきだはなかろうか、という議論が繰り返された。当時、現職裁判官からも「検察官よ、法廷にかえれ」として、「現行法の正統な解釈の結論は、検察官の主要な任務は公判手続における公訴の追行にあることは明白であり、また事実認定の場が検察段階と公判段階の二つあるという二元主義は当事者訴訟構造に背を向けるもの」（佐々木判事）とか、「捜査機構の二重性を問い、公訴官としての検察官本来の職責がおろそかにされ、刑事訴訟の基本的舞台である公判の機能が十分に発揮できない」（伊達判事）などの批判の声が上がるような事態を呼んだ。また、当時の時流に乗った検察バッシング思潮の高揚もあって、「公判専従」の是非論は、検察内部でもこれが「検察の在り方」「検察官論」などの議論の流れで大いに沸騰した¹⁴²。この状況は、筆者の私見ではあるが、現在韓国で議論されている捜査権調整の一貫として、検察から捜査できる権限を完全に剥奪すべきだという意見と全く同じに思えてしまうのである。

この公判専従論に対しては、出射義夫教授（元検察官）が「検察の実践的説得機能」論を展開して、検察二元論でもって反論している。それは、①刑事

¹⁴¹ イ、前論文（注105）、p. 189.

¹⁴² 加藤康榮「刑事司法における検察官の役割（三）」日本法学、第81巻第2号、2015年、pp. 144-145.

司法の頂点はむしろ裁判であるが、そのメカニズムは検察を軸として動いているのに、刑事訴訟理論の中では、検察はとにかくまま子扱いにされ勝ちになるのは、主として捜査段階と公判段階における特殊性を認めない平板な論理に原因があるのであって、そこから刑訴法の偽善性が生じるのである。捜査は綺麗事では目的は達せられないにも拘わらず、理論体系は綺麗事でやれるという形で出来ているからであるとした上、②捜査の段階では、実体の分からなさ、不確実さ、認定の流動性が著しいばかりか、「捜査機関は、その実体を発見しなければならず(捜査の下降過程)、これを裁判所に対して立証する資料を集めなければならない(捜査の上昇過程)という責任を持つ」という点であるとされる。そして、③外国の検察官は、殆ど直接捜査はもちろん、被疑者を取り調べることもないが、我が国の検察官は、起訴する事件である限り被疑者を取り調べないで起訴することはないという世界無比の慣行ができてきていることである。もっとも、フランス法に倣った治罪法では検察官が捜査することは殆どなかった。それにも拘わらず起訴前の取調べを励行する慣行が生まれたのは、明治30年(1898年)ころから大正5年(1916年)ころまでの間であった。それは当時、無罪と予審免訴率とが合わせて50%近い高率であったことから、検察官が事前に十分取調べをして無罪になるような事件は起訴しないように努力した結果、大正5年時の統計では予審免訴7%、公判無罪2.5%までに激減させる実績を上げ、また、検察官が政治的犯罪や贈収賄事件、会社事件、選挙違反事件などを独自捜査によって遂行できるまでに成長した事実がある。このようにして、④検察官の捜査機能を、対警察との関係で単に「法的安定性を守るための制御機能」とだけ捉えるならば、警察捜査が十分であればその制御の必要が無くなるのであるから、検察官は公訴官に徹すればよいとの公判専従論に至るであろうとされる。しかし、⑤刑事司法の機能は、捜査、公訴、裁判、矯正、保護を通じて、一国の刑事政策が適正に行われることを目的とした流れ作業であると理解している。適正にとは刑事政

策的に合目的的であり、かつ、法的安定性が守られるということである。個々の事件について合法性が守られることの重要性と共に、全体の刑事司法が、社会の実情に即して、最小の副作用において、最大の機能を発揮することの重要性を考えると、刑事司法の初動段階である捜査を単に事実行為的性格が強いから、司法警察に任かせておいてよいというように、訴訟法理論的に割り切ってよいものだろうかとして、刑事司法のシステムの思考から検察の捜査機能を「検察的濾過作用」と捉える。それは、「単なる 法的安全性のための制御ではない。場合によっては、警察の捜査を促し、あるいは、独自の捜査を展開したり、協力を求める。こうすることによって、刑事司法機能全体を合目的性と法的安定性の両者にわたって健全なものにし、刑事政策的に実効のあるものにしようとしているのである」との結論を導かれる。こうして、以上を要するに、⑥検察官は、捜査機能において警察に、また公訴機能において裁判所に、それぞれ向かって立っているとし、「従来、検察官は公訴の遂行を完全にするために、捜査の適正を期すると考えられていたのが(刑訴法193条の用語参照)、逆に検察官は捜査の適正を期するために捜査機能を持ち、適正に選択された刑事司法機能を実現するために公訴機能によって裁判所を説得するのだといった方が、実際に即しているかも知れない」もので、それは、検察官は捜査力をもって 警察に司法的要素を与え、また法律家として裁判所に政策性を与えるためにそれぞれ向かうと言ってもよい。いわば、警察と裁判との中間に立ち、橋渡しの形で、両脚を構えている姿であるとまとめられる¹⁴³。

前述した出射義夫教授の反論に加え、それから、法律問題が複雑に絡んでいる経済犯罪や汚職事件などにおいては検察官のような法律家による捜査が

¹⁴³ 加藤、前論文(注132)、pp.145-147.

必ず必要であるところ、また警察官の捜査の独占を牽制することは実態的眞実の確保にもつながるといった理由などから、公判専従論は歴史の中へと消えていった。

第四章 捜査の構造

第一節 捜査の基本概念

捜査、そして捜査機関。これらの言葉は、誰もが人生で一度は耳にしたことがあるのではなかろうか。決して身近ではないが、遠いわけでもない、非常に不思議な言葉だと思われて仕方がないのである。ではいったい、捜査とは具体的に何を意味しているのでしょうか。

一言で言えば、捜査とは、犯罪の嫌疑が認められる場合に行われる、被疑者の身柄を確保し、証拠を収集・保全する行為である（平野82頁）。そして、この「捜査」という一連の活動は、警察官、検察官などの捜査機関によって行われる。彼らはいわゆる捜査の主体なのである。したがって、例えば私人が現行犯逮捕しても（213条、214条）、これは捜査行為とは呼べない¹⁴⁴。

前述した通り、捜査の主体となる警察官・検察官といった捜査機関は、捜査および公判において、眞実の究明のために努めなければいけない義務があ

¹⁴⁴ 白取、前掲書（注89）、p. 89.

り、その目的を達成するため、犯人を発見・確保し、捜査機関の主張する事実を証明できる証拠などを集めるためにさらに努力しなければならないのである。無論この過程で、部材証拠を発見することも十分にありうる。しかし捜査機関は同時に公平・公正たる国家機関でもあり（検4条、警察2条2項）、それらの証拠の収集もまたおろそかにするわけにはいけない。これが「捜査」において、「捜査機関」の義務である¹⁴⁵。

日本の刑事訴訟法において、司法警察職員（以下警察もしくは警察官と表記する）と検察官は、「相互に協力」しなければならないとされている¹⁴⁶。拙筆であるが前章において、日本の検察と警察はどのような過程を経て、現在のような相互に協力する関係になれたのかを考察してみた。ここで、本章ではそこからさらに詳しく、日本における捜査権や、指揮権に関して検討してみたいと思う。日本では、韓国と同じように検察官に集中している権限をどのような民主的な統制によって分散させているかへの考察を付け加えながら、現行刑事訴訟法へと進む背景となった捜査構造論の概観から始まる。それから詳しい規定を検討し、現在問題となっている韓国の刑事訴訟法における改革が抱えている問題とは一体どういったものなのかもあわせて検討しておく。

1 捜査概念の起源、そして捜査構造論

¹⁴⁵ 白取、前掲書（注89）、p. 89.

¹⁴⁶ 刑事訴訟法第192条「検察官と都道府県公安委員会及び司法警察職員とは、捜査に関し、互に協力しなければならない」

日本において、現代的な意味の捜査概念が初めて導入され、使われるようになったのは、治罪法からその起源を探ることができる。同法第92条によると、「検察官ハ後ニ記載シタル告訴告発現行犯其他ノ原由ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタル時ハ其証憑及ヒ犯人ヲ捜査シ第百七条以下ノ規則ニ従ヒ起訴ノ手續ヲ為ス可シ」と規定していた。これは捜査機関に対して、ある意味での任意処分を認めるものとして、その根拠を提示しているといえよう¹⁴⁷。しかしこれがどういう目的を持っており、また公判手続とはどういう関係であるかについては明らかではない¹⁴⁸。

こういう捜査概念は、ドイツの影響を強く受けていた明治刑事訴訟法（旧々刑事訴訟法）第46条においてもほぼ同様であった。やがて1893年、司法警察官執務心得第26条においては、「捜査ハ証憑及ヒ犯人ヲ検挙シ公訴ノ提起及ヒ実行ノ資料ヲ得ルヲ以テ目的トス」と規定しており、そこで初めて現代的な意味での捜査概念が生まれた。その後の大正刑事訴訟法（旧刑事訴訟法）においては、第246条で「検察官犯罪アリト思料スルトキハ犯人及証憑ヲ捜査スヘシ」として修正され、現行刑事訴訟法においても受け継がれてきている¹⁴⁹。

最も、現行刑事訴訟法第189条第2項は、GHQによる民主化政策の一環として進められた改正であったため、検察官ではなく、「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証憑を捜査するものとする」と規定されている。この規定は、捜査の主体を検察官から警察へと変更されるのを意味す

¹⁴⁷ キム・ヒョンマン「日本の刑事訴訟法と捜査構造の変遷」2018年、p. 79.

¹⁴⁸ 石川才顕『捜査における弁護の機能』日本評論社、1993年、p. 11.

¹⁴⁹ キム、前論文（注137）、p. 79.

るだけでなく、また従来の捜査手続における理論的反省によるものだと評価されている。それまで日本の刑事訴訟法を支配していたのは糾問的捜査観、つまり、捜査とは捜査機関が被疑者を取り調べるための手続きであって、そのためには強制が認められるのはさることながら、捜査機関は裁判官のような立場として、事件の真相を究明するために捜査しなければならないという捜査構造論であった。この捜査構造論は、徐々に当事者主義の色彩を強く帯びている弾劾的捜査観へと変わっていく。弾劾的捜査観によると、捜査は、捜査機関が単独で行う準備活動に過ぎないため、被疑者もこれと独立に準備を行う当事者の立場である。強制は、将来行われる裁判のために裁判所が行う行為に限る。したがって、当事者は、その強制処分の結果を利用するに過ぎないという¹⁵⁰。

この両方の構造論は、刑事手続において、被疑者を捜査の客体として認識しているか、それとも主体として認識しているかという点から違いが見られる。また捜査の手段としての取り調べについて、どういった性格として認識しているかにも立場の違いがある。現在の日本の刑事手続は、どちらかと言えば、学会では弾劾的捜査観が通説であるが、実務においてはまだ糾問的な傾向が強いと言わざるを得ないであろう。現行刑事訴訟法も、ある一方の立場に偏った内容ではなく、戦後の全面改正があったとはいえ、両方が混合しているといえよう。

弾劾的捜査官をとる立場から言えば、起訴便議主義は否定すべきものという結論になる。現在、日韓両国において、起訴便議主義は刑事訴訟法を支配する重要な概念の一つであり、検察官の権限を表す証拠でもある。

¹⁵⁰ 本田正義「捜査の構造について」1968年、p. 15.

日本において起訴便議主義が認められたのは、明治30年（1897年）当時に遡る。当時は旧々刑事訴訟法であり、法的根拠はなかったが、微罪不処罰という名目で実質上の起訴猶予が行われるようになり、明治41年現行刑法施行とともにこれらは活発に行われるようになった。そして、このような実績の積みかさねにより、やがて旧刑訴法に至って起訴便議主義は初めて法文化したのである。仮に検察官からこの権限を奪うとしよう。苟も犯罪の嫌疑があれば例外なくこれを起訴すべしとすることは、現在の裁判制度から見て裁判の長期化を招くだけでなく、破産状態を招くことであろう。弾劾的捜査観の立場から、この点をどう解決するかはこれからも解けなければならない課題でもある¹⁵¹。

そして、そういった検察の民主化のために、紆余曲折を経て誕生したのが検察審査会制度である。起訴便議主義による公訴権の独占、そして広い範囲に認められた裁量権はこの検察審査会によって歯止めがかかるようになったのである。これは戦後、GHQが提案する大陪審制度への折衷案として誕生した制度であり、昭和23年（1948年）7月の検察審査会法によって始まった。この制度は、検察官の起訴に対して民主的に統制することを可能とすることによって、起訴手続において透明性や公正性も確保できるなどから、日本国民から強く信頼されている。

2 捜査における検察と警察の関係¹⁵²

¹⁵¹ 本田、前論文（注140）、p. 15.

¹⁵² キム、前論文（注137）、pp. 84-87参照

(1) 対等・協力関係

前述した通り、現行刑事訴訟法は、警察官については刑事訴訟法第189条第2項によって、捜査権を規定しており、検察官については、第191条第1項により、「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」として、両者は独立した捜査機関であることを明らかにしている。これは両者が捜査関係において上下関係ではなく、対等・協力関係にあることを意味しており、さらにその権限及び責任においては、警察官が第1次的・本来的で、検察官は第2次的・補充的であることを意味していると言えよう。検察官の捜査が第2次的であることは、公訴権の適正な行使のためであり、円滑な捜査のため、刑事訴訟法第192条¹⁵³においては「協力義務」を規定している。これが両者において、捜査に関する基本原則である。

(2) 指示・指揮権

捜査において検察と警察は対等・協力関係にあるのは明らかであるが、警察が捜査した刑事事件はその全てが検察に送致されることが原則である上、公訴提起・公判維持は検察官が行っているため、検察官は公訴権の主体であり、これにより警察の捜査を規制しなければいけない場合もある。また、脱税・知能犯罪など、高度の専門的知識を必要とする事件においては、検察官

¹⁵³ 検察官と都道府県公安委員会及び司法警察職員とは、捜査に関し、互に協力しなければならない。

が独自に捜査する必要があると言わざるを得ない。したがって、刑事訴訟法は警察の捜査について、検察官の介入を許容している。

(ア) 一般的指示権

前述した通り、検察官は公訴権の主体である。したがって、検察官は、その管轄区域により、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る（第193条第1項）。指示の対象とは、具体的事件において警察官各自に対して行うものではなく、捜査一般について、警察官一般に対して行われる。また、この場合における指示はと、捜査を適正にし、その他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な準則を定めることによって行うものとする。これを一般的指示権という。

(イ) 一般的指揮権

検察官は、その管轄区域により、司法警察職員に対し、捜査の協力を求めるため必要な一般的指揮をすることができる（第193条第2項）。指揮の対象が捜査一般に対してではなく、具体的事件である点で具体的指示権とは区別される。また警察官各自ではなく、協力を要請された関係警察官一般に対して行われる。通常、事件が複数の警察署に関係している場合に、関係警察官一般に対して、捜査協力を要求するなど、具体的な捜査において不均衡を是正するために行われることが多い。

(ウ) 具体的指示権

検察官は、自ら犯罪を捜査する場合において必要があるときは、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（第193条第3項）。指揮の対象は、管轄区域外の特定な警察官独自に対して行うことができるという点で、一般的指示権とは違いがある。指揮の内容としては、法律上警察官に認められないことでない限り（例えば、第204条乃至第206条による被疑者の勾留請求など）、任意捜査は無論、強制捜査についても行うことが可能である。管轄区域について特別な制限が設定されていない理由とは、検察官は管轄区域外でも職務を行うことができる¹⁵⁴からである。しかし、こういった具体的指揮権が発動されることはめったにないという¹⁵⁵。

（3）指示・指揮権の効果

刑事訴訟法第193条第4項によると、「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」としており、検察官の指示・指揮に従う義務があるとされている。しかし、これに従わない場合、検察官が直接処分できる権限は持っていない。その者を懲戒し又は罷免する権限を有する者に、それぞれ懲戒又は罷免の訴追をすることができるのみである。懲戒し若しくは罷免する権限を有する者は、その訴追が理由のあるものと認めるときは訴追を受けた者を懲戒し又は罷免しなければならないとしている（第194条）。

¹⁵⁴ 第195条「検察官及び検察事務官は、捜査のため必要があるときは、管轄区域外で職務を行うことができる」

¹⁵⁵ 難波正樹「日本の捜査制度とその運用について」、「令状制度改善のための日・米・英・韓共同セミナー」、警察庁捜査局、2017年、p. 61.

第二節 韓国の検察改革

1 韓国の検察の歴史

韓国の司法制度の歴史の中で、検察が初めて近代的な意味を持ってその姿を現したのは1894年の甲午改革とされている。その一環として制定された「裁判所構成法」は韓国の近代的な司法制度の始まりとなった¹⁵⁶。日本の検察制度が深く影響していたこの法律では、検事を裁判所の職員と規定し、捜査と起訴権を与えていた。

朝鮮が日本の植民地下にあった時代、朝鮮の検事が持っていた警察に対する捜査指揮権・直接捜査権は十分に働いていなかった。様々な理由があったとされているが、最も大きい要因としては、検事の数に警察の数に比べて少なかったことが挙げられるだろう。したがって、この時代における朝鮮の検事は、警察の捜査に完全に依存しており、事件を法院に渡すことだけに力を注いでいた¹⁵⁷。

戦後、日本はアメリカの影響を強く受け、同国の主導のもとで、従来の検察と警察の様相を上下関係から相互協力関係へと変えていった。韓国も日本と同じように、いわば「アメリカ式」のモデルに従い、警察に1次的捜査権を、検察に控訴の提起・維持権を与えようとする法律などが整えられた。この動きは警察と検察を捜査・起訴の両側に分離し、人権を保護し、捜査機関がお互いに牽制し合い、またバランスを保っていくことを重視しようとする

¹⁵⁶ ムン・ジュンヨン「法院と検察の誕生」歴史批評社、2010年、p. 166

¹⁵⁷ 詳しくはhttps://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/912106.html ページを参照「124年の検察権力、日本が生み出し、保安法が育てた」

政策の表現であったといえよう¹⁵⁸。

しかし当時の警察は検察に対して非協力的な姿で一貫しており、これに対して国民の不信感は日増しに強くなっていった。こういう当時の韓国の検察と警察の激しい対立の中で、それまで無差別に行われていた警察の人権侵害行為などに疲れきっていた国民は自然と検察側の味方になることを選でいった。こういう国民の支持を養分として、検察を筆頭とした韓国の法曹系は検察を中心として捜査体制を再建することを出張することに至る。これには検事の捜査権を取り戻し、より警察に対して具体的に統制できるようにすべきだという議論が含まれた¹⁵⁹。結局アメリカ側はこの意見を受け入れ、1948年7月、日本の「新検察庁法（1947年4月制定）」を参考として韓国の新しい法律である「検察庁法案」が誕生する。この法案はやがて1949年12月20日、「検察庁法」としてまとめられる¹⁶⁰。この法案の完成により、それまで検察が主張してきた「刑事事件において、いかなる犯罪でも直接、または司法警察官吏を指揮して捜査し、その結果によって公訴の提起または不起訴処分をし、公判の維持に必要な事務を行う」が可能となったのである。

韓国で刑事訴訟法が制定されたのはおよそ70年前の1954年である。この刑事訴訟法は、キム・ビョンロ当時大法院長が日本の刑事訴訟法を参考として「刑事訴訟法政府案」を作成したことでであるとされている¹⁶¹。ただこの法案を見ればわかるように、当案は日本の新刑事訴訟法やアメリカ式ではなく、どちらかといえば日本の従来の大正刑事訴訟法に近く、大陸法系を基本としながら、英米法系の長所を受け入れる方向でまとまっている¹⁶²。当時、刑事

¹⁵⁸ シン・ドンウン「捜査権の帰属に対する沿革的な考察」ソウル大学法学研究所、2001年、p. 210.

¹⁵⁹ ムン、前傾書（注146）、p. 671.

¹⁶⁰ キム・ヨンテ「韓国の憲法と検察制度」2014年、p. 180.

¹⁶¹ ユ・ジュソン「捜査と起訴の分離のための争点と課題」2018年、pp. 155-156.

¹⁶² シン・ドンウン「制定刑事訴訟法の成立経緯」、2004年、p. 205.

訴訟法の草案に対する公聴会では、検察と警察の関係を見直し、「捜査と起訴は分離するべきだ」という議論が再び争点として浮上していたらしい。これに対してハン・ギョクマン当時検察総長は、「理論的に考えれば、法理上その意見はご最もだと思う。しかし今の時点でそれはまだ早い話で、少なくとも100年は経たなければいけないだろう」と発言していたとされている。

韓国の第1号憲法であった1948年のいわば「制憲憲法」では、「捜査機関は法律の定めるところにより、令状の交付を請求することができる」としていた。ここでもわかるように、当時は検事だけが令状の請求権者ではなく、検事以外の捜査機関も令状を請求することができると解釈されていた。この条項は韓国の軍事政府にて数回に渡って行われた憲法の改正により、やがて1972年12月27日、「逮捕・拘禁・押収・捜索には検事の要求によって法官が発布した令状を提示しなければならない（同法第10条第3項）や、「住居に対する押収や捜索には検事の要求によって法官が発付した令状を提示しなければならない（同法第14条）と規定することによって、令状を発付できる要件として「検事の要求」を憲法にて明確に規定するに至った。この規定により、韓国の憲法では初めて「検事」という言葉が登場したとされている¹⁶³。また同規定は、憲法によって設置されたわけではない韓国の検察に、少なくとも憲法が規定している機関としての地位を持たせたことで意味を持つ。結局刑事訴訟法の改正することだけでは令状請求権者を変更することが不可能となったのである¹⁶⁴。

軍事政府のもとで、韓国の検察と警察はほぼ上部の権力を守るための道具として扱われていた。特に法務部長官と検察総長には軍事行政に詳しい軍人

¹⁶³ キム、前論文（注21）、pp. 183-187.

¹⁶⁴ シン・ドンウン「令状実質審査制度の実施と令状主義の新しい展開」1996年、p. 40以下

が任命され、上部の手と足となって動いた。警察はまたそういう検察の支持を受け、権力に忠誠する姿で一貫していた。こういう状況はやがて「司法の検察化」「検察の警察化」「警察の軍人化」現象を生み出し、国民の検察と警察に対する不信感は日増しに強くなっていく一方であった¹⁶⁵。民主化される前の韓国の様相は、いわば暗黒時代だったといえざるを得ないだろう。全ての国民は監視され、行動を統制されていた。そしてその統制の真っ先に立っていたのは、残念ながら上部の指示に従って政治的に動いていた検察であったのである。

韓国の民主化と共に、それまで権威的な雰囲気浸っていた検察制度にも変化の風が吹き始めた。真の1990年代を開いたと評価されるキム・ヨンサム元大統領の文民政府にて検察を改革しようとする動きはようやく動き出し、それは今に至っている。検察改革というキーワードは常に存在し、どの大統領も主な政策として出張してきたテーマでもあった。しかし2020年、大幅にわたる捜査権調整が行われる前までは、さほどの変化はなかったといっても差し支えないと思われる。

2 韓国における刑事訴訟法及び検察庁法の改正背景

韓国の刑事訴訟法及び刑事司法の歴史において、2018年からの数年間は決して忘れられない時期として歴史に刻まれるのであろう。それまで検察や警察といった捜査機関にあまり興味を持っていなかった一部の国民さえ、連日報道される捜査権調整のニュースには自然と耳を傾けていたのではなかろうか。無論、こういう検察改革という議論が全く初めてというわけではない。

¹⁶⁵ キム、前論文（注21）、p. 188.

上述した通り、韓国の刑事司法において、検察を改革すべきだという議論は常に韓国の刑事司法を支配する重要なテーマの一つでもあったのである。しかしながら、政府がこのように本格的に法を改正しようと乗り出したのは今回が初めてのことであり、こういう改正により70年以上続けられてきた韓国の刑事司法は、史上初の、根本的な変化を迎えるようになったといえよう。したがって、本章では過去の様々な議論ははさておき、ムン・ジェイン政府において行われていた検察改革を主に論じることにする。

韓国のムン・ジェイン前大統領は、大統領として選出される際、「検察と警察の捜査権調整」を主な公約の一つとして宣言していた。韓国の検察が無差別に行なっている別件捜査により、多くの事件に関連した人々が人権を侵害されているため、検察の捜査権を制限し、こういった権力の濫用を防止する同時に、被疑者の防御権や事件に関係している者の人権を徹底的に保護すべきだというのが主な理由とされた¹⁶⁶。

これまでの韓国の国民が検察に対して持っているイメージとは、決して肯定的だとは評価できない。国民の大多数が検察に対して不信感を抱いており、常に批判されてきたということは否定できないことであろう。

なぜ韓国検察はそういうイメージを持つようになったのだろうか。一言で説明するのは少々困難であるが、代表的な理由としては、韓国検察が国民全体の奉仕者としてではなく、ある集団の利益を代弁するため、政治的もしくは経済的な目的を持って捜査を行っているというイメージが根強く残っているためである。上述した通り、以前、韓国が民主化される前である軍事政権に

¹⁶⁶ パク・チャンゴル「改正刑事訴訟法と検察庁法の争点及び今後の課題」、2022年、p. 3.

おいての検察は、まさに「権力を振るう道具」としてしか利用されていなかった。そのイメージは民主化された今に至るまでも変わることなく、韓国検察を代表するイメージとして強く固まっているのである。

そしてそういうイメージは、2018年、韓国を大きく揺さぶったチェ・スンシル事件¹⁶⁷をきっかけとしてより表面化した¹⁶⁸。この事件において、当時の検察は最初の段階から捜査を積極的に進めず、チェ・スンシル氏の犯罪疑惑が明らかではないとして捜査の開始を遅らせたり、また事件に関連しているとされていた参考人などを召喚しなかったりなど、事件においてあまり積極的に捜査していなかったと評価される。結局この事件をより徹底的に捜査するため、特別検事が任命されるに至り、全ての捜査権を特別検事チームが受け継いだ¹⁶⁹。この事件で韓国のパク・グネ元大統領は弾劾され、新たにムン・ジェイン前大統領が就任したのである。そしてこういう状況や日々高まっている検察への不信感をもとに、ムン前大統領は着々と検察を改革する準備を進めていった。特に人事においては、民政主席や法務部長官など、いわば検察を左右できるとされていたポストに非法曹系の人を任命するなど、改革への意地を表明していた。特に民政主席を経て、法務部長官まで歴任した前ソウル大学教授のチョ・グクは、ムン前大統領の右腕として検察改革のための役割を果たしていた¹⁷⁰。

¹⁶⁷ いわばチェ・スンシルゲート事件。パク・グネ元大統領の庇護下にあった一般人のチェ・スンシル氏が、いわば闇将軍として大統領の意思決定や国政・人事問題に広範囲にわたって介入し、私益をとっていた事件。当時パク元大統領の最側近や青瓦台のキャリアなどの数人は全ての状況を承知の上で黙認し、その対価としてチェ氏から賄賂を受け取っていたとされる。

¹⁶⁸ ヨン・スビン「韓国における2020年刑事訴訟法改正—被疑者供述調書の証拠能力認定要件の変更について—」2020年、p. 181.

¹⁶⁹ 詳しくはhttps://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002262664

『チェ・スンシル事件における検察捜査の五つの問題点』

¹⁷⁰ チョ氏の場合、民政主席であった時期は、検察改革に関しての検察の直接捜査の範囲に対し、そこまでこだわっていなかったが、法務部長官になって本人や本人の家族が検察の被疑者になってからは、検察の捜査権限は縮小されるべきだという立場で一貫し、大きく非難されていた。

そして2018年6月21日、政府は「検・警捜査権調整合意文」を発表した。法務部長官と行政安全府長官がこの合意文に署名したことにより、韓国の刑事司法の歴史は新たな第2幕を迎えることとなった。そして2020年2月4日、「刑事訴訟法一部改正法律案」及び「検察庁法一部改正立案」が公布され、まもなく同年1月14日には「高位公職者犯罪捜査処設置及び運営に関する法律（以下公捜処法）」が公布された。こういった改正案の目的は、それまで巨大な権力であると評価されていた検察へ、国がメスを入れるための検察改革ないし捜査権調整とされている¹⁷¹。これらの法改正は、要するに検察の権限を縮小・制限し、検察が捜査権を濫用することを統制しようとする目的を持つのである。こういった観点に沿って検察庁法もまた改正された。新たに誕生した公捜処法は、元々1996年に腐敗防止法案という形で議論されていたが、今回の法改正にて公捜処法として初めて明文化された。従来の腐敗防止法案との違いは、この公捜処法は検察改革という名の下で生まれたということである¹⁷²。

ここで、改正前の韓国の刑事訴訟法はいったいどのような内容であったであろうか。韓国の刑事訴訟法は、1954年に制定され、日本の大正刑事訴訟法及びその当時の現行刑事訴訟法をほぼそのまま受け入れ、その内容をベースにしている¹⁷³。そのため、条文の順番や内容などにおいて、日本と刑事訴訟法とは類似するところが非常に多い。そういう酷似している内容の中で、最も大きな違いと言える点が、検察と警察の関係であった。戦後の日本の刑事訴訟法が、捜査における検察と警察の関係を「相互に協力」する関係として規定していたのに対し、韓国の旧刑事訴訟法では、警察は全ての捜査におい

¹⁷¹ いわば検察改革ないし捜査権調整3大立法という。第一章の序論を参照

¹⁷² バク、前論文（注1）、p.132.

¹⁷³ 安倍祥太『被疑者取調べの憲法的規制』日本評論社、2019年、pp.227-228.

て、検察官の指揮を受けるようになっていた。いわば捜査の「補助者」であったのである¹⁷⁴。今回の法改正において最も話題となったのは、他ならない検察と警察のこういう関係への全面的な見直しであった。検察の権限を縮小する一方、警察は捜査機関として独自に捜査できる権限を与えられ、また検察を牽制できる権限をも認められたのである。

ここで我々は、検察が改革されるべきだという議論が絶えなかったことの原因を垣間見することができる。国民が検察に対して最も期待することとは、検察が国家権力に屈せず、国民の味方となって巨大な悪を成敗してほしいというたった一つだけであった。それは検察が権力機関として当然に守らなければならぬ、目指すべき目的でもあると言える。しかし韓国の検察は、こういう国民の期待を裏切り、望ましくない姿を数多く見せてきた。例えば、政治的な目的として、いわば「生きている権力」の犯罪については消極的に捜査する一方、その反対側に対しては、初めから起訴を狙った上で捜査を行う、いわゆる標的捜査への疑惑がその一つである。こういう国民の不信が、今回の検察改革につながったといっても間違いではないと思われる。

3 捜査権調整に関する合意案の概要

韓国政府は2018年6月21日、検察・警察の捜査権調整に関する初めての合意案を発表した。その主要な内容とは、上下関係であった検察と警察を相互協力関係と設定し、警察は全ての事件において第1次捜査権と終結権を持つとした上、検事は警察に対して捜査を指揮することができず、直接捜査はな

¹⁷⁴ 韓国の旧刑事訴訟法第196条

「① 捜査官・刑務官・総警・警正・警監・警衛は司法警察官としてすべての捜査において検察権の指揮を受ける。 ②～④ 省略 ⑤ 警査・警長・巡警は司法警察官吏として捜査の補助をしなければならない」

るべく止揚し、警察から送致された捜査と公訴を維持することに力を注ぐべきだとした。具体的な内容としては以下の通りである¹⁷⁵。

一．検事と司法警察官は、捜査と公訴の提起・維持が円滑に行われるよう、お互いに協力しなければいけない。

二．司法警察官は全ての事件において、1次的捜査権を持ち、検事の送致前捜査権は廃止する。検事は送致後、公訴提起や公訴維持、もしくは警察の令状請求につき、必要と認められる場合は司法警察官に対して補完捜査を要求することができる。

三．司法警察官は1次的捜査終結権を持つ。司法警察官は不起訴の意見で事件を不送致する場合、不送致決定文と事件記録の謄本を管轄している地方検察庁に通知しなければならない。検事は不送致決定を検討するにおいて、当事件が違法及び不当であると判断した場合、検事は警察に対して再捜査を要求することができる。

四．検事が1次的に行う直接捜査は、必ず必要な場合に限る。検察は一般的な送致事件の捜査、もしくは公訴を維持するため最善を尽くす。またこういう場合の以外にも、警察・公捜処の事件及びその職員の汚職事件・腐敗犯罪・経済及び金融犯罪・公職者犯罪・選挙犯罪など、特殊な事件、またはこれらの事件に関わった事件に対しては、検事は警察と同じように直接に捜査できる権利を持つ。

¹⁷⁵ 韓国の法務部ホームページ <http://www.moj.go.kr/moj/221/subview.do>の報道資料ページ参照

五。検事が正当な理由なく令状を請求¹⁷⁶しない場合、警察は管轄している高等検察庁に設置された令状審議委員会に異議を申し立てることができる。令状審議委員会は、外部から選ばれた中立的な立場を持つ委員として構成され、警察は審議過程で意見を表すことができる。また、検事及び検察庁の職員の犯罪嫌疑に対し、司法警察官が適法な手続きにより令状を申請した場合、検事は直ちに裁判所に令状を請求しなければいけない。

4 改正された刑事訴訟法・検察庁法の概要¹⁷⁷

(1) 改正刑事訴訟法

(ア) 検事と司法警察官の関係等

検事と司法警察官は、捜査と公訴の提起・維持において、互に協力しなければいけない（第195条第1項）。

(イ) 検事の補完捜査の要求

検事は送致された事件において、公訴を提起するか否かの決定もしくは公訴の維持に必要な場合、また司法警察官が申請した令状の内容を審査しするにあたり必要だと認められる場合には、司法警察官に対し補完捜査を要求することができる（第197条の2第1項）。司法警察官は正当な理由がない限り、これに従わなければいけない（同条第2項）。

¹⁷⁶ 韓国の令状請求において、司法警察官は検察官に対し、令状を「申請」し、検察官は裁判官に対し令状を「請求」するようになっている。

¹⁷⁷ チャン・スンヒョク「検察権の制限—改正刑事訴訟法、検察庁法及び公捜処法に対する評価、また今後の課題—」2020年、pp. 265-267.

(ウ) 検事の是正措置の要求等

検事は司法警察官吏¹⁷⁸の捜査において、法令違反・人権侵害もしくは顕著な捜査権の濫用があると疑われる事実を認識した場合は、司法警察官に事件記録謄本の送付・是正措置及び事件の送致を要求することができる（第197条の3第1項、第3項、第5項）。これらの場合において、検察総長または各検察庁の検事長は、権限を有するものに対して、その司法警察官吏の懲戒を要求することができる（同条第7項）。

(エ) 司法警察官が申請した令状の請求可否に関する審議

検事が正当な理由なく、司法警察官が申請した令状を裁判官に対して請求しない場合、司法警察官はその検察官が所属する地方検察庁を管轄する高等検察庁に令状請求可否に関する審議を申し立てることができる（第221条の5第1項）。このため、各高等検察庁に外部委員で構成された令状審議委員会を設置する（同条第2項）。

(オ) 司法警察官の事件送致等

司法警察官が犯罪を捜査するにあたり、犯罪の嫌疑が認められる場合は、司法警察官は直ちに検事に事件を送致するとともに、また関係する書類と証拠物を送付しなければいけない（第245条5第1項）。その他の場合は、その理由を明示した書面とともに、関係する書類と証拠物を直ちに検察官に送付しなければならず、検事は送付されてから90日以内に、司法警察官にこれらを返還しなければいけない（同条第2項）。

¹⁷⁸ 日本における司法警察職員

(カ) 告訴人等への通知及び告訴人等の異議申し立て

司法警察官が検事に事件を送致しない場合において、司法警察官は書面にて告訴人、告発人もしくはその法定代理人（被疑者が死亡した場合はその配偶者・親族・兄弟姉妹を含む。以下「告訴人等」と称する）に対し、検事に事件を送致しない趣旨及びその理由を通知しなければならない（第245条の6）。上記の通知を受けた者は、その司法警察官が所属する官署の長に異議を申し立てることができる（第245条の7第1項）。司法警察官は告訴人等の異議申し立てがあった場合は、直ちに検事に事件を送致し、関係する書類と証拠物を送付した後、処理結果とその理由を申請人に通知しなければならない（同条第2項）。

(キ) 検事の再捜査要請等

検事は司法警察官が事件を送致しないことが違法もしくは不当だと認められる際、その理由を書面にて司法警察官に再捜査を要請することができる（第245条の8第1項）。司法警察官はその要請があった場合、事件を再捜査しなければならない（同条第2項）。

(2) 改正検察庁法

(ア) 検事が直接捜査を開始できる犯罪の範囲

検事が直接捜査を開始できる犯罪の範囲は、①腐敗犯罪、経済犯罪、公職者犯罪、選挙犯罪、防衛事業犯罪、大惨事等、大統領令として決められた重要犯罪、②警察公務員が職務にあたって犯した犯罪、③上記の各犯罪及び司

法警察官が送致した犯罪において、認知した各犯罪と直接関連性を持つ犯罪の三つの場合に限る。

(イ) 検事が捜査指揮できる範囲

検事は特別司法警察官吏¹⁷⁹に対してのみ、犯罪捜査に関する指揮・監督を行うことができる（第4条第1項第2号）。

5 更なる刑事訴訟法・検察庁法改正（検察の捜査権と起訴権を分離する法案）

上記の刑事訴訟法及び検察庁法の改正案が施行されてまもなく、韓国の刑事司法は更なる大変革期を迎えた。検察の捜査権と公訴権を完全に分離すべきだという議論がなされるようになったためである。これらの立法は、検察が捜査権を濫用することを防止するため、検察の持っている捜査権を完全に廃止し、公訴権だけを持つようにするということを最終的な目標としている¹⁸⁰。この法案は、いわば検察の捜査権を完全に爆脱する法案と呼ばれている¹⁸¹。

その骨子とは、検事は司法警察官の送致した一定な事件¹⁸²において、「その事件と同一性を害しない場合」に限って補完捜査ができるようになり（改

¹⁷⁹ 日本における特別司法警察官職員

¹⁸⁰ 検察官が直接捜査を開始できる犯罪を、六つからさらに縮小し、腐敗・経済の二つの犯罪に限定している。

¹⁸¹ 韓国語では‘검수완박(검찰 수사권 완전 박탈)’

¹⁸² 改正刑事訴訟法第197条の3第6項「是正措置を要求された司法警察官は、その事件を検察官に送致しなければならない」、同法第198条の2第2項第2項「検察官は警察署の留置場を観察し、その逮捕及び拘束が適切な手続によって行われていないと認められた場合は、直ちに被疑者を釈放するか、検察官への送致を求めなければならない」、同法第245条の7第2項「司法警察官は、捜査結果において告訴人等から異議の申し立てがあった場合は、直ちに関係する書類等を検察官に送致しなければならない」に該当する事件をいう。

正刑事訴訟法第196条第2項)、捜査している事件の犯罪の嫌疑を明かすための別件捜査や、その別件捜査にて確保した証拠を用いて被疑者に自供や供述を強要できないことを新たに規定している(改正刑事訴訟法第198条第4項)。また、告発人が司法警察官の捜査結果に対して異議を申し立てる権利を削除しており、これは最も問題とされている条項である。改正検察庁法の場合、上述した検察官が直接捜査を開始できる六つの犯罪を、またも二つ¹⁸³に縮小し、検察官が直接捜査を開始した犯罪においては、その検察官自身は公訴提起をできないと規定している¹⁸⁴。

こういう検察の捜査権と起訴権を完全に分離する法案、つまり検察改革案をめぐっては、韓国の憲法裁判所にて、権限争議の審判まで行われた。韓国の法務部と検察がこれらの法案につき、「今回の改革は、憲法が保障している検察官の捜査権限を非常に侵害している」という理由で国会を相手として請求した審判であった。結果は却下。2023年3月23日、憲法で検察官が令状申請の主体であるとしていることは事実であるが、それが決して検察官の捜査権まで保障しているとはいえないため、捜査権の主体はいくらでも国会の法律改定で調整が可能であり、従ってこれらの法律は違法であるとは限らないという趣旨であった¹⁸⁵。

検察はそれでも「半分は成功している」という立場である。この審判の結果とは別に、施行令を改正し、検察の捜査権をある程度は確保していると解釈される。実際に去年施行されたこの改正案では、検察の捜査開始できる範囲を多少拡大するほか、警察から送検された事件については、検察は同事

¹⁸³ 腐敗犯罪・経済犯罪等

¹⁸⁴ バク、前論文(注156)、p. 3.

¹⁸⁵ 詳細は、<https://www.yna.co.kr/view/AKR20230323115453004>参照
「法務部・検察の憲法訴訟却下—改正法の効力は維持」

件において、その同一性を害しない範囲内でしか補完捜査できないとしていた内容から、関連性があるか否かを検事が判断して捜査できるように改正するなど、現場での副作用を防止するとしている。ハン・ドンフン法務部長官はこれらの状況において、「国民が検・捜・完・爆法案で負う被害を最小限とするための改正であり、現在の法律の枠内で国民を犯罪から護ために最善を尽くす」と強調している¹⁸⁶。

ここまでが、韓国の現在の「検察改革」に関する主要な内容である。

6 捜査権調整への評価

(1) 賛成論

捜査権調整はどのような形で行われようと必ず行われるべきで、警察に独自の捜査権限を与えるべきだという立場である。主に警察側の主張である。検察の権限を縮小すべきだという議論もこの賛成論に含まれる。

元々韓国において、大きい権限を持っていたのは警察であった。権威的な警察の肥大な権限を牽制するため、法律専門家という地位を有する検察官に捜査権、そして警察への指揮権を与えることによって、検察と警察を牽制し合うようにしていたのである¹⁸⁷。しかしその結果、特権を付与された捜査機関

¹⁸⁶ 詳細は、<https://www.newsl.kr/articles/?4991925>参照

『「検・捜・完・爆法案」についての憲裁の判断に…検察「半分だけ成功」、ハン長官、新たな迂回路を探すのか』

¹⁸⁷ 詳しくはhttps://imnews.imbc.com/replay/2022/nwdesk/article/6361598_35744.html参照

として、軍事政府の庇護下で政治的に動き出した韓国の検察は結局「検察共和国」という言葉まで生み出し、ますます国民の信頼をも失っていった。したがって、こういう状況におき、検察の肥大な権限を牽制し、捜査権を回収して、再び警察に1次的捜査権を与えるべきだというのが賛成論の主な意見である。また前述した検察の政治的な目的による不公正な捜査なども、この賛成論を裏付ける根拠の一つである。

また、たとえ警察が捜査を開始できる権限を持っているとはいえ、従来のような検察と警察の上下関係は警察の士気やモチベーションが下がる原因として働いており、これは結局捜査の質まで下げる要因となるという指摘もある。この観点からは、捜査を担当する検事と公判を担当する検事が分かれている現状に鑑みれば、捜査から公判までの過程をスムーズに行うためには捜査指揮が不可欠だという主張は説得力がないとしている。警察が独自捜査権を持つとしても、検察と警察の十分な話し合いで捜査と公判の連続性は維持できるためである¹⁸⁸。

賛成論では、憲法を改正し、検事以外の捜査機関でも令状を請求できるようにすることを最終的な目標としている¹⁸⁹。ただ今回の捜査権調整とは違って、刑事訴訟法や検察庁法だけではなく、数多い法律の改正、そして憲法の改正が必要であるため、現在の時点では少々長期的な課題として残しておくとしている。

「検察の70年の歴史において、捜査権は元々検察の権限ではなかった」

¹⁸⁸ ジュ・スンヒ「検・警の捜査権調整の合意案における批判的な検討及び合理的な対案の模索」2017年、pp. 135-146.

¹⁸⁹ 詳しくは<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20170804000232>参照

『「国会立法調査処、「検事の令状請求権、憲法的な価値を与えるのは難しい」』

(2) 反対・時期尚早論

上記の賛成論に反対する立場として、捜査と公判を厳格に区別し、警察は捜査、検察は起訴という形の刑事司法は可能ではないという立場である。主に検察側の主張である。また、いずれは警察に独自の捜査権を与えるべきであるが、今はまだ時期尚早だという立場もこの反対論の脈絡で理解できる。

一つとして、現在の韓国の司法体制においては、検事が警察に対して捜査指揮権を持つのは不可欠だという意見がある。韓国は基本的に大陸法体制の国であり、職権主義の捜査構造を取り入れているとされているが、こういう体制における捜査は一般的に司法作用として解釈しているためである。従って、この観点からみれば捜査権は検事に帰属していると言える。また警察の捜査権が独立した場合、過去のような警察の肥大化を招く恐れがあり、そういう警察の権力が濫用される余地があるとしている¹⁹⁰。捜査指揮権を廃止することは検察の捜査権の濫用への改革案として相応しくなく、むしろ検察制度の円滑な運用を妨げるという批判もある¹⁹¹。

捜査と起訴を分離すること自体が可能ではないとする点も挙げられている。両方は不可分の関係にある上、こういう手続きこそ捜査・起訴・公判の連続性を安定に維持させ、円満な捜査を可能とするのである。また、捜査というのが単純に国家の権限を発動する行為ではないため、現場で働く警察の捜査には法律的な監視・指導が必要であり、こういう役割を法律に対する高度の専門的な知識を検事に任せるべきだという意見も多い¹⁹²。

¹⁹⁰ ジュ、前論文（注178）、pp. 136-137.

¹⁹¹ チャ・ジョンイン「捜査権調整の主要な争点」2018年、p. 62.

¹⁹² オム・ウンヨン、キム・ヒョジン「検・警の捜査権調整と警察の改革課題」2019年、p. 66.

(3) 小括

今回の韓国における捜査権調整、つまり検察改革の内容を一言でまとめると、従来検察が司法警察官に対して持っていた捜査指揮権を廃止し、検察、つまり検事が直接捜査できる範囲を大幅に縮小させ、警察に1次的捜査権を与えたことであるといえよう。この改正によって、両者は以前の上下関係から協力関係へと変化し、捜査における警察の自立性はより広く認められるようになった。さらに警察は、これまでとは違って、独自の判断によって捜査を終結できる権限をも与えられた。無論、検察が起訴できる権限、いわゆる公訴権を持っていることに変わりはない。しかし、たとえ検察が捜査指揮権を持たない代わりに、補完捜査及び是正措置要求権を与えられ、警察への司法的統制権を持つようになったとはいえ、警察への捜査指揮権が完全に廃止されたという点は実に大きな大変革であるといえよう。

検察改革が最終的に目指すべきゴールとは、結局国民の利益や人権を保護することであることに異論を持つ人は恐らくいないであろう。こういう観点から考えると、今回の韓国の捜査権調整に関しては、誰もが一度はこういう疑問を思い浮かべるのではなかろうか。「いったい何のための捜査権調整であり、誰のための合意であるか？」

今回の捜査権調整において最も最優先となったのは、本来の目的、つまり捜査過程において愚かにされがちな国民の人権を保障するためというよりは、むしろ単なる検察の警察といった国家機関同士での政治的妥協及び合意

という色彩が強い。今回の捜査権調整をめぐって、本来の目的をだいぶ失っているとの批判がなされている状況もそのためである。国民の意見や社会的な議論を基にして、長期的・段階的に進められたことではなく、大統領選挙を控えて慌ただしく、あっという間に進められたことから、今回の捜査権調整は絶え間ない批判の中心に立っている。

そもそも捜査権を国家機関の所有物として、「調整の対象」と考えてしまっても良いのであろうか。捜査権は検察と警察の所有物だとはいえない。捜査権とは、あくまで国民のものであり、国民がその権限を捜査機関に委ねたものである。しかし今回の改正案では、国民から委ねられた、刑事司法の根源をなす大事な権限である「捜査権」が、まるで投げ合うボールのように扱われてしまったと言わざるを得ない¹⁹³。

この観点からみれば、今回の改正案が抱えている主な問題点とは、改正があっという間に行われたため、社会的な問題として十分な議論がなされたないことはさることながら、国民の様々な世論さえも反映されていないという点である。短期間で進められた今回の改正案をめぐっては、検察はもちろん、学会や弁護士団体、法曹界、市民団体、多くのマスコミ、ましては大法院¹⁹⁴まで懸念を表している¹⁹⁵。このように、韓国の刑事司法は現在、まさに急な波に乗っているといっても過言ではなかろう。

その上、憲法上の問題を指摘する声も上がっている。上述した通り、韓国の現行法において令状請求権は検事だけが持っている（韓国憲法第12条第3項

¹⁹³ ジョン・スンファン「検察と警察の捜査権調整の合意案についての評価」2018年、p. 99.

¹⁹⁴ 日本における最高裁判所

¹⁹⁵ パク、前論文（注156）、p. 4.

196)。同条項は検事を捜査の主宰者及び人権を守る国家機関として認め、だからこそ強制捜査権を与えていることで意味を持っている。しかし今回の改正案では法律家及び準司法機関である検察官の直接捜査できる犯罪を二つに縮小させており、過度な制限だという批判が強い。それに、改正案に基づいて考察すると、検事が強制捜査権を持っていない犯罪についても、警察から令状の申請がある場合、その旨を審査・判断し、裁判所に請求するか否かを決めなければいけないということになるが、同事件において捜査権・捜査指揮権を持っていない検事が令状を請求するということは理不尽である¹⁹⁷。

こういう強制捜査権の制限は、国民の人権侵害につながるという指摘もある。捜査というのはすべての過程において有機的に関連しているが、今回の改正案ではこれらを法律によって無理やり起訴前と起訴後で分離しており、これに伴う国民の不便、または基本権への侵害が懸念されている。実際、改正案が施行されて以来、国民の不満の声は日々相次いでいることが現状である¹⁹⁸。

検事が警察を指揮できるように規定することが、必ず検事と警察を上下関係として位置付けていることにつながるとは限らない。日本の立法例のように、捜査指揮をするにおいて、その方式及び手続が協力的に運用されるよう、検事による捜査指揮権を認めながらも、両者の関係を協力関係に規定することも可能ではないかと思われる。つまり、捜査指揮その自体は上下関係であることを意味しておらず、重要なところは実際にどのように業務がなされるかで、決して捜査指揮が協力的な捜査を妨げるとはいえないということ

¹⁹⁶ 逮捕・勾留・押収する際は、適切な手続により、検察官の請求により裁判官が発した令状を提示しなければならない。

¹⁹⁷ バク、前論文（注156）、p. 22.

¹⁹⁸ 詳しくは<http://www.lifein.news/news/articleView.html?idxno=15158>
「イマイチな捜査権調整の「あと対策」、被害を受けるのは国民？」

である¹⁹⁹。現在の立法例において、英米系を除いては、検察官の捜査指揮権を認めない国はほとんど存在しない²⁰⁰。

結局、今回の捜査権調整は根本的なところからその妥当性を欠けているといえよう。それに今回の改正案は、その議論過程において、社会、または国民のためというよりは、内容そのものからも分かるように、それまで検察が持っていたいわゆる「権限」というものをできる限り無くすことに集中している。政治的な目的が強いと批判が絶え間ないのは仕方ないと思われる。

今回の韓国の捜査権調整が抱えているこういう状況は、ある意味では韓国の刑事司法の存亡がかかった大きな問題でもあるといえよう。

第五章 結論

本稿では、史上最大の大変革期を迎えている韓国の刑事司法の参考とすべく、以前から捜査において協力的関係を維持し続けている日本の刑事司法

¹⁹⁹ ジョン、前論文（注153）、pp. 102-103.

²⁰⁰ シン・テフン「いわば捜査・起訴分離論に対する比較法的分析と批判」2017年、p. 33.

彼の研究結果によると、35カ国のOECD加盟国のうち、およそ8割に当たる28カ国は憲法や法律などに明文の検察官の司法警察に対する拘束力のある捜査指揮権を設けているという。またおよそ7割に当たる77カ国は憲法や法律などに明文の検察官の捜査権を設けているという。

について考察を行った。

アメリカの学者D. T. ジョンソンは日本の検察が安定しているとされる理由を、アメリカに比べて穏やかな政治状況の中で、検察官としての中心任務である刑事事件における被疑者の処理をより効果的に遂行できることにあると分析している。日本の検察官は世論や選挙などの政治的な問題を気にする必要がなく、たとえ名声を得たからといえども在職中、退官後を問わず特に利益になることもないので、自分たちの集中すべき仕事に没頭して専念できるというのである²⁰¹。この点は、韓国の政治家の間における権力争いとなってしまった今回の韓国の検察改革にもいくつかの示唆点を投げかけている。

日本の検察との相違点として、検察と政治の距離感を上げることができ。韓国の検察を政治から切り離して考えることは多少難しい。韓国の現大統領が元検事であることは非常に珍しいことではあるが、韓国の政界には以前からも元検事が多数進出しており、政界に進出するための踏み台に検事という職を選んでいるのでは、との批判もあった。これはただ検察だけの問題ではなく、語弊があるかもしれないが、もっとも政治と分離されるべきである韓国の検察と警察は、いつの間にか政治とは分離できない立場となってしまった。国会での問題において、与野党は常に互いを告訴・告発することによって問題を解決しようとする動きを国民に見せており、検察庁（もしくは警察庁）の前で関連書類を手に持って、記事に載せるための写真を撮ることはある意味で伝統となっている。残念ながら、今回の検察改革もその延長線にあるように思われてならない。

²⁰¹ D. T. ジョンソン（大久保光也訳）、『アメリカ人のみた日本の検察制度—日米の比較考察—』、シュプリンガー・フェアラク東京株式会社、2004年、pp. 25-37.

韓国国民が抱いている検察への不信感は、検察がある特定の集団の政治的な目的を達成するため、もしくは政治的な報復をするためによく利用されているという認識から起因する²⁰²。一度居座ったイメージはそう簡単にはなくならないため、検察が国民の信頼を取り戻すために進むべき道先はまだまだ遠いように見られる。しかし、国民は捜査権を失った検察になってほしいわけではない。むしろ警察に全ての捜査権を与えてしまうことへの懸念の声も強く、今度は「警察共和国」になるのではないか、という懸念が増えてしまうだけである。国民はただ、検察が権力者の味方であらず国民の味方となり、悪を処罰することにだけ刑罰権という国家の公権力を行使してほしいと思うだけである。今回の検察改革がそういう国民の願望を十分考慮しているとはとても断言できない。

今回の検察改革において最も最優先となったのは、本来の目的、つまり捜査過程において愚かにされがちな国民の人権を保障するためというよりは、むしろ単なる検察と警察を対象とした政治的妥協及び合意という色彩が強い。さらに国民の意見や社会的な議論などを考慮して長期的・段階的に進めたわけではなく、大統領選挙を控えて慌ただしく、あっという間に進めたことから、今回の検察改革は本来の目的をだいぶ失っているという絶え間ない批判の中心に立っている。

大阪地検の特捜部の主任検事が、厚労省元局長事件の捜査において、証拠隠滅罪を犯して元局長を無罪にした事件は、日本国民の検察への信頼を根底から失墜させたとされている。そういう検察への不信を払拭して信頼を取り戻すため、日本の検察は幅広い観点から根本的に検討を重ねてきた。法務省

²⁰² ハン・インソプ「韓国検察の政治的中立性—解けない宿題?—」ソウル大学法学、第40巻第3号、ソウル大学法学研究所、1999年、p. 192.

と最高検察庁が軸となって提言・指示した「検察の在り方検討会議」、「検察の再生に向けて」「検察の再生に向けての取り組み」などがその一環である。また、司法改革の一環として導入された「裁判員制度」と「検察審査会」は、一般国民の意見が司法に反映される制度として価値があると評価されている。特に「検察審査会制度」は検察官の公訴権を牽制できる制度として意味深く、韓国もこの制度から影響された「検察市民委員会」という制度を導入しているが、日本に比べると実効性がなくほぼ活用されていない。

一見、日本の検察制度は韓国の検察制度と比べて、それほど大きく異なる点はないように見える。それは両国とも大陸法系の伝統を受け継いでおり、特に韓国は過去、日本の大正刑事訴訟法をほぼ踏襲しているからであろう。両国ともその後、アメリカの影響で英米法系の一部を吸収していることも似ている。しかし検察と警察の関係においては、日本がアメリカの主導下で「相互協力関係」であることを明文化した一方、韓国は依然として従来の「上下関係」にとどまっていた。韓国の検察は刑事司法を支配する捜査の主宰者として、警察への指揮権や公訴権、令状請求権などを独占し、着々とその力を強めていったのである。検察の肥大化している権限にはどのような方向であろうと歯止めがかけられるべきであり、検察と警察は同じ捜査機関として、互いに協力し合う方向で捜査を進めていく義務があることには誰もが賛成し、望ましいと思っている。

1960年代、日本においても当事者主義を強化するという趣旨で、「検察官は公訴の提起および維持に専念すべきであり、捜査はもっぱら司法警察職員に委ねるべきである」という、いわば「公判専従論」が主張されたことがある。韓国の現在の状況と比べると非常に興味深い。しかしこういう主張は、刑事司法における検察官の特殊性、つまり捜査から裁判までの全過程に深く

関与し、警察と裁判の間にて両側を結ぶ役割を果たしていることが認められ、段々と説得力を失っていった²⁰³。それから、法律が複雑に絡んでいる経済・汚職事件などにおいては検察官のような法律家による捜査が必ず必要であるところ、また警察官の捜査の独占を牽制することは実態的真実の確保にもつながらるといった理由などから、公判専従論は歴史の中へと消えていったのである²⁰⁴。

以前、韓国の一部の学者は、日本は捜査と公訴を徹底的に分離しているため、韓国よりも裁判での無罪率が非常に低いとし、そのことを検察から捜査権を爆脱すべきだという根拠の一つとして提示していた。しかし上述した通り、日本でも捜査と公訴は分離されておらず、検察官も必要であれば自ら捜査を開始することができるとしているため、そういう主張はすぐ説得力を失った。むしろ、日本の刑事司法の特徴の一つでもある「精密司法」、すなわち検察官の綿密な取り調べの結果に基づいた法的判断こそが低い無罪率につながっているという意見が支配的である²⁰⁵。日本の元検察官である熊田彰英は、検察官の取り調べなしに真相を究明することは不可能であり、ましてや検察官の綿密な捜査なしに公判にて有罪を立証することは不可能であると提言している²⁰⁶。

今回の韓国の検察改革で検事の警察への「捜査指揮権」を削除した理由は、検察が警察より上にいるわけではないため、指揮・統制できる権限を持つのは不適切であるという判断からである。その代わり送検された事件において

²⁰³ 加藤、前論文（注132）、p. 147.

²⁰⁴ イ、前論文（注105）、p. 190.

²⁰⁵ イ、前論文（注105）、pp. 201-202.

²⁰⁶ 詳細は次のページを参照、<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923734444&code=1171314&cp=nv>

「捜査・公訴分離論に反対する」国民日報、2017年4月21日

警察へと補完捜査を要求できる他、上述した通り必要であれば検察自ら補完捜査を行えるようにまで改正されているが、やはり以前よりは様々な手続を必要とするため、捜査の長期化などは依然として指摘されている。

果たして捜査指揮という制度が単に検察が警察より上の立場であることだけを意味するのだろうか。日本の場合、法律で検察と警察との相互協力関係を認めながらも、同時に検察官の警察への様々な形での捜査指揮権も認めている。捜査指揮は決して権威主義の産物ではない。警察も法律にて独自の捜査権を与えられており、捜査を行う主体であるからである。日本の検察官の持っている捜査指揮権は、上に立って警察の意見を無視しているわけではなく、警察の独自の意思決定による捜査権を認めながらも、検察官の法律専門家としての知識を用い、警察の捜査活動を法的に調整・統制し、万が一意見が一致しない場合に限り検察官の意見の優位を認めているに過ぎないのである²⁰⁷。ひいては捜査から公訴、裁判まで幅広く関与している検察官としては、当たり前ながら早ければ早いほど捜査に関与し、司法的な統制を発動した方が国民の利益にまでつながるのではないだろうか。何はともあれ、韓国の現行法において検事は捜査指揮の代わりに送検後の補完捜査で警察の捜査に関与しており、遅かろうと速かろうと検事は捜査の当事者、そして公訴権者として捜査に関与しなければならないのである。

全ての国家権力は国民のために存在し、国民の人権を守るために行使されるべきである。韓国の憲法では、全ての権力は国民より出るということをなお明らかにしている（大韓民国憲法第1条第2項）。政治家の好みに合わせて改正した法律では、決して国民の人権を守ることはできない。

²⁰⁷ ジョン・ウンソク「捜査指揮に関する争点と課題」、2016年、p. 13.

日本の刑事司法における検察と警察の関係、特に互いに相互協力関係でありながら、検察が警察に対して持つ捜査指揮権は韓国の刑事司法に様々な示唆点を与えていると思われる。世界中で英米系を除いては、検察官の捜査指揮権を認めない国はほぼ存在しないとされており²⁰⁸、そういうことに踏まえ、韓国の刑事司法においても、検事による捜査指揮権を認めながらも、その方式及び手続が協力的に運用されるように努力する方向で両者の関係を協力関係に規定することも十分可能ではないかと思われる。つまり、捜査指揮の本質は実際にどのように業務がなされるかで、決して捜査指揮が協力的な捜査を妨げるとはいえないということである²⁰⁹。

日本の警察は送検後でも、一度担当した事件は最後まで責任を持って捜査をすることが普通であるとされているが、韓国の警察は警察としてすべき捜査は終わったと考えられることが多く、もし送検後の事件において再び捜査をする必要が生じた場合は、先に「何で？」という反応が出てしまうことが多いという²¹⁰。果たして送致する前の捜査指揮を削除した今回の検察改革は検察と警察の協力関係が望ましい方向として作用しているのだろうか。むしろせっかく送検したはずの事件の補完捜査を要求され、警察が検察へと持つ反感を募らせる要因として働くのではないだろうか。捜査の長期化と伴い、こういった結果が国民にどう影響しているかわいいうまでもなく、国民のために行われたはずの改革がむしろ国民に不便を与えているなら、それは言語道断である。

²⁰⁸ シン・テフン「いわゆる捜査・起訴分離論に対する比較法的分析と批判」2017年、p. 33.

彼の研究結果によると、35カ国のOECD加盟国のうち、およそ8割に当たる28カ国は憲法や法律などに明文の検察官の司法警察に対する拘束力のある捜査指揮権を設けているという。またおよそ7割に当たる77カ国は憲法や法律などに明文の検察官の捜査権を設けているという。

²⁰⁹ ジョン、前論文（注197）、pp. 102-103.

²¹⁰ イ・ジョンミン、ファン・テジョン「捜査構造改革の関連、日本式の刑事制度導入に関する研究」治安論叢（第30号）、2014年、p. 290.

日本で「検察の神様」として広く尊敬されていた元検事総長の伊藤栄樹は、検察と警察が協力的な関係を保つことへの重要性を「共産党電話盗聴事件」で知られている事件を例としながら提言している。言ってみれば、何人かの警察官たちが国会議員の電話を盗聴していたという有力な証拠があったにも関わらず、全員を起訴せず一部は起訴猶予としたことにつき、それより大事なものは「法の下での平等」という理想であり、仮に警察側の違法行為を徹底的に追及した場合、その理想を犠牲とした対価は国民にまで支払わせたことになったであろうということである²¹¹。検察と警察の対立は避けられないことであるが、それをどう丸く収めて協力し合うか、それによって検察と警察はより良い関係を維持することができ、結局国民の人権を守ることにもつながるとのことである。

国民から検察と警察に与えられた課題とは、決して捜査権を誰が持つかの問題ではない。どちらにせよ検察と警察は、ただその権限を国民から委ねられただけであるからである。韓国の一国民として、そして検察の一員として、検察と警察が国民の目線に立って進むべき道を探し、真の意味での「捜査権調整」を、外部からの圧力によってではなく、自分たちの力で手にいれてほしい。理想論に過ぎないかもしれないが、正しい道とはきっと存在すると筆者は信じてやまない。

²¹¹ D. T. ジョンソン（大久保光也訳）、前掲書（注191）、pp. 73-74.

参考文献

【日本文献】

加藤康榮「刑事司法における検察官の役割（一）」

（日本法学、第81巻第2号、2015年）

加藤康榮「刑事司法における検察官の役割（三）」

（日本法学、第81巻第2号、2015年）

土本武司「日・蘭刑事訴訟の比較的考察」（比較法学27巻1号、1993年）

大木雅夫「大陸法と英米法：制定法と判例法を中心にして」（1980年）

五十嵐清『ヨーロッパ私法への道—現代大陸法への歴史的入門—』

（悠々社、2015年）

F. H. ローソン（小堀憲助・真田芳憲 訳）『英米法とヨーロッパ大陸法』

（日本比較法研究所、1972年）

村井敏邦『罪と罰のクロスロード』（大蔵省印刷局、2000年）

高柳賢三『英米法の歴史と精神』（書肆心水、2022年）

加藤康榮「行政警察活動と犯罪の事前捜査（上）」

（日本法学、第80巻第4号、2015年）

田和俊輔「行政機関としての検察制度」（鳥取大学教養部第5巻、1971年）

田和俊輔「犯罪捜査ならびに公訴担当機関としての検察官と司法警察の関係

は如何になるべきか」（1973年）

田和俊輔「準司法機関としての検察制度と司法警察の関係」（1972年）

田和俊輔「ドイツの検察官と司法警察の関係史及び西ドイツの現在の問題点」

（1981年）

白取裕司『刑事訴訟法（第10版）』（日本評論社、2021年）
野村護「刑事警察50年のあゆみ」（警察学論集第52巻第1号、1999年）
三井誠『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、1991年）
三井誠『刑事手続法（I）』（1997年）
平野龍一郎『刑事訴訟法』（1958年、有斐閣）
平野龍一郎「捜査の構造」（法学教室第6号、1973年）
石川才顕『捜査における弁護の機能』（日本評論社、1993年）
本田正義「捜査の構造について」（1968年）
難波正樹「日本の捜査制度とその運用について」・「令状制度改善のための
日・米・英・韓共同セミナー」（警察庁捜査局、2017年）
安倍祥太『被疑者取調べの憲法的規制』日本評論社、2019年
D. T. ジョンソン（大久保光也訳）、『アメリカ人のみた日本の検察制度一日
米の比較考察一』、シュプリンガー・フェアラー東京株式会社、2004年

【韓国文献】

パク・チャンゴル「検察と警察の捜査権調整への批判的分析：2020年2月4日
付改訂刑事訴訟法および検察庁法の内容を中心に」刑事政策研究第31巻第1号、
2020年
チェ・ホジン「韓国型捜査と起訴分離モデルの展望と警察の課題」比較刑事
法研究第19巻第1号、韓国比較刑事法学会、2017年
ジュ・スンヒ「当事者主義と職権主義の訴訟構造の比較研究」（2006年）
ジョン・ウンソク「大陸法系及び英米法系の刑事司法手続における検察官
の役割の比較研究」（2021年）

ベ・ソンボム「アメリカの刑事司法手続のモデル及び最近の刑事司法の流れの概観」(2006年)

キム・ヨンジュ「司法警察と検察官の捜査権の沿革について」
(警察法研究、第10巻第2号、2012年)

ジョ・グク「検察官の捜査指揮権に関する研究」(2010年)

イ・ジョンミン「日本の捜査制度の運営とその前提」
(刑事法の新動向第60巻、2018年)

イ・ドンヒ「日本刑事手続における警察と検察の関係」(2003年)

キム・ヒョンマン「日本の刑事訴訟法と捜査構造の変遷」(2018年)

ムン・ジュンヨン「法院と検察の誕生」(歴史批評社、2010年)

シン・ドンウン「捜査権の帰属に対する沿革的な考察」
(ソウル大学法学研究所、2001年)

キム・ヨンテ「韓国の憲法と検察制度」(2014年)

ユ・ジュソン「捜査と起訴の分離のための争点と課題」(2018年)

シン・ドンウン「制定刑事訴訟法の成立経緯」(2004年)

シン・ドンウン「令状実質審査制度の実施と令状主義の新しい展開」
(1996年)

パク・チャンゴル「改正刑事訴訟法と検察庁法の争点及び今後の課題」
(2022年)

チャン・スンヒョク「検察権の制限—改正刑事訴訟法、検察庁法及び公捜処
法に対する評価、また今後の課題—」(2020年)

ジュ・スンヒ「検・警の捜査権調整の合意案における批判的な検討及び合理的な対案の模索」(2017年)

チャ・ジョンイン「捜査権調整の主要な争点」(2018年)

オム・ウンヨン、キム・ヒョジン「検・警の捜査権調整と警察の改革課題」
(2019年)

ジョン・スンファン「検察と警察の捜査権調整の合意案についての評価」
(2018年)

シン・テフン「いわば捜査・起訴分離論に対する比較法的分析と批判」
(2017年)

ハン・インソプ「韓国検察の政治的中立性—解けない宿題?—」
(ソウル大学法学、第40巻第3号、ソウル大学法学研究所、1999年)

ジョン・ウンソク「捜査指揮に関する争点と課題」(2016年)

イ・ジョンミン、ファン・テジョン「捜査構造改革の関連、日本式の刑事制度導入に関する研究」(治安論叢第30号、2014年)

ムン・ジュンヨン「法院と検察の誕生」(歴史批評社、2010年)

シン・ドンウン「捜査権の帰属に対する沿革的な考察」(ソウル大学法学研究所、2001年)

キム・ヨンテ「韓国の憲法と検察制度」(2014年)

ユ・ジュソン「捜査と起訴の分離のための争点と課題」(2018年)

シン・ドンウン「制定刑事訴訟法の成立経緯」(2004年)

シン・ドンウン「令状実質審査制度の実施と令状主義の新しい展開」(1996年)