

翻 訳

ヴェルナー・ボイルケ著
『ドイツ刑事訴訟法』(8・完)

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]

Übersetzung

Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage
(2010, C. F. Müller, Heidelberg) (8)

Übersetzer: Katsuyoshi Kato / Norio Tsujimoto

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
- . 刑訴法の法源
 - . 個別の手続段階に関する概観
 - . 刑事手続の目的
 - . 刑訴法と実体刑法
 - . 国際的な関係 (以上, 近畿大学法学61巻4号)
- § 2 訴訟原理
- . 国家訴追主義 (152条1項)
 - . 起訴法定主義 (152条2項, 170条1項)
 - . 公訴〔弾劾〕主義 (151条)
 - . 審問〔職権〕主義 (特に244条2項)

- . 裁判官による自由な証拠評価の原則 (261条)
- . 口頭主義 (261条)
- . 直接主義 (特に226条1項, 250条, 261条)
- . 無罪推定と「疑わしいときは被告人の利益に」の原則
- . 迅速性の要請 (基本法20条3項, 欧州人権条約6条1項)
- . 公開主義 (裁判所構成法169条1文, 欧州人権条約6条1項1文, 2文)
- XI. 公正な刑事手続の要請 (基本法20条3項, 欧州人権条約6条1項)
- XII. 法律に基づく裁判官の原則 (基本法101条)
- XIII. 法的聴聞の原則 (基本法103条1項)
- § 3 裁判所の構成と管轄
 - . 法律に基づく裁判官の原則
 - . 管轄の方式
 - . 第1審の管轄および裁判体の構成
 - . 上訴事件における管轄
 - . 土地管轄
- § 4 裁判官の除斥と忌避
 - . 裁判官の除斥 (22条, 23条)
 - . 予断の懸念を理由とする忌避 (24条2項)
 - . 手続
- § 5 検察官
 - . 検察官の任務
 - . 検察の組織
 - . 検察庁の機能形態
 - . 検察の地位
- § 6 検察官の補助者としての警察
 - . 指示権の原則
 - . 警察の役割
 - . 警察の強制権限 (以上, 近畿大学法学62巻1号)
- § 7 被疑者・被告人, その尋問 (基本的特徴), その権利と義務
 - . 被疑者・被告人の概念・意義
 - . 被疑者・被告人の尋問 (基本的特徴)
 - . 供述拒否権の教示の懈怠

- . 被疑者・被告人のその他の権利
- . 被疑者・被告人の義務
- § 8 禁止される尋問手法
 - . 基礎 (136 a 条)
 - . 禁止される尋問の事例群
 - . 136 a 条に対する違反の効果
- § 9 弁護士
 - . 被疑者・被告人の援助者としての弁護士
 - . 司法の機関としての弁護士
 - . 弁護士と依頼者との間の信頼関係
 - . 弁護士の権利
 - . 弁護士の義務
 - . 必要的弁護士・国選弁護士
 - . 弁護士の除斥
 - . 共通弁護士
 - . 刑事弁護士と処罰妨害罪
 - . 刑事弁護士と資金洗浄罪 (以上, 近畿大学法学62巻2号)
- § 10 証拠
 - . 証拠の種類
 - . 厳格な証明と自由な証明
 - . 証人 (48条以下)
 - . 鑑定証拠 (72条以下)
 - . 文書証拠 (249条以下)
 - . 検証証拠 (特に86条以下, 225条)
- § 11 勾留
 - . 勾留の目的
 - . 勾留命令の実体的要件
 - . 勾留の発令と執行
 - . 勾留に対する法的救済
 - . 勾留命令の取消し
 - . 勾留執行の停止 (116条)
 - . 勾留の執行
- § 12 その他の重要な強制手段 (基本権への介入)

- . 総則
 - . 長期間の監視 (163 f 条)
 - . 仮逮捕 (127条, 127 b 条)
 - . 被疑者・被告人の鑑定のための収容 (81条)
 - . 身体検査, 血液検査 (81 a 条)
 - . DNA 型検査 (81 e 条-81 f 条); DNA 同一型判定および DNA 型情報
の蓄積 (81 g 条); 一斉検査 (81 h 条)
 - . 写真と指紋 (81 b 条)
 - . 第三者の検査 (81 c 条)
 - . 押収, 差押え (94条以下, 111 b 条以下)
 - . 電話通信に関連する強制介入 (100 a 条以下)
 - XI. 捜索 (刑訴法102条以下)
 - XII. 身元確認 (163 b 条, 163 c 条)
 - XIII. 追跡 (131条以下)
 - XIV. 検問 (111条)
 - XV. 根こそぎ追跡 (163 d 条)
 - XVI. ラスター (網の目) 追跡 (98 a 条, 98 b 条)
 - XVII. 技術的手段の投入 (100 c 条-100 f 条; 100 h 条)
 - XVIII. 身分泌匿捜査官の投入 (110 a 条以下)(以上, 近畿大学法学63巻1
号)
- § 13 訴訟条件
- . 総論
 - . 重要な訴訟条件の各論
 - . 訴訟条件が欠ける場合の帰結
- § 14 訴訟行為
- . 概念
 - . 有効条件
 - . 期日
- § 15 捜査手続
- . 捜査手続の開始
 - . 捜査手続の実施
 - . 捜査手続の終了
 - . 捜査手続における法的保護

- § 16 起訴便宜主義的理由による手続打切り
 - . 総論
 - . 刑訴法153条による打切り：責任が軽微であり公的利益が欠けること
 - . 刑訴法153 a 条による打切り：責任が重大でなく失われた公的利益に対する反対給付の場合
 - . 複数の犯罪における刑訴法154条による打切り又は刑訴法154 a 条による刑事訴追の限定
 - . その他の打切り機会
 - . 王冠証人（以上，近畿大学法学63巻2号）
- § 17 起訴強制手続
 - . 起訴強制手続の課題
 - . 要件
 - . 手続
 - . 業務監督抗告
- § 18 中間手続
 - . 中間手続の意義と目的
 - . 手続の進行
 - . 中間手続における終局的な裁判
- § 19 第1審公判の準備と実施
 - . 公判の準備（212条以下）
 - . 公判の進行：概観
 - . 公判実施に関する若干の問題
 - . 刑事手続における合意
 - . 公判の新たな形 / 捜査手続への前倒し（以上，近畿大学法学63巻3・4号）
- § 20 公判における証拠調べ（一般原則）
 - . 証拠調べの一般原則
 - . 裁判官の職権解明原則（244条2項）
 - . 口頭主義（261条）
- § 21 公判における証拠調べの直接性（250条以下）
 - . 原則
 - . 直接尋問の原則に対する例外

- . 証人が公判で初めて証言拒絶権を行使した場合のその供述（252条）
- . 弾劾
- . 伝聞証人
- . 秘密連絡員の問題
- . 証人尋問の範囲でのビデオ録画

§ 22 公判における証拠請求

- . はじめに
- . 「証拠請求」の概念と証拠探知請求との区別
- . 証拠請求を行う時期と形式
- . 証拠請求の却下
- . 証拠請求に対する回答

§ 23 証拠使用禁止

- . 原則
- . 証言・回答拒絶権と関連する証拠使用禁止（52条以下，252条）
- . 自己負罪強要からの被疑者・被告人の保護 「ネモ・テネテュール」原則
- . 内的領域の保護 基本的な使用禁止
- . 電話通信傍受（100 a 条以下）
- . 身体検査（81 a 条）
- . DNA 型同定検査（81 g 条）
- . 私人による証拠の違法な入手の帰結
- . 隠密的捜査手法が採られた場合の特殊な証拠使用禁止
- . 証拠使用禁止の射程範囲（毒樹の果実の理論）（以上，近畿大学法学64巻1号）

§ 24 判決の発見とその効果

- . 判決の概念
- . 判決発見の原則
- . 評議と評決
- . 判決宣告
- . 刑事判決の内容
- . 判決の確定
- . 連邦中央登録簿法

§ 25 訴訟上の意味での行為概念

- . 刑事訴訟における行為概念の意義
- . 概念の決定
- . 個別の事例群
- § 26 特殊な手続形式
 - . 略式手続
 - . 簡易手続
- § 27 上訴・総則
 - . 概観
 - . 上訴に共通の原則
- § 28 控訴
 - . 控訴の合法性と機能
 - . 控訴の受理
 - . 管轄
 - . 控訴の提起
 - . 裁判
- § 29 上告
 - . 上告の合法性と機能
 - . 管轄
 - . 上告の提起
 - . 上告の理由付け
 - . 上告理由
 - . 裁判
- § 30 抗告
 - . 抗告の適法性, 機能, 抗告の修正
 - . 抗告の除外
 - . 管轄
 - . 抗告の提起
 - . 裁判
 - . 即時抗告
 - . 再抗告(310条)
- § 31 再審手続
 - . 意義
 - . 再審事由

・ 手続

§ 32 私訴手続，公訴参加手続，付帯私訴手続，被害者のその他の権利

・ 私訴手続

・ 公訴参加手続

・ 付帯私訴手続

・ 被害者のその他の権利

§ 33 手続費用

・ 費用の概念

・ 費用負担者

・ 上訴審手続における費用

§ 34 刑事訴訟の事例問題に取り組むための指摘〔略〕

事項索引（以上，本号〔近畿大学法学64巻2号〕）

§ 24 判決の発見とその効果

事例59：Wは、Aの依頼に応じて、ヘロインを売り渡した。Aは、Wに対する刑事手続で、刑訴法55条に基づいて供述を拒絶した。Aは、自身に対する手続において、Wへの依頼を否定した。裁判所は、Aを有罪とし、その判決理由において、AはWに対する手続での供述拒絶により不利に扱われる、なぜなら、Aがヘロイン取引を行っていなかったのが真実であったならば、AはWに対する手続で証人として供述できたはずだからである、と判示した。この判決は正しいか。〔Rn 511〕

・ 判決の概念

[488] 判決は、公判裁判所の裁判であり、要式性と特別の効果を備える。判決は、公判に基づいて下され、これによって手続の審級を終結させる⁽¹⁾。つまり、判決には、訴訟を処理する効果が与えられる。

訴訟判決は、手続の以後の継続を不許容であると宣告するものであり(例えば訴訟条件が欠ける又は訴訟障害に該当する場合に、刑訴法260条3項により手続を打ち切る)、他方、実体判決は、実体的な公訴事実について、無罪又は有罪とする見解を述べるものである。

次のものは、判決と区別される。

- 決定(裁判官忌避に関する裁判(28条参照)など訴訟に付随する裁判、又は手続打ち切り(153条2項)など訴訟を終結させる裁判)
- 命令(裁判長の訴訟に付随する個別の命令、例えば244条2項による尋問権剝奪など)

(1) *Peters*, § 52 1. また、*Ellbogen*, JA 2010, 137も見よ。

・ 判決発見の原則

[489] 公判裁判所による判決発見は、一定の原則に拘束される。

1. 公訴及び開始決定による判決発見の制限

判決発見の対象は、訴えで示された行為であり、審理の結果判明したものである(264条1項)。訴えとは、開始決定(207条。Rn 356以下を見よ)で許可された起訴事実(200条1項1文参照)と理解される。刑訴法264条の意味での行為とは、被告人の全ての行為であり、日常的感覚において刑事訴追機関より(公訴、開始決定において)示された出来事と単一を成す事象を形成する限り、全てがそれに含まれる(詳細は Rn 512以下)。裁判所は、開始決定の基礎となった行為の評価に拘束されない(264条2項)。

ただし、裁判所は、開始決定で許可された訴えで示された刑罰法規と異なる規定により有罪とするのであれば(罰条の変更の場合)、つまり事実を開始決定と異なって実体法上評価するのであれば、被告人に対しそのことを告知し、防御の機会を与えなければならない(265条1項)。

これに対して、裁判所が開始決定(207条)で許可されたものとは異なる訴訟上の行為を公判で審判するのであれば、追起訴(266条)が必要である(詳細は Rn 384以下)。

2. 裁判官による自由な証拠評価の原則〔自由心証主義〕

a) 基礎

[490] 刑訴法261条によると、裁判所は、証拠調べの結果について、その自由かつ審理の総体から得られた心証に基づいて裁判する(裁判官による自由な証拠評価の原則)²⁾。これにより、裁判官自身の被告人の責任につい

(2) 基本的なものとして BVerfG JR 2004, 37 (Base の評釈付き); Alexy- ↗

ての心証が決定的である。公判裁判官は証拠法則に拘束されることなく一定の事実についての心証を得たか否かが、重要である。この一身的な確信は、有罪判決に必要ではあるが、これで十分ではない。人の認識は行為事象についての絶対に確実な知識を心理内に生じさせるものではないから、異なる事象経過の単なる論理的な可能性は、有罪判決を妨げない⁽³⁾。しかし、被告人による犯罪実行についての裁判官の合理的な疑いは、有罪判決を排除する(疑わしいときは被告人の利益に＝プロ・レオ原則)⁽⁴⁾。

プロ・レオ原則は、判決発見に際して、証拠評価の個別的要素、例えば個別の、無罪方向での間接事実などには適用されない。本原則は、裁判所が証拠評価を終え、証拠評価によって得られた結果に基づいてもなお、被告人の罪責に疑いが残るという場合に初めて適用される。プロ・レオ原則は、証拠法則ではなく、判断法則である⁽⁵⁾。

b) 裁判官による自由な証拠評価の限界

[491] aa) 公判裁判官は、論理の形式的な限界〔論理則〕に拘束される。裁判官の論拠は、明確で、一貫し、矛盾のないものでなければならない。

[492] bb) 一般に妥当しかつ自然法則に適った経験則も、裁判官を拘束する。経験則とは、一般的な生活経験又は学術的知識に基づいて得られた法則であり、例外を許さず、確実性に境を接する蓋然性を内容とするものである⁽⁶⁾。ある事実がそのような経験則に基づいて確定されると、これと

↘ *Englander*, S. 85 ; *Geipel*, Die Notwendigkeit der Objektivierung der Beweiswürdigung, 2008 ; *Geppert*, Jura 2004, 105.

(3) BGHSt 10, 208, 211 ; 51, 324 f ; BGH StV 1999, 5 (ワイマール事件) ; BGH NStZ 2010, 292.

(4) BGH NJW 1999, 1562 (ピスタチオアイス事件。評釈として *Fahl*, JA 1999, 925) また, *KMR-Stuckenberg*, §261 Rn 16 ; *Bender/Nack/Treuer*, Rn 544 ff ; *Erb*, Rieß-FS, S. 76 ; *Freund*, Meyer-Goßner-FS, S. 409 ; *Jerouschek*, GA 1992, 493, 504 ; *Stein*, Rudolphi-Symp, S. 233 ff も見よ。

(5) BGH NStZ 2010, 102 ; NStZ 2012, 171 ; *Joecks*, StPO, §261 Rn 24.

(6) BGH StV 2000, 69.

異なる裁判官の心証形成は、必然的に、もはやそれを許す余地がない⁽⁷⁾。公判裁判官は、例えば一定の血液要素に基づいた父親であることや⁽⁸⁾、血中アルコール濃度が1.1‰である場合の絶対的な運転無能力の肯認⁽⁹⁾に拘束される。

他方で、裁判官は、一般的に妥当するとまではいえない経験則には拘束されない。例えば列車の無賃乗車は通常故意に行われるものである⁽¹⁰⁾、親はクリスマスに6歳の子供を祖父母の下に置き去りにはしない⁽¹¹⁾、などというものである。

[493] cc) また、刑訴法261条は、公判裁判官が公判に顕出された全ての証拠を汲み尽くして評価することまで要求する(汲み尽くされた証拠評価の義務付け)。これは、特に供述に対する供述の場合⁽¹²⁾や、再認識のための質問⁽¹³⁾について妥当する。

[494] dd) 刑事手続法及び刑法は、例外的に証明法則を定めている(刑訴法274条、刑法190条、連邦中央登録簿法51条1項など)。

ee) ある証拠が証拠使用禁止に該当する場合には、その証拠を判決発見に当たり考慮してはならない⁽¹⁴⁾(この点について Rn 454以下)。

[495] ff) 被疑者・被告人がその権利〔黙秘権など〕を行使した場合には、そこから、被疑者・被告人に不利な推論をしてはならない。そう解さなければ、被疑者・被告人は、間接的にその権利行使を妨げられることに

(7) BGHSt 10, 209, 211.

(8) BGHSt 6, 70, 73 ff.

(9) BGHSt 37, 89, 91. 深めるために *Keller*, GA 1999, 255.

(10) KG StV 2002, 412.

(11) BGH StV 1993, 116.

(12) BGHSt 44, 256, 257; BGH NStZ-RR 2012, 148; *Deckers*, StraFo 2010, 372; *Schmandt*, StraFo 2010, 446.

(13) BVerfG StV 2003, 593; OLG Düsseldorf StV 2007, 347, 348.

(14) *M-G*, Einl. Rn 55.

なるからである。

例⁽¹⁵⁾：被疑者・被告人が唾液資料の提供を拒絶した場合に、その態度に対して、被告人を有罪とする証明の意義を認めることは許されない。なぜなら、何人も、自己の罪状立証を強要されてはならないからである(ネモ・テネテール原則。Rn 125を見よ)⁽¹⁶⁾。

被疑者・被告人が公判で供述することを一切拒絶した場合には、そこから被疑者・被告人に不利な推論をしてはならない⁽¹⁷⁾。表情や身振りも、被疑者・被告人の不利益に評価してはならない⁽¹⁸⁾(Rn 125も参照)。

被疑者・被告人が一時的に黙秘し(例えば捜査手続において)、公判で初めて無罪方向の供述を行った場合には、証拠評価に当たってこの態度を消極に評価してはならない⁽¹⁹⁾。

しかし、被告人が事件について基本的には供述をしたものの、個別の行為事情又は付随事情について陳述しなかった場合、又は、個別の質問に対する回答を全て又は一部拒絶した場合には、異なって評価される。被告人は、その基本的な供述により、任意で証拠となったのであり、裁判官の自由な証拠評価に服するものとなる。したがって、裁判官は、いわゆる「部分的黙秘」から、被告人に不利な推論を導くこともできる⁽²⁰⁾。被疑者・被告人が捜査手続で包括的な自白を提供し、これを公判で取り消した場合も同様である⁽²¹⁾。

(15) 詳細は *Eisenberg*, Rn 899 ff; *Schneider*, Jura 1990, 572 ff を見よ。

(16) BGHSt 49, 56, 59 (この点で肯定的評釈として *Dallmeyer*, JA 2004, 789 及び *Martin*, JuS 2004, 448)。

(17) BGHSt 25, 365, 368; 34, 324, 326; KG NJW 2010, 2900。

(18) BGH StV 1993, 458; *Radtke/Hohmann/Pegel*, §261 Rn 48。

(19) BGHSt 20, 281, 282 f; BGH StV 2008, 236。

(20) BGHSt 20, 298, 300; BGH JR 2003, 165 (*Jager* の評釈付き。及び評釈として *Widmaier*, JR 2004, 85) 異説として *SK-Rogall*, §52 Rn 56; *Park*, StV 2001, 591 f. 詳細は *Miebach*, NStZ 2000, 234。

(21) BGH NStZ 1998, 209。

被告人が自身に対する複数の公訴事実のうち1つについてのみ供述し、その他は黙秘した場合について、連邦通常裁判所は、これを部分的黙秘とはせず、それゆえ、そこからやはり不利な推論をしてはならないと判示した²²⁾。

被告人が無罪方向の証拠請求を非常に遅い時点で行ったが、被告人はその証拠の存在を初めから知っており又は容易に想像できたという要素が認められる場合にも、やはり、そこから罪責の証明を推論することは許されない²³⁾。強制処分に対する容易に想像がつく上訴を放棄した場合も同様である²⁴⁾。被疑者・被告人の意識的に真実に反した供述が弾劾された場合でさえ、連邦通常裁判所の見解によると、差し当たりその犯人性について限定的な証拠価値しか認められない。なぜなら、無実の者も、裁判所の面前では嘘についてでも難を免れようとすることはあり得るからである²⁵⁾。逃走の企ても、犯人性の徴表と評価することは許されない。なぜなら、無実の者も、その結論が見えない刑事手続を免れたいとする希望を持つことはあり得るからである²⁶⁾。

[496] gg) 証人及びその供述の信用性の評価も、公判裁判官の「独自の任務」である。その際、裁判所は、証人の信用性に関して、証人は当該事象をどのようにして、またいかなる利益状況によって知覚したのか、既にその事実の知覚が歪んだものではなかったか、後にその記憶が粗雑になったのではないか、などを調査しなければならない。供述の信用性は、一連の現実的基準による。例えば事実叙述の具体性及び写実性、供述の詳細さ、供述の内的一貫性、並びに、複雑な事象、途切れのない行為経過や意外な組み合わせに関する叙述、などである。供述の由来や展開も、やはり重要

²²⁾ BGH JR 2001, 79 (*Aselmann* の評釈付き); BGHSt 32, 140, 145. この点について *Kahl*, JuS 1986, 115, 119. 否定的見解として *Raping*, Rn 102.

²³⁾ BGH NStZ 2002, 161.

²⁴⁾ OLG Karlsruhe StV 2003, 609.

²⁵⁾ BGH StV 2001, 439; BGH NStZ-RR 2011, 118.

²⁶⁾ BGH StV 2008, 235.

である⁽²⁷⁾。証人は他の点で明らかに故意で嘘をついているという理由で、同人は一般的に信用できないとする経験則はない⁽²⁸⁾。

証人が供述しなかった場合には、証拠評価の問題に関して、証人がその際証言拒絶権を行使したか否かで区別しなければならない。

証人が無権限で供述しなかった場合には、裁判所は、この事情を、「慎重さ」を留保して証拠評価に取り込むことができる⁽²⁹⁾。

証人が刑法52条～53 a条の証言拒絶権に基づいて供述しなかった場合には、この事情は、裁判官の評価から除外されなければならない。被告人に対して、証人の正当な沈黙から不利益を導いてはならない(Rn 125も見よ)⁽³⁰⁾。

刑法55条を援用する被告人の行為は、使用可能である⁽³¹⁾。これに対して、証人が後に被告人となった場合のその手続において、証人(55条を援用した)の行動から、その不利益な評価がなされてはならない⁽³²⁾。

証人が一部のみ供述した場合には、部分的に供述した被告人の場合と同様の原則が適用される。つまり、この点で、証拠評価が可能である⁽³³⁾。

[496a] hh) 確定した刑事判決が行った従前の行為事象又は量刑に関する認定で、後の手続で意味を持ち得る証明事実が含まれているものについて、

(27) BGH StV 2001, 551 (供述対供述の事例) 評価要素について *Eisenberg*, *Persönliche Beweismittel*, Rn 926 ff; *Jahn*, Jura 2001, 450; *Sander*, StV 2000, 45.

(28) BGH NSTz 2002, 495.

(29) BGH NJW 1966, 211.

(30) BGHSt 22, 113; 34, 324, 327; BGH NSTz 2010, 101.

(31) BGHSt 47, 220, 223; BGH StV 2009, 174. 異説として *KMR-Neubeck*, § 55 Rn 12; *Raping*, Rn 179.

(32) BGHSt 38, 302, 303 (評釈として *Dahs/Langkeit*, NSTz 1993, 213); *Rogall*, JR 1993, 380.

(33) BGHSt 32, 140, 142. 異説として *Kuhl*, JuS 1986, 115, 121. 事例は *Schroeder/Meindl*, Fall 4, S. 40.

その認定は、新たに裁判する公判裁判官を拘束しない³⁴⁾。そのような認定は、確かに、書証の形式で(249条1項2文)公判に取り込むことができるが(Rn 203を見よ)、新たな公判裁判所が、それを無条件に引き継ぐことは許されない。

3. 先決問題の判断権限

[497] 刑訴法262条によると、民法上の法律関係が刑事訴訟において先決問題となる場合には、その判断は、基本的に刑事裁判官の権限である³⁵⁾。その際、手続及び証明に関して、刑訴法の規定、特に裁判官の自由な証拠評価の原則(261条)が適用される。いずれにせよ、刑訴法262条は、他の法領域、特に公法上の領域からの先決問題に際して適用される。

・評議と評決

[498] 判決発見に先行して、裁判所の評議及び評決が行われる(260条1項。Rn 371を見よ)。裁判所の評議に関する法規定は、刑訴法260条1項以外に、裁判所構成法192条以下及び裁判官法43条、45条に定められている。裁判所が最終弁論及び評決の後、例えば刑訴法265条の告知を行うため(Rn 384を見よ)など再び審理に立ち戻る場合には、判決宣告の前に改めて評議しなければならない³⁶⁾。

法律に特別の定めがない限り、裁判所は、単純多数によって裁判する(裁判所構成法196条1項)。例えば証拠請求に関する裁判などの場合がそ

³⁴⁾ BGHSt 43, 106, 107. 深めるために *Welp, Müller-FS*, S. 765.

³⁵⁾ 例外について *M-G*, § 262 Rn 3 f. 「逆の」状況について *Foerster, Transfer der Ergebnisse von Strafverfahren in nachfolgende Zivilverfahren*, 2008.

³⁶⁾ BGHSt 24, 170, 171; BGH NStZ 2010, 650; *Radtke/Hohmann/Garka*, § 260 Rn 22.

うである。その重要な例外は、罪責問題（例えば被告人の犯人性）及び行為の法的効果（例えば自由刑の期間）に関する裁判である。これらについては、〔被告人に不利な結論を採るためには〕3分の2以上の多数が要求される（263条1項³⁷⁾。

・ 判決宣告

[499] 刑訴法268条によると、判決は、審理が終結した後、裁判長より（238条1項）「国民の名において」宣告される。その際には、判決主文（主文）が朗読され、判決理由は、その本質的な内容について開示される。被告人は、判決宣告後、刑訴法35 a条により、許可される上訴に関して教示されなければならない。

・ 刑事判決の内容

[500] 判決理由の口頭での告示は、判決主文の朗読に引き続いて暫定的かつ不完全なものとして行われるから、判決書が特に重要となる。その内容は、法律上幾つかの箇所規定されている³⁸⁾。判決書の構成には、次のものが含まれる³⁹⁾。

1. 見出し

判決の冒頭（判決の導入、見出し 以前は赤字で記載されていたため、ラテン語の赤字による）は、判決の宣告であることを示す。判決は、「国民の名において」

³⁷⁾ KMR-Stuckenberg, § 263 Rn 5 参照。

³⁸⁾ 判決の見本：Brunner/Gregor/Reiher, S. 114; Ernemann, S. 116; Graf/Schroers, Muster 81 ff; Huber, S. 26 ff; Kleszczewski/Schaßling, Rn 78; Kahne, Rn 1004; Meyer-Goßner/Appl, S. 4 ff; Rosch, S. 20; Ziegler, Rn 22 ff. また、Mansdorfer/Timmerbeil, JuS 2001, 1102も見よ。

³⁹⁾ 詳細は Huber, M., S. 26 ff; Melzer, JuS 2008, 878; Schafar, Rn 1381 ff; Vollme/Heidrich, Rn 407 ff.

下される(268条1項)。続いて、被告人の氏名と人定事項が記述される(刑事手続及び過料手続に関する準則141条, 110条2項参照)。刑訴法275条3項によると、法廷の期日及び法廷に関与した者の氏名も記述される。

2. 主文

主文は、判決の最も重要な部分であり、簡潔な形式で、被告人の有罪又は無罪及び法律効果に関する裁判所の判断が示される。判決主文は、刑訴法268条2項による判決宣告において朗読されたのと同じものが、判決書にも記載される(260条2項~4項参照)。刑訴法260条4項1文の意味での行為の法的記述には、通常そうされるように、法律上の量刑法則は含まれない。つまり、この点は、判決主文に記載されない(しかし、連邦通常裁判所は、刑法177条2項2文1号の強姦罪については例外を認めている⁽⁴⁰⁾)。これに対して、独自の加重要素を備えた犯罪構成要件の実現(例えば武器を使用した重強盗罪=刑法250条2項1号)は、判決主文に記述されなければならない⁽⁴¹⁾。

3. 判決理由

判決理由は、開始決定で示された行為が証明されたか否か、それが犯罪を構成するか否かを記述する。その必要的内容は、刑訴法267条から導かれる⁽⁴²⁾。被告人が無罪とされる場合や、その手続が打ち切られる場合も、それぞれについての事実的及び/又は法律的理由が、上告法上審査可能な形で、判決において記述されなければならない⁽⁴³⁾。

(40) BGH NJW 1998, 2987.

(41) BGH NStZ 2010, 101; *M-G*, § 260 Rn 25.

(42) 深めるために *Appl*, Rissing-van Saan-FS, S. 35; *Rieß*, Rissing-van Saan-FS, S. 492; *Steinberg/M. Rapping*, JZ 2012, 182. 電子媒体を参照することの不許容性について BGH NStZ 2012, 228.

(43) BGH NJW 2011, 547; BGH NStZ 2012, 227.

4. 署名

判決は、裁判に関与した職業裁判官より署名されなければならないが、参審員の署名は不要である(275条2項1文, 3文)。

. 判決の確定

1. 形式的確定と実体的確定

[501] 判決の確定とは、下された裁判の終局性と権威性を意味する。訴訟上探知された結果は、確定力の発生により、基本的にもはや変更できず、拘束力を発揮する。

[502] 形式的確定は、判決が同じ手続でもはや争えなくなった時点で生ずる。すなわち、次の場合である。

- 有効な上訴が提起されないまま上訴期間が経過した場合。特に控訴に関して刑訴法314条, 319条, 上告に関して341条, 346条参照。
- 全ての上訴権者が上訴を有効に放棄した場合、又は一旦提起した上訴を有効に取り下げた場合(302条参照)。
- 上告裁判所が裁判した場合(354条1項)。

形式的確定は、2つの効果を持つ。

- 判決が執行可能となる(449条)。
- 実体的確定力(遮断効)が生ずる(この点について後述b)。

[503] b) 実体的確定は、形式的確定を前提とする。これは、裁判の内容に係付付けられ、既に刑事判決により終結した手続の対象とされてきた訴訟上の意味の行為はもはや改めて刑事手続及び刑事判決の対象とすることは許されない、ということの意味する(いわゆる遮断効)。この一事不再理原則は、憲法上の地位を有する(基本法103条3項)。確定裁判は、後の手続に関して手続障害となる⁴⁴⁾(Rn 280を見よ)。これは、有罪判決だけ

⁴⁴⁾ BVerfGE 3, 248, 251; BGHSt 5, 323, 328.

でなく、無罪判決も対象とする。通説によると、純粋な訴訟判決である手続打ち切り判決（260条3項）も、公訴時効など治癒不能の訴訟障害に該当する場合には、刑罰権消耗を生じさせる⁽⁴⁵⁾。

確定力は、裁判の主文のみを捕捉し、判決理由には及ばない。

例：Aは、1895年に、密猟罪（刑法292条1項）の公訴事実について無罪とされ、その裁判は確定した。Aは、1898年に、別の密猟を理由に改めて起訴された。第2の裁判所は、業務上の密猟罪（刑法292条3項 [今日では刑法291条2項2文1号の例]）を肯定し、その業務性を、Aは1895年に犯行に及んでいたということから導いた。これは許される。なぜなら、前の判決の理由中で示された認定は、拘束力を持たないからである⁽⁴⁶⁾。

c) 確定力の本質については、非常に争いがある。

[504] かつて主張されていた実体法的確定力説によると、確定判決は、新たな実体法を創設する。これによると、無実であるのに有罪とされた者に対しても、実体的刑罰権が存することになる⁽⁴⁷⁾。

今日でもなお一部で、実体的可罰性が生ずるものではないが、無実で有罪とされた者は罪があると宣告された者の地位に置かれると主張されている（*Goldschmidt*⁽⁴⁸⁾に依拠して展開された形成説）。

今日の通説によると、判決は、純粋な訴訟上の効力のみを持つ。すなわち、それは訴訟法上の拘束力を有する（いわゆる訴訟法的確定力説⁽⁴⁹⁾）。これによると、誤つ

(45) 異なる見解として *M-G*, Einl. Rn 172. また, BGHSt 32, 209, 210では結論が留保された。

(46) RGSt 33, 303, 304. 異なる見解として *Zaczyk*, GA 1988, 371.

(47) *Birkmeyer*, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898, S. 680参照。

(48) *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925, S. 211 ff. この点について深めるために *Popp, A.*, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 267. また, *Roxin/Schanemann*, §52 Rn 9 も見よ。

(49) *Ranft*, Rn 1875参照。

た判決の執行は、確かに違法であるが、無実で有罪とされた者は、正当防衛権を持たない。

[505] d) 判決が適法にその一部のみ異議を申し立てられた場合、又は複数の共同被告人のうち 1 人のみが上訴を提起した場合には、部分的確定力も考えられる (Rn 542 以下を見よ) 。

2 . 確定力の排除

[506] 判決について、特に次の場合には、確定力の排除が生ずる。

- 再審手続 (359 条以下。この点について Rn 585 以下)
- 原状回復 (44 条。この点について Rn 305 以下)
- 上告審での共同被告人に有利となる方向での原判決破棄 (357 条。この点について Rn 575)
- 憲法抗告が認容された場合の憲法裁判所による判決破棄⁵⁰⁾ (連邦憲法裁判所法 95 条 2 項)

3 . 無効な判決 無効判決

[507] 判決は、それが内容的に誤っていた場合、又は訴訟上誤って成立してしまった場合でも、確定力を生ずる。それは、これにより EU 法に違反する場合でも同様である⁵¹⁾。不利を受ける者は、上訴により、そのような誤った判決に対して防御しなければならない。このことは、重大な手続違反があった場合も妥当する。しかし、判例及び通説は、法治国家的衡量から、極端な場合にはその例外を認める。それは、法的安定性と法的平穩の利益を考慮して、正義の観点から、裁判所による裁判が正しいと認める

⁵⁰⁾ 深めるために *Jahn*, ZIS 2009, 511.

⁵¹⁾ *Satzger*, S. 670 ff.

ことがもやは支持できないものであった場合である⁵²⁾。

特に次の判決は、無効となる。

- 法律上定めがない制裁（例えば身体刑）が宣告されている判決
- 刑事未成年者（例えば12歳の子供）に対する判決
- 被告人の身代わりで公判に出頭した者に対する判決（争いあり）⁵³⁾
- 「一事不再理」原則に反して、新たな独立の手續で下された判決（争いあり）⁵⁴⁾
- 既に死亡した者に対する判決⁵⁵⁾
- 許されない委託尋問の中で、公開の公判によらず、場所的管轄を持たない裁判官によって下された判決⁵⁶⁾

ある裁判は、外形的にすら判決と位置付けられないものであるときは、無効判決と位置付けられるべきである。例えば書記官が判決をした場合、又は単なる判決起案である場合などである。

4．判決の訂正

[508] 全ての関係人に明らかな記述上又は形式上の瑕疵がある場合には、事後的訂正の機会がある⁵⁷⁾。

⁵²⁾ BGHSt 47, 270 (批判的評釈として *Radtke*, JR 2003, 127)。

⁵³⁾ 深めるために BVerfG HRRS 2010, Nr 1129 (評釈として *Jahn*, JuS 2011, 83); *Roxin/Schunemann*, § 52 Rn 26 f ; *Rössner*, Problem 23 ; *Roxin/Achenbach*, PdW Fall Nr 490. 正しい被告人が虚偽の名前で公判に関与した場合には、同人に対する判決は有効である (BGH NStZ-RR 1996, 9)。

⁵⁴⁾ BGH NStZ 1984, 279. また、OLG Hamm NStZ-RR 2008, 383 (評釈として *Mosbacher*, JuS 2009, 124, 126); *Fahl*, JuS 1996, 63も見よ。

⁵⁵⁾ OLG Schleswig NJW 1978, 1016.

⁵⁶⁾ OLG Köln NZV 2003, 46参照。

⁵⁷⁾ BGHSt 5, 5, 7 ; BGH NZV 2006, 610 ; *de Vries/Neumann*, DRiZ 2011, 398.

5. 補充的訴え

[509] 最終の事実審の後に新たな事実的展開が生じたという特別の事例に関して(例えば被害者が故意の傷害罪を理由に下された判決が確定した後に死亡した場合)、ときおり、「補充的訴え」又は「追完的訴え」の機会が主張される⁵⁸⁾。しかし、これは誤りである。なぜなら、事後に生じた結果はなお訴訟上の意味での行為に含まれるのであり(Rn 512を見よ)、それゆえ、前訴の確定力はその点にも及ぶからである。確定力を破ることは、立法者より、わずかな事例に認められた場合に限る(特に再審=359条以下。Rn 585を見よ)。ここでは、それには当たらず、その例外的性質ゆえに類推適用も許されない⁵⁹⁾。

・連邦中央登録簿法

[510] 連邦中央登録簿は、連邦司法局(ボンに所在)に備えられたファイルである(連邦中央登録簿法〔本項では以下「法」という〕1条⁶⁰⁾)。

特に、違法行為を理由にドイツの裁判所により下された確定裁判で、刑罰を宣告し又は保安・改善処分もしくは刑を留保した警告を言い渡したもので、又は少年裁判所法27条により少年又は若年成人の罪責を認定したものが登録される(法4条参照)。その他の登録が義務付けられる事象について、法5条~19条参照。

法20条によると、裁判所及び官庁は、登録簿局に登録すべき裁判及びその他の事件を報告するよう義務付けられている。有罪判決の登録(法4条)は、一定期間経過後に削除される(法45条)。その際、削除期間の長さは、第一義的には刑の重さによって決められている(法46条)。

⁵⁸⁾ Roxin (25.A.), § 50 Rn 17.

⁵⁹⁾ BVerfGE 65, 377, 381; Achenbach, ZStW 87 (1975), 95; Roxin/Schunemann, § 52 Rn 15. 深めるために Rossner, Problem 25.

⁶⁰⁾ Schanfelder Nr 92に登載。

有罪判決に関する登録が既に削除され又は削除されるべき場合には、行為及び有罪判決は、対象者に対し、法的関係においてもはや維持されず、その不利に使用されてはならない（法51条。その例外が法52条に規定されている）⁶¹⁾。

その者を対象とする中央登録簿の内容に関して、14歳以上であれば全ての人が、その回答を求めて申し立てることができる（法30条。いわゆる品行証明書）。更に、法31条によると、品行証明書は、官庁より、その公務を処理する目的で請求することができる。法32条2項によると、一定の記録は、品行証明書に記載されない（例えば日数90日以下の罰金刑で、ファイルに別の刑が登録されていない場合）。裁判所、検察官、その他一定の官庁には、法41条の条件の下で、品行証明書には記載されない記録も知らせることができる（無制限回答）。

[511] 事例59の解決：何人も自己に不利な供述をする必要はない（ネモ・テネテュール原則。Rn 125参照）。すなわち、この点で黙秘権が存するとの原則（136条）には、憲法上の地位が付与されている。被疑者・被告人がその黙秘権を行使した場合には、それを同人らの不利益に評価してはならない。この点で、裁判官による自由な証拠評価の原則（261条）は制限を受ける。これは、差し当たり経過中の手続における供述拒否権の行使を対象とするが、被疑者・被告人が他の手続で証人として聴取される場合には、刑法55条による回答拒絶権の行使についても適用される。つまり、AがWに対する手続において回答を拒絶したことを、その不利に帰せられてはならない。それゆえ、判決は、維持できるものではない。詳細は Rn 495以下。

⁶¹⁾ 概観につき参考になるものとして *Krumm, StraFo* 2012, 165 ; *Kuhn, JA* 2011, 855.

§ 25 訴訟上の意味での行為概念

事例60：Aは、刑法315c条の軽罪〔道路交通危殆化罪〕で起訴された。起訴事実は、Aは、血中アルコール濃度1.5‰の状態で公道上を自動車で行き、その途中で、オートバイを運転していたMを追い越すときに、Mに危険を生じさせたというものであった。公判では、Mは〔Aの〕追い越しによって転倒して、その腕を骨折したことが、AはMの負傷に気付いていたにもかかわらず、そのまま走り去ってしまったことが判明した。どのような条件があれば、Aに対して、過失致傷罪（刑法229条）及び事故現場からの不法離脱罪（刑法142条）についても有罪とすることができるか。〔Rn 523〕

事例61：Aは、1998年に、銃を使用したところを現認され、武器不法所持罪及び同携帯罪（武器取締法53条）を理由に罰金刑に処せられた。この判決が確定した後に、Aはこの銃を持って強盗を実行していたことが判明した。この強盗罪について、更に訴追することができるか。〔Rn 524〕

事例62：Aに対し、強盗に関与していたとの嫌疑がかけられた。強盗事件から9日後にAの鞆の中から現金が発見されたが、その強盗への関与は証明が困難であったため、Aはその現金について盗品関与罪で起訴され、同罪で有罪とされた。この判決が確定した後に、Aの強盗への関与を示す証拠が見つかった。検察官は、Aを強盗罪（刑法249条）で起訴した。裁判所は、どのように裁判すべきか。〔Rn 525〕

・ 刑事訴訟における行為概念の意義

[512] 刑事訴訟における行為概念は、訴訟対象を決定付ける。これは、被疑者・被告人に対して何が追及され、刑事訴追機関は被疑者・被告人に

対してどの範囲で措置を採ることができるかを示すものである。

行為概念は、特に次の点で重要となる。

- 審判対象の画定：公訴主義により、裁判所は、起訴された行為の範囲でのみ活動することができる（151条，155条1項）。例えば公判開始決定は、被疑者に対して起訴状で訴追された行為のみを対象とすることができる。
- 刑訴法265条と266条の区別：公判開始決定（207条）で示された行為のみが、裁判所による判決発見の対象となる（264条1項）。公判の途中で別の行為を手続に取り込むべきことが判明した場合には、そのために追起訴（266条）が必要となる。これに対して、口頭弁論の途中で単に裁判所による法律的又は事実的な⁽¹⁾ 視点が起訴状ないし公判開始決定で示された評価から変化したに過ぎず、この変化した視点が起訴された行為の範囲にとどまっている限りは、刑訴法265条1項，2項による教示を行うだけで足りる。
- 確定力の範囲：一事不再理原則（基本法103条3項）により、確定力の範囲も、行為概念により画定される。1個の行為について刑事手続が確定判決をもって終結された場合、それは、新たな手続についての訴訟障害となる（補充的訴えについて Rn 509を見よ）。

・概念の決定

[513] 刑事訴訟上の行為とは、それが刑事訴追機関により（起訴，公判開始決定，判決において）示された歴史的出来事との間で日常的感覚において単一を構成する限りで、被疑者・被告人の全ての行為がそこに含まれ

(1) *M-G*, § 265 Rn 23を見よ。

る⁽²⁾。

簡単に定義すると、「行為者の個別の行動の間に、それを異なる第1審手続で分けて審判することが単一の生活事象の不自然な分割と感じられるほどの、内的結び付きが存在していなければならない」⁽³⁾。

この定義によると、歴史的な出来事とは、刑事訴追機関より示された被疑者・被告人の個別の活動だけでなく、それが他の活動と結び付いており、事情を知った観察者からみて単一のものと理解される限りで、被疑者・被告人の全ての行動がこれに含まれるということである⁽⁴⁾。

どのようなものが単一の歴史的出来事と評価されるべきかの判断に際して決定的な基準となるのは、次のものである：

- 行為の場所
- 行為の時刻
- 行為の客体（事象の客体の意味で）
- 攻撃の方向（考慮の範囲については非常に争いがある）

この行為概念は、実体法上の行為概念と同じではない。後者は、刑法52条、53条の範囲で複数の犯罪構成要件に充足する場合に、行為単一〔観念的競合〕又は法条競合と、行為複数〔併合罪〕との区別に当たって用いられるものである。訴訟上の行為概念は、包括的な〔実体法より広い〕概念とすることができる⁽⁵⁾。

(2) BVerfGE 56, 22, 28; BGHSt 35, 60, 62; 45, 211, 212; BGH NStZ 2006, 350(評釈として *Mosbacher*, JuS 2007, 126); OLG Oldenburg, StraFo 2006, 412(評釈として *Kudlich*, JA 2006, 902) 概観として *Huber*, JuS 2012, 126; *Steinberg/Stam*, Jura 2010, 907.

(3) BGHSt 41, 385, 388; 49, 359, 362; BGH wistra 2008, 22.

(4) RGSt 56, 324, 325; BGH HRRS 2012, Nr 324; LR-*Gollwitzer*, § 264 Rn 3 参照。

(5) 詳細は *Beulke*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 781 ff.

このように定義される訴訟上の行為概念も多義的なものであることは、非常に多くの関連裁判例が示すところである。連邦通常裁判所も、はっきりと、想定可能な全ての場合に明確に適用できるような行為の概念決定は存在しないこと⁽⁶⁾、個別事例ごとに正義の考え方を背景にして検討されなければならないこと⁽⁷⁾を認めている。それゆえ、法学として学ぶ上でも、この問題は、重要な事例群の具体化を通じて初めて学習することが可能となる⁽⁸⁾。

・ 個別の事例群

1. 観念的競合の場合に刑訴法264条の意味での1個の行為

[514] 観念的競合及び実在的競合〔併合罪〕(行為単一と行為複数。刑法52条, 53条)という実体法上の概念と、訴訟法上の行為概念とは厳格に区別されるべきではあるが、通常の場合には、実体法上の意味で1個の行為(観念的競合)と認められるときは刑訴法264条の意味での1個の行為と認められるという意味で一致する⁽⁹⁾。

例：Aは、政治家Pの頭をめぐけて色袋〔デモ参加者が警察官に抵抗する際に投げつけるなどして使用される、塗料入りのビニール袋〕を投げつけたが、それがPの目に当たって激しく破裂した。Pは、全ての犯罪をまとめて告訴した。しかし、起訴及び公判開始決定では、傷害罪(刑法223条)の公訴事実のみ記載された。それにもかかわらず、裁判所は、それに応じた必要な法的観点の変更を指摘した上で(265条1項) 傷害罪と侮辱罪の行為単一(刑法223条, 185条, 52条)により有罪とすることができる。なぜなら、それらは、訴訟上の意味で1個の行為だからである。

(6) BGH StV 1985, 181.

(7) BGHSt 43, 252, 255.

(8) まとめとして KMR-*Stuckenberg*, § 264 Rn 14.

(9) BVerfGE 45, 434, 435 ; BGHSt 26, 284, 285.

2. 実在的競合の場合に刑訴法264条の意味で複数の独立した行為

[515] 逆に、実在的競合と認められる場合には、刑訴法264条の意味で複数の行為に当たることの徴表となる⁽¹⁰⁾。

例：Aは強盗(刑法249条)を実行し、それを理由に起訴された。公判において、Aは、起訴された犯罪の3日後に飲酒運転(刑法316条)を実行していたことが判明した。両犯罪は、実在的競合の関係にあり(刑法53条)、訴訟上も2つの独立した行為に当たる。〔したがって、〕現在経過中の手続に新たに取り込むためには、追起訴(266条)の方法によらなければならない。追起訴は、特にAがそれに同意することが条件となる。

3. 実在的競合であるにもかかわらず刑訴法264条の意味で1個の行為となる場合

[516] 実体法上実在的競合の場合は刑訴法264条の意味で複数の独立した行為であるとする原則には、重要な例外がある⁽¹¹⁾。特に、飲酒運転による事故とそれに引き続く「現場からの離脱」の事例が注目される。この場合、実体法上、刑法315c条と142条とは、実在的競合の関係にある⁽¹²⁾。それにもかかわらず、判例は、刑法315c条と142条との間に、刑訴法264条の意味で行為の同一性を肯定する⁽¹³⁾。これによると、道路交通危殆化罪(刑法315c条)のみで起訴された場合には、法的観点変更の教示(265条1項)を行った上で、公判中に判明した事故現場からの不法離脱罪(刑法142条)

(10) BGHSt 43, 96, 99; BGHSt 44, 91, 94 (評釈として *Beulke*, NStZ 1999, 26); BGH StraFo 2008, 383.

(11) *Beulke*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 784 ff 参照。また, BGH NStZ 2012, 85 (評釈として *Kudlich*, JA 2012, 310) も見よ。

(12) BGHSt 21, 203.

(13) BGHSt 23, 141, 147; Saarl. OLG NStZ 2005, 117.

も併せて審判できることになる。

BGH NStZ 1996, 243: 高速道路上で追い越した後、道路脇で喧嘩が発生した。西部開拓時代の作法で1～2分の決闘により、Xが死亡し、Yは傷害を負った。その後、Aは、Xの死亡について、Bは、Yの傷害について起訴された。公判において、裁判所は、Yの負傷もAの責任であるとの見解に至った。この点についても、Aを有罪にできるか。

解決: これは、実体法上複数の、かつ高度の人格的法益に向けられた犯罪であり、それゆえ実在的競合(刑法53条)の関係にあるにもかかわらず⁽¹⁴⁾、刑法264条の意味で自然的な日常感覚において1個の事象(1個の「乱闘」)である。裁判所は、Aに対し、刑法265条による法的観点の変更を教示した上で Y に対する傷害罪についても有罪とすることができる。

BGH NJW 2010, 166⁽¹⁵⁾: TとUは、一緒に飲食した後、被害者Fを車で家まで送っていったが、その途中で、森の駐車場に車を停めて、殺意なくFを殴り、現金約1万1000ユーロを奪った。そして、Tらは、寒い冬の夜に、重傷を負ったFを、すぐに誰かが発見するだろうと考えて放置した。Tは、翌朝、Uに、森へ行ってFが死んだか否かを確かめに行くべきかを尋ねた。Tは、自分にはどうでもよいことだとも言った。その後間もなく、冷え切った状態で、しかしまだ生きているFが、ジョギング中を通りかかった者に発見された。当初、Tだけが起訴された。地方裁判所は、Tを、起訴状に記載された公訴事実どおりに 重強盗罪と重傷害罪の行為単一(刑法250条, 224条, 52条)により有罪とした。検察官は、上告において、Tが故殺未遂罪について有罪とされなかった点を批判した。

解決: 差し当たり故殺の故意がないため、Tは、犯行当日の事象について、的確にも、重強盗罪と重傷害罪の行為単一についてのみ有罪とされた。Tは、翌日になっ

(14) *Wessels/Beulke*, AT, Rn 766参照。

(15) NStZ-RR 2009, 289に全文掲載されている。また、BGH NStZ 2009, 705も見よ。

で初めて、故殺の故意を生じた。したがって、この段階で、不作為による故殺未遂罪にも当たる。この故殺未遂罪は、先行する重強盗罪(及びこれに伴う傷害罪)とは、実体法上実在的競合の関係にある(刑法53条)。それにもかかわらず、この犯行部分は、それが起訴に含まれていたという場合には、刑訴法265条の教示を経た上で併せて審判することができる。本問は、これに当たる。なぜなら、同一の攻撃方向、時間的近接、先行する違法行為から保障者義務が課されることによる法律的結び付きは、Tの行動を、1個の歴史的出来事であり、日常的感觉において単一の生活事象を形成するものとさせるからである。それゆえ、裁判所は、訴訟上の意味で1個の行為と認め、これに応じて、Tを、実在的に競合する故殺未遂罪についても処罰しなければならなかった。

同じく、例えば被疑者・被告人が保険金詐欺の目的で(刑法263条1項, 3項5号)物を損壊した場合、又は放火した場合(刑法306条以下)には、やはり「1個の行為」と認めるべきである。この場合、通説によると実体的に独立した行為であるが(争いあり)、これらは、一方の行為の不法及び責任内容は他方の行為に属する事情を考慮しなければ正しく評価できないというほど内的に結び付いている⁽¹⁶⁾。つまり、詐欺罪のみ起訴された場合でも、刑訴法265条の教示を行った上で放火罪についても有罪とすることができる⁽¹⁷⁾。

4. 不法内容が全く見誤られていたにもかかわらず1個の行為と認められる場合

[517] 裁判所が一定の事実を知らないままであったため事象の不法内容が完全に見誤られていた場合にも、なお訴訟上の意味で1個の行為に当たるか否かは、刑事訴訟法の伝統的な問題の1つである。例えば、行為者は

(16) BGHSt 45, 211, 213 (評釈として *Kudlich*, JA 2000, 361) 肯定的見解として *Ranft*, JuS 2003, 417, 421.

(17) BGH wistra 2002, 154; BGH StV 2007, 286 (逆の事案)

かつての法律に基づく「住居地での発砲」(刑法旧367条1項8号)により有罪とされたが、事後に初めて、同人は謀殺罪を実行していたことが判明した場合である。

a) 古い判例は、この場合も、常に訴訟上の意味で1個の行為であるとし、これによって刑罰権消耗を認めていた。なぜなら、「単一の歴史的出来事」であり、犯罪構成要件への当てはめは訴訟上の意味での行為の決定に当たり重要ではないということであった⁽¹⁸⁾。この事例は、時折激しい展開を見せる刑罰権消耗理論の典型例であり、法的平穩の利益のため刑罰権消耗が認められなければならないとされてきた。

[518] b) 近時の判例は、これに反対し、新たな有罪判決を許す。まず、行為者が刑法129条(犯罪組織の構成)により有罪とされた後にこの構成員であった間に実行された個別の重大犯罪が起訴された事案で、刑罰権消耗が否定された⁽¹⁹⁾。引き続いて、この「観念的競合=刑訴法264条の意味で1個の行為」と扱うことの例外は、本質的に不法の範囲が見誤られていた事例にも転用された。例えば最初の有罪判決が武器不法所持によるものであったが、行為者は重大犯罪も実行していたという場合である(いわゆる訴訟法的解決⁽²⁰⁾)。その後、連邦通常裁判所は、一部の事件で、状態犯と継続犯との間で実在的競合の関係を認め、これによって比較的問題なく訴訟上の意味でも2個の行為を肯定することができるとして、同じ結論に至っている(いわゆる実体法的解決⁽²¹⁾)。

[519] c) 訴訟法的解決が支持されるべきである。なぜなら、刑訴法264条の意味での行為は、規範的基準によっても画されるからである。歴史的な事象は、行為者の攻撃方向も考察に取り込まれる場合に限り、正しく把握することができる。このこ

(18) RGSt 70, 26, 30 f. 同旨の見解として LG Freiburg StV 1991, 16.

(19) BGHSt 29, 288, 289; 48, 153, 161.

(20) OLG Hamm JR 1986, 203. 批判的見解として *Mitsch*, MDR 1988, 1005; *Puppe*, JR 1986, 205; *Rackow*, JA 2011, 23; *Werle*, NJW 1980, 2671.

(21) BGHSt 36, 151, 153 (結論において同旨の評釈として *Mitsch*, JR 1990, 161); BGH StV 1999, 643.

とは、武器所持の事例で、特にはっきりする。時間的に平行しているとはいえ、一般人は、武器所持と、例えば姑を殺害するためのその使用とは、異なる歴史的出来事と考えるであろう。行為者は、武器不法所持を理由とする有罪判決を受けることにより、武器を持って実行した全ての犯行については刑を免れることができるというのも、説得的な結論ではない。確かに、攻撃方向の考慮は、結果的に、法律的评价の変化を条件付ける新事実の全てが刑法264条の意味で新たな〔別の〕行為を認めさせるということになってはならないが(例えば刑法242条の領得の代わりに、刑法263条の欺罔)、新たに認定された攻撃方向は前に認められたものと比べて全く別の法的特徴を備えたものであるという事例は、これと区別されなければならない。その結果、特に比較的軽微な継続犯による処罰は、確かに、当該犯罪の別の部分を理由とする処罰を排除するが⁽²⁾、しかし、その際に観念的に競合して実行された重大な状態犯の新たな訴追まで排除するものではない⁽³⁾。

5. 行為経過の択一性

[520] 行為者の(主観的な)攻撃方向は訴訟上の行為の決定に際してどの程度取り込まれなければならないかという問題は、「択一事例」でも生ずる。これは、行為者が2個のうちいずれかの犯罪にのみ実行することができたという事例であり、例えば窃盗罪又は盗品関与罪、強盗罪又は犯人庇護罪等の場合である。

古い判例では、この事例は、純粋な事実的考察法によって解決され、追及される犯罪及び犯行の内的側面は考慮されていなかった。事実の結び付

⁽²⁾ OLG Stuttgart NZV 1997, 243.

⁽³⁾ Erb, GA 1994, 265; ders., JR 1995, 169; Schlehofer, GA 1997, 114. 問題のある判例として BGH NStZ 1996, 41(批判的評釈として Maller-Christmann, JuS 1996, 726)。詳細は Beulke, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 796 ff; Paeffgen, NStZ 2002, 281. また, Hellmann, Fallsammlung, Klausur Nr 8, Rn 491 ff も見よ。

きが、双方を異なる刑事手続で扱うことが関連する事象の不自然な分割と感ぜられるほど密接なものであったか否かという点のみが、決定的であった。これによると、特に被疑者・被告人が起訴された財産犯の代わりに、同じ行為客体に向けた別の財産犯を実行したという場合には、常に行為の同一性が肯定されていた。この場合、起訴状からのあらゆる逸脱は、「非本質的なもの」とされた。例えば窃盗罪からこれと同一の財物に対する盗品関与罪への変更の場合である²⁴⁾。近時の判例は、租税法違反の事案でこの見解に依拠し、択一関係にある行為が時間的に広く離れている場合（例えば虚偽申告書の提出と、従前に申告した租税の不修正 = 公課法370条1項1号又は2号）でも、訴訟上の意味で1個の行為であるとしている²⁵⁾。

[521] これに対して、現在の判例及び学説の通説では、規範的基準に強く着目され、「行為の方向性」に重点が置かれている²⁶⁾。

かつては行為客体にのみ注目されてきたが、これは、事情により、遠く離れた事象（例えば窃盗と、その盗品の使用）も恣意的に単一のものとしてまとめられてしまうことになるものであった。これは、行為は単一の歴史的な事象であるとする理解と適合しない。したがって、択一的な事象の場合にも、行為客体の同一性だけに着目するのではなく、時間的及び場所的に密接した関係にあること、及び行為方向の同価値性という基準も考慮されなければならない。「行為方向」の同価値性は、行為が全く別の法的特徴を備えたものである場合には、否定されなければならない。既に確定判決が存在しているが、新たに新事実に基づいて別の「択一関係にある行為」

²⁴⁾ RGSt 8, 135, 139 ff; BGH D MDR 1954, 17.

²⁵⁾ BGH NStZ 2008, 411 (肯定的評釈として *Lepow*, *wistra* 2008, 384) 批判的見解として *Bauer*, *wistra* 2008, 374.

²⁶⁾ BGHSt 35, 60, 64; *Otto*, JR 1988, 27; *Paeffgen*, *Heinze-GedSchr*, S. 615; *Roxin*, JZ 1988, 260; *Wolter*, NStZ 1988, 456.

が判明し、これが刑訴法264条の意味で新たな〔別の〕行為として評価される場合には、従前に宣告された刑は、新たな有罪判決に当たり減輕的に(算入の形で)考慮されなければならない^{⑦)}。

BGHSt 32, 215: 起訴状によると、XはYを殺害し、Aはその死体の遺棄を幫助した。それゆえ、Aは、刑法258条〔処罰妨害罪〕により起訴された。陪審裁判所は、A自身が謀殺罪を実行したとの結論に至り、刑法211条によって有罪とした。連邦通常裁判所は、正当にも、この手続を不適法であると判断した。本件では、訴訟上の意味で異なる行為に当たる。なぜなら、処罰妨害罪の方向性(先行行為者の幫助)は謀殺罪のそれ(生命の侵害)とは全く異なるものだからである。つまり、Aに対し、差し当たり、刑法211条で有罪とすることは許されなかった。なぜなら、この点で起訴がないからである^{⑧)}。

BGHSt 35, 80: Aは、宝石を窃盗したとの罪(刑法242条)で起訴されたが、地方裁判所は、Aを犯人庇護罪(刑法257条)で有罪とした。なぜなら、Aは、宝石を隠匿したものだからである。連邦通常裁判所は、正当にも、この判決を破棄した。本件も、行為者の行為の「攻撃方向」が異なっているからである。すなわち、刑法242条は、自己の利益を図る犯罪であり、刑法257条は、利他的な犯罪だからである^{⑨)}。窃盗罪と盗品関与罪の択一関係の場合にも、同様に判断される^{⑩)}。

訴訟上は、次のとおり到手続しなければならない: 起訴されていないが、第1審判決の対象とされた犯人庇護の行為に関して、手続は、この時点で判決により

⑦) BGHSt 35, 60, 66. この点について詳細は *Meyer-Göbner*, Salger-FS, S. 345.

⑧) 結論において肯定的見解として *Roxin*, JR 1984, 346.

⑨) 同旨の見解として OLG Frankfurt GA 1988, 374, 376; *Rapig*, Rn 565. 限定的な見解として OLG Köln NJW 1990, 587. 異なる見解として *Roxin*, JZ 1988, 260, 261.

⑩) OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 304; OLG Celle NJW 1988, 1225(肯定的評釈として *Kropil*, NJW 1988, 1188 ff. しかしこれに反対の見解として BGHSt 35, 172, 174; BGH NStZ 1999, 523.

打ち切れなければならなかった(260条3項)。なぜなら、適法な起訴という訴訟条件が欠けていたからである³¹⁾。そして、改めて、この行為について、公訴を提起することができる。宝石の窃盗に関して、無罪判決が下され、確定されなければならない。検察官は、そのような無罪判決の確定という危険を避けようとするのであれば、窃盗罪と犯人庇護罪の場合のように選択的認定が可能であるという限りで、初めから双方の行為を選択的に起訴しておかなければならない³²⁾。

事例は *Beulke*, Klausurenkurs , Rn 543 f.

6. 連続犯

[522] 判例によると、連続犯は、訴訟法上(実体法上も同様)1個のみの行為であるとされてきた。しかし、この法律構成は、連邦通常裁判所大刑事部の決定³³⁾により、事実上廃止された³⁴⁾。

もっとも、近時の判例において、連続犯の法律構成は、変形した形で部分的に復活している。反復した行為態様の場合(例えば具体的に全体の量が約束された場合の麻薬の継続的な提供)に「評価単一」が形成され、これが実体法上1個の行為とされている³⁵⁾。一部で、これに応じるように、訴訟上の意味でも1個の行為とされている³⁶⁾。しかし他方で、連邦通常裁判所は、実体的な評価単一の場合に訴訟上複数の行為と認めることも、その結論が妥当とされる限りで可能であるともしている³⁷⁾。全体として、いかなる範囲で「一連の行為」を単一のものにとまとめる可能性

31) そのような見解として BGHSt 35, 80 ; 38, 172, 173も見よ。

32) 深めるために *Beulke/Fahl*, Jura 1998, 262 ; *Dreyer*, U., Wahlfeststellung und prozessualer Tatbegriff, 1999.

33) BGHSt 40, 138.

34) この点について *Wessels/Beulke*, AT, Rn 773 f.

35) BGHSt 41, 385, 394 ; BGH NStZ 1999, 192.

36) BGH StV 2002, 235参照。

37) BGHSt 43, 252, 258(評釈として *Erb*, NStZ 1998, 253 u. *Farstenau*, StV 1998, 482)

があるのかは、なおも不明なままである。連続犯の否定を真撃に受け止めるならば、訴訟上困難な問題は生じない。例えば起訴状及び公判開始決定で、行為を十分に特定することに関しても、である(この点について Rn 284以下を見よ)³⁸⁾。

[523] 事例60の解決：刑法229条(腕の骨折による過失致傷罪)と刑法142条(事故現場からの不法離脱罪)の構成要件実現が許可された起訴により捕捉された刑訴法264条の意味での行為に属するものであったならば、経過中の手続に取り込むためには、新たな観点についての刑訴法265条1項による教示を行うことで足り、これによって、刑法229条、142条による有罪判決も可能となる。これに対して、新たな〔別の〕行為ということであれば、刑訴法266条の意味での追起訴が必要となる。その条件として、特にAの同意が必要となる。訴訟上の意味での行為とは、刑事訴追機関(本問では起訴及び公判開始決定)によって示された歴史的出来事との間で日常的感觉において単一の事象を形成する限り、被疑者・被告人の全ての行動がこれに含まれる。基本的な法則として、観念的競合の関係にある全ての犯罪は、訴訟上の意味でも1個の行為である。他方、実在的に競合する犯罪は、原則として訴訟上の意味でも複数の行為と認められる。

本問では、刑法229条と315 c 条とは観念的競合の関係にある。これに応じて、道路交通の危殆化罪と過失致傷罪とは、訴訟上の意味で1個の行為に属する。すなわち、飲酒運転とその際に生じた傷害とは、単一の歴史的出来事を形成する。その帰結として、傷害罪も刑法315 c 条と観念的に競合し、訴訟上の意味で1個の行為の一部に当たるため、併せて審判することができる。ただし、法的観点変更の教示(265条1項)のみは必要である。

³⁸⁾ 深めるために *Geppert*, NStZ 1996, 57 ff, 118 ff; *Gubitz*, JR 1998, 491; *Wesemann/Voigt*, StraFo 2010, 452.

実体法的観点において、起訴された道路交通危殆化罪（刑法315c条）と事故現場不法離脱罪（刑法142条）とは、事故により分断の効果が生じ、その時点で新たに犯行決意が生じたという点から、判例の見解によると、実在的競合の関係にある。このことは、訴訟上の意味で複数の独立した行為と認める根拠ともなる。しかし、連邦通常裁判所（BGHSt 23, 141, 147）は、訴訟上の意味で1個の行為と認めた。なぜなら、「複数の行為と認めることは、）」「単一の生活事象の不自然な分割と感ぜられる」ものだからである。したがって、刑訴法265条1項による相応の教示を行った上で事故現場からの不法離脱罪も、裁判所の評価に服するものとなる。追起訴は不要である。詳細は Rn 514以下を見よ。

[524] 事例61の解決：第2の有罪判決は、刑罰権消耗による訴訟障害（一事不再理＝基本法103条3項）により妨げられる。強盗が刑訴法264条の意味で、既に武器不法所持及び携帯を理由とする最初の確定判決によって処理されたものと同じの行為に属する場合は、これに該当する。武器不法所持及び携帯と強盗との間は、観念的競合の関係にある。したがって、かつての判例の見解によると、単純に見れば単一の歴史的事象ということになる。それゆえ、本問では、刑罰権消耗が認められることになる。

しかし、現在の支配的な判例及び学説によると、刑訴法264条の意味での行為の同一性の決定に当たり、犯行場所、犯行時刻、犯行客体だけでなく、攻撃の方向性も重要である。新たに判明した攻撃方向が最初に認められたものとは全く別の法的特徴を備えたものであるならば、訴訟上の意味で新たな〔別の〕行為と認められるべきである。強盗襲撃は、武器不法所持と比べて本質的に強度の犯罪行為として、その攻撃方向において全く異なる性質を備えているから、訴訟上の意味で新たな行為ということになる。それゆえ、強盗について、更に訴追することができる（結論において BGHSt 36, 151, 154と同旨）。詳細は Rn 517以下を見よ。

[525] 事例62の解決：新たな起訴は、強盗罪と盗品関与罪とが刑訴法264条の意味で同一の行為である場合には、刑罰権消耗の訴訟障害（一事不再理 = 基本法103条3項）により妨げられる。双方の行為を単一の歴史的出来事と位置付けることができるかは問題である。本問の特色は、Aは強盗又は盗品関与のいずれか一方しか実行していないという点にある。その「択一性」について、かつては、行為客体が同一の場合（本問はこれに該当）に、刑訴法264条の意味で同一の行為であることが肯定されていた。しかし、連邦通常裁判所は、正当にも、強盗罪と盗品関与罪との行為の同一性を、行為客体が同一である場合でも否定した。この結論について、特に行為客体のみに着目することは否定されるべきである、なぜなら、そのような場合には、事情によっては遠く離れた事象（財物奪取とその使用）までもが恣意的に単一のものにまとめられてしまうことになってしまうからである、と理由付けられている。すなわち、行為客体と並んで犯行場所及び時刻、行為の攻撃方向（行為の方向性）も評価に取り込まれるならば、武器を所持した強盗はその9日後の現金保管とは全く別の歴史的出来事ということになる。したがって、強盗罪による新たな有罪判決は、一事不再理原則に反しない。もっとも、強盗の犯人は盗品関与の犯人となることができない、つまり双方の有罪判決は論理的に両立しないものであるため、盗品関与罪について宣告された刑は、強盗罪による処罰に際して減輕的に考慮されなければならない。詳細は Rn 521を見よ。

§ 26 特殊な手続形式

事例63：

a) 実業家Aは、血中アルコール濃度1.1‰の状態で車を運転中に、警察に検挙された。これに応じて、管轄の検察官は、区裁判官に、刑法316条

違反を理由に、80日間（日額60ユーロ）の罰金刑、運転免許証の剥奪、その新たな取得の1年間禁止（刑法69a条1項1文）を命じるよう略式命令を請求したところ、これに応じて略式命令が発せられた。この略式命令は可能であったか。Aは、略式命令に対して、どのような対応をすることができるか。

b) その後、Aは運転中に過失で相当な傷害を伴う事故を起こしていたことが判明した。検察官は、改めて訴追することができるか。〔Rn 532〕

・ 略式手続

1. 許容性

[526] 略式手続は、簡略な手続であり、その意義は、特に軽微な犯罪の事案を迅速かつ簡単に処理するという点にある⁽¹⁾。略式命令の発付は、刑訴法407条1項1文前段によると、〔単独〕刑事裁判官の面前で審判されるべき軽罪 刑法12条2項 である場合には、常に許される。刑訴法407条1項1文後段は、参審裁判所の管轄に属する軽罪も捕捉するが、同条項は、裁判所構成法25条による刑事裁判官の刑罰権が拡張されたことにより、古いものとなった。現在では、略式命令で可能な法律効果は、全て刑事裁判官の管轄に属するものとなっている。

被疑者に対してこのような犯罪に関する刑訴法170条1項の意味で十分な犯罪容疑（この点について Rn 114参照）が肯定される場合には、検察官は、管轄の裁判官に、略式命令発付の請求を行うことができる。その際、請求は、特定の法律効果に向けられなければならない（407条1項3文）。刑訴法407条2項によると、略式命令により、〔管轄裁判官は、以下の法律

(1) 概観について *Dinter/David*, JA 2012, 281; *Heinz*, Müller-Dietz-FS, S. 271. 批判的見解として *Ambos*, Jura 1998, 281.

効果を) 単独で又は併科して確定することのみできる。

- 罰金刑, 刑罰を留保した警告, 運転禁止, 没収, 追徴, 物の破壊, 使用不能化, 有罪判決の告知, 法人又は人的組織に対する過料
- 運転免許証の剥奪, その際の2年以下の再取得禁止
- 刑の免除
- 1年以下の自由刑。ただし, その執行が保護観察のため猶予され(刑法56条以下), 被告人に弁護人が付いている場合に限る(408b条参照)²⁾。

略式命令請求によって, 公訴が提起されたことになる(407条1項4文。その他の場合は起訴状の受理による=170条1項。Rn 319を見よ)。

[527] 管轄の裁判官には, 特に次の裁判の可能性がある。

- (1) 十分な犯罪容疑を否定し, 略式命令の発付を却下する(408条2項)。
- (2) 請求に疑問を持たない場合, すなわち十分な犯罪容疑を肯定し, 制裁が相当であると判断する場合には, 略式命令を発付する(408条3項1文)³⁾。
- (3) 公判期日を指定する(408条3項2文)。

公判が既に開始されている場合には, 略式命令は, 刑訴法408a条の条件の下でのみ発付することができる(この場合, 基本的に参審裁判所にも権限がある)。刑訴法409条に, 略式命令に必要な内容が定められている⁴⁾。

(2) 制裁範囲拡張に関する議論について *Leipold/Wojtech*, ZRP 2010, 243.

(3) 同旨の見解として *BerlVerfGH StV* 2001, 324; *M-G*, Vor §407 Rn 1. 一部の見解では, 十分な犯罪容疑を超えて可罰性及び制裁の正当性の「記録による心証」が要求されている。*Ebert, A.*, *Der Tatverdacht im Strafverfahren*, 1999; *Fezer*, *ZStW* 106 (1994), 21; *Schafer*, Rn 1175参照。両者を折衷するものとして *SK-WeBlau*, Vor §407 Rn 16.

(4) 略式命令の見本: 特に *Bohme/Fleck/Bayerlein*, Nr 35; *Graf/Schroers*, *Muster* 51 f; *Haller/Conzen*, Kap. 6 Rn 702; *Soyka*, Rn 285.

2. 略式命令と確定力

[528] 被告人は、発付された略式命令に対して、その送達後2週間以内に、書面の提出又は事務局の調書に記載させる方法で、異議を申し立てることができる(410条1項)。異議申立ては、刑罰請求や運転免許証剥奪処分など、一定の不服点に限定することもできる(410条2項。Rn 542を見よ)。異議申立てに対する裁判として、3つの可能性がある。

aa) 申立てが期限を超えていた場合、又は不適法である場合には、公判を開かず決定で棄却する(411条1項1文)。

bb) そうでない場合には、公判の期日を指定する(411条1項2文)。異議申立てにより、略式命令は、公判開始決定の機能を持つこととなる⁽⁵⁾。引き続き公判が開かれるが、これは、基本的に一般的な規定(212条以下)に従って行われる。ただし、証拠調べの直接性は、411条2項2文、420条1項～3項により、及び 刑事裁判官が略式命令を下した限りで

証拠請求権は、411条2項2文、420条4項により、それぞれ制限を受ける。公判が終結すると、異議申立てが提起された限りで、略式命令から全く独立して判決が下される(411条4項)。

不利益変更禁止原則(331条, 358条2項。Rn 540を見よ)は、異議申立てが法定代理人より提起された場合を除いて適用されない⁽⁶⁾。検察官が訴えを、又は被疑者・被告人が異議申立てを取り下げた場合には、判決には至らない。取下げは、第1審判決が宣告されるまで可能であるが(411条3項)、公判開始後は、被告人又は検察官の同意が必要である(411条3項2文準用303条1文)⁽⁷⁾。

(5) OLG Düsseldorf StV 1989, 473.

(6) LR-Gössel, §410 Rn 4. 限定的な見解として Roxin/Schanemann, §68 Rn 12. 深めるために Rössner, Problem 27.

(7) 参考になるものとして Fahl, JuS 1997, 261.

cc) 被告人が異議申立てを罰金刑の日額のみに限定した場合には、裁判所は、全ての関係人の同意を得て、公判を開かず決定で裁判することができる。この場合、略式命令で確定された額よりも被告人に不利に変更してはならない。この決定に対して、即時抗告が可能である(411条1項3文)。
[529] b) 略式命令に対し適時の異議申立てが提起されなかった場合には、命令は、確定判決と同様の効果を持つ(410条3項による略式命令の確定力)。

刑訴法264条の意味での行為の新たな評価は、確定力発生後は、再審の観点の下でのみ可能である。刑訴法373a条は、かつての判例に依拠して、被告人に不利な方向での付加的な再審事由を定めている。

- 新事実又は新証拠が存在する。
- 対象犯罪が重罪と評価されるものであった。

・簡易手続

1. 条件

[530] 簡易手続は、特殊な手続形式であり、単純な事件でその犯罪に見合った審判を可能とさせるものである⁽⁸⁾。

本手続は、学説から、法治国家としての観点から強い批判が向けられている。批判は、特に「特別の」簡易な手続に向けられている。この手続は、事情により、既に24時間以内に審判を行うとするものである⁽⁹⁾。

簡易手続の実施は、刑訴法417条により、次の条件が付されている：

- (1) 区裁判所(つまり単独裁判官 = 裁判所構成法25条、又は参審裁判所

(8) 詳細は *Gassel*, *Stöckel-FS*, S. 245 ; *Loos/Radtke*, *NSStZ* 1995, 569 ; 1996, 7 ; *Ranft*, *Jura* 2003, 382 ; *Schröer, E.*, *Das beschleunigte Strafverfahren gem. §§417 ff StPO*, 1998, 429.

(9) 事例は *Bielefeld*, *DRiZ* 1998, 429参照。批判的見解として *Ambos*, *Jura* 1998, 281, 289 ; *Schebblor*, *Meurer-GedSchr*, S. 437.

= 裁判所構成法24条) の第1 審管轄。

- (2) 検察官からの、簡易手続で行うことの書面又は口頭による申立て
(いわゆる簡易手続請求)。

その他全ての条件が備わっている場合、検察官は、申立てを行うよう義務付けられる。この申立ては、手続条件であり、検察官が申立てを取り下げた場合には消滅する。取下げは、争いあるが、証拠調べが終了した後でも可能とされている⁽¹⁰⁾。

- (3) 事実関係が単純である又は証拠状況が明確であることによる、即時
審判の適格性。

これにより、公判は即時に又は通常の場合に比して相当短い期間で実施され、可能であれば1回の期日で終結可能であることが想定されている。それゆえ、公判は、1週間から2週間以内に実施すべきとされている⁽¹¹⁾。

- (4) 被疑者・被告人が、成人又は若年成人に達していること(後者の場合、実体法上は少年刑法が適用されるとしても。少年裁判所法109条1項1文及び2項1文参照⁽¹²⁾)。少年裁判所法79条2項により、少年に対しての簡易手続は許されない。

2. 簡易手続の特殊性

a) 中間手続(公判開始決定を含む)の省略

[531] 検察官が被疑者に対する審判を簡易手続で行うよう請求した場合には、刑法418条1項によると、公判は即時に又は短期間で実施され、公判開始に関する裁判は必要ない。つまり、中間手続は、完全に省略される(簡易効果)。

(10) BayObLG NJW 1998, 2152(否定的評釈として *Schroer*, NStZ 1999, 213); 肯定的見解として *Falber/Putzke*, DRiZ 1999, 196.

(11) OLG Düsseldorf StV 1999, 202; OLG Stuttgart NJW 1999, 3134(評釈として *Radtke*, JR 2001, 133 und *Scheffler*, NStZ 1999, 268)。詳細は *KMR-Metzger*, §418 Rn 16.

(12) *Schaffstein/Beulke*, S. 263.

b) 書面による起訴の省略

刑訴法418条3項1文によると、起訴状は不要である。刑訴法418条3項2文によると、公判開始までに口頭で訴えを提起し、その本質的内容を法廷調書に記載させることで足りる。

c) 法効果賦科権限の制限

刑訴法419条1項2文によると、主刑については、罰金刑及び1年以下の自由刑まで科することができる。保安・改善処分は、運転免許証の剥奪(刑法69条)を除いて許されない(419条1項2文、3文)。

d) 被告人召喚の省略、召喚期間の短縮

刑訴法418条2項1文によると、被告人の召喚は、被告人が自分の意思で公判に出頭しない場合、又は裁判所に引致されていない場合に限り必要である。召喚が必要な場合には、召喚期日は、刑訴法418条2項3文により、24時間と定められている。

e) 公判の特殊性

刑訴法420条1項、2項により、朗読の機会が広がられている(直接主義の制限)。手続が刑事裁判官の面前で行われる場合には、この証拠請求は、刑訴法244条3項～5項の却下事由(Rn 440以下を見よ)に拘束されることなく却下できる。

f) 仮拘束、公判勾留

刑訴法127b条1項は、127条2項よりも仮拘束を容易にし(Rn 238を見よ)、刑訴法127b条2項は、いわゆる「公判勾留」により、112条に加えて新たな勾留事由を定めている(Rn 215を見よ)。

g) 刑訴法418条4項は、簡易手続における被告人の相当な防御を保障するために、必要的弁護に当たる場合として、6か月以上の自由刑が予測される場合を定めている⁽¹³⁾。刑訴法418条4項に対する違反は、338条5号

(13) 予測の時点について OLG Braunschweig StV 2006, 519.

の意味での絶対的上告事由に当たる⁽⁴⁾。

[532] 事例63の解決：

a) 刑事裁判官(裁判所構成法24条1項, 25条2号)による略式命令の発付は, 本問では, 刑訴法407条1項により許される。刑法316条の軽罪に関して, 十分な犯罪容疑が認められる。なぜなら, Aは, 血中アルコール濃度1.1‰の状態であり, 絶対的な運転無能力状態にあったからである(BGHSt 37, 89 ff)。確定された法効果(罰金刑, 運転免許証の剥奪, 運転免許証再取得の禁止期間)は, 略式命令により科することができる(407条2項)。

略式命令発付後は, Aには, 適時の異議申立て(410条1項)により略式命令手続を通常の公判に移行させることが可能であった(411条1項2文)。Aがそれを申し立てなかった場合には, 略式命令について確定力が生ずる(410条3項)。

b) 本問のように 当該事象が事後的に法的に異なったものと把握される場合(刑法316条の代わりに315c条, 事情により更に142条), 新たな刑事訴追が可能か否かの問題が生ずる。車の運転全体は訴訟上の意味で1個の行為であることから(264条。Rn 516を見よ), それ自体としては, 略式命令の確定力が新たな刑事訴追を妨げるものとなる。しかし, 新たな認識に基づいて確定力が破られることになるか否かは, 検討が必要である。現在, この問題は, 完結的に再審法に定められている(373a条)。本問では, 確かに新事実は存在するが, これは重罪を理由とする有罪判決を基礎付けるに適したものではないことから(315c条も, 142条も, いずれも軽罪である), 再審は認められない。つまり, 検察官は, 事件を改めて訴追することはできない。詳細は Rn 526, 529を見よ。

(4) OLG Frankfurt StV 2001, 342.

§ 27 上訴・総則

事例64：

- a) 刑法上、法的救済としてどのような形式があるか。
- b) 上訴とは何か。全ての上訴はどのような効果を有しているか。
- c) 上訴は、その審査範囲に関してどのような違いがあるか。〔Rn 545〕

事例65：Aは、詐欺罪（刑法263条）について起訴されたが、裁判所は、Aを無罪とした。判決理由から、裁判所は、そもそも構成要件に該当し、違法な行為が存在するか否かを判断せず、いずれにしてもAは責任能力が欠けるため刑法20条により責任を問うことができないとされたことが判明した。Aは、この判決に対して上告を提起した。Aは、無実を理由とする無罪判決を求めている。この上告は許されるか。〔Rn 546〕

事例66：Aは、参審裁判所より、過失致傷罪（刑法229条）により罰金刑に処せられた。Aの控訴に基づいて、刑事部〔控訴審裁判所〕は、重傷害罪（刑法226条1項）による可罰性を認め、第1審よりも重い罰金刑に処した。これは許されるか。〔Rn 547〕

概観

1. 法的救済の形式

[533] 法的救済は、伝統的には、2つの類型に分けられる。すなわち、通常法的救済と、非常法的救済である。後者は、確定力を破るという特色を持つ。

通常法的救済には、次のものが含まれる：

- 控訴（312条～332条）
- 上告（333条～358条）

- 抗告（304条～311 a条）

これらを上訴と呼ぶ（296条以下）。

略式命令に対する異議申立ても、通常の法的救済である（410条。この点について Rn 528）。

非常の法的救済には、次のものが含まれる：

- 原状回復（44条～47条。この点について Rn 305以下）
- 再審（359条～373 a条。この点について Rn 585以下）
- 憲法抗告（基本法93条 1項 4 a号，連邦憲法裁判所法90条以下）

欧州人権条約34条以下による個人抗告も、挙げておかなければならない（この点について Rn 9以下）。

2．移審効 / 停止効

[534] 刑訴法上の上訴は、その他の法的救済とは異なり 手続を上級審に移すという点で共通する（移審効）。また、上訴は、抗告（307条 1項）を除いて〔執行の〕停止効を有する。すなわち、刑訴法 316条及び343条によると、控訴又は上告が適時に提起された場合には、これによって判決の確定が阻止される。つまり、その判決は、まだ執行してはならないこととなる。

3．上訴の機能⁽¹⁾

[535] 3つの上訴は、条件及び目的において、部分的に相当な違いがある。

- 控訴（312条～332条）により、第1審判決は、事実点及び法律点に

(1) 体系について *Lesch*, JA 2004, 679. 上訴改革につき代表的なものとして *Dahs*, NStZ 1999, 321; *Hauck*, in: *Gropp/ua*, S. 201; *Laufhütte*, NStZ 2000, 449; *Lilie*, Gutachten D zum 63. DJT; *Rieß*, JZ 2000, 813.

において事後的に審査される。つまり、控訴審は、第2の事実審であり、そこでは、新たな事実及び証拠を取り込むことができる。

- 上告(333条～358条)は、第1審及び第2審判決に対して行われる。もっとも、上告は、原判決には法律点において瑕疵がある、ということにのみ基づくことができる(337条, 338条)。
- 抗告(304条～311a条)により、決定及び命令が、法律点及び事実点において事後的に審査される。

・ 上訴に共通の原則

[536] 上訴には、幾つかの共通点がある。それらは、刑訴法296条～303条に規定されている。

1. 一般的な許容条件

a) 合法性

控訴は、刑事裁判官及び参審裁判所の(第1審)判決に対して行うことができる(312条)。

上告は、上告審自身の判決を除いて、全ての判決に対して行うことができる(333条, 335条)。

抗告は、刑訴法304条, 305条以下の基準に従い、裁判所の決定又は裁判長の命令に対して行うことができる。

ある裁判が誤った形式で下された場合(例えば決定の代わりに判決, 又はその逆)には、通説によると、上訴権者には、専ら、適切な裁判が下されていた場合に許された上訴のみが可能とされる⁽²⁾。その理由として、刑訴法300条が指摘される。同条

(2) BGHSt 8, 383, 384; 25, 242; *Kahne*, Rn 1026. また, LR-*Gollwitzer*, Vor § 296 Rn 56も見よ。

は、許される上訴の表示における誤りは、害をもたらしなことを示している。しかし、原則として、上訴権者が上訴の選択に当たり裁判所より（誤って）示された裁判形式に従ったということから、その者に不利益を生じさせることは公正ではない。それゆえ、このような場合には、上訴権者にいかなる上訴を提起するかを選択を許すべきである⁽³⁾。

b) 不服の存在

[537] aa) 全ての上訴に共通の許容条件は、法的保護の利益が存在することである：上訴を自身又は第三者のために提起する者は、自身又は第三者に不服が存することを主張しなければならない。

被疑者・被告人（及びその法定代理人又は弁護士）は、有罪判決など、自身に不利となる裁判が下された場合には、常に不服がある。

検察官は、被疑者・被告人に有利にも、不利にも上訴することができる（296条2項参照）。つまり、検察官は、裁判が誤りであると主張する限り、常に不服がある。

これに対して、私訴原告及び公訴参加人は、被疑者・被告人に有利に上訴を提起することはできない（Rn 592, 596も見よ）。

bb) 不服が存在するか否かの問題に関しては、判決の主文のみが重要である。つまり、判決理由のみ被疑者・被告人に不利ということでは足りない。したがって、無罪判決に対する上訴は、判決理由において被告人は証明不十分であるため無罪と記載されていた場合でも許されない⁽⁴⁾。また、判決において、被告人は構成要件に該当する違法な行為を実行したのか否かが未決定とされていた、その理由が被告人はいずれにしても犯行時に責任無能力であったことが確認されるからであったという場合にも、同様の

(3) 一見すると KG NJW 1993, 673 u. 947も同じ見解である。異説として Volk, § 34 Rn 8（解釈を変更）

(4) BGHSt 7, 153. 異なる見解として Krack, S. 180.

結論となる⁽⁵⁾。

cc) 不服が欠ける場合には, 上訴は, 不許容として(理由なしではなく) 棄却されることになる⁽⁶⁾。

上訴権が濫用される場合には, 正当な法的保護の利益が欠ける⁽⁷⁾。しかし, このような異議申立権の濫用を肯定することが増加しているという判例の傾向に対しては, 様々に批判されている。不許容の上訴提起と認めるに当たり, 手続関係人の権利が不当に制限されることを避けるため, 強い抑制が求められる⁽⁸⁾(詳細は Rn 126a)。

c) 異議申立権限

[538] 上訴提起については, 特に次の者にその権限がある:

- 検察官: 被疑者・被告人に有利な方向でも可能である(296条1項, 2項)。
- 被疑者・被告人(296条1項)。
- 弁護人: ただし, 被疑者・被告人の明示の意思に反してはできない(297条)。
- 法定代理人: 被疑者・被告人の明示の意思に反してでもできる(298条)。
- 私訴原告(検察官の代わりとして): 私訴が提起された場合においてである(390条1項)。
- 公訴参加人: 原裁判により公訴参加人としてのその地位に置いて不服が生じた場合においてである(395条4項2文, 400条, 401条1

(5) BGHSt 16, 374. 訴訟判決における不服について BGH NStZ 2011, 2310.

(6) BGHSt 16, 374, 376; 28, 327, 330. 部分的に異なる見解として KMR-Plad, Vor §296 Rn 14; Ranft, Rn 1919.

(7) BGH NStZ-RR 2008, 85; BGH StV 2008, 123 (Ventzke の否定的評釈付き); BGH StV 2009, 169.

(8) M-G, §337 Rn 47; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 394. また, BGH NJW 2012, 468も見よ。深めるために Fahl, S. 624 ff.

項1文)。

d) その他の許容条件

[539] 即時抗告(311条2項)、控訴(314条)、上告(341条)は、1週間以内に提起しなければならない。通常抗告は、期限がない。

全ての上訴は、刑事法上、異議申立ての対象とされる裁判を行った裁判所(上訴審裁判所ではなく原裁判所)に対し、事務局の調書に記載させるか、書面提出の方法によって提起する。(306条1項、314条、341条)。

控訴は、「正当化」(理由付け)することができるが(317条)、理由付け義務はない。これに反し、上告は、理由付けしなければならない(344条。詳細は Rn 562)。抗告の場合にも、やはり理由付け義務はない。

2. 不利益変更の禁止

a) 原則

[540] 控訴又は上告の対象となった判決は、次の場合には、行為の法効果の形式及び程度において、被告人に不利に変更してはならない(不利益変更禁止 = 331条1項、358条2項1文)：

- 被告人のみが上訴した場合。
- 検察官が被告人に有利に上訴した場合。
- 法定代理人が上訴した場合。

被告人が上訴するか否かの判断に当たり、上訴することで不利となることを危惧して抑止されることを防ぐことが目的である⁽⁹⁾。

検察官が被告人に不利に上訴した場合には、原裁判は、被告人に不利な方向だけでなく、有利に変更し又は破棄することもできる(301条)。

(9) BGHSt 11, 319, 323. 詳細は *Hamm*, *Hanack-FS*, S. 369 ff ; *SK-Frisch*, § 331 Rn 1.

b) 制限

[541] 不利益変更禁止には、特に次の2つの重要な制限がある：

禁止されるのは、「行為の法効果の形式及び程度」における不利な変更のみである(331条1項, 358条2項1文), すなわち, 罪責認定の変更は可能である⁽¹⁰⁾。例えば被告人は窃盗罪により20日間の罰金刑に処せられ, 被告人のみが控訴した場合には, 裁判所は, なおも, 罪責の認定を強盗罪の有罪に変更することができるが, 量刑について, 20日間の罰金刑を超えてはならない。

不利益変更禁止は, 精神病院又は保安施設への収容命令を妨げない(331条2項, 358条2項2文)⁽¹¹⁾。

3. 一部上訴

a) 可分の主文

[542] 控訴(318条), 上告(344条), 略式命令に対する異議申立て(410条2項)において, 異議申立てを特定の不服点に限定することが可能である(一部上訴)。しかし, このような一部上訴は, 「異議の対象が, 原裁判のうち, 判決のその他の部分から切り離して個別に, 独立した審査及び評価を許すような部分である」場合に限られる(いわゆる可分の主文⁽¹²⁾)。

刑訴法318条2文によると, 控訴は, それが制限なく提起された場合には, 判決全体の内容を事後審査に付させる。控訴は一部に限定されたが, この限定が無効であった場合には, 判決は, 全体として異議が申し立てられたこととして扱われる。318条2文は, 上告及び略式命令に対する異議申立てに類推適用される。

(10) BGHSt 14, 5, 7; HK-Rautenberg, §331 Rn 10. 否定的見解として OK-StPO-Eschelbach, §331 Rn 14 ff. また, Brand/Reschke, JZ 2011, 1102も参照。

(11) 深めるために Kretschmer, J., StV 2010, 161; Wohlers, GA 2001, 196.

(12) BGHSt 10, 100, 101. 概観について Altmann, JuS 2008, 790.

b) 判例上許されている一部不服の特に重要な例

- 全ての被告人は、共同被告人と独立して上訴を提起する機会を持つ。
- 全ての被告人は、その上訴を、訴訟上の意味で個別の行為に限定することができる(いわゆる垂直的限定)。
- 控訴及び上告は、刑の範囲に限定することができる(量刑控訴、量刑上告)。なぜなら、罪責問題は、原則として、量刑問題と切り離すことができるからである(いわゆる水平的限定⁽¹³⁾)。
- 法効果内でも、一部上訴は可能である。特に実務で頻繁に見られる、保護観察のための執行猶予に向けた上訴の限定は、強調されるべきである⁽¹⁴⁾。

c) 一部確定

[543] 有効な一部上訴は、上訴されなかった判決部分についての一部確定を生じさせる⁽¹⁵⁾。

例：車の運転中による過失致死罪によって有罪とされたAは、量刑に限定して控訴した。Aは、自身に宣告された短期自由刑は不適法であると考えていた。Aが控訴審において自分はそもそも全く運転していなかったと主張した場合には、Aは、その点を聞いてもらうことはできない。罪責宣告は確定している。控訴審裁判所は、不利益変更禁止を考慮した上で 法効果のみ確定しなければならない。

4. 取下げ、放棄

[544] 刑法302条1項1文によると、上訴の取下げ及び上訴提起の放棄は、上訴

(13) BGHSt 19, 46, 48. 深めるために *Fischer*, in : 33. Strafverteidigertag, S. 87.

(14) BGHSt 24, 164, 165 ; 47, 32, 35.

(15) BayObLG NStZ 2000, 275 (*Kudlich* の評釈付き) また, BGHSt 54, 135, 137 (評釈として *Maier*, NStZ 2010, 650) も見よ。

期間が経過する前でも有効に行うことができる⁽¹⁶⁾。しかし、検察官が被疑者・被告人の有利に上訴した場合には、被疑者・被告人の同意なく、これを取り下げることはできない(302条1項2文)。上訴に関する裁判が口頭弁論に基づいて行われるべきときは、その公開開始後は、相手側の同意があった場合にのみ取り下げることができる(303条1文)。

取下げ及び放棄は、訴訟行為として、条件を付することも、またそれを撤回することもできない⁽¹⁷⁾。必要的弁護〔事件〕の場合で(Rn 165を見よ)、弁護人の関与なく被告人により上訴放棄が表明されたときは、その放棄は無効である⁽¹⁸⁾。これは、資格を剥奪された弁護士(いわゆる「見かけ上の弁護人」)が関与していた場合も同様である⁽¹⁹⁾。もっとも、上訴の教示が懈怠されたことは、上訴放棄の有効性を妨げない⁽²⁰⁾。訴訟行為の有効性、取消し、撤回の問題について、更に詳細は Rn 296以下、395 eを見よ。

[545] 事例64の解決：

a) 通常の法的救済と、非常の法的救済とに区別される。通常の法的救済には、次のものがある。

- 控訴(312条~332条)
- 上告(333条~358条)
- 抗告(304条~311 a条)

(16) この点につき批判的見解として *Erb*, GA 2000, 511.

(17) BGHSt 10, 245, 247; KG NStZ 2007, 541(例外的事例) 異なる見解として *Niemöller*, StV 2010, 598 u. StV 2011, 54. これに反対する見解として *Meyer-Goßner*, StV 2011, 53. 詳細について争いがある。

(18) OLG Naumburg, StraFo 2011, 517. 取下げに関し異なる見解として OLG Koblenz NStZ 2007, 55.

(19) BGHSt 47, 238, 240(肯定的評釈として *Beulke/Angerer*, NStZ 2002, 443)

(20) BGH NStZ 2006, 351.

- 略式命令に対する異議申立て（410条）

非常の法的救済は、確定力を破るものであるが、それには次のものがある。

- 原状回復（44条～47条）
- 再審（359条～373a条）
- 憲法抗告（基本法93条1項4a号，連邦憲法裁判所法90条以下）

b) 控訴，上告，抗告の法的救済は，上位概念である「上訴」の下にまとめられる。全ての上訴は，移審効を持つ。すなわち，手続を上級審に移行させる。更に，控訴と上告は，停止効を持つ。すなわち，裁判の確定を阻止する（316条，343条）。これに対して，抗告には，停止効がない（307条1項）。

c) 控訴は，原判決につき事実点及び法律点の事後審査を導く（第2の事実審）。これに対して，上告の場合には，原判決につき法律点のみが事後審査される。抗告は，決定又は命令に対するものであるが，やはり法律点及び事実点の事後審査を導く。詳細は Rn 534以下を見よ。

[546] 事例65の解決：Aの上告は不適法である。なぜなら，Aには不服が欠けるからである。無罪判決に対しては，判決理由で被告人に不利な内容が示されていた場合でも，上訴することができない。確かに，被告人は，無実が証明されて無罪判決を受けることにつき利益を有する。しかし，刑事手続の任務は，被告人は犯罪を有責的に実行したのか否か，そしていかなる刑罰が科されるべきかを解明することである。一定の理由から有罪判決の排除が確実である場合には，罪責認定が別の理由からも否定されるか否かを解明するために，ことによると際限がなくなる証拠調べを行う必要はない。詳細は Rn 537を見よ。

[547] 事例66の解決：Aのみが控訴した場合であるから，原判決をAの不利益に変更すること（第1審判決は過失致傷罪，控訴審判決は重傷害罪）

は、不利益変更禁止に反する可能性がある(331条1項)。もっとも、控訴審裁判所は、本問では、単に罪責問題についてのみ変更しただけであり、量刑は変更していない。これは許される。この場合に、第2審では、刑法226条に定めがない刑が科されることになるとしても、である。詳細はRn 540以下を見よ。

§ 28 控 訴

事例67: Aは、刑事裁判官より、20日間の罰金刑に処せられた。Aは、判決宣告から1週間以内に書面で、「私は判決を否認する」と表明した。その後、Aは何も言わなかった。Aは、どのような上訴を提起したことになるのか。[Rn 558]

・ 控訴の合法性と機能

[548] 刑法312条によると、控訴は、(常に第1審の)区裁判所の判決、つまり刑事裁判官及び参審裁判所の判決に対して許される。地方裁判所又は高等裁判所の第1審判決は、控訴ではなく、上告によってのみ異議を申し立てることができる。

控訴は、上告と異なり 原判決について法律点及び事実点の事後審査をもたらす。つまり、控訴審は、第2の事実審であり、そこでは、第1審判決が事実点及び法律点において正しいものであったか否かを審査するだけでなく、新たな事実及び証拠を取り込むこともできる(323条3項)。

・ 控訴の受理

[549] 刑法313条によると、控訴は、次の事例に該当する場合には、事前に裁判所による受理が必要である。

- 宣告された法効果が、15日以下の日数罰金刑もしくは刑を留保した警告（刑法59条）又は過料（秩序違反法）であった場合（313条1項1文）。これは、被告人及び検察官の控訴に等しく適用される。
- 無罪判決又は手続打切りで、検察官が30日以下の罰金刑を申し立てていた場合（313条1項2文）。刑訴法313条1項2文は、検察官の控訴に関して、検察官が第1審公判で無罪を申し立てていたが、例えば新たな証拠を理由に控訴を求める場合には適用されない⁽¹⁾。

控訴は、明らかに理由がないとはいえない場合に受理される（313条2項1文⁽²⁾）。受理については、控訴審裁判所が決定により裁判し、この裁判に対しては基本的に異議申立てできない（322a条1文、2文）。もっとも、決定が控訴受理の場合に該当しないとの理由による場合には、即時抗告（322条2項類推）により異議を申し立てることができる。例えば被告人は15日を超える日数罰金刑に処せられていたなどで、刑訴法313条の要件が備わっていない場合である⁽³⁾。控訴受理の場合には、決定に理由を付する必要はない（322a条3文）。控訴が受理されない場合には、決定において不許容として棄却されることになる（313条2項2文）。

・ 管轄

[550] 控訴審の機能的管轄は、地方裁判所の小刑事部にある。この裁判所は、裁判長と2名の参審員で構成される（裁判所構成法74条3項、76条

(1) OLG Karlsruhe StV 1997, 69; HK-Rautenberg, §313 Rn 6; LR-Gassel, §313 Rn 36. 異なる見解として M-G, §313 Rn 4a; KMR-Brunner, §313 Rn 4; Ebert, JR 1998, 265.

(2) 詳細は Fezer, NStZ 1995, 265. 合憲的解釈として BVerfG NJW 1996, 2785.

(3) OLG Hamburg JR 1999, 479 (Gassel の肯定的評釈付き); SK-Frisch, §322a Rn 11.

1項1文)。拡張された参審裁判所(裁判所構成法29条2項)の判決に対して控訴が提起された場合には、第2の職業裁判官が関与することとなる(裁判所構成法76条3項1文)。

・控訴の提起

[551] 控訴は、判決宣告から1週間以内に、元の裁判所(原裁判所)に書面の提出又は事務局の調書に記載を求める形で提起しなければならない(314条1項)。判決宣告が被告人不在の場で行われた場合には、この期間は、原則として判決送達の時点から起算される(314条2項)⁽⁴⁾。適時の控訴提起によって、判決の確定力は、異議が申し立てられた範囲で阻止される(316条1項=停止効)。控訴は、判決の個別点に対する異議に限定することもできる(318条。Rn 542も見よ)。控訴が限定されなかった場合又は限定が無効であった場合には、控訴は、判決全体の事後審査をもたらす。控訴の理由付けは可能であるが、刑事訴訟では必要ではない(317条)。控訴は、初めからそのようなものとして表示しなければならないわけではない。連邦通常裁判所の判例によると、判決につき差し当たり上訴の形式の選択を後に留保して期日遵守のために異議を述べておくことも許される⁽⁵⁾。上告趣意の期限(345条)が経過するまでに厳密な表示がなされなかった場合には、上訴は、控訴として扱われる。なぜなら、それは、包括的な上訴だったからである⁽⁶⁾。また、上訴人が当初は控訴として提起したが、上告趣意の期限内に上告に移行すること⁽⁷⁾、又はその逆も許されている⁽⁸⁾。この選択権が認められているために、控訴審の手続は、上告趣意の

(4) 詳細は SK-Frisch, § 314 Rn 26 ff.

(5) BGHSt 2, 63, 66.

(6) BGHSt 2, 63, 71; OLG Nürnberg StraFo 2009, 388.

(7) BGHSt 5, 338, 340. 詳細は M-G, § 335 Rn 2 ff.

(8) OLG München wistra 2010, 240.

期限が経過するまで実施することができない⁽⁹⁾。

・ 裁判

1. 第1審裁判所による適時性審査

[552] 第1審裁判所は、控訴が適時に提起されたか否かを審査しなければならない。提起が時機に遅れたと認められる場合には、上訴は、不適法として棄却される(319条1項)。第1審裁判所は、適時性以外の許容性の観点については審査しない。

2. 控訴審裁判所による事前審査

[553] 刑訴法322条1項1文によると、控訴審裁判所は、許容性条件が備わっていないと判断する場合には、公判を開かず決定で、控訴を不許容として棄却することができる(特に合法性、形式、期限、不服の点)。

3. 控訴受理に関する裁判

控訴裁判所は、一般的な許容性条件が備わっていると判断する場合には、必要とあれば、控訴の受理について裁判する(313条、322a条)。

4. 手続打ち切り(公判開始前)

[554] 控訴審裁判所は、公判外で手続障害が判明した場合には、決定により手続を打ち切ることができる。これは、刑訴法206a条から導かれる。同条は、あらゆる手続段階で、つまり控訴審手続でも適用される⁽¹⁰⁾。控訴審裁判所には、検察官及び被告人の同意を条件に、起訴便宜的理由による手続打ち切りの機会(153条以下)もある(詳細は Rn 333以下)。

(9) OLG Frankfurt NStZ 1991, 506. 異説として OLG Oldenburg NStZ 2012, 54.

(10) BGHSt 24, 208, 212. 異説として *M-G*, § 206a Rn 6. 詳細は *KK-Schneider*, § 206a Rn 4.

5. 控訴審の公判

[555] 公判の進行は、基本的に第 1 審の場合と同様である(詳細は323条, 324条, 325条を見よ)。

6. 被告人の不出頭

[556] 公判開始に当たっての被告人不出頭の帰結(この点は、被告人に対し既に召喚において明示的に教示しなければならない。323条 1 項 2 文) は、被告人自身が控訴したのか又は検察官が提起したのかで異なる。

a) 被告人の控訴

被告人が控訴を提起し、公判に出頭しなかった場合には、事件に関する裁判を行わず、訴訟判決が下される。この場合、控訴審裁判所は、事件に関する弁論を行わず、被告人の控訴を棄却する(329条 1 項 1 文)。もっとも、このことは、被告人は刑法329条 1 項 1 文による十分な弁明を行っている場合には妥当しない⁽¹⁾。その事柄上、民事訴訟における欠席判決に類似した判決形式である⁽²⁾。

b) 検察官の控訴

検察官が控訴を提起し、被告人が公判開始に当たり出頭していない場合には、被告人がいなくても審理することができる(329条 2 項 1 文)。この場合、検察官の控訴は、原則として被告人の同意がなくても取り下げることができる(329条 2 項 2 文。その他の規則について302条 1 項, 303条及び Rn 544を見よ)。

(1) この点について BayObLG JR 2000, 80(*Rosenau* の評釈付き。及び評釈として *Kudlich*, JA 2000, 588); *Rieß*, NStZ 2000, 120; OLG Stuttgart StV 2009, 12.

(2) *Kindhauser*, § 30 Rn 26; *Roxin/Schunemann*, § 54 Rn 22 ff; *Schroeder/Verrel*, Rn 315.

7. 公判に基づく控訴審裁判所の裁判

[557] 控訴審裁判所は、公判の途中で初めて許容性条件が備わっていないことが判明した場合には、不許容として、判決により控訴を棄却する。

控訴が許容され、公判の途中で訴訟条件が欠缺していることが判明した場合には、手続は、判決により打ち切れなければならない(260条3項)⁽¹³⁾。

控訴が許容され、理由がある場合には、控訴審裁判所は、第1審判決を破棄し、事件について自ら裁判する(328条1項)。控訴審裁判所が原裁判を誤りであると判断し、罪責認定又は法効果について第1審裁判所とは異なる判断に至った場合には、控訴には理由がある。控訴は一部のみ理由があるということも可能である。この場合、判決は、部分的に破棄されることになる。

控訴審裁判所が第1審判決を破棄した場合には、その効果は、控訴を提起した又はその者のために控訴が提起された被告人にのみ及び、控訴審の裁判は、他の共同被告人にはその効果が及ばない⁽¹⁴⁾。

第1審裁判所がその管轄を誤って認めていたことが判明した場合には、控訴審裁判所は、第1審判決を破棄し、事件を管轄裁判所に差し戻す(328条2項)。

以上に対して、控訴審裁判所は、第1審判決を正しいと判断した場合には、許容された控訴を理由なしとして棄却する⁽¹⁵⁾。

[558] 事例67の解決：Aは、判決宣告後1週間の期限内に(314条、341条)、控訴(312条以下)又は跳躍上告の形式での上告(335条)のいずれかを提起した。控訴受理の手続は不要であった。Aは、15日を超える日数罰金刑に処せられたからである(313条1項1文)。Aがこの時点でいずれ

(13) 控訴が不許容の場合の訴訟障害の存在について BGHSt 16, 115, 117; 22, 213, 215.

(14) Mitsch, BrandOLG-FS, S. 379.

(15) 深めるために Mansdorfer/Timmerbeil, JuS 2001, 1209.

の上訴とするかの選択を示していないことは、差支えない。なぜなら、Aは、上告趣意の提出期間(原則として判決送達から1か月)が経過するまでは、その判断を留保できるからである(BGHSt 2, 63, 66)。この結論は、有罪判決を受けた者は、大抵は書面による判決理由を手がかりにして初めて、原判決にいかなる瑕疵があるかを知ることができるという理由から正当化される。特に手続違反は、しばしば、書面による判決理由から初めて明らかになるものである。いずれの上訴かが全く示されなかった場合には、上訴は控訴として扱われる。Aは、上告趣意の提出期間内にその上訴を「上告」として具体化し、理由付けた場合には、適法に上告を提起したことになる。詳細は Rn 549, 551を見よ。

§ 29 上 告

事例68：Aは、自分の2人の子供を殺害したとして、陪審裁判所としての大刑事部に起訴された。公判の途中で、現場での期日〔現場検証〕が実施された。そこには多くの報道陣が詰めかけて録音・録画をしたが、裁判所がそれを止めることはなかった。Aは、終身自由刑に処せられた。Aは、この判決に対してどのようにして防御することができるか。また、報道陣による「侵害」は、Aの上告を基礎付けるか。〔Rn 576〕

．上告の合法性と機能⁽¹⁾

[559] 刑訴法333条、335条によると、上告は、全ての第1審判決(区裁

(1) 概観について *Bock*, JA 2011, 134; *Huber*, JuS 2009, 521 u. 614; *Wolters/Janko*, JuS 2004, 584 u. 684. 深めるために *Dahs*, Rn 881 ff; *Dahs/Dahs*, Rn 1 ff; *Detter*, Die Revision in Strafsachen, 2011; *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. A. 2010; *Kempfl/Schilling*, NJW 2012, 1849; *Krause, D.*, Die Revision im Strafverfahren, 5. A. 2001; *Kroiß, L.*, Revision ↗

判所，地方裁判所，高等裁判所）と，全ての控訴審判決（地方裁判所小刑事部）に対して許される。区裁判所の第1審判決に対しては選択的に控訴も許されるため，この判決に対する上告は，跳躍上告と呼ばれる（335条）。跳躍上告の許容性は，控訴受理にかかわらない。すなわち，本来刑訴法313条の要件を備える軽微犯罪においても，上訴人は，差し当たり，控訴受理に関する裁判が行われるまで待つ必要はない^②。

控訴は，第2の事実審であるのに対して，上告審では，事実認定は事後審査から除外される。上告裁判所は，判決が手続法上正しく成立したものの可否か，実体法が正しく適用されたか否かのみを審査する。上告の目的は，法解釈・適用の統一と個別事件における正義の実現である。

・ 管轄

[560] 上告の裁判に関する機能的管轄は，次の裁判に対する上告の場合には，3人の職業裁判官で構成する高等裁判所にある（裁判所構成法116条1項，122条1項）。

- 地方裁判所の控訴審判決（裁判所構成法121条1項1b号）
- 区裁判所の第1審判決（跳躍上告。335条2項，裁判所構成法74条3項，121条1項1b号）

↘ und Plädoyer im Strafprozess, 2. A. 2001; *Rieß/Herdegen*, in: Brüssow ua, §13 Rn 1 ff; *Russack*, Die Revision in der strafrechtlichen Assessoriklausur, 7. A. 2012; *Schlothauer/Weider*, Verteidigung in Revisionsverfahren, 2008; *Vollmer/Heidrich*, Rn 565 ff; *Weidemann/Scherf*, Die Revision in Strafsachen, 2010; *Barton*, Fezer-FS, S. 333; *Langer*, Meyer-Goßner-FS, S. 497; *Meyer-Goßner/Cierniak*, StV 2000, 696; *Neuhaus*, Herzberg-FS, S. 871; *Rieß*, Hanack-FS, S. 397 ff; *Weidemann*, JA 2006, 373; *Widmaier*, StraFo 2010, 310.

② KG JR 1999, 125; OLG Hamm NJW 2003, 3286; *Roxin/Achenbach*, PdW, Fall Nr 454; LR-*Hanack*, §335 Rn 1a; SK-*Frisch*, §335 Rn 27. 異説として *M-G*, §335 Rn 21; *Lesch*, 2/76.

- 地方裁判所の第1審判決で、上告が専ら州法上の法規定に対する違反に基づいている場合(裁判所構成法121条1項1c号)

これに対して、地方裁判所(高等裁判所が裁判するのでない限りで。この点について前述を見よ)及び高等裁判所の第1審判決に対する上告について裁判する機能的管轄は、5人の職業裁判官で構成する連邦通常裁判所(裁判所構成法130条、139条1項)にある(裁判所構成法135条1項)。また、連邦通常裁判所は、裁判所構成法121条2項による回付についての裁判に関しても管轄を有する。

・ 上告の提起

[561] 上告は、原判決を下した裁判所(原裁判所)に、判決宣告後1週間以内に、事務局の調書に記載させるか、又は書面の提出をもって提起しなければならない(341条1項)。判決宣告が被告人不在の場で行われた場合には、上告の期限は、原則として判決の送達時から起算される(341条2項)。適時の上告提起によって、判決の確定は、異議が申し立てられた範囲で阻止される(343条1項=停止効)。

・ 上告の理由付け

[562] 上告人は、上告の申立てを行い、それを理由付けなければならない(344条1項)。上告理由は、上訴期間が経過してから1か月以内に、原裁判所に提出しなければならない(345条1項1文)。大規模な手続の場合には、公正手続原則から、上告理由付け期間を非常に長期間となる判決書作成期間(275条1項参照^③)に合わせる必要が要請される。上告理由付け

③ 詳細は *Geipel*, *StraFo* 2011, 9; *Hillenkamp*, S. 68. また, *ÖstVerfGH NStZ* 2000, 668 (*Hillenkamp* の評釈付き); *Grabenwarter*, *NJW* 2002, 109も見よ。通説は否定的見解である *M-G*, § 345 Rn 2, Vor § 42 Rn 5.

は、事務局の調書に記載させるか、又は書面をもって提出しなければならない。後者の場合には、〔弁護士又は〕弁護士が上告趣意書に署名することが必要である（345条2項⁴⁾。もっとも、判例の誤った理解によると、弁護士が署名する場合には、同人が書面の内容に全て責任を負うという場合に限られる⁵⁾。

上告人は、上告申立てにより、自分は原判決に対しどの範囲で異議を述べ、その破棄を求めるのかを明らかにしなければならない（344条1項）。すなわち、申立てから、上告の範囲が示されなければならない。また、上告理由からは、判決は手続法規定の違反を理由に異議が申し立てられたのか、又はその他の規定の違反を理由とするのが明らかにされなければならない（344条2項1文）。手続違反を主張する場合には、瑕疵を含む事実が記載されなければならない（344条2項2文）。この記載は、上告裁判所が上告趣意書を手がかりにするだけで、その事実が証明されたならば手続的瑕疵が存在したか否かを判断できるほどに、完全かつ詳細になされなければならない⁶⁾。手続違反に関する上告理由がそれ自体では瑕疵を示していない場合には、上告は不適法となる⁷⁾。これに伴い、実務では、許容される上告理由の要件が非常に高く設定されている。しかし、連邦憲法裁判所は、この被告人に不利な視点は憲法上異議が述べられるべきものではない、特に基本法2条1項、19条4項、20条3項に対する違反はないと判断している⁸⁾。原判決の主張された手続的瑕疵への因果性に関する理由（Rn 565を見よ）は、上告理由で示される必要はない⁹⁾。

(4) OLG Nürnberg NStZ-RR 2007, 151（波形の線では不十分である）

(5) BGHSt 25, 272, 273; BGH NJW 2012, 1748. これに反対する見解として *Beulke*, S. 138 ff.

(6) BGH StV 2011, 207; *Widmaier*, StraFo 2006, 437.

(7) BGH NJW 1998, 2229. 深めるために *Cirener*, NStZ-RR 2012, 65 u. 103.

(8) BVerfGE 112, 185 ff; *Dallmeyer*, JA 2005, 768; *Gantge*, JR 2005, 496; *Kuckein*, NStZ 2005, 697.

(9) BGH StV 2011, 462.

． 上告理由

1． 法令違反

[563] 上告は、原判決が法令違反に基づいたものであることによるのみ、理由付けることができる(337条1項)。このことは、上告できるのは法律問題だけであり、事実問題は除外されることを意味する。したがって、上告人は、自分は犯行を実行していないこと、つまり無実であることを主張したり、裁判所は自身に不利な証人を不当に信用し、有利な証人についてその意義を軽く見過ぎていると主張する場合には、成果を得ないこととなる。証拠評価は、基本的に事実審裁判所の事項である⁽¹⁰⁾。新証人などの新たな証拠も、上告審の手続では、もはや挙げることはできない。上告裁判所は、事実審裁判所より認定された事実について審査するのではない。証拠調べの反復又は補足は行われない(証拠調べやり直しの禁止)⁽¹¹⁾。

ある法規定が全く適用されていない、又は正しく適用されていない場合には、法令違反が認められる(337条2項)。刑訴法337条の意味での法令とは、全ての法規範をいう(刑訴法施行法7条)。そこには、連邦(欧州人権条約も含む。Rn 9参照)及び州の手続法及び実体法だけでなく、慣習法、国際法の一般原則、条約なども、それらが国内法となっている限りで含まれる。これに反し、内部的な業務規程や管理規程などは、法規範ではない。

上告可能な法令違反は、手続法又は(実体)法が対象となる。これに応じて、手続違反の主張と実体違反の主張とが区別されなければならない

(10) BGH wistra 2010, 270; BGH NStZ 2011, 302. 深めるために *Erb*, GA 2012, 79; *HK-Temming*, vor §§ 333 ff Rn 9 ff.

(11) BGHSt 43, 212, 214; BGH NStZ 2012, 344; OLG Hamburg StV 2012, 74(*Wilhelm* の評釈付き)。また、*Fischer*, Paulus-FS, S. 53; *Norouzi* in: 34. Strafverteidigertag, S. 215; *Rieß*, Fezer-FS, S. 455; *Rosenau*, Widmaier-FS, S. 521; *Ventzke*, HRRS 2010, 461も見よ。

(344条2項1文)

2. 手続違反の主張

a) 手続違反

[564] 上告人が原判決成立に当たっての訴訟法に反する形式及び態様に対して異議を述べる場合には、手続違反の主張である。裁判官がどのような形で判決に至るべきかを定めた規定全てが手続法に当たり、それ以外の全ての規定が実体法に当たる⁽¹²⁾。実体法と手続法の区別について、詳細には争いがある⁽¹³⁾。法定された行為が行われない場合又は誤って行われた場合、並びに、当該行為がそもそも不適法であった場合には、手続法違反に当たる⁽¹⁴⁾。上告理由には、手続的瑕疵を含む事実が示されなければならない(344条2項2文。Rn 562を見よ)。判決の審査は、この事実にも及ぼされる(352条1項)。

手続的瑕疵は、証明されなければならない。公判に関して規定された形式性の遵守は、調書によってのみ証明することができる(274条。詳細はRn 393を見よ)⁽¹⁵⁾。例外的に調書を使用することが不可能か(例えば紛失された場合など)又は調書が誤解を与えるものである場合⁽¹⁶⁾、又はその他の手続的瑕疵が問題となる場合(例えば捜査手続で自白がなされ、それが公判に持ち込まれて判決で評価される場合の、刑法136a条の意味での欺

(12) BGHSt 19, 273, 275.

(13) BGH NJW 2005, 518; *Barton*, JuS 2007, 977; *Hamm*, Rissing-van Saan-FS, S. 195; *Schafer*, Rieß-FS, S. 477.

(14) *M-G*, § 337 Rn 9.

(15) *Schafer*, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S. 707; *Kahlo*, Meyer-Goßner-FS, S. 447.

(16) BGH StV 1999, 189 (*Ventzke* の評釈付き); BGH StV 2002, 525 (*Koberer* の批判的評釈付き)。

岡の有無について)には、自由な証明手続による⁽¹⁷⁾。プロ・レオ原則は、全く適用がない。つまり、手続違反の存在が最終的に解明されない場合には、手続は適法であったとされることになる⁽¹⁸⁾(しかし、Rn 143, 180も参照)。

以前の最高裁判例によると、調書の事後的修正がなされることで、(適法な)手続違反の主張が妨げられることはなかった⁽¹⁹⁾。つまり、事後的に修正されたとしても、従前の調書の内容が前提とされなければならなかった(異議申立て対象の修正禁止)。このことは、極端な場合には、手続的瑕疵は全く存在せず、ただ公判調書に誤りがあっただけであるにもかかわらず、上告裁判所はみすみす判決を破棄し、新たな審理のために差し戻さなければならないということをもたらすものであった。実際に、新たな審理は、大抵の場合に、従前の判決を支持する結果に終わっていた。

この間、連邦通常裁判所大刑事部⁽²⁰⁾は、上告裁判所は自身に課される真実義務及び不当な手続遅延の回避のために、手続違反の主張がそれにより根拠を失わされるという場合でも、基本的に調書の事後的修正を考慮しなければならないと判断した。しかし、そのためには、大刑事部により定められた修正手続の遵守が条件となる。あらゆる調書修正の基礎は、調書作成者の確たる記憶であり、その職務上の陳述は、法的聴聞を受ける権利の保障のため上告人に伝えられなければならない。上告人が補充的に修正に異議を述べた場合には、基本的に他の手続関係人に質問を行い、理由を付した修正決定を下すことが必要となる。上告裁判所は、調書修正の重要性を、手続違反の主張の範囲で自由な証明手続によって審査する。修正に疑いが残る場合

(17) BGH NStZ 2009, 105. また、OLG München StV 2010, 126も見よ。

(18) BGHSt 16, 164, 167; BGH StV 2008, 567.

(19) BGHSt 2, 125; 10, 145. 調書の修正全般について *M-G*, § 271 Rn 21 ff.

(20) BGH St 51, 298 (大刑事部。批判的評釈として *Hamm*, NJW 2007, 3166; *Kudlich*, JA 2007, 822; *Leitner*, StraFo 2008, 51; *Schumann*, JZ 2007, 927 u. *Wagner*, GA 2008, 442) また、*Bosch*, JA 2006, 578; *Fezer*, StV 2006, 290; *Gemahlich*, Stockel-FS, S. 225; *Jahn/Widmaier*, JR 2006 166; *Park*, StV 2005, 257; *Foerster/Sonnabend*, NJW 2010, 978 (民事訴訟)も見よ。

には、当初の調書の内容が妥当する²¹⁾。

しかし、連邦憲法裁判所²²⁾がその合憲性を確認したにもかかわらず、この判例は支持することができない²³⁾。この判例が支持する刑訴法274条の相対化は、いわばダムの一部に穴を開けるようなものであり、最終的に調書の証明力の完全な無効化をもたらすであろう。上告人は、その異議内容が変化しないことを信頼する権利を有する(意識的な虚偽の「調書に基づく異議」について Rn 565を、絶対的上告理由の相対化について Rn 566を見よ)。それゆえ、連邦通常裁判所は、的確にも、通常の場合に調書の証明力を変わらず維持している。特に大刑事部より定められた事後的調書修正のための手続が遵守されていない場合において、そうである²⁴⁾。

b) 相対的上告理由

[565] 上告が理由ありとされるためには、手続違反の認定に加えて、判決が法違反に基づいていること、すなわち法違反と判決とが因果的に結びついていることが条件となる。既に被告人の有罪判決が手続的瑕疵に基づいていることが排除できないという場合は、これに該当する²⁵⁾。つまり、関連性の証明は不要であり、むしろ法令が正しく適用されていれば判決は異なる内容となっていたとの可能性があれば足りる²⁶⁾。しかし、「全くの理

21) BGHSt 51, 298, 315; BGH StV 2010, 675; BGH StraFo 2011, 536(批判的評釈として *Ventzke*, HRRS 2011, 338); BGH StV 2011, 267; LG Köln, StV 2011, 405.

22) BVerfGE 122, 248(裁判官の特別評決が注目される。*Voßkuhle/Osterloh/Di Fabio*) 肯定的見解として *Fahl*, JR 2009, 259; *Globke*, GA 2010, 399. 批判的見解として *Jahn*, JuS 2009, 564; *Kudlich/Christensen*, JZ 2009, 943.

23) *Bertheau*, NJW 2010, 973; *Beulke*, Böttcher-FS, S. 17; *Ignor*, NJW 2011, 1537, 1541; *Schlothauer*, Hamm-FS, S. 655; *Schanemann*, StV 2010, 538.

24) BGHSt 54, 37(批判的評釈として *F. C. Schroeder*, JR 2010, 135); BGHSt 55, 31(評釈として *Gantge*, JR 2010, 540)。また *Dehne-Niemann*, JA 2012, 59; *Ziegert*, Volk-FS, S. 901, 914も参照。

25) BGHSt 51, 367; BGH NStZ 2003, 497.

26) BGHSt 1, 346, 350; 22, 278, 280; BGH StV 2011, 646, 647.

論的な」可能性だけでは足りない²⁷⁾。

裁判長の訴訟指揮による手続違反の事例では、通説によると、被告人が公判中に刑訴法238条2項による裁判所の決定を求めていた場合に限り上告が許されるとされていたことを想起するとよい²⁸⁾(Rn 375を見よ。そこで述べた本書の反対説も参照)。いわゆる「調書に基づく異議」も許されない、すなわち、単に公判調書から導かれる手続的瑕疵を指摘するだけでは、上告を理由付けることはできない。むしろ、手続違反自体が、存在したものと主張されなければならない。なぜなら、判決は、調書の誤りに基づくものではなく、手続的瑕疵にのみ基づくことがあり得るものだからである²⁹⁾。もっとも、近時の判例は、弁護人が公判調書の証明力を援用して手続違反が存在したものと異議を述べ、又はそのような手続違反の主張を維持しているが、弁護人は手続違反が実際には起きていなかったことを知っていた。それが一般的にも明らかであった。という場合には、権利濫用であり、したがって不許容であるとの見解に立っている³⁰⁾。〔しかし、〕これは説得的ではない³¹⁾。公判調書は、独自の訴訟上の真実を創設する。事後的な調書修正の機会とあいまって(Rn 564を見よ)、近時の誤った判例は、被告人から本質的な異議申立機会を奪うものである。

²⁷⁾ BGHSt 14, 265, 268 ; 18, 290, 295. 深めるために SK-Frisch, § 337 Rn 186 ff.

²⁸⁾ BGH NStZ 2009, 51.

²⁹⁾ BGHSt 7, 162, 163 ; BGH StV 2012, 73(評釈として Beckemper, ZJS 2012, 286)

³⁰⁾ BGHSt 51, 88(肯定的評釈として Fahl, JR 2007, 34); Satzger/Hanft, NStZ 2007, 185 ; Valerius, Paulus-FS, S. 175. 弁護人の処罰妨害未遂罪(刑法258条)による可罰性の危険について LG Augsburg NJW 2012, 93 ; Beulke, in : 36. Strafverteidigertag(近刊予定〔原著当時。同書2013, S. 171〕), Jahn/Ebner, NJW 2012, 30.

³¹⁾ Beulke, S. 157 ; ders., Amelung-FS, S. 543, 557 ; Dahs, NStZ 2007, 241 ; Gaede, StraFo 2007, 29 ; Jahn, JuS 2007, 91 ; Kempf, Hassemer-FS, S. 1052 ; Lindemann, StV 2007, 152.

c) 絶対的上告理由

[566] 立法者は、特に重大な手続的瑕疵について、刑訴法338条で、法違反と判決との因果連関につき反証を許さない推定を定めている。すなわち、このいわゆる絶対的上告理由においては、因果性の審査は行われない、つまり、列挙された手続違反は、常に上告に理由があることをもたらす(338条1号～8号を見よ)。なぜなら、違反があること自体で、当該手続は「法治国家性の商標」を失うからである⁶²⁾。

特に重要な絶対的上告理由⁶³⁾：裁判所構成の規定違反(1号)、法律上除斥又は予断の懸念を理由に適法に忌避された裁判官の関与(2号、3号)、管轄がなかったこと(4号)、検察官、被告人、必要的弁護人など公判への関与が必要的とされている者の不在(5号)、公開主義違反(6号)、裁判理由の欠缺、判例によると複数の裁判官のうち1人の署名が欠ける場合も含む⁶⁴⁾(7号)、刑訴法238条2項の場合などの裁判所決定による弁護の制限(8号)。

もっとも、判例は、絶対的上告理由を相対化する傾向にある⁶⁵⁾。特に刑訴法338条5号、6号、8号の適用範囲は、判例により著しく制限されている。例えば刑訴法338条5号に関して、必要的関与が公判の本質部分において欠けていたことが要求されている⁶⁶⁾。刑訴法338条6号に関して、公開性の制限が裁判所の責任に帰せられるべきことが要求されている(Rn

⁶²⁾ *Schanemann*, JA 1982, 128.

⁶³⁾ まとめとして *Barton*, *Mehle-FS*, S. 17; *Kudlich*, *Fezer-FS*, S. 435; *SK-Frisch*, § 338 Rn 9 ff.

⁶⁴⁾ BGHSt 46, 204; BGH StV 2010, 618. OLG Hamm NStZ-RR 2009, 24; OLG Köln NStZ-RR 2011, 348 (署名が全く欠けるか規定どおりの署名がなされていない場合には、実体違反の主張となる)も見よ。

⁶⁵⁾ *Baier*, JA 2004, 16も見よ。

⁶⁶⁾ BGHSt 26, 84, 91; 51, 81 (肯定的評釈として *H. E. Müller*, JR 2007, 79); BGH StV 2011, 211 (*Kudlich* の批判的評釈付き) *KMR-Eschelbach*, § 226, Rn 37も見よ。

400を見よ)。8号の適用範囲は、特に強く制限されており、あたかも相対的上告理由であるかのように扱われている。「裁判に本質的な部分において」との表現からは、裁判所の実体裁判が何らかの形で弁護権の不適法な制限と関連していること、つまり「基づいて」いなければならないことが求められている⁶⁷⁾。

3. 実体違反の主張

[567] 実体法上の瑕疵がある場合には、当該判決から直ちに、その結論が誤った法の見解に基づいているか否かを読み取ることができる。したがって、法律は、上告人に対して、その上告理由から実体法の違反が主張されたことが判明することのみを求めている(344条2項1文)。上告裁判所は、法律問題を包括的に審査するが、その際には、ここでも重要となる因果性問題も含まれる。実務では、「実体法違反を主張する」と表現される。

実体法違反の主張には理由付けの義務がないから、理由付けが欠ける場合も、上告が不適法となるわけではない⁶⁸⁾。

実体法違反の主張の場合には、裁判所は、特に次の点を審査する⁶⁹⁾ (Rn 614のチェックリストも見よ)。

- a) 証拠評価の支持可能性(叙述に関する異議)、特に
- 判決の認定に矛盾はないか、不明確ではないか、間隙はないか⁴⁰⁾

⁶⁷⁾ BGHSt 30, 131, 135; BGH StV 2008, 123 (Ventzke の批判的評釈付き); BGH NStZ 2010, 530.

⁶⁸⁾ OLG Oldenburg StV 2009, 69 (結論において肯定的評釈として Jahn, JuS 2009, 270); Momsen, GA 1998, 488. 通説は異なる見解である RGSt 40, 99.

⁶⁹⁾ 詳細は M-G, §337 Rn 20 ff; KK-Temming, §337 Rn 16 ff; Schmidt-Hieber, JuS 1988, 710 ff.

⁴⁰⁾ BGH NStZ 2010, 407; BGH NStZ 2011, 302.

- 思考法則及び確立した経験則に対する違反はないか
 - 循環論法に陥っていないか（例えば供述自体からその信用性が推定されるなど⁽⁴¹⁾）
 - 全体評価が説得性を持っているか⁽⁴²⁾
- b) 認定された事実に実体法が正しく適用されていること（法解釈／当てはめ）、すなわち、
- 罪責問題に関して（構成要件該当性、違法性、責任、刑罰免除・阻却事由、減輕・加重事由などが含まれていること）
 - 法効果問題、特に量刑に関して⁽⁴³⁾（例えば自由刑の重さ、保護観察のための執行猶予の否定が正しく理由付けられていること）。

・ 裁判

1. 原裁判所による事前審査

[568] 原裁判所は、期限及び形式が遵守されているか否かを審査する。これが遵守されていない場合には、上告は、原裁判所の決定により不許容として棄却される（346条1項）。上告が刑訴法346条1項に列挙されたものとは別の理由から不許容として棄却されるべき場合には、その権限は、上告裁判所のみにある⁽⁴⁴⁾。

2. 上告裁判所による事前審査

a) 上訴が不許容の場合の裁判

[569] 上告裁判所に記録が届いた後、再度、許容性条件が審査される。上告の提

(41) BGH StV 2005, 487.

(42) 深めるために Barton, in : 28. Strafverteidigertag, S. 195 ; Herdegen, DAV-FS, S. 553 ; Nack, StV 2002, 510, 558.

(43) BGH NJW 2009, 1979, 1983 f.

(44) BGH wistra 2009, 201 ; BGH wistra 2011, 314.

起及び理由付けに関する規定が遵守されていない場合には、上告裁判所は、決定により、上訴を不許容として棄却することができる(349条1項)。しかし、この機会を行使せず、その代わりに、判決により(つまり公判に基づいて)裁判することもできる(349条5項)。この規定は、控訴の場合と同様である。

b) 明らかに理由なしとしての棄却(349条2項)

控訴審裁判所とは異なり(例外として313条2項。Rn 549を見よ)、上告裁判所は、検察官の上告裁判所への申立てに基づき、全員一致の決定により上訴を明らかに理由なしとして棄却する権限を持つ(349条2項)。この決定棄却は、見込みのない上告を迅速に処理することにより、裁判所の負担軽減を意図したものである。上告裁判所は、あらゆる専門家において長時間の審査をしなくとも、上告の主張は上訴を理由付けることができないことが認識できる場合には、明らかに理由なしとして上告を棄却する⁽⁴⁵⁾。特に提起された法律問題が新たな観点を含むものではなく、それが既に最高裁判例により十分解明されているためははっきりと回答できるという場合は、これに該当する。この関連で、幾つかの高等裁判所の刑事部は、決定棄却に必要とされる検察官の申立てを自ら行っているが、この実務は批判されなければならない。そのような措置は、少なくとも被告人に対して、上告裁判所の裁判官は刑訴法24条2項により予断のおそれを理由として忌避する可能性を生じさせるべきものである⁽⁴⁶⁾。

c) 決定による判決破棄

[570] 上告裁判所は、被告人の有利に提起された上告を全員一致で理由ありと判断する場合には、決定により原判決を破棄することができる(349

(45) BGH StV 2005, 3; Meyer-Goßner, DAV-FS, S. 668; Rosenau, ZIS 2012, 195. 合憲性について BVerfG NStZ 2002, 487. 欧州人権条約との適合性について Meyer-Mews/Rotter, StraFo 2011, 14.

(46) BVerfG StV 2001, 151 (Neuhaus の肯定的評釈付き) 異説として OLG Düsseldorf NStZ-RR 2012, 147.

条4項)。

d) 手続打ち切り

控訴審裁判所と同様に、上告裁判所も、刑訴法153条2項、154条2項、154a条2項の条件において、いつでも手続を打ち切ることができる。これに対して、刑訴法153a条2項による手続打ち切りは、法律の明文上、事実審においてのみ許されており、上告審では認められていない(Rn 328を見よ)。しかし、裁判所は、手続障害が判明した場合には、刑訴法206a条により公判外で手続を打ち切ることができる⁽⁴⁷⁾。

3. 上告裁判所での公判

[571] 上告審の手続で決定による裁判が下されない場合には、公判が開かれるが、その形式は、刑訴法350条、351条に定められている⁽⁴⁸⁾。

4. 公判に基づく上告裁判所の裁判

[572] 上告の提起に関する規定が遵守されていない場合には、上告裁判所は、判決により、上告を不許容として棄却する。

上告が許容されるものであり、公判の過程で訴訟条件が欠けることが判明した場合には、判決により手続が打ち切られなければならない(260条3項)。訴訟障害が存在するとき、上告の許容性も満たされない場合でもなお手続が打ち切られなければならないか否かには、非常に争いがある⁽⁴⁹⁾。

上告裁判所が原判決に違法な点はないと判断した場合、上告は、理由なしとして棄却される⁽⁵⁰⁾。

(47) BGHSt 24, 208, 212.

(48) 深めるために *Rissing-van Saan*, StraFo 2010, 359.

(49) この点について BGHSt 16, 115, 117を見よ。深めるために *SK-Paeffgen*, § 206a Rn 8.

(50) 判決理由について深めるために *Fezer*, HRRS 2010, 281; *Wohlers*, JZ 2011, 78.

これに対して、上告裁判所が上告には理由があると判断した場合には、絶対的上告理由又は相対的上告理由が妥当し得る限り、原判決は破棄される(353条1項⁵¹⁾)。判決の基礎とされた事実認定も破棄されるが、その全体ではなく、法違反の対象とされる点に限られる(353条2項)。

5. 上告に理由が認められる場合の差戻し

[573] 上告裁判所は、基本的に新たな裁判のため事件を原審級に差し戻す(354条2項)。すなわち、同一裁判所の別の裁判体又は同一審級の別の裁判所に差し戻す。下級審裁判所は、判決破棄の基礎とされた限りで、上告裁判所の法的評価に拘束される(358条1項)。既に原判決に関与していた裁判官が新たな裁判にも関与することの問題について Rn 73以下を見よ。上告裁判所は、例外的な場合には、自ら裁判することもできる。その最も重要な事例群が、刑訴法354条1項に規定されている。これによると、次の場合がこれに当たる：

- 実体法的瑕疵又は手続障害の存在により原判決が破棄される場合。
- 無罪判決ないしは絶対的に規定された刑を認定し、又は(手続障害が存在する場合の)手続打ち切りとするときで、新たな事実的検討が不要である場合。
- 法定された下限の刑又は刑の免除を求める検察官の申立てに同調する場合。

[574] これ以外で考えられる上告裁判所の裁判は、いわゆる罪責認定の修正である(例えば単純傷害罪に代えて傷害致死罪とする場合)。確かに、法律は、このような機会を明示で定めてはいないが、判例及び通説は、刑訴法354条1項の類推適用を認める⁵²⁾。

刑訴法354条1a項1文によると、法効果の決定に際しての法違反が認定される

⁵¹⁾ BGH NJW 2003, 597.

⁵²⁾ BGH NJW 1993, 2188. 詳細は *Beulke, Schöch-FS*, S. 963; *SK-Wohlers*, § 354 Rn 28.

が、宣告された法効果自体は相当であるという場合にも、上告を理由なしとして棄却することができる⁵³⁾。また、刑訴法354条1 a項2文によると、上告裁判所は、検察官の申立てに応じて、被告人に意見陳述の機会を与えることを条件に、刑を自ら量定することもできる⁵⁴⁾。その際、裁判所は、公判に基づいて判決により裁判する(349条5項)⁵⁵⁾。手続の期間が長期化したためこれを相殺する場面で事実審裁判所に瑕疵があった場合につき、判例は、刑訴法354条1 a項2文を類推適用する。すなわち、上告裁判所は、原審に差し戻して更に長期化させるのではなく、相殺のための適切な措置を自ら決定する⁵⁶⁾。罪責認定の修正(354条1項類推)と量刑裁判(354条1 a項)との組合せは許されない。これは、刑訴法354条1 a項の合憲解釈から導かれる。そう解さなければ、上告裁判所は、事実を自ら審査することなく、包括的な新裁判を下すこととなるからである⁵⁷⁾。

6. 共同被告人への上告拡張(357条)

[575] 上告裁判所による被告人に有利となる方向での原判決破棄は、次の3つの条件において、上告を提起しなかった共同被告人にもその効果が及ぶ。

- 上告しなかった者が同一の判決により有罪とされたこと。
- 訴訟上同一の行為であること。

⁵³⁾ BGHSt 49, 371; BGH JR 2011, 177; BGH StV 2011, 136 (Gaede の批判的評釈付き); *Leipold*, StraFo 2006, 305; *Paster/Sattelle*, NStZ 2007, 609; *Senge*, StraFo 2006, 309. *Sander*, StraFo 2010, 365, 369 f も見よ。

⁵⁴⁾ *Huber*, JuS 2004, 970; *Maier/Paul*, NStZ 2006, 82.

⁵⁵⁾ BGH NStZ 2005, 705. 異説として BGH NStZ 2006, 465 (刑訴法349条4項による決定)

⁵⁶⁾ BGH StV 2009, 692.

⁵⁷⁾ BVerfGE 118, 212は *Ignor*, Dahn-FS, S. 281, 308の見解に依拠している。BGH StV 2008, 176. 肯定的見解として *Beulke*, Schöch-FS, S. 963, 972; *Gaede*, GA 2008, 394; *Hamm*, StV 2008, 205; *Schuhr*, Stöckel-FS, S. 323, 331.

- 上告が実体法的瑕疵を理由に認容されたこと、又は、職権で審査されるべき手続き条件が欠けており、それが上告しなかった者にも効果を持つものであったこと⁵⁸⁾。

この場合には、共同被告人は、自身が上告を提起したのと同様に扱われる。この場合、確定力が事後的に破られることになる。これに反し、上告裁判所がその他の手続的瑕疵を理由に原判決を破棄した場合には、上告拡張の効果は及ばない(357条⁵⁹⁾。刑訴法357条は、法治国家に反する手続遅延の相殺との関連(Rn 26)では適用されない⁶⁰⁾。

[576] 事例68の解決：被告人Aは、地方裁判所の陪審裁判所より終身自由刑を受けたものであり、この判決に対しては、上告のみを提起することができる(333条)。その上告については、連邦通常裁判所が裁判する(裁判所構成法135条1項)。Aは、1週間以内に、上告を地方裁判所に提起しなければならず(341条)、また、(大抵は判決の送達から)1か月以内に理由付けなければならない。すなわち、弁護士〔又は弁護士〕より署名された書面を提出するか、又は事務局の調書に記載を求めるという方法によってである(345条2項)。

被告人は、この場合には、手続違反を主張することになる。その主張は、上告理由から明らかにされなければならない(344条2項1文。「手続法の違反が主張されなければならない」)。また、手続に関する法規定の違反を含む事実も、示されなければならない(344条2項2文)。すなわち、本問

⁵⁸⁾ BGHSt 10, 137, 141.

⁵⁹⁾ Zopfs, GA 1999, 482 ff. 深めるために SK-Wohlers, § 357 Rn 7, 24; KMR-Momsen, § 357 Rn 4 ff; Basdorf, Meyer-Goßner-FS, S. 665; Meyer-Goßner, Roxin-FS, S. 1345.

⁶⁰⁾ BGH StV 2009, 682.

では、被告人は、地方裁判所は公判中に、具体的には検証の実施中に報道が録音又は録画することを阻止しなかったため、公判の公開性に関する規定が違反されたことを叙述しなければならない。このような措置は、裁判所構成法169条2文に対する違反となり得る。したがって、上告は、全体として許容される。

刑訴法337条、338条に定められる上告理由が存在する場合には、上告には理由があることになる。まず、刑訴法338条6号の絶対的上告理由が問題となる。これが認められる場合には、刑訴法337条によりその他の上告理由について要求されている、判決が手続的瑕疵に基づくものであった否かの審査は不要となる。本問では、裁判所は、裁判所構成法169条2文により公判で公開を目的とした報道機関の録音・録画は許されないことを考慮しなかった。このことは、手続の公開性に関する規定に対する違反を含み得るものである。しかし、判例は、この事案で刑訴法338条6号の適用を認めなかった。その理由は、裁判所構成法169条は、「裁判所の活動が閉ざされたドアの向こうで密室で行われ、これにより誤解や疑いの目にさらされること」のみ阻止しようとしたものであるとのことであった（そのような見解として RGS_t 70, 109, 112）。しかし、本問の事案で問題となっているのは、このような公開性の制限ではなく、裁判所構成法169条2文により禁じられているその拡張である。適切な刑事司法に向けられたその意義の重要性は、公開性の拡張には、その制限ほどのものは認められない。したがって、公開性の不適法な拡張は、刑訴法338条6号の意味での上告理由には当たらない（BGH_{St} 36, 119, 122 [ワイマール事件]）。

もっとも、このような見解は、学説の支配的見解により、的確にも否定されている。なぜなら、裁判所構成法169条2文に定められた公判における録音・録画の禁止は、公開性の不適法な制限の禁止と同じ程度の重要性が認められるからである。その理由は、双方の場合ともに裁判官への干渉

の危険が生ずることによる。すなわち、非公開の場合には、国家機関による干渉の危険が、「広すぎる公開」の場合には、報道機関を通じた干渉の危険が、それぞれ認められる。したがって、正しい見解によると、上告には、刑訴法338条6号によって理由が認められる(同旨の見解として *Roxin / Schönemann*, § 47 Rn 26 ; *Alwart*, JZ 1990, 883, 895 ; *KMR-Momsen*, § 338 Rn 73. また, BVerfG NJW 2001, 1633 ; *Rossner*, Problem 30も見よ)。地方裁判所の判決は破棄され(353条1項), 事件は, 原判決を下した裁判所の他の部に差し戻されなければならない(354条2項)。

判例の見解に従って刑訴法338条6号の該当性を否定する場合には, 裁判所構成法169条2文に対する違反は, 刑訴法337条の意味での法違反となる。この場合に相対的上告理由が認められるか否かは, 判決が本来は許されなかったはずの報道機関の行為に基づいているか否かによる。連邦通常裁判所は, ワイマール事件において, この点を否定した(前掲 BGH)。詳細は Rn 565を見よ。

§ 30 抗告

事例69: Aは, 住居侵入窃盗罪(刑法244条)により, 参審裁判所に起訴された。Aは, 公判において, その隣人であるNを, 犯行現場に居たのはNのみで自分はその場にいなかったこと, それゆえ犯人として問題となるのはNだけであることを証明するために尋問するよう請求した。裁判所は, Nの尋問〔請求〕を却下したが, その理由として, それが全く不適合な証拠であることを挙げ, Nは電話での質問に対して供述する意思がないことを述べたと説明した。Aは, この裁判に対して抗告した。〔それについて〕誰がどのように裁判するのか。〔Rn 584〕

・ 抗告の適法性，機能，抗告の修正

[577] 抗告（304条～311a条）は，次の裁判に対して，法律上これらの決定又は処分につき明示的に異議申立てが除外されていない限り，提起することができる（304条1項）。

- 第1審又は抗告審で下された全ての決定
- 裁判長，事前手続での裁判官，委託裁判官又は受託裁判官による全ての命令

抗告は，次の種類に分けられる。

- 単純（無期限）抗告（304条）
- 即時（期限付き）抗告（311条）
- 再抗告（310条）

申立人は，抗告によって，裁判の破棄又はその実施を求める。抗告は，原裁判について法律点及び事実点での事後審査をもたらす。不利益変更禁止は，明文の法規定がないため，抗告には適用されない⁽¹⁾。抗告は，事件を上級審に移す（移審効）。しかし，抗告は，上告及び控訴と異なり，基本的に停止効を持たない（307条1項。例外として例えば81条4項2文）。もっとも，原裁判を下した裁判所（原審裁判所）又は抗告審裁判所（上訴裁判所）が執行の停止を命ずることは可能である（307条2項）。

純粹な義務付け抗告は，刑法上，基本的に認められていない⁽²⁾。したがって，法律上要求されている裁判の不作为は，それが職権で下されるべきものであっても，例外的にのみ，抗告により異議を申し立てることができるにとどまる⁽³⁾。その条件

(1) BVerfG wistra 2006, 57は，保釈に対する決定という特別な事案について例外を認める。

(2) BGH NJW 1993, 1279; HK-Rautenberg, §304 Rn 1. 異説として Hoffmann, NStZ 2006, 256. EMRK (Kudla/Polen) NJW 2006, 2389 (民事手続を対象)も見よ。

(3) OLG Hamburg StraFo 2012, 37; M-G, §304 Rn 3.

は、懈怠された裁判自体が異議申立て可能なものであり、その不作為には終局的否認という意味での実体裁判としての意義が認められることである(Rn 363も見よ)。被疑者・被告人の義務付け抗告には、法定される手続遅延に対する異議申立ての機会(裁判所構成法198条3項。Rn 26a)と並んでどれほどの妥当範囲が残されているのかは、まだ解明されていない⁽⁴⁾。

抗告権者には、検察官及び被疑者・被告人に加えて、刑訴法304条2項によると、証人、鑑定人、その他の「対象者」、すなわち、裁判官の裁判により保護されるべき利益又は権利の行使を制限された者も含まれる⁽⁵⁾。

・抗告の除外

[578] 判決発見に先行する公判裁判所(概念についてRn 76を見よ)の裁判は、抗告の対象とならない(305条1文)。

拘禁⁽⁶⁾、仮収容、差押え、運転免許証の仮剥奪、暫定的な運転禁止、秩序罰及び強制手段の言渡しに関する裁判、及びその他第三者を対象とする裁判は、そこから除外される(305条2文)。2文の列挙は、限定的ではない。例えば2文には定められていないが、刑訴法81a条による処分でこれが公判裁判所より命じられた場合も、抗告により異議申立てをすることができる。ただし、その際、通説によると、当該処分は、その重さにおいて2文に列挙された強制手段に匹敵するものでなければならぬ⁽⁷⁾。

すなわち、刑訴法305条は、公判裁判所の判決発見に先行する裁判で、判決発見の準備に資するものも含めて判決発見と内容的・実体的に関連す

(4) 義務付け抗告の適法性を否定する近時の見解として OLG Düsseldorf NJW 2012, 1455; OLG Brandenburg MDR 2012, 305; Graf, NZWiSt 2012, 121, 123. 異説として Kotz, StRR 2012, 207.

(5) BGHSt 27, 175.

(6) 深めるために M. Vormbaum, Dencker-FS, S. 343.

(7) OLG Düsseldorf StraFo 2011, 505; SK-Rogall, §81a Rn 115; Weidemann, S. 168.

るものであり、控訴審又は上告審で事後審査可能なものであって、以後の
手続の有効性に影響を与えないもの全てについて、抗告の対象から除外す
る⁽⁸⁾。裁判長の裁判も、同じ条件で、異議申立ての対象から除外される⁽⁹⁾。
例えば証拠請求却下の事案が、刑訴法305条1文に該当することは争いが
ない。この場合、判決に対する上訴に加えて、付加的な(即時の)規律を
行う必要はない。

もっとも、多くの事例群において、刑訴法305条1文の意味での判決発
見との内的関連性が存在するか否かには争いがある。判例内部で争い
があるとしても正しい見解によると、例えば裁判所が公判で次の申立
てを却下した場合には、異議申立ての機会が肯定される。

- 国選弁護人の任命 (Rn 168参照)
- 期日変更について：裁判長の裁量行使に違法な点が認められる限り⁽¹⁰⁾
- 弁護人の記録閲覧 (Rn 162参照)

連邦通常裁判所の決定及び命令、高等裁判所の決定及び命令に対する抗告は許さ
れない(詳細は304条4項を見よ)。また、連邦通常裁判所及び高等裁判所の捜査判
事による命令は、例外的な場合に限り許される(304条5項)。抗告の対象から除外
されるその他の事例は、特に刑訴法28条1項、46条2項、153条2項4文、201条2
項2文、310条2項による裁判である。

・管轄

[579] 抗告審の管轄裁判所は、地方裁判所(裁判所構成法73条1項)

(8) OLG Köln StV 1991, 552 (Muller の批判的評釈付き); M-G, §305 Rn 1.

(9) M-G, §305 Rn 3; HK-Rautenberg §305 Rn 4. これについては争いがある。

(10) OLG Celle NJW 2012, 246; NStZ 2012, 176. 異なる見解として OLG Hamm NStZ-RR 2010, 283. OLG Hamm NStZ 2010, 231; M-G, §213 Rn 8.

すなわち、裁判所構成法76条1項により大刑事部⁽¹⁾、高等裁判所(裁判所構成法120条3項, 4項, 121条1項2号), 連邦通常裁判所(裁判所構成法135条2項)である。

・ 抗告の提起

[580] 抗告は、原裁判を下した裁判所(原裁判所)に対して書面の提出, 又は事務局の調書に記載させる形で提起しなければならない(306条1項)。抗告の理由付けは、規定がない。単純抗告は、即時抗告と異なり期限がない。

・ 裁判

1. 原裁判所の裁判

[581] 原裁判を下した裁判所が抗告を理由ありと判断した場合には、瑕疵を是正しなければならない(306条2項前段)。そうでない場合、抗告は即時に、遅くとも3日以内に管轄の抗告裁判所に回付しなければならない(306条2項後段)。抗告が不許容である場合にも、原裁判所は、これを不許容として棄却することはできない⁽²⁾。しかし、原裁判所は、反対の立場からこれを審査しなければならない⁽³⁾。

2. 抗告審裁判所の裁判

抗告の許容性条件が備わっていない場合には、抗告審裁判所は、抗告を不許容として棄却しなければならない⁽⁴⁾。抗告審裁判所は、抗告は許容さ

(1) OLG Köln StV 1993, 462.

(2) RGSt 43, 179, 180; Radtke/Hohmann/Merz, § 306 Rn 6.

(3) M-G, § 306 Rn 12.

(4) LR-Gollwitzer, § 309 Rn 6.

れ、理由もあると判断するときには、基本的に、事件について自ら裁判する(309条2項)。それは、裁量問題についても同様である⁽¹⁵⁾。例外的な場合に限り、事件を差し戻す。例えば、原裁判が法定された裁判体以外で下され、その瑕疵が抗告審の手續で除去できない場合である⁽¹⁶⁾。

・即時抗告

[582] 即時抗告は、期限がある点で、単純抗告と区別される。即時抗告は、1週間以内に原裁判所に提起しなければならない(311条2項)。原裁判所は、単純抗告の場合と異なり、例外的な場合に限り、抗告に応じて瑕疵を是正する機会を持つ。すなわち、申立人に不利となる形での法的聴聞の機会に対する違反の場合である(311条3項)。

抗告は、通常の場合には単純抗告である。法律に明示されている場合に限り(例えば28条2項1文)、即時抗告として扱われる。

・再抗告(310条)

[583] 再抗告、すなわち、抗告裁判所の裁判に対する上訴は、例外的な場合に限り許される。再抗告は、刑訴法310条により、地方裁判所又は裁判所構成法120条3項により管轄を有する高等裁判所の抗告裁判に対して、それらが拘禁又は仮収容を対象とする限り、つまり特に重大な処分の場合に限り、提起することができる。抗告に応じて下されたその他の裁判は、再抗告により異議を申し立てることができない(310条2項)。

(15) OLG Hamburg NJW 1998, 621; *M-G*, §309 Rn 4; *LR-Matt*, §309 Rn 7. 異説として *Bloy*, JuS 1986, 585, 588.

(16) BGHSt 28, 312, 313. 深めるために *AnwK-StPO-Rotsch/Gasa*, §309 Rn 7.

[584] 事例69の解決：公判でなされた証拠請求の却下は、決定によるものであった(244条6項)。決定に対しては、基本的に、抗告による上訴が可能である(304条1項)。しかし、証拠請求の却下は、明らかに、公判裁判所による刑訴法305条1文の意味での判決発見に先行する裁判である。すなわち、抗告の対象から除外される。地方裁判所は、抗告を不許容として棄却することになる。

公判裁判所は、その間、公判を継続し、場合によっては判決を下すこともできる(307条1項参照)。Aは、これにより保護のない状態に置かれるわけではない。Aは、例えば控訴を提起し、控訴審公判で再び証拠請求することができる。この申立ては、刑訴法244条3項2文により、認容されなければならない。なぜなら、Nが電話で刑訴法55条1項によるその回答拒絶権の行使を示したという事情は、Nを全く不適格な証拠とさせるものではないからである。公判での質問により初めて、証人は全ての質問に対して回答を拒絶したいのか、又は部分的な質問に対して拒絶したいのかが、最終的に明らかになる。Aは、この手続的瑕疵に基づいて、判決に対して直ちに跳躍上告(335条)を提起することもできる。判決は刑訴法244条3項2文に対する違反に基づいているため、跳躍上告は認容されることになる(337条)。詳細は Rn 578, 444を見よ。

§ 31 再審手続

事例70：Rは、謀殺罪により終身自由刑に処せられ、その判決は確定した。判決の認定によると、彼女は、その夫を殺害し、遺体から頭部を切り離し、その頭部をストーブで完全に焼いてしまった、ということであった。数年後、頭がい骨が干上がった池で発見された。Rは、どのような措置を採ることができるか(マリア・ロールバッハ事件)。[Rn 589]

・ 意義

[585] 再審手続の制度は、実体的確定力を破るための最も重要な機会の1つである。実体的確定力は、法的平穩を保障するために必要である。他方で、やはり法治国家原理に基づく正義の観点は⁽¹⁾、確定判決には甘受できない瑕疵があるため、誰もその当時に下された判決を支持しようと思わないような場合には、例外的に法的平穩ないし法的安定性の考えに対して優先するのである。これに心じて、再審は、非常に狭い範囲においてのみ可能とされ得る。したがって、立法者は、再審事由を、その事例群の限定列挙という形で（特に359条、362条）限定している。再審は、判決についてのみ規定されている。359条以下を決定にも類推適用できるかは争いがある⁽²⁾（Rn 292も見よ）。

・ 再審事由

[586] 限定列挙された（Rn 7を見よ）再審事由は、被告人に有利となるものと、不利となるものとに区別される⁽³⁾。有罪判決を受けた者に有利と

(1) BVerfGE 33, 367, 383 ; 38, 105, 115.

(2) 肯定的見解として LG Hannover JR 1997, 123 (*Müller* の評釈付き) ; *Schall, Stree/Wessels-FS*, S. 735 ; *Hellmann*, Rn 955 ; LR-*Matt*, Vor § 304 Rn 62 ; *Trepper, Th.*, Zur Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse, 1996. 否定的見解として OLG Hamburg StV 2000, 568 ; LR-*Gassel*, Vor § 359 Rn 58 ; SK-*Frisch*, Vor § 304 Rn 28. また, LR-*Beulke*, § 153a Rn 142も見よ。刑訴法153条, 153 a 条による手続打切りの場合は問題にならない。なぜなら, 必要とされる不服が欠けるからである (LG Baden-Baden NStZ 2004, 513)。異説として *Base*, JR 2005, 12.

(3) 詳細は *Eschelbach, Stöckel-FS*, S. 199 ; *Hanne, N.*, Rechtskraftdurchbrechung von Strafentscheidungen im Wechsel der politischen Systeme, 2005, S. 161 ; *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2. Auflage 2006 ; *Noak*, JA 2005, 539 ; Beck'sches Formularbuch-*Lohberger*, ; *Waßmer*, Jura 2002, 454.

なる再審は、刑訴法359条1～6号に定められた事由がある場合に限られる。実務上特に重要なのは、刑訴法359条5号の類型である。これは、新たな事実又は証拠が提出され、これが単独で又は原判決で取り調べられた証拠と結び付いて、被告人の無罪判決もしくは軽い刑罰規定の適用による減刑、又は改善・保安処分に関する本質的に別の裁判を基礎付けるに適している場合に、再審を許すものである。

刑訴法359条5号の意味での事実とは、現在又は過去の具体的事実であり、証明になじむものをいうが、適用されるべき法律又は判例の変更は、これに当たらない⁽⁴⁾。証拠とは、刑訴法上の形式的な証拠のことをいう(この点について Rn 179)。事実及び証拠は、それが原判決後に初めて判明した場合や、事実審裁判所にその当時には認知されていなかった場合、又は事実審裁判所がそれを使用しなかった場合に、新規である⁽⁵⁾。新たな事実とは、例えば新たな免罪証人の登場　その存在が既に公判中から被告人には知られていても可能⁽⁶⁾　、第三者による犯行の自白、新たな鑑定人が新たな鑑定所見を有している⁽⁷⁾ などである。被告人が前段階の自白を撤回することも、新たな証明事実と見られる⁽⁸⁾。もっとも、この場合、拡張された説明義務が課される。すなわち、被疑者・被告人が合理的な動機をもって虚偽の自白をしたというのでなければならない⁽⁹⁾。

(4) BVerfGE 12, 338, 340; BGHSt 39, 75, 79 f(フォン・オシエツキー事件) この点について *Gassel*, NStZ 1993, 565; *Joerden*, JZ 1994, 582 u. *Brauns*, JZ 1995, 492.

(5) BVerfG StV 2003, 225.

(6) OLG Düsseldorf NStZ 1993, 504.

(7) OLG Hamm StV 2003, 231.

(8) BGH NJW 1977, 59; *KMR-Eschelbach*, § 359 Rn 132; *AnwK-StPO-Rotsch*, § 359 Rn 24.

(9) BGH NStZ 2006, 468. 深めるために *Eisenberg*, JR 2007, 360; *Hellebrand*, NStZ 2008, 374.

被告人に不利となる再審は、刑訴法362条の厳格な要件の下でのみ許される。ここでは特に、刑訴法362条4号の再審事由が強調されなければならない。これによると、無罪判決を受けた者が犯行について信用できる自白を提供した場合には、新たな手続が開始され得る。更に、新たな事実及び証拠の提出は、刑訴法359条5号により有罪判決を受けた者の有利となる再審を許すが（前述）、被告人に不利となる再審事由として定められていないことは重要である。少なくとも謀殺罪及び集団虐殺罪において無罪判決を受けた者に不利となる方向で確定力を破る手続の導入を求める改正案は、これまで受け入れられていない⁽¹⁰⁾。

刑訴法362条2号の再審事由に関しては欠陥がある。同条項によると、証人が被告人に有利となる形で故意に虚偽の供述を行ったことに責任がある場合には、手続の再開が認められ得る。この事案で刑訴法364条1文による再審は、当該犯罪について有罪判決が確定した場合に限り許されるものであるから、本規定は、犯人が自身に有利となる証言を、証人自身が刑法35条1項1文による免責の緊急避難の状況に置かれたため処罰されないというほど強い脅迫（例えば殺害予告）によって引き出した場合に、その犯人を保護するものになってしまう。再審法規定の類推適用も否定されることから（Rn 585を見よ）、このような濫用には、法改正によって対処するしかない⁽¹¹⁾。

略式手続の特別の場合においては、有罪とされた者に不利となる付加的な再審の手続がある（373a条⁽¹²⁾。この点について Rn 529を見よ）。その他の再審事由は、特

(10) 連邦上院草案 (BR-Drs. 655/07); *Letzgus*, Geppert-FS, S. 785参照。否定的見解として *Grünewald*, ZStW 120 (2008), 545; OK-StPO-*Hoffmann-Holland*, § 362 Rn 11; *Marxen/Tiemann*, ZIS 2008, 188; *Pabst*, ZIS 2010, 126. 比較法的なものとして *Swoboda*, HRRS 2009, 188, 193 ff.

(11) KG JZ 1997, 629 (*Marxen* の評釈付き); LR-*Gössel*, § 362 Rn 6.

(12) 詳細は *Weber-Klatt, K., Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten*, 1997, S. 322.

に刑事判決が憲法違反と宣言された規定に基づいている場合に関して、連邦憲法裁判所法79条1項から導かれる(例えば連邦憲法裁判所の刑法240条に関する「座り込み裁判」⁽¹³⁾により重要となった)。

・ 手続

[587] 再審手続における裁判の管轄は、通常、その裁判に対して再審を申し立てられたのとは別の、同等の事物管轄を有する裁判所である(裁判所構成法140 a 条と結び付く刑訴法367条1項1文)。

1. 許容性の審査(366条 ~ 368条)

まず、刑訴法368条によると、再審裁判所は、いわゆる第1段階の手続において、提出された申立ての許容性(366条)を、法定された再審事由について定められた形式及び陳述又は申立ての論理性について審査する。この段階で既にどの程度において証拠評価の先取りがなされなければならないかは、非常に争いがある。支配的見解によると、論理性の範囲において、事実審裁判所の立場に立って新たな証拠を考慮した場合に原判決が異なったものとなるか否かが、審査されなければならない。その際、再審裁判所は、提出された証拠を、形式的な証拠調べがなくても可能な限りで評価する⁽¹⁴⁾。その際、プロ・レオ原則は適用されない⁽¹⁵⁾。それにもかかわらず、刑訴法359条5号の場合に、既に事実点において有罪判決の正確性に対する「真摯な疑い」で満足され、又は罪責宣告を支持する判決の認定が「動揺」することで足りるとされている⁽¹⁶⁾。学説の一部では、許容される再審目的が達成されることの「具

(13) BVerfGE 92, 1.

(14) OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 179; OLG Koblenz NStZ-RR 2005, 272.

(15) BGHSt 39, 75, 85; BGH NStZ 2000, 218.

(16) OLG Rostock NStZ 2007, 357; KK-Schmidt, § 368 Rn 10; SK-Frister/Deiters, § 359 Rn 57.

体的可能性」が存在するか否かという点に着目されている⁽¹⁷⁾。いずれにせよ、伝統的な証拠評価、例えば証人供述の信用性の判断などは、再審手続の第2段階に委ねられるということについて争いはない⁽¹⁸⁾。再審の申立ては、刑の執行後や、有罪判決を受けた者の死亡後でも行うことができる(361条)⁽¹⁹⁾。

再審の許容性に関しては、特に次の制限が重要である：

- 同一の刑罰規定による量刑の変更を求める再審は、全ての再審事由において許されない(363条1項)⁽²⁰⁾。
- 限定責任能力を理由とする減刑(刑法21条)を求める再審は、やはり排除される(363条2項)。

不許容の場合には、刑訴法368条1項により申立ては棄却されるが、許容の場合には、いわゆる許可決定が下される。

2. 理由性の審査(369条, 370条)

[588] 許可決定が下される場合には、〔次に〕いわゆる第2段階の手続において、申立ての理由性が審査される。必要な限りで、再審裁判所から委託された裁判官が、再審事由について証拠調べを行う(369条)⁽²¹⁾。そして、再審裁判所自身が、理由性について判断を下す。申立ては、特にそこで立てられた主張が十分確証されない場合には、刑訴法370条1項により理由なしとして棄却される。刑訴法359条5号の再審主張は、刑訴法170条1項を類推して 新たな公判で有罪判決を受けた者に有利な裁判が下されることが「十分蓋然的」であると思われる場合には、「十分確

(17) KMR-Eschelbach, § 359 Rn 209; Wasserburg/Eschelbach GA 2003, 335, 350.

(18) BVerfG NStZ 1995, 43; OLG München StRR 2010, 386.

(19) 例えば LG Köln NJW 1998, 2688 (バック事件。評釈として Gribbohm, NStZ 1999, 99)を見よ。

(20) この点について BGHSt 48, 153, 156(批判的評釈として Ziemann, JR 2006, 409); Marxen/Tiemann, StV 1992, 534; Rieß, Gössel-FS S. 657を見よ。

(21) この点について BVerfG StV 2003, 223.

証された」といえる²²⁾。

この判断に際して、「プロ・レオ」原則は、直接には適用されない。原判決の正確性に対する単なる疑いだけでは、再審は基礎付けられない。しかし、疑いがある場合にも確定力は残るということから、問題が生ずる。なぜなら、プロ・レオ原則は、新たな公判の結論の評価が問題となる場合に、間接的にはおよそ考慮されるものであるからである²³⁾。例えば鑑定人が理由性審査手続において、刑法20条の生物学的要素は犯行時に存在していることから、有罪判決を受けた者が責任無能力状態で行為したことを排斥できないという場合でも十分である²⁴⁾。再審裁判所は、申立てを理由ありと判断する限りで、手続の再開と公判の開始を命令する(370条2項)。この決定が確定すると、手続は訴訟係属の状態へと戻される。その場合には、判決の以後の執行の許容性も消滅する。

3. 新たな公判(370条2項, 373条)

積極的な再審決定が下されると、通常は、裁判所構成法140a条により管轄を持つ裁判所で新たな公判が開かれる。有罪判決を受けた者が既に死亡している場合には、公判は開かれぬ。この場合、再審手続は、完全な無罪判決で終わるか、又は申立てを却下する(371条1項)。即時に無罪判決を下すに十分な証拠が存する場合も、新たな公判は不要である(371条2項)。それ以外は、全く新たに判決が発見されなければならない。その際には、再び、「プロ・レオ」原則が直接適用される。刑法373条2項により、再審手続でも不利益変更禁止が適用されることは、注意が必要である。このことは、再審が被告人の有利にのみ申し立てられた場合に、判決はその

²²⁾ OLG Frankfurt StV 1996, 138(ヴァイマール事件); *M-G*, §370 Rn 4; *Wasserburg*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1983, S. 196 f.

²³⁾ LR-*Gössel*, §370 Rn 23; *Kahne*, Rn 1122. 問題点について *Peters*, §76 V 3b bb; *Roxin/Schanemann*, §57 Rn 15; *Schanemann*, ZStW 84(1972), 870, 876 ff を見よ。

²⁴⁾ OLG Stuttgart StV 1990, 539. 肯定的見解として *Stern*, NStZ 1993, 414.

者の不利に変更されてはならないことを意味する。しかし、精神病院や保安拘禁施設への収容は可能である（373条2項2文）。

[589] 設問70の解決：有罪判決を受けた者であるRは、刑法359条5条に基づき再審の申立てを行うことができる。ここでは、新たな事実（頭部はストーブで焼かれたのではなかった）及び新たな証拠（検証客体としての頭部）も存在している。新たな公判で有罪判決を受けた者に有利な判断が下されることは、十分に蓋然的である。このことから、再審の申立ては許容され（366条以下）、理由もある（369条、370条）と思わせるに足りる。しかし、このことによって、新たな公判の実際の結論（370条2項、373条）が先取りされることになってはならない。なぜなら、頭部が〔池で〕発見されたにもかかわらず、裁判所が新たな公判で再びRがその夫を殺害したとの結論に至ることは、排除されないからである。実際の事件（マリア・ロールバッハ事件。この点について詳細は *Peters, K., Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 1, 1970, S. 105 ff*）では、被告人は、新たな公判において、「プロ・レオ」原則の適用により無罪とされた。詳細は Rn 585以下。

§ 32 私訴手続，公訴参加手続，付帯私訴手続，被害者のその他の権利

事例71：

a) Aは、長年交際してきたBを、車で家まで送る道中で、駐車場に車を止め、不意に押し倒して性交しようとした。しかし、タクシー運転手TがBを救助しようとしたため、Aは、車で逃走しようとした。そのとき、Aは、誤ってTを引いてしまい、相当程度の傷害を負わせてしまった。検察官は、Aを性的強要罪及び過失致傷罪により起訴した。Bは、裁判手続

への参加を望んでいる。Bには何ができるか。

b) Aは、公判で、12か月の自由刑に処されたが、その刑は保護観察のため執行猶予が付された。Bは、この間独立の手續関係人として関与していたが、この段階で、Aは無罪とされるべきだと考えるようになっていた。Bは、Aの無罪を求めて上訴できるか。[Rn 606]

・ 私訴手續

1. 私訴犯罪

[590] 私訴手續の場合には、公訴手續の場合と異なり、犯罪は、私人により訴追することができる。いわゆる私訴対象犯罪の場合には、検察官は、それが公的利益にかなう場合に限り、公訴提起することができる(376条)。私訴対象犯罪は、刑訴法374条1項に列挙されている⁽¹⁾。

私訴は、刑訴法374条の意味での被害者、すなわち、主張された犯罪が実際に実行されていたとすれば、私訴犯罪により保護されるいずれかの法益を直接的に侵害された人のみが、これを提起することができる。(例外は374条2項。被害者の概念について Rn 346を見よ)

2. 私訴の提起と実施

[591] a) 私訴犯罪の嫌疑が存在する場合には、考え得る措置として2つの機会がある。

- 通常の場合には、被害者は、私訴犯罪について差し当たり告発し、必要とあれば告訴する。その場合には、検察官は、これを職権で訴追することにつき公的利益が存在するか否かを審査する(376条)。

(1) 深めるために SK-Velten, § 376 Rn 3; Schach, Rieß-FS, S. 507; Schroth, K., Die Rechte des Opfers im Strafprozess, 2. A. 2011; Schanemann, Hamm-FS, S. 687.

これは、法的平穩が被害者の生活領域を超えて害されており、刑事訴追が社会の現在の関心にかなうという場合には、原則として認められる（刑事手続及び過料手続に関する準則86条2項）。検察官は、刑事訴追に向けたこの公的利益を肯定する場合には、自ら公訴を提起する（376条）。そうでなければ、検察官は、公訴手続に関する手続障害の存在を理由に、刑訴法170条2項により手続を打ち切り、被害者に私訴の手段を指摘する⁽²⁾。

- また、被害者又は刑訴法374条2項、3項に列挙された人が、検察官に事前に届け出ることなく、管轄裁判所（374条1項）に私訴を提起することも考えられる。

b) 私訴犯罪が訴訟上の意味で1個の行為の中で公訴犯罪と重なる場合には、私訴は排除される。私訴犯罪は、公的利益にかかわりなく公訴犯罪と併せて訴追されなければならない。

例：セールスマンAは、その商品を更に宣伝すべく、Fの住居のドアに足を挟みいれて、Fを玄関へ押し戻し、その意思に反してF宅の玄関に立ち入った。Fは、告訴した。公訴犯罪である強要罪（刑法240条）と観念的に競合して実行された私訴犯罪である住居侵入罪（刑法123条）は、本件では、刑訴法376条の意味での公的利益の審査を行うことなく訴追されなければならない。

[592] c) 私訴原告は、以後検察官の申立てを引き継ぐ。しかし、検察官は、これによって手続から排除されるのではなく、むしろ、裁判が確定するまで手続のあらゆる段階で、明示の意思表示により訴追を引き継ぐことができる（377条2項1文）。

d) しかし、刑訴法380条1項の事例群においては、州司法当局より指

(2) *Joachimski/Haumer*, S. 100; *Radtke/Hohmann/Merz*, § 376 Rn 5.

定された和解部より償いが成功しなかった後は、初めから私訴の途が選ばれることになる。

e) 私訴原告には、検察官公訴の手続の場合と同様の上訴が認められるが(390条1項1文)、それは、被告人に不利となる場合に限られ、その有利となる上訴は認められていない⁽³⁾。

・ 公訴参加手続

1. 概念と機能

[593] 公訴参加(395条~402条)は、刑訴法395条に列挙されたいずれかの犯罪の被害者に、検察官より提起された公訴手続に關与する機会を与える。公訴参加人は、主導的に手続を始めることはできない。公訴参加人は、既に開始された公的手続に加わることができるのみである。この点で、公訴参加は、公訴に対して従属的な關係にある⁽⁴⁾。もっとも、公訴参加人は、その権利を行使するに当たっては、検察官から独立している。被害者は、公訴参加人として關与することで、手続への包括的な關与権を与えられる。例えば質問権や証拠請求権などである(397条1項3文)⁽⁵⁾。

公訴参加は、第一義的には、被害者の一身的な満足及び損害回復の利益に資するものである。被害者には、その者に特に一身的に強く關わる犯罪を対象とする手続において、關与権が与えられる。このことは、私訴手続(374条以下)との決定的な違いでもある。私訴手続は、少なくとも事実上は、主に司法の負担軽減に資するものである。これに対して、公訴参加の

(3) OLG Hamburg NJW 1958, 1313; KMR-*Stockel*, § 390 Rn 5.

(4) *Gollwitzer*, Schäfer-FS, S. 65参照。

(5) BGH NStZ 2011, 713. 制限的な見解として BGH NStZ 2010, 714 (的確な批判的評釈として *Bock*, HRRS 2011, 119. また, *Senge*, Rissing-van Saan-FS, S. 657, 664 ff も参照。

場合、被害者は、その贖罪を求める利益又は応報の利益を追求すべきものであり、検察官の側に立って、被疑者・被告人の処罰を求めることができる⁽⁶⁾。

同時に、公訴参加の制度は、起訴強制手続と同様に規律及び解明機能も有する：立法者は、公訴参加によって、被害者に、検察官が犯罪訴追を満足いく形で遂行しないとの批判も回避すべき制度を与えたのである⁽⁷⁾。そのようにして、公訴参加は、検察官の活動に対する私人の規律にも資する。

近時、被害者に関する保護機能の考え方が、次第に中心に置かれるようになってきた⁽⁸⁾。特に1986年12月18日の被害者保護法⁽⁹⁾では、公訴参加の形態が変更され⁽¹⁰⁾、また2004年と2009年の被害者の権利改革法もこの点で指摘されるべきものである（この点について既に Rn 196a）。

2. 関与権限

[594] a) 関与の権限があるのは、刑訴法395条に列挙された犯罪の被害者（の可能性がある者⁽¹¹⁾）である。被害者の概念は、起訴強制手続の場合と同様ものと理解されるべきである（Rn 346を見よ）。特に性的自己決定権に対する犯罪（1項1号）又は（故意の）傷害罪（1項3号）の被害者には、公訴参加人としての関与が可能とされる。死亡事件では、刑訴法395条2項1号により、違法な行為により死亡した人の親、子ども、兄弟姉妹、配偶者、登録された生活パートナーに、公訴参加の権限が与えられる。

(6) *Fabricius*, NStZ 1994, 260.

(7) *Gollwitzer*, Schäfer-FS, S. 65.

(8) *Safferling*, ZStW 122 (2010), 87, 95; *Schanemann*, NStZ 1986, 193 ff.

(9) BGBl 1986, S. 2496.

(10) 深めるために *Altenhain*, JZ 2001, 791.

(11) BGH NStZ-RR 2008, 352.

第2次被害者の権利改革法の中で、刑訴法395条3項は、個別事例において特に重大な犯罪の被害者にとっての一般的な捕集構成要件へと改正された：特に過失致傷罪(刑法229条)、侮辱罪(刑法185条)、住居侵入窃盗罪(刑法244条1項3号)、強盗罪(刑法249条)について、また更に基本的にあらゆる他の犯罪の場合も含めて、被害者の公訴参加は、それが特別の理由から、すなわちその権利行使についての重大な帰結のために必要と思われる場合に限り許される⁽¹²⁾。

[595] b) 関与は、手続のあらゆる段階で許される(395条4項1文)。判決が下された後に、上訴の提起もすることができる(395条4項2文)。関与の意思表示は、事前に告訴をしていなくても許される⁽¹³⁾。関与は、書面の関与と表明によって行う(396条1項1文)。関与の意思表示がなされると、その手続が係属している裁判所(上訴提起による関与の場合は上訴裁判所)⁽¹⁴⁾は、形式的な関与権限を審査する。

刑訴法395条3項に該当する場合には、裁判所は、更に関与がそこに列挙された理由から必要であるか否かも審査する(396条2項2文)。つまり、ここで、2つの決定が下される。第1は、他の全ての犯罪と同様に形式的な関与権が審査される。これが否定され、関与が許可されない場合には、被害者は、他の場合と同様に、刑訴法304条1項による抗告を提起することができる⁽¹⁵⁾。これに対して、刑訴法395条3項の意味での「特別な理由」の存在に関する裁判は、刑訴法396条2項により異議申立てできない。これらの決定は、実務上、大抵は1つにまとめて下される。第1

(12) 批判的見解として *Barton*, JA 2009, 753, 755; *Bung*, StV 2009, 430, 435; *Herrmann*, ZIS 2010, 236, 241 f.

(13) BGH NStZ 1992, 452.

(14) *M-G*, § 396 Rn 8; *HK-WeiBer*, § 396 Rn 7.

(15) 通説。 *M-G*, § 396 Rn 19参照。

審で申立てが却下された場合でも、上訴審において、公訴参加の許可を求める新たな申立てを行うことができる⁽¹⁶⁾。

3. 公訴参加人の権利

[596] a) 公訴参加人は、特に公判に在廷する権利を有する。これは、刑訴法397条1項1文により、本人が証人として尋問されるべき場合にも妥当する。したがって、刑訴法58条1項、243条2項1文は、証人の在廷する権利を通常の場合は制限するものであるが、これらの規定は適用されない。公訴参加人の公判におけるその他の権利は、刑訴法397条1項3文～4文に限定的に列挙されている。

b) 刑訴法397a条1項は、特に重大な公訴参加対象犯罪の場合に、訴訟費用援助の経済的な条件にかかわらず(397a条2項)、「国庫による被害者弁護士」の任命を可能としている。これは、被害者が死亡した場合の家族にも適用される(395条2項1号)。刑訴法397a条1項は、刑訴法68b条(この点について Rn 196a)に対する特別法である。公訴参加の権限を持つ被害者(及びその遺族)は、既に公訴提起の前に、公訴参加人としての関与を全く又はまだ表明していない場合でも、弁護士に代理させることができる(406g条。この点について Rn 604)⁽¹⁷⁾。

c) 公訴参加人は、検察官と独立して、上訴を提起する権限を有する(401条1項)。しかし、公訴参加人は、被告人に対してより重い刑又は別の法効果が科されるべきことを目的として、判決に異議を唱えることはできない(400条1項前段)。また、公訴参加人としての関与の対象とはなっていない法律違反を理由とする被告人

(16) *Beulke*, DAR 1988, 118; *KMR-Stöckel*, § 395 Rn 17. 異なる見解として OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 310.

(17) 深めるために *Barton*, StraFo 2011, 161.

(18) それゆえ審査範囲を制限的に解することにつき BGHSt 43, 15; OLG Hamm NStZ-RR 2012, 22; LR-*Hilger*, § 400 Rn 18 ff; *Kampf*, JuS 2012, 521; HK-*WeiBer*, § 400 Rn 17 ff; *Schmid*, NStZ 2011, 611, 612. また, *Kampf*, JuS 2012, 521も参照。

の有罪を求めて上訴することも許されない⁽¹⁹⁾(400条1項後段)。公訴参加人は、被告人に有利な上訴も、不服が欠けるため許されない(検察官の場合と異なる。296条2項参照⁽²⁰⁾)。

・付帯私訴手続

1. 概念と意義

[597] 付帯私訴又は従属手続は、犯罪被害者に対し、犯罪から発生し、民事手続で追求されるべき民法上の請求権を、刑事手続において実現すべき機会を与える(403条~406c条参照⁽²⁰⁾)。

2. 付帯私訴手続の条件(403条)

[598] 被害者は、付帯私訴手続において、犯罪から発生した財産法上の請求権で、他の裁判所に係属していないものについて請求することができる(403条)。例えば損害賠償請求権や、慰謝料請求権(民法253条2項と結び付く823条以下)が想定される。請求権は、通常裁判所の管轄に属するものでなければならない。もっとも、労働裁判所が専属で管轄を有する請求権の主張は排除される(労働裁判所法2条1項3d号参照⁽²¹⁾)。区裁判所での手続では、請求権は、紛争物の価値にかかわらず主張することができる(403条後段)。

手続では、相応の申立てが行われなければならない(404条)、それは、内

(19) BGHSt 37, 136, 137. 異説として *Heidemeier, J.*, Sinn und Zweck der Nebenklage, 1985, S. 299. 近時も同旨の見解として *Altenhain*, JZ 2001, 799.

(20) 詳細は *H. Feigen*, Otto-FS, S. 879; *J. Ph. Feigen*, Adhäsionsverfahren in Wirtschaftssachen, 2012; *Geiner*, ZRP 2011, 132; *Haller*, NJW 2011, 970; *Krey/Wilhelmi*, Otto-FS, S. 933; *Weiner/Ferber*, Handbuch des Adhäsionsverfahrens, 2008.

(21) *KMR-Stöckel*, §403 Rn 10.

容的に、民事手続における提訴の要件（民法253条2項2号）に適合していなければならない²²⁾。請求権者は、犯罪の被害者²³⁾及びその承継人である（403条）。申立ては、被疑者・被告人に対して直接に向けられていなければならない。

それゆえ、交通事故の事例で、保険契約法115条（かつては自動車所有者責任保険法3条）により共同で責任を負う責任保険者は、請求することができない。

3．訴訟上の効果／手続

[599] 刑訴法404条2項1文によると、申立ては、民事上の紛争における提訴と同じ効果を持つ。訴訟係属の効果は、刑訴法404条2項2文によると、裁判所への申立て到達によって生ずる。付帯私訴手続では、刑訴法に加えて、民法の一定の規定が適用される。例えば認諾²⁴⁾（406条2項を見よ）及び仮執行（406条3項1文）などの規定である。しかし、証拠調べは、刑訴法226条から276条の規定による。特にあらゆる事実の職権による解明（244条2項）は、犯罪被害者にとって大きな利点である。

4．裁判所の裁判

a) 裁判の見送り

[600] 裁判所は、次の場合に裁判を見送る。

- 申立てが不許容である場合（例えば他に訴訟係属している場合。406条1項3文前段）。
- 被告人が犯罪について罪を認められない場合、又は保安・改善処分が科され

²²⁾ この点について *Meier/Darre*, JZ 2006, 18, 20参照。

²³⁾ 被害概念について OLG Jena NJW 2012, 547; *M-G*, § 403, Rn 2; *Graul/Blebschmidt/Frick*, NSStZ 2010, 662, 664.

²⁴⁾ BGH StraFO 2005, 381.

ない場合(406条1項1文)。

- 申立てが全体又は部分的に理由なしと判断される場合(406条1項3文後段)。
- 申立てが刑事裁判における裁判に適していない場合(406条1項4文)。特にその更なる審査が手続を著しく遅延させることになる場合、申立ては、刑事手続における裁判に適していないものとなる(406条1項5文)²⁵⁾。

この場合に「裁判を見送る」とは、裁判所は申立てを却下せず、また棄却もしないことを意味する。裁判見送りは、訴訟係属が終了し、請求権について確定した裁判が下されないという帰結になる。被害者は、その請求権を別の方法で主張することができる(406条3項3文)。

b) 認容裁判

[601] 付帯私訴の申立てが公判の結果から理由ありとされた場合、裁判所は、刑事判決においてその請求を認容する(406条1項1文)。刑訴法406条1項2文によると、裁判は、主張された請求権の理由又は一部に限定することができる。民訴法318条が準用される²⁶⁾。これによると、裁判所は、単に被告人の賠償義務を確認することに限定し、その賠償額の算定に関する裁判を見送ることができる(406条1項4文)²⁷⁾。その場合に、賠償額に関する審理(民訴法304条2項)は、管轄の民事裁判所で行われる(406条3項4文)。

刑訴法406条3項1文によると、付帯私訴の申立てに関する裁判は、民事上の法的紛争において下された判決に匹敵する。確定力の発生に関しては、刑訴法の規定が適用されるが、確定力の効果に関しては、民訴法の規定が適用される²⁸⁾。

²⁵⁾ OLG Celle StV 2007, 293.

²⁶⁾ BGHSt 47, 378, 379 (肯定的評釈として *Groß*, JR 2003 258) を見よ。

²⁷⁾ HK-Pollahne, § 406 Rn 4 参照。

²⁸⁾ KMR-Stackel, § 406 Rn 23参照。

・被害者のその他の権利

1. 総論

[602] 刑訴法406 d 条～406 h 条によると、犯罪の被害者は、公訴参加人や付帯私訴手続における申立人としての刑事手続への関与にかかわらず 独立の訴訟関係人である。刑訴法406 f 条以下の範囲における被害者の概念は、刑訴法172条による起訴強制手続の場合と同様に定義付けられるべきである²⁹⁾ (Rn 346を見よ)。

2. 特に重要な被害者の権利

[603] - 被害者の重要ではあるが争いのある権利として、その記録閲覧権が挙げられる³⁰⁾。ただし、被害者は、その権利を弁護士を通じてのみ行使することができる(406 e 条 1 項 1 文)。この記録閲覧権の条件は、基本的に被害者が正当な利益を示すことである。刑訴法406 e 条 2 項 1 文によると、被疑者・被告人又は他の人の優越する利益が妨げとなる場合には、閲覧は、必要的に禁じられなければならない³¹⁾。刑訴法406 a 条 2 項 2 文、3 文によると、経過中の手続又は他の手続の調査目的が危ぶまれる場合には、閲覧を禁止することができる。閲覧により手続が著しく遅延し、検察官が刑訴法395条に列挙された事例において捜査の終結をまだ記録に記載していない場合も同様である。被害者が証人として公判で聴取されるべき場合には、原則として調査目的が危殆化すると認められる。その場合、被害者がその供述を記録の内容に擦り合わせることは、排除されなければな

²⁹⁾ OLG Koblenz StV 1988, 332 (Schlothauer の評釈付き) 異説として KMR-Stockel, vor § 406d Rn 10. 深めるために SK-Velten, Vor §§ 406d-406h, Rn 5; Walther, JR 2008, 405.

³⁰⁾ 深めるために Esser, GA 2010, 65; Schlothauer, StV 1987, 356; Hellmann, NStZ 1996, 556; Walther, GA 2007, 615.

³¹⁾ この点について BVerfG NJW 2007, 1052; BGH StV 2012, 327; Koch, Hamm-FS, S. 289.

らない。被疑者・被告人又はその弁護人の広範な記録閲覧権(147条。この点について Rn 126, 160)は、これに適合する。なぜなら、証人の要保護性は、被告人のそれと同じではないからである³²⁾。

記録閲覧権の行使について、捜査手続では、検察官が裁定する(406 e 条 4 項 1 文 前段)。その裁定に対しては、常に捜査判事の裁判を求めることができる(406 e 条 4 項 2 文, 162 条 1 項)。刑訴法 406 e 条 4 項 4 文によると、この裁判に対しては、捜査がまだ終結していない段階では異議を申し立てることはできない(Rn 319 を見よ)。捜査終了後は、捜査判事の裁判に対し、抗告(304 条以下。Rn 577 以下を見よ)により異議を申し立てることができる。中間手続及び公判手続では、被害者の記録閲覧の保障について、事件を担当する裁判所の裁判長が裁判する(406 e 条 4 項 1 文 後段)。この裁判に対しては、常に抗告(304 条以下)が可能である³³⁾。犯罪被害者は、被疑者・被告人への無制約の記録閲覧(Rn 161 を見よ)に対して防御を望む場合、刑訴法 147 条 5 項 2 文の類推適用において、刑訴法 162 条の基準により裁判所の裁判を求めることができる³⁴⁾。

[604] - 被害者に対して、その申立てに応じて、手続打ち切り及び裁判手続の終結について、本人を対象とする限りで通知しなければならない(406 d 条 1 項)。一定の性犯罪又は暴力犯罪に該当する場合及びその他で被害者の正当な利益が認められる場合には、その申立てに応じて、自由剥奪処分宣告及び終結、最初の行刑緩和又は休暇を通知しなければならない(406 d 条 2 項)。

- 刑訴法 406 f 条により、被害者は、刑事手続において弁護士の援助を受けることができる。この弁護士は、被疑者の弁護人と異な

³²⁾ この点で同旨の見解として AG Saalfeld NStZ 2005, 656 (批判的評釈として *Kiethe*, wistra 2006, 50); *Baumhofener*, StraFo 2012, 2; *Steffens*, StraFo 2006, 60. 否定的見解として LG Stralsund StraFo 2006, 76.

³³⁾ BT-Drs. 16/12098, S. 35 f.; OK-StPO-*Weiner*, § 406e Rn 6.

³⁴⁾ OLG Stuttgart NJW 2006, 2565.

- り (Rn 156) 警察による依頼者の尋問に自ら同席する権利を有する³⁵⁾ (406 f 条 1 項 2 文)。
- 刑訴法406 f 条 2 項により、被害者は、証人として尋問を受ける場合に、自身が信頼する人が尋問に同席することを許可されるよう申し立てることができる。
 - 刑訴法406 g 条は、公訴参加の資格を持つ被害者又はその遺族に (395条 2 項 1 号参照)、広い権限を備えた法的援助者を求める権利を与えている³⁶⁾。この権利は、被害者が実際にその後人公訴参加人として関与するか否かにかかわらず保障される。
 - 被害者に対して、その権利について包括的に教示すべき義務がある (406 h 条)。

3. その他の損害回復

- [605] - 暴力犯罪の被害者に対する補償は、被害者補償法に定められている³⁷⁾。その 1 条により、一定の犯罪の被害者は、犯罪による健康上及び経済上の被害について、連邦給付法上の給付を受けることができる。
- 被害者請求権保全法³⁸⁾ によると、刑訴法172条 1 項の意味での被害者は、犯罪関与者に対するその損害賠償請求権を保全するために、犯罪関与者がマスコミでその行為を記述したことにより得た収益に対する法律上の担保権を得ることができる³⁹⁾。

³⁵⁾ BT-Drs. 16/12098, S. 36.

³⁶⁾ *Beulke*, DAR 1988, 114, 118参照。批判的見解として *Kempf*, StV 1987, 215, 218 ; *Weider*, StV 1987, 317, 318.

³⁷⁾ BGBl 1985, 1.

³⁸⁾ BGBl 1998, 905.

³⁹⁾ 詳細は *Nowotsch*, NJW 1998, 1831 ; *Luderssen*, StV 1999, 65.

[606] 事例71の解決 :

a) B は、公訴参加人としての関与を表明し (395 条、396 条)、これによってその一身的な応報感情を満足させ、A の処罰に影響を与えることを求めた。刑法177条は、刑訴法395条 1 項の列挙犯罪に含まれている (1 号)。詳細は Rn 594を見よ。

b) 通説によると、公訴参加人は、被告人の有利となる方向で上訴を提起することはできない。なぜなら、この点で、公訴参加人には不服がないからである。詳細は Rn 596を見よ。

§ 33 手続費用

事例72 :

a) A は、過失で交通事故を起こし、その際に 2 人を死亡させた。警察は、A の血液を採取し、それによって、A が事故当時に血中アルコール濃度1.1‰の状態であったことが判明した。A は、区裁判所より 2 年の自由刑に処せられた。A は、判決に対して上告を提起し、的確な理由付けとして、公判の全期間において裁判所の単純なミスにより傍聴人が法廷に立ち入ることができなかったと主張した (338 条 6 号)。上告裁判所は、第 1 審判決を破棄して差し戻した。区裁判所の別の部は、判決により当初の裁判を支持し、これが確定した。誰がどの手続費用を負担することになるか。

b) 誰が弁護人の費用を支払うのか。[Rn 611]

費用の概念

[607] 刑訴法464 a 条 1 項 1 文によると、費用とは、手数料及び国庫の支出の上位概念である。

手数料は、各々の手続の費用が、包括的な形で支払われるべきものである。刑事

事件では、裁判所の手数料は、確定して認定された刑罰によって算定される（裁判所費用法第1附帯書の序文3.1.）。裁判所費用法第1附帯書の3110号以下に、個別の手数料要件に該当する手数料額及び事項が列挙されている。現在、例えば第1審の公判に関して2年以下の自由刑の場合には、360ユーロが課される（裁判所費用法第1附帯書3112号）。

国庫の支出は、実際にかかった価額により算定される。これは、裁判所費用法第1附帯書9000号以下の法定された場合に限り、徴収することができる。国庫の支出には、郵便送達費用（裁判所費用法第1附帯書9002号）及び証人又は鑑定人への補償（裁判所費用法第1附帯書9005号）などが含まれる。また、血中アルコール濃度の検査費用もこれに含まれる。

関与者の必要的な支出は、本来の手續費用に含まれない。刑訴法464 a 条2項は、そのような関与者の必要的支出の例示として、期間経過に対する補償や弁護士費用を挙げている。費用負担を定めた個別の規定は、関与者の必要的支出について、各々特別の規定を定めている（467条1項参照）。

・費用負担者

1. 有罪判決を受けた者が費用を負担する場合

[608] 刑訴法465条によると、原則として、行為により有罪とされた者又は保安・改善処分を科された者が、手續費用を負担する。その者は、自身の必要的支出（特に弁護士費用、国選弁護の場合も含む）⁽¹⁾も、自ら負担しなければならない⁽²⁾。

有罪判決を受けた者に費用を負担させることは、一部で責任主義、一部で原因主義、一部で純粋な国庫上の必要性によって正当化される⁽³⁾。通説

(1) BVerfG NJW 2003, 196参照。

(2) KK-Gieg, § 465 Rn 3.

(3) 深めるために SK-Degener, Vor § 464, Rn 8.

によると、有罪判決を受けた者は、犯罪構成要件の客観的に違法な充足により、自身に対する刑事訴追を惹き起こし、これにより手続費用を発生させた⁽⁴⁾。この負担に対する批判は、立法論として犯罪者のための再社会化を論拠に費用負担義務の解放を求めるが⁽⁵⁾、この見解は、これまで支持されるに至っていない。

2. 国が費用を負担する場合

[609] 無罪判決、公判開始却下、手続打ち切りの場合、手続費用(464 a 条 1 項)及び被疑者・被告人の必要的支出(464 a 条 2 項)は、刑訴法467条 1 項により国庫の負担となる⁽⁶⁾。

無罪推定が崩されなかった被疑者・被告人に費用負担させないことの原則には、例外がある：

必要的例外の例：刑訴法153 a 条による(終局的な)打ち切りの場合には、被疑者・被告人の必要的支出は、国庫の負担とはされない(467条 5 項)。

任意的例外の例：裁判所がその裁量により許可する規定(特に153条)によって手続を打ち切った場合には、被疑者・被告人の必要的支出を国庫の負担としないことができる(467条 4 項)⁽⁷⁾。

・ 上訴審手続における費用

[610] 上訴が棄却又は成果を得なかった場合には、その費用は、刑訴法

(4) BVerfGE 18, 302, 304 ; BGHSt 25, 109, 118.

(5) Hassemer, ZStW 85(1973), 651 ; Magold, Die Kostentragungspflicht des Verurteilten, 2009, S. 185.

(6) 国側は、国選弁護人の報酬請求権を依頼者に対する請求権と相殺することはできない。BVerfG StraFo 2009, 274 (評釈として *Beulke/Edlbauer*, FS-Mehle, S. 63, 72)。

(7) 憲法上の問題性について BVerfGE 82, 106 (否定的評釈として *Paulus*, NStZ 1990, 600) ; BVerfG StV 1993, 138.

473条1項1文により、上訴を提起した者の負担となる。上訴は、不許容又は理由なしとして棄却された場合、又は第1審と同じ又は本質的に等しい結果となった場合に、成果を得なかったものとなる⁽⁸⁾。

[611] 事例72の解決：

a) Aは最終的に確定して有罪とされたことから、刑訴法465条1項1文により、Aが手続費用を負担する。手続費用は、手数料と国庫の支出である(464a条1項1文)。その際、事実審の手続は、上告審の手続とで、手続法上は単一を構成する。刑訴法464a条1項2文によると、費用には、公訴提起の準備により生じた支出も含まれる。本問では、例えば血液採取の費用がこれに当たる。

公判裁判所は結論において当初の量刑を支持したため、被告人は、刑訴法473条1項1文により、上告裁判所が第1審判決を破棄したにもかかわらず、上告審の手続費用も負担することになる。つまり、Aは、全部の手続(裁判)費用を負担しなければならない(BGHSt 18, 231, 233; *M-G*, §473 Rn 7. 批判的見解として *Roxin/Schunemann*, §59 Rn 8; *Warburg*, NJW 1973, 23)。

b) Aのその弁護人への費用支払いは、刑訴法464条以下の意味での費用ではなく、いわゆる必要的支出である(464a条2項2号)。これは、いづれにしても、有罪判決を受けたAが負担しなければならない。詳細はRn 607以下を見よ。

§ 34 刑事訴訟の事例問題に取り組むための指摘〔略〕

(8) BGHSt 18, 231, 234.

訳者あとがき

今回を以て、ヴェルナー・ポイルケ教授著『ドイツ刑事訴訟法〔第11版〕』(2010年)の翻訳連載を完結する(ただし、第34章は、司法試験受験者向けの記述であるため割愛した。また、略語/文献略語/重要な法律改正の概観、事項索引は、事柄の性質上省略した)。この翻訳によって、訳者の所期の目的である「ドイツ刑事訴訟法教科書のスタンダードを日本に紹介し、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を提供する」という目標(訳者はしがき)は、ほぼ達成できたものと思われる。

もとより、原著は、この間、第12版(2012年)を経て、本年(2016年)には第13版が公刊され、ますますアップ・ツー・デイトで充実した内容のものとなっている。そこで、今後は、最新版について、本翻訳連載を基に補正・統一を施し、邦訳書を出版することを計画・予定している。そのために、引き続き微力を尽くしていく所存である。

この翻訳連載中、絶えず有形無形の支援や激励を与えて下さった原著者のポイルケ教授には、心から御礼を申し上げる。また、種々のご教示やご意見・ご感想をお寄せ下さった読者の皆様にも謝意を表したい。

折しも、ポイルケ教授は、本年2月に初めての来日を果たされ、一橋大学や大阪弁護士会での講演等を通じて、日本の研究者・実務家とも国際的な学术交流を進められた。教授の真摯な学問的姿勢は、聴衆に深い感銘を与えるものであった。このような著者との長年の交流に基づく本翻訳もまた、更なる国際交流の一助となることを切に願うものである。

(加藤克佳 = 辻本典央記)