

## 西ドイツ検事の弾劾性と当事者性

田 和 俊 輔

(昭和59年5月21日受理)

Zum Akkusationsprinzip und Parteismus der  
Staatsanwaltschaft in BRD

Schunsuke TAWA

### Zusammenfassung

1. Staatsanwaltschaft in BRD ist gesetzlich keine Partei. Der Grund liegt darin, daß StA die nicht nur zur Belastung, sondern auch zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln, und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen haben (StPO 160(2)), und daß sie von ihrem Rechtsmittel auch zugunsten des Beschuldigten Gebrauch machen kann (StPO 296(2)). Um es kurz zu sagen, Staatsanwaltschaft ist der Vertreter des Gemeinwohls.

Und auf diesem Standpunkte hin, meint es, daß das Akkusationsprinzip und der Parteismus in BRD ganz anders als diese in England ist. Denn im England gibt es keine Staatsanwaltschaft (heißt im Europakontinent und Japan); unter Kontrolle des Attorney General (nur chief Lord advocater of the Queen's Bench at Crown Court) kann Director of Public Prosecutions in den mehreren wichtigen Delikten nur klagen. Und D. P. P. ist auch advocater. Und am meisten Teil der Kriminalität, erhebt Polizei unter Kontrolle des D. P. P. Klage. In England ist Privateprosecution Grundsatz. Daher ist die Polizei der Vertreter der Klägers. Und Attorney General ist der Vertreter der Königlische Familie und D. P. P. ist der Vertreter des Staats.

Da privateprosecution Grundsatz ist, so ist der Parteismus natürlich. Weil sich der Kläger beim Prozeß gegen den Angeklagten anstrengt, um zu gewinnen, identifiziert das Akkusationsprinzip im England sich mit dem Parteismus. Es meint damit,

daß der Parteismus demokratisch ist. Aber, der Parteismus durch Polizei als Vertreter ist kein wahrer Parteismus, denn Ermittlungsorgan ist keine Partei, und auch es ist das Inquisitionprinzip, das den Akkusationismus sich stellt. Es ist unmöglich und überflüssig, daß der wahre Parteismus wie Zivilverfahren ins Strafverfahren gebracht worden ist.

2. In BRD, in den letzten Jahren gibt es die Behauptung, daß die Position der Staatsanwaltschaft als den Herr des Ermittlungsverfahrens zu Polizei nach der wahrer Sachverhalte übertragen wurde. Aber, jetzt nimmt BRD den Weg, auf dessen Grund hin Staatsanwaltschaft bleibt die Position als den Herr im Ermittlungsverfahren und ihres Vertretercharakters des Gemeinwohls halber eine Schaltstelle zwischen Gericht und Polizei wird und Beschuldigte aus der Willkür von Polizei und Gericht schützt.

3. Zum Schluß, wurden im BRD harmoniert Akkusationsprinzip und Parteismusidee durch das Gemeinwohl der Staatsanwaltschaft.

4. Jetzt, der allgemeinen Ansicht nach meint es, daß Inquisitionprozeß entgegen das Menschenrecht im Strafprozeß steht. Aber, nicht alles Amtsisum, der mit Inquisitionprozeß repräsentiert ist, steht entgegen dem Menschenrecht im Strafprozeß.

Die Voruntersuchung hat dazu auf dieser Beziehung geführt, daß ein Mitglied der Urteilorgan (Voruntersuchungsrichter) besonders auf Zwangsmaßnahme der Herr im Ermittlungsverfahren ist, und daher daß die Voruntersuchung Inquisitionprozeß ist, und zwar daß die Voruntersuchung so viel Voraussagen enthalten muß, daß man die Voruntersuchung in Japan und BRD auch abgeschafft hatte. Aber Vorausansicht durch die Trennung der Funktion zwischen Urteilverfahren und Klageerhebung und Voruntersuchung. Und um in Frankreich aus der Polizei Beschuldigte zu schützen, hält sich noch immer die Voruntersuchung.

In BRD, wo die Popularklage wie in Frankreich und England nach der Abschaffung der Voruntersuchung wegen der Unmöglichkeit des Ersatzes der Staatsanwaltschaft für Voruntersuchungsrichter nicht gebilligt wird, geht das spezifische Gewicht im Vorverfahren (jetzt nur im Ermittlungsverfahren) von Staatsanwaltschaft in die Polizei auf praktische Weise über.

Infolgedessen übt die förmliche Genehmigung der Beweise, die die Polizei unter unparteiischen für Beschuldigte Umständen sammelt, über das Ergebnis des Urteils schwerwiegende Einflüsse aus. Wenn diese Art und Weise in BRD rechtlich auch aufgenommen würde, würden Parteismus sowie auch Akkusationsprinzip aus den oben erwähnten Gründen verschwinden.

## 1. 西ドイツの検事は非当事者である

西ドイツ検事は、現行法上、当事者ではない。<sup>(1)</sup><sup>1</sup> その理由が捜査義務についての StPO160(2)にあり、被疑者に有利な証拠をも捜査しなければならない他、公判開始後も StPO296(2)で被告に有利な行為もできる。いわゆる公益性にあることは疑いない。この点イギリス法と対照して見ると明白である。周知のとおりイギリスには、検事はおらず<sup>(1)</sup><sup>2</sup> 弁護士 (counsel 又は attorney) が検事の役をするか、各省庁、各私人 (実はこの private prosecutionこそ、法律の建前なのだが)<sup>(2)</sup> 女王座裁判所の Attorney General, その指揮下におかれる Director of Public Prosecution も、一般公訴の殆どを事実上担当している警察も私人訴追を代行する警察も、全くドイツ検事のような役割は果さない。原告勝訴だけを目的にするから当事者である。当事者だから対立当事者の被告と相互に証人尋問 cross examination をかわし、挙証し、裁判官は中立の立場で自由な心証に依って判決するのである。<sup>(3)</sup>

## 2. 西ドイツの検事は弾劾訴訟 Akkusationsprinzip の代表者である

(1)起訴独占主義 Anklage monopol と国家訴追主義を原則として、判事、予審判事に依る糺問を行わないこと。StPO152(1)に明記していることから断定できる。<sup>(4)</sup>

これが原則であることは、親告罪 Antragsdelikte (刑法61条以下)、命令違反 Ermächtigungsdelikte (刑法197条)、私人訴追犯罪 Privatklagedelikte (StPO374条以下)、軽微損害事件の不訴追 Nichtverfolgung von Bagatellsachen (StPO153)、少年の少年裁判所送付事件 (JGG45) を例外としていることから確実である。<sup>(5)</sup>

(2)その公訴提起は、捜査手続終結の時点で行われる (StPO170)。それ故にこそ、検事は前手続の支配者であり、前手続 Vorverfahren が予審を廃した今日、検事だけが支配者になる。<sup>(6)</sup>

(3)それ故、彼は提起した公判の維持者になる。カール・ハインツ・ゲセル Karl H. Gössel は、ここで重大な定義を下している。

①つまり訴訟手続の第一段階が前手続 Vorverfahren である。それを捜査手続 Ermittlungsverfahren といってもよい。

②この手続を支配しているのは検事と警察であり、その根拠は StPO160と163である。

③立法者のStPO161の意図は検事が、前手続の主体となることである。なおこのような起訴法定主義の例外全部を指して検事の自由採量すなわち、わが刑訴同様、起訴便宜主義 *Opportunitätssprinzip* の対象としている (StPO376, 440~442, etc.)。

④警察は連絡任務 *Zubringerdienst* に服するか、要急事件の第一処置にあたるものである。

⑤ただし現実には違った形体を求めている警察官は、猶予できない処置をするだけでなく、かえって事件経過の完全な解明を求めている。

⑥検事は事実関係捜査はやらない場合が多く、捜査の終結指令 *Abschlußverfügung* をする。

⑦捜査終結の結果で起訴、不起訴を決定する<sup>(7)</sup>としている。ここに明らかに前述した検事の捜査と警察関係の論文にあらわれた彼の発想が理解できる。彼は一貫して、検事に実体捜査から手を引かせて、警察と裁判所の両者に対する司令所になり、監督捜査権をもつだけでよいというのと一致する。このことは、彼が検事を「法の番人」と理解することから生じたと考えられることは言うまでもない<sup>(8)</sup>。つまり、番人だからこそ、犯人に対して刑事追行を求めるだけでなく、法の番人として、裁判官の恣意からも、警察の恣意からも被疑者を護れる<sup>(9)</sup>といい、Eb. Schmidtも同意見である。しかし、裁判官の恣意(1980年の彼の論文<sup>(9)</sup>の<sup>2</sup>では国家の合目的々性と適確な表現をしている)を防ぐために、検事の弾劾主義 *Anklageprinzip* と起訴独占権 *Anklagemonopol* が威力を持つという。勿論、彼にみとめられている法律手段も役立っている。警察の恣意に対しては、前手続における検事の刑事追行権と、それから発する捜査手続の主体としての地位で防げる<sup>(10)</sup>というのである。この点が従来紹介された論文における見解と相異なる。恐らく、論文の趣旨は現状に法律を近付ける意図にあったものとする。それは、兎に角として、刑事訴訟手続の第一階をなすのは、前手続だが、予審の廃止された今日、検事の捜査手続だけが、前手続に存在するといわれる<sup>(11)</sup>。

(4)このような前手続(=捜査手続)の支配者であることが弾劾訴訟の代表者といえる。ただし弾劾訴訟は糺問訴訟に対立する概念であり、糺問訴訟 *Inquisitionprozeß* の本質は訴追活動 *Tätigkeit des Verfolgens* と判決活動 *Tätigkeit des Richters* を一人すなわち裁判官 *Richter* の手に掌握することであり<sup>(12)</sup>、捜査、糺問した者のする判決に公平を担保し難い発想から生まれたのが、弾劾訴訟である。19世紀に生じた考え方であるが、上記の二つの分野の分離、告発 *Einschreiten*、捜査 *Ermittelung* の任務を起訴者 *Ankläger* が代表する国家機関に委ね、公開性 *Öffentlichkeit* をとり、その後の手続の処置は公的な書面に依り始めて裁判所に持ち出す。そのためには、起訴者は彼の捜査と集めた帰責証拠に基いて十分な嫌疑ありとした時に始めて公訴し得るものとするのだからである<sup>(13)</sup>。つまり検事が犯罪捜査に従事したからといって、弾劾性を失うものではなく、むしろ弾劾の効果を挙げるために証拠を捜査する必要があるのである。

(5)弾劾訴訟と当事者訴訟 *Partei-prozeß* は当然には結び付かない。第二次世界大戦後、当事者主

義が急激に唱道されて、訴訟の最も民主化された形式のように云われる。西ドイツもわが国も当事者主義的に手続が改められている面が少なくない。しかし当事者主義そのものではない。それは厳密には民事訴訟の概念である。民事訴訟の訴訟能力 *Prozeßfähigkeit* の概念を刑事訴訟法の中に弁論能力 *Verhandlungsfähigkeit* の概念で持ち込んでも公開制の刑事訴訟に於て、当事者能力 *Parteifähigkeit* の概念は発生しない。けだし、公判は全く当事者訴訟を演じていないし、それ故、当事者能力の概念に何等の機会も与えていないからであるとクラウス・ロクシン *Claus Roxin* はいう。<sup>14)</sup> 彼は続けて云う。この理論を討議した結果生まれたのが、私人訴追手続 *Privatklageverfahren* のための例外である。私人訴追は、当事者手続 *Parteiverfahren* の打込を示すものだ。だから、私人訴追手続では訴訟能力の概念も、当事者能力の概念も限定された意味を持つ。それ故、私人訴追では、私人訴追事件 *Privatklagedelikt* に関する限りあらゆる被害者 *Verletzte* ならびに事情に依ては関係者も積極的な当事者能力を持つことになる (*StPO374(3)*)。<sup>15)</sup> しかし起訴者側に行為能力 *Geschäftsfähig* のある場合のみ、訴訟ができるのであるし、逆に行為能力のない場合には、制限された行為能力に応じて法定代理人 *gesetzlich Vertreter* だけが、訴訟を提起し、取下げることができる。<sup>16)</sup>

刑事追行を私人 *Privatpersonen* に委ねた場合、刑事訴追は当事者訴訟 *Parteiprozeß* になる。その場合、起訴は、原告 *Kläger* に依って、被告 *Beklagte* に対して開始される。問題は国家自ら刑事追行を行なう時で、この場合、刑事手続の形状は二重になる可能性がある。その一つが糺問手続 *Inquisitionsprozeß* でもう一つが弾劾訴訟手続 *Akkusations (=Anklage) prozeß* である。

①糺問手続では、裁判官自ら事件に着手し、自ら逮捕 (拘引) *Verhaften* し、尋問 *Vernehmen* し、審問 *untersuchen* し判決する (*Verurteilen*)。そこには起訴者 *Kläger* も被起訴者=被告 *Angeklagte* もなくて、ただ被審問者 *Untersuchend* と判決を下す裁判官 *urteilenden Richter* (予審判事 *Inquireente* を含む) とその対象者 (被糺問者 *Inquisite*) があるだけである。歴史的には国家訴追主義 *Offizialprinzip* をとった国が先ずこの刑事手続の形式を導入した。しかし手続のこの形式には難点があり、糺問手続における裁判官に不公平がなかったわけではなく、刑事追行の機関として優勢であり、逆に糺問を受ける者 *Inquisit* は無防備に近かった。糺問を受ける者は弁護を求めることができなかったからである。

## ②弾劾訴訟と検事

糺問訴訟同様、国家訴追主義を維持しながら弾劾手続として刑事手続を整備しようとするとき、糺問とは違ったやり方が考えられる。国家の刑事手続の長所と弾劾手続の長所を結合する所にその可能性がある。そして弾劾手続の長所は、裁判官と起訴者を同一人とし不在所にある。この発想が、国家をして起訴者の任務と裁判官の任務を引受けさせるが、その任務を二つの別々の官庁すなわち、公訴官 *Anklagebehörde* と裁判所 *Gericht* に分割するやり方を発生させるのである。

この方法は特別な国家の起訴官庁 *Anklagebehörde* の設立に依てのみ可能である。その起訴官

庁こそ検事 Staatsanwaltschaft である。<sup>17)</sup>

③現在の西ドイツの弾劾訴訟

要するに、検事に依る弾劾訴訟であるが、当事者訴訟ではない。当事者主義的であるに過ぎない。

- a. StPO15, 16条を見る限り不告、不理の原則が明らかである。
- b. 公訴の提起があって始めて、受訴裁判所に訴訟が係属する。
- c. 起訴と判決宣告は、二つの別個、相互独立の国家機関すなわち、裁判所と検事に分割されなければならない。この点、図式どおりである。
- d. 弾劾訴訟をとっているから、裁判官が捜査も判決も行う糺問手続を排除している。<sup>18)</sup>
- e. d.でゲセルの指摘するように裁判官が捜査も行うのが最も弾劾主義に反していること。ロクシンが述べているように、裁判官が逮捕、尋問、審問する所に、被疑者に対する圧迫がある。それが糺問の欠点として、裁判官と起訴者を分離するのが弾劾であるとすれば、判決作用を除けば当然、起訴と捜査がのこる。また注(13)で述べたように、カール・シェーファー Karl Schäfer の論説は、起訴者（検事）は自己の捜査活動で収集した証拠に基づいて、公判維持できるだけの嫌疑があるととして、始めて公訴提起できるとしている所から見ても、捜査と起訴は不可分の関係にあると考えられる。
- f. 弾劾主義はややもすれば、当事者主義と混同されやすい。当事者手続的なことは、たしかにドイツの刑事手続に存在している。
- g. 西ドイツ刑訴は当事者主義でないこと。刑事訴訟の目的が実体的真実 materielle Wahrheit の発見であることは、先にゲセルの論文で紹介したとおりである。そして糺問主義では、裁判が合目的々になり、合目的々正義は実体的真実の発見すなわち客観的正義とは必ずしも一致しないというのも彼の所論であった。客観的正義実現のための制度が弾劾であり、その為の役人が検事であることに異論はない。しかし、イギリス以外の大陸法系国やわが国に完全な当事者主義を期待することは不可能である。ロクシンに依れば、西ドイツでは、今日なお糺問訴訟の要素がみとめられ、公判迄において裁判長 Vorsitzende が被告、証人を尋問することなどが、その例である。
- h. イギリスにはそれが全く行われない。<sup>19)1</sup> わが国もこの点、西ドイツと全く同様である。イギリスの裁判官は以前は全部弁護士だったが、一件書類を識別することは全くしない。裁判官はその立場をせいぜい蹴球試合の審判かボクシングの審判と対比させているにすぎず、当事者の公平な試合を監視するのである。裁判官は如何なる証人も喚問できないし、その決定をなすべき証拠の申立もなく被告の審問も証人尋問もする義務がない。彼が証人自身を尋問すると、裁判官はいわば「一人で闘技場に上り試合のほこりで目先が

くらむようなものだ<sup>(19)の2</sup>とされるからである。証拠調 Beweisaufnahme はむしろ完全に当事者同志の手中にある (検事と弁護士)。しかも彼等は自主的かつ排他的に証拠調の方法と範囲を定めるのである。ここでイギリスの検事といっても、国家原告としての位置を説明するために、そういう表現をただけであって、エルンスト・カルステン Ernst Carsten, ロクシン, デイビッド・フェルマン David Fellmanが述べているとおり<sup>(20)</sup> 弁護士である。この点が既にわが国の準起訴手続と同じだが、わが国やドイツでは、起訴独占主義の例外とされている訴追手続が原則である点に注目しなければならない。注(20)で説明するように警察という他の文明法治国すべてで、治安、犯罪予防、(交通取締等の行政警察)を主任務としつつ、かたわら刑訴法上の任務として事実捜査を専門とする行政機関が公訴を行うということ自体が非常に奇異であるが、これでは警察糺問そのものになって、弾劾主義ではない。しかも警察捜査を支配している者は弾劾主義、当事者主義を通じて、訴追、捜査に関係しないことを要件とされるといわれる判事、それも女王座裁判所構成法に依て設置される判事である。英国国王又は女王は法律上は Veto 権を持つ主権者であるから、G・G20③からは全く当事者主義に反するとしか言えない。最後の点は、旧明治憲法下の司法権が主権者たる天皇の大権の下に、天皇の名に於て行われていた<sup>(21)</sup>のと同じ範ちゅうに入ると考えられる。また捜査機関が殆んどの訴追を代行する(私人訴追も含めて)点は、フランス法系下のオランダ、スイス、フランス系地区、ベルギー、ルーマニア、ロシア、ポルトガル、スペイン、イタリアにおいて、<sup>(22)の1</sup>検事が司法警察を指揮下においているのや、ドイツが検事を捜査主体として刑事警察に補助をさせる形、旧刑訴(大正11年)下のわが国の検事が捜査の主体として司法警察を補佐と補助に使用したスタイルと正反対であり、論者の論点たる公訴提起又は予審施行の為の捜査(フランスの場合)でなく、捜査の副次産品としての公訴しかも同一機関というのは、むしろ極端な警察に依る糺問という他はなく、何故これが当事者主義訴訟のサンプルといえるのか理解できないのである。

しかも全くのアンパイヤで、審問は全く行わない筈の裁判官も、<sup>(22)の2</sup>特別な重大事件にあつては、王室裁判所の女王座裁判官席の一員 Mitglieder der Queen's Bench am Crown Court たる裁判官が当る<sup>(23)</sup>という事実は当事者主義とは何かという疑問に突き当るのである。

先にロクシンの所説、イギリスでは公判廷における裁判官による被告人、証人に対する尋問がない。刑事追行を私人に委ねた時が真実の当事者訴訟になる<sup>(24)</sup>という定義の仕方では、イギリスの刑事手続は当事者主義にならないが、おそらく、イギリスは王室、女王も、訴訟上は私人の一人と考えられるから、無数の私人訴追があり、王室はその顧問の弁護士を代訴人とし、各官庁は、各官庁毎に原告となり、一般私人も勿論原告人に

なり得るが、弁護士を依頼する費用の点で、警察が代行するという風に考えるしかないと思う。端的に云って、国王、女王は、形式上の主権者としては公的國家機関、王室構成員としては私的な門閥家族ということになるかと考える。

- i. ただし、ここで特に留意しておきたいのは、従来、英米法は、大陸法と無縁のもの、別個の発達を遂げたものとして、両者の因果関係は殆ど顧みられなかったが、英法はフランス法に影響を与え、それがまたドイツに導入された歴史的事実があり、<sup>(25)</sup>その限度でイギリス法の当事者主義がドイツに及んでいることである。先に立法の歴史的経緯で、触れたが、ドイツ法は一つの根すなわち源流（ローマ刑訴、カノン刑訴、古代ドイツ刑訴が統合された中世イタリア刑訴→カール5世刑事裁判所法 *Constitutio Criminalis Carolina* 又の名を *Peinliche Gerichtsordnung*〈ローマ法の継受〉ドイツ共通刑訴法 *Gemeiner deutscher Strafprozeß*）から発し、フランス革命期の1789年から1800年の間に外国法支流と合流している。それが英仏法概念 *english-französische Rechtsgedanke* であり、1800年の合流に依て、地方特別法 *Partikulares Recht*（ローマ法を継受したドイツ法）の1部としての改正ドイツ刑事訴訟法 *reformierter deutscher Strafprozeß* として1879年迄施行→1871年1月1日ドイツ帝国成立後、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法に依て帝国法となった。1945年敗戦、1950年迄は、地域別法 *Zonale Verschiedenheiten* の時代があつて、1950年に新生ドイツの合一刑訴法 *Vereinheitlichter Strafprozeß* ができた。ドイツ法に英仏法の考え方が入ったのは、実にフランス革命の産物であるが、先に歴史経緯で述べたように、革命を経験する迄は、フランスは、ドイツ同様糺問そのものだったが、モンテスキューが裁判所構成法と刑事手続の模範をイギリスに求めたことから、革命の進展と共にフランスに継受されたのが、民衆訴追 *Popularklage* 形式に依る弾劾主義 *Anklageprinzip* と当事者 *Partei* の挙証責任 *Beweispflicht* だった。<sup>(26)</sup>
- j. 以上のように、大革命を契機にイギリスの弾劾主義がフランスに入り、それがドイツに入ったから、ドイツに弾劾主義が生じたのは当然である。ただしそれは検事という弾劾官を持ったことで、フランスと等しく、民衆訴追の個別化とでもいうべき私人訴追は微罪復仇形式以外認めなかった点でイギリスと異なる。しかしフランスと等しいといっても、フランスの検事は沢登佳人教授御指摘のように、フランスは國家訴追としての起訴独占主義をとっていない（C. P. P. 85）。そして公訴すらも被害者たる私人（＝原告当事者）にみとめているから（C. P. P. 1）、検事と私人に依る公衆訴追といえるわけである。

この点ドイツは前述のように検事は國家訴追の代訴人であることは、*Staatsanwalt* という言葉の示すとおりである。そして、その公訴は法の示すとおり、原則として起訴独占主義（StPO160(1)）、（StPO170）（StPO175）である。

StPO160(1)で捜査し、その結果、公訴を提起すべしと判断すれば (StPO170)、公訴提起し、公訴受理の根拠のある場合、事後の公訴追行 (公判維持) は、検事の責務という表現でこの法理を明示している。„~, so beschließt es Erhebung der öffentlichen Klage. Die Durchführung dieses Beschlusses liegt der Staatsanwaltschaft ob.“ (StPO175)。

この点においてドイツはフランスと異なるのである。要するに、ドイツは、弾劾主義であるが、当事者主義ではない。当事者主義といえるためには、イギリスのように全く原告と被告を対等に、挙証責任を課し、攻撃防禦の結果、全く中立の審判者たる裁判官の自由心証主義に依る判断に任せなければならない。

ロクシンに依れば、「イギリスでは刑訴と民訴は非常に似ている。糺問的な要素が全くないからだ。そしてこれが、英米法とドイツならびに大陸ヨーロッパ刑訴との根本的相違点である」としている<sup>27)</sup>

- k. 訴訟当事者 Prozeßpartei という概念について：起訴者 Klage と被告 Beschuldigter が対等な訴訟主体であり、ある程度、平等の権限を与えられるとしても、公判手続において、刑事訴訟上、検事と被告が当事者として対等であるという説明は全くない。<sup>28)</sup> 先ず、被告は、検事が関与できない法律的空間におかれている場合がある。例えば勾留されている場合などがそうだが、この場合など両者の立場に決定的な相違がある。被告の法律上の地位を向上させ、犯罪追行の際に国家を代表する機関が、国家権力を行使する際、制限を課そうとする立法者の努力にもかかわらず、検事と被告は全く違った目的を追っている。<sup>29)</sup> 英米法系では、検事は原告当事者であり、被告も勿論、当事者であるから、両者の間に格差はない。要するに民事訴訟と同じことで、対等の立場で挙証責任を負担し、挙証責任を果せなかった方が不利な扱いを受けるだけである。西ドイツは現在、真実発見の為の限られた裁判官に依る主尋問に糺問の名残はあるが (前述)、弾劾官たる検事につとめて当事者的地位をみとめ (StPO163a(3)前段, 136(1))、事前に弁護士に接見、相談できるのである。そして裁判官が被疑者を尋問する場合には、弁護士は当然、検事と共に臨場権があるのである。(StPO168c)。そして、勾留中 (拘引を含む) の被疑者は、勾留が終らない限り、おそくとも捜査終結前に、判事の尋問を受ける権利があるのであり (StPO163a)、未拘引の被疑者の場合は、被疑者の請求に依り、裁判官の決定がなければ拘引できないのである (StPO163a(3))。これらはすべて、現行法の中で、被告の地位を検事の当事者性に近づけた努力のあらわれである。

- l. 但し、ドイツ法は当事者的存在としての検事の地位については、重要な提言をしており、論者も賛成であるが、判例に依ると、「ドイツの検事の客観的真実発見義務と、英米法手

続に依る検事の任務に相違があること、ドイツ検事の任務は、StPO160(2), (3)の示すように公訴提起の為の捜査義務があり、この時点で既に、被疑者に罪責を免れる証拠も捜査させることになっており、検事が裁判所に対し法律手段を講ずる場合は、被疑者の利益の為にも行使できるし (StPO296(2)), 各検事は自分に与えられた法律手段を、否認された決定が被告の有利になるように変更されたり、破棄され得るように行使する (StPO301)。しかも判決を受けた者の利益の為に再審の申立もするのである (StPO365)。

検事のこの協力義務 (真実発見の為の) は、刑事手続進行機関たる国家の機関としての地位から生ずる。国家はいやしくも無辜が罰せられないように努めなければならぬから、国家の科罰権の請求は、それと同程度に、検事も判事と異なる所なく、無実の嫌疑を蒙っている者を免訴させるべく全力を挙げなければならない。検事の任務に課せられたこの終局目標は、もし検事を単なる形式的に過ぎない当事者として限定すれば、排除されてしまう<sup>30)</sup>という。

検事のこの公益性について、検事は判事と違い、自己の判断をするわけではない。上命下服の関係に縛られているのではないか、そのような者が公益の名に於て被疑者、被告の救済がはかれるか<sup>31)</sup>という疑問が生ずる。これに対し、K・シェーファーは次のように否定する。「検事が、訴追義務を持ち、その為の命令に拘束されるからといって、独立機関たる裁判官との間に差異はない。何故なら、検事が法律判断と適用について別個に疑問ありとし、独自の見解を持った場合に法律上許された裁量権に従えるから」という<sup>32)</sup>。しかしこれに対し、注(32)の下端に示すような強い批判がある。以上を総合判断すると、西ドイツの検事は、捜査手続上法に示す公益性、起訴決定に際しての公益性、公判維持中における公益性があるから、巻頭、提起論文中におけるゲセルの「法の番人」性を強調すれば、場合に依ては原告性、すなわち当事者を逸脱せざるを得ない。だから「西ドイツの検事は、当事者ではない<sup>33)</sup>」というロクシンの所論を肯定せざるを得ない。西ドイツの検事は、要するに当事者主義的ではあるが、当事者主義ではない<sup>34)</sup>刑事訴訟手続を当事者主義的にしようと努めているだけであって、被疑者、被告の地位だけを当事者として高める努力が前述の判事、検事の尋問を受ける場合に弁護士を帯同する権利 (StPO163(2), 168c(1)) や尋問を受ける前に弁護士に相談できる権利、証人、鑑定人が裁判官の尋問を受ける場合の被告人側の弁護人に立会権168c(2)、勾留を受けた被疑者の捜査終結前の裁判官に対する尋問請求権163a(1)、身柄拘引の必要性の裁判官決定権163a(3) (検事でなく裁判官に強制処分を留保した意味で)、検事の最終尋問の廃止などがあるのである。<sup>34) 2</sup> (但し、これには、検事の公益権限の退歩というカール・ペータース Karl Peters の強い反論がある。)<sup>34) 3</sup>

まこと、ロクシンのいうごとく、糺問性を縮小し、弾効性に当事者性を加味するのは、ドイツ刑訴の特色であるが、糺問性（というより職権性といった方が正しいが）を残さざるを得ない所に、ヨーロッパ大陸法と、英米法の根本的な差異があるのだが、<sup>35</sup> 眞実発見主義 Prinzip der materiellen Wahrheit に糺問性（職権性）の長所を残し（予審廃止後は、検事の職権性が、予審判事の代替ではないまでも拡張された。<sup>36</sup> 予審の廃止に関連して StPO161も、163b, 168b, 168c が理解されなければならないし、<sup>37</sup> 従来の予審に替って、検事に依る予審 Staatsanwaltschaftliche Voruntersuchung も提言されているのである。<sup>38</sup>）しかし、検事と予審判事は職掌が違い、判事から捜査性を払拭させる目的、つまり糺問性の払拭のために生まれた機関が検事であり、<sup>39</sup> 西ドイツでは訴訟手続の促進化のために予審が廃止されたのではあるが、<sup>40</sup> 検事の権限が強化されるという結果に終わった。そのあらわれが StPO163a(3)の強制処分を伴う検事の被疑者尋問権とされるのである。<sup>41</sup> その対応規定たる被疑者の当事者的権限強化については既に述べたが、結論的に立法者は、上記の諸学説と、検事への強制処分権の一部付与、被疑者の当事者地位向上という形で、予審廃止後の職権主義と当事者性、糺問性の弾効性を調和させたといえる。客観的に、立法者は、検事に依る予審の再生を断念したのである。<sup>42</sup> しかし強制処分権の一部付与はある意味で検事に依る職権主義の肯定ともいえるであろう。

#### m. 西ドイツ刑訴の当事者主義改革案

① 眞実発見主義を留保し、訴訟指揮 Verhandlungsleitung（ロクシンに依れば、先にイギリス式訴訟こそ厳密な意味での弾効が当事者主義であって、現在の西ドイツのように公判廷で裁判長が被告や証人を尋問するのも糺問手続の要素である<sup>42</sup>とすれば、訴訟指揮も職権主義になるからであるが）を文書知識に精通した裁判官の手に残せば、証拠調 Beweis-aufnahme を検事と弁護士の相互尋問 Wechselverhör に委ねることが考えられるとする意見がある。<sup>43</sup> まさに、職権主義（弾効主義をとった上での）に英米法系の当事者主義を証拠調においてだけ折衷しようというのである。そして、ロクシンは相互尋問制を現在、採用している国としてわが国を指摘しているのである。<sup>44</sup><sup>1</sup> わが国が証拠法則において現行法上、当事者主義的な相互尋問制をとっていることは、刑訴304条に依て明らかであり、322条（被告人の供述書、供述録取書以外）の供述書、供述録取書は、321条各号要件ないし328条に規定する場合を除いては、すべて反対尋問にさらされなければ伝聞として証拠能力を否定されることが明らかである（320条）。

② 但し、捜査手続において、当事者主義をとっているとはいえず、司法警察員に逮捕状により逮捕された被疑者、現行犯逮捕された被疑者（214、215条）が199条、203条①に依て検察官に身柄送検される迄の司法警察下の48時間の留置と、司法警察員から送致を受

けた検察官の下における24時間の留置が、207条の被疑者勾留（裁判官の裁判に依る）とも異り、勿論、起訴後の60条の勾留とも違う拘禁下におかれ、203条で弁護士選任権告知義務はあるものの、起訴後の157条の証人尋問の際の弁護士立会権があるわけではなく、いわんや、公判における必要的弁護の規定（289条）もないから、72時間および起訴前の勾留（207条）の10日間（208条）、その延長された場合の最長25日間（208条の二）内の警察、検察官に依る取調は決して当事者主義とはいえないのである。しかも、現行法では、西ドイツと違い、第一次捜査機関が警察になっている為（189②）、191、193③、204の場合を除き、被疑者は203①に依て48時間身体拘束留置されるが、弁護士の立会権がないから、その間の密室、無防備の取調調書が特信状況（322①）に依て、証拠能力ありとされ、その結果、伝聞排除の原則と当事者性は無為に帰するものである。この点、フランス刑訴のガルダ・ビュー監守において、この危険が防止されているとの沢登佳人説に賛成である。<sup>44)</sup>これに反し西ドイツではStPO163a(3)でStPO168cが適用される為検事が取調べるときは、弁護人に被疑者に付添い臨場権が認められること、StPO163a(4)の警察官取調べのときの、弁護人帯同権はStPO168c適用の文言をStPO163a(4)が欠いている為、法は予見していない。しかしこの場合、被疑者は全く出頭義務がないから、出頭も、供述も、弁護士の出席を条件としていると解されている。<sup>45)</sup>その上、公判手続の要請が被疑者に、警察官に対する場合も、被疑者が弁護士の立会を受ける権利を与えている。<sup>46)</sup>この点わが国の現行法に比べ、はるかに当事者主義的であるといえる。<sup>47)</sup>

- ㊦ しかも、調書 Protokoll の証明力を重視しており、公判の為に規定されている様式性を遵守する為に、調書に記載された事項は、調書に依てしか証明されないし、調書の内容に関する様式性を争えるのは、その虚偽の証明をする場合に限られる(StPO274)。<sup>48)</sup>被疑者の段階で当事者性を高めている点、わが国より、はるかに優っているがその根拠は、GG憲法1条1項1段に求めていることに注意しなければならない。日く、「人権の尊厳は不可侵である」„Die Würde des Menschen ist unantastbar“ とする。ゲセルはいう。「真実に即し、正当な判断の捜査は如何なる場合も損なわれてはならず、常にこの原理の下に行われなければならない。」

「人権の尊厳の尊重と正義の対立は殆ど存在しない」「殺人や経済事犯の自白が先づ拷問で採れたのなら、法治国家にもとる違反になって、純粹の真実が捜査された場合でも、そのために正しくない判断になる」<sup>49)</sup>

- ㊧ この考え方が、西ドイツの捜査を慎重にしているものと考えるが、当事者主義的な手続の中で人権を尊重しつつ証拠を集める場合、前述の調書の証明力の高さが大きければ大きい程、作成者の訴訟法上の資格に差等を設けることが、法治国の被疑者の人権保護に

つながる。前述のように、戦後のわが国と違い、西ドイツでは、依然として、検事が捜査の主体であり（StPO160）、警察はその補助者である（StPO161）（GVG152）<sup>50</sup> この点、学説としては従来紹介して来たロクシン、ゲセル、K・シェーファー、ペーターズ、G・シェーファー、他ラウベR・LaubeのようにStPO161を根拠に「警察が捜査をするのは、検事自ら捜査しない場合で、裁判官の取り調が不要な場合に行われるのであって、しかも警察は検事の命令や要求に従う義務がある」とするものがある。しかも彼は、StPO162を引いて、区裁判所判事（第一審が高等裁判所であれば、高裁の捜査判事に依るが）に依て、検事の要求があれば判事取調 Richterliche Untersuchungshandlung を行い、他の機関（主として警察）がやった行為を事後吟味する点、165条で緊急検事として行為し得る点、検事（改正後の）にまさる強制処分権、勾留 Verhaftung（StPO161a(2)証人に対する）、差押 Beschlagnahme、宣誓つき尋問権（証人に対する）eidliche Vernehmung（=Vereidigung）（この宣誓つきの尋問権は先程の調書の証明力が適法性を要することから最も強い証明力を有する）のあることを根拠に、捜査行為の根源は判事に留保されているときえ云うのである<sup>51</sup> 既述のペーターズの検事の予審判事代行不能論と合せて、当事者主義をとりつつ、被告、被疑者は法律的に対等の力を持たないのだから、検事、警察とは独立した機関に依る保護職権主義とでもいうべきであるが、正論である。

- ④証拠法則と検事、警察、裁判官についていえば、前述のように証拠法則上、上記の者の作成した調書の証明力の間には格差がある。最も強力なのはStPO274の公判調書であることは前述した。StPO250条の直接の証拠調 Grundsatz der persönlichen Vernehmung の要請、StPO244 Beweisaufnahme 証拠調が「真実探究のため」„Zur Erforschung der Wahrheit“ といひ、裁判所 Gericht は職権を以て von Amtswegen として裁判官に依る職権証拠調を第一義としていることから肯定される。しかもその対象は判決にとって意義ある一切の事実及び証拠方法 alle Tatsachen und Beweismittel に及ぶとしている。これに対し、検事はStPO160(1)に依て公訴提起の為の犯罪捜査権をみとめられ、これに基き、StPO161捜査の対象となった者を、予審廃止後の新法163a(3)に依て被疑者を、また新法161a(1)に依て証人、鑑定人に出頭を求め、供述を求めることができるが、宣誓付の尋問 eidliche Vernehmung はできないこと（これは裁判官の専権である）。旧法に比べ、強制権を以て行えるようになった点が、いわゆる予審廃止後の検事の権限強化である。（違反者に対しては、51, 70, 77で過料に依る秩序罰 Ordnungsgeld を課すことができるようになった）。違反者に対して勾留 Haft の形の拘禁 Festsetzung を以て対処できる権限は、当該検事の請求を受ける管轄区裁判所判事のみ留保されていること。StPO166において、被疑者が区裁判所判事の尋問を受け、この尋問の際に、同

人の免責のために個々の証拠調 *einzelne Beweiserhebungen* を被疑者が、申立てた場合、区裁判所判事がこの証拠調を重要と認めた以上、証拠滅失のおそれがあったり、その証拠調が被疑者の釈放 *Freilassung* の根拠になり得るときは、区裁判所判事はこの証拠調をしなければならぬこと。この規定は163a(新法)(1)の被疑者が、捜査終結前に、訴訟手続上救済を求めて判事に尋問を要求したり、免責証拠の取調を求める(同(2))規定と共に、人権保護に審判者の側から対応する保護規定でもあり、前述の対局的な当事者主義や、狭義の弾劾主義とは対立する概念であるが、法の素養のない一般被疑者に対する保護的職権主義として評価できる。この規定は163a(1)の *Der Beschuldigte ist zu vernehmen*, 163a(2)の *Beantragt der Beschuldigte zu seiner Entlastung die Aufnahme von Beweisen* ~166(1)~ *beantragt er (=Beschuldigte) bei dieser Vernehmung (von dem Richter) zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen*, としており、それぞれ、被疑者が尋問を受けることができ(163a(1))、被疑者が区裁判所判事に自己の免責の為の証拠調を請求することができ(163a(2))、被疑者が判事の尋問を受けるときに免責の為の挙証を申し立てる(166(1))というように、積極的な権利(請求権)の形で規定してあることに注意を要する。つまり、裁判官は、強い強制処分権を持ち、その調書の証明力はStPO274で最高であるが、一方被疑者に対する保護者として臨んでいる。これは真実発見の目的の限度で裁判官に糺問主義を残し、しかも同時に裁判官(=糺問官)を当事者的に見ているわけで、ある意味で変形された当事者主義を加味したといえないかと考える。<sup>62)</sup> またこのことが裁判官調書の証明力を最強とした根拠と考えてよいと思われる。ここで注52で引用したロクシンの考え方では、このような糺問官(=裁判官)に対する被疑者の当事者主義的折衷は特異なものと映り、英米法は対局的(対席の)当事者主義で、ドイツのものとは異質<sup>63)</sup>としながら、彼自身ドイツ刑訴の歴史と比較の中で、ドイツがフランス革命経過中に(1789~1800)フランスを經由して、英米法の影響を受け、なかんずく民衆訴追 *Popularklage*, 当事者挙証責任 *Beweispflicht der Parteien* を持った弾劾主義 *Anklageprinzip* を骨子とするイギリス立法を模範としたことを説明している<sup>64)</sup>点で、ドイツの刑訴法の実体と被疑者(被告)、検事、裁判官の地位が確認できるのである。そしてドイツ刑訴の裁判官の位置を知ることによって、弾劾官たる検事の地位を適確に把握できるのである。前述のドイツの模範となったイギリスの制度を見ると、15世紀から16世紀にかけて予備審問 *preliminary examination* として始まり、およそ犯罪嫌疑者は先ず治安判事 *justice of the peace* に依って尋問される権利があったとされる。そこで罪状が認定されると、公判で審問された。そして、公判において宣誓 *oath* をさせるようになった。<sup>65)</sup>

⑤合衆国では、狭義の捜査ではないが、現在、法律捜査のような形が、予備審問 preliminary hearing と称せられて、行われているが、前述の西ドイツ StPO163a(1)(2)形の区裁判所判事に依る取調と極めて近い形で行われている。すなわち中間犯罪、重要犯罪 level and seriousness of the offense について、犯罪事実認否 arraignment の後で更に審理して、公判を維持するに足る証拠があるか否かを決定するために行われる。重罪 felony について予備審問を要するのは、州刑法一般であるが、軽罪 misdemeanor については要求されない。<sup>60)</sup> 論者が予備審問は審判者が職権で行う糾問的なものというよりは、被疑者の人権保護（裁く側からの保護）被疑者の権利を考えるのは、被疑者（被告）defendant は、予備審問を拒否できるからである。<sup>61)</sup> 予備審問中に証人（目撃者）witness が喚問され、証言 testimony、物証 physical evidence が犯罪構成事実 element of a crime や罪体 corps délictueux の立証の為に用いられ、<sup>62)</sup> 予備審問の担当者は通常治安判事 magistrate である。この制度は、異議を唱える当事者 objective party にとっては重要である。けだし、検事 prosecutor は警察サイドで動いていると考えられているからである。<sup>63)</sup> ここに既に当事者ではあるが、被疑者の権利保護者としての治安判事の顔があるのである。ドイツに酷似しているのを認めざるを得ない。Kenny と More は更に当事者主義について言う。「予備審問で検事と弁護士が初めて対面する。それぞれ反対の立場を法律上代表する。強力な弁護と、当事者としての検事の明白な葛藤が真実に到達する最上の方法になる」としながら、一方で、「このやり方は、真実の決定のためひたすら時間と労力をかけた捜査者 investigator を立腹させるが、それが我が国の刑事司法制度の礎石として役立っているのだ」とする。<sup>64)</sup> ドイツ検事の公益性を思うと理解できる論旨である（StPO 160(2)）。

合衆国では、このほか訴追を担当する機関として検事の他に、大陪審 grand jury がある。合衆国も筋論では、イギリス同様、私人訴追で、告訴事件 complaint として分類されている微罪 minor crime については、私人たる個人が刑事手続 criminal proceeding を開始できる。<sup>65)</sup> 古い諸州、殊にミシシッピ川以東の州では、主要犯罪すべてについて大陪審を必要としている。大陪審は12人から23人迄の陪審員で構成され、有罪 guilt、無罪 innocence の争点を決定するものではなく、被告事件の審理もしない。大陪審の審理権限は訴追 prosecution's side の可否である。つまり、その証拠がもし真実なら、有罪判決 conviction を与え得るか否かを決定するだけである。しかし大陪審の意義は大きい。審理が非公開であり、法廷背後の密室であるため、被疑者の逃亡を防ぎ、証人の干渉も受けず、証人に対し、報復される恐怖を恐れずに証言させることができ、陪審員達に慎重且つ自由に捜査 investigate させることができる。<sup>66)</sup> また大陪審は最終的には起訴し、

告訴 indictしない者が捜査した事実を暴露するのを秘密裡に防止してもいるのである。<sup>63)</sup> 以上の機能から大陪審は現行フランスの重罪公訴部 *Chambre d'accusation* に近い働きをしている。これは予審 *instruction* の覆審だからである。だから前述の予備審問にも、西ドイツの区裁判所判事の取調にも近く、要するに、実体捜査と起訴の間の法律捜査の段階であって、検事以外のもの（予備審問では治安判事、大陪審では市民たる陪審員）の手で、被疑者の利益の為に行われる手続である。西ドイツで、予審廃止後、検事の権力を強化したが、ペータースの言う如く、予審判事の代行、検事に依る予審は行われず、検事に対する強制処分権の一部譲渡と勾留など最終的強制処分権は裁判官に留保して、むしろ公判調書の証明力の正確さに機動性を認めて、従来からの捜査判事の調書に適用する形をとったものと思われる。それは兎も角、我が国には旧予審が証拠集取確保のために行われ、前記の予備審問や大陪審、西ドイツの予審判事の役割を果たしていたが、弁護士会の立会権は原則として認めていた。（旧刑訴302）の点、現行刑訴は48時間の警察取調、その後の24時間の検事取調について、弁護士の立会いを認めておらず、矛盾している。けだし、旧予審の非公開を逆手にとって、糺問主義的色彩が強くなり、直接主義に反し、憲法の被告人権保障に反するとして予審を廃止しながら代替措置が講ぜられていないのである。わずかに勾留理由開示手続（刑訴82-86条）が設けられたが、予備審問や西ドイツの区裁判所判事尋問と違い、不当勾留は直ちに釈放するというものではなく、単に勾留理由を開示するだけで、いわば形だけで実の伴わない制度である。

①論を西ドイツの検事取調調書に戻す。予審廃止後、前手続支配者は検事のみになった為捜査の主体としての地位は前記強制処分権の一部獲得とともに強くなったことは前述した。

その為、新法StPO168bに依って、検事調書規定 *Protokollierung Staatsanwaltschaftlicher Untersuchungshandlung* を設けた。

検事取調の結果は、全て検事調書に記載されなければならない。この調書の対象になるのは、被疑者 *Beschuldigte*、証人 *Zeuge*、鑑定人 *Sachverständige* である（StPO168b(1)）が、この場合168条と168条のaの裁判官の審問行為調書の規定が適用されるから、StPO251に依れば裁判官調書以外の調書はStPO251(2)に依り、証人、鑑定人、又は共同被疑者 *Mitbeschuldigter* が死亡し、その他の理由で、近い将来に裁判所が尋問できないときや他の尋問に関する調書並びに本人に由来する書面を以ての陳述を包含した調書も朗読できる。また同条(3)に依り、朗読を、「直接判決の発見 *Urteilsfindung*、特に或る人の召喚及び尋問を行うべきか否かの点についての裁判の準備以外の目的に役立たせようとする時は、尋問調書、証書及びその他証拠として役立つ書面をも朗読すること

ができる,」とある。この調書は、裁判官以外調書とされているから、警察調書はこれに該当し,<sup>64)</sup>明らかに裁判官調書よりは証拠としての証明力が落ちることになる。

また同条(4)は被尋問者 Vernommene が、宣誓させられたか Vereidigen 否かを問題にしている所から、検事調書は前述のとおり宣誓させることができない故に、検事調書の効力もこの中に含め、裁判官調書より証明力が落ちると解せられる。

警察捜査の場合、その審問調書 Verhandlungen を遅滞なく検事に送付しなければならないこと (StPO163(2)), 被疑者尋問について検事に対するときは、163a(3)と168cに依て、弁護士立会権があるが、警察は163a(4)に依て、これがないことは、警察には強制権がないことの証左として証明されていることから、検事調書とは、StPO261の自由心証主義に依て評価されるのではあるが、作成時点から、評価度は異なると解釈せざるを得ない。またこのように解することに依て、検事の公益性が生き、被疑者人権も保護されると考える。

現在、西ドイツでは、刑訴では、民訴の挙証 Beweislast 責任の原則は動いておらず、私人訴追 Privatklage だけが例外とされる。つまり私人訴追以外、対等に証拠を挙げ合って争う対座制の「当事者主義」はStPO239反対尋問制 Kreuzverhör の規定にもかかわらず、現実には殆ど行われていない。<sup>65)</sup> それは、刑訴に民訴の当事者概念を持ち込んでも、結局、真実発見義務 Wahrheitserforschungspflicht が優先して、手続の主体は、前手続では検事が、それ以外の手続では裁判所 Gericht が主体にならざるを得ない<sup>66)</sup> からだとされている。要するに前手続では検事の公判手続では裁判官の職権主義に依る正義真実の発見、その線での刑事人権保護になるからである。K・シェーファーは重ねていう「民事訴訟手続では解明されておらず、手続の結論として一義的に解明できない場合に当事者のいずれが挙証責任を負うかで決定される。つまり手続上誰が挙証責任を果さなかったか、証拠を証明できなかったのは何人であるかに依て、決定されるが、刑事訴訟手続では当事者というものは全くないし gibt es keine Parteien, 民事訴訟手続の意味での挙証責任も全くない keine Beweislast。これは私人訴追手続 Privatklageverfahren にも当てはまることであって、私人訴追者 Privatkläger は検事が職務上の立場から発する真実追及 Wahrheitserforschung の為の協力義務に全くかかわらないのを特徴とするからである<sup>67)</sup>とする。要するに民事訴訟は真実発見でなく、紛争解決なのだから、黑白をつけたいことが起る。その時、その証明の責任を負う側がそれを果し得なければその者の不利に判定する。「私人訴追」も同じことで、検事と違って公益の代表者ではなく、単に「当事者原告」として行動するだけだから真実発見に協力する義務はない。ひたすら対立「当事者たる被告」を弾劾するための証拠を挙げて相手の罪責

を証明すればよい。だからドイツの刑事訴訟手続（通常の）にあつては「弾劾主義」はあつても「当事者主義」それも対座型の「当事者主義」はあり得ない。従つて挙証責任もあり得ないというのである。

- ㊦論者は先に、ロクシンが西ドイツ刑訴に相互尋問 Wechselverhör 制を取り入れてドイツ刑訴の長所たる真実発見性と、訴訟指揮 Verhandlungsleitung 権を裁判官の手中に残す職権主義をマッチさせることを提言したことを紹介したが、ロクシンは相互尋問性を「検事と弁護士の相互尋問に証拠調 Beweisaufnahme を委ねること」と定義している。<sup>68)</sup>そして、このサンプルとして前述のように、スペイン、スカンジナビヤ諸国と並んでわが国を挙げているが、<sup>69)</sup> 現在、西ドイツ刑訴は239条において Kreuzverhör 交互尋問制度（英米法の cross examination）を持っており、前設相互尋問 Wechselverhör 制とどこが違うのか理解し難いのである。

わが国の人的証拠の証拠調べ方式（反対尋問）は、304条の規定する所であり、証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人は、裁判長又は陪席の裁判官が、まず、これを尋問し、検察官、被告人又は弁護人は裁判長又は陪席の裁判官の尋問が終わった後、裁判長に告げて、その証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人を尋問することができる。ただし、その証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人の取調を先にした方（検察官、被告人又は弁護人のうち）が先に尋問する。この但書の点は全く西ドイツ StPO239(1)後段と同様である。

相違点は StPO239(1)前段が「検事及び、公判被告人 Angeklagte の指名した証人及び鑑定人の尋問は、検事及び弁護人の一致の申立により、裁判長に於てこれを検事及び弁護人に一任することを要す。」としていること、更にわが国の304③が「裁判所は、適当と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聞き、単に尋問順序の変更を認めているに過ぎないのに対し、StPO239(2)は「裁判長 Vorsitzende はこの尋問後にあつても事件を更に解明する上に必要と認むる間を、証人及び鑑定人に向つて発することを要す」とあることである。

また StPO250は直接の証拠調を要求しているから、この点でも伝聞排除の目的を達している（わが320に対応）。

して見ると、条文上、交互尋問を当事者同志の協議に任かせている点、裁判長（含陪席裁判官）尋問がラストになっている点、わが国よりはるかに西ドイツの方が当事者主義的といえる筈である。

では何故、ロクシンが相互尋問制の導入を提唱するのか。彼の所論には重要な意義がある。彼はいう「被告、証人の尋問は原則として裁判長が行う（StPO238(1)）。それと並んで検事と弁護士が拡張された尋問権を持つ。ただ共同被告人 Mitangeklagte による他

の被告人の直接の発問は許されないだけだ。」つまりあく迄職権主義的且つ糾問的な要素が主体になっているとする。「だから Kreuzverhör は英米法を継承したものだが、検事、弁護士が対等に尋問できるシステムは素通りしている。ドイツでは訴訟指揮（裁判長の）が排除されていないからという。」ロクシンは、「StPO239(1)の検事と弁護士に依て裁判長に尋問を依頼 Antrag しなければならない」点を指摘し、「相互尋問制は現実に制限されている」という。<sup>70</sup> ロクシンは、「これは捜査にも深いかわりがあり、検事と弁護士が訴訟材料について処置する余地が少ない」ともいう。一説には、イギリス法の対座式当事者訴訟とドイツの当事者訴訟は異質ともいい、StPO160(2)の検事の公益性の故に当事者主義に徹し得ないという。<sup>71</sup> 被疑者、被告に有利な証拠を収集する当事者原告はないというわけである。だからこそ、ドイツ刑訴に「当事者」という概念は根本的に無く、ただ形式的に混乱を招くおそれのある解釈がまかり通っているだけだとする。<sup>72</sup> 彼は、次のように結論する。「ドイツ刑訴は、捜査原則 Ermittlungsgrundsatz を伴った弾劾手続 Anklageverfahren である。しかも共同権力的な糾問手続とも純粋な弾劾手続とも区別されなければならないものである」<sup>73</sup>とする。正論である。このように理解して始めて、ドイツ検事の刑訴法上の地位の複雑さが分析できる。ドイツ検事が公益性を持つ国家代訴官であることは、国家訴追主義を維持するが、原告性を失う。それでは当事者主義の理想に近付けないから反対当事者たる被告の地位を強化する。そのために弁護士の出席権を被疑者の時点から広くみとめておく。予審の廃止は糾問主義の払拭に役立つが、前述ペータースの言うように、被疑者の権利保護、殊に警察捜査のミスに依る権利侵害救済に不十分な結果が出た。その補正策として、検事の権限を強化して公益性の名に依る救済を考えた。しかしそれでは検事に依る予審の出現となる。それは公訴機関たる検事になじまない。そこで強制処分権の一部を検事に与え、捜査の主体としての地位を再確認した。この点、捜査の時点で、強制処分は、すべて捜査機関の請求に依て裁判官が令状を発して処分を捜査機関に行わせるわが国のやり方が、形式主義に流れるという欠点は防がれている。

予審の廃止は、同時に警察の越権、権限拡大のおそれがあったが、わが国と異り、検事の捜査主体性、警察の補助官性、緊急な場合の仮逮捕はあってもそれに続く、警察官尋問調書の効力は、前者に比べて強制力のないこと、弁護人立会権を落すかに見えて (StPO163(5))、その実、調書効力に差をつけて、参考程度にししか見えないことで、<sup>74</sup>の1越権に依る被疑者人権侵害を防止している。それ故、検事は公益性において人権擁護の任を果しやすくなったとも考えられる。このことは同時に検事の当事者性を低くしているが、予審判事に依る権利保護を捜査判事に移行させて、個々の強制処分を監視させて

いることは、決して糺問とはいえない。ロクシンの指摘するように裁判官の捜査時点からの介入は、検事の処分権（原告としての）を制御しているわけであるが、検事の捜査と捜査判事のチェックに依る協力関係が（双方共国家機関ではあるが）、真実発見主義に一致している。ドイツは確に真実の意味での当事者主義ではないが、それでよいと考えられる。

前述のように当事者主義を貫こうとすれば、イギリスのような私人訴追に依る外ないが、それが必ずしも公益にも公平にもつながってはならず、事実上警察訴追というより、警察糺問的な形に戻っていることは指摘したとおりである。

- ①私人訴追の将来、西ドイツ刑訴の現在構造が、ロクシンの言葉を借りれば、「捜査原則を伴った弾劾手続であり、それは、共同権力的な糺問手続そのものではなく、また純粹な弾劾手続そのものともいえない」とされることは既述のとおりだが、それ故に、K・シェーファーのように「西ドイツでは『弾劾主義』はあり得ても、『当事者主義』（厳格な意味での対座式）はあり得ない」とされ、「刑事訴訟手続でわずかに例外として『当事者主義』が行われているのは、『私人訴追手続』のみである」というロクシンやボッケ Wilfried Bottke の結論に達するのである。しかもその理由がK・シェーファーのいう所に依ると、「公益代表者の検事と違って、私人訴追者 Privatkläger は単に『当事者原告』として行動するだけだから真実発見に協力する義務はない。ひたすら対立『当事者たる被告』を弾劾するための証拠を挙げて相手の罪責を証明すればよい」とされている。この点に検事制度と私人訴追が並立できない意義を認めざるを得ない。

すなわち、検事を認めることに依て、糺問主義の欠点を除くことはできる。しかし検事は国家機関であり、裁判官もまた国家機関（訴追官）である。同一人が、一方では原告を代表し、他方では同時に弾劾国家機関である<sup>(74)</sup> 2 検事は確実に弾劾官にはなり得ても民事訴訟法でいう当事者性には徹しにくい。西ドイツは既述のように検事を非当事者と解釈し、その根拠を「公益性」に求めることに依て、矛盾を避けていると云えるのである。しかし公益代表者であるためには起訴独占主義と国家訴追主義を貫かなければならないから、被害を蒙った私人が告訴、告発を行っても、前述の起訴便宜主義 Opportunitätsprinzip で公益（国益）がある件に結び付く場合、検事に於て公訴を提起しないと、<sup>(75)</sup> 被害者の人権は無視されることになる。

以上の理由で、現在の「私人訴追制度」は狭義の「当事者主義」の要求をみたまものとして評価されるのである。<sup>(76)</sup> ただし原告、被告、互いに自己に有利な証拠を提出し原告は相手の有罪証拠又は弾劾証拠を、被告は防禦証拠を提出して争えるほか、私人訴追は検事と違って必要な真実発見に協力する義務がないからである。<sup>(77)</sup> 証拠法上も民事訴訟同

様に挙証責任 *Beweislast* のある点が紛争解決だけの為には利点である。<sup>(78)</sup>

しかし、前述して来たように、西ドイツは、糺問主義の可及的払拭と弾劾主義の拡張、更に、第二次大戦後、英米法の反対尋問制 *cross-examination* に範をとった相互尋問 *Wechselverhör*<sup>(79)</sup> が1974年の12月9日の第一次刑事訴訟法改正1st VRGで *Kreuzverhör* という名で取上げられ、連邦議国会報 BT Drucks 7 55 1 S.3.4で来るべき全面改定の試金石にしようという動き迄あるのであるが、<sup>(80)</sup> 「私人訴追制度」に代表される狭義の「当事者主義」への移行は望まないようである。

ただし、西ドイツにおける例外的当事者主義刑事手続というべき私人訴追制度を立法的に否定する動きがあるからである。現在、既述のように予審廃止後の現象として、検事の権限拡大が行われており、<sup>(81)</sup> 指令権 *Weisung* を与えることに依て司法官庁 *Justizverwaltung* の処置権を確保する方向にあるが、改正に依れば前手続 *Vorverfahren* を、公判手続 *Hauptverfahren* から峻別することで、この目的を達しようとしている。<sup>(82)</sup> そして検事には前手続で、裁判所には、公判手続で責任をもたせる方向を選んだといえる。

しかしこの立法姿勢は、先づ前手続に於て、検事の「起訴独占」<sup>(83)</sup> *Anklagemonopol* を従来以上に強調することになった。その結果、「私人訴追」<sup>(84)の1</sup> *Privaklage* のうち、「被害者に依る付随私訴」<sup>(84)の2</sup> *Nebenklage* と「起訴強制手続」<sup>(85)</sup> *Anklageerzwingungsverfahren* は廃止の対象にすべし、という意見が出て来たが、ここに述べるのは「当事者主義」のサンプルとして、弾劾主義を「当事者主義」に近付けようとする立法者の要求と正反対の現象としてとらえるためであり、起訴独占者としての検事に対する例外起訴者としての私人訴追者の存在が否定され始めたのとは意義を異にする。すなわち、有力な否定説は予審廃止後の検事の権限強化 *Erweiterung der Machtbefugnisse des Staatsanwalts* の一手段として登場したのである。<sup>(86)</sup> そのことは当然、原告官たる検事の弾劾性を強化し、以前に述べた検事の捜査権限と警察に対する捜査上の指揮権限の再確認の必要性を肯定し、裏付けたことになるが、検事の権限拡大は厳格な意味での当事者主義を遠ざけることになる。ロクシンの「ドイツ刑訴は、捜査原則を伴った弾劾手段である。しかも共同権力的な糺問手段とも純粋な弾劾手続（＝当事者主義的手続）とも区別されなければならない」との主張と正に一致するのである。西ドイツは弾劾主義に向かうことはあっても、狭義の当事者主義（対座式）への移行は望まないようであるとの拙論は、次の資料によって論証できる。K・シェーファーは、「先づ前手続において起訴独占を強調すると共に、『私人訴追制度』は、被害者の『付随私訴』や、『起訴強制手続』などと共に廃止すべし」「『私人訴追制度』の代りに治安裁判所判事規則 *Friedensrichterordnung* を改正して、治安裁判所判事の活動に依て、現在の裁判への国民参加を全面的に排除し、国民（素人）

に依て刑事罰を科すことは断念させよ<sup>87)</sup>という。彼は更に起訴便宜主義を擁護し「起訴法定主義 Legalitätsprinzip は原則として堅持しなければならないが、検事は裁判官の監督がなくても、国民の保護も行為の償いも求められず、犯人の罪責も軽微で、刑罰が前提にされないか、たとえされても、高々、軽微役 Gefängnis、禁錮 Festungshaft、1ヶ月の拘留、30日罰金 Geldstrafe von 30 Tagesbußenが見込まれるような時は、事件を見逃してもよい（つまり起訴便宜主義）方向に傾いている<sup>88)</sup>」（StPO153）とする。そして「前手続における取調指導官 Untersuchungsführerとしての検事の権限は拡大されなければならない<sup>89)</sup>」としていることは前述のペーターズと同様である<sup>90)</sup>。これがStPO161aの証人鑑定人尋問権に強制力を付与したこと、StPO163a(3)の被疑者尋問権に強制権を付与した根拠であることは前述した。

以上の点から次のように云えると思う。西ドイツは前述したように、ロクシンの「変形された弾劾主義」をとり、なお当事者主義に近付こうとする意欲はある。しかし、眞実発見の為に<sup>91)</sup>裁判官に職権主義の形で（裁判長に依る証人尋問や、裁判官に依る被疑者尋問の形で）糺問主義的色彩は存続し<sup>92)</sup>、弾劾主義の建前の為には、予審廃止後、検事の前手続の主体者性と、それに伴う警察に対する指揮権の見直しが行われている。他方、被疑者、被告に対しては弁護士帯同権、相談権（接見交通権）が、特に裁判官、検事の尋問を受ける場合に重視され（StPO163a(1)(2)(3)、StPO168c(1)(2)）、訴追官に対してのみならず裁判官に対しても当事者性的な存在としている。これは、前述の裁判官に残存するある程度の糺問性に対抗させ得る為の立法上の配慮と解したい。相互尋問 Kreuzverhör (Wechselverhör) (StPO239) を運用上も実効あらしめんとしていることについては既に述べた。このように被疑者、被告に対する当事者性の賦与は当事者対等の原則に適うものであり、当事者主義に近付いたことは事実である。しかし当事者主義のもう一つの面が看過されている。前述の「私人訴追制度」（含付随私訴・起訴強制手続）の否定が改革案にもられていることは、前述したとおりである。

私人訴追制度は、K・シェーファーのいうように治安判事の復活に依て廃止されると、被害を蒙った事実があるにもかかわらず検事が起訴してくれなかった場合の法益救済がなくなるのである。それが起訴便宜主義の設定と共に、被害者の出訴手段が弱小化するおそれが増加しないかということである。次に起訴便宜主義が採られない場合で、かつ私人訴追対象事件でない場合、起訴強制手続 Klageerzwingungsverfahren (StPO171, 172) がみとめられている為、前述のように、検事の不起訴処分に対し、被害者たる申立人は第一次的に、当該管轄検事局の上席検事 vorgesetzte Beamter der Staatsanwaltschaft に通知受領後2週間以内に異議を申立てることができ (StPO172(1))、上席検事が異議を認

めなければ、1ヶ月以内に、裁判所の決定 *gerichtliche Entscheidung* を求めることができ (StPO172(2))、裁判所が公訴の提起を決定したときは検事はこれに従わなければならないから<sup>(83)</sup> (StPO175)、わが国よりはるかに被害者救済に有効かつ合理的である。先にイギリス法の民衆訴追としての私人訴追 *private prosecution* とは違い、私人が国家機関 (検事) の地位において国の科罰権を検事の代行として請求するものである点、国家訴追主義と起訴便宜主義の中で真実の「当事者主義」を確保した制度であると評価できるが、また変形された当事者主義に徹した検事制度ともいえると思う。

### 3. 弾劾サイド内の問題点

#### (1) 対警察関係

「検事」を活用することで「弾劾主義」の要求を満たし、原告官として提出証拠の収集を確保する趣旨から、「検事」の捜査機関としての地位の強化がはかられたのは当然のことである。殊に「予審」が廃止された現在、前述のとおり、検事だけが前手続の支配者である。前手続は既述のとおり捜査手続であるから、検事に依る予審 *staatsanwaltschaftliche Voruntersuchung*<sup>(84)</sup> という概念が立法者に出た程、検事を予審判事に代替はできなかつた迄も<sup>(85)</sup> 重要事件の (商法, 国防, ナチス等) 捜査については勿論、捜査遵則 *entsprechend Ermittlungssystem* をつくる権限を検事に与えた<sup>(86)</sup>。それが 161a, 163b, 168b, 168c の強制捜査権であることは前述した。このような権限強化<sup>(86)</sup> は、原告官の公判維持上必須とする論者の主張に一致するものであるが、予審廃止後の前手続の支配者が検事だけになり<sup>(87)</sup> その事の故に、警察の恣意的捜査から無事の被疑者を保護できるからこそ、捜査の主体なのだ<sup>(88)</sup> というゲセルの興味深い見解もあるのである。この点にも論者は賛成である。但し、1977年の著書におけるゲセルのこの見解<sup>(6), (8)</sup> は、1980年の彼の論文<sup>(9)</sup> の<sup>2</sup>の趣旨とは相違している。いわく「起訴手続も捜査そのものから外す必要がある」「警察と裁判所の *schaltstelle* の中間指令所必要説」「この指令所は、行政機関の合目的性から外され、客観主義の観点から、公訴提起に依り判決手続に於る主導権を把握する。」「この官庁が捜査と判決から隔てられることで、警察と裁判所を同時に管理することが可能になる。それが検事だ」とする。両論考を見る限り、ゲセルの真意は、「検事に捜査から手を引け」というのか、検事は警察の恣意的捜査から、無事の被疑者を保護する為に「捜査の主体であらねばならない。」といっているのかわからないように思える。しかし、彼の「手を引け」の対象を実体捜査、「主体たれ」の対象を法律 (監督) 捜査と理解することに依て、彼の「客観的正義保障の為の制度上の監督」というドイツ憲法20条3項に一致させた監督理論に適合するのである。ゲセルをこのように理解すると、ハインリッヒ・リューピング *Hinrich Rüping* の次の提言は強力な支持論と受けとれる。いわく「1877年の判決で警察を検事の延長された手 *verlängerte*

Arm der Staatsanwaltschaft とみなしたことで、今日、中小事件で、この関係が常に逆転している事実について論議が集中している。司法官 Justiz サイドは、前手続 vorbereitende Verfahren においては、検事に依る司法監督 rechtliche Kontrolle と 捜査集中 が適当という解釈を以て、法律上の評価を維持する根拠としている。一方 警察サイドは、事実上の支配的な立場と技術上の規範能力の故を以て捜査の独自性を要求している。検事と警察の関係の再構成規範 Leitsatz がこの要求に結着をつけ、この規範に依ると、『検事の補佐官研究所を断念して、明文法規上、最低の資格条件を充たす官吏にこの権限（補佐官）を委ねよう（同規範12号）』というのである。この点で紹介したロクシンの主張に近づいている。彼は「現実に警察は広範囲に独立しており、捜査に対する異議に対しては、自分で判断を下している（同規範3号、4号、13号）。この規範に設けられた発展は、禍根 Verhängnisvoll となる。<sup>99)</sup>」としている。彼は更に、「警察と検事は刑事訴訟関係機関 Instanz der Strafverfolgung としては、経験から分析されているとおり、相異なる目的を模索する義務を負うものである。警察は事件と被疑者と目される者の解明の為に、その恒常的に発展した技術能力に応じて、努力すべきものであり、検事は、訴訟手続の司法形成の可能性 Justizförmigkeit des Verfahrens（論者注：公判維持の可能性と考えてよい）を留意して、判決を得る可能性の有無を見定めるべきものである。<sup>100)</sup>」という。

彼は警察と検事の職務配分関係を明確にしておかないと人権上の危険も生ずると警告する<sup>100)</sup>

彼は前述の捜査の内容を二分し、事実捜査と法律捜査とすることと、警察の対象は、事実捜査とすることは、前述のゲセルと同様である。しかし事実捜査の範囲限定にも難点があり、警察の武器使用について検事の指揮権下か否かの問題解決例を、ゲッツ Götz 同様、1971年のミュンヘン銀行襲撃事件に求めている。彼はその解答を1975年の内務、司法合同職務新配分委員会の規範 Gemeinsam Kommission der Innen- und Justizressorts-Leitsatz zur Neugestaltung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei に求め、「警察に対する異議は当該上位者に依て処置し、警察が検事の命令下で職務遂行中の場合と、刑事訴訟手続上の処置に依る権利侵害 Rechtsverletzung が非難されているときを例外とする（規範13号）と解し、また前記銀行襲撃事件に於て、警察が、検事の命令で発砲し、犯人と人質を殺した事が、検事「頭」、警察「その手足」論を世紀の変わり目迄続けさせるに至っているが、彼としては、「人質を救うという保護任務（わが現行警察法2条①前段参照）は、警察の上位者の命令に服すべきものとしながら、この機能は、犯人を逮捕するという代表的法益と衝突する。」としている。また1973年の連邦、州内務、司法合同職務配分委員会は「検事は、刑事追行領域に於ては、火器使用の為の個々の命令も、警察の出勤場所に限定すれば可能」（同規範2号2節、4節3項）としている。但し、上例のように避難と刑事追行が衝突する場合は、危険の程度と侵害されんとしている法益の両者と行為の困難さに応じて、刑事追行中に考量されなければならない（同3号3節2項）。そして、緊急の場合には、検事の代わりに、警察の上位者がそれを決定した

方がよい場合もある。(同3号4節)とする。<sup>100</sup> 要するに事実捜査中の実力行使に迄も、検事の指揮権の範囲を限定づける努力がなされており、わが国では、警察の実力行使手段として、刑事訴訟法の枠外で、当然、警察官の個人的判断 (論者、注、わが警察官職務執行法7条「警察官は～必要であると認める相当な理由がある場合においては、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度において、武器を使用することができる。」)に委ねられているものまで規定づけようとする立法態度の緻密さに敬意を表せざるを得ない。それは兎に角、1971年と73年、75年の3節区分をすると、検事ブローパー、検事、但し場合に於ては警察、原則として警察、例外的に検事と移動しているのに気付く。しかし1972年には、シュローダー Schroeder の検事指揮権内説がでたことに注意しなければならない。

前述1975年の規範にも問題があり、警察が検事の命令下で行動していないとき、刑事訴訟法手続上の処置に依る権利侵害が非難されているときは、警察は警察の上司に依て決定を受けるのだが<sup>101</sup> 警察を検事の受託者 Mandatar と見れば、機能上、導入裁判所構成法 EGGVG 23条① (現行法にはない)に言う「司法官庁 Justizbehörde の責務を引受けることになる。<sup>102</sup> (「司法官庁」が検事を意味することは間違いない)。だから、もし、当事者が法律上、告知義務違反の様に、直接侵害され、手続上、何の処置も講ぜられなかったときは、事実関係により、詳しい裁判所が判断を下すことになる。<sup>103</sup> しかし、警察が、自分で事件の第一把握をしているのか、検事の命令下で捜査しているのか同時に予防目的を追求しているのか等閑視されたままになる。

これに対する反対意見は、捜査に於ける警察の事実上の能力を論拠にしている。彼等はいう「警察の法律上の同等と、行政裁判所規則 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung von 21. 1. 1960, 連邦法律公報 BGBI, IS. 17) 40条 I 項 1号に依る明文の指定がないから、検事の補佐官でない警察官が自分で事件を第一義的に把握したときは、その警察官の処置を行政裁判所の措置とみなす」と。<sup>104</sup>

リュウピングの警告は重大である。警察が事実捜査の面で、検事の統制を離れるばかりか、その場合は一種の司法官庁として、訴訟手続中に自分がやった権利侵害に対する被害者の非難(異議)を部内上司が処理するとなると、警察はもはや、検事そのものであるばかりか、裁判官職務まで侵すことになるのである。しかも、わが国のように、特別裁判所を認めない(憲76②)わけではないから、行政裁判所外の行政裁判所方式の権限行使とみなしてよいというのは、わが国では到底、認められない発想であるのは勿論、GG20③、101①から見ても問題であろう。

リュウピングは「犯罪解明に対し、当事者には保護法律 Schutzrecht<sup>105</sup>と、これに対応して追行機関の側にはStPO136aに依る告知義務の様な義務がある。それがまた警察にその回避戦術を発生させるという弊がある。」「このような警察捜査の危険は、警察捜査を司法を責務とされる機関としての検事の下に置くことによって防止できる。<sup>106</sup>」と結論する。正に至言というほかはない。そして

(注98)に引用したゲセルの検事の捜査権の強化、前手続(捜査手続)の支配者としての地位が「警察の恣意的捜査から無辜の被疑者を保護できる」という主張に完全に符合するのである。しかも、Rüpingは、検事を警察の上位者とする指導規範には、法治国家概念に対する治安警察 Sicherheitsspolizeiの発想が含まれていると断じている<sup>98</sup>ことに注目しなければならない。

## (2) 対裁判官

①検事に与えられた強制処分権が裁判所に比べ不十分であること。予審の廃止後、検事の権限が強化されたことは前述したとおりである。前述のとおり、検事の権限強化は、前手続すなわち捜査手続における権限強化だから、強制処分権の賦与が裁判所と並行して与えられたことで一応説明される。しかし、それだけでは充分でない。(1) (対警察)で述べたように、検事を弾劾手続の代表者と定義しても、弾劾官すなわち原告官(当事者主義的であって、真の当事者ではないのだが) (注<sup>94</sup>の<sup>1</sup>, 注73)が公訴を提起し、公判を維持するに足るだけの被疑者の特定、証拠の収集は捜査であり(StPO160(1), StPO170)公訴提起と捜査手続は不可分の関係にある筈である。だから捜査手続の主体は検事でなければならないのだが、検事の延長された手である筈の警察が手であることを拒み、広範囲に独自捜査を事実上、行なっていることはロクシンは「由々しきこと bedenklich」といい、<sup>99</sup>リューピングは、「禍根 Verhängnisvollとなる。」<sup>100</sup>といっていることは前述した。

警察の捜査が実体捜査に限られるべきであるのに、法律捜査に迄、踏み込む場合があり、違法捜査に対する異議申立に対しても警察幹部で処置したり、裁判所の判断にまわす必要なしとする学説が出て来たり、警察捜査中に、被疑者防禦手段としての告知義務に違反しても、その抜け道を講じたり弊害が出てきているので、この防禦の為に(警察の捜査中の恣意、違法処置から被疑者を保護する)検事を捜査の主体にして、警察捜査をその下に置くべしとするリューピング、ロクシン、フルマン Fuhrmann、ベンジキー Wenzky、ポール・ケルベル Paul Kerbel、その他の論旨は先に紹介したとおりである。

②①に対する立法上の反省意見：①に述べたように、予審廃止後、従来の予審判事に代って、前手続の支配者になった検事に若干の強制処分権が与えられたが、充分にその実を挙げていない。それは弾劾サイドで強制処分執行に当り検事の延長された手であるべき警察が、捜査について、独り歩きしようという傾向があるからである。わが国は、第二次大戦後の新法で、反糺問、予断排除、起訴状一本主義の名の下に予審が廃止され、予審判事の代りに検事を部分的強制処分権者とし、法律上の捜査主体者とした西ドイツと違い、旧予審に代るべき手続(英米法の予備審問 preliminary examinationや合衆国の大陪審、フランスの予審 instruction、重罪公訴部 Chambre d'accusation手続)を看過した上、警察を第一次捜査機関(刑訴189②)とした為に、前述したとおり、フランス、英国、合衆国、西ドイツに比べ、当事者主義

上も、弾劾主義上も人権保護の面で劣ると指摘せざるを得ない。つまり、予審廃止後、旧予審判事が担当していた法律捜査を素通りして、警察に担当させたこと、当事者対等主義の定義が本来の原告（検事）対被告の関係でなく、検事対警察のような形に置き換えられたからであり、検事を単なる機械的公訴提起者にしてしまったことは、当事者主義の理想に反するばかりでなく、弾劾主義そのもの迄形骸化させてしまうであろう。

- ③西ドイツにおける予審判事見直し意見：この点で、西ドイツの配慮は慎重であり、前述のとおり、検事を弾劾官の付随作用として捜査手続の主体者としていることは敬意を表さねばならない。しかし、西ドイツは更に、弾劾サイドの手足たるべき警察の捜査上の人権侵害を防止する必要上、予審判事の制度的見直し論が出ていることである。

前述したように、ペータースは、「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の廃止が行われたのは不幸」「予審廃止と検事の最終尋問の廃止は遺憾<sup>400</sup>」としていること、また、刑事人権は、予審判事法律捜査に依って保護されたこと<sup>401</sup>、また人権保護上、検事と予審判事の協力の必要性も強調しているのである。<sup>402</sup> この考え方を裏付ける提言として、K・シェーファーはいう。

「1974年12月9日の刑事訴訟法第一次改正で、予審は、廃止されたが、予審において、予審判事 *Untersuchungsrichter* は、被疑者に容疑があるか否かを決定する義務のある判決裁判所の為に、自分の事実解明でその判決の準備をすることになっていた。捜査が上命下服の拘束を受ける検事でなく、独立した判事の手におかれた（BVerfG NJW1969 1104, 1106）とき、それが、被疑者の保護に役立つことを考慮しなければ、刑事訴訟法規を作る場合に、予審から、事実の特に有利な解明を期待し、一審で最高裁、高裁、陪審裁判所、地裁刑事部 *Strafkammer* に属する事件において、第二の事実審が存在しないことに対する埋め合わせ制度が予審とみなされた。」<sup>403</sup>とし、そのことが、予審にまつわる制限規定をめぐって議論されるようになった。つまり、予審は、法律捜査であり、裁判官の捜査であり、ドイツの第二審が審査審である所から（旧制のわが控訴審は事実審であった）、事実審が行われないことに依る被告人の救済を予審の事実審理でやれたことをいうのである。予審という審級が脱落した為のわが国の欠点は既述したから繰り返さないが、ここにペータースのいう予審に依る人権保護のメリットがあり、ロクシンのいうドイツ刑訴の定義「捜査原則を伴った弾劾手続」と彼のいう改正方向「客観的眞実発見主義を維持し訴訟指揮を裁判官の手中に残し、証拠調に交互尋問の形で当事者主義を採り入れる」<sup>404</sup>という形を総合摸索することになると思われる。

- ④弾劾主義、当事者主義と被害者の救済：その場合、職権性、糾問性はある程度このるが、既述のように英米法の紛争処理、自己処分主義と違い、眞実発見を終極目標にし、法律的に素人の

被疑者、被疑が、法律専門家たる判事の審理は、弁護士の介添で受け、弾劾サイドに連なる捜査機関たる警察捜査による人権侵害からは、公益代表者かつ捜査監督者たる検事に依て救済され得るとすれば、刑事訴訟の目的は法制上達したといえる。しかし、これらの姿は当事者主義の理想とはいえない。論者は捜査と起訴に関する限り、西ドイツの現行方式に賛同するものである。西ドイツの場合、職権主義に依る真実発見主義とそれから来る被疑者と被告人の人権保護を目的とする方式であるため、ある程度、当事者主義が後退するのはやむを得ないと考える。この点、前述ロクシンの西ドイツ刑訴の定義「捜査原則を伴った弾劾手続であり、しかも共同権力的な糺問手続とも絶縁していない。」という表現で説明され得るが、検事の権限強化の反面、その権限に依って（起訴独占と起訴便宜主義の両者を公益の名に於いて保有する）、不起訴の決定を通知された被害者の立場はどうなるか。またこの欠陥を補う唯一の当事者訴訟的救済制度ともいうべき私人訴追手続と起訴強制手続が廃止されると被害者の最後の安全弁もなくなるわけである。この点、先に紹介した沢登教授御指摘のフランス刑訴における訴追が、「検事と私人に依る公衆訴追である」事実が西ドイツ及びわが国の検事の訴訟法上の地位の問題解決に重大な示唆を与えるわけである。

## 注 集

- (1)の1 Claus Roxin, strafverfahrensrecht, 15 Auflage, München, 1979, S. 46.
- (1)の2 Criminal Justice in Britain, Reference Division, Central Office of Information, London, Revised August 1978, Quote No. R 5984178 Classification 3(e), p. 2, 10, 22.  
David Fellman, The Defendant's Rights under English Law, The University of Wisconsin Press, 1966, pp. 28-33. 沢登佳人教授は、英法が、訴追機関を表面上は私人訴追としながら、その実、司法警察であることを指摘され、(法政理論第16巻3号(1984年3月) p. 111), その表面上の言葉に幻惑、我が国に持ち込むようなことがあってはならないことを警告しておられる(同, p. 156) なお, op-cit., Claus Roxin, S. 386, なお Ernst Carsten は, 1879年7月3日, 1884年8月14日法で創設された Director of Public Prosecutions (D. P. P) が一種の検事であっても, 検事の実質は持たない。王室首席弁護士長たる Attorney general と同じ弁護士であることを強調している。Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, Breslau, 1932, S. 122.
- (2) J. Daniel Devlin, Criminal Courts and Procedure, London, Butterworths, 1967, p. 152.  
pp. 135-136, David Fellman, The Defendant's Rights Today, Wisconsin Press 1976, p. 28.
- (3) Karl Schäfer, Strafprozeßrecht, Eine Einführung, de Cruyter Studienbuch, 1976, S. 226.  
op-cit., Claus Roxin, S. 376.
- (4) Karl Schäfer, S. 330, R. Laube Strafprozeß, Schäfers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, Abtailing 1. Privat- und Prozeßrecht, 10 Band, Rechts und Wirtschaft mb, H. Heidelberg, 1979, S. 33.
- (5) Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassung-

- gsgesetz Teil II, 1957, S. 414. op-cit., Karl Schäfer S. 231.
- (6) Karl H. Gössel, Strafverfahrensrecht, Rechtswissenschaft, Kohlhammer, Studienbücher, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1977, S. 43.
- (7) op-cit., Karl H. Gössel, S. 29, 39.
- (8) op-cit., Karl H. Gössel, S. 41. 彼は, “Wächter des Gesetzes” という。しかし1790年8月24日のフランス法8条1項の *procurateur* の機能 *fonction* を一般的な法律執行の監督 *Là faire observer dans les jugements à rendre les lois qui interessent l'ordre général* としていることの曲解と考えられる。同4条の判決の公正な執行 *à faire exécuter les jugements rendus* なお後述 Ernst Carsten, S. 9.
- (9)の1 op-cit., Karl, H. Gössel, S. 39.
- (9)の2 Karl Heinz Gössel, Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschaft in rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, Goldammer's Archiv für Strafrecht Begründet 1853, R. V. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 9. September 1980, 127 jahrgang, S. 334. ここでは検事を警察と裁判所両者に対する指令所 Schaltstelle として, 捜査権が事実上警察に移った事態に対処せよという。
- (10) op-cit., Karl, H. Gössel, S. 39.
- (11) op-cit., Claus Roxin, S. 202.
- (12) Karl Schäfer, Strafprozeßrecht, Eine Einführung, de, Gruyter, Studienbuch, 1976, S. 220.
- (13) op-cit., Karl Schäfer, S. 221, Gerhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, Kohlhammer, 1976, S. 161.
- (14) op-cit., Claus Roxin, S. 108.
- (15) StPO 374③ 信書の秘密を侵害された事件について。
- (16) op-cit., Claus Roxin, S. 108.
- (17) op-cit., Claus Roxin, S. 60, 61.
- (18) op-cit., Karl, H. Gössel Strafverfahrensrecht, S. 33.
- (19)の1及び(19)の2 op-cit., Claus Roxin, S. 386. op-cit., Karl Schäfer, S. 225. なお *Ausspruch eines englischen Richters nach Allen a. a. O.*
- (20) op-cit., Ernst Carsten S. 1, 21, 122. 女王座裁判所法廷弁護士長たる *Attorney General* (大法官) とその部下の事務弁護士長 *Solicitor general* が特定の国家犯罪や対王室事件を廃止前は大陪審に今日は女王座裁判所に起訴し, 必要に応じ, 私人訴追を停止させること, 又この指揮下に1879年7月3日法で制定され1884年8月14日から登場した職員であるのだが, D. P. P. も身分は弁護士で, 重大事件に介入したり, 再追行したりできるが, それは彼の自由裁量であって訴追義務は全くない。しかも国家訴追官として行動中は, 私的事件にかかわれない, というだけである。つまりイギリスには「検事」はいないのである。ロクシンは言う。イギリスには, 国家訴追も起訴独占 *Kein behördliches Anklagemonopol* も訴追義務もない。むしろ民衆訴追 *Popular Klage* が支配しているのだ。
- 訴追はほとんど警察が代行し, 陪審手続においては, 検事役をする人の弁護士が行う。
- しかし, 警察の捜査は女王座裁判所判事の支配を受けている (1964年以降)。以上 op-cit., Claus Roxin S. 386. また Karl Schäfer も「職業検事 *berufsmäßig Staatsanwalt* がいないこと, その役を委任される弁護士 *Verteidiger* がいるだけだ。」といている。以上 op-cit., Karl Schäfer S. 226.
- (21) 大日本帝国憲法57条。
- (22)の1及び(22)の2 op-cit., Claus Roxin S. 389.
- (23) op-cit., Claus Roxin S. 386.
- (24) op-cit., Claus Roxin S. 389, S. 60.

- (25) op-cit., Claus Roxin S. 358.
- (26) op-cit., Claus Roxin S. 367.
- (27) op-cit., Claus Roxin S. 386.
- (28) op-cit., Karl Schäfer S. 127.
- (29) a. a. O. Karl Schäfer.
- (30) BGH St Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 連邦最高裁判所刑事判例15 155  
なお op-cit., Karl Schäfer, S. 241.
- (31) op-cit., Kart H. Gössel Strafverfahrensrecht, S. 91. 裁判所との対比については, Gerhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens an Hand einer Akte-das Verfahren in erster Instanz, Verlag W. Kohlhammer, 1976, S. 162. 検事は上司の命令に拘束される。命令違反の場合には2ヶ月以下の体刑に処せられる場合もある。  
op-cit., Karl H. Gössel Strafverfahrensrecht, S. 41.
- (32) op-cit., Karl Schäfer, S. 241, 但し, ゲセルは検事の独自の裁量権 Ermessen を広く認めると検事の上命下服性は薄れ, 法定主義 Legalitätsprinzip まで事実上無為に帰する, と警告し op-cit., Gössel, Strafverfahrensrecht, S. 41, 結果的に, 検事の国家代表性 Stellung als Repräsentant staatlichen Rechtswillens が強くなって, 法定主義を建前としながら, 便宜主義で, 訴訟手段を中止することが多くなるという。op-cit., Gössel, Strafverfahrensrecht, S. 91, なお, 代訴人としての国家代表性については, op-cit., Claus Roxin S. 45 も同旨である。
- (33) op-cit., Claus Roxin, S. 46.
- (34)の1 op-cit., Karl Schäfer, S. 241, Rüping, Theorie und Praxis des Strafverfahrens, Stollfuß Verlag, Bonn, 1979, S. 109 なお Henkel, S. 98f.
- (34)の2 op-cit., Hinrich Rüping, S. 118.
- (34)の3 op-cit., Karl Peters, S. 159.
- (35) op-cit., Claus Roxin, S. 386.
- (36) op-cit., Karl H. Gössel, Strafverfahrensrecht, S. 43. op-cit., Karl Peters, S. 159.
- (37) op-cit., Karl Peters, S. 507.
- (38) op-cit., Karl Peters, S. 507.
- (39) op-cit., S. 47, 48.
- (40) op-cit., Karl Schäfer S. 223.
- (41) op-cit., Hinrich Rüping, S. 48.
- (42) op-cit., Karl Peters, S. 159, S. 507.
- (43) op-cit., Claus Roxin, S. 386.
- (44)の1 op-cit., Claus Roxin, S. 385.
- (44)の2 沢登佳人, 「逮捕または勾留中の被疑者の取り調べは許されない」法政理論第12巻, 第2号(1979年11月), pp. 15-19.
- (45) op-cit., Karl H. Gössel, Strafverfahrensrecht, S. 54.
- (46) op-cit., Karl H. Gössel, Strafverfahrensrecht, S. 54. なお, Brerf G. E. 連邦最高裁判所判例38, 105 「防禦の為の職権立会」
- (47) 勿論, 西ドイツは前述のように, イギリスのような対向的当事者主義ではない。op-cit., Claus Roxin, S. 82.
- (48) op-cit., Karl H. Gössel, S. 297, op-cit., Karl Peters S. 471. StPO. 271-274, StPO. 275.
- (49) op-cit., Karl H. Gössel, Strafverfahrensrecht, S. 165.
- (50) R. Laube, Strafprozeß (Schäfers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft), Verlagsgesellschaft, Recht und Wirtschaft mbH Heidelberg, 1979, S. 81.

- (51) a. a. O. Laube.
- (52) この点に、ロクシンの、いわば弾劾主義・プロパーになれず、糺問主義をある程度残した当事者主義的形式を改正限度と見ているかの如き示唆に全面的替意を表したい。op-cit., Claus Roxin, S. 376, 386.
- (53) op-cit., Claus Roxin S. 81, 82.
- (54) op-cit., Claus Roxin S. 358, 367.
- (55) A. Esmein, A History of Continental Criminal procedure, New York, 1968 pp. 341-342.
- (56) Kenney and More Principles of investigation, Criminal Justice Series, St Paul. Minnesota, 1979, pp. 397-398.
- (57) a. a. O. Kenney and More.
- (58) a. a. O. Kenney and More.
- (59) a. a. O. Kenney and More.
- (60) a. a. O. Kenney and More.
- (61) Devid Fellman, The Defendants Rights Today, Madison, Wisconsin, 1976, p. 67.
- (62) a. a. O. Devid Fellman.
- (63) a. a. O. Devid Fellman.
- (64) op-cit., R. Laube S. 106, S. 107. 補助的な StPO 253 の調書の中に警察調書を含めることを最高裁判所判例11/159は判示しているが、わが刑訴321①三号の特信状況で可とせず、前後供述の矛盾があり、他の方法では公判停止以外に、その矛盾の認定又は、除去ができないときに限り、しかも公判廷で朗読することを要するのである。StPO 251②③は dienende という表現で参考の意を表している。なお公判前の証言を公判廷でこぼめば、以前の供述を説明できない。StPO 252.
- (65) op-cit., Claus Roxin, S. 81. なお op-cit., Wielfried Bottke §. 238-240.
- (66) op-cit., Karl Schäfer, Strafprozeßrecht, S. 241.
- (67) op-cit., Karl Schäfer, a. a. O.
- (68) op-cit., Claus Roxin S. 376.
- (69) op-cit., Claus Roxin S. 385.
- (70) op-cit., Claus Roxin S. 229.
- (71) op-cit., Claus Roxin S. 82.
- (72) op-cit., Claus Roxin S. 82. なお Eb. Schmidt, Kolleg §. 8, Henkel §. 24.
- (73) op-cit., Claus Roxin S. 82.
- (74)の1 op-cit., R. Laube, S. 104, S. 105, S. 106, StPO 250, 251②③
- (74)の2 op-cit., Karl Peters S. 95.
- (75) op-cit., Hinrich Rüping, Theorie und Praxis des Strafverfahrens, S. 114, S. 109. なお op-cit., Karl H. Gössel, Strafverfahrensrecht, S. 102 op-cit., Gerhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, S. 160.
- (76) op-cit., Claus Roxin, S. 338.
- (77) op-cit., Karl Schäfer Strafprozeßrecht, S. 241.
- (78) a. a. O. Karl Schäfer.
- (79) op-cit., Claus Roxin S. 376.
- (80) op-cit., Karl Schäfer, Strafprozeßrecht, S. 227.  
Kreuzverhör 反対尋問は1942年8月13日の条令 VO で廃止され、1950年9月12日、共通法 Rechtsvereinheitlichungsgesetz で再導入されたが事実上、動いていなかった。
- (81) op-cit., Karl Schäfer, Strafprozeßrecht, S. 57, op-cit., Karl Peters, Strafprozeß, S. 507, zB. StPO 161a, 163b, 168b, 168c usw.

- (82) op-cit., Karl Schäfer, Strafprozeßrecht, S. 57.
- (83) StPO 152(1) 公訴が検事の専権であるばかりでなく(2)で、「法律に別段の定のない限り、追及可能な一切の犯罪行為を決着のつく迄、法律的に処置すべきものとする」と、いわゆる起訴法定主義 Legalitätsprinzip に裏付けられ、これが原則である。op-cit., Gerhard Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, S. 93. op-cit., Wilfried, Strafprozeßordnung, S. 151, 彼は「Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur das Anklagemonopol. Sie ist als Ergänzung hierzu, として単なる起訴独占でなく、起訴の補完者でさえあり得る」という。
- 84の1及び84の2 住居侵害 Hausfriedensbruch, 名譽毀損 Beleidigung, 信書秘密侵害 Verletzung des Briefgeheimnisses, 身体傷害 Körperverletzung, 脅迫 Bedrohung, 物件毀損 Sachbeschädigung, 不正競争 Unlauterer Wettbewerb, 特許法49条, 植物品種保護法 Sortenschutzgesetz 49条, 実用新案法 Gebrauchsmustergesetz 16条, 商標法 Warenzeichengesetz 24条3項, 25条3項, 26条, 意匠法 Geschmacksmustergesetz 14条, 著作権法 Urheberrechtsgesetz 106~108条, 演述権 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie 33条の罪(要するに軽微な犯罪の範疇に入る)について、検事が公訴を提起するか否かにかかわらず、「被害者」が加害者を訴追することができる訴訟手続である(StPO 374) 私訴の提起がなされたのちに公訴が提起されたときは、私訴は、当然付随私訴 Nebenklage (StPO 377(3)) となる。要するに「国家的な科罰請求権手続でありながら、検事に依らず、私人訴追者(被害者)に依って行うことが例外的に合法性と公式性を突破する形でみとめられたものである」以上は、op-cit., Karl H. Gössel, Strafverfahrensrecht, S. 330. それ故、英法の Private prosecution が原理的には民衆訴追 Popularklage (op-cit., Claus Roxin, S. 58) であるのとは趣を異にするし、公訴との関係で排他的なものでもなければ、補充的なものでもない。けだし、国家も私訴とならんで公訴提起権を留保しているし、私人訴追可能事件であつても、376条に依り、374条の根拠が重大で、起訴便宜主義上、公共の利益がある場合は公訴が提起されることや、検事は一切の協力を断念することもできるし、公判期日に立会して監視し、介入し、公訴を提起し得る場合は、当初からのこともあれば(この場合は私人訴追の提起はないことになる)、私訴を受継ぐこともあり、訴訟の進行に応じて私人訴追者の地位につくのである。また私訴は補充的なものでない根拠として、最初から私人が自主的に提起できるのであつて、先づ検事がその私人に私訴権(能力)の有無を検討して、しかも検事が公訴を断念した場合ではないことが挙げられている(op-cit., Claus Roxin S. 340)。要するに私訴は StPO 152 の起訴法定主義 Legalitätsgrundsatz の原則に対し、公訴運用上みとめられる軽罪についての起訴便宜主義 Opportunitätsprinzip (StPO 153 は些細な刑事事件 Bagatellsachen の不訴追 Nichtverfolgung として、軽罪 Vergehen を対象とする場合に、犯人の罪責が軽く、訴追する公益上の利益もないときは、検事は裁判所の同意を得て訴追しないことができるし、公訴がすでに提起されていても、裁判所は検事と被告人の同意を得て手続を中止できる) の結果、犠牲にされる被害者の法益救済手段と考えてよい。
- (85) 起訴便宜主義 Opportunitätsprinzip が採られない場合には、被害者は検事に対し起訴を強制する方法を有する。申立人 Antragsteller が同時に被害者である場合は不起訴の通知を受けた時 StPO 171 から、2週間以内に、上席検事 Vorgesetzte Beamter der Staatsanwaltschaft に異議 Beschwerde を申し立てることができる StPO 172(1)。上席検事が異議を認めなかったときは、被害者(申立人)は1ヶ月以内に裁判所の決定 gerichtliche Entscheidung を求めることができる。裁判所が公訴の提起を決定したときは検事はこれに従わなければならない StPO 175。
- (86) op-cit., Karl Schäfer, Strafprozeßrecht, S. 57.
- (87) a. a. O. Karl Schäfer, S. 57.
- (88) a. a. O. Karl Schäfer, StPO 153, なお Karl Peters には、やや異論あり、op-cit., 162.
- (89) a. a. O. Karl Schäfer.
- (90) op-cit., Karl Peters, S. 157, Anm.

- (91) op-cit., Claus Roxin S. 376.  
 (92) op-cit., Claus Roxin S. 386.  
 (93) op-cit., Karl Peters, S. 507.

わが国の類似制度たる検察審査会法は、同じく検察官の不起訴処分に不服な告訴、告発者、犯罪被害者が審査を申し立て得るが、同会の議決は当該検事正に対する勧告に過ぎず、拘束力のない点で西ドイツに比べ人権救済の意義が乏しい。起訴便宜主義については、これが原則のため刑訴248条、検察官の起訴独占主義刑訴247条と結び付いて、不起訴処分を通知された告訴、告発、請求人は、被害者の場合、救いがない。わずかに、公務員の職権濫用、公安調査官の職権濫用についてのみ不起訴処分に対しては、西ドイツの起訴強制手続にならった準起訴手続があるが、犯種が限定されている点で、当事者主義的に人権が保護されているとはいえない。刑訴262, 264, 265, 266, 267, 268。

- (94) a. a. O. Karl Peters.

- (95) a. a. O. Karl Peters.

- (96) op-cit., Karl Peters, S. 159, op-cit., Karl Schäfer, S. 57.

- (97) op-cit., Claus Roxin, S. 202.

- (98) op-cit., Karl H. Gössel, Strafverfahrensrecht, S. 39.

- (99) op-cit., Hinrich Rüping, S. 55, なお zur Kritik Kuhlmann S. 267, Görgen DRiZ 1976, 300, Wrich, S. 159, 162.

- (100) a. a. O. Hinrich Rüping, なお Klug, S. 212, Wiebke Steffen, Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens, 1976, S. 124 f.; für die Polizeibezeichnung Rupprecht S. 277, なお Hinrich Rüping は、ここで StPO 170(1)を挙げている。この規定が、捜査は専ら検事が公訴提起する為の素材を提供する手続と読めることと、彼の叙述が Die Polizei arbeitet ~ auf die Aufklärung des Falles und die Benennung vor Verdächtigen hin ~ としていることは、わが現行警察法2条①後段「~犯罪~の捜査、被疑者の逮捕」、刑事訴訟法189条②「司法警察職員は、~犯人及び証拠を捜査するものとする」同191条①「検察官は、必要と認めるときは、自ら犯罪を捜査することができる」検察庁法6条①「検察官は、いかなる犯罪についても捜査をすることができる」刑訴247条「公訴は、検察官がこれを行う」に比べ、西ドイツの成文規定、学説共、捜査が公訴の為に行われるという目的関係を明言している点が注目される。この目的関係の確認が、警察と検事の関係の礎石を確立することになる。わが国の前記諸規定は、いずれも、両者が捜査権を並立、重複して持ったことを強調し、捜査が二本立になったことをいうばかりで、捜査の目的も、公訴との関係も十分に述べられていないから、両者の関係が不明確化する欠点がある。刑訴193条、194条は辛うじて、検事と警察の指揮服従関係について触れているが、適用される犯罪、事件の範囲を明示しておらず、空文化するおそれが多分にある。

- (101) op-cit., Hinrich Rüping, S. 54.

- (102) a. a. O. Hinrich Rüping.

- (103) a. a. O. Hinrich Rüping.

- (104) op-cit., Hinrich Rüping, S. 55.

- (105) a. a. O. Hinrich Rüping, なお反対 Feldmann, Rechtsschutz gegen Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei Verw Arch 62, 1971, S. 147 f. 賛成 Markworth, Rechtsschutz gegen eigenverantwortliche Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei, DVBI 1975, S. 577 f.

- (106) 保護法律：(他人の保護を目的とする法律) 直接に公益の保護を目的とする法律ではなく、個人の保護を目的とする法律、刑法の殺人罪、詐欺罪の規定、道路交通法の規定は保護法律であり、反逆を罰する規定はそうではない。保護法律に故意、過失で違反して他人に損害を与えたときは、被害者は不法行為の一場合として加害者が故意、過失で違反したことを立証して損害の賠償をもとめることができる(民法823②)。前出、ドイツ法律用語辞典, p. 349.

- (107) op-cit., Hinrich Rüping, S. 56, Fuhrmann, Die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsorgan, JR 1964, 218 ff., Roxin, DRiZ 1969, 385 (338) fordern daher die Unterstellung der Kriminalpolizei unter STA, Wenzky, ZStW 75 (1963), 266 (279), Für die Zusammenfassung beider in einem dem Innenministerium unterstellen., Kriminalamt, Paul Kerbel, Zur Stellung, Organisation und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, Diss. Frankfurt 1974, S. 107 ff.
- (108) op-cit., Hinrich Rüping, S. 56.
- (109) op-cit., Claus Roxin S. 50.
- (110) op-cit., Hinrich Rüping, S. 55.
- (111) op-cit., Karl Peters, S. 507.
- (112) op-cit., Karl Peters, S. 507.
- (113) a. a. O. Karl Peters.
- (114) op-cit., Karl Schäfer, S. 222.
- (115) op-cit., Claus Roxin, S. 376.