

現在の西ドイツに於ける犯罪捜査機関としての 検事の刑事警察との関係

田 和 俊 輔

(昭和62年5月31日受理)

1. 検事の捜査機関としての地位と権限一

- 〔1〕問題提起と序文—現時点における西ドイツの捜査機関としての検事の法律上の地位の定義と論争
- 〔2〕権力分立論からの捜査権分離説（糺問訴訟訣別のための検事制度導入沿革を踏まえての）
- 〔3〕警察権濫用から刑事人権を保護するための検事の「法の番人性」
- 〔4〕実務上の警察独自捜査と主体性が検事の法律上の捜査主体性の形骸化を招来している事実と上記の肯定と否定の見解
- 〔5〕警察に対する捜査指揮権の縮小
- 〔6〕改革案についての捜査上の個々の問題点

2. 結 論

- 〔1〕現在の西ドイツにおける三命題—①捜査主体は検事か刑事警察か。②検事に対する警察の第一着手事件即時送付義務の可否 ③検事の対警察捜査指揮権と下命権についての学説潮流
- 〔2〕ゲセルの主張
- 〔3〕ロクシンの主張
- 〔4〕ペータースの主張
- 〔5〕私見

1. 検事の捜査機関としての地位と権限

- 〔1〕問題提起と序文—現時点における西ドイツの捜査機関としての検事の法律上の地位の定義と論争

現時点における西ドイツの捜査機関としての検事の法律上の地位については、なお未解決で、刑

法雑誌1984年第26巻第3・4号に発表した拙稿⁽¹⁾にあるとおり、1978年11月17日、司法、内務両大臣会議設置合同委員会発表の「検事と警察間の地位明確と分割の法律上の新規制をめぐる共通報告 „Gesamtbericht zur Klarstellung und teilweisen gesetzlichen Neuregelung des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei“ が国会に提出され、警察の組織上の発展と技術的装備、事実上の訓練、教育の進歩を理由に、「警察に独自捜査に基づく決定権を与えよ」、「検事の警察に対する直接指揮権を廃止せよ」、「警察捜査終結後、検事へ事件を即時に送付する義務の廃止」が要求された。

この提案は、刑事手続における検事の地位の変更にとどまらず、その実現は法治国の刑事手続の根幹を一変することになるとの理由で、国会に依て否決された。その結果、西ドイツにおける法律上の「捜査の主体」は検事である。(刑事訴訟法160条Strafprozeßordnung以下Stpo)。しかしその実状は警察が主導性を持ち、その食い違いを法治国としてどの様に補正すべきかはわが国にとっても示唆が大きい。警察の上記の要求をその俣とおすことは西独の「法の番人性」概念、仏の「社会利益代表」概念、わが「公益の代表者」概念からも首肯できない。この調整点を何処に求めるかが小論の論点である。

〔2〕権力分立論からの捜査権分離説（糺問訴訟訣別のための検事制度導入の沿革を踏まえての）

ゲセルKarl Heinz Gösselの解釈に依ると、検事の地位と権限についての論争で新しい局面を迎えた。

局面打開のためには、原点に戻らなければならない。原点は、「前世紀中葉に検事制度がフランスから導入された。それ故、当然フランス的なものであった⁽²⁾が、「当時のプロイセンの司法大臣だったウーデンUhdenやサビニイ Von Savignyによって法の番人Wächter des Gesetzesと解釈された。⁽³⁾「検事Staatsanwaltschaftが先ずラインラントに導入され、事後ドイツ連邦全土に拡大されて行ったのだが、時あたかもドイツ連邦は共通法Gemeingeseztの時代であり、刑事手続は共通法に依る糺問手続Inquisitionverfahrenが行われていた。」

糺問手続の特色は、裁判機関Judikativeorganが捜査機関Ermittlungsorganを兼ねるのであるが⁽⁴⁾、検事の導入に依て、この捜査手続が二分され、狭義の捜査機関たる警察と、それに続く広義の捜査といえる前手続Vorverfahrenとされ、検事を以て、この手続の主権者とした。

ゲセルに依れば、「モンテスキューMontesqueの云う如く、権力を一手に掌握すれば必ず専制につながるから、各別の機関に分立され、相互の均衡、抑制が計られなければならない。そのことは刑事手続においても同様で⁽⁵⁾予審は、糺問手続の名残りであり、「捜査にかかわった裁判機関の官吏が、捜査印象をその俣、判決担当の裁判機関の同僚に手渡すことになる。⁽⁶⁾

〔3〕警察権濫用から刑事人権保護のための検事の「法の番人性」

これでは、「到底公正な判決は望めない⁹⁾」として、わが国の現行法の予断排除に近い見解を示した上で、「1848年の検事制度導入がこの要求にこたえた¹⁰⁾」としている。

彼は、更に、検事のこの権限を「法の番人性」に帰属させているが、この性質は、「当時、瀕死した警察に依る捜査活動中における人権侵害や職権濫用の排除に役立った¹¹⁾」としている。「現代においては、この様なことは稀であるが皆無とはいえない¹²⁾」として、刑事訴訟法Strafprozeßordnung(StPO)に見られる公益の代表性とそれ故に帰着する非当事者性¹³⁾を示唆しているのである。

〔4〕実務上の警察独自捜査と主体性が検事の法律上の捜査主体性の形骸化を招来している事実と上記の肯定と否定の見解

このことが以前の拙稿に云う如く、ペータースKarl Petersや、ロクシンClaus Roxinのいう「被疑者の人権保護の後見の役割を果たしていた予審Gerichtlichvoruntersuchungとその手続を主催していた予審判事Voruntersuchungsrichterの廃止は、捜査が事実上、警察の手に移った現在、被疑者にとって不幸である¹⁴⁾」や「法律上は、検事が捜査の主体であるのにかかわらず、警察が主体的に捜査し、捜査終了後、はじめて書類を検事に送るという違法を敢てしており、検事の捜査権を有名無実している。これは憂慮すべきことだから、検事直属の警察官を持つべきである¹⁵⁾」という学説と提言を生んでいるのである。¹⁶⁾これは、現行の裁判所構成法Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) 152条に於て、検事の捜査指揮権の対象が警察官一般から、特定警察官になっていることに対応する見解と考えてよい。

ゲセルの見解は反対であって、「検事と警察の関係もまた権力分立論を以てし、検事は、裁判機関と捜査機関の中間を結ぶ指令機関Schaltstelleであり、その両機関との距離は等間隔であるべきである。そうすることに依て、検事は捜査業務や前判決業務から解放され、警察の違法捜査と判決機関の誤判から人権を護れる。だから「法の番人」なのだ¹⁷⁾とするのである。

〔5〕警察に対する捜査指揮権の縮小

ゲセルは更に、改革提言として、「検事は自ら捜査せず、警察が捜査し、送付して来た事件についてのみ、起訴、不起訴を合目的々に決定するだけでよい¹⁸⁾」とし、マックス プランク研究所が「8人の検事の実務記録から、軽微犯罪Bogatellと犯罪の大部分を占める中間犯罪mittler Kriminaltaltについては、警察に独自捜査させ、その結果だけを送付させ、起訴、不起訴だけ決すればよい。その意味では、検事は紙加工業者である」としているのを引用している。但し、同研究所の提言理由は、権力分立でなく、検事の捜査能力が多発犯罪のすべてに対応するには限界がある¹⁹⁾ということなので、ゲセルの立脚点とは異なる。

ゲセルは、「法の番人としての検事は、自ら取調をするべきでなく、検事の影響を全く受けずに捜査した執行機関の合目的々な努力の成果について公訴を提起する権限が留保されるだけだから、下部機構に対する要求（つまり指揮権）も肯定されなくなる¹⁷⁾とする。しかし、彼は、捜査に更に上位の捜査概念を想定した如く、「検事は番人性を踏まえて、個々の捜査機関の捜査を客観的正確度で検査し、それに依て、起訴、不起訴を決定した後、被告に対する公訴事実をつかむ様に努めなければならない。そうすることに依てはじめて、検事は刑事手続において客観的正義を実現しようとする国家意思を維持するための国家機関としての正しい地位を保つ。そのために捜査機関からも判決機関からも距離をおいて管理し、両者を結ぶ帯となり、捜査機関の合目的性と裁判所の正義が^ろ過されずに混在するのを防止するのだ¹⁸⁾とし、わが国の現行法刑事訴訟法204①の下における検事の法律捜査を想定しているようである。しかし、捜査と判決から遠ざかることが何故両者の結合管理機関になるのか、いわんや両者の上に立つ調整機関となり得るのか理解しにくい。彼はその根拠をすべて「法の番人」性に帰せしめて、「『法の番人たる役人』„Wächteramt“の性質になじむ範囲内においてのみ検事に捜査業務を与え、その他の場合は犯罪行為の追及については、警察の独立した業務とすることで、理論と実務が一致する¹⁹⁾とするのである。彼は、また「共通法時代の糺問手続における発達と逆に、当時の司法の支配を欠いた欠点²⁰⁾が現代では、検事の管理的捜査権Kontrollierende Ermittlungstätigkeitに依て調整されている²⁰⁾としているから、低次元での捜査権のかわりに高次元の捜査権こそ検事には必要と²¹⁾していることになる。つまり実務上は、検事の捜査す可き事件と警察の捜査す可き事件を分類したと²²⁾いってよい。

彼はいう「事実、検事が、それ（捜査）を断念した²³⁾ことには、ほとんどならない。もっとも検事自ら着手した事件でも、通常事件であれば、事実上、警察の優越が明瞭である。しかし反面、テロリストの暴力事件や重大犯罪Karitalverbrechenにあつては、検事は、指紋、足型等の不可欠の資料や犯罪捜査上必要な犯跡の物理、化学的調査のための設備を占有する警察に対して、つねに命令する。州刑事警察庁職員Landeskriminalämter又は連邦刑事警察庁職員Bundeskriminalämterの補助なしでは検事は、どのような銃から、致死弾が発射されたか全く確認できないからである。検事はまた解明に必要な教育や専門知識を広く持つわけでないから、警察自体の捜査権内の設備は遅滞なく検事が閲覧できる。また、その他、検事は経済事犯については、証人尋問や差押え等、捜査に必要な権限を確保していることを看過してはならない。²⁴⁾として、検事固有の捜査権を想定し、これに対する捜査協力機関としての刑事警察機構とその科学的設備を挙げ、検事が捜査に当り、この使用権のあることをみとめている。しかし、検事の捜査権一般については依然、消極的で、「事実上、検事はその捜査権からの撤退を求められるが大勢に影響はない²⁵⁾とし、その根拠として、「検事が捜査に当り、専門知識をもつ補助者を使用しており、それは形の上だけは、検事局に編入されている。彼等は全く検事の資格を持たないからその一部の投入（差押え時の文書調査官の様な）は問題がな

く、検事の下部機構の取り換えと考えてよい。また、この分野での検事の捜査権が失くなくても、検事の管理機能を根底にした協力業務は厳然として必要なことから、実質的には何の変更もない⁽²³⁾という。また「従来の検事の権限の断念を求めるものではなく、むしろ、緊急事件と、検事の管理権の行使は多くなる。また捜査行為は捜査判事のほかに検事だけに留保されているかぎり(例StPO 100条1項)、捜査行為は完全に捜査判事に委せ、警察が着手した事件の場合は、管理機関の代行者(つまり警察)の命令や指揮から検事は独立させる様に努めなければならない」とした上で、実益論に触れ、「現実には拡大しつつある理論上の検事の捜査権から撤退することは、検事本来の業務に絶大の収穫をもたらす。こうすることで、検事は、わずらわされずに最大限に合目的々で経済的な捜査に依り、警察の捜査活動の管理的監督という本来の業務を獲得できる。」「それ故、ここで、警察が検事の命令から広く解放されたいという志望は反対されなければならない。『検事たる者が法の番人性を発揮できるのは、検事に対し、一切の警察官に対する客観的絶対命令権が与えられ、全警察官がその刑事警察活動を検事の権威に従属させ、この分野での検事の命令を受ける条件があって始めて可能である。』」というサビニイ V. Savignyの言葉を引用している⁽²⁴⁾

〔6〕改革案についての捜査上の個々の問題点

①検事に対する警察の補助官性とその根拠とされる検事の「法の番人性」(＝公益代表性)：彼は、検事と警察の個々の関係について次の様にいう。「捜査権を独立業務として警察に委任することに依り、検事の補助者としての警察の一部の名称は放棄される。『検事の補助官』という言葉は以前から警察に差別的に受けとれるものとして無用な緊張を与えて来たといわれる。しかしこれは、たとえ『管理下』としても、一、二の官庁の補助業務としての独立した業務活動を名称づける上で、代替できない。」「これに対し、組織的に独立した犯罪追及の警察については、放棄されない。検事の管理の明白な限界に関して、如何なる部分の警察官が検事の管理下に活動し、その命令に服すべきか明示されなければならない。そのほかの警察は法律上、検事に対して職務上の共助義務がある。⁽²⁵⁾」とした上で、彼は更に検事に対する警察一般の服従義務を強調し「法の番人としての検事は捜査活動だけでなく、非捜査活動の面でも警察を管理しなければならない。そのため全般的に検事に対する警察からの通報は必要不可欠で、その遅滞が許されないのは勿論、具体的な下命権賦与と個々の捜査行為の代償計画の形としても必須である。⁽²⁶⁾」とする。かつて拙稿で、西ドイツの公益の代表性の根拠として、StPO160(2)の「検事に依る被疑者有利の証拠の捜査権限、StPO296(2)の上訴権者 Rechtsmittelberechtigteとしての検事が被告の利益のためにも上訴できることをロクシンClaus Roxinが挙げていることを紹介したが⁽²⁷⁾彼もこの点では同一路線に立ち、同じくStPO160(2)を根拠に「被疑者に対する訴訟法上の保護形体の厳守についての検事の管理活動と、更に捜査から解放される状態についての管理活動も正されなければならないことは多弁を要しない。⁽²⁸⁾」としている。また「逆に

起訴法定主義Legalitätsprinzipの厳守の点でも警察活動を監督することは必要と考えられる。⁽³⁹⁾ともいう。その根拠として、彼は、わが国の準起訴手続の対象となる様なケースを想定しているかの如く、「役所に依ては見解を異にする様な個々の事件に於てその役所の都合を考えるようなことがあってはならないとし、そういうジャンルは警察が合目的々配慮から、またはそれ以上に都合上、違法に捜査しない場合がむしろ多いのであるが、⁽³⁰⁾そのようなことを警察に許さないために検事の監督が必要であるとするのである。次に、この様な場合には、告訴者が特に法律に無知な市民の場合、受理されなかったり、私人訴追Privatklageの場合、その関係者が警察から、暗々裡に責められることがある⁽³²⁾という。

②検事に対する警察の捜査報告義務：警察から報告を受ける権利については、彼は、検事が管理する上で絶対不可欠とし、「StPO163aに対する改正草案12番1条は、上の理由で否定された」とし、ロクシンが指摘した如く、⁽³³⁾現在既に、警察がStPO163aの明文の規定を無視して、自主的な独自捜査の終結後はじめて、事件を検事に送付している実状を非難して次のようにいつている。「もし警察が自分の捜査に基づいて、捜査終結後に初めて、その結果だけを検事に送るのであれば、検事は、警察に対する管理機能をもはや行使できず、事実上、警察捜査の結果を法律上、形式的に起訴のための準備をするだけの純然たる文書加工官庁Aktensbearbeitungsbehördeに墮落してしまう。だから検事は警察が刑法に触れる事実関係の告訴を受けたら直ちに、報告を受ける可きで、そうでなければ、刑事告訴の処理に当てるの警察活動と、それに依て起訴法定主義の厳守を管理できない。⁽³⁴⁾とする。また事件処理の実績についても、ベンデッシュWendischの統計を引用し、「彼の統計では、警察に依て軽微事件Begattellと中間犯罪mittler Kriminaltatが合法的に担当され、StPO170条に依て通常の例として検事の指揮権Leitungsbefugnisの行使なしに処理された説明は、単に実状を述べているだけで、この捜査の評価の法律の尺度も正当性についても何等触れていない。⁽³⁵⁾と注目すべき見解を示している。彼はまたこの様な提言を、いわば検事のお為ごかしの警察利益のすり替えとも受けとれる批判をしており、原則と例外の峻別を訴えている。いわく「犯罪の増加と検事の著しい人手不足を根拠にしているに過ぎない。検事にとって、法律的に固定された範囲内に於てのみ、つまり、軽微犯罪の範囲に於て、例外的に迅速な通報を受けることが放棄を認められてもいいかもしれない⁽³⁶⁾とするのである。

③検事の警察に対する下命権：ゲセルはいう、「下命権の与えられない管理を検事が効果的に行使することは不可能である。検事の管理権は同時に刑事手続法Strafverfahrensrechtに属し、州法の規整の及ばない刑事追行警察strafverfolgend Polizeiに対する下命権も肯定される。⁽³⁷⁾ 検事は警察に比較して事実上の犯罪知識は乏しく、また場合に依ては統率力に於ても経験が乏しいが、ボルフWolfは、『検事に、検事本来の業務として、とくに警察の捜査の合法性と正当性のための管理権が準備され形成されるべきである。』⁽³⁸⁾との所説も引用し、「検事は彼に指定された管理的監督の範囲で自分の

命令権を完全有意義に占有すべきであって、たとえよりすぐれた刑事設備が付加されることがあっても、この理は変らない。」という。

ただ下命権は管理機能が必要とする以上に及ぶことを否定するのがゲセルの特色であって、「たとえ具体的な警察官に対する具体的な命令が放棄され得ないとしても、その命令は既に具体的に管理されている捜査に従事している警察官に対してのみ有効である。」としながら「もし、ある警察官にとって、指定された捜査活動が合目的々でないと思えたり、告訴を受理しようとしなない場合は、場合に依ては、個別命令の方法でこの警察官に対する管理権の即刻の干渉で、決定的な時間的ロスを避ける必要がある。⁽³⁹⁾」として、わが刑事訴訟法194条①項の立法根拠の様な発想がみられるのである。ただ検事の管理権を裏面から確保した様に「警察は刑事追行活動に関しては、常に検事の管理下にあるので、警察官庁の組織Organisationskompetenzと人事権Personalhoheitに対して許されない干渉はみとめられない。この点はリュプレヒトRupprechtと見解を異にする。⁽⁴⁰⁾」ただし捜査活動のために指定された警察官が未だないうちは、その時々に応じた警察業務に対する十分な命令がなされてしかるべきである。⁽⁴¹⁾ また更に重大な提言として、「検事はその管理義務を維持するために、警察が捜査活動に着手しようとしなかったり、又は事実上の正当性や法律上問題のない実現性を警察捜査の結果を慮って捜査活動に着手できない事件に対して、補充的見地から、自分の捜査権を行使する⁽⁴²⁾」として、わが国の刑事訴訟法191条①、検察庁法6条の補充捜査の概念を強調している。彼の見解は、この限りで、検事の捜査後見的性格をうたい、法の番人性と公益代表者性を強く出しているが、政治疑獄事件や公害事件に対し、準司法官憲的に行動できる示唆を与えており、正にペーターズ Karl Peters のいう行政目的構造刑事追行官庁 Verwaltungsmäßig aufgebaute Strafverfolgungsbehörde プラス司法官庁 Justizbehörde⁽⁴³⁾ ロクシンのいう執行部 Exekutive ならず第三者機関 dritte Gewalt ならず両者から独立した司法機関 Organ der Rechtspflege⁽⁴⁴⁾ 説に合致し、ゲセル既述の中間司令所 Schaltstelle の様な第三次的権力分立論の所産であることが肯定されるのである。「それ故、検事の捜査活動のこれ迄の着手権は放棄されていない⁽⁴⁵⁾」現在の組織構造は検事にその警察に対する直接の番人機能を困難にしている⁽⁴⁶⁾」という一見矛盾した結論をゲセルは出しているのである。

この矛盾の打開についてゲセルは次の様に云う。

① 検事と警察の平行性

「第一に刑事警察と検事の広範な平行性（検事の待機業務との）をやめるべきである。だから、一つの組織は潜在的行為者の頭文字に依らず、経済事犯や少年事件の様な固有領域において既に実施されている様に実態に依るべきである。その際、勿論、検事構造の一面的な変更ではなく、むしろ警察と検事の面で時宜に応じた連繫がなされてしかるべきである。それは、時宜に応じた組織の一体化は従来の相互共助以上に密接なものとなることで、可能である⁽⁴⁷⁾」

②検事と警察の構造と業務の合体化の困難性

「この新しい組織構造はさらに検事が少くとも組織の一体化の内部で、警察の初動から裁判手続に至る迄、捜査を可能な限り完全に監督することを確保しなければならない。そうすれば個々の検事の仕事量や関与度が高められる意味があるだけでなく、法廷勤務割り振りの偶然が立会検事が誰であったかに依り正確な事実認識を難しくするという前後不素通な状態(私見によれば、わが刑訴315条の開廷後裁判官が変わったときの公判手続更新という必要措置が検事交替の場合にも考えられるとされている様に見え、この点にも前述したゲセル、ロクシンが検事を裁判官に準ずる司法官庁と想定している根拠が肯定できるのであるが)が回避できる。またこうすることで判決の質と判決に対する警察の立場同様判決の質が高められる事は明白である。ただし、警察は、不当な無罪判決があると、それも(第一審判決の場合)起訴状を見落したり(担当検事局の回避すべき投入に依る)不完全な捜査業務(私見に依れば、この様な批判はわが国においては絶無で、むしろその反対に検事に依る法律捜査の必要性が再審無罪事件毎に強調されている現状であるが)に因り、警察の捜査活動全部が無umsonstに帰すると、繰返し苦情を述べるからである。しかしながら現在の実状においては(およそ大多数の事件においてであるが)中級警察官Beamte des mittleren Polizeidienstesは、その尋問調書に依り、その他、彼の捜査活動のすべてに依り)刑事追行の経過と結果に(検事とその管理権を現実に維持している事件を度外視して)決定を下している。⁽⁴⁸⁾(つまり、実状は逆で、警察は検事に責任を転嫁しているというのがゲセルの論旨であろう。)

「こういう警察官達に老練な刑事裁判官が訴訟指揮を欠いていることは日常で、かつ悲しむべき実状である。だからこそ訴訟手続の当初からの正しい転轍を欠いた決定的な法律見解のあることが全く視野にないことが、きわめて、ひんぱんに警告されている⁽⁴⁹⁾だから、不当な無罪判決のあった多くの刑事手続や不当な有罪判決、またはそれが両者の場合は正義の不備に帰するのである。⁽⁵⁰⁾

③業務上の合体化を仮定しての検事の再教育の必要性

新しい組織上の編成のためには事実上の教育が必要である。警察との協力のために検事に卒業試験のある犯罪知識の課程が設けられなければならない。

④検事仕事量の軽減施策

検事の負担過重を防ぐためには、必要不可欠な定員増と共に軽微犯(500ドイツマルク迄の損害の様な)の分野では検事のサイドでは起訴便宜主義Opportunitätsprinzipの拡大を考慮できればと考える。⁽⁵¹⁾

2. 結 論

[1] 現在の西ドイツにおける三命題 ①捜査主体は検事か刑事警察か ②対検事、警察第一着手事件即時送付義務の可否 ③検事の対警察捜査指揮権と下命権についての学説潮流

以上概観すると、現在の西ドイツでは、1978年の改革原案が国会で否決された以後も、①「検事が犯罪捜査の主体である(StPO160条)」②警察に依る犯罪捜査の遅滞なき検事への送付義務(StPO163条(2))」③「犯罪捜査に当って警察に対する検事の下命権の堅持(StPO161条)の三原則は法律上不変である。問題提起に対する解答と考えられる提案が数多くなされ、現在、改革学説としては、ゲセル、ペータース、ロクシンが顕著である。

〔2〕ゲセルの主張 ①検事は個々の犯罪捜査から撤退すべきである。②個々の犯罪捜査から撤退する替りに、監督捜査権を持ち、その実現のために、警察に対する下命権は絶対に必要である。③下命権はStPO161条がGVG152条の「補助官」„Hilfsbeamte“の言葉に結びついて、警察がこれを「差別的刺激的」な言葉として受け取って、改革案の報告の一因になったのだが、上記の理由で問題にならない。1,2の主張根拠として、「権力分立論」を挙げ、検事は執行機関たる国家機関とし、捜査機関(警察)と判決機関(裁判所)の中間に位する指令所„Schaltstelle“と想定し、そうすることで、捜査機関の恣意に依る違法乃至不当処分から被害刑事人権を護ることができる。その事例は、職権濫用に依る違法捜査と、職権不行使に依る不捜査である。後者は、微罪、合目的配慮に依る場合が多いと、警察は説明するが、起訴法定主義をとる以上、それでは、当事者の納得が得られない点が挙げられ、またSchaltstelle化することで対裁判機関関係では、誤判から刑事人権を護り得るとする。

彼は、この根拠を古く、サビイニイ、ウーデンの検事「法の番人」説に求め、職権濫用も誤判も「法の番人」に依て制約され、排除せられる可きものとする。

彼に依ると、「検事」なるものは糺問訴訟が、捜査機関が裁判機関であるという弊害を避けるために、フランスから19世紀中葉にドイツに導入されたので、その沿革が既に権力分割である。その権力の中から更に捜査と公訴を分離することに依て、前述の様に、警察と裁判所に対する等間隔の指令所となって、前者のした捜査事件の中から、公判維持可能なものを選別することで、フィルターの役割を果し、違法判決の回避をするから、「法の番人性」に適う。だからこそ、警察の捜査送付義務は必要、③の警察への下命は必要。そうでないと、捜査の管理は書類加工だけになって不能、それは「監督そのものを不能にする。現実に検事の管理の下に警察の捜査は行われており、検事の捜査のために、必要な専門知識を持つ技官を使っているし、重要犯罪やテロ事件や経済犯罪などは、検事が排他的に捜査しているから、個々の捜査権を検事が放棄して、現実は何等変らない。むしろ、「管理捜査権」を行使することで「法の番人」としての国家機関の実を挙げることができる」とした上で、注目すべき見解を示している。それは、現行 StPO160条(2)、296条(2)の被疑者利益証拠の捜査、被疑者利益の上訴に見られる「公益の代表性」からではなく「法の番人」性に徹することで、検事の非当事者性を維持できるとしていることで、フランスとは違いフランスから検事が導入されたとはいっても、フランスではドイツが排斥した「予審」を維持し、予審判事は捜査機関、かつ非

現行犯、重罪については、その主体であり、裁判機関が捜査を行なっている現実、それも後見的な立場で行われ、検事は現行犯、軽罪についての主体、公訴官ではあっても、当事者である。公益の代表性は、私訴が広汎に認められているため、二本立起訴という形をとっており、この点で検事は、民衆との共同代表訴訟当事者という立場にあり、⁽⁵²⁾ その故に「公益の代表者」といわれるが、当事者であり、そのために、被告に有利な証拠の捜査義務を負わない。^{(52)の2}しかし対警察関係は、ドイツと根本的に異り、単なる検事の補佐官、補助者ではなく、ドイツの刑事警察Kriminalpolizeiに相当する司法警察police judiciaireそのものが、上訴法院検事長(procureur generalの監督下に、大審裁判所grande instance検事局の共和国検事(procureur de la République)の指揮下(direction)に運用され(C.P.P12, 13)、治刑法(Code d'instruction criminelle以下C.I.C.という)下では、検事(ministère public)、予審判事(juge d'instruction)共に高級司法警察官とされていたが(C.I.C. 22, 63)それでは予審判事が上訴法院検事長の隷下に置かれる不合理から、(C.I.C. 9, 279, 57)現行刑事訴訟法下では、検事予審判事共に司法警察官の枠から外されたが、司法警察官の指揮及びその行為のすべてができる(C.P.P.41, Ord. 23 déc. 1938)ことに改められたいきさつがある。これ等の点から見る限り、ゲセルのいうようにフランスから承継され、その影響を強く受けたとは言いながら、その受け取り方は、「公益の代表性」と「法の番人性」ゲセルは、共通法時代の糺問訴訟からの脱皮として、フランス検事導入をとらえ、裁判機関に依る捜査が一機関に依る権力集中と断じ、この分割を更に捜査と公訴の分割に発展せしむべし、との論旨に立つが、それでいて、なお管理捜査権なる概念を捜査、裁判両機関に対する監督作用として肯定し、その根拠をプロイセンに定着した「法の番人性国家機関」という概念に帰属せしめたことは、フランスの予審と予審判事の関係においてどう説明するのか、また、個別捜査の否定と管理捜査間の「ひずみ」、警察、裁判両機関に対する「監督」作用は、「権力分立」に違反しないか、個別捜査の否定は、フランスの検事に依る司法警察そのものの運営をどう説明するか等の問題が残る。

〔3〕ロクシンの主張　この問題に対して、ロクシン、ペータースの最近の論旨は、明快な解答を与えている。前項で紹介した如く、ロクシンは、①検事は明文どおり、犯罪捜査の主体である。②改革素案に盛られた様な警察に依る検事への捜査不送致、第一次自手的着手と主体的独自捜査の終結後、その結果だけを検事に送付しているのは、飽く迄、事実上のことで、現実に捜査の実体が警察に傾いているに過ぎない。この実体が既に法律違反であり、法律違反が実体だからといって、法律をそれに合わせるのは本末顛倒である。③検事は「手のない頭」だから^{(52)の3}「手」をなくしては捜査はできない。捜査しなければ公訴はできない。命令権とその裏付けたる「補助官」„Hilfsbeamte“たる地位を「差別的」「刺激的」と受け取っての否定論であるとするならば、警察官の一定階級、一定範囲のものを一定条件の下で、検事直属の刑事警察官とし、その他の警察官の共助義務に依て捜査をさせる可きであるとし、現実にこれは裁判所基本法GVG152条に依て具体化されている。④検事

の法律上の地位は、ゲセルと違い、裁判機関とは異なる司法部judikativeであり、ただ裁判官の様な独立性や身分保障はなく、相互に下位者が上位者を代理する上命下服の関係にある。だから、(わが国でもいう) 検事一体の原則が適用され(フランスの大審裁判所検事局が共和国検事の下に、検事代理⁵³⁾ 検事補に依り一体として構成される意味とは異なる)、ヒアラルキーをなす機関であるから、ドイツの検事は司法機関Rechtspflegensorganと呼ばれる⁵⁴⁾ だからロクシンのいう国家機関としては司法官庁justizbehördeで、普通の行政機関でもなければ、第三権(=裁判所)でもなく、その中間に立つ独立の司法機関Selbständigesorgan des Rechtspflegeである。

だからこそ、被疑者、被告人に有利な捜査、上告権を持つ公益の代表者である。それ故刑事訴訟法上は「非当事者」なのだ^{54)の2}とするのである。

〔4〕ペータースの主張 またペータースは①については、ロクシンと同見解。ただし、刑事追行使命に関して、検事は警察と同質であり、検事は公訴官たると共に二重の性格を持つ。だから、行政目的にそって構築された刑事追行機関 Verwaltungsmäßig aufgebaute strafverfolgungsbehörde (警察と同じ刑事手続に従事する)と同時に、司法省に居て、裁判所にかかわる司法官庁justizbehördeである。この点、警察の組織と職務が内務省に属するのとは違うのである⁵⁵⁾ ②について、西ドイツ刑事訴訟法が検事を捜査の主体としているのは、捜査は実体捜査だけでなく、法律捜査の吟味を期待されており、犯罪の科学性は犯罪についての専門知識を必要とする度が増大し、その必要度に依り、現行の刑事訴訟法が制定されたため、捜査における比重が警察に大きくかかる結果になり、具体的には、警察が告訴を受け付け、独自に主体的に捜査し、終結結果だけを送検しているのは違法であり不当である。警察が合目的々に捜査した事件の結果だけの送付を受けて、公判を維持できる公訴の可否の判断はできない。立法者がもし、それで充分、検事は結果だけを受けて公訴提起だけすればよいと考えているのならそれは見当違いだ。だからこそ、②について検事は、警察捜査の結果を更に捜査しているのだ、とした上で、③についてこの様に、捜査の実体が警察に移ってしまった現在に於て、予審が廃止されたことは不幸である⁵⁶⁾ 予審に依る捜査、殊に被疑者、証人に対する尋問がなくなったことは、折角、警察捜査に於ける調書と、裁判官調書に証明能力の差をつけても、予審という中間手続の捜査が省かれてしまつては、検事は予審の主催者ではないから⁵⁷⁾ 予審判事なきあとの中間手続の主催者にはなり得ない⁵⁸⁾ しかも警察に対するチェックも充分でない以上、真実発見のための実効は挙らないというのである。もっとも、ゲセルは、この点について興味ある提言をしており、検事が「法の番人」として警察捜査を管理し、裁判の適正を監督するためには、科学捜査と犯罪についての新しい訓練が検事に必要であるとするのである。しかもその訓練は『卒業』という到達測定のある『課程』が必要であるという⁵⁹⁾ 彼は、また警察幹部が「検事が実態に即さない捜査をして、起訴するから、無罪判決が下されることがある。これでは自分達警察の努力は水泡に帰する。」という不満のあることも、この論拠とするのであ

る。ひるがえって、ペータースは、現行法上否定されている警察の強制処分 Zwangsmittel に触れ、フランスである程度認められた予備捜査 *enquête préliminaire*、監守 *garde à vue* に相当する仮逮捕 *Vorläufigfestnahme* の運用が事実上、強制処分規程を空洞化する危険を警告しているのである。事実、前述の様に、告訴、告発の受理権を含む第一次捜査着手権を取得し、捜査報告規定を空文化し、しかも、現行法上被疑者尋問に当って、検事のその場合には、弁護士帯同権があるのに反し、警察のその場合には、明文の規定が⁽⁶¹⁾なく、準用規定も、被疑者の任意退去権規定も欠いている以上、ペータースの指摘はもっともである。ゲセルは、これに対し、検事補佐官としての捜査判事の存在で、捜査調書に対し、公判調書の証明力の絶対的優位をいうが、⁽⁶²⁾前者は、強制処分を書類上チェックするにすぎず、現実には、既述の様に、警察調書がチェックスルーの状態で送検されている以上、少くとも軽微犯罪や中間犯罪（犯罪の大部分を占めていると、統計のいう）等軽微犯に対する起訴便宜主義 *Opportunitätβprinzip* の被疑者は、（一部の例外を除き）、起訴法定主義 *Legalitätβprinzip* をとる西ドイツにおいて、殆ど被告となり、前記の様な警察の意見がある以上、有罪になることになると思われる。この点、フランスの予備捜査 (*enquête préliminaire*) (Ord, n°60-529 du 4 Juin 1960) C.P.P.75、は、あく迄、共和国検事又は予審判事の着手迄の準備捜査であり、検事長の監督に服し (C.P.P.75) その捜査結果は尋問調書を含め、完全に検事又は予審判事に引継がれるのであり、共和国検事のチェックがある (C.P.P.77)。留置については (C.P.P.65, 68, 69, 72)、「監守」(C.P.P.154)⁽⁶³⁾もまたわが刑訴203条①の48時間の警察留置や StPO127条の仮逮捕 *Vorläufigfestnahme* とは趣を異にし、あく迄予審判事のチェックの下に許可される24時間以内の被疑者の身柄確保であって、予審判事の警察に対する共助嘱託 (C.P.P.151) に基づいている。ひるがえって、ゲセル教授は裁判所の職権主義を肯定し、その根拠として、「判決の基礎は公判審理でのみ定まるべきものであり、捜査機関の調書の証明力は公判調書に比べて、はるかに低く公判廷に於て朗読の対象となり得る範囲は制限が加えられている」ことを指摘され、⁽⁶⁴⁾その点ではペータース教授と同軌に立つものと思われる。ただ、それ故に、検事と警察の捜査権に転換があっても被疑者、被告人の刑事人権保護の上で大局的な影響がないとされている点が、それでは不十分とするペータース教授と逆である。またゲセル教授は法律の規定する非当事者主義を支持され、その見解の下に検事の非当事者性と糺問性を肯定され、検事の非当事者性は「法の番人性」に帰納されるから、検事の「管理捜査権」（＝国家機関としての対警察、対裁判所監督作用）、それにつながる「警察に対する下命権」の支持。以上を総合して「検事」を「警察（捜査）と裁判所の中間指令所」化に依る問題解決をはかるのに対し、ペータース教授は、警察に依る非公式捜査は人権侵害のおそれありとして、その抑止機関として「予審判事」と「予審」を再評価しており、現行のフランスの刑事手続に近い発想が見受けられる。またロクシン教授は現行法上の検事の捜査主体位置を現実に確立し、その手足たる補助警察官の確保に改革の方向を示したと解される。

〔5〕私見 以上、要約すると、西ドイツの現状は、「検事」について、国家代表＝公益代表＝「法の番人」故に職権主義、故に非当事者、だから（予審判事的な）糺問主義の肯定が「真実発見の責務」と符合し、その範囲内で積極、消極をとわず違法執行の対象となっている被疑者、被告人の救済という図式が想定される。その様に考えると、ゲセル、ロクシン、ペータース共に理念に於ては変わらず、その方法論に於いて相違があるに過ぎないともいえる。この点、西ドイツに「検事」制度をもたらした祖法国のフランスでは、「検事」は、民衆訴訟のパートナー（私訴との関係で）、社会利益代表（私人と国家を法律上、対等の人格と見るから）⁶⁵⁾ 当事者主義と弾劾主義をとり、検事は当事者であり、捜査段階で予審判事に依る強制処分をチェックと採証証拠に対する吟味があるから⁶⁶⁾ 検事は前記の公益性はあるが、公訴提起後は原告性に終始、徹底し、被疑者、被告に対する「真実発見」等の名における保護的活動の責務はない。

しかし、捜査の実力行使機関としての警察（西ドイツ刑事警察）、（フランス司法警察）が西ドイツでは検事の「補佐官」乃至「補助者」であるのに対し、フランスでは、司法警察そのものが組織体として、検事に依て管理され、運営され、指揮され、その執行の適法性は常に予審判事と共和国検事に依てチェックされることで、当事者主義の欠陥が予審判事という、公の法律専門家に依て補足され、被疑者と告訴、告発者（私人の場合）が共に保護されている点に根本的な相違がある。長短は別として、治罪法時代と旧々刑事訴訟法時代にフランスに範をとり、旧刑事訴訟法時代にドイツに範をとったわが国の検事の地位は敗戦後、合衆国の影響を受けた為に前二者の折衷として、公益代表、国家訴追、起訴独占、当事者主義的非当事者、捜査主体は二本立て、警察との間に上下性なしとされ、（事実）一次捜査は警察、送検後の公判維持可能性確認目的の為の捜査（法律捜査）と補充捜査（法律捜査）は二次的で、その責務は専ら分業としての公訴提起、公判維持に絞られ、しかも英米法の私人訴追や大陪審⁶⁷⁾ 小陪審（審理陪審）は一切みとめず、私人の司法参加も排除という大陸法ならず英米法ならず、本来、訴訟当事者でない警察の「当事者」主義が強調されている現在、現時点の西ドイツにおける「犯罪捜査機関としての地位論争」は、わが国の将来に大きな示唆を与えるであろう。

注

- (1) 田和俊輔：1978年以降の西ドイツに於ける検事の地位と刑事警察の関係考証—祖法国たるフランス、旧刑訴承継国たるわが国とのかかわり—刑法雑誌26巻3・4号、昭和60年7月15日、429—451頁
- (2) Karl Heinz Gössel, Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstattlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, Christian Schöneborn, Strafprozessuale Wiederaufnahmeproblematik, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck) Tübingen, 1980, S. 326 ; Ernst Carsten, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 299, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart Breslau, 1932 SS. 15-17

- (3) Gössel, op-cit., Überlegungen, SS. 326-328 ; Carsten, op-cit., S. 24
- (4) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 327, Carsten, op-cit., SS. 17-18
- (5) Gössel, op-cit., Überlegungen, SS. 332-333
- (6) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 334
- (7) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 334
- (8) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 336
- (9) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 339, 341
- (10) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 339
- (11) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 18. Auflage, München, 1983, S. 48, S. 52 Karl Peters, Strafprozess, Ein Lehrbuch, Heidelberg, 1985, SS. 182-183 (12)Karl Peters, op-cit., strafverfahrensrecht, S. 533., Die Beseitigung der Voruntersuchung wäre *verhängnisvoll*, wenn sie unter *Übergebung der Staatsanwaltschaft* zum *allgemeinen polizeilichen Ermittlungsverfahren* führen würde.“ (13)(14)Claus Roxin, op - cit., Strafverfahrensrecht, 18, S. 52 „Nach der Konzeption des Gesetzgebers *liegt also die Leitung der Ermittlungen ganz in der Hand der StA*, die nur für einzelne begrenzte Ermittlungsaufträge die Polizei heranzieht. *In der Praxis* ist das Ermittlungs-verfahren weitgehend in die Hand der Polizei *übergegangen*. Häufig führt sie die *Ermittlungenselbständig* und übersendet *erst nach ihrem Abschluss* die Akten an die StA, die dann nur noch entscheidet, *ob sie das Verfahren einstellen oder Anklage erheben will*. Das ist *bedenklich*, weil es die *justizbehördliche Leitung des Ermittlungsverfahrens in Frage stellt*. Es wird daher künftig not wendig sein, an die StA eine *Stab erfahrender Kriminalbeamter* derart abgeordnen, daß sie der alleinigen *Weisungsgewalt des Staatsanwaltes unterstehen* und die Ermittlungsarbeit nach seinen Direktiven unter Zuhilfenahme der übrigen Polizeibehöden unmittelbar in seinem Sinne leiten Können.“
- (15) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 337, S. 334
- (16) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 347
- (17) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 347
- (18) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 348
- (19) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 349, Eb. Schmidt, I, Rn. 95a. a. O.(Anm. 29); V. Savigny im Volum vom 17. 12. 1845 und in dem erwähnten promemoria vom 23, März 1846, Jeweils Zitiert nach Otto, S. 36, 43 a. a.O. -Anm. 10.
- (20) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 349, Vgl. Rieß, S. 197a. a. O.-Anm. 8.
- (21) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 349
- (22) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 349
- (23) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 350
- (24) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 350
- (25) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 350
- (26) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 350
- (27) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 351
- (28) Roxin, op-cit., Überlegungen, Strafverfahrensrecht, S. 48
- (29) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 351

- (30) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 351
- (31) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 351
- (32) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 351, Kuhlmann, DRiZ 76, 265 ; s. a. Kürzinger, Private Strafanzeige und polizeiliche Reaktion 1978, S. 236f.
- (33) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 351, Roxin, op-cit., Strafverfahrensrecht, 18. Auflage, S. 52 Peters, op-cit., Strafprozeß, SS. 182-183
- (34) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 351, なお Peters, op-cit., Strafprozeß, SS. 182-183., Die Polizei führt daraufhin die ihr erforderlich erscheinenden Ermittlungen durch und übersendet die Vorgänge an die Staatsanwaltschaft. In derselben Weise verfährt die Polizei bei von ihr selbst ermittelten strafbaren Handlungen. Nach Eingang der polizeilichen Vorgänge prüft die Staatsanwaltschaft, ob die Ermittlungen vollständig sind. Der an sich der StPO vorschwebende Weg, daß die Vorgänge *zunächst ohne Ermittlungen der staatsanwaltschaft vorgelegt* und von dieser dann die Ermittlungsanordnungen getroffen werden, *hat sich nicht durch gesetzt*. Die Machtverschiebung zur Polizei hin hat sich aus der, Kraft des Faktischen "ergeben. Dennoch bleibt bestehen, daß der *Staatsanwalt nach unserer Strafprozeßordnung der Herr des Ermittlungsverfahrens* ist und die Verantwortung für die Verfahrensdurchführung nicht nur in *rechtlicher* Hinsicht, sondern auch in *tatsächlicher Hinsicht* trägt.
- (35) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 352, In Justiz und Polizei (Anm. 52), S. 22
- (36) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 352
- (37) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 352
- (38) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 352
- (39) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 352, Vgl. Rupprecht, Die Polizei 1974, 270, 272
- (40) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 352, Rupprecht a.a.O.-Anm. 147
- (41) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 353
- (42) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 353
- (43) Peters, op-cit., Strafprozeß, S. 161
- (44) Roxin, op-cit., Strafverfahrensrecht, S. 47
- (45) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 353
- (46) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 353
- (47) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 353
- (48) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 354
- (49) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 354, Vgl. Görgen, DRiZ 1976, 296, 298 ; Kuhlmann, DRiZ 1976, 265, 267 ; Mösch, Kriminalistik 1978, 547, 548f.; Kohlaas, S. 83a.a.O.-Anm. 8
- (50) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 354, Zur Enttäuschung der Polizei, Vgl. Sessar in : Polizei und Justiz, S. 25, 26 a.a.O.-Anm. 52
- (51) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 354, Vgl. dazu Hirsch, in: Polizei und Justiz, S. 131 a.a.O.-Anm. 52, S. a. Gössel, GA 1979, 241, 243ff.
- (52) フランス刑事訴訟法Code de Procédure Pénale以下C.P.P.と略す1条に依り, 公訴が, 2条に依り私訴が刑事裁判所Tribunal répressifに対して同一の犯罪行為に対して, 各々独立に提訴できる。Jean-Claude SOYER, Droit

Penal et Procédure Penale, cinquième édition, L. G. D. J. France, 1977, P. 395, P. 234, 221, 225, 229, なお, 沢登佳人, 沢登俊雄, 新倉修訳, フランス刑事法〔刑事訴訟法〕成文堂, 昭和57年12月10日, 73頁 検事が社会の代表者であるが故に特殊な原告当事者であることは, C.P.P. 6 ③, 84, 86, 175, 82①, 185, 190なお前出, 沢登佳人, 沢登俊雄, 新倉修, 86頁, なお, Jean-Claude Soyer, op-cit., P. 217→“L'expression 《ministère public》 possède un double sens. D'une part, elle désigne l'ensemble des magistrats *chargés par la société* d'exercer les actions publiques ; d'autre part, elle désigne le magistrat qui, à une audience déterminée, représente la société. Le ministère public est une institution commune à la procédure pénale et à la *procédure civile*, mais son rôle est beaucoup plus important en matière pénale. C'est lui qui déclenche l'action publique, surveille la *marche du procès pénal*, exerce les *voies de recours*, assure l'exécution : la notion de Ministère public ; le droit du Ministère public à l'exercice de l'action publique.

- (52)の2 ただし, 解釈論としては, C.P.P.346と458で原告官として証拠提出と科罰請求権を責務としながら, 一般利益に配慮する任務上, 正義の利益に適合すると判断して, 刑の言渡よりもむしろ無罪放免を求めることもできるだろうとの説がある。Gaston Stefani, Georges Levasseur, Droit pénal General et Procédure pénale, Tome II, Procédure Pénale, Dalloz, 1975, P. 100
- (53)の3 Claus Roxin, op-cit., Strafverfahrensrecht, S. 50
- (53) Jean-Claude Soyer, op-cit., P. 218
- (54) Claus Roxin, op-cit., Strafverfahrensrecht, S. 47., Die StA ist eine *Justizbehörde*, die weder der Exekutiv noch der dritten Gewalt zuzurechnen ist, sondern als selbständiges Organ der *Rechtspflege* zwischen beiden steht.
- (54)の2 Claus Roxin, op-cit., Strafverfahrensrecht, S. 48, StPO 160(2)と285(2)について
- (55) Peters, op-cit., Strafprozeß, S. 161
- (56) Peters, op-cit., Strafprozeß, S. 533
- (57) Peters, op-cit., Strafprozeß, S. 533
- (58) Peters, op-cit., Strafprozeß, S. 533
- (59) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 354
- (60) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 353
- (61) StPO163a(3)の検事尋問にはStPO168cが適用される旨明文があるが, StPO163a(4)の警察尋問については, その旨の規定がない。
- (62) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 301. 305. 533. なお, 検事が捜査判事 (Ermittlungsrichter) をして強制処分を吟味させ得る点については, Kleinknecht/Meyer, Strafprozeßordnung, München, 1983, S. 169 調査の証明力は裁判所にかかっていることについてはStPO250, 251, 274, 公判調査以前のものは, 公判調査に依てのみ証明され, それ以外は, 滅殺証拠によるだけである (StPO274)。なお検事の捜査調査Ermittlungsaktが捜査判事に提供されなければならないのは (StPO173(3)), 裁判所は, 調書を見て始めて事実関係を知り, 検事はその調書を提出することに依て, 裁判所は詳細に審理できるからである→Peters, op-cit., Strafprozeß, P. 537 この点, StPO163では全く強制処分権Zwangsbefugnisを認められていない警察はStPO127 II で勾留状Haftbefehl又は強制収容令状Unterbringungsbefehlが出されている場合に, 仮逮捕 Vorläufigfestnahme 権を認められており, その他の場合は裁判所構成法Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) 152条で検事の補佐官Hilfsbeamteとしてのみ差押え, 搜索, 身体捜検が出来るが, 警察の補助的機能とされている。強制処分権は一義的に判事から検事迄にあり, 警

察は緊急の場合に限定されている (StPO127II, 98 I, 105 I, 81a, 81c) ただその前提となる写真撮影, 指紋採取等は身体的な刑事手続の目的として必要な限り StPO81b で認められている → Peters, op-cit., S. 183

- (63) 但し, 沢登佳人教授は, 予備捜査の危険性を指摘し, 「それが本来予審処分に含まれる範囲にまで拡大されるようになると, 予備捜査が予審の不備を補い, その結果予審手続における諸々の保障を被疑者から奪うことになるという理由によって, まさに, 予備捜査は個人の自由にとって危険だと思われる。この捜査は, 社会の利益にとっても危険である。事実, 以前には見られなかった一定の強制的効力を予備捜査にもたらした刑事訴訟法典の改革の後でさえ, 予備捜査には真実発見にとって有用な形式, たとえば証人の宣誓といった形式が脱落している」とされる → 前掲, 沢登佳人, 沢登俊雄, 新倉修訳, フランス刑事訴訟法 211 頁。

教授は更に『監守』とのつながりに言及され, 「予備捜査の段階で, 聴問を受けた者は『協力を拒絶する自由を事実上, 有していない。』つまり『監守』に付されるであろうという見込みは, 警察や憲兵に質問された事項につき応答するか否かの自由は与えられていない様な一種の威嚇の効果をもたらす」「立法者が予備捜査の過程で『監守』という処分を認めたことは理解しがたい。『監守』に付されている者がこのような尋問を受けて犯罪事実を認める供述をすることがありうる。そうであれば, むしろ予審判事が取調べる方がその者の防禦権の保障にとって望ましいと思われる。にもかかわらず破棄法院が『予備捜査の場合でさえ, 証人としての被疑者の取調 (故意に遅らされた嫌疑 inculpations tardives) およびその手続の無効に関する刑事訴訟法 105 条の適用がない (Crim. 17 Juli 1964, J.C.P. 1965 II. 14028. note P.C.)』としたことを批判する」前掲沢登佳人, 沢登俊雄, 新倉修訳, フランス刑事訴訟法 214 頁, なお監守の規制手続違反を刑事訴訟法典が無効としないことにつき, 前掲, 沢登 216 頁 Crim. 5 Janvr. 1973, aff. Friedel, D. 1973, 541, note Roujou de Boubée., Levasseur, Ann. fr. dr. Homme, 1973, P. 324) なおこの点について予審判事の捜査権については, その臨場がある限り, 共和国検事も, 司法警察官も捜査業務を免責されるが, 警察官に続行させることを好まなければ自ら介入捜査が可能で (C.P.P.72), ソイエ Soyer は次の様にいう “C'est donc le juge d' instruction, et lui seul (s'il me préfère pas laisser la Police judiciaire poursuivre ses opérations), qui mènera de sormais l'enquête.” – Jeax-Claude Soyer, op-cit., Droit Penal et Procedure Penale, P. 270

これは, 警察の便宜, 自主的非公式捜査は人権侵害という新たな犯罪を招来するおそれがある。それを防止するためには, 予審判事の捜査の方が人権を消極的に護る結果になるという主張で, 弾劾主義や当事者主義を人権上必須とするサイドからは反論が必至だが, 前述ベータース教授と軌を一にし, ゲセル教授も, 仮逮捕についての私の質問に 1987 年 2 月 20 日付書信を以て次の様に答えられた。曰く「警察官が被疑者を不法に苦しめたということはドイツの法廷でも見出される。しかし, この様な誤った負担に対抗するのが同時に裁判所と検事の任務である」 „Daß Polizeibeamte Beschuldigte hin und wieder zu Unrecht belasten, kommt freilich auch in deutschen Gerichtssälen vor; es ist jedoch zugleich Aufgabe des Gerichts und der Staatsanwaltschaft, solchen fellenhaften Belastungen entgegenzuwirken.“ 「しかし具体的な利益から被疑者が強制された嘘や自白をすることはないとはいえず, ただ判決の基礎は, 公判審理でのみ定まるから実害はない」 „in Deutschland ist das sehr selten der Fall, praktisch nur dann, wenn sich der Beschuldigte davon konkrete Vorteile verspricht (etwa eine mildere Strafe). Nach der Strafprozeßordnung darf zur Grundlage des Urteilspruchs nur das Geschehen in der Hauptverhandlung gemacht werden, so daß fehlerhafte oder gar erzwungene Geständnisse im deutschen Strafverfahren praktisch keine Rolle spielen.“ とされる。これは証拠の吟味という最広義の「捜査」概念は公判, つまり裁判所の判断に帰するとしているわけで, 予審は糾問の意味で否定しても, 「ドイツは継承法 Rezeptionsgesetz (1490 年頃の) に依て 500 年前から当事者訴訟 *Parteiverfahren* が廃止されているから ~ Das Parteiverfahren wurde

in Deutschland vor etwa 500 Jahren~abgeschafft.~検事は当事者ではなく、検事にみとめられている糺問性も真実発見の捜査をする責を果すためである。」、~Deshalb kann die Staatsanwaltschaft gar *keine Partei des Strafverfahrens* sein und sie ist es auch nicht. Aufgrund der auch *für die Staatsanwaltschaft geltenden Inquisitionsmaxime* ist die Staatsanwaltschaft *zur Ermittlung der Wahrheit verpflichtet.*“とされている。

- (64) Gössel, op-cit., Überlegungen, S. 354, StPO250の捜査機関の尋問調書の公判廷における朗読義務と251, 253, 254の例外。
- (65) Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi, La Constitution de la Cinquieme République, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1985, P. 12, 23, 61, 75
- (66) シヤムボン Piere Chambonに依れば、「予備捜査は、公式のものでないから、訴訟の公正さを保てない。それに反し、予審判事の調書は詳細な点に至る迄、公式のものであり、厳正で訴訟の公正を保つ。しかも予審廷に於ける被告の防禦権は保障され、当事者間の証拠合意が後日覆えされることもない。それは予審が公証され、非公開で、かつ記録が残されるからである。だから被告の防禦が法律上、完全である以上、判決前の手続であるからといって遺洩はない。予審は、ガロー教授Garraudの説では「時間がかかり、複雑であるとされるが、予審判事だけが行使できる強制力に依て予審を提議するときの予審は残しておく必要がある。」という。「また警察や憲兵の取調では暴力や無法が被疑者の自由を奪い危胎感を与えることがあり、逆に司法官の取調は、その法律上の位置と資質から純粋な心証を得、疑問点や虚構性や物心両面で暴力に依る疑が残ることはあり得ない。調書の証明力が警察、憲兵の取調に比べてはるかに優位に立つのはこのためである。」とする。以上 Piere Chambon, *Le juge d'instruction*, 2^e édition, Dalloz, 1980, PP. 46-48 なおこの点、ナジャリヤンKrikor Najarianに依れば、「捜査判事こそ公共の安寧と、個人の尊厳のために自由への侵害を排除する役割を果す」としている→Krikor Najarian, *L'Autorite de la Chose jugée au criminel sur le criminel*, Paris. Librairie Générale De Droit et De Jurisprudence, 1973, P. 293
- (67) 「イギリスの大陪審が18世紀末に警察権と訴追権を持ち、起訴の可否を事前にかつ詳細に非公開で捜査する機関として設立された」—Piere Chambon, *La Chambre d'accusation*, Manuel Dalloz de Droit Usuel, Paris, 1978, P. 4

Zusammenfassung

Über das gegenwärtige Verhältniss zwischen Staatsanwaltschaft als Verbrechenermittlungsorgan und Kriminalpolizei im Bundes Republik

am31, Mai., 1987

Schunsuke TAWA

Auch ab 1978, in der der Entwurf begründet am Bericht das Verhältnisses zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei nach Bundestag erreicht, ist der Staatsanwalt „, der Herr im Ermittlungsverfahren,“ StPO 160 und ist „der Staatsanwalt berechtigt durch die Strafverfolgung über die Polizei, StPO 161 und ist das Gesetz am StPO 163 (2) auch, daß die Polizei die Ermittlung ohne Verzug nach die Staatsanwaltschaft übermitteln muß, immer noch nicht geändert. Aber von der Betracht, über das Fach, daß die Polizei den Text „das Gehilfsbeamte

der Staatsanwaltschaft“ als „Reiz“ und leizbar empfindet, ist regeltiert GVG152, daß das Gehilfsbeamte der Staatsanwaltschaft ist keine ganze Polizei, sondern einen Umfang, eine bestimmte Klasse, und eine erfahrungene Polizeibeamte, die die Staatsanwaltschaft regelmässig ordiniert.

Aber, über rechtswissenschaftlichen gibt es viele über haupte Vorschläge. Jetzt sieht es mir aus, daß es überhaupt drei Trends gibt, namentlich Prof. Dr. und Richter Karl Heinz Gössel, Prof. Dr. (ehe Staatsanwalt) Karl Peters, und Prof. Dr. Claus Roxin. Prof. Gössel behauptet, daß Staatsanwalt das Konkrete Ermittlungsbefugnis, besonders das erste Eingriffsbefugnis vorsichten soll, und als das Ersatz das Kontrollbefugnis über die Ermittlung durch Polizei halten soll, und, daß um den Zweck zu erreichen, ist es ganz nötig, daß Staatsanwaltschaft in Strafverfolgung das Weisungsrecht auf die Polizei. Er sagt, daß „wenn es keine Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft gibt, würde sie nur Aktenpapierbearbeiter sein, und könnte sie gegen unrechliche oder in praktischer Weise Ermittlung auf den Anlaß von Unrecevierung gegen Anzeichnung Beschuldigte, Anzeicher nicht schützen, und Angeklagte gegen unrechliche Aburteilung durch Richter nicht schützen auch. Er sagt aus diesem Grund, daß Staatsanwalt das Neugeborene des Verwaltungszweispaltes ist, und besonders als Abseitigung des gemeinrechtlichen Inquisitionprinzips aus Frankreich übergesandet würde. Daher um das Geist zu desto entwickeln ist es hoffnungsvoll das Ermittlungsbefugnis der Staatsanwaltschaft vorsichten zu lassen.

Nach Gösselsbeobachtung, bildet der Staatsanwalt die Verwaltungsbehörde als „Gesetzeswächter“ heißt durch Uhden, Savigny am 1848, wohl aber kein drittes Organ (als judikative Rechtspflegensorgan). Er sagt daher, daß durch Setzung Staatsanwaltschaft zwischen Exekutive (Ermittlung, Polizei) und Gericht entfernt, lassen wir den Staatsanwalt als Schaltstelle zwischen die obengewählten Beiden, als Gesetzeswächter werken und, damit daß, Können wir Staatsanwalt keine Partei lassen sein. Dagegen, sagt Prof. Dr. Claus Roxin, daß Staatsanwalt der Herr im Ermittlungsverfahren ist, und daher, dass es bedenkable ist, daß Polizei unabhängig von Staatsanwaltschaft, und selbständig ihre Ermittlung leisten und erstens nach Abschluß ihre Ermittlung der Staatsanwaltschaft übersenden. Dann, um diese Unfähigkeit zu vermeiden ist es hoffnungsvoll, daß Staatsanwaltschaft ihre verfügbaren Polizeien als ihre Hilfsbeamte, die unter ihre Weisung geneigt und mit der übrigen Polizei bearbeitet, und Ermittlung leistet, halten kann, weil der Staatsanwalt, „Kopf ohne Hand“ ist. Nach Roxin, ist der Staatsanwalt judikative (kein Richter), der Hierarchie macht, und zwischen Obersten und Geordeneten einander vertretet. Daher ist er Rechtspflegensorgan, und dadurch, daß er günstig den Beschuldigte ermitteln, oder Rechtsmittelbefugnis leisten kann, ist er keine Partei, der Representative des Publikbenedigung und das dritte Organ. Und Prof. Dr. Karl Peters sagt, daß der Artikel „Staatsanwalt ist der Herr im Ermittlungsverfahren“ zeigt, daß wir nicht nur faktische Ermittlung, sondern auch rechtliche Ermittlung suchen. Daher ist nur Übersendung des Beschuluß der Ermittlung durch Polizei den Staatsanwalt Publikklage treffen zu lassen, und daher muß Staatsanwalt ferner ermitteln. Peters sagt ferner, daß, wenn die Überweichtung nach Polizei groß macht, ist die Abschaffung der Voruntersuchung verhängnisvoll, weil Staatsanwalt kein Ersatz des Voruntersuchungsrichters macht, und durch sein Gohör verliert Beschuldigte die Gelegenheit, sich zu helfen.

Letztens, zum Schluß, sieht der Verfasser, daß im Bundes Republik Deutschland, jetzt, „Staatsanwalt der Herr des Ermittlungsverfahrens ist,“ daß aber, in der Wirklichkeit, Übergewicht nach Polizei ist. Wenn gleich

konkrete Ermittlungsbefugnis als Eingriff vom Staatsanwalt abgeht, ist der Direktion der Vorschläge für Reformation, daß das Kontrollbefugnis (wie hoher Ermittlungsbefugnis) zusammen Weisungsrecht auf Polizei affirmative ist, und um davon über die Schwerlichkeit und Wissenschaftlichkeit in Kriminalität Gebrauch zu machen, bedarf man der besonderen Schulung dem Staatsanwalt gegenüber, oder soll Sachkenntniskenner als Assistent des Staatsanwalts oder die Polizei als Hilfsbeamte des Staatsanwalts sein.