

【翻訳】

君の知識を検討せよ — 刑事訴訟法 (16 版) — [2]

クラウス・ロクシン / ハンス・アッヘンバッハ  
谷脇 真渡 訳

7. 被疑者と尋問

問 71. 君は、訴訟手続法上の被疑者の地位について何か述べることができるか。

【答】 被疑者は、— 普通法の糾問訴訟のように — 国家強制の対象としての訴訟手続における単なる客体ではなく、とりわけ訴訟主体、すなわち、訴訟手続における積極的および消極的關係人として独立の権利を持った参加者である。

a) もっとも、積極的關係人としての被疑者の権利は、(中間手続や公判手続とは異なり) 起訴前手続においては、いまだ比較的少数である。最も重要な権利としては、立会権 (168 条 c 2 項、例えば弁護人による場合、Nr.64 参照)、弁護権 (137 条) および起訴前手続においても 163 条 a により原則的に保障されている聴問権がある。

b) 消極的關係人としての被疑者は、意思決定の自由が無制限に守られ続けるという権利を有している。そこから、被疑者は、事件についての応答 — およそすべての積極的な協力 — を、すべて拒否することが許される (136 条 1 項 2 文、163 条 a 3 項 2 文および 4 項 2 文を見よ)、また被疑者の供述が、強制や欺罔に基づくことなくなされた場合にのみ、証拠として使用することが許される (136 条 a、163 条 a 3 項、4 項)。

c) それに加えて、被疑者は、国家強制の客体 (拘禁、押収など) でもあり、証拠方法 (身体検査 [81 条、81 条 a]) や被疑者が証人と身上確認目的

で対質させられる場合) でもある。しかし、その場合に許される処分は、訴訟主体としての被疑者の地位を侵害することは許されない。

問 72. a) 検察官が、被疑者 B を起訴前手続において尋問するために召喚したが、B は出頭しなかった。この場合、検察官は B を強制的に引致することができるか。

b) 同様の場合において、捜査裁判官の勾引権を持っている場合はどうか。

【答】 a) 163 条 a 3 項 1 文は、検察局へ出頭するという被疑者の義務をも基礎づけている。被疑者がこの義務を履行しない場合、検察官は彼を同様に引致することができる (133, 134 条の参照指示とともに 163 条 a 3 項 2 文)。しかし、検察官によって命じられた引致の適法性の審査について、地方裁判所は上訴されることはない (163 条 a 3 項 3 文)。もっとも、実務上、検察局による被疑者の引致は、彼が裁判官の面前でしか供述する気がない場合、あまり実益がない。というのは、被疑者は、供述拒否権を行使することによって、常に裁判官による尋問を受けることができるからである。これに対して、証人と対質させるために、黙秘している被疑者を検察局へ出頭させることには意味がある (BGHSt 39,96)。

b) 事実、勾引権は、次の 2 つの要件の下で、検察官と同様に裁判官にも与えられている。すなわち、

(1) 「出頭しない場合には引致される」との警告のもとに召喚されたにもかかわらず、被疑者が無断で欠席した場合 (133 条 2 項)

(2) 「勾留命令の発付が認められる事由が存する」場合 (134 条 1 項) である。

呼出には、勾引命令を必要とするが、そこには「引致の事由」および被疑者に帰責されている犯罪を記載しなければならない。その執行は、(警察を用いて) 検察局により行われる (36 条 2 項)。

問 73. 被疑者 B は、尋問のため裁判官に引致された。この場合、裁判官は、4 つの項目うちのどれを満たす必要があるか。

【答】 裁判官は、(1)被疑者にどのような行為について責任を問われているのか、およびどのような罰条が問題とされているのかを告げなければならない（136条1項1文）。

(2)事件について陳述するかしないかは、被疑者の自由であること、事前に選任した弁護士と相談できること（136条1項2文）およびその責を免れるため、個々の証拠調を請求することができること（136条1項3文）を被疑者に教示しなければならない。それが有効な場合（例えば、複雑で、記録や証明資料を使ってしか説明し得ない事実関係の場合）には、書面により陳述できることも告げなければならない（136条1項4文）。

(3)Bの身上関係（一身上の事柄、しかもその他の一身的事情）の解明に留意しなければならない（136条3項）。

(4)事件についての尋問に際して、「嫌疑の根拠を弁明し、かつ、自己に有利な事実を主張する」機会をBに与えなければならない（136条2項）。

aからcの義務を負わせることは、法律の文言によれば、（以前に行われた検察局や警察による尋問は別として）裁判官による最初の尋問の際にしかできない。しかしながら、その後新しい被疑者が加わった場合、あるいは新たな一身的事情が重要性を増した場合、爾後の尋問においても、136条1項1文、3項により考慮されなければならない。もちろん同様に、爾後のすべての尋問においても、供述義務はない（243条4項参照）。

問 74. Bは、裁判官ではなく、検察官あるいは警察官により尋問された。このような場合においても、被尋問者は136条に列挙された4つの義務を有しているか。

【答】 有しているが（163条a3項、4項）、警察官は問題とされている罰条の告知をしなくてもよいとの例外がある（なぜなら、警察官は、多くの場合、「最初の介入」の段階において、罰条について確たることは何も述べることができないからである）。

問 75. a) 君は、次の場合を受け入れられるか。刑事係警部Kが、ある工場に呼ばれたが、それは、従業員の貴重品が繰り返し跡形もなく消え

去ったからであった。K は、情報を入手するために身上に関する質問をすることで、とにかくイメージを獲得したかった。それで K は、少なくとも犯人の可能性のある質問対象者全員に、供述する必要があることを告げなければならないか。

b) X は、妻に対する故殺未遂の差し迫った嫌疑で警察に逮捕された。彼は、被疑事実についての教示と尋問よりも前に、自発的に自白し始め、その中で泣きながら、「自分がやった」と断言した。この供述を有罪立証に使用することは許されるか。

【答】 a) このような指針となる質問 (AK/Achenbach, § 163 a Rn23) については、教示がなくても許される。教示義務は、「被疑者」を前提とするものだからである。この点について、具体化された嫌疑が必要であるが、本問においてはこれが欠けている。警察の教示義務がいつから始まるのかについては、争いがある。そのため、明示的に罪を帰せることは必要ではないが、公課法 [AO]397 条 1 項の類推により、刑事訴追機関は、可能性のある犯罪行為を理由に、その者に対して捜査を行うことの意図が認識できるような措置を講じておかなければならない。それ故、被質問者が可能性のある犯罪行為に関与しているとの嫌疑が生じた場合、この者に対する質問は被疑者尋問である。これに対して、実務では、「情報入手のための質問」という不明確な概念を使って、教示義務に基づかないで情報を入手できる段階を、不当にもさらに拡大している。例えば、BGHSt 37,48 によれば、尋問者が判断する余地は、単純な端緒となる嫌疑における一般的な基準とはほとんど一致しないようにみえる「強度な犯罪の嫌疑 (starken Tatverdacht)」の段階で、終えられるべきである (この点については、前述 Nr.10 を見よ)。

b) 許される (BGH StV 90,194)。単なる、国家によって全く誘発されていない、情報を入手するための、このような自発的な発言の聴取は尋問ではないので、それ故事前の教示がなくても許される。

問 76. A は、血中アルコール濃度 1.67% の状態で、自家用車を運転していた。彼は、重大な破損により動けなくなった自動車を制御することが

できず、徒歩でその場を立ち去った。警察官 P がその自動車を発見し、その車中で A の運転免許証を見つけた。その後まもなく、P は A を路上で見かけ、そして A に破損した自動車の運転者かどうかを尋ねた。A は当初、当該自動車の運転者ではないと否定していたが、P が A に運転免許証を差し出したところ、その自動車の運転者であることを認めた。これに基づいて、刑法 316 条違反により、A に対する刑事訴訟手続が開始された。現在 A は、当該自動車を運転していたことを否認している。P の面前でなされた自白を有罪立証に使用することは許されるか。

【答】 公判において自白調書を直接採用することは、254 条 1 項により裁判官の面前で自白した場合にしか認められない。しかし、判例は、原則的に、P を証人として A が彼に述べたことについて尋問することを認めている（Nr.303 c 参照）。

しかしながら、本問においては、A の自白に関する P の警察官としての供述を持ち出し、そして、それを使用する可能性は、A が P から 136 条 1 項 2 文に定める供述拒否権について教示されていなかったことで無くなる。それにもかかわらず、そのような供述を使用したならば、この法律違反は上告理由となる。というのは、A に対してなされた P からの、事故車両の運転者かどうかという質問をもって、A は被疑者になり（Nr.75 参照）、136 条 1 項 2 文による教示がされなければならないからである。

起訴前手続における 136 条 1 項 2 文の**教示義務違反**が、**証拠使用禁止**を根拠づけるということは、BGHSt 38,214 以来、原則的に認められている。自己に不利益な供述を強要されない（*nemo tenetur se ipsum accusare*）、という原則は、連邦通常裁判所の見解によれば、被疑者の人間の尊厳の尊重に合致するものであり、人格権を保護するものであり、さらに公正な手続の要素でもある。もっとも、連邦通常裁判所は、証拠使用禁止を制限する。被疑者が黙秘権を知っていたことが確実である場合、弁護士が付された被告人が公判において証拠を使用することについて明示的に同意してる場合、あるいは、遅くとも 257 条の意味における当該証拠調後の陳述において（それ故、本問においては P の尋問後）、それに異議を唱えなかった場合には、認められない（争いがある）。

問 77. a) P は A に対して、供述の自由があることについては教示したが、「いつでも、たとえ尋問の前であっても、被疑者の選任する弁護人と相談すること」が自由であることについては教示しなかった場合はどうか。

b) P は A に対して、法律の規定どおり弁護人と相談する権利について教示した。A が、前もって弁護人と話がしたいと申し出た時、A 自身が供述する気があるのか、それともないのかを心得ておかなければならず、また、どのような決心をしたとしても A から弁護人を奪うことはできないことを理由に、P は A の申し出を拒んだ。これに基づいて、A は供述し、そして自白した。この自白を A に対して使用することは許されるか。

c) 被疑者である外国人 A は、夕刻に行われる最初の尋問の前に、弁護人と相談する権利について教示された。A は、弁護人と相談することにした。これに基づいて、尋問を担当する警察官は、A には使いこなすことができない職業別電話帳を A に与えた。しかし、弁護士の緊急業務の存在についての告知を怠った。なぜなら、警察官は、捜査のために、事前に弁護人と相談させずに行う尋問を有効だと考えていたからである。これに基づいて、A は弁護人と相談することなく供述した。A が、公判において異議を唱えた場合、この供述を使用することは許されるか。

d) A は 137 条に違反する彼の供述の使用を理由として、彼が公判において供述の使用に異議を唱えなかった場合も、上告することができるか。

【答】 a) 弁護人と相談する権利についての教示を怠った場合、Nr.76 で述べられた原則が準用される (BGHSt 47,172,174; 疑わしいのは、BGH NStZ 97,609)。

b) 許されない (BGHSt 38,372)。本問においては、137 条 1 項 1 文違反があるが、さらに 136 条 1 項 2 文違反もある。というのは、この規定の中には、弁護人と相談する権利について教示することだけでなく、この権利自体も含まれていなければならないからである。連邦通常裁判所が、この事案においても証拠使用禁止を認めたことは適切である。というのは、弁護人の助力を得る機会が、被疑者の最も重要な権利だからで

ある（ヨーロッパ人権条約 [EMRK]6 条 3 項 c 参照）。「それにより，被疑者は刑事手続の客体であるというだけでなく，その権利を保護するために刑事手続の進行と結果に影響を及ぼし得ることが保障される」（BGHSt 38,372,374）。

c) BGHSt 42,15（第5刑事部）は，許さない。この場合も，被疑者の弁護人と相談する権利を妨害している。というのは，被疑者が弁護人との相談を要求している場合，警察が，「被疑者が弁護人と連絡を取ることを有効な方法で手助けしよう」と真摯に尽力した場合にのみ，弁護人抜きでの尋問が— 再度の教示後も—行われてもよいからである。これは必要なことである。なぜなら，被疑者は，しばしば「事件により頭の中が混乱させられ」（BGHSt 42,15,19），かつ— 本問の場合—言葉の障害によっても，弁護人を探すことが妨害されているからである。援助が欠けている場合においても，被疑者がそれに異議を唱えた場合，証拠使用を排除する 137 条違反がある。これに対して，同じ連邦通常裁判所第5刑事部は，現に存在する弁護士による緊急業務について告知を怠った場合において，被疑者が，弁護士と相談する権利についての教示を受けた後に，弁護人と相談したい旨を申し出なかった場合には，137 条違反はないとした（BGHSt 47,233）。

また，第1刑事部（BGHSt 42,170）も，類似の事案において，証拠使用を認めた。この事案は，深夜のため弁護士と連絡が取れなかったため，尋問が— 最終的には被疑者の同意をもって—続けられたというものであった。しかし，法治国家の視点からすれば，このような場合の尋問は，被疑者を性急な供述へと押しやるよりも，翌朝弁護士立会いのもとで実施したほうが，よかったのではなかろうか。

d) BGHSt 42,15,22ff.によれば，上述の a) に対し述べられた矛盾の解決は，弁護人と相談する権利の侵害に対する問責としても妥当する。それによれば，公判手続において弁護人が付された A は，遅くとも証拠調において以前にした供述の採用後には，証拠使用に異議を唱えなければならない。

問 78. A は女友達 B にハシッシュを売った。警察官は、136 条に定める教示をせずに B に質問したところ、彼女は麻薬を所持していた。彼女は、事実どおり A が売人であると供述した。この B の供述を、A に対する麻酔剤取引法 [BtMG]29 条 1 項 1 号による刑事手続において使用することができるか。

【答】 BayObLG (NStZ 94,250) の見解によれば、使用することができる。確かに、B の供述は教示がされていないため、彼女に対しては使用することは許されない (Nr.76 a 参照)。しかし、この違反は、B との関係で問題になるだけであって、A の権利領域との関係では問題にならない。この決定は、連邦通常裁判所が 55 条について展開した権利領域説 (Nr.364 参照) を 136 条の場合に転用することを意味するが、この転用は、本問においても同様に問題である。というのは、例えば 2 人の共犯者のうちの一方の者には教示されなかった場合であっても、教示されたもう一方の者の供述に基づいて両名に有罪判決を下すことが許されるという結果になるからである。

問 79. 136 条 a において禁止された尋問方法を列挙せよ。

- a) そこに列挙されたもので、論じ尽くされているか。
- b) 例えば、尋問に際しポリグラフ (うそ発見器: これは、呼吸、血圧および脈拍を測定する装置で、その反応から供述の信用性を逆推論できると考えられている) を使用することは許されるか。

【答】 a) 136 条 a の根本思想は、その最初の文言にプログラムの命題として、「被疑者の意思決定および意思決定の自由は、侵害されてはならない」と公式化されている。それ故、ここで列挙された内容で完結するものではないと理解されている。

b) 連邦通常裁判所は、当初ポリグラフの使用を 136 条 a に違反すると考えていた (BGHSt 5,332)。しかしながら、1998 年には、このような考えを放棄し、そして被疑者が任意にポリグラフ検査に協力することを一般的に認めた (BGHSt 44,308)。もっとも、連邦通常裁判所は、現在では、本質的なポリグラフ検査は、原則的には 244 条 3 項 2 文、4 文の意味にお



ける全く不適当な証拠方法とみなしている。その結果、裁判所は当該証拠調請求を却下しなければならない。

問 80. 君は、次のような場合をどのように評価するか。

- a) 被疑者は、30時間もの間、睡眠の機会を与えられなかった後、警察官の面前で自白した。
- b) 被告人に対する審理が、夜の9時から朝方まで続いた。
- c) 被疑者は、夜中に起こされ2時から4時まで尋問された後、自白した。
- d) 被疑者は、尋問に際して、不眠症のため以前から床上安静しなければならないにもかかわらず、過度に疲れさせられたということを引き合いに出した場合はどうか。

【答】 a) BGHSt 13,60 は、この事実において 136 条 a 違反を認めた（疲労）。この場合、この疲労が、尋問によりもたらされたのか、それとも前から引き続いていたのかは、文言（「疲労によって」）にもかかわらず、重要ではない（支配的見解）。また、尋問者が、疲労を意図的に引き起こしたか、あるいは利用したかも重要ではない。

b) および c) この2つの事例において、BGHSt 12,332 と 1,376 は、自由な意思決定の侵害を認めなかった（問題あり）。

d) BGHSt 38,291 によれば、これは 136 条 a の適用にとって十分でない。なぜなら、睡眠をとらなくても、静養や休養で能力は回復させられるからである（疑問）。

問 81. a) 尋問者が、強硬に否認している被疑者に、覆す余地のない証拠を差し出して全面的に自白するよう勧めた。これは、酌量減輕事由の承認にとって重要となり得る、と述べた。それに加えて、尋問者は、被疑者の態度が、さもなければ、彼の行為態様の持つ非難性に対する洞察を欠いたものとして意味づけられ、そしてより厳しい処罰に至り得るという危険を冒している、と述べた。

これに基づいて、被疑者は自白した。この自白を利用することは許されるか。

b) 勾留命令が出されたが、その執行が 116 条により停止された被告人 (A) の弁護人 V は、公判において手続の停止に導いた 2 人の外国人証人の尋問を証拠調請求したことに関連して、考慮を申し述べた (中絶と完全な再開については、229 条 4 項を見よ)。これに基づいて、裁判長は、証拠調請求をするのであれば、A を再び収監しなければならないが、証拠調請求をせず、かつ自白すれば、裁判所は一定の刑罰の高さで満足できるのではないかと認識した。A は、136 条 a 違反を主張した。この主張は正当か。

c) 尋問している検察官が、自白すれば、逃亡の恐れを理由に執行されている勾留を解いてやると約束した場合はどうか。

d) 警察が証人に対して、証言すれば報酬を与える約束をした場合はどうか。

【答】 a) 許される (BGHSt 1,387;14,189)。被疑者でも自分が置かれた状況を正しく判断できるようにするために行う適切な教示は、許されない処分をもってする威嚇も法律上規定されていない利益の約束も含まない。しかし、例えば、酌量減輕事由を「確約」することも許されないであろうか。このような教示に対する疑問については、LR/*Hanack*, § 136 a, Rn.49,55。

b) このような結びつきについて、*連邦通常裁判所* (StV 04,336) は、手続法の規定による許されない処分をもってする威嚇と判断した。なぜなら、116 条 5 項に定める勾留命令を執行するための事由は与えられておらず、それ故 A がした自白は使用することができないものとして判断されたからである (136 条 a 3 項 2 文)。

c) この場合、「法律上規定されていない利益の約束」がある。それ故、これに基づいてなされた自白は、使用することができない (BGHSt 20,268)。

d) 136 条 a は、証人の尋問にも当てはまる (69 条 3 項, 161 条 a 1 項 2 文, 163 条 a 5 文)。しかし、報酬を与える可能性があることの告知は、警察が、前もって約束したとおりに報酬を与える指示を出した場合でさえも、許されない利益の約束とみなされるべきではない (BGH StV 88,469)。

問 82. a) 被疑者は、起訴前手続において、鑑定人 S により検査されたが、その際 S に対し分別のない、かつ拒絶的な態度をとった。S は、被疑者を謀殺行為について供述する気にさせようと思った。そこで S は、いわゆる「麻酔分析 (Narkoanalyse)」, すなわち、理性を麻痺させ、抑制から解放し、患者を会話へと誘う薬剤の注射を行った（ペルピチンの注射について、BGHSt 11,211）。このような方法は許されるか。そもそも、136 条 a は鑑定人に適用されるか。

b) 尋問官が、ヘビースモーカーである被疑者に、緊張を緩和し、かつ供述する気にさせるため、たばこを与えた。これは許されるか。

c) 完全酩酊状態で、取調べに耐えられない被疑者の供述を使用することは許されるか。

【答】 a) 136 条 a は、裁判官、検察局および警察（163 条 a 3 項, 4 項）だけでなく、鑑定人にも当てはまる（法律は、明文をもって規定していないが）。というのは、裁判官に禁じられていることは、裁判官の補助者としての鑑定人にも同様に禁じられなければならないからである（BGHSt 11,211）。また、叙述された手続には、136 条 a 違反もある。というのは、被疑者が、薬物の影響下で、そのような状態でなければ話さなかったであろう内容を漏らしたのであれば、彼の意思活動の自由は侵害されているからである。

b) たばこの提供は、原則的には 136 条 a に違反しない。なぜなら、たばこを手に入れたからといって、謀殺を認める者はいないからである。しかし、BGHSt 11,291 は、あろうことか、「たばこの供与も、事情によっては（軽微な検査の場合において、例えば）、ヘビースモーカーについては意思決定へ影響を及ぼし得る」ことを、必ずしもあり得ないことではないとした。そこから、そのような手段も禁止されている（LR/Hanack, § 136a,Rn.15,24,29,31）。

c) 許されない（OLG Köln StV 89,520）。「薬物の投与」を理由とする証拠使用不可能性は、被疑者がこのような薬物を自己使用した場合にも生じる。

問 83. 次のような尋問官の態度に、136 条 a 違反はあるか。

a) 尋問官が被疑者に「— 実際は事実と合致していないことであるが —, 「おまえの共同被疑者が、既に自白したから、これ以上否認しても無駄だ」と言った。

b) 尋問官が被疑者に、「覆す余地のない証拠があるので、自白することでしかおまえの置かれた状況を改善することができない」と伝えた。しかし実際は、端緒となる嫌疑しかなかった。

c) 尋問官が被疑者に、犯行現場で被疑者の指紋が発見されたので、かつて被害者の住居に行ったことがあるかどうかだけを尋ねた。被疑者がこれを否定したので、尋問官が証拠物で不意打ちし、これにより被疑者に犯行を認めさせた。

d) 被疑者に、全面的に自白すれば、勾留を解いてやろうと虚偽を述べた。しかし、この誤った情報は、意図的ではなく、尋問官の法律知識の欠如に基づくものであった。

【答】 a) 違反がある。たとえ支配的見解と同様に 136 条 a における「欺罔」概念を制限的に解釈するとしても、被疑者の状況を決定的な方法で歪曲した明白な虚言は、許されないと判断せざるを得ないだろう (LR/*Hanack*, § 136 a Rn.34; BGHSt 35,328 も見よ)。

b) この場合、BGHSt 35,328 は、同様に 136 条 a 違反を認めた。曰く、尋問官による意識的な虚言であるため、そこには許される術策は当然のこと存在していない。

c) このような態度に、136 条 a 違反はないとみるべきである。単なる(また狡猾な)事実または証拠方法の秘匿は(おそらく、錯誤の利用の場合も同様)、136 条により禁止されていない (BGH StV 88,419)。

d) BGH StV 89,515 によれば、欺罔は、本問においては当てはまらない意図的に誤った情報を述べた場合にしか存在しない。しかし、これには承服できない。というのは、事実的な捜査状況についての単なる誤解の場合とは異なり、国家の側で刑事手続に関与する者 (Sachwalter) による法律状況についての誤った解釈の場合は、意図的に行われた場合だけ

でなく、過失に基づいて行われた場合も、欺罔と判断されなければならないからである（より詳しくは、Achenbach, StV 89,515）。

問 84. a) 警察が、供述する気がない被疑者 B の監房へ 1 人の密偵を潜入させたところ、その密偵は B から内密に供述を引き出した、という場合をどのように評価するか。

b) B が供述の中で共犯者の名前を明かした場合、この供述により B が罪を犯したと証明されたとみることはどうか。

c) B が自発的に同房者に打ち明けたところ、同房者がそこで知った情報を警察に伝えた場合はどうか。

【答】 a) 判例は、この場合において、136 条 a を類推適用し証拠使用禁止を導き出した（直接適用が排除されたのは、尋問が存在しないからである）。その際、Hannover 地方裁判所（StV 86,521）は欺罔を、BGHSt 34,362 は禁止された（勾留による）強制を、それぞれ認めた。しかし、両者ともほとんど納得することはできない。なぜなら、B の意思決定の自由は、どちらの方法によっても侵害されているからである。なるほど、B は自発的に「秘密を漏示」している。しかし、136 条を迂回している。なぜなら、警察は被疑者の情報を、先行する教示とともに開かれた尋問により入手すべきであったからである。また、この様な迂回は証拠使用禁止に至るからである。

b) この場合において、BGHSt 34,362（異説 LG Hannover StV 86,521）は、供述の使用を認めた。この使用禁止は、B の供述だけに適用されるのであって、それにより得られた新たな証拠には適用されないのである。それ故、連邦通常裁判所は、証拠使用禁止の「波及効果（Fernwirkung）」を認めないのである。しかし、これは賛同に値しない（Nr.89 参照）。

c) この場合、BGH NStZ 89,32 は、136 条違反を認めなかった。B は捜査当局により欺罔されたわけでも、B に自己に不利益な供述をさせるために勾留が使用されたわけでもないからである。136 条 a 違反は、同房者が捜査当局に対して密偵活動について継続して報告する場合にも存在しない。

問 85. 強姦の被害者に、開けられまのドアの向こうで交わされている、被疑者と尋問官との会話を聞く機会が与えられた。女性はその後、この聞こえてくる声が犯人の声であると表明した。この表明を被疑者の有罪立証のために使用することは許されるか。

【答】 声の使用は、BGHSt 40,66 (否定的な注釈があるのは、*Achenbach/Perschke,StV* 94,577) によれば、声音照合が被疑者の欺罔により可能とされた場合、はじめから 136 条 a 違反により許されないであろう。このことは、例えば、その会話が、女性に盗み聞きをさせるためにだけに用意された場合も同様である。これに対して、尋問官は被害者による盗み聞きを意図しておらず、女性のことについて何も知らなかった場合、欺罔概念には含まれない錯誤の利用があるに過ぎない (非常に疑問)。その他の点では、連邦通常裁判所は、このような声音識別の証拠価値は、ほんのわずかしかない、と強調する。通常は、選択的対質に応じて、複数の人物の声音が証人に聞かされ、その中から真犯人が選び出されなければならない (*BGH NSTZ* 94,597 も同旨)。声を秘密裏にテープに録音する問題については、Nr.399 参照。

問 86. 強盗の捜査手続において、警察は、証人 Z から、エジプト人である被告人 A に嫌疑を向けさせるための証言を得た。これに基づいて、警察は Z に、電話によるプライベートな会話の中で、被疑事実について巧みに聞き出すよう求めた。アラビア語で交わされた 2 人の会話は、Z の了解を得て、警察が用意した通訳人によって傍受された。公判において証人として尋問された通訳人の証言に基づいて、被告人には有罪判決が下された。A は、証人の証言は利用できないものである、との主張をした。この主張は正当か。

【答】 これは、非常に争いがある。本来、このような「Hörfalle」の場合は、証拠使用禁止が認められなければならないだろう (より詳しくは、*Roxin,NStZ* 95,465;97,18)。確かに、欺罔があるにもかかわらず、136 条 a 違反はない。なぜなら、A には、犯罪事実について陳述するかしないかについての意思決定の自由が残されているからである。しかし、136 条を

迂回していることが問題である。なぜなら、被疑者は、国家に起因する錯誤に基づく自己に不利益な供述により、供述拒否権および弁護人と相談する権利が奪われているからである。

これに対して、刑事拡大部（BGHSt 42,139）は、証人である通訳人の証言の使用を認めた。拡大部の見解によれば、136条の迂回は存在しない。なぜなら、136条は、供述義務が負わされているという錯誤から被疑者を保護しているに過ぎないのであって、国家に起因する錯誤に基づく自己に不利益な供述から保護しているわけではないからである。それにもかかわらず、拡大部も、そのように秘密裏に徹底的に聞き出すことは、*nemo-tenetur* 原則（何人も自己に不利益な供述は強要されない）違反に「近接」し、それ故、そのような手続に反する「懸念」があるという。しかしながら、これらは、「有効な刑事訴追のための法治国家の義務」に対して慎重に考慮されるべきである。それ故、秘密裏に密偵を投入することは、「著しく重大な意義の犯罪事実が問題となっている場合、および他の捜査方法の投入が…著しく効果が小さいと見込まれる場合や著しく困難な場合」、許される（BGHSt 42,157）。

問 87. 溺愛するわが子を撲殺したとして罪を帰せられた B は、事件のことについて何ひとつ思い出すことができない、という状況に陥った。そこで、刑事係警察官は、B に対して、「もし、おまえがどのようにして犯行に及んだかを話さないならば、死体となったおまえの子供のところに連れて行くぞ」と威嚇した。B は、死んだわが子を注視することが想像を絶するくらい耐えられなかったので、ようやく書面による自白をした（BGHSt 15,187）。B は、翌日行われた捜査裁判官による尋問に際しても、再び同様の自白をした。その際、B に対して、死体のところに連れて行くぞ、という再度の威嚇は行われなかった（BGHSt 17,364）。

B の自白を使用することは許されるか。

【答】 許されない。死体のところに連れて行くこと自体は、88条により、身許確認のためであれば許されている。しかし、連邦通常裁判官の見解によれば、被告人が特に精神的苦痛を感じやすい性格であることを利用

して、「犯行とその経過について、死体をじっと見つめた印象…に基づいて供述」したことが、「前もって用意していた供述よりも多くのことを語っていた」というのであれば、それは 136 条 a の意味における許されない精神的苦痛である (BGHSt 15,191)。しかし、直接の圧力が加えられていなかったにもかかわらず、2 回目の自白も使用することはできない。というのは、「先行する圧力手段による萎縮効果は、一般に、爾後の尋問にも影響を及ぼし、かつ被疑者の自由は、後の尋問においても侵害され、あるいは奪われているという経験」(BGHSt 17,368) と合致しているからである。とはいえ、連邦通常裁判所の見解は、実務においては非常に意義深いものがある。なぜなら、一度 136 条 a 違反が生じれば、後の供述も広く使用することはできないとしているからである (しかしながら、先行する 100 条 b 違反による自白の使用不可能性について、BGHSt 35,32 参照)。手続違反の作用を及ぼし続けることを、「制限された尋問 (*qualifizierte Belehrung*)」により予防することができる。被疑者に対して、前にした供述は 136 条 a 違反により使用することができないことが、伝えられなければならない (*LG Bad Kreuznach* StV 94,293;*LG Frankfurt a.M.* StV 03,325)。

問 88. a) 被疑者 B は、尋問の際、警察官 P に殴られた。この虐待が、B の供述の内容に何らかの影響を及ぼしているかどうかは確認されていない。

b) Hamburg 高等裁判所 (NJW 05,2326) は、被告人 El Mottasadeq の、2001 年 9 月 11 日にニューヨークで起きた暗殺計画への関与が問題となっている公判において、アメリカ合衆国政府から送付された、問題となっているアルカイダ幹部の、証人としての供述の要約が読み上げられた。しかし、その供述は、拷問によって得られた可能性があった。

この場合における供述を使用することは許されるか。

【答】 a) この場合、136 条 a 違反がある。というのは、支配的見解によれば、禁止された尋問方法とは、供述の内容に対して影響力を持っている可能性があるという程度に過ぎなくても、十分だからである。



b) *Hamburg* 高等裁判所は、136条 a 3項 2文の証拠使用禁止を、アメリカの捜査官による人間の尊厳に対する特に甚だしい違反のもとで実現された認識についても、一般的に類推適用が可能であると判断した。しかしながら、支配的見解、およびBGHSt 16,164の見解によっても、「疑わしきは被告人の利益に（*in dubio pro reo*）」の原則は、136条 aには当てはまらない。「手続の瑕疵は、証明されなければならない」（BGHSt 16,167; 否定的なものとして、例えば、LR/Hanack, § 136 a Rn.70）。*Hamburg* 高等裁判所も、たとえ困難な証拠状況においてさえも、証拠禁止を基礎づける事情の完全な証明の必要性に固執しているのだろう。しかし、証人の意思決定の自由に対する疑念は、証拠評価の場で考慮されるべきである。

問 89. 被疑者 B は虐待の影響下で、どこに被害者の死体を埋めたかを自白した。しかし、この B の供述は、使用することができない。では、死体を掘り起し、B に対する証拠方法として使用することは許されるか。

【答】 この問題は、最も激しく争われている。これまでの支配的見解によれば、供述自体は排除されなければならないが、この供述をもとに入手した証拠は、使用することができる。それ故、被疑者が催眠状態で名前を挙げてしまった証人を尋問すること、ひどく疲れた状態で言及してしまった犯行現場を検証すること、殴打されたことにより漏らしてしまった隠し場所から死体を掘り起こすことは、いずれも許される（BGHSt 34,362）。比較的最近の見解は、そのような証拠使用禁止の波及効果を、手続違反の重要性と訴追された犯罪の重大性との間で行われる慎重な衡量に依拠させようとしている（*Hellmann*, Rn.484,792; LR/Hanack, § 136 a Rn.66）。反対の立場は、これ（英米法の「毒樹の果実の原理（*fruit of the poisonous tree doctrine*）」と調和している）を拒絶する。「表向き許された（供述により得られた）知識の使用と疑う余地がないほどの許されない（知識を仲介した）供述の使用に差異を捏造することは、まさにこじつけである」（*Spindel*, NJW 66,1105）。それ故、確かに、死体を掘り起こすことは許されるが、訴訟においては、これ以外の方法では証拠方法が

見つけれなかった場合、「あたかも自白がなされておらず、かつ死体が見つかっていなかったかのように」(Peters,337f.)、振舞わなければならないということが、承認されなければならない。

問 90. a) X は、A が妻殺しの犯人であると思った。X は激昂して、A に暴行を加え、無理やり妻殺しについて自白させた。これに基づいて、X は警察に A が自白した内容を報告した。裁判官は、その後の訴訟において、強要されてした A の供述を正しい判決へ到達するための過程において考慮に入れることは許されるか、それとも 136 条 a 3 項 2 文によりそれは排除されるべきか。

b) X が A に、「もし白状しないのであれば、おまえの目をくり抜くか、鼻と耳を削ぎ落とすぞ」と威嚇した場合の法律状況はどうなっているか。

c) 警察官 P は、A が X の妻殺しの犯人であると思った。P は、A に殺人について無理やり自白させるために、暴行 (事例 a) または脅迫 (事例 b) を加えることを X に促した。この自白を使用することはできるか。

【答】 a) 通説によれば、136 条 a において禁止された方法を使って私人が脅して取った供述は、裁判官が確信を形成する際に使用することができる。それ故、136 条 a は、刑事訴追機関にのみ向けられているに過ぎない (細分化するのは、LR/Hanack, § 136 a, Rn.9ff.; 鑑定人については、Nr.82 a 参照)。

b) 極端な人権侵害の場合は、本問においても存在しているように、「最も根本的な法治国家の原理または人間の尊厳に」抵触する (OLG Celle NJW 85,640,641)、とみななければならない。

c) できない。a) と b) において詳述されたルールは、私人が刑事訴追の権限を有する者により 136 条 a の方法を用いることを勧められている場合には当てはまらない (法律の回避)。それ故、136 条 a 3 項 2 文の証拠使用禁止は、そのような場合において注意が払われなければならない。

## 8. 勾留、仮收容および仮逮捕

問 91. a) 被疑者に対して勾留を命じるべき場合、どのような客観的要件を満たす必要があるか。

b) このことは、ヨーロッパ勾留命令にも当てはまるか。

【答】 a) 3つある（112条1項）。すなわち、被疑者が遂行した行為について差し迫った嫌疑が存在すること、勾留理由が存在すること、勾留が事件の重要性および期待されるべき法律効果と均衡を失っていないこと、である。

b) 目下のところ、法律状況は未解決のままである。ドイツの立法者は、ヨーロッパ勾留命令および加盟国間における引渡手続に関する2002年6月13日のヨーロッパ理事会の枠組決定（ABLEG2002L 190/1）に翻訳して、2004年7月21日のヨーロッパ勾留命令法（BGB.I.1748）により、刑事事件司法共助法（IRG）を補充することによって、刑事訴追の目的で、ドイツ国内に居住する人物をドイツからEU加盟国へ引き渡すことを認めた。しかしながら、BVerfGE 113,273は、この法律を無効とした。

問 92. a) 刑事訴訟法はどのような勾留理由を認めているか。

b) なぜ、112条3項の規定は、憲法的にみて憂慮すべきことなのか。また、連邦憲法裁判所は、112条3項をどのように解釈しているのか。

【答】 a) 次のような4つの勾留理由を挙示しており、そのうちの少なくとも1つは、差し迫った犯罪の嫌疑に対して当てはまらなければならない。すなわち、

1. 逃亡または逃亡の恐れ（112条2項1号、2号）、
2. 罪証隠滅の恐れ（112条2項3号）、
3. 犯罪の重大性、つまり、テロリスト結社の結成、謀殺、故殺、国民虐殺、重傷害、特別重放火もしくは放火致死の被疑事実、または爆発物爆破惹起の被疑事実（112条3項）、
4. 犯罪反復の恐れ、もっとも、特定の性犯罪および条文に列挙された、法秩序に重大な影響を及ぼす犯罪を反復または継続して行う場合のみ（112条aを読み！）

である。

b) 112 条 3 項は、実際には純粹な勾留理由を挙げておらず、文言通りに受け取れば、一定の犯罪についてはそれを放棄している。これが、もし条文通りのままであるとするならば、法治国家として疑問ではなかろうか。なぜなら、この場合、自由の剥奪は、一種の嫌疑刑になってしまうからである。それ故、BVerfGE 19,342 は、憲法の本質に合致した方法により、112 条 3 項 (旧 4 項) を次のように解釈する。すなわち、「被疑者を逮捕することなしに即時に犯罪を糾明し、処罰することが危殆化されるかもしれないという危険を基礎づける」事情が、常にその適用にとっても存在しなければならない。それによれば、もし「テロリスト」や「殺人犯」が、街を自由にうろつき回るとするならば、全住民にとって耐えがたいものとなるという考慮は、112 条 3 項に基づく拘束にとって、決して十分ではない。連邦憲法裁判所が、このような新解釈により、112 条 3 項を勾留理由の体系にある程度有機的にはめ込むことに成功している。現在、112 条 3 項は、その適用にとって、「確かにある事実をもってしては証明し得ないが、事件の諸事情に従って判断すれば、全く排除されるわけではない逃亡または罪証隠滅の嫌疑は、場合によっては既に十分となり得る」限りで、112 条 2 項を緩めるものとなる。これは、「犯罪行為の重大性を考慮して、極めて特に危険な行為者が処罰を逃れる危険を排除するために、2 項の勾留理由の厳格な要件が緩められるべきであることによって、正当化」され得る。

問 93. 侵入窃盗の差し迫った嫌疑のある B に対して、次のような理由で勾留命令を発することはできるか。すなわち、

- a) 彼は重い自由刑が期待されるべきであることを考慮して
- b) 彼が自己に有利な証言をしてくれる証人と接触するため

【答】 a) 期待されるべき刑罰の高さだけでは、逃亡の恐れの本拠としては不十分である。このことは、既に 112 条 3 項から逆推論できる。もちろん、他の状況証拠とともに、差し迫った処罰の重大性が、逃亡の恐れを認めることの正当性を本拠づけることはあり得る。

b) そのような証人との単なる接触では、罪証隠滅の恐れを肯定するには

不十分である。不正な方法で証人に働きかけるといったBの意図を認識できるような一定の事情（例えば、特に秘密裏に接触すること、金銭供与など）が存在しなければならない。

問 94. 被疑者Bが否認している。これまで彼に対して存在する状況証拠では、公判手続を開始するためには（203条：十分な犯罪の嫌疑）、不十分である。4つの勾留理由のうちの1つが存在する場合、彼に対して勾留命令を発することはできるか。

【答】 できない。それどころか、112条1項が要求する差し迫った犯罪の嫌疑(dringende Tatverdacht)は、203条に定める「十分な(hinreichenden)」嫌疑よりも嫌疑が濃厚であること、つまり被疑者が行為者であることについて高度の蓋然性があることが前提条件である。もちろん、蓋然性判断は、目下の捜査状況に基づいて判断されなければならない。それ故、捜査開始時に存在する高度の蓋然性が、捜査の進捗により後に公判を開始するために必要となる「十分な」犯罪の嫌疑を基礎づけることすらなくなったということがあり得る。裁判所が使用可能な証拠が、手元に存在しなければならず、それにより、高度の蓋然性をもって被疑者に罪を認めさせることができる(BGH NJW 92,1975)。換言すれば、差し迫った犯罪の嫌疑とは、現在の捜査状況に従って基礎づけられた、拘禁された犯罪で後に有罪判決が下される高度の蓋然性が存在することである。

問 95. 1964年以來、比例の原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)が勾留権において全面的に確立した。君は私に、この原則が、どこで、またどのように現に有効な勾留権として効果をあらわすのか述べることができるか。

【答】 この原則は、次の4つの方法において効果をあらわす。すなわち、  
a) 勾留命令の場合。勾留命令は、勾留が「事件の重要性と期待されるべき刑罰または保安処分…と均衡を失している」場合には、もっぱら112条1項2文により許されない。長期6月の自由刑あるいは180日以下の罰金刑のみが定められている犯罪においては、113条により罪証隠滅の恐

れによる場合は勾留を命ずることはできず、逃亡の恐れによる場合は限定的な要件に基づいてのみ勾留を命ずることができる。

b) 勾留の執行の場合. 勾留の執行は、116 条により、より緩やかな処分 (例えば、届出義務など) でもその目的を遂げることができる場合には停止される。

c) 勾留の期間の場合. 勾留の期間は、121 条により可能な限り 6 月以上継続してはならない。(ただし、「重大な理由 (wichtiger Grunde)」がある場合は除く)。122 条 a も参照。

d) 勾留命令の取消の場合. 勾留命令の取消は、120 条 1 項により、「爾後の勾留が事件と言渡されるべき刑罰または保安処分を考慮し、均衡を失すること」が判明したときに行われる。

c) および d) は、ヨーロッパ人権条約 5 条 3 項 2 文に従う。それによれば、被疑者は、「妥当な期間内に裁判を受ける、または裁判中に釈放される」権利を有する。拘禁可能性を限定するために、132 条の処分が有効である。

問 96. a) 勾留命令は誰によって発せられ、またこれはどのような方式で発せられなければならないのか。

b) 命令は、申請を要件とするか。また、場合によっては、申請する権限が与えられているのは誰か。

c) そもそも、勾留命令を発した裁判官には、勾留中に、勾留執行の停止 (116 条) や取消 (120 条) のような別の命令を発する権限があるのか。

d) 裁判官は、認定された事実に基づき、逃亡の恐れに根拠なしとの心証を抱いた場合、勾留命令の発付を拒否することができるか。

e) 裁判官は、被疑者が別の犯罪行為により既に勾留されている場合も、勾留命令を発することができるか。

【答】 a) 勾留は、「裁判官の書面による勾留命令により行う」(114 条 1 項)。裁判官によらない緊急権限は存在しない。(ただし、127 条を見よ)。管轄は、勾留裁判官としての捜査裁判官にある (162 条、125 条 1 項)。このことは、162 条により異なる区域の管轄にも当てはまる (125 条 1 項を見よ)。

b) 捜査裁判官は、他の場合もそうであるように（162条1項），原則的には検察局の申し立てによってのみ活動することができる。例えば，後になってからでは拘束が不可能となってしまうであろうような場合のように，管轄を有する検察官が間に合わず，かつ急を要する場合のみ，捜査裁判官が職権で勾留命令を発することができる（125条1項）。中間手続と公判手続においては事件が係属する裁判所が，上告が申し立てられている場合は不服を申し立てられている判決をした裁判所が，それぞれ勾留命令を発する（125条2項）。裁判官は職権で活動できるが，検察局を聴取する必要がある（33条1項，2項）。

c) 勾留と関連する別の裁判については，原則的には，勾留命令を発した裁判官が管轄を有する（126条 mit modifizierenden Einzelheiten）。

d) それどころか，拒絶しなければならない。というのは，確かに裁判官は162条3項により，請求された行為が法的に許されるものであることのみを審査しなければならない。しかし，逃亡の恐れが存在は，勾留命令を許可するための要件だからである（112条2項2号）。

e) できる。これは，「二重勾留」に関するものである。確かに，収容されている限り，被疑者は逃亡することができない。しかし，最初の勾留命令が取消された場合，爾後の勾留命令に基づき，さらに拘束することはできる。とはいえ，同じ犯罪行為により，2つの勾留命令を発することはできない（Nr.475 a 参照）。

問 97. 君は，捜査裁判官として勾留命令を発したい。

a) その際，4つの点について，書面による勾留命令にどのような意見を述べなければならないか。

b) 暴動に発展したデモにおいて，多数の参加者が仮逮捕され，128条1項（Nr.119 参照）に基づいて捜査裁判官のもとに引致された。この捜査裁判官は，特に重い場合である騒乱の差し迫った嫌疑により勾留命令を発したが，その際複写された書式を使用した。このような理由から，勾留命令が恣意的に（個別審査することなしに）発せられたと認めるべきか。

【答】 a) 勾留状には，次の事項を記載しなければならない（114条2項，

3 項). すなわち,

1. 被疑者 (可能な限り詳細に, 取り違えを防止するため, 名前, 居所など)
  2. 犯罪事実 (犯罪の日時・場所, 構成要件を充足する行為の特徴, 適用されるべき罰条)
  3. 勾留理由 (逃亡の恐れ, 罪証隠滅の恐れ, 犯罪反復の恐れ, 犯罪の重大性)
  4. 差し迫った犯罪の嫌疑および勾留理由を示す事実
- 5.112 条 1 項 2 文の適用が相当と解される余地のあるとき, または被疑者がこれを援用したときは, 勾留との不均衡を否定する理由である.

このような包括的根拠の強制は, 一 国の安全を危うくし得る犯罪事実の場合にのみ制限される 一, 一方で裁判官に特に綿密に審査をさせ, 他方で被拘束者に綿密に明示された被疑事実に対して弁解することを容易にすることにある.

b) *BVerfG* NStZ 82,37によれば, この場合, 書式の使用は, 同一の嫌疑状況における多数の被疑者を考慮して, および同一の犯行方法であることに鑑みて, 捜査裁判官が必要な個別審査を怠ったという推測を基礎づけない.

問 98. B に対する勾留命令がある.

- a) その執行は, 誰が引き受けなければならないのか.
- b) 拘束は, どのような方式で行われるのか.

【答】 a) 勾留の執行は, 検察局の責務であり (36 条 2 項), 検察局が警察を用いて行う (161 条).

b) 引致による. その際, 警察官に勾留状の正本または謄本を携行させ, 拘束するに際して, その内容を被疑者に告知して交付しなければならない. 告知ができないときは (例えば, 拘束するに際して勾留状の正本がない場合), 被疑者に対し「嫌疑をかけられている犯罪を告げなければならない」(114 条 a).

問 99. B は拘束された. 拘束後の手続は, どのように進行するのか.

【答】 被拘束者を, 遅滞なく (遅くとも引致の翌日に, 論拠 115 条 a 1 項)



125条により管轄を有する裁判官（つまり、勾留命令を発した裁判官）に引致しなければいけない（115条1項）。この規定は、ヨーロッパ人権条約5条3項1文とともに基本法104条2項の根本思想にも合致する。裁判官は、これに基づいて次の3つのことをしなければならない。すなわち、

- a) Bの親族または信頼する者の一人に拘束されたことについて通知する（114条b）。
- b) 遅滞なくBを尋問する（115条2項, 3項）
- c) 勾留命令を取消得るか（120条）または執行を停止し得るか（116条）、あるいは勾留を維持しなければならないかについて裁判をする。最後の場合においては、Bに法律上の救済手段（勾留抗告または勾留審査）について教示する（115条4項）。

問100. Bは、まさに国境を越えようとしたとき、勾留命令に基づき逮捕された。115条2項により、逮捕の翌日までに管轄を有する裁判官はBを尋問しなければならないが、管轄裁判所所在地との距離的な隔たりがあまりにも大きいため、それができない。そのため、Bは115条a1項により、最寄りの簡易裁判所の裁判官のもとに引致された。

- a) 裁判官は、尋問後、勾留理由の1つまたは差し迫った犯罪の嫌疑がないと判断した場合、Bを釈放することができるか。
- b) Bは、勾留維持の裁判に対して何をすることができるか。

【答】 a) 115条a2項3文によれば、勾留命令がその間に取り消されている場合、または人違いであった場合には、裁判官はBを釈放しなければならない。さらに、そもそもはじめから勾留命令が発せられていない場合（支配的見解；例えば、LR/*Hilger*, § 115 a Rn.8-11 参照）、ならびに被逮捕者が病気により勾留に耐えられない場合（LG *Frankfurt* StV 85,464）も、釈放権限が与えられている。これに対して、他の理由からの釈放は、全く問題にすべきではない。なぜなら、「最寄りの裁判官」は、事件について表面的にしか知らないからである。この場合、最寄りの裁判官は、勾留の維持に対する疑問を、115条a2項4文に定める迅速な方法で（たいていの場合は電話）管轄を有する裁判官に通知する可能性を、

常に有しているに過ぎない。

しかしながら、これは、— 例えば、聖木曜日に逮捕する場合 (BGHSt 42,343 を見よ) — 人身の自由の著しい基本権侵害に至り得る (基本法 104 条 2 項 2 文)。そのため、*M.Heinrich* (StV 95,660) は、最寄りの裁判官に包括的に勾留命令の取消についても権限を与えたいとする。これに対して、*Ch.Schröder* (StV 05,241) は、116 条を類推適用して、勾留免除を認めるべきだとする。

b) 具体的事件に関する詳細な事情についての知識が不足しているため、この場合、裁判は暫定的なものに過ぎない。B は、115 条に定める尋問のため、管轄を有する裁判官のもとに引致される。この権利についても、B は教示されなければならない (115 条 a 3 項 2 文)。

問 101. a) 勾留免除は、どのようなものと解されているか。

b) より緩やかな方法が存在する場合、執行停止は義務か、それとも任意か。

【答】 a) より緩やかな方法で済ますことができる場合、116 条、116 条 a に定める勾留の執行停止である。

b) この点については、116 条は、その都度受け入れられた勾留理由に応じて、次のように区分する。すなわち、

(1) 逃亡の恐れがある場合、法律 (116 条 1 項) は、より緩やかな方法 (nicht abschließend) として、届出義務、居住制限、禁足および担保の提供を挙げている。逃亡の恐れを減少させる効果が十分見込まれる場合、執行停止は義務である。

(2) 罪証隠滅の恐れがある場合、とりわけ一定の者 (共同被疑者、証人、鑑定人) と接触をしない旨の指示が、より緩やかな方法として考慮され得る (116 条 2 項)。この場合の執行停止は、任意的 (「ことができる (kann)」) である。なぜなら、この方法の効果は不正確だからである。

(3) 犯罪反復の恐れが、一定の指示に従うことによって著しく減少し得る場合も、執行を停止することができる (116 条 3 項)。

問 102. Bは112条3項により勾留された。なぜなら、彼には故殺の差し迫った嫌疑があり、比例の原則（112条1項2文）によっても勾留命令の放棄は問題になり得ないからである。しかし、裁判官は、116条により勾留命令の執行を停止したい。これは可能か。

【答】 この問題は、現行の116条創設当初は、非常に争いがあった。しかし、それを否定する見解が優勢であった。なぜなら、116条は、112条2項、112条aの勾留の場合における執行停止の可能性を明示的に挙げているが、112条3項については何も語っていないからである。また、「より緩やかな処分」は、手続確保の目的または予防目的ではなく、犯罪の重要性自体が勾留を正当化するところでは、何の意味も持たないことになるからである。しかし、BVerfGE 19,342 (Nr.92 b 参照) が、もっぱら手続確保の目的にのみ適用できると宣言して以来、より緩やかな方法で逃亡や罪証隠滅の恐れを排除することができるのであれば、そこに掲げる犯罪についても112条3項に支えられた勾留命令の執行を停止することは、比例の原則から明白である (BVerfGE 19,351)。

問 103. 裁判官は、Bに対する勾留命令の執行は停止し得ると思っている。

- a) 裁判官は、勾留の執行停止を勾留命令の発付と同時にすることができるか、それとも最初の尋問に基づいて拘束後にはじめて行うことができるか。
- b) この場合、裁判官は検察局と協議しなければならないのか。
- c) 裁判官が執行を停止した場合において、Bにとってより緩やかな方法では十分な効果が得られないような場合、後に勾留命令の執行を裁量で命じることはできるか。
- d) 執行をしない勾留命令は、どれくらい維持することができるか。

【答】 a) 法律には何ら制限がないので、執行停止を勾留命令の発付と同時にすることもできる。

b) しなければならない。33条2項。

c) 裁判官は、裁量で命じることはできず、次の3つの場合において許されるに過ぎない (116条4項)。すなわち、著しい違反行為をした場合、

信頼の基礎が欠如した場合および身柄の拘束を必要とする新たな事実が出現した場合、である。これら 3 つの事由のうちの 1 つが存在する場合、勾留命令は執行されなければならない。

d) 比例の原則の範囲内でのみ (BVerfGE 53,152)。というのは、既に勾留命令の存在は、勾留免除の場合も、国家の刑事訴追権に対する被疑者の自由請求権という観点で比較衡量されなければならない有罪の心証を、相当程度基礎づけるからである (BVerfG [Kammer], NJW 06,668)。

問 104. 裁判官による尋問を経て、B に対する勾留は維持された。これに対して、彼は法律上の救済手段を講じたい。彼は何をすることができ、また誰がそれを管轄するのか。

**【答】** B は 2 つの可能性を持っている。すなわち、

1. 彼は、勾留抗告 (304 条 Ⅱ) を申し立てることができる。勾留抗告は、勾留裁判官について (306 条)、抗告裁判所、つまり地方裁判所刑事部に送付され (裁判所構成法 73 条)、その裁判に対して、(高等裁判所に) 再抗告することが認められる (310 条)。他の場合とは異なり (309 条 1 項)、抗告について、口頭弁論を経て裁判することができる (118 条 2 項)。

2. 彼は、勾留審査も請求することができる (117 条 1 項)。ここでは、勾留裁判官が (126 条)、(被疑者の申し立てで、必須の、さもなければ裁判官の裁量による) 口頭弁論を経て (118 条 1 項) 起こり得る証拠調をもって (詳細は、118 条 a)、勾留命令が取り消されるべきものかどうか、または少なくともその執行が停止されるべきものかどうかについて裁判する。勾留抗告は、勾留審査に比して副次的なものである (117 条 2 項 1 文)。また、被疑者が勾留審査を請求した場合、既に申し立てられている勾留抗告は不適法となる。もっとも、勾留審査手続においてなされた裁判に対しては、別の抗告および再抗告を申し立てることができる。このような法律状況において、勾留抗告をさらに認めることは、法律制定に関してほとんど意味がないと思われる。

問 105. B の勾留開始から、3 ヶ月 一つまり、通常の限度期間の半分 (121

条) — が経過した。この時、彼は何ができるか。

【答】 a) 彼は、弁護人の申請ができる(117条)。これは、さしあたり「勾留が続く間」だけである。しかしながら、少なくとも公判手続開始2週間前までにBが釈放されない場合、弁護人の任命はその後の手続に対しても効力を有する(140条3項2文)。

b) Bが、勾留されてから現在に至るまで、認められた2つの法律上の救済手段を講じてこなかった場合、職権で勾留審査が行われる(117条5項)。もっとも、このことは、Bが弁護人を — 117条により同じ弁護人を付するにせよ — 有している場合には、妥当しない。というのは、弁護人は、立法者が認めるように、既に自発的に彼の訴訟依頼人に適切に助言し、そして訴訟依頼人の権利の確保へと促すであろうからである。

c) Bは、既に1度口頭弁論が開かれ、それに基づき勾留が維持された場合において、その時から少なくとも2ヶ月が経過したときは、彼は新たな口頭弁論を請求することができる(118条3項)。

問 106. a) 勾留の執行に関する規定はあるか。

b) Bは、勾留施設から家族に宛てて、自分のことを明らかに悪者にしようとする司法当局により不法にも拘束されている、という内容の手紙を書いた。この手紙を差し留めることはできるか。

c) 被收容者に対するこのような処分についての管轄は誰にあるか。また、この裁判に異議を唱えることはできるか。

【答】 a) ある。119条に規定されている。1976年3月16日の刑事執行法[StVollzG]に規定されている、確定的に下された成人に対する自由を剥奪する法律効果の執行とは異なり、勾留の執行は、そこに断片的に規定されているに過ぎない。刑事執行法にあるごくわずかな規定は、被勾留者にも妥当する(より詳しくは、刑事執行法178条を見よ)。細目については、勾留執行規則(UVollzO)に規定されているが、これは連邦全体に通用している単なる行政規則に過ぎない。

b) 119条3項によれば、勾留の目的(手紙に、例えば、逃亡や罪証隠滅の計画が書いてある)、または施設内の秩序維持に必要な場合、手紙を差

し留めることができる。しかし、通常は、侮辱的な言葉が、施設内の秩序を乱すことはあり得ない。なぜなら、それは、被勾留者の特殊な精神状況の通例の結果をあらわすに過ぎないからである(争いがある)。

c) 勾留命令を発した裁判官である(119条4項, 126条)。この裁判に対する抗告は許されるが(304条)、これに対して310条による再抗告は許されない。というのは、抗告は、拘束ではなく、執行の種類にのみ関係するからである。

問 107. 検察局による捜査手続の間に、Bの無実が判明した。

a) 裁判官は直ちに勾留を取消すか、それともBが次の勾留審査まで待たなければならないか。

b) あるいは、そのような場合、検察官が勾留を取消することができるか。

【答】 a) 勾留命令は、直ちに取消されるべきである(120条1項)。そもそも、勾留要件の存在は、職権で継続して審査されている。形式的な勾留審査が、申請と期日に結び付けられているに過ぎない。

b) できない。しかし、検察官は少なくともBの釈放を命じることができ(120条3項2文)、同時に、申請を許可しなければならない裁判官による勾留命令の取消を請求することができる。それ故、われわれにとって、裁判官が検察官の決定に拘束されている、という稀有な事例が、ここにある(120条3項1文)。

問 108. Bは、検察局が捜査を終了させられないまま、6ヶ月間勾留されている。検察局は、捜査の遅延について、捜査員不足により迅速な処理が妨げられている、と主張した。

a) 勾留の取消を阻止するために、検察局ができることは何か。

b) 検察局は、自助努力によって、勾留の取消阻止に成功できるのか。

【答】 a) 原則的には、6ヶ月後勾留は取消されるべきである(121条)。しかしながら、裁判所は、— 検察局が請求したとき、または裁判所自体が勾留の継続を必要と認めるとき — 勾留延長に関する裁判について検察局を経由して記録を高等裁判所に提出する(122条1項)。このようなこと

は、「重大な理由（wichtiger Grund）」により判決するに至らず、かつ勾留の継続が正当とされる場合に生じ得る（121条1項）。

b) できない。確かに、121条1項から明らかなように、ともかく与えられた訴追機関の労働力における捜査の困難性もしくは規模が、勾留延長を正当化し得る。しかし、事件の種類は別として、もっぱら刑事訴追機構の業務の過剰負担を、勾留延長に対する重大な理由として認めたいのであれば、規則の目的（手続の促進）を無に帰せしめ、また憲法上保障された、いまだ有罪判決が下されていない者の自由請求権をも害する（BVerfGE 36,264; BVerfG NJW 03,2895; BGHSt 38,43）。そのため、過剰負担は、突然で、かつ予見可能性も回避可能性もない場合に限り、重大な理由がある（OLG Düsseldorf MDR 91,1081）。それ故、受命裁判官の交代および捜査員の休暇では十分ではない（BVerfG NSTz 94,93）。

問 109. Bは、強盗により捜査手続に巻き込まれ、それにより勾留されている。5ヶ月後、別の機会に行ったとされる詐欺が捜査手続に加わった。強盗の嫌疑により発せられた勾留命令が、6ヶ月を経過した後、121条2項により取消された場合において、直ちに詐欺を理由に新たに勾留命令を発し、その結果、このような方法で、勾留が高等裁判所の依頼がなくても12ヶ月まで延長することができるか。

【答】 この問題は、121条1項の意味において「同一の犯罪事実(derselben Tat)」をどのように理解するかにかかっている。Celle 高等裁判所（NJW 69,245）を、「同一の刑事手続（desselben Strafverfahrens）」の意味でのderselben Tatの概念に当てはめる場合、新たな勾留命令は発せられ得ない。なぜなら、勾留は、強盗と詐欺は共同で審理されるべき現在進行中の手続において、既に6ヶ月が経過したからである。これに対して、このような表現は、155条、200条、203条264条の訴訟上の犯罪事実概念の意味で解釈すべきであるということから出発する場合（Nr.200参照）、詐欺は「新たな犯罪事実」であり、それ故新たな勾留も開始する。しかしながら、第1の解釈は、本問のような場合、被疑者に客観的には正当化されない特権を与えることになる。というのは、121条は、1つの歴史

的な事象により捜査が大幅に遅滞させられる場合にのみ妨げられるべきであるが、捜査されるべき事象の数とはかかわりなく勾留期間を制限すべきではないからである。

Roxin (Strafverfahrensrecht, § 30 Rn.52) は、それ故、*Eb.Schmidt*, NJW 68,2209 に倣って、訴訟上の犯罪事実概念を用いようとするが、第 2 の勾留命令を初めて発することができたであろう時点で、既に第 2 の勾留の期間の進行が開始する、という修正を加えている。これに対して、実務は、現在支配的なのは、121 条に特有の「拡張された犯罪事実概念」から出発する。それによれば、被疑者のあらゆる犯罪事実が、周知のものとなり、そこから勾留命令において開始され得る時点から「同一の犯罪事実」に属することになる (*Meyer-Goßner*, § 121 Rn.12; *KK/Boujong*, § 121 Rn.11; *OLG Düsseldorf StV* 04,496)。

問 110. B が勾留から解かれ、かつ彼に対する刑事手続を停止した後で、勾留により被った経営上の損失に対して国庫から補償するように求めた。

a) 例えば、勾留理由が欠如していたとか、比例の原則違反があったなど、勾留が違法だった場合はどうか。

b) 拘束は適法に行われたが、後に B は無罪判決を受けた、または彼に対する手続が打ち切られた場合はどうか。

【答】 a) このような場合において、B は、国家機関に責任があるときは、職務上の義務違反から生じる請求権を有する (民法 839 条, 基本法 34 条)。単なる客観的違法性については、ヨーロッパ人権条約 5 条は、損害賠償の請求権を認めている (i.E.s.BGHZ 45,46)。

b) この場合、1971 年 3 月 8 日の「刑事訴追処分に対する補償に関する法律」(刑事訴追補償法 [StrEG]) が適用される。この法律によると、勾留の執行により損害を被った者が、無罪判決を受けた、または彼に対する手続が打ち切られたのであれば、国庫から補償を受けることができる (刑事訴追補償法 2 条)。補償は、故意または重過失により自ら刑事訴追処分の原因を作った場合には、排除される (刑事訴追補償法 5 条 2 項, 3 項, 6 条)。



財産上の損害も非財産上の損害も補償される（後者については、自由剥奪が各開始日当たり総額 11 ユーロで補償される。刑事訴追補償法 7 条 3 項）。Nr.499 も参照。

問 111. 精神障害のある G は、周期的に現れる発作の間、既に数回、通行人を殴打し、重傷を負わせた。管轄する簡易裁判所裁判官は、検察局の請求により、捜査手続において G に対する勾留命令を発することができるか。

【答】 できない。112 条に定める要件が存在しないからである。しかしながら、本問のように、人が責任無能力または限定責任能力（刑法 20 条、21 条）の状態、違法性のある行為を行い、かつ精神病院または禁絶施設への収容が命じられると思料するに足りる十分な理由がある場合において、公共の安全にとって必要があるときは、裁判所は、126 条 a により**仮収容**を命じることができる。すなわち、予防警察的な措置が重要なのである。その際、勾留命令に相当する収容命令が発付されなければならない。その他の点についても、勾留に関する規定が準用される（126 条 a 2 項）。

問 112. X は大都会の雑踏の中で、窃盗犯人 D を発見した。この D とは、前日 X から札入れを盗んだ者である。

- a) X は、D を逮捕することができるか。
- b) X は、逮捕以外に何ができるか。
- c) 君は、仮逮捕がどのような事例群を予定しているのかについて、概観を述べることができるか。

【答】 a) できない。確かに、127 条 1 項 1 文は、逃亡の嫌疑（Fluchtverdacht）がある場合、または身元確認が困難な場合に、**何人にも仮に逮捕**する権利を与えている。しかし、行為者が「現行犯として捉えられ、または追跡されている」ということが前提である。本問においては、この前提が欠けている。

b) X は、D から目を離さないでおくとか、163 条 b 1 項に従って犯罪の

嫌疑をかけられた者の身元を確定し、かつ捜査手続を開始する警察官に通報するなどに努めなければならない。その際、D が逃亡の準備をしている場合、または虚偽の一身上の事柄を申告した可能性がある場合において、警察官は、急を要するとき 127 条 2 項により、勾留命令の要件が存在している限り、D を仮逮捕することができる (Nr.91 参照)。それ故、127 条 2 項は、裁判官による勾留命令では間に合わない場合の、いわば拘束の準備として使われている。

警察官と連絡が取れない場合にはじめて、X は D を民法上の自力救済により、取り押さえることができる (民法 229 条, 230 条)。

c) 127 条は、仮逮捕を 3 つのタイプに類別する (Achenbach, JA 81,660 参照)。すなわち、

— 身柄確保および身元確認のための明白な逮捕 (現行犯に基づく逮捕), 127 条 1 項 1 文。

— 検察局および警察官による身元確認のための職務上の逮捕 (163 条 b/c と関連する 127 条 1 項 2 文)。

— 勾留確保のための職務上の逮捕, 127 条 2 項。

である。

それに加えて、1997 年以來、127 条 b 1 項による、促進手続における公判の確保のための仮逮捕の可能性がある (Nr.501 参照)。

問 113. トラック運転手 A は、トラックで会社 R に粉末洗剤を搬入した。積み荷を降ろした後、納入品が 1 箱見当たらなかった。警備員 H が、トラックを注意深く捜し回ったところ、包装用品の下から見当たらなかった箱を発見した。K は、電話で呼び寄せた警察官が到着するまで、A が出発するのを阻止する場合、127 条 1 項によりどこをを求めることはできるか (OLG Hamm NJW 72,1826)。

文献 : Hellmann, Rn.265f.; Hillenkamp, 32 Probleme aus dem StrafR AT, 11, Aufl. 2003, S.52ff.; Roxin, AT I, § 17 Rn.24f.

【答】 横領または窃盗未遂のある種の嫌疑は存在しているが、単なる偶然でその箱が見落とされたということも排除できない。そのような状況では、嫌疑をかけられた人物が、「現行犯として」捉えられたのかについても、非常に争いがある。

知られた見解は、127条1項に定める措置は「真犯人」に向けられなければならない、犯罪行為あるいは少なくとも違法な行為（刑法11条1項5号）が明白に行われていなければならないということ認める（*OLG Hamm zu weiteren Differenzierungen Hillenkamp m.w.N.*）。しかし、このような実体法的な考察方法は、常に嫌疑の状況において刑事訴訟法上の手続確保のための措置が行われなければならないということを見誤っている。そのため、その許容性は、手続の最後になって初めて確定判決において判明したことに依存しているわけではない。これは、私人による明白な逮捕にも当てはまらなければならない。それ故、反対意見（訴訟上の理論）は、もちろん、それぞれ微妙な差異がつけられた嫌疑の解消で十分である。たいいていの場合、差し迫った犯罪の嫌疑が要求されるが、しかしその場合、事件において、それに当てはまる厳格な基準（Nr.94を見よ）により要求が引き下げられる。

それ故、*Hamm 高等裁判所*（*NStZ 98,370*）は、比較的最近の判決において、「認識可能な外部的事情のすべてを概観することは、…理性的な疑念なしに違法な行為への推論を容認する」ということを要求する（類似、*Roxin*）。

問 114. a) Xが帰宅し、窓の鍵がかかっていないのを目の当たりにした時、窃盗犯人Dがちょうど貴金属収納ケースを持ったまま角を曲がって姿を消し、森へ通じる道の向こうへと走り去って行くのが見えた。Xは即座にガレージに行き、自家用車に乗り込み、追跡を開始した。DはXが背後に迫っていることに気づき、Dは収納ケースを投げ捨て、茂みの中へと逃げ込んだ。Xは車から降りて追跡していたところ、（効果のない誰何の後）Dの足に向けた発砲により、さらなる逃走を阻止するとともに、Dを逮捕した。Xは、127条1項1文によりカバーされるか。

b) では、X は D を逮捕する際に、苦痛を与える方法（例えば、D の腕を背中の方へと捻じ曲げる）で捕縛し、また抵抗する場合には彼に足かせをはめることは許されるか。

【答】 され得ない。確かに、現行犯として追跡されている。というのは、犯罪に直接関連して（「見聞に基づく」必要はない）、追跡を開始したからである。しかし、X は D に向けて発砲することは許されない。というのは、127 条 1 項 1 文は、（正当防衛とは異なり）銃器を使用する権利を認めていないからである。原則的に、仮逮捕の権利は、被逮捕者の生命を侵害または著しく危険に晒す権限を与えていない。

b) 許される。それ故、捕縛や足かせ（または監禁）のような、傷害、強要あるいは自由の剥奪に当たるであろう行為は、具体的な事案において必要であり、かつ動機と均衡を失っていない場合には、127 条 1 項 1 文により正当化される（例えば、軽微な犯罪に際しては、足かせをはめることはできないなど）。しかし、健康の侵害は、刑法 32 条により正当防衛として被逮捕者の攻撃に対して行われたのであれば別だが、そうでない限りは常に許されない（wohl weitergehend BGHSt 45,378,381）。

問 115. 追跡者は、127 条 1 項 1 文に基づき、次のことが許されるか。すなわち、

a) 追跡者が、車で逃げる犯人を自家用車で追跡している場合において、犯人の車を追い越し、かつ自家用車を横向きにして立ちふさがり停車させること。

b) 犯人を彼の自宅で逮捕するために、その住居に立ち入ること。

【答】 a) それにより、道路交通も逃走者も危険に晒されない場合にのみ許される。それ故、交通量の多い通りにおいては、そのような方法は通常許されない。

b) 許されない。基本法 13 条は、住居の不可侵を保障する。刑事訴訟法も、私人が他人の住居に侵入することを保障する規定を置いていない。警察官は、検察局の捜査官である限り、163 条 b 1 項 1 文前段もその顧慮から解放されていない 102 条以下の範囲内でそのような権限を有している。

問 116. a) 警察官 P は、宝石店から覆面をした男 M が走り去るところを目撃した。P が検察局の捜査官ではない場合、M を仮逮捕することができるか。

b) P が M を追跡していることを、君は受け入れなければならない。その際、やむを得ない場合には、P は銃器の使用が許されるか。

c) Nr.37 の事例において、P と K は、人質解放のために他に取り方がないので、銀行強盗のうちの 1 人を射殺した。君には、刑事訴訟法により、これに対する権限が与えられているか。

d) 警察官 P は、逮捕後 M ならびに犯罪の嫌疑のない証人 Z の身元を確認しようとしたところ、彼らが身元に関する情報提供を拒んだ場合、どのように確認することができるか。

**【答】** a) できる。検察局およびすべての警察官（それ故、検察局の捜査官だけでなく）には、127 条 1 項 1 文により仮逮捕の権限が与えられている。同様に、勾留命令の要件を満たしかつ急を要するときも、この権限が与えられている（127 条 2 項）。

b) どの範囲で、またどのような法的基盤に基づいて、仮逮捕のための銃器の使用が警察官に許されているのかについては、異なった評価がなされている。支配的見解は、直接強制の行使に関する警察法上の権限規範を、それ故、州に対しては警察法を、連邦に対しては連邦執行官による公権力の行使の際の直接強制に関する法律 [UZwG] または準用法 [UZwG] を用いることを認める。それによれば、例えば、ニーダーザクセン州の警察は、公共の安全と秩序に関するニーダーザクセン州法 [NdsSOG] により、次のような場合に限り銃器の使用を一般的に認めている。すなわち、銃器の使用（例えば、警告のための発砲により）が、差し迫っている場合（70 条）、より緩やかな処分では成果がない場合または明らかに効果が期待できない場合、および高度の蓋然性をもって第三者が危険に晒されない場合（76 条）である。それに加えて、身柄確保および身元確認のための逮捕に際して銃器を使用する場合、重罪（Verbrechen）の差し迫った嫌疑の場合にのみ許され、軽罪（Vergehen）の差し迫った嫌疑の場合は、

事実が、もっぱら逮捕されるべき人物が銃器または爆発物を携行しているという認識を正当化する場合にのみ、許される (§ 77 I Nr.3) .

しかしながら、文献において、刑事訴追の目的でこのような予防警察的な権限に立ち戻ることに対して、強硬な手段に訴える考えが述べられた。そこから、許される処分は、127 条自体からのみ展開され得る。この規範は手続確保に役立つので、生命を危険に晒すあらゆる逮捕措置はそれとは相いれない (AK/Achenbach, § 6 EGStPO Rn4;SK/Paeffgen § 127 Rn28ff.;Schmidt/Schöne,NstZ 94,218) .

c) 刑事訴訟法によれば、権限はない。というのは、刑事訴追の目的で、人を殺害することは許され得ないからである。しかし、警察官の「命を奪う発砲」に対する権限は、現に存在する生命または重い身体傷害の危険から人質を救い出すことができる場合には、刑法 32 条の緊急救助権 (Nothilferecht) から生じる (争いがある)。

d) 検察局とすべての警察官は、127 条 1 項 2 文, 163 条 b 1 項 1 文により、犯罪行為のあらゆる嫌疑者に対して、身元確認のために必要なあらゆる措置を講ずることができる。そこから、M を仮逮捕することができ、また、例えば 81 条 b により鑑識事務上の措置を受けさせることができる。このことが犯罪行為の解明に必要である場合には、犯罪の嫌疑のない Z に対してでさえも、身元確認が許される。もっとも、鑑識事務上の措置は、Z の同意があった場合に限り許される (結局のところ、163 条 b 2 項, 163 条 c を見よ)。

問 117. 連邦議会議員は、彼が惹き起こした交通事故の後、逃走を図ろうとした時、警察によって逮捕された (刑法 142 条)。

a) 議員は、127 条 1 項 1 文により逮捕され得るか。

b) 議員は、事故の翌日に 127 条 2 項またはそれまでの間に発付された裁判官による勾留命令に基づき逮捕され得るか。

【答】 2つの問いは肯定され得る。原則的に、議員は、不逮捕特権のため、刑罰が期待されるべき行為に関して、連邦議会の許諾があった場合に限り、その責任を問い、または逮捕することができる。しかし、このことは、

「現行犯で、またはその翌日中までに逮捕される」場合には、当てはまらない（基本法 46 条 2 項）。この場合において、その後続く刑事手続については、有罪判決を受けるまで許諾を受ける必要はない。もっとも、場合によってはあり得る自由刑の執行については、基本法 46 条 3 項により再度連邦議会の許諾が必要となる。

問 118. a) A は、恒常的に受信機の前を走り回り、それにより測定を不可能にすることによって、警察の無線制御を妨害した。警察は、A を逮捕することができるか。

b) 離婚訴訟の口頭弁論において、浮気されて裏切られた夫（E）は、突然殺意をもって妻に斬りつけ、重傷を負わせた。

1. 裁判所は、E を逮捕させることができるか、それとも、127 条 2 項により仮逮捕を実行するために、まず警察および検察局に通知しなければならないか。

2. 裁判所は、要件が存すれば勾留命令を発することができるか。

c) E が非常に不穏当な行為で口頭弁論を恒常的に妨害した場合はどうか。

【答】 a) このような行為は不可罰であり、秩序違反法 [OWiG]118 条に定める「公共における迷惑行為」のため過料による制裁も受けない。なぜなら、公の秩序は直接的には害されていないからである。それ故、127 条に定める逮捕は問題にならない。その代わりに、そのような場合 **164 条**が、**妨害者を逮捕**する権利を認める。命令を発する公務員は、127 条の場合とは異なり検察局の捜査官である必要はない。

b) 1. **裁判所構成法 [GVG]183 条**の特別規定によれば、法廷における可罰的行為の場合（例えば、証人による偽証の場合も）、刑事訴訟法 127 条の要件が存すれば、裁判所自らが仮逮捕を指示することができる。

2. できない。これについては、勾留裁判官のみが権限を有する（125 条参照）。

c) この場合、裁判所構成法 183 条は介入しない（不可罰的行為！）。しかし、おそらく、裁判所構成法 177 条は、裁判所の命令に基づいて妨害者を 24

時間抑留することを許している。

問 119. a) 仮逮捕後の手続はどのように進行するのか。それは、刑事訴訟法 127 条、163 条 b に依拠するのか、それとも裁判所構成法 183 条に依拠するのか。

b) 刑事訴訟法 164 条および裁判所構成法 177 条の場合も、そのように進行すべきなのか。

【答】 a) 仮逮捕された者は、原則として、まず警察により尋問される (BGH NStZ 90,195 によれば、警察は、この段階においても自ら捜査する権限がある)。その際、136 条、136 条 a を指図するとともに、163 条 a 4 項が遵守されなければならない。仮逮捕された者が無罪である、または逮捕理由がもはや存在しないことが判明した場合、彼は釈放される。これは、ほとんどの場合、一身上の事柄の捜査のための 127 条 1 項 1 文、163 条 b 1 項 1 文に定める逮捕の事例である。彼が再度解放されない場合、遅滞なく (遅くとも翌日に)、その者がその管轄区域内で逮捕された簡易裁判所の裁判官のもとに、引致されなければならない (128 条 1 項、163 条 c 1 項 2 文)。それから裁判官は、引致の場合と同様に、115 条 3 項、4 項により勾留命令に基づいて手続し、被逮捕者を尋問後釈放するか、あるいは勾留命令を発することにより仮逮捕を勾留に切り替える (起訴後の管轄については、129 条参照)。このような規定は、基本法 104 条 3 項に合致する。

b) すべきではない。164 条の場合においては、職務上の自力救済権は、妨害を排除するまで、遅くとも翌日の終了までしかない (基本法 104 条 2 項 3 文)。また、裁判所構成法 177 条の場合においても、裁判官への引致は必要ではない。なぜなら、勾留は、いずれにしても 24 時間を超えることは許されないからである。

(たにわき・まさと 桐蔭横浜大学法学部法律学科准教授)