

マックス・アルスベルクの証拠申請権論(2)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-24 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 田淵, 浩二 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008768

マックス・アルスベルクの証拠申請権論(二)

田淵浩二

〈目次〉

第一章 紹介にあたっての序論的考察(四二卷二号)

第二章 証拠申請の本質

第一節 概念の整理

第二節 ドイツにおける「証拠予断の禁止」の原則の発展

(一) 証拠申請に対する「証拠予断の禁止」の確立

(二) 事案解明義務と「証拠予断の禁止」

(三) 鑑定申請と「証拠予断の禁止」

(四) 小括

第三節 アルスベルクの証拠申請権論

第四節 本章のまとめ(以上本号)

第二章 証拠申請の本質

第一節 概念の整理

証拠申請 (Beweisantrag) が、形式上「裁判所に対する証拠調べの請求 (申立て)」を指す言葉であることは、ドイツも日本も異ならない。しかし、より重要であることは、ドイツにおいて証拠申請は、その法的効力の側面に本質が見い出されたため、証拠申請の概念も、それに伴う法的効力との関連で、他と区別されてきたという点にある。すなわち、通常「証拠申請」とは、訴訟関係人が行う①「特定の事実」に関する②「特定の証拠方法」による③証拠調べの「要求」であると解されており、この「要求」に対し、裁判所は法定の却下理由が存在する場合に限り却下が許される。そこで、これらの要件のいずれかを充たさない申立ては、概念上「証拠申請」とは区別される。まず、事実または証拠方法の特定を欠く申立ては、「証拠調査申請」 (Beweisermitlungsantrag) と呼ばれる。次に、証拠調べを「要求」する意思が欠ける、単に証拠の存在を示唆するに止まる申立ては、「証拠申出」 (Beweiserbieten) とか「証拠提案」 (Beweisanregung) と呼ばれる。そして、これらの「証拠申請」に該当しない証拠調べに関する申立てに対して、裁判所は、事案解明義務に反しない限り、裁量に基づき却下することが許される。⁽¹⁾

さらに「証拠申請」は、証拠調べを「要求」する意思の内容に依りて、より細かく区分されている。まず、証拠の調べを将来の不確定な結果に依存させる証拠申請は、「条件付き証拠申請」 (bedingte Beweisantrag)、なかでも取調べを求めるか否かを主となる証拠申請に対する裁判所の判断結果に依存させる証拠申請は「補助的 (予備的) 証拠申請」

(Hilfsbeweis Antrag, Eventualbeweis Antrag) と呼ばれる。外見上は「証拠申請」の要件を充足していても、真意において証拠調べを求める意思はなく、専ら訴訟の進行を妨げる目的でなされる証拠申請は、「表見的証拠申請」(Scheinbeweis Antrag) など「遅延申請」(Verschleppungs Antrag) と呼ばれ、「証拠申請」としての性格を否定される。⁽²⁾

このようにドイツ刑事訴訟法において、「証拠申請」は証拠調べに関する申立ての中心に位置づけられ、その周囲に、目的および法的効力の異なる様々な関連概念が配置されてきた。証拠申請の本質は、これら全体の検討を通じて初めて明らかにしうる。そこでまず本章では、「証拠申請」自体に伴う効力の視点から、証拠申請の本質を考察し、そこにおいてアルスベクルの証拠申請権論が果たした役割を明らかにしたい。考察の順序としては、まずはじめに、彼の主張の背景となった、証拠予断の禁止に関する R G 判例の動向を明らかにし、次の中でアルスベルクの見解の果たした役割を検討したい。⁽³⁾

第二節 ドイツにおける「証拠予断の禁止」の原則の発展

(一) 証拠申請に対する「証拠予断の禁止」の確立

一 ドイツにおいて、証拠申請に対する証拠予断の禁止の確立に大きく貢献したのは、一連の R G 判例である。その背景には、自由心証主義採択後の事実審裁判所の事実認定に対する法的規制の流れがある。

一 一八七七年ライヒ刑法は、証拠調べの範囲につき、召喚された証人およびその他の取り寄せ済みの証拠(在廷証拠)

の取調義務につき、二四四条一項（現在の二四五条の前身）において、「証拠調べは、すべての召喚された証人および鑑定人並びにその他の取り寄せられた証拠に対して行わなければならない」と定めた。当該規定が設けられた背景には、「もし裁判所に証拠の範囲の決定を任せなければならないのならば、自由な証拠評価はほとんどあり得ない。どの証拠を裁判所に取り寄せるかは当事者の問題である。証拠の増強により自己の要求への支持が、はたして、またはどの程度はかられるかは当事者が判断すべきことである」という考慮が働いたと言われている。⁴⁾ところが他方、これから証拠を取り寄せなければならない証拠申請については、二四三条二項で、それを却下する場合は裁判所による決定が必要であることを規定するに過ぎなかつた。⁵⁾そこで、二四四条一項の精神は、証拠申請の取扱いにまで及ぼされるべきかが、解釈上の重大な争点となる。

これに関して、ライヒ刑訴法の草案準備段階においては、実は「証拠調べの範囲は、申立て、放棄および以前の決定に拘束されることなく、裁判所が決定する」という文言が含まれていた（ライヒ刑訴法第一草案一九九条、最終法案二〇七条）。そしてその理由として、「裁判所は、実体状況から、当該証拠申請は実質的に何の結果をもたらさないという確信を得たとき」は、その申請を却下できるという説明がなされていたことが指摘されている。⁶⁾すなわち、この段階では、いまだ証拠評価の自由の考えが、証拠調べの範囲形成の領域を完全に支配していたのである。しかし、この極端な立場は最終的に、参審裁判所における手続および地方裁判所における一部の控訴審手続に対して導入されるに止まつた（一八七七年刑訴法二四四条二項）。⁷⁾それゆえ、当初の形態の二四四条は、一八七七年法がリベラルな議員による攻撃の下に出来上がった妥協の産物と言われている。⁸⁾

もつとも、上記の法案の規定に関しては、次のような指摘も存在する。すなわち、この文言はそもそもが、既に取り寄せられ、公判開始時点で裁判所に存在する証拠のみを念頭においていた。このように無拘束な証拠調べを黙示的に在

延証拠に限定したのは、少なくとも委員会における注目すべき側から主張された見解によれば、当該法案は、「公判中に新たに証拠を取り寄せることはおおよそ許容されない」と考えていたことの結果である。ライヒ議会の委員会は最終的に、裁判所に対し、事後的な証人喚問の権限を与えることで一致する。しかし、これを目的とする証拠申請を裁判所が認めるか否かは、裁判所自身の自由裁量に依存させることにしたというのである。⁽⁹⁾そして、ライヒ議会の委員会が、在延証拠に関してのみ、無拘束な証拠調べの原則の制限に至った理由は、ライヒ刑法法二一九条が新たに被告人に直接証人や鑑定人を召喚する権利を認めたとされる⁽¹⁰⁾。ただし、もし裁判所が、被告人により直接召喚された証人を尋問する義務を負わなかったならば、被告人のこの権利は虚無なものになってしまいうだろうからである。⁽¹¹⁾

実際、ライヒ刑法制定当時は、証人申請に応じるか否かは裁判所の自由裁量であるとの立場をとる判例があった。例えば、一八八〇年のRG第一刑事部の判決は、事実審が申請された証人の尋問の重要性を認めず却下した事例につき、「証拠調べの範囲については裁判所が決定し、まったく無目的な取調べを回避しなければならぬことは、健全な刑事司法の本質に根ざしているため、刑事訴訟法における当該原則の明示的な採用は、まったく必要なかったのである。さらにまた、それは二一九条および二四三条二項に含まれていると見なされるべきであるし、二四四条一項において、召喚された証人等は原則としてすべて尋問されなければならない限りにおいて、譲歩されたのである。……原裁判所は、当該「個別事例」において、有罪判決のために決定的な証拠理由にとつて、当該争点は証拠評価への重要な影響を及ぼさないことを明言している。この事実問題に関する具体的判断の事後審査は、上告の対象外である」と述べている。⁽¹²⁾

さらに、同年のRG第三刑事部の判例は、「証拠調べを、召喚されていない、したがって公判において初めて指名された証人の尋問にまで広げることの必要性および相当性の判断に関して、法律は裁判官の裁量に何の制約も課していない。それゆえ事実審裁判所は、審理の結果、その証人の供述は、たとえ彼らは申請の主張を裏付けることができようとも、

罪責問題の判断に影響を及ぼさず、まったく何らより詳しい結果を与えないだろうとの確信を得たときは、そのような尋問を却下する権限を与えられている」と明言している。⁽¹³⁾

しかし、やはり一八八〇年、これとは逆にRG第二刑事部は、事実審裁判所が弁護人からなされた証人申請を却下したことの適否が争われた二つの事例において、申請された証人の証言が信用できるということが明らかでないことを理由に、その申請を却下することは、裁判にとつて重要な点につき被告人の防御を違法に制限する結果になり、刑法三七七条八号の絶対的上告理由に該当することを明らかにしており、⁽¹⁴⁾さらにまた、取調べ済みの証人の証言内容と相反する証人喚問請求がなされた場合、それらの証人のいずれが信用できるかは、通常、申請された証人を尋問した後に初めて判断できること、証拠申請の却下理由は、その適法性の上級審による事後審査が可能な程度に摘示されていなければならぬこと理由に、これに従っていない原判決を破棄した判例を続けて出している。⁽¹⁵⁾既に、これらの判例からは、①証明結果の予測に基づく申請却下の原則的禁止、②却下決定における具体的理由付けの要求、③不適法な却下決定の上告審による救済という、証拠申請の効果に関する重要な骨格を伺うことができる。

さらに、第一章第四節で述べたよう、一八八四年RG第二刑事部は、「刑法二六〇条によれば、裁判所は証拠調べの結果を、その自由な、審理全体から得られた確信に従って判断すべきとされているが、当該規定は、刑法二四三条、二四四条に依りて実体的真実を究明する義務があらゆる範囲で充足されていること、とりわけ、被告人により重要な点につき適法に申し立てられた証拠もまた取り調べられなければならないことを前提としている。免責的証拠にどのような価値を与えるべきかは、通常、特に理由のある例外的場合を除いては、それを取り調べた後をはじめて判断できる」と述べ、これにより、二四三条による証拠申請に依りて、とりわけ被告人の有利な争点につき審理を尽くすことが、二四四条による場合と同様、自由心証主義の前提であることを明らかにしている。⁽¹⁶⁾

これらの初期の判例の対立は、すぐに後者の立場に収束した。すなわち、「裁判所は既に被告人の有罪につき確信を得た」とか、「幾人かの証人が既に反対のことを供述した」ことを理由とする却下は、一八八〇年代を通じてしだいにその数を減らし消滅する。¹⁷⁾そして一八九〇年には、尋問済みの証人の供述との比較により申請された証人の信用性を否定することは、特別に例外的な場合を除き、申請された証人を尋問した後はじめて判断できるといふ立場が、RGの恒常的判例であることが明言されるに至った。¹⁸⁾このような判例の立場は学説からも支持を得る。¹⁹⁾

その後、RGにより認められた証拠申請の却下理由の類型化をはかった教科書が著されるようになる。一九二二年のローゼンベルクによる注釈書においては、①証明されるべき事実またはその反対事実が公知であるとき、②証明されるべき事実が既に証明済みであるとき、または真実と推定されるとき、③証明されるべき事実が罪責または刑の問題の判断にとって完全に重要性を欠くとき、④証拠が不許容であるとき、⑤証拠が不適切であるとき、⑥証拠が入手不可能であるとき、⑦申請された証拠が既に取り調べ済みであるときの七つが掲げられ、さらに証拠申請の要件が充たされていない場合や遅延目的の証拠申請の場合に却下可能とされている。²⁰⁾ここに示されている諸類型は、申請された証拠が取り調べ済みであるという理由が削られている点をのぞき、基本的に現行ドイツ刑法二四四条三項（これは一九三五年改正のライヒ刑法二四五条二項に由来する）のそれと異ならない。

二 もつとも、等しく適法な却下理由として列挙されても、それらが証拠予断の禁止の例外として持つ意味は一樣ではない。まず、証拠禁止のように、証拠の証明力とは関係なく、専ら他の利益の保護が法律上優先されるがゆえに、証拠の取調べを拒否できる場合がある。この場合、証拠調べはいずれにせよ法律上許されないものであるから、証拠予断の禁止を問う前提を欠いており、例外としての問題性は小さい。次に、かりに証拠を取調べたとしても、いずれにせよ証明

は成功しないことが事前に明らか（例えば、法律上の重要性を欠く事実の証明、最低限の証明力を欠く証拠の取調べ、公知の事実と反する事実の証明）、あるいは逆に、取り調べるまでもなくその目的は達成されている（証明済みの事実、公知の事実または真実と推定された事実の証明）がゆえに、証拠調べの必要が失われる場合がある。これらは証明の成否に結びつけられた却下理由であるが、あえて証拠調べを実施しても、そのことによりメリットが得られるわけではないことが明白であるため、訴訟経済的理由からこれを拒否することが許されるのである。したがって、過度の効率重視から、証拠の不適切性や事実の公知性の認定が緩やかに解釈されることがあれば、証拠予断の禁止との抵触が生じてくる。

この点、とりわけ不適切証拠については問題にされやすい。RGは、原則として証明結果の先取り評価を禁止しながらも、「証人に伴う特別の事情」から、その者の証言に価値のないことが、既に証拠申請の段階で明らかであることを理由とする、証拠申請の却下を容認してきた。⁽²¹⁾アルスベルクは、判例にあらわれた証人の不適格性を根拠づけ得る事由を、①正確に知覚または供述する身体的能力の欠如（感覚器の障害、未発達または不機能、知覚に必要な特別の専門知識の欠如、時間の経過による記憶の消失等）、②真実どおり供述する意思の欠如が推定される場合（犯罪行為または被告人との関係が考慮される）、③宣誓の強制が欠ける場合、④証人の人格につき正しい像を得る可能性がない場合（判決裁判官による証人本人の尋問がはなはだ困難な場合、証人の身分関係が不明である場合等）に分類する。⁽²²⁾しかし、これらの情報は単に証拠価値を減少させるに過ぎない場合も多く、それが具体的事件にとつて証人を完全に無価値にする程度に至つてようやく、証人は不適格ということが出来る。そこでRGは、当該理由に基づく却下をごく例外的な場合に限定する傾向にあったことが指摘されている。⁽²³⁾

第三に、申請却下に際し、予測される証拠価値との比較考量が、最初からある程度容認されている場合がある。たと

えば、裁判所は証拠申請者によって特定された証拠の入手可能性を追求する義務を有するが、取り寄せ努力により入手不可能であることを正当と判断する際に、問題の対象とされる証拠が既存の証拠に比べてどの程度の重要性を持ち得るかを考慮してよいとされる⁽²⁴⁾。また、訴訟遅延目的の証拠申請というためには、重大な遅延の確実性および遅延の意図の存在が必要であるが、後者の主観的要件の認定のためには、申請者が証明が成功する見込みがないことを認識していること（専ら遅延のみを意図していること）を、裁判所が申請者に対して証明できるだけの理由付けが要求される。これには当然、証拠調べは無益であるとの裁判所の判断が前提になる。（逆に、たとえ申請者に遅延の意図があっても、裁判所が客観的にみて証明成功の見込みが存在すると判断するならば、裁判所は事案解明義務上の証拠調べ義務を負うとされる⁽²⁵⁾）。これらの却下理由は、既存の証拠との比較や証明成功の見込みに基づく判断がある程度予定されている点で、証拠予断の禁止に対する例外性はより根本的である。それはすなわち、たとえ証拠予断の禁止が原則であっても、その射程を定めるにあたっては、なおも政策的考慮が働いてきたことを意味している。

このように、R G判例により証拠予断の禁止の原則が確立された後も、証拠申請の採否をめぐる個々の問題が直ちに解決されたわけではない。そこで、証拠予断の禁止の効果を正確に把握するためには、最終的に個々の却下理由をめぐる議論の分析が必要になろう。これら各論的考察は、今後の課題とせざるを得ない。

（二）事案解明義務と「証拠予断の禁止」

ドイツ刑法法においては、裁判所の事案解明義務が、証拠申請と並んで、証拠調べの範囲を決める上で重要な役割を

果たしてきた。一八七七年のライヒ刑法一五三条二項は、起訴された犯罪を審判する範囲で、裁判所が独自に活動を行う権限および義務を認め、さらに二四三条三項は、職権による証拠の取寄権限を裁判所に付与した。すなわち理論上は、たとえ当事者から証拠申請がなされなくとも、裁判所自らの責任において公訴事実を解明すべく、（職権による）証拠調べを実施すべきと考えられてきた。周知のごとく、ドイツ刑法法において挙証責任の概念が発達することはなかった。

しかし、裁判所が職権証拠調べを実施しなかったことが直ちに、一五三条二項および二四三条三項違反として、適法な上告理由を構成したわけではなかった。というのも、事実審裁判所の義務違反が肯定された事例は、事案解明の可能性が公判に現れていたにもかかわらず、事実審裁判所が当該義務の存在を誤解し、その可能性を利用しなかった場合に限られたからである。⁽²⁷⁾ 逆に、裁判所が考慮すべき情報に基づき、その自由な事実的裁量により「新たな公判期日にさらに証拠調べを行ったとしても、異なる結果は期待できないだろう」と判断した以上、たとえそれが誤りである場合がありうるとしても、この裁量行使の具体的態様は上告理由として不適切であるとされた。⁽²⁸⁾ すなわち、証拠申請の場合に承認されたような「証拠予断の禁止」は、当初、職権証拠調義務との関連では認められなかったのである。

さらに加えて、被告人の法的救済制度としての事案解明義務違反の上告は、一九二八年までほとんど知られていなかった。この時代に、原則として被告人からの事案解明義務違反を理由とする上告が認められなかった理由を、ザルシュテットは次のように説明する。すなわち、in dubio pro reo 原則に違反する場合を別として、「被告人による事案解明義務違反の主張は、事実審裁判官は確かに事実関係につき、自ら認定したとおり確信を得ていたが、しかし、それにつき確信を得ることは許されなかつたはずだし、少なくとも、さらに取り調べることなく、当該公判に基づき直ちに確信を得ることは許されなかつたはずであると述べていることを意味する。このような主張は二六一条と矛盾することになる。当

該規定は、まさにこの点につき事実審裁判官の自由を認めており、上告審裁判官からの干渉もまた受けない。ここで相互に対立する、眞実発見義務と裁判官の確信の自由はドイツ手続法の二大原則である。この二つの原則は実務上、利用可能な法則として調和することが必要である。」⁽²⁹⁾ここで指摘されるように、当時のRGが事実審裁判官の自由な「有罪確信」を尊重する立場をとっていたのであれば、被告人にとって事実説明義務への期待は、それほど大きくなり得べくもない。そのため、事案説明義務違反の上告は、検察官または訴訟参加人から被告人に対して向けられたときに限り成功の見込みがあるという印象を生じさせた。

これに対して、被告人の純粋な事案説明義務違反を理由とする上告が成功した例は、一九二八年の判例集の中(30)、よく見ることができ。しかし、アルスベルクやベーリングの好意的評釈にもかかわらず、それらの判例は指導的重要性を認められなかった。

一九三二年六月一四日の緊急命令 (RGBl. I, 285) は、区裁判官、参審裁判所および控訴審としての地方裁判所での手続における証拠申請権を完全に排除した。この制限は、緊急命令発布の際は一時的な緊急措置と考えられたが、すぐに継続規定としての性格を帯び、一九三五年六月二八日の法律 (RGBl. I, 844) によって、刑法二四五条一項へ導入された。ところが、これと同時に二四四条二項の改正により、裁判所が眞実の究明に必要なあらゆることを職権により行わなければならないという、証拠調べ全体を支配する原則が置かれた。こうした証拠申請権の廃止は、一九三九年九月一日の命令 (RGBl. I, 1658) 第二四条により完了した。これは、あらゆる刑事事件の区別なく、証拠申請の却下を事実審裁判官の「自由な裁量」に任せるものであった。事案説明義務違反の不服申立てに対するRG判例に影響を与えずにおかなかつたものは、まさにこれらの立法の展開だといわれている。すなわち、立法者が証拠申請権の廃止によって、訴訟上の形成権限の点で被告人から奪つたものを、上告裁判所は、全面的事案説明の原則を通じて再び被告人に戻そう

と試みたとされる。⁽³¹⁾ もつとも当時、裁判所の事案解明義務が実質的にどの程度、被告人の証拠申請の代替たり得、誤判防止に役だったかは、さらに検証を要する問題であろう。

一九五〇年九月一二日の統一化法は証拠申請権に対して新たに効力を与え、それによりとりわけ証明手続における被告人の防御権が復活される。この期に、事案解明義務違反を理由とする上告は「その証拠申請に対する代替的役割を終えた」との主張もあつたが、BGHはRGの立場を踏襲、むしろ発展させた。そして、「事案解明義務違反の不服申立てはそれほど急速にその重要性を失わないし、とりわけその存在は、手続関係者にとつて、事実審裁判官に義務付けられている事案解明義務の履行を守らせる有効な手段である」という理解が定着するに至る。⁽³²⁾

もつとも当初のBGHの基準によれば、事実審裁判官が証拠調べの結果、被告人の有罪を確信した場合における事案解明義務違反は、「事実状態を合理的に評価するならば、この確信の正当性につき理由のある疑いが生じていたに違いないような事情や可能性を、当該裁判所がなおも知っていた場合」⁽³³⁾、あるいは「事実審裁判官が知っている事実関係からは、さらに証拠を利用することが必要であり、または少なくともその十分な理由があつたにもかかわらず、裁判官が真実究明義務を誤解し、または、それに違反した場合」⁽³⁴⁾でなければ成立しないとされた。また、上告人は、裁判所はいかなる方法で、求められている事案解明をさらに試みなければならなかつたのか、とりわけ、いかなる他の証拠方法を、裁判所は真実の究明のために利用しなければならなかつたのかを提示することが求められた。⁽³⁵⁾ これらの基準からは、事案解明義務違反となるためには、もし職権証拠調べがなされていたならばそれまでの事実認定結果に影響を及ぼしたであろうことの、相当明白な経験則が要求されていたことが伺える。

しかし後のBGH判例には、「判断すべき事実関係について実施済みの証拠調べに基づく心証が変化する微かな可能性が考えられるに過ぎない場合であつても、裁判官はその証拠を利用し尽くさなければならぬ」と述べ、被告人からな

された再鑑定⁽³⁶⁾の請求却下に違法はなくとも、さらに職権で再鑑定を実施する義務があつたことを肯定するものも現れ、拡大方向で動揺する。こうして、事案解明義務との関係でも、証拠予断の禁止の妥当性を議論する余地が生じる。

実際、近時のドイツでは、職権証拠調べの場合も証拠申請の場合と同様、証拠予断の禁止が妥当するという見解が有力に主張されている。すなわち、「証拠予断の禁止は、事実認定の信頼性に対する危険を予防するために、ライヒ裁判所によつて発展させられたのであるから、裁判所は職権解明義務の範囲で、証拠申請の場合と同様に、この禁止に拘束されている。したがつて、申請に基づく証拠調べの義務の範囲と職権解明義務の範囲との間には、まったく何の法的差異も存在しない。裁判所が自ら知るに至つた証拠方法を使用しないでおくことが許されるのは、当該証拠調べに向けた正式の証拠申請があつたとしても、裁判所はそれを却下できるだろう場合に限られる」(一致説) というわけである。

一致説は、とりわけ近年のドイツにおいて、証拠申請権の濫用が問題とされ、証拠申請権は再び立法的に制限される方向にあるだけに、却下理由の追加を許さない方向での強い論拠として唱えられている。一致説を支持するエンゲルスは、その理由として、RG判例による証拠予断の禁止の基礎は、①自由心証主義と実体的真実究明義務は異なる二つの原理であり、前者は実体的真実を究明する義務が、総ての範囲で完全に満たされることを前提とすること、および②証拠調べのもたらす結果および証拠方法の価値についての確実な判断は、証拠調べを実施して初めて下すことができるという経験則であるから、これらの基礎は、事案解明義務に基づく証拠調べの場合にもその妥当性が維持されると言う⁽³⁷⁾。

しかしこれに対し、「通説は確かに原則として、裁判所の事案解明義務の範囲で証拠予断の禁止が妥当することを前提とするが、この禁止はここでは証拠申請の場合と同程度には妥当し得ないという見解をとる。すなわち、原則として裁判所は、職権による証拠調べ関する決定の場合であっても、既に得られた確信に依拠し、さらに証拠を取り調べることをしない権限を持たない。しかし、事実関係が疑う余地なく解明され、状況を合理的に評価するならば、さらに証拠調

べを行つても、裁判所の確信を何ら変化させ得ないだろうときは、別のことが妥当しなければならぬ」（不一致説）とする理解が圧倒的だとされる。³⁸⁾

日本において、裁判所は事実説明義務を課されていないと解されているので、職権証拠調べにおける証拠予断の禁止の適否の問題を検討する必要性はわずかである。したがって、一致説と不一致説の対立は重要でないようにも思われる。しかし、少なくとも、一致説をとる論者が、二四四条三項に掲げる理由によらない証拠の選択によつては、合理的な事実説明は不可能と捉えている点は重要であろう。それは、証拠予断の禁止への理解をより深める糸口となりうる。

（三）鑑定申請と「証拠予断の禁止」

以上に概観した、証拠予断の禁止の発展は主に証人申請との関係で議論されてきた。これに対し、鑑定申請の拘束性については、R G判例は独自の展開を遂げた。最終的にR Gは、鑑定申請の場合にも証拠予断による却下は禁止されるという立場をとる。しかし、そこにはなおも特殊性が容認されている。そこで、鑑定申請と証拠予断の禁止をめぐるR G判例の変遷も概観しておく必要がある。

上述のように、申請された証拠の取寄義務に関するR G判例は、証人および書証に関しては、一八九〇年代に証拠予断の禁止が確立された判例であることを確認するに至るが、検証および鑑定証拠の場合は、このような禁止を形成しなかった。すなわち、鑑定申請に対しては、その却下が裁判所の事実説明義務に反するか否かのみが問題とされたのである。一八九四年四月三〇日の第三刑事部判決には、その理由を詳しく述べている。すなわち、

「刑訴法七三条⁽³⁹⁾以下、およびその文言、さらにその立法趣旨に鑑みれば、当該法律が、本件では問題にならないいくつかの例外的場合を除いて、事実審裁判官が、特別の専門知識、学術的経験、技能的または職業的訓練を前提とする問題の判断に際し、専門家の知識をどの程度、取り寄せることが必要と考えるか、あるいはそのような補助がなくてもいけると考えるかを、事実審裁判官の合理的裁量に自由に任せようとしたことについては、ほとんど疑問を抱く余地がない。学説においてときおりなされる、いわゆる専門技術的問題に別の原則を妥当させようとする試みは、誤っているように思われる。」裁判官は今日においても、かつてと同様、いかなる物事、現象、問題について、自己の経験、教育および学識から判断する能力を備えており、いかなるものについてはそうでないかについて、合理的な自己吟味を行うよう義務付けられているのである。裁判官がこの点につき誤り、実際には十分な知識の不足から、理解せずまたは誤解している対象に対して独自の判断を下しても、それは常に事実的瑕疵にとどまり、法律上の瑕疵ではない。⁽⁴⁰⁾

もっとも、一九〇二年四月七日の第三刑事部判決では、裁判所が自ら獲た専門知識に基づき主張とは反対の事実が証明されたものとみなしたことが、訴訟記録からも判決理由にも伺えない場合は、違法な証明の先取りにあたりと解された。⁽⁴¹⁾この判例に明示的に表われている、裁判官は争われている専門的問題に解答を示さなければならぬという原則は、その後、確立されることになる。一九一七年一月二三日第四刑事部判決は、次のように述べる。⁽⁴²⁾

「裁判所は、ここでは問題にならない刑訴法八七条(検視：筆者注)、九一条(毒物の鑑定：筆者注)の場合を除いて、真実の究明のために特別の専門知識を要するときに、鑑定人を尋問することは義務付けられない。従つて、まず第一に、伐採された樹木の状態から、その伐採の時点まで逆上り、特定の時点を結論付けることができるか、もしそれが肯定される場合、被告人によつてMの製材所に持ち込まれた松の原木の状態から、それが一九一六年一〇月より三ヶ月以上前の、一九一五年秋にすでに伐採されたという認定を許すかどうかの問題について答えるための必要な専門知識が、地

方裁判所に期待されるときは、裁判所は当該問題の判断に際し、鑑定人の補助を用いる必要はない。しかし、原審裁判所はこの問題を、無回答のまま放置することはできなかった。なぜなら、もし、Gの鑑定によって試みられた被告人による証明が成功しえたならば、Mに被告人から譲渡された松の原木は、Sから盗まれた、一九一五年秋伐採の原木であった可能性は排除されるからである。判決理由の内容によれば、地方裁判所は、その松の原木の一九一六年一〇月時の状態を確認しようとしなかった。」

ここに、鑑定を実施しない場合、裁判所は専門的問題に対して自ら専門的解答を示さなければならぬという法原則が成立することにより、証拠予断の禁止の手続的基盤がひとつ整えられた。⁽⁴³⁾

そしてやがてRGは、自己の専門知識ではなく、すでに他の証拠方法に基づき得られた確信との比較による、鑑定証明の結果を先取りすることは許されないとする立場に転換する。RG第一刑事部判決一九二七年四月一日判決は次のように述べている。すなわち、

「Aにおける当該製法が周知であることの証明が申立てられたならば、原審は、その反対事実がすでに証明されていることを理由に、申請された証拠の採用を却下することはできない。裁判所は、自己に必要な専門知識があると信じ、かつ、それを生活経験上も保有しうるときには、鑑定人の喚問を行わずにすませることができ。しかし、そのような知識を、原審自身、自己に要求しなかった。むしろ原審は、製法の周知性を、証人として尋問された、訴追参加人に仕える立場にあるM博士の供述だけに基づいて否定した。当該証拠調請求は、M博士の供述を弾劾するのに役立ったのであり、もし、被告人から反対証明が奪われたならば、それは不当な被告人の防御の制限を意味する。また、鑑定証明の却下は、それが証明結果の不当な先取りを含む場合は許容しえない（RGSt. Bd. 52 S. 61）。そのことは、実際には、純粹な鑑定証拠の採用でなく、証人によって知らされた一定の事実を、他の専門知識を有する者により否定することが問

題となった本件においても、やはり妥当する。⁽⁴⁴⁾」

さらにこの判例では、事実審裁判官は、それまでのように、必要な専門知識を単に自ら有していると信じ、争われている専門的問題に解答を示すだけでは足りず、今度は、事実審裁判官が生活経験によれば必要な専門知識を有しているかが求められた。そしてその後しだいに、事実審裁判官は生活経験からすれば問題の専門知識を持ちえなかったことを理由に、裁判所が自己の専門知識を肯定して、鑑定申請を却下したり、職権による鑑定人喚問を行わなかったことは瑕疵にあたるとする判例が数多く現れるようになる。⁽⁴⁵⁾ R Gの当該新判例によって、鑑定申請に対してもまた原則的な証拠予断の禁止が承認されたといえる。

もつとも、上述の形で鑑定証拠に対して証拠予断の禁止を認めたR Gの新判例は、裁判官の真実究明義務を、この証拠法の領域においてそこから特別に要請される評価方式として調整したにすぎない。R Gは常に、鑑定人喚問の義務を、裁判官の事案解明義務の範囲内での裁量の幅の問題として理解してきた。証人申請や書証の申請に関して発展した証拠予断の禁止の原則は、真実究明と当事者による強制という二つの要素のもとに成立した。しかし、鑑定の場合、R Gは当事者の申請の有無という点に理論上、特別な考慮を払わなかった。鑑定申請がなされた場合であっても、判例は常に事案解明義務から出発したのである。その結果、証人や書証の申請の場合の取調義務の範囲は、同時に裁判官の事案解明義務の範囲を表すものではないという理解が支配的であるのに対し、鑑定証拠の場合は、証拠調請求における証拠予断の禁止は事案解明義務とが等しい範囲で重なっていると解された。

また、鑑定申請の場合、同一テーマについて、さらに鑑定人の喚問の請求がなされた場合、最初の鑑定を信用して、再鑑定の請求を却下することは、禁止された証拠予断にあたらないとされる点でも、証人申請と大きく異なる。一九三〇年五月二六日第三刑事部判決は、「鑑定申請が証人によって供述された事実を否定することではなく、実施された鑑定

の信用性を争うことを目的とするときは、裁判所は、すでに得られた確信に基づき、義務的裁量に従ってそれを却下できる。このことを、RGはすでに繰返し述べてきた（RGSt. 52, 61; RG. v. 7. Dez. 1916, ID378/16 und v. 2. Juli 1917, 3D167/17）⁽⁴⁶⁾ことを明言している。

以上概観したように、鑑定申請に対する証拠予断の禁止は、理論構成の違いや、再鑑定の申請に対する不適用といった点で、証人申請における場合とは異なる。それでもなお、鑑定申請に対して裁判所が一度も応ずることなく、また裁判官に期待しうる専門知識によることなく、ただ単にそれまでの証拠調べ結果に基づき、鑑定の必要性を否定することは禁止されるという意味において、証拠予断の禁止はここでも妥当性が認められるようになった。

（四）小括

本節で考察してきたように、一八七七年の刑事訴訟法制定当時は、裁判所の証拠評価の自由を理由に、証拠調べの範囲における自由裁量性を肯定する見解もいまだ有力であった。これに対してRGは、証拠予断にあたる証拠申請の却下を、重大な防御権の侵害と構成することで、上告審による救済の道を開く。その後、証拠予断の禁止は、まず証人や書証の申請に対して発展するが、鑑定申請に対しても一定の妥当性が認められるようになる。しかし、こうしてRG判例により確立したはずの証拠申請権も、間もなくナチス期の立法により制限され、やがて否定される。こうした中でRGは、裁判所の職権事案解明義務に、証拠申請権の代替的役割を担わせる。すなわち、事案解明義務違反の上告を通じて、事実審裁判所の事実認定へ積極的に介入するようになった。証拠申請権は、戦後の刑事訴訟法において復活するが、そ

の後はむしろ、証拠申請と裁判所の事案解明義務の相互補完により、より完全な真実解明が得られるという理解が広がる。以上の時代的变化を踏まえた上で、さらにアルスベルクの見解を検討することにした。

第三節 アルスベルクの証拠申請権論

一 アルスベルクは証拠申請の持つ意義・機能につき、①裁判所に対する証拠調べの強制、②証拠決定の上告審による審査可能性、③証拠決定による裁判所の心証開示機能の三点を指摘する。すなわち、

「それは、当事者にとって重要と思われる論点に対して明示的に意見を述べることを決定し、かつ、当事者により重要と考えられた証拠を、吟味することなく排斥しないことを裁判官に強制するために、当事者が有している唯一の手段である。証拠申請に頼つてのみ、当事者は裁判官の真実究明の範囲と裁判官の自由心証の方向に対する影響力を獲得し、さらに、上告審が重要な法律上の異議の審査を、それが当事者により主張されていないとして判決により退けられることにより妨げられることを、防ぐことができるのである。それと同時に、証拠申請は申請人に対してさらにまた、それに対する決定が判決の宣告の前に行われる限りにおいて、たとえ限界はあつても、それまでの証明結果の法的、事実的重要性に対するある時点での裁判所の見解を知りうるための手段を与え、さらに申請と陳述を行うことにより、裁判官の見解の変更を追求することができる。」⁽⁴⁷⁾

これらはいずれも証拠申請に伴う重要な効果であるから、したがつて、仮に証拠予断の禁止が裁判所の職権証拠調べ義務に等しく妥当しうるとしても、そこから直ちに証拠申請固有の価値が否定されてしまうことにはならない。そして

このことは、今日も防衛技術として弁護士から強調される点である。例えば、リーマーズドフルは次のように述べている。すなわち、

「証拠申請によって—もしそれが真正な証拠申請であれば—弁護人は裁判所に対して正式の裁判を強制できる（参照、刑訴法二四四条六項）。これにより裁判所は、真実推定の例でも分かるように、弁護人に対しその時点での訴訟状態を明らかにしうる態度決定を強えられる。これにより弁護人は、証拠提案、証拠調査申請あるいはさらに証拠申請を考え、申し立てるといった、次のステップを踏むことが可能になる。

さらにまた、上告権の観点からも、このような証拠申請は重要な意味がある。刑訴法二七三条一項によれば、申立てと裁判は調書に記録されなければならない。それゆえ、上告者はその申立てや裁判を上告書に記載するだけで足りる。

しかし、弁護人が事案説明義務違反だけに頼る場合は、弁護人により高度な理由付けの義務が生じる。この点で、事案説明義務違反の不服申立てはしばしば失敗する。

個々の事例において、裁判所の事案説明義務は、証拠申請によって初めて具体化され、または根拠づけられることがあることも指摘されている。確かに原則的には、裁判所の事案説明義務は、訴訟関係人の申立てまたは示唆とは無関係に存在するが、公判における裁判所および弁護人の立場が異なることから—裁判所はすべてを見渡すことが義務づけられるが、弁護人はいい意味において被告人の利益の代弁者である。ザルシュテットは次の命題を打ち立てている。弁護人に—弁護人は裁判官と同じだけ記録を知ることができる—無罪方向での主張や証拠方法を強いなかつたことを、もとより一般的に裁判官が強いられるべきではない。

したがって、証拠申請権と事案説明義務の独立性にもかかわらず、弁護人は、たとえ裁判所の事案説明義務を視野に入れても、証拠申請を見送るべきではないといわれている。⁽⁴⁸⁾」

以上のように、証拠申請は第二、第三の機能の点で裁判所の事案解明義務に代替されえないことが、まず確認される必要がある。その上で、証拠申請権論の中心にある、証拠予断の禁止についての議論を考察したい。

二 アルスベルクの見解によれば、証拠申請は証拠調請求権の主張であり、かつ証拠調請求権は、証拠予断の禁止の確立により法的請求権となったとされる。すなわち、

「証拠申請は請求権、すなわち証拠調請求権の主張である。ここから、証拠申請は証拠調請求権の存在を前提とすることになる。このような請求権の下、何が理解されるべきか。この請求権に、その主張から独立した存在を認めることができるか。原則としてこのことは、既に刑法二四五条が示すとおり、そもそも可能である。……しかし、二四五条の構成要件が存在しない限り、すなわち、証拠が本条の法的意味において『取り寄せ』られていない限り、当事者の申請から独立した証拠調請求権は存在しない。⁴⁹⁾」

「裁判所は証明事実から何らかの結論を引き出せるのか、それは裁判にとって重要であるのかという問題は、証明結果とは関係しない。証明が成功しても、その目的は得られない場合もある。証明事実が裁判にとって重要であるかどうかは、すでに証拠調べの前に認定できるのである。しかし、証明事実が立証されるかどうかは、同じように確実にあらかじめ判断できない。したがって、証明の成功の可能性は、原則として、それまでの証拠調べの結果を捨象してのみ推論することが許される。なぜなら、それまでの証明結果の評価の正しきこそが、まさに訴訟当事者によってなされた新しい証拠申請によって争われているからである。当初まさに証拠が必要であった事実の存在は、原則として反証によってのみ否定することができる。取り調べ済みの証拠は、申請されたいまだ取り調べられていない反証に対して何ら優越させられない。申請された証拠は、前者を考慮することで無価値とはならない。これこそ証拠予断の禁止、別な表

現をすれば、申請された証拠の結果を申請者の不利益に先取りすることは許されないという原則の意味するところに他ならない。この際、認識しておかなければならないのは、それまでの証明結果を新たに申し立てられた証拠申請の不利益な方向で一定の利用をすること、すなわち、申請された証拠の成功は見込みないように思われるという効果を伴う利用だけが禁止されていることである。その結果、当事者には反証を行うことが可能となり、裁判官は一応見込みないと思われ、内心的にそれを否定している証拠の取調べを強制される。証拠申請に対する判断が裁量から―すなわち証拠申請者にとつて有利な裁判所の理解から―解放されたことによつて初めて、証拠調請求権が法的請求権となつたのである。なぜなら、その充足がそれを適用する者の自由な裁量に服さない請求権のみが、法的請求権だからである。少なくとも証人および書証に対して妥当することはもはやほとんど争われぬ証拠予断の禁止は、それゆえ証拠調請求権に内在している。最高裁による証拠予断の禁止の肯定は、その時、証拠調請求権が誕生したことを意味する。⁵⁰⁾」

証拠予断の禁止は証拠調請求権の法的効力を画しており、その範囲で当事者の証拠調請求権の行使が、裁判所の証拠調べの必要性判断に優先する。このような理論が、立法化を通じて、現行のドイツ刑法二四四条三項ないし五項に実現されたとする考えは、既に今日の通説的見解となつている。

例えば、検察官シュミット・ヒーバーは、次のように述べる。すなわち、「当初の形態の刑事訴訟法は、確かに訴訟関係人に証拠申請の申立権を定めていたが、却下理由は示していなかった。その結果、当初、証拠申請については―証拠調べ全般の範囲についても同様―唯一、事案解明義務に基づいてのみ判断されなければならなかった。しかしRGは、事実審裁判官の証拠申請を却下する権限を、却下理由の限定的カタログを創設することにより制限した。歴史的発展が示すひとつのことは、証拠申請権の目的および高い重要性は、特別の証拠調請求権の創設という点にあるという点である。訴訟関係人は、自己の証拠申請が、一般条項によつて定義されている、裁判所の裁量に任されている事案解明義務のみ

よつて決定されるのではなく、むしろ完全に特定された理由（刑訴法二四四条三ないし五項）および正式の決定（二四四条六項）によつてのみ却下されることが保障されなければならない。したがつて、証拠申請権は、原則／例外原理に基づいている。すなわち、限定的に列挙された却下理由に該当する場合を除いて、原則として裁判所は証拠申請を採用しなければならぬ。この厳格な原則／例外原理により証拠申請権の保障的機能が導かれ、ときには証拠申請が、裁判所に事案解明義務だけからは要求されない証拠調べを強制する結果を生じさせた。⁽⁵¹⁾

さらに、代表的コンメンタールにおけるヘルデゲンの以下の解説は、アルスベルクの見解をより反映している。「証拠申請によつて事案解明義務が現実化されうるといふ、証拠申請の情報効果は、実際、その他の事案解明のためのきつかけを、さらに裁判所に対して与えることから生じるものではまつたくない。証拠申請権の他より優れた意義は次の点にある。すなわち、それは糾問訴訟を当事者訴訟的要素により補うことであり（Schulz StV 1985, 312, 313）、この要素は、――まさにその取扱いによつては――糾問訴訟を覆いつくし、さらには完全に排除しうる。特定の利益を一方的に追及することにより、すなわち当事者的手法により、申請権者は、たとえ職権解明の基本原則によれば裁判所は証拠調べを行わないでいることができる場合であつても、裁判所に証拠調べを強制することができる。法律が二四四条三、四及び五項において挙げている却下理由は、職権解明の基本原則とは一致しない基準を示している。この基本原則は、裁判所が証明主題、証拠価値、問題となつている証拠および既に取り調べられた証拠の証明力における結びつきを、注意深く、合理的に評価した結果、証拠の補強は事実判断にとつて重要なことをもたらさないと予測するならば、裁判所が証拠調べを行わないことを認めている。証拠申請権は、それまでの証明結果の無制約な考慮を許していない。証拠申請権が許容する証拠予断は、特殊性を持つ場合か、特定の要件に従属している。⁽⁵²⁾

これに対しマイヤーは、第五版において次のように唱える。「刑事訴訟上の証拠申請権のいかなる説明も裁判所の事案

解明義務から出発しなければならぬ。なぜなら、訴訟関係人の証拠申請を申し立てる権利ではなく、裁判にとって重要なあらゆる裁判所の事実が職権により解明されるべき裁判所の義務こそが、刑事訴訟法の証拠法、そしてさらには刑事手続全体を支配する原理のすべてだからである。それは上位の観点であり、その下にのみ訴訟関係人の証拠申請権に関する適切な像を獲得できる。」「裁判所の職権事実解明義務は訴訟関係人に対して、そこからさらに事案の解明が合理的に期待できる、あらゆる証拠の取調べを請求する権利を根拠付ける。したがって、訴訟関係人の証拠調請求権は、判例 RGSt. 1 S. 189 により証拠予断の禁止が承認されたときに初めて誕生したのではなく、刑事訴訟法の施行日に誕生したのである。」⁽⁵³⁾ としてさらに、「むしろ問われるべきは、裁判所は、いまだ事案の解明に役立つかもしれない証拠がすべて取り調べられていないにもかかわらず、何らかの事実関係につき確信を持てるかである。…：証拠調べの範囲に関する問題は、むしろ原則としては証拠評価から分離されなければならない。まさにこの認識こそが、それに基づきライヒ裁判所が証拠申請権にとって指針となる証拠評価の先取り禁止を発展させた基礎であった」と主張する。⁽⁵⁴⁾

しかし、証拠申請の拘束性の根拠を唯一、事案解明義務に求めようとするマイヤーの見解は疑問である。なぜなら、まず第一に、それは先にみた歴史的事実にそぐわないのみならず、理論的にも証拠調請求権の拘束力を弱める方向に対する直接の歯止めを失うことになるからである。もつとも、マイヤーが事案解明義務の領域における証拠予断の禁止の適用を主張する点は、今日支持を得つつある見解でもある。そこで、証拠申請権の本質を知るためには、証拠予断の禁止、証拠申請権、事案解明義務の関係をより理論的に明確にしておく必要があるだろう。そのためには、証拠予断の禁止の内容をより厳密に考察する必要がある。

三 アルスベルクは、禁止される予断の内容を、以下の四つに分類している。⁽⁵⁵⁾

①裁判所は、(たとえ相当な理由のあるものであれ)申請の証人はまったく知覚しなかつたとか、おそらくそれらを具体的に思い出せないだろうという推測を基に、証拠決定を行つてはならない。また同様に、主張事實は、申請の証人が以前に尋問された際、供述した内容と矛盾するので、証人はそれを供述しないだろうということが、前提にされてもならない。むしろ、証人が供述しうるだろう「可能性」が考慮されなければならない。主張の事實につき証人が供述することは不可能であること、仮にそのような供述を行つたとしても、それはまったく無価値であることが、「人間の経験上確実」である場合にのみ、その証拠調べは完全に無駄であるので、裁判所にそれを期待しないことができる。

②裁判所は、摘示の証拠は、既に使用された証拠よりも劣ること、このおそらく価値のより低い証拠は、価値がより高いと考えられている証拠の後に、訴訟で採用される必要はないという見解を主張することも、やはりできない。ある事實を直接知覚している、それ自体何ら問題のない証人を取り調べた後であつても、その一部しか知覚していなかつたり、あるいは伝聞により知つたに過ぎない証人の尋問が必要になる場合もある。

③裁判所は、既に確信を得ていることを理由に、それに対立する事實の証明のための証拠調べを拒否できない。もし裁判所が最初から、申請された証拠の取り調べは、それまでの証拠調べにより正当化された結論を修正できないだろうという立場をとつたならば、申請された証拠調べの結果が先取りされたことになる。

④裁判所は、証拠の信頼性の欠如が、証拠方法の特殊性(例えば、証人と被告人の婚姻関係)に起因するものでなく、それゆゑ証拠方法に確実に付随するものでないならば、証拠を取り調べる以前にそれを推測してはならない。したがつて、裁判所は、単なる、反駁される可能性のある推定に基づき、被告人が責任を問われている犯行への関与を推測することはできない。したがつて、裁判所は、それが証拠申請の重要性を失わせるに相応しい付随事情の存在が、具体的な証拠調べによつて初めて明らかになりうるにもかかわらず、その存在の可能性を考慮して、その証拠申請を却下すること

とはできない。

もつとも、これらの区別は必ずしも十分整理されたものとは言えない。証拠予断の禁止の内容の説明の仕方は、その後も論者によってニュアンスの違いがあるが、従来の主張を踏まえたフリスターの整理は、その根拠との関連付けの点で明確であるように思われる。彼によれば、アルスベルクの時代から今日に至るまで、一般に「証拠予断の禁止」には、およそ二つの意味が含まれてきたと⁽⁵⁶⁾言う。

① 消極的な証明結果の予測に基づく証拠調べの拒否の禁止

証拠予断の禁止は、裁判所に対し、証拠調べについての判断に際し、証明結果（供述の内容）も、裁判所の心証形成に与えるその価値（供述の信用性）も、消極的に予測しない義務を課す。

② 予測的証拠評価に基づく証拠調べの拒否の禁止

証拠予断の禁止は、裁判所に対し、すべての証拠を取り調べた後に初めて、最終的な全体評価を下す義務を課す。したがって、既に実施された証拠調べに依拠して証拠の取調べが拒否される場合は、証拠予断の禁止に対する違反となる。そして、これら①および②の禁止を支える根拠として、それぞれに対応して、裁判所と証拠申請権者への権限分配、および裁判所の自由な証拠評価に対する実体的規制を指摘している。⁽⁵⁷⁾

まず、①については、公判において取り調べられるべき証拠の取捨選択は不可避であるから、ここから生じる事実認定の信頼性に対する危険は、訴訟関係人の異なる判断を考慮することによって、できる限り広く相殺されるといえる考え方に基づく。そこから、訴訟関係人がある証明結果は裁判にとつて重要であろうと予測するならば、その者は証拠調べを実現する権限を持つ必要がある。裁判所と証拠申請者の間で、期待される証明結果についての理解が食い違う場合、それは当該証拠を取り調べることにより決着されなければならない。

次に、②については、第一に、証明結果が確信の形成に影響を与える程度は、しばしば証拠調べ自体から獲得できる諸事由にも依存すること、とりわけ第二に、証拠評価は直感的な、判断者自身によっても完全には制御できない過程であるという考えに基づく。すなわち、もし証拠価値の仮定的評価を行うならば、たとえ裁判所がそう努めてとも、評価されるべき証明結果の存在が明確でないという事実から自由ではありえない。確信形成の基礎とされた仮定的な証明結果は、その存在が公判で明確にされた場合に比べ、より低い価値しか付与しえない。このような、先取的証拠評価に基づく証拠申請の却下は、訴訟関係人への権限分配としてではなく、証拠調べの範囲に関する実体的規制として理解されなければならないと言う。

つまり第一に、証拠申請者により行われた証拠の選択は、原則として裁判所の判断よりも優先させられなければならないこと、第二に、証拠が心証に与える効果は、裁判官の自由な証拠評価の問題であっても、証拠価値を仮定的に評価することで形成した有罪の確信は、決して合理的でありえないこと、これら二つの内容が証拠予断の禁止に含まれる。そして、第一の意味での証拠予断の禁止は、証拠申請の場合にのみ妥当するが、第二の意味での証拠予断の禁止は、事案解明義務の領域においても妥当する。フリスターのこのような理論的分析の枠組みは、ドイツにおける議論の混乱を説く上で有効であるように思う。

第四節 本章のまとめ

最後に、本章での考察をまとめておく。アルスベクルは、証拠申請は証拠調請求権の主張であるとし、証拠調請求権

は証拠予断の禁止の成立により真に請求権となり得たと解した。そして証拠予断の禁止には、フリスターの整理した二つの要素が含まれていると考えられてきた。ひとつは、証拠申請者により行われた証拠の選択は、原則として裁判所の判断よりも優先させられなければならないという意味であり、いわば裁判所と訴訟関係人との権限分配規範としての証拠予断の禁止である。もうひとつは、証拠価値を仮定的に評価することによって決して合理的な有罪の確信は形成できないという意味であり、いわば裁判所の自由心証規制のための実体法則（経験則）としての証拠予断の禁止である。後者の意味での証拠予断の禁止は、当事者の証拠申請権の有無に関係なく、裁判所の事実解明義務からも等しく要求されうる。したがって、その意味では、マイヤーのように証拠予断の禁止はドイツ刑事訴訟法制定時から成立したと捉えることも不当とはいえない。

しかし、それでもやはり、証拠予断の禁止は第一の要素が中心にあると理解されてきたと言うべきであろう。ただし、もし第二の要素が中心であれば、歴史的にみて職権証拠調べや鑑定申請に対する証拠予断の禁止の成立が遅れたことの説明がつかないからである。アルスベルクは、証拠申請を裁判所の事実解明義務を超えた証拠調べの義務付けと解した。そこから、証拠申請は、法定の理由のある場合に初めてそれを却下できるという枠組みが形成される。それゆえ、アルスベルクの証拠申請権論は、証拠予断の禁止の最も重要な意義を認識させる上で、相当の役割を果たしたといつてよい。もともと、アルスベルクの証拠申請権に関する研究は、その体系性においてまさに先駆的とされており、彼の証拠申請権論をより正確に理解するためには、証拠申請の成立要件、証拠調査申請との区別、在廷証拠の取調請求といった、証拠申請権をめぐるその他の問題をさらに分析する必要があるであろう。そこで、これらの問題について、さらに次章で考察を進めたい。

注

- (1) なお、これらの概念の定義については、論者によってニュアンスの差がある。とりわけ、「証拠提案は「証拠調査申請」と「証拠申出」を含む総称的概念としても使用されることがある。参照 Kleinrecht/Meyer, KruzKommentar, 38. Aufl. § 244Rn. 23; Löwe/Rosenberg, GroGKommentar, 24. Aufl., § 244, Rn. 127。これに對しつゝ Karlsruher Kommentar, 2. Aufl., § 244, Rn. 52 では、証拠提案または証拠申出の概念は、証拠調査申請を含む上位概念としてではなく、申立の性格を有しない証拠の申述を表現するために用いられるべきであらうと述べられている。
- (2) 以上の概念区別は、Alsborg, Das Beweisangebot im Strafprozess, 1930 (以下単に Alsborg とする場合本書を意味する) 第一編によるもの。
- (3) なお立法を中心としたドイツにおいて証拠調請求権の生成および変遷の過程は、既に光藤景皎「証拠調請求権の復興」石松退官記念『刑事裁判の復興』一三九頁以下に詳しく紹介されているので、あわせて参照されたい。
- (4) Herdegen, Aufklärungspflicht-Beweisantspruchsrecht-Beweisantrag-Beweisermittlungsantrag, in: GS-K. Meyer, S. 189.
- (5) ライヒ刑法法第二四四条 ①被告人尋問の後、証拠調べを行う。
②証拠申請が却下されるべきとき、または証拠調べの実施のために公判の延期が必要であるときは、裁判所の決定によらなければならぬ。
- ③裁判所は、申立ておよび職権により、証人および鑑定人の召喚ならびにその他の証拠の取寄せを命ずることができる。
- (6) Kunert, Strafprozessuale Beweisprinzipien im Wechselspiel, GA1979, S. 406.
- (7) ライヒ刑法法第二四四条 ①証拠調べは、すべての召喚された証人および鑑定人並びにその他の取り寄せられた証拠に對して行わなければならない。但し、検察官および被告人がこれに同意するならば、個々の証拠の取調べを行わないことができる。
- ②参審裁判所および控訴審としての地方裁判所においては、ただし後者の場合は、軽罪に関するもの、または私訴により開始された審理に限って、裁判所が証拠調べの範囲を決定する。その際、申立て、放棄または以前の決定には拘束されない。
- (8) Kunert, *op.cit.* (6), S. 406, Fn. 27.

- (6) Klee, Der Umfang der Beweisaufnahme im Strafprozess, insbesondere nach den Notverordnungen von 1932-33, GA Bd. 77, S. 85.
- (10) ライヒ刑訴法第二一九条 ①裁判長が人の召喚を拒んだときは、被告人はその者を直接召喚させることができる。被告人は、事前に申し立てることなく、これを行うことができる。
- ②直接召喚された者は、召喚の際、旅費および休業の法的補償が現金で提供されるか、または書記官への供託が証明される場合にのみ、出頭の義務を負う。
- ③直接召喚された者の尋問が事案の解明に役立ったことが公判で明らかになれば、裁判所は申立てにより、その者に対し国庫から法的補償を提供しなければならない。
- (11) Klee, *op. cit.* (9), S. 86.
- (12) RGSt. 1, 61[62].
- (13) RGSt. 1, 138[140].
- (14) RGSt. 1, 51[52].
- ライヒ刑訴法第三七七条 判決は以下の場合、常に法律違反に起因するものと見なされる。
- 八 防御が、裁判にとって重要な点において、裁判所の決定により不法に制限されたとき。
- (15) RGSt. 1, 189[190].
- (16) RGRspr. 6, 453[454].
- (17) Vgl. Alsbjerg, Der Verbot der Beweisanzipation, JW1922, 258, Fn. 3.
- (18) Vgl. RGSt. 21, 225[227]; 39, 363; 44, 294; 47, 100[105].
- (19) Beilng, S. 380, Gerland, S. 365.
- もっとも、判例に対して批判的な見解を唱える有力者もいた。ライヒ裁判所顧問のディッツェンは、証拠調べの範囲の決定における裁判所の裁量の復活を論じている。彼が指摘する論拠は以下のような点にあった。(Ditzzen, Dreierlei Beweis im Strafverfahren, S. 18-20, 26-27)
- ①確かに最高裁は、あらゆる重要な証拠申請ととりわけ、重要な証人申請は許容されなければならないという法理を採用し、

下級審はこれに従つて手続を進めるようになった。この法理からは直接、証拠調べの範囲は当事者が証拠申請によつて決定するといふ結論が引き出される。しかし、後に最高裁はこの原則に対して、「申請された(新しい)証拠が完全に無価値であることが裁判官にとつて疑い得ないとき」は、証拠申請の却下は許されるとする重要な例外を認めた(RGSt. 46, 383 [355]; 同旨 RGSt. 52, 178)。これは、「実務が当該法理に従つてやつて行けなくなつたことを認識した最高裁が、それに苦しむ下級審裁判所に対して出した助け船であり、当初の立場への回帰が明らかに感じられる。

②いわゆる証拠予断の禁止は、料理の味はそれが調理される以前に判断できないことが一般的に、例外なく妥当するのと動搖に、一般的に妥当する。しかし、満腹者にはすべての料理が拒絶されるように、裁判官が、証拠調用手続で証拠に満腹の状態になつたとき、その裁判官はそれ以上の証拠にはもはや注意を払うことができなから、そのような証拠はもはや余計に思われる。かつ、証拠の「インフレーション」は、裁判官にとつて余分どころか、有害である。陪審裁判所で陪審員たちが、「取り寄せられた」証人が尋問される時、もはやまったく聞いていないことは誰もが経験したはずである。この間は何も得られないが、それまでに取り調べられた証拠の効果は、無駄な物の中に没滅してしまふ。

③確かに、今の主張と反対の事実が既に証明されているという不適法な却下と、それまでの証拠調べにより事実関係は十分解明されたから、これ以上の証拠は不要であるという適法な却下との境界は、しばしば心理的なものに過ぎず、現実にはほとんど区別がつかないし、申請者はいずれで却下されたか知り得ない。しかし、刑法法は、自由心証主義に関する規定がそうであるように、事実審裁判官の良心に信頼を置いている。この信頼は不可欠であり、さもなくば、ほんのわずかな手続の秩序ある進行も不可能になるだろう。

④取り調べられた証拠に対する評価がまったく自由であるように、裁判官には、申請が本当に証拠申請であるか、あるいは遅延目的のそれを自由に判断する権限が認められなければならないし、これは認められている。そうであるならば、裁判官にはもう一步進んで、証拠申請が余計であるかどうかを自由に判断することも許されるべきではないか。確かに、もし裁判官が証拠調べの必要性を誤つて否定した場合、無実の者が有罪にされたり、より重い罪で有罪にされることはありうる。しかし、このような結果は、取り調べられた証拠が誤つて評価されたり、退けられた申請が本当は遅延目的の証拠申請でなかつた場合にも生じうる。用心深く確実に定められた刑事手続であつても、この種の誤つた結果が排除されることはありえないのである。

- (20) Löwe/Rosenberg, StPO-Kommentar, 15. Aufl., § 243 Rn. 10.
- (21) 松本浩一, RGSt. 31, 138 [139]; 46, 383 [385]; 47, 100 [105]; 52, 178; 54, 181.
- (22) Alsbjerg, S. 152f.
- (23) *ibid.*, S. 160f.
- (24) *ibid.*, S. 109.
- (25) Alsbjerg/Nitse/Meyer, Der Beweis Antrag im Strafprozess, 5. Aufl., S. 641-3.
- (26) リーニ刑訴法第153条 ① 裁判官より判決は起訴たること記載された犯罪および起訴による責任を問われている者に於けるのみ及ぶ。
- ② この範圍で、裁判所は独立した活動を行う権限および義務を有する。とりわけ、裁判所は刑法の適用の際、提起された申立ては拘束されなく。
- (27) RGSt. 41, 269 [272]; RGSt. 47, 417 [423].
- (28) RGSt. 6, 135 [136]; RGSt. 13, 158 [161].
- (29) Sarstedt, Die Revision in Strafsachen 5. Aufl., S. 198.
- (30) Urt. v. 21.2. 1928 in JW 1928, 1506 Nr. 22 m. Anm. Alsbjerg; Urt. v. 24.9. 1928 in JW 1928, 2988 Nr. 22 m. Anm. Beling.
- (31) Wessels, Die Aufklärungsrüge im Strafprozess, Jus1969, S. 2.
- (32) *ibid.*, S. 2.
- (33) BGH NJW1951, 283.
- (34) BGHSt. 3, 169 [175].
- (35) BGHSt. 2, 168.
- (36) BGH NJW1970, 523 [526]、⁴⁹ BGH NSZ1985, 324 [325] ⁵⁰ の變やかな基準の存在が示唆されている。
- (37) Engels, Beweisanzipationsverbot und Beweiserhebungsumfang im Strafprozess, GA1981, S. 25, 32.
- (38) Frister, Das Verhältnis von Beweisanzipationsrecht und gerichtlicher Aufklärungspflicht im Strafprozess, ZStW Bd. 105 (1993), S. 344, Fn. 11.

- (39) ライヒ刑訴法第七三条 ①召喚されるべき鑑定人の選任および鑑定人の数の決定は、裁判官が行う。
 ②特定の種類の鑑定のために鑑定人が正式に任命されたならば、その他の者は、これが必要とする特別の事情がある場合に限り、これを選任する。
- (40) RGSt. 25, 326[327], その他に、RGSt. 3, 176, RGSt. 14, 276°
 RG は一九一三年三月一八日の判決において、鑑定証拠につき、裁判官は、すでに得られた確信に基づき、その意味において証明結果を先取りすることにより、鑑定証拠の取調請求を却下できることは、確立したRGの判例であることを、再度、明示的に確認している (RGSt. 47, 100)°。
- (41) JW1902, S. 577.
 (42) RGSt. 52, 61.
 (43) 一九一七年三月一五日第一刑事部判決 (RGSt 51, 62) は、明確に理由付きの却下決定を要求している°。
 (44) RGSt. 61, 273.
 (45) RG JW1928, S. 2988 Nr. 24; 1931, S. 1492 Nr. 29; 1931, S. 2026 Nr. 17; 1932, S. 3358 Nr. 28; 1932, S. 2619 Nr. 17; 1932, S. 3097 Nr. 46 他多数°。
- (46) JW1931, S. 1492.
 (47) Alsborg, S. 12.
 (48) Liemersdorf, Beweisanztragsrecht und Sachverhaltsaufklärung, StV1987, S. 177.
 (49) Alsborg, S. 45.
 (50) *ibid.*, S. 59.
 (51) Schmit-Hieber, Der Beweisanztrag im Strafprozess, JuS1985, S. 292.
 (52) Karlsruher Kommentar, 2. Aufl., § 244, Rn. 41. (Herdegen)
 (53) Alsborg/N se/Meyer, *op. cit.* (25), S. 19, 21.
 (54) *ibid.*, S. 22f.
 (55) Alsborg, S. 60-62.

法経研究四四卷一号（一九九五年）

(56) Frister, *op.cit.* (38), S. 347-8.

(57) *ibid.*, S. 351-4.

訂正

本誌四二卷二号一二頁一一行目
証拠への範圍は 証拠の範圍 の
同一一六頁七行目
却下可能 は 却下不可能 の
各誤りにつき訂正いたします。