

〔翻 訳〕

『君の知識を検討せよ——刑事訴訟法（16版）——』 〔4〕

クラウス・ロクシン／ハンス・アッヘンバッハ 著
四 條 北 斗 訳

本稿は、Claus Roxin / Hans Achenbach, Prüfe dein Wissen — Strafprozessrecht 16. Auflage, 2006 (C.H.Beck) の「第1篇 起訴前手続（捜査手続）12 手続の打ち切りと強制起訴」から「第2篇 中間手続」の翻訳である。本書の翻訳はすでに吉田宣之教授（桐蔭横浜大学法科大学院）により開始され、谷脇真渡准教授（桐蔭横浜大学法学部）の担当箇所と併せて、「桐蔭法学」第20巻第1号（2013年）に「君の知識を検討せよ——刑事訴訟法（16版）——〔1〕,〔2〕」として掲載されている。諸般の事情から、私の分担箇所については大阪経大論集に掲載することになったが、本書の翻訳に至る経緯等については、吉田教授による「翻訳を開始するにあたって」を参照されたい。

第1篇 12 手続の打ち切りと強制起訴

問 171. 起訴手続はほとんどの事例で公訴提起ではなく、打ち切りで終了する。まず、検察局により打ち切られる場合を挙げよ。

【答】 手続は以下の事由により打ち切られる。

- a) 訴訟上の事由による場合がある。例えば、手続上の障害（例えば、時効）が明らかになる場合である。
- b) 実体法上の事由による場合がある。例えば、犯行それ自体が不可罰であることが判明する場合である（それについては基本的に問30を参照）。
- c) 事実的な事由による場合がある。被疑者の無罪が判明する場合であると、犯行が彼によるものであることを立証しえない場合であると問わない。
- d) 起訴便宜主義の場合もありうる。

これらの場合、a)ないしc)の場合の打ち切りは170条2項に従って、d)の場合の打ち切りは153条ないし154条eの基準に従ってなされる。

問 172. 153条ないし154条eによる刑事訴追の免除の種々の可能性は、既述のように、「起訴便宜主義」という総称のもとで一括りにされるが、それらは本来的に、検察当局の裁量によって犯罪を原則的に訴追しないという意味を持つものではなく、むしろ起訴法定主義（これについては問9）の限定的な制約という意味を持つに過ぎない。153条ないし154条eには、この種の多くの規定がある。立法者意思によれば、どのような2つのグルー

プに分類されうるか、また、個別にはどのような事案が問題になるのか。

【答】 1. ほとんどの事案において、犯行は起訴便宜主義に従う。なぜならば、それらがドイツの刑事司法の利害に関係するのはごく僅かなので、*刑事訴追の利益*が欠如しているかまたは排除可能だからである。それには以下の場合がある。

- a) 絶対的な軽微性（153条）または軽微な責任（153条 a）の事案がある（それについては問174以下を参照）。
 - b) 相対的な軽微性の事案がある。154条 1 項 1 号、154条 a である。この場合には独立した犯行（154条 1 項 1 号）、または一体的な犯行の枠内における法律違反（154条 a）が問題になるが、それらは、他の犯罪と比べてそれほど重要ではなく（154条 1 項 1 号、154条 a）、排除される。さらに、それ自体重要な犯罪行為の訴追さえも、それに対する判決が相当の期間に期待されえず、かつ他の犯行に対する刑が行為者への影響および法秩序の維持にとって十分であると思料される場合には、放棄されうる（154条 1 項 2 号）。
 - c) 外国と関係のある事案がある。153条 c、154条 b である。この場合には、犯行が外国で行われたこと（153条 c）、またはその国ですでに刑が執行されうること（154条 b）から、刑事訴追の利益が軽微になる。
2. 「*刑事訴追利益の後退*」のその他の事案においては、異なる性質の優越的な法政策的事由が打切りを可能にする（個別には153条 d、e および154条 c、e を参照）。
3. 私訴罪の場合の起訴便宜主義については、問503以下を参照。

問 173. 起訴便宜主義が広まった法政策的な背後関係を挙げることができるか（前出問 9 を参照）。

【答】 起訴法定主義が本来的に保証すべきことは、行政権の一部として君主の下に位置づけられるがゆえに不信を抱かずには考察されない国家権力が、あらゆる犯罪行為を身分の如何を問わず訴追するであろうということである。刑法理論の観点では、それに適合したのは、絶対的正義を確立するためには全ての刑罰法規違反に刑が執行されなければならないとする応報観念であった。処罰を社会的必要性和合目的性に結びつける相対的な刑法理論が広まるにつれて、起訴法定主義は、少なくともその本来的な明晰さという点では、正当性を失った。

問 174. 起訴便宜主義の事案では、検察局は打切りの際につねに裁判所の関与と結び付けられているのか。そして、それが必要であるとした場合、どのような形で裁判所の関与はなされるのであろうか。

【答】 多くの事案で、検察局は裁判所の関与なしで自発的に手続を打切ることができ、あるいは初めから訴追を免除することができる。それは特に、「最小限の加重刑が法定されておらずかつ犯行により惹起された結果が軽微である」軽罪の場合に、153条 1 項 2 文の軽微な損害や153条 a1 項 7 文（1 項 2 文 6 号の例外がある）の賦課または順守事項に対する打切りに関して重要である。

その他の事案では、原則的に、公判手続開始または公判の管轄を有する裁判所が、関与することができる。それは、訴えの提起の前に検察局が裁判所の同意によって打切る、という形でなされる。しかし、それによれば、裁判所だけが——手続のいかなる状況においても、つまり公判が始まるまで（153条 b2 項）、または事実に関する確定が最終的に吟味されうる公判が終結するまでに（153条 a2 項）——手続を検察局および部分的には被告人の申請または同意によって打切ることができることになる。

問 175. 153条の打切りは、行為者の責任が軽微な場合以外はつねに、「訴追に公益が存在しない」ことにも依拠している。軽罪の場合、公的な刑事訴追利益があるにもかかわらず、打切られる可能性もあるか。

【答】 ある。検察局が153条 a1 項によって、「仮に公訴を提起しないこととする」ことができ、または裁判所が153条 a2 項によって（検察局と被告人の同意に基づいて）手続を仮に打切ることができる。そのための要件は、被告人が一定の賦課または順守事項を課されること（損害賠償、公益組織または国庫のための金銭の支払い、公益的給付、扶養義務の履行、行為者と被害者の和解、交通法上の補習研修）、そして、その履行が、「責任の重さが矛盾しない」限りにおいて、「刑事訴追の公益を除去する」のに適していることである。給付がなされた場合、犯行は153条 a1 項 5 文によれば、もはや軽罪として訴追することはできない。その際、「犯行」という文言は、264条の意味での総体的な生活事象として理解されるべきである。それゆえ、賦課の履行は、打切りを強制する手続障害になる。それにより、被告人は訴追の再開に対して保護されているのである。153条 a の打切りは、なされた犯行に関する責任の証明に基づくわけではない（BVerfG MDR 91, 891; NStZ-RR 96, 168）。

問 176. 153条 a の規定は法政策的にどのように評価されうるか。

【答】 この規定は、実務上大きな意味を持つものであるが、学説においては激しい論争がなされている。その利点は、刑法的な介入の負担を軽減し、同時に、金銭や給付能力を有益な目的のために解き放つことである。その欠点は、裕福な者は貧しい者とは異なり刑罰を「金を払って免れる」ことができることにより、それが「階級司法」的な性質に至りうることにある。さらに、相当数の刑法上責任のない者が、刑事訴追のリスク、面倒および社会的な不利益を免れるために、金銭を支払うことになるのではないかが懸念されうる。また、そのような懸念は、国家が金銭の支払いや給付を脅迫に類似した威嚇を用いることで強いる場合には、否定しえない。

そのうえ、153条 a は憲法上も憂慮すべきものである。打切りの要件は甚だ漠然としており（基本法103条 2 項）、権力分立主義（基本法20条 3 項、同法92条）に反して、検察局に犯罪の多くの部分の決定権が委ねられているのである。

問 177. A は軽罪を犯し可罰的となったが、彼の責任は軽微であり、また犯行の結果も

軽微である。

a) それゆえ、検察局は手続を——必要があれば裁判所の同意のもとに——153条1項により打切る。

b) さもなくば、訴えがすでに提起されているので、裁判所が検察局と被告人の同意のもとに手続を153条2項によって打切る。

事後的に、そのような性質の軽罪が重ねられていることが明らかになった場合、その事件が打切られたにもかかわらず再開されうるかという問題が生じる。これについてどのように考えるか。

【答】 a) 検察局が——裁判所の同意もあるにせよ——153条1項の絶対的軽微性によって手続を打切った場合には、支配的見解によれば、153条aの場合とは異なり、手続はいつでも再開されうる。その限りでは、証拠を要求することはできないであろう。したがって、告発人または完全な名誉回復に関心のある被告人による、手続を異議の申立てまたは職務監督者への不服申立てによって再開させようとの試みは、初めから見込みがないというわけではない。

b) 裁判所の打ち切り決定は、それが法的な実体裁判を含んでいるので、限定的な既判力を獲得する (BGHSt 48, 331)。しかし、手続の再開の要件は、法律が沈黙しているので、議論の余地がある。連邦通常裁判所は、153条a1項5文に鑑みて、犯行が事後的に重罪であると判明する場合はつねに正当化されるとみなすのに対して、文献において議論されている新たな事実に関する再開 (少年裁判所法47条3項、刑事手続法211条による) を、それが法的見解の変更がなくても犯行のより重い責任内容を生ぜしめる場合には、却下している。

問 178. Aは殺人未遂と無許可の武器所持 (武器法2条との関係で同法51条および52条) によって起訴されている。武器法違反の点は裁判所が154条a2項によって排除した。この観点は、公判で殺人未遂が立証されえないことが示された場合、再び取り入れなければならないのであろうか。

【答】 そうしなければならない (BGHSt 32, 84)。264条は裁判所に全ての法的観点の詳細な判断を義務付けている。再度の取り入れがなされない場合には、検察局の控訴に基づいて新たな公判がなされるが、もちろんそれは武器法違反に限定されており、殺人未遂の無罪判決は維持される。

問 179. 検察局は捜査手続を、被疑者の関与が十分な確実性をもって立証されえないので、170条2項1文により打切るつもりである。

a) 検察局はそれについて、誰に対して、どのような方式で、通知しなければならないか。

b) 検察局は手続の打ち切りの後に、例えば連邦検事正の指示のもとに、容易に捜査手続を継続することができるか。

【答】 a) 被疑者は、以下の3つの場合、通知されなければならない (170条2項2文)。

1. 彼が被疑者として——したがって、例えば単に証人としてではなく——尋問された場合には、裁判官、検察官または警察官のいずれかにより、通知されなければならない。
2. 彼に対する勾留命令が発せられていた場合には、さらにそれが執行されてはならない。
3. 被疑者に特別な利益が明白である場合または彼が通知を要求した場合。もっとも、彼が尋問されなかった場合には、しばしば捜査について何も聞き及んでいないであろうが。

理由説明は法律上に規定されてはいないが、刑事手続および過料賦課手続に関する指針88号1文によれば、保護に値する利益と矛盾しない限りで、申立てに基づいてなされなければならない。嫌疑が晴れた場合には、そのことが通知によって知らされるべきである（刑事手続および過料手続に関する指針88号2文）。

告発人または刑事告訴人（158条）には、つねに理由を示して通知されるべきである（171条1文）。彼が同時に被害者であるときは、起訴強制手続を請求することができる旨も教示されなければならない（171条2文）。

- b) できる。その点では、153条1項による起訴便宜主義に基づく検察局の打切りの場合（前出問174）と全く同じことが妥当する。

問 180. 171条1文による被害者である告訴人への教示は（前出の事案を参照）、可能な起訴強制手続の準備に寄与する。

- a) 犯罪による被害者は、そのような手続を実施しようとする場合には、何をしなければならないか。
- b) 起訴強制手続の立法者の目的は何か。

【答】 a) 以下の3つがある。

1. まず、彼は、検察局によって打切られた手続を、自らの刑事告発または刑事告訴により開始させたのでなければならない（172条1項）。
2. 彼は171条2文による教示によってなされた通知に対して、通知後2週間以内に、検事局の上級公務員に、したがって原則として上級地方裁判所の連邦検事正に不服を申立てなければならない（172条1項1文）。
3. 検事局の上級公務員が不服申立てを根拠がないとして却下する場合、告訴人はそれに対して通知後1ヶ月以内に裁判所の裁判を請求することができる（172条2項1文）。精確には上級地方裁判所である。
- b) 立法者は被害者のために起訴法定主義（これについては問9を参照）の順守を、独立した裁判所によって検査させることを可能にしようとしているのである。その際、告訴人は基本的に刑事訴追それだけを要求することができるのであり、犯行の一部のみまたは特定の法律の観点のもとでのみの刑事訴追を要求することはできない（OLG Karlsruhe JR 77, 215; 反対意見 OLG Hamm NJW 74, 68）。

問 181. Xは強制起訴の請求を上級地方裁判所に対して行った。

- a) 裁判所はどのように裁判をすることができるか。

b) 検察局は法的な事由から何の捜査も行わなかったが、上級地方裁判所が異なる法解釈によりこれを必要とみなす場合、上級地方裁判所はどのように裁判をしなければならないか。

c) 告訴人に有利な裁判は、弾劾主義が破られたことを意味することにならないか。

【答】 a) 上級地方裁判所は、公訴を提起するに足る十分な事由が認められない場合、したがって170条1項の要件を充足していない場合には、請求を決定により棄却し（174条1項）、請求人に費用を負担させることができ（177条、さらに176条も参照）、または、請求に理由があると認める場合には、公訴の提起を決定することができる（175条1文）。

b) 173条3項によれば、上級地方裁判所は個別の捜査を自ら行うことができる。しかし、完全な捜査手続が実施されなければならない場合は、例外的に検察局に捜査手続の実行を命ずることができ、また、このような方法で強制起訴手続を終えることができる（*OLG Köln* NStZ 03, 682, 683, およびその他の文献も参照）。

c) 形式的には弾劾主義は完全に維持されている。なぜならば、裁判所は自らすすんで公判手続を開始することはできないのであって、むしろ検察局に公訴の提起を強制することしかできないからである（175条2文）。それゆえ、例えば公訴のない手続は行われないのである。もちろん弾劾主義は、事件によっては、検察局が上級地方裁判所の決定に拘束されており、したがって、裁判所構成法150条に適合するであろうが、もはや独立して公訴提起を決定できないという限りで、制限を受ける。基本的に弾劾主義については問8および問31を参照。

問 182. a) Xによって上級地方裁判所に提起される裁判所の裁判の請求は、いかなる体裁を備えなければならないか。

b) 裁判所の裁判の請求は全ての犯罪について許されているか。

【答】 a) 請求は「公訴の提起を理由付けるべき事実および証拠を示さなければならない」（172条3項1文）。未知の事柄に対する請求は許されない（*OLG Oldenburg* MDR 86, 692）。請求は、とりわけ（苦情に満ちた請求や的外れな請求に対する保護のために）弁護士によって署名されていなければならない（172条3項2文）。弁護士は請求を事実にして精査しなければならない、またそれに関して、署名が形式的要件になるべき場合には、責任を負わなければならない（*OLG München* NStZ 84, 281, 上告の場合の相応の問題に関しては、問464dを参照）。

b) 許されていない。請求は以下の2つの場合には許されない（172条2項3文）。

1. 私訴罪の場合である。なぜならば、この場合には、被害者は別の方法で裁判所の裁判に到達できるからである。
2. 起訴便宜主義の場合である。なぜならば、この場合には、起訴は検察局の裁量の中にあるべきだからである。

問 183. Xは強制起訴手続を申請するつもりである。以下の場合に、彼はそのための人

的要件を充たすか。

- a) 彼が業務代理人として詐欺師に騙されたので、彼の会社が重大な損害を被った場合。
- b) 彼が取締役の背任によって倒産した会社の株主の場合。
- c) 彼が交通事故による死亡者または負傷者の父もしくはは夫の場合。
- d) 被告人が訴訟において虚偽の証言をし、それに基づいてXの所有物を盗んだ者が無罪を言い渡された場合。

【答】 問題は、全ての事案において、Xが172条の意味での犯罪行為による「被害者」であるかにかかっている。「被害者」という概念は、細かな点でかなり論争があり、ほとんど明らかでない。彼の人格において直接的に構成要件によって保護されるべき法益が侵害されている者だけが被害者であるとするかつての学説は、これまでの間により広範な解釈に屈した。それによれば、構成要件上直接的に保護される者のみならず、さらに自らの法領域に抵触される者もまた、被害者とみなされるべきである。このような解釈に基づく、個別の事案は以下のようになる。

- a) 基本的に、詐欺の場合には財産的損害を被った者だけが被害者であり、被欺罔者は被害者ではない。しかし、被欺罔者も、財産的損害を生ぜしめる処分行為をしたことで、会社から賠償請求がなされる場合には、被害者になる。そのような事案に当たるかどうかは、本問では事実に関する問題である。
- b) かつては、この場合、たいいてい起訴強制の権利を与えない間接的な侵害が認められた。しかし、今日広まっている広範な解釈に従えば、株主の財産上の損害が被害として十分とされうるのでなければならないであろう。
- c) 殺人の場合、近親者であることを基礎とする人的要件は、家族構成員を被扶養権とは関係なく「被害者」とするというのが、一層認められる。傷害の場合は異なる。この場合、自己の身体を侵害された者にのみ、172条に従った態度をとるかどうかは委ねられなければならない。
- d) 虚偽の陳述は、それによって関係者の訴訟状態が悪化させられた場合に、被害を惹起する（*OLG Bremen* NStZ 88, 39; *OLG Düsseldorf* NStZ 95, 49）。本問ではまさに、窃盗犯の無罪判決がXの損害賠償請求権を危殆化したかどうかが重要である。

問 184. 上級地方裁判所はXの強制起訴の申立てを、十分な事由が認められないとして、決定で棄却した（174条1項）。

- a) しばらくしてから、検察局が考えを変え、公訴を提起する。検察局にそれは許されるか。
- b) Xは彼の申立てが棄却されたにもかかわらず、再度、様々な追加の有罪の資料を主張することによって、検察局に公訴提起を要求した。検察局は、2度目の捜査に着手したが、直ぐに再び中止した。Xは、さらにもう一度、起訴強制手続を動かすことができるか。
- c) 検察局は、Xの新たな主張に応じず、彼にさらなる捜査をしないと判断したことだけを通知した。この場合、172条によればその手続は許されるか。

【答】 a) 検察局は174条2項によれば、「新たな事実または証拠に基づいてのみ」それが許される。裁判所の審理がすでになされたので、制限的な刑罰権の消耗が生ずる。ある事実は、決定を下した上級地方裁判所がそれを知らなかった場合に、174条2項の意味での「新たな」ものとなる。

b) 現在、一般的に、新たな事実または証拠に関しても起訴法定主義の順守が調査されうるものでなければならない、という見解が定着している。したがって、Xが起訴強制手続を再び動かすことができるのは、その際に、その時点ですでに主張されていることではなく、新たなことを根拠にする場合である。

c) 許される。b)と同じ理由と要件のもとで許される。

13 捜査の終結と公訴提起

問 185. 検察局は捜査を終結し、公訴を提起することを検討する。その場合、検察局は169条aによって、記録に捜査の終結を記録することを義務付けられている。そのことに何らかの実践的な意義があるのか。

【答】 ある。そして、それは二重の観点で存在する。

1. 弁護人はこの段階で無制限の記録閲覧権を有するが、終結の記載がなされるまでは、審理の目的を危殆化する場合には、閲覧が拒絶される（147条2項，問65aを参照）。
2. 検察局による国選弁護人の任命の申立ては、この段階から応じられなければならない（141条3項3文）。

問 186. 検察局は、全ての捜査を終結し、起訴状の提出によって公訴を提起するか否か熟慮した。検察局は、その際に、如何なる基準に従って決定を下さなければならないのか。

【答】 「公訴の提起にとって十分な事由」（170条1項）が存在するのは、捜査の結果が検察局の見解によれば公判手続の開始を正当化する場合である。争いがあるのは、その評価の観点である。有力な見解によれば、十分な事由とは、203条の意味での犯罪についての十分な嫌疑と同じである（問203b）。したがって、この見解によれば、検察官は、裁判所の有罪判決が蓋然的に期待されうるかを問わなければならない。それに対して、新たに広まっている適切な見解によれば、検察官の予測には、検察官自身が公判手続の終結時に有罪判決の申立てをすることが蓋然性であるかどうか重要になる（AK/Achenbach, § 170 Rn. 9; Meyer-Großner, § 170 Rn. 2; SK/Wohlers, § 170 Rn. 25）。この蓋然性が欠ける場合、手続は停止されるべきである。

問 187. あなたが検察官として起訴状を作成することになったとする（あなたが、原則的に、上級公務員試験補試験の刑法の筆記答案においてもしなければならないであろうことである）。起訴状の内容として示さなくてはならない8つの事項とは何か。

【答】 起訴状の内容は200条に大筋で規定されている。それによれば、起訴状が含まなくてはならないのは、以下の事柄である。

- a) 被告人の人格の表示。その同一性は詳細な記述（氏名、生年月日、誕生地、職業、現住所、家族状況など）によって、疑問の余地なく確立されなければならない。これらの記述が欠ける場合、有効な公訴は存在せず、手続障害が決定的な影響を及ぼすことになる（BGH NStZ 91, 448; 第3篇7問310を参照）。
- b) 被告人の責めに帰せられる行為ならびにそれが実行された日時および場所の摘示。起訴された歴史的事象が十分には明確に記載されない場合、その公訴は無効である（BGHSt 40, 44, 45 および他の文献）。しかし、裁判所は検察局による訂正を提案しなければならない（LG Potsdam NStZ-RR 99, 55）。それがなされない場合に初めて、手続障害が生じる。
- c) 可罰的な行為の法律上の特徴。したがって、被告人が、どの行為態様がどの構成要件要素を充足するのかを、認識しうべきである。
- d) 適用されることになる罰条。それは、条文と法律名によって摘示されるべきである。
 - a ないし d の記載から、いわゆる「起訴命題」が構成され、後に公判手続で検察官により朗読されなければならない（243条3項1文）。さらに、起訴状には以下の事項が記載される。
- e) 証拠の記載。つまり、証人や鑑定など。
- f) 弁護人の氏名。
- g) 捜査結果の要旨。すなわち、事象経過の要約的な記述であり、それが検察局にとって捜査に基づいてどのような意味を持つかの記述である。捜査結果の要旨の記述における瑕疵は、基本的に、公訴の無効に至ることはない。というのは、それは範囲限定機能には関係なく（上記 a および b を参照）、公訴の情報記述にのみ関係するからである（BGHSt 40, 390）。単独裁判官になされる公訴の場合、捜査結果の要旨の記述は省略されうる（200条2項2文）。
- h) 公判手続が行われるべき裁判所。

問 188. 起訴状によることを放棄し、公訴が口頭でなされうるケースも実際に存在するか。

【答】 存在する。次の2つのケースである。

1. 迅速手続では、「事件が単純な事実関係または明確な証拠に基づき、迅速な審理に適している場合」、区裁判所に対して裁判の申立てが口頭でもなされうる（417条、問501を参照）。
2. 検察官は、現在行われている公判手続の間、口頭での追起訴によって、被告人の同意があれば、公判手続を被告人の他の犯行に拡大することができる（266条1項、2項）。

問 189. 199条1項によれば、公判手続の管轄を有する裁判所は、公判手続の開始について裁判する。したがって、その裁判所に捜査記録とともに起訴状も提出される（199条2項）。では、答えよ。いかなる合議体が、どの裁判所において、第一審手続について事実管轄を有するのか。どのようにしてその合議体が置かれ、何に従って自らの事実管轄を決

定するのか。簡潔に述べればよい。細部は法律の中で読み直して調べることができる。

【答】 A. 区裁判所の場合、管轄を有するのは以下の通りである。

a) 区裁判所の裁判官（いわゆる刑事裁判官）のみが管轄を有するのは、裁判所構成法25条によれば、私訴で訴追される軽罪の場合および2年の自由刑よりも重い刑罰が想定されない軽罪の場合である。場合によっては、科される刑罰が、それを超えることも許されるが、4年の自由刑を超えてはならない（裁判所構成法24条2項）。

b) 参審裁判所（1人の刑事裁判官と2人の参審員としての素人。裁判所構成法28条、29条1項）は、裁判所構成法24条によれば、裁判所構成法25条により刑事裁判官が裁判すべきではない限りで、以下の場合にはつねに管轄を有する。すなわち、裁判所構成法74条2項および同法74条aにより地方裁判所が、または裁判所構成法120条により上級地方裁判所が管轄を有さない場合、4年の自由刑または精神病院への収容もしくは保安監置がおおよそ想定されえない場合（裁判所は実際にもそのような結論の判決を下してはならない。裁判所構成法24条2項）、そして、検察局が事件の特別な意味を理由に公訴を地方裁判所に提起しなかった場合である。

c) 拡大参審裁判所（裁判所構成法29条2項。2人の刑事裁判官と2人の参審員）が管轄を有するのは、事実の規模が特別な場合である。

B. 地方裁判所の場合は、以下の通りである。刑事部大法廷（裁判所構成法74条1項、76条1項1文）は、他の（上級または下級の）裁判所の管轄に属さない全ての犯罪、さらには、事件の特別な意味により検察局によって地方裁判所に起訴された区裁判所の事件について管轄を有する。「陪審裁判所」としての刑事部（大法廷）は、裁判所構成法74条2項に列举された重大犯罪（殺人罪、致死罪、生命に対す危険罪）について管轄を有する。刑事部大法廷が置かれる場合、陪審裁判所として置かれる場合も、裁判所構成法76条1項1文により、3人の裁判官と2人の参審員で構成される。

C. 上級地方裁判所の場合は、以下の通りである（裁判所構成法120条、122条2項。1つの刑事部）。裁判所構成法120条に列举された犯罪について管轄を有する。公判手続の開始の裁判の場合、刑事部はつねに5人の裁判官で構成されるが、公判手続では事実の規模と困難性に応じて3人または5人の裁判官で構成される（詳細は裁判所構成法122条2項を参照）。

問 190. Aは強盗致死罪（刑法251条）、Bは強盗によって獲得された物についての盗品等蔵匿罪（刑法259条）で責めを帰せられている。検察局はどの裁判所に、a) Aとb) Bを起訴するであろうか。

【答】 両者ともに陪審裁判所に起訴される。この合議体は、なるほど裁判所構成法74条2項によればAの犯行にしか管轄を有していない。しかし、両者は同じ事象において一方は強盗罪として、他方は盗品等蔵匿罪として可罰的になったはずなので、Bによってなされた犯罪はAの犯行に関連している（3条）。Bの犯行が区裁判所に属すにもかかわらず、それは2条1項によりAの重罪とあわせて、上級の管轄を有する裁判所としての陪

審裁判所に係属させることができる。

問 191. A はシュトゥットガルトに住んでいるが、大半をケルンに滞在している。アーヘン内で越境する際に、彼は2年前にハンブルグで犯した重放火罪（刑法306条a）で逮捕された。犯行の重さゆえに3年の自由刑より重い刑罰が前もって考えられる場合、どの裁判所が土地管轄を有するのか。

【答】 地方裁判所——刑事部大法廷（裁判所構成法76条1項1文）——の場合、ハンブルグ、シュトゥットガルトまたはアーヘンのいずれかである。3つの第一次的に重要な裁判籍は（ちなみに船舶および航空機内での犯罪行為については10条を参照）、次の通りである。

1. 犯罪地の裁判籍は7条1項が規定する。本問では、それはハンブルグである。
2. 住所の裁判籍は8条1項が規定する（補充的に11条）。本問では、それはシュトゥットガルトである。居所の裁判権（本問では当時ケルン）は、住所がないときに補充的に介入するにすぎない（8条2項）。
3. 捕縛の裁判籍は9条が規定する。本問では、それはアーヘンである。

3つの裁判所は同等に位置づけられ、任意に管轄を有する。個別の事案では、「最初に審理を開始した」（12条1項）裁判所が優先される。したがって、公訴提起が優先権を決定するのではなく、公判手続の開始が優先権を決定するのである。しかし、三重係属の場合に、まだいずれの裁判所でも手続が開始されていない場合には、事情が異なる。その場合、最初の公訴提起が優先され、第二の手続は裁判所によって調整されるべきである（問197を参照）。

問 192. A はハンブルグに住んでいる。彼は月刊誌「Neue Zeit」の発行者である。印刷物には刊行地はハンブルグと記載されているが、それはリュネブルグで印刷されポストに投函される。購読者は連邦共和国の全ての地域に住んでいる。Aはその新聞で可罰的行為を促し、または可罰的行為の記事によって罪を犯した。リュネブルグにおいて裁判籍は基礎付けられているか。

【答】 基礎付けられている。犯罪行為が刑事手続法の妥当領域において現れた印刷物の内容によって実現された場合、なるほど7条1項に適合するかもしれないが、その印刷物が禁じられている全ての土地に裁判籍があるとみなされるべきではない。このいわゆる「出版物の空飛ぶ裁判籍」は、すでに1902年に廃止された（それについてはBGHSt 11, 56）。むしろ、今日では、基本的に刊行地だけが裁判籍である（7条2項に2つの例外がある）。しかし、本問では、——奥付の記載に反して——リュネブルグが刊行地である。というのは、印刷物は、それが「処分権限者の意思によって、その配布の準備行為の場所から配布の目的で離れた（それが刊行に至った）」場所で現れるからである。RGSt 64, 292 を参照。

問 193. A は、数個の犯罪行為をハンブルグ、ボンおよびウルムで犯した。住所地または捕縛地の裁判籍での公訴は実行不可能であると判明した。

a) 検察局は全ての犯行を、A が犯罪活動の重点を置いていたハンブルグで起訴したいと考えている。ボンやウルムでの犯行について7条ないし11条によればハンブルグでの裁判籍は基礎付けられていないにもかかわらず、それは可能なのか。

b) 各犯罪行為が各地の検察局によってすでに数個の裁判所で起訴されている場合に、関連付けは可能か。

【答】 a) 可能である。複数の犯罪行為の間で3条の意味の関連が存在するので、13条1項によれば、「刑事事件の1つについて管轄を有する各裁判所における裁判籍を基礎付ける」。この「関連裁判籍」は7条ないし11条と並んで、独立に生ずる。しかし、それは同じ等級の裁判所についてしか問題にならない。数個の事実管轄がある場合、2条および4条が妥当する。

b) 可能である。そして、なるほど数個の裁判所の合意によって（13条2項1文）、または、合意が成立しない場合には、共通の上級の裁判所の決定によって（13条2項2文）、可能になる。合意による併合も、同じ等級の裁判所においてのみ可能である（BGHSt 22, 232; NStZ 82, 294）。

問 194. あなたは、事実管轄または土地管轄が法律上かなり詳細に規定されていること、また、立法者が考えうる事案に関して少なくとも1つの管轄を有する裁判所を準備していたことを確認してきた。このような「完璧主義的な」規定の仕方の意味はどこにあるのだろうか。もし検察局に任意に合目的だとみなした場所で公訴を提起させるとしたら、単純かつ実践的ではなかろうか。

【答】 これらの規定の意味は、全ての考えうる事案の可能性に従って、管轄を有する裁判所を法律で予め定めておくべきである、ということにある。そうすることで、刑事事件が政治的なまたは法とは異質な理由から、恣意的に「望ましい」裁判所に有罪判決を下すように委託される可能性を防ぐべきなのである。この「法律上の裁判官」の保障は、19世紀初頭以来、重要な法治国家的な改革要請であった。それは、今日では、基本法101条1項により保障されており、そこには次のように規定されている（裁判所構成法16条は文言上ほぼ一致する）。「例外的裁判所は認められない。何人も法律上の裁判官の裁判を受ける権利を奪われてはならない。」

問 195. もちろん、現行法でも管轄の規定は、全ての事案に関して唯一の管轄を有する裁判所を抽象的な規範によって予め導くという方式を採っているわけではない。検察局は土地管轄の場合には、複数の選択肢を有する（例えば、7条、8条、9条、13条による）。そして、とりわけ事実管轄は裁判所構成法24条1項3号によれば「動的」である。すなわち、区裁判所に属する軽罪と重罪を、検察局は「事案の特別の意味を理由に」地方裁判所にも起訴できるのである。

現行法が承認するこのような管轄の間隙は、あなたの考えによれば、法律上の裁判官の原理と調和するか。

【答】 裁判籍の選択の際の検察局の裁量がほとんど批判されてこなかった一方で、事実管轄の枠内での「選択権」は基本法101条1項2文と調和するのかということは、しばしば争われてきた。しかし、BVerfGE 9, 223 は、この規定は有効であると言明し、それに関して特に以下の2つの論拠を引き合いに出した。

1. 検察局が区裁判所と地方裁判所のどちらに起訴するかは検察局の裁量ではないとする。むしろ、事案の「特別の意味」は不確定的な法概念であり、その存在は包括的な性質によって確定されるべきある。それにより「特別の意味」が肯定されうる場合、検察局は選択肢を持たないのであって、地方裁判所に起訴しなければならないのである、と。
2. さらに、濫用は検察局の決定を裁判官のコントロールの下に置くことでも予防されている、という。なぜならば、209条1項によれば、地方裁判所は、起訴状が提出された場合、管轄があると判断された限りで、手続を参審裁判所でも開始することができるからである、とされる（問206aを参照）。いずれにせよ、連邦憲法裁判所も、「より基本法101条の基本思想に適う」規定が考えられるべきであることを、認めている。

問 196. あなたは、以下の事例をどのように考えるか。

- a) 連邦州で示威行進の際に警察と流血の衝突が生じたので、この事件の関与者の可罰的行為を断罪すべく特別裁判所が設置される。
 - b) 全ての交通刑事事件に関して、法律で、そのために特別に養成された裁判官が配置された特別の交通裁判所が設置される。
 - c) 上級地方裁判所が連邦通常裁判所の判例と異なる判断を示すつもりであるが、その事件は裁判所構成法121条2項に反して、連邦通常裁判所の審理にかけられない。
- これらの手続の方法は、法律上の裁判官の原理と調和するか。

【答】 a) 調和しない。この場合、基本法101条1項1文および裁判所構成法16条1文で「認められない」と言明されるところの例外的裁判所が問題になる。例外的裁判所とは、「法律上の管轄を逸脱して特別に組織され、個別具体的なまたは個々の事案に判決を下すために作られた」裁判所である（BVerfGE 3, 213）。被告人は、そのような裁判所の裁判を受けさせられることで、一般規範によって管轄を有する法律上の裁判官の裁判を受ける権利を奪われる。

b) 調和する。交通裁判所は特別裁判所となろう。それは、多くの不確定的な事例のために設置された、管轄が特別な人的集団または特別な事件領域に限定された裁判所である。それは、個々の事案に合わせて調整された例外的裁判所とは明確に区別されるべきである。基本法101条2項は特別裁判所を、それが法律で設置される場合に、許している。

c) この場合、法律上の裁判官の原理が侵害されている。BVerfGE 42, 237 を参照。それは、その他に、管轄を恣意的に認める場合にも言えることである（BGHSt 38, 212）。

問 197. 支配的見解によれば、刑事事件は訴えの提起により係属する（反対説として、*Meyer-Großner*, Einl., Rn. 60b, § 156 Rn. 1 は裁判手続の開始時とする）。訴訟係属にはどのような効果があるか。

【答】 1. 手続支配が裁判官に移る。ただし、手続支配は、公判手続の開始までは、検察局による訴えの取消によって再び奪われうる（156条）。公判手続開始後は、もはや取消は許されない（204条の公判手続不開始の決定後も同じ。*OLG Frankfurt* JR 86, 470）。

2. 訴訟対象は訴えによって明確にされる。すなわち、法律上の「審理および裁判は訴えにおいて掲げられた所為および訴えによって被告人とされた者にだけ及ぶ」（155条1項）のである。この場合に、*Eb. Schmidt*, I, Nr. 353 は、「裁判所の命題による拘束」と表現する。

3. すでに訴えが提起されている事件が2つ目の裁判所に係属された場合、この裁判所は手続を停止しなければならない（訴訟係属という訴訟障害）。したがって、その限りで、基本的に優先主義が妥当する。もちろん、ある裁判所が、他の裁判所へすでに訴えが提起されていることを知らずに手続を開始した場合は、当該裁判所に12条によって優先権が与えられる（問191を参照）。したがって、その場合、訴えの優先権は手続の開始の優先権と入れ替わることになる。

4. 住所の裁判籍（8条）は、さしあたり訴えの提起の被告人の住所によって確定される。

5. 被疑者は、この時点で、被告人になる（157条）。

問 198. 訴えによる訴訟対象の確定は、訴訟係属の効果の中で、確実に最も意義のある効果である。

a) この命題による拘束は、我々の刑事手続の構造原理から、どのように説明されるべきか。

b) その実質的な意義はどこにあるのか。

【答】 a) 構造上、裁判所の命題による拘束の場合、弾劾主義からの結論が重要である（その他の観点でのその意義については、問8および問31を参照）。裁判官は、原則的に、予め起訴された所為と人格しか扱ってはならないのである。

b) 实际的に、その際に重要なのは、裁判官による恣意的な審理の拡大から被告人を保護することである。そのような手続は、審問訴訟（問8を参照）においては通常のことであった。被告人を、彼に対して掲げられた非難に鑑みて、大きな不安定性に晒すことになるので、このような状況の除去は19世紀の基本的な改革の要請に含まれていたのである。

問 199. 起訴命題では、A に対して、X 市内で2005年6月から9月の間に、27個の独立した行為によって、妊婦に石鹼水を注射して胎児を殺害したことが非難されている（軽罪。刑法218条1項および同法53条により可罰的）。起訴状は、「捜査結果の要旨」の部分で、起訴された事案のうちの14件については妊婦の氏名も併記している。行為者が妊婦の氏名を知らなかった他の13件の事案では、起訴状はAの客体を引き合いに出している。刑事

部はこの訴えを公判に付すことを認め、公判手続を開始するであろうか（BGHSt 10, 137）。

【答】 刑事部は14件の氏名の記された事案についてのみ訴えを認め、その他については公判手続の開始を認めないであろう（207条2項1号）。というのは、起訴命題から疑問の余地なく、「どのような事実の範囲内で、公判と判決の決定が155条および264条に従ってなされなければならないか」が導き出されえなければならないからである（BGHSt 10, 137; 詳しくは *BGH NStZ* 86, 275）。したがって、実際の事情によって互いに区別されえない複数の同種の一般に責任を負う犯罪行為を、公判の対象にすることは認められない。本問の事例で、無罪または有罪を内容とする判決が、13件の詳細には記されていない堕胎の事案について下されるとしたら、後にAによる他の同種の行為が発覚した場合に、それらの行為が無罪と有罪のどちらの判決を下されるのか、または、それらの行為がそもそも裁判所の手続の対象ではなく、刑罰を科されえないものなのかは、決して確定されえないのである。本問のように、そのような不十分な所為の記載は手続障害を成す。それは、裁判所の命題による拘束をもたらすことができず、204条により公判手続の不開始に至らなければならない（問209を参照）。

問 200. A に対して、窃盗（刑法242条）の嫌疑で訴えが提起された。

a) 裁判所の審理の結果、A は、それまで認めていたように開いている扉からではなく、家の窓から侵入したこと、したがって侵入窃盗が問題になることが判明した。さらに、彼は所為を単独ではなく、共犯者と一緒に犯したことが判明した。

b) 裁判所の事実関係の確定は、検察局のそれと一致している。しかし、裁判所は、その事象が詐欺にあたり、窃盗として評価すべきではないと考えている。

裁判所はこれら a) と b) の事例において、事象を事実的または法的に判断する際に、155条1項により訴えの内容に拘束されているか。

【答】 a) 拘束されていない。裁判所の審理が制限される「所為」によって意味されるものは、特定の法律構成要件や検察局によって摘示された事実ではなく、総体的な生活事象、すなわち訴えによって示される歴史的な出来事である（訴訟的所為概念）。「この範囲内において、裁判所は、独立して活動する権利を有し、義務を負う」（155条2項本文）。したがって、裁判所は、補充的事実または訂正事実を十分に調査し、活用することが可能であるし、また、そうしなければならない。265条2項および3項を参照。

ただし、155条1項は、手続をAの共犯者に拡大することを阻む。その点では、新たな訴えが必要になる。

b) 拘束されていない。法的な評価において、裁判所は完全に自由である。法律は、裁判所は「刑罰法規の適用の際には、提起された申立てに拘束されない」（155条2項）と明示している。ただし、裁判所は被告人に、全ての事案構成（aとb）において、265条に従って法的な観点の変更について指摘しなければならない（それについての詳細は問253を参照）。

問 201. a) A は、共同被告人 B を刑罰から免れさせるために、殺害された少女の死体を隠滅したとの理由で、刑の免脱（刑法258条）によって、起訴されている。公判において、B は無罪で A 自身が殺人の正犯であることが明らかになった。この場合、裁判所は A に対して殺人で有罪判決を下すことができるか。

b) ある者が、強取された財物の蔵匿のみで起訴されているにもかかわらず、重強盗で有罪判決を下されることはありうるか。また、行為者が同じ財物の窃盗犯としてしか起訴されていないにもかかわらず、犯人庇護による有罪判決は許されるか。

c) 公訴が刑法306条の所為を告発しなかったことのみを内容にする場合に、放火による有罪判決が下される可能性はあるか。

【答】 a) できない（BGHSt 32, 215 *Roxin* の評釈が JR 84, 348 にある）。連邦通常裁判所の見解によれば、それらの犯罪は時間的 - 場所的近接性は相対的ではあるが重大な差異を示すので、殺人と刑の免脱とは異なる所為である。「両者の行為態様は——行為客体と行為者目的の方向によれば——互いに共通のものではない」（BGHSt 32, 220）。したがって、A は刑の免脱の公訴については無罪を言い渡されなければならない。そして、殺人により、新たな公訴が提起されるべきである。

b) これらの事例においても、BGHSt 35, 60 および 35, 80（一部異なるが、*Roxin*, JZ 88, 260; *OLG Köln* NStZ 90, 203）は、各々の行為態様の時間的 - 場所的な分断性を理由に 2 つの所為を認め、それゆえ同じ手続における強盗もしくは犯人庇護による有罪判決を認めなかった。したがって、判例は、犯人庇護、蔵匿および刑の免脱のような、先行する犯罪に接続する犯行を訴訟上の所為にまとめる傾向のあるかつての実務から距離を置いている。

c) ありうる（BGH NStZ 93, 50; リーディングケース）。なぜならば、放火犯もまた目前に迫っている所為を告発しなかったので、その限りで、事実関係の同一性が存在するからである。

第 2 篇 中間手続

問 202. 通常の手続では捜査手続と公判手続の間にさらに中間手続がある。この手続段階は何によって始まるのか。

【答】 公訴提起によって始まる。それは常に、管轄を有する裁判所への起訴状の提出によってなされる（199条 2 項）。

問 203. a) そして、中間手続はどのようにして終結するのか。

b) 公判手続が開始されうるか否かは、何に依拠しているのか。

【答】 a) 以下の 3 つの可能性がある。

1. 203条の開始決定による公判手続の開始である。

2. 204条の不開始決定による公判手続の開始の拒否である。

3. いわゆる起訴便宜主義の枠内における手続の停止である（仮の停止の可能性については、205条および262条 2 項を参照。さらに詳しくは154条 b4 項および154条 a）。

b) 十分な犯罪の嫌疑が基準である（203条）。それが存在するのは、被告人（157条！）が、これまでの捜査に基づく、公判で有罪判決を言い渡されることが蓋然的な場合である（*Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 37 Rn. 13）。それについては、仮の行為評価だけが重要でありうる（BGHSt 23, 304 を参照）。

問 204. 中間手続の価値と意義は争いの余地がないわけではない。

- a) 中間手続の目的は何か。
- b) 法律上の規定に対して主張される疑念はどのようなものか。
- c) さらに、それらの疑念は法律上の規定にどのような影響を及ぼすのか。

【答】 a) 中間手続は被告人の保護を目的とする。被告人は、起訴前手続の結論がもう一度独立した裁判官の審議体によって審理されることにより、場合によっては、 unnecessary 公開の公判手続の負担から保護される。

b) 中間手続に対して以下のことが主張される。その規制機能は、公判開始決定のなされた全事件の99%で免除されているので、実務上ほとんど効果がない。それに対して、被告人に公判開始決定によって彼の「十分な嫌疑」を証明した裁判所は、その決定によって公判手続で被告人に対し予断を持っている危険が存在する。少なくとも、素人裁判官の場合には、そのような（無意識的な）影響の可能性を拒み得ない。そして、裁判所が完全に予断なく事件に着手したとしても、被告人には裁判所の公判開始決定により、彼がすでに「半分有罪」であるとの印象が存在するに違いない、と。

c) 連邦議会の法務委員会はこの疑念を、1964年の刑事訴訟の小改正の枠内で、差当たり、公判開始を決定した裁判官は公判手続での関与から排除されるべきだとすることで考慮しようとした。しかし、それは多大な人員の必要性や手続の遅延の虞から断念された。その代わりに、古い規定を事実上維持しながら導入されたのが、次のことである。すなわち、公判開始決定は、裁判所が明確に被告人に十分な嫌疑を突きつけるという形式ではなく、むしろ公訴がその他の意見表明をせずに単に許可されるという形式、で下されるのである（207条。事件によってはもちろん現在でも、裁判所が十分な犯罪の嫌疑を認めることが、許可の条件である。それは203条を見よ）。また、もはや裁判長は公判開始決定を朗読せず、検察官が起訴命題を朗読する（問187を参照）（243条3項1文）。

問 205. 参審裁判所の裁判長（裁判所構成法29条1項1文）である裁判官 R に公訴が提起された。さて、R は2人の参審員を、彼らと一緒に公判手続の開始について決定するために、召喚するであろうか。

【答】 しない。中間手続では、全ての裁判所は素人の関与なしで決定する。参審員は公判の間のみ関与する。それが意味するのは以下のことである。

1. 参審裁判所の場合、したがって本問においては、「区裁判所の裁判官による公判外での必要な決定が免除される」（裁判所構成法30条2項）。
2. 地方裁判所の刑事部大法廷の場合——それが裁判所構成法74条2項により陪審裁判所

として管轄を有する場合でも——、3人の職業裁判官が決定する（裁判所構成法76条1項2文）。

問 206. a) 地方裁判所の刑事部大法廷の裁判官は、検察局によって起訴状を提出された事件に関して、区裁判所が管轄を有するとの見解である。刑事部は手続を区裁判所で開始することができるか。

b) 参審裁判所の裁判長裁判官は、彼が自らの管轄が存在するとみなす場合に、手続を刑事裁判官のもとで開始できるか。

c) さらに、逆の場合、つまり刑事裁判官が事件は参審裁判所に属すると考える場合はどうか。

【答】 a) できる。刑事部は209条1項により——裁判所構成法24条および25条による管轄の判断次第であるが——手続を参審裁判所または単独裁判所としての刑事裁判官で開始することができる。それがなされる付随的效果および結果として、手続はこれらの裁判所に係属することになる。その際、検察局が裁判所構成法74条1項2文のいわゆる「動的管轄」の枠内で（推定上の）事案の特別な意味を理由に地方裁判所に公訴を提起する場合、特別な意義が209条1項に与えられる。この法律上の規制手段は、検察局の選択肢と法律上の裁判官の原理との両立可能性に対して提起されてきた疑念を（前出問195を参照）、軽減することができる。

b) できる。この場合も209条1項に含まれる。単独裁判官としての刑事裁判官は参審裁判所と比べて「下級の裁判所」である。

c) この場合、209条2項が妥当する。単独裁判官は、組織的な意味で同一の裁判所に所属しているが、上級の裁判所としての参審裁判所に、事件を裁判のために検察局を経由して送付しなければならない（*Meyer-Großner*, § 209 Rn. 3）。

問 207. 起訴状を提出されていた刑事裁判官Sは公判手続を開始すべきか、または、公判開始を拒否すべきかについて決断しなければならない。

a) どのような証拠書類が判断形成のために彼に委ねられているか。

b) さらに、彼は事件に関する知識を広げるために、何をしなければならないか。

c) それに加えて、彼は事件をよりよく解明するために、自発的にどのような指示をすることができるか。

d) その他に、彼は、例えば被告人の利益のために、何かしなければならないか。

【答】 a) Sは起訴状の他に、さらに検察局の全ての記録を自由に使うことができる（199条2項）。検察局は一切手元に残しておくことはできない。なぜならば、裁判官の裁判にとって重要なものでありうるからである。

b) Sは被告人に起訴状を送達し、被告人に一定期間内に「彼が、個別の証拠調べの着手を公判手続開始の裁判の前に請求するかどうか、または、公判手続の開始に対する異議を申立てるつもりかどうか」についての意見を要請しなければならない（201条1項）。その

上で、請求および異議については裁判所が決定する（201条2項）。

c) Sは——職務上の理由によるにせよ、201条の請求によるにせよ——個別の証拠調べを、法的に異議の認められない決定によって命ずることができる（202条）。

d) Sは必要的弁護の事案（前出問64）においては、141条1項により国選弁護人を選任しなければならない。

問 208. 裁判所は公判手続を開始したいが、起訴状の内容に完全には賛同できない。

a) 検察局は、被告人に訴訟的意味（問200）での2つの所為の責任を負わせるが、裁判所はそれらのうちの1つにのみ十分な犯罪の嫌疑を認めている。

b) 起訴状は行為を強盗（刑法249条）と評価しているが、裁判所はそれを恐喝（刑法253条）と認めている。

裁判所はそのような場合にどうするであろうか。

【答】 裁判所は公訴を、自らの見解に従って必要な変更を加えて許可する（207条2項）。

a) 複数の所為の場合、裁判所は1つの決定で、ある所為に関しては手続を開始し、その他の所為に関しては手続の開始を拒否することになる（207条2項1号）。相応のことが、同条2号によれば、1つの所為が可分な一部の場合にも妥当する（例えば、継続犯の一部）。

b) 行為が異なる法的評価を受ける場合、公判手続は、法的評価に変更を加えて許可されることにより、開始される（207条2項3号）。相応のことが、同条4号によれば、観念的競合の関係にある数個の構成要件の除外または加算について妥当する。

問 209. 裁判所が公判手続開始を拒否するつもりであるとしよう。

a) そのような拒否が依拠しうる3つの事由とは何か。

b) どのように拒否の決定は言い表されるべきであろうか。

c) 拒否決定には理由付けがなければならないか。

【答】 a) 開始が拒否されるのは以下の事由による。

1. 訴訟条件が欠ける場合。例えば、必要な告訴が存在しない場合または時効が生じた場合である。

2. 事実的な事由による場合。例えば、十分な嫌疑が欠ける場合である。

3. 法的事由による場合。裁判所が起訴された行為を可罰的とみなさなかった場合である。

b) 「公判手続の開始は拒否される。」

c) そうである。「公判手続不開始の決定が事実上の事由に基づくのか、法的な事由に基づくのか、決定から明らかになる」のでなければならない（204条1項）。その決定が訴訟条件の欠如に基づく場合、同様に、そのことが理由付けにおいて述べられなければならない。

問 210. 検察局はAに対し重強盗（刑法250条）で公訴を提起し、地方裁判所で手続を刑事部大法廷（裁判所構成法74条1項、76条1項1文）で開始するように申請した。刑事

部は公訴を、所為が法的には窃盗にしか当たらないとの変更を加えて許可した。それによりもはや刑事部大法廷の管轄ではなくなったので、刑事部は公判手続を参審裁判所で開始した（209条1項）。この公判手続開始決定に対し、A および検察局はそれぞれ、A は自分が無実であることから、そして検察局はなおも重強盗であると認めることから、上訴したいと考えている。それは可能か。

【答】 a) A は公判手続開始決定に対して不服を申立てることはできない（210条1項）。法律は、この段階では公判手続においてA が自らの無実を釈明する機会を十分に有することを、前提にしている。

b) 検察局も同様に、公判開始決定に対して基本的に異議を申立てることはできない。それも、裁判所が所為について異なる法的評価をした場合であってでもである。それについても、検察局が自らの異なる立場を公判手続において申述することができるとの考慮が、決定的である。

法律（210条2項）は以下の場合に例外を設けている。すなわち、検察局は、自らの申立てと異なり下級の裁判所で手続が開始される場合、即時抗告（311条）を申立てることができる。このようにして、公判手続における管轄の係争は回避されるべきである。参審裁判所は刑事部と比べて下級の裁判所なので、本問では、検察局はこれを理由に公判開始決定に対する即時抗告ができる。

問 211. 参審裁判所の裁判長が、公判の開始を拒否した。それに対して、

a) 被告人は、

b) 検察局は、

上訴できるか。

【答】 a) その決定により負担をかけられていない被告人は上訴できない。また、例えば、彼がむしろ公の公判における名誉回復を望んでいるとしても、上訴できない。

b) 検察局は、即時抗告（210条2項および311条）をすることができる。

問 212. 地方裁判所は即時抗告の受理または差戻しをすることができる。

a) 手続は、即時抗告が認められた場合、どのように進行するのか。

b) 検察局は、即時抗告が却下された場合、それを甘受しなければならないのか。あるいは、検察局は、例えば、公判開始の申立ての既判力のある拒否が瑕疵ある法的見解や時代遅れの法的見解に基づく場合に、他の土地管轄を有する裁判所に訴えを提起し、それにより手続を進行させることができるか。

【答】 a) その場合、地方裁判所自体の公判手続が参審裁判所で開始される。209条2項（つまり、破棄や参審裁判所への開始の指図はない）。もちろん、抗告裁判所は区裁判所の別の部または同じ等級の隣接裁判所で公判手続がなされなければならない、と定めることもできる。法律（210条3項）は同一の裁判所内での移送の場合に、なるほど「別の部」としか規定していない、つまり、直接的には上級地方裁判しか抗告裁判所として指示

していないのである。しかしながら、354条2項によれば、地方裁判所にも他の部への移送は可能である（*Meyer-Großner*, § 210 Rn. 8）。

b) 抗告裁判所の却下の決定は、「新たな事実または証拠方法に基づく場合にのみ、改めて訴えを起こす」ことができるという効果を持つ制限的な既判力を発揮する（211条）。本問の事例においては、このような前提が存在しない。BGHSt 18, 225 を参照。

問 213. 現行法によれば、中間手続のない刑事訴訟も可能か。

【答】 可能である。417条ないし420条のいわゆる迅速手続は、「事件が単純な事実関係または明確な証拠に基づき、迅速な審理に適している場合」（417条）、区裁判所でなされうる。この場合、検察局の訴えに基づいて公判の日時を決定し、その際に「公判手続開始の決定は必要ない」（418条1項）。ここでは、特別な手続方法の枠内で詳細に議論されるべき規定が問題になる（問501）。

実際には、中間手続は266条の追起訴の場合にも存在しない（問188を参照）。