

EC 統合と，独逸刑事訴訟法の 仏・伊刑事訴訟法との相互調整

田 和 俊 輔

(平成 6 年 6 月 27 日受理)

Zusammenfassung

Zur Absicht der Bundesrepublik Deutschland, vergleichend die Entwicklung der europäischer Vereing um die Änderungsproblem der Strafprozeßordnung, in besonder in Frankreich und Italen

Es ist gesagt, dass EG, während sich die ekonomische Vereinigung entwickelt, ihren politischen Einigungsprozess nicht so glatt führen kann. Besonders in dem Gebiet der Strafprozeßordnung, auf die die Staatsordnung stützt, ist es gut verständlich, dass kein Staat ein einiges Gesetz ändert.

Aber European Convention on Humanrights sagt, dass jeder Staat das eigene Volk vor vielen Kriminaitäten zu schützen hat, wie bei Festnahme eines ausländischen Verbrechens und auch im Fall wie das Gericht, die Staatsanwaltschaft und die Poliizei organisiert werden. Dann ist es auch wahrlich, dass die Änderung der Strafprozeßordnung gegen die Hohheit des Staats verstöt, weil die Strafprozeßordnung alle Verhältnisse des Volkslrbens innerhalb des einigen Staates reguliert.

Dann gibt es zwei grosse Flüsse im Gesetz, auf dem das Gemeinrecht gebildet hat, wird in Ostgerman, Westgerman und Nordgerman eingegliedert. Und das deutsche Geeminrecht ist lange Zeit dem französischen Gesetz entgegengesetzt worden. Das französische ist eine Rezeption durch Kannongesetz, Italiengesetz, Während das deutsche Gemeinrecht eine Rezeption durch Kannongesetz darstellt. Jetzt gibt es daher den Zwiespalt zwischen deutschen Gesetz, französischen Gesetz und italianischem Gesetz. Die Haupteigenschaft liegt darin, dass Deutschland keine Voruntersuchung seit 4, 1, 1975 hält, und dass die Staatsanwaltschaft keine Partei ist; andeverseits, dass Frankreich die Voruntersuchung und die Systeme, die die Appellverfahren für Voruntersuchung heisst "chambre d'accusation" sind, gehalten hat, und dass die französische Staatsanwaltschaft die Partei ist, weil der Voruntersuchungsrichter keine Partei als Richter ist. Der italianische Voruntersuchungsrichter ist auch bei Frankreich ähnlich. Während aber in Deutschland die Staatsanwaltschaft der Herr im Ermittlungsverfahren und die Kriminalpolizeibehörde Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaftist, wird dagegen in Frankreich die Kriminalpolizei unter Direktion und Leitung von Staatsanwaltschaften durchführt. Und in Italien gibt es ein anderes Verfahren als Voruntersuchung. Im Vorverfahren. Das heisst "incidente probatorio". Kurz gesagt, ist es "enquête préliminiare" bei Frankreich. Und das gasagt wird durch die staatsanwaltschaft durchgeföhrt. Das Voruntersuchungsverfahren wird durch Voruntersuchungsrichter auf Auftrag des Staatsanwaltschaft durchgeföhrt; Zum.

Beschluss : während Deutschland das Akkusationsprinzip samt der Ermittlung hält, halten Frankreich und Italien das Prozesssystem, das dem Inquisitionsprinzip völlig ist.

In Deutschland ist nach Öffnung des Hauptverfahrens im Begriff, die Heerschaft des Verfahrens zum Richter Überzugeben. Es ist der Richter, der Richter, der das Bewismittel sammelt, und es prüft. Es ist keine Partei. Daher wird Kreuzverhör im Hauptverfahren praktisch nicht durchgeführt. Aber, es prüft, es ist der Ausdruck der Strafprozess durch die parteische Akkusationsprinzipien.

Schunsuke Tawa

- I. はじめに
- II. ドイツが刑事訴訟法の修正を模索する根拠
- III. ドイツに於ける刑事手続修正のための模索の動向
- IV. ドイツ法にかなりの影興を与えながらドイツ法と対立関係にあったフランス・イタリア法の現状
- V. まとめ

I. はじめに

EEC が EC に変貌し更に EU へと拡大されても、「それは経済上の障壁の消滅であって政治上の障壁は残っている⁽¹⁾」。政治上の障壁として法律は歴史、伝統の異なる民族の価値観の象徴と考えられ、協調が困難である。しかし法律の中で刑事手続が他の分野以上に調整が困難な理由は次のようになる。

1. 現在、EC 域内で刑事訴訟手続の分野で協力することが各国内政への許し難い干渉になる。
2. 現在、法律分野の統合傾向の中で刑事訴訟手続は不動のままである。
3. ヨーロッパ人権協約 European Convention on Human Rights の影響の下で海峡の斯岸の糺問制度と彼岸の弾劾制度のへだたりが徐々に架橋に依て狭くなりつつあるが実質的な相違は大きい。
4. 域内に於ける法律体系の最も大きな相違は、依然としてコモンローとドイツ普通法である。しかしドイツ普通法も北ゲルマンと西ゲルマンに分けられ、ゲルマン法はフランス法と対立して来た。
5. だから域内での刑事訴訟手続分野での亀裂は大きい。
6. それ故、無理に統合しようとするれば各国内政への干渉になる。
7. この為に、EUは刑事手続のほとんどの法律上の修正には影興を与えても刑事訴訟手続は不動のまましておく方が良いという考え方が根強い。

ところでドイツとフランスは EC 内の牽引国である。前述のようにドイツ法とフランス法は伝統

が違う。どちらを主流にしても統一はできない。しかも両国共、コモンローの英連合王国とは性質を異にする。論者はドイツとフランスの法制の相違に焦点を当て、ドイツの拘える法律上の問題点は何か。その解決をフランス法との止揚に求めているのか、コモンローの部分的指導に求めているかを検討するのが本論考の目的である。

Ⅱ. ドイツが刑事訴訟法の修正を模索する根拠

1. ドイツの捜査機関と公訴機関の関係の特色

(1) 検事の責務と職権

ドイツは1975年1月7日予審 Voruntersuchung を廃止し、糺問と訣別し、前手続きの主体は検事だけになったから、現行ドイツの刑訴は捜査手続については検事に依る職権主義と検事が公訴機関であると同時に公益を代表する真実発見者であるため、非当事者とされ⁽²⁾その上での捜査手続の主体、刑事訴訟法 Strafprozeßordnung 160, 以下 StPo であるため、「捜査を伴った弾劾主義」StPo 160⁽²⁾とされていること。端的には変形された職権糺問主義である。このために英米法係からは、「^{てい}体の良い糺問であって、弾劾主義とは程遠い⁽³⁾」という批判がある。また検事の国家訴追のほか^{てい}に軽微事件について被害者に依る私人訴追をみとめている StPo 385。

(2) 捜査機関として警察の債務と職権

事件についての着手権と現状保存の為の検証の主体であるにとどまる StPo 163⁽¹⁾⁽⁴⁾。着手後は直ちにその処置を捜査主体としての検事が緊急を要する時は区裁判所に送付する義務があり StPo 163⁽²⁾、自ら捜査を終結できない。リューピング Hinrich Rüpingが「警察は検事の伸ばされた手である⁽⁵⁾」とするのは警察が捜査手続においては「検事の補佐官」であることを意味する。これはゲセル Karl Heinz Gössel が「『検事の補助官』という言葉が永らく警察に『刺戟語』と印象づけられた」というのと同じである⁽⁶⁾。

2. ドイツ検判事検事の補佐官としての警察官 Hilfsbeamte とそうでない刑事警察官 Kriminalpolizei の強制処分権とその結果収集された証拠の証明能力

- a. 検事は告発その他で犯罪の嫌疑を知ると、公訴提起の要否を決するため捜査の責務がある StPo 160⁽¹⁾。この責務を果たすため全官庁に報告を求め、自ら捜査し、警察に行わせることができる StPo 161。検事は捜査手続の主体だから⁽⁷⁾、法律の認める捜査上の一切の権限を有するが「手足のない頭」„Kopf ohne Hände“⁽⁸⁾だから警察の協力を必要とする。警察はみずから捜査を開始するだけでなく検事の指揮に従わねばならない。犯罪捜査の結果は遅滞なく検事に送付を要する StPo 163。人権上最重要な勾留状発付は捜査判事（区裁判所判事）に留保され⁽⁹⁾、検

事は行えない。検事が裁判官による審問を必要とした時は区裁判所に申請し、区裁判事が強制処分行為の合法性を審査する StPo 162が、区裁判事は捜査行為の合目的性についての審査権はないとされている⁽⁹⁰⁾StPo 162。この点で合目的性と必要性の要否は捜査機関の判断に委ねられるわけで令状は許可状の性質を帯び、捜査機関の糺問性が見受けられる。また裁判官による審問行為を迅速に行う必要があるときは警察は捜査結果を直接区裁判所に送付できる StPo 163⁽²⁾。区裁判事が緊急な場合、告訴がなくても、検事に会えないときは、審問行為を必要とする時、職権で行え、「緊急検事」Notstaatsanwalt と呼ばれ StPo 165, 「訴追者なき所に判事なし」„Wokein Kläger da kein Richter“ の例外をなす。判決機関に依る公訴機関の兼務の意味で、糺問であろう⁽⁹¹⁾。また、捜査手続の開始の一つである告発Anzeigeを私人が検事や警察だけでなく、区裁判所にもできる事も判決機関が捜査機関を兼ねる意味で糺問主義といえるであろう StPo 158⁽¹⁾⁽²⁾⁽¹²⁾。

- b. 警察による強制捜査の方法 (イ)仮逮捕 Vorläufige Festnahme 強制捜査の方法として、警察は勾留状 Haftbefehl や収容命令 Unterbringungsbefehl を発する要件があり、遅滞の許されぬ時、被疑者を仮逮捕できる StPo 127⁽²⁾。親告罪に告訴がない時も同様 StPo 127⁽³⁾。(ロ)被疑者識別措置 写真撮影、指紋照合を被疑者の意思に反して行える StPo 816。なお検事の補助官 Die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft たる警察官 GVG 152⁽¹⁾は遅滞の許されない時、押収令状 StPo 98, 捜査令状 StPo 105⁽¹⁾を発し、被疑者および証人とみられる者の血液検査、身体検査等 StPo 81a, 81c を命じられる。
- c. 検事による強制捜査の方法 検事は警察官と検事の補助官たる警察官による場合と同じ要件で強制捜査ができる StPo 127⁽²⁾, 81b, 98⁽¹⁾, 100d⁽¹⁾, 10c⁽²⁾ 2, 105⁽¹⁾, 81a⁽²⁾, 81c⁽⁵⁾, 163b, c (テロ防止), 163b^(1,2,3), 163c⁽¹⁾ 1, 163⁽³⁾, 163d⁽²⁾ 1。
- d. 裁判官による強制捜査命令 押収令状, 捜査令状, 被疑者および証人とみられる者の血液検査, 身体検査等の命令は遅滞が許されないときは、検事の補助官たる警察官と検事も発しうるがそれ以外の場合は裁判官のみである StPo 98⁽¹⁾, 105⁽¹⁾, 81a⁽²⁾, 81c⁽³⁾。そのほか召喚 Ladung StPo 133, 勾引 Vorführung StPo 134 (検事と警察による仮逮捕 ((127⁽¹⁾⁽²⁾)) の場合だけ) 裁判官は勾引された被疑者を遅滞なく尋問しなければならない。不可能な時、尋問のなされる迄拘禁できるがつぎの日迄である StPo 135。最初の尋問の際、被疑者に嫌疑の内容を告げ、弁解を聞き StPo 136, その際、虐待、疲労を与え、身体侵害、薬剤投与、苦悩を与え、欺罔催眠に依る意思決定、意志活動の自由の侵害を禁止される。また違法な措置による脅迫、利益約束も禁止、これらは被害者の同意があっても禁止され、禁止に反してされた陳述は被疑者が利益に同意しても、利用できない StPo 136a。これは検事、警察による尋問の場合も同様 StPo 163a⁽³⁾⁽⁴⁾。

勾留 Untersuchungshaft 犯罪の嫌疑が濃厚で、逃走等のおそれ、罪証隠滅等のおそれがある場合に裁判官の発する勾留状 der schriftliche Haftbefehl にもとづいてなされる。この重要外でも人の生命に関する重要嫌疑がある者 StPo 112, 114, 性犯罪者 StGB 174, 174a, 176~179, 重大な人の身体、財産に関する一定の犯罪、麻薬法による一定犯罪の累犯、連続犯の嫌疑濃厚な者で有罪判決確定前になお同種犯行、継続の可能性の事実があつて緊迫危険回避のため勾留の必要があり、かつ麻薬事犯は1年以上の自由刑処断が見込まれる時である StPo 112a。勾留とその期間決定は職権で身寄り、縁故者に通知される基本法104(4), StPo 114b, 被疑者はいかなる段階でも弁護人の助力を求め得る StPo 137。

勾留中止 Aussetzung der Untersuchungshaft は、逃走危険が、届出、無許可住居地移転指図、監視下のみでの外出、現金、有価証券供託、質権設定、保証人による担保の供与等で防止できると期待される場合と罪障隠滅のおそれが共同被疑者、証人、鑑定人と連絡をとらない旨の指図で防止できると期待される場合である StPo 116(2)。

強制収容 Unterbringung 責任能力が無いか又はその劣る状態で犯罪を犯した者を施設に収容、又は仮収容を命ずることができる StPo 126a(1)。

3. ドイツの公判手続の特色

上記の捜査手続の結果を踏まえた裁判官の職権主義といえる StPo 213-225。けだし、公判廷において裁判官は公判を主催し StPo 243(1), 証拠を選択し、被告人を尋問し、その結果に対して自由心証主義に依る判断を下すからである StPo 244, 249, 252-256, 257, 291。

この事についてロクシンは次のように言う「ドイツ刑事手続はその基礎構造が長年月ヨーロッパ大陸に於て優勢であり、かつ、特にフランス法に依てたびたび影響を受けてきたものであるが、糺問主義と、純粋な起訴手続 Anklageverfahren の原則とを結合したものである⁽¹³⁾。」「ドイツ刑訴は刑事訴追と判決業務が二つの互いに独立した官庁(すなわち検事と裁判所)に分離されていることと、事件を認知した裁判所は準備手続におけるすべての審理活動から遠ざけられ、裁判所の審理の開始は公訴の提起に依ることで純粋の起訴手続と一致する⁽¹⁴⁾。」「しかし「公訴の提起後、手続の支配は裁判官に移り、その裁判官は中間手続や公判手続ではそうありがたいが、尋問を行うばかりか被告の自白や免責に役立つ証拠も被告の答弁の中から引き出すのである⁽¹⁵⁾。」「また理論上、StPo 239に許されている交互尋問 Kreuzverhör が何故、事実上、無意味なのかという点にも深い根拠がある。」「それ故、ドイツでは、検事と被告が手続資料を自由利用するのを以前から禁止することが捜査原則だった⁽¹⁶⁾。」「また『英国法におけるのと違ってドイツ刑事手続は対決的当事者手続„Kontradiktorisches Parteiverfahren“ と呼べない』とする者もある⁽¹⁷⁾。」「このような特色づけは虚偽とはいいがたい。何故なれば、ドイツの検事は刑事責任追及の任務だけでなく、法律上、非当事者性と、免責状況の捜査も義務づけられているから判決の場で手続を支配しているのは当事者ではないから

である⁽¹⁸⁾。「だからドイツ刑事手続法における『当事者』の概念は根本的に適当ではない。形式的ではなくとも混乱を招くという者がある⁽¹⁹⁾。」「手続の集約的な舞台でのその成果を印象づけるドイツの刑事手続の大様の構造形式を適当に名付ければ、『捜査原則を伴った起訴手続』と呼ぶことができよう。そしてこれは普通法の糺問手続からも独立した型の手続形式であり純粋の起訴主義からも区別されるべきものである⁽²⁰⁾。」

以上、要するに、ロクシンの所説はドイツは起訴主義を採っている点で糺問ではなく、1. 弾劾主義と一致する。2. 真実を探求するために裁判所が職権をもって事実を調査し、それを裁判の基礎とする建前をとっているから英米法のような弁論主義はとっていない。ことに交互尋問制は育たない。3. 検事は公益を代表し真実を発見する責務上、当事者性を持たず、非当事者だから、公判の場で、原告と被告が主張をたたかわし、証拠を集め、相手側当事者の証拠能力を弾劾して、裁判所に判決基礎を与える英米法にいう弾劾主義や当事者主義とは別個のものである。ということになる。

Ⅲ. ドイツに於ける刑事手続修正のための模索の動向

EC 統合に伴うある程度の共同歩調が要求されたことと、前述の公判手続に見られる裁判所の職権主義と、審問主義 *Instruktionsmaxime* が交互尋問制を有名無実にしているが、真実発見の大陸法の伝統からはそれが良いとしても、司法の民主化という面からは再考の余地があろう。それも、被告をかつての様に訴訟の客体「裁かれる者」とせず当事者として訴訟の主体として扱うことは被告にも証拠の収集と帰責証拠に対する弾劾を認める意味があるから訴訟の民主化につながる。極論すれば前述 Eb, Schmidt, kolleg やヘンケル Henkel の様にドイツの手続を弾劾主義と呼べないとする見解を是とすれば、当事者に依る弾劾だけが弾劾主義ということになる。しかし、かつて、私人訴追から出発し、警察訴追もその私人の側に立ち、これを代行する（もつとも現在1985年以降、Director of Public Prosecution (DPP) の指揮下に Crown Prosecution Service ((CPS)) が警察訴追を一部代行している⁽²¹⁾) 英国（イングランドとウェールズ）の形だけが真実の発見に役立つとはいえない。その本質が民事訴訟の弁論主義に酷似するから真実を極めることなく形式的紛争解決主義に終わらないとはいえないからである。この形式が当事者主義に結び付き、更に自己処分主義へ発展し、それが合衆国の犯罪事実認否 *allegation* や司法取引に迄、進んだことを思うと、ドイツがイギリスと一線を画するのは当然である⁽²²⁾。

この様な二律背反を打開しようとして考え出されたのがスペインとスカンジナビア三国と日本の刑事手続である。主唱者はロクシン、ヘルマン Joachim Hermann, イエシエック Hans-Heinrich Jescheck, ダース Hans Dahs であるが、ロクシンは「スペインの交互尋問 *Wechselverhör* はスカン

ジナピヤ三国と日本に同一型式が認められ、原告性に徹した検事と被告の挙証と弾劾の構造の中から真実が発見され、弾劾主義の骨子たる武器対等の原則にも適合するから」とし⁽²³⁾、イエシエックは「交互尋問はスペインの手続に於て実証された」とし⁽²⁴⁾、ヘルマンは「スペインの模範性と卓越を、100年前にドイツで公判手続の間の折衷の意味で自国の刑事手続に近づくからスペインの刑事手続法はせいぜい事実上の法律改正の道程を示すに過ぎない」としている⁽²⁵⁾。

Ⅳ. ドイツ法にかなりな影響を与えながらドイツ法と対立関係にあった フランス、イタリア法の現状

1. 歴史的沿革

ドイツ法はカロリナ *Constitutio Criminal Carolina* 法1522年7月27日レーゲスブルグ Regensburg 国会公布の伝統を忠実に守って来た。それが現行法の弾劾主義、当事者主義、当事者対等原則、公開性、検事による強制処分、既判力効、法の番人性等の原型を当時既に持っていた根柢である。

当時の法典は被害者による当事者主義が原則カロリナ法典91条で、公機関による糺問と職建主義は例外だったが現実とは逆で、証拠方法収集上拷問の必要があれば陪審員の臨場と同意があればできたし、公益事件では弾劾者を公的原告官に替え糺問に徹し、非公益事件では被害者を弾劾者たらしめた。これは今日の私人訴追の源流であり糺問と弾劾、職権と当事者主義の折衷の努力の跡が見られる⁽²⁶⁾。しかし糺問が事実上の原則であって訴権において被害者の利益を認めながら平行して糺問規定を設け、弾劾手続においても裁判所が核心を握り証拠調べ *Beweisaufnahme* を確実に独占することになった。現在ドイツがとっている審問主義 *Instruktionmaxime* とカロリナ法典の糺問手段としての拷問、自白との関係は自白強要の禁止 *StPo* 136a, 自由心証主義 *StPo* 261, 口頭主義 *BGHST.* 17, 112, 120, 警察調書や検事調書、証人、鑑定人に対する尋問のような公判前資料の公判廷での朗読がそれらに証拠能力を与える条件になっていることなど *StPo* 249, 251, 253, 254 から糺問と弾劾が長い時間をかけて折衷されたものであることを示している。だが折衷されたといってもドイツの糺問は客観的真実の発見という至上命題に答えようとの意図が一貫されており、シューミット *Eberhard Schmidt* の「糺問は源をドイツに発し、13-15世紀に外国法の影響なしに発展して来た犯罪訴追形式である⁽²⁷⁾」やクラインハイヤー *G. Kleinheyer* の「糺問は伝来の当事者手続と並び、独自の手続形式として発展して来た。自白の要求は近世における手続形式の柱として客観的真実捜査の基本である⁽²⁸⁾」の説がこれを裏付ける。ところでフランス法はドイツに可成りの影響を与えながら⁽²⁹⁾それとは別に発展した。フランス刑事手続は、ドイツ普通法がローマ刑事手続、カノン刑事手続 *kanonischer Strafprozeß*, 古代ドイツ刑事手続 *alter deutscher Strafprozeß* が中世イタリア刑事手続 *mittelalterlichitalienischer Strafprozeß* に統合され、それが1532年に承継法

Rezeption となってドイツ法に採用され英仏法を一部採り入れてフランス革命を迎えたのと趣を異にする⁽³⁰⁾。これに対し、イタリア法はドイツ法と同じ系統に属し、イタリアでは15世紀の終わりから16世紀の始にかけてドイツに倣った承継がある⁽³¹⁾。しかし同じく非公開、文書主義の糺問手続を大革命迄採りながら、ドイツとは違った発展を遂げた点にフランス法制の特色がある。フランスはモンテスキュー Montesquieu が裁判所構成法と刑事手続の為にイギリス法制を模範として評価した後、革命の経過中にこれが承継されたので特に、起訴主義が（ドイツの場合国家訴追と審問主義に結び付いたのと違って）、民衆訴追 Popularklage、当事者の挙証責任、口頭主義、公開主義、更に大切なのは二つの性格の違う陪審員団、つまり起訴の適否を判断する23人の大起訴陪審、事実問題と法律問題の別なく起訴者が起訴を立証したかどうかを決定する12人の小審理陪審と共に承継された⁽³²⁾。この沿革からフランスの律法で最も関心を惹かれるのは、1808年の刑事予審法 Code d'Instruction Criminelle に於てフランス刑事手続が検事 procureur d'état に主導権を与えたことである。しかしイギリスの民衆訴追は起訴陪審ともども継承されなかった。起訴の許可決定は上訴裁判所の特別の部（起訴部）ほぼ現在の上訴法院 Cour d'appel の一部局である重罪公訟部 chambre d'accusation（第二審の予審裁判所）に相当する Code de Procédure Pénale 以下 C. P. P. 191の手に委ねられた⁽³³⁾。フランス刑事手続の注目すべき流れはその後、特別な国家の刑事訴追官庁である検事に依て公訟が提起される起訴手続であった。その後、独立した裁判官の予審判事 juge d'instruction に依る前手続の広汎な管理、犯行程度に応じた第一審裁判所の違警罪裁判所 tribunal de police; 大審裁判所 tribunal de grande instance 刑事部、重罪法院 cour d'assises の三分割が求められ、重罪法院に於ては陪審院 jurés の前での弁論が要求された。その経過を辿って漸く公開性 publicité、口頭主義 principe de l'oralité des débats、対審 contradiction、自由心証原則 la règle del' intime conviction が定着して法定証拠主義は廃止された。それ故、陪審員は法律上は、被告の罪責についての確信が持てたかどうかを尋問しなければならない。

以上の経過を辿った現在のフランス刑訴の特色は捜査手続と予審が純然たる糺問構造に組み込まれている反面、公判手続は公開口頭主義を採るという矛盾が生じているということである。ドイツの刑事手続においては証拠調べは裁判長によって行われ、裁判長は訴訟関係人に証拠調べの結果に対する態度を決める機会を与えなければならない StPo 257⁽²⁾。

2. フランスの捜査手続

ところがフランスの捜査手続では、検事の監督の下にその指揮に服する司法警察 police judiciaire C. P. P. 12, 13が犯罪の解明、証拠の収集を行い、その資料を検事に提出する⁽³⁰⁾。すなわち「司法警察はこの法律資料によって刑法犯を検証し、証拠を集め、予審が開始されるまでの間に犯罪行為者 auteur を捜査 rechercher する責務を負う C. P. P. 14。予審が開始されたら、司法警察は予審警察官の委任を受け継ぎ、それを執行し、その請求に服する C. P. P. 14後段、C. P. P. 140。また司

法警察官と司法警察吏 C. P. P. 20は共和国検事 *procureur de la République* の命令か職権で予備捜査 *enquêtes préliminaires* を行うが、この作用は上訴法院検事長 *procureur général* の監督に服し、C. P. P. 75、司法警察権は共和国検事の指揮下で本編に定める官吏、職員及び吏員 *officiers, fonctionnaires et agents* によって行使され、「司法警察は上訴法院 *cour d' appel* の各管轄ごとに上訴法院検事長 *procureur general* の監督及び重罪公訟部 *chambre d' accusation* の統制の下に置かれる」C. P. P. 13としているから、司法警察は捜査活動において常に予審判事や共和国検事の命令、職権によるを問わずその指揮下にあることが明示されている。フランスの警察は英米法や戦後のわが国と異なり、たとえ職権をもって捜査してもそれは検事（旧治罪法 *Code Instruction Criminelle* 以下 C. I. C. 下の予審判事も含め）から独立した捜査機関ではなく検事や予審判事の指揮下 C. P. P. 41, 38, 81, 224, 227で捜査を行わなければならない。現在の検事や判事は司法警察官の全権限を持ち C. P. P. 42、共和国検事は現行犯については、現場到着後、司法警察官の全職務を引継ぎ、訴追に要するすべての行為を命ずる C. P. P. 68。予審判事もまた軽罪現行について捜査に着手できるが、その行為は予審としてではなく司法警察の行為の範疇とされ、司法警察官に事件の処置をさせるだけでなく、自ら捜査することもできる C. P. P. 72⁽³⁵⁾。しかもフランスでは訴追 *poursuite* と予審 *instruction* が C. P. P. 50, 220, 80, 84で嚴重に分離されており（訴追は検事、予審は予審判事）、理由は、「検事が予審も行えば、訴追のイニシアチブをとろうとするあまり、無理に誤った予審を強行する恐れがあるからだ⁽³⁶⁾」と説明されている。更に「訴追と予審の分離の原則は、証拠の捜査と評価において司法官の独立と公平を担保するためである」ともソワイエ *Jean-Claude Sover* はいう⁽³⁷⁾。その予審は重罪 *crime* について義務的で軽罪 *délit* に関しては任意的である。違警罪に *contravention* についても C. P. P. 79, 44により、検事が請求すれば予審を行なうことができる⁽³⁸⁾。しかし予審判事は検事の請求を受けない限り、重罪または軽罪現行犯の予審に自らとりかかることはできない C. P. P. 80。

3. フランス検事の捜査上の権能と強制処分権（予審判事と競合する）

- (1) 重罪、軽罪現行犯の場合、検事は司法警察官から速やかに報告を受け必要とあらば自ら臨場し、一切の処置を指揮する。
- (2) 検事到着後は司法警察は捜査権を解かれる C. P. P. 68⁽¹⁾。
- (3) 検事が事後の捜査権を持つ C. P. P. 68⁽²⁾。
- (4) 検事は事件の続行を司法警察官に命じることができ、また他の司法警察官に委ねることもできる C. P. P. 68⁽²⁾
- (5) 検事は捜査上必要があれば隣接裁判所管轄区域内でも捜査できる。C. P. P. 69
- (6) 犯人と思われる者が行方不明の場合、検事はその者に対し勾引状 *mandat d' amener* を発付する。

- (7) 勾引状の発付で、いかなる場所でもその者を逮捕、尋問をする検事の下に引致できる C. P. P. 71
- (8) 当該犯罪が拘禁刑にあたる軽罪現行犯の時は警察機関によって逮捕された者、または監守されていた容疑者の引致を受けた検事はその者の身元ないし被疑事実について自ら尋問できる C. P. P. 71
- (9) 1975年8月6日法律以降、検事はいつでも勾留状を發し、24時間、手元における C. P. P. 71-1条。司法警察官はあらゆる者の供述の収集権があり C. P. P. 62, その呼び出しは義務を伴う強制捜査である。ドイツの検事による呼び出しに近い。
- (10) 勾引状による出頭義務に応じない場合は、検事に報告が受け継がれ、検事は警察力を以てその出頭を強制できる C. P. P. 62⁽²⁾。司法警察は捜査上必要と思われるときには事情聴取を行ったものを監守 *garde à vue* に付て、24時間留署できる C. P. P. 63
- (11) 検事は強制出頭から監守への時間延長の許可権を持つ。但し、被疑者が現場で逮捕されたり、引渡し済みであれば、それを行うのは予審判事である。特に現行犯の場合、予審判事は、旧法時代に認められていたような独自の活動はできないが正式に事件受理がなされる前に現場に行くことは可能で、諸々の処置の指揮権もある C. P. P. 72⁽¹⁾。同条は「予審判事の到着により司法警察のみならず、共和国検事もその職務を免れる」とし、その処分を「司法警察の処分」としている。

4. フランス刑訴における弾劾、糺問の二律背反とその調整

軽罪現行犯を予審判事が司法警察作用の任を負って取調べた場合、その後、捜査の記録 *pieces de l'enquête* を検事に引渡してその利用を促すことと、予審判事と検事の両者がいた場合、検事の取調べの結果、直ちに予審 *information* の開始を請求することから、検事に予審の権限そのものが付記されていて、現行フランス刑訴の「訴追と予審すなわち証拠の捜査と評価の分離の原則」における司法官の独立は保たれないのではないかという疑問が生じる。しかし検事の取調べの結果、即席でも予審判事に予審を請求するのだから検事の取調べは予審権ではない。予審の請求権の付記である。なお、フランスの“*enquet*”は証拠の吟味を意味する「予審」のための証拠の収集にすぎない。また法律上司法警察の組織そのものが検事の指揮の下に動くようになっているため司法警察の行なう予備捜査 *enquête Preliminaire* という証拠の収集保全活動は情報収集的に運営されており、学説上は非公式捜査 *l'enquête dite officieuse* とされる。ところでドイツ、フランス共、弾劾と糺問、当事者主義と職権主義を混合、折衷している点では共通ながら、ドイツでは公判手続において裁判所の職権主義（糺問）が採られ、前手続（捜査手続）では検事（非当事者）による弾劾主義（起訴主義）が採られ、その折衷によって成り立っているのに対してフランスは公判手続における弾劾当事者主義と前手続（狭義の捜査手続と広義の捜査である予審手続）における糺問職権主義の折衷であ

ることに注意を要する。フランスは予審を存続させつつ、これに修正を加えて捜査の適正を図って行った。この点、沢登佳人教授は「フランスの予審は、今日、黙秘権や弁護人立合権などへの人権保障を厚くした制度に改変され、存続している⁽³⁹⁾」とされ、G. ステファニーらは「予審手続は糾問手続 *procédure inquisitoire* の利点をもっている。予審手続は事実の解明が困難である複雑な事件、責任の所在が十分に判明しない事件において必要である」としている⁽⁴⁰⁾。

5. イタリア法の特徴と現状

イタリア刑事手続法は前述のとおり中世からフランス革命期までフランス、イギリス刑事手続法と対立関係にあり、ローマ刑事手続法、カノン法が中世イタリア刑事手続を構成した時、古代ドイツ刑事手続法と合流して1532年にカロリナ刑事法典 *Constitutio Criminalis Carolina* カール5世刑事裁判法 *Peinliche Gerichtsordnung*、以下 C. C. C. を継承してドイツと共にドイツ普通法刑事手続 *Gemeiner deutscher Strafprozeß* を完成した⁽⁴¹⁾。このためにイタリア法は15世紀の終わりから16世紀始めにかけてドイツ刑事手続法に決定的な影響を与えた。承継法はイタリア法ほどの影響をドイツに与えなかったとされた。承継 *Rezeption* に依り、刑事手続法の領域において、規定がつくられ、それが示達権力を規制し、裁判官の裁量を限定づけることになった。Eb. Schmidt の「イタリアの影響なしに、糾問がドイツで発展した」との説は今日、逆とされている⁽⁴²⁾。

現行イタリア刑訴法は1989年10月24日に改正されたものである。改正の主眼は糾問の廃止であった。その特色は公判前の階段で証拠を入手することに合わせた非公開の文書化された公判前手続にあり、その結果、公判は公判前捜査中に入手した証拠の単なる確認にすぎなかった。端的には、改正はイタリアの刑事司法をコモンロー諸国の反対制度と調和させることだった。もちろん大きな相違は残り、訴追は強制的であり訴訟取引 *patteggiamento* は認めない。判事は受け身ではなく証拠収集には主動的な力を持つ。

○捜査機関 検事 *pubblico ministero* と司法警察 *polizia giudiziaria* である。司法警察は一般的に犯罪処理の第一機関である。捜査機関は職権でも犯罪について情報を集め、犯罪が更に拡大するのを防止する責務がある。彼等は先づ証拠を保全し刑法執行に必要なその他の資料を収集しなければならない。検事は司法権を持たない司法官で、直接に捜査の責に任ずる⁽⁴³⁾。形式的には彼は当局者だが法と正義の維持の為のみに客観的に行為する。彼は訴追のためにも被告のためにも無関係に証拠を集めなければならない刑事訴訟法 *Codice Rocco* 358。検事は自ら司法警察を利用できる憲法 *costituzionale* 109、司法警察は命ぜられ又は委託された一切の捜査をして、検事の指揮に従わねばならない。旧法では予審判事 *giudice istruttore* という第三の捜査機関があり、検事、警察とならんで自主的な捜査権があった。新法は予審判事を廃止したのは捜査と司法機能を嚴重に分離すべしとの考えである。

新予審判事は *giudice per le indagini preliminari* 以下 *g. i. p.* と呼ばれ独自の捜査権はない。しか

し彼は状況に応じて捜査官の活動を監督し、そうすることで個人の自由を制約したり私生活権を侵すような手段がとられた時には常に被告の権利に対する尊重を護るからなお重要な役割を演じている。もう一つの子審判事の重要な仕事は事件立証 *incidente probatorio* である。予審中か公判前に、立証の必要が生じた時、この立証手続は予審判事に引渡される。この手続は特別な対決の審問で事件立証といわれる。

○公訴機関 検事は予審の支配者である。彼は犯罪の訴追、不訴追を決定する。検事局の組織は司法官と裁判所の段階に応じて設けられ、検事総長の検事局は上訴法院と破棄法院 *corte di cassazione* に対応する。

○裁判官の構成 職業裁判官と素人裁判官があり素人裁判官は非法律分野の専門職のグループと、年齢、教育に依って選考されるグループである。イタリアの素人裁判官は参審員で、審理中職業裁判官と同席、同じ機能を持ち、アングロサクソンの伝統が陪審員が評議し職業裁判官の出席なしに評決するのは違ふ。1988年法律は重罪法員の審理権を大幅に減じたために陪審裁判は減少の傾向にある。しかし常識の司法管理への導入は、素人裁判官が審理中の発見に基く決定よりも、感性の決定につながり得るといふ法律訓練の欠如故に複雑な事件を効果的に処理することにおいて劣るといふ事実に影響はないといわれる。職業裁判官については糺問性の払拭が眼目で、判決機能と捜査機能の分別である。そのため1930年法の予審判事の様に、捜査の結果で後日判決する存在を排除した。この点、前述のドイツの予審廃止の精神に近い。しかし、ドイツの捜査判事の様に、捜査機関の司法チェックをしながらそれ以上に被告の強制処分による人権侵害を護る点はフランス予審判事に近く、弾劾と糺問のドイツ的なものとフランス的なものとの折衷といえる。検事についていえば、裁判官の役割と訴追と捜査の役割の分離は当事者間の等距離、両当事者の対等を意味する。弾劾主義の本質は両当事者の対決にあり、両者各々自分の利益と挙証に努める。イタリア刑事裁判は現在、両当事者間の手段であり、訴追側と被告が平等の条件で手続に関与するように厳正に保証している。それゆえ、検事は1930年法律で持っていた本質的な審理権を失ったから、手続の当事者となった。しかし、彼の役割は必ずしも被告に対立するものではなくて、その機能を客観的に行うものだから当局者である。この点がドイツの様な非当事性を持つ公益代表性として割り切られていない欠点がある。

○警察捜査と予審 1988年迄は警察は事実捜査の機関とされていたが、これを改めた。但し、時間制限をつけて、48時間以内に犯罪通知 *notitia criminis* を検事にしなければならない。その後は検事に引継がれる。予審は検事が実施しており、その目的は起訴するか否かの決定である326。この点、フランスの旧治罪法に近い。予審は非公開だが弁護士立会を要する。時間制限は6ヶ月である。予審の開始要件はいろいろであり、検事が訴追をやめるために予審判事にたのむ場合、何の犯罪もないと思える場合、収集証拠が有罪をとるには不充分とする場合125がある。不起訴は訴訟却下になり、

後日の新証拠の発見により再開は可能である。その決定は検事の請求に依って予審判事に依て決せられる。

検事は予審判事に、自分の意に反すると考えた時、被疑者を公判に回すよう求め得る。予審中の収集証拠が有罪判決を得るに足ると考えた場合である。その可否の決定は予備刑事審問 *Udienza preliminare* で決せられる。

予審を決定するもう一つのやり方は検事が有罪訴答 *imputazione* を記録し、予審判事か審理判事に起訴状を送付する場合である。

このように見てくると、イタリア法は、ドイツ法の精神に範をとりながら、フランス法にとどまり、検事主導型でありながら、治罪法下の予審判事の性格を残しているのがわかる。しかし、弾劾当事者型に近付こうとしている事と司法警察の活動がある程度、自主的にみとめよう。しかし、その行き過ぎは予審判事で押えようとしているのがわかる。

む す び

以上、独、仏、伊の現状からドイツでは必ずしも立法者が交互尋問制に踏み切るとはいえず、むしろその形式化が裁判官の真実発見性を後退させないかという危惧がありその危険をおかすよりも現状の俣の方がよいのではないか。当事者対等化は捜査の初期から弁護士との接見交通の促進を図るべきだ。そして記憶補助の調書朗読、自白調書の朗読、法廷での対決、事実関係と自由心証主義等の強化をはかるべきだとの意向のようである⁽⁴⁴⁾。次にイタリアに見るように同一法体系にあったためか現行ドイツ法の精神を可成り強く取り入れている所もある。しかしドイツ、フランスの対比を見るかぎり、予審の廃止と存続に見るように当事者ではない警察を訴訟補助者の立場から訴訟当事化するとか、検事の捜査権を奪うのではなくむしろ強制処分権の機動化をはかりその場で入手作成された証拠、調書などの吟味を検判事に依て厳重に司法チェックする方向にある。また一方コンローのイングランド、ウェルズにおいて1985年に *Crown Prosecution Service (C. P. S.)* という機関を国会で制定したが⁽⁴⁵⁾、従来の警察訴追では、訴追の公正が保てない反省から、かつ警察からの訴追の独立をはかったという意味で大陸と逆の興味ある現象である。このように見てくるとコンローと普通法の間一種の歩み寄りがあるとも考えられる。

注・文 献

(1) Christine Van Den Wyngaert, *Criminal Procedure Systems in the European Community*, Butter worths, Brussels, 1993, ii

- (2) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 23 Auflage, C·H·Beck, München, 1993, S. 48, Claus Roxin, op. cit., S. 101, Claus Roxin, op. cit., S. 99
- (3) Claus Roxin, op.cit, S. 101, Eb, Schmidt, Kolleg, Deutsches strafprozeßrecht, Eim kolleg, 1967, 88, Henkel, strafverfahrensrecht, 1968, S. 24
- (4) Kleinknecht Meyer, Strafprozeßordnung, Beck, 1991, S. 667
- (5) Hinrich Rüping, Theorie und Praxis des Straferfahrens, Bonn, Stollfuß, 1979, S. 55
- (6) Karl Heing Gössel, überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, Goldammer's Archiv für strafrecht, Paul-Günter, Pötzministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz, R. V. Decker's, G. Schenck, Heidelberg, Hamburg, September, 1980, S-350
- (7) Claus Roxin, op. cit., S. 60
- (8) Claus Roxin, op. cit., S. 51
- (9) Claus Roxin, op. cit., S. 61
- (10) Claus Roxin, op. cit., S. 61
 チュービンゲン地方裁判所判例, ケルン地方裁判所判例, ジュッセルドルフ編集, 刑事新報90, 144号 Klein
 knecht/Meyer, strafprozeßordnung, C·H·Beck, München, 1991, S664
- (11) Claus Roxin, op. cit., S. 63, 73
- (12) Claus Roxin, op. cit., S. 265
- (13) Claus Roxin, op. cit., S. 101
- (14)·(15)·(16)·(17)·(18)·(19)·(20) Claus Roxin a·a·, O
- (21) Claus Roxin, op. cit., S477
- (22) Genhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, 3 Aufl, W, Kohlhammer, 1976, S. 323, Christine Van Den Wyn-
 gaert, op. cit, P, 397, Karl Schäfer, Strafprozeßrecht, Eine Einführung, Walter de Gruyter, 1976, S. 241 Karl Schäfer,
 op.cit, S. 225
- (23) Claus Roxin, op. cit., S. 475, S100 (但し, ここでは Kreuzverhörと表現している)
- (24) Thomas Volkman-Schluck, Der Spanische Strafprozeßzwischen Inquisitions. und Parteiverfahren, Baden-Baden,
 1979, S. 12, Hans Heinrich Jescheck, Juristenzeitung, 1970, 201
- (25) Zoachim Hermann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des angloamerikanischen Straf-
 verfahrens, Bonn, 1971, S. 47, 48
- (26) Hams Dachs, Reform der Hauptverhandlung, In Festschrift für Hubert schorn, Frankfurt aM, 1966, S. 29
- (27) Peter Landau, Friedrich, Christian, Schroeder, Grundlagen, Entwicklung, v, Wirkung d, Constitutio Criminalis
 Carolina Ihursg, CIP-kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, Frankfurt
 am Main, 1984, S, 9
- (28) Eberhard Schmidt, Inquisitionsprozeß und Rezeption, Studien 2. Gesch, d, strafverfahrens in Deutschland vom 13.
 bis 16 Jahr, Festschr, d, Leipziger Juristenfakultät, F. H. Siber, Leipziger rechtswiss, Studien 124, 1940, S. 5 ff
- (29) G-Kleinheyer, Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit, In;
 Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschr, F. H. Conrad, Rechtsstaatswiss, Voröff, d, Görres-Ges, N, F, 34, 1979,
 S. 367, ff

- ③⑩ Claus Roxin., op. cit. S. 100
- ③⑪ Claus Roxin, op. cit., SS. 457-455
- ③⑫ Claus Roxin, op. cit., S. 457
- ③⑬ Claus Roxin, op. cit., S. 462
- ③⑭ G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure Pénale*, Douzième édition, Dalloz, Paris, 1984 P. 415, Claus Roxin, op. cit., S. 462
- ③⑮ G. Stefani, op. cit., P343
- ③⑯ G. Stefani, op. cit., PP125-141, Jean-Claude Soyer, *Droit Pénal et Procédure Pénale*, Cinquième Edition, L. G. D. J. 1977. P. 270
- ③⑰ Jean-Claude Soyer, op. cit, P. 270
- ③⑱ Jean-Claude Soyer, op. cit, P. 274
- ③⑲ G. ステファニ, G. ルヴァスール, B. ブールロック著, 澤登佳人, 澤登俊雄, 新余修次「フランス刑事法〔刑事訴訟法〕」成文堂, 昭和57年12月10日 訳者まえがき 4頁
- ④⑰ G. Stefani, op. cit., P. 407
- ④⑱ Claus Roxin, op. cit., S. 454 SS. 456-457
- ④⑲ Jrusen, *Strafprozeß und Rezeption*, in: Landau/Schroeder (Hrsg.) *Strafrecht und Strafprozeß der Rezeption*, 1984, Oehlen, *Zur Entstehung des Strafrecht, Inquisitionsprozesses*, H. Kaufmann-GS, 1986, S. 847
- ④⑳ Christine Van Den Wyngaert, op. cit, P. 226
- ④㉑ Thomas Volkmann-Schluck, *Der spanische Strafprozeß zwischen Inquisitions- und Partieverfahren*, Baden-Baden, 1979, SS. 153-154
- ④㉒ Claus Roxin, op. cit., S. 477, Christine Van Den Wyngaert, op. cit., P. 76

