

ドイツ刑事公判改革と証拠申請権制限論

| | |
|-------|--|
| 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/10.14945/00008775 |

ドイツ刑事公判改革と証拠申請権制限論

田 淵 浩 二

- 一 はじめに
- 二 制限立法の動向
- 三 理論的考察
- 四 日本の刑事手続改革論への示唆

一 はじめに

これまで筆者は、ドイツ刑事訴訟法の特徴である証拠調べ請求権 (Beweiserhebungsanspruch) に関する研究を重ねてきたが、証拠調べ請求権制限論の動向の考察を最後に残していた。

ドイツ刑法は、二四四条三項ないし五項において、証拠申請 (Beweisantrag) の却下理由を法定し、また、二四五

条において、職権または訴訟関係人により直接法廷に取り寄せられた証拠（在廷証拠：praesentes Beweismittel）のより広範な取調べ義務を定めている。後者は、一八七七年成立のライヒ刑事訴訟法二一九条（現行法二二〇条）が、被告人に人的証拠を直接召喚する権利を認め、かつ二四四条（現行法二四五条）が、この召喚手続を経て法廷に出頭した人的証拠やその他の法廷に直接取り寄せられた証拠の取調べを、裁判所に義務付けたことに淵源を持つ。二四五条の証拠調べ請求権は、一九七九年に刑事訴訟法が改正される以前までは、証拠申請の手続を経ることなく裁判所に取調べ義務を負わせたことから、「自律的証拠提出」（autonome Beweisvorführung）の権利と呼ばれる⁽¹⁾。

他方、前者につき当初のライヒ刑法は、証拠申請に対して裁判所の（理由付きの）決定による却下が必要であることのみを定めていた。しかし、証拠申請の却下が「不法な防衛侵害」に当たるとして争われた上告事例を通じて、却下基準につき、「証拠予断の禁止」（Verbot der Beweisantizipation）と呼ばれるルールが形成された⁽²⁾。そして、とりわけマックス・アルスベルク（Max Alsbek）の功績により、証拠申請の正当な却下理由の体系化が進んだ⁽³⁾。ドイツでは、却下理由が法律で限定列挙されている証拠申請権を、「正規の証拠申請権」（formelles Beweisanspruchsrecht）とか「自律的証拠申請権」（autonomes Beweisanspruchsrecht）呼んでいる⁽⁴⁾。

これらの証拠調べ請求権を制限する動きはライヒ時代からみられた⁽⁵⁾。まず、第一次世界大戦後の貧窮の中、一九二四年のいわゆる「エミンガー令」（Lex Eminger）により、区裁判管轄事件や一定の地裁判管轄事件につき証拠調べ義務が緩和された。次に、ナチス政権下、一九三五年の「刑事手続および裁判所構成法改正法」⁽⁶⁾は、判例により形成された適法な却下理由を立法化するが、当該条文は「証拠予断の禁止」の法理の適用対象を、地裁第一審事件に制限するために制定されたものであった。さらに、第二次世界大戦中、一九三九年のいわゆる「簡素化令」（Vereinfachungs-Verordnung）⁽⁷⁾により、証拠調べ請求の権利規定は完全に消滅する。

戦後、西ドイツでは、一九五〇年のいわゆる「法統一化法」(Rechtsvereinheitlichungsgesetz)⁽⁸⁾により、証拠調べ請求権に関する規定が復活した。その後は六〇年代半頃まで、被疑者・被告人の地位を強化するための改革が進められた⁽⁹⁾。しかし、六〇年代後半より大規模訴訟の長期化が問題視され始め、七〇年代に入ると立法政策は訴訟の長期化対策へと転じる。まず、七四年一月九日に大規模事件対策を目的とした第一次刑事手続法改革法⁽¹⁰⁾が成立した。これと、権利濫用に対処することを目的とした第一次刑事手続法改革法補充法⁽¹¹⁾(同年一月二〇日成立)および刑法施行法⁽¹²⁾(同年三月二日成立)の三法が七五年一月一日に施行されたことから、「一九七五年刑事訴訟改革」と呼ばれている。しかし、この時は証拠調べ請求権に関する規定に手は加えられなかった。

戦後、証拠調べ請求権を制限する改正が行われたのは、一九七九年刑事手続改正法⁽¹³⁾が最初である。この法律により、在廷証拠の自動的な取調べを定めた二四五条が改正され、被告人は常に証拠申請手続が必要になった。八二年には、二四四条の証拠申請権の制限を含む立法準備作業が開始するが、法案提出には至らなかった。九〇年一月の東西ドイツ統一により、司法負担の軽減が一層緊急の課題になり、翌年、一〇州共同で連邦参議院に証拠申請権の制限を含む司法負担軽減法案⁽¹⁴⁾が提出された。しかし、その結果一九九三年一月一日に成立した司法負担軽減法⁽¹⁵⁾は、外国に在住する証人(在外証人)の証拠申請権を制限(現行の二四四条五項第二文の挿入)するにとどまった。続く九四年には、当時の与党派(CDU/CSUおよびF.D.P.)から連邦議会に提出されたいわゆる「犯罪対策法案」⁽¹⁶⁾が、スピード審議により成立した⁽¹⁷⁾。これにより、「簡易手続」(Beschleunigtes Verfahren)が改革され、区裁の単独裁判官による簡易手続において正規の証拠申請権が廃止された。さらに九五年には、第一次負担軽減法により実現できなかった証拠申請権の制限条項を含んだ、第二次司法負担軽減法案⁽¹⁸⁾が、三州共同で連邦参議院に提出されたが、連邦議会において審議未了廃案となった。

以上概略したように、この間のドイツでは、訴訟の迅速化ないし司法の負担軽減の必要性を理由に、数度にわたり証拠調べ請求権を制限する立法的試みが行われてきた。しかし、実現された改正はわずかな部分に留まった。そして九〇年代の議論を通じて、単純に証拠申請権を制限することの問題性が認識され、その後は制限論は下火になった感がある。⁽¹⁹⁾そこで本稿では、まず、七〇年代終わりからの証拠調べ請求権制限立法の動向を確認し、次に、わずかな改正にとどまった理由を理論的側面から考察し、最後に、こうしたドイツの理論状況から日本はどのような示唆を得ることができるかを考えてみたい。

二 制限立法の動向

(一) 一九七九年刑事手続改正法

一九七九年刑事手続改正法（一九七八年一〇月五日成立、一九七九年一月一日施行）は、刑事手続、とりわけ大規模手続の無駄を排し、手続の経過を集中させ、負担を軽減すること、および、防衛権の侵害にならない範囲で、手続とは異質の目的から行われる訴訟上の権利濫用を防止すること等を目的として制定された。⁽²⁰⁾ 主な改正点は、①刑法一五四条および一五四a条による手続打切り権限の拡大、②参審裁判所の裁判長に対する略式命令権限の明記と略式命令対象事件の拡大、③管轄競合の整理、④召喚証人が出廷できない場合の適時の申出の義務付け、⑤忌避を申し立てられた裁判官の暫定的手続関与制度の導入、⑥書証の朗読の例外の拡大（いわゆる「自己朗読」(Selbstverlesung) 手続の導入）、⑦共同被告人事件における各被告人およびその弁護人の出廷義務の緩和、⑧刑法二四五条の改正、⑨判決理由の簡素

化、⑩裁判所の構成に対する不服申立て時期の制限、⑪公判外の裁判官による尋問調書の内容の録音テープによる記録等である。⁽²¹⁾

この法律により、在廷証拠の取調べ義務を定めた刑法二四五条は、自動的に取調べ義務が発生する場合(一項)と、証拠申請を行う必要がある場合(二項)に区別された。そして、「裁判所により召喚されかつ出廷した証人および鑑定人並びに刑法二一四条四項に従い裁判所または検察官により取り寄せられたその他の証拠方法」は前者に、「被告人または検察官により召喚されかつ出頭し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方法」は後者に位置付けられた。その結果、被告人が法廷に直接頭出した証拠についても証拠申請手続をとることが必要になり、これにあわせて、従来解釈により認められてきた、在廷証拠の取調べ拒否事由が、在廷証拠の証拠申請に対する却下理由として、立法化された。

法案は、この点につき改正の提案理由を次のように説明している。⁽²²⁾

「二四五条は、包括的な事案解明(二四四条二項)の原則と訴訟関係人の証拠調べの利益とを補完、強化している。もつとも、現行法によれば後者はとりわけ証拠申請権(二四四条三項ないし五項)により保障されている。」

「この二重に保障された、広範かつほとんど無制限な証拠調べの利益を実現するための訴訟上の権利は、一定の訴訟上の権利濫用の可能性を作り出しており、回避可能な手続遅延を起こさせ、事柄の本質からは必要でない証拠調べの拡張や、それによる手続の空転をもたらす可能性がある。二四四条三項ないし五項の証拠申請権が明らかに不必要な証拠調べを回避するための充分な手段を設けているのに対し、在廷証拠の無制限な使用義務によれば、不適切な証拠方法であれ使用し、また証明済みの事実であれさらに討議しなければならず、事件とは関係ない事実が手続に持ち込まれ得る。」

そして最終的には、証拠調べが、手続とは異なる目的を進行するために濫用される可能性を伴う。」

「本法案は、提案された二四五条の新構成により、手続関係人の訴訟上正当な証拠調べの利益と、同時にまた、法治国上の理由から放棄不可能な被告人の防御の利益の保護を侵害することなく、上述の部分的には既に現実になっている危険に対処しようとするものである。」

「したがって、本法案は二四五条をただ、裁判所の指示により取り寄せられたのではない在廷の証人および鑑定人ならびに在廷の物的証拠につき、考え得るいかなる観点からも証拠申請者に実質的に正当化しうる証拠調べの利益が存在し得な場合に、その使用を拒否できる方向で変更するに過ぎない。この原則は、証拠申請の場合に可能な却下理由のカタログから、各々、部分的に修正され、より制限された形で二四五条に取り入れることにより具体化されている。その際、わずかな証拠予断であれ、すなわち、証拠の申出が証拠申請者にとって利益に帰結しうるほんのかすかな可能性であれ、排除できる却下理由だけが取り入れられている。」

このように、政府の提案理由からは、在廷証拠の取調べが請求された場合、「証拠予断の禁止」のわずかな例外を認めることも、防御権の不当な侵害になると考えられていたことがわかる。実際、当該法律により二四五条二項に明文化された在廷証拠の却下理由と、二四四条三項ないし五項による証拠申請の却下理由とを具体的に比較してみると、両者間には相当な違いが残されている。まず前者の場合、裁判所は、証拠申請者の主張する事実が「重要でない」ことを理由に却下できるが、後者の場合は、それが「審判対象と何ら関連を有しない」ときにのみ却下可能である。鑑定証拠の申請の場合は両者の差異はさらに大きくなる。前者の場合、裁判所は既に必要な専門知識を有していることを理由に却下でき、また、再鑑定の申請である場合は、特別に必要な場合にのみこれに応じればよいが、当事者自らが適法に

鑑定人を召喚した場合は、これらの理由により裁判所が鑑定人の尋問請求を却下することはできない。さらに、検証申請について、前者の場合、その必要性は裁判所の事案解明義務に従い裁量的に判断できるが、後者（法廷における検証の申請）の場合、他の在廷証拠と同様の取調べ義務が生じる。

もつとも、本改正が被告人の証拠調べ請求権を制限する意味を持たなかったわけではない。在廷証拠の取調べ請求の場合に従来不要であった証拠申請手続が必要となったため、立証事項をより具体的に特定しなければならなくなった。⁽²³⁾ また、二四五条二項の却下理由に、二四四条三項と同様、「証拠方法が全く不適切である場合」が盛り込まれ、その判断に必要な限りにおいて、例外的に証拠調べの結果を先取りすることが容認された。⁽²⁴⁾

（二）第五三回司法大臣会議のための提案（一九八二年）

一九七九年刑事手続改正法の成立後も司法の負担増加傾向は変化しなかった。八一年一〇月にチュレで開催された第五二回司法大臣会議では、再び、「裁判所および検察の負担軽減のための措置」が議題になり、刑事手続に関しては、既に存在する手続の簡素化と迅速化のための法律上の手段が利用し尽くされることを指示すると同時に、早急に、裁判所および検察の負担をさらに軽減しうる法律上の手段について既存の案を吟味し、連邦司法大臣と共同して、いずれの案を立法提案すればよいかを示すよう決議された。⁽²⁵⁾

この決議に基づき、連邦司法省と各州の司法行政庁の専門担当官により、司法負担の軽減案が収集吟味され、法治国的観点から主張可能に思われるものを取捨選択するとともに、各州の意見が検討され、八二年三月、中間報告として公表された。その内容は、①区裁審理手続の簡素化、②忌避申立ての処理方法の改善、③控訴審のための召喚状の公示送達⁽²⁶⁾の拡大、④死体解剖における検察官の同席義務の廃止、⑤勾留手続の改正、⑥公判の中断の場合の弁護人の費用負担

の拡大、⑦複數弁護の禁止の制限、⑧公判中断の最高期間の延長、⑨被告人欠席審理の場合の弁護人の権限の拡大、⑩申立ての理由説明権、質問権および陳述権の制限、⑪証拠申請権規定の変更、⑫証拠調べの直接主義の制限、⑬書面による判決理由の簡素化、⑭逐語調書作成の申立ての却下の際の裁判所への異議申立手続の廃止、⑮私訴事件における和解手続前置犯罪の拡大、⑯訴訟参加の制限にわたる。⁽²⁶⁾

証拠調べ請求権に関しては、区裁判所における第一審の手続を簡略化するための措置として、口頭主義・直接主義の緩和に並び、裁判所が、刑法二四四条三項ないし五項および二四五条に拘束されることなく、刑法二四四条二項の定める事案解明義務に反しない範囲で、証拠調べの範囲を決定できるようにすべきことが提案された。⁽²⁷⁾ 同旨の規定は、すでに秩序違反法七七条や、私訴事件手続に関する刑法三八四条三項において採用されていたが、右提案はそれを一機に区裁管轄事件すべてに広げようとするものであった。区裁判所の第一審手続を簡略化する理由としては、すべての区裁判所による判決に対しては控訴が認められており、控訴審では一般の手続法規に従って審理がやり直されるため、訴訟関係人とりわけ被告人の法的保護が被る損失は最小限ですむこと、裁判所の事案解明義務を定めた二四四条二項は、今までどおり区裁判所の手続にも適用されるため、訴訟関係人の実質的な証拠調べ請求権は不当な程には制限されないこと、があげられている。⁽²⁸⁾

加えて、バイエルン州およびベルリン州からは、証拠申請権の制限に関して、①二四四条三項第二文の遅延目的を理由とする証拠申請の却下につき、事実審裁判所の確信が基準であることを条文中明確にすべきこと、②時期に遅れた証拠申請の却下をより容易に行えるようすべきことが提案された。そして、後者の具体策として、ベルリン州からは、(a)遅延防止のために必要な場合は、裁判所が証拠申請の期限を設定し、期限に遅れた証拠申請は、裁判所が真実発見のため必要と判断しない限り却下可能にすべきこと、または、(b)合理的理由なく時期に遅れて申し立てられた証拠申請

は、自由裁量により却下可能にできるよう、二四六条を改正すべきことが提案された。また、バイエルン州からは、証拠調べ終了後に申し立てられた証拠申請に対しては、(a)申立てが遅れた理由が十分に疎明されたときのみ、二四四條三項ないし五項が適用されるよう、二四六条を改正すべきこと、または、(b)裁判所の決定による却下を不要にするよう二四四條六項を改正すべきとの意見が出された。⁽²⁹⁾

これらのうち①は、上告審は証拠申請がもつばら遅延目的であつたか否かにつき独自の立場で認定するのではなく、あくまで原裁判所による認定の法的瑕疵の有無の審査に止めるべきことを趣旨とする提案である。この提案は、専門担当官による協議の結果、実務家の関与のもとさらに詳しく検討されるべきことになつた。⁽³⁰⁾

次に、②の提案について、ドイツ刑法二四六條一項は、証拠申請が遅れたことのみを理由に、証拠調べを拒否することはできない旨を定めている。そして、この条文の存在を理由に、たとえ証拠調べ終了後に行なわれた証拠申請であっても、判決の宣告が開始する前であれば、やはり法定の理由が存在する場合にのみ却下可能と解されてきた。そこで、ベルリン州は、特に大規模事件においては、時期に遅れた証拠申請によりいたずらに手続が遅延した事例があることを重視し、不適切な遅延を回避するために必要である場合は、裁判所が証拠申請の期限を設定でき、期限後に、当該公判期日を超えて審理を中断するのとなければ証拠調べを行えないような証拠申請が行なわれた場合は、それが真実究明のために必要であるときのみ証拠調べに應じる義務を認めるか、あるいは完全に裁判所の裁量に任せる規定を設けることとで、早期の証拠申請による審理の集中化と訴訟促進を図ろうとした。⁽³¹⁾ また、バイエルン州は、証拠調べ終了後の正規の証拠申請権を原則として否定するか、あるいは判決理由の中で判断を示させることで手続を促進することを意図した。⁽³²⁾

専門担当官による協議の結果、証拠申請の時期的制限に関するベルリン州の提案に対しては、圧倒的意見として刑事手続の法治的構造に触れるという強い懸念が示されたが、結局、さらに実務から意見を聴取する機会を持つことになつ

た。他方、バイエルン州の提案に対しては、全体意見としては、法治国的観点から主張し得なくはないとされが、やはり実務の参加のもとさらに詳しく検討すべきことになった。⁽³³⁾

専門担当官により取り纏められた中間案は、各団体の意見に付された後、一九八二年九月にハンブルクで開催された第五三回司法大臣会議に提出された。そこでの検討の結果、刑事手続の促進および負担軽減のための二五項目に絞って、立法措置に着手すべきことが決議された。既にこの段階で証拠申請の时期的制限に関する提案は除外されていた。また、区裁手続における正規の証拠申請権の廃止の項目も、一九八二年九月三〇日の一九八三年刑事手続改正法専門担当官草案には盛り込まれなかった。理由は、区裁判所における証拠調べの規定を緩和して、はたして、公正な判決を行ない、⁽³⁴⁾法治国として不可欠な被疑者・被告人の保護を約束できるのかにつき、少なくとも強い疑問が出されたためとされる。⁽³⁵⁾そして、この専門担当官草案を下に作られた一九八四年刑事手続改正法案にも、最終的に成立した一九八七年刑事手続改正法⁽³⁷⁾にも、証拠申請権の制限に関する項目はなかった。

(三)一九九三年司法負担軽減法

一九九三年司法負担軽減法（一九九三年一月一日成立、同年三月一日施行）は、九〇年一〇月の東西ドイツ統一により新たに五州が加わったことにより生じた特別の司法負担に対処するために制定された。改正の主眼は人員節約のための手続の軽量化に置かれたが、負担軽減だけではなく、手続促進措置もとられた。刑事手続に関する改正項目は、①涉外手続の簡素化、②起訴猶予の拡大、③証拠法の改正、④被害者への権利告知の緩和、⑤裁量的控訴手続の導入、⑥略式命令手続の拡大、⑦区裁管轄の拡大と地裁刑事部の構成の縮小である。③の証拠法の改正は証拠申請権の制限に関するもので、二四四条五項の改正により、外国に在住する証人（在外証人）の証拠申請に対しては、裁判所がそれを真

実の究明のために必要でないと判断するときは、羈束裁量により却下可能になった。

立法準備作業は、九一年四月二四日にベルリンで開催された司法大臣特別会議において、「司法の人員が逼迫している中で、旧東ドイツ地域の州において機能的、法治国的司法を構築するために、裁判手続の簡素化、緊縮化のためのあらゆる方法を駆使し、人員の無駄のない投入を図る必要があること」が決議されたことから開始する。⁽³⁸⁾同年五月二四日、一〇州共同で連邦参議院に「司法負担軽減のための法律案」⁽³⁹⁾が申し立てられた。この時の法案は、刑法二四四条につき次の三点の改正を予定していた。

a. 同条三項第二文の「証拠遅延を目的とする申立て」の文言の前に「裁判所の自由な評価によれば」という文言を挿入する。

b. (検証申請については裁判所の事実解明義務に反しない範囲で却下可能である旨を定めた)同条五項に、次の第二文を挿入する。

「これと同じ要件の下、その召喚が外国に及ぶことになる証人の尋問のための証拠申請もまた却下できる。」
c. 同条五項の後に次の第五a項を挿入する。

「証拠調べ終了後に申し立てられた証拠申請は、真実発見のための裁判所の羈束裁量によればその証拠調べは必要でなく、かつ裁判所の自由な評価によれば、申立ての遅延に対する合理的理由は存在しないと思われるときは、これを却下できる。」

これらはいずれも、八三年にバイエルン州から提案されたが採用されなかった改正案と一致する。法案は今回、以上の三点を提案した理由を次のように説明している。⁽⁴⁰⁾

1 第二四四条第三項第二文について

連邦通常裁判所(BGH)の判例(BGHSt 21, 118, 123)によれば、遅延目的からの証拠申請であることについての事実審裁判官の確信は、上告審裁判所が、事実審裁判官的観点から独自の評価により、事後審査できるとされ、その結果、事実審裁判官は、遅延目的を理由に証拠申請を却下する際、この上告審裁判所による追証(Nachprüfung)という特別の権限に対応するため、証拠申請の却下理由を「詳細に」説明することが要求されることになった。BGHはその後の判例(BGH JR 1983, 35 m. Anm. Meyer; BGH NS12 1990, 350, 351)において、BGHSt 21, 118, 123が認めた、上告審裁判所による独自の評価から離れ、事実審裁判官の判断の単なる法令違反の審査に戻ったものの、この問題の明確な解決は未決着であった。

当該改正案は、証拠申請者がもっぱら遅延意図から申立てを行ったか否かの認定が事実審裁判所の自由な証拠評価によることを法文上明確にすることにより、上告審の審査対象を、事実審裁判所の確信が法的に問題のない基礎に基づいて得られたか否かの審査に限定させることで、事実審裁判所から却下理由の詳細な説明の負担を軽減させるねらいがある。

2 第二四四条第五項第二文について

当該条文の提案は、事案説明義務からは必要でない証拠を取り寄せるために国際的な司法共助手続の負担をかけるべきではないという、実質的判断から正当化されるとされる。

もともと、二四四条三項の「入手不可能性」の要件については、事実審裁判官が「入手不可能」と判断する前に、裁判所が入手のための努力を尽くすことが求められてきたが、どの程度の入手努力が必要かについては、事案の重大性、期待される証明結果の重要性および手続促進の義務等の事案説明義務も同時に考慮しながら、羈束裁量に基づき判断す

べきというのが判例であった(BGH MDR 1975, 300 bei Dallinger)。したがって、在外証人の入手可能性の審査において、二四四条三項による証拠調べ義務と事案解明義務から帰結する証拠調べの範囲の差異は僅差に過ぎない。それでも、当該規定の導入は、とりわけ複雑な事件において適用されることにより、負担軽減効果をもたらすとされる。⁽⁴¹⁾

3 二四四条第五a項について

当該改正は、証拠申請の時期を原則として証拠調べ終了時までには制限し、それ以降に申し立てられた証拠申請は、事案解明義務上必要であるか、あるいは事実審裁判官が申立ての遅延につき合理的理由があると判断した場合に限り、例外的に許すことにより、訴訟の促進をはかることを企図したものとされる。

同法案は、九一年七月五日に連邦参議院を通過し⁽⁴²⁾、同年九月二七日に連邦議会に提出された⁽⁴³⁾。ところが、連邦議会の法律委員会(第六委員会)は審議の結果、九二年一月二五日に法案の修正提案を行ない⁽⁴⁴⁾、その中で第二四四条第五項第二文のみを残し、二四四条三項第二文と同条五a項は削除した。⁽⁴⁵⁾ 修正の理由につき法律委員会は次のように説明している。

「本委員会は、個々の事例において証拠申請権が手続遅延のための戦術的手段として濫用されていることを認識し誤っているわけではない。しかしながら、そうした事例をもって、一世紀を超えて生成してきた刑事訴訟における証拠申請権を、一般的かつ制限方向で変更するための理由にすることは思いとどまった。なぜなら、本委員会の見解によれば、法案の提案が実際に望ましい負担軽減に結び付くかどうかに、相当な疑問が生じたからである。まずひとつに、裁判所

の負担軽減は、用心深くより早期の審理の段階で大量に証拠申請が申し立てられることから解放されない。次に、提案されている改正は新たな上告権上の問題や審理不尽の申立ての増加を引き起こす可能性がある点で、さらに非生産的な効果を及ぼしうる。……………

いくつかの懸念にもかかわらず、本委員会は、連立会派の多数により法案に述べられた理由から、第三条第四号bによる刑訴法第二四四条第五項への追加に賛成する決定を行った。」

委員会の修正案は九二年一月二七日に連邦議会を通過し、連邦参議院の同意を得て、九三年一月一日に法律として成立した。これにより在外証人の取調べ義務が、検証申請の場合と同様、事案解明義務の範囲に限定されたことは、僅かながらも証拠申請権の後退であった。⁽⁴⁶⁾

(四)一九九四年犯罪対策法

一九九四年犯罪対策法（一九九四年一〇月二八日成立、同年十二月一日施行）は、より有効な犯罪対策のための施策として刑法、刑事訴訟法、外国人法および庇護手続法の領域における法改正を行った。法案の掲げる立法目的は、①極右的および排外的暴力にあらゆる必要な法治国的手段を用いて断固毅然として対抗すること、②犯罪被害者の利益をより重点を置くこと、③刑事手続に必要な調整を行ない、また簡素化、迅速化すること、④組織犯罪対策のための立法的基礎を部分的に拡充すること、⑤犯罪傾向の進んだ外国人、とりわけ麻薬密売人の国外退去に関する規定を強化することにある。⁽⁴⁷⁾ 極右や外国人による犯罪対策を主たる目的としつつ、そのために必要な捜査・司法権限の強化のための改正、刑法改正に合わせる必要になる調整的改正にとどまらず、刑事手続の簡素化・迅速化（とりわけ、簡易手続の利用の活

性化⁽⁴⁸⁾）のための改正も同時に盛り込まれており、一部、司法負担軽減の流れを引継いだ立法ということが出来る。

本法によつて実現された刑事手続の簡素化・迅速化の内容は、①一九七九年刑事手続改正法により導入された、刑訴法二四九条二項の「自己閱讀」の対象書面の拡大⁽⁴⁹⁾、②手続問題に関する申立てや申出を書面によつてのみ行うよう命令する権限を裁判所に付与(刑訴法二五七a条)、③簡易手続の利用の活性化のための改正・簡易手続の適用要件の緩和と検察官による簡易手続の請求の非裁量化(四一七条および証拠調べ手続の短縮のための特則の導入(四二〇条)である⁽⁵⁰⁾。簡易手続における証拠調べ手続の短縮の方策としては、証人尋問に代わる書面の使用条件の緩和(四二〇条一項ないし三項)と、単独裁判官による簡易手続の場合における証拠調べの範囲の事案解明義務に基づく裁量化(同条四項)が図られた。これにより、単独裁判官による簡易手続審理においては、私訴事件(刑訴法三八四条三項)や秩序違反事件(秩序違反法七七条一項第一文)と同様、裁判所は刑訴法二四四条三項ないし五項および二四五条二項の却下理由に拘束されることなく、事案解明義務に応じて証拠調べの範囲を決定できるようになった。四二〇条の特則は、略式命令に對する不服申立てが行なわれた場合の公判手続にも準用されている(刑訴法四一一條二項第二文)⁽⁵¹⁾。

本法は、簡易手続相当事件の審理において証拠調べ請求権を大幅に制限する改正であつたにもかかわらず、四二〇条の提案理由には、「裁判官がさらなる証拠調べの必要性の判断にあたり、判断余地を広げることにより、裁判官に公判審理を迅速化、短縮化する手段を与えるため」という、簡単な説明しか行なわれていない⁽⁵²⁾。それでも議會では、区裁の参審裁判所の管轄事件を四二〇条四項の対象から除外する修正が行われたにとどまつた⁽⁵³⁾。もつとも、簡易手続は「事案が単純または証拠が明白であるため、直ちに公判審理に付すことが相当である事件」(四一七条)のみを対象とするため、そこで被告人側から大量の証拠申請が行われることは考え難く、この改正により被告人の証拠申請権が実質的に制約さ

れることはまずないといえる。

（五）第二次司法負担軽減法案

一九九三年司法負担軽減法が施行された三ヶ月後、一九九四年犯罪対策法案がまだ連邦議会に提案される以前の、九三年六月に開かれた第六四回州司法大臣会議では、再び、刑事手続の一層の迅速化と効率化の可能性を検討することが決議された。これを受けて、同会議の刑事法委員会により第二次司法負担軽減法専門担当官草案が作成され、九四年一月に開催された第六五回州司法大臣会議に提出された⁵⁴。専門担当官草案は公表され、各界の意見を求めた後、九五年六月に開催された第六六回州司法大臣会議において、「大臣を出席させている各州が提案された専門担当官草案に基づき連邦参議院への発議を共同することの可否およびその範囲」を検討することが決議された。その結果、専門担当官草案の一部を修正した形で、九五年一〇月六日バーデンヴュルテンベルク、バイエルンおよびチューリンゲンの三州により共同で、連邦参議院に対して「司法負担軽減のための第二次法律案（刑事法領域）」⁵⁵の申立てが行なわれた⁵⁶。

同法案は、刑法、刑事訴訟法、少年裁判所法、秩序違反法、裁判所構成法等幅広い領域における改正を内容としていた。とりわけ刑事訴訟法の改正案は五二項目に及んだ。法案の作成にあたっては、一九九三年一月一日の司法負担軽減法制定後の実務情況、ドイツ裁判官同盟（DRB）⁵⁷の提案、後述の第六〇会ドイツ法曹大会の決議等を参考にしたとされる。刑事訴訟法に関する主な改正内容は、①裁判官の忌避制度の改正、②宣誓規定の改正、③捜査手続の簡略化、④起訴法定主義の例外の一層の拡大、⑤申立て理由の説明権および陳述権の制限、⑥区裁判所の手続における内容調査の廃止と単独裁判官の事件における書記官の任意的出席、⑦証拠申請の却下規定の改正と正規の証拠申請権の制限、⑧

上訴権の改正、⑨特別手続の改正である。⁽⁵⁸⁾

証拠調べ請求権の制限との関係では、次の三点が提案された。⁽⁵⁹⁾

a. 二四四条二a項として、「証拠調べ終了までに申し立てられた証拠申請に対しては、第三項ないし第六項が適用される。終了後に申し立てられた証拠申請に対しては、第二項が適用される」とする条文を盛り込むことにより、証拠調べ終了後の証拠申請に対しては、裁判所の事案解明義務に反しない範囲で却下することを可能にすること。

b. この改正にあわせて、二四六条一項が、証拠申請が時期に遅れたことのみを理由に却下することを禁止している点につき、その対象を証拠調べ終了までに申し立てられた証拠申請に限定すること。

c. 同条三項第二文の定める訴訟遅延目的の認定につき「事実審裁判所の自由な評価によれば」という文言を加えることにより、遅延目的を認定の当否につき上告審の審査対象からはずすこと。

しかし、今回の申立てに対しても、連邦参議院における審議の結果、証拠調べ終了後の証拠申請に対する却下を容易にするための提案は採用されず、連邦議会に送付された法案に盛り込まれたのは、二四四条三項第二文の改正提案に過ぎなかった。その後、連邦議会の第一三会期終了により刑事法領域における第二次司法負担軽減法案は廃案となった。

以上、七〇年代後半からの証拠申請権制限立法の動向を概観してきた。そこで主に検討されてきた制限の方向は、①刑事訴訟法二四四条、二四五条の適用対象となる手続の限定、②二四四条三項ないし五項に規定する却下基準の個別的緩和、③証拠申請の時期的制限ないし時期に遅れた証拠申請の裁量的却下であるといえることができる。⁽⁶⁰⁾しかし、政府の度重なる取組みに関わらず、実現に至ったのは、①との関係では、簡易手続における正規の証拠申請権の廃止(四二〇

条四項）だけであり、また②との関係では、在外証人の証拠申請に対する却下が羈束裁量化された（二四四条五項第二文）に過ぎない。そして、③との関係では、いかなる改正提案も実現に至らなかった。その理由につき、他の立法課題との優先度の違いや会期終了による廃案という現実的要因が作用したこともあるが、理論面としては、現行刑法の手続構造を前提にすれば、法治国的要請と両立する形で、これ以上の証拠申請権の制限は困難という理解が多数を占めたことが大きい。そこで、次節において、法治国原理との関係で証拠申請権の制限の限界がどのように議論されてきたかを考察したい。

三 理論的考察

（一）概観

証拠申請権の制限の是非をめぐる議論は八〇年代に入ってから、特に八二年の第五三回司法大臣会議のための提案に対する意見として、散見されるようになる。弁護士団体や制限に批判的論者からは、「訴追機関と弁護側の武器平等原則」や「裁判所の包括的事案解明義務」に反する等の意見、あるいは第三帝國時代の経験からの反省や、正義の負担のもと迅速化することになるといふ意見⁽⁶²⁾が出された。もつとも、当時、見直しに積極的であつたのは一部の州にとどまつたこともあり、それ以上議論が深まることはなかつた。

その後、九〇年一〇月に東西ドイツの統一があり、前述の九一年四月二四日の司法大臣特別会議において、「司法の人員が逼迫する中で、旧東ドイツ地域の州において機能的、法治国的司法を構築するために、裁判手続の簡素化、緊縮化

のためのあらゆる方法を駆使し、人員の無駄のない投入を図る必要があること」が決議され、同年五月二四日、一〇州共同で連邦参議院に「司法負担軽減のための法律案」の申立てが行なわれた。当該決議や法案に対しても、弁護士団体や研究者から刑事手続の法治国的保障を掘り崩すとか、返って新たな混乱と遅延を招くとする意見表明や、あるいは、「自律的証拠申請権」を廃止することは、被疑者・被告人の主体的地位を弱め、糾問主義に重心をより移すことになるという批判⁽⁶⁴⁾が出された。しかし今回は、法治国の司法を維持するためにも司法負担の軽減は必要とする意見もみられた。その背景には、単なる要員不足の問題だけでなく、ドイツでも存在してきたとされる「(事前の)合意」による事件処理の規制が、八〇年代終盤から重要課題になっていたことがある⁽⁶⁵⁾。たとえば、シュルユヒターは、もはや刑事訴訟は現行法によって制御されておらず、しだいに「刑事手続における合意」により代替されるようになっていくことからすれば、もし立法的努力が失敗に終われば、法治国にとって危機的状況が生じるだろうという理由から、形式論ではなく機能性が求められている立場をとる。そして、司法負担軽減法案を検討し、起訴便宜規定(一五三条および一五三a条)の拡大、証拠申請権の制限、上訴の制限、略式手続の拡大、合議体の数ないし対象事件の削減等につき、修正案を提示している⁽⁶⁶⁾。

前述したように司法負担軽減法は当初の提案の一部しか実現できなかったが、さらなる負担軽減策を求める動きは止まらなかつた。ドイツ裁判官同盟の刑事法大委員会は、一九九三年二月二八日の連邦司法省の囑託に基づき、「立法論としての刑事手続の簡素化、迅速化策」を主題とする、鑑定意見を發表した。そこでは、忌避申立て理由の長時間の説明や五月雨的な証拠申請による権利濫用事例⁽⁶⁷⁾に対して、現行法が有効な対応手段を用意していないことにより、法治国としての威信が傷ついていることや、他のヨーロッパ諸国は裁判官により多くの信頼と訴訟指揮における権限を与えて

（68）おり、法治国的に問題のない証拠法は他の構成も可能であることを理由に、公判における証拠申請権の改正、直接主義の改正、申立ての理由説明、質問および釈明の権利ならび調査化請求権の制限の提案が行われた。⁶⁹

このように、単に法治国原理を持ち出して迅速化策を批判することへの批判や、諸外国との比較から現行法上の保障が法治国上の絶対的要請でないことが指摘される中、法治国原理に適合する刑事手続と証拠申請権の保障のあり方との関係を、理論的に整理する必要は高まつていったといえる。一九九四年にミュンスターで開催された第六〇回ドイツ法曹大会では、「法治国原則を犠牲にすることなく刑事訴訟、とりわけ公判手続を迅速化するために刑事手続を改正すべきか」が論題に取り上げられた。この論題の鑑定意見を執筆したゲッセルは公判手続の大胆な改正提案を行ったことから、その賛否をめぐり活発な議論が行われた。この時、議論の趨勢を決める上で、ペロンの研究成果は大きな影響を及ぼしたように思われる。彼は、九二年／九三年冬学期に提出された教授資格論文（一九九五年に公刊）において、証拠申請権規定を見直すための条件となる枠組みを提示していた。そこで、以下では特に、第六〇回ドイツ法曹大会における議論およびペロン論文につき詳しく紹介したい。

（二）第六〇回ドイツ法曹大会（一九九四年、ミュンスター）

A. ゲッセル鑑定意見

第六〇回ドイツ法曹大会の論題（「法治国原則を犠牲にすることなく刑事訴訟とりわけ公判手続を迅速化するために刑事手続を改正すべきか」）につき鑑定意見⁷⁰を執筆した、エアランゲン—ニュールンベルク大学教授のゲッセル（Karl Heinz Gossel）は、連邦憲法裁判所の、個々人の人格的自由に対する権利保護と機能的刑事訴訟の必要性を、法治国に

とつて同等に重要な原理として特徴付けた判例⁽⁷¹⁾や、「法治国原則が正義の観念を重要な構成要素として含んでいる限り、それは機能的司法の維持を要求しており、これなくして正義の実現を助けることはできない⁽⁷²⁾」という判例に依拠しながら、被疑者・被告人の権利保護のみならず、刑事司法の機能性を維持すること自体が法治国原理からの要請であるとの見解に立つ⁽⁷³⁾。そして、迅速化策として、①比較的重くない新たなカテゴリーの犯罪に対する簡易手続の導入、②訴追機関の権限の明確化と一罪の分割起訴権限の創設（一事不再理効の客観的範囲の制限）、③証拠法の見直しと上訴審の審査対象の制限、および④濫用的弁護活動の制限に関する提案を行った。とくに証拠法の見直しとの関係では、他の代表的なヨーロッパ諸国ではドイツとは異なり、通常、公判途中の証拠申請により公判が中断することはなく、また、証拠申請に対する決定が上告審の審査対象となることは実際にあまりないというミュラー報告を引用し、外国と比較するならば、法治国原則に適う証拠法として別の構成も可能であることは明らかとして、直接主義の緩和（録音・録画テープの利用による証人尋問の代替）、公判前の証拠申請の原則化および職権証拠調べ義務の限定を提案する⁽⁷⁵⁾。

公判前の証拠申請の原則化および職権証拠調べ義務の限定について、証拠申請を原則として起訴から公判開始決定までの「中間手続」で行うことを義務付け、公判開始後は「在廷証拠」の取調べ請求についてのみ認めること、裁判所の職権証拠調べ義務の範囲を公判の中断なく証拠調べ可能な範囲に限定すること、これにあわせて原審の証拠調べに対する上告審の審査範囲を限定すべきことが提案された⁽⁷⁶⁾。そして、中間手続における証拠申請の原則化のための前提条件として、裁判手続をすべての訴訟関係人にとってできる限り見通し可能にし、とりわけ被疑者・被告人および弁護人が不意打ち的展開から保護されるための措置や、武器平等の観点から被疑者・被告人および弁護人の証拠の取寄せ権限の付与を求めた⁽⁷⁷⁾。

彼は、自律的証拠申請権に申立人自らが証拠申請の時期を選択する権利を含める見解⁽⁷⁸⁾に対して、これを「ゲーム」としての刑事訴訟の理論から起こる考え方とみなし、真実に基づく裁判を迅速に獲得することを阻害すると批判する⁽⁷⁹⁾。また、刑法二四四条三項ないし五項は、いわゆる正規の、または自律的な証拠申請権を定めたものであり、同条二項による包括的な真実探求義務を超えるものであるという見解⁽⁸⁰⁾に対して、証拠申請が裁判所に二四四条二項により取調べが義務付けられる範囲を超えて証拠の取調べを強いることは、事実上考えられないという⁽⁸¹⁾。さらに、二四四条二項に基づく事案解明義務の範囲についても無制約なものではなく、①この義務は裁判上重要な事実に対してしか及ばないこと、②不適法な証拠調べは最初から対象外であること、③裁判所が入手できない証拠は対象外であることを指摘する。その上で、彼の主張において最も重要に思われる点は、この「入手不可能性」の概念は、裁判所の真実探求義務のみに基づいて狭く理解されるべきではなく、迅速裁判の原則や機能的刑事司法という法治国的要請を満たすためにはより広く解釈する必要があるとされる。その結果、入手不可能性は、原則として公判の中断なく裁判所が利用することが不可能な証拠という意味に解釈され、証拠調べの義務は原則として在廷証拠にのみ及び、訴訟関係人から事前に指名された証拠や公判審理の結果始めて明らかになった証拠については、例外的に在廷していないものにも及ぶという、従来のドイツの支配的見解を大胆に変更する解釈⁽⁸²⁾を行った⁽⁸³⁾。具体的には以下の提案が行われた。

1 刑法二〇〇条一項【起訴状の内容】第二文、第三文の挿入

起訴状に、検察官からみて裁判所の真実究明義務が及ぶと思われる、あらゆる事実と証拠方法を記載すること、これ

と同時に、公判における証拠調べのために、立証事項および証拠方法を具体化した証拠申請を行うこと。起訴状に、公判が開かれる裁判所および弁護人を記載すること。

2 刑訴法二〇一条【起訴状の送達】の改正

(1) 裁判所は起訴状を被告人だけでなく、弁護人が選任されている場合これにも送達すること、および、弁護人に對しては、二週間を最低とする一定の相当期間内に、

一 起訴状に対する意見書の中で、検察官の公判開始請求および証拠申請に対する意見を述べること。

二 公判または公判開始決定前における証拠調べのために、立証事項および証拠方法を具体化した証拠申請を行うことを求めること、この際、弁護人に、公判期日において公判を中断することなく入手不可能な証拠方法を対象とする証拠申請の取調べ義務はないこと、および起訴状に対する意見書の中で言及されていない証拠申請は在廷証拠に限り許容できることを、告知しておくこと。

(2) 被告人に弁護人が選任されていない場合、裁判所は、遅くとも公判審理までに、起訴状に対する意見書の中の証拠方法として十分に具体化されていない防側側の主張を、証拠申請のために必要な形に具体化できるよう努力すること、防側側の主張の具体化が公判においてはじめて可能になったときは、後述の二四四三条三項（証拠調べ義務の制限規定）は適用されないこと。

3 刑訴法二〇三条【公判開始決定の条件】第二文の挿入

公判開始決定の際、裁判所は同時に、公判において実施を予定している、申請その他にかかわる証拠調べを告知すること、証拠申請の却下は、後述の刑訴法二四四五条五項ないし八項および二四四五条に従うこと。

4 二四四三条三項【検察官の証人等の直接召喚権】第二文の挿入

検察官がこの直接召喚権を行使した場合は、同時に裁判所並びに被告人および弁護人にこのことを通知すること。

5 二二〇条【被告人の直接召喚権】の削除と二一九条【公判準備における被告人の証拠申請権】の改正

被告人および弁護人は、公判における証拠調べのために、物的証拠を直接に取り寄せ、また人的証拠を直接に召喚できること。人的証拠の召喚の場合は、召喚と同時に裁判所および検察官にこのことを通知すること。召喚された人物の訊問による証拠調べ、または取寄せられた物的証拠の使用について、裁判所は、後述の二四四条二項第二文、三項第二文および第三文並びに五項ないし八項の基準に従って判断すべきこと。

6 三二一条第二文【控訴審裁判所への記録の送付】の改正

検察官は前記二〇〇条一項第二文に記載された事項についての意見書とともに、一週間以内に裁判所に対して記録を送付すること。裁判所はこの意見書を、二週間を最低とする一定の相当期間内に、検察官の証拠申請に対して意見を述べ、かつ独自の証拠申請を申し立てることを求めて、被告人および弁護人に送達させること。その際、三三二条で準用される二四四条二項第二文および第三項の効果が伴うことを説明すること。二〇二条(裁判所による補強調査)が準用されること。

7 四〇七条一項第一文【略式命令の請求】の改正

略式の起訴手続に前記二〇〇条一項第二文を準用すること。

8 四〇九条一項【略式命令の内容】の改正

五号(証拠方法)に、四〇七条一項第一文により準用される二〇〇条一項第二文において必要な事項を追加。

9 四〇九条一項【略式命令の内容】の改正

七号(不服申立て方法等の告知)に、二〇一条一項が意味に応じて準用されることを追加。

10 二四四条【公判における証拠調べ】二項以下の改正

(2) 裁判所の職権証拠調べ義務の範囲を、証拠方法が存在し、入手不可能でなく、かつ証拠調べおよび判決におけるその結果の利用が不適法でない場合に限定すること。ここにいう入手不可能とは、公判を延期することなく対象証拠の取調べを行うことが可能でない場合、および既に裁判所により命じられた証拠の取調べが、(法定の)中断期間以内に可能でない場合をさす。

(3) 起訴状または起訴状に対する意見書の中で申し立てられていない証拠申請は、各証拠方法が在廷する場合に限り許されること。人的証拠については、適法に召喚され、出頭している場合に在廷していること、証拠書類や証拠物については、ただちに裁判所に展示されるか、または展示が可能でないときは、公判を延期することなく朗読または検査可能である場合に限り、在廷しているとみなすこと。

(4) 検察官により在廷証拠の取調べ請求が行われた場合、裁判所は、被告人または弁護人の理由を付した申立てがあれば、適法な防御の利益にとって必要がある限りにおいて、適当な期間、手続を中断できること(被告人または弁護人による在廷証拠の取調べ請求に対して、検察官が手続の中断を申請した場合も同様)。弁護人が選任されていない被告人に対して、第一文の申立権を教示すること。

(5) 検察官または被告人もしくは弁護士が公判で初めて裁判にとって重要な事実または証拠を知り、それまで知らなかったこと、および二〇〇条一項および二〇一条一項により必要な証拠申請を行わなかったことにつき、故意・過失がないときは、例外的に公判における新たな証拠申請を認めること。

(6) 証拠申請は、証拠の取調べが不適法もしくは裁判にとって重要でないとき、または証拠方法が証明対象事実の立証のために完全に不適切であるときは却下できること、さらに、証拠方法が存在もしくは入手不可能または証拠調べ

への命令の後に入手不可能になったときも同様であること。証拠申請は、被告人に有利な証明対象事実が既に証明されているとき、または真実と推定できるときも、却下できること。

11 二四五条【証拠調べの範囲】の改正

(1) 裁判所は真実究明義務が充足され、かつ裁判すべき証拠申請が残っていない場合、裁判長は訴訟関係人に証拠調べを終結したい旨を告げること。この通告に対して、検察官、被告人および弁護人に対して意見を述べる機会を与えること、これらの者からそれ以上証拠申請の申立てがない場合は、訴訟終結宣言を行うこと。

(2) 一項第一文の通告を行う際に、裁判所はそれまで残されていた証拠申請に対する却下を行えること。却下の裁判は、訴訟関係人に対して一項第一文の通告とともに告知できること、それ以上、証拠申請が行われない場合、裁判所は、一項第二文の意見を考慮しながら、以前の却下した証拠申請の却下に理由が存在するかどうかを再検討すること。以前の却下に理由があると判断した場合は、証拠調べを終結すること、却下理由がもはや存在しないと判断した場合は、対応する証拠申請を許容し、さらに本条に従って手続を進めること。

(3) 証拠調べ終結宣言後の証拠申請に対しては裁判を要しないこと。

12 二四六条【時期に遅れたことのみを理由とする証拠申請の却下の禁止】の削除

13 二〇二条【中間手続における裁判所の補充調査】二項の挿入

中間手続において、公判の法定中断期間内に取調べられる見込みのない証拠の取調べ請求が行われた場合、裁判所は、入手可能性を除く二四四条六項の却下理由が存在するのでない限り、公判開始決定の前の証拠調べを命じること。命令後六月以内に証拠調べが可能でない場合は、一般規定によること。

14 二二九条【中断期間の上限】二項、三項を新二項に改正

(2) 在廷していない証拠の適法な証拠申請を実現するために、手続を三〇日まで中断できること、出頭義務のある者が病気のため公判に出頭できないときも同様であること。

15 二二九条四項を三項に改正

16 三五九条【利益再審の要件】に六号を追加

新たに六号として、確定事件の公判において入手不可能または在廷していないことを理由に取調べ請求を却下された証拠方法が提出され、かつそれが有罪確定者に利益な裁判の理由となるに相応しいときという事由を追加すること。

17 三六三条【再審の制限】三項の追加

(3) 三五九条六号による再審請求には本条一項および二項を適用しないこと。

18 三三七条【上告理由】新二項の挿入

上告理由につき、法律違反に起因する事実誤認の主張は、手続に関する放棄の違反を理由とする場合に限り許容し、この場合、事実認定の一般的経験則または論理・言語則違反の点のみが審査可能であること。審理不尽を理由とする上告は、証拠申請に対する却下決定の通知が行われず、または違法に却下されたため、要求した完全な事案解明が果たされなかったことを理由とする場合に限ること。

B・ゲッセル提案に対する意見

ゲッセル鑑定意見に対しては以下のような批評が出された。

1 シュリュヒター

ビュルツブルク大学教授のシュリュヒター (Eilen Schlichter) は、二四四条三項ないし五項の保障する証拠申請権を

自律的証拠申請権と理解して、そこから証拠申請の時期の選択権まで導き出す見解を批判するゲッセルを支持するが、⁽⁸⁴⁾ 証拠申請権の除斥期間を公判開始前にすることについては、公判における証拠申請が裁判所のそれまでの認定結果に疑問を投げかけるときは、裁判所は事案解明義務に基づき、申し立てられた証拠調べを実施すべき（それが重要な証拠であり、法定の却下理由が存在しないのであれば、在廷証拠でなくても証拠調べは実施すべき）だとされる。⁽⁸⁵⁾ そして、事案解明義務に基づく証拠調べの範囲を、ゲッセル提案のように証拠方法が法定の最大中断期間内に入手可能か否かを基準に区切ることには、刑事訴訟を民事訴訟に近づけるものとして反対する。⁽⁸⁶⁾

2 フリストアー

ドレスデン大学教授のフリスター (Helmut Frister) は、裁判所の事案解明義務の範囲を在廷証拠に制限しようとするゲッセル提案につき、実体的真実究明義務の意味を事実上無意味にするものであり、また、このような形で実体的真実主義を放棄することは、迅速な裁判の原則や機能的刑事司法の要請から正当化することもできないと批判する。⁽⁸⁷⁾ そして、証拠申請時期を原則として公判開始前に限る提案に対しても、弁護側は証拠申請を公判の経過や証拠調べの結果に依拠させる、重要かつ正当な利益を有しており、証拠申請を後に控えるのは、戦術的ゲームの発想からではなく、問題の証拠申請を行うことの効果と危険を考慮した結果であると批判する。⁽⁸⁸⁾

3 ヴイドマイヤー

弁護士のヴイドマイヤー (Gunter Widmaier) は、ゲッセルが二四四条三項ないし五項による証拠申請権の保障の範

困と同条二項の事案解明義務の範囲と一致させて理解することを批判し、事案解明義務は、裁判官の目からみてさらに証拠を取調べる必要であり、あるいは少なくともそう示唆されるときにのみ、職権による証拠調べを義務付けるに過ぎず、この事案解明義務は、当事者訴訟の要素、すなわち訴追機関および防御側の、裁判所の異なる心証形成を修正するよう作用し、これを一見するだけでは明らかにならない真実の可能性（およびその証明可能性）に向き合わせる権利により補強することが必要と説く⁽⁸⁹⁾。そして、証拠申請権の除外期間に関するゲッセル提案を、公判審理の常に発展する訴訟的出来事としての本質としており、それは十分な準備に基づくどのような評価を行っても、裁判上重要な事実の観点からだけでなく、とりわけその（補強的）証明の必要性の観点からも、厳密な計画からは離れざるを得ないことを軽視するものとして、批判する⁽⁹⁰⁾。

4 ペロン

当時コンスタンツ大学教授（現フライブルク大学教授）のペロンは、「公判の負担を實際に目に見える形で軽減しうる措置は、確かに考えられ得るし、かつ法治国的にも主張可能であるが、捜査手続および上訴レベルにおいて、これに対応する補填が必要に思われる」、「証拠調べの法治国性は、もっぱら裁判形成が直接に前提とする訴訟段階に依存するのではなく、むしろ全手続過程を通じて、証拠の質と被告人の参加権が保障されているかどうかに依存している」という見解をとる⁽⁹¹⁾。そして、証拠申請の时期的制限については、ゲッセル提案のように、被告人のより強い自己責任に重点を移動する場合は、他方で立法者は、その影響を受ける者がこの責任を刑事手続の現実的条件の下で果たすことができるようにすることにも、配慮を払わなければならないとして、証拠申請の準備のために弁護側の独自調査の期間や手段の

不十分性の問題を指摘する⁽⁹²⁾。また、却下理由の拡大を正当化するためには、ドイツの職権主義を当事者主義に改め裁判官を中立的立場におくか、あるいは少なくとも、重い事件に対しても上訴審が第一審の証拠調べの内容につき審査できるように、上訴によるコントロールを強化する必要があるが、これらの措置は刑事訴訟制度の他の領域にも深く影響を及ぼすので、包括的な改革構想の中で検討が必要になると説く⁽⁹³⁾。

さらに、彼は大会当日においても、証拠申請権に対してゲッセル提案のような手続的要件を課している国はあるが、それらの制限規定は、全く異なる手続構造の中に埋め込まれており、公判前における弁護側の証拠の調査収集能力、予審の有無、上訴制度等の違いを無視できないことを指摘し、結論的には「多大な法治的損失を甘受せざるを得なくすることを避けながら、それだけでより迅速かつ低コストの手続を可能にする外国の規定は見当たらない」との意見を述べている⁽⁹⁴⁾。

さらに、大会当日、三人の報告者からゲッセル提案に対する消極的な批評が加えられた。

5 バイゲント

第六〇回法曹大会の報告者を務めたケルン大学教授のバイゲント(Thomas Weigend)は、外国との比較において簡単に証拠申請権の制限を導こうとすることを批判し、「ドイツ法において証拠申請権は、被疑者・被告人が公判前の手続において、捜査に積極的に影響を及ぼす強制力を有しておらず、加えて、独自の証拠収集の慣習も現実的可能性もわずかしか形成されていないことの代償として、有意義かつ必要な機能を有している」と分析する⁽⁹⁵⁾。そして、鑑定意見の提案する公判開始後に申し立てられた証拠申請に対する大胆な排除を可能にする規定を導入することは、慎重な弁護人に公

判前の無用な証拠申請を増加させることになる点で生産的ではないとして反対する⁽⁹⁶⁾。さらに、証拠申請権を含め、裁判官の忌避権、証人尋問権、証拠調べに対する陳述権等、被告人側の手続的権利の濫用問題について、訴訟関係人が真に主体として扱われ、独自の形成可能性をもって参加できる手続であれば、それを権利の濫用から有効に守ることはできないと諦め、法律的解決よりも、むしろ濫用の問題を社会心理学的問題、すなわち法廷の支配権をめぐる争いとして位置付けることの方がより有益だとされる。そして、問題解決の糸口は新しい訴訟文化の発展の中にあり、訴訟活動の透明性、衝突の緩和、相互の信頼、人間同士の最低限の誠実性こそが、刑事手続を適切な時間内に終了させるだけでなく、回避可能な違反が行われることなく終了させることに貢献するだろうと主張する⁽⁹⁷⁾。

6 リンデン

デュッセルドルフ検事局検事正のリンデン (Georg Linden) は、証拠申請の時期を証拠調べ終了までに制限することは必要かつ許されるという立場をとる。しかし、ゲッセル提案が、証拠調べ開始後に申し立てられた証拠申請に対しては、公判を中断することなく入手可能でない限り、原則として却下可能としている点に対しては、消極的な立場を表明している。その理由として、「弁護人は公判審理の経過の中で個々の証拠調べの結果に対応できなければならないが、このことは証拠調べ開始後の証拠申請を例外的に認めることだけでは保障されない」と述べる⁽⁹⁸⁾。

7 ミュラー

ザールブリュッケン大学教授のミュラー (Egon Müller) も、ゲッセルの提案する証拠申請の时期的制限は、中間手続に

において防側は決して十分に証拠申請の準備をできないという点だけをみても、すでに正当化できないという立場をとる。その理由として、「捜査手続における防側権は、欠乏のために、その任を果たすためにはまだまだ不十分である。防側は証拠状態を信頼できる形で判定し、とりわけ不利益証拠の量を正確に格付ける立場にはないため、潜在的な関連性をもつあらゆる証拠を、したがって場合によっては不利益な資料まで、用心深く申し出る行動がとられるだろう。これにより、被疑者・被告人と弁護士は権利の保護と自己負罪からの自由との間の選択枝に立たされることになる。したがって、証拠申請の時期の除外条項を設けることは、被疑者・被告人の防側活動と証拠申請権との結び付きを否定することになる。申請の可能性のある証拠の種類や量は防側方針の選択に影響されるが、除外期間の設定は最初から防側方針の変更を困難にするからである」とされる。⁹⁹⁾

C. 大会決議

大会当日の議論においては、検察官や裁判官から深刻な権利濫用事例や長期係属事件の存在を理由にゲッセル提案に賛成する意見が出され、¹⁰⁰⁾他方、弁護士を中心に、ほんの僅かな濫用事例を理由に被告人の地位を弱めることへの疑問や、遅延原因は事案の複雑性そのものにも原因がある、証拠申請の数が多かったというだけで濫用ということではできない等の意見が出された。¹⁰¹⁾これに対して、ゲッセルは、憲法一条一項の人間の尊厳規定は、裁判所の事案解明義務を定めた刑訴法二四四条二項を超える範囲で、証拠申請権を保障することまで要請してはいないという自説を強調した上で、批判は現行制度を下にしている点で当を得ておらず、むしろペロンが指摘するように、時間がかかるかもしれないが、すべての側面を考慮に入れながら、新しい手続法を作り出すべきことを提案するものである旨の説明を行っている。¹⁰²⁾もともと、大会決議によれば、「ドイツ刑事手続の伝統的基本構造は原則として維持されるべきである。したがって、刑事手続の迅

速化のための修正は、これが急進的な構造変革につながる範囲において支持されるべきである」というテーゼ(七・一)については、賛成一二五、反対二、保留七であり、基本構造の維持を支持する意見が圧倒的多数であった。⁽¹⁰³⁾最終的に大会のテーゼは以下のようにまとめられた。証拠申請権に関連する項目のみを引用しておく。括弧内の数字は、大会当日における各テーゼの決議の結果(賛成・反対・保留の票数)である。⁽¹⁰⁴⁾

一八 以下において、証拠申請権および/または直接主義の制限をいう場合、これらは原則として弁護人の選任されている被告人のみが対象にされるべきである。(八二:五二:二〇)

一九・一 もし真剣に手続の迅速化の目標を達成したいならば、現在の形の証拠申請権は修正されるべきである。(七九:六八:五)

第一案…単独刑事裁判官による手続においては、裁判官が刑法二四四条二項の範囲内で証拠調べの範囲を決定する。(四二:一〇三:一〇)

第二案…立法者は単独刑事裁判官による手続における正規の証拠申請権を削除することの可否を検討すべきである。(六〇:八〇:一三)

第三案…ほんの一部のみが不相当な当事者の態度により著しい手続遅延の結果を生起させていることにかんがみれば、証拠申請権の制限はとりわけこのような事案に対してのみ設けられるべきである。(八三:五六:七)

一九・二 証拠申請の申立て時期

第一案…当事者の証拠申請は原則として中間手続または公判準備段階において申し立てられるべきである。そうでなければ証拠申請は除外の対象となる。公判において証拠申請は、新たな裁判上重要な事実および証拠方法がこの手続

段階ではじめて明らかになった場合、または、当該証拠方法が現在している場合にのみ許容されるべきである。(一一一・一二六・八)

第二案…証拠調べ開始後にはじめて申し立てられた証拠申請は却下できる。ただし、裁判所の自由な裁量に基づき判断して、証拠申請が遅滞したことにつき合理的理由が存在し、または疎明された場合、とりわけ事情が後にはじめて生じ、あるいは証拠申請者にとつて後にはじめて明らかになった場合は、この限りでない。(五〇・八〇・八)

第三案…証拠調べ終了後に申し立てられた証拠申請に対しては、遅滞の合理的理由が存在するのでない限り、正規の証拠申請権は妥当せず、除外されるべきである。(九〇・五〇・九)

三案すべてにつき…除外条項は、それが真実の解明のために必要である場合、裁判所が職権により相当な証拠を取調べることを妨げるものではない。

一九・三 裁判所は、証拠申請を書面により申し立てるよう命令できる。(九二・四二・一一)

一九・四 第一案…とりわけ手続的目的からの濫用事例に対する証拠申請権の制限が検討されるべきである。(八六・六一・一)

第二案…証拠申請権限の濫用に対して現行法の基礎の上に有効に対処することは、判例とりわけ連邦裁判所の役割としても残る。(一〇〇・二九・一〇)

一九・五 また、証拠申請権の濫用に対しては効果的な職業法によっても対処すべきである。(七九・四五・一九)

一九・六 刑法二七三条三項第二文(裁判長が逐語調書の作成の命令を拒否した場合の裁判所による決定の申立て)は削除されるべきである。(六五・五四・一四)

この決議結果をみる限り、証拠申請権の濫用事例に対処するため何らかの措置をとるべきだとする意見が多数ではあるが、除外条項の導入による証拠申請の時期的制約については、証拠調べ終了後の証拠申請について却下裁量を認めるべきとする限度で多数の支持がみられ、公判前の申立てを原則とすべきという思い切った提案に対しては、反対が多数であることがわかる。公判における証拠申請権の制限が手続構造改革と不可分な関係にあるとすれば、現行の手続構造の維持を望む意見が多数である以上、公判における証拠申請の大胆な制限は実現できる環境にないのが、ドイツの現状ということになる。それでは、ドイツの証拠申請権規定がいかなる意味で手続構造と密接な関係にあるのか、ペロンの比較法研究を基に、さらに詳細に考察したい。

(三)ペロンの比較法研究

前述のように、ペロンはドイツの証拠申請権規定と手続構造との密接な関係を指摘する。一九九五年にマックスプランク外国・国際刑法研究所から、ドイツ連邦司法省の囑託を受け、ペロンが責任者となって実施された、日本を含む九カ国の刑事訴訟における証拠調べ手続の比較研究⁽¹⁰⁾が公刊されているが、そこにおいて彼は、公判における証拠調べ手続の負担の違いに影響を及ぼすものとして、以下の手続構造上の相違を指摘している。

まず、公判における証拠調べ手続のあり方は、公判が事実認定の場として、手続全体の中でどの程度重視されているかと密接な関連がある。すなわち、実質的な実体形成が公判前になされ、公判審理は公判前に出された結論の当否を確認する程度の意味しかもたないような国（フランス、オランダ）においては、いわゆる実質的直接主義や伝聞法則のような原則は採用されておらず、公判における反対尋問権ないし証人審問権の保障は弱い。

次に、公判において事実認定者と訴訟指揮者が区別されているかどうかは、証拠申請に対する規制のあり方に影響を

及ぼす。陪審制の国（イギリス、アメリカ）では、裁判官は事案解明に直接の関心を持たず、当事者間の公平という観点から、証拠の採否を決める権限を有する。他方、両者が分離しておらず、裁判官は事案解明を目的に訴訟指揮を行う国（とりわけ、ドイツ、オーストリア、ポルトガル）では、裁判官が有罪の予断に基づき証拠調べの必要性を否定することの弊害は大きいため、これを規制する必要がある。

さらに、捜査・公判を通じての当事者の役割も、公判における証拠申請手続の要件に影響を及ぼす。捜査段階において当事者双方が自ら証拠を集め、公判に提出しなければならない国（イギリス、アメリカ）では、当事者は証拠を公判期日までに取り寄せ、公判に提出するのが原則とされる。それだけに、公判前における証拠の調査収集手段を当事者に保障することが重要になる。これに対し、公判へ証拠を取り寄せるのは最終的には裁判所の責任である国では、当事者は証拠調べ請求を通じて、立証事項および証拠方法を摘示すれば足りる。

最後に、証拠調べの要否に関する事実審裁判所の判断が、上訴審による事後審査の対象になるならば（フランス、ポルトガル以外の国）、証拠申請権の法的保障は高まる。

そして、これらの観点からの比較分析の結果、「ほとんどすべての外国において、公判における証拠調べにドイツよりも低コストに構成されているが、これらの違いは主に手続構造の違いか、またはいくつかの国においては、ドイツであれば刑事手続に対する憲法上の要請にかんがみ甘受しえないだろう、法治国的欠陥に原因がある」という総括を行っている。¹⁰⁶

外国において、公判における証拠調べの負担が高くない理由につき、それが防衛権保障の欠陥ないし被告人の主体性の弱さに起因するものであれば、それらの国の制度は模範にならない。こうした理由からではなく、手続構造の違いから公判における証拠調べの負担がドイツより低い国として、アメリカをあげることができる。ペロンは、上記の共同研

究を行う以前にアメリカ法の詳細な比較研究を行っている。⁽¹⁰⁷⁾そこにおいて彼は、アメリカの「挙証権」(Beweisführungsrecht)の保障と制限のシステムの特徴を、次のように概括している。

まず、アメリカの刑事手続において、弁護側は事案解明のために事前に独自調査を行う責任を負う。そのための手段として、弁護側は、ドイツの記録閲覧とは比較にならない包括的な、警察・検察の捜査状況に関する情報を得る権利を有しており、また、警察のそれに対応する、任意の証拠の収集・保全手段(被害者や捜査担当警察官を含めた証人への質問、証拠物や証拠書類の保全、鑑定人への依頼、監視等)、私立探偵の利用が認められている。他方、問題点としては、資力の乏しい被疑者・被告人は十分な独自調査ができないこと、利用可能な法的強制手段および特別手続に限りがあること、独自調査において証拠の破棄・ねつ造を行うことの防止する必要が生じることをあげている。⁽¹⁰⁸⁾

次に、証拠の取寄せのための強制手段の利用可能性につき、修正第六条による強制的証人喚問権(compulsory process)の保障は、他の証拠方法の取寄せにも及ぶとされていること(Braham v. State, 571 P.2d 631 (1977), 644)一般的に罰則付き召喚令状(subpoena)は裁判所から白地形式で発布され(連邦刑事手続規則一七条)、「そこに被疑者・被告人(または弁護人)自らが、必要に応じて証人、鑑定人あるいは目的の証拠書類や証拠物の保有者と、審理の場所および時間を記入し、裁判所の執行官(marshal)または私人による送達の手配が行なわれるかまたは自ら送達を行えること、当事者には召喚状の引渡しの際に旅費および一日当たりの滞在費が支払われること、召喚に応じなかった場合は裁判所に対する被召喚者の勾引の申立てや法廷侮辱罪による刑事制裁を要求することができること、当該証人が拘禁されている場合は拘禁施設に対する「証言のための身柄提出令状」(writ of habeas corpus ad testificandum)を利用できることが、指摘されている。⁽¹⁰⁹⁾

もつとも、対象者が罰則付き召喚令状に応じる意思がなく、その取消しを求めている場合や、罰則付き召喚令状が州外または国外に送達されなければならず、そのために裁判所の強制処分承認や特別の補助措置が必要になる場合は、通常はその前に、当該証拠の防御上の重要性についても審査が行われる。この場合は、被告人はしばしば軽くはない説明・立証責任を負うとされる。⁽¹¹⁾

さらに証拠法による挙証権の制限につき、まず、伝聞法則に代表される、形式的定型的な証拠規則の存在が指摘できる。これらは、陪審制度を基礎に発達してきたコモンローの歴史に根差している。他方、関連性なし(irrelevant)、不適格な(incompetent)証拠、裁判所による認知(judicial notice)を理由とする排除は、不必要な証拠を制限するという一般的要請に基づくものであり、ドイツ法にも対応するものがある。もつとも、連邦証拠規則四〇三条のいわゆる「法的関連性」に基づく排除は、アメリカ法の方が却下の裁量が広い。他方、入手不可能性や、在外証人、鑑定、検証申請に対する特別の却下理由はドイツ法にしかない。この理由としては、アメリカの刑事訴訟においては、証拠を取り寄せるのは当事者の責任であるため、入手不可能性は証拠申請に対する却下理由としてではなく、証拠入手のための公的補助の保障、公判期日の延期の申立て、代替証拠の許容の際の問題になること、また、在廷する鑑定人の尋問や法廷に取り寄せられた物の検証についても、一般の却下理由で対応できることを指摘している。さらに、陪審制が基本であるため、証明済みや真実推定のように、裁判官が事実認定者であることを前提とした却下理由も存在しない。しかし、被告人または検察官は、「裁判上の承認」または「訴訟上の合意」(judicial admission, stipulation)により、その事実につき相手当事者の立証の機会を奪うことができる。その他に、アメリカでは、証拠法上の要件を満たすか否かにつき相当高度な申立ての説明・理由付けの責任を負っている。これに対して裁判官は少なからず却下裁量を有するとされて

(11)
いる。

彼の比較研究を基に、独米の被疑者・被告人の証拠の調査、収集、保全・申請に関する権利の全体像を第1図にまとめておく（アメリカは連邦法に基づく）。

以上の結果から、アメリカの刑事手続における弁護側の証拠申請は、事前の独自調査に基づき証拠調べの結果を予想した上で行われるのが基本であるのに対し、ドイツの場合は、公判における弁護側の証拠申請は常にその結果を予想して行われるのではなく、むしろ公判審理の途中で生じた疑問点につき、さらなる事案解明を求める手段としても利用できる制度となっていることが分かる。それゆえに、アメリカでは独自調査の可能性を権利面でも経済面でも保障することが、適正手続上の課題となっている。他方、ドイツでは、弁護側は独自調査も行えるものの、裁判所が事案の解明を尽くすことが法治国上の重要な課題とされる。公判における証拠調べの負担を減らすために、申請の時期を原則として公判開始前に制限することは、公判審理の結果に依拠した証拠申請を原則として排除することであり、弁護側の独自調査の責任が大きくなることを意味する。ところが、ドイツ法においては、公的弁護制度にせよ捜査情報の調査権にせよ、そのための手続的保障は整備されていない。(12) これらの比較法的見地に基づけば、証拠申請権に対してゲッセル提案のような手続的要件を課している国はあるが、それらの制限規定は、全く異なる手続構造の中に填め込まれており、公判前における弁護側の証拠の調査収集能力、予審の有無、上訴制度等の違いを無視できないという、上記のペロン意見は説得力に富んでいるといえよう。

第1図：弁護側による証拠の調査・収集保全・申請に関する権利の独米比較

| | | ドイツ | アメリカ (連邦法) |
|---------|---------|---|--|
| 憲法上の基礎 | 根拠条文 | <ul style="list-style-type: none"> 基本法103条1項：法的聴聞を受ける権利 欧州人権条約6条3項d：被告人の証人喚問権 同6条1項：公正手続、武器平等の原則 | <ul style="list-style-type: none"> 修正第6条：強制手続条項 修正第5条及び14条：適正手続条項 |
| | 射程 | <ul style="list-style-type: none"> 保障の射程は不明確 | <ul style="list-style-type: none"> 合理的要請に基づく制約 |
| 手続 | 統造 | <ul style="list-style-type: none"> 重層構造(裁判官・検察官を通じた事案解明+被疑者・被告人・弁護人の主体的関与権) | <ul style="list-style-type: none"> 当事者主義構造(弁護人の責任による被疑者・被告人に有利な事情の解明) |
| 弁護人依頼権 | | <ul style="list-style-type: none"> 刑法140条の必要的弁護制度は、起訴前も適用可能だが、通常は捜査終了後に選任。 | <ul style="list-style-type: none"> 修正第6条は、弁護人による「有効な援助」を求める権利を保障したもの。 有効な弁護には、弁護人による独自捜査も含まれる(Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984))。 |
| 独自調査の自由 | 独自調査の自由 | <ul style="list-style-type: none"> 弁護人に(独自調査の結果に対する)証言拒否権、押収拒否権を付与 (§53Abs.1 Nr.2, §53a, §97 StPO) | <ul style="list-style-type: none"> 弁護人が潜在的な不利益証人と接触することの禁止不可。 調査権の濫用の防止は、主に弁護人に対する懲戒法や刑法上の制裁などの間接的手段：「捜査妨害罪」(18 U.S.C. §1510)、「証人等威圧罪」(18 U.S.C. §1512)、偽証教唆罪(18 U.S.C.1622)、「押収妨害目的の器物毀棄隠匿罪」(18 U.S.C. §2232) |
| | 調査情報の取得 | <ul style="list-style-type: none"> 弁護人の記録閲覧権 (§147 Abs. 1 StPO)ただし、捜査終了前の捜査記録の閲覧は検察官の判断により制限可能 (Abs.2)。 | <ul style="list-style-type: none"> 包括的な捜査情報の取得権 (FRCP16(a)(1)) 捜査機関や検察官の保有、押収、管理下にある被疑者・被告人の過去の供述/被疑者・被告人の前歴/証拠書類および証拠物/検査・テストの報告書/専門家証人の報告書 証人供述の開示は制限的 (18 U.S.C. §3500) |

| | | ドイツ | アメリカ (連邦法) |
|--|---------|--|---|
| 独 自 調 査 | 証拠の収集保全 | <ul style="list-style-type: none"> ・独自調査に基づく証拠の収集保全は少ない。 ・通常、被疑者・被告人は、証拠調べ請求を通じて、捜査機関や裁判所(裁判官)に、自己に有利な証拠の収集を要請。 ①取調時の捜査機関に対する証拠調べ請求権 (§163a Abs.2 StPO)。対応は捜査機関の判断による。 ②尋問時の捜査担当裁判官に対する証拠調べ請求権 (§166 Abs.1 StPO)。却下には理由が必要であるが、不服申立ては不可。 ③中間手続における被告人の証拠調べ請求権 (§201 Abs.1 StPO)。却下には理由が必要であるが、不服申立て不可。 ④公判の準備手続における被告人の証拠調べ請求権 (§219 Abs.1 StPO)。却下には理由が必要であるが、不服申立て不可。実際には、§244 Abs.3-5 StPO に従い判断。 | <ul style="list-style-type: none"> ・弁護人は証拠保全のために、任意手段により、提供された書面や検証物を保管、犯行現場の写真撮影、専門家への鑑定依頼および私立探偵への調査報告書の作成依頼。 ・証人の供述の保全のために、宣誓供述制度 (deposition) の利用可能 (FRCP15)。宣誓供述録取書は、供述不能要件の下、証拠として許容される (FRE804(b)(1))。 ・宣誓供述手続のための証人召喚令状 (subpoena ad testificandum) の請求可能 (FRCP17(f))。 ・無資力者は、裁判所に旅費、滞在費、弁護士の特別費用の補償申請可能。 ・第三者が保有する証拠書類や証拠物の提出命令状 (subpoena duces tecum) の請求可能。当事者は提出物を閲覧可 (FRCP17 (c))。 |
| | 経費の補償 | <ul style="list-style-type: none"> ・無罪の場合に「必要的経費」の補償 (§464a StPO)。私立探偵や私的鑑定の費用が補償されることは極めて稀。 | <ul style="list-style-type: none"> ・調査費用は自己負担が原則。 ・特別の必要性を証明できれば、専門家の援助のための費用の補償可能 (18 U.S.C. §3006A(e), Ake v. Oklahoma, 470 U.S. 68 (1985).) |
| 公 判 へ の 証 拠 の 取 寄 せ | 責任主体 | <ul style="list-style-type: none"> ・証拠申請または職権に基づき、裁判所の責任で証拠を取寄せ。 | <ul style="list-style-type: none"> ・被告人の責任で公判廷に取寄せ。 |
| | 強制手続の利用 | <ul style="list-style-type: none"> ・証拠申請が却下された場合、被告人は裁判所の執行官に、証人・鑑定人等を直接召喚させることが可能 (§220 StPO)。 ・直接召喚した証人・鑑定人等が事案解明に役立った場合は国が費用補償。 | <ul style="list-style-type: none"> ・罰則付き召喚令状 (サピーナ: subpoena) の申立て。 <通常の場合> 対象者は白地で発行。被告人ないし弁護人自らが、必要に応じて証人、鑑定人あるいは目的の書面や検証物の保有者と、審理の場所および時間を記入し、裁判所執行官または私人が送達の手配、または自ら送達 (FRCP17)。 裁判所職員を通じてサピーナを送達する場合、対象者の所在地の明 |

| | | ドイツ | アメリカ (連邦法) |
|---|--|--|---|
| 強 制 手 続 の 証 拠 の 利 用 取 寄 せ | 公 判 へ の 証 拠 の 利 用 取 寄 せ | | <p>記が必要。国は自らが証人を発見できない原因に寄与したのでない限り、証人の搜索義務なし。 <特別の場合> 対象者はサピーナに依る意思がなく、その取消しを求めている場合や、送達が州外または国外に及ぶために、裁判所の特別措置が必要になる場合は、当該証拠の防御上の重要性を事前審査。弁護側に説明・立証責任。 国外へのサピーナの送達は、裁判官が当該証人の存在が司法の利益にとって必要な場合に実施 (FRCP17(e), 28 U.S.C.§1783)。</p> <ul style="list-style-type: none"> 対象者が召喚に応じなかった場合は、裁判所に対して被召喚者の勾引の申立てや、法廷侮辱罪による刑事制裁の要求可能。 対象者が拘禁されている場合、被疑者・被告人には、裁判所による拘禁施設に対する「証言のための身柄提出令状」の申立て可能。 国庫による費用負担は、被告人が証人・鑑定人等を指名し、防御上の必要性の説明が必要 (FRCP17(d))。 |
| | 公 判 の 中 断 ・ 延 期 | <ul style="list-style-type: none"> 証拠申請が採用されれば、取寄せに必要な期間、公判を中断。 時期に遅れた証拠申請であることを理由に却下することは不可 (§ 246Abs. 1StPO)。 | <ul style="list-style-type: none"> 予定証人が期日に在廷しない場合、公判期日の延期 (continuance) の申立て可能。延期は、証拠の適切性、重要性、証明の成功の可能性、その他の証拠による代替可能性等を考慮し、延期しないことが被告人に相当な不利益を被らせる場合に許容。 |
| 証 拠 法 上 の 制 限 | 却 下 理 由 | <ul style="list-style-type: none"> §244Abs.3StPO：通常の証拠申請に対する一般の却下理由(証拠調べが不適法、顕著な事実、証明対象事実が重要でない、若しくは証明済み、証拠方法が全く不適切若しくは入手不可能、訴訟遅延目的の証拠申請、または証明されるべき被告人に有利な重要な事実 | <ul style="list-style-type: none"> FRE201：裁判所による認知 (judicial notice) FRE401, 402：証明しようとする事実の重要性 (materiality) と証拠価値 (証明力) (probative value) FRE403：関連性の有無を厳密に判断せず、法律的関連性を否定し |

| | | ドイツ | アメリカ (連邦法) |
|---------|----------|--|---|
| 証拠申請の制限 | 却下理由 | <p>が真実と推定できる場合</p> <ul style="list-style-type: none"> • Abs.4: 鑑定申請に対する特別の却下理由(裁判所の専門知識、それ以前の鑑定により反対事実が証明済み) • Abs.5: 検証申請、在外証人の申請に対する裁量的却下 • §245Abs.2StPO: 在廷証拠の申請に対する却下理由(証拠調べが不適法、証明対象事実が証明済み、顕著、若しくは関連性なし、証拠方法が全く不適切、または訴訟遅延目的の証拠申請) | <p>て排除することも可能。</p> <ul style="list-style-type: none"> • FRE601: 原則としてすべての人に証人適格を肯定。証言能力は必要。 • FRE702: 専門家証言の許容性基準 • FRE801以下: 伝聞法則 • FRE901(a): 同一性・真正の立証 • FRE1002: オリジナル証拠の原則 • 法廷自白・訴訟上の合意 (judicial admission, stipulation) |
| | 手続上の制約 | <ul style="list-style-type: none"> • 証拠申請は判決言渡しの前まで、公判の全期間を通して可能。 | <ul style="list-style-type: none"> • 弁護側の事前開示義務に違反した場合、制裁として証拠排除可能。 FRCP12.1, 12.2, 12.3: アリバイ、責任無能力、正当行為の事前証拠開示 FRCP16: 書面、検証物、鑑定書の相互開示義務 FRCP26.2: 証人の供述調書は主尋問後に開示する義務 |
| | 申請者の説明義務 | <ul style="list-style-type: none"> • 原則として、証拠の具体的内容について説明する義務は負わない。 | <ul style="list-style-type: none"> • FRE103(a)(2) 相手当事者から異議申立て (objection) があつた場合、裁判所は排除決定の前に、「立証の申立て」 (offer of proof) の機会を保障。 そこにおいて証拠申請者は、期待される証言等の内容、それによって証明しようとする具体的事実、どのような形で判決に影響を及ぼしうるかを説明。 裁判官は疑問をもつ場合、陪審のいないところで証人尋問可能。 |

この表は、Walter Perron, Das Beweisanspruchsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozess, 1995に基づき作成した。

四 日本 の 刑事 手続 改革 論 へ の 示 唆

ドイツでは七〇年代から九〇年代末まで、刑事公判における証拠調べの迅速化が改革の課題に上げられ続けてきた。公判における証拠調べの負担の実態を示すデータとして、二〇〇〇年にドーリング (Dieter Dolling) らによる調査結果が公表されている。⁽¹¹³⁾ この調査は、訴訟期間に影響を及ぼしている要因を探る目的で、ドルトムント、フランクフルト/マイン、ミュンヘン第一およびカールスルーエの各地裁における、一九九四年に処理された刑事事件 (カールスルーエについては一九九五年に処理された事件も含まれる) から抽出した訴訟記録 (各二〇〇件前後) に基づき行われたものである。これによれば、一記録あたりの平均証人数は最も少ないミュンヘン第一地裁で五人、最も多いカールスルーエ地裁で九・三人となっている。⁽¹¹⁴⁾ また、一人以上の鑑定人が公判に出席した件数の割合は、最も多いドルトムント地裁で一六・八%、最も多いフランクフルト地裁で二六・八%であった。⁽¹¹⁵⁾ ドイツの地裁はすべて合議体であり事物管轄の違いを無視して単純に比較できないが、日本の場合、平成一三年の地裁における被告人一人あたりの平均取調証人数は〇・八人、法廷合議事件に限っても一・六人であり、⁽¹¹⁶⁾ 鑑定が行われた人員は一八三人 (同年の終局人員数・七一三七九人で割ると約〇・三%) であることと比較してみても、ドイツの刑事公判において取調べている証人等の数の多さが分かる。⁽¹¹⁷⁾ 職権主義のため、ひとりあたりの尋問にかける時間は比較的短くてすむことが多いだろうが、活発な弁護活動が行われる事件においては、証拠調べの負担は相当増大することが予想できる。

ドイツでは司法の負担軽減策として、区裁の事物管轄の拡大、不起訴裁量の拡大、軽微事件における手続の簡素化等による、重大事件の審理への資源の集中化が中心になり、その他公判審理の負担を軽減するために、多少の個別手続の

様式性の緩和が図られてきた。他方、部分的に後退はみられるものの、比較的厳格な直接主義や証拠申請権の保障体系が維持されてきたのは、法治国的要請を満たすためには、これに代替すべき公判前の弁護側の独自調査がおも弱く、そのための手段の保障も整備されておらず、さらに、そちらの方向への構造転換を行うメリットよりもリスクの方が大きいと考えられてきたからだといえる。

こうしたドイツの刑事手続改革論と比較すれば、今日の日本の改革論は異なる背景から生じている。まず、日本においては、公判における証拠調べの負担が一般的な形で問題にされているわけではない。第2図に示すとおり、地裁における被告人一人当りの平均証人数は、一九五三年の時点では三人近くあったが、その後、一九六九年の新宿騒乱事件の公判があった年に非常に高値を示したことを例外として、小さな変動を繰り返しながらも減少し、九八年以降二〇〇一年までは〇・八人に落ちこんでいる。証拠調べの節約は、第3図の鑑定人延べ総数と検証延べ回数にも顕著にあらわれている。鑑定人延べ総数については統計を取り始めた一九五三年に一四六八人であったものが、司法統計年報による最後の公表となった一九九八年には二三二人に、⁽¹⁹⁾検証延べ回数については、一九五七年に三五四回であったものが一九九八年には五〇回にまで減少している。このように、平均的または全体的に見る限り、日本の刑事公判の負担はかなり軽減されている。

また、継続が二年を超えるような事件についても、一九七〇年代の訴訟促進策により、相当に減少している。一九五七年からの地裁における事案複雑等を理由とする長期未済人員（係属二年を超える人員）の変化（第4図参照）をみれば、まず一九六一年よりしばらく減少が続いたことがわかる。一九六一年は集中審理の普及のために事前準備に関する規定を充実させる規則改正が行われた年である。しかし、この減少傾向は持続せず一九六六年を境に急激な増加に転じ、一九七三年には五〇三〇人にまで達した。かつて集中審理の取組みは、六〇年代後半に壁にぶつかったと言わなければ

ならない。その後、地裁における長期未済人員は一九七三年を境に再び顕著な減少を始める。この年は、前年に出された最高裁高田判決を契機に、刑事事件担当裁判官の会同・協議等で長期化対策が再び議題にされた年であった。一九七四年以降の減少傾向は今日まで持続し、二〇〇一年には一九七人と、ピーク時の四％以下にまで減少している。

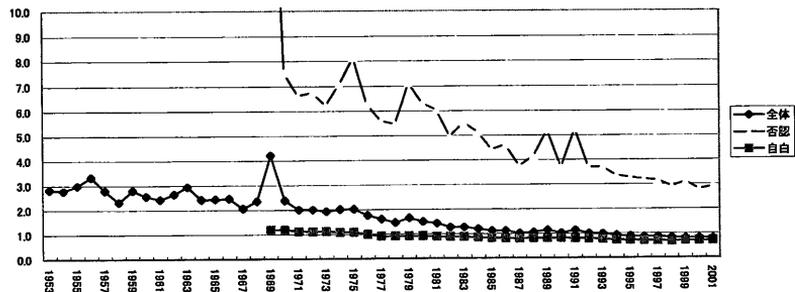
日本における現在の刑事手続改革論は、負担軽減のみを目的としているのではない。刑事手続改革の基本枠組を定めた司法制度改革審議会は、その意見書において、特異重大事件の刑事裁判が特別に長期を要することを理由に、いわゆる「集中審理」の徹底による刑事裁判の迅速・充実化を提言した。⁽¹²⁰⁾そこでは、特異重大事件への対応という現代的課題と、集中審理や市民参加という近代的課題が、前者のためにも後者が必要という形で、同時に解決することが求められている。ごく一部の刑事事件にみられる特異な長期係属をも可能にさせている仕組みは、職業裁判官のみによる裁判であり、かつ、事後的な調書類の閲読による心証形成が可能であるなど、日本型手続構造にある。したがって、逆にこうした構造を改め、集中審理を実現すれば、長期係属問題の解決も図らざるを得なると考えられているのである。これは、ドイツの一九七五年刑事訴訟改革が、大規模手続の長期化対策（長期化への対応）として、公判の中断期間の延長にせよ、口頭主義の緩和にせよ、また参審制度の改革にせよ、むしろ集中度を弱める方向の改革を行ったこととは対照的である。

もちろん、今もドイツの刑事訴訟は参審制のもと集中審理方式が基本である点に変わりはない。集中審理は十分な事前準備によってはじめて可能になる。職権主義のドイツでは、裁判官が事前に捜査記録に目を通し、また事前の証拠申請または職権により必要な証拠の取寄せを済ませておくことができるが、公判開始後も公判審理の全期間を通じた訴訟関係人（とりわけ弁護側）の証拠申請により、新たな展開になることも稀ではない。この意味において、決して職権主義がドイツ刑事訴訟のすべてではない。こうした公判審理並行型の弁護活動を保障する法制は、確かに訴訟遅延の危険

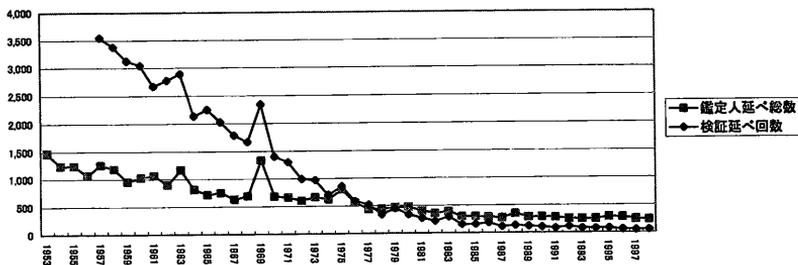
をも伴うだろう。しかし、ドイツでは、それにかわる事前準備型弁護活動のための手段が整備されておらず、また、こちらへの大転換を図ることは多数の指示を得るに至っていないことから、法治的要請として、現行の証拠申請権保障を後退させることはできないと考えられているのである。

日本では裁判所は事案解明義務を負わないものの、真実が重視され、公判における証拠調べと並行して必要な証拠申請を行う弁護活動が例外でない点は、ドイツと共通する。現在作業が進められている刑事手続改革は、事前の準備手続の充実による公判審理の迅速化であるから、被告人側の視点からは、公判審理並行型から事前準備型弁護への転換を求められている改革といえる。そして、もともと公判における証拠申請権はドイツ程強く保障されておらず、また、当事者主義のモデル国である英米型により近づく方向の改革であることから、構造転換への障害はより少ないといえる。しかし、日本の捜査手続はドイツ以上に糾問的であり、独自の弁護活動の余地は限られている。起訴後においても捜査情報の包括的事前開示規定はなく、独自調査の困難性はそれ程変わらない。従って、もし現在検討が進められている刑事手続改革が、真に公判審理並行型から事前準備型への弁護活動に転換を図らせたいのであれば、捜査および公判前手続を通じた防御活動の手段の保障が合わせて検討することは不可避であろう。実際に事前準備型の弁護活動が行われるようになるのであれば改革の目的は果せない。それを無視したまま形式だけ事前準備型に転換し、公判における防御権を制限することは、ドイツでは法治的基準を満たさないと理解されていることを、最後に強調したい。

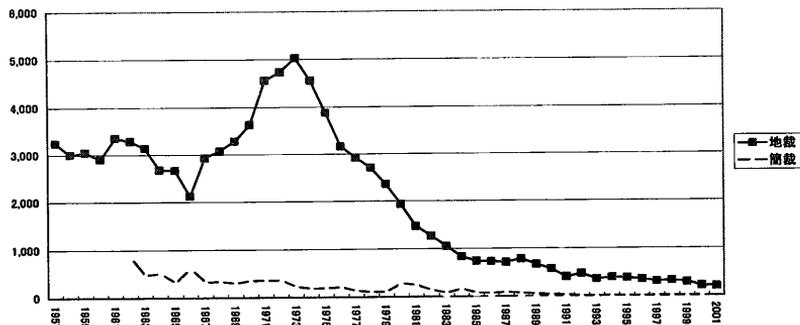
第2図：通常第一審被告人一人当たり平均証人数（地裁）



第3図：通常第一審における鑑定人延べ総数と検証延べ回数（地裁）



第4図：事案複雑等を理由とする長期未済人員



以上のグラフは、各年の『司法統計年報刑事編』（最高裁事務総局）および法曹時報掲載の「刑事事件の概況」（最高裁事務総局刑事局）に基づき作成した。

注

- (1) 詳細については、拙稿「証拠調べ強制権」『庭山英雄先生古稀祝賀論文集・民衆司法と刑事法学』（一九九九年、現代人文社）一四九頁を参照されたい。
- (2) 「証拠予断の禁止」とは、①裁判所が証拠を取り調べることなく、その証拠は信用できないだろうとか、あるいは証明は成功しないだろうと消極的に予測し、証拠調べを拒否することの禁止、および②予測される証明結果よりも既存の心証を優先させて証拠調べを拒否することの禁止を意味する。「証拠予断の禁止」の原則の歴史については、拙稿「マックス・アルスベルクの証拠申請権論（二）」静岡大学法経研究四四巻一号（一九九五年）五七頁を参照されたい。
- (3) Max Alsborg, Der Beweis Antrag im Strafprozess, 1930. マックス・アルスベルクの証拠申請権論については、拙稿「マックス・アルスベルクの証拠申請権論（一）」静岡大学法経研究四二巻二号（一九九四年）一〇七頁、「同（二）」同四四巻一号（一九九五年）五七頁および「同（三・完）」静岡大学法政研究一卷二・三・四号四三二頁を参照されたい。
- (4) なお、戦前・戦後の関連法規については、Hoger Schatz, Das Beweis antragsrecht in der Hauptverhandlung: Reformgeschichte und Reformproblematik, 1999, 394ff.を付録の形で引用されており、本稿もこれによった。
- (5) Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4. 1. 1924 (RGBl. I S.15).
- (6) Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG v. 28. 6. 1935 (RGBl. I S.844).
- (7) Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege (betrifft nicht Danzig) v. 1. 9. 1939 (RGBl. I S.1658).
- (8) Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts (Rechtsvereinheitlichungsgesetz) v. 12. 9. 1950 (BGBl. I S.455, 629).

- (6) 「ドイツ」 Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG (StPÄG) v. 19. 12. 1964 (BGBl. I S.1067) に「小刑 事訴訟法改訂」。
- (10) Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts v. 9. 12. 1974 (BGBl. I S.3393, 3533). なお、本法案の提案理由を翻 訳紹介した資料として、高田昭正・熊谷恭佑「刑事訴訟法改正第一法律草案」理由書総論仮訳（1）（5）」大阪市立大学法 学雑誌二二巻二号二二七頁、同二二号五一九頁、同四号六〇六頁、二三巻一号一六三頁、同二二号三〇五頁がある。
- (11) Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts v. 20. 12. 1974 (BGBl. I S.3686).
- (12) Einführungsgesetz zum StGB (EGStGB) v. 2. 3. 1974 (BGBl. I S.469, 502).
- (13) Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 v. 5. 10. 1978 (BGBl. I S.1645).
- (14) Gesetzesantrag der Länder BW, BAY, BLN, BB, HB, MV, NW, SN, ST und TH v. 24. 05. 1991, Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege, BR-Dr.314/91.
- (15) Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege v. 11. 1. 1993 (BGBl. I S.50). なお、一九九三年の司法負担軽減法については、浅田 和茂「ドイツ刑事司法における負担軽減立法について」大阪市立大学法学雑誌四〇巻四号（一九九四年）一六六頁以下に詳し く紹介されている。
- (16) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. v. 18. 02. 1994, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechenbekämpfungsgesetz), BT-Dr.12/6853.
- (17) Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechenbekämpfungsgesetz) v. 28. 10. 1994 (BGBl. I S.3186) 犯罪対策法として、宮澤浩一「ドイツの新犯罪防止法（その一）」（その二）（その三）時の法令一四八八号（一九九四年）五四頁以下、一四九四号（一九九五年）五七頁以下および一五〇六号（一九九五年）

六〇頁以下、川出敏裕「ドイツ犯罪対策法(上)」、「(下)」ジュリスト一〇七七号(一九九五年)一〇三頁以下およびジュリスト一〇七八号(一九九五年)五一頁以下において詳しく紹介されている。

(18) Gesetzesantrag der Länder Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen v. 06. 10. 1995, Entwurf eines Zweites Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (strafrechtlicher Bereich), BR-Dr.633/95.

(19) 連邦検事長ネーム氏らが三つの長期継続事件の原因を分析した一九九八年の論稿では、調査結果の分析からは、現行法においても、立法論としても手続遅延の重要な原因は、証拠申請権やその他の重要な防御権を制限することなく取り除くことができないことが分かるという結論が導き出されている。Kay, Nehm/Lothar Senge, Ursachen langer Hauptverhandlungen— dargestellt am Beispiel von 3 Strafverfahren, NSZ 1998, 377.

(20) BT-Dr 8/976 S.1.具体的な法案作成作業は、一九七五年三月一四日にボンで開催された州司法大臣臨時会議、および同年五月五日から七日にかけて開催された第四五回同定例会議の審議の結果、刑事手続改革ワーキンググループが設置されたことから始まる。七六年六月、連邦司法省は「刑事手続の更なる簡素化のための法律」の専門担当官草案を作成し、関係機関からの意見を聴取した後、翌年一〇月三日付で政府法案を議会に提出した。(BT-Dr 8/976 S.17f.)

(21) BT-Dr 8/976 S.1f.

(22) BT-Dr 88/976 S.50f.

(23) もっとも、提案理由はこの点は「訴訟関係人の訴訟上の地位を何ら侵害しない」と説明している。なぜなら、特定の証拠方法を提出するときには、必ず、その証拠方法により何を明らかにしたいかの意見が結び付いているはずであるから、その者に、これを証拠申請の形で明確にすることを要求してもよいとされる。(BT-Dr 8/976 S.52.)

(24) Sigrid Hagemann, Entstehung, Entwicklung und Bedeutung der Vorschrift über die Präsenten Beweismittel im

Strafprozessrecht (§245StPO), Diss. Tübingen, 1980, S.401.

提案理由はこの点につき、「判例および学説の一致した理解によれば、この要素は、一般的基準に従い厳格な尺度を当てて判断されるべきもので、とりわけ、これまでの証明結果の考慮することは認められていない。裁判所が、何ら有益な結果をもたらし得ないことが予め確定している証拠方法を強制されることは、承認しうる証拠調べ上のいかなる利益からも正当化され得ない」と説明している。ここで述べられているように、証拠方法の適切性の判断が、既存の心証に影響されず、純粹に証拠方の性質から行なわれるのであれば、「証拠予断」の問題は批判される程度のものとはならないだろう。

(25) Vorschläge zu gesetzlichen Maßnahmen zur Entlastung der Gerichte und Staatsanwaltschaften in der Strafgerichtsbarkeit, StV 1982,325.

(26) ebd., S.325ff.

(27) ebd., S.325.

(28) ebd., S.327.

(29) ebd., S.331.

(30) ebd., S.331.なお、訴訟遅延目的の証拠申請の却下の法理については、拙稿「訴訟遅延目的を理由とする証拠申請の却下—ドイツ刑事訴訟におけるその法理の生成」浅田和茂他編『井戸田侃先生古稀祝贺記念論文集・転換期の刑事法学』（一九九九年、現代人文社）三九九頁を参照されたい。

(31) ebd., S.332f.

(32) ebd., S.331.

(33) ebd., S.331.

- (37) Aktueller Stand der Bestrebungen zur Änderung der Strafprozeßordnung, StV 1982, 600; Mitteilungen, Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung strafverfahrensrechtlicher Vorschriften (Strafverfahrensänderungsgesetz 1983-StVÄG) AnwBl 1983, 264.
- (38) Schatz, a.a.O.(4), S.146.
- (39) Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 23. 12. 1983, Entwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1984, BR-Dr 546/83.
- (40) Strafverfahrensänderungsgesetz 1987 v. 27. 1. 1987 (BGBl. I S. 475).
- (41) BR-Dr 314/91, S.48f.
- (42) Gesetzesantrag der Länder BW, BAY, BLN, BB, HB, MV, NW, SN, ST und TH v. 24. 05. 1991, Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege, BR-Dr-314/91.
- (43) BR-Dr 314/91 S.101ff, BT-Dr 12/1217 S.35f.
- (44) もっとも、入手不可能性の要件は裁判所が取寄せ努力を尽くすことが前提であったのに対して、提案の二四四条第五項第一文によれば、単にそれまでの証拠調べの結果に基づき、その必要性を判断できるようにするのであるから、提案理由以上に、同者の差異は存在せず。 Lutz Meyer=Goßner, Änderung der Strafprozeßordnung durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz, NJW 1993, 500.
- (45) BR-Dr 314/91 (Beschluß).
- (46) Gesetzentwurf Bundsrat 05.07.1991 BT-Dr 12/1217.
- (47) BT-Dr 12/3832.
- (48) BT-Dr 12/3832 S.40f.

(46) なお、連邦憲法裁判所は、二四四条五項第二文が、被告人の証拠調べに影響を与える可能性を限界付けるにあたり、司法共助の手段を通じて証人を召喚するために通常必要な高度な時間的、組織的コストを考慮している点は、憲法に反しないと判断した。(BverfG StV 1991, 1.)

(47) BT-Dr 12/6853 S.1.

(48) 簡易手続は、それまで刑法二二二条ないし二二二b条に規定されていたが、中間手続が短縮されるに過ぎなかったため、一九九〇年の旧西ドイツ州の区裁判所における利用率は四・〇％にとどまっていた。(BT-Dr12/6853 S.34.)

(49) それまで自己閱讀手続の対象から除外されていた、証人、鑑定人または共同被告人の供述調書(二五一条書面)や証言や鑑定意見を含む公務所等の意見書および一定の軽い傷害に関する医師の診断書(二五六条書面)も、対象に含まれることになった(刑法二四九条二項)。

(50) なお、簡易手続による場合は一年を超える自由刑または改善保安処分を科すことはできない(四一九条一項)。

(51) 二〇〇一年のドイツ司法統計(Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Gerichte und Staatsanwaltschaften, 2001)によれば、全国の区裁判所処理件数は八三万八七五九件であり、うち簡易手続の申立てにより開始した事件は三三九四一件、略式命令に対する不服申立てにより開始した事件は一六万二二九六件であった。

(52) BT-Dr 12/6853 S.36.

(53) 当初、連邦議会に提出された法案は、刑法法四二〇条一項として、参審裁判所の管轄事件も含めたすべての簡易手続において証拠調べ請求権の保障規定の適用をはずしていたが、両院の調整委員会から単独裁判官の管轄事件に限定する修正案が出され、これが四二〇条四項として成立した。(BT-Dr 12/6853 S.11.)

(54) 証拠申請権の制限に関連する部分については、Schatz, a.a.O.(4), S.412を資料として引用されている。

(55) Gesetzesantrag der Länder Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen v. 06. 10. 1995, Entwurf eines Zweites Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (strafrechtlicher Bereich), BR-Dr 633/95.

(56) なお、この間に、ハンブルク州より一九九四年三月三十一日に連邦参議院に対して「刑事訴訟改正のための法律案」の申立て (BR-Dr 290/94) が行なわれ、またバイエルン州より同年四月二〇日に「刑事手続の緊縮化・迅速化のための法律案」の申立て (BR-Dr 331/94) が行なわれる動きもあった。両法案には、証拠調べ請求権の制限につき、先の司法負担軽減法案から削除された条文が再び盛り込まれていた。

(57) これは、一九九三年二月二十八日に、連邦司法省からドイツ裁判官同盟刑事法大委員会に対して行われた、「立法論としての刑時手続の簡素化、迅速化策」をテーマとする鑑定嘱託に対する報告書である。その要旨は、Heinrich Kinzi, Möglichkeiten der Vereinfachung und Beschleunigung von Strafverfahren de lege ferenda, DRiZ 1994, S.325に紹介されている。その中で、DDB-Vorschläge zu Änderungen des Strafverfahrensrechts, DRiZ 1994, S.303とその簡単な紹介がある。

(58) BR-Dr 633/95 S.2f.

(59) BR-Dr 633/95 S.8f. 二四四条三項第二文の改正案は、一九九一年の連邦参議院による司法負担軽減法案の規定 (BR-Dr 12/1217, S.7, Artikel 3 Nr.4 Buchst.a) を「再提案したものである」。

(60) 一般的な形での立法提案とは結び付かなかつたが、他にも、証拠申請者に対する証拠内容等の説明の義務付け、一般的濫用禁止条項の導入が議論されてきた。Vgl. Schatz, a.a.O. (4), S.353, 359.

(61) Stellungnahme des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins v. 7. 6. 82 zu Vorschlägen für die Justizministerkonferenz, AnwBl 1982, 298; Klaus Uisenheimer, Einschränkungen des Beweisrechts in Gegenwart und Zukunft, AnwBl 1983, 373. ①他② Resolution des 6. Strafreichtertages zu den geplanten Gesetzesänderungen im Strafverfahrensrecht, StV 1982,

301; Erklärung der Vereinigung hessischer Strafverteidiger e. V. zu den "Vorschlägen zu gesetzlichen Maßnahmen zur Entlastung des Gerichte und Staatsanwaltschaften in der Strafgerichtbarkeit", StV 1982, 392; ÖTA-Stellungnahme zu den geplanten Gesetzesänderungen im Strafverfahrensrecht, ZRP 1983, 20.

(28) Ulrich Bertz, Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung des Strafverfahrens, NJW 1982, 729 [734]. 'やまにどおれ
 への罪罪へのり' H. v. Glasenapp, Nochmals: Möglichkeiten und Grenzen der Beschleunigung des Strafverfahrens, NJW
 1982, 2057.

(29) Erklärung des 15. Strafverteidigertages vom 26.-28. 4. 1991 in Berlin und erste Stellungnahme der Strafverteidigerver-
 einigungen zu den Beschlüssen der Konferenz der Justizminister und -senatoren vom 24. 4. 1991 zur 《Strafung des
 Strafverfahrens》, StV 1991, 280; Gemeinsame Erklärung der BRAK und des DAV, AnwBl 1991, 309; Entschließung der
 Mitgliederversammlung des Deutschen Anwaltvereins am 8. Mai 1991, AnwBl 1991, 310; Erklärung von 94 deutschen
 Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege, StV 1991, 398.
 'あふい' Hans-Joachim Weider, Anmerkung zur Entlastungsnovelle auf dem Gebiet des Strafverfahrens, StV 1991, 326;
 Rainer Hamm, Vorschläge zur Entlastung der Strafstuz, StV 1991, 530; Armin Schoreit, Zum Entwurf eines Gesetzes zur
 Entlastung der Rechtspflege, DRiZ 1991, 404. '燕罪加の図探類へのり' Bernd Asbrock, Entlastung der Justiz zu Lasten
 des Rechtsstaats?, ZRP 1992, 11.

(30) Joachim Schulz, Die Erosion des Beweisantragsrechts. Zum Entwurfs eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege,
 StV 1991, 354; Gerhard Werle, Aufbau oder Abbau des Rechtsstaats—Zum strafverfahrensrechtlichen Teil des Entwurfs
 eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege—, JZ 1991, 789.

(65) ドイツ刑事訴訟における「事前の合意」については、山名京子「刑事訴訟における『事前の合意』」関大法学四二巻一号（一九九一年）七四頁、同「ドイツ刑事訴訟における事前の合意」奈良法学会雑誌一三巻三・四号（二〇〇一年）一三九頁、トーマス・ヴァイゲント／井上正仁訳「ドイツにおける取引刑事司法」法学協会雑誌一〇九巻九号（一九九二年）一四一三頁、ヨアヒム・ヘルマン／加藤克佳訳「取引司法―ドイツ刑事司法にとって有用か？」愛知大学法学部法経論集一三三三号（一九九三年）八九頁、同「ドイツ刑事手続における合意」愛知大学法学部法経論集一五六号（二〇〇一年）一頁、松尾浩也「刑事手続における訴訟関係人の非公式協議―ドイツ刑事訴訟法に関する第二の Bericht―」内藤先生古稀記念『刑事法学の現代的状況』（一九九四年）五六三頁、ハンス・リーリエ／日高義博訳「答弁の取引―ドイツ刑事訴訟法においては『合意』か？―」専修法学論集六九号（一九九七年）五一頁、佐藤芳男「研究ノート・捜査手続きにおける申合せ」青山法学論集四一巻四号（二〇〇〇年）一一二頁、田口守一「ドイツ刑事訴訟における合意手続の法的構成」光藤先生古稀祝賀論文集・上巻（二〇〇一年）三五五頁を参照されたい。

(66) Ellen Schlucher, *Weniger ist mehr*, Baden-Baden 1992.

(67) 極右団体の構成員に対するシュトゥットガルト地方裁判所の事件において、弁護士から公判期日の度に一九人から四〇人の証人を申請したり、六四回にわたる忌避申立が行われ、三年以上、一二〇期日にわたる開廷の後、参審員が病気になり、所定の期間内に手続を再会できる見通しがたなくなることから、手続を打ち切らざるを得なかった事例が紹介されている。
(Rudolf Wassermann, *Von der Schwierigkeit, Strafverfahren in angemessener Zeit durch Urteil abzuschließen*, NJW 1994, 1106; Stuttgart Extremistenprozess geplazt, NJW 1994, 1708).

(68) Günter Müller, *Rechtsprechung im Vergleich der Länder Europas*, DRIZ 1993, 381による「イギリス、フランス、イタリア、オランダ、スペイン、ポルトガルとドイツとの比較に基づいている」。

- (69) Heinrich Kinzi, Möglichkeiten der Vereinfachung und Beschleunigung von Strafverfahren de lege ferenda, DRiZ 1994, S.325ff.
- (70) Karl Heinz Gössel, Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen? in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Münster 1994, Band I (Gutachten) TeilC.
- (71) BVerfGE 19 342, 347.
- (72) BVerfGE 32 373, 381.
- (73) Gössel, Gutachten, C28ff.
- (74) Günter Müller, Rechtsprechung im Vergleich der Länder Europas, DRiZ 1993, 381.
- (75) Gössel, Gutachten, C57f.
- (76) ebd., C61ff.
- (77) ebd., C62.
- (78) Werle, aaO(64),S.793; Ashrock aaO(63),S.12f., Rainer Hamm, Der Standort des Verteidigers im Strafprozeß, NJW 1993, 295.
- (79) Gössel, Gutachten, C64f.
- (80) Frister, Das Verhältnis von Beweisantragsrecht und gerichtlicher Aufklärungspflicht im Strafprozeß, ZStW Bd.105 (1993), 340, 360; Werle, aaO(64), S.792.
- (81) Gössel, Gutachten, C66.
- (82) ebd., C69f.

- (83) ebd., C73ff, C85.
- (84) Ellen Schlucher, Beschleunigung des Strafprozesses und insbesondere der Hauptverhandlung ohne Rechtsratsverlust, GA 1994, 411f.
- (85) ebd., S.416f., 421f.
- (86) ebd., S.418.
- (87) Helmut Frister, Beschleunigung der Hauptverhandlung durch Einschränkung von Verteidigungsrechten?, StV 1994, 446.
- (88) ebd., S.448, 404, 427 Klaus Bernsamm, Wider eine Vereinfachung der Hauptverhandlung, Einige Anmerkungen zum Thema der strafrechtlichen Abteilung des 60. Juristentages, ZRP 1994, 331.
- (89) Gunter Widmaier, Kritische Gedanken zur diskutierten Reform des Beweisantrags- und Revisionsrechts, NSZ 1994, 416.
- (90) ebd., S.417.
- (91) Walter Perron, Beschleunigung des Strafverfahrens mit rechtsstaatlichen Mitteln?, JZ 1994, 823, 824.
- (92) ebd., S.827.
- (93) ebd., S.830.
- (94) Walter Perron, Diskussion in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Münster 1994, Band II/2 (Sitzungsberichte-Diskussion und Beschlussfassung) TeilM, M107ff.彼が責任者となつて実施した。日本を含む九カ国の刑事訴訟における証拠調べ手続に関する比較研究の報告書の中でも、「ほとんどのすべての外国において、公判における証拠調べにドイツよりも低コストに構成されているが、これらの違いは、主に手続構造の違いか、またはいくつかの国においては、ドイツであれば刑事手続に対する憲法上の要請にかんがみ甘受しえないだろう、法治国的欠陥に原因がある」という総括がなされ

Walter Perron (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, 1995, S.608. Walter Perron, Beschleunigung des Strafverfahrens mit rechtsstaatlichen Mittel.

(55) Thomas Weigend, Referat in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Münster 1994, Band II/1 (Sitzungsberichte-Referate und Beschlüsse) TeilM, M29.

(96) ebd., M29f

(75) ebd., M31f.

(86) Georg Linden, Referat, M47.

(66) Egon Müller, Referat, M68f.

(10) 例えれば Hinrich Kintzi, Diskussion, M112; Rolf Keller, Diskussion, M135; Rolf Krumstiek, Diskussion, M117; Johannes Nüse, Diskussion, M155.)。また 細田 茂雄 著『刑事訴訟法』(Günter Bertram, Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozess, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen?, NJW 1994, 2186.

他方、濫用や遅延問題への対策が必要である点については共通の認識に立ちつつ、フランクフルト検事局検事長のシェーファー (Hans Christoph Schaefer) 博士は、証拠申請権のいかなる変更にも反対の立場をとり、遅延目的の証拠申請の却下理由の解釈で対応する案を述べた。(Diskussion, M133.) また シュンクヘン大学のシュエロ (Heinz Schöch) 教授も、証拠申請の時期を原則として公判開始までとする案を提案は極端であり、まずは遅延目的の証拠申請の却下理由を慎重に緩めるのが先決であるとした。(Diskussion, M145.)

(11) Gerhard Hammerstein, Diskussion, M119; Axel Nagler, Diskussion, M140; Heinz Wagner, Diskussion, M152f; Günter

Tondorf, Diskussion, M171; Joachim Schultz, . Diskussion, M175f.

(102) Gössel, Diskussion, M127ff.

(103) Beschlusse, M245.

(104) ebd., M249f.

(105) Walter Perron (Hrsg.) Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, 1995.

(106) ebd., S.608. 詳細については、拙稿「証拠調べ手続の構造と被告人の証拠申請権の国際比較—W.Perron編『外国の刑事手続法における証拠調べ』の紹介」井戸田侃他編『竹澤哲夫先生古稀祝賀論文集・誤判の防止と救済』（一九九八年、現代人文社）二五五頁を参照された。

(107) Walter Perron, Das Beweisanztragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozess, 1995.

(108) ebd., S.413ff.

(109) ebd., S.430f.

(110) ebd., S.431ff.

(111) ebd., S.451ff.

(112) なお、ドイツでも七〇年代以降、刑事専門の弁護士が増加し、捜査段階からの防御活動が活発になり、また、被疑者・被告人の権利も七〇年代半ばまでに相当強化された。他方、裁判官や検察官の職務もより技術主義的、非権威的になり、弁護人の意見交換を避けなくなったとされる。こうした変化に七〇年代の司法負担の増加が加わり、ドイツでも裁判所・検察官と弁護側との間の非公式の「合意」による処理を広がるなどの、変化がみられ、その限りにおいて、ドイツにおいても当事者主義的要素の拡張が見られるとされる。(ebd., S.132ff.)

- (113) Dieter Dölling, Thomas Feltes, Jorg Dittmann, Christian Laue u. Ulla Tornig, Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten, 2000.
- (114) ebd., S.117.
- (115) ebd., S.119.
- (116) 最高裁事務総局刑事局「平成一三年における刑事事件の概況（上）」法曹時報五五卷二号三一一三頁。
- (117) 同前・六五頁。
- (118) もっとも、証人等の数の大きさは直接主義の厳格さ（不利益証人の数の違い）も相当に影響していると推測される。ドイツでは弁護側の証拠申請の大半が採用されるというわけでもない。同調査によれば、裁判の種類・理由毎の弁護側証拠申請に対する裁判所の決定件数および割合は、採用決定の割合が最も高いカールスルーエ地裁でも五〇%、最も低いフランクフルト地裁の場合は二三・四%に過ぎない。（Dölling, a.a.O.(113), S.153.）
- (119) これ程の極端な減少は、裁判官による事実上の見分や当事者が作成したビデオ等の採用で代替することが増えているためだと聞く。
- (120) 「司法制度改革審議会意見書―二世紀の日本を支える司法制度―」II、第2、1。
- (121) 詳しくは、拙稿「ドイツ刑事訴訟における大規模事件対策―一九七五年刑事訴訟改革を中心に―」静岡大学法政研究六卷三・四号（二〇〇二年）九五頁を参照されたい。