

翻 訳

ヴェルナー・ボイルケ著
『ドイツ刑事訴訟法』(2)

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]

Übersetzung

Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage
(2010, C.F. Müller, Heidelberg) (2)

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

- V. 裁判官による自由な証拠評価の原則 (261条)
- VI. 口頭主義 (261条)
- VII. 直接主義 (特に226条1項, 250条, 261条)
- VIII. 無罪推定と「疑わしいときは被告人の利益に」の原則
- IX. 迅速性の要請 (基本法20条3項, 欧州人権条約6条1項)
- X. 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
 - I. 法律に基づく裁判官の原則
 - II. 管轄の方式
 - III. 第1審の管轄および裁判体の構成
 - IV. 上訴事件における管轄
 - V. 土地管轄
- § 4 裁判官の除斥と忌避
 - I. 裁判官の除斥 (22条, 23条)
 - II. 予断の懸念を理由とする忌避 (24条2項)
 - III. 手続
- § 5 検察官
 - I. 検察官の任務
 - II. 検察の組織
 - III. 検察庁の機能形態
 - IV. 検察の地位
- § 6 検察官の補助者としての警察
 - I. 指示権の原則
 - II. 警察の役割
 - III. 警察の強制権限 (以上, 本号〔近畿大学法学62巻1号〕)
- § 7 被疑者・被告人, その尋問 (概要) およびその権利・義務
- § 8 禁止される尋問手法
- § 9 弁護人
- § 10 証拠

- § 11 勾留
 - § 12 その他の重要な強制処分（基本権への介入）
 - § 13 訴訟条件
 - § 14 訴訟行為
 - § 15 捜査手続
 - § 16 起訴便宜的理由による手続打切り
 - § 17 起訴強制手続
 - § 18 中間手続
 - § 19 第1審公判手続の準備と実施
 - § 20 公判における証拠調べ（一般原則）
 - § 21 公判における証拠調べの直接性（刑訴法250条以下）
 - § 22 公判における証拠申請
 - § 23 証拠使用の禁止
 - § 24 判決の発見と判決の効果
 - § 25 訴訟上の意味での行為の概念
 - § 26 特殊な手続形式
 - § 27 上訴の一般原則
 - § 28 控訴
 - § 29 上告
 - § 30 抗告
 - § 31 再審手続
 - § 32 私訴，公訴参加，付帯私訴手続ならびにその他の被害者の権利
 - § 33 手続費用
 - § 34 刑事訴訟上の事例問題の検討に向けた示唆
- 事項索引

§ 2 訴訟原理

事例4：刑事手続において特に重要な訴訟原理は何か。[Rn 31]

事例5：政治家Aは、夫婦喧嘩の最中に、数人が見ている前で、自分の妻Eの首筋を、殺意をもってナイフで刺した。隣人が通報して警察官が到着したとき、Eは、すでに回復していた。彼女は、出血した患部を自分で手当てすることができたからである。「スキャンダル」を避けるために、Eは、警察に、手出ししないよう求めた。そのような要求に応ずることができるか。[Rn 32]

事例6：Aは、1983年に、自宅を買いたいという複数の人に詐欺をはたらいた。被害者らは、1986年に告訴した。Aは、1987年に、はじめて自分に対する手続を知った。1990年に、Aの最初の尋問が行われ、1994年に起訴された。1999年になって、はじめて公判が開始された。Aの罪責はさほど重くないにもかかわらず、2001年の終わりまでに結審する見込みがないことから、裁判所は、手続の継続はそもそも許されるかという点に疑問を持った。どのような結論になるか。[Rn 33]

[15] 訴訟原理とは、長い伝統の中で培われた訴訟原則であり、そのすべてがあいまって、市民の権利に深く介入する刑事手続の法治国家性を保障する。現行刑訴法のこの準則は、刑事訴訟法だけでなく、裁判所構成法などにも定められており、さらには、基本法から直接に導かれるものもある⁽¹⁾。

(1) 深めるために、Weigend, ZStW 113 (2001), 271; さらに, Buhlmann, S. E., Die Berücksichtigung des Täter-Opfer-Ausgleichs als Verfahrensgrundsatz ?, 2005.

概観すると、以下の手続原則に分けられる：

- 国家訴追主義 (152条 1 項)
- 起訴法定主義 (152条 2 項)
- 公訴〔弾劾〕主義 (151条)
- 審問〔職権探知〕主義 (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 (226条 1 項, 250条, 261条)
- 無罪推定, 「疑わしいときは被告人の利益に」原則 (261条, 欧州人権条約 6 条 2 項)
- 迅速性の要請 (基本法20条 3 項, 欧州人権条約 6 条 1 項 1 文, 2 文)
- 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)
- 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 1 文)
- 法律に基づく裁判官の原則 (基本法101条)
- 法的聴聞の原則 (基本法103条 1 項)

I. 国家訴追主義 (152条 1 項)

[16] 1. 152条 1 項によると、**検察官が、公訴提起を行う**。これによると、刑事手続の開始およびその後の実施は、**検察官の任務**であって、個別の市民 (犯罪被害者など) のものではない。したがって、**実体的な (国家の) 刑罰権を実現するものとしての刑事訴追は、職権で行われる**。これを、**国家の訴追権限**ともいう。

国家訴追主義——**職権による刑事訴追の原則**ともいう——は、刑事訴訟法を、およそ基本的に民事訴訟法 (そこでは、訴訟の開始および進行は、

個別の市民自身の任務となる＝いわゆる**処分権主義**が妥当する), ならびに, 古い刑事訴訟規定(例えば, 民衆訴追主義＝誰もが起訴できるとされたローマ法や, 被害者ないしその部族が訴えを提起することとされたゲルマン法)から区別するものである。

2. 刑訴法は, **国家訴追主義の例外**として, 私訴手続を定めている(374条)。そこに列挙された犯罪(いわゆる**私訴犯罪**:住居侵入罪, 侮辱罪など)については, 被害者自身が, 訴追者として犯罪を追及することができ, あらかじめ検察官に訴追を求める必要はない。その根拠は, 私訴犯罪はあまり重大ではなく, 公的利益へのかかわりも小さい, という点にある。被害者は, 385条により, 広く検察官に代わる地位をもつ。もっとも, 376条によると, 検察官は, それが公的利益に適う場合には, 公訴提起することができる。また, 検察官は, 確定するまでは, いつでも事件の訴追を引き継ぐことができる(377条2項1文)。

3. 国家訴追主義は, いわゆる**親告罪**(刑法123条2項など)または**授權犯罪**(刑法90条4項など)において, 制限を受ける。

a) **絶対的親告罪**の場合(刑法77条以下)には, 確かに, 刑事訴追機関は, 告訴がなくても捜査を行うことができるが(このことは, 127条3項から導かれる), 有罪判決は, 有効な告訴の存在を条件とする。告訴が終局的に欠けるときは, 手続は, ——訴訟条件が欠缺するために——打ち切られなければならない。

b) **絶対的親告罪**と区別されなければならないのが, **相対的親告罪**である。この犯罪に際して, 刑事訴追機関は, 刑事訴追に対する特別の公的利益が肯定されることにより, 告訴の欠缺を「凌駕」することができる(刑法230条1項参照)。この犯罪の場合, 告訴の欠缺は, 刑事手続の打切りをもた

らさず、管轄の検察官は、刑事訴追に対する特別の公的利益が肯定されるかを判断することになる。この犯罪を理由に公訴が提起されたときは⁽²⁾、公的利益が肯定されたものと推定される (Rn 283も見よ)。

c) 最後に、授権犯罪に注意が必要である。この場合、刑事訴追は、一定の人の授権に左右される。例えば、大統領に対する名誉棄損の事件では、大統領からの授権が必要である (刑法90条4項)。

II. 起訴法定主義 (152条2項, 170条1項)

[17] 1. 152条2項, 170条1項に定められた起訴法定主義は、検察官に対し、相応の嫌疑の端緒 (この概念について Rn 110以下, 311) があるときは捜査を開始することを、そして嫌疑が確証されるべきときは起訴することを、義務づける。したがって、捜査・起訴強制ないし訴追強制ともいわれる。警察が捜査手続に関与する限りで (163条), 警察も、起訴法定主義に服する。

起訴法定主義は、前述した国家訴追主義の帰結であり、いわば必然的な関連概念である。実体的刑罰権およびその妥当が国家にのみ義務づけられるというのであれば、国家は、すべての容疑者に対し同じ態様で対応しなければならない。すなわち、人の外観やその地位に関係なく、である。このことは、平等原則からも要請される (基本法3条1項)。

2. 起訴法定主義と対となるのが、いわゆる起訴便宜主義である。起訴便宜主義によると、刑事訴追機関は、特定の犯罪に対処するか、または犯罪者の処罰を放棄するかの判断を任される。ドイツの刑事訴訟では、起訴便宜主義は、例外的ルールとして、様々なかたちで定められている。この場

(2) BGHSt 19, 377 ; OLG Oldenburg StraFO 2008, 510 (別事件に際して)。

合、刑事訴追機関は、起訴するに十分な犯罪容疑があるにもかかわらず、合目的的観点から手続を打ち切ることができる⁽³⁾（詳細は Rn 333以下）。

Ⅲ. 公訴〔弾劾〕主義（151条）

[18] 裁判所の審理の開始は、起訴を条件とする（151条）。起訴は、裁判所から独立した機関が行う。この機関——刑訴法によると、検察官（152条）——が、まず事実を究明しなければならない（160条1項）。捜査の結果として公訴提起のため十分な根拠が得られたときは、検察官は、起訴状を管轄裁判所に提出することにより（170条1項）、または略式命令を申し立てることにより（407条1項1文）、公訴を提起する。

公訴主義からの帰結として、裁判所は、検察官から起訴された限りで、犯罪について審判することができる⁽⁴⁾。これによると、裁判所の審判権限は、起訴された行為に限定される（151条、155条参照）。したがって、審判の対象は、起訴された行為のみということになる。もっとも、それは、公判の結果から得られた態様のものをいう（いわゆる訴訟上の行為概念。Rn 20参照）。

公訴主義と対をなすのが、糺問主義である。これは、捜査官、訴追官、裁判官を1人の人間が担当するという訴訟形式であり、長い間、ドイツの刑事訴訟法を特徴づけるものであった。しかし、この訴訟形式は、裁判官が糺問的な活動によって予断を抱くという——しばしば、現代的でもある——危険をはらんでいる。これは、特に、国家の権力者（国王、君主など）

(3) LR-Beulke, § 152 Rn 8; Pommer, Jura 2007, 662; Schulenburg, JuS 2004, 765.

(4) 深めるために, Ambos, Jura 2008, 586; Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 7 ff (これについての思慮深い評釈として, Neumann, ZIS 2009, 190); Huber, Jus, 2008, 79.

が刑事手続の過程に影響を及ぼし、裁判官はその伸びた手として活動するに過ぎないという場合、好ましくないものであった。したがって、刑事訴追を2つの相互に独立した機関、すなわち、訴追機関としての検察官と最終的に判断を下す裁判所とに分けて委ねることは、自由主義に基づいた刑事訴訟としての重要な成果の1つである。ドイツでは、1848年にはじめて、フランスのモデルを引き継いで、公訴主義が広まることになった。

[19] 訴訟対象(起訴された事件)の厳密な決定は、起訴状から導かれる。起訴状には、特に被告人の氏名、同人に追及される行為、その実行の時間および場所、犯罪の法定要件要素、適用されるべき刑罰規定が、記載されていなければならない(いわゆる公訴事実; 200条1項1文参照。詳細は Rn 354)。

[20] 公判の途中で被告人による別の犯罪が判明したときは、——裁判所による法的な指摘(265条)により——この犯罪を制限なく審判することができるのか、または、追起訴(266条1項)されなければならないか、という問題が生じる。この問題に重要であるのが、新たに判明した犯罪はなおも訴訟上の意味(264条1項)で起訴された行為であるといえるか、という点である。これが肯定される場合に限り、被告人の「さらに別の」犯罪を訴訟に取り込むことができる。訴訟上の行為概念は、刑訴法の中心的な概念である。これは、実体法上の罪数論の意味での行為概念(刑法52条, 53条)とは、区別されなければならない。

訴訟上の意味での行為とは、例えば、個別の実体法上の犯罪構成要件ではなく、「刑事訴追機関により(例えば、公訴において)表示された歴史的事象との間で、日常の視点から単一の事象を形成する限りでの、被疑者・被告人のすべての行動」である⁽⁵⁾(詳細は Rn 512以下)。

(5) BGHSt 45, 211, 212.

IV. 審問〔職権探知〕主義（特に244条2項）

[21] 審問主義では、事実を職権で探求し解明することにつき刑事訴追機関が義務を負うと理解される（155条2項，160条2項，244条2項）。職権主義または職権探知主義ともいわれる。

この点について、一部では、糺問主義という表現も使われている。しかし、この表現は、捜査機関と裁判官とが完全に一致した手続を示すべきものである（前述Ⅲ参照）。これに対し、審問主義は、捜査段階では警察および検察官が、手続の主宰が裁判所へ移った（起訴状が提出された）あとは裁判所が、すべてを解明しなければならない、という内容のものである。

審問主義と対をなすのが、民事訴訟で原則的に妥当する弁論主義である。これによると、どのような事実を裁判のため裁判所に提示するか、そしてどのような事実について証明を要するかを決定するのは、当事者のなすべきことである（形式的真実主義）。これに対し、刑事手続では、実際に起きた事実が解明されなければならない（実体的真実主義）。これに応じて、例えば、被告人の虚偽の供述は、裁判所を拘束しない。特に、免罪的証拠の取調べは、それに関する被告人の証拠申請に左右されない。

V. 裁判官による自由な証拠評価の原則（261条）

[22] 1. 裁判所は、証拠調べの結果について、審理の全体から形成されたその自由な心証によって判断する（261条）。

裁判官は、基本的に、どのような条件があれば事実が証明された（または、証明されていない）と判断すべきかというルールに、拘束されない。このような証拠法則（別の法領域からの先決問題にも妥当する：262条参照）は、かつてのものから転換されたものであり、歴史的にみて重要な成果である。ここでは、ゲルマンの刑事手続における神判、または、カロリーナ法典のルール（これによると、自白がないときは、「2人の証人の

口が真実を告げる」(カロリーナ刑事法典67条, 69条))を想起してほ
しい。

2. しかし、刑事法には、**例外的に証拠法則もおかれている**：例えば、公判の本質的な手続部分に対する違反は、**法廷調書によってのみ証明されう**
る(274条)。その他の証拠法則は、刑法190条にもみられる。

法律で明示に規定された証拠法則以外に、裁判官による自由な証拠評価の原則に対して、他の手続規定の解釈から導かれるような制限もある。特に、判例および学説から展開される**証拠使用禁止が重要である**⁽⁶⁾(この点について Rn 454以下)。

自由な証拠評価の原則に対する次の制限も、実務にとって非常に重要である：一定の権利を行使する機会が、この権利行使の形式および態様から被告人に不利な帰結を導くことになってはならない。

BGHSt 34, 324, 326：被疑者・被告人がその供述拒否権を行使した場合、自由な証拠評価の過程においても、この権利行使の事実を被疑者・被告人に不利な方向で評価してはならない。

BGHSt 41, 153, 154：犯行時刻にアリバイがあるとの主張は、それが虚偽であったとしても、防御行為として許される。したがって、アリバイ証明の失敗は、それ自体で被告人の犯人性を示す徴表とはならない。

VI. 口頭主義 (261条)

[23] 裁判所は、証拠調べの結果について、(口頭による)審理の全体から形成されたその自由な心証によって判断する(261条)。口頭主義は、訴訟対象がすべて公判において語られなければならない、ということの意味

(6) 同旨の見解として、Arzt, Peters-FS, S. 231.

する。判決は、裁判所、被告人、その弁護士、検察官、傍聴人が耳にすることができた事実のみ、基づくことができる。したがって、かつて普通法の時代に行われたような秘密かつ書面に基づく手続は、法治国家における公開の刑事訴訟に反するものとなる。被疑者・被告人がよりよく理解し、公衆による刑事司法の実効的なコントロールが行われることは、本原則の重要な利点である。書面による証明が行われる場合でも、口頭主義の遵守が求められる。249条1項によると、記録および証拠として用いられるその他の書面は、公判で朗読されなければならない⁽⁷⁾ (249条2項, 257 a 条, 420条の例外規定も参照)。

VII. 直接主義 (特に226条1項, 250条, 261条)

[24] 直接主義——公判でのみ妥当する——により、裁判所は、できる限り直接に (他の介在を受けずに)、事実に対する心証を形成しなければならない (261条参照)。そのために、まず、裁判所は、公判の全過程において中断なく在廷していることが必要である (226条1項)。公判の途中で裁判官が欠けることになったときは、すべての公判をやり直さなければならない。したがって、大規模な訴訟では、いわゆる補充裁判官が任命される (裁判所構成法192条2項)。

裁判所での事実の再現にあたっては、できる限り、事実に近い証拠が使用されなければならない。このことは、特に、証人尋問による証拠調べに関して重要である。複数の証人が可能であるとき、できる限り、事実を直接に体験した証人が選ばなければならない。他の人から聞いたことしか報告することができない証人 (間接証人または伝聞証人) は、あまり有益ではない。確かに、このような証人も、その者が聞いたことについて直接

(7) 批判的見解として, *Krahl*, GA 1998, 329.

に報告するという限りで、直接証拠であるともいいうる。しかし、直接の証人と間接的な証人の両方とも可能であるという場合、直接主義は、本来、直接的な証人を用いることを要請する。ただし、ドイツの刑訴法において、この原則は、絶対的なものとされているわけではない。したがって、裁判所は、「近い」証人と「遠い」証人とを「選択する機会」があるときには、自身の解明義務(244条2項)に反しない限りで、伝聞証人を選ぶこともできる⁽⁸⁾(詳細はRn 422)。

直接主義は、人的証拠(証人の尋問など)と書面による証拠(前に行った証人尋問の朗読など)との関係で、特に意味をもつ: 事実の証明が人の体験に基づくべきときは、公判で、その人を尋問しなければならない。尋問を、前に行った尋問を記載した書面の朗読、または書面による陳述の朗読によって代替することはできない(250条)。しかし、この原則も、251条以下により、多くの例外が認められている(この点についてRn 410以下)。

VIII. 無罪推定と「疑わしいときは被告人の利益に」の原則

[25] 疑わしいときは被告人の利益にという原則(プロ・レオ原則)は、2つの意味をもつ。第1に、罪のある被告人だけが処罰されるべきであり(責任主義)、第2に、被告人の罪責は、訴訟規定に則った手続において証明されなければならない(法治国家原則=基本法20条3項)。これにより、本原則は、実体法と訴訟法の両方の性格をあわせもつ。その法的根拠として、しばしば、欧州人権条約6条2項および刑訴法261条が援用される——プロ・レオ原則が、これらの規定で直接言及されているわけではないにも

(8) BGH NSTZ 2004, 50, この評釈として, *Winkler*, JA 2004, 276.

かかわらず、である⁽⁹⁾。261条によると、裁判所は、有罪判決を下す場合には、被告人の罪責について確信していなければならない。疑わしいときは、無罪とされなければならない。しかし、本原則は、裁判所が客観的に行為者の罪責について疑いを抱かざるを得ない場合には常に無罪とされる、という意味で理解されてはならない。被告人が無罪判決を下されるべきであるのは、公判裁判所がそのような疑いを実際に抱いている場合に限られる（この点について Rn 490）。〔また、〕本原則は、量刑に重要な事実にも適用される⁽¹⁰⁾。

罪責および刑罰問題以外の、刑訴法におけるプロ・レオ原則の適用範囲については、争いがある：

本原則は、訴訟条件に適用されうる。つまり、例えば、犯行がどの時点で実行されたかが不明であるとき、その犯行には時効が成立しているのではないかとの疑いは、被告人に有利にはたらく⁽¹¹⁾。ほかの訴訟係属および刑罰権消耗の問題⁽¹²⁾、告訴の存在（刑法77条以下）⁽¹³⁾ に関しても、同様である（この点について Rn 283）。

しかし、通説によると、その他の手続的瑕疵に関しては、プロ・レオ原則は適用されない⁽¹⁴⁾（Rn 117, 143, 180も見よ）。

(9) 深めるために, LR-Gollwitzer, MRK Art. 6, Rn 103; Eisenberg, Rn 116; Noack, Jura 2004, 539; Stuckenberg, C.-F., Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998; ders., ZStW 111 [1999], 422; ders. StV 2007, 655; Zopfs, J., Der Grundsatz "in dubio pro reo", 1999; 他の犯罪に関する確定力の問題について, EGMR NJW 2004, 43; BVerfG NStZ 2005, 204; BGH StV 2004, 415.

(10) BGH StV 2000, 556.

(11) BGHSt 47, 138, 147.

(12) BGHSt 46, 349, 352 u. Rn 279 f.

(13) 深めるために, Stuckenberg, JA 2000, 568.

(14) BGHSt 16, 164, 166.

IX. 迅速性の要請 (基本法20条3項, 欧州人権条約6条1項)

[26] 1. 刑事手続を迅速に行うとの要請は, 基本法2条2項2文, 法治国家原理 (基本法20条3項) から導かれる⁽¹⁵⁾。法治国家の要請は, 被疑者・被告人が相当な期間内に刑事上の非難について明確にされることを要求する。したがって, 被告人は, 「相当な期間内」に, 事件を担当する裁判所より, 聴取されなければならない (欧州人権条約6条1項1文)。期間の相当性に関して, その始まりから終わりまでのすべての経過に着目されなければならない。また, 被疑事実の重さおよび形式, 手続の規模および困難さ, 捜査の形式および態様, 手続の実施に伴う被疑者・被告人の負担の程度なども, 考慮されなければならない⁽¹⁶⁾。特に未決勾留が命じられる場合には, 本原則は, 裁判所の裁判が迅速に行われることを要求する (Rn 227)⁽¹⁷⁾。相当な期間は, 被疑者・被告人が捜査について正式に知らされた時点から始まり, 確定的な手続終結によって終わる⁽¹⁸⁾。その際, 欧州人権裁判所へ回付する手続がとられたことによる遅延は⁽¹⁹⁾, 連邦憲法裁判所での憲法抗告の時間と同様⁽²⁰⁾, 考慮に入れられなければならない。これに対して, 国家機関ではなく⁽²¹⁾, 第三者, 特に弁護士または被疑者・被告人自

(15) BVerfG NJW 2001, 2707; *Laue*, GA 2005, 648も参照。

(16) BGH NStZ 2003, 384; 2004, 504.

(17) BVerfG NJW 2006, 677; BGH StV 2008, 633; *Knauer*, StraFo 2007, 309; *Pieroth/Hartmann*, StV 2008, 276.

(18) BGH NStZ-RR 2001, 294; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 318; 個別における欧州人権裁判所の判例について, EGMR StV 2001, 489 (Metzger 事件), この評釈として, *Imme Roxin sowie Kühne*, StV 2001, 529; EGMR NJW 2006, 1645; *Laue*, Jura 2005, 89.

(19) BGH wistra 1998, 344, この評釈として, *Satzger*, JA 1999, 367; *ders.*, S. 666 ff; 全体の問題について, *Krehl/Eidam*, NStZ 2006, 1; *Scheffler*, U., Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991.

(20) EGMR StV 2009, 561 (*Krehl* の評釈付き)。

(21) この点について, BGH StV 2009, 693.

身によって遅延が引き起こされた場合、法治国家に反する手続遅延ではない⁽²²⁾。もっとも、新たな（問題のある）判例によると、そのような遅延は、個別の手続的権利をその濫用を理由として制限することのきっかけとされるようになってきている⁽²³⁾（この点について Rn 126a, 150, 452参照）。

支配的な判例によると、刑事手続が長期に及んだことは、基本的に、手続障害とはならない。したがって、刑事手続が不相当に長期化したとしても、それは、260条3項によって打ち切られるべき場合に当たらない。以前は、裁判所は、手続期間が長期化したことを、量刑の範囲で減刑的に考慮すべき事情であるとしてきた⁽²⁴⁾。しかし、BGHSt 52, 124（大刑事部）⁽²⁵⁾以来、判例は、いわゆる執行的解決を主張している。これによると、手続遅延は、確かに、量刑の範囲で、一般原則に従って考慮されるべきものではあるが⁽²⁶⁾、国家による誤りの本来的な調整は、——未決勾留の場合（刑法51条1項1文、4項2文）と同様に——刑罰執行の範囲で、執行刑への算入によって図られることとなる。すでに執行されたとされる刑の範囲の算定にあたっては、遅延の範囲、遅延に至った誤りの重さ、被告人への影響が考慮されなければならない。もっとも、判例は、すでに以前から、極端な事例においては、手続遅延の程度が特に重く、これに伴う被疑者・被

(22) BVerfG NStZ-RR 2005, 346 ; BGH wistra 2006, 25 ; OLG Naumburg StraFo 2008, 205 ; KG StV 2009, 534.

(23) 例えば, BVerfG StV 2007, 366 ; KG StV 2009, 577 (Schlothauer の批判的評釈付き) ; 同じく批判的見解として, B. Schmidt, StraFo 2008, 313, 317 ; Tepperwien, NStZ 2009, 1, 5 ; Wohlers, in : Jahn/Nack, S. 42.

(24) BGHSt 24, 239 ; 35, 137, 141 ; BGH StV 1999, 206.

(25) 批判的評釈として, Gaede, JZ 2008, 422 ; vgl auch Ignor/Bertheau, NJW 2008, 2209 ; Kraatz, JR 2008, 189 ; Leipold, DAV-FS, S. 636 ; Imme Roxin, StV 2008, 14 ; dies., Volk-FS, S. 617 ; Salditt, StfaFo 2007, 513 ; Scheffler, ZIS 2008, 269 ; Streng, JZ 2008, 979 ; Ziegert, StraFo 2008, 321.

(26) BGH StV 2009, 638.

告人の負担が大きいため、法治国家の要請は、刑事訴追への正当な利益を消滅させ、刑事手続の継続が法治国家としてもはや甘受することができない、つまり手続障害が認められるべき場合があるとしている⁽²⁷⁾。極端な事例では、153条2項⁽²⁸⁾または153a条2項⁽²⁹⁾、あるいは206a条1項⁽³⁰⁾による手続打切りも問題となる。しかし、迅速性の原則に対する違反の程度がさほど重くない場合には、判決理由において、法治国家に反する手続遅延を明示で認定し、その調整を図ることで足りる⁽³¹⁾。有罪判決の場合には、一般的量刑の範囲で考慮することも可能である。しかし、無罪判決の場合、ドイツでは、手続が長期化した場合の精神的損害に対する調整のための十分な法規定が欠けている。したがって、欧州人権裁判所は、すでに金銭による損害賠償請求権を、欧州人権条約41条によって認めている⁽³²⁾。

2. 迅速性原則は、公判では、特に集中審理原則のかたちで意味をもつ。すべての公判が、1個のユニットである。これに応じて、中断の機会も制

(27) BVerfG NStZ 1984, 128; BVerfG NJW 2003, 2897; BGHSt 46, 159, 171 f; この点について, *Kempf*, StV 2001, 134; BayObLG StV 2003, 375 (*Imme Roxin* の評釈付き); OLG Schleswig StV 2003, 379; OLG Saarl. StV 2007, 178; LG Waldshut-Tiengen StV 2006, 406; 以下も参照, *Hillenkamp*, JR 1975, 133; *ders.*, NJW 1989, 2841; *Roxin, Imme*, S. 243.

(28) BGHSt 46, 159, 169, この評釈として, *Ostendorf/Radke*, JZ 2001, 1091; BGH NStZ 1996, 506; すでに同旨の見解として, LG Aachen im Contergan-Beschluss, JZ 1971, 507.

(29) LG Frankfurt NJW 1997, 1994.

(30) OLG Stuttgart JR 1994, 81 (*Meurer* の批判的評釈付き); OLG Düsseldorf StV 1995, 400.

(31) EGMR StV 2005, 475; BGHSt (GrS) 52, 124, 146; BGH StV 2008, 633, 635, この評釈として, *Scheffler*, StV 2009, 719; BGH StV 2009, 692; 批判的見解として, *Gaede, Fezer-FG HRRS*, S. 21, 40.

(32) EGMR StV 2009, 519; *Broß*, StraFo 2009, 10; *Volkmer*, NStZ 2008, 608.

限される（228条1項1文後段，229条1項）。長期間遅延した場合には，手続の停止が必要となる（228条1項1文前段，229条4項）。後者の場合，公判は，すべてにわたって更新されなければならない（Rn 381）。

X. 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）

[27] 公開主義は，基本的に誰もが口頭による公判に在廷することができる，ということの意味する。これによって，特に，公衆による手続のコントロールが保障される。

しかし，本原則は，私的領域の保護，国家の治安や公序良俗の危殆化，証人の保護されるべき内的領域の危殆化，その他類似の重要な理由から，多くの例外が認められている（詳細は，裁判所構成法169条2文，170条以下および Rn 376以下）。

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）

[28] 判例は，多くの場面で，刑事手続に関与する者の権利ないし義務を基礎づけるために，「フェア・トライアル (fair trial)」の原則，すなわち，公正な刑事手続の要請を，直接に援用している。本原則を——連邦通常裁判所と同様に³³——法治国家原理の帰結として援用し，または，それを基礎づけるために，基本法1条1項，2条2項2文，20条3項，101条1項2文，103条1項，欧州人権条約6条1項1文のすべてを参照することができる³⁴。

もっとも，現在まで，この訴訟原則の射程範囲は，完全には解明されていない。特に，本原則はどのような場合に特定の訴訟行為を命じるのか，

³³ BGHSt 32, 345, 350 ; BGHSt 37, 10, 13.

³⁴ BVerfG NJW 2001, 2245 ; 深めるために，Geppert, Jura 1992, 597 ; Hartmann/Apfel, Jura 2008, 495 ; SK-Rogall, Vor § 133 Rn 100 ff.

また個別事例においてどのような帰結が導かれるべきであるのかという問題について、である。この間に、連邦通常裁判所も、的確に、このような不明確な憲法原理があいまいなまま適用されることによって、制定法への拘束が緩み、不安定な法適用が促進されてしまうと警告している⁽³⁵⁾。したがって、本原則に対する違反は、原則として訴訟障害を基礎づけない⁽³⁶⁾（この点の詳細は Rn 289c）。

いくつかの裁判例が、その例として挙げられる。そこでは、フェア・トリアル原則から、次のような具体的な法律効果が導かれている⁽³⁷⁾：

BGHSt 53, 294：未決勾留における居房内での親密な間柄における会話が密かに傍受された事案で、証拠使用禁止。

BVerfG StV 2008, 1：被疑者・被告人には、手続主体として、実践的にも、自身の権利行使のために手続の進行および結果に影響を及ぼす機会が与えられなければならない〔とした〕。

BVerfG JR 2008, 73：量刑判断にあたり、裁判所には、的確に調査された、完全かついまなお有効な量刑事実が使用できるのでなければならない〔とした〕（上告の事案であった）。

BVerfGE 39, 238, 243：刑事手続において信頼する弁護士から弁護を受けるという、被疑者・被告人の権利。

EGMR StV 2003, 257 (*Allan* 事件)⁽³⁸⁾；BVerfG NStZ 1995, 555；BGHSt 38, 214, 220：被疑者・被告人の黙秘権。

(35) BGHSt 40, 211, 217 f.

(36) BGHSt 42, 191, 193；この点について、*Beulke/Satzger*, JuS 1997, 1074.

(37) 深めるために、*Bottke*, Müller-Dietz-FS, S. 73；*Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007；*ders.* StV 2006, 599；*Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175；*Renzikowski*, Lampe-FS, S. 791；*Rzepka*, D., Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000.

(38) *Gaede* の評釈付き；この点について、*Esser*, JR 2004, 98もある；同旨の見解として、EGMR JR 2005, 423 (*Weh* 事件) (*Gaede* の評釈付き)。

EGMR StV 1997, 617 (*van Mechelen* 事件)：証人として出廷した秘密調査員に対して、裁判所の前でできる限り直接に質問することができるという、被告人の権利。

EGMR NJW 2003, 2893：有罪判決を、被告人が捜査手続の過程でまたは公判の中で質問しまたはさせることができなかつた証人の供述のみに、またはそれに決定的に基づかせることの禁止³⁹⁾。

BGHSt 45, 321, 335 (EGMR StV 1999, 127 (*Teixeira de Castro* 事件) に接続して)：犯罪の嫌疑がなくまたその傾向もなかつた人に対して、公務員から投入された秘密連絡員(スパイ)から犯罪の実行がそそのかされた場合、そのことは、法律効果の決定にあたって相殺されなければならない〔とした〕。

BGHSt 46, 93, 100：弁護人のいない被疑者・被告人にすでに捜査手続において国選弁護人を任命し、これによって裁判官から尋問される負罪的証人に対して質問できるようにすることの必要性。

EGMR NJW 2004, 43 (*Böhmer* 事件)：保護観察のための執行猶予を、被疑者・被告人がまだ確定して有罪とはされていない犯罪を理由に取り消すことの禁止。

XII. 法律に基づく裁判官の原則(基本法101条)

[29] 特別裁判所(Ausnahmegericht)は、許されない。何人も、法律に基づく裁判官から切り離されてはならない。特別の専門領域に関する裁判所は、法律に基づいてのみ設置できる(基本法101条)。つまり、法律に基づく裁判官の原則は、刑事裁判所の管轄に関する客観的かつ一般的なルールを要求する⁴⁰⁾。審判権限は、事前に定められていなければならない。これによって、この領域における不当な操作が排除されることになる⁴¹⁾。これに応じて、刑訴法および裁判所構成法は、場所的、事物的、機能的な管

³⁹⁾ BGH JR 2005, 247 (*Esser* の評釈付き) も見よ。

⁴⁰⁾ BVerfGE 95, 322, 327.

⁴¹⁾ 深めるために, *Sowada*, S. 136.

轄を定めている（この点の詳細は Rn 34）。

XII. 法的聴聞の原則（基本法103条1項）

[30] 何人も、裁判所の前で法的聴聞を受ける権利を有する（基本法103条1項）。この権利の内容は、対象者には、自身に対する非難について裁判所に向けて発言すること、申立てを行うこと、陳述することの機会が与えられなければならない、そして、裁判所はその陳述を聞き、判断に取り込まなければならない、ということである⁽⁴²⁾。法的聴聞の原則は、一連の刑訴法規定に具体化されている。例えば、被告人には、常に、最終陳述の機会が与えられる（258条2項）（その他の例として、特に、33条、33 a 条、115条、136条、163 a 条1項、201条、243条4項、257条、265条、356 a 条）（この点について Rn 120, 313）。

[31] 事例4の解決：解答は、前述 Rn 15で列挙したことから導かれる。

[32] 事例5の解決：Aに対する捜査手続の開始は、妻Eの意のままとはならない。警察は、自身が知った情報を管轄の検察官に知らせる義務を負う（163条）。検察官は、犯罪（謀殺または故殺未遂罪）を訴追しなければならない（起訴法定主義=152条2項）；詳細は、前述 Rn 17を見よ。

[33] 事例6の解決：Aは、12年前（1987年から1999年）から、自身に対する手続を認識している。裁判所は被疑事実の重大性をはっきり否定しているという事情を考えると、本事案では、迅速性の要請（基本法20条3項）に対する明白な違反が生じている。現在の判例によると、手続が長期化したことの相殺は、執行的解決によってのみ行われる。しかし、例外的に、手続の継続が法治国家原則からしておよそ許されない、という場合もあり

⁽⁴²⁾ BVerfGE 6, 19, 20 ; 64, 135, 144 ; BVerfG NJW 2004, 1519.

うる。具体的事案では、地裁は、正当にも、手続遅延はこの程度に及んでおり、手続が打ち切れなければならないと判断した。連邦通常裁判所 (BGHSt 46, 159) は、特別な事案であることを理由にこの解決を承認した (手続打切りの訴訟上の具体化について、後述 Rn 287, 290以下) ; 詳細は、前述 Rn 26を見よ。

§ 3 裁判所の構成と管轄

事例 7 :

- a) 刑事事件の審判について重要な事物管轄を、簡潔に叙述せよ。
- b) 刑事手続の判決に対する上訴については、誰が裁判するのか。[Rn 60]

事例 8 : A は、住居侵入窃盗 (刑法242条, 243条1項1号) の罪を犯した。検察官は、2年までの自由刑を予測して、刑事裁判官に宛てて起訴した。刑事裁判官は、事件を検察官と同様に考え、公判開始を決定した (203条)。公判で、Aにはすでに同様の犯行で複数の前科があることが判明したため、刑事裁判官は、少なくとも3年の刑が妥当であると考えた。刑事裁判官は、その判断に応じた裁判をすることができるか。または、事件を参審裁判所に送致しなければならないか。[Rn 61]

事例 9 : A に対して、3人の職業裁判官と2人の参審員で構成される刑事部が、公判において (2人の職業裁判官が反対したが) 勾留を命じた (112条, 125条2項)。再三にわたって公判が中断された間に (229条)、勾留に反対した2人の職業裁判官は、勾留命令を破棄するよう促した。同人らは、少なくとも現在は、勾留条件がもはや満たされていないと考えたのである (120条)。勾留破棄は、参審員の関与なく行うことができるか。ヒントとして、勾留破棄の裁判に関しては、刑事部が管轄をもつ (126条)。刑事部は、単純多数をもって裁判する (裁判所構成法196条1項)。[Rn 62]

I. 法律に基づく裁判官の原則

[34] 基本法101条1項2文により、何人も、法律に基づく裁判官によって裁判を受ける。ここで「法律に基づく裁判官」とは、法律およびこれを補足する裁判所の業務分担計画によって、一般的かつ事前に決定されている裁判官のことをいう。すなわち、基本法101条1項2文は、基本権に類似した権利⁽¹⁾として、国家が、刑事手続法および裁判所組織法によって事前に、すべての想定可能な法律事件に関して抽象的に、どの裁判所が当該事件について審判すべきかを規定していることを、保障する。

[35] ドイツの裁判所構成法は、この点に関して、極めて複雑な基準を採用している(犯罪の性質、刑の予測、事件の意味など)。これにより、管轄の問題について、常に、数学のような厳密な解答を導くことは難しい。複数の結論が想定されうる限りで、刑事訴追機関(特に、訴追機関としての検察官)における判断の誤りがどの時点から本原則に対する違反と位置づけられるべきかが、問題となる。およそ支配的な見解によると、裁判体が法律に反して決定されたことが単なる手続上の誤り(形式的なミス)に基づくものであった場合には、基本法101条1項2文の違反は否定される。客観的に恣意的な措置、つまり、およそ実質的な判断に基づかない場合に限り、本原則に対する違反と認められる⁽²⁾。

(1) BVerfGE 40, 356, 360 f; BVerfG StV 2005, 1.

(2) BVerfGE 30, 165, 167; BVerfG StV 2009, 673; BGHSt 43, 53, 55, この点で批判的な評釈として, *Renzikowski*, JR 1999, 166; BGHSt 47, 116, 119; BGH NStZ 2009, 579.

II. 管轄の方式

1. 事物管轄

[36] 事物管轄とは、どの裁判所（区裁判所、地方裁判所など）が刑事事件の第1審について管轄をもつか、という問題を対象とする。1つの裁判所内で複数の裁判体（個別の部）があり、各々が第1審として活動できるときは、事物管轄は、それらが異なった法的効果を伴う権限をもつ限りで（例えば、区裁判所における単独裁判官と参審裁判所）、この裁判体のうちでどこが管轄をもつのか、という問題も対象とする。6条によると、事物管轄は、手続のすべての段階で、職権で審査されなければならない。もっとも、269条によると、裁判所は、事件が下級裁判所の事物管轄に属することを理由として、管轄違いの裁判をすることはできない。ただし、上級裁判所の管轄に関して、およそ実質的な理由が欠ける場合は除く（恣意に基づく限界について Rn 35）。起訴を受けた裁判所が上級裁判所の事物管轄であると判断したときは、公判開始前は209条2項、公判外では225 a 条1項、公判中であれば270条1項により、その判断に基づいた措置をとる。

2. 土地管轄

[37] 土地管轄（7条以下）は、事物管轄をもつ複数の裁判所のうちで、場所的観点からの選択を対象とする。これは、16条により、公判が開始されるまでに職権で審査されなければならない。その後は、裁判所は、被告人の異議申立てに基づいてのみ、その管轄違いの裁判をすることができる。被告人は、公判における事件に関する自身の尋問が始まるまでに、この異議を申し立てなければならない。

3. 機能的管轄

[38] 機能的管轄は、法律で定められてはいない。この概念には、事物管

轄および土地管轄に関する規定によっては解消できない、あらゆる管轄問題が含まれる。例えば、次のようなものである。

- 上訴裁判所の管轄⁽³⁾
- 同じ科刑権限をもつ裁判体間での管轄分割（一般の刑事部と経済部⁽⁴⁾など）
（この点について6 a条参照）
- 裁判体内部での任務分担（裁判長による審理の主宰=238条1項など）
- 捜査手続における捜査判事の管轄（勾留状の発付=125条など）

Ⅲ. 第1審の管轄および裁判体の構成

[39] 裁判所の事物管轄は、裁判所構成法によって定められる（刑訴法1条）。

1. 区裁判所

区裁判所（AG）は、裁判所構成法24条1項により、特に次の場合には管轄をもたない

- 陪審裁判所または国家保護部の、あるいは高等裁判所の必要的管轄が基礎づけられる場合（1号）
- 4年を超える刑が予測される場合（2号）
- 検察官が、証人となる犯罪被害者の特別の要保護性、事件の特別な規模または特別な意義の理由から、地方裁判所に起訴した場合（3号）⁽⁵⁾

区裁判所の裁判体は、刑事裁判官および参審裁判所である。これらの裁

(3) BGHSt 25, 51, 53; LR-Erb, Vor § 1 Rn 9.

(4) BGH StV 2009, 509; KK-Fischer, § 1 Rn 5; 異なる見解として, M-G, Vor § 1 Rn 4: besondere Zuständigkeit.

(5) 深めるために, Heghmanns, DRiZ 2005, 288.

判体は、第1審としての管轄のみをもつ。

a) 刑事裁判官は、単独裁判官として、軽微な犯罪について裁判する。すなわち、裁判所構成法24条1項1号ないし3号により、そもそも区裁判所が管轄をもち、かつ、裁判所構成法25条により次のような軽罪が対象となる場合である：

- 私訴の方法で訴追されるもの（これについて374条）
- 2年を超える自由刑が予測されないもの

個別事例では、刑の予測が誤りであると判明する場合もある。その場合、単独裁判官の科刑権限は、4年までの自由刑である（裁判所構成法24条2項）。つまり、この場合に限り、単独裁判官は、より重い刑（4年まで）を科することもできる。これによると、刑事裁判官が単独裁判官としてすでに公判の開始を決定したときは（Rn 2, 357）、前に誤って刑を低く予測してしまったことを理由として、事件が参審裁判所へ送致されることはない。

[40] 参審裁判所は、裁判所構成法29条1項により、1人の職業裁判官と2人の無給裁判官（参審員）により構成される。立法論として、参審員として素人が関与することを維持すべきか否かは、争いがある⁽⁶⁾。特に大規模な事件では、——通常は検察官の申立てに基づいて——追加の職業裁判官が関与することもある（裁判所構成法29条2項=いわゆる拡張された参審裁判所）。公判外での裁判には、参審員は関与しない（裁判所構成法30条2項）。

参審裁判所は、中間的な犯罪について裁判する。その際、事物管轄は、積極的に規定されてはならず、裁判所構成法28条により、消極的な区別か

(6) *Duttge*, JR 2006, 358; *Lilie*, Rieß-FS, S. 303; 日本の状況について, *Kato*, *Hokei Ronshu*, The Journal of the Faculty of Law, Aichi University, Nr 170, Februar 2006, S. 1.

ら導かれることになっている。すなわち、そもそも区裁判所が管轄をもち(裁判所構成法24条1項1号ないし3号=特に4年までの刑罰が予測されること)、かつ、裁判所構成法25条により刑事裁判官に管轄がない場合(特に2年を超える刑罰が予測されること)である。

当初から2年までの自由刑のみが問題となるような場合、参審裁判所への起訴は、恣意的であると評価される(Rn 35)。

つまり、簡潔に述べると、刑事裁判官は、原則として、2年までの刑が予測される軽罪について裁判し、参審裁判所は、2年を超えて4年までの刑が予測される軽罪、ならびに、4年までの刑が予測される重罪について裁判する。

2. 地方裁判所

[41] a) 地方裁判所における裁判体は、刑事部とよばれる。このうち、第1審の裁判に管轄をもつ裁判体は、大刑事部である。

裁判所構成法76条1項1文によると、大刑事部は、3人の職業裁判官と2人の参審員で構成される。公判外の裁判には、参審員は関与しない(裁判所構成法76条1項2文)。大刑事部は、陪審裁判所として裁判するのではなく(Rn 43)、3人の職業裁判官の関与が事件の規模または困難さを考えると必要ないと判断するときは、公判の開始に際して、公判では2人の職業裁判官と2人の参審裁判所で構成することを決定する。事件の規模または困難さのために3人の関与が必要的であるか否かという問題に関して、裁判所には、確かに自由裁量はないが、その評価については広く判断が委ねられている。構成を限定する決定は、第1審手続においてそれ独自で異議を申し立てることはできず⁽⁷⁾、原則として、裁判所の判断に拘束され

(7) BGHSt 44, 328, 331; BGH StV 2004, 250; 深めるために, SK-Degener, § 76 GVG Rn 6 ff.

る⁽⁸⁾。大刑事部の伝統的な構成を変更する可能性は、現在の法律状況によると、2011年12月31日までの期限付きである（司法の負担を軽減するための法律15条2項参照）。それ以後は、終局的なルールが定められるべきである〔訳注：この問題については、連邦下院が、2011年12月6日に、連邦上院の同意を得たうえで、裁判所構成法を改正するというかたちで解決を図ったのであるが、構成に関する規定の内容は、基本的に変更されなかった。BGBl 2011 I, S. 2554〕。

[42] b) 大刑事部の事物管轄は、特に次の事例群を含む：

- 区裁判所および高等裁判所に管轄がないすべての重罪（裁判所構成法74条1項1文）、すなわち、特に4年を超える自由刑が予測される重罪（裁判所構成法74条1項1文準用24条1項2号）
- その他、4年の自由刑を超えることが予測されるすべての犯罪（特に軽罪）（裁判所構成法74条1項2文前段）
- 軽罪および重罪で、検察官が、証人となる犯罪被害者の特別の要保護性、事件の特別な規模または特別な意義の理由から、地方裁判所に起訴した場合（裁判所構成法74条1項2文後段準用24条1項3号）

「特別な意義」は、事実的または法律的理由から平均的な刑事事件に比べてその重要性が高い場合に、肯定される⁽⁹⁾。それは、特に、法違反の程度、犯罪の影響、メディアや社会の利益⁽¹⁰⁾、被告人の職業上の地位⁽¹¹⁾、連邦通常裁判所による迅速な解明を可能とすべき要請⁽¹²⁾、といったことから導かれうる。しかし、検察官および公判

(8) 非変更性の例外について、BGHSt 53, 169（評釈として *Freuding*, NStZ 2009, 611）。

(9) 包括的な文献として、*Sowada*, S. 527 ff

(10) BGHSt 44, 34, 36（ビーバー運搬に反対する、グリーンピース＝鉄道封鎖）。

(11) OLG Zweibrücken StraFo 2003, 242（*Michel* の評釈付き）。

(12) BGHSt 43, 53, 58, この点で批判的な評釈として、*Renzikowski*, JR 1999, 168 および *Bernsmann*, JZ 1998, 631.

開始を決定した裁判所が、恣意的にはなくその意義の評価を誤った場合、これは、上告理由とはならない (Rn 35)。

[43] c) 一般の大刑事部とは区別されなければならないのが、特別(大)刑事部である。これは、特定の犯罪類型に管轄をもつものであるが、その構成および科刑権限については、一般刑事部と異なる。

aa) まず、これに該当するのが陪審裁判所である⁽¹³⁾。この裁判所は、裁判所構成法74条2項により、そこに列挙された重大犯罪(例えば、謀殺罪・故殺罪、傷害罪、監禁罪、強姦罪、各種致死罪)について管轄をもつ。

bb) 裁判所構成法74c条により、経済事犯については、経済刑事部としての刑事部が管轄をもつ。この裁判所は、複数の地裁管轄に共同で管轄をもつこともある(裁判所構成法74c条3項)。

cc) 裁判所構成法74a条により、国家保護犯罪については、その管内に高等裁判所が所在する地方裁判所の(特別)刑事部が、共通する高裁管轄区に関して管轄をもつ。

3. 高等裁判所

[44] 高等裁判所(OLG; ベルリンはKG)における裁判体は、裁判部とよばれる。高等裁判所は、第1審として裁判する場合、3人または5人の職業裁判官によって構成される(詳細は裁判所構成法122条2項参照)。高等裁判所(その管内に各州の政府が所在する限りで)の第1審管轄は、特別の意義があるため連邦検事総長が訴追を引き受ける(いわゆる引取り権限)場合において、裁判所構成法120条1項に列挙されたすべての国家保護犯罪、ならびに、裁判所構成法120条2項に列挙された犯罪(例えば、ドイツ国の存在を脅かすために決意され、それに向けた殺人罪または放火

(13) M. Huber, Jus, 2009, 406.

罪など——極右主義者による犯罪の場合も肯定される)を含む⁽¹⁴⁾。

バイエルン州で裁判所構成法施行法9条の特別規定に基づいて設置されたバイエルン上級地方裁判所(BayObLG)は、この間に廃止された。

4. いわゆる「可動的管轄」の問題

[45] 前述したとおり(Rn 34)、「法律に基づく裁判官」は、確かに、想定可能なあらゆる法律事件に関して、客観的に確定されなければならないが(基本法101条1項)、しかし他方で、私たちの刑訴法は、検察官に対し、限定的な範囲においては、起訴する裁判体に関して選択の機会を与えている。特に、以下の事例群が問題となる：

裁判所構成法24条1項3号、74条1項2号により、検察官は、事件の特別の意義を理由に、区裁判所ではなく、地方裁判所(大刑事部)に起訴することができる(Rn 42)。裁判所構成法74a条の意味での国家保護犯罪、ならびに、その他いくつかの犯罪については、高等裁判所の第1審管轄は、連邦検事総長が「特別の意義」を理由に訴追を引き受けるか否かによって決まる(Rn 44)。

長い間、この選択の機会が基本法101条1項2文、裁判所構成法16条2文(法律に基づく裁判官の規定)に適合するか否かが、争われてきた。連邦憲法裁判所⁽¹⁵⁾は、この管轄ルールは合憲であると判断している⁽¹⁶⁾。

その理由として、次の点が挙げられる：

(14) BGHSt 46, 238, 250 f (Eggesin 事件. 評釈として *Schroeder*, JR 2001, 391 および *Welp*, NStZ 2002, 1); BGHSt 53, 128, 140; BGH NStZ 2008, 146 (評釈として *Jahn*, Jus 2008, 274).

(15) BVerfGE 9, 223, 226; 22, 254, 260.

(16) 批判的見解として, *Arnold*, ZIS 2008, 92; *Eisenberg*, NStZ 1996, 265; *Hellmann*, Rn 389; *Herzog*, StV 1993, 609; *Sowada*, S. 590.

- 検察官は、自由裁量をもつものではない。条件が備わっているときは、検察官は、上級裁判所に起訴するよう義務づけられるため、「選択の機会」など存在しない。
- 検察官の裁定は、裁判所による規制に無条件で服する(209条；検察官の裁量権はない)。これにより、起訴を受けた裁判所は、下級裁判所で公判を開くことも、また上級裁判所に送致することもできる。

裁判所構成法30条2項、76条1項2文により、公判外で参審員の関与なく裁判を行う機会(Rn 40以下)は、「可動的管轄」の場合ではない。基本法101条2項は、管轄の裁判官が主観的評価を離れて事前に決定されることを要求しているので⁽¹⁷⁾、裁判所構成法30条、76条1項2文は、公判開始後は、公判の内または外のいずれで裁判するかは、裁判所の自由な判断に委ねられるものでないというかたちで、合憲的に解釈されなければならない。むしろ、裁判は、必然的理由(極端に急を要するなど)で公判外の裁判が必要という場合を除いて、原則として公判内で行われなければならない⁽¹⁸⁾。反対説によると、公判が中断されると、——中断の理由を問わず——いつでも公判外で裁判できることになってしまうであろう⁽¹⁹⁾。

(17) BVerfGE 95, 322, 330.

(18) BGHSt 43, 91 (評釈として *Dehn*, NStZ 1997, 607); OLG Koblenz StV 2010, 36 und 37 (*Sowada* の支持する評釈付き); *Katholnigg*, § 30 Rn 3; *Kunisch*, StV 1998, 687; *Schlothauer*, StV 1998, 144; *Müller, R.*, Zur Frage der richterlichen Zuständigkeit bei Entscheidungen zwischen Beginn und Ende der strafprozessualen Hauptverhandlung, Jur. Diss. Passau, 2003; 公判開始後の勾留裁判における参審員の例外的関与について, *Helm*, JA 2006, 302; *Sowada*, NStZ 2001, 169.

(19) OLG Hamburg NJW 1998, 2988 (この裁判例による解釈は、連邦憲法裁判所より合憲であると判示されている = BVerfG NJW 1998, 2962); OLG Hamm StV 1998, 388; OLG Köln NStZ 2009, 589 (*Krüger* の評釈付き); Thür OLG StV 2010, 34; *Bertram*, NJW 1998, 2934; *Foth*, NStZ 1998, 421; 詳細に分析するものとして, LR-*Hilger*, § 125 Rn 16a.

5. 併合

[46] 関連する事件がそれぞれ異なる審級の裁判所の管轄に属するときは、これらを、上級審としての管轄をもつ裁判所に併合して係属させることができる(21条)。同一または同級の裁判所の管轄にあたる刑事事件は、なおのこと、併合することができる。

併合のため必要な関連性は、次のような場合に認められる：

- 人的関連性、すなわち、1人の人が複数の犯罪を追及される場合(3条前段)
- 物的関連性、すなわち、1個の行為について複数の人が正犯、共犯、または犯人庇護罪、処罰妨害罪、盗品等関与罪によって追及される場合(3条後段)
- 複合的関連性、これは3条に明示されていないが、規定の趣旨から把握される⁽²⁰⁾

例：Aが故殺罪、Bがその幫助犯で陪審裁判所に起訴された場合(物的関連性)、Aがこれとは別に実行した単純窃盗罪も、人的関連性があるため、この陪審裁判所に起訴することができる。

いったん併合された手続は、合目的性の理由から、いつでも再び分離することができる(2条2項)。しかし、分離される部分は、常に、訴訟上独立の行為(Rn 20, 512)でなければならない⁽²¹⁾。

IV. 上訴事件における管轄

1. 上訴審としての地方裁判所

a) 控訴(312条以下)

[47] (常に第1審である)区裁判所の判決(刑事裁判官および参審裁判所による)に対しては、控訴が許される(312条)。ただし、軽微事犯では、

(20) 例えば、M-G, § 3 Rn 4を見よ。

(21) BGH NStZ 2002, 105; 深めるために、Rotsch/Sahan, JA 2005, 801.

控訴裁判所による受理が必要である(313条)。控訴については、地方裁判所が裁判する。

控訴審の管轄は、いわゆる小刑事部にある(裁判所構成法74条3項準用の76条1項1文)。小刑事部は、1人の職業裁判官と2人の参審員とで構成される。1993年以後、小刑事部は、参審裁判所の判決に対する控訴審としても、管轄をもつ。拡張された参審裁判所(裁判所構成法29条2項。Rn 40)の判決に対する控訴に際しては、第2の職業裁判官が関与しなければならない(裁判所構成法76条3項1文)。この裁判官は、公判外では——参審員と同様に(裁判所構成法76条1項2文)——関与しない(裁判所構成法76条3項2文)。

b) 抗告(304条以下)

[48] 裁判所構成法76条1項1文準用の73条により、区裁判所裁判官の処分および区裁判所(刑事裁判官ならびに参審裁判所)の裁判に対する抗告については、常に、大刑事部が裁判する⁽²⁾。裁判は公判外で下されることから(309条1項)、素人裁判官は、そこには関与しない(裁判所構成法76条1項2文)。

2. 上訴審としての高等裁判所

[49] a) 高等裁判所が上告審または抗告審として活動する場合、裁判部(裁判所構成法116条1項)が、3人の職業裁判官の構成によって裁判する(裁判所構成法122条1項)。

[50] b) 高等裁判所は、刑事部の控訴審判決に対して不服が申し立てられた場合、上告審として管轄をもつ(裁判所構成法121条1項1b号)。

さらに、高等裁判所は、区裁判所の第1審判決に対する跳躍上告に関し

(2) M-G, § 76 GVG Rn 7.

ても、管轄をもつ（335条2項、裁判所構成法74条3項、121条1項1b号）。

高等裁判所は、例外的に、大刑事部の第1審判決に対する上告に関して、管轄をもつ。すなわち、上訴がもっぱら州法の違反に基づいている場合である（裁判所構成法121条1項1c号）。

[51] c) さらに、高等裁判所は、地方裁判所の裁判に対して通常抗告（304条）、即時抗告（311条）、その他の抗告（310条）によって不服が申し立てられた場合に、その事後審査の管轄をもつ（裁判所構成法121条1項2号。その他の抗告管轄について裁判所構成法121条1項3号参照）。

[52] d) 高等裁判所は、自身の裁判に際して他の高等裁判所または連邦通常裁判所の裁判例と異なる判断を行おうとするときには、——裁判所構成法121条2項で定められた範囲内で——事件を連邦通常裁判所に回付しなければならない。この回付義務によって、判例の統一性が保障される。

3. 上訴審としての連邦通常裁判所

[53] a) 連邦通常裁判所の裁判体は、裁判部とよばれる（裁判所構成法130条）。裁判部は、上告に関して、5人の裁判官の構成で裁判する（裁判所構成法139条1項）。

[54] b) 連邦通常裁判所は、刑事事件においては、まず、裁判所構成法135条1項により、第1審としての高等裁判所の判決に対する上告に関して管轄をもつ（国家保護犯罪など。Rn 44）。また、連邦通常裁判所は、裁判所構成法135条1項準用121条1項1c号により、地方裁判所の大刑事部による（常に第1審の）判決に対する上告に関して管轄をもつ——ただし、上告が州法違反のみに基づく場合を除く。特に、刑法および刑訴法は連邦法であるから、大刑事部の判決に対する上告については、原則的に、連邦通常裁判所が管轄をもつ。

重大な犯罪に関しては、第1審の裁判のあとは、もはや連邦通常裁判所による1回の法的コントロールしか残されていないのに対して、軽微な犯罪に関しては、第2の事実審を含めて3階級の裁判が予定されていることは、一見すると不思議に感じる。この点は、大刑事部の裁判では、3人の職業裁判官と弁護人の必要的な関与(140条1項1号)によって特に確実な事実認定が期待されうる、ということによって正当化される。そして、法適用の統一性を確保するためには、實際上、連邦通常裁判所への上告の機会があれば十分である。しかし、多くの手続において、事実審に限定されていることは、非常に問題のあることが示されている。他方で、たいいていの大規模な手続に際しては、第2の事実審の保障は、実践的に実現不可能である。軽微な犯罪における付加的な審級は、およそ、この領域における訴訟の長期化をもたらすものではない。逆に、区裁判所は、しばしば、必要とあれば利用される第2の事実審を考えて、「あまりコストをかけない」審理に基づいて迅速な裁判を下しており、それは、たいいていの場合、関与者からも了解されている。特に、単独裁判官の判決に対する控訴の割合は、非常に低い。

さらに、連邦通常裁判所は、裁判所構成法135条2項により、一定の抗告に関しても管轄をもつ。その場合、裁判部は、原則として、3人の裁判官による構成で裁判する(裁判所構成法139条2項)。

[55] c) 連邦通常裁判所では、大刑事部が構成される(裁判所構成法132条1項)。大刑事部は、原則として、連邦通常裁判所の長官と、各裁判部から2人の裁判官が出て構成される(裁判所構成法132条5項)。裁判所構成法132条2項により、大刑事部は、特に、ある裁判部が他の裁判部または大刑事部の判断から逸脱しようとする場合に、裁判する⁽²³⁾。

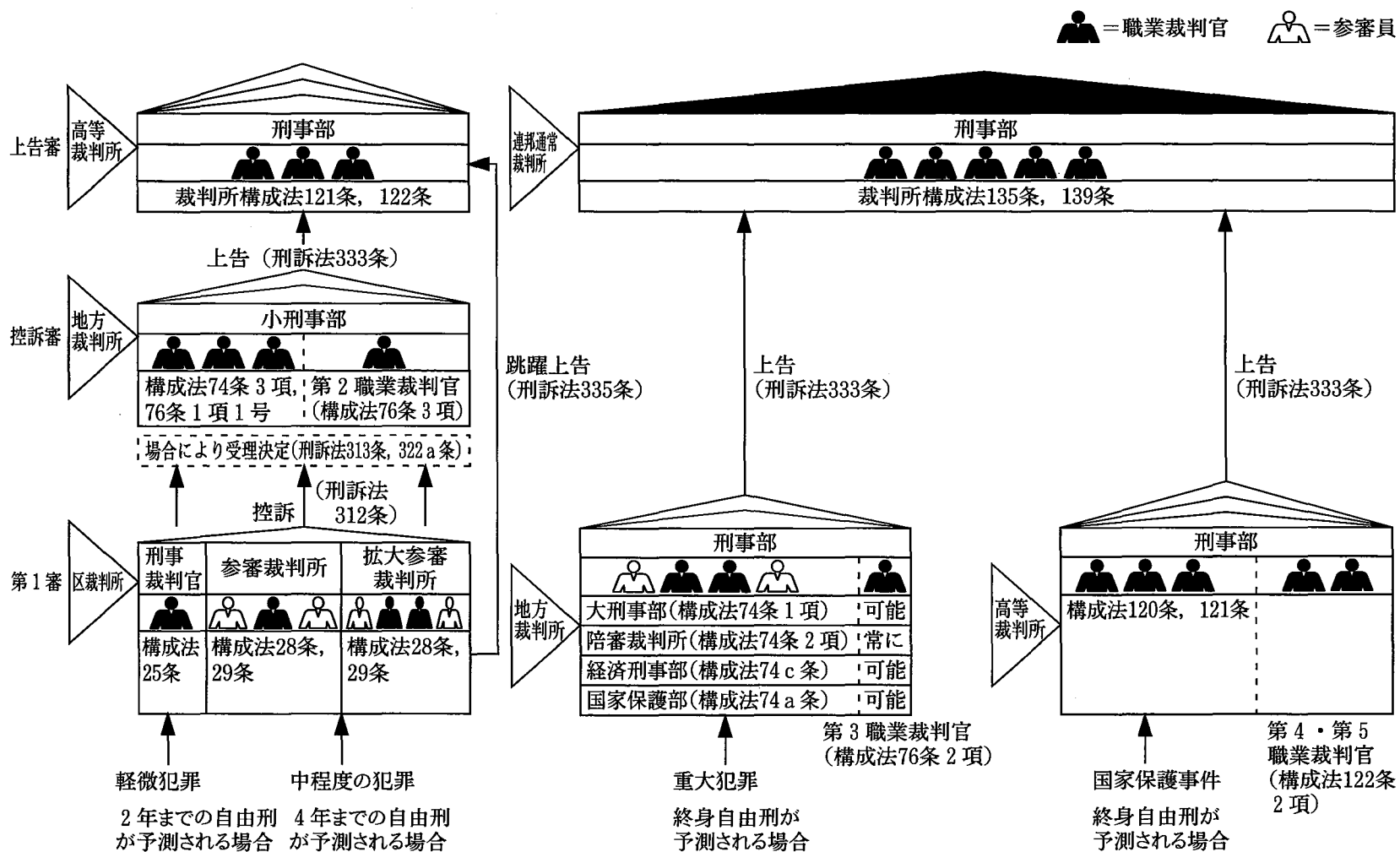
[56] さらに、連邦通常裁判所には、統合大裁判部がある。これは、連邦通常裁判所の長官と、大刑事部および大民事部の構成員によって構成される(裁判所構成法

(23) 深めるために、Rieß, Miebach-FS, 30.

132条5項3文)。この裁判所は、裁判所構成法132条2項により、ある刑事部が民事部、大民事部、または統合大裁判部の判断から逸脱しようとする場合に、裁判する。

次の図1は、すべての裁判所の構成をまとめたものである。

図1：刑事事件における裁判所の構成（成人刑事事件）



V. 土地管轄

[57] 「法律に基づく裁判官」(基本法101条1項2文)を決定するためには、土地管轄(いわゆる裁判地)に関するルールも必要である。これは、7条以下におかれている。裁判の場所を定めるために、法律は、いくつかの基準をおいている。それは次のとおりである：

1. 場所に基づく裁判地

a) 犯行の場所(7条)

裁判地は、その所管内で犯罪が実行された裁判所に認められる(7条1項)。犯行の場所は、少なくとも犯行が行われた、または結果が発生した場所、ないし(未遂の場合)行為者の計画において発生すべきであった場所のすべてである(刑法9条1項)。

b) 住所地ないし居住地(8条)

裁判地は、その所管内で公訴提起の時点で被告人が住所としている裁判所にも認められる(8条1項)。被疑者・被告人が刑訴法の適用地域内に住所をもたないときは、その居住している場所、またはそれが不明の場合は最終の住所地も、裁判地を基礎づける(8条2項)。外国に在住するドイツの公務員に関しては、特別の規定がある(11条)。

c) 拘束された場所(9条)

拘束された場所の裁判地は、特に、犯行場所が特定できない場合(自動車運転中の強盗など)、または、外国での犯罪の場合に、重要である。「拘束」は、あらゆる正当な身体拘束であり、私人が(127条参照)刑事訴追の目的で行ったものも含まれる²⁴⁾。

²⁴⁾ M-G, § 9 Rn 2.

d) 複数の裁判地

しばしば、前述した裁判地のうち複数のものが関連する場合がある。その場合、検察官は、その裁量によって、土地管轄をもついずれかの裁判所に、公訴提起することができる。これによって、基本法101条1項2文が侵害されることはない。なぜなら、検察官は、実質的な理由をもって判断しなければならないからである⁽²⁵⁾。

複数の場所で公訴が提起されたときは、審理を最初に始めた裁判所が優先する(12条1項)。「審理の開始」とは、原則として、公判開始決定を下すこと(203条)と理解される⁽²⁶⁾。

2. 場所に基つかない裁判地

[58] a) 関連性による裁判地

ある刑事事件が3条の意味で関連し(この点について Rn 46)、個別的にみれば7条以下の規定により複数の裁判所の管轄に該当することになる場合、この事件については、——共同の——裁判地が、当該事件の1つに管轄をもつすべての裁判所に認められる(13条1項)。個別の事件がすでに複数の裁判所に係属しているときは、裁判所間での合意(関与する検察官の申立てに基づく)によって、併合が行われる(13条2項1文)。関係する裁判所が合意しないときは、検察官または被告人の申立てに基づいて、共通する上級の裁判所が、併合について裁判する(13条2項2文)。

[59] b) 裁判所の指定による裁判地

aa) 土地管轄が7条ないし11条によっても定まらないときは、連邦通常裁判所が、

(25) BGHSt 9, 367, 369; 以下も参照, OLG Hamm StV 1999, 240 (評釈として *Hegmanns*, StV 2000, 277); *Rotsch*, ZIS 2006, 17.

(26) 優先原則の例外について, *M-G*, § 12 Rn 3.

管轄の裁判所を指定する (13 a 条⁽²⁷⁾)。例えば、犯罪が外国で実行され、行為者がドイツ国内のどこに滞在していたのかが判明しない場合につき、法律上の管轄規定はない。

bb) 管轄について争いがあるときは、共通の上級裁判所がこれを裁判する (14条)。

cc) 管轄をもつ裁判所が事実上 (疾病になどより) または法律上 (22条以下による除外など。この点について Rn 63以下) の理由から障害があるとき、または、審理を行うことで公共の治安に対する危険が危惧されるとき (テロによる襲撃の予告など)⁽²⁸⁾ は、直近の上級裁判所が管轄を指定する (15条)。

[60] 事例7の解決：

a) 極めて簡潔に示すと、刑事事件における事物管轄は、次のとおりである：

区裁判所では、単独裁判官としての刑事裁判官が、軽微な犯罪の事件において、すなわち、2年までの自由刑が予測される軽罪について裁判し (裁判所構成法24条1項, 25条2号)、参審裁判所が、中間的な犯罪の事件において、すなわち、4年までの刑が予測される犯罪について裁判する (裁判所構成法24条1項2号, 25条, 28条)。参審裁判所は、原則として、1人の職業裁判官と2人の参審員で構成される (裁判所構成法29条1項)。

より重大および非常に重大な犯罪の場合、すなわち、4年を超える自由刑が予測される場合または重大犯罪の場合、第1審では、地方裁判所の大刑事部が裁判する (裁判所構成法74条)。大規模または困難な事案、または刑事部が陪審裁判所として活動する場合 (裁判所構成法74条2項の意味での重大犯罪)、刑事部は、3人の職業裁判官と2人の参審員で構成される (裁判所構成法76条1項, 2項)。それ以外の場合、刑事部は、2人の

(27) BVerfGE 20, 336によると、基本法101条1項2文に適合する。

(28) BGH JR 2002, 432 (Best の評釈付き) 参照。

職業裁判官と2人の参審員で構成される(裁判所構成法76条2項)。

高等裁判所は、第1審として、一連の国家保護犯罪およびいくつかのその他重大な犯罪で、事件の特別な意義があるため連邦検事総長がその訴追を引き受けた場合において、裁判する(裁判所構成法120条)。裁判部は、その場合、3人または5人の裁判官で構成される(裁判所構成法122条2項)。

b) 区裁判所により常に第1審として下される判決(単独裁判官または参審裁判所による)に対しては、312条以下の基準に従って、控訴による上訴が認められている。これに関しては、地方裁判所の刑事部が裁判する(裁判所構成法74条3項)。この場合、刑事部は、原則として1人の職業裁判官と2人の参審員で構成される(いわゆる小刑事部=裁判所構成法76条1項1文)。

地方裁判所(大刑事部)または高等裁判所の第1審判決に対しては、上訴は、上告だけが認められている(333条)。これに関しては、原則として、連邦通常裁判所の裁判部(裁判所構成法135条1項)が、5人の職業裁判官による構成(裁判所構成法139条1項)で裁判する。

地方裁判所(小刑事部)による第2審としての判決に対しては、やはり、上訴として、上告が認められている(333条)。区裁判所の第1審判決に対して、控訴の代わりに即時に上告を提起することもできる(いわゆる跳躍上告=335条)。この上告に関しては、高等裁判所の裁判部が(裁判所構成法121条1項1号)、3人の職業裁判官の構成によって裁判する(裁判所構成法122条1項)。詳細は、前述 Rn 36以下を見よ。

[61] 事例8の解決:この事案では、検察官は、その当時の2年までの自由刑という予測に基づき、的確に、刑事裁判官に対して起訴している(裁判所構成法24条1項2号、25条、28条)。それに応じた開始決定も、適切であった。しかし、本件のように、公判が開始されたのちに新たな刑罰加

重事由が判明した場合には、単独裁判官には、4年までの刑を科する権限が与えられる（裁判所構成法24条2項）。したがって、270条1項の意味での参審裁判所への送致は許されない場合であった。詳細は、前述 Rn 36, 39を見よ。

[62] 事例9の解決：裁判所構成法76条1項1号により、公判の中へ参審員が関与しなければならなかった。これによると、2人の職業裁判官では、多数派とはならなかった。これに対して、参審員は、公判外の裁判には関与しない（裁判所構成法76条1項2文）。その帰結として、2人の「勾留反対派」は、これに反するもう1人の同僚に勝つことができた。従来の通説によると、公判の中または外のいずれで裁判すべきかについて、基準が存在しなかった。したがって、勾留破棄が可能となろう。これに対して、正しい見解によると、公判の中で、つまり参審員が関与したうえで裁判しなければならなかった。なぜなら、本事案では、これと異なる措置をとるべき必然的な理由がないからである（反対の見解からは、公判外でも裁判をすることができたこととなろう）。詳細は、前述 Rn 45を見よ。

§ 4 裁判官の除斥と忌避

事例10：

a) Aは、X社に対する詐欺罪につき、参審裁判所に起訴された。参審員のうち1人は、被害会社の社長であり、唯一の従業者でもあるGであった。Aは、Gの関与に対して、何かとるべき方法はあるか。

b) 上述の事例で、詐欺罪はK社に対して実行されたものであり、Gはその有限責任社員であった場合は、どうなるか。[Rn 77]

事例11：Aは、職業裁判官Rが関与する刑事部から有罪判決を受けた。彼の上告が認容され、事件は、別の刑事部に差し戻されたが、この間に、R

がその裁判長に就任していた。Aは、新たな公判で、Rの関与に対して何らかの措置をとることはできるか。[Rn 78]

[63] 偏った裁判官の関与は、真実に適った正しい判決発見にとって危険となる。したがって、法律は、予断を持つ危険がある人は裁判官として活動することを許されない、と定めている（基本法101条1項2文も参照）。その際、裁判官の除斥（22条、23条参照）と、裁判官の忌避（24条）とに区別される。除斥は、法律に基づいて直ちに実行されるが、裁判官忌避は、その申立てを条件とする。職業裁判官だけでなく、参審員も、22条以下の意味での裁判官である（31条）。

I. 裁判官の除斥（22条、23条）

[64] 1. 法律に列挙された裁判官の除斥の事例群においては、立法者がここで当該手続における裁判官の〔具体的〕活動とは無関係に規定したというほどに、予断の危険を明白に想定することができる。法律上は除斥されるべき裁判官が関与したときは——本人が除斥事由を見誤っていたなどの理由で——、直ちに338条2号の絶対的上告理由に該当する。

[65] 2. 個別的には、以下の事例群が問題となる：

a) 裁判官が、自ら被害を受けた場合（22条1号）。すなわち、裁判官が被害を受けた犯罪が手続の対象であり、同人自身が裁判しなければならない場合である。ここでは、犯罪により裁判官が直接に被害を受けた場合でなければならない。そうでなければ、すべての刑事手続が相当不確実なものになってしまうからである⁽¹⁾。

(1) BGH NStZ 2009, 342; Volkmer, NStZ 2009, 371; 批判的見解として, Roxin/Schünemann, § 8 Rn 2.

法人（有限会社，株式会社，法人格のある団体など）に対する財産犯の場合，その法人だけが直接の被害を受けた者である。法人の構成員（従業員ら）は，間接的な対象者に過ぎず，22条1号の除斥事由には当たらない⁽²⁾。このことは，法人の構成員がその意思決定に（決定的に）関与していた場合——監査役会の構成員であるなど——であっても，変わらない⁽³⁾。

個人会社（民法上の会社，合名会社，合資会社などの場合）に対する財産犯の場合には，法律状況は異なる。この団体が被害を受けたときは，これによって，その経営者も直接に被害を受けた者である。なぜなら，会社の財産は，全体として混交しているとしてもなお，経営者の個人的財産に含まれるものだからである⁽⁴⁾。以上のことから，単独で被害会社の代表権を有する支配的経営者は，法律上は裁判官として除斥されないが，公開株式会社の株主は，会社財産への関与が小さく，また会社業務への影響も少ないにもかかわらず，除斥の対象となる。このような結論はあまり説得的とは思われないが，間接的に被害を受けた裁判官に対しては刑訴法24条2項による忌避の可能性が残されていることからすると，なおも受け入れられるべきものである（この点について Rn 68）⁽⁵⁾。

[66] b) 裁判官が，被疑者・被告人または被害者と，親族の関係にある場合（例えば，夫婦，事実婚関係，親子関係にある場合）（22条2号，3号）。

[67] c) 裁判官が，すでに事件に関与していた場合（22条4号，5号，23条）。「事件」の概念は，広く解釈されなければならない。事件の同一性は，第1に，刑事手続の同一性，第2に，行為の同一性によって決まる⁽⁶⁾。

(2) RGSt 37, 414, 415 ; 69, 219, 220 ; BGHSt 1, 298, 299.

(3) RGSt 67, 219, 220.

(4) RGSt 37, 414, 415.

(5) BGHSt 43, 16 (評釈として *Laubenthal/Baier*, JR 1998, 299) および BGHSt 51, 100, 109も参照。

(6) BGH NStZ 2007, 711.

これによると、裁判官が一定の犯罪に対する刑法上の訴追を対象とする同じ手続（すべての認定手続、執行手続）において、法律上示された機能において活動していた場合（22条4号、23条。主要な事例として、下級審での関与）、または、証人もしくは鑑定人として尋問を受けていた場合（22条5号。Rn 182も参照）には、同一事件への関与と認められる。

II. 予断の懸念を理由とする忌避（24条2項）

[68] 裁判官は、予断の懸念を理由に、忌避されうる（24条1項後段）。予断の懸念を理由とする忌避は、裁判官の中立性に対する不信感を正当化するに適した理由がある場合に、行われる（24条2項）。

刑訴法24条1項は、「除斥されるべき」裁判官に対しても、また「予断のある」裁判官に対しても、忌避申立てを認めている。そこからは、立法者は除斥を予断を理由とする忌避のレベルへ移した、ということもできよう。除斥事由は、単に、予断が強く認められる事由であり、その場合には、個別の審査が不要というものである。なぜなら、それは、立法者がすでに事前の評価を行ったものだからである⁽⁷⁾。

1. 予断の概念

[69] 24条2項における法的定義は、確かに、何が予断の基準となるか（すなわち、非中立性）は述べているが、誰の視点が重要であるかは定めていない。対象となる裁判官自身は、たいていは、自分に予断があるとは考えていないだろう。したがって、実際に予断があることは、ごく稀にしか認定できないのであり、それゆえ、その存在が求められるものでもな

(7) *Arzt, G., Der behangene Strafrichter*, 1969, S. 17 f; *SK-Rudolphi, Vor § 22 Rn 9.*

い⁽⁸⁾。24条2項により、すでに中立性に対する「不信感」を正当化する理由があることで足りるのであるから、重要であるのは、「受取り側の視点」、すなわち、通常は被告人の視点である。被告人が不信をもつ根拠があるか否かが、決定的である。しかし、予断の基準をあまりに低く定めるわけにはいかないの—そのようなことになれば、裁判官のあらゆる疑わしい言動が、すべて忌避を基礎づけることになってしまう—、被告人の過敏さは、考慮外とされなければならない。したがって、平均的な観察者が被告人の地位に置かれた場合に当該事情を合理的に評価して予断が存在するとの疑いを抱くであろうか、という点が問題とされなければならない⁽⁹⁾。この結果、「理性的に考える」被告人ないし「合理的な」あるいは「冷静な」被告人がモデルとされる⁽¹⁰⁾。

[70] 予断が肯定された例⁽¹¹⁾：

BGH MDE 1958, 741：故殺罪の手続で、裁判官は、被告人に対して、「殺されたあなたの妻を夜に見ただろう」と述べた。

BGH StV 1986, 369：裁判官は、被告人と一緒にテニスをし、そのあとで食事までしていた。

BayObLG NJW 1993, 2948：裁判長が、被告人に対して、「記録から見て、あなたはぬけぬけと嘘をついている」と述べた。

OLG Frankfurt StV 2001, 496：中間手続で、被告人の事前の聴聞を行うことなく、暫定的な職業禁止が言い渡された。この場合、甘受すべき手続的瑕疵（非難可能であるか、または、事情によっては上訴を基礎づけうるもの）と重大な手続的瑕疵との限界づけは、およそ困難である。後者は、判

(8) BGHSt 24, 336, 338；OLG Karlsruhe NJW 1995, 2503.

(9) BGHSt 1, 34, 39参照。

(10) BGHSt 43, 16, 18；BGH NStZ 2007, 161；Fahl, JA 1998, 187.

(11) 深めるために、KMR-Bockemühl, § 24 Rn 24.

断者の以後の関与を、許しがたいものと思わせるものである。少なくとも、手続法上の保護規定を無視した重大な基本権侵害、または恣意的であると思わせざるをえない措置が行われた場合（本件では、双方に該当するとされた）、判断者の予断が肯定されるべきである⁽¹²⁾。

OLG Brandenburg StV 1997, 455：裁判長は、弁護人の申立てを却下する裁判所決定のあとで、「あなたの最初の敗北です、弁護人さん」と述べた。

LG Mainz StV 2004, 531：裁判官が、弁護人に対して電話で、公判において被告人を解放することは「ばかげている」、準備された書面による鑑定においてこの供述を裏付けた鑑定人は「公判のために暖かい服装をしなければならない」、などと述べた。

KG StV 2005, 490：裁判長が、公訴事実を否認する被告人の態度に対して、「あなたに言いたい、なぜあなたはそうするのか」と述べた。

BGH StV 2006, 59：被告人の責任無能力を証明するために、複数の証拠申請が行われ、それに応じて、審理が1時間中断された。弁護人が中断は短すぎると指摘したところ、裁判長は、評議の前に、「あなたは、私たちがそれよりも早く申立てを却下できると考えているのか」と述べた。

LG Dortmund NJW 2007, 3013：参審員が、信条的な理由で、公判においてその頭に巻いたスカーフをとることを拒否した。

KG NJW 2009, 96：裁判長は、被告人（免罪的証人の夫）を、その質問に際して「スーパーマン」と表現した。

(12) BGH StV 2007, 622；BayObLG wistra 2002, 196；深めるために、*Meyer-Goßner*, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S. 635；*Semmler*, W., Prozeßverhalten des Richters unter dem Aspekt des § 24 II StPO, 1994.

2. 特別の事例群

a) 裁判所と被疑者・被告人との緊張対立

[71] 裁判所と被疑者・被告人との緊張対立は、中立性が懸念される場合の典型例である。その際、被疑者・被告人が裁判官を恣意的に手続から追い出すようなことは、とうてい許されない⁽¹³⁾。したがって、例えば、被疑者・被告人が裁判長を侮辱したというだけでは、忌避されるべき場合に当たらない⁽¹⁴⁾。侮辱された裁判官がこの侮辱に対して不相応に対応した場合（例えば、裁判官が被告人から「ヤク中」とののしられ、これに対して被告人を「悪者」と呼んだような場合）にはじめて、忌避されうる⁽¹⁵⁾。

b) 弁護士と裁判所との緊張対立

[72] 判例は、通常、弁護士と裁判所との緊張対立を、予断事由とは認めてこなかった。なぜなら、「合理的な」被告人は、弁護士と裁判官との緊張対立を、ただちに自身に対する予断が存在するとは考えないからである⁽¹⁶⁾。近時の判例は、被告人にとって「危険が大きい」⁽¹⁷⁾、特に激しく対立した⁽¹⁸⁾、あるいは、裁判官が弁護士の言動に対して過剰に反応した⁽¹⁹⁾ という事案で、柔軟に予断の存在を認めている。

(13) KK-Fischer, § 24 Rn 6.

(14) KG JR 1996, 229の事例では、被告人が裁判長に対して「あなたは精神病だ」と発言した。

(15) AG Oldenburg StV 1990, 259.

(16) BGH StV 1986, 281; OLG Hamm JR 2006, 437, これについて Zwihehoff, JR 2006, 415; 批判的見解として, Latz, Richter II-FS, S. 357.

(17) BGH StV 1998, 417.

(18) OLG Braunschweig StrFo 1997, 76.

(19) LG Frankfurt StV 1990, 258:「弁護士さん、あなたがどこで法律を勉強してきたのか、疑問に思う」; BGH NStZ 1993, 339:「図々しい」; BGH wistra 2005, 109:「不快である」; OLG Brandbg StV 2007, 121:「私の5歳の息子でさえ、『あなた』より理性的にすることができる」; 詳細は, KMR-Bockemühl, § 24 Rn 24; Beulke, S. 211.

c) 前の裁判への関与

[73] 裁判官は、23条の厳格な要件においてのみ、法律上、以後の関与から除斥される（特に、下級審への関与を理由として。Rn 67参照）。23条に列挙されていない事案については、24条2項の意味での予断を理由とする忌避を援用することができる。その場合、同一の事件で前の手続に関与していた場合に忌避が認められるか否か、という問題が生じる。判例は、これを否定する。合理的に考える被告人は、予断があるとは考えない、というのである。なぜなら、前の手続に関与した裁判官は、そのことから影響を受けることなく、もっぱら新たな手続で示された証拠資料にのみ基づいて裁判することを義務づけられるからである：「手続関係人は、裁判官がこのような義務を誠実に果たすことを期待できる」⁽²⁰⁾。その際、裁判官が捜査手続における暫定的な裁判に関与していたのか、または、公判に基づいて下される判決に関与していたのかで、違いはないとされる。

判例上、例えば次のような事案で、予断の疑いが否定されている：

- 捜査判事として、112条、125条による勾留命令を発していた場合⁽²¹⁾
- 裁判官として、公判開始決定（203条、207条）を下していた場合⁽²²⁾
- 裁判官として、被疑者・被告人からの手続打ち切り（153条、153 a 条）の申立てを却下していた場合⁽²³⁾
- 裁判官として、上告審で破棄された判決に、差戻し後（354条2項）も関与した場合⁽²⁴⁾。ただし、裁判官の中立性を疑わしめる特別の根拠が認められる場合を除く。例えば、前の判決における理由の中で、被告人の人格について非

(20) RGSt 59, 409, 410.

(21) RGSt 61, 415 ; BGHSt 9, 233.

(22) BVerfGE 30, 149, 155.

(23) OLG Düsseldorf StraFO 1999, 347.

(24) BGHSt 21, 142, 145 ; BGH wistra 2007, 426 (憲法裁判所による破棄の後).

常に不利な評価を下していた場合⁽²⁵⁾ など（差戻しについて Rn 573参照）。

[74] 判例は、このように、**前の裁判**に関わったことを制限的に理解するが、これは否定されなければならない。なぜなら、そのような判断は、22条、23条による除斥事由は単に強化された忌避事由であるに過ぎず⁽²⁶⁾、それゆえ、除斥事由への該当性を否定することが必然的に忌避事由の該当性も否定することになるものではない、ということを見過すものだからである。「理性的な」ないし「合理的な」被告人も、たいていは、すでに一度同じ事件でその公判において終局的に自身に対して裁判したのと同じ裁判官と対面する場合、予断の疑いを抱くであろう。裁判官にとっても、心理的に、2つの審理における出来事およびその印象を厳格に区別し、新たな審理に基づいてのみ判決することは、難しいであろう⁽²⁷⁾。

これに対して、判例と同じく、**前の中間裁判**における関与に基づく予断は、否定されるべきである。例えば、公訴提起後の勾留命令や公判開始命令を下した場合である。ここでは、裁判官は、一定程度の嫌疑を肯定したに過ぎず、後の「修正」は排除されるものではない。つまり、裁判官の心証形成は、終局的な性質のものではない。ただし、前の中間裁判への関与も、特別な事情が付け加わる場合には、例外的に、予断の懸念（24条2項）を基礎づけることがある。例えば、裁判が間違っていた、もしくは恣意的なものと思われるものであった場合、あるいは、裁判官の公判前の行動からすでに被告人の罪責について確信を抱いているように見えるなど、同人がもはや中立的に事件に関与しないことを懸念させる場合、などである⁽²⁸⁾。

▶事例は *Beulke, Klasurenkurs III*, Rn 57にある。

(25) BGHSt 24, 336, 338.

(26) *Arzt, Der befangene Strafrichter*, 1969, S. 17 f; *Herzog, StV* 1999, 457.

(27) 賛成の見解として, *KMR-Bockemühl*, § 23 Rn 3.

(28) 比較として, BGHSt 48, 4, 8.

Ⅲ. 手続

[75] 1. 裁判官は、その職務から法律上除斥されることも、また、予断の懸念を理由に忌避されることもある(24条1項)。忌避の申立ては、当該裁判官が所属する裁判所に行わなければならない(26条1項)。忌避申立権者は、被疑者・被告人、検察官、私訴原告である(24条3項1文参照)。

2. 22条, 23条により除斥されるべき裁判官の忌避は、——同人が事件に関わる限り——時間的制限なく可能である⁽²⁹⁾。

裁判官が予断の懸念を理由に忌避される時は、忌避申立ては、第1審では、人定に関する被告人への最初の尋問が開始されるまでに——ただし、忌避事由が忌避申立権者にこの時点までに判明していた場合——、控訴審および上告審の公判では、報告担当裁判官の朗読が開始されるまでに、それぞれ行われなければならない(25条1項1文)。その他の場合、忌避申立ては、忌避事由を知った時から遅滞なく行われなければならない(25条2項1文)。ここで「遅滞なく」とは、民法と同様、「過失による遅延なく」という意味で理解されなければならない⁽³⁰⁾。しかし、裁判官の言動について遅滞なく忌避申立てが行われなかった場合でも、後の忌避申立ての評価について、先行の忌避されるべき事象が後の基本的に正当な忌避申立てにとって重要となる場合には、そのこと自体も意味を持ちうる⁽³¹⁾。被告人の最終陳述の後には、もはや忌避申立てはできない(25条2項2文)。

3. 忌避事由は、疎明されなければならない(26条2項)。25条2項の場

(29) M-G, § 25 Rn 1.

(30) BGHSt 21, 334, 339; BGH NStZ 1996, 47.

(31) BGH StV 2004, 356, これを支持する評釈として, Kudlich, Jus 2004, 834.

合は、申立てが遅滞ないことも、疎明が要求される。忌避された裁判官は、忌避事由に関して、職務上の陳述をしなければならない(26条3項)。

判断する裁判所が如何にして重要な事実を認定するのかは、その義務的裁量に委ねられている。忌避申立てに関する形式的な証拠調べは、行われない⁶²⁾。

4. 所定の手続規定が遵守されないとき(特に、忌避の理由が述べられていないなど)、または、忌避によって明らかに手続を遅延させ、もしくは、手続外の目的を追求しようとしているときは、裁判所は、その申立てを当然に許容されない(不許容)として棄却する(26 a条1項)⁶³⁾。形式的な判断に基づくこの裁判には、忌避された裁判官も関与を許される(26 a条2項1文)。判例の見解によると、忌避申立ての「およそ不的確な」理由づけは、理由がないのと等しい。しかし、この手続は、除斥されるべき裁判官——基本法101条1項2文に反して「自身の事件における裁判官」となることはできないはずの者である——が関与するものであるので、極めて制限的に取り扱われなければならない⁶⁴⁾。

5. これに対し、申立てが許容される場合、その理由については、裁判所が、忌避されるべき裁判官の関与なく裁判する(27条1項)。その裁判官は、別の(法律で定められた)裁判官と交代する。このことは、区裁判所

⁶²⁾ BGH NStZ 2007, 51.

⁶³⁾ BGH StV 2006, 169参照。

⁶⁴⁾ BVefrG StV 2005, 478 (Meyer-Goßner の評釈付き); BGHSt 50, 216, この評釈として Güntge, JR 2006, 363および Kudlich, JA 2006, 253; BGH wistra 2009, 446; 深めるために, Gaede, HRRS 2005, 319; Röhling, JA 2009, 720.

の裁判官だけでなく(27条3項),すべての職業裁判官に適用される⁶⁵⁾。忌避申立てが1個の刑事部の複数の裁判官に同時にかつ同一の理由で行われたときは,それについて,1個の決定によって裁判される⁶⁶⁾。参審員は,忌避申立てに関する裁判に関与しない(27条2項準用裁判所構成法76条1項2文,法27条3項)。参審員の忌避の事例について,31条参照。

[76] 6. 忌避決定への異議申立ては,即時抗告の方法で認められる(28条2項1文)。裁判が事実認定を行う裁判官を対象とするときは,それは,判決と関連してのみ,異議申立てできる(28条2項2文)。この「事実認定を行う者」とは,公判への関与を任命された裁判官,すなわち第1審において開始決定が下されて以後のすべての裁判所構成員である⁶⁷⁾。

7. 裁判官は,除斥または忌避をもたらさうる事実を申告すべき義務を負う(30条)。直接的に自ら回避する権利はない。

[77] 事例10の解決:

a) 参審員Gは,22条1号により,裁判官の職務から,法律上除斥される可能性がある。しかし,それは,彼がAの犯行により自身が直接に被害を受けていたことを要件とする。ここでは,その要件は否定される。なぜなら,犯罪によって直接に被害を受けたのは,X社の財産のみであり,同社は有限会社法13条1項により法人として設立され,その財産は同条2項によりその経営者の財産とは分離されるものだからである。Gは,同人のみがX社の経営者として外部的な代表権をもっていた(有限会社法35条1項)

⁶⁵⁾ SK-Rudolphi, § 27 Rn 3 ff.

⁶⁶⁾ BGHSt 44, 26, 27, この評釈として, Zieschang, StV 1999, 467.

⁶⁷⁾ BGH NJW 1952, 234; OLG Hamm NStZ-RR 2002, 238.

としても、直接の被害者ではない。したがって、22条1号は適用されない。しかし、Aの犯行により、Gの財産は、間接的に侵害されている。この事実は、Gの中立性に対する不信感を正当化するに適した事実であるので、Aは、Gを、予断の懸念を理由として忌避申立てすることができる（24条2項）。

b) ここでは、Gは、有限責任社員として、直接に被害を受けている。すなわち、Gは、22条1号により、すでに法律上、裁判官の職務から除斥される（詳細はRn 65参照）。

[78] 事例11の解決：Rが裁判官の職務から除斥されるべき場合（22条以下）には、Aは、Rを、24条1項により忌避することができる。ここでは、ある機会への事前関与による除斥事由は、問題とならない。なぜなら、23条は、裁判官が同じ審級ですでに裁判をしていたという事案を挙げていないからである。事件が354条2項により差し戻された場合に関して、法律は、除斥事由を認めていない。判例の見解によると、通常は、24条2項の予断による忌避の規定を援用することもできない。なぜなら、合理的に判断する被告人は、裁判官が前の判決に関与したことによって影響を受けるといった理由を認めるものではないからである。立法者は、こうしたかたちの関与も、意識的に23条の除斥事由に含めなかった（BGHSt 21, 142, 145）。これに対し、学説の通説によると、24条2項の意味での予断は、肯定されなければならない。なぜなら、被告人の地位におかれた合理的な平均的観察者の視点からは、前の判決への関与は、裁判官がもはや予断なく裁判しないことに危惧を抱かせるものだからである。詳細は、前述 Rn 73 以下を見よ。

§ 5 検察官

事例12：

a) 検察官Xは、Aを、国家反逆罪（刑法94条）を理由に追及した。この追及は、最高裁判例を基にすると、理由がある。しかし、Xは、この見解に反して、Aの行為は不可罰であり、手続を打ち切りたいと考えている。この裁定は、適法であるか。

b) Xの上司は、同人のそのような措置を阻止することができるか。[Rn 98]

事例13：

a) 検察官Sに、その古い友人であるFが、絶対に他言しないとの約束のうえで、良心の安堵のために、自分がかつて前の妻を殺害したが、それはまだ発覚していないと打ち明けた。

b) 検察官Sは、勤務時間外に、居酒屋「燃える夜」に行き、その「ワイン部屋」で売春あっせんの犯罪（刑法180 a 条）が行われていることを確認した。

Sは、上記の場合に、捜査手続を始めなければならないか。[Rn 99]

事例14：検察官Xは、審理の中で、被告人BがXに捜査段階の尋問で述べたことについて、証人として尋問された。Bは、Xを、その予断を理由に忌避したい。これは、成功するか。[Rn 100]

I. 検察官の任務

[79] 検察官は、3つの任務を負う。すなわち、「捜査手続の主宰者」であり、中間手続および公判手続では公訴代理人であり、そして、行刑機関でもある。

1. 事前手続（起訴前手続）

152条1項によると、検察官は、唯一、公訴権限をもつ。検察官は、法律に特別の定めがない限り、訴追可能なすべての犯罪について、十分な事実的根拠がある場合には、介入すべき義務を負う。検察官は、自身が犯罪の告発・告訴を受理する（158条1項）か、または、その他の方法——特に警察からの報告——によって、犯罪の嫌疑に関する情報を受け取る。検察官は、公訴を提起すべきか否かを判断するために、事実を（自らまたは警察を通じて）究明しなければならない（160条1項、163条）。検察官は、その際、負罪証拠だけでなく、免罪証拠も捜査し（客観義務）、その滅失が懸念される証拠の取調べに配慮しなければならない（160条2項）。検察官は、この目的のために、他の法規定がその権限を特別に規定するのではない限り、すべての公務員から回答を受け取ること、あらゆる形式の調査を自ら行うこと、もしくは他の官庁や警察官にその調査を行わせることにつき権限をもつ（161条1項1文＝いわゆる捜査の一般条項⁽¹⁾）。161a条により、検察官は、捜査の目的で、証人および鑑定人を尋問することができる。検察官は、起訴前に裁判官の調査行為を必要と考えたときは、区裁判所に、相応の申立てを行う。その申立てについては、捜査判事が裁判する（162条1項）。特に、搜索（102条以下）、押収（94条以下）、未決勾留（112条以下）のような強制処分を想定してみよ。検察官は、遅滞の危険があるときは、一定の強制処分について自ら命令することができる——例えば、押収（98条1項1文）である。また、さしあたって自ら命令し、のちに裁判所から確証を受ける——例えば、電話傍受（100b条1項2文、3文）について——こともできる。153条以下により、検察官は、起訴便宜主義の理由から、手続を打ち切ることができる（この点について Rn 333以下）。これ

(1) この点について、Hefendehl, StV 2001, 700.

らの権限から、検察官は、捜査手続の主宰者であるといってよい⁽²⁾。検察官は、そのような立場において、手続が法治国家的で、公正かつ秩序正しく実施されることについての全責任を負う——警察が捜査を行う場合も含めてである（指揮・監督権限）⁽³⁾。

検察官は、捜査から公訴提起のための十分な根拠が得られたときは、起訴状を管轄裁判所に提出することによって、公訴を提起しなければならない（170条1項）。検察官は、そうしないときは、手続を打ち切らなければならない（170条2項1文）。

2. 公判, 上訴

検察官は、公判に中断なく立ち会う（226条1項）。検察官は、まず、起訴状を朗読する（243条3項）。証拠調べの間は、検察官には、質問権（240条2項）および証拠申請権（244条以下）が与えられる⁽⁴⁾。検察官は、証拠調べが終わった後で、自身の最終陳述（弁論）を行う（258条1項）。また、検察官は、上訴をすることもできる——被告人に有利な方向でも可能である（296条）。

3. 刑罰の執行, 手続の登録, 報告義務

刑罰の執行は、執行機関としての検察官が行う（451条）。

特定の被疑者・被告人に対するすべての刑事手続に際して、手続の開始ならびに手続の終結、被疑者・被告人およびその行為に関する重要な情報

(2) BGH NJW 2007, 2269, 2273; 全体について, *Heghmanns*, GA 2003, 433; *Heghmanns/Scheffler-Jahn*, II Rn 12; *Kretschmer*, Jura, 2004, 452.

(3) BGH NJW 2009, 2612; 権利濫用の限界について, *Vogel/Brodowski*, StV 2009, 632.

(4) 公訴提起後の（裁判所外での）検察官による捜査について, 次の見解の対立のみ参照, *KK-Schneider*, § 202 Rn 9 f 対 *SK-WeBlau*, § 151 Rn 7.

は、州際の検察手続記録 (SISY=検察の情報システム) に登録される (492条以下)⁽⁵⁾。また、検察は、司法報告法 (JuMiG =1997年6月18日) により、一定の連絡・報告義務を負う⁽⁶⁾。同様の行政規定は、「刑事事件における報告に関する命令」 (MiStra =2008年5月19日) にもある⁽⁷⁾。連邦中央記録 (連邦検事総長が管理) について Rn 510を見よ。

II. 検察の組織

[80] 検察は、裁判所に対応して組織化されている。構成および事物管轄は、裁判所構成法141条ないし142 a条で定められている。検察官の場所的管轄は、検察が設置されている裁判所の管轄に対応して決定される (裁判所構成法143条1項)。

1. 連邦レベルでは、連邦通常裁判所に対応して、連邦検察庁が設置されており、連邦検事総長 (現在は *Monika Harms* [訳注: 2011年11月7日から *Harald Range* となっている]) がその長である (裁判所構成法142条1項1号)。その他の連邦検察官が、その下に配属されている。

連邦検察庁は、第1に、「連邦通常裁判所における検察」という伝統的な任務を負う、すなわち、連邦通常裁判所に係属するすべての手続に際して公訴を担当する (裁判所構成法135条, 121条2項)。第2に、裁判所構成法142 a条は、上級地方裁判所に第1審管轄のある事件について、連邦検察庁の特別管轄を定める (裁判所構成法120条1項, 2項。この点について Rn 44), すなわち、特に国家保護事件およびテロ事件、ならびに、その他の州を超える重大犯罪の場合において、である。連邦

(5) 詳細について, *AK-Hellmann*, § § 474 ff ; *SK-Wolter*, § 474 ff ; *Kestel*, StV 1997, 266 ; *Lemke*, NStZ 1995, 484.

(6) BGBl I, S. 1430.

(7) *Schönfelder*, *Ergänzungsband Nr 90c* で公刊されている。

検事総長が高等裁判所で検察の職務を遂行する場合(裁判所構成法142a条), 刑事訴追は, 連邦が行うものとなるが, その審判は, 州の裁判所によって行われる(基本法96条5項準用の裁判所構成法120条)。「通常の」犯罪の場合, 連邦全体で活動する検察はない。刑事訴追は, この点で, 州の事柄だからである。連邦検察庁と, 州の高等裁判所および地方裁判所に対応する検察庁との間には, 上下の関係はない。

各州の司法局および司法部の合意によって, 2つの州際的な機関が設置されている: ルートヴィヒスブルクにある中央機関は, ナチスによる暴力行為の把握と解明を目指す。中央機関は, その捜査を終えると, 自ら起訴するのではなく, 事件を, 行為者の住所地を管轄する裁判所の検察庁へ移送する⁽⁸⁾。ブラウンシュヴァイクにある連邦検事総長における証拠および記録の中央機関は, 旧東ドイツ国家機関による暴力行為(特に, 殺人, 傷害, 政治的理由による自由剝奪)を記録している。

欧州検察庁の創設について, 前述 Rn 10p を見よ。

2. 州レベルでは, 検察は, 以下のように構成されている:

[81] a) 高等裁判所に対応する検事長とその部下である検事(裁判所構成法142条1項2号)は, ——裁判所の構成に応じて——連邦検事総長が事件を州の検察に移送した限りで(裁判所構成法142a条2項), 国家保護犯罪の第1審(裁判所構成法120条)に管轄をもつ。また, 高等裁判所への上訴, 特に上告に関して管轄をもつ。

b) 地方裁判所に対応する検察庁——それぞれ首席検事が統括する——の事物管轄は, やはり裁判所の構成に応じており, 地方裁判所——第1審および2審刑事裁判所としての——でのすべての検察活動を遂行する(裁判所構成法73条以下準用の142条1項2号)。複数の地方裁判所の所管区域に

(8) *Rückerl, A., NS-Verbrechen vor Gericht, 2. A. 1984, S. 142; Kuchenbauer, NJW 2009, 14.*

つき1個の地方裁判所に経済事犯が集中していることに対応して、経済事犯専従の検察庁もある（裁判所構成法143条4項）。

c) 区裁判所のレベルでは、区検察庁がある（裁判所構成法142条1項3号）。しかし、これは、州法の規定により非常に限定されており、単独裁判官の管轄に属する特定の犯罪に限られる。裁判所構成法142条1項3号の趣旨に反して、区裁判所での検察機能の大部分は、地方裁判所に対応する検察によって遂行されている。

Ⅲ. 検察庁の機能形態

[82] 検察の機能形態は、その支配的かつ階層的な構成によって決定される。

1. すべての検察官による法的代理

裁判所に対応する検察が——通常そうであるように——複数の検察官から構成されるとき、その長に命じられた検察官は、長の代理として行動する。その検察官は、長を代理して活動する場合、個別の委託を受けることなく、長のすべての公務について包括的な権限をもつ（裁判所構成法144条）。そこからは、1人の検察官の訴訟行為（例えば、153条以下による手続打切りに対する同意）は、それが「内部的関係」において同人を拘束する命令に違反するものであったとしても、「外部的関係」では完全に有効である。

2. 引取権・交代権

[83] 検察の支配的構造からは、1人の検察官が刑事事件について終局的に権限をもたなければならないというわけではなく、むしろ、検察内部で随意に管轄の変更を行うことができる、ということも導かれる。

高等裁判所および地方裁判所における検察の長（検事長および首席検事）は、引取権に基づいて、その地区のすべての裁判所における検察の公務遂行を自ら引き受ける権限を持つ（裁判所構成法145条1項前段）。司法長官には、検察官としての資格がないため、そのような引取権はない⁽⁹⁾。

高等裁判所および地方裁判所における検察の長は、交代権に基づいて、その地区のすべての裁判所において職務遂行を、当初管轄を持っていた者とは別の者に委託する権限をもつ（裁判所構成法145条1項後段）。それは、別の検察庁に委託することもできる⁽¹⁰⁾。司法長官も、この交代権を有している⁽¹¹⁾。

3. 指示権

[84] a) 基礎

検察の職員は、その上司の職務上の指示に従わなければならない（裁判所構成法146条）。どのような上司が指示権をもつかは、監督・指揮権の分配（裁判所構成法147条）から導かれる。これによると、指示権は以下の通りとなる：

いわゆる外部的指示権（裁判所構成法147条1号，2号）

- 連邦司法大臣は、連邦検事総長および連邦検事に対して（裁判所構成法147条1号）
- 州司法長官は、州のすべての検察職員に対して（裁判所構成法147条2号）

いわゆる内部的指示権（裁判所構成法147条3号）

(9) *Roxin*, 150 Jahre Staatsanwaltschaft Berlin, 1996, S. 27; 深めるために, *Beulke*, Hessisches Ministerium der Justiz (Hrsg.), Staatsanwaltschaft, S. 55 および *Markwardt*, ebd., S. 23.

(10) BGH NStZ 1998, 309.

(11) *M-G*, § 145 GVG Rn 2.

- 連邦検事総長は、連邦検事に対して（裁判所構成法147条3号類推）
- 検事長は、高等裁判所における他の検事および地方裁判所および区裁判所における下級検察官に対して（裁判所構成法147条3号）
- 地方裁判所の首席検事は、その地区の検察職員に対して（裁判所構成法147条3号）

[85] b) 指示権の範囲

確かに、検察官は、基本的に上司の指示に拘束されるが（裁判所構成法146）、法治国家原理（基本法20条3項）により、その指示は適法なものではない。特に、起訴法定主義（Rn 17）または法律上の禁止（刑法344条＝無実の者の訴追、刑法258 a 条＝公務員による処罰妨害など）に違反する場合、あるいは、評価裁量の逸脱もしくは裁量上の誤りを伴う場合、その指示は違法である。検察官は、一般的な職務上の規定（連邦公務員法56条2項、公務員の権限に関する法律38条2項）により、指示の合法性・違法性について自由に判断することはできず、むしろ、その疑問は直接の上司に申し出なければならない。指示が維持されるときは、検察官は、それでもなおその合法性に対する疑問が解けない場合、さらにその上の上司に申し出なければならない。その上司も指示を確証したときは、検察官は、それを実行しなければならない。ただし、委任された行為が可罰的である、秩序違反にあたる、または、人間の尊厳を侵害するなどの場合は除く。刑事手続においてしばしば被疑者・被告人に対して強制的な措置がとられることから、人間の尊厳の観点は、特に現代的な問題である。ある裁定が自身の良心に反すると考える検察官には、その事務を放棄する権限が認められなければならない。上司の引取権ないし交代権（裁判所構成法145条）における裁量は、それに応じて制限される。これは、検察官にとって、公務員法上の効果をもつものであってはならない。例えば、上司は、検察官の個人的判断に関してその意思に反して指示を出すことはできない、む

しろ、対立は引取権および交代権の行使によって解消されなければならない⁽¹²⁾。学説の通説は、これに対して、適法な範囲で、すべての指示が許されるだけでなく、検察官はそれに従わなければならないと考えている⁽¹³⁾。

[86] c) 公判の状況に関しては、特殊性がある。なぜなら、そこでは、多くの判断を行わなければならないが、それは、公判の直接の印象を前提とするものだからである。この点で、261条に定められた直接性原則からは、立会検察官の自己責任で判断することの権限は、強く認められなければならない。本書で主張する見解 (Rn 85) によると、確かに、上司は、あらゆる指示を出すことができる——例えば、立会検察官の報告などによって事情を知ったうえで——が、考えが対立したときは、立会検察官に、指示に従わない権限が与えられなければならない。その場合、上司は、場合によっては、引取権および交代権を行使することができる。最終弁論の具体的内容に関して、現在の支配的見解によると、そもそも、指示を出すことは許されない⁽¹⁴⁾。

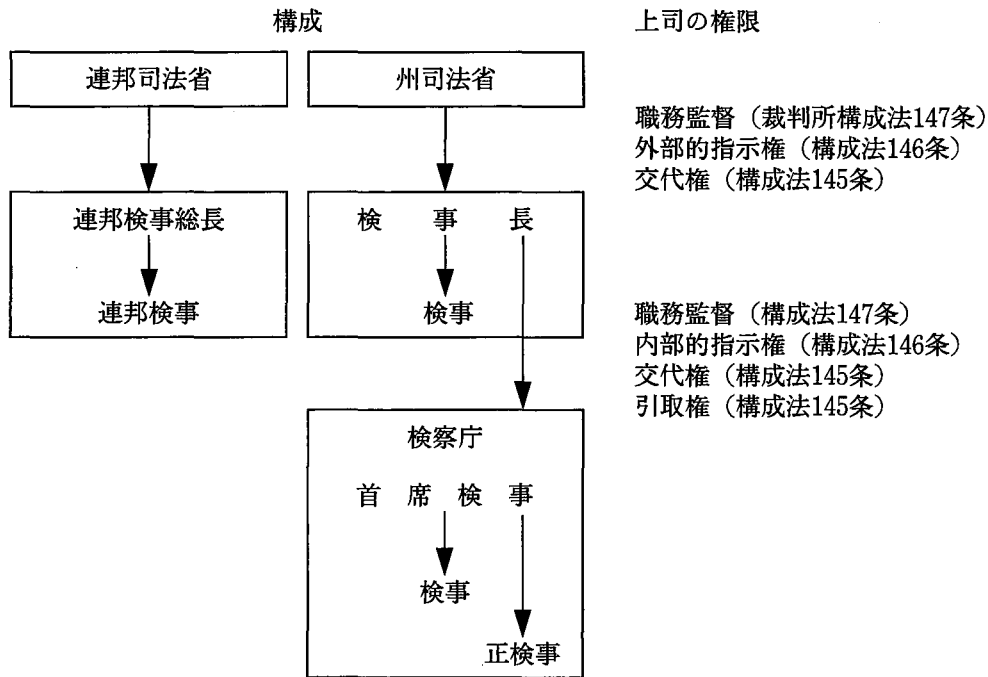
[87] d) 検察の構成および機能については、図2で簡潔に示している。

(12) 同旨の見解として、*Heghmanns*, Rn 28 ; *Kretschmer*, Jura 2004, 452 ; 類似の見解として、*Roxin/Schünemann*, § 9 Rn 13 ; *Rüping*, Rn 70.

(13) *Fezer*, 2 Rn 17 ff ; *Kühne*, Rn 140 だけは見よ。限定的な見解として、*Krey*, I Rn 382 ff.

(14) *Roxin/Schünemann*, § 9 Rn 13 ; *Böhm*, DRiZ 2000, 255.

図2：検事の構成および機能



IV. 検察の地位

1. 行政と司法の間にある検察

[88] 第1に、階層的構造、個別検察官の指示拘束性、上司の引取権・交代権は、検察が執行機関であることの根拠となる⁽¹⁵⁾。第2に、前述した指示拘束性の限界、裁判所構成法150条に規定された検察の裁判所からの独立、捜査権限を行使するにあたってのその客観性義務 (160条2項)、そして特に、広範な手続打切り権限 (153条以下。Rn 333以下) は、司法機関としての位置づけの強い根拠である⁽¹⁶⁾。正しくは、通説と同様、検察の二重の地位を認めなければならないが⁽¹⁷⁾、その際には、司法機関としての要

(15) 例えば、BVerfGE 103, 142, 156 ; BVerfG NJW 2002, 815 ; 批判的見解として、Schaefer, Hamm-FS, S. 643.

(16) 例えば、BGHSt 24, 170, 171 ; Günter, DRiZ 2002, 65 ; Rautenberg, NJ 2003, 169.

(17) 詳細は Kelker, ZStW 118 (2006), 389 ; さらに次の文献を参照, Kühne, Rn 7

素が優先する。ただし、連邦検事総長と検事長は、いくつかの州（例えばメクレンブルク＝フォアポンメルン州）で、政治家としての地位も有しており、政府から解任されることもあるという事情は、前述の地位との整合が難しい⁽¹⁸⁾。

立法論としては、権限分立の観点から、司法大臣の外部的指示権を可視的なものとし、さらには個別の指示を完全に禁止することが求められる⁽¹⁹⁾。

2. 判例への検察官の拘束

[89] 152条2項により、検察官には、訴追可能な可罰的行為が実行されたことについて十分な事実的根拠があるとき、事件に対応すべき義務がある。十分な嫌疑がある場合、公訴が提起されなければならない（起訴法定主義＝170条1項）。しかし、問題の行為が「訴追可能な可罰的行為」に当たるかという法律問題について、誰が判断するのかについては、定めがない。例えば、検察官は、一定の行為が法的理由から不可罰であるとの立場にたち——判例はこの行為を可罰的であるとしているにもかかわらず——、起訴しないことができるか、という問題がある。逆に、検察官はある行為を起訴したいと考えているが、判例の見解によるとそれは無罪判決しか想定できない、という場合も生じうる。

後者の場合、検察官は、従来の裁判実務について審査を求めることを、妨げられない。さもなければ、起訴されないため、裁判所は、そもそも確立した判例を修正する機会を与えられないことになってしまう。確かに、

↘ 133：「中間的役割」；*Peters*, § 23 II：「二重の役割」。

(18) 批判的見解として、*Rautenberg*, NJ 2003, 169.

(19) *Altvater*, *Miebach-FS*, S. 4; *Frank/Titz*, ZRP 2008, 127; *Oppong*, ZRP 2009, 22; 65; DJT Beschlüsse C IV; ドイツ裁判官組合の草案は次の URL で閲覧することができる。www.drb.de/cms/fileadmin/docs/amtsrecht_sta_juni04.pdf.

被疑者・被告人の立場からは、裁判手続に関わらねばならないことは、大きな負担となるが⁽²⁰⁾、公判開始決定の要件（203条）は、十分な保護を与える。

[90] これに対して、前者の事例——検察官が判例に反対して可罰性を否定している場合——は、問題である。学説の支配的見解は、最高裁判例への検察官の拘束を否定する⁽²¹⁾。その根拠として、検察官は裁判所から独立し（裁判所構成法150条）、捜査手続の主宰者として自身に与えられた評価裁量の範囲内で自由に起訴または手続打切りを判断できる、ということが挙げられる。起訴法定主義（152条2項、170条1項）の違反は、それが生じるのは訴追官の見地からしても訴追可能な犯罪である場合に限られる、との理由で否定されている。

しかし、判例⁽²²⁾ および学説の有力説⁽²³⁾ は、的確にも、拘束力を支持する。司法権は、裁判所に与えられている（基本法92条）。検察官がある事件に関する手続を自由に打ち切ることができるとする、——検察官から捜査された事実を前提にして——裁判所の見解によると有罪判決となるに違いないという場合でも、検察官が起訴しないために裁判所からある法律関係について終局的に裁判する機会を奪うことになるが、このようなことは、基本法92条に反する。これは、170条1項の趣旨にも反することである。同条項によると、有罪判決の十分な蓋然性が認められるときは、「公訴提起の根拠」がある。また、法の下での平等原則（基本法3条1項）が危機に

(20) 的確な見解として、*Hillenkamp*, Jus 2003, 164; *Krey*, I Rn 359.

(21) *SK-WeBlau*, §152 Rn 22; *Bohnert*, S. 299 ff; *Hellmann*, Rn 66; *Kretschmer*, Jura 2004, 452; *Lesch*, 2/68; *Roxin/Schünemann*, § 9 Rn 14; *Rüping*, Rn 69.

(22) BGHSt 15, 155; OLG Zweibrücken wistra 2007, 275, この評釈として *Jahn*, Jus 2007, 691.

(23) 以下を参照, *KK-Schmid*, § 170 Rn 6; *Schlüchter*, Rn 64.

さらされる、特に検察の指示従属性が濫用への誘因となりうる。さらに、権力分立原則が参照されなければならない。これによると、確立した判例について法律の改正によりその根拠を失わせることは、立法者のみの権限である。このように解しても、検察官の独立性（裁判所構成法150条）は、事実問題の評価裁量の範囲で、十分にその意味が残されている。また、検察官は、自身の法的見解を裁判手続で主張し、場合によっては法的理由から無罪を主張することもできる。

この見解を根拠としても、さらに、判例はどの時点で十分確立したもののみなされ、これによって拘束力をもつことになるのかという、派生問題が生じる。ここでは、検察官の行為裁量を緩やかに認め、〔拘束力が認められるのは〕明白な連邦通常裁判所判決ないし裁判所で常に維持されてきた判例であることが要求される。この要件が満たされないとき、検察官は、可罰性問題を独自に判断すべきことになる²⁴⁾。

3. 「職務外で」認知した事件の起訴義務はあるか？

[91] 起訴法定主義からは、職務外で認知した場合の起訴義務の有無という問題も浮かび上がる。検察官は、犯罪が実行されたことの「十分な根拠」があるときには（152条2項）対応しなければならず、その解明義務は、検察官が犯罪容疑の届出とは「別のかたち」で認知した場合にも肯定されることから（160条1項）、多くの見解は、そこには職務外で認知した場合も含まれるとしている。他方、現在の公務員職の理解からは、公務員にも法的に保護される私的領域が認められなければならない。一部の学説では、この点を強調して、対応の義務は、一般的に否定されている²⁵⁾。しかし、起訴法定主義の重要な意義、すなわち、国家の刑罰権の実現、犯罪からの

²⁴⁾ BGHSt 15, 155, 158.

²⁵⁾ LR-Rieß, §160 Rn 29; SK-StGB-Hoyer, §258a Rn 6; Laubenthal, Weber-FS, S. 109; Pawlik, ZStW 111 (1999), 354; Volk, § 8 Rn 11.

社会の保護,そして特に法の下での平等という点を考えると,支配的な判例⁽²⁶⁾および学説⁽²⁷⁾と同様に,個別事例ごとの衡量が適切であると思われる。その際,第1に,検察官の私的領域との結びつきの程度,第2に,犯罪の重さおよび対応が行われなかった場合の社会に対する危険の程度が考慮されなければならない。結論として,私的に認知された場合の起訴義務は,少なくとも重大な犯罪であり,「社会の利益に……相当程度関わる」⁽²⁸⁾ものである場合——例えば,謀殺罪,強盜的恐喝罪,麻薬取引罪など——には,肯定されるべきである。学説の一部は,起訴義務は刑法138条に列挙された犯罪⁽²⁹⁾ないし刑法12条1項でいう重罪⁽³⁰⁾の場合に限り存する,との見解も主張されている。この対応義務は,検察官だけでなく,163条によってやはり起訴法定主義に服する警察官にも妥当する⁽³¹⁾。

▶事例は, *Beulke*, *Klasurenkurs III*, Rn 104にある。

4. 検察官の忌避

[92] かつては,検察官の予断について,ほとんど問題とされてこなかった。従来は,検察官はいずれにせよその職務において予断をもつものであると考えられてきたのに対して,現在では,検察官は刑事手続に独立かつ

(26) BGHSt 5, 225, 229; 12, 277, 280 f.

(27) *Fischer*, § 258a Rn 4a; *Lackner/Kühl*, § 258a Rn 4.

(28) RGSt 70, 251 f.

(29) *MK-StGB-Cramer*, § 258a Rn 7; *Geppert*, *Jura* 1982, 139, 148; *Roxin/Schünemann*, § 39 Rn 3.

(30) *Hellmann*, Rn 52.

(31) BGHSt 38, 388 (この評釈として *Bergmann*, *StV* 1993, 518); BGH StV 1989, 16; BGH *wistra* 2000, 92 (これに対する批判的評釈として *Wollweber*, *wistra* 2000, 338); OLG Karlsruhe NStZ 1988, 503; OLG Koblenz StV 1999, 541 (評釈として *Martin*, *Jus* 1999, 194); *Wessels/Beulke*, AT Rn 721 も見よ。

客観的に関与すべきものとするモデルが浸透している。なぜなら、検察官が個別事例でこのような理解にそぐわず、少なくとも被疑者・被告人に対して偏見をもって対応しているという姿が見えるときには、検察官の除斥を想定することが妥当だからである。その際、そもそも忌避権はあるかという問題は、それをどのように現実化すべきかという問題と切り離して考えるべきである。

[93] a) 忌避権の実質的根拠

22条以下の除斥および忌避の規定は、法律の文言上、裁判官と鑑定人(74条)にのみ妥当する。これには合理的な理由がある。なぜなら、検察官には——160条2項により限定的であるとしても——片面性が認められるからである。検察官は、さしあたり、被疑者・被告人に不利な方向での事実状況を想定することが許される。公判では、検察官は、起訴状を朗読し(243条3項)、これによって、被告人に対して一定の行為を非難するという印象を与えなければならない。他方で、法律は、検察官に、起訴事実に対するおよそほど遠い疑いについても叙述することを、義務づけてはいない。

他方、検察官は、真実と正義にのみ義務づけられる。また、容疑事実の証明は、どのようなことをしても果たさなければならないものではなく、罪責は、公正かつ法治国家的な手続においてのみ、証明されるべきである。したがって、検察官は、手続のすべての場面で厳格な中立性を示し、あらゆる偏見の疑いを払拭されるべき訴訟機関として活動しなければならないわけではないが^③、その活動からもっぱら被疑者・被告人の不利または有利のためのみに活動し、もはや捜査の客観的評価を行うつもりはないとの疑いが生じたとき、そこに限界が認められる。すなわち、状況は、裁判官

③) 同様の見解として、BVerfG NJW 2001, 1121, 1128.

とまったく同じというわけではないが、多くの場面でそれに近い⁶³⁾。それゆえ、22条以下の法趣旨を援用することができる。

このことは、22条の除斥事由に関して、予断濃厚事由としてのその機能において (Rn 68, 74), 広い範囲で、現在一般的に認められている。特に、検察官において次のような場合に妥当する：

- 自身が犯罪により被害を受けたとき (22条1号)
- 被疑者・被告人と結婚している、または親戚であるとき (22条2号, 3号)
- 前にその事件について弁護人であったとき (22条4号)。

これに対して、検察官は、前に事件について検察官または警察官として活動していた場合も、その手続を引続き担当することができる。つまり、22条4号は、類推適用されない⁶⁴⁾。

さらに、予断の懸念という忌避事由 (24条。忌避手続ではない) の法的趣旨も、前述した検察官の「強度の予断」が認識できる限りで、援用することができる。すなわち、検察官が捜査結果の客観的評価をおよそ行わないことが危惧される場合である。

[94] 本書で支持する22条以下の限定的な類推適用と並んで、学説では、予断のある検察官の関与は許されないとすることについて、別の理論的基礎づけとして、以下のようなものが提示されている：

- 「フェア・トライアル」という不文の法治国家的手続原則から推論する⁶⁵⁾。
- ニーダーザクセン州の裁判所構成法および連邦手続法を実施するための法律 (AGGVG) 7条以下、バーデン=ヴュルテンベルク州の裁判所構成法および

⁶³⁾ *Schaefer*, *Rieß-FS*, S. 491も参照。

⁶⁴⁾ より詳細には、*SK-Rudolphi*, Vor § 22 Rn 22 ff.; *Pfeiffer*, *Rebmann-FS*, S. 359 ff.

⁶⁵⁾ 例えば、*Arloth*, *NJW* 1985, 417, 418; *Egon Müller*, *Jus* 1989, 311.

連邦手続法を実施するための法律11条は、検察官に対する一定の除斥事由を定めているが、これを「一般準則」として援用する³⁶⁾。

- 22条以下以外に、連邦行政手続法20条以下および州の行政手続法、つまり行政官に対する除斥事由を類推適用する³⁷⁾。
- 138 a 条, 138 b 条を類推適用する³⁸⁾。

[95] b) 証人検察官

連邦通常裁判所は、従来、検察官が同じ手続で証人として登場した場合に、予断に当たることを特に認めてきた³⁹⁾。検察官が証人となった場合について、特に自身の供述に対する評価の客観性に関して（例えば、最終弁論において）、疑問が生じる。

もっとも、連邦通常裁判所は、この間に、的確な証拠申請によってはじめから事件に関与しよく精通した検察官を、被告人の意のままに手続から遠ざけることを許してはならない、と強調するようになっている。したがって、連邦通常裁判所第1部は、検察官の予断に関する従来の判例に対する疑問を示さざるをえなかった⁴⁰⁾。少なくとも、証人としていったん活動した検察官は、包括的に以後の手続への関与から排除されるのではなく、その活動が証人としての供述と不可分の関係にある限りで排除される⁴¹⁾。これは、特に、最終弁論において検察官の証人供述は別の検察官より評価されなければならない、ということの意味する。立会検察官が単に技術的

³⁶⁾ 例えば, OLG Stuttgart NJW 1974, 1394, 1395; *Roxin/Schünemann*, § 9 Rn 15.

³⁷⁾ *Böttcher*, *Roxin-FS*, S. 1335.

³⁸⁾ 例えば, *Krey*, I Rn 419.

³⁹⁾ BGH NStZ 1983, 135; 1994, 194; BGH StV 1989, 240.

⁴⁰⁾ BGH NStZ 1989, 583; BGH StV 2008, S. 337 (*Kelker*, StV 2008, 381の批判的評釈付き).

⁴¹⁾ BGH NStZ 2007, 419; 批判的見解として, *Grünwald*, S. 20.

な事項またはその他の重要ではない付随的問題についてのみ尋問されたという場合には、別の検察官は不要である⁽⁴²⁾。

[96] c) 忌避手続に則した現実化

刑訴法には検察官を忌避する権利が定められていないため、それを実施するための規定もない。

aa) まず、被疑者・被告人は、検察官の上司に、予断を持つ検察官を裁判所構成法145条によって別の検察官に交代させるよう、求めることができる⁽⁴³⁾。

bb) 学説では、手続に関しても、22条以下の類推適用が主張されている⁽⁴⁴⁾。しかし、これは、検察官に対する裁判所からの望ましくない規制権限をもたらす結果となる。

cc) メンヒェングラートバッハ地方裁判所⁽⁴⁵⁾は、フェア・トライアルの要請から、検察官の解任および交代（裁判所構成法145条）に関与することの、裁判所の義務を導く。しかし、これも、検察への裁判所による規制を導くが、このことは、裁判所構成法150条が禁止することであり、支持されるべき見解ではない。

dd) 別の見解⁽⁴⁶⁾は、裁判所構成法施行法23条を援用し、検察官交代の拒否を、（高等裁判所に）異議申立てできる司法行政行為と位置づける。交代または不交代は「内部的措置」であり、「対象者の権利に直接影響する規定」ではないという点は置くとしても⁽⁴⁷⁾、これによって、支持できないほどの手続遅延が生じる。29条2項の類推適用（活動を続けることが可能）によっても、裁判所構成法施行法23条の制度は、非常に困難であり、公判における必要な判断を麻痺させてしまう。

[97] ee) 解釈論として助けとなるのは、上告法を通じた方法のみである。

(42) BGHSt 14, 265; BGH NStZ-RR 2001, 107.

(43) BGH NStZ <M> 1989, 14; OLG Zweibrücken NStZ-RR 2000, 348.

(44) Frisch, StV 1993, 613.

(45) StV 1987, 333.

(46) Bottke, StV 1986, 120, 123; Hilgendorf, StV 1996, 50; Roxin/Schünemann, § 9 Rn 15.

(47) OLG Hamm NJW 1969, 808参照。

判例⁽⁴⁸⁾ および学説⁽⁴⁹⁾ と一致して、正当に忌避されるべき検察官の以後の関与に、337条の意味での上告理由が認められるべきである。その際、検察官が「除斥されるべき」場合と、「予断がある」場合との区別も重要ではない⁽⁵⁰⁾。これに対して、忌避権が妥当する時間的範囲に関しては、25条を類推適用することができる（特に、忌避申立ての遅滞なき主張）。もっとも、上告法を通じた解決方法は、第1審裁判所には差戻権ないし規制権が欠けるために、上告審で破棄されるべき誤った判決を「みすみす」下さなければならぬという、不都合な状況をもたらす。

[98] 事例12の解決：

a) 検察官は、起訴法定主義に服する（152条2項，170条1項）。検察官は、起訴義務に際して、最高裁判例にも拘束される（BGHSt 15, 155 f. 学説の通説は批判的である）。つまり、170条2項による手続打切りは、違法である；詳細は、前述 Rn 89を見よ。

b) 検察官は、最高裁判例が自分の良心に反すると信じる時は、上司にそのことを報告しなければならない。その上司は、Aに対する捜査を自ら指揮し、起訴することもできる（いわゆる引取権＝裁判所構成法145条1項前段）。さらに、上司は、捜査手続を別の検察官に任せることもできる（いわゆる交代権＝裁判所構成法145条1項後段）。また、犯罪を起訴するよう指示することもできる（170条1項準用裁判所構成法146条）。Xは、この指示に従うことができないと信じる時は、この点で命令への服従を拒否する権限をもつ（非常に争いがあり、支配的見解はそのような権利を

(48) BGH NStZ 1983, 135 ; 1991, 595.

(49) 例えば, SK-Rudolphi, Vor §22 Rn 38 ; Kretschmer, Jura 2004, 452 ; Pawlik, NStZ 1995, 309 ; Schlüchter/Duttge, S. 24.

(50) 同旨だが, さらに, Krey, I Rn 447-450 mwN.

否定する)。詳細は、前述 Rn 85を見よ。

[99] 事例13の解決：私的に認知した場合、検察官には、重大な犯罪であり、社会の利益に特に関わるものである場合に限り、起訴義務がある（152条2項、170条1項）。この関連で行われるべき全体評価からは、事例 a では、法の下での平等および重大犯罪を制裁すべき社会の利益が、Sの私的領域の保護に優先し、Sは、捜査の開始を義務づけられることになる。これに対して、事例 b は、限界事例である。連邦通常裁判所は、結論において支持すべき考察によって、対応義務を否定した（BGH StV 1989, 16＝警察官を対象とする事件）。ライヒ裁判所は、「ワイン部屋事件」において、異なる判示をしていた（RGSt 70, 251 ff.）。詳細は、前述 Rn 91を見よ。

[100] 事例14の解決：検察官 X は、その証人尋問を理由として、少なくとも同人の証人供述の評価を対象とする限りで、訴追官としての以後の関与から除斥される（BGH NStZ 1983, 135）。このことは、22条以下の法律の趣旨を援用することから導かれる。もっとも、手続に関して、22条以下の類推適用は否定され、むしろ、忌避の実現については上告法のみが用いられうる。相応の異議において、Xの以後の関与に（そして、自身の証人供述の評価に関して）瑕疵があることに依拠する上告は、判決がその手続瑕疵に基づいている限りで、理由がある（337条）。

§ 6 検察の補助者としての警察

事例15：銀行強盗犯 B は、人質をとって銀行に立てこもり、人質を伴った脱出と、金銭を要求した。検察官 S は、警察官に、Bが銀行を出たところを射殺するように命じた。この指示は適法か。[Rn 109]

I. 指示権の原則

[101] 検察官は、必要な捜査を自ら行うことができる(160条)。しかし、通常は、仕事容量上の理由から、それをするにはできない。したがって、検察官は、自分に代わってその処理を行う公務員を必要とする。しかし、ドイツの刑訴法は、独自の「検察付き警察」を設けておらず、検察官が一般警察業務を行う機関および公務員に指示を出すというかたちをとっている(161条)。

警察の組織は、基本法30条、70条以下により、州の事項である(例えば、バイエルン州や、ノルトライン・ウェストファーレン州の警察規則を参照)。例外的に、連邦の機関も、警察の任務を負う。ここでは、連邦警察局(BKA)を挙げておく。この機関は、州際犯罪および国際犯罪の対応に取り組んでいる(法的根拠は、連邦警察局法である)⁽¹⁾。連邦警察局は、同時に、国際刑事警察機構(Interpol)の国内本部でもある。連邦警察局は、特に、情報を集約・分析する、刑事技術上の研究や調査を行う、また刑事訴追機関の要望に応じて鑑定を行う、などの活動をしている。連邦警察局は、例外的に、刑事訴追において自ら警察の任務を担うこともある。特に、テロなどの国際的犯罪や、政府機関・外交使節への攻撃を伴う犯罪の場合、これに当たる。ドイツの治安機関(警察局および情報機関)の情報システムにおいて、連邦警察局には、国際テロに関するすべての情報が集約されている⁽²⁾。それ以外は、連邦警察局は、州警察の調整に限定される。州は、自ら、犯罪撲滅における連邦での協力を促進するための州警察局を運営する。連邦憲法保護局は、憲法に反する試みの撲滅に資する(法的根拠は、憲法保護の業務における連邦と州の協力に関する法律である)⁽³⁾。しかし、この機関には、警察上の介入権限はなく(いわゆる

(1) *Sartorius I* Nr 450で公刊されている。深めるために、*Baum/Schantz, ZRP* 2008, 137.

(2) 共通情報法(GDG)(BGBI I 2006, 3409)。これについて、*Ruhmannseder, StraFo* 2007, 184.

(3) *Sartorius I* Nr 80で公刊されている。

権力分立の要請による), むしろ, 情報を集約・加工するという任務を担っている。その際, 犯罪構成要件が満たされたとの示唆が得られたときは(刑法80条以下参照), 連邦局員は, 管轄の刑事訴追機関(例えば, 連邦警察局や州警察)にそのことを報告しなければならない。さらにこの関係で, 連邦国境保護(この点について, 連邦警察法⁽⁴⁾を参照)が, 指摘されなければならない。最後に, 特にシェンゲン情報システム(SIS⁽⁵⁾)や, 欧州警察局(EUROPOL)などによって, 国際的協力も行われている(詳細はRn 10)。

[102] 警察は, 検察とは異なり, 司法省ではなく, 内務省に属する。この分割は, 検察の権限限定を内容とする。しかし, 犯罪撲滅におけるその戦闘力を弱体化させないようにするために, 検察には, 警察に対する指示権が認められている(161条1項)。検察は, 捜査手続に関するその全責任と, 法治国家的かつ公正な捜査の実施の利益において, 指示権を責任をもって行使しなければならない⁽⁶⁾。指示権は, すべての警察官に向けられるが, 以下の区別がある:

一定の警察官は, いわゆる検察の捜査官(かつては「補助官」⁽⁷⁾)である。その警察官は, 刑訴法上, 一連の権限をもつが, その際は, すべて検察の指示に従わなければならない(裁判所構成法152条)。州法は, 誰が検察の捜査官であるかを規定する(バイエルン州の検察の捜査官に関する規定1条を参照。Ziegler/Tremel Nr 75は, 「捜査官」は, 警察官の資格を有するすべての警察官であり, そこには, 財務, 山林, 狩猟, 漁業行政に携わる公務員も含まれる, という)。この点で, 161条1項2文は, 検察官からの

(4) Sartorius I Nr 90で公刊されている。

(5) BGBI II 1993, S. 1010, 1061; これについて, Wahl, in Epiney/Theueukauf, S. 79.

(6) BGH NStZ 2009, 648 (評釈として Grasnick, NStZ 2010, 158).

(7) 2004年第1次司法の近代化のための法律(JuMoG)によって変更された。Knauer/Wolf, NJW 2004, 2932.

警察への(捜査の)委託という表現を用いている。

その他の警察官も、検察の委託に応じるべき義務を負う(161条1項2文)。法律が委託という概念を用いているのは、これらの公務員に関して、直接の上下関係がないからである。

II. 警察の役割

[103] 1. 警察は、予防的(präventiv)活動と抑止的(repressiv)活動という、二重の機能を有している：

- 予防とは、公的治安および秩序の混乱(特に犯罪もこれに含まれる)を阻止するためのものであり、例えば、パトロールや一般的な監視などである。この活動は、州の警察法および治安法において規律されている。
- 抑止とは、既に実行された犯罪を解明するためのものである。これについては、刑訴法の規定(特に刑事訴訟法、裁判所構成法)が適用される。

検察の警察に対する指示権(161条1項準用裁判所構成法152条)は、抑止的活動にのみ関係づけられる(犯人を逮捕する命令など)。その際、抑止的なものであるか、予防的なものであるかの位置づけについては、活動の重点がいずれであるかが決定的である⁽⁸⁾(刑事手続および過料手続に関する準則附則AⅢも類似しているが、これはあいまいなかたちで、警察に最終判断権があるとしている)。人質解放命令の事案では、通常、人質の安全が優先しているため、これを理由として、検察官が武器使用を命じることは許されない⁽⁹⁾。同じく、児童誘拐犯人と想定される者に隠れ家を吐かせるため、一定の尋問技術が命じられる場合も、予防的領域が優先する⁽¹⁰⁾

(8) 例えば、*Knemeyer*, Rn 122.

(9) 結論において同旨の見解として、*Knemeyer*, Rn 402 ; *AK-Achenbach*, § 163 Rn 11.

(10) 二重の機能をもつ処分について、*Rössner*, Problem 11.

(*Gäfgen* 事件。これについて Rn 119, 134a, 289b, 482)。

[104] 2. 警察の職員（検察の捜査官，その他の警察官）は，検察の要望に基づくだけでなく，相応の認知をした場合には（私的な認知について Rn 91）自発的に活動することもある。これは，特に告発による——告発は，警察に直接提出することもできる（158条1項）。犯罪を自発的に究明することも，警察の任務である（163条1項1文）。その際，警察は，事実の究明が閉ざされることを阻止するため，迅速な措置をとらなければならない（163条1項1文）。

どの範囲で警察はこの目的のための措置——法的権限として明示されていない——を行うことを許されるかは，長い間争いがあった。〔なぜなら，〕旧163条は，任務の割当てのみで，介入権限を示すものではなかったからである。

もっとも，この問題は，すでに163条を捜査権限として改正する前から，相当程度に解消されていた。なぜなら，警察が意図して実施してきた措置の広い範囲が，この間に，特別に規定されたからである。それは，いわゆるラスター検索（既存の情報を犯罪上の観点から機械的に活用する方法＝98 a 条～98 c 条），写真その他の技術的手段を用いた監視（100 h 条），長期にわたる監視（163条以下），いわゆる盗聴（非公然の会話を聴取して機器へ録音することが許される＝100 c 条，100 d 条，100 f 条），隠密捜査官の投入（110 a 条以下），いわゆる地引網検索（国境検問やコントロールタワーにおいて111条により蓄積された情報を一時的に蓄積・加工する方法＝163 d 条），州際の検察手続登録の設置・利用（492条以下）などである。

立法者は，この間，1999年刑事手続改正法によって，捜査の一般条項を創設した（161条1項，163条1項）。刑訴法は，確かに，引き続いて，基本権に関連する捜査手段については，個別の介入権限を必要とする原則に従っている。しかし，個別事例で想定可能なすべての捜査手段を法律として記述し，規定することは，犯罪現象が絶えず変化すること，常に新たな解明手段が登場することを考えると，不可能で

ある。したがって、市民の基本権への介入の程度が弱い措置に関する一般条項が、不可欠であった。161条1項、163条1項は、検察およびその捜査官に、明示で必要な捜査処分を自ら行う権限（「行うことができる」）を与えている。しかし、本規定は、「深く」基本権に介入する措置についての、憲法上または刑事訴訟上必要な介入根拠に代替するものではない。立法者の意思によると、長期にわたる被疑者の監視、搜索・押収については、個別の介入根拠が必要と考えられていることから、161条1項、163条1項によって把握されるのは、その憲法上および刑事訴訟上の意味合いにおいてこれらの捜査手段よりも軽い基本権侵害に限られる。これに当たりうるのは、例えば、搜索する人の近辺での聞込みや、被疑者の短期間の監視などである⁽¹⁾。

[105] 警察が予防活動で得た情報はどの範囲で抑止的刑事訴追の中で使用することができるかという問題は、今なお解明されていない。支配的見解によると、警察上の情報を刑事手続へ一般的に転用することは、一般的な利益衡量により、基本的には無限定に可能とされる。確かに、予防的措置と抑止的措置とはしばしば不可分のものであることを考えると、これは、おおよそにおいて正しいが、もとよりそれは、警察法への「回避」によって刑訴法の特別の介入条件が潜脱されてはならない、という留保の下で許されることである⁽²⁾。これは、しばしば（部分的な）法規定を確証する。「仮定された代替的介入」の原則に従い、161条2項によると、別の法律に基づいて得られた個人情報を対象者の同意を得ることなく使用することは、その情報が一定犯罪の疑いがある場合にのみ許される措置から得られたという限りで、同様の措置がその解明を理由として刑訴法上も許されたであろうという条件の下でのみ許される（警察上の盗聴から得られた情報に関する100 d条5項3号準用161条2項2文の特別規定について Rn 266）。治安を目的とした住居内外での非公然の調

(1) BT-Drucks. 14/1484, S. 20, 23; *Brodensen*, NJW 2000, 2536; *Hilger*, *StraFo* 2001, 109, 111; *Lesch* 3/29; *Lilie*, *ZStW* 111 (1999), 807. 批判的見解として, *Hefendehl*, *StV* 2001, 700.

(2) *Schnarr*, *StfaFo* 1998, 217.

査に際して、また技術的手段を投入して得られた予防・警察的情報という特殊な領域に関して、161条3項は、刑事手続におけるその使用は、区裁判所が処分の合法性を確認した場合に限り許される、と定めている⁽¹³⁾（予防的戦略の詳細は Rn 311）。

[106] 法律の規定上は、警察は、最初の介入の権限と義務のみをもち、その事象を検察に遅滞なく送致し、検察は、それに応じて捜査手続の指揮を引き受ける（163条1項，2項1文）。これに対して、現実には、事件の大半（特に、あまり重大ではない事件）で警察が捜査を独自に起訴が可能なまでに行い、その後にはじめて、事件を検察に送致することになっている。〔これは〕特に、検察が、その「捜査手続の主宰者」としての任務を十分果たすには、しばしば、人的資源も事件に関係する情報も十分もたないことからである⁽¹⁴⁾。

III. 警察の強制権限

[107] 警察は、その任務を果たすため、重要な強制権限を有する：

1. すべての警察官は、例えば次のような権限をもつ

- 仮拘束（127条1項1文，2項，163b条1項2文）
- 確認的措置の実施（81b条，163b条1項3文）
- 身元の確認（163b条）
- 写真撮影その他の技術的手段の投入（100h条）
- 出頭して供述する意思のある被疑者，証人，鑑定人の尋問（163条3項，163a条1項，4項）

(13) 以下を参照，SK-Wolter, § 100c Rn 22 ff；Brodersen, NJW 2000, 2538；Sinn, Jura 2003, 812.

(14) 批判的見解として，Ambos, Jura 2003, 674；Lilie, ZStW 106 (1994), 625；ders., Rössner/Jehle (Hrsg.), Kriminalität, Prävention und Kontrolle, 1999, S. 59；Rieß, Schäfer-FS, S. 195 f；Schaefer, Hanack-FS, S. 191 und Schünemann, Kriminalistik 1999, 74 und 146.

[108] 2. 検察の捜査官のみ(そして「遅滞する危険」がある場合に限り、すなわち、証拠価値の低下が懸念される場合に、検察ないし捜査判事に代わって)、例えば次のような命令権限をもつ:

- 被疑者・被告人の身体検査(血液採取を含む, 81 a 条 2 項)
- 証人の身体検査(81 c 条 5 項)
- 押収(98条1項) および捜索(105条1項1文)
- 検問の設置(111条2項)
- 手配書の頒布(131条1項)

[109] 事例15の解決: 人質の解放のみを目的とした武器使用は、予防警察上の措置である。そのため、検察官は、これを指示することができない(M-G, § 161 Rn 13)。〔これに対して,〕強盗犯が犯罪実行後に立てこもった場合に、その拘束のみを行うことは、これと異なる。この場合、検察官は、161条1項により、逮捕と、そして正しい見解によると、さらに武器使用まで命じることができる(Roxin/Schünemann, § 9 Rn 20も同じ見解である。批判的見解として、Krey, I Rn 509がある)。本問では、双方の領域に関わる。その重点は、人質解放にある、つまり、武器使用は予防的機能にあることから、検察官は、その指示を出すことはできない。詳細は、前述 Rn 103を見よ。

