

《研究ノート》

ドイツ附帯私訴手続の現在—コンメンタールおよび最近の裁判例—

松 川 実

《目次》

一 はじめに

二 逐条解説

1 ドイツ刑事訴訟法第四〇三条(附帯私訴の要件)

(1) 条文

(2) 解説

(3) 最近の裁判例

(ア) ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇六年五月二三

日決定「少年裁判所構成法事件(一)」

(イ) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇五年七月二三

日決定「少年裁判所構成法事件(二)」

(ウ) ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇二年二月三

日決定「教育思想事件」

(エ) ドイツ最高裁判所第五刑事法廷二〇〇二年一月二

八日決定「事実の同一性事件」

(オ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇一年七月一九

日決定「少年刑事件」

(カ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇〇年一〇月一

八日決定「差戻審付帯私訴申立事件」

2 ドイツ刑事訴訟法第四〇四条(附帯私訴の申立)

(1) 条文

(2) 解説

(3) 最近の裁判例

- (ア) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇五年八月二六日決定「申立非公式通知事件」
 - (イ) ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇四年七月九日決定「申立遅延事件」
 - (ウ) ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇二年二月二〇日決定「勝算見込み欠如事件」
 - (エ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇一年三月三〇日決定「共同公訴人補佐弁護士任命事件」
 - (オ) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷一九九九年一〇月一二日決定「後続判決事件」
 - (カ) ドイツ最高裁判所第二刑事法廷一九九九年三月二四日決定「経済的事情不提示事件」
 - (キ) ツバイブリュッケン高等裁判所二〇〇六年九月二一日決定「新弁護士報酬法適用事件」
- 3 ドイツ刑事訴訟法第四〇五条(和解)
- (1) 条文
 - (2) 解説
- 4 ドイツ刑事訴訟法第四〇六条(全部・一部判決)
- (1) 条文
 - (2) 解説
 - (3) 最近の裁判例
- (ア) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇五年六月三〇日決定「承認判決事件」
 - (イ) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇五年一月二七日決定「差戻禁止事件」
 - (ウ) ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇三年七月二九日決定「根拠明示義務違反事件」
 - (エ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇三年五月一五日決定「特別専門知識事件」
 - (オ) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇三年五月一三日判決「少年証言事件」
 - (カ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇二年一月一九日決定「国際私法事件」
 - (キ) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇二年一月六日決定「服役斟酌事件」
 - (ク) ドイツ最高裁判所第五刑事法廷二〇〇二年八月二一日決定「請求原因中間判決事件」
 - (ケ) ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇〇年二月二〇日決定「徹底責任事件」
- 5 ドイツ刑事訴訟法第四〇六条a(上訴)
- (1) 条文
 - (2) 解説
 - (3) 最近の裁判例
- (ア) ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇四年三月一七日判決「人身売買事件」

- (イ) ドイツ最高裁判所第五刑事法廷二〇〇二年八月二一日決定「請求原因中間判決事件」
 - (ウ) ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇〇年一月二五日決定「上告理由不備事件」
 - (エ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷一九九九年一月五日決定「人身売買事件」
- 6 ドイツ刑事訴訟法第四〇六条b(強制執行)

一 はじめに

被害者が刑事手続において犯罪行為者に対して民事上の請求権を主張行使する制度が、附帯私訴である。ドイツ刑事訴訟法では、第四〇三条から第四〇六条cまでに附帯私訴手続の規定が定められている。ドイツにおいても附帯私訴制度はほとんど死にかけた化石といわれてきたが、一九八六年二月一八日のドイツ被害者保護法制定に伴って大改革が行われた。しかし、それでも利用頻度は必ずしも高まらなかったといわれる。そこで、さらに二〇〇四年六月二四日に、ドイツ被害者保護法改革法により、これらの

- (1) 条文
 - (2) 解説
- 7 ドイツ刑事訴訟法第四〇六条c(手続の再開)
- (1) 条文
 - (2) 解説
- 三 まとめに代えて

規定はさらに拡充された(施行は二〇〇四年九月一日)。

ドイツの附帯私訴制度に関しては、筆者が現在、本誌で連載をしている「民刑事責任峻別論の崩壊(三)——ドイツの判例及び立法の新しい流れ——」でその概要を紹介したことがある(本誌第四八巻一・二号「二〇〇六年一〇月」三三二―三〇〇頁)。なぜなら、附帯私訴手続は民刑事責任の統一という思想に肯定的あるいは積極的であるからである。本稿は、前稿の補充を兼ねるものである。併せてご参照頂ければ幸いである。尚、本稿で紹介する最新の裁判例をみると、その大半は、二〇〇四年のドイツ刑

事訴訟法改正規定の施行日以前に発生した事件である。また当該規定につき、一九八六年から二〇〇四年の間に改正された規定はないようであるから、二〇〇四年九月一日以前の事件には旧法が適用されていることになる。考察上、その狭間の部分の埋め合わせが十分ではないが、少なくとも、本稿によって読者におかれては、ドイツにおける附帯私訴の現在を垣間見て頂けることができて頂ければ幸いである。

わが国でも、二〇〇七年一月三〇日、新聞報道によると法制審議会の刑事法部会の部会要綱が発表されたようである。^③ その詳細はまだつまびらかでないので、その検討やドイツ法との比較は本稿では見送らざるを得ない。

(註)

- (一) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz — Opfer-RRG) vom 24. 6. 2004 (BGBl. I S. 1354), <http://217.160.60.235/BGBL/bgbllf/bgbllf04s1354.pdf>

- (2) Otfried Ranft, Strafprozeßbrecht, 3. Aufl., Stuttgart u.a. 2005, 735 (Rdnr. 247f.).

- (3) 毎日新聞二〇〇七年一月三一日参照。尚、この法制審議会の刑事法部会の部会要綱に多大な影響力を与えたのが、全国犯罪被害者の会「附帯私訴制度案要綱」(二〇〇五年一〇月)である。

二 逐条解説

現行ドイツ刑事訴訟法第五篇「被害者の手続への参加」第三章「被害者への賠償」では、第四〇三条から第四〇六条cまでの七箇条を設けて、財産上の請求権行使について定めている。^④ これらの規定は、前述のように、二〇〇四年六月二四日の被害者保護法改革法によって大幅に拡充改正されているが、本章で紹介する割と新しい判決には、改正前の事件も含まれているため、各条には二〇〇四年改正法以前の旧規定も並記することにする。

1 ドイツ刑事訴訟法第四〇三条（附帯私訴の要件）

（1） 条文

（ア） 現行法（二〇〇四年九月一日施行）

「被害者またはその相続人は、被告人に対し、犯罪行為によって発生した財産法上の請求権を刑事手続、つまり簡易裁判所での手続で、その訴訟物の価格に関係なく、行使することができる。ただし、それが通常の裁判権の管轄に属し、まだどここの裁判所でも係属していない場合に限られる。」

（イ） 旧法³⁾

「（一） 現行法第四〇三条と同じ

（二） 被害者ないしはその相続人には、刑事手続について可能な限り早期に通知が送られなければならない。その通知には、被害者が刑事手続の中で自らの請求権を行使できる旨を含んでいなければならない。」

（2） 解説

旧法では第一項と第二項があったが、第二項は削除され、その規定は変更の上、ドイツ刑事訴訟法第四〇六条h第二項に移動している。尚、現行法と旧法第一項とは内容に変更はない。本条の立法趣旨は、訴訟経済に資し、附帯私訴手続によれば裁判所の手を何度も煩わせることが避けることができるだけでなく、裁判所での判断が分かれる危険を回避し、さらに附帯私訴申立人にとっても、刑事手続で民事法上の請求権を行使できるという便利さがあることである。しかし、附帯私訴手続は刑事手続の独立した部分ではない⁷⁾。そのため「事実審裁判官は、訴訟経済の観点からも、犯罪行為によって成立した法的債権債務関係は、原則として附帯私訴手続で被害者の利益のために完結的に処理してしまうように常に努力しなければならない」（ドイツ最高裁判所第五刑事法廷二〇〇二年八月二一日決定「請求原因中間判決事件」〔後掲〕、ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇二年十一月六日決定「服役斟酌事件」

〔後掲〕という。被害者とは、犯罪被害者であるが、附帯私訴手続の申立をする権利を有する。被害者が共同公訴人(Nebenklager)あるいは私人公訴人(Privatklager)として刑事手続に關与していない場合でもこの申立権がある^⑤。

ほかの場合とは違って、被害者には間接的な権利侵害があれば足りる。それには、土地の賃借人やドイツ民法第八四四条第二項^⑥によつて扶養を受ける権利を有する者などが挙げられている^⑦。申立人は原則として訴訟能力を有していることが必要である^⑧。しかし、後掲の最新の裁判例をみると、被害者が児童虐待の対象者であることが多い。その場合には法定代理人が代理して申立を行うことになる。

相続人もこの申立権を有するが、それを証明する文書(相続証書)を提示する必要がある。この相続人には、その相続人(つまり、孫)も含めてよい^⑨。ただし、特定承継人は含まれない。例えば、損害賠償請求権を移転される社会保険事業者や、民間の責任保険会社は特定承継人であつて、附帯私訴手続を申し立てることはできない^⑩。それ故、交通

事故を原因とする損害賠償等の請求には、附帯私訴制度はあまり適していないといわれる^⑪。破産管財人に申立権があるかどうかについては見解に激しい対立があるようである^⑫。

共同公訴の場合には、性的自己決定侵害、侮辱、遺棄、傷害、誘拐さらに殺人未遂が問われる犯罪事件に限定され^⑬、また、私人公訴の場合にも保護法益が個人の保護にある犯罪や知的所有權關連の犯罪に限定されているが、被害者の財産法上の請求の申立は、このような犯罪行為に限定がない。

「被告人に対し」とは、申立は被告人に対してなされなければならぬということである。例えば、交通事故の場合には、責任保険法第三条第二号によつて、保険会社も連帶債務者になっているが、この被害者等が保険会社に対してこの申立をなすことはできない^⑭。被告人は行動能力(自己の責任ある行動によつて權利を取得し義務を負うという法効果を發生させることのできる能力)を有していること

が必要であるが、必ずしも訴訟能力を有している必要はない。檢察官は、附帯私訴を申立する権限はない。¹⁹⁾

「犯罪行為によって発生した財産法上の請求権」とは、申立の対象が犯罪行為によって発生した財産法上の請求権であるという意味である。例えば、損害賠償請求権、慰謝料請求権、返還請求権や不当利得返還請求権、不作爲請求、取消権、確認請求などである。ドイツ著作権法上の違法複製物、あるいはその作成機器設備の破棄請求なども含まれる。労働法上の請求権については見解に争いがあるようであるが含まれない。もっとも、労働関係の不法行為から発生した損害賠償請求権が附帯私訴で申し立てられ、裁判所が労働裁判所の専属管轄を見過ごして、被告人に損害賠償義務を言い渡した場合には、その判決に既判力が生じてしまった場合には、その賠償義務は有効とされる。²⁰⁾

したがって、犯罪にならない行為によって、被害者が損害賠償請求権を取得しても本条の適用はない。また、財産法上の請求権は、訴追されている犯罪事実と同一性のある

事実に基づいて発生したことが必要である(ドイツ最高裁判所第五刑事法廷二〇〇二年一月二八日決定「事実の同一性事件」(後掲))。なぜなら、余罪のように、必ずしも同一性のない事実に基づいて発生した損害賠償請求権等に対して判決を下してしまった場合に、その余罪が後日、改めて刑事裁判に付される場合があり、そのような場合に二つの裁判所によって判断が異なる恐れがあるからである。

尚、慰謝料については、給付判決だけでなく、請求原因に関する中間判決(ドイツ民事訴訟法第三〇四条第二項)を下すこともできる(ドイツ最高裁判所二〇〇二年八月二一日決定「請求原因中間判決事件」(後掲))。

この「刑事手続」を行うのは、単独の刑事裁判官あるいは参審裁判所(Schoffengericht)²¹⁾である。簡易裁判所は原則として単人制の裁判所であり、参審裁判所は職業裁判官一名と参審員二名からなる市民が関与する裁判所である。²²⁾参審員は、アメリカの陪審裁判所の陪審員とは異なり、有罪あるいは無罪の判断だけでなく、職業裁判官と同一の権

限により審理及び判決言い渡しに関与する。それ故、参審員はドイツでは名誉裁判官職と呼ばれる。

差戻審の附帯私訴手続において初めて賠償請求権を行使しても、それは私法上の請求権の行使であるから、ドイツ刑事訴訟法第三五八条第二項でいう「行為の法的効果」には含まれず、不利益変更に該当しないので許されるとしている(ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇一年一〇月一八日決定「差戻審付帯私訴申立事件」(後掲))。

「簡易裁判所での手続で、その訴訟物の価格に関係なく」とは、民事事件の事物管轄は五〇〇〇ユーロ(約七五万円)以下の事件である(ドイツ裁判所組織法第二三条第一号)²³が、刑事事件の事物管轄は原則として自由刑四年未満の犯罪である(同第二四条第二項)。財産犯で軽微な犯罪はほぼ簡易裁判所で審理することが許される。例えば、器物損壊罪(ドイツ刑法第三〇三条)は二年以下の自由刑(または罰金、あるいは罰金を併科)が法定刑であるから、その多くは簡易裁判所で処理できる。また、窃盗罪(ドイツ刑法第

二四二条)は法定刑が五年以下の自由刑(または罰金、あるいは罰金を併科)であるが、その多くは、二年以上の自由刑が言い渡される可能性がないため、²⁶検察官はほとんどの事件を簡易裁判所に起訴しているようである。²⁷器物損壊罪であれ、窃盗罪であれ、簡易裁判所に刑事手続が係属している場合、被害者は財産上の請求権行使の申立をした場合には、簡易裁判所での民事事件の事物管轄、つまり請求額が五〇〇〇ユーロ以下という事物管轄上の制約は課されない(ドイツ刑事訴訟法第四〇三条第一項)。なぜなら、この民事法上の請求権も刑事手続の一部だからである。もともと、訴訟物の価格に関係がないとはいえ、附帯私訴手続で簡易裁判所に法外の額の請求が申し立てられたり、また法外な訴訟物の価値に対して被告人から無視できないような根拠で異議が申し立てられた場合には、裁判官はドイツ刑事訴訟法第四〇六条第一項第四文によって判断を見合わせるべきであるといわれる。²⁸

また、通常、訴訟物の価格が五〇〇〇ユーロを超える

と、ドイツ裁判所組織法二三条第一号によって地方裁判所が事物管轄をもつことになり、地方裁判所が扱う事件になれば弁護士強制が働く(ドイツ民事訴訟法第七八条第一項²⁹⁾)。しかし、この附帯私訴の場合には、五〇〇〇ユーロの上限が適用されないため、訴訟物の価格が五〇〇〇ユーロを超える場合でも簡易裁判所で扱われる可能性がある。それ故、附帯私訴手続は弁護士強制がなく、安価な訴訟形態といわれる。しかし、申立人が訴訟費用扶助を申し立てて、その支給により弁護士を付き添わせるために後述のように裁判事件が少なくないところを見ると、決して弁護士なしでは、附帯私訴の目的を達することが難しいのかもしれない。

この「刑事手続」からは、略式命令手続(ドイツ刑事訴訟法第四〇七条以下)は、公判は開かれないう限り、排除されると解されている。³⁰⁾なぜなら、ドイツ刑事訴訟法第四〇七条は、被告人が民事上の請求権の承認(認否)を予定していないからである。³¹⁾

「通常の裁判権」とは、簡易裁判所、地方裁判所、高等裁判所そしてドイツ最高裁判所(通常の裁判権の範囲では連邦において最高位の裁判所)によって行使される(ドイツ裁判所組織法第一二条)。また、すべての民法上の法紛争と刑事事件は通常の裁判所に属する。但し、行政官庁あるいは行政裁判所の管轄権が創設されたり、連邦法の規定に基づいて特別の裁判所が指定されたり、認容される場合には除かれる(ドイツ裁判所組織法第一三条)。ここでは労働裁判所の管轄に属する請求権についても含めるかには見解に差があるようであるが、労働裁判所が専属管轄権を持つ場合には前述のように除外される(BGH 3. 210)。

「まだこの裁判所でも係属していない」ことが要求される。訴えの提起によって訴訟係属すればいくつかの効力を生じる。つまり、すでに訴訟が係属していれば、第二の裁判所に同一の訴えが提起されても、第二の裁判所は手続きを打ち切らなければならない(いわゆる優先主義)。訴えが訴訟係属すればその後の手続進行は裁判所の支配に入る

ことになる。また、訴訟係属によつて、裁判所の審理および裁判の範囲は起訴状の記載された事実に限定され、また訴えによつて罪を問われる者についてしか及ばなくなる。少年裁判所構成法も本条と類似の規定を有しているが、少年あるいは青年であつて、少年裁判所構成法の適用をうける者には本条の適用はない。つまり、ドイツ少年裁判所構成法によれば、少年ないしは青年が、成人であれば一般の刑罰規定により刑罰を科されるような行為、つまり非行を行つた場合に適用されるが、少年とは行為時に一四歳以上一八歳未満、青年とは行為時に一八歳以上二一歳未満の者をいう(同法第一条)。少年裁判所構成法は主に少年を念頭に規定を設け、青年に関しては少年に適用される規定の一部を準用する形になっている。そして、少年裁判所構成法第一〇九条は、青年の場合に準用すべき、少年に適用される規定を羅列している。³³⁾ その中に、同法第八十一条があり、これはドイツ刑事訴訟法の被害者への財産法的請求権に関する規定を少年には適用しないと明言している。つま

り、少年裁判所構成法第八十一条(被害者に対する損害賠償)は、「被害者に対する損害賠償に関する刑事訴訟法の規定(ドイツ刑事訴訟法第四〇三条乃至第四〇六条c)は、少年に対する手続においては適用されない。」と定め、青年の場合にも、同第八十一条にも準用されているので、ドイツ刑事訴訟法上の財産法上の請求権に関する規定は、青年に對する手続においても適用されないこととなる(ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇六年五月二三日決定「少年裁判所構成法事件(一)」(後掲)、ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇五年七月一三日決定「少年裁判所構成法事件(二)」(後掲)、ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇一年七月一九日決定「少年刑事案件」(後掲)など)。

(3) 最新の裁判例

(ア) ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇六年五月二三日決定「少年裁判所構成法事件(一)」³⁴⁾

少年裁判所構成法の適用を受ける一八歳以上二一歳未満

の青年が被告人である場合に、少年裁判所構成法にも被害者のための損害賠償の規定があるが、一般の刑事訴訟法の財産法上の請求に関する規定を適用してもよいのかどうか³⁵が争われている。

ハーゲン地方裁判所は二〇〇五年九月三〇日、被告人（青年）に強姦四件、さらに以前の少年刑を斟酌して自由刑三年一〇月を命じた。同裁判所は、さらに附帯私訴手続において共同公訴人に対して慰謝料五千ユーロを支払うように命じた。これに対し、被告人は自らの形式的権利と実体的権利が侵害されたとして上告を申し立てた。

ドイツ最高裁判所は「上告は、有罪判決については刑事訴訟法第三四九条第二項³⁶という理由がない。それに対し、附帯私訴手続において下された判決は維持することができない。なぜなら、少年法が適用される青年の場合には、本件の場合にもそうであるが、少年裁判所構成法第一〇九条第二項第一文によって、同法第八一条の規定が適用されるからである。同第八一条によれば、刑事訴訟法第四〇三条

から第四〇六条³⁷の被害者の損害賠償に関する規定は適用されない。」として、ハーゲン地方裁判所の判決のうち共同公訴人が申し立てた慰謝料請求の部分だけを破棄した。

少年裁判所構成法には、損害の賠償等に関する規定がある。つまり、同第一五条によると、「（一）裁判官は少年に以下のものを科することができる。（１）能力に応じてその行為によって生じた損害を回復すること、（２）自ら被害者に謝罪すること、（３）労務を提供すること、あるいは（４）一定の金額を公共施設のために支払うこと。その際、少年に期待できないような要求をしてはならない。（二）裁判官は、以下の場合には、一定の金額の支払いしか命じてはならない。（１）少年が軽微な非行を犯し、且つ、一定の金額をその少年が独立して処分できる資産から支払うものと認められる場合、又は、（二）少年がその行為から得た利益あるいは、少年がその行為の対価として得た報酬であって、それがその少年から取り上げられな

ればならない場合。(三) 裁判官は、それが教育上の理由から必要な場合には、遵守事項を事後的に変更したり、遵守事項の履行を全部ないしは一部免除することができる。遵守事項を履行しないことに責任がある場合には、第一条第三項(指示に従わない場合の少年拘禁)が準用される。少年拘禁が執行された場合には、裁判官は遵守事項の全部ないしは一部を履行済みと宣告することができる。」という規定である。これがいわばドイツ刑事訴訟法あるいはドイツ刑法における財産法上の請求権ないしは行為者・被害者・和解に関する規定のモデルと言われているが、随所に少年のための教育的配慮が滲み出ている。本件のドイツ最高裁判所の判決は、確かに先例を踏襲し、ドイツ少年裁判所構成法の規定に忠実な解釈であるが、その実質的な根拠が明示されていない。

(イ) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇五年七月一日決定「少年裁判所構成法事件 (二)」³⁶⁾

本件の事実関係は不明であるが、二〇〇五年一月一日のモスバッハ地方裁判所が共同告訴人の財産法上の請求を認めた判決は被告人の上告により最高裁判所により破棄された事件である。上告審の判決に先立ち、二〇〇五年七月二日に連邦検事総局は以下のような申立書を提出した。つまり、「被告人の上告は、刑事訴訟法第三四九条第二項という理由がない。しかし、附帯私訴において下された判決はこのまま維持できるものではない。少年裁判所は被告人に対し青年として少年刑法を適用した。しかし、少年刑法によれば、少年裁判所構成法第一〇九条第二項第一文によつて同法八一条の規定が準用され、同八一条によれば、被害者への損害賠償に関する刑事訴訟法第四〇三条から第四〇六条cの規定が適用できないとされている」というものである。

ドイツ最高裁判所もこの連邦検事総局の申立書に追隨して、青年である被告人に、ドイツ刑事訴訟法上の規定に従つて財産法上の請求を認容した原判決を破棄した。

尚、本件のように、非行時に二一歳に近い青年にもドイツ刑事訴訟法の財産権法上の請求権に関する規定が適用できないのか、特に下級審判決では、これを認めるものが多いようであるが、ドイツ最高裁判所は一貫して否定している。もつとも、ドイツ少年裁判所構成法にも財産的請求権を認容する規定があるので、本件でもそれによって損害賠償等の支払が命じられたかは不明である。

(ウ) ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇二年一二月三日決定「教育思想事件」³⁷⁾

本件も、附帯私訴手続で青年へ慰謝料支払を命じた判決が、ドイツ少年裁判所構成法の規定に反しないかが争われた事件である。デッサウ地方裁判所は、強盗、重大な傷害、監禁のために、犯行時に二〇歳六月であった被告人に対し、ドイツ少年裁判所構成法第一〇五条第一項第一号³⁸⁾により二年六月の少年刑を言い渡した。さらに、被告人と上告しなかった三人の共同被告人は、連帯債務者として被害

者Dに対し四千マルクの慰謝料の支払うように命じた。

ドイツ最高裁判所は、デッサウ地方裁判所が少年刑を科したことを詳細に根拠を示しながら批判する。つまり、「地方裁判所は、少年裁判所構成法第一七条第二項³⁹⁾という責任の重大さを根拠に少年刑を科した。これは、確かにその法的根拠から異論を唱えることができない。しかしながら、少年法廷が刑の重さを根拠づけた考量には重大な法的疑念がある。責任が重大であるから少年刑が下される場合、その量刑には教育的観点⁴⁰⁾が優先しなければならない。それ故、地方裁判所の少年法廷の判決がその理由で明らかにしなければならぬことは、教育思想にあさわしい配慮を払い、そして少年刑の量刑の際には、刑罰の結果に対する行為不法の重さが、青年の更なる成長のために考量されたとしたことである。」と述べ、結局、ドイツ最高裁判所は原判決が量刑の際にこのような教育的観点を配慮したという事情が見られないとして破棄した。

さらに、ドイツ最高裁判所は地方裁判所が命じた二年半

の少年刑が本件被告人の人格発展の可能性を阻害すること
を力説する。つまり「地方裁判所の少年法廷が詳しく述べ
たことは、少年裁判所構成法第一〇五条第三項との関連で
第一八条第一項第一文によれば、少年刑の量刑の基礎にお
かれるべき刑の範囲は、六月から一〇年の少年刑となると
いうことである。少年法廷はこの刑の範囲の変動を正当化
する、責任軽減事由・責任阻却事由を確定しなかった。こ
の判決文では、地方裁判所が少年裁判所構成法第一〇五条
との関連で少年裁判所構成法第一八条第三項に反し
て、もっぱら一般刑法の量刑に関する諸原則に標準を当て
て、教育思想が必要とされるようには考慮されていなかった
という点に注目しなければならない。このような印象を
強くするのは、少年法廷が、成人で考慮されなければなら
ない量刑事項しか考慮していないということであり、さら
に、判決で下された二年半の少年刑は、『教育的理由から
も必要な制裁としては十分である』と型どおりにしか説示
していないことである。しかし、被告人を長期の禁固刑に

服させなければならぬような教育的必要を本判決から読
み取ることができない。このことは、本件では必ずしも自
明ではなく、詳細な説明が必要であろう。確認されたこと
ろによれば、被告人の人格の発展は、未決勾留からの釈放
後に、一貫して肯定的に推移してきた。明らかに被告人は
共同被告人のグループから離脱し、未決勾留からの釈放後
には、新しいパートナーと同居して安定した生活に入り、
妊娠もした。それ故、二年半とそこそこ長期の少年刑が終
了した時には、地方裁判所も認めていたように、被告人の
人格が肯定的に発展していく基盤が再び取り除かれてしま
うだろうということである。少年法廷はこのような状況を
十分検討した上で、行為の不法の重さと、被告人の更なる
人格の発展のために長期の拘留の終了後の悪影響を秤に掛
けなければならなかったはずである。」と指摘して、原判
決を破棄した。

次に附帯私訴の点でも、ドイツ最高裁判所は、連帯債務
者として被害者Dに四千マルクの慰謝料を支払うべきと

いう被告人の支払義務に関する原審の言い渡しは、そのまま維持することができないと判断した。その理由は、ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇五年七月一三日決定「少年裁判所構成法事件(二)」(前掲)と同様に、「少年刑法を適用する場合には、少年裁判所構成法第八一条との関係で同第一〇九条第二項は、青年に対する手続においても、刑事訴訟法第四〇三条から第四〇六条cの被害者の損害賠償に関する規定の適用を排除している」からであるという。つまり、少年裁判所構成法の当該規定の適用を優先させた訳であるが、その実質的な根拠は必ずしも明らかでない。

(エ) ドイツ最高裁判所第五刑事法廷二〇〇二年一月二八日決定「事実の同一性事件」^④

九件の背任容疑で、そのうち四件は商売上の賄賂、残り五件は脱税容疑の刑事事件で、被害者の申立により、附帯私訴手続が開始されたが、被害者が財産上の請求権を行使

した根拠は、被害者が実は被告人ではなく、全く別人との商品に関する「闇取引」とに関わるものであった。つまり、本件での争点は、背任罪で刑事上有罪とする際に、同時に附帯私訴手続において、被害者がその背任行為とは同一性のない別の行為に基づいて財産法上の請求をなすことが許されるか否かである。

ウッパール地方裁判所は被告人を九件の背任容疑で自由刑三年の有罪判決を言い渡し、附帯私訴手続では連帯債務者として二七一、五五五、八二ユーロ(さらに利息)を被害者に支払うことを命じ、その余の付帯私訴申立に関する判決は見合わせた。

それに対し、被告人は上告したが、ドイツ最高裁判所は、「附帯私訴手続は、犯罪行為およびその行為から生じる民事法上の請求権に関して、訴訟経済の要請に叶うように、有罪判決と同時に判決を下すことが許される。これは、附帯私訴手続によって、裁判所の手を何度も煩わせることが避けられ、裁判所での判断が分かれる危険を回避

し、さらに附帯私訴申立人にとつても、刑事手続で民事法上の請求権を行使できるという便利さがある。

しかし、本件で有罪判決が下されている犯罪行為と、(財産法上の)請求権の基礎にある事実関係との同一性がないにもかかわらず、付帯私訴手続を使つて、裁判所へ繰り返し財産法上の請求権を行使することは避けるべきである。なぜなら、意見が異なる判決が出て来てしまう恐れがあるからである。」という。

本件の事実関係は判決文からは必ずしも明らかでないが、本条第一項の「犯罪行為によつて発生した財産法上の請求権」の基礎は、刑事訴追されている犯罪事実と同一でなければならぬというのは極めて順当な解釈である。しかし、「審理および判決は、訴えによつて特定された行為および訴えによつて有責とされた者の範囲に限定される」(ドイツ刑事訴訟法第一五五条)とはいえ、検察官は、一個の罪の可分的な一部、または一個の行為によつて数個の罪名に触れる場合にも、一定の場合にはその一部だけを訴追

することができ(同第一五四条a第一項)ことから、犯罪事実と訴えによつて特定された行為とは必ずしも同じではないようである。

(オ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇一年七月一日決定「少年刑事案件」^①

リューベック地方裁判所は、二〇〇一年一月二二の判決で、被告人を殺人未遂と強盗未遂を犯したものとして六年の少年刑を命じるとともに、附帯私訴手続において共同公訴人に対し、自らの犯罪行為によつてすでに発生した物質的損害と非物質的損害と、将来に発生してくる恐れのあるそれらの損害を賠償するように命じた。それに対し、被告人が提出した上告を申し立てた。

ドイツ最高裁判所は、有罪判決は維持したが、附帯私訴手続で損害賠償を命じたリューベック地方裁判所判決を少年裁判所構成法第一〇九条第二項第一文及び同第八一条を根拠にして破棄し、上告を斥けた。これは、前掲のドイツ

最高裁判所第四刑事法廷二〇〇六年五月三日決定「少年裁判所構成法事件（一）」、ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇五年七月一三日決定「少年裁判所構成法事件（二）」、ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇二年二月三日決定「教育思想事件」と同じ判断である。

（カ） ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇〇年一〇月一八日決定「差戻審付帯私訴申立事件」^④

ドイツ刑事訴訟法第三五八条第二項によると、原判決が破棄され差し戻された場合に、差戻審では原判決よりも被告人に不利益に変更してはならないが、差戻審で初めて申立により附帯私訴手続が開始され、被害者の財産法上の請求が認容された場合に、ドイツ刑事訴訟法が禁止する不利益変更にならないのが争われた事件である。

そもそも、一九九九年一月一七日に、本件につき、ドイツ最高裁判所第三法廷が原判決を破棄し、事件をオルデンプルグ地方裁判所に差し戻した。その差戻審において、

初めて附帯私訴手続が開始され、二〇〇〇年四月一日、被告人に慰謝料支払を命じる判決（基本判決）が下された。それは不利益変更であるとして、被告人は上告したが、ドイツ最高裁判所第三刑事法廷は、差戻審で「初めて、附帯私訴手続において被害者に慰謝料を認めることは妨げない。賠償請求は私法であるので、刑事訴訟法第三五八条第二項にいう「行為の法的効果」は問題とならないからである」と理由づけた。これは通説の見解に従った判決である。

（註）

- （４） SPO vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319).
- （５） 旧法の第四〇三条には第二項があったが、二〇〇四年六月二四日の被害者保護法改革法によって、第二項の規定は変更のうえ、刑事訴訟法第四〇六条hの第二項へ移動している。
- （６） Ranft, 前掲注（２）735 (Rdnr. 2476).
- （７） Michael Lemke / Karl-Peter Julius / Christoph Krehl / Hans-Joachim Kurth / Erardo Cristoforo Rautenberg /

- Dieter Temming, Heidelberg Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., Heidelberg 1999, §403 Rdnr. 3 (S. 1535).
- (8) Klaus Volk, GRUNDKURS StPO, 5. Aufl., München 2006, 338 (Rdnr. 31); Lutz Meyer-Großner, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 49. Aufl., München 2006, §403 Rdnr. 2 (S. 1354); Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §403 Rdnr. 2 (S. 1535).
- (9) ドイツ民法第八四四条第二項(死亡の場合の第三者の賠償請求権)「死亡した者が侵害の当時第三者に対して一定の関係にあり、その関係から法律に基づき第三者に扶養義務を負っていたか、あるいは負う可能性があり、さらにその死亡によって第三者が扶養を求める権利を失った場合には、賠償義務を負う者はその第三者に対して損害賠償を、死亡した者が推定存命期間負うはずであった扶養義務の限度で年金制によって給付しなければならぬ。この場合、第八四三条第二項から同第四項までの規定が準用される。第三者が侵害の当時胎児であった時も同じとする。」
- (10) Volk 前掲注 (8) 338 (Rdnr. 31).
- (11) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §403 Rdnr. 5 (S. 1536).
- (12) Meyer-Großner 前掲注 (8) §403 Rdnr. 3 (S. 1354).
- (13) Volk 前掲注 (8) 338 (Rdnr. 31); Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §403 Rdnr. 4 (S. 1536).
- (14) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §403 Rdnr. 7 (S. 1536).
- (15) Meyer-Großner 前掲注 (8) §403 Rdnr. 3 (S. 1354)によれば、破産手続開始後に破産者が被害を蒙った場合には認めようという(LG Stuttgart NJW 1998, 322 参照)。その場合には、破産管財人が申立権者となる。
- (16) ドイツ刑事訴訟法第三九五条(共同公訴)「すでに提起された公訴に、以下の者は共同公訴人として参加することができ。一、(a) 刑法第一七四条〜第一七四条c、第一七六条〜第一八〇条、第一八〇条b、第一八一一条、第一八二条(性的自己決定侵害)(b) 刑法第一八五条〜第一八九条(侮辱)、(c) 刑法第二二一条、第二二三条〜第二二六条、第三四〇条(遺棄、傷害)、(d) 刑法第二三二条〜第二三五条、第二三九条第三項及び第四項、第二三九条a、第二三九条b(誘拐)にいう違法な行為によって侵害された者、二、刑法第二二一条、第二二二条(殺人)にいう違法な行為の未遂によって侵害された者、三、裁判所の決定(本法第一七二条)への申請により、公訴の提

起に参加した者(以下略)。」

- (17) ドイツ刑事訴訟法第三七四条(私人公訴)「(一) 私人公訴の方法で、檢察官による事前の要請を必要とすることなく、被害者によって起訴されることができる。(1) 住居平和侵害罪(刑法第一二三条)、(2) 侮辱罪(刑法第一八五条乃至第一八九条)、(3) 親書の秘密侵害罪(刑法第二〇二条)、(4) 傷害罪(刑法第二二三条)、(5) 脅迫罪(刑法第二四一条)、(5 a) 贈賄罪(刑法第二九九条)、(6) 器物損害罪(刑法第三〇三条)、(7) 不当競争防止法第四條、第六條 c、第一五條、第一七條、第一八條、第二〇條に挙げる罪、(8) 特許法第一四二條第一項、意匠法第二五條第一項、半導体保護法第一〇條第一項、品種保護法第三九條第一項、商標法第一四三條第一項、第一四三條 a 第一項、第一四四條第一項及び第二項、実用新案法第一四條第一項、著作權法第一〇六條、第一〇八條、第一〇八條 b 第一項及び第二項、KUG 第三三條に挙げる犯罪行為。(二) 私人公訴は、告訴する権限を有する者によって、被害者と共に、あるいは被害者を代理して提起されることができる。刑法第七七條第二項という者は、それらの者よりも前に権限のある者が告訴を提起した場合には、私人公訴を提起することができる。(以下略)」
- (18) ドイツ責任保険法(Pflichtversicherungsgesetz)第三條(連帶債務)「第一條によって責任保険に關しては、保

險法に關する法律第一五八條 c から第一五八條 f の代わり以下の特別規定が適用される。……第二号第三者が第一号によって損害賠償請求權を保險者に対しても行使できる場合には、保險者と賠償義務を負つた保險契約者はとともに連帶債務者として責任を負う。……(以下略)」

- (19) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注(7) §403 Rdnr. 6 (S. 1536).
- (20) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注(7) §403 Rdnr. 11 (S. 1537).
- (21) ドイツ裁判所組織法第二二條(簡易裁判所)「(一) 簡易裁判所は単独裁判官によって執行される。……(四) 簡易裁判所の各裁判官は、法律に別段の規定がない限り、課された職務を単独制の裁判官として処理する。」
- (22) ドイツ裁判所組織法第二八條(簡易裁判所と參審)「簡易裁判所の管轄に屬する刑事事件の審理と判決には、刑事裁判官が判決を下さない限り、簡易裁判所の參審裁判所が構成される。」
- (23) ドイツ裁判所組織法第二四條(簡易裁判所における刑事事件の管轄)「(一) 刑事事件では、簡易裁判所は、以下の場合を除いて管轄權がある。(1) 第七四條第二項あるいは第七四條 a によって地方裁判所の管轄權、あるいは第一二〇條によって高等裁判所の管轄權が定められている場合。(二) 個々の事件で最高刑が自由刑四年以上、ある

いは、被告人を精神病院への収容(刑罰付きもある)、あるいは被告人を保安拘留(刑法第六条、第六条b)へ収容することが予想される場合。(3) 検察庁が、犯罪行為の被害者であつて証人として考えられる者を保護する必要性が特別に高いため、あるいは事件の特別な範囲ないしは特別な意味のために、地方裁判所に訴えを提起した場合。(2) 簡易裁判所は、四年以上の自由刑と被告人を精神病院への収容(刑罰付きもある)、あるいは保安拘留へ収容することを言い渡すことができない。」

(24) ドイツ裁判所組織法第七六条第一項(地方裁判所の刑事法廷)「刑事法廷は、裁判長を含め三人の裁判官と二名の参審員(大きい刑事法廷)と、刑事裁判官あるいは参審裁判所の判決に対する控訴に関する手続では、裁判長と二名の参審(小さい刑事法廷)から構成される。公判以外の判断には参審員は関与しない」。したがって、ドイツでは、簡易裁判所および地方裁判所において市民が刑事手続に関与する法廷は三種類ある。(1) 職業裁判官一人と参審員二人から構成される簡易裁判所での参審裁判所(Schöffengericht)、(2) 職業裁判官一人と参審員二人から構成される地方裁判所での「小さい刑事法廷」と呼ばれる参審裁判所、(3) 原則として、職業裁判官三名と参審員二名から構成される地方裁判所での「大きい刑事法廷」と呼ばれる参審裁判所(Schwurgericht)である。「小

さい刑事法廷」は、控訴審裁判所として控訴に対して審理・判決を下す裁判所である。「大きい刑事法廷は」は特定の重大な犯罪(殺人、致死を伴う結果的加重犯)のみ第一審裁判所として審理判決を下す裁判所である。尚、大きい刑事法廷の参審裁判所判決に対する上訴はドイツ最高裁判所へしか許されない。

(25) ドイツ裁判所組織法第二三条(事物管轄)「簡易裁判所の管轄は、民事訴訟において、訴訟物の価値を考慮して地方裁判所へ割当られない限り以下のものを含む。(一) 請求の対象の金額ないしは金銭的価値が五千ユーロを超えない紛争。(以下略)」

(26) ドイツ裁判所組織法第二五条(私人公訴)「簡易裁判所の裁判官は、刑事裁判官として以下の軽罪を判決する。(一) それが私人公訴で訴追されている場合、(二) 二年以上の自由刑が言い渡される可能性がない場合。」私人公訴の場合には、傷害罪(ドイツ刑法第二二三条)の法定刑が五年以下の自由刑(または罰金、あるいは罰金を併科)であるほかは、だいたい二年から一年の自由刑が法定刑である。二年以上の自由刑が科される可能性があるときは、検察官は簡易裁判所の参審制に持ち込むこともあるようである。

(27) Vgl. <http://www.amtsgericht-lueneburg-niedersachsen.de/Strafgericht.htm>

- (28) Meyer-Großner 前掲注(8) §403 Rdnr. 11 (S. 1355).
- (29) ドイツ民事訴訟法第七八条(弁護士訴訟)「(一) 地方裁判所では当事者は一つの簡易裁判所あるいは一つの地方裁判所で許可された弁護士に代理させなければならない。高等裁判所では当事者は一つの高等裁判所で許可された弁護士に代理させなければならない。一つの州で裁判所組織法施行法第八条に基づき州最高裁判所が設立されている場合には、当事者は州最高裁判所では一つの高等裁判所で許可された弁護士に代理させなければならない。連邦最高裁判所では、当事者は連邦最高裁判所で許可された弁護士に代理させなければならない。第二文から第四文は家族事件の関与人および関与する第三者にも準用する。」
- (30) Meyer-Großner 前掲注(8) §403 Rdnr. 12 (S. 1355).
- (31) Uwe Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Berlin u.a. 2006, 347 (Rdnr. 990).
- (32) 肯定するものとして、Werner Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2005, 347 (Rdnr. 598).
- (33) ドイツ少年裁判所構成法第一〇九条(青年に対する手続)「(一) 少年刑事手続に関する規定(第四三条から第八一条)のうち、青年に対する手続では、第四三条〔捜査の範囲〕、第四七条 a〔少年裁判所の優先順位〕、第五〇条〔審判への被告人等の出席〕第三項および第四項、第六八

条〔必要的弁護〕第一号および第三号、第七三条〔観察のための収容〕が準用される。少年審判補助機関及び適切な場合には学校に対しても、手続の開始及び結果につき通知がなされる。それらの機関は、被疑者に対しさらにほかにも刑事手続が係属していることを知った場合には、検察官に報告する。青年の利益のために必要である場合には、公開を中止することができる。(二) 裁判官が少年刑法(第一〇五条)を適用する場合には、本法の第四五条〔訴追の見合わせ〕、第四七条〔裁判官による手続の中止〕、第一項第一文第一号、第二号及び第三号、同第二項、同第三項、第五二条 a〔少年拘禁における未決勾留の考慮〕、第五二条 a〔少年刑における未決勾留の算入〕、第五四条〔判決理由〕第一項、第五五条乃至第六六条〔上訴手続、保護観察のための少年刑の延期の手続、少年刑の宣告猶予の手続、補充的裁判〕、第七四条〔費用及び立替金〕、第七九条〔略式命令及び迅速手続〕第一項、第六一条〔被害者に対する損害賠償〕が準用される。第六六条〔数個の有罪言渡における確定判決の補充〕は、措置あるいは少年刑の統一的な確定が第一〇五条〔青年に対する少年刑法の適用〕第二項によって行われない場合にも適用される。第五五条〔裁判に対する不服申立〕第一項及び第二項は一般手続法の迅速手続において判決が下される場合には適用されない。〔以下、省略および注

釈・筆者」]

- (34) BGH 4 StR 145/06 — Beschluss vom 23. Mai 2006 (LG Hagen), HRRS-Nummer: HRRS 2006 Nr. 540.
- (35) ドイツ刑事訴訟法第三四九条第二項(決定による上告棄却)「(一)上告裁判所は、上告申立に関する規定、あるいは上告申立の提出に関する規定に従っていないと認めるときは、その上告を不適法として棄却することができる。(二)上告裁判所は、檢察官の理由を付した上告棄却の申立につき、全員一致で上告は明らかに理由がないと認めるときには決定で上告を棄却することができる。(三)檢察官は、申立を第二項によって棄却する場合には理由を附して上告申立人に通知する。上告申立人は、二週間以内に書面による答弁書を上告裁判所に提出することができる。(四)上告裁判所は、被告人のために提起された上告を全員一致で理由があるものと認めたときは、決定で原判決を破棄することができる。(五)上告裁判所は、第一項、第二項または第四項を適用しない場合には、上告に対しては判決で裁判する。」
- (36) BGH 1 StR 226/05 — Beschluss vom 13. Juli 2005 (LG Mosbach), HRRS-Nummer: HRRS 2005 Nr. 595.
- (37) BGH 4 StR 426/02 — Beschluss vom 3. Dezember 2002 (LG Dessau), StV 2003, 458.
- (38) ドイツ少年裁判所構成法第一〇五条(青年に対する少年刑法の適用)「(一)青年が一般の規定によれば刑罰を科される恐れのある非行を行った場合には、裁判官は、以下の場合には、少年に適用すべき第四条から第八条、第九条第一号、第一〇条、第一一条及び第一三条から第三二条の規定を準用する。(一)生活環境も考慮し、行為者の人格の全体を評価すると、行為者が行為の当時、その道徳的・精神的成長からみてまだ少年と同等であるということが判明すること、(二)行為の種類、状況、動機によれば少年非行が問題となっていること。(二)青年が犯罪行為の一部を理由として一般刑法によりすでに既判力をもった有罪の言渡しを受けている場合であっても、第三条第二項第一文及び第三項を適用することとする。(三)青年に対する少年刑の上限は、一〇年とする。」
- (39) ドイツ少年裁判所構成法第一七条(形式と要件)「(一)少年刑は少年刑務所において自由を剥奪するものである。(二)裁判官は、行為に際だった少年の有害な性向のために、教育処分又は教育のための懲戒処分では十分でない場合、あるいは責任が重大であるために刑罰が必要である場合には少年刑を科すものとする。」
- (40) BGH 5 StR 381/02 — Beschluss vom 28. November 2002 (LG Wuppertal), NSZ 2003, 321. 同決定は、*vor*に、「ドイツ刑事訴訟法第四〇三条第一項第一文によると、被害者は「犯罪行為から発生した財産法上の請求」

を刑事手続きにおいて行使することができる。地方裁判所が被告人に対して、本件で有罪判決を宣告された犯罪行為を原因として、付帯私訴申立人に損害賠償の支払を命じたが、その損害賠償額は既に支払い済み分を差し引いて一六一、四〇五・五六ユーロに過ぎない。地方裁判所とすれば、更なる訴えの請求があったとすれば、判決を下すことは見合わせなければならなかったはずである。」と云う。

(41) BGH 3 StR 165/01 — Beschluss v. 19. Juli 2001 (LG Lübeck), <http://dejure.org>.

(42) BGH 3 StR 426/00 — Beschluss v. 18. Oktober 2000 (LG Oldenburg), <http://dejure.org>.

(43) ドイツ刑事訴訟法第三五八条(破棄判決の拘束力、不利益変更禁止)「(一) 事件をさらに審理と判決をするために差し戻された裁判所は、判決が破棄された基礎となった法的判断を自らも判決の基礎としなければならない。(二) 被告人だけが上告し、または被告人のために検察官若しくはその法定代理人が上告した場合には、行為の法的効果である種類と高さの点で、原判決よりも被告人に不利益に変更してはならない。但し、この規定は、精神治療施設または禁絶施設への収容を命ずることを妨げない。」

2 ドイツ刑事訴訟法第四〇四条(附帯私訴の申立)

(1) 条文

(ア) 現行法(二〇〇四年九月一日施行)

「(一) この請求権を行使するには、申立が必要であるが、その申立は、書面で、あるいは書記官が記録するために口頭で、あるいは公判においては、最終弁論が始まる前であれば、口頭でもなすことができる。この申立は、請求をなそうとする対象とその根拠を明示しなければならない。また、それには証拠方法が含まれていることが望ましい。この申立が、公判外でなされた場合には、その申立は被告人に送達される。」

(二) この申立をなすと、それは、民事法上の紛争の訴えの提起と同じ効力を有する。その効力の発生は、申立が裁判所に到達したときである。

(三) 公判開始前に申立がなされた場合には、その申立人には公判の場所と時間が通知される。公判に参加できるのは、この申立人と、その法定代理人と配偶者、あるいは

申立権者の生活同居人である。

(四) この申立は、判決の言い渡しまで撤回することができる。

(五) 申立人と被告人には、訴えが提起された以降速やかに、申立により、民事訴訟におけると同一の規定により訴訟費用扶助が認められることがある。民事訴訟法第二一条第二項は、被告人が弁護人を有する場合には、その被告人には同じ弁護人が付けられるべきであるという条件をつけて適用される。公判において弁護士の援助を受ける申立人については、同じ弁護人が付されるべきである。この判断に管轄があるのは、その事件を担当する裁判所である。その判断に対しては、不服を申し立てることができない。」

(イ) 旧法

「(一) 現行法第四〇四条第一項に同じ」

(二) この申立をなすと、それは、民事法上の紛争の訴

えの提起と同じ効力を有する。〔第二文はなかった〔注釈・筆者〕〕

(三) 現行法第四〇四条第三項に同じ

(四) 現行法第四〇四条第四項に同じ

(五) 申立人と被告人には、訴えが提起された以降速やかに、申立により、民事訴訟におけると同一の規定により訴訟費用扶助が認められることがある。民事訴訟法第二一条第二項第一文は、被告人が弁護人を有する場合には、その被告人には同じ弁護人が付けられるべきであるという条件をつけて適用される。公判において弁護士の援助を受ける申立人については、同じ弁護人が付されるべきである。この判断に管轄があるのは、その事件を担当する裁判所である。その判断に対しては、不服を申し立てることができない。〔「第一文」が現行法では削除〔注釈・筆者〕〕

(2) 解説

(ア) 第一項

「申立」とは、裁判所が職権で審査する手続的要件の一つであるが、この申立は附帯私訴の独特の手続要件である。⁴⁴⁾しかし、その申立の形式および内容は、通常の訴えの場合と差がない(例えば、ドイツ民事訴訟法第二二三条、第四九六条以下)⁴⁵⁾。この申立は、書面でも、裁判所書記官が記録するように提出すればよい。公判中であれば、裁判調書に記録されるので、口頭でもよい。前述のように他に法的に賠償責任を負う者がいたとしても、申立は被告人に向けてなされなければならない。さらに、申立には、請求の対象とその根拠を特定して記載しなければならない。さらに、申立には、証拠方法も提示することが要請されている。金銭の給付を請求する場合には、通常、申立には金額を提示するが、専門家の鑑定を必要とする場合、あるいは慰謝料のように最終的には裁判官の裁量によって決定する場合には、必ずしも金額提示は必要でない。⁴⁶⁾金銭の給付

を請求する場合にはそれに対する利息を請求することもできる(ドイツ民事訴訟法第三〇八条第一項(処分権主義)参照)。⁴⁷⁾請求の根拠とは、申立を納得させ得るすべての事実をいう。⁴⁸⁾仮にそのような事実の提示がない場合には、裁判所は補充に努めなければならない(ドイツ民事訴訟法第一三九条参照)。⁴⁹⁾証拠方法の提示も望まれるが、それがなくとも、職権による証拠調べがある(ドイツ刑事訴訟法第二四四条第二項)。⁵⁰⁾つまり、証拠調べは、ドイツ民事訴訟法ではなく、ドイツ刑事訴訟法の規定(ドイツ刑事訴訟法第二二六条から第二七六条)によって行われる。⁵¹⁾したがって、申立人が果たして被害を蒙っているのか、請求権の法的要件を充足しているのかどうかという判断に不可欠な事実、裁判所が職権で調査しなければならない。そのため、申立人にとってみれば、民事訴訟とは違って、証拠の提出義務もないという利点がある。⁵²⁾この申立はそれが裁判所に到達してその効力を発生するが、告訴をした時に検察官に対して提出することもできる。⁵³⁾審級ごとの終結判決を

予定した最終弁論が始まった以降は、この申立はできない。したがって、実質的には第一審で遅延したため提出できないとしても、控訴審の最終弁論開始以前であれば申立を提出できる。また、損害賠償に関しては、損害額の認定だけでなく因果関係の認定にも、ドイツ民事訴訟法第二八七条⁽⁵⁴⁾によって、最終的には裁判官の裁量権が働くことになる⁽⁵⁵⁾。上告審ではこの申立は許されないが、上告審が事件を控訴審に差し戻した場合、その差戻審において初めてこの申立をすることは許される⁽⁵⁶⁾（ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇〇年一〇月一八日決定「差戻審付帯私訴申立事件」〔前掲〕）。

(イ) 第二項

この申立は、民事裁判所への訴えの提起と同じ効力を持ち、事件が裁判所に係属したことになる（本条第二項）が、その時点は、本条第二項の文言によれば、裁判所への到着時ということになるが、判例は被告人への送達時と解して

いるようである。なぜなら、ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第二項が申立提出に民事訴訟における訴えの提起と同じ効果を認めること、ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第一項第三文によって、口頭弁論外での申立提出の場合には、ドイツ民事訴訟法第二五三条によると同様に、被告人への送達が強制的に必要であるからである（ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇四年七月九日決定「申立遅延事件」〔後掲〕）。仮に、この申立が被告人に送達されなかった場合には、その附帯私訴の申立に対する判決は破棄を免れないからである（ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇五年八月二六日決定「申立非公式通知事件」〔後掲〕）。

(ウ) 第三項

申立人が事前に申立をなした場合には、公判の場所と期日が通知される。この通知の形式と期限については特に定めがない⁽⁵⁸⁾。公判には申立人のほか、本項で定められた人物が参加できる。申立人は通常証人でもあるが、証人とは

違つて公判に出席する権限がある。申立権者の生活同居人には同性の同居人も含む。^④ 弁護士強制はないが、申立権者は公判に自らを弁護士あるいは他の任意代理人に代理させることができる。また弁護士を補佐のために同席させることもできる。しかし、附帯私訴手続では、簡易裁判所だけでなく、地方裁判所および高等裁判所でも弁護士強制はない。^⑤

（エ） 第四項

申立の撤回は、控訴審でも判決言い渡し前であれば可能である。撤回には被告人の同意は不要である。撤回したからと言つても、再度、同じ手続で申立をすることも、また民事裁判所に訴えを提起することも可能である。^⑥

（オ） 第五項

本項は訴訟費用扶助について規定するが、まず、訴訟費用扶助制度の概括を考察することになる。訴訟費用扶助と

は、自らの資産では裁判を行うことができない国民を財政的に支援する制度である。訴訟費用扶助が支援の対象とする範囲は、訴訟経費と弁護士費用である。^⑦ 訴訟費用扶助制度は民事裁判所、行政裁判所、労働裁判所での手続でも認められるが、刑事訴訟では特に、被告人とそれ以外の者に区別して考察する必要がある。つまり、刑事手続における被告人のための訴訟費用扶助は、いわゆる必要的弁護事件^⑧にしか認められない。必要的弁護事件で、仮に私選による弁護士が附されなければ、国選弁護士が附されなければならないが、その費用が訴訟費用扶助によつて支援されることになる。

必要的弁護事件とは、①第一審裁判所が地方裁判所以上で係属する場合である。附帯私訴手続が簡易裁判所で申し立てられる場合が多いという事情からは、この要件を充たさないことが多い。②第一審が簡易裁判所に提訴される場合であっても、被告人が一年以上の自由刑を科される恐れのある犯罪の場合である。一年以上の自由刑を科され

る恐れのある犯罪とは、ドイツ刑法第一二条第一項にいう「重罪」である。そこで訴追された罰条が重罪であるか否か、つまり、自由刑一年以上の刑が科される「恐れ」があるか否かが問題となる。その「恐れ」はどの程度から生じるのかについては、予期すべき刑が一年、一年六月、二年、あるいは執行猶予なしの六月などと様々な見解があるようである。逆にいえば、少なくとも執行猶予なしの自由刑六月あるいは自由刑一年に達しないような犯罪は希である。したがって、確かに簡易裁判所で扱われることが可能な事件は自由刑四年未満の犯罪であるが、必要的弁護事件は決して少なくない。さらに必要的弁護事件には、③その行為者に識字能力がないとか、精神病のために自ら訴訟を遂行できる状態にない者が被告人の場合である。

さらに被告人に訴訟費用扶助によって弁護士が附される場合として、必要的弁護制度とは全く別に、附帯私訴手続において被告人に弁護人が附される可能性がある(ドイツ刑事訴訟法第四〇六条第五項)。

ドイツ刑事訴訟法は、このように被告人に訴訟費用扶助を認めるだけでなく、さらに被告人でない者、つまり、共同公訴人、私人公訴人、そして附帯私訴の申立人にも、それぞれ訴訟費用扶助を認める。これら被告人でない者に、訴訟費用扶助によって弁護士が任命される場合には、その弁護士は国選弁護人となる。また、特に、私人公訴、共同公訴^⑦および附帯私訴手続^⑧には、訴訟経費の配分についてはそれぞれ特則がある。問題は、それぞれの訴訟費用扶助の承認要件が同一でない点である。さらに、例えば第一審で訴訟費用扶助が承認された場合に、それが上級審においてもほぼ自動的に継続されるのかどうかという点である。

本項によれば、訴訟費用扶助は当事者の申立により、公訴が提起された後に速やかに、裁判所によって当事者に認められることがある。申立人と被告人には、申立により、民事訴訟におけると同一の規定により訴訟費用扶助が認められることがあるが、その民事訴訟におけると同一の規定とは、ドイツ民事訴訟法第一二四条以下である。同条によ

れば、この申立が認められるには、その人的・経済的事情から訴訟遂行費用を負担できないことと、懸案の権利の追求または権利の防御が十分に成功の見込みがあり、且つ恣意的でないと認められる場合に限られる。「懸案の権利の追求または権利の防御が十分に成功の見込みがある」とは、あくまで附帯私訴手続で行使される財産法上の請求の勝算の見込みであつて、刑事責任の部分ではない。もつとも、刑事責任の部分で無罪になる可能性が高い場合には、財産法上の請求の勝算も低くなるものと思われる。「恣意的でない」とは、悪ふざけや、その請求がいわれのないものではないことと説明される(ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇一年三月三〇日決定「共同公訴人補佐弁護士任命事件」〔後掲〕)が、理性的な当事者であれば、自らの権利と同じようやり方で、それも訴訟費用扶助なくとも主張するだろうというような意味である。ドイツ民事訴訟法第一一七条第一項第二文によれば、紛争関係を証拠方法をもつて説明することが必要であると規定されているが、本手続で

は請求の根拠は書証等によつて明らかにするので特に必要でない。訴訟費用扶助が対象とする範囲は、訴訟経費と弁護士費用である。そして、訴訟費用扶助によつて国庫によつて弁護士が付けられるのは、その必要がある場合と相手方に弁護士が付いている場合である(ドイツ民事訴訟法第二二一条^①)。附帯私訴手続の刑事事件が必要な弁護士事件であれば、被告人には私選であれ、国選であれ、必ず弁護士が付いているので、申立人がこの訴訟費用扶助を申し立てれば、ほぼ弁護士を附することが可能となる^②。本項による訴訟費用扶助の申立とそれに対する裁判所による承認は、申立人の経済的事情等が変更する場合もあるので原則として審級ごとに行わなければならない(ドイツ民事訴訟法第一九条第一項^③)。

訴訟費用扶助の申立は、書面でも口頭でも提出することができる。申立自体の所定の用紙は見あたらないが、少なくとも「個人的・経済的事情に関する説明書」(Erklärung über persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse

sen)という添付用紙(A4用紙二枚の説明書と四枚の注意事項記載)は、すでにインターネットで誰でも入手可能である。その説明書の、まず一頁目の、⑤収入欄には、本人および配偶者の、自営業でない場合の収入額、自営業等の場合の収入額、賃料収入額、資産、児童福祉手当、住居補助手当、その他の一時収入・臨時収入額と、⑥控除費用欄(税金、社会保険料、その他の保険料、広告費用・事業所経費)、二頁目には、⑦資産の有無欄では、不動産などの資産があるか(あればその評価額)、住居建築貯金の額、銀行預金(銀行名、残高)、自家用車の保有の有無(自動車の種類、製造年)、その他の資産、⑧住居に関しては、賃貸であれば賃料など、持ち家であればローンの返済額等、⑨その他の負債(年金掛け金、自動車のローン返済等)、⑩その他の特別な経費(例えば、本人あるいは家族に身体障害がある場合)などの記載欄がある。実務ではこの説明書が利用されることが多いものと思われる。この所定の説明書を使用するか、あるいは口頭であっても、経済

的事情などにつき必要な事項の説明が不足している場合には、承認に耐えうる完璧な説明とともに申立が裁判所に提示されて初めて有効な申立として審査の対象になるが、申立あるいはその説明が要件を充足していれば、その裁判所への提出時点で遡って承認されることもあり得る(ドイツ最高裁判所第二刑事法廷一九九九年三月二四日決定「経済的事情不提示事件」(後掲))。

訴訟費用扶助の申立を承認する否かの判断はその事件を担当する裁判所が行う。実務上は、この判断はそれほど厳格なものではないという。事件が上訴された場合には、その上訴裁判所がその書類を受領後に速やかに判断する。そして、承認の可否に関する判断に対しては、訴訟迅速化のために不服を申し立てることができない。⁷⁴⁾

犯罪被害者への訴訟費用扶助を考えた場合には、三つの形態がある。つまり、①前述のように、本項による附帯私訴における訴訟費用扶助、②私人公訴人が私人公訴において承認されうる訴訟費用扶助、そして③共同公訴人

が共同公訴において承認されうる訴訟費用扶助である。

① 附帯私訴における訴訟費用扶助は、ドイツ刑事訴訟法第四〇三条によって、犯罪行為によって被害を蒙った者（さらに、その相続人）であれば、その犯罪行為の罰条に関わりなく誰でも法定の要件を充たせば申立ができる。同様に、被告人も附帯私訴申立人の財産法上の請求につき争うために訴訟費用扶助を申し立てることができるという特徴がある。そして、附帯私訴の場合には、民事訴訟法第一一四条以下の訴訟費用扶助の規定がそのまま適用される。したがって、前述のように、訴訟費用扶助の申立が認められるには、訴訟費用負担の困窮、勝算の見込みが十分あり、且つ恣意的でないと認められることが必要となる。

② 私人公訴 (Privatklage) とは私人公訴人によって提起される起訴である。これは、犯罪被害者の刑事訴訟手続での地位強化のために創設されたが、結果として検察官の負担軽減にも役立っているといわれる。ドイツでも原則として、起訴は検察官に独占されている（ドイツ刑事訴訟法

一五二条一項⁷⁵）が、起訴国家独占主義の例外の一つとして、保護法益が個人の保護にある犯罪や知的所有権関連の犯罪が対象である（ドイツ刑事訴訟法第三七四条）。具体的には、住居平和侵害罪、侮辱罪、親書の秘密侵害罪、傷害罪、脅迫罪、贈賄罪、器物損害罪、不当競争防止法違反行為、特許権侵害罪、意匠権侵害罪、半導体保護法違反行為、品種保護法違反行為、商標権侵害罪、実用新案権侵害罪、著作権違反、肖像権侵害罪である。私人公訴人には、犯罪被害者だけでなく告訴権者も含まれる。つまり、私人公訴人は、自らが蒙った不正に対して満足を得るために、公訴を提起することができる。私人でありながら、公訴を提起できるという点では、私人公訴人も共同公訴人と同じであるが、私人公訴では犯罪被害者が単独で公訴を提起できる点と、私人公訴の対象とする犯罪が、共同公訴と比べれば、公益性が低いという点に違いがある。私人公訴が提起されるのは、通常は、公益に対する侵害が小さいと判断したために検察官が公訴提起を見合わされる場合である。

その私人公訴人が訴訟費用扶助を申し立てるには、ドイツ民事訴訟法第一一四条以下の規定がそのまま適用される⁷⁶。この点では、附帯私訴における訴訟費用扶助と同一である。したがって、私人公訴においても、訴訟費用扶助の申立が認められるには、訴訟費用負担の困窮、勝算の見込みが十分あり、且つ恣意的でないと認められることが必要となる。しかし、承認される要件が同一であったとしても、附帯私訴の場合には被告人が訴追されている罰条に関わりがないが、私人公訴の場合には公益性の低い罪状ではあるが、罰条に制限があるだけでなく、それぞれの目的が異なる、つまり、私人公訴の場合には、被告人を有罪にすることが目的であり、そのための訴訟経費や弁護士報酬の支援である。それに対し、附帯私訴の場合には、財産上の請求の認容の成否につき、被害者側と被告人側がそれぞれ争う時に訴訟経費と弁護士報酬の支援を受けることができる制度である。そうすると、私人公訴人が附帯私訴において財産上の請求を申し立てた場合には、二つの訴訟費用扶助が

並立することになる。理論上は、これらは別個の目的のための制度であるから、双方の目的のために弁護士を付け、その報酬を訴訟費用扶助によってとりあえず賄おうとすれば、別個に申立をしなければならない。

ドイツ弁護士報酬法(新法)第十五条(報酬がカバーする範囲)によれば、「(一) 報酬は本法に別段の定めがなければ、その事項の委任から終了までの弁護士活動のすべての報酬とする。(二) ① 弁護士は同一の事項については一回しか報酬を請求することができない。② 裁判手続においては各審級ごとに請求できる。」と規定し、第二項の同一の事項とは、刑事事件であれば刑事訴追の部分だけであり、附帯私訴の財産法上の請求の攻防の部分は含まれない。したがって、ある弁護士が私人公訴人から被告人の刑事責任追及のために選任され、その報酬について訴訟費用扶助が裁判所によって承認されたとしても、その弁護士は、理論的には附帯私訴について、私人公訴人(附帯私訴申立人)を代理して請求権を行使することなどは許されな

いし、また、仮に附帯私訴についても代理したとしても、ドイツ弁護士報酬法第十五条第二項によって、附帯私訴の部分についての報酬は発生しないし、またその部分の報酬につき、私人公訴人あるいはその弁護士が訴訟費用扶助を申し立てたとしても、これも認められない。また、私人公訴人が被告人を刑事責任追及のためだけでなく、附帯私訴で財産法上の請求を実現するためにも弁護士に委任したとしても、弁護士は、ドイツ弁護士報酬法第十五条第二項によって双方の部分の報酬を請求することもできないし、また同様に双方の報酬を訴訟費用扶助からも受けることもできない。これが、弁護士が附帯私訴も一緒に引き受けがたらない理由といわれている。⁷⁾しかし、本項は、仮に同一の弁護士が附帯私訴についても担当し、附帯私訴について訴訟費用扶助を申し立てる場合には、同一の弁護士を附することが条件とすることは、ドイツ弁護士法第十五条第二項の例外として、双方の弁護士報酬を請求でき、また双方弁護士活動につきその報酬を訴訟費用扶助で受けることができる

というように解釈せざるを得ない。

③ 共同公訴 (Nebenklage) とは、一定の重罪につき、犯罪被害者が自ら蒙った不正に対して個人的な満足を得るために、被告人が処罰されることを目的として、検察官と一緒に公訴を提起する者である(ドイツ刑事訴訟法三九五条以下)。これも起訴国家独占主義の例外の一つである。共同公訴が許されるのは、具体的には、性的自己決定侵害、侮辱、遺棄、傷害、誘拐さらに殺人未遂が問われる事件である。犯罪被害者は自らの性的自己決定権や身体的自由が侵害されたり、生命の危険が脅かされた場合に、もはや単に証人として訴訟の行方を傍観しているのではなく、公訴側の一員として検察官の任務を補充するだけでなく、検察官の任務遂行をチェックできるという機能もあるといわれる。

共同公訴と附帯私訴では、その目的が異なるだけでなく、訴訟費用扶助を承認する要件も異なっている。つまり、被害者が共同公訴によって訴訟への参加を申し立て、

さらに附帯私訴手続の開始も申し立てた場合に、その被害者が訴訟費用扶助を申し立てたとすると、ドイツ刑事訴訟法上は二箇条の適用を受けることになる。つまり、(a)共同公訴についての訴訟費用扶助(ドイツ刑事訴訟法第三九七条a第一項⁷⁸⁾と、(b)附帯私訴手続についての訴訟費用扶助(ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第五項)である。後者の附帯私訴については、前述のように、訴訟費用負担の困窮、勝算の見込みが十分あり、且つ恣意的でないと認められることが必要である。それに対して、共同公訴人が被告人の刑事責任追及のために弁護士を依頼し、その弁護士報酬に対する訴訟費用扶助には、ドイツ民事訴訟法第一一四条後段の規定は適用されない。つまり、訴訟費用負担の困窮(同一一四条後段ではあるが、恣意的でないと認められることは必要であろう。)は必要であっても、勝算の見込みがあることは必要ない。重罪を対象とする共同公訴の場合に、勝算の見込みを要求することは不合理であるからである⁷⁹⁾。もともと、ドイツ刑事訴訟法第三九七条aは、一九

九八年年四月三〇日の証人保護法第一条第七号によって改正されたが、その趣旨は、被害者保護の改善のために、共同公訴人に弁護士を雇用するための訴訟費用扶助を認めることと、その際に、勝算の見込みがなくとも、個別に定められた要件を充足すれば、共同公訴人に弁護士を補佐人として任命することができるようにしたことである。

次に、附帯私訴でも共同公訴でも、訴訟費用の承認は各審級ごとに行われなければならない(ドイツ民事訴訟法一九九条第一項)。しかし、例えば、控訴審の時点でも著しい変化もなく、第一審で提出された申立とその添付資料が完璧である場合には審査も不要であると思われる(BGH NJW 1983, 2145; BGH Beschl. V. 17. 11. 1994; BGH Beschl. V. 13. 1. 1995; BGH Beschl. V. 7. 12. 1995⁸⁰⁾)。この点で問題になるのが、第一審で共同公訴人の補佐のために任命された弁護士が、上訴審においても補佐人の立場に継続するかという問題である。ドイツ最高裁判所の基本的立場としては、これを否定する。しかし、事件によって

は、共同公訴の補佐弁護士任命に関する訴訟費用扶助は、上級審に継続することを認める判決もある(ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇一年三月三〇日決定「共同公訴人補佐弁護士任命事件」〔後掲〕)。

さらに、共同公訴の場合に、訴訟費用扶助の承認を受けて共同公訴人に弁護士が補佐人として任命された場合、その弁護士は附帯私訴に手続においても、共同公訴人を代理することができるか、またその代理による弁護士活動に対しての報酬が訴訟費用扶助から受けることができるかが問題となっている。ドイツ最高裁判所の判例は、これを一貫して否定している。

しかし、旧ドイツ連邦弁護士報酬法^⑧の国選弁護人の報酬に関する規定を根拠として、これを認める見解も強いようである。ドイツでは、国選弁護人が附されるのはいわゆる必要的弁護士事件であり、それは自由刑一年以上の刑が科される恐れがある場合である。共同公訴の対象となるような犯罪は、自由刑一年以上の刑が科される恐れがある重罪で

ある。それ故、共同公訴では、被告人側にはほぼ例外なく、(私選ないしは国選)弁護人が附されているであらう。

その弁護人が国選弁護人である場合、国選弁護人は刑事手続で被告人の権利・利益を擁護する立場にあるのであるから、本来は、刑事手続の刑事法的部分だけでなく、附帯私訴手続において被告人の財産法上の利益を守るために特別な追加的任命はいらないはずであるが、必ずしも実務はそうに行われていない。国選弁護人は、私選弁護人を雇用する経済的事情を許さない重罪につき訴追されている被告人に、裁判長が申立によりあるいは職権で任命する制度である。したがって、犯罪被害者側(共同公訴人あるいは附帯私訴申立人)の弁護人ではなく、被告人側の弁護人であるから、共同公訴人の訴訟費用扶助による弁護人のように、その承認に勝算の見込みなどは必要とまらない。しかし、このような必要的弁護士事件の被告人も、附帯私訴手続において被害者側からの財産上の請求権行使された場合に、ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第五項により、被告人

はその請求権を否定するために訴訟費用扶助を申し立てて、そのための弁護士を雇うことができる。しかし、その訴訟費用扶助の承認には勝算の見込み条項を充たすことが必要となる。これらのことは、まず、被告人と被害者間の「武器対等」という原則に反し、被告人の弁護士が優遇されていること、また、附帯私訴手続は本質的に民事手続であるから、確かに、訴訟費用扶助によって支給された資金も被害者側に資産がある限り国庫に返還されるにしても、附帯私訴手続での訴訟費用扶助は節約されるべきであるというような配慮が潜んでいると思われる。それ故、本来、武器対等を実現するのであれば、附帯私訴においても、恐らくは附帯私訴に関しても訴訟費用扶助につき民事訴訟法の規定を準用するのではなく、刑事訴訟法で自己完結的に規定を設けるべきであると思われる。

さて、旧ドイツ連邦弁護士報酬法の国選弁護人に関する諸規定を解釈すると、必要的弁護事件では、国選弁護人の権限は、訴追されている刑事責任の否定のための弁護だけ

ではなく、附帯私訴が開始されていた場合には、その弁護にも拡張される可能性があり、それによって、附帯私訴の部分の弁護活動に対しても国庫に対して報酬請求が可能になるというものである。しかし、ドイツ最高裁判所の判例はこの解釈を一貫して否定している(ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇一年三月三〇日決定「共同公訴人補佐弁護士任命事件」(前掲))。確かに、この(旧)ドイツ連邦弁護士報酬法は廃止され、(新)弁護士報酬法が施行されているが、状況は変わっていないようである(ツバイブリュッケン高等裁判所決定二〇〇六年九月二一日決定「新弁護士報酬法適用事件」(後掲))は、ドイツ最高裁判所で触れられていない点まで突っ込んだ考察をしている)。

(3) 最近の裁判例

(ア) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇五年八月二六日決定「申立非公式通知事件」⁸²⁾

本件では、ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第一項第三文に

よれば、この申立が公判外でなされた場合には、その申立は被告人に送達されなければならないが、その送達の方法が問題となった事件である。

フレンスブルグ地方裁判所は、被告人にレイプ二件、抗拒不能な人物への性的虐待、さらに少年の性的虐待を理由として自由刑三年六月と、共同公訴人である被害者への慰謝料の支払いを言い渡した(基本判決)。

これに対し、連邦検事総局はこの地方裁判所の附帯私訴手続裁判につき共同公訴人HとFに慰謝料の支払いを命じた点は維持できないと意見を述べた。なぜなら、「この共同公訴人らが公判外で提出した附帯私訴申立は、証明されたところによると、手続文書に関する刑事訴訟法第四〇四条第一項第三文に反して、公式に送達されたのではなく、単に非公式に通知されたに過ぎない。これは職権によつて審査されなければならない点であるが、有効な附帯私訴申立が存在しないといわなければならない。確かに、申立が裁判所に到達した時点でその訴訟係属性が生じると

いう反対意見もあるが、ドイツ最高裁判所はその見解に与しなかった(ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇四年七月九日決定「申立遅延事件」参照(後掲))。改めて公判において、正式の申立が提出されたとしても手続的過誤は治癒されない。なぜなら、その申立は検察官の最終弁論が終了した後になつて提出されたものであり、遅延して提出されたものであるからである。これに対し、共同公訴人Sの附帯私訴の申立は、裁判長の命令により受領した旨の表明⁸⁵という方法で送達された。この方法によつて送達された申立までも破棄する必要はない。しかし、その限りで主文の補充が指示されている(ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇四年三月一七日判決「人身売買事件」参照)。

ドイツ最高裁判所は、結局、この連邦検事総局の見解を取り入れ、フレンスブルグ地方裁判所の二〇〇五年二月一七日判決を、共同公訴人HとFへの慰謝料が認容された点で破棄し、この二名の共同公訴人から申し立てられた附帯私訴それぞれ自体については判決を見合わせた。また、共同

公訴人Sの附帯私訴申立に関する手続については、判決主文を、Sの慰謝料請求の額に関する判断は見合わせるのと補充した。

(イ) ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇四年七月九日決定「申立遅延事件」⁸⁸⁾

本件でも、申立が遅延して、つまり、検察官の最終弁論の開始後に初めて提出された場合のその有効性が問題となっている。ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第一項のいう「最終弁論が始まる前であれば、口頭でもなすことができる」ということは、最終弁論が開始された後でも書面であれば有効かという問題になる。

ハナウ地方裁判所は、二〇〇三年一〇月一〇日、強盗、強姦、傷害を理由として被告人に自由刑三年六月を命じ、さらに強姦によつて共同公訴人には慰謝料支払請求権に理由があると確認した(基本判決)。それに対し、被告人は上告したが、さらに連邦検事総局も意見書を提出している。

それによると、「地方裁判所の判決は、被告人が共同公訴人へ慰謝料支払命令を言い渡された点で破棄を免れない。というのは、この附帯私訴申立は、公判外で提出されたが、手続調書が証明するところによれば、必ずしも刑事訴訟法第四〇四条第一項第三文に違反して提出されたものではない。それ故、職権によつて審査しなければならないところであるが、有効な附帯私訴申立が欠けていると言わなければならない。口頭弁論へ、再度申立が提出されたとしても手続的瑕疵は治癒されていない。なぜなら、この再度の申立提出は、検察官の最終弁論の開始後に初めて、さらに刑事訴訟法第四〇四条第一項第一文に沿つて遅れてなされたからである。確かに、訴訟係属性の発生のためには、裁判所への単なる申立提出で十分とする反対意見もあるが、その見解は十分に以下の点を考慮していない。つまり、刑事訴訟法第四〇四条第二項が申立提出に、民事訴訟における訴えの提起と同じ効果を認めること、刑事訴訟法第四〇四条第一項第三文によつて、口頭弁論外での申立提

出の場合には、民事訴訟法第二五三条^⑦によると同様に、被告人への送達が強制的に必要であるからである。

仮に一步譲って、訴訟係属性の発生を認める際にも、被告人への送達は、附帯私訴申立の許容要件であり、そのことは、民事訴訟法第二五三条に従って、刑事訴訟法第四〇四条第一項第三文の強行規定から明らかになることである。この許容性はそれ自体、職権によって審査されなければならないが、許容されるかどうかは明らかでない。それ故、申立が口頭弁論で提出された時点が法に則っているか否かは、上告裁判所によって職権で審査されなければならない」という。

ドイツ最高裁判所は、このドイツ検事総局の意見を容れ、ハナウ地方裁判所の判決を共同公訴人の慰謝料請求を確認した判決(基本判決の部分のみを破棄した。但し、本件を損害賠償請求権についてのみ、新しい審理へ差し戻すことは見合わせた)(ドイツ最高裁判所第五法廷二〇〇二年一月二八日決定「事実の同一性事件」NSZ 2003, 321,

322(前掲))。したがって、ドイツ刑事訴訟法第四〇四条による附帯私訴の申立は、それが口頭弁論において提出されなかった場合には、被告人にドイツ民事訴訟法第二五三条によって、民事訴訟における訴え提起と同様に強制的に送達されなければならない。附帯私訴の申立が有効か否かは職権によって審査されなければならないということである。

(ウ) ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇二年二月二〇日決定「勝算見込み欠如事件」^⑧

本件では、被告人が上告審の附帯私訴手続において共同公訴人から行使された慰謝料請求を否認するために、弁護人を任命したうえで訴訟費用扶助を認めるように申し立てたが、附帯私訴手続において、訴訟費用の扶助を申し立てる場合に、勝算の見込みがあることが必要か否かが問題となった事件である。

この点で、ドイツ最高裁判所は「訴訟費用扶助の承認に

は、刑事訴訟法第四〇四条第五項第一文によって民事訴訟に適用されると同じ規定が適用される。従って、訴訟費用の扶助の承認は、民事訴訟法第一一四条によって、上訴が勝訴の十分な見込みがない場合に認められない。」と述べ、本件被告人には勝訴の見込みがないために、弁護人の任命を含む訴訟費用扶助の申立は却下された。

ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第五項から、勝訴の見込みは訴訟費用の承認の要件とせざるを得ない。しかし、前述したように、共同公訴人が訴訟費用扶助を申し立てる場合(ドイツ刑事訴訟法第三九七条a)には、このような勝訴の見込みが不要であり、仮に、本件でも申立人が共同公訴人であり、附帯私訴手続において損害賠償等の請求をする場合に、訴訟費用扶助を申し立てた場合、その申立でその扶助の対象が明確に、共同公訴、あるいは附帯手続に限定されていた場合には、混乱は減るであろうが、そうでない場合には、一義的には明確にならないという問題がある。

(エ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇一年三月三〇日決定「共同公訴人補佐弁護士任命事件」⁸⁹⁾

本件被害者が第一審で申し立てたことは、①自分が共同公訴人として許されることと、②共同公訴と附帯私訴手続において慰謝料請求の行使のために訴訟費用扶助を承認すること、さらに③弁護士Jを代理として選任することである。地方裁判所は、被害者に補佐人として弁護士Jを任命して、共同起訴人となることを許し、附帯私訴手続においての訴えのために同じ弁護士Jを任命して訴訟費用扶助を認めた。そこで、共同起訴人は上訴審のためにも訴訟費用扶助を承認し、そして弁護士Jを任命することを申し立てた。

これに対し、ドイツ最高裁判所は、「本件申立が、上訴審での共同公訴の代理に対する訴訟費用の扶助の承認を意図するものであればそれは認められない。弁護士Jは二〇〇〇年八月三十一日の地方裁判所の決定により共同公訴人の補佐人に任命された(刑事訴訟法第三九七条a第一項第

一文、第三九五条第一項第一号a)。このことは決定の文言からは直接には出てこないが、共同公訴人の申立に基づいて、この決定を解釈するとそのようになる。というのは、共同公訴人は二〇〇〇年八月三〇日の書面で、一方で、弁護士Jを補佐人として指名した上で、共同公訴に対する訴訟費用扶助の承認を、他方では、弁護士Jを任命した上で附帯私訴手続に対する訴訟費用扶助の承認を申し立てたからである。仮に地方裁判所がそのような訳で、弁護士Jを任命した上で共同公訴を許し、さらに附帯私訴における訴えについてのみ、弁護士Jを任命した上で訴訟費用扶助を承認したならば、前者の任命は、刑事訴訟法第三九七条a第一項第一文のいう任命としてしか理解されない。しかし、前者の任命は、上訴審においてもまた継続する(ドイツ最高裁判所第三刑事法廷一九九九年一月一〇日決定。)と述べて、前者の弁護士の任命、つまり、共同公訴のための弁護士の任命は、上訴審まで継続されることを認めた。

しかし、ドイツ最高裁判所は、附帯私訴手続のための弁護士の任命については別の判断をする。つまり、「それに対して、上訴審のための共同公訴人の訴訟費用扶助申立に関する附帯私訴手続においては、特別に裁判されなければならない。というのは、刑事訴訟法第三九七条a第一項の補佐人の任命は、附帯私訴手続には及ばないからである。附帯私訴手続については、訴訟費用扶助(刑事訴訟法第四〇四条第五項)の承認が認められても、それは各進級ごとである(刑事訴訟法第四〇四条第五項、民事訴訟法第一一九条第一項第一文。)」と、共同公訴のための訴訟費用扶助と附帯私訴のための訴訟費用扶助を区別し、後者については審級ごとに個別に判断されなければならないと判断した。

しかし、共同公訴のための訴訟費用扶助と附帯私訴のための訴訟費用扶助の関係につき、このような上告が提起されるには、ドイツ刑事訴訟法の規定と旧ドイツ連邦弁護士報酬法の規定との間に齟齬が生じているからである。この

点につき、ドイツ最高裁判所は以下のように弁明する。つまり、「もつとも、連邦弁護士報酬法の規定は、刑事訴訟法第三九七条a第一項によって補佐人として任命される弁護士の報酬請求権を定めているが、その文言によれば、これとは別の解釈ができる余地がある。つまり、共同公訴人のために補佐人として任命される弁護士の報酬は、連邦弁護士報酬法第一〇二条第二項第一文^⑧によって、連邦弁護士報酬法第九七条^⑨、第九八条^⑩、第九九条^⑪、第一〇一条^⑫の国選弁護人の報酬に関する規定がその趣旨に則して適用される。連邦弁護士報酬法第一〇二条第二項第一文は制限なく、連邦弁護士報酬法第九七条を引用しているので、同法は連邦弁護士報酬法第九七条第一項第四文を引用する。連邦弁護士報酬法第九七条第一項第四文は、再び、連邦弁護士報酬法第八九条第三項第一文^⑬で、刑事手続において(もつぱら)財産法上の請求権の行使を担当する弁護士に、連邦弁護士報酬法第一二三条^⑭により国庫に報酬請求権を認めている。これらの一連の規定によれば、刑事訴訟法第三

九七条a第一項により弁護士を補佐人として任命することとは、その弁護士の活動が共同公訴人のために附帯私訴手続も及ぶというように解釈され得ることである。それに相応するように、必要的弁護(刑事訴訟法第一四〇条)のケースについては、連邦弁護士報酬法第九七条第一項第四文が同法第八九条を引用するために、以下のような見解が主張されている。つまり、国選弁護人として弁護士を任命することは、弁護士に以下のような権限も認められるものである。つまり、その権限とは、附帯私訴手続において、被害者の財産法上の請求権を争う際に、被告人を代理する権限であって、それに対して弁護士は連邦弁護士報酬法第一二三条によって国庫から報酬は支払われることになる。それ故、附帯私訴手続のために(国選)弁護人の特別な任命(刑事訴訟法第四〇四条第五項)は必要ないというものである(OLG Schleswig NSIZ 1998, 101; Hartmann, Kostengesetze 30. Aufl. §97 BRAGO Rdn. 5; Klein-necht / Meyer-Göbner, StPO 44. Aufl. §140 Rdn. 5;

Laufhütte in KK 4. Aufl. §140 Rdn. 4; a. A. Gerold / Schmidt / von Eicken / Mader, BRAGO 14. Aufl. §97 Rdn. 4 und Fraunholz in Riedel / Subbauer, BRAGO 8. Aufl. §97 Rdn. 12は、附帯私訴手続において担当した国選弁護士は、連邦弁護士報酬法第九十七条第一項第四文、第一二三条によって国庫からの（報酬）賠償を受けることができるのは、その弁護士がその限りで、刑事訴訟法第四〇四条第五項第二文によって、被告人のために訴訟費用扶助の承認という形で特別に任命される場合である」と述べている。

しかし、ドイツ最高裁判所は、この連邦弁護士報酬法の関連条文の解釈を根拠とする立場には与しない。つまり、「附帯私訴手続において弁護活動を担当した国選弁護人に對して、被告人に問責されている犯罪行為に對して被告人を弁護すること、この犯罪行為を原因とする被害者の民事上の賠償・慰謝料請求権を争うこととの間には事実上も法律上も緊密な繋がりがあるので、このような見解に従

うべきなのかも知れないが、当法廷はこの点について判断を下す必要性を認めない。刑事訴訟法第三九七条a第一項によって共同公訴人の補佐人として弁護士を任命することとは、いずれにせよ、連邦弁護士報酬法第一〇二条第二項第一文、同第九七条第一項第四文によって、確かに『覚醒された見かけ』があるが、それに反して、附帯私訴手続において共同公訴人の財産法上の請求権を行使することまでには及ばないと言わなければならない。この結論は、刑事訴訟法第三九七条a第一項や連邦弁護士報酬法第一〇二条の制定過程、同様に刑事訴訟法第四〇四条第五項の法目的から出てくる結論である。」と判断している。つまり、関連条項の制定過程、立法趣旨を勘案して、共同公訴のための訴訟費用扶助と附帯私訴のための訴訟費用扶助の関係をとりあえずは別個の連続性のないものと判断している。そして、本件では、結論として、ドイツ刑事訴訟法第三九七条a第一項によって、共同公訴人に弁護士を補佐人として任命する場合にも、その任命の効果は附帯私訴手続

には及ばない。弁護士は、それ故、共同公訴人に代わって、附帯私訴手続において被告人に対する財産法上の請求権を行使したり、これに対する報酬を国家に請求する権限もない。但し、ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第五項第二文、ドイツ民事訴訟法第一二一条によって、訴訟費用扶助が承認された範囲内で、共同公訴人に特別に附帯私訴手続のために弁護士が任命された場合にはその限りではないというものである。したがって、本件共同公訴人には、上訴審の附帯私訴手続において訴訟費用扶助が認められ、そのために弁護士Jを任命することが承認された。

(オ) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷一九九九年一〇月一二日決定「後続判決事件」^⑦

コンスタンツ地方裁判所は、一九九九年五月五日、被告人を殺人未遂、危険傷害、傷害のために自由刑六年二月、さらに共同公訴人への慰謝料支払いを命じる判決を下した。被告人は、附帯私訴手続において、共同公訴人の慰謝

料請求と今後の損害賠償請求につき、民事訴訟でいう相手の請求の認否(ドイツ民事訴訟法第三〇七条^⑧)により、これらの請求を「認めた」。そこで、附帯私訴手続において民事訴訟における認否が認められるか否かが問題となった。

これに対し、ドイツ最高裁判所は、「慰謝料支払を被告人に命じる判決と、更なる損害賠償義務の確認は、法的に審査すると認めることができない。コンスタンツ地方裁判所は、慰謝料を命じる給付判決と損害賠償義務を確認する判決を被告人の承認に基づいて認めた。しかし、それは誤っている。なぜなら、同地方裁判所が犯罪行為のために被告人の有罪判決を下すと、それを待って初めて、被害者の損害賠償請求(刑事訴訟法第四〇三条第一項、第四〇四条第一項)の申立を認容する判決を下すことができるというように、附帯私訴の判決は刑事的な有罪判決に結果として後続する判決(Folgeentscheidung)であるからである(刑事訴訟法第四〇五条第一文、第四〇六条第一項第一文

は、刑事訴訟法の諸原則によつて実施される手続に基づいている。それ故、民事訴訟法第三〇七条の認否に関する規定は、民事訴訟法上の処分権主義の典型的な発露であり、附帯私訴手続において適用されない(最高裁判所第四刑事法廷一九九〇年十二月十八日判決 BGHSt 37, 263。)という。

したがつて、ドイツ最高裁判所は、被告人の上訴に対して、コンスタンツ地方裁判所の確認を伴つた判決は、減刑される法定刑の範囲の最低限の刑につき判断に法的誤謬があるため刑罰権請求全体において、また財産法上の請求権に関する請求においても破棄した。そして、新しい弁論と裁判のために事件を地方裁判所の他の刑事法廷へ差し戻した。つまり、刑事法的部分の有罪判決が前提となつてはじめて、民事法上の支払責任を命じる判決を下すことができることが明確に示された。これは、附帯私訴手続があくまでも刑事手続の中では『附属品』であるということである。

ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第五項によれば、附帯私訴手続は確かにドイツ民事訴訟法の規定を準用するように規定されているが、民事訴訟では当事者の一方が相手方からの請求を認めれば、その点では口頭弁論は不要とされているが、附帯私訴手続はあくまで刑事裁判手続であり、有罪を言い渡す判決理由には、犯罪行為の法的特点を示す事実であつて、証拠により証明されたと認められるものを記載しなければならないという原則が適用されることになる。

但し、本件で被告人が慰謝料や損害賠償の支払義務につき自発的にその存在を認めた点を見ると、刑法第四六条 a の行為者・被害者・和解の適用によつて減刑ないしは刑の免除の素地もあつたかも知れないが、同法を適用するには、宣告刑として一年以下の自由刑ないしは三百六十日分以下の日数罰金刑が科せられるとき限られ、本件での少なくとも地方裁判所での宣告刑はそれを大幅に超えるものであり、刑法第四六条 a は適用することができない事件であつた。

しかし、二〇〇四年の被害者保護法改革法によって、刑事訴訟法第四〇六条第二項で承認判決が認めされることになり、本判決はその部分では変更を免れない(尚、ドイツ最高裁判所も、第一刑事法廷二〇〇五年六月三〇日決定「承認判決事件」〔後掲〕によって従来の判例を書き換えている)。

(カ) ドイツ最高裁判所第二刑事法廷一九九九年三月二四日決定「経済的事情不提示事件」^⑩

事実関係は不明であるが、被告人は、附帯私訴手続において原告によって主張された慰謝料請求を争うために、上告審において、被告人に補佐人としての弁護士を任命して十分に助言を受けられるように訴訟費用扶助を認めるべきであるという申立をしたが、その際に、被告人は自らの経済的状况を説明していなかった。

それに対し、ドイツ最高裁判所は、「訴訟費用扶助の承認は、民事訴訟と同様の規定(刑事訴訟法第四〇四条第五

法第一文)によって行われる。本件では、そのような承認のために必要な経済的な要件の説明が不足している。このような事実関係を再度調査するために本法廷の終結判決の言い渡しを遅らせる必要は認められない。訴訟費用扶助は、承認に耐えうる完璧な申請が裁判所に提示されて初めて、その提出時点から遡って承認されることもあり得る。」として、本件では、そのような補正もなかったとして、被告人の不服申立は却下された。

本件では、被告人の経済的事情につき、前述の添付用紙の記載事項に該当する項目に関して、説明が不十分であったわけである。

(キ) ツバイブリュッケン高等裁判所二〇〇六年九月一日決定「新弁護士報酬法適用事件」^⑪

本件は、前述のように、二〇〇四年五月五日に弁護士報酬が、(旧)ドイツ連邦弁護士報酬法(BRAGO)から(新)弁護士報酬法(RVG)に引き継がれ、(新)弁護士報酬法

によって、国選弁護人が報酬請求する際に、その範囲は附帯私訴(ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第五項)での活動にも及かが争われた即時抗告事件である。被告人(弁護士)は刑事訴訟法第一四〇条によって、カイザースラウテルン地方裁判所第七刑事法廷(経済刑事法廷)において国選弁護人と任命され、弁護を担当する被告人の公判において、三件の附帯私訴申立が提出された。附帯私訴申立人の一人に、刑事訴訟法第四〇四条第五項、民事訴訟法第一一九条によって訴訟費用扶助が承認され、相手方に補佐人としての弁護士が附されることになった。附帯私訴請求一件については被告人は複数の被害者と公判において和解を締結した。また被告人は、別の二件の請求についてはそれを認め、その点は、二〇〇六年五月三〇日の判決において言い渡された。被告人は国選弁護人として、特に「弁護士報酬法・報酬一覧表(VV RVG)」第四一四三号^⑩によって、附帯私訴三件に対する三倍の報酬の確認を申し立てた。しかし、二〇〇六年八月二三日、カイザースラウテルン地方裁判所第

七刑事法廷はそれを斥けたため、被告人はツバイブリュッケン高等裁判所に即時抗告として、カイザースラウテルン地方裁判所の決定に対して破棄を申し立てた。

国選弁護人を任命する効果は、附帯私訴手続まで拡張されるのか、特に弁護士報酬法が二〇〇四年に改正されてより、どのような扱いになるのかを説明している。つまり、「弁護士がその報酬を州庫(国庫)に請求できる範囲は、新弁護士報酬法第四〇四条第一項、第四八条第一項により、訴訟費用扶助を承認した決定、つまり、その者を国選弁護人に任命するという裁判所の決定の趣旨によって定まることになる。刑事訴訟法第一四〇条による国選弁護人の任命が、附帯私訴手続においてのその弁護人の活動にも含まれるかどうか、あるいは、その場合に刑事訴訟法第四〇四条第一項第一文によって、別の承認を必要とするのかどうかの点は、すでに旧ドイツ連邦弁護士報酬法が適用されていた時に、上級裁判所によって、さまざまな判断が下されてきた。最高裁判所は、この問題をはっきり言って未解決に

してきた(ドイツ最高裁判所二〇〇一年三月三〇日決定「共同公訴人補佐弁護士任命事件」〔前掲・注釈筆者〕BGH NJW 2001, 2486, 2487)。立法者は、二〇〇四年七月一日の新弁護士報酬法において何ら判断の基礎を与えなかった。立法者は、なるほど費用法現代化法案の根拠付けの中で、以下のように詳しく述べている。『国選弁護人は弁護士報酬法(草案)・報酬一覧表第四一四三号によって報酬を取得すべきである。これは、現行法に合致している。報酬は、—当時、旧ドイツ連邦弁護士報酬法第九七条第一項第四文、第八九条、第一二三条に依っていたように—新弁護士報酬法草案第四九条によりその額の上限が設定される(BT-Drs. 15/1971, 228)』。しかしながら、一般的な国選弁護人の任命によるのか、あるいは特別な訴訟費用扶助の承認によるのか、国庫に対する報酬請求を根拠付けるのはどちらなのかについては、現行法(新弁護士報酬法)も未解決のままである。」という。つまり、弁護士報酬に関する法律が改正されても、以前からある、国選弁護に

関する規定が優先するのか、附帯私訴の訴訟費用の扶助が優先するのは、結局解決されていないということである。さらに、ツバイブリュッケン高等裁判所は、前述のドイツ最高裁判所の判決では触れられていない行為者と被害者の「武器平等」原則に関して、突っ込んだ考察をしている。「多様な判決実務の進展は、すではつきりしてきている(ボン地方裁判所二〇〇五年四月七日決定37 Qs 9105参照。その破棄決定は、ケルン高等裁判所二〇〇六年六月二九日決定2 Ws 254/05)。当法廷は、以下のような考察から、任命は刑事訴訟法第一四〇条により、附帯私訴へ拡大されるという見解に従うことにする(同旨、OLG München, StV 2004, 38; OLG Saarbrücken, StV 2000, 434)。通常、国選弁護人の(無制限の)任命は、その対象が刑事手続全体に及ぶということは確かに適切である。国選弁護人は、国家による刑罰権請求に対して、刑事訴訟法第一四〇条第一項及び第二項の特別な条件のもとで防御を実効的にするために被告人に附されるのであるから、任命

の効力が及ぶ範囲は、しかしながら、これらの防護を実効化するという要件がもはや妥当しないところでは消えてしま(刑事訴訟法二四〇条第三項も参照)ことになる。最高裁判所は、ある事件で、事実審裁判官によって任命された国選弁護人にそのような制限を課すのは、法的補佐の必要性とは別の観点が決め手となっているので、その事件は上告裁判所へ持ち込まれるだろうということを当然予想していたようである。そしてドイツ最高裁判所は、『任命は、任命をする裁判長が必要であると認める以上、広げて解釈するのが合理的である』という判断を下した(BGHSt 19, 258, 259)。しかし、このような判断は、国家の刑罰請求権を中心にして考えるべきであって、刑罰請求権は通常、手続を分断したり審級を変更したりしないので、任命は刑事手続全体に通じさせるのが合理的である。附帯私訴においても弁護が必要であるかどうかは、国選弁護人を任命する裁判官が、その判断する時点よりも前に、附帯私訴における訴訟費用扶助の申立が提出されていれば、刑事訴訟法

第一四〇条第二項によって国選弁護人を任命するかどうかの判断の中に、そのことが当然取り込まれてくるだろう。そうではない場合には、必要があるかどうかの判断は、専ら国家の刑罰請求やそれと結び付いたもろもの要求について考えられた上で行われ、被害者の財産法的利益には及ばない。刑事訴訟法第一四〇条第一項のカタログは、国選弁護人の任命が必要なものであれば、国家の刑事責任追及に対する弁護に、たとえ費用が掛かっても、それを正当化するものである。確かに、附帯私訴手続を刑事手続の一部分と考え、国選弁護人の任命の効果を一般的に附帯私訴に拡張するべきであるという見解(例えば、OLG Schleswig NSZ 1998, 101; OLG Hamm JurBüro 2001, 531; OLG Köln aao)もあるが、これは別の根拠から間違った道に進んでいる。しかし、附帯私訴手続は、国家の刑罰請求を段階的に既判力ある終結判決までに持つていような(場合によっては、再審手続ということもあるが)、訴訟の一断片(例えば、審級(注釈・筆者))と考えるのではなく、被

被害者の民事法上の請求による利益を、訴訟経済という観点と一つの貫性ある事実に基づくという考え方を刑事手続の中に組み入れた付属品として考えるべきである。附帯私訴手続が法的には中間的な立場にあるといわれるが、それは、その手続が部分的に民事法上の装置を持っていることから明らかとなる(刑事訴訟法第四〇四条第二項の法係属性、同第四〇五条の和解)。さらに、「両当事者」に与えられた権限、つまり「訴えを提起した」後に、訴訟費用扶助を、「民事上の訴訟におけると同じように」申し立てることができるという権限(刑事訴訟法第四〇四条第五項第一文)も、その中間的な性質を表している。このように考えると、附帯私訴手続が、刑事訴訟法第一四〇条によって任命された国選弁護人の活動範囲に入ることかどうかという問題に関して、刑事手続のその他の諸部分と同じに考えることには抵抗がある。刑事訴訟法第四〇四条第五項で、立法者はさらに、被告人と被害者のために特別な補佐制度を創設したわけであるが、そこでは、刑事訴訟法第一四〇条と

は違って、必要性、恣意性の排除、勝算の見込みなど、補佐人としての弁護士を任命することに条件を付けている。被告人にとってみれば、この制限はほとんど意味がないし、刑事訴訟法第一四〇条による一般的な国選弁護人の任命で十分であろう(同旨、前掲ボン地方裁判所)。刑事訴訟法第一四〇条による国選弁護人の任命は、刑事訴訟法第四〇四条以下によって創設された行為者と被害者の「武器平等」を、再び、被告人に有利な方向にずらしてしまうだろう(刑事訴訟法第一四〇条第二項第一文によって、被害者保護のために相手方に弁護士が附された場合を参照)。刑事訴訟法第三九七条a第一項によって共同公訴人のために補佐人として弁護士を任命しても、その任命の効力は、附帯私訴手続までには拡張されないという最高裁判所の判決(BGH NJW 2001, 2486)は、それ故、被告人の国選弁護人の活動範囲の問題からみれば、被告人の法的地位を強くするための主張されている見解に与することになる(もつとも、前掲ケルン高等裁判所は反対)。弁護によって

勝算の見込みがあるのかどうかの審査は、国選弁護人の任命にはない制度である(前掲ハム高等裁判所決定参照)ということを指摘する意見も、根拠があるものではない。なぜなら、勝算があるかどうかの対象は、民事法上の請求権について判断されるものであるからである。

公訴に対しては被告人のために国選弁護の必要があったとしても、被害者が主張する民事上の請求権には根拠が完璧で、被告人としても反論できないような場合には、被告人も附帯私訴手続でわざわざ弁護士を頼むほどでないと考えることもあり得る。それ故、弁護が必要であるから弁護士を付けるにしても、弁護士の仕事のすべてが、同時に附帯私訴上の請求に影響を与えるに違いないという考えは正しくはない。本件の抗告事件においても、事実関係は同様である。被告人の弁護は、実は最初から主観的な行為の刑事責任追及の点に集中していた。被害者からの請求については、すでに部分的に公判において和解がなされ、また、その他も附帯私訴の申立は裁判所によって承認された。そ

れ故、刑事法廷も、訴訟費用扶助申立は、被告人に補佐人を附する必要性があったかどうかを検討するまでもなく、勝算の見込みはなかったということに賛成せざるを得ない。抗告人は、任命されなかったために、附帯私訴手続において報酬請求が、弁護士報酬法・報酬一覧表第四一四三号によって、国庫に対して認められないので、抗告人の不服申立は理由がない。附帯私訴申立の関連性の問題は、新弁護士報酬法第一五条第二項のいう事項とは認められない。」と述べ、ツバイブリュッケン高等裁判所決定は、地方裁判所の経済刑事法廷の見解に同調し、抗告人には、国庫に対して附帯私訴手続における弁護活動に対して報酬請求はないと宣告した。

(註)

(44) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §404 Rdnr. 1 (S. 1539).

(45) ドイツ民事訴訟法第二五三条(訴状)「(一)訴えの提起は書面(訴状)の送達をもってこれを行う。(二)訴状には、

以下の事項を記載しなければならない。①当事者および

裁判所の表示、②提出された請求の対象および原因を特定して提示すること、ならびに特定された申立。(三)裁判所の管轄が訴訟物の価額により定まり、訴訟物が一定の金額で表示されていないときは、訴状にはさらにその価額および事件を単独裁判官に委ねることに妨げる事由の有無の表示も記載しなければならない。(四)その他準備書面に關する一般の規定は訴状にもこれを準用する。(五)訴状および送達を必要とする当事者のその他の申立ならびに陳述は、裁判所に書面をもってその送達または通知に必要な数の謄本を添付して提出しなければならない。尚、謄本の添付は訴状が電子的に提出された場合には必要でない。」ドイツ民事訴訟法第四九六条(書面の提出、調書への表示)「送達を必要とする訴え、答弁およびその他の申立ならびに当事者の表示は裁判所に対して書面をもって提出するか、あるいは口頭で事務局の調書に記録させなければならない。」

(46) Meyer-Grohner 前掲注(8) §404 Rdnr. 3 (S. 1356).

(47) ドイツ民事訴訟法第三〇八条第一項(当事者の申立を必要とする事項)「(一)裁判所は申し立てがなされない事項を当事者に認めるような権限を有しない。特に、果実、利息およびその他の従たる債権についても同様とする。(二)訴訟費用を負担する義務については、裁判所は申立

がなくとも言い渡すことができる。」

(48) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注(7) §404 Rdnr. 5 (S. 1539).

(49) ドイツ民事訴訟法第一三九条(実体上の訴訟指揮)「(一)裁判所は事実・紛争關係を当事者とともに必要限度で事実上および法律上の面から審議し、また質問しなければならない。さらに裁判所は当事者が適時にかつ完全にすべての重要な事実を釈明すること、特に主張された事実に關して不十分な提示があれば、それを補充させ、証拠方法を明示させ、そして適切な申立を提出させるように尽力しなければならない。(二)当事者が明らかに見落とした点、あるいは当事者が些細なこととみなした点については、裁判所が自らの判断を支えることができるのは、裁判所がそれらの点を指摘し、そしてそれを變更する機会を与えた場合だけである。裁判所が当事者双方とは違って判断した点も同じとする。(三)裁判所は職権で考慮しなければならない点に關して疑念が存する場合には、その疑念につき注意を喚起しなければならない。(四)前項による指摘はできるだけ早く与え、さらに文書に記録しておくなければならない。この指摘を与えたことは、文書の内容によって証明されれば足りる。文書の内容に對しては、偽造についての立証しか許されない。(五)裁判所の指摘に對して当事者には速やかな釈明が可

能でない場合には、その当事者の申立により、裁判所はその当事者が文書で釈明を提出することが可能となる期限を決めなければならない。」

- (50) ドイツ刑事訴訟法第二四四条第二項〔証拠調べ〕「裁判所は、真実発見のために職権で判決にとって重要な事実と証拠方法すべてに証拠調べを及ぼさなければならぬ。」

- (51) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §404 Rdnr. 6 (S. 1540); Beulke 前掲注 (32) 347 (Rdnr. 598).

- (52) Hellmann 前掲注 (31) 348 (Rdnr. 992).

- (53) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §404 Rdnr. 7 (S. 1540).

- (54) ドイツ民事訴訟法第二八七条損害賠償額の自由心証主義)「(一)当事者間で、はたして損害が発生しているのか、発生しているとすればその損害あるいは賠償すべき利益はどのくらいに達するのかについて争いがある場合、裁判所はあらゆる事情を考慮し自由な心証によってこの点を判断する。申立のあった証拠調べを実施するかまたどの範囲で実施するか、あるいは職権で専門家による鑑定をなさしめるかあるいはどの範囲でなさしめるかは、裁判所の裁量に委ねる。裁判所は立証しようとする者に損害あるいは利益について尋問することができる。第四五

二条第一項第一文、同第二項乃至第四項の規定はこの場合に準用する。(二)財産法的な争いの場合はもちろん、それ以外の場合にも、当事者間で請求の額が争われているか、あるいは請求額に関してあらゆる重要な事情を完璧に釈明することが困難な場合には、本条第一項第一文乃至第二文を適用する。但し、その請求に関し争われている部分が釈明の難しさと比べてさほど重要でない場合には除く。」

- (55) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §404 Rdnr. 4 (S. 1539) und 404 Rdnr. 14 (S. 1540).

- (56) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §404 Rdnr. 7 (S. 1540).

- (57) Volk 前掲注 (8) 338 (Rdnr. 31); Meyer-Grosner 前掲注 (8) §404 Rdnr. 6 (S. 1357).

- (58) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §404 Rdnr. 10 (S. 1540).

- (59) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §404 Rdnr. 11 (S. 1540).

- (60) Meyer-Grosner 前掲注 (8) §404 Rdnr. 7 (S. 1357).

- (61) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §404 Rdnr. 11 (S. 1540).

- (62) Meyer-Grosner 前掲注 (8) §404 Rdnr. 13 (S. 1358).

(63)

ドイツ刑事訴訟法第四六四条a(訴訟費用の内容)

「(一) 訴訟の費用は、手数料、国庫からの立替金をいう。この費用には、公訴の準備により生じた費用、犯罪行為の法的効果の執行の費用も含まれる。再審手続(第三六四条aおよび第三六四条b)の準備のために生じた費用も、その再審が有罪判決を受けた者の申立によって行われる場合には、既判力をもった判決によって終結した手続の再開の申立の費用に含める。(二) 関係人の必要の立替金には、(1) 証人の補償に適用される規定によって時間的に必要な不在のための補償、(2) 民事訴訟法第九条第二項によって支払わなければならない弁護士の手数料および経費が含まれる。」

(64)

ドイツ刑事訴訟法第一四〇条(必要的弁護)「(一) 以下

の場合には弁護人の関与が必要である。(1) 第一審の公判手続が高等裁判所あるいは地方裁判所において行われる場合、(2) 被告人が重罪(ドイツ刑法法第一二条第一項「重罪とは、違法な行為であって、最低一年以上の自由刑を科される恐れのあるものである。」注釈・筆者)について訴追されている場合、(以下略)。(二) 前項に規定する場合のほか、犯罪事実が重大なため、あるいは事件が事実面または法律面が困難であるため、弁護人の関与が必要であると認める場合、ないしは被告が自ら防衛することができないことが明らかな場合、——特に、第三九七条

a及び第四〇六条g第三項、第四条により被害者に弁護士が附されている場合——には裁判長は申立ないしは職権で弁護人を任命する。聴覚障害者または咽重者の被告人の申立にも同様とする。(以下略)。」

(65)

ドイツ刑法第一二条第一項(重罪)「重罪とは、違法な行為であって、最低一年以上の自由刑を科される恐れのあるものである。」

(66)

ドイツ刑事訴訟法第四七一条(私人公訴の費用)「(一) 私人公訴が提起されての手続では、有罪判決を受けた者は、私人公訴人に生じた必要経費も支払わなければならない。 (二) 被告人に対する訴えが却下されるか、無罪が言い渡されるか、あるいは手続が打ち切られた場合には、手続の費用および被告人に生じた必要経費は私人公訴人の負担とする。(三) 裁判所は、以下の場合には、手続の費用および関与者の必要経費を適切に配分し、あるいは

羈束裁量により関与者の一人に課すことができる。(1) 私人公訴人の申立が部分的にしか認められなかった場合、(2) 手続が第三八三条第二項(第三九〇条第五項)によって事件の微弱さから打ち切られた場合、(3) 再審が提起された場合。(四) 私人公訴人が複数の場合には、それらの者は連帯債務者として責任を負う。私人公訴人に生じた必要経費について、被告人が複数の場合にも同様とする。」

(67)

ドイツ刑事訴訟法第四七二条（共同公訴の費用）「（一）共同公訴人に生じた必要経費は、被告人が共同公訴人が被害者となった行為のために有罪判決を言い渡された場合に課される。被告人に負担させることが不当な場合には、そのうち全部または一部が見合わされる。（二）裁判所がその裁量を許す規定によつて手続を打ち切つた場合、裁判所は、特別な事由により公平であるときには、第一項に挙げた必要経費の全部ないしは一部を被告人に課することができる。裁判所がその手続を、先行する仮の打ち切り（第一五三条 a）の後に、最終的に打ち切つた場合、第一項が準用される。（三）第一項および第二項は、引き続き共同公訴人としての権限を有する者に、第四〇六条 g によつてその権限を行使の場合に生じる必要経費に準用する。（四）第四七一条第四項第二文は準用される。」

(68)

ドイツ刑事訴訟法第四七二条 a（附帯私訴の費用）「（一）犯罪行為から生じた請求を認容することを求める申立が認められた場合には、その限度で、被告人はこれによつて生じた特別な費用と被害者の必要経費も負担しなければならぬ。（二）裁判所が申立に対する裁判を見合わせたとき、請求の一部が被害者に認められないとき、あるいは被害者が申立を取り下げるときは、裁判所は羈束裁量により、その限りで生じた裁判所の経費および関与者に生じた必要経費を誰が負担するかを判断する。裁

判所の経費は、関与人に負担させることが不当な場合には、国庫に負担させることができる。」

(69)

ドイツ民事訴訟法第一一四条（訴訟費用扶助の要件）「その人的および経済的事情から訴訟遂行の費用を全く、あるいは部分的にないしは割賦でしか負担することができない当事者は、懸案の権利の追求または権利の防御が十分に成功の見込みがあり、且つ恣意的でないと認められる場合には、申立により訴訟費用扶助を受ける。欧州連合の範囲内で国境を越えた訴訟費用扶助に関しては第一〇七六条から第一〇七八条までが補充的に適用される。」

(70)

ドイツ民事訴訟法第一一七条第一項（訴訟費用申立）「訴訟費用扶助の承認を求める申立は、受訴裁判所に提出し、裁判所事務局の調書に記載させることができる。申立は、証拠方法を示して訴訟関係を説明しなければならぬ。」

(71)

ドイツ民事訴訟法第一二一条（弁護士付添）「（一）弁護士による代理が規定されている場合には、代理の用意のある弁護士が当事者の選択により当事者に付き添ふことになる。（二）弁護士による代理が規定されていない場合には、さらに弁護士による代理が必要と認められるか、あるいは相手方が弁護士により代理されている場合には、代理の用意のある弁護士は当事者の申立に基づき、その

選択により、当事者に付き添うことになる。(三)受訴裁判所において許可されていない弁護士であっても、それにより格別の費用が発生しない場合には、付き添うことができる。(四)特別な事情がこれを必要とする場合には、当事者の申立に基づき、代理の用意がある弁護士がその当事者の選択により、受託裁判官の面前における証拠調べ期日を遵守するため、あるいは訴訟代理人との交渉を仲介するために、当事者に付き添うことができる。(五)当事者が代理の用意のある弁護士を見つけない場合には、裁判長は申立により弁護士をその当事者に付き添わせる。」

(72) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注(7) §404 Rdmr. 22 (S. 1542).

(73) ドイツ民事訴訟法一一九条第一項(審級)との承認「訴訟費用扶助を承認するには、各審級ごとに個別に行う。相手方が上訴した場合には、上級審において、権利の追求または防衛が十分な成功の見込みを有するか否か、または恣意的であるかどうかの点について審査してはならない。」

(74) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注(7) §404 Rdmr. 23 (S. 1542).

(75) ドイツ刑事訴訟法一五二条一項(起訴独占主義)「公訴の提起には検察官があたる。」

(76) ドイツ刑事訴訟法第三七九条第三項(私人告訴人の訴訟費用扶助)「担保の額、その提供の期間さらに訴訟費用の扶助については、民事訴訟における同一の規定を適用する。」

(77) 松川実「民刑事責任峻別論の崩壊(三)―ドイツの判例及び立法の新しい流れ―」青山法学論集四八巻一／二号(二〇〇六年)三三二―三〇〇頁(三二二頁)。

(78) ドイツ刑事訴訟法第三九七条a(補佐人としての弁護士の任命)「(一)共同告訴人として参加する権限が第三九五条第一項第一号a(刑法第一七四から第一七四条c、第一七六条から第一八一一条aおよび第一八二条(性的虐待に関する各種の罪))、同第二号(刑法第二一一一条(謀殺と第二二二条(故殺))の違法な行為の未遂によって侵害された)、第二項第一号(同一の権限が両親、子供、兄弟姉妹、そして違法な行為によって殺害された者の配偶者あるいは生活のパートナーに認められる)に基づいているか、あるいは共同告訴人が刑法第二二三二条から二三三条(人身売買)による違法な行為によって侵害され、且つ参加のための権限を与える行為が犯罪である場合には、共同告訴人の申立に基づいて、共同告訴人には、弁護士が補佐人として任命されなければならない。共同告訴人が申立提出の際に一六歳未満であって、その者が自らの利益を自ら十分に主張することができないことが明らかである

- 場合であつて、さらに第一文という行為が犯罪であるか、あるいはその者が刑法第二二五条〔被後见人への虐待〕による違法な行為によって侵害されたときには、その者に弁護士が補佐人として任命されることが出来る。〕の申立は参加の意思表示の以前にも提出することができる。弁護士にの任命に関しては、第一四二条第一項〔裁判長による弁護人選定の方法〕が準用される。(二)第一項による任命の要件を満たさない場合にも、さらに、事実状態あるいは法律状態が難しいか、被害者が自らの利益を自らでは十分には主張することができないか、あるいはそれが被害者には期待できないときには、共同公訴人には、申立により、民事訴訟における同一の規定により、弁護士の依頼に対して訴訟費用扶助が認められなければならない。第一項第三文および第四文が準用される。民事訴訟法第一一四条後段〔訴訟費用扶助の要件〕、第二二一条第一項から第三項〔弁護士の付添〕は適用されない。(三) 弁護士を任命するか否か、さらに訴訟費用扶助を承認するか否かに関しては、事実が係属している裁判所が判断する。第二項の場合には、この判決は上訴すること「ができる。」(尚、括弧の注意書きは筆者による)。
- (79) Meyer-Grobner 前掲注 (8) §97a Rdnr. 9 (S. 1344).
- (80) Gerd Pfeiffer (Hg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Aufl., München 2003, §397 a Rdnr. 2 (S. 1945).
- (81) 弁護士報酬法 (Das Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte: RVG) は、二〇〇四年五月五日に成立 (BGBl. I S. 717-788) 一、同年七月一日から施行された。これは従来適用されてきた連邦弁護士報酬法 (Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung: BRAGO) の規定に取って代わり、二〇〇四年六月三〇日以後に弁護士に対して与えられた委託から適用される。新弁護士報酬法の制定趣旨は、弁護士費用及び報酬を単純化し透明化することであるが、主たる改正点は、裁判所の負担を軽減するために裁判外での紛争解決に関する弁護士報酬の引き上げ、裁判所での証拠調べの報酬の引き下げ、合意離婚の際の報酬の引き下げ、特定の罰金手続での刑事弁護と代理の際の報酬の引き上げなどである。従来のように委託内容の種類と対象額によって報酬額が定まるのではなく、一部ポイント制に移行したようである。
- (82) Rantf. 前掲注 (8) 735 (Rdnr. 2477).
- (83) ドイツ民事訴訟法第一二〇条〔訴訟費用扶助の返還〕「(一) 裁判所は訴訟費用扶助を承認する際には、一緒に、月々支払うべき額とその資産から支払うべき額を確定する。裁判所が第一一五条第一項第三文第四号によつて、

特別な負担を考慮して収入から一定の額を控除し、その負担が四年以内に全部または部分的に消えることが予想される場合には、裁判所は同時に、その負担が全く斟酌されなくなるか、あるいは僅かな範囲でしか斟酌されなくなった場合に明らかとなる支払と、さらに、支払がなされるべき時点を確定する。(以下略)』

- (84) BGH 3 StR 272/05 — Beschluss vom 26. August 2005 (LG Flensburg), HRKS-Nummer: HRKS 2005 Nr. 795.

- (85) 受領した旨の表示 (Empfangsbekundnis) は、民事であれば債権者が債務者の履行に対して受領した旨を文書で確認する領収書で表されている。ドイツ民事訴訟法では、例えば当事者を代理する弁護士が他の弁護士に送付したその弁護士の文書による意思表示は送達とみなされる(同法第一九八条第一項)。この受領した旨の表示は、送達証明書を補充することになる。

- (86) BGH 2 StR 37/04 — Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Hanau), HRKS-Nummer: HRKS 2004 Nr. 732.

- (87) ドイツ民事訴訟法第二五三条(訴状)「(一)訴えの提起は書面(訴状)の送達をもってこれを行う。(二)訴状には、以下の事項を記載しなければならない。①当事者および裁判所の表示、②提出された請求の対象および原因を特定して提示すること、ならびに特定された申立。(三)裁判所の管轄が訴訟物の価額により定まり、訴訟物が一定

の金額で表示されていないときは、訴状にはさらにその価額および事件を単独裁判官に委ねることに妨げる事由の有無の表示も記載しなければならない。(四)その他準備書面に関する一般の規定は訴状にもこれを準用する。(五)訴状および送達を必要とする当事者のその他の申立ならびに陳述は、裁判所に書面をもってその送達または通知に必要な数の謄本を添付して提出しなければならない。尚、謄本の添付は訴状が電子的に提出された場合には必要でない。』

- (88) BGH 2 StR 35/02 — Beschluss vom 20. Februar 2002, <http://dejure.org>.

- (89) BGH 3 StR 25/01 — Beschluss v. 30. März 2001, NJW 2001, 2486.

- (90) 旧ドイツ連邦弁護士報酬法第一〇二条(私人公訴人、共同公訴人への国選弁護士)「私人公訴人、共同公訴人、訴訟強制手続における申立人あるいはその他の者に任命された弁護士の報酬に関しては、第九七条から第一〇一条の規定が合理的に適用される。(二)共同公訴人あるいは共同公訴申立権者である被害者に補佐人として任命(刑事訴訟法第三九七条 a 第一項、第四〇六条第三項第一号)された弁護士の報酬に関しては、第九七条、第九八条、第九九条および第一〇一条の規定が合理的に適用される。弁護士は有罪判決を受けた者に、私選の補佐人としての

報酬を請求することができる。その請求は、国庫が第九七条および第九九条によって報酬を支払った場合にはその限りで消滅する。」

(91)

旧ドイツ連邦弁護士報酬法第九七条（国庫に対する請求）「（一）弁護士が裁判所で任命された場合には、その者は法定報酬の代わりに第八三条から第八六条、第九〇条から第九二条、第九四条および第九五条で定められた最低額の四倍であつて、しかし最高額の半分を超えない額を国庫から支払われる。第九〇条第一項第二文の場合には、これはその弁護士が刑事訴訟法第三六四条b第一項第一文によって任命されたか、あるいは裁判所が刑事訴訟法第三六四条b第一項第二文による確認に至った場合にしか適用されない。被告人が身柄を拘束されていない場合、弁護士は第八三条第一項、第八四条、第八五条第一項あるいは第三項、第八六条第一項あるいは第三項、第九〇条の場合には、四倍の代わりに最低額の五倍を支払われる。第二三条、第八九条、第九六条cの場合には、第一二三条が適用される。（二）弁護士はさらに経費の賠償を国庫から受ける。第二六条第一項第一文、第二項は合理的に適用される。第二六条第二項による確認は、旅費のようなその他の経費にも該当する。再審手続の準備のための調査によって生じた経費は、その弁護士が刑事訴訟法第三六四条b第一項第一文によって任命された

か、あるいは裁判所が刑事訴訟法第三六四条b第一項第二文によってその確認に至った場合には、第一文と第二文の措置によってその弁護士に支払われる。（三）弁護士が第一審で任命された場合、その者は、公訴提起前の活動を含めて、任命の時点よりも前の弁護人としての活動に対しても報酬を受け取る。（四）前払いがある場合には第二二七条第一文、第九八条が合理的に適用される。」

(92)

旧ドイツ連邦弁護士報酬法第九八条（報酬の決定）「（一）国庫から支給される報酬は、弁護士の申立により、第一審裁判所の事務局の書記官によって決定される。民事訴訟法第一〇四条第二項が合理的に適用される。（二）第一項によつた決定に対する弁護士あるいは国庫からの異議に関しては、第一審裁判所の裁判長が決定によつて判断する。（三）その決定に対しては、刑事訴訟法第三〇四条から第三二〇条、第三二一条aの規定によつて抗告を申し立てることが許される。（四）異議および抗告に関する手続は、手続料が掛からない。費用は徴収されない。」

(93)

旧ドイツ連邦弁護士報酬法第九九条 特別な範囲の刑事事件「（一）特に範囲の広いあるいは難しい刑事事件においては、裁判所が任命した弁護士には申立により手続全体ないしは手続の一部に対して第九七条の報酬を超える一括報酬が認められる。（二）この申立については、刑事

事件が第一審で係属している、あるいは係属したその地区の高等裁判所が判断する。最高裁判所は自らがその弁護士を任命した場合にはその判断を任される。その手続においては国庫も聴聞される。」

(94)

旧ドイツ連邦弁護士報酬法第一〇一条(前払金)「(一) 弁護士が裁判所の任命の前ないし後において、被告人ないしは第三者から、この刑事事件の活動のために、本報酬法あるいは合意に基づいて受領した前払いと支払は、国庫から支払われる報酬を算入しなければならぬ。(二) 弁護士がその算入あるいは払い戻しをしたとして、第九七条によつて弁護士に認められた報酬の額の二倍よりも少なくしか報酬を得ないであろう場合には、その算入あるいは払い戻しは行わない。(三) その弁護士は、第一項と第二項によつて算入あるいは払い戻し義務にとつて重要な前払いと支払を国庫に届け出なければならぬ。」

(95)

旧ドイツ連邦弁護士報酬法第八九条(附帯私訴に関する報酬)「(一) 被害者はまたはその相続人が刑事手続において、犯罪から発生した財産法上の請求を行使する場合、弁護士は、弁護人の報酬の他に、第三二条で定められた報酬の代わりに、第一審においては満額の報酬(第一一条)の二倍、控訴審および上告審では二・五倍を受け取る。その請求が控訴審で初めて主張された場合には、控

(96)

訴審手続への報酬の割り増しはない。(二) 弁護士が被告人の訴訟代理人として、民事上の紛争において被告人の請求のために活動した場合には、刑事手続における請求に対する攻防のために認められる報酬の三分の二が、民事上の紛争において発生した報酬に算入される。その弁護士がその受け取る額が、算入によつて民事上の紛争において認められる報酬の三分の二よりも少なくなる場合にはその算入は行われない。(三) 弁護士の活動を、刑事手続において犯罪から生じた財産法上の請求の主張あるいは攻防に限定された場合、弁護士は第一項で定められた報酬しか受け取らない。第二項が合理的に適用される。(四) 第三二条によつて和解の締結の際の協力のための報酬はそのまま適用される。」

旧ドイツ連邦弁護士報酬法第一二三条(対象価格六千マルク以上)「国庫(第一二三条)からは、六千マルク以上の対象価格の場合には、満額の報酬(第一一条第一項第一文と第二文)の代わりに、以下の報酬が支払われる。対象価額が七千マルクまで、報酬額三九〇マルク、対象価額が八千マルクまで、報酬額四〇五マルク、対象価額が九千マルクまで、報酬額四二〇マルク、対象価額が一万マルクまで、報酬額四三五マルク、対象価額が一万二千マルクまで、報酬額四四五マルク、対象価額が一万四千マルクまで、報酬額四六五マルク、対象価額が一万六千マルクまで、報酬額四八五マルク、対象価額が一万八千マルク

くまで、報酬額四五〇マルク、対象価額が二万八千マルクまで、報酬額四七五マルク、対象価額が二万マルクまで、報酬額四五〇マルク、対象価額が一万八千マルクまで、報酬額四七五マルク、対象価額が二万マルクまで、報酬額四九〇マルク、対象価額が二万五千マルクまで、報酬額五二五マルク、対象価額が三万マルクまで、報酬額五六五マルク、対象価額が三万五千マルクまで、報酬額六〇五マルク、対象価額が四万マルクまで、報酬額六四五マルク、対象価額が四万五千マルクまで、報酬額六八五マルク、対象価額が五万マルクまで、報酬額七二五マルク、対象価額が五万マルク以上、報酬額七六五マルク。」

(97) BGH 1 StR 455/99 — Beschluß v. 12. Oktober 1999 (LG Konstanz), <http://dejure.org>.

(98) ドイツ民事訴訟法第三〇七条(認否)「当事者の一方が、相手方から主張された請求を口頭弁論で全部又は一部認めた場合には、その認否に応じて、判決が下されなければならない。その限りで、口頭弁論は必要としない。」

(99) ドイツ刑事訴訟法第二六七条「判決理由 第一項第一文「被告人に有罪判決を言い渡すときは、判決理由には犯罪行為の法で定めた特徴を示す事実であって、証拠により証明されたと認められる事実を挙げなければならない。」

(100) ドイツ刑法第四六条 a (行為者と被害者の和解、損害回

復)「行為者が、(一)被害者との和解を達成しようとする努力行為者―被害者―和解において、自らの行為のすべてないしは大部分を回復したか、あるいはその回復に真摯に努力した場合、あるいは(二)損害を回復することに行為者の高度な個人的給付または行為者の個人的断念を必要とする場合には、被害のすべてまたは大部分を填補した場合には、裁判所は、刑法第四九条第一項によりその刑を軽減、または、一年以下の自由刑ないしは三百六十日分以下の日数罰金刑が科せられるときは、刑を免除することができる。」尚、詳しくは、松川・前掲注(77)三〇九頁。

(101) BGH 2 StR 637/98 — Beschluß v. 24. März 1999 (LG Aachen), <http://dejure.org>.

(102) OLG Zweibrücken, Beschl. v. 11. 9. 2006, 1 Ws 347/06, <http://www.burhoff.de/burhoff/rvginhalte/271.htm>

(103) Vergütungsverzeichnis zum RVG, <http://gebuehrenrechner.de/verzeichnis/> 尚、第四一四三号は、被害者ないしはその相続人による財産法上請求に関する手続に関し、さらに第一審での手続の弁護士報酬である。

3 ドイツ刑事訴訟法第四〇五条(和解)

(1) 条文

(ア) 現行法(二〇〇四年九月一日施行)

「(一) 被害者あるいはその相続人、あるいは被告人の申立により、裁判所は犯罪行為により発生した請求権に関して和解を(訴訟)記録に記載する。裁判所は、第一文で挙げた者たちの合意による申立により、和解案を提示しなければならない。」

(二) 和解が法的に有効であるか否かに関する不服申立に関して判断を下すには民事裁判所が管轄権を有する。」

(イ) 旧法

「裁判所は、刑事行為の被告が無罪の場合あるいは被告人に対して改善と保護観察の処分が命じられない場合、そして申立が理由のないものと判断される場合には、判決書の中で(附帯)申立についての判決を却下する。その申立が、特に申立の審査によって手続自体が遅延したり、申立

が許されない場合には、刑事手続において事件の処理にふさわしくない場合にも、その申立は判決をもって却下する。申立は手続においてはいつでも決定によっても棄却することができる。」

(2) 解説

従来から、附帯私訴手続でも和解を認められるかどうかについては争いがあった。否定する立場は、被告人が同一の事実により来る刑事法部分と民事法部分で相反する立場を取るような器用なことができるとは思えないという懸念からである。つまり、一方では民事法的には和解をしておきながら、刑事法的には無罪を主張するということは、人間が容易に取りうる立場ではなく、結局、刑事法的部分に關しても無形の圧力を被告人に与えるだろうというものである。^⑧ 一方で、和解は被告人にとっても利益になるという立場もあった。例えば、ドイツ刑法第四六条a(行為者と被害者の和解、損害回復)が適用される可能性もある。

しかし、ドイツ刑法第四六条 a 第一項では、「和解を達成しようとする真摯な努力」が必要であり、同第二項では「個人的に高度な給付あるいは個人的な断念」を必要としている^③。ドイツ刑法第四六条 a によれば、その和解が成立すれば、被告人（被疑者）の刑は一定の場合に減輕されるか免除されることになる。ドイツ刑事訴訟法第四〇五条の和解が、ドイツ刑法第四六条 a の和解にも該当するには、追加的要件の充足が必要となるが、全くあり得ない話ではない。

また本条の和解ではないが、一方当事者が相手の請求を認めた場合、裁判所はその認否にしたがって判決を下すことができるかどうか争われていた。かつてのドイツ最高裁判所の判決は、附帯私訴手続においても、ドイツ民事訴訟法の規定が適用されると規定するが、ドイツ民事訴訟法第三〇七条の認否に関する規定は「民事訴訟法の処分権主義」の最たる表れであるから適用されないとした（ドイツ最高裁判所第一刑事法廷一九九九年一〇月一二日決定「後

続判決事件」〔前掲〕）。しかし、二〇〇四年の被害者保護改革法によって、第四〇五条に和解制度と第四〇六条第二項に承認に関する規定が創設された以上、一定の範囲では民事訴訟法上の処分権主義も効力をもつことにならざるを得ない。

二〇〇四年の被害者保護法改革法によって、本条が追加され、和解が公判調書に記載されることが定められた。公判調書に記載するということは、強制執行（民事訴訟法第七九四条第一項第一号）を可能にするということであるが、条文自体には当事者が和解を締結することができるということは規定されていない。和解を締結できるのは、附帯私訴申立人、その相続人と被告人である。当事者が和解を締結する場合には、両当事者の行為能力が必要となる。例えば、被害者が児童である場合には、法定代理人が代理する。和解ができる対象は必ずしも財産法上の請求に限られない。立法者によれば、経済的意味がない名誉毀損に関する謝罪広告を掲載するという請求も和解の対象になるとい

う。

両当事者の合意があるときにだけ、裁判官が和解の提案をすることができる。一方の当事者の申出によってそのような和解提案をすることは、裁判官の忌避事由になりかねない⁽¹⁰⁶⁾。それ故、和解案を裁判官に提示させるためにも、両当事者、特に被告人の自由な意思による同意がなければならぬ。裁判官は特に被告人に対して和解をするようにどのような形であれ和解に向けた圧力を加えてはならない。仮に、和解の有効性に疑義が生じた場合には、それは民事裁判所で処理させる。

(註)

- (104) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注(7) §404 Rdmr. 17 (S. 1541) 参照。
- (105) 松川・前掲注(77) 三〇五頁。
- (106) ドイツ刑事訴訟法第二十四条第一項(裁判官の忌避)「裁判官は法律上当然に職務から除斥されるべきとき、あるいは不公平な裁判をする恐れのあるときは、これを忌避することができる。」

4 ドイツ刑事訴訟法第四〇六条(全部・一部判決)

(1) 条文

(ア) 現行法(二〇〇四年九月一日施行)

「(一) 裁判所は被告人が犯罪行為につき有責と宣言され、あるいは被告人に対する矯正および保安の措置が命じられた判決の中で、申立がこの犯罪行為のために理由があれば、この申立は認容される。判決は、行使された請求権の根拠、あるいは行使された請求権の一部に制限することができ、その場合には民事訴訟法第三一八条を準用する。裁判所は、申立が許容されない、あるいは理由がないものと思われる場合には判断を見合わせる。さらに、裁判所は、申立が、申立人の正当なる利益を考慮しても、刑事手続での解決に適合していない場合には、判決を見合わせるることができる。申立は特に、そのさらなる審理が、判決が請求権の根拠に関して、あるいは請求権の一部のみを考慮されたとしても、手続を著しく遅延させるような場合には、刑事手続で解決することには適合しない。申立人が慰

謝料の承認の請求権を行使している場合（民法第二五三条第二項）には、判決を見合わせることは、第三文の場合だけに許される。

（二）被告人が申立人によって自らに対して行使された請求権を全部あるいは一部承認した場合には、被告人はその承認に従って判決が下される。

（三）申立に関する判決は、民事上の法紛争において下された判決と同視される。裁判所は、判決に仮執行の宣言をし、その場合には、民事訴訟法第七〇八条乃至第七一二条、第七一四条乃至第七一六条を準用する。請求が認容されない場合には、その請求は他の方法で行使することができ。請求権の根拠に関して、確定判決が下された場合には、その金額に関する審理は、民事訴訟法第三〇四条第二項によって、管轄権を有する民事裁判所で行われる。

（四）申立人は、判決の写しを、理由付きあるいは抜粋付きで受領する。

（五）裁判所が申立に関する判決を見合わせることを考

えている場合には、その裁判所は手続関与者に対して、可能な限りに早期に、その旨を通知しなければならない。裁判所が申立人からの聴聞後、申立に関する判決を下すにはその要件を充たしていないと思料した場合には、裁判所は決定をもって、申立に関する判決を見合わせる。」

（イ） 旧法

「（一） 公判手続の結果により申立に理由がある場合には、裁判所は判決において申立を認容する。この裁判は主張された請求の原因や部分に限定することができる。民事訴訟法第三一八条を準用する。

（二） 裁判所は、判決に対して仮に執行できる旨を宣言することができる。この場合に、担保をたてることを仮執行の条件とすることができる。また、被告人に担保をたてて仮執行を免れることを許すこともできる。本項の命令は、不服申立ができない決定によって、事後的に命じたり、変更したり、または撤回することができる。

(三) この裁判は、民事の争訟における終局判決と同一の効力を有する。請求が認容されなかった限度では、別途に主張することができる。請求の原因に関する裁判が確定したときは、金額に関する審理は民事訴訟法第三〇四条第二項の規定にしたがって、管轄する民事裁判所において行う。

(四) 申立人には、理由を付した判決謄本またはその抄本を交付する。

(2) 解説

(ア) 第一項

付帯私訴請求が認容されるのは、被告人が有罪かあるいは矯正および保安の措置が命じられた場合にしか認められない。つまり、つまり「刑事責任と民事責任を分離」することは許されない^⑩。附帯私訴手続はドイツ刑事訴訟法によって進められる(BGH 37, 260, 261)。従って、刑事裁判所は、事実関係を職権によって解明し(ドイツ刑事訴訟

法第二四四条第二項)、民事訴訟(ドイツ民事訴訟法第二八八条^⑪)と違って告白には拘束されないが、被告人は請求権を承認することによって処分することもできる(ドイツ刑事訴訟法第四〇六条第二項)。もともと、民事訴訟法上の告白をどのように裁判所が事件の刑法上の評価のために利用するかという点は全く不明であると言われている^⑫。附帯私訴手続において財産法上の請求権を実現することは、それを民事訴訟と比較すると大部軽減されているといわれる^⑬。

刑事裁判所においても、慰謝料あるいは損害賠償請求権など財産法上の請求権を認容する際には、その根拠を詳細に説示しなければならない(ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇三年七月二九日決定「根拠明示義務違反事件」〔後掲〕)。これもドイツ民事訴訟法の規定に従うのではなく、あくまでもドイツ刑事訴訟法に従って行われる。裁判例の中には、慰謝料請求を認める場合には、被害者および被告人の経済的事実をすべて詳細に明示する必要がないと

いうものもある(BGH NJW 1995, 1438)が、判決は強制執行を可能にするために、民事訴訟法第三二三条第一号が要求する事項は、判決文の見出ししないしは主文に記載されなければならない。

一九八六年の被害者保護法により、基本判決(ドイツ民事訴訟法第三〇四条)の言い渡しが許されるようになり、また、主張された請求につき一部判決(ドイツ民事訴訟法第三〇一条)^⑩を言い渡すことも許されることが明確になった。これは一括してすべてを判断しようとする手続の遅延を招く恐れがあるために設けられた制度である。^⑪したがって、被害者のための損害賠償義務の確認も、裁判所は損害賠償の額を定めることなく判決を下すことができる。つまり、請求がその根拠と金額につき釈明が必要な場合には、刑事裁判所は被告人に賠償義務を「基本的に(denn Grunde nach)」確認することに限定して判断を下すことができるが、それは、請求の額を審理することが訴訟の著しい遅延をもたらすために付帯私訴手続で判決を下すのに

適していない場合だけであるといわれる。^⑫継続する金額手続は民事裁判所が管轄するが、ドイツ民事訴訟法第三一八条^⑬によって、その民事裁判所は刑事裁判所の基本判決に拘束される。仮に、請求の残りの部分について判断を下すことが見合わされる場合には、基本判決あるいは一部判決も見合わすことができる。いわゆる確認判決は、ドイツ刑事訴訟法の中に規定されていないが、基本判決との類似性からそれも許されると解されている。^⑭もつとも附帯私訴手続において申立人の請求が一部のみ認容された、つまり、一部判決である旨を判決主文に明示しておかないと、請求の残部については訴訟係属という効果がなくなってしまう(ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇三年五月一三日判決「少年証言事件」(後掲))といわれる。

附帯私訴の申立は、裁判所が判決をしないことはできるが、決して「認容できない」とか、「理由がない」として却下したり、棄却することは許されない(ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇三年五月一三日判決「少年証言事

件」〔後掲〕。つまり、二〇〇四年六月二四日の被害者保

護法改革法によって、裁判所は、一定の条件がある場合には、被害者からの申立に判決を下すことを回避することができるようになった。但し、ドイツ刑事訴訟法第四〇六条第一項第三文は、刑事法廷が附帯私訴手続で申し立てられた請求権が、理由がないと判断しても、被害者が民事裁判所でさらなる的確な審理のもとで新たな判断が下されることを認めたものである。しかし、これが濫用されると刑事法廷の責任逃れを立法上認めたものと考えられてしまう。この判断を見合わせるという制度のために、立法者が再度にわたって附帯私訴の規定を改善させているが、それでも実務ではあまり利用されていないという批判もある^⑩。

刑事裁判官が附帯私訴での請求に対し、その判決を回避することが許される場合とは、

(一) 事実上の理由から見合わせる場合。犯罪行為の被告人が有罪でないと判決されたり、あるいは、矯正・保安措置が課されなくなった場合、申立が許容できない場合

(本条第一項第一文)。

(二) 訴訟経済的な理由から裁量的に見合わせられる場合。刑事手続において処理・解決するに適していないと思われる場合。附帯私訴申立を刑事手続で解決しようとする、刑事手続を著しく遅延されるような場合(本条第一項第四文及び第五文)である。例えば、財産法上の請求を審理するために、追加的な捜査が広範囲に必要となるような場合が考えられる^⑪。但し、慰謝料を承認するようにという申立の場合に、それが例えば、追加的な捜査などを必要として、刑事手続を著しく遅延されるような場合であつても、裁量的な判決見合わせは許されない。慰謝料の承認の申立に対して判決の見合わせ認められるのは、申立が許容されない、あるいは理由がないものと思われる場合だけである。

(三) 申立が許容されないため強制的に見合わせられる場合(本条第一項第三文)。申立が許容されない、あるいは理由がないものと思われる場合には、判決は見合わせられ

る。

「判決を見合わせる」と訴訟係属が終了し、既判力もない^⑩。それ故、申立人は別に、つまり民事訴訟を提起することができるとができる。

それ以外の場合には、刑事裁判所は附帯私訴手続の申立を刑事判決の中で認容することになる（本条第一項第一文）。そして、その判決は民事裁判と同じ効力を有する（本条第三項第一文）。したがって、既判力の発生には民事訴訟法の規定が適用され、それに対して既判力の効力は民事訴訟法の規定が適用されることになる^⑪。

裁判所事務局は、強制執行の判決正本を作成する（ドイツ民事訴訟法第七二四条^⑫）。強制執行は後述のようにドイツ民事訴訟法に従って行われる（ドイツ刑事訴訟法第四〇六条b）。

（イ） 第二項

被告人が被害者の申立を全部ないしは一部認めた時に

は、承認判決が言い渡される。本項は二〇〇四年九月一日に施行された被害者保護法改革法によって追加された条項である。前述のように、本項が挿入される前のドイツ最高裁判所の判例は、被告人が附帯私訴手続において被害者の請求を承認したとしても、それに対応する民事訴訟法の規定は第三〇七条であつて、「同条は民事訴訟法の処分権主義の典型的な発露であつて、刑事訴訟法の原則によつて実施される附帯私訴手続においては適用されない。」と被告人の承認を否定していたが、本項の挿入によつて法状況は一変した。

（ウ） 第三項

認容判決は、民事裁判所の判決と同視される。仮執行を認めるかどうかは裁判所の羈束裁量による。附帯私訴手続において、ある財産法上の請求権の「根拠」に關してだけ確定判決が下された場合には、本条第三項第四文により、金額に關する審理はドイツ民事訴訟法第三〇四条によつて

管轄権のある民事裁判所が行う。「請求権が認容されない場合には、請求権は、他の方法で行使することができる。」(第三文)とは、裁判所が請求に対して一歩しか認容しなかった場合に、申立人はその請求権を民事訴訟において行使することができるという意味である。附帯私訴手続では、申立を全部認容しないということがないからである。判決が見合わせられた場合には、訴訟係属はない(本条第一項第三文)。判決を見合わせる場合には、決定によってなされる(本条第五項)。

申立に関する判決は、民事上の法紛争において下された判決と同視される。裁判所は、判決に仮執行の宣言をし、その場合には、民事訴訟法第七〇八条乃至第七一二条、第七一四条乃至第七一六条を準用する。請求が認容されない場合には、その請求は他の方法で行使することができる。請求権の根拠に関して、確定判決が下された場合には、その金額に関する審理は、民事訴訟法第三〇四条第二項によって、管轄権を有する民事裁判所で行われる。

(3) 最近の判決例

(ア) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇五年六月三日決定「承認判決事件」^②

事実関係は明らかでないが、従来の判例(例えば、先例となっていたドイツ最高裁判所第四刑事法廷一九九〇年二月一八日決定 BGHSt 37, 263 「レイプ犯による債務承認事件」、ドイツ最高裁判所第一刑事法廷一九九九年一月一二日決定「後続判決事件」(「前掲」)を變更し、附帯私訴の財産的請求に関しても民事訴訟法第三〇七条の承認判決が認められることを明言した判決である。

つまり、ドイツ最高裁判所は、二〇〇五年二月一六日のバイロイト地方裁判所の判決に以下の点を補充した。つまり、「被害者が申し立てた慰謝料請求権に関する地方裁判所の判決は合法的である。二〇〇四年六月二四日の被害者保護法改革法により刑事訴訟法第四〇六条が改正され、同条によれば附帯私訴においても承認判決が許される(被害者保護法改革法による刑事訴訟法第四〇六条第二項)。ド

イツ最高裁判所のかつての判例はこれによって書き換えられる。」と述べた。

(イ) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇五年一月二七日決定「差戻禁止事件」^②

本件も事実関係が明らかではないが、ヴルツブルグ地方裁判所二〇〇四年七月一九日の判決に対し、被告人は上告したが、ドイツ最高裁判所は「原審の判決は被告人の不利になるような法的誤認は存在しない(ドイツ刑事訴訟法第三四九条第二項)ので、この上告は認められない。しかし、ヴルツブルグ地方裁判所が、附帯私訴手続で金額を提示された慰謝料・利息請求権を認容しない場合に、その申立を差し戻すことは許されない。なぜなら、二〇〇四年六月二四日の被害者保護法改革法によって二〇〇四年九月一日に施行された刑事訴訟法第四〇六条第一項第三文によって、今後の申立については判決しないということを判決文で言い渡さなければならないからである。それ故、当刑事

法廷は、ヴルツブルグ地方裁判所の判決文をそのように訂正することにする。」という。

これによって、この件の判断は民事裁判所に任せることになる。しかし、刑事裁判所が、附帯私訴の申立を理由がないと判断する際に、その判決文にどの程度の根拠を示すべきかについては明らかでない。仮に「損害賠償請求の理由はない」という一語だけをもって、事件を民事裁判所へ丸投げすることを許すのであれば、それは附帯私訴手続自体の存在意義を失わせるものである。

(ウ) ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇三年七月二九日決定「根拠明示義務違反事件」^③

ランダウ地方裁判所は、二〇〇二年二月一六日、被告人を強盗二件(そのうち一件には子供への性的虐待も含む)で、自由刑六年六月を言い渡した。さらに、附帯私訴手続においては、ランダウ地方裁判所は、①慰謝料として五千ユーロの支払いを命じ、さらに②被告人は二〇〇〇年

八月二日、一三日の事件と関連している(将来発生する)物理的、非物理的損害全部を、それらが社会保険事業者やその他第三者に移転されない限り、附帯私訴原告に支払わなければならないということを確認した。この判決に対しては、被告人が上告しているだけでなく、連邦検事総局も意見書を提出している。

その意見書によれば、「確認申立に関する部分の判決は破棄を免れない。なぜなら、地方裁判所は、判決文で、すでに発生した損害と将来発生するであろう損害とを区別することなく、被告人に広範囲な義務を言い渡したからである。また、もちろん将来の損害を排除することはないが、判決理由には将来の損害についてしか記載がない。しかし、民事法上の請求権を刑事判決において認める判決においても、根拠を示さなければならないという要件は適用されるにもかかわらず、本件原審のように、単に一行でまとめて型どおりの考量をしただけでは、その限度でこの根拠明示義務を果たしたことはない。むしろ、その行為

が判決の当時にすでに一年四月(正しくは、二年四月)も前のことであり、そのような共同公訴人が蒙った侵害は、判決理由から読み取ることができないが、継続的なあるいは結果損害を恐らく生じさせるということを考慮して、さらに、そのような請求権のまさに控え目な要求であることを考慮しても、もう少し綿密な理由が示されるべきであったと思われる。」という。そしてドイツ最高裁判所第四刑事法廷も、この連邦検事総局の意見を採用入れ、ランダウ地方裁判所の判決のうち、慰謝料支払だけでなく将来の物質的・非物質的損害全部の賠償義務を確認した原判決を破棄した。しかし、損害賠償の確認請求に関する部分を新しい審理に差し戻すことは考えず、損害賠償全部につき判決を下すことを見合わせることにした。

つまり、本件はドイツ最高裁判所が、刑事裁判所においても、民事裁判所と同様に、慰謝料あるいは損害賠償請求権など財産法上の請求権を判断する際には、その根拠を詳細に説示しなければならないという原則を確認した判決で

ある。確かに、ドイツ刑事訴訟法第四〇六条第一項第三文によれば、申立が許容されない、あるいは理由がないものと思われる場合には、刑事裁判所は判決を下すことを見合わせる事になり、本件も最終的には判決を見合わせる事になった。しかし、これは、損害賠償等の根拠が詳細かつ十分に審理された上で、本件では請求権が許容されない、あるいは理由がないと判断されたものかどうかといえ、恐らく否定せざるを得ないだろう。しかし、このように、刑事裁判所が附帯私訴について十分な審理を施さなかった事件を、簡単に民事裁判所の判断に丸投げするような見解は、結局、刑事裁判所の責任回避を招くことになりかねない。本件のような審理不済は刑事裁判所へ差し戻すべきであつたと思われる。

(エ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇三年五月一日決定「特別専門知識事件」^⑤

本件では、被告人は被害者の父であり、生後二ヶ月にな

る被害者を激しく振つただけでなく、頭を殴打したり、胸や肩を叩いた。このような虐待によつて被害者は辛うじて死には至らなかつたが、脳に重度に障害を残した。キール地方裁判所は、二〇〇二年九月四日、被告人に危険傷害等を原因として全体として自由刑五年を言い渡した。また、被告人に附帯私訴原告に対し慰謝料一五万ユーロと利息さらに被害者の死亡まで月一〇〇ユーロの定期金を支払うように命じた。さらに地方裁判所は、被告人は判決の言い渡し後に、被告人が犯した傷害に基づいて附帯私訴原告に発生するであろう物質的・非物質的損害をも、社会保険事業者にその権利が移転したものを除き、賠償しなければならぬという点を確認した。これに対し被告人は、実体法上の権利が侵害されたとして上告している。

そこで、本件では、後遺障害のように、その判断に民事裁判官の特別な専門知識を必要とするような民事上の難しい法的問題を裁判しなければならぬ場合には、本条が定めるように附帯私訴手続には適合するかどうかが問題と

なった。この点に関してドイツ最高裁判所は、「刑事訴訟法第四〇五条第二項〔旧法・現行第四〇六条第一項・注釈筆者〕の意味するところは、刑事手続において処理するという申立は、まず民法上の難しい法問題を判断しなければならない場合には適合しない(最高裁判所第三刑事法廷二〇〇二年一月一九日決定「国際私法事件」〔後掲〕)。附帯私訴原告は重度の脳障害のために精神的な能力と認識能力・知覚能力を喪失しており、それに対する慰謝料の算定、特に、元本額と利子額の関係の妥当さはその判断が極めて困難であり、本件は、民事裁判官の特別な専門知識を必要とするような民事上の難しい法的問題がある。」として、慰謝料支払いを被告人に命じた判決と、将来の後遺障害による損害賠償の確認判決は破棄され、被害者によって主張された慰謝料請求に関する裁判は見合わせることにした。

(オ) ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇三年五月一日判決「少年証言事件」^⑧

被害者は一九九三年生まれの少年であり、トラウンスタイン地方裁判所刑事法廷(大きい刑事法廷)が判決を下した当時は九歳であった。被告人は、被害者の父親Aとその同居人B(女性)である。この父親は被害者の母親と婚姻関係にあったが、一九九八年に離婚をし、この父親と母親が共同の親権者である。二〇〇〇年七月一六日から二〇〇一年六月二四日の間に、被害者はその当時七歳から八歳であったが、定期的に親権者である父親とその同居人の住居を訪ねるだけでなく、二〇〇一年にはこの両名とともにバイエルン地方で休暇も過ごした。その間に父親とその同居人が被害者に対して性的虐待を働いたというのが本件の事実関係である。そこで、被害者は共同告訴人として手続に参加し、その証言等に基づき、トラウンスタイン地方裁判所は、二〇〇二年七月二六日、被告人Aには子供への重大な性的虐待と、被後見人への性的虐待、傷害、監禁によ

り、自由刑四年六月を、また被告人Bには、子供に対する重大な性的虐待、傷害、監禁で自由刑三年六月を言い渡した。さらに被告人双方は、連帯債務者として、共同公訴人たる被害者に一万マルク(更に年五%の利子)の慰謝料を支払うように命じられた。尚、一部の犯罪事実については無罪の判決が出ているが、この手続において被告人Aは傷害については認めたが、被告人A及びBは終始虐待行為や性的虐待を否定しており、有罪の根拠となつたのは、八歳前後の被害者の証言だけであり、このような子供の証言に信憑性があるかが争われた。この点については、両被告が上告しているだけでなく、連邦検事総局からも意見書が提出されている。

それに対し、確かにこの少年の証言には事実合致しないものや、記憶違いや、虐待回数 of 正確な数値の提示が欠けるなどしているが、「地方裁判所の刑事法廷が専門家の鑑定だけではなく、治療している小児科医とこの子供の教師、さらにはこの子供を世話したり治療したことのある専

門的証人の観察意見にも基づいていた」こと、さらに本件少年は「利発で、はつはつとし、人なつこく、場所的・時間的にもよく理解し、証言能力があり、そして精神病に冒されていなく、公判では物怖じすることなく、自発的に質問にはじつくり考えて返答し、その証言は核心部分ではころろと変わらず、細部も詳しく表現し、その限りで、実際に体験したことを再現した」として、地方裁判所の刑事法廷が認定した事実をドイツ最高裁判所も妥当と認め、この少年の証言の信憑性を認めた。

次に慰謝料支払を命じた点についても、両被告人から上告がなされたが、ドイツ最高裁判所は、「なるほど個々の犯罪行為によって、例えば、被告人Aによって行われたしゃもじでの殴打によって、直接的に発生した痛み慰謝料請求権の根拠を認めた。しかし、決定的なことはすべての行為の結果、特に性的虐待とその直接の効果全体が原因となつた長期間に及ぶ身体的、精神的侵害(不安な状況、悪夢、攻撃性の高まり、お漏らし)であつた。このことは、

両被告人が一緒になって原因を与えたものである。それ故、損害賠償(民法第八四七条第一項)に関しては、両被告人は、連帯債務者(民法第八四〇条第一項)として、詳しく言えば、少なくとも、椅子に縛り付けた二つのケースでは共犯(民法第八三〇条第一項)として、その余は、幫助として責任を負う。」として、両被告人の上告を斥けている。この部分は、慰謝料請求権の根拠となるものであるが、この判決では丁寧に書かれている。

しかし、本件では、共同公訴人が主張した請求額はトラウンスタイン地方裁判所によって満額それが認容されたわけではなく、八割程度しか認容されておらず、残りの二割の支払を求めて共同公訴人は、再度、民事裁判所へ提訴することも考えられる。その際に、トラウンスタイン地方裁判所の判決文のように単に「被告人は共同公訴人に対し一万ユーロを支払え」と書かれた場合には、共同公訴人はさらに残額を民事裁判所に提訴できるかどうか、つまり、訴訟係属、あるいは既判力に関する問題があった。この点

で、ドイツ最高裁判所は、「地方裁判所は、金額を表示した慰謝料(最低限一万二五〇〇ユーロ)と利息の支払請求に對して、満額ではなく、一万ユーロ(さらに利息年五%)しか認めなかった。地方裁判所の刑事法廷は、判決文に残額部分(つまり、最低二五〇〇ユーロ)の請求を却下すると書かなかったことは、妥当である。地方裁判所の刑事法廷は、結果的には、残額部分の申立については判断を下すことを見合わせたことになる。なぜなら(地方裁判所の刑事法廷はその判決理由の中で間違ったことを書いているが)、附帯私訴手続ではそもそも訴えの却下というものが問題となることはないからである。共同公訴人は、仮に自らの申立(例えば、損害賠償の請求)が叶わなければ、その場合には、その申立の趣旨(損害賠償の請求)を他の方法(民事訴訟)で追求することができる(刑事訴訟法第四〇六条第三項第二文)。事実によれば、問題なのは、本件では、附帯私訴手続において地方裁判所の刑事法廷が判決を下す際に、一部判決ではあるが、終結判決をしてしまったことであ

る。残額部分につき判決を下すことを見合わせたならば、刑事訴訟法第四〇六条第三項第二文が定めていることを明確にするために、一部判決であることを、判決主文にはつきりと書くべきであった。というのは、一部判決でありながら、終結判決という形のままであれば、残額の部分についても財産法上の請求権の訴訟係属中による効果が終わってしまうからである。当第三刑事法廷は、それ故、地方裁判所の判決の主文の言い回しを、それに合致するように補充するものとする。」と判断した。したがって、附帯私訴手続において金銭支払を内容とする請求の場合に、裁判所が一部だけを認容する判決を下す際には、それが一部判決であることを明示しなければならないということである。これによって、附帯私訴の申立人は、残額については民事裁判所へ提訴が可能となる。

（カ） ドイツ最高裁判所第三刑事法廷二〇〇二年一月一九日決定「国際私法事件」^②

二〇〇一年八月一三日、被告人AおよびB（共犯）は、フロリダのフォント・マイアースで現金窃盗を犯したとして、ハノーバー地方裁判所により、二〇〇二年二月二十七日、自由刑四年三月と、附帯私訴手続において、両名は連帯債務者として附帯私訴原告（現金輸送会社）に対し、一六六、三八八、一五ドルと二〇〇一年八月一四日以降年五％の利息を支払うように命じられた。それに対し、被告人Aは、犯行時にドイツに滞在していたなどの理由で上告を申し立てた（被告人Bは上告を断念）。

本件では、本条第一項の犯罪行為により発生した請求権に関して和解をすることができかねた問題となった。その点でドイツ最高裁判所は、「附帯私訴原告の申立は刑事訴訟法第四〇五条第二項（旧法、現行第四〇六条第一項、注釈・筆者）によって、その判決は見合わせられる。同条項によれば、まず民事法上の難しい法問題を判断しなければならない場合には刑事手続において処理する申立は適合しない。国際私法の領域も民事法上の難しい法問題であ

る。ハノーバー地方裁判所はそれを認めているが、附帯私訴手続においてE G B G B (民法施行法)第四〇条第一項により、ドイツ法を準拠法として適用できるかどうかの問題は判断が著しく難しい。民法施行法第四〇条第一項第一文のいう行為地とは、構成要件を充足する実行行為が、その効果を生じさせた地であり、保護された法領域において、不法行為という行為の一部によって侵害された場合でもその地をいう。したがって、単なる準備行為地は行為地とはいえない。本件で行為地と考えられるのはやはりフロリダである。仮に本件附帯私訴申立につきドイツ法を適用できるとした場合には、刑事訴訟法の規定により、附帯私訴手続において、本件損害賠償請求権が保険会社に移転していないのかどうかを職権で審査しなければならない。」

次に、上告審において附帯私訴の申立に対する判決が取り消された場合に、上告人でない被告人Bにもその効果が及ぶのが問題となった。それに対し、ドイツ最高裁判所は「附帯私訴請求の破棄を上告人でないBにまで拡大

することは考えられない。この場合に刑事訴訟法第三五七条⁽³⁾は適用されない。なぜなら、刑事訴訟法第三五七条によれば、判決を取消し得るのは、刑法を適用する際に法律違反があつた場合だけであり、法律違反以外の理由で判決を取消することはできないからである。もつとも、最高裁判所第二刑事法廷は一九九八年六月三日の決定(BGH NZStZ 1998, 470)は、刑事訴訟法第三五七条(規定の文言を超えるが)によって、判決の取消を上告人でない者にまで拡張したが、その事件では、第二刑事法廷が、損害賠償へ向けた申立自体がなかったとして、附帯私訴判決を取り消した事件である。

当第三刑事法廷は、一般的な見解によって、刑事訴訟法第三五七条は例外規定であつて、例外規定は狭く解釈されるべきあると考え、同条の明確な文言と矛盾する立場に賛成するかどうかにつき、ここでは判断を控えたい。なぜなら、第二刑事法廷は、上記の判決で特に注目していたのは、損害賠償の判決の申立がないという、本来であれば職

権で審査すべき手続要件の不備があったからである。

確かに、一般的な見解に従えば、刑事訴訟法第三五七条は、刑法法規という実体法の適用につき法規違反がある場合だけではなく、その条文の文言を超えてしまうことになるが、少なくとも刑事手続の要件が問題となっている限りで手続要件の不備にも適用が可能であるという。しかし、このような手続要件の不備と比べて、その他の手続規定違反、本件で言えば、刑事手続で処理するための申立としての適性がないにも係わらず、附帯私訴手続において判決を下してしまうような手続要件の不備は、極めて重大である。このような理由から当第三刑事法廷の見解は、第二刑事法廷の上記判決と必ずしも異なるわけではないし、連邦裁判所構成法第一三二条第三項による照会をする必要性も見出さない。」という。

結局、本件では、ドイツ最高裁判所は、上告人Aに損害賠償を命じたハノーバー地方裁判所の判決を破棄した。

（キ）ドイツ最高裁判所第一刑事法廷二〇〇二年十一月六日決定「服役斟酌事件」^⑧

二〇〇二年二月二十七日、アウグスブルグ地方裁判所は、三人の被告人らを強盗および危険な傷害（殴打、蹴り、その他の虐待）のために有罪の判決を下し、また、被害者夫婦に対して慰謝料を支払うように命じた（基本判決）。本件では、被告人らが強盗のために有罪判決を受けたとしても、これによつて強盗行為の時に加えた暴行および傷害は強盗罪の有罪判決の中にすべて吸収されてしまうのか否かが問題となった。

ドイツ最高裁判所は、「刑事法廷に見解に反して、それぞれの行為者によつて犯された（危険な）傷害（殴打、蹴り、その他の虐待）は、強盗の被害者にとつて、（重大な）強盗の有罪判決によつても、それで罪責が消尽されてはいない。それは、たとえ傷害が強盗襲撃の際に使った暴力の結果であつたとしても同じである。刑法第二四九条（強盗罪）以下でいう暴力の利用は、同時に傷害の構成要件を充足す

るほど強力である必要はない。本件で被害者に与えられた身体上の虐待は、強盗として有罪判決を受けるのに必要な暴力の程度を大幅に超えていて、その追加的な不法は(重大な)強盗のための有罪判決には含まれていなかったといわなければならない (BGH NSZ-RR 1999, 173, 174 m.w.N. 参照)。そうであれば有罪判決の変更が必要となるが、これは被告人の不利益になり、確かに被告人しか上告してはいないとしても、当刑事法廷は刑事訴訟法第二六五条から有罪判決の変更は見合わせなければならない。刑事法廷が、附帯私訴手続において基本判決として言い渡したのは、被告人らは、本件で有罪判決を受けた襲撃に関して、被害者夫婦に慰謝料を支払わなければならないということである。刑事法廷は慰謝料の金額を提示することについては判断を見合わせた。『というのは、制裁への関心のある慰謝料にとつては、三人の共犯者が、既判力のある有罪判決を受けたか否か、そしてその刑罰に実際に服役しているか否かが、重要な役割を果たしているからであ

る。』という。

また、「たとえ、まず、被害者が附帯私訴手続で刑事法廷の判決に対して不服を申し立てることができない(刑事訴訟法第四〇六条a第一項)としても、また、本件で地方裁判所の刑事法廷が慰謝料請求を基本的にしか判決していないのにもかかわらず被告人が不服を申し立てていないとしても、当法廷は、地方裁判所の刑事法廷の見解は最高裁判所の判例に合致していないといわなければならない。最高裁判所の判例によれば、故意犯の場合、刑事裁判所が有罪判決を言い渡したかどうか、場合によってはその際に下された自由刑に服役したかどうかとも慰謝料の算定に何ら影響を与えない (BGH NJW 1996, 1591; BGHZ 128, 117, 121, 124)。

それに対して、仮に地方裁判所の刑事法廷の見解が正しいとすれば、附帯私訴手続の枠組みで、一度として、その高さによって、慰謝料請求に関して判決されることができなくなってしまうだろう。なぜなら、刑事判決を言い渡す

際には、そこに同時に民事法上の請求権についても、判決されるからである(刑事訴訟法第四〇六条第一項第一文の「判決に」が、その刑事判決の既判力は、確定していない。仮に附帯私訴の請求を認める根拠となった有罪判決が既判力をもたずに、その有罪判決がその後の手続進行において再び取り止めになった場合には、むしろ、附帯私訴の判決も再び取り止めになるだろう(刑事訴訟法第四〇六条a第三項)。仮に、さらに地方裁判所の刑事法廷が考えるように、有罪判決の既判力があるかどうかだけではなく、刑罰への事実上の服役があったかどうかに左右されるということがあれば、結果として、重大な犯罪行為に遡る慰謝料請求権に関しては、何年間も最終的に判決を下すことができなくなってしまうだろう。確かに手続経済という観点から、犯罪行為によって生じた法律上の債権債務関係を附帯私訴手続において処理するが、このような事態は、何といても犯罪被害者の利益のために可能な限り、終結的に処理されるべきであるという原則(ドイツ最高裁判所第五

刑事法廷二〇〇二年八月二二日決定「請求原因中間判決事件」〔前掲〕とは、これは一致しないだろう。」という。

地方裁判所の刑事法廷は、慰謝料につき基本判決だけを下し、その額について認定しなかったのは、慰謝料の算定には、既判力のある有罪判決を受けたか否か、そしてその刑罰に実際に服役しているか否かを斟酌するためというが、ドイツ最高裁判所は従来の判例を引用しながら、それを明確に否定した。ドイツ最高裁判所が説明するように、仮に有罪判決によって被告人が実際に何年間服役したかなどという事情を斟酌してから、慰謝料の額を決定しなければならいとなると、いつになっても附帯私訴手続が終結しないという事態にもなる。もともと、理論上は附帯私訴に関する判断に先行する刑事判決での宣告刑の重さが、慰謝料額の算定に何らかの影響を与えることは否定できないだろう。とはいえ、民事裁判所は、慰謝料額の算定には、あらゆる事情を考慮すると認めているが、加害者が刑事法上有罪判決を受けた場合に、それが慰謝料のいわゆる

「満足機能」に影響を与えるかどうかについては、ほぼ一貫して否定しつつきた (BGH NJW 1995, 781, BGH 1996, 1591)。⁽³⁵⁾

(ク) ドイツ最高裁判所第五刑事法廷二〇〇二年八月二一日決定「請求原因中間判決事件」⁽³⁶⁾

ブレーメン地方裁判所が認定した事実によると、被告人は少し離れたところから被害者である共同公訴人を何度も襲撃し、共同公訴人の額に炎症性の傷を負わせたが、共同公訴人もその直前に脅迫と傷害行為によって被告人を挑発していたようである。同地方裁判所は、二〇〇二年二月四日、被告人を殺人未遂の罪で自由刑五年を命じた。さらに

共同公訴人が附帯私訴手続で、金額を提示しないで慰謝料の支払を申し立てていたが、同地方裁判所は、共同公訴人の側にも共同過失があるとして、その慰謝料請求権の三分の二を確認する判決を下した。そこで、被告人はもっぱら慰謝料支払の部分について不服があるとして上告した。本

件は、本条の関係では、慰謝料に関して民事訴訟法上の「請求原因に関する中間判決」(ドイツ民事訴訟法第三〇四条)⁽³⁷⁾を下すことが許される否かが問題となった事件である。

民事訴訟法上、請求原因に関する中間判決とは、単独で上訴できる中間判決であって、請求額は、金額手続 (Betragungsverfahren) と言われる終局判決まで留保され、とりあえず請求原因についてだけ裁判する判決である (基本判決)。この請求原因中間判決を下すか否かは裁判所の裁量に委ねられている。金銭手続では、この請求原因中間判決の主文およびその判決理由に拘束されるが、本件でドイツ最高裁判所は以下のように説明する。

ドイツ民事訴訟法第三〇四条の立法趣旨は「訴訟経済に資することであるが、少なくともその事実関係からいくらかの請求額が認められる蓋然性が必要である (ドイツ最高裁判所一九九一年一月一六日判決 NJW-RR 1991, 599, 600; 同二〇〇〇年一〇月二日判決 NJW 2001, 224, 225 参照)。訴訟経済的な目的から、例外的に請求権の根拠に

属する個々の問題もこの請求原因中間判決では不問に附して、その解明を金額手続に任せることができる。しかし、賠償責任の根拠に関して請求原因中間判決では判断されなかった要点は、請求原因中間判決の判決主文、あるいは少なくともその判決理由からはつきりと読みとれなければならない。請求原因中間判決が有する拘束力(民事訴訟法第三〇四条第二項との関係で同第三一八条、同第五一二条、同第五四八条参照)を考えると、争いの点に関してとりあえず判決(基本判決)し、どの部分を金額手続に委ねるかということがその請求原因中間判決から明確に明らかにならなければならない(ドイツ最高裁判所一九六八年六月一〇日判決参照^⑧)。といわれる。

そこで、このようなドイツ民事訴訟法上の請求原因中間判決が刑事訴訟上の附帯私訴手続においても言い渡すことができるか否かが問題となった。本件は、ブレーメン地方裁判所が共同告訴人の慰謝料請求の主張に対して、被害者側の共同過失も斟酌して、その三分の二の割合で認めた

が、共同被告人が蒙った額の炎症性の傷の治療まで経過が、この中間判決言い渡し時点では不明であったという点が特徴である。被告人は専ら慰謝料の支払いの部分について不服として上告をしたが、ドイツ最高裁判所はそれを以下のような理由で斥けた。つまり、「原因に関する中間判決を下すことが基本的に許されるのは、刑事訴訟法第四〇六条第一項第二文の規定から明らかであるが、この規定は附帯私訴手続において請求権の根拠に関する(中間)判決を下すことを可能とし(ドイツ最高裁判所 BGHSt 44, 202)、民事訴訟法第三〇四条第二項によって実施される金額手続は、管轄権のある民事裁判所に委ねられる(刑事訴訟法第四〇六条第三項第三文)。」という。

しかし、本件では、附帯私訴の申立人が金額を明示することなく慰謝料支払の請求をした場合にも請求原因中間判決を言い渡すことができるかが問題となった。その点について、ドイツ最高裁判所は、「附帯私訴手続において、請求原因中間判決が許容されるには、原則として民事訴訟法

によっても妥当する同一の法的要件が存在することが必要である。民事訴訟法によれば、通常、金額が提示されていない確認申立に関して、請求原因中間判決を下すことは根本的に認められない(ドイツ最高裁判所 *NZW*, 2000, 1572, 1994, 3295f.) が、その訴えが結局、金額に関する請求権になる場合にはその限りでない。」という。そこで、本件では、この例外事例、つまり「訴えが最終的に金額に関する請求権」といえるか否かがさらに問題となった。この点に関して、同裁判所は、附帯私訴手続の申立人の申立(訴え)の目的を基準として判断している。つまり、「この例外の要件は本件では充足する。なぜなら、重要なのは訴訟の目的であるからである。この訴訟の目的は、(いづれにせよ)金額に向けられているので、共同公訴人は、特定の数额を提示する必要は必ずしもない」。そして、金額を提示しない申立は、金額がまだ定まっていなだけの履行の申立であるとした上で、「金額未記載の履行申立と、確認申立の組み合わせは許容できる。その組み合わせは、共同公

訴人によって認識され、本来の訴えの目的としても望んでいた。仮に慰謝料に関する責任根拠についてのみ判断が下されるべきである場合には、この双方の訴えの目標は、その請求原因中間判決の中に混在してくる。」という。本件では、裁判所の提案により、共同公訴人は請求原因に関する中間判決の言い渡しを申し立てていたという事情がある。それ故、裁判所としても、そのような提案をしている以上、金額が明示されていないとしても、民事訴訟法の規定通りに手続不備で斥けるわけには行かず、申立人の意思を補充解釈して柔軟な解決を果たさざるを得なかったものと思われる。

結局、本件では、附帯私訴手続に関する判決部分も原審のまま維持されることになった。

(ケ) ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇〇年一二月二〇日決定「徹底責任事件」^⑩

本件の事実関係は必ずしも明らかではないが、被告人の

上告により、原判決が破棄され、附帯私訴の部分についてその判決が見合わせられた事件である。

フランクフルト地方裁判所が確認したところによれば、附帯私訴原告は、A 有限会社とクレジット仲介契約を締結し、その手数料に関する合意を交わした。附帯私訴原告が署名した契約書からすれば契約相手方は A 社である。附帯私訴原告は手数料として手数料九千マルクを A 社の口座に送金した。一九九五年二月一四日、附帯私訴原告は、フランクフルトの見本市で A 社とアポイントがあり、そこで被告人 B、C と面会し、彼らの話から、あたかも A 社が経済的に大きな影響力を持っているかのような印象を持った。企業関係の営業では、特定の企業は権利と義務を持っているのが通常である (BGHZ 91, 148, 152, 92, 259, 268 参照)。確認された状況では、本件でも別な解釈は許されない。その後、附帯私訴原告は、経済的に影響力があるように見えた A 社と契約上の合意をあっという間に結んだ。A 社の代表として現れたのが、被告人 B と C

であった。

ドイツ最高裁判所は「フランクフルト地方裁判所刑事法廷(いわゆる参審裁判所)は、その確認により、被告人両名が人的に契約相手方であり、かつ被告人両名が署名のある文書から契約上の責任を負うとは考えることができないとした。被告人両名に対する無限責任(徹底責任 *Durchgriffshaftung*) が人的に存在するならば、その限りで、事実審裁判官の上訴裁判所のための事実認定を手がかりに、再検討することはできない。特に、不法行為による請求権を徹底的に追及するかどうか、そして、それらの請求権に消滅時効が成立しているという抗弁が成り立ちうるのかどうかについて、それぞれの十分な立証がない。上告理由のように、附帯私訴原告の損害賠償を認めた判決は破棄を免れない。さらに、この損害賠償請求に関してだけ、事件を新しい審理のために差し戻す必要もない。したがって、主張された請求権について、刑事訴訟法四〇五条(旧法、現行第四〇六条第一項、注釈・筆者)によって、判決を下す

ことは見合わせる。」という。

このように、被告人の申告により、フランクフルト地方裁判所二〇〇〇年二月八日の判決は被告人の申告によって破棄された。ドイツ最高裁判所が、被告人によって損害賠償の根拠を否定する証拠が十分でなく、また消滅時効が成立しているかどうかとも証拠不足で判断できないために、附帯私訴に関する判断を見合わせたという珍しい事件のようである。

確かに申立人は、請求の根拠を提出しなければならない(ドイツ刑事訴訟法第四〇四条第一項)。また証拠方法の提示も望まれるが、それがなくとも裁判官は職権によって証拠調べを行うことになっている(ドイツ刑事訴訟法第二四四条第二項)。しかし、被告人には、どのような立証上の義務があるのかはドイツ刑事訴訟法には何らの規定がないのが問題である。

(註)

(107) Meyer-Großner 前掲注(8) §406 Rdnr. 1 (S. 1360); Lenke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注(7) §406 Rdnr. 1 (S. 1545).

(108) ドイツ民事訴訟法第二八八条裁判上の自白「(一)当事者の一方の主張した事実は、訴訟の進行中口頭弁論において、また受命裁判官もしくは受託裁判官の調書に対して相手方が自白した限りにおいて、その証明を必要としない。(二)裁判上の自白の効力については、その承諾を必要としなく。」

(109) Lenke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注(7) §404 Rdnr. 14 (S. 1541).

(110) Volk 前掲注(8) 339 (Rdnr. 34).

(111) Hellmann 前掲注(31) 347 (Rdnr. 991).

(112) ドイツ民事訴訟法第三一三条第一項(判決の内容)「判決には以下の事項を記載する。①当事者、その法定代理人および訴訟代理人の表示、②裁判所の表示、判決に関与した裁判官の氏名、③口頭弁論が終結した日付、④判決主文、⑤法律要件事実、⑥裁判の理由。」

(113) ドイツ民事訴訟法第三〇一条(二)部判決「(二)一個の訴えにおいて主張された数個の請求中の一つのみ、あるいは一個の請求の一部のみが裁判に熟しているとき、または反訴が提起された場合で、本訴あるいは反訴のみが

裁判に熟しているときは、裁判所は終局判決（一部判決）をもって裁判しなければならない。その根拠と額が争われている統一的な請求の一部分について一部判決によって裁判ができるのは、同時にその請求権の残部の部分についての基本判決が同時に下されるときだけである。

（一）裁判所は事件の事情から、相当であると認めるときは、一部判決をしないことがあつてよい。」

- (114) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §405 Rdnr. 5 (S. 1544).
- (115) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §406 Rdnr. 3 (S. 1547).
- (116) ドイツ民事訴訟法第三一八条（裁判所の覇束）「裁判所は自ら下した終局判決および中間判決に含まれる判断に覇束される。」
- (117) Meyer-Grobner 前掲注 (∞) §406 Rdnr. 3 (S. 1360).
- (118) Ranft 前掲注 (2) 736 (Rdnr. 2479).
- (119) Hellmann 前掲注 (13) 348 (Rdnr. 992).
- (120) Beulke 前掲注 (25) 348 (Rdnr. 600); Ranft 前掲注 (2) 737 (Rdnr. 2487).
- (121) Beulke 前掲注 (33) 349 (Rdnr. 601).
- (122) ドイツ民事訴訟法第七二四条（執行正文）「（一）強制執行は、執行条項を授ける判決正本（執行正本）に基づいて実施される。（二）執行正本は、第一審の裁判所事務局の

書記官によって、法紛争が上審裁判所に係属している場合には、その上審裁判所事務局の書記官によって授与される。」

- (123) ドイツ最高裁判所第四刑事法廷一九九〇年十二月八日決定 BGHSt 37, 263 「レイプ犯による債務承認事件」。
- (124) BGH 1 StR 176/05 — Beschluss vom 30. Juni 2005 (LG Bayreuth), HRRS-Nummer: HRRS 2005 Nr. 593.
- (125) BGH 1 StR 549/04 — Beschluss vom 27. Januar 2005 (LG Würzburg), HRRS-Nummer: HRRS 2005 Nr. 371.
- (126) BGH 4 StR 222/03 — Beschluss vom 29. Juli 2003 (LG Landau), <http://dejure.org>.
- (127) BGH 3 StR 119/03 — Beschluss vom 15. Mai 2003 (LG Kiel), <http://dejure.org>.
- (128) BGH 1 StR 529/02 — Urteil vom 13. Mai 2003 (LG Traunstein), <http://dejure.org>.
- (129) BGH 3 StR 395/02 — Beschluss vom 19. November 2002 (LG Hannover), StV 2004, 61.
- (130) ドイツ民法施行法第四〇条第一項「不法行為に基づく請求権は、賠償義務者が行爲した国家の法に従う。被害者は、この法の代わりに、その効果が発生した国の法が適用されるように請求することができる。このように指定する権利は、第一審において早期第一回期日の終わりにまでに、あるいは書面による事前手続の終了までに行使

することができ。」

- (131) ドイツ刑事訴訟法第三五七条(共同被告人のための破棄)「刑法を適用する際に法規違反があり、被告人の利益のためにその判決を破棄する場合には、その判決が、破棄される範囲において上告を申し立てていない他の被告人にも影響を及ぼす場合には、その共同被告人も上告を申し立てたものとして判決しなければならない。第四七条第三項は準用される。」

- (132) BGH 1 StR 363/02 — Beschluss vom 6. November 2002 (LG Augsburg), <http://dejure.org>.

- (133) ドイツ刑事訴訟法第二六五条(罪条の変更)「(一)あらかじめ被告人が法の見解の変更について特に告知され、防御の機会を与えられなければ、裁判所が許可した訴えの中で挙げた罰条とは違った罰条で被告人は有罪にすることは許されない。(以下略)。」

- (134) ドイツ最高裁判所民事大法廷一九五五年六月六日判決(BGHZ 18, 149-168)。尚、松川実「ドイツ損害賠償論における制裁的機能の浸透」比較法雑誌二四巻四号(一九九一年)七七—一〇〇頁参照。

- (135) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注(7) §406 Rdnr. 2 (S. 1546) 参照。

- (136) BGH 5 StR 291/02 — Beschluss vom 21. August 2002 (LG Bremen), BGHSt 47, 378; NJW 2002, 3560; NSZ

2003, 46.

- (137) ドイツ民事訴訟法第三〇四条(原因に関する中間判決)「(一)請求の原因と数额が争われている場合には、裁判所はとりあえずその原因について判決することができる。(二)その判決は上訴に関して終局判決とみなされるが、裁判所は、しかし、その請求を理由ありと宣言した場合には、申立があれば、数额に関しても審理がなされなければならないということ命じることができる。」

- (138) BGH, Urteil vom 12. 2. 2003 — XII ZR 324/98, <http://dejure.org>.

- (139) BGH 2 StR 412/00 — Beschluss v. 20. Dezember 2000 (LG Frankfurt/Main), <http://dejure.org>.

5 ドイツ刑事訴訟法第四〇六条 a (上訴)

(1) 条文

(ア) 現行法(二〇〇四年九月一日施行)

「(一) 第四〇六条第五項第二文によって申立に関する判断を見合わせるといふ決定に対しては、その申立が公判の開始前に提出され、上訴を終了させるような判決が下されない限りで、即時抗告が許される。さらに、申立人には上

訴が認められない。

(二) 裁判所が申立を認容したときは、被告人は判決の刑事的部分に対しては上訴をしない場合であっても、その他許される上訴の方法で不服を申し立てることができる。この場合、上訴裁判所は、非公開の審理により決定で裁判をすることができる。許容される上訴が控訴である場合には、被告人あるいは申立者の申立により、関与者の口頭の聴聞が行われる。

(三) 申立を聞き届けた判断は、被告人が、申立に関する判断がそれに基づいている犯罪行為のための有罪判決が破棄され、有罪との言い渡しがなく、被告人に対する矯正や保全の措置が命じられない場合には、破棄しなければならない。このことは、判決がその限りで破棄されない場合にも適用する。」

(イ) 旧法

「(二) 申立人は、裁判所が申立につき判決を見合わせた

ときも、上訴することができない。

(二) 裁判所が申し立てを認容したときは、被告人は判決の刑事的部分に対しては上訴をしない場合であっても、その他許された上訴の方法で不服を申し立てることができる。この場合、上訴裁判所は、非公開の審理により決定で裁判をすることができる。

(三) 有罪判決の破棄を求める上訴に基づいて、犯罪行為の被告人が無罪と宣告され、さらに矯正保安の処分の言い渡しも受けていないときは、申立を認容した判決は、その判決が上訴されていなかったとしても、同時に破棄されなければならない。」

(2) 解説

(ア) 第一項

第一項は、附帯私訴の申立人の上訴等についての規定であるが、旧法第一項では、手続の遅延の恐れから、附帯私訴の申立者に財産法上の請求の申立が却下されたことに對

して不服の申立が許されなかった。しかし、二〇〇四年の被害者保護法改革法によってこれが例外的に認められるようになった。つまり、附帯私訴手続の申立があったが、刑事裁判所がその判決を見合わせるという決定をした場合には、それに対する不服申立が認められるが、その方法は即時抗告(ドイツ刑事訴訟法第三十一条)⁽⁴⁴⁾に限られるというものである。さらにこの即時抗告が許されるには二つの要件を充たす必要である。つまり、①申立が公判の開始前に提出されたことが必要である。さらに②上訴を終了させるような判断(例えば判決)が下されないことである。仮に、上訴審で終局判決があれば、事実上「追い越されてしまい」、抗告裁判所の判断は無駄になる。元々の公判手続と並んで、独立の抗告手続は、ドイツ刑事訴訟法の一般的な原則(ドイツ刑事訴訟法第三〇五条参照)によれば可能な限り避けるべきであるといわれている。附帯私訴申立人が財産上の請求の申立を見合わせるという決定が下された場合、まだ既判力が生じていないから、さらに民事訴訟で訴

えることができるのである。それ故、本項が即時抗告を認めることは過剰というべきであろう。⁽⁴⁵⁾

(イ) 第二項

第二項は被告人の上訴等についての規定である。檢察官には財産法的部分に関しては上訴をする権限はない。⁽⁴⁶⁾被告人は、判決に対して、ドイツ刑事訴訟法の上訴によってしか不服を申し立てることはできない。そしてその上訴は、刑事責任の部分に限定して、あるいは民事法の部分に限定して、そして全体について上訴することができる。それ故、例えば、被告人は慰謝料支払いの判決を受けた場合に、その上訴をこの慰謝料の部分に制限することができる。また被告人は、財産法上の部分についてのみ、さらに範囲を限定し、例えば八〇〇ユーロを超えて支払を命じられた部分についてのみ上訴することもできる。⁽⁴⁷⁾

上訴が判決の民事法的部分に対してなされ、その刑事法的部分には不服がなく、他の訴訟関与者によっても上訴さ

れていない場合には、公判抜きで決定で判断を下すことができ、その場合には検察官への聴聞も行われない。二〇〇四年の被害者保護法改革法によって、控訴審においては、被告人あるいは申立者の申立により、関与者の口頭の聴聞を行うことができるようになったが、これは余分な手続であるといわれる。¹⁶⁾

（ウ） 第三項

上訴によって判決の刑事法的部分が破棄され、被告人に責任がないと言い渡され、被告人に保全措置等が命じされない場合には、附帯私訴の申立を認容した判決が同時に破棄されなければならない。これは民事法的部分が刑事法的部分の判断に依存する以上、当然の結果である。

（3） 最近の裁判例

（ア） ドイツ最高裁判所第二刑事法廷二〇〇四年三月一七日判決「人身売買事件」¹⁷⁾

アーヘン地方裁判所が確認したところによると、被告人は二〇〇〇年の始めから、バーと娼家を経営し、主として東ヨーロッパ出身の二〇歳以下の女性を管理して売春させていた。これらの女性達は被告人が定期的に東欧に旅行したときに甘言を弄してスカウトされ、違法にドイツへ入国させた女性達である。共同公訴人もそのような女性の一人である。

アーヘン地方裁判所少年刑事法廷は、被告人に、自動小銃・ピストルを使用して事実上の暴力の行使、売春周旋および人身売買のための外国人の密入国、人身売買未遂などの罪で自由刑四年を言い渡し、さらに、共同公訴人には、被告人によって売春婦として被告人の娼家において強いられた行為などを原因とする慰謝料請求が認められることを確認した（基本判決）。共同公訴人は、自らが被害者となつ

た傷害罪につきアーヘン地方裁判所の少年刑事法廷が無罪を言い渡したのを不服として、実体法の解釈の誤りがあることを根拠に上告し、また附帯私訴手続においては、慰謝料請求の存在しか認めなかった点を不服として上告している。

ドイツ最高裁判所は、まず、被告人の傷害罪についての無罪の判決については、「無罪判決を不服とする上告は明らかに理由がない。証人の証言を正当に評価した上での判断である。それ故、地方裁判所の証拠評価に法的誤りがなく」という。

次に、慰謝料請求の存在だけを基本判決で認めた点に関しては、ドイツ最高裁判所は、まず、以下のように、民事上の根拠につき詳細な解説を加えている。「被害女性達には、この条文(刑法第七十三条第一項第二文)⁽⁸⁾でいう被害が問題となる。なぜなら、女性達は、被告人に対して、少なくとも、管理売春の行為によって、刑法第一八一条a第一項第一文との関連で、民法第八二三条第二項により損害賠

償請求、さらに、民法第二五三条第二項⁽⁹⁾の慰謝料請求が認められるからである。共同公訴人は、附帯私訴手続で基本判決として、すでに慰謝料請求が認容されている。いずれにせよ、売春法第一条によって発せられる価値判決の後、売春という法律行為は、民法第一三八条第一項により、良俗違反でも無効でもないし、売春婦が売春の売上からなる財産という違法な損害は、損害賠償請求という方法で主張することができないというような阻害事由は必ずしも明らかではない(BGH NSZ 2003, 533 = StV 2003, 616f. 参照)。刑法第一八一条aの刑法規定は、売春婦の自己決定権を保護し、売春婦が娼家の経営者に経済的に依存しないよう、また搾取されないように保護している(BGHSt 42, 179, 180f. 参照)ので、民法第八二三条第二項でいう保護法規が問題となる(BGH StV 2003, 616 参照)。刑法第七三条dとの関係で、同第一八一条cによれば、没収命令は、刑法第七三条、第七三条aの方が優先するので、考える必要がなく(vgl. BGH NSZ-RR 2003, 75f.)」と

いう。裁判例の中でも、このように慰謝料ないしは損害賠償の根拠としての保護法規に関して詳細な解説を加えている判決は極めて珍しい。さらに、慰謝料の基本判決に対する不服に関しては、「共同公訴人の上告は許されない。なぜなら、地方裁判所が慰謝料の額に関して判断することを見合わせ（刑事訴訟法第四〇五条、尚、改正によって現行法では刑事訴訟法第四〇六条第一項に移動している〔注釈・筆者〕」、単に、慰謝料請求権を認容するという確認をしたに過ぎないことを不服として上訴しているが、それは認められない。刑事訴訟法第四〇六条a第一項（現行法では刑事訴訟法第四〇六条第一項〔注釈・筆者〕）は、上訴が認められない場合を定める。それによれば、上告申立人は、裁判所が刑事訴訟法第四〇五条（旧法、現行第四〇六条第一項、注釈・筆者）によって判断を見合わせた場合には、附帯私訴手続で上告することができない。地方裁判所が請求の基本につき既判力をもって判断した場合には、しかし、慰謝料の額については判断を見合わせた時には、金

額の審理は管轄権を持つ民事裁判所が行う（刑事訴訟法四〇六条第三項第二文および第三文）。以上により、判決文は以下の通りに補充されなければならない。つまり、附帯私訴手続において、請求権の額に関する判断を見合わせる（BGH, Beschl. vom 22. Juni 2003-2 StR 188/03; Urt. vom 13. Mai 2003-1 StR 529/02）¹⁾。

ドイツ最高裁判所は、結果として、本件を新しい審理と判決のために、また上訴費用に関しても、地方裁判所の別の少年法法廷へ差し戻された。さらに、共同公訴人の上告に対しては、原審の判決は、附帯私訴において慰謝料請求の額に関する判断は見合わせるというように補充された。

（イ）ドイツ最高裁判所第五刑事法廷二〇〇二年八月二一日決定「請求原因中間判決事件」²⁾

前掲のように、ブレーメン地方裁判所は被告人が被害者である共同公訴人を何度も襲撃し、共同公訴人の額に炎症性の傷を負わせたとして、二〇〇二年二月四日、被告人を

殺人未遂の罪で自由刑五年を命じた。さらに共同被告人が附帯私訴手続では慰謝料請求については額を明示することなく、請求権の三分の二が理由あるものとして確認する判決を下した。そこで、被告人はもっぱら慰謝料支払の部分について不服があるとして上告した。

ドイツ最高裁判所は、上告を斥け、附帯私訴手続に関する判決部分も原審のまま維持する判断をしたが、被告人の上告について、以下のように述べている。つまり、「地方裁判所の刑事法廷は被告人がその限りで、不服を申し立てているのか否か、そして刑事訴訟法第四〇六条a第二項(旧法であるが現行法とほぼ同じ〔注釈・筆者〕)によって、附帯私訴において単にこの請求権の根拠のみに関して判断がなされることに、果たして不服を申し立てることができるのかどうかを判断しないことができる。刑事裁判官にその限りで認められた裁量は、本件では逸脱していない。というのは、法的紛争が、被害がまだ疑いを入れないほどに確定していない範囲に関しては、判決を下すのに熟してい

なかったからである。」といい、原審が慰謝料につき額を定めないで、その請求権の存在の確認する判決を下したことは、上告理由にならないと判断した。

ドイツ刑事訴訟法第四〇六条a第二項によれば、裁判所が附帯私訴の申立を認容したときは、被告人は判決の刑事的部分に対しては上訴をしない場合であっても、通常の上訴の方法で不服を申し立てることができるという。本件は、慰謝料請求権に関する「請求原因に関する中間判決」が下された事件であるが、仮に中間判決を下すことが判決を下すことを見合わせるという意味であれば、ドイツ刑事訴訟法第四〇六条a第一項第一文により、即時抗告しかできないが、本件では、恐らく「裁判所が申立を認容したとき」に該当するものと思われる。したがって、その場合には、通常の上訴ができるが、本件では最高裁判所への上告である。上告をする場合には、手続の法規違反なのか、実体法の違反なのかを明確にしなければならない。本件では、ドイツ最高裁判所は「被害がまだ疑いを入れない

ほどに確定していない範囲に関しては判決を下すのに熟していなかった」から判決を下さなかったことは、刑事裁判官の裁量権を逸脱していないとしているから、手続法規範の違反の事例である。

（ウ） ドイツ最高裁判所第四刑事法廷二〇〇〇年一月二五日決定「上告理由不備事件」^⑧

カイザースラウテン地方裁判所は一九九九年四月三日、被告人らに詐欺その他の罪で自由刑を言い渡した。地方裁判所は、さらに附帯私訴手続で被告人らに、被害者である申立人に対して金銭支払いを命じた。つまり、被告人Aは総額二二万九一九〇マルクの支払、被告人Bは八万九六〇マルクの支払を負う。被告人Aは、「附帯私訴手続に対して」上告を申し立てた。また被告人Bに代わって、その弁護士が「附帯私訴手続において裁判所の判決に対して」上告を申し立てた。双方とも、さらなる説明をしていない。

それに対し、連邦検事総局も以下のような意見書を提出した。つまり、「刑事訴訟法第四〇六条a第二項第一文（旧法であるが現行法と同じ（注釈・筆者））によれば、被告人は、附帯私訴手続においての判決に対する上訴は、上告という上訴のみができるが、その限りで、上告申立に関する形式規定が適用される」。しかし、被告人らによって申し立てられた上告はこれらの要件を充足していない。なぜなら、被告人Aの上告は一九九九年七月二七日、被告人Bの上告は一九九九年七月二四日の判決の送達でもって始まった一月以内に、被告人達自身によっても、裁判所事務局の記録・調書にあるいは、彼らの弁護士によっても、あるいはその他の弁護士によつて署名された書面によつても、理由づけがなされていなかったからである。なるほど、明確な上告申立（刑事訴訟法第三四四条第一項^⑨）がないことは問題ではあるが、必ずしもそれが障害とはならない。というのは、上訴書の内容から、上訴書が、認容された附帯私訴判決が取り消されるべきことと、主張された

請求権に関する判決を思い留まるようにという目的のために提出されたことが、明確に読み取ることができるからである(ドイツ最高裁判所第四刑事法廷一九九九年一月七日決定)。この上訴書は、しかしながら、刑事訴訟法第三四

四条第二項第一文に反して、手続に関する法規範の違反のため、あるいは実体法の誤った解釈のために、その判決が破棄されるべきなのかという点を明らかにするものではない。単に「附帯私訴手続に対する上告」、つまり「附帯私訴手続における判決に対して上告を申し立てる」という表明だけでは、これらの要件を具備しない。なるほど、手続法規の違反とは違って、実体法の誤った解釈の場合には、さらに理由づける必要はないが、それが疑義がないように申し立てなければならぬ。特定の部分に限定した不服の申立は、本件では附帯私訴に限定しているが(vgl. BGH NSZ 81, 298)、これは実体法の誤った解釈による上告申立とはみなされない(ドイツ最高裁判所第四刑事法廷一九九九年七月一二日決定、同一九八〇年一月二九日決定、

BGH NJW 1991, 710; BGH NSZ 1991, 597; BGH NSZ-RR 1998, 18 など参照)。」とらう。

ドイツ最高裁判所もこの連邦検事総局の意見に基本的に賛成し、その上で「本件上告は、刑事訴訟法第三四五条第一項^⑤によって定められた期限以内(判決送達後一ヶ月)に上告理由を提示していない」ので、上告は認められないと判断した。これは、つまり、被告人らの手続違反に基づいて上告を斥けたわけであるが、連邦検事総局は本件を実体法の誤った解釈を根拠とする上告申立と考え、但し、その申立に疑義があるとして上告を斥けるべきであると考えたようである。

(エ) ドイツ最高裁判所第三刑事法廷一九九九年一月五日決定「人身売買事件」^⑥

クレフェルト地方裁判所は一九九八年六月二二日、被告人(年齢は不詳であるが、青年)を、被害者であるその被後見人(犯行時に七歳から一〇歳の三名)に対する一連の性的

虐待を理由に自由刑三年六月の有罪判決、被害者らに慰謝料をそれぞれ(被害者Aには一万マルク、BおよびCにはそれぞれ二千マルク)支払うこと、さらに被害者らに発生した物質的損害を負担するように命じた(物質的損害については基本判決)。しかし、一九八八年夏に行われた性的虐待(判決理由では、II. 1b)に記載されているは、刑法第七八条第三項第四号¹⁸⁾によって、時効期間は五年であるから、一九九三年夏には、既に刑事時効が成立したものであった。そこで、被告人は被害者Aへの慰謝料額を半額(すなわち、五千マルク)にすること、BとCの慰謝料支払申立を却下するように上告を申し立てた。したがって、被告人は被害者Aへの慰謝料五千マルクの支払については争うことなく認めている。連邦検事総局も同様に上告を申し立てたが、それは慰謝料の支払いと物質的損害の賠償義務に関する判決全体を破棄することであった。

ドイツ最高裁判所は、クレフェルト地方裁判所判決の「判決理由のII. 1b)の有罪判決は、刑事時効のため削除

しなければならない。本件では、この構成事実がなくなることによって、宣告自由刑三年六月という刑の重さに影響を与えるようなことがあってはならない。さらに時効に掛かった犯罪行為が、——たとえ少なめであっても——量刑の際に斟酌されるようなことがあってはならない。上告理由にもとづいて地方裁判所の判決を検討すると、この有罪判決には被告人に不利になるような法的誤謬は認められない(刑事訴訟法第三四九条第二項)。——として、確かに刑事時効に掛かった行為もあったが、それは地方裁判所刑事法廷が下した自由刑三年六月という宣告刑には必ずしも影響していないとして、刑事責任の部分については原審の判断を維持している。

次に、ドイツ最高裁判所は、判決によって裁判するか、あるいは決定をもって足りるかについては、「本法廷は、地方裁判所の刑事法廷の損害賠償判決については全体として妥当と認め、検事総局の申立にも関わらず、決定によって判断することができると考える。なぜなら、上告裁判所

は刑事訴訟法第四〇五条第二項、第四〇六条a第二項第二文によって、損害賠償の承認に関する部分だけに判断を下すのであれば、公判なしでも裁判をすることができからである。つまり、本件のように、有罪の当否のために、刑事訴訟法第三四九条第二項と第四項の要件が充足する場合には、決定という方法で判断を下すことが許されている。なぜなら、立法者が意図したことは、このように附帯手続の判決のために公判を開くことを回避することであつたからである。」という。ドイツ刑事訴訟法第三四九条第二項および第四項によれば、上告裁判所の裁判官が全員一致で賛成すれば、公判を開かずに原判決を決定で上告棄却しないしは原判決を破棄できる。本件では、上告理由がないと裁判官全員が判断したために上告が棄却された事例である。

慰謝料請求に関しては、「被告人が被害者Aへ五千マルクの慰謝料を支払うことを承認した」と物質的損害の賠償義務は基本的に破棄されない。それ故、その部分ではす

でに既判力がある。上告申立人(被告人)が上告した点は、裁判所が被害者Aへは五千マルクしか慰謝料の支払を命じないこと、その余の慰謝料支払請求を却下するようということであつたが、そこから明らかになることは、被害者Aへの残額の五千マルクと被害者BおよびCへのそれぞれ二千マルクの慰謝料額の支払は不当として被告人自らが上告を制限したことである。それ故、連邦検事総局が破棄すべきとする慰謝料全額(被害者Aへの一万マルク)のうち、その半分についてはすでに既判力があるので、その破棄申立は無意味である。また慰謝料の半額についての支払いを命じる判決は、当刑事法廷の事後的な審査にも十分耐えうるものである。確かに、地方裁判所刑事法廷の判決は、その慰謝料半額の部分の支払につき十分に明確な根拠を与えていないが、それはその判決理由の全体から明らかになることである。」という。

ドイツ最高裁判所は、慰謝料算定に関して「慰謝料額算定に重要な要素は、生活への侵害の高さとその程度であ

り、その際には加害者の有責の程度が問題となる (BGHZ 18, 149, 154ff.)。地方裁判所の刑事法廷は、その判決理由の中で行為の状況、被告人の有責性、特に、被告人の家族や知人の間での児童への性的虐待の長年の性癖、さらに、その行為が被害者に与える具体的な影響、セラピーによる治療の必要性などについて詳しく述べている。また、被告人の経済的関係も、その人的関係を説明するために十分明らかにされた。それに対して、なるほど、被害者らの経済事情には説明が不足しているが、しかし、これをもって地方裁判所の判決を維持することが揺らぐものでもない。なぜなら、犯行時、七歳から一三歳であった子供が被害者であるからである。子供だから、それらの経済事情によって慰謝料額を高くしたり低くしたりすべきであるといふように算定に影響する異常な手掛かりも明らかでない。この点につき上訴理由からも何ら読みとることができない (BGHZ 18, 149, 159 参照)。」とこう。

結果として、ドイツ最高裁判所はクレフェルト地方裁判

所判決をその判決理由の中の、II. 1. b) に記載されている「被後見人に対して行われた性的虐待のために有罪にする」という部分を削除するとした。

(註)

- (140) ドイツ刑事訴訟法第三二一条(即時抗告)「(一)即時抗告の場合には、以下の特別規定が適用される。(二)この抗告は、一週間以内に提起しなければならない。この期間は判決の告知(第三五条)の時から起算する。(三)裁判所は不服を申し立てられた判決を変更することはできない。但し、裁判所が抗告申立人の不利益な事実あるいは証拠の結果を使用していたが、抗告申立人にそれらの点につき聴聞していなかったとき、さらに事後的な抗告の提出によって裁判所が理由があると認めた場合には、裁判所はその抗告を認めるものとする。」

- (141) Hellmann 前掲注 (31) 349 (Rdnr. 994).

- (142) ドイツ裁判官同盟は、二〇〇三年一月の意見表明において、現行の第四〇六条a)に関しては「たとえ抗告が裁判遅延の効果を持たずに、刑事手続を抗告手続の終結まで中止するような定めがなくとも、抗告という不服申立制度の効率を上げるために、抗告に関する判断が出るまで、本来の刑事事件の判断を後回しにするようなこと

が起きることを恐れる」と述べていた。

- (143) Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming 前掲注 (7) §403 Rdnr. 6 (S. 1536).

- (144) ドイツ民事訴訟法第五十一条(控訴の許容性)「(一) 控訴は第一審で言い渡された終局判決に対して行う。(二) 控訴は、(1) 不服の対象の価額が六〇〇ユーロを超える場合、(2) 第一審裁判所が控訴を判決で許した場合にしか許容されない。(三) 控訴人は、第二項第一号によってその価額を疎明しなければならない。控訴人が宣誓に代わって保証をすることは許されない。(四) 第一審裁判所は、(1) 法律問題が基本的な意味を有している場合、(2) 法の創造あるいは統一的な判例の安定性から控訴裁判所の判決が必要とされる場合に許容される。控訴裁判所はこの許容する判断に拘束される。」

- (145) Meyer-Grobner 前掲注 (8) §406a Rdnr. 5 (S. 1363).

- (146) Meyer-Grobner 前掲注 (8) §406a Rdnr. 6 (S. 1363).

- (147) BGH 2 StR 474/03 — Urteil vom 17. März 2004 (LG Aachen), NSZ-RR 2004, 233.

- (148) ドイツ刑法第七十三条第一項(没収の要件)「違法な行為を行い、その行為者あるいは関与者がその行為に対してあるいはその行為から何らかを取得した場合には、裁判所はその吐き出しを命じる。しかし、その行為から被害者に請求権が発生し、その請求権を履行することが、そ

の行為から取得したものの価値をその行為者あるいは関与者から徴収する場合にはその限りではない。」

- (149) ドイツ刑法第一八一条第一項(娼家)「以下の者は、六月から五年の自由刑に処す。(1) 売春業の他人を搾取する者、(2) 自分の財産的利益のため、売春の実施の際に他人を監視したり、売春実施の場所、時間、程度あるいはその他の事情を決めたり、売春を辞めることを邪魔する処置を講じたり、邪魔する点に関して、個々のケースを超えて売春婦との関係を保持する者。」

- (150) ドイツ民法第八二三条(不法行為)「(一) 故意または過失によって他人の生命、身体、健康、自由、所有権あるいはその他の権利を違法に侵害した者は、その他人にそれによって発生した損害を賠償する義務を負う。(二) 前項の義務は、他人の保護を目的とした法規に反した者にも適用される。その法規の内容によればその違反が故意ないし過失がない場合にも行い得る場合には、その賠償責任は故意ないしは過失がある場合にしか発生しない。」
- (151) ドイツ民法二二三条(被財産的損害の賠償)「(一) 財産的損害でない損害の賠償も本法が定める場合においては金銭で請求することができる。(二) 身体、健康、自由あるいは性的自己決定が侵害されたために、損害賠償が履行されなければならない場合には、財産的損害でない損害についても衡平な賠償を金銭で請求することができ

る。」

- (152) ドイツ民法第一三八条(良俗違反・暴行行為)「(一) 善良の風俗に反する法律行為は無効とする。(二) 特に他人の強制状態、未経験、判断力の不足または著しい意思薄弱に乗じて、その者の受ける利益に比べて、自らあるいは第三者が著しく不相当な財産上の利益を得ることを約束しないしは給付させる法律行為は無効とする。」

- (153) BGH 5 StR 291/02 — Beschluss vom 21. August 2002 (LG Bremen), BGHSt 47, 378; NJW 2002, 3560; NSZ 2003, 46.

- (154) BGH 4 StR 569/99 — Beschluss v. 25. Januar 2000 (LG Kaiserslautern) NSZ 2000, 388.

- (155) ドイツ刑事訴訟法第三四四条(上告趣旨)「(一) 上告申立人は、どの範囲で判決に対して不服を申立て、さらにどの範囲でその判決の破棄を求めるか(上告申立)の意思を表明し、そしてそれらの申立を理由づけなければならない。(二) 判決に対する不服申立が、手続に関する法規範の違反によるのか、あるいはその他の法規範の違反によっているのかは、理由から明らかとならなければならない。手続に関する法規範の違反の場合には、瑕疵を含んだ事実を示さなければならない。」

- (156) ドイツ刑事訴訟法第三四五条(上告申立期間)「(一) 上告申立とその理由は、遅くとも上告提出期間の経過後一

月以内に不服を申し立てる判決を下した裁判所へ提出しなければならない。この時までには、判決がまだ送達されていない場合には、その期間は送達の日から起算する。(二) 被告人は、その弁護士あるいは弁護士によつて署名された書面で提出するか、あるいは裁判所事務局の記録に書き留めさせることによるしか上告できない。」

- (157) BGH 3 StR 602/98 — Beschluss vom 5. Januar 1999 (LG Krefeld), NSZ 1999, 260.

- (158) ドイツ刑法第七八条第三項第四号(時効期間)「(三) 以下の時効期間により、刑事訴追が時効に掛かる。(4) 法定刑の最高が一年以上五年以下の自由刑を課される行為については五年。」

6 ドイツ刑事訴訟法第四〇六条b(強制執行)

(1) 条文

(ア) 現行法(二〇〇四年九月一日施行)

「強制執行は、民事法紛争において判決および訴訟上の和解による強制執行に適用される規定に従う。民事訴訟法第三二三条⁽¹⁵⁹⁾、第七三二条⁽¹⁶⁰⁾、第七六七条⁽¹⁶¹⁾、第七六八条⁽¹⁶²⁾、第八七七条乃至第八九〇条による手続に関しては、第一審刑事

裁判所が住所を有する地区の民事裁判所が管轄権を有する。判決で確認された請求権それ自体に対する異議は、その不服が根拠とする理由が、その事由が第一審の公判手続終結後に生じたとき、あるいは控訴審裁判所が判決を下した場合には、控訴審の公判手続き終結後に生じたときにしか許されない。」

(イ) 旧法

「強制執行は、民事法上の争訟における判決の強制執行に関する規定に従う。民事訴訟法第七十一条、第七十六条、第七六八条および第八八七条から第八九〇条までの手続に関しては、第一審刑事裁判所が住所を有する地区の民事裁判所が管轄権を有する。請求それ自体に関する異議は、その事由が第一審の公判手続終結後に生じたとき、あるいは控訴審裁判所が判決を下した場合には、控訴審の公判手続き終結後に生じたときにしか許されない。」

(2) 解説

強制執行は判決の執行文あるいはドイツ刑事訴訟法第四〇五条第一項によって締結された和解に基づいて行われる(ドイツ民事訴訟法第七二四条第一項^⑤)。補足的な裁判、例えば、変更の訴え、執行文の授与を求める訴え、執行異議の訴え、執行文に対する訴え、代替行為、代替不能な行為、賠償責任の場合の行為執行不能、宣誓に代わる民法上の保証、不作為・受忍の強制についての執行裁判所としての簡易裁判所に訴えを提起する場合には、その管轄ある簡易裁判所は、被告の住所地がある第一審訴訟裁判所ではなく、第一審刑事裁判所が住所を有する地区の民事裁判所が管轄権であることを規定している。尚、旧法と比べて、変更の訴えが追加されているが、これは、二〇〇四年の被害者保護法改革法によって追加されたものである。尚、補足的な裁判でも、執行文自体の許容性に関する不服申立については、依然、刑事裁判所が管轄をもつといわれる(ドイツ民事訴訟法第七三二条第一項^⑥)。

(註)

(159)

ドイツ民事訴訟法第三二三条(変更の訴え)「(一) 将来履行期の到来する回帰的給付を命じる判決の場合、給付を命じる判決につき、または給付すべき数額の特定またはその支払の期間を定めるにつき重要であった関係に根本的な変更が生じたときは、各当事者は訴えにより判決の相応の変更を求めることができる。(以下略)」

(160)

ドイツ民事訴訟法第七三一条(執行文の授与を求める訴え)「第七二六条第一項(条件付き給付の場合の執行可能な謄本)と第七二七条(権利承継者に有利不利な執行可能な謄本、第七二八条)後位相続人あるいは遺言執行人での執行可能な謄本」から第七二九条(財産・会社譲受人に対する執行可能な謄本)によって必要な証明が、公文書あるいは公的に認証された文書によって、行うことができない場合には、債権者はその判決の第一審の訴訟裁判所に、執行文の授与を求める訴えを提起しなければならない。」

(161)

ドイツ民事訴訟法第七六七条(執行異議の訴え)「(一) 判決によって確認された請求自体に関する異議は、債務者から訴えの方法で第一審の訴訟裁判所へ訴える方法で行使しなければならない。(以下略)」

(162)

ドイツ民事訴訟法第七六八条(執行文に対する訴え)「第七二六条第一項、第七二七条から第七二九条、第七三

(163)

八条、第七四二条、第七四四条、第七四五条第二項、第七四九条の場合に、債務者が執行文の授与の場合に証明されたものと見られる、執行文の授与に対する要件の発生を争うときは、これらの場合に、執行文の許容性に対する異議を第七三二条によって提起する債務者の権限にかかわらず、第七六七条第一項、第三項の規定が準用される。」

ドイツ民事訴訟法第八八七条(代替行為)「(一) 債務者がある行為を行う義務を果たさない場合、その行為が第三者によっても行うことができるものであれば、債権者は第一審訴訟裁判所からその行為を債務者の費用で行わせる権限を与えられることができる。(以下略)」。ドイツ民事訴訟法第八八八条(代替不能な行為)「(一) 行為が第三者によっても行われることができない、それがもつばら債務者の意思に左右される場合には、申立により、第一審訴訟裁判所は、債務者はこの行為を強制付加金によってまた、これが徴収することができない場合には、強制拘禁によること、あるいは強制拘禁によって徴収することを言い渡すことができる。個々の強制付加金は、二万五千ユーロを超えることはできない。強制拘禁には拘禁に関する第四章の規定が準用される。(以下略)」。ドイツ民事訴訟法第八八八条a(賠償責任の場合の行為執行不能)「第五一〇条aのケースで被告が賠償を支払うように

言い渡された場合には、強制執行は第八八七条、第八八八条の規定に基づいて行うことができない。ドイツ民事訴訟法第八八九条(宣誓に代わる民法上の保証)「(一)

債務者が民法の規定に基づき宣誓に代わる保証を与えることを言い渡された場合には、その保証は執行裁判所として、その地区に債務者が国内の住所地あるいは住所地を持たない場合にはそのような滞在地がある簡易裁判所に提出する。滞在地も持たない場合には、執行裁判所として、第一審訴訟裁判所がその地区にある簡易裁判所に提出する。第四七八条から第四八〇条、第四八三条の規定は準用される。(以下略)」。

(164)

ドイツ民事訴訟法第八九〇条(不作為・受忍の強制)「(一)債務者がある行為の不作為あるいはある行為が行われることを受忍する義務があるにもかかわらずそれに反して行為した場合には、第一審訴訟裁判所は債権者の申立により債務者に違反ごとに、過料と過料を徴収することができないときは秩序拘禁あるいは、最高六ヶ月の秩序拘禁を言い渡すことができる。個々の過料は二万五千ユーロ、秩序拘禁は通算二年を超えることができない。(以下略)」

(165)

ドイツ民事訴訟法第七二四条(執行謄本)「(一)強制執行は、執行文が付けられた判決謄本(執行謄本)に基づいて行われる。(二)執行謄本は、第一審裁判所の事務局の

書記官によって、訴訟が上級裁判所に係属している場合には、その裁判所の事務局の書記官によって付与される。」

(166)

ドイツ民事訴訟法第七三二条(執行文の許容性に対する異議)「(一)債務者による執行文の許容性に関する異議は、その事務局が執行文を付与した裁判所が判断を下す。その判断は決定によって言い渡す。(以下略)」

7 ドイツ刑事訴訟法第四〇六条c(手続の再開)

(1) 条文

(ア) 現行法(二〇〇四年九月一日施行)

「(一)被告人は、請求につき実質的に別の判決がなされることに限定して、手続再開の申立をすることができる。裁判所は、その場合、公判の更新をすることなく決定によって判断する。

(二)手続再開の申立が、判決の刑事的部分に対してのみなされたときは、第四〇六条a第三項を準用する。」

(イ) 旧法(現行法に同じ)。

(2) 解説

手続の再開を申し立てることができるのは被告人のみである⁽¹⁶⁷⁾。つまり、被告人は、判決の民事的部分に関して、ドイツ刑事訴訟法第三五九条以下の規定に基づいて再審を申し立てることができる。したがって、附帯私訴の申立人、検察官は再審申立ができないが、附帯私訴の申立人は民事裁判所で争うことはできる。被告人が再審を申し立てることができるのは、ドイツ刑事訴訟法上の再審事由のいずれかに該当するだけでなく、さらに民事法上の部分につき根本的に全く別の判断が下される見込みがある場合である。つまり、「裁判所は被告人が犯罪行為につき有責と宣言され、あるいは被告人に対する矯正および保安の措置が命じられた判決の中で、申立がこの犯罪行為のために理由があれば、この申立は認容される」(ドイツ刑事訴訟法第四〇六条第一項第一文)という前提が完全に崩れるか、あ

るいは、言い渡された財産法上の支払額(例えば、慰謝料額)が大幅に引き下げられる場合である⁽¹⁶⁸⁾。

また、有罪判決が再審手続によって破棄され、被告人に矯正・保安措置が命じられない場合には、当然にその判決の財産法上の部分についても破棄される(ドイツ刑事訴訟法第四〇六条a第三項)。

(註)

(167) Lemke / Julius / Krehl / Kurch / Rautenberg / Temming. 前掲注(7) §406c Rdnr. 1 (S. 1531).

(168) ドイツ刑事訴訟法第三五九条(再審事由)「確定判決により終結した手続は、以下の場合に有罪判決を受けた者の利益になる場合にはこれを再開することができる。(1) 公判において、真正なものととして提出されたこの者に不利な証拠が偽造、変造であったとき。(2) 有罪判決を受けた者に不利な証言または鑑定をした証人または鑑定人が故意もしくは過失により宣誓に基づく義務に反する罪を犯し、または故意により虚偽供述の罪を犯した場合。(3) 判決に関与した裁判官または参審員が被告事件について職務に関する罪を犯した場合。但し、それ

らの罪が有罪判決を受けた者によって犯させたものであるときは、その限りでない。(4) 刑事判決の基礎となった民事裁判所の判決が別の確定判決により破棄された場合。(5) 新たな事実または証拠が提出され、それらのみで、または既に取り調べられた証拠と併せて、被告人の無罪、軽い刑罰法規の適用による軽い科刑または矯正または保安措置に関して実質的に異なった裁判を理由づける見込みが十分にある場合。(6) 欧州人権裁判所が人権と基本的自由の保護のための欧州条約またはその議定書の違反があると認め、かつ判決が当該違反に基づいている場合。」

- (169) Pfeiffer 前掲注 (8) §406c Rdnr. 1 (S. 1958).
- (170) Meyer-Grobner 前掲注 (8) §406c Rdnr. 2 (S. 1365);
Lemke / Julius / Krehl / Kurth / Rautenberg / Temming
前掲注 (7) §406c Rdnr. 2 (S. 1511); Pfeiffer 前掲注
(8) §406c Rdnr. 1 (S. 1958).

三 まとめに代えて

ドイツの附帯私訴手続について、刑事訴訟法および民事訴訟法の該当規定、さらに最近の裁判例を翻訳し、ドイツの附帯私訴の現在を垣間見てきた。ここに言えることは、

刑事訴訟法と民事訴訟法がそれぞれ独自の発展を遂げてきたなかで、これを相互に利用し合うことの難しさである。しかし、ドイツでの現在の状況がベストであるとは思われていない。この分野では、それぞれの訴訟法の原理原則を固辞し、それぞれの一貫性を維持していくことが重要なのではなく、あくまでの犯罪被害者の財産法上の救済を如何に容易にかつ簡便に処理していくかが肝要であると考えられている。ドイツはこの目的のために、今後もさらなる改善を施していくものと思われる。したがって、ドイツ附帯私訴の現在が必ずしも理想とはいえないが、少なくとも、その改善に向けて今も続けられている立法府、司法部さらに弁護士会等各方面の努力は高く評価されなければならない。