

翻 訳

ヴェルナー・ボイルケ著
『ドイツ刑事訴訟法』(6)

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]

Übersetzung

Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage
(2010, C. F. Müller, Heidelberg) (6)

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

§ 17 起訴強制手続

事例42：Mは、近所に住んでいるAを告訴した。Aは、自分から現金200ユーロを、ある女性Fから500ユーロ相当の自転車を盗んだということであった。検察官は、双方の犯罪による捜査手続を、170条2項により打ち切った。Mは、これに対して、どのような措置を採ることができるか？
[Rn 350]

事例43：Oは、Aが実行した窃盗の被害者である。検察官は、Aが定められた金銭を公益施設に支払った後に、Aに対する刑事手続を打ち切った。Oは、これに対して、どのような措置を採ることができるか？ [Rn 351]

I. 起訴強制手続の課題

[344] 検察官が170条2項により捜査手続を打ち切った場合には、申立人は、犯罪の被害者でもある限り、打切りの通知に対して、起訴強制手続の措置に出ることができる(172条以下)⁽¹⁾。起訴強制手続は、第1に、起訴法定主義の裁判所による規律を目的とし、第2に、被害者の保護にも資する。被害者は、自身が被害者となった犯罪が、実際に訴追までされることに利益を有する⁽²⁾。起訴強制手続は、通常、被害者の希望に応じて、また検察官の判断に反して公訴が提起されることを目的として行われる(175条)。例外的に、そもそも検察官が拒絶した捜査を開始させることが目的とされる場合もある(「捜査強制」)⁽³⁾。起訴強制手続の実践的意義は、比較

(1) 概観について *Küpper*, Jura 1989, 281 ff.

(2) OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270参照。

(3) KG JZ 1991, 46 (*Eisenberg* の肯定的評釈付き；評釈として *Wohlers*, NStZ 1991, 300)；OLG Hamm StV 2002, 128 (*Lilie* の評釈付き)。批判的見解として *KK-Schmid*, § 175 Rn 3.

的小さいが、それが単に存在していることだけでも、一定の予防的効果を発揮する。

II. 要件

1. 申立て

[345] 172条によると、起訴強制手続は、171条の意味で公訴提起を行うよう申立てをしていた者だけが、行うことができる。そのような者と認められるためには、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していたことを要する（Rn 309を見よ）。

2. 被害者としての地位

[346] また、172条から、申立人は被害者でなければならない。

172条1項に言う被害者とは、主張された犯罪が実際に実行されたとして、少なくとも、それによって直接に法益を侵害された者が、これに当たる⁽⁴⁾。その際、被害者の概念は、広く、特に刑法77条1項の告訴権者よりも広く解されるべきである。しかし、会社に対する犯罪の場合、——会社自身と異なり——出資者には、被害者の地位は認められない⁽⁵⁾。

法益侵害の直接性の基準によると、172条の申立権に適切であると思われる場合が捕捉されないことから（例えば、殺人被害者の遺族は除外されてしまう）、今日では、主張された犯罪により、その刑事訴追の要求が正当と見られるべき処罰による満足を受けるべき者（応報の要請による）も、被害者に当たると解されている⁽⁶⁾。

(4) OLG Stuttgart NJW 2002, 2893; OLG Celle NJW 2008, 1463. また、Peglau, JA 1999, 55; Tiedemann, Mehle-FS, S. 625も見よ。

(5) OLG Frankfurt NJW 2011, 691; SK-Wohlens, §172 Rn 27.

(6) OLG Bremen NJW 1950, 960; Fezer, 1 Rn 55; Maiwald, GA 1970, 52. ↗

近時は、違反された規定、すなわち、犯人より実現された犯罪構成要件の保護範囲に、より強く着目されるようになった⁽⁷⁾。

これらの要素を組み合わせることが、適切であると思われる。なぜなら、あらゆる犯罪構成要件は、それぞれ異なった利益状況を対象とするからである。

3. 制限

[347] 172条2項3文によると、申立ては、手続がもっぱら被害者より私訴の方法(374条)で訴追できる犯罪を対象とする場合⁽⁸⁾(Rn 590以下を見よ)、又は153条以下により起訴便宜の理由から手続が打ち切られた場合(Rn 333以下を見よ)には、許されない⁽⁹⁾。

III. 手続

[348] 起訴強制手続は、3つの段階を追って進められる。

- 検察官が「公訴提起を求める申立て」(Rn 345)に応じなかった場合、又は捜査手続を打ち切った場合には、申立人に対して、検察官の打ち切り処分が通知される(171条。第1段階)。

∨ 批判的見解として OLG Düsseldorf StraFo 2000, 21. 説明責任について Rackow, GA 2001, 482.

(7) KG JR 2001, 480; OLG Celle, NStZ 2007, 483; OLG Stuttgart NStZ-RR 2012, 116; LR-Graalman-Scheerer, §172 Rn 52; SK-Wohlers, §172 Rn 25; Bloy, JR 1980, 481; Hefendehl, GA 1999, 584; Küpper, Jura 1989, 282; Satzger, JA 1997, 624, 625.

(8) 公訴犯罪と私訴犯罪とが重なる場合には異なる。OLG Frankfurt NStZ-RR 2006, 47.

(9) OLG Stuttgart NStZ 2006, 117. 批判的見解として Roxin/Schünemann, §41 Rn 7. 例外について OLG Bamberg, NStZ 2011, 534; HK-Zöller, §172 Rn 11.

- これに対しては、172条1項により、検察官の上官、つまり通常は検事正（裁判所構成法147条3号）に対して正式の異議申立て、いわゆる打切り抗告が可能である（第2段階）。
- 申立てを受けた上官がこれを却下した場合には、被害者は、172条2項により、1か月以内に、裁判所の裁判を求める申立てをすることができる。これは、172条3項の要件を満たさなければならない⁽¹⁰⁾。この申立てについては、172条4項により、高等裁判所が裁判する（第3段階）。検察官がこの裁判の前に改めて捜査を開始した場合でも、これは、申立ての処理という結果をもたらさない⁽¹¹⁾。

IV. 業務監督抗告

[349] 起訴強制手続に加えて、被害者には、一般的な業務監督抗告の機会もある。これは、172条の公式の抗告とは全く独立したものである。被害者は、これにより、上級官庁に対して、検察官の違法と見られる業務上の行為の事後的な審査を求めることができる。業務監督抗告は、期限も形式も定めはない。これは、被害者だけでなく、第三者にも与えられる権利である。

[350] 事例42の解決：Mは、Aに対して2件の窃盗罪を理由として始められた捜査手続の打切りに、起訴強制手続の措置を採ることができるかが、検討されなければならない。その許容性は、Mが172条1項の意味での被害者に該当することが要件となる。現金200ユーロが盗まれた事件に関しては、問題なく、被害者に該当する。これに対して、自転車の事件に関し

(10) BVerfG NStZ 2007, 272; *Krumm*, StraFo 2011, 205. 記載例は KMR-Plöd, §172 Rn 64.

(11) OLG Bamberg NStZ 1989, 543; HK-Zöller, §172 Rn 25. 異説として OLG Bamberg NStZ 2010, 590.

では、Mにおいて、それが侵害されたと言い得る保護されるべき利益が認められない。つまり、Mは、この事件に関しては、172条1項の意味での被害者ではない。この点で、起訴強制手続は許容されない。詳細は Rn 346を見よ。

[351] 事例43の解決：Aに対する手続は、153 a 条1項により起訴便宜主義的理由で打ち切られた。裁判所の同意は、必要でない(153条1項2文と結び付く153 a 条1項7文)。Oは、手続打ち切りに対して、自ら措置を講ずることも起訴強制手続を行うこともできない(172条2項3文。詳細は Rn 337, 347を見よ)。

§ 18 中間手続

事例44：

- a) 中間手続は、どのようにして行われるか。
- b) それは、どのようにして終わるか。[Rn 366]

事例45：検察官は、Aに対して、私人の駐車場において猛スピードでモーターバイクを追い越し、急ブレーキをかけさせたとして、強要罪により起訴した。裁判官Xは、新たな判例を指摘し、Aの行為は不可罰であるとの理由から、決定で、Aに対する公判開始を却下した。しかし、〔公判の〕管轄裁判官Zは、近時の判例に依拠して、刑法240条1項は満たされていると考えた。Zは、公判を開始することができるか。[Rn 367]

I. 中間手続の意義と目的

[352] 検察官が起訴状の提出により公訴を提起した場合にも、刑事訴訟法の手続構造上、これについて直ちに公判で裁判をすることにはなっていない。まず、公判に管轄を持つ裁判所が、起訴当局とは独立した官庁として、非

公開の中間手続において（199条-211条）、十分な犯罪容疑が認められるか否かを審査することになっている。これが認められる場合に限り、被疑者・被告人には、公開公判に伴う人格的領域における重大な不利益の受忍を求めることができる。また、被疑者・被告人には、以後の防御機会が与えられるべきことになる。なぜなら、被疑者・被告人は、起訴状が送達された以後は、弁解及び証拠申請を通じて以後の手続の経過に影響を与えることができるからである。被疑者・被告人は、個別の事例において、付加的な調査を独立の裁判官の下でのみ行うよう、求めることもできる。

中間手続の制度に対する批判として、公判が開始される場合に、裁判所は予断を抱いているということが述べられる。なぜなら、この場合、既に中間手続の段階で被告人について十分な犯罪容疑があると宣言され、これによって、一定程度まで訴追側と見解を同じくするからである。これにより、裁判所は、犯罪容疑を正しいものと判断している、というのである。この批判は、次第に強くなり、中間手続の廃止を求める見解にまで至った⁽¹⁾。しかし、このような見解は、支持されるべきではない。すなわち、批判は正しいものであるが、中間手続を廃止しても、不当な公判からの被疑者・被告人の保護——理論的なものにとどまらない——を完全に図ることはできないであろう。これに対して、開始決定を行う裁判所と公判裁判所とを人的に分離するという見解が、支持されるべきである⁽²⁾。

II. 手続の進行

[353] 1. 中間手続は、検察官による公訴提起により開始される。これは、管轄裁判所に起訴状を提出する形で行われる（170条1項）。被疑者は、この時点で被告人と呼ばれることになる（157条）。検察官が公訴を略式命

(1) Schmidt, I Rn 161 Fn 285.

(2) SK-Paeffgen, Vor §198 Rn 16; Roxin/Schünemann, §42 Rn 3; LR-Stuckenberg, Vor §198 Rn 20; Traut/Nickolaus, StraFo 2012, 51.

令の申立ての形で行った場合には、中間手続は行われぬ(公訴提起のその他の形式について Rn 319を見よ)。

公判開始に関する終局的な裁判までは——つまり中間手続の途中でも——、検察官は、公訴を取り下げることができる(156条の反対解釈。いわゆる起訴変更主義)⁽³⁾。

[354] 2. 起訴状は、内容的に特定の要件を満たさなければならず、被疑者・被告人は、これにより、自分は何に対して防御すべきかを知ることができる(199条2項, 200条。詳細は Rn 319)。有効な起訴状の存在は、訴訟条件である。裁判所は、その有無を職権で審査しなければならない。公訴が無効となるか、又は単なる誤記訂正で済むかという問題に際しては、識別機能及び告知機能に着目すべきである。起訴状の必要的な(本質的な)部分が欠けており(例えば公訴事実が場所又は時間によって十分に具体化されていない)、検察官が修正する意思もない場合には、公判の開始は却下される。この瑕疵が公判で初めて判明した場合には、通説によると、瑕疵は第1審で治癒され得るが、それ以後の手続段階では、手続は260条3項により打ち切られなければならない、とされる。しかし、本書の見解によると、既に第1審公判において、260条3項により打ち切り判決が下されなければならない(Rn 285)⁽⁴⁾。

[355] 3. 裁判所が公判の開始について終局的に裁判する前に、法律は、201条, 202条において、その他の手続進行を定めている。

- 裁判長は、被告人に起訴状を送達し(201条1項1文前段)、一定期間内に、証拠を請求するか又は弁解を提出するかを表明するよう求める(201条1項1

(3) 深めるために *F. C. Schroeder*, GA 2011, 501.

(4) 深めるために *LR-Stuckenberg*, § 200 Rn 91.

文後段)。起訴状は、公訴参加人及び申立てをしている公訴参加権者に送達しなければならない(201条1項2文)。

- 必要的弁護事件に該当するが、まだ弁護人が選任されていない場合には、裁判長は、141条により、被告人に国選弁護人を任命しなければならない。
- 被告人の証拠請求及び弁解提出について、この段階では、裁判所が裁判する(201条2項1文)。裁判所は、事実をよく解明するために、自発的に個別の証拠調べを命ずることもできる(202条1文)。しかし、裁判所は、それが事実上検察官より入念に行われた捜査手続の追完を超えるという場合には、証拠調べを却下することができる⁽⁵⁾。これら全ての裁判には、異議を申し立てることができない(201条2項2文、202条2文)。
- 検察官が裁判所の証拠命令に従うことを義務付けられるかについては、争いがある⁽⁶⁾。

Ⅲ. 中間手続における終局的な裁判

[356] 裁判所は、非公開の法廷で、公判を開始するか又は手続を打ち切るかについて、終局的に裁判する。

1. 管轄

管轄は、基本的に、後に公判を実施する管轄を有する裁判所にある(199条1項。例外について209条、209a条を見よ)。公判外の裁判であるから、そこには、素人裁判官(参審員)は関与しない(裁判所構成法30条2項、76条1項2文)。

(5) LG Berlin NStZ 2003, 504 (肯定的評釈として *Lilie*, NStZ 2003, 568)。OLG Nürnberg StraFo 2011, 150も見よ。

(6) 支持する見解として *Rieß*, Jura 2003, 735, 739; *SK-Paeffgen*, § 202 Rn 7 は、公務の委託とする。反対の見解として *M-G*, § 202 Rn 3。

2. 公判開始決定 (203条以下)

a) 開始の要件

[357] 裁判所は、被告人についてそれまでの手続の結果から「十分な容疑があると認められる」場合には、公判開始を決定する(203条)。裁判所は、十分な犯罪容疑に関する評価裁量は有するが、決定裁量は有さない。被告人は、同人が可罰的行為を実行し、有罪とされる蓋然性が存在する場合には⁽⁷⁾、犯罪につき十分な容疑があると認められる(個別の容疑の程度について概観は、Rn 114を見よ)。

206条によると、裁判所は、決定に際して検察官の申立てに拘束されない。

b) 開始決定の内容

[358] 裁判所は、開始決定において、公訴に対する公判を許可し、公判を実施する裁判所を指定する(207条1項)⁽⁸⁾。

裁判所は、変更を付して公訴を許可する場合には、この点を開始決定において明示する。例えば、起訴状とは異なって行為を評価する場合である(詳細について207条2項を見よ)。

例：検察官は、窃盗罪(刑法242条1項)で起訴したが、裁判所は、起訴された行為について詐欺罪(刑法263条1項)で十分な容疑を認めた。この場合、裁判所は、207条2項3号により、別の刑罰規定が適用されるかを明示しなければならない。そこには、どの事実が別の構成要件の法定要素を充足するかということも含まれる⁽⁹⁾。

裁判所は、同時に、未決勾留又は仮収容の命令ないし継続についても、職権で決定する(207条4項)。

(7) OLG Stuttgart NStZ-RR 2012, 117; AG Saalfeld StV 2005, 320 (Kühneの評釈付き); Eisenberg, JZ 2011, 672.

(8) 内容について一般的に Eschelbach, Richter II-FS, S. 113.

(9) BGHSt 23, 304, 305.

c) 開始決定に対する異議申立て

[359] 開始決定に対しては、210条1項の明文規定により、被告人が異議を申し立てることはできない。その理由は、開始を認める裁判は暫定的な行為の評価に過ぎず、この裁判に対して公判及び上訴において十分審査可能である、ということによる。この点で、上告手続においても、開始決定は審査から除外される(336条2文)。

開始決定が無効又はそこに重大な瑕疵がある場合には、検察官より、抗告の形で異議を申し立てることができる⁽¹⁰⁾。この形で例外的に被告人も210条1項に反して抗告を提起することができるか否かについては、非常に争いがある⁽¹¹⁾。

d) 開始決定の拘束力

[360] 原則として、被告人は、公判開始以後の公開審理において、公訴事実に対して防御し、これによって名誉を回復する権利を有する。したがって、開始決定は、随意に撤回することはできない。

しかし、開始後に手続障害が判明した場合には、裁判所は、206 a 条により、公判外で手続を打ち切ることができる。さらに、このような機会は、206 b 条によると、犯行終了時点で適用されていた刑罰法規が開始前に変更され、当該刑事手続が従来 of 法律上は可罰的であったが、新たな法律によると不可罰となった行為を対象とする場合にも存在する。

開始決定の拘束力としては、特に、開始決定は、裁判所による十分な犯罪容疑の評価が公判開始後に変更した、すなわち、裁判所は十分な犯罪容疑を否定するに至ったという理由でも破棄されることはない、ということが導かれる。

(10) LG Göttingen NStZ 1989, 88 (文献一覧付き)。批判的見解として OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 81; LR-*Stuckenberg*, § 210 Rn 9.

(11) 正当にも反対する見解として KMR-*Seidl*, § 210 Rn 8. これと異なる見解として HK-*Julius*, § 210 Rn 3 ff.

e) 開始決定の欠如

[361] 開始決定が全くない場合には、訴訟障害となる。開始決定を後に追完することができるかどうかは、非常に争いがある。支配的判例によると、追完は、第1審公判の途中で行うこともできる。しかし、本書の見解によると、公判では、260条3項により打ち切り判決が下されなければならず、改めて起訴が必要である(詳細はRn 284を見よ)。

f) 開始決定の瑕疵

[362] 開始決定は下されているが、そこに瑕疵がある場合には、重大な瑕疵とそうでない瑕疵とを区別しなければならない。この点の区別の基準は、開始決定に記載された情報によって適切な防御がどの程度できるか、である⁽¹²⁾。

重大な瑕疵は、開始決定を無効にさせる。したがって、この場合の法律状況は、開始決定が欠ける場合に等しい(この点についてRn 361を見よ)。

瑕疵があまり重大でない場合には、開始決定は無効とならず、それゆえ、訴訟条件に欠けることもない。このような瑕疵は、事実上、何らの帰結ももたらさない。それが公判で判明した場合には、治癒することができる⁽¹³⁾。

重大な瑕疵とそうではない瑕疵との識別については、広範かつ個別には非常に争いのある事例ごとの解決がなされている。例えば、裁判官の署名が欠けている場合には、開始決定は無効とされるが⁽¹⁴⁾、他方で、除斥された裁判官(22条2号参照)が関与していた場合には、重大な瑕疵ではないとされる⁽¹⁵⁾。しかし、後者の判断は、基本法101条1項2文の基本権に対する侵害であることを考えると、支持することが

(12) BGH StV 1996, 362.

(13) BGH GA 1980, 108, 109.

(14) OLG Zweibrücken StraFo 2008, 470; HK-*Julius*, § 207 Rn 19. 異説としてBGH wistra 2012, 157は、実際の決定文が重要であるとする。OLG Stuttgart NStZ-RR 2010, 343.

(15) BGHSt 29, 351, 355.

できない⁽¹⁶⁾。

3. 公判開始の却下 (204条)

a) 要件

[363] 裁判所は、以下の事情が認められる場合には、203条と結び付いた204条1項により、公判を開始しないことを決定する。

- 被告人に追及される行為が犯罪構成要件を充足しないこと
- 訴訟条件が欠けること、又は訴訟障害が存在すること
- 事実的理由から、被告人の有罪判決が下される蓋然性がないこと
(この点についてのみ、蓋然性判断に基づく)

b) 却下決定の内容

裁判所の却下決定から、それが事実的理由によるものか、又は法的理由によるものかが判別できるのでなければならない(204条1項)。

c) 却下決定に対する異議

裁判所が公判開始を却下した場合には、検察官は、これに対して即時抗告を提起することができる(210条2項前段)。

裁判所がそもそも公判開始について裁判をしなかった場合に検察官にどのような可能性があるかは、争いがある。この点で、裁判の先送りが終局的な手続排除をもたらすような場合には、検察官の不作為抗告(Rn 577を見よ)が問題となる。例えば、起訴された行為が時効にかかり、これによって手続障害が生ずるおそれが存在する場合などが、これに当たる⁽¹⁷⁾。これに対して、単に裁判が遅延しているという理由だけでは、抗告によって異議を申し立てることはできない。裁判所の不作為の場合に被疑者・被告人が遅延の異議を述べる可能性について、Rn 26a, 321を見よ。

(16) 同旨の見解として LR-*Stuckenberg*, § 207 Rn 67; *Nelles*, NStZ 1982, 96, 102; *Peters*, § 58 III 1c.

(17) OLG Dresden NStZ 2005, 652; OLG Frankfurt NJW 2002, 453.

d) 却下決定の確定力

公判開始が異議申立てできない決定により却下された場合には、211条によると、**新事実又は新証拠に基づく場合に限り**、改めて訴えを提起することができる。

例：裁判所は、外国人である被告人Aの供述に基づいて、Aが犯罪を行ったのは13歳のときであり、責任無能力であったと判断した。しかし、後に、この間に現れたAの父の供述から、Aは当時既に15歳に達していたことが判明した。この点で新たな証拠が存在するため、改めて公訴を提起することができる。

新たな法的見解は、211条の意味での「新たな事実及び証拠」には該当しない。211条の再審の可能性は別として、無罪判決の場合と同様に、**刑罰権消耗が生ずる¹⁸⁾**。

4. 刑事手続の暫定的な打ち切り

[364] 刑訴法205条1文によると、被告人の長期間の不在又はその他の一身的障害を理由として公判の実施が妨げられる場合には、裁判所は、決定により、手続を**暫定的に打ち切ることができる**。裁判長は、必要な限りで証拠を保全しておく(205条2文)。暫定的な打ち切りは、例えば被告人が少なくとも予見できない期間弁論無能力の状態にある場合に行われる。

その他全ての一時的な訴訟障害がある場合には、刑訴法205条の**類推**により、刑事手続は、暫定的に打ち切れなければならない。例えば、必要的であるがなお追完可能な告訴が欠けている場合である¹⁹⁾(ただし、争いがある)。また、刑訴法205条は、中間手続だけでなく、特別の定めがない限り、他の手続段階にも類推して適用される(Rn 290以下参照)。

(18) BGHSt 18, 225 ff ; OLG Jena NStZ-RR 1998, 20.

(19) これを支持する見解として *Roxin/Schünemann*, § 40 Rn 15.

被告人は、公判開始された後にその手続を実際に実施し終了させるよう要求することができるから、犯罪証明が一時的に不可能という場合、例えば重要な証人に予見できる期間証言を求めることができない場合にも、刑訴法205条は適用されない——類推適用もできない²⁰⁾。

5. 起訴便宜的理由による手続打ち切り

[365] 最後に、中間手続の間でも、検察官及び被告人が同意する場合には、なおも起訴便宜的理由による手続打ち切りの可能性（特に153条以下）が存在する（Rn 333以下を見よ）。

[366] 事例44の解決：

a) 中間手続（199条-211条）は、検察官が管轄裁判所に起訴状を提出するという方式で公訴を提起することによって開始される（170条1項、199条2項）。詳細は Rn 353以下を見よ。

b) 中間手続は、以下の場合に終了する。

- 公判開始決定が下される場合（203条、207条）
- 十分な犯罪容疑が認められない、又は終局的な訴訟障害が存在することにより、公判開始が拒絶される場合
- 起訴便宜的理由により手続が打ち切られる場合

詳細は Rn 356以下を見よ。

[367] 事例45の解決：公判開始が異議申立てできない決定により拒絶された場合には、改めての訴えは、新たな事実又は証拠に基づく場合に限りて提起することができる（211条）。法の見解の変更は、新たな事実及び新

²⁰⁾ BGH NStZ 1985, 230 ; OLG Hamm NJW 1998, 1088 ; OLG Cottbus NStZ-RR 2009, 246 ; Radtke/Hohmann/Reinhart, § 205 Rn 4. 異説として AK-Loos, § 205 Rn 9.

たな証拠には当たらない。したがって、改めて起訴を受けた裁判所は、公判開始に関する裁判に際して、刑訴法211条により、前の裁判所が誤って認めた法学的見解に拘束される。それゆえ、刑罰権消耗が生ずる。裁判官Zは、改めて、公判の開始を拒絶しなければならない。詳細は Rn 363を見よ。

§ 19 第1審公判の準備と実施

事例46：

- a) 刑事事件における第1審公判は、どのように経過していくか。
- b) 公判の中断は、どれくらいの期間まで許されるか。[Rn 398]

事例47：被告人Aは、公判の途中で、主な負罪証人Zの供述をメモしていたが、裁判長は、それを禁じた。弁護人Vは、この禁止は違法であると考えたが、それに対して何もしなかった。その後、Aは有罪判決を言い渡された。Aは、上告し、裁判長の禁止は違法であると主張している。この上告は認容されるか。[Rn 399]

事例48：Aは、参審裁判所に起訴された。公判は2日に及んだが、初日の15時15分から21分までの間は裁判所の建物内に立ち入ることができない状態にあった。なぜなら、裁判所の屋外に通じる扉が誤って施錠されてしまっていたからである。確かに、傍聴人は、この間在廷していたが、16時から傍聴しようと思っていたZは、裁判所内に立ち入ることができなかった。Aは、この事情に基づいて上告した。これは正当か。[Rn 400]

事例49：Aに対して、2件の独立した窃盗罪により捜査が行われている。Aは、2件とも否認している。

- a) 双方の行為は、併合して起訴された。公判において、手続関係人(裁判所、検察官、A及びその弁護人)らは、Aが第1の行為について自

白するならば、第2の行為は刑訴法154条2項により手続を打ち切ることが申合せされた。この結果は、調書に記録された。これに応じて、Aは、第1の行為について、包括的かつ信用できる自白を提供した。しかし、検察官は、この合意を後悔し、そのため、第2の窃盗についての刑訴法154条2項による手続打ち切りの申立てを行わなかった。

b) 第1の行為について略式命令が下された時点で、Aは、検察官との間で、この命令に対して異議を申し立てないことを約束した。Aは、その引換えとして、検察官が第2の行為に関して刑訴法154条1項により手続を打ち切るという約束を得た。しかし、検察官は、略式命令が確定した後、この約束を破り、第2の窃盗を刑事裁判官に起訴した。Aは、この手続を実施することは許されないと主張している。

これらの場合に、法律状況はどうか。[Rn 401, 401a]

I. 公判の準備 (212条以下)

1. 期日の指定 (213条)

[368] 刑訴法213条により、裁判長は、口頭による公判の期日を指定する⁽¹⁾。その際、裁判長には、裁量権が与えられる⁽²⁾。

裁判長は、期日指定に関して、刑事弁護人の先送りできない他の義務も考慮しなければならない。すなわち、裁判長は、弁護人と、妥当な範囲内で行動計画を調整しなければならない。個別的には、弁護人の支障は、例えば、さもなければ被告人が自身の信頼する弁護士による実効的な弁護を受けるという権利（欧州人権条約6条3項c号）が侵害され、かつ、裁判体の全体的負担、他の訴訟関係人の正当な利益、そして特に手続の迅速性の要請（この点について Rn 26）などが妨げとならな

(1) 現行形式での公判に対する批判として *König*, AnwBl 2010, 382; *Schünemann*, StraFo 2010, 90.

(2) OLG Frankfurt StV 1998, 13.

い場合には、期日の先送りを必要とさせるものとなり得る⁽³⁾。

2. 召喚命令 (214条 1 項 1 文)

刑訴法214条 1 項 1 文により、裁判長は、公判のために必要な召喚を命じなければならない。召喚期日は、刑訴法217条 1 項に従うが、最低 1 週間は間隔を置かなければならない。検察官は、証拠となるべき物を取り寄せるが (214条 4 項 1 文)、必要があれば、裁判所も、それを行うことができる (214条 4 項 2 文, 221条)。

3. 開始決定の送達

遅くとも公判の召喚と併せて、被告人に対して、開始決定を送達しなければならない (215条 1 文)。

4. 裁判所の構成に対する異議

[369] 第 1 審公判が地方裁判所又は高等裁判所で開かれる場合には、訴訟関係人に対して、遅くとも公判の開始までに、裁判所の構成を書面で通知しなければならない (222 a 条)。この通知が適法に行われた場合には、裁判所は規定に反して構成されているとの異議は、公判における被告人に対する最初の事件に関する尋問が開始されるまでに限り、提出することができる (詳細は222 b 条を見よ)。被告人は、この裁判所の構成に対する異議を申し立てておかなければ、後に、裁判所の構成が誤りであったことを理由として上告を理由付けることはできない (詳細は338条 1 号を見よ)。

(3) BGH wistra 2010, 452; OLG Koblenz StV 2010, 476; KG StV 2009, 577 (Schlothauer の批判的評釈付き)。深めるために Krumm, StV 2012, 177; Egon Müller, Widmaier-FS, S. 357; Tepperwien, NStZ 2009, 1, 5.

5. 囑託尋問, 検証

[370] 証拠調べは、基本的に後の公判で行われるべきものであるが、例外的に、これを先駆けて行うことができる。特に証人又は鑑定人について、これらの人的証拠が疾病又はその他避けることのできない障害により公判へ関与することができない場合(223条1項)、又は、その者らが遠隔地に居住しており、事件の規模などを考えると彼らに出頭を求めることが不相当となる場合(223条2項)には、証人又は鑑定人に対する囑託尋問が適当となることがある。

囑託尋問は、刑訴法223条1項により、受命裁判官又は受託裁判官によって行われる。受命裁判官は、公判裁判所の構成員であり、1名又は複数の裁判官に命ずることができる。受託裁判官は、他の管轄区の区裁判所裁判官であり、法的共助の要請を受けてその裁判所で委託された職務を行う(裁判所構成法157条)⁽⁴⁾。

II. 公判の進行：概観

[371] 第1審公判の個別の手続部分は、特に刑訴法243条、244条1項に規定されている。

公判は、事件の呼上げによって開始される(243条1項1文)。

続いて、裁判長は、被告人、弁護人の出廷と、取り寄せられた証拠、特に召喚を受けた証人及び鑑定人の在廷を確認する(いわゆる在廷確認、243条1項2文)。立会検察官の出廷は、法律上当然の条件と定められている(226条1項参照)。

実務では、この段階で、証人及び鑑定人に対して、その者らが時間差を設けて召喚されたのではない限り、一緒に教示を行う(57条、72条)。その後、証人は、いったん法廷から退出する(243条2項1文)。なぜなら、証人は、刑訴法58条により、個別的に、後に尋問を受ける証人がいない場

(4) 概観について *Schlothauer*, Rn 145 ff.

で尋問されるべきものとされているからである。

続いて、被告人に対するその人定についての尋問が行われる(243条2項2文)。

その後に、検察官が、243条3項1文に従い、起訴状(200条1項。Rn 319を見よ)を朗読する。

多数の同じ態様で実行された犯罪、例えば連続詐欺罪などが起訴された手続において、起訴された全ての個別行為又は個別部分を朗読するとなると、相当長時間又は複数の日にまで及び、これによって、全ての手続関係人の負担が相当大きいものとなる。〔とはいえ、〕限定的な朗読(200条1項1文)によっては、この問題に対処することはできない。なぜなら、起訴状は、そうしてしまうと、その識別・告知機能を正しく発揮することができないからである(Rn 285を見よ)⁽⁵⁾。しかし、連邦通常裁判所大刑事部の見解によると、刑法243条3項1文の「朗読」の概念を目的論的に限定することが可能である：ここで問題とされる態様の手続においては、起訴状は、同じ態様の犯罪遂行について各々の構成要件要素を満たすことが分かる程度に叙述され、犯罪の全体数、犯行の期間、財産犯の場合には被害の全体額が特定されていさえすれば、公判において要約して朗読することでも足りる。このような事例では、個別の行為又は結果についての詳細に識別された事情を朗読することは、これを省略することができる⁽⁶⁾。

続いて、被告人に対する黙秘権の教示が行われる。すなわち、被告人に対して、公訴事実について発言すること又は事件に関して供述しないことのいずれも自由であることが告げられる(243条5項1文)。

(5) 異説として BGH NStZ 2009, 703 (他の部への質問決定); BGH NStZ-RR 2010, 313 (*Lesch* の批判的評釈付き。大刑事部への回付決定)。

(6) BGHSt 56, 109 (肯定的評釈として *Gössel*, JR 2011, 546及び *Mosbacher*, JuS 2011, 710); BGH NStZ 2011, 420. 批判的見解として *Börner*, NStZ 2011, 436; *Ziegert*, Schöch-FS, S. 879.

被告人が事件について供述する意思がある場合には、被告人に対する事件の尋問へと移る（243条5項2文）。その際、被告人には、まず初めに、公訴事実について包括的に陳述する機会が与えられなければならない。この法的に規定された弁解の形式は、判例の見解によると、被告人が書面による陳述を作成し、裁判所に対して、これを書証の方式（Rn 203）で朗読するよう要請して提出するという方法で潜脱することはできない⁽⁷⁾。

その後、証拠調べに入る⁽⁸⁾（244条-257条）。

証拠調べが終わると、先に検察官が、続いて被告人及びその弁護人が、弁論及び申立てを行う（最終弁論、258条1項）。被告人には、常に最終陳述の機会が与えられる（258条2項後段、3項）。

評議・評決は、秘密で行われる（裁判官法43条、45条）。そこには、裁判に関与する裁判官と、——裁判長の許可を得て——当該裁判所で研修中の司法修習生のみが関与することを許される（裁判所構成法193条）。裁判所で実務研修を行っている法学部学生は、関与することができない（詳細はRn 498）⁽⁹⁾。

公判は、評議の結果に基づく判決の宣告によって終結する（260条1項）。判決は、判決主文の朗読及び判決理由の開示によって宣告される（268条2項）。通常の場合には、判決宣告は、評議・評決に引き続いて行われる（268条3項1文）。遅くとも弁論が終わってから11日後までに判決が宣告されない場合には、改めて公判が開始されなければならない（268条3項2文）。

(7) BGHSt 52, 175（批判的評釈として *Bosch*, JA 2008, 825 ; *Mehle*, DAV-FS, S. 655 ; *Mosbacher*, JuS 2009, 124. 疑問を示す見解として *Heghmanns/Scheffler-Scheffler*, VII Rn 250.

(8) 「倉庫から出してくる」といった態様の解明措置について BGH NSTZ 2010, 53 (*Schneider* のあまり説得的ではない批判付き)。

(9) BGHSt 41, 119, 120.

Ⅲ. 公判実施に関する若干の問題

1. 裁判長の訴訟指揮権

a) 中間裁判

[372] 審理の指揮、被告人の尋問、証拠の取調べは、裁判長が行う(238条1項)。

いくつかの特に重要な裁判, 例えば裁判官忌避(27条1項), 公判の停止又は長期の中断(228条1項1文), 証拠申請の却下(244条6項)などに関する決定について, 法律は, 全裁判官で構成する裁判所の即時の管轄を定めている。

b) 裁判所への異議申立て

[373] 裁判長の命令が審理に関与する者により不適法として異議を申し立てられた場合(いわゆる中間上訴)には, 裁判所が裁判する(238条2項)。

従来から, 次の2つに分けられてきた。

- 形式的訴訟指揮: これは, もっぱら公判の外的形成を対象とする。例えば, 開廷及び閉廷, 短期の中断, 証人の解放などである。
- 実体的訴訟指揮: 直接的に裁判に影響を与えるもの, すなわち判決に影響を与えるものと想定される全ての命令を対象とするものである。そこには, 特に被告人の尋問や証拠調べが含まれる(238条1項を見よ)。

後者の場合に限り, 裁判所への異議申立てが許されるものとされてきた。しかし, 双方の領域は実務上区別されるものではないから, この区別は, 現在正当にも, もはや維持されてはいない。むしろ, 全ての命令が, 刑訴法238条2項の意味で実体的指揮に属するものと見られている¹⁰⁾。

¹⁰⁾ M-G, § 238 Rn 12 f; Volk, § 19 Rn 24. 異説として BGHSt 10, 202, 207; Roxin/Schünemann, § 44 Rn 15.

刑事裁判官（単独裁判官）の面前で審理される場合にも、刑訴法238条2項が適用される。この場合、単独裁判官は、やはり単独で、もとより決定の形式で裁判する⁽¹⁾。

[374] 刑訴法238条2項により異議を申し立てられた措置が裁判所の決定により適法と確証された場合には、通常は、この決定に対して抗告することができない（305条）。主張された手続違反に基づいて上告する方法しか残されていない（337条、338条）。抗告は、判決を下すことと内的関連性を持たない裁判の場合に限り許される（この点について Rn 578）。

被告人は、たいてい、裁判長の違法な命令を受忍すべきかどうかを即時に判断しなければならない。なぜなら、裁判所への異議申立て（238条2項）を怠った場合には、これによって、しばしばその上告権も失ってしまうからである。

弁護が不適法に制限されたという絶対的上告理由は、刑訴法338条8号の明文によると、その権利侵害が裁判所の決定（裁判長の裁判ではなく）により惹起された場合に限り認められる。

この特別事例以外でも、異議申立て権（238条2項）を行使しておかなかった場合には、確立した判例によると、基本的に、命令の違法性に基づいて上告する機会を失う。すなわち、通説によると、刑訴法337条の意味での相対的上告理由の主張も認容されない⁽²⁾。その際には、さらに上告の許容性も否定される⁽³⁾。このいわゆる責問権喪失は、（従来の）判例による

(1) OLG Düsseldorf StV 1996, 252; KK-Schneider, § 238 Rn 15. 異説として BayObLGSt 1962, 267.

(2) BVerfG JR 2007, 390; BGHSt 1, 322, 325; 55, 65 (判例紹介として Kudlich, JA 2010, 699); Ladiges, JuS 2011, 226; Mosbacher, JuS 2010, 689; BGH StV 2011, 458 (Lindemann の批判的評釈付き)。

(3) BGHSt 51, 144, 147 (評釈として Mosbacher, JR 2007, 387 及び Widmaier, NStZ 2007, 234)。

と、特に弁護人のいない被告人が中間上訴の機会(238条2項)を知らなかった場合(裁判所の配慮義務について Rn 383を見よ)⁽⁴⁾、又は、裁判長が職権で義務的に行うべき行為を怠った場合⁽⁵⁾や裁量の余地がない義務的に遵守されるべき手続規定が違反された場合⁽⁶⁾には、生じないものとされていた。〔しかし、〕責問権喪失に関する判例は、否定されるべきである。なぜなら、裁判所へ異議申立てしなかったという事実から、権利行使の放棄が読み取られるべきものではないからである⁽⁷⁾。上訴権喪失も、通常は問題とならない。なぜなら、そのような効果が認められるためには、単に裁判所へ異議申立てしなかったということ以上に、策略的又は背信的な訴訟行為であることが必要だからである⁽⁸⁾。例えば、被告人が、その瑕疵を上告のために「節約」しておこうと考えたため、裁判所への異議申立てを行わなかった、というような場合である⁽⁹⁾。

2. 公判の公開性(裁判所構成法169条)

a) 原則

[376] 公判裁判所での審理は、判決及び決定の宣告も含めて、公開で行われる(裁判所構成法169条1文。欧州人権条約6条1項1文、2文も参照)。公開性は、かつては、特に国家権力に対する規律及びその恣意から

(4) OLG Düsseldorf NStZ 1997, 565 (Ebert の評釈付き)。深めるために *Bischoff*, NStZ 2010, 77.

(5) BGHSt 45, 203, 205. 問題ある判例として BGH NStZ 2009, 582.

(6) BGH StV 2012, 202. 異説として *Mosbacher*, NStZ 2011, 606; KK-*Schneider*, § 238 Rn 34.

(7) 異説として *Mosbacher*, *Widmaier-FS*, S. 339; *ders.*, NStZ 2011, 606 (法的救済の必要性はないという)。これに反対する見解として *Bauer*, NStZ 2012, 191; *Lindemann*, StV 2010, 379; *Gaede*, *wistra* 2010, 210; *Widmaier*, NStZ 2011, 305.

(8) LR-*Becker*, § 238 Rn 44. また, *Schneider*, JuS 2003, 176も見よ。

(9) AK-*Schöch*, § 238 Rn 43.

の保護に資するものとされてきたが、今日では、社会の知る権利に重点が置かれている。公開性とは、全ての者が、市民の特定のグループに属することや特定の人的属性を有することにかかわらず、傍聴人として裁判所の審理に参加する機会を有することと理解される²⁰⁾。

例：区裁判所での公判は、9時から13時35分まで行われた。裁判所の玄関には、「区裁判所は、金曜日は13時に閉鎖します」と掲示されていた。しかし、ドアは開いていた。この場合は、裁判所構成法169条に違反している。なぜなら、訪問者は、掲示が正しいものと考えらるだろうからである²¹⁾。

b) 制限

[377] aa) しかし、この立入り権は、もとより制限を受ける。例えば、立入りは、子どもや、裁判所の品位に沿わない態様で現れた者については禁止される（裁判所構成法175条1項）。「子ども」とは、18歳未満の者で、かつその外観上審理への関与に必要な成熟さを欠いている者をいう²²⁾。また、傍聴人について、公判の対象である犯行への関与により捜査が行われている場合、又は証人として今後の審理で問題となる場合（58条1項により）には、これを退去させることができる²³⁾。傍聴人が審理の進行を妨害する場合にも、これを法廷から退去させることができる（裁判所構成法177条）。

bb) このような直接的な制限に加えて、裁判長の法廷警察権上の措置（裁判所構成法176条以下）及び裁判所長のその管理権に基づく命令（例えば証明書の点検、武器の搜索、傍聴人の登録など）が、潜在的な訪問者の抑止につながることで、

²⁰⁾ BGHSt 28, 341, 343 ff. 深めるために *Laue*, in: 33. Strafverteidigertag, S. 135.

²¹⁾ OLG Zweibrücken StV 1996, 138; OLG Dresden StV 2009, 682.

²²⁾ RGSt 47, 374, 376.

²³⁾ BGH NStZ 2001, 163 (評釈として *Fahl*, JA 2001, 455); BGH StV 2003, 659.

公開性の間接的な制限をもたらす可能性がある²⁴⁾。とはいえ、そのような管理的措置は、それが適切な審理運営の確保に必要と思われる場合には許される²⁵⁾。公判の開始は、そのような措置に合わせられなければならない²⁶⁾。また、公開性の設定は、もとより、既存の場所的許容性の範囲においてのみ可能である²⁷⁾。法的制限も、考慮されなければならない。例えば法廷外での検証の際に、その住居権者が、当該敷地内への立入りを、手続関係人には許可するが、見物人には許可しないという場合である²⁸⁾。

c) 公開性の例外

[378] aa) 少年に対する公判は、非公開で行われる(少年裁判所法48条1項)。年長少年(18歳以上21歳未満)の場合、その者の利益にとって必要という場合、非公開とすることができる(少年裁判所法109条1項4文)。

bb) 裁判所構成法171 a 条, 171 b 条, 172条には、これ以外の非公開事由が定められている。特に保護されるべき私人又は公共の利益が検討の対象となり、それが公衆の面前にさらされるべきではない場合である。例えば、証人の私的な秘密を保護するために、非公開とされる場合である²⁹⁾。

判決の宣告は、常に公開で行われる(裁判所構成法173条1項)。もっとも、判決理由の宣告については、特別の決定により、非公開とすることができる(裁判所構成法173条2項参照)。

d) 録音・録画、口述筆記

放送用の収録(ラジオ、テレビ)は、公判では許されない。同様に、そ

²⁴⁾ VG Wiesbaden StV 2010, 514 (批判的評釈として *Klotz*, NJW 2011, 1186 は、根拠のないビデオ監視という)。深めるために *Milger*; NStZ 2006, 121.

²⁵⁾ BVerfG NJW 2012, 1863; BGHSt 27, 13, 15; 29, 258, 259 ff.

²⁶⁾ BGH NJW 1995, 3196.

²⁷⁾ BGHSt 21, 72, 73; 27, 13, 14; BGH NJW 2006, 1220.

²⁸⁾ BGHSt 40, 191, 192.

²⁹⁾ *Beulke*, JR 1982, 309も見よ。

の他の出版等目的での録音・録画も許されない(裁判所構成法169条2文)。これらの禁止は、合憲であり、人格の保護及び手続の公正の理由から、法政策的にも妥当なものである⁶⁰⁾。裁判長は、休廷中の収録を、その法廷警察上の権限に基づいて(裁判所構成法176条)許可することができる⁶¹⁾。その際、裁判長は、基本法5条1項2文及び比例原則を考慮しなければならない。連邦憲法裁判所は、そこから、時の人について、報道機関の休廷中の法廷内を録画することへの請求権を導いた⁶²⁾。この間、連邦憲法裁判所より、テレビ局の、各審理期日の始めと終わりに、被告人を含む法廷内にいる手続関係人を録画し、その際裁判体構成員の在廷を収録することへの一般的な権利が承認されている。被告人の容貌は、対象者がその公表に同意した場合を除き、報道機関に引き渡す前に録画素材の段階で匿名化しておかなければならない⁶³⁾。写真は、裁判所構成法169条2文に含まれない。その許容性は、自身の肖像に関する権利に従う(芸術及び写真の著作権に関する法律22条以下)。特別の公的利益を伴う手続の場合には、たいてい、許容性が肯定される。裁判長は、法廷警察権の範囲において(裁判所構成法176条)、公判中の収録を禁止することができる(また、通常は禁止している)⁶⁴⁾。裁判所は、録画及び写真撮影を特定のカメラ班にのみ許すこともできる。その場合、彼らに対して、その撮影資料を他の報道機関にも配布

60) BVerfGE 103, 44, 59; *Lilie*, AE-StuM, S. 116. 異説として *Kaubach*, JR 2011, 51. *Kühl*, Müller-Dietz-FS, S. 401; *Fink, M.*, Bild- und Tonaufnahmen im Umfeld der strafgerichtlichen Hauptverhandlung, 2007も見よ。

61) BGHSt 23, 123, 125.

62) BVerfGE 91, 125 (ホーネッカー／ミールケ事件)。正当にも批判的な見解として *Ranft*, Jura 1995, 573, 580.

63) BVerfG NJW 2000, 2890及び2008, 977 (批判的評釈として *Schäfer*, JR 2008, 119); BVerfG NJW 2009, 350 (ホルツクロツ事件。肯定的評釈として *Muckel*, JA 2009, 829); BVerfG wistra 2012, 145.

64) BVerfG NStZ 2004, 161; *KK-Diemer*, § 169 GVG Rn 13.

するよう義務付けなければならない(いわゆる連合的解決)³⁵⁾。

裁判所による司法内部で使用するための録音・録画は、許される³⁶⁾。特に裁判調書を作成するために、審理の経過を、録画機材を使用して暫定的に記録することもできる(168a条2項1文)。これは、証人の意思に反しても行うことができる³⁷⁾。裁判長は、弁護士及び検察官の録音を、その訴訟指揮権の範囲(238条。Rn 372以下を見よ)で許可することができる³⁸⁾。

ノートやメモを取ることは、訴訟関係人も傍聴人も、許される。ただし、法廷警察上の理由から、例外もあり得る。つまり、通常の場合、被告人は、公判で証人供述についてメモを取ることは禁止されない³⁹⁾。公判中の録音・録画禁止の潜脱を防ぐために、裁判長は、報道機関の記者らに対して、パソコンの使用を禁止することもできる⁴⁰⁾。

e) 公開性の規定に対する違反の効果

[380] 公判の公開性が違法に制限された場合には、刑訴法338条6号の絶対的上告理由となる。逆に公開性が違法に拡張された場合について、Rn 576を見よ。裁判所が公開性を制限したことについて過失があるかどうかは、重要ではない(〔ただし、〕非常に争いがある⁴¹⁾)。

35) BVerfG NJW 2001, 1633, NJW 2002, 2021. 全体について詳細は *Lehr, Dachs-Dona Scripta*, S. 267.

36) OLG Bremen NStZ 2007, 481. 詳細は *M-G*, § 169 GVG Rn 11, 13.

37) BGHSt 34, 39, 52; *M-G*, § 168a Rn 4. 異説として OLG Schleswig NStZ 1992, 399 (肯定的評釈として *Molketin*, NStZ 1993, 145); *Kühne*, StV 1991, 103, 104.

38) *M-G*, § 169 GVG Rn 12; *Burhoff*, Hauptverhandlung, Rn 862.

39) BGHSt 1, 322, 323.

40) BVerfG NJW 2009, 352.

41) この点で同旨の見解として、例えば *Fezer*, 14 Rn 80. 異説として BGHSt 21, 72, 74. 全体について *Kudlich*, JA 2000, 970; *Tag, B.*, Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, 1999.

3. 公判の中断と停止

[381] 公判は、できる限り予測しうる時間的範囲内で行われなければならない（集中審理主義）。これにより、「口頭弁論の印象が薄れず、公判内での出来事を確かに思い出すことが害されない」ものとなる⁴²⁾。

公判の中断（228条1項1文後段，229条1項）と停止（228条1項1文前段，229条4項）との区別は重要である。

公判は、3週間までに限り、中断することができる（229条1項）⁴³⁾。中断の場合には、それまで審理されたことは全て維持して残される。大規模な手続に関して、特別の規定が適用される。これによると、一定条件の下で、1か月までの中断（疾病の場合はさらに長期）が可能である（229条2項，3項）。手続を実質上何ら進めることのない単なる「期日の先送り」（いわゆる「見かけ上の期日」と呼ばれる）は考慮されず、新たな期日へ進むわけではない（例えば、手紙や帳簿の部分的朗読などの場合）⁴⁴⁾。

中断が3週間又は1か月の上限を超える場合には、公判は停止されることとなる（228条1項1文前段）。停止の場合、審理は、全て初めからやり直さなければならない（229条4項）。すなわち、これまで審理されたことは、全てなかったものとされる。

裁判所が停止と中断のいずれを命じたのか明らかではない場合には、以下のようになる：刑訴法229条の中断期限を超えた場合には、常に停止とされなければならない⁴⁵⁾。この期限内の場合には、中断とされることもあれば（通常はこれに当たる）、

⁴²⁾ BGHSt 23, 224, 226.

⁴³⁾ 批判的見解として *Mandla*, NStZ 2011, 1.

⁴⁴⁾ BGH JR 2009, 347 (*Peglau* の評釈付き); BGH StraFo 2011, 395; BGH NStZ 2012, 343.

⁴⁵⁾ RGSt 58, 357, 358.

停止とされることもある(例えば召喚期限が遵守されなかった場合。217条2項)。決定的であるのは、裁判所がどのように表示したかではなく、表示の意味であり、それは、基本的に解釈によって解明されるべきものである⁴⁶⁾。

4. 訴訟関係人の必要的在廷

[382] 全ての裁判官は(つまり参審員も)、審理において、中断なく在廷していなければならない(226条1項)。裁判官が欠けた場合には、公判は、その部分を繰り返されなければならない。裁判官は、法定された人数(Rn 39以下を見よ)のみが裁判に関与することができる(裁判所構成法192条1項)。審理が長期に及ぶべき場合には、裁判長は、補充裁判官(又は補充参審員)を加えるよう命ずることができる。補充裁判官は、審理に同席し、裁判官(参審員)の誰かに支障が生じたとき、その者と交代する(裁判所構成法192条2項, 3項)。公判担当検察官及び通常は裁判所の書記官も、中断なく在廷していなければならない(226条1項)。ただし、終始同じ者である必要はない。刑事裁判官は、裁判所書記官の関与を見送ることができる(226条2項)。

弁護人の在廷は、必要的弁護の場合に限り必要的である(Rn 165以下を見よ)。

被告人に関しては、基本的に、公判の全ての期間内について、つまり事件についての呼出しから判決の宣告に至るまで、在廷義務が存在する。刑訴法230条1項は、出頭しなかった被告人に対して公判は開かないことを定め、刑訴法231条は、出頭した被告人を審理から排除してはならないことを定めている。被告人の在廷は、裁判所にとって、特にその人格、その振舞い、その陳述からの直接的な印象を与え、これにより、真実の探求に資するべきものとなる⁴⁷⁾。

しかし、刑訴法は、基本的な在廷義務について、多くの制限と例外を定めている。

⁴⁶⁾ BGH NStZ 2008, 113; *Mosbacher*, JuS 2008, 127.

⁴⁷⁾ BGHSt 26, 84, 90.

この点について、刑訴法231条2項-233条、247条、329条1項、350条2項、387条1項、411条2項、415条を参照されたい⁴⁸⁾ (Rn 122を見よ)。

5. 裁判所の配慮義務

[383] 個別的に刑事手続法に規定される裁判所の義務は、刑事訴追機関の一般的配慮義務の特別の形式に過ぎない。これは、裁判所の配慮義務として、公判の範囲で特に重要となる。これは、法治国家原理（基本法20条3項）に根拠を置くものであり、公正な刑事手続の保障から要請されるものである。裁判所の配慮義務は、特に知識のない被告人が自身の権利を十分知ってはならず、したがって刑事手続においてその者に与えられた機会を適切に行使していないことに裁判所が気づいた場合に、重要となる。それゆえ、配慮義務は、被告人に**弁護人がいない場合には**、特に検討されるべきものとなる。刑訴法265条4項は、裁判所の配慮義務を特に具体化したものである。これによると、「事実状況の変化」（これに伴い、手続状況の変化も想定される）により、防御の十分な準備のため必要と思われる場合には、公判は停止されなければならない。また、職権解明義務（244条2項）も、指摘しておかなければならない。

配慮義務の帰結として、例えば次のようなものが挙げられる：公判開始時に私選弁護人が在廷していない場合に、15分ほど待つべき義務⁴⁹⁾、公判の途中で新たな国選弁護人が任命され、その者に長期の準備期間を与えることが必要となる場合に、手続を停止すべき義務⁵⁰⁾、手続的瑕疵を治癒すべき義務、被告人を拙速な上訴放棄から保護すべき義務⁵¹⁾ (Rn 301, 368, 395e も見よ)。

48) 被疑者・被告人不在での手続の欧州人権条約6条との適合性について EGMR (Krombach 事件) NJW 2001, 2387 (評釈として *Gundel*, NJW 2002, 2380)。

49) BGH wistra 1992, 67; OLG Hamm NStZ 2010, 471は参照。

50) BGH JR 1998, 251 (評釈として *Rogat*; BGH StV 2000, 183)。

51) OLG München StV 1998, 646. 限定的な見解として OLG Hamburg StV ↗

6. 法的観点変更の指摘 (265条1項, 2項), 追起訴 (266条)

[384] a) 被告人は, 事前に法的観点の変更を特別に指摘されることなく, 裁判所により許可された公訴で叙述された刑罰法規と異なる規定に基づいて有罪とされてはならない(例: 過失犯の代わりに故意犯, 共犯の代わりに正犯, 単独正犯の代わりに共同正犯, 故殺罪の代わりに謀殺罪, 作為犯の代わりに不作為犯)。新たに刑罰加重事由が判明した場合にも, 同様の手続がなされなければならない(例: 単純監禁罪(刑法239条1項)の代わりに長期間の監禁罪(刑法239条3項1号))。法的観点の変更を指摘すべき義務は, いずれにしても, 裁判所の配慮義務に由来し, 法的聴聞を受ける権利(基本法103条1項)を具体化したものである。被告人が新たな事情に対して十分な準備をすることができない場合には, その申立てに基づいて——裁判所の裁量なく——, 手続は停止されなければならない(詳細は265条3項を見よ⁵³⁾。停止と中断との区別について Rn 381)。

法律の文言を超えて, 指摘義務は, 公訴に対してその他の本質的な部分に変化した場合にも肯定される⁵⁴⁾。それは, 例えば次の場合である:

- 同一構成要件内で, 実行形式が異なるものへと変化する場合。例えば, 刑法211条において, 卑劣な犯行動機から陰險な犯行への変化⁵⁵⁾。
- 事実的基礎が変化した場合で, それが法定された犯罪構成要件要素への当てはめにとって重要となるものである場合⁵⁶⁾。例えば, 犯人庇護行為(刑法257条)が盗品の隠匿ではなく, その加工の点に認

↘ 1998, 641 (Rogal の評釈付き)。深めるために LR-Kühne, Einl. Abschn. I Rn 121 ff; Maiwald, Lange-FS, S. 745 ff.

⁵²⁾ 深めるために BGHSt 48, 183, 186 (評釈として Kudlich, JA 2004, 108); BGH StV 2012, 196 (Ventzke の評釈付き); König, F., § 265 Abs. 3 StPO, Aussetzungsrecht mit nur geringem Anwendungsbereich?, 1992.

⁵³⁾ 詳細は KMR-Stuckenberg, § 265 Rn 27, 55.

⁵⁴⁾ BGH StV 2012, 70. BGHSt 56, 121も見よ。

⁵⁵⁾ BGH NSTz 2005, 111.

められるべき場合⁶⁶⁾。

刑法265条1項の指摘は、より軽い法律が適用されるべき場合にも、疑いなく必要である⁶⁷⁾。

[385] b) もっとも、公訴主義 (Rn 18を見よ) からは、変更後の内容がまだ本来の公訴 (170条1項) によるものであり、開始決定 (207条) によって許可されたものと言い得る場合に限り、法的指摘で足りる、ということが導かれる。これにより、以下の体系が導かれる：

変更後もなお訴訟上の意味で起訴された行為を対象としている場合には、裁判所は、審理の結果から示される事実及び法律状況を基礎とすることができる (264条1項)。裁判所は、特に、開始決定の法的評価に拘束されない (264条2項)。しかし、**事実的又は法律的観点が変化した場合**には、被告人の保護のために、**指摘が必要である** (265条1項、2項)。これにより、被告人は、その防御を十分行うことが可能となる。

新たに判明した観点が訴訟上の意味で別の行為による可罰性を示す場合には、もはや指摘 (265条1項、2項) では足りず、別個の起訴が必要となる。これは、**追起訴**の形式 (266条) で行うことができる。しかし、追起訴は、当該行為について裁判所に管轄があり、被告人がこれに同意することを条件とする。被告人が同意するかどうかは、その意思に委ねられているので、同意の拒絶を権利濫用と見てはならない⁶⁸⁾。特に、手続の併合 (4条1項) を通じて、追起訴 (266条) が潜脱されてはならない⁶⁹⁾。

⁶⁶⁾ BGHSt 11, 88, 90参照。

⁶⁷⁾ BGH NSTZ-RR 1996, 10. 限定的な見解として BGH StV 2008, 342 (*Wachsmuth* の肯定的評釈付き)。詳細は *M-G*, § 265 Rn 9; *Kudlich/Kraemer*, JA 2004, 108を見よ。

⁶⁸⁾ BGH StraFo 2010, 337; *Jahn/Schmitz*, wistra 2001, 333.

⁶⁹⁾ BGHSt 53, 108 (肯定的評釈として *Jahn*, JuS 2009, 563)。異なる傾向を示すものとして BGH wistra 2008, 193.

訴訟上の意味での行為とは、起訴及び開始決定によって記述された歴史的的事象であり、日常的感觉により単一を構成すべきものと理解される(この点について詳細は Rn 512以下)。

[386] 新たに判明した歴史的的事象が、同一行為の修正などではなく、刑法264条の意味で別の行為であるというほど大きく本来のものから逸脱したものであるかどうかは、多くの事例で、問題となり得る。逸脱の範囲・程度の問題に関して重要となるのは、その行為が一度限りの取り違えのない事象として認識できるか、特に出来事や行為者の行為の場所及び時刻、行為の内的方向性、客体などから識別できるか、という点である(Rn 513を見よ)。

例：死体遺棄による処罰妨害罪の代わりに謀殺罪：この場合は、新たな行為であり、これを公判に取り込むには、追起訴によらなければならない⁶⁰⁾。

児童に対する性的濫用罪が5月ではなく7月であった：この場合は、訴訟上の意味で同一の行為である。それゆえ、法的指摘(265条1項)のみ必要である⁶¹⁾(問題点について詳細は Rn 520以下)。

7. 質問権

a) 原則

[387] 裁判長は、陪席裁判官に対し、要求があれば、被告人、証人、鑑定人に質問することを許可しなければならない(240条1項)⁶²⁾。裁判長は、同じことを、検察官、被告人、弁護人、参審員にも許可しなければならない(240条2項1文)。

つまり、被告人は、証人に対して直接質問することもできるのであり、裁判長は、

⁶⁰⁾ BGHSt 32, 215, 219.

⁶¹⁾ BGHSt 19, 88, 89. BGHSt 46, 130, 133も参照。

⁶²⁾ 基本的に *Gaede*, StV 2012, 51.

被告人に対して、証人への質問は弁護人を通じて行うよう指示することはできない⁶³⁾
(Rn 124も見よ)。

共同被告人が被告人に直接質問することはできない(240条2項2文)⁶⁴⁾。被告人は、共同被告人への質問を望む場合には、弁護人を通じて行わせるか、又は質問を裁判長に託すことができる。この場合、裁判長は、共同被告人に質問を回付しなければならない。

b) 個別の質問の却下

[388] 刑訴法240条2項による質問の場合(つまり検察官、被告人、弁護人、参審員による場合であり、陪席裁判官による場合を除く)には、裁判長は、不適格又は事件に関係のない質問を却下することができる(241条2項)。

不適格な質問とは、例えば次の場合である：

- 既にはっきりと回答された質問を繰り返す場合⁶⁵⁾
- 誘導的な質問⁶⁶⁾
- 証人又はその家族の名誉を害するような質問であり、刑訴法68a条により禁止されるものである場合⁶⁷⁾

c) 質問権全体の剝奪

[389] 質問権全体の剝奪は、刑訴法に定めがないので許されない。裁判長は、単に、質問を事前に報告させることしかできない⁶⁸⁾。もっとも、そのような措置は、既に多くの質問が不許容として却下されており、これを繰り返す疑いが濃厚である場合に初めて、許される。

⁶³⁾ BGH NStZ 1985, 205.

⁶⁴⁾ 合憲性について BVerfG NJW 1996, 3408.

⁶⁵⁾ BGHSt 2, 284, 289.

⁶⁶⁾ LR-Becker, § 241 Rn 14.

⁶⁷⁾ BGHSt 21, 334, 360.

⁶⁸⁾ BGH NStZ 1982, 158, 159.

d) 交互尋問

[390] 検察官及び被告人が指名した証人及び鑑定人の尋問は、その共同の申立てにより、裁判長が検察官及び弁護人に委ねることもできる(239条1項1文)。その際、各々が、まず「自分の」証人に尋問する(239条1項2文)。この交互尋問は、英米の法域で重要となっているが、ドイツの実務では使用されていない。

8. 意見陳述権

[391] 全ての共同被告人の尋問及び各々個別の証拠調べの後、被告人は、それらの点について何か陳述することがあるかを質問されることとなっている(257条1項)。検察官及び弁護人にも、その求めに応じて、被告人の尋問及び各々の証拠調べの後で、その点について意見を述べる機会が与えられる(257条2項)。その陳述は、最終弁論を先取りするようなものであってはならない(257条3項)。

9. 最終弁論

[392] 証拠調べが終わると、最初に検察官、(関与している場合は)公訴参加人、最後に被告人又はその弁護人が**弁論**を行う(258条1項)。検察官には、被告人側弁論に対して応答する権利がある。被告人には、**最終陳述**の権利がある(258条2項)。これは、弁護人が被告人のために弁論を行った場合にも適用される。なぜなら、被告人の最終陳述は、一身的なものであり、それゆえ他者に委ねることのできない権利だからである(258条3項)。裁判所が被告人の「最終陳述」の後に弁論を再開した場合には、被告人に対して、改めての**手続部分**が終了した後に、再度の最終陳述の機会が与えられなければならない。最終陳述の機会が与えられなかった場合には、**手続違反**となる。これは、確かに、刑訴法338条の意味で絶対的上告理由に当たるものではないが、しかし、判決がそれに基づいている可能性があり、その因果性は、特別の例外的な場合に限り排除できる性質のもの

である⁶⁹⁾。それゆえ、この違反に基づいた上告は、通常の場合、認容されるものとなる (Rn 565参照)。

10. 公判調書

[393] 公判については調書を作成し、裁判長及び書記官 (関与している限りで) がこれに署名しなければならない (271条1項1文)。調書の記載に必要な内容は、刑訴法272条、273条に規定されている⁷⁰⁾。区裁判所 (刑事裁判官又は参審裁判所) で審理される場合、裁判長は、本質的な尋問結果を調書に記載する代わりに、個別の尋問をまとめて録音するよう命ずることができる (273条2項2文。権利改正法により導入された)。公判に関して定められた形式⁷¹⁾の遵守は、調書によってのみ証明することができる (274条1文)。本質的な形式部分とは、手続の合法性にとって重要となりうる全ての事象である。この形式性を対象とする調書の内容に対しては、偽造の証明のみが許される (274条2文)。確立した判例によると、調書に欠缺がある場合、矛盾を内包している場合には、刑訴法274条の例外が認められる。その場合には、刑訴法274条の特別の証明力が否定される⁷²⁾。記録官が事後に被告人に有利となる形で調書の内容を否定した場合も、同様である⁷³⁾。

刑訴法274条1文の趣旨は、上告裁判所に手続的非難の審査の負担を軽減させる点にある⁷⁴⁾。すなわち、上告審で「規定された形式性」、例えば法定された教示、起訴状の朗読、刑訴法226条に列挙された訴訟関係人の在廷などが証明などの規定に対す

⁶⁹⁾ BGHSt 22, 278, 281; BGH NStZ 2009, 50.

⁷⁰⁾ 逐語的調書の要請について *Nestler*, Lüderssen-FS, S. 727; *Pfordte*, 50 Jahre DAI-FS, S. 528.

⁷¹⁾ 詳細は *SK-Schlüchter/Frister*, § 273, Rn 5 ff.

⁷²⁾ BGH NStZ 2006, 714; OLG Hamburg StV 2004, 298 (*Ventzke* の評釈付き); *Fezer*, Otto-FS, S. 901, 905. 現在の限定的な見解として BGHSt 55, 31.

⁷³⁾ BGHSt 51, 298, 308 (大刑事部); OLG München wistra 2009, 365.

⁷⁴⁾ BGH NJW 1976, 977, 978.

る違反が証明されるべき場合には、唯一の証拠、つまり法廷調書によってのみ可能とされる。したがって、刑訴法274条1文は、法定証拠主義に該当する(Rn 564を見よ)。本規定により上告審の手続に関して(そして、それについてのみ)定められた証明力は、次の意味を持つ：

- 本質的な形式部分が調書に記載されている場合、それは、実際に行われなかった場合でも、行われたものとして扱われる(積極的証明力)。
- 本質的な形式部分が調書に記載されていない場合、それは、実際には行われた場合でも、行われなかったものとして扱われる(消極的証明力)⁽⁷⁵⁾。

証人に宣誓させるかどうかの裁判(59条)も刑訴法274条1文の意味で本質的な形式部分に当たるかどうか——これは、その欠陥は上告審においてその事象に関する調書不記載のみをもって理由付けることができる、との帰結に至り得る——という点は、争いがある。裁判所は、当初、刑訴法59条の改正後も、今では証人の不宣誓が原則となっているにもかかわらずこの問題を肯定していたが⁽⁷⁶⁾、近時は、否定的な見解が支配しているように思われる。これによると、宣誓させない原則的な場合には、もはや明示的な裁判は行われないのであり、むしろ、裁判長が宣誓させないまま証人を解放したことで、宣誓させないものとの推断的な裁判が行われたものと理解されるべきこととなる。これに応じて、近時の判例は、宣誓させない通常の事例を——例外的に宣誓させる稀な場合を除いて——もはや調書に記載する必要はないと判断している。宣誓させないとの裁判は、いずれかの手続関係人より宣誓させるよう申立てがなされた場合に限り、調書に記載しなければならない⁽⁷⁷⁾。被告人が公判でその申立てをしておかなかった場合には、調書に記載がないことにより、証人の宣誓をさせないことに関する裁判が下されていないと理由付ける上告は、判決

(75) BGH StV 2004, 297; 2010, 188.

(76) BGH NStZ 2005, 340; BGH StraFo 2005, 244. BT-Drs. 15/1508; M-G § 59 Rn 12 (文献一覧付き) も見よ。

(77) BGHSt 50, 282; BGH NStZ 2006, 114; BGH NStZ 2009, 647.

が宣誓させなかった証人の供述に基づいているときでさえ、認容されないものとなる。

調書の事後的修正について、Rn 564を見よ。

IV. 刑事手続における合意

1. 基礎

[394] 2009年8月4日に「刑事手続における合意を法制化するための法律」が施行された⁷⁸⁾。これは、刑事訴追機関と被疑者・被告人との間で、協議による手続形成又は終了を目的とする「合意手続」を、特に刑訴法新257c条に定めるものである。しかし、この改正は、既に長年続けられてきた展開の暫定的な終結でしかない。過去に、このような協定（新法の文言では「合意」、そうでなければ「取引」とも呼ばれる）の意義は、絶えず高められてきた。これは、今日、刑事手続法の独自の制度として位置付けられ、学理からの強い批判にもかかわらず、実務からもはや取り除くことのできないものとなっている⁷⁹⁾。合意の内容は、たいてい、裁判所側からは、減刑又は比較的具体的に画定された刑の範囲の約束が示され、被告人側からは、完全又は部分的な自白の提供が約束される。特に事実関係が複雑な事例では、合意の手続を終結させる効果には大きなものがある。

しかし、法に反して展開されてきたこの手続方法に対しては、常に、法治国家としての疑念が寄せられてきた。この手続は、手続関係人にとって、

⁷⁸⁾ BGBl I 2009, S. 2353.

⁷⁹⁾ 比較法として *Jehle/Peters*, in *Murmann*, S. 59 ff (イングランド, フランス, ポーランド); *González Navarro*, *ZStW* 123 (2011), 163 (スペイン); *Maiwald*, *Einführung*, S. 226 (イタリア); *Salditt*, *Mehle-FS*, S. 581及び *B. Vogal*, *GA* 2011, 520 (イングランド); *Seiler*, Rn 404 (オーストリア); *Trüg*, *ZStW* 120 (2008), 331及び *Rosenau*, *Puppe-FS*, S. 1597 (アメリカ); *Wohlers*, *StV* 2011, 567 (スイス)。

重要な長所を与えるだけでなく、相当な危険もはらんでいる（この点について Rn 394a）。したがって、常に、法制化が求められてきた⁸⁰⁾。幾つかの活発に議論された提案の後⁸¹⁾、最終的に、新規定が制定された。

今日では、合意実務は、特に経済事犯の手續において重要となっている⁸²⁾。確かに、学理の多数は⁸³⁾、合意に対して批判的な見解を示しているが、多くの実務家は⁸⁴⁾、それが不可欠のものであることを強調している。連邦憲法裁判所による合意法の審査が、間もなく予定されている〔訳注：連邦憲法裁判所第2小法廷2013年3月19日判決（BVerfGE 133, 168）は、合意法を合憲と判断している〕。

いずれにしても、司法試験受験生は、合意法に対するいくつかの主たる批判点（この点について後述2）、新規定の基本的要素（この点について

80) BGHSt 50, 40 (大刑事部); *Beulke/Satzger*, JuS 1997, 1072, 1080; *Braun*, StraFo 2001, 77; *Jähnke*, ZRP 2001, 574. 批判的見解として *Haas*, Keller-GedSchr, S. 45, 74; *Wehnert*, StV 2002, 222.

81) 詳細は第10版の紹介を参照。全体を深めるために *Huttenlocker, P.*, Dealen wird Gesetz—die Urteilsabsprache im Strafprozess und ihre Kodifizierung, 2007.

82) *Altenhain/ua*, S. 70 ff; *Jahn*, JZ 2011, 340; *ders.*, in: *Kempf/ua*, S. 157.

83) 多くの文献から代表的なものとして *Bernsmann*, in: *Goldbach*, S. 21; *Eisenberg*, Rn 42 ff; *Erb*, Blomeyer-GedSchr, S. 743; *Fezer*, 21 Rn 6 ff; *Hasssemer*, JuS 1989, 890; *Hettinger*, JZ 2011, 292; *Kempf*, in: 33. Strafverteidigertag, S. 17 ff; *Kreß*, ZStW 116 (2004), S. 172; *Lüderssen*, Hamm-FS, S. 419; *Malek*, StV 2011, 559; *Murmann*, in: 35. Strafverteidigertag, S. 81 ff; *Ransiek*, ZIS 2008, 116; *Rönnau, Th.*, Die Absprachen im Strafprozeß, 1990; *Rössner/Engelking*, JuS 1991, 664; *Schünemann*, Rieß-FS, S. 525; *Sinner, St.*, Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht, 1999; *Weigend*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 1011; *Weßlau*, ZStW 116 (2004), 151. 実務家の視点から *Kier/Bockemühl*, ÖAnwBl 2010, 402.

84) *KMR-Eschelbach*, Vor § 213 Rn 66 ff; *LR-Kühne*, Einl. Abschn. G Rn 58 ff; *M-G*, Einl. Rn 119a; *Böttcher/Dahs/Widmaier*, NStZ 1993, 375; *Dahs*, NStZ 1988, 153; *Kuckein/Pfister*, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S. 641; *Landau/Eschelbach*, NJW 1999, 321; *Weider*, StraFo 2003, 406; *Widmaier*, StV 1986, 357.

後述3-5)には注意が必要である。

2. 合意に対する批判

[394 a] 立法者でさえ、「合意を法制化するための法律」の展開に際して、刑事手続の話合いによる終結は直ちに伝統的な訴訟原則 (Rn 15以下) と適合するものとは言えないことを、認めざるを得なかった⁸⁵⁾。これに応じて、批判点は、多種多様なものであった：

刑事訴訟における合意手続は、被疑者・被告人が裁判官、検察官、弁護人との手続の「客体」としてのみ扱われるという危険をはらんでいる⁸⁶⁾。

刑事訴追機関の妥協には、個別事例においてそれ自体処分できないはずの国家刑罰権の放棄が伴っているという限りで、起訴法定主義に対する違反が認められる。起訴便宜主義 (153条以下) の限界を超えて、場合によっては重大な犯罪に関しても被疑事実と不均衡の法律効果が約束されるとなると、疑念は大きい。これは、責任に応じた刑罰の要請 (刑法46条) に反するものともなる。

合意手続には、裁判所が時間のかかる証拠調べを省略するために——被告人の犯人性及び責任についてまだ疑いが残されているにもかかわらず——自白を信用する方へ傾くという危険が伴う。これにより、実体的真実の探求に向けられた裁判所の解明義務 (審問主義) に違反するおそれがある。

合意に向けた話合いは——合意手続が法定された後も⁸⁷⁾——通常は公判の前又は外で行われることから、そのような措置は、公開主義、口頭主義、直接主義の観点で疑問が生ずる。裁判所を早い段階で拘束することは、自由心証主義 (261条) に反するものともなる。

⁸⁵⁾ BT-Drs. 16/12310, S. 1.

⁸⁶⁾ König, NJW 2012, 195.

⁸⁷⁾ Malek, Rn 310は参照。

公判外での合意の実施は、特に全ての訴訟関係人が協議に取り込まれるのではない場合には、訴訟関係人の在席・関与権を侵害するおそれをもたらす。

合意の出発点は、被告人の責任の推定である。被告人は、同時に、自らを負罪させる圧力にさらされる(無罪の推定、自己負罪拒否自由の原則(ネモ・テネテュア原則)、疑わしいときは被告人の利益にの原則(プロ・レオ原則)に対する違反〔の疑い〕)。また、被告人の自白は同人に協力を求めるよう圧力がかけられることから刑訴法136 a 条により使用不可能となるのではないか、という点が議論されている。

手続原理の違反に加えて、最後に、特に予断のおそれ(24条2項)が批判される。なぜなら、裁判官は、合意に基づいて、容易に先取りした判断を下すおそれがあり、場合によっては客観的なイメージをそもそも築くことがない可能性が存在するからである。この危険は、特に合意の交渉が中絶した場合、又は「王冠証人」——共同被告人に不利な供述を行わせる合意——において影響し得るのである⁸⁸⁾。

3. 合意を法制化するための法律

a) 体系

[395] aa) 前述した批判(連邦弁護士会や連邦通常裁判所からのもの)にもかかわらず、立法者は、判決合意は手続形成の許される手段であると認める判断を下した。それにもかかわらず、合意に関して、訴訟の目的及び原則を部分的に改めるような独自の訴訟規定を創設することはされなかった。その代りに、合意を刑訴法の既存の規定体系に組み込む方法が採られた。全ての伝統的な訴訟原則、特に裁判所の解明義務(244条2項。Rn 21)は、法律の文言によると、この領域においても無制約に、以後も妥当すべきものとされた(257 c 条1項2文)。したがって、合意に基づく

⁸⁸⁾ 例えば BGH NStZ 2011, 44; BGH StraFo 2012, 222. しかし BGH wistra 2011, 72及び BGH StraFo 2012, 137も見よ。

判決は、以後も、**実体的真実探究**という訴訟目的に沿ったものでなければならぬ。いわゆる**合意原則**⁸⁹⁾は、当事者は判決の基礎となる事実を自由に処分できるとするものであるが、これは、あえて完全に取り入れられなかった。このことは、裁判所は、自白が提供された場合にも、起訴内容を記録に従って義務的に事実点及び法律点において調査することなく、直ちに判決合意に移ることは許されない、ということの意味する⁹⁰⁾。〔しかし、〕合意法の批判者は、実務がこの法的条件を正しく遵守することを疑っている⁹¹⁾。

bb) 新规定は、その大半が、従来の**最高裁判例**⁹²⁾より展開されてきた、合意が許容されるための**最低条件**に従っている。それゆえ、この点に関する従前の判例は、以後も重要性を失っていない。

b) 合意の中心的規定 (257 c 条)

[395 a] aa) 合意法制化の**中心的規定**は、**刑訴法新257 c 条**である。この規定は、**手続を終結させる合意の許容性を明文で認めるとともに** (257c 条 1 項 1 文)、その適用範囲を定めるものである (257 条 2 項, 3 項)。

- 合意が許容されるための基本条件は、合意しなければ採られた措置と約束された措置との間の**不適切な結び付け**が行われないことである。すなわち、履行と反対給付との関連性が担保されるのでなければならない。例えば、被告

⁸⁹⁾ 深めるために *Fezer*, NStZ 2010, 177; *Jahn/Kett-Straub*, StV 2010, 271; *Lüderssen*, S. 526. 批判的見解として *SK-Frister*, § 244 Rn 27 ff; *SK-Velten*, § 257c Rn 34 ff; *WeBlau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren, 2002.

⁹⁰⁾ BGH StV 2009, 232; BGH StV 2011, 647 (*Schlothauer* の結論において肯定的評釈付き); BGH StV 2012, 133.

⁹¹⁾ 代表的なものとして *Fischer*, StraFo 2009, 177, 181; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 532; *Roxin/Schünemann*, § 44 Rn 65; *Theile*, MschrKrim 93 (2010), 147, 158; *Trüg*, StV 2010, 528. しかし, *Kröpil*, JR 2010, 96 も見よ。

⁹²⁾ 基本的なものとして BGHSt 43, 195; BGHSt 50, 40 (大刑事部); *Altwater*, *Rissing-van Saan-FS*, S. 1 ff.

人に対して、同人が他の刑事手続の対象である租税債務を履行したときに、それに対して減刑を約束するということは許されない⁹³⁾。また、保護観察のための執行猶予を、アリバイ証人を放棄することの反対給付として約することも許されない⁹⁴⁾。さらにまた、立法資料によると、裁判所による一定範囲での科刑の約束を、被告人が以後の証拠申請を一般的に放棄することに結び付けることも許されない⁹⁵⁾。〔しかし、〕これらのことが遵守されるかどうかは疑わしい。なぜなら、それは、訴訟行為に関する合意の一般的許容と矛盾するものだからである。

- 一 合意の基本的かつ典型的な構成要素は、被疑者・被告人の**自白**である。これは、刑訴法新257c条2項2文が、単に被疑者・被告人の自白はあらゆる合意の構成要素とされる「べき」である、と表現しているとしても、である。立法者は、この表現をもって、被疑者・被告人は、合意の利益を受けるために絶対的に自白を提供しなければならないわけではないことを明らかにしたのである——他方で、実務は、今後も、被疑者・被告人の自白を常に要求することであろう。立法者は、あえて、「加重された」自白を求めることをしなかった。これにより、公判裁判所にとって必要な評価裁量が、〔自白内容の〕完全性や事後審査可能性など付加的な制限的基準により、個別の事例で非常に限定されるということが避けられた。もっとも、既に裁判所の解明義務からは、内容的に空虚な形式的自白だけで有罪とするための十分な根拠とすることはできないことが導かれる⁹⁶⁾。

⁹³⁾ BGHSt 49, 84, 87. この点について *Beulke/Swoboda*, JZ 2005, 67. 事例は *Nistler*, JuS 2009, 916, 917.

⁹⁴⁾ BGHSt 40, 287, 290.

⁹⁵⁾ BT-Drs. 16/12310, S. 13.

⁹⁶⁾ OLG Celle StV 2011, 341; *Eschenbach*, *Rissing-van Saan-FS*, S. 115, 134.

- 罪責認定及び改善・保安処分は、合意の対象とすることはできない⁹⁷⁾ (257 c 条2項3文)。このことは、例えば、事実及び加重的要素 (例えば武器の所持, 集団による犯行) の存在は当事者の処分に委ねられるものではないことを意味する (事実の取引の禁止)。
- これに対して、判決及びこれに付随する決定の内容とすることができる法効果は、合意の適法な要素である。裁判所は、合意の協議において、刑の上限と下限を告知することができるが (257 c 条3項2文)、特定された刑 (点の刑) を提示することはできない⁹⁸⁾。提案される刑の範囲の確定に関しては、量刑の一般原則 (刑法46条) が適用される。約束される刑の範囲は、決して責任に相応しないほど下回るものであってはならない。そのような場合には、法律上定めがない利益となってしまう (136 a 条1項3文後段 [に違反する])⁹⁹⁾。さらに、裁判所は、自白の減刑効果に関して過剰に大きい制裁較差をもって [合意に応じないことに対して] 圧力をかけてはならない (例えば、合意に応じた場合は3年半であるが、合意に応じない場合は7-8年とするなど)¹⁰⁰⁾。新法によると、保護観察のための刑の執行猶予 (刑法56条) に関する裁判も、「判決の内容」(267条3項4文) 及び「これに付随する決定」(268 a 条1項) として、適法な合意の要素に含まれる¹⁰¹⁾。これに対して、行刑の形式及び態様に関する申合せは、公判裁判所の権限を越えるものである¹⁰²⁾。
- 基礎となる認定手続におけるその他手続に関係する処分も、合意の内容とす

97) BGH StV 2009, 233. 深めるために *Weider*, Rissin-van Saan-FS, S. 731.

98) BGHSt 51, 84, 86; BGH NStZ 2011, 231及び648.

99) BGH StV 2002, 637.

100) BGH StV 2007, 619; *Kempf*, StV 2009, 269, 270.

101) *Burdoft*, Hauptverhandlung, Rn 66; *M-G*, § 257c Rn 12; *Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller*, Teil B § 257c Rn 57. 批判的見解として *Murmann*, StPO, Rn 275.

102) BGH NJW 1995, 2568; BT-Drs. 16/12310, S. 13.

ることができる(257c条2項1文)。例えば、**手続打切りの機会**(153条, 153a条, 154条, 154a条)の取扱いに関する申合せである(検察官において、被疑者・被告人に対する他の刑事手続に関しても申合せをすることができる。そのような約束の拘束力は、検察官の義務付けに関連して、現在なお議論されている。Rn 396eを見よ)⁽¹⁰⁰⁾。また、例えば、**証拠調べの形式**(ビデオ尋問など)に関する申合せも、対象とすることができる⁽¹⁰¹⁾。

- 加えて、**手続関係人の訴訟行為**(例えば、個別の証拠申請の放棄)も、適法な合意の対象となる(結論において257c条2項1文)。もっとも、この点で、関連性の欠如が問題となり得る(前述を見よ)⁽¹⁰²⁾。

[395 b] bb) 合意は、裁判所において、**被告人と検察官が裁判所の提案**⁽¹⁰³⁾に同意した時点で、**拘束力を生ずる**(257c条3項4文)。公訴参加人は、確かに、**刑訴法257c条1項1文の意味で手続関係人**であり、そのような者として合意の協議に参加できるが、しかし、——**弁護人と同様に**——合意の締結を阻止することはできない。拘束力は、——**立法資料によると**⁽¹⁰⁴⁾——**公判裁判所にのみ**妥当し、**上訴裁判所**(控訴審・上告審裁判所)及び**差戻し後の裁判所**(354条2項, 3項)には**妥当しない**とされる。しかし、この点で、**裁判所を拘束する不利益変更禁止**(331条1項, 358条2項)を指摘するだけで被疑者・被告人に十分な保護となるかは、疑わしい。いずれにせよ、**判決破棄及び差戻しの場合の拘束力の消滅**は、それが当初の公判裁判所による合意の違法な取消しを理由とする場合には、全く不適当な

(100) OLG Frankfurt NSTz-RR 2011, 49; Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller, Teil B § 257c Rn 38.

(101) Burdoff, Hauptverhandlung, Rn 65c.

(102) 批判的見解として Murmann, Roxin II-FS, S. 1385, 1394 f; M-G, § 257c Rn 14; Wenske, DRiZ 2011, 393, 397.

(103) BGH NSTz 2011, 592 (全裁判官の評議に基づくことを要するとする)。

(104) BT-Drs. 16/12310, S. 15. 異説として Kuhn, StV 2012, 10.

ものである——この点で、新たな公判裁判所は、例外的に、従前の合意に拘束されなければならない⁽¹⁰⁰⁾。立法の体系からは、刑訴法257c条4項の拘束力は検察官の約束履行に関係ないことが導かれる⁽¹⁰¹⁾（しかし、証拠使用禁止の問題について Rn 396c, 396e を見よ）。

被告人に自白する意思がない又はその他の理由から合意が成立しなかった場合には、被告人は、原則として、同人に提示された刑の範囲を信頼してはならない。ただし、裁判所の側で合意が挫折したにもかかわらず独自の信頼関係が構築された場合（例えば、被告人は「いずれにしても執行猶予」になるとして合意が拒絶された場合⁽¹⁰²⁾）は、これと異なる。裁判所は、この約束から離脱しようとする場合には、刑訴法265条による詳細な指摘をしなければならない（Rn 384を見よ）。

c) 手続状態の協議（160b条, 202a条, 212条, 257b条）

立法者は、全ての手続段階に関して、手続状態を手続関係人といわゆる協議する機会を定めた規定を、刑訴法に導入した（160b条, 202a条, 212条, 257b条）。意思連絡要素の強調により、可視性と手続促進が図られることになるが、被疑者・被告人の側にこのような協議に向けた請求権は基礎付けられなかった。合意（257c条）とは異なり、協議は、拘束力を持たない。また、協議は、絶対的に、合意（257c条）の意味での話し合いによる手続処理に向けられる必要もない。公判内での、例えば、証拠調べに関する裁判所の何らかの評価、といったものでもよい。規定の趣旨は、偶然にも、このような接触と暫定的な手続状態に関する発言は、予断のおそれがあるとして裁判所を非難することにそれ自体で適するものではないことを示した⁽¹⁰³⁾。

(100) Niemöller/Schlothauer/Weider-Weider, Teil C Rn 57.

(101) BT-Drs. 16/12310, S. 13.

(102) BGH StV 2012, 135参照。OLG Celle StV 2012, 394（Schlothauer の積付き）も見よ。

(103) BGH NStZ 2011, 590. 批判的見解として Salditt, I.Roxin-FS, S. 687.

d) 報告・調書化義務

[395 d] 事前に合意(257 c 条)に向けた協議が行われた場合には、公判において、裁判所に報告義務がある(243 条 4 項 1 文)⁽¹¹⁾。可視化の理由から、裁判所に対して——この点で特別の規定がないとしても——、検察官と弁護人との間で行われた合意に向けた話し合いも、公判で公表されなければならない⁽¹²⁾。公判外では、あらゆる協議の本質的内容が、記録にとどめられなければならない(160 b 条, 202 a 条, 212 条)。その他の場では、協議及び合意の本質的経過及び内容は、調書に記載される(273 条 1 項 2 文, 1 a 項 1 文)。合意が成立しなかった場合でも、この事実は、調書に記載されなければならない(273 条 1 a 項 3 文。いわゆる「消極的証明」⁽¹³⁾)。公判調書が合意の存在について積極的にも消極的にも記載されていない場合には、この点で、その証明力が失われる。したがって、問題は、上告審において、自由な証明によって解明されるべきものとなる⁽¹⁴⁾。しかし、連邦憲法裁判所は、公正裁判原則(フェア・トライアル原則)の観点から、自由な証明手続によっても疑いが残る場合には、被疑者・被告人に不利に判断してはならないと説示した。なぜなら、元々の原因は、法定された記録化義務に対する違反の点にあるからである⁽¹⁵⁾。判決に合意(257 c 条)が先行している場合には、合意の成立は、判決理由中で示されなければならない(267 条 3 項 5 文)。これにより、上訴裁判所は、その事後規制義務を適切に果たすことができる。連邦通常裁判所⁽¹⁶⁾は合意の内容及びその成立の事情を判決で示す必要はないと判断しているが、それは、このような法目的に適合しない。

(11) 深めるために OLG Celle StV 2012, 394 (Schlothauer の評釈付き)。

(12) BGH NSTz 2012, 347; Pauly, Rissing-van Saan-FS, S. 425, 431.

(13) 批判的見解として Niemöller, Rissing-van Saan-FS, S. 393 ff.

(14) BGHSt 56, 3 (批判的評釈として W. Bauer, StV 2011, 340)。

(15) BVerfG StV 2012, 385 (Niemöller の評釈付き)。また, Artkämper, StRR 2012, 164 も見よ。

(16) BGH NSTz 2011, 170; M-G, § 267 Rn 23a.

e) 上訴放棄

[395 e] aa) 既に合意法が施行される前から、判決合意に基づく被告人の上訴放棄は、裁判所が対象者に対して刑訴法旧35 a 条の定める単純な上訴教示しかしていなかった場合には、無効であるとされていた。このような形で、上訴放棄が合意の対象とされることを防止することが試みられ、当事者の合意が上訴審裁判所による審査を免れることのないように配慮されていた。しかし、連邦通常裁判所大刑事部の見解によると、上訴放棄は、被告人が事前に裁判所から加重的教示の形で、合意に関わらず被告人は上訴を提起することができる」と説明されていた場合には、可能であるとされていた⁽¹¹⁸⁾。学理は、この結論に対して、強く反対の意見を示していた⁽¹¹⁹⁾。

bb) 立法者は、このような疑問に与した。確かに、刑訴法35 a 条3文は、合意の事例に限り、明文で、判例より展開された付加的教示(加重的教示)を、被疑者・被告人は合意がなされたにもかかわらずその判断において自由に上訴を提起することができるという内容をもって行うべきものと定めている。このようにして、被疑者・被告人には、異議申立ての選択肢が改めて知らされるものとなる。しかし、合意の新規定は、判例より展開された保護手段をさらに上回り、合意が行われた場合には、付加的に上訴放棄を一般的に排除している(302条1項2文)。つまり、被疑者・被告人は、「合意に基づく判決」の場合には、有効に上訴を放棄することはできない——被疑者・被告人は、所定の期間内に、全ての上訴を無制約に行うことができる。したがって、上訴の提起は、判決が合意に基づいているという理由で、矛盾

(118) BGHSt 50, 40 (大刑事部。評釈として *Dahs*, NStZ 2005, 580); *Duttge/Schoop*, StV 2005, 421, *Geppert*, JK 10/05, StPO § 302/2, *Rieß*, JR 2005, 430.

(119) *Hellmann*, Rn 698, *Satzger*, JA 2005, 684. 古い文献から *Meyer-Goßner*, NStZ 2004, 216; *Mosbacher* und *Grunst*, NStZ 2004, 52 ff. さらに, *Bömeke, P.*, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren, 2001, S. 134; *Erb*, GA 2000, 511; *Fahl*, ZStW 117 (2005), 605; *Heller*, Die gescheiterte Urteilsabsprache, 2004; *Satzger*, JuS 2000, 1157; *Weigend*, StV 2000, 63, 66を見よ。

する(それゆえ不適法の)行為と位置付けることはできない⁽¹⁰⁹⁾。このことは、合意に基づく判決は上訴期間が経過して初めて確定する、という効果を持つ。

残念ながら、実務は——連邦通常裁判所も承認するが⁽¹¹⁰⁾——、この前進的な解決をかいぐり、差し当たり被告人に上訴させ、その後すぐに(実際の事例では54分後に)、約束に応じてこれを撤回させるという手法を採っている。刑訴法302条1項2文のこのような潜脱は、不適法である。それゆえ、双方の意思表示の組合せ(上訴提起とその後直ちの撤回)は、正しい見解に従い、機能的に上訴放棄と同じものと見て無効とすべきである⁽¹¹¹⁾。

f) 少年刑事手続

[395 f] 刑訴法257c条は少年刑事手続においても等しく適用されるにもかかわらず、立法者の見解によると、少年刑事手続の柱である教育思想は、少年裁判所での合意を基本的に不適格なものとさせる⁽¹¹²⁾。年長少年への少年刑法の適用は合意の対象とすることができないとする従前の判例⁽¹¹³⁾はなおも妥当しているかどうかは、現在のところ、まだ解明されていない。しかし、教育思想の利益において、そのような合意は、なおも不適法というべきである⁽¹¹⁴⁾。

⁽¹⁰⁹⁾ BGHSt 57, 3 (評釈として *Jahn*, JuS 2012, 470)。批判的見解として *Kudlich*, Gutachten, C55; *F-C Schroeder*, JR 2012, 266。異説として BGH StV 2009, 169 (批判的評釈として *Beulke/Witzigmann*, StV 2009, 394); BGH StV 2010, 470。

⁽¹¹⁰⁾ BGHSt 55, 82。批判的見解として、特に *Fischer*, StraFo 2010, 329, 331; *Frisch*, Dencker-FS, S. 95 ff; *Jahn*, JuS 2010, 742; *Malek*, StraFo 2010, 251; *Niemöller*, StV 2010, 474; *Straudinger*, HRRS 2010, 347。

⁽¹¹¹⁾ Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller, Teil B § 302 Rn 16。

⁽¹¹²⁾ BT-Drs. 16/12310, S. 10; *Fahl*, NStZ 2009, 613; *Knauer*, ZJJ 2010, 25。異説として *Nowak*, JR 2010, 248。

⁽¹¹³⁾ BGH StV 2001, 555。

⁽¹¹⁴⁾ *Burnhoff*, Hauptverhandlung, Rn 66a。異説として *Artkämper/ua*, Teil 16 Rn 31; *M-G*, § 257c Rn 7。

4. 拘束力 (257 c 条 4 項)

[396] a) 合意が行われ始めた頃、さしあたり、被告人も刑事訴追機関も、合意に拘束されるものではなかった⁽¹²⁶⁾。合意が遵守されないリスクは、被告人側のみにある⁽¹²⁷⁾。しかし、時が流れて、連邦通常裁判所の判例は、法制化される前から、公正裁判原則に従い、(適法な)合意への公判裁判所の拘束を認めていた——ただし、「重要な新事実」が判明した場合⁽¹²⁸⁾、又は「既にあった重要な事実点又は法律点」が見落とされていた場合⁽¹²⁹⁾を除く。

[396 a] b) 新法は、これに依拠して、——法律上定められた——公判裁判所の合意への拘束 (257 c 条 3 項 4 文) は、**法律上又は事実上重要な事情が見落とされていた場合、又はそれが新たに判明した場合で、それゆえに、裁判所が約束された刑の範囲ではもはや行為又は責任に相応しないと判断するに至ったときには消滅する**、と定めている (257 c 条 4 項 1 文)。この条項により、一義的には、裁判所がさしあたり事実又は法律状況を誤って評価し、それゆえ不相当な刑の範囲を約束していたが、事後にそれに気づいたという事例が捕捉されている。立法者は、裁判所が重要な事情に気づいていなかった場合に誤った又は不適當な判決を下す必要はないことを、確保しようとした。残念ながら、拘束性が消滅する条件は、非常に不明確であり、合意の有効性及び自身の(先)履行の有意性に対する被告人の信頼が容易に裏切られる可能性がある。被告人のこのような不安定な状況は、第2の離脱機会により、さらに強くなる。刑訴法257 c 条 4 項 2 文によると、拘束力は、被告人の以後の訴訟行動が、裁判所の予測の基礎

(126) BGH NJW 1994, 1293.

(127) そのようなものとして BGH StV 2000, 556の公判裁判所。

(128) BGHSt 43, 195, 210; *Kintzi*, Hanack-FS, S. 185; *Kuckein*, Meyer-Goßner-FS, S. 63 ff. 批判的見解として *Satzger*, JA 1998, 98. また, BGH StV 2003, 481 (*Schlothauer* の批判的評釈付き) も見よ。

(129) BGHSt 50, 40, 50; BGH StV 2009, 239.

となった行動に沿わない場合も消滅する。確かに、一義的には、この場合、被告人が約束した行為をしないう、是認されるべき事例が想定され得る——例えば、被告人は、全て自白すると約束したのに、部分的にしか供述しないという場合、である。しかし、合意では特定されていなかったその他の被告人の行為が問題とされるときは、輪郭がぼやけてしまう。例えば、刑訴法238条2項による裁判所への異議申立て (Rn 373以下を見よ)、又は被告人による証人への質問の形式 (Rn 387を見よ)、などである。そうすると、裁判所は、被告人の防御活動に影響を与えることが全く明らかな圧力手段を与えられることになる⁽¹⁰⁾。

[396 b] c) 刑訴法257 c 条5項は、裁判所が約束した結果から離脱する条件と効果について、被告人に教示すべきことを定める。その意味から、この教示は、既に合意の提案と同時に行われなければならない。

この明白な教示義務は、判例より、不当にも、単なる努力義務として位置付けられている。これよると、上告がこの教示規定の違反に基づいている場合には、原則として認容されない。なぜなら、判決は、見かけ上は、この手続違反に基づくものではないからである (337条。Rn 565を見よ)。裁判所が実際にその合意の約束から離脱した場合に限り、判決は、教示が行われなかったことに基づくものとされる⁽¹¹⁾。もっとも、この場合には、いずれにせよ既に刑訴法257 c 条4項3文の使用禁止が適用される (Rn 396cを見よ)。

裁判所は、合意からの離脱を決定したときは、これを被告人に直ちに伝えなければならない (257 c 条4項4文)。このような決定は、裁判所より、客観的事情によって理由付けられなければならない。なぜなら、そのよう

⁽¹⁰⁾ 批判的見解として *Fahl/Geraats*, JA 2009, 791, 796も。

⁽¹¹⁾ BGH *wistra* 2011, 73及び75. 合意に対する上告裁判所のコントロールについて深めるために *Ventzke*, *StraFo* 2012, 212.

な判断は、上告裁判所の規律に服するものだからである⁽¹³²⁾。

5. 合意が挫折又は濫用された場合の帰結

[396 c] a) 合意が挫折した場合の唯一法定された事例は、刑訴法257 c 条4 項1 文後段の撤回の場合である (Rn 396以下を見よ)。しかし、合意の新規定上、個別事例において拘束力が消滅することからどのような帰結が導かれるかは、まだ解明されていない。いずれにしても、立法者は、裁判所が合意から離脱した場合には、被告人が既に提供した自白は使用禁止に該当すると判断しているが、これは支持されるべきものである (257 c 条4 項3 文)。そのようにする限りで、手続の公正さが適切に考慮されるものとなる⁽¹³³⁾。その使用に対する異議申立て (Rn 117, 150, 460a を見よ) は必要ない。なぜなら、この帰結は、法律に基づいて生ずるものだからである⁽¹³⁴⁾。

裁判所の撤回以外にも、合意が実施されず、被疑者・被告人が拘束力が欠けるためその履行を実現しないという状況が想定される⁽¹³⁵⁾。これは、例えば、第1 審の合意に拘束されない上訴審において (Rn 395b を見よ)、改めて公訴事実について審理される場合などである。判例⁽¹³⁶⁾におけるおよそ制限的な解釈傾向に反して、刑訴法257 c 条4 項3 文の法趣旨は、ここでは、公正裁判原則の具体化として、一般化されるものである。被疑者・被告人の履行利益が「裏切られた」場合——つまり、被疑者・被告人が、裁判所から当初約束された刑の範囲を「反対給付」として受けることができない場合——には、合意「契約」の取消しとみなしなければならない。すな

⁽¹³²⁾ *Burnhoff*, Hauptverhandlung, Rn 68h ; *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2629 ; *Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller*, Teil B § 257c Rn 113.

⁽¹³³⁾ この点について詳細は *Beulke/Swoboda*, JZ 2005, 67. また, BGH StV 2009, 629 も見よ。

⁽¹³⁴⁾ *OK-StPO-Eschelbach*, § 257c Rn 36 ; *Velten*, StV 2012, 172, 176.

⁽¹³⁵⁾ そうでなければ、証拠使用禁止の必要性はない : BGH StV 2012, 134.

⁽¹³⁶⁾ 例えば *OLG Nürnberg wistra* 2012, 243 参照。異説として *OLG Düsseldorf StV* 2011, 80.

わち、提供された自白に関して、証拠使用禁止が適用されるべきである⁽³⁷⁾。〔ただし、〕被疑者・被告人が——相応の加重的教示にもかかわらず——、従前の供述を維持し、これを合意が挫折したにもかかわらず自身の弁解の内容とすることを表明した場合に限り、結論が異なり得る (Rn 396e を見よ)⁽³⁸⁾。

刑訴法257c 条4 項3 文の証拠使用禁止はどの程度派生效果 (Rn 144を見よ) を持つかという問題については、法律上定めがない。したがって、判例が自身の定立した痕跡端緒 (Rn 232a, 266) を繰り返し、これによって、自白に基づいて得られた全ての証拠を被告人の有罪判決のために使用する、ということが危惧される。もっとも、公正裁判原則の考えを徹底させるならば、少なくとも司法側が拘束力の消滅に責任を負うべき場合 (例えば、裁判所が重要な事実点又は法律点を見落としていた場合。257c 条4 項1 文第1 類型) には、自白に基づいて間接的に得られた証拠についても、証拠使用禁止が適用されるのでなければならない⁽³⁹⁾。

挫折した合意の履行としてなされた被告人のその他の履行又は訴訟上の意思表示 (例えば、証拠申請の撤回、調書の朗読の同意など) によりどのように手続すべきかは、いずれにせよ、まだ解明されていない。特に、この場合に従前の状態に戻り⁽⁴⁰⁾、全ての意思表示は無かったものとして、新たに提供されるのでなければならないとするのか、又は、審理は現在ある状態に基づいて継続することができるのか、という問題は未解明である⁽⁴¹⁾。少なくとも、合意に基づき控えられた訴訟行為は、改めて行うことができる (例えば証拠申請)⁽⁴²⁾。裁判所は、それを、遅すぎるものとして

⁽³⁷⁾ SK-*Velten*, § 257c Rn 48. この方向性に *Kudlich*, JA 2011, 634もある。

⁽³⁸⁾ BGH JRRS 2011, Nr 672 Rz 4 ff.

⁽³⁹⁾ *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625 ; *Murmann* ZIS 2009, 526, 538 ; *Schlothauer/Weider*, StV 2009, 600, 605. 異説として *Bittmann*, wistra 2009, 414, 416.

⁽⁴⁰⁾ これを支持する見解として *Niemöller/Schlothauer/Weider-Weider*, Teil C Rn 78 ff ; *Wenske*, DriZ 2012, 123, 125 f.

⁽⁴¹⁾ これを支持する見解として *Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller*, Teil B § 257c Rn 130 ff.

⁽⁴²⁾ OK-StPO-*Eschelbach*, § 257c Rn 39.

却下することはできない。

[396 d] b) 合意は、それが明白ではなく、合意の内容について関係人間で見解が対立する、すなわち齟齬が生ずることにより、失敗に終わることもある。このような状況は、新法では、先行する協議及び合意自体の重要な点を記録及び調書に記載しておくべき新たな義務により (Rn 395d を見よ)、非常に稀にしか生じず、又は少なくとも被告人にとって証明が困難なものとなっている——特に、記録された結果以外の非公式合意について、拘束力は否定される (Rn 396以下を見よ)。しかし、この範囲内では、公正手続の原則は、齟齬の場合にも、自白について証拠使用禁止が認められることを要求する。被告人が他の証拠から有罪とされ得る場合には、判例の見解によると、付加的に、減刑が考慮されるべきことになる⁽⁴⁴⁾。

[396 e] c) 適法かつその事情において全く明白な合意会話が行われたにもかかわらず、裁判所が申合せは成立していないと考えた場合 (例えば、257 c 条 4 項 1 文又は 2 文の要件を満たしていないのに、より重く処罰した場合) には、被告人は、全ての事象が調書に記録されることに基づいて、拘束力からの違法な逸脱を上訴審で異議申立てする機会を得ることとなる。

検察官が適法な合意であると考えていない場合には、被疑者・被告人の保護は、非常に困難なものとなる。なぜなら、刑法257 c 条 4 項の拘束力は、検察官の約束には適用されないからである (Rn 395b を見よ)。このような事例は、例えば、検察官が経過中の手続において手続関係人間の合意の範囲で刑法154条 2 項による一部打ち切りに同意したが、その後、被告人が自白したにもかかわらず、打ち切りに必要な申立てをしなかったという場合に生ずる。また、検察官は、他の手続において独自に起訴した行為を、刑法154条 1 項により打ち切るのではなく、約束に反してそのまま訴追を継続する、ということもあり得る。そのような場合には、公正手続原則の援用のみが助けとなる (Rn 28 を見よ)。被告人は、検察官が約束を遵守していた

(44) BGHSt 42, 191. この点について *Beulke/Satzger*, JuS 1997, 1077, 1079.

状況に置かれるのでなければならない⁽¹⁴⁾。つまり、経過中の手続において、合意に拘束を受ける裁判所は、例外的に、検察官が当初その打切りに同意していた行為に関して、**手続障害**⁽¹⁵⁾ (Rn 289c, 291以下を見よ)を認めなければならない。なぜなら、裁判所は、刑訴法154条2項による検察官の同意を代理してすることができないからである。検察官が他の行為について、刑訴法154条1項により訴追を見送るのではなく、約束に反して起訴した場合には、他の裁判所にとって、この点で例外的に手続障害が存在する。判例は、基本的にこれを認めているが、しかし、個別事例では、どちらかといえば**量刑の解決**に、すなわち減刑の可能性に傾いている⁽¹⁶⁾。

検察官は、第1審で合意に関与していた場合でも、なお上訴を提起することができる (Rn 395e を見よ)。この場合には、被告人の自白に関して、刑訴法257c条4項3文を類推し、使用禁止が適用されなければならない (Rn 396c を見よ)。なぜなら、立法者の意思によると、控訴審裁判所は、第1審の合意に拘束されないからである。被告人は、この証拠使用禁止の適用について、控訴審裁判所から明示的に教示される必要がある⁽¹⁷⁾。

[396 f] d) 合意法制化の本質的な目的として、立法者の関心は、違法な内容を伴っている可能性がある**非公然の合意**を違法であるとし、そこに**法的拘束力を与えない**という形で阻止するという点にある。裁判所も、被疑者・被告人も、違法に約束されたことを履行することに、保護されるべき利益は認められない。したがって、被疑者・被告人は、**公正裁判**の観点で、違法な約束の自身の部分に拘束されない。このことは、裁判所も同様である：刑訴法257c条4項3文及び302条2文は、密か

(14) SK-*Velten*, § 257c Rn 30.

(15) *Eisenberg*, NStZ 2008, 698 ; *Fezer*, JZ 2008, 1059 ; *Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller*, Teil B § 160b Rn 25 ff 及び *Niemöller*, Teil B § 257c Rn 39 ; *Lindemann*, JR 2009, 82 ; *Sauer*, wistra 2009, 141.

(16) BGHSt 37, 10 ; 52, 165, 172 f.

(17) OLG Düsseldorf StV 2011, 80 (肯定的評釈として *Mosbacher*, JuS 2011, 708)。批判的見解として *Moldenhauer/Wenske*, NStZ 2012, 184.

な取引が行われた場合も、被告人に有利となるよう類推適用され、これによって、約束された自白は使用不可能であり⁽¹⁴⁸⁾、上訴放棄が表明された場合はこれを無効⁽¹⁴⁹⁾とみなすべきである。そうでなければ、密かな合意は、上告裁判所の規制を免れることになるか、少なくとも——自白が使用可能であることに鑑みて——（ここで違法な行為をした）訴追側にとって「危険がない」ものになってしまう。合意法の実体面及び手続面の規定を無視して密かに合意を行った手続関係人は⁽¹⁵⁰⁾、——個別にはまだ解明されていないが——枉法罪（刑法339条）及び場合によっては処罰妨害罪（刑法258条、258 a条）により処罰を受ける可能性がある⁽¹⁵¹⁾。

[396 g] e) 合意に向けた話合いの中で被疑者・被告人に対して違法な圧力がかけられた場合には、被疑者・被告人は、上訴審において、**刑法136 a条**に対する違反を主張することができる。もっとも、判例は、自白に向けた違法な圧力を認めるに必要な証明について、極めて高度の要件を課している：そのような根拠は、公判調書から導かれなければならない。少なくとも被告人に弁護人が付されている場合には、同人が違法と考える合意の内容について直ちに異議を申し立て、必要とあれば調書に記載を求めること、又は、そのような事情から忌避申立ての対象とすることを期待することができよう⁽¹⁵²⁾。

(148) OLG Düsseldorf StV 2011, 80; SK-Velten, § 257c Rn 32, 49; OK-StPO/*Eschelbach*, § 257c Rn 36. 異説として BGH StV 2010, 673 (批判的評釈として *F. Meyer*; HRRS 2011, 17); *Jahn*, StV 2011, 497, 500 f.

(149) OLG Celle StV 2012, 141 (*Meyer-Goßner* の肯定的評釈付き); *Schlothauer*, StraFo 2011, 487, 496; *Knauer/Lickleder*, NStZ 2012, 366, 377; *Kudlich*, Gutachten, C56. BGH NStZ 2011, 473では未解決とされた。異説として *Kirsch*, StraFo 2010, 96, 101.

(150) 実務からの報告として *Hamm*, Dencker-FS, S. 147; *Nobis*, StRR 2012, 84参照。

(151) この点について *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 120 ff; *Dießner*, StV 2011, 43; FA-Strafrecht-*Satzger*, 8. Teil Kap 3 Rn 72 ff; *Niemöller/Schlothauer/Weider-Schlothauer*, Teil D Rn 47 ff.

(152) BGH StV 2010, 293.

V. 公判の新たな形／捜査手続への前倒し

[397] 公判の新たな形は、ここ数十年の中心的課題の1つである。特に、被告人の人格性保護と裁判官の客観性強化を目指して、英米のモデルにならい、公判の二分割化が導入されるべきである(いわゆる行為・責任二分割論)。第1の段階では、被告人は犯罪を実行したのかどうかという問題のみ解明され、裁判所の中間評議でこの点を確定した後に、第2段階で初めて、被告人の生活状況、特別な人的関係、ここで科されるべき制裁について検討を行う⁽¹⁵³⁾。

しかし、近時、そのような非常に良い改革の考え方から離れて、全体として実証済みの構造を維持した上で刑事手続法の現代化及び一層の展開が試みられている⁽¹⁵⁴⁾。多くの構想が示されているが、特に当時の政権与党と司法省による、2004年刑事手続の改革に向けた草案⁽¹⁵⁵⁾は、中間手続と、特に公判手続の負担を軽減することを目指すものであった。例えば、迅速で、厳格な処罰に向けた、そして——最も期待される——実効的な公判を実現するために、証拠調べの本質的要素を捜査手続に前倒しすべきものとされていた。事前に行われた証拠調べは、調書及びビデオ録画をもって公判に「送られる」⁽¹⁵⁶⁾ものとされる。これと並行して、弁護側の権利も、当事者主義的な捜査手続の意味において強化すべきとされる⁽¹⁵⁷⁾。

⁽¹⁵³⁾ この点について *Alternativ-Entwurf: Novelle zur Strafprozeßordnung, Reform der Hauptverhandlung*, bearb. von *J. Baumann* ua, 1985; *Kaiser, Lenckner-FS*, S. 781, 792 ff を見よ。

⁽¹⁵⁴⁾ 刑事手続における法的事実探知に関する現在の結論は *Albrecht*, S. 8 ff を見よ。

⁽¹⁵⁵⁾ *StV* 2004, 228. また, *Entwurf für die Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahren des DAV*, *AnwBl.* 2006, 24 も見よ。

⁽¹⁵⁶⁾ この点についての批判的見解として *Walther*, *JZ* 2004, 1107. 深めるために *Beulke, Rieß-FS*, S. 6; *Heghmanns*, *JA* 2002, 985; *Rieß*, *Schlüchter-GS* S. 15; *Nack/Park/Brauneisen*, *NStZ* 2011, 310; *Satzger*, *Gutachten*, C47; *ders.*, *StraFO* 2006, 45; *Schöch*, *Schlüchter-GS*, S. 29; *Weigend*, *ZStW* 113 (2001), 271; *ders.*, *Eisenberg-FS*, S. 657; *Wohlens*, *GA* 2005, 11.

⁽¹⁵⁷⁾ *Deckers*, *StraFo* 2006, 269; *Freyschmidt/Ignor*, *NStZ* 2004, 465; *Schlothauer/Weider*, *StV* 2004, 504.

全体として、刑事訴訟の合意的要素は、新たな「意思伝達（コミュニケーション）文化」によって拡張され、これが刑事手続の可視化を高めるものとされている⁽¹⁵⁵⁾。

[398] 事例46の解決：

a) 解決は、Rn 371の列挙で示すとおりである。

b) 公判は、原則として3週間以内であれば中断することができ（228条1項1文後段、229条1項）、その後継続することができる。これに対して、中断が3週間の上限を超える場合には、公判は停止される（228条1項1文前段）。停止の場合には、審理は、全て初めからやり直さなければならない（229条4項）。詳細はRn 381を見よ。

[399] 事例47の解決：裁判長が被告人に対して証人供述のメモを取ることを禁止するのは、刑訴法248条1項の意味での公判における訴訟指揮に基づく措置である。この場合、裁判長は、その実体的指揮権を違法に行使したことになる。なぜなら、メモを取ることを禁止は、防御の準備を不当に侵害するものだからである。しかし、Aは、その上告を刑訴法338条8号に基づいて提起することはできない。なぜなら、A（及びその弁護人）は、裁判長の命令に対して裁判所の決定（238条2項）を求めていないが、これは、刑訴法338条8号により明文で要求されていることだからである。通説によると、Aは、その上告を刑訴法337条に基づいて提起することもできない。なぜなら、Aは、裁判所に異議を申し立てなかったことにより、

(155) *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539; *Hassemer*, Hamm-FS S. 171; *Heghmanns*, JA 2002, 985; *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427; *Salditt*, ZStW 115 (2003), 570; *Weßlau*, S. 65; *dies.*, StraFo 2007, 1. 刑事手続改革案 (StV 2004, 228) も見よ。この点について *Zypries*, StraFo 2004, 221; *Beulke*, Rieß-FS, S. 3; *Freund*, GA 2002, 82; *Heghmanns*, JA 2002, 985; *Ignor/Matt*, StV 2002, 102; *E. Müller*, DAV-FS, S. 681; *Schünemann*, GA 2008, 314 も見よ。全体の問題について *Satzger*, Gutachten, C47がある。

この責問権を喪失しているからである。これに対して、的確な見解によると、このような責問権喪失は存在しない。詳細は Rn 375 を見よ。

[400] 事例48の解決：刑事裁判所での公判は、公開で行われなければならない(裁判所構成法169条)。非公開の公判に基づいて判決が下された場合には、刑訴法338条6号の絶対的上告事由に該当する。しかし、公開性の保障は無制約ではない。例えば、法廷が満員になったため閉鎖した場合には、裁判所構成法169条に違反しない。判例によると、本問の場合も、裁判所が公開性の制限に気づいておらず、また気づくことができなかった場合には、同様の結論となる(BGHSt 21, 72, 74)。しかし、この解釈は疑問である。なぜなら、裁判所構成法169条において、過失の有無は問われていないからである。それゆえ、軽微とはいえない立入りの障害があった場合には、裁判所の認識可能性にかかわらず、刑訴法338条6号による上告が認められなければならない。詳細は Rn 376, 380 を見よ。

[401] 事例49の解決：

a) 公判において、刑訴法257c条により、手続関係人の中で合意が行われた。この合意は適法であり、約束が後に破綻することを許す理由もないことから(257c条1項, 2項)、この合意は、裁判所を拘束するが、検察官はこの拘束を受けない。しかし、公正手続原則からは、被告人は、あたかも検察官がその約束を履行した場合の地位に置かれるべきことが導かれる。つまり、裁判所は、刑訴法154条2項により要求される検察官の申立てを代って行うことができないから、結論として、一部打切りの対象とされた行為に関して手続障害を認めなければならない。すなわち、この行為に関して、手続は、判決により打ち切られなければならない(260条3項)。もっとも、この解決は、判例上まだ承認されていない。確かに、判例は、このような手続障害を「最終手段」として可能であるとしているが、しかし、公正裁判原則からは、主に本質的な減刑の要請を認めるのみである。

しかし、このような解決では、被疑者・被告人に対して、他の手続関係人による合意の機会が濫用的に扱われることに対する僅かな保護しか与えられない。詳細は Rn 290以下, 394以下を見よ。

[401 a] b) この場合、検察官と被疑者・被告人との接触は、いわゆる協議(160 b 条)に限定される。合意の法的拘束性(257 c 条 4 項)は、協議の結果には及ばない。しかし、協議の結果から逸脱した場合は、公正手続原則(基本法20条 3 項)に対する違反であり、刑罰権消耗の帰結も認められるべきである。したがって、刑事裁判官は、第2の窃盗に関する公判の不開始を決定しなければならない(204条)。残念ながら、判例は、——前述 a で述べたのと同様に——この場合にも、減刑しか認めていない。なお、Aは、異議申立ての放棄を事後的に取り消して、この間に異議申立て期間が経過したため原状回復を申し立てるという方法で、第1の窃盗に関する前の略式命令手続を続けることはできない。すなわち、訴訟上の意思表示は、基本的に、意思の瑕疵によって取り消すことはできないのである。詳細は Rn 300以下, 394以下を見よ。