

翻 訳

ヴェルナー・ボイルケ著  
『ドイツ刑事訴訟法』(5)

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]

Übersetzung

*Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage*  
(2010, C.F. Müller, Heidelberg) (5)

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, 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
  - I. 被疑者・被告人の概念・意義
  - II. 被疑者・被告人の尋問（基本的特徴）
  - III. 供述拒否権の教示の懈怠

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

- I. 総則
  - II. 長期間の監視 (163 f 条)
  - III. 仮逮捕 (127条, 127 b 条)
  - IV. 被疑者・被告人の鑑定のための収容 (81条)
  - V. 身体検査, 血液検査 (81 a 条)
  - VI. 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)
  - VII. 写真と指紋 (81 b 条)
  - VIII. 第三者の検査 (81 c 条)
  - IX. 押収, 差押え (94条以下, 111 b 条以下)
  - X. 電話通信に関連する強制介入 (100 a 条以下)
  - XI. 搜索 (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. 身分秘匿捜査官の投入 (110 a 条以下) (以上, 近畿大学法学63巻1号)
- § 13 訴訟条件
- I. 総論
  - II. 重要な訴訟条件の各論
  - III. 訴訟条件が欠ける場合の帰結
- § 14 訴訟行為
- I. 概念
  - II. 有効条件
  - III. 期日
- § 15 捜査手続
- I. 捜査手続の開始
  - II. 捜査手続の実施
  - III. 捜査手続の終了
  - IV. 捜査手続における法的保護

- § 16 起訴便宜的理由による手続打切り
    - I. 総論
    - II. 刑法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
    - III. 刑法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
    - IV. 複数の犯罪における刑法154条による打切り又は刑法154 a 条による刑事訴追の限定
    - V. その他の打切り機会
    - VI. 王冠証人（以上、本号〔近畿大学法学63巻2号〕）
  - § 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

## § 13 訴訟条件

### 事例33：

a) 訴訟条件にはどのようなものがあるか？

b) 訴訟障害の存在が確かであることが判明した場合，どのような裁判が下されるか？〔Rn 293〕

事例34：Aは，飲酒運転罪（刑法316条）で裁判（単独裁判官で審理）に付された。公判開始決定は，下されていなかった。刑事裁判官は，公判の証拠調べでこれに気が付いたため，そこで開始決定を宣告した。Aは，召喚期間の遵守を放棄した（217条3項と結び付く215条）。刑事裁判官は，公判を継続し，判決を宣告することができるか？〔Rn 294〕

事例35：隠密捜査官として活動していた警察官Pは，6か月にわたり，Aに外国からコカインを密輸入するよう働きかけた。Aには前科がなく，当初は拒否していたが，その犯罪に対して約束された「法外の報酬」に誘惑されて，ついには応じてしまった。Aを，麻薬不法密輸入罪を理由として処罰することができるか？〔Rn 295〕

### I. 総論

[273] 1. 訴訟条件（又は手続条件ともいわれる）は，有罪判決又は無罪判決（実体判決）の許容性に関する条件である。これは，たいていの場合，積極的にその存在が要求される条件である。これを，積極的訴訟条件という（例えば親告罪における告訴）。これに対して，それが存在してはならない事情を，消極的訴訟条件という（例えば他の訴訟係属や確定判決の存在）。消極的訴訟条件は，しばしば，手続障害又は訴訟障害ともいわ

れる<sup>(1)</sup>。

2. 訴訟条件の本質は、それが全ての刑事手続の許容性の条件となる、という点にある。積極的訴訟条件が欠ける場合、又は手続障害が存在する場合には、実体裁判を下すことは許されず、手続はそこで終了されなければならない—たいていは手続打ち切りによって、である。これが判決主文で示される場合、訴訟判決という（この点について Rn 290以下を見よ）。

3. 訴訟条件は、手続のあらゆる段階において、つまり検察官又は警察による捜査手続の開始から判決の確定に至るまで、職権で審査されなければならない。例えば、その犯行が責任能力のない子どもによって実行された場合、検察官は、そもそも捜査手続を開始することができない。それにもかかわらず捜査手続が開始された場合には、手続は直ちに打ち切られなければならない。上訴審においても、訴訟条件が検討されなければならない、相応の主張がなされる必要はない（法律上の例外として例えば16条）<sup>(2)</sup>。

4. 訴訟条件の審査は、原則として自由な証明によって、つまり刑訴法上許容された証拠に限定されることなく、行われる<sup>(3)</sup>（Rn 180も見よ）。

5. 「疑わしいときは被告人の利益にの原則（プロ・レオ原則）」がどの程度訴訟条件の判断に適用されるべきかは、争いがある。かつては、どちらかといえば否定的に考えられてきたが、今日の訴訟法学説は、正当にも

---

(1) 深めるために *Krack*, GA 2003, 536 ; *Meyer-Goßner*, S. 1 ff ; *SK-Paeffgen*, Anhang § 206a, Rn 1 ff ; *Rieß*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 809.

(2) 限定的な見解として *Meyer-Gosner*, NSTZ 2003, 169.

(3) BGHSt 46, 349, 351. 批判的見解として *Roxin/Schünemann*, § 21 Rn 23.

その適用を肯定している。ただし、その際には、各々の訴訟条件の特殊性に配慮が示されている<sup>(4)</sup>。

例：犯行時刻の詳細な特定が欠けていたため、その犯罪について公訴時効が完成しているのかどうか、解明することができなかった。

この場合、訴訟障害の事実的条件（刑法78条）が判明しない。法的安定性の考え方は、プロ・レオ原則の適用を要求する。手続は打ち切れなければならない。しかし、連邦通常裁判所は、プロ・レオ原則を訴訟条件に直ちに適用することについて、否定的である<sup>(5)</sup>。

プロ・レオ原則は、二重起訴、一事不再理、告訴の存在（刑法77条以下）などの問題についても、適用される（この点について Rn 283）。

6. 次のものは、訴訟条件と取り違えてはならない。

- 客観的処罰条件（これは実体法に属する）
- 訴訟行為要件（これは個別の訴訟行為の許容性及び有効性にのみ関わる）（Rn 296以下を見よ）。

## II. 重要な訴訟条件の各論

### 1. ドイツの裁判権

[274] 外交官など裁判所構成法18条-20条に示された者（いわゆる治外法権）は、ドイツの裁判権に服さない。その者らに対して、刑事手続を実施することはできない。ドイツの刑法がその3条により適用できない場合も、

---

(4) BGHSt 46, 349, 352（評釈＝*Verrel*, JR 2002, 212）；BGH NSTZ 2010, 160；LR-*Stuckenberg*, § 206a Rn 37 ff；KK-*Schneider*, § 206a Rn 10. 深めるために *Meyer-Goßner*, S. 60 ff；*Schwabenbauer*, Der Zweifelssatz im Strafprozessrecht, 2012, S. 97 ff.

(5) BGHSt 18, 274, 277；47, 138, 147.



同様である<sup>(6)</sup>。

## 2. 裁判所構成法13条による裁判権

[275] 裁判所構成法13条による裁判権が存在していること、つまり刑事事件であることが必要である。犯罪と関連して、刑事手続において、秩序違反を審判することもできる(秩序違反法82条)。

## 3. 裁判所の事物的及び場所的管轄

詳細は Rn 36以下を見よ。

## 4. 刑事成人年齢

[276] 刑法19条によると、14歳未満の児童は、責任無能力であり、刑事成人年齢には達してない。

## 5. 弁論能力

[277] 弁論能力は、民事訴訟法における訴訟能力とは異なり、民法上の行為能力を条件とはしない<sup>(7)</sup>。これは、審理の内外で自身の利益を合理的な形で行使すること、理性的かつ合理的な方法で防御すること、訴訟上の陳述を行い又は弾劾することの、被疑者・被告人の能力であると定義される<sup>(8)</sup>。継続的な弁論無能力にあることが既に捜査手続において判明した場合、検察官は、保安・改善処分の独自の命令を目的として、いわゆる保安手続(413条以下)を開始することができる。継続的な弁論無能力にある

---

(6) BGHSt 34, 1, 3; OLG Saarbrücken NJW 1975, 506, 509.

(7) BGH NStZ-RR 2004, 341.

(8) BGHSt 41, 16, 18. 批判的見解として Rath, GA 1997, 214.

ことが公判開始後に初めて判明した場合には、手続を打ち切るべきであり、場合によっては、新たな保安手続を開始しなければならない<sup>(9)</sup>（争いがある）。

## 6. 議員特権

[278] 議員特権は、原則として、その者が議員である間の刑事訴追を妨げる。このことは、連邦議會議員については基本法46条2項及び4項が、州議會議員については刑訴法152 a 条と州憲法の同様の規定とが、それぞれ定めている。しかし、特権によりその実効性を保護されるべき議会が刑事訴追を承認することができる点には、注意が必要である（基本法46条2項参照）<sup>(10)</sup>。

## 7. 他の訴訟係属

[279] 手続は、他の裁判所に係属しているものであってはならない。訴訟係属は、公判開始決定によって生じる<sup>(11)</sup>。なぜなら、その時点以後は、もはや検察官が公訴を取り消すことができなくなるからである（156条）。

## 8. 確定判決

[280] （訴訟上の意味での）行為は、まだ確定した審判がなされていないことが必要である。そうでなければ、基本法103条2項で禁止される二重処罰となる可能性があるからである（一事不再理）。何らかの形で刑罰権消耗（例えば153 a 条1項5文、211条）が生じていてもならない（Rn 502,

---

(9) BGHSt 46, 345（肯定的評釈＝Gössel, JR 2001, 521）。

(10) LR-Beulke, § 152a Rn 4.

(11) BGHSt 29, 341, 343. 異なる見解として Roxin/Schünemann, § 40 Rn 10 は、起訴状到達時とする。

507も見よ)。

もっとも、基本法103条3項は、**外国で審判され無罪が確定したドイツ人を、国内での(再度の)処罰から保護するものではない**(この点について153c条2項も見よ)。しかし、国際法上の取決めによって、一事不再理原則は、例外的に、外国の判決又はその他の**裁判所による裁判との関係においても適用される**。例えば、欧州連合加盟国に関して、基本権憲章50条、シェンゲン実施協定54条がある(Rn 10 oを見よ)。

## 9. 公訴時効

[281] 公訴時効(刑法78条以下)は、手続障害に当たる<sup>(12)</sup>(Rn 8も見よ)。

## 10. 手続の免除

[282] 手続の免除(恩赦)は、2つの形で存在する。**個別的免除**は、一定の手続のみを対象とする。それは、憲法上許されない。大規模免除は、**特赦**とも呼ばれ、恩赦法による、不特定多数の犯罪についての、刑の免除の供与である。特赦は、実体法上の刑罰阻却事由であり、手続障害でもある<sup>(13)</sup>(争いがある)。

## 11. 告訴、授權、刑の請求(刑法77条以下)

[283] いくつかの犯罪では、**告訴、授權、刑の請求が、刑事訴追の条件とされている**(例えば刑法247条, 248 a 条, 194条4項, 104 a 条)。

刑事訴追機関が刑事訴追に関する**特別の公的利益**ゆえに職権での介入が必要であると判断したため、告訴が考慮されない場合(特に刑法223条, 229条の傷害罪にお

---

(12) S/S-*Stree/Sternberg-Lieben/Bosch*, Vorbem. § 78 Rn 3 (文献一覧付き) 参照。

(13) BGHSt 24, 262, 265.

いて、刑法230条参照)、検察官は、この判断を自身の責任で行う。裁判所は、特別の公的利益を(内容的に)事後審査してはならない<sup>(44)</sup>。

私訴犯罪における刑事訴追に関する公的利益の訴訟条件について(376条)、Rn 591を見よ。

## 12. 有効な開始決定

[284] 書面による開始決定がそもそも存在しない場合、又はそれが無効とされるほど重大な瑕疵がある場合は、訴訟障害に当たる。その場合、手続は、原則として打ち切られなければならない。このような手続的瑕疵は、開始決定が追完され又は瑕疵が是正されることによって治癒されうるものであるかは、争いがある。

### a) 欠缺又は瑕疵ある開始決定の追完

欠缺又は重大な瑕疵が公判開始前に判明した場合には、一般的見解によると、裁判所は、開始決定をその段階で下すことができる<sup>(45)</sup>。しかし、公判開始後もまだ開始決定を追完することができるかは、激しく争われている。これに反対する見解は、本質的に、被告人の要保護性が異なるとの評価から主張されている。

連邦通常裁判所及び一部の学説は、公判途中での開始決定の追完を認めている<sup>(46)</sup>。しかし、これも、上訴審には妥当しない<sup>(47)</sup>。

学説上の通説<sup>(48)</sup>は、開始決定の追完可能性に反対しているが、的確である。なぜ

---

(44) BGHSt 16, 225, 230; *Fischer*, § 230 Rn 3 (非常に争いがある)。異なる見解として LG München StV 1990, 400; *Fezer*, 1 Rn 67 f.

(45) OLG Düsseldorf MDR 1970, 783.

(46) BGHSt 29, 224, 228; 50, 267, 269; *Schroeder/Meindl*, Fall 1, Rn 15.

(47) BGHSt 33, 167, 168; OLG Zweibrücken NStZ-RR 2009, 287.

(48) HK-*Julius*, § 207, Rn 17; *Meyer-Goßner*, S. 13 f; SK-*Paeffgen*, § 203 Rn 4; Radtke/Hohmann/*Reinhart*, § 207 Rn 16.

なら、法律上明示で定められた法治国家的な保護は、その必要もないのに、放棄されてはならないからである。さらに、公判における裁判であることから、本来は、参審員が関与しなければならない。これに対して、参審員は、中間手続における開始決定については裁判に加わらない。支配的見解は、開始決定の追完に際して公判を中断し参審員が関与しない裁判とすることによって問題を解消しているが(区裁判所の参審裁判所は、原則として職業裁判官、地方裁判所大刑事部は3人の職業裁判官である。Rn 40, 41を見よ)<sup>(19)</sup>、これは、裁判所構成法30条2項、76条1項2文の潜脱である(事例9及びRn 62を見よ)。したがって、正しい見解に従って、手続は、刑訴法260条3項により判決で打ち切られなければならない(Rn 290を見よ)。もっとも、この訴訟障害は除去可能なものであるから、打ち切り判決によっても刑罰権は消耗されず(Rn 503を見よ)、検察官は、改めて公訴を提起することができる<sup>(20)</sup>。

#### b) 開始決定の「軽微な」瑕疵の除去

開始決定に軽微な瑕疵がある〔にすぎない〕場合、決定は有効であり、(さしあたり)拘束力を持つ。この場合、その瑕疵を公判で治癒することができる<sup>(21)</sup>(Rn 362も見よ)。

### 13. 有効な起訴

[285] いかなる場合にも、刑訴法200条1項による有効な起訴が存在していなければならない。ここでも、無効と単なる瑕疵とに分けられる。無効となるかどうかは、起訴状の機能による。

- 起訴状は、その識別機能によって、訴訟対象を特定する。識別機能は、「一事不再理」原則からの帰結である(基本法103条3項)。起

---

(19) BGH StV 2011, 365; BGH NStZ 2012, 50.

(20) 全体について Rössner, Problem 15.

(21) OLG Karlsruhe JR 1991, 37.

訴状がどの人に向けて、どの具体的事実を対象としているのか、また、その有罪判決はどの範囲で確定力を有するのかが判明しないものである場合、起訴は無効である<sup>22)</sup>。もっとも、一部の見解によると、そのような瑕疵のある場合でも、一審公判で補正できるとされている<sup>23)</sup>。しかし、この見解は否定されるべきである。むしろ、開始決定で述べたことと同じことが妥当する。すなわち、追完不能の訴訟条件が欠けているのである<sup>24)</sup>。

- 起訴状の告知機能は、被告人及び裁判所に対して、具体的に追及される事実及び検察官によるその法的評価についての、防御及び手続遂行に必要な情報を伝える、という点にある。これは、被告人に対して、基本法103条1項による法的聴聞を受ける権利を保障する。告知機能を対象とする瑕疵（例えば捜査の本質的結果が不完全な記載のもの）は、起訴の無効をもたらさず、手続障害には当たらない。この瑕疵は、通説によると、公判で治癒可能なものである。例えば刑法265条による裁判官の告知によるなど、である<sup>25)</sup>。もっとも、裁判所が既に中間手続の段階でその瑕疵を発見したが、検察官が補正を拒んだときには、開始決定を拒否すべきであり、またそうすることが許される<sup>26)</sup>（争いがある）。

---

<sup>22)</sup> BGHSt 46, 130, 133（肯定的評釈=*Krack*, JR 2001, 423）; BGH NStZ 2012, 279.

<sup>23)</sup> *M-G*, § 200 Rn 26; *Pfeiffer*, § 200 Rn 10.

<sup>24)</sup> OLG Oldenburg StV 2010, 511; LR-*Stuckenberg*, § 200 Rn 88; SK-*Paeffgen*, § 200 Rn 29; *Geppert*, NStZ 1996, 62; *Schäpe*, M., Die Mangelhaftigkeit von Anklage und Eröffnungsbeschluss und ihre Heilung im späteren Verfahren, 1997, S. 75 f.

<sup>25)</sup> BGHSt 40, 390, 392; BGH NStZ 2010, 159, 160. 異なる見解として OLG Schleswig NStZ-RR 1996, 111; *Klemke/Elbs*, Rn 569 f.

<sup>26)</sup> LR-*Stuckenberg*, § 200 Rn 86.

刑訴法200条1項は、「連続犯」が廃止されて以後、多くの類似した犯行を被疑事実とする場合に——今では、これらは個別に記述されなければならない——、特別の問題を提起する。近時の判例によると、刑事訴追の間隙を回避するために、一連の性的犯罪において、起訴状に犯罪被害者、犯行の形式及び態様の基本的特徴、一定の犯行場所、起訴の対象を構成する犯罪の数が記述されている場合には、その識別機能は満たされている、とされる<sup>⑦)</sup>。経済犯罪においても、近時の判例では、そのような措置が示唆されている<sup>⑧)</sup> (Rn 522も見よ)。反対に、この手続においては、告知機能に、高い意義が認められている。例えば、裁判所は、被告人及びその弁護人に対して、いかなる事象経過が以後の手続の基礎となるのかを、当初は特定されていなかった個別行為を詳らかにする可能性が判明した限りで、明示することが義務付けられるのである<sup>⑨)</sup>。

#### 14. 被告人の死亡

[286] 被告人死亡の後に実体判決を下すことができないことは、一般的に認められている。しかし、その手続が自動的に終了となるのか<sup>⑩)</sup>、又は——現在の通説のように——形式的に形成的打切り決定(206 a 条)が必要であるのかは、争いがある<sup>⑪)</sup>。

⑦) BGHSt 40, 44, 46; BGH NStZ 2011, 47. 制限的見解として BGH NStZ 2012, 168.

⑧) BGHSt 56, 183; BGH NStZ 2008, 351 (批判的評釈=Krehl, NStZ 2008, 525). 異なる見解として BGH wistra 2010, 66.

⑨) BGHSt 44, 153, 156 f; BGH NJW 1999, 802. BGH StV 1998, 474 (評釈=Hefendehl) も見よ。まとめとして Altvater, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S. 495.

⑩) BGH NStZ 1983, 179は、まだそのような見解であった。

⑪) BGHSt 45, 108, 110; Kühl, Meyer-Goßner-FS, S. 715; Heger, GA 2009, 45. また, Mitsch, NJW 2010, 3479も参照。

## 15. 手続の長期化？

[287] 手続が（捜査手続開始から判決確定まで）長期に渡っており、極端な事案ではそれが司法の責任による場合に、手続障害となりうるかは、争いがある。連邦通常裁判所は、手続の完全な打ち切りは原則として不適切であると判断し、長期に渡る負担についていわゆる執行解決による調整を支持している（詳細は Rn 26以下を見よ）。

## 16. 警察のスパイによる犯罪誘引？

[288] 行為者が警察のスパイ（アジャン・プロヴォカトゥール）より不当な形で犯罪を唆され、もっぱらその影響の下で当該犯罪を実行した場合、国家は自身が行為者に犯罪を誘引したことによってその刑罰請求権を喪失するのではないか、という問題が生じる。この場合、当該行為者に対する有罪判決は、禁反言（矛盾する行為の禁止）に対する違反であり、法治国家に反すると位置付けられることが考えられる。したがって、多くの論者は、訴訟障害を認めることに賛成している<sup>32)</sup>。連邦憲法裁判所<sup>33)</sup>は、例外的な事案に関して、基本法1条1項及び法治国家原理から導かれるべき手続障害を認めている。欧州人権裁判所も、国家による刑罰の禁止を認めている<sup>34)</sup>。連邦通常裁判所も、以前いくつかの裁判例において、訴訟障害を

---

32) そのような見解として例えば *Dencker*, Dünnebier-FS, S. 447; *Herzog*, StV 2003, 410; *Lüderssen*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG S. 883; *Wolfslast*, G., Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995, S. 216 ff.

33) BVerfG NJW 1995, 651.

34) EGMR (Teixeira de Castro 事件) StV 1999, 127 (評釈=Kempf u. Sommer, NStZ 1999, 48); EGMR (Ramanauskas/Litauen 事件) NJW 2009, 3565 (論評=Esser/Gaede/Tsambikakis, NStZ 2011, 140, 142と Gaede/Buermeyer, HRRS 2008, 279). BayObLG JR 2000, 256 (批判的評釈=Küpper 付き); Esser in: 35. Strafverteidigertag, S. 197; Kinzig, StV 1999, 288.



支持していた<sup>65)</sup>。

しかし、連邦通常裁判所のこの立場は、基本判例(BGHSt 32, 345)以後は、もはや支持されないものとなっている。連邦通常裁判所は、今や、**警察の犯行誘引を減刑事由として認めるのみである**。すなわち、この問題は、単に量刑レベルで扱われているに過ぎない(量刑解決)<sup>66)</sup>。欧州人権裁判所の近時の判例も、条約に反するようなスパイ投入の事案でさえ、連邦通常裁判所に量刑解決を放棄させるような判断をしなかった<sup>67)</sup>。

連邦通常裁判所は、その理由付けとして、次のような論拠を挙げている：

国家の保護に委ねられた法益主体は、アジャン・プロヴォカトゥールの「意のまま」とされてはならない。手続障害とは、刑事手続に関する立法者の明示の又は関連規定から推認される意思によると、その不存在が手続全体の許容性の条件とされるべきほどに重要な事情のみである。しかし、犯行誘引の事案では、立法者のそのような意思を認めるべき根拠は存在しない。手続障害は、(明確に特定されるべき)事実に関わり付けられなければならない<sup>68)</sup>、事象全体を公判における包括的な審査に基づいて評価することによって初めて探究されるようなものではない。反対説は、いかなる場合にアジャン・プロヴォカトゥールの影響が手続障害を認めうるほど強固のものであったのかを、十分明確に限定することができない。

連邦通常裁判所の論拠は、説得的である。これによると、スパイ投入それ自体は、まだ訴訟障害とはならない。もっとも、手続障害の否定が直ち

---

<sup>65)</sup> 特に BGH NJW 1981, 1626.

<sup>66)</sup> BGHSt 33, 283 f ; BGH StV 2008, 21 ; BGH StV 2012, 415. 学説上の肯定的見解として例えば *M-G*, Einl. Rn 148a.

<sup>67)</sup> BGHSt 45, 321 (批判的評釈=*Endriss/Kinzig*, NStZ 2000, 271) ; *Kudlich*, JuS 2000, 951 ; *Roxin*, JZ 2000, 369 ; *Sinner/Kreuzer*, StV 2000, 114 ; BGHSt 47, 44, 47 ; BGH NStZ 2009, 405 ; *Imme Roxin*, DAV-FS, S. 1070. 肯定的見解として *Lesch*, JR 2000, 43.

<sup>68)</sup> BGHSt 24, 239, 240.

に被教唆者の処罰を意味するものとなるわけではない。確かに、通常の場合、犯行誘引は、単なる量刑要素であるが、極端な場合には、「被教唆者」の有利な方向で（超法規的な）責任又は刑罰阻却事由となることを認めざるをえないからである<sup>39)</sup>。

▶事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 467にある。

## 17. 余命が限られていること？

[289] ベルリン憲法裁判所は、ホーネッカー事件において、被告人が手続終結までもはや生きてはいないだろうとの理由で、公判の実施を禁止した<sup>40)</sup>。しかし、そのような手続障害は存在しない。なぜなら、特に、事案の認定及び解明という法共同体の利益も、保護されるべきだからである（事例1及びRn 12を見よ）<sup>41)</sup>。ベルリン憲法裁判所も、自身が支持した手続障害を被疑者・被告人が高齢である（しかし、具体的な死の予見はない）事案へ拡張することを、否定している<sup>42)</sup>。これに対して、被疑者・被告人の健康状態が悪く、刑事手続を行うことで同人らが死亡することが確実性に境を接する蓋然性をもって「合理的疑いを超えて」予期される場合には、基本法2条2項1文から手続障害が導かれる<sup>43)</sup>。

---

<sup>39)</sup> *Beulke*, StV 1990, 183. 結論同旨の見解として SK-Wolter, § 110c Rn 9a ff; SK-Paeffgen, Anhang zu § 206a Rn 28; Hellmann, Rn 171; Renzikowski, Keller-GedSchr, S. 197; Roxin, Kreuzer-FS, S. 675; I. Roxin, S. 31 ff; Wolter, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 963, 980. 問題全体について Körner/Volkmer/Patzack, Vorbem §§ 29 ff Rn 154 ff; Rössner, Problem 13; Roxin/Schünemann, § 37 Rn 7 f.

<sup>40)</sup> BerlVerfGH NJW 1993, 515, 517.

<sup>41)</sup> 異なる見解として Limbach, B., Der drohende Tod als Strafverfahrenshindernis, 1998.

<sup>42)</sup> BerlVerfGH JR 1994, 382.

<sup>43)</sup> BVerfG NJW 2002, 51; BVerfG EuGRZ 2009, 645.

## 18. 比例性原則違反？

[289 a] 連邦憲法裁判所は、当時の東ドイツ市民による同国のためのスパイ行為の事案（刑法99条）において、一定の条件の下で、憲法上の比例性原則（これ自体は法治国家原理に根拠を置く）から手続障害を導いた<sup>(44)</sup>。〔しかし、〕この見解は否定されなければならない。そのような手続障害は、手続障害の存在又は不存在は簡易に判断できなければならないという要請に適合しない（Rn 288を見よ）。「不相当」と解される刑事訴追については、常に、裁判所は、自由な判断によって続行しないことが許されよう。少数意見の裁判官らが的確にも述べているように、そのような手続障害は、その効果において、恩赦や特赦に匹敵する。しかし、恩赦という手続障害を設定することは、立法者のみの権限である<sup>(45)</sup>。

## 19. 拷問の威迫？

[289 b] 警察の取調べの際に被疑者に対して拷問使用が告知された場合、この措置は、確かに、基本法104条1項2文並びに欧州人権条約3条に違反する。しかし、それは、単に刑訴法136 a条により当該措置によって得られた供述の使用禁止をもたらすに過ぎず、手続障害まで生じさせるものではない<sup>(46)</sup>。Rn 134 aを見よ。

---

<sup>(44)</sup> BVerfGE 92, 277.

<sup>(45)</sup> 同旨の見解として *Lampe*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 449; *Schluchter/Duttge*, NStZ 1996, 457; *Volk*, NStZ 1995, 367. どちらかといえば批判的な見解として BayObLG NJW 1996, 669も見よ。憲法上から導かれる手続障害の問題につき一般的な文献として *Hillenkamp*, NJW 1989, 2841.

<sup>(46)</sup> LG Frankfurt StV 2003, 327 (Gaefgen 事件). BVerfG NJW 2005, 656は、この問題について判断しなかった。

## 20. 公正手続違反？

[289 c] 公正手続原則 (Rn 28を見よ) に対する重大な違反があった場合にも手続障害が認められるかは、現在もまだ論争されている。この議論は、ある公務員がその職務遂行と関連する犯罪を理由に起訴されたが、同人は、公務員法上の包括的な供述承諾 (Rn 190を見よ) が与えられなかったために、裁判所で被告人として十分な防御ができなかったという事案をきっかけとして火がついた。ベルリン地方裁判所は、包括的防御が不可能であったとして、手続障害を肯定した<sup>(47)</sup>。〔これに対して、〕連邦通常裁判所は、確かに、判決に対する上告を、形式的理由から棄却したのであるが、しかし、ここで提起された問題についての見解を明示した。同裁判所は、陳述の遮断により生じた**防御の制限はその核心領域において他の「救済措置」**では是正できない事案に関して、**手続障害**を検討しつつも、このような極端な事案でさえ「証拠評価解決」 (Rn 171を見よ) による是正で十分であるとの見解も匂わせている<sup>(48)</sup>。

合意手続の範囲でも (257 c 条)、公正手続の観点から、検察官が、一部打ち切りを裁判所に申し立てること (154条2項) 又は他の捜査手続に関して訴追を見送ること (154条1項) など〔それ自体は〕許容されるべき約束を遵守しない場合に、**手続障害**を肯定すべきか否かが検討されている (この点の詳細は Rn 396 e)。

## Ⅲ. 訴訟条件が欠ける場合の帰結

[290] 訴訟障害の存在又は訴訟条件の不存在がどのような帰結をもたらすかは、第1に手続がどの段階にあるか、第2に訴訟障害は明白であるか

---

(47) これを支持する見解として Niehaus, NStZ 2008, 355.

(48) BGH NJW 2007, 3010 (肯定的評釈=Wohlers, JR 2008, 127). また, Jahn, JuS 2007, 1058; Laue, ZStW 120 (2008), 246も見よ。

どうか、という点にかかっている。一時的又は治癒可能な訴訟障害とされるものとして、議員特権、弁論無能力（事情による）、有効な開始決定の欠缺（通説）などが挙げられる。

### 1. 事前手続

明白な訴訟障害が存在し、これを検察官が捜査手続において認めたときは、**刑訴法170条2項**により手続を打ち切る。検察官は、一時的な手続障害の場合、**刑訴法205条**を類推して、一時的に手続を打ち切る。被疑者が長期間不在又はその他の人的障害事由がある場合には、起訴前の特別法として、**刑訴法154条**以下による一時打ち切りが問題となる。

### 2. 中間手続

[291] 公訴提起後（起訴状到達以後）は、裁判所が、公判を開始するかどうかを判断する（199条）。その際、訴訟条件は、職権で審査される。明白な訴訟障害が存在しているが、検察官がその時点まで起訴を取り下げるという形で（156条）**刑訴法170条2項**により手続を打ち切っていない場合には、裁判所は、**公判を開始しないことを決定する（204条）**。一時的な訴訟障害の場合、裁判所は、**刑訴法205条の適用又は類推**によって、手続を一時的に打ち切る。管轄違いの事案については、特別の規定がある（209条、209 a条参照）。

### 3. 公判

[292] 公判では、一時的な、治癒見込みのある訴訟障害の場合に、手続を中断又は停止することが適当である（228条）。また、**刑訴法205条の類推**により、手続を一時的に打ち切ることもできる。

明白な訴訟障害が認定されたときにいかなる裁判が下されるべきかは、

公判が開始されているかどうかにかかる。

公判開始前又は外では、手続は、決定により打ち切れなければならない（206 a 条）。

例：開始決定が下された。〔その後、〕裁判長が公判準備の過程で改めて記録を精査していたところ、犯罪が時効にかかっていることを確認した。この場合、裁判長は、もはや公判期日を指定してはならず、刑訴法206 a 条により、手続を裁判所の決定の形で打ち切れなければならない。

公判中には、手続は、通常の場合、260条3項により判決（訴訟判決）の形で打ち切れなければならない。

例外：被告人に対して犯罪証明が欠けるため無罪判決を下すべきことが既に確認されている場合には、手続打ち切りの代わりに、原則として実体判決が下されなければならない。なぜなら、これによって、可罰的行為に対する非難が明白に退けられるからである<sup>(49)</sup>。

事物的及び機能的管轄違いの場合については、特別の手続が用意されている（225 a 条，269条，270条参照）。

手続障害の誤認によって刑事手続が打ち切られた場合、打ち切り決定又は判決の確定力はそもそも破られる可能性があるのか、またそれはどのようにして破られるのか、という問題が生じる。少なくとも被告人の陰謀（例えば自身の死亡を偽装）による決定打ち切りの事案に関して、連邦通常裁判所は、手続を打ち切り前の状態から継続するという結論を、被告人に不利益な再審（362条。Rn 586を見よ）の考え方に基づいて肯定した<sup>(50)</sup>。〔これに対して、〕学説では、誤った判決打ち切りの場合につい

---

(49) BGHSt 46, 131, 136（この裁判では例外についても言及されている）。さらに展開するものとして *Krack*, JR 2001, 424; *Sternberg-Lieben*, ZStW 108 (1996), 721. 異なる見解として *Meyer-Goßner*, S. 27 ff.

(50) BGHSt 52, 119（肯定的評釈＝*Kühl*, NJW 2008, 1009と *Rieß*, NSTZ 2008, 296. 批判的評釈として *Jahn*, JuS 2008, 459と *Ziemann*, HRRS 2008, 364）。

でも、確定力の否定が議論されている(詳細には争いがある)<sup>60)</sup>。

**[293] 事例33の解決：**

- a) 特に重要な訴訟条件として、次のものがある(Rn 273以下を見よ)
  - 裁判所の事物的・場所的管轄
  - 刑事成人
  - 弁論能力
  - 他の訴訟係属がないこと
  - 矛盾する確定判決がないこと
  - 公訴時効が完成していないこと
  - 親告罪における有効な告訴
  - 有効な起訴と有効な開始決定
- b) 訴訟障害が明白に存在する場合の法律効果は、手続の状況による：
  - 事前手続では、刑訴法170条2項による手続打ち切り
  - 中間手続では、刑訴法204条による開始決定の却下
  - 公判手続では、公判外においては刑訴法206a条による決定での手続打ち切り、公判中においては通例の場合刑訴法260条3項による判決での手続打ち切り

詳細は Rn 290以下を見よ。

**[294] 事例34の解決：**さしあたり、有効な開始決定という訴訟条件が欠けている(207条)。しかし、連邦通常裁判所(BGHSt 29, 224)は、第1審での開始決定の追完を承認したことから、刑事裁判官は、召喚期日(217条)が放棄された場合には、公判を継続して判決を下すことができる。裁

---

<sup>60)</sup> 深めるために SK-Frister/Deiters, Vor § 359 Rn 17.

判所が公判で初めて判断する場合でも、その管理権限は維持され、またいずれにしても、打ち切り判決によって公判の〔審理を受けたという〕汚点をもはや排除することはできない。被疑者・被告人の保護されるべき利益は、なおも維持されている。なぜなら、同人らは、起訴状の内容を知っているからである。

この論拠は、説得的ではない。なぜなら、裁判所は、既に公判が開始されている場合には、どちらかといえばそれを維持する傾向にあるからである（Roxin/Schünemann, §42 Rn 13）。すなわち、開始決定の保護機能は、手続の「巻戻し」がなされた場合に限り、実現されるのである。正しい見解に従い、ここでは、判決で手続が打ち切られなければならない（260条3項）。〔ただし、〕検察官は、改めて起訴することができる。詳細は Rn 284を見よ。

[295] 事例35の解決：スパイによる犯罪誘引の場合、少数説からは、矛盾行為禁止の原則に基づいて、手続障害又は少なくとも証拠使用禁止が肯定されている。他方、通説は、**減刑の可能性**〔のみ〕を主張する。なぜなら、手続障害は、明確に特定される事実に基づき付けられるものであって、全体事象の評価から初めて導き出されうるようなものではないからである。極端な場合、責任阻却事由も考慮されなければならない、と批判する。これに対して、連邦通常裁判所は、極端な事例に関して、刑訴法153条2項による手続打ち切りの可能性のみを示唆している。同裁判所は、本問事案に関して減刑事由のみ認めるが、Pの働きかけの強さを考えると、その結論は疑わしい。詳細は Rn 288を見よ。



## § 14 訴訟行為

### 事例36：

a) 区裁判所は、Aに略式命令を下した。略式命令の発付後、しかしその送達前に、区裁判所の事務官の下に、次のようなAの書面が届いた：「略式命令が下された場合、又はそれが下されるべきであろう場合に備えて、私は、現時点で既に、これに対する異議を申し立てる」。Aは、略式命令の送達を受けた後は何もしなかった。なぜなら、Aは、自身の書面が有効な異議申立てであると考えていたからである。Aは、なおも異議申立てすることができるか？

b) 略式命令がAの書面到達後に初めて下された場合はどうなるか？  
[Rn 307]

事例37：Aは、窃盗罪（刑法242条）を理由に、区裁判所に起訴された。Aは、犯行を否認していた。Aは、その最終陳述において、無罪を主張したが、補助的に——裁判所が犯罪の証明がなされたものと判断するときには——、友人Fを、自身の犯行時刻のアリバイを証明すべき証人として尋問することを申し立てた。この申立ては、許容されるか？ [Rn 308]

### I. 概念

[296] 「訴訟行為」という概念は、その定義について、これまでに一般的に承認されるほど一致した見解には至っていない。通説は、形式を問わず、訴訟上重要な活動と理解している<sup>(1)</sup>。別の見解は、訴訟において法律効果を意思的に生じさせるような言動のみを、訴訟行為と位置付けている<sup>(2)</sup>。

(1) BGHSt 26, 384, 386 ; M-G, Einl. Rn 95参照。

(2) Roxin/Schünemann, § 22 Rn 1.

この違いは、具体的な法律問題の解決にとって重要ではない。むしろ、重要であるのは、一般的な有効条件である<sup>(3)</sup>。一定の訴訟行為は、実体法上の性質も有する（例えば適法な勾留は、刑法239条、240条にとっての正当化事由となる）。このようなものについて、「二重の意味を持つ」又は「二重機能的」訴訟行為の概念が当てられてきた<sup>(4)</sup>。

J. ゴルトシュミット (*J. Goldschmidt*) の『法律状態としての訴訟』(1925年) 364頁以下に依拠して、訴訟行為は、**取効的行為**と**与効的行為**とに分けることができる。前者は、法律効果を直接生じさせるものではなく、他者に一定の訴訟行為を求めるものであり（例えば証拠申請）、後者は、法律効果を直接生じさせるものである（例えば上訴放棄）。法的帰結は、この区別に結び付くものではない<sup>(5)</sup>。

## II. 有効条件

### 1. 訴訟主体における条件

[297] a) 被疑者・被告人による訴訟行為の有効性の条件は、**弁論能力**である。これによると、被疑者・被告人の弁論能力は、訴訟行為条件でもあり、訴訟条件でもある（Rn 277参照）。

b) これと異なり、「公的な」訴訟主体（**裁判官や検察官**）の弁論無能力は、法的安定性の理由から、同人らの訴訟行為を無効とさせるものではない。これらの行為が無効となるのは、法治国家的な基本原則と明らかに矛盾する場合のみである<sup>(6)</sup>。

---

(3) 同旨の見解として *Ranft*, Rn 1322.

(4) *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950.

(5) LR-*Kühne*, Einl. Abschn. K Rn 13; *Grunst*, S. 230参照。

(6) *Schlüchter*, Rn 137 f.

## 2. 訴訟行為の内容

[298] 特別の法規定がある場合を除き、訴訟行為の内容について、以下の要件が立てられる：

a) 訴訟上の行為は、認識可能な陳述内容を含むものでなければならない。決定的であるのは、客観的な陳述価値であり、これは、場合によっては解釈によって確定されるべきものである<sup>(7)</sup>。刑訴法300条において特に上訴提起について認められている原則に応じて、誤った可能性のある言語選択ではなく、表意者がその訴訟内での全体的な行動に基づいて本来追求したものが、重要である。

[299] b) 法的安定性の理由から、原則として、訴訟行為に条件を付することはできない（いわゆる訴訟行為の無条件性）。手続の公法上の性質は、言動の明白な存在と、これによって手続状態の安定性を要求する。したがって、例えば、上訴提起を一定の条件に結び付けることはできない<sup>(8)</sup>。許されない条件付けは、原則として各々の訴訟行為を無効とさせる<sup>(9)</sup>。

しかし、当該言動に含まれた条件がいわゆる法的条件又は訴訟内的条件である場合には、その例外が認められる。この訴訟内的条件によって生じる不明確さは、裁判所及び被告人の利益に適合する。なぜなら、法的紛争の過程で、裁判所により、法律上の条件が生じていたかどうかが解明されるからである。こうした理由から、いわゆる予備的証拠申請も許される。これは、検察官又は弁護人が、その最終弁論において、裁判所が主位的に主張された内容（例えば無罪判決）とは異なる裁判を行う場合に備えて、予備的に証拠調べを申請しておくものである。この場合、条件の発生（例えば有罪判決）はもっぱら裁判所の判断に委ねられているため、条件付け

---

(7) BGHSt 46, 131, 134.

(8) BGHSt 5, 183, 184.

(9) LR-Kühne, Einl. Abschn. K Rn 29.

られた申立ては、不明確さをもたらさない<sup>(10)</sup>。もっとも、証拠申請権の濫用を阻止するために、証拠で裏付けられるべき主張は、内容的に、申立ての条件となるべき裁判に関係付けられていなければならない。したがって、例えばアリバイ証人の尋問申立ては、保護観察のための執行猶予の申立て却下に条件付けることはできないが<sup>(11)</sup>、被告人が無罪とされないことに条件付けることはできる（Rn 452も見よ）。

### 3. 訴訟行為の取消可能性

[300] 訴訟行為の取消可能性又は不能性に関しては、個別の領域で明文規定が定められていたり、又は事柄の性質から解決が導かれている<sup>(12)</sup>：

- 判決及び判決類似の裁判（例えば略式命令）は、原則として取消不能である。
- 裁判所の決定は、たいていは取消可能であるが（306条2項参照）、即時抗告によって異議申立てできるもの（311条3項参照）又は開始決定は、原則として取消できない<sup>(13)</sup>。
- その他の単純な訴訟上の言動は、疑わしい場合には取消できる。例えば召喚期間が遵守されない場合の、公判停止の申立て（217条2項）。
- その他の訴訟を支持し又は訴訟を終了させる言動は、疑わしい場合には取消できない。例えば上訴の撤回<sup>(14)</sup>（争いあり。Rn 544を見よ）や上訴放棄<sup>(15)</sup>は、取消できない。

---

(10) BGHSt 32, 10, 13 ; BGH NStZ 1995, 98.

(11) BGHSt 40, 287, 289 ; *Ingelfinger, R.*, Rechtsprobleme bedingter Beweisanträge im Strafprozess, 2002.

(12) 詳細は *M-G*, Einl. Rn 112 ff を見よ。

(13) LR-*Stuckenberg*, § 207 Rn 45.

(14) BGHSt 10, 245, 247.

(15) BGHSt 45, 51, 53 ; OLG München StV 2007, 459（評釈＝*König* 付き）。また、*d'Alquen/Daxhammer/Kudlich*, StV 2006, 220も見よ。

#### 4. 意思的瑕疵の不存在

[301] 意思的瑕疵がどの程度に訴訟行為の無効をもたらすかは、争いがある。

a) 欺罔及び脅迫の事案について、学説の一部は、これによって引き起こされた訴訟行為を無効とする。この結論は、刑訴法136 a 条から導かれており、この点で一般的な法思想の表れであるとされる<sup>(16)</sup>。しかし、連邦通常裁判所は、的確にもこの見解を否定し、法的安定性の理由から、意思的瑕疵は考慮されないことを原則とする。しかし、判例も、個別事案においてこの原則に対する例外を認めている<sup>(17)</sup>。このような例外は、特に具体的事案において正義の要請が法的安定性の原則を凌駕する場合に、問題となる<sup>(18)</sup>。

b) その他の意思的瑕疵(錯誤)も、訴訟行為の効果に影響を与えない。意思表示の否認に関する民法規定(民法119条以下参照)は、訴訟行為に適用されない<sup>(19)</sup>。例えば上訴放棄又は上訴撤回は、錯誤を理由に取り消すことはできない<sup>(20)</sup>。

したがって、裁判所にとっても、訴訟法上明示的又は黙示的に定められた訂正機会を除いて、錯誤を理由にその裁判を取り消すことはできない。例えば、裁判所は、開始決定(207条)を下した後に、嫌疑の程度(203条)を見誤ったとの理由で、これを取り消すことはできない。十分な犯罪容疑が後に新たな認識に基づいて否定されるときは、被告人に対して無罪判決

---

(16) そのような見解として *Roxin/Schünemann*, § 22 Rn 7.

(17) BGHSt 45, 51, 53.

(18) BGHSt 17, 14, 18. 部分的に批判的な見解として *SK-Frisch*, § 302 Rn 25.

(19) RGSt 57, 83.

(20) BGH StV 1999, 411; BGH NSTZ 2006, 351. *Eisenberg/Müller*, Jura 2006, 54も参照。

が下されなければならない<sup>21)</sup>。

しかし、判例（実践的に重要な上訴放棄の領域に関する<sup>22)</sup>）の見解によると、意思的瑕疵に基づく訴訟行為の無効性が、裁判所が自身の訴訟上の配慮義務に違反していたとの理由で導かれることがある。すなわち、この義務は、「公正手続」の要請から導かれるものであるが、これは、意思的瑕疵に基づく訴訟行為を阻止することにも及ぼされる（この点について Rn 383 も見よ）。裁判所が客観的に誤った陳述——錯誤も含めて——により被疑者・被告人に誤解を生じさせた場合にも、訴訟行為は無効となる<sup>23)</sup>。

## 5. 形式

[302] 訴訟行為は、作為だけでなく不作為の形でも存在し、また、明示的だけでなく推断的に行われるものでもある。明示の訴訟行為は、口頭、書面、又は調書への陳述によっても行われる。いかなる形式を含んでいなければならないかは、原則として各々の適用される法規定によって定められる。

特別の法規定がないときは、訴訟行為は、公判では口頭で（口頭主義）<sup>24)</sup>、公判外では書面で行われる必要がある。当該陳述は、裁判所構成法184条により、法廷内ではドイツ語で行われなければならない。

---

<sup>21)</sup> OLG Frankfurt JR 1986, 470（評釈＝Meyer-Goßner 付き）；SK-Frisch, Vor § 304 Rn 35；Rieß, Lüderssen-FS, S. 749. これに反対する見解として LG Nürnberg-Fürth NStZ 1983, 136；LG Kaiserslautern StV 1999, 13；LG Konstanz JR 2000, 306（肯定的評釈＝Hecker 付き）；Ulsenheimer, NStZ 1984, 440.

<sup>22)</sup> BGHSt 18, 257, 259；45, 51；OLG Düsseldorf, StraFo 2012, 105.

<sup>23)</sup> BGHSt 46, 257, 258（肯定的評釈＝Hamm, NStZ 2001, 494）；BGH wistra 2011, 236.

<sup>24)</sup> 場合によっては推断的な行為によっても可能である。「うなずく行為」について BGH NStZ 2005, 47.

法律が書面の形式を定めているときは、——民法126条1項とは異なり——陳述者自身の署名は、無条件に必要となるわけではない<sup>(25)</sup>。書面から陳述の内容及び陳述者の人格が十分確実に読み取ることができるなら、それで足りるとされている<sup>(26)</sup>。書面形式は、原則として、テレファックス、テレブリーフ、コンピューターファックス、画像通信、又はテレグラムでも足りる。これに対して、電話での陳述は、受領側が書面でこれを書き取った場合でも、書面性の要件を満たさない<sup>(27)</sup>。刑訴法41 a 条は、加重された電子署名によって管理されている場合には、書面の電子送信の機会を定めている<sup>(28)</sup>。これに対して、加重された電子署名によって管理されていない単なるEメールは、発信者の十分確実な身元確認が欠けるため、不十分である<sup>(29)</sup>。

### Ⅲ. 期日

#### 1. 概念と総論

[303] 期日とは、訴訟行為の開始に関する一定の時点と理解される(例えば刑訴法203条による公判の開始時点)。他方で、期間とは、その範囲内で一定の訴訟行為が行われるべき、一定の時間的間隔をいう。〔これには、〕法定の期間と裁判官より確定される期間とがある。期間の算定は、原則として刑訴法42条、43条に従って行われる。

---

(25) BVerfGE 15, 288, 291; BGH NStZ 2002, 558; OLG München NJW 2008, 1331.

(26) BGHSt 2, 77, 78.

(27) BGHSt 30, 64, 66 (文献一覧付き). 異なる見解として LG Münster NJW 2005, 166 (評釈=Kudlich, JuS 2005, 660).

(28) 連邦通常裁判所付き・連邦検察官と連邦通常裁判所刑事部との間での上告手続における電子的法律交渉に関する政令 (BGBl. 2005 I, S. 3191) 参照。

(29) OLG Oldenburg NJW 2009, 536.

## 2. 期間途過の効果

[304] a) いわゆる絶対的除斥期間が途過した場合には、当該訴訟行為は迫完することができない。原状回復は、問題とならない。

重要な例：告訴期間の途過（刑法77b条1項1文）、機能的管轄違いに対する異議申立て期間の途過（6 a 条3文）、場所的管轄違いに対する異議申立て期間の途過（16条3号）。

b) 法定期間が途過したが、絶対的除斥期間には当たらない場合には、一定の条件の下で、原状回復が認められうる（この点について後述3を見よ）。この場合、手続は、期間が途過していない段階まで戻される。すなわち、原状回復申立てを認める裁判が下された場合には、途過した訴訟行為が適時に行われていたら生じていた法律状態が修復される。

重要な例：控訴提起期間の途過（314条1項）、上告提起間の途過（341条1項）、略式命令に対する異議申立期間の途過（410条1項1文）。

注意：刑訴法45条1項1文の原状回復期間が途過した場合も、原状回復を申し立てることができる。

c) 裁判官が定める期間（裁判所が法定の権限により自ら設定できる期間。例えば123条3項、201条1項参照）が途過した場合には、第1に、裁判所自身が期間を延長し又は新たに設定することができる、第2に、この場合にも原状回復がありうる<sup>30)</sup>。

## 3. 原状回復（44条以下）

[305] 刑訴法44条1文によると、過失なく期間を遵守できなかった者は、原状回復を申し立てることができる。原状回復に関する規定（44条-47条）

---

<sup>30)</sup> M-G, Vor § 42 Rn 7, § 44 Rn 3 参照。



は、実務では、特に上訴期間が途過した場合に重要である<sup>31)</sup>。

a) 申立ての許容性

- (1) 刑訴法45条1項と結び付く同条2項2文によると、期間が途過された行為は、障害事由がなくなってから1週間以内に追完されなければならない。
- (2) 原状回復の申立ては、刑訴法45条1項1文の期間内に、期間が遵守されるべきであった裁判所、又は原状回復申立てについて裁判する裁判所に、なされなければならない(45条1項2文と結びついた46条1項)。
- (3) 最後に、障害事由は十分に疎明されなければならない。申立人本人の陳述は、他に手段がない場合に限って例外的にしか、疎明となりえない<sup>32)</sup>。

b) 申立ての理由付け

[306] 刑訴法44条1文によると、原状回復の実体要件は、申立人が過失なく期間を遵守できなかったことである。

郵便輸送中の遅延は、無過失とされる<sup>33)</sup>。郵便の負担が過剰な時期(例えば休日前)でさえ、市民は、通常の郵便輸送を信頼することができる<sup>34)</sup>。テレファクスに於ける受信者側の機器が機能していることについても、同様である<sup>35)</sup>。

弁護士又はその事務職員の過失は、原則として被疑者・被告人に帰責することができない<sup>36)</sup>(見かけ上の弁護士について Rn 544を見よ)。しかし、被疑者・被告人が弁護人の信頼できないことを知っていたか、又は弁護士による期間の不遵守を予測しなければならない場合であって、これにより共同責任を負担させるべき場合に

---

31) 概観について *Saenger*, JuS 1991, 842; *AnwK-StPO/Rotsch*, § 44 Rn 1 ff を見よ。

32) BVerfG NJW 1995, 2545; BGH NSTz 2006, 54.

33) BVerfGE 62, 334; BGH NJW 1978, 1488.

34) BVerfG NJW 1992, 1952.

35) BVerfG NJW 1996, 2857; BGH NSTz 2008, 705.

36) BGHSt 14, 306, 308; OLG Hamm NSTz-RR 2010, 245.

は、例外が妥当する<sup>37)</sup>。通説によると、被疑者・被告人以外の手続関係人、例えば私訴原告、公訴参加人、起訴強制手続の原告などは、その代理人の過失が自身の過失として帰責される<sup>38)</sup>。その理由として、民訴法85条2項から導かれる一般的な手続原則が援用されている。

関与する私人の過失は、被疑者・被告人がその選抜及び監督について必要な配慮を欠いていなかった場合には、帰責されない。例えば配偶者が被告人のために上訴を提起する約束を誤って遵守しなかった場合には、原状回復が認められる<sup>39)</sup>。

原状回復事由が裁判所に帰責される瑕疵にある場合（例えば判決が刑訴法145 a 条3項2文に反して法律上の正当化事由なく被告人にのみ送達され、弁護人には送達されなかったため、上告が遅れてしまった場合）には<sup>40)</sup>、公正な審理遂行の原則（Rn 28を見よ）から、裁判所が対象者にそのことを教示すべきことが導かれる<sup>41)</sup>。

[307] 事例36の解決：

a) 一致した見解によると、被告人は、略式命令（407条）に対して、その送達前に既に異議を申し立てること（410条）ができる。〔ただし、〕異議申立てがその内容において条件付けられていることを理由に無効となるかどうかは、問題となる。原則として、訴訟行為を条件に結び付けることは許されない。なぜなら、それによって、法的に不安定な状態が生じるからである。これに対して、条件が裁判所に判明する事情に結び付けられているため（法的条件又は訴訟内条件）、条件が裁判所から見て決して不

37) BGH NStZ 1997, 560 ; OLG Köln StraFo 2012, 224 ; LG Berlin NStZ 2005, 655 ; *Engländer*, Rn 302.

38) BGHSt 30, 309, 310.

39) OLG Zweibrücken StV 1992, 360.

40) OLG München StV 2009, 401. 一方で OLG Stuttgart StV 2011, 85と、他方で OLG München StV 2011, 86（評釈＝*Bockemühl* 付き）も見よ。

41) BVerfG wistra 2006, 15. OLG Oldenburg NStZ 2012, 51も見よ。

安定なものではない場合には、結論が異なる。本問では、裁判所は、自ら略式命令を発する。したがって、これは訴訟内の条件であり、一般的見解によると許されるものであった。それゆえ、異議申立ては有効である。

b) 略式命令が異議申立ての時点でまだ発せられていなかった場合には、異なった評価がなされなければならない。なぜなら、将来下される裁判に対して上訴や略式命令への異議を提起することはできないからである。この場合に必要な略式命令への異議の反復がもはや期間通りに行われない場合には、原状回復が問題となる。ここでは、刑訴法44条の意味での過失は否定されなければならない、むしろ裁判官の配慮義務からは、被告人に対して当該「予めの」略式命令に対する異議は無効であることを伝えることが、裁判官に義務付けられる。

詳細は Rn 299, 301を見よ。

[308] 事例37の解決：証拠申請(244条3項)は、条件付けることができない、したがって、無効である。しかし、ここでも、裁判所の見地からして、手続の状態及び状況に関する不安定さはない。なぜなら、条件(Aの有罪判決)は、訴訟内の事象、すなわち裁判所の裁判だからである。それゆえ、このような形での「条件付き」証拠申請(いわゆる予備的証拠申請)は、許容される。これは、実務でもしばしば行われている。詳細は Rn 299を見よ。

## § 15 捜査手続

事例38：

a) 捜査手続は、誰が開始するのか？

b) 捜査手続は、どのような形で終結されるのか？ [Rn 330]

事例39：Aに対して、Bへの詐欺を理由とする捜査手続が行われている。

検察官は、Bを証人尋問に召喚した。Bが書面で刑事訴追を求める意思がないことを表明したため、検察官Sは、Bが証人喚問に応じないことを危惧したことから、Bの裁判官尋問を求めた。管轄の捜査判事は、そうしなくても検察官は適切に活動できるはずであると指摘して、Bの尋問を拒否した。この措置は許されるか？〔Rn 331〕

事例40：Aに対して、処罰妨害罪の疑いを理由として捜査手続が開始された。この手続の過程で、Aの住居の搜索が命令され、実施された。Aは、搜索命令の要件は備わっていないとして、これに憤慨している。搜索が次のような場合に、Aは、搜索命令の適法性について裁判上審査を求めるについて、いかなる機会を与えられるか？

- － 捜査判事が命令した場合。
- － 検察官又はその捜査補助官が命令した場合。〔Rn 332〕

## I. 捜査手続の開始

[309] 刑事手続は、検察官の捜査手続（事前手続とも呼ばれる）によって始まる。検察官は、起訴法定主義により、十分な事実的根拠が存する場合には捜査手続の開始を義務付けられる（152条2項。この点の詳細は Rn 17, 79）。捜査手続が開始される端緒には、2つの可能性がある。

### 1. 犯罪の届出又は告訴による開始

a) 全ての市民は、刑法158条1項によって、犯罪を届け出る権利——義務ではない——を有する。また、犯罪が切迫している場合には、刑法138条により、届出の義務が生じることもある。届出とは、その者が、自身の見解によると刑事訴追の端緒となるべき事実を、刑事訴追機関に報告することをいう<sup>(1)</sup>。届出は、検察官、警察、区裁判所においては、口頭（電話

---

(1) *Joecks*, StPO, § 158 Rn 2; *M-G*, § 158 Rn 2.

も可)又は書面によって提出することができる(158条1項1文)。善意の届出は、それが後に確証されなかった場合でさえも、損害賠償義務を生じさせない<sup>(2)</sup>。

b) また、全ての市民は、刑訴法158条1項によって、**広義の告訴**を行うこともできる。これは、対象者が単なる届出を超えて、犯罪の訴追を求めることを示す場合である。**狭義の告訴**は、親告罪における告訴権者(刑法77条-77d条)による、刑事訴追機関への申立てをいう<sup>(3)</sup>。狭義の告訴は、裁判所又は検察官に対する場合は、書面又は調書に記載させる形で行うことができるが、他の機関に対する場合は、書面で提出しなければならない(158条2項)。すなわち、**狭義の告訴**だけが、親告罪における有効な告訴という訴訟条件を満たすものとなる(Rn 283)。したがって、告訴に関する2つの形式は、明確に区別されなければならない。広義の告訴(全ての者による処罰要求)と狭義の告訴(親告罪の被害者による犯人の処罰要求)の区別の必要性は、刑訴法171条2文、172条1項1文からも導かれる。両条は、申立人は必ずしも刑法77条以下の意味での被害者である必要はないとしている。(Rn 320及び345)。

## 2. 職権による捜査手続の開始

[310] 届出又は告訴が存在しない多くの場合において、刑事訴追機関は、職務上、犯罪容疑の情報を取得する(160条1項「他の方法で」参照)。刑法77条以下の意味での親告罪の場合でさえ、告訴がなされる前に職権で捜査手続を開始することができる。

第1に、**検察官自身が情報を取得することがある**。

---

(2) BVerfGE 74, 257, 259 (評釈=Fahl, JuS 1995, 1067)。

(3) 深めるために Kett-Straub, JA 2011, 694.

第2に、警察又は警察官は刑法163条により職権で犯罪を探知すべき義務を負うが、同人らは、その聞き知ったことを遅滞なく検察官に報告する（163条2項。刑事訴追機関としての警察の詳細について Rn 101以下）。

捜査判事（この点について Rn 316）も、例えば証人尋問などにおいて（167条）、犯罪の情報を職務として最初に取得する者となりうる。要急事案に限り、捜査判事は、検察官の代理として（いわゆる緊急検察官として）活動することができる。

私人が可罰的行為の疑いを聞き知った場合には、それが重大な犯罪であるときに限り、訴追強制が妥当する（この点について Rn 91, 104）。

### 3. 嫌疑の端緒

[311] 特定の被疑者に対する捜査手続を開始する実体的条件は、嫌疑の端緒の存在である。そのような嫌疑の端緒は、犯罪捜査学的経験から、訴追可能な可罰的行為への対象者の関与が考えられるとの事実的根拠が存在する場合に認められる。これに応じて、具体的事実が必要であり（152条2項「十分な事実的根拠」参照）、単なる推測では足りない。検察官は、捜査手続開始のための嫌疑要素が十分であるかを判断するにあたり、評価裁量を与えられる<sup>(4)</sup>。この評価裁量は、「機能的な刑事司法の利益をも併せて考慮した場合に被疑者に対する捜査の開始がもはや合理的ではない」場合に初めて、逸脱されるものとなる<sup>(5)</sup>。

まとめると、嫌疑の端緒は以下の意義を持つ<sup>(6)</sup>：

- 嫌疑の端緒とこれに結び付く刑事訴追機関の行動によって、被疑者としての地位が発生し（詳細は Rn 111以下を見よ）、これに伴って、被疑者に属する

---

(4) BGHSt 38, 214, 228.

(5) BGH StV 1988, 441; OLG Dresden StV 2001, 581 (評釈=Thode 付き).

(6) 詳細は Eisenberg/Conen, NJW 1998, 2241.

権利も発生する (Rn 120以下を見よ)。

- 多くの強制手段は嫌疑の端緒に結び付いており (Rn 232以下を見よ), これによって基本権への介入も可能となる。
- 嫌疑の端緒を知るべき公務員がそれを誤って評価した場合には, 刑法上の制裁を受けることがある (刑法258 a 条, 344条, 164条)。
- 嫌疑の端緒に基づく捜査の開始は, 被疑者にとって, その社会的状況における事実上の影響を持ちうる。

嫌疑の端緒が存在する場合には, そこから, 介入の義務が生じる。センセーショナルな事件において実務で今なおみられる内偵は, 捜査手続の開始が必要であるかどうかを判別する目的で行われるものであるが, 刑法に規定がなく, 刑事訴追機関において嫌疑の端緒の判断が法的又は事実的理由からおよそ不可能という事案に限定されるべきである<sup>(7)</sup>。主な適用事案は, 内密的な質問である (Rn 113, 118並びに104以下も見よ)。特に内偵段階を長く続けることによって, 例えば供述拒否権や弁護人依頼権などの被疑者の権利 (136条 1 項 2 文, 137条) が潜脱されてはならない。したがって, 犯罪容疑が具体的に十分という場合には, 例えば容疑者の最初の「事情聴取」に際して, 刑法136条による教示が行われなければならない<sup>(8)</sup>。この段階では, 基本権侵害はおよそ許されない。それゆえ, 検察官は, 容疑者に対する裁判所の尋問 (162条 1 項) を求めることもできない<sup>(9)</sup>。

捜査手続は, **身元不明者**に対して行うこともできる。すなわち, 嫌疑の端緒が特定の人に対するものであることは, 無条件に必要というわけでは

---

(7) *M-G* § 152 Rn 4a; *KMR-Eschelbach*, Vor § 213 Rn 35; *LR-Beulke*, § 152 Rn 33; *Böse*, ZStW 119 (2007), 848; *Jahn*, in *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie*, S. 545; *Rieß*, *Otto-FS*, S. 955, 964; *Senge*, *Hamm-FS*, S. 701; *WeBlau*, *E.*, *Vorfelddermittlungen*, 1989.

(8) *FG Mecklenburg-Vorpommern wistra* 2003, 473.

(9) *Wölfl*, *JuS* 2001, 478. 異なる見解として *LG Offenburg NSTZ* 1993, 506.

ない<sup>(10)</sup>。

## II. 捜査手続の実施

[312] 検察官は、捜査手続を実施するものであることから、「事前手続の主宰者」とされる。検察官は、公訴提起の判断に向けて、事実を探知しなければならない（160条1項）。その際、被疑者に不利となる事情だけでなく、有利となる事情も探知しなければならず、また、証拠の取扱いに配慮し、それが喪失しないように注意しなければならない（160条2項<sup>(11)</sup>）。

### 1. 被疑者の尋問（取調べ）（163 a 条）

[313] 被疑者は、法的聴聞を受ける権利があるため（Rn 30）、手続が打ち切られる場合を除いて、遅くとも捜査が終結する前に尋問されなければならない（163 a 条1項1文）。簡易な事件では、被疑者に対して、書面で陳述する機会を与えれば足りる（163 a 条1項2文）。被疑者は常に、できる限り迅速に、自身に対する捜査手続の開始について通知されなければならない<sup>(12)</sup>。被疑者がその防御のために証拠の収集を申し立てた場合で、その証拠が重要であるときは、これに応じられなければならない（163 a 条2項）。証拠収集の必要性について、検察官は評価裁量を持つ。被疑者は、召喚に応じて検察官の面前に出頭すべきことを義務付けられる。被疑者は、事件に対して防御〔対応〕することを義務付けられるのではなく、むしろ、その黙秘権について告知されなければならない（163 a 条3項2文、136条1項2文参照<sup>(13)</sup>）。

---

(10) LG Baden-Baden NStZ- RR 2000, 52 ; *M-G* § 152 Rn 5.

(11) 深めるために *SK-Wohlers*, § 160 Rn 37 ff.

(12) *Egon Müller*, Koch-FS, S. 191 ff.

(13) 深めるために *SK-Wohlers*, § 163a Rn 3 ; *Kempf*, DAV-FS, S. 592.



## 2. 証人及び鑑定人の尋問（取調べ）(161 a 条 1 項, 73条)

[314] 証人及び鑑定人は、召喚に応じて**検察官の面前に出頭し、事件について供述すること又はその鑑定意見を示すことを義務付けられる**(161 a 条 1 項)<sup>(44)</sup>。鑑定人は、捜査手続では、検察官によって選任される(73条と結び付いた161 a 条 1 項 2 文)。証人及び鑑定人についての詳細は Rn 179以下を見よ。

## 3. その他の捜査の実施

[315] 検察官は、**その他の捜査を、通常は警察及び警察官に行わせる**(161条 1 文後段。Rn 101以下を見よ)。検察官自身も、そのような捜査を行うことができるが(161条 1 文前段)、たいていは時間的に無理な状況にある。

## 4. 捜査判事の関与

[316] 検察官は、公訴提起の前に**裁判官による調査行為の実施を必要と判断するときは、当該措置の実施を、自身が所属する庁又はその支局が所在する地域を管轄する区裁判所に申し立てる**(162条 1 項 1 文)<sup>(45)</sup>。検察官は、裁判官による尋問及び検証を、義務的裁量によって当該管轄内でそのような調査行為が行われるべき裁判所に申し立てることもできる<sup>(46)</sup>(詳細は162条 1 項 3 文)。調査の管轄は、**捜査判事**である(裁判所構成法21 e 条 1 項 1 文参照)。

---

(44) 検察官による証人尋問への要求について OLG Hamburg NStZ 2010, 716.

(45) 裁判官留保について *Amelung, K.*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976; *Brüning, J.*, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005; *Nelles, U.*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der StPO, 1980.

(46) LG Nürnberg NStZ-RR 2008, 313.

捜査判事の関与は、2つの理由から考慮される。すなわち、第1に強制手段の命令のため、第2に証拠保全の目的のため、である。

**a) 強制手段**

刑事手続法は、一連の捜査行為（すなわち重大な**強制手段**）について、その命令権限を、検察官から独立の裁判官に移している（詳細は Rn 208以下を見よ）。

注意：しかし、多くの事例で、検察官及びしばしばその捜査補助官も、「遅滞危険」の場合における「要急権限」を有している（98条1項は参照）。

捜査判事が必要に関与すべき事案は、刑事手続法において、限定的に列挙されている。これに加えて、「大」盗聴の場合など（100 c 条, 100 d 条1項1文。Rn 266を見よ）若干のものについては、その他の判断主体が特別に指定されているものもある。その他は、検察官に一般的管轄がある（160条, 161条）。

これらの措置に対する**命令**は原則として（すなわち、一部の検察官又は捜査補助官に要急権限が認められている場合を除いて）捜査判事に留保されるが、中でも重要なものは、次の通りである：

- DNA 型検査（81 e 条, 81 f 条）
- 差押え（94条2項, 98条）
- 通信傍受（100 a 条, 100 b 条1項1文）
- 電話通信に関する回答（100 g 条1項, 2項1文, 100 b 条1項1文）
- 「小」盗聴（100 f 条1項, 4項, 100 b 条1項1文）
- 搜索（102条以下, 105条）
- 運転免許証の仮剥奪（111 a 条）
- 勾留（112条以下, 125条）

注意：一定の被疑者に対する場合、又は住居へ立ち入る場合には、裁判所の**承諾**を得て、秘密捜査官を投入することができる。詳細は刑法110 b 条を見よ。

## b) 証拠保全

[317] さらに、検察官は、早期になされた証人供述の方が手続にとって「より確実である」という理由からも、捜査判事ができるだけ早期に関与することに利益を持つ。このことは、特に裁判官より尋問を受けた被疑者又は証人が後に公判に出頭しないという場合において意味を持つ。

裁判官による被告人尋問は、自白に関する証拠調べの目的で朗読することができる(254条)。

証人、鑑定人、共同被疑者・被告人の尋問は、一定の場合には、その早期の裁判官尋問に関する調書の朗読に代替することができる。例えば遠隔地であるため証人に公判への出頭を求めることができない場合、などである(251条2項2号)。

証人が公判廷で初めて刑法252条による証言拒否権を行使した場合について、判例は、前の段階で警察又は検察官が尋問していたとしても、刑法252条の文言を超えて使用禁止を認めている。したがって、前の段階で尋問していた者についても、証人(いわゆる伝聞証人)として尋問することは許されないとされている。これに対して、前の段階で裁判官が尋問していた場合には、尋問した裁判官を、その面前で行われた供述について尋問することは許されている(詳細はRn 418以下)。それゆえ、実務では、〔被告人の〕親族が重要な負罪的証言をする用意がある場合に、検察官は、たいてい直ちに捜査判事の関与を求めている。

## c) 裁判官の審査権限

[318] 強制処分には裁判官留保が妥当するが、例えば勾留命令の場合など、捜査判事による審査の範囲は無制約である。したがって、捜査判事には、その判断のため必要なその時点までの全ての捜査結果が報告されなければならない。これによって、捜査判事は、刑事訴追機関の監視機関としての機能を、適切に果たすことができる<sup>(17)</sup>。それが行われない場合には、

---

(17) BGH StV 2010, 553, 554; Schäfer, Roxin II-FS, S. 1299.

捜査判事は、当該処分の申立てを却下することができる<sup>(18)</sup>。これに対して、裁判官が、同じく単独で行為できたはずの検察官からより強力な証拠保全の目的で関与を求められる場合には、裁判官は、検察官から求められた処分の必要性、相当性、合目的性について判断することはできない。なぜなら、検察官は、捜査判事が関与する場合でも、依然として手続の主宰者だからである<sup>(19)</sup>。ただし、捜査判事は、求められた行為が個別事例の事情を踏まえて法律上適法であるかどうかだけは審査しなければならない(162条2項)。したがって、捜査判事は、例えば尋問を求められた場合に、検察官自身も同じくこれを刑訴法161a条1項、163a条3項によって行うことができるという理由のみで、請求を却下することはできない<sup>(20)</sup>。〔これに対して、〕比例性原則に反する場合には、限界を超えたものとなる<sup>(21)</sup>。

### Ⅲ. 捜査手続の終了

[319] 捜査手続は、公訴提起又は手続打ち切りによって終了する。

#### 1. 公訴提起

検察官は、起訴法定主義に基づいて、捜査が公訴提起につき十分な根拠を示す場合(170条1項)、すなわち、裁判所による公判開始が予測されるべき場合には、原則として公訴を提起しなければならない。したがって、起訴の条件は、十分な犯罪容疑の存在である(203条。Rn 114を見よ)。公

---

(18) BGHSt 42, 103.

(19) KG JR 1965, 268.

(20) LG Stuttgart NStZ-RR 2011, 279; *Geppert*, DRiZ 1992, 407. 異なる見解として LG Köln NStZ 1989, 41.

(21) *Boetticher/Landau*, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S. 559; *Rieß*, NStZ 1991, 513, 516. 問題点について OLG Düsseldorf NStZ 1990, 144. 詳細は *Brüning/Wenske*, ZIS 2008, 340.

訴提起は、原則として、管轄裁判所への**起訴状の提出**により行われる(170条1項)。

起訴状は、内容上一定の要件を満たしたものでなければならない。これによって、被疑者・被告人は、自分が何に対して防御しなければならないかを知ることになる。刑訴法199条2項, 200条によると、起訴状には、次の事項が記載されなければならない<sup>(22)</sup>。

- 被告人
- 被告人に対する罪となるべき事実、特にその犯行の日時及び場所
- 犯行の法律上の要素
- 適用されるべき刑罰法規

\* 以上を**起訴のテーマ**という(200条1項1文, 243条3項1文)。

起訴状提出の方法に加えて、公訴は、**略式命令の申立て**によっても提起することができる(407条1項4文)。

さらに、起訴の特別の形式がある。例えば迅速手続での審判の申立て(417条)、簡易な少年刑事手続の申立て(少年裁判所法76条)、被疑者が責任無能力(刑法20条)である場合の、特に精神病院への収容を目的とした保安手続の申立て(413条)、である。

検察官は、公訴提起の判断をしたときは、捜査の終結を捜査記録に記載する(169a条)。この**終了記載**は、特に、遅くともその時点以降検察官の申立てに応じて国選弁護人が任命されなければならない(141条3項3文)、無制限の記録閲覧が保障されなければならない(147条2項)、などの効果

---

<sup>(22)</sup> **起訴状の見本** : *Brunner*, Rn 193a f ; *Brunner/v. Heintschel-Heinegg*, 1. Kap. Rn 18 ; *Ernemann*, S. 4 ; *Graf/Schroers*, Muster 54 ff ; *Heghmanns*, Rn 780 ff ; *Hombrecher*, JA 2011, 57 ; *Kluszczewski/Schöbling*, Rn 49 ; *Kühne*, Rn 579 ; *Soyka*, Rn 226 ff ; *Vollmer/Heidrich*, Rn 238 f ; *Vordermayer/v. Heintschel-Heinegg-Eschelbach*, 4. Teil Kap. 1 Rn 82 ; *Wolters/Gubitz*, Rn 181.

を持つ<sup>23)</sup>。

## 2. 手続打ち切り

[320] 次の場合には、手続打ち切りが問題となる：

### a) 犯罪容疑の欠如（170条2項）

捜査からは公訴提起のための十分な根拠が示されなかった場合、すなわち、刑訴法203条の意味での十分な犯罪容疑が認められなかった場合には、刑訴法170条2項によると、手続が打ち切られなければならない。つまり、**刑訴法170条2項は、起訴法定主義の下での手続打ち切りの規定である。**

刑訴法170条2項によると、手続は次の場合に打ち切られなければならない。

- 事実が広義の犯罪構成要件（構成要件該当性、違法性、有責性など）を満たさない場合
- 特定の被疑者に対する十分な犯罪容疑が認められなかった場合（被疑者が無実であることが判明した、被疑者の犯行であることが証明できない、犯人がつきとめられなかった、などの理由で）
- 手続障害が存在する場合、又は手続条件が備わっていない場合（Rn 273以下）

刑訴法170条2項による打ち切りは、**刑罰権消耗の効果を持たない**。確定力がないことから、手続は、いつでも（事実又は法律状況が変わらない場合でも）再開することができる。

刑訴法170条2項2文によると、検察官は、被疑者に打ち切りを知らせなければならない。刑訴法171条1項によると、告訴人（Rn 309を見よ）も、

---

<sup>23)</sup> さらに展開するものとして *Bohnert, J., Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts*, 1992.

打ち切りについて知らされなければならない<sup>24)</sup>。

b) 起訴便宜主義的理由(153条以下)

十分な犯罪容疑が認められる場合には、原則として公訴提起が義務付けられる。しかし、検察官は、起訴便宜主義的理由に基づいて自身の打ち切り権限を行使することができる(Rn 333以下を見よ)。

捜査手続の改革について Rn 397を見よ。

#### IV. 捜査手続における法的保護

##### 1. 捜査手続自体に対する法的保護

[321] 捜査手続の開始、経過、終了を対象とする検察官の行為に対して、被疑者は、法的保護を求めることはできない(通説)<sup>25)</sup>。このことは、たいいてい、これらの行為は、いわゆる刑訴法上それに対する法的保護の定めがない「訴訟行為」であり、また規律的性質を欠くため裁判所構成法施行法23条の意味での司法行政行為でもない、ということがその理由とされる。このことは、終局判決の前に下される裁判の場合の法律状況とも合致する。刑訴法305条によると、これらの裁判に対しては、やはり異議申立てすることができない。確かに、単に捜査手続が開始されるだけでも、基本権侵害に当たる。しかし、基本法19条4項は、「即時」ではなく、「相当な期間内」での法的保護を保障するのみである。被疑者・被告人は、手続の過程において、特に自身に対して不利な終局判決に対する上訴を通じて、この法的保障を受けることができるのである<sup>26)</sup>。

---

<sup>24)</sup> 刑訴法170条2項による手続打ち切り処分の見本: *Ernemann*, S. 13.

<sup>25)</sup> BVerfG NStZ 2004, 447; OLG Frankfurt/M. NStZ-RR 2005, 13; *Kissel/Mayer*, § 23 EGGVG Rn 32; *Nelles*, NK 2006, 68. 批判的見解として *Kölbel*, JR 2006, 322.

<sup>26)</sup> BVerfG NStZ 1985, 228; OLG Karlsruhe NStZ 1998, 315. 異なる見解として *Beckemper*, NStZ 1999, 221; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241, 2247 ff; *Heinrich*, NStZ 1996, 110.

例えば次のものに対して異議申立てすることはできない：捜査手続の開始又は継続<sup>27)</sup>，嫌疑要素の告知の拒否<sup>28)</sup>，（刑訴法170条2項の代わりに）刑訴法153条以下による捜査手続の打ち切り<sup>29)</sup>，刑訴法153条以下による手続打ち切りに対する検察官の同意の拒否<sup>30)</sup>。検察官による鑑定人の選任に対しても，異議申立てすることはできない<sup>31)</sup>。

捜査手続が遅延した場合でも被疑者にとって拘束的であった法実務は<sup>32)</sup>，遅延に対する異議が裁判所構成法198条3項，199条1項，2項によって法的に導入されて以降，少なくとも部分的には古いものとなった。確かに，遅延に対する異議は法的救済ではなく，被疑者の要求を満たす上で被疑者に申立て義務がある。しかし，遅延した捜査手続に対して全く保護が受けられないようにしないために，被疑者は，——その異議申立て義務を行使する限りで——不相当な期間の捜査手続によって生じた物質的又は精神的損害の相当な補償を求めることができる（詳細はRn 26 a）。

## 2. 捜査手続における強制処分に対する法的保護

[322] 強制処分に対しては，既に捜査手続においても，法的救済が用意されている。もっとも，刑訴法には，想定可能な全ての状況を対象とする中核規定はない。このことは，連邦憲法裁判所が基本法19条4項から導かれる刑法上の介入に対するできる限り実効的な裁判上の規制の要請（**実効的な法的救済**）に対する違反を認め，修正を求めるほどに，わかりづらい

---

27) OLG Jena NStZ 2005, 343.

28) BVerfG NStZ 1984, 228.

29) KG StraFo 2010, 428.

30) OLG Hamm NStZ 1985, 472.

31) OLG Schleswig StV 2000, 543（批判的評釈＝*Wagner* 付き）。異なる見解として *Eisenberg*, Rn 1548.

32) OLG Hamm NStZ 1983, 38.



法律状況<sup>33)</sup>をもたらしてきた<sup>34)</sup>。これに応じて、判例は、透明化と明確化を図ったことから、この間、実際に法的救済の簡明化が語られるようになった。しかし、2008年に、秘密の捜査処分に関して、法的救済に関する特別規定が導入されたため(101条7項)、現在改めて明確化の要請が生じている(この点について Rn 327 a)<sup>35)</sup>。

**a) 強制処分の実施前又は既に実施中の場合**

ここでは、誰が各々の処分を命令したかで区別しなければならない：

**aa) 検察官ないしその捜査補助官又は警察による命令**

[323] 処分自体の命令が検察官、その捜査補助官(Rn 102, 108を見よ)又は警察により独自の権限又は(補助的な)要急権限の形で発せられた場合には、刑訴法は、若干の場合についてのみ明文で、裁判所への異議申立てを定めている(例えば98条2項2文, 161 a条3項1文)。しかし、以前から、基本法19条4項の法的救済の保障から、裁判官以外の者が命令する強制処分は裁判上規制されなければならないことが認められてきた。したがって、刑訴法が当該強制処分に対して裁判所への異議を定めていない場合には、**刑訴法98条2項2文**が類推適用されなければならない<sup>36)</sup>。事前手続では、この裁判について、捜査判事に管轄がある。それは、原則として区裁判所の裁判官である(裁判所構成法21 e条1項1文。Rn 316参照)。申立ての却下に対しては、刑訴法304条により、地方裁判所への抗告が許

---

<sup>33)</sup> 批判について *Bachmann, G.*, Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 1993.

<sup>34)</sup> BVerfGE 96, 44 ff.

<sup>35)</sup> 概観について *Amelung*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 911; *Burghardt*, JuS 2010, 605; *Engländer*, Jura 2010, 414; *SK-Wohlers*, § 160 Rn 76 ff.

<sup>36)</sup> OLG Oldenburg NStZ 1990, 504 (肯定的評釈 = *Katholnigg* 付き); OLG Braunschweig NStZ 1991, 551; *Fezer*, Rieß-FS, S. 93.

される<sup>37)</sup> (抗告についての詳細は Rn 577以下を見よ)。

対象者が処分実施の形式及び態様に異議を述べる場合には、やはり刑訴法98条2項2文が(類推)適用されなければならない。なぜなら、裁判官は、命令自体の規律の範囲で執行の態様も規律できるからである<sup>38)</sup>。

#### bb) 裁判官による命令

[324] 裁判官自身の命令は、捜査手続では捜査判事が発するが、それに対しては、原則として、刑訴法304条による抗告が認められる。このことは、裁判官の命令が処分の実施に関する基準を定めている場合も妥当する。

対象者が裁判官により命令され検察官(又は警察)により実施された処分実施の形式及び方法に対して異議を述べる場合には、かつての通説によると、裁判所構成法施行法23条以下による高等裁判所への法的救済の方法が認められていた。しかし、正しい見解によると、ここでも、刑訴法98条2項2文の類推適用が適切である<sup>39)</sup>。その理由付けは、法的救済方法の分割に対する基本的考察から導かれる<sup>40)</sup> (Rn 325 a 参照)。

#### b) 強制処分が終了している場合

[325] 強制処分は、多くの事例で、それが命令された後すぐに実施される。したがって、対象者が、裁判官に対して事前に異議を申し立てることは不可能である。それゆえ、対象者にとって、処分の適法性について事後的に裁判官の審査を求めることができるか否かは重要である。その際には、やはり、処分は誰が命じたのかによって、区別されなければならない：

#### aa) 検察官、捜査補助官、警察による命令

[325 a] 検察官及び警察は基本法19条4項の意味での「公権力」の担い

---

<sup>37)</sup> *M-G*, § 98 Rn 31; *Hellmann*, Rn 213参照。

<sup>38)</sup> BGHSt 28, 206, 209; OLG Karlsruhe NStZ 1995, 48.

<sup>39)</sup> BVerfG NJW 2002, 1410.

<sup>40)</sup> この点について *Laser*, NStZ 2001, 124.

手に含まれるから、その命令に対して、処分が終了した後も法的保護が保障されなければならない。

対象者が命令それ自体に異議を述べる場合には、刑訴法98条2項2文が類推適用される<sup>(41)</sup>。

しかし、実施の形式及び態様に異議を述べる場合にも、刑訴法98条2項が(類推して)適用されるべきである<sup>(42)</sup>。

#### bb) 裁判官による命令

[326] 裁判官の命令それ自体に対しては、原則として刑訴法304条の抗告が許容される法的救済である<sup>(43)</sup>。

これに対して、かつての通説によると、処分の対象者には、裁判官の命令それ自体に対する法的救済は、その処分が終了した後には否定されていた。処分は「訴訟上既に処理」されているというのが、その理由であった。このことは、刑訴法の体系上、既に終了した処分の適法性を(事後的に)審査することは予定されていない、ということから導かれていた。行政裁判所法113条1項4文及び裁判所構成法施行法28条1項4文の規定は、一般的な法の趣旨を含んでいない<sup>(44)</sup>。既に終了した強制処分の命令に対する抗告を排除することは、基本法に反しない。なぜなら、基本法19条4項は、司法行為に対する法的救済を保障してはいないからである<sup>(45)</sup>。しかし、このような解決は、被疑者の回復に向けた利益を十分考慮しないものである。

対象者が裁判官から命じられ、検察官(又は警察)が実施した処分の形

---

(41) BGHSt 28, 57, 58以来の確立した判例である。

(42) BGHSt 44, 265, 270 (評釈=Eisele, StV 1999, 298); M-G, § 98 Rn 23; Murmann/Grassmann, S. 10; Radtke, JR 1999, 436.

(43) BVerfGE 96, 27, 41 (評釈=Amelung, JR 1997, 384とFezer, JZ 1997, 1062); BVerfG NJW 1998, 2131; Achenbach, JuS 2000, 27; Roxin, StV 1997, 654.

(44) BGHSt 28, 57, 58; 37, 79, 84.

(45) BVerfGE 49, 329, 340.

式及び態様に対して異議を述べる場合には、**刑訴法98条2項2文（類推）**が援用されるべきである<sup>46)</sup>。

もっとも、処分の「可否」と「態様」の狭い組合せを考えると、命令した裁判官による執行態様を規律することの意義は、過剰に評価されてはならない。なぜなら、裁判官は、しばしば、既に命令することによって（誤る可能性のある）執行プログラムをあらかじめ提示しているものだからである。このことは、刑訴法98条2項2文の類推による裁判官の裁判に対して、刑訴法304条による地方裁判所への抗告が許可されるべきことを要請する<sup>47)</sup>。このようにして、強制処分の事後審査の管轄は、最終的には地方裁判所に集約されるものとなる。

### cc) 法的救済の利益

[327] 処分が終了した後の法的救済はもはや異議を述べられた処分の破棄ではなく、その適法性の確認にとどまるものであるから、そのような確認の申立ては、対象者が適法性の事後的確認に**特別の法的利益**を持つ場合に限って許される。事後的な法的救済に対するこの基本的な要請は、裁判所構成法施行法28条1項4文の一般的な法趣旨から導かれる。同条項は、通説によると、刑訴法304条又は98条2項2文（類推）が使われる場合にも適用される<sup>48)</sup>。何らかの基本権侵害を断定的に主張するだけでは、この要件を満たさない<sup>49)</sup>。このことは、裁判官が命令した処分であって、連邦憲法裁判所が——前述の通り——処分が終了した後でも事後的な法的救済

---

<sup>46)</sup> BGHSt 45, 183, 186 (肯定的評釈=Amelung, JR 2000, 479); BGH NJW 2000, 84; Bachmann, NJW 1999, 2415; Eisele, StV 1999, 298; Fezer, NStZ 1999, 151. 好例を挙げるものとして Hellmann, Fallsammlung, Klausur Nr 3 Rn 265 ff. **申立ての見本**: Lemke-Küch, Rn 113.

<sup>47)</sup> そのような見解として Amelung, JR 2000, 481; Eisele, StV 1999, 298, 300 も見よ。BGHSt 45, 183, 186は、この問題について判断しなかった。

<sup>48)</sup> BGHSt 28, 57, 58参照。異なる見解として Burghardt, StV 2010, 605, 606; SK-Frisch, § 304 Rn 55; Roxin/Schünemann, § 29 Rn 21 ff.

<sup>49)</sup> BGHSt 37, 79, 83. 異なる見解として AK-Maiwald, § 100b Rn 10.

を可能と判断したものについても(Rn 326を見よ), 等しく妥当する<sup>60)</sup>。管轄の審級による裁判官の裁判を求めることができるようになる前に, 典型的には公権力の介入による直接の負担は終了している全ての強制的介入が, これに当たるとされている<sup>61)</sup>。

近時の判例によると, 次の事例群には注意しなければならない:

- **重大な基本権侵害の場合**については, 法的救済の利益は, 終了した捜査処分の直接的負担が, 典型的な手続経過において, 対象者が通常は裁判所の判断を求めることができない時点に限定されているときには, 常に認められる。例えば住居又は事業所の搜索命令の場合<sup>62)</sup>, 特にメディア事業者を対象とし, したがって基本法5条1項2文への介入が付け加わる場合にはこれに当たるが<sup>63)</sup>, 押収の場合には当たらない<sup>64)</sup>。これ以外で, いかなる場合にこの意味での基本権侵害が「重大な」ものと位置付けられるかは, 依然として不明であり, 連邦憲法裁判所からも, 今のところまだ最終的な解決が示されていない。さしあたり, 基本法は予防的に裁判官に命令を留保したものの可否かという点が, 主に注目されてきた。これによると, 上記に加えて, 身体拘束(基本法104条2項, 3項)<sup>65)</sup>及び「大盗聴」(基本法13条3項)が含まれることになる。しかし, これは, 有効な区別とはいえない。この間, 基本権侵害に伴う負担の具体的な程

---

<sup>60)</sup> BVerfGE 96, 27.

<sup>61)</sup> この点について SK-Wohlers, § 160 Rn 81 ff, 92f; Bachmann, NJW 1999, 2415.

<sup>62)</sup> BVerfGE 96, 27; BVerfG wistra 2008, 463.

<sup>63)</sup> BVerfG NJW 1998, 2131; 2007, 1117 (Cicero 事件).

<sup>64)</sup> OLG Frankfurt/M NStZ-RR 2003, 175. しかし, AG Bremen StV 2012, 14も参照。

<sup>65)</sup> BGHSt 44, 171参照。しかし, OLG Hamm NJW 1999, 229も見よ。

度に着目されるようになった<sup>56)</sup>。そこには、争いなく、恣意的判断の全てが含まれる。例えば血液採取(81 a 条)に際しての裁判官留保が、恣意的に潜脱された場合である(Rn 241を見よ)<sup>57)</sup>。

- 反復の危険は、それが実質的根拠に基づく場合に問題となる。しかし、曖昧な危惧感では足りない<sup>58)</sup>。
- 継続的な蔑視などによる回復の利益は、判例によると、的確にも、被疑者については原則として否定されている(重大な基本権侵害の場合を除いて、である。前述を見よ)。なぜなら、この利益は、以後の手続において、手続打切り、公判不開始、無罪判決などによっても満たされうるものだからである<sup>59)</sup>。しかし、被疑者以外の者は、これらの回復機会を持たないため、結論は異なる。
- 後の手続で公的履行〔国家賠償〕請求を主張する意図があるとしても、通常はそれでは足りない(争いがある)<sup>60)</sup>。

これらの事例群は、行政訴訟法において継続確認訴訟(行政裁判所法113条1項4文)に際して要求される確認の利益に相応する<sup>61)</sup>。連邦憲法裁判所は、近時、事後的な法的救済の相当遅い主張(時間的要素)と不合理な不作為性(事情的要素)とにより信義則に反するという場合には、法的救済の利益は権利喪失の観点から消滅しうるものであることを示唆している<sup>62)</sup>。

---

<sup>56)</sup> Fezer, JR 1997, 1064. *Burhoff*, Ermittlungsverfahren, Rn 1438も見よ。

<sup>57)</sup> BVerfG JR 2007, 516 ; OLG Celle StV 1997, 625.

<sup>58)</sup> BGHSt 36, 30, 32 ; 37, 79, 82.

<sup>59)</sup> BGHSt 37, 79, 83.

<sup>60)</sup> KG NStZ 1997, 563.

<sup>61)</sup> *Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn 136 ff は見よ。

<sup>62)</sup> BVerfG NStZ 2009, 166.

c) 隠密的捜査手段に際しての刑訴法101条7項の特別規定

[327 a] 隠密的捜査手段(例えば通信傍受, 盗聴, 秘密捜査官投入。101条1項に限定列挙されている)の特別な事例において, 対象者(人的範囲の詳細は101条4項1文を見よ)には, 処分の適法性の事後的審査を求める完結的な特別規定が, 刑訴法101条7項2文に定められている。本規定は, 刑訴法98条2項類推及び刑訴法304条による一般的な法的救済(Rn 322-327を見よ)に対する遮断効を持つ——法的救済の試みが, 命令それ自体を対象とするのか, 又は処分執行の形式及び態様に対するものであるのかに関わらない<sup>63)</sup>。この場合には, 一般規定とは異なり, 既に処分が終了しているにもかかわらず, 対象者の側で特別の法的救済の利益を証明する必要はなく, むしろそのようなものは, 立法者より反証不能のものと推定されている。なぜなら, 刑訴法101条1項に列挙された秘密の捜査手段は, 通常は, 強い基本権侵害を伴うものだからである。他方で, 法的救済の主張には, 2週間の除斥期間が定められている。この期間は, 刑事訴追機関によって秘密捜査に関する通知が行われたときから起算される(101条6項, 7項。この点について Rn 232)。通知が怠られたときは, 期間は進行しない(通知について詳細は101条6項3-5文, 5項, 6項参照)。

刑訴法101条7項2文による申立てを裁判する管轄は, 公訴提起前及び, 公訴提起後で対象者への通知が行われていない場合には, 当初秘密の捜査処分を命令する管轄を有していた裁判所である。裁判官留保がない処分の場合(例えば100h条)には, 管轄検察官が所在する地域の裁判所である(101条7項1文)。すなわち, 原則として区裁判所の捜査判事が申立てを審査することになる。ただし, 大盗聴の場合には, 裁判所構成法74a条4項と結び付く刑訴法100d条1項1文により, 地方裁判所の特別部が管轄する。公訴提起後で通知がなされた場合には, 事件を担当する,

---

<sup>63)</sup> BGHSt 53, 1; *Engländer*, Jura 2010, 414, 417. 異なる見解として *Eisenberg*, Rn 2554; *Löffelmann*, StV 2009, 379; *Burghardt*, HRRS 2009, 567; *ders.*, JuS 2010, 605, 608.

つまり公判裁判所が裁判する。既に公訴提起前に申し立てられたが、まだ裁判が下されていない場合には、公判裁判所に管轄が移される<sup>64)</sup>。

対象者には、裁判所の裁判に対して、期限の制限(311条2項)がある即時抗告が認められている(101条7項3文)。これは、原則として地方裁判所に提起するが、大盗聴(100c条)及び地方裁判所が公判裁判所として裁判する場合には(101条7項4文)、高等裁判所に提起する(抗告の詳細はRn 577以下)。その際、公訴提起後に公判裁判所が申立てについて裁判したという事案については(101条7項4文)、その公判裁判所の本案判決に対する上訴と並んで、即時抗告も認められる<sup>65)</sup>。

刑訴法101条7項2文の適用範囲に関して、本規定は対象者がまだ隠密的捜査処分の実施中にそのことを知り、法的救済を求めた場合も適用されるか否かという問題があり、これはまだ最高裁レベルで解明されていない。すなわち、これは、刑訴法101条7項2文が対象となる処分の終了を条件とするか否か、という問題である。刑訴法101条7項2文の表現(「終了後も」)は、この点で、処分終了前でも、と本規定を解釈する根拠となる<sup>66)</sup>。しかし、明白な文言上の論拠は、刑訴法101条4項2文から導かれる。ここでは、この事後審査の機会を、明文で、「7項による事後的な法的救済」と表現されている。また、本規定の歴史と体系は、刑訴法101条7項2文の適用範囲にまだ終了していない処分を取り込むことに反対する論拠となる：本条項は、除斥期間及び反証不能のものと推定される法的救済の必要性と共に、立法者の明示的意思に基づく<sup>67)</sup> 事後的な法的救済のための特別

---

64) BGHSt 53, 1, 4 f. 異なる見解として HK-Gercke, § 101 Rn 18; SK-Wolter, § 101 Rn 43.

65) BGHSt 54, 30; M-G, § 101 Rn 25c. 異なる見解として SK-Wolter, § 101 Rn 42.

66) HK-Gercke, § 101 Rn 16; M-G, § 101 Rn 25; Böse, Amelung-FS, S. 565, 576 Fn 54.

67) BT-Drs. 16/5846, S. 62.



の規定を含んでいるのであり、したがって、適切に限定されなければならない。これによれば、まだ終了していない隠密的捜査処分の場合については、一般的な法的救済規定が援用されなければならない<sup>68)</sup> (Rn 322以下を見よ)。

[327 b] 以上をまとめると、事案の解決に向けて、次の大まかな準則に注意が必要である。

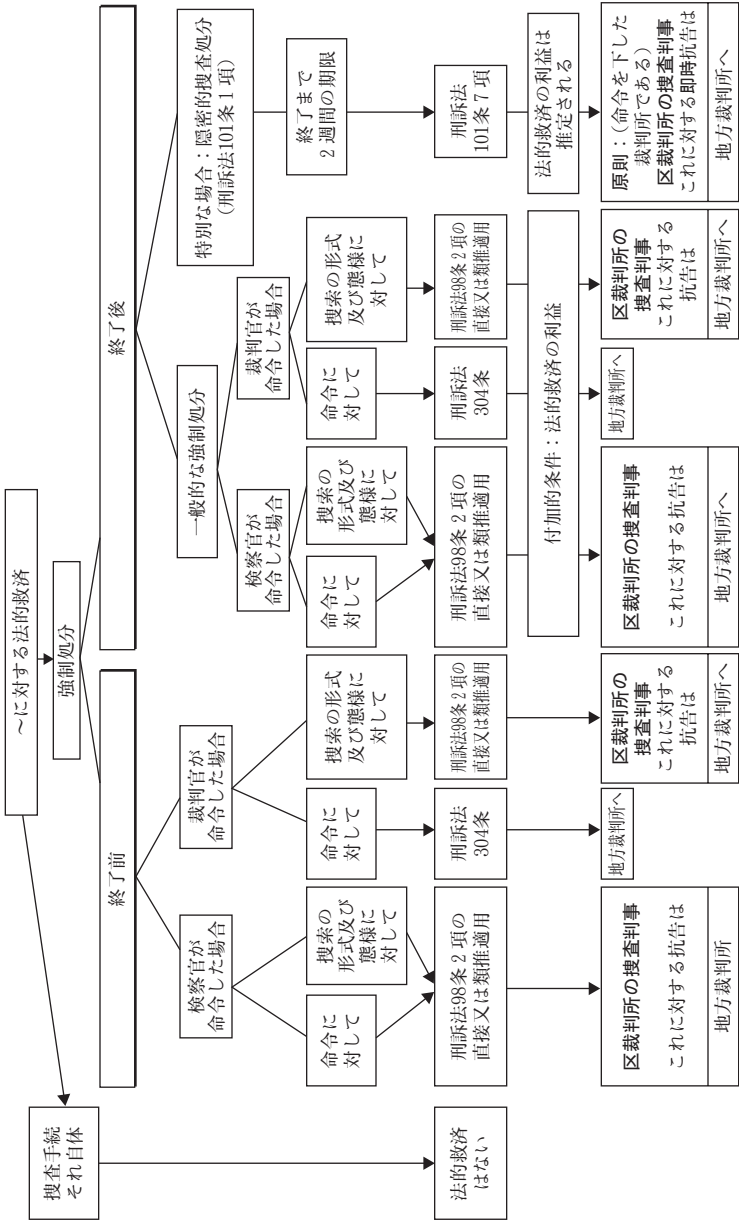
- 捜査判事による命令は全て、刑訴法304条の抗告によって異議申立てすることができる。
- 検察官ないしその捜査補助官又は警察による裁定及び実施の場合については、刑訴法98条2項2文を直接適用又は類推して、捜査判事への異議申立てを認めることができる。この裁判に対しては、さらに刑訴法304条の抗告が認められる。
- 刑訴法101条1項の隠密的捜査に際して、これが既に終了している場合には、刑訴法101条7項2文の特別規定により、裁判所（公訴提起前は、原則として捜査判事）への不服申立てを行う権利が与えられ、この裁判に対しては、やはり即時抗告の権利が与えられる。

[327 c] 捜査手続における法的救済の詳細な図式は図4を参照。

---

<sup>68)</sup> KK-Nack, §101 Rn 34; Engländer, Rn 171; Glaser, Der Rechtsschutz nach § 98 II 2 StPO, 2008, S. 52 f; Singelnstein, NStZ 2009, 481.

図 4 捜査手続における法的救済



### 3. その他の処分に対する法的救済

[328] 捜査手続の中には、確かに「伝統的な」強制処分とはいえないが、しかし、訴訟行為とは異なり完結的な規定の対象となる一連の処分がある。これらの処分が裁判所構成法施行法23条の意味での司法行政行為となる限り、これに応じて、異議申立てをすることができる。

個別的には次のことが妥当する：

#### a) 検察官の訴訟上の陳述

連邦行政裁判所の見解によると、これに対しては、行政法上の出訴が認められる。なぜなら、検察官は、訴訟上の陳述を示すに際して「特別に」刑事司法の領域で活動するわけではないからである<sup>69)</sup>。しかし、正しくは、裁判所構成法23条以下により、事物的に近接した裁判所である高等裁判所への出訴が認められる<sup>70)</sup>。

#### b) 鑑識上の処分 (81 b 条)

刑訴法81 b 条後段(「監視の目的で」)は、刑訴法において異質なものである。これは、実体的には警察法である(Rn 243を見よ)。したがって、そのような措置に対しては、行政法上の出訴(行政裁判所法40条)のみを行うことができる<sup>71)</sup>(争いがある)。これに対して、刑訴法81 b 条 1 項の処分が(具体的な)刑事手続を実施する目的で行われた場合には、刑訴法98条 2 項 2 文が類推適用される<sup>72)</sup>(争いがある)。

#### c) 刑訴法96条による停止の表明

[329] 停止表明は、一部では、刑事司法の領域における司法機関の処分とみられ

---

<sup>69)</sup> BVerwG NStZ 1988, 513; VG Frankfurt StV 1997, 240; *Lehr*, NStZ 2009, 409.

<sup>70)</sup> OLG Stuttgart NJW 2001, 3797; *Roxin/Schünemann*, § 18 Rn 23. そのような報道説明の許容性について深めるために *Gounalakis*, NJW 2012, 1473; *Raschke*, ZJS 2011, 38; *Weigend*, in 30. Strafverteidigertag, S. 311; *Zabel*, GA 2011, 347.

<sup>71)</sup> BVerwG JZ 2006, 727 (評釈 = *Eisenberg/Puschke* 付き); BVerwG StV 2012, 7.

<sup>72)</sup> OLG Koblenz StV 2002, 127; *Krach*, JR 2003, 140.

ているため、裁判所構成法施行法23条により、被疑者が異議申立てできるとされる<sup>73)</sup>。これに対して、正しい見解によると、行政法上の出訴が認められる。なぜなら、停止表明は、刑事司法の「特殊な」行為ではなく、予防目的が背景にあるものだからである<sup>74)</sup>。

**[330] 事例38の解決：**

a) 刑法法の考え方によると、原則として、検察官が、**捜査手続の主宰者**として、捜査手続を開始する。それは、届出又は告訴による場合（158条）や、職権による場合（160条1項）がある。個別事例では、警察（163条）又は捜査補助官（165条）も、捜査手続を提案することができる。実務では、捜査手続は、通常、警察が開始し、その捜査が終わった後に初めて事件が検察官へ送られている。

b) 捜査手続は、公訴提起（通常は170条1項又は407条1項）、又は十分な犯罪容疑が欠けること（170条2項）、ないし起訴便宜主義的理由（153条以下、麻薬法35条、少年裁判所法45条）からの手続打ち切りによって終了する。

詳細は Rn 309以下、319以下を見よ。

**[331] 事例39の解決：**検察官が裁判所の捜査行為実施を求めた場合（162条1項1文）には、捜査判事は、検察官が単独で同様の行為を行うことができるという限りで、この処分の法的許容性のみを審査することができ、その合目的性まで審査することはできない（162条2項）。ここでは、尋問

<sup>73)</sup> OLG Celle NStZ 1991, 145 ; VG München NStZ 1992, 452 ; Fezer, 7 Rn 15.

<sup>74)</sup> BGHSt 44, 107, 116 ; BVerwGE 69, 192, 196 f ; 75, 1 ; KG StV 1996, 531 ; VG Berlin, StV 2004, 251 ; KK-Nack, §96 Rn 34 ; Geppert, Jura 1992, 241, 251. 異なる見解として OLG Stuttgart NStZ 1992, 96 ; M-G, §96 Rn 14.

は、裁判所ではなく、検察官も行うことができる。双方の場合とも、〔Bは〕各々の面前に出頭し、供述すべき義務がある（前者は48条、51条、後者は161 a 条）。確かに、ここでは、裁判官の関与によっても、付加的な情報価値が期待できるわけではないが、そうだからといって、裁判官の尋問が許されないことにはならない。すなわち、不合理な衡量及び裁量の瑕疵は、審査することができない。本件では捜査判事の関与が明らかに不相当なものでもないことから、捜査判事は、Bの尋問を拒否することはできない。詳細は Rn 318を見よ。

**[332] 事例40の解決：**家宅搜索は、刑訴法102条の意味での強制処分である。その命令権限は裁判官にあるが、遅滞危険がある場合には、検察官及びその捜査補助官にもある（105条1項）。ここでは、処分は既に実施されている。すなわち、終了している。

裁判官が強制処分を命令した場合には、かつての通説によると、その命令自体に対して、法的救済を求めることはできない。なぜなら、処分は訴訟上既になくなっているからである。〔しかし、〕新たな判例によると、今では——終了前と同様に——刑訴法304条の抗告の機会が認められる。検察官又はその捜査補助官が搜索を命令した場合には、刑訴法98条2項2文が類推適用される。すなわち、Aは、いずれにせよ裁判所の裁判を求めることができる。

しかし、双方の類型（命令が裁判官による場合と検察官による場合）において、既に処分が終了しているときには、その概念上必然的にその適法性の確認しかすることができず、そのためには特別の法的救済の利益が必要である。家宅搜索など「重大な」基本権侵害の場合、その負担が裁判所の裁判を得ることのできなかった時間的範囲に限定される場合には、特別の法的救済利益が肯定される。詳細は Rn 321以下を見よ。

## § 16 起訴便宜主義的理由による手続打ち切り

### 事例41：

a) 日ごろは品行方正な年金受給者Aは、月半ばでお金がなくなり、市場で1袋の固形スープを盗んだ(刑法242条。刑法248a条による告訴は提出されている)。Aは、検察官に、手続打ち切りを求めた。これについて、誰が判断するのか？

b) 公判に入ってから、裁判所が、起訴便宜主義的理由から手続を打ち切ったが、その際、賦課及び遵守事項は出されなかった。その後、Aには前科があり、また犯行に際して拳銃を所持していたことが判明した。検察官は、改めて手続を行うことができるか？〔Rn 343〕

### I. 総論

[333] 検察官と裁判所に認められた手続打ち切り権限は、異なる基準によって体系化することができる。その基礎となるのは、特に、**起訴法定主義**を遵守した下での打ち切り(170条2項)と、**起訴便宜主義**による打ち切り(特に153条以下、麻薬法31a条、37条、少年裁判所法45条、47条)との区別である。また後者は、**負担のない処分**(特に153条、154条以下、少年裁判所法45条1項、47条1項1号)と、**負担となる法律効果を伴った処分**(特に153a条、少年裁判所法45条3項)に分かれる。さらに、起訴便宜主義的観点を考慮するための基準によっても区別される。具体的には、犯罪の軽微性又は重大性欠如(153条、153a条)、他の犯罪の重大さ(154条、154a条)、国家の刑事訴追利益を後退させるほどの行為の特殊性(例えば153c条、154b条、154c条)<sup>(1)</sup>などである。

(1) 深めるために LR-Beulke, §152 Rn 39; Deiters, Legalitätsprinzip und Nor- ↗

## II. 刑訴法153条による打ち切り：責任が軽微であり公的利益が欠けること

### 1. 検察官による打ち切り(153条1項)

[334] 刑訴法153条1項によると、検察官は、軽罪を対象とする手続について、行為者の責任が軽微であるとみられ、訴追に向けた公的利益が存在しない場合には、これを打ち切ることができる。

a) 軽罪でなければならない(刑法12条2項：1年未満の自由刑又は罰金刑)

b) 行為者の責任が軽微と認められるものでなければならない。

「認められる」という点が強調される。これには、責任〔の程度〕が証明される必要はなく、刑事訴追機関が以後の調査を不要と判断する権限を持つ、ということが示されている。したがって、嫌疑の程度に関し、——それまでの調査の状況に基づいて——有罪判決の単なる蓋然性で足りるといわなければならない(通説も同様である<sup>(2)</sup>)。それまでの捜査の過程で嫌疑の端緒が否定されるに至った場合には、刑訴法153条1項ではなく、刑訴法170条2項により手続が打ち切られなければならない。

推定されるべき責任は、それが同じ態様の軽罪と比較して明らかに平均を下回っている場合には、軽微とされる。責任の程度を特定するに際して

---

↘ mgeltung, 2006; Döhring, S., Ist das Strafverfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht?, 1999; Erb, V., Legalität und Opportunität, 1999; Horstmann, M., Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, 2002; Knauer, ZStW 120 (2008), 826; Nestler, JA 2012, 88; Widmaier/Schlothauer, §3 Rn 135 ff; Schulenburg, JuS 2004, 765; Trüg, G., Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, 2003; Weigend, ZStW 109 (1997), 103; SK-WeBlau, Vor §§ 151 ff Rn 7 ff. 実践的意義について Heinz, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1982-2010, Version 1/2012; Web サイト [www.uni-konstanz.de/rtf/kis](http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis).

(2) HK-Gercke, § 151 Rn 3; SK-WeBlau, § 153 Rn 16. 異なる見解として Kühne, Rn 586は、「有罪判決の確信」を要求する。

は、刑法46条2項2文の基準が考慮されなければならない。

c) 訴追の公的利益は、(初めから) 欠けているのでなければならない。その際、刑罰目的に強く着目しなければならない<sup>(3)</sup>。すなわち、検察官は、一般予防又は特別予防の理由から、また応報の観点から、手続の継続が必要であるかどうかを判断しなければならない。その際、検察官は、比較的広い評価裁量を与えられる。

指摘:「軽微な責任」や「公的利益」などの不明確な法律概念は既に評価を必要とするものであるから、検察官は、——「できる」の文言に反して——それ以上の判断裁量を持たない。すなわち、検察官は、自身がその要素を肯定する場合には、手続を打ち切らなければならない<sup>(4)</sup>。

d) 刑訴法153条1項によると、検察官の裁定は、裁判所の同意を必要とする。しかし、刑訴法153条1項2文は、刑の下限が加重されず、行為により惹起された結果が軽微である場合について、重要な例外を認めている。

刑の下限の加重とは、刑法38条、40条に定められた最下限(自由刑は1か月、罰金刑は5日分)が必要的に加重される刑罰のことである。例えば住居侵入窃盗罪(刑法244条1項3号)がこれに当たる。

軽微な行為結果とは、損害が約50ユーロ以下の価額の場合である<sup>(5)</sup>。

e) 被疑者の同意は不要であり、その事前の事情聴取もなしで済ませることができる<sup>(6)</sup>。

f) 刑訴法153条1項による裁定は、それが裁判官の同意を得て下され

---

(3) 深めるために Metzger, Stöckel-FS, S. 287; F.-C. Schroeder, Amellung-FS, S. 125; Wessels/Beulke, AT Rn 12a.

(4) LR-Beulke, § 153 Rn 38を見よ。

(5) OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; KK-Schoreit, § 153 Rn 43.

(6) 異なる見解 Dahs, NJW 1985, 1113, 1115.



た場合でさえ、確定力を生じさせない。したがって、新たな証拠や事実が判明しなくても、手続を再開することができる<sup>(7)</sup>。

g) 行為が私訴犯罪(374条1項)に当たるときは、刑訴法153条1項の適用は問題とならない。なぜなら、検察官は、この種の犯罪については、自身が事前に公的利益を肯定した場合(376条)に限って手続を支配するものだからである。しかし、刑訴法153条1項の場合には、こうした利益は欠けている(前述cを見よ)。公的利益が欠けるときは、検察官は、刑訴法170条2項によって手続を打ち切り、被害者に私訴の手段を指摘しなければならない(Rn 591を見よ)。これに対して、検察官は、私訴犯罪に当たる軽罪について刑訴法153 a条を適用することは妨げられない。なぜなら、この場合に、検察官は、刑事訴追の公的利益を肯定するのであり(Rn 337を見よ)、これによって、刑訴法376条による公訴手続の機会が開かれ、そこでは、まさに刑訴法153 a条の適用を通じて公的利益が実現されうるからである<sup>(8)</sup>。

訴訟上1個の行為が私訴犯罪と公訴犯罪の双方に該当する場合には、公訴犯罪は、刑訴法153条1項により打ち切ることができる。そして、このことは、私訴犯罪が手続打ち切りに含まれ、もはや私訴手続で追及することはできないことを意味する(争いがある)<sup>(9)</sup>。これは、訴訟上の意味で単一の行為は(この点について Rn 512参照)統一してのみ打ち切ることができる、ということからの帰結である。検察官は、自身が公訴犯罪を刑訴法170条2項により打ち切る場合に限り、私訴犯罪を参照することができる<sup>(10)</sup>。刑訴法153 a条による打ち切りの場合も、同様である。

▶事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 504にある。

---

(7) HK-*Gercke*, § 154a Rn 13; *Engländer*, Rn 104. 異なる見解として AG Verden StV 2011, 616.

(8) HK-*Gercke*, § 153a Rn 9.

(9) LR-*Beulke*, § 153 Rn 12 f.

(10) *M-G*, § 153 Rn 5.

## 2. 裁判所による打ち切り（153条2項）

[335] a) 起訴状の提出により公訴が提起された場合には、手続の主宰は裁判所に移る。この時点から、裁判所は、それ以前の段階における検察官の場合と同じ条件で、手続のあらゆる段階（公判中、控訴審、上告審、再審手続でも）においてこれを打ち切ることができる。その他の有効条件として、検察官及び被告人の同意が必要である（153条2項1文。例外について153条2項2文を見よ）。

b) 決定形式で下される裁判（153条2項3文）に対しては、検察官からも、被告人からも、異議を申し立てることはできない（153条2項4文）。しかし、訴訟上の条件が欠ける場合には、刑訴法304条による抗告が許される。例えば行為が重罪である場合や、被告人又は検察官の同意が得られていない場合である<sup>(11)</sup>。

[336] c) 刑訴法153条1項の場合と異なり、刑訴法153条2項の決定には、限定的な確定力が与えられる。しかし、その範囲については、争いがある。

まず、再審手続は、新たな事実又は証拠が提出され、それが重罪を理由とする有罪判決を基礎付けるのに適していることを条件としていることが想起される（373 a 条1項類推）。しかし、これによると、被疑者・被告人に対して、刑訴法153 a 条の場合（この点について後述Ⅲ）よりも過剰な保護を与えることになる。刑訴法153 a 条の場合には、——相当な負担が課されるにもかかわらず——手続再開のためには新たな事実又は証拠が必要とされていない。

したがって、刑訴法153 a 条1項5文を援用し、行為が重罪に該当することを要求することが考えられる<sup>(12)</sup>。その基礎付けとして、法治国家原理（基本法20条3項）

---

(11) BGHSt 47, 270（結論的に肯定的評釈＝Radtke, JR 2003, 127）；OLG Hamm NStZ-RR 2004, 144.

(12) BGHSt 48, 331（この点で批判的評釈＝Beulke, JR 2005, 37）；Heghmanns, ↗

から導かれる、被疑者・被告人の信頼保護が挙げられる。そのような信頼は、包括的な証拠調べの機会を持つ独立の裁判所が、手続関係人双方からの相互コントロール（検察官及び被告人の同意）を通じて裁判を行った、ということから導かれる。加えて、個別事例において、どのような事実が判明した（又はしなかった）のかを認定することは非常に困難である、ということも挙げられる。しかし、刑訴法153 a 条による打ち切りの場合には被疑者・被告人は負担を課されるが、刑訴法153条2項の場合にはこれが課されないことから、平等の取扱いは不適當であると思われる。

それゆえ、刑訴法174条2項、211条、少年裁判所法45条3項、47条3項を類推し、確定力を破るためには、刑訴法153条2項の打ち切り後に新たな事実又は証拠が判明することを要求し、それに基づいて、責任がもはや軽微とはみられないこと、又は公的な訴追利益が肯定されることが、相当であろう。付加的に軽罪から重罪へと格付けされることは、不要である。もっとも、新たな事実又は証拠が判明しない場合でも、既に行為が重罪と評価されることだけで、手続の継続は正当化される（すなわち、従前の検察官又は裁判所によるあてはめの錯誤は是正されなければならない）。なぜなら、重罪は、いかなる場合も刑訴法153条2項の適用範囲に該当しないからである<sup>13)</sup>。

▶事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 506にある。

[336 a] d) 私訴手続においては、刑訴法153条2項（刑訴法153 a 条2項も同様）は、刑訴法383条2項の特別規定に劣後する。同条項によると、裁判所は、私訴原告又は被告人の同意がなくても、行為者の責任が軽微で

---

↘ NStZ 2004, 633; Kühne, JZ 2004, 743; Norouzi, JA 2004, 434. 同旨の見解として Radtke, H., Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 174 ff. Rössner, Problem 26も見よ。

<sup>13)</sup> 同旨の見解として OLG Hamm GA 1993, 231. 深めるために Heghmanns/Scheffler-Heghmanns, VI Rn 219; LR-Beulke, § 153 Rn 88; SK-Weßlau, § 153 Rn 57.

あると判断するときは、手続を打ち切ることができる。

### Ⅲ. 刑訴法153 a 条による打ち切り：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

[337] 刑訴法153 a 条による手続打ち切りの機会は、刑訴法153条によるものとは、特に刑事訴追に向けた公的利益によって区別される。刑訴法153条の場合には、公的利益がそもそも欠けているのに対して、刑訴法153 a 条の場合には、さしあたりは存在し、それが反対給付を課することによって相殺されるのである。刑訴法153 a 条による打ち切りは、実務では特に重要である。刑訴法153 a 条についても、手続打ち切りが捜査手続において行われる場合（153 a 条1項）と、起訴後に行われる場合（153 a 条2項）とで、区別されなければならない。

#### 1. 検察官による打ち切り（153 a 条1項）

[337 a] 刑訴法153 a 条1項によると、捜査手続では、以下の条件で、手続が打ち切られる可能性がある。

a) ここでも、**軽罪**でなければならない。

b) **責任の重さが妨げ**となってはならない。これにより、法律は、責任の基準が存在することを前提としている。刑事手続がまだ終わっていないのであるから、「十分な犯罪容疑」（＝有罪判決の蓋然性）で足りるとしななければならない<sup>(4)</sup>。これによって、**法律状況が不明確**であるための打ち切りは問題とならない<sup>(5)</sup>。法律状況が疑わしい場合には、起訴のための十分な

---

(4) 否定的見解として *Hellmann*, Rn 561.

(5) しかし、そのような見解として LG Bonn NStZ 2001, 375 (Köhl 事件。批判的評釈 = *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 426).

根拠が存在せず、この点で相殺されるべき刑事訴追の利益もない<sup>(16)</sup>。責任の重さが妨げとなってはならないという消極的な表現により、**中間程度の犯罪**も含まれることが表されている。この解決は、有名な経済事犯では、非常に高額の損害の場合でも維持されている（例えば「Mannesmann 事件」）<sup>(17)</sup>。  
[337 b] c) 被疑者・被告人に課される賦課及び遵守事項は、刑事訴追に向けた**公的利益**を相殺するのに適したものでなければならない。

個別的には、検察官は、被疑者に対して、特に次の賦課事項を課する（**有名賦課**）。

- 損害賠償（153 a 条 1 項 2 文 1 号）
- 共同施設や国庫への**金銭**支払い（2 号）
- その他**共同の利益**となる給付（3 号）
- 一定程度の**扶養義務**（4 号）
- **加害者＝被害者和解**の成立に向けた**真摯な試み**（5 号）
- 運転免許証が試験的に与えられた場合又は点数方式の範囲における**短期間セミナー**への参加（6 号）

[337 c] 「特に」という表現から、刑訴法153 a 条の列挙は**限定的**ではないことが導かれる。すなわち、検察官及び裁判所は、これ以外の賦課及び遵守事項を定めることもできる（**無名賦課**）<sup>(18)</sup>。もっとも、検察官及び裁判所の「賦課制定権」は、無制約ではない。したがって、刑訴法153 a 条が限定的ではないとしても、検察官は、〔自分の〕車を洗わせたり、芝生を

---

(16) Saliger, GA 2005, 155.

(17) Beulke, in: Murmann, S. 45; Perron, ZStrR 125 (2007), 180; Salditt, Müller-FS II, S. 611; Saliger/Sinner, ZIS 2007, 476; Scheinfeld, Herzberg-FS, S. 843; Wagner, Eckert-GS, S. 939, 943.

(18) まとめとして Beulke, Dahs-FS, S. 209. パッサウ・モデルプロジェクトについて Beulke, Kaiser-FS, S. 1421; Theerkorn, G., Gewalt im sozialen Nahraum, 1995; Walther, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt, 2000, S. 363, 366を見よ。

刈らせたりすることは許されない。賦課及び遵守事項は、対象となる行為と内的に関連していなければならない、他の法領域の特別法上の規定を潜脱するものであってはならず、憲法上の要件を満たすものでもなければならない<sup>(9)</sup>。複数の給付を組み合わせることは許される<sup>(10)</sup>。実務では、金銭支払いの賦課（2号）が、圧倒的によく用いられている。

[337 d] d) この裁定には、**裁判所の同意**を必要とする。しかし、ここでも、この同意は、刑訴法153条1項2文の条件により（この点について前述II 1 d）刑訴法153a条1項2文1号の場合において不要とされている（153条1項2文と結び付いた153a条1項7文）。このことは、交通セミナー（153a条1項2文6号）及び無名賦課の場合に限って、裁判所の同意が常に必要であることを意味する。このような体系を背景に、実務では、検察官が単独で、広く刑訴法153a条1項の打切りについて裁定している。特に多くの経済事犯の捜査手続では、刑訴法153a条1項の適用をめぐる、検察官と弁護側との駆け引きが重要となっている<sup>(11)</sup>。

e) 打切りには、**被疑者の同意**を必要とする（153a条1項1文）。これは、罪を認める自白ではない<sup>(12)</sup>。

f) 手続は、さしあたり暫定的にのみ打ち切られる（153a条1項1文）<sup>(13)</sup>。この打切りに対しては、被疑者も、また被害者も、異議を述べることはできない<sup>(14)</sup>（起訴強制手続について Rn 344を見よ）。被疑者が賦課又は遵守

---

(9) LR-Beulke, § 153a Rn 69; SK-WeBlau, § 153a Rn 50.

(10) M-G, § 153a Rn 14.

(11) この点について Dahs, NJW 1996, 1192.

(12) BVerfG NJW 1991, 1530; StV 2008, 368; Sachs VerfGH StraFo 2009, 108; LR-Beulke, § 153a Rn 41（文献一覧付き）.

(13) 場合によっては形式的な決定がなくても可能である; LG Kleve StraFo 2011, 93; LR-Beulke, § 153a Rn 7, 92（争いがある）.

(14) BVerfG NJW 2002, 815; LR-Beulke, § 153a Rn 116.

事項を果たさない場合には、手続を継続することができる。これに対して、被疑者が賦課又は遵守事項を果たした場合には、検察官は、明示的に、終局的な手続打ち切りを宣言しなければならない<sup>25)</sup>。これによって、終局的な手続障害となり、刑訴法264条の意味での行為（この点について Rn 512以下）をもはや軽罪として訴追することはできなくなる（153 a 条 1 項 5 文による限定的刑罰権消耗）。これに対して、後に当該行為が軽罪ではなく重罪であることが判明した場合には、手続を再開することができる。手続が継続される場合は、既になされた給付は、払い戻されるのではなく、通常は量刑で考慮される<sup>26)</sup>。

▶事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 505.

[337 e] 被疑者が賦課を履行した、すなわち相応の金銭を支払ったが、それに引き続いてその財産に関する破産手続が開始した場合には、破産管財人は破産異議の方法（破産法133条）で支払われた金銭を国庫から取り戻すことができるか、という問題が生じる。連邦通常裁判所民事部は、これを肯定している<sup>27)</sup>。この見解は支持することができない。ここでは、基本法20条 3 項、103条 3 項と結び付いた刑訴法 153 a 条 1 項 5 文による価値は、限定的な刑罰権消耗が事後の破産異議により破られることを防ぐために、破産異議に関する規定を凌駕しているといわなければならない。ただし、検察官及び裁判所は、支払いが困難な状態にある被疑者・被告人による破産債権者に不利となる形での賦課設定の濫用を防ぐために、金銭賦課を課するにあたり、被疑者・被告人の経済状態を十分考慮すべきであろう<sup>28)</sup>。

<sup>25)</sup> M-G, § 153a Rn 45. 暫定的打ち切り処分の見本：Göbel, Rn 129.

<sup>26)</sup> LR-*Beulke*, § 153a Rn 89 ; *Krick*, NStZ 2003, 68.

<sup>27)</sup> BGH NJW 2008, 2506. BGH StV 2011, 233 (罰金刑の事案) も見よ。

<sup>28)</sup> 深めるために *Beulke/Edlbauer*, Mehle-FS, S. 63 ; *Bittmann*, wistra 2011, 133 ; *Eggers/Reuter*, wistra 2011, 413 ; *Pfordte*, StV 2010, 591 ; *Wilk*, wistra 2011, 416.

## 2. 裁判所による打ち切り (153 a 条 2 項)

[338] a) 刑訴法153 a 条 2 項は、——刑訴法153条 2 項と同じく——公判裁判所による起訴後の手続打ち切りを対象とする。刑訴法153 a 条 1 項の場合と同じ条件が備わっていなければならない。裁判所による打ち切りは、公判の最後の段階、すなわち事実認定を最終的に審査することができる段階までに行われなければならない。これにより、刑訴法153 a 条 2 項の適用は、——刑訴法153条 2 項の裁判所による打ち切りの場合（前述Ⅱ 2 a を見よ）とは異なり——上告審では排除される（Rn 570 も見よ）。検察官及び被告人の同意が必要である。賦課又は遵守事項を伴う裁判所の打ち切りは、決定の形式により行われ、これに対する異議申立はできない（153 a 条 2 項 3 文、4 文）。

b) 課された賦課が完全に履行されることにより、自動的に、軽罪としての訴追に対する終局的な手続障害が生じる（153 a 条 1 項 5 文と結び付いた同条 2 項 2 文。手続障害について詳細は Rn 273 以下を見よ）。裁判所は、終局的な打ち切り決定を下さなければならないが、それは宣言的な性質にとどまる。

## IV. 複数の犯罪における刑訴法154条による打ち切り又は刑訴法154 a 条による刑事訴追の限定

### 1. 基本的な考え方

[339] 行為者が複数の犯罪を実行していた場合には、起訴法定主義は、これら犯罪の全てについて刑事手続が実施されることを要求する。しかし、手続経済上の理由から、刑訴法154条、154 a 条は、——簡潔にいうと——当該行為者による主な犯罪以外のものがもはや重みを持たない場合には、起訴法定主義から逸脱する機会を提供する。

法律は、それについて次のように区別している：



複数の犯罪構成要件が訴訟上の意味でそれぞれ独立の行為である場合(264条)には、検察官及び(起訴後は)裁判所は、予測される刑罰について重みを持たない個別の行為に関する手続を、刑訴法154条により打ち切ることができる。

例：Aは、まず商店で小額の物品を盗み(刑法242条, 248 a条), その数時間後に、路上で強盗(刑法249条)を実行した。この場合、窃盗罪による手続は、刑訴法154条によって打ち切ることができる。なぜなら、強盗罪により十分な重みの刑罰が予測されるからである。

複数の犯罪が訴訟上の意味で1個かつ同一の行為である場合には、検察官及び(起訴後は)裁判所は、考慮されない重みの行為部分について、刑訴法154 a条によりその刑事訴追を放棄することができる。

例：Aは、殺人(刑法211条)を実行するために、建造物に不法に侵入した(刑法123条)。その刑事訴追は、刑訴法154 a条により、殺人実行の部分に限定することができる。

## 2. 除外した犯罪による刑の加重

[340] 刑訴法154条, 154 a条により除外された犯罪は有罪判決において刑を加重する方向で考慮することができるかは、非常に問題となる。

連邦通常裁判所は、次のように区別している：

裁判所が刑訴法154条, 154 a条により説明なく手続を打ち切るか訴追を制限した場合、又は検察官が相応の措置の後で起訴を制限された範囲に限定することを許した場合には、被疑者・被告人は、除外された部分はもはや自身に不利益に働かないことを信頼してよい(公正手続の考え方)。

[ただし、] このことは、被疑者・被告人に対して、刑訴法265条の適用により明示的に、手続から除外された自身の行為は量刑の範囲で考慮され、刑の加重はそれに基づくものであることが指摘されており、かつ対象となる行為事象が訴訟上適法に

認定されている場合には、妥当しない<sup>89)</sup>。

これに対して、少数説が支持されるべきである。これによると、刑の加重的考慮は一般的に否定される。なぜなら、国家が、特定の犯罪又は犯行の一部の訴追が放棄できないと考える場合には、公正の要請は、罪責認定があらゆる訴訟上の障害を超えて遺漏なく行われることまで要求するものだからである<sup>90)</sup>。

## V. その他の打切り機会

[341] その他の打切り機会として、特に以下のものが挙げられる<sup>91)</sup>：

- 裁判所が刑を免除できる場合（153 d 条）、例えば刑法46 a 条による加害者＝被害者和解の場合<sup>92)</sup>
- 一定の外国での犯罪（153 c 条）<sup>93)</sup>
- いくつかの政治的犯罪（153 d 条）
- 国家保護犯罪で、諜報員が「適時に」判明した場合（153 e 条）
- 道交法上の犯罪で、その追及が他の方法で確保される場合（153 f 条。Rn 11 d を見よ）
- 強要又は脅迫の被害者に有利となる場合（154 c 条）

---

<sup>89)</sup> BGHSt 30, 147, 148 (刑訴法154 a 条について)；BGHSt 30, 165, 166；BGH StV 2009, 117 (刑訴法154条について)；BGH StV 2011, 399 (否定的評釈＝*Beulke/Stoffer*, StV 2011, 442)；*Stuckenberg*, StV 2007, 655. 個別の問題について LR-*Beulke*, § 154 Rn 56 ff；KK-*Schoreit*, § 154 Rn 47 f 及び SK-*WeBlau*, § 154 Rn 57 を見よ。

<sup>90)</sup> 結論同旨の見解として *Eisenberg*, Rn 417；*Haberstroh*, NStZ 1984, 289, 291 f.

<sup>91)</sup> 詳細は *Kühne*, Rn 583-600.

<sup>92)</sup> 刑訴法153 a 条 1 項 1 文 5 号との区別について LR-*Beulke*, § 153b Rn 8 を見よ。

<sup>93)</sup> この点について *Bock*, GA 2010, 589.

- － 刑事訴追が手続外目的のため濫用される場合 (154 d 条)
- － 麻薬犯罪で、その量が軽微であり、「自己使用目的」と認められる場合 (麻薬法31 a 条)
- － 薬物犯罪で、被疑者・被告人が薬物治療を受ける場合のその訴追 (麻薬法37条)

## VI. 王冠証人

[342] 王冠証人とは、イングランドの刑事手続において、自身にも被告人に追及される犯罪への関与者として嫌疑があるか、又は罪状が立証されているにもかかわらず、被告人の訴訟において負罪証人として登場する証人のことをいう。王冠証人は、その見返りとして、同人自身は不起訴又は軽微な犯罪での起訴を約束される。

ドイツの刑事手続には、1999年12月31日までの期限付きで、テロ及び組織犯罪撲滅のための王冠証人規定があった。同規定は、学説上強い批判を受け<sup>④</sup>、それ以後延長されなかった<sup>⑤</sup>。一般に起訴法定主義が妥当するにもかかわらず、法律は、特に組織犯罪撲滅を容易にするために、解明への寄与の観点から、複数の箇所、この原則の例外を定めていた。例えば、麻薬法違反 (麻薬法31条) や国家保護犯罪 (153 e 条 1 項 2 文) において、である。

2009年9月1日以降、一般的な量刑規定として作られたいわゆる大王冠証人規定 (刑法46 b 条) が存在している。この規定は、中程度又は重大な程度の犯罪に関して、刑法100 a 条の列挙犯罪について自身の犯行寄与を超える情報を任意で提供

---

④ 論争状況について *Hoyer*, JZ 1994, 233 ; *Jeßberger*, F., Kooperation und Strafzumessung, 1999 ; *Kempf*, StV 1999, 67 ; *Gropp*, in: *Hirsch*, Erscheinungsformen, S. 459 ff.

⑤ *Fezer*, Lenckner-FS, S. 681 ; *Kühne*, Trechsel-FS, S. 719 ; *Paeffgen*, StV 1999, 627. 詳細は *Mehrens*, St., Die Kronzeugenregelung als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität, 2001.

し、その解明又は阻止に寄与した場合に、刑法49条1項による刑の範囲の移動という方法での減刑の可能性を定めている（刑法46b条1項1文）。王冠証人規定の広い適用を確保すべく、王冠証人の行為と解明又は阻止されるべき犯罪との関連性は、放棄されていた<sup>36)</sup>。ただし、行為者は、自身の情報を、公判開始（207条）の前に提供しなければならない（刑法46b条3項）<sup>37)</sup>。終身自由刑の場合には、これに代えて10年以上の自由刑に下げられる。有期の自由刑が定められた犯罪で、その刑が3年を超えない場合には、**刑の全てを免除**することができる（刑法46b条1項4文）。刑訴法153b条1項は、この場合に、検察官に対し、解明の寄与を果たしたことの見返りとして裁判所の同意を得た上で既に捜査手続を打ち切ることを許している。刑法46b条の**任意的減刑**の付与は、裁判所の義務的裁量に委ねられる。裁判所は、その判断に際して、王冠証人の解明寄与と、同人が実行した犯罪の重さ及びそれによって実現されたその責任とを衡量しなければならない（刑法46b条2項）。

この間、新王冠証人規定は、厳しく批判されている<sup>38)</sup>。既にその法政策的必要性は疑わしい。また、刑訴法100a条2項の列挙犯罪については、全く別の目的が構想されたものであって、これが解明の寄与を果たしうる犯罪の対象とすることが適切であるかも問題である。多くの論者は、王冠証人手続の過剰負担を危惧している。なぜなら、裁判所は、今や、果たされた解明寄与を正しく評価するために、他事件（対象となった事件）における証拠調べ及び証拠評価を求められるからである。さら

---

36) 立法者は、目下これを再び変更しようとしている；BT-Drs. 17/9695；König, StV 2012, 113参照。〔訳者注：既に2013年に、関連性要件が導入されている（BGBl I 2013, S. 1497）。〕

37) BGHSt 56, 191, 194（これ以後は、刑法46条による〔一般的な〕量刑理由として評価される）。

38) 代表的なものとして Frank/Titz, ZRP 2009, 137；Kasper/Wengenroth, GA 2010, 453；König, NJW 2009, 2481；Malek, StV 2010, 200；Roxin/Schünemann, §14 Rn 19 f；Sahan/Bernadt, BB 2010, 647；Salditt, StV 2009, 375。支持する見解 Peglau, wistra 2009, 409。近時の判例について Oglakcioglu, StraFo 2012, 89。

に、既に深く関わった犯罪者を優遇することにより不快な社会的象徴効果が生じることによる正義の欠如や、王冠証人供述の信用性が疑わしく訴追当局の権限が増大することも、批判されている。判例も、既に従前から、王冠証人に典型的な「供述対供述」の状況を批判的に見ており、有罪判決が単に犯行に関与した証人の供述のみに基づくべき場合には、特に慎重な証拠評価を行うよう警告している——特に証人がその供述により利益を得る場合について、である<sup>99)</sup>。

[343] 事例41の解決：

a) 行為者の責任がひとまず認定された限りで軽微であり、刑事訴追に向けた公的利益が欠けることから、検察官は、刑訴法153条1項により、手続を打ち切ることができる。刑法242条は軽罪であり、刑の下限が加重されたものではなく、また行為の結果も軽微であることから、打ち切りの裁定には、裁判所の同意は不要である(153条1項2文)。詳細はRn 334を見よ。

b) 検察官は、新たに判明した新たな事情が行為を新たな視点で判断させるものであることから(特に刑法244条1項1a号の適用可能性について)、刑訴法153条2項による打ち切りが確定力を生じさせていない場合には、改めて起訴することができる。明文の法規定はないが、刑訴法153条2項の決定が基本的に確定力を持つことについては一致している。しかし、その限界については争いがある。一部の見解は、刑訴法373a条又は153a条1項5文の類推適用を主張する。この見解によると、本問では確定力が生じる。なぜなら、行為は重罪ではないからである(刑法244条1項1a号、12条1項)。しかし、正しい見解によると、犯罪が重罪へ格上げされる必

<sup>99)</sup> BGHSt 48, 161; 52, 78 (評釈=Stübing, JZ 2008, 798); BGH NStZ-RR 2012, 52. 深めるために Kölbel/Selter, JR 2009, 447; Weider, Widmaier-FS, S. 599.

要はなく、確定力を破るためには、**新たな事実又は証拠**が判明し、それに基づいて責任がもはや軽微とはみられず、公的訴追利益も肯定されれば足りる（174条2項，211条，少年裁判所法47条3項類推）。すなわち，新たに判明した重大な事情は，検察官に，行為を改めて起訴することを許すのである。詳細は Rn 336を見よ。