

ドイツ私人訴追手続の沿革と私訴犯罪について

上 田 信太郎

I. はじめに

II. 私訴手続の沿革

1. ローマ侵害訴訟時代
2. 中世フェーデ時代
3. 普通糺問時代
4. 改革された刑事訴訟から現代まで

III. 私訴犯罪について

1. 私訴犯罪規定
2. 私訴犯罪拡張の経緯およびその根拠

IV. おわりに

I. はじめに

ドイツ、フランスなどに見られる私人訴追制度（以下、私人訴追を単に私訴と略す）は、罰金訴権を中心とするローマ法制度の遺物であると評される。したがって、それは歴史的には極めて古い訴追形態であるといつてよい。しかしながら、ドイツにおける現行私訴制度は、公訴権と並んで重要な比重を占めるフランスとは異なり、国家訴追主義を前提としながら移殖されたが故に、むしろかなり矮小化された形態で容認されているに過ぎない。例えば私訴犯罪（私訴の提起が許される犯罪）について罪種を限定しないフランスと比べ、ドイツはそれを軽微な犯罪に限定しており、より制限された形態の訴追制度となっている⁽¹⁾。そこで本稿前半では、フランスの法制度を模範として検討された私訴制

度が、ドイツではなぜ制限的な形態でしか導入されなかったのか、また国家訴追主義を基軸に据えながらもなお、それとは根本的に矛盾する私訴手続がどのような経緯をたどって導入されたのかという点をこの手続の沿革をたどることによって明らかにしたい。

さらに、こうした私訴手続全体の沿革を踏まえ、本稿の後半では私訴犯罪(Privatklagedelikte)そのものに焦点を当て、諸犯罪のなかから一体どのような根拠に基づいてそれが私訴犯罪として抽出されたのか、またそれらの私訴犯罪はどのような性質を持っているのかについて考察しておくこととしたい⁽²⁾。言うまでもなく、わが国にはドイツにみられる私訴犯罪のような犯罪群はない。せいぜい告訴人の処罰意志が訴追の契機を与える親告罪があるだけである⁽³⁾。しかしながら、私訴犯罪においては、犯罪被害者(以下、単に被害者と略す)自身による刑事訴追権の行使と訴訟追行が可能であるという点で親告罪とは様相をまったく異にしており、非常にユニークな法制度であると言い得る。またそれは最近の被害者の刑事手続の関与に関する議論とも関連する。そこで私訴犯罪の特徴及び導入の経緯を明らかにすることによって私訴犯罪それ自体についての考察も深めることとしたい。

II. 私訴手続の沿革

1. ローマ侵害訴訟時代

ローマ法思想は宗教法たるファス(fas)と俗界法たるユス(ius)とに分かれていた⁽⁴⁾。当初、それらはいずれも「特定の具体的な行動ないし態度が許される」ということを意味したが、後に前者(神法)は神々によってある行為が許されるということを、また後者(人法)はその行為が人々に侵害を与えるものでないということを表した。そこである行為が「ユスでない(iniuria)」というのは、市民活動領域における自由行動権の侵害、正当な法の執行に対する妨害、あるいは人々の身体に対する自由処分に対する侵害などあらゆる不法(Unrecht)、また法に反した(widerrechtliche)行為すべてを意味した。もっとも、この「ユスでない」という概念は極めて広い範囲を有していたが故に処罰範囲は明確ではなかった⁽⁵⁾。

十二表法の時代(紀元前449年以降)には侵害の概念は、身体に対する侵害お

よび財産に対する侵害（窃盗および器物損壊）に限定されていた。この時代の身体傷害の解決方法は、十二表法の下で以下のように処理されていた。第1に、四肢を切り離したときは、古代法では同害報復（tario）が原則であったのに対し、十二表法時代には犯罪加害者（以下、単に加害者と略す）と被害者との和解による解決が原則となった。その場合、被害者は贖罪金（poena）を受け取ることによって報復を放棄しなければならなかった。もっとも、贖罪金による和解に合意するかそれを断るか、あるいは和解によるにしても贖罪金額をいくにするかは被害者が決定し得た。したがって、告訴人には訴追に関する処分について広範な裁量権が付与されていた。第2に、手あるいは棍棒で人を殴打し、その者を骨折させたときは、被害者が自由人であるならば300アース、奴隷であるときは150アースの贖罪金の支払を加害者に負担させた。第3に、軽微な身体傷害の場合は25アースの贖罪金が科せられていた⁽⁶⁾。

ところで、名誉侵害の保護については、その被害者は十二表法時代には身体の虐待を根拠として法的保護を享受し得たに過ぎなかった。しかしながら、「法の革新」という任務を課された司法担当政務官である法務官（Proetor）⁽⁷⁾が名誉保護に積極的な役割を果たした。すなわち、法務官は第三者に対する名誉侵害を精神的利益に対する侵害と把握し、これを侵害訴訟の対象に組み入れたのである。法務官をはじめとするローマ人の「洗練された正義感」が名誉侵害に対する制裁の必要性を意識させたわけである⁽⁸⁾。これによって告訴人は、法務官によって許可された[actio iniuriarum aestimatoria]（侵害評価額訴訟）において加害行為に応じた贖罪金を要求することができ、また法務官は重大な名誉侵害の場合に限って自ら評価額の算定を行い、紛争の解決に努めたのである。そしてこの贖罪金の性格は私刑罰（Privatstrafe）とみなされていた⁽⁹⁾。

ところで今日の法律学の解釈によれば、民事法領域と刑事法領域とが厳格に分離された別個の法領域にあることは自明のことである。この境界の線引きの根拠は、両法の間を関係理解するために常に拠り所としなければならないこのローマ法に求めることができる。ここで「刑罰権」とひとくちに言っても、ローマ刑法によれば公刑罰権と私刑罰権のふたつの領域に区分されていた。例えば私人の利益を害する行為のうち、現代では犯罪とみなされるようなものでも（例えば窃盗行為、傷害行為）この時代にはただ不法行為の一種として把握されたにとどまっていた。私法に属する刑罰権は、本質的に今日のドイツ私訴犯罪よ

りもさらに広い範囲を有し、公刑罰の対象となったのは国家の平和、治安を破壊するような極めて重大な行為に限られていた⁽¹⁰⁾。ユスチニアヌス帝政時代（在位527年～565年）初期においては、私犯 (*delicta privata*) およびそれに対する刑事訴権は民法体系の下に包括されていたのである⁽¹¹⁾。

ところで、ローマ法における訴権の中心概念である [*actio poenles*]（罰金訴権）は、犯罪を根拠として発生するものであり、被害者に罰金刑の請求権を与えるものであった。H. カウフマン (*Hilde Kaufmann*) によれば、この罰金訴権（刑事訴権）はローマ法の不十分な公刑罰権を本質的に補完するものであったと述べている⁽¹²⁾。また、この訴権の主たる目的は刑罰を科すことにあったがそれだけに限定されるものではなかった。当時、ローマ法制が有していた訴権の性質を分類すると以下ようになる。

第1に、ただ刑罰だけを目的とする純粋な刑事訴権がある。これは、例えば、[*actio furti*]（窃盗訴権）のように盗品の倍、あるいは数倍の罰金を求めるものをいう。また、盗品の返還請求と並んで、その他にも [*rei vindicatio*]（所有物取戻権）、あるいは [*condictio furtiva*]（窃盗を原因とする不当得返還請求権）がある。第2に、刑罰に加えて同時に賠償も求める混合形態の刑事訴権がある。これに属するものとしては、[*actio legis Aquiliae*]（アクィリウス訴訟）がある。これは、十二表法の下では保護の対象とされていなかった奴隷および家畜に対する侵害（殺すか傷つけた場合）について制裁を求めるというものである。第3に、ローマにはこの他被害者のみでなくその市民にも認められていた刑事訴権の [*actiones populares*]（国民訴権）があり、また同様に市民が公益（*öffentliche Interesse*）を守ることできた訴権も有していた⁽¹³⁾。もっとも、このような民事上の刑事訴権は、それ以降の普通法においてはもはや見られなくなっていた。なぜなら、こうした刑事訴権は純粋に民事上の賠償請求権として把握され、次第に民事上の不法行為領域へと移行していったからである。

ところで、ローマの刑事訴権を考察する際に重要なのは次のことである。すなわち、刑罰を目指す民事上のアクチオの観念、つまり「刑事訴権 (*Strafklagerecht*)」は、当時、明らかに私人に属するものとして観念されていたということである。公刑罰の観念が発達していなかったローマ時代にあつては、ギリシャ・アッティカの司法制度と同様、民事訴追と刑事訴追とは図式的に区別されておらず、私刑罰は私権主張の訴えの一亜種として理解されていたのである。そし

て、この私刑罰を基礎とする私刑法 (Privatstrafrecht) を適用することについては、常に、個人の弾劾訴訟 (Akkusationsprozeß) が優先権を有し、国家による訴追形式はむしろ例外的なものとして扱われていたのである⁽¹⁴⁾。そこで加害者と被害者との間で生じた紛争の解決にあたり、被害者が訴訟のイニシアティブを掌握していたという点でローマ侵害訴訟と今日のドイツにおける私訴手続とは接点を有すると指摘されている⁽¹⁵⁾。

2. 中世フェーデ時代

中世前期においては、法的平和の侵害は加害者と被害者の私的な関係の中においてのみ解決が図られた。すなわち、国家的刑法の観念が未成熟であったために法秩序が混乱に陥ったときは、被害者かあるいはその者が所属する氏族集団であるジッペ (Sippe) による復讐権の行使によって原状回復が図られたのである。そして復讐権の行使によらないときは、被害者・加害者双方の贖罪契約によって紛争の解決を図っていた。換言すれば贖罪と復讐とは選択関係にあったわけである。贖罪契約による場合には、加害者は、被害者あるいはそのジッペに贖罪金、もしくは家畜、武器などの物的価値のある物 (Sachwerte) を給付しなければならなかった⁽¹⁶⁾。この贖罪金の中でもとりわけ殺人の和解に対して支払われる人命贖罪金は極めて高額で、この債務を履行するためには自己の所有する家畜全部を給付しなければならないほどでそのために貧困に沈む氏族も少なくなかったという⁽¹⁷⁾。

中世中期においてもこの傾向に変化はなく、他者によって惹起された違法行為に対する原状回復は、被害者の手による復讐・フェーデ (実力行使) 形態に依存していた。これは、この時代においても依然、国家的刑罰を科すことのできるような強力な国家権力が形成されていなかったことに基因する。すなわち、フェーデは自力救済 (Selbsthilfe) の手段として社会的に是認されていたのである⁽¹⁸⁾。

もっともこのようなフェーデによる紛争解決は、次第に鎮静化していくことになる。11世紀から13世紀にかけて高揚したラント平和運動とそれに相応するように強化されてきた国家権力が、被害者のフェーデ権を極力制限する方向に導いたことがその理由である。制限の方法として、例えばフェーデを行使するには、あらかじめ決められた形式の遵守が前提とされ、権利者は前もってその

相手方にフェーデ権行使の旨を宣告しなければならなかった。その例として1235年当時のマインツでは、フェーデの宣告は日中に行うことを要し、さらに実際にそれを行行使するに際しては、宣告の日から3日間の猶予をおくことが必要とされた⁽¹⁹⁾。このことは、換言すれば、復讐が当初の無秩序な生存闘争から公共的に承認されたものとして受容されたことを意味し、例えばハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) は、こうした秩序を伴った復讐・フェーデ権の行使を「社会的に組織された制裁の最古のもの」と述べている⁽²⁰⁾。また無拘束な復讐からこうした一定の規則性を有する復讐への変化を「復讐の秩序化」ということができる⁽²¹⁾。

このようなフェーデの制限という傾向は、とりわけカロリング王朝時代に顕著であったが⁽²²⁾、さらにフェーデに代わる紛争解決手段として新たに考えられたのが当事者間の和解による解決方法であった。被害者による復讐やフェーデの代替物とされた和解方法は、やがてフェーデの制限という事態とも相まって主要な地位を占めるようになり、1405年ヴォルムスにおける平和令の告知によってフェーデは消滅することになるのである⁽²³⁾。

以上の中世における復讐・フェーデおよび贖罪契約の特徴を要約すれば、前者は後に公共的に容認されたとはいえ、やはり私刑罰 (Privatstrafe) としての特徴を有していたことは否定できず、また後者は刑事制裁と民事的損害賠償との二つの性格を併せ持っていたといえることができる。これは、復讐を要求する犯罪と、単に原状回復を義務づけるに過ぎない不法行為との区別を当時の人々が認識していなかったということに基因し、「『民事法上の』請求権の追及と、『刑罰』を求める公訴の提起とが、行われた不法に対する『贖罪』という統一的概念の中に未分離のままに存在していた」ということになる⁽²⁴⁾。

ところで、こうした中世のフェーデと私訴権との関連性については見解が分かれる。例えばケビウス (Rüdiger Koewius) は、被害者のフェーデ権と私訴権との接点は不明瞭であると述べている。なぜなら、刑事手続の特殊形態としての私訴手続は、合目的性考慮によって立法者が独断的に創造したものであって、特定の犯罪カタログにのみ容認された制度に過ぎず基本的にはフェーデの存立根拠とは異なるものだとする⁽²⁵⁾。またシャウフ (Michael Schauf) もフェーデと私訴制度とは比較するための本質的特徴を何ら持ち合わせていないとしている⁽²⁶⁾。

これに対して、ショーン (Hurbert Schorn) は、現行ドイツ刑事訴訟における私訴手続とフェーデに代表される中世期の刑事手続とは、相互に共通性、類似性を有していると主張する。その理由として、特に中世期においては、犯罪者を訴追することは国家的任務でなく、国家にその権利もまた義務もなかったこと、したがって、犯罪行為の解決に際しては、被害者の意志が決定的に重要であったことを挙げている。そして現在の私訴制度は、フェーデの思想が蘇生したものであるという結論を導いている⁽²⁷⁾。

3. 普通糺問時代

重商主義政策の展開の中で、ドイツでは糺問手続が中央集権的な国家権力機構の一翼を担うべく急速に出現してきた。とりわけ、当時のドイツは、いくつにも分かれたランツの影響を受けて法の分裂が頂点に達し、法統一の必要性が痛感されていた。当時、イタリア、フランスをはじめとする諸外国との交流がドイツにおいても深まり、それに伴う広域的商品経済機構の成立・発展がより安定した政治構造を要求し、こうした動向が刑事手続にも影響を及ぼしたのである⁽²⁸⁾。

中央集権国家の生成・発展に呼応するように、法の分野では私法から公法が徐々に分離し、刑事手続も私人の手から次第に国家へと分離・移行するようになった。かつて、違法行為の原状回復に積極的な役割を担っていた被害者による手続も、この時代にきて国家が主導権を握る職権主義的な犯罪訴追にとって代わられるようになった⁽²⁹⁾。当時、刑事手続の国家化に大きく貢献したのがカロリーナ法典であった。カロリーナ法典によって止揚された犯罪訴追手続の糺問化は、具体的には二つの原理、すなわち、職権追行原理 (Offizialprinzip) と実体的真実追究原理 (Instruktionsmaxime) に見い出すことができる⁽³⁰⁾。前者は「嫌疑の発生にはじまり、手続の開始から判決の言渡までの全追行が、公的機関の職権的な主導によって進められていくという原理。」であり、後者は「公的機関が自ら実体的真実を追及する義務を負うという原理。」である⁽³¹⁾。こうした二つの原理の結合によって糺問訴訟が展開し、当時の訴追手続を主導していくことになるのである⁽³²⁾。

他方、それとは対照的に私人が訴追手続に関与する利益の承認は、極めて制限された形でしか認められず、ただ名誉に対する犯罪行為にのみ限定されてい

た⁽³³⁾。被害者は、名誉の侵害について加害者に対して賠償請求を行うか、あるいは公権力による刑罰権の行使を認めるかのいずれかを選択することとなった⁽³⁴⁾。さしあたり、被害者の訴追関与を名誉侵害以外にも認めていたラントとしては、プロイセンが1620年および1685年のラント法で、またオーストリアが1656年法でそれぞれ被害者の訴追関与を容認していた。しかしながら、その後プロイセンでは1721年に、またオーストリアでも1768年に、私人による犯罪訴追権の行使を縮小ないし全廃することとなった⁽³⁵⁾。すなわち、この時代に来て刑事訴権はほぼ全面的に国家が掌握することとなったのである。

4. 改革された刑事訴訟から現代まで

フランスにおいて勃興した啓蒙思想の台頭・普及は、ドイツをも例外とはしなかった。フランクフルト国会は、国民の基本権を連邦法に規定するなど近代的な法治国家として存続していくための基本原則を設定したのであった⁽³⁶⁾。とりわけ刑事手続の再構成には著しいものがあつた。ドイツにおける近代刑事訴訟法の胎動は、カロリーナ法典によって絶対化された糺問訴訟に対する批判、という形で高揚し⁽³⁷⁾、その象徴ともいえる秘密主義・書面主義の廃止がまず検討された。そして、糺問主義の対概念である弾劾主義に理論的に裏付けられた手続、すなわち、公開主義・口頭主義の導入へと移行していったのである。その結果、300年の長きに渡ってドイツ刑事手続を支配した糺問訴訟手続はここにその終わりを見るに至ったのである。

ところで、糺問訴訟の終焉を訴追原則との関連で考察すれば、ひと言で言えば以下のように表現することができよう。すなわち、それまで訴訟上の真実発見に関する客観的判断に問題があると指摘され、批判の対象となっていた「全能なる糺問官 (Inquirent)」の廃止とそれに代わる検察官制度の導入である⁽³⁸⁾。ドイツにおける検察官制度の始まりはライン左岸のフランス検察官制度の導入に端を発する。フランスが検討の対象とされたのは、当時のドイツにおいては、フランス以外の諸外国に法定されていた訴追手続に対する知識が未だ十分なものとは言えなかったこと、それ故、フランスが民主主義的國家の模範として考えられていたこと、などの理由による⁽³⁹⁾。もっとも、フランス検察官制度の移植には、当初、それまで糺問訴訟を是とし、それを固持しようとする各連邦政府からの反対があつた⁽⁴⁰⁾。しかし、1848年のドイツ革命（いわゆる三月革命）

に高揚した自由主義的改革運動が検察官制度導入論に拍車をかけ、まず始めに南ドイツの各ラントにおいて、そして徐々に北ドイツの各ラントにおいてもその導入が行われ、1877年の帝国刑事訴訟法(ReichsstrafprozeßBrecht=以下、帝国刑訴法と略す)制定時には大部分のラントで検察官制度が設置されることになった⁽⁴¹⁾。その結果、「改革された刑事訴訟(reformierte Strafprozeß)」においては、訴追権限はただ国家に従属する検察官にのみ帰属し、またこれと同時に訴追の是非を吟味し判断する裁量権も検察官が行行使することになった⁽⁴²⁾。その結果、帝国刑訴法の下で訴追手続への私人の関与が一定の形式で認められるようになるまで被害者が加害者を自ら訴追するといった手続的手段は、事実上、まったく閉ざされることになったのである⁽⁴³⁾。

ところで、こうした「改革された刑事訴訟」の導入によって、刑事手続から閉め出される結果となった被害者の意志を訴追手続に反映させようと考察されたのが、補充的私訴(subsidiäre Privatklage)の設置であった。これは、検察官の不起訴処分によって刑事手続の領域から排除されてしまう被害者の利益を別の方法で救済しようという、司法的手段の一つとして主張されたのである⁽⁴⁴⁾。この主張の根拠となったのは以下のような危惧感であった。すなわち、糺問手続の打破によって訴訟の審判者たる裁判官とは独立した訴追官[検察官]の設置がなされたが、検察官が政府・国家機関に完全な形で従属していたのでは、かえって市民の自由を剝奪してしまうのではないか、糺問手続克服のために採用されたはずの検察官制度が、時の権力者・特定の政党の利益のために利用されるのではないかということが危惧されていたわけである⁽⁴⁵⁾。換言すれば、検察官は個々の裁判事例において、与党に反対する勢力を弾圧するために便宜的に公訴権を濫用して政府を擁護するのではないかということが早くから憂慮されていたのである。

確かに、当時、フランスから導入された検察官の意味は、ドイツ、とりわけプロシアにおいては、「公衆の代理人」というよりは「国家の代理人」、もしくは「行政の手先」としての色彩の強いものであった⁽⁴⁶⁾。それ故、こうした懸念は、1850年代においてますます深刻化し、各ラントもこの点について意識せざるを得なくなるほど検察制度批判をめぐる議論は活発なものとなっていった。そして、こうした懸念を背景として、私人が訴追のイニシャティブをとることの重要性が意識され、またその承認を要求する動向が一層高揚してくることに

なった。そこで訴追手続の公正な運用の手段として、刑事訴訟法における起訴法定主義の採用、そして原則的、あるいは補充的私訴の導入が議論の俎上にのぼるようになってくるのである⁽⁴⁷⁾。

もっとも、帝国刑訴法制定のための司法準備作業 (Vorarbeiten) では、その立法化の過程で私訴手続の検討が二つの方向で行われてはいた。一つは補充的私訴の、もう一つは原則的私訴 (prinzipale Privatklage) の導入検討である⁽⁴⁸⁾。しかしながら、帝国刑訴法の草案者の意図する補充的私訴と、当時のドイツの自由主義者によって思考されていた私訴との間には大きな隔絶があった。帝国刑訴法草案者の想定していた補充的私訴とは、より限定した形態でのそれ、すなわち親告罪に限定されたものであった⁽⁴⁹⁾。それに対して、自由主義者たちの意図していた私訴は、あくまで検察官の訴追活動の監視、という脈絡において把握されていたものであった。したがって、すべての犯罪にまで私訴方法を拡張していくことを目的としており、草案者のそれとは著しくかけ離れたものとなっていたのである⁽⁵⁰⁾。結果的に、親告罪に対する補充的私訴の機能は、帝国刑訴法の草案者によって極めて限定、縮小されることになり帝国刑訴法には補充的私訴は採用されなかった。

他方、原則的私訴の導入をめぐる議論は、親告罪の補充的私訴導入の検討に関して行われたいわば議論の影に隠れたものでしかなかったが、補充的私訴の廃止が決定されるとともに、軽微事件処理のための有効な手段としてほぼ全面的に承認されるに至った。これが今日の現行刑訴法の私人訴追手続規定の基本的視点を提供するものとなったのである⁽⁵¹⁾。そして、1877年の帝国刑訴法制定当時は、私訴手続の認められる犯罪は、侮辱と軽い身体傷害の親告罪のみに限定されていたが、その後、徐々にその範囲を広げ、最終的には1921年3月11日の立法によって現行法で規定された犯罪カタログまでに拡張されることになった⁽⁵²⁾。

ところで、歴史的視点から考察すると、帝国刑訴法の立法者がそもそもどのような基本的思想に立って私訴制度の導入を検討したのか、という点が重要である。そしてこれについては次のように説明されている。第1に、侮辱と軽い傷害 (leichte Mißhandlung) は日常的な平凡な出来事であって、市民社会の一般的な安寧にほとんど影響を与えず、あるいはまったく与えないということ、第2に、それらの犯罪はたいいてい利害関係人にとってすら常に処罰を引き起こ

すほどの法的、倫理的必要性を持ち合わせていないということである⁽⁵³⁾。

結局、当時の立法者は、侮辱や軽い身体傷害のような犯罪行為は、侵害性が低く、かつ軽微であるがために、私訴方法に基づいて解決を図ることが可能であると考えていたのである。そして、その実質的理由としては、私訴方法に委ねたほうが刑事訴追機関の負担軽減という点で国家的利益にも合致するし、また私人訴追者の利益、すなわち、被害者自身による積極的な訴訟活動と、それに伴う自己の権利の獲得という利益にも適うという思考があったのである⁽⁵⁴⁾。また、私訴犯罪に対する検察官の訴追は、原則的なものではなく、むしろ例外として把握していたことも注目されよう。このような基本的テーゼにおいて発展してきたのが現行法に規定された私訴手続だったのである⁽⁵⁵⁾。

しかしながら、私人訴追主義を志向する自由主義者の要求に対応した形で容認されたドイツの私訴も、刑事訴追を私人に完全に解放するまでには至らなかった。なぜなら、あらかじめ私訴の許される犯罪は決定されており、また私訴事件であっても公益 (öffentliche Interesse) の存在するときは検察官による刑事手続開始の権限が留保されていたからである⁽⁵⁶⁾。そしてこの原因が、私訴手続の導入と対立するドイツ検察官制度の導入にあること、さらにそれが「国家」による刑事訴追権の掌握およびその行使という観念を生み出したことを看過してはなるまい⁽⁵⁷⁾。

Ⅲ．私訴犯罪について

1．私訴犯罪規定

既に述べたように、現行法第374条第1項に規定された私訴犯罪は、帝国刑訴法において、侮辱と軽い身体傷害に限定されていたものが次第に拡張してきたのである。現在では住居侵入罪 (刑法第123条)、侮辱罪 (第185から第187条aまでおよび第189条)、信書の秘密に対する侵害罪 (第202条)、傷害罪 (第223条、第223条aおよび第230条)、脅迫罪 (第241条)、器物損壊罪 (第303条) のドイツ刑法典に規定された各種犯罪行為とその他不正競争防止法、特許法、品種保護法などの特別法に規定された各種犯罪行為にまで拡張されている。刑法典に規定された犯罪のうち、危険な身体傷害罪と脅迫罪は親告罪ではないので、検察庁への告訴なしに私人が直接訴追することができる。その他の犯罪につい

でも検察庁の関与なしに直接、被害者が刑事訴追できる⁽⁵⁸⁾。

ところでこれらの犯罪に共通する特徴としては、第1にそのいずれもが比較的軽微な犯罪行為に限定されているということ、第2にこれらの犯罪は、おおむね特殊な人間関係の中で生じているということ、すなわち、加害者と被害者との関係が概して密接な関係にあり、例えば知人、親戚、隣人といった関係の中で発生しているということが挙げられる。個人的法益の中に組み込まれる犯罪群の中でもとりわけ特殊な犯罪だというわけである。したがって、その反射的効果として、私訴犯罪は被害者と加害者との間で和解が成立しやすい犯罪であるということが指摘されている⁽⁵⁹⁾。

2. 私訴犯罪拡張の経緯およびその根拠

(1) 私訴犯罪拡張の経緯

ところで上述した私訴犯罪の拡張は、大要、以下のような経過を踏んで行われてきたものである。

帝国刑法法制定後から11年後の1888年に開かれた第19回ドイツ法曹大会において、帝国司法委員会によって提出されていた私訴犯罪の拡張がテーマとなった。ここでは原則的私訴を従来の犯罪類型に加え、危険な身体傷害、住居侵入および器物損壊にまで拡張するか否かが話し合われた⁽⁶⁰⁾。その後、第19回ドイツ法曹大会の議論を踏まえ、1895年帝国議会では、私訴犯罪の拡張に関する草案（住居侵入、危険な身体傷害、脅迫などへの拡張を企図したもの）が従来の法律に追加する形（補充法案）で提出されたがこれについては未処理のままに終わった⁽⁶¹⁾。

さらに1903年には、刑事訴訟改正委員会（Kommission zur Reform des Strafprozesses）（以下、単に改正委員会と略す）が召集され、以下の問題が検討された。すなわち、一般的には起訴法定主義が維持されるべきであるとしても、1895年草案を素材として公共の秩序に対してわずかの意味しか持たない個々の犯罪行為にまで原則的私訴を拡張するかという問題である。そこには起訴法定主義をある程度、弛緩させようという思考が働いており、具体的には比較的軽微な犯罪すべてを私訴犯罪とすること、また親告罪すべてを私訴犯罪とすることが検討された。しかし、軽微犯罪すべてを原則的私訴犯罪とすることについては終始一貫した反対があり、また、親告罪を私訴犯罪とすることにつ

いても否定された。後者の根拠は、親告罪は私訴犯罪とは異なって公益性があるからというものである。親告罪の存立根拠と私訴犯罪のそれとは、相異なったものとして把握され、親告罪を原則的私訴とすることは認められなかったわけである⁽⁶²⁾。

結局、この改正委員会においては、格別のメルクマールもなしに個別に抽出された諸犯罪を手がかりとして、その犯罪が私訴に適切なものか否かが検討された。ここで結果的に私訴犯罪とされたものは以下の諸犯罪である。

- ①住居侵入罪（第123条第1項および第3項）
- ②危険な身体傷害罪（第223条a）
- ③脅迫罪（第241条）
- ④器物損壊罪（第303条）
- ⑤食料品窃盗および飼料窃盗罪（第370条第5号および第6号）⁽⁶³⁾

また、検討対象となったが結局、私訴犯罪とされなかったものに以下の諸犯罪がある。

- ①担保の奪回罪（第289条）
- ②密猟罪（第292条）
- ③田畑への不法侵入罪（第368条第9号）
- ④私訴庇護罪（第257条）
- ⑤無体財産（原本および模型、特許法に規定された著作権など）に対するすべての侵害
- ⑥平和を乱す喧噪を惹起し狼藉行為を働く罪（第360条第1項第11号）⁽⁶⁴⁾

1908年、この改正委員会案を素材として帝国司法官の手によって政府案が完成した。その後、1909年帝国議会では、他人の秘密に関する侵害（旧刑法第299条＝現在、信書の秘密の侵害などを定めた現行刑法の第201条から第203条に代替されている）を盛り込むかどうか、また危険な身体傷害を私訴犯罪とすることかどうかをめぐって引き続き検討がなされたが第一次世界大戦勃発のため論議は一頓挫した。

しかし大戦終了後の1920年帝国議会において、1909年政府案がそのまま採択され、これによって私訴犯罪拡張に関する立法作業が終了し、最終的に1921年に法律となった。これが現行刑訴法第374条1号から8号に規定された私訴犯罪カタログとなっている（但し1951年に政治家に対する悪評の流布および不実の

誹謗罪〔刑法第187条a〕が追加されている)。

(2) 私訴犯罪拡張の根拠

帝国刑訴法制定時には、侮辱と軽い身体傷害に限られていた私訴犯罪は、上述のような経緯を経てその他の犯罪類型にまで拡張されたものであるが、以下ではこうした経緯を踏まえて個々の犯罪ごとにそれらが私訴犯罪として組み入れられた根拠を考察しておくこととしたい。また、あわせてこれとは逆に、私訴犯罪として一端議論の俎上にのぼりながらも、結局それが認められなかった犯罪類型の私訴犯罪編入否定の論拠をそれぞれ現行刑法に規定された犯罪類型に限って考察しておきたい。

(a) 私訴犯罪編入が認められた犯罪類型とその根拠

①住居侵入罪

本罪が私訴犯罪に編成される際に用いられた論理は、住居侵入行為は一般に重大でなく、たいていの場合、公益性がないということである。住居侵入罪を私訴犯罪のカテゴリーに入れることについては1903年改正委員会でも格別の論議は行われなかった⁽⁶⁵⁾。

②危険な身体傷害罪

この犯罪について私訴方法が留保されているのは、本罪の行為者に科されている刑罰の重さによる。本罪の法定刑は5年以下の自由刑または罰金であるが、事実上、科されているのは大部分の事案が罰金刑であり、こうした現状に鑑みれば、危険な傷害はもはや「取るに足らないこと (Lappaliein)」であると改正委員会は認定したのである⁽⁶⁶⁾。もっとも、この犯罪を私訴犯罪にしておくことについてはかねてから根強い反対論があった。それによれば、もしこの犯罪を私訴犯罪としておく粗暴犯の増加に拍車をかけることになり、とりわけ、火器あるいはナイフという危険な道具を用いて傷害行為が行われた場合、これを私訴犯罪として判断するのは国民の納得を得られない、というものである⁽⁶⁷⁾。

また今日でも、危険な身体傷害罪を私訴犯罪とすることについては、厳しい批判がある。例えば、シャウフは、第223条a第2項で本罪の未遂処罰規定が1974年に追加されたのを理由として、危険な傷害はもはや私訴犯罪の特徴である「軽微犯罪」ではないことを指摘し、私訴犯罪カテゴリーに入れておくことに反対している⁽⁶⁸⁾、またグレーピング (Gerhat Grebing) も本罪が私訴犯罪である

などというのは「正しい所業であるとは思われない」と述べている⁽⁶⁹⁾。

したがって、現在ドイツでは本罪を私訴犯罪としておくことに関して議論が行われている状況にある。

③脅迫罪

脅迫罪については以下のような根拠が挙げられている。

なるほど脅迫は、公共の安全のために刑事訴追が求められるような危険をもたらすときがある⁽⁷⁰⁾。しかし、通常の場合、脅迫は侮辱と類似する関係にありその特徴はほとんど害のないものであり、大部分の場合、脅迫罪で告訴しても検察庁によってほとんどがふるい落とされるであろう、ということである⁽⁷¹⁾。

④他人の秘密に対する侵害罪

本罪は上述したように1909年の政府案によって検討され、導入されたものであるが、これを私訴犯罪とすることについては以下のような解釈がとられた。

刑法第299条は信書の秘密を保護するものである。したがって、それは完全に個人的性格をもった利益である。またこの犯罪は、家族の間や同居人の間といった互いに親しい者同士での争いごとである。そこでは公衆はまったく利益を有しておらず、またしばしば利害関係人の内部で宥和が図られる犯罪行為である、というものである⁽⁷²⁾。

⑤器物損壊罪

上述したように器物損壊罪については、既に改正委員会がこれを私訴犯罪に組み入れることを支持していた。その理由は以下のようなものである。

物に対する侵害性は人の名誉や身体に対する侵害性よりも小さいものであるから、侮辱と身体傷害が始めから私訴の下に組み入れられていたことを考慮すれば、この犯罪についてはじめから職権で訴追することは基本的には排除しなければならない。また、しばしば器物損壊罪行為は場所的・時間的に侮辱行為および傷害行為と関連性を持つ。したがってこの場合、器物損壊罪のみを公訴に基づく手続で審理するとすれば不当である、というものである⁽⁷³⁾。

もっともこれに対しては反対論もある。すなわち、私人による訴追では、しばしば器物損壊罪の行為者を特定できず、また特定するための手段を持たないため、私人訴追者が手続費用を最終的に負担しなければならず効果的でないということが今日指摘されている⁽⁷⁴⁾。

(b) 私訴犯罪編入が否定された犯罪類型とその根拠

次に、改正委員会で私訴犯罪への組み込みが一旦は検討されたが、最終的にそれが行われなかった根拠を現行のドイツ刑法典に規定されている以下の3罪について見ておきたい。

①担保の奪回罪

担保の奪回罪を私訴犯罪としなかった改正委員会は、賃貸人の担保物件に対する賃借人による侵害（奪回）行為を挙げて次のように説明している。

この犯罪を処罰することには社会政策的に大きな意味がある。もしこれを私訴犯罪とするならば賃貸人は、社会による費用扶助の下で私訴を實行しなければならないか、あるいはその他の方法で、例えばその他の物件があるときは、その賃貸料の値上げや前払いという方法で自己の権利を確保しなければならない。しかしこれによって善良な賃借人までもが損害を被ることになる、というものである⁽⁷⁵⁾。

またこの犯罪との関係で財産犯のすべてを私訴犯罪に編入することの是否が改正委員会で検討された。しかしながら、これについては窃盗罪を例として否定されている。すなわち、窃盗は、それが公共の秩序に対してさほどの侵害とならないものであっても、如何なる事情を斟酌してもそれを恥ずべき行為だとするドイツ人の意識がある。したがって、窃盗罪を私訴犯罪とすることについては、ドイツ国民の正義感（Rechtsgefühl）がおそらく許容しないであろう、というものである。それ故、財産犯すべてを私訴犯罪とすることに改正委員会は消極的な態度をとった⁽⁷⁶⁾。

②密猟罪

本罪が私訴犯罪に編入されなかった理由は、狩猟が国民経済に有している財政上の意義に求められる。すなわち、多くの地方自治体が、財政上の安定を目的として狩猟権賃貸料（Jagdverpachtung）の収益に依存している。密猟者が、私人（住人）によって発見されることを不安に感じ、またその危険性を認識している限りでは私訴も効果的であるが、そうでないときは、私訴は効果を上げることとはできない。私訴に効果がないとすれば猟獣現在数が減少し、狩猟賃貸料収益は著しく減ってしまうであろう。また狩猟権者（狩猟権賃貸料を正当に地方自治体に支払った者）の権利を法律で十分に保護する必要もある、というものである⁽⁷⁷⁾。

③犯罪庇護罪

この犯罪は、犯罪行為を犯した者にその行為によってもたらされた利益を得させる目的で援助した者を五年以下の自由刑に処するというものである。この場合、庇護する対象は違法行為を犯した者であり、当該行為によって取得された物品は考慮されていない。

この犯罪について改正委員会は、本犯と比べたときの犯罪庇護の従たる性格に注目し、正犯および共犯が私訴で訴追されているときは、その正犯者および共犯者を庇護した行為についても私訴提起で訴訟を行うことを容認した。しかし、同時に委員会はその他の一般の犯罪についての犯罪庇護を私訴犯罪とすることについては認めていない⁽⁷⁸⁾。

IV. おわりに

本稿では、ドイツ私訴手続に関して手続の沿革と私訴犯罪の導入について論述してきた。ここでまとめとして、この手続が内包する問題点と今後の研究課題を提示しておくこととしたい。

まず第1に、私訴手続が抱える問題点として指摘しておかなければならないことは、ドイツにおける私訴手続は、古くローマ時代の侵害訴訟に端を発し展開しつつも現行法の下では、国家訴追主義を前提とし、またその枠内で移植されたが故に、手続の存在意義自体が極めて低く見積もられているということである。これは例えば、上述したような侵害程度が軽微で、また特殊な特徴を持つ私訴犯罪カテゴリーをわざわざ設け、被害者関与が認められるのはその犯罪に限定されているという点からも看取される。したがって、被害者が私訴権を行使し得る領域は極めて制限されたものとなっている。そしてこうした動向の背後には、とりもなおさず、犯罪は基本的には国家の関心事であって、その解決も国家の主導の下で実現されるべきだという思考がある。そこから刑事訴追権も原則的に国家に専属すべきだとする考えがア・プリオリに生じてくることになる。

しかしながら、このような思考を前提とする限り、被害者に帰属する刑事訴追権は、結局、部分的に国家から「分け与えられたもの」あるいは「委託されたもの」といった、いわば国家から付与された権利でしかない、という形で矮小化されることとなる。そのことがひいては私訴手続の理論的な基礎づけをか

なり脆弱なものにしてしまうことにもつながる⁽⁷⁹⁾。さらに、それはまた、私訴手続が被害者自身の積極的な訴訟活動とその結果としての自己の権利の獲得とを可能にしても、結局その利点は国家の訴追負担軽減から生じる反射の効果でしかないということとも関係する。こうした点をドイツ私訴手続に内在する問題点としてまず挙げておかなければならないであろう。

第2に、本稿では考察できなかったが、私訴手続が「公益(öffentliche Interesse)」という曖昧藻糊とした概念によっていつでも「国家の代理人」たる検察官の手に委ねられ、通常の公訴に基づく手続に変質してしまうという問題もある。ドイツ刑事訴訟法第376条は、「第374条に挙げる犯罪については、公益が存する場合においてのみ検察庁が公訴を提起する」と規定している。これは私訴といっても一定の条件のあるときは、訴追を国家機関たる検察庁に引き渡さなければならないことを意味するに他ならない。したがって、この「公益」概念は、私訴と公訴との分水嶺であり、私人たる被害者が「公」の手続である刑事訴訟にどのような場合に接近できるか、という問いを解決するための重要な概念となっているわけである。もっとも、この概念の内実は、行為者の犯罪行為に対する常習性、あるいは責任の程度、犯罪による侵害の程度、行為態様などが複雑に絡み合い未だ明らかにされておらず⁽⁸⁰⁾、それどころか「内容空虚(Inhaltslosigkeit)」⁽⁸¹⁾な概念であるとさえ言われている状況にある。まさにこの公益概念は、被害者が刑事訴追権を行使するための key word であると同時に magic word ともなっているのである。ただ、概念内容が明らかになっていないということは、公益存否の判断は、検察庁のフリーハンドであることを意味し⁽⁸²⁾、ひとたび公益があると判断されれば、検察「官」が手続の主導権を握ることになり、そこでは一被害者の処罰意志、不処罰意志の実現はますます後退することになる。

したがって、私訴手続が国家訴追主義を前提としたその枠内にとどまる限り、被害者としては刑事訴訟の場で主体的な役割を担うことはできず、対国家との関係では「周縁の存在」へと追いやられることとなる。もっとも、これをわが国の現状に引きつけて考えた場合、とりわけ、ドイツにも増していわば固い国家訴追主義を採っている現状下において、被害者の権利、すなわち自己が被害を被った犯罪に関する事実を国家機関に明確にさせ、刑事裁判をきちんと開始させる権利をどこまで実質化できるかという困難な問題が提示されよう。

さらに、第3の課題として、仮に被害者を刑事訴訟の主体として措定した場合、どのような刑事訴訟形態が考慮できるのかという問題がある。ここで被害者の主体的関与という点、もっぱら被害感情の強調、加害者に対する応報感情の強調のみが危惧されがちである。またそこに国家訴追主義をはじめとする各訴追原則の主たる根拠があったわけである⁽⁸³⁾。しかしながら、被害者の主体的な手続関与の主眼が処罰意志の衰退、宥恕感情の実現にあることを素通りして評価すべきではあるまい⁽⁸⁴⁾。また、犯罪解決の担い手のひとりとして被害者を刑事訴訟の場に取り入れるという視点を押し進めれば、真実発見のみに目的を見い出していた従来の刑事訴訟とは異なった態様、あり方が模索されることになるだろう。例えば、犯罪によってもたらされた損害の填補、賠償をよりよく実効させるための訴訟形態やあるいは加害者と被害者が刑事和解を図るための訴訟形態などが求められて然るべきだろう⁽⁸⁵⁾。もっとも、その前提として個々の被害者が現行刑事訴訟制度の枠組みの中でどのように扱われ、また具体的に何を刑事訴訟に求めているのか、というより微視的なレベルでの動向を分析して把握しておくことが必要になるだろう。

以上述べた種々の問題点を踏まえながら、犯人を挙げることにのみ躍起になってきたこれまでの伝統的な刑事訴訟のあり方にまず疑問の目を向けることが必要である。そして、ドイツよりもなお徹底した形態であらゆる犯罪について国家が刑罰権を独占しているわが国の刑事司法の危険性、また犯罪の一方の当事者である被害者が刑事訴訟の場から排除されていることの問題性がここで改めて意識されなければならないように思われる。しかしながらこれらの問題の解明は、ここでは今後に残された検討課題である。

注

- (1) フランスの訴追形態については、澤登佳人「フランス刑事訴訟法は検察官と私訴原告人の協同による公衆訴追主義を採る」『新潟大学法政理論』、第16巻第1号、1987年、96頁以下、水谷規男「フランス刑事訴訟法における公訴権と私訴権の史的展開(-)、(=)」『一橋研究』、第12巻第1号、1987年、145頁以下、同第3号、1987年、61頁以下参照。
- (2) わが国では刑事訴追権はもっぱら国家が独占しており、また訴追裁量も検察官のフリーハンドであって、現在の法制度に照らして考察する限り被害者が訴追段階で刑事手続に主体的に関与することは極めて困難な状況にある。こうしたこともあってか、わが国の刑事訴訟法研究がこれ

まで欧米の法制度研究を主軸として展開してきたにもかかわらず、犯罪被害者の訴訟参加という視点からの研究、なかんずくドイツ私訴手続に関する研究は、これまでそれほど行われてこなかった。むしろそこから等閑視されてきたとさえ言い得る。もっとも、最近、ドイツを含めた私人訴追に関する研究が散見されるようになった。例えば、鯉越溢弘「私人訴追主義と国家訴追主義」『九州大学法政研究』、第48巻第1号、1981年、33頁以下。同「私人訴追主義と起訴前手続の構造」『新潟大学法政理論』、第17巻第4号、1985年、40頁以下など。そこで本稿でも私訴研究の基本的枠組みを提示するという意味を含めて、手続の沿革および私訴犯罪導入の経緯について論述をすすめ、犯罪被害者の訴追提起段階への主体的関与との展望を探る足がかりとしたい。

- (3) 隣国の韓国には、親告罪とは別に被害者の明示の意志が刑罰権の発動に影響を与える犯罪群がある。これは典型的に「反意志不処罰罪」と呼ばれ、例えば暴行罪および尊属暴行罪（韓国刑法第260条）、脅迫罪および尊属脅迫罪（同法第283条）、名誉毀損罪（同法第308条）などが該当する。これらの犯罪については、検察官は被害者の明示の意志に反して公訴を提起することができず（意志に反して公訴提起したときは公訴棄却の判決が下される）、また公判の途中で被害者の加害者に対する処罰意志が衰退し、宥恕したときも裁判所は公訴棄却の判決によって手続を打ち切ることになる。韓国も国家訴追主義、起訴独占主義をとっているので被害者による直接的な刑事訴追は反意志不処罰罪にも認められない。したがってこの点で私訴犯罪とは異なる。しかし、被害者の宥恕した感情を刑事訴訟の場で汲み取って手続に反映させている点で私訴犯罪と共通性を有しており興味深い法制度だと言える。
- (4) ローマの法思想に関するここでの叙述は、主として町田実秀『ローマ法史概説II』、有信堂、1969年に依った。
- (5) 不法の内容は、1877年帝国刑訴訟に挙げられた私訴犯罪構成要件と比べて広範囲にわたるものであった。Rüdiger Koewius, Die Rechtswirklichkeit der Privatklage, 1974, S. 34.
- (6) 町田前掲書130頁。
- (7) 共和政末期におけるローマの政治、経済、社会の発展に対応するために既存の法（十二表法、万民法）の適用という任務以外に「法の創造」という役割も法務官が担ったのである。町田前掲書172頁。
- (8) Koewius, a. a. O, S. 35.
- (9) Koewius, a. a. O, S. 35.なお、ローマ十二表法に関する詳細な解説については、船田享二『ローマ法第一巻』、岩波書店、1968年、112頁以下参照。
- (10) こうした私刑罰の公刑罰に対する優位という思想は、そのままローマ法の思想それ自体の性格を示すものとして興味深い。しばしば指摘され

るように、ローマ法はまさに「個」の全体に対する徹底優位という思想を有していたわけである。家父に絶対的権力を付与したのもバラバラな個体の集まりでしかない家にある程度のまとまりを持たせなければならなかったからだと言われている。町田前掲書123頁。

- (11) Hilde Kaufmann, Strafanspruch Strafklagerecht, 1968, S. 43.
- (12) Kaufmann, a. a. O, S. 43.
- (13) Dernburg, Pandekten I, S. 202. (zit. nach Kaufmann, a. a. O, S. 43.)
- (14) Peter Kircher, Die Privatklage, 1971. S. 73; Michael Schauf, Entkriminalisierung und Aussöhnungsgedanke, 1983, S. 158.
- (15) Schauf, a. a. O, S. 158.
- (16) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1965, S. 37 ff; Schauf, a. a. O, S. 159.
- (17) ミッタイス・リーベリッヒ『ドイツ法制史概説改訂版』[世良晃四郎訳], 創文社, 1971年, 58頁。加藤新平『法哲学概論』, 有斐閣, 1987年, 390頁。
- (18) Schauf, a. a. O, S. 159; Eberhard Schmidt, a. a. O, S. 51.
- (19) Koewius, a. a. O, S. 36.
- (20) 加藤前掲書389頁。
- (21) 「復讐の秩序化」の内容については, 加藤前掲書389頁参照。
- (22) Schauf, a. a. O, S. 159.
- (23) Koewius, a. a. O, S. 36; Kircher, a. a. O, S. 75; Schauf, a. a. O, S. 160.
- (24) マックス・ヴェーバー『法社会学』[世良晃四郎訳], 創文社, 1974年, 79頁。
- (25) Koewius, a. a. O, S. 38 ff.
- (26) Schauf, a. a. O, S. 160.
- (27) Hubert Schorn, Das Recht der Privatklage, 1967, S. 18 ff.なお, 自力救済と対立する国家刑罰権及び中世における刑罰権の分散の過程については, 吉田道也「国家的刑罰権と非国家的刑罰権」『刑罰と国家権力』, 法制史学会編, 1960年, 551頁以下参照。
- (28) 糺問主義の史的展開については, 沢登佳人=沢登俊雄『刑事訴訟法史』, 風媒社, 1968年参照。
- (29) Kircher, a. a. O, S. 84; Schauf, a. a. O, S. 160.
- (30) Schauf, a. a. O, S. 160.
- (31) 米山耕二「刑事訴訟における合目的性と正義」『一橋論叢』, 第71巻第1号, 1974年, 89頁。
- (32) Schauf, a. a. O, S. 160.米山前掲書論文87頁。
- (33) Kircher, a. a. O, S. 85; Schauf, a. a. O, S. 160.現行の私訴権とのつながりは, わずかにこの点に見い出せるのみである。
- (34) Kircher, a. a. O, S. 84.

- (35) Kircher, a. a. O, S. 84.
- (36) Schauf, a. a. O, S. 161.
- (37) ドイツにおける糺問手続からの脱却過程については、川崎英明「ミッターマイヤーの刑事司法論(-, 二)」『大阪市立大学法学雑誌』, 第25巻第3・4号合併号, 1979年, 58頁以下参照。また、糺問手続に関する問題点として、横山晃一郎編『現代刑事訴訟法入門』[光藤景皎], 法律文化社, 1983年, 44頁以下参照。
- (38) 川崎英明「成立期におけるドイツ検察官制度(-)」『大阪市立大学法学雑誌』, 第23巻第3号, 1976年, 50頁。
- (39) Ernst Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 1932, S. 16 ff.
- (40) Carsten, a. a. O, S. 20.
- (41) 当初、検察官制度導入に反対していたプロイセンをその導入へと決定せしめたのは、訴訟経済上の効率化の問題である。すなわち、1846年に起きたポーランドの大暴動 (Der grosse Polenaufstand) に対して従来 of 煩雑極まりない糺問手続では、多数の暴動者を処理するために膨大な時間のかかることが認識されたためであった。鯨越前掲論文「私人訴追主義と国家訴追主義」91頁以下参照。
- (42) Schauf, a. a. O, S. 161.
- (43) Schauf, a. a. O, S. 161.
- (44) Schauf, a. a. O, S. 161.
- (45) Carsten, a. a. O, S. 42 ff; Koewius, a. a. O, S. 19 ff; Schauf, a. a. O, S. 162; Richard Schmidt, Staatsanwalt und Privatklage, 1891, S. 33 f. ところでこうした危惧感 is, わが国の「現在の」検察制度に対してもそのまま当てはまるように思われる。「警察は政権を、検察は体制を守る」と指摘される由縁である。
- (46) 鯨越前掲論文「私人訴追主義と起訴前手続の構造」61頁。
- (47) Schauf, a. a. O, S. 162.
- (48) Schauf, a. a. O, S. 162.
- (49) Schauf, a. a. O, S. 162.
- (50) Schauf, a. a. O, S. 162.
- (51) Schauf, a. a. O, S. 163.
- (52) Schauf, a. a. O, S. 164.
- (53) C. Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 1. Februar 1877, Erste Abteilung, 2. Aufl., 1885, S. 276; Wilhelm Töwe, Die Privatklage, GS 106 (1935), S. 145 ff.; Schauf, a. a. O, S. 163.
- (54) Maiwald, GA 1970, S. 45; Schauf, 1983, S. 175.
- (55) Hahn, a. a. O, S. 277; Schauf, a. a. O, S. 164.

- (56) Schauf, a. a. O, S. 177.
- (57) 鯉越前掲論文「私人訴追主義と国家訴追主義」102頁参照。
- (58) 被害者が検察庁に告訴しても、公益のない事案であると判断されれば、検察庁は被害者に私訴方法で訴訟を行うよう指示することになる。Karl Peters, Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, S. 573.
- (59) Schauf, a. a. O, S. 183.
- (60) Koewius, a. a. O, S. 45.
- (61) Koewius, a. a. O, S. 45.
- (62) もっとも、被害者には親告罪について「告訴しない」権利もある、ということ意識されていた。Koewius, a. a. O, S. 45.
- (63) 旧刑法典によれば、第370条5号は、「少量または些細な価値の食料品、嗜好品またはその他の家庭経済の消費物を即時に消費するために窃取または横領した者」を、同条6号は、「穀物またはその他の家畜の飼料にあてられ、または飼料に適する物件を持ち主の意志に反して自己の家畜を飼うために奪取した者」(訳は法務資料第397号に依った。以下同じ)をそれぞれ150ドイツマルク以下の罰金あるいは拘留にする旨規定していた。但し、この条文は1974年3月2日の刑法改正で削除されている。
- (64) ここで③の犯罪は「庭園若しくは葡萄園において、または収穫前に採草地若しくは耗作した畑地において、または垣をめぐらせ、若しくは建札により立入りが禁止された畑地、採草地、牧草地若しくは育成保護地において、または建札により閉鎖された私道において、権限なしに歩行し、乗物を走らせ、馬を乗り入れ、または家畜を追い入れた者」が150ドイツマルク以下または14日以下の拘留、⑥の犯罪は「不当に平和を乱す喧嘩を引き起こした者、または甚だしい狼藉行為を行った者」が150ドイツマルク以下の罰金または拘留にそれぞれ処せられる旨規定している。しかし、これらも1974年の刑法改正で削除された。
- (65) Koewius, a. a. O, S. 48.
- (66) Koewius, a. a. O, S. 49.
- (67) R. Schmidt, a. a. O, S. 63.
- (68) Schauf, a. a. O, S. 183.
- (69) Gerhart Grebing, Abschaffung oder Reform der Privatklage?, GA 1984, S. 12; Manfred Maiwald, Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren, GA 1970, S. 49; Heike Jung, Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß, ZStW 93 (1981), S. 1163; Hans Joachim Hirsch, Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens, in: Festschrift für Richard Lange 1976, S. 819.
- (70) 例えば、匿名で脅迫・侮辱の手紙を送付することなどがこれにあたりと考えられよう。侮辱の例として, Peters, a. a. O, S. 573.
- (71) Protokolle, Erster Band, 1905, S. 202.(zit. nach Koewius, a. a. O, S.

- 50.)
- (72) Regierungsvorlage 1909, S. 208.(zit. nach Koewius, a. a. O, S. 50.)
- (73) Schmidt-Ernsthausen, Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage, 1906, S. 186.(zit. nach Koewius, a. a. O, S. 51.)
- (74) Koewius, a. a. O, S. 51.
- (75) Schmidt-Ernsthausen, a. a. O, S. 187.(zit. nach Koewius, a. a. O, S. 52.)
- (76) Protokolle, Erster Band, a. a. O, S. 293.(zit. nach Koewius, a. a. O, S. 53.)
- (77) Koewius, a. a. O, S. 53.
- (78) Koewius, a. a. O, S. 54.
- (79) 私訴手続に関する理論的基礎づけについては、拙稿「ドイツ私人訴追手続に関する一考察」『一橋論叢』, 第108巻第1号, 1992年, 83頁以下参照。
- (80) そうした中で刑事訴追における公益概念を正面から論じたものとして、Horst Vogel, Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung, 1966.がある。
- (81) Peter Rieß, Die Zukunft des Legalitätsprinzip, NSTZ 1981, Heft 1. S. 8.
- (82) わが国でも起訴・不起訴の判断は、検察官の「勘」に頼っているという。そしてこの「勘」は客観的なものであるという。渡辺咲子「公訴権濫用論－検察の立場から」三井誠その他編『刑事手続・上』所収、筑摩書房、1988年、394頁。しかし、認識主体の主観確信に過ぎない「勘」が「客観的」とは、いったいどのような「勘」をいうのであろうか。
- (83) 例えば藤木英雄その他著『新版刑事訴訟法入門』[土本武司]、有斐閣双書、1987年、125頁。
- (84) ドイツの私訴手続の目的も実はここにある。この点については、前掲拙稿参照。
- (85) 例えば、犯罪による損害の金銭面での填補を刑事訴訟と民事訴訟との連動によってより容易にすることなどが考えられよう。