

資料

カール・ペーテルス

刑事訴訟法体系における刑事訴訟論

——紹介——

Karl Peters, „Strafprozesslehre im System des Strafprozessrechts“ in der Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Friedrich-Christian Schroeder und Heinz Zipf, 1972, S. 453—467.

本論文は先頃退職されたテュービンゲン大学のカール・ペーテルス教授の最新の論文である。「刑事訴訟法体系における刑事訴訟論」として、その必要性から説き起し、その内容として、記述的刑事訴訟論、説明的刑事訴訟論、評価的刑事訴訟論、理論的刑事訴訟論を展開し、さらに刑事訴訟論の叙述の方法と関連して実例として捜査手続論、証拠論、確信形成論を挙

刑事訴訟法体系における刑事訴訟論

げて詳論し、さらに刑事訴訟論と実体的刑法との関係に説き及び、最後に刑事訴訟論は法と実在との諸橋梁を組み立てるものである、と結んでおられる。持論を明快に説かれたものとしてきわめて注目に値するものと信じる。

早稲田大学教授 内 田 一 郎

(在テュービンゲン)

× × × × × ×

—

刑事訴訟は一箇の法的に規制された事象であり、それは嫌疑をかけられている者の事実関係の解明すなわち有罪または無罪の確定に奉仕し、犯罪の遂行が確定した場合には刑罰および処

置を命じること奉仕する。大切なのは実体刑法を司法の形式をとる方法で実現することである。刑事訴訟の取るべき道と目標とは法により決定される。こうした事実が意味するのは、刑事訴訟中で行動し、諸権利を与えられた諸義務を課せられる人々が、いちじるしく相互に密着した状態にあるということである。彼等は法的に限定された枠内においてのみ、彼等と与えられた授權、行動の自由および行動の可能性に基づいて、許容された仕方⁽¹⁾で活動することができる。共々の活動および相対する活動は刑事訴訟では法的に予め与えられた関係の中で行なわれる。一種の動搖のうちに生起することのような出来事は、その力学(Dynamik)を説明するため、事実にには輻射関係としてまた法的には訴訟関係としてこれを表示することができる。このような意味でヘンケル⁽²⁾と私とは訴訟関係という議論の余地のある概念を使用した。この概念に対する異論はとくにエバハルト・シュミット⁽³⁾がゴールトシュミット⁽⁴⁾やニーゼ⁽⁵⁾に続いて提起している通りであるが、我々の当面の関係ではこれを詳細に論じる必要はないであろう。刑事訴訟が本質的に法に拘束された事象であると考えられること、刑事訴訟上の出来事に法的性格が当然帰属すること、そして刑事訴訟の法的形成がもろもろの出来事の基盤となることに關しては意見の一致を見ている。ただ、一箇の刑事訴訟論の立場、目標および課題の研究の際に、

それが問題とされるのである。

このような議論の出発点から刑事訴訟の考察にとって明白となるのは、刑事訴訟の法的規制の基本的意義である。このような出発点からしてまた理解できるのは、刑事訴訟と取り組んだ教科書の諸表示中に圧倒的に刑事訴訟法(Ultraprozessrecht)という語句が使用されていることである。実例として挙げられる教科書、綱要および入門に、ウルマン(一八九三)、ビルクマイヤー(一八九三)、ベンネッケ・ペーリング(一九〇〇)、ビンディング(第五版一九〇四)、フォン・リリエントール(一九二三)、ローゼンフェルト(ゲッティンゲン叢書一九二六)、ペーリング(一九二八)、グラーフ・ツィ・ドーナ(第三版一九二九)、メルケル(一九三二)、フォン・ヒッペル(一九四一)、グラーフ・グライスバッハ(一九四三)、エクスマー(一九四七)、ケルン(一九四九ケルン・ロクシンの第一〇版まで一九七〇)、シュトック(一九五二)、ヘンケル(第二版一九六八)、エバハルト・シュミット(一九六七)、ベッテルススプライゼンダント(小見出し第八版一九六六)、パウマン(一九六九)およびロクシン(君の知識を試めしてみよう第三版一九七〇)がある。また基本的な著作であるザウエル⁽⁶⁾の訴訟法の基礎(一九一九)および一般訴訟法理論(一九五一)もその書名中に法(Recht)という概念を含んでいる。これに反して比較的古い便覧および教科書は

大概ただ刑事訴訟またはドイツ刑事訴訟とだけいっていることは、例えばフォン・ホルツェンドルフ(一八七九)、グラウザー・オェトカー(一八八三—一九〇七)、フォン・クリース(一八九二)に見られる通りである。書名は偶々そうなったということもありうる、例えばローゼンフェルトが彼の教科書(第三版一九〇九)の書名をドイツ帝国刑事訴訟とし、そしてすでに触れた彼の綱要をドイツ帝国刑事訴訟法(Deutsches Reichsstraf-prozessrecht)(一九二六)と表示したのがそれである。著書の表示は、さらにまた訴訟上の基本的な観方により特徴づけられることもある。それほどにこの刑事訴訟法という表示は明らかに漸次フォン・ビューローによりすでに一九世紀中葉に展開された訴訟法的観念の影響を受けて圧倒的に確かな地歩を占めてきたのである。ゲルラント(一九二七)が彼の評論に「ドイツ刑事訴訟」という書名をつけたとき、このような表示の基礎にあったのは、「イエナ上級地方裁判所および一〇年間にわたって一緒に仕事をしてきた記念として同裁判所の同僚に」捧げられたことから判る通り、実務との関係の親密さを意識的に強調することであった。実務への結合は私をして私の教科書を(一九五二年の第二版のための序言参照)、「——次になお一層強く理論的な考量を基礎として(第二版参照)——端的に「刑事訴訟」と表示させたのである。刑事訴訟法という表示で表現さ

れるのはより多く静力学的(statisch)要素すなわち不動の枠、犯すべからざる法的基础および(より多く)技術的な個々の規制であるのに反して、刑事訴訟という表示はより強く訴訟的事象の力学を明瞭にする。

ここに強調されなければならないのは、刑事訴訟法と刑事訴訟とを対置する際に法の軽視が問題となるのではなく、むしろどのように法の内部で刑事訴訟が行なわれるかということこそが問題となるという点である。刑事訴訟という表示のうちで表現されるべきは、刑事訴訟法(Strafprozessrecht)を知るだけでは充分でないこと、むしろ必要なのはその点を超えて、何が刑事訴訟中で発生するのか、そして何故刑事訴訟がそのように進行しそして別の仕方で行進しないのか、という問いに対して回答することである。

- (1) Henkel, Strafverfahrensrecht 2. Aufl. (1968) S. 114.
- (2) Peters, K., Strafprozess 2. Aufl. (1966) S. 86.
- (3) Schmidt, Eberh., Lehrkommentar I, 2. Aufl. (1964) Nr. 42 ff., Deutsches Strafprozessrecht (1967) Nr. 32 ff.
- (4) Goldschmidt, J., Der Prozess als Rechtslage (1925) S. 1—145.
- (5) Niese, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen (1950) S. 104.

- (6) 刑事訴訟論という概念について、私の「Strafprozess 2, Auf. S. I; Der Strafprozess in der Fortentwicklung (1970) S. 41; 40」に die Abhandlung Strafprozesslehre, Zugleich ein Beitrag zur Rollenproblematik im Strafprozess; Gedächtnisschrift für Hans Peters (1967) S. 891 参照。

- (7) von Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen (1868).

二

一箇の刑事訴訟論が可能でありまた必要であるということの根拠は、法の枠内で刑事訴訟において訴訟関係人（訴訟主体と単なる訴訟関係人⁽⁸⁾）は諸訴訟行為を行ないまた諸知識の表明または諸評価を行ないまたはその他の種類の現実的諸活動を自分の責任で実現するという点にある。訴訟関係人に対してはその役割が指示される。それらの役割の担当者および役割の課題がどれほど多種多様であるかは、概観的な一覧表でこれを理解しようとしてみればはっきりと解るであろう⁽⁹⁾。

その役割の担当者に対して刑事訴訟法が自己形成と自己責任とを通告するということの根拠は、刑事訴訟法典が個々の訴訟関係人に対し特殊の課題を指示し、それと同時にその履行をそ

の役割の担当者に広く任せている点にある。法律は諸委任、諸授權、諸枠、諸可能性の開示、裁量の授与をもって機能し、それは不特定の権利概念の使用にまで至る。ここで何が行なわれそしてどのように行なわれるかは訴訟関係人の意思と能力により左右される。訴訟関係人はその役割を多種多様の方法で演じることができるのである。

刑事訴訟法第二六一条で制定法は裁判官に対し委任を与えている、すなわち証拠調の結果に関して、自己の自由な、審理の総体から得た確信に従って、事実関係を確定することこれである。第一六三条は警察職務の官庁と公務員とに対して、可罰的諸行為を探索し、そして物件の隠匿を防止するため猶予の許されない一切の命令を行なう任務を課している。検事局は裁判所構成法第二四条第一項第二号、第三号、第二五条第二号c、第二六条、第七四号、第七四号bにより種々の裁判所に公訴を提起する可能性を有している⁽¹⁰⁾。検事局は行為者の責任が僅少なある軽罪の際に、公益上必要でない場合には、裁判所の同意を得て手続を停止することができる（刑事訴訟法第一五三条第二項）。弁護人は訴訟手続のいかなる段階でも活動することができる（刑事訴訟法第一三七条）。証人と鑑定人とは尋問を受けることになっており、また供述の義務を負う。強制処分（逮捕、差押、搜索、取調べ）は一定の条件のもとでのみこれを命令する

ことができる。公判では刑事訴訟法第二四四条により職権でまたは請求により証拠調を申し立てることができる。このような一覧表は随意に増やすことができる。

これらの委任がどのように実施され、これらの授權や裁量の余地がどのように充足されるのか、承認されたものもその可能性から何が作出されるのか、証人と鑑定人とが彼等の任務をどのようにに履行するのか、終りに裁判官が事実関係をどのようにに取り調べそして事実関係をどのようにに表象するのか、刑事警察が全訴訟手続の進行の基礎をどのようにに予定するのか、ということは法の規制から推測することのできないものであり、依然として未解決のままに残されている。

しかし事実上の経過と現実の出来事とは、法的枠組や法的基礎と同様に考慮される必要がある。ここで提起した問題は訴訟関係人——さらにとくに訴訟主体に限らず——の諸訴訟行為および訴訟上の諸挙動方法にかかわる問題である。広範にわたって、順次的に関係づけられる諸活動と諸効果とが問題となるので、訴訟において一般的にまた個別的事案において適切に活動するために現実の出来事についての知識が必要となる。

刑事訴訟論は従ってまず刑事訴訟の記述 (Prozessbeschreibung) を対象とする。その記述は一般のおよび個々の事案に関係する役割的挙動での個々の訴訟関係人を取り扱う。問題とな

るのは一般のおよび個別的事案における訴訟の経験的取扱である。

この種の研究のための方法論上の手段はまず第一に観察である。この観察は個々の訴訟でのそれぞれの個人的役割ならびにその全体的経過における個々の訴訟の個別的観察という方法で行なわれる。新聞学上の報道のほかに学問的な個別的観察がこれに含まれる。その観察は訴訟グループまたは特定の訴訟上の諸事象の観察と関連しうる。このようにして観察することができるのは例えば経済訴訟、風俗訴訟、戦争犯罪者訴訟がどのような経過をたどるか、このようなグループが統一的特徴を示すかどうか、示すとしてどれほどそうか、ということである。

この研究の対象とすることができるものにまた一定の種類の訴訟手続がある。このようにして、すでに実施された再審手続 (Kiwit, Peters)⁽¹⁴⁾、または上古手続 (Haddenhorst)⁽¹⁵⁾、または無罪の言渡を伴う訴訟手続 (Ritthart)⁽¹⁶⁾ または老人に対する訴訟手続 (Kosch)⁽¹⁷⁾ がその経過において叙述されうる。重大な犯罪性に関する訴訟を観察することがいかに興味深いものであるにしてもさらにまた必要なのは中程度または些細な重要性をもった訴訟に注意を払うことである。それは日常のことだからである。

この研究は訴訟関係人のグループの態度にも向けられうる。

それは例えはいかなる社会層から職業的裁判官が出ているのかという問い (Dahrendorf, Feest)⁽¹⁸⁾ にも向けられうる。職業的裁判官はどのような基本的態度から出発しているのであろうか。職業的裁判官はどのような観点に従って刑を定めるのだろうか。弁護士はその弁護の任務をどのように認識しているのだろうか (Dahs)⁽²⁰⁾。鑑定人はどのように仕事をしているのだろうか。個々の専門領域の鑑定人はその判断をどのようにして下しているのだろうか。証人はどのような態度をとるのであるか。証人の供述はどのような心理学上の基礎にもとづいているのであろうか。一定の証人グループたとえば子供や少年にはどのような特殊な事柄が結果として生じるのだろうか。

個々の事象または事象グループの観察のほかに統計学的方法がある。統計学的方法によりグループ事象は大量現象として数による確認という方法で調査される。このようにして連邦統計官庁から発行される統計は裁判所および検事局の職務に帰属する事柄に関する統計表をもたしている。これらの統計表から刑事司法の範囲、検事局による起訴と手続停止との関係、第一審における刑事事件の圧倒的な落着、控訴および上告の申立、重大な犯罪行為とそれほど重大でない犯罪行為との関係を知ることができる。多数の数字は刑事司法が全体としてどのようになっているのかをはっきりとさせる。

グループ観察と統計学上の諸確認との結合が行なわれるのは、個別的な著者のうちの一人により概観できる事実関係領域から諸結果が報告されそして統計学的に解明される場合である (Haddenhorst)⁽²²⁾。

記述的な刑事訴訟論は諸事実の伝達に限定される。すでにこのことによって、それは根本的な諸認識を描写する。その際、諸事実は判断されるわけではない。諸事実はただ説明的なそして評価的な刑事訴訟論のための素材とされるだけである。

(8) Peters, K., これらの概念の詳細については 自著 *Strafprozess*, 2. Aufl. S. 89 参照。

(9) この役割とこの概念について上段脚註 (9) のもとで挙げた *Abhandlung in der Gedächtnisschrift für Hans Peters* 参照。

(10) *Strafprozess* 2. Aufl. S. 70 (訴訟関係人) S. 217 (訴訟行為) 及び 1. Aufl. S. 210 (訴訟行為) 参照。

(11) この選択の可能性が一箇の裁量の決定を意味するのか (私の見解はこれである) *Lehrbuch* 2. Aufl. S. 114 参照) それとも不特定の法概念が問題となつてくるのか (BVerfGE 22, 254 がそのようである) という問題はこの関係では重要ではない、何故なら連邦憲法裁判所の見解によっても実際には一箇の決定の余地が残されているからである。

(12) 訴訟主体および訴訟関係人という概念については 自著

Lehrbuch, 2. Aufl. S. 89, 90 参照。

- (31) Ktuit, W., Fehlertheile im Strafrecht. Entstehung, Gesetzmäßigkeiten und Möglichkeiten zur Vermeidung 一九五〇年から一九五八年までの Hamm 上級地方裁判所管轄区別の再審手続について研究したものの概要。Münsterische Diss. 1965.
- (4) Peters, K., Zeugenlüge und Prozessaussgang (1939); Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. I (1970), Bd. II (1972); Untersuchungen zum Fehlertheil im Strafprozess (1967); Die Schwierigkeiten bei der Feststellung abnormer Zustände im Strafverfahren, Erinnerungsgrabe an Max Grünhut (1965).
- (15) Haddenhorst, W., Die Einwirkung der Verfahrensrüge auf die tatsächlichen Feststellungen im Strafverfahren (1971).
- (16) Filthaut, W., Der Freispruch bei Unzucht mit Kindern. Eine Untersuchung über die Gründe des Freispruch, Münsterische Diss. (1962).
- (17) Köster, B., Greisenkriminalität und strafrechtliche Zurechnung. Münsterische Diss. (1958).
- (18) Dahrendorf, R., Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten. Ein Beitrag zur Soziologie der deutschen Oberschicht

in Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 5 (1960) S. 260.

- (31) Feest, J., Die Bundesrichter. Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite in: W. Zapf, Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht (1965) S. 95.
- (22) Dams, H., Handbuch des Strafverteidigers, 2. Aufl. (1971).
- (21) Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Bevölkerung und Kultur, Reihe 9 Rechtsplege (1968) S. 7 参照。
- (22) Haddenhorst, W., 脚註 (15) 参照。

III

説明的刑事訴訟論は訴訟関係人の挙動の理由を説明しようとするものである。説明的刑事訴訟論が従事する問題は一体何が訴訟関係人をしてまことにそのように行為させ、それとは別の仕方で行動させないのだからかということである。この訴訟論が追求するのは行動の外部的理由、動機および原動力である。説明的刑事訴訟論がそれと取り組まなければならない諸原因は一般的性質のものでも個人的性質のものでもありうる、それは社会的な性質のものでも心理学的な性質のものでもありうる。政治的、倫理的（個人倫理的または社会倫理的）な由来をもつものでもありうる。これらの原因は行動する者に意識され

ていることも意識されていないこともある。一定の挙動のための実質的理由のうち実体および事実に関する知識、職業上の経験および職業上の慣例が重要であることもある。

評価的刑事訴訟論は諸判断を下すものである。この訴訟論はその行為の正当性、適切性、合目的性さらにまた合法性について態度決定を行なう。この訴訟論は行動に対して評価的判断の敘述をなす言葉を与える。

説明も評価も観察者の一個の個人的判断を基礎とする。それと同時にこれには必然的に主観的な何物かが附着する。記述的刑事訴訟論がその対象に客観的に接近するのに反して、説明的および評価的刑事訴訟論は観察者の能力、すなわち非常に錯綜した事象を適切に取り上げて事実および人物に即して当を得た一箇の判断にこれを服させる能力に依存する。どれほどまでこれが成功するかは、実体に関する知識、客観的態度をとる能力および心構え、問題領域での経験および対象についての理解に依存する。正当な説明および評価は、予断、願望觀念および機械的思考から自由であることを前提とする。説明的および評価的刑事訴訟論が今日まさにそうならないように警戒しなければならぬのは、充分な確実性の根拠なくして諸思惑、政治的および経済的諸觀念像の争いとなることである。

四

個々の事象または事象グループに関する説明と評価とは一般的に制定法および諸経過についての知識を前提とする。従って理論との結合の必要性が生じる。理論的刑事訴訟論は一般的に知識および一般的な認識の領域での具体的出来事を分担する。観察者は訴訟的事象と自己の側で関係を有するところの非法学的学問の部門から知識と認識とを獲得する。捜査手続、予審、中間手続、公判手続、上訴手続、再審手続の諸事象の解釈と判断とは、前法廷的および法廷的社会学、心理学、精神病学、法学、工学および犯罪徴証学の応用を基礎とする。犯罪徴証学が直接にそして全体として刑事訴訟と関係を有するのに反して他の学問分野はただ部分的関係において刑事訴訟上の諸事象に関心をもつにすぎない。このような関係がふたたびその応用を困難にする。社会学、心理学、精神病学および工学は端的になるほど出発点および方法論的連絡点となるのであるが、もし観察の対象すなわち刑事訴訟の領域での出来事と行動とが十分に知られていない場合には、それは空をつかむことになる。そこで少なくとも法律家の協力が不可欠のものとなる。

理論的刑事訴訟論はなおそれ以上の機能を果す。過去および現在の出来事への眺望がそれに帰属するだけでなく、刑事訴訟上の出来事の将来を形成することもまたその責務となる。理

論的刑事訴訟論はそれと同時に刑事訴訟政策をも包含することになる。

五

刑事訴訟論の刑事訴訟制度への組み込みをどのように行なうかは対象に拘束される。刑事訴訟論は論じ方によっては一箇の行政論と平行するものと解することができる。しかしながらどれほど多く行政論から刑事訴訟論のための認識が獲得されうるとしても、それだけまた確かに典型的な刑事訴訟上の諸事情が無視されることがあってはならない。

Hans Peters⁽⁶³⁾ は行政学の概念から出発してこれを伝統的な方法で行政論、行政法および行政政策の三部門に分割した。行政論という概念の下で理解される学問は、行政をその全ての現象形式および構成部分において記述し、体系的に整理し、諸概念を解明し、諸因果関係および諸存在理由を示し、またその諸目的に言及するものである。行政論と行政法とはある程度相互に独立して存在しうる。確かに行政は法から自由ではない。原理的に法から自由な空間は法治国では決して存在しない。しかし確かに行政はその核心において法的に決定されてはいないのである。

刑事訴訟のもとでは事情を異にする。刑事訴訟の目標は法に

より限界づけられた一箇の枠内で刑法の諸規定を標準としてすでに過ぎ去った事象に関する一箇の判決を招来することである。刑事訴訟は司法の形式をとって形成された手続の内部での法の適用を目標とする。その法は一箇の法的方法で獲得されるべきものである。従って刑事訴訟はその目標という点でも方法という点でも法的拘束を受ける。その結果として刑事訴訟法と分離した刑事訴訟論というものは存在しえない。むしろ刑事訴訟論は刑事訴訟法の内部での諸行為およびもろもろの出来事の事実上の経過と取り組むものである。刑事訴訟法論と刑事訴訟論とを引き離すことは一方で刑事訴訟法を血の気の失せたものにし、他方で刑事訴訟論を、現実離れのした、それと同時に拘束を欠くため危険な空間へと移し替えることになってしまう。

このことから学問と学説とに対する重要な結果が生じる。刑事訴訟論は学問的な統一体系の中へ組み込まれそしてこの体系の中で敘述される必要がある。一箇の独立した刑事訴訟論というものは存在しない。このことはその基礎になっている学問の領域が独立して研究されそして教授されうることを排除するものではない。いうまでもなく、一箇の「合体」、例えば法医学、裁判上の精神病学、犯罪徴証学とそれらの部分領域である刑事上のタクティクおよび刑事技術学とのそれは考えられない。しかし確かにそれらのものの転用なくして刑事訴訟の成り行き

が解明され得ない限りでは、それらのものを刑事訴訟論へ転用する必要がある。

これらの関係はあたかも刑法と刑事学との間の関係に似ている。刑法の広範囲にわたる部分が、総論でも各論でも、もし刑事学の実におよび刑事学の実在論がそれと結合されない場合には、抽象的で生氣のないものとなるであろう。このことが言えるのは、例えば、犯罪と責任、刑罰と量刑、保護観察のための刑の執行猶予の命令、保護観察補助の実施およびとりわけ重要な改善および保安の諸処分の選択の取扱いについてである。このような結合が未だ行なわれていないということ、それどころか大概は一度も試みられていないということは別個の問題である。一箇の重要な発端をなしているものに Wilhelm Sauer が²⁴⁾ある。法律状態 (Rechtslage) の叙述と法律状態の内部での実在の取扱いとの結合は、明確性と展望性を要求する。一方の見地が他方の見地を不明瞭にし、法律状態も事実関係もともに不明瞭となるようにしてはならない。

刑事訴訟法の内部での刑事訴訟的実在の叙述は全刑事訴訟制度の内部できわめて多種多様の形をとって行なわれる。その実在およびその諸問題の組み込みはある程度まで独立して行なわれるかまたはより多く個々の法律問題の取扱いに付随して行なわれるか。その中のいずれの場合にあたるかは、まずもってど

れほど法的規制が開かれた空間を与えているかということに依存し、さらにまたどれほどその実在が従来充分に調査されてきたかということによって左右される。

若干の事例を挙げてもっと詳細にこのことを説明してみよう。

捜査手続の法的規制は必要的に開かれている。法は捜査手続について組織上の諸規則、諸授權を与え、法治国性と共に被疑者・被告人とその弁護人の諸権利を保障するための諸規則を与えることに限定されざるをえない。ところでこれらの諸規制の内部で行為者の発見のため何が行なわれそして行為者の罪責の立証のためまた行為者の人格の解明のために何が行なわれるか、ということについては法的規制は依然としてなされていない。もし刑事訴訟における誤判の原因についての諸研究から導き出された次の命題、すなわち刑事訴訟手続の安全性と正当性とは、決定的に、何が捜査手続で行なわれるかによって規定される、捜査手続の結果は良い点でも悪い点でも、通常、全訴訟手続を通じて引き継がれる、という命題が正しいとするならば、このことから帰結されるのは訴訟手続における重要な出来事は捜査手続の事実上の経過によって規定されるということである。このことからして必要になるのは、法的諸規則のほか

に、何が捜査手続で行なわれるのか、何故にそれが行なわれるのか、そしてそれは正しく行なわれているのか誤って行なわれているのか、良く行なわれているのか悪く行なわれているのか、そしてそれは如何に行なわれるべきであるのか、を評論することである。これらの問題の設定は叙述的、説明的、評価的および理論的各刑事訴訟論を結合する。その重要性から考えて、捜査手続の内部でなによりも先ず刑事タクティク⁽²⁵⁾と刑事技術学⁽²⁶⁾とが評論されなければならない。捜査手続に関して刑事訴訟論は重要な意義を有する一箇の固有の空間を獲得する、たとえこのような空間が法的枠組の内部にあるとしてもそうである。

もう一つの事例が証拠論で明らかにされる。まず最初に叙述される必要があるのは、どのような証拠方法を制定法は用立っているか(物的および人的証拠方法、人的証拠方法のうちで証人および鑑定人)ということである。人的証拠方法が問題となる限りで訴訟関係人の法的地位が取扱われる必要がある。裁判官と証拠方法との関係も一箇の法的問題をなしている、とくに裁判官の証拠方法のもとでの独立性および拘束に関する規制がそうである。証拠申立権も周知のものであるに違いない。⁽²⁷⁾いかに多くの物証および人証に関する法的個別規定が存在するとしても、それと同様に大切なことは、証明が事実上どのように行

なわれるのであろうか、いかなる証拠方法が存在するのだらうか、それらの証拠方法はどのように機能し、どのようにに取調べられ、どのようにに評価され、または評価されなければならないのだらうか、ということに考えをめぐらすことである。証拠論は刑事訴訟論の一箇の重要な部分をなすものであり、その重要性において証拠法と同等のものである。証拠法をいかに良く知っていても、証拠論を知らないならば、刑事訴訟において困難な立場におかれる。従つて犯罪徴証学⁽²⁸⁾、法医学⁽²⁹⁾、裁判上の精神病学⁽³⁰⁾および裁判心理学⁽³¹⁾の重要部分が刑事訴訟の評論中に含まれることになる。事実上の手段と方法とが刑事訴訟の日常のことに属するかぎりでは、法律家はそれらの知識をもち、刑事訴訟の評論の内部でそれらを見出す必要がある。その他の点で法律家は刑事訴訟の評論から、個々の事案で特殊の文献について事実上の解決への道を見出すことができるように、証拠方法の諸問題に関して講義を受けている必要がある。

証拠論の叙述は二箇の側面を有している。そこで示される必要があるのは、いかに証明が行なわれるべきかということおよびいかに証明が行なわれてはならないかということである。積極的証拠論とならんで消極的証拠論が存在する。消極的証拠論は証明手続の誤りの原因に取り組むものである。⁽³²⁾その誤りの原因は誤った証拠調や証拠の偽造にあるだけではなく、それ自体

は正当で、異論の余地のない証拠方法をもって実施された証明手続からの誤った諸推論にもあるのである。

人証論は——再び刑事訴訟論の一部として——まず第一に供述心理学および鑑定人による鑑定の基礎と関係を有する。供述心理学は被疑者・被告人の供述についてのそれも証人の供述に関するそれも刑事訴訟の核心の問題に触れる。供述証拠は今日でもなお最も頻繁に異議を申し立てられる証拠である。供述心理学が刑事訴訟の叙述において充分に広い空間を必要とすることは言うまでもないであろう。証人証拠が誤って行なわれる刑事訴訟の主要な原因の一つであるだけに、このことは一層必要となる。

これに反して鑑定人証拠の働きの問題は比較的僅かな部分で、鑑定人心理学により回答されるべき諸問題中に入るにすぎない。大部分において鑑定人の問題点は物証の問題点と一致する。しかし証拠論は鑑定証拠の一般的討論を行なうことで充分ではないことをも明白にする必要がある。むしろ必要となるのは、個々の専門分野の諸鑑定を分離することである。各鑑定方法がそれぞれ固有の問題点を有している。実例として次のものを挙げれば足りよう、すなわち責任能力の問題の鑑定、信憑性の鑑定、法医学、技術学および自然科学—犯罪徴証学、遺伝学、婦人科学上の諸鑑定がこれである。各鑑定方法のもと

で、それぞれの鑑定について一定の統一的基本問題があるがそれにもかかわらず、物的および人的諸問題が広範囲にわたって区別される。⁽³⁵⁾

証拠のうちに各刑事訴訟の主要部分が潜んでいるので、刑事訴訟の詳論の内部での証拠論の詳細な取扱いが不可欠である。

刑事訴訟の第三の核心の問題は確信の形成にある。訴訟関係人の各行動は、その訴訟行為の直接または間接の名宛者となっている人々の意見の形成のうちで効果を現わす。確信形成の問題は文献上は裁判官の確信形成のもとで詳論される。裁判官の確信形成に関する諸研究は決して最近になって初めて行なわれるようになったのではない。いうまでもなくすでに誤判に関する諸著述がこの問題と取り組んだ、それはすでに六〇年以前に Sello, Alsborg, Hellwig⁽³⁶⁾ の名と結びついている。このテーマにワイマール時代の著作がきわめて印象的に言及している。⁽³⁸⁾ Bendix⁽³⁹⁾ が参照されるべきであろう。法学上の文献 (Richard Schmidt, Rasehorn, Wassermann)⁽⁴⁰⁾ も誤判 (Hirschberg, Judex)⁽⁴¹⁾ および刑事訴訟における誤りの諸原因 (Kiwit および自著)⁽⁴²⁾ についての特殊科学的研究も、最近、確信形成の問題を改めて取り上げた。私自身は訴訟上の経験から出発している。他の人は社会学を (Dahrendorf)⁽⁴³⁾、さらに他の人々は心理学を (Bohne, Weimar)⁽⁴⁴⁾、または心理分析をも議論の出発点として

る (Alexander-Staub⁽⁴⁹⁾、H. J. Schneider⁽⁵⁰⁾)。全刑事心理学への組み込みを Grabberger⁽⁵¹⁾ が行なつてゐる。

裁判官の確信形成の問題についてはすでに浩瀚な文献資料が存在している。収集、検討および批判はなお刑事訴訟論の内部で行なわれる必要がある。重要な、貴重なそして信頼のおける多くのもののほかに、単なるイデオロギーをはらんだ主張も存在する。方法論的に不十分な基礎は信頼のおける方法論的手続により明確に秩序づけられなければならない。いうまでもないことであるが刑事訴訟の経過にとって決定的な問題すなわち裁判官の確信形成の問題は現代刑事訴訟の評論において独立した空間を認められ、獲得してしかるべきであらう。この問題は将来において多少なりともそくさまたは付随的には取扱うことのできないものである。

しばしば刑事訴訟論は確定的な法的関係を有する固有の領域を評論するというよりも、法的諸規定が関係を有する現実の状態の単なる指摘を包含するにとどまる。全刑事訴訟秩序を貫ぬく諸規定の理解のためその基礎にある事実上の諸関係を簡潔に知らせておく必要がある。このことがあてはまるものに、例えば裁判官の忌避に関する法的規制、前にその手続に関与した裁判官の除斥に関する法的規制がある、たとえば上告の申立が認められて前審へ事件が差戻された場合であると再審手続で前

に協力した裁判官が除斥されるような場合がこれである。この種の諸規定の基礎となっているのは事実上の諸所与および仮定されまたは推定された諸実在である。個々の上訴(控訴、上告)および法律上の異議(例えば再審申立のごとき)のところでその法的詳論は、その範囲、経過、実施上の諸困難および諸結果に関する論議によって補完されるべきであらう。この種の実在に関係する諸確定は上告についてはすでに挙げた Haddenhorst の著書から、そして再審については私の著書から獲得されるべきであらう。弁護の際の法的諸規定と事実上の諸所与との結合は全く立派に Dabs のすでに挙げた Handbuch der Verteidigung 中でなされている。

これらの実例で充分に表現されているのは、刑事訴訟法上の個別的問題のところでは比較的大きなまたは狭い範囲で刑事訴訟論の諸考察方法および諸結果が受け入れられているかということである。

刑事訴訟の叙述はその諸所与および諸可能性ならびにその事実上の諸経過の点で一度まず訴訟手続に関する理解を伝達する。それと同時に訴訟手続の広がりや前例の内部で明確にされるし、また取扱われうるようになる。刑事訴訟はその行動と効果についての公明正大さのうちに自己を顕現する。さらにまた同時に明確になるのは典型的な陥穽のあるところではいかに

容易に訴訟関係人が不正に行爲したは行爲しうるかとらうことである。事実上の態度の諸常例およびそれについて設定された諸標準に一層取り組むことは、事情によつてはあらうがまた一箇の強力に一致した態度を導くことができよう。確信形成の事実上の基礎およびそれについての決定的な諸命題に關して明確に知る者は、避け難い主観主義の空間を限定するであらう。訴訟上の挙動の信頼性、一層強力な統一化それとにより、ますますその有効性が高められるであらう。

- (23) Peters, H., Lehrbuch der Verwaltung (1949), insbes. S. 15.
- (24) Sauer, W., Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. (1955); System des Strafrechts, Besonderer Teil (1951)。
- (25) 上の点に關し基礎的なものとして O. Wenzky, Kriminaltaktik in: Handwörterbuch der Kriminologie 2. Aufl. II S. 92 mit Schriftumsangaben 參照。
- (26) 上の点に關し基礎的なものとして Hueke, Kriminaltechnik in: Handwörterbuch der Kriminalpolizei 2^e Aufl. II S. 138 參照。
- (27) 今の点に對する重要なものとして Alsborg-Niise, Der Beweisanzug im Strafprozess, 2. Aufl. (1956) 參照。
- (28) Groß-Seelig, Handbuch der Kriminalistik 8, 9. Aufl., 2 Bände (1942, 1954); Zbinden, Kriminaltaktik (1954).

- (29) 上の点 Ponsold, Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin 3. Aufl. (1967) 參照。
- (30) Langeliddeke, Gerichtliche Psychiatrie, 3. Aufl. (1970)。
- (31) Blau-Müller-Luckmann, Gerichtliche Psychologie (1962)—Undeutsch, Forensische Psychologie Bd. XI d. Handb. der Psychologie (1967)。
- (32) 上の点に關し Fehlerquellen im Strafprozess, 2 Bde. (1970 1972) 參照。
- (33) 犯罪心理學の根本的な點々について由緒 Strafprozess 1. Aufl. (1952), S. 44 以下に於て見らる。
- (34) 鑑定人の問題に關し一般化して K. Jesmitzer, Der gerichtliche Sachverständige, 3. Aufl. (1966); 刑事學者の關係にある鑑定人の問題について、私の論文: Folgerungen aus der Auswertung von Wiederaufnahmeverfahren für die Bearbeitung von Kapitalsachen Kriminalistik 24 (1970) S. 425. 等参照。
- (35) 上の点に關し Bd. II der Fehlerquellen im Strafprozess (1972) 參照。
- (36) Sello, Die Irrtümer der Strafjustiz und Ihre Ursachen (1911)。
- (37) Alsborg, Justizirrtum und Wiederaufnahmeverfahren (1913)。

- (38) Helwig, Justizritrimer (1914).
- (39) ヘルウィグ 参照 参照 参照 参照 参照 Der von Maus und Fürstenberg herausgegebenen Band 43 der Soziologischen Texte (1968) : L. Bendix, Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters 参照 参照
- (40) Schmidt, Richard, Justiz in der Bundesrepublik (1967) ; ヘルマン : Weltanschauliche Hintergründe in der Strafrechtsprechung in : Böhme, Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung (1968) S. 31.
- (41) Berra Xaver, Im Paragrafenturm (1969), Raschorn, u. a. Im Namen des Volkes (1968) ; ヘルマン : Raschorn, Was formt den Richter? Über den soziologischen Hintergrund des Richters in der Bundesrepublik Deutschland : in der von Böhme herausgegebenen, in der Fußn. 40 zitierten Schrift.
- (42) Wassermann, R., Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens in : Naucke-Trapp, Rechts-Soziologie und Rechtspraxis (1970) S. 127.
- (43) Hirschberg, M., Das Fehlurteil im Strafprozess (1960).
- (44) Judex, Irrtümer der Strafjustiz (1963).
- (45) Dahrendorf, R., Fußn. 18. 参照
- (46) Bohne, G., Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung (1948).

- (47) Weimar, R., Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung (1969).
- (48) Alexander, F.—Staub, H., Das Verbrechen und seine Richter (1929).
- (49) Schneider, H. J., Zur Psychologie des Strafrichters in : Grundlagen der Kriminalistik Bd. 4 (1968) S. 133.
- (50) Grassberger, R., Psychologie des Strafverfahrens, 2. Aufl. (1968).

六

刑事訴訟論はさらに実体的刑法に関する理解に対しても効果を發揮すべし。私のチュービンゲン大学就任講演において私が説明しようとしたのは、刑事訴訟において現実存在するものにまた事実上限定される諸可能性が実体的刑法の形成に対していかに効果を現わすか、またはいかに効果を現わすべきかということである。実現できないような実体的刑法を作ることは無意味であるばかりでなく、主張することのできないものである、何故ならそれに協力する諸力および用立てられる手段の点で訴訟上の空間が充分でないからである。立法者は実現できないような諸規定を設定することができるであろう。刑法学は思考上の遊戲で見事に織りなされた解答体系をなすところの諸論題を展開することができるであろう。しかし裁判官が、実体的

に命ぜられたことおよび要求されたことを実現することができないならば、それはすべてあまり役に立たないのである。

このことが意味するところを実体法上の二個の問題について説明するにとどめよう。量刑論は最近五〇年間に非常に拡張されまた洗練されてきた。それにもかかわらず量刑過程における核心は何ら変更されていない。私の研究所での数百におよぶ訴訟記録についての調査が量刑事由の検討の際に明らかにしたのは、裁判官が外部的に確定できる量刑事由のうち比較的僅かな数のそれにもとづいて刑を決めるということである。おそらく裁判所は現在の刑事訴訟の枠内でまた全く別様に手続を行なうことはできないであろう。さらに目下の裁判官養成の状態が彼等に対して全く別の可能性を開示してはいないという理由からしても彼等がそうすることはできないであろう。

第二次刑法改正法律は刑事裁判官に社会治療施設への収容に關する命令を任せた。ますます強度にすでに保護観察のための刑の執行猶予は裁判官に対し予測的裁判をその手に委ねた、さらにそれ以上に保安および改善の処分はそのようである。それと同時に裁判官はその性質上不確実性の伴う裁判を行なわざるをえなくなる。このことが意味するものは裁判官にとって非常に困難な心理学的状況である。これまで確実な固定した裁判を行なうことを職務とし、その出所および修習からしてそれを職

務と感じてもいた裁判官が、今や不安定な状態に置かれている自分を見出すのである。その際になおこれに付加されるのは裁判官に対してそれに必要な基礎知識を研究においても修習においても備えさせてあげてはいないということである。実際にいうまでもないことは裁判官がこれらの弱点を知って形式化しようとした図式化しようとするのである。結局のところそのことは裁判官の誠実性の一箇のしるしなのである。

解決のできないまたは異論の余地なく解決することのできない使命を裁判官に課すことは裁判官の職務を荒らし、裁判官を、今日しばしば存分に行なわれているところの、正当化されない諸攻撃にさらすことを意味する。刑事訴訟論は立法者に対してもその知見を開かせることができる。このことは社会治療施設の実例で示さるべきであろう。社会治療施設に關する命令を一個の執行上の処置として形成した方がより適當であつたと思われる。そうすればこの処分の際に何が大切であるのかが明確にされえたであろう。すなわち執行に適した方法および種々の執行上の方策の中から当該事案の状態からみて最善の結果を約束すべく提供するところのものを選択しようと試みるものが大切なのである。一人の医師の治療上の指示の場合と同様に、ここでもそうすれば明白となつたと考えられるのは、この手段が確実なものではないけれども、理性的な根拠からそれが適用

されるということである。なお多くのものが不確実のままに
なっているにもかかわらず、当該事案の状態からみて最も合目的
であると思われる事が試みられるのである。このことは行政
的思考には適合するが、司法的思考には適しない。そのうえ、
その執行は、その初期（分類、鑑別）においてまたその経過に
おいてそれに付与されている諸手段により一層良くまた一層容
易に、社会治療施設への収容のための諸前提条件を確定するこ
とができる。その執行上の決定の医学的および心理学的鑑定人
への依存性は、裁判官の職能と同程度には執行の職能に触れる
ものではない、裁判官の鑑定人からの独立性は最近再び刑事司
法の自由のために力強く強調されているのである。

(51) Peters, K., Die stratrechtsgestaltende Kraft des
Strafprozesses (1963).

(52) 基礎的なものとして、Bruns, H. J., Stratzunmessungs-
recht (1967) 参照。

(53) この点に関し最近のものとして、Göppinger, H.,
Kriminologie (1971) S. 233—259 参照。

(54) この点に関し、Göppinger, H., Kriminologie S. 53 参
照。

七

刑事訴訟論はさらにまた被疑者・被告人の法治的地位を確
実なものにする。あまりにも容易に被疑者・被告人の安固な地
位の保障は諸規範の観点の下でのみ見られがちである。例外な
く刑事訴訟における事実上の諸脅威は、その事実上の——法の
内部に依然としてとどまっている——経過のためにしばしば一
層増大しまた広範囲に及ぶのである。もろもろの危険を事前に
回避しまたは危険がすでに発生した場合にそれらの危険に対処
するためには、全訴訟関係人がこれらの危険を意識しまた知っ
ていなければならない。

刑事訴訟論は最後に刑事訴訟法論および刑事訴訟法の講義に
おいて一箇の重要な機能を發揮する。刑事訴訟法の叙述とともに
これと結合した事実上の諸問題および刑事訴訟において脈動
している生命がその全ての魅力と危険とを含めて明確にされ
る。刑事訴訟論はそれと同時にこのような知識領域のために法
と実在との諸橋梁を組み立てることになるのである。