

Zum Herrn im Ermittlungsverfahren und zur Erhebung der Publikklage durch den Staatsanwalt

Shunsuke Tawa
(Received 31 May 1978)

Vorwort

In BRD und Frankreich gibt es viele Systeme über die Kriminal-ermittlung und Voruntersuchung, die wir lernen mußten. In BRD wurde die Voruntersuchung geabolisiert.

Aber bei den beiden Staaten ist der Herr in den Kriminal-ermittlung der Staatsanwalt. Nach dem II Weltkrieg wurde die Kriminalpolizei in Japan der Herr der Kriminal-ermittlung.

Das ist eine ganz abominable Erscheinung, denn die Polizei hat keine gute rechtliche Unterrichtung, und ist als Schütz der Ordnung organisiert. Die Polizei ist fähig, kriminale praktische Verhältnisse zu untersuchen, aber es ist nicht rechtlich, daß die Polizei versucht, juristische Verhältnisse zu regulieren.

In Frankreich kann der Staatsanwalt durch einen ganzen Prozess hindurch die ganzen Polizeidiener (inhalt *Gendarme*) direkten. Die juristische Polizei in BRD georganisiert als Hilfsbeamte des Staatsanwalts wurde. In Frankreich gibt es zwei Klassen des Polizeiamts, d. h. Polizeioffizier und Polizeiagent.

Der Polizeioffizier ist vom Staatsanwalt in unmittelbarer Weise gedirekt und der Polizeiagent dagegen ist vom Staatsanwalt in mittelbarer gedirekt. Und alle Polizeien werden als zwei Group und Pattern gapartiert, d. h. juristische Polizei und administrative Polizei. Aber wenn die administrative Polizei den Offender ertappt, kann sie sich als juristische Polizei operatieren. Und wenn man der Voruntersuchung bedürft, sucht der Staatsanwalt Voruntersuchungsrichter sich zu parteien. Und infolgedessen wurde der Voruntersuchungsrichter der Herr der Ermittlung. Die Reasonalität, auf die diese Verhältniss kann seien beruht auf daß beide Staatsanwalt und Richter zum "Magistrat" d. h. *Magistrature debout*, *Magistrature assise* gehört. Und die Verhältniss zwischen den beiden ist Egalität anders als in Japan. Auf diese Kausalität in Frankreich kann der Staatsanwalt oder der Voruntersuchungsrichter, die die vertrau-

liche Jurist ist, juristische Polizei und Gendarme direkten und Publikbenefit repräsentieren, und die Beschuldigten (das Gefangnis) schützen, und daher die rechte Publikklage des Staatsanwalt nach Gericht heben kann. In BRD ist der Staatsanwalt als der Herr der Ermittlung geordnet. Der Staatsanwalt selbst kann dazu jede Kriminalität untersuchen, aber weil er keine eigene (Hand oder Fuß) Organ hat, utilized er als Hilfsbeamter der Ermittlung Kriminalpolizei. Der Staatsanwalt gehört zum juristischminister. Der Chef der Polizei ist Innenminister. Die Position des Staatsanwalts ist anders als dieselbe der Richter, aber der Punkt, daß der Staatsanwalt Polizei direkten, instruktien kann ähnlich der französischer Weise ist. Und daß der Staatsanwalt Ermittlungsrichter helfen lassen kann, ist uns sehr instruktive.

Ich hauptete, daß der Staatsanwalt als der Herr der Ermittlung und Polizei als Hilfsbeamter des Staatsanwalts regeordnet wurde und die Voruntersuchungsverfahren reviviert wird.

20, Mai, 1978

Shunsuke Tawa

わが国の犯罪捜査の主体は旧刑事訴訟法⁽¹⁾時代は検事であり⁽²⁾、新刑事訴訟法⁽³⁾の導入と共に、司法警察となった⁽⁴⁾。好ましくない傾向である。制度改正の主な理由は戦後の特殊事情もあって合衆国の影響を強く受けたこと、合衆国では検事が公訴官としての地位のみを占める場合が多いこと、わが国の警察関係者の中に司法警察を犯罪捜査の主体としたい意向が強かったことが考えられる。好ましからざる傾向というのは次の理由に依る。1. 合衆国の法体系は所謂英米法であり、大陸法に属するわが国にはなじまない。2. 合衆国の検事は公選制、任期制の行政官職であり、捜査官としての教育、訓練を経たものではない。3. 英米法は私人訴追を建前とし、連合王国はわが国の検事に相当する者を持たず、合衆国は検事を持つが、連邦憲法で大陪審⁽⁵⁾を定めており、各州もこれにならった憲法を持っているため検事は大陪審（起訴陪審）の陪審員（市民）の訴答を受けて起訴状を作成し、法廷に提出する一種の仲継役でしかない。3. 以上2点から考えるとわが国のように大陸法系に属し検判事共に専門職業官制を採用している場合は、捜査、公訴の段階で全く市民の介入を認めていないのだから、公訴提起の基礎は法律的真実の発見である。単なる事実の発見であれば検事を捜査からははずすのも無理ではないし、事実に対する意見を収集するだけであれば起訴陪審だけで充分であろう。又合衆国のような未開の新天地に素人の開拓民が移住して社会を構成して来た所ではそれが最もふさわしい姿であるとも云える。以上の点から検事は犯罪捜査の主体たるべきことを主張するものである。

わが国の旧刑事訴訟法の模範となったものは、フランス刑事訴訟法であり、これと類似した型式をもつものとしてドイツ連邦共和国の刑事訴訟法がある。その意味で検事の捜査主体地位を例証したい。フランス刑訴は検事を捜査の主体として位置づけている。すなわち検事は犯罪を捜査し、公訴を提起し、（公判を維持し）刑の執行を監督する⁽⁶⁾。検事は司法警察官⁽⁷⁾を指揮するものという形で⁽⁸⁾捜査の主体としての位置づけを明確化しており、一切の事件について犯罪性ありと認めた場合は司法警察官に犯人及び証拠を捜査させることが出来るし⁽⁹⁾、司法警察官は捜査の結果がどのようなものであっても⁽¹⁰⁾検事にその記録を送付しなければならず⁽¹¹⁾、従って捜査を終結することが出来ない⁽¹²⁾。検事は捜査について司法警察官に直接命令出来るだけでなく一般的な指示、助言、監督もすることが出来る上、これらの指示に従わない司法警察官に対しては罷免を求めることが出来る⁽¹³⁾。しかも、検事自身、司法警察官のなし得る行為のすべてを行なうことが出来る⁽¹⁴⁾とされる。フランス刑訴法で昔、検事を憲兵司令官や警視總監と同様、予審判事も含めて高級警察官（司法）としていた時期があるのはこのためである⁽¹⁵⁾。フランスは多種多様の警察を持っており、わが国の概念からすると、奇異な感じの持たれるような分野の者迄、司法警察官である場合がある。府県知事、市長、田園監視官⁽¹⁶⁾のような地方公共団体の長や職員もそうであるし、共和国保安隊⁽¹⁷⁾のようなわが国の自衛隊に類するものも、府縣市警察とならんで司法警察である⁽¹⁸⁾。しかもフランス警察（ラテン系諸国及びベルギー、ラテンアメリカの一部）の特色の一つとされる所であるが、軍隊（陸軍）の一部に属する憲兵が市民警察を司る司法警察官⁽¹⁹⁾である。憲兵の将校、準士官、及び在営5年以

上で一定の試験に合格し、防衛（国防）大臣と司法大臣が協議して指名した下士官は司法警察官⁽²⁰⁾とされているが、憲兵は村落、田舎で行動し、又非常事態に出動するものとされる⁽²¹⁾。蛇足ながら合衆国軍隊のM・Pや連合王国軍隊の憲兵に相当する者は軍事警察を専門に取り扱う本分の者であって憲兵の中で *Prévôté* 勤務に服務中の者をいう⁽²²⁾。このように多種多様の警察が独立して存在しているが、憲兵を除きすべて終局的には内務大臣につながっておりすべて国家警察であるので統制はとり易いと云える⁽²³⁾。特筆すべきは全警察の構成員が行政警察と司法警察にわけられており、身分的には両者共行政部（軍部を含む）に属するが、司法警察職員は犯罪捜査に当っては検事の指揮下に入ることは前述のとおりである⁽²⁴⁾。しかも注意を要するのは他国と違い行政警察官も所掌事務について違反を発見した場合はその限度で司法警察職員と同等の権限を有する⁽²⁵⁾から、この限りにおいては司法警察として検事の指揮を受けることになる。この点、特別司法警察職員として規定しておいてその範囲内で行政警察を司るわが国の麻薬取締官、海上保安官、労働基準監督官、入国警備官、鉱山保安監督官、船員労務官、郵政監察官などと反対の概念である。

フランス警察は全警察職員を司法警察と行政警察に分けていることは職能において縦割りしているわけであり、司法警察官の下に、これを補助するものとして限られた捜査権を持つ者として巡査と憲兵卒を規定している⁽²⁶⁾。これ等の者の司法警察官との相違は、司法警察官が検事に直接報告する権利、検事が予審を必要とすると認められた時、予審判事が捜査の主体になるがその際、捜査嘱託を受ける権利を有し⁽²⁷⁾、又、仮逮捕をする権利を認められているのに対し、巡査、憲兵卒はこのような権利を認められていない⁽²⁸⁾。この点で犯罪捜査組織は、職権において上下2段に横割りされているといえる。検事、予審判事は更にこの上に位しているから捜査機関としては明らかに司法警察組織の上部構造といえるからフランスの捜査組織は横割り上下3段といえるであろう。しかも各種各様の国家警察が各自独立に捜査をやった結果は、同一時期に異った結論を同一犯罪にもたらすことは当然であり、これらの統合、整理を行い、取捨、選択の結果、起訴、不起訴の判定を行う所に、検事の捜査官の元締としての意義があると考えられる。

わが国の現状は、検察官は、一切の事件を捜査することが出来⁽²⁹⁾、必要とみとめる時は自ら犯罪を捜査することが出来るものとし⁽³⁰⁾、必要な場合は司法警察職員に捜査の補助をさせることが出来⁽³¹⁾、捜査に関して司法警察職員に対し一般的指示、一般的指揮をすることが出来るものとされ⁽³²⁾、司法警察職員がこの指示又は指揮に従わない時はその者の懲戒罷免権者に対して懲戒又は罷免の訴追をすることが出来る⁽³³⁾とされ、最後の点はフランス刑訴に一見類似しているようであるが実質は全く相違している。すなわち、わが国では捜査が2本立てになったのでありフランスのように上下の関係ではない。むしろ犯罪捜査の主体は一次的に司法警察に移ったのであり⁽³⁴⁾、司法警察のとげた捜査結果の送付を受けて起訴不起訴の判断だけを検察官がやるのを原則とし⁽³⁵⁾、司法警察の捜査が不十分で公判を維持することの不可能な場合にだけ補充捜査という形で検察官の捜査がみとめられるに過ぎない。この捜査は警察の捜査が事実関係であるのに対し、法律関係であるので法律捜査

とも呼ばれるが、公訴提起後公判を維持し、国家の刑罪権を求める（求刑）に足るだけの法律的裏付けを捜査するわけであり、被疑者の人権を擁護する働きもあるのである。ここに検察官の公益の代表者としての意味があるのであり、又正当公平な裁判という土俵の上で被告と原告官たる検事が互角に組むという当事者主義の原則が対立するのであるが被告を糺弾するばかりでなく、被告の人権侵害を防止する義務も持っているという点で、検察官の性格は甚だ矛盾したものにならざるを得ないのである。フランス、西ドイツの検事が当事者に非ず⁽³⁶⁾とされているのはこの故である。スイスの検事が当事者であり、英米法の検事も当事者（女王、国家、連邦、市の利益の代表者又は国家代表の原告官）とされるのと完全に対比されるのである。西ドイツが殊に検事を執行部や第三者機関に属さない司法官職しかも当事者に非ずとしているのは誠に当を得た表現といわざるを得ない⁽³⁷⁾。わが国の検察官の性格はこの点に関するかぎり甚だあいまいである。けだし、訴訟法の上では当事者主義をとり、それを理想としながら検察官は公益の代表者としての性格を持つからである⁽³⁸⁾。わが国では、およそすべての起訴が国家に握られる国家訴追主義であり⁽³⁹⁾、起訴は又検察官に独占されている⁽⁴⁰⁾。前に触れたが、英米法系は被害者が加害者を法廷に訴追するのを原則とし、合衆国は私人訴追こそ影をひそめたが大陪審の形で私人が集団的に訴追しているわけであり、検事も又公選であることから間接的には国家（連邦）の起訴独占とは云えないことになる。西ドイツも別に私訴（Privatklage）で被害者に依る訴追をみとめているし、わが国で現在不完全ながら行われている準起訴手続（付審判）の模範として起訴強制手続⁽⁴¹⁾があつて強制的に検事に一定の職権濫用罪を起訴させることが出来る⁽⁴²⁾。その意味でわが国は世界的に珍らしい狭義の起訴独占主義、国家訴追主義の国といえる。予審も廃止され⁽⁴³⁾、陪審も停止された俵である⁽⁴⁴⁾。ここに公訴官の責任は極めて重いと断ぜざるを得ない。予審が廃止されていることは、警察の事実捜査の調査が最後迄、物を云うことになる。検察は警察の捜査に背負われた形で捜査は公訴に引き継がれると云つても過言ではないであろう。たとえ初動捜査の段階でミスがあつたとしても、予審の段階で救済が可能である。現在は、予断排除の原則と起訴状一本主義の原則からそれが廃止されている。フランスでは予審は眞実発見に全きを期する為、捜査の段階で判事に関与させるという⁽⁴⁵⁾。私もそれに賛成である。わが国は当事者対等の原則という形式主義にとらわれて、それが出来ないという。フランスでは検事は犯罪を捜査することに依て社会を犯罪から守ると同時に公益の代表者として誤った警察の捜査から被疑者を護るといふ⁽⁴⁶⁾。一貫した態度であると思われる。

ドイツ連邦共和国は、検事を犯罪捕査の主体としていることにおいてフランスとかわりはない⁽⁴⁷⁾。ただしフランスが司法警察官が捜査について検事の指揮下に入る⁽⁴⁸⁾という規定のしかたをしているのに対し、最初から「検事は犯罪捜査の主体である」と明文で規定している点が対照的である⁽⁴⁹⁾。検事は捜査の補助者として刑事警察の職員を使用するものとし⁽⁵⁰⁾、刑事警察の言葉が示すように司法警察より犯罪捜査の意味が狭く解せられる。法律の定める刑事警察のメンバーの中で検事の補助者たり得る者を規定するやり方は、わが国旧刑訴に酷似しているが、わが国のそれがフランス流に

補佐する者と、補助する者の2段⁽⁵¹⁾に分けていたのに対し、西ドイツは補助する者1段であり、後は補助する資格のない者という解釈になること、西ドイツには13種にのぼる特別司法警察職員のこと、それがフランスのように終局的に内務大臣につながらず各省庁の大臣につながる保安警察(Schutz)であること、この点ではわが国の特別司法警察に類似していること、憲兵は市民警察を司る組織としては存在しないこと、保安警察も現行犯に対しては司法警察として機能することなどが特徴としてあげられる。このように最終指揮者を異にする警察の捜査を統合するという意味で検事の役割は先づ位置づけられるであろう。検事がフィルターである⁽⁵²⁾という理論の根拠はここにある。検事が捜査の主体であるという根拠は、検事は司法官職⁽⁵³⁾であり、司法官職は判事同様高度の専門法学教育を受けた者であり、事実捜査に従事する者とは本質的に職分を異にし、捜査を法律的に集約、統制する本分の者と考えているからである⁽⁵⁴⁾。検事は公訴提起の為の一切の捜査をする権限を有するが日本の検察事務官のような直属の手足となる機関を持たないから、刑事警察に捜査させる⁽⁵⁵⁾。刑事警察が検事の補助機関とされるのはこの意味である。検事は手足のない頭であるという批評もここから出ていると考えられる。近年西ドイツで予審に親しむ事件が激減して予審制が廃止された。予審が廃止されたことは予審判事の廃止にもつながるが、検事の補佐官としての司法官憲たる捜査判事⁽⁵⁶⁾は廃止されていない。ここに法学教育を受けた者に対する絶大の信頼があるわけであり、司法官職殊に判事が捜査の段階で介入することに意義ありとされるのである。前述のようにわが国では司法官職(判事)が捜査の段階で顔を出すことは当事者対等の原則と、判事に対する予断排除の原則、ひいては行政と司法の独立という論理で厳禁されているがむしろ論理の誤りであり詭弁というべきであろう。これは恐らく戦後、合衆国の制度を模倣する際、三権分立と当事者主義に目を奪はれた結果、合衆国に予備審問制度⁽⁵⁷⁾があつて、逮捕者は被疑者を最寄りの治安判事⁽⁵⁸⁾の所へ引致し、逮捕の適否の判断を仰ぐ制度、すなわち捜査の段階において司法官憲が介入することに依て、捜査の誤りを法律的にチェックする機会がみとめられていることを看過したものと推定される。捜査ミスは、司法警察職員の面前調書の証拠能力が伝聞証拠排反の原則⁽⁵⁹⁾にもかかわらず有力であり、起訴後の事実認定に大きな影響力を持っている現在、初動捜査に於て逮捕され外部から隔絶された状態におかれた被疑者の心理状態としては、或いは不慮の不利益な供述をし、それが有罪の決め手にならないとは断言出来ないのである。予審制の復活と共にこのような働きをする判事の創設を提言してやまぬものである。

フランスの司法警察と検察の関係で注意しなければならないのは、前述のように検事が犯罪捜査資料の最終総括者であり、それ故刑事手続の原則的開始者になるのであるが、重大な例外がある。

1. は私人訴追 2. は所謂微罪 3. は重大犯罪のある種の場合に、犯罪を捜査した司法警察官が検事を経由せずに直接一件書類を予審判事に送付する場合があることである。⁽⁶⁰⁾ 1については、暴行傷害事件について、被害者に訴追をみとめるものであつて、西ドイツの Privatklage(私人訴追)に類似するものであり、この限りにおいて国家訴追主義と起訴独占主義の重大な例外といえる。

2については、微罪は、罰金400フラン以下、拘留10日以下に処す可き事件については、警部が訴追することが出来、検事が処理することは出来るが、通常代行者を使用するものとされる。⁽⁶¹⁾この点、わが国旧制⁽⁶²⁾の検事の職務を代行すべきものとして、警部、憲兵の状校、準士官、下士が指定されていたのと類似している。⁽⁶³⁾3.については、フランスが、犯罪捜査の主体は、検事よりむしろ予審判事といわれる根拠でもあるが、被害者の基本的人事を擁護する為に、犯罪捜査の段階において行政部の法曹たる検事丈でなく、司法部法曹たる判事を介入させることが、三権分立を侵すどころかむしろ有益と考えているわけであり、教示される所少くない。合衆国流の分立思想は、一種の縄張りセクト主義であり、わが国は戦後これを形式的に踏襲し、このような考え方を完全に排斥して了ったが、反省の時期に来ているように思われる。フランスのこのような考え方の基礎には、検判事共 Magistrat (司法官) の概念に統合されており、⁽⁶³⁾判検事の資格地位に差等がない。^(C)両者間に勿論人事の交流はあるし、両者共、本来の司法事務とは直接関係のない司法省内の行政官職に補せられる点も看過しがたい特質である。たとえば、Magistratで司法官養成所(L'Ecole Nationale de la Magistrature)に勤務する者、予審判事に任命される者、自由刑執行判事⁽⁶⁴⁾に任命される者、ルクセンブルク E. C. 裁判所に派遣される者などである。この点司法権の独立の意味が行政権に対してではなく、司法省という行政機関の中での裁判官の独立であり、裁判官に対して地位職務上対等な検事というとらえ方をしなければならない。その意味で、わが国の旧裁判所構成法時代の検事局検事と判事が共に司法省の官吏であり、両者共(前者が公益を、後者が司法において)国家を代表していたという意味で、天皇大権の下で、立法、狭義の行政に対して独立していたのと軌を一にし、戦後の検事は行政部、判事は司法部と截然と分離され、原告官(検事)と被告を対等の当事者としてとらえ、判事は第三者的高次の立場で弾劾を審理するという形に変容した以上、予審判事の存在そのものが、司法と行政の事前癒着という風にとらえられるのであろうが、小乗的な見解として反省すべきである。

又、フランスでは検事が事件の重大性から予審を請求した場合は、予審判事が当然捜査を引き継ぎ、検事は、予審判事が司法統一上の理由で捜査からしりぞくことを提案しない限り、検事が捜査線上復帰することはない。予審判事が捜査を引き継いだ時は、警部以上の司法警察官に捜査嘱託するのが通例である。西ドイツのように予審を廃止して了った国では、予審判事(Voruntersuchungsrichter)は廃止されても、検事の補佐官としての捜査判事(Ermittelungsrichter)は存続している。これは、予審を存続させているオーストリアにおいて予審判事(Untersuchungsrichter)のほかに捜査判事が存在しているのと同様である。オーストリアでは検事は、犯罪捜査の主体ではあるが、直接被疑者を調べることはなく、捜査判事の捜査の結果を予審判事が判定して、予審の可否を判断し、起訴の可否を判断するのは検事である。その意味で捜査判事が捜査機関において果す役割は大きく、「検事は犯罪捜査の主体であろうか」という疑点や異論が出てくるのであるが、一切の捜査資料を判定して起訴不起訴の専権をもつ点で、検事はやはり、捜査の主体であるといわざるを得ず、

西ドイツの捜査判事は、更に、検事の補佐官として位置づけられている点で、フランスの予審請求後の検事の位置と異り、検事は常に犯罪の捜査の主体ということになる。事実上補佐官の遂げた捜査の結果の報告を受けて、起訴しているが、司法警察の職員が独立して捜査しているわけではなく、検事の補佐官としての受託範囲内で行なった捜査は主体的なものであっても、あく迄も補佐官としてのものであるから、主体はあく迄、検事である。

以上のように見てくると、戦後のわが国は、司法の民主化とか司法権の独立とかの美辞麗句に隠れて実は制度的改悪がなされたと断ぜざるを得ない。けだし、公訴提起は犯罪捜査と密接不可分の関係にあるのかかわらず、犯罪を捜査するのは警察の仕事、公訴を提起するのは検事の仕事と単純に割り切ることに依て権力の分立、相互不可侵の心算なのであろうが以上引用した諸外国の例から明らかに誤りである。医者は診断、調剤は薬剤師それが医薬分業とって見ても病状の変化に応じての診断と投薬の必要が、医師の調剤権を認めている理由であるし、看護業務は医師の診断を待って行われ、看護婦の判断があつて医師の行為が行われるのではない。看護婦が診断を行うことが出来ないのは勿論である。船舶職員の業務を船舶部員が行うことは出来ない。文部教官の職務や教育公務員特例法の定める教員の職務を事務官、事務員が行うことは出来ない。犯罪捜査は公訴提起の為の材料提供、資料蒐集の手續である。この手續を分離することは、司法権の行政機関からの分離独立とは全く異質のものである。組織的には警察も検察も共に行政部に属し、検察は司法部には属さないからである。ドイツ法のいうように、検察官は司法行政官職であつて、純行政部でもなければ、純司法部（第三者機関）でもないのである。ただ公益を代表するという職責を持つために行政部内に於て更に独立を保たなければならない特殊職務官であるに過ぎない。単なる訴追官でないからこそ被告人に有利な証拠も探してやれるのである。非常上告の制度もこの精神である。とすると、公訴が政治的なものに作用されることなく公正中立に行われるためには、そして低俗な世論に影響されることなく行われるためには、捜査の段階での公正、正確度は極限のものであつてしかりである。この意味で検察官は捜査の主体でなければならないと考える。このような考え方に対する反論の最たるものは前述の分業論、警察検察対等論であるが、民主化を口実にする者もある。しかしこれは明らかに形体と実質の認識不足からくるものであり、司法警察迄も一般警察より上位の司法機関そのものであるかのように錯覚している庶民、政治家が少くないという日本独特の特殊な風土から来るものである。加えて、戦後、雨後のたけのこの様に乱立した特別司法警察職員間の連絡調整が充分とは云えず、単に各省庁の縄ばりが司法警察間に発生した嫌いがある。フランスのように各種各様の警察がすべて内務省に統一され、憲兵がこれを補佐するという形であれば、司法、行政両警察のバランスがとれ、治安維持に直結した司法警察の捜査更にそれを統一、総括する機関としての検事、検事の手之余るときは予審判事の介入を求めることに依て完全に司法の公正と統一が保たれているのは正反対になっていると思う。西ドイツのように13種の特別司法警察職員が検事の補佐者として法定されていて、その職分を規定した上で、検事の本来の捜査権と、捜査権を行使

するには補佐者を指揮し、補佐者は検事に服従するという形で上命下服秩序を維持しているのも学ぶべき姿である。わが国の旧制はこの両者の総合形成であった。それ故にこそ誤審、誤判事件は極めて少く、検挙率も抜群であった。現行は、捜査は2本立て、否、特別司法警察をいれると、十数本立てということになる。しかも各省大臣が捜査について監督するというのはどう見ても好ましい姿ではない。各省庁の捜査結果を自働的に、機械的に公訴提起するようにすべきだとの考え方は全く司法の正義に反するものである。取捨選択をすることこそが本分とってみても、捜査の最初から関係、指揮していないとそれは望むべくもない。次に戦後の刑訴法の改正が合衆国の模倣であったことは論をまたないが、当事者主義、弾劾主義、直接主義、起訴状一本主義、伝聞証拠の排斥、補強証拠必要主義、勾留理由開示請求制度など可成りの法律知識を持った人間を一般市民としてとらえそのような人間が訴追者と対等に当事者主義で争い、真実発見に達するという発想である。しかし身柄を拘束された人間や逮捕されて被疑者となった者が果して疑わしきは罪せずの疑わしさを払拭し得る能力と技倆を持ち得るであろうか。極めて観念的であり形骸的民主主義といわざるを得ない。前述のように予審が廃止されているのは、警察捜査の誤りを法律的にテストされる機会がない。犯罪捜査の主体が警察に移って了っていは初動捜査の段階で公益性を発揮することもむつかしい。伝聞証拠排斥といっても司法警察員の面前調書の証拠力を被告人が疑わせるのは至難のことであるし、補強証拠を要するとしても状況証拠は可成り有力視されるのが普通であるからこれも空論に墮していると云える。このように個人主義的な被告論が根底をなしている反面、合衆国、連合王国に見られる英米法の陪審制は前述のように逆に停止された俣なのであり、まして合衆国刑訴の特徴の一つである起訴陪審（大陪審）の制度は勿論、連合王国の私人訴追の原則はかえりみられてもいないのである。要するに私人は法律の知識がないのだから人の生命、自由、財産、身分に関するような重要な事には関与させないというわけである。ここには露骨な徳川時代以来の「知らしむべからず寄らしむべし」的な統治者意識が立法者に残存していたと見るべきであろう。確に、陪審制そのものは危険なものである。いわんや無作為に選ばれた素人が当日の感情や、被告人の容姿や態度で、その者の死活の票を投ずるということは想像する丈で慄然とするものがある。私も起訴陪審や公判陪審の導入には否定的見解を持つ者である。しかしそれなら予審や、検事主導型の捜査制度を放棄した趣旨の説明がつかないのである。警察の司法関与を大きくする意味でフランス西ドイツの制度には否定的態度をとり、市民参加を拒む意味では陪審制だけを取り除いて合衆国法を摺り入れたこと、しかも予備審問制も除外して採用したということは、わが国の犯罪捜査と起訴の制度そのものが極めて中途半端なものにならざるを得なかったことを裏付けているように思われる。

犯罪捜査に予審制の再考又は予備審問制の創設を、犯罪捜査の主体を検事に、検事の補佐者としての司法警察官と司法警察吏の位置付けを明確に、司法警察と行政警察の区分を明確に、行政警察の中から保安警察の区分を更に明確に、特別司法警察は出来るだけ廃止し、国鉄のような公共企業体の職員には捜査権を否定するべきであると結論する。けだし前述のように、各省庁毎に犯罪の特

殊性と専門性を云い立てて司法警察相当のものをかかえているのはおかしいし、職務配分が重複したり欠如したりして却て捜査の機能性を低下させることがあり得るからである。又、国鉄は公共企業体であり独立の人格⁽⁶⁵⁾を持った特殊法人（公社）である。その職員は公社職員であって公務員ではない⁽⁶⁶⁾。積極的に国家公務員法の適用を除外されている点で⁽⁶⁷⁾、その職員が自衛目的をこえて公衆に公権力を行使するのは不合理である。組織的には、法人格の性質が商事会社のそれではないといっても⁽⁶⁸⁾、「自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ為スヲ業トスル者」⁽⁶⁹⁾である以上、商法人の商人である⁽⁷⁰⁾。このように国家と私人に対し第三者的利害関係に立つ者が、国家的公権に属する犯罪捜査権を持つことは⁽⁷¹⁾、殊に部内に犯罪が発生した場合を考えると、法の均衡上、否定せざるを得ない。更に前述のように、固く私人訴追を禁じ、現行犯以外一切私人に逮捕権を否定しておきながら、国家、公共団体とはなれた一法人（商人）にこれを見とめるのは著しい片手落ちであり到底首肯しがたいところである。鉄道公安職員のような制度は廃止すべきであろう。

注

(1) 大正11 . 5 . 5

(2) 旧刑事訴訟法246条, なお旧裁判所構成法84条①

(3) 昭和23 . 7 . 10

(4) 刑事訴訟法189条②

(5) 警察法2条①

ML. FRIEDLAND, Faculty of Law University of Toronto: Cases and Materials on Criminal Law and Procedure, UNIVERSITY OF TORONTO PRESS, 1972, PP, 4~5

M. CHERIF BASSIOUNI: CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES, CHARLES C THOMAS PUBLISHER Springfield. Illinois · U. S. A., 1969, PP. 449~452

DAVID FELLMAN: The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, 1976 PP. 67~68

(6) A. V. Sheehan, M. A. LL. B. Procurator Fiscal Service Scotland: Criminal Procedure in Scotland and France, EDINBURGH HER MAJESTY'S STATIONERY OFFICE, 1975, P. 18

CODE DE PROCÉDURE PÉNALE, DIX-HUITIÈME ÉDITION, JURIS PRUDENCE GÉNÉRALE DALLOZ, 11, RUE SOUFFLOT - 75240 PARIS CEDEX 05, 1976~1977, PP. 68~69, G. Stefani et G. Levasseur: Procédure pénale, Neuvième édition TOME II, DALLOZ, 11, rue Soufflot 75240 Paris CEDEX 05; 1975, p. 33, p. 39, p. 44, pp. 264-266, cf. Dr. Karl Heinz Gössel: Strafverfahrensrecht, Verlag W. Köhlhammer Stuttgart Berlin Köln Mainz, S. 43, StPO. Art. 161

(7) CPP Art. 41

(8) CPP Arts. 40, 41, CPP Art. 12

(9) CPP Art. 19

(10) ibid Art. 19

- (11) *ibid.* Art. 19
- (12) *ibid.* Art. 19
- (13) *op. cit.* A. V. Sheehan: Criminal Procedure in Scotland and France, 1975, pp. 19-20
- (14) CPP Art. 40, Art. 41
- (15) Pierre BOUZAT, Président de l'Association, Internationale de droit pénal: TRAITÉ DE DROIT PÉNAL ET DE CRIMINOLOGIE, Deuxième Edition, PARIS LIBRARIE DALLOZ 11, rue Soufflot, Paris Ve, 1970, p. 1035, なお, 旧刑訴247条
- (16) *op. cit.* A. V. Sheehan, M. A, LL. B.: Criminal Procedure in Scotland and France p. 19
- (17) *ibid.* Criminal Procedure p. 19
- (18) 自衛隊法 3 条 ① 後段
- (19) CPP. Arts. 16②, 20①, C. Just. mil (Code de Justice Militaire) Arts. 36-37
- (20) CPP. Art. 16②
- (21) *op. cit.* Procédure Pénale, p. 249, C. Just. mil. Art. 328.
op. cit. Procédure Pénale, p. 245
- (22) C. Just. Mil. Arts. 36-37
- (23) *op. cit.* Procédure Pénale, pp. 239-243
- (24) CPP. Art. 41, 42,
- (25) *op. cit.* Procédure Pénale, p. 251, *op. cit.* Criminal Procedure in Scotland and France p. 19
- (26) CPP. Art. 20①②
- (27) *op. cit.* Criminal Procedure in Scotland and France p. 35, p. 41, p. 57, CPP. Art. 81, *op. cit.* Procédure Pénale, p. 263, pp. 270-271, CPP. Art. 64, 78
- (28) CPP. Art. 20
- (29) 検察庁法 6 条
- (30) 刑事訴訟法 191 条 ③
- (31) 刑事訴訟法 193 条 ③
- (32) 刑事訴訟法 193 条 ①
- (33) 刑事訴訟法 193 条 ④ 194 条 ①, ②
- (34) 刑事訴訟法 189 条 ②, なお旧刑事訴訟法 246 条
- (35) 刑事訴訟法 247 条 なお旧刑事訴訟法 278 条
- (36) EDUARD KERN, CLAUD ROXIN: STRAFVERFAHRENSRECHT EIN STUDIENBUCH, 11 Auflage, C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, MÜNCHEN, 1972, S. 43,

StPO. Art. 160 (2): „Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.“ Karl Schäfer: Strafprozeßrecht Eine Einführung mit einem Geleitwort von Ernst-Walter Hanack, Walter de Cryter. Berlin. New York, 1976, §. 127, §. 221, S. 240 ff., op. cit. EDUARD KER, CLAUD ROXIN: STRAF VERFAHRENSRECHT EIN STUDIEN BUCH. 11 Auflage, S. 43 'Der Staatsanwalt des deutschen Strafprozesses ist nicht „Partei“. Er hat also (anders als im anglo-americanischen Rechtskreis) nicht einseitig Belastungsmaterial gegen Beschuldigten zusammenzutragen, sondern er hat „auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln“

- (37) op. cit. EDUARD KERN, CLAUD ROXIN: STRAFVERFAHRENSRECHT EIN STUDIEN BUCH, 11 Auflage, S. 43
- (38) cf. op. cit. Karl Heinz Gössel: Strafverfahrensrecht, S. 39, op. cit. A. V. Sheehan: Criminal Procedure in Scotland and France, p. 19
- (39) 刑事訴訟法247条, 256条⑥, 321条
- (40) 刑事訴訟法247条
- (41) 刑事訴訟法262条, StPO172, op. cit. Kar I H. Gössel: Strafverfahrensrecht, S. 99 ff.
- (42) 刑事訴訟法262
- (43) 日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律9条「予審の廃止」:「予審は、これを行わない。」
- (44) 陪審法ノ停止ニ関スル法律(昭和18.4.1)
「陪審法ハ其ノ施行ヲ停止ス」
- (45) CPP Art. 69 op. cit. G. Stefani et G. Levasseur: Procédure pénale, p. 266
- (46) op. cit. A. V. Sheehan: Criminal Procedure in Scotland and France p. 19
- (47) StPO. Art. 161
- (48) CPP. Art. 41, 42
- (49) StPO Art. 160(2)(3)(1), 161, 162
- (50) GVG (GERICHTSVERFASSUNGSGESETZ) Art 152(1), OWiG (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) Art. 27, OWiG 29
- (51) 旧刑訴248条, 249条, CPP. Art. 16, 20
- (52) Karl Schäffer: Strafprozessrecht, Walter, de Gruyter, Berlin. New York, 1976, S. 105 ff.
op. cit. Karl Heinz Gössel: Strafverfahrensrecht, 1977, S. 43 ff.
- (53) op. cit. EDUARD KERN, CLAUD ROXIN: STRAFVERFAHRENSRECHT, S. 43, 40
- (54) *ibid.*, S. 40 ff.
- (55) op. cit. Karl Heinz Gössel: Strafverfahrensrecht, S. 43 ff.
- (56) StPO. 162, op. cit. Karl H. Gössel: Strafverfahrensrecht, S. 45
- (57) FRANK W. MILLER: PROSECUTION The Decision to Charge a Suspect with a Crime, LITTLE BROWN AND COMPANY BOSTON 1969 TORONTO, p. 25, JOHN CUANDLO: Federal Procedure Forms Federal Courts and Administrative Agencies VOLUME 2 DENNIS & CO, INC. LawBook Publishers BUFFALO, N. Y., 1961, p. 846
- (58) FRED E. INBAU and MARVIN E. ASPEN: CRIMINAL LAW FOR THE POLICE, CHILTON BOOK COMPANY, PHILADELPHIA NEW YORK LONDON, May, 1971, p. 4
- (59) 刑事訴訟法321条③, 佐伯千仞:「刑事裁判と人権」法律文化社, 1957, 11.15 P. 113, 116
- (60) CPP. Art. 44, Art. 79, op. cit. G. Stefani et G. Levasseur: Procédure Pénale, p. 290
- (61) op. cit. A. V. Sheehan: Criminal Procedure in Scotland and France, pp. 31-32
- (62) 旧裁判所構成法18条②「区裁判所検事局ノ検事ノ事務ハ其ノ地ノ警察官憲兵将校下士又ハ林務官之ヲ取扱フコトヲ得③司法大臣ハ適当ナル場合ニ於テハ区裁判所判事試補又ハ郡市町村ノ長ヲシテ検事ヲ代理セシムルコトヲ得」
- (63) op. cit. A. V. Sheehan: Criminal Procedure in Scotland and France, p. 11, “magistrature assise,”
“magistrature debout”
- (64) *ibid.* p. 11

- (65) 日本国有鉄道法 2 条
- (66) 同法34条①
- (67) 同法34条②
- (68) 同法 2 条
- (69) 商法 4 条, 502条④, 569条
- (70) 商法 4 条
- (71) 鉄道公安職員の職務に関する法律 1 条, 明文の規定ならびに, 日本国有鉄道法34条②の趣旨から, 巷間一部の者の鉄道公安官なる俗用は法律上重大な誤まりであって, 鉄道公安職員が正しい。
なお軽犯罪法 1 条15号
なお鉄道公安職員は刑事訴訟法上の捜査権をみとめられる特殊の者にすぎないのであって, 特別司法警察職員ではなく, 刑事訴訟法190条の直接対象ではない。刑法194条については, 「之ヲ補助スル者,」にすぎない。この点については, 団藤重光編:「注釈刑法(4)各則(2)」, 有斐閣昭和40年 8 月30日発行(香川達夫執筆) p. 385参照のこと。

Résumé

Dans Allemagne et France il y a un grand nombre de systems que il faut de apprendre dans la recherche criminelle et la instruction. Dans Allemagne la instruction est aboli. Mais dans Allemagne et France ausi le sujet à la recherche criminelle est le procureur.

Apré la deuxième guerre mondiale, dans Japon la police judiciaire devient le sujet de la recherche criminelle. Cést très abominable, parce que la police n'a pris la bonne education judiciaire et el n'est organisé comme le garde de le ordre.

La police, cest compétent en des investigations de la relation de fait criminel, mais cest ne droit pas que la police se condit comme le magistrat ou régulie le relation judiciaire.

Dans France, durant tout le procèses, le procureur peut commander la police judiciaire et le gendarme. Dans Allemagne, la police criminale est organisé comme l'assistant du le procureur. Dans France il y a deux classes en la police, qui sont la police officier et l'agent de la police.

Le police officier est sous le commandement de le procureur directement et l'agent de police est sous le commandement de le procureur indirectement. Et tout la police est divisé en deux groupes, police judiciaire et police administrative. Mais, quand la police administrative trouve la violation, elle peut se conduire comme la police judiciaire.

Et quand la instruction est nécessaire, le procureur demande la aide au juge d'instruction. Et depuis le juge d'instruction a la position principal du investigation.

La cause du institution est que le juge et le procureur ausi sont magistrats (Magistrature assise et magistrature debout).

Donc, en France, le juge qui est le magistrat et spécialiste de la justice peut avec le procureur commander la police judiciaire comme le représentant du intérêt public.

Dans Allemagne, le procureur est stipulé comme le sujet à la recherche.

De plus, puis que il n'a ni main ni pie, il peut commander la police comme la assistante.

Les institutions du France et Allemagne dont très instructive pour Japon.

Je desire que le procureur soit stipulé comme l'assistante du procureur et la inst-

ruction soit ressuscité.

20, mai, 1978

Shunsuke Tawa.

