

〔翻訳〕

フリードリッヒ・クリスチャン・シュロエダー著 「刑事訴訟法」 第三版

吉田 宣之 訳

訳者序文

二〇〇二年の八月から九月までの二ヶ月間、ドイツ法務省の学術奨励金を得て、レーゲンスブルク大学のフリードリッヒ・クリスチャン・シュロエダー研究室で研究する機会を得た。その成果は、二〇〇三年五月の第八一回日本刑法学会での「自己決定権と自殺関与罪の処罰根拠」というテーマでの研究発表として結実した。研究滞在中、シュロエダー教授には、研究環境の整備から夕食への招待等、公私にわたりお世話になった。何か恩返しをしたいと思いますと思っていたところ、教授より、C・H・ベック社より出版され、三版を重ねている「刑事訴訟法」の翻訳を依頼された。この本は、著者自身の序文にも見られるように、ドイツ刑事訴訟法を初学者に向けて分かりやすく解説すると同時に、それをさらに発展させ国家試験にも耐えうるように工夫されており、刑事訴訟法と初めて対面する日本の学生にとっても有意義な内容になっている。そこで、機会を見て、我校の法学雑誌に掲載するよう努力する旨約束しておいた。

しかし、翻訳作業は、法科大学院の船出と時期を同じくしたため、なかなか進まず、今回、ようやくその一部を掲載できる運びとなった。掲載された同書の第一篇の翻訳は、完全な訳ではなく、教授の指摘にしたがって、細かな議論は省略して訳出しており、「抄訳」と呼ばれるべきものとなっている。

序文

この本の任務は、刑事訴訟法の知識を、緊張感のある法学研究を志向する現代の傾向に合わせて適切に伝えること、その意味では、常に新しい知識を伝えることにある。そのために、刑事手続の基本構造を際立たせ、全ての問題を刑事手続の事象論理的な流れの中に整序しようとしている。個別の規定は、刑事手続の基本構造を明確にする必要がある場合に限って、考慮されている。実務の興味を引くような事案を引用しているが、それは、記憶の補助手段として役立つはずである。

ここに述べられた体系と刑事手続法の主要問題を理解し終えた時には、今までに出会ったことのないような個別問題が出現しても、その解決のために必要とされる基準的視座を見出すことができるようになっていくはずである。引用された判決は、非常に重要なものに限られている。文献の引用についても、私は、重要な判決についての評釈及び発展的な指摘を含んでいるものに限定した（このことは、全ての新しい文献を引用するよりも労力を要しはしたが）。しかし、この本は、文献に現われている本質的な議論についてはそれを網羅的に考慮している。このような簡潔化によって、私は、理解が容易になるだけではなく、刑事手続の諸要素間の新しい関係を示し、又、刑事訴訟法理論の更なる発展に寄与したいと願っている。

加えて、読者に、刑事訴訟法は面白い！ と感じさせることができれば、望外の幸せである。

新版には、広汎な新法規と、新判例及び文献が取り込まれている。このことよって、捜査手続における法的救済制度の記述を大幅に簡素化できている。強制処分及びその他の基本権の侵害が、一目で判るように整理されている。加えて、この本の基本構想も、今までは裁判所による証拠評価の段階にまではじめて用いられていた判断基準が、検察官による起訴の際に、考慮されるようになったため、更に展開可能になった。

私は、私の助手であるケン・エックシュタイン博士と、コンスタンチン・カンツラー助手の多岐にわたる援助に感謝している。

レーゲンスブルク、二〇〇一年六月

フリードリッヒ・クリスチャン・シュロエダー

第一篇…導入

第一章…この本の構成と利用の手引き

本書の刑事訴訟法の記述は、まず、一般的概念、例えば、刑事訴訟法の基本原則、訴訟当事者、訴訟条件、訴訟対象、訴訟行為及び強制処分を要約し、—実体刑法におけるように—ある種の「総論」を形作ろうとしている。その際、記述は、第一篇では「一般規定」に言及し、第二編から第四篇では手続の流れを時間的経過に従って規定している刑事訴訟法自体に依ってなされている。しかし、そうすることによって、記述は、一般的に、科学性には適応できてはいないものの、それがどのような種類のものであれ、「総論」の持つ次のような欠陥を共有することにならざるを得ない。すなわち、学生が総論を勉強する時には、刑事手続における機能の理解が欠落することになり、刑事手続の経過を学

んでいる時には、その実践的な意味を度外視し、無条件的に学ばなければならない一般的概念を再び忘れてしまうということである。

それ故、刑事訴訟法の記述は、他のやり方に従うべきであると私は考えている。即ち、二、三の導入の項目が終わると、直ぐに、刑事手続の経過の記述が始められるべきである。その際、二、三の、「刑事手続の「基本原理」が、刑事手続の一定の地位に関連して機能しているに過ぎないということが明らかになるはずである。そのため、その他の基本概念及び基本制度は、刑事手続の中で重要になる度に、その都度説明される。そうすることで、全ての基本概念や基本制度が、刑事手続の流れの中に登場してくることになる。この手法によって、理解が容易になるだけではなく、刑事手続の経過の中で説明することで、同時に、記憶の支柱が提供されることにもなる。この本を通読することで、「訴訟的思考」が養われるのである。

訴訟当事者という概念は、公判のための規定ではあるが、準備手続の段階であるといえども、公判を意識して行わなければならないのであるから、度々、捜査手続の記述の中に現われてくることになる。したがって、この点についての記述は、同時に、多くの手続が「準備手続の段階で姿を消す」ことになってはいても、そういう実務の準備としての意味合いも含んでいる。

刑事手続の流れが説明され、—願わくば—理解された後で、最終の第三篇では、もう一度、要約と見取り図が示されることになる。又、そこでは、通常の刑事手続の流れにあつては必要とされない基本概念についての説明もなされている。それ故に、この本の最終篇は、復習の意味合いを持つことになる。

その他、数多くの個別規定あるいは個別解釈を可能な限り少数の原則に還元し、従来の体系を簡素化するという試みだが、いたるところでなされている。二者択一の場合、結論が同じになるのであれば、省略されている。加えて、個

別規定は、可能な限り、刑事訴訟法の基本構造の発現として説明されている。

私は、又、多くの法的効果を、可能な限り、刑事訴訟法の文言自体から導くようにした。刑事訴訟法は、そこにある一見無駄に見える文言でさえも、しばしば、何かを述べようとしていると考えられる、驚くほど詳細な法律である。したがって、この本を通読すれば、無条件に、刑事訴訟法の条文に精通することになるし、又、読者が試験の際に携帯する受検用の刑事訴訟法の条文にも精通することになるはずである。この本が指摘する、規定間にある多くの相関関係は、当然、条文に書き込まれている（関係する二ヶ所に）。又、法律の条文やその項は、最も重要な概念に対するアンダーラインや区別のためのマーキングによって、可能な限り「使い易く」なっている。そうすることによって、筆記試験の際には、迅速に必要な概念に到達することが可能になるはずである。同時に、そのようなアンダーラインは、記憶を支える重要な支柱にもなり得る。相関関係の指示の書き込みやアンダーラインは、およそ全ての試験規則によって、許されている。本書は、有意義にアンダーラインを引くために、その箇所を指示している（必要な範囲で、uで表示されている）。規定や禁止の消極的条件は、線で消すといひ（dで表示されている）。このようにして、本書の通読によって、刑事訴訟法の条文に精通できるはずである。

本書では、論文や判例からの引用は、重要な指摘に限定されている。二六四名にもなんなんとするドイツの刑法学者が個々の問題についてのどのような見解を採っているかを述べることは、不可能である。又、通例となっている豊富な文献の引用も、むしろそれが、経験則上、読者に嫌気を起こさせてしまうものであるために、思い止まっている。その代わり、すべてのテーマについて、読者が「味をしめた」場合を想定して、その項目の最後に、理解を深めるためにと慎重に選ばれた文献のタイトルが示してある。こうすることで、従来型の文献引用よりは利用価値が上がることを期待している。読者は、読みもしないし、また、例外的に読んだとしても、問題を適切に捉えていないために、

失望してしまうような無数の判決の指摘に出会うことはない。それに代えて、個々の問題について、法の理解を最も適切に基礎づけている判決のみを選択し、他方、論争されている問題については、法的思考を一貫して維持している判決のみが、選ばれている。同様に、これらの判決に対する学者の評釈も示してある。私の考えによれば、基本的判決に対する学問的評釈を勉強することが、必要な問題意識を深めるための最良の手段である。ついでに述べれば、このような文献と判決の選択は、新しいものをすべて引用するよりも根気の要る仕事である。更に広汎な文献及び判決をどうしても読みたいと思う場合には、コンメンタールで探せばよい(第五〇章参照)。

第二章・刑事訴訟法の本質と意義

I 刑事訴訟法と実体刑法

一・刑事訴訟法は、刑法と緊密な関係にある。以前、訴訟法は、しばしば、「形式刑法」として「実体刑法」の脇へ追いやられていた。上級文献：Kleinheyer, *Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung*, 1968.

これら両刑法概念についての厳密な区別は、今日においては、もはや存在しない。例えば、訴訟法的性質を(も)持っている実体刑法上の結果には、一・無罪判決ではなくて、手続打ち切り(刑事訴訟法二〇六条 a、二六〇条三項)、二・遡及的変更は基本法一〇三条二項に違反しないとされる場合(例えば、ナチの不法及び DDR の不法に対する時効期間の延長)、三・刑法一六条が適用されないという場合(刑法二四七条及び二四八条 a に規定されている、物の価値性や窃盗の被害者の親族性についての錯誤は、考慮されない)等がある。

二・しばしば、刑事訴訟法は、実体刑法の「貫徹」、「実現」に貢献するといわれる。しかし、このような定式化は、

次のような二つの理由から、問題である。即ち、

(a) この定式化は、無罪判決は刑事訴訟の目的に反するという問題のある觀念に導いてしまう恐れがある。刑事訴訟法には被告人保護のための多くの規定が含まれているのであるから、このような觀念は、誤りである。刑事訴訟法は、少なくとも、無罪の者を刑罰から免れさせるという働きもするのである。しばしば、公衆の根強い疑いが、形式的な無罪判決という刑事手続によつて払拭されることもある。

(b) 実体刑法が、―上で述べたように―、個人に向けられた禁止をも、というよりは、むしろ、主として、持つているとしたならば、個人が可罰的行為を止めた場合にのみ、この刑法の目的が、「貫徹され」、「実現された」ことになる。このような観点から考えると、刑法の目的は、―幸運なことに―、大抵の場合には、刑罰の執行によつて自然的に「実現される」のである。

特に、刑事訴訟法の目的を簡潔にまとめようとするのは、危険である。簡潔化に伴う危険は、それによる利益よりもはるかに大きい。それにもかかわらず、簡潔化を試みようというのであれば、次のようにまとめることができる。すなわち、刑事訴訟法は、犯罪と犯罪者とを正確に確定する（その際、付随的に追及される目的は、科刑と嫌疑の純化である）に役立つし、抽象的な刑罰威嚇の具体化と、公衆による犯罪との戦いに資するのである。特に、実体刑法の役割であるとされる一般予防と法感情の充足は、かなりの部分は、刑事手続によつてなされる。

三、実体刑法と刑事訴訟法との分離は、犯罪は客観的に存在しているのに対して、刑事手続はそれを行為者に証明してみせるための努力の過程を規定しているに過ぎないかのような誤った認識に導く。又、特に、刑法の記述が客観的にかつ疑問の余地のないように表現されているという事実も、このような誤った認識を導く一助になっている。実

際のところ、犯罪は、刑事手続を媒介にしてのみ再構築可能なものであり、経験可能なものである。それ故、刑罰規定は、「人を殺した者は・・・」と規定されるよりも、むしろ、「人を殺したと証明された者は・・・」とされる方がベターなのではなからうか。

更に詳細な文献：Stock, Das Ziel des Strafverfahrens, Mezger-Festschr. 1954, 429ff.

II. 刑事訴訟法と警察法

刑事訴訟法は、犯罪の訴追と処罰に寄与する。これに対して、犯罪の予防と阻止は、警察法の任務である。このような明確な役割の区分がある一方で、重なり合う部分もある。限定的ではあるが、刑事訴訟法の中にも、犯罪予防のための措置が予定されている(第一章の三参照)。警察は、一検察の補助機関として一、犯罪捜査のための重要な機関でもある(第一三章参照)。したがって、警察は、犯罪を阻止する際に、今までの犯罪歴を捜査すると同時に、将来の犯罪を阻止しなければならない。問題なのは、犯罪予防の際に得られた警察の認識が訴追の際にも利用できるか否かである。常日頃用いられている「犯罪の制圧」という概念は、二つの領域を混合した意味で用いられている。

III. 刑事訴訟の機能必然的な基本要素

上述の任務を果たすために、特に、社会が「その」犯罪と対決できるようにするために、刑事訴訟は、以下のよう
な要素を示すものでなければならない。

一. 手続の信頼性

最も重要な要素は、手続の信頼性である。具体的な判決の適法性は、被告人の利益であるのみならず、公衆による

正義の実現の体験と、判決との同一性の確認を可能にするものである。瑕疵のある判決は、同一性の確認を著しく侵害するものである。重大事件の場合には、当事者は、むしろ、「殉教者」となってしまう。そのような場合には、それを公衆も認め、それ故に、司法に対し、決定的な敵対関係に立つことになる。上述のような任務に忠実であろうとする刑事手続は、それ故、誤判になりうると考えられる原因を可能な限り取り除かなければならない。

二. 手続の透明性

被疑者・被告人に、あるいはまた公衆に訴訟手続のコントロールを可能にするためには、手続の広範な透明性が必要である。この透明性には、殊のほか、公開の原則と、公判の口頭主義の原則(第二章Ⅲ、第二章Ⅲ参照)が、更には、起訴前手続の進行について報道機関に情報を請求する権利を与えることが、有用である。

三. 手続の適正さ

被告人と公衆は、更に、起訴された者は己を防御することができるという、即ち、適正な裁判を受ける機会があるという意識を持たなければならぬ。「適正な裁判」という視点は、それ故、被告人の防御に役立つだけでなく、同時に、刑事手続の公的作用にとつての重要なファクターでもある。

四. 手続の形式性

刑事手続に対する公衆の興味と関心にとつて重要な要素は、手続が一定の形式性に沿って進行しているという点にある。礼式と儀式とは、常に、関心を引き起こすための、その時々を過程を通常的なものを超えさせるための、更

には、その過程に一定の位置づけを与えるための手段である。確かに、この点については、現在まで残っているものは、少ない。ことドイツにおいても、裁判官と弁護士が今日でもなお疊を着用するだけではなく、その他の形式性をも遵守しなければならぬイギリスと比較すれば、少ない。ドイツ連邦共和国においては、法服と手続きの進行に関する一定の規律が残されているに過ぎない。

五・緊張要素

刑事手続に公衆が関与することに欠かせないのは、一定の緊張要素である。この緊張要素は、被告人と弁護人が主導権を持てば持つほど、又、刑事手続の性格が論争的になればなるほど、高められる。

この、訴訟文化に不可欠の緊張要素には、予期せぬ出来事が可能であるというモメントが属している。この可能性は、ドイツ刑事訴訟の場合、検察官に、捜査手続の段階から事実を広範に追及する義務が認められていることによつて (Rn.59 参照)、著しく限定されている。緊張は、ドイツでは、証人が公判で証言を維持するか否かにのみに限定されてしまっている。その場合、その証言を公判で間接的に採用する可能性が広がることになる。

六・継続要素

刑事手続の実効性は、公衆が、一定の期間、刑事手続を意識しながら生活する場合に、高められる。それ故、重要な訴訟にあつては、数日間あるいは数週間にわたつて公衆が訴訟を意識し続けることと、手続の進行についてメディアから日々新たな情報が知らされていることが、重要である。又、このような理由からすれば、上訴手続において瑕疵ある判決が破棄されることも、事情によつては、社会と犯罪との葛藤を長引かせるという意味で、大変有意義である。

ここで指摘した、刑事手続の機能化にとって重要な要素という観点から考えると、今日、犯罪の増加に伴いたびたび要求されているような、刑事手続の厳しい「合理化」、又、総量、時間及び経費の削減という一面的な方向付けは、刑事手続の重要な要素を排斥してしまい、そうすることで、むしろ、刑事手続の機能を損なう結果になっているようにも思われる。

さらに詳しい文献：Schroeder, Grenzen der Rationalisierung des Strafverfahrens, NJW 1983, 137.

IV. 刑事訴訟法の特殊な制裁

刑事訴訟の特殊性は、違法な行為に対する制裁が、他の法領域にも見られるような、特別の手続によって科せられる(損害賠償、刑罰)のではなく、一上訴における破棄という形式で一手続それ自体の中に組み込まれている点にある。このことは、特に、上告についていえる。すなわち、判決が法律の違反、それ故、刑事訴訟法に対する違反でもよいのであるが、それに基づいている場合には、その判決は上告裁判所によって破棄されなければならない(刑事訴訟法三三七条)。その他に、控訴、抗告、及び、他の法律上の救済手段がある。瑕疵を理由とする必要的破棄は、裁判官に対する強力な心理的強制手段であるが、そのことは、破棄が、事情によっては、莫大な費用(多数の鑑定人や外国における数度に及ぶ現場検証を必要とする巨大訴訟手続を思い出してほしい)を無意味にし、職業的欠陥を示す明白な徴憑であることを考えれば、当然のことである。破棄されたという事実は、もしも裁判官が十分な、しかも新しい理由を根拠に、連邦裁判所によって主張された判例に反する判決をしたが、それが連邦裁判所によって破棄されたというような場合には、確かに、裁判官にとって不利益になつてはならない。けれども、彼によって下された判決が瑕疵を理由に破棄されたという点が、結果的に、昇進に影響を与えるということは、あり得ることであるし、又、肯定

されるべきである。上訴は、それ故、同時に、刑事司法機関を規律に服せしめるという機能も持っている。したがって、刑事訴訟法にとつては、種々の範疇が正しく用いられているかあるいは間違っているかということだけでなく、特に、瑕疵がどの範囲で上訴によつて争われ得るかも、重要である。このことは、刑事訴訟法の学習の際には、是非とも習得されなければならない。この本は、この点に特に力を入れている。

V. 刑事訴訟の基本構造

Bilow (Die Lehre von den Prozeßreden und die Prozeßvoraussetzungen, 1868) にならつて、刑事訴訟は、一般に、国家の「刑罰請求権」とそれに対応する犯罪者の受忍義務とが対立する法律関係と見なされていた。この理論は、全法体系を民法のカテゴリーによつて構築しようとしているという意味で、民法的思考の支配によつて作り出された、典型的な作品であつた。この理論は、いくつかの観点で、既に時代遅れであると主張されている。この理論が個人に対して刑罰権を行使する国家を「請求権」と見なすのは、作為的で、しかも、浮世離れしているように思われる。同様に、刑罰を科することによつて法益を保護するという、苦痛を伴う必要性を国家の刑罰に関する主観的権利と見なすのは、実体に沿うものではない。国家は、科刑と服役によつて得るものは何もないのであつて、むしろ、法秩序の維持に配慮しているのであり、司法と監獄を維持管理するために、相応の出費を強いられているのである。最後に、刑事訴訟を法律関係であると考えるのは、静的に過ぎるのであり、むしろ、刑事訴訟にとつて特徴的であるのは手続の終了へと発展していくダイナミズムである。

根本的に新しい構想を、James Goldschmidt は、一九二五年の「法律状態としての訴訟」という著作の中で展開した。人の「状態」というのは、一般の用語法によれば、有利なあるいは不利な価値判断が加えられるかもしれない人の諸々

の事柄の有様を意味しているのであるから、「法律状態」も法の基準から期待される裁判官の判断という観点から考えられる、人の諸々の事柄の有様であるといえよう。即ち、簡潔に表現すれば、裁判官によって有利あるいは不利に判断される、法的に基礎付けられた見込みと。Goldschmidtの理論は、刑事訴訟を法律関係であるとす従来の見解に対して進歩的であったが、同時に、彼の諸々の事柄の「有様」という定義は、既に、彼自身が靜的な考察方法を完全には克服していなかったということをして、刑事訴訟の一要素を取り上げるよう提案したに過ぎないことを示している。

刑事訴訟固有の本質は、むしろ、—ラテン語の名前で適切にも表現されているが—捜査の開始から打切りあるいは既判力のある判決による終了までの「発展」にあるといえる。そこでは、常に、新しい法的問題を伴った新しい状況が、発生してくる(尋問のための召喚、勾留の言渡し、あるいは事実に関する尋問、証拠調べの請求、法的見解の変更の告知など)のような、その時々の新しい状況を伴う公判)。それ故、刑事訴訟は、連続する法的関係の連鎖である。

VI. 刑事訴訟法とその他の手続

刑事訴訟法は、—付記したように—、刑法の領域での手続についてのみ適用される。したがって、民法については、民事訴訟法がある。ドイツ法では、法的素材と裁判管轄とが嚴格に区分されているので、更に、行政裁判所法、労働裁判所法、社会裁判所法、財政裁判所法、及び連邦憲法裁判所法がある。学問的な普遍化の努力によって、専門分野の限界が克服されようとしており、一般的訴訟法理論が展開されようとしている(特に、Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951)。

けれども、このような試みが、実り豊かなものでないことは、明らかである。確かに、行政訴訟法は、多くの場面

で、民事訴訟法を参照するように指示している。しかし、刑事訴訟法は、特殊な問題を含んでいるために、他の手続との共通性はほんの僅かに過ぎない。僅かの共通性の中の一つには、例えば、送達についての手続があるが―まことに微々たる共通性である。

VII. 刑事訴訟法の実践的意義

一九九七年度、旧連邦共和国においては、交通事犯と国家保護犯を除いて五、二五五、二五三件の犯罪が、警察に記録されている。これらの犯罪の刑事訴訟的取扱いは、以下のようになっている…

確認された犯罪

五、二五五、二五三〇× (交通事犯と国家保護犯) 一〇〇・〇%

検挙された犯罪

二、六八五、四二六〇× (交通事犯と国家保護犯) 五一・一%

検察官によって終結された手続 三、五〇三、二五九 一〇〇・〇%

手続の打ち切り 一、八九二、三七〇 二七・六%

判決言渡し 九六〇、三三四 一〇〇・〇%

有罪判決 七八〇、五三〇 八一・三%

この数字は、刑事手続法の実践的意味と刑事訴訟追機関の仕事量、及び重要な、刑事手続のフィルター機能を示している。

犯罪を刑事訴訟で解決するために、一九九九年現在、四、九九八人の検察官と、六九四の簡易裁判所、一一六の地方裁判所、二五の高等裁判所及び五の刑事部を持った連邦裁判所を合わせた、総勢四、四〇六人の刑事手続及び過料手続で働く裁判官がいる。

第三章・刑事訴訟の歴史と現代的展開についての概観

一・ゲルマン期

ゲルマン期には、国の刑法は存在しなかったといつてよい。部族間には、復讐と私闘とが支配していた。ただ、共同体に対する重大な行為(背信、祭式犯罪、妬みによる犯行)についてのみ法的保護剥奪処分がなされた。それによって、当事者は、法による保護を剥奪され、誰が殺してもよくなったり、あるいは、祭式の生贄にされたりもした。もつとも、程なくして、復讐を贖罪金の支払い(被殺者に対する人命金)によつて解決しようとする風習が形成された。加えて、共同体に対する平和金(和解金)も出現した。

判決は、部族に帰属する者達の集会、所謂人民集会 Thing(英語では、"thing", 今日 "Ding" 参照)で言渡された。過料については、被害にあつた氏族からの訴えが必要とされた。それ故、この点は、現在の私訴手続に相当するものである。証拠(宣誓補助者との無罪の宣誓、決闘、赤く熱した鋤の刃の上を歩くこと、"神判"と見なされる自然法則の招来)は、強制作用を持つていた。

二・法の継受と糾問訴訟

中世の後半になると、都市化の進行と、さすらい人、大道芸人、挫折した学生及び乞食という形態での、流浪の民

“の発生によって、犯罪が飛躍的に増加することとなった。実体刑法においては、死刑と身体刑の適用が著しく増加したが、他方、都市では、簡易刑事手続が発達していった。依然として必要とされていた訴えは、部分的にはあるが、職務上のものとして、特に、裁判官自身によって提起された。同じ頃、教会が、決闘および他の神判を許さないこととした(第四回教皇司教会議一二一五年)ので、被疑者には、免責証明が禁止された。原告のための宣誓補助者に代えて、証人が、証明手段として登場した。『素行証人』による悪評の証明だけで有罪とされる『世評による手続』も生まれた。

この手続に代って、一三二一年にアウグスブルクで、最初に行われたとされ、しかも、それ以後ますます頻繁に用いられることとなった拷問の方が、むしろ、選ばれるようになった。それは、拷問の方が、少なくとも、行われた行為を証明しようと努めているからである。およそ、拷問が本来的に持っている異常性は、それが、厳格な法治国家的要求、即ち、責任の証明という要求には基づいてはいるものの、これを満たそうとする、誤った、絶対的な努力のために、少なくとも同様に重要な、身体の不可侵と意思の自由という人権を、無視してしまうという点にある。

このような傾向は、それ以後も続いたが、他方、一六世紀初頭から始まった、イタリアで注釈学派(一一〇〇年、一二五〇年)及び後期注釈学派(一二五〇年、一四五〇年)とによって発展させられたローマ法(五三三年のローマ市民法典)に対する『注釈学派』によって作られた『注解』の継受(『Rezeption』)によって、さらに法的に教化され、体系化もされた。この継受は、二、三の特定地域の先駆者(一四九八年のヴォルムスの改革、一五〇七年のバンベルクの刑事裁判所令)によってなされた後、一五三二年のカール五世による刑事裁判所法典(『カロリーナ法典』)から帝国規模のものとなった。訴訟は、もっぱら、職務として引き受けられることとなった。とはいえ、裁判所とは分離された機関、例えば、検察庁によってではなく、裁判官自身によってではあったが(カロリーナ法典は、

私訴と職務としての手続の開始とを一見同等のものとして位置づけていたが、前者は、實際上、多くの労力を必要とするようになっていたので――明らかに計画的に――、影が非常に薄くなっていった。公訴人と裁判官の単一性が、――被告人の固有の主導権を承認しないことと相まって――、糾問手続の本質を形成している。有罪のためには、二人の証人による、あるいは、――証人が二人揃うことは稀であるので、普通は――自白が必要であった。この自白は、従来のように、拷問によって強制された。カロリーナ法典による、この点についての、重要な制限は、拷問の適用には、告発（「徴憑」という語のドイツ語の訳語）が必要であるという点であった。カロリーナ法典は、詳細な、注目すべき徴憑理論を含んでいた。例えば、占い師は、徴憑から排除されていた（二二条）――連邦共和国にもなって、再び、BGHの判決によって展開されなければならなかった原則である（NJW 1978, 207）！――それ故、カロリーナ法典によれば、拷問は、現行法によっても有罪とすることの許されるような場合に限られていた、ともいわれているのである。しかし、ここまでのカロリーナ法典の名誉回復は、やり過ぎである。いずれにしろ、生きながらの火あぶりの刑の規定されている「魔法」の嫌疑のある場合に（二〇九条）、拷問が許される徴憑とされていたのは、他人に魔法を教えたという確証、事前に脅迫してから魔法を掛けること、魔法使いとの共同体、魔力のある、いかかわしい物、仕草、歌詞と旋律である（四四四条）。更に、違法な拷問の使用の際に裁判官に適用される罰条（六二二条）、及び、捜査手続の公開性が欠けている点を考慮しての、注目すべき使用禁止（二〇条）の規定はあったが、徴憑の要求は、拷問を制限するという目的を満たすことはできなかった。

カロリーナ法典によって導入された手続は、書面主義的で、かつ、秘密主義的であった。公開の公判、所謂最終開廷日には、被告人が行為を否認する力をまだ持っていた場合、拷問の下でした自白を否定するために、証拠が提出され、それに引き続いて、判決が言渡された（七八条―九七条）。

カロリーナ刑事法典は、最初に、全ドイツ刑法と全刑事訴訟法とをもたらしした。それ故、この法典は、『普通 (一般的の意味) 刑法と『普通刑事訴訟法』と呼ばれている。しかも、これらの概念は、特に、一八世紀中葉までの学問上および実務上におけるカロリーナ法典の諸原則の発展を示している。

拷問に反対した不滅の先駆者は、Friedrich Spee von Langenfeld (『重罪の予防策 (Cautio Criminalis), 1631、) と Christian Thomasius (特に、彼が監修した、M. Bernhardt の博士号請求論文『キリスト教徒の扉から追放されるべき拷問について』(De tortura ex foris christianorum proscriptenda), 1705、) であった。拷問を廃止した最初の支配者の一人に、一七四〇年に政権の座についた Friedrich der Große がいた。これに対して、一七五一年の『ババリア刑事法典 (Codex juris bavarici criminalis)』、及び、一七六九年の『テレージア刑事法典 (Constitutio criminalis Theresiana)』は、拷問を予定し、しかも、詳細にそれを規定していた。後者は、拷問の適用を数多く銅版印刷し、具体的に説明していたので、現在でも、それを古物商で見つけることができる。一九世紀の初葉までには、ヨーロッパ全土で、拷問は、廃止された。しかしながら、普通刑事訴訟の欠陥は、除去されたわけではなかった。というのは、拷問の廃止は、まず、殴打という体罰を含んだ、所謂人々に対する不服従刑の導入と機をまさに一にしていたからである (一八〇五年のプロイセン刑事規則二九三条以下、一八一三年のバイエルン刑法典第二編一八八条)。また、嫌疑刑も存在した (プロイセン刑事規則三九一条)。又、依然として、強制的な証拠規則も予定されていた (プロイセン刑事規則三七〇条以下、バイエルン刑法典第二編二五九条以下)。『仮の免訴』に対応するものとして、いつでも刑事手続の再開が可能であるという条件と、それに加えて、警察監視の命令が付加された『仮の解放 (vorläufige Lossprechung)』があった。

三. 改革された刑事訴訟

それ故に、一九世紀の初頭より、ドイツ刑事訴訟の改革への要求が、ますます増大していった。

イギリスでは、ゲルマン法を基礎に、手続の口頭主義と公開主義に沿った当事者訴訟が維持されていた。人民集会による裁判から、重い犯罪に対する判決言渡しのための参審裁判所が、発達した。フランスでは、糾問訴訟の範囲ではあるが、“王の弁護人 (procureurs du roi)” から、一種の国家的起訴官庁が、形成された。ここから、一七八九年のフランス革命を経て、手続の公開主義と口頭主義、検察庁による公訴提起という公訴主義、及び、陪審裁判を伴った新しいモデルが、誕生した。

このようなイギリス・フランスの刑事訴訟法の改革を模範にして、一八四八年以降、ドイツの全構成国家において、上述された諸要求を考慮した刑事訴訟規則が、制定された(バイエルン一八四八年、プロイセン一八四九年、バーデン一八六四年)。“普通刑事訴訟”と比較した場合、これらは、外形上は、“地方的色彩の刑事訴訟”ではあったが、内容的には、“改革された刑事訴訟”であった。一八七一年の帝国の創設以後、ドイツの刑事訴訟法は、一八七七年の刑事訴訟法および裁判所構成法(民事訴訟法と破産法を合わせて“四帝国司法法”)によつて統一されたが、上述のような法律状態になら本質的な変更をもたらすものではなかった。

四. ワイマル共和国における発展

一九一八年の革命は、それ自体としては、修正をもたらすものではなかった。しかし、ワイマル共和国になってからは、以下のような、二つの重要な修正が加えられた。即ち、

a) 一九二三年の少年裁判所法は、一四歳から一八歳までの犯罪行為者に対する多くの、手続法上の特別規定をもたらした。

b) 一九二四年一月四日の所謂 Lex Emminger は、刑事手続について多くの簡素化をもたらした。即ち、三人の職業裁判官と六人の「参審員」によって構成されている合議体の参審裁判所を、事実上、参審員のみに変更した。又、今までの合議体刑事部の管轄権を、控訴可能性という適切かつ著しい拡大と共に、簡易裁判所に転用した。更には、検察庁の訴追強制を軽微性を理由にする打切りの可能性によって制限したのである(刑事訴訟法一五三条。詳しくは、第九章)。

五. 国家社会主義

国家社会主義者は、一二年間の支配の間に、鳥瞰することのできないほど多くの刑事訴訟法の改正を行ったが、全ては、保護的規定の廃止へ向けられていた。

六. 一九四五年以降のドイツ刑事訴訟法の発展

連邦共和国にあつては、一九六四年に、所謂刑事訴訟小改正が公布され、被疑者・被告人の地位についての多くの改善、即ち、勾留の制限(刑事訴訟法一二条以下)、弁護人の記録閲覧権の拡大(刑事訴訟法一四七条)、黙秘権及び警察段階で弁護人を呼ぶ権利を教示する義務(刑事訴訟法二六三条 a 四項。詳しくは、Rieß, Kleinkecht-Fschr. 1985, 355)をもたらした。一九六八年には、緊急事態法の分野で、親書の秘密、郵便の秘密及び電気通信の秘密を制限する法律によって、電話傍受が許されることになった(刑事訴訟法一〇〇条 a、一〇〇条 b)。これは、それ以来、恒常的に拡大されている (Welp Jahrb. d. Jur. Zeitgesch. 1, 457)。

一九七四年以降は、これに対して、徐々に、刑事司法の迅速化と負担軽減、及び、濫用の可能性の除去のための法律が、

公布されている。一九七四年の刑事手続法改正第一法律は、一連の修正によって、刑事手続の迅速化を目指し、特に、それ以前には重罪について必要とされた、裁判所による予審（旧刑事訴訟法一七八条ないし一九七条）と、同時に、“予審判事”の制度とを廃止した。一九七五年の刑法施行法は、それまで刑法典上で規定された違警罪を廃止するのに伴って、それを補完するために、軽微性を理由にした手続打ちりの可能性の範囲を拡大した（刑事訴訟法一五三条、一五三条a…遵守事項の打ちり、及び、検察庁による一方的な打ちりの可能性…詳しくは、第九章）。

一九七九年と一九八七年の刑事手続修正法は、一連の、個別的には小さいが、全体として見ればかなりの程度に達する、刑事手続の迅速化を促進するための規定を含んでいる（詳しくは、Schroeder NJW 1979, 1527; Rieß/Hilger NSZ 1987, 145, 204）。一九八六年の被害者保護法は、犯罪被害者の利益をより良く考慮するために、附随私訴の制度（刑事訴訟法二九五条以下）を改革し、又、“被害者のその他の権限”という新しい章（刑事訴訟法四〇六条d）ならし四〇六条h）を刑事訴訟法に導入した（加えて、BTD 10/5305, 6124）。

一九九二年の、組織犯罪として行われた不法な、麻薬取引及びその他の現象形態を制圧するための法律（OrgKG）は、一刑法典に新しい構成要件（マナー・ロンダリー、暴力団員に対する刑の加重）や制裁（財産刑、拡大された追徴）を導入する一方で—証人を脅迫や復讐から保護するために人定尋問の義務を制限したり（刑事訴訟法六八条）、更には、秘密捜査官や、ラスタ—調査のような技術的手段を使用した捜査方法を規定した（刑事訴訟法九八条aないし九八条c、一〇〇条c、一〇〇条d、一一〇条aないし一一〇条a、一六三条e…詳しくは、BTD 12/989, 2720; Hilger NSZ 1992, 457, 523）。それと並んで、この法律は、一九八三年の連邦憲法裁判所の国勢調査判決（BVerfGE 65, 1）の提起した、情報に対する自己決定権を侵害する場合の条件を厳格に確定するという点についての諸要請の一部を実現したのである。

一九九四年の犯罪制圧法は、一刑法典の改正（犯罪者と被害者の和解、*„アウシュビッツの嘘“* という犯罪の処罰の導入、傷害罪の刑の加重）に加えて一迅速手続を全面的に規定し直すと同時に、それを拡大し（刑事訴訟法二二二条ないし二二二条 b に代えての、現行四一七条ないし四二〇条）、州を超えた、検察庁の手続登録簿を規定し（刑事訴訟法四七四条ないし四七七条、二〇〇〇年からは、四九二条ないし四九五条）、王冠証人規定を組織犯罪へ拡大し、しかも、手続を簡素化するために若干の規定を新設したのである（この点については、*BTD 12/6853, 8588; König/Seitz NSiZ 1995, 1; Dahs NJW 1995, 553*）。

一九九七年の DNA 分析に関する刑事手続改正法は、身体検査、特に、血液検査によって得られた検体についての分子遺伝学的検査を許可した（刑事訴訟法八一条 e、八一条 f）。一九九八年の DNA 同一性確認法は、更に、重大な犯罪行為を行った被告人について、将来的な刑事訴追を目的として、このような検査の可能性を創出した（刑事訴訟法八一条 g）。

一九九八年の組織犯罪制圧法を改善する法律は、長い議論の末に、事前に、基本法一三条をそれに対応して修正した上で、所謂重要な盗聴侵害（他人の住居における秘密裏の聴取）を導入した（刑事訴訟法一〇〇条 c 一項三号、二項四文、五文、一〇〇条 d 二項ないし四項及び六項、一〇〇条 e、一〇〇条 f）。

一九九八年の証人保護法は、証人尋問のビデオ中継（刑事訴訟法一六八条 e、二四七条 a）と、ビデオの再生と利用（刑事訴訟法五八条 a、二四七条 a 四文、二五五条 a）とを導入した。更に、被害者保護法を拡大して、一定の場合に、証人の補佐人と被害者弁護人が認められることとなった（刑事訴訟法六八条 b、三九七条 a、四〇六条 b 二詳しくは、*Rieß NJW 1998, 3240; Seitz JZ 1998, 309*）。

一九九九年の刑事手続変更法は、二〇〇〇年から認められる、検察庁及び警察庁による侵害の権限の根拠を明確

にし(刑事訴訟法一六〇条、一六三条)、捜査や比較的期間の長い監視についての捜査方法を規定した(刑事訴訟法一三一条以下、一六三条以下)。記録閲覧権は、拡大された(刑事訴訟法一四七条)。更には、官庁や第三者に対する記録照会についての規則と、データファイルの添付及び利用の可能性を導入した(刑事訴訟法四七四条ないし四九一条)。この法律は、国勢調査判決の示した諸要求の変更を促した(詳しくは、BTD14/1484; Brodersen NJW 2000, 2536; Hilger NSZ 2000, 561; 2001, 15)。

第四章 刑事訴訟法の法源

刑事訴訟法の法源は、*“刑事裁判所令”*が啓蒙期に刑法典と刑事訴訟規則に区別されて以来、主として、一八七七年二月一日の刑事訴訟規則に見だされる。この規則は、三つの他の、所謂帝国司法法(民事訴訟法、裁判所構成法、破産法)と共に、一八七九年一月一日に発効したものであるが、それ以後、幾多の修正が加えられたために、一九八七年四月七日に、新たに公布されたものである(それ以後も、更に修正がなされた)。

刑事訴訟法は、しかし、刑事訴訟規則のみに見られるものではない。他の法領域との限界が争われているからだけではなく、実務的必要性のためからも、他の法典の中へ刑事訴訟法を個別的に入れることも行われている。

刑事裁判所と民事裁判所の両方に適用される規則、例えば、裁判の公開及び非公開に関する規定は、不必要な二重の規定を避けるために、それ自体として手続を規定しようとしているのではなく、単に裁判所の“組織”を規定しようとしているに過ぎない裁判所構成法に規定されている(裁判所構成法一六九条以下)。

少年及び一八歳から二二歳までの年長少年に対する刑事手続、これは全刑事手続の少なくとも約一六パーセントを占めているのであるが、この手続については、一九二三年以来、所謂少年裁判所法が、多くの特別規定を含んでい

る。現行の少年裁判所法は、一九五三年に制定されたもので、それ以後、幾多の改正を経ている。この少年裁判所法は、全く独自の刑事手続を規定しているわけではない。少年裁判所法二条によれば、“少年裁判所法に特別の規定がない限り”、一般の規定が適用されるのである。少年裁判所法は、少年及び年長少年に対する手続において、一部では、一般の刑事訴訟法の規定の適用を禁止し、一部では、新規定を追加している。少年裁判所法は、従来の法領域の区別を超えているだけでなく、少年及び年長少年に適用される、実体刑法、刑事訴訟法、裁判所構成法及び行刑法の特別規定を総合した法典でもある。

又、基本法も、刑事訴訟法に属する規定を含んでいる。というか、むしろ逆に、刑事訴訟法の最も重要な規定は、憲法レベルのものなのである。このようなものとして、特に、法律上の聴聞請求権及び二重処罰の禁止（基本法一〇三条一項、三条）、同様に、自由剥奪の際の権利の保障（基本法一〇四条）がある。又、基本法二〇条の法治国家の原理から、連邦憲法裁判所は、刑事訴訟についての多くの、具体的な結論を導いている（詳しくは、第五章）。

刑事手続における人権の保護は、一九五〇年のヨーロッパ人権条約（MRK）、特に、その三条、五条、六条及び八条によって、規定されている。この条約は、一九五二年のドイツの承認法によって、連邦法としての地位を持つことになった。けれども、ヨーロッパ人権裁判所への上訴も可能となっている。

類似してはいるが、部分的には、この人権条約よりも更に広範な保護規定を含んでいるのは、一九六六年の市民の権利と政治的権利についての国際条約（IPBPR）で、連邦共和国によって、一九六八年に調印され、一九七二年一月一五日の法律によって批准された。

更に、刑事訴訟法に関連する規定をその他の多くの法律、例えば、一九六一年のドイツ裁判官法及び一九五九年の連邦弁護士法も、含んでいる。

連邦と州は、行政命令として、刑事手続と過料手続に関する指導要領 (RiStBV)、までも決定したが、現在は、一九九七年の規定が適用されている。これは、検察庁の裁量を具体化しよとするもので、裁判官に対する推薦を含んでいる。これは、疑問がある場合には、重要な助けとなっている (Kurzkommentare zur Strafprozessordnung von Kleinkech/Meyer-Göbner und Pfeiffer の補遺の中に記載されている)。

五章 刑事訴訟法と憲法

一、我々にとって、重要な刑事訴訟上の保護規定が憲法に取り上げられ、憲法レベルのものとなっていることは、周知の事実である (法律上の聴聞請求権、二重処罰の禁止、拘禁の際の保護)。これらの基本権を直接的に適用することは、さほど必要ではない。というのも、刑事訴訟法自体が、その規定によって、訴訟上の基本権に対して、可能な限りの対応をしているからである。

二、刑事訴訟法と憲法との間の緊密な関係は、更に、人の自由 (基本法二条二項二文)、信書、郵便及び電気通信の秘密 (基本法一〇条) 並びに住居の不可侵 (基本法一三条) 等の基本権を制限することを要求している点に見取れる。即ち、その主要な法律の一つは、刑事訴訟法で、それが、勾留命令、郵便物の差押え、通信傍受及び搜索の権限を規定しているからである (Niese, Eb.Schmidt)。

三、更に、判例は、刑事訴訟法を基本法に立ち戻って解釈をしている。例えば、連邦憲法裁判所は、勾留の期間を基本法二条二項に立ち戻って限定してゐるし (BVerfGE 20, 45; 53, 159)、一般に、勾留事件における特別の促進命

令、を導く（BVerfGE 42, 11; 第四二章参照）。刑事訴訟法一一二条三項による勾留理由のない未決拘禁の許容性は、BVerfGE 19, 350 によつて、勾留理由が特定の事実によつて裏付けられている必要まではないと解釈されている。

四、判例は、基本法から直接に、追加的な証拠禁止と証拠使用禁止とを、又、手続障害をも導いている。一般に、基本法二条一項と同法二〇条三項とから「適正な手続の原則」を發展させ、更に、そこから多くの新たな要求を導いている（第六章参照）。

刑事訴訟法に重大な影響を与えたのは、一九八三年の国勢調査判決である（BVerfGE 65, 1ff.）。それによれば、情報に関する自己決定権があるとされ、その制限は次のような法律によつてのみ可能であるとされている。即ち、制限の条件と範囲を十分かつ明確に規定し、相当性の原則の範囲内にあり、しかも、基本権の侵害を回避するための組織的かつ手続的な予防措置を講じている法律である（BVerfGE 65, 44; Wolter SK Vor § 151 Rn. 81ff.; 批判的なのは、Rogall, Informationsingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozess, 1992, 41ff.）。一九九二年の組織犯罪制圧法及び一九九九年の刑事手続変更法によつて、立法者は、新たな要求を追及している。

五、連邦憲法裁判所は、法治国家の原理から、一面的に、被疑者・被告人及びその他刑事訴訟法に關係する当事者に対する保護規範をのみ導いていない。むしろ、それと同時に、法治国家は、正義を敷衍するために不可欠である機能的な刑事司法の維持をも要請しているのである（BVerfGE 33, 367, 383）。これらの基本原則の助けを借りて、連邦憲法裁判所は、ソウシャルワーカーに対する証言拒否権（BVerfGE, 33, 367）、動物医に対する証言拒否権の欠如（BVerfGE, 38, 312）及び、情報提供者に對してジャーナリストに對する証言拒否権の欠如（BVerfGE 25, 305）を、

又、人質を捕つての脅迫による犯罪者解放の無拘束性 (BVerfGE, 46, 222) を、及び、刑事訴訟法一三七条一項による、弁護人の人数を三人までとする制限 (BVerfGE, 39, 163) を合憲と宣言した。連邦裁判所判決四二卷一五七頁は、加えて、私人が捜査官憲との契約に基づいて容疑者を電話によつて探索することを正当であるとした。

上級文献：Hassener, Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ - ein neuer Rechtsbegriff?, StV 1982, 275; Schroeder Wandlungen und Konstanten der „sozialistischen Gesetzlichkeit“, Recht in Ost und West 1989, 358.

六、一般的に、現在では、法的な帰結及び既に存在する法規を憲法上の基礎に立ち戻つて考えてみるという傾向が、見受けられる。単純な法律の規定を憲法へ「移住させること」、その基礎付け「も」憲法ですることは、最近の流行の現象となつてゐるが、一般の法律の信用を期せずして失わせることになるため、危険である。一般の法律の規定を憲法上の規定で「も」あると移住させることは、困つたことに、重要な法的帰結、即ち、基本法九三条一項四号a、連邦憲法裁判所法九〇条によつて憲法訴訟の許容性をも持つことになる (第三章 I 参照)。当然、弁護士は、依頼者のために追加的な上訴審への道を開こうとする。しかも、憲法裁判所自体も、その活動領域を広げることを嫌がつてはいないように思われるし、憲法学者達は、なおさらのことである。このことは、視野の狭い審級裁判所の判決に関連して、一方では、弁護士や憲法学者を喜ばせることにはなつてゐるが、他方で、法律状況の明確性と鳥瞰可能性の支持者の期待と、疑問のある問題に対する裁判官の決定が適切なスピードでなされることを主張する者達の期待とを裏切る結果になつてゐる。当然、素材の鳥瞰可能性を心がけている学生諸君の期待も。

七、刑事訴訟法に対する基本法の重要な意味を適切に承認することが、刑事訴訟法が基本法の教義の適用物に過ぎ

ないとか、憲法の中に埋没し得るなどという、全く逆の極論へと誤導することがあつてはならない。刑事訴訟法は、固有の刑事訴訟法の教義を必要とする特殊な任務と制度とを持つていのである。

一九九〇年までの、刑事訴訟法に対す連邦憲法裁判所の全判決の一覧表は、Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, s.69ff.

第六章 適正な手続の原則

刑事訴訟法における一般的妥当性を持つ基本原則は、"フェア・トライアル"、すなわち、適正な手続の原則である。この原則は、アングロ・アメリカの刑事手続に由来するもので、現在では、ヨーロッパ人権条約六条一項一文並びに市民の権利と政治的権利に関する国際条約一四条一項二文に規定されている。

この原則は、アングロ・アメリカ法やヨーロッパ人権条約によれば、弁護権、武器対等の権利、及び、立会いと聴問を受ける権利とを意味するとされているが、それに止まらず、"少なくとも"ヨーロッパ人権条約六条三項に挙げられている諸権利を包括しているのである(支配的見解によれば、同条約六条二項による無罪の推定もそうであるとされるが、詳細については、第四三章)。

しかし、武器対等の原則は、その要求される権限の強さ、及び、検察庁の情報優位のために、ドイツ刑事訴訟法に適合しない。他方、被疑者は、検察庁よりも強い権限を持つてい(たとえば、権利の教示を受ける権利)。それ故、この原則は、ドイツ法では、手続上の役割の差異によつては説明できない差別的禁止をのみ意味することになる。教示を受ける権利は、ドイツ法においては、固有の基本権とされている(基本法一〇三条一項)。

刑事訴訟法は、適正な手続の原則に、特に、(実体的) 弁護権を保証することによつて、より良く適合するものとなつ

ている。通常の裁判権は、これまで、ただ稀に、適正な手続という一般条項に遡る必要があったに過ぎない。連邦憲法裁判所は、この原則の権限を基礎づけるために(ヨーロッパ人権条約は、連邦共和国にあつては、一法律に過ぎない)、基本法二条一項(BVerfGE 26, 71; 38, 111; 57, 274; 63, 390; 66, 318)と二項(BVerfGE 57, 274)と、基本法二〇条三項の法治国家原則とを結合し、そこから演繹することをも許容し、その意義を拡大している。

それによれば、ドイツ法における適正な手続の権利は、次のことを意味していることになる：

一・ 訴訟当事者は、手続の単なる客体であつてはならないばかりか、独立の訴訟上の権利を主張し、侵害に対しては相当な防御をなし得るものでなければならぬ(BVerfGE 38, 111; 57, 250)。

二・ 法律に精通していない被疑者・被告人に対する不意打ちの禁止や後見義務(BGH 36, 210; 38, 220; BayOblG NJW 1984, 1246)。

三・ 訴訟法を意識的に侵害して得られた結果の使用不可能性(BGH 24, 131)。

四・ 刑事訴追機関による訴訟上の権利を悪意を持つて利用することの禁止(BVerfGE 57, 250)。

五・ 明らかに違法あるいは理由のない、他の官庁による決定を甘受することの禁止、特に、証人の釈放に関して(V-Leute, BVerfGE 57, 250; BGH 31, 153 m. Anm. Franzheim NSZ 1983, 230)。

判例は、適正な手続の権利から、特に、次のような具体的な法的帰結を導いている。即ち、刑事訴訟法一四七条一項を超える、弁護人の記録閲覧権(BGH 36, 311; BVerfGE NJW 1994, 3219)：必ずしも必要ではない弁護人に障害が発生した場合の、期日の延期請求権(BGH StV 1988, 13)：私選弁護人に加えて国選弁護人を任命することの不可(OLG Frankfurt a.M. StV 1997, 575)：伝聞証人の証言を特に慎重に評価すること(BVerfGE 57, 250)：応諾違反についての告知義務(BGH 32, 44; 36, 210)：諜報員を利用しての近親者の証言拒否権回避の禁止(BVerfGE StV 2000,

466 m. Anm. Weblau StV 2000, 468 und Rogall NSZ 2000, 490)。

連邦裁判所は、適正な手続の原則に違反した場合について、訴訟障害を認めることは拒否しているが、本質的な刑の減軽は肯定している (BGH 37, 13)。しばしば、上告理由があるとされる (BGH 32, 44; 36, 210, 311; 38, 220)。

判例は、とりあえず、適正な手続の原則の包括性と不確定性を警戒し、これを法治国家上不可避の要求に限定することを求めている (BVerfGE 57, 275; BGH 40, 217)。又、判例は、公正な手続の原則と他の権利、例えば、公衆の情報利益とを比較衡量している (BVerfG NJW 1996, 583)。

上級文献：Dörr, Faires Verfahren, 1984; E. Müller, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, NJW 1974, 1063; Tettinger, Fairness und Waffengleichheit, 1984; Geppert, Zum „fair-trial-Prinzip“ nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Jura 1992, 597; Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000.

第七章 裁判所の裁判独占、起訴原則および立証の二段階性

I. 裁判所の裁判独占

基本法九二条によれば、裁判権は、裁判官に委託されている。そして、その権限は、裁判所を通じて行使される。この機能の分配は、他の機関を裁判から排除することと、同時に、裁判所の裁判独占の意味を含んでいる。そこには、又、重要な保護規定も横たわっている。即ち、判決は、独立を保障された裁判所によってのみ、又、そこで用いられる、個人の保護を考慮した手続によってのみ可能であるという規定である。

II. 起訴原則

刑事訴訟法一五一条によれば、裁判所の公判—このことは、今日では、単純に、裁判上の手続を意味しているのである(旧用語例の解説は、Schroeder Jus 90, 176)—の開始は、“訴え”の提起、すなわち、起訴に条件付けられている(起訴原則、又は、弾劾主義とも呼ばれている)。

弾劾主義は、同様に、重要な保護機能をも持っている。この機能は、以下のように、二重の観点に支えられている。即ち、

a) 犯罪の被疑者は、裁判上の手続によって生ずる負担から、可能な限り解放されていなければならない。公訴の提起の要件は、それ故、嫌疑の準備審査と不十分な非難の濾過とを含んでいる。

b) 起訴原則は、公訴を提起することによって、裁判所以外の当事者(検察庁あるいは私人、この点については、第八章参照)が委託されることになるが、それによって、はじめて、その本来の意味を持つのである。そこには、更に重要な保護機能が見出される。というのは、裁判官が事案を自発的に意のままにすることのできた糾問主義訴訟の下にあつては、裁判官は、一般に、公正ではなく、また、手続の開始を有罪判決によって正当化しようとさえしていたのである。

裁判所は、それ故、この原則によつて、自発的に刑事手続を開始することはできないのである。即ち、裁判所が、自発的に、進行している手続に新たな犯罪を取り込むことができないという事実も、この起訴原則からの帰結の一つである。それ故、起訴原則は、全ての個別行為に妥当するのである。

Ⅲ・ 証拠調べの二段階性

検察庁は、起訴すべきか否かについて決定するために、事案を究明しなければならない(刑事訴訟法一六〇条)。

検察庁は、このために、全ての証拠を検討しなければならない、特に、被疑者と証人を取調べなければならない（特に、刑事訴訟法一六一条 a、一六三条 a 参照）。しかし、裁判所は、検察庁によってなされた供述調書を用いることは許されず、直接性の原則に従って（刑事訴訟法二四四条、二五〇条、二六一條、「公判期日」、全ての証拠をもう一度、直接に挙げるよう、特に、証人を尋問するよう義務づけられている。このことから、ドイツの刑事手続において特徴的な、証拠調べの二段階性が、生ずる。これは、被疑者にとつての、彼に対する不必要な公判を避けられるという意味では、重大な負担の軽減にはなる。けれども、他方、証人にとつて、特に、被害者にとつては、精神的重荷になっている事象を繰り返し再現しなければならないのであるから、重大な負担増をもたらすことになる。その上、この二段階性は、証人は、往々にして、かなり長期間にわたり、事案の詳細を厳格に覚えてはいない者であるから、又、彼らは、矛盾によって、信用する価値がないと評価される者でもあるのだから、むしろ、真実の発見を困難にするのである。

多くの証拠は、ただ一度だけ、提示されるに過ぎないために（たとえば、行為者の同一性がある集団からの証人によって確認すること、所謂、対質、刑事訴訟法五八条二項・死体解剖、刑事訴訟法八七条）、裁判所によって、もう一度取り調べることはできない。そのために、手続の重点が公判から捜査手続へと移ることになる。このような重点の移動は、裁判所に提起された全手続の約四パーセントのものが、無罪となっているに過ぎないという点に示されている。

（よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授）