

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（完）

吉田 宣之 訳

第五章・既判力と、既判力のある判決に対する法律上の救済手段

第三節 既判力

一、既判力の発生

刑事訴訟法三二六条、三四三条によれば、適切な時期に上訴を提起することによって、「既判力」が阻止される。その意味は、控訴および上告の提起のための（一週間の）期間（刑事訴訟法三二四条、三四一条）が経過すると、判決の既判力が発生するということである。

既判力は、他の場合にも、発生する。すなわち、

a) 権限者全員の上訴放棄の場合、

b) 上訴の取下げの場合、というのは、このことが、同時に、新たな上訴の提起の放棄を意味することになるためであるが（BGH 10, 247; これに反対なのは、Specht GA 1977, 72）、

c) いかなる上訴も許されないような判決の場合、すなわち、上告の棄却判決、および、上告裁判所自体による事実判断としての判決（刑事訴訟法三四九条、三五四条一項）。

既判力によって、判決の執行可能性が生ずる（刑事訴訟法四四九条）。加えて、連邦中央登録簿に登録される（連邦中央登録簿法四条）。

二、既判力の形式

(一) 形式的既判力と実体的既判力

上述の意味での既判力、すなわち、判決に対し上訴によって不服申立ができないということは、「形式的既判力」とも呼ばれている。基本法一〇三条三項によって、誰も、同一の行為によって、再度処罰されることはない（二重処罰の禁止）のであるから、（形式的に）既判力のある判決は、同時に、新たな処罰を阻止するという作用を営む。この規定は、判例によって、その文言を超えて、新たな刑事訴追も許されない（BGH 5, 329）と、また、「刑事訴追権は、使い果たされて」といって拡張解釈されている。このような阻止作用は、実体的既判力と呼ばれている。

実体的既判力は、その訴訟法的性質からすれば、新たな訴追に対する訴追障害を意味する。この既判力は、同一の「行為」を理由にした、新たな訴追を阻止するのである。その限りで、そこには、裁判所を起訴に拘束する場合や、一般的に、刑事手続の訴訟対象の場合と同じ問題が生ずる。

(二) 部分的既判力と限定的既判力

部分的な不服申立の場合には、部分的既判力が生ずるに過ぎない。

部分的既判力と、限定的既判力とは、区別されるべきである。後者は、決定の場合にのみ考慮され、刑事訴追が、一定の条件の下においてのみ続行されうる場合に存在するのである（たとえば、刑事訴訟法一五三条 a 一項四文、一七四条二項、二二一条）。

三、既判力のない判決

刑事訴訟法三二六条・三二四三条によれば、適宜に上訴を提起されなかった、全ての判決には、既判力が発生する。特に、刑事訴訟法三三八条の絶対的上告理由によれば、重大な瑕疵（たとえば、基本法一〇一条一項一文に違反する、法律上の裁判官の禁止）の場合にも、このことが明らかに妥当する。しかし、判決が、基本法や法治国家原理に違反するという重大な違反の場合にも、このことが妥当するの否か、それ故、有罪者が、既判力の発生を上訴によって防御するよう強制されているのかどうか、有罪者が、うっかりして、あるいは、意図的に、明らかな期待不可能性を理由に、これをしなかった場合に、判決の執行可能性が発生するの否か、疑問が残されている。

判例によれば、判決が、次のような、重大かつ明白な欠陥を示しているような場合には、それを無効であると看做している。そのような欠陥とは、法的安定性および法的平和の重要性を考慮し、正義の観点から見て、そのように成立した判決を、国家の権威をまとい、法の形式に沿った手続の中で見出された、拘束力のある裁判と承認すること、および、そのようなものとして妥当とさせることを、端的に、耐え難いと思われるような場合である（BVerfG NJW 1985, 125; Kathoing JR 1985, 346 の評釈のある BGH 33, 127）。

無効と看做される刑事判決には、次のようなものがある。すなわち、

- a) 規定されていない刑罰を言渡した場合、
- b) 刑事未成年者に有罪判決を言渡した場合、
- c) 死亡者に対して判決が言渡された場合、あるいは、有罪者が、上訴提起後、死亡した場合（OLG Schleswig NW 1978, 1016）である。

支配的見解は、判決の無効性を、被告人が、公判に「代理人」を派遣している—しかし、裁判所はそれに気付いていない—ために、判決が出頭していなければならぬ被告人に対して言渡されなかったような場合にも、認めている。この場合、判決は、被告人の欠席の下に言渡されたことになり、それは、刑事訴訟法二三〇条一項に対する違反を理由に、上訴で攻撃されなければならない。

理解を深める文献：Grünwald, Die Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen, ZStW Bd. 76, 250; Herzberg, Ne bis in idem — Zur Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils, Jus 1972, 113; Schroeder, Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem“, Jus 1997, 227.

第三四節 現状回復

上訴期間の経過後、あるいは、—上告が提起されている場合には—上告趣意期間経過後、判決は、既判力を持つ。略式命令は、異議の申立期間経過後に、既判力のある判決と同じ意味を獲得する（刑事訴訟法四一〇条三項）。期間の不遵守に、責任を問うことができない場合に限り、請求によって、現状回復を認めることができる（刑事訴訟法四四四条）。特に、問題になるのが、発病、事故、自然現象、郵便輸送の遅滞、弁護人の過失である（BGH 14, 308; BVerfG NJ 1994, 460）。上訴の教示がなされなかった場合（刑事訴訟法三五条 a）、期間懈怠は、常に、無過失とされる（刑事訴訟法四四四条二文）。

重要であるのに、しばしば見逃されるのは、回復の申立がなされなければならないという点と、申立期間内に機会を逸した行為が追完されうるという点である（刑事訴訟法四五条二項二文）。この行為の追完がなされた場合、申立がなくても、回復が認められる（刑事訴訟法四五条二項三文）—それ故、追完は、回復の申立より重要である！

回復の申立は、裁判所の判決の執行を阻止しない（刑事訴訟法四七条一：「停止効なし」）。もっとも、裁判所は、執行の延期を命じうる（刑事訴訟法四七条二項）。

回復の拒否に対しては、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二項）が、許されている（刑事訴訟法四六条三項）。

刑事訴訟法四六条一項、二項によつて、原状回復が認められた場合、期間の懈怠に基づいて生じた、上訴によつて攻撃された判決の既判力、また、期間を逸脱したとして、上訴が却下された判決の既判力も同様に、消滅する。方式的棄却は、必要ではない！ とはいえ、法の明確性の利益のために、回復決定の中で、相応の確認は、必要とされている。

原状回復は、刑事訴訟法によれば、期日懈怠の場合にも、許されるとされている（刑事訴訟法三三五条、三二九条三項、四二二条）。懈怠を理由に下された判決は、破棄されることになる。このような場合、判決が、まだ、既判力を持っていない場合には、原状回復か、上訴か、あるいは、それらの組合せかの選択の可能性が、生ずることになる（刑事訴訟法二二五条、三四二条）。

第三五節 憲法訴願および人権訴願

一、憲法訴願

基本法の、主要な法治国家的保障の一つは、基本法が基本権を―他の憲法と同様に―宣言し、その尊重を国家機関、官庁および裁判所の義務とするだけでなく、全ての人に、連邦憲法裁判所への憲法訴願によつて、基本権の侵害を主張する可能性を与えていることである（基本法九三条一項四号 a、連邦憲法裁判所法一三条八号 a、九〇条以下）。

特に、問題になるのは、刑事訴訟上の強制処分による基本権の侵害である（上記第一四節ないし第一六節参照）。さらに、連邦憲法裁判所は、基本法二条一項の一般的自由権と、公正な、法治国家的な刑事手続を請求する権利とを結びつけ、そうすることで、憲法訴訟の適用可能性を著しく拡大している（上記第六節参照）。

出訴の道が尽くされたこと、すなわち、上告が効果なしに終わったことが、必要である（連邦憲法裁判所法九〇条二項）。憲法訴訟は、上告に対する判決の言渡し後、あるいは、棄却決定の告知後一ヶ月以内に提起できる（連邦憲法裁判所法九三条）。

憲法訴訟が理由ありと証明された場合、連邦憲法裁判所は、上告判決およびそれによって確認された判決を破棄し、事実をその判決が破棄された、最初の審級へと差戻す（連邦憲法裁判所法九五条二項）。

二、人権訴訟

一九五〇年の、人権と基本的自由を保護するためのヨーロッパ規約は、刑事手続の分野での、数多くの人権を、特に、勾留における保護規定（五条）、適切な期間内での公正な、公開の手続きの請求権、無罪の推定、母国語での情報および通訳の無償での召喚の権利、弁護準備のための十分な時間を請求する権利（六条）を規定している。しかも、この規約は、連邦共和国内にあっては、一般の法律と同じ地位を持っている。それ故に、ドイツ刑事訴訟法のように、裁判所によっても、尊重されている。憲法訴訟を、この規約に基づいて、提起することはできない（BVerfGE 10, 274）。連邦憲法裁判所は、しかしながら、この規約の二、三のものについて、特に、公正な手続の原則を法治国家の原理から基礎づけ、基本法二条と組み合わせることで、そこから直接的に憲法訴訟の可能性を導いている。

この規約は、独自の訴訟手続を規定している。誰でも、この規約に規定されている権利の侵害を理由に、ヨーロッ

パ人権裁判所に訴願することができる（三四条）。この人権訴願にも、国内の法的手段を尽くしたことという許容条件が、適用される。それには、憲法訴願が提起されたことも含まれている。さらに、最終的な、国内の判決後六ヶ月という期間も条件とされている（三五条）。この裁判所は、まず、十分な提起がなされているかを審査する（三八条）。しかし、たとえこの条件が満たされていない場合であっても、攻撃されている判決を破棄することはできないが、補償を言渡すことはできる（四一条）。しかも、刑事訴訟法三五九条六号は、手続の再審（第三六節参照）を規定している。それによれば、重大な解釈上の問題は、大法院に付される（四三条）。

本質的に、刑事手続領域における、同様な、部分的には、さらに進んだ人権を含んでいるのは、一九六六年の市民の権利および政治的権利に関する国際条約である。この条約は、一九六八年に、連邦共和国によって調印され、一九七二年一月一日に批准された。この条約は、個人的訴願を予定していない。けれども、ドイツ連邦共和国で、一九九二年末に発効した任意議事録（連邦法令集、II巻、一二四六頁）によれば、審査と、当該国家への通知をすることになる、人権委員会への、私的個人による文書での通知の可能性を認めている。

第三六節 再審手続

一、再審の許容性

全体主義国家は、原則として、判決の既判力を破る広い可能性（ソビエト連邦の、および、後の、ドイツ民主共和国の「破棄（Kassation）」、「国家社会主義下での「特別異議申立」や無効の訴願）を認めているのに対し、現行法にあっては、既判力のある判決の破棄は、狭い範囲でしか認められていない。しかも、その場合、有罪者に有利になるよりは、不利になることの方が、多いのである。

再審は、非常に厳格に制限された再審理由の一つが存在する場合にのみ、可能である。再審は、判決発付の場合（所謂虚偽 (falsa)）と、新しい事実あるいは証拠方法の場合（所謂新しい物 (nova)）に区別される。

(一) 判決発付における犯罪の再審

判決発付における犯罪を理由にする再審は、有罪者に有利な場合も不利な場合も、許されている。考慮されるのは、文書偽造、証人の虚偽の証言、あるいは、鑑定人の虚偽の陳述、裁判官あるいは参審員による枉法（刑事訴訟法三五九条一号ないし三号、三六二条一号ないし三号である）。適法性条件は、これらの犯罪が原因で既判力のある有罪判決が下されたか、あるいは、証拠の欠欠以外の理由のために、刑事手続の開始あるいは進行が不可能であったという事実である（刑事訴訟法三六四条一文）。

(二) 新たな事実あるいは証拠方法を理由とする再審

新しい事実等を理由とする再審が有罪者にとって不利益になる場合は、彼が犯罪について信用に値する自白をした場合に限られる（刑事訴訟法三六二条四号）。

それに対して、有罪者に有利な判決の破棄は、新たな事実あるいは証拠が提出され、それによって、無罪あるいは、より軽い刑法の適用がもたらされるような場合になされる（刑事訴訟法三五九条五号、四号の場合の、基礎となっている民事判決の破棄は、一余分な一五号より下位に位置づけられるべき場合である）。

このような可能性は、広範であるように聞こえるが、比較的稀である。所謂謀殺被害者が、再び、現れたとか、鑑定人の鑑定が否定されたとか、新しい書証が発見されたとかの場合に、問題になるのである。

そのような、必ずしも稀であるとは言えない出来事にもかかわらず、総じて、裁判所は、再審請求に対して、非常に制限的に対処していると言わざるを得ない。

ヨーロッパ人権裁判所は、構成国の判決を破棄することはできないために、このような場合に対しては、同様に、再審を規定している（刑事訴訟法三五九条六号）。

二、再審手続

再審手続は、三章に区別されている。すなわち、

a) 適法性の審査（所謂予備手続）、刑事訴訟法三六五条以下、

b) 理由具備審査（所謂予備審査手続）、刑事訴訟法三六九条以下、

c) 新公判（刑事訴訟法三七〇条二項、三七三条）。

再審手続の進行中における有罪者の厳しい地位は、一九七四年の第一刑法改正法によって、有罪者が国選弁護人を任命する権利を有する（刑事訴訟法三六四条a）という限度では、改善された。新しい事実および証拠方法の提出の困難性に鑑みて、国選弁護人を、再審手続の準備のために任命することも可能である。けれども、そのためには、当然、次のような事前の評価が必要である。すなわち、一定の調査が、適切な、新しい事実あるいは証拠方法に導くと言ふ点についての、十分かつ事実的な根拠が、存在しなければならぬ（刑事訴訟法三六四条b一項一号）。

三、再審の特別な場合

一、既判力のある略式命令に対しては、被告人に不利益な手続の再審も、新しい事実あるいは証拠方法が重罪の有罪

判決を基礎づける場合には、許されている（刑事訴訟法三七三条 a）。このような再審が許される理由は、略式命令の発付のための手続が簡略化されているという点にある。この規定は、単純な傷害を理由にした略式命令の既判力が発生した後、被害者に、刑法二二六条の重い結果が発生した場合、あるいは、むしろ、被害者が死亡した場合（刑事訴訟法二二七条）のような、必ずしも、稀ではない事案を処理する。

二、既判力のある判決一般に対しても、また、このような事案の場合には、新たに発生した不法の程度を訴追し、それを古い判決の中に算入することを可能にする、所謂補充起訴の可能性が、認められるべきであるとされている。ただし、このような要求は、今まで、実現されてはいない。

三、連邦憲法裁判所法七九条一項によれば、連邦裁判所によって基本法に抵触するとされたか、連邦憲法裁判所法七八条によって無効とされた規範に基づいている、既判力のある刑事判決に対する再審も、許されている。

四、国家社会主義の軍事裁判所および特別裁判所の判決に対する再審を、一九五二年八月七日の管轄法が、可能にした。

理解を深める文献：J.Meyer, Aktuelle Probleme der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, ZStW 84, 909; Wasserburg, Die Funktion des Grundsatzes „in dubio pro reo“ im Aditions- und Probationsverfahren, ZStW 84, 914.

第六章・手続への被害者の関与

第三七節 総説

本来、被害者の訴えによることが必要とされる刑事手続の開始は、中世中葉の頃、費用、および、犯罪行為者から

の脅迫という、私的原告の危険を考慮して、徐々に、公訴に代替されるようになった（上記第三節参照）。現行の刑事訴訟法では、「職権主義」が、採用されている（刑事訴訟法一五二条一項・上記第八節参照）。もともと、このような発展の裏面では、犯罪被害者が刑事手続の隅に追いやられて、証人としてのみ登場することとなり、しかるべき義務と、弁護のための攻撃に身を委ねることになってしまった。刑事訴訟法第五編は、それ故、徹底して、「被害者の手続への関与」について規定している。

それに従えば、被害者は、特に、準備手続の段階から、すでに、弁護士に記録を閲覧させるという重要な権利を持っている（刑事訴訟法四〇六条e）。加えて、刑事手続の全過程で、弁護士を補佐の用に供することができる。特に、取調べの際にも（刑事訴訟法四〇六条f）。附帯私訴の権限を持つ犯罪被害者は、さらに、弁護士の補佐を無料で受ける権利も持っている（刑事訴訟法四〇六条g三項一号）。最後に、被害者には、一加えてか、あるいは、少なくとも一―手続の結果の通知を請求する権利が、認められている（刑事訴訟法四〇六条d）。

ここで述べられた諸権限については、被告人に告知されるべきである（刑事訴訟法四〇六条h）。しかし、この義務の侵害は、法的効果を持ってはいない。

検察庁による、記録閲覧の拒否に対しては、被害者は、時間の掛かる、過度に形式的な、裁判所構成法施行法二三三条以下の手続を用いて争う必要はなく（特に、上級地方裁判所の管轄を参照）、刑事訴訟法一六一条a三項によって、上級地方裁判所に、簡素化された異議の申立をなすことができる（刑事訴訟法四〇六条e四項二文）。では、逆に、被疑者・被告人は、記録閲覧の許可を被害者に対して争うことができるのであろうか、また、できるとしたら、どのようなにしてか？ Koblenz 上級地方裁判所は、刑事訴訟法四〇六条e四項二文を制限し、被疑者・被告人からの異議の申立に対しては、裁判所構成法施行法二三三条以下が適用されるべきである（NSZ 1988, 89）との結論を導いてい

るが、連邦裁判所は、正当にも、刑事訴訟法四〇六条 e 四項二文を類推適用すればよいとしている (StV1993, 118)。以下では、刑事訴訟法の順序に反してはいるが、「刑事手続への被害者の関与」の実務上の意味を考えて、まず、附帯私訴 (第三八節)、次に、被害者の補償 (第三九節)、最後に、私訴 (第四〇節) について述べる。

理解を深める文献: Schünemann, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, 193; Weigend, Das Opferschutzgesetz-kleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW 1987, 1170.

第三八節 附帯私訴

附帯私訴は、検察庁によって提起された公訴に私人が附帯するものである。権利者の範囲は、刑法典の条文の順序に従って、刑事訴訟法三九五条に規定されており、それ故に、見通しの悪いものとなっている。特に、重大犯罪の被害者およびその遺族は、附帯私訴の権限を持っている (刑事訴訟法三九五条一項 a、c および d、二号、同条二項一号)。附帯私訴は、さらに、検察庁が刑事訴訟法三七六条によって公訴の提起をしたために、ある意味で、私訴の権利を「奪われた」形となった、侵害された私訴権者に、検察庁に附帯して、原告となる可能性を認めている (刑事訴訟法三九五条一項 a および c、二項三号、三項)。最後に、公訴を起訴強制手続によって提起した者 (刑事訴訟法三九五条一項三号) も、彼によって強制された訴えを検察庁が「無気力に」実行するのではないかと疑念を払拭することができないのであるから、権限があると考えられる。

附帯私訴人の権限は、刑事訴訟法三九七条以下、四〇〇条以下に規定されている。重要なのは、特に、重罪における弁護士無料での任命権 (刑事訴訟法三九七条 a)、記録閲覧権 (刑事訴訟法三八五条三項と関連する三九七条一項)、独自の証拠申請の権利、および、上訴提起の権利である。

文書によって申立られなければならない（刑事訴訟法三九六条）が、附帯私訴人としての附帯は、手続のいかなる段階であつても、許される。それ故、判決の発付後の、単純な上訴提起のためであつても（刑事訴訟法三九五条四項）。附帯私訴は、確かに、「手続きのいかなる段階でも」許される（刑事訴訟法三九五条四項）のではあるが、当然、公訴の提起を前提としている。それによつて、附帯私訴権者は、彼にとつて重要な先決判断の行われる捜査手続から排除されるのである。そのような状況を除去するために、刑事訴訟法四〇六条gは、附帯私訴権者が、すでに、公訴の提起前から、特に、起訴前手続における裁判官による尋問や検証の際にも同席できる弁護士を、重罪の場合には、無料で補佐人として任命することができると規定している。被害者は、可能な限り速やかに、それ故、場合によつては、すでに、警察によつて、附帯私訴および弁護士を呼ぶ権限について告知されなければならない（刑事訴訟法四〇六条h）。

第三九節 被害者の補償

法が専門分野毎に区別されていること、また、事物の領域ごとに区別された裁判合議体の管轄が規定されていることによつて、犯罪の単一であるべき経過の法律効果、すなわち、処罰と損害賠償が、異なる裁判所で、たとえば、刑事裁判所と民事裁判所で取扱われるということになる。素人にとつては、このような区別は、しばしば、いぶかしいものと思われる。また、行為者の損害賠償義務が刑罰の選択の範囲に入れられる場合、この義務が刑罰と全く同じように一かなり一般予防的および特別予防的効果を發揮するであろう点は別にしたとしても、それは、再社会化にも資することになるであろう。このような理由から、一九四二年に、刑事訴訟における損害賠償の主張の可能性、所謂附帯訴訟が、導入された（刑事訴訟法四〇三条以下）。

けれども、裁判所は、その請求の審査が手続きを遅延させると思われる場合（刑事訴訟法四〇五条二文）には、それは誰も否定できないことであるが、損害賠償の請求を却下する広範な権限をもっているのである。弁護士は、この附帯訴訟を評価していないが、その理由は、切離された民事手続きよりも報酬が少ないからである（連邦弁護士報酬規正法八九条）。

許可された申請人は、訴訟上、全く権利を持っていない。彼は、単に、審理に関与することが許されるに過ぎない（刑事訴訟法四〇四条三項）。しかし、彼は、不利益になることを恐れる必要はない。というのは、裁判所は、彼の請求を棄却することはできないからである。被告人に有罪判決の言渡しがなされなかった場合、裁判所は、損害賠償の申請に対する判断をしない（刑事訴訟法四〇五条一文）。申請された損害賠償の一部についてのみ、これを認める旨の判決が言渡された場合には、残りの部分については、他の方法で主張することができる（刑事訴訟法四〇六条三項二文）。

それにもかかわらず、刑事訴訟において、その請求を主張するように被害者に勧められることは稀である。というのは、包括的に有罪判決が言い渡される場合、刑罰の程度が、損害賠償の査定、特に、慰謝料の査定を低くするように作用し、また、民事裁判所への残額の主張が、特別有利な訴訟上の地位を示すことになるわけでもないからである。附帯訴訟判決のパーセンテージは、地方裁判所で〇・九パーセント、区裁判所で〇・三パーセントに過ぎない。効果的運用についての提案（「ナウムブルクモデル」）は、Rössner/Klaus ZRP 1998, 162 に述べられている。

第四〇節 私訴

一、私訴

第八節で既に説明したところであるが、原則として必要とされる、検察庁によってなされる公訴提起（所謂職権主義）に加えて、若干の重大犯罪については、被害者自身による起訴、所謂私訴が、認められている（刑事訴訟法三七四条）。私訴は、被害者に、彼に対してなされた犯罪に対する自己訴追を、起訴強制手続によっても必ずしも有効に除去することのできない、検察庁の気乗りの有無とは独立に、可能にするのである。他方、これは、検察官によってなされる活動の全負担を被害者に課することになるのである。それ故、刑事訴訟法三七四条の「できる」という文言は、むしろ、「ねばならない」と読み替えられるべきである。

また、それ以外にも、刑事訴訟法は、私訴人に対し、かなりの負担を課している。すなわち、

a) 私訴人は、被疑者・被告人に発生するであろう経済的負担について、担保を提供しなければならない（民事訴訟法一〇八条以下と関係する刑事訴訟法三七九条）。

b) 彼は、訴訟費用を前払いしなければならない（裁判所費用法六七条と関係する刑事訴訟法三七九条a）。

c) 私訴人が敗訴した場合、彼は、手続費用に加えて、その他の必要経費、特に、弁護士費用、被疑者・被告人の費用を支払わなければならない（刑事訴訟法四七一条二項）。

d) 公判において、私訴人は、通常の訴訟における検察官や附帯私訴人よりは、劣悪な立場に立たされている。それは、裁判所が、証拠調の際に、刑事訴訟法二四四条三項ないし五項の証拠拒否理由に拘束されていないからである（刑事訴訟法三八四条三項）。

e) 公判において、裁判所が、私訴罪に代えて、あるいは、それに加えて、職権罪、すなわち、もつと重大な犯罪があるとの認識に到達した場合、私訴手続は、判決によって打切られる（刑事訴訟法三八九条）。その場合、また、私訴人には、手続費用、必要経費、および、被疑者・被告人に生じた必要経費の支払いが課せられる（刑事訴訟法

四七一条二項)。

f) 私訴人が、公判に出廷しなかった場合、私訴の取下げがあったと看做され、決定による打切りがなされる(刑事訴訟法三九一条二項)。その場合も、費用負担と、被疑者・被告人の必要経費負担が生ずる(刑事訴訟法四七一条二項ないし四項)。

g) 裁判所は、手続を一般の場合と同様に公判においても、なお、事件の微細性を理由に打切ることができる(刑事訴訟法三八三条二項)。その際、裁判所は、費用と、二人の関与者の必要経費の分配を、義務的裁量によって、決定することができる(刑事訴訟法四七一条三項二号)。

h) 私訴人の上訴は、被疑者・被告人の有利にも機能しうる(刑事訴訟法三九一条三項三文)！

それ故に、被害者には、刑事訴訟法三七六条によれば、私訴罪についても公訴の提起は可能であるのだから、検察庁を提起へと向かわせるよう試みるのが、勧められるべきである。その場合、附帯私訴人となるのが可能である(第三八節参照)。

二、その他の手続

それが成功しなかった場合、彼は、大多数の私訴罪については、まず、調停官庁に和解の試みをなさなければならぬ(刑事訴訟法三八〇条)。

その他の点では、手続は、通常の過程を経る。一私的起訴(刑事訴訟法三八一条)に続いて、被疑者・被告人に陳述の機会が与えられ(刑事訴訟法三八二条)、開始決定、または、起訴の却下がなされる(刑事訴訟法三八三条)公判開始手続が、進行する。私訴人は、検察官の地位を得る(刑事訴訟法三八五条一項)。けれども、彼は、記録閲

覧権は、弁護士を通じてのみ行使することができるのである（刑事訴訟法三八五条三項）。私訴人も被告人も、公判においては、弁護士によって代理され得る（刑事訴訟法三七八条、三三七条）。細かな特殊性については、刑事訴訟法三八四条が、規定している。

若干の私訴罪（侮辱、傷害）については、しばしば、交互に犯罪を犯しているという可能性がある（刑法一九九条も参照）ため、刑事訴訟法三八八条は、反訴の可能性を開いている。注目すべきなのは、反訴者には、私訴人の費用、および、手数料の納付のための担保を提供する義務が付けられていないのである。

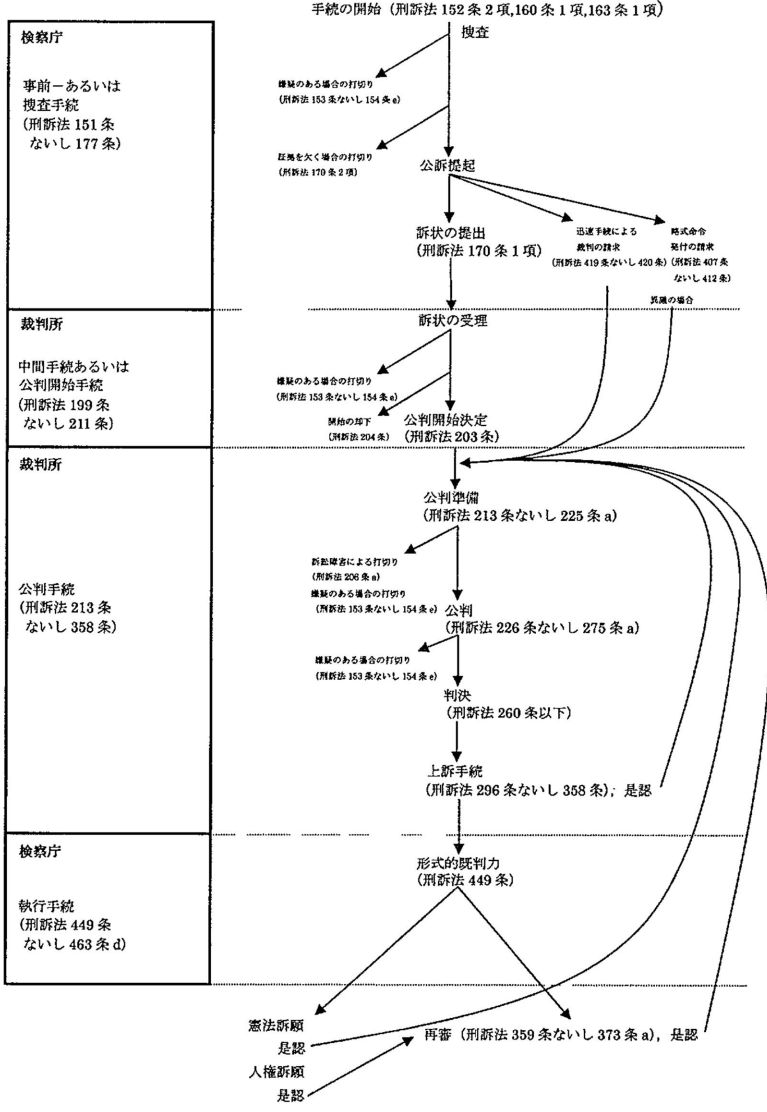
反訴の許容性について、開始決定が必要であるか否かの点は、文献および判例で、争われている（BayOBLG NW 1958, 1149）。

要するに、私訴手続は、当事者訴訟と職権訴訟の混交体であるといえる。確かに、主導者は、—民事訴訟のように—「原告」とよばれてはいるが、被告は、—刑事訴訟法のように—「被疑者」、または、—手続開始後は—「被告人」と呼ばれている。公判では、告訴がではなく、開始決定が朗読されるのである（刑事訴訟法三八四条二項）。裁判所は、証拠調の範囲を決定する（刑事訴訟法三八四条三項）。

理解を深める文献：Hirsh, *Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens*, *Lange-Festschr.*, 1976, 815.

第三篇 補足、総括、解釈論

第四一節 手続過程の図式



第四二節 遅滞禁止

一、概説

一連の訴訟行為について、刑事訴訟法は、厳格で、しかも、かなり短期の期間を定めている。これらの期間は、しかも、一方的に、配分されている。すなわち、主として、法律上の救済の提起、および、国家に関係のない関与者に適用される。他方、準備手続における検察庁の行為については、期間の定めは全くないし、裁判所に対しては、ほんの少しの期間が適用されるに過ぎない（刑事訴訟法一二一条…勾留六ヶ月後の勾留審査…刑事訴訟法二二九条…一〇日ないし三〇日以内の、公判の継続…刑事訴訟法二七五条…文書化された判決のための中断期間）。

すでに言及された、人権と基本的自由を保護するためのヨーロッパ規約六条一項（「適切な期間内に」事実についての聴取を請求する権利）、および、ドイツ裁判官法二六条二項（「職務の遅滞なき処理」についての、裁判官への注意の可能性）のような期間規定から、一般的な迅速裁判の原則が、導かれる。比較的新しい刑事手続の改正法は、一貫して、刑事手続の迅速化を目的とするものである。

そのような、一般的な迅速裁判の原則は、しかし、現行法からは導かれえないし、事実在即したものとも言えないのではなからうか。「短期訴訟」という言葉は、法治国家的要求を後回しにした、容赦のない訴訟に対する標榜的な言回しに過ぎない。一般的な「迅速裁判の原則」には、刑事訴訟法四一七条によれば、「迅速手続」は、単に、簡単な事実関係の場合や、明確な証拠状況の場合に限って許されているに過ぎないという事実が、反対の証拠を提供している。

刑事訴追機関は、とはいえ、刑事手続を不適切に遅滞させないという義務、遅滞化禁止の責任を負っている。この禁止のみが、人権と基本的自由を保護するためのヨーロッパ規約六条一項とドイツ裁判官法二六条二項から生じるの

である。その理由は、刑事手続による、期待不可能な、長い、心理的負荷を当事者にかけるのを阻止するという点にある。それ故に、期間は、既に、当事者に対する責任非難の通知と共に、始まっているのである (BGH NStZ 1982, 291)。しかし、犠牲者にとっても、訴訟の遅滞は、負荷となっている (Jerouschek JZ 2000, 191)。

二、違反の効果

とはいえ、この禁止に対する違反の場合には、どのような制裁が加えられるのであろうか、疑問である。この点に關しては、あきれるような事例が多々ある。

長過ぎる手続の継続を手続障害としようという試みが、種々なされている。連邦裁判所は、しかし、このような見解を否定している。それは、「不相当性」という概念が価値判断を前提にしていること、手続の遅滞が、しばしば、被疑者・被告人自身によって目指され、惹起されているからである。被疑者・被告人に対する、正当化できない負荷は、むしろ、刑の免除までの量刑の方法を用いて、刑事訴訟法一五三条、一五三条 a による手続の打切りによって、さらには、恩赦によって調整されなければならないと考えているのである (BGH 24, 239; NStZ 1983, 135; 1996, 506)。これに關する刑の減輕は、犯罪と判決の間の、長い間隔、また、一刑事訴追期間の責任とは独立に—長い手続の継続による心理的負荷等を考慮しなければならない (BGH NStZ 1999, 181、但し、疑問がある。)。将来的には、事実の陳述を伴う手続に關する責問が、必要とされるべきである (BGH NStZ 1997, 451)。

これに対して、連邦憲法裁判所は、「極端な状況の事例」について、法治国家の要請に対する違反および法治国家的な、適正な手続についての、被疑者・被告人の権利 (基本法二条一項、二〇条三項) の侵害を肯定している (NStW 1995, 1277)。もちろん、連邦憲法裁判所は、刑事訴訟法一五三条を適用することができず、また、量刑における考慮

もできないような場合に限っては、手続障害も認めている（NSfZ 1984, 128）。二〇〇〇年九月二七日の決定（NSfZ 2001, 261）の中で、連邦憲法裁判所は、ドイツ民主共和国のスパイの管理者に対する事案において、従前より手続障害を慎重に承認して来てはいたものの、ついには、刑事手続の継続の不相当性と、それによる「憲法を理由にする手続障害」を認めるに至ったのである。極端な事例においてはああるが、OLG Düsseldorf NSfZ 1988, 427 OLG Zweibrücken NSfZ 1989, 134⁴ および、現今のBGH NSfZ 2001, 270⁵では、既に執行されている強制処分（勾留、代替自由刑の執行）と、それに伴う不可逆性が認められる場合に、異常に長い手続の継続を理由とする手続障害が肯定されている。

第四三節 無罪の推定

一七八九年のフランスの人権宣言（九条）において、初めて、無罪の推定が、記録された。人権と基本的自由を保護するためのヨーロッパ規約六条二項によれば、「責任が法律的に証明されるまでは、可罰的行為の被告人は、無罪であると推定される」とされている。同様に、市民の権利と政治的権利についての国際条約五条二項も、規定している。連邦憲法裁判所は、無罪の推定を法治国家原理から演繹し、それに憲法レベルの地位を認めている（BVerfGE 19, 347; 74, 370）。

この原則は、しかし、職権による真実追究義務を負っているドイツ刑事訴訟とは、折合いが悪い。この原則を誠実に実行しようとすれば、全ての刑事訴訟上の強制処分は、許されないことになってしまうであろう。まさに、「無罪の推定」は、厳格に理解すれば「およそ、いかなる嫌疑をも許さず、証拠調によって正犯であることが証明されるまで、公判から、その法的基礎を奪ってしまう。さらに、「被告人」という翻訳は、間違いであり、イギリスの原典にある（「責任を問われている人」）によれば、「被疑者」であり、中間手続に含められるべきである。さらに、支配

的見解によれば、無罪の推定は、全刑事手続、それ故、準備手続にも妥当するとされる。この手続は、「嫌疑」に基づいているのであるから、「無罪の推定」の原則によれば、許されないことになってしまふであらう。

それ故に、この原則は、むしろ、誰も、責任が証明されるまでは、有責であるとして取扱われてはならないということの意味している。このことは、特に、勾留の形態、すなわち、それと自由刑との明確な区別にとって意味があるし、また、公開という点についての、刑事訴追機関による有罪判決を受けていない者の取扱、すなわち、メディアの報道についても意味がある(それ故に、しばしば非常に刺激的な、新聞における、「推定的な犯罪者」などという表現方法)。争われているのは、無罪の推定が、少なくとも、刑事訴訟上の強制処分の際に、容疑者と非容疑者とを同様に扱うことを要求していないのか、また、現行法の広範な差別は許されないのか否かである。けれども、強制処分は、機能的な刑事司法の維持のために、不可欠であるのだから、無罪の推定を根拠に、その厳格さを全ての非関与者にまで拡大することは、不合理でなからうか。ともかくも、無罪の推定の原則は、刑事訴訟上の許容性を厳格に理由付けることを強制しているのである。理由付けを、一部の者は、警察法の意味での「妨害者」、または、「見掛け上の妨害者」としての容疑者の属性に見ている (Krauß 170; Rudolph: SK Vor §94 10)。他は、警察法上の原則を刑事手続へ持込むことは許されないとしている。しかも、その代わりに提案された「優越的な、公共の利益の原理」(Fischer 131) も、満足できるものではない。

注目に値するのは、非犯罪化および非可罰化を志向する現代の傾向が、無罪の推定の原則に困難性を見出していることである。このことは、「社会主義」国における所謂「社会裁判所」(ドイツ民主共和国における「紛争委員会」)への移送を伴う刑事手続の打ち切り、と同様に、刑事訴訟法一五三条 a についてもいえる。ドイツ刑事訴訟法は、このようなジレンマから脱却する道を、打ち切りの条件を可能性で表現することによって模索したのである(刑事訴訟法

一五三条一項：「看做し得るような」・刑事訴訟法一五三条b：「思い留まり得るような」・同法一五四号一項一号：「もたらし得る」、二号：「期待し得る」・同法一五四条a一項「期待し得る」、期待しなければならぬ」・同法一五四条c二項：「もたらし得る」、「期待しなければならぬ」。他の表現方法（刑事訴訟法一五三条a：「軽罪の場合」、「責任の重さに矛盾しない」・同法一五四条c：「犯罪行為の重大さの故に」・同法二八三条二項：「行為者の責任が軽微である場合」）も、それ相応に、可能的に理解されるべきである（BVerfGE 74, 373）。それにもかかわらず、如何にして、単なる可能性を根拠に、賦課および遵守事項を課することができるのか、問題として残っている。

無罪の推定は、さらに、容疑者に、自己の無罪のための証明責任を課することを禁止しているという点でも、重要である。判決の発付について、無罪の推定は、「疑わしきは、被告人に有利に」という原則に一致する。しかしながら、「疑わしきは、被告人に有利に」という原則は、むしろ、無罪の推定というよりは、正犯の立証の要件から生ずる結果である。

無罪の推定は、無罪および手続の打切りを表現する際に、また、相当な費用の裁判の際に、一定の意味を持っている（BVerfG 74, 358; NSfZ 1988, 84）。

「無罪の推定」よりも効果的に思われるのは、可能的な、後の無罪判決の考慮の原則である。被疑者に対する全ての強制処分は、彼に対して下されるかもしれない無罪判決を想定して、その場合でも、安んじて主張できるような範囲のもの、または、容疑のある無罪者に、いかなる特別の犠牲を強いることができるのかという点から目を逸らすべきではならぬ（Krauß 176）。

理解を深める文献：Krauß, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Hrsg. Müller-Dietz), 1971, 153; Frister: Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe, und Unschuldsvermutung als materielle

Grundprinzipien des Strafrechts, 1988; Gropp: Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgesamt der Unschuldsvermutung, JZ 1991, 804; Stuckenberg, Die normative Aussage der Unschuldsvermutung, ZStW Bd.111 (1999), 422.

第四四節 自己負罪誘発の禁止

一、起源

教会法上の刑事訴訟法にあつては、一二世紀、被疑者・被告人に対する無制限の真実義務が発展したが、結果的には、拷問の許可へと至つた。これに対して、イギリスでは、「誰も自分自身に不利な証拠を与えるよう義務付けられてはいない」という原則が、適用されていた。この原則は、一七世紀には、イギリスの裁判実務で一般化していた。他方、フランスでは、一七九一年に、人権宣言と、共和国憲法の第五修正案に、「誰も・・・刑事事件において、自己に不利な証人になるよう強制されない。」と規定された。

この原則は、一九四九年のヨーロッパ人権規約には採用されなかったが、一九六六年一月十六日の市民の権利と政治的権利についての国際条約には採用された。すなわち、「可罰的行為を理由とする被告人は、証人として自分自身に不利な陳述をすること、あるいは、罪のあることを自認することを強制されてはならない。」(同法一四條三項)と。

ドイツにおいては、拷問の廃止後、一八世紀から一九世紀初頭までは、答刑までの、否認に対する「不服従刑」が存在した。一九世紀中葉の改正刑事訴訟法では、答刑は廃止された。ドイツ諸州の刑事訴訟法は、それにもかかわらず、依然として、真実解明への注意喚起を規定していた。一八七九年の刑事訴訟法になって、初めて、これが、廃止された。この刑事訴訟法は、その五五條で「証人についてだけであるけれども自己負罪の危険のある場合の、情報提供拒否を認めており、また、この権利の教示を命じている(二項)。被疑者・被告人は、黙秘権を持つてはいるが、この点

について告知されることまでは必要ではなかった。一九五〇年、刑事訴訟法一三六条 a は、被疑者・被告人に供述させるための暴行および陵虐を禁止し、それと共に、一社会民主主義下における悲惨な経験を基に一拷問の禁止を更新しただけではなく、さらに、意思決定の自由に対するあらゆる侵害、および、疲労や欺罔による被疑者・被告人の意思活動に対する侵害の全てのを禁止した。一九六四年の刑事訴訟法小改正によって、最初の取調べの際に、被疑者・被告人に、すでに警察によってなされるべき、有罪の供述をするか、あるいは、事実について供述しないかの自由、また、取調べの前に、弁護人に質問する自由が彼にあることを告知する義務が、導入された（刑事訴訟法一三六条、一六三条 a 三項ないし四項、二四三条四項）。

一部には、「義務付ける (venen)」という言葉の広い翻訳によって、また、一部は、「間接的な供述の強制」の承認によって、さらに、一部は、刑事訴訟法一三六条、一三六条 a をこの原則の「派生原理」と性格付けることによって、また、その内部的な体系化を根拠にして、「誰も自分自身に不利な証拠を与えるよう義務付けられてはいない」という原則の中に、職務命令による探索の秘匿による自己負罪への誘発の禁止を含ませよう（特に、Roxin NSZ 1995, 465）。しかしながら、この「誰も自分自身を訴えるよう義務付けられてはいない」という原則は、法規範ではない。それ故、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は、自己負罪強制のみを禁止している (BGH 42, 151f.)。

二、判例における援用

判例は、自己負罪誘発禁止の原則を、徐々に、刑事手続の一般的基礎としてきている。その際、特に、刑事訴訟法一三六条一項一文によって、黙秘権についての教示義務を、この原則が記載されたものと看做している。争いがある

のは、特に、捜査員（秘密捜査員、電話補助者）による自己負罪への誘発が、どの程度、この原則を侵害しているのか（Roxin NSZ 1995, 465）の点である。判例は、秘密裏のテープ録音の使用禁止の根拠を「人格権の侵害に加えて自己負罪強制禁止の原則に求めている」（BGH 14, 364）。また、おとりが容疑者と交した、電話による会話をテープ録音したものを使用することの禁止は、一少なくとも部分的ではあるが「欺罔によってもたらされた、電話による自己負罪の誘発」に依拠させている（BGH 31, 308）。さらに、刑事訴訟法八一条 b（「被疑者・被告人に対する測定および類似の処分」の許容性）は、消極的な受忍義務および行動義務に限定されており、また、鑑定人の声紋比較のための、秘密裏の声の採取の許容性を、欺罔によるこの強制禁止を回避してしまおうとして、否定している（BGH 34, 45-シュライヤー事件）。連邦憲法裁判所は、同じ根拠から、破産法七五条、一〇〇条、一〇一条一項による破産手続きにおける破産者の、無限定的供述義務を理由に、刑事手続における、その供述の使用を禁止した（BVerfGE 56, 37）。拘留中に被疑者・被告人と一緒にされていた警察のおとりによって得られた供述の使用禁止は、強制の使用（同様に、BGH 34, 362）とどうよりは、供述拒否権についての欺罔に基づいているといえようか。法廷は、警察による、私人を利用しての被疑者・被告人の探索の誘発が、「自己負罪禁止原則に対する違反」に近似すると、また、同時に、さほど重要でない犯罪の場合（刑事訴訟法九八条 a、一〇〇条 a、一一〇条 a）には、公正な審判の原則（第六節参照）に違反する可能性がある（ReB NSZ 1996, 505 ㄝ Roxin 1997, 18 の評釈のあと BGH 42, 139）と判断している。

ドイツの法律学と判例は、いつもの様に、この原則を作出したことで満足するのではなくて、むしろ、より高次の序列に位置づけようとしているのである。高次の原則としては、たとえば、法治国家原理、人格の自由な発展の権利、および、人間の尊厳などが挙げられる。しかも、大抵は、これら全てが同時に（BVerfGE 38, 113—証人の補佐人 56, 41—破産者）持ち出されるのである。そして、これによって、また、憲法訴訟の可能性も開かれることになるので

ある。

最も重要な研究書： Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977; Nothelfer, Die Freiheit von Selbstzeichigungszwang, 1989; Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998.

第四五節 刑事手続法の基本原則

先行する記述の中で、刑事訴訟法学にあつては、刑事訴訟法の一連の「原則」、「主義」および「原理」が發展してきたことを確認した。あるいは、多くの規則が「訴訟原則」あるいは「訴訟主義」として、また、そこからの派生物と表現されていることをも確認してきた。

学問によつて展開された、刑事訴訟法の「原則」は、しかし、不均質のものである。それらは、ある時は、刑事訴訟の技術的構成物の基本要素（たとえば、起訴原則）に關係し、また、ある時は、基本的な、法治国家的要求（たとえば、公開原則）に關係する。加えて、それらは、ほぼ原則的とも言えるほど、例外によつて蝕まれているのである。その際、これら例外は、原則の範囲内にあるだけではなく、大抵の場合には、「原則」を凌駕するものである。いずれにしても、法律家にあつては、通常用語法に反して、「原則」という表現は、それからの逸脱が可能な原則を意味しているのである。

それ故に、刑事手続法の「原則」は、部分的には、我々の刑事訴訟法の規定が根を下ろしている、モデルを提供する支柱に過ぎないのである。また、部分的には、それは、種々の規則を、原則・例外の図式を持出すことによつて、より容易に説明し、把握するという教授法上の機能を持つていたのである。

常々、判例は、それにもかかわらず、「手続原則」の制度を、一連の個別規定から一般的原則を導きだし、それを広範な事例に拡大していくために利用している（たとえば、迅速裁判の原則）。

ドイツ刑事訴訟法学は、以下のような、刑事訴訟法の「原則」を展開している。すなわち、

I. 刑事手続の開始に関する基本原則

- 一・職権主義…国家官庁によってなされる、起訴およびそれに必要な捜査（第八節参照）。反対は…私訴。
- 二・起訴法定主義…犯罪の訴追義務、および、場合によっては、起訴の義務。反対は、起訴便宜主義（第九節参照）。

II. 公判開始に関する基本原則

- 三・起訴主義…裁判活動についての起訴の必要。そこで重要なのは、起訴の必要性一般ではなくて、むしろ、裁判所以外の他の機関による訴訟の提起である。反対は…糾問主義—裁判所自身による犯罪事実の取上げ。
- 四・不変更主義…公判開始後の公訴取下げの不許可。

III. 証拠法の原則

- 五・職権主義、または、「職権調査主義」、「糾問主義」…職権による真実の探求。反対は…弁論主義（裁判所の、当事者によって提出された事実への拘束）。

- 六・直接主義…公判のみによる判決の獲得、および、証人の尋問を文書化された陳述あるいは調書の朗読に、あるいは、ビデオ記録の上映に代えることの禁止。反対は…間接主義。

七．自己負罪誘発の禁止…誰も自分自身に不利な証拠を与えるよう義務付けられてはいない、自己負罪誘発の禁止（第四節参照）。

八．自由な証拠評価の原則…自由な確信による証拠評価。反対は…一定の証拠規則への拘束。

九．「疑わしきは、被告人に有利に」の原則…疑わしい場合の、被告人に有利な判断。反対は…有罪の推定。

IV．公判の原則

一〇．公判の口頭主義…全ての重要な処分執行に必要な口頭形式。反対は…文書手続。

一一．公判の公開主義…誰でも傍聴人として在廷する権利。反対は…秘密手続。

V．一般的手続原則

一二．公正な手続の原則（第六節参照）。

一三．遅滞禁止（第四二節参照）。

「原則」を追求する際に、ドイツ刑事訴訟法学は、大抵の場合、法律上の裁判官への基本権（基本法一〇一条一項二文、裁判所構成法一六条）と、法律上の聴聞への基本権（基本法一〇三条一項）を「刑事訴訟法の原則」として挙げている。

また、刑事訴訟における武器対等の原則、および、裁判所の後見義務の原則を発展させようとの試みもある。さらに、これら両原則は、公正な刑事手続の原則と、密接な関係にある（第六節参照）。

第四六節 弁護権の概観

第一七節で述べたように、「弁護」権は、弁護人を選任する可能性を意味しているだけでなく、さらに、それと、弁護のための種々の可能性、すなわち、弁護人と同様に被疑者・被告人自身によっても主張されうる種々の可能性（実体的意味での弁護）とが区別されていることを意味している。弁護の可能性の許容とその範囲は、刑事訴訟法の法治国家的―自由主義的性格を示唆するものである。

ドイツ刑事訴訟法は、被疑者・被告人の、多くの弁護権を規定している。これらは、全手続を通じてなされている。

一、弁護権

弁護権は、下記のように、分類されうる。すなわち：

(一) 法律上の聴聞の請求権

この一に加えて、憲法上でも補償されている（基本法一〇三条一項）―請求権は、弁護権よりも適用範囲が広いものであり、また、刑事訴訟法以外の訴訟においても妥当するものである。他方、その効果の点では、被疑者・被告人に意見聴取の権利のみを与えるもので、一定の措置を講ずる権利を与えるものではないために、弱いものである。刑事訴訟法は、この一般的な請求権を次のように具体化している。すなわち：

- a) 捜査手続における被疑者の強制的尋問（刑事訴訟法一六三条 a）、逮捕の場合には、遅滞なく（刑事訴訟法一一五条、一二八条）、
- b) 公判開始に対する異議の明示的な機会（刑事訴訟法二〇一条）、
- c) 公判開始のための事実に対する陳述の明示的な機会（刑事訴訟法二四三条四項）、
- d) 証人、鑑定人あるいは共同被告人の尋問後の陳述をするための明示的な機会（刑事訴訟法二五七条一項）、

- e) 最終弁論および最終陳述（刑事訴訟法二五八条）、
- f) 裁判官による判決前の意見聴取、および、場合によっては、追完（刑事訴訟法三三条、三三条a）、
- g) 上訴手続における意見聴取（刑事訴訟法三〇八条一項、三一一条三項、三一一条a、三二四条二項、三二六条、三五〇条二項）。

(二) 申立権

- 法律上の聴聞請求権よりも強いのは、被疑者・被告人の申立権である。そこで、特に重要なものは、
- a) 立証申立権（刑事訴訟法三六条、一六三条a二項、一六六条、二〇一条、二一九条、二四四条ないし二四六条）、
 - b) 公判における、判決にとつて重要な経過あるいは陳述を調書化する権利（刑事訴訟法二七三条三項）、
 - c) 略式命令による判決に対する審査の申立権、特に、上訴申立権（刑事訴訟法二九六条：第四七節参照）。

(三) その他の権利

- さらに、被疑者・被告人は、次のような権利を持っている。すなわち、
- a) 部分的にはあるが、裁判所あるいは検察庁によって計画されている処分についての必要的同意を拒否する権利（たとえば、刑事訴訟法一五三条a、二五一条、二六六条一項、四二〇条三項）、
 - b) 偏見の恐れを理由とする、裁判官、参審員および書記官の忌避権（刑事訴訟法二四条、三一条）、
 - c) 裁判所によって取調べられた情報提供者に対する質問権（刑事訴訟法二四〇条二項）。

(四) 黙秘権

被告人の弁護権には、一消極的弁護の形式で一黙秘権(刑事訴訟法一三六条一項二文、一六三条 a 四項、二四三条四項)が含まなければならないとされる。

二、弁護権の条件

弁護権の条件とは、実体的弁護のための条件である。

(一) 告訴および公判の経過についての情報提供を受ける権利

この権利は、以下のような個別の権利に具体化されている。すなわち、

- a) 告訴についての情報提供権(刑事訴訟法一三六条、一六三条 a)、
- b) 捜査手続における重要な手続経過に対する立会権(例えば、刑事訴訟法一六三条 c、一六八条 d)、
- c) 起訴状の告知義務(刑事訴訟法二〇〇条)、
- d) 公判における立会権(刑事訴訟法二三〇条、市民の権利と政治的権利についての国際条約一四三条三項)、
- e) 被疑者・被告人の欠席の際の経過についての情報提供を受ける権利(たとえば、刑事訴訟法二四七条四文)、
- f) 嘱託尋問および検証の際の立会権(刑事訴訟法二二四条、二二五条)、
- g) 弁護人の記録閲覧権(刑事訴訟法一四七条)、特に、重要な手続経過の調書化義務と結びついて(刑事訴訟法一六八条、一六八条 a、一六八条 b)、
- h) 通訳召喚の権利(刑事訴訟法二五九条、裁判所構成法一八五条、人権と基本的自由を保護するためのヨーロッパ規約六条三項 e、市民の権利と政治的権利についての国際条約一四三条三項以下)。

（二）弁護の準備のための十分な時間と機会

これらの権利は、人権と基本的自由を保護するためのヨーロッパ規約六条三項b、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三項bに見られる。刑事訴訟法上では、この請求権は、公判への召喚のために定められた期日と、この期日不遵守の際の停止の権利（刑事訴訟法二一七条、二二八条三項、三二三条）に、新たな証拠方法（刑事訴訟法二四六条二項）に、法的観点の変更（刑事訴訟法二六五条三項、四項）、および、追起訴（刑事訴訟法二六六条三項）、さらには、上訴理由具備期日の相当な期間（刑事訴訟法三一七条、三四五条）の場合の中止の権利に見られる。

理解を深める文献：Schroeder, Formelle und materielle Verteidigung, NJW 1987, 301.

第四七節 刑事手続における法律上の救済手段の基本概念と体系

法律上の救済手段は、法的に規定されている、判断の変更あるいは破棄を達成するための可能性である。前述したように、その時々の手続の段階毎に取扱われる。ここでは、もう一度、それを総括し、最も重要な、一般的な問題について記述する。

一、適法性と理由具備性

法律上の救済にあつては、一般に、許容性と理由具備性が、区別される。

適法性には、許容性（法律上の容認一般）、能動的当事者適格（まさに、提起のための許容性）、規定された形式と期日の遵守、および、不服、すなわち、不利益の解決、法的に保護された利益の侵害が属している。

二、刑事手続における法律上の救済の体系

法律上の救済におけるもつとも重要な区別は、それが、未だ既判力の発生していない判決に向けられているか、それとも、既判力のある判決に向けられているかによる。前者は、通常の法律上の救済であるのに対して、後者は、特別の法律上の救済である。特別の法律上の救済には、次のものがある。すなわち、

― 手続の再審（上記第三六節参照）、

― 原状回復（上記第三四節参照）、

― 憲法訴願と人権訴願（上記第三五節参照）。

通常の法律上の救済は、それが事実をより高次の審級へもたらすか、所謂移審の効力（上訴）を持っているか（その他の通常の法律上の救済）によって区別される。

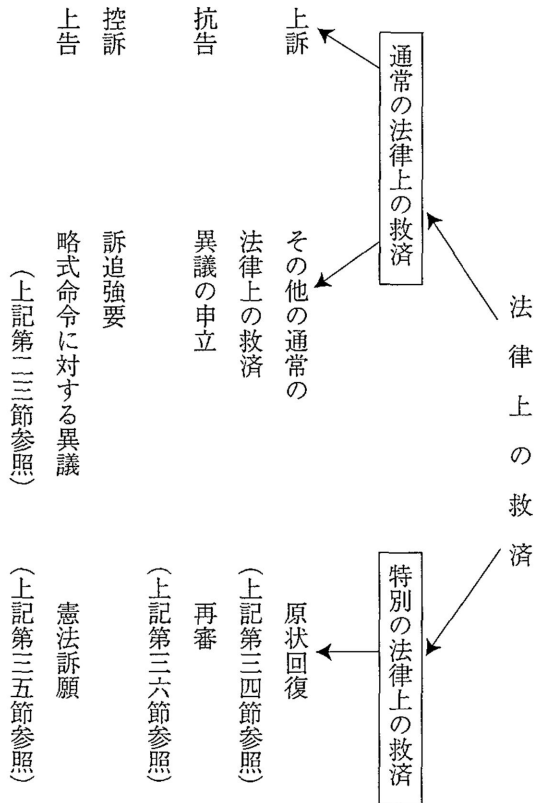
上訴には、次のものがある。すなわち、

― 訴願（上記第二一節参照）、

― 控訴（上記第三二節参照）、

― 上告（上記第三三節参照）。

訴願（刑事訴訟法三〇七条一項）まで、上訴は、所謂停止の効力、すなわち、異議の申立てられた判決の効力化を阻止するのである（刑事訴訟法三一六条一項、三四三条一項）。



それ故、法律上の救済は、以下のような体系を持つ。すなわち、

第四八節 刑事訴訟における訴訟行為の体系

訴訟は、人間の行為の連鎖である。訴訟における、このような行為は、民事訴訟法二九五条に対応し、訴訟行為と呼ばれている。けれども、これらの行為は、種々様々である。それらは、陳述および申立の告知から判決にまで及んでいる。それ故に、訴訟行為の理論の結果は、今まで、かなり、不満足なものとなっている。すでに、訴訟行為の概

念と体系化の点で、争いがある。

一、普遍的な体系化は、いまだ、なされてはいない。多くの体系化は、その内容の多様性のゆえに、むしろ、混乱を誘うものとなっている。それでも、種々の分類の基準があるという点は、一般的な承認を得ている。

法的性質に従って、純粹に事実的行為（事実行為）、訴訟上の意思表示のような、法的な効力を持った意思表示と行為が、区別できる。しかし、前者は、部分的に、訴訟行為とは看做されえないようなものを含んでいる（この点について詳しいのは、Schäfer LR Eini. Kap. 10 Rn.2; Gössel S.159）。

主体に従えば、裁判官による訴訟行為と、非裁判官による訴訟行為とを区別することができる。Goldschmidtによれば、非裁判官による訴訟行為には、取効的訴訟行為と与効的訴訟行為があるとされる。取効的訴訟行為は、他の、他人による訴訟行為の惹起へと向けられているのに対して、与効的訴訟行為は、直接的に訴訟を形成するものである。

検察庁は、確かに、—その他の非裁判官的訴訟関与者と共同で—非裁判官による訴訟行為を行うが、しかし、その訴訟行為は、—裁判官による訴訟行為と一緒に—公権的訴訟行為である。特に、それには、その他の非裁判官的訴訟関与者とは異なり、判決の発付についての権限が認められている。それは、処分、命令あるいは通知である。

裁判官による、あるいは、裁判所による訴訟行為は、裁判とその他の処分である。この裁判官による判決には、以下の三種類の形式がある。すなわち、

a) 判決は、口頭の、しかも、公開の公判に基づいて、出されるものである。それは、審級を終了させ、—上告裁判所自体の判決を除いて—控訴あるいは上告によって、不服を申立て得るものである（上記第三二節参照）。

b) 決定は、準備手続、中間手続および公判手続中に、発付されるものである。ただし、素人裁判官関与の公判中に、また、

公判外であれば、素人裁判官抜きで（裁判所構成法三〇条二項、七六条一項二文）。決定は、原則的に、訴訟を判決へ向けて前進させることに資するものである。しかし、例外的に、訴訟を終結させる裁判を決定の形で行なうこともできる。たとえば、公判開始後、および、公判外の裁判後（刑事訴訟法二〇六条a）、手続障害が発見されたような場合、さらに、稀であるが、公判を終結するために（刑事訴訟法一五三条二項三文、一五三条a二項三文による微細性を理由にする切り）。決定は、基本的には、抗告によって異議の申立をすることができない（刑事訴訟法三〇四条）が、多くの場合に、不可能と宣言されている（たとえば、刑事訴訟法三〇五条参照）。

c) 処分は、単独裁判官が、一定の任務を遂行するためになす、裁判である（裁判長裁判官、捜査裁判官、受任裁判官、受託裁判官として、刑事訴訟法三〇四条参照）。この裁判は、同様に、抗告によって、異議を申立てることができる（刑事訴訟法三〇四条）が、種々の角度から、不可能であると宣言されている（たとえば、刑事訴訟法三〇五条）。

二、種々の訴訟行為についての妥当性と法的効力に関する一般的条件を明らかにすることは、ほぼ、不可能なように思われる。公権的裁判の無効については、厳格な原則が適用される。しかし、また、非公権的な訴訟行為に、いずれにしても、民法の、意思表示の有効性についての原則を類推適用することはできない。行為能力に代えて、訴訟能力が問題になる（BGH NZS 1983, 280）。万一の場合には、刑事訴訟法一三六条aの基本思想が適用可能に思われる（BGH 17, 18）。ただし、判例は、上訴放棄の際に、その放棄を無効と宣言するために、ある種の救済措置を發展させている。三、Nisseは、一九五〇年の「二重に機能する訴訟行為」という題名の著作の中で、同名の訴訟行為概念を創造している。それによって意味されているのは、訴訟行為が、その訴訟法上の作用に加えて、実体法上の作用をも持っている、たとえば、刑法二〇三条に従った医師の証言の可罰性のように、ということである。この理論は、正当にも、実体法と訴訟法の領域的区別がなされるべきであること、特に、刑法二〇三条に従った医師の証言の可罰性が、医師を

証人として尋問することを、刑事訴訟法五三条によれば、彼には、供述拒否権のみが認められているに過ぎないのである (BGH 15, 200) から、禁止してはならないということに気付かせたのである。「二重に機能する訴訟行為」の理論が、この点を越えて意味があるかという点については、疑問である。

第四九節 刑事訴訟における合意

国家の刑罰請求権、さらに適切に表現すれば、科刑による法益保護の必然性は、基本的には、当事者間による話し合いによる決着を認めない。民事訴訟法におけるような和解 (民法七七九条、民事訴訟法九八条、一六〇条一項三号、七九四条一項一号) を、刑事訴訟法は、規定していない。アメリカ刑事訴訟法が認めているような (自由に対する、一定の複合的観点からの、検察庁による、個々の起訴非難の放棄、および、告訴の制限、「取引の嘆願」) 合意は、ドイツ刑事訴訟法にあつては、たびたび、反感を呼ぶ「政治的取引」とされている。

けれども、ドイツ刑事訴訟法も、裁判所、または、検察庁と被疑者・被告人との間の合意を、基本的には、否定しているわけではない。被疑者・被告人が検察庁あるいは裁判所の処分に同意する権利を有しているような場合には、それについて決定権を持つているのかとの彼の質問は、完全に適法であると認められる。このことは、所謂追起訴によつて、進行中の刑事手続に、他の犯罪を持込む場合についても、妥当する (刑事訴訟法二六六条)。さらに、判決が既判力を持つようになることは、明らかに、手続の利益になることであるし、そして、刑事訴訟法は、そのために、期日の規定によつて、また、上訴放棄の可能性 (刑事訴訟法三〇二条) によつて、それを促しているのだから、裁判所が、刑罰の重さを控えることによつて、被告人による判決の受容を図ろうとすることは、当然のことと考えられる。この点から考える限り、合意、すなわち、一定の量刑―被告人の上訴放棄への合意は、さほど論理的に飛躍し

たものではない。

特に、現代の起訴法定主義の制限（上記第二二節参照）は、適切な合意の可能性を非常に拡大している。まさに、適切な合意への法的な誘発は、刑事訴訟法一五四条、一五四条aによる、個々の行為あるいは部分的行為に関する刑事訴訟の制限の可能性である。刑事訴訟法一五三条aは、賦課事項や遵守事項に対する違反にもかかわらず、被告人・被告人の同意を要件とする手続の打切りの可能性を認めているが、その場合には、合意が意味を持っている。このような可能性は、司法負担軽減法によつて、全ての、中程度の犯罪に拡大された。その他、自白の合意は、証人尋問を省略することを可能にし、それによつて一特に、性犯罪の場合に―被害者保護に資することができる（印象的なのは、BGH NJW 1999, 370）。最後に、刑事訴訟における合意は、被疑者・被告人を刑事手続の客体という状況から連出し、恐らくは、再社会化を促すであろうという点については、争いが無い。

それ故に、刑事訴訟における合意、あるいは、申合せを否定したとしても、それ自体は、重要ではない。次の三つの問題が重要であるに過ぎない。すなわち、

一、このような実務が異常に拡大していくことの阻止、

二、すべての手続関与者の権利および公判の公開性の保障、

三、適切な合意の不遵守の場合の法的効果の条項

一、の、異常拡大阻止について、連邦憲法裁判所は、刑事訴訟における合意の場合、裁判官の説明義務、法的包摂、および、量刑の原則が、訴訟関与者の自由な処分委ねられてよいわけではないと詳述している。それによれば、特に、次の場合は、許されないとされている。すなわち、

―裁判官が、責任相応の、公正な、行為の処罰のためには、さらなる立証がどうしても必要であると考えなければな

らないような場合であるにもかかわらず、利益供与の約束と引換えに与えられた、被告人の自白で満足すること、

―責任相応の刑罰の基礎を見捨てるような、自白を条件にした減刑を被告人に告知すること、

―法律的に規定されていない利益の約束、あるいは、欺罔による自白の強要 (NJW 1987, 2662=NSfZ 1987, 419)。

他方、連邦通常裁判所は、原則を明示した判決 (43, 195) の中で、詳述している。すなわち、

―判決の合意の前の、一定の刑罰の約束は、許されない。許されるのは、刑罰の上限の確定のみである、

―上限確定の際、一般的な量刑基準が、考慮されなければならない。刑罰は、責任相応でなければならない、

―判決の言渡し前の、上訴放棄の合意は、許されない。

二の、すべての手続関与者の権利および公判の公開性の保障について、合意は、通知されていない訴訟関与者の、共同被告人 (BGH 37, 99) の、さらには、検察庁 (BGH 37, 299; Simmer StV 2000, 289) の評釈のある BGH 45, 312; Kintzi JR 2001, 161) の予断の危惧を基礎づける。さらに、場合によっては、刑事訴訟法三三三条の意見聴取の義務に対する違反 (BGH 38, 102; 信頼要件を創る、裁判所の「中間合議」の通知に限定して、BGH 42, 49) また、公判の公開性の原則に対する違反 (裁判所構成法一六九条・上記第二六節三、参照) も存在する (BGH 43, 204)。合意の結果は、公判調書に残されなければならない (BGH 43, 206; BVerfG StV 2000, 3)。

三の、相当な合意の不遵守の場合の法的効果の条項について、連邦通常裁判所は、他の行為を理由とする、検察庁による手続打ちりの約束が、公訴の消耗を基礎づけるものでもないし、また、その他の訴訟障害を基礎づけるものでもない」と判断している。けれども、不遵守の場合(具体的な場合―しばしば起こるように―以前の担当官の後任によって)には、公正な裁判の原則に対する違反が、存在する (第六節参照)。しかし、これは、いずれにしろ、手続の打ちりをではなく、「かなりの程度の」減刑を基礎づけるに過ぎない (Weigend JR 1991, 257) の評釈のある BGH 37, 10)。

不遵守の約束によって得られた自白の場合、使用禁止が、考慮される（BGH 42, 193）。公判においては、新たな重要な事情は、被告人の負担になるのであるから、裁判所は、約束を避けることができるが、その旨を被告人に刑事訴訟法二六五条を模範として通告しなければならない（BGH 43, 210）。上訴放棄に関する約束の不遵守の場合の有効性については、上記第三一節参照。

理解を深める文献：Siolek, Verständigung im Strafverfahren — eine verfassungswidrige Praxis!, DRiZ 1989, 321; Schünemann, Absprachen im Strafverfahren? Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag, 1990 (überaus differenzierte und dadurch wenig brauchbare Beurteilung in den Beschlüssen des 58. Deutschen Juristentages München 1990); Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht, 1999; Landau/Eschelbach, Absprachen zur strafrechtlichen Hauptverhandlung, NJW 1999, 201.

検索語：

Absprachen, Verständigung, Deal.

第五〇節 刑事訴訟法の見取り図

この教科書は、意識的に、刑事訴訟法を習得可能にすること、そして、それ故に、最も重要な基礎に限定することを目指している。その際、判例で取扱われている問題のために、そのつど、もつとも重要な判決、および、学問的著作に関しては、慎重に選択された、理解を深める論文を提供するようにした。宿題や博士論文における刑事訴訟法上の問題を解決するために、また、新たな判決へと拡大していく上告理由を明確化するために、学問的著作および判例を、包括的に援用した。

この点についての最も包括的な文献紹介と、貴重な見解を含んでいるのは、大注釈書：Großkommentar Löwe-

- Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 24. Aufl., hrsg. von P. Rieß, Band 1-6/2, 1984ff.; 25. Aufl., 1997 ff.
- その他の注釈書 (未だ完成してゐるわけではないが) :
- Rudolph/Frisch /Paefgen /Rogall/Schlücher/Weißlau/Wolter, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, seit 1987 (Loseblatts Ausgabe)
- KMR Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., Neubearb. von G. Fezer und R. Paulus, ab 1990
- Alternativkommentar (AK) zur Strafprozessordnung, ab 1988.
- 専ら、排他的に、連邦裁判所の判例を取上げて、議論を具体化し、それに基づいて、未掲載の判決に基づいての指示が、ある注釈書 :
- Karlstrüher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, hrsg. von G. Pfeiffer, 4. Aufl., 1999.
- 中程度の注釈書 :
- Kleinknecht/Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 45. Aufl., 2001
- Lenke /Julius /Krehl/Kurth/Rautenberg/Temming, Strafprozessordnung, 3. Aufl., 2001.
- 小注釈書 :
- Pfeiffer, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 2001.
- 大教科書は :

- Kühne, Strafprozessrecht. Ein Lehrbuch zum deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 5. Aufl., 1999.
- K. Peters, Strafprozess. Ein Lehrbuch, 4. Aufl., 1985.
- E. Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983.
- 中森栄輔氏：
Beulke, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2000.
- Gössel, Strafverfahrensrecht, 1977.
- Hellmann, Strafprozessrecht, 1998.
- Krey, Strafverfahrensrecht, Band 1, 1988; Band 2, 1990.
- Ranft, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 1995.
- Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998.
- 中森栄辅氏の「犯罪と刑罰の法理」の中間及び後編の註：
Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 1995.
- 中森栄辅氏の「犯罪と刑罰の法理」の註：
Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, 1928.
- Graf zu Dohna, Das Strafprozessrecht, 3. Aufl., 1929 mit Nachtrag 1932.
- Gerland, Der deutsche Strafprozess. Eine systematische Darstellung, 1927.
- Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953.
- v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, 1941, mit Nachtrag 1943.

v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, 1892.

Rosenfeld, Deutsches Strafprozessrecht, 2. Bd., 1926.

Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Tl. I, 2. Aufl., 1964; Tl. II 1957; Tl.

III 1960; Nachtragsbd. I 1967, II 1969.

Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, 1893.

刑事訴訟法にとって重要なのは、—他の全ての法律の場合と同じであるが—立法者の動機である。刑事訴訟法に関する立法動機を示してくれるのは：

Hahn (Hrsg.), Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben, I. Abt. 1880, II. Abt. 1881.

新刑事訴訟法に関する立法動機を含んでいるのは、ドイツ連邦議会の該当印刷物である。

第五一節 刑事訴訟法の試験問題解決のための処方

刑事訴訟法に設定された任務は、実体的刑法におけるものより、内容豊かである。

I. 純粹に刑事訴訟法の試験問題、それ故、裁判所試験補試験には、通常、以下のような問題設定が見られる。すなわち、

一、手続を、鑑定人として、評価せよ。

二、裁判所の判決、検察庁の処分、上告理由について述べよ。

刑事判決については、上記第三〇節参照。上告理由は、「法律違反」、その違反に「基づいていること」(刑事訴訟法三三八条の「絶対的上告理由」以外に)が、述べられるべきである(刑事訴訟法三三七条)。

Ⅱ. 限定的な問題設定、特に、司法修習生試験のための、実体法と訴訟法との融合問題にあつては、刑事訴訟法に追加されている制裁に関連して、基本的には、次のような二種類の問題に遭遇する。すなわち、

一. その刑事訴追機関の行為は許されるか否か、適法か否か、裁判所は・・・を許されているか？

二. それに対して、如何なる法的救済があるか、また、成功の見込みはどうか？

この一. の間については、次のような解決方法がお勧めである。すなわち、

a) 刑事手続の三段階のどの段階で、法的救済が機能するのか？

b) これら三段階の基準となつている各段階毎のテーマの何が重要であるのか？

むしろ、異なる段階を跨ぐような問題もある。このことは、特に、証拠禁止について言える。その場合には、基本的に、次のような三つの問題の可能性がある。

a) その証拠を―このような方法で―提起することが許されるか？

b) その証拠を公判に持出すことが許されているか？

c) その証拠は、判決の中で、利用されているか？

この二. の法的救済に関する問題では、次のような論点が区別される。

a) 適法性、

b) 理由具備性

加えて、以下のような主題的なテーマもある…起訴法定主義、「疑わしくは被告人に有利に」という原則、あるいは、公正な手続の成立、基礎および限界

第五二節 ヨーロッパにおけるドイツ刑事訴訟の比較

ヨーロッパの法の統一という流れの中で、個別的な刑事訴訟体系を集約的に比較してみた。その場合、ドイツ刑事訴訟の本質的特長は、以下のように特徴付けられる。

一・現代のすべての刑事訴訟システムと同じように、ドイツの刑事訴訟も、公訴訴訟、すなわち、裁判所が犯罪行為に取組むためには、他の庁（検察庁のような）による公訴を前提とするのである（弾劾主義、上記第七節Ⅱ参照）。このことは、一方で、検察庁による嫌疑の事前審査、および、十分ではない嫌疑の場合の濾過を、他方では、事案を取扱う際に、裁判所が可能な限り先入観に囚われていないよう保障しようという試みを意味する。

二・裁判所が先入観に囚われていないことという点には、ドイツは、裁判所が事前に「十分な犯罪の嫌疑」を肯定しなければ開始決定を出来ないのだから、違反している（上記第二二節参照）。開始決定を「公判への起訴の許可」ととしての決定と言い換えてみても、実体は、ほとんど代わっていない。

裁判官が先入観に囚われていないことを脅かす特別の危険、および、裁判官を単なる判断活動と裁判活動に限定することに伴う特別の危険は、捜査手続における記録の認識の点にある。経験によれば、裁判官は、捜査手続の結果を証明されたものと看做す傾向にあると指摘されている（所謂固執効果および結合効果、Schünemann StV 2000, 159）。それから外れている事実に対しては、著しく注意が削がれるのである。

三・単なる判断機関および裁判機関としての裁判所の役割は、裁判長裁判官の訴訟指揮によっても、大きく損なわれている（刑事訴訟法二三八条）。その限りで、ドイツ刑事訴訟は、糾問主義的な要素を含んでいる。

四・裁判官は、ドイツ捜査手続に関しては、基本権に対する著しい侵害を含んでいる捜査上の処分であったとしても、ただそれを命ずる機能を持っているに過ぎない。その場合、裁判官は、検察庁の申立に連動するに過ぎない。尋問や

検証のみが、捜査裁判官自身によって実行される。しかし、これも、検察庁の申立に基づいてのみであるが(刑事訴訟法一六八条c、一六八条d)。他の訴訟システム(たとえば、フランス)では、一九七四年までのドイツのように――重大犯罪の場合には、「予審判事」によってなされる予審手続が、存在する。このことは、公判における証拠調を減少させ、それによって、公判の直接性の原則が制限されことになっている。

五、職権探知主義、証拠調申請法、および、直接性の原則の組合せは、世界的に統一になされているし、自由主義と法治国家性の優位を生み出しているが、非常に費用のかかる制度であり、多数の裁判官を必要とするのである。

六、刑事手続における合意は、他のヨーロッパの国々では、ドイツにおけるよりも、頻繁に行われている(イギリスは、九〇パーセント、イタリアは、六〇パーセント)。また、このことは、本質的に、高い「解決率」と、少ない裁判官数を可能にしている。

理解を深める文献：G. Müller, *Rechtsprechung im Vergleich der Länder Europas*, DRiZ 1993, 381; Kithne, *Strafprozessrecht*, S. 479ff.; „Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren?“, ZStW 112, 133.

訳者後記

本号掲載の翻訳で、桐蔭法学第十三巻第一号より始まった、シュロエダー著「刑事訴訟法(第三版)」の翻訳作業が終了したことになる。教授と約束してからかなりの時間が経過してしまっただが、法科大学院の設置と講義という法学部の激動期にあたったこともその理由の一つではあるが、その責任は、専ら、訳者の怠慢にあると反省している。いま読み返してみると稚拙さのみが目につくが、読者諸賢の御海容をお願いしたい。しかし、本翻訳も、抄訳ではあるが、以前翻訳したロクシン著「ドイツ刑事手続法」との比較によって、ドイツ刑事訴訟法を多面的に、また、立体

的に理解するのに多少は貢献できたのではないかと考えている。なお、第一節から第七節は、訳者の思慮不足のため、第一編、第一章から第七章として訳出されている(桐蔭法学第一三卷第一号二七頁以下)ので読み替えていただきたい。

(よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授)