

〔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(三)

吉田宣之 訳

第二編…刑事手続の進行

第一章…事前手続(捜査手続)

第一六節 未決勾留、仮逮捕、および、逮捕の公示各論

(一) 未決勾留の機能

「未決勾留」は、判決の既判力による勾留以前の段階での、顕著な嫌疑を理由とする勾留である。「未決勾留」は、
―一四節および一五節で既に述べられたように―多機能的である。機能は、勾留理由ごとに異なる。

逃亡中あるいは自己蔵匿・隠避(刑事訴訟法一一二条二項一号)および逃亡の危険(刑事訴訟法一一二条二項二号)
―手続確保と執行確保

罪証隠滅の恐れ(刑事訴訟法一一二条二項三号)―証拠保全

再犯の恐れ(刑事訴訟法一一二条a)―犯罪の予防

(二) 未決勾留の条件

「未決勾留」は、責任が証明される前の拘禁、言わば、当事者にとっては無罪の推定が妥当している（ヨーロッパ人権条約六条二項、下記四三節参照）時点でのもので、それ故に、重大な侵害である。

正当化できない未決勾留の事例を減らすために、立法者は、五つの制限を定めている。

a) 逃走中あるいは自己蔵匿・隠避（刑事訴訟法一一二条二項一号）

逃亡の危険（刑事訴訟法一一二条二項二号）

罪証隠滅の恐れ（刑事訴訟法一一二条二項三号）

再犯の恐れ（刑事訴訟法一一二条 a）—この勾留理由は、重大な性犯罪および重大犯罪の反復あるいは継続的犯行の場合に限って、許される。

b) 一定の事実によって勾留理由が基礎づけられること

c) 顕著な犯罪の嫌疑

d) 未決勾留の相当性（刑事訴訟法一一二条一項二文、一一三条、一一六条、一二七条 a）

e) 未決勾留の日は、六ヶ月に限られること（刑事訴訟法一一二条）

(三) 勾留命令

未決勾留は、—基本法一〇四条二項を根拠に—裁判官によってのみ命ぜられる、勾留命令（刑事訴訟法一一四条）。けれども、起訴前手続が検察庁によって支配されているとの側面は、検察庁の請求が必要であるという点に留保されている（刑事訴訟法一二五条）。この場合の例外は、唯一、遅滞の危険と、検察官に連絡がつかない場合である（旧

刑事訴訟法一二五条一項、二項)。

遅滞の恐れがある場合、被疑者は、勾留命令がなくても、検察庁あるいは警察によって「仮に逮捕される」(刑事訴訟法一二七条二項、一二七条b一項)。むしろ、この場合が、原則となっている！ その場合には、当然、遅滞なく、場合によっては、―検察庁の請求によって―勾留命令を出すべき裁判官の面前に引致される必要がある(刑事訴訟法一二八条)。

現行犯と遭遇したり、それを追跡したりしているような、犯罪の嫌疑が顕著である、特別な場合には、仮逮捕の権利が、刑事訴訟法一二七条によって拡大されている…

a) 誰でも

b) 即座の個人識別の不可能性(警察および検察庁については、刑事訴訟法一六三条b、一六三条c参照)。

(四) 勾留審査

未決勾留には、その人権侵害的な性格の故に、刑事訴訟法三〇四条以下の抗告という一般的法的救済に加えて、刑事訴訟法一一七条以下による勾留審査という特殊な法的手段が、整備されている。一般の抗告(刑事訴訟法三〇六条・上級裁判所、「移審の効果」とは異なり、この場合には、勾留命令を発した裁判官に管轄権がある(刑事訴訟法一二六条)。

(五) 未決拘禁の算入

被告人が有罪になった場合、未決勾留によって、彼に不利益が生ずるわけではない。というのは、その期間が、刑

法五一条によって、必要的に本刑に算入されるからである。有罪者は、それによって、むしろ、未決勾留の比較的軽い執行条件のもとで、刑期の一部を勤めることができるのであるから、有利になるのである(刑事訴訟法一一九条および未決勾留執行規則)。しかしながら、未決勾留の条件は、あるべき姿ではない。さらに、裁判所で言渡された本刑の刑期と未決勾留期間とが一致するという事態も、しばしば生じているのである。それ故、未決勾留は、裁判所がそうすることを必要的に正当化しなければならないのであって、その意味で行為者に対する事前の負担であるに違いない。

(六) 逮捕の公示と公開捜査

刑事訴訟法一三一条は、勾留命令があつたり、あるいは、少なくとも、そのための条件が満たされている(二二項)場合には、従来の「手配状」に代えて、逮捕の公示を可能にしている。それによって、一方で、被疑者に対する不必要な恥さらしを回避できるし、他方で、現代的な個別的捜査手段をとることもできる(BTD 14/1484 19)。かなり重要な犯罪の場合には、さらに、公開捜査が可能である(三項)。マスメディアを介入させるためには、刑罰手続と過料手続に関する指導要領追加措置B参照。「事件番号XYは未解決」というテレビ放送は、刑事訴訟法一三一条の制限には服してはいない(争いがある)。

詳細な文献：Paefgen, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaftrechts, 1986; Hassener, Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, StV 1984, 38; Wolter, Untersuchungshaft, Vorbeugehaft und vorläufige Sanktionen, ZStW 93 (1981), 452; Bortke, Strafprozessuale Rechtsprobleme massenmedialer Fahndung, ZStW 93 (1981), 425; Soiré, Öffentliche Fahndung,

1992.

第一七節 弁護

一、実体的弁護

「弁護」について規定しているのは、刑事訴訟法第一編第二章(一三七条以下)である。ここでは、「弁護」は、弁護人による補佐と看做されている。しかし、他方で、刑事訴訟法二五八条三項および二六五条一項は、被告人自身による「弁護」にも言及している。刑事訴訟法三三八条八号は、「弁護」という概念を、明らかに、これ等の上位概念として用いているのである。

「弁護」という概念は、二重の意味を有している。他人による弁護は、むしろ、厳格には、形式的弁護とされよう。それに対して、実体的弁護は、弁護人によつてなされようが、被疑者・被告人自身によつてなされようが、端的に刑事訴訟法に対する法的防御を意味する。実体的および形式的弁護権は、ヨーロッパ人権条約の六条三項cと、市民の権利と政治的権利についての国際条約一四条三項dによつて認められている。

実体的弁護権は、準備手続においては、特に、つぎのようなものを包括している。すなわち、

- ― 刑事訴訟法上で多くの具体化を見ている(刑事訴訟法一三六条、一六三条a)、聴聞請求権(基本法一〇三条一項)
- ― 被疑者・被告人の請求権、特に、証拠調べ請求権(刑事訴訟法一三六条、一六三条a二項、一六六条)と、決定に影響を及ぼしうるような事象や供述の調書化を促す権利(刑事訴訟法一六八条a)
- ― 同意拒否の権利(たとえば、刑事訴訟法一五三条a)
- ― 裁判官、参審員および書記官に対する、偏頗を理由とする忌避権(刑事訴訟法二四條、三一条、下記一八節参照)

— 法的救済の申立権 (刑事訴訟法二九六条・下記二一節参照)

— 「消極的弁護」という形式での黙秘権 (刑事訴訟法一三六条一項二文、一六三条 a 三項、四項)

— 実体的弁護の前提条件は、告訴・告発の内容と審理の過程についての情報を知る権利である。この権利は、以下のような個別の権利によって具体化されている。すなわち、

— 告訴・告発の内容についての情報を知る権利 (刑事訴訟法一三六条、一六三条 a)

— 捜査手続における重要な手続過程の際の立会権 (たとえば、刑事訴訟法一六八条 c、一六八条 d)

— 弁護士の書類閲覧件 (刑事訴訟法一四七条)、特に、重要な手続過程の文書化義務に関連して (刑事訴訟法一六八条、一六八条 a、一六八条 b)

— 通訳の立会権、および、刑事訴訟法二五九条や裁判官構成法一八五条の範囲を超えて、既に、準備手続段階で (ヨ) ロツパ人権条約六条三項 e、市民の権利と政治的権利についての国際条約一四二項 f)

二、形式的弁護

(一) 弁護人の地位

(形式的) 弁護人は、被疑者・被告人の「訴訟補佐人」である (刑事訴訟法一三七条)。弁護人は、刑事訴訟法において、しばしば、独立に指名されている (刑事訴訟法七九条一項二文、二四〇条二項、二五八条三項)。このことから、弁護人は被告人の代理人ではなくて、司法の独立した機関であることが判る (弁護士については、連邦弁護士法一条、弁護人については、BGH 12, 364 が、そのように述べている)。

一定の、重大な訴訟にあつては、刑事訴訟法は、むしろ、弁護人の協働を必要であると命じている (刑事訴訟法

一四〇条)。同条一項の一覽表に加えて、二項の一般条項、および、迅速手続に関する刑事訴訟法四一八条四項がある。

(二) 私選弁護人と国選弁護人

被疑者・被告人は、一人ないし複数の(三人までの)弁護人を選任することができる(刑事訴訟法一三七条)。

被疑者・被告人は、確かに、複数の(三人までの)弁護人を選任することはできるが、複数の被疑者・被告人が同一の弁護人を選任することはできない、すなわち、一人の弁護人が複数の被疑者・被告人を弁護することはできない(刑事訴訟法一四六条)。この規定は、利益衝突を回避すべきことを意味しており、基本法二条、三条、一二条に違反するものではない(BVerfGE 39, 164)。この規定によって、多くの附随問題(弁護の交替、弁護団、「承継的複数弁護」)が、発生している。必要なのは、正式な拒否の制度である。したがって、事前に行われた弁護の活動は、有効である(刑事訴訟法一四六条a)。

必要的弁護の事案においては、もしも公判開始決定前の被告人が弁護人を選任していない場合には、彼のために、公判手続に管轄権を有する裁判所の裁判長が、弁護人、すなわち、所謂国選弁護人を選任することになる(刑事訴訟法一四一条)。その際、被疑者・被告人自身も彼の信頼できる弁護士を指名することができる(刑事訴訟法一四二条一項二文、三文)。これは、公正な手続への権利から導かれた成果である(上記六節参照：BVerfGE 68, 256)。被疑者・被告人が他の弁護人を選任した場合は、国選弁護人の選任は解除されなければならない(刑事訴訟法一四三条)、同様に、国選弁護人に対する信頼が後になって動揺した場合もである(BGH 39, 314)。

(三) 捜査手続における弁護人

被疑者・被告人は、刑事訴訟法一三七条によれば、「訴訟のあらゆる段階で」、すなわち、捜査手続の段階ですでに弁護士の補佐を利用することができる。このことは、被疑者・被告人が最初の取調べ以前の段階ですでに弁護士と相談できるという規定から結論づけられる（刑事訴訟法一三二六条、一六三条 a 三項、四項）。

確かに、公開の原則は、公判についてのみ適用される（裁判所構成法一六九条・「認識する裁判所」）。それに対して、捜査手続は、非公開である。裁判官による捜査活動の際には、被疑者・被告人とその弁護士は、部分的ではあるが、立会権を持っている（刑事訴訟法一六八条 c、一六八条 d）。弁護士の最も重要な権利は、手続の記録に対する閲覧権である（刑事訴訟法一四七条）。捜査終結記載の記録（刑事訴訟法一六九条 a）の閲覧は、弁護士の無条件的な権利とされている。事前に、彼に対して閲覧が拒まれることはあるが、例外的にすぎない（刑事訴訟法一四七条一項、二項）。弁護士は、記録を彼の弁護士事務所へは当然のこと、居宅へも持ち帰ることができる（刑事訴訟法一四七条四項）。

捜査庁が被疑者・被告人に捜査手続の開始の事実を知らせなかった場合には、「あらゆる段階で」弁護士を選任する権利が、侵害されることになる。

(四) 勾留されている被疑者・被告人との接見

被疑者・被告人が、勾留されていたり、他の事件で拘留されているような場合には、何時でも、弁護士と文書であるいは口頭で接見交通することが許されている（刑事訴訟法一四八条一項）。「弁護士郵便」と書かれた郵便物は、施設管理当局によって検閲されることは許されない。けれども、刑法一二九条 a によって、テロ集団に属していることを理由とする手続にあつては、裁判官による検閲が、可能である。しかも、直接の会話は、遮蔽板を通して行うよう

規定されている(刑事訴訟法一四八条二項)。

(五) 弁護人の排除

弁護士の排除は、被疑者・被告人の防御権に直接関係すると同時に、基本法一二条による弁護士の職務遂行の自由に関係することでもあるため、刑事訴訟法一三八条 a ないし一三八条 d に、厳格に規定されている。それによれば、排除は、本来、以下の事案、ないしは、十分な嫌疑がある場合に、可能であるとされている。すなわち、

―被疑者・被告人の犯罪に関与していたか、あるいは、犯人庇護をしていたか、また、被疑者・被告人のために刑を無効にしたり、あるいは、贓物の取得をした場合(刑事訴訟法一三八条 a 一項一号、三号)、

―被疑者・被告人が勾留されている場合に、犯罪行為の遂行のために、または、執行施設の安全に対する重大な危殆化のために、接見交通が濫用された場合(刑事訴訟法一三八条 a 一項二号)、

―社会一般の安全に対する犯罪を理由にした手続の際に、連邦共和国の安全を危殆化する場合(刑事訴訟法一三八条 b)

詳細な文献: Schroeder, Formelle und materielle Verteidigung, NJW 1987, 301ff.

三、「紛争的弁護」

近時、単独の弁護人が、公判において防御権を不必要に多用し、手続を妨害することが多くなっている。そのための手段としては、主として、次のような例が挙げられる。すなわち、表面的な訴訟障害を理由にする手続打ちりの

申立て、継続的な予断の申立て、特に、単なる訴訟上の瑕疵を理由にする多数の証拠申請、その際、しばしば、外国の、それ故に、召喚に多大な時間を要するだけの証人の取調べ、証人質問権の過剰な行使、当該訴訟上の問題のある陳述を朗読することによって、被疑者・被告人の全ての表現を引用すること等。特にスキヤンダラスなのは、三年間も引き伸ばされたスツツガルトでの極右団体に対する審理で行われたものである (Wassermann NJW 1994, 1106; LG Wiesbaden StV 1995, 240 も参照)。これは、その限りで、「紛争的弁護」といわれている。弁護人の排除は、不可能である (Barton の評論のある OLG Nürnberg StV 1995, 287)。そのような行為を封じ込めるための策として、刑事訴訟法の改正が必要であるか、あるいは、許されるかという点についての議論は、非常に感情的になされている (Kinzi: DRZ 1994, 325)。

詳細な文献： Kudlich, Strafprozess und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998; Grüner, Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozess, 2000.

第一八節 裁判所職員および検察官の除外と忌避

(一) 基礎

当事者の利益、また、司法への信頼の利益を考慮して、中立性と客観性に疑いのある人は、司法作用への参加から除外される。BVerfGE 21, 139 は、これを基本法一〇一条一項二文に基づくものとしている。ヨーロッパ人権条約六条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条は、「公正な裁判所」への権利を含んでいる。

(二) 該当者

除斥と忌避可能性は、すべての裁判官（刑事訴訟法二二条、二四條）、参審員および書記官（刑事訴訟法三二条）に妥当する。このことは、主として、裁判所の手続について、それ故に、公判開始手続および公判手続について考慮されるのであるが、捜査裁判官にも適用される（刑事訴訟法二六条 a 二項三文参照）。

(三) 法律による排除

法律は、法律による除斥（刑事訴訟法二二条、二三条）と忌避（刑事訴訟法二四條）とを区別している。刑事訴訟法第一編三章の見出しは、不適切である。刑事訴訟法二二条によれば、裁判官は、除斥されるのではなく、法律によつて裁判官の職務の遂行から遠ざけられるに過ぎない。その理由は、犯罪の被害者であるとか、被害者および被疑者・被告人と一定の家族的関係にあるとか、さらには、以前事件に裁判官としてではないが関与していたことがあるという、裁判官の当事者性である。

(四) 忌避

忌避の重点は、予断偏見の恐れにある。すなわち、裁判官の公正さに対する不信任を正当化することのできる理由が存在することである（刑事訴訟法二四條二項）。それ故、予断と偏見が事実として存在したり、証明されたりする必要はなく、予断偏見の恐れで足りるのである。この規定は、当事者に忌避を容易にするだけでなく、忌避によつて裁判官の予断偏見が事実として仮定されるわけではないという意味で、裁判官を保護するものでもある。さらに、この規定の一般条項性も問題である。この性質の故に、特に、判決言渡し前の被告人の責任についての発言、訴訟上

の権利の行使に対する批判 (BGH I, 34)、被告人との頻繁な会話、テニスおよび会食等が考慮されることになる (BGH StV 1982, 99; 1986, 369)。

判例は、すでに、刑事手続法に対する違反について、それに対する法的救済手段があるのにもかかわらず、予断偏見の恐れを理由とする忌避を許している。ただし、その違反が、訴訟的に意味がある場合、または、訴訟法的基礎を欠くような場合に限ってはであるが (LG Hildesheim StV 1987, 12; LG Köln StV 1987, 381)。しかし、これは、刑事手続の規則的な過程を脅かす、忌避の申立ての反復という事態を惹き起している (上記一七節の三参照)。基本法三条三項の視点は、予断偏見の恐れを基礎づけるものではない (BVerfGE 2, 297)。

(五) 忌避手続

忌避申立ては、その裁判官が属している裁判所、もしくは、当該裁判官自身に対してなされべきである (刑事訴訟法二六条、二六条 a)。

忌避申立てに対する裁判は、二段階的になされる。裁判所、もしくは、忌避された裁判官が、まず、その許容性について判断する (刑事訴訟法二六条 a)。これが肯定されると、裁判所が、忌避された裁判官を排除した上で、あるいは、単独裁判官の場合には—他の裁判官が、また、忌避された裁判官は、忌避の申立てを理由なしと判断した場合に限って、裁判する (刑事訴訟法二七条)。その場合、忌避申立て理由についての、忌避された裁判官の職務上の発言が、重要な役割を演ずる (刑事訴訟法二六条三項)。当然のこと、忌避された裁判官は、その発言を控えめにしようとするのが、多い (BGH 21, 85 参照)。

忌避を理由ありとする決定は、取消し不可能である。したがって、それを却下する決定に対しては、即時抗告が、

許されている。公判手続の開始後には、判決に対する法的手段による異議の申立てが可能であるに過ぎない（刑事訴訟法二八条三号）。

（六） 検察官の忌避

検察官に対しては、刑事訴訟法二二条以下は、適用されない。このことは、刑事訴訟に対する検察官の義務についての判例の立場とも一致し、その他の者に対するのと同じ適用は、不可能となる（BGH NJW 1984, 1908）。裁判所構成法一四五条一項による、職務上の上官による検察官の交代が、考えられるに過ぎない。裁判所構成法23条以下による、これに基づく訴えは、許されていない（OLG Karlsruhe MDR 1974, 423）。しかし、このような検察官の忌避不可能性は、刑事訴訟法一六〇条二項に矛盾しており、それ故に、文献によれば、訂正されるべきとされている。連邦裁判所は、検察官の忌避可能性を公正な裁判手続の要請から可能であると考えているが（NSZ 1984, 419）、それにもかかわらず、今迄、同一事件の証人としての尋問についてののみ、これを認めているに過ぎない（NSZ 1990, 24）。

詳細な文献：Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969; Wassermann, Zur Ablehnung eines Richters wegen politischer Befangtheit, DRiZ 1987, 144; Reinhardt, Der Ausschluss und die Ablehnung des befangen erscheinenden Staatsanwalts, 1997.

第一九節 打切りによる準備手続の終了—起訴強制手続

一、準備手続の打切り

捜査が公訴の提起のために十分な契機を与えないような場合は、検察庁は、手続を打ち切る（刑事訴訟法一七〇条二項一文）。「公訴提起のための十分な契機」とは、刑事訴訟法二〇三条の「十分な嫌疑」と同旨である。打切りは、捜査が被疑者の責任の不存在を明らかにしたか、あるいは、犯罪が彼のものであることを証明できないかによってなされる。

また、手続は、たとえば、被疑者の行為が可罰的でないと証明された場合のような、法的理由によっても、打切られる。けれども、その場合、大概は、刑事訴訟法一五二条二項によつて「起訴する」ための条件が存在しないのであり、検察庁が、そもそも、初めから、捜査を開始するべきではなかったと言えるような場合なのである（上記九節参照）。とはいえ、そのような瑕疵は、刑事訴訟法一七〇条二項による手続の打切りによつて回復される。さらに、捜査の過程で、事実が、存在した嫌疑とは異なったものであること、および、この事実が不可罰であることが明らかになることもある。

二、起訴強制手続

(一) 総論

手続の打切りに対抗するための手段として、職務監督権者への不服申立てが可能である。申立人が被害者である場合、彼には、刑事訴訟法一七二条以下の強制手続が許される。その際、固有の構成となつてゐることが重要である。すなわち、被害者が、たとえば、私訴という方法で、自ら刑事訴追を引取るのではなく、検察庁による公的訴追が強制されているのである。それ故、「起訴法定主義の遵守（上記九節参照）」を裁判所で審査する可能性が、重要なのである。刑事訴訟法一七二条の「被害者」という概念は、実体法よりは広いものであり、その正当な利益が直接的に侵害さ

れた、すべての人を包摂するものである。これには、実体法を超えて、たとえば、文書偽造罪あるいは偽証罪における被害者 (OLG Bremen NSZ 1988, 39)、および、犯罪によって殺害された者の親族も含まれる。

(二) 手続

被害者である申立人は、手続打切りに対しては、一週間以内に、検察庁の上席官に、すなわち、検事長に(裁判所構成法一四七条三号) 不服申立てをすることができる(刑事訴訟法一七二条一項、アンダーライン)。この不服申し立てが却下された場合、被害者である申立人は、一カ月以内に弁護士によって裁判所の裁判を求めることができる(刑事訴訟法一七二条二項、アンダーライン、三項)。この点についての裁判は、高等裁判所がおこなう(刑事訴訟法一七二条四項、アンダーライン)。

裁判所にとって、公訴提起のための十分な理由が明らかにならなかった場合、裁判所は、申立てを棄却する(刑事訴訟法一七四条一項)。それ以後、公訴は、新たな事実あるいは証拠方法を根拠にしてのみ提起できる(刑事訴訟法一七四条二項)。それ故に、新しい捜査手続も、新たな事実あるいは証拠方法に基づいてのみ、開始されるのである。起訴の申立てを棄却するという裁判所の決定は、制限されているが、実体的既判力を持つのである。

裁判所が、申立てを理由あると思料した場合といえども、裁判所が、一弾劾主義の原則に従って—自ら手続を開始することはできない。むしろ、検察庁が、公訴の提起を義務付けられるのである(刑事訴訟法一七五条)。

起訴の拒否とは認という二つの基本的可能性の間には、検察庁の従来型の捜査活動に伴う欠缺が、しばしば、存在する。それ故、裁判所は、自ら、捜査を命じ、それに伴って、裁判所構成員に委任したり、あるいは、そのために別の裁判所の裁判官に要請したりすることができる(刑事訴訟法一七三条三項、裁判所構成法一五七条)。

(三) 起訴便宜主義に伴う排除

起訴強制手続は、起訴法定主義を守るものであるから、当然に、私訴の可能性や、起訴便宜主義に基づく打切りは、排除される(刑事訴訟法一七二条二項三文、アンダーライン)。この場合、被害者にとつても、裁判所が打切りに同意しなければならぬし、それ故に、裁判に関与するのであるから、その限りで、不利益は生じない。しかしながら、第二刑法改正法によって、小額財産犯の場合には、裁判所の同意なく打切りが可能になり、しかも、この点は、一九九九年の司法免責法によつても、かなり強化された(刑事訴訟法一五三条一項二文、一五三条 a 一項六文)。また、このような場合に起訴強制手続が不可能であることは、体系の破壊と、被害者の可能性を憂慮すべき方向で削減することを意味する。

被害者である申立人の起訴強制手続によつて、手続の打切りが無効にならなかつた場合、刑事手続は、終了する。

第二〇節 起訴による起訴前手続の終了

一、概説

(一) 検察庁による証拠評価

検察庁は、捜査によつて「十分な理由および根拠」を提示できる場合には、訴を提起する(刑事訴訟法一七〇条一項)。この文言は、刑事訴訟法二〇三条の「十分な嫌疑」と同じ意味である。そのために、検察庁は、収集された証拠を評価しなければならぬ。その際になされる評価は、犯罪者であることを「確信し」なければならぬ裁判所のものより緩和されたものであるが、しかし、次のような原則は尊重されなければならない。すなわち、

- a) 検察庁は、免責事由も考慮しなければならない (刑事訴訟法一六〇条二項)。
- b) 検察庁には、一定の証拠を使用しないことが、許される (証拠使用禁止)。
- c) 証拠評価が、訴訟上の権利を無効にすることは、許されない。特に、被告人にとって、刑事訴訟法一三六条一項二文、一六三条a三項、四項、二四三条四項によって正当化されている黙秘から、不利益な推論が導かれてはならない (BGH 20, 281)。同じことは、守秘義務の非免除 (Keiser StV 2000, 633 の評釈のある BGH 45, 363, 367)、刑事訴訟法五二条以下による正当化された証言拒否 (BGH 22, 113) および、刑事訴訟法五五条による情報提供拒否権 (BGH 38, 302) についても言える。
- d) 証拠評価は、思考法則 (論理学の規則) に違反することは許されない。これには、計算の誤り、概念の混同および循環論法 (*petitiones principii*)。
- e) 証拠評価は、確実な、学問上の認識に反することは許されない (BGH 10, 211)。このことは、血液型鑑定による父子関係の決定についても言える (BGH 6, 70)。
- f) 証拠評価は、経験則に反することも許されない。すなわち、存在する経験則を無視したり、存在しない経験則を不法に認めたりすることである。

(二) 被疑者の取調べ

捜査が、公訴提起に十分な理由・根拠を提供する場合、検察庁は、まず、被疑者が既に取り調べられているか、さもなければ、取調べられようとしているか、あるいは、文書による陳述の機会が与られようとしているかを検討しなければならぬ(刑事訴訟法一六三条 a 一項)。いずれにしろ、被疑者の取調べは、むろん、それ以前に、大概是、警察によってなされている(刑事訴訟法一六三条 a 四項)。

(三) 起訴状の提出と書類の提出

公訴の提起は、刑事訴訟法一七〇条一項によれば、起訴状の提出による。起訴状の用件は、それ以下の刑事訴訟法の章に、すなわち、一九九条二項、二〇〇条に規定されている。

起訴状は、裁判所に対する訴訟対象の限界付け(限界設定機能)と、公判開始決定前の被告人への情報伝達(情報伝達機能)を持っている。前者の機能を欠如している起訴状は、無効である(BGH 40, 390)。

(四) 公訴提起の特別の形式

a) 迅速手続における判決言渡しの請求

起訴状の提出は、検察庁が迅速手続において判決言渡しの申立てをした場合には、必要ではない(刑事訴訟法四一七条以下)。

詳細な文献：Schlichter/Fulber/Putzke, Herausforderung: Beschleunigtes Verfahren (§§ 417ff. StPO), 1999.

b) 略式命令発付の請求

刑事訴訟法一七〇条一項、一九九条二項、二〇〇条に基づく、起訴状の提出による公訴提起は、法的に見れば「通常の場合」であるが、統計的に見れば刑事訴訟法四〇七条以下に基づく略式命令発付の請求の方が、むしろ、頻度数が多い（全公訴提起中の五六パーセント）のである。また、この請求は、公訴提起の一態様を意味している（刑事訴訟法四〇七条一項四文）。これは、軽罪についてのみ許されるのであり、一年以下の保護観察付の自由刑、罰金刑、運転禁止および、二年以下の禁止期間の設定された運転免許証剥奪が科せられる（刑事訴訟法四〇七条）。略式命令手続は、国家に対してのみならず、被疑者に対しても公判を節約できるので（下記二三節参照）、検察局は、捜査結果と本質的に異なる結果を期待し得ないために、公判を必要ないと思料した場合には、常に、これによるべきである。略式命令発付の請求は、また、被疑者の不在や、公判への不出頭が予見される場合にも、なされる。公訴提起のその他の態様とは異なり、略式命令発付の請求は、目標とされるべき刑量を明確に示さなければならぬ（刑事訴訟法四〇七条一項三文）。

c) 追起訴

公判が、他の「犯罪」のために、管轄権を逾越した場合、検察庁は、追起訴という形式で、公訴を提起することができる（刑事訴訟法二六六条）。この場合にも、公訴は、刑事訴訟法一七〇条一項に従わず、口頭で提起されうる（刑事訴訟法二六六条二項一文、アンダーライン）。

二、裁判所の管轄

公訴は、刑事訴訟法一七〇条一項により、管轄裁判所に提起される。管轄は、場所的なものと、物的なものに区別される。場所的管轄（刑事訴訟法上では「裁判管轄地」とよばれている、同法七条以下）は、既に、上記八節で取扱われた。事物管轄については、刑事訴訟法一条が、裁判所構成法を参照するように指示している。

考察されるべきは、一重大な政治的犯罪についてのみ管轄を有する上級地方裁判所（裁判所構成法七四条 a、一二〇条）は除くとして一区裁判所と地方裁判所（裁判所構成法二四条以下、七四条）である。その区裁判所は、刑事（単独）裁判官によって構成される裁判所と、一人の職業裁判官と二人の参審員によって構成される参審裁判所とに分けられる（裁判所構成法二四条、二五条、二八条、二九条）。誤解を招きやすいのは、参審裁判所の規定が、区裁判所に並んだ独自の章立てとなっていることである）。

私訴人は、常に、刑事裁判官に依頼しなければならない（裁判所構成法二五条一号）。単独裁判官は、さらに、二年の自由刑を超える刑罰を期待できない場合には、軽罪についても管轄権を有する（裁判所構成法二五条二号）。

参審裁判所は、四年以下の自由刑が予定されている犯罪について管轄権がある（単独裁判官によって判決が言渡されるべき親告罪と、最高刑が二年以下の自由刑となっている軽罪は除かれるが、これは、一九九三年の司法負担軽減法によって削除されたためである）。

けれども、故意の殺人罪と、死の結果を伴う犯罪は、常に、「陪審裁判所」としての地方裁判所の管轄に属する（裁判所構成法二四条一項一号、七四条二項）。

加えて、検察庁は、すべての刑事事件について、「事案の特別の意味を理由として」地方裁判所に訴を提起することができる（裁判所構成法二四一条一項三号、七四一条一項二文）。このような、所謂流動的管轄規定は、検察庁に事物流を危殆化することになる。連邦憲法裁判所は、この規定を合憲としてはいるものの、その際、検証可能な、客観的基準に基づいた解釈を要求している（BVerfGE 9, 223; 22, 254）。

数罪を犯した犯人、あるいは、共同行為者、共犯者あるいは、犯人援助、刑を無効にする行為あるいは贓物取得などによって結ばれた者達に対する手続は、それらの中で一番高い管轄権のある裁判所に、一括して起訴することができる（刑事訴訟法二条、三条）。

三、公訴提起の効果

公訴の提起によって、被疑者は、刑事訴訟法の不適切な用語法によれば、「被告人（Angeklagter）」としてではなく、まずは「公判開始決定前の被告人（Angeschuldigter）」と呼ばれることとなる（刑事訴訟法一五七条）。手続に対する支配は、検察庁から裁判所に移る。検察庁による勾留請求は、必要でもなければ、拘束的でもない（刑事訴訟法一二〇条三項、一二五条二項）。

詳細な文献：Schroeder, Die Anklageerhebung beim LG und beim BGH wegen der „besonderen Bedeutung des Falles“, MDR 1965, 177; Achenbach, Staatsanwalt und gesetzlicher Richter-ein vergessenes Problem? Wassermann-Festschr. 1985, 848.

第二一節 捜査手続における法的救済

(一) 捜査手続の開始、継続および停止を理由とする法的救済

捜査手続の開始に対する法的救済は存在しないが、それは、公訴の提起によって手続が全面的に裁判所の審査に移るからである (BVerfG NSIZ 1984, 228f.)。捜査の開始について適用される、唯一の例外は、検察庁の客観的に恣意的な行為の際に見られる、明白に正当化することのできない考量に基づいている場合である (BVerfG aO, 文献紹介のある Nagel StV 2001, 185)。長過ぎる捜査手続に対しても、また、裁判所構成法施行法 27 条によって、強制的請求が認められなければならないであろう (Friser/Viertel NSIZ 1999, 116; 下記四二節参照)。なおさらのことであるが、公訴の提起に対する法的救済は、ここでは、開始手続が審査に付されるのであるから、存在しない (下記二二節参照)。捜査手続の不開始、停止に対しては、被害者のみが、起訴強制手続という形式で、特別の法的救済権を持っている。また、このような法的救済は、起訴便宜主義に基づく手続の停止の場合 (刑事訴訟法 172 条 2 項 3 文) には、そこでは、裁判所が、原則的には、同意しなければならないのであるから、考慮されない (例外と、それ故に、一貫していないのは、刑事訴訟法 153 条 1 項 2 文、153 条 a 1 項 6 文)。

法的救済が認められていないのは、また、刑事訴訟法 153 条以下の、検察庁による手続停止の拒否、あるいは、これについての同意に対してである (OLG Hamm NSIZ 1988, 510)。けれども、これによって、職務上の義務違反を理由にする損害賠償義務が発生する (BGH NSIZ 1988, 510)。

(二) 捜査手続における個別の命令に対する法的救済

a) 裁判官の命令

起訴前手続で、裁判官が、命令を許可したり、あるいは、拒否したりした場合には、被疑者・被告人、または、検察庁にとっては、刑事訴訟法三〇四条以下の抗告という救済手段がある。抗告は、処分を許可した裁判官に対してなされるものではあるが、救済されなかった場合には、上級の裁判所に提出されなければならない（刑事訴訟法三〇六条二項）。これによって、抗告は、所謂移審効を持つ。けれども、抗告は、異議を申立てられた決定の執行を阻止することはできない（刑事訴訟法三〇七条）ので、所謂遮断効を欠いている。

b) 緊急権の行使としての検察庁と検察補佐官の命令

「遅滞の危険」の際には、裁判官に代わり、検察庁あるいは検察補助官（所謂検察庁および検察補佐官の緊急権）が行為するが、その場合に、刑事訴訟法は、義務的に（刑事訴訟法一〇〇条四項、一一一条e一項、一六三条c一項二文、一六三条d二項二文）か、あるいは、当事者の申請に基づいて（刑事訴訟法九八条二項二文、アンダーライン）、裁判官による追認行為を予定している。刑事訴訟法九八条二項二文によれば裁判官による裁判の申立てが可能であるが、この可能性は、裁判上の手続が明文で予定されていないような、緊急権の行使の諸場合（刑事訴訟法八一条a、八一条c、一〇五条、一一一条）にも準用される。以前、既になされた処分の審査のために必要とされた、特別の、権利保護の利益（反復の危険あるいは持続的差別化（BGH 28, 58, 160; 36, 32, 242）は、BVerfGE 96, 27によつて、同様に、不要であるとされた。

c) 命令の執行の態様

審査にとつては、命令自体の適法性に対してではなく、執行の態様のみについて、部分的にはあるが、裁判所構

成法施行法二三条以下によって、出訴が、高等裁判所の管轄と認められている (BGH 28, 206; 37, 82)。刑事訴訟法一〇〇条 d 六項は、刑事訴訟法一〇〇条 c 一項三号による「重大な盗聴による侵害」に対する異議に類似する異議の申立について、命令を許可した裁判所の管轄を導入している。それ故に、判例は、処分執行の態様に対する異議の申立の際にもまた、事情に精通した裁判官管轄を刑事訴訟法九八条二項二文によって肯定する傾向にある (Radtke JR 1999, 436 及 Fezer NSIZ 1999, 151 の評釈のある BGH 44, 265; Katholnigg NSIZ 2000, 155 の評釈のある BGH 45, 183)。裁判官による命令の場合に、それを執行するための明示的かつ一義的な規定がある場合には、むしろ、当然に、刑事訴訟法三〇四条以下による抗告が、肯定される (文献の紹介のある BGH 45, 183)。

d) 検察庁と検察補佐官によるその他の行為

検察庁と検察補佐官が、裁判官に先立つ緊急権という方法ではなく、固有の権限によって決定する場合には、裁判官による裁判を介入させる特殊な可能性が認められるか (刑事訴訟法一四七条五項二文、一六一條 a 三項、一六二條 a 三項三文)、あるいは、既に執行された処分について考慮することを明記した裁判所構成法施行法二三条以下が適用される (同法二八条一項四文、アンダーライン)。

e) 判決へ影響する行為

瑕疵が判決に影響した範囲、および、当事者が非難権を失った範囲 (特に、刑事訴訟法二五一条一項四号による調書の朗読に対する同意によって) について、その瑕疵は、判決に対する上告の中で争うことができる (刑事訴訟法三三七条)。このことは、特に、既に執行された裁判官の命令についても妥当する (上記 a 参照)。準備手続における

裁判官による証人尋問の際に立会がなされていなかった場合についてのBGH 26, 332)。

詳細な文献： Bachmann, Einheitlicher Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren, NJW 1999, 2414; K. Schroth, Der Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, StV 1999, 117.

第二章・中間手続、もしくは、略式命令の発付

第二二節 公判開始決定

一、開始手続の目的

被疑者に対して、また、国家に対しても、可能な限り不要な公判は避けられるべきであるから、そのために、刑事訴訟法は、一公訴提起を裁判所とは独立の機関たる検察庁の権限に移しているが(上記八節参照)、これに加えて一裁判所による起訴の事前審査を予定している(刑事訴訟法一九九条以下)。ここでは、開始手続あるいは中間手続とされている固有の手続の一部分が、問題になる。審査の基準(刑事訴訟法二〇三条：「十分な嫌疑」、アンダーライン)は、表現は異なっているが、起訴の際に検察庁に適用される基準(刑事訴訟法一七〇条：「公訴を提起するに十分な理由」と同じ)である。

確かに、刑事訴訟法は、公判手続の開始決定を関係のない裁判所ではなく、公判に自ら管轄権を有する裁判所に委託している(刑事訴訟法一九九条一項)。この規定は、労働経済性およびそれに附随する費用経済性の観点から理解できる。他方、この規定は、憂慮すべき結果をも持っている。というのは、裁判所は、公判手続開始によって十分な嫌疑を肯定しなければならない(刑事訴訟法二〇三条)のであるから、自ら心理的に自縛しているのであり、一度

事前に犯罪の嫌疑を肯定したという事実を正当化するという—しばしば無意識的な—圧迫に安易に屈することになるからである。立法者は、このことを認識したので、一九六四年の刑事訴訟法改正法によって、十分な犯罪の嫌疑の肯定についての決定という従来の決定の意味を、裁判所が公判への公訴を許可する単なる決定へと変更した（刑事訴訟法二〇七条一項、アンダーライン）。そうすることで、裁判所が、この場合、単なる仲裁裁判官が、あたかもボクサーをリングに上げるように、そのように公訴の提起を検察庁に許可するに過ぎないと認識されるべきである。けれども、それは、単なる言葉によるごまかしに過ぎない。なぜならば、開始決定は、依然として、十分な犯罪の嫌疑を前提とするだけではなく、同時に、内含さえているからである。

開始手続が、特に、公判開始決定前の被告人を不当な公判から保護するのに貢献するために、この被告人は、強い聴聞権を持っている。裁判長は、起訴状を被疑者に通知し、場合によっては、公判開始に対する異議を主張するか、あるいは、個別の証拠調べを行うよう申請するよう促すのである（刑事訴訟法二〇一条）。

この点についての決定は、開始一般についての決定と同様に、公判開始決定前の被告人不在でなされ、公開されてもいない（刑事訴訟法二〇一条二項、二〇三条、二〇四条）。決定は、裁判官のみによって、すなわち、参審員なしでなされる（裁判所構成法三〇条二項、七六条一項）。

二、開始却下と仮打ち

(一) 開始却下

公判手続の開始拒否は、—検察庁による捜査手続の打ち切りの箇所ですら既に述べたように、—事実のあるいは法的理由に依拠してなされる（刑事訴訟法二〇四条、アンダーライン）。前者の事実的理由は、さらに、公判開始決定前の被

告人の無責の証明（開始手続においては、まず考えられないことであるが）、および、立証可能性の欠如に区別される。後者の、公判手続不開始のための法的理由には、—行為の実体法的可罰性の欠如の外に—訴訟障害の存在も含まれている（刑事訴訟法二〇六条aは、誤った配列となっている）。むしろ、この条文は、公判手続開始後に、始めて、適用されるものである。既に捜査手続の際に考慮されるべき手続障害に、手続の前提条件として、起訴状の存在も加わる（BGH 5, 227）。

公判手続開始却下に対しては、即時抗告、すなわち、一週間以内の抗告（刑事訴訟法三二一条）が認められている（刑事訴訟法二二〇条二項）。抗告裁判所も開始を却下した場合には、起訴は、新しい事実あるいは証拠に基づいてのみ認められる（刑事訴訟法二二一条）。公判手続開始却下に対する決定を争うことができない場合には、それ故、この決定は、限定された、実体的既判力を持つことになる。

(二) 便宜主義による打切り

便宜主義の場合、裁判所も—いまでは検察庁の同意を得て—手続を打切ることができる（刑事訴訟法一五三条二項、一五三条a二項、一五三条b二項、一五三条e二項、一五四条a二項、一五四条b四項）。

(三) 仮の打切り

さらに、仮の打切りもある（刑事訴訟法二〇五条）。被疑者の不在の場合、確かに、証拠保全のための裁判所による手続の開始、および、出頭を強制するための財産の差押えは、可能であるし、命ぜられてもいる（刑事訴訟法二八五条以下）。「自由通行の保証」が被疑者に付与されることは、極めて稀である（刑事訴訟法二九五条、特に、三

項参照)。仮の打切りは、一五四条二項、一五四条 b 四項に規定されている。これに対しては、刑事訴訟法三〇四条の抗告という一般的な法的救済が認められている。

(四) 管轄違いの手続

裁判所は、さらに、職務上、事物管轄と土地管轄を審査しなければならない(刑事訴訟法六条、一六条一文)。これも、訴訟条件である。手続の迅速化の利益のために、裁判所は、事物管轄が違っていた場合であっても、「クイーンは、ジャックを刺し殺す」という原則に従って、下位の裁判所での手続を自ら開始し、上位の裁判所に判決に必要な書面を提出することができる(刑事訴訟法二〇九条)。「重大な事案」を恣意的に認めたことを理由とする上告が成功した事例は、BGH StV 1999, 585)。場所的管轄違いについては、検察庁の選択権であるために、同様のことは妥当しない。

(五) 追加立証の命令

公判開始却下と開始の間に、追加立証の命令がある(刑事訴訟法二〇一条二項、二〇二条)。

三、公判手続の開始

公判手続開始の決定―開始決定―に際して、裁判所は、検察庁の請求に拘束されてはいない(刑事訴訟法二〇六条)。既述の刑事訴訟法一五五条二項と比較せよ)。変更の可能性が、刑事訴訟法二〇七条二項に明記されている。その際、「犯罪行為」の範囲、すなわち、手続の対象が変更された場合に限って、検察庁は、新しい起訴状を提出しなければならない(刑事訴訟法二〇七条三項)。

公判手続の開始後、「公判開始決定前の被告人」は「被告人」となる（刑事訴訟法一五七条）。公判開始決定に対しては、この被告人には、如何なる法的救済も許されていない（刑事訴訟法二二〇条一項）。手続の支配は、公訴が提起された場合もそうであるが、それ以上に、裁判所に移る。すなわち、検察庁は、公訴の提起を取り下げることができなくなる（刑事訴訟法一五六条）、所謂「不変更主義」である。事件は、「係争中」となる（部分的には、訴訟係属は、既に、公訴の提起によって認められている、一九節参照）。

開始決定は、被告人に可能な限り迅速に送達されなければならないし（刑事訴訟法二二五条）、開始の却下は、公判開始決定前の被告人（！）に通知すれば足りる（刑事訴訟法二〇四条二項、三五条二項二文）。

開始決定は、以後の手続にとって、訴訟条件となる（BGH 29, 342）。けれども、裁判所がそれを忘れた場合には、公判で補完できるし、そうすることで、訴訟条件の瑕疵を「治癒する」ことができる（BGH 29, 228）。

公判手続の開始後、裁判所は、事件を下位の裁判所に移送できなくなり、上位の裁判所に提出することのみが可能になるか、または、—公判において—割当てできることになる（刑事訴訟法一一五条 a、二六九条、二七〇条）。

第二三節 略式命令の発付

一、略式命令の許容性と発付

(一) 許容条件

裁判官による略式命令の発付は、軽罪について（アンダーライン）、罰金、あるいは、刑の留保、運転禁止、追徴、没収、破棄処分、使用禁止、有罪判決の公示の付された戒告、同様に、二年未満の停止条件つき運転免許の剥奪が科せられるに過ぎない場合で、かつ、公判が、捜査結果からの本質的逸脱があり得ないような場合には、許される（刑事訴訟

法四〇七条)。一九九三年の司法負担軽減法以来、公判開始決定前の被告人に弁護士が付いている限りにおいて、保護観察付きの執行猶予が言渡された一年以下の自由刑に対しても、また、許される(言渡されうる刑事訴訟法四〇七条二項二文)。これを目指す場合には、事情によっては、国選弁護人が付されなければならない(刑事訴訟法四〇八条 b)。立法者は、このような軽微事犯の場合には、被告人の在廷の必要もなく、加えて、一般に、口頭主義と手続の公開性をも放棄できる手続を予定している。それどころか、関係者に対する通常の意見聴取(刑事訴訟法三三条)も、この場合には、不要である(刑事訴訟法四〇七条三項)。被疑者・被告人の法律上の聴聞を受ける権利に対する配慮は、この場合にも義務的尋問によって、ないしは、刑事訴訟法一六三条 a 一項に従ってなされる文書による陳述の機会によって、十分なされている。加えて、被告人は、異議の申立によって、公判と、それに伴う法律上の聴聞を開始させることもできる(下記二参照)。このような救済の可能性によって、被疑者・被告人への尋問の懈怠は、刑事訴訟法一六三条 a 一項によって、略式命令を無効にはしないのである。他方、略式命令手続は、被疑者・被告人に、公判の持つ、精神的、時間的および経済的負担を軽減する効果を持ち、同時に、比例の原則に合致するのである(BVerfGE 25, 164; Bf-Drucks. 10/1313 34)。

(二) 略式命令の発付の却下

職業裁判官、つまり参審裁判所の裁判長は、略式命令の発付を、通常の事案において開始決定の発付を却下することができると同じ理由で、却下することができる(刑事訴訟法四〇八条二項一文)。また、法的救済も、同じである(刑事訴訟法四〇八条二項二文)。

その他に、裁判官は、公判なしで判決することに疑いを持った場合、あるいは、法的判断あるいは検察庁によって、

固持された法的効果の請求から逸脱しようと望んだ場合、公判の期日を定めることができる（刑事訴訟法四〇八条二項二文）。前者の場合には、事案の意味、特別予防あるいは一般予防の根拠、と同様に、量刑の基準足りうる諸事情の解明の必要が、考慮される（刑罰手続と過料手続に関する指導要領追加措置一七五号の三も参照）。

二、略式命令に対する異議

(一) 許容条件と期間

口頭主義および公判開始決定前の被告人の意見聴取のない略式命令手続は、彼が二週間以内に略式命令に対して異議を申立て、そうすることで通常の公判を請求できるという条件によつてのみ正当化され得るのである（刑事訴訟法四一〇条、アンダーライン、四一一条二文）。この点については、被告人は、一法的救済の場合に一般的になされるように一教示されなければならない（刑事訴訟法四〇九条一項七号、アンダーライン）。

略式命令に対して異議が申立てられなかったり、あるいは、申立てられても正当な期間でなかったりした場合には、その略式命令は、既判力のある判決としての効果を獲得する（刑事訴訟法四一〇条三項）。時機に遅れたか、あるいは、その他許されない異議は、不許可として決定によつて棄却される。これに対しては、即時抗告（刑事訴訟法四一一条一項一文）、すなわち、二週間以内の抗告が許される（刑事訴訟法三一一條二項）。

(二) 期間内の異議についての手続

期間内の異議の場合、公判期日が定められる（刑事訴訟法四一一條二文、アンダーライン）。その場合、略

式命令は、開始決定の機能を担うのである、一二三節参照（その点については、同義の過料裁定についての BGH 23, 339）。

それによって、略式命令手続は、通常の手続へと移行する（下記二四節以下参照）が、証拠調べは簡略化される（下記二七節の五参照）。

被告人あるいは全権を委任された弁護人の公判への不出廷は、異議の取下げ（略式命令に既判力を付与するであろうような）としてではなく、むしろ、異議を事案の審理なしに判決で棄却することを裁判所に許容する、失効とされる（刑事訴訟法四一二条）。

三、不在者に対する手続としての略式命令手続

本来、手続を簡素化するために創設され、それ故に、被告人在廷のうえでの公判を省略する略式命令手続は、いつのまにか、被告人不在の場合の代替手段へと発展してきた。一九八七年の刑事手続変更法以来、略式命令発付の申立は、公判の継続が被告人の欠席あるいは不在、さらには、他の重要な理由によってそれが阻害されるような場合には、公判手続の開始後においても可能である（刑事訴訟法四〇八条 a）。

詳細な文献： Meurer, Der Strafbefehl, Jus 1987, 882.

第三章・公判手続

第二四節 公判準備

(一) 公判手続と公判

刑事訴訟法一九九条で言及されている公判手続は、公判準備(刑事訴訟法二二三条ないし二二五条a)と公判自体(刑事訴訟法二二六条ないし二九五条)に区別される。大抵の場合、公判手続には、判決が既判力を持つに至るまでに行われなければならないすべての手続、それ故、上訴手続も入ると考えられている。このことは、学術用語的に見れば、正しいかもしれないが、利用可能性は少ない。むしろ、公判手続と上訴手続とを概念的に区別することの方が、良いように思われる。もつとも、刑事訴訟法は、上訴手続についても再度「公判手続」を予定している(刑事訴訟法三二三条以下、三五〇条以下)のであるから、厳格には、「第一審公判手続」と控訴手続、もしくは、上告手続と言わなければならないのではなからうか。

公判準備は、広範に、「裁判所」の裁判長裁判官の手中にあるといえる。このことは、区裁判所所長あるいは地方裁判所所長官という意味ではなく、管轄権を有する合議体、それ故、刑事部の裁判長、区裁判所の単独裁判官、あるいは、参審裁判所の裁判長を意味する。

(二) 手続障害による打切り

手続障害がある場合(上記一〇節参照、それまで見過ごされた障害であれ、新たに生じたものであれ)には、裁判所は、手続を公判期日の取決めをせずに打切ることができる(刑事訴訟法二〇六条a)。

(三) 期日の設定と訴訟関係人の召喚

裁判長は、まず、公判期日を決定しなければならない(刑事訴訟法二二三条)。その際、公判の日時のみではなく、

場所も決められる。期限はないが、期日は、遅延禁止があるため、その設定が遅すぎではならない。他方、期日は、被告人への召喚状の送達と、期日の間に、少なくとも、一週間という期間があるように、定められなければならない(刑事訴訟法二二七条)。この期間は、被告人が公判のために時間を作るためだけでなく、特に、彼に公判の準備をする十分な時間を保証するのに資するのである。この期間は、そうすることで、人権を保障しているのである(ヨーロッパ人権条約六条三項b、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b)。

裁判長は、被告人と彼の弁護士とを、場合によっては、私訴人と附帯私訴人をも召喚しなければならない(刑事訴訟法二二四一条項、二二六条ないし二二八条)。召喚は、裁判所の書記課によってなされる(刑事訴訟法二二四一条項二文)。

(四) 証人および鑑定人の召喚

さらに、裁判長は、公判にとって必要な証人や鑑定人を召喚しなければならない(刑事訴訟法二二四一条項二文)が、他方で、検察庁は、物的証拠方法を提出しなければならない(刑事訴訟法二二四一条項)。また、物的証拠方法の提出を、裁判所は、職権により命ずることができる(刑事訴訟法二二四一条項二文、二二二一条)。

加えて、被告人も、証人あるいは鑑定人の召喚、あるいは、物的証拠方法の提出を請求することができる(刑事訴訟法二一九条)。このような請求は、公判中、繰返し行うことができるために(刑事訴訟法二四六条)、裁判長は、刑事訴訟法二四四条以下の証拠却下事由がある場合には、これを拒否するべきである。却下された場合であっても、被告人は、召喚を自ら指示する権利を有する(刑事訴訟法二二〇)。この召喚は、裁判所執行官によってなされる(刑事訴訟法二三八条)。誤解されやすいのは、それ故、しばしば用いられる表現方法、「被告人による直接的召喚」である。

アンダーラインは、刑事訴訟法二二〇条一項一文の「させる」という文言。このような可能性は、重要である。それは、裁判所が公判において、そのようにして召喚され、出廷した証人および鑑定人の尋問を却下する場合に対しては、通常の証拠請求の場合よりも、厳しい条件が付されているからである（刑事訴訟法二四五条二項）。

最後に、検察庁も証人および鑑定人を、裁判所書記課を通さずに召喚できる（刑事訴訟法二二四条三項）。

(五) 裁判所の構成の通知

法律上の裁判官を請求する権利（基本法一〇一条二文）は、事務分配表の中で裁判官と参審員とが事前に確定されていることを要求している。裁判官や参審員が不足している場合には、裁判所の構成に関する瑕疵が容易に認められることになる。裁判所の瑕疵ある構成を理由とする上告非難の頻発を制限するために、一九七九年の刑事手続変更法は、地方裁判所および上級地方裁判所での第一審の公判については、この非難の可能性を制限した。裁判所の構成が公判開始の少なくとも一週間前までに関係者に通知された場合には、この構成は、公判における、被告人に対する事実についての第一回目の尋問開始までは、有効でありうる（刑事訴訟法二二二条a、二二二条b、三三八条一号）。公判の開始から一週間が経過してから通知された場合には、被告人は、公判中断の権利を持つ（刑事訴訟法二二二条a二項）。その結果、合わせて一週間という時間を自由に使うことができる（BGH 29, 283）。裁判長は、したがって、裁判所の構成を可能であれば、遅くとも公判開始一週間前までに通知しようと考えている。

(六) 嘱託証拠調べ

証人あるいは鑑定人の公判への出廷に対して、長期間あるいは不確定期間、病気になるいは長期の外国旅行のような

排除することのできない障害がある場合か、あるいは、場所的に離れ過ぎているために、出廷を期待し得ない場合には、裁判所、すなわち、単独裁判官あるいは職業裁判官（裁判所構成法三〇条二項、七六条一項二文）は、裁判所の構成員に尋問を囑託することができるし、このために司法共助という手段によって（裁判所構成法一五七条）他の裁判所の裁判官にそれを要請することもできる（刑事訴訟法二二三条）。公判においては、この尋問調書は朗読されるし（刑事訴訟法二五一条一項二号、三号）、刑事訴訟法二四七条 a 四文によるビデオの記録は観覧に供される（刑事訴訟法二五五条 a）。同様に、裁判所の検証がなされる（刑事訴訟法二二五条）。それは、裁判所の検証調書は、無制限に、公判で朗読されるからである（刑事訴訟法二四九条一項）。そのような「囑託の」証人尋問及び検証の場合には、検察庁、被告人および弁護人は、立会権を持っている（刑事訴訟法二二四条）。この立会権を保障するために、関係人に期日を通知しなければならない（刑事訴訟法二二四条一項一文）。審理の成果を危殆化する恐れがある場合には、この通知義務は、認められない（刑事訴訟法二二四条一項二文）。判例によれば、この規定によって、通知義務のみが排除されるのであって、立会権自体が排除されるわけではない（BGH 31, 152; 32, 129-Fezzer IZ 1984, 430と Grünwald StV 1984, 56 の評釈のある GS）。

朗読可能な調書を入力するために必要な裁判官による尋問や検証は、大概は、既に捜査手続でなされている。

(七) 法律上の救済

公判準備の際の裁判所による裁判に対する法律上の救済は、原則として、認められていない（刑事訴訟法三〇五条一文）。公判は、判決によって終了するのであるから、法律上の救済は、それが有効であった場合には、判決を争い得るものでなければならぬし、そうあるべきである。それに応じて、期日の指定自体は、抗告によって争うことは

できない。しかし、弁護人が指定日に出席を妨げられ、それ故に、弁護権が制限された（刑事訴訟法三三八条八号）という事実、あるいは、刑事訴訟法三三八条五号による公判への立会権が侵害されたと言う事実は、上告で争うことができる（OLG Hamm JR 1971, 471）。囑託尋問や検証における瑕疵、特に、立会権の無視は、当該供述録取調書の朗読に対する攻撃によって、刑事訴訟法二五一条を根拠に、争うことができる。手続の打切りに対しては、即時抗告（刑事訴訟法二〇六条a二項）があるが、それは、検察庁と付帯私訴人によってのみ（下記三八節参照）申立てることができる。それは、被告人が打ち切りによって負担を負うことになるからである。

第二五節 公判—総説

一、公判の過程

公判は、日々の「法廷」の一部分であるが、他方で、多くの法廷日を包括することもできる（裁判所構成法四五条以下）。公判は、以下のような嚴格に規定された過程を持っている。すなわち、

- (1) 事案の呼出（刑事訴訟法二四三条一項一文）
- (2) 在廷確認（刑事訴訟法二四三条一項一文）
- (3) 証人の退廷（刑事訴訟法二四三条二項一文、五八条も参照）
- (4) 被告人の定質問（刑事訴訟法二四三条二項一文）
- (5) 起訴状の朗読（刑事訴訟法二四三条三項一文）
- (6) 供述の自由の告知（刑事訴訟法二四三条四項一文）と、その後の事案についての被告人の尋問（刑事訴訟法二四三条四項二文）

(7) 証拠調べ (刑事訴訟法二四四条ないし二五七条)

(8) 弁論 (刑事訴訟法二五八条一項)

(9) 最終陳述 (刑事訴訟法二五八条二項)

(10) 裁判所の評議 (刑事訴訟法二六〇条一項)

(11) 以下の方法 (刑事訴訟法二六八条二項) での判決の言渡し (刑事訴訟法二六〇条一項)

a) 判決主文の朗読

b) 判決理由の朗読

公判の過程が法律によって確定されていることは、一定の儀式性を保障するだけではなく、被告人の保護にも資するのである。特に、事実に関する尋問は、被告人に証拠調べの前に事案についての被告人の見解を一貫して述べる機会を与えなければならない (刑事訴訟法一三六条二項と関連する二四三条四項二文)。この点については、BGH 19, 97; NSZ 1986, 370)。被告人は、それ故、「最終の発言」のみならず、「最初の発言」も持たなければならない。予定された順序を逸脱することは、したがって、そうすることに十分な理由があり、しかも、公判の構造が全体としては守られているか、それとも、訴訟関係者が異議を述べないかのいずれかの場合に限り、許される。逸脱は、特に、多数の個別行為が審理されなければならないような、所謂複合事案 (Punkesachen) については、可能である (BGH 10, 342)。それに反して、被告人の尋問中断は、裁判所が刑事訴訟法三三八条二項によって上訴された場合にのみ、責問されうる (BGH NSZ 1997, 198; 2000, 549)。

裁判所が、—しばしば起こることであるが—評議に基づいて再度証拠調べを行うか、あるいは、被告人に法の見解の変更を指摘した場合 (刑事訴訟法二六五条) には、証拠調べに続く公判の部分は、繰り返されなければならない。

二、公判の指揮

公判指揮、被告人の尋問および証拠調べは、裁判長によってなされる（刑事訴訟法二三八条一項）。法廷の秩序維持（所謂法廷警察）も、裁判長の義務である（裁判所構成法一七六条）。裁判長は、傍聴人に対して、命令不遵守や法廷侮辱の場合には、秩序拘禁および秩序金のような秩序罰を科することができる（裁判所構成法一七七条ないし一八二条）。この領域の、特に重要な行為の二、三のものについては、裁判所は、合議に付す（刑事訴訟法二二八条一項一文、二四四条六項・裁判所構成法一七七条二文、一七八条二項）。

実体的訴訟指揮に係る裁判長の命令に対しては、裁判所が、上訴される（刑事訴訟法二三八条二項）。「不許可として異議を申立てる」にアンダーライン）。ここでは、刑事訴訟法三〇四条による抗告を排除する、ある種の法的救済が、問題になっている。刑事訴訟法二三八条一項による「公判指揮」と同条二項による「実体的訴訟指揮」とを区別しようとした、旧来の試みは、今日、時代遅れとされている。けれども、命令の（法的）許容性は、攻撃可能であるが、その合目的性に対する攻撃は、不可能である。それ故、法的問題について検討されるすべての命令が、攻撃可能なのである。判例によれば、刑事訴訟法三三八条八項の上告理由が裁判所の決定を前提にしているために（アンダーライン）、同法三三八条二項による裁判所への要請、および、それに伴う裁判所の決定に懈怠がある場合、その瑕疵を、上告において争うことはできないと、また、刑事訴訟法三三七条による場合も同じであるとされている（BGH 3, 368; 種々の文献）。このような結論から、正当にも、種々に、裁判所の告知義務が導かれている。

裁判長が、被告人を尋問し、証拠を取調べるのに対して、その他の訴訟関係人は、包括的な質問権を持っている（刑事訴訟法二四〇条）。けれども、この質問権は、無限定的なものではない（刑事訴訟法二四一条、二四一条a）。質問

の許容性について疑問がある場合には、裁判所が、再度、判断する（刑事訴訟法二四二条）。しかしながら、この規定は、刑事訴訟法三三八条二項が介入していないような事案についてのみ適用されるのである。それ故、これは、裁判官の問題である。

詳細な文献：Fuhrmann, Das Beibringungsrecht des § 238 Abs. 2 StOP, GA 1963, 65.

三、口頭主義の原則

公判についての諸規定から、特に、刑事訴訟法一四三条、一四九条、一五七条以下から、加えて、「弁論 (Verhandlung)」という概念から、公判の口頭主義という原則が導かれる。刑事訴訟法二四九条によれば、文書は、原則として、朗読によって公判にもたらされなければならない（アンダーライン）。判決（刑事訴訟法二六〇条）のみならず、公判になされた、すべての決定（刑事訴訟法三五条一項）が、言渡されなければならない。口頭主義の原則からは、公判におけるすべての請求が口頭でなされなければならないが、刑事訴訟法一四四条三項ないし五項による証拠調請求は、例外である。裁判所は、通常、同時に、調書作成の容易化のために、弁護人による文書作成を要求している。

口頭主義の原則は、特に、傍聴者に対して弁論の流れの理解を容易にし、そうすることで、裁判所構成法一六九条による公判の公開性の機能を保障しようとしているのである。

四、公判の中断

裁判所は、その判決を「弁論の総体」（刑事訴訟法二六一條）、すなわち、全弁論に依拠させなければならないとい

う理由から、弁論は、口頭による弁論の印象の維持と、弁論における経過についての記憶の信頼性という利益のために、長期にわたり中断することは許されない (BGH 24, 226)。公判は、せいぜい一〇日間までならば中断が許されるが、一〇日を超える手続の場合に限り、三〇日間まで許される (詳細に規定されているのは、刑事訴訟法二二九条一項、二項)。さもなければ、すべての公判が、新たに開始されなければならない (刑事訴訟法二二九条四項)。「新たに開始される」アンダーライン)、所謂公判の「停止」。しばしば、刑事訴訟法は、予想外の事実が発生した場合に、関係者に中断あるいは停止の権利を保障している (刑事訴訟法一四五条三項、二二七条二項、二六五条三項、四項)。

刑事訴訟法二二九条で許されている期間を徒過しているという瑕疵があると考えられるのは、通常は、判決である。ただし、裁判所が、長期間、専ら、事実究明に関わり、すべての発言をテープに録音しておいたような場合は、例外である (BGH 23, 225)。これに対して、裁判所の代わりに裁判長がした裁判に期間の徒過という瑕疵があると考えられるような場合には、稀なことであるが、被告人がそれに対して異議を述べなかつたような場合があるであろう (BGH 33, 219)。

五、公判調書

公判については、裁判所事務課の書記官 (詳しくは、裁判所構成法一五三条・州法によれば、試補見習 (Stationsreferendare) も) によって調書が作成される (刑事訴訟法二七一条以下)。調書には、形式的事実 (刑事訴訟法二七二条)、公判における「主要な」経過と結果、および、すべての重要な合式性の遵守 (刑事訴訟法二七三条一項) が、記載される。供述の文言は、特に、記載されない。刑事単独裁判官および参審裁判所、それ故、区裁判所における公判の場合に限り、少なくとも、尋問の「重要な結果」は調書に記載されなければならない (刑事訴訟法七三条

二項)のであるが、そうすることで、控訴審の公判での新たな尋問を省略することができることになる(刑事訴訟法三二五条)。確かに、供述や陳述の文言が重要である場合には、裁判長は、職務上、あるいは、申立により、完全な記載と朗読を命じなければならない。このことを裁判長が拒否した場合には、刑事訴訟法二三八条二項の場合のように――裁判所に上訴されうる(刑事訴訟法二七三条三項)。この規定は、裁判所によって非常に制限的に解釈されている。供述の文言が問題なのであって、供述の内容ではない。

公判調書は、特に、上告において、公判のために規定されている合式性が調書によつてのみ証明可能であるという意味を持っている(刑事訴訟法二七四条)。

テープ録音による調書化は、――捜査手続における裁判官尋問の場合とは異なり(刑事訴訟法一六八条 a 二項)――予定されていない。合議の際の記憶の補助手段という目的で公判を録音することは、当事者の同意のある場合に限り、許される(BGH 19, 193)。

詳細な文献: Sieß, Protokollierungspflicht und freie Beweiswürdigung im Strafprozeß, NJW 1982, 1625; Rantf, Hauptverhandlungsprotokoll und Verfahrensnutze im Strafprozeß, Jus 1994, 785, 867.

六、公判における決定に対する抗告の排除

それと同時に、公判は、それに対して許されている抗告手続へと解消されるものではない。それは、集中審理の利益のために、公判における決定に対しては、原則的に抗告を申立てることはできないし(刑事訴訟法三〇五条)、また、判決全体と関連させてのみ攻撃されうるのである(刑事訴訟法三三六条)。このような基本原則には、――手続促

進の利益のために—通常、即時抗告が必要とされるような事案についての、わずかな例外があるにすぎない(たとえば、刑事訴訟法二二二条a三項)。

第二六節 公判における立会の義務と権利

刑事訴訟法三三八条五号によれば、公判が検察庁の不在、あるいは、その立会を法律が規定しているような人の不在にもかかわらずなされた場合には、絶対的申告理由が認められる。この規定は、そのようにして、一定の人の、公判における立会を定めている諸規定を指示している。

一、裁判官、検察官、書記官、通訳

(一) 裁判官

刑事訴訟法二二六条によれば、まず、判決の発見の任務にある人、すなわち、職業裁判官と、場合によっては、参審員は、公判中、中断することなく在廷しなければならぬ。この厳格な法規は、裁判官が判決を「弁論の総体」(刑事訴訟法二二一条)、すなわち、全弁論によつて根拠付けなければならないという考えに基づいている。このことは、当然に、裁判官が全審理に在廷する場合に限つて、可能である。裁判官が、公判中に病気になるたり、あるいは、その他の理由から一時的に欠席するような場合には、公判は、中断されなければならないが、刑事訴訟法二二九条によれば—大規模な手続の場合は除いて—最大限一〇日可能であるとされている。病気が長引くか、あるいは、裁判官が、死亡によるか、あるいは、他の理由から長期間欠席するような場合には、審理は、最初からやり直されなければならない。

判例によれば、裁判官欠席の場合には、刑事訴訟法三三八条五号ではなく、三三八条一号が適用されている(裁判

所の瑕疵ある構成)。裁判官が公判中に居眠りをした場合でも、「規則に反する裁判所の構成」とされる。このことは、確かに、連邦裁判所の的確な表現によれば、裁判官が「些細とはいえない時間熟睡した」場合に、妥当すべきである (BGH 2, 15; NSZ 1982, 41)。同様のことは、公判中に裁判官が当該手続に無関係な読書をしていた場合にも妥当する (BGH NJW 1962, 2212)。

(二) 検察庁、書記官、通訳

裁判官とは反対に、検察庁は、公判について、組織としてのみ関与する必要がある。それ故、検察庁は、公判へ代表者を変えて派遣することができる。同様のことは、書記官(「ある」書記官)と、ドイツ語的には、権限のない訴訟関係人を意味するが「通訳についてもいえる(裁判所構成法一八五条)。

二、被告人および弁護人の立会

(一) 被告人

被告人の立会は、市民の人権と政治的権利についての国際条約一四条三項 d に基づく人権である。これは、被告人に法律上の聴聞(基本法一〇三条一項)と、弁護権(ヨーロッパ人権条約の六条三項 c)を保障している。他方、それは、裁判官にも被告人の人格に対する直接的な印象を仲介すると同時に、真実発見を促す (BGH 26, 90)。それ故、立会権には、原則的に、被告人の立会義務が対応する(刑事訴訟法三三〇条、三三二条一項、二八五条)。立会権の放棄は、原則的に、不可能である (BGH 25, 318)。

公判への被告人の立会の原則には、しかしながら、法律によって厳格に範囲が画された例外がある。ここでは、全

公判への一重大な一欠席と、一時的な欠席とが区別されなければならない。

a) 全公判中の被告人の欠席（刑事訴訟法二三一条a、二三二条ないし二三四条）

aa) 軽微犯罪の場合（最高が一八〇日までの日割罰金刑！アンダーライン）、召喚されている不在、および、有責な欠席の場合における弁論の可能性が指示されている（刑事訴訟法二三二条、一三四条）。無責の欠席の場合には、申立によって、以前の状態に戻される（刑事訴訟法二三五条）。

bb) 比較的重い犯罪の場合（最高が六月までの自由刑、アンダーライン）、裁判所の決定によって、出頭義務が明示的に解除されている場合、および、受命裁判官、あるいは、受託裁判官による公訴についての尋問が先行している場合（刑事訴訟法二三三条）。

cc) 被告人が、故意かつ有責に、彼の弁論能力を排除するような状態を作出し、そうすることで、意識的に、彼が在廷した上で行われるべき公判の規則的な進行を妨げた場合（旧刑事訴訟法二三二条a一項一文）。

dd) 被告人不在での弁論に必要とされる条件が欠けているような場合（たとえば、日割り罰金一八〇日以上の際罰が科せられる場合、被告人の無責の欠席の場合）であっても判決を可能にするために、一九八七年の刑事手続変更法は、公判手続開始後であっても略束手続へと移行する可能性を認めた（刑事訴訟法四〇八条a）。このような規定は、実務的にも、理論的にも大変問題である。

aaa) このような移行は、略式手続の一般的条件、特に、公判の必要性を必要とするために、公訴提起以後、証拠の状況が変化したか、あるいは、検察庁が起訴当初とは異なり、略式命令で最大限可能な刑罰で満足するという稀な事案についてのみ、適用可能である。

bbb) 略式命令の発付に対する申立は、公訴提起の形式をとるために（刑事訴訟法四〇七条一項四文）、その場合には、同一事実について二つの起訴が存在することになる。それ故、立法者は、このような事案における略式命令の申立に關しては、公訴提起の効力を即座に排除することになっている（刑事訴訟法四〇八条 a、一四〇七条一項四文）。同様のことは、通常は、異議の申立の後に略式命令が獲得する、開始決定としての効力の点についても、妥当しなければならぬ。

ee) 略式命令に対する異議後の手続にあつては、被告人は、弁護人によって代理されうる（刑事訴訟法四二条二項）。被告人と弁護人が、十分な免責理由なしに出廷しない場合には、異議は、事実に対する弁論なしに棄却される（刑事訴訟法四二二条）。この場合、刑事訴訟における欠席判決という非常に稀な事態が問題になっている。裁判所による免責に対する誤った軽視がある場合には、原状への回復が可能である（刑事訴訟法三二九条三項と関連する四二二条一項一文）。

以上のような例外が無視される場合とは、すなわち、

居所が不明であるか、あるいは、出頭の障害となる外国に居住している被疑者・被告人（所謂不在者、刑事訴訟法二七六条）に対しては、公判は行われぬ（刑事訴訟法二八五条一項一文・上記の同法二〇五条）。特に、全体主義

国家、あるいは、また、フランスは、これに反して、不在手続の可能性を予定している。財産差押えの可能性については、既に、一九節で述べた。

また、欠席している被告人に対しても、公判は行われない。被告人が十分な免責事由なしに欠席するような場合には、裁判所は、引致(アンダーライン)を命令しなければならないし、または、勾留状(アンダーライン)を発付しなければならぬ(刑事訴訟法二三〇条)。もっとも、その前提条件は、召喚における「警告」である(刑事訴訟法二二六条)。出頭した被告人は、弁論から立去ることは許されない。裁判長は、被告人の立去りを阻止するための適切な措置を採ることができる。また、弁論が中断している間、被告人を管理下に置くこともできる(刑事訴訟法三三一条一項)。

b) 被告人の一時的な不在の場合における公判の続行(刑事訴訟法三三一条二項ないし三三一条c、二四七条)

それは、以下のような事案においては、許されている。すなわち、

aa) 公訴についての尋問後の、独断の立去りの場合(刑事訴訟法三三一条二項、ここには、中断後の欠席も含まれる)。被告人の在廷義務についてのこのような例外は、縮減的に解釈されるべきであり、かつ、独断行為であることの証明を前提とする。独断的行為というのは、被告人が正当化事由あるいは免責事由なしに、意識的に在廷義務を満たさなかった場合に認められる(BGH 37, 249)。そこには、職場の喪失を恐れての欠席(BGH NSZ 1985, 13)、あるいは、弁論期日についての錯誤に基づく欠席(BGH NSZ 1983, 209)は、含まれない。しかし、自殺未遂は、これに含まれる(BGH 16, 178)。弁論無能力を故意かつ有責に惹起したような場合は、すべて、それが公訴についての尋問後に発生し、しかも、刑事訴訟法三三一条aに包摂できないような事案である限り、同法三三一条二項に含まれる(BGH NJW 1981, 1052)。

bb) 公訴についての尋問前の場合には、公判の続行は、刑事訴訟法三三一条 a 一項一文に従つてのみ可能である。すなわち、被告人が故意かつ有責に自己の弁論能力を失うような状態を作出し、そうすることで、意識的に、公判の秩序ある遂行を現に妨害したような場合である。

cc) 裁判所構成法一七七条による秩序に違反する挙動、および、被告人が在廷することによる公判過程に対する顕著な侵害（刑事訴訟法二三一条 b）を理由とする法廷からの被告人の退去

dd) 複数の被告人に対する公判の場合、個々の被告人に、当該被告人に関係しない弁論の間退廷させることを、申立によって許可することができる（刑事訴訟法二三一条 c）。

ee) 刑事訴訟法二四七条は、さらに、被告人抜ききの弁論を許す三つの——非常に異質の——理由を含んでいる。

aaa) 被告人の前では、証人が真実を供述しない恐れがある場合（一文、アンダーライン）。証言拒否権を行使するとの通告も、この場合に入る（BGH NSZ 1997, 402）。

bbb) 被告人の前では、一六歳未満の証人に肉体的かつ精神的平和に顕著な不利益を及ぼす恐れがある場合、あるいは、その他の証人の健康に対して重大な不利益を及ぼす危険がある場合（二文、アンダーライン）

ccc) 被告人の状態や治療の見込みについての説明が被告人自身の健康に重大な不利益を及ぼす恐れがある場合(三文、アンダーライン)。

連邦裁判所は、権限ある官庁が証人の呈示を、十分な理由付けをした上で(連邦公務員基本法三九条と関係する刑事訴訟法九六条、五四条一項参照)、尋問の際に被告人が不在であることによらしめている場合にも、刑事訴訟法二四七条一文を準用している(しばしば、諜報員や秘密捜査員の場合に)。このような手続は、秘密保持の深刻さの程度が軽いので、囑託尋問よりも優先されている(Geerts IZ 1984, 45の評論のあるBGH 32, 32; NStZ 1985, 136)。

c) 不在の際の弁論についての実体的理由

実体的理由によれば、被告人不在の際の弁論の可能性は、次のような場合に区別される。すなわち、

aa) 被告人の放棄(刑事訴訟法二三一条c、二三三条)

bb) 被告人の自己責任(刑事訴訟法三三二条二項、三三一条a、三三一条b、三三二条・三三二条に規定されている一部の場合は、aa)の放棄の場合と看做される。)

cc) 真実発見の危殆化(刑事訴訟法二四七条一文)

dd) 被告人や証人の安全にとっての不利(刑事訴訟法二四七条二文、三文)

d) 欠席弁論の拡大可能性の排除

被告人の欠席の際の弁論をさらに拡大することは、できない。この点についての興味のある事例は、以下のような。すなわち、

被告人は、現場検証の際に、手錠等による身柄拘束状態で輸送車両を離れることを拒否した。裁判所は、被告人抜きで現場検証を行った。これは、被告人抜きの弁論をするための理由がないのであるから、刑事訴訟法三三八条五号に違反する。彼は、刑事訴訟法三三二条二項のいう、「独断で立去った」のでもなければ、裁判所構成法一七七条、刑事訴訟法三三一条bにいう、秩序を乱したのでもない。裁判所は、犯行現場における弁論の継続中彼にそこに居るように、刑事訴訟法三三一条一文によって強制しなければならなかったのではなからうか。(BGH 25, 319; これに反対なのは、Lidesssen K. Meyer-Ged.schr., 1990, 269)。

大いに疑問があるのは、公判の「非本質的部分」についての不在は尊重する必要はないとする判例の見解である。このことは、証人や鑑定人の召喚のような純形式的な事柄については甘受できるかもしれないが、判決理由の言渡しについては、そうではない(しかし、そうしているのは、BGH 15, 263)。連邦裁判所は、他の場所で、自ら、訴訟関係人は、判決理由の言渡しの間であっても、なお、申立をすることができると述べている(BGH 22, 84)。

e) 裁判所の決定と、被告人に対する事後報告

被告人に対する深刻な影響のために、欠席状態で行われる弁論は、原則的には、裁判所の決定が、必要である(例外は、刑事訴訟法三三二条、および、同法三三一条二項で、そこでは、裁判所の一貫した態度で十分であるとされている)。そのような決定の欠如は、法律に反して人が公判を欠席したことを意味し、そのため、刑事訴訟法三三八条五号による絶対的上告理由となる(BGH 4, 365)。

さらに、刑事訴訟法三三一条二項の例外によって、一時的な不在のあらゆる場合において、欠席中に行われた弁論の本質的内容についての報告が、必要である(刑事訴訟法三三一条a二項、一三一条b二項、二四七条四文、「報告

すること」にアンダーライン)。けれども、欠席中に行われた弁論の本質的内容についての報告が欠けた場合は、刑事訴訟法三三七条による相対的上告理由となるにすぎない (BGH 1, 350)。裁判所は、すべての場合において、被告人本人の出頭を命ずることができる (刑事訴訟法三三六条)。

f) 弁論無能力

在廷は、単に、肉体的な出席を意味するだけではない。それ故、被告人の在廷と密接に関連するのは、彼の弁論能力、すなわち、弁論の内外で彼の利益を理性的に感知し、その弁護を思慮深くかつ理解可能な方法で行うことのできる能力である (OGH 2, 377)。弁論無能力状態の招来は、欠席中の弁論になる可能性があるだけでなく、判例は、それを独断的な退廷 (BGH 16, 178) および不出頭 (BGH 23, 334) と看做している。けれども、弁論無能力は、欠席の場合とは異なり、絶対的上告理由であるだけではなく、むしろ、上告非難なしに職務上考慮されるべき訴訟障碍である (BGH 26, 92)。弁論無能力の被告人が公判に在廷することは、彼の人格についてゆがんだ印象を与えることになるのではなからうか (BGH 26, 92)。

しばしば、限定弁論能力、すなわち、その時々、一日につき数時間のみ弁論に応ずることができるという被告人の能力の場合がある。この点についても、適当な期日の設定によって考慮しなければならない。連邦裁判所は、欠席中の弁論を、もっとも、次のような場合にも許している。それは、被告人が有責に彼の弁論能力を限定してしまいい、そのために弁論能力のある時間が手続を理性的な期間内に終えるのに十分でなくなったような場合である (Gru-nwald JZ 1976, 767 の否定的評釈のある BGH 26, 232; BGH NJW 1981, 1052)。このことによって、連邦裁判所は、被告人の在廷をこのような状態であつても、すなわち、正に存在しているかもしれない弁論無能力状態であつても許すよ

う自分自身に無理強いしているように見える (BGH 26, 234) — 疑問の残る矛盾である。

詳細な文献 : Stein, Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung, ZStW 97 (1985), 302; Hassemer, Gefährliche Nähe: Die Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung (§ 247 StPO), JuS 1986, 25.

(二) 弁護人

公判における弁護人の在廷は、必要的弁護の場合にのみ必要的である。このことは、刑事訴訟法一四五条、二二八条二項から導かれる。しかし、必要的弁護人の交代は、公判の停止を必ずしも要求するものではない (刑事訴訟法一四五条二項、三項、同法二二七条 : BGH 13, 34)。刑事訴訟法二六五条四項と関係する公正な裁判手続の要請 (上記六節参照) によって、任意的弁護の場合においても、刑事訴訟法二二八条二項の文言を超えて、弁護人の予期しえぬ不出頭の場合に弁論を停止するよう要請されていると考えられる。少なくとも、開始から約一五分間は、また、外国の弁護人の場合にはさらに長く待たなければならない。

三、公判の公開性

(一) 概説

最後に、公判においては、すべての人に対する、傍聴人としての立会権、すなわち、弁論の公開性が、存在する (裁判所構成法一六九条一文)。

裁判所の弁論の公開性は、重要な、一九世紀に至って、それまで支配していた秘密訴訟を打破して得られた、自由

な法治国家の原則である。この戦いの先駆者としては、特に、Anselm von Feuerbach の名前が挙げられる (Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821)。刑事手続の公開性は、同時に、法治国家の基本的制度である (BGH 9, 281)。そう言うするうちに、それは、人権であるとも認められた (ヨーロッパ人権条約六条一項一文、市民の人権と政治的権利についての国際条約一四条一項二文)。

刑事訴訟法は、この原則の重要性を、それに対する侵害が絶対的上告理由であると看做すことによって、強調している (刑事訴訟法三三八条六号)。

刑事裁判上の公判の公開性の原則は、そのように自明のものであるが故に、それを詳細に考察する場合には、それだけ、その理由づけに難しさがある。以前は、国民の在廷が被告人に対する官憲の恣意を防ぐのに役立ったのかも知れないが、現在では、被告人にとって、この公開性は、むしろ、原則的には、辛いもの、あるいは、しばしば、好んで放棄したいものとなっている。この放棄の点について、刑事訴訟法は、何も定めていない。それ故、刑事裁判上の公判の公開性の原則は、主として、被告人の保護のために役立つのではなくて、むしろ、被告人の負担となり、しばしば真実発見の障害ともなっているが、裁判所の独立性に対する公衆の信頼 (BGH 9, 281) に貢献するものである (BGH 9, 282)。

公開性を意味する、すべての人の立会権は、事実的所与性にその限界があるとされている。裁判所には、公衆の関心の高い訴訟であるからといって、法廷をサッカー場へ移す義務はない。小部屋での検証の際には、往々にして、むしろ、傍聴人のためのスペースすらない (BGH 5, 83)。このような事実上の制限は、しかしながら、公開性を制限するための逃げ口上として利用されてはならない。それ故、公衆の殺到が予想されるような場合には、可能な限り広い法廷が選ばなければならない。窮屈な空間で検証が行われる場合、弁論は、そこで継続されてはならない (BGH

583)。裁判官の執務室での弁論は、そこに、特別に選ばれたのではない公開性の代表者と看做されうる傍聴人が幾人か入ることができる場合に限り、許されている (OLG Köln NSIZ 1984, 282)。

(二) 公開性の排除

公開性の排除は、以下の場合には可能である。すなわち、

aa) 手続が、刑罰に付加して、あるいは単独で、精神病院あるいは教育施設への被告人の收容 (刑法六三条、六四條、六七條) を対象としている場合 (裁判所構成法一七一条 a)、

bb) 訴訟関係人、証人あるいは被害者の私的生活領域に属する事情であつて、それが公開で説明されると要保護的利益が侵害されるような事情が述べられる場合に限り、但し、当事者自身が公開性を望んでいるか、あるいは、公開での説明の利益が優越している場合には、この限りではない (裁判所構成法一七一条 b)、

cc) 国家の安全、公序良俗の危殆化が憂慮される場合 (裁判所構成法一七二条一号)、

dd) 証人あるいはその他の人の生命、身体あるいは自由の危殆化の恐れがある場合 (裁判所構成法一七二条一号 a)、

ee) 重要な企業上あるいは営業上の秘密が議題になり、それによって、優越的な要保護利益が侵害される恐れがある場合、と同時に、刑法二〇三条によって保護されている個人的秘密が開披される場合 (裁判所構成法一七二条二

号、三号)、

ff) 一六歳未満の者を尋問する場合(裁判所構成法一七二条四号)。

公開性の排除については、裁判長ではなく、裁判所が決定する—事情によっては、既に公開性が排除されている場合もあるが(裁判所構成法一七四条一項一文)。公開性の排除に関する決定は、原則として、公に告知されなければならぬ(裁判所構成法一七四条一項二文、アンダーライン)。これに関連する瑕疵は、それだけで刑事訴訟法三三八条六号の絶対的上告理由となる(BGH StV 2000, 242)。

公開性が排除された弁論においても、個人の入場は、許される(裁判所構成法一七五条一項一文)。その場合、特に、親族、マスコミの代表者および司法修習生が考えられている。この点に関する権利要求はない。被害者には、例外的な場合に限り、立会権が拒否される(裁判所構成法一七五条二項二文)。

判決の言渡しは、公開性が排除されている場合であっても、公開で行われる(裁判所構成法一七三条一項)。けれども、上記bb)からff)に挙げられた理由がある場合には、裁判所による特別の決定によって、判決の言渡しの全部あるいはその一部について、公開性を排除することができる(裁判所構成法一七三条二項)。

たまに公開性の制限が、例えば、ドアに鍵が掛けられていたり、司法警察員によって非公開性が誤って認められた等々の理由で、無意識的になされることがある。そのような場合、判決は、それほど過大な要求がされているわけではない監督義務に対する違反がある場合に限って、裁判所、および、特に、裁判長の法律違反を肯定している(BGH 22, 297)。

(三) 傍聴人の排除

個々の傍聴人は、以下のような場合に、次のような形式で、弁論に関与することから排除される。すなわち、

aa) 未成年者に対する入場の拒否（精神的に未成熟な者も追加されなければならないが）と、裁判所の尊厳に相応しくない入場者（裁判所構成法一七五条一項）。このような不明確な概念は、縮小解釈をなすべきであるが、特に、酩酊状態あるいはだらしのない状態、および、挑発的な服装での入場も、含まれるべきである。

bb) 法廷の秩序を維持するために、命令を遵守しなかった場合になされる退廷措置、および、場合によって科される、二四時間までの秩序拘禁（裁判所構成法一七七条）。

cc) 法廷侮辱の場合に即時に執行可能な、一週間までの秩序拘禁（裁判所構成法一七八条）。この法廷侮辱という概念は、本質的に、aa) の場合に述べられた、法廷の尊厳に相応しくないという概念に対応するものである。これ等概念の解釈は、近時、かなり弛緩されたものとなっている。aa) の場合に挙げられた行為態様に加えて、さらに、開廷の際に起立しないこと（OLG Koblenz NSZ 1984, 234）、証人の宣誓や判決言渡しの際の不起立、ある新聞を抗議の意思で読上げること（OLG Karlsruhe JR 1977, 392）、および、法廷のドアを殴打することも含まれる。

(四) 身分証明書の検査

近時、法廷への入場に際して、その秩序の破壊を防止するために、（OLG Karlsruhe JR 1976, 383）、あるいは、裁

判所の建物に入る際に、そこに存在する人々の安全を保障するために、しばしば、身分証明書の検査が行われる (BGH 27.13)。判例は、このような検査を許されていると考えている。確かに、公判への出席を身分証明書の提示に依拠させることは、入場を不可能にするものではないし、法に忠実な市民に畏怖心を生じさせているとも見られない (Roxin JR 1976, 387)。しかしながら、身分証明書の検査が法廷の秩序の維持にどれくらい貢献しているのか、また、そのような措置を採るのに十分な法的基盤が存在するのか、はなはだ疑問である (Roxin aaO)。そのような検査が、入場の遅滞を惹き起しはしたが、公判の開始を遅らせたわけではないような場合にも、判例は、公開性の原則に対する違反があったとしている (BGH 28, 341)。

(五) ラジオとテレビ

公判の公開性の原則にもかかわらず、注目すべきであるのは、今日の典型的な公開性であると考えられる、音響と映像のメディアへの公開性が、閉鎖されていることである (裁判所構成法一六九条二文)。この理由は、まず、公判に導かれたり、特に、有罪を背負いかねない重い負担がある場合に、マスメディアによって被告人が刺激され、動揺させられるのを防ぐためであると同時に、彼の人間としての尊厳を保持するためであるとされている。ニュールンベルク裁判の際に、望遠レンズが、死刑判決言渡しの時の被告人の表情をどのように捉えようと努めたかをフィルムで見た人は誰でも、このことを証言できよう。それに加えて、映像および音響メディアからの防御は、裁判官の独立性およびその他の関与者の公平性を保持するのにも役立つのである (BGH 22, 84)。

しかし、この禁止に違反することが、常に、刑事訴訟法三三八条六号の絶対的告理由になるかは、問題である。この規定の文言は、これを全面的に許していると考えられる。正当にも、司法にとって、秘密裁判と同様に、公開裁

判も有害であるという点が指摘されている (Roxin JZ 1968, 805)。連邦裁判所は、これを拒否しているが、その理由は、公開性拡大の禁止が、その意義の点で、その制限の禁止と比較可能ではないからである (Roxin NSZ 1989, 376 の批判的評釈のある BGH 36, 122)。当該弁論の部分が、メディア抜きで、繰返されない場合には、刑事訴訟法三三七条に基づき法律違反とされることもあろう (BGH 22, 83)。

詳細な文献：Roxin; Aktuelle Probleme der Öffentlichkeit im Strafverfahren, Peters-Festschr., 1974, 393; Schroeder, Die Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren, in: Eser/Kaiser (Hrsg.), Viertes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1989, 141; Odersky, Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung nach dem Opferschutzgesetz, Pfeiffer-Festschr., 1988, 325.

四、立会権と他人の住居権

裁判所外での検証は稀ではないが、その際には、住居権者によって、一定の人の関与、あるいは、公衆の関与が許されないことがしばしばある。そのような場合を分類すると、すなわち、

(一) その人の立会を法律が制限不可能としているような人の関与は、排除できない。その代わりに、家を差押えなければならぬ (刑事訴訟法九四条)。しかし、検証は、断念されなければならない。

(二) これに対して、手続の公開性の原則は、他人の住居権については、限界を持っている。その場合、重要なのは、公開性の制限を甘受すべきか否かの判断が、裁判所によってではなく、裁判所構成法一七六条によって、裁判長によって決定されるということである。真実発見が優先される (BGH 40, 191)。同様のことは、司法行政施設の指導部が、

外部からの傍聴者を入れることを認めない場合にも、妥当する (Fohn の評釈のある BGH JR 1979, 261)。

(よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授)