

西ドイツ検事の法律上の地位と捜査権

田 和 俊 輔

(昭和60年5月31日受理)

I 現在の検事の法律上の地位

現行法上、法執行の司法機関で、法宣言の司法機関ではない。では純然たる行政機関かという
とそれは「法の番人性」から否定される。だから結論的に行政機関と司法機関の中間の法律執行
機関ということになる。

1 法律執行の司法機関性

検事は憲法 G G 97条①が「裁判官の独立は地位に対する一切の行政部の干渉を排し」「また立
法機関の干渉なく法の宣言を保証される」とするに対し、公務員大綱法 BRRG37条②にいう行
政機関である。すなわち階級別の上命下服関係を有し、リュースピング Hinrich Rüping に依れば
「裁判官を異質な訴追活動から解放させる官職」とし、⁽¹⁾上命下服については、裁判所構成法
GVG146条が「検事はその上位者の命令に服従すべき」をいい、147条が「連邦検事総長が司法
大臣に州検事が州司法省に隸属し、州上級裁判所検事局検事長と州裁判所検事局の検事正は管
内の区裁判所検事局検事を指揮できる」ものとする。また訴追上の法律執行権能については144
条が「検事局は複数の検事から成り、検事長、検事正に任命された者が庁務を代表執行するが、
具体的な職務執行は個々の命令を待たず各検事において執行できる」としている。この執行権
について、クラインクネヒト Theodor Kleinknecht は、「検事の組織、職務規範 Org St-A142
条⑧を根拠に、それを行政権の作用とし、144条に依り、裁判所に対しては無制約に行使できる」^{(1)の2}
ものとする。

2 法の宣言をする司法機関ではない。

ゲセル Karl Heinz Gössel は、シュミット Eb. Schmidt の言葉を借りて、「検事の起訴、不
起訴の決定権を判決権になぞらえるのは間違い。」「事実関係では陪審評決が法律関係では判決
がそれだけで裁判所の判決を完成できない。法律効果から明らかなように、両者共、検事に依

る判定を欠いているからだ。』とする⁽²⁾この主張は検事は、法宣言機関そのものではないが、その前提となる法律判断はしているのだから広義の司法機関であるということを意味している。この裏付けとしてシュミットは、「裁判所と並んで、検事は独立した司法機関で、機能的には、法宣言機関に対立する立場をとるものであり、組織的にも、法宣言機関に所属しない。このことは憲法 GG92条の『司法権は、これを裁判官に委任する。』や GVG150条の『検事は職務執行上、裁判所から独立する』という規定だけでなく、『法の宣言の概念は、およそ検事の責務に全く親しまない』という原理に由来するからだ」とする^{(2)の2}。

3 純然たる行政機関ではない。

(1) これは1846年のサビイニイ V. Savigny に始まるドイツ伝統の「法の番人性」の概念からの発想で、リューピングは「法を守る為には、検事は国家利益に必ずしも拘束されない⁽³⁾として刑訴 StPO296の2を引用し、またシュミットは「検事の任務は法の理念と、厳格な正義の実現であり、それ故検事は『法の番人』たる可く、公判に於いては被告に対し、法の完全な適用を目ざし、同時に被告の保護者でもあるべく、そのためには起訴以前の警察活動に迄、介入すべきもの^{(3)の2}」とする。

(2) 中間の法律執行機関ともいえる。

ロクシン Claus Roxin は「検事は行政機関でも法宣言機関でもなく、両者の中間の独立した司法機関たる司法行政官庁である。GG92条や訓令拘束性だけでなく、特別な判事的任務から判決権を除去したものが検事だ⁽⁴⁾とし、その根拠として彼は GG97と GVG146を引く。^{(4)の2}

4 現行法上の犯罪捜査機関である。

(1) 捜査主体性：起訴決定後、StPO160①に依り、検事は公訴準備をする必要があれば、その事実関係を追及しなければならない。事実関係の追及は、被疑者を被告として判定し、訴因の罪体を一致させる活動だから、この活動は事実捜査であるといえる。だから検事は捜査の主体、Herr des Ermittlungsverfahren“といえるし⁽⁵⁾また刑事訴訟法StPO160①は嫌疑ありと考えられた時点で、捜査手続の全部が検事の手委ねられるとするから、この点からも捜査の主体性が肯定される。

(2) 固有捜査権：独立捜査着手権、捜査のため、あらゆる官署から報告を求め、証人を出頭させ、StPO161起訴独占で審理を開始させそれを根拠に被疑者に出頭を命じStPO163 a (3)証人、鑑定人を出頭させ、証言、鑑定させ、GVG161 a(1)、StPO81被疑者の身体捜検をすることができる。

(3) 捜査指揮権：公訴提起のために捜査は不可欠であり、検事は被疑者を尋問するため勾引状

を発し、特別な階級にある警察職員を捜査の補助者として使用することができる。StPO160, 170, GVG161以下, GVG152。

- (4) 捜査目的のための警察使用権：捜査目的のため、警察を補助者として使用する権利は StPO161, GVG152, StPO161 2段では警察の全職員、全官庁が対象とされ、GVG152はこの範囲を明言していない⁽⁶⁾。そのために検事の捜査指導権は縮減されたともいえる⁽⁷⁾。その結果、指揮権の対象は、全警察でなく、一般警察官よりも捜査権限の強い補佐官たる者のみを対象とするのが通説である⁽⁸⁾。但し個別か集団か争われ、StPO161の命令権と GVG152の補佐官 Hilfsbeamte との区別は可能か、指揮権の州法レベルでの統制が可能かも争われている⁽⁹⁾。しかし現在 GVG152(2)を見る限り、後段でこの官に任用し得る年齢や、資格取得機関在任年数まで規定しているから、論者としては前記通説のように解したい。

- 5 捜査判事 Ermittlungsrichter への依頼権：万一裁判官に依る審問が必要なときは、捜査判事に委嘱できる StPO162, 169。捜査判事とは検事の捜査に協力する区裁判所判事 Amtsrichter をいい、検事の申請で押収、勾留等を命じ証拠保全措置権を持つが、StPO162, GVG120で、州上級裁判所 Oberlandesgericht や連邦通常裁判所(連邦最高裁) Bundesgerichtshof などの管轄事件の場合、前者にあつては、州上級裁判所判事を、また検事総長 Generalbundesanwalt が捜査する事件にあつては、連邦通常裁判所判事が捜査判事となる。この制度の問題点は下記の通りである。

(1) 検事の指揮権の弱体化

指揮権の対象を特定警察官に限る措置をとると、検事の警察に対する指揮権が間接的になり、弱体化するのだがクライnkネヒトは命令権の限界を StPO152②の法定主義に求め、「業務監督は執行の適法性の監督である。同条の裁量権外でも、判断のつかぬときはみとめられるが、公判での証拠評価や吟味が証拠開示の結果求められたとき、当該事件にかかわらなかつた上司の代理検事が命令権の行使をすることは禁じられ、しかも検事の捜査において、社会利益の評価には、代理者の命令権が及び、その場合でもその上席者は右処分取消はできる。そして処何なる場合も、命令権者は、司法目的に反する目的や、正義と事実に反する考慮から、命令してはならず、法の意思のみを代理し、国家の政治的意思は代理してはならないとする。^{(9)の2}具体的な捜査処置命令が裁判官にのみ留保されている場合 StPO114①勾留状の発行、郵便物の差し押え等)に、捜査判事に委嘱していない場合なら、緊急事件として検事が処理できる場合でも、捜査判事が委嘱されている以上、検事はこのような強制捜査の執行を捜査判事に依頼するだけで、執行の決定権そのものは捜査判事にある。」(StPO162)

- (2) 捜査判事に対して検事に指揮権はない。

たとえ検事の依頼に応じた捜査活動の必要性や合目的性を捜査判事が再審査しようとしな
い場合、或いは依頼された事項の法律捜査をしない場合でも、検事は抗告 *Beschwerdeweg* が
できるに過ぎないと解釈されている⁽¹⁰⁾

6 官庁から通報を受け、裁判所の援助を受ける権利

(1) 全官庁から通報を受ける権利

検事は全ての官庁から通報を受け (StPO161) かつ取調べ中の事件の行為を法律的に評価す
る為に裁判所の援助を受けることができる。(StPO160③)

(2) 裁判所の特殊な援助を受ける場合

裁判所の特殊な援助を受ける場合がある。「援助」という言葉が適当であるか否か論者も確
言できないが、StPO165に依れば、前記の捜査判事が所掌検事に会えず、かつ緊急を要する場
合は、捜査判事が独立した捜査活動をする権限がある。このような行為をする判事を俗に「緊
急検事」⁽¹¹⁾ *Notstaatsanwalt* と呼びロクシンは「捜査判事も「緊急検事」も検事の捜査に当っ
ての補助者 *Gehilfe*」とするに対し、ゲセルは「捜査判事はその職能から見て補助者ではない」
とする⁽¹²⁾ ゲセルに依れば、「強制処分権は現行 StPO が原則として検事及び刑事警察官に認め
ておらず、執行義務があるのみである。現行法の捜査判事は、従来、旧予審判事
Untersuchungsrichter が行ってきた個々の職務、すなわち判事にのみ留保されて検事には認
められなかった処置 (= 強制処分)、それも最も強力な処置を、検事に手続主催者の地位を譲
らずに可能にするために認められたのだとする⁽¹³⁾ なお「緊急検事」に近い制度としてわが国
の旧裁判所構成法がその18条①で「各区裁判所ノ検事局ニ検事ヲ置ク」。②で「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」、
としていたことと、旧刑訴255に依り捜査上の強制処分権は所属地域の予審判事、所属区裁の
判事に専属させながら、(同123条の要急事件にあっては)、例外的に検事が自ら勾引状を発し、
又は司法警察官に命令、囑託できることにしていたのと性格を一にする。要するに、旧刑訴
255の「予審判事」を現行 StPO162, 169の *richterlich*, *Ermittlungsrichter* と StPO114の
Richter に置き換えて見るとまた前記旧裁構18条②前段を StPO165に置き換え、その上で
StPO133の被疑者尋問を基礎に StPO161 a の証人、鑑定人に対する検事の召換権を見、また
StPO163 a の被疑者尋問権を133~136 a の被疑者勾引につき合わせて見ると、前記1974年12月
9日の予審廃止後のドイツ刑訴における捜査段階で強制処分が判事のほかに検事に認め
られるようになったことと「また警察には検事の命令を受けた場合にのみ、みとめるが勾引
Vorführung (召換に応じない場合の強制手段としての拘禁) *Festsetzung der Haft* (StPO
161 a 2) と(後日の証拠評価上決定的な格差のある)「宣誓付きの尋問権」は判事に留保 (StPO

161 a 1)する形式を見ると、前記わが旧刑訴123及びこれを受けた旧司法警察職務規範(大正12年12月司法省刑事局刑事10092号司法大臣訓令)83条「司法警察官又ハ其ノ職務ヲ行フ者刑事訴訟法123条各号ノ場合ニ於テ勾引ヲ必要トスル事情アリト思料ストキハ速ニ其ノ旨ヲ検事ニ報告スヘシ、検事ノ命令ニ因リ発スル勾引状ニハ命令ヲ為シタル検事、職、氏名及命令ニ因リ之ヲ発スル旨ヲ記載スヘシ」とのつながりの近似性に気付くのである。

要するに司法部に属する判事に捜査段階で関与させても何等司法権の独立、裁判官の独立を侵害しないばかりか、逆に旧予審では予審手続の全体にわたる手続の主催者としての予審判事 *Untersuchungsrichter* を廃して糺問訴訟と訣別し⁽¹⁴⁾ 個々の捜査上の法律調査を検事の委嘱を受けた捜査判事 *Ermittlungsrichter*⁽¹⁵⁾ に委ね、強制処分が原則として許されない検事のために、その必要に応じて法律審査をさせるわけであるから刑事人権保障と捜査上必須の強制処分の執行を折衷した姿と云える。

II StPO163に依る警察の捜査権限

1 意義

捜査行為の為の検事の権限と並んで法律は警察に独立した捜査権限を認めているが、それは猶予不可能な場合⁽¹⁶⁾という考え方がある。StPO163(1)下段-alle keinen Aufschub-gestattenden Anordnungen zu treffen um die Verdunkelung der Sache zu verhüten

但し、上段の haben Straftaten zu erforschen の後の und で切れば、警察は要急事件でない場合の捜査も独立してできるようにも読める。und で切らないのが文法上勿論正しいから、ゲセルのように言うのが正しいが、実状から着目した解釈としては、捜査実施の在り様については法が殆ど言及していない点を押えて、条文上、「警察は事実が不明確になるのを避けるため遅滞なく、命令を受けなければならない」と(わが旧刑訴123条の要急事件と司警職務規範83条の運用に極めて近い) いう点を押えて、事実上は原則として警察は検事に閉ざされた軽罪、中間犯罪においてはすべて自分で解明して、事件を処理しており⁽¹⁷⁾ そうすることで事件の関係書類の往復に依る処理の遅延や無駄が省かれるという見解もあるのである⁽¹⁸⁾。

しかしそれでも検事は依然として捜査の主体である。検事は警察に依て行われた捜査を監督し、捜査に必要な範囲を確定しなければならないのである。⁽¹⁹⁾ 検事の監督権故に捜査の主体性を認める見解はゲセルに依て強調されており、検事法律上の性格を伝統の「法の番人」説⁽²⁰⁾ に置き、その範囲内の捜査のみを検事に留保し、それ以外の捜査は警察の独立業務として認知すればよい。そうすれば検事の法理論と警察の実力行使とがバランスを保てる⁽²¹⁾ 警察を含む捜査機関と司法機関の共同権力的だった糺問手続を否定することは弾劾主義の理想にそうのだが、

糺問主義の経験から「法の支配」Herrschaft der Justiz を欠くに至る場合にはその調整の為にこそ検事の監督的な捜査権が必要である。⁽²²⁾ 現行法上、警察が捜査上第一把握権を持って、なお検事に依る手続支配があることは StPO163(2) に依て明らかで、警察は遅滞なく捜査結果を検事に送達しなければならない。

2 警察捜査が事実上第一義的になる根拠と問題点

(1) 検事の捜査主体性の存続と捜査権放棄の可否：

検事の捜査主体性の存続が、捜査の監督の必要上、認められなければならない以上、検事が捜査権そのものを放棄する必要はない筈である。にもかかわらず、検事自ら捜査することは StPO161 前段にもかかわらず、殆んどない。検事自ら捜査に着手する事件に於てさえ、^{(22)の2} 事実上、警察の優越が目立っており、⁽²³⁾ またテロリズム等の強力犯、重罪（多くの場合、死刑犯罪）の手続においても、検事は警察に背負われた形になっている。これは警察だけが必要な記録（指紋帳、写真集）や、刑事訴追に必要な技術的設備、例えば犯行場所、痕跡調査のため物理的、化学的調査研究所のようなものを持ち、また州刑事局員（場合に依ては連邦刑事局員）の援助なしには、死亡原因となった弾丸が如何なる武器から発射されたのか検事に依ては確定できないし、検事は事件解明活動の遂行上必要な教育も専門知識も殆んど持っていないから、警察が独自固有の捜査権を設立してどこが悪いかといった考え方もあるのである。⁽²⁴⁾

(2) 警察捜査を第一義的とする意見に対する反論：

この考え方には賛成できない。なる程、検事は実体調査の面で警察の比でないことは明白である。しかし捜査の形と質は全く異なることを無視してはならない。警察が内務省の行政領域に合致するように組織されているのに対し、検事は独任制の⁽²⁵⁾ 司法官庁である。（後述するが検事代理、検事補を含めて検事局を構成し、共和国検事をもってその共同体たる検事局を代表せしめるフランス刑訴の「一体原則」の検事とは異なるのである。）そしてその捜査最終段階で起訴、不起訴を決定しなければならない公訴独占官でもある。⁽²⁶⁾ それ故その後の公判を維持し、国の科罰権を請求しなければならない。この意味で裁判所と関わりを持つ。司法官庁 Justizbehörde といわれるのはこの為である。⁽²⁷⁾ 対警察では、刑事訴追機関（捜査指揮）、対裁判所では公訴提起と公判維持機関（司法官庁）という二重の性格⁽²⁸⁾ を持っていることに注意しなければならない。それ故検事は治安維持の為には何の執行行為もせず、ひたすら、法律の実施と励行の為の執行行為をするに過ぎない。対警察、対裁判官の性質が公益の代表者として、それらの恣意から被疑者 Beschuldigte を護る活動をさせ、かつ「法の番人」性に帰納することを忘れてはならない。⁽²⁹⁾

(3) 警察に法律上の捜査権を譲渡せよとの意見に対する疑問：

検事が事実上、自ら捜査することが稀であるから警察に法律上の捜査権を譲渡せよというのは矛盾である。前述のように検事は自分の執行装備も、犯罪探知に必要な職員も持っていないのだから、自ら捜査しようにもできないのである。また検事は物理的な実力行使機関ではなく、警察の物理的な実体捜査と法律的にフィルター⁽³⁰⁾にかける意味での捜査である。捜査の質が全く相違するのである。検事が独自の執行組織 Vollzugsapparat を持たないのはその必要がないからであり、だからこそ GVG152がその組織を他の行政機関に包括的に義務づけているのである。前に①で述べた科学捜査機関を持たないのもその為である。検事は独自の執行機関を持たないのと同様に犯罪鑑識職員も欠いている⁽³¹⁾といわれるのはその為である。「手のない頭である⁽³²⁾という表現も同じ趣旨である。

III 現行法上の検事及び警察の捜査手続の実態

1 裁判官の捜査が復活することにはなかった。

裁判機関と捜査機関：公訴の共同権力的な糺問手続の経験に懲りて、Wagner のいう司法警察 gerichtliche Polizei の導入説の反論として裁判官の捜査 richterliche Ermittlung が復活することにはなかった⁽³³⁾。また予審 Voruntersuchung は過去のものでありながら再度導入され、再び1974. 12. 9 を以て廃止された⁽³⁴⁾。これは西ドイツにおける糺問訴訟の最終結末とあってよいと思われる。しかし捜査判事の箇所でも述べたように、西ドイツでは StPO114①, StPO165のように、法律上判事のみで留保されている捜査活動と、判事の緊急権能があり、共同権力（つまり判事と検事の）としての糺問手続の遺物ではないかという問題がある。

2 現在西ドイツは判事糺問をとっていない。

- (1) StPO165の特殊な場合のほかは、捜査判事はいかなる場合でもその権限を拡大できない。
- (2) 捜査手続に於て捜査判事のみで留保されている決定も、検事の申し出、若しくは法律上の手段に基いてのみ捜査できるだけである。
- (3) (2)の場合を除いては、既に先行している捜査行為の吟味という形で捜査できるに過ぎない。(StPO98②)。
- (4) StPO165に規定する特殊な場合でも、判事は法律上個々の緊急捜査の権限があるに過ぎない。
- (5) (4)の場合においてさえ、その事件は StPO167に従って、直ちに検事に伝達されなければならない。
- (6) (5)の行為が終了すると、判事は直ちに除外される。

3 上記 I, II との関連における検事の法律上の地位と権限行使の実情

検事の法律上の地位は再検討せざるを得ない実情にある。けだし、対警察上の捜査機関としてのあり方と、対判事とのあり方は再び糺問主義に堕さないように配慮が必要だからである。

(1) 問題提起の発端

1978年11月17日、議会において、司法、内務両相会議設置合同委員会の「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全体報告書」の基礎と称する叩き台が提出されたことである。

(2) 法律改正案の内容；警察が組織上発展し、殊に前述したように技術的装備と事実上の訓練、教育の点で進歩したから⁽³⁵⁾警察に法律上も捜査の主体性を与えよ。

イ、警察に独自捜査に基く決定権を与えよ。

ロ、検事の直接指揮権を廃止せよ⁽³⁶⁾

ハ、捜査終結後に先づ検事に事件送付する義務を廃止せよ⁽³⁷⁾

(3) 上記に対する結論。

「このような要求を全面的には認めることができない。その理由は、この発想を通せば、刑事手続における検事の地位とそれに伴う法治国の刑事手続の根本をゆるがせることになる⁽³⁸⁾。このような要求は制度を再検討する場合に、国家権力の行使手段として刑事手続の根本を考えてみる参考にしかならない。⁽³⁹⁾」として否決された⁽⁴⁰⁾

IV 現在のドイツの検事の刑訴法上の地位変遷の歴史的根拠と対糺問手続、対裁判官、対国家権力、対権力分立主義の四つの分野からの問題点。

- 1 対糺問手続の問題： 対糺問手続の問題はドイツの刑事訴訟構造が現在、当事者主義だが、歴史的には旧ドイツの糺問手続 Inquisitionprozeß と英米法的訴訟手続 angloamerikanisch Verfahren という両極端手続の無理な折衷であること⁽⁴¹⁾
- 2 共同権力的な糺問手続： 真実の追及は裁判官の手に委ねるべきであるという職権主義を持っていること⁽⁴²⁾ 糺問手続では、「裁判官が最初から証拠物を集め、被疑者(被告)を尋問し、審理を指揮し、判決を下す」ので裁判官が検事の機能を共に引き受けるから検事は不要であり⁽⁴³⁾ 裁判官だけで審理を支配するため裁判官自身での取り調べが可能であった。
- 3 糺問訴訟の開始は、PGO 刑事裁判所1532年

糺問訴訟が開始されたのは PGO 刑事裁判所法1532年 (= CCC) を嚆矢とする。PGO はドイツ全域の共通法として発展するのである⁽⁴⁴⁾ 刑事訴追は国家の独占権であった。訴訟は糺問的で即時勾留された被疑者は全く防備なしで審問対象として審問官の前に立った。

本質的に、糺問官に収集され書面とし確定した資料に対して、書面による法律上の判決が下

されるのが原則だったから弁解は制約を受けた。また訴訟資料の提出に対しての弁解は全く影響を与えなかった。

証拠法は旧態依然たるものがあり、審問全体が、必要に応じてなされる拷問に依る強制自白を目的にしていた。公的に十分な有罪証明が得られずしかも「糺問官が無罪とするには疑が残れば」、糺問官に対し、寛大過ぎる処置をしたのではないかという刑事嫌疑を残して結審するか、「何時でも刑事手続を再開できる」という留保付で仮釈放するかのいずれかであった。⁽⁴⁵⁾

4 糺問を助長した根源

糺問を助長した根源に魔女、異端検審訴訟 Hexen und Ketzprozessがあり、当時の感覚に従って帰罪が困難であればある程、譴責されたり、手続を徹底、慎重に、被疑者に弁護の機会を与えたりするかわりに、刑事手続は、拷問を含めて無制限であった。⁽⁴⁶⁾ また人的構成は絶対主義国家では、判事資格を持つ者に限定され、民衆が訴訟に参加することは認められなくなっていた。

刑事判決は、諸侯の承認を必要とし、諸侯はその承認を拒否することも、緩和も、自由にできたのである。君主は民事事件を内閣に属する裁判官に運営させることは断念したが、刑事事件における裁判官の君主代理権力を19世紀まで留保した。

18世紀にも実定法の刑法、刑訴法の編纂がしばしば行われた。「マキシミリアンンババリア刑法典1751年」Codex Maximilianeus juris Bararici Criminalis von1751(この起草者は Kreittmayn である)。オーストリアの「テレジア刑事基本法1768年」„Constitutio Criminalis Theresiana von 1768“はこれらの編纂法典の中でも特に書面、秘密、糺問手続と拷問、弁護の極端な制限を密着させている。

5 啓蒙思想とフランス革命の影響

1650年代から1700年代にかけてドイツは啓蒙思想の影響を受けた。

啓蒙思想を受けた先駆的法律学者とその業績としては、トマジュース Thomasius (1655-1728) “De crimine magiae” 1701 Tesuit Friedrich von Spee “Cautio criminalis” (「魔女裁判に反対して」) Bernhardt 学位論文 “De tortura e foris Christianorum prohibenda” 1705 (「拷問への反対」) 等があげられる。

徳性と人間性の促進と人格尊重に依て啓蒙主義は糺問手続と拷問問の廃止を求めた。

この時代フランスではボルテール Voltaire (1694-1778)がトルーズの商人ジャンカラス, Jean Calas の裁判殺 (無罪の人間を死刑に処すること) Justizmorde 事件の時に (1762年にこの男の息子が表面上の殺人の故に無実で死刑を判決され処刑された) 国民を刑事司法の不都合な

状態に目覚めさせることになった作品「フランスの訴訟手続は無実を看過して事件を捏造する」„Les formes en France ont été inventées pour les innocents”を発表している。

イタリアでは Beccaria (1738—1794) が名著「犯罪と刑罰」„Dei delittie delle pene” (1764年ドイツでの新刊は1966年) が代表的である。ベツカリヤは死刑に反対の第一声をあげただけでなく、拷問の禁止も訴えており、その刑事手続の法治国家性に向けられた要求は、ヨーロッパの改革運動に永く影響を与えた。ベツカリヤはその著の巻末に「刑罰が個々の市民の暴力行為のようなものにならない為には、刑罰は、公共の名の下に早急かつ断固として可能な場合に依っては最小限度の刑罰を犯罪に照らして、法律の名において処置がなされなければならない。」というが、ベツカリヤの論旨は今日まで効力を失っていない。

ドイツにおいては、フリードリッヒ大王 Friedrich der Große がその治世のはじめ1740年にプロシヤで拷問を廃止したが、現実には数多の訊問（精神的苦痛の）と苦痛そのものの長期の勾留があり、それに依て被疑者を懐柔させようとした。

フランスもドイツと同様、大革命までは秘密、書面主義の糺問手続が支配していたが、モンテスキュー Montesquieu が裁判所構成法と刑事手続の模範としてイギリスの法制度を、憲 憑したのちに、革命進行中に取り入れられ、特に民衆訴追の原理 Anklageprinzip mit der Popularklage 当事者双方の拳証責任 Beweispflicht der Parteien 口頭主義、公開主義、特に顕著なものとしては、陪審法廷 Schwurgericht (jury)の採用であり、これには二通りの組織があって、一つは多数23名の起訴陪審 Anklage (jury)である⁽⁴⁷⁾これは、起訴の適否を訴答させるものであり、もう一つは少数12名の審理陪審であって事実審問と法律審問を分つことなく起訴者がその起訴の訴因に依て公訴事実を特定できるかについて票決するものであった。裁判官は（陪審員達に票決に先立ち、証拠調 Beweisaufnahme の結果、つまり要約 resume を与えなければならなかったから、後年のドイツ法のように、裁判官は法律の誤を訂正することに限定されなかった。それに依て陪審員達の票決に対する裁判官の影響は、当然比較的強くなった⁽⁴⁸⁾。

一方 フランスの法典編纂は1808年の刑事陪審法 code d'instruction において検事、procureur d'étatに刑事手続上指導的役割を与えた。イギリスの民衆訴追は起訴陪審のようには受け入れられなかった。起訴の許可の決定は特別の刑事部（裁判所の）に委ねられた。

フランスの刑事手続の一貫した特徴は、それ故特別な国家の刑事訴追機関たる検事の起訴 action publique が提起されることに依て行われる起訴手続にあった。そのために、一人の独立した裁判官すなわち予審判事 juge d'instruction に依る広汎な前手続の処理ができた。第一審裁判所は三つに分割され、犯行の重さに比例して警察裁判所、大審裁判所刑事部、陪審を必要とする場合は陪審裁判所が審理した。

そして終に、審理形式として、公開主義、口頭主義の自由心証主義 frei Beweiswürdigungとならんで直接主義 Unmittelbarkeitの原則が樹立し、法定証拠主義 gesetzlich Beweisregelは廃止された。そしてこのようなルールに従って陪審員達は、彼等が絶対に信念 intime convictionつまり被告の罪責についての内心確信に達したか否かを法律上諮問されなければならなかった。

6 ドイツ

(1) ナポレオンの立法とそれに依る治罪法

ナポレオンの立法とそれに依る治罪法 code d'instruction criminelle C.I.C.はライン河左岸のドイツに、特にプロシアのラインラントに検事制度としては、1810年頃導入され、定着し、ナポレオン没落後も1849年迄存続した。

(2) フランス刑事手続

フランスの刑事手続は旧プロシアで有効とされていた秘密主義糾問手続（これは、1805年の刑事条令に基くものであるが）に対し異論なき長所を示した⁽⁴⁹⁾。その為に自由主義はドイツにおいても、裁判所の独立のほかに、一切の内閣司法の排除、弾劾主義と検事に依る刑事手続を要求した。そしてこういった要求が1848年12月27日のパウル聖堂基本権と1849年3月28日のフランクフルトドイツ国憲法 Frankfurter Reichsverfassungに依て受け入れられた。この時点で、弾劾主義と共に検事が確立された。（同憲法179条条）。そのほか反動時代、煽動者弾圧 Demagogenverfolgung の深刻な経験から特別裁判所 Ausnahmegericht の禁止（同法174条II₂）と警察の恣意に対する防衛上逮捕は裁判官の命令に依ること（同法138条II）が定められた。（同法138条II）

(3) 1848年後はドイツの諸邦において新しい刑事訴訟法がつけられた。

1848年後は、大部分のドイツの諸邦（バイエルン Bayern 1848, 1861 プロイセン Preußen 1849, バーデン Baden 1864, ビュルテンベルグ Württemberg 1868年等）において、新しい刑事訴訟法がつけられた。これらはすべて Laie 素人を Geschworene または Schöffe として参加させることを 公開制、口頭制、自由心証制、一部には 予審判事に依る前手続 Vorverfahren の 主導も導入された。

この時点で Laie を参加させたことは、ドイツの刑事司法制度史上4で述べた 対国家権力イデーのあらわれともいえるし、素人主義＝民主主義のあらわれとも見ることができであろう。但し5で述べた、モンテスキューが懲慥したイギリスの審理陪審が訴因に依て公訴事実を特定できたか否か、すなわち、訴因について有罪か無罪かを票決するだけのものであったのに対して、⁽⁵⁰⁾西ドイツの Schöffe は創設以来今日迄、職業判事とならんで、事実審において

同等の職権を持つから厳密には陪審員と呼ぶべきでなく、素人裁判官 Laienrichter と呼ぶべきである。ドイツにも創設時には他に英米と同様の Geschworen(誓約して陪審員になるという意味でこう名付けられた)があったが、1924年に俗にいう従来形式に対する Emmingen 条令で廃止され、名称だけ残していたが、それも誤解を避けるために1972年5月26日に(BGB 1 I 841) 廃止してしまった⁽⁵¹⁾ 西ドイツでは現在 Schöffe だけであり、以上の点で参審員と呼ぶべきである。

注目すべきはこのようにして主権者たる市民の代表を直接審理に立会させ被告たる市民に対する官憲の影響の強い訴追に対する防禦たらしめんとする要請があることである。先に述べたドイツ刑訴の対国家権力考察の一つのあらわれとして無視できないのである。

こうしてできた近代的であるが、当初地方別のもにすぎなかった刑事手続は「改革ドイツ刑訴」と銘打たれた。1873年のオーストリア刑事訴訟法と1877年の「改革刑訴」RStPOは改革された刑事手続に基くものである⁽⁵²⁾

(4) 改革ドイツ刑訴から現在に至るまでの状況

① 1871年にドイツ帝国憲法が生まれた

1871年にドイツ帝国憲法が生まれ、刑法、刑事訴訟法の立法権を帝国が掌握した。(帝国憲法4条3号)この時点で、裁判所構成 G.V.G.法と刑事訴訟法 StPO が制定され、先づ1848年に導入された狭義の陪審制 Schwurgericht を再廃止し、前述の参審制 Schöffengericht のすべての刑事事件への適用を政府は望んだが果せず、妥協として罪については裁判所刑事部の職業判事のみが、難事件については依然 Schwurgericht がみとめられ、3人の職業判事と12人の陪審員 Geschworene がみとめられた。但し参審裁判所判決には控訴 Berufung がみとめられ、これは裁判所刑事部に提出され、上級審では、素人は除外するという結論まで

改革刑訴は帝国終末まで本質的な改正はなく、1919—1933年に分野毎に本質的に変更された。軍法会議関係、少年裁判所関係などの改正があったが、検事に影響を及ぼすものとして前述した1924年1月4日 Emminger の改正で Schwurgericht が廃止された。

ヒトラーの国粹主義時代には膨大な軍事保護、国防関係の法令が生れたが、1933年の總統の非常命令に基く国民と国家の防禦のための2月28日⁽⁵³⁾の法律が警察に予防拘禁 „Schutzhaft“ をみとめた。

② 第二次大戦終了1945年以降のドイツ刑訴と第二次改革

1945年以降、個々の占領地帯とそれに依る大幅な権力分断との間の深刻な相違の為の刑事訴訟法立法に対する占領軍の管理が行われた。後に東ドイツ(ドイツ民主共和国)DDRが独自の道を取ったソビエト占領地帯の発展に対して、西ドイツ(ドイツ連邦共和国)BRD

には1950年12月9日統一法 Vereinheitlichungsgesetz が再び法律統一をもたらした⁽⁵⁴⁾ この法令は国粋社会主義的な刑事訴訟法の変更を再び廃止することを主眼としていた。特にナチス時代の経験に基いて、人権尊重を刑事訴訟手続に於て尊重すべき旨を織り込んだ136 a 条が制定された⁽⁵⁵⁾

その後の明確な改正は、いわゆる刑事訴訟法小改正であって、1964年12月19日刑事訴訟法改正法 Strafprozeßänderungsgesetz (StPAG) を制定した⁽⁵⁶⁾ その骨子は下記のとおりである。

a. 勾留権限

勾留権限 Haftrecht は逮捕を制限する目的に合致するように改正された。そして Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 又は Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 行き過ぎの禁止⁽⁵⁷⁾ に重点がおかれた。StPO112(3)(4)の⁽⁵⁸⁾新しい勾留根拠の導入は勿論従来の目的設定に対する反対である。

b. 裁判所での裁判官尋問 StPO33, 33 a 最終尋問 StPO169 a — c 検事尋問が強化されたが、169 b — c は廃止された⁽⁵⁹⁾

c. 弁護人の法律上の地位の向上：必要的弁護の拡大 (StPO140 f) , 書類閲覧と接見交渉権の拡大 (StPO147 f)

d. 任意供述権を被告に教示する義務を全尋問機関に拡大したこと。(StPO136, 163 a, 243 I V)

e. 再審手続 Wiederaufnahmeverfahren においては、前判決に関係した裁判官は、StPO23(2)の導入に依て、関与できなくなった。

f. 積極的に嫌疑ありとされる開始決定は起訴受理決定に変更された。

このように1964年から1973年迄に検事に影響を及ぼす改正は、勾留、逮捕を極力制限し、弁護人の権限を強化し、被告に対する積極的黙秘権教示義務、予断排除などで、捜査公判を通じて被疑者、被告の当事者主義を著しく高めた点に特色がみとめられる。

- ③ 1973年には StPÄG1964年12月9日の刑事訴訟法、裁判所構成法改正法律が部分的に重要な改正をしている。1968年6月25日、第8次刑法改正法は現在 StPO153 d に相当する153 c を導入して、国家保安事件 Staatsschutzdelikte について起訴法定主義 Legalitätsprinzip を排除した⁽⁶⁰⁾ この法律はわが国の行政事件訴訟特例法の判決後の行政措置に類似しているが、現行法の法務大臣の検事総長に対する指揮権、判例にいう統治行為事件などとの類似性が見えるのである。

その他盗聴法と俗称される Abhörsgesetz が同年8月13日に出て、StPO100 a, 100 b で不法な電話監視をはじめて規定し、同年10月1日には秩序違反法 OWiG が StPO467, 467 a と

連動する導入法がもたらした出費負担法 *Kostenvorschrift* の新設は重要で、これに依て、無罪放免、不起訴になった者への国家からの出費は大きい。

また1969年9月8日の国家保安事件第2類導入法„*Gesetz zur allgemeinen Einführung eines zweiten Rechtszuges in Staatsschutzsachen*“は特に重大な政治的事件において、裁判官に依る判決の調査がこれ迄全く不可能であった弊害を脱することができた。1971年3月9日の *Str EG* 刑事賠償法は有罪判決に至らなかった刑事追行処置に依る損害賠償を完全な法律上の新根拠で定めた。

しかし、1972年8月7日法律に依る *StPO112 a* の導入がこの時期の最重要新法である。暴力、財産、麻薬犯罪の再犯防止のための勾留基準を設けたのである。

この時期の特色は政治事件に対する起訴便宜主義の創設、政治事件の迷宮入りを防ぐための裁判官の司法権限、個人のプライバシー侵犯防止、わが国流の刑事補償法プラス国家賠償法的立法、そして、再犯虞犯者に対する保安処分的立法である。

④ 1975年の刑訴改正

この時点は、革命的改正ともいえる予審の廃止であろう。既に何度か引用してきたように1974年12月9日の第1次刑訴改正法に依て、1975年1月1日から新時代を迎えたのである。

立法趣旨は訴訟の促進であったが、⁽⁶¹⁾ 後述するように西ドイツの検事に強い影響を与えた。最後の糺問の廃止であり、弾劾主義の実質的実現といわれたが、結果的には検事に強制処分権が移ったことになる。⁽⁶²⁾

すなわち *StPO161 a* が新設されて、検事は(1)項において、証人、鑑定人を召喚でき、彼等が正当の理由なく出頭せずまたは出頭を拒めば、検事は強制処分権を行使できる。(同2項)

勾留のみは判事に留保されているが161 a (2)、被疑者の拘引ができるようになったことと、⁽⁶³⁾ 被疑者に対する尋問権を得たことである。(*StPO163 a (3)*)

この時点で、数年来の被疑者、被告に対する当事者性の強化のための法律上の手だてが、当事者的に訴訟上行動する(後述するように西ドイツの検事は公益の代表者性を持つ故、当事者ではないから)原告官たる検事に強い当事者性をみとめ、弾劾主義の実を挙げんとしたことがみとめられる。

検事に従来の予審判事に代る権限(強制権について)を持たせる反面、当事者性を持たせた根拠にわが国の検事と弁護士(被告人の訴訟代理人たる)の相互尋問制が模範となったことを注意しなければならない。⁽⁶⁴⁾

けだし1975年の予審廃止に依て訴訟手続が迅速化されたことには異論はなくても、予審

判事の司法監督 Überprüfung や聴問規制 Anhörungsregelung を廃止したことと検事など刑事訴追機関 Strafverfolgungsbehörde の強制処分権が拡大したことに依て、立法者が、被疑者、被告の負担増に達しようとする限り、一段高い評価がなされなくなるのではないかとこの疑問が残るとされる⁽⁶⁵⁾つまり、予審の廃止は、訴訟の迅速化と当事者主義、弾劾主義の実を挙げる長所はあるが、同時にそのために被疑者、被告は刑事追行機関（検事、警察）の強制処分に対抗するだけの力に達し得ない。たとえ、弁護士の接見、交渉権を強め、逮捕、勾留を制限しても、任意供述権の教示を義務づけても、なお予審判事の司法監督や、聴問規制などに依て保護されていた被疑者、被告の損失をまかない切れないという疑いがあるのである。

ここに、前手続 Vorverfahren が訴訟手続の第一段階を形成し、第一次刑訴改正法に依る予審の廃止後、前手続は検事の捜査手続のみが残ったとされ⁽⁶⁶⁾ かりに、前手続の分野で判事の尋問 (StPO162) も警察の尋問 (StPO163) も追放されたとしても、なお検事は前手続の主宰者であるとされるのである⁽⁶⁷⁾。

このことが、検事に事実関係の追及を義務づけ (StPO160)、その際、被疑者の罪責を問う証拠 Belastungsmaterial だけでなく、罪責を免れさせる証拠 Entlastungsmaterial も同等の努力を以て収集し、挙証に使用すべくその紛失を防ぐ努力を怠らず (StPO160②) そのために重傷を負い死に瀕している証人を尋問したり、違反の跡、例えば自動車事故や手だてをつくしていなければ消滅したであろう運転免許証の確保などに努力しなければならないのである。また捜査は、行為の法律上の推論を規定する上に意味のある状況にも及ぼされるのである。(StPO160③)

現時点の検事の権限の態様において、この点が最重要であって当事者主義弾劾主義のあらわれとして、原告官 (勿論ドイツ刑訴は軽罪の被害者についての Privatklage 私訴や、被疑者の申立に依て検事の起訴法定主義 Legalitätsprinzip が裁判所に依て検査される起訴強制手続 Klageerzwingungsverfahren の例外を持つが) は当事者 (厳密には前述のとおり公益の代表者故に、StPO160の働きをするから、当事者性を否定されるが) 的であるために、捜査手続と切り離せない立場にあることである。

その為にこそ、事実追及の為に 検事は、あらゆる形式の捜査をし、またさせ得るのである。(StPO161)

7 対権力分立主義から見たドイツの検事

前述したように、糺問手続の克服を目的として誕生したことは、明らかであるが、プロシヤの司法大臣サヴニイ Von Savigny とウーデン Uhden も検事を糺問判事に対する法の番人性に

一貫しようとはしていない。むしろ統治機関（国の為の）が裁判所に対する権力関与を実現する手段として検事を規定しているようである。⁽⁶⁸⁾これは権力分立と深いかかわりがあり、その為に前述してきた現行法上のドイツ検事の非当事者性、公益の代表性に結びつくのである。1845年にサヴィニイ、ミュラー Von Mühler の後任ウーデンを含めての一致点は、

- (1) 司法大臣は検事を刑事手続における客観的な非当事者官庁 Instanz として任命する。
- (2) それ故、被告にとっても有利に活動してよい。
- (3) それ故、その指揮に服する警察を監督できる。
- (4) そのため、警察の補助を得て捜査を行い、警察と裁判所の間を調整するものとしているのである。⁽⁶⁹⁾

しかし、また行政機関の捜査機能と司法機関の判決が共通することは本質的に問題がある。逆に検事が行政官庁か第三機関⁽⁷⁰⁾としての法律執行機関に属し、検事が行政（捜査）と司法（判決）の領域の中間の縫合部分にあって、公訴提起という本質的機能だけで活動してよいかという問題がある。⁽⁷¹⁾

V 検事の捜査権と警察に対する指揮権の否定意見について

IIIの3で述べたように1978年11月17日議会におけるような検事の直接指揮権の否定意見があることは事実である。またそれなりの評価もできる根拠は前述した。しかし、指揮権の否定が直ちに検事の捜査権の廃止にはつながらない。同議会に提起された内容も、捜査について、警察を検事から独立させようというに過ぎないともいえるからである。しかし、それをみとめることは実質的に検事が捜査スタッフを持たない以上、検事に対する捜査権の否定要求と見てよい。

この回答として論者は次のように考えたい。

- 1 (1)第IVで述べた検事の歴史から見て、検事は糾問手続の反省と否定から生じたこと。サヴィニイ Savigny やウーデン Uhden が検事を「法の番人」 Wächter des Gesetzes ととらえたことで明らかである。⁽⁷²⁾

事実捜査と捜査の着手は裁判所に任かせるがよいという観念がプロシアを始めとするドイツ全土にあった。それは刑事裁判所なるものが法律の執行機関（行政部）を従属させ、かつ国家の必要に応じ、犯罪の鎮圧を第一に、真実の追及は二の次という存在であったからである。⁽⁷³⁾

このため審問官（予審判事）Inquirentの目的に適った真実を自白の形式で、被疑者から絞り取ることが公然とみとめられ、その為の苛酷な拷問が当然視された。⁽⁷⁴⁾ 実体追及中に受けた印象が判決を下すに当たって決定的な影響を与えたことは、むしろ当然である。⁽⁷⁵⁾

犯罪捜査の端緒は、容疑者 Verdächtig の不利、有利を問わず、いやしくも関係があると思われるあらゆる状況を真実に合うように調査して、判決言渡しにあたって、そのような捜査の閉鎖的な評価が決定的な影響を与える目的から出ていた。そしてその為に心理的な焦りが重なって、容疑者の不利益事実に対する誤りと偏見をもたらし、刑事裁判所の恣意的で事実誤認の傾向を強めた。

(2)上記の傾向は更に悪化された。それはこの時点で裁判所の人手が不足した為⁽⁷⁶⁾従来刑事裁判所のみで留保されていた捜査処理が、次第に警察に移行した。先づ警察に認められた第一次着手 Recht des ersten Angriffsと予審の権限 Recht des vorläufige Untersuchung⁽⁷⁷⁾が次第に事実上全ての犯罪捜査権限に拡大したことである。その為、事実上、前手続 Vorverfahren のすべてから司法の支配 Herrschaft を追放した形になった⁽⁷⁸⁾

その結果、被疑者は裁判官に依る真実発見捜査義務に依る制御を受け得なくなり、充分ではないが警察糾問, polizeiliche Inquisition からの防御を定めていた継受法⁽⁷⁹⁾ Rezeptionsgesetz の保護外におかれた。

(3)糾問の最悪の形態たる警察糾問から被疑者を保護するために検事が生まれた。

この因果関係はIVの歴史的見地からする批判、2で述べられたルールが破壊され、6の2で、1848年12月27日のパウル聖堂基本権と翌1849年3月28日のドイツ国憲法が、フランス法に倣い、弾劾主義を採用し、検事を確立した時点と符合するのである。そして、このような警察糾問打破の為に検事が絶対必要であると実証したのがサビニニと、ウーデンであったことは1846年3月23日の建白書に依て明らかである⁽⁸⁰⁾そして、1848年という時代に検事制度がドイツに採用されたのは2月革命を契機に共同権力的な糾問訴訟手続の不合理がフランス的な合理主義に依て啓蒙されたからと考えたい。

(4)国家権力組織と刑事手続の関係からの考察

国家権力の直截な実現を目的とした所に共同権力的な糾問訴訟が生まれた。そして単一裁判所への権力集中がその補助者たる警察糾問と結びついて乱用が行われるようになった。権力分立に依てのみ乱用は回避できる⁽⁸¹⁾という考え方ができるのである。ロック John lock の考え方はこれに近いが、前述した時代背景の所為か、彼もまだ司法部 Judikative を法律の適用部門としては行政部 Executive に加えている⁽⁸²⁾だから、このまま、検事制度の創設根拠にはできない。しかしそれ故にこそ現在、ロクシンのような前述、「検事は行政部と司法部の中間に位する第三機関」、ゲセルのいうような前述、「行政（捜査）と司法（判決）の領域の中間の縫合部である」という理論展開の根拠を与えていると考える。

(5)権力分立の表現としての共同権力的糾問手続の分離と検事の誕生

裁判官の専断は執行機関から分離、独立させることで可能になる。けだし、執行機関から

独立すれば、法の宣言 Rechtsprechung は行政機関のための合目的配慮から解放されて、裁判官本来の任務たる正義実現 Ziel der Gerechtigkeit に専念できるからである。⁽⁸³⁾

またこうすることに依て、糺問訴訟における二重の任務、つまり自己の行った捜査と宣告性からくる避け難い偏見を服する。⁽⁸⁴⁾

このように考えてくる限り、刑事訴訟の手續上の分離は、手續を一機関に掌握させることをやめて、多様な機関の支配下におくことで可能になる。糺問手續の破壊は権力分立理論に依て可能になるといえる。また、行政部 Exekutive と司法部 Judikative に対し独立した立法者 Gesetzgeber は、捜査における、絶対的な権力志向から解放されて、刑事部門の分割のように、あらゆる防禦方式を制定できる。その防禦方式が裁判官、警察の恣意のみで取調べの対象になった容疑者を訴訟当事者 Verfahrenssubjekt たらしめるのである。⁽⁸⁵⁾

- 2 糺問の否定から生まれた検事に対して今度は、その（捜査）権限を制限すべしという見解があり、それが必ずしも正鵠を得ていないと考えられること。それは、検事に法の執行官性があり、その性格の内容が十分に把握されていないためであること。

(1)共同権力的な糺問手續の否定から生まれた検事は、単に刑事法の執行機関に留まるべし、という発想があった。しかも、公訴官であれ、という要求である。

(2)現在、西ドイツにおいて、刑事法の執行機関、即「法の番人⁽⁸⁶⁾」という見解があるが、一種の誤解とも見られることである。

既述のようにフランスの検事制度がドイツに入ったのは1801年であるが、この時点から1848年迄のフランス法の特色は、1808年の治罪法 Code d'Instruction Criminelle に明らかである。

- ① 刑事事件において公訴 action publique を提起すること

(Art. 11, 22, C.I.C.)

- ② 但し、公訴権は検事の独占でなく、一定の行政機関も行使できる。⁽⁸⁷⁾

- ③ 被害者は私訴を提起できる (Art. 63, 145, 182 C.I.C.)

- ④ ②③の場合でも障害があるとみとめれば、検事が公訴し、追行ができた。(この点は現在 private prosecution を原則とするイギリスで、1898年創設の一種の検事 D. P. P. (Director of Public Prosecution) が同じ立場をとっていることに注目する必要がある。⁽⁸⁸⁾

- ⑤ しかし、異常な現実として、規則レベルは、起訴独占主義に接近していた。⁽⁸⁹⁾

- ⑥ だから、検事は先づ捜査し、予審判事が判決裁判所に係属すべきものであれば、起訴すべきものとされた。

- ⑦ それ以外は、法律上、起訴強制主義はなかったから、事実上、起訴便宜主義が有効であった。⁽⁹⁰⁾

- ⑧ 調整上、起訴を受けた上訴法院と、事実追行の私人の起訴権（私訴）は検事の協力の下にあった。
- ⑨ 訴訟の経過中、検事は先づ予審中は予審判事に事件を依託し、現行犯 Délit flagrant の場合のみ、この手続段階で、判事の権限を行使できた 5 (Art. 32. C.I.C.) —この点は、現行刑訴 C.P.P.も同様である。—この後で、公判が行われた。(Art. 241, 273, C.I.C.)
- ⑩ 手続中、検事は一面的な起訴者としてではなく、常に「法の番人⁽⁹⁾」としても活動した。その番人性は、被告の利益もまた計らなければならなかったことにあり、治罪法は「法の名に於て„au nom de la loi”申し立てを行う」と言っている。(Art. 276, C.I.C.) これ正に、現行西ドイツ刑訴 StPO 160 (2) : “Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln”に対応するのである。前述したように、フランス検事制度をドイツへ導入する際に「法の番人」Wächter des Gesetzes”に認識の差があったと思われる。つまり、フランスの検事の「法の名に於て」は公益性（国を代表するもの即ち、国王代表（それが共和制の下では）公衆訴追性）であるがドイツでの受け取り方は、法律そのものの適正執行性→監視機能ではなかったかということである。
- ⑪ 刑事追及か無罪放免の提議の権利義務を持った。
- ⑫ 控訴、上告（破棄院への）権 (Art. C.I.C. 177, 202) は法益における dans l’interêt de la loi (Art. 409) と共に被告の利益も守らなければならなかった。
- ⑬ 結論的に検事は、予審判事 (Art. C.I.C. 28) の勾禁全部の執行、刑の執行 (C.I.C. Art. 165, 197, 376) をしなければならなかった。
- ⑭ 検事は司法警察の指揮者であった。そして、司法警察官は専ら司法目的に奉仕し、内務省管轄の他の警察とは完全に分離し、予審判事の命令と共に検事の命令に従わなければならない職員であった。
- ⑮ 管轄内の全司法警察に対する監督は上訴法院検事長 procureur général au cours d’appel が行っており、予審判事も判事としてではなく、高級司法警察官として、この検事長に従属していた。(C.I.C. Art. 279) この点、後世わが国にフランス刑訴が導入されたとき、予審判事が検事の意図に合わせた予審調書を作成し、それが公判廷に持ち出されるから糾問的で、被告の防禦手段を奪うと非難された原因である。またフランス刑訴 C.P.P. Art. 41. 3 段で、共和国検事が司法警察官の資格全部を持っているが、司法警察官の枠外におき、しかも同 4 段の現行犯では司法警察官の権限を行使できることは、判事が検事に従属するという非難があった為である。

C.P.P. Art. 41(Le Procureur de la Republique) Il a tous les pouvoirs et prérogatives attachés à la qualité d’officier de police judiciaire prévus par (Ord. 23 dec. 1958)

なお Art. 16 En cas d'infractions flagrantes, il exerce les pouvoirs qui lui sont attribués par l'article 68

- ⑩ 民事事件に関与権を持ち, partie jointe 付帯私訴原告人として, すべての民事事件に関与できた。事件が公の秩序にかかわるときは介入の義務があった。

(Art. 83, 84. 498 des Code de Procédure Civile)

- ⑪ 公判当事者 partie principale としては, 婚姻無効事件, 禁治産宣告事件, 身分法事件, 国庫代表者として国庫事件を担当した。(この点, わが現行法上, 親族法, 非訟事件, 国を被告とする事件で, 検察官が被告当事者となるのと同様である。)

- ⑫ Art. 276 の公益性 “Au nom de la loi” を上訴権で代表するのが, 前述 StPO. (160 2) に共通性に見える C.I.C. 177, 202 の法益 dans l'intérêt de la loi ならびに被告人の権利保護であるが, 同じく公益性を, 法律そのものの効力について 上告できる権利を破棄法院検事総長に於て認められていた。

procureur general recours dans l'intérêt de la loi, pourvoi en cassation (Art. 441, 442 C. I.C.)無効上訴がある。わが国現行法の非常上告がこれに近いが, これこそがドイツ流に言えば „die Stellung als Wächter des Gesetzes“ であるが, ドイツの理解は別であったようであることは前述した。

- ⑬ ⑩ に関する 1810 年 4 月 20 日法律 46 条 2 項に検事の権限として 「法律の停止, 判決などの法律の執行を監督する, “il sur veille l'exécution des lois, des arrêts et des jugemens” 検事は, 公の秩序に関する事項については, 当該官庁にその執行を命ず “il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public” とあり, この点が “Wächter des Gesetz” として強く愛け取られたのではないかと考えられる。

- ⑭ 検事は, 裁判所関係者全部, すなわち裁判官, 公証人, 弁護士に対する監督権を持った。これに基づき懲戒調査権の発動を申し立てることができた。

1803 年 3 月 30 日デクレであるが, わが国の最高裁判所規則で, 検事, 弁護人を統制している点と, 現行刑訴で, 検察官の行う捜査に当り, 捜査補助を求められた司法警察職員が指示に従わぬとき, その懲戒罷免権限者に対し, 懲戒・罷免の訴追請求ができたのと酷似しているが, 前者が, 検・判事の立場が逆になっていることと, 後者の対象が捜査補助者に対するものになっていることに注意を要する。

- ⑮ 昇任諮問についても, 検事が司法大臣に上申するものとされた。⁽⁹²⁾

以上が C.I.C. に見られるフランス検事の特徴であり, ドイツの法の番人性は, ⑩ の公訴捜査における公益性, ⑪ における判決, 法の執行性のみを受け継がれたように見受けられる。その点が, ドイツで 糺問性の否定として予審を否定して, 今度は糺問否定, 当事者, 弾劾主義の産物

たる検事の捜査権の否定につながると解釈される。

- 3 論者の見解の裏付けとなる当時のドイツにおける見解を紹介すると、
- (1) C.I.C.から見る限り、検事は裁判所から完全に独立している。
 - (2) しかし、一方、国家統制と裁判所の独立との仲介者としての検事の位置、検事に依る判事の活動に対する観察、特に判事昇進についての司法大臣への上申権が当然、裁判官の独立を異常に侵害することに異論はなかった⁽⁹³⁾
 - (3) フランス法における検事の地位は威大であり、全ての法律執行の整序を統制する国家の監視機関と考えられた。
 - (4) 公訴提起官としての活動は、これに対し、従属的な役割に過ぎない。
 - (5) ここに、客観的、非当事者の地位が犯罪に依て犯された公の秩序回復のための法律の執行義務を強調する。
 - (6) 但し、司法大臣の指揮権から独立していないことと、それに依る大きい影響が刑事訴追に残り、特に公訴の提起に当たり、政治的な見解が先行する可能性は除去できない。その結果、検事の客観性を保つことは絶望とは言えない迄も非常に困難になることが安易に見過ごされている⁽⁹⁴⁾。これだけの批判があったが、権力分立論で述べたように、(2)の仲介者論と(5)の法律執行者性だけを法の番人性と考えて結び付け、捜査権の否定、対警察指揮権の否定論があり、それが説得力のないことは、上記パターンフランス法の検事の性質の見落としにあると考える。
- 4 2(2)の④で述べた権力分立論と法の番人性を総合した論拠からの検事に対する捜査権と警察指揮権の否定論
- (1) 権力分立論を刑事訴訟に持ち込めば、検事の組織は当然法律執行の分野に限定されなければならない。そうすることに依て、糺問手続のように権力拡大を防止できる⁽⁹⁵⁾。シュミットはここではモンテスキュー Montesquieu の「道德も有限たるべし」„Sogar die Tugend hat Grenzen nötig“を引用し、権力乱用が逆用されてはならないというのである⁽⁹⁶⁾。名言ではあるが、前述したように、ドイツはフランスの番人性（これも正確には前述の通り公益性なのだが）を持ち込んでおらず、公訴性だけに（これも正確には被害者に依る公訴の駆動と私訴があるのだが）傾き⁽⁹⁷⁾。検事制度の導入に当たり、当初はドイツ人から見た法の番人性は断念して、公訴提起者性 Anklägertätigkeit のみに限定しようとしていたこと、そしてそれが裁判所を検事から独立させ（2, (2)①、で述べたフランスの実状があるので）、それに依て統制力 Regierung や政治力 politische Gewalt の影響から判決 Rechtsprechung（法の宣言）を独立させること

ができると考え、これから公益性を導き非当事者性と法律執行性は前面に出ていない。それ故その手段として対警察指揮性を認めたのである。⁽⁹⁸⁾だから論理が逆になる。ゲセル、シュミットの論考に従えば、ドイツ検事は現在以上に限定を受けるべき権限はないと考える。

(2) しかしなお現在のドイツの検事の職務から捜査権を否定させよという意見はある。これは前述の番人性を曲解したことに依ることに尽きると思われる。ドイツ人の考える番人性を判決の適正執行に限るのであれば、番人性だけを残せといえるかもしれない。しかしそれは現行法を遊離する。現行法は先づ検事を捜査主体として位置づけているのである。

① 刑事裁判所が判決する為にその前提となる事実関係を捜査しなければならないことは明文の規定がある。(StPO161) -③ Auskunft und Ermittlungen zu dem im vorstehenden Paragraphen bezeichneten Zweck kann die Staatsanwaltschaft Ermittlungen jeder Art entweder selbst vornehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen lassen.

② そしてそれは、検事の主任務なのである。(フランス法は前述したようにこれは公益性に付従する任務である) それ故、捜査の実力行使機関として警察を使用し、警察はそれに服従しないと現実の捜査は成り立たないのである。

Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes sind verpflichtet dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen.

5 それ故にこの法律の励行 Gesetzesrollzug が考えられる。ここに裁判官との職務配分が問題になる。

現行ドイツ憲法 Grundgesetz (GG) 92条は明文を以て「司法権はこれを裁判官に委任する」“die Rechtsprechung dem Richter anvertraut ist”⁽⁹⁹⁾としている。⁽¹⁰⁰⁾ゲセルに依れば「司法部 (Judikative) としてとらえている)が、従来の説明と憲法92条の現行の積極的な明文規定に適合して、本来の法の宣言 Rechtsprechung とそれに依る判決 Aburteilung に職責限定され、その結果、判決手続の主導と判決をする為に存在する事実関係の捜査から解放されれば、司法部は当然、独立した国家権力かつ総体的な司法の部となる⁽¹⁰¹⁾という。

こうすれば司法 (Rechtspflege) に関して、国家活動の一分野が存在し、第3機関の多くはこれに所属することになる⁽¹⁰²⁾という意見もある。

法律が法の宣言の分野で発せられるのであれば、立法部は司法的になる。またそうでなければ、国家が憲法92条の法の宣言の外で活動するのであれば、司法は、立法と法の宣言の外で必然的に行政部に属さなければならない。

だから、権力分立論は刑事手続に直接適用されなければいけないし、国家権力組織も一元的

な司法の分割と更に分割に依る刑事手続の分割も時宜に応じて避けられないという主張が出てくる。⁽¹⁰³⁾

この主張を受け容れれば共同権力的な糾問手続に見られる合目的々熱心さ故に、実質的正義実現の為の権限行使義務を志却して了うという欠点は防げる。

結論として、裁判官から糾問性を除く、つまり捜査権を否定したのが、ドイツ刑訴の1974年12月の予審の廃止であろう。そしてその次が、では捜査殊に強制捜査は何人に認めるかという問題があるのである。

ゲセルは次のように答えている。

- (1) 先づ国家権力から合目的性を追放せよ。それに依て行政機関が法の宣言をするというようなことは排除できる。そして本来、正義を実現すべき義務を負う国家権力を司法部に従属させることができる。
- (2) 現在 StPO161条がある以上、上述の実行はできない。判決をする為の予審関係の刑事裁判所の捜査は、StPO161条が明文で規定している所ではあるが⁽¹⁰⁴⁾ 彼の権力分立論からすれば、それは法律執行 Gesetzrollzug つまり 行政機関 Exekutive の活動領域 Tätigkeit に属する業務で、侵犯だという。刑事手続のこの段階では目前の事実の性質上、直接必要な解明目的があるだけとし、このままでは客観的な正義を放置してできるだけ合目的々に迅速に解明することだけに国家権力が行使されるおそれがある。⁽¹⁰⁵⁾ (G.G203)
- (3) 捜査段階を分離して、裁判所とは別の官庁へ委託すれば同時に、裁判官をして国家目的に沿うように配慮しなければならないという束縛から解放させることができる。
 - (1)に云う追放は完全でなければならない。裁判所は判決手続本来の指揮権（訴訟指揮）に依て、判決に必要な解明だけに徹すればよい。
- (4) 法律上「起訴」と呼ばれる判決手続の開始は捜査手続と判決手続の中間に存在する。捜査手続も起訴手続も客観的正義に於て位置づけられるべきことが訴に保障されなければならない。これもドイツ憲法20条3項の要請である。
- (5) 判決手続におけると同様、公訴提起手続においても、できる限り合目的々に権利手段を当てはめようとするのが客観的正義を求める努力を圧倒する危険がある。⁽¹⁰⁶⁾
- (6) だから、起訴手続も捜査そのものから外す必要がある。そうすれば、解明目的の中で動く合目的々努力が直接全手続を貫くことはなくなる。その上で、公訴提起を客観的正義の原理に確実に結びつける法律条文を設けることが望ましい。
- (7) 結論として、未だ捜査権の行使自体は残っている。ここで避け難い事件の解明目的は、容疑者保護のためであったり、客観的正義保障の為の憲法20条3項の義務の厳守の為の制度上の監督、すなわち裁判官の判決段階でも同様でなければならない監督のためである。

以上がコオアス Kohhas の論を踏まえたゲセルの考え方であるが、注 (106) に示すようにカルステン Ernst Carsten などの反対する所である。糺問の否定と刑事手続における権力集中の否定は、ドイツ憲法20条3項、92条を待つ迄もなく正当である。また糺問の払拭の意味で予審を廃止したことも、(注14)で紹介したロクシン、リューピングの所説で明らかである。

- (8) しかし予審の廃止は、ゲセル自身がみとめている容疑者保護のため、客観的正義保持のための法律捜査を危くしないであろうか。有力な反対意見としてペータース Karl Peters の所説がある。いわく、ドイツにおいて、強制捜査は裁判官の専権であった。⁽¹⁰⁷⁾ 予審の時間的ロス は肯定しても、「予審に依る刑事人権の保障は、もう望むべくもない。⁽¹⁰⁷⁾ 予審の時間的ロスは肯定しても、「予審に依る刑事人権の保障は、もう望むべくもない。」⁽¹⁰⁸⁾ しかも「検事の一般的な警察捜査への移行が行われるのであれば、⁽¹⁰⁹⁾ そのような時期に予審が廃止されたのは不吉である」と断じている。正に名言というべきであろう。(107) に述べた所は正にわが国の明治13年7. 17治罪法118条の予審判事の重、軽罪事件の召換状発布、召換状を肯んじない者に対する勾引状の発布 (120条) 要急事件についての勾引状の発布 (121条)、現在フランスの捜査機関にみとめられるガルダザビュー (監守) に酷似する密室監禁 (143条)、検証 (158条) 検事に先行する現行犯予審権 (201条)、証人に宣誓させる権利 (180条) に見られるように、現在西ドイツにおいて、予審廃止後に StPO161 a(1)後段の判事に依る証人、鑑定人に対する宣誓後訊問権162に依る区裁判所判事の訊問権など、いわゆる捜査判事で補った規定が正に旧治罪法そのままであり、ペータースの主張の正当性が肯定できるのである。
- (9) また明治23. 10. 7 刑訴69条①の予審判事の召喚状発布権、71条の肯んじない者に対する勾引状発布権、72条の要急事件における勾引状発布権、91条の事実発見の為の証拠、徴憑集取権、102条の事実発見の為の犯所、その他の場所の検証権、104条の住居臨検、特索権、142条の現行犯予審権 (検事の請求を持たない) 等の一連の流れに、ゲセルの断定に対する疑問とペータースの見解に対する賛意を表するものである。

しかし、ここにゲセルはIVの2で述べた「法の番人」論に依る検事の捜査権否定とは趣の異なる折衷論を立てており、裁判所に依る合目的々捜査活動を縮小しないと刑事手続における権力集中の弊が是正できない。それは (G.G.203) にも反する現実面の警察捜査の拡大を憂い、この逆現象を喰い止める機関として、再び検事を想定しているのである。

すなわち、「共同権力的な糺問手続における発展に応じて、今日もなお捜査権が事実上、警官庁に依て行使されていることを考えると、今度は警察と裁判所の間⁽¹¹⁰⁾に立ついわば指令所 Schaltstelle が必要になる。そしてその指令所は行政機関の合目的々努力から外されて、客観的正義 (資料に依る主義) materielle Gerechtigkeit の観点の下で、公訴提起に依り判決手続における主導権を把握するものである。

こうすることで、その官庁は捜査と判決から隔てられるから、警察と裁判所に対して同時に管理することをみとめられる筈だというのである。そして既に現在、「検事」の形で、この種の官庁が、わが国、ドイツの刑事手続の中に入り込んだと考えてよい⁽¹¹⁰⁾という。

極めて適切な意見であるが、疑点なしとしない。

- ① 裁判官糾問を三権分立論から、憲法上から (G.G.203)、主観的な合目的々性から、それ故、刑事人権保護上から悪しきものとしながら、何故、警察捜査の事実上の拡大を黙認するのか。警察は法律の具体的執行機関であり、「治安維持の責に任ずるものであること」は刑訴 (StPO) 治安維持法 (OWiG) の規定する所である。

しかし、警察は刑事追行の領域で、司法官庁 Behörde der Justiz, 司法裁判所 Gericht der Justiz に強固に結合するが、その機関に属さない。

- ② 従って警察は司法の一部ではない⁽¹¹¹⁾警察は刑事警察 kriminalpolizei (フランスの司法警察 police judiciaire に相当) といえども内務大臣を頂点とする。Polizeiaufsichtsbehörde (警保局) に所属している。しかし裁判所(裁判官)、検事は StPO189条と36条②に依て警察に対する命令権をもっている。(もっとも予審の廃止のため、189条は除去されたから現在は36条②の検事の命令のみである。)検事の命令はあらゆる捜査に関連し、あらゆる警察官庁とその職員に対して存在する。(StPO161条)

但し、検事の補佐官となっている警察官に対しては個別に命令でき (G.V.G.152条)、その内容も身体捜検 (StPO81 a, 81 c) 差押 (StPO98)、検事及び補佐官に依る緊急事件における搜索 (StPO105) などの捜査手段 Untersuchungsmaßnahme であるが、補佐官以外の警察官は命ぜられない。が逆に全警察官は、仮逮捕 vorläufige Festnahme(StPO127②) (フランス刑訴154条の gardes à vue に近い) 権があることで明らかなおり刑事訴追義務があるのである⁽¹¹²⁾

- ③ 強権がありながら、検事と行政組織上の所属を異にすること、警察官は検事の命令に服する職、身分とそうでないものがあること⁽¹¹³⁾ 検事の命令に服さない職、身分の者も刑事訴追義務(権)があることの以上三点から派生するようなトラブルであるが、警察が法律の枠を超えて活動することは許されない。しかし、現実にはそれが有り、ロクシンの説明に依れば、「警察は、しばしば、単独で捜査し、捜査を終結して始めて、検事に事件書類を送り、検事はただ、起訴、不起訴を決するだけにしてしまう⁽¹¹⁴⁾」とのことである。

この点、全く StPO163(1)の警察は犯行追及と遅滞なくそれについて適法な命令を受けるという法律上の義務に違反する。StPO163 [Aufgaben der Polizei] (1)Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, また StPO163(1)後段 um die Verdunkelung der

Sache zu verhütenを見ると、事実関係が不明化するのを防止せよといているから、警察の捜査は、事実捜査の、それも犯行現場の現状維持こそ、要求していると見られるから、これも捜査を混乱させる原因になる。

- ④ ロクシンはこの点を押え、StPO163①の法旨は、「捜査手続の支配は検事に留むべし」であり、同②が緊急事態の場合の警察から直接区裁判所判事へ、(判事取調べの必要のあるときに限り)送致できることを、例外として掲げている以上、①が当然原則となるとする⁽¹¹⁵⁾正論である。

ロクシンは更に、この後の訴訟手続を StPO165に従って処置すべきか否かを決しなければならないが、それも出来るだけ検事に譲れ⁽¹¹⁶⁾といており、注(115)に示したわが司法警察職務規範20条の明文に合致するのである。

- ⑤ 彼は「指揮権」Weisungについても緻密な分析をしており、前述のとおり、現在、警察官を二通りに分類し、検事の補助者 Hilfsbeamte としてのそれに対するときは、「命令」„Auftrag“で、それ以外の一般警察官に対するときは、「依頼」„Ersuchen“というべきである、どちらの場合も指揮権に拘束される⁽¹¹⁷⁾とする。

またゲセルは、この点については、G.V.G.152を根拠に、明らかに指令„Anordnung“とし、ロクシンの„Auftrag“という言い方もあるが、と紹介している⁽¹¹⁸⁾またロクシンに比べ可成り警察の捜査の独自性を StPO163①について広く解釈した、シェーファー Gerhard Schäfer においてさえ、検事の命令は有形、無形を問はず「指示」„Anzeige“としている⁽¹¹⁹⁾しかも、ゲセルは、ここで、検事が捜査手続において、補助機関に対して決定的な直接影響を与えるからこそ、捜査手続の主体は検事だとしているのである⁽¹²⁰⁾

G.V.G.152(Hilfsbeamte der Staatsanwalt (1) Die Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind in dieser Eigenschaft verpflichtet, den Anordnungen der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks und der dieser vorgesetzten Beamten Folge zu leisten

- ⑥ ロクシンは、捜査について検事が主体たるべきことについて、決定的な見解を述べており、「警察は先づ第一に、検事の指揮を根拠に auf Grund einer Weisung der Staatsanwaltschaft 捜査に着手すべきものである。⁽¹²¹⁾」として、検事が初動捜査 Einschreit だけでなく、その後の具体的な捜査の実行(例えば、武器使用命令)迄、指図できるかという問題に対し、StPO161, 162を根拠に可能であるとする。161は、検事は犯罪ありとの嫌疑を持てば、公訴提起の可否を決する為に、事実関係を追及すべきものとする、160 Sobald die Staatsanwaltschaft~Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschliebung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschenを受けて、この目的の為に一切の官庁から情報を受け、一切の犯罪を自ら捜査

し～kann die Staatsanwaltschaft～Ermittlungen jeder Art entweder selbst vornehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen lassen.⁽¹²²⁾又、警察官庁と警察官に犯罪を捜査させることができるから、実定法上から見ても、ロクシンの論旨は直截明解かつ明快である。

- ⑦ 但し、クレイ Krey の見解は違っている。彼は、StPO81 c(4)を根拠に、「ロクシンの考えは、刑事手続上の処置に関しては、肯定される。但し、逆にその処置が警察の実力行使令 Ermächtigungsnorm に依て維持される場合は、検事の指揮権を事実関係の観点から、同時に刑事訴追活動に基づいて認めるわけにはいかない。本質的に、Rist BV(Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren vom 1. 1. 1977年 1月 1日「刑事手続及び罰金手続準則付則A」の認める所である」としている。⁽¹²³⁾クレイの引用した StPO81 c(4)は共同被疑者が証人になる場合、犯罪痕跡の有無を調べるために強制処分として身体検査をされたり (StPO81 c(1))、血統調査の為、健康を害さぬ範囲で強制処分として採血される (StPO81 c(2)) ことがあるが、このような処分が周囲の状況から見て、当人の恐怖があつて無理に要求できないときは認められないことを云うのであり、このような技術的な事実行為 StPO81 c(2)については特に医師に依らなければならないに迄、刑事訴追上の検事の指揮権を根拠づけることは必要でないといっているのであって、むしろ当然のことである。

⑧ 立法者の見解

ロクシン、クレイの見解のように、捜査の主導的立場 Leitung der Ermittlungen は完全に検事的手中におく。個々の限定づけられた命令 begrenzte Ermittlungsauftrag だけを警察に与えておくということにある。⁽¹²⁴⁾

⑨ 実状

前述のように警察の法律違反が多く、それに依って、捜査の主導権を取ろうとしている事は検事という司法官庁 justizbehörde の 捜査手続の主導 Leitung des Ermittlungsverfahren の問題だけに懸念されている。⁽¹²⁵⁾ロクシンの打開策は、前に紹介したケルンに近く、検事の指揮権のみに服し、その他の警察の支援の下に、検事の指揮に従い、直接、検事の意味で主導できるように、刑事警察官として経験を積んだ職員を、検事サイドで、任命して使用することが将来必要であるとする。⁽¹²⁶⁾

1975年にも司法内務両省の合同委員会が「警察と検事の関連の新構想についての指導原則」“Leitsätze über die Neugestaltung der Verhältnisse Polizei-Staatsanwaltschaft”立法の提案が是認されたが、この内容は、固定された法定の基礎構造の枠内で、im Rahmen der von geltenden Recht festgelegten und Struktur 細目においては、実状の発展に強力に同化させることを勧めている。⁽¹²⁷⁾

この点、ロクシンは、国家の捜査権が行政部 Exekutive に移転する傾向を由々しきことと、指摘している。⁽¹²⁸⁾しかし、運用は、行政部（すなわち警察）に傾く、法定の枠は変えないという所にドイツの法律的良心を見るのである。そして、ロクシンの言を借りる迄もなく、ドイツが司法関係検事を Justizbehörde（司法官庁）⁽¹²⁹⁾かつ行政部（警察）Exekutive でもなければ、裁判官のような第三機関（dritte Gewalt）でもなく、両者の中間に位置する独立機関（selbständiges Organ）であるとしている限りにおいて肯定されるのである。この点は、前述のゲセルの意見が両者の指令所 Schaltstelle zwischen Polizei und Gericht としたのと軌を一にする。但し、この考え方を通す為には、フランス同様司法官（magistrat）という集合概念の中に検事 ministere public も判事 juge も含めた集合的概念が必要であろう。⁽¹³⁰⁾また⑦で紹介した検事の指揮権の範囲について、クレイは強制捜査の処置が警察の実力行使令（ほぼわが国の警察職務執行法、武器使用規程に近い）に基づく場合は、検事の指揮権を否定しているのだが、ゲッツ Götz は1971年8月のミュンヘン銀行強盗事件 Fall des München Bankraubes von August, 1971 について、警官の武器使用についても検事の捜査権に基づく指揮権下に包括されると述べている。⁽¹³¹⁾ 事案は、XとYがA銀行の支店を占拠し、通行人を監禁、銀行を爆破すると脅迫し、1時間以内に200万マルクを要求した。Xが用意された逃走用自動車に乗ろうとした瞬間、警官が拳銃を発射し、Xは死亡したが、前以て人質として車に連れ込まれていた銀行員Bが、同時にXの発射した拳銃弾で死亡したことが、手口調査の結果、判明したというものである。

この事件は、1972年、F-C Schroeder の論文「1972年ミュンヘン銀行強盗事件について」が発表されたのを契機に、警官の武器使用権が世論をわかせた時、ゲッツは、司法大臣 Staatsministerjustiz と警視総監が共同で、Bay の協力を得て武器使用も検事の命令を要するか、単なる警察事実かを討議した時、次の結論を得たと紹介している。すなわち

- a 警察に対する検事の指揮権は StPO161, G.V.G.152に依り刑事手続の範囲とする。
- b 指揮権は刑事訴追権と刑事手続における捜査権に及び、その範囲までとする。
- c 刑事手続の範囲内における警察の強制手段 Zwangsmaßnahme はこの指揮権に把握される。⁽¹³²⁾

この点が前記のクレイ Krey の見解と異なるのである。

しかし、カールペータース Karl Peters の最近の所説を見ると、ゲッツの説を肯定させざるを得ない。すなわち、ペータースは、StPO163を根拠に「法は警察には全く通常の（仮逮捕の例外はあるが）強制権 Zwangsbefugnis を与えていない。条文は警察にその任務を指定しているに過ぎない。強制権はむしろ刑訴に散在している個々の規定から派生しているに過ぎない」⁽¹³³⁾ といい、またシェーファー Gerhard Schäfer は「強制処分」について、従

来のシュミットのように『それは証拠保全や処理済手続、執行保全のため強制採血、証拠保全、未決拘留などが行われた』が現在は係属事件捜査手続に必要な証拠資料を得るため先づ行われ、恣意的ではいけないが、事実に基づいて被疑者、第三者が捜査を受け、電話、郵便の監視や差押が行われる^{(133)の2}』という。

d しかしクレイは犯人逮捕は指揮権に属し、逃走して逮捕を免れようとする犯人に対する武器の使用 *Schutzwaffengebrauch* もまた捜査権に属し、検事の指揮権の対象になるとする⁽¹³⁴⁾これは一例であるが、立法者、学界とも、法律上捜査の主体は検事ではないという見解の証明になると思われる。

e なお、前述したロクシンの一部警察官(特定の階級にあり、特別の経験と訓練を積んだ)を検事の補佐員とする考え方は、「警察の検察への編入」現象といえる解決策である。しかしまた「検察への編入」現象もある。

f 現在改正前の *StPO413nF* に依れば、区裁判所判事の扱う処罰令違反事件において、警察が捜査と公訴機関の役割を果たした⁽¹³⁵⁾この場合の捜査は排他的に警察が行い、検事が介入できなかった。(検事の介入は、検事認知の事件だけだが、検事が介入すると、事件は区裁判所事件から分離された⁽¹³⁶⁾この場合、受理された審問 *Verhandlung* は、警察が直接(検事に対してではなく、)区裁判所に送付しなければならなかったし、警察が証拠方法を示し、自分の判断で起訴状に相当する *Strafvorschrift* を提出した。

これは正に警察が公訴機関 *Anklagebehörde* としての検事の役割を果たしたことになる⁽¹³⁷⁾

g 類似した現象は、現行フランス刑訴にもあり、*StPO45*の警察裁判所(違警罪裁判所) *tribunal de police* 検事の任務を47条、48条で共和国検事において警視 *commissaire* 国家警察警視 *inspecteur divisionnaire* 主任警部長 *principal de la police nationale* にとらせることや、*CIC11*条で市町村警部に144条の違警罪裁判所検事の職務を行わせたこと、わが旧裁判所構成法18条②が区裁判所検事局の検事の事務をその地の警察官や憲兵将校、下士、林務官に行わせたことと似ているが、これらは飽く迄、本来、検事でないものに検事の事務を取り扱わせるに過ぎない。

h ドイツのものは、警察が警察官として捜査と起訴を行うので、上述例とは相違する。ブレーメン高等裁判所法曹新聞1952年238号 (*OLG Bremen J.Z. 1952, 238*)⁽¹³⁸⁾の言うように、ドイツは糺問を廃して弾劾主義 *Anklageprinzip* に徹することを本則にする以上、413条も看過せないとしている。正に論者が、当論文で主張する警察糺問そのものだからである。この現象を「警察への検察の編入」といってよいと思う。「検事の多忙」「手不足など」逆の立場の者が主張して、指揮権の除去、捜査権の否定など警察が検事にとって代わるための既成事実の法則(末端)化の悪例としても引用した。

しかしこのことでさえ、当時は、かつて警察犯について、わが国同様、警察自体が独立して処罰していたのを前述憲法92条の趣旨で廃したことを評価したのである。⁽¹³⁹⁾

b. 立法論

現在、検事の刑事手続上の位置づけは、前述してきたように大別して二通りある。一は、検事の捜査権の否定、二は捜査権の肯定である。一は更に警察に対する指揮権を否定するもの、或る程度肯定するものに分けられ、二は旧来の予審判事の職務も引き継ぐを良しとするものに分けられる。

(1) 1つの立場をとるものはゲセル Gössel である。前述のようにゲセルは指令所説⁽¹⁴⁰⁾をとる。

ゲセルの発想は、行政機関の捜査権限も法律宣言機関の判決権限が共属してはならない。これは権力分立の要請であり、ドイツ憲法20(3)の要求である。そして特に刑事手続に於ては、憲法92条に依る「司法権の裁判官への委任」規定の精神からそうあらねばならないとする。

(2) 検事は純然たる行政機関とはいえないが、広い意味での第三機関 dritte Gewalt としての法の執行機関としての司法機関 Organ der Rechtspflege に属していると仮定すれば、検事は行政 (Exekutive) 捜査 (Ermittlung) と司法 (Judikative) 法の宣言 (Rechtsprechung) の領域の中関、いわば Nahtstelle (縫合部分) にあたるともいえる。⁽¹⁴¹⁾

(3) しかし第三機関と見ることには異義を唱えている。その地位は容易に糾問活動の主導性を与えるという。⁽¹⁴²⁾

なお、このままで行政 Exekutive と司法 Judikative の中間の地位を認めると、狭い意味での(法の宣言としての)司法機関たる裁判所との区別ができなくなるから、ロクシン Claus Roxin の考え方が出てくる。

彼は検事を行政機関と第三者機関たる法の宣言機関たる司法機関 (Judikative) 外に、司法 Rechtspflege の独立の機関たる司法官庁 Justizbehörde として移転させるとよいという。⁽¹⁴³⁾

(4) これに対してゲセルは、「ロクシンの考え方を実現するには、検事を第四機関 vierte Staatsgewalt として創立するか、憲法上の第三機関の外に移転させるかのいずれかということになる」という。

前者は憲法の禁ずる所、後者は憲法の根拠から困難という。このことは、論者が前述したように GG20③からは難しく、わが憲法上も難しい。しかし、司法という言葉の解決の問題である。GG92条が Rechtsprechung を司法権ととらえていることは、Richter に委任するといっていることから明らかではある。しかし前述ゲセル自身もいっているように、司法機関を、Judikative ととらえて第三機関とするのなら、⁽¹⁴⁵⁾ 司法機関の中で法の宣言部門を Rechtsprechung、法の(刑事手続に関する)執行部門を Rechtspflege ととらえれば済むことである。(その考え方は、5(9)⑨注(130)で、フランスの司法官概念で既に述べた) こうす

れば、検事の部門を第四機関とする必要はない。また、第三機関の外に移転させる必要もない。警察でさえ純然たる行政機関に属しつつ、行政警察 Verwaltungspolizei と刑事警察 Kriminalpolizei (フランスの司法警察 police judiciaire) という二本立の業務に従事しており、⁽¹⁴⁶⁾ 後者は前述のように裁判所、司法官庁 Justizbehörde (特に検事 Staatsanwaltschaft) との関係が深いこと⁽¹⁴⁷⁾ 否、後者の業務遂行上の実力行使の実状からこれを独立した本務にせよ、後方指揮者の検事の命令には従いたくないという本末顛倒の主張から起こった問題が、検事そのものの在り方まで問題にしていることを思うと、矛盾を感じるのである。だから、Judikative の中に Rechtsprechung と Rechtspflege があると解釈すれば、ロクシンのように言えると思う。つまり行政機関でもなく、第三者機関でもない両者の中間の独立の司法機関たる 司法官庁 „Justizbehörde → Justizbehörde, die weder der Exekutive noch der dritten Gewalt zurechnen ist, sondern als selbständiges Organ der Rechtspflege zwischen beiden steht“⁽¹⁴⁸⁾。

ゲセルのロクシン説の紹介として述べた表現、一行政機関と第三機関 (ゲセルは、これだけを Judikative と呼んでいるが) それ以外の独立した司法機関 Organ der Rechtspflege としての司法官庁 Justizbehörde-Staatsanwaltschaft als Justizbehörde als selbständiges Organ der Rechtspflege außerhalb von Exekutive und dritter Gewalt (= Judikative)⁽¹⁴⁹⁾ と理解しているわけである。

但し、わが国ではこれを適当となし得ない。現行憲法33条に「司法官憲」という他の条文にない表現があり、唯一の「司法官」と読める箇所の統一解釈が「権限を有する司法官憲」とは「裁判官」を意味するとし、検察官はこれに含まれないとされているからである。

「この条文の意味は、厳正中立の立場にある裁判官に令状を発する権限を与え、これによって不当な逮捕が行われないことを保障しようとしたものである。もし、捜査機関たる検察官に令状を発する権限があるとすれば、逮捕の濫用を抑制する意味は、まったく失われてしまうからである」とされる。

現在、これを受けた刑訴199①には「裁判官のあらかじめ発する」という文言があり、憲法の「司法官憲」は「裁判官」と逆に法律を以て説明した形になっている。

- (5) しかしゲセルは、ある意味でロクシンの考えを肯定している。彼は「検事が全く法の宣言活動 rechtsprechende Tätigkeit をやらないと、その法律執行活動 gesetzesausführende Tätigkeit を行政部だけに帰属させることはできる。しかしそれは、公共の静謐と秩序維持という合目的々指導理念 (主観的正義) の上で、他の官庁におくれをとる⁽¹⁵¹⁾ という。つまり行政部の義務は物理的正義の実現 (客観的正義) (G.G.20の趣旨) でなければならないとし、行政部の中におくが、内部的な管理は受けず、法律の実現を任務とし、かつ物理的正義の保

全を志向する特別な部門が司法官庁 Justizbehörde の中に存在している。⁽¹⁵²⁾それが検事だというのである。

つまりロクシンが「第三機関の範囲を広くとって、その中に法律執行部として検事をおくか、第四機関（行政）の中において、法律の執行（実現）をやらせよ」というのである。

そしてゲセルは「法の実現」を合目的々な主観的正義というのに対し、行政部の義務は物理的正義即ち客観的正義というのである。しかも司法官庁を広義の司法部でなく広義の行政部におくとしても、結局ロクシンと同じ „Justizbehörde“ という表現で一致しているのである。

こうして考えると司法官庁とその頂点の司法大臣は、法律を正義に結びつける国家の意思を代表し、その下にある検事は、この目的に国家権力を一致させる任務を担当するのである。⁽¹⁵³⁾エブ・シュミットの考えは正に「法の番人」ということになるが、「法律全体の励行と、客観的正義の励行の方針に従う限り法治国家の精神（G.G.20）に従うことになるから、法を犯したものに対して当事者性をもって何等矛盾はない」とする⁽¹⁵⁴⁾のである。

この考え方が StPO160(2)に矛盾することは明らかである。ゲセルのいう「国の利益は合目的々で主観的なもので、客観主義と別個のものである」という考え方に賛意を示しているのだから、両者を人為的に一致させた正義（利益）と個人の利益の対立はあってしかるべきである。こういう考え方で検事の当事者性を主張すると前条の 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～の公益性の意味が失われ、その公益性故の非当事者性と衝突する。この点、ロクシンのように、「非当事者性を是認」した方が司法官庁性に適合する。

これに関連して検事の命令の拘束性が説明でき、司法省の外面的な命令権（G.V.G. 裁判所構成法147条）に依り、麾下検事に依て刑罰権の適法執行を可能にできる（裁判所構成法145、146条）。この法律執行機関としての位置が、西ドイツ検事の当事者地位を排斥する⁽¹⁵⁵⁾

しかし検事の当事者地位の排斥がドイツに於てフランスと違った意味で予審を必要としたともいえる。ゲセルは糾問の弊害に懲りたドイツが、ワグネル Wagner の主張した司法警察（ドイツの刑事警察でなくフランスの police judiciaire である）を否定したとき、対立案としての裁判官に依る捜査も否定したことを挙げて、^{(155)の2} だからこそ「過去のものでありながら、再度導入された予審が再び廃止されたのはその為である」という。しかし、判事にのみ法律上留保された強制処分権と StPO165の判事の緊急権能 Notstaatsanwalt は糾問の遺物でないという。StPO165を除いて権限拡大はない、検事に依る先行捜査をその依頼に依り、法律捜査という再度吟味をしているだけだからとする。これが後述の捜査判事存続理由と見う

るほか、「捜査実権が検事から警察に移行しつつあるときの予審廃止は不幸であり、被疑者の権利保護は検事で代用不能」というカールペータースに代表される考え方に通ずると思われる。^{(155)の3}

(6) 捜査手続における検事

① 起訴、不起訴の決定後、StPO160 ①が検事にこの決定のための準備を義務づける場合のみ、その事実関係を追及することになる。⁽¹⁵⁶⁾ 検事が捜査手続の主体とされるのはこの為である。しかし、ゲセルの消極的な見解に対して、ラウベ R. Laube に依れば、検事の任務は、特に、犯行の捜査、公訴提起、公判における訴追の代行、そして、その判決の執行であるとし、その為に起訴独占権（私人訴追、起訴強制手続などの例外はあるが原則として）を StPO152 でみとめられ、不告不理の原則が働き（StPO151 I）当事者性を持たず、裁判所と同格の司法機関であるとし、犯罪捜査がその第一責務であることを裏付けている。⁽¹⁵⁷⁾ 更にリュピング Hinrich Rüping に至っては、「検事なるものは、判事から捜査権を外す目的（つまり糺問をやめる目的）で、それは捜査なるものが本来、判事の任務と一致しないからではあるが、導入されたものである。」「だから刑事手続における主たる任務は捜査手続にある」と喝破している。⁽¹⁵⁸⁾ またラウベは、注（156）で紹介したゲセルの見解に呼応して、かつてのように無限に徹底した犯罪捜査が検事の責務ではなく、StPO152の解釈として、公判維持の可否を追及する義務を負い、その証拠収集のため、つまり犯行が審理の対象になるか否か（最高裁判例にも拘束された上で BGH151, 155）検事認知時点迄の根拠状況と、更に捜査をすることで犯人たることの立証が可能と判断されるかを吟味しなければならない⁽¹⁵⁹⁾ という。正に捜査は公訴提起のための訴訟手続。逆にいえば捜査なくして公訴提起は不可能といているのである。所でラウベだけでなく、公訴については、検事を以て原則的起訴独占者とする者⁽¹⁶⁰⁾が圧倒的である。StPO152の明文が Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen とある以上、当然ではあるが、StPO374の私訴 Privatklage において、被害者が事前に検事に連絡せずに自ら検事の場において起訴できること、国税犯則取締手続 Steuerstraf verfahren において大蔵官庁が規則400条に依て、処罰命令を依頼できる⁽¹⁶¹⁾とか、StPO172 — 177 に依る起訴強制手続 Klage - erzwingungsverfahren で弁護士に検事の役割をさせる⁽¹⁶²⁾とかの手続は、ラウベ、ボツケ、ロクシン、共に例外と見る。弾劾主義を、起訴独占主義でまかなう以上、起訴強制できる立場を残しておかないと、被害者は救済されないし⁽¹⁶³⁾西ドイツ刑訴は、二当事者に依る弾劾主義 Akkusationsprinzip, Anklageprinzipの代りに（それをとらないで）単なる弾劾形式をとっているに過ぎない⁽¹⁶⁴⁾から、StPO152 2で起訴法定主義 Legalitätsprinzip をとりながら、中程度の犯罪については、犯人の情況、社会福祉面から事実上、起訴便宜主義が

行われている。⁽¹⁶⁵⁾つまり、訴因はあっても、検事の判断で、公訴を行わない場合もあるのだが、被害者は耐えられないから、公訴の補充手段として Privatklage StPO 374 がみとめられている。Im wege der Privatklage können vom Verletzten verfolgt werden, ohne daß es einer vorgängigen Anrufung der Staatsanwaltschaft bedarf, しかしこれはドイツ伝統の訴訟形式（起訴法定主義、起訴独占主義）の例外で、原則は公訴である。StPO 152 (1) Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen. (2) Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen

この点、フランス刑訴 C.P.P は、同じ大陸法系の代表的存在であっても、趣を異にしている点、注意を要する。

Art. 31 Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi すなわち西独が「公訴の提起は検事が行う」（別段の規程すなわち、私訴や、国税犯則取締や、起訴強制手続 StPO172—177事実上、空文化した付帯私訴 StPO395—402わが旧刑訴の私訴と同じ、関連損害賠償訴訟のある場合を除き）としているのに対し、フランス刑訴は、「検事は公訴を追行し、法律の適用を請求する」と主語が逆になっており、起訴が国家独占でないことをいっているのである。しかも、西ドイツ刑訴の私人訴追が被害者に提訴をみとめているが、これは、StPO374で定める住居侵害、名誉毀損、信書の秘密侵害、身体傷害などの一定の軽微犯罪に限られ、のちに公訴が提起されれば、私人訴追は当然、前記の付帯私訴(StPO337 3)になる。つまり、いつでも、いかなる段階でも公訴に引きつがれる性質をもったもの(StPO391)である。⁽¹⁶⁶⁾結局、前述のように国家訴追主義、起訴独占主義、弾劾方式の非当事者主義(当事者主義的ではあるが)のために起訴法定主義の StPO152 ②は貫きにくいため、実務上、便宜主義を加味するから、その枠外におかれた被害者の為の例外的私訴といえる。そして、そこ迄の判定が必要なればこそ、検事は捜査手続の主体でなければならないと思う。

これに対して、フランス C.P.P.85条は私訴原告人, partie civile なる概念を明示し, Toute personne qui se pretend lesee par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction competent.

Art. 85「重罪、軽罪を問わず損害を受けた者は管轄予審判事に告訴して、私訴原告人となれる」とあり、また

Art. 1 L'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi.

Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code.

つまり、刑の適用のための公訴の提起と訴追を司法官 magistrat 又は公務員 fonctionnaire が行うとするが、問題は二項で、「公訴は本法に定める要件の下で、被害者もこれを提起することができる。」と明記している上、2条で85条の私訴権者を定め、しかも、判例によると、私訴権は公訴権を始動させるからである。⁽¹⁶⁷⁾ 検事の無視、反対に対しても公訴権を始動させること1906年12月8日判例である1906年12月8日判決⁽¹⁶⁸⁾

「またフランス刑事手続法史上初めて刑事訴権を公訴権と私訴権とに分け、後者の行使を犯罪の被害者の権限としたのに対して、前者の行使を専らそのために設けられた特別の官吏の権限とすることによって、検察官公訴の原型を定めた革命暦(共和暦)四年(1795年)霧月三日の罪刑法典(Code des délits et des peines) その五条において「公訴権(action publique)は本質的に人民(peuple)に帰属する。公訴権は、人民の名において、この目的のために特別に設けられた官吏(fonctionnaire)によって行使される。」と規定している」

「C.I.C.1条1項は『刑の適用のための訴権は、法律によってその訴権をあずけられた(confie)官吏にのみ属する。』と定め1958年のCode de procédure pénale(C.P.P.)1条1項は一層正確に「刑の適用のための公訴権は、法律によってその訴権をあずけられた司法官(magistrats-検察官を指す、沢登佳人注)または官吏(検察官以外の役人を指す、沢登佳人注)によって始動されかつ行使される(est mise en mouvement et exercée)と定めており、公訴権をあずけた本人、すなわち公訴権の窮極的帰属主体の何びとなるかには直接言及していないが、それが決して国家ではありえないこと、人民=公衆であることは、次の条文によって知られる」そして「その根拠条文として、C.I.C.3条『私人訴権(action civile)は公訴権と同時にかつ同じ裁判官にこれを提起することができる』前記(C.P.P.1条2項3条1項『この訴権(1項の公訴権を指す、沢登注)はまた、この法典の定める条件に従って、被害当事者(partie lésée)によっても始動されうる。』『私訴権は公訴権と同時にかつ同じ裁判所に行使されうる。』と定めて、犯罪の被害者が、損害賠償請求訴権と同時に、「検察官の意に反してでも)検察官を駆り立てて公訴権を始動させ、かつ検察官を使役して公訴権を行使せしめる権限を有することを、明らかにしている。⁽¹⁶⁹⁾とされている。

- ② 以上を踏まえて、西ドイツ刑訴の公訴の関係を見ると、フランス刑訴において、検事はその属する社会に公訴を提起し、社会の名に於て au nom de laquelle agit 行動する。⁽¹⁷⁰⁾ また検事自身に依てなされた公訴 action publique であろうと、私訴原告人 partie civile に依て開始された私訴に適応した joint 場合であろうと、その訴訟を維持(遂行)し exerce, 公訴を提起するのは常に検事である。 “C'est toujours le ministère public qui exerce cette

action et qui est demandeur à l'action publique”⁽¹⁷¹⁾

この社会の名に於て、という表現をそのまま StPO152に見出せないが、„zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen“とあることでフランス法と違い起訴独占主義、国家訴追主義を定義づけているし StPO160(1)が公訴提起の為の捜査を検事にみとめ、同条(2)でその捜査は、被疑者の罪責を肯定するための証拠収集だけでなく、罪責否定のための証拠収集も義務づけて、検事を公益の代表者たることを言外に示唆している点に差異がある。またこの為にドイツの検事が非当事者、そのために、訴訟手続は当事者主義形式ではあっても当事者訴訟ではないことは前述した。これに対して、フランスの検事は Art.31に見たように明らかに原告当事者である。先にカルステンの所論を引用して、明治初年にわが国がフランス法にならいつつドイツ法を導入したから、沢登教授御指摘のように、フランスの社会＝国家とみたものと思われる。しかし、分析して見ると、社会構成員は個人の集合であり、個人を集団としてとらえた公衆の名といわざるを得ない。だからこそ、公益の名において起訴法定主義と便宜主義の間にはさまれて、あふれ出た要素を Privatklage や Klageerzwingungsverfahren で救済するいわば恩恵的例外的私訴とはおもむきを異にするのである。そのように解して、はじめて、フランスの個々人が被害を蒙った時点で、わが国の行政不服審査法、行政事件訴訟法に依ることなく、対等の人格としての国家をも、国の官吏である検事その他の役人を使って訴追できるのだと解する。ただここに注意すべきは、全く法系を異にする英国が、private prosecution 私人訴追を伝統的かつ法律上の原則として、常勤検事 full-time professional, prosecuting attorney に依る訴訟形式俗にいう Tom Deweytype を持たず、大陪審 grand jury も1933年に廃止していること自体合衆国の学者からは、関心事とされるが、それ故にこそ被害者の権利保障が完全になるといわれる。英国では私人訴追に依る刑事訴訟の開始を initiation of criminal prosecuting by private parties⁽¹⁷²⁾と呼んでいるが実質に隔差がある。フランスのものは、飽く迄、個人の集合としての「公衆」であり、個人の訴訟便益に奉仕することが集合体に奉仕することになるので、集団的な私人訴追その公僕代行者が民訴の訴訟代理人に相当する公僕たる検事、しかも対公法人、対国家にも罪種の区別はなく、弁護士を依頼する必要もなく個人の出費の不安もない。その実質もわが国の行政事件訴訟法的内容も含まれることになるし、検事に起訴を否定させる余地もきわめて少いから、わが国の検察審査会法42条の勧告や準起訴手続（刑訴262①266）に依る棄却のおそれも、同268①の二重手間も不要である。

また C.P.P.85条に依て、被害者たる私人が、捜査機関たる予審判事に告訴することに依りて訴訟係属を見ることは、わが国のように、誣告、名誉毀損に問われなかつちゅうちよ

することがなく、しかも警察（現行法上第一義捜査機関となっているため）を窓口にせざるを得ず、それを通さない以上、第二義的捜査機関たる検察官に持ち込めない、それはまた起訴してもらえない結果になるという不合理を招かずに済む。

フランス刑訴における訴追は、「検察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義」であると沢登教授が断定されるのは正に至言である。⁽¹⁷³⁾但し、沢登教授御指摘のフランス刑訴の検事がドイツ同様、国家訴追主義の起訴独占者であると受け取られたのは、前述ステファニの説明から見て C.P.P. Art. 1 mise en mouvement と exercée の解釈の問題かと思われる。つまり、公訴権を私訴原告人に始動させられることはあっても、公訴を提起し、公判を維持するのは検事だからというのではないかと思われる。

- ③ 前述イギリスの private prosecution は西独同様、犯罪の種類が消極的に限定されており、murder（謀殺）、反乱、毒薬事件、対国家保安上の事件は、前述 D.P.P.が処理することになっているし、如何なる段階でも、D.P.P.が職権で事件を引継ぐことができる上、D.P.P.の上司である Attorney General は、いつでも私訴を停止させることができるので、私訴の実効は少い。それに私訴が原則のために大陸法にいう職業検事は置かず、Attorney General は王室弁護士で、閣僚の一員であり、その下にある D.P.P.もまた弁護士である。しかも、警察訴追が大多数をしめ、私訴原告者も警察の補助を受けること、いわゆる特別行政部門、郵便、租税、労働等の行政機関にあっては、各別にその機関が訴追を行っている。その調整をするのもまた D.P.P.しかも、立法機関たる House of Lords（貴族院）が最高裁の役割を果しており、近年迄、それに上訴することすら Attorney General の許可が必要であった。下級審の裁判官は巡回裁判所（四季裁判所）判事以上は別として、magistrate（治安判事）は殆ど学識はあるが法律には素人が多く、無給の名誉職が多い。⁽¹⁷⁴⁾このような司法制度の下で私人訴追が行われていてもフランスの弾劾主義下の民衆的訴追当事者主義とは程遠く、また職権主義の色彩を残しつつ、当事者主義的糾問主義から起訴法定主義をとりつつ実務上便宜主義を加味し、枠外事件を私訴と起訴強制手続、付帯私訴で補なう公益国家訴追主義の西ドイツのそれとも余りにも法律感覚が異なるのである。英国は論文テーマの対象でないので深く立ち入ることを控えるが、後で、捜査と公判の中間手続の旧予審（西独及び日本の）に相当する作用を営む手続として、合衆国治安判事に依る予備審問、preliminary examination（又は hearing）とほぼ chambre d'accusation（重罪公訴部）相当の働きをする合衆国大陪審 grand jury の母国として略述した。
- ④ 以上述べて来た所は、西ドイツ検事は公益の代表者として、公訴を提起するために、その資料たる証拠を収集する為に捜査手続の主宰者でなければならない外国法の例証である。但し現行犯についてはフランスの共和国の検事も捜査できるので、(C.P.P.41①)の捜査およ

び訴追に必要な処分権、告訴、告発の受理権⁴⁰⁾ (C.P.P.54) (C.P.P.41②) の司法警察に対する指揮権の行使 (“41, ②, “41③)) に関してはドイツ以上に効果的である。ことに警察に対し全司法警察官を指揮して現行犯の処置続行を命じることができるし予審制でも (151) に依り、非現行犯は勿論、現行犯に対しても司法警察官に対する権限を持ち、(72 1) 1 段) の場合、重罪、軽罪の現行犯現場で全司法警察官にその職務の続行を命ずる。しかも、司法警察は共和国検事の指揮の下に権限を行使できることになっている (12)。要するに共和国検事は、司法警察官の上官としての一切の権限を捜査についてみとめられた捜査機関である。

⑤ フランスは前述のように、起訴のあり方と、私訴をみとめることと、予審を続行することに依て、西ドイツと異なるが、検事の公益代表性、非当事者性、独立司法機関性 (ゲセルの批判はあるが)、司法官庁性 (フランスと違い個々の検事が国家代表権を持つ) を踏まえた公訴機関であり、そのための捜査権を必須とする機関である。その意味で前手続すなわち予審の廃止された今日、一説には予審判事に代る検事に依る予審 *staatsanwalt-schaftliche Voruntersuchung* とさえいわれた程、捜査手続における主体性を確定したといえる。⁽¹⁷⁵⁾ 検事予審は、結果的には、法律的には否定されたが、警察に原則として強制処分をみとめない (StPO163) 西独において、捜査主体としての検事の権限は強大になったが、とりわけ予審判事がなくなった為に、強制処分の一部行使者として、フランスとは違った捜査機関になりつつある。

⑥ カール・シェーファー Karl Schäfer によれば、予審廃止後の第一次刑訴改革法 1, StVRG により、検事は前手続 *Vorverfahren* すなわち捜査手続の主体として、検事に必要な捜査権限と強制手段を与えられ、前手続における裁判官の協力は無制限に、特に憲法上要求された尺度は制限されるような傾向があるという。⁽¹⁷⁶⁾

現在、検事は新にみとめられた強制処分権に依て捜査において、証人、鑑定人を出頭させることができ、証人は拒否権のない限り検事の面前での事実の供述をし、鑑定人は鑑定する義務がある。

検事には、出頭、供述しなかった者に対し、拘引 *Vorführung*, 拘禁相当の罰金 *Ordnungsgeld* を課する権限がみとめられる (もっとも現実の StPO161 a(2) では、この権限は裁判所に留保された)。但し、この強制処分で脅迫された者は出訴をみとめられている。

このような欠点を補いつつ、強制捜査の実をあげるべく再評価されているのが捜査判事 *Ermittlungsrichter* であり、検事に旧予審判事の権限をみとめなかった替りに、強制処分の権限者を検事とともに移動させ、その越権を防止しつつ捜査の実をあげる形をとったものと思われる。

以上の状況から、最初に述べたゲセルの考え方、つまり、検事を、裁判所と警察との間の指令所とし、そのために、捜査権を否定して中立化し、警察に捜査を一任し、そのフィルター的な (StPO160②, 98②のような) 監督にとどめるという考え方⁽¹⁷⁷⁾は否定されているといえる。

- ⑦ ロクシン「検事フィルター説」ゲセルの「警察、裁判所中間指令所説」これに基づく「捜査監督者—対警察、対裁判所同時監督庁説」がいずれも検事の捜査権を否定する為の論旨のように見受けられる。けだしゲセル自身認めているように公訴官たる検事から捜査権を否定すると紙加工業者になってしまい公訴の実を上げられないのは勿論、捜査せずに、捜査した警察の恣意から国民を守ることは到底不可能であり、裁判所に対しても同様である。またロクシンのように、「司法部に属し、しかも裁判官ではなく、勿論、狭義の行政機関でもない」「両者の中間に位する司法機関」であり、「司法官庁」で、しかも対警察関係では、「手のない頭説」であるとするものに大別されるが、両者は勿論、カール・シェーファー Karl Schäfer⁽¹⁷⁸⁾ バウマン Bauman, リュピング Hinrich Rüping⁽¹⁷⁹⁾ ラウベ R. Laube⁽¹⁸⁰⁾ ボッケ Wilfried Bottke^(180②) いずれも検事の捜査主体性と警察（総体、補助者として指定された者だけに限定するかの違いはあるが）に対する指揮権を肯定している。捜査権を検事から奪う根拠がないからマックスプランクの家も否定されたわけである。

予審の廃止の眼目は前手続の集中審理と迅速化のためだったが⁽¹⁸¹⁾その為に検事の権限が広くかつ強大化された⁽¹⁸²⁾ことは既述のとおりであるが、判事の糺問を廃止したあとに検事を登場させた意義が変形された。つまり予審があった為に保障された刑事人権が充分保護されなくなったのである。⁽¹⁸³⁾カールペータースに依ると、前述のとおり、「検事の捜査が一般的に警察に移行（事実上）するような時に予審が廃止されたのは不幸」といい⁽¹⁸⁴⁾その理由として「従来、予審に依って行われていた事実と権利保護と難事件を予審判事が担当していたものを検事で代行できない。まして、検事に依る予審 Staatsanwaltschaftliche Voruntersuchung ということはあり得ない」、「刑事上重大な意味を持つ捜査手続は、予審判事の積極的な協力と主導的な検事の責任において行われるべきである。」更に彼は1877年のドイツ刑訴の重要意義を挙げ、「それは捜査においても検事ではなく裁判官に重点がおかれていた⁽¹⁸⁵⁾」というのである。「また、1964年に導入され、1974年に再び廃止された重大事件における終結尋問 Schlußengehör が廃止されたことは失策であった。それは捜査終結前に被疑者の要請に基づくものであったから、刑事人権上有意義であった⁽¹⁸⁶⁾とする。現在確かに StPO163 a は、被疑者は釈放されない限り、捜査終結前に尋問を受けることができるが、これは判事に対してであって検事に対してでない所に既に片手落ちというのである。かつて存在していた捜査上の権限が、予審の廃止に依る不都合は正で見直された時点で検事には復活し

ていないというわけである。

- ⑧ これは、フランス法同様、調書の証明力に較差があり、裁判官の面前調書は区裁判所判事の実地検証 Augenscheinnahme を含めて朗読のみで証拠力を認められるのに比し (StPO249) 警察の実地検証報告書 polizeilicher Bericht über die Augenscheinnahme は朗読さえされない。警察官が犯罪地と犯罪事実について確信を持っているときは、証人として尋問され得るにとどまる。⁽¹⁸⁷⁾ また検事と警察の自白調書 Geständnisprotokoll は、検事が重大事件に於て自白に基いて StPO162 に依る裁判官の尋問を促し、しかも被疑者がその自白に基いて拘禁されている場合は、その事実を紹介されれば、自白調書は朗読されない。⁽¹⁸⁸⁾ このように判事、検事、警察の調書、検証、自白調書の証拠能力に較差があること、前述したとおり、西独は現在、当事者主義的ではあるが、当事者主義訴訟そのものではない所から、たとえ起訴者と、被疑者が同等の訴訟主体で、ある同一の範囲で平等の権限を持っていたとしても、刑事訴訟手続において当事者として対立していなければならないという説明はない。また検事が接見できない法律領域 (例えば判事に依る勾留中であるか否か) に依る相違もない。⁽¹⁸⁹⁾ このことはフランスのガルダザビューのような身柄確保と違い捜査手段としての勾留であり、前述のように強制処分の中でも特に勾留は裁判官に留保されている権限であるから、裁判官面前調書と合わせて裁判官は検事より広義の捜査において強力であることがわかる。ここで一言したいが、ゲセルの言うように、検事を警察と裁判所の中間の指令所、警察に対する監督捜査機関、裁判所に対する法執行者としての監督捜査機関たれとするのは矛盾しているように思われる。同じくゲセルの言一「検事は、警察の恣意、裁判所の合目的々正義から来る恣意から国民を護るべき官庁であるべし」との言の方が正当である。特に警察の恣意というのは、前記カール・シェーファーのいう証拠法上の問題をふまえての言と考える。しかしカールペータースの云う所では検事と裁判官の対等独立協力の必要性を説き、予審廃止と検事の最終尋問の廃止を遺憾としている。ペータースの考え方は要するに、警察捜査は恣意的にならざるを得ない。それを法律的に規制できるのは検事と裁判官である。警察は実体を捜査する実績からウエイトが高くなるのはやむを得ないが、法律捜査の一線は画しておかなければならない。犯罪捜査の現実の主体が警察に移って行くとしても証拠の収集と評価については裁判官に留保すべきである。その為には原則的に強制処分権は裁判官に残すべきである。裁判官以外の者に代行させるとすれば検事迄しか認められない。それを検事に迄否定しては法律捜査迄警察に担当させることになる。予審廃止は時期的にも最悪の時期だった。警察には例外緊急の場合以外、強制権を否定し、伝統的な裁判官に依る捜査監督の必要をいっているものと考えられ、ゲセルとは正反対、ロクシンの検事司法機関、司法機関独立説とも違うのである。強いていえばわ

が国の治罪法に近いといえるであろう。

- ⑨ G.G.20③の刑訴手続内の権限分割論も前述ゲセルの提唱した所であるが、現実には英国以外で全く原告でもなければ公益代表者でもない行政執行官たる警察を当事者にできないから、権限分割論はいきおい起訴機関と裁判機関の分割か、裁判機関内の予審（前手続の一つたる）と公判の分割かの問題になる。前者については詳説の結果、検事に公益性、非当事者性、国家代表起訴独占性をみとめる限り、当事者主義に傾くことがあっても、先にロクシンの所説を紹介した如く、わが国とスカンジナビヤ及びスペインで行われている検察官と被告との間の相互尋問制を大きくする程度に止まると思われる。広義の民衆訴追のフランスと違い国家訴追主義のドイツでは、強制処分権を裁判官に、起訴権、執行権を検察官に委ねても、強制処分権を裁判官が留保し、検事の捜査上の必要に応じて検事の捜査を法律的に規整することで刑事人権を保障する形になると思う。捜査判事の発想はここにあるのである。そして判事の捜査中における検事に対する協力は法律の宣言でなく、検事の起訴、不起訴の決定もエップシュミットのいうとおり、その判断を以て、法律の宣言にはならない。

- ⑩ 但し、予審と公判の機能分割はフランスを模範とする限り再考の余地がある。カールペーターズの指摘するメリットがあり、わが国もこれを持ち、ドイツの廃止理由と違い、予審で持ち出された証拠調の結果を公判で採用したことが予断排除と起訴状一本主義に反し、ひいては糺問の名残りとして否定されたが、予審を旧大正11年旧刑訴の控訴審のように覆審にすれば予断は排除され問題は残らない。現行刑訴の控訴審のような事後審の目で見ると限りにおいて予断の問題があるに過ぎない。この点、先に紹介した西独の Schöffengericht はかつての Schwurgericht と違い参審であって予審の内容を見ているから問題があったと思われる。⁽¹⁹⁰⁾

次に先に詳述した私訴の件について従来の通説と異なる見解が西独に発生したことを紹介する。前述の如く西独の Privatklage は軽微事件について被害者自ら検事の役割で起訴するものであり起訴強制手続 Klageerzwingungsverfahren は検事に起訴を強制するものでいずれも検事の起訴独占主義、国家訴追主義に対する例外である。⁽¹⁹¹⁾ 英国の私人訴追やフランスの私人に依る公訴権駆動や私訴と異なることは既に述べた。問題は、西ドイツにおいて廃止の動きがあることである。

- ⑪ カールシェーファーはいう a. 被害者の付帯私訴 Nebenklage も、私訴 Privatklage も、起訴強制手続 Anklageerzwingungsverfahren (StPO 172, ff.)も廃止せよ。b. 私訴については治安裁判所判事法 Friedensrichterordnung の草案成立後に、治安裁判所法と、罰則規定の適用を放棄することに依て関係者の総括的治安の目的を持った治安裁判所が登

場する。

つまり「治安裁判所を以て現在の私訴や付帯私訴，起訴強制手続に替えよ。」c.「治安裁判所の目的は刑事罰科刑の回避にある。起訴法定主義 Legalitätsprinzip は，基本的に守らねばならないが，訴追が国民の保護にもならず，犯行の償いも要求しておらず，犯人の責が軽微で不処罰が予見されるか，高々禁錮 Gefängnis，要さい禁錮(名誉剥奪にならない) Festunghaft か，1ヶ月の拘留刑 Haft，30日相当罰金刑，Geldstrafe von 30 Tagebußen などが考えられる時は，検事は裁判官の制約を受けることなく，不起訴にできる」などである。⁽¹⁹²⁾

- ⑫ しかし，従来述べて来たように私訴は被害者の救済それも検事が捜査の対象としない事件を被害者に検事の座で訴追を認めるのが西独の制度なので被害者人権保護上重要な制度である。発端が起訴独占主義の例外⁽¹⁹³⁾とされたが，立法論としては予審の廃止に伴う検事の権限拡大 Erweiterung der Machtbefugnis des Staatsanwalts の一環として採り上げられたことに意義がある。しかし現行法はこれを採択せず，私訴，付帯私訴，起訴強制手続は存続している。そしてこの裁判所に一部事務が移管されるかに見えた区裁判所 Amtsgericht は存続している。治安裁判所はかつて G.V.G.13 a 条が規定していたが，州立法で設けられ，訴額150マルクまでの民事事件，区裁判所管轄の刑事事件を取り扱う。要するにイギリス式の素人(市町村長，市町村の吏員1名，または市町村議会の委員会)で構成されていたが，1959年11月17日連邦憲法裁判所決定で三権分立原則違反，違憲だとして廃止された歴史がある。⁽¹⁹⁴⁾ 要するに普通法，衡平法の国の権利実現と成文法，制定法の権利実現には実質的な相違があり，公益を代表する司法官庁たる検事が警察と裁判所の中間に位して，刑事人権を保護するという考え方が私人に依る自力救済の発想よりも優先するのである。

注 集

- (1) Hinrich Rüping, Theorie und Praxis des Strafverfahrens, Bonn, 1979 s. 49, 50, 51.
- (1)の2 Kleinknecht/Meyer, Strafprozeßordnung, München, 1983, S. 1321.
- (2) Karl Heinz Gössel, Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, Goldammer's Archiv für Strafrecht Begründet 1853, R. V. Decker's Verlag, G. Schneck, Heidelberg. Hamburg, 9 September 1980. 127 Jahrgang. s. 335 Schmidt-Bleibtreu/klein, Vorbem. 1b vor Art, 92, Anm, 49 Gössel, op-cit, S. 335.
- (2)の2 Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Göttingen, 1964 § 79-80.なお司法機関でないことは, Judikative (Rechtsprechung)でないことで Organ der Rechtspflege であり得る。Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 15 Auflage München 1979, S. 46.
- (3) Hinrich Rüping, s. 49, op-cit 但し, 沢登佳人教授のいわれるとおり, フランス法では, 「法の番人」という表現には疑問あり。
- (3)の2 Eberhard Schmidt, op-cit., S. 78.
- (4) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 15 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1979, S. 46.
- (4)の2 Roxin/Arzt/Tiedermann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, Heidelberg, 1983, S. 176, S. 161. GG 92 「司法権は, これを裁判官に委任する。」 GG 97 ①: 「裁判官は独立を保障され, それ地位は, 行政の介入を許さず, 立法機関の法の宣言に対する干渉を排除する。」 GVG146: 「検事局の構成員は, その上官の職務上の命令に従わなければならない。」
- なお Gössel は反対。Gössel, s. 336 Karl Peters, op-cit. は行政部的に組織された刑事訴訟官庁という。但し司法官庁とする点は Roxin に同じ。Karl Peters, Strafprozeß, Ein Lehrbuch. C. F. Müller Juristischer, Verlag, Heidelberg, 1981, S. 152.
- (5) わが旧刑訴246, Roxin, S. 51 Bauman, S. 111 なお否定意見として, 横山晃一郎「昭和刑訴の現実化」刑事法学の諸相下, p. 128.
- (6) Karl Peters/op-cit., Strafprozeß Heidelberg, 1981, s. 507.
- (7) Karl Heinz Gössel, op-cit., s. 35 (論)
- (8) Gössel, op-cit. S. 345.なお, クラインクネヘトは GVG152 で, 検事の補佐官に指定された警察官は, この権能を持たなかった従来の警察官より強力な命令権を持つといい, その内容には, 一定の条件の下ではあるが, 被疑者, 非被疑者の身体捜検, 差押, 捜索中の監督調整, 緊急売却命令, 同措置権などがあるという。Kleinknecht/Meyer, op-cit., s. 1325.
- (9) Gössel, op-cit., s. 345, Eb. Schmidt II なお Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 11 Auflage, München, s. 47.
- (9)の2 Kleinknecht/Meyer, op-cit., s. 1323.
- (10) Gössel, s. 345 op-cit, なお GVG151 「検事は裁判官の業務を行ってはならず, 裁判官の監督をしてはならない。」の規定の根拠をクラインクネヘトは, GG92 に求め, 逆に判事は検事の業務を行える。StPO165 の緊急検事の規定やドイツ裁判官法 PRiG37 ①, 13, 16 ② に依る本人の同意がある場合が該当するという。Kleinknecht/Meyer, op-cit., s. 1325.
- (11) StPO165 に依れば捜査中の判事はこの場合にも判事の権能を行使できる。また StPO304 に依りこのような処置の

否認や裁判官の尋問について適用される権能を行使できる (StPO168 b の代りに 168 a, 168 c), op-cit., Claus Roxin S. 53 但し Gössel は違った見解である。

Gössel, op-cit Kohlhammer S. 46 Claus Roxin op-cit., s. 48.

- (12) Gössel, op-cit., Kohlhammer, s. 47, 48.
- (13) Claus Roxin op-cit., s. 51, 52.
- (14) Claus Roxin, op-cit., s. 202, Hinrich Rüping, op-cit., s. 109.
- (15) Kern-Roxin, op-cit., s. 196.
- (16) Gössel, op-cit., s. 346.
- (17) Karl Peters, Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 3, völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 1981, s. 506.なお反対意見として, 横山晃一郎「昭和刑訴の現実化」刑事法学の諸相下, 昭和56年 p. 128.
- (18) Karl Peters, op-cit.,
- (19) Karl Peters, op-cit.,なお前出, 横山晃一郎, p. 128 はこれを肯定したことになるうか。
- (20) Von Savigny.
- (21) この点で, 検事は合法性と秩序維持に責任を持つが, また捜査手続の基本性と信頼性に対しても責任を持つ必要があり, この責任性故に捜査手続の主体であるという見解もある。
Karl Peters, op-cit., s. 157.
- (22) Karl H. Gössel, Strafverfahrensrecht Rechtswissenschaft, Kohlhammer Studienbücher, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977, s. 43の2。わが刑訴191①, 193③ StPO160①。
- (23) Gössel, op-cit., R. V. Decker's Verlag s. 349.
- (24) Gössel, Karl H. Gössel, op-cit., Strafverfahrensrecht s. 43.
- (25) Claus Roxin, op-cit., s. 43, GVG 145.
- (26) Karl H. Gössel, op-cit., Rechtswissenschaft.なお, 沢登佳人, 法政理論16巻1号, 1983年10月「フランス刑訴は, 検察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る」p. 106, 108に評論あり。
- (27) Claus Roxin, op-cit., s. 43, Karl H. Gössel, op-cit., Rechtswissenschaft, s. 39.
- (28) Karl Peters, op-cit., s. 152, Karl H. Gössel, op-cit. Rechtswissenschaft, s. 39.
- (29) Karl H. Gössel, Karl Peters, op-cit., s. 152 StPO 160 (2)-nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln, Claus Roxin, op-cit., s.46,なおこの点に関し, 沢登佳人教授 op-cit.,「フランス刑訴は検察官と私訴原告人との協同によって公衆訴追主義を採る」p. 158.
- (30) Eb. Schmidt I, RN-95, V. Savigny im Votum vom 17, 12, 1845 und in dem erwähneter promeoria vom 23, März, 1846, jeweils zitiert nach Otto, s. 36, Gössel, op-cit., R. V. Decker's Verlag, s. 349.
- (31) Karl H. Gössel, op-cit., Strafverfahrensrecht s. 43.
- (32) Claus Roxin, op-cit., s. 49.
- (33) Wagner, Die deutsche justiz und der Nationalsozialismus, TI, 1968, MDR 73, 713, 714, Gössel, op-cit., R. V. Decker's Verlag s. 346.
- (34) Kern-Roxin, op-cit., s. 196 ff. Claus Roxin, op-cit., s. 203, Hinrich Rüping, op-cit., s. 48, Karl H. Gössel, s. 43.
- (35) Vorentwurf IA s. 2.
- (36) III op-cit., I. s. 17.

- (37) Conf., StPO 163 (2), Vorentwurf, op-cit.,注12号1のF項。結果的には提案とは異り、163にaが付加されその(4)に於て、警察に被疑者に対する第一尋問権がみとめられた。
- (38) 草案自体は、変更されなかった。
- (39) z : pf, Kriminalpolitik, 1973, s. 87 は反対。賛成 Kohlas, Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt 1963, s. 73, Prolegomena, zu einen Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, Schäfer-Festschrift, 1980, s. 155, 162f. und 181. ff.
- (40) 反対 Fischischweigen, für das österreichische Verfahrensrecht auf der Grundlage des österreichischen Verfassungsystems die grundlegenden Darlegungen, Zst W 91 卷 s. 749.
- (41) Claus Roxin, op-cit., s. 80.
- (42) Roxin, op-cit.,
- (43) Roxin, op-cit.,
- (44) Roxin, op-cit., s. 365.
- (45) Roxin, op-cit., s. 365.
- (46) Roxin, op-cit., s. 365.
- (47) David Fellman, The Defendant's Rights Today, Wisconsin Press 1976., P. 67.なお英国の大陪審は1933年に廃止された。p. 68 footnote 8, J. Daniel Devlin, Criminal Courts and Procedure, Second Edition, Butterworths, London, 1967, p. 136.
- (48) Claus Roxin, op-cit., s. 367.
- (49) Claus Roxin, op-cit., s. 368, Ernst Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Reform des Strafprozesses, Breslau, 1932, s. 15, 16, 18. 1849年迄ドイツで存続したフランスのCICの特徴は公訴官 öffentlich Anklägerをおき、この者に訴訟手続を掌らせ、これが検事なのだが、同一人物に起訴者と判事機能を結合させた糺問訴訟を廃止し、検事に置き換えようとするものであった。アレキサンダー・ミュラー Alexander Müllerの1825年の力説する所である。なおこの時点で、一般は検事は公訴提起に限らせ、総体的な Gesetzeswächter Stellung法の番人性は取り入れようとしなかった。この時点で興味ある現象がある。それは日本であって、1872年にドイツ法に習いつつフランス法を大きく取り入れた為、裁判所を法の番人にとり、検事はその監視者 Aufsichtsorganかつ犯罪訴追者 Verbrechensverfolgerかつ警察の首長 Oberhauptであった。1878年制定の治罪法 Strafklagerechtと起訴独占が規定された。Ernst Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 299, Breslau, 1932, s. 121また1848年当時、ドイツ人は、訴訟手続の公開、口答審理、陪審裁判所 Schwurgerichtの導入と共に裁判官から起訴権を外す意味での検事の導入を求めている。
- ミッターマイヤー C. J. Mitter-Maier ザッカリヤ Zachariae ブラウン Braunなどは、検事に起訴独占権を与え(フランスは厳密な意味での)独占ではなかったのだが、それに依て行政統制から独立させ、裁判官的な不罷免性を与えようとしていた。但しミッターマイヤーとブラウンは更にフランス法にならい訴訟上客観的法の守護者たれ、とザッカリアは当事者たれといった。
- (50) Gerhard O. W. Müller, criminal Law and Procedure, cases and Readings, second Edition, Bobbs-Merril, 1949. 1965 U. S. A. pp. 815-816.
- (51) Karl H. Gössel, op-cit., Strafverfahrensrecht, s. 137. 138.一区裁判事裁判では独任制の刑事裁判官判事, 1人の区裁判事と2人の素人判事, 州裁判所では小刑事部では裁判長(職)1人, 2人(素人), 大刑事部では, 2人の

(職)内1人は裁判長, 2人の素人, 州高裁では, 5人の職業裁判官のみ, Gerhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, Kohlhammer 1976, s. 78. Claus Roxin op-cit., s.34.

- (52) ドイツの検事制度はフランスに模範をとりしかも起訴便宜主義の余地をみとめることに基礎をおいていたが, 改革刑訴では起訴法定主義が一貫された。それでいて, 便宜主義の利点を見直す動きがあった。Karl Wilhelm Pohl, s. 110.
- (53) Claus Roxin, op-cit., s. 371.
- (54) BGB 1. s. 455.
- (55) StPO 136a.
- (56) BGB 1. I, s. 1067.
- (57) 相当性の原則。法治国家の精神からいえば, 法にしたがわない者に対しては法のみとめるいかなる強制手段をとってもよいということにはならず, 国家がその目的を達するにはそれに相当した適当な手段をとらなければならないという原則。山田晟, ドイツ法律用語辞典, 大学書林, 昭和56年3月, p. 416, p. 175.
- (58) 現行 StPO112(3), 112 a 要するに刑法上の重罪犯。または特定の犯罪に依て人の生命, 身体が危胎に瀕する場合に限るのである。
- (59) 1974年12月9日刑事訴訟法第一次改正。
- (60) 現在このような犯罪について連邦検事総長 Generalbundesanwalt において起訴便宜主義をみとめているが, StPO153d. (1)に依ると, 訴訟追行に依り国家に重大な損害をもたらしたり, 既に公共の利益に重大な背馳をもたらしている場合には訴追しないことができる旨定めている。
- (61) Karl Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß, 2. Band, C. f. Müller 1972, s. 221, 222, なお 242 Kern-Roxin, op-cit., s. 196, 197, 198, 199, Claus Roxin, op-cit., s. 373.
- (62) Gerhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, Kohlhammer, 1976, s. 139, Hinrich Rüping, Theorie und Praxis des Strafverfahrens, Bonn, 1979, s. 48.
- (63) Karl H. Gössel, op-cit., Strafverfahrensrecht, Kohlhammer, s. 54, 55.
- (64) Claus Roxin, op-cit., s. 385, なおスペイン, スカンジナビヤも相互尋問制をとるとされる。
- (65) Claus Roxin, op-cit., s. 373.
- (66) Claus Roxin, op-cit., s. 202.
- (67) Karl H. Gössel, op-cit., Strafverfahrensrecht, Kohlhammer, s. 43.
- (68) Ernst Carsten op-cit., s. 24.
- (69) Ernst Carsten, なお Karl H. Gössel, op-cit., über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Paul-Günter Pötz R. v. Deckers, Verlag, 1980, s. 334.と符合して
- (70) Claus Roxin, op-cit., s.46 cf.
- (71) Karl H. Gössel, op-cit., R. V. Decker's Verlag, s. 35.
- (72) Görgen, Die organisationsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu ihren Hilfsbeamten und zur Polizei, 1973, s. 48 f, Carsten, op-cit., s. 24 f.
- (73) Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtschen Strafrechtspflege 3 Aufl, § 70, § 107, § 201.
- (74) Bekämpfung des Hexnen Wesens oder politischer Straftaten.

- (75) Günther, Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution, 1973, s. 21.
- (76) Görge, Die organisationsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu Ihren Hilfsbeamten und zur Polizei, 1973, s. 47.
- (77) 後世の Voruntersuchung ではなく、現行フランス刑訴の *enquête préliminaire* に近い。要するに予備調査である。しかし、強制処分権を否定されている警察が、予審判事、裁判所、検事（前二者より強制処分権が劣るのが通例だが）なみの強制捜査権を要求する時の第一布石になった場合が多い。また *Recht des ersten Angriffs* は、現行 StPO160と163(1)の関係において、運用上、競合して、力関係の問題解決の端緒になるのである。なお、Görge, op-cit., s. 40.
- (78) Görge, op-cit., s. 48.
- (79) Kanonisches Recht を中世以降ドイツ刑訴に採用した。
- (80) Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum G. V. G. Teil I 2. Aufl. Rn. 93 ff.
- (81) Eb. Schmidt op-cit., Geschichte, §§ 185, 172, 169.
- (82) John Locke, Anm. 36, Nachwort von Mayer-Tasch, s. 209 f.
- (83) Gössel, op-cit., s. 330.
- (84) Hinrich Rüping s. 47, Die Staatsanwaltschaft, um den Richter von Ermittlungstätigkeiten zu *befreien*, ～とある。また Wilfried Bottke, Strafprozeßordnung, R. Oldenbourg, München, 1982, 2. Buch Verfahren im ersten Rechtszug, StPO § 162 (11) Der Richter hat zu prüfen. ob [er sachlich und örtlich zuständig ist sowie ob] die beantragte [konkrete] Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zu lässig ist.とある。
- (85) Gössel, op-cit., 3, 330 この考え方が弾劾当事者代表としての検事を位置づけるが、刑事部門分割の対象に、予審判事や検事を入れるような発想につながるから、逆に警察糾問に逆行するのである。警察の恣意, polizeiliche Willkür から Verdächtige 容疑者を解放するという趣旨がむしろ逆になるのである。
- (86) Gössel op-cit., s. 331.
- (87) Goyet, Le ministère Public Paris, 1926, p. 214.
- (88) David Fellman, The defendant's rights under English Law, The University of Wisconsin Press, 1966, p. 28.
- (89) Elling, die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland, Strafrechtliche Abhandlungen, Bd. 28, Breslaw, 1911, s. 58.
- (90) Garrand, Précis de droit criminel, 9. e'd. Paris, 1907, No. 371-Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Bd I, Paris 1907, vo. 143, Goyet, op-cit., p. 242.
- (91) Ernst Carsten, op-cit., s. 13.
- (92) Grimm, Die Stellung des öffentlichen Anklägers im deutschen und französischen Recht, in Vorträge, gehalten auf der Tagung der Vereinigung preuß. Staatsanwälte, 1928, s. 52 ff.
- (93) Daniels, von, A, Grundsatz des Rheinischen und Französischen Strafverfahrens, Berlin, 1849, s. 50.
- (94) Ernst Carsten op-cit., s. 15.
- (95) Eb Schmidt-Bleibtreu Klein G.G. 4 Aufl Art. 20 Rn 19.
- (96) s. o Anm. 39.
- (97) Ernst Carsten, op-cit., s. 17.
- (98) (69)に述べた Carsten に依るサヴィニイ, ミュラー, ウーデン各司法大臣による立法経過。
- (99) Dieten Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1975, s 21.

- 000 この点わが現行憲法が76条で、「司法権はすべて裁判所に属する」とは異り、旧憲法57条の「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」に近い。即ち、現行憲法下の裁判所が明らかに三権分立下の独立をみとめたのに対し、旧憲法下のそれは天皇大権下の委任だからである。次にドイツ憲法はこの権限を裁判所でなく、個々の裁判官にみとめている点に重大な意義がある。
- 001 Gössel, op-cit., s. 333.
- 002 Henkel, Strafverfahrensrecht, 2 Auf. s. 133.
- 003 Eb Schmidt op-cit., § 289 (Anm. 15), Günther, op-cit., s. 53, Berckhauer, Polizei und Justig, BKA-Vortragsreihe Bd 23. 1977 s 65.
- 004 Gössel, op-cit., s. 133 ゲセルはStPO161を根拠にこういふが161 a(1)の判事にのみ留保されている宣誓つきの証人尋問権と、検事が裁判官の取調べを必要とするとき、その依頼を受けて区裁判所判事が取調権限を行使する162を指していると思われる。
- 005 西ドイツ憲法20③は「立法は憲法的秩序により、執行権及び司法は法律及び法により、制限される。」
- 006 Kohlhaas. s. 81, Anm. 8, Vgl. Carsten, s. 82. Anm. 1, Vgl. Von Otto, s. 62 ff. 64 (Anm. 10), Protokoll der Juristenversammlung, 14, Okt., 1884. in Hamm.
- 007 Karl Peters, Strafprozeß, Ein Buch, 3, völligenubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 1981, s. 506, わが国が1872年に、ドイツ法に習いつつ、フランス法を大きく取り入れた為、裁判所の方を「法の番人」にしたこと、カルステンの所説(49)に述べたとおり。
- 008 Karl Peters, op-cit., s. 507.
- 009 Karl Peters, op-cit.,
- 010 Gössel, op-cit., s. 334.
- 011 Volkmar Götz, Allgemeines Polizei-und Ordnungs gericht, zweite Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, 1973, s. 130.
- 012 Volkmar Götz, op-cit.,
- 013 Cf. Kern-Roxin, op-cit. s. 47 (Kern).
- 014 Claus Roxin, op-cit., s. 50.
- 015 Claus Roxin, op-cit., s. 50.
- この点わが大正11年旧刑訴247が警視總監、知事、憲兵司令官を捜査について(フランスCIC 9, 48, 及び1903年5月20日大統領110条で憲兵将校を、共和国検事の補助員たる、司法警察官とし、(Par les procureurs' du Roi [les procureurs de la Republique] et leurs substituts, Par less officiers de gendarmerie) CIC 10 が知事(パリ警視總監)を高級司法警察官としての権限者としている(Les prefets des departements, et le prefet de police a Paris) のにならったのであろうが)地裁検事局検事と同一の権を有するとしながら、大12年12月の訓令「司法警察職務規範」20条で「警視總監」地方長官(東京府知事ヲ除ク)及憲兵司令官ノ捜査権ハ異常ノ場ニ於テ行ヒ、此場合ニ於テモ成ルヘク其ノ処分ヲ検事ニ譲ルヘシ」としているのと符合する。
- 016 Claus Roxin, op-cit., s. 50.
- 017 Claus Roxin, op-cit.,
- 018 Karl H. Gössel, op-cit., Strafverfahrensrecht, Kolhammer, s. 46.
- 019 Gerhard Schäfer, op-cit., Kohlhammer, s. 137.
- 020 Karl H. Gössel, op-cit., s. 46.

- 020 Claus Roxin, op-cit., s. 50.
- 021 StPO160 (1)は(大正11年)旧刑訴246「検事犯罪アリト思料スルトキハ犯人及証拠ヲ捜査スヘシ」その俣であり、StPO161は同旧刑訴248「左ニ掲クル者ハ検事ノ輔佐トシテ其ノ指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スヘシ」
一、庁府県ノ警察官
二、憲兵ノ将校、準士官及下士
○なお、現行刑訴191①に検察官自らの捜査権、検察庁法6条が一切の事件についての検察官に対する捜査権の留保を示している。いずれもStPO161に該当文言のあることを注目したい。なお、注(19)(20)で紹介したPetersやGösselの考え方が、わが国、現行刑訴193①後段「検察官は……司法警察職員に対し、その捜査に関し、必要な一般的指示をすることができる。この指示は、捜査を適正にし、公訴遂行を全うするために必要な事項に関する一般的な準則を定めることによつて行ふものとする。」に表れているのは偶然であろうか。
- Karl H. Gössel, op-cit., Strafverfahrensrecht, Kohlhammer, s. 48 に zur Vornahme aller Maßnahme という、ほぼ一般準則に近い言葉が使われている。前出横山晃一郎教授のいわゆる「検察官の捜査権の第二次捜査機関への後退」(補充捜査)から来る欠点をカバーする為の法律捜査、捜査監督の必要性を実質表現(日本)、StPO160を受けて161がありながら、警察が161後段の検事の命令 Auftrag を無視し、163(2)の検事に対する事件送致を怠って、事実上、捜査の主体になるおそれに対する警告的発想がゲセルにあったのではないかと思われる。
- 022 ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik)法律政策雑誌1971, 224ff.
- 023 Görger, Die organisationsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu ihren Hilfsbeamten und zur Polizei, 1973, s. 35 ff.
- 024 Claus Roxin, s. 50 nm.
- 025 Claus Roxin, op-cit.,
- 026 1976 DRiZ (Deutsche Richterzeitung)ドイツ裁判官新聞。
- 027 Claus Roxin, s. 50.
- 028 Claus Roxin, s. 43.
- 029 magistrature assise (坐っている司法官=判事) magistrature debout (立っている司法官=検事) なお C.P.P. 679.
- 030 Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Zweite Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, 1973, s. 159.
- 031 Götz, s. 160 なお Krey, Der Münchner Schießbefehl, Grenzen des Staatsanwaltlichen Weisungsrechts gegenüber der Polizei, ZRP 1971, s. 224.
- 032 Karl Peters, Strafprozeß, Heidelberg, 1981 s. 159, s. 173.
- 033の2 Gerhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens.
- 033の3 Auflage, W-Kohlhammer, Stuttgart, 1983, s. 194, なお Eberhard Schmidt Vorbemerkung zum 8. und 9. Abschnitt des I. Buchs der StPO, Rdn. 111)
- 034 Krey, a.a.o.なお Götz, op-cit., s. 160.
- 035 Gerhard Wacke, Bill Drews, Allgemeines Polizeirecht, Carl Heymanns Verlag K. G. 1961 s. 433.
- 036 Löwe-Rosenberg, StPO 20 Aufl 1958 § 413 Anm. 2.
- 037 Wacke-Drews, op-cit., s. 435.
- 038 Löwe-Rosenberg, op-cit., s. 1039.

- 039) Wacke Drews, op-cit., s. 435.
- 040) Gössel, op-cit., Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft~zur Polizei R. V. Decker's Verlag s. 334.
- 040) Gössel, op-cit., s. 335, なお同旨 Schmidttbleibtrea/Klein, Vorbem 1b vor Art 92.
- 042) Gössel, a.a.o., 反対 Günther, 賛成 Blomeyer, GA 1970, 161.
- 043) Claus Roxin, op-cit., s. 46.
- 044) Gössel, op-cit., s. 336.
- 045) Gössel, op-cit.
- 046) Volkmar Götz, op-cit., s. 123.
- 047) Volkmar Götz, op-cit., s. 130, なお Wilfried Bottke, Strafprozeßordnung, München, 1982, 163.
- 048) Claus Roxin, op-cit., s. 46.
- 049) Gössel, op-cit., R. V. Decker's Verlag s. 336.
- 050) 橋本公亘, 現代法律学全集 2, 憲法「改訂版」青林書院新社, 1976年11月30日, p. 260. しかし, 旧刑訴において, 現行刑訴の逮捕状に相当したのは, 旧刑訴132条のの要急事件における検事の勾引状であるから, 1号~3号, 6号の範囲において, 検事も新憲法33条の司法官憲に含まれるものと, 制定当時考えられていたのに無理はなかった。立法参画者自身に対する照会の結果, このように解釈されて, 今日に至っている。しかし, 橋本教授の言われる所からも, 逆に, 検事は捜査機関と定義できるわけである。
- 蛇足ながら, 英文日本国憲法 Art. 33には competent judicial officer とあり, それに続く which specifies the offence with which the person is charged は検事を指すようであり, その後の unless he is apprehended, the offence being committed を見ると裁判官のようである。
- 050) Gössel, op-cit. なお同旨 Henkel, Strafverfahrensrecht 2. Aufl, s. 133.
- 050) Gössel, op-cit.,
- 053) Eb. Schmidt, op-cit., I. Rn. 95. op-cit.-Anm. 29.
- 054) Eb., Schmidt, op-cit.,
- 050) Gössel, op-cit., R. V. Decker's Verlag, s. 337.この点につき, Eberhard Schmidt は, 検事を当事者主義の実現として導入し, しかも検事判事共同で真実の発見を求めることは矛盾であるとしている。
- Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I. 2., völlig durchgearbeitete und erweiterte Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1964, s. 79.
- 050)の 2) Gössel, op-cit., R. V. Decker's Verlag s. 346.
- 050)の 3) Karl Peters, op-cit., 1981 なお沢登佳人, フランス刑訴法における「判決手続と訴追予備との機能分離の原則」と「陪審制度, 自由心証主義および口頭弁論主義一体不可分法」法政理論17巻2号, 1984年 p. 138.
- 050) Gössel, op-cit., s. 334, Claus Roxin, op-cit., s. 51, Baumann s. 11.なお Eberhard Schmidt は「検事は国家機関として, 二重に訴訟手続に登場する。一は犯罪捜査の国家機関として, もう一は, 公判における法律執行機関として, である。
- 国家自らが捜査に従事することに法治国として重要な意義があり, 捜査にかかわっているから公判が維持できる。それ故にこそ無実の者を護ることもできる」としている。
- Eberhard Schmidt, op-cit., s. 80.
- 050) R. Laube, Strafprozeß, Schaeffers, Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, Abteilung 1. Privat und

- Prozeßrecht, 10 Band, Recht und Wirtschaft mbH Heidelberg, 1979, s. 29.
- 058 Hinrich Rüping, op-cit., Theorie und Praxis des Strafverfahrens, 1979, s. 47.
- 059 R. Laube, op-cit., s. 77.
- 060 Wilfried Bottoke, op-cit., StPO §§ 151-152 a.
- 061 Wilfried Bottoke, op-cit.
- 062 Claus Roxin, op-cit., s. 64.
- 063 vg 1, Claus Roxin, op-cit.
- 064 Rüping, op-cit., s. 109, なお Henkel s. 98f., k Nr. 354, Rz 11.
- 065 Wilfried Bottoke, op-cit., § 151-152 a, Rüping, op-cit., s. 109, Claus Roxin, op-cit., s. 64.
- 066 注意を要するのは、イギリス法の D.P.P.がいつでも私人訴追を引き継がれるのと、Attorney General は StA と酷似していることである。イギリスは、独仏と違い私人訴追 private prosecution が法の建前であるだけに時代の推移が、国家訴追を促しているようにも見える。但し、この国は、大陸法系でいう検事を持たず、私人訴追を警察訴追で補っているから、これでよいのかも知れない。David Fellman, op-cit., p. 28.
- 067 沢登佳人, 沢登俊雄, 新倉修訳 フランス刑事訴訟法, 成文堂, 昭57, 12, 10, p. 23, 144, 148, 151。
- 068 前出, 沢登 p. 151, s. 1907, I. 377 note Dominique, D. 1907, I. 207, rapport Laurent-Atthalin 以来不変とされる。
- 069 沢登佳人, 「フランス刑事訴訟法は、検察官と私訴原告人との協同による公衆訴追主義を採る」法政理論, 第16巻第1号(1983年10月) pp.98-99. 従来の定説たる大陸近代刑訴法原型がフランス C.I.C., 起訴独占主義説に対する貴重な批判研究である。
- なお、この点につき団藤重光「新刑訴法綱要」(七訂版) 10~11頁, 366頁 鈴木茂嗣「刑事訴訟法《現代法律学講座28》」9~10頁。、田宮裕「刑事訴訟法 I (昭和50年初版) 450頁), を対比されている。前掲沢登 p. 98
- 070 Gaston Stefani et Georges Levasseur, Droit Pénal Général Procédure pénale, Tome II, Procédure pénale, neuvième Édition, Dalloz, Paris, 1975, p. 98.
- 071 Gaston Stefani, op-cit., p. 99.
- 072 David Fellmann, op-cit., the Defendant's Rights under English Law, p. 28.
- 073 前出, 沢登佳人, 法政理論第16巻第1号, p.96。
- 074 David Fellmann, op-cit.,
- 075 Karl Peters' op-cit., s. 507.
- 076 Karl Schäfer, Strafprozeßrecht, Eine Einführung de Gruyter Studienbuch, 1976, s.72.
- 077 Gössel, op-cit., R. V. Decker's Verlag, s. 349. Eb. Schmidt, op-cit., I. Rn. 95.なおフライブルグの Max-Planck-Institut が1978年に検事の地位に関する試案を出し、ブランケンブルグ Blankenburg が「軽微、間接的な犯罪の多くについては捜査せず、一件書類の加工官庁でよい」という提案をしたが、立法化は完全に否定された。訴訟当時者でもない警察に捜査の地位を譲り渡すのは、GG20③にも違反するからである。
- なお、重大な犯罪の捜査を積極的、かつ指導的な検事の責任の下に行わせよ、という意見について、-Karl Schäfer, op-cit., s. 507.がある。
- 078 Karl Schäfer, op-cit., s. 105.
- 079 Hinrich Rüping, op-cit., s. 49.
- 080 Karl Schäfer, op-cit., Strafprozeßrecht, Eine Einführung, de Gruyter, Studienbuch, 1976, s. 72, R. Laube, Strafprozeß Schaeffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, Abteilung 1, Privat und Prozeßrecht, 10

Band, Recht und Wirtschaft mbH, Heidelberg, 1979, s. 29.

080の2 Wilfried Bottke, Strafprozeßordnung, R, Oldenbourg Verlag, München, 1982, s. 163.

080 Karl Schäfer, op-cit., s. 73.

080 Karl Schäfer, op-cit., s. 73 Karl Peters, op-cit., s. 506, s. 159.

080 Karl Peters, op-cit., s. 506, 507.

080 Karl Peters, op-cit.,

080 Karl Peters, op-cit.,

080 Karl Peters, op-cit.これに対し, Karl Schäfer, op-cit.,は検事の Schlußgehör は実質無価値だ。

080 Karl Peters, op-cit., s. 297 Anm.

080 Karl Peters, op-cit., s. 301 Anm.

080 Karl Schäfer, op-cit., s. 127.

090 前出, 沢登佳人「フランス刑事訴訟法における『判決手続と訴追, 予審との機能分離の原則』と『陪審制度, 自由心証主義および口頭弁論主義の一体不可分性』 s. 59 pp. 138-145 に同感である。

090 Karl Schäfer, op-cit., s. 230-231.

090 Karl Schäfer, op-cit., s. 57.

090 Karl Schäfer, op-cit., s. 230. シェーファーに依れば, Privatklage, Nebenklage, Klageerzwingung を検事の国家訴追, 起訴独占主義の例外としている。

090 前出, 山田晟, 「ドイツ法律用語辞典」 p. 145.