

ドイツ連邦共和国統合時点における刑事訴訟法の実体

田 和 俊 輔

(1991年3月16日受理)

はじめに

1. 検事と警察の間における捜査の事務配分はいかにあるべきか
 2. 予審が廃止されたことに依って捜査主体がどう変わったか
 3. 刑事警察が捜査の現実で比重を増すのに反比例して、刑事人権の保護に欠けることはないか
 4. 刑事人権の保護と当事者主義・弾劾主義は両立するか
 5. 職権主義・糺問主義は、全面的に刑事人権の保護に反するか
 6. 西ドイツの刑事警察の捜査活動のための新立法の傾向
- むすび

はじめに

現在のドイツ連邦共和国刑事訴訟法 Strafprozeßordnung (以下 StPO と略称する) と裁判所構成法 Gerichtsverfassungsgesetz (以下 GVG と略称する) の中で、検事 Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft (以下 StA と略称する) が捜査手続 Ermittlungsverfahren において捜査機関として占める法律上の地位は、「捜査の主体」Herr des Ermittlungsverfahren である。これと、事実上の捜査機関であるところの「刑事警察」Kriminalpolizei (フランスや我が国の「司法警察」police judiciaire に相当する) との権限の配分と強制力の行使がもたらす角逐と調整の現状を報告する。更にそれに関連する立法と学説の方向を検討する。既に1978年4月14日のテロ防止法 Antiterrorismusgesetz を受けた刑事訴訟法改正法 Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (以下 StPÄG と略称する) が、StPO163b 条, 163c 条に新たに刑事手続関係者の特定の為の全権委任の制度を設け、更に1986年の StPÄG では、StPO163d 条に「トロール綱捕縛条項」Schleppnetz-paragraphen なるものを設けるに至っている。これらはいずれも、警察捜査の主体性と警察の予防警察作用の比重を高めるものであり、警察の勾引権 Vorführung を緊急事態において認める内容のものであるだけに、この行使に依って守られるべき秩序と、それに依って蒙る刑事人権上の被害・得失の均衡と調整を、ドイツ法にいう公益の代表者であり、法の番人でもある検事はどう

扱うのか。またこの様にして収集された証拠の吟味と評価は何人が行うのか。この点に於いて1975年に廃止されたかつての予審制度における予審判事 Voruntersuchungsrichter がどう関わっていたのか、あるいはこれと判事の職権主義との関係はどうであったのか、更に、母法国であるところのフランスの予審判事 juge d'instruction の職権主義は、現在の司法民主化の要素でもある弾劾主義 Anklageprinzip とどのように均衡をとっているのかの諸点について模索し、かつ西ドイツにおける「検事と警察の関係改正案⁽¹⁾」(1978年)が国会で否決された原因と背景を検証することを通して、わが国の検事制度の在り方を再検討することが当論考の目的である。

1. 検事と警察の間における捜査の事務配分はいかにあるべきか。

(1) 西ドイツにおける検事と刑事警察の捜査上の問題。

西ドイツ刑事訴訟法は捜査の主体を検事であるとしている (StPO163条)。また、刑事警察 Kriminalpolizei は行政警察 Verwaltungspolizei に対立する概念であるが、「犯罪があると思料した時に証拠及び被疑者を捜査する (StPO160, 163条)」機関であるから、フランス及びわが国の司法警察 police judiciaire と同様であるといえる。但し、それはわが国の第二次大戦後の司法警察 (刑事訴訟法189条2項、警察法2条1項中段)や、合衆国のいくつかの州に見られる様な独立し、しかも第一次的な (検事を第二次的としての) 捜査機関ではない。西ドイツ刑事訴訟法は原則的に、検事を国家訴追、起訴独占 (私人訴追 Privatklage, 起訴強制手続 Klageerzwingungsverfahren を併せ持っている) の主体としており、その公訴 Publikklage については法定主義 Legalitätsprinzip (StPO152条) を原則とする。起訴便宜主義 Opportunitätsprinzip (StPO 153, 374, 376条) は例外として認められるに過ぎない。

それならば検事は、主観的被疑事実の全ての起訴をすればよいと言えそうであるが、そうはいかない。西ドイツ刑訴法は、予審 Voruntersuchung の廃止⁽²⁾に見られる様に、糺問主義 Inquisitionprinzip⁽³⁾を、証拠裁判主義・自由心証主義⁽⁴⁾を骨子とする弾劾主義 Accusationsprinzip,⁽⁵⁾ それも原告と被告を証拠法上対等な訴訟主体とする当事者主義—に可能な限り近付けようとしているからである。そこには当然「疑わしきは罰せず」の法理が働くから、客観的に公判の維持が不可能な公訴は提起すべきではない。それに加え、更に西ドイツ検事の立場を苦しくしている法理は、「無意味な公訴を提訴するな」と言っているに等しい「公益の代表性」(わが国の検察庁法第四条にいう公益の代表性は、単に国家代表原告として、法秩序を破壊した者に対して国の科罰権を請求するという意味であり、抽象的・逆説的にはそう言えるというだけであるから、一方的に原告性に徹するだけでよい) である。

(2) 法律上は捜査の主体が検事であり、事実上は捜査の主体が刑事警察官であることの調整。

西ドイツ刑法は明文を以て、検事に「被疑者 Beschuldigte の帰責証拠だけでなく、被疑者の免責証拠をも捜査すべし」(StPO160(2), 296(2)条)と命じている(さらには「被告人の利益のための上訴もせよ」と命じている)。この意味からも、西ドイツ検事は当事者性に徹する事はできない。ロクシン Claus Roxin, ゲセル Karl Heinz Gössel らが、「西ドイツの検事は当事者にあらず⁽⁶⁾」と定義するのはこのためである。

西ドイツ検事に課せられたこの責務が、我が国刑法の理想の一つでもある「真実の発見」につながると言ってもよいであろう。西ドイツ刑法は、これを条文において「検事は公訴を提起するため必要な一切の捜査をし、一切の機関から捜査に関する情報の提供を受け、自ら捜査しあるいは(刑事)警察官をして捜査させることができる。」(StPO161, 163条)と規定するが、裁判所構成法(GVG) 152条は、検事の補佐官 Hilfsbeamte としての警察官について規定し、この警察官の適格性、範囲および任用条件は各州 Land の法律に依って規定している。しかし、ロクシンやゲッツ Volkmar Götz の説明に依れば、検事の補佐官でない行政警察 Verwaltungspolizei や保安警察 Schutzpolizei も、その職務執行中に摘発した事件が刑事事件になるわけであるから、その時点から刑事警察官としての職務を執ること、また検事の補佐官たる警察官が一般の警察官に捜査の補佐を求めることができるため、これらも間接的に検事の「補佐官」であり得る⁽⁷⁾とされる。つまり、警察全体が捜査機関としての検事の補佐機関であることの実質は変わらないという見解である。法文の上からもこれは首肯できる。即ち、検事の警察に対する捜査指揮権の他に、警察は(検事の指揮を待たず)捜査する権利と義務を持つが、これはあくまでも捜査の着手権であって、わが国の様な一次的捜査権ではなく、警察が独立捜査機関として認められたわけではない。警察は着手事件を遅滞なく検事に送付する事を義務付けられ(StPO163条)、捜査の終結権は検事のみにある。

これは比較的に見ると、フランス刑訴 Code de procédure pénale (C.P.P.) の体系に類似している。すなわち同法は、西ドイツよりも一層厳格であって、公訴の追行と予審の章下に「司法警察」“police judiciaire”なる項を設け、司法警察は、上訴法院 Cour d'appel 検事長 procureur général の監督の下に、共和国検事 Procureur de la République (わが国の地方裁判所にあたる大審裁判所 grande instance 検事局 parquet の長一検事正一である。この下に検事代理 procureur substitute, 検事補 procureur adjoint がいるが、いわゆる検事局一体の原則で行動するから、集会的には“検事”ministère public である)の指揮を受けることを定める(C.P.P.12, 13条)。更にこの指揮下で捜査に従事するものとして司法警察官 officier de police judiciaire 及びこれを補助する司法警察吏 agent de police judiciaire を規定し(15, 20条)、更にこれを補助するものとして、補助司法警察吏 agent de police judiciaire adjoint を規定している(21条)。

これらは、わが国旧刑訴(大正11年刑訴)の規定とほぼ同型である。

(3) 捜査の主体が法律上、検事であることの利害得失。

前述のごとく、西ドイツにおいて捜査の主体が検事であることは法律上規定されているが、1978年「警察が検事の『補佐官』とされることに『劣等感』がある⁽⁸⁾」として、警察を統治している内務省から、検事の属する司法省に対してクレームがつけられ、両者の関係の改正が国会で審議されたが、結局、改正案は否決された。

改正案の内容は、検事を公訴官に終始させ、捜査から手を引かせることによって警察を捜査の専従機関とし、検事の警察に対する指揮権を奪い、警察の検事に対する捜査報告義務をなくする、というものであった。

国会が改正案を否決した理由は、「この言い分を通せば、捜査の体系だけでなく、刑事訴訟法の法秩序そのものの根幹を覆す⁽⁹⁾」というものであった。但し、警察の不満を調整するために法令上の手直しが行われ、警察の捜査に自主性と独立性を持たす傾向にある。

2. 予審が廃止されたことに依って捜査主体がどう変わったか。

西ドイツの予審 *Gerichtliche Voruntersuchung* は1975年に廃止された。

予審は、事件の法律捜査が困難な事件において、検事が起訴した後、予審判事に予審を請求することに依って開始するものであったが（フランスのように重罪の全てについて予審を必要とするのとは意味が違う）、公判手続（判決手続 *Hauptverfahren*）前に、司法機関である予審判事が捜査行為を行う点に糺問の名残があり、弾劾主義に反するという事で廃止された。予審の行われている間の捜査主体は予審判事であり、従って警察はその指揮を受けて捜査をした。予審の廃止は、当然、捜査の主体が検事のみになったことを意味するのであるが、現実には捜査の事実上の比重が警察にかかってきたため、公判維持が不可能な事件をスクリーニングする事ができず、警察が送検した事件は、起訴法定主義の建前から全て起訴することになると、無意味に公判を求めて起訴を迫行しなければならなくなるため、軽微事件や冤罪事件の被告人に無用な苦痛を忍ばせることになる。

この事態は刑事人権保護に反するので、検事に起訴の取捨選択の幅を持たせることが必要となり、結果的に検事に予審判事の任務をさせることになる。しかも西ドイツの検事は公益の代表者であって非当事者であるから、一層、捜査の主体者である必要は増すわけである。ペータース *Karl Peters* が、「捜査の比重が警察に傾いている時に予審が廃止されることは不幸である⁽¹⁰⁾」とするのはこのためである。

3. 刑事警察が捜査の現実で比重を増すのに反比例して、刑事人権の保護に欠けることはないか。

予審判事に代わるべき検事が捜査から撤退することは、証拠の吟味の機会がなくなる点と、公益の代表者として被疑者に有利な証拠を捜査できなくなることを意味する。つまり、被疑者が不当な捜査の犠牲とならないための後見的役割を西ドイツの検事が負っているとする、検事の捜査からの撤退は、刑事人権の保護に欠ける結果を生ずることになる。

4. 刑事人権の保護と当事者主義・弾劾主義は両立するか。

これらは、両立するかに見えて両立し得ないと考えられる。但し、カロリナ法典時代の当事者主義と弾劾主義、英米法系におけるそれらのように、訴追する者もされる者も対等の私人である「私人訴追」の場合には、相互に証拠提出が可能な訴訟構造を持ち、よって攻撃防御において武器が対等であるため両立する。しかし、裁判所主導の審問主義 Instruktionsgrundsatz の下で、国家権力を代表する検事とその下で捜査に従事する警察に対し、被告・被疑者の地位は対等ではないため、刑事人権の保護と当事者主義・弾劾主義が両立するとはいえない。

5. 職権主義・糺問主義は、全面的に刑事人権の保護に反するか。

これは、4に挙げた理由によって、必ずしも「保護」に反するとはいえない。

6. 西ドイツの刑事警察の捜査活動のための新立法の傾向。

全警察官を検事の補佐官とすることをやめて、連邦刑事警察 Bundeskriminalamt その他に、補佐官の範囲を限定した⁽¹¹⁾。また、被疑者逮捕後、一日間に限ってはあがあるが、刑事警察に尋問権を認めた。但し、一日の満了前に捜査判事 Ermittlungsrichter (捜査行為の法律チェックをする官で、検事の補助者の一人であり、通常、管轄内の区裁判所判事 Amtsrichter が当てられる) のチェックに依り、身柄勾留 Haft の要否を決定する必要がある。捜査着手後、遅滞なき送検義務が比較的寛やかに運用されている。⁽¹³⁾

このような現実をおさえて、新立法に、通信管制・傍受⁽¹⁴⁾、交通遮断⁽¹⁵⁾、トロール式捕縛等⁽¹⁶⁾、即時強制的な強制処分権がテロ防止法⁽¹⁷⁾と共に強化されている。

新立法に依って刑事警察の強制処分権が強化されたことで、収集された証拠の証明力と直接主義

との関係はどのように処理されるか。

西ドイツ刑法では、強制処分権において、検事と警察との間に、未だかなりの格差が設けられている。特に検事に認められている強制処分権として、被疑者の確認・特定 Identitätsfeststellung (EGGVG—Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz—裁判所構成法施行法23条以下, StPO98条2項2号 analog), 被疑者の召喚 Ladung (StPO162, 169条, EGGVG23条以下), 被疑者の勾引 Vorführung (StPO162, 169条, 133条2項, 135条), 被疑者の召喚なしの即時勾引 Sofortige Vorführung ohne vorherige Ladung (StPO162, 169条), 証人不出頭に対する制裁 Zwangsmittel Zeugen (StPO162, 169, 304条, 163a条3項3号, EGGVG23条以下), 証言拒否に対する制裁 gegen Zeugnisverweigerung (StPO162, 169条), 被疑者その他の住居の捜査 Durchsuchung beim Verdächtigen, bei anderen Personen (EGGVG23条以下), 差し押え郵便物の内容物取り出し Beschlagnahme (Postausgenommen) (StPO162, 169, 304条), 差し押え郵便物の開封 Öffnen (StPO162, 169, 304条), 死体解剖 Leichenöffnung (EGGVG23条以下), 墳墓発掘 Leichen aus Grabung (StPO87条4項, 1条, 2条2項, 2—6条 analog), 被疑者の身体捜検 Körperlich Untersuchung des Beschuldigten (StPO81a条2項1号, 98条2項2—6号 analog), 被疑者以外の者に対する身体捜検 (EGGVG23条以下)などが挙げられる。ここにおいて、警察は野放しではなく、検事のコントロール下にあり、検事はまた、裁判官のコントロール下にある。さらには一般的な被疑者の確認(特定)は一般警察官も行うことができるが、特定目的で監督的に行う確認 Identitätsfeststellung an dazu eingerichteten Kontrollstellen は捜査判事・検事 StA と検事の補佐官 deren Hilfsbeamte (緊急時に限るが)にのみ認められていて、補佐官以外の一般警察官 sonstige Polizei には被疑者尋問のための権限はない。担当捜査判事のもとへの勾引 Vorführung は捜査判事の専権であり (StPO162, 169条, 133条2項, 135条), 被疑者尋問のための召喚権は検事のみであり (StPO163 a条3項2号, 133条2項, 135条) 警察官にはない。

この様に、StPO163 a条4項1号, 163 b条1項1号, 163 c条を見る限りでは、警察の自主的捜査権が拡大されているようで、実は検事と捜査判事の捜査権がこれを制御しているのである。

また、強制捜査の結果収集された証明力は、検事に依るものと警察に依るものとの間に格差がある。例えば、調書Protokollについては、裁判官の調書作成Protokollierung richterlichen Untersuchungshandlung では、StPO168条に依って「裁判官が審理 Untersuchungs-handlung する時は常に調書を作成すべきもの」とされており、これは審理の場所、日時、関与者の氏名が記載され、審理手続が適法であったか否かを確定するために朗読されなければならない (StPO168 a条2項)。そのためには、「公判手続で規定された形式の遵守は、この調書のみによって証明され得る。この裁判官調書の形式 (正当性) Formlichkeit に関わる調書の内容を争うには、調書が偽造であったことを立証する以外にない」(StPO274条)とされている。また、検事の調書作成 Protokollierung staatsanwalt-

schaffliehen Untersuchungshandlung については、「検事の審理の結果は書類にしなければならない」(StPO168条1項)とされ、更に「被疑者(被告)、証人、鑑定人の尋問については、刑事訴訟法160条, 169 d 条に従って、捜査に著しい延引をもたらさない限り調書が作成されなければならない」(StPO168 b 条2項)とされている。

しかも StPO168 c 条1, 2項に依って、「被疑者(被告)が判・検事の尋問を受ける時には、必ず弁護士の臨席 Anwesenheit を要する」とされ、武器対等原則がうたわれているから、その証明力はそれだけでも信憑性があるといえよう。このことについてシェーファー Gerhard Schäfer は、直接主義 Unmittelbarkeit, 口頭主義の原則からいっても、裁判官調書の証明が主位であり、検事調書が無制約ではないにしろこれに次ぎ、„Das staatsanwaltschaftliche Protokoll soll (muß also nicht unbedient) nach den für das richterliche Protokoll geltenden Vorschriften aufgenommen werden,“、警察調書 polizeiliche Protokoll の証明力は極めて弱い⁽¹⁸⁾と述べている。

その根拠は、警察調書が刑訴法254条にいう、裁判官作成のものではないからである(同条によると、自白 Geständnis の朗読と、異議のあった場合の判事調書に記載された被告の釈明は、自白についての証拠調は朗読されてよいことになっているから、公判廷で裁判官のテストを受け得るというわけである)。だから、「捜査機関に対する被告人の文書に依る釈明は、朗読禁止 Verlesungsverbot を義務付けられてはいない(1972年 99号事件, ハム高等裁判所交通法令集 OLG Hamm VRS 1972, 99, 警察に取調べを委ねられた被害者の弁解)。つまり、それらは参考資料であって、シェーファーが紹介しているように、「捜査機関の調書は、捜査手続中に、尋問の代わりになされた刑訴法163 a 条1・2項に依る文書が問題になった場合も、刑訴法254条の裁判官調書の場合と全く同様に、その内容の正当性に対する不信や疑念があつて、その内容の釈明を釈明者が現実に行おうとしているにもかかわらず、それを許さないのは不当だと考えられる時にだけ朗読が認められる」(1971年, デュッセルドルフ高等裁判所交通刑事事件436号法令集 OLG Düsseldorf VRS1971, 436) のである。また、彼は、「警察調書には、法令上の規定 Formschrift が全くない」として、「尋問の経過と調書の作成は、裁判官が尋問するときだけ適用されていて、被疑者(被告)・証人への法律上の教示も書面でしなければならないが、警察官は、交通刑事事件における被疑者・証人の供述を単なる概念上の標語 Stichwort 化して受け取っており、後刻、清書するときに書き換えている」といい、「この手続が重大な誤りの源となり得ることは明らかだ⁽¹⁹⁾」としている。

以上のまとめと批判的考察(特にフランス法との比較を軸にして)から「武器対等」の原則は訴訟手続を弾劾化し、更に当事者主義を強化、加味するためには不可決であることが導き出される。

既述したように、現在の西ドイツ刑訴法は、検事を以て、原告としての弾劾官としている以上(予審判事を残して、公判手続の開始前に捜査権をこれに与えているフランスが糾問主義・職権主義のカテゴリーに入るとすると、この点で両者は相違することになるが)、その手続は「訴訟構造」を持

っているから、明らかに弾劾主義であり、それを民主化する為には、当事者主義が要請されるのは自然である。しかし、前述の如く、西ドイツの検事は、公益の代表者であり、「法の番人⁽²⁰⁾」„Wächter des Gesetzes“とされるから、捜査、公判手続 Hauptverfahren を通じて「非当事者」でなければならない。このため西ドイツの訴訟手続は、訴訟構造は持ちながらも当事者主義ではない。この点が、英米法と根本的に違うところである。強いて言えば、検事の職権主義であるから、ロクシンが言うように、「西ドイツ現行法は、大陸法手続の職権主義を踏まえつつ、合衆国法の当事者主義を折衷した無理な訴訟形態⁽²¹⁾」と言えるのである。その意味で、たとえ予審が廃止されていなくても、西ドイツの検事は、その精神において、フランスの予審判事 juge d'instruction に近い運命にあったと思われる。すなわち、フランスは、起訴 action publique と予審 instruction とを分離したが、重罪 crime については勿論、軽罪 délit についても、起訴を受けた予審判事は予審を開始しなければならず、現行犯については現場に赴き、司法警察官ではないものの、司法警察の作用としての司法警察官を指揮し、共和国検事の到着を待つのであり、検事の請求に依って予審を開始した後は、自ら捜査手続の主催者としての司法警察官を指揮する。またその他、ちょうどわが国の「付審判手続」や西ドイツの「起訴強制手続」„Klageerzwingungsverfahren“の様に、「私訴」“action civile”を受けて検事の公訴権を駆動させ、また自ら告訴を受理し、予審を通じて実体調査を司法チェックするのである。フランスの検事が「社会利益」„intérêt de société“の名において、民衆訴追の共同者となるため（西ドイツの様に、公益の代表者として「法の番人」性を帯びるのとは違う）、フランスの検事は、西ドイツの検事のような非当事者ではなく、純然たる当事者に徹する。

西ドイツの検事が「公益の代表者」であり「法の番人」であるという点から、わが国ではえてして、「公益」は「国の利益」であり、国を法人として個人と対等に扱う限り、国法を犯した被疑者や被告人を国に対立する者として、国の代表者たる検事が原告者当事者性に徹してその弾劾に専念するのは当然である、という論が導き出されがちである。わが国の検察庁法にいう、検察官は「公益の代表者」という表現は何ら当事者性に矛盾するものではなく、「当事者性を追求し続けることこそ公益なのだ」との所論もそこから生まれるし、さらに、「検察官は同時に被告人（被疑者）の保護者でもあるという主張があるが、わが国でこの精神を僅かながら実現しているのは非常上告だけであるから、このような主張は二重人格的、欺慢的な糺問主義である」という見解もそこから生まれる。しかし、西ドイツ検事の公益代表者性と非当事者性ないし法の番人性の論拠は、西ドイツ憲法第一条に在り、その精神を正しく理解するならば、先の論の誤りは明らかである。即ち同条一項には、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ保護することはすべての国家権力の義務である」とうたわれ、1956年改正の同条3項には、「以下の基本権は直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する」とあるから、検事は刑事訴追に当たっても、法の番人として法の適正な適用を監視することを通じて、被告人を含むすべての訴訟関係人の尊厳と基本権を尊重し保護するこ

とを義務づけられており、その意味で非当事者であり、そして被告人を含む国民の尊厳と基本権の保全こそ公益の実体であるから、検事は正に公益の代表者としてこの義務を果すのである。

これに対し、フランスの検事が「社会利益の名において」公訴を行うという表現は、検事が民衆訴追の共同者であることを示すものであり、その意味で検事が訴訟当事者であることと矛盾しない。フランス人権宣言第2条は、「あらゆる政治的団結の目的は、人の消滅することのない自然権を保全することである。これらの権利は、自由、所有権、安全及び圧制への抵抗である」とうたっており、その趣旨は西ドイツ憲法1条と同じであるにもかかわらず、西ドイツとフランスとで検察官の性格にこのような違いが生ずるのは、次の理由による。即ち、フランス刑訴法は伝統的に、弾劾の主体＝原告＝当事者自身に対し、弾劾を基礎づける証拠だけでなく、被告人に有利な証拠をも、公平に収集することを求めるのは、人情として極めて困難であるという考えに立って、弾劾と、証拠の公平な捜索・収集とを明確に区別し、各機能をそれぞれ別個独立の機関たる検事と予審裁判所（予審判事と上訴法院重罪公訴部）とに分掌させるという構造をとってきた。両機関が協力してその機能を補充し合うことにより、初めて、弾劾と分益保全との二機能が矛盾なく共同して働きうる、とするのである。これにより検察官は、被告人有罪の予断に基づいて偏った証拠収集を行い被告人を冤罪に追い込む危険を免れ、予審判事も、自己の抱いた嫌疑に基づいて予審を開始することはできず、検事の請求に基づいてしか捜査を行えないので、おのずから公平な捜査と付公判可否判定を行うことができる。

これに対して西ドイツ刑訴法は、予審を廃止してその機能の多くを検事に移したから、検事は、フランスで検事と予審裁判官とに分属していた二つの機能を併せ持つ機関となり、弾劾の主体たると同時に被告人のためにも捜査を行う非当事者であるという、二重性格を持つに至ったのである。論者が、西ドイツの検事はフランスの予審判事に近いとするのはこのためである。すなわち、西ドイツの検事は、弾劾と免責（被疑者のための）両面の証拠収集を行うという二面性を持ち、被告のための後見的役割を持つ。この役割は裁判官の判断者性とはおのずから異なるものである。

西ドイツ刑訴法は、検事の非当事者的後見性だけでは、なお、訴訟構造上、被疑者、被告の検事に対する「劣位」を払拭するには不十分であることを認識し、被告、被疑者が検事・裁判官に調べられる時には、必ず弁護士 *Verteidiger* に付き添われる権利を、明文で定めている。正に、当事者主義に基づく「武器対等の原則」の法文化である。それにもかかわらず、刑事警察官の取り調べを受ける時には、この保障を法文上欠いている。既述の通り、起訴前の勾留は、実体調査の段階であり、合法・非合法を問わず警察に、その比重が傾いているとき、この段階で違法（違法と言えないまでも真実性を歪曲するような）捜査が行われていては、西ドイツ刑訴の真実発見の目的は大きく阻害されるわけである。

この点につきゲセルは、「警察には、被疑者の在席強制権がなく、検事には、罰則を伴う強制権が

ある」ので、警察の取調を受ける時には弁護士帯同権は不必要なのだと説明するが、論者は、警察の捜査した証拠価値が検・判事の捜査した証拠の証拠価値に比べて、著しく低いことがその理由であると考え。すなわち、西ドイツでは、公判調書の証明力は絶大であり、他の手段に依る反証を許さず、裁判官の検証も同様だが、検事の捜査した証拠の証明力はこれに次ぎ、警察官のそれは「下書」„Niederschrift“として扱われ、僅かに、被告人の「自己矛盾」„Self contradicto“の供述の補強証拠として使用できるとどまり、西ドイツ刑訴法における「厳格な証明」のための必須条件であるところの法廷における「朗読」そのものが認められていないからである。

以上の意味に於いて、西ドイツ刑訴法においては、公判手続が裁判官主導の審問主義 Instruktionsgrundsatz に立っており、この点でも、英米法のいう意味における当事者主義は排斥されている。そしてこれは、被疑者（被告の身分になってからも検事の捜査は可能である）に対する違法捜査が、仮に実体捜査の段階で行われたとしても、法廷で真実が発見されることを意味し、その意味では、公判手続もまた、広義の捜査である。

むすび

結論

一般の警察官に対し捜査上認められる強制処分権は次の通りになる。

まず、StPO163条1項1号、163C条に依り、一般的な身元確認（特定）の権限をもつが、これは捜査判事、検事と競合している。次に StPO163 a 条4項に依り、被疑者を尋問のために召喚する権限をもつが、検事は同じ権限を StPO163 a 条1項1号、133条に依って、また捜査判事は StPO133条に依って持つ。このことが、警察官は、召喚に応じない者に制裁を加えて出頭を強制できない根拠になっている。さらに、163 a 条4項1号、136条に依って尋問権が認められているが、捜査判事は136条1項で、検事は163 a 条1項1号、136条1項で、同じ権限を競合的に持っている。

要するに、一般警察官の捜査上の強制権は、刑事事件に対する自主的な着手権にすぎないことがわかる。

前記トロール網捕縛は、前記163 b 条やその前提となる127条1、2項を根拠にしていないので、警察の捜査権が、非常事態の場合のみとはいえ拡大し過ぎる危険がないとはいえないが、それを右に述べたように、捜査判事と検事の（管理的）捜査権がコントロールしているといえよう。

この捜査のコントロール性に着目する時、更に次のような点に言及しなければならない。それは、西ドイツ刑訴の特色であるところの起訴主義 Anklagegrundsatz と、「疑わしきは被告人の利益に」„In dubio pro reo“原則とに結び付くことは既述の通りだが、弾劾主義の要求であるところの直接主義 Grundsatz der Unmittelbarkeit と審問主義 Instruktionsmaxime とにもまた結び付くことであ

る。詳論すれば、起訴主義は、弾劾主義の第一の要素であり、捜査者と判決者が同一人であるところの糺問と、決定的かつ直接的に相違する。私人に依る当事者主義がこの要求の終極形式であるかのように思われるがそうではない。古くカロリナ法典にも、この形式以外に弾劾官を以て原告とする形式が存在し、むしろこの方が原則的であったという沿革がある。これに照らせば、現在の西ドイツの検事は、十分に起訴主義の要求を満たすものと言える。担し、前述のように、西ドイツの検事は当事者性を持たず、被疑者のためにもまた真実を発見する捜査官であり、その点では裁判官的な職権主義を行使する一種の糺問官的存在であるといえる。

これに対し、「直接主義」と「審問主義」は、真実発見のために、裁判官の職権主義が強く残っていることを意味する。当事者主義が、訴追する者（弾劾者）と訴追される者（被弾劾者）を対等の土俵の上で闘わすことに意義ありとするのであれば、職権主義は糺問主義と結び付いて、裁く者と裁かれる者の関係を作り出すものであり、訴訟の民主化に反するようにもみえる。しかし、裁く者が真実の発見に専念し、かつ裁く者と裁かれる者との間に、起訴主義の代表者といえる検事（弾劾官）が介入し、この官が法の守護者として、真実発見のために非当事者に徹して、警察捜査を司法チェックするならば、それによって検事の公益の代表性が生きることになる。更に、西ドイツの裁判官も、また、捜査官の性格も残し、告訴の受理権を持ち、真実を探求するために職権をもって真実を調査し、これを裁判の基礎とする建て前を採っているから、「審問主義」を通してことになる。これは当然、当事者主義サイドからは、「『予断排除』の原則に反する。また『起訴状一本主義』の理想に背馳する⁽²²⁾」という批判を浴びるところだが、このような批判は前述のとおり、訴追する者（広義では警察を含めて）とされる者は、法律知識・権力下の行動力において格差があること、および逮捕・勾引をする者とされる者の心理状態の相違、殊に後者のコンプレックスを無視している。この点で、西ドイツの判・検事の管理捜査は、いわば裁く者、訴追する者のサイドからの刑事人権保護であり、実体的真実発見の理にもかなうものである。この意味で裁判所の審問主義は、最広義の「捜査」と言ってもよいであろう。

以上を要約すると、西ドイツの刑事訴訟法は、捜査手続における主宰者を検事とし、その手足という意味で刑事警察を実体捜査機関としている。そうすることに依って、実体捜査中に捜査機関の違法・越権（職権乱用罪を構成するか否かを問わず）行為に依って刑事人権が侵害されたり、違法に収集された証拠が冤罪を生んだりすることがないように、検事に捜査をチェックさせている（この点、現行フランスの予審判事が、捜査チェックと司法チェックの両機能を果たすのと違って、西ドイツでは、司法捜査についてのチェックを捜査判事に委ねている所に相違がある。ロクシンの「検事は手のない頭⁽²³⁾」、ゲセルの「捜査のフィルター、司令所⁽²⁴⁾」説はこのことを言っている）。西ドイツでは、更に検事が右の目的を達成するために、職務上の矛盾を生じないように、検事に当事者性（原告性）を認めていない。また、西ドイツは、起訴主義であるため、当然訴訟構造を持つ。こ

のことは、検事が弾劾官であることを意味し、カロリナ法典以来、ドイツ法に見られた糺問主義は払拭されているはずである。しかし、狭義の弾劾主義の当事者主義は、承継法以来廃止されている。ここに、「糺問」と誤解される犠牲を払って、「弾劾主義は採っても当事者主義は採らない」という西ドイツ法の矛盾を超克、止揚した姿がある。そして検事を非当事者とするために、必然的に「公益の代表者概念」に落ち着くのである。そしてこれが、プロイセン以来 サビイニイ、ウーデン等に提唱され、ドイツ法の伝統となった「法の番人⁽²⁵⁾」概念にも帰着するのである。

また西ドイツ法は、刑事人権を確保するために、公判手続に期待している面が大きい。すなわち、右のようにして捜査を遂げ、それを完結した検事が公訴を提起して係属した公判であっても、裁判所及び裁判官は、これに拘束されることなく、職権に依る証拠調べに依って真実を糾明する。またその際の決め手になる調書の証明力が、原則として、公判調書が裁判所（裁判官）の検証調書に依って認められ、検事調書がこれに次ぎ、警察調書は、法律上の根拠を持たず、自己矛盾の供述があった時や、それ以外に証明の決め手がない場合に例外的に参考とされるに留まるから、違法捜査の結果が冤罪判決を生む危険性は極めて少ない。この様に、裁判所（裁判官）に職権主義を認めても、それは西ドイツ刑訴が真実発見のために審問主義を採り入れて、当事者主義の長所を加味している点から、決して「糺問」として非難されるべきものではなく、最終の「捜査」は、真実発見のために公判廷で行われることを意味しているのである。すなわち、現行西ドイツ刑事訴訟法の「疑わしきは、被告人の利益に従う」原則を審問主義と一致させているのである。

注

- (1) Karl Heinz Gössel, Über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, 9. September. 1980., 127 Jahrgang, R. V. Deckers Verlag G. Schenck, Hamburg, S. 326
- (2) 永く、西ドイツで行われてきた非公開の職権主義糺問的な予審 Voruntersuchung は1975年1月7日の刑事訴訟法で廃止された。
- (3) Claus Roxin, Strafprozeßrecht, SS. 43-44, S. 126, C. H. Beck, München 1984
- (4) Claus Roxin, Strafprozeßrecht, SS. 45-46, C. H. Beck, München 1985
- (5) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 39, S. 64, C. H. Beck, München Juli 1985
- (6) Karl Heinz Gössel, Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, S. 337. Karl Peters, Strafprozeß Ein Lehrbuch, § 23 Die Staatsanwaltschaft, S. 162, C. F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg 1985
- (7) Claus Roxin, op-cit., Strafverfahrensrecht, 19. Auflage, S. 16. Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht. 2 Auflage 1973, S. 130, Vandenhoeck & Ruprecht
- (8) Karl Heinz Gössel, Über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über

- ihr Verhältnis zur Polizei, 9. September, 1980, 127. Jahrgang, R. V. Deckers Verlag G. Schenck, Hamburg, Heidelberg, S. 326
- (9) Karl Heinz Gössel, Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, 9. September, 1980, 127. Jahrgang, R. V. Deckers Verlag G. Schenck, Hamburg, Heidelberg, S. 326
- (10) Karl Peters, op-cit., Strafverfahrensrecht, S.533, „Die Beseitigung wäre verhängnisvoll, wenn sie unter Übergehung der Staatsanwaltschaft zum allgemeinen polizeilichen Ermittlungsverfahren führen würde.“
- (11) Claus Roxin, op-cit. Strafverfahrensrecht, 19. Auflage, S. 51
- (12) Claus Roxin, op-cit. Strafverfahrensrecht, 19. Auflage. S. 200,
Karl Peters, Strafprozeß 4, op-cit., S. 340. StPO 161
- (13) Claus Roxin, op-cit., Strafprozeßrecht, 10. Auflage, S. 14., Strafverfahrensrecht, 19. Auflage, S. 51, StPO 163(2)
- (14) StPO 100a, b
- (15) StPO 111 I (1)
- (16) StPO 163b, c
- (17) StPO 163b, c
- (18) Gerhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1976, S. 160
- (19) Gerhard Schäfer, op-cit., Die Praxis des Strafverfahrens, S. 160
- (20) Karl Heinz Gössel, op-cit., Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, Goldammer 8s Archiv für Strafrecht, S. 334
- (21) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht 19. Auflage. München. 1985, S. 89.
- (22) Nagler, der Parteibegriff in Zivil-und Strafverfahren, Rechtsgang. 1, S. 127
Kern, Strafverfahrensrecht, 2 Aufl, 1951, S. 59-60
Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, 1929, S. 302-311
- (23) Claus Roxin, op-cit., Strafverfahrensrecht 19, Auflage S. 51
- (24) Karl Heinz Gössel, Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, 9. September 1980, S. 334.
- (25) Karl Heinz Gössel, op-cit Überlegungen, SS.326-328

Über die wahren Schläge der Strafprozeßordnung im Zeitpunkt der Vereinigung der Bundesrepublik Deutschland

Zusammenfassung

Die gültige gesetzliche Stellungnahme, die der Staatsanwalt in der Strafprozeßordnung und dem Gerichtsverfassungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland für ein Ermittlungsorgan hält, ist der Herr im Ermittlungsvorahren. Der Zweck des Verfassers stellt die Verteilung von der Kompetenz des Staatsanwaltes und derjenigen der Kriminalpolizei (police judiciaire dans France et Japon) dar und zwar die Reibung, die die Durchführung der Kompetenz beider Parteien hervorbringt, und durch den Ausgleich dieser Reibungen. Darüber hinaus sollten hier die Gesetzgebung und Theorie um die obengenannten Kompetenzkonflikte ins Studium vorgenommen werden. Das neue Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung sowie des Gerichtsverfassungsgesetzes, das dem Antiterrorismus-Gesetz vom 14. April 1978 bereits entsprach, hat eine neue Regelung, in der die Kompetenz für Beteiligte am Strafprozeß bestimmt werden sollte, in die StPO 163b und 163c formuliert. Außerdem hat das Gesetz zur Änderung des Strafprozesses im Jahre 1986 die "Schleppnetz-Paragraphen" in die StPO 163d hineingesetzt. All diese Gesetze sollen die Subjektivität der Polizeiermittlung und auch die Einwirkung der präventiven Polizei höher bringen. Wenn sie tatsächlich die Vorführung der Polizei im Notstand möglich machen, so führt es problematisch dazu, wie der Staatsanwalt, der der Vertreter des öffentlichen Wohls und zugleich der Wächter des Gesetzes auf dem bundesdeutschen Gesetz ist, Ausgleich und Regelungen zwischen der Ordnung einerseits, die von der verstärkten Polizei sichergestellt wird, und geschädigten Verlusten an den kriminellen Menschenrechte andererseits, die von der Polizei unglücklicherweise erlitten werden, behandeln kann. Auch führt es dazu, wie der Voruntersuchungsrichter, der schon 1975 abgeschafft worden ist, mit der ersten Fragestellung zu tun gehabt hatte. Auch wie das Verhältnis der Voruntersuchungsrichter zum Professionalismus des Richters war. Und auch wie sich harmonisch der Professionalismus der französischen "juge d' instruction", der als ein Mutterland für Deutschland im Gebiet des Strafprozeßrechtes eine Rolle gespielt hat, in dem Anklageprinzip, das einen Bestandteil der gegenwärtigen demokratisierten Rechtspflege abgab, befindet. Indem der Verfasser diese Fragenserie herausfordert und die Gründe und deren Hintergründe, warum der "Vorentwurf des Gesetzes ums Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei" 1978 im Bundestag zurückgewiesen wurde, theoretisch verfolgt, hat er es hier doch darauf abgesehen, zu überprüfen, wie richtig das japanische Staatsanwaltswesen aussehen soll und kann.

Schunsuke Tawa