

ドイツ檢察制度の成立

内 田 一 郎

序

立法者が刑事訴訟の開始の仕方を定める方法に、大別して、およそ、三つのものとされている。第一の方法は、訴訟の開始を被害者の私訴に依存させるものであり、中世の刑事手続の進め方がこれであった。第二の方法は、訴の提起がなされなくとも裁判官が職権で容疑者に対する手続を開始できるようにするものである。これは糺問訴訟の本質をなすものであった。第三の方法は、『原告なきところに裁判官なし』という原則と職権による犯罪訴追の原則とを結合するものであって、これにより国家の特に任命する公訴官が公訴を提起するようになったのであり、現代ドイツ刑事訴訟に関する規制はこの方法に従っているのである。^(一)ドイツ刑事訴訟の発展のための有力な推進力となったものとしては二つのものが挙げられている。その一つは、中世の刑事手続から糺問訴訟へ導いたものであって、有罪者から国家を保護する必要性の増大したことであった。その二つは、一八四八年以降、糺問訴訟を今日の刑事手続へと導いたものであって、国家から無実の者を保護する必要性の増大したことであった。今日のドイツの刑事手続は

国家による職権的犯罪訴追の原則を糺問訴訟から借用する (職権主義) とともに、『原告なきところに裁判官なし』 (弾劾主義) という中世の原則に立ち帰って、これに依拠するものであり、この二つの原則を結合することによって国家的公訴主義の原則と公訴官、すなわち検事の職を設けるにいたったのであり、検事は国家的公訴の原則とともに、フランスから採り入れられたのである。⁽¹⁾

(一) Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina) herausgegeben und erläutert von G. Radbruch 1960, S. 15.

(二) G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft 7. u. 8. Aufl., 1929, S. 146. なお、ラートブルフは、この国家的公訴の原則を採ることから糺問訴訟の法定証拠主義に対して自由心証主義の原則が現われてきたのであり、また中世の刑事手続の口頭主義および公開主義に立ち帰って、これに依ることになったのであるとしている。vgl. a. a. O. S. 146.

一 中世の刑事手続から糺問訴訟へ

コーラーは、『民事訴訟から分岐した刑事訴訟は、もと、民事訴訟の諸規則に従っていた。原告の代わりが起訴者であり、被告の代わりとなったものが被告人である。そして民事訴訟におけると同じように、原告なければ裁判官なしという命題が通用していた。

このように構成された訴訟を規整する方法として次の二つのうちのいずれかが考えられる。すなわち、被害者のみが起訴者となることを許されるところもできるし、さらにまた、誰れでも一般人の代表者として訴を提起する権

限がある（公衆弾劾主義）ものと規定することもできる。

いずれにせよこのような規制の仕方をとる場合には、種々の事情の進展にともなって、その目的を達成することがきわめて困難なものとなる。すなわち起訴者、とくに被害者が現われない事件がしばしば発生するようになる。買収されてのこともあれば、一種の暴力主義に負けてそれを差し控えざるを得なくなることもあり、また御都合主義から勝手に起訴しないことも起ってくる。これらの弊害が、結局、弾劾手続の廃止、そして積極的審理主義の原則による刑事訴訟の新構成へと導いたのである^(三)と説いている。この点をラートブルフはさらに詳論して、『中世は私法的刑法観を完全には克服できなかった。私法的刑法観によれば、犯罪は主に被害を直接受けた私人に対する侵害としてとらえられ、刑罰は主としてこの被害者の権利によるものであり、国家的権利によるものではないと考えられていた。刑法が被害者の私的復讐に根ざすものと考えられ、従って犯人の賠償の支払いをもって刑に代えることができたという事実は後世に永くその影響を及ぼした。中世全体を通して、教会や国家によりあらゆる治安の維持が図られたにもかかわらず私闘の形をとる私的復讐は未然に防止されることがなかった。しかも、さきに私的復讐がそうであったように、いまや国家的刑罰も金銭と慈善とによってこれを済ますことができたのである。例えば、一六世紀の後半にグロッターバートでハンスという名の家賃商が兵卒ルディ・シュネッツを臆病な兵隊と呼んだところ、この兵卒は彼を激しく殴打したり突いたりして、傷を負わせ、死亡させた。この行為者はどうなったであろうか。被害者の寡婦は一〇クローネの贖罪金で満足し（何故なら彼は以前から無能な男であったから）、加害者は灯を点したローソクを手にして教会の戸口に立ち公の懺悔を行なった。

ところで、私法的刑法観は何よりも先に、民事訴訟的な刑事訴訟観のうちに現われる。債権者が自分から活動しないかぎり——国家が自ら進んで債権者の弁済請求に心を煩わすということはない。すなわち原告なきところに裁判官なしの原則が行なわれる。当時、この原則は刑事訴訟についても妥当した。言いかえれば、敢えて訴を提起するため必要とされる十分な勇氣または力を被害者が備えていないときは、その犯罪は処罰されないままとなってしまった。さらに、被害者が現実に訴を提起したとしても、被告の方が証明に有利な立場にあった。すなわち有責者が良心的でなく、また十分な数の友人を持っていて、宣誓補助者を伴う雪冤宣誓によって訴を免除する宣誓を行なったときは、その犯罪は依然として処罰を受けないで済んだからである。

このように無力な刑法と刑事手続とは、中世末期になると、夥しい組織的な職業犯罪という新しい犯罪現象に直面することになった。一四一七年以降、地方にはジブシーが来るようになった。野武士からなる山賊や種々の傭兵団体に所属する無頼の徒、遍歴学生や婦女子の流浪者、旅で修業中の職人や追放されたユダヤ人、手品師や乞食、露天商や巡礼者、宗教改革以後は修道院からの逃亡者が大道を賑わすようになり、これらの者が危険な営業的犯罪のための一種の培養器となった。当時、隠語、すなわち種々の方言や身分用語、なかでも傭兵の「野戦用語」からなる、後にはまたヘブライ語の語彙とジブシーの用いる語彙とからなる雑ぜこぜの犯人用語が生まれた。ルッターは一五二三年に詐欺師の術策と詐欺師の隠語に関する小冊子を用意しているが、その序文には次のことが述べられている。「私自身、ここ数年来、私が告白をしたい以上にこれらの流浪者や三百代言者によって瞞され、試みられて来た」。

言うまでもなく、これらの「有害な人々」に対しては、官憲により、または諸都市により、恐ろしく残忍な、全く

無法な刑事手続によって犯罪闘争が行なわれることになる。当時、ニュールンベルクの人々について、吊す相手がなくなったら自分を吊すことであろうという冗談が生まれたほどである。しかしこのことによって彼の時代の刑法の欠陥に、なお一つの新しい欠陥が付加されることになった。無法な恣意がこれである。そして、同じ頃、外国語、すなわちローマ法とカノン法とがイタリアからドイツにもたらされたときには刑法の状態は全く耐え難いものとなっていた。地方によって四分五裂した民族法、恣意的な官憲による刑法の実務、無知な審判人にとつて理解のできない外国法、これらの混乱状態にあつて、今や、もともと何が法律上正当なのかを知る人がほとんどいなくなつてしまつた。帝国立法の事業が、即刻、必要とされた。

一五世紀から一六世紀への回転期に、いま一度、神聖ローマ帝国の老体に新鮮な血液の流れがおくられようとするかに見えた。一四九五年には、永久ラント平和令が制定され、帝室裁判所が創設された。一五〇〇年にはクライス制が定められ、また帝国統治院が設立されて短期間存在したが一五二一年から一五三〇年迄もう一度復活した。このような大帝国改造計画の範囲に加えられるものに、一四九八年にフライブルクで帝国議会の行なつた決議がある。「帝国における一般的改造と秩序とは、刑事事件において訴訟手続を如何に進めるべきかを定めること」がこれである。この帝国改造の指導者のうちに属していた人（シュヴァルツェンベルク）の功績によって、それから三〇年以上を経て、この決議が現実を実施されることになった。（中略）一五三二年、終に、レゲンスブルクの帝国議会で、カール五世皇帝の刑事裁判所法が上程され、議決されたのである。^(四)』

『カロリナ法典は、その基盤において、刑法典ではなく刑事訴訟法であり、刑法典はそのうちに挿入された形をと

っている。当時の刑罰制度の欠陥は、確かに刑事手続に根ざしていた。すなわち、一方ではかの民事訴訟的な刑事訴訟観、言いかえれば訴訟の開始と進行とが主にこれに關与する私人の主導權に、換言すれば被害者の私訴と被疑者の雪冤宣誓とに委ねられていたことに、他方ではかの無法な手続方法に、すなわちこの手続を通して職權により、国家により刑事手続が行なわれ始めたことに根ざしていた。カロリナ法典はこのような決定的対立についてどのような態度をとったであろうか。（中略）

カロリナ法典は、訴訟の開始についての普通の形式としては、被害者の私訴を固執した（第二一条以下）。国家の任命した起訴者による訴の提起は時として言及されている（第八八条、第八九条、第一八八条、第一六五条、第二〇一条）、しかし以後の發展にとって決定的なものとならなかった。今日の檢察制度はカロリナ法典に述べられている「職權による原告」から發展したのではなく、國庫の代表者から發展したものであり、むしろ、漸く一九世紀の中頃にフランスから輸入されたものである。これに反してカロリナ法典は糾問訴訟の形をとる職權による訴訟の開始を以後の時代に対して決定的なものとした。言うまでもなく、カロリナ法典は「当局および職權による犯人の引受」を僅か数ヶ条（第六条から第一〇条まで）において、それも刑事手続の例外形式として規定しているにすぎない。しかしこれらの規定を基礎として考えるならば、この例外がやがて原則となるであろうということが予測されるのである。私訴者は無罪の言渡を受けた被告人に損害賠償をしなければならぬという危険な立場におかれ、さらにその場合に備えて訴訟の開始時から被告人に対して保証を行なう必要があり、もしこの保証を行なうことができないときは、被告人と同じ様に、自分も未決勾留に服さなければならぬのである（第二二条、第一三条、第一四条、第六一条）。私

訴者に対してこのような負担が課されている場合には、被害者が私訴の提起を行なうことを次第に差し控えるようになるであろうということ、しかも、いやくも犯罪が処罰を免れることがあってはならないとするならば、ここに残される唯一の道は糺問訴訟であるということは予測されることである。

糺問訴訟の不変の功績は、犯罪訴追ということが国家の任務であって被害者の私事ではないという認識をもたらしたことであり、その不運な欠陥は、糺問訴訟が国家による犯罪訴追の仕事を裁判官に委ねたために、裁判官と当事者という二つの役割を一人の者が演じることになった点にある。弾劾訴訟が原告、被告人および裁判官という三訴訟主体の間で行なわれたのに対して、糺問訴訟は僅かに二訴訟主体、すなわち裁判官と被疑者とをもつにすぎなかった。被疑者は、無防備のまま、裁判官としての絶対的権力を備える訴追者の犠牲に供せられることになる。被疑者はまずもって自分を弁護するために設けられている手続の主体としての地位から格下げされて、なによりもまず、自分に不利益な有責証拠を自分から提供することを予定されているところの手続の客体としての地位におかれることになる。

このことによって、すでに糺問訴訟の証拠法も特徴づけられるのである^(五)と説いている。

このような状態にあって、『起訴者が裁判官であるときは、弁護人として神に頼るほかない』という格言が糺問訴訟について言われるようになるのである^(六)。

(三) J. Kohler, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., 1919, S. 188f.

(四) Die *Peinliche Gerichtsordnung* Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina) herausgegeben und erläutert von G. Radbruch 1960, S. 3ff.

(五) a. a. O. S. 14ff.

(六) G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft 7. u. 8. Aufl., 1929, S. 14f.

二 糺問訴訟から改革された刑事手続へ

中世の刑事手続の欠陥を埋めるために登場した糺問訴訟の実施も、時の経つにつれて、上述したような弊害を惹起し、やがて、その弊害を除去するために、檢察制度を導入することになるのである。コーラーは次のように説いている。『積極的審理主義の本質をなすものは、その訴訟が一般に当事者訴訟でないということである。言いかえれば、原告も被告も存在しない。訴訟は訴なくして開始され、裁判官は自分で訴訟を起こすことが許されるし、また訴訟を意のままに終結させることができるのであって、その際、起訴者の起訴を意に介することがない、何故ならその決定権をもっているのは裁判官にほかならないからである。ここでは訴訟は国家と被疑者との関係ということになり、その際、裁判官は必要と考える一切の措置を講ずることによって人をして正しい目標に到達させる義務、言いかえれば個々の事案において国家が処罰する権利をもつか否かを確定する義務を負っているのである。』

積極的審理主義の実施は、時の経つうちに、いくつかの弊害を惹起した。一切の党派性を捨てて、事件を被告人に利益な側面からも、また不利益な側面からも十分に審理して、明暗を平等に分つという裁判官に与えられた多面的な任務は、理想的な、公平な、そして親切な裁判官を待って初めて全うされる。ここに人間的な多くの事柄が現われる。すなわち裁判官が有罪の情況のあとを追うということになれば、全体として必ずしも公平性を備えるとは限らな

るので、事件を他の側面からも吟味し、責任を免れさせる事由をもあらゆる角度から予断を抱くことなく顧慮するというわけにいかなくなってくる。裁判官が変じて起訴者、それも弁護を無用の長物と考え、そのみならず、事態を不明にし、法の前途をはばもうと専心狙っている有害な所業であると考え起訴者となることも稀ではなかった。特別な弁護人が現われても、そのことはこれに対して救いとならなかった、何故なら彼等といえども裁判官の一方的な先入的反感を取り除くことができなかったからである。その切り抜け策は、裁判官から有罪の情況や負担を課する諸事情を探し出す任務を取り上げて、この活動を他の者の手に委ねる以外にはこれを見出すことができなかった。

このようにして、スペイン、フランス、ドイツおよびオーストリアに、そのような切り抜け策を提供し、その欠陥を埋めるために定められた一つの制度が現われた。今日、檢察制度と呼ばれているものがそれである。

検事は、当初、財務官であった。彼等は租税が正しく入金するように配慮しなければならなかった。しかも最も重要な国家的収入となっていたのは、裁判所、とくに刑事裁判所の収入であった。何故なら罰金はきわめて瀕繁に言渡され、また没収も、しばしばそれも好んで言渡されたからである。ところで国庫の代表者はこれらの収入が国王の手に渡らないままになってしまふことのないように配慮しなければならなかった。このようにして彼等の任務と考えられるようになったのは、犯行を捜し出してこれを告発し、それによって裁判所が事件の裁判において罰金または没収を言渡しこれを国庫に供給することができると途をひらくことであつた。国王の裁判所が領主の裁判所に先を越されることのないようにすることが大切であるとされればされるほど、ますますそのように考えられることとなった。何故なら、一般原則があつて、事件は最初に係属したところで審判されることになっていたからである。このようにして

国庫の代表者は刑事訴訟上の活動機関となったのである。今や彼の任務となったのは、なによりも先に刑の執行を行なうこと、次に裁判所に刺戟と材料とを与えて裁判所をして犯人を追求させ、処罰させることであつた。身体刑または生命刑が問題となる場合にも彼はこれを行なつた。おそらく生命刑がしばしば財産没収と結びついていたからである。フランスにおける検事 (procureur) がそのようであり、オーストリアおよびボヘミアにおいてもそのようであつた、ここでは国庫代表者の職は起訴官庁となつた（一五三〇年、一五四八年、一五六四年、一六〇五年、一六一七年の各法律）。マルクブランデンブルクにおいても我々はその萌芽を見出すのである。しかし、この制度は、ここでは正常な発展を遂げなかつた結果、一九世紀のドイツ法においてフランスの形式の後を追うことになつたのである』⁽¹⁷⁾と。すなわち、

『ブランデンブルク・プロイセンでは一五世紀に（最初に言及されたのは一四六八年である）選定侯室裁判所にいわゆる「国庫の代表者 (Fiskal; procurator)」がいた。彼は選定侯の国庫上の利益、言いかえれば財政上の利益に留意し、高権が遵守されるように注意を払い、特権収入の侵犯がなされる場合にはこれに介入してランデスヘルの封主権を代表する任務を与えられていた。選定侯の国庫上の権利を掩護するという国庫代表者のこのような義務からやがて、一般的に、秩序と正義とを維持することについて配慮すべき義務が生まれてきたのである。（中略）刑事訴訟での国庫代表者の活動は漸く一六世紀の後半になつて確立される。この頃に糾問訴訟の支配が始まつた。糾問訴訟は一五四〇年のブランデンブルクへのカロリナ法典の導入以後次第に弾劾訴訟を押し除けていつて、ついに一五九四年にディステルマイエルのラント諸国憲によつて有効とされるに至つた。その本質的要素は、周知のように、もはや起訴

にもとづくことなく職権によって訴訟が開始されること（職権主義）、裁判官は起訴者であると同時に審理を行なう者でもあること（糺問形式）、およびその目標が実体的真実の追求であること（職権審理主義）にある。

一五八〇年頃、国庫代表者は糺問訴訟において全訴訟審理上の義務を負わされた。すなわち、一切の捜査、成立要件の確認、刑事被告人および証人の尋問、言いかえれば大体において今日の前訴訟手続について義務を負わされた。言うまでもなく、裁判官としてではなく選定侯の執行機関としてである。（中略）

一七世紀に国庫代表者の権利は著しく拡張された。（中略）訴訟における国庫代表者の職能の拡張にもなつてこの制度の組織も変つた。一六世紀には一人の国庫代表者のみが侯室裁判所にいたのであるが、一七世紀にはその職が分けられた。まず新しい属州（チューリッヒおよびプロイセン）が特別の国庫代表者を受け入れた。その活動領域の拡大にもなつて、個々の官庁で、その財政上の利益に留意しなければならないところの特別の国庫代表者を任命するようになった。（中略）

一七〇四年に、ベルリンの国庫上の法律顧問 (*advocatus fisci*) は国庫代表者の長、すなわち王制上の国庫に関する最高官吏となり、それ自体、全国庫代表者職の首位を占めるに至り、これとともに官僚的組織化が貫徹された。国庫代表者の長は同時に全プロイセンの国庫代表者の上役となり、ベルリンの国庫代表者仲間 (*Berliner collegium fisci*) の首位を占めることとなった。しかし彼の地位はどうみても明瞭に限界づけられていないし、また強力なものではなかった。彼は三つ関係官庁に同時に依存していた。すなわち、(イ) ランデスヘルの官吏として国王の内閣に、(ロ) 司法官として司法の主務大臣に、(ハ) 訴訟機関として上級上訴裁判所の長官に依存していた。全国庫代表者の地

位の不明瞭なこと、すなわち一方で国王と司法大臣とに、他方で裁判所に依存することが、国庫代表者の長の地位に反映していた。彼は個々の国庫代表者を職務上監督しなければならなかった。さらに、仕事の配分を規制し、また大臣と内閣との職務の交流を仲介しなければならなかった。

国庫代表者に対するその長の地位の不明瞭なこと、国庫代表者がその長と裁判所とに同時に下属することから、国庫代表者と侯室裁判所との間に争いが絶えなかった。このような拙劣な組織は国庫代表者の少ない報酬と併せてプロイセンの国庫代表者職の急速な消滅の主要原因であった。これに加えて刑事訴訟からの国庫代表者の排除——これに代わって審問官として特別顧問または他の裁判所職員が登場した——および国庫上の小訴訟への限定が行なわれた。警察上の任務はますます前面に現われ、遂いに国庫代表者は悪い意味での「法律の番人」、すなわち多数の警察令（勝負事の禁止、日曜日の安息、検閲など）の維持に気を配るところの警察国家の単なる告発人と化してしまった。このようにして国庫代表者はやがて無用のものとなり、一八〇九年には、欠員を生じてもその国庫代表者の地位はもはや空席のままにしておくものと定められた。これによってプロイセンの国庫代表者の職は消滅してしまつた⁽¹⁾のであるとされている。

一九世紀に刑事訴訟において第二回目の外国法の継受が行なわれ、これによって検察制度も採用された。すなわち、ウルマンによれば、『ドイツにおける検察制度は、大体において、フランスの検事局（ministère public）を模範として定められたものであるが、現行フランス法の諸規定ならびにフランスのこの制度の全歴史的基盤および使命と比較して、幾多の修正を経ている。歴史的に跡づけることのできるフランスにおける検察制度の萌芽は、一四世紀の

前半に認められる。この制度は、一八〇八年一月七日のフランス治罪法において、また一八一〇年四月二〇日の構成法によって今日見られる形体のものとなつた。^(五)『これによれば検事局は統一的に組織され、政府に依存するところの国家的官庁であつて、司法行政上の職務の遂行ならびに刑事および民事の訴訟手続において国家の利益を代表するよう指定されている官庁である。司法行政上の機関として、検事局は全司法行政、言いかえれば裁判官および司法警察官吏、弁護士および司法補助官吏について監督権を行使する。また、検事局は諸裁判所と行政権の諸機関との間の連絡を仲介する。刑事事件では司法権の機関として、検事局はとくに司法警察の職務および予審の進行を監督する。検事局は公訴を提起しそしてこれを維持しなければならない。終りに、検事局は判決の執行について配慮しなければならない。民事事件では司法権の機関として、検事局は法律の遵守を監視しそしてこの目的のために鑑定の上立を行なう権利をもつ。民事事件での検事局の正式の干渉は、民事事件の当事者が訴訟の客体に関して私法上これを処分する権能を賦与されている限り、排除される。本来の当事者権が検事局に帰属するのは、国家が民事訴訟において、その特別の保護の下においている者にかかわる場合にかぎられる。国家がある民事訴訟に直接関与する場合には、検事局は主たる当事者として職務を行なう。これに反して間接的に公益にかかわるにすぎないときは、検事局は副次的当事者 (partie jointe) として活躍する (中略) その職務のこのような累積は、フランスの検事局の裁判所に対する関係を幾通りにもしているので、検事局は裁判所に対して、上位関係、並列関係および下位関係に立ち、このことから刑事訴訟について当事者権の不平等な分配および弁護側に対する検事局のはっきりした優位が生じてくる。』^(二〇)『ドイツの立法事業が検察制度を継受するについて、大体においてフランスの模範に従つたにもかかわらず、それは一方にお

いて検事局に対する裁判所の独立性を擁護し、また他方において検事局の任務をできるかぎり刑事手続の改革にあたり、その導入が必要であると判明したものにだけに限定しようと努めたのであった。この任務とは公訴を提起することおよびこれを維持することであった。従つて主として問題となつたのは国家的起訴機関の創設ということであつたが、その模範およびライン左岸のドイツ国領土にこの制度がすでに同化していたという事情は影響を及ぼさないわけにいかなくつた、そしてこの制度の導入された直接の目的を越える様々の属性を含めてドイツ檢察制度は形成された。個々の邦での成行きは一樣でなかつた。すなわち二・三の邦ではフランスの模範が優位を占めたが、他の邦ではこの制度の導入の目的が前景に立ち現われた。検事局の地位がそれほど明瞭に打ち出されていない場合で疑問のあるときは、フランスの見解に優位が与えられた。このような見解に立つものとして、まずプロイセンおよびハンノーバーがある。ここでは、検事局は公益を図るための邦政府の機関として、また法律を維持する者として考えられた。二・三の邦では、検事局は公訴を維持することに制限され、他の邦では検事局から司法警察を指揮することまたは独立して立証する権利が奪われ、終りに二・三の邦では検事局のほかに裁判所にも刑事訴追の主導権が認められた。とりわけ検事局の起訴独占権および法律の番人としての検事局の特権的地位と関連するところの實務上の著しい弊害は、一八六〇年以降、様々の改正案を提出させるにいたつた。これらの改正案は、大体において刑事訴追権を一樣に行使すること、訴訟手続で検事局と弁護側とを対等とすること、および司法警察を検事局に従属させることを狙ひとしたものであつた。しかし提案された改革の方法は決してフランス法から借用した原理との決定的訣別を意味するものではなく、しばしば糺問主義的伝統の影響を受けながらも改革されたドイツ刑事訴訟に立脚するものであつた。常

設的起訴官庁を廃止しようとする提案はそれほど注目されなかった』^(一一)とされている。

とくにどのような観点が檢察制度の導入に対して決定的なものとなったのかについて、シュミットは次のように述べている。『最も注目すべき覚え書から、これをはっきりと知ることができる、この覚え書はプロイセンの司法大臣であったフォン・サヴィニーとウーデンとが一八四六年三月二三日に提出したものである。一九三三年以後、一〇〇年前の檢察制度の導入と結合した目標設定に関して広められたところの歪んだそして誤った諸判断に対して強調されなくてはならないのは、「刑罰権を分割すること」、そして刑罰権が二つの官庁に現われるようにさせ、このようにして「相互に反目させて」(ヘンケル)、刑罰権を相互的抑制および統制に服させることが問題であったのではない、という点である。国家の主導権を破滅させるためではなく、法の理念を刑事訴訟で活動させるために、一九世紀の改革者は檢察制度をフランス法から転用したのである。上に述べた覚え書によれば、検事は「法律の番人として、被告人に対する手続に際し、最初から、いずれのところでも法律に満足が与えられるように活動する権能をもつ」ものとされている。このことからフォン・サヴィニーとウーデンとは次の考えを導いてくる。すなわち検事は、「被告人に不利益に行動するのとまさに同じ程度に被告人を保護する義務を負う」ものであること、(当初、検事の主要任務と考えられていたところの)上訴申立の権能は「検事の義務とされる職務の一つにすぎない」こと、そしてなによりも先ず検事の「法律の番人としての効力は被告人を裁判所の審判に付して初めて、ではなく警察庁のこれに先立って行なわれる処置に際してすでに」發揮されなければならないことがこれである。後者はきわめて重要な観点に触れるものである。裁判所と警察庁との間にはしばしば刑事司法の問題について不和が生じた。これは結局のところ合目的性の

思想と正義への努力との対立に帰着するものであった。検事局は今や——このようにブロイセンの両大臣は表言した——「両者の許で」（すなわち、警察と裁判所の許で）「法律の番人として職務を行なうことによって双方の間に仲介地帯を形成する」ものとされた。ところで、一八世紀に定着した裁判所の全ての伝統にふさわしく、裁判所は警察庁が必要とするよりも遙かに法律の番人を必要としないことは自明の理である。もし警察庁の活動が検事局のような官庁の下におかれたとしたならば、もし警察庁が一切の刑事警察上の捜査を検事局のためにのみ、そして検事局の指図に従ってのみ行なわなければならないかつとしたならば、これによって前手続での全捜査活動は法的な観点に従って、また法律を顧慮して行なわれ得るように最高度に配慮されたことであろう。糾問訴訟での予審判事の心理学上の位置と前手続で捜査を行なう検事の立場とは、責を負わせる事情および責を免れさせる事情を顧慮する義務を負うにもかかわらず、比較にならないものがある。何故なら検事局の前手続では決して自白の獲得や罪の承認が重視されることなく、問題とされるのは、もっぱら、公訴を提起するに価する十分な嫌疑が存在するかどうかという点だからである。検事局は無罪と結合する否認を理由とする不必要な公訴に全く関心をもたないので、その独自の職務上の関心事から、検事局は嫌疑の問題について客観的な態度をもって終始することのできるように配慮するようになる。検事局は独自の関心を抱きながら、責を負わせる事情と責を免れさせる事情とを評量する傾向をもつようになる。このようにして司法省に従属するところのたとい裁判官としての性格をもつものではないにせよ司法官庁としての検事局の導入には、不必要な公訴が避けられ、従って個人の正当な利益も保護されることになるであろうという期待を寄せることができたのである。上に述べたことから、同時に何故に検事局がまさに司法省の下におかれ、決して内務（警

察)省の下におかれなかったのが理解される。司法省は確かに一つの行政官庁である。しかし、コッシェーイ、フオン・ツェドリックツ、カルメルの時代からその特色をなしている偉大な伝統は、司法省をして国家の権力をではなく、国家の法意思を代表させている。従って法規に適った指揮以外のものは一九世紀の司法大臣にとって全く問題となる余地はなかった。検事局の「独立」の地位は、まさに、検事局が司法省の下におかれたことによって、与えらる必要がなかったのである』と。⁽¹¹⁾

(七) J. Kohler, a. a. O. S. 189ff.

(八) E. Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, 1932, S. 2ff.

(九) E. Ullmann, Lehrbuch des Deutschen Strafprocessrechts, 1893, S. 222.

(一〇) E. Ullmann, a. a. O. S. 222, Anm. 2. なお、ケルンは、検察制度の使命はフランスでは通俗的に次のように解されているとしている。すなわち、『検事局は、法律のためには機関となり、司法のためには調節器となり、弱き被圧制者のためには慰めを与える支柱となり、公益のためには擁護物となり、社会のためには代表者を与え、そして悪者に対しては彼にとって恐ろしい公訴官を対峙せしめる一つの制度である』と。E. Kern, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, 1954, S. 53.

(一一) E. Ullmann, a. a. O. S. 223f.

(一二) E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1951, S. 323ff.

結 語

一九世紀になって、以上のようにしてライン右岸のバイエルン、ヴュルテンブルク、バーデン、プロイセン、ハンノーバー、ザクセン等に檢察制度が採り入れられて行くのであるが、その間、一八四八年のフランクフルト国民會議の諸要求のうちには、裁判所での訴訟手続は、公開し、口頭によるものとする^(二二)こと、刑事事件においては弾劾訴訟が行なわれること、が含まれている。そして一八七七年二月一日のドイツ帝國刑事訴訟法の成立する頃には、マクレンブルクの両大公国およびリッペおよびシャウムブルク・リッペ兩侯国を余すのみとなつて^(二三)いた。やがて検事局の組織については一八七七年二月七日の裁判所構成法 (一二二条—一五三条) に、その活動範圍の主要事項については帝國刑事訴訟法に規定がおかれるに至つた。

グラウザーは、『最新のドイツ刑事訴訟の事実上の發展にあたって、四つの標語が規準的なものとなつた。すなわち弾劾訴訟、口頭主義、公開主義、陪審裁判所がこれである。これらのうち、本来、第一のものが事の本質にとつて、言いかえれば刑事訴訟の課題の核心にとつて、刑事訴訟の構成にとつて決定的な問題に触れているのであつて、他の三つのものは、比較的外面的なものである』^(二四)とし、ヒッペルは、『糾問訴訟に対する現代弾劾訴訟の實質的な決定的な進歩は、二重のものである。1 犯罪捜査はもはや裁判官の任務ではなく、検事局の任務であり、裁判官は検事局の公訴について裁判しなければならぬ。従つて裁判官の一身上の客観性が整えられた。2 事實審の裁判官は公開・口頭による審理、およびこの審理における証拠調にもとづいて、公訴を独自に實質的に吟味する可能性を

もち、それと同時に義務を負うことになる。言いかえれば、事實審の裁判官は、もはや法定的証拠理論を伴う犯罪捜査の一件書類によることなく、自分の知識にもとづき、しかも良心的な自由な確信に従って判決を下すのである。この二つの要素は、ともに、有能で良心的な裁判官の手に、公正な真実の捜査と裁判との保証を提供しているのである^(二五)。『検事局は形式的には訴訟当事者として、言いかえれば弾劾訴訟における起訴者として登場する。実質的には検事局はそれ自身当事者ではなく、訴を行なう国家の当事者代表者であり、このようにして独立の国家的裁判所に対して正義のために法律の定める手続において国家的刑罰権の存否に関する裁判を促すのである。このことから、同時に次の結果を生じる。すなわち、検事局の任務は一方的に責を負わせることではなく、責を負わせる事情ならびに責を免れさせる事情を十分に顧慮して公正な判決を招来することである。』^(二六)とし、コーラーは、『検事の義務として、責を負わせる争点の確認のためのみならず、責を免れさせる争点の確認のためにも活動すべきであって、万が一、検事が被疑者に有利な事情であって、それがあれば被疑者は無罪となり、または軽い刑を科される事情の確認を無視するとしたら、彼は自己の義務に著しく違反することになるであろう』^(二七)と説いている。

現行ドイツ刑事訴訟法第一六〇条第二項前段は、『検事局は責を負わせるのに役立つ事情のみならず、責を免れさせるのに役立つ事情をも捜査しなければならない（以下略）』と規定している。^(二八)

検事局の果すこの役割は、ドイツ検察制度において、ひそかに誇りとされているのである。

(一三) K. Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht, 1898, S. 308.

(一四) J. Glaser, Handbuch des Strafprozesses, I. Bd., 1883, S. 208f.

- (1 丑) R. v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, 1941, S. 44.
- (1 午) R. v. Hippel, a. a. O. S. 232.
- (1 申) J. Kohler, a. a. O. S. 191.
- (1 未) vgl. K. S. Bader, Der Ankläger in heutigen Strafrecht, in „Schuld und Sühne“, 1960, herausgegeben von B. Freudenfeld, S. 44f.