

捜査と公訴の概念の変遷の推移

(フィンランド、デンマーク、スウェーデン、ノルウェイ刑事司法からの検証)

田 和 俊 輔

目次

はじめに

第一章 フィンランド

- 1 弾劾主義原則
- 2 捜査態様
- 3 捜査機関としての検事の介入
- 4 ヨーロッパ検事発想
- 5 ベルギーとの対比とわが国への示唆

第二章 デンマーク

- 1 総説 弾劾主義原則と警察
- 2 捜査態様
- 3 公訴機関としての警察と検事
- 4 弾劾主義と審問主義の併立
- 5 強制処分

第三章 スウェーデン

- 1 デンマークとの相違
- 2 祖法ドイツとその影響を受けたわが国との対比
- 3 フランス、オーストリアとの対比
- 4 スウェーデンの公訴、私訴概念とドイツの起訴強制手続及びわが国の
- 付審判
- 5 スウェーデンの捜査、公訴概念と検事捜査主体性と独、仏法
- 6 スウェーデンの捜査の公益性
- 7 検事の強制処分権

むすび

はじめに

捜査と公訴の概念は各国、時代、研究者によつて多様である。

しかし刑事司法が犯罪の制圧、被疑者の特定と検挙、証拠の収集という「捜査」手続と捜査の結果を基に、なされる「公訴」の概念は、被害者被疑者の人権を護る上で極めて重要である。

法益の侵害が犯罪である以上、被害者の保護救済が国の責務であることは言を俟たない。しかし加害者が真犯人であれば問題はないが、被疑者が無辜であつた場合、捜査対象として蒙る被害は物心ともに筆舌に尽くしがたいものがある。その場合その者に対して国が加害者として故意、過失の責を負うべきことはもちろんである。けれど、近世初頭まで専制絶対の国家観の下で、被統治者としてしか扱われなかつた臣民がひとしく国家構成員ないし主権者として、公法人としての国家と対等の人格とされるにいたつた現在、国家権力行使の過誤は必要悪として看過されてしかるべしとの弁明は許されないのである。この概念が最も強いのはフランス現行刑訴の私訴とドイツ刑訴の検事の公益代表者性、非当事者性、起訴強制手続であるが、両国の職権主義、糾問的性格の強い刑事人権保護の在り方と対照される行き方が英米法に見られる捜査、訴追上の当事者主義、弾劾主義であるが、これから派生する私人訴追主義、市民の公訴手続参加制度たる大陪審、令状主義、弁論主義、自己処分主義、保釈の拡大適用、予審の廃止、公開主義、伝聞

法則に見いだされる。

一八六七年以来、大陸法系ことに仏、独の指導下に近代刑事法典の制定をなし遂げたわが国が、第二次大戦の敗戦を契機に占領国合衆国の絶対的影響下に採択せざるを得なかった新憲法が、旧憲法の天皇主権下、総攬統治権下の国、臣民概念を覆し、国民主権下の民主国家形態をとったことが刑事司法に甚大な影響を及ぼし、それが今日に至っている。明治十三年の治罪法が予審判事中心の職権糾問主義的なものであり、明治二十三年旧憲法に合わせて制定の旧々刑訴もフランス法の影響の強い職権糾問であつたが、大正十一年の旧刑訴法はドイツ法の強い影響下に制定され、検事の職権糾問性の強いものであつた。それが昭和二十三年の新刑訴では被疑者にも弁護権が認められ、黙秘権が明確にされ、被告人尋問が廃止され、強制処分に裁判所令状を必要、起訴状一本主義（裁判所白紙状態公判臨場）、自白、伝聞証拠についての証拠能力の制限が規定され、職権主義から当事者主義へ顕著な転回がなされた。

しかし旧制の糾問主義から弾劾主義に転回したかというところは疑問である。伝聞証拠を排斥しながら、除外規定が多く、ことに司法警察職員の面前調書は供述者死亡、精神もしくは身体の故障、所在不明または国外にいるため公判準備もしくは公判期日において供述することができず、かつ、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき、供述が特信状況下にされたものであれば証拠能力を認められたり、任意捜査を建前にしながら捜査機関の出頭要求取調権は、被疑者に取調受認義務を課しているわけで、出頭拒否権、任意退去権の賦与をもつて全く糾問性を否定することは難しい。被疑者以外の者に対する出頭要求と取調権についても全く同様のことがいえる。また、起訴状一本主義、予断排除をうたいながら、犯罪捜査に不可欠の知識を有すると明らかに認められる者が任意出頭を拒めば第一回の公判期日前に限り、検察官が裁判官にその者の証人尋問を請求できることは公開主義、弁論主

義からも矛盾がないとはいえない。

また証人の裁判所外への召喚も、期日外の証人尋問も、証人の重要性、証人の安全のためとはいっても、弁論主義の建前には反するのではないかと思われる。また、少年の健全育成を期し、非行少年の性格矯正、環境調整に関する保護処分を行うためではあるにしても、少年法二〇条が少年の刑事事件について家庭裁判所が先議権を持ち、調査という名の捜査の結果、刑事処分相当と決定して始めて検察官に送付することは、裁判機関に捜査権を認めたわけで、やはり糺問のカテゴリーに入ると考えられる。同法四一条で少年の被疑事件の捜査を遂げた司法警察職員が罰金以下の刑にあたる嫌疑ありと料した場合、家裁に送致しなければならず、また四二条で捜査機関としての検察官が捜査を遂げた場合、家裁から送致を受けた場合のほかは家裁に送致しなければならないとされていることは、前期と同様の結論になると思う。

最後に、捜査と公訴の関係について特記すべきは、昭和二十二年刑訴から、旧刑訴時代、犯罪捜査の主体が検事であり司法警察官（警部補以上）は憲兵の将校、准士官、下士とともに検事の補佐官、巡査、憲兵卒（憲兵兵長）はその補助者とされていたが、警察を独立の捜査機関それも第一次捜査機関としたことである。戦前のものはフランス、ドイツ（英連合王国、デンマークを除くヨーロッパ型といってもよい）、戦後のものは合衆国型（州によって異なるが）といえると思う。

ここに問題がある。捜査とは警察法が例示するように、被疑者を特定し、場合によっては身柄を確保し、裏付け証拠を収集する作用である。公訴とは、訴因に基づいて検察官が国に科罰権を請求する作用である。検察官は公訴を提起するためにはそれが公判を維持する可能性の有無を決定しなければならない。刑訴法は検察官の捜査権の根拠とし

て一九三条①項で「捜査を適正にし、公訴の遂行を全うするため、司法警察職員に対し、その捜査に関し、必要な一般的指示を必要事項に関する一般的準則を定めることによつて行ふものとする」としている。つまり、捜査は公訴提起のための準備行為である。被疑者の特定、確保（逮捕）、証拠の収集は警察の責務（警察法二条）であるが、その吟味は検察官の責務である。吟味の結果、公判維持可能と決したときに行われるのが公訴である。してみると捜査は公判のためにあるのである。フランスで捜査は予審のためにあるとされるのは重罪のすべてが予審判事の捜査の対象になるからである。ここにドイツ刑訴についてゲセル Karl Heinz Gössel の「Schaltstelle 管理捜査」、ロクシン Claus Roxin の「警察という「手」の補助をもつてする捜査主体たる検事、リューピング Hinrich Rüping の「捜査主体たる「検事の伸ばされた手」⁽²⁾」である警察という概念が生まれる。また先進国共通法制として、検事は司法省、警察は内務省に属し、身分上の上下関係はない。また警察の責務は治安維持で、その侵害が犯罪となるから、付随作用として捜査が行われるのであつて、検事のように、公訴提起のための捜査ではない。次に検事は訴訟手続上の当事者（厳密には当事者的存在）であり、被告と対等の立場にあるが、警察は訴訟関係者であり、書記官、鑑定人、証人、通訳人と同じ立場であり、裁判所は訴訟主体である。それ故警察が被疑者確保を超えて取り調べるのは、弾劾主義、当事者主義の上からは適当でない。前述刑訴一九八条①②項、二二三条が任意退去権、供述拒否権の告知をもつて糾問性を除去して弾劾化したことにはならない。取調受認義務を肯定しているからである。また捜査終結権は二四六条により検察官だけがもつが（ドイツのような終結書への署名行為はないが）、刑訴法一九七条について、捜査結果を踏まえて「公訴提起をした後の被告人の取調は被告人の当事者たる地位に鑑み、捜査官が公訴事実について被告人を取り調べることはなるべく避けるべきで、するとしても任意捜査に限る」と昭和三十六年十一月二十一日の最高裁決定は

説
いう。また強制捜査の起訴前の勾留の請求権者は検察官に限られていること（刑訴法二〇六条）、捜査終結権は検察官

の独占であることなどから、検察官は公訴官としての職責を果たすために管理捜査権の主体であると結論できる。

論
しかしなお、問題が残る。それは独立第一次捜査機関としての警察が訴訟当事者でないのかかわらず、被疑者を

取り調べ、その調書や弁解供述録取書が伝聞法則の例外として証拠能力を認められ、判決資料となることの可否である。形の上では糾問になり、もはや弾劾でも当事者主義でもなくなる。刑訴法一九九条の逮捕状を許可状と見れば、この点はさらに肯定される。刑訴法二〇六条の起訴前の勾留状は命令状と解釈（検察官が請求しておいて、七〇条の執行指揮をしないことはあり得ないからである）されることの対比からも上のようにいえると思われる。

以上の諸点を総合すると、現行刑訴法は、弾劾当事者主義を標榜しながら、職権糾問主義の実体が強いのではない。もちろん、客観的実体的真実主義の尊重と、犯罪検挙の確実性からは賛意を表すが、捜査機関としての警察が公訴機関の捜査活動を形式化することは、起訴状一本主義を逆転させ、（警察）捜査機関が公訴機関を兼ね、裁判機関の判断を大きく左右することになると、建前とは正反対の警察による糾問手続に変容するのではないかとの観をもつ者である。

その意味で北欧三国は、上記の問題に対する回答を立法上持っていると考えられるので検証する次第である。

(1) Karl Heinz Gössel, Überlegungen über die Stellung der staatsanwaltlichen Strafverfahren und über ihr Verhältniss zur Polizei, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Paul Günter Pötz, 1980, SS. 334-336

(2) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 23 Aufl. C. H. Beck München, 1993 S. 59, Hinrich Rüping, Theorie und Praxis des Strafverfahrens, Stollfuß Verlag, Bonn, 1979, s. 55

第一章 フィンランド刑訴からの検証

1 弾劾主義原則

フィンランドは弾劾主義強化をうたい、直接主義、口頭主義、弁論主義、交互尋問性をとっているが、デンマークのような職権主義、審問主義はとらない。

2 捜査態様

これに関連して特筆すべきは捜査と公訴の関係でまず捜査の主体は警察であること、⁽¹⁾デンマークと違って警察機構の中に訴追部を持つが訴追業務は行わず訴追権もないこと。また起訴は国家訴追つまり検事の独占であるので、デンマークのように軽罪について私人訴追を認めない。⁽²⁾ところで検事は捜査権を全く認められないかというところではない。警察はフィンランド独特の捜査つまり「公判前捜査」*pre-trial investigation* 手続進行中に微罪以外の事件一切を⁽³⁾検事に報告しなければならない。しかもこの段階は対象者が犯罪被疑者たりうるかの時点である。つまり捜査を遂げた段階ではないのである。これが検事に尋問に立ち会い被尋問者に尋問する権利を行使させるのである。捜査指揮者は捜査手続中に捜査手段と強制処分を決定するが、捜査終結の結論として、捜査で収集された資料、記録を求刑のために検事に回すのである。

3 捜査機関としての検事の介入

この時点で捜査手続の決定権と強制処分権は検事に移るのである。⁽⁴⁾一九九七年の捜査法の改正で刑事訴訟手続の根

幹として捜査中に警察捜査に従前以上に、下級裁判所では検事が介入しうる権限が拡張された。⁽⁵⁾そしてこの目的を確保するために同法五節上段により、検事は警察に下命権を与えられた。そして捜査指揮者の申し出があつても捜査の不執行、不起訴の予想される事件での捜査の中止を命じられることになった。またさらに公式の捜査終結にあたつて、さらに警察に補充捜査を命ずることもできるようになったが、⁽⁶⁾検事の権力強化の目的は不起訴が推定される満足な標準を捜査に設け、また地方裁判所での集中審理に耐えるような証拠が出せる方法で捜査の準備を固めたいというにあった。

また特筆すべきは眞実発見主義の上から、被告から合法的な請求があれば、警察も検事も尋問なり、他の捜査も行えるとしながら、法律上、被告の代理人に捜査権を与える、つまり訴追側に立つものに被訴追者が自分に有利な証拠の解明や確保などの仕事を依頼することは論理的にできず、そのようなことが仮にあれば、一般市民に対する以上に訴追側に異常な負担を強いることになる。だから被告の代理人の質問に答えたり、被告に自分の捜査した証拠物を与える義務はない。その結果、相手方のした供述はいかに被告が争わなかったとしても公判廷での証拠にはならない。処罰で強制される旨告知された上での警察によつて作成された供述でなければ証拠にはならない。それ故公判前の警察調書が直接主義、口頭主義の刑事手続で全く役立たないのと同様、この記録は役立たない。それは司法手続法一節一七章が間接資料は証拠能力のない証拠だと規定しているからである。⁽⁷⁾こういつたことが検事の権限強化につながるのであるが、警察の捜査が優勢であることと捜査についての検事の権力とは捜査手続中の被疑者の弁護人依頼権、告知請求の拡張防禦権、正当な防禦権の請求に対する警察の捜査義務による差引勘定であるといわれている。

iii)で現在北欧でヨーロッパ検事 European public Prosecutor (Epp)⁽⁸⁾ という発想があることを紹介し、捜査と訴追をめぐる一つの問題が提起されていることに言及したい。北欧デンマーク、スウェーデン、ノルウェー、フィンランド、アイルランドはいずれも文化水準の高い経済的に安定した国と評価されている。しかしそれだけにEUマーストレヒト条約、ヨーロッパ国際人権協定のいうように、人と物の交流が進めば進むほど、国際的な経済事犯、詐欺犯が増大することも予見される。それに対する発想であるが、同じ北欧でも、価値観とそれに基づく立法に大きな開きがあることが指摘されている。すなわち、後述するように、デンマークは、警察捜査拡大の方向にあるため、⁽⁹⁾ 検事の捜査権を否定すべく、公訴権のみに責務を限定せよというに対し、フィンランドは前述のように、公訴適正化のために検事の管理捜査権強化に向かっており、スウェーデンは、捜査の主体は特に詐欺事件についてあくまで検事であり、詐欺の可能性のある予備捜査が警察によって開始されても、原則として検事が捜査に責任をもち、指令を発することができ、特に複雑でその他特別なある種の事件では検事は犯罪を犯したと合理的に疑える人物があれば直ちに捜査の指揮を引き継ぐものとされている。⁽¹⁰⁾ またフィンランドとヨーロッパ検事 (法律家団体 Corpus Juris 規約一八、一九条) 発想との差異に「フィンランドでは予備捜査機関 (警察) と訴追の判断の独立が重要と考えられており、検事は偏見なしに独立して、客観的に訴追し得るために、実体捜査の主権者たり得ないとするに對して、ヨーロッパ検事は捜査と訴追の判断の両者に責任を持つべきとされている上、⁽¹¹⁾ 制度の均衡をとるためフィンランド刑訴になじまない「治安判事」「judge of freedoms」が存在している」との指摘がある。

5 ベルギーとの対比とわが国への示唆

そしてヨーロッパ検事発想の一国ではないが、旧ベネルックス共同体の一員であり、北欧三国 (デンマーク、ス

説

ウェーデン、フィンランド)と密接な関係にあるベルギーは、ナポレオン法典とその系列にあった旧フランス治罪法を忠実に継承しており、犯罪捜査の主体は予審判事であつて、⁽¹²⁾司法機関が警察を指揮して捜査を行つており、公訴と司法は分化せず、公訴と捜査も分立していない。しかしそれによつて真実の発見、客観的正義の実現がはかられてゐることも事実である。

論

わが国の弾劾的捜査観を刑事司法民主化の唯一の金科玉条とすることは、それが警察糾問の是認につながる過ちを犯すことになりかねないという見地から、その反省の転機としてフィンランド刑訴を概観した。

- (一) Juha Sihio, Defence rights in the memberstates of the European Union Report from the Associations of Lawyers for the Protection of the Financial Interests of the European Communities; Reply from the Finnish Associations to the questionnaire circulated by Avv. Vania cirese on 11 february 1988, Reply prepared by Juha Sihio. p.2. 16
- (二) Matti Joutsen and Raimo Lahti. Finland Criminal Justice Systems in Europe and North America. Helsinki. Finland. 1997. p.8. 14, 20
- (三) Juha Sihio. op cit.. p.2
- (四) Juha Sihio. op cit.. p.3
- (五) Juha Sihio. op cit.. p.3
- (六) Juha Sihio. op cit.. p.3, 4
- (七) Juha Sihio. op cit.. p.14
- (八) Ken Roberts. Rapporteur. Report on Articles 18 and 19 of Corpus Juris Finland. Sweden and the UK. 1998 p. 1
- (九) Gerhard Kodek (Generalanwalt Dr.) Der Staatsanwalt im Vorverfahren unter Berücksichtigung der StPO-Reform. S. 132

(10) Ken Roberts. Rapporteur. Report on Articles 18 and 19 of Corpus Juris Finland. Sweden and the UK. 1998 p.5. Jahreborg. Swedish Report.p.2

(11) Petri Jaaskelainen ILD (State Prosecutor). office of the Prosecutor General. Memorandum. 30 March. Reg. No.26/62/98.p.3

(12) Christine Van Den Wyngaert. Criminal Procedure System in the European Community. Butterworths. 1993 London. Brussels. Dublin. Edinburgh.p.3.4.31

第二章 デンマーク刑訴からの検証、特色

1 総説 弾劾主義原則と警察

北欧の刑事訴訟法の特色は二つある。一は当事者弾劾。二は弾劾主義といいながら、捜査機関である警察が捜査段階において被疑者を取り調べその結果が判決の基礎になり得ることである。その意味では捜査段階で警察が当事者的地位を占めていることである。この線に沿ってデンマークは予審を持たない。これはE.U.マーストレヒト条約の刑事司法における歩み寄りに賛成しながら、完全にナポレオン法典とフランス旧治罪法を踏襲し、捜査機関として予審判事を堅持しているベルギーと対照的である。デンマークはその上、検事の捜査が管理捜査に限られている点、逆に、警察の捜査が自主的、独立的であつて、地方警察管区長、次席において軽罪についての公訴権を持つ点も注目値する。ただしこの二職は法曹資格の所持者であるから、乱訴防止の手立ては施されているが、身分はあくまでも警察官だから、C.P.S.が十二年前に誕生するまでのイングランドとウェルズの警察訴追と同様であるといわざるを得ずそ

れは捜査機関が訴追機関を兼ねる意味で糾問である。

2 捜査態様

デンマークの犯罪捜査は警察によつて行われ、予審判事を持たない。警察組織は五十四の警察管区に分かれ、単一組織である。以前の都市警察は年月を経て現在国家警察に統合されている。警察業務は私服の犯罪捜査、制服警邏、交通警察に分かれているが単なる行政上のもので法的重要性はない。犯罪で被害を蒙つた者は警察に対し告訴権があるが義務はない。公務員、高速運転者、重大犯罪について例外があるのみである。警察は告訴または職権認知によつて活動する。その任務は犯罪成立の有無の検証、証拠の収集、被疑者の発見である。捜査中、警察は事件が告訴に値するか否かに無関係に証拠を収集しなければならない。弁護士は警察捜査の結果を吟味することができ、その内容を被疑者に伝えなくてよい（刑訴七四五条）。警察が弁護士からの要求を拒めるのは例外的である（同七四六条）。それ故、弁護士が私的捜査することは稀だし、違法である。

数種の強制処分は裁判所だけが決定する。強制処分（審問代理）の行使は七五四条a項―七五四条e項で限定されている。捜査手続について被疑者と警察の間に疑義が生ずると、裁判所が決定を下す。被疑者その他の者が捜査に関して、警察の態度例えば、暴行凌虐等を申し立てるには、上級警察官署か地方警察苦情局に対して可能である。

3 公訴機関としての警察と検事

地方警察管区長はほとんど全軽罪事件を訴追できる。捜査が終了すると、警察管区長か次席の一人は証拠が訴追を維持できるか否かを決定する。管区長と次席は法曹資格を持つ。捜査中、警察は政府のメンバーとしてではなく職務を客観的に行使する（客観的眞実主義 objektivetsprincipet）⁽¹⁾。

不起訴と起訴猶予または起訴の取消は異なる。検事は、犯罪の立証に必要な個々の要素に必要な証拠の有無、つまり有罪が現実にとれる見込みのあることを判断しなければならない。

不起訴は検事が、捜査の結果、被害者が有罪とされ処罰の可能性があるとは考えられないと判断した場合である。起訴猶予や起訴の取消は、社会的悪影響がなければ有罪ではあるが、特に寛恕すべき状況に照らして起訴猶予することができることになっているから、デンマークは起訴便宜主義 *Opportunitetsprincippet* である。公訴取消は二つの範疇があり、条件付きと無条件がある。規定には無条件のものは多くない。真面目な運転手が太陽に目が眩んで他の車に突っ込んで、彼自身が重傷を負い子供や血族が死ねばそれ以上の処罰は不要。一九八七年法改正でこの処置はより容易化。検事は事件の重要性や予想される判決の均衡上、訴追が困難や費用や期日の長期を要する場合、公訴取消ができる（七二二条）、脱税事件も捜査を完全にやれば数年に及ぶ違反でも最近のものに限ることができる。条件付きとは、被告が法廷で無効な自白をし、その訂正が他の事情で認められ、法廷も認めるような場合で、これは判決前に刑が廃止された場合も同様、また重要な条件として青年が青少年福祉機関の保護措置の対象とされて、その審問を受けることになる場合がある。この場合検事は有罪を回答する場合があり得る。

ただ嫌疑不十分との理由で公判が開かれなくなることはほとんどなく、（重要な事件の1/3にも達するが）、釈放も極めて稀である。

警察は罰金を受領でき、有罪とされた犯罪と罰条を記し、説明の付いた書状を発送、郵便小切手が封入され、支払われると事件は終了する。これは異議の申立ての機会を与えているのではなく、逆に罰金の正確な収納を目的としている。罰金を認めながら払わないと、強制的に徴収するのでなく換刑処分が行われる。

次に検事の役割は、重要事件を地方警察から照会されることと、陪審と公訴事件を扱う高等裁判所の所轄事件も取り扱うことである。

検事局の長は検事総長で、刑事事件について最高裁に臨席し、他の事件と警察を監督し、検事と警察に対し一般指示を与える。特定事件についての起訴決定は彼がしなければならぬ。公衆媒体に関する事件等がその例である。

デンマーク刑事司法についての最大特色は警察が公訴機関を軽罪に付いてではあるが兼ねることである。⁽²⁾ 重要犯罪の殺人、強姦、窃盗等で、被告が有罪を認めない場合は検事が処理しなければならないが、地方検事の所管する事件の大部分が地方警察管区長によって起訴され、公判が維持されるのは世界的に類例がない。デンマークの地方警察管区長（各地方警察区は二、〇〇〇名の警官を抱えるコペンハーゲンから、三三、〇〇〇人住民に対して六〇名の警官しか持たぬ小規模のものまで五十四区からなっているが）*politimester*とその代理者（*vicepolit; politimester in ester, politiassessor, politifuldmægter*）は法曹資格を持っているが、官職はあくまで警察官であつてフランス法の司法官 *magistrat*（判検事を一体としてとらえた）ではなく、まして権力分立性で峻別される原告公訴官たる検事ではないから捜査官が公訴官を兼ねる意味で明らかな職権乱用である。

何より理解し難いのはデンマークは、公判前手続も公判手続も弾効性をとりながら、審理において、裁判長は証人と被告を職権尋問することであるが、それは「実体的真実主義」*den materielle sandheds princip* から、判事はあらゆる疑点の解明を義務づけられる（刑訴八七三条）ことに根拠が認められる。⁽⁴⁾

4 弾効主義と審問主義の併立

またデンマーク刑訴は弾効主義を原則と唱えながら紛争解決主義 *forhandlingsmaksimen* をとっていない（刑訴八七

三条)。それは合衆国法の司法取引、犯罪事実認否等の自己処分主義を認めないわけだから「審問主義」⁽⁵⁾ *instruktionsmaximen* がとられている。だから法廷は当事者によつて持ち出される証拠に拘束されないのは、刑訴八九六条の自由心証主義 *bevisbedømmelsens frihed* で肯定されても、公判に先立つ予備審問があり、そこで起訴状が朗読され、証拠開示され、公訴事実と被告人の人定尋問が行われ、起訴状朗読後に被告の最終陳述権が生じ、裁判所は判事室（非公開の）で審議し、判決だけが公開法廷で行われる。陪審事件では裁判所はまず有罪を認定しておいてからそれに対する弁護があり、裁判所が判決を言い渡すから、弁論主義でも公開主義でもない。また証拠調べにおいて証人は真実を述べるよう警告され、偽証罪について留意せよといわれるが、宣誓は行われない（司法行政法一八一条）。証人は原則的に検事と被告側弁護士によつて尋問されるが、その尋問は裁判長によつても可能である。尋問は英米法の主尋問、反対尋問よりはるかに公式性を欠き、精巧さにおいて劣るものである。

また弾劾主義を骨子としながら、裁判長による証人と被告人の尋問を認め糺問と審問と職権の三態様を兼ね備え、その根拠を客観的真実主義に求めている点（刑訴八七三条）、起訴について一九世紀初頭以来、刑事について起訴独占主義と職権主義をとり、かつ、被疑者無罪推定 *in dubio pro reo*, *favor defensionis* を前提とし、そのために検事 *anklageren* は被告に対する対立当事者と想定されず法益と正義の間に客観的に介入し、客観的真実 *objektivitetsprincippet* を発見するのがその責務である。そのため有罪とされた者の利益のために上訴することも可能である。⁽⁶⁾

この点は全くドイツ刑訴と同様であり、わが国大正十二年刑訴の模範とした所であり、検事は公益の代表者であり、そのために非当事者であり真実の発見者である。だからこそ被疑者に有利な証拠も捜査する責を負うとするドイツ刑

訴一六〇条(2)にそのまま当てはまる。⁽⁷⁾

論者はこの考え方を是とするものであるが、英米法は公訴者を被告に対する対立当事者としてとらえ、たとえ被疑者が起訴後に無罪と推定されてもそのまま審理を進め、無罪または執行猶予の判決で決着を付けるべきであるとする。仮に検事に公益性を認めても、片面当事者として終始する意味での公益であつて、一個の人格が一面で相手の無辜を明らかにすることは公訴者に準裁判官性を与えるわけで、矛盾であり、あるいは欺瞞的であり、審問主義という名の糾問であるというのが弾劾的訴訟観とそれを踏まえた当事者主義者の主張である。⁽⁸⁾しかしそれでいてUKイングリンド、ウエルズのC. P. S. Crown Prosecution Serviceの創設の因となつた警察訴追をなぜ糾問の名において非難しないのか理由の発見に苦しむ。わが国の現行刑訴も三二一条①項三号の司法警察職員の前調書が犯罪事実存否証明上、不可欠かつそれが特信状況下にされたものであること、条件付きではあるが、(大陸法原則の警察捜査の目的と限界を要急事件と証拠保全、被疑者の確保におき、訴訟当事者でない警察には、被疑者に対する取調受忍義務の強制権限は否定されるはずのところ、それがむしろ原則化しつつあることは、一九九条の逮捕状が許可状であることと相まって警察に職権糾問を認めたことになり、一八九条②項と警察法二条の項が警察を検察官から独立した第一次捜査機関としたことと合わせて刑訴法一九七条(任意捜査)二〇七条(1)、二一八条等、強制処分の令状主義、一九八条の被疑者取調受忍義務の否定などから、これを職権主義を後見的存在として背後に潜めた当事者主義的弾劾主義とするのは詭弁であろう。

デンマーク刑訴が弾劾主義を標榜していることについてのもう一つの矛盾は、前述、警察管区長と次席が軽罪の大部分について公訴権を持つことが、弾劾主義の建前と何ら矛盾が指摘されることなく行われていることである。これ

については、オーストリアで、同国の刑事警察が法律上は要急事件の現状対応措置、捜査主体としての検、判事の補助者としての証拠の収集、被疑者の確保であつて、主体的、自主的捜査機関としての地位を認められていないことに対する反撥として「警察に捜査権を最も認めないフランス、最強力で公訴権まで認めているスカンジナビヤ、その中間のドイツ」と引用されるが、デンマークの警察はそのスカンジナビヤ諸国の中でも異色である。しかも国として弾劾主義を唱えながら、反対概念の審問主義、客観的眞実発見主義をもつて紛争解決主義と自己処分主義を否定し、弁論主義の象徴ともいえる主尋問、反対尋問は形骸、職権尋問が主体、判決言渡以外は密室非公開審理という糺問の特色の全部を有し、また当事者対等主義の実効手段とされる保釈は七六五条に規定はあるが、「富める者の邪惡に起因する特権」とみなされ、現実にそれが認められるのは極端に稀であるとされる。論者は、司法取引や自己処分主義や、犯罪事実認否、自己帰罪、ドイツ法の禁ずる利益誘導などは刑訴に民事の紛争解決主義を持ち込むものとして強く反対するものであるが、それと同じ精神で、被疑者が自由を金銭で買い得ることを強く非難するものである。その点で、デンマークの姿勢は良しとしたい。以上のような弾劾と糺問が論理的には一貫性を欠いて折衷されているデンマークの刑訴ではあるが、前述した警察と検事の関連については、警察が検事の公訴権を行うという点は、わが旧裁判所構成法一八条が「区裁判所検事局ノ検事ノ事務ハ其ノ地ノ警察官（つまり旧大正十二年刑訴法二四八条一号により警部補以上）、憲兵将校、下士又ハ林務官之ヲ取扱フコトヲ得」及び旧フランス治罪法 *code d' instruction criminelle* (suite, de la loi du 17 novembre 1808) 一四四条が、「警察裁判所 *tribunaux de simple police* の検事の職務 *fonctions du ministère public* はその地のまたは管轄の警視（警察署長）*commissaire* が行うことができる」としているのと軌を一にする少ない立法例である。しかもデンマークの場合、このような事務扱いと違い、「検事としての警

「警察官」と称せられている点が弾劾と糾問を峻別する我々には理解しがたいのである。しかも「デンマークは裁判所が捜査を行うことはない」と断言⁽¹⁰⁾しており、逆の場合は糾問として排斥しておきながら、警察が公訴を行うのはなぜ糾問としないのか理解に苦しむのであるが、文献によると、「デンマークではデンマークの相対的存在の合衆国の場合、警察が捜査した結果を検事が起訴しない場合があるが、デンマークはその不都合を除去しているのだ。警察の能力が積分されることを期待する」とある。⁽¹¹⁾デンマーク刑事司法の独特の姿というべきであろう。

5 強制処分

ここでデンマークの強制処分を説明する。デンマークの強制処分は証拠の保全、被告の裁判の潜脱の防止、処刑のためのものとされる。それ故、法定、均衡、基本権の不侵害が求められ、換言すると、重大な法益侵害の嫌疑があり、強制処分適用の特別の理由がなければならぬ。強制処分の中には全く罪責のない者に対して行われるものもあり得るからである。

逮捕は警察の責任で行われる。警察には最低限の警察比例の手段が認められている。逮捕以外の強制手段は裁判所が決定し、執行は警察が行う。執行が留置を要する場合、警察は必要措置をした上で、事後承認請求の意見を付けて、市裁判所に報告することにより、再拘置命令で拘置される場合の他は被疑者は先の処分に同意し、裁判所の決定を求める権利を放棄することができる。⁽¹²⁾

強制処分中、最強なものとは自由の剥奪だが、デンマークでは法律レベルでの運用上は比較的容易であり、憲法上は厳格なのが特色である。刑法七五五条によると、現行犯が何人によっても逮捕され、直ちに警察に引き渡されるのは各国と変わらないが、警察が、当人の犯行の拡大、身柄の確保、他の人物との接触の予防上必要と思料すれば、

犯罪を行ったと合理的に疑われる者は何人とも言えず逮捕できる上、令状が不要であることである。また警察官を納得させる身の証が立てられなければ逮捕される。それでいて、警察署に連行され、尋問されて後、釈放される場合もあり、公的に処罰されても釈放される場合がある。

もし収監されれば、その者は逮捕後二十四時間以内に憲法上の審問を受けるために召喚されなければならない（憲法七一節）。デンマーク法によると「何人もその自由の剥奪に同意できず、人は同意に依って勾留を受けることはできない」のである。二十四時間を超える留置は裁判所の決定するところであり、最大延長は三倍の七十二時間であり、やはり憲法七一節の規定である。再拘置命令による拘置は裁判所の決するところで、司法機関への召喚に応じない者は、裁判所の命令で警察によって連行される。

次に公訴と拘置の関係だが、刑事訴追は必ずしも再拘置命令による拘置に結びつかない。これも比例原則に結びついており、現実の犯罪が寛大な収監で済むなら拘置は行われない。

拘置は犯罪嫌疑濃厚で、それも最低一年半の刑に該当する刑法二八五節の強窃盗か、逃亡のおそれ、同種犯罪反復のおそれか、証拠湮滅のおそれのあるとき、または公共の正義感から見て、被告に対する法律上の推定証拠 *prima facie* があるとか、被疑事件が最低六年の自由刑に相当するか、六〇日の刑が無条件で予測される強迫罪とその法の執行上、被告を釈放できない場合である（この短い自由刑の場合は施行後三年経過の現在でもかなりの批判がある。）（司法行政法七六二節）。また裁判所は再拘置命令による再拘置者を拘置所内の独房拘置を決定でき、その決定は二週間ごとに更新できる（七七〇節C）。ただしデンマークのこの手続きは国際アムネスティその他から批判されている。⁽¹³⁾ なお再拘置命令による再拘置は合理的な期間を越えてはならないとしながら法定の制限がない。ただ再拘置命令が裁判所

説

で更新されない限り、何人も四週間を越えては拘留されない。つまり最初の十四日の再拘留命令の後は、必要があれば通じて四週間の延長となる。

論

6 デンマーク刑訴の独自性の由来考証

以上がデンマーク刑事司法に見られる特色だが、警察による無令状逮捕、警察幹部による公訴行為、私人訴追の禁止、保釈の原則的不許、起訴後勾留（再拘留更新延長）、職権審理と審問主義、それでいて糾問の否定、弾劾原則を主唱という吾人にとって極めて理解しがたい法制であるが、安定した王政とそのもとに成立したヒアラルキーによって秩序と静謐が保たれ、凶悪犯罪がなく、しかも経済が安定しているという風土ゆえに矛盾なく運営されているものと考えられる。警察官に一切の武装を許さない伝統はそれを裏付けているといえよう。

- (1) Christine van Den Wyngaert op cit., p. 54
 - (2) Philip L. Reichel, *Comparative Criminal Justice Systems, A topical Approach*. New Jersey, pp. 175-176 1994(07632), Christine van Den Wyngaert op cit., p. 54
 - (3) Christine van Den Wyngaert op cit., p. 54
 - (4) Christine van Den Wyngaert op cit., p. 61
 - (5) Christine van Den Wyngaert op cit., p. 60
 - (6) Christine van Den Wyngaert op cit., p. 58
 - (7) Claus Roxin op cit., S. 48
 - (8) 岡部泰昌「刑事手続きにおける客観義務」(二) 金沢法学 13 卷 1 号、1969、64 頁
- 柏木千秋「検察官の訴訟法上の地位」刑事訴訟法基本問題 46 講、90 頁以下

井上正治「新刑事訴訟法原論」昭和24年94頁以下

- (9) 代用監獄での勾留 東京高判 平3・4・23 高刑集44-1-66 刑訴197に依る被告人取調についての最決 昭36・11・21 刑集15・10・1764 刑訴203の弁解録取は198の被疑者取調でない。最判 昭27・3・27 刑集
- (10) Christine van Den Wyngaert op cit., p. 53
- (11) Philip L. Reichel op cit., p. 176
- (12) Christine van Den Wyngaert op cit., p. 63
- (13) Christine van Den Wyngaert op cit., p. 65

第三章 スウェーデン刑訴からの検証

1 デンマークとの相違

スウェーデンの捜査と公訴の関係はデンマークと全く相違する。まず公訴については検事の専権であつて、デンマークのような警察管区長や次長が「検事としての警察官」と称して公訴を行うことはない。もう一つの特色は、フランス刑訴同様「私訴」を設け、「訴追」の中に公訴と私訴があり、公訴のもとに属する犯罪について訴追する権限を有するのが検事である(スウェーデン刑訴六条。六条は「異なる定めがないとき」として、スウェーデン法が古来、絶対的訴追義務を原則としていることを示し、七条の訴追猶予は「基本的な公益または私益が看過されないという条件のもとに犯罪の訴追を猶予することができる」とするにとどまり、デンマーク、フィンランド、わが国の起訴

便宜主義とは違い、ドイツのものに近い。私訴は、わが国の付審判のように公務員の職権濫用事件に限らず、およそ犯罪によって侵害された者、または損害を蒙った者であれば、検察官または警察機関に対し訴追のために犯罪の告訴をすることができ(第二〇章五条)が、八条によって検察官が訴追を行わない旨の決定をしたとき行うことができるものである。これは先進国のほとんどが国家訴追主義と起訴独占主義をとっている現在珍しい立法例である。わが国の起訴便宜主義(刑訴二四八条・同二四六条)のいわゆる警察限り扱いを警察が委ねられていることは国家訴追主義が起訴独占主義と結びついた上で、警察の裁量処分が働くから、被害者の立場が認められない場合がでてくる可能性がある。ことに政財界構造汚職や公選法違反、さらに取り沙汰されている司法取引、自己処分主義、(民訴的紛争解決主義)の実現の場合、捜査機関と被疑者の癒着が疑われるだけで実体的真実主義は崩壊する。その意味で消極的檢察ファッショは排除されなければならない。刑事司法に対する良識者の信頼を失えば法治国家は崩壊するのである。

2 祖法国とみられるドイツとその影響を受けたわが国との対比

ドイツはこの点についての配慮が行き届いており、検事は上命下服であり、相互代理のできる司法行政官庁であるが公益代表者は独任官として保障されていて公訴、捜査に關し上命下服の対象にならない。⁽¹⁾ドイツの検事がその非当事者性と公益代表者性について、わが国の弾劾訴訟観研究者からは二律背反の代表者性とか、検事に準裁判官的な姿勢を求めるのは論理的矛盾であり糾問そのものであると批判されるが、論者はその批判こそ非難されるべきものと考え。客観的眞実の発見は厳正適確な犯罪の捜査、公正な起訴(一切の政治的圧力、利権、政財癒着性、公務員の内意識、同族性、公益に藉口した独善的、合目的的守秘義務、捜査の秘密などのない、一般国民に対しては甚だ説得力の弱い障害を排除した)がドイツにおいて保障されていることをむしろ範とすべきである。わが国の隘路の突破

口を示しているのがドイツ刑事司法といっても過言ではないであろう。わが国の付審判（刑訴二六二条）の模範となったのがドイツの「起訴強制手続」„Klagerzwangsverfahren“であるが、出訴資格をわが国のように公務員の職権濫用の被害に限定していない。Stpo172⁽²⁾の法理について、ファイファー Gerd Pfeiffer は「起訴強制手続は一五二条の起訴法定主義の貫徹を確定するためのものである。犯罪の被害者が検事の起訴独占主義のために被疑者の行為に対して刑事手続を自分では開始できないから、一七二条は被害者に裁判所の監督手続において検事に起訴を強制する可能性を与えるものである。だから起訴強制手続は検事の起訴独占の突破口ではなくて、起訴独占の執行の単なる監督である。この手続の結果統計では（新刑法雑誌 *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 一九九八年六三号）一九八二年起訴命令〇・四％、その逆に八三・九％は不法として棄却、根拠なしとして棄却されたもの一一・四％である。そのような低い受理率にもかかわらず、この制度が存在していることは起訴法定主義に関して評価の低い予防作用を果たしているに過ぎないのではなく、また特に検事に対する現存の不信感を減退させるからであろう」という。ただ一七二条（二）項は、起訴強制手続の前提として、私人訴追 *Privatklage* Stpo 374 によれないときとしている。私人訴追は英米法の *private prosecution* と同様、被害者自ら法律上の公訴代行者としての訴追者になれるが、同条（三）項に示すように家宅侵入傷害、名誉毀損（侮辱）、親書開披、身体傷害、脅迫、器物損壊、不正競争規定違反、特許、著作権侵害、ブランド、半導体保護法違反と犯種が限られている。

3 フランスとオーストリアの対比

フランスで不起訴処分に不服な者はやはり私訴 *action civil* により予審判事 *juge d'instruction* に訴える⁽⁴⁾とよって検事 *ministère public* の公訴権を駆動させる *Code de procédure pénale* (コト CPP) 531, 388, 419 - 421, 85, 88, 86

説

論

(1), (3), s.1907.1.377note Demogue, D.1907.1.207, rapport Lau - rent - Arthahn のと同じ法理であるが、スウェーデンのものはこれより強力である。すなわちスウェーデン刑訴二〇章は前述のように訴追機関が告訴を取り上げてくれなかった場合に私訴の当事訴追者となることを認めているばかりでなく、八条は「検察官が訴追を決定したときは、被害者は訴追を補佐する権限を有する」としている。これは全く同じ条文をオーストリア刑訴四八条⁽⁵⁾が持つが、この場合も被害者が事件の当事者になることを意味する⁽⁶⁾。ただオーストリアの検事補佐 Subsidiärankläger (SubsA) は訴訟手続への介入について、区裁判所手続では全く束縛がないし、地方裁判所手続においても乱訴を抑える範囲での裁判所の監督に服するだけである。しかも裁判所における訴追の可能が予想されながら、なお検事が被疑者の起訴をためらったり、正式起訴をしなかった場合は、検事補佐に十四日以内に第一審裁判所へ事実説明の申立権を認めており、公判になって検事が起訴を取り下げた場合は、裁判長（または単独裁判官）は私訴関係人にその訴訟追行が公判を維持できるかどうかを尋ねる義務がある。以上のことから、オーストリアの私訴はドイツよりさらに強力である。

4 スウェーデンの公訴、私訴概念とドイツの起訴強制手続及びわが国の付審判

スウェーデンでは、正面から四七章において訴追に公訴と私訴があり、公訴を担当する者が検察官、私訴を担当する者は被害者としており、「被害者は訴追を補佐する権限を有する」とする点がオーストリアと同じである。「訴追を補佐する」とは被害者が事件の当事者になることを意味するから、ドイツの起訴強制手続、フランスの私訴、わが国の付審判請求とは根本的に異なり、合衆国の大陪審とも違い、実質的意味での市民（私人）の訴訟参加であり、真実の当事者（私人）による弾劾主義であり、デンマークがほとんど私訴を認めないのとも対立する。すなわちスウェーデンで訴追補佐者となった被害者は証拠を提出するなど検察官と同様の権限を有する。それは検察官と被害者が共同

訴訟人になることである。⁽⁷⁾次に捜査については、二三章一条が、「捜査は、被告またはその他の理由で公訴のもとに属する犯罪が行われたと考えられる事由が存するとき開始される」。その事由は刑事事件における最も低い証明度と解されている。⁽⁸⁾

5 スウェーデンの捜査、公訴概念と検事の捜査主体性と独、仏法

ところで二条は「捜査によって、被疑者の特定と、容疑事実が公判の口頭弁論を維持するに足りる証拠が合理的な疑いを容れない程度に準備されるべき」ことをうたっているから、捜査は公訴の準備行為であるという原則に最も忠実である。それ故三条は「捜査は警察機関または検察官によって開始される」として両者が捜査機関であることを明記している。この点ノルウェイと同様で、デンマークと異なる。また検察官が捜査の主体であることを、同条はいい、警察によって捜査が開始されても軽微事件でない場合は被疑者の特定ののための指揮は検事に仰がねばならず、検察官に捜査が引き継がれるが、検察官は職権で引き継ぎが可能である。この点、極めてドイツ刑訴に類似している。ドイツの刑事警察は事件についての着手権はあるが介入権はなく、捜査したらず検事に事件送致の義務があるからである。また三条により警察が捜査を指揮している場合、検察官は捜査遂行上必要な指示を与えることができる点は、わが刑訴一九三条一、二項の検察官の司法警察職員に対する指示、指揮と同様、さらに同条「検察官が捜査を指揮する場合、警察の援助を利用し、警察官に捜査に関する特別措置を委ねることができる」点はわが刑訴一九一条①項による検事の補充捜査の補助を司法警察職員にさせるための指揮権を同条③項が定めているのと類似しているが、スウェーデンの場合、補充捜査でない点が違っており、むしろドイツ刑訴一六〇条の検事の捜査責務、捜査主体性とこれを実効あらしめるための一六一条の刑事警察の補助官性、検事の指揮命令、依頼への服従義務、現状保全と検事(急

説

を要する場合は区裁判所)への事件送致義務(一六三条)に類似している。⁽⁶⁾

論

またフランス刑訴の予審判事から司法警察官に対する捜査囑託 *Code de procédure pénale* にも近いと考えられる。ただ捜査が開始される前に、遅滞の許されぬ尋問その他の調査措置が必要な場合、それを行うことができる(スウェーデン刑訴三条)点が、フランス刑訴の予備捜査 *enquêtes préliminaires C.P.P. 96, 100* ⁽⁶⁾に類似しており、捜査の主体はあくまで検事であるが、緊急的な予備調査は来るべき公訴とそれに先行する検事の捜査活動のための準備として必要であるという建前をとっている。

6 スウェーデン捜査の公益性

スウェーデンの捜査について特筆すべきは、四条が「捜査にあたっては、被疑者に不利益な事実のみならず、彼に利益な事実も顧慮し、かつ彼に有利な証拠を保全しなければならない。捜査は何人も不必要な嫌疑を受けたり、出費または支障を蒙ることがないように遂行さるべきである」⁽¹⁾。捜査は可及的迅速に遂行されるべく、捜査続行理由がなくなれば中止されるべきことをうたい客観性原則 *objektivitetsprincip* の要請規定とされているが、論者はむしろこれはドイツ刑訴一六〇条(一)項の捜査手続「検事は告発その他で犯罪の嫌疑を思料したときは直ちに公訴を提起するか否かを決定するために事実関係を追求しなければならない」。(二)項「検事は帰責だけでなく免責にも役立つ状況を捜査し、喪失してはならない証拠を挙げるよう努めなければならない」という検事が捜査主体として非当事者、かつ客観的真実発見者として公益の代表者でなければならないとしている法理に近いと思う。捜査の公益性と客観的真実発見志向性についてはデンマーク刑訴と同様である。

7 検事の強制処分

次に強制捜査について特筆すべきは、逮捕 (anhaltende) 決定は検察官が発するのであつて裁判所ではなく、逮捕すべき理由があつて、急速を要する場合は検察官の逮捕決定なしに被疑者を拘束できるのが警察官である(六条)。検察官の逮捕決定を待つことが危険なく可能であれば拘束はできない(七条)。これはわが刑法二一〇条の緊急逮捕に相当するといわれるが、2項の拘束は、わが刑法二一二条の現行犯に相当する場合といわれる。拘束された者は直ちにその理由を知る権利を有するというのが、国会オンブズマンの見解である。⁽¹³⁾ 被疑者本人が不在の場で逮捕決定がされたら、その決定の執行の可否のために警察または検察官によつて尋問されなければならず、わが刑法二二三条の司法警察員の逮捕手続より時間的に被疑者に厚い規定で、ドイツ刑法一六三a、bの検事または警察による被疑者尋問と二二七条の仮逮捕 vorläufige Festnahme による身柄の早急確保の關係に近い⁽¹⁴⁾。また勾留の決定は裁判所の専権とされ、ドイツ法が被疑者の召喚、尋問については取調受忍義務を検事において課することができて Stpo 161a(1)、勾留については区裁判所(判事)に掌握されている Stpo 161a(2) のと同様である。しかしそれにもかかわらず、逮捕状(勾留の前提になる)は検察官によつて発せられる点、現行ロシア法と同様であり、珍しい立法例に属する。警察は逮捕のさらに前提である現状確保の身柄拘束 eripia し、緊急強制処分権がないこともスウェーデン刑訴における検事の捜査機関としての警察に対する優位を示すものである。なお裁判所が、訴追前に勾留できる期間は二週間であり、延長が必要なときは、新たな弁論が要求される(一八条)。以上の点からスウェーデン刑訴の捜査手続は明瞭な取調受忍義務を課しており、審問主義をとっているといえる。

- (1) Claus Roxin. Strafverfahrensrecht. 23 Aufl. C. H. Beck. München. 1993. SS. 48 - 49
- (2) Gerd Pfeiffer. Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung C.H.Becksche. München 1999. SS. 1013-1014. SS 38 - 39
- (3) Claus Roxin. op cit., s. 275 Gerd Pfeiffer. op cit., s. 1014
- (4) Georges levasseur. Albert Chavanne. Sirey. 1975. p. 150, 169, Jean-Claude Soyér. Droit Penal et Procedurepenale. cinquieme edition. L.G.D.J. Paris. 1977. p.237
- (5) Winfried platzgummer. Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens. Wien. (Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft). 1994. SS. 56 - 57
- (6) 萩原金美訳、スウェーデン刑事訴訟法、神奈川大学法学研究所研究年報一五 平成八年三月一〇日 三三三頁
- (7) 前掲萩原金美訳、p.33. Per Olf Ekelöf Rättegång II (7 uppl.,1985)s. 188. Norstedts 25. 20:39
- (8) Per Olf Ekelöf II op cit.,s.27
- (9) Gerd Pfeiffer. op cit., SS. 909-910. S. 916. S. 933
- (10) Georges levasseur. Albert Chavanne. op cit.,p. 114
- (11) 前掲萩原金美訳、p.45.Norstedts laghandböcker Rättegångsbalken 2, S. 2 S. 23:20
- (12) Claus Roxin. op cit., SS 58 - 59, 61 S. 262
- (13) 前掲萩原金美訳、p.51.Norstedts 2 op cit.,s. 24, 30, 31 Peter Finger. Norstedts laghandböcker Rättegångsbalken II. s. 155
- (14) Gerd Pfeiffer. op cit., S. 678, SS. 942 - 946

第四章 ノルウェイ

ノルウェイはスカンジナビア三国の一つであるが、一四世紀末、デンマークのマルガレータ女王がカルマル同盟によつて連合三国に君臨し、一五二三年のスウェーデン独立まで続き、一八一四年のキール条約によつてノルウェイはデンマークから分離しながらスウェーデンに帰属、一九〇五年に至りようやく独立、今日に至つたため、ノルウェイ刑訴はデンマークよりスウェーデンに近い。

しかしスウェーデンとは違つた特色がある。まず捜査について実体捜査 *Saksbehandlingens enkelte led* を掲げ、刑訴法 *Straffprocess loven* 二二三条がその主体が警察 *politiet* であるとし、口頭、書面で犯罪行為の通報を受ければ被疑者、証拠の捜査に着手する。そして嫌疑ある限り独自に捜査を続行する二二四条。ただし弁護士、それに対立する検事も捜査が可能であり、またノルウェイ船舶上の犯罪は国王任命の捜査官が捜査する二二五条。検事は国内犯すべてに起訴独占権を持つが片面当事者として訴追を開始する四五条。ノルウェイ刑訴の大きな特色は、当事者弾劾主義を貫くため、当事者 *Partene* の代理人 *Påtalemyndighetens tjenestann* を明文で規定していることである。すなわち五条は、一、弁護士 *riksadvokaten*、弁護士補助 *assisterende riksadvokaten*、二、検事 *statsadvokaten* 検事代理 *statsadvokatfullmektigene* 検事補助 *hjelpesstatsadvokaten*、三、警察署長 *politimestrene*、副署長 *visepolitimestrene*、上級主任 *overåkingssjefen*、警部 *politinspektørne* 警部補 *politivadokaten* 巡査部長 *politiadintantene*、巡査 *politifullmektigene*、四、被告としている。注目すべきは、他のスカンジナビア諸国はもちろん、大陸法諸国（わが国を含め）、警察職員は当事者でなく訴訟関係人に過ぎないのに、ノルウェイはこれを当事者としていることである。実体捜査機関の警察を当事者にするとは、捜査機関自ら被疑者の取調をすることを認めるから、来るべき公判に備えて被疑者の身柄を確保するに留まる弾劾主義の原則に反することになる。この点で、既述、改正前のイングランド、

ウエルズの警察訴追と類似するが、イングランド、ウエルズのそれが制服を着た市民として、被害者たる市民の訴追代理人だから、公訴官ではなく私人扱いである点、無理な解釈ながら、私人訴追で弾劾当事者訴訟であるとされてきたのとは違う。また既述デンマークの警察管区長と次席が（法曹資格を有してはいるが）、軽犯罪すべてをいわば検事からの委任で訴追するのも違い、捜査権は警察、検事、弁護士が持つが、捜査段階で、警察が被疑者に受忍義務を強制している。これはスウェーデンの検事が管理捜査権をもって公益代表者として捜査を適正にする任務を持つものとも異なる。しかしノルウェイの検事は片面当事者ながら、対立者の弁護士もまた捜査権を認められている点が、私人の捜査を認めないデンマークと違い、公訴の資料を作成する段階で、武器対等の原則が活かされているということができ、ノルウェイの当事者弾劾主義は、C.P.S. 誕生以前のイングランド、ウエルズの警察糾問ではなくむしろ厳格な意味で、弾劾当事者主義を貫いているといえるであろう。その点で、前述した合衆国（若干、州による例外はあるが）、戦後その強い影響を受けたわが国の警察が捜査の第一次機関となつて、事実上、捜査を完結し、捜査中に作成された捜査が起訴状だけでなく、公判審理の有力な証拠となる事実上の職権主義、糾問主義が、形式上、当事者主義、弾劾主義とされるのとは著しい相違がみられる。この意味で、同じスカンジナビア諸国でもデンマークの捜査独占の警察訴追、スウェーデンの検事の起訴独占と管理捜査。デンマークの私人訴追の否定、スウェーデンの被害私人の訴追参加の中間に立ち、かつ、デンマーク、スウェーデン両国の警察、警察の当事者主義ながら、非当事者主義的捜査、検察を志向し、審問主義に徹する実体的真実主義とも異なる点が特色とされるであろう。

むすび

以上、捜査と公訴概念の変遷と推移をフィンランド、デンマーク、スウェーデン、ノルウェイを中心に独、仏、日との関係に対比して略述した。

要するに提言は、職権糾問が被疑者、被告を裁かれるものとしてしか認めなかったのは刑事司法の民主化に反する。被疑者、被告は訴追者と対等の人格として処理されなければならない。そのためには当事者でなければならない。訴訟は訴追があつて始めて開始されなければならない（起訴主義）。訴訟は、原告（訴追者）と被告が対等に第三者機関である裁判所で各自その主張を証拠によつて争い（弁論主義）、裁判所はその提出証拠（証拠裁判主義）と、弁論闘争の過程の中から判決の心証を得るべきである（自由心証主義）。証拠をもつて主張を争うから弾劾主義であり、その闘争は公開の法定で直接裁判官の面前で行われるべきであつて、密室内の供述や、その供述を書面にした物で代用することを禁じる（口頭主義）。当然、それは拷問、利益誘導等、被告の真意に反する供述の証拠能力を否定し、自白も補強証拠がない限り、有罪証拠にとれない等の制約をもたらし、それを総合した形が当事者弾劾主義とされ、その方向に進みつつあるのが大勢である。

しかし、弾劾主義は犯罪事実認否や、司法取引のような自己処分主義にも結びつきやすく、それが真実発見主義と相容れない場合があることを否定できない。大陸法系諸国が糾問主義を否定しながら、その流れの一つである審問主義は肯定するのは独、仏、デンマーク、フィンランド、スウェーデン、オーストリアにおいて明らかである。それどころか人権侵害にならない範囲というよりは、人権擁護の目的で糾問が遵守されているフランス、ベルギー、オース

トリヤの立法例もある。

論者が問題視するのは、刑事人權の尊重と真実の発見であるが、被害者の人權も護られているかということである。被疑者、被告が一個の人格とされるとき、それに対立する国もまた一個の対等な法人格に過ぎない。国が冤罪事件で無辜を傷つければそれは犯罪である。また被害者の告訴が檢察ファッショに妨げられて起訴されなければ、さらに被疑者が政財界構造腐敗、汚職者や選挙犯罪、政治疑獄、収賄事件の当事者であり、守秘義務、同族身内意識に依つて庇護されることがあれば、それは犯人隠避を国が犯したのであり、法の下の差別である。その意味で、当事者主義、弾劾主義を強調しすぎることは逆な不合理の忍従を被害者に強いることになる。この意味で公益代表者としての検事の捜査主体性の貫徹と、起訴強制主義、オーストリヤ、スウェーデンの被害者を公訴補助者とする制度には学ばべきだと思う。そして、糺問主義の否定が検事の捜査主体性を否定し、逆に当事者ならざる当事者として警察を捜査主体化して、その取調権を認め、その結果が判決心証となることは本末を転倒させるものであり、端的に警察糺問の肯定であり、裁判機関が公訴、捜査機関を兼ねた一九世紀中葉までの糺問訴訟への回帰である。あまつさえ、警察機関に公訴機能を与えるというデンマークの法制は吾人には到底馴染めないところであり、イングランド、ウエルズにおいて長年の伝統の警察訴追が廃止されてC P Sの誕生となったことは、捜査機関の公訴機関兼掌の糺問性の反省と否定として注目に値する現象であらう。論者は、公訴の厳正と訴の資料提供のための捜査の適正のための刑事司法の確立をのみ願うものである。ここで最終章で述べたノルウェイの刑訴に注目を要する。前述のごとく、スカンジナビア三国の一つであり、デンマークに併合されながら、スウェーデンに帰属し、二〇世紀初頭に至って始めてそれから独立しただけに、両国の影響を受けながら、独特の風格を持つことである。すなわち、警察を法文中当事者と位置づけ

た上で、捜査主体としているから、被疑者に取調受忍を義務づけ、検事も捜査権を持つが、弁護士も認められることから、捜査段階で当事者弾劾主義をとっていることになり、武器対等の原則が充たされ、この国の検事が片面当事者に徹していることは筋が通っていることである。それはデンマークが当事者主義をとりながら、公益性と審問性を取り、私人訴追を禁止し、保釈に消極的なのと対立し、スウェーデンの被害者の検察補佐、公益性故の検事の管理捜査とも違った刑事人権保障形態と見えるのである。

