

マックス・アルスベルグの「証拠申請権論」(一)

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/10.14945/00008767

マックス・アルスベルクの証拠申請権論（一）

田淵 浩 二

〈目次〉

第一章 紹介にあたっての序論的考察

第一節 はじめに

第二節 日本法における「証拠申請権」の概念

第三節 「証拠申請」と「証拠提出」

第四節 証拠採否の基準

第五節 不当な証拠申請の却下と上訴理由

第六節 小括（以上本号）

第一章 紹介にあたっての序論的考察

第一節 はじめに

マックス・アルスベルク (Max Aisberg, 1877-1933) はワイマール時代に活躍したドイツの弁護士である。彼の学問的業績と刑事弁護人としての思想は今日まで語り継がれている。¹彼の学問的問題把握と刑事弁護活動の基盤は、次の三つの面にあつたとされる。すなわち、無罪の推定、刑事手続の誤判原因に対する敏感性、および刑事訴訟の法治国性に対するほとんど純真なまでの信頼である。²

アルスベルクによる刑事弁護の理解によれば、無罪の推定への固執こそ弁護人の態度にふさわしいとされる。このような理解は、彼が当時の誰よりも、刑事訴訟における誤判原因を認識していたことによる。彼が一九一三年に執筆した『司法過誤と再審』において行つた概観では、誤判に寄与する訴訟法の欠点として以下のものが指摘されている。³①裁判官による拙速主義的審理と弁護人の準備の機会の不十分性、②裁判官の被告人供述に対する過度の不信感、③裁判官が同一の公訴事実内で事実的観点において起訴状と異なる認定を行う場合、被告人に対する告知がなされないこと、④被告人の知識不足の結果、証拠申請の形で免責証拠が取調請求されない危険、⑤自由心証主義の誇張（判決理由における証拠説明が要求されていない点）、⑥不正確または虚偽の証言、⑦上訴の不十分性（中上級犯罪に対する控訴不可と上告理由が法律問題に限られている点）、⑧誤判除去のために再審の果たし得る限界（立法上および実務上の様々な制約）。⁴

さらに一九二八年、第三五会ドイツ法曹大会のための鑑定書において、アルスベルクは、刑事手続の改革の主要目的が何でなければならぬかという問題を取り上げている。⁵ここでも、彼が一五年前に指摘した懸念が、一部修正追加されながら表明されている。彼が指摘するドイツ刑訴改革の課題は以下のような点にあつた。まず第一に、裁判長が記録内容を事前に読んで公判の指揮を行うことである。このことから実際には、中立不偏であり、そのような者として被告

人に対面すべき裁判長から、被告人に対する最大の攻撃が行われると語っている。そこでこの欠点を解決するためには、イギリスのモデルにならない交互尋問の形式を審理に取り入れ、裁判長の記録閲覧の必要をなくすか、あるいは、これまでどおり裁判官により審理を進行するが、当該裁判官を裁判から排除するかであると述べ、職業裁判官が評議に参加しない陪審制に好意を示している。⁶

その他に、①捜査手続の糾問的傾向を根本から除去（予審裁判官の関与の廃止、被疑者・被告人の捜査段階における防衛機会の付与、中間手続を公判期日前に分離し公判開始決定を廃止）、②武器平等の原則の確立（捜査手続における尋問調書の謄本を被告人に譲与、起訴状における主張事実と証拠方法の具体化、公訴事実変更の際の被告人に対する不意打ち防止）、③個々の条文の理念の貫徹（供述者に対する弁護人の質問権の制限解釈の撤廃、証言拒否権を行使した者の以前の供述の利用の防止、弾劾書証の内容から実際は心証形成することによる直接主義の逸脱の法的規制）、④証拠強制手続の不平等の問題（証人を直接召喚するための方法は裁判所や検察官の場合は無形式であるが、被告人の場合は裁判所執行官による正式の召喚が必要）、⑤判例によって形成された証拠申請権の立法化、⑥自由心証規制のための判決の結論に至った理由の説明の要求（思考法則と経験則に従った事実認定、判決理由の補充ないし訂正の請求権、争点に対する理由付けの請求権、上告審による判決理由の合理性の審査）、⑦参審裁判所の管轄事件に対する再審開始要件の特別な制約の撤廃など、その多くは今日の日本でも通じる新鮮さを持つ主張を行っている。

このように刑事弁護人として非常に鋭い勘を備えていたアルスベルクが、学問的取組みとして最も成果を獲得したが、証拠申請権論である。彼は、一九三〇年に大著『刑事訴訟における証拠申請』を刊行するが、ここにおいて初めて、ライヒ裁判所の判例によって形成されてきた証拠申請権の内容が体系化されることになる。彼の行った証拠申請の正当却下事由の類型化は後に立法に取り入れられたばかりでなく、本著が戦後、検察官であるニューゼ（Karl Heinz Nüse）

よつて引き継がれ（一九五六年に第二版刊行）、さらに今日では裁判官であるマイヤー（Karlheinz Meyer）によつて引き継がれ、第五版（一九八三年）を重ねるに至つてゐることは周知の事実である。

もつとも、彼の死後から半世紀以上を経る間、証拠申請権は、裁判所ないし司法の負担を軽減を求める側からは、いく度か障害とみなされてきた。この傾向は、かつてはナチス立法において何うことができるが、⁷現在再び司法の負担の増加に伴い、証拠申請権を制限しようとする傾向にある。すでに一九八二年、司法大臣および参事官による「刑事裁判における裁判所及び検察官の負担軽減のための立法措置の提案」が行われ、区裁判所における証拠申請権の否定と、遅延目的を理由とする証拠申請の却下のための要件の緩和等が主張された。現在のところ、当該提案は実現していないが、一九九三年三月一日に発効した「司法の負担軽減のための法律」により、外国にいる証人の喚問請求に対しては、裁判所の義務的裁量により却下可能になつた。極めて限定された範囲ではあるけれども、実務上は重要な意味のある改正が実現したわけである。

そして、ドイツにおける証拠申請権をめぐる状況の変化は、立法に限られるものではない。立法の変化に対応して、当初アルスベルクが主張した理論自体にも重要な変更が加えられている。マイヤーによる第五版はむしろアルスベルクの理論を修正し、実体にあわせるために出版されたといつても過言ではない。マイヤーは第五版の序文で次のように述べてゐる。「一九三二年に始まり一九三九年に最終的に実現された立法者による証拠申請権の廃棄は、当該権利が一九五〇年に再生した後も、刑事訴訟における証拠法の最高原則は裁判所による事案解明義務であり、訴訟関係人は、証拠申請を行ったときであつても、当該原則の実現に寄与しているにすぎないことを意識させることになつた。証拠申請のみが訴訟関係人の証拠調請求権を基礎づけるというアルスベルクの基本的発想は、今日もはや主張しえない。前刊までにおいて議論のきつかけとなつた多くの疑問点が、今では解決され、新たな問題が生じてゐる。五十年間は、アルスベル

クが彼の著書の序文で述べているよう、法の現実においても長い歳月なのである。」¹⁰

はたしてマイヤーの述べるような解釈が今日のドイツで定説になったかどうかは、厳密な検証を要する問題である。いづれにせよ、証拠申請権に関する解釈が、今日までドイツ刑事証拠法における重要な争点とされてきたことは事実である。これに対して、日本では証拠申請権についての関心はそれほど高くなく、教科書レベルでもわずかに頁が割かれてきたに過ぎない。しかし、以下で指摘するよう、証拠申請権に関する基本的問題についてすら、あいまいにされている部分が少なくないように思う。アルスベルクの証拠申請権論は、これまで日本で意識されてこなかった問題点につき、再考のきっかけを与えてくれるだろう。その紹介の前に、まず日本の刑事法解釈における、証拠申請に関するいくつかの問題点を明確にしておきたい。

第二節 日本法における「証拠申請権」の概念

日本の刑事訴訟法二九八条一項において、「検察官、被告人又は弁護人は、証拠調を請求することができる」と規定し、また同規則一九〇条一項は、「証拠調又は証拠調の請求の却下は、決定でこれをしなければならぬ」と定める。すなわち、証拠調べの請求は、裁判を請求する訴訟行為である「申立て」に属し、かつ申立てが成立すれば、必ずこれに対する裁判が求められるという意味において、当事者の「権利」である。¹¹しかし、このような意味での「証拠申請権」は、証拠申請者と裁判所との間の実体的権利義務について語るものではない。

これに対して「証拠申請権」の概念を実体的に把握すれば、それは「裁判（証拠決定）の申立」に尽きるのではなく、

「裁判所に対する証拠調べの義務付け」という意味に理解することができる。すなわち、「証拠申請権」とは、訴訟当事者が法律上重要と判断する事実に関する証拠を裁判所に公判廷で取り調べさせるため、訴訟当事者に付与された権利である。それは、裁判所がいかなる場合に証拠申請に応じなければならぬかという意味での、実体的権利義務関係を規制する。このような実体的証拠申請権の概念を、はたして日本法が採用しているかどうか、まずこの点が確認される必要がある。

刑事訴訟法は、二九七条一項において「裁判所は、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、証拠調べの範囲、順序及び方法を定めることができる」と規定し、さらに同三項では「裁判所は、適当と認めるときは、何時でも、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、第一項の規定により定めた証拠調べの範囲、順序又は方法を変更することができる」と規定する。そして、ここに言う「証拠調べの範囲」の意味は、「立証を要する事実の範囲とその立証に供される証拠の範囲とをいう」と解されている。¹²したがって、これらの条文によれば、裁判所は、適当な判断で、証明されるべき事実および証拠への範囲を決定する権限を持つかのように読める。そうであるならば、訴訟当事者による証拠申請は、裁判所が取り調べられるべき事実と証拠の範囲を決定する上での参考にはなるが、それが裁判所を拘束するものではない。すなわち、実体的な証拠申請権の概念は不要であるという結論になる。

しかし二九七条のこのような解釈は、そもそも現実に反する。現行刑訴が、起訴状一本主義を採用した結果、実際に裁判所は、当事者により立証趣旨を明らかにした具体的な証拠調べの請求がなされた後でなければ、いかなる証拠を取り調べる必要があるか決定することは非常に困難である。したがって、実務上は、冒頭陳述の直後に本条の手続が行われることはほとんどなく、証拠決定と同時に、¹³しかも形式的に本条に従った手続によることなく、証拠調べの範囲が決まるのが通常であると言われている。要するに、訴訟当事者による証拠申請の拘束性を問題にする必要に乏しいのは、

裁判所が被告人に有利不利な証拠を十分に取り寄せ公判に臨める糾問的訴訟においてである。これに対し、裁判所が証拠の収集に関与しない弾劾的訴訟においては、当事者の証拠申請の拘束性、すなわち実体的証拠申請概念は、当然に検討されてしかるべき問題として現れなければならない。

この点、当事者主義の英米証拠法においては、そもそも形式的な「証拠申請」の概念すら存在しない。英米法においては、被告人は自己の証拠申請が裁判所によって「採用」されるかどうかということを心配する必要はなく、¹⁴ 証拠を提出（証人を召喚）し、公判で証拠を取り調べる（証人を交互尋問する）¹⁵ のは、当事者の責任とされる。英米の証拠法にとつては、いかなる場合に裁判所は当事者から提出された証拠を「排除」できるかという、実体的側面こそが重要なのである。

もつとも、とりわけ鑑定および検証の申請に関しては、実体的な証拠申請権の概念になじまないのではないかという意見も予想されることである。なぜなら、日本の刑訴法によれば、鑑定人は学識経験のある者から裁判所が命ずることになっている（一六五条）。そして、判例は鑑定を命令するか否かは裁判所の裁量によるという立場を取っている。¹⁶ さらに検証に至つては、「真実発見に必要があるとき、裁判所が実施する」と規定されているのである（一二八条）。しかし他方、鑑定受託者による鑑定書や、捜査機関の作成した検証調書も、これらの書面の成立の真正につき鑑定受託者や検証を実施した捜査官を証人尋問すれば、証拠能力が認められる（三二二条四項の類推および同条三項）。したがつて、少なくとも捜査機関の嘱託ないし弁護人の依頼による鑑定証拠に関しては、他の証拠方法と区別して議論する必要はない。¹⁷ 検証の場合も、当事者による検証調書の提出という意味においては、同様である。

さらに、裁判所に対する鑑定申請の場合であっても、裁判所に対する証拠調べの義務付けとして理解する余地がないわけではない。まず第一に、裁判所による鑑定命令の制度（一六五条）自体から、鑑定の必要性の判断が裁判所の権限

であること導き出す論理必然性はない。むしろ当該制度の実質的意義は、裁判所が鑑定を命ずる形で、鑑定人の中立性を保つこと、および高額な鑑定につき被告人に鑑定の利益を保障する点に認めることも可能である。¹⁸ 上述のように、訴追側は犯罪の捜査のために必要と考えれば、いつでも国費で、必ずしも中立性の保障のない専門家に鑑定の嘱託を行い鑑定書を提出できるのである。当事者間の武器平等の観点から、一六五条を解釈することはむしろ必要のないはずである。したがって、被告人による裁判所に対する鑑定申請（一九七条の証拠保全の規定により裁判官に請求される場合も同様である）は、鑑定費用の公費負担の申請であり、やはり証拠申請権行使の一段階であると解することができる。

最後に、裁判所による検証については、裁判所が真実発見のために必要と考えたときに実施することになっているが、捜査機関の行った検証調書が、三二一条三項により簡単に証拠能力を獲得するのに対し、被告人側が私的に実施した検証調書には三二一条一項三号の厳しい要件をクリアしなければいけないことなどを考慮すれば、むしろ鑑定申請の場合以上に、裁判所による検証（ないし検証のための証拠保全）により防御のための検証を満たす必要がある。したがって、当事者主義および武器平等の理念のもと「検証申請」の拘束性を検討する意義はやはり存在すると考えるのが妥当であろう。

第三節 「証拠申請」と「証拠提出」

「証拠申請」と概念上区別されるものに「証拠提出」がある。両者の違いは、ドイツ法において明確に意識されてきた。すなわちドイツ刑法は、証拠申請(Beweisantrag)に対する裁判所の義務と、証拠申請によらず召喚または取り寄

せられた証拠(在廷証拠：präsente Beweismittel) に対する裁判所の義務を明確に区別している。まず、証拠申請に關し、ドイツ刑法法二一九条は「被告人が公判への証人または鑑定人の召喚、若しくはその他の証拠方法の取寄せを求めるときは、被告人はそれについて証拠が取り調べられるべき事実を明示し、取調べの申立てを裁判長に行わなければならない」と規定することにより、被告人の証拠申請権を認める。この証拠申請は公判準備段階から行うことができるが、原則として公判期日において再度申請されなければならない。そして、申請された証拠を採用する場合は、裁判長が二三八条の訴訟指揮権に基づき証拠調べを命令し、これを却下する場合は、二四四条三ないし五項の要件のもと、最終的には裁判所による(理由付き)の決定が義務づけられる(二四四条六項)。

これに加え、さらに二二〇条は「裁判長が人の召喚を拒否したときは、被告人は直接その者を召喚させることができる。事前の申立てがない場合であつても、被告人はこれを行うことができる」とし、被告人に直接喚問権を付与する。そして被告人は、当該直接喚問権に基づき、裁判所執行官に対し直接、証人や鑑定人の喚問を委託することができる(ドイツ刑法法三八条)¹⁹。これらの規定に定める手続により直接証人や鑑定人が喚問され、あるいは自由な方法でその他の証拠が公判廷に取り寄せられた場合、裁判所は二四五条に基づくより厳格な要件下でのみ、これらの在廷証拠を取り調べる義務から免除される。すなわち、ドイツにおける裁判所の証拠調べの義務ないし訴訟関係人の証拠調請求権(Beweiserhebungsanspruch)は、証拠申請と証拠提出という二通りの方法により発生しうる。

もつとも、一九七九年改正によりドイツ刑法法二四五条は、在廷証拠の間でさらに区別されるに至つた。すなわち、①裁判所により職権で召喚され出頭した証人および鑑定人、並びに二二四条四項の規定に基づき裁判所または検察官により取り寄せられた物的証拠については、当該証拠の取調べが違法であるか、取り調べないことに検察官、弁護人および被告人の同意があるときでない限り、裁判所は当然に取り調べる義務を負う(二四五条一項)。他方、②被告人または

検察官により喚問された証人および鑑定人並びにその他の取り寄せ済みの証拠方法については、公判期日に証拠申請がなされたときに限り、裁判所はこれを取り調べる義務を負う。この改正は、「訴訟関係人の証拠調請求権を不当に侵害することを回避しながら、証拠資料の適正な集中を可能にすることを目的としたもので、手続関係人が二種類の方法により裁判所に証拠調べを行わせることができるという基本概念の変更を目的としたものではない」と言われている。²⁰このようなコメントの当否がどうであれ、本改正により訴訟関係人（とくに被告人）の無条件の証拠提出権が否定されたことは事実である。それでもなお、実際に取り寄せられた証拠の場合は、それが重要でないことを理由に裁判所はそれを却下可能という点に、両概念の区別の意義が認められているのである。

このような、証拠申請と証拠提出の概念を区別する理由としては、まず第一に起訴状一本主義が妥当せず、かつ職権による証拠の取り寄せが原則的に許容されるドイツ刑訴の特殊事情が指摘されなければならない。すなわち、もし事前²¹に裁判所へ提出された証拠につき、裁判所だけが検討を行って重要でないと判断し、それを公判で取り調べないことが許されるならば、とりわけ被告人に利益となりうる証拠が、被告人の知ることなく取り調べられない危険が生じる。前記①の類型は、このような危険を防止するために必要である。

しかし、二四五条の意義はこれにつきるものではない。すなわち、前記②の類型によれば、被告人（あるいは検察官）からなされた証拠申請に対し裁判所が取調べの重要性を認めず、却下決定を行った場合、申請者はさらに証人等を直接喚問することにより、裁判所に証人尋問を強制できることになる。このような手続は、とりわけ鑑定証拠に新たな性質を付与している。すなわちドイツ刑訴法二四四条四項によれば、鑑定申請に対して、裁判所は必要な専門知識を有することを理由に却下できる。さらに、再鑑定の申請に至っては、再鑑定の必要につき列挙された事由に該当しなければ、裁判所はこれを却下できる。これに対して、いまだ数は少ないながらも、当事者は直接鑑定人を喚問することで、二四

五条に従い裁判所に鑑定人の取調べを強制できるのである。²¹ そこからドイツでは、当事者が証拠を公判廷に取り寄せることにより、裁判所に証拠調べを義務付けることを「自律的証拠提出」(autonome Beweisvorführung)とも呼んでおり、当該権利はドイツ刑法における当事者主義的要素と理解されてきた。²²

証拠申請とは区別された「証拠提出」という概念は、日本の旧刑事訴訟法においても採用されていた。すなわち、旧刑法三二五条は「検察官、被告人又ハ弁護士ハ公判期日前証拠物又ハ証拠書類ヲ裁判所ニ提出スルコトヲ得」と規定し、さらに三四二条においては「公判期日前訴訟関係人ヨリ提出シタル証拠物及証拠書類ハ公判廷ニ於テ之ヲ取調フヘシ——但シ訴訟関係人ニ異議ナキモノニ付テハ之ヲ取調ヘサルコトヲ得」とされていた。三四二条の提案理由には、「公判廷ニ於テ証拠調ノ方式ニ從ヒ取調ヲ為サルモノハ裁判所ニ於テ之ヲ裁判ノ根拠ト為スコトヲ得サルハ勿論訴訟関係人モ亦之ヲ攻撃防御ノ方法ニ用イルコトヲ得ス故ニ裁判所之レヲ裁判ノ資料ト為サントセハ之ヲ取調ヘサルヘカラス裁判所ニ其ノ意ナシトスルモ訴訟関係人ニ於テ之ヲ攻撃防御ノ用ニ供スルヲ得ルヲ以テ恣ニ其ノ取調ヲ省略スルヲ得ス」と述べられており、²³ そこには、裁判所の重要性判断を超えた訴訟関係人の攻撃防御権への配慮が伺える。

旧刑法法三四二条は、訴訟関係人より提出された証拠調べの義務につき、「公判期日前に提出された証拠物または証拠書類」に限っているが、直接、公判廷に持ち寄られた在廷証拠の取調べ義務については、どのように解釈されていたらうか。当時の通説的見解によれば、「現ニ現出セラレタル証拠ニ付テハ、即時ニ其ノ証拠調ヲ為シウベキモノナルヲ以テ、其ノ証拠調(即チ、書証ノ朗読、押収物ノ検証等)ニ対シテハ特ニ証拠決定ヲ為スノ要ナシト謂ハサルヘカラス」とされていたようである。²⁴ しかし、ここから読み取れるのは、在廷証拠については裁判の執行(搜索押収、提出命令、召喚状の発布)が不要であるから、証拠決定は必要でないということに尽きる。ドイツにおけるように、証拠申請が却下されても、なおかつその取調べを強制できる権利として、証拠提出が理解されていたかどうかは疑問である。

現行法に至つて、起訴状一本主義が採用された結果、旧三二五条のような公判手続開始前における証拠提出の規定は削除され、その結果、必要的証拠調べに関する旧三四二条の規定も削除される（ただし現行刑法三〇三条は必要的証拠調べの規定である）。これ以降、提出された証拠の取調べ義務に関する議論は行われなくなり、訴訟当事者が裁判所に証拠調べをさせるための手段は、「証拠調べの請求」すなわち証拠申請に統一される。

他方、証拠申請に対する理解自体は、現行刑法法の基礎である当事者主義理論の浸透の結果、程度の差はあれ、むしろ裁判所に対する拘束性を持つものとして認識されるようになる。この点に関する判例学説はすでに詳しく紹介されているところである。²⁵ それでも引用されているが、現在の学説における証拠申請概念に対する理解は、おおむね次の二つの見解に代表されよう。すなわち、

「裁判所は、請求の手続が法令に違反している場合、および証拠能力のない場合に、証拠調べの請求を却下しなければならないのは、勿論であるが、請求が適法であり、かつ証拠能力があるときでも、必要がないと認めるときは却下できる。……被告人の証拠調べの請求を却下するのは、これを必要としない十分な理由がある場合でなければならぬ。単なる裁量の問題ではないのである。」²⁶「関連性がない場合、証拠が重複している場合、などがこれにあたる（民訴二五九条参照）。しかし、立証ずみと思われる場合でも、実はそうでない場合もあるから、反証を拒否することは原則として許されない。規則二〇五条一項但書により、証拠決定の妥当性については、異議申立ができないとされているが、右のような場合には、すでに妥当性の問題ではないから、異議申立ができる。」²⁶

「証拠調べは、……請求の方式要件を備えていない場合とか、証拠能力のない証拠の取調べ請求があつた場合には、請求が却下されるのが当然である。しかし、それ以外の場合でも、関連性のないもの、重複したものの等裁判所が必要と認めないものは、却下することができる（民訴法二五九条参照）。……しかし、裁判所がある要証事実につき既に充分な心証

をいざいたとしても、反証の取調請求をつねに却下すべきものと解すべきではない(法三〇八条…)。当事者からの請求による証拠調を第一次的とする法の建前の下では、裁判所の、請求に対する拒否の判断は、単なる自由裁量の問題ではないのであるから、裁判所が証拠調の必要性の判断を誤り、合理的な理由なくして請求を却下した場合は、単なる相当性の問題ではなく、法令違反として異議の対象となると解すべきである(規二〇五条一項参照)。²⁷

今日の学説が、合理的理由のない証拠申請の却下は不適法になりうると理解していることは、引用の学説において端的に語られている。さらに、証拠採否の実体的基準を論じる教科書も決して少なくない。²⁸しかし、これらの学説は、残念ながら日本の実務に浸透するには至っていない。その理由についてさらに考察してみたい。

第四節 証拠採否の基準

日本の実務において、証拠採否の基準の非裁量化に警戒的である理由は、これにより即、裁判所の証拠排除の権限が否定されるのではないかという誤解があるからのように思われる。しかし、証拠申請権論にとつて重要なのは、却下権限の有無ではなく、採否の基準である。そして、何が正当な採否基準となり得るかは、当事者主義か職権主義かという訴訟構造の面だけでなく、事実認定者は誰かという点が非常に重要になる。

例えば、当事者主義構造をとる英米法においても、証拠を排除する裁判官の権限は決して狭いわけではない。すなわち、「いずれの証拠を提出し、立証活動を行うかを決定しなければならないのは当事者の責任である。しかし、証拠調べの範囲に関して言えば、アメリカの連邦証拠規則や統一証拠規則は、原則として関連性を有する証拠をすべて許容する

一方で、証拠の証明力よりも、不当な偏見、争点の混乱または陪審の判断を誤らせる危険や、不当な遅延、時間の浪費または重複証拠の不必要な提出の考慮がうまわるならば、裁判官は証拠を排除できる（連邦証拠規則四〇三）。そして、このような証拠の持つ証明力と危険性を比較考慮し、関連性のある証拠を排除するのはコモンスター上、裁判官に認められている権限」とされる。²⁹その上、「裁判官の持つこの権限により証拠調べの範囲を調節するのが英米法の特徴をなす。そして、その判断の際には事実審裁判官の裁量が認められており、裁量範囲の逸脱が明白であるときに限り破棄事由とされる。また、裁判所による比較考慮の結果は記録に残すことが望まれるが、要求まではされない」とさえ言われている。³⁰さらに、伝聞法則を代表とする多くの証拠排除法則をも考慮するならば、英米法において証拠を排除する裁判官の権限はドイツ法に比べてかなり広いとさえいえる。

もつとも、アメリカの証拠法においても、被告人の証拠提出に関する憲法上ないしデュープロセス上の権利との関係で、裁判官の裁量を制約する議論が行われている。例えば、上記のように連邦証拠規則四〇三によれば、裁判所は重複証拠を排除しうる。しかし、裁判官のこの権限は、刑事事件においては、被告人の自己に有利な証拠を提出する憲法上の権利との関係で制約を受けることが議論されているのである。³¹

これに対しドイツの証拠申請権論は、そもそも「被告人の証拠申請」に対する正当な却下の理由の問題として、展開された。すなわち、「被告人の防御権を侵害しないためには、却下理由として何が正当化され、あるいは正当化されないか」が議論の出発点であった。その結果、訴追側の証拠申請権が同等に保障されたとしてもそれは反射的效果にすぎない。証拠申請権論がこのような課題を負っていた原因は、次のことにある。すなわち、裁判官が自由心証主義のもと事実認定を行うことが可能となったドイツにおいて、有罪証拠の取調べを済ませた段階で、有罪の確信を抱けば、もはや無罪証拠を取り調べる必要を否定することも許されるかが、重要な問題になったのである。そして、RG判例による証

抛予断の禁止の原則の形成により、事実審裁判官のこのような権限は否定されることになる。当該問題について端的に言及している初期のRG判例を引用しておく。³²

「原審裁判官が、被告人に対して、それ自体重要な事実に関する無罪証拠につき、検察官の請求に基づき行われた有罪証人の供述によって、被告人の有罪についての裁判所の確信が、すでに揺るがないまでに根拠付けられたことだけを理由として、それを考慮することを否定したのは、自由な証拠評価の権利を明らかに不当に理解したものである。ライヒ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決すべきとされているが、当該規定は、ライヒ刑法二四三条二四四条により、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、被告人によつて重要な点につき適法に申し立てられた証拠もまた採取されなければならないことを前提としている。無罪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、それを採取した後はじめて判断できるのである。」

当該判決は、いまだ裁判官の真実究明義務から、証拠予断の禁止を導き出す論理構造になっているが、証拠申請権論の関心が、自由心証を口実とする被告人の防御権の不当な制限の防止にあつたことは、ここからも十分に伺える。この点、一世紀以上前のドイツの議論の意味が、残念ながらもまだ日本の実務には十分に理解されていないのである。例えば、証拠採否の基準について小林充判事は次のように説明される。³³

「自然的関連性を欠くときは、その証拠を取り調べるべきではない。最低の証明力すらもちえないからである。自然的関連性を欠く証拠は、証拠能力がないとみる考えもあるが、実務ではそこまで厳格に考えないのが通常である。実際問題としても、関連性を全く欠くのは偶発的な過誤に基づく稀な場合のみであり、当事者が争うのも関連性の有無というよりむしろ強弱についてである。その意味で、関連性についても、次に述べる必要性の観点から検討されることにな

る場合が多い。

裁判所は、適法に請求された証拠能力もあり関連性もある証拠についても、なお取調べの必要性の有無を判断して、必要ないと考えればその請求を却下できる。立証活動が主として当事者の攻撃防御を通じて行われる当事者主義構造のもとでは、もとより必要かどうかはまず当事者の判断にかかる。とはいえ、わが法は、前述のとおり証拠の法廷への顯出を当事者の手に完全に委ねることをせず、裁判所が必要ないと考えれば、その証拠は法廷に顯出されないことになる。必要性に関する当事者の判断には、自己が有利か不利かが強く影響する。これに対し、裁判所の判断は、もとより一方の当事者の有利または不利に加担するものではありえない。むしろ、当事者の請求に基づくときは、いわば当事者の立証活動を合理的方向に向かわせることに主たる意義がある。具体的には必要性の判断は、2つの側面からなされる。第1は、訴訟の合理的運営という側面からである。たとえば、同一立証趣旨の証人を数十人も請求したような場合、訴訟経済の見地からその一部について却下するのがこれにあたる。第2は、すでに取り調べた証拠によって形成した自己の心証に基づく必要性の判断である。それまでの立証によりある事実が合理的な疑いを越えて証明されたと認められる場合には、重ねて同一事実を立証しようとして請求された証拠は、必要性がないと判断されることになる。また、被告人の飲酒量などからみて心身耗弱の状態になかったとの心証をすでに形成した後、弁護人から飲酒酩酊による心身耗弱を立証するためとして精神鑑定請求があった場合、これを必要なしとして却下するのもまさに心証に基づく。なお、この2つの側面からの判断は、それぞれ独立のものではなく、競合する場合ももとよりある。たとえば背景事実の立証などについて、採否の決定はいうまでもなく主として事件の心証ないし実体に関する判断に基づくが、一面で訴訟の迅速な進行などという合目的配慮によってかなりの影響を受けることも否定できない。」

ここで小林判事のあげた第二の側面は、まさにドイツにおける証拠申請権論が否定したエッセンスである。日本にお

ける証拠申請権に対する理解不足が、まず正されるべきであろう。

第五節 不当な証拠申請の却下と上訴理由

日本の実務においてドイツほどに証拠申請権に関心が向けられない原因は、日本の上訴規定の独自性に存在する可能性も考えられる。すなわち、ドイツ刑訴においては、証拠申請の不当な却下決定に対する救済方法として、抗告はもちろんのこと、それが地裁刑事部の行った判決であれば控訴も許されず、結局、法律問題として上告に頼るより方法がなかった。これに対して、日本においては、証拠申請が不当に却下されたと考えれば、控訴審において却下された証拠も事実誤認の主張に援用することが許される。そして、実際、控訴審は原審が取り調べなかつた証拠を取り調べることにより、事実誤認の主張を受け入れる場合も少なくないように思われる。もしそうであれば、日本で証拠申請権の実質的に問題とされてこなかつた原因は、日本の場合、少なくとも控訴審までの段階で当事者の証拠申請は十分に尊重されるシステムになっているから、と説明することもできるかもしれない。実際、ドイツ法においても、当事者の証拠調請求権の保障される範囲は、控訴の可否と関連付けられていた。すなわち、ライヒ刑訴法二四四条一項によれば、「参審裁判所（控訴可能；筆者注）または控訴審としての地方裁判所の公判においては、ただし後者は違警罪に関するか、または私訴にもとづいて行われる公判である限り、裁判所が証拠調べの範囲を決定できる。この場合、裁判所は申立てまたは以前の決定に拘束されない」とされていた。³⁴

しかしここから導き出せる結論は、とりわけ控訴が許されない事件においては、第一審公判審理の充実が大切と考え

れたということに尽きる。逆に、控訴裁判所であれば、証拠申請を十分に尊重するという保障はない。現に日本の刑訴法三九三条一項は、検察官、被告人または弁護人による事実の取調請求を規定するが、現在の実務における支配的見解によれば、当該請求によって裁判所の取調べが義務的になるのは、同項但書に該当する、三八二条の二の疎明があつた場合に限られ、本文による場合は、裁判官の裁量により取り調べないことができるかと解されている。また、本来取り調べられるべきであつたにもかかわらず、第一審で取り調べなかつた証拠を、控訴裁判所が取り調べることが不可能あるいは相当でない場合、第一審は「審理不尽」という理由で、訴訟手続の法令違反として破棄差し戻されるのが現状である。³⁵

これに対し、ドイツにおいて被告人の証拠申請権が発展する契機は、むしろ審理不尽を理由とする却下と、証拠申請権の不当な侵害を理由とする却下が上告理由として区別された点にあつた。ライヒ裁判所の判例が、証拠申請権を実質化し得たのは、被告人による証拠申請の不適法な却下が個別の上告理由として承認されてきたためである。すなわち、ライヒ刑訴法三七七条八号（現行法三三八条八号）は、絶対的上告理由のひとつとして、「判決にとつて本質的な点において裁判所の決定により防御が不法に制限されたとき」と規定していた。被告人から申請された証拠に対する不当な却下は、圧倒的に当該上告理由に該当するものとして、救済されてきたのである。³⁶当該規定は、その包括的表現ゆえに、様々な手続違反に対して等しく受け皿となつた。そして当該規定は、個々の手続違反と下された判決のそれへの起因性の具体的審査を広く不要とした。他方、検察官による証拠申請の不当な却下は三七七条八号に対応するような絶対的上告理由が存在しなかつた。このため、検察官は圧倒的に裁判所の事実説明義務違反を理由とする上告に頼ることになる。³⁷そして、裁判所の事実説明義務を問題にする以上、原審において検察官から審理不尽を主張する点に関する証拠申請が行われたかどうかは重要でなかつた。

確かに、ドイツにおいても被告人の申請した証拠を取り調べず有罪とした原判決が、事案解明義務に違反することを理由に破棄された時期もあった。しかしそれは、初期の段階における証拠申請権の概念が未発達の段階か、あるいはナチス期の立法により証拠申請権が制約され、最終的に完全に否定されたため、裁判所が事案解明義務違反を理由とすることにより、それまでに確立した証拠予断の禁止の原則を維持するための、いわば緊急避難的な実務の対応に過ぎないといわれている。³⁸

ドイツ法と同じく、日本の旧刑法も絶対的上告理由として、四一〇条一号において「不法ニ弁護權ノ行使ヲ制限シタトキ」という規定を設け、さらに同条一三号はより具体的に、「法律ニ依リ公判ニ於イテ取調フヘキ証拠ノ取調ヲ為ササリシトキ」という規定を設けていた。しかし、当時の解釈では、一三号は、旧刑法三四二条、三四六条のごとく、証拠調べを義務付ける直接の法律規定がある場合、または三四四条により裁判所の決定した証拠調べをなさなかつた場合を包含し、また一一号は、例えば三四七条に違反して、それぞれの証拠の取調べの後、被告人の意見の有無を問はず、または利益の証拠を提出すべきことを告げなかつたときなどが該当するものとは解釈されていたが、ドイツのような証拠申請権の発達の契機とされることはなかつた。

現行刑法は、大審院が法律審として果たした機能を、控訴審の法律審化に伴い、控訴理由に組み込んだ。しかし、旧刑法四一〇条の一一号や一三号のような絶対的上告理由は、絶対的控訴理由としては採用されていない。その結果、証拠申請の不当な却下があつたとしても、特別の控訴理由に該当せず、相対的控訴理由である訴訟手続の法令違反に該当しうるに過ぎない。しかも、先ほど述べたように控訴審においてはかなり裁量的に事実の取調が許されており、そこで第一審において却下された証拠も取り調べることができる。このような控訴審における裁量的な事実の取調べは、第一審の事実認定に対する、実体的真実発見型の職権主義的介入に結びつき、当事者の証拠申請権論の軽視につながつて

いるといえるだろう。現在の控訴審による事実誤認の是正は、実体的真実を基準とした第一審の事実認定への介入である。控訴審をより手続中心主義的なものに代えて行くためにも、証拠申請に対する不当な却下を、手続違反として構成する必要がある。

第六節 小括

以上に検討してきたよう、日本の刑事訴訟法においては、証拠申請権の概念のみならず、証拠提出との区別、証拠採否の基準、侵害された場合の上訴理由など、証拠申請権に対する理解があまりにされてきた部分が少なくない。そこで、これらの問題を解く手がかりとして、ドイツにおける証拠申請権論の体系化に多大な功績を残した、マックス・アルスベルクの証拠申請権論を紹介することにしたい。もちろん、これが単なる紹介にとどまるのであれば、その意義は半減してしまうだろう。なぜなら、その内容のすべてが直接、日本法に妥当するわけではないし、ドイツにおいても現在にいたるまでに少なからずの議論の変遷が存在しているからである。用語や表現にとらわれない、アルスベルクの問題意識に根ざした彼の理論の分析、ドイツにおける議論の変遷のフォローとその要因の分析などの、総合的検討が最終的には必要となろう。アルスベルクの証拠申請権論の紹介は、これらの視点からの、証拠申請に関する全体像を提示する作業でなければならない。

注

- 1 Jürgen Tasche (Hrsg.), Max Alsborg-Ausgewählte Schriften, schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e.V. Bd.1, Nomos 1992.
- 2 Id., S.10.
- 3 Alsborg, Justizritium und Wiederaufnahme, in: Tasche (Anm.1) S.58-180. 本論文の紹介として、平田元「ドイツ誤判研究史」九大法学四七号一二五号頁(一四一頁以下)。
- 4 詳しくは、平田(注3)を参照。
- 5 Alsborg, Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein?, in: Tasche (Anm.1), S.181-220.
- 6 Id., S.187.
- 7 参照、光藤景皎「証拠調請求権の復権」石松判事退官記念『刑事裁判の復興』所収一四三—一四七頁。
- 8 Vorschläge zu gesetzlichen Maßnahmen zur Entlastung der Gerichte und Staatsanwaltschaften in der Strafgerichtsbarkeit, StV 1982,324
- 9 なお、すでに一九七九年の刑訴法改正により、証拠申請権と並び被告人の証拠調請求権の重要な一翼を担っていた、「在廷証拠」(被告人が自己の費用により直接、召喚された証人及び鑑定人並びに直接、取り寄せられた証拠物や証拠書類)の取調強制は緩和されるに至っている(ドイツ刑訴法二四五条)。すなわち、それ以前であれば、被告人はたとえ証人申請や鑑定申請を、証拠の重要性がないことを理由に却下されても、自らの費用で証人等を喚問することにより、裁判所に証拠調べを強制することが可能であった。しかし、一九七九年の法改正により、そのような場合もあらためて公判において証拠申請が必要となり、これに対して裁判所は訴訟遅延目的の証拠申請であること等を理由に、申請却下することが可能になった。

- 10 Aisberg-Nise-Meyer, Der Beweisbeitrag im Strafprozeß, 5. Aufl., S.V.
- 11 団藤重光『刑事訴訟法綱要』（七訂版）一七〇頁
- 12 小野他『刑事訴訟法（下）』〔新版〕二九七頁。松尾監『条解刑事訴訟法』〔増補補正版〕（以下、条解刑事訴訟法）五二七頁。
- 13 岸盛一『刑事訴訟法要義』二五七頁、青柳他『註釈刑事訴訟法第三卷』一六八頁、条解刑事訴訟法五二七頁。
- 14 Claud Allen, Im englischen Strafprozeß, ZStW Bd.43,S.159.
- 15 Michael Köhler, Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung(245StPO), S.15.
- 16 最判一九四八年一月一七日・刑集二卷二二号一五八九頁。最判二四年五月七日・刑集三卷六号六九九頁。
- 17 この点ドイツ法においても、鑑定申請が却下された場合は、被告人は直接依頼した鑑定人を正式な手続の下に召喚し、ドイツ刑法二四五条に基づき取調強制できる（もつとも、法改正によりこの場合も、公判において証拠申請が必要とされるに至ったのは、上述のとおりである。しかし、それでも申請却下しうる理由は、二四四条四項による場合よりもはるかに厳格である）。
- 18 平野龍一『刑事訴訟法』二〇三頁注（二）。なお、連邦証拠規則七〇六は、特に専門家証人につき、裁判所による任命の制度を設けているが、これ規定の主要目的も、被告人に鑑定の機会を確保し、また中立的鑑定人を得る目的から設けられた。
- 19 召喚された証人や鑑定人に出頭を義務づけるためには、被告人は、証人喚問にかかる旅費と休業補償を現金であらかじめ提供し、または供託しておかなくてはならない（ドイツ刑法二二〇条二項）。しかし、出頭した証人や鑑定人が事案の解明に有用であったときは、申立により、裁判所が国庫による補償を決定することができる（同条三項）。
- 20 L-R-Kommentar, 24. Aufl. 244, Rd.2.
- 21 ドイツにおいても私的鑑定の重要性は次第に高まりつつあり、これが裁判所の判断に影響を与えることもすくなくないといえる。さらにこのことは、私的鑑定を行った当事者の勝訴や無罪となり、私的鑑定の費用が必要的費用とみなされて、敗訴の側

や国庫により支払われる数が増加していることから伺われるという。(Jessenizer-Frling, Der gerichtliche Sachverständige, 10AAnfL, Rn.172.)

22 Köhler(Ann.15), S.12, 53.

23 日本大学日本法政学会発行『第四五回帝国議会提出刑事訴訟法案理由書』一八一頁。

24 小野清一郎『重訂刑事訴訟法』三八九頁。ただし、在延証人の取調べに関しては、証拠決定が必要か否かが争いがあつたとされてゐる(同三九〇頁注九)。

25 光藤景皎『証拠調請求権の復権』石松判事退官記念論文集『刑事裁判の復興』一三一九頁に詳しく紹介されているので参照されたい。

26 平野龍一『刑事訴訟法』(全集)二四六頁以下、二四七頁注(一)。

27 岸誠一『刑事訴訟法要義』二六五頁以下。

28 高田卓爾『刑事訴訟法』[第二版]四四三頁、四四四頁。

「第一に、証拠能力のないものについての取調べ請求は、却下すべきは当然である。第二に当該証拠の取調べが法律上禁止されている場合(例えば、公務員の職務上の秘密につき監督官庁の承諾がないとき(一四四・一四五))または事実上不可能な場合(例えば、証人が瀕死の病床にあつて尋問にたえられぬことが明らかなきとき)にも、請求を却下すべきである。第三に、法令に定める方式・要件を充さない請求は却下することができる(規則一〇七・一八九IV参照)。第四に、事件との関連性のない証拠の取調べ請求は却下すべきである(二九五参照)。」

「右以外の場合に、どの程度証拠調べ請求を容れるべきか。……証拠調べはまず当事者の請求によるとする現行法の趣旨からすれば、むしろ当事者の請求が合理的な理由で明らかに不要と認められる場合以外は、原則としてこれを容れて取調べを行

うべきものと考え……。これを、やや具体的に分析すれば、(イ) 裁判所が、すでにある要証事実が証明されたと認める場合には、重ねて同じ事実を証明するための証拠を取り調べる必要はない。このことは重複した尋問・質問の制限（二九五）と共通するが、しかし、重複的な証拠調べ請求は常に却下してよいとはいえない。裁判所がすでに十分な心証を得たか否かによつて異なり得るからである。(ロ) 裁判所が、ある要証事実につきすでに充分な心証を得たと考える場合でも、それが当事者双方の証拠をある程度取り調べた結果でない限り、それを理由として請求を却下すべきではない……。(ハ) 単に証拠の証明力が薄弱であるとの予断だけでは、最初からその請求を却下すべきではない。(ニ) 鑑定の請求に対しては、その鑑定の対象たる判断が裁判官一般に通常可能と考えられるもの以外の場合には、これを容れるべきである(たまたま裁判官が当該事項に精通していても、請求却下の理由とはならない……)。」

29 McCormick on Evidence 3rd Ed.,p.545.

30 Graham, Federal Rules of Evidence 3rd Ed.,p.94.

31 連邦最高裁の判例として Chamber V. Mississippi, 410 U.S. 284(1973), Skipper v. South Carolina, 476 U.S. 1.

アメリカ合衆国憲法修正第六条の証人喚問請求権の意義に関する重要判例を紹介する文献として、光藤景皎「証人喚問請求権の蘇生」福田・大塚古稀賀論文集『刑事法学の総合的検討(下)』所収を参照されたい。

32 RG Rsp. 6:453(454).

33 松尾編『刑事訴訟法II』一八五頁以下。

34 当該規定はいくたびかの改正を受け、現行法では廃止されている。ただし、違警罪から分かれた非犯罪化された秩序違反事件においては、証拠調べの範囲は裁判所が職権による真実究明義務に反しない限りで、決定できる(OWIG七七条)。

35 最近の破棄差戻し事例として、大阪高判一九九一年一〇月二一日・判時一四〇九号一二七頁、福岡高判一九九三年四月一五日・

判時一四六一号一五九頁。

36 Heinz Günter Wolschke, Leitgesichtspunkte zur Sachverständigenbeziehung, S.23.

37 Id.,S.33.

38 Id.,S.38.

39 平井彦三郎『刑事訴訟法要綱全』六一—三頁。