

犯罪捜査ならびに公訴担当機関としての検察官 と司法警察の関係は如何にあるべきか

(ドイツ連邦共和国の予審制度“Voluntersuchung”と英米法系の合衆国起訴陪審制度“grand jury”とは両者の調整上如何なる長短があるか。またドイツ連邦共和国の私訴制度はわが国にどのような影響を与えているか)

田 和 俊 輔

- 一、合衆国、英国検察官と大陸法系（わが国を含む）検察官の概念の相違
- 二、ドイツ連邦共和国における刑事訴訟手続きにおける検事の法的地位
- 三、検事の捜査手続きのために行なわれる官署の官吏の職務補助
- 四、歴史沿革から見た検察制度と司法警察ならびに現状との関係
- 五、検事とその補助者の行政組織上の地位
- 六、公訴提起のための準備手続きとしての捜査手続き
- 七、捜査の終結と公訴提起ならびに公訴の概念
- 八、公訴の意義と形式
- 九、私訴
- 十、捜査手続きの基本としての逮捕について

一、合衆国、英国検察官と大陸法系（わが国を含む）検察官の概念の相違

検察官はわが国においては旧法時代は捜査の主体として位置づけられ^{※1} 司法警察をその補助機関として従属させていたが^{※2}、戦後の新刑訴法では、司法警察を捜査の主体とし^{※3}、検察官は、公訴提起機関として位置づけられ^{※4}、その捜査権は公訴提起のための補充捜査^{※5} という性質のものとなった。このことは合衆国法の強い影響を受けたためであるが、合衆国は、警察の捜査と公訴の

※1 旧刑訴246条

※2 旧刑訴248, 249条

※3 刑訴189条②,

※4 刑訴247条なお旧刑訴278条

※5 刑訴191条①なお検察庁法6条①

提起の間に、予備審問 (Preliminary hearing) という制度が^{※6}あり、又公訴提起も、その提起の可否を市民の中から無作為に選ばれた陪審員を以て構成される大陪審 (又は起訴陪審) (grand jury) に決定させる^{※7} ということ、連邦 (州) に依る起訴独占を排し、民意が起訴を正当とする時にかぎり、始めて、検事が起訴するという制度上の建て前があり、実際上は検事の裁量に依る略式起訴^{※8} (infomation) が行われることが多いのであるが、連邦においては大陪審の告発 (すなわち、公訴提起を是とする民意に依る判断) (indictment) を待つことが憲法上の規定であり^{※9} 犯罪の種類に依ては、大陪審の告発は必須事項とされている。しかしいやすくも人の生命、身体、自由に重大な、かつ取返しのつかない影響や結果を与える判断を素人に委ねることは又きわめて危険であるといわざを得ない。素人 (市民) に政治参加の機会を少しでも多く与えることは民主政治の大前提であり、要請でもあるのであるが、高度の専門知識と資格を前提とするような官職に迄、この原則を適用することは、却て民主政治を危胎に陥れるものであると一般に指摘される所である。裁判と検察は、明らかにこのような高度の専門性を前提とする職能と理解すべきであろう。ただし、ヨーロッパ及び合衆国において審理陪審 (petty jury) の行われていることは、これが、犯罪事実の有無、すなわち有罪、無罪の判定を票決 (verdict) に依て決せしめようとするものであり、一面、前述の危険はあっても、文明の進化と社会生活の複雑化と専門化の傾向に対応して、各種の職能を持つ市民の判断を聞くことは必ずしも素人主義に墮したと云い切れぬ点もないではない。しかし、起訴の適否は犯罪というきわめて物理的な客観的事実を前提としており、真実の発見を素人の主観や感情に依存するわけであるから極めて危険であり、民意尊重が人権保護に背反するサンプルともいえるであろう。合衆国においては英国と共に私人訴追の感覚が根強く残っており、大陪審は独自の捜査権を持っており、ただ現実には、その専門性も技術性故に検事に委任している場合が多いというに過ぎない。イギリスは大陪審の制度そのものを 1933年に廃止し^{※10}、私人訴追の制度を残し、必要な範囲で、必要な時機に検事が依頼を受けて引き継ぎ、王室及び官署

※6 GARN H. WEBB and THOMAS C. BIANCO, "7HOLT/LANDMARK LAWSSUMMARIES 'CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE ANALYSIS AND EXPLANATION' ", Holt, Rinehart and Winston, Inc. U. S. A. 1970, P115 cf. なお Allen. P. Bristow, M. S. John B. Williams, LLB., LL.M., M. S. " A Handbook in CRIMINAL PROCEDURE and the Administration of Justice (REVISED EDITION). GLENCOE PRESS, U. S. A, 1966 P. 38 cf.

※7 M. CHERIF BASSIOVNI, " CRIMINAL IAW AND ITS PROCESSES 'The law of Public Order' " CHARLES C. THOMAS. PUBLISHER, Springfield. Illinois. U. S. A. 1969 P. 449 cf. なお id, GARN H. WEBB and THoMAS C. BIANCO, " CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE, " PP. 115—116 cf.

※8 id, GARN H. WEBB and THOMAS C. BIANCO " CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE " P.116

※9 id, Allen, P. Bristow, John B. Williams " A Handbook in Criminal Procedure and the Administraticion of Justice (Revised Edition) " P.38cf.

※10 David Fellman, " The Defendants Rights under English Law, " the University of Wisconsin press, Madison, Milwaukee, and London, 1966 P. 28

に関する事件にあっては、その顧問のような形で、訴訟を代行する点で、一般の弁護士の職能をそのまま、国家顧問の形に移したと見られる点がある。犯罪の種類に依ては最初から検事が公訴の前面に登場することもあるが、その例は、検事の人員と機能面から極めて少ないとされる。検事の国家又は王家顧問的な性格が *public prosecutor* , *district attorney (prosecuting attorney)* , *Staat Anwalt* という言葉を生んだものであることは容易に理解出来る所であるが、同時に又、英米法系においてヨーロッパ大陸や、わが国とは全く異なる法曹一元という考え方が生じたのもそのためであると考えられる。合衆国は母国と異なり、私人訴追そのものは影をひそめ憲法上保障せられる大陪審が連邦制度として定着し、各州においても *grand jury* と *information* とは相半ばする状態にある。しかし、フランスや、わが国に近い起訴独占主義、国家（州）訴追主義が有力になろうとしている反面、検事の体質が、大陸系や、わが国とは全く異なり、後者の資格キャリアシステムとちがい、弁護士資格を持つ者の中から2～3年任期の *elected staff* であるということである。この点で、合衆国の検事は、大陸のそれを、*permanent service* とすれば、*temporary service* と評せざるを得ず、政治的官職という表現がなされる所以である。検事の職責は元來、公益の代表と人権の保護である。そのことはとりもなおさず、検事が準司法機関として判事に準ずる身分保障を必要とし、その政治からの独立性を確保すべきであると考えさせる。この点から私は合衆国の制度には反対である。

二、ドイツ連邦共和国 (Die Bundes Republik Deutschland) における刑事訴訟手続きにおける検事の法的地位 (Die Rechtstellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren)

検事は司法官庁であって、執行機関や第三者機関 (*dritten Gewalt*) と考えられているわけではなく、両者の中間の独立の訴訟機関 (*Rechts pflege*) として存在している。検事は、それを期待されながら裁判官と同列には扱われていない^{※11}。しかも憲法 92条の表現に依ると上命下服の命令系統があり、後述するように決定権限の一部は、判事に移されている状態である。検事は又純粋な行政官庁 (*Verwaltungsbehörde*) でもない。けだし、刑事訴訟機関は裁判官との機能分割において検事に委ねられたのであるから、検事の活動は裁判官のそのように行政機関の要求に基いてではなくて、法の価値すなわち真実と正義の標準のみに根拠づけられるからである。以上のことを詳談すると次のようになる。

1. ドイツの刑事手続きにおける検事は当事者 (*Partei*) ではない。このことは前述のイギリスや合州国の一部の州の私人訴追や、王室、官署などの法定 (訴訟) 代理人としての検事と全くちがった性質といえる。それ故、被告にとって不利な証言や資料を収集する必要はなく、却て、場合に

※11 Kern-Roxin, "Strafverfahrensrecht", C. H. Beck München, 1972 P. 43

依ては、容疑を晴すために必要な状況をつくり出すための捜査をしなければならないことがある。この点、米法が被告人の罪状認否手続き (arraignment) において「有罪 (guilty)」と答えることに依て、事後の手続きを打切ったのは完全に対立する。すなわち英米法における個人主義的責任主義の刑訴における表現であり、自己帰罪 (selfincrimination) と呼ばれるものであるが、犯人自らが犯行をみとめたならば、それを云々する必要は全くないという当事者主義的な考え方である。文献^{※12} に依ると、被告人の有罪申し立て (the plea of guilty) は公開法廷で提起されれば、当該被告人が公訴の本質を理解していたかどうか又その申し立ては自発的であったかどうかなどの制約はあっても、その犯行肯定の返答は審問を終らせ、有罪申し立ては受理せられる。ただ、法廷は、公訴に対する被告人の無理解や、公訴が技術的に過ぎるとか、被告人が年少であったり、知能が低いとかが疑われる場合は、判事は公訴が明確に理解されているかを確めるために被告に対して公訴を明らかにしようと努めることが出来る。有罪申し立ては、訴追が必要の場合、事実上、法律上においてその有罪を立証し得るであろうことを被告が認めたのと同等の価値があり、要するに申し立てが非任意であったかも知れないとか、捜査官憲に依る誘導の結果であったかも知れないと考えられる場合は、法廷はこの状況の下で申し立ての根拠を審問するが、被告人が申し立てをする事実上の根拠や動機、それを受け入れるに当って検察当局 (the prosecution) を更に尋問する利益は殆んどない。法廷は、有罪申し立てを受け入れた時の検事の判断に依存する、つまり、もしその申し立てが検察当局に受け入れられれば、それは法廷に受け入れられるということである。ドイツの検事は又、被告人の利益のために法律上の手段を申し入れることが出来、有罪の宣告をされた者に無罪の判決を下す様に行動することもあり得る^{※13}。

2. その他、検事は、問題となっている処罰すべき行為があれば原則として公訴を提起する義務を負う^{※14}。真実と正義に反して盗犯を追及しないで放置するような検事は恐らく職務上犯罪庇護 (Begünstigung) として有罪とされよう^{※15}。又大臣の命令権能も起訴法定主義 (Legaltätsprinzip) において限界がある。直属大臣たる司法大臣から指示を受け、高官を巻き込み、その結果、賄路事件 (Bestechungsfall) を放置しているようなことがあれば、検事総長はこのような指令に対する服従を拒絶しなければならない。ただし公共の利益が問題になっていて、起訴便宜主義 (Opportunitätsprinzip) に従って公訴するというのであれば問題はない。起訴不起訴が政治的な理由で左右されることは真実と正義解明のための取り調べと全く無関係であるから、大臣命令の対象になり得ない^{※16}。

※12 Brian A. Grosman, "The Prosecutor (An inquiry into the exercise of discretion)", University of Toronto Press 1969, PP. 29—30

※13 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrensrecht" P.44

※14 同規定日本刑訴247条

※15 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrensrecht" P. 44

※16 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrensrecht" P. 44

3. 個々の検事は被告人を事実又は法律的根拠から無罪と判断した場合、なお、その上官から公訴代行 (Vertretung Anklage) や、他の官から、逮捕状 (Haftbefehl) の申し立てや、遂行処置を強制されなければならないかということは疑点のあるところであるが正確には否定されるべきである^{※17}。けだし、かりに個々の検事が常に当該 (第1義的) 公務員の代理者として処理しても、真実と正義を代理 (代表) することはしておらず、事実に対する良心的かつ個人的な決定に過ぎないからである。それ故検事は何人もその信念 (確信) に反して行動することは強制されない。しかしその事に依て、検事の指揮系統で上位官職の決定権が侵害されることはない。けだし、官吏の職務代理法 (Substitutionsrecht) はその上官に対し、その事件を自ら引き受けるか他の検事に委託する権限をみとめているからである。又公判前に弁論の終結を目的とした指示を与えることは禁止されている。直接主義 (unmittelbarkeitsprinzip) に依て、判決は公判の結果のみに基づかなければならず、検事は弁論に依て論証し、公判結果を勝ち取らなければならないのであるから、証拠調の結果を予見し得るような指示を与えることは訴訟規則に反するとして、無視されるのである。

4. 独立した訴訟機関としての検事の地位は、さらに、近年非常に論争をかもした問題に終止符を打つものである。すなわち検事が既に確定した大審院判決にも反対に対する抑止を無罪と考えている時でも、なお、公訴の義務が存在するかという問題である。連邦裁判所はこのことをセンセーショナルな決定を以て肯定している。しかし、裁判所構成法 (Gericht Verfassung Gesetz) 150条によると、検事の判事からの独立とは、真実と正義に対する責務の絶対が独立であるということであり、自己に責任を負う確固たる信念を前提としている状態は、大審院判決の抱束力に対しても同様であるとしている^{※18}。

それに対し起訴法定主義に対する連邦裁判所 (Bundes Gericht Hof) の指示は適切でない。けだし、起訴法定主義は、検事が罪となるべき行為を追及しなければならないのは勿論であるとしても、検事自身の法律見解に基いて有罪を判断することを要しないというのではないからである^{※19}。又3権分立義 (das Gewaltenteilungs prinzip) も検事が自己の法律上の信念に反して迄公訴を提起しなければならないことを要求していない^{※20}。けだし判決のみが裁判所の義務とされるからである。しかし検事に依て無罪と考えられる抑止を取り下げることが決して憲法のいう判決ではない。確定判決の前提に基いて、一致を目標にすることは困難であり、検事の負担に依て、とに角、検事は起訴に当ってその法律上の確信を基礎にしなければならないと仮定すれば、拘束に反して、実際的な考慮が有効に働く。

5. 真実と正義を求める検事は法的平等の拘束を受けるから、検事の忌避も又可能でなければな

※17 a. a. O

※18 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrensrecht" P. 45

※19 a. a. O

※20 a. a. O

らない。裁判所構成法 145 条に基いて検事の交替を求める被告の上司に対する合法的な申し出は、許容されるべきである。それはその検事の排除を目的とする裁判官がいて、その裁判官に依て排除が行われたり、被告から偏見を抱かれる不安がある場合の配慮である。区裁判所構成法 (AGGVG) 第 7 条において、基準法則として一般的効力を持つ規則は法律として規定されている。しかし判例に依ると、裁判所構成法施行法 (EGGVG) 23 条に依て、訴状方式の中で偏見のおそれがあるから検事の交替を求めるという訴訟上の要求は従来否認して来た。それは、法律に依て忌避された検事が関係して出来上った判決は変更しなければならないのと同じ趣旨である。不公平な裁判が行われることを避けるための排除は当然であるがそれを単なる申し立てであってはならない、法律に依らなければならないというわけであるが、結論は出ていないようである。現在の所、検事の交替を求める忌避はすべて裁判所構成法 23 条の司法行政法 (Justizverwaltungsakt) に依ると考えられている。そして検事側の証人名簿にのっていたという理由で排除された検事が関係していて、それを変更するだけの根拠が立証されれば、排除されなければならないことはいうまでもない。

6. 以上の諸点の要約として、検事はその訴訟手続上の地位にふさわしい人的、物的な独立性が法的に保障されなければならない^{※21}。

三、検事の捜査手続きの執行のために行われる他官署の官吏の職務補助

I、警 察

1. この場面で、最も強力なはたらきをするのが司法警察であり、旧刑訴時代のわが国の検事と司法警察の關係に酷似するのである。すなわち、捜査の實際的意義は警察の共力に当って現われる。検事は全く実行機関 (ausführen Organ) を持たない。その意味では、検事は手のない頭である^{※22}。法律はこの欠点を調整するために、警察官署と職員を検事に用立てて犯罪追及 (Verbrechens Verfolgung) の補助 (Unterstützung) をさせている^{※23}。警察は組織上は検事の下位におかれず、州内務大臣 (Innen Ministeren der Länder) に従属している^{※24}。そして、特別の強制権能 (Zwangsbefugnis) を与えられる検事の補助官吏 (Hilfsbeamte) は、他の警察職員とは区別される。警察のどの階級が検事の補助官吏であるかは実質的統一のとれている連邦州法令 (Rechtsverordnung) において確定されている。

2. 警察活動の二態様

a) 警察は有罪とされるべき行為が行われるとすぐ捜査しなければならない^{※25}。しかし、その

※21 id. Kern-Roxin. "Strafverfahrenrecht" P. 45.

※22 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P. 46

※23 a. a. O

※24 a. a. O

※25 a. a. O, Strafverfahrenrecht 163 I, なお日本警察法 2 条①日本刑事訴訟法 189 条②に類似規定あり

際、警察は初動の権利と義務を持つにすぎない。警察は遅滞なく、その権限内の処置を行わなければならない。警察は遅滞なくその記録を検事に送付しなければならない。これに依て検事に依る捜査手続きの支配権 (Herrschaft) が不変であることが保障される^{※26}。この点につき、フランスもほぼ同様の態度をとっており、フランス共和国 刑訴42条に依ると、共和国検事補 (auxiliaire de M. le Procureur de la République de) (郡) 治安判事司法警察官は軽犯罪、現行犯事件 (flagrantdélit) と刑事訴訟法40条又は刑事担当判事の受託 (Ia Commission rogatoire) に依て起訴を行うが、その際、警部 (又は郡、市長又は郡、市長補助者) に対し、補助の要請をすることが出来^{※27}、警部 (又は郡、市長又は郡市長補助者に対する) 要請は、犯罪、軽罪に関連して、捜査手続きがどの程度に必要であるかに応じて補助力を提供させることになる。このほか、共和国検事補、治安判事、司法警察官は民事事件を除き、刑事訴訟法9条、25条と、憲兵服務令に依り、憲兵を指揮することが出来る。^{※28} また逮捕に当っては、制定法規に定める軽犯罪が逮捕に抵抗すれば、その逮捕は証拠があるものと推定され、實際上逮捕は警察の実力行使に依て行われるから、逮捕事実の宣言をするに当って他に何等のわづらわしい障害もない^{※29}。

ドイツにおいては、警察が司法上の調査行為 (Untersuchungshandlung) にすみやかに着手しなければならないと考える場合のみ一件書類 (Akte) を区裁判所判事 (Amtsrichter) に送付する。この点もフランスに類似しており、司法警察官が非公式の取調べを行なった時は郡治安判事に通知 (avertissement) をしなければならない^{※30}。しかしドイツにおいて検事が更に広汎な処置を出来るだけ早く委託しなければならないとすれば、区裁判所判事は 165条に従って、自ら活動しなければならないかどうかを決定しなければならない。つまり最初の処理権は警察に全く強制権能を与えずに、任務 (Aufgabe) のみを警察に割り当てている。

b) 警察の捜査は先づ第1に検事の指示を根拠に行われる。この指示は、それが一般的な警察官署に対してなされる場合は依頼 (Ersuch) と呼ばれ、それに対し検事の補助官吏に対して発せられる時は、命令 (Auftrag) と呼ばれる。警察は両方の場合を通じて受諾の義務がある。

3. a) 立法者の概念に依れば、捜査の支配権は、それ故、個々の限定された捜査命令 (Ermittlungsauftrag) に対してのみの警察を関係させる検事的手中に完全に存在しているとす

※26 Strafverfahrenrecht 163 II 2, id. Kern-Roxin. "Strafverfahrenrecht " P.46 なお旧日本刑訴246条に同趣旨の規定あり

※27 à M.Louis HUGENEY, Travaux de la Section de Droit Pénal et de Scienoe Criminelle IV "PROBLÈMES CONTEMPORAINS DE PROCÉDURE PÉNALE " , PARIS SIREY, 1964 P. 1146

※28 id. " PROBLÈMES CONTEMPORAINS DE PROCÉDURE PÉNALE " P.1147

※29 id " PROBLÈMES CONTEMPORAINS DE PROCÉDURE PÉNALE " PP,4—5

※30 id " PROBLÈMES CONTEMPORAINS DE PROCÉDURE PÉNALE " P.900

る^{※31}。ただ実際には、広範囲の捜査手続きが警察の手に移行しており、法律上警察を犯罪捜査の主体とし^{※32}、実質的には補充捜査（法律捜査）の形で検察官にも捜査権をみとめる^{※33}わが国の現状とは根本的に対立しているというよりも、わが国の旧刑訴と酷似している^{※34}ことに気付くのである。

ドイツにおける移行の現実としては、警察はしばしば捜査を独立させ、捜査最終後に、直ちに一件書類を検事に送付している^{※35}ということである。その場合は検事は訴訟手続きを停止するか尚公訴を提起するかを決定するにすぎない。捜査手続きを司法官庁として指揮することは問題がないわけではないから、将来、検事の指揮のみに服従し検事意思に直結した他の警察官署の援助の下に、検事の指揮に従って捜査業務を遂行出来る司法警察職員に検事が補助業務を委託することは必要であろう。

- b) 最近検事がこのような任務に警察を関係させることだけでなく、その具体的な執行、たとえば火器を携帯しての出動（Schusswaffeneinsatz）を命ずることの可否が争われている。
4. 連邦憲法に依れば警察の制度と組織は根本的に州の定める所であって、連邦は国境内に共通の警察組織を持っている。
- a) 憲法の保障する連邦官吏は憲法の保障する要件において連邦と州の共助に関する法を根拠に組織されており、政治犯罪との戦いに従事している。しかし「反憲法的な計画」についての報知、通報、これ迄の手がかりなどの収集、評価の問題は別である。本来の警察の処置機能はこのような官署には属さないのである。
- b) 連邦刑事（司法）警察職員の組織についての法令の根拠に基き組織されている連邦刑事（司法）公務員は特別な意義をもつ。その報告と手がかりが州の領域内においてという限定を法律的にされていない限り連邦刑事（司法）公務員は刑事警察の犯罪鎮圧と、犯罪行為追及のためにすべての通報と手がかりを集め、かつ評価しなければならない。又通報を受けるに必要な刑事技術上の準備をしなければならない。4条1項によれば、州の予防的犯罪鎮圧と、犯罪行為の追及は行われているのであるが、一方連邦刑事警察職員は州庁の依頼や、重大な根拠のある時に発せられ得る連邦内務大臣の命令か連邦検事総長管轄の捜査手続きに依て警察任務そのものを代理することが出来る。又連邦の執行官（Vollzugsbeamte）は検事の補助職員であり、連邦全域内の職務行為を代理し得る。
5. 警察が犯罪追及とその処置をするに当たっての市民の権利保護（法律上の保護）は連邦憲法第4章19条に依て実際に根本的に保障されている。

※31 id kern-Roxin, “Strafverfahrenrecht” P.47 なお旧日本司法警察職務規範19条

※32 日本刑訴 189 ②

※33 日本刑訴 191①, 検察庁法6①

※34 日本旧刑訴246, 248, 249

※35 id. Kern-Roxin “Strafverfahrenrecht”P. 47

警察の権限の個々の形成は議論のあるところであるが、慣習的な見解に依て警察のすべての活動がもっぱら行政官的に再考せられ得る一方、警察について新に分化された見解が出はじめている。すなわち予防警察活動に関しては先づ行政裁判所（*Verwaltungsgerichte*）が処理し^{※36} 犯罪追及行為に関しては行政裁判所に処理させないのがよいという考え方である。このような考え方は、わが国においては特別裁判所を否定する憲法の趣旨から採用は不可能であるが^{※37}、警察機能の複雑多様化の激しい今日、その機能を目的に依て分化することは行政上は能率向上につながり、この考え方を貫けば、これを指揮、監督する立場にある司法、乃至準司法機関も又分化せざるを得ないのではないかと考えられる。

ドイツ連邦裁判所法施行法に依れば、（機能的意義における司法官署としての警察）は審級管轄の監督機関（*Kontrollinstanz*）として控訴裁判所に属させるとしている。通常裁判所に依て刑事訴訟手続きにおける権利保護を集中させようとする傾向は、訴訟手続経済と正当な原理における事件関連の根拠から生じている。このことは裁判所構成法施行法23条以下の補助的手段が参照される前に、刑事訴訟規則に依て裁判管轄が与えられなくとも^{※38} 統合管轄的な立場でこと、機能面に限る限り行政官署でなく司法官署に指揮監督権を与えている点は特に注目に値する。これは、現行のわが国では到底考えられ得ないことだからである。けだしわが国にあっては、前述のごとく原則として実体捜査は警察に、公訴は検察に分離しており、検事の捜査に当り、司法警察職員に対し一般指揮、個別指揮が認められるにすぎないからである^{※39}。すなわち原則的には両者は対等で協力関係にあるからである^{※40}。

II, 捜査判事 (*Ermittlungsrichter*)

(a) 検事は捜査手続きの主体である。検事は実状の解明と国家の刑罰請求(*Strafanspruch*)の実現に必要な処置をとらなければならない。しかし判事にはこのような処置をする権能を法律に依て禁じている。けだし、その処置を処理することを判事に留保しているのだからである。検事から訴訟手続きにおける支配を奪うことなく捜査訴訟手続きにおいて全く同じ処置を可能にするために、法律は捜査判事の制度を規定している。検事はこの訴訟手続きが審理されるべき地域の区裁判所判事に依て、検事に要求されたとみとめられる仕事の着手を申し出る(162条①)、区裁判所判事はこの手続きの許容性を合法的に調査しなければならない(162条②)。もちろん許容性についての法律上の裁量が決定せられれば、手続きはその儘維持される。しかし、捜査判事は申し立てられた処置の純然たる合目的性を調査しなければならないことは全くない。捜査判事はそれ故、その審問が不要であるとか、検事自身に依て行われ得るのであれば

※36 *id.* Kern- Roxin, “Strafverfahrenrecht” P. 48

※37 日本憲法76②

※38 *id.* Kern-Roxin. “Strafverfahrenrecht” P.48

※39 日本刑訴191①, 193, 検察庁法6①

※40 日本刑訴192, 検察庁法6②

検事から申し立てられた司法上の審問を確証を以て却下することを何等要求されない。検事が決定する際に判事の拘束があるということは司法上の独立性を何等毀損するものではない。ただし、捜査判事は全く判決を行わずに、指揮行為をするのであって憲法上必要な検事のための補助官職として合法的に活動するに過ぎないものだからである。

- b) 国家保護事件においては、管轄区裁判所判事に並行して、その管轄が連邦全領域を含む控訴裁判所や連邦裁判所の捜査判事も又活動することが出来る。国家保護事件にあっては、このような管轄集中が準備手続き（Vorverfahren）においても又要求されるということが認められなければならない。しかし控訴裁判所に隣接する連邦裁判所の捜査判事の準備は殆ど意味がない。ただし準備手続きにおいては連邦検事総長の申し出については控訴裁判所の捜査判事も全く同じ決定権があるからである^{※41}。

2. 捜査判事は次の場合に活動する

a) 検事の申し出に基く場合

α) 捜査判事の共力が提供される場合時効の中断と証拠方法の確保のために

β) 捜査判事の共力が法律上規定されている場合：証人と鑑定人の宣誓した尋問のために、差し押え書面の検閲のために、危険許可の1時的剥奪のため、調査拘禁（Untersuchungshaft）や1時保管命令のために、通常事件における差し押え（Beschlagnahme）と、搜索命令のために、通常事件における身体搜索命令のために。

- b) 緊急な場合のみ、捜査判事が主導して活動する。この時、捜査判事はいわゆる緊急検事（Notstaatsanwalt）として検事の位置で行動する。この場合、彼は職権を以て職務上、すべての延期の許されぬ調査行為に着手しなければならない、そして、その上、職権を以て逮捕状（Haftbefehl）を発することが出来る。ただし、捜査手続きに対する検事の支配を保障するために、法律はそれ以上の処置は検事に委ねなければならないと規定している^{※42}（167条）。この規定は犯罪捜査の主体はあく迄検事であり、補佐乃至補助機関は司法機関と雖も検事に助力するにとどまることを明記したものであり、わが国の旧刑訴に類似の規定があるので比較のため引用すると「警視總監，地方長官及憲兵司令官ハ各其ノ管轄区域内ニ於テ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スルニ付地方裁判所検事ト同一ノ権ヲ有ス但シ東京府知事ハ此ノ限ニ在ラス」^{※43} 「検事捜査ヲ為スニ付強制ノ処分ヲ必要トスルトキハ公訴ノ提起前ト雖押収，搜索，検証及被疑者ノ勾留・被疑者若ハ証人ノ訊問又ハ鑑定ノ処分ヲ其ノ所属地方裁判所ノ予審判事又ハ所属区裁判所ノ判事ニ請求スルコトヲ得前項ノ規定ニ依ル請求ヲ受ケタル判事ハ其ノ処分ニ関シ予審判事ト同一ノ権ヲ有ス」^{※44}「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ノ

※41 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.49

※42 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.49

※43 旧日本刑訴247条

※44 旧日本刑訴255条

権ハ異常ノ場合ニ於テ之ヲ行フヲ例トス此ノ場合ニ於テモ成ルヘク其ノ 処分 ヲ 検事ニ讓ルヘシ」^{※45}等である。

3. 予審判事 (Uutersuchungsrichter) は捜査判事とは峻別されなければならない。ただし、予審判事は複雑な事件において準備手続きの第2段階、予審 (Voruntersuchung) を主宰する判事だからである。予審は予審法80条により第1審 (ersten Rechtszug) 上級裁判所か陪審裁判所の管轄に属せられるものであり (刑事訴訟規則第1章178条)^{※46}、予審に依て刑事被告人 (被疑者) が判事に審問された結果、犯罪構成事実が存在し、検事が予審を不要とみなすことが明らかになれば (規則2章1節178条)、別として被告が規則201条の公訴状 (die Anklageschrift) に対する陳述において予審を提議した場合 (規則3章1節178条) と、陪審及び刑事裁判所事件 (Strafkrammersache) においては公訴状か検事に対する陳述において被告が予審を提議し、相当の考慮の価値ありとされる場合^{※47}、及び規則2節179条に依て検事が申し出て、規則1節180条に該当しない場合に予審は開始せられる^{※48}。要するに本審理を行なうに先立って予備審理をした方が犯罪事実の確認及び証拠収集と保全上有利と考えられる場合の予備審理である。この審理を担当し、主宰するのが予審判事である^{※49}。捜査判事は捜査手続きにおいて共力するが、個々の調査行為のみを行い、しかも検事の申し出のみに基いて規則的に活動し、特殊な緊急事件 (Eilfall) においてのみ独立して活動する。予審判事は予審の主体であるから、予審の指導をする場合は、検事と交代し、その事務については完全に独立して行動する。以上のことから捜査判事は、予審判事と全く異った職能で検事の捜査の補助機関の1つであることがわかるのである。

III 捜査補助

刑事手続きにおいては行為と共に犯人の人格性が判断されなければならない。犯人の人間関係は刑の量定 (Strafzumessung)、刑の執行猶予 (Strafaussetzung) の評価と、思いがけぬ重罰の科刑などについて問題になることがある。

しかし、このような人間関係は犯罪追及機関だけでは決して十分な調査が出来るものではないが、にもかかわらず、その処置をするための補助手段はきわめて粗雑でこのような捜査は心理的妨げにさえなるとされる。この難点の解消のために、特別な捜査補助措置が求められる。このような措置は社会的な裁判所補助であり、厚生福祉事業から導びき出され1926年に始めて組織されたが、間もなく再び停止されて了った。少年裁判所 (jugendgerichtsholfe) (通常14才から18才迄の少年の犯罪を処理する) の補助のみが制定法として規定せられているに止まる。革世的な刑事訴訟手続きに対して人口10万以上の若干の大都会のみで裁判所補助組織とはちがった基礎で再組織化が叫ばれているが、連邦共通の法規は今日迄存在しておらず、保安処分的な司法活動がかえって人権を侵

※45 旧司法警察職務規範20条

※46, 47, 48 Klaus Marquardt, "Strafprozess", (Handbuch der Rechts praxis) Band 8 2. Auflage C. H. Beck's che Verlagsbuchhandlung, München 1970, P.43

※49 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.49

害するという考え方もわが国にはあるが、西ドイツにおいても客観的な表面犯罪の鎮圧と捜査に重点がおかれ、深層にひそむ犯罪醸成要素たる人格、精神面に対する予防、矯正は犯罪捜査上は主観的なファクターとして一步をゆづっているのではないかと考えられる。しかしその様な組織が完成した時に、司法官署としての捜査補助が完成し主務官署として完全な活動の期待出来る補助員が保持せられる^{※50} という考え方が西ドイツにあることは注目に価するであろう。

四、歴史的沿革から見た検察制度と司法警察ならびに現状との関係

フランスの初期の検察は、イギリスと非常によく似ているといわれる。13世紀はフランスのすべての刑事手続きは「フランスにおいては国王を除くほか、何人も検事に依て弁論することを得ない」という諺が支配していた。犯罪行為は、純然たる私訴 (Private litigation) であり、何人も、その家族、被害者の君主 (liege lord) たるとも、その名においてするのでない限り、訴訟を提起することは合法的ではないとされていた。王侯、貴族の利益が問題になったときに限り、検事に依る訴追権 (demander par procureur) が行われていた。初期こういう検事は実務弁護士であったが、彼等の私的業務の一部として、王や貴族の主要な歳入源の1つたる罰金、没収を科すべき犯罪を訴追すると共に国王の財政上の利益を監督もしていたものである。14世紀迄に、国王の検事の地位は確立され、公権力の優越の原則を確立し、内閣の公権力の重要性を高めることになった^{※51}。

フランスの歴史的発展は以下の4つの訴追形式に依て記される。l'accusation privéé (私人訴追), l'accusation populaire (民衆訴追), la poursuite d' office (官庁起訴), l'accusation publique (公訴) の四種である。元来、被害者又はその後継者は自己利益の保護の為という訴因で訴訟を開始した。その後の民衆訴追は国家利益において行われる私人訴追として特色があった。これは、裁判官自身が公の利益において、重大な犯罪の訴追者の役割を引き受ける官庁起訴にとってかわられた。最後のそして現在の訴追の型は公訴であって、これは、その訴追に依て国家任命の官吏は、全犯罪について捜査、予審、訴追される責を負う。検事 (procureur public) と、検事補は司法大臣を代表し、各審級における単位としての機能を果たす。司法大臣は訴追の階層における最高の位置を占め、破棄法院 (Cour de Cassation) に付属する検事総長 (avocat général), 控訴院に付属する検事長 (procureurs généraux), 共和国検事 (procureurs de la République), 共和国検事補を従える。第1審法廷に割り当てられた共和国検事は刑法違反を発見し、訴追するに必要なすべての行為を引き受けることが出来、また引き受けさせられる。共和国検事はそれに依て告訴を受理し、その職務を遂行する上で警察の補助を要求する権利を有する。公訴を開始する責任を持ちまた捜査に当って司法警察官を監督するのも共和国検事である。

※50 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.50

※51 id, "The Prosecutor" PP. 14—15

共和国検事と合衆国の地方検事の類似性は、その機能の面において基礎的に関連がある。両者共専門検察官として公判の維持のみでなく、公訴の提起、警察の捜査の監督も行う。相違の最も明らかなのは両者の経歴形式である。前者（フランス共和国検事）は厳正に構造化された文官階級制度の中の官吏であり、後者（合衆国地方検事）は広汎な自由裁量と、行動の自由を持った公選に依る政治的存在として行動する^{※52}。

公訴の開始

1. 逮捕の決定

告訴又は告発に依て刑事手続きを開始する権限を与えられていても、英米法では検事が実際に告訴の舞台にかかわることは殆どなく^{※53}、又その告訴が申し立てられた後迄、訴追の責任を引き受けることはない。私人であれ、警察官であれ個人は、治安判事の前で宣誓して、告発か告訴に依て刑事手続きが開始する。検事の最初の仕事は起訴すべきか否かを決定するために、その告訴又は告発を調べることである。このようにして、検事は訴追を開始する前に証拠の充足性を再調査することに依て選別機能を果す。警察の逮捕決定に加えて、検事が独立の決定権を行使することは不当な訴追や不十分な証拠に基く訴追の開始を妨げる若干の保障を提供することにはなる。ヨーク州の訴追例では、多くの場合、検事は事実上被告人が法廷で審問された後迄、告発や告訴を考慮しない。被告人に不利な証拠の充足性は予備審問（preliminary hearing）か公判自体が終結される迄は再調査されない。それ故、訴追開始の決定は、逮捕を正当とするだけの犯行の十分な証拠ありと決定した逮捕官に依てなされる。このように警察の逮捕決定はたとえ逮捕正当化の標準が、訴追開始正当化に要する証拠標準と本質的にはちがっていても、訴追開始の効果的決定となるのである。検事は被告人が告訴され、法廷で審問される前にその事件の事実について告発を受けるようなことは殆どない。罪状認否に当って警察関係官が検事に内報票（dope sheet）を手渡すのが例である。事件の開始と、検事の下への到達との間のきわめて短い時間内に、検事は被告人に不利な証拠の簡潔な警察要約を書き込んだ内報票を再調査する。告訴、証拠における不当は、この最初の罪状認否で検事に依て再調査されることは滅多にない。罪状認否の後、不当性は予備審問が決定される迄注意もされず修正もされない儘で、継続するのが普通である。被告人は有罪を申し立てたり、予備審問を拒否することも出来る。前の場合は、証拠の問題や、告訴の正当性は再調査されない、もし後者の場合であれば、再調査は、検事が事件を公判にかけける準備をする迄延期される。ヨーク州の検事は告訴提出に対する監督の欠如と延期される検事の参加に固有の問題があると認めている。尨大な数にのぼる警察官に依る告訴が、事前に検察当局と何等の協議なくして提出されているので、逮捕原因の蓄然性と訴追目的のための証拠の充足性との間の不一致が完全に無チェックの儘通過してい

※52 id. "The prosecutor" P.16

※53 id. "The prosecutor" P.20

る^{※45}。

検事の1人は次のように述べている「私は自分が何をするつもりなのか知らない、私は冷静に行動し、伝達票を見て拒否する」と、また別の検事の1人は、事件との最初のかかわりは「いつも自分が、法廷に入る日に始まる」と指摘している。「事件が最初に審議に付される日は、私が事件を見る最初の時である。事件の多くにあっては自分は最初警察官にさえ会っていない。」第三の検事は参加の時機的におくれることについての関連を述べた。

時期的に95%はわれわれは事後起訴にまわっている。5%は官庁はどのような種類の告訴に関して処理すべきかに関して官庁から意見を求められる場合がある。こういうことは殆ど充分には行われない。もしわれわれの助言が求められれば、独力で最大数の事務を処理するが、これらの事件の多くはおくれて取り上げられると、法廷で多くの時間を浪費し、免訴に至るのである。もし正当な告訴が最初になされていれば、後刻、多くの難問題を避けることが出来るであろう。400件にものぼる事件のうちで、警察が告訴の提起に関して助言されるのは1、2件に過ぎない。多くの事件にあっては、われわれは公判の朝、事件について知る。治安判事の法廷にあっては、事件が審議（それも留置のためが殆どであるが）される朝、始めて内容事項を知る。また他の説を立てる者は、警察が決定訴追するために後日再調査しなければならなくなる否定面のいくつかについて暗示している。つまり、もし警察が検事に相談する習慣になれば、われわれ検事は立証不能な告訴を提起することを時には回避出来る場合がある」と。

罪状認否を行なって、告訴の充足性を適当に再調査する時間を有効に制限出来ることは、検事の次の言葉に依て例証される。「警察告訴の選別に過ぎないことでも、それは警察が検事に検事の助言を求めた場合に限られる。そうでなければ、検事は伝達票を手に入れて告訴の誤りを指摘し、警察に別な告発を提起するように助言し得る。しかし、検事がそれを発見するだけの時間のない治安判事の法廷事件では再留置の制限時間からいってそのようなことは稀である。

刑事訴追における警察の感情的なかわり合いは、訴追が事実依て保障されるか否かに関係なく独立した判断をするについては役に立たない。或る人間に対して刑事訴追を提起するか否かの決定は逮捕決定をする警察よりも、法律訓練をされた検事に依てされる方がはるかに良い^{※55}。もし、警察に依て提起された告訴がその告訴における証拠の充足性を有罪決定に有利な証拠と、その見込みの充足性を評価するために検事に依て選別されれば、法廷事件の負担は本質的に減少され、成功した訴追数は、選別された訴追の有効性と比例して増加するであろう。けだし、検事の決定において、その証拠が告訴された犯罪に対する有罪決定を法律上支持し得るような場合にその事件は進行させ得るからである。結論として刑事手続きを選別するために予備罪状認否を適当に行う制度を設

※54 id. "The prosecutor" P.21

※55 id. "The prosecutor" P.22

ければ、提起された有罪の申し立ての数を本質的に増加し、無益の防御を阻止することになる。告訴以前の段階において検事が干与することは適当でないと論ぜられるかもしれない。けだし、公判で検事の公正を保障するのは警察の決定行為を検事が監督しないという習慣に依て発展をみた警察からの検事の遠隔性そのものであるからである^{※56}。もし、告訴の選別において、検事が証拠の再調査の後で訴追決定を与えれば、彼は有罪決定を委託されそれを確信した弁護士となってしまう、彼の根本評価が正確であったと立証するために不公正を以て起訴する可能性もあり得る。予備罪状認否が訴追にかかわらない弁護士に依る評価であれば、それは決定を選別する作用からの独立性を保護することになる。

警察の自由裁量

多くの場合、刑事手続きに訴えるか否かの決定は逮捕官に依てなされ、検事に依てではない。こういう状況の下では、刑事手続きは個々の警察官に特有の理由で、犯行について有罪とされる人間に対し、開始されたり開始されなかったりする。警察の自由裁量権の行使は被告に対する個人的な態度や犯情や、地方の執行機関の内部政策に依るかも知れない。刑事手続きを開始するかしないかの決定は公的でもなく又必ずしも司法的監督や立法部支配にも服さない所の個人的又は政策的理由で、警察に依てなされる。警察と検事は刑事手続きに訴えないという決定をする基準では一致しない。検事はせいぜい政策に依る決定を複雑にするようにしつらえられているのかも知れない。しかし予備罪状認否手続きにおいて制限された形でしか参加しないのだから、これらの決定は實際上、事件に対する検事の関与に先行する警察に依てなされている。

しかし一旦、被告人が法廷に召喚されると、検事は告訴の撤回に依て訴訟を進行させないように彼の自由裁量権を行使することが出来る。訴訟手続きのこの段階迄に、被告人は逮捕、刑事告訴、公判前の留置、刑事法廷における罪状認否などで汚名を着せられたという心理的影響をこうむっている。人間と財政手段が、しばしば保証のない訴追の防御のために費されている。被告は刑事訴追を受けることに依て重大な影響を蒙ることがある。すなわち、防御のための財産費消や、刑事訴追が必然的に伴う被告の生命や社会的地位の剥奪などである。少数の事件で、検事が告訴提起に先立って、警察に依て相談を受ける場合がある。このような相談は謀殺や複雑な企業詐欺や告訴が慎重に行われなければならない破産のような重大犯罪を含む告訴や本質的な公衆の悪評を受け、受ける可能性のある事件に限られている^{※57}。

警察はドイツにおいては刑訴法163節の規定する所に依り、犯罪を捜査し、事件発生防止のために遅滞なく可及的全手段を講ずる義務ありとせられる。この義務を果すために、警察は127節の必

※56 id. "The prosecutor" P.23

※57 id. "The prosecutor" P.24

要があるとか、刑訴の規定に従うならば、被疑者を予防的に逮捕することが認められている^{※58}。

しかし、警察に依る自由の剝奪権は、判事に依る再調査と同様、制限されている。このことは、1949年5月23日ドイツ連邦共和国基本法104条の規定する所であり、又刑訴128節で基本法のこの規定を補足し、実施するため規定がある。

警察に依る被疑者の逮捕と128節の規定に依り判事の所へ連行を要する時期との間の時間的制限内に警察はあらゆる種類の証拠を集め、特に被疑者を訊問することが出来る。この権限は警察の義務から発し、その義務は刑訴163節で、犯罪を捜査することとして警察に義務づけられているのである。当然のことながら予防的に留置された者に対するこのような訊問は、彼にとって不利益となり得る。反対にそれは利益になることもあり得る。けだし、128節の下では警察はその集めた証拠と特に被逮捕者に対する訊問が彼に対する強い嫌疑に反証を与えるような時は、彼を釈放する権限を与えられているからである。

被疑者は136節に依て与えられた黙否権を行使することに依て、彼に対する尋問を無効にすることが出来る。先づ被疑者に対する尋問権は尋問形式に関する一定の制限に服する。刑訴136条は訴訟手続きの全段階において判事、地方検事、及び警察官を束縛し、背徳と断ぜられるような一定の尋問形式を禁止している。この規定は刑訴69節に依て証人尋問にもまた通用され、それは1950年の改正に依て刑訴に挿入されたものである。1950年以前には、1877年施行の刑訴は違法な尋問形式については何等規定していなかった。つまりこのような規定は不必要と考えられていた。けだし法はドイツの判検事警察官は疑わしい尋問形式は当然とらなないと前提されていたからである。1930年から1945年迄のナチス制度時代の悲惨な経験、この時代に暴力やその他の言語同断の手段の使用が全く日常茶飯事となり、殊に被疑者が警官の面前で受けることを余儀なくされた尋問の際は、ひどく、この悲惨な経験は、このような恥ずべき事態の再現が刑訴136条の規定に依て禁止されるべきことを要求したのは当然である^{※59}。たとえば青少年法が適用される青少年に対しては警察監視権は現在のみとめられず^{※60}、拘引は、犯罪と故意の軽犯罪については一般的に事実と法の対象が犯行や犯罪予備行為もしくは準備行為に依て確定され又は確定された場合に可能である（刑法第1節40条）^{※61}。秩序違反にあつての拘引（*Einziehung bei Ordnungswidrigkeiten*）は、個々の規定で明瞭に指示されている場合に限られる（秩序維持法第1節18条）^{※62}。

過失犯と軽罪における拘引については刑法4節40条に依れば、過失犯、軽罪もまた特に訓令があれば拘引の可能な場合もある。また緊急拘引にあつては、個別定な規定に依て有効な強制拘引を定

※58 Claude R. Sowle, "Police Power and individual freedom", (THE QUEST FOR BALANCE), ALDINE PUBLISHING COMPANY/CHICAGO, 1962 P.196

※59 id. "Police and individual freednm" P.197

※60 id, "Klaus Marquardt," Strafprozess" P.196

※61 id, "Klaus Marquardt," Strafprozess" P. 197

※62 id. "Police and individual freeclom" P.198(?)

めているが刑法1節40条の条件が存在し得ない限り、その場合それに対する要件が備わっていないなければならない^{※63} 以上はナチス時代の反省に基き整備され、刑事人権にウエイトをかけた西ドイツ現行法下の司法警察の先行活動における妥協点と考えられるであろう。

ドイツにおける犯罪捜査手続き

準備手続きは刑事訴訟手続きの第1節を従前どおり、検事の犯罪捜査における場合にのみ存在するかのように規定している(158—171条)^{※64}。しかも一方では、複雑な事件においてはこれになお有効な予審が続くのである(178—197条)。犯罪捜査は公訴を提起すべきか否かについて検事に決定準備をさせるべきものである(160条①)^{※65}。

刑の決定命令の条件がなく、訴訟手続きが存在し、区裁判所判事が更に捜査を必要とみとめた場合は判事は警察の申し出を検事に引きわたし、検事はその訴訟手続きを引き継ぐ^{※66}。これがいわゆる送検である。検事は公判において先行活動をした行政官庁と必ずしも協力することを要求されない。しかし裁判官が検事の協力を必要と考えれば検事に対し、発議の形式で告知しなければならない^{※67}。

犯罪捜査の実質的結果

I 告訴状執行手続き(Das klageerz wingungsverfahren)は被害者に検事に依る起訴法定主義(Legalitätsprinzip)の厳守の審判員(unabhängigen Gericht)に依て再考させることをみとめる場合がある^{※68}。検事は最高裁判決に本質的に拘束されず、その職務執行上、司法権から独立していると同様、この場合特にその確信に反する公訴を提起することを強制されることはない。

II 具体的形成を告訴状執行手続きは目的としておらず、少くとも、目的判決として152条II項の保証と直接関係がなく、保護を目的とする法律外の執行(起訴法定主義と国家起訴独占から、犯行に依る被害者の主観的かつ公然たる権利になった)を準備するのである。これは、何人も犯してはならず、それ故また如何なる告訴状執行手続きも行われてはならない国家保護犯罪において最も明瞭になるであろう^{※69}。

起訴をめぐる検事における個々の手続き

1. 前提条件：検事が公訴を提起すると、(最初から犯罪形跡の全くない場合なると、事後に訴訟手続きが停止される場合とを問わぬ)、告訴人(告発人を含む)(Antragsteller)に理由を示して返答を与えるべきである。171条は、連邦憲法17条の具体化した規定であるが、憲法17条に依る判決の根拠が必要とされないときに限り正当である。その他の場合、告訴権者が被害

※63 id, "Police and individual freedom" P.198(?)

※64 id, Kern-Roxin, "Stsaverfahrenrecht" P.182

※65 id, Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.182

※66 id, Klaus Marquardt, ? "Strafprozess" P.120

※67 id, Klaus Marquardt, ? "Strafprozess" P.127

※68 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.192

※69 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.193

者であれば、適法な訴訟手段の教示が必要である。

2. 訴訟棄却の判決に対しては、犯罪に依る被害者が告発者である場合にのみ起訴強制手続きを行うことが出来る。172条の被害者の概念は議論の余地がある。以前は、犯罪行為に依て、侵害された法益の所持者のみが問題になるという見解が有力であった。殺人犯罪などの場合は、起訴強制手続きなどはあり得ない。その後、今日では、これに反して犯罪とされる行為に依て、その正当な利益を著しく侵害されたので、その刑事訴追の要求は正当な報復要求に起因するようなものはすべて被害者と看做すのが有力な見解である。
3. 法律上の起訴強制は、犯罪行為のあった場合のみである。けだし、起訴法定主義は価値があるからである。私訴可能犯行にあっては、起訴強制は元来必要でないのである。というのは、被害者自身が告訴可能だからである。

予審の概念について^{※70}

- I. 殊に重大な事件については、訴訟手続きの第2部面として、検事の側において、予審が求められる。この段階ではその捜査は検事に代って判事、所謂予審判事（Untersuchungsrichter）が行う。検事の申し立てに基き個々の調査事件の進行のみを取り調べる捜査判事に対して、予審判事は訴訟手続きの主体であり、検事から完全に独立している。
- II. 検事は予審開始を申し出ると、自ら訴訟手続きの準備をするだけでなく、法廷からも公訴状の準備を強制され得るので、この申し出は非常に重大で公訴状の準備のために刑事訴訟手続き中適当な段階を立てることになる。すなわち、手続きは検事の手から裁判所に移るのである。訴追原理を公式に維持するために、検事は公訴の提起として予審の開始の申し出をするのである。訴訟手続きは申し出に依て終結するのではなくて、その次の段階に進むだけである。
- III. 予審判事の形体は審問手続きから発している。予審判事は実際、司法官の独立性に基いて行動するが、判決行為は全く行わない^{※71}。その価値は特に論議の余地のない司法上の予審制度はドイツ連邦共和国基本法92条に依て保証されるのではないから、その廃止は通常法律に依て可能である。その存続に対して非経済的な業務上の消耗を招き出費を要し、その結果、代理の出来ない正式裁判官に先立って告発する予審判事は捜査を慎重にするための適当な保証を必ずしも必要としないということである。しかし予審の先位は、その欠点として大きく指摘されている。

その職務目的に対する義務であるのに、検事は数多くの簡易事件の負担故に複雑な事件において裁判官本来の批判的基礎と公正さを以てその捜査を常に処理出来るとは限らない。更に司法上の予審は刑事訴訟規則がすべての重大犯罪にあたり1つの事実例のみを予見する代りに良

※70 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.196

※71 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.196

心的な平衡を意味するのである。

予審の前提

- I 1. 司法上の予審は国家保護事件にあっては原則として実施されなければならない。このような事件はすべての陪審裁判所事件におけると同様控訴裁判所が第1審管轄権を持ち、事実関係が単純で、刑事被告人（被疑者）が捜査判事に依て尋問される場合にのみ、義務的裁量で検事は中止させられ得る。予審はそれにもかかわらず、中間訴訟手続きにおいて被告人から予審が提議された時は、行われなければならない。
2. 予審は刑事裁判所、陪審裁判所（Schöffengericht）の第1審管轄に属するすべての事件において発生する。すなわち、（複雑な事件にあっては、先づ広範な司法上の挙証責任を要求する実状があるが）予審を行うべき根拠があり、検事又は被告人がそれを申し出た場合は常に行われるということである。
3. 予審は個々の判事の管轄事実において行われるのではない。
- II 1. 予審は公訴提起を前提とするだけでなく、一般的に予審の第2の形式に依ても、検事が検事の司法上の予審請求を促すことがある。しかし検事がこの申し出をする代りに直ちに、公訴を提起したとしても、予審は何等被告人の要請の根拠なく、又はむしろ官庁命令で提起されることさえ可能である。
2. 検事の申し出は被告人とその犯罪行為を表示し、訴訟の対象を規定しなければならない。それ故、知られざる者に対する予審は不可能である。しかし公訴状のほかに検事の申し立てには包含すべき証明の陳述は全く必要としない。それはまた多くは不可能である。何故なれば、刑事訴訟の主審理開始をするにたる嫌疑行為は予審には前提とされなくて、それに依て先づ捜査が行われるべきであるからである。それ故検事の申し出は捜査に当って多くの司法上の取り調べ行為が証明を要求され、一般的に可及的早急に処置しなければならない場合は直ちに受理される。
- III 1. 予審開始を求める検事の申し出は、予審判事に依て持ち出されなければならない。予審判事は裁判所長に依て1年の期限で任ぜられる。最高裁判所にあってのみは、例外として、個々の事件に対する予審は区裁判所判事に委任されている。連邦裁判所管轄出身の予審判事は今日ではもう見当らない。又連邦裁判所の捜査判事も連邦検事総長に依て訴追された国家保護事件にあっては存在しない。
2. 予審判事が予審を相当と認めると、予審の開始を命ずる。
逆に、申し出を却下するために予審判事が指示を受けるけるようなことはない。それ所かそれに対してその事実を裁判所に、例えば最高裁判所にあっては刑事裁判所に、控訴裁判所にあっては上院に決定を求めるために提出しなければならない。
3. a) 裁判所は、検事の申し出を法律の根拠からのみ、却下出来るにすぎない。予審や検事の

裁量の合目的的な再審査は出来ない。

b) 裁判所は予審を認め得ると考えれば、予審の開始を命ずる。そこで予審判事はその義務を負うのである。

c 予審の施行

しかし司法上の予審は、特徴をあげれば、その施行において検事の捜査に根本的に類似している。

1. 予審判事はその捜査に当っては検事の申し出において指摘された人物及び行為において制約される。緊急事態においてのみ予審判事は次のようなことをする権利がある。すなわち「緊急検事」として更に広い権限を行使し、^{※72} その場合は、司法上の予審の狭義の前提のほかに広い権限を行使出来る。

このようにして開始された手続きに対し、更に拡大された指揮権を持つのは検事のみである。

2. 予審判事はすでに捜査判事の管轄に帰している手はずをすべてととのえることが出来る。たとえば予審判事は被告人に対して拘引状を発することが出来るが、感化院に対して命令を発することは出来ない。

3. 予審判事は、既に見失われかけたり、又は弁護準備のために明らかにすることを必要とされるあらゆる証明を提示しなければならない。

4. すべての調査手続きには調書が取られなければならない。

II 1. 警察は検事ならびに予審判事に従属している (Die Polizei unter steht dem Untersuchungsrichter genau so wie der StA) ^{※73}, 警察は予審判事の求めに応じて、捜査手続きを行い又は執行の補助 (Vollzugshilfe) を行わなければならない。一方警審は遅滞に依て危険の発生するおそれのある場合のみ自ら行動することを必要とされる^{※74}。

2. 同様に、予審継続中は検事の活動範囲は制限される。警察、検事は調書検閲、告訴、面前調書閲覧権を持っているが、検事は遅滞の許されぬ緊急事件の場合のみ予審判事の要請を待たずに捜査、強制規準を行なうことを必要とされるに過ぎない。

III. 被告の地位は予審においては、検事の捜査手続きにおけるよりも強固である。

D. 予審の終結 (Die Beending der Voruntersuchung)

I. 予審の目的は充分な嫌疑に依て (hinreichend Tatverdacht), 主審理 (Haupt Verfahren) が開始されるべきか、被告人に対する訴追 (Verfolgung) を免除すべきか否かについての決定が可能になれば直ちに達せられる。どちらの場合においても予審判事は予審を終了し、一件書類 (訴訟記録) (Akte) を検事に送付する。予審判事はこの時点で、事実

※72 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.198

※73 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.198

※74 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.199

を単独に批判することは出来るが、残念ながら、有効な法令に依て終結命令 (Schlussbericht) を出すことも、出す義務もない。

II. 検事は、予審が十分な嫌疑を証明できるかどうか判断しなければならない。

1. 事件がそうであれば、検事は訴訟記録に捜査の終結を記入し、被告に聴取終結書 (Schlussanhörung), (Schlussgehör) を見る機会を与えた後、始めて検事は公訴状 (Anklageschrift) を作成する^{※75}。
2. 事件に対する検事の評価によると、ここ迄の捜査が未だ充分でなければ検事は予審の補充を提議しなければならない；検事も又独自の捜査をしなければならないかどうかは議論のある所である。
3. 予審が何等十分に嫌疑を明らかにすることが出来なければ、検事が自らそれ以上の手続停止をすることが出来るのではなく、裁判所に依て外部的追行が提議されなければならない。しかし検事は裁判所の消失した決定を強制は出来ない。

以上のことからドイツにおける予審の意義と性格は、捜査と公判の中間に立つ特殊な刑事手続きであることと、その主催者たる予審判事は検事と極めて近い性格を持ちながら証拠保全と証拠評価を行う点で検事の捜査をより慎重にし真実の発見に資するものと考えられ、しかもわが国では警察の責務と職分とされている実体捜査に捜査判事という専門捜査官を監督者として投入している点、大いに注目に値し、先に述べた英米法系の起訴陪審が臣民(市民)の刑事手続参加、殊にわが国及び大陸法系諸国で忌避される起訴の段階での参加がその素人性故に、専門性という壁に突当たつての矛盾、それ故更に却て人権保護に背理するという矛盾が英国においては、起訴陪審(大陪審)の廃止という形で私訴の存続との妥協を以て消極的に解決されたのに対し、合衆国は憲法上の要求で連邦といくつかの州に起訴陪審が訴査権も持った形で残され定着し私訴が排斥されたのと対象的である。真実発見はこと国民の生命、自由、財産にかんする回復不能の侵害を可及的に回避するために不可欠の要請である。それ故、素人の参加は、起訴不起訴の決定段階においては不適當と云わざるを得ない。専門性がある程度、民主主義の理想を稀薄化することがあっても、素人性に基く誤った判断が人権侵害を招く危険と比較すれば、専門性に依る能率性と合理性に勝配を上げざるを得ないのである。この意味でドイツの予審制を高く評価するものである。それ故この立場を貫けば特殊専門官職者として予審をも支配し得る検事の行政組織上の地位はきわめて興味あるものである。

五、 検事とその補助者の行政組織上の地位

検事は刑事訴追を行なう国家官庁 (staatliche Behörde) である。^{※76}

※75 id, Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.199

※76 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.40

I. 検事局の構成 (Der Aufbau der Staatsanwaltschaft) 検事は上命下服の階層をなす司法行政官庁である。判事にみとめられるような対物, 对人的独立性は検事にもまた与えられていない。検事局の職員はその上官 (Vorgesetzt) の職務上の指揮に従わなければならない。個々の検事は固有の絶対的権力 (Machtvollkommenheit) を持って処理するのではなく, 常に長官公務員の代理者として行動する。当該検事は事件が常にその者にかかわるものであり (Devolutionsrecht) = (移審法), 又は検事相互に代理を委任もし得るのである。もちろんこのような連帯関係は官庁の内部関係で有効であるに過ぎず, 個々の事件において時折り外部への委任が通知されなければならないということはない。それ故, 検事が命令に反して召喚を取消したり, 裁判所に促された停止に自ら同意すれば, それが内部の義務違反にはなっても, 訴訟上の意思表示としては有効である。

2. 検事局の官職は連邦裁判所と第1審管轄内の控訴裁判所に依て連邦検事総長を通じて執行され, 連邦検事総長は連邦司法大臣の監督と指揮に服し, 昔から連邦検事に対して命令権を有する機関である。ある事件においては連邦検事総長は控訴裁判所への手続きを大審院検事局に引き渡すことが出来る。その上, 検事局の組織が州のそれであるのだが, 連邦検事局は州検事局の上位ではない。控訴裁判所に依る検事総長と首席検事に対する監督は反対に州司法大臣に属する。検事総長は管轄大審院に対応する検事長 (Oberstaatsanwalt) の上司であり, それに対して大審院の検事並びに区裁判所検事 (Amtsanwalt), その陪席 (zugeordne) 区裁判所判事 (Amtsrihte) をその下に従えている。ここで注意を要するのは, 検事として他の区域裁判所検事に裁判官の職 (Richteramt) を占めさせることは出来ず, ただ区裁判所管轄事件においてのみ認められるにすぎない。そのようなことは, 多くは特任司法官 (Beamte der gehobenen Justizlaufbahn) や, 試補 (Referendare) に関する問題である。

3. それ故, 検事総長は, 実際, 控訴裁判所のすべての検事に指令を出すことは出来るが, 連邦検事に対しては出来ない。同様に連邦検事は連邦裁判所に対応する州検事に依て提起された控訴を自ら破棄することは出来ない。連邦検事は控訴を代替することが許されない場合に, その却下を提議することが出来るだけである。それ故連邦統一に管理された刑事遂行は検事の側には根本的には存在していない。この10年来, 特別事項に対する州相互の契約的取り極めに依て, 州を越えた検事の犯罪糺明が第1義的に(捜査としての発端)行われている。

II. 検事の活動(Die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft)刑事訴訟手続きにおける検事の多様の任務は要約すると, 犯罪の告発 (Strafanzeige), と告訴 (Strafanfrage) の受理, 捜査手続きの実行, 迅速な仮拘禁, 押収, 捜索の指令, 公訴提起形式の決定である。又公判 (Hauptverhandlung) に於て公訴 (Anklage) を提起しなければならない。

III. 検事はそのほか, 訴訟手続規則 (Prozessordnung) が正当に執行される様に注意しなければならない。又, 弁護士 (Verteidiger) とはちがって, 絶えず違反を告発しなければならない。又, 検

事は法律上の手段を申し入れることが出来る。検事はその上、執行官庁（Vollstreckungsbehörde）であり、前科票官庁（Strafregisterbehörde）である。又、州法に従って赦免賦与官庁でもあり得る。それは赦免決定準備と決定そのものも責務とされるものである。何はともあれ、検事には裁判所決定前に以上の処置を公判廷の内外を問わず行われることが適当であるか否か、口頭か文書で述べる機会が与えられている。例えば逮捕状（Haftbefehl）の却下（Aufhebung）以前、判決前など、本来、再審開始（Wiederaufnahme des Verfahrens）申し立てに基いて決定される筋のものについて事前に意見を述べ得るということである。

憲法第4章第19条に従えば、検事の職務規範は例外なく裁判所の監督に服さなければならない。大部分の事件においては、このことは既に刑事訴訟規則において準備されており、例外的にのみ、その代りに裁判所構成法施行法23条以下の補助的法律手段が問題になるに過ぎない。

六、公訴提起のための準備手続きとしての捜査手続き

準備手続きは刑事手続きの第1節を形成する。すでに述べたように、単純な事件においてのみ検事の捜査を以て起訴が行われ、複雑な事件においては司法上の予審が更に行われる。これは捜査と公訴をより慎重に正確にするためである。このことは前述したとおりであるから、くり返さない。公訴を提起すべきか否かについて検事が決定を下すためには、捜査手続きをとるのえなければならぬ。これは根拠のない嫌疑に依て公判を開いてはならないという趣旨に適応するものである。すなわち、先づふるい分けをし、次に、公判開始の決定、最後に判決を下すという順序を規則づけるためと、証拠資料を集め、整理するために捜査は必要な手続きといえるのである。

A、捜査手続きの導入

1. 捜査手続きは3つの態様において行われうる。すなわち、職務上の代表者を通じて行われる場合、2. 告発（Strafanzeige）に依る場合、3. 刑事追行の申し立てのあった場合に分けられる^{※77}。

1. 職務上の代理として根本的に（検事や警察職員など）刑事追行職員の各自の認知が捜査開始を義務づける。それ故、当該官がその行為自体と共に体験するかその行為についての裁判記録（Gerichtsakten）や新聞の小記事から、或は必ずしも信用できないとはいえない風評の根拠に基いて認識を得たとかは問わない。

検事は例えば路上で交通事故の偶然の目撃者となり、又新聞で夫から棄てられた妻が自分と2人の子供をガスコックの開放に依て必中したのを読んだとか、行きつけの食堂で、銀行の出納係が、10万マルクと共に行方不明になったということを聞いたなどである。

2. 検事が職務外でかく得した知識を根拠に、ある犯行を追及すること、例えば九柱戯クラブ

※77 id. Kern-Roxin, "Strafverfahrenrecht" P.182

で、固い秘密の約束の下で1人の教師が学校の児童にわいせつな接触をしたということを聞いた様な場合は、議論の余地がある。連邦裁判所が152条2項、160条、163条に依て基礎づけられ刑法典346条の刑罰強制力を持った訴訟義務を生ずるのは、その性質と範囲が公共性と国民全体の利害に関係するような犯行の場合である。

3. 訴訟義務は犯行追及と公務員自身が共犯者や近しい者として関与しているときは刑法典 346条の刑罰強制を全く免れるが、逆に当該公務員が以前の犯行や純然たる懲罰法上の結果発見を危くするような場合は責を免れ得ない。

II. しかししたいの捜査手続きは告訴を根拠として開始される。

1. これは公務員、官署からと同様、私人からも可能である。
 - a) 犯された犯行を認めた私人は法律上何等告発の義務を持たず、重大事件においても又同様である。他の者は犯行の計画について告発の義務があり、それ故計画された犯罪をみとめた場合は刑法典138、139条の範囲で、義務が生じ、被脅迫者と官署は法律上告発義務があるとせられる。
 - b) 刑事遂行に全くかかわりを持たない官署に一般的な告発義務が存在するか否か、存在するとすればその範囲は何処迄か、特に官署の長が部下に告発しなければならないか否かは議論のある所である。正確には否定されるべきである。法規のみがこのような義務を定め得るにすぎない。
 - c) 職務上の告発義務は刑事訴訟規則が2つの場合において規定している。
 1. 変死があったり、末確認の死体が発見された時、市町村役場に告発義務が発生する。
 2. 開廷中の犯行については審理中の裁判官に告発の義務が発生する。
 - d) これに反して何人も検事や警察に依て告発の義務を課せられない。けだし、告発は法的に捜査手続きの開始の端緒を与えるのではなく、それ自体が調査を義務づけられるのだからである。
2. 私人の告発の形式は法律に依り出来得る限り単純化されている。告発をするのは文書でも検事、警審に対して口述でも良い。又区裁判所判事に依て出される場合もある。この点はわが国のように判事に一切捜査機関としての権限をみとめていない所とは非常に相違する。
3. 刑事遂行官署はあらゆる告発を根本的に追及しなければならない。ここで特別な注意が必要とされてもまた匿名の告発は特に注意を要する。告発の内容処理の保証は刑事遂行官署に与えられている。

III 最後に捜査手続きは進行中の刑事遂行を根拠に申し出た場合にも開始が想定せられる。

1. 171条に示されるところであるが、検事は公訴の提起の申し立ての下で、刑法典61—65条に依る狭義の刑罰の申し立てのみでなく（それは、専ら被害者から出され得るものであるが）、刑事遂行の要求が明瞭にみとめられるあらゆる告発のあった場合も受理して公訴を提起する端

緒とすべきである。

2. 親告罪 (Antragsdelikten) に依る刑罰申し立ては文書で申し立てるか、口供を取るべきである。親告罪に依る刑罰申し立ては刑事告発の中にも又含ましめ得べきである。
3. 親告罪に依る捜査手続きの開始はすでに、刑事告発に先立って許されている。その上、逮捕状は前以て発せられ得る。けれども1970年施行の刑事訴訟及び罰金手続きの規準8項に依れば、可罰申し立ての開始を待ってから捜査手続きが開始されるのが通常である。この点もわが国では被害者の告訴に先立って捜査機関の認知に依て、捜査は開始し得るが、告訴がなければ、検察官はその旨を示して不起訴処分を警察に通知するに過ぎない。運用上は、ドイツに近いといえるであろうか。

B. 検事の決定

検事が処罰に価すると考える行為を認知すれば、捜査を開始すべきか否か決定しなければならぬ。一見して犯行の事実上の根拠が全くないとか、刑事遂行を維持出事ない様な法律上の障害があるとかということが確実でない限り、検事は原則的に起訴法定主義に依ることが義務づけられている。

C. 捜査手続きの実行

1. 捜査活動

1. 検事は実状を調査しなければならない。その際、検事は免責資料同様、被告に不利な証拠を同様の努力で集め、特にその挙証のための証人 (Sorge) を提出しなければならない。それは、その証人がかくされるおそれがありそのために証人が重傷を受けたり、場合に依ては死に至る場合もあり得るような証人を尋問したり、従来は否定可能の自動車故や免許証証拠についてのような消滅のおそれのある証拠を確保するためである。

事実関係の調査のために検事はあらゆる形の捜査に着手し、着手させることが出来る。たとえば破壊窃盗 (夜盗罪) (Einbruchsdiebstahl) にあっては、検事は (大概、警察が既にすべて完了しているが)、方法、数量、素姓、価値、外面的特徴など、更に特に盗難被害などについて被害者に尋問し、又犯罪事実とその保管場所について知っている者に対し、万一の知覚 (物音、光など) について、或は、奪取の時期などについて尋問することが出来る。

検事は他の使用人、家屋の他の居住者に犯人の身辺について訊ね、賦告事件にあっては、例えば家屋の使用人を呼び、古物取引事件と質屋事件にあっては調査し、探索書 (Fahurduungsblatt) の中の盗難対象物を書きおいたりする。

2. 検事はその活動の補助をさせる為に関係させ得る機関 (警察、捜査判事、捜査補助員) は前記10条B項で取り扱われている。
3. 実力強制は原則として裁判官のみが持っている。それ故、検事はせいぜい例外として強制手段を帰属させられるにすぎない。すなわち完全に検事に許されていない強制手段は、証人の拘

引 (Vorführung)や、秩序罰 (Ordnungsstrafen) の規定 (これはわが国も同様に懲戒罰同様、行政機関が行う)、容疑者の拘引 (わが国の旧刑訴ではみとめられていたが新刑訴ではみとめず、人権尊重の上から、判事の発する逮捕状のみになった。) 未決 (U. haft) 規定、助力者 (Eid) からの受け取り、であり、緊急な場合にのみ検事に代理される強制手段は、127条2項の場合における予備拘禁 (vorläufig Festnahme)、差し押え (Beschlagnahme) と捜索 (Durchsuchung)、容疑者と他の人物の取り調べ

II. 尋問 (Vernehmung) と参加 (Beteiligung) 権

1. 公訴提起にいたるあらゆる捜査手続きにおいて被疑者の尋問は強行法的に規定されている。その際、被疑者は警察でもまた黙否権 (Schweigerecht) について教示されるべきである。この規定の意味における被疑者の概念としては25条Ⅲ項4号に規定されている。
2. 捜査手続きは原則として秘密である。しかし刑事訴訟規則は容疑者とその弁護士 (Verteidiger) にもまた拡張された刑事訴訟規則に依て参加権のあることを充分に示している。その権利をみとめることに依て公訴の提起が重大な社会侵害 (Beeinträchtigung) をおこすことがないとされている。すなわち、万一誤まった公訴の提起がなされてもその防御 (Abwehr) 方法が被疑者に可能であるという評価がなされているのである。
 - a) 検事が捜査を行う限り、被疑者とその弁護士はその場に立会う権利 (Anwesenheits recht) はない。逆に検事には狭い意味における捜査判事の審理における関与が許される。検事が捜査判事のすべての審理に立ち会うということは、捜査手続きの主宰者としての検事の地位から発する。
 - b) すでに捜査手続きにおいて原則的に共犯者 (容疑者にではなく) に与えられている重大な意義が訴訟記録閲覧権 (Einsichtrecht) にも与えられる。閲覧の拒否は調査目的を失うおそれのある場合に、例外として認められるにすぎない。

Ⅲ 終結決定 (Abschlussvermerk)、終結聴許 (Schlussgehör)、終結聴取 (Anhörung)、検事が法律上の準備手続き (Vorverfahren) なしに公訴を提起すべきか否かを決定しなければならない程度に捜査が至った時、検事は、訴訟記録で捜査の終結を決定する。この終結決定はそれ故、準備手続きの決定部分から捜査部分を分割する。終結決定は以下の法令に対して意味があるとされる。

- a) 弁護士は現在無制限の訴訟記録閲覧権を持つ。
 - b) 緊急に防禦を要する場合に、終結聴許のために弁護士の処理が現実の問題となる。
 - c) 単独審理事件は別として検事は被疑者に捜査の終結を伝え、終結聴取又は終結聴許を申し出る権利について被疑者に教示しなければならない。^{※78}
2. 最終的に完結された伝達、告知義務は、確保すべきだから、すべての重大事件の被疑者は検事

※78 id, Kern-Roxin. "Strafverfahrenrecht" p.186

の決定に当って公訴提起に関与し、それに依て代替出来ない公訴に対しては保護される。

- a) この参加に対して法は2つの可能性を規定している。
- イ. 文書で表現されたいわゆる「聴取書」か、ここでは被疑者は検事の確定すべき猶予 (Frist) の枠内で個々の挙証を申し出たり、公訴状の提起に対して抗弁 (Einwendung) を申し出ることが出来る。
 - ロ. 或いは「聴許」、すなわち口供の両当事者の公判で検事に対し、その場合は被疑者は弁護士に依て代理させることが出来る。
- b) 検事が被疑者に対し、彼の申し出た終結聴許を違法として拒絶すれば、被疑者は合法的に服務監督訴願 (Dienstaufsichtbeschwerde) を提起出来る。

裁判所構成法施行法に依る州最高裁判所の控訴 (Anrufung) は許されない。そして 337条に依る上告 (Revision) も又、終結聴許の拒絶には基き得ないという点で難航している。^{※79}

七、捜査の終結と公訴提起ならびに公訴の概念

捜査手続きは検事が事実明白と認め、公訴提起の可否を決定し得る時終結する。検事の決定は、訴訟手続きの取り下げか公訴の提起かということである。

訴訟の取り下げ

I. 事件の多くの場合、捜査手続きは公訴の提起の終結ではなく、取り下げである。訴訟手続きは取り下げられる。

1. 訴訟的根拠からいえば、例えば訴訟障害が明らかなき時。
2. 実体法 (materiell) 的根拠からいえば、例えばこのような行為は有罪とするに当たらないことが明らかになったとき。
3. 事実上の根拠からいえば、たとえば、被疑者の無罪が明らかにされ、彼の犯行を証拠立てることが出来ない場合。
4. 起訴便宜主義 (起訴猶予) (Opportunitätsprinzip) の場合、取り下げは170条II項1号、153条以下に従って行われる。

II. 検事の取り下げ決定は何等法律上の効力を持たない。すなわち検事は何時にても、再び訴訟手続きを開始することが出来る。何か新しい負担事実をふみかためるということは、そのためには不要である。

III.

1. 被疑者が被疑者として尋問され、又は逮捕状が彼に対して発せられている時は (彼に対して

※79 id, Kern-Roxin. "Strafverfahrenrecht" p.187

根拠が示されなければならないということなく), 取り下げについて被疑者は通告を与えられなければならない。被疑者として警察に依て, 既に尋問 (Vernehmung) されておれば, そのことである。訴訟取り下げ決定は被疑者が求めた時, 又はそれ以上に特別な利益が明瞭にみとめられる時は広範に与えられる必要がある。訴訟取り下げについての決定とその根拠を告知 (Bekanntgabe) することは外部に対して常に認められている。

2. 告訴代行者は一切の事件において決定をしなければならない。この決定をするには1と対照的に, 彼が起訴強制手続き (Klageerzwingungsverfahren) を行なうべきか否かを告訴人 (Antragsteller) が調査し得ることを根拠においていなければならない。

八、公 訴 の 意 義 と 形 式

I. 捜査手続きは公訴の提起に依て終結され得る。公訴は刑事事件において独立して活動し得るところの裁判所に対する要求である。^{※80}

II. 訴追の意義は訴追主義から発し, それに従って裁判所は一般に公訴が提起された時にのみ活動し得ることが必要とされる。

III. 公訴が提起される場合

- a) 告訴 (告発) (199条) に依る場合
- b) 予審開始の申し立てに依る場合 (178条, 198条)

IV. それ故に, 告訴の概念は, 検事が直接, すなわち予審が行われることなしに, 裁判所が活動し得るように提議することを前提としている。これに反して, 検事が予審の終結に依て同一の申し立てをする時は, 告訴についてはもはや宣告されることは出来ない。

この点で Eb.Schmickl II のように公訴の提起と, 公判の開始の要求は区別すべきであると主張する者自身がその区別を明確にしていなかったといわれており, 実際上の意義も専門用語上の相違とは違いあまり区別がないようである。

V. 民事訴訟が訴えに依て開始されている間に, つまり訴えが訴訟手続中に刑事手続きになることがある。^{※81} この点わが国のように両者無関係を原則とし, 民事事件を告訴事件にからめたりすることが, いわゆる民事くずれの刑事事件として嫌悪されるのとは趣を異にしている。

公訴は常に捜査手続きの終結を生じ, 告訴に依て中間手続きを導き, 予審開始の申し立てに依り, 予審の裁判官の関与を導く。一般的に公訴の提起は既に何週間も検事又は警察の捜査に先行している。

公訴提起の効果

公訴の起提は次の5つの効果を持つ

1. 公訴は, 規定された裁判所に依る訴訟係属 (Rechtshängigkeit) を基礎づけている。いわ

※80 id, Kern-Roxin. "Strafverfahrenrecht" p.188

※81 id, Kern-Roxin. "Strafverfahrenrecht" p.188

ゆる予防主義に依れば、事実とは、既に公訴において提起された事実は、犯罪事実が係属している控訴裁判所（第2裁判所）に依て停止されるべきである。もちろん原公訴提起を知らずに訴訟手続きを第2審裁判所が開始すれば、第1審裁判所が自分の方で以前に既に訴訟手続きを開始していない限り、第2審裁判所が優先して権限を持つ。

Ⅱ．訴訟手続きの支配者が裁判所に移行する。訴訟手続きは公判と予審が開始する迄は、再び裁判官の手から奪われる。訴訟手続きの支配とは、裁判官が広義の訴訟結果に対して責を負い、刑法の適用における決定にあたり、既存の告訴に拘束されないことを意味する。それ故、公判において被告人の無実（Unschuld）を納得させるような検事の代理者が免罪（Freispruch）を弁護—事実その義務を負うのであるが—同様に、公訴状（Anklageschrift）においてもその他論点を弁護する。裁判所が前言によって、との申し立てに全く拘束されないのは勿論である。

Ⅲ．訴訟の対象は確定せられる。即ち、裁判所の調査と決定は公訴が指摘する行為と、公訴に依て有罪とされる人間のみに確定せられる。公訴の提起の効果は非常に意味がある。

- a) 裁判所の弁論拘束は訴追主義の結果である。裁判官は彼に依て以前に公訴されている行為と者のみに原則として拘束せられている。
- b) 被疑者は、裁判所が調査を現実には拡大しているということに依て保護せられなければならない。訴訟対象の確定に依て以前の糺問手続（Inquisition prozessen）からみとめられたような欠点は防禦せられる。
- c) 155条1項の行為の下では、規定せられた法律上の犯罪構成要件や、検事に依て提出せられた事件関係の一断面は考慮されるべきでなく、公訴に依て表示せられる総合的な生活経過が考慮されるべきである。
- d) 検事に依て裁判所に提出された生活経過が、出来る限り熟知されなければならないことも又訴追主義の結果である。行為に対して不完全な表示をすることは訴訟妨害をもたらす。

Ⅳ．住居の裁判管轄（Gerichtsstand）は公訴提起の時の被疑者の住居に依て確定される。

Ⅴ．公訴の提起に依て被疑者は被告人となる。

公訴（個々の）

Ⅰ．公訴は公判が行われるべきことを決定権のある裁判所に対してする要求に基いたその内容である。

Ⅱ．検事は捜査手続きの終結後、公訴提起をなすに足る十分な根拠ありと思料すれば、すなわち被疑者がその行為について十分に嫌疑ありと考えられ、端的に有罪宣告の下る蓋然性を期待し得る時は公訴を提起する。^{※82} 起訴法定主義の根拠に基いて検事は十分な嫌疑がある場合は、公訴を提起する義務がある。

Ⅲ．いかなる裁判所に公訴を提起すべきかは、事物、土地管轄に関する規則に依て規定されてい

※82 id, Kern-Roxin. "Strafverfahrenrecht" p.190

る。

Ⅳ. 公訴提起の形式は法定書式である。ただし、例外が緊急手続きと公訴拡大手続法 (Klagerweiterung verfahren) の中にある。

Ⅴ. 起訴状の内容は 200条に依て規定されている。これに従って起訴状は以下の事項を包含していなければならない。

- a) 被告人の名称
- b) 罪となるべき行為
- c) 犯行を構成した罪となるべき行為 (例えば窃盗犯)
- d) 適用すべき罰条たとえば刑法典243条第 1号の意義における
起訴状のこの部分はいわゆる公判において検事が提議すべき起訴部分である。
- e) 証拠方法たとえばムースバッハ居住の農夫ヤコブヒンタービューバーの証言
- f) 公判が行われるべき裁判所たとえば「マレル村陪席裁判所 (Schöffengericht) で公判を開くことを提議する」といった具合である。
- g) 弁護人の名称
- h) 結局公訴状において又捜査の本質の結果が引用せられなければならない (200条Ⅱ)

しかし単独裁判官として区裁判所判事に依て公訴が提起せられた時はそのことは例外とされ得る。

九、私 訴

私訴とは、現行のわが国の刑法にはない概念である。旧刑訴567条には存在しており、「犯罪ニ因リ身体、自由、名誉又ハ財産ヲ害セラレタル者ハ其ノ損害ヲ原因トスル請求ニ付公訴ニ附帯シ公訴ノ被告人ニ対シテ私訴ヲ提起スルコトヲ得」とありあく迄被害者救済のためのものであり、本来民訴に属すべきもの^{※83}を便宜上公訴に附帯させているだけであって、公訴とは全く性質を異にするものである。

英米法系に発達した私訴が公刑罰請求権を被害者又はその他の私人に与えているのとは全く異なるのである。わが国旧法の「私訴」という言葉に対して「私人訴追」(private prosecution)と呼ばれるのはそのためである。合衆国の大陪審がこの伝統を継ぐものであることは既に述べた。わが国では私人に公訴権を全くみとめず、国家訴追主義、起訴独占主義の原則が貫かれているが(刑訴247条、旧刑訴278条)このことと市民の起訴参加についての調整を如何にすべきかについて問題がないわけではなく、この論点についてはすでに述べた。昭和23年7月12日法律147号を以て施行された検察審査会法は、ある程度問題解決のための妥協制度を創設したものといえないこともない

※83 旧刑訴578条:「私訴ヲ提起スルニハ民事訴訟法ニ準シ訴状ヲ裁判所ニ差出スヘシ」

が、告訴告発をした者、請求を待って受理すべき事件についての請求をした者又は犯罪により害を被った者が、検察官の不起訴処分不服あるときその不服を受理すべき機関であり（同法30条）、一説には検察官の市民目付役とするものもあるが、その議決は単に検事正に対する参考としての効力しかなく、その採否は、検事正の裁量に委ねられる（同法41条）から上記のような見解は誤りといわざるを得ない。これに対し、現行刑訴法に戦後創設された裁判上の準起訴手続き、付審判の請求（262条）は、職権濫用、公安調査官の職権濫用の罪について検察官が不起訴処分をしたとき、これらの罪について告訴又は告発をした者が不服と思料すれば当該検察官所属検察庁管轄地方裁判所に審判請求をすることをみとめ、この請求を受けた裁判所がその請求を理由ありと決定すれば（266条⑤）、公訴提起の擬制がされ（267条）、事後裁判所から指定された弁護士が本件公訴維持と、裁判確定にいたる迄検察官の職務を行う（268条①、②）点で前記とは異なり、英米法の私人訴追ともちがひ、国家権力の侵害に対し刑訴法上の対抗権をみとめたものとも見られるが、民訴法上の当事者概念を刑訴法に及ぼし、国家もまた処罰されることあるべしという考え方に立っていると考えられる。ただこの場合、当該弁護士は、法令により公務に従事する職員とみなされるが（同法268条③）、同条②により検察事務官及び司法警察職員に対する捜査指揮は検察官に囑託してしなければならないから、この精神も実体面において一步後退せざるを得ないであろう。最近付審判請求は起訴か捜査かという問題が俄に論議せられ始めたことも一考に価しよう。

準起訴手続き、付審判請求はドイツ刑訴の影響を受けたといわれており、英米法特に合衆国刑訴の影響をつよく受けた戦後の新刑訴の中にあつては異色の規定制度といわなければならない。

そのために以下^{*84} ドイツ文献を引用比較して見ることにする。

1. ドイツ法においては私訴手続きは当事者訴訟の特徴を示す。
 - a) 私人訴追者は検事と対照的に、訴訟遂行義務も客観的普遍妥当性の義務もない。
 - b) 私人訴追者は公判の開始後も（被告の尋問の尋問においてのみであるが）私訴を取り下げることが出来るのは当然である。公訴とちがって、私人訴追にあつては、それ故、訴訟の相手方に対する当事者の処置は公判開始後においても又可能である。
2. 他方、私人訴訟は決して当事者訴訟（*Parteiverfahren*）ではない。それ故、私人訴追訴訟においても又裁判所自身が例えばその弁明において関連のある判断の根拠となる事実資料を審問しなければならない。それ故審問の原理が問題であつて公判が問題になるのではない。立法者は私人訴追に対して好意的ではない。このことは繰り返されて来た見解において明らかである。
 1. 訴訟費用法113条に依れば私人訴追者は訴訟費用前払いの義務がある。
 2. 383条2項に依れば裁判所は犯人の責が軽い時は何時でも訴訟手続きを停止出来る。訴訟費用負担義務と共に、471条3項2号に依ればこの規定は、私人訴追の提起をやめさせる作用をしていることが多いようである。

*84 id, Kern-Roxin. "Strafverfahrenrecht" pp.314-318

3. 384条3項に依れば裁判所は証拠調 (Beweisaufnahme) の範囲を規定している。裁判所は244条2項にかかわらず事情に依ては予期されぬ証拠申し出を却下 (ablehnen) することが出来る。

4. 私人訴追者のおかれるということは、被告が訴訟遂行の外におかれるということであるが、無罪の判決が下され、訴訟手続きが停止されれば、私人訴追者は、471条2項に従って、被告に出費させなければならなかった訴訟費用も又支払わなければならない。

私人訴追の可能な犯罪 (Delikte)

I. 私人訴追は規定された軽度の犯罪 (Vergehen) にあってのみ許される。それは以下の8つの犯罪又は犯罪群について行われる。

○家宅侵入 (Hausfriedensbruch), ○侮辱 (Beleidigung), ○傷害 (Körperverletzung), 脅迫 (Bedrohung), ○信書秘密侵害 (Verletzung des Briefgeheimnis), ○故意器物毀損 (Sachbeschädigung), ○賭博犯罪 (Wettbewerbsvergehen), ○特許著作者 (Urheber), ○商標 (Warenzeichen), ○風俗 (Gebrauch), ○意匠の軽犯罪 (Geschmacksmuster)

刑法典241条, 223条a項の場合は例外としてすべての私訴可能な犯罪は同時に親告罪である。(Antragsdelikt)

II. 私人訴追犯罪が公犯罪と観念的競合又は併合罪 (Gesetzeskonkurrenz) に立てば、私人訴追は許されない。反対に私訴犯罪はその時は当局 (von Amts wegen) 遂行せられるべきである。

公訴に対する私訴の関係

公訴に対する関係において私訴は排他的でもなければ補助的でもない。

I. 私訴は決して排他的ではない。すなわち、国家は私訴者に並行して独自の立場で公訴を提起出来るのである。しかし公訴は、私訴可能犯罪にあっては376条の重大な原則に従って、公の利益にそれが存在している場合、提起し得るのみである (便宜主義)。検事にとっては3つの可能性が存在している。

a) 検事は放棄、棄権することが出来る。

b) 検事は開廷において出席し、観察、傍観するに止まることも出来る。

c) 検事は公訴を提起することが出来る。そして当初からであれば、結果的にそれはも早や単なる私訴の提起 (Übernahme) を目的とするものではあり得なくなる。又引き継ぎに依て、付加的に、実質上、位置、手続き自体公訴の中にあることになる。

II. 私訴は補助的ではない。すなわちそれは、最初から提起され得るのである。それ故、私訴の権利のある者は先づ検事に対し要求し、検事が公訴の提起を却下したときに始めて、私訴を提起し得るというのではない。この点わが国の付審判の請求とは趣を異にしている。

私訴の沿革

1532年のカロリナ法典（CCC）以来300年以上にわたって支配して来た審問共通の刑事手続きが19世紀の半ばに公訴手続きに代わられた後、公訴権は、その裁量（Ermessen）で提起、不提起（フランス法の原型（Vorbild）に従う）の出来る検事にのみ第1義的には帰属することになった。しかし間もなく被害者保護のために万一司法上の拒絶があった場合に備えて、一般的に補助的な私人訴追が求められた。すなわち、わが国の検察審査会制度や、付審判制度と全く軌を一にするものといえるのである。ただしこのような要求は刑事訴訟規則においては行われず、逆に私訴は規定せられた個々の犯罪（侮辱、軽度の身体傷害）について、その後、1921年以降は他の親告罪にあって認められ、更にその後重大な身体傷害や脅迫（Bedrohung）などについてもこの親告罪の系列に加えられた。すなわちわが国の付審判は犯種をある種の公務員犯罪に限定している点で、又検察審査会制度は単なる起訴勧告にすぎぬ点でドイツの私訴と性質を異にするのである。

告訴（Strafantrag）と私訴との関係

I. 私人訴追犯罪が親告罪である限り、私人訴追の提起においてももちろん告訴が存在する。すなわち処罰（Bestrafung）が行われるべきという被害者の明白な表現された要求が存在するということである。

II. 私訴は絶対に期限付ではない。それ故、若し期限付きの告訴が適当な時に行われ、結果的に何等告訴を要しないという場合でも、私訴については何年後でも可能である。しかし消滅時効（Verjährung）が私訴に結末をつけることになる。

III. 告訴出来る年齢は勿論18才であるのに、私訴は告訴者が成年であることを要求している。それは私訴は相当の費用がかかることのある危険があるからである。

IV. 私訴はあらゆる犯罪について考えられる。規定された犯罪にあっては告訴だけが考えられ、刑罰に処することを内容とする判決が宣告される迄は常に可能である。

私人訴追権

I. まず私人訴追権を行使し得る者は被害者である。この概念は起訴強制訴訟の被害者と一致する。

II. 次に職制上の上司、生存の夫、これらは独立の告訴権を持つ者であるが被害者とならんで私訴権も持っている。

III. もし被害者が民訴の意味での手続能力をもっていなければ、その立場での私人訴追権は法律上の代理人に帰する。

1. 未成年者や、商業能力のない者が傷つけられた場合、2. 権利能力のある又はなき法人（Personenvereinigung）が傷つけられた場合、例えば特許権侵害、侮辱等。法律上の代理人はこの場合被害者の名で私訴を提起する。

IV. それ故種々の被害にあって各様の人間の言辞が侮辱を与えた時は、各人が皆私訴の権限があ

る。

しかし行状が異なるという理由で訴訟手続きが多様になったり、有罪判決が多様になったりするのを避けるために被害者の中の1人に依て私訴が提起されれば、その他の者はもはや独立した訴えを提起出来ないのではなくて、現存在している位置において訴訟手続きのみに加入することが出来る。決定事実を公表するに当っては関係者すべての訴訟手続き効果は被告のために効力を発する。

訴訟手続き満了の特色

多くの私訴可能犯罪にあっては、私訴提起のための前提条件は、司法上正規の機関たる調停裁判所 (Vergleichsbehörde) で和解の試み (Sühneversuch) を行ったにもかかわらず成功しなかったという状態であるということである。調停が望まれるこのような和解の試みに依て、裁判免除のような和睦関係が出来てきた時は刑事手続きは控えられるべきである。和解の試みのためには起訴者が出廷すべきで、もし出廷しなければ和解手続きは効果を生じない。又訴えられた者が出廷しなければ和解の試みは成功しない。私人訴追者又はこれを代理する検事が 380条によって必要とされる和解の試みを回復しようという約定をして私訴を提出するのは適当でない。必要な和解の試みを行うことなく私訴を提出すれば、むしろ決定を以て、許容し得ぬものとして却下 (abweisen) すべきである。けだしそうでないと能う限り私訴を避けようという380条の目的は、ほとんど不可能になってしまうであろうからである。なお通常手続きのような予審は存在しない。私訴手続きは訴え提起で開始されるのであり、訴え提起は文書もしくは口頭でなされたものを裁判所書記 (Urkundsbeamte) が記録することを以て足る。以上のことを総合して判断すると私訴は和解、調停を補足し、又は第2次的な権利実現手段とも考えられ、民訴の紛争解決主義的なカラーが強い制度という一面を持つようであり、真実発見と被害者に国家復仇による権利保護を与えるという刑訴の特徴は薄れた制度といえるであろう。

十、捜査手続きの基本としての逮捕について

逮捕は刑事手続きにおいて、犯罪捜査上の実力行使の第1歩であり、捜査の進展と終結、公訴の提起、公判の維持、もしくは事前の予審開始の必要性の有無に迄影響を及ぼす作用である。又この作用は、人の身体を現実に拘束する点で刑事人権上きわめて重要な性格をもつものである。その意味で実体捜査と公訴提起をつなぐパイプとして逮捕を考察しなければならない。以下ドイツ文献^{※85}を参照しつつわが国の概念との異同をまとめる。

緊急事件においては即時の自由剝奪が警察官や私人に依て必要とされ、前以て判事の逮捕状をとっておく必要はない。但し、これはあく迄仮の処置として許されるにすぎない。この点はわが国の緊急逮捕においても類似性がみとめられるが私人に対しては現行犯逮捕しかみとめておらず、この

※85 id, Kern-Roxin. "Strafverfahrenrecht" pp.157-181

面でも職権主義が貫かれ素人排除の精神が強く現われている。^{※86} 合衆国においてはむしろドイツに近い規定がある。^{※87} ドイツ刑訴規則127条1項は以下に該当の場合何人も仮逮捕の資格ありとする。すなわち 1. 現行犯及び現行犯人として追呼されているとき。2. 犯人住居不定、又は逃走のおそれあるとき。3. 私人が127条1項の条件を承知した時、すなわち、逮捕権は私権固有の利益の表現ではなく、刑事遂行において有効な法律行為を行うことで公益に奉仕する権能の表現である。それ故、無責任な錯誤や危険を冒して迄民間人にこれを強いるのは却て法の公正と均衡を害すると考えられるからである。きわめて責任主義的な考え方と評価して良いと思う。

検事及び全警察官は127条①項の場合の逮捕以外でも、逮捕状取得条件が充たされ、取得手続きのための時間的損失が事後の捜査目的に重大な危険をもたらすような場合は取得前の逮捕着手が可能とされる。この点はわが国の緊急逮捕の精神と全く同じであるが、わが国が犯種を限定していることは人権上は、すぐれているとも考えてよいであろう。ドイツの仮逮捕は刑事訴訟規則の外特別法にも規定されている。1. 一切の法定裁判所は、開廷期間(Sitzung)において可罰行為ある時は、仮逮捕を命じ得る(ただ最終逮捕状は管轄裁判官のみが発し得る)。又、2. 租税反則事件にあっては、刑事手続き上関税、租税探索をみとめられた官吏の逮捕権自体を税務(Abgaben)規則(Ordnung)439条1項において根拠づけている。3. 鉄道—建築物—ならびに経営規則(Betriebsordnung)56条(1967年8月5日連邦法律公報2節1563ページから)において、鉄道施設内の犯罪行為にあっては鉄道公安員(Bahnpolizeibeamter)の逮捕権が規正されている。4. 反則取締法(OwiG=Ordnungswidrig Gesetz)についての仮逮捕を規定している。5. 海員法106条3項に依て船長の逮捕権は予防警察の性格を持つ。2, 3, 5についてはわが国では旧, 新, 刑訴を通じ特別の事項について、あるいは特別な場所において、司法警察権をもつ者の範囲として規定し、又、特別法勅令などで補っており、^{※88} いわゆる特別司法警察職員の問題であるが、多様な特別司法警察職員の逮捕権指揮が検事に依て統一されるという点では、先に見たごとくフランスの方がすぐれているように思われる。

逮捕の実行：逮捕は「法律の名に依り、お前を逮捕する」といった要式性は逮捕状の執行にも、逮捕行為にも規定されず、行動の自由(Fortbewegungsheit)の剝奪をすることを以て足るとされるが、逮捕権は被逮捕者の犯状を即時に確認する目的で行う場合以外は、被逮捕者の捜索は出来ない。127条自体、犯人に危害を加えたり、傷害を与えることは認めておらず、犯人の保全を許す

※86 刑訴213, 214

※87 現行犯に限らず、重罪を犯したと考えられる根拠があるとき、公共犯罪が犯され又は計画されているとき(カリフォルニア)、法令違反ありと信ずる合理性あるとき(イリノイ)、などFred E. INBAU and MARVIN E. ASPEN, 'Criminal Law for the Police', CHILTON BOOK COMPANY, PHILADELPHIA, NEWYORK LONDON, 1969, pp.94-95 cf.

※88 旧旧刑訴(明治23.11.1施行)47条④48条, 旧刑訴(大正13.1.1施行)251条, 現行刑訴190条, 司法警察官吏及司法警察官吏ノ職務ヲ行フヘキ者ノ指定等ニ関スル件(大正12.12.29勅令528), 司法警察職員等指定応急措置法(昭和23.12.9法234), 麻薬取締法54条, 労働基準法102条, 船員法108条, 郵政省設置法23条①, 鉾山保安法, 自衛隊法等

のみである。しかし逮捕が官吏に依てであれ、私人に依てであれ、公正で確実な処置が、逮捕動機と目的にかなうように措置されていなければならない。逮捕に当たってみとめられる警察の強制手段については、刑事訴訟規則は何等規定せず、各州法の規定を連邦憲法74条1号、72条1項の規定で補足し、各州の実情と各職員、各私人の自主性と良識を期待していることはフランスとはちがった意味できわめて格調の高いものである。ただ専門技術性の高い分野すなわち、直接強制の条件、方式、範囲を連邦も州も時たま規定していることがあり、たとえば、連邦の執行官 (Vollzugsbeamte) が公然実力行使をする場合は、直接強制に関する法律が適用され、連邦軍 (Bundeswehr) 兵士と、民間の警備員 (Wachpersonen) に対しては1965年12月8日公布法律が適用される。州公務員に対する規定は多くは警察法の中に含めている。執行機関の行政分野にあることを慮って実態に即した立法態度と評価すべきであろう。

逮捕手続き：1.私人に依て逮捕された者は、最寄りの警察署へ連行され、そこで最初の尋問を受ける。無実が明らかになれば釈放される。このことは犯状調査のみのために逮捕され、その捜査が警察で可能な時に効果的である。

被逮捕者が釈放されなければ、遅滞なく、おそくとも翌日迄に、逮捕地域の区裁判所判事に送致されなければならない。区裁判所判事は彼を十分に尋問し、彼を釈放するか拘引状を発するかを命ずる。拘引状が発せられると逮捕手続きは拘引手続きに移行される。この間のプロセスは合衆国の警察と治安判事との関係に似ており、わが国の場合、司法警察員から直ちに検察官に送付され、検察官が起訴前の勾留を必要とすると思料する時、裁判官に勾留状の請求をする関係とは甚だ相違する。おもうにドイツ、合衆国を通じておよそ人身の拘束という事実は人権上直ちに裁判官の判断を受けしむべきとの考え方に基くものであろう。なおドイツにおける特則として逮捕に先立ち既に公訴が提起されている場合には特別な管轄規則が適用され、公務執行妨害に依る逮捕は、その条件と目的、方向に依て127条とは違った取扱がされ、その短期拘禁は164条に規定されている。官庁機構とは別に、職務行為を指導する公務員はすべて、公務を故意に妨害したり、合法的な命令に抗ったりするような者を逮捕し、危急な場合には翌日の終り迄拘留することを要する。

逮捕状：逮捕状又は探索公示は逃走中もしくは潜伏中 (Verborgenhaltenden) の犯人の逮捕又は引き渡しを求める検事又は判事の公然たる要請である。逮捕状発行のための条件：通常の場合131条1項の逮捕状は、使い込み (Depotunterschlagung) で銀行員が逃走中であるような時、検事は区裁判所判事又は予審判事に依て拘引状 (Haftbefehl) を発することを認められる。この根拠に基いて検事は逮捕状を発する。

拘引状の発行なしに逮捕状の発行が例外的に許されることがある。すなわち未決監 (Untersuchungsgefängnis) から仮留置人が逃亡し又はそうしなければ、職務上の監視が不可能になるような場合 (127条2項) それ故、127条1項に依る私人逮捕の場合にはこれに該当しない。このような場合には検事、警察官も逮捕状発行のための権限がある。自由刑の執行のための既判力のある判断を

根拠において、刑の執行開始のための召喚が何の効果も果さなかったり、有罪判決を受けた者（Verurteilte）が、刑務所から脱走した時などは執行（Vollstreckwg）官署に権限がある。

逮捕状は第1義的に一切の官公署と警察官において準備せられる。しかし又私人において準備せられ得ることは前述のとおりであり、わが国や合衆国にはみとめられない所である。ただそのためには、警察への報告という前提がある。

注意すべきは、警察といえども逮捕状をもって仮逮捕を行うことは出来ない。けだし逮捕状は官署に対しても、私人に対しても訴訟上の権能は与えていないからである。厳格な令状主義と理解してよいであろう。逮捕状は「名宛人の居所を警察に通知すべし」という対世間的な要求を一令状毎に記載することが出来、公開捜査的な要素を持つといえる。逮捕状の根拠に基いて逮捕された者は裁判官のもとへ連行される。もっとも実際には管轄権のある裁判官の所へ連行されるのが通例である。もし、逮捕後の翌日それが不能であれば、最寄りの区裁判所判事のもとへ連行される。当該裁判官は逮捕状がその手間のあいだに無効になるおそれがないか、又被逮捕者が逮捕状の請求名宛人に一致するか否か調査するものとされる。

逮捕状の却下：逮捕状の根拠となった拘引状が却下された時は、逮捕を却下しなければならない。しかし名宛人が逮捕された時は、逮捕状は所期の目的を達したことになる。

手入れ（Razzia）：警察は一面では刑事遂行のために、又一面では予防警察の根拠^{※89}から、風評のよからぬ人物や場所を詳細に調査し、其処に生活する人物をその性格と行状を把握するために警察署に同行させようように定められており、刑事遂行のために不可欠とされている。刑事訴訟規則は警察の手入れに関しては何等特別の授權根拠の規定は含んでいない。それ故、一般的搜索、差し押え（Beschlagnahme）、拘引（Verhuftung）と仮逮捕の規定の根拠がしばしば問題になる。この根拠規定は当該犯罪と無関係な者を逮捕しようとする時には充分でない。けだし、プロシヤ警察関係法21条に依て、各州が時代毎にそれに適応した法律をつくり統一根拠を国家法に依存しているが、その定める逮捕権（警察上の）が当該犯罪と無関係な者を逮捕することをみとめていないからである。^{※90} 局外者はいわゆる無害者だからというわけである。しかし規定された対象を拡大していくことはプロシヤ警察関係法14条、21条にいう警察上の危険を現出するか否かは甚だ疑問である。「手入れ」の法律上の規定はかつてバイエルンのみが存在していた。バイエルンでは1963年4月3日広告5第6バイエルンにおける警察の問題と権能についての法令14条第1項に依て警察は、場所について規定された事実が有罪者や不法拘禁中の者を逮捕したり、刑罰を以て脅迫し、又は反憲法的行為の計画を強制したりするような場合は人身を勾留することが出来る。これに一致した内容を持つ規定は他の連邦州に於ても有力に支配している。

以上の諸点は総合してドイツにおける逮捕行為は根本的には憲法の要求する刑事人権の侵害にな

※89 Drews Wacke, "Allgemeines Polizeirecht", Carl Heymanns Verlag KG, Berlin. Köln, München Bonn, 1961 pp.102-103

※90 ido, Drews Wacke, "Allgemeines Polizeirecht", p.198

らないことを先ず配慮し、行為者以外の者の逮捕を厳しく制限し、逮捕者の権限と職能の根拠を最終的には統一法に求めその不備を憲法の枠内で警察の「手入れ」で補おうとするのであるが、その範囲は前述のとおり公共の秩序維持と個人の自由のバランスのとれる限度内であり、司法警察の活動は検察司法制度と密接な関係を保ちながら行政警察にみられる警察比例と警察責任の原則が貫かれていることを知るのである。わが国が範とすべき点は尠くないと考えられる。

“How to operate the Relation of the Public Prosecutor as
the Criminal Investigation Organ and as the Prosecuting
Organ to the Judicial Police.”

Summary

— The Object of the Thesis —

Shunsuke Tawa

The relation between the Japanese public prosecution and her judicial police after the 2nd World War has been strongly influenced by American laws. The power of criminal investigation has been passed into the hands of police, limiting the duty of prosecutors to prosecution. They can only have a contact with police investigation when regarded as necessary.

Though the Japanese Government had to accept the whole-scale transformation in the field of criminal procedures, they did not employ the U.S. form of grand jury which had been devised so as to allow the citizens to join the public prosecution. One of the chief reasons for Japanese refusal of accepting the grand jury system was that we feared it might make the power of prosecutors inefficient. Another reason was that the free participation of citizens in the jury would often produce their mis-judgment in criminal cases in question.

These possibilities of infringement upon the prosecutor's own field of business and upon the persons accused were the main elements the Japanese Government had to stand against the foreign jury system.

Nevertheless, when we consider the vast expanse in the variety and complication of actually committed crimes, we cannot whole heartedly put trust in public prosecutors only at the criminal cases. The protection of human rights on the part of the accused is still an important problem. It is particularly obvious in the treatment of the accused whose case has been dropped.

These two sides of questions as for the protection of man's rights in criminal cases need be discussed here.

