

ヴェルナー・ボイルケ著『ドイツ刑事訴訟法』(1)

翻 訳

ヴェルナー・ボイルケ著
『ドイツ刑事訴訟法』 (1)

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]

Übersetzung

Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage
(2010, C.F.Müller, Heidelberg) (1)

Übersetzer: Katsuyoshi Kato / Norio Tsujimoto



ボイルケ教授

訳者はしがき

このたび、ドイツ刑事法学研究会（代表・加藤克佳〔名城大学法学部・大学院法務研究科教授〕）によるプロジェクトの一環として、ヴェルナー・ボイルケ教授（*Prof. Dr. Werner Beulke*）の『ドイツ刑事訴訟法〔第11版〕』（2010年、C.F.ミュラー出版社、ハイデルベルク、必修科目重点シリーズ、全407頁）（*Strafprozessrecht, 11. Auflage, 2010, C.F. Müller, Heidelberg, Reihe: Schwerpunkte Pflichtfach, 407 Seiten*）を日本に紹介すべく、その翻訳を逐次公表することとした（当初は翻訳全体を完成させてからの公表を予定していたが、ドイツ刑事訴訟法の動きが速く、著者の改訂作業も頻繁なものが予定されているため、可能なところから公表することとした。あらかじめお断りしておきたい）。

原著者・ボイルケ教授は、ドイツ連邦共和国・パッサウ大学法学部名誉教授、弁護士である。1945年1月12日にベルリンで生まれた。同所のベルリン自由大学法学部に進学し、チュービンゲン大学を経て、ゲッティンゲン大学で法学部を卒業した。1974年に法学博士学位を取得した。論文は、『少年と成人の財産犯罪』（1974年、シュヴァルツ出版社、ゲッティンゲン）（*Vermögenskriminalität Jugendlicher und Heranwachsender, 1974, Schwarz, Göttingen*）である。続いて、1978年11月27日に教授資格を取得した（教授権限；刑法、刑事訴訟法、犯罪学）。論文は、『刑事手続における弁護士——その機能と法的地位』（1980年、メッツナー出版社、フランクフルト・アム・マイン）（*Der Verteidiger im Strafverfahren. Funktionen und Rechtsstellung, 1980, Metzner, Frankfurt am Main*）である。1979年にコンスタンツ大学教授に就任、翌1980年から2011年3月までパッサウ大学法学部正教授として研究・教育等に大いに活躍した。研究の主要な領域は、実体刑法、刑事訴訟法、少年法であり、近年は経済刑法にも精力を注いできた。長年にわたり、数多くの祝賀論文集や法学専門雑

誌への論文の寄稿と並んで、後述の多くの著作を公刊してきている。また、著名な叢書である『刑事弁護実務』(C.F.ミュラー出版社、ハイデルベルク)(Praxis der Strafverteidigung, C.F.Müller, Heidelberg)の創刊者・共同編集者である(同叢書は現在34巻を数え、刑事弁護の現代的諸問題を扱っている)。

これらと同時に、報告者等として多くの専門会議やシンポジウムに参加する⁽¹⁾こととともに、1997年以降、ドイツ連邦弁護士会刑法委員会の常任客員会員を務めている。また、刑法専門弁護士の教育にも講師を務めるなど実務家養成にも積極的である。特に刑事弁護の観点から鑑定意見書を執筆するなどして、刑事実務にも貢献してきた。大学法学部での教育者としては、3人の教授資格取得者(Satzger, Fahl, Swobodaの各教授)のほか、125人もの法学博士学位取得者を指導したことは、特筆に値する。講座教授を定年退職後は、主に経済事件の鑑定人、助言者、弁護人を務めつつ、執筆活動や講義・講演活動を行っていたが、2012年7月にミュンヘン弁護士会に弁護士登録し、自身の法律事務所を設立して、弁護士(特に経済事件専門)としても本格的に活躍するに至っている。

本書は、ドイツ刑事訴訟法教科書のスタンダードとされている(Gercke, Strafverteidigung im StPO-Lehrbuch, StV 2/2012, 122 ff.は、Kindhauser, Kühne, Roxin/Schünemann, Volkの刑訴法教科書と対比し

(1) 訳者の1人である加藤がボイルケ教授と初めて面識を得たのも、1997年にドイツ・トリーアで開催された第3回ドイツ-日本刑事法コロキウムであった。その成果として、Werer Beulke, Strafverteidigung im Spannungsfeld zwischen Rechtsstaatlichkeit und Verfahrenseffizienz in Deutschland, in: Hans-Heiner Kühne/Koichi Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, S. 137 ff.; Katsuyoshi Kato, Strafverteidigung im Spannungsfeld zwischen Rechtsstaatlichkeit und Verfahrenseffizienz in Japan, aaO, S.167 ff.がある。

て検討した結果、原著者の作品が、「素材へのアプローチに成功しており、特に内容、外観、構成の点で刑事手続全体の理解にとって傑出して適している」と賞賛している）。原著は2012年に第12版が公刊されているが、新たな立法、判例、文献の補充が主な改訂の内容である。なお、2004年には旧版についてロシア語の翻訳書が公刊されるなど、国際的にも注目されている。

このほか、主な著書・著作として、『刑法総論〔第43版〕』（第1版の著者 *Wessels* のほか弟子の *Satzger* との共著、2013年、C.F.ミュラー出版社、ハイデルベルク、必修科目重点シリーズ）（*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 43. Auflage, 2013, C.F.Möller, Heidelberg）、『弁護人の可罰性——補助者としての義務とその限界についての体系的叙述』（〔第1版〕、1989年、〔第2版〕＝*Ruhmannseder* との共著、2012年、C.F.ミュラー出版社、ハイデルベルク、叢書『刑事弁護実務』）（*Die Strafbarkeit des Verteidigers. Eine Systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen*, 1. Aufl., 1989; 2. Aufl., 2012, C.F.Möller, Heidelberg）、『少年法——体系的叙述〔第14版〕』（第1版の著者 *Schaffstein* との共著、2002年、コールハマー出版社、シュトゥットガルト）（*Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung*, 14. Auflage, 2002, Koulhammer, Stuttgart）など極めて多数が公刊されている。教育用に特化したものとしては、前掲の各種教科書のほか、2001年以降、刑法についての事例と復習のための学習書を定期的に公刊している。『刑法における筆記試験コースⅠ——初学者向け事例・復習書〔第6版〕』（2013年、C.F.ミュラー出版社、ハイデルベルク、筆記試験コースシリーズ）（*Klausurenkurs im Strafrecht I : Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger*, 2013, C.F.Müller, Heidelberg）、『同Ⅱ——中級者向け事例・復習書〔第2版〕』（2010年、

C.F.ミュラー出版社、ハイデルベルク、筆記試験コースシリーズ) (für Fortgeschrittene, 2010, C.F.Müller, Heidelberg), 『同Ⅱ——受験者向け事例・復習書〔第4版〕』(2013年, C.F.ミュラー出版社、ハイデルベルク、筆記試験コースシリーズ) (für Examenkandidaten, 2013, C.F.Müller, Heidelberg) がこれである。以上の詳細は、法律事務所ウェブサイト (<http://www.beulke-strafverteidigung.de/>) にある。このように、原著者は、ドイツにおける刑事訴訟法、特に刑事弁護人論についての第一人者であるといえよう。

本プロジェクトの一環としては、2011年10月1日～2日に開催されたボイルケ教授退職記念シンポジウム(テーマ『刑事弁護——その基礎と置き石』)に、ドイツおよび諸外国からの多数の刑事法学者・実務家とともに、訳者兩名も参加を許された⁽²⁾。また、2012年6月14日に開催された同教授の講演会に基づいて、加藤克佳=辻本典央[訳]「弁護人の新たな可罰性の危険——ドイツ・アウクスブルクでの2つの事件を手がかりとして」季刊刑事弁護75号101頁(2013年)が公刊されている。

わが国は、長い間、ドイツ刑事法学の強い影響を受け、また、学術交流も頻繁に行われてきた。理論面・実務面のみならず、わが国で近時進められている、新時代の刑事司法制度改革のための立法の検討にあたって(特に、法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会により2013年1月に公表された「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」(<http://www.moj.go.jp/content/000106628/pdf>) 参照)、比較法研究の対象として、英米法と並んで、大陸法の主砲としてのドイツ法が参照されることが多い。ただし、刑事訴訟法(刑事手続法)に関するこれまでのわ

(2) このシンポジウムについては、*Armin Engländer, u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung - Grundlagen und Stolpersteine : Symposium für Werner Beulke*, 2012, C.F.Müller-Verlag, Heidelberg が出版されている。

が国の訳業（教科書、条文など）は、いずれもいささか古くなっている⁽³⁾。このたびの翻訳が、ドイツ刑事訴訟法学・刑事訴訟実務をめぐる最新の状況と現代的な動向・課題などにより一層親しんでいただく一助となれば幸いである。（加藤克佳記）

原著者はしがき：『ドイツ刑事訴訟法』の日本法学雑誌への公刊にあたって（Vorwort des Autors für eine Publikation des StPO-Lehrbuches in einer japanischen Zeitschrift）

刑事手続法は、法治国家の震度計（ein Seismograph des Rechtsstaates）である。この法領域の拡張には、相互に矛盾・対立する要請のバランスをとることに向けた永遠の努力を伴う。それは、一方で国家刑罰権の持続的な貫徹と、他方で嫌疑をかけられた者の基本的な防御権の保障との間の繊細な衡量を求めて行われる。極右・極左、テロ、社会的緊張のような種々の脅威によって形作られた私たちの世界においては、現代のマスメディアの影響を受けて、全面的に満足のゆく解決策を見出すことは、しばしば簡単ではない。こうした特別の困難は、単に立法者にとってのみならず、同様に裁判所や研究者にとっても存在する。もとより、日本は、私の祖国ドイツとは全く異なる文化圏に位置し、日本の刑事訴訟法も、この間、異なる文化的・社会的構造から発展してきた。それにもかかわらず、

(3) 先行業績として、クラウス・ロクシン／新矢悦二＝吉田宣之[訳]『ドイツ刑事手続法』（1992年、第一法規出版）、同／加藤克佳[訳]「ドイツ刑事訴訟法入門」法経論集（愛知大学）144号1頁（1997年）、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（2001年、法曹会）などがある。また、比較的新しいものに、フリードリッヒ・クリスチャン・シュロエダー／吉田宣之[訳]「刑事訴訟法 第三版(1)－(5・完)」桐蔭法学（横浜桐蔭大学）13巻1号27頁、13巻2号127頁、14巻1号189頁、12巻2号111頁、15巻2号61頁（2006年-2008年）がある。さらに、クラウス・ロクシン／ハンス・アッヘンバツハ／吉田宣之[訳]「君の知識を検討せよ－刑事訴訟法（16版）－(1)」同20巻1号89頁（2013年）、同／谷脇真渡[訳]「同(2)」同135頁（同年）が連載を開始した。

私の見るところ、経済的なグローバル化や政治的な協働、ならびに、異なる国民の間での経済的・文化的な意見交換の結果として、不可避免的に、私たちの扱う諸問題はしばしば類似するものとなっている。すなわち、私たち両国は、近年、同様に、現代技術の大きな社会的・経済的転換やかなりの目まぐるしさによってかたち作られ、それが、刑事法への要請を類似したものとしているのである。

したがって、私は、関心ある読者に、私のドイツ刑事訴訟法教科書の翻訳に親しんでいただきたい。これは、読者に、これらの問題と目下の事象を提示するというドイツでの試みに関する基礎的な概観を与えるであろう。おそらく、それによって、日本の読者は、自国の刑事訴訟法やその適用を検討するに際しての種々の手がかりをも得るであろう。ドイツでの研究や学習を準備しようとしている若い法学研究者にとっても、本書は、その準備の手助けとなり、ドイツ法への最初の概観を与えることになると思う。

このような方法で、本書が日本の読者を得ることは、私にとって大きな喜びであり、名誉である。私は、本書の翻訳と、それに伴う友情に溢れかつ良好な長年にわたる（そして今後も続く）私たちの共同作業について、加藤克佳教授、辻本典央教授に心から感謝申し上げる。

2014年1月ドイツ・パッサウにて

Prof. Dr. Werner Beulke

第11版はしがき (Vorwort zur 11. Auflage)

本第11版では、2010年2月および一部は3月までの立法、判例および文献について記述した。新しい立法の中では、特に、刑事手続における合意手続を法制化するための法律、第43次刑法改正法の新たな王冠証人規定、第2次被害者の権利改正法ならびに勾留法を改正するための法律を指摘し

ておかなければならない。リスボン条約の発効およびそれに基づいたヨーロッパ手続法の改正も、重要である。

新たに引用した判例のうちで重要なものは、特に、先行の教示に瑕疵がある場合に被疑者・被告人に対して加重的な教示を行うことについての判決、および、領事館への通知および証拠申請権における関連性要件の加重についての判決である。そのほかに、証拠使用禁止の可能性の観点で、刑訴法81a条2項の裁判官留保の不遵守をめぐる論争、ならびに、捜査当局による脱税者情報の入手をめぐる議論にも、言及の必要がある。学説と判例における前進により、刑訴法101条7項による捜査手続における新たな法的救済、および、法治国家として許されないほどの手続遅延を相殺するための執行による解決の効果に関する叙述も、より深めることができた。強制処分領域においても、解説を包括的に改めたが、ここでは、特に、証言拒否権を持つ者に対する捜査活動の問題に言及し、また、まだプロバイダの下にあるEメールの押収に関する連邦憲法裁判所および連邦通常裁判所の新たな判例を分析した。最後に、迅速手続原則と公正手続保障との緊張領域における弁護権濫用という問題についての、以前から引続く基本的議論の意義も強調しておきたい。この関連で、全ての手続段階において公正手続原則の意義が急速に高まっていることを指摘することも、著者の関心であった。私は、補足部分をできる限り抑えて、これにより資料が全体として見やすいままになるように配慮した。そのため、多くの判決や学術的論稿は、残念ながら採りあげることができなかつた。本版でも、いくつかの点で、第10版の親切な読者からいただいた重要な指摘について言及している。今後も、示唆ならびに積極または消極の批判はいつでも歓迎であり、次のアドレスまでEメールで頂戴できると幸いである：

beulke@strafrecht-beulke.de

読者諸氏は、次の点を知っておいていただきたい：

- 他の「重点」シリーズと同じく、本書も、その内容を核心的な情報に限定している。
- それでもなお全体の記述が多すぎると感じる人には、行間の狭い箇所を飛ばして、基本的な試験問題に関する概観を見ていただきたい。
- 理解を深めまたは素早く復習するためには、72箇の事例問題とその解答に限定して読むことも薦めておく。知識の不足は、——参照によって目に留まった——本文を後から読むという方法で補うことができる。このような読み方でも、私の経験からすると、学生は、全ての重要な論点を押さえることができ、それにより、通常であれば刑事訴訟の試験科目に合格できるほどに理解することができるだろう。

刑事訴訟上の事例の解決において完璧を目指したい人は、本書末尾 Rn 617番において、問題集と雑誌における例題を見ていただきたい。

私は、この第11版に対する顕著で非常に精力的な支援に対して、特に私の学術的助手である *Hannah Stoffer*、さらには私の全ての「講座チーム」に、つまり学術助手である *Dr. Sabine Swoboda*、研究助手である *Dr. Benedikt Edlbauer*, *Verena Huber*, *Uta Kühn*, *Dr. Stephanie Pommer*, *Agnes Wallfahrer* および *Dr. Tobias Witzigmann*, ならびに学生助手である *Markus Abraham*, *María Anneser*, *Kathrin Ibrom*, *Mathias Klement*, *Theresa Lauterbach*, *Madina Menkeyeva*, *Julian Titze*, *Anita Würflingsdobler* に感謝を贈る。また、特に、私の秘書である *Ursula Kuba* に対して、その根気強い仕事と、全メンバーへの親切なお世話に対して感謝を贈る。

2010年4月パッサウにて

Werner Beulke

第1版はしがき (Vorwort zur 1. Auflage)

本書は、筆者がこれまでに行ってきた刑事訴訟法の講義を基にして、刑事訴訟法を学習し、または第1次国家試験の準備に向けて理解を深めようとする法学の学生向けに執筆したものである。口頭による授業で漏れ落ちていた部分をいくつか補充して書き加えた部分もあるが、紙面を重要な核心的問題に集中するために、あえてかなり省略した点もある。そのような配慮は、国家試験における伝統的かつこの間にも法曹養成規則によって維持された審査実務によると、刑事手続法の概要（基本的な特徴）のみが問われるということからも、妥当であろう。特に刑事訴訟学説を幅広く取り上げることは、放棄しなければならなかったのであるが、さらには、法規定の記述や判例の引用においてさえ、多くを簡略化したり省略したりせざるをえなかった。

本書の準備には長期を要したことから、何代にもわたる助手諸氏の協力を得た。長年にわたる多くの助手氏には、筆者がここでその全ての名前を挙げるのではなく、その根気強い仕事と多くの有益な示唆に対して感謝して、「過去」の全ての助手氏を代表する形で幾人かの名前を挙げることをお許し願いたい。学術助手である *Dr. Markus Dornach*, *Thomas Trepper*, 研究助手である *Dr. Gregor Bachmann*, *Dr. Helmut Satzger*, ならびに教育助手である *Caroline Brandt*, *Eike Schröer* である。また、パッサウ大学法学部の10人の学生にも、本書の校正をお手伝いいただき、多くの指摘と改善点を提案いただいたことに、感謝したい。さらには、私の秘書である *Ursula Kuba* にも、その尽きることのない働きによって本書の執筆に寄与してくれたことに感謝したい。

1994年3月パッサウにて

Werner Beulke

目次〔訳注：概略のみ〕

第11版はしがき／第1版はしがき／略語／文献略語／重要な法律改正の概観（2008年 - 2010年）

- § 1 刑事訴訟法への導入と刑事手続の目的
 - I. 刑訴法の法源
 - II. 個別の手続段階に関する概観
 - III. 刑事手続の目的
 - IV. 刑訴法と実体刑法
 - V. 国際的な関係（以上、本号〔近畿大学法学61巻4号〕）
- § 2 訴訟原則
- § 3 裁判所の構成と管轄
- § 4 裁判官の除斥と忌避
- § 5 検察官
- § 6 検察官の補助者としての警察
- § 7 被疑者・被告人，その尋問（概要）およびその権利・義務
- § 8 禁止される尋問手法
- § 9 弁護人
- § 10 証拠
- § 11 勾留
- § 12 その他の重要な強制処分（基本権への介入）
- § 13 訴訟条件
- § 14 訴訟行為
- § 15 捜査手続
- § 16 起訴便宜的理由による手続打切り
- § 17 起訴強制手続
- § 18 中間手続
- § 19 第1審公判手続の準備と実施
- § 20 公判における証拠調べ（一般的原則）
- § 21 公判における証拠調べの直接性（刑訴法250条以下）
- § 22 公判における証拠申請
- § 23 証拠使用の禁止
- § 24 判決の発見と判決の効果

- § 25 訴訟上の意味での行為の概念
 - § 26 特殊な手続形式
 - § 27 上訴の一般原則
 - § 28 控訴
 - § 29 上告
 - § 30 抗告
 - § 31 再審手続
 - § 32 私訴，公訴参加，付帯私訴手続ならびにその他の被害者の権利
 - § 33 手続費用
 - § 34 刑事訴訟上の事例問題の検討に向けた示唆
- 事項索引

§ 1 刑事訴訟法への導入と刑事手続の目的

事例 1：重篤ながん患者 H に対し、複数の殺人行為（ベルリンの壁における銃殺）が追及されている。憲法上の問題はおくとして、刑事訴追機関は、H が手続の最後まで生きてはいないとわかっているにもかかわらず、H に対する刑事手続を開始し、それを進めることはできるかという問題について、刑事手続の意味および目的から、その解答が導かれるであろうか。【Rn 12】

事例 2：ドイツ語をうまく話せないシチリア人 S は、ハンブルクで依頼された殺人を実行したことについての疑いをかけられていた。警察官 P は、S に対して、夕刻遅くに行われたその初回の尋問の前に、S は自分が選んだ弁護人に相談することができるかと教示した（163a 条 4 項、136 条 1 項 2 文）。S は、弁護士を呼びたいが、自分にはそれができないと述べた。これに応じて、P は、S に、ハンブルクの職業電話帳を手渡した。しかし、S は、自分で弁護士との連絡を取ることができなかった。P は、24 時間活動している弁護士救援センターがあることを、黙っていた。S は、落胆し、自白した。その自白は、刑事手続において使用することができるか。【Rn 13】

事例 3：A は、1945年初頭にナチスの親衛隊員として強制収容所での任務に就いていた際に、自身で、数百人のユダヤ人被収容者を殺害した。第 2 次世界大戦後、A は、偽名を使って生活していた。1990年のはじめ、刑事訴追機関は、彼を発見した。謀殺罪（刑法211条）による公訴提起は可能か。注意：行為時（1945年）の法律によると、謀殺罪の公訴時効は、20年であった（刑法旧67条）。また、A の殺人行為についてこの規定により時効が完成する前に、時効期間が延長され、最終的には1979年に、謀殺

罪について時効が廃止された（刑法現行78条2項参照）。改正のつど，規定には，前に実行された行為にも適用されることが，明示されていた（ここで簡単に示した法律改正の詳細について，BGH NJW 1995, 1297）。

[Rn 14]

I. 刑訴法の法源

[1] 刑訴法の法源は，広く分散している。特に以下のものが重要である：

- 主要な法源として刑事訴訟法*（StPO：1877年2月1日，現行規定は1987年公布）がある。
- 裁判所構成法（GVG：1877年1月27日，現行規定は1975年公布）：事物管轄（刑訴法1条準用裁判所構成法24条以下，74条以下，120条），裁判所の構成，検察の組織（裁判所構成法141条以下）などを規定する。
- 憲法：例えば，基本法（GG）20条3項の法治国家・社会国家原理，同92条以下の司法権に関する規定（特に基本法 103条，104条）を参照せよ。
- 欧州条約人権条約（EMRK：1950年11月4日。ドイツでは，本条約は連邦法と同列に位置づけられている）：特に被告人の権利に関する規定（欧州人権条約6条）を参照せよ。
- 裁判所構成法施行法（EGGVG：1877年1月27日）：特に，いわゆる司法行政行為に対する法的保護が規定されている（裁判所構成法施行法23条以下）。
- 少年裁判所法（JGG）：本法は，古いライヒ少年裁判所法（1923年）に立ち戻ったものであり，現在は，1974年に公布された版が適用されている。ここでは，少年および年長少年に対する刑事手続の特別な取扱いが規定されている。例えば，特別の少年裁判所の設置など（少年裁判所法 33条以下参照）

* 訳注：以下では，条文表記に際して法文名を省略し，記載する場合も原則として「刑訴法」と略記する。

である。

- 一 刑法 (StGB) : 特に, 告訴に関する規定 (刑法77条以下) が重要である。

II. 個別の手續段階に関する概観

[2] 刑事訴訟法の構想上, 刑事手續は, 複数の段階にわたる。

1. 刑事手續は, 捜査手續から始まる。そこでは, 特定の被疑者が可罰的行為を実行したことについて十分な嫌疑があるか否かが, 確認される (151条以下)。捜査手續は, 検察官がこれを主宰する。その終結は, 手續打切り (170条2項ないし153条以下) または公訴提起 (170条1項) による。

2. 起訴状が裁判所へ提出されることによって公訴が提起されたときは, 中間手續が行われる (199条以下)。ここでは, 後の公判に管轄を持つ裁判所が, 公判を開始するべきか否かを審査する。裁判所からみて, 被告人が起訴された行為を実行したことについて十分な嫌疑がある場合には, 公判開始決定が下される (203条, 207条)。十分な嫌疑が否定されるときは, 公判開始が却下される (204条)。

3. 開始決定によって, 公判手續が始まる。公判手續は, 準備手續 (212条以下) と公判の実施 (226条以下) とに分かれる。公判手續は, 通常は, 判決によって終わる (260条)。

4. 第1審公判の後には, 上訴手續が続く (296条以下)。

5. 判決が確定した後は, その内容に応じて執行手續が行われ (449条以

下)、検察官がこれを主宰する(451条1項)。

Ⅲ. 刑事手続の目的

[3] 刑事手続の目的は、複雑な性質を有する。それらは、個別事例において相互に対立することがあり、そこから、相互に比較衡量され、一方の利益のために他方の機能が制限されるべきこともある。

1. 国家刑罰権の確認と遂行

個別事例において生じる正当な国家刑罰権の確認と行使は、刑事手続の主たる任務の1つである⁽¹⁾。実体法の観点で正しくかつ正当な裁判が、下されなければならない。これにより、真実と正義が、我々の手続法の指導原理となる⁽²⁾。犯罪者に適切な刑を科するためには、機能的な刑事司法が求められる⁽³⁾。

多くの古い法秩序においては、罪業に制裁を加えることは、被害者ないしその所属する部族の権限であったが、現在では、犯罪者を処罰する権限は、国家にのみ帰属する。この国家の刑罰権限には、対象となる市民の司法権発動請求権が対応する。市民が犯罪被害者として自身に加えられた危害に対し自ら報復することを許されないのであれば、犯罪から生じた刑罰権を実現することは、国家の権利というだけでなく、義務でもある。

[4] 犯罪被害者の刑事手続における関与権は、親告罪における告訴権(例えば、過失傷害罪＝刑法229条、230条)、私訴権(374条ないし394

(1) BVerfGE 20, 45, 49; BGH NJW 2007, 3010; また、*Rieß*, JR 2006, 269も見よ。

(2) *Murmann*, GA 2004, 65, 68; *Salas, M.*, Kritik des strafprozessualen Denkens, 2005, S. 294.

(3) BVerfGE 34, 238, 248 f; 80, 367, 375; BVerfG StV 2009, 673; *Schwarz*, Jura 2007, 334.

条)、公訴参加権(395条ないし402条)に限定されている。さらに、被害者は、一定の条件において、損害賠償を求めることもできる(403条ないし406a条)。そのほかでは、被害者は、わずかな権利しかもたない証人でしかない。刑事手続は、告訴に基づいて開始されることがあるが(158条)、その場合も、職権で調査が行われる(160条1項)。近年、立法者は、刑事手続の多くの場面で被害者の権利を強化している。したがって、被害者の満足という考え方のルネッサンスということができよう⁽⁴⁾。さらに詳細については、Rn 181以下、309、344以下、590以下にある。

2. 法治國家的手続の保障

[5] 前述した、犯罪者に適切な刑罰を科するという刑事司法の機能は、法治国家において(基本法20条3項)、絶対的に妥当するものではない。なぜなら、真実のためにはいかなる犠牲を払ってもよい、というものではないからである⁽⁵⁾。刑事訴追の制度は犯罪者として疑われる者の生活および権利に深く介入するものであるため、過剰な、すなわち不相当な介入からの有効な保護が必要となる。この保護は、不可欠のものである。なぜなら、第1に、手続の過程で被疑者・被告人が無実であることが判明する可能性があり、第2に、国家権力が刑法および刑事手続法により自身に与えられた権限を濫用する危険も常に存するからである。したがって、訴訟法に則った裁判の成立は、刑事手続法のまた別の任務であり、実効的な刑事訴追の要請と並び立つものである。双方の任務がしばしば対立することは、明白なことである。この予めプログラムされた対立は、全ての手続法に備わっている。一部では、すでに法律自身によって(例えば、基本法104条、刑訴法112条以下による未決勾留に際して)、一部では、判例および学説

(4) 深めるものとして、Weigend, RW 1 (2010), 39; Wessels/Beulke AT, Rn 12a.

(5) BGHSt 38, 215, 219 f; Wolter, GA 1999, 158.

によって（例えば、証拠使用禁止の承認によって）解決が図られている（詳細は Rn 454以下）。

3. 法的平和・平穩機能

[6] 最後に、刑事手続は、法的平和・平穩を創設する裁判を導くべきものである。この目的も、場合によっては、前述した機能と衝突する⁽⁶⁾。例えば、後に疑いが生じた場合に手続を新たに展開するのは、それ自体適切なことではあろう。しかし、刑罰問題を永久的に放置しておくことはできない。このことは、しばしば、社会の利益でもあり、被疑者・被告人の利益でもある。したがって、訴訟法は、確定力の制度を備えている（Rn 501以下、512以下）。

[7] しかし、確定した裁判の維持が極端に正義に反する場合には、確定力の破壊という可能性が認められている。この機能は、手続の再審に関する法に備わっている（359条以下。後述 Rn 585以下を見よ）。これにより、裁判の不可変更性という原理は、原則であるが、法治国家的な理由による立法者からの制限という例外がある⁽⁷⁾。

IV. 刑訴法と実体刑法

[8] 他の多くの国と違って、ドイツ刑法典は、基本的に、実体刑法しか含んでいない。これと異なり、古い刑法典は、実体刑法も、手続法も含むものであった。例えば、次のとおりである：

- － 1532年のカロリーナ刑法典（CCC）（その名を当時の主権者であるカール5世国王から取ったものである）
- － 1620年および1721年のプロイセン州法

(6) 全ての手続目的の統一について、Rath, Küpper-FS, S. 455, 466.

(7) BGHSt 45, 37, 38.

しかし、現行刑法典も、実体法の性質を持つ規定だけではない。例えば、告訴権(刑法77条以下)などは、手続法に属する制度である⁽⁸⁾。

一部で、個別の法制度の法的性質について、争いがある。これは、特に公訴時効の法制度(刑法78条以下)に該当することである。基本法103条2項、刑法1条、2条によると、実体的な可罰性は、行為時に適用されていた法律によって決められる。犯行時の法律ではすでに時効が完成しているが、現行法によるとそうではないという場合、審判の時点で妥当している法の適用について実体刑法の範囲で考慮されるべき遡及禁止が妨げとならないのか、という問題が生じる。つまり、遡及禁止は公訴時効の法制度にも妥当するのかは、重要な問題である。この問題は、特にナチス犯罪や、旧東ドイツで実行された犯罪において、現代的な意義を持つ⁽⁹⁾。

少数説は、時効期間の事後的な延長は許されないという。長い時間の経過は、実体的な刑罰の正当性を減少させるので、公訴時効は、実体法の規定、すなわち、実体的な刑罰阻却事由となる。したがって、審判に際して、行為時の時効規定が適用される⁽¹⁰⁾。

〔これに対して、〕通説は、時効期間の事後的な延長は許されるという。なぜなら、公訴時効は訴訟障害である、つまり、手続法の規定であり、それには、遡及禁止は基本的に適用されない、とするのである(裁判管轄、弁護人の規定と同様である)⁽¹¹⁾。事後的に時効期間が延長された場合、審判時点の法が適用される⁽¹²⁾。この見解が妥当である。なぜなら、公訴時効の制度は、もっぱら証拠の散逸という点から正当化されるものだから

(8) BGHSt 46, 315.

(9) 第1次、第2次および第3次公訴時効法 BGBl I, 1993, S. 392; 1657; 1997, S. 3223も見よ。

(10) RGSt 12, 434; *Maiwald*, GA 1970, 33, 38; また, *Pieroth/Kingreen*, NJW 1993, 385も見よ。

(11) BGHSt 53, 64, 67.

(12) BVerfGE 25, 269; RGSt 76, 159.

である。何人も、この単なる訴訟条件の維持を期待することはできない。これによって、従前の時効期間が維持されることにつき保護されるべき利益は、認められない。

V. 国際的な関係

1. 欧州人権条約 (EMRK) ⁽¹³⁾

[9] a) 近年、国際法がドイツの刑事手続法に与える影響が日増しに強くなっているが、このことは、欧州人権条約 (EMRK) の適用と、そのような権利がストラスブールにある欧州人権裁判所 (EGMR) で実現される機会とによる⁽¹⁴⁾。欧州人権条約は、国際法上の条約であり、1950年11月4日に欧州評議会において議決された。ドイツでは、これを具体化する制定法に基づいて⁽¹⁵⁾、国内法としての効力が与えられている。欧州人権条約は、その形式において、制定法としての位置づけにある (基本法59条2項)。基本法と欧州人権条約とで、基本権としての保障の評価において結論が異なる場合、問題が生じうる。そのような場合、対立を避けるために、国際法に適合した解釈が求められる。これにより、基本権は、欧州人権条約および欧州人権裁判所の判例とも適合するように解釈されなければならない。このような条約に適合した解釈という方法⁽¹⁶⁾は、ドイツの国内法に対する欧州人権条約の事実上の優越を導く⁽¹⁷⁾。ただし、連邦憲法裁判

(13) 深めるものとして、*Ambos*, ZStW 115 (2003), 583; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002; *Jung*, GA 2003, 191; *Schuska*, Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung, 2006; *Nack*, G. Schäfer-FS, S. 46; *Satzger*, Jura 2009, 759; *SK-Paeffgen*, Art. 1 ff EMRK.

(14) これにつき、*Böse*, ZRP 2001, 402; *Eisele*, JA 2000, 424; *Kuhl*, ZStW 100 (1988), 406, 601.

(15) BGBl 1952 II, S. 685.

(16) BVerfGE 74, 358; BGHSt 46, 93.

(17) *Schweitzer*, Rn 709; 以下も見よ。 *Limbach*, NJW 2001, 2913; *Imme*

所は、そのような解釈方法について、それが「憲法の基本的な原則」に違反することになる場合には、その例外を認めている⁽¹⁸⁾。

[9a] 欧州人権条約は、個人に対して、特に以下の権利を主張する機会を付与する：

- 拷問の禁止（欧州人権条約 3 条⁽¹⁹⁾）
- 自由と安全を求める権利、特に、拘束された者が自由剥奪について裁判上の審査を受けるために遅滞なく裁判官の下に引致される権利（同5条3項⁽²⁰⁾）、および、拘束について事後的に裁判上のコントロールを受ける権利（同5条4項⁽²¹⁾）
- 公正な手続を求める権利（フェア・トライアル原則＝同6条1項）；これは特に、迅速手続の要請（Rn 26）を含む（その他の具体例は Rn 28）
- 訴追の形式（すなわち、犯罪構成要件）と理由（すなわち、社会生活上の事実）を遅滞なく知らされる権利（同6条3項 a⁽²²⁾）
- 弁護人の援助を受ける権利（同6条3項 c⁽²³⁾）
- 不利となる証人に質問し、または、他者に質問させることを求める権利（同6条3項 d⁽²⁴⁾；Rn 124と171も参照）

Roxin, DAV-FS, S. 1070 ; *Satzger*, International, § 10 Rn 10 ff ; *Weigend*, StV 2000, 384.

(18) BVerfGE 111, 307 (Görgülü 事件).

(19) EGMR NJW 2001, 2694.

(20) EGMR NJW 2001, 51.

(21) Guantánamo-Häftlinge の匹敵する法（ハイビラス・コーパス理論）について、*Stuckenberg*, JZ 2009, 85.

(22) *Frister*, StV 1998, 159.

(23) EGMR (*Salduz/Türke*) HRRS 2008 Nr 1145 m. Bespr. *Herrmann*, StRR 2009, 97.

(24) EGMR JR 2006, 289 m. Anm. *Gaede* ; EGMR (*Monika Haas/ Deutschland*) NStZ 2007, 103 ; BGH JR 2005, 247 m. Anm. *Esser* ; BGHSt 51, 150 m. Bespr. *Eisele*, JR 2007, 303 ; *Heintschel-Heinegg*, JA 2007, 234 および *Mosbacher*

- 無償で通訳を受ける権利（同6条3項e⁽²⁵⁾）
- 罪刑法定原則（同7条1項）
- 死刑の廃止（欧州人権条約に関する議定書6号および13号。両議定書はドイツも批准している）
- 私的な領域を尊重される権利，住居不可侵を求める権利（欧州人権条約8条⁽²⁶⁾）

[9b] 刑事手続に関する中心的な規定は，欧州人権条約6条である。同条は，裁判手続，特に刑事手続に関与する人の多くの権利を含んでいる。詳細には，6条1項が7つの司法上の基本権，6条2項が無罪推定原則，6条3項がまた別の8つの基本権を含んでいる。もっとも，欧州人権裁判所は，6条1項に定められた公正な手続を受ける権利を上位のものとし，個別の権利はその具体化されたものとみている。したがって，手続全体の評価は，一般的には，本質的な基準として，欧州人権裁判所によるフェア・トライアル原則の適用如何ということによる⁽²⁷⁾。

[9c] 欧州人権裁判所は，欧州人権条約により保障される基本権に対する違反を認めたとときでも，国内裁判所の判決を破棄する権限はない。しかし，欧州人権裁判所は，被害者に対し，欧州人権条約41条により，回復できない被害に対する「適切な賠償」を命じることができる。また，被害者は，欧州人権裁判所による条約違反の認定に基づいて，刑訴法359条6号により，原判決が条約違反に基づくものであるという限りで，ドイツ国内で再審を求めることができる。加えて，欧州人権条約46条は，加盟国は自身が当事者となる全ての法律事件において欧州人権裁判所の判決に従うべきこ

JuS 2007, 726 ; *Beulke*, Rieß-FS, S. 6 ; *Walther*, JZ 2004, 1107.

(25) EGMR EuGRZ 1979, 34 ; BGHSt 46, 178.

(26) EGMR StV 2006, 561 m. Bepr. *Dörr*, JuS 2007, 369.

(27) LR-*Gollwitzer*, MRK Art. 6 Rn 160 ; *Hecker*, § 3 Rn 52 ff ; *Satzger*, JA 2002, 838 ; *Schroeder*, GA 2003, 293.

とを定めている(ただし、本条約の位置づけ問題について Rn 9参照)。基本的に、これは、紛争対象における各々の人的、物的、時間的範囲において、つまり、通常は当該国家に関してのみ妥当する。もっとも、他の加盟国に対して下された判決が重要となることもある。各加盟国は、問題となった裁判に匹敵する状況に際して、自身の法規定が欧州人権裁判所から要求されたルールと適合しないときには、欧州人権裁判所による是正を覚悟しなければならないという意味で、1つの判決が実践的に重要な意義を持ちうるからである⁽²⁸⁾。したがって、欧州人権裁判所の確立した判例は、規範的な指導原理となり、各国がそれに従わなければならないものとなる⁽²⁹⁾。

[9d] b) 欧州人権裁判所には、基本的に、現在、48の加盟国からそれぞれ1人ずつ裁判官が出されており(ドイツは、現在、*Angelika Nußberger* 判事である)、複数の課および部に分かれている。裁判は、加盟国(国家提訴=欧州人権条約33条)から、または、加盟国による基本権侵害を理由として自然人もしくは法人から(私人提訴=同34条)、提訴が可能である。欧州人権条約35条により、そのような提訴は、最終の国内裁判が下され、国内における上訴の方法が尽きてから6か月以内に限り、許容される。そのような上訴の方法には、連邦憲法裁判所への憲法抗告も含まれる⁽³⁰⁾。欧州人権裁判所での手続は公開されており、対審的な手続により、英語またはフランス語を用いて行われる。

(28) *Kühne*, StV 2001, 73; また, *Jaeger*, DRiZ 2006, 176も見よ。

(29) BVerwG NVwZ 2002, 87.

(30) *Meyer-Ladewig*, Art. 35, Rn 12.

2. 欧州連合法⁽³¹⁾

[10] ヨーロッパ全体の基本的自由を伴う統一的な域内市場の実現、経済・通貨の統合、ヨーロッパ域内での加盟国相互の国境の開放といったことによって急速に進むヨーロッパ統合、さらには、急速に進化する技術的發展と、人のめまぐるしい移動を伴った一般的な国際化傾向は、国際的に行動する犯罪者に新たな活動領域を開き、組織的かつ国際的な重大犯罪を活発にさせている。同時に、刑法は、伝統的に、他の法領域に類をみないほど、国内の文化に根を下ろしたものであるため、長い間、「国内主権の総体」⁽³²⁾として、ヨーロッパ法の影響を受けないままとされてきた。しかし、「犯罪のヨーロッパ化」⁽³³⁾が高まることにより、ヨーロッパ域内で、旧来の構造をヨーロッパ刑法の創設（ヨーロッパ上の犯罪構成要件を創設し、ヨーロッパにおける刑事訴追機関を設置する）および（または）加盟国の刑罰規定を調整することによって打破しようとする動きが出てきた。

[10a] ヨーロッパ統合における最近の大きな動きは、2007年12月に署名され、2009年12月1日に発効したリスボン条約（Vertrag von Lissabon）である⁽³⁴⁾。この条約は、——失敗に終わった、2004年「欧州憲

(31) 刑法のヨーロッパ化についての一般的な文献として、*Albrecht*, ZRP 2004, 1; *Ambos*, Internationales Strafrecht, §§ 9 ff; *Braum*, StV 2003, 576; *Brüner/Hetzer*, NStZ 2003, 113; *Gless*, ZStW 114 (2002), 636; *Hecker*, Europäisches Strafrecht; *ders.*, JA 2007, 561; *Heine*, Jung-FS, S. 261; *ders.*, Otto-FS, S. 1015; *Kuhl*, ZStW 109 (1997), 777; *Köhne*, Rn 43 ff; LR-*Köhne*, Einl. Abschn. D; *Lüderssen*, GA 2003, 71; *Perron*, ZStW 112 (2000), 202; *ders.*, Koper-FS, S. 429; *Rosenau*, ZIS 2008, 9; *Satzger*, International, §§ 7 ff; *Schröder*, NStZ 2006, 669; *ders.*, in Sosnitza, S. 79; *Schünemann*, GA 2002, 501; *Vogel*, GA 2002, 517および GA 2003, 314; *Wolter*, Kohlmann-FS, S. 693がある。

(32) *Perron*, in: Dörr/Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, 1997, S. 135.

(33) *Satzger*, S. 7.

(34) ABI 2007 C 306/1.

法条約」⁽³⁵⁾とは異なり——憲法としての構想を持つものではない。すなわち、本条約を統一の「憲法条約」とするために既存の条約を破棄するものではなく、従来の条約（欧州連合条約＝EUV、欧州共同体条約＝EGV）の構造を基礎とするものである。もっとも、欧州共同体条約は、2010年12月1日以後は「欧州連合運営条約」（AEUV）という名前に変更されている。欧州連合は、欧州共同体を継承し、その法的地位を引き継ぐものであり、これによって、固有の法的人格を備えている（欧州連合条約1条）。欧州連合は、法人格を備えるものとして、人権条約にも加入している（同6条2項）。2001年の欧州連合基本権憲章は、欧州連合条約や欧州連合運営条約における条約上の構成部分ではないが、欧州連合条約6条1項における参照を通じて、法的拘束力を持つものとして妥当している⁽³⁶⁾（イギリス連合王国、アイルランド、ポーランド、チェコは加入していない——これらの国は、留保権を行使している）。

リスボン条約が発効して以後、欧州連合は、特に重大な犯罪の領域において、他の調整措置の付随的権限として、加盟国における実体刑法の調整に向けた準則を発令する権限を備えることとなった（欧州連合運営条約83条1項、2項）。刑事手続の領域においては、欧州連合運営条約82条1項、2項が、欧州連合に、指令を発することによる最低基準を設定する権限を与えている。もっとも、この権限は、補完性および比例性の原則により（欧州連合条約5条1項、3項、4項）、限界づけられる。

また、欧州連合運営条約82条3項、83条3項は、いわゆる「非常ブレーキ装置」を定めている。これによって、加盟国は、予定される調整によって「自身の刑事法秩序の基本的な観点」に抵触する場合には、立法手続を阻止し、法的調整を妨げることができる。しかし、連邦憲法裁判所の基準

(35) ABl 2004 C 310/1；Meyer, Grundrechte der EU.

(36) Herrmann, Jura 2010, 161, 166.

によれば、この非常制動装置は、ドイツにおいては、国内立法者の同意を得た場合に限り、使用を許されるものである（詳細は *Wessels/Beulke* AT Rn 77d, 77e）。

[10b] リスボン条約の批准手続は、ドイツでは、連邦憲法裁判所より議会の関与権が不十分であるとの理由で憲法違反であると判示された付随的立法をそれに応じて修正したのちに、2009年9月25日に終了した⁽³⁷⁾。もっとも、連邦憲法裁判所は、リスボン条約判決⁽³⁸⁾において、基本法38条1項に定められた（刑事）立法の民主的正統性、ならびに、国内主権の維持および基本法79条3項における普遍性によって確保されるべき規範存続の要請（憲法上の同一性の核心として）を示して、ヨーロッパ法に対するそのコントロール権限を拡張した。欧州連合は、権限のための権限を拡張すること、または、基本法の憲法としての核心を侵害することを、してはならない⁽³⁹⁾。中核的な生活領域（刑事司法も含まれる）においては、最終の決定権限は、国内の議会に留保されていなければならない。連邦憲法裁判所は、これによって把握される「刑法に特殊な保護原則」⁽⁴⁰⁾から、欧州連合の刑法および刑事手続法の調整権限が制限的に解釈されるべき要請を展開した。その権限の使用は、「特別の正当化」を必要とする。犯罪構成要件の調整は、できる限り、個別の構成要件類型にとどめるべきであり、当該犯罪の全ての領域に及ぶものとなってはならない。欧州連合が刑

(37) 付随的事項について、BGBl, II 1038 および VBGHL, I 19226 (8.10.2008) ならびに BGBl I 3022, 3026 および 3031 (22.9.2009); *Nettesheim*, NJW 2010, 177.

(38) BVerfG NJW 2009, 2267, 2287 ff m. Bespr. *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397; *Böse*, ZIS 2010, 76; *Folz*, ZIS 2009, 427; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 16; *Meyer*, NStZ 2009, 657; *Zimmermann*, Jura 2009, 844.

(39) これにつき、*Gärditz/Hillgrube*, JZ 2009, 874; *Sauer*, ZRP 2009, 195 もある。

(40) *Satzger*, 166ff; *ders.*, International § 8 Rn 9.

法上の付随的権限に基づいて介入すべきであるのは、そもそも、制裁の切実な欠缺が実際に生じており、それは刑罰を定めることによるのみ除去できるということが明らかな場合に限られる。

[10c] 欧州連合は、すでにリスボン条約が発効する前から、調整を図るために、2つの行為形式を備えていた：第1に、国際的な共同体としての法域において、欧州共同体条約が限定された個別授権に基づいて欧州連合に権限を与える限りで、法行為を行うことができた。第2に、欧州連合条約の警察上および司法上の共同の範囲で国境を越えたレベルで活動する機会があった。この異なる機会は、当時の欧州連合の構造から導かれるものであった。それは、いわゆる神殿式または支柱形式というべきものであった。これによると、欧州連合は、その屋根が先に定められた欧州連合条約の旧1条ないし7条であり、その基盤が最終決定であるところの神殿を築いたのである。この神殿は、3つの支柱で支えられている。第1の柱は、初めは3つの、後には2つとなった超政府的な欧州共同体（欧州共同体＝EGと、欧州原子力共同体＝EAG；2002年7月23日までには欧州石炭・鉄鋼共同体＝EGKS）から、第2の柱は、共通の外交・安全保障政策（GASP）から、そして第3の柱は、刑事事件における警察および司法の協力（PJZS）から、それぞれ形成されている。後2者は、超政府的な共同でしかない、すなわち、この範囲で創設された法（いわゆる共同体の第2次法）は基本的にその国際法上の、つまり締約国間での拘束力を持つにすぎない、という点で共通する⁽⁴¹⁾。この支柱構造は、リスボン条約により、前述した超国家的な構想を強化する方向で変更された。第3の柱（PJZS）は、欧州連合運営条約67条ないし89条に統合され、新たな決定手続が導入された。これによると、今では、議会で多数決によって決定する

(41) *Ambos/Rackow*, Jura 2006, 505; *Borchardt*, Rn 962; *Streinz-LB*, Rn 5, 473; *Schweitzer*, Rn 16.

ことも、可能となっている。しかし、2つの超国家的領域である欧州共同体およびJI（司法と内務）とならんで、非超政府的領域もある（共通外交・安全保障政策=GASP）⁽⁴²⁾。

[10d] 欧州共同体は、共同体の法的領域（第1の柱）では、通説によると、現在まで、刑法または刑事手続法に関する一般的な法制定権限を持たなかった⁽⁴³⁾。このことは、欧州共同体の経済的利益保護のための不正撲滅をみても妥当していた欧州共同体条約280条4項は、問題となる法的根拠として、その2文に、加盟国のための刑法に関する包括的な留保条項を置いていたからである⁽⁴⁴⁾。新たな欧州連合運営条約325条4項ではそのような制限が置かれていないため、現在では、リスボン条約（Rn 10a 参照）が発効して以後、欧州連合の経済的利益保護のための不正撲滅の領域において、指令による刑法の調整とならんで、超国家的な犯罪構成要件を定めることもできるのかが、問題となっている⁽⁴⁵⁾。

さらに、共同体法は、リスボン条約が発効する前から、国内の刑法にとって重要なものであった。特に、連合法の適用優先の一般原則によって、である。これは、国内の当局および裁判所に対し、連合法に反する国内法を適用しないよう求めるものであった⁽⁴⁶⁾。その結果、国内の機関には、連合法に反する国内法を却下する権限が付与された。連合法の意義は、連

(42) *Fischer*, Vertrag von Lissabon, S. 82も見よ。

(43) 議論の状況について、*Wessels/Beulke* AT, Rn 77a；*Satzger*, NK 2007, 93.

(44) 争いがある；詳細は、*Satzger*, in: *Streinz*, Art. 280 EGV Rn 20；*Fromm*, ZIS 2007, 26.

(45) 権限の基礎づけについて、*Zimmermann*, *Jura* 2009, 864；*Mansdörfer*, *HRRS* 2010, 18；異なる見解として、*Böse*, *ZIS* 2010, 87f；深めるものとして、*Satzger*, *International* § 7 Rn 41 f；§ 8 Rn 63 f；*Heger*, *ZIS* 2009, 406.

(46) *EuGH* Rs 6/64 (*Costa/ENEL*) *Slg* 1964, 1251；*EuGH* Rs 16/83 (*Prantl*) *Slg* 1984, 1299；*Ambos*, § 11 Rn 37 ff；*Streinz-LB*, Rn 256.

合法に適合した解釈の原則からも強調される⁽⁴⁷⁾。これは、加盟国の裁判所に対し、国内法を連合法に照らして解釈し、適用することを義務づけるものである。さらに、共同体法の有効性を保障するために、加盟国は、すでに早くから、欧州共同体の指示権限⁽⁴⁸⁾の範囲において、一般的に、すなわち、その形式や程度に関する定めがなく、共同体法に対する違反を制裁するよう義務付けられることがあった。いずれにせよ、欧州共同体は、付随的権限を通して、すでに早くから刑事手続法の調整を図ってきた⁽⁴⁹⁾。誠実協力義務(かつての欧州共同体条約10条、現在は欧州連合条約4条3項)および——経済的利益に関して——欧州共同体条約280条2項(現在は欧州連合運営条約325条2項)から導かれる吸収・同化原則(Assimilierungsprinzip)も、国内法にとって重要である。欧州司法裁判所の判例が継続する中で⁽⁵⁰⁾、加盟国は連合法上の保護法益を自国の法益と同様の——有効で、均衡し、抑止的な——措置をもって保護するよう、要求されている。

[10e] 欧州不正対策局 (OLAF = Office européen de lutte anti-

(47) EuGH Rs 14/83 (*von Colson und Kamann*) Slg 1984, 1891; *Wessels/Beulke*, AT Rn 57, 77b; 深めるものとして, *Jokisch*, *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren*, 2000; *Schröder*, Ch., *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht*, 2002; *Streinz*, Otto-FS, S. 1029.

(48) EuGH Rs 176/03, *Kommission/Rat*, EuZW 2005, 632 m. Bespr. *Böse*, GA 2006, 211; *Braum*, *wistra* 2006, 121; m. krit. Anm. *Hefendehl*, ZIS 2006, 161; *Heger*, JZ 2006, 310; EuGH Rs C-440/05, *Kommission/Rat*, (船舶による汚染の撲滅), NSStZ 2008, 703 m. krit. Anm. *Eisele*, JZ 2008, 251; *Hecker*, § 8 Rn 35 ff; *Satzger*, *International* § 8 Rn 31 ff.

(49) 例えば以下を参照。RL 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung ua, ABl 2006 L 105/54 および確認判決である EuGH in JZ 2009, 466 m. abl. Anm. *Ambos*; Bespr. bei *Braum*, ZRP 2009, 174も参照。

(50) EuGH Rs. 68/88 (ギリシャのトウモロコシ・スキャンダル) Slg 1989, 2965.

fraude⁽⁵¹⁾)は、共同体の利益保護に奉仕するものである。これは、詐欺、汚職、その他の共同体の経済的利益に対する違法な行為を撲滅することを、任務とする。欧州不正対策局は、この任務を履行するにあたり、完全な独立性のもとで、加盟国の管轄機関と密接に協力して、内部のおよび外部の調査を実施し、この刑事訴追処分に情報を提供することによって、加盟国の領域にも介入することができる。

[10f] 欧州共同体のかつての第3の柱（警察および司法の協力）の範囲で、過去に、欧州連合条約旧34条の意味での多くの法行為（連合の第2次法）が発せられた。これは、2010年12月1日より前に議決された法的状態がリスボン条約のもとで新たな法形式へと導入されるというかたちで、刑法および刑事手続法に関して、いまなお意義を持っている。以前に欧州連合条約旧34条のもとで定められた行為形式の中で、多くは、枠組決定（Rahmenbeschluss⁽⁵²⁾＝欧州連合条約旧34条2項2文b）または協定（Übereinkommen⁽⁵³⁾＝同条項d）が選択されていた。その際、枠組決定は、共同体法上の準則と並行して、当時は欧州共同体条約249条3項（現在は欧州連合運営条約288条3項；加盟国に対する目的の拘束性、具体化する方法の自由性を定める）から、具体化しなかった場合における実効的な制裁機会のないまま、置かれていた。もっとも、欧州司法裁判所は、そのPupino事件判決によって、枠組決定の重要性を相当に高めた。欧州司法裁判所は、この判決において、目的の拘束性と、枠組決定の国内機関および裁判所に対する強制的な性質から、枠組決定による連合法に適合した解釈をするべき義務を判示した（いわゆる枠組決定に適合した解釈）。ただ

(51) Kommissionsbeschluss vom 28.4.1999；ABl 1999 L 136/20；参照，*Ambos*, Internationales Strafrecht, § 13 Rn 1 ff；*Braum*, JZ 2009, 298.

(52) 例えば、欧州連合の構成国における刑事訴追機関の間での情報や知識の交換を簡易にすることについてのRB 2006/960/JI, ABl 2006 L 386/89.

(53) 例えば、刑事事件における司法共助に関する協定 ABl 2000 C 197/1.

し、その解釈は、国内法に反するようなものとなってはならない⁽⁵⁴⁾。

[10g] 国内裁判所が裁判を下すにあたり連合法の国内法への影響について疑問を抱いたときは、回付裁判手続（欧州連合運営条約267条，欧州連合条約19条3項 b）による欧州司法裁判所への回付が問題となる⁽⁵⁵⁾。このような疑問は、連合法の適用優先が妥当しない場合に限り，想定しうる（Rn 10d）。国内裁判所は，欧州司法裁判所に対して，単に連合法をどのように解釈すべきかが明らかでない場合に，連合法の解釈または第2次的法行為（第1次連合法の審査基準となる）の妥当性如何といった，裁判に重要な問題を回付できるだけである。つまり，回付において問題とされるのは，国内法の解釈や，連合法とのその適合性如何といったことではなく，国内法に基づいた裁判は連合法より禁止される措置であるか否か，という点である。

[10h] 回付手続について，回付の可能性と義務とは，区別されなければならない。最終審の裁判ではない限りで，回付の可能性が存する（欧州連合運営条約267条2項，欧州連合条約19条3項 b）。これに対し，その裁判に対してはもはや国内法上の上訴によっては争うことができない裁判所の場合，回付義務となる（欧州連合運営条約267条3項）。下級裁判所の裁判でも上訴できない場合があるから，この場合も，回付義務となる。これによると，連邦通常裁判所の場合には，回付義務となる。欧州司法裁判所は，法律問題がすでに解明されている場合，または，「合理的な疑いの余地がないほどに」正しい回答が明白である場合に限り，回付義務の例外を

(54) EuGH NJW 2005, 2839 (*Pupino*) m. Anm. *Garditz/Gusy*, GA 2006, 225; *Wehnert*, NJW 2005, 3760; 批判的見解として *Hillgruber*, JZ 2005, 841がある; *Tynkl*, StV 2006, 36. BVerfG NJW 2005, 2289は未解決とした; 全体について *Streinz-LB*, Rn 231, 476.

(55) 回付裁判手続の詳細について，*Ambos*, § 11 Rn 40 f; *Streinz-LB*, Rn 630 ff.

認めている⁽⁵⁶⁾。しかし、刑事法における欧州司法裁判所のこのいわゆる明白性理論の適用は、法的安定性に対する高度の要請において、疑わしいと思われる⁽⁵⁷⁾。

[10i] 国内裁判所が優先すべき連合法に対する連合法行為の違反を認めるときは、この点に関して、国内裁判所には、国内法に対する連合法の適用優先の場合と異なり (Rn 10d), 棄却権限はない。この場合、回付手続の形で、欧州司法裁判所に事件を回付しなければならない。なぜなら、欧州司法裁判所には、連合法の統一性の利益において、連合法に関する棄却権限が与えられているからである⁽⁵⁸⁾。

[10j] これまで、特に欧州勾留に関する枠組決定⁽⁵⁹⁾が、ドイツの刑事法に変化をもたらしてきた。この決定は、初めて刑事法の領域において、裁判所による裁判の相互承認の原則をもたらした。これは、1999年10月15日・16日にフィンランドのタンペレで行われた欧州連合特別会議における決議の具体化において行われた。その会議で、加盟国は、初めて、当時は欧州連合条約旧29条（現在は欧州連合運営条約67条1項）により求められる欧州域内での「自由、安全、権利」を確立するための具体的方法について話し合った⁽⁶⁰⁾。相互承認原則は、本来、欧州共同体の統一市場法から出たものであり、刑法上の関係においては、ある加盟国において適切に下された司法上の判断は他の加盟国においてそのようなものとして承認され

(56) EuGH Rs 283/81 (*CILFIT/Ministero della sanità*) Slg 1982, 3415 ; BVerfG JZ 2007, 87 mit Anm. *Paefgen*.

(57) *Hecker*, § 6 Rn 7参照。

(58) EuGH Rs 314/85 (*Foto-Frost*) Slg 1987, 4199 ; *Streinz-LB*, Rn 651 ff.

(59) 欧州勾留および構成国間での移送手続について、RB 2002/584/JI, ABI 2002 L 190/1があり、この解釈について特に EuGH NJW 2008, 3201がある。

(60) *Cullen/Jund* (Hrsg), *Strafrechtliche Zusammenarbeit in der EU nach Tampere*, 2002.

なければならない、ということの意味する⁽⁶¹⁾。現在は、欧州連合運営条約67条3項に、明示で規定されている。相互承認原則の基礎は、「加盟国間での各々の刑事司法システムへの相互の信頼と、全ての加盟国は他の加盟国で妥当している刑法の適用を承認する——自国の法を適用すれば異なる結論となる場合でさえも——」, という点にある⁽⁶²⁾。これに応じて、ある加盟国の司法機関が欧州勾留状を発付した場合、他の加盟国は、対象者が訴追される理由となっている犯罪が32の列挙された——非常に広範で、一部は不明確なかたちで定められている——犯罪の1つに該当し(例えば、サイバー犯罪、破壊行為など⁽⁶³⁾)、いくつかの例外要件(例えば、要請を受けた国ですでに確定した有罪判決が下されているなど)も適用されないという限りで、さらに審査を行うことなく、要請された人の移送に同意しなければならない。

第1次欧州勾留法⁽⁶⁴⁾が最初に挫折した後——同法は、連邦憲法裁判所より、特に、基本法16条2項2文により保護される国外移送からの自由、および、基本法19条4項により保護される上訴による救済への過度の介入を理由に無効であると判示された——、2006年に、連邦憲法裁判所の基準⁽⁶⁵⁾に沿った、欧州勾留に関する範囲決定の具体化が、刑事事件における国際的司法共助に関する法律(IRG)78条以下のかたちでの、第2次欧州勾留

(61) *Ahlbrecht*, StV 2005, 40; *Böse*, in: Momsen, Bloy, Rackow (Hrsg): *Fragmentarisches Strafrecht*, 2003; *Degenhard*, StraFo 2005, 65; *Fuchs*, ZStW, 116 (2004), 368; *Gless*, ZStW 116 (2004), 353.

(62) EuGH verbundene Rs. C-187/01および C-385/01 (*Gözatok* および *Brügge*) Slg 2003 I, 1345.

(63) これにつき, *v. Heintschel-Heinegg/Rohlf*, GA 2003, 44がある。欧州勾留についてさらに, KOM (2005) 63; *Fuchs*, JBl 2003, 405; *Wegner*, StV 2003, 105; *Wehnert*, StraFO 2003, 356がある。

(64) BGBl 2004 I, S. 1748.

(65) 批判的見解として, *Lagodny*, StV 2005, 515; *Ranft*, wistra 2005, 361がある。

法⁽⁶⁶⁾によって果たされた。他のヨーロッパ各国も、欧州勾留に関する枠組決定の具体化には難色を示している。しかし、欧州司法裁判所は、枠組決定と欧州連合条約34条2項2文bとの適合性に関してベルギーの仲裁裁判所から回付された手続において、枠組決定の条約適合性を肯定している⁽⁶⁷⁾。

[10k] リスボン条約（この点についてRn 10a）により、刑事手続に関して、裁判所による判決および裁判の相互承認原則は、欧州連合運営条約82条1項に明示されることとなった。この原則を促進させるために、欧州連合運営条約82条2項は、理事会と欧州議会に、適切な立法手続を経て指令を定めることにより刑事手続法の、特に加盟国間での証拠の許容性、被疑者・被告人および被害者の権利に関して調整を図るための最低基準を発する権限を与えた。

[10l] 確かに、リスボン条約は発効したが、この領域ではまだ基本的な新しい法行為が制定されていないため、従来の連合法および超政府的な法行為が、この点に関する学問上の議論と同じく、依然として、現代も重要である。ドイツ語の文献では、刑事法の範囲における相互承認原則は、「最大限の処罰という原則」と同義である⁽⁶⁸⁾、ないしは、欧州刑事手続法の非常に低い水準での調整である⁽⁶⁹⁾といった理由で、強く批判されている。しかし、刑事法における司法上の裁判の相互承認原則は、長い間、ヨーロッパ域内における司法共助の場面で適用されてきたことである。これ

(66) BTDrs 16/1024 および16/2015；これにつき、*Böhm*, NJW 2006, 2592；*Hackner/Schomburg/Lagodny/Gless*, NStZ 2006, 663；*Heger*, ZIS 2007, 221；*Mitsch*, JA 2006, 448；*Sinn/Wörner*, ZIS 2007, 204がある。

(67) EuGH NJW 2007, 2237 m. Bspr. *Braum*, wistra 2007, 401。ベルギー仲裁裁判所の回付裁判はNStZ 2006, 106で公開されている。

(68) *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332；*Schünemann*, GA 2004, 193 および ZIS 2007, 528。異説として、*Deiters*, ZRP 2003, 359。

(69) *Kühne*, Rn 48；以下も参照、*Kirsch*, StrafFO 2008, 449；*Zeder*, ÖJZ 2009, 996 mwN。

までも、古い法的基礎において出された財産の保全およびヨーロッパ内での証拠使用に関する枠組決定⁽⁷⁰⁾、ならびに、罰金刑および財産刑⁽⁷¹⁾、ないし、不在判決⁽⁷²⁾、さらには外国の有罪判決について新たな刑事手続において⁽⁷³⁾、それぞれで相互承認に向けた枠組決定は、大きな意義を持ってきた。いずれにせよ、刑事手続で使用するための物品、書類、情報の獲得に関する欧州証拠規定に関する枠組決定は、強調されなければならない⁽⁷⁴⁾。しかし、本来、委員会による欧州証拠規則⁽⁷⁵⁾によって求められた国家間での伝統的な司法共助の解消 (EU-RhÜbk=2000年5月29日の欧州連合加盟国間での刑事事件における司法共助に関する協定を定めるための議会の法行為による⁽⁷⁶⁾) は、複線的なモデルへ移行せざるをえなかった。刑事手続における国境を越えた証拠の移送、および、これに伴う欧州全域での証拠の流通性を可能にするという目標は、加盟国の証拠使用ルールを調整するための予防的措置が欠けるために、まだ完全に実現されていない⁽⁷⁷⁾。しかし、委員会は、2009年11月に、「加盟国の刑事手続で使用可能となる証拠の獲得に向けた基本的ルール」によって、新たな試みを提示

(70) RB 2003/577/JI ; ABl 2003 L 196/45は、2008年6月6日法律により具体化されている (BGBl 2008 I, S. 995).

(71) RB 2005/214/JI, ABl 2005 L 76/16.

(72) RB 2009/299/JI, ABl 2009 L 81/24.

(73) RB 2008/675/JI, ABl 2008 L 220/32.

(74) RB 2008/978/JI, ABl 2008 L 350/72 ; これにつき, *Kräßmann*, StraFO 2008, 458.

(75) 委員会提案について KOM (2003) 688. すでに, *Ahlbrecht*, NSStZ 2006, 70 ; *Gless*, ZStW 115 (2003), 131 および *StV* 2004, 679 ; *Heger*, ZIS 2007, 547.

(76) BGBl 1964 II 1369, 1386 ; 1976 II 1799 ; 1995 II 736 ; 2005 II, 650.

(77) 司法共助事件における証拠評価の現代的な取扱いについて, *Beulke*, Jura 2008, 653, 662 ; *Gless/Eymann*, StV 2008, 318 ; *Gless*, JR 2008, 317 ; *Keller*, Fezer-FS, 227 ; *Kräßmann*, Transnationales Strafrecht, 2009, S. 333 ff ; *Zeder*, ÖJZ 2009, 994 ff.

している。これは、他の加盟国から刑事事件において使用可能な証拠を獲得するための従来からの個別規定を、相互承認に基づいたいくつかの規定に置き換えるものである。この規定は、全ての証拠方法を把握するものである。また、証拠収集に関する共通の規定も、計画されている⁽⁷⁸⁾。

[10m] 国内刑事手続法の調整に向けた発議は、欧州委員会より、伝統的にいわゆる緑書および白書において公刊されている。例えば、欧州連合内での刑事手続における手続保障に関する緑書⁽⁷⁹⁾、権限の衝突および刑事手続における一事不再理原則に関する緑書⁽⁸⁰⁾などである。しかし、このような発議は、この間、5年プログラムにおいて優先的に議論されている。その最初は、欧州連合における自由、安全、および権利の強化に向けたハーグ・プログラム⁽⁸¹⁾においてであり、2004年11月に欧州理事会より議決された。プログラムの目標は、基本権保障の改善、手続保障および司法へのアクセスに関する最低基準の創設、および、テロおよび組織的な国境を超える犯罪の撲滅であった。ハーグ・プログラムからは、特に、加盟国間での刑事登録における情報交換の実施および内容に関する枠組決定が生まれた⁽⁸²⁾。この決定により、他の加盟国の国民に対する刑法上の有罪判決に関する情報およびその者の個人情報の転用、ならびに、元の加盟国における当該情報の蓄積、情報を求める国からの元の加盟国への要請の形式などが、規定されることとなった。また、この枠組決定を実施するために、ヨーロッパにおける電子的な刑事登録システム（ECRIS）を設置するため

(78) KOM (2009), 624 ; これにつき, *Schünemann/Roger*, ZIS 2009, 92.

(79) KOM (2003) 75 ; これにつき, *Ahlbrecht/Lagodny*, StraFo 2003, 329 ; *Vogel/Matt*, StV 2007, 206.

(80) KOM (2005) 696 ; また, die Ratsvorschläge zu Rahmenbeschlüssen Ratsdok. 8535/09および11119/09も見よ。

(81) Dokument des Rates ABl 2005 C 53/1 ; また, *Esser*, in Joerden/Szwarc: Europäisierung des Strafrechts, S. 233も見よ。

(82) RB 2009/315/JI, ABl 2009 L 93/23.

の範囲条件を定めるための決定も、下されている⁽⁸³⁾。さらに、ハーグ・プログラムにおいて定められた利用可能原則により、全ての調査機関が直接に相互の情報にアクセスできるシステムが、議論にあがっている⁽⁸⁴⁾。ハーグ・プログラムは、2009年に失効した。また別の統合提案が、現在、2009年10月16日のストックホルム・プログラムの草案によって提示されている⁽⁸⁵⁾。

[10n] ヨーロッパ域内での司法上の基本権の保障も、この間に前進している。長い間、欧州連合および欧州共同体は、独自に規定された基本権条項を持たなかった。時が流れ、欧州司法裁判所より、共通の基本的な法秩序が展開されてきた。これは、加盟国に共通する憲法慣習の一般的な法原則となっている。また、欧州人権条約(Rn 9 以下)は、欧州連合域内での基本権保障の法源として、援用されるに至っている⁽⁸⁶⁾。2001年には、欧州機関が、欧州連合基本権憲章を宣言したが、これは、2010年12月1日にリスボン条約が発効したことにより、欧州連合条約6条1項を通じて、法的拘束力を持つに至った。

[10o] 重要な司法上の基本権の1つが、シェンゲン実施協定(SDÜ)54条⁽⁸⁷⁾に定められている。すなわち、二重処罰の禁止である(一事不再理: Rn 280)。いわゆる「シェンゲン議定書」⁽⁸⁸⁾(これにより、シェンゲン市民は欧州連合の法的および制度的範囲において規定に取り込まれ、

(83) RB 2009/316/JI, ABI 2009 L 93/93; また, *Zeder*, ÖJZ 2009, 994 も見よ。

(84) KOM (2005) 490; この点で批判的見解として, *F. Meyer*, NStZ 2008, 188.

(85) Ratsdok. 14449/09; 深めるものとして, *Zapatero/Martin*, *European Criminal Law*, S. 43 ff.

(86) 例えば, EuGH, Rs 4/73, *Nold*, Slg 1974, 491; 深めるものとして, *Gaede*, ZStW 115 (2003), 845; 参照, *Wessels/Beulke*, AT, Rn 78.

(87) BGBl 1993 II, S. 1010; これにつき, *Stein*, *Zum europäischen ne bis in idem*, 2004.

(88) Protokoll Nr 2 zum Vertrag von Amsterdam, ABI 1997 C 340/1.

これによって、全ての欧州連合国家において妥当する)以後は、シェンゲン実施協定の解釈は、もはや国内裁判所ではなく、欧州司法裁判所の任務となっている⁽⁸⁹⁾。この判例によると、さしあたり処罰した加盟国の国内法によると、同一の行為を理由とする刑維持訴追に関する終局的な障害が裁判官が関与することなく生じた場合(例えば、153a条1項による手続打切りの場合)でも、国際的な刑罰権消耗が適用される⁽⁹⁰⁾。この間、欧州司法裁判所は、シェンゲン実施協定54条の意味での構成要件の詳細な具体化を行っている。同裁判所は、行為を、「不可分に結びついた事実のまとまりの存在であり、この事実の法的格付けまたは保護されるべき法的利益如何にかかわらないもの」と判示している⁽⁹¹⁾(ドイツ法による訴訟上の行為概念について Rn 512以下)。

[10p] 制度的な観点において、すでに従来からも——欧州連合の第3の柱の範囲で——、刑事司法の範囲で一連のものが設立されている。例えば、独立の機関である欧州警察局(Europol=デン・ハーグに所在)が、1999年7月1日以来活動している⁽⁹²⁾。欧州警察局は、特に、重大犯罪および全ての加盟国に共通の利益を侵害する犯罪のおよそほとんどの現象におい

(89) 参照, EuGH (*Gasparini*) NStZ 2007, 408; BGHSt 47, 326 m. Anm. *Vogel*, JZ 2002, 1175.

(90) EuGH verbundene Rs. C-187/01および C-385/01 (*Gözütok* および *Brügge*) Slg 2003 I, 1345 m. Anm. *Kähne*, JZ 2003, 305; EuGH NStZ-RR 2009,109; 深めるものとして, LR-*Beulke*, § 153c Rn 9; *Vogel/Norouzi*; JuS 2003, 1059; また, EuGH Rs 469/03 (*Miraglia*) Slg 2005 I, 2009 ならびに den Fall 16 bei *Satzger*, International 89 Rn 51 ff も見よ。

(91) EuGH (*van Esbroeck*) JZ 2006, 1018 m. Anm. *Kühne* および Anm. *Radke*, NStZ 2008, 162; EuGH (*van Straaten*) JZ 2007, 245 m. Anm. *Kähne*; EuGH (*Kraaijenbrink*) NStZ 2008, 164; BGH NJW 2008, 2931 (これにつき Vorabentscheidung *Kretzinger* des EuGH NJW 2007, 3412); 以下も参照。Anm. *Kische*, wistra 2009, 161 および Anm. *Kretschmer*, JR 2009, 390; 全体について深めるものとして, *Radtke*, FS-Seebode, S. 297.

(92) Europol-Übereinkommen, ABl 1995 C 316/2 および ABl 2009 L 121/37.

での分析、情報収集、および国内調査機関の調整に管轄を持つ。その際、執行権限を備えた独自の調査権限は、まだ持つに至っていない(欧州連合運営条約88条)⁽⁹³⁾。重大な組織的犯罪の撲滅を強化するために、タンペレでの欧州連合特別会議において、中核的かつ常設の回答、記録、交換機関である欧州司法局(Eurojust)が、欧州警察局に司法上対応する部局として、その設置が決議された⁽⁹⁴⁾。欧州司法局を通じて、国内検察局の統合が図られるとされる。ニース条約以後、欧州司法局は、制定法上も、欧州連合条約31条に明示されている。欧州連合運営条約86条1項1文により、欧州司法局から長期で、欧州検察局が設立されている。これは、核心において、連合の経済的利益を害する犯罪を撲滅することを任務とする⁽⁹⁵⁾。しかし、その部局は、重大犯罪の撲滅における中心的な刑事訴追機関としても、拡充されることが想定される(欧州連合運営条約86条4項)。

3. 国際法⁽⁹⁶⁾

[11] 2003年7月1日にローマ規程が発効したことによる国際刑事裁判所(ISTGH, ICC)⁽⁹⁷⁾の設置は、国際法上の展開における大きな出来事であ

(93) *Satzger*, in: Streinz, Art. 30 EUV, Rn 12 ff; 詳細な文献として, *Degenhardt, K.*, Europol und Strafprozess, 2003; *Heine*, Trechsel-FS, S. 237; *Wolter/Schenke/Hilger/ua*, Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz, 2008.

(94) ABI 2002 L 63/1 および ABI 2009 L 138/14; 欧州司法局について, *Esser*, NJW 2004, 2421; *ders.*, GA 2004, 711.

(95) *Radtke*, GA 2004, 1も参照。

(96) 国際刑法の総論として, *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Auflage, 2004; *ders.*, Internationales Strafrecht, 2005, §§ 5 ff; *Engelhart*, Jura 2004, 734; *Satzger*, International §§ 11 ff; *Stuckenberg*, GA 2007, 80; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2007がある。

(97) www.icc-cpi.int; 国際刑事裁判所について, *Ambos*, JA 1998, 988; *Kaul*, ZIS 2007, 494; *Neubacher*, Internationale Strafgerichtsbarkeit, S. 387 ff; *Safferling*, Towards an International Criminal Procedure, 2001; *ders.*,

り、国内の刑事法も影響を受けている。国際刑事裁判所は、国際レベルでの重大な人権侵害に気を配り、処罰に向けた試みにおける、長い間の展開の産物である。この訴訟の最初は、ニュルンベルクと東京での国際戦争裁判所であった。その後長らく沈黙していたが、デン・ハーグとアルーシャに臨時の法廷が設けられ⁽⁹⁸⁾、旧ユーゴスラビア (JStGH/ICTY⁽⁹⁹⁾) とルワンダ (RStGH/ICTR⁽¹⁰⁰⁾) における戦争犯罪および人権犯罪を処罰するために活動した。この臨時法廷 (国連安全保障理事会の決議により、治安回復の措置として創設された) とは異なり、国際刑事裁判所は、国連から独立した国際法上の主体であり、その根拠を、国際法上の条約 (ローマ規程) に置くものである。これは、2010年4月現在、110の国から批准されており、さらに29の国が署名しているが、まだ批准してはいない⁽¹⁰¹⁾。国際刑事裁判所は、独立の裁判所であり、ローマ規程に列挙された犯罪について管轄を有する。すなわち、大量虐殺⁽¹⁰²⁾、人道に対する犯罪⁽¹⁰³⁾、戦争犯罪であるが、もっとも、条約締約国による国民による行為、または、条約国の領土内で実行された行為に限定されている (ローマ規程12条)。規程は、初めて、実体的な国際刑法の総則と、欧州人権裁判所での手続に関する「小さな国際刑訴法」⁽¹⁰⁴⁾ (調整と国際刑訴法の形成に強く寄与する) を含

Klausurenbeispiel in: Coester-Waltjen, S. 56 ; ders. zur Vereinbarkeit mit der EMRK in Renzikowski (Hrsg), S. 145 ff.

(98) Kress, JZ 2006, 981 ; Swoboda, ZIS 2010, 100 ; Werle, in Schmid/Krzymianowska, S. 170.

(99) www.un.org/icty.

(100) www.ictr.org.

(101) www2.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/The+States+Parties+to+the+Rome+Statute.htm u. www.iccnw.org 参照。

(102) 深めるものとして, Neubacher, Jura 2007, 848 ; Neubacher/Klein, passim ; Werle, Küper-FS, S. 675.

(103) サダム・フセイン (Saddam Hussein) につき, Ambos/Pirmurat, JZ 2007, 822 ; Mikolajczyk/Mosa, ZIS 2007, 307.

(104) Geiger, Bullesbach-FG, S. 334.

んでいる⁽¹⁰⁵⁾。基本法(司法の法律および法への拘束=基本法20条3項準用59条2項)の国際法への適合性の原則、ならびに、基本法16条2項2文に基づいて、ドイツ憲法における基本権の解釈に際しても、管轄の国際裁判所および法廷の裁判を考慮するべき憲法上の義務が導かれる⁽¹⁰⁶⁾。国際刑事裁判所と締約国との管轄分配に関して、補完性原則が妥当する(ローマ規程17条)。これによると、国際刑事裁判所の管轄は、締約国が意図的に、または意図的ではなく、問題となる犯罪に自ら対処できない場合に限り、設置される。この原則は、ローマ規程と、臨時法廷の規定との数少ない実体的な違いである。臨時法廷は、優先性を持つため(ユーゴ臨時法廷規程9条;ルワンダ臨時法廷規程8条)、この法廷が国内の手続を吸収することもできた⁽¹⁰⁷⁾。

[11a] 国際刑事裁判所は、常設の法廷としてデン・ハーグに設置され、3つの部局に分かれた裁判所から構成されていて(上訴部、公判部、事前手続部)、その長、検察、および弁護士局がこれに付随している。検察は、裁判所から独立した、独自の調査権限を備えた訴追機関である(現在の検事長は *Luis Moreno-Ocampo* である)。手続は、条約締約国または国連安保理によって開始される(ローマ規程13条)。調査手続を開始することの合理的な理由(「合理的な根拠」)があるときは(ローマ規程53条)、訴追官は、手続を事前手続部に付する。事前手続部は、容疑者の送致を受けてまたは任意の出頭により、被疑事実を確認するために口頭弁論を行う

(105) *Stahn*, HumVR 2004, 170.

(106) BVerfG StV 2008, 1, 3 m. Anm. *Burchard*, JZ 2007, 891; *Kreß*, GA 2007, 296; *Walter*, T., JR 2007, 99.

(107) 参照, Fall *Tadic*; *Eser*, Trechsel-FS, S. 223 および *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58, 10.2.2006 (ICC-01/04-01/06) (2006年2月24日の裁判で公表された)。

(確認のための聴聞＝ローマ規程61条)⁽¹⁰⁸⁾。そこで被疑事実が確認されたときは、事件は、公判部へ送られるが、そうでなかったときは、手続が打ち切られるか、または、訴追官(検察官)に新たな証拠の提出が求められる。公判は、被告人が在廷し(ローマ規程63条)、裁判長の指揮によって行われる。裁判長は、審理が公正に、相当な期間内に、そして被告人の権利が保障されたうえで実施されることについて、配慮しなければならない。被告人の権利は、ローマ規程55条、66条以下に厳密に列挙されており、一般的な人権基準に合致しているほか、一部はそれを上回るものもある(ローマ規程55条2項d参照:容疑者は、事前手続での尋問に際して、弁護人の同席を求める権利を持つ)⁽¹⁰⁹⁾。

[11b] 大陸系の刑事手続システムとアングロアメリカ系のそれとの調整は、国際刑事裁判所の準備段階における難しい問題であった⁽¹¹⁰⁾。臨時法廷ではアングロアメリカ法域の代表がその伝統的な対審の手続方法によって実施していたが、ローマ規程は、異なる法システムの統合をはかった⁽¹¹¹⁾。裁判官および訴追官の任務という中心的な問題について、ローマ規程は、実体的真実の原則(ローマ規程54条1項、69条3項)と、これに伴って大陸法上の審問主義的な手続の原則を採用した。すなわち、訴追官は、免罪的事実も考慮しなければならない。裁判所は、付加的な証拠を要求することができ、当事者の主張には拘束されない。国際刑事裁判所の判決およびその他の裁定に対する上訴(ローマ規程81条以下)と、再審手続(ローマ規程84条)が、規定されている。

[11c] 国際刑事裁判所では、18人の裁判官が活動している(そこには、

(108) 手続の経過について、*Ambos*, § 8; *Kreß*, JICJ 2003, 603; また、*Hummrich*, DRiZ 2006, 185も見よ。

(109) *Lagodny*, ZStW 113 (2001), 800.

(110) *Jescheck*, Rüter-FS, S. 125.

(111) *Ambos*, ICLR 2003, 1.

ドイツの国際法学者で外交官でもある *Hans-Peter Kaul* も入っている)。2004年には、コンゴおよびウガンダでの事件に関して、訴追機関より(正式の)調査手続が開始され、多くの勾留命令が発せられた。2010年3月現在、3人の被告人(*Thomas Lubanga Dyilo*, *Germain Katanga*, *Mathier Ngudjolo Chui*)が、コンゴにおける事件に関連して、デン・ハーグで拘束されている。彼らに対する公判は、現在、行われているところである。2005年には、スーダンの事件に関して、新たな事前調査手続(ローマ規程53条、15条参照)が開始された。事前手続から、4人の被告人が浮かび上がったが、そこには、起訴時点で在職中であったスーダンの大統領である *Omar al Bashir* も含まれている。中央アフリカ共和国に関する事前調査からは、現在のところ、*Jean-Pierre Bemba Gambo* に対する被疑事実が判明し、ケニアに関しては、国際刑事裁判所より、2007年12月の選挙後におきた国際法違反を理由とする事前調査が開始されている。

[11d] ドイツは、ローマ規程の発効と並行して、国内の国際刑法(VStGB⁽¹¹²⁾)を制定した。これは、国際法違反を理由とする刑事手続のドイツにおける法的根拠として、妥当する。補完性原則(ローマ規程17条)に応じて、国際刑法に基づく国内の刑事訴追が、国際刑事裁判所の刑事訴追よりも優先する。新たに規定された国際刑法1条は、同法による全ての犯罪について世界主義を定めているが⁽¹¹³⁾、その際、国内との正当な結合点は放棄されている。この極端に広いドイツ刑事訴追機関の訴追義務は、刑訴法153条以下により緩和される。同条は、この義務を訴訟上のレベルで制限する。刑訴法153条以下は、検察官に、比較的広い手続打切り権限を与えているが、特に国際法犯罪が国内との結びつきを有しない場合

(112) BGBl 2002 I, S. 2254; これにつき詳しくは, *Kreß*, ZIS 2007, 515; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 76b.

(113) これにつき *Wessels/Beulke*, AT, Rn 70を比較せよ。

には、事情によっては、打切りと同時に事件を国際刑事裁判所に送致する⁽¹¹⁴⁾。基本法の改正（基本法16条2項2文）により、ドイツ国民の国際刑事裁判所への送致が可能となった。

[11e] なお、市民的および政治的権利に関する国際条約（IPBPR=1966年）を指摘しておかなければならない。これは、例えば、自己負罪の強制を明示で禁止している（本条約14条3項g）（この点について Rn 125）⁽¹¹⁵⁾。

[12] 事例1の解決：被疑者・被告人が（確実性に境を接する蓋然性の程度において）手続終了の時点ではもはや生存してはいないだろうという場合、個別事例で生じた国家の刑罰権を確認し、実現するという手続の目的はもはや実現されえない、という考え方もありうる。刑事手続はそれ自体が自己目的を持つものではないから、以後の実施には、正当化されるべき理由がない（例えば、BerlVerfGH NJW 1993, 515, 517；JR 1994, 382, 386）。しかし、これによると、犯罪を解明するという社会の利益（事情によっては被告人の利益でもある）は、低い位置に置かれることとなる。真実発見には、さしあたり、事案の解明が含まれている。大規模なナチス事件の手続からは、前述の訴訟目的に如何なる意義が付け加えられるかが、明らかとなった。重大犯罪を解明することの必要性は、法治国家的な社会の中心的な課題であるが（BVerfGE 77, 65, 77）、それは、少なくとも死亡が確認されるまでは、被告人の残りの生命がいかほどであるにかかわらない。H が活着している限り、彼に対して追及される重大な犯罪に関して、刑事手続の意味および目的は、手続の継続を妨げない。これと異なるベルリン憲法裁判所の裁判例は、——憲法上の問題点は別として

(114) OLG Stuttgart JZ 2006, 208 m. Bspr. *Singelstein/Stolle*, ZIS 2006, 118；詳細な文献として、LR-*Beulke*, §§153c, 153f.

(115) LR-*Gollwitzer*, Einl. d. Erläuterungen zur EMRK (Bd. 6/2)に公表されている。

(*Rozek*, A&R 119 [1994], 450参照) — 支持することができない (的確な見解として, *Meurer*, JR 1993, 89; *Schoreit*, NJW 1993, 881; 異なる見解として, *SK-Paeffgen*, Anhang zu § 206a Rn 9; *SK-Wolter*, Vor § 151 Rn 211a; *Murmann*, GA 2004, 77)。これとは独立して, 次の点が問題となる: 強制手段 (例えば, 未決勾留) は許されるか (Rn 208以下), また, H が弁論無能力の場合に (Rn 277), あるいは, 手続の実施が被疑者・被告人の生命または身体の完全性を危険に晒す場合において (この場合に否定する見解として *BVerfG NJW 2002, 51*), 手続を継続することは許されるか。〔詳細は Rn 3 以下〕

[13] 事例2の解決: 正しい見解によると, この事案では, 刑訴法136条1項2文に違反する。なぜなら, 弁護人の援助を受ける権利に関する教示義務からは, 最初のコンタクトを可能にさせるべき義務も導かれるからである。本件と同様の個別事例では, その義務として, 電話と電話番号を交付するだけでなく, 連絡をつけるにあたって「救援センター」の存在を教えることも含まれるとされた。この事案は, 刑事司法の実効性と, 国家刑罰権の実現にあたっての法治国家性遵守の要請との葛藤を示すものである。実効性のみを志向する刑事司法では, 刑事手続において, 自白が使用されるべきこととなる。しかし, 刑事手続において, 真実のためにはどのようなことも許されるというわけではない。したがって, ここで認められるべき136条1項2文の違反からは, 証拠使用禁止が導かれる(*BGHSt 42, 15, 20*; *Beulke/Barisch*, StV 2006, 569; *Pfordte/Degenhard*, § 15 Rn 19; *Egon Maller*, StV 1996, 358; *Roxin*, JZ 1997, 343; *Weigend*, Jura 2002, 203; — 残念ながら異なる見解として, *BGHSt 42, 170, 171*; 引き続き Rn 156, 171, 469)。〔詳細は Rn 5〕

[14] 事例3の解決: 行為時の法によると, 1990年には時効が成立していたが, 起訴時点の法によると, 刑法78条の意味での時効は成立していな

い。少数説は、時効について、実体的な刑罰阻却事由であるとし、その帰結として、基本法103条2項、刑法1条、2条により、行為時に妥当していた法律に基づくことになると述べる。この見解によると、Aはもはや処罰されない、すなわち、Aをもはや起訴することはできないこととなる。

しかし、支配的かつ正しい見解によると、公訴時効は、手続法上の制度である（時効の成立が訴訟障害となる）。したがって、審判時点の法が適用される。1990年には1945年に実行された謀殺罪は新たな法規定によると時効が成立していないから（つまり、時効不成立という訴訟条件が満たされている）、起訴することは可能である。（詳細は Rn 8）