

資料

移り変わる刑事訴訟

ここに訳出したKarl Peters教授のStrafprozess im Wandelは、エントレヒト大学教授mr. J.J.M. van der Venに捧げられた祝賀論文集 Recht als instrument van behoud en veranderingに登載されたものである。訳者はテュービンゲンのペーテルス教授の御自宅で、その抜刷を恵与され、一読して、現在の西ドイツ刑事訴訟の動向を知る好個の資料であると考え、その翻訳を思い立ち、早速教授の御快諾を得たものである。

一九七三年五月一七日

一

刑事訴訟が目指すのは、行為者の罪責の確認とその処罰とで

移り変わる刑事訴訟

カール・ペーテルス
内田 一郎 訳

ある。この目標に役立てられるのがあらゆる時代あらゆる場所の刑事訴訟である。あらゆる刑事訴訟についてと同様にこのことが妥当するものにまた、やがて一〇〇年の効力範囲をもつ一八七七年の刑事訴訟法や裁判所構成法でのドイツ刑事訴訟があり、また時の流れとともに変更された諸規定がある。目標はいつも同じであるのに、変化するのは刑事訴訟の事実上の経過であり、刑事訴訟の法的構成である。その法的構成とかかわりをもつのは刑事訴訟法であり、刑事訴訟の事実上の成り行きと関係のあるのは刑事訴訟学説である。法はいつも同じであるか、確かに本質的には変わらないのに、訴訟手続の成り行きは変わることがありうる。このことはなによりもまず、次の事実から

明らかになる。すなわち刑事訴訟法は広く不特定概念を用いて仕事をし、種々の権力を授与し、様々の可能性を開く、そしてこれらの権力の授与や可能性は法規により与えられる枠内にとどめられ、これをいかに充填するかが実務上重要であることこれである。刑事訴訟は実践的運用により恒常的に変化する、ことに新しい種々の経験や認識、判例や学説それに新しい制定法の影響を受けて恒常的に変化する。

実体刑法を実現し、法的共同体を保全するため刑事訴訟が必要である点では意見の一致をみている。しかし同様に意見が一致しているのは、刑事訴訟で問題となるのが危険な、鋭利な武器であるという点である。刑事訴訟は個々人の生活圏に干渉する(被疑者・被告人、証人、鑑定人)のと同じ程度に、自由、法的安定性そのほか共同体にとって価値あるものに寄せる一般人の関心にも干渉する。その結果、刑事訴訟は恒常的な緊張状態にある。刑事訴訟は一方で有罪者を刑に服させ、他方で無実の者を保護すべきである。それは権力の行使であるが、同時に権力の制限に服する。それは強制処分を必要とするが、その強制処分は過剰に、また期待可能な程度を超えて効果を發揮してはならない。それは真実に奉仕すべきであるが、個人や一般人の利益のため真実発見の種々の方策を放棄しなければならない。それは正義に奉仕すべきであるが、同時に法的安定性をも保証

すべきである。刑事訴追官庁にはその使命を達成するため裁量の自由が与えられなければならないが、同時にその運用はこれを種々の拘束に服させる必要がある。

これらの緊張状態に対する対処の仕方は、なによりもまず事実上の種々の認識と可能性により左右される。個々の点では、目的に適った考量が効果を發揮する。もつともよく部分的に對立する利益の内部で妥協が見出されうような見解は、恒常的に変化する。これらの見解は相当な範囲で優勢な政治的、社会的見解により左右される。後者はさらにまた過去の経験により決定的な影響を受ける。適切にもエクスナリー⁽³⁾が指摘したのは、訴訟法の全發展段階で政治的決定が関与したという事実である。彼は次のように言った。すなわち「異なる国には——異なる刑事訴訟手続がある」と。この対句は、しかしなお、次の追加を必要とする。すなわち同一の国家で社会観が改められれば——刑事訴訟手続が改められる、と。

(1) 一八七七年の刑事訴訟法は約五〇、裁判所構成法は六〇の改正を受けた。個々の点に関する一覧表を載せているのは、Kleinknecht, Strafprozessordnung, 30. Aufl., 1971, S. XXXI ff. である。相当な補充が行なわれたため、刑事訴訟法と裁判所構成法の条文は一九二四年三月二二日に、また、刑事訴訟法の条文は一九六五年九月一七日に新しく

書き表わされた。後者の新しい表現に先行したのは刑事訴訟法および裁判所構成法の改正のための法律(SUPÄG 1964年)である。裁判所構成法の最近の基本的な改正をもたらしたのは、一九六一年九月八日のドイツ裁判官法である。

- (2) 刑事訴訟を法的なものからだけ考察する者は、現実の訴訟上の出来事を正しく認識するに至らないであろう。刑事訴訟法に関する学説は刑事訴訟学説による補充を必要とする、すなわち刑事訴訟法典の内部で経過する種々の出来事に関する学説がこれである。法と事実上の実施とを結合しようとする試みを、私は自著『Strafprozess (1. Aufl., 1952, 2. Aufl., 1966)』で思ひきつめてみた。そして『Strafprozesslehre. Zugleich ein Beitrag zur Rollenproblematik im Strafprozess』(Gedächtnisschrift für Hans Peters, 1967) 及び『Strafprozesslehre im System des Strafprozessrechts』(Festschrift für Reinhard Maurach, 1972) のうすべこれを一層進展させた。

- (3) Exner, Strafverfahrensrecht, 1947, S. 7.

II

刑事訴訟とその実施に関する注目すべき一層の進展が判明するのは、法医学、種々の自然科学や工学の発展という事実から

移り変わる刑事訴訟

である。最近数百年の挙証は、これにより本質的な変更を経験した。⁽⁴⁾これによって犯罪行為の解明は、確かに謀殺、放火、住居侵入、扶養義務違反、交通犯罪など一定の犯罪では、まずまず物証にその重点を移している。ドイツ刑事訴訟法が第八七条ないし第九三条で今日までもたらしただけのは最初の表現によるものであり、きわめて貧弱である。これらの規定は、その要求を検死、死体解剖、毒物検査、貨幣や紙幣の鑑定それに筆跡の比較にとどめている。新しく採用されたものとしては、一九三三年から一九五〇年にかけて刑事訴訟法第八一条a——dのうち、身体の検査方法、ことに、検査血液の採血や個々の事案を解明するための人体に対するその他の処置の実施、さらにそれを超えて、認識に役立てる目的とする写真の撮影や指紋の採取それに測定、計量や類似の処置の実施がある。法規から知ることのできないのは、事実上の訴訟処理は、犯罪徴証学の影響を受けて、どのような変化をたどったかという点である。法規を新しい認識と方法とに定着させることは、恒常的な一層の発展が行なわれる場合には、可能でもないと考えられる。挙証の変化が生じるのは、前手続での捜査に関する、鑑定人証拠に関する証拠申立権に関する、また裁判官の確信の形成に関する一般的な諸規定の内部においてである。いつも同じである規定が一層の時の流れとともに内容的に別の性質のものを受け取るので

ある。

自然科学、工学さらに法医学上の鑑定人の特別の専門知識、それにますます特殊化し、精緻になる専門的な諸問題は、鑑定人に對し、恒常的に増大する判決発見への影響力を与える。⁽⁶⁾一箇の証拠方法としての役割から、鑑定人はますます裁判官の職務領域へその位置を移してくる。そこで、裁判官と鑑定人との關係は、焦眉の刑事訴訟上の問題となる。この場合、問題となるのはまず、裁判官が鑑定人に事実上依存することであり、次に、鑑定人の問題で事実上専門の知識をもたない裁判官の、専門的に熟考する鑑定人に対する理論上の地位如何ということである。

一連のドイツ連邦共和国での再審手続⁽⁸⁾は、最近、再び裁判官の地位の強化を導いた。誤判に関する種々の研究により明らかにされたのは、自然科学的証明も、その非常な進歩そしてこれと結合する証拠の確保をもつてしても、みのがすことのできない種々の危険にさらされていることである。その危険は、まず第一に科学の進歩にある。科学の進歩は、事情により、科学的に定着した種々の見解が新しい認識により凌駕されることを導く。さらにまた誤謬の種々の可能性が明らかになるのは、鑑定人の専門知識の不足、証拠採用上の瑕疵それに種々の推論の確実性の不充分なことからである。そこで鑑定人証拠は——証人

証拠とすこしもことなることなく——裁判官によるコントロールを必要とする。鑑定人証拠は専門的領域での恒常的な理論的再検討とその続行を必要とするばかりでなく、判決の下される個々の事案での裁判官による再検討をも必要とする。裁判官がコントロールする必要があるのは、鑑定が適切であるか、その鑑定中で鑑定人の見解の正当性についての確信が基礎づけられるかどうかである。そこで裁判官は非専門家として鑑定人の人物と鑑定人の詳論とについて判断しなければならない。裁判官が確信を形成する必要のあるのは、提出された意見が一般に確実なものであること、誤謬の可能性が排除されていることである。発展しつつある刑事訴訟理論の最も重要な課題に属するのは、裁判官と鑑定人との間に均衡のとれた關係をもたらしことである。

(4) 興味深く、Thorwald, Das Jahrhundert der Detektive (1964) は、Die Stunde der Detektive (1966) は、最近数百年にわたる犯罪徴証学の発展を叙述している。

(5) 法医学の一層の発展は、Lehrbuch der gerichtlichen Medizin von A. Ponsold (1957, 1967) 第二版および第三版を比較すれば明瞭である。偽証罪および扶養義務違反の捜査について、転回が行なわれた。すなわち、従来は消極的な、父性の除外だけが可能であつたのに対し、最近、血

液検査による積極的な父性の確定が可能になった。

- (9) 鑑定人と裁判官との関係について、以下のものが参考になる。Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 3. Aufl., 1971, S. 137 f.; Jessnitz, Der gerichtliche Sachverständige. Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., 1966, S. 34 ff.; Hellmuth Mayer, Der Sachverständige im Strafprozess, Mezger-Festschrift, 1954, S. 455 ff.; K. Peters, Strafprozess, 2. Aufl., 1966, S. 304 ff.; Sarstedt in Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Aufl., 1971, vor § 72 Ann. 8.

- (7) Rohrbach, Hetzel, Meinberg の再審手続を指摘すればたゞのちであらう。

- (8) K. Peters Fehlerquellen im Strafprozess Bd. 1 (1970), Bd. 2 (1972).

三

刑事訴訟の制定法上の規制と実践的な実施の基礎となるものに、さらに心理学的な経験や認識がある。これらのものは訴訟手続の基本構造でも、個別的な点でもその効力を現わす。それらもまた、刑事訴訟の発展の恒常的な流れに寄与するのであ

る。

今日の弾劾訴訟は、各独立の訴訟手続機関への職能の分離を伴う。すなわち裁判官、検察官それに弁護人は、確かに種々の政策的考量にも依存している。それにもかかわらず、今日の弾劾訴訟の基礎にあるものに、また心理学的な表象がある。種々の職能が一手に集中する場合には、権力の濫用、特定の意見の固執そしてコントロールの欠缺の危険がある。種々の機関にこれを移し替えることにより、同時に、抑止や再検討の制度がそのうちに建設され、この制度が一面性から身を守り、協力して仕事をせざるをえないようにする。裁判官の予断を防止するのに役立てられるのは、裁判官の除斥や裁判官の忌避に関する規定であり、これらの規定はさらに裁判官心理学の問題を視野にいれなければならないほど、種々の意義を獲得するのである。

基本的に裁判官心理学の問題を論じた者に、ボーネ (Bohne) とグラスベルガー (Grassberger) ⁽¹⁰⁾ がいる。裁判官の挙動の仕方に關する心理学的・分析的・社会学的考察は、目下のところまさに現代的である ⁽¹¹⁾。刑事訴訟理論の内部でもこの種の研究が必要となるにつれて、確かにそれだけ警戒されなくてはならないのは、性急に種々の結論をひき出すこと、そして確実性の足りない種々の帰結を法政策の基礎として承認することである。

確実な帰結に到達することの困難なことは、裁判官の予断の

問題で説明することができる。どの程度まで前の裁判への裁判官の協力が、この裁判官に偏見のないそれ以後の裁判の可能性の余地を残しているかという問題は、立法者や法政策家をして再三、再四、それに没頭させてきた。そして一八七七年の刑事訴訟法ですでに規定されていた第二三条によれば、ある裁判官がみづから下した裁判についての不服申立の際には、その裁判官は除外される。これに反し公判開始決定に関与したある裁判官が公判で協力できるかという問題は、立法者によりさまざまな回答が与えられている。刑事訴訟法第二三条第一項の最初の表現によれば、当時五人の職業裁判官で構成されていた刑事裁判所での公判で、公判開始決定に関与した裁判官のうち二人を超えて協力することは許されなかった。のちにこの規定は削除された。それ以後、公判開始決定に参加した裁判官のだけれもが、公判に関与することができる。今日このような規制はたびたび問題になっている。⁽¹²⁾一九六四年の刑事訴訟改正法がもたらしたのは、再審請求により不服の申し立てを受けた裁判に協力した裁判官を、再審裁判への関与から除外することである。この除外の理由は前の裁判にその裁判官が拘束されることがありうることである。これほどわかりやすい推測でさえ、種類と範囲の点でこれまで経験的に証明されたことはなかった。これまでも確証されたことのないのは、再審手続実施上の困難が

裁判官の同一性にあつたのか、むしろ同一審級の裁判官の様の心構えが決定的な事情ではなかったのかということである。⁽¹³⁾予断の問題でこれ以上の実例を挙げるのはやめよう。⁽¹⁴⁾予断の問題は、個々の事案を超えて、一般的な意義をもつ。なかでも問題なのは、どの程度まで裁判官は一般に自己の見解を客観化し、普遍妥当の裁判を行なうため、個人的な表象、見解それに本能から離れられるかである。この問題は裁判官職それに刑事司法の信頼性という核心にせまる問題である。まさにこの問題はきわめて重要なので、卑俗な心理主義や卑俗な社会学主義から守護される必要がある。

心理学から刑事訴訟が影響を受ける領域の第二として、証拠理論を指摘できよう。以前の証拠規則は心理学的経験に基礎をおいていた。これらの規則は判決を危険から守ることに奉仕した。したがってそれは一箇の重要な機能を営んできた。そこにある真実の核心は、今日なお顧慮する価値がある。自由心証主義のもとになっているのは、人間の挙動方法の多様性を考えれば、外部的な標識により終局的に妥当する規則を定めることは不可能であるという了解である。証拠規則は普遍妥当性を要求できるのではなく、警告の機能を提示するだけである。さらにまたそれによりこれらの規則には一箇の重要な課題が帰属することになる。個々の事案に妥当すべきことはそれぞれの事情に

応じてのみ判断できる。このようにして必然的に生まれた空間は、しかし恣意的に充たすことはできない。むしろここに挿入すべき考量は、科学的心理学の種々の認識にみあうものである。被疑者・被告人、証人や鑑定人の供述に関する自由な証拠評価は、科学的に基礎づけられた思考上の諸先例を前提とする。したがって自由心証も、科学的に除去できない不確実性と科学的変遷に服する。決定的な問題は、疑いのある場合に一義的な帰結に到達するため、科学と実務とが何を提供できるかである。個々の時代に、楽観主義と懐疑とがたがいに交代する。さらに同じ時代でも次の点に関する見解はいちぎるしく相違する。すなわち何を、どのような事情のもとで、およそ一義的に確実なものと解することができるか、という点がこれである。基本的な立場次第で風俗犯の領域では多かれ少なかれ訴訟手続が実施され、多かれ少なかれ種々の問題が鑑定人により解決できるものと考えられ、多かれ少なかれその結果として有罪判決が下されまたは無罪の判決が下される。

- (9) Bohne, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, 1948.
- (10) Grassberger, Psychologie des Strafverfahrens, 2. Aufl., 1968.
- (11) 種々の重要な基礎をすでにワイマール時代に創造したの

移り変わる刑事訴訟

は、なかんずく Bendix による。Soziologische Texte Bd. 43 中の彼の諸論文の選集として Bendix, L., Zur Psychologie der Urteilsfähigkeit des Berufsrichters, hg. von Maus, Hund Fürstenberg, F., 1967 がある。その中に包括的な文献からの諸例として参考すべきものが、次のものがあろう。Berra (= Rasehorn), Im Paragrafenthum, 1966; Ostermeyer, Strafrecht, 1971; Rasehorn, Das Bewusstsein des Richters als Entscheidungsgrundlage in Rasehorn-Ostermeyer-Huhn-Hasse, Im Namen des Volkes, 1968; Rasehorn, Was formt den Richter? Über den soziologischen Hintergrund des Richters in der Rechtsprechung, 1968; Schmidt, Richard, Justiz in der Bundesrepublik, 1967; Schneider, H. J., Zur Psychologie des Strafrichters in: Grundlagen der Kriminalistik, Bd. 4, 1968—Wassermann, Zur Soziologie des Strafverfahrens in: Naucke—Trape, Rechtssoziologie und Rechtspraxis, 1970; Weimar, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidungen, 1969.

- (21) この点に関しては参照すべきであろう。Dünneberg in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl., 1971, vor § 22 Anm. 5. がある。

(13) 「同一の裁判官」の問題点とかかわりのあるのは、そのテーマを取り扱っているTübinger Dissertation von Frau Brandt-Janczyk である。

(14) とくに切迫している問題は、予審後、検事局の不起訴処分申立があるにもかかわらず、公判開始決定をした(刑事訴訟法第二〇八条第二項)裁判官が、その公判に関与できるかどうかである。このことは現行法によれば可能である。この点に関し参照すべきものに、Schulz, Ankläger und Richter in einer Person §208 StPO, Monatschrift für Kriminologie 45, 1962, 202, がある。

(15) 供述心理学に関するドイツの文献は看過できない。基礎的なものに、Arntzen, Psychologie der Zeugnisaussage, 1970 ; Deutsch, Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugnisaussagen in: Handbuch der Psychologie, Bd. XI, 1967 には、包括的な文献の指示が載っている。また参照するものに、Trankell, Der Realitätsgehalt von Zeugnisaussagen. Methodik der Aussagepsychologie (Deutsch und Englisch Wörterbuchから翻訳された), 1971, がある。

四

どれほど刑事訴訟がその発展の上で所与の事実により規定されようとも、それは種々の思想的、政治的それに社会的見解の象徴にも服する。フランス革命やそれに続くドイツの政治運動は、ヨーロッパ大陸に一九世紀の刑事訴訟手続の改革をもたらした。自由主義が刑事訴訟に及ぼした影響は、国家権力の制限と個人の保護を導いた。標語的にこれを挙げれば、次のようである。すなわち裁判所の独立、裁判官の法規への拘束、刑事訴訟手続内での職能の分配、弾劾訴訟の採用、裁判権への素人の参加、訴訟手続の口頭主義や公開主義、公開主義によるコントロールがこれである。第一次世界大戦後の時代の経済的窮乏は、第一に節約の観点に適した処置だけを導いた。しかしこれらの処置は、旧陪審裁判所の廃止、陪審裁判所の従来の管轄権の大巾な制限、起訴法定主義の緩和や私訴の拡大のように、現実には、一九世紀の刑事訴訟の思想的な基盤に関係するものであった。国家主義の時代の逆行的発展は第二次世界大戦後に阻止された。刑事訴訟手続の自由主義化は国家社会主義以前の時代に続いて進展した。基本法の規定する基本権に依じて、一層の時の経過とともに法治国家の確保や個々人の諸権利の保護が力強く明白に表示された。これらの発展に、立法、司法や科学が協力したのである。

その頂点に達したのが一九六四年の刑事訴訟改正法での刑事

訴訟手続法の改正である。この法律の特徴は、弁護権の拡大（警察が被疑者に対し対象事実に関して告知し、また黙秘権に關して教示する義務を課したこと、検察官による最終聴取、弁護人の立会権の拡大、必要的弁護の事案の増大）や未決勾留の制限、なかでも逃亡のおそれおよび罪証湮滅のおそれという勾留理由に關する制限規定である。もちろん次の点は問題が生じる。すなわち刑事訴訟改正法が公共の利益と個人の利益との間の必要な調整を現実に見出したかどうか、そして刑事訴訟改正法が刑事訴追上の利益に充分に適応しているかということこれである。ここ数年間の社会政策上の一層の発展により種々の疑問が生じてきた。

刑事訴訟での個人自由の保障の基礎となったのは、基本権保護のための憲法裁判所による種々のコントロールを刑事訴訟中にもうけることである。連邦憲法裁判所の判例には卓越した重要性が帰せられるべきである。刑事訴訟の事実上の形成に及ぼすその影響力は過大評価されるはずはない。連邦憲法裁判所はまずなによりもその判例中で二重の使命を負っている。すなわち第一に基本法（1 GG）第一条以下の規定する基本権の保障、次に基本法第九二条以下の保障する裁判官の権利や訴訟手続上の権利の保障がこれである。注目すべきは、例えば、法律上の裁判官（Art. 101 S. 1 GG）、法的聴取（Art. 103 I GG）、刑事

移り変わる刑事訴訟

訴追の一回性の原則（Art. 103 III）や自由の種々の制限の際の裁判官による保障（Art. 104 GG）に關する判例である。

憲法上の抗告ができることは、該当者に自己の権利の弁護のため有効な手段を与える。すなわち基本法第一〇〇条で裁判所に与えられた憲法裁判所の裁判権に訴える可能性は、裁判所により適用される法律が憲法に違反すると認められる限り、刑事裁判所にも憲法によるコントロールの道を拓いている。第二次世界大戦後の時代に法治国家を確保しようとする政治的意思は、連邦憲法裁判所による刑事訴訟のコントロールの導入という点で実務上きわめて有効に表示された。

連邦憲法裁判所が個々の問題で態度決定をしていなくとも、連邦憲法裁判所は刑事訴訟を支配する精神の形成に際し、重要な要素となっている。連邦憲法裁判所により連邦裁判所の判例も影響を受ける。法学的に解決可能であるばかりでなく、その処理がまた政治上の基本的立場によりともに決定される主題に属するものに、このごろくりかえし学者が採り上げている証拠禁止の領域がある。きわめて明瞭に連邦裁判所（BGH St. 14）は次の命題を定立した。すなわち「いかなる犠牲を払っても真実が探究されなければならない」ということは、刑事訴訟の原則ではない」と。この命題により、訴訟上の真実探究義務は相対化される。訴訟上の真実探究義務はその他の種々の価値と関係

づけられる。このような議論の出発点については、一般に意見の一致が支配している。疑問があるのは、どの程度まで真実探究義務の制限が及ぶかという点だけである。その解答は一般には個々人の人格と法との関係や刑法の本質についての基本的な見解から与えられる。

この問題点は連邦裁判所の三箇の判例に即して説明できよう。BGH 5, 333 で、連邦裁判所はボリグラフ（嘘発見器）による捜査を、人間の品位、とくに意思決定や意思活動の自由を侵害するという理由で、許容できないと明言した。思うに、この判例は、そういう方法の使用により、人が客体化される点を顧慮すれば、適切である。しかし、最近、この判例には心理学的側面から疑問がなげかけられてゐる。BGH 14, 338 で、連邦裁判所は録音テープの使用を利用できないものと表示した。この録音テープは、私人が弁護士との話し合いの際に密かにスイッチを入れておいたもので、刑事訴訟で偽証罪の証明に利用しようとしたのであった。録音テープの利用に反対するのは、連邦裁判所によれば、人間の品位の不可侵性と人格の自由（Art. 1, 3 GG）とである。刑事訴訟上の間違いの種々の原因に関する研究は、この判例に対する私の疑問を強化した。⁽²⁰⁾ 法的にまず第一に疑問となるのは、基本権が第三者（すなわち国家に対してだけでなく、私人に対しても）効力をもつかどうかである。

さらにまた疑問となるのは、人間の品位や自由な人格という概念が過度に拡張されていないかどうかである。録音テープに録取することを排除するならば、裁判所をして、例外なく、きわめて不確実な証人証拠で満足せざるをえなくさせるであろう。

種々の証拠禁止の際に、一定の証拠形式が排除される限り、なお、刑事学的考量も割り込んでくるのである。もちろん、基本法に違反する挙動方法が刑事学的に浄化されることはありえない。しかし事情を判断する際に、刑事学的な考量がともに斟酌されることはありうる。⁽²¹⁾ 同様に疑問となるのは、BGH 19, 325 で、人間の品位を引合いに出して設定した日記の利用の禁止が実際に根拠のあるものであるかどうかである。とくにその朗読の禁止は相当性の原則に左右されるからである。問題となったのは一女教師の日記の利用であり、それは学校長の偽証と風俗犯とを証明するためのものであった。すでに行為の性質からして、その日記の使用が相当性を欠いていたかどうか疑いがある。この点を度外視しても、日記の朗読は常に許されないか、許されるかのいずれかである。刑事学的に、またこの判例の意味するものは、より良い証拠方法——文書⁽²²⁾——が、より劣る証拠方法——証人証拠——に席を譲ることである。⁽²³⁾

刑事訴訟に対し制定法によりまたは判例によって劃される種々の限界は、同じ政治体制の内部でも多種多様である。このこ

とはまず次の点から明らかになる。すなわち同一の体制であるにもかかわらず、個々の問題に対する立場が多種多様でありうる点である。一箇の憲法領域の内部にあってさえ、その発展は時間的にまさにいちじるしい変動を導く。すなわち法、とくに刑法の改正に関する連邦共和国での目下の論争から明らかな通りである。同じ政治体制の個々の国の法秩序での、刑事訴訟上の緊張状態に関する種々の解決方法の比較が実証するのは、刑事訴訟法と刑事訴訟の運用とに対する同一の基本原則の伝達についての多様性である。たしかに一箇の調整機能を種々の事実上の必要性は営んでゐるのである。

(16) 刑事訴訟手続に関する連邦憲法裁判所の最近の判例に関する概要を Peters, Der Strafprozess in der Fortentwicklung (Nachtrag zum Lehrbuch des Strafprozesses), 1970, S. 11 ff. を参照された。

(17) 概要は載せて註一六に挙げた著作一八頁以下にある。連邦裁判所もその判例中でしばしば憲法問題と取り組んでゐる。この点について Generalregister zu den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, Bd. 1—10, S. 584 ff., Bd. 11—20, S. 583 ff. を参照された。それと die Register Bd. 21, S. 423, Bd. 22, S. 429 ff., Bd. 23, S. 420 があつて、目下のところ刑事事件で最新の

ものは第二四巻である。

(18) 証拠禁止の問題は一九六六年の Essen での第四六回ドイツ法曹会議の会報中で取り扱われた。そこで行なわれた専門家の意見は、ドイツ法曹会議の常任代理委員により出版された。すなわち Beweisverbote im Strafprozess Bd. 1 (Gutachten), Teil 3 A, 1966, がこれである。

(19) Tent, Psychologische Tatbestandsdiagnostik (Spurensymptomatologie, Lügendetektion), Handbuch der Psychologie, Bd. XI Forensische Psychologie, herausgegeben von U. Undeutsch.

(20) この点に関して参考になるのは K. Peters in: Deutscher Juristentag, Beweisverbote im Strafprozess, S. 149 ff. である。

(21) 誤解を避けるために強調しておきたいのは、国家の役所による録音装置の秘密の使用は、法治国的に弁明できない権力の濫用となる点である。

(22) これによつて否定されてはならないのは、日記の利用も心理学的な問題の前に立たされることである。決定される必要があるのは、叙述された種々の事象が現実のものか、一箇の幻想に過ぎないのか——それとも事情によつて、それらに思考上の願望を描写するものなのかである。

(23) それは Beweisverbot im Strafprozess (註(8)参照) S. 153 中の私の見解に反対するものであり BGH 19, 323 の判例に賛成するというよりはむしろ反対するものである。
19。

(24) 註(18)で挙げたドイツ法曹会議の公刊物は、北欧諸国での証拠禁止 (G. Andenaes) アメリカ合衆国での証拠禁止 (G. O. W. Mueller) ノーデン民族諸国での証拠禁止 (K. Peters, H. H. Rupp) に関する各専門家の意見を載せている。
19。

五

刑事訴訟法上の変遷や刑事訴訟実施上の移り変わりに続くものは、実体刑法の種々の変化である。実体刑法の変化の基礎にあるのは、実用性についての種々の考量、心理学や医学の種々の認識、刑事政策的な種々の観念、および政治的、社会的な種々の変動である。例外なくここでも種々の発展の原因は、その根源が多様となるであろう。結局、実体刑法の再構成、それに刑事訴訟法の一層の進展において事情がどうなるかは、例外なくある作用を起す力とそれに抵抗する力の動きに左右される。ときとしてこの移り変わりは長い期間を経て実現され、その初

期には改革のための闘争があり、その終期にははじめ敵対した種々の見解のうちに意見の一致が見られるようになる。ドイツ刑法では、フォン・リストの思想の貫徹というところでこれを示すことができる。社会学派の種々の見解は折衷説の一層の発展のうちに採り入れられ、今日では広く、立法、司法そして科学において承認されている。応報刑法が特別予防刑法かという対立は、現代ドイツ刑法での論議の最前線を適切に描写するものとはもはや考えられない。広範囲に及ぶ統一的な基本的見解の内部で、なお個々の点でどのように重点を配分するかは重要でない。現今の議論の重点は、倫理学に対して刑法が道義的に拘束される関係にあるか、刑法が自律の関係にあるかという問題にある。⁽²⁵⁾ 思い違いでないとすれば、この基本的な問題では、ドイツ刑法の領域で、種々の対立が硬化するように思われる。

しかし、常に、刑法上の基本観は、刑事訴訟やその実施に干渉する。フォン・リストの要求した行為刑法から行為者刑法へという変化は、実体法に関係するだけではない(保護観察のための刑の執行停止の導入、短期自由刑の抑制、種々の自由刑の種類の単一刑への単一化、刑と併存する種々の処分体系の整備、刑の量定の深化、主観的諸要素の利用による種々の構成要件の改造、客観的な構成要件の性質決定の放棄や行為者の種々の性質によるその補充、少年刑法)。それは行刑上の諸観念や刑

事訴訟にも関係がある。実体刑法が人格刑法へ変化すればするほど、ますます刑事訴訟で人格の探究が成就されなければならぬ——例えば裁判所補助の創設により——そして制度化される必要がある。事実関係の探究のほかに、同価値の課題として人格の探究が登場する場合には、次の問題がさし迫ってくる。すなわちヨーロッパ大陸の刑事訴訟の二分化は、少なくとも、行為者人格の徹底的な調査がそのうちで問題とされる手続にとって、必要ではないのか、ということこれである。⁽²⁶⁾ 個人的な諸事情が手続中で調査され、そして議論されればされるほど、ますます被告人は公衆の笑い草にされる危険からの保護を必要とする。このことは個人的な諸事情の解明が問題となるかぎり、公開主義の制限を導く。すでに客観的な出来事の確認が非常な諸困難にぶつかると、行為者刑法は裁判官に新しいきわめて解決の困難な課題を課する。ここで再び明らかとなる危険は、裁判官が鑑定人に依存してしまうことである。なによりも必要なのは、刑事訴訟や行刑で行為者刑法の法治国的な保障を与えることである。行為者刑法は刑事訴訟的には、すでに一九二四年から始まった起訴法定主義の緩和にその効果を現わしている。⁽²⁷⁾ 人格刑法は、最後に、従来そうであったのとは別の仕方ですべて予備教育を施された裁判官を必要とする。実体刑法での移り変わりがまた刑事訴訟の改革を導くとしても、確かにみのがすこ

移り変わる刑事訴訟

とが許されないのは、このような成り行きに対し、刑事訴訟の側から種々の限界が劃されることである。刑事訴訟もまた、自己の側から実体刑法を規定する。刑事訴訟で事実の点でまた法治的に保障された方法で実現できるもの、それだけが、刑法の内容となることができる。このようにしてまた、刑事訴訟は一箇の「刑法を形成する力」をもつのである。

(25) この点に関して、私の次の論文がある。すなわち、Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzugs in der Heinitz-Festschrift, 1972.

(26) この点に関して、die deutschen Beiträge zum X. Internationalen Strafrechtskongress in Rom, 1969, von G. Blau und H. Fischer, Zeitschr f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 81, 1969, S. 31, 49, があつた。
(27) §§ 153 ff. StPO i. d. F., 1924 参照。

六

個々の刑事訴訟の力学のほか、刑事訴訟法や一般的な所与の刑事訴訟の恒常的な進行が営まれる。これにより、刑事訴訟法と刑事訴訟学説は、その非常な刺激をうけている。力学と移り変わりとは、訴訟手続の目標により良く適応する種々の可能性をそのうちに持つものと同じだけ、訴訟手続の目標の達成を妨げる

種々の危険性をもそのうちに持っている。たとえどのように刑事訴訟が形成されるとしても、その負担は依然として常に同じである。すなわち、真実、正当性および正義の追求がこれである。