

法 務 資 料

第三八四号

ドイツの検察官とその職務

【昭和三九年三月】

法務大臣官房司法法制調査部

第三編 不起訴処分手続の停止 (Einstellung des Verfahrens)

A 総論、被疑者への通告

不起訴処分(二)とは、まだ公訴を提起するに至らない前に手続を終結せしめる検事の処分である。これには確定力の効果はない。従つて検事が手続を再開することを妨げるわけでもなければ、また告発者(訳注―告訴人を含む。以下同じ。)が同じ事件を新たに告発することを妨げるものでもない。もちろん告発者の告訴が刑法第一七二条による裁判所の決定により目的を達しなかつた場合には、新たな事実または証拠方法によつてのみ公訴を提起することができることになつてゐる(刑法第一七四条第二項)。

(一) 刑法(第一七〇条、第一七一一条)では取調が行なわれた場合にだけ不起訴処分(手続の停止)という語を用いてゐる。しかしながら検察庁が公訴提起を目標とする告訴を受けながら、捜査を行なわないでこれに応じなかつた場合もあらゆる点で右と同一に取り扱うべきものであつて、従つて一般にはやはり『停止』と呼ばれてゐるわけである。

被疑者が被疑者として尋問され、または何らかの意見の発表をなさしめられ、それにより彼にたいして勾留状が発せられたか、または本人から裁決を求めたものであつた場合には、手続停止の旨は本人にも通知しなければならない(二)。この通知にとくべつな利害を有することの明らかな場合にも、同様である(刑法第一七〇条第二項)。通告

の後、捜査手続が再開され、しかも直ちに再び停止されたときには、やはりその旨を被疑者に通知しなければならない(三)。

(二) この通告の時期については本書、一三八頁を参照。

被疑者が無実であること、または本人についてはもはや何ら正当な嫌疑がないことが明瞭となつたならば、その旨を被疑者宛ての通告のなかに明記しておかねばならない(刑事手続準則第七〇条)。その他の場合は被疑者には本人から明瞭にその請求があつたときに限り、例外的にしかも保護すべき利益に反しない範囲内でのみ、停止の理由を通知すべきである。

B 不起訴の裁定

告発者にたいしては裁定書をもつて不起訴の理由を通知しなければならない(刑法第一七一条)、ただし本人がその権利を放棄したときはこの限りでない。この権利放棄は黙示的になされることも差支えないのであつて、またたとえば本人が検察庁からの問合せにたいして何ら認めえられる理由なくして回答しない場合にも、同じくこの権利を放棄したものとみなすことができる。

不起訴裁定の内容および範囲については次の説明が恐らく基本となりうるものであらうと思う――

不起訴裁定はもつぱら告発者だけを相手としたものであり、その告発にたいする回答とも見られるものである。それゆゑ告発の内容は既知のことと想定して差支なく、従つて裁決のなかに更めてそれを繰りかえす必要はない。む

しる大抵の場合は被疑者側の防禦陳述を記載することから始めて差支えないであろうし、それに関連させて取調の結果を評価しておくようにすべきであろう。

範 例――

フランツ・シュナイダーの窃盜容疑にかかる一九五四年七月一五日付の告発の件――被疑者は嫌疑の犯行を否認して、その犯行のあつた時――すなわち一九五四年七月一四日――には自分は商用でカッセルに旅行中であつたと主張している。同人家の搜索も何ら得るところなくして終つた。彼が右の商用旅行で不在であつたことはカッセルの郵便局通りの旅館の宿泊者名簿の記載によつて証明されている。これに反して貴殿より提示された容疑の理由は犯罪を確認せしめるに足るものではない。ゆえに本官はこの事件を不起訴とすることとした(三)。

(三) 刑訴法第一七一条第二句による指示については本書、二二七頁を参照。

例外的にその事件の特殊な事情により――すなわちたとえば他の手続への影響から考えて、または懲戒処分が必然であることにより――不起訴裁定に重大な意義がかけられて来るような場合には、状況全般の詳しい説明が絶対的に必要となりうる。このような場合には不起訴裁定は無罪の判決と同じような形のものとしなければならないであろう。

悪意に眼のくらんだまたは訴訟好きの申立人が明らかに無根の告発をしたものであれば、詳しく検討してみるまでもなく簡単に却下すべきである。

範 例――

連邦社会裁判所 (Bundessozialgericht) 判事の脱法行為および身体傷害容疑にかかる一九五四年一〇月二〇日

の告発に関する件――

貴殿の主張は可罰行為のあつた疑を根拠づけるものでないため本官は捜査手続を開始することを拒絶する(四)。

(四) 刑訴法第一七一条第二句による指示については、本書、二二七頁を参照。

その他のすべての場合においては、裁定は告発状の主張を全面的に評価して、不起訴の理由を通告しなければならぬ。

範 例――

マックス・クラインの詐欺容疑にかかる一九五四年一月二六日の告発に関する件――

(a) 被疑者は貸金を受けるに当たり貴殿にたいし当人が右の金を必要とする理由として不実の申述をなしたものである。何となれば当人は保証上の義務を履行するためにその貸金を必要としたものではなくして、実は彼の私生子にたいして扶養義務を果すことのためであつたからである。しかしながらこの諸着は何ら詐欺となるものではない。けだしその諸着が貸金を貸与しようという貴殿の決意を決定したものでなく、また被疑者の見解によるものようなことは有るべき筈はないというにあつたからである。

(b) 被疑者は貸金を受けた当時は正常な経済状態にあつたものであつて、その負っている義務も毎度果していた、一九五二年に彼は事故のため数カ月入院するのやむなきに至つた。これがための巨額の入費と収入減とのために多数の債権者に相当多額の金を借りつ放しにせざるをえないこととなつた。彼は契約を締結するに当つてその貸金の返済については自分に用意と能力があるように貴殿を欺いたものであるという貴殿の想定は、それゆゑに取調によつて証明されなかつた。

(c) もつとも彼はその、自認するところによれば、自分の相続に対する見込について虚偽の申述をなしてその貸金の返済をさらに二カ月猶予するよう貴殿を動かした。ただしこれがために貴殿は貴殿の財産に寸毫の被害を受けたわけではない。けだし当人が猶予を乞うた当時は貴殿が貴殿の請求権として履行を要求しうるような財産価値はもはや存在していなかったからである。従つてこの瞞着によつて彼は詐欺を犯したことはない。も

(五) 刑訴法第一七一条第二句による指示については本書、一三七頁を参照。

裁決はもちろん遺漏のないものでなければならぬが、しかしながらそれには不起訴処分を指示すに必要である以上のことを述べておくことを要しない。すなわち不起訴処分を正当ならしめるには一つの理由が述べてあればすでに充分なのであるから——たとえば時効(六)とか親告罪における告訴の不備とか、免訴とかのごとき——それゆえその他の理由——たとえば証拠の不備のごとき——を挙げておく必要はない。

(六) 時効が取調手続中に完成したときは、たとえ時効を中断させたとしても手続は何らその目的を達しえなかつたであろう。ことに於て適当な場合にその諸理由を示しておくのが良策であらう。

法律点または事実点に関する疑わしい問題であつても、不起訴処分の理由を示すについてそれを決定してかからねばならない必要のないものは、そのまま不決定としておいてよいのであつて、一般に裁定のなかに無用な巧撃目標を列べたてゝるようなことは避けるべきである。それゆえ多くの場合、告発者の主張には能う限り細微に亘つて論及し、しかも——大抵の被害者と自称する者が感じているところの——客観的事実についての疑点を不起訴処分の理由として挙げることをしないで、むしろ裁定の焦点を狭く絞つて、犯行の内面つまり犯意を充分はつきり証明できないとい

うことだけに限つておくのがよい。

範 例

シユミットの偽証容疑にかかる一九五三年九月一日付の告発に関する件——

被疑者は依然宣誓陳述の主旨を繰りかえし、貴殿が一九五二年八月一〇日に口論の末、暴力沙汰に及び、執事のレーマンを虐待したものであると主張している。たとえこの陳述が當を得ていないとしても可罰的偽証は成り立つものでない。けだし被疑者は、当人の宣誓尋問の際にも明らかにされたごとく、この出来事を遠くの方からしかも薄暗がりのなかで目撃したものであつたからである。それゆえ必ずしも誤りなきを保しないのである。しかしながら何れにしても彼が良心的に吟味してみた結果自己の最善の知識に一致したものであるとしたところ以外のことを陳述したものは証明されなかつた。このゆえに本官はこの事件を不起訴とすることとした。

これに反して、事実点にも法律点にも一点の疑いもない場合には、不起訴裁定のなかにそのことを明瞭に述べておくべきであらう。

範 例

ツインメルマンの横領容疑にかかる一九五五年三月二日付の告発に関する件——

貴殿は被疑者にたいし一九五四年九月五日に自転車を売り、その価格の全額支払完了まで所有権を留保することなくして一九五四年九月一日にこれを送り届けたものである。それゆえ被疑者は右自転車の所有者となつたものであるから、その後それを売却しても横領罪を犯したことにはならないのであつた。売買の成立当時当人は支払能力を有していたし、また彼が分割払をしている点から証明されることく支払の意思を有していたものであつて、従つて貴殿を詐欺にかけたわけではない。

このゆえに本官は本件を不起訴とした。

(七) 刑訴法第一七一条第二句による教示については本書、一三七頁を参照。

法律点または事実点がすでに他の官庁から適正な評価を下されているものであるときには、不起訴裁定にはそれを援用しておけばよい。

範 例

お針娘フリーダ・マイエルの偽証および詐欺容疑にかかる一九五四年三月二五日の告発に関する件——

被疑者はその宣誓陳述として飽くまでも彼女が懐妊した当時は貴殿とだけしか性的交渉はなかったと主張している。他方またローゼおよびシュヴァルツ両証人も貴殿にたいして提起された扶養請求訴訟、6 C 118/53 3 S 620/53 に述べた同じ陳述をした。これらの陳述の全部の信憑性の問題はすでに前訴訟において区および地方の両裁判所が充分に取調べたところであつて、両裁判所ともに被疑者マイエルは真実を述べたものであるとの一致した確信に達した。最近行なわれた取調べも右と異なつた判断を下さしめるような何の根拠も提示していない。少なくとも被疑者の宣誓陳述が虚偽であつたという何の証拠も得られなかつたのである。

このゆえに本官は本件を不起訴とすることとした。(八)。

(八) 刑訴法第一七一条第二句による教示については本書、一三七頁を参照。

もし告発が何らかの官庁または公共団体からなされたものであつた場合には、検事はその事件を不起訴とする前に、原則として彼らに意見発表の機会を与えるべきである。そのためには検事は書類をそれに添付することができる。不

起訴処分について告発者側に異存があれば、検事は不起訴裁定のなかでそれらの異議にたいして所信を述べなければならぬ(刑事手続準則第七二条)。

告発者が同時に被害者である場合には、刑訴法第一七一条により、裁定のなかで、この裁定が通達されてから二週間以内に検事長(七)に異議を申立ててこの裁定の取消を請求することができる旨を告発者に教示しておかねばならない。この教示は原則として定まり文句で述べておけばよからう。その要旨は検事から明確に指示しなければならぬ。この場合、誰が刑訴法第一七一条、第一七二条の意味での「被害者」であるかの問題に決定を与えるに際して検事は狭量な態度を去り、通説的な見解に従うであらう。

(九) 独立の区検察庁に所属する副検事が事件を不起訴としたときには、異議はその管区の地方裁判所の検事正が決定する。

刑事手続準則第七三条第二項によれば告発者が被害者であるときには裁定を規定どおりに送達しなければならないことになっている。実際には費用と労力を節約するために屢々規定どおりの送達はしない慣行になつているが、そのため何の不都合も起つていない。

C その他の通報

通報に関する指令に基づいて捜査手続の開始または被疑者の逮捕について他の官庁当局に通報をしなければならないことになつている場合には、不起訴処分についても同じ当局に通報しなければならないのである。しかしながらその他にも、検察庁がその事件の事実を知ることが他の官庁当局にも重要な意味を持ちうると思料したときにも、やは

り不起訴裁定を通知し、ないしは罰金を提示するのが適宜な方法であらう。とくに或る官吏の行動なり或る地位にある者の状況なりが当局をして何らかの措置に出させる必要を暗示している場合は、そうである。議員を相手とする手続を免責の特典が停止された後に不起訴としたときには職務手続をもつてその決定を連邦議会または州議会の議長に宛てて通報しなければならない(刑事手続準則第二八四条第四項)。

被疑者が責任無能力であるため不起訴処分がなされたものである場合には、不起訴処分となつた旨を前科者名簿係に宛てて通報しなければならない(前科者名簿規則 Strafregister VO 第九条第一号)。

D 不起訴の場合のその後の処分

不起訴処分がなされると、被疑者にたいして執られた措置は即時——逮捕状も探索措置も郵便停止も財産権関係の保全措置も——全部取消されなければならない。ただし証拠資料は全部なお二、三週間書類とともに留めて置き、その後何の異議の申立もないとき初めて附帯書類を別にして保管所を通して処分するのがよい。このときまでは被疑者に不起訴の旨の通知も大抵の場合差控えておくのがよい。書類の取り片付けは、不起訴後三カ月を経て初めて指示すべきである(書類規則第七条第五項)。

E 特殊な不起訴の場合

一 刑法第一百五三条

不正内容がとくに軽微な違背罪 (Übertretung) および軽罪 (Vergehen) である場合は必ずしも検事が厳格な法定

主義の枠内で訴追することを要しない。このように寛大に取り扱うことは歓迎すべきものではあるが、そのためにでたらめとも取られるような凸凹な取り扱いが行なわれるようなことがあつてはならない。

とくに刑法第一百五三条は事実を可及的に闡明させる義務を免するものではない。もしその際に公訴提起のための条件が備わっていないことが判つたならば、刑法第一百五三条によつてでなく、刑法第一七〇条によつて事件を不起訴にしなければならない。

それ以後も公益上断罪の必要が生ずれば決して訴追を差控えてはならない。もし一定の犯罪行為が繰り返されるとか、または被疑者が反復する傾向を有するときは、懲しめの理由で敢然訴追しなければならない。とくに道路行通上の罪の場合においてそうである。また刑法第三六一条第三号—第八号を犯した非社会的な人物にたいしても刑法第一百五三条による不起訴は適当でない。或る官庁が何らかの軽罪について刑事告発をなし、またはその手続にたいして利害を有しているときは大抵は公益上から見ても訴追すべきものであらう。それゆえ検事はその不起訴について区判事の同意を得る前に、先ず当の官庁と連絡をとらねばならないのである(刑事手続準則第七五条第二項)。

最後に、不起訴は被疑者が国庫に補償金なり賠償金なりを納めるということとを条件としてなされてはならない。これに反して犯行後における被疑者の態度から見て、その犯行も後になつてみれば軽微なものであつたような感じを起させられる場合、すなわち例えば損害を賠償したような場合は、これを考慮に入れることができるのである(刑事手続準則第七四条第四項、第七五条第三項)。

刑法第一百五三条を適用する理由については検事は文書をもつて公表しなければならない。

範 例 —

指 令

一 記載事項——被疑者は前科なく、一般から尊敬を受けている人物である、彼は正当な昇進をもつて行動したものであつて、損害は最善をつくして賠償した。告発当局も不起訴について何らの懸念を持っていない。

二 当地区裁判所宛て——

検事請求をもつて刑訴法第一五三条第二項により不起訴に同意を求めること。

三 一週間後。

場所 日附 官庁名 署名

告発者には不起訴裁定 (Einstellungsbescheid) を通知しなければならないが、これは単に法文を繰りかえすだけにとどめず、むしろ不起訴の理由を詳細に説明しておかねばならない (刑事手続準則第七一条第三項)。この場合には刑訴法第一七一条第二句に規定してある教示はしない。ただしこの場合には刑訴法第一七二条第二項の起訴強制手続 (Klageerzwingungsverfahren) は排除されるからである。

二 刑訴法第一五三条 a

若干の刑事犯行においては——たとえば刑法第一二九条第三項、第一二九条 a 第二項、第一三九条第一項、第一五七条、第一五八条第一項、第一七三条第五項、第一七五条第二項のとき——裁判所は科刑を思い止まることができる。これらの場合には検事は単独で不起訴とすることはできないが、しかしながらその公判を管轄する裁判所の同意があれば公訴の提起を思い止まることができる (刑事手続準則第七六条)。

三 刑訴法第一五三条 b

ドイツ人が外国において犯した犯行、および刑訴法第一五三条 b 第二項に掲げてある罪を外国人が犯して刑法第四條、第五條によりドイツ刑法を適用される場合については、法定主義は当てはまらない。ザール領域およびソ連占領地帯のドイツは刑訴法第一五三条 b の意味での外国ではない。これらの地域において行なわれた犯罪行為の訴追については一九五三年五月二日の司法共助法 (Rechtshilfegesetz) (連邦法律公報、第一条、一六一頁) 第一〇条、第一一條、参照。

四 刑訴法第一五四条

訴追の結果そこに落ちつきうる刑罰なり処分なりが、被疑者の他の犯行にたいして科せられているところの、または期待されるところの刑罰または処分と比較して問題にならない種のものであるときには、その手続を——仮りに——中止することができる (刑訴法第一五四条)。この規則を徹底的に適用することは、裁判事務の負担を軽減し、および、その促進を図るうえから言つて重要なことである。この規則は単に他の手続において与えられた有罪判決と睨み合わせて個々の手続の実行を差控えうる可能性を与えてくれるだけでなく、さらになかならず、大掛りな事件の起訴資料を、もつぱら正当な法規発見に不可避的に必要な量だけに制限して、それにより想つただけでも辟易するような大裁判を避けることを得させようという意図を持つていのである。『刑訴法第一五四条の立法の趣旨は、〔成る行為と——訳者〕連続的關係にある個々の可罰行為の審査に際しても、軽微な個々の行為を除外する理由を与えてくれることができるのである』(刑事手続準則第七七条第二項)。

中止のことはその理由を示した裁定書(○)をとつて告発者に通告しなければならない。

範 例 —

フランツ・ザウエル詐欺容疑にかかる一九五四年四月六日の刑事告発に関する件——エッセン裁判所の刑事部は被疑者にたいし一九五四年五月一〇日をもつて重窃盗数件につき懲役四年の刑を言渡し且つその保安監置を指示した。これに較べると、貴殿から告発された詐欺事件について予想される刑罰は比較にならないほどのものである。よつて本官は刑訴法第一五四条によりこの手続を中止することとした。

(一〇) この場合は刑訴法第一七二条第二項の起訴強制手続は除外されるので、刑訴法第一七一条第二項による教示は行なわない。

五 刑訴法第一五四条 a

或る軽罪について起訴するかどうか、民法または行政法によつて判定されるべき何らかの問題の判断の仕方いかんにかかつている場合には、検事はこの判断を自分で下すことができる。しかしながら刑訴法第一五四条 a によれば検事はまたその問題が民事または行政の訴訟手続において判定を下されるのを待つため、告発者に或る期間を指定することができ、その期間が経過した後は事件を不起訴することも許されている。とくに彼がこの権限を行使するのは、民事裁判の費用または証拠上の難点を避けるために告発の方法が選ばれたものであると検事において解されるような諸場合である。この種の場合には彼は可及的早期に捜査を打ち切り、告発者にその旨の裁決を与えなければならないであろう。

範 例 —

商人フリードリッヒ・シュルツェの背任および詐欺容疑にかかる一九五四年七月八日の告発に関する件——

容疑者は会社財産の一部を私消し、且つ貴殿の利益請求を清算すると偽つて貴殿を瞞着したものであることを否認している。同人の主張するところによれば、貴殿は会社関係より生ずる貴殿の義務を履行するについて不完全且つ期限を遅らしたものであり、従つてこれにより損害賠償の義務があるというのである。同人としてはこの賠償請求を確保するために、貴殿から異議申立のあつた金額を抑留しようというものである。

果してこれを可罰行為とするかどうかは、会社契約からして相互の間にどのような請求権が生ずるかという問題の決定の仕方いかんにかかるものである。この問題は民事法によつて判定すべきものであるから、民事訴訟手続において貴殿に生ずる結果を待つため本官は貴殿にたいして六カ月の期間を指定し、右裁判の開始および結果を本官宛て通知されるよう貴殿に要請する次第である。もし右の期間が経過したときは本官は刑訴法第一五四条 a によりこの事件を不起訴とするであろう。

この裁定書には刑訴法第一七一条第二句による教示の必要はないが、ただし右の期間が経過した後には不起訴を通告する裁定書にはもちろん教示を添えておかねばならない。

六 刑訴法第一五四条 b

外国政府に引渡される外国人を相手とする手続、および刑事訴訟法の適用範囲すなわち連邦共和国または西ベルリンから追放された被疑者を相手とする手続においては、法定主義は考慮の余地がない。この種の手続においては検事はもしそうすることが合目的であると思料する場合には不起訴とすることができる。

七 刑訴法第一五四条c (民注)

刑訴法第一五四条cの条件のもとにおいては、それを暴露すると称して強要または恐喝の手段を用いた当の犯行については検事は訴追を差控えることができる。ただしその強要または恐喝のほうが脅迫された者の犯行に較べて一層処罰すべきものである場合に限り、原則としてその脅迫された者の犯行を不起訴とすべきである。

不起訴を保障しうるかどうかの決定は庁の長官に留保されている(刑事手続準則第七八条第二項)。

〔訳注〕 刑訴法第一五四条cは、犯罪行為を摘発すると申向けて脅迫する方法によつて強要または恐喝が行なわれた場合において、脅迫された者の犯罪が重大であつて処罰が欠くべからざるものでない限り、検察官はその犯罪を不起訴とすることができることを規定している。

八 刑事手続決定までの中止

すでに開始された手続が誣告によつて係属したものである限り、その誣告に関する手続は刑法第一六四条第六項により中止されねばならない。

また刑法第一九一条によれば、可罰行為の主張のなかに名誉毀損の事実が認められ且つその可罰行為について告発がなされたときには、悪意の評判を立てる罪(刑法一八六条)または不実の誹謗の罪(同第一八七条)の手続は中止せねばならない。告発者にたいしてはこの旨の裁定を与えねばならない。

範 例――

ゾンメル の誣告容疑にかかる一九五四年四月三日の告発に関する件――

刑法第一六四条第六項により本官は貴殿の背任にかかる手続の終結まで右手続を中止する。

九 私訴の指示

被害者が私訴をもつて訴追しうる種類の軽罪が検事にたいして告発され、しかも検事はその刑事訴追が公益(二)のために必要であるとは認めず、従つて捜査手続を実施することは見合わせたい意向であるときには、その旨を告発者に裁定書をもつて通告する。その際には、公益のために必要であることを否認する理由を掲げておくことは原則として必要でない。ただし疑わしい場合には右の理由を書類の記載事項に明示しておくほうがよい。

(二) どのような場合に公益が存在するかの問題については本書、五三頁―五五頁を参照。

範 例――

一 記載事項――告訴人はその書面のなかで被疑者を不必要に鋭く且つ非具体的に攻撃した。同人は被疑者が明らかに支払の意思あるに拘らず、これにたいして仮籍なく強制執行をかけた。その結果として初めて侮辱的な手紙が書かれたものである。

二 告訴人宛て――紙葉第一――包装紙葉第二の書類添附のこと。

ヘルデルの侮辱容疑にかかる一九五五年三月一七日の告訴に関し、本官は公益上必要であると認めないので、公訴を提起せず、且つ私訴の手続を執るかどうかは貴殿の一存に任せる。

貴殿提出の書類は本状に添えて返却する。

一〇 刑訴法第二〇五条による仮中止

被疑者が不在のとき、すなわち居所が不明であるかまたは外国にある場合（刑訴法第二七六条）には、検事は事実を可及的広く闡明し且つ証拠を保全しなければならない。その後において捜査の結果から見て確定的中止の必要がなければ、刑訴法第二〇五条の規定に従つて仮りに手続を中止すべきである。被疑者が長期間に亘つて審理不能であるか、またはその他本人自身に関係ある理由のために公判を開きえない場合にも、右と同じ手続が執られるであろう。検事は仮中止について告発者に通告しなければならない。

範 例――

エミール・クラウゼの横領容疑にかかる一九五五年二月二八日の告発に関する件――

被疑者の居所不明につき本官は手続を仮に中止した。本官はその探出につき必要な措置を執つた。もし貴殿において被疑者の居所が判明した場合には上記の書類表識宛てに通知を乞う。

探索措置については本誓、前出八三頁―八四頁を参照。余り長くない間隔において、果して故障の理由はまだ存続しているか、果して終局的に中止とするに適當な時でないかどうかを吟味してみる必要がある（刑事手続準則第七六条）。

F 事務局における取扱方

中止のことは、別に検事の特別な指令を要せずして、15―帳簿の第五欄に記入しなければならない。その年内に

取調が再開されたときには右の記入を抹消する必要がある。これに反して右の再開が翌年以後の暦年に至つてなされた場合には、事件は15―帳簿に新規に登録されねばならない。これは、もしそうしなければ毎年行なわれる事務検査が完全には出来ないことになるからである。

G 不服申立方法

不起訴が（刑訴法第一五三条第二項、第一五三条a）裁判所に同意をえてなされた場合でも告発者は異議を申立ててこれを攻撃することができる。これについては高等裁判所の検事長（二）が決定しなければならない。

（二二）独立の区検察庁が手続を中止したものであれば、異議は地方裁判所の検事正が決定する。

告発者が同時に被害者であれば、異議申立は不起訴裁定の通達後二週間以内に、それを発した検察庁に、または検事長に、提起することが本人にとつて重要なことである。ただしこの申立期間が厳守された場合にのみ、申立人はその拒否しようとする検事長の裁定にたいして、刑訴法第一七二条第二項の起訴強制手続による裁判所の判決を要求することができるからである（二三）。この点を除外するのであれば、期間が守られておらうと、告発者がその犯行の被害者であろうと、或いは起訴強制手続が刑訴法第一七二条第二項において排除されていようとどうであろうと、そのようなことは大した問題ではない。何となれば、いずれにしても検事長は裁判所構成法第一四七条、刑訴法第一五二条第二項によつて異議を決定する権限および義務を有するからである。

（二三）ただし手続が違警罪または私訴によつて訴追できる軽罪を対象としているものでない場合、または不起訴が刑訴法第

一五三条、第一五三条a、第一五三条b、第一五四条、第一五四条b、または第一五四条cによつてなされたものである場合に限られている。

自分の与えた裁定について攻撃を受けた検事は異議の不備な点を是正することができる。またもし異議の申立に正を求める趣旨が示されている場合には是正をしなければならぬ。

異議が検事のもとに提出されたときには遅滞なくそれを検事長に提出しなければならない。その際、もし捜査の再開を予想するか、または異議についてまだ検討を加え得なかつた場合には、記録を添付することを要しない。

範 例

A

一 検事長に報告のこと（異議申立書添附）。事項——ショエンの強姦容疑にかかる捜査手続に関する件。前に申立なし。

証拠資料一。

事件担当者——シュライバー検事

添附の異議申立書は返還を乞う。本官としては捜査の再開を予想する。

二 申立人宛て——

ショエンの強姦容疑にかかる一九五四年四月三日の異議申立にたいし本官は捜査を再開した。万一、起訴に至らざるときは貴殿に宛て再度の裁定が発せられるであろう。

三 手控えに収めること。

四 一週間後。

日 附 検事正 自 署

B（書式はAに同じ。）

添附の異議申立書は返還を乞う。記録は送付しました。記録の返還を受け次第本官は異議の趣旨に従つて捜査を再開すべきかどうか審査の予定。

もし捜査を再開する意思のないときは、異議に記録を添えて検事長のもとへ提出しなければならない。その際には原則として、中止のときに検事の手もとに提出されていた証拠方法を全部添附しなければならない。異議に新しい事実、証拠方法、または法規解釈が含まれていれば、送付の報告中にそれについての評価を述べておかねばならない。被疑者にたいして新たな犯罪行為が挙げてあれば、それについてすでに執つた措置または記録の返還を受けた後に執るべく意図している措置について報告しておかねばならない（刑事手続準則第八〇条第二項）。

範 例

指 令

一 検事長へ報告のこと——

事項——ベッカーの偽証容疑にかかる取調手続。

委託によるものでない。

証拠資料——仮綴本一冊

製本一巻

文書二通

事件担当者 フェーデル検事

添附の一九五五年一月一九日付の異議申立書は、一九五五年一月二日の不起訴裁定書、書類の紙葉第四四——判事補ノイマン作成、検事フェーデル署名のもの——にたいして提出されたものである。当の宣誓は附帶書類、紙葉第二二七に収めてある。

異議申立書に新たに挙げてある証人ドゥルストは異議申立人自身の記述によれば問題の審理の際には居合わせたものでなく、単に或る参加者がそのことについて彼に話し聞かせたことに關して証言しようとするだけのものである。従つてこの者の陳述は尋問された証人たちの証言を無力化するに足りるものではない。このゆゑに本官は捜査を再開する必要があるものとは思わない。

新たに提起された窃盜の嫌疑については記録の返還を受けた後に捜査手続を開始するつもりである。

二 右の報告には証拠資料の他、書類、附帶書類、および異議申立書を添えること。

三 控えに収めること。

四 一カ月後。

日 附 検事正 自 署

異議が検事長のもとに提出され、検事長から報告および前の書類の添附の要求があつたとしても、その要求に応ずることを要するのは単に捜査を再開しない場合だけでなく、一般的には捜査再開について簡単な報告をするだけで充分である（刑事手続準則第八〇条第三項）。

検事長が異議の趣旨を認めたときには、その指示を手持記録に収めておかねばならない。また異議申立書および検事長の決定によつて効力を失なつた不起訴裁定書も最早や手持記録に収めてよい。

第四編 起 訴 (一)

(一) 本書、一二四頁に述べた予審の請求ももちろん起訴と見なされるものであるが、ただしその条件および目的においてこれとは異なるものがあり、従つてここではこれは取り扱わない。

A 条 件

刑法第一七〇条によれば、捜査により『充分の根拠』が得られたときには検事は公訴を提起する。どのような場合に充分な根拠が備わつたものとされるかについて、法律には詳細な規定がない。もちろん刑法第二〇三条によると、裁判所は被疑者が或る可罰行為につき『充分な嫌疑がある』ときには公判開始を決定しうることになつてゐる。これから考えると、検事は充分な犯罪の嫌疑があれば公訴を提起しうる権能がなければならないことになる。しかしながらそれから推して、検事はこの条件があれば公訴を提起しなければならない義務もあるとは言えないのである。ただし公訴の最後の目的は、或る刑法上の犯行について裁判所の判決を仰ぐことではなくて、むしろ裁判所をして有罪者にたいして刑を言渡させることにあるからである。もし被疑者にたいして有罪判決がなされる期待が甚だ稀薄であれば、検事としても起訴の必要はないわけである。従つてたとえ充分な、または差し迫つた犯罪の嫌疑があつたにしても、すなわち罪責について適当または高度の蓋然性があつたにしても、その他面においてしかしながら公判となつて

米の関係と近年における傾向を反映したものであるが、近年の家
庭裁判所の傾向を「自由権的人権を尊重して司法化」と捉えるの
は必ずしも正確とは言えない。

- (10) 東京弁護士会前掲論文七五—七六頁。
- (11) 同論文七六頁。
- (12) 同論文六九頁。
- (13) 芝池義一「行政手続と国民の権利」ジュリスト八五九号八〇
頁。
- (14) 芝池前掲論文八〇—八一頁。
- (15) 下山英二「行政手続と人権保障」ジュリスト増刊「憲法の争
点(新版)」一三三頁。
- (16) 早川武夫「適性法定手続」ジュリスト増刊「憲法の争点(新
版)」一三〇頁。
- (17) 同論文一三二頁。
- (18) 芝池前掲論文八二頁。なお憲法の適正手続の要請を制裁的処
分以外のものにも適用する余地につき、杉村敏正「行政手続法」
一〇三—一〇四頁。
- (19) 現行法には、手続的保障に関する判例形成を促す機能も十分
でなかったことが原田尚彦によって指摘されている——原田尚彦
「行政手続法25年——その回顧と展望——自由と正義三八卷一一号
五—六頁。
- (20) 杉村敏正「行政手続法制定の今日的状況——行政手続法草案
その後」法律時報五二卷二号六頁。
- (21) 杉村前掲論文九一—一〇頁。
- (22) 杉村前掲論文一二頁。
- (23) 張子仁「処分手続・規制の行政指導手続の問題点」公法研究
四七号二二八頁以下。

〔文献紹介〕

アルミン・カウフマン追悼論文集の 紹介 (一)

Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann,
Herausgegeben von Gerhard Dornseifer,
Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang
Schöne, Eberhard Struensee, Diethart Zi-
elinski, 1989.

刑法読書会
前野育三編

は し が き

本号から数回にわたって、アルミン・カウフマン (Armin Kaufmann) 追悼論文集所載の諸論文の紹介を行ないたい。
刑法読書会は、各会員が主として刑事法関係の外国文献を読
み、研究会において、それを紹介する形で研究活動を行なっ
てきた。その成果はさまざまな形で発表してきたが、まとも
った論文集やシリーズものについては、法学論叢、立命館法
学、同志社法学、電谷法学、甲南法学、警察研究などの誌上

アルミン・カウフマン追悼論文集の紹介 (一)

(24) 河野正輝「児童福祉法にもとづく行政処分に対する不服申立
はどうなっているか」佐藤進ほか編『児童福祉法50講』有斐閣双
書一九七六年、一三八頁。

(25) 東京弁護士会前掲論文二〇九頁以下。

(26) 東京弁護士会前掲論文二〇—二二頁。なお自動車運転免
許効力停止処分につき神戸地判昭四五・三・六、大阪高判昭四五
・八・一九、兩館地判昭四六・七・一三、福井地判昭五一・一・
二三、期間経過後にも法律上の利益ありと認めている。最判昭
五五・一一・二五は、名譽・信用等の人格的利益にもとづく訴え
の利益は否定するが、処分後一年間は訴えの利益を認める。

(27) 一定の手続を経て何らかの措置がとられる場合、その措置が
行政指導であれば、これに対して不服申立や取消訴訟を提起する
ことは、現状ではきわめて困難である。奈良中学校放火事件の場
合のような通知の欠如に対して不服申立や取消訴訟を提起するこ
とは一層困難であると思われる。

を借りて発表してきた。

今回掲載をお願いしたアルミン・カウフマン追悼論文集に
は、被追悼者の研究傾向を反映して、刑法解釈学に関するもの
が多いが、刑法史、刑法学説史に関するものや、刑事政策
に関連したものも含まれ、いずれも今日のドイツ (旧西ドイ
ッ地域) の刑事法学を代表する研究成果であって、紹介する
ことに十分な意義を見出せるものである。

なお、論文集所載の論文の大部分を紹介していく予定であ
るが、その順番は、かならずしも論文集の掲載順ではないこ
とをおことわりしておきたい。

(前野育三)

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

刑法及び刑事訴訟法における被害者の地位について

——刑法の任務の限界について——

Hans Joachim Hirsch: Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht

—über die Grenzen strafrechtlicher Aufgaben—, S. 699—722.

一、アルミン・カウフマンは、一九七九年、ラインラント＝ウエストフアレン科学アカデミーで行った講演で刑法の任務という基本問題を扱った。その講演では、刑法及び刑事手続における被害者の地位に明示的に言及してはいないけれども、以下に示すように、その論述の中には、右の問題の重要な側面を解明するための価値ある基礎が見出される。

二、六〇年代の行為者に焦点をあわせた再社会化陶酔は、そうとうするうちに、被害者陶酔によって代わられた。六〇年代においては、一面的な処遇イデオロギーに疑問を唱える者は反動的とみなされたが、こんどはそれと反対のイデ

オロギーに対し注意するよう警告する人々は同じ非難を受けやすい、といわざるをえない。被害者が法発展の中で次第にそしてついには全面的に刑事手続から排除されたのち、今日では被害者が再発見されたといわれるならば、それも正確ではない。というのは、被害者は、量刑のファクターとしても訴訟上の権利をもつ者としても、考慮の外におかれていたわけではないから（特定の罪種に限られるとはいえ、訴訟参加、私訴、その他、起訴強制手続ならびに付帯私訴手続をみよ）。六〇年代以前被害者の問題はそれほど真剣には考えられなかったが、激情にかられることなく行われた議論は、わが国では、主として、どのようにして証人尋問の際の被害者の保護が改善されるだろうかという問題と、民事上の損害賠償に関する付帯私訴手続が、被害者の利益のため、より実行可能なように形づくられるべきかという問題に、限られていた。

このことに注目するならば、以下のことが明らかとなる。すなわち、「被害者」というテーマへの現在の転換は、第一に、六〇年代の指導的な刑事政策家の一面的な行為者中心の視点の結果として生じた「信頼」（刑事司法が正義への期待に応えるという信頼）の後退によって呼び起された。この期待は、ドイツでは、手続打切りの広すぎると思われる、そし

てコントロールを備えない運用によって裏切られた。

(2) 刑事システムにおける被害者の地位の今日の積極的扱いとは原則として歓迎されうが、様々の重点を認識させる。例えば被害者の尋問に際しての手続上の保護の強化と並んで、手続上の積極的権利の拡大、例えば、起訴強制手続の拡張及び被害者の刑事訴訟への関与が注目されている。被害者に対する損害賠償を刑法上の制裁システム及び刑事手続の中へ組み込む熱心な努力もみられる。被害者等は、被害者の保護必要性的欠如の観点のもとで、可罰性の限界付けにとり組んでいる。

三、一九八七年の第一次被害者保護法は、次の点で、改正をもたらした。すなわち、証人保護の強化、被害者の訴訟上の情報入手権及び被害者に弁護人が付添う手段の改善、訴訟参加のカタログの拡大、附帯私訴手続の手続的要件との緩和及び、被害者との和解をえんとする犯人の努力を刑法四六条の量刑のために重要な事情のカタログに明示的に採用したこと、がそれである。

この改正は、準備を急ぎすぎたこと、それゆえにたいした成果を取めなかったと批判されている。今次改正よりもより重要で、解決の待たれている一連の問題がある。すなわち、起訴強制手続を「裁量による手続打切り」へも及ぼすこと、

アルミン・カウフマン追悼論文集の紹介

損害弁償の要素を刑法及び刑事訴訟にとり込むこと、私訴手続及び告訴権の改革ならびに被害者概念の精密化がそれである。とくに強調されねばならぬのは、その余の批判点である。

被害者保護立法法のイニシアティブとなった連邦政府の指導理念が問題となる。すなわち、被告人と被害者間の、限定的な「手続上の武器平等の回復」という目標がそれである。

被告人の手続上の保障を犠牲にして被害者の権利が拡張されるという結果にたやすくなりうるであろうこの奇妙な目的観に対し、すでにシュエネマンが反対しているが、それは印象的である。刑事訴訟上の関係において、被告人・被疑者と被害者の間には、武器平等はありえない。刑事手続の刑法的側面がすでに、国家の刑罰請求権の成立の問題に該するのであるしたがって、被告人はこの点ですべてが危険にさらされている当の者であり、これに反して被害者は、それに比べれば僅かが危険にさらされているにすぎない者なのである。かの指導理念は、法的に重要な視点を軽視して、主として、犯罪行為や刑事手続を犯人と被害者の間の単なる紛争という視点から理解できると言う社会学者の考えを過大評価しているとの印象をもつ。

四、本法が「第一次」被害者保護法とされていることから分るように、今後の改正が予定されている。しかし、そのた

めには、刑事法システムの中での被害者の地位が、基本原則の点でこれ迄以上に究明されることが前提になる。その際、二つのモデルを始めから除外することができる。一つは被害者の役割を、もっぱら警察の事件についての情報源及び訴訟における証人に、制限するものである。いま一つは、被害者を再び刑罰請求権の所持者にし、したがって被害者に唯一の訴権が委ねられるだろうモデルである。そんなことをすれば、それはずっと古い歴史的過去への逆戻りになるだろう。

今日重要なのは、むしろ、国家の刑罰請求権に基づく刑事法システムの中へ、被害者を機能を区別しつつ取り込むことなのである。

五、被害者の利益の軽視は、ドイツでは検察及び裁判所に
よる手続打ち切りの実務において、もっとも強くあらわれている。軽微事件における起訴法定主義の調整手段をなすという適切な機能を最初もっていた「軽微性を理由とする手続打ち切り」手段は、一九七五年の刑法改正以降、予期しない実際上の意義を獲得した。軽微犯罪の限界を越え中間的な重さの犯罪に迄及んでいること、刑罰一五三条aの導入により、慈善団体への寄附が手続打ち切りの要件たる賦課とされたこと、財産犯罪の場合は打ち切りの手続が容易になったことが、影響している。この手続打ち切りに対し、不服申立方法がないこと

が、それにつけ加わる。この種の手続打ち切りは、被害者にとつてしばしば「欲求不満」のたねである。

刑法一五三条aに対する原則的批判は別として、起訴強制手続の拡張、公判における手続打ち切りのばあいには適当な抗告手続が、学説によって、要求されている。起訴強制の手段や抗告の拡張だけでは、手続打ち切り要件が同時に法律上正確に限定されない限り、殆んど何も達成されないだろう。というのは、裁判所もすでに得られた自由裁量の味を覚えたからである。それにもかかわらず、法律改正は、はっきり浮び上って来ていない。司法行政当局は、おそらく訴訟経済上の理由から消極的態度をおし通し、またこの点で被害者支持団体も存せずまた学説の側での十分な政策的実行力もない。

六、現在の改正動向は、はたせるかな、他の領域に集中している。すなわち、被害者に対する損害賠償の領域に。

(1) 刑法典上の制裁領域において、弁償は、それが自由刑または罰金刑を緩和するか又はそれら無しで済ませることができようにする方法で組み込まれるべきことが問題となる。すでに、現行法上弁償にとくべつの役割が当てがわれている様々の規定がある。量刑原則に関する規定(刑法四六条二項)、執行猶予を可能にするための賦課として(刑法五六条)、ならびに少年刑法における懲戒手段として(少年裁判所法一

五條一項)。個々の規定はそれらがまず第一に、実体法上の問題であることを明らかにしている。ドイツでの主張者たちは、このテーマは、この範囲で、被害者に刑事手続における積極的権利をみとめる要求とむすびつけて考えてはいない。(2) 刑法典上制裁を定めるにさいして弁償の要素を始めから排除しないことが賢明であることは今日争いがないといつてよからう。だが、問題は、いかなる性質のものでありうるか又あることがゆるされるか、である。

(a) 国家の刑罰に、一般的に犯人と被害者の間の弁償ルールをおき代えようとする方向は、排除されうる。刑罰廃止論(Abolitionismus)——それは弁償思想の開拓者の中に一連の熱心な支持者をもっているが——は、国家の刑罰請求権に表現された社会の利益が否定されるであろうという結果になる。結果は、本質的には民法上の賠償義務からすでに生じるであろう損害賠償決定の利益のために刑法を排除することになるだけでなく、(被害者が存在するかしないかにより) 犯罪行為に対する制裁が異なってくる点で耐えがたい不平等にもなるろうし又行為者が被害者の圧力にさらされることにもなるだろう。

(b) より議論に値するのは、弁償の賦課が刑とみなされ、したがって伝統的な刑種と並んで、刑罰のカタログに採用され

うるであろうかどうか、である。学説が、被害者に加えられた物質的及び非物質的害の賠償の性格を指摘する限りで、たといそれが刑法典に規定されていても、慰謝料請求権を含めて民法上の損害賠償請求(権)が問題となっているのである。刑罰と民法上の賠償は事物の性質上区別されうるし、またレッテル変更によって操作されうるものではない。

(c) 刑罰の性格を正当にも否定するロキシンは、それでも、弁償を刑法のための予防的に可能な道具として刑法典上の制裁カタログに含ませ、そしてそれを一個独立のサンクションの形式においてすることが、刑罰目的から出てくると、考えている。彼は、たしかに、取り込みを可能にするため、新しい追加の刑罰目的を立てることをはつきり不当と考えているけれども、既存の刑罰目的からの演繹が可能であると、考えているのである。このために、ロキシンはいわゆる積極的一般予防を引き合いに出すのである。それから、その考えの一部として、統合的予防が出てくる。それは「満足(充足)効果を目指しているのだが、その効果は、犯人が、一般の法意識が法違反に関しておさまり、そして行為者との紛争を済んだものと見做すだけのことをしたならば、生じるのである」と。

カウフマンのいうように具体的刑罰の満足を与える任務は、一般公衆に対しては、正しい刑罰から結果する、法秩序の確

証に対する信頼にあるのである。被害者にとって重要なのは、犯人の正しい処罰によって得られる満足なのである。それに反して、被害者が賠償をうけることは、この目的の外に立つ異質なものである。したがってカウフマンが、かかる「第三の軌道」を問題として凡そのべなかったのは、偶然ではない。さらに、弁償を刑法の任務にとり込む考えのばあい、一方的に過去に向けられた広報刑の見地が再び活性化されるといふ印象を抑え切るのはきわめて困難であらう。

もしわれわれが刑罰目的から出発するならば、それは行為者に対し向けられた国家の刑罰請求権に關係していることがわかる。したがって、問題は、弁償に、制裁システムに対するこの視点の下で、いかなる意義が帰属することができかねるかの改心のしるしとして、悔悟の念の表現として、それとともに改善の途上の歩みとして刑法上の制裁システムの中で、考慮を求めている点が重要である。したがって、犯人の弁償に對する努力もまた考慮に入れられているのである。

したがってここでの改革問題は、すでに存在するカテゴリーを補充することにある。罰金のばあいにも、弁償の努力を執行猶予の要件として考慮に入れ、また弁償を条件として刑の一部の執行の免除を導入することも考慮に入れられるべきで

ある。そのほか、立法上、刑を留保してなす警告の適用範囲も拡張されるべきである。これに対して賠償給付を实体法上の阻却事由とするオースタリーの規定(刑法一六七条)はゆきすぎであり、且つあまりに硬直的であるように思われる。弁償は、むしろ、たと刑の量定又は執行の側面での修正にとって重要な行為者ファクターとして考慮される、それは今や間接的にのみ被害者の利益にも働きそして被害者のために役立たされう。

(d) 刑罰請求権と民事上の賠償請求権の競合も論じておく必要がある。重要なのは、国家の刑罰請求権の実行が、その範囲で一面的に被害者の利益の犠牲のもとで行われるのを避けて両者のうちのいずれに優先権を認めるべきかどうか、考量することである。実際には罰金刑の場合に、利益衝突は、弁償の優先が可能になるように、解決されう(刑訴四五九条a一項参照)。さらに、罰金刑のばあいにも、執行猶予を及ぼしそして弁償にむすびつけられた執行猶予の要件の下でのみ、刑の免除がなされることもなれば、それは適切であるだろう。

(e) 刑を科すばあいの行為者にとってプラスの事情としての弁償と、上記の衝突問題の二点を基準に考えるなら、刑法内在的解決と懸案の改正問題の限界付けが可能となる。この領

域を限界づけておくことが、固有の問題設立を認識しそして刑法上の面と民法上の面を区別しない混乱に終らないために必要である。

(f) 弁償の理論的側面と並んで實際上の有意性の問題も視野に入れるべきである。実際上の問題は、犯人が大抵は、弁償のために必要な資金を調達できない点にある。被害者の利益になるようにとの一例えば週末における労働給付も、労働法上及び税法上の理由からそう簡単にはゆかない。犯人が労働報酬から被害者に支払うことができるであろうその他の収入の手段も、二百万人と失業者のいることを考えるとむずかしい。又、弁償問題で、被害者と犯人が直接対立しているのは一慰謝料の主張は別として一実際上は稀なことである。身体傷害の場合、損害の補償請求権は、健康保険その他の保険に移行しており、また、財産犯罪のばあいには、盗難保険、家財保険・車輛保険の請求への移行が大きな役割を演じているのである。

七、テーマのその他の中心をなすのは、刑事手続への被害者の参加である。刑罰請求権に関して、刑法上の理由から、被害者に、証人としての役割を超える参加を、検察官と並んで認める必要性が生じるか?

(1) ここでは、まず第一に、action civile にみられるような

ゾルミン・カウフマン追悼論文集の紹介

一般的に積極的参加の可能性が、刑法上の理由から首尾一貫した解決策であるかどうか、が問題となる。刑事手続の任務として、まず第一に、行為者と被害者の間に存する紛争の解決、とりわけ「行為者—被害者—和解」を考える人々にとっては、被害者の一般的な積極的参加が必然的に生じるであろう。というのは行為者と被害者は、そのばあい、民事訴訟の当事者のように、対立するからである。

しかし、近代的刑事手続においては、公益を代表する國家の刑罰請求権が重要となる、その結果、参加のための説明として、さきの見解に依拠することはできない。むしろ、國家の刑罰請求権が、被害者の利益の侵害によってよび起されるという事情から、帰結として、一般的参加権を引き出すことが、考えられうる。しかしその(刑罰権の)存立と追及が被害者に依拠すべきではないというのが、まさしく私的な刑罰請求から公的な刑罰請求への移行の意味であったのである。この際とくに重要であるのは、刑事手続の客観化が達成されることである。復讐心とか感情は刑事訴訟から遠ざけられているべきである。したがって、連邦共和国においては、被害者の一般的参加権を導入する真摯な努力も存しない。

(b) わが国では、問題はむしろ訴訟参加(Nebenklage)に、すなわち訴訟参加の認められている事件(犯罪)の範囲内で、

刑法上の必要性が被害者が参加人の役割をすることに、賛成するかどうかに限定される。カタログからみて、補助訴訟参加は高度に人格的領域に関する犯罪についてみとめられているので、被害者の参加は、その者の特別の満足要求から帰結され、したがって実体刑法から演繹されると考えることができる。しかし、刑罰概念において顧慮されている満足利益とは、被害者に判決への参加によって満足を与えることではない。むしろ、この刑罰的側面は正しい判決を下すことによる満足にのみ関連しているのである。したがって、補助参加権のための客観的理由づけは、そのコントロール機能からのみ演繹されることができよう。高度に人格的領域を侵害する行為のばあいには、コントロールの側面がとくに重要である、というのはこのばあいには被害者の正義の要求が、その実現をより求めるからである。

他方で、補助参加権の保障は、たといそれが独立の原告の地位を意味しないで単なる参加権を意味するとしても、むしろ問題を生んでいる。補助参加を通して復讐心や感情的争いが、刑事手続に入ってくる。これに、ここでも、被害者の積極的権利、例えば証拠調中立権による訴訟遅延の懸念がつけ加わる。そのほか、被害者に弁護士がつく結果、被告人はたとい自分自身弁護人をもつとしても、彼に向けられた優

勢な相手 (Juristenübermacht) に直面する。したがって、被害者の満足要求から出てくるコントロール権に他の方法で顧慮が払われようかどうかという問題が出てくる。被害者に、これ迄の補助参加カタログの行為に下される判決に対する上訴権を与えることによって達成されようである。

他方、補助参加の廃止がしばしばいわれているが、それは時宜に適ったものではないだろう。

(2) ドイツ刑事訴訟法においては、損害賠償請求権 (Sclat den Schadensanspruch) の主張は、周知のように、さしたる役割を演じていない。その点では、被害者保護法による付帯手続の改善によっても殆んど何も変わらないだろう。さきにも述べたように、刑法的側面として決定的なのは、行為者が力の及ぶ限り、犯罪行為によって引きおこされた損害の賠償のために努力していることである。したがって、損害賠償の訴えの刑事手続への取り込みに当っては、民法上の請求権の主張に關しての訴訟経済上の理由だけが問題となるにすぎない。犯罪(行為)の刑法的側面と民法的側面が、一つの手続の中で処理されるならば、それは被害者にとって利益である。刑事裁判所での第二の訴訟ははじめから無しで済むから。刑事手続における主張は、検察官の積極的役割のために、ならび

に職権主義及び厳格な口頭主義のために、被害者にとっては、彼によって始動された民事訴訟よりもよりわずかな努力・出費を伴うにすぎない。

他方、刑事手続への被害者の積極的参加に、國家訴追主義 (Offizialverfahren) の基本理念が対立する。その理念には、原告の側から、刑事手続の客観化が行われるべきことが入る。とくに action civile の要当地域にみられるような刑事手続の主体としての復讐心にもえた被害者というものは、近代刑法の理想にはふさわしくない。これに、損害賠償問題では、往々額の大きさが大規模な証拠調を必要ならしめる、その結果民事裁判所への移送が必要なのである。

これらの観点を比較衡量するならば、実際には、刑事裁判官の有罪判決がある場合には (民法上の) 損害賠償請求が、付帯手続がなくても、原則として、理由の点で、争う余地がないことが、顧慮されねばならない。もっとも (刑事上無罪判決があっても) 危険責任が残っているとき、又は損害の額についての争いが残る場合があるが、そのばあいはいずれにせよ独立の民事訴訟が避けられないのだから、実際に残るのは、刑事の有罪判決があるに拘らず請求の理由になお争いがある場合だけである。それには、立法で、刑事裁判官の判決の民事裁判所への拘束力を認めることで対処される。

八、なおとりあげるべきは、前置される賠償手続といわゆる被害者学である。

(1) 告訴権は、最近の改正論議においては真摯には議論されていない。

(2) 目下話題となっているのは、刑事手続に、輕罪について一般的な調停手続 (Sühneverfahren) を前置し、そしてそこで被害者の和解を目標として、被害者に対する賠償給付によって、紛争の解決をなさんとする提案である。行為者が、この機会を利用しないときはじめて刑事制裁を伴う公判審理が可能とされる。この提案には、三つの仮定があるが、説得力がない。第一に、犯罪行為は、犯人と被害者との間の衝突にすぎないという、すでに却けられた考えである。第二は、ディパージョン思想をこのような形でわが国の成人刑法へ移入することができるという考えである。第三は、私訴手続に前置された調停が、手本となっている。しかし後者の場合には、刑事訴追の利益がすでに決定的に欠け落ちているという点で、違いがあるのである。その他、二般的調停手続の主張者は、行為者の防禦的地位を内部から徐々に弱らせることを看過している。つまり、行為者が賠償給付の用意ありと意思表示するならば、そこには往々自由が認められようだろう。それにも拘らず和解が成立しないならば、行為者の防禦的地

位は、著しく弱められる。

(3)最近流行となった被害者論は、実体刑法においていわゆる被害者—解釈論 (Vikimo-Dogmatic) を成立させた。被害者の法的地位の改善ということもいつているが、ここではそれと反対方向が問題となる。それに対して被害者が簡単に且つ無理でなく自らを守ることができたであろう行為には可罰性が否定されるべきだという。しかし、被害者学的—解釈論は、基本原則的意義をもつ理論的アプローチであるとの印象をもたれてはいない。ヒレンカンフが指摘したように、その背後にはむしろ量刑の観点がひそんでいるのである。さらに、個々の刑罰法規の目的論的解釈が問題となっているのである。

九、△要約▽六〇年代の刑事政策において視野になかった被害者が再び注目されることは歓迎できる。しかし、今、反対方向で、あらためて一面的な考察方法に陥るべきではなからう。行為者の正当な手続権や手続上の保障を犠牲として被害者の権利を拡大することも問題となつてはならぬし、刑法を行爲者と被害者の間の衝突(紛争)に限定してもならぬし、国家の刑罰を被害者への賠償給付によっておき代えてもならぬし、刑法と民事上の損害賠償請求権と混同してもならない。ここで批判された傾向の若干のものをより詳しく考えてみる。

るならば、擁護者たちはたしかに被害者保護の改善と言っているが、しかし、実際には、むしろそれをより悪化させるといふ疑問が生じる。犯罪行為により加えられた損害の賠償請求権は、刑法とは独立に、すでに民法により生じているのである。賠償を独立の刑法上の制裁にするならば、被害者にはそれ以上のものは与えられないのである。さらに、賠償が刑罰に代替できるならば、被害者の正当な利益は害されまたそうでなければ刑から生じるであろう一般予防は、将来の被害者の犠牲において、撤廃される。しかし、上記の眼界を明確に意識し、そして現行の刑法及び刑訴法のどの点が体系内的に改善を必要とするかの問題に集中するならば、なるほど今日の被害者論議には相当な誇張があるけれども、その代わりに、改革は一五年先でもなお採択されるチャンスをもつてあろう。

△本論文を読んで▽

さいごに、簡単に本論文についての感想を記しておこう。

(一九七九年第一次被害者保護法については、田口守一教授による当を得た紹介と的確な評価がある(田口守一「西ドイツにおける犯罪被害者の地位」刑法雑誌二九卷二号二二一頁以下)のでそれと参照されたい。ヒルシュの本論文も、右改正を踏まえた上での今後をにらんだ論文である)。

(1)第一次法にはいろいろ問題があるがそれはさておき、改革の待たれている問題は「裁量による手続打ち切り決定を起訴強制手続の対象に採りあげること、損害賠償の要素を刑法及び刑訴法にとり込むこと」の是非、被害者概念の精密化であるとする。

(2)第一次法の政府草案が指導的理念として掲げた、被告人と被害者間の、限定的「手続法上の武器平等の回復」は、奇妙な目的観だとする。重要な法的観点を軽視して、刑事手続を被告人と被害者の衝突の処理の観点から理解しようとする見解に疑問を提起しているのはもっとも注目される点である。被害者「被害者」概念の精密化が急がれるゆえである。

(3)被害者の利益の軽視を刑訴一五三条aの手続打ち切りに見ているのは、ドイツの主な刑法学者の見解と機を一にする。ドイツの刑事法学界において起訴便宜主義(とくに附随付起訴猶予制度)の運用にいかにか批判がつよいかをうかがわせる。それはともかく著者が、「手続打ち切りの要件をより明確化すること」及び「裁量による打ち切り」決定に対しコントロール手段として起訴強制手続の適用範囲を拡大すべしと言っているのは、十分納得がゆく。

(4)被害者に対する弁償の刑事法上の扱いの問題については、著者は可成り慎重である。弁償に実体法上刑罰代替作用を認

めることに否定的なのはうなづける。著者は既存の刑罰と並んで弁償を刑罰カタログに加えることも否定的である。弁償を刑罰に代わる予防的機能をもつ刑法上の制裁カタログに加えてもよいとするロキシンの主張にも反対である。この背後には、不法行為に対する刑事上の制裁と民事上の損害賠償の性格のちがいと役割分担をはっきりさせているべきだという考えがあるのであろう。結局刑事法上は、犯人の賠償のための努力を、量刑事情として、あるいは執行猶予にするかどうかの判断資料として、あるいは刑を免除するかどうか判断資料として考慮するにとどめている。

(5)刑事手続への被害者の参加。著者は、刑事手続への被害者の一般的積極的参加権の承認には反対である。補助参加の拡張のみが可能な方法だとし、そこでの被害者の役割はコントロール機能に限定される。被害者の私的な感情が刑事手続へ入ってくることへの警戒がそこにみられる。被害者に訴訟法上積極的権利を承認すると被告人は検察官・被害者及びその弁護士という優勢な相手に対峙せざるをえなくなることも危惧されている。著者は、訴訟参加事件の判決に対する被害者の不服申立権を考へるべきだとする。

(6)被害者の損害賠償請求権の刑事手続における実施について、付帯私訴手続があり、それなりの効用が認められるが、

それをさらに拡大することには著者は懐疑的である。むしろ、刑事の有罪判決の認定に、民事判決に対する一定の拘束力を認めることで十分で、現在以上に附帯私訴手続を拡張し、それへの被害者の積極的関与を広げる必要はないというのが著者の見解である。

(7)概して、被害者の刑事手続への参加権の(第一次被害者保護法以上の)拡張については、慎重であるのが本論文の特色といつてよいであろう。刑事手続を被告人と被害者間の紛争の処理と位置付け、そこから被害者の法的地位を引き出すことから被告人の法的権利の危殆化のおそれが生じることの指摘はうなづけるものがある。他方、軽微事件などで被告人・被害者間で紛争の処理があれば、国家はそれ以上刑罰を實現する必要がない場合のあることは否定できない。この側面——デイバー・ジョン側面——を刑事手続の中でどう位置づけるか、それとの関係では、弁償にも又被害者の一定の手続参加(例えば、調停前置)にも意味が与えられる場合があるのではないか、などについての論及はない。この点について、本論文にもっと踏み込んだ議論があったらと惜しまれる。

(光藤景皎)

クラウス・ロクシン「目的性と客観的帰属」

Claus Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, S. 237-251.

ここに紹介するのは、客観的帰属論者のロクシンが、目的的行为論と自己の客観的帰属論との比較・検討を行い、目的的行为論からの批判に反論を試みた論文である。とくに検討の対象となっているのは、イエシュエンク古稀祝賀論文集に収録されたカウフマンの「故意犯の場合の『客観的帰属』?」(Armin Kaufmann, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?, Festschrift für Jescheck, 1985, Bd. I, S. 251-272.)と「シートルエンゼーがJZ誌に掲載した『過失犯の主観的構成要件』(Eberhard Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, S. 53-63.)という二つの論文である。

前者で扱われるのは、たとえ雷に打たれることを期待して他人を森に送り出すという「因果関係の広義の相当性」が否定されるケース、および、殺人の故意で撃ったところ軽傷

アルミン・カウフマン追悼論文集の紹介

しか負わなかった被害者が病院の火災で死亡したという「因果経過の相当性(狭義の相当性)」が否定されるケースである。ロクシンは、これらはもっぱら客観的構成要件の問題であると主張する。

後者は、過失犯における行為者の現実の認識の位置づけを問題とするものである。シートルエンゼーは、過失の判断において、行為者の個人的な認識が決定的な役割を持つことを示し、これを過失犯の「主観的構成要件」たる「目的性」であるとして、過失犯の場合にも目的的行为論が貫徹できると主張したが、ロクシンは、行為者の認識に一定の意義を認めつつも、過失犯には「主観的構成要件」は存在せず、行為者の認識は客観的な帰属判断の要素にすぎない、つまり客観的構成要件の判断要素にすぎないと反論する。

本論文は、ロクシンの客観的帰属論と目的的行为論との関係、および彼の帰属論の本質を見極める上で大きな意義を有するものと思われる。以下、その内容を要約して紹介する。なお、各章の表題は、紹介者が便宜的に付したものである。

I (客観的帰属論の意義)

今世紀における刑法の体系構想の指導的基準の発展は、因果的思考から目的的思考を経て目的合理主義的思考への道と