HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	憲法・刑事手続・予審(1) : フランス法研究の視座
Author(s)	白取, 祐司
Citation	北大法学論集, 41(2), 41-69
Issue Date	1990-12-14
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16760
Type	bulletin (article)
File Information	41(2)_p41-69.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

憲法・刑事手続・予審（一）

――フランス法研究の視座――

白取祐司

目次

序章――問題関心
第一章　憲法規範と刑事手続
　I　刑事手続上の人権の性格
　II　一七八九年人権宣言とその後の展開
　III　一九五八年憲法と憲法院
第二章　予審の憲法論的枠組みの検討
　第一節　序――刑事手続における予審の重要性

第二節　刑事司法機能の分離（原則）
I　フランス刑事手続の特色としての機能分離
II　刑事司法機能分離原則の政策的基礎
III　訴追機能と判決機能の分離（原則）
IV　予審・判決手続の分離（原則）（以上、本号）
第三節　予審の主宰者＝裁判官（原則）
I　予審判事は「公正」か
II　予審審理
III　予審判事
第四節　小　括
第三章　予審における人権保障――もうひとつのアプローチ
結　語

序章――問題関心

本稿は、フランスにおける予審が憲法および憲法規範性をもつとされる人権宣言との関係でどのような位置づけを与えられているかを解明しようとするものである。

現在、フランスの予審は強い批判にさらされ、曲がり角にきているといわれる。ただ、今日でも予審の擁護論も根強

く今後の帰趨は軽々には予測しがたい面がある。[1] フランスは一九八一年に死刑を廃止したが、予審の廃止は、ある意味では死刑以上に政治的、実務的に困難といえるかもしれない。

ところで、わが国の予審は、新憲法と相いれないとして戦後応急措置法（一九四七年公布）によって廃止され一定の歴史的総括も行われているが、[2] わが国の予審のモデルとなったフランスの予審は憲法上どのような位置づけを与えられているのか。従来、この疑問に応える研究は、日仏ともに極めて乏しかった。[3] 日本における研究が乏しいのは、フランスで余り論じられていないことの反映であろうからひとまず措くとして、フランスでも議論が少ないのは次の事情によると思われる。すなわち、①フランスは近年まで裁判所に合憲性審査権が原則として与えられておらず、そのため予審をはじめとする刑事手続が憲法規範に適合するか否かという問題意識が乏しかったこと、②わが国は戦後になって、アメリカ法の影響で憲法的刑事訴訟（constitutional criminal procedure）ということがいわれ、刑事訴訟法の議論に際して憲法を引き合いにだすのが流行として定着したが、フランスについては現在のところそのような傾向がみられないこと、③予審についていうと、フランスの予審は幾多の制度改革を経て防禦権など人権保障への一定の配慮がなされていること、などがあげられよう。[4]

しかし、第五共和制憲法の下で新たに設けられた憲法院とその人権保障機関としての発展は、刑事手続、予審の問題とて憲法とは無関係には存しえないことを示した。憲法研究者等の手によるものではあるが、少しずつ筆者の問題関心に応える論稿も現れている。本稿は、比較的新しいフランスの議論を参考にしながら、[5] フランスにおける憲法・刑事手続・予審の位置づけを問い返そうとするものである。

（1）J・E・S・ヘイワード＝川崎信文ほか訳『フランス政治百科（下）』（原著 J. HAYWARD, *Governing France*, 1983, London）

（一九八七、勁草書房）二三四頁〜二三五頁は、イギリスの政治学者の指摘であるが、「予審判事は、警察がいかにして自白を得たかには関知せず、かれの前に連行された人物に明白な殴打の跡がある場合でさえもそうなのである。警察は、予審判事が現実には法務省の検察官に従属しているため、かれらの行動を調査することがないことを熟知している。……予審判事は実際には警察長官の補助機関になりさがっている。政府への忠誠が疑わしいとされた予審判事は、警察の監視下におかれかねないのである」という。他方、恒光徹「フランス刑事司法における対抗と合意」『法の科学』一五号（一九八七）一三〇頁は、「現在の刑事手続において、強制捜査の中心は、わが国のような警察・検察ではなく、独立した司法官である予審判事でなければならないということにつき、社会的合意が存在する」と指摘している。なお、一九九〇年六月二八日に公表された刑事手続の改革に関するデルマス・マルティ報告（le rapport Delmas-Marty sur la réforme de la procédure pénale）は、単なる予審判事の廃止ではなく、予審判事の捜査機能と裁判機能をはっきり分けることを提唱する（Le Monde, 29 juin 1990）。

（2）小田中聰樹「予審を廃止したことの評価」『ジュリスト増刊・刑事訴訟法の争点』（一九七九）一〇〇頁〔同『刑事訴訟と人権の理論』（一九八三、成文堂）所収〕、座談会「予審制度について」『法の支配』五九号（一九八四）五五頁。

（3）刑事訴訟法に関する最も詳細な概説書である R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 2e éd., t. II, 1979.でも総論として民事訴訟との対比、行政手続、懲戒手続との対比はあるが、憲法との関係についての言及はない。他の概説書、たとえば STEFANI, LEVASSEUR, BOULOC, *Procédure pénale*, 12 éd., 1984（澤登ほか訳『フランス刑事法〔刑事訴訟法〕』（一九八二年、成文堂））でも、右の他刑法との関係を述べるものはあるが憲法と刑事法について特に触れているものはない。ただし、注（5）のプラデル教授の概説書はこの点に触れて詳しい。

（4）③の予審改革のうち防禦権の保障を初めて実現した一八九七年法律につき、拙稿「予審改革に関するフランス一八九七年法律の制定過程」『札幌学院法学』五巻二号（一九八九）一頁参照。

（5）T. RENOUX, *Le conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, 1984, p. 421 et s ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 2e éd., 1980 ; L. PHILIP, *La constitutionnalisation du droit pénal français*, R. S. C., 1985, p. 711 ; P. WACHSMANN, *La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, R. S. C., 1988, p. 1.

第一章　憲法規範と刑事手続

I　刑事手続上の人権の性格

憲法の諸原理の発展の中でも、人権の問題、とりわけ刑事上の人権の確立と展開が中心的地位を占めることはいうまでもないであろう[6]。実際、刑事手続は、国家権力と個人の間に存する法律関係の最も明白な発現形態のひとつである。それゆえ、刑事手続は、憲法が国家機構から保護しようとする公的自由（libertés publiques）に直接関わるものであり、その中心的内容をなす。日本国憲法が一〇箇条もの刑事上の人権規定をおいたのもそのあらわれといえよう。これに対して、フランス憲法は直接刑事上の人権に関わると認められる規定としては六六条、三四条くらいしか置かれていないが[7]、その前文で一七八九年「人及び市民の権利宣言（Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789）」（以下、「一七八九年人権宣言」と呼ぶ）を引用しているところから、同宣言の刑事上の人権・基本原理も法規範性を有すると解されている。かくして、フランス憲法規範の重要部分として刑事手続および刑事実体法上の人権の存することが確認された。デランドルは、一七八九年人権宣言一七箇条のうち三つを数える刑事上の人権を「最もポジティヴな規定である[8]」と述べたが、これは刑事上の人権一般にもあてはまるであろう。すなわち、刑事上の人権は、国家刑罰権に対峙する点で常に国家権力との緊張関係にあったし、その保障システムをどうするか（たとえば、権限分離、司法的抑制等）について難しい問題を生ぜしめるのである。

II　一七八九年人権宣言とその後の展開

ところで、一七八九年の革命以降、フランスの相次ぐ基本法ないし人権宣言は刑事司法について絶えず言及してきた。一七八九年人権宣言で直接言及された刑事法上の人権としては、①法定手続の保障（七条）、②罪刑法定主義（八条）、③「無罪の推定」原則（九条）であるが、[9] 一七九一年憲法（第三篇第五章第九条第七項）は一事不再理原則を初めて保障し、[10] 一七九一年九月一六―二九日法律（犯罪と刑罰法典）で陪審裁判を受ける権利を保障した。右のうち、罪刑法定主義を除くと、他はすべて刑事手続上の人権ないしその原理である。予審に関しては、一七九三年憲法九六条が「予審は公開とする」と定める以外、直接関連するものは見当たらない。ただし、起訴陪審は、革命前、アンシァン・レジーム下の「予審」の否定という側面をもつことは明らかである。しかし、中間法時代を経て一八〇八年治罪法典になると、非公開で糺問的な予審が復活する。そして、中間法時代の右「予審の公開」規定を除くと、[11] 刑事上の右基本原則は、今日まで基本的には維持されている。

憲法に基礎をもつ多くの刑事上の人権のうち、本稿に特に関係するのは、「無罪の推定」原則と「当事者対等」（égalité de tous les plaideurs）原則である。[12] 前者は、防禦権の保障、裁判の公開、裁判官の公平の保障などの諸原則と関係する基本原則であり、後者は、市民の法の下の平等原則の帰結であり、アンシァン・レジームの特別刑事裁判所の創設に対する反動として規定された。

III　一九五八年憲法と憲法院

さて、先にも触れたように、一九五八年憲法制定者は、刑事手続上の保障に関心を示さなかった。第五共和制憲法は、他の側面では公的自由の保護に配慮しているのに、刑事手続に関しては、限られた条文しかもっていない。したがって、

すべての恣意的拘禁の禁止の宣言（憲法六六条）、人身の自由の守護者としての裁判官の役割（同条）および刑事手続法規の制定権限の立法者への付与（憲法三四条）を除くと、現行憲法は、最終的な起草に先立つ様々な草案が予想したとおり、刑事手続に関しては簡潔にしか触れていない。このうち、六六条は、人身の自由が司法機関のコントロールの下に置かれることを規定し、三四条は、刑事に関する諸準則の作成権限を立法者に委ねるが同時にその範囲も画定していると読むべきである。ただ、この点は次に述べる合憲性審査の及ぶ範囲の飛躍的増大のために、法律の領域は著しく狭いことに注意されなければならない。刑事法を支配する基本原則の大部分は、現行憲法前文が準拠する一七八九年人権宣言に包含されている。

右は実体法規範に関する問題であるが、この憲法上の実体法規範を「法源」として法律の合憲性を審査する機関が憲法院（Conseil constitutionnel）であった。一九五八年憲法にもとづいて設置された憲法院は、一九七一年七月一六日の「結社の自由」に関する違憲判決によって憲法裁判機関としての性格とその機関としての独立性を示すとともに、人権保障機関への進展も示し、さらに、一九七四年一〇月二九日の憲法改正によって、議会の少数派にも提訴権者が拡大されるなどの部分改正が実現した。これによって、憲法院は人権保障機関であると同時に裁判機関としての性格を強めた。[13] すべての法領域に及ぶ憲法化の現象は、とりわけ刑事手続および刑事実体法に関して際立っているといわれている。[14] それは、第五共和制憲法が一七八九年人権宣言を憲法規範として取り込んだことによって、そこから罪刑法定主義、無罪推定原則、防禦権の尊重など多くの帰結が導かれることになったからであり、これをL・フィリップは「憲法的刑事法（le droit constitutionnel pénal）」と呼んでいる。[15]

ここで、その具体的現れを憲法院判例から概観しておく。[16] まず、犯罪が犯されたという事実にもとづかず、あるいは公の秩序が害されたという事実にもとづかない警察当局の自動車の捜索は、司法警察職員およびその部下に付託された

権限を超えるため、人身の自由の侵害を構成するとした一九七七年一月一二日判決、刑事に関する単独裁判官の問題（一九七五年七月二三日判決）、刑事訴訟法の改正（一九七八年七月二七日判決）、不法移民の予防（一九八〇年一月九日判決）、「安全と自由」法（一九八一年一月一九日ないし二〇日判決）、税法上の家宅捜索（一九八三年一二月二九日判決）など多数の刑事法関係の判例をあげることができる。その際注目すべきは、憲法ないし人権宣言に直接規定されていない刑事法上の原則をも憲法的価値を有すると認知したものがあることである。そのようなものとして罪刑均衡原則（le principe de la proportionnalité des délits et peines）[17]、憲法的価値を否定されたものとして刑罰個別化原則（le principe de l'individualisation des peines）[18]があるが、最も重要なのは、防禦権尊重原則（le principe du respect des droits de la défense）であろう。この原則は、一七八九年人権宣言にも一九五八年憲法にも明文はないが、憲法院は同原則を共和国憲法によって承認された根本原則であると認知し、法案を無効とした（一九七七年一月一二日判決）。その結果、「弁論の平穏を確保するため」宣誓が課す義務に欠けるところのない弁護士を裁判所から排除することを認める法規は違憲であり（一九八一年一月一九日ないし二〇日判決）、同様に、下級担当者のひとりが犯した犯罪に対する制裁である罰金の支払いを裁判所が使用者に命じる処分は刑事処分であるから防禦権の保障原則を排除することはできない（一九七六年一二月二日判決）と判示している。

かくして、一七八九年の諸原則、および何よりも諸外国の憲法裁判所の司法活動の要となっている平等原理のほかに、刑事手続固有の諸原則が憲法ブロック（bloc de constitutionnalité）の一部を構成することとなり、総体として発展してきた。

なお、刑事訴訟の諸原則としては、社会の利益を代表する「公の訴追」制度[19]および不服申立制度（破棄申立制度等）が、右の諸原則のほかに重要であろう。

(6) 後述の一七八九年人権宣言一七箇条のうち、もっぱら刑事上の人権を規定するものだけでも三箇条もあるのは、このことを示すものである。フランスのアンシャン・レジーム期の末期に三部会に寄せられた多数の請願書（cahiers）が刑事上の人権「侵害」を訴えていることを想起すれば（A. ESMAIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1882, p. 405-407.）、圧政への抵抗権という自由権の特徴が人権宣言の中でも刑事上の人権の中に色濃くあらわれている理由が読み取れよう。

(7) 後述するように六四条、六五条も間接的なかたちで機能分離原則などを基礎付けている。

(8) M.DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, t. I, p. 74.

(9) 白取祐司「人権宣言と刑事上の人権」『人権宣言と日本』（一九九〇刊行予定、勁草書房）参照。

(10) 白取祐司『一事不再理の研究』（一九八六、日本評論社）四三頁以下参照。

(11) 一八九七年法律の制定過程の議論で予審の「公開」について提案がなされているが、最終的には否定され今日にいたっている。この点につき、白取祐司「予審改革に関するフランス一八九七年法律の制定過程」『札幌学院法学』五巻二号（一九八九年）三二頁参照。

(12) T. RENOUX, *op. cit.*, p. 421, note 2. 彼は、この原則のあらわれとして以下の条文をあげる。一七九一年九月三日憲法五章九条、一七九三年六月二四日憲法九六条、共和歴三年フリュクティドール（実月）五日憲法二二二条以下、憲法六二条、六三条および六四条、一八一四年六月四日憲法六四条、六五条、一八一五年四月二二日追加法令（Acte additionnel）五二条、五三条、一八三〇年八月一四日憲法五五条、五六条、一八四八年一一月四日共和国憲法八二条、八三条および八四条……。「司法の無償性」の観念は、二月革命の精神（esprit quarante-huitard）の結果である（一八四八年憲法八一条）。

(13) 中村睦男「フランス憲法院の憲法裁判機関への進展」『北大法学論集』二七巻三・四号（一九七七）二六二頁、北川善英「フランスにおける『憲法裁判』」『法の科学』一五号（一九八七）一一二頁以下。これをL・フィリップは「憲法は一九七一年判決によって主要な法源に変わった」という。L.PHILIP, *La constitutionnalisation du droit pénal français*, R. S. C., 1985, p. 711.

(14) L. PHILIP, *op. cit.*, p. 713.

(15) *Ibid.*

(16) L.PHILIP, *op. cit.*, p. 716.

(17) Décision n. 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981, *Rec.* p. 18. 判決文では、「法は厳格かつ明確に必要な刑罰のみを規定すべき原則」となっており、この原則を憲法院は一七八九年人権宣言八条「法は、厳格かつ明確に必要な刑罰のみを規定しなければならない」とする部分から導いている。

(18) *Ibid.* 前注と同じ事件で、提訴権者は、刑罰個別化原則も一七八九年人権宣言八条がカバーしていると主張したが、憲法院は「同条は、刑罰の必要性は有罪を言い渡される者の人格の観点のみから評価されるべきことまで示唆していない」としてこれを斥けている。

(19) 例として、共和歴八年憲法六三条が、明示的に公訴制度を承認していた。今日、より鮮明な弾劾化への傾向の進展は、言葉の新しい意味で、訴追と防禦の平等（対等）関係の問題を提起することになるかもしれない。ともかく、コンセイユ・デタの判例につき、J. P. BOIVIN, *Le juge administratif et les principes généraux du droit dans la procédure pénale française*, G. P. 17-18 nov. 1982, p. 2. 参照。

第二章　予審の憲法論的枠組みの検討

第一節　序――刑事手続における予審の重要性

予審は、刑事手続の要の段階のひとつを構成する。むろん、予審は歴史的には糾問原理にもとづくものであるが、時代の要請に応じた幾多の修正を経て今日にいたっている。とりわけ、一八九七年一二月八日法律によって、フランスの予審は対審化を実現し、黙秘権、弁護権が実質的に保障されるようになった。機能的にみれば、予審は、判決手続に先立って訴追された者の未決拘禁を維持するか否かを決定するのは通常予審機関であるという意味で「人身の自由の保護」

に直接関わっているだけでなく、判決裁判所を構成する裁判官が判決するのは、予審が職務として集めた証拠資料によるという意味では「判決裁判官の公正」にも直接的な影響を与える。

この意味で、裁判官の公正（impartialité）およびすべての「偏見（préjugé）」の排除の憲法的要求の満足は、刑事手続の二つの伝統的原則の宣明の中に見出すことができる。すなわち第一に、刑事司法の機能の分離の尊重であり、第二に、予審機能の裁判官への付与である。

第二節　刑事司法の機能の分離（原則）

I　フランス刑事手続の特色としての機能分離

フランス刑事訴訟の本質的な特色のひとつは、刑事機能の分離である。フランス刑訴法典は刑事手続を三つの段階に区分している。すなわち、犯罪を追及し公訴を始動させる「訴追（poursuite）」（刑訴法典三一条）、次に予審被疑者に対して集められた証拠の収集とその関連性を評価することを目的とする「予審（instruction）」（同四九条一項）、さいごに被告人を無罪または有罪で処罰するための「判決手続（jugement）」が続く。[20] 各機能の分離を認めることは、観点を変えれば各機関の「独立性（indépendance）」を認めるということでもある。

機能分離の原則は、刑事手続においては手続の各段階が異なった司法官（検察官、予審判事、裁判官）に委ねられることを要求する。これは、権限を単一の機関に委ねるべきではないという理念に由来することから説明される。かくして、権限の分離は、裁かれる者にとっては、司法の公正さの担保の役割を果たすのである。

したがって、一般に考えられているところによれば、三つの角度からの犯罪行為の完全なテスト――事実の確認（訴

追)、証拠の収集(予審)、そして罪責の認定および行為者人格に適した刑の決定(判決手続)――は、予め用意された意見の作成が禁じられ、被告人に向けられた嫌疑について何度も別の機関がフィルターにかけることによって誤判のリスクを大幅に減じるとのメリットがある。[21] このような区切りは、各段階ごとに新しい視点から記録に取り組むことになるだけに、不可欠なものである。

II　刑事司法機能分離原則の政策的基礎

右のようなフランス法独特のシステムの中で、刑事司法機能の分離は、単なる技術的な処置以上の、刑事手続における人身の自由の保護原則のひとつの役割を担うことになる。「とりわけ分離の中に、人身の自由の保護の手段を認めうる。何故なら、別々の司法官が相互に監視しあうことによって、よりよく誤りを正し職務のミスをなくすことが可能になる」。[22] メルル・ヴィテュによれば、「この原則は、モンテスキューにとって重要な理念たる権力分立による権力の抑止の理念に由来する」。[23]

このアナロジーは、機能の分離が革命期に発達してきたものであること、とりわけ当時の憲法典[24]で明示的または黙示的に承認されたものであることからみて、十分妥当性を有するものと思われる。すなわち、フランスの最高法規がこの手続原則に言及していること、その永続性、その安定した適用、自由保護へのその効果からみて、権限分離原則が憲法的価値を有するものであると認められるのである。

この権限分離原則が憲法的価値を有すること、言い換えると同原則の違反が憲法違反を構成することから、議会の少数派による同原則違反を理由とする提訴もまた、何度もなされることとなった。ひとつは、重罪院の言渡した刑の執行に関する重罪控訴部の権限につき争われたものだが、憲法院は一九七八年一一月二二日判決により、理由不備で斥けた。[25]

また、予審判事の資格のない裁判官に対し、一定の自由侵害罪あるいは加重盗罪の場合に警察留置（garde à vue）の延長を認める「安全と自由」法（loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes）三九条の違憲性が主張された。主張の要点は、右のような一定の犯罪の被疑者の警察留置の二四時間の延長を許可する権限を予審判事の資格のない裁判官に認めた三九条は、その後にその被疑者の事件の判決裁判所の裁判長もしくは合議体の構成員として審判するかもしれない裁判官に被疑者に対する保障なしに延長のための証拠の検討を委ね、その被疑者の罪責を事前判断させることになるので憲法六六条から導かれる機能分離原則に反するというものである。これに対して憲法院は、一九八一年一月一九日―二〇日判決により、次のように判示した[26]。

「仮に裁判官が、これらの場合に警察留置の延長を許可するために関与することが憲法六六条の規定に適合するために必要であるとしても、憲法的価値を有するいかなる原理ないし原則も、この裁判官が予審判事の資格をもつことまで要求していない。

裁判官が、警察留置の二四時間の延長を許可するために、記録を必然的に検討しなければならないとしても、彼は予審行為を行ったわけでも、関係人の罪責を事前に判断したわけでもない。

したがって、当憲法院に提訴された法律三九条は合憲である」

立法手続の不備を理由として実体につき判断するのを拒否したが、刑事手続の機能の分離違反を特に指摘した憲法院判例として、一九八〇年七月二二日判決がある[27]。すなわち、憲法院に異議申立てのあった法律は、刑事訴訟法典と幾つかの立法規定をフランス国外で認める法律であるが、これは一定事件につき同一司法官（裁判官）に、判決手続の役割の外に予審判事の機能および検察官に属する権限も与えた。ただし、当該司法官は、検察官に属する意見表明、論告などはできない[28]。

しかも立法者は、非常にはっきりと、フランス海外領土の一定の裁判所について機能分担原則の例外を保持することを明言した。ここで問題になるのが刑事訴訟法典四九条であり、同条は予審権限と判決権限の分離を明示しているのだが[29]、立法者は、予審判事の機能を行使する一審裁判所のある部を委ねられた裁判官は「同条二項の特例として、自ら予審審理した事件の審判をする」ことができると規定していた（法案の二―六条）。

これに対して憲法院は、次のように判示した。

「当院に係属中の、海外領土の刑事裁判所の公正と管轄を定める法律は、その結果として、海外領土にも適用される刑事訴訟法典の諸規定を改正するものである。同法が採用した刑事裁判所は、海外領土の各島の特殊性、広い地域への裁判所の散逸、人口密度の低さ、交通の困難性を考慮してフランス本土とは異なったものになっている。かくして、たとえば、ある区域では、違警罪裁判所は、被告人が合議体の裁判所による裁判を望んでも単独裁判官によって構成される。同様に、ある区域では、一人の裁判官が同一事件について、本土では検察官、予審判事に分離している諸機能を連続して行使する権限を認められている。

海外領土の刑事司法に関し、各領土に固有の条件を考慮した特別の機構を設ける同法は、海外領土の特別な組織〔憲法七四条参照〕の要素となり、したがって、憲法七四条の適用上、関係を有する領土の議会の諮問は行われなかったのであって、これら諸規定は、憲法の定める手続に従って採択されなかった。

刑事司法の機構に関する諸規定は、当然法規に付託されている法律の他の条項と不可分である。したがって、同法は憲法に違反すると宣言されなければならない」

この法律の規定全体が憲法に適合しないことは宣言したが、それは当該領土の議会の事前の諮問（consultation）が欠けているという形式的理由であった[30]。第三者的立場でいえば、提起された刑事訴訟法の最重要な原則に関わる問題の中

味につき最高の裁判機関が判断しなかったというのは、もちろん残念である。しかし、憲法院が判決の理由づけの際に行う「経済」の観点を前提に観察すれば、憲法院が法規は一定の場合「一人の裁判官が同一事件について、本土では検察官、予審判事に分離している諸機能を連続して行使する権限を認められている」と執拗に明言するところから、憲法院判事が立法者に向けたこの点に関する非難をかろうじて読み取ることができようか。判決全体の中で特に右の点だけが詳細に論じられていることからも、憲法院の法案に対する非難の意図が感じられる。

いずれにせよ、法律の憲法適合性の審査請求を行う中で様々に定式化された刑事訴訟における権限分離の理念は、訴追権限および予審権限に関する判決手続機関の自律（autonomie）に対するより深い反省にいたる。

III　訴追機能と判決機能の分離（原則）

「すべての判事は検察官である（Tout juge est procureur général）[31]」という古法の諺が承認していたのとは違って、現在のフランス刑事手続は、訴追と公判の機能を分離する。一九世紀以来判例[32]で認められてきたこの区別は、裁判官は検察官の活動・発言の自由裁量に対するいかなる評価権限も有せず、また特定の犯罪を理由に個人を訴追するように検事局に命令をだすいかなる権限も有しない。逆に、この区別によって、検察官は、裁判所に対し有罪判決を要求する権利はなく、法定の不服申立方法を行使して上級裁判所に原判決を付託する権限を別にすれば、裁判所の判決に立ち入る権限もない。

訴追と判決手続との分離は、とりわけ刑事裁判所がみずから判決すべき事件を受理すること――これは、裁判所としての性格とほとんど両立しがたいので――を禁止する中にあらわれている[33]。

刑事裁判所が訴追し、同時に判決する役割も果たすことの不可能性は、一九世紀を通じて裁判所が認めてきたフラン

ス法の非常に古典的な原則であった。この時代、破毀院は何度も次のような判示を行っていた。すなわち、「検察官の諸機能が裁判所の諸機能と両立しないことは、フランスにおける確固たる原理（maxime）である。この非両立性は、両機関の性質および同一事件において司法官が訴追当事者と判断者を兼ねることを許さない司法上の原則に由来するものである」[34]。同じ理由から、訴追と判決の機能の混同の危険があるとして強く批判された予備判事（juges suppléants）の制度（予備判事はしばしば彼ら自身の請求を評価するのに公判に出向いてきた）は最終的に廃止された[35]。実際、訴追と公判の機関の分離は、「裁判官（magistrats du siège）」と「検察官（magistrats du parque）」が区別されている点から憲法的基礎を有することが導かれる。一見すると、一九五八年憲法はこの伝統的区別について一言も触れていない。しかし、最初の手掛かりとして次の事実をあげることができよう。すなわち、憲法は「司法官規定（statut des magistrats）」の制定を組織法の立法者に委ねたにもかかわらず、憲法が表明している任命・懲戒に関する司法高等会議による終身の身分保障等の保護は裁判官に関するものだけである[36]。

憲法院一九八〇年一月九日判決は、この解釈を、憲法六六条が人身の自由の守護者（裁判官）に委ねた「司法権」が、性質上裁判官によってしか担うことができないものである事実を示して補強している[37]。すなわち、移民法三条および六条が入国許可のない外国人を行政機関が短期拘束できるとしている点は、一七八九年人権宣言および憲法六六条に違反するとして提訴された事案につき、憲法院は次のように判示している。「人身の自由は、裁判官が可能な最小限の期間でも関与する場合でなければ、保障されたとはみなされない」と。しかし、そもそも、裁判官と検察官の機能の分離の憲法的性格を根拠づける決定的論拠は、司法権の役割そのものに存する。実際、司法当局は裁判権を付与されているのに対し、検事局はそれを剝奪されている。換言すると、裁判官と検察官の機能の分離は、権力分立原則の一適用にほかならないのではないだろうか。したがって、訴追と判決手続の機能の分離および裁判官と検察官の機能の分離は、権力分

立原則の、前者は機能レベルの、後者は組織レベルの言い換えにすぎないものであり、両者とも憲法上の要請に応えるものである。

ただ、次の点を付言しておこう。すなわち、訴追機能が必然的に本来法の正しい執行を責務とする行政権に属しているとしても、その機能が司法官組織によって行使される必然性はみあたらない。この点は、検察官が裁判所の検事局に属しているマジストラ（magistrat）であることを知らないと分かりにくい議論である。確かに一七九〇年八月一六―二四日法律以来、当時「国王の親任官（commissaires du roi）」と名付けられていた検察官たる司法官は、「裁判所に属する執行権の代理人」である。しかし彼らは、この領域について独占権限をもつわけではなく、たとえばある行政官庁に関する利益を害する犯罪に対する訴追は、その官庁が訴追権限を有する。これは、刑事訴訟法典が普通の「公務員」に訴追権を認めている「特別検察官（ministères publiques spécialisés）」である。[38] 徴税官庁、税関、林野行政庁、土木課、あるいは一定の場合郵便電信電話局などの各種行政機関に公訴権の始動権限が付託されていることを根拠づけるこの性格は、検察官が行政機関に属し、司法機関によって行使される司法権に属さないことをはっきり示すものであると思われる。[40]

では、訴追と判決手続の機能の分離原則の実際の範囲はどのようなものか。

まず、右原則は、検察官が階級的服従関係にあるとの理由から彼が司法決定（裁判）、執行形式をもつ法律行為を行うことを禁止する。問題は、裁判官に司法的訴追権を付託することを検討するときに生じる。

この点について、裁判官の独立は多くの保障によって守られているので、司法運営に関する既存の機能分離も正当視されるとの考えもあり得るかもしれないし、したがって司法権に訴追行為に対するある種のコントロール権ないし指導権が承認されるとの考えもあろう。[41]

しかし、そのような権限付与は上述の憲法原則にも、訴追の任務を行政権の監視のもとで国家の代理人に負託するフランス法の法的伝統にも適合しない。そればかりでなく、機能の分離の帰結たる裁判官の公正の憲法的保障にも反することになる。したがって、裁判官は、訴追権に対しては、いかなる意味でも介入する権限はもつべきではない。

Ⅳ　予審・判決手続の分離（原則）

刑事司法機能の分離原則の特性は、予審および判決手続の段階になってより明瞭なかたちであらわれる。

この段階においては、それぞれの機能が各別の裁判官、すなわち独立した司法機関に委ねられている。とりわけ、これらの機能の各々は司法権に属している裁判権の行使に際し現実化する。このように、両者の機能がともに司法権に属しているということに鑑みれば、予審と判決手続の機能の分離の基礎にあるのは、もはや権力分立ではない。では、予審・判決手続分離原則の基礎は何か。これを次に検討することにしよう。

予審・判決手続機関の分離制度は、罪責を判断する裁判官が予審の実施によって形成された見解をもつことを防止することを通して、被告人に裁判官の公正を補充的に保障すると考えてよい。言い換えると、裁判官の客観性を確保することが必要となる。そこから、忌避（récusation）という古典的問題が生じる。[42]「忌避」は、裁判官自身が加害者として行使しうる自由侵害から被告人を保護する問題であって、自由権のカタログの中では特殊な位置を占める。というのは、ここで重要なのは、規範体系の尊重ではなく公平な判断（un jugement équitable）の確保だからである。[43]

裁判官の予断防止⇨公正という分離原則のねらいを基礎付けるのが、一七八九年人権宣言九条に規定され、今日立法者に対しても憲法的価値を有する「無罪の推定（la présomption d'innocence）」原則である。[44]これを右原則と関係づけて言い換えるとすれば、予審・判決手続機能分離原則がすべての被告人に利益となるべき「無罪の推定」の保護にとっ

て必要であるとすれば、分離原則は黙示的にではあるが憲法的価値を有することになる。

しかし、公正ないし「無罪推定」によって予審・判決手続の分離原則を基礎づけようとする見解に対しては、強い批判もだされている。プラデルは、次の三点の理由をあげてこの分離原則に対する消極的姿勢を示す。すなわち、①未決拘禁や司法統制処分（contrôle judiciaire）の利用は予審判事（場合によっては重罪控訴部の判事）をしていわば「予備判決」をする本案裁判官にしているのではないか。②犯罪事実および行為者を最もよく知っているのは予審判事なのであるから、判決手続の段階で予審判決を排除するのは、合理性がない。③補充審理（予審）に関与した判決手続の裁判官が精神の自由を有していることは誰でも知っていることではないか、と。[45] しかしプラデルも、現行法が分離原則を採用していることは認めており、この主張もいわば立法論といえるかもしれない。

予審・判決手続分離原則の目的が、もっぱら被告人の利益を図ることである最もよい例証は、同一裁判官が、予審裁判所と判決手続裁判所に同時に属することを予審・判決手続分離原則は禁止しないことであろう。禁じられるのは単に、同一事件について二つの機能を順次果たすことだけなのである。[46]

したがって、機能の分離原則は、同一事件、組織分離という範囲内ではたらくものであるといえる。今日、この予審と判決手続分離は刑事訴訟法典で承認されているが、[47] 歴史的には徐々に発展してきたものである。ここで、この予審・判決手続分離原則の沿革を簡単にたどっておこう。

古法時代には、この原則は存在しなかった。そこで、刑事代行官（lieutenant-criminel）は、とりわけ予審審理を行うために任じられた場合、国王事件のすべてについてみずから一審裁判官として裁判する権限をもっていた。[48] 予審機関が次第に判決手続機関と分離されるようになったのは、主にルペルティエ（Le Peletier）やサン・ファルゴ（Saint-Fargeau）に主導された一七九一年の二つの法律[49]および立憲議会の下においてであった。当時、予審は郡庁所在地に置かれ

ていた起訴陪審の長に委ねられていた。起訴陪審の長は、県庁所在地に置かれていた判決陪審への書類の送付に先立って、起訴陪審の意見を求めなければならなかった。しかし、この時点ですでに起訴陪審の介在は重罪の場合についてのみ必要であることに気付くであろう。長期にわたって実施され、革命期の諸憲法にその痕跡を見出すことのできるこのシステムは、総裁政府時代に共和歴九年ニヴォーズ（雪月）七日法律によって最終的に廃止された。右法律は、起訴陪審の長に代えて予審判事による予審審理を定めた。中間法期の破毀院は、陪審長がみずから予審審理した判決手続に関与することを認めていた。[50] しかし、予審と判決手続の機能の非両立性を明示的に定めたのは、わが国の治罪法（一八八〇年七月一七日公布太政官布告第三七号）にも多大の影響を与えた一八〇八年治罪法典（Code de l'instruction criminelle）の二五七条であった。[51]

治罪法典二五七条は、今日刑訴法典二五三条に部分的にその内容が残っているが、控訴院判事が同一事件について予審の構成に加わった場合（重罪移審）、後に判決裁判所の構成に参加することはできず、これに反する手続は無効とされた。後に釈放された共犯者と予審被疑者とを対質させた司法官は判決手続に加わることはできず、[52] またこの原則は、予審被疑者に司法令状を発付した裁判官、[53] 被疑者尋問に関与した裁判官[54]にも適用される。しかし、治罪法典二五三条の分離原則は重罪に関する場合にしか適用されなかった。軽罪裁判所に対して行使される訴追にも同様に適用され、予審判事に以前予審審理を行った被告人の判決手続に関与することを法律が禁止するまでに、一世紀近くも待たなければならなかった。[55]

ただし、一八九七年法律一条の原則は、その後の判例の中ではごく制限的にしか解釈・適用されていない。まず、一条の禁止は、執行裁判官（juge-commissaire）には適用されず、[56] また、予審判事が同一事件について公判で検察官の席に着くことを妨げない。[57] さらに、この禁止は、重罪控訴部あるいは控訴院によって命じられた特任判事（conseiller

délégué）や報告判事（conseiller rapporteur）が補充審理を行う場合に適用されないとされている。[58] また、予審判決と共助の嘱託により予審行為に関わった治安判事（juge de paix）については適用されない。[59]

ところで、裁判機能の分離原則は、憲法院判事が一九四六年憲法と一九五八年憲法の前文を結合して解釈することによって今日現行法として有効であるとされる「共和国の法が承認する根本原則」のひとつとみなすことができる。同原則の適用範囲がどこまでかの検討が、次になされなければならない。

憲法院は、自由剥奪刑の執行に関する刑事訴訟法典の幾つかの規定を改正する一九七八年一一月二二日法律の検討に際して、この問題を調査する必要に迫られた。[60]

このケースで、当時の議会の反対派から提訴された合憲性が問題となった法律の諸規定は、特別の場合に、判決裁判所たる重罪院がすでに決定した刑の執行の一定の処分を減軽する権限を重罪控訴部、すなわち予審裁判所に与えたものである。[61] そこで六〇人の議員たる申請者は、刑事訴訟法典四九条および二五三条二項の予審裁判所・判決裁判所分離の原則が無視されたと考えた。この請求の理由が明らかに不備だったため、憲法院は請求の正当性を認めなかった。確かに、申請人の立論は、重罪控訴部がその効果を変更することも可能な「la période de sûreté」を刑罰と同一視するものであった。破毀院は、罪刑法定原則という刑法の古典的概念を確認して、「la période de sûreté」を単なる刑の執行形式とする解釈を否定した。したがって、判決裁判所が問題の処分を行い予審裁判所が変更したという事実は、何の効果ももたないであろう。というのは、当該処分は、既判力を有するにいたった判決を再検討する資格をもたないからである。

その上、「予審裁判所」の罪名決定が当該事件を受けた重罪控訴部に正確に適用されうるかも疑問がもたれる。実際、この権限の行使において、重罪控訴部は予審段階、すなわち事件の判決手続以前だけでなく、行政権的ないみでの権限

を行使するのである。かくして、司法裁判官によって決定されたものであっても、刑の執行処分は司法ではなく行政行為である。[62]

結局、このような新しい権限を抽選で陪審が選ばれるという一回限りの性格をもつ重罪院に与えることが可能であったかについて自信がもてないということなのであろう。[63] したがって、重罪院が通常行使する諸権限が重罪控訴部に付与されているのが何故かは、容易に理解できる。たとえば、重罪院の言渡す有罪にもとづく補充刑および付加刑（peines complémentaires ou accessoires）のある種のもの、および重罪院の言渡すすべての刑の減軽は、重罪控訴部が行ってもよい。[64] これらのことは、憲法院が言外に前提にしていることのように思われる。すなわち、憲法院によれば、付託された法律が「重罪院の言渡した刑により拘禁されているが例外的に社会復帰の徴表が認められる受刑者の有利に『la période de sûreté』を変更する権限を重罪控訴部に付与することは、共和国の諸法律の認めるいかなる根本原則も侵害しない」。[65]

かくして、予審・判決手続分離原則の法的価値の問題は、憲法院判例によっていまだはっきりした解決を与えられていない。ただ、判例のこの点についての理解を知るために、この原則に対する重大な例外の幾つかを次に述べることにしたい。

第一に、この分離原則は、判決裁判所がみずから予審行為（調書）の適法性を評価することができ、場合によっては補充的な予審審理を遂行することを妨げない。[66]

この意味で重罪院はすべての場合について、陪審によりよく教示するために事件について新たな予審審理を行う義務があるのである。

第二に、ある種の裁判所は、予審・判決手続機能分離原則を無視している。このようなものとしては、少年係裁判官

の審理があり、同裁判官は、単独あるいは合議体の裁判長として判決することになっていてもその事件につき予審審理を行うことができる。[67]

以上二つの例外を挙げることに対しては、次のような反論が可能である。すなわち、どんな原則にも多少の例外がつきものであるだけでなく、第一の例外については、訴追された者に対する補充的な保障を確保するという目的にのみもとづくものであるし、第二の例外については、少年の場合、制裁ではなく教育的監護処分なのであるから少年係裁判官の権限じたい常に限られたものである。

そのうえ、重罪の場合については、分離原則は厳格に守られてきたし、重罪が少年によって犯された場合であっても、いかなる例外も伴わないのである。[68]

第三の例外といえるかどうかは別にして、判決手続に関与した裁判官が予審審理をできるかという問題が提起されたことがある。[69]これはどのような場合に起こりうるのかというと、判決手続に関与した予審判事、たとえば予審判事が後に違法とされた現行犯手続を無効にするのに関与したような場合、彼は同一事件につき審理に関わることができるかという問題である。シャンボンによれば、この問題は決して講壇事例ではなく実際に具体的問題として生じているという。[70]そして、シャンボンは、このような場合、裁判官はその後に同一事件につき審理に関わることができると考える。その理由は、予審判事が自ら審理した事件を判決手続で裁判することの禁止は、逆に、彼が判決手続に関与した事件の予審審理を行うことを論理必然的に禁止するとはいえないこと、予審判事と判決手続の裁判官の兼職禁止は決して自然法や事物の本質から導かれるといったものではないこと等を理由とする。しかし、予審・判決手続分離原則を「無罪の推定」から導こうとの右に述べた理解からすると、逆の場合にも裁判官の「公正」を害するおそれはあるのではないだろうか。

以上述べてきた刑事司法機能の分離は、訴追と予審の機関を分けなければいけないという問題にも重大な影響を与え

る。確かに、訴追と予審の機能の分離は、個人の権利保障を無視することなく、刑事における十分な抑止を果たすことを目指すものであり、本質において自由主義的な手続システムの特徴をなす。その意味で、証拠を収集し、すべての予審行為を主宰する権限を、官僚的統制に服し訴追が成功することに利益をもつ検察官ではなく裁判官に委ねられるべきだと考えられる。長いこと無視され、一八〇八年治罪法典で初めて承認された[71]訴追と予審の分離は、予審判事の権限が増大し、検事局との関係で独立性を強めてきているだけに余計際立っている[72]。

今日、事件は検察官によって各々の予審判事に振り分けられることはなく[73]、検事局は予審判事に対する監視権、抑止権を失い[74]、訴追・予審分離原則は予審判事に公訴権を始動することを禁じ、検察官に予審を主宰することを禁じてただ不服申立方法を与える点にそのあらわれをみることができるのであって、ここに現行刑事手続の基本原則のひとつとなったのである[75]。しかし、予備捜査の段階では、それが「予審行為」ではなく「司法警察行為」と名付けられると、予審判事ではなく検事正が判決手続段階で重要な影響をもつ予審行為（調書）を行う権限を有する点は同じままである。したがって、刑事訴訟を支配する憲法原則によって予審が必ず予審判事の資格を有する裁判官によって行われなければならない。

(20) R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n°198, p. 253.

(21) T. Renoux, *op. cit.*, p. 424. なお、ここでいう機能分離は、本文に述べた三つの段階についてのみ考えれば足り、例えば訴追と刑の執行（exécution）との間には非両立の関係はない。Cf. R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. 2, 1932, n° 521, p. 312-313.

(22) R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 198, p. 253.

(23) *Ibid.* J. Pradel, *op. cit.*, p. 7.

(24) 一七九三年六月一四日憲法九六条(不適用)、共和歴三年フリュクティドール五日憲法二三八条、共和歴八年フリメール二二日憲法六二条。
(25) Décision n. 78-98 DC du 22 nov. 1978, *Rec.* p. 33.
(26) Décision n. 80-127 DC des 19 et 20 janv. 1981, *Rec.* p. 15.
(27) Décision n. 80-122 DC du 22 juillet 1980, *Rec.* p. 49. R. D. P. 1980, p. 1648 et 1695, chron. L. FAVOREU.
(28) 議会が採択した法案の二条四項。
(29) 刑事訴訟法典四九条二項は、「予審判事は、予審判事の資格において審理に当たった刑事事件の判決手続に関与することができない。これに反するときは、裁判を無効とする」と規定する。
(30) Décision n. 80-122 DC du 22 juillet 1980, préc. この判例は、一九八一年一二月一六日判決によって確認された(Décision n. 81-131 DC du 16 déc. 1981, *Rec.* p. 39.)。
(31) F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2ème éd., Paris, 1866, n°187-288, p. 429 ; ESMAIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1882, p. 140.
(32) Ch. crim., 14 fév. 1845, D. 1846. I. 349 ; 13 janv. 1881, S. 1881. I. 234, D. 1881. I. 89.
(33) VIZIOZ, *Études de procédure*, 1956, p. 53 et s. この原則は、しかし、公法上（会計監査院が自ら事件を受理する）のみならず、私法上（後見裁判官、少年係裁判官など）の例外もあることに注意しなければならない。
(34) Ch. crim., 23 mars 1860, *Bull. crim.*, n° 83 ; 20 sept. 1826, *Bull. crim.*, n° 195 : 5 déc. 1850, *Bull. crim.*, n°410 ; 29 avril 1864, *Bull. crim.*, n°119 ; 25 avril 1890, *Bull. crim.*, n° 92. この分離原則は、「同一事件（une même affaire）」についてしか働かない。したがって、当該「事件の訴追に直接的にも間接的にも関わらなかった」司法官に対しては、彼がその事件を処理した検事局に所属していても、同原則は適用されない。Ch. crim., 17 déc. 1964, J. C. P. 1965. II. 14042, note COMBALDIEU.
(35) 予審の職務を果たした予備判事に治罪法典二五七条二項の原則が適用されるとしたものとして、Ch. crim., 18 sept. 1884, *Bull. crim.*, n°278.
一八九七年一二月一〇日法律通達（circulaire）は、しかし、代理人に「予備判事が、検察官の代理人として何らかの関わ

りをもったであろう事件の判決手続に関与することを厳格に断念するよう注意深く監視する」よう定めていた。

(36) 一九五八年一〇月四日憲法六四条、六五条。

(37) C. C. Décision n. 79-109 DC du 9 janv. 1980, *Rec.* p. 29 ; n. 81-127 DC des 19 et 20 janv. 1981, *Rec.* p. 15.

(38) 刑事訴訟法典一条一項。

(39) Loi du 5 Ventôse An XII (art 90), décret de Germinal An XII (art. 19). 間接的に関係するものとして、Loi du 21 juin 1873 (art. 15) ; Code de douanes, art. 356 ; ordonnance n. 58-1351 du 27 déc. 1958 ; art. L 28 du Code des P. T. T. 森林犯罪ないし狩猟犯罪、漁業犯罪については、林野庁 (l'administration des Eaux et Forêts) が完全な公訴権および財産刑・拘禁刑の適用まで目的とする官庁であるので、特にこれら行政当局の権限は強力である。Cf. C. P. P. art. 34, 39 et 45 al. 2 ; Code rural, art. 446 ; Code forestier, art. 105.

(40) 行政裁判所においては、法の正しい執行が行われるよう注意する責任は、政府を代表する県知事にある。また、一九七三年一月三日以降、行政当局が提訴を怠っている場合、オンブズマンが事件を訴訟継続させることができる（同法一〇条）。

(41) 従前は、例外的に訴追権が判決裁判所に属していたことも指摘しておこう。これまでは、控訴院のすべての合議部は、同僚によってなされた告発につき右のような権利を有し、検察官に公訴を提起するように命じることができた（一八一〇年四月二八日法律一一条）。重罪院も、弁論の中から明らかになりうる重罪について同様の権利を有していた（治罪法典三七九条）。今日、公判廷で犯された犯罪は、判決裁判所は職権で継続させることができるのみである（刑事訴訟法典六七五条）。

(42) 刑事訴訟法典六六八条五項。実際、予審と判決手続の権限の分離は、予審判事にみずから予審審理した被告人を裁くことを禁止するにいたる。同様に、控訴院判事は、重罪院裁判長または陪席判事として関わった同一事件から排除される。

(43) A. Fenet, *Libertés publiques en France*, 1976, p. 247. ガローは、予審で得られる偏見 (préventions) を防ぐために分離が必要であることを説明している。R. Garraud, *ibid.*, n° 521, p. 314.
なお、裁判の公正に不可欠な忌避制度であるが、これは治罪法典には規定はなかった。そこで学説実務は、忌避を定める民訴法典三七八条以下、四四条以下を準用していた。Ch. crim., 13 fév. 1846, D. P. 1946. I. 153 ; 13 juin 1929, D. H. 1929. 361.

(44) 同旨、「安全と自由」法事件判決 (l'affaire dite "Sécurité et Liberté" des 19 et 20 janvier 1981 (n° 80-127 DC, *Rec.*

p. 15.）憲法院は、予審判事の資格のない裁判官に警察留置の延長を認めた当該法律は決して裁判官に偏見を抱かせるものではないことを確認した。

(45) J. PRADEL, *op. cit.*, p. 21-22. なお、社会防衛処分の信奉者の推進する理論でも分離原則は不要かつ不当ということになる。この理論によれば、同一司法官に予審と判決手続を付託すれば犯罪者の人格をよりよく理解できるということになるからである（R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n^os^111 et s.）。

(46) ここで問題になるのは、刑事訴訟法典二五三条の意味する兼職禁止だけである。同条によれば、重罪院裁判長および陪席裁判官は、判決すべき事件について訴追ないし予審行為の職務を行った者であってはいけないし、重罪控訴部の構成員として重罪公判に付す決定および被告人の罪責に関する本案についての裁判に関与した者であってはいけない。したがって、予審判事として予審行為に従事した司法官、および都合で出席できない資格者の代理で予審行為をする司法官（ただし、実質的行為でない場合に限る。Ch. crim., 10 fév. 1881, D. 1882. I. 46.）、または重罪控訴部に付す決定に関与した司法官（Ch. crim., 7 janv. 1904, *Bull. crim.*, n° 9.）は、重罪院の構成員になれない。

(47) フランス刑事訴訟法典は、大変明確に予審と判決手続の機能を区別している。すなわち、第一部第三編は予審に充てられており、他方第二部は判決裁判所を扱う。参照、刑訴法典四九条二項および二五三条。軍事司法法典（Code de justice militaire）二六条も同じ原則を採用している。

(48) Ordonnance de 1670, Titre I, art. 11.

(49) 一七九一年七月一九-二二日法律、一七九一年九月二九日および一〇月六日法律。

(50) Ch. crim., 3 prairial an IX, ; 2 oct. 1808, cité par P. CHAMBON, *La règle "Le juge d'instruction ne peut prendre part au jugement des affaires qu'il a instruites" peut-elle être retournée ?*, J. C. P., 1956. I. 1279.

(51) 一八〇八年一〇月三〇日、立法府によって採択されたこの法典は、同年一二月一六日公布された。同法典四七条はすでに、訴追と予審の機能を分離していた。

(52) Ch. crim., 4 nov. 1830, S. 1831. 1. 366.

(53) Ch. crim., 16 août 1844, *Bull. crim.*, n° 291.

(54) Ch. crim., 1 août 1829, *Bull. crim.*, n° 174.

(55) 一八九七年一二月一〇日法律一条および一二条。注目すべきは、軽罪についても分離原則の不遵守は、手続を無効とされることである（一二条）。

(56) Ch. crim., 14 avril 1899, *Bull. crim.*, n° 77.

(57) Ch. crim., 2 août 1901, D. 1906. I. 300 ; 28 août 1919, *Bull. crim.*, n° 209.

(58) Ch. crim., 26 avril 1900, D. 1904. I. 444 ; 27 juillet 1907, D. 1911. I. 153.

(59) Ch. crim., 23 janv. 1931, *Bull. crim.*, n° 22.

(60) Décision n° 78-98 DC du 22 nov. 1978, *Rec.* p. 33. Loi n° 78-1097 du 22 nov. 1978, *J. O.* Lois et Décrets du 23 nov. p. 3926.

(61) 一八七九年法律に由来する現行刑事訴訟法典七二〇条の四参照。

(62) 同様に、刑事手続の範囲の問題も前提問題として生じうる。すなわち、証明に関する準則や犯罪の訴追の準則などについて立法との関係で問題になる。Cf. Ch. crim., 13 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 198 ; 16 déc. 1976, *Bull. crim.*, n° 371.

(63) T. Renoux, *op. cit.*, p. 431.

(64) 刑法典五五条の一。Cf. Roujou de Boubée, D. 1973. Chron. p. 275 ; J. Robert, J. C. P., 1973. I. 2525 et 1975. I. 2729 ; Doll, G. P., 1973. I. Doctr. p. 70 ; J. Pradel, D. 1976. Chron. p. 63.

(65) Décision n. 78-98 DC, précitée.

(66) 予審・判決手続分離原則は、予審段階における予審の機能を実際に果たした司法官しか対象としない。したがって、補充的予審審理に従事した裁判所と同じ組織法上の裁判所のメンバーについては同原則の関与するところではない。Ch. crim., 27 janv. 1899, D. P. 99. I. 240 ; 26 avril 1900, D. P. 1904. I. 444 ; 27 juill. 1907, D. P. 1911. I. 153.

(67) Ordonnance du 2 février 1945, art. 8.

(68) したがって、予審判事の代理を務めた司法官は、単に予審被疑者の罪責の告知に加わっただけであっても、重罪院の構成員になることはできない。Ch. crim., 21 mai 1957, *Bull. crim.*, n° 425 ; 18 mai 1976, *Bull. crim.*, n° 168.

(69) P. Chambon, *La règle "Le juge d'instruction ne peut prendre part au jugement des affaires qu'il a instruites" peut-elle être retournée?*, J. C. P., 1956. I. 1279.

(70) *Ibid.*
(71) 治罪法典四七条。
(72) 参照、一八五六年七月一七日法律ならびに一八九七年一二月八日法律。
(73) この振り分けは、裁判所長によって行われ、それで支障のあるときは代理の裁判官によって行われる（現行刑事訴訟法典八三条）。
(74) 治罪法典五七条および二七九条によれば、司法警察員としての予審判事は、検事正のコントロールに服していた。
(75) 現行刑事訴訟法典三一条および四九条、軍事司法法典二六条等。

（未　完）

La Constitution, la procédure pénale et l'instruction préparatoire — point de vue sur la phase préparatoire en France —

Yuji SHIRATORI*

Introduction

CHAPITRE I Le droit constitutionnel et la procédure pénale
SECTION I Caractères de la liberté individuelle
SECTION II De la Déclaration de 1789 à la Constitution de 1958
SECTION III La naissance du Conseil Constitutionnel en 1958

CHAPITRE II L'instruction préparatoire dans le "bloc de constitutionnalité"
SECTION I Le rôle de l'instruction préparatoire dans la procédure pénale
SECTION II La séparation des fonctions de la justice répressive
SOUS-SECTION I La séparation des fonctions en France
SOUS-SECTION II Les fondements du principe de la séparation des fonctions
SOUS-SECTION III La séparation des fonctions de poursuite et de jugement
SOUS-SECTION IV La séparation des fonctions d'instruction et de jugement

(à suivre)

Au Japon, l'instruction préparatoire a été abrogée après la guerre. Car on l'avait critiquée en raison de la violation de la liberté individuelle garantie par la nouvelle Constitution. Par contre, en France, qui a bien entendu la Constitution de 1958 et la célèbre Déclaration de Droit de l' Homme, il y a encore une instruction préparatoire entre la phase de l' enquête de police et la phase de l'audience au tribunal. Dans cet article,

---

* Professeur adjoint à la Faculté de Droit de l'Université de Hokkaido

on examinera si ce système satisfait l'exigence constitutionnelle en analysant les caractéristiques de la procédure pénale fransaise et comparant la France et le Japon.

La France a reconnu la Déclaration de 1789 par le Préambule de la Constitution de 1958, et celle-ci a, en même temps, construit le Conseil Constitutionnel, dont le rôle est de consiste à examiner la constitutionnalité de la loi. Les principes concernant le droit criminel, contenus dans la Déclaration aussi bien que dans la Constitution sont donc devenus la principale source du droit.

Alors, l'instruction constitue l'une des phase-clés du procès pénal fransais. En effet, elle concerne directement la sauvegarde de la liberté individuelle et du droit de défense. Or, en séparant les fonctions, on protège mieux les libertés individuelles, car des magistrats différents vont pouvoir se contrôler, les excès de l'un étant compensés par la prudence de l'autre. Le système fransais semble avoir l'avantage de ce point, parce qu' il a trois phases dirigées par trois fonctionnaires différents : l'agent de police ou le procureur, le juge d'instruction et le juge de siège.

Le principe de séparation des fonctions peut être divisé en deux. L' un, c'est l'autonomie des fonctions de poursuite et de jugement. L'autre, c' est le principe de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement. Ce dernier, c'est pour la conservation de la présomption d'innocence plutôt que pour la séparation des pouvoirs, car les fonctions d'instruction et de jugement sont confiés toutes les deux à l'autorité judiciaire.