

〔翻訳〕

フリードリッヒ・クリスチャン・シユロエダー著「刑事訴訟法」第三版（四）

吉田 宣之 訳

第二七節 証拠調べ

一、概説

（一）公判の中核としての証拠調べ

証拠調べは、ドイツ刑事訴訟における最も重要な部分、すなわち、中核である。それは、以下のような基礎によっている。すなわち、

a) 行為刑法にあつては、処罰は、行為の存在および、同時に、外的な経過を前提としている。

b) 法治国家的刑法は、犯罪行為が行われたという単なる嫌疑で十分であるとすることはできず、この行為の証拠を要求する。この要請は、現在では、人権として承認されるに至った。ヨーロッパ人権条約六条二項、および、市民の権利と政治的権利についての国際条約一四二条二項によれば、すべての被告人は、法定の手続によって責任が証明されるまで、無責であると取扱われるという要請、すなわち、所謂無罪の推定を要求する権利を持っている（詳しくは、下記四三節）。また、刑事訴訟法も、多くの箇所、行為の証明の必要性について定めている。刑事訴訟法二四四条二項によれば、裁判所は、真実を追求する。刑事訴訟法二六一条によれば、裁判所は、行為について確信を抱かなければ、

ればならない。犯罪行為の法定要件が見出されるべき犯罪事実は、証明されたと看做されることが必要である（刑事訴訟法二六七条一項一文）。

c) 有罪は、公判の証拠によつて基礎づけられることが必要である。これは、—既に考察された、公判で真実発見のために包括的な追求をするという裁判所の義務（刑事訴訟法二四四条二項）に加えて—特に、裁判所が「弁論の総体」からその確信を創造すると規定する刑事訴訟法二六一一条から導かれるのである。この要請は、直接性の原則の一部分を構成するものである。また、刑事訴訟法二六四条によれば、判決発見の対象は、公判の結果である。検察庁も、公訴を提起しなければならぬか否かを決定しなければならぬし、また、証拠保全のためにも証拠を提出しなければならないのであるから、ドイツ刑事訴訟法においては、不幸にも、証拠調べの二段階性が生じている。

## (二) 証拠調べの二大原則

真実発見を最大限度確保するために、刑事訴訟法は、二つの原則を組み合わせ、しかも、その重複を厭わなかった。

### a) 職務上の真実追求

裁判所は、職務で、判決にとつて意味があると思われるあらゆる事実および証拠方法について証拠調べを拡大しなければならぬ（刑事訴訟法二四四条二項）。この基本原則は、以前は、「糾問主義」と呼ばれたが、糾問手続への連想を避けるために、むしろ、教導主義 (Instruktionsmaxime) と表現すべきであろう。一般には、捜査の原則、真実追求義務あるいは釈明義務とも言われている。裁判官は、それまでの証拠調べによつて基礎づけられた、判断されるべき事象についての認識を変更しようと考えた場合には、証拠方法を創造しなければならぬ。

## b) 証拠調べ請求権

さらに、刑事訴訟法は、手続関係人に固有の発議権をも、証拠調べの請求権という形式で付与している。刑事訴訟法は、この重要な権利を不許可および証拠調べ請求の拒否の可能性という消極的な形式で考慮しているのである(刑事訴訟法二四四三条三項ないし六項)。刑事訴訟法二四四二条二項と三項ないし六項との間には、重要な文章がある。すなわち、関係人は、証拠調べの請求をなしうる権利を有すると。証人に関しては、このような権利は、むしろ、人権である(ヨーロッパ人権条約六条三項、市民の権利と政治的権利についての国際条約一四三条三項e)。手続関係人の、そのような証拠調べ請求権は、それ自体として見れば、刑事訴訟法二四四二条二項による裁判所の包括的な真実追求義務に無駄を追加しているように見えるかもしれない。しかし、法律は、一定の裁量範囲を考慮している。それ故に、刑事訴訟法二四四二条二項による釈明義務を理由とする上告は、成功することは極稀である。釈明義務は、既に、新たな認識の「ほんのわずかな可能性」がある場合であっても、あり、しかも、裁判官の行為は過小であるよりは、むしろ、過多でなければならぬ(BGH 23, 188) という定式的表現は、一般的には、あまりにも広範な表現であると見られている。釈明義務に対する違反があるとするためには、専ら、事態がさらに広範な証拠方法の利用を裁判所に強制するか、あるいは、これを少なくとも促すことが必要であるとされている(BGH 3, 175)。それ故、証拠調べ請求権によって、裁判所は、自身がそれを不要であると考えような場合であっても、立証へと強制され得るのである(BGH 21, 124; 32, 73)。

詳細な文献：Julius: Zum Verhältnis von Aufklärungspflicht und Beweisanzugsrecht im Strafprozess, NSIZ 1986, 61; Wessels: Die Aufklärungsrüge im Strafprozess, JuS 1961, 1; Frister: Das Verhältnis von Beweisanzugsrecht und gerichtlicher Aufklärungspflicht im Strafprozess, ZStW 105, 340; Gössel: Der falsche Weg zum richtigen Ziel, JR 1995, 364 (m. Erwiderung Poth JR

1996,99).

証拠調べ請求は、証明対象のための証拠方法が何かを明らかにしなければならない。特に、証人は何かを証言することができるのであるから、一定の証拠事実(証明の対象)を主張し、一定の証拠方法を摘示しかつ説明しなければならない(所謂牽連性<sup>1</sup> Schlicher/Dutge NSZ 1998, 618 の評釈のある BGH 43, 329)。他方、単なる証拠の提起あるいは証拠捜査の請求、たとえば、不確定的な結果を伴う専門家の鑑定<sup>2</sup>の請求の場合、不確定的証人の尋問あるいは書証あるいは記録の収集の説明の場合には、この点が問題になる(BGH 30, 142)。

訴訟行為は、原則的には、無条件でなければならないはずであるが、予備的証拠調べ請求および補助的証拠調べ請求の許容性も、認められている。これは、一定の、訴訟上の結果が発生する場合についてのみなされる証拠調べ請求である。特に、補助的証拠調べ請求は、被告人に無罪を言い渡すことは無いであろうと思われる場合に、弁護人が最終弁論において好んで用いる手段である。煩雑で、しかも、手間のかかる補助的証拠調べ請求をすることで、弁護人は、裁判所に圧力を加えようとしているのである——強要罪未遂のある種の、許された形式である。

## 二、公判における証拠禁止

裁判所の真実追求義務は、既に、捜査の段階で考慮されなければならない。しかし、所謂「証拠禁止」によって制限されている。また、公判における証拠調べ請求は、証拠提出が「許されていない」場合には、却下されなければならない(刑事訴訟法二四四条三項一文、アンダーライン)。

公判においては、さらに、以下のような公判特有の——証拠禁止が、加わる。すなわち、

(一) 供述の自由についての告知

被告人は、事実に関する尋問に先立って、供述の自由について告知されなければならない(刑事訴訟法二四三條四項)。このことは、「証拠禁止」という表現方法に翻訳すれば、次のような意味である。すなわち、供述の自由の告知のない被告人の尋問は、許されない。その限りで、「証拠禁止」が存在している。

(二) 公判への持込禁止

a) 朗読、被尋問者の取調、録音テープの再生、および、検証による公判への証拠方法の持込が、基本権を侵害する限りにおいて、公判への持込は、許されない。そのように、BGH 14, 303 は、秘密裏に録音された録音テープの試聴を、また、BGH 31, 297 は、電話の受話器を正しく置かなかったために録音された室内の会話を、xviiiに、BGH 34, 43 は、秘密裏に作成された声のサンプルの再生を、それぞれ不許可としている。また、一身専属的内容の日記の文章を—いづれにしろ比較的重い犯罪の事案を除いてであるが—公判へ持込むことをも許さなかった(BGH 19, 334)。

b) 加えて、刑事訴訟法は、公判への証拠方法の持込について、一定の形式を規定し、そうすることで、公判への持込について特別な禁止を作り出している。

ある人の知覚についての証拠調べの際の形式は、これを公判で証人として尋問することである。尋問を、書面による意思表示、あるいは、以前の尋問の記録の朗読に代えることは、許されない(刑事訴訟法二五〇条)、所謂直接性の原則。

直接性の原則は、伝聞証人、すなわち、他人の供述についての証人の尋問を禁止してはいない。そこには、まずもって、犯罪の証拠として重要な、他人の供述を偶然聞いたすべての人が、含まれる。特に、しばしば、犯罪者は、その行為を自慢するものであるし、他人に話して良心の呵責を軽くしなければならぬからである。さらに、警察は、以前より、その捜査活動を暗黒界にいる諜報員（「秘密の人」）によって支えている。近時、そのような秘密の人は、特に、犯罪行為の隠匿化傾向のため、組織化された犯罪、および、麻薬犯罪に関して、ますます重要になっている。捜査機関は、秘密の人、さらには、隠密捜査官を組織に潜伏させている場合には、糸操り人形使いとして犯罪を立証することができると過ぎない（BGH 32, 120f. に手段の記述がある）。これらの人が証人として登場するのは、彼らの偽装を解き、次の活動を不可能にしようし、また、しばしば、生命、身体の危殆化をもたらすだけではなく、暗黒界からの脱出の自由をも奪うことになる。このような理由から、捜査官庁は、秘密の人の認識を直接的にではなく、間接的に、すなわち、尋問調書の朗読、あるいは、秘密の人を指導したか、あるいは、尋問した警察官の尋問によって、公判に持出すように努めている。

詳細な文献：Geppert, Der Zeuge vom Hörensagen, Jura 1991, 538.

直接性の原則には、しかしながら、—刑事手続のほぼすべての「原則」についてと同様に—例外がある…

aa) 証人、鑑定人あるいは共同被疑者・被告人の在廷が不可能であったり、または、期待できない場合、以前の、裁判官による（—アンダーライン）尋問の供述録取書（調書）が、朗読される（刑事訴訟法二五一条一項一号ないし三号）。同様のことは、検察官、被告人および—存在する限りで—弁護人が、朗読に同意した場合にも、行われる（刑事訴訟

法二五一条一項四号)。

これに対して、他の(アンダーライン)、特に、検察による、また、警察による尋問の供述録取書の朗読可能性は、さらに制限されたものとなっている。これが許されるのは、裁判所による証人、鑑定人あるいは共同被疑者・被告人に対する尋問が不可能である(それ故に、単に期待不可能であるに過ぎないのではなく)場合(刑事訴訟法二二三条によつて一時的に委託されてであつても)であつて、しかも、被告人に弁護人が付されている場合であつて、かつ、合意がある場合(刑事訴訟法二五一条二項一文)に限られている。

証人の滞在場所を突き止めることが不可能であること、刑事訴訟法二五一条一項一号、二号による、公判への証人の出頭を妨害する障害を排除できないこと、および、刑事訴訟法二五一条二項二文による、証人の尋問が不可能であることは、まとめて、証人の「確保不能」と把握されている。「確保不能」を決定する際には、引延し禁止(下記四二節)と訴訟事実の意味とを衡量することが、許される(BGH 22, 120; 32, 73)。

このような(刑事訴訟法二五一条一項一号による、証人の死亡、精神病あるいは居所不明の場合以外の)諸場合にあつては、現在では、真実の追求に必要である限り、次の行為が許される。すなわち、

—ビデオ中継(刑事訴訟法二四七条a後段)、

—それ以前に行われた尋問(捜査手続からは、刑事訴訟法五八条a、一六八条eが、他の公判からは、刑事訴訟法二四七条a五文)のビデオ記録の上映、刑事訴訟法二五五条a一項。

公判に証人が在廷する必要性という直接性の原則に違反することも、さらに、次のような場合には、許される。すなわち、

—未成年者に対する一定の犯罪に関する手続における、一六歳未満の証人の場合…ビデオ記録の上映(刑事訴訟法

二五五条 a 二項)、

— 公判で、被告人を遠ざけ、公開性を排除した上で尋問をする場合でもなお、証人の安全への重大な不利益の可能性がある場合…ビデオ中継(刑事訴訟法二四七条 a 前段)。

直接性の原則を回避するための条件は、常に、裁判所の決定である(刑事訴訟法二四七条 a、二五一条四項、二五五条 a 一項; Diemer NJW 1999, 1675)。

詳細な文献: Lesch: Die Grundsätze der Mündlichkeit und Öffentlichkeit im Strafverfahren, JA 1995, 691; Diemer: Der Einsatz der Videotechnik in der Hauptverhandlung, NJW 1999, 1667; Meurer: Zeugenschutz und Unmittelbarkeitsgrundsatz, Jus 1999, 937.

bb) 証人が、警察や検察庁あるいは捜査裁判官の面前では、刑事訴訟法五二条の証言拒否権を行使しなかったのに、公判で、初めて、—被告人と対決し、事態の重大性に気付いて、時には、証人が被告人に恐怖を覚えさせられたような場合にも—、この権利を行使するという場合も稀ではない。刑事訴訟法二五二条は、それ故、刑事訴訟法二五〇条の例外を規定している刑事訴訟法二五一条の再度の例外である。帝国裁判所は、以前の尋問者(警察官、検察官、裁判官)を以前の供述の証人として尋問するという迂回路を思いついた。というのも、刑事訴訟法二五二条は、以前の供述の「朗読」を禁止しているに過ぎないからである。学説における支配的見解は、しかしながら、これを法律の網の目をくぐるものと考え、刑事訴訟法二五二条の「朗読」禁止は、すべての「利用」を排除するものであると主張している。

連邦裁判所は、このような見解を裁判官でない尋問者、それ故、警察官、検察官についても認めることを決断した。



裁判官の場合には、警察や検察庁と異なり、証人に証言拒否権を告知しなければならないために、証人は、自らの証言拒否権を知っていること、公判における証言拒否権は、それを一回行使すると、遡及効を持った取消の不許可となってしまうことを理由としていた (BGH 2, 90)。一九六四年の所謂刑事訴訟法小改正によって、今では、警察や検察庁についても、証言拒否権の教示が義務付けられることになった (刑事訴訟法一六一条 a 一項二文、一六三条 a 五項)。注目すべきは、連邦裁判所が、以前になされた証人の供述についての警察と検察庁に対する尋問不可能性の原則に固執し、それ以来、その根拠を、裁判官による尋問は、それ以外の者によるものよりも高度な信頼を享受するという点に求めていることである。

実際的には、連邦裁判所の「中庸的解決」は、正当化されるように思われる。公判に至つての証言拒否権の行使は、著しい浪費を伴う。司法は、公判に至るまで、近親者に「必要以上に長い間気をもませる」ために、存在しているのではない。捜査裁判官による尋問の場合、証人は、事態の重大性、すなわち、彼が証言拒否権の行使に関する最終的な衡量をする立場にあるということをも十二分に認識しているべきである。同旨であるのは、また、BGH 45, 346。すなわち、効果的な刑事訴追の利益は、公判までの証人の意思決定の自由に優先する。

cc) 証人の記憶の欠如あるいは以前の証言との矛盾の場合、以前の記録の中の該当箇所を朗読することができる (刑事訴訟法二五三条)。

dd) 裁判官の記録の中に含まれている被告人の自白の朗読は、許される (刑事訴訟法二五四条)。

ee) 公の官庁および法廷医の証言や鑑定、重大ではない傷害についての医師の診断書 (刑事訴訟法二二六条)、同様に、

タコグラフの評価、血液型あるいは血中アルコール濃度の決定についての鑑定書は、朗読できる（刑事訴訟法二五六条）。

### 三、証拠申請の却下

申請された証拠提出が許されない場合は除いて（上記二参照）、証拠申請は、一定の、法律で厳格に規定された理由がある場合にのみ、却下される。すなわち、

#### (一) 検証の履踐の請求、あるいは、外国にいる証人に対する尋問の請求

これら請求は、裁判所の合義務的裁量によって、真実の追求にとって必要ないとされた場合、却下される（刑事訴訟法二四四條五項）。証拠請求却下の可能性は、刑事訴訟法二四四條二項の裁判所の釈明義務の根拠と完全に一致する。それによって、証拠評価の先取り、証拠の先取りが、例外的に許される（BVerfG NJW 1997, 999）。特に、図画あるいは写真は、検分で足りるとされている（BGH NSZ 1981, 310）。検証履踐の請求に対する許されない却下、および、許される却下についての例は、BGH NSZ 1984, 565 および 1988, 88 にある。

#### (二) その他の証拠調申請

その他の証拠調申請、すなわち、証人および鑑定人に対する尋問、および、書証の朗読については、刑事訴訟法二四四條三項二文が、七個の却下理由を列挙している。すなわち、

a) 顕著性（アンダーライン）は、公知性（分別のある人が、原則的に、知っている事実や経験則、あるいは、信頼

できる情報源から、特別の専門知識なしに、確実に知識を得る事のできる事実や経験則、特に、地理学上や歴史上の事実、自然法則) や裁判所に対する顕著性(判断しなければならぬ裁判官が、他の手続から獲得した事実や経験則)、BGH 26, 59。

b) 無意味性(アンダーライン)は、法律上の(たとえば、刑罰阻却事由の存在)あるいは事実上の根拠に基づく。後者の根拠は、特に、事実が可能的な、しかし、必然的ではない帰結を許す場合に、妥当する。

c) 証拠によって証明された事実、その逆ではない事実の証明済み(アンダーライン)。この制限は、無意味性あるいは完全な不適切性の承認によって回避されてはならない(Herdegen NSZ 1997, 505の評釈のあるBGH NJW 1997, 2762; Wohlers StV 1997, 567)。提出された証拠と申請された証拠の間には、機会均等原則が、妥当する(BGH StV 1986, 419)。

d) 証拠方法の完全な不適切性という証拠却下理由(アンダーライン)は、証拠評価の許されない先取りを回避するために、厳格に解釈されなければならない。それには、たとえば、預言者の尋問(BGH NJW 1978, 207)、不十分な検査方法による鑑定人、あるいは、犯罪地での再現不可能な諸関係についての検証の履践と、偏見のある鑑定人が、含まれている(刑事訴訟法七四条、BGH StV 1999, 576参照)。証人の信用不可能性は、証人を、極稀な例外的場合に限り、完全に不適切な証拠方法とする(BGH NSZ 1984, 42; テロ組織の構成員)。

e) 証人の確保不能(アンダーライン)は、既に、証人のそれ以前の尋問を記録した調査の朗読可能性の際に、述べた。確保可能と考えられるものには、現在、刑事訴訟法二四七条 a による視聴覚機器を用いた遠隔尋問 (Dutige NSZ 2000, 158 の評釈のある BGH 45, 183; Rose JR 2000, 77)。刑事訴訟法二五一条におけるのと同様に、刑事訴訟法二四四條三項二文による確保不能の決定の際にも、遅滞禁止(下記四二節参照)が考慮される (BGH NSZ 1982, 127)。

f) 訴訟遅延意図という証拠却下理由(アンダーライン)は、連邦裁判所によって、かなり制限されている。特に、証拠調請求の単なる遅滞では足りないといわれている。証拠調請求は、判決の言渡し開始までは、可能であるし(刑事訴訟法二四六条)、さらに、—当然に、裁判所の裁量によるが—判決理由の言渡しまで受理されるのである。却下には、請求者が、専ら、手続の終了を無期限に遅らせようとする目的であること、すなわち、請求された証拠調べによって手続を彼にとつて有利に変更できないということが意識されているということが証明されること、最終的には、裁判所も請求された証拠調べの無益性を確信することが、必要である (BGH 21, 121; Sander の評釈のある NSZ 1998, 207)。訴訟遅延意図を理由にした、許される却下の例には、いずれについても Meyer の評釈のある BGH JR 1983, 35 と 1985, 35 がある。訴訟遅延意図という証拠却下理由は、複雑に制限されているが、そのことによつて、かえつて、上告の理由付けが大変困難となり、多くの上告がその時点で棄却されることにもなっている(たとえば、BGH NSZ 1986, 520 参照; しかし、成功しているのは、BGH NJW 1992, 2712 の場合)。

g) 所謂真実の仮定(アンダーライン)は、日常的に使われる標語「Geschenkt! (贈物)」を司法的に文章化したものである。この仮定は、裁判所がそれ以上の説明を不可能であると考え、証拠調請求を証拠方法の「完全な不適切

性」を理由に(上記d参照)却下することができなかった場合に、考慮されるものである。そのために、真実の仮定は、「疑わしきは、被告人に有利に」という原則の先取り適用である(Roxin)。その際、証拠調べに伴う手続の遅延(下記四二節参照)も衡量の要素として考慮されうる。裁判所が、判決の中で真実の仮定を尊重していない場合には、その点に、刑事訴訟法二四四条三項二文の違反と公平な手続の請求権の侵害があることになる(上記六節参照: BGH 32, 44)。

### (三) 鑑定証拠における付加的却下理由

加えて、鑑定人の尋問という証拠調申請は、裁判所自身が必要な専門知識を持っているか、あるいは、主張されたものとは逆の事実が、既に、以前の鑑定によって証明されているか、ただし、以前の鑑定が劣っているという一定の理由が存在する場合は別であるが、却下されるのである(刑事訴訟法二四四条四項)。

### (四) 証拠調請求の濫用

この点に関する興味深い判例については、Scheff & JR 1993, 169 の評釈のあと BGH 38, 111; BGH StV 1991, 99; LG Wiesbaden StV 1995, 239<sup>6</sup> および<sup>7</sup> Wohlers 570-1 Herdgen NJW 1997, 2762 にあつて検討をせよ。BGH StV 1997, 567 参照。

詳細な文献 : Schnöder: Die Beweisaufnahme im Strafprozeß unter dem Druck der Auseinandersetzung zwischen Ost und West, ROW 1969, 193; Thole: Der Scheinbeweis Antrag im Strafprozeß, 1992; Herdgen: Das Beweisantragsrecht, NSLZ 1998, 444; 1999, 176; 2000, 1.

(五) 裁判所の決定

証拠調申請の却下は、裁判所の決定を必要とする（刑事訴訟法二四四条六項）が、その決定は理由付けられていないければならない（刑事訴訟法三四条）。けれども、予備的証拠調申請は、申請人が、そうすることで、判決を下す以前の取扱いを放棄しているのであるから、判決理由の中で却下すれば足りる（BGH 32,13）。証拠調申請却下に対する独立した攻撃は、いずれにしろ、不可能である。

四、現在の証拠についての証拠調義務

現在の証拠、すなわち、召喚された、あるいは、出頭した証人および鑑定人と、提出された書証および検証物については、特別の規則が適用される（刑事訴訟法二四五条）。その理由は、このような場合の証拠調には、経費がほとんど掛からないという点にある。しかしながら、このような規則の濫用が、近時、増大している。たとえば、被告人がユダヤ民族の性格上の劣等性を証明するために、旧約聖書を公判に持出すとか（BGH 17, 28）、西方の列強の侵略的意図を証明するために、レーニン全集を持出す（BGH 17, 34）等。けれども、立法者は、一九七九年の刑事手続変更法による刑事訴訟法二四五条の制限によって、濫用の防止という目的を達成するにはしたが、過剰である。

一、それによれば、裁判所によって召喚された証人と鑑定人、および、裁判所あるいは検察庁によって提出された証拠と、被告人および検察庁によって召喚された証人と鑑定人、および、被告人によって提出された証拠とが、区別されるべきことになった。前者についてのみ、職権による証拠調が、必要であるとされている（刑事訴訟法二四五

条一項)。これらの人達や証拠物は、裁判所が公判の準備段階で証拠却下理由を見出し得なかった場合に、裁判所によって召喚され、提出されたものであるため、この職権証拠調は、被告人に何ら利点をもたらすものではない。もし利点があるといえ、公判準備以後に証拠却下理由が発生した場合であっても、また、裁判所がこの点についての見解を変更した場合であっても、裁判所が再度証拠調をしなければならぬという点にあらうか。

二、被告人あるいは検察庁によって召喚された証人および鑑定人、並びに、被告人によって提出された証拠については、出頭の場合であれ、提出の場合であれ、証拠申請がなされなければならない。その際、裁判所は、証人および文書について、通常の証拠調請求の場合とほぼ同じ証拠却下理由を適用することができる。但し、次の場合には制限がある。すなわち、真実の仮定が欠けている(確保可能性が自明である!)こと、証拠却下が、証明されるべき事実の顕著性のみを理由に可能である(顕著性一般、すなわち、証明されるべき事実と反対の事実の顕著性の場合も含む)刑事訴訟法二四四条の場合とは異なる)こと、および、無意味性に代わって関連性が欠如している(それによって、特に、全く異質の証拠の提出の諸場合が含まれることになる)ことである。提出された鑑定の場合、更には、検証物の場合にはなおさらのこと、裁判所の証拠調義務は、刑事訴訟法二四四条四項および五項による通常の証拠調請求の場合より強められている。

詳細な文献：Köhler: Das präsenze Beweismittel nach dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1979, NJW 1979, 348; Marx: Die Verwertung präsenzer Beweismittel nach neuem Recht, NJW 1981, 1415.

## 五、迅速手続の場合、および、略式命令に対する異議後の証拠調の制限

迅速手続においては、参審裁判所においてではあるが、直接主義の例外を多数認め、刑事訴訟法二五一条および二五六条の場合以外にも、供述録取調書および書証は、手続関係人が同意する場合に限って（刑事訴訟法四二〇条一項ないし三項）、朗読され得る。加えて、単独裁判官は、秩序違反法七七条を模範として、解明義務にのみ拘束されているのであって、証拠調請求には拘束されない（刑事訴訟法四二〇条四項）。

このような制限は、略式命令に対する異議後の手続についても妥当する（刑事訴訟法四二一条二項二文）。

## 六、自由な証明

既に述べられたような厳格な規則は、科刑および量刑にとつて重要な事情についての証拠調請求についてのみ適用されるのである。これに対して、訴訟条件および、訴訟手続き上重要であるに過ぎない、その他の事実（たとえば、宣誓についての証人の年齢）については、簡易化された証拠手続、所謂「厳格な証明」に対する「自由な証明」が予定されている。これ等の事実の一部のものについては、刑事訴訟法自体が、簡易化された証拠手続を規定している。特に例を挙げるとすれば、疎明（たとえば、刑事訴訟法五六条）、拡張された書証の朗読（刑事訴訟法二五一条三項）。その他については、自由な証明の手続は、裁判所の合義務的裁量に任されている。特に、文書によるあるいは電話による照会、および、職務上の陳述を求めることもできる。けれども、法律上の聴聞を受ける権利（BGH 21, 87）、および、解明義務（BGH 26, 284）は、*hinjänglich* 妥当する。



しかし、自由な証明の理論によれば、重篤な虐待によって得られた自白強要の主張というようなナーバスな事実もまた、不様式の手続で判断されることになる (BGH 16, 164) ということ考えた時、不快感 (Unbehagen) がこみ上げてくる。このような不快感は、近時、訴訟条件が訴訟の許容性について決定するのみで、—実体法に属する—客観的処罰条件に近似してしまっているという点にも理由がある。

## 第二八節 起訴便宜主義による打切りと公訴の変更

### 一、起訴便宜主義による打切り

起訴便宜主義を理由とする手続の打切りは、一般に、公判においても可能であるとされている (例外・刑事訴訟法一五三条b二項)。もちろん、裁判所がその権限を有しているのであるが、検察庁もそれに対する同意を与えなければならぬ (特に、刑事訴訟法一五三条二項、一五三条a二項、一五四条a二項参照)。

### 二、公訴の変更

しばしば、公判中に、公訴に対する変更が、生ずる。その場合、起訴主義を根拠に、二つの類型が区別されなければならない。

#### (一) 事実あるいは法的判断の変更

事実的基礎 (場所、時間、対象、犯行方法)、あるいは、起訴された犯罪行為に対する法的判断が、変更される。しばしば、両者が同時におこなわれる (たとえば、刑罰加重要件の出現)。このことは、裁判所は、起訴された犯罪行為の内部であれば、提起された請求に拘束されていないのであるから、障害になるものではない (刑事訴訟法

一五五条二項、二六四条二項)。この点は、一般に、許された公訴の「再構成 (Umgestaltung)」と呼ばれている。犯罪行為に対する法的名称を明示した公訴は、被告人に対する事実在即した弁護のための重要な前提条件である (情報機能)。それ故に、被告人は、法的観点の変更については、特に、告知されなければならず、弁護の機会が与えられなければならないのである (刑事訴訟法二六五条一項)。

保護機能を考慮して、この規定は、拡張的に解釈される。ここに規定される「他の」刑法とは、未遂に代わる既遂、不作為に代わる作為を理由とする有罪判決、他の共犯形態による有罪判決、更には、本質を異にする構成要件の選択を理由とする有罪判決を意味すると解釈されるべきである。軽い刑法への移行の場合にも、告知は、必要的である。告知義務は、事実上の基礎が本質的に変更された場合にも適用される (BGH 19, 88)。被告人は、公判の停止の権利、すなわち、公判を新たに開始する権利を持っている (刑事訴訟法二六五条三項、四項)。

公訴の「再構成」の限界は、訴訟上の行為概念から生ずる。許されないのは、刑を無効にする犯罪行為を理由とする公訴を謀殺を理由とする有罪判決へと移行すること (Roxin JR 1984, 346 の評釈のあゝ BGH 32, 215; Jung JZ 1984, 535)、窃盗罪を理由とする公訴を犯罪庇護罪による有罪判決へと移行する点である (Roxin JZ 1988, 260 の評釈のあゝ BGH 35, 80)。

## (二) 新たな犯罪の持込

公判中に、二重処罰の禁止に違反しない限りで、被告人の新たな犯罪が証明された場合、手続への持込は、追起訴という手続によってのみ可能である (刑事訴訟法二六四条、二六六条)。

この点については、被告人の同意が、必要的である。ここでは、訴訟条件が問題となっていないのではない。けれども、

その欠如が、職権によってではないが、上告非難として考慮されるのである。このような場合、確かに、手続の打切りがなされる。しかし、それに加えて、裁判所の決定が、必要的である。この決定は、公判開始決定の作用を持っているし(上記二二章参照)、それ故に、十分な嫌疑の存在を前提にしているのである(刑事訴訟法二〇三条)。持込決定が欠けている場合には、公判開始決定に訴訟条件が欠けていることになり、手続は、判決によって打切られなければならない(刑事訴訟法二六〇条三項; BGH 35, 80)。

詳細な文献: Hilger: Kann auf eine Nachtragsanklage (§ 266 StPO) die Eröffnung des Hauptverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts abgelehnt werden?, JR 1983, 411; Meyer-Göbner: Nachtragsanklage und Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens, JR 1984, 53.

## 第二九節 最終弁論と被告人の最終陳述

### 一、最終弁論

証拠調の終結後に、検察官と被告人は、自らの弁論および申立について陳述をする(刑事訴訟法二五八条一項)。この最終の弁論は、最終弁論あるいは法廷弁論と呼ばれている。被告人が弁護人を擁している場合には、刑事訴訟法二五八条三項からも明らかのように、弁護人も最終弁論の権利を有する。

最終弁論は、基本法一〇三条一項に従った法律上の聴聞を受ける権利から派生するものであり、特に、それが関係人に対し、審理の終結にあたって、事件についての見解を包括的に述べるといふ可能性を保障するのであるから、心理的に大変重要なものである。そのことに対応して、被告人、もしくは、弁護人は、検察官に続いて、陳述することになる。この順序に対する違反は、しかしながら、上告理由ではない。

このような重要な意味の故に、最終弁論は、検察官および弁護人にかかりの負担を強いることになる。その理由は、特に、刑事訴訟法が最終弁論のために審理を中断することを予定していないからである。しばしば、嘆かれる紋切り型の弁論は、このような刑事訴訟法の規定のせいである。弁護人は、それでも検察官の最終弁論の間に弁論を起案する時間的余裕をもっている。それ故、最近では、最終弁論の準備のために、少なくとも三〇分程度の中断をすることを許可しない場合には、刑事訴訟法二五八条一項に違反することになるとの見解が一般化しているが、正当である (KG NSZ 1984, 523)。

検察官は、刑事手続における訴訟上の地位に基づいて、最終弁論をし、そこで事実関係についての事実的および法的評価と、一定の申立をする義務を負っている。弁護人に最終弁論が義務付けられているか否かは、争いのあるところである。多数意見によれば、正当にも、刑事訴訟法一四五条にある「弁護をすることを拒否」との文言に、最終弁論拒否の根拠を見出している (反対は、BGH NSZ 1987, 217)。

弁護人の最終弁論に対しては、検察官に、反論する権利が認められている (刑事訴訟法二五八条二項)。明示的に言及されているわけではないが、弁護人に、この反論に対し再反論する権利が認められている。この権利は、「最終陳述」が弁護人によってもなされうると規定している刑事訴訟法二五八条三項から導かれるものである (OLG Oldenburg NJW 1957, 839)。

## 二、最終陳述

これに引き続き、被告人に、最終陳述の機会が与えられなければならない。刑事訴訟法二五八条二項および三項の規定は、不幸にも明確なものとは言えないが、おおよそ次のように、理解することができる。すなわち、被告人に弁護

人がいない場合、最終弁論と最終陳述とは一致すること、これに対して、弁護人が最終弁論を行った場合には、被告人も自ら最終陳述をなすべきであると。その場合、「最終陳述」は、犯罪行為に対する被告人の個人的な見解を述べたのに役立つのである。長い間、「最終陳述」という概念は、この意味に特殊化され使われてきた。このように理解された「最終陳述」への権利は、人間の尊厳から派生した権利である (BGH 17, 33)。

この範囲では、刑事訴訟法二五八条三項も有意義である。すなわち、被告人は、最終陳述が許可された場合には、弁護人が在廷していても、弁護人が法的観点について述べ、被告人は自らの行為についての個人的な見解をただ一般的に述べることができるに過ぎないなどというような役割分担の指示がなされるべきではなく、むしろ、彼にも、自らの弁護のために、当該事案について具体的かつ個別的に申し立てることができる旨、教示されるべきである (見解を異にするのは、BGH 18, 86で、それによれば、「最終陳述」は一般的に付与されれば足りるとされている)。最終陳述の意味に鑑みれば、判決が最終陳述の不付与に基づいている場合に限り、例外的に排除されることになる (BGH 22, 281; StV 2000, 296)。

### 第三〇節 判決

#### 一、概説

#### (一) 公判の終結としての判決

公判は、判決の言渡しによって終結する (刑事訴訟法二六〇条一項)。刑事訴訟法の、この規定は、さしあたり、適切な規定とは言い得ない面も持ち合わせている。というのは、公判においては、起訴便宜主義による打切りもあり得るし、また、その場合には、公判は「決定」によって終結されるからである (特に、刑事訴訟法一五三条二

項、一五三条 a 二項、一五四条二項、一五四条 a 二項参照)。しかし、これらは、例外的場合に過ぎない。原則的には、公判は、判決によってのみ終結される。加えて、判決に決定が拘束される場合もあり得る。保護観察付の刑の執行猶予に関する詳細な条件も、未決勾留の継続に関する決定も、判決の中で言渡されるべき決定によって規定されるべきなのである(刑事訴訟法二六八条 a、二六八条 b)。

## (二) 判決の内容

判決は、有罪あるいは無罪、場合によっては、一部無罪の有罪を内容とする。経費の観点から、有罪判決の言渡しを受けた者に一部無罪をより多く認めるために、支配的見解は、論理一貫していると考えられるが、訴訟上の行為概念ではなく、実体法上のそれを用いている。しかしながら、これ等両概念の差異は、それほど大きなものではない。一部無罪の言渡しは、行為者の、多くの行為のうちの一つが証明できなかった場合にのみ、可能なのである。

公判で終局的な(さらには、刑事訴訟法二〇五条のような)手続障害が明らかになった場合、手続きの打切りは、公判の開始前のように一決定によってではなく(刑事訴訟法二〇六条 a)、判決によってのみ可能である(刑事訴訟法二六〇条三項)。刑事訴訟法二〇六条 a の「公判外」という文言は、それ故、公判開始前を意味しているのであって、弁論開始前という意味ではない。Honecker の釈放にあたっては、痛恨の誤りがある、K.G. JR 1993, 127。このような判決は、訴訟判決と呼ばれるのに対して、有罪および無罪の判決は、事実に対して判断するものであるから、実体判決と呼ばれている。刑事訴訟法四一二条による、被告人および弁護人の不出頭を理由とする、略式命令に対する異議の棄却は、単なる訴訟判決である。

## 二、評議および証拠評価

## (一) 評議

判決は、評議の中で獲得される(刑事訴訟法二六〇条一項)。この点について詳しくは、裁判所構成法一九二条ないし一九七条が規定している。それによれば、評議には、判決のために選任された裁判官、また、一裁判長裁判官の許可がある場合—法曹教育に専念している人達(司法修習生・実習としての学生の在廷の可能性を否定するのは、OLG Karlsruhe NJW 1969, 628; 議論の余地がある) および、外国の招待者も出席が許されている(裁判所構成法一九三条)。したがって、検察官および文書官の出席は許されない。すなわち、原則として、「裁判所は評議から身を引く」のである。その様な「身の引き」方は、常に必要であるわけではない。たとえば、検証の行われた場所での判決の言渡しのある迅速手続きの場合、および、短時間で行われた訴訟の部分的追完後の公判の再開の場合等。しかし、このような場合には、裁判所が、既に、事前に、決定づけられているとか、新たな「評議」が単に形式的になわれないに過ぎないというような外観を呈することは、避けられなければならない(BGH 19, 157; 24, 171)。

「評議」の必要性を規定している刑事訴訟法二六〇条一項は、この規定が単独裁判官の面前での多くの公判には適用されないのであるから、概念的には不正確に規定されていると考えられるべきであろうか。「評議」という概念は、形式的に、多くの利害関係人の間で行われる議論と理解されるべきではなく、むしろ、実質的に、証拠の評価による判決の獲得、すなわち、当該刑罰法規への事実の包摂および量刑と理解されるべきである。そのように考える立場からは、単独裁判官の場合にも、「評議」は、必要である。ただし、その場合には、裁判官自身の内面で「評議」がなされることになる。「単独裁判官は、自分自身と評議する」(BGH II, 79)のである。

圧倒的多数を要するとする(裁判所構成法一九六条)一般的规定は、刑事訴訟法二六三条によって特殊化されている。

すなわち、被告人にとって不利益な、責任の問題および犯罪行為に対する法的効果についての決定については、三分の二の多数が必要である。

### (二) 証拠評価の自由

判決の「評議」を構成する最も重要な構成部分は、証拠評価である。証拠調の結果について、裁判所は、刑事訴訟法二六一条に従って、「自由な心証」によって判断する。それ故、裁判所は、証拠の評価について「自由な」のである。裁判所は、ある証人を信じ、他の証人あるいは被告人を信じないでおくことができる。

ともかく、裁判所は、責任について「確信し」なければならぬ。確信は、裁判官の個人的確証である (BGH 10, 208)。むしろ、単に「抽象的な」、「理論的な」、「非合理的な」疑いは、無視してよいし、裁判官に到達されることが期待されている確証についての「過剰な」、「極端な」要求は、避けられなければならない。「生活体験上十分と思われる程度の確実性」で十分である (BGH StV 1999, 5—Monika Weimar 事件)。「合理的な疑い」は、合理的な論拠に基づくものである (BGH NSZ 1988, 237)。かなり以前から、連邦裁判所は、証拠評価に対する上告審における法的審査を強化している。特に、有罪の場合には、確定された事実が、高度の蓋然性を持って、実際の事件の経過を再現できることを要求してゐる (NSZ 1990, 402, 501—女性の同調者が爆破テロに用いるために目覚まし時計を購入したとらう事例, 603; NJW 1999, 1562—ドスタチオアイス事件; Schäfer StV 1995, 147)。

### (三) 証拠評価の自由の制限

加えて、証拠評価の「自由」には、一定の原則によって制限が加えられている。この制限は、本質的には、検察庁



による証拠評価のところ、既に、取り扱われている。裁判所については、以下のような制限が、それに付け加えられている。

a) まず、刑事訴訟法二二一条(「弁論の総体」)から、判決は公判の経過にのみ基づくことが許される、との制限が明らかになる。

b) 「弁論の総体」という概念は、他方、「すべてを合算する」という意味であるから、証拠評価は、公判に提出されたすべての証拠を評価し尽くさなければならないということを意味する。

判例は、ここに、多くの近似的、事実的可能性の中から、ある一つをのみ考察し、他を無視してはならないという禁止を含ませている(BGH 25, 367)。

c) また、裁判所は、一定の、特に、違法に得られた証拠を利用することを禁止している(証拠使用禁止)。公判に適用される証拠禁止は、すべて、結果的には、証拠使用禁止となる。

d) 「in dubio pro reo (疑わしきは、被告人に有利に)」という原則も妥当する。このことは、真実の追究と事実の証明とを要求する諸規定(刑事訴訟法二四四条二項、二六七条一項一文)から、同様に、ヨーロッパ人権条約の六条二項、および、市民の権利と政治的権利についての国際条約一四四条二項に基づく無罪の推定からも、当然に導かれる。防御の主張、たとえば、アリバイ証拠の否定は、単純に、責任の徴憑と評価されてはならない。「疑わしきは、被告人に有利に」という原則の特別の意味は、被告人にとって有利な事実の主張の際にもある(たとえば、刑法二二三条による正当防衛、挑発、事前の相手方の侮辱行為、BGH 10, 373)。たとえ、その様な事実が証明されなかった場合でも、それを仮定することが許される。「疑わしきは、被告人に有利に」の原則は、行為者が犯罪を實現した程度が疑わしい場合(たとえば、基本構成要件かあるいは加重構成要件か、既遂かあるいは未遂か)にも、實現の程度が低い

との前提を許す。近時、連邦裁判所は、このことを、所謂規範倫理的段階関係にある、幫助犯、正犯あるいは教唆犯、過失と故意、完全酩酊と限定責任能力下で犯された犯罪行為についても許している (BGH 32, 57)。

「疑わしきは、被告人に有利に」の原則の例外は、選択的事実認定である。それによれば、裁判官は、被告人が二つの刑罰構成要件—段階関係のない—の中の二つを充足していることが確実であるが、それら二つの構成要件のうちどれであるのか(特に、被告人の下で盗難に合った物が発見された場合の窃盗罪かあるいは贓物罪かのように)の点について確信を得られない場合には、この二つの構成要件に限って、「疑わしきは、被告人に有利に」の原則を適用する必要がなく、択一的な事実的基礎に基づいて有罪判決を言渡すことができるのである (BGH 9, 392)。このような「疑わしきは、被告人に有利に」の原則からの逸脱は、実生活に馴染まない、正義に反する帰結を避けるためである (BGH 12, 388)。

e) 証拠評価について、ここで挙げられた諸原則を、判例は、刑事訴訟法二六一条からの派生原理としてではなく、実体法である刑法の解釈原理であると考えている(たとえば、上告理由に関する重要な結果を含んだ BGH 45, 363, 371)。判決を公判外の出来事に依拠させる場合、あるいは、部分的にはあるが、証拠使用禁止に対する違反の場合に、判例は、刑事訴訟法二六一条に対する侵害があると認めている (BGH 29, 20; 19, 275)。

詳細な文献：Rieß: Zur Revisibilität der freien tatrichterlichen Überzeugung, GA 1978, 257; Niemöller: Die strafgerichtliche Beweiswürdigung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, StV 1984, 431; Löffeler, "in dubio pro reo" — einheitliche Antwort auf alle Zweifelstagen?, JA 1987, 77; G. Schäfer: Freie Beweiswürdigung und revisionsrechtliche Kontrolle, StV 1995, 147.

### 三、判決の言渡し、および、書面による判決

判決と判決書、すなわち、文書による判決とは、区別されるべきである。

#### (一) 判決の言渡し

刑事訴訟法二六〇条一項によって必要とされる「判決の言渡し」は、刑事訴訟法二六八条に詳細に規定されている。それは、弁論の終結に当たってなされるべきであるが、延期も可能である。但し、公判の中断に関する規則に沿ってなされるべきであるし（刑事訴訟法二二九条一項）―十日を超えることはできない（刑事訴訟法二六八条三項…刑事訴訟法二六八条四項にある判決言渡しの「停止 (Aussetzung)」という文言は、それ故、誤りである）。

判決は、国民の名において言渡される（刑事訴訟法二六八条一項）。けれども、この言葉をなおざりにした場合であっても、判決が、破棄されるわけではない。それに続いて、判決主文の朗読が行われる（また、判決要旨あるいは判決の言渡しとも呼ばれる、刑事訴訟法二六八条二項）。ここには、以下の事柄が記載されている（刑事訴訟法二六〇条四項には、不完全にしか示されていない）。すなわち、

- a) 刑罰構成要件の表題名を示し、認定された犯罪行為の法的名称の記載
- b) 法的効果の言渡し
- c) 訴訟費用の言渡し（刑事訴訟法四六四条、四六五条）

無罪の場合には、判決主文は、「被告人は無罪とされる」とのみ記載される。被告人が、証明された責任の不存在を理由に無罪が言渡されたのか、あるいは、証拠の欠如を理由になのかは、無罪の推定の原則（ヨーロッパ人権条約

六条二項、市民の権利と政治的権利についての国際条約一四条二項) のために、判決主文には示されていない。同じことは、被告人が起訴されたいかなる犯罪行為について無罪の言渡しがなされたのかの点についても妥当する。

判決主文の朗読に続いて、判決理由の告知が、行われる(刑事訴訟法二六八条二項一文)。これは、朗読によるか、あるいは、その本質的内容について口頭で伝達される(刑事訴訟法二六八条二項二文)。朗読は、判決理由が事前に文書化されていることを前提にする。しかし、文書化は、非常に稀である。特に、小さい刑事事件については(刑事訴訟法二六八条四項によれば、判決の言渡し「停止」の場合には、「できる限り」と規定されている)。それ故に、刑事訴訟法二六八条二項二文に見られる「判決理由の本質的内容の告知」という文言は、婉曲な表現となっているといえる。判例は、判決の根拠といえる理由は、文書化された理由のみであるという原則を展開している(BGH 7, 370)。判決理由の口頭による告知は、これに対して、裁判所が判決する根拠となった理由について、訴訟関係人に対して、暫定的に、教示するものと考えるべきであるとしている(BGH 8, 4)。それによれば、口頭による判決の理由付けは、多かれ少なかれ、文書化されたものとは異なるものであるとすることが、許されるだけでなく、むしろ、推奨されるべきであるとされている。文書化されたものは、法律家用であるのに対して、口頭によるものは、主として、被告人および公衆用であるとされている。また、このような修正によつて、口頭による判決の理由付けは、特に、短い準備期間のために、困難な任務を背おわされることになっているが、それは、検察官および弁護人の最終弁論についても言えることである。それは、訴訟指揮の一部として、裁判長裁判官の義務とされている(刑事訴訟法二三八条一項)。判決の理由付けは、しかし、文書化された判決を起案するよう決定された、陪席の職業裁判官に委任することが許されている。

判決の言渡しには、最後に、上訴の教示が加えられている(刑事訴訟法三五条 a)。

(二) 書面による判決

判決書は、理由の記載された判決が、既に、公判調書に加えられている(規則的には、微細事件においてのみ)場合に限り、遅滞なく作成されなければならない。苦渋の経験を経て、立法者は、再度の延長の可能性を予定してはいないもの、最大限五週間の期間を設定した(刑事訴訟法二七五条一項)。活字化が遅滞した場合、刑事訴訟法三三八条七号の絶対的上告理由となる。さらなる訴訟上の文書化強制手段は、上告趣意期間が判決の送達以前には開始しない(刑事訴訟法三四五条一項二文)こと、および、同時に、執行可能ではないということである。

文書化された判決の作成は陪席裁判官に割当てられているのであるが、その構成と内容については、刑事訴訟法二六〇条、二六七条および二七五条が規定している。

権利者のすべてが、上訴を断念するか、あるいは、期間内に上訴を提起しなかった場合、簡素化された判決理由、所謂「要約判決」が許されている(刑事訴訟法二六七条四項)。その場合、特に、証拠評価および量刑理由を省略することができる。このことによつて、裁判官の仕事量を削減でき、それ故、適切な「正義との取引」を誘発することになる(上訴放棄に対する見返りとしての減刑およびその逆)。

無罪判決の場合、判決理由によつて、行為者が犯罪を犯したと証明できないのか、あるいは、犯罪行為が証明された―可罰的とは見なされないのか、それ故、無罪判決が、事実的理由からあるいは法的理由からの帰結であるのかが認識可能にされなければならない(刑事訴訟法二六七条五項)。

## 第四章…上訴手続

### 第三一節 総説

#### (一) 人権としての上訴権

刑事判決を上級審によって審査する権利は、市民の権利と政治的権利についての国際条約一四条六項において、人権として承認されている(ヨーロッパ人権条約の付属議定書一四条六項)。

#### (二) 刑事訴訟法の第三篇

刑事訴訟法は、「総則」および「第一審級の手続き」に続いて、第三篇において、「上訴」を取扱っている。この編は、更に、総則規定、抗告、公訴および上告の四章に区別されている。その中で、抗告は、専ら、決定と、裁判官の処分に対して、起訴前手続きにおいて考慮されるものであることは、既に、確認しておいた。抗告は、基本的には、第一審級あるいは控訴審の手続きにおいて出された決定に対して許されるのである(刑事訴訟法三〇四条一項)。しかし、このような広い許容範囲は、判決の言渡しに先行する、認識裁判所の裁判は抗告を免れると規定する刑事訴訟法三〇五条によって、ほぼゼロにまで減らされている。

刑事事件における判決に対する上訴は、控訴(刑事訴訟法三一二条ないし三三二条)と上告(刑事訴訟法三三三条ないし三五八条)であり、もつとも、前者は、区裁判所の判決に対してのみ可能である。控訴と上告を提起する権限は、一後に述べられる付随私訴人と私訴人(二三八章、四〇章)に加えて一検察庁と被疑者・被告人にある(刑事訴訟法二九六条一項)。

### (三) 不利

検察庁が被疑者・被告人のために上訴することもできるとの明示の規定(刑事訴訟法一九六条二項)から、被疑者・被告人はその利益のためにのみ提起することができるという結論が導かれる。そのことは、被疑者・被告人がその地位の改善を目指さなければならないということ、また、彼が、判決によって不利を被ったのでなければならぬということの意味している。不利とは、当事者にとって不利益ということである。それは、申立とは独立している。それ故、懇願していたような、軽い刑罰を得た被告人も、不利を被ったといえる。

不利は、主文から生ずるものである。判決理由のみから生じた負担では、十分ではない。それ故、被告人の無罪判決が、理由中の証拠の不足(BGH 7,153)、責任無能力(BGH 16, 374)あるいは、責任阻却的緊急避難(Schroeder JSt 1980, 336)の評釈のあるBGH NJW 1970, 2053—有名な「Spanner」事件)に基づいている場合には、不利は、存在しなす。

帝国裁判所と連邦裁判所(NJW 1970, 155)は、刑事訴訟法二六〇条三項による、たとえば、時効を理由とする打ち切り判決が出された場合、および、それに代わって、無罪判決が得られた場合について、不利の存在を否定している(この点に反対なのは、正当だと考えるが、OLG Oldenburg NJW 1985, 1177)。

### (四) 上訴の放棄

控訴と上告は、判決言渡し後一週間以内に提起されなければならない(刑事訴訟法三二四条、三四一条)。

このような短い期間が経過する以前であっても、上訴の放棄は可能である(刑事訴訟法三〇二条)。一九六九年以

前には、上訴の放棄の場合にのみ、勾留日数の本刑算入がなされ得たために、このことが、被告人に対する、強い精神的圧迫となっていた(刑事訴訟法四五〇条)。一九六九年以後は、勾留日数は、原則として、放棄しなくても、本刑に算入され得ることになっている(刑法五一条一項一文)。

もっとも、近時増加している刑事訴訟における司法取引が新しい法源になっている。上訴の放棄に、民法典の意思の瑕疵についての規定を、また、刑事訴訟法一三六条 a を類推適用することはできなく(BGH 17, 14)。上訴の放棄は、訴訟上の意思表示として、基本的には、撤回不能であり、取消し不能である。とはいえ、ここでも、刑事訴訟法一三六条 a の「基本思想」は、適用可能である。上訴の放棄は、重大な意思の瑕疵がある場合、特に、それが裁判所の責任であるような場合には、正義の観点から、無効である(BGH 17, 18; NJW 2001, 1435)。

その他、連邦裁判所は、拙速的な上訴の放棄を他の方法を用いて無効にしようとしている。たとえば、上訴の放棄には、上訴の提起と同じ形式が必要であることにしている。それ故、書記課の調書へ記載されるか、あるいは、文書で提起されることが必要である(刑事訴訟法三二四条、三四一条; BGH 18, 257)。加えて、被告人には、弁護人による助言の機会が与えられなければならない(BGH 18, 260; 45, 57)。この可能性については、裁判長裁判官が、被告人に告知しなければならない(BGH 19, 101)。「裁判所を熟知した」被告人については、この限りではないとしているのは、OLG Hamburg NSIZ 1997, 53。判決言渡前の取引<sup>26</sup>は、許されなく(BGH 43, 204; Weigend StV 2000, 63 の評釈のある 45, 227; Römann JR 2001, 31)。しかしながら、放棄は、連邦裁判所の大多数の部によれば、特別な事情が存在する場合に限り、無効とされてくる(Pfeiffer, S 302 Rn. 4 a)。

## (五) 上訴の取下げ



上訴についての判決が下されるまでは、上訴の取下げが、可能である(刑事訴訟法三〇二条)。このことは、しばしば、行われている。特に、判決言渡し後一週間という提起期間は、理由付の文書化された判決の送達前であるため、当事者に、多くの場合において、まず、とりあえず「安全のために」上訴を提起するよう強制することになっている。文書化された判決の見込みがないことが明らかにされた場合には、したがって、取り下げられることになる。取下げの際の意志の瑕疵については、放棄の場合と同じ、原則が適用される。

#### (六) 移審効

上訴について判決するのは、攻撃される判決を下した裁判所(下級裁判所)ではなく、上級の裁判所である。たとえば、控訴の場合であれば、地方裁判所(裁判所構成法七四条三項)、上告の場合であれば、連邦裁判所あるいは上級地方裁判所である(裁判所構成法一三五条、一二一条、刑事訴訟法三三五条二項)。上訴は、事件をさらに上級の審級に持ち出す、すなわち、移審効果(ドイツ語では、「転嫁効(Abwälzungseffekt)」)を持っている。上訴は、しかし、攻撃される判決を下した裁判所に提起されなければならない(刑事訴訟法三二四条、三四一条)。この裁判所は、上訴が期間内であることを判定し、上訴が期間を遵守していない場合には、これを不許可として棄却する権限を持ち、かつ、義務を負っている(刑事訴訟法三一九条、三四六条)。

#### (七) 許容性と理由具備性

刑事訴訟法三二二条、三一九条、三三二条、三三八条、三三三条、三三五条三項、三四六条、三四九条、三五三条から、上訴の場合には、許容性と理由具備性、もしくは、不許可性と理由不具備性とが区別されなければならないこ

とが、明らかとなっている。まず、許容性が、この点については、部分的ではあるが、下級審において、既に、審査されているのであるが、審査され、それが肯定された場合に、次の、理由具備性についての審査に移行するのである。許容性に属する事項は、次のものである。すなわち、

- a) 合法性 (刑事訴訟法三一二条、三三三条、三三五条)
- b) 能動的当事者適格
- c) 不利
- d) 形式規定の遵守 (刑事訴訟法三三四条、三四一条、三四四條、三四五條二項)
- e) 期間の遵守 (刑事訴訟法三三四条、三四一条、三四五條)
- f) 放棄の不存在

理由具備性は、以下の要件によって総合的に構成されている。すなわち、

- a) 訴訟条件の不存在、または、訴訟障害の存在
- b) 手続法違反
- c) 実体法違反
- d) 判決が権利の侵害に基づいていること

許容性と理由具備性とは、手続法と実体法との区別と一致するものではない！けれども、実体法上のすべての問題は、理由具備性に帰属するといえる。

## (八) 一部取消

控訴と上告は、一定の争点に限定されうる(刑事訴訟法三一六条、三一八条、三二七条、三四三条、三四四  
 条、三五二条)、所謂一部取消。もつとも、争われる部分が、それ以外の判決の部分から切離され、分離され、独立  
 して審査および判断可能であることが、その条件である(BGH 10, 101)。このことは、多くの有罪者の場合、およ  
 び、一人の有罪者の多数の「犯罪」の場合(「垂直の」一部取消し)、一つの犯罪行為の内部での量刑の場合(「水平  
 の」一部取消し)についていえる。刑罰の問題の内部にあつても、なお、一部取消しは、可能である。たとえば、罰  
 金刑の場合の日割罰金額について(BGH 27, 70)、あるいは、保護観察付の執行猶予の場合(OLG Hamburg JR 1979,  
 258)。

(九) 双方的上訴の手続き

被告人と検察庁双方の上訴権と、その対極的性質とから、その手続きについての一定の区別が、生じてきている。  
 いまや、二つの上訴について判決されなければならないことになっている。判決の様式は、以下のようなのである。すな  
 わち、「被告人の控訴(上告)によって、…の判決が破棄され。被告人は、…となる。事件は、新たな公判と  
 判決のために、…裁判所に破棄差戻される。」あるいは、「被告人(検察庁)の控訴(上告)は、不可として(理由  
 なしとして)棄却される。」と、また、両者が併記される場合もあり得る。したがって、次のような組合せの可能性  
 がある。すなわち、

- a) 両上訴共に許されない(検察庁が許容条件に違反することはほとんどないので、そのような場合は、稀である)、
- b) 被告人の上訴は、不可であるが、検察庁の上訴は、許可される。しかし、理由がない場合、
- c) 被告人の上訴は、不可であるが、検察庁の上訴は、許可され、かつ、理由のある場合、

d) 双方の上訴が、許可されるが、理由がない場合、

e) 双方の上訴が、許可され、かつ、理由のある場合。

双方の上訴について、個別的に、許容性と理由具備性について判決されなければならない、独立した上訴が問題になつているにもかかわらず、複数の上訴に対しては、同一の判決で判断すべきであるという基本原則が、妥当する (RG 67, 250)。けれども、この原則は、上訴について、不許容性を理由に、あるいは、一上告の場合一顕著な理由不具備性あるいは具備性を理由に、決定で判決できる場合に限っては、妥当しない。このような場合には、まず、一方の上訴に対しては決定で、加えて、他方の上訴については判決で判断することが、可能である (Hamn 637 の否定的評釈のある BGH StV 2000, 605)。

## (一〇) 遮断効

控訴あるいは上告が適宜に提起されることによって、攻撃される判決の既判力は、阻止される (刑事訴訟法三二六条一項、三四三条一項) — 所謂遮断効。それによって、判決は、もはや執行されない (刑事訴訟法四四九条)。同一の犯罪行為に対する新しい手続きの阻止としての所謂実体的既判力に対して、ここでは、形式的な既判力が問題となつている。被告人は、勾留状態にあり、それが継続される。彼が、自由である場合には、裁判所は、自由刑を科する際に、逃亡の危険を審査しなければならないし、場合によっては、勾留命令を発することになろう (刑事訴訟法一二五条二項)。

## (一一) 不利益変更の禁止

被告人は、上訴の提起の際に、いかなる種類の危険にもさらされるべきではない。それ故に、判決は、彼に不利益に変更されてはならない。所謂不利益変更の禁止（刑事訴訟法三三一条一項、三五八条二項）。とはいえ、この原則は、検察庁が、同時に、上訴を提起した場合には、適用されない。検察庁には、「不利益変更」の禁止（被告人にとつては「有利な変更」と表現される）は、妥当しない。すなわち、検察庁による上訴の場合には、判決は、被疑者・被告人に有利にも変更されうるし、あるいは、破棄もされ得るのである（刑事訴訟法三〇一条）。

### 第三二節 控訴および上告

#### 一、控訴と上訴の比較

控訴と上告とは、異なった裁判所で取扱われる（地方裁判所―連邦裁判所あるいは上級地方裁判所）だけではなく、内容的にも、全く異なっている。控訴では、事実関係の確定、および、法的な評価に関し、判決の包括的な審査が行われる。これに対し、上告では、法律違反という観点からのみ、判決の審査が行われるのである（刑事訴訟法三二一条二文と、三三七条の比較）。このような基本的な差異から、次のような相違点が生ずる。すなわち、

a) 控訴にあつては、もちろん、簡易化された調書の朗読の可能性が認められ、それによって、直接主義原則の制限がなされてはいる（刑事訴訟法三二五条）ものの、新たな証拠調がなされる（刑事訴訟法三二四條二項）のに対し、上告は、その場ではない。その公判は、主任裁判官の報告、検察官および弁護人の最終弁論と、―そもそも、被告人が在廷している場合に限られるが（刑事訴訟法三五〇条参照）―被告人の最終陳述に限られている（刑事訴訟法三五一條）。大抵の場合、上告は、公判なしの決定で判断が下される（刑事訴訟法三四九條二項、四項）。

b) 控訴では、判決の審査は、原則的には、控訴申立人によって争点が限定されていない限り、包括的になされる(刑事訴訟法三二八条)。上告では、審査は、逆に、判決が取消し得るかという範囲でのみ、行われる(刑事訴訟法三五二条)。

c) 上告には、理由が必要とされる(刑事訴訟法三四四条)のに対して、控訴の場合には、控訴を理由付けるか否かは、控訴申立人の自由である(刑事訴訟法三二七条)。

d) 上訴の「理由具備性」(刑事訴訟法三二八条一項、三五三条一項)は、控訴と上告では、その意味が全く異なる。控訴にあつては、控訴裁判所が、事実の確定、その評価および量刑を根拠に、簡易裁判所とは異なった結論に到達するということを意味する。他方、上告にあつては、法律の違反が存在し、判決がそれに基づいているということの意味する(刑事訴訟法三三七条一項)。

e) 上訴の理由具備性について、控訴裁判所は、原則的に、事実自体について判決する(刑事訴訟法三二八条)のに対して、上告裁判所は、ただ、例外的に、事実自体について判断することが出来るに過ぎず、事実についての判断は、原則的には、事実審に差戻さなければならぬ。その際、差戻しは、一可能な先入観を回避するために一判決が破棄された裁判所の異なる局または部に、あるいは、同格の他の裁判所に対してなされる(刑事訴訟法三五四条)。それ故に、「上告」という名称よりは、他の多くの国で一般的に用いられている「破棄」の方が、ふさわしいように思われる。

f) 控訴審の判決に対しては、依然として、上告が可能である(裁判所構成法七四条三項)に關係する刑事訴訟法三三三条)、他方、上告審の判決に対しては、上訴は、不可能である。上告裁判所が事実自体について判断したり、あるいは、上告を棄却した場合には、判決は、即座に、確定する。とはいえ、差戻しの場合には、新しい判決に対しては、再度、上訴が可能である。

いずれにしても、控訴が有罪者にとって有利なものであることは、それが新しい証拠調を含み、ひろい上訴の可能性を開くものであるから、明らかである。上告は、有罪者が可能な限り速やかに、既判力のある無罪判決に辿り着きたいと思っており、しかも、無罪を確信しているような場合にのみ、有罪者にとっては、有利なものとなる。

もつとも、有罪者には、区裁判所の判決（単独裁判官、参審裁判所）に対してのみ、それ故、小規模な刑事事件についてのみ、控訴するか上告するかを選択の自由が認められている。刑事訴訟法三三三条は、刑事訴訟法三三三条によつて、控訴の提起が許されている判決に対しても上告を提起することが出来る（跳躍上告）と、その範囲拡大している。すなわち、それによつて—刑事訴訟法三三三条によつて、軽微事件は除かれるが—すべての判決に対してまで上告の可能性を拡大しているのである。それ故、上告は、あらゆる判決に対して可能であるのに対して、控訴は、刑事裁判官や参審裁判所の判決に対してのみなのである。

判例は、寛容にも、有罪者が、控訴か上告かの選択の可能性を持っている場合、上訴提起期間内に、まず、一般的に上訴を提起し、もしくは、判決の取消の意思表示をし、控訴と上告の選択を刑事訴訟法三四五条によつて、上告理由具備期間内に、すなわち、判決の送達後一ヶ月以内にさせなければ（BGH2, 63）、しかも、この期間内であれば、控訴から上告へ（BGH5, 338）、または、逆に、上告から控訴へ（BGH17, 4）移行することも許されるとしている。刑事訴訟法三三二条および四二二条による欠席判決の場合には、原状回復の申立に代えて、即座に、控訴および上告が、可能である。両可能性は、結合され得る（刑事訴訟法三一五条、三四二条）。

## 二、控訴の特殊性

控訴には、—既に述べた上告との区別に加えて—次のような特殊性がある。すなわち、

一、被告人の控訴は、もしも彼が—あるいは、彼の欠席の場合にも審理が許されるような事案における代理人が—十分な免責理由なしに出廷しないような場合に、事実の審理なしに、それを棄却することができる。控訴は、—既に、被告人の在廷の項目の箇所ですべられた諸事案におけるように—被告人抜きで審理されるのではなく、彼の不出廷を理由に、棄却されるのである。ここでは、—欠席を理由とする略式命令に対する異議の却下の場合におけるのと類似した手続きであるが—刑事訴訟における唯一の欠席判決が、問題の中心になっているのである。

—被告人の在廷の下での審理という原則（刑事訴訟法三三〇条）の例外であるから、刑事訴訟法三二九条、特に、欠席中の判決の概念は、縮小的に解釈されるべきである（BGH 17, 397）。被告人は、一般的な上訴の教示（刑事訴訟法三五条 a 二文）に加えて、控訴審への召喚の場合にも、再度、（刑事訴訟法三三三条一項二文）このような可能性について告知されるべきである。

二、被告人が欠席したとしても、検察庁によって提起された公訴の場合には、彼の不在中に、控訴について審理することができる（刑事訴訟法三二九条二項）。その際、不利益変更の禁止、および、欠席の場合に適用される、刑罰の重さについての制限（刑事訴訟法三三二条、三三三条）は、適用されない（BGH 17, 392）ために、被告人にとっては、好ましくない、驚きの結果が導かれる可能性がある。被告人が在廷しない場合のより重い科刑は、BGH 17, 399 によって、刑事訴訟法二四四条二項および二六五条四項を根拠に、「正当でない」とする必要はないとされている。さらに被告人は、刑事訴訟法三〇三条に認められている、検察庁による控訴の取下げに同意する権利をも失うのである（刑事訴訟法三二九条二項二文）。

三、欠席中に下された控訴判決に対しては、被告人は、場合によっては、原状回復を申立てることができる（刑事訴訟法四四四条以下と関連する同法三二九条三項）。それに代えて、彼は、上告を提起し、法律違反、すなわち、刑事訴



訟法三二九条違反を主張することができる。しかも、両者は、相互に関連しているのである(刑事訴訟法三四二条)。控訴審で、追起訴という方法で、新たな犯罪行為を取上げることができるとの点は、非常に、議論のあるところである。被告人は、それによつて、一つの審級を失うことになるという論拠に対して、彼には同意の自由が残されているとの反論がなされている。しかし、このような取上げは、被告人の処分には馴染まない、強行的な管轄規定に反することになる(Palder JR 1985, 96)。

このことは、第一審の裁判所が、およそ起訴もされていない犯罪行為について有罪判決を下しているような場合には、なおさらのことである。

### 三、上告の特殊性

上告には、次のような、手続き上の特殊性が存在している。

#### (一) 理由付けの要請

判決送達後一ヶ月以内に、弁護人あるいは検察官によつてなされなければならない(刑事訴訟法三四五条)、上告の理由付けは、一週間以内に必要とされる上訴一般の提起に加えて一上告についての、追加的な、重要な適法性条件である。それ故に、裁判官の適法性の審査権限は、この点にも及ぶ(刑事訴訟法三四六条)。必要なのは、法律の「違反」、すなわち、法規範の適用の欠如あるいは瑕疵ある適用である。

手続法あるいは「他の法規範」、すなわち、実体法に対する違反によつて、上告を理由付けることも可能である(刑事訴訟法三四四条二項)。手続法違反の場合、欠陥を基礎づける事実を上告の理由付けの中で示さなければならぬ(刑事訴訟法三四四条二項)。その場合、公判調書が、重要な役割を演ずる。実体法違反の責問は、これに対して、一

一般的な形式でなされうる(「私は、実体法の違反を責問します」)。この場合、および、限定された、実体的—法的責問の場合においても、また、実体法の全適用について、上告裁判所による審査が、なされる。それ故、ここでは、法規範の帰属をめぐる論争が、実務的に、重要である。

これに対して、手続障害あるいは訴訟条件の欠如は、上告裁判所によって、職権で審査されるべきである。確かに、判決の発付以前に生じていた手続障害の場合には、上告が適法であること、すなわち、期日内に理由付けられていることが、必要である(刑事訴訟法三四四条)。その場合、理由付けが手続障害を考慮していないという瑕疵によってなされていることは、必要ではない。何らかの理由付けがあれば、足りる。さらに、判決の発付後に生じた手続障害にも、上告裁判所は、いかなる上告理由も存在しないような場合であっても、この点を考慮しなければならない(BGH 22, 213)。

刑事訴訟法三三七条の文言には反するが、上告理由は、判決が責問される法律違反に基づいていると説明する必要はない。上告の結果、すなわち、攻撃された判決の破棄のためには、この「依拠」が、必要である。

## (二) 上告の理由具備性

手続違反の中に存在する法律の違反は、証明されなければならない(BGH 31, 400; Roxin の否定的評釈のある NSIZ 1989, 386)。このことは、訴訟条件についても、特に、弁論無能力についても適用される(この点については、Meurer JR 1990, 390)。証拠評価についての欠陥は、判決自体から明らかである。判決の記録違反についての責問は、許されな<sup>ら</sup>ず(BGH NSIZ 1997, 294)。

刑事訴訟法三三七条一項の文言にもかかわらず、法律違反と判決の間に、因果関係は必要ない。むしろ、判決が、

法律違反がなければ、異なった結論になったであろうという事実で、十分である。それ故、潜在的因果性で十分である。一定の法律違反の場合には、法律への依拠が推定されている（刑事訴訟法三三八条）、刑事訴訟法三三七条の相対的上告理由に対する、所謂絶対的上告理由。このことは、一部では、特に重大な法律違反について言えることであり、一部では、判決の言渡し後になって、はじめて出会うことになるようなものであるために、可能的因果性を確かめることすらできないような法律違反についても言えることなのである（たとえば、刑事訴訟法三三八条・文書化された判決に判決理由が欠けている場合、あるいは、文書化された判決が期日内に起案されなかった場合）。

刑事訴訟法三三八条八号は、「判決にとつての本質的な点について」弁護を制限することを不可としているのであるから、それは、実務的には、刑事訴訟法三三七条による相対的上告理由である（この点について、最近のものは、Waller NZG 1999, 105）。他方、公判中のテレビによる証拠調を許可することはできないし、また、それは、刑事訴訟法三三八条六号による「手続の公開性についての規定違反」でもないと考えている連邦裁判所は、そのような限定は、いずれにしろ条文への「依拠」なしでは考えられないことであろうから（BGH 22, 84）、その限りで、この相対的上告理由は、実務的には、絶対的上告理由になると詳述している。

### (三) 決定による判決

上告裁判所は、上告を、一かなり議論が枯渇してきたが一公判なしに、「明らかに理由なし」として、決定で棄却することができる（刑事訴訟法三四九条二項）。しかし、法律は、このような、徹底した、しかも、上告裁判所の負担軽減のためにのみ創設された可能性を、次のような三つの要件によって制限しようとしている。すなわち、

#### a) 検察庁の申立、

b) 抗告人に、意見陳述のために、二週間の保障（刑事訴訟法三四九条三項）、

c) 連邦裁判所の、管轄刑事部の五人の構成員全員による（裁判所構成法一三九条）、あるいは、上級地方裁判所の刑事部の三人の構成員による（裁判所構成法一二二条一項）、上告を明らかに理由なしとする一致した判断。

他方、判決は、上告裁判所の構成員が上告を一致して理由ありと看做した場合には、決定によって破棄することもできる（刑事訴訟法三四九条四項）。

上告裁判所には、全ての上告可能な判決の内の二六・七パーセントについて上告が提起されている。すなわち、連邦裁判所に、年三四〇〇件の新提起がなされているのであるから、その負担は、明らかに過重なものとなっている。しかし、刑事訴訟法三四九条二項の決定手続には、重大な疑問がある。控訴、すなわち、第二の事実審が認められない、重大な犯罪を犯した被告人の地位は、これによっても、さらに制限されることになるからである。連邦裁判所は、けれども、この点について、法治国家原理に違反するものではないとしている（NW 1982, 925）。特に満足できないのは、連邦裁判所が、検察庁の上告に対しては、判決によって判断し、被告人の上告に対しては、決定によって判断するという組合せである。すなわち、連邦裁判所が、刑事訴訟法三四九条二項および四項の可能性を、上告を、一方では、明らかに理由なしとし、他方では、理由なしと宣言するという、組合せを用いていることが、必ずしも、稀ではないからである（BGH 43, 31）。

詳細な文献：F. Meyer, Stellungnahme zur Kritik an der Praxis der Revisionsverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO, StV 1984, 222.

刑事訴訟法三四九条二項による決定に対しては、上訴手段は全く認められていないため、既判力が、即座に発生す

る。また、原状回復も不可能である (BGH NSZ 1997, 45)。刑事訴訟法三三三条 a による、法律上の聴聞を保障しなかったことを理由とする事後的意見聴取は、問題である。検察庁の申立が欠如している場合には、基本法三三一条一項の恣意の禁止に対する違反を理由に、憲法訴訟願が考えられる (BVerfG NJW 1982, 324)。

#### (四) 罪責判断の訂正

上告裁判所は、刑事訴訟法三五四条によって、原則的に、事件を差戻し、ただ、例外的に自判するに過ぎないのであるけれども、判例は、大から小への論証の手段を用いて、「罪責判断の訂正」の可能性を發展させた (BGH 12, 30)。法的観点変更の告知義務は、刑事訴訟法二六五条一項によれば、体系的整序の都合上、公判にしか適用されないけれども、その基本思想を考慮すれば、ここでも適用されなければならないことにはなるう。ただ、既に、起訴が相応の非難を含んでいるか、あるいは、事実審裁判官が相応の告知をしているか、あるいは、被告人が彼を弁護するための材料を何も提出することができないとでもいうような場合は除いて、その意味では限定的であるが、刑罰の言渡し訂正も許されるとされている。むしろ、罪責判断の訂正は、刑事訴訟法三四九条二項の決定によっても、なされ得る (Schroeder Jus 1982, 491 の評釈のある BGH NJW 1982, 189)。

#### (五) 上告の目的についての論争

上告の目的と、上告権の解釈に対する目的的作用については、基本的論争が展開されている。広く支持されている、個別事案における正義という上告の目的は、あまりにも強く実体法の適用に引寄せられているので、個別事案における適正な法適用という目的へと拡大され、理解されている。裁判所構成法二二二条二項、一三二条二項ないし四項を

考慮して、単一的法適用と法創造の保障という目的も、提案されている。ここで挙げられた目的の間に、矛盾はない。上告は、個別事案における法の正しい適用を保障しなければならない、このことは、連邦の全分野で一律になされるべきである。そして、必要があれば、「法」の創造、すなわち、法の解釈の変更もなされなければならない。加えて、上告は、一全ての上訴と同様に一裁判所による正しい法適用の強制という機能をも持っているのである（所謂懲戒的機能）。

（よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授）