

挫折した諸再審手続

I

刑事訴訟で実施された諸再審手続の調査は、「刑事訴訟における間違いの諸原因 (Fehlerquellen im Strafprozess)」第二巻を以って完結したが、それは僅かに再審に関する問題点の部分領域を包含するにすぎない。一一四〇件の実施された再審手続を手がかりとして、前述の調査では、再審手続の経過が叙述され、異常な諸結果の原因が摘出されそして評価されたと考える。実施された諸再審手続にその調査を限定した結果として、幾分か確実な基礎を自由に用立てることができた。もっとも、

挫折した諸再審手続

カール・ペーテルス
内田 一郎 訳

成果多く実施された諸再審手続の際であってもなお、一定の不確実の商が現われた。すなわち実証されたのは、そこですらも当該再審手続の実施が不可解であることまでは言えないにしても、全く不審であるような、まったくに足らないものとは言えない数にのぼる手続が存在することである。⁽¹⁾それにもかかわらず普通にはなお、成果多く実施された再審手続は、事実上または少くとも証拠上、正当であるとして議論を進めることができるであろう。

どういう理由で再審手続が実施されそしてどのようにしてその手続は成果多く経過したのか、という問題の向かい側に、重

要さにおいてこれに決して劣らない別の問題がある、すなわちどういう理由で、かくも多数の事案において、再審請求が許容性または理由性に関する手続で挫折するのか、という問題がこれである。もしその挫折がまさに再審手続への何らの動機も存在しないことによるのであると仮定することができるのであれば、この問題は重要でないであろう。しかしまさしくこの仮定は決して確実なものではない。この仮定は試みられるべき調査による確認を必要とすると考えられる。

それと同時に、まず第一に方法論上の問題が生じる。これらの調査はどのような方法で試みられるべきものであろうか。まず第一に資料獲得上の諸困難がその前に立ちふさがる。諸再審請求がすでに許容性の吟味のところでまたは理由性に関する手続の段階で却下されたところの一件書類資料の発見は、ほとんど克服し難い諸困難に遭遇する、何故なら目下の索引の取扱いは、それらの請求はとくに記載されないからである。諸再審請求すべてを記載すべきかまたはそれが一般に望ましいことは、全くこれを決しかねる。そのようにして資料を獲得してみたとしても、それを有意義に取り扱うことがもはやできないような範囲のものを受け取ることになるものと予想される。その不成功が真に必要であったかまたは正当であったかという問いがしきりに胸にせまってくるような断片的資料を入手すること

でよしとしてよいであろう。このような断片的資料は弁護士会を通じて最も早く入手されうる。弁護士諸氏によって請求された再審手続は、たとえそれらの請求が成果を収めなかったとしても、記録されているものと推測してよいであろう。それを記録することは弁護士会の仕事であると思われる。このようにして獲得される資料は、それが弁護士会の職務上の検討をすでに経た諸請求そしてまた確かにおおむね比較的重要な事案を包含している限りで、全資料中の重要な一断片となるものと考えられる。まさにこのような資料の中に、原訴訟手続での有罪判決の言渡が疑問に付されるような諸事案が見出されるものと推測される。さらにまた弁護士会を通じて入手できるかもしれない事案の中には、原判決の正当でないことが推測されるにもかかわらず、法的諸事由からまたは反証が欠如しているので、再審請求を行なうことを断念しなければならなかったような事案もあるかもしれない。この種の資料を入手する際の弁護士会の共助は、なお一層期待してよいであろう。何故ならこのようにして^(1a)弁護士会の提案した改正案を支援するための、またその諸再審請求の際に成果を収める見込みを改善するための経験的資料が獲得されると考えられるからである。

今日、挫折した諸再審手続の問題点について態度決定をしなければならぬとすれば、多少とも偶然に入手した資料を利用

することができぬにすぎない。以下の私の詳論のために用いた資料は次のものである。すなわち、

一、文献中で報告された諸事案。そのほかなお、相違して解明された、また未だ解明されていない最近の諸主要事件により刺戟された近頃の新聞の記事も、以前のおよび最近の弁護士諸氏の諸刊行物もこれを考慮に入れた。

二、「刑事訴訟における間違ひの諸原因」についての調査で利用した資料。まず第一に問題となる手続は、そのうちで諸請求が繰り返された後に初めて再審手続の成果の多い実施にこぎ着けた手続である、それらの手続の際に、後に無罪の言渡または刑の減輕を得た限りで、第一回目の諸請求は明らかに不法に挫折したものである。⁽⁴⁾次にここで関心のある問題と関連して参考にしたところの実施された再審手続として、その際に原判決が維持されたものがある。「刑事訴訟における間違ひの諸原因」第一巻は、再審手続が原訴訟手続と同一の結論に達したところの、有罪判決の言渡を受けた者に利益な六三例の再審手続および無罪の言渡を受けた者に不利益な二五例の再審手続を数え上げている。⁽⁵⁾

三、有罪判決の言渡を受けた者またはその弁護士諸氏から私に對して個人的に伝達された諸訴訟手続。自著「刑事訴訟における間違ひの諸原因」は広範圍におよぶ文通をもたらし、そ

れらの文通の問題とした事案の中には、入手できる諸再審事由が欠如しているためまったく意図した再審手続が行なわれなかったものも再審請求が成果を収めないで終った事案もあった。

四、私の検事局および裁判所での実務⁽⁶⁾または鑑定人⁽⁷⁾もしくは弁護人としての活動⁽⁸⁾から得た経験。

それらのさまざまな資料は偶然のものであり、不十分なものである。しかしともかくもこの資料で、挫折した再審手続の問題を追ってみることにしよう。この問題の解明は専門領域の人々にとつても、一般の人々にとつても明らかに関心事となっている。きわめて明白であるのは、実際に再審手続で確定された誤った裁判と、未だ解明されていない誤判とが、対をなすものではないということである。依然として解明されていない事案がどれほどの数にのぼるのかはわからない。有罪判決総数を顧慮してそのパーセンテージがそれほど高率にのぼらないとしても、その絶対数は確かに必ずしも僅少であるとはいえないであろう。しかもパーセンテージは次の理由からしてすでに慰めにはならないのである。すなわち個々の未だ解明されない誤った裁判は、後になって解明された事案に比べて、一層高度に人間の深い苦惱またはそれに加えて生活方法の破滅を意味するからである。未だ解明されない誤判の数がどれほど多数にのぼるも

のであれ、または数少ないものであれ、個々の事案はすでに充分にその重大さを具備している。このことは諸弁護人および諸有罪判決を受けた者、さらにまた第三者からの多数の書簡中で表出された失望と憤激を思えば明白である。感情的であることに特徴があり、そして司法に関する一面的な説明、中傷また侮辱によって貫ぬかれていることが珍らしくない最近の一部の文献も、ここに提出した問題点が人間的な破壊力を伴うことをまのあたりに現わしている。しかしそのような反作用がどれほど理解しうるものであるとしても、それはそれ以上の結果に導くものではない。本筋の諸問題は、たとえその背後に人間の運命が隠されているようにも、冷静さ、客観的論証、裁判官に課せられた使命の困難性についての知識および相手方の立場の承認によつてのみこれを解決することができるのである。学問的にはその方法の信頼性とその判断の理由性とは問題となる。この場合に未だ証明されていないまたは不十分しか支援されていない諸仮定がなされたり、ましてや諸嫌疑をかけることが行なわれたりすることは許されない。批判者も誤謬を犯す危険にさらされている。誤謬は、その代わりに他の誤謬が登場することにより、克服されることはありえない。この課題はきわめて深刻で重大なものであり、学問、ジャーナリズムおよび実務をそのさまざまな部門で（裁判官、検察官および弁護人）この問題の

実質的な取扱いおよび解決のために結合をせるのに充分なものである。本稿はそのことを開始すべきものである。

- (1) Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. I, S.571: 理解し難く再審手続および疑問のある再審手続の双方の概観参照。
- (1^a) Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und des Wiederaufnahmeverfahrensrechts, herausgegeben von der Bundesrechtsanwaltskammer, 1971,
- (2) Arnau, Der Fall Brühne-Ferbach. Autopsie eines Urteils, 1965; Arnau, Die Strafrechtspflege in der Bundesrepublik 1967; Ebermayer, Sie waren unschuldig, Fehlurteil im Namen der Gerechtigkeit, 1965; Kraschutzki, Untaten der Gerechtigkeit, 1966.
- (3) Sello, Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen, 1911; Aisberg, Justizirrtum und Wiederaufnahmeverfahren, 1913; Hirschberg, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960; Kurreck, Mord nach Paragraphen. Der Unschuldige in den Mühlen der Justiz, 1969.
- (4) たとえ実施された再審手続がほとんどすべて最初の請求によつて開始されたとしても、それでもやはり第二回目またはそれ以上の請求をまづて漸く再審手続が実施された諸

事案も見出される。この点について、Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. II, S. 276, 286 参照。ある弁護人の報告によれば、間もなく新たな公判が開始されることになった一謀殺事件で、第五一回目の再審請求により漸くそこまでこぎ着けた。

- (5) Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. I, S. 574 参照。
(9) これらの事案の二つは自著 Zeugenlüge und Prozessausgang, 1939, 中、der Hypothekenprozess という表示のあとで、七三頁以下で報告されている。

- (7) Fall P7 in den Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. I. 参照。

- (8) Fall P6 (1) in den Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. I. 参照。

II

実施された再審手続のところ、その正当性の程度について種々の範疇が設定されると相応して、⁽⁹⁾挫折した再審手続のところでも、種々の区別が行なわれる。ここで設定する範疇に対する標準となるのは、形式的には法律状態、実質的にはその挫折が現実のまたは想定される所為・出来事 (Tatgeschehen) に対してどのような事情にあるのかという問題である。このよう

挫折した諸再審手続

な視角のもとで区別されるのは、適当に挫折した、推測的に不適当に挫折した、蓋然的にまたは確実に不適当に挫折した諸再審手続である。適当に挫折した再審手続の場合は、形式的に再審手続の前提条件を充足しなかったか、それともまったく実質的に、有罪判決の言渡を受けた者に利益な訴訟手続に限って言えば、有罪判決の言渡へ導いた原判決に関する諸事実が確認されたか、またはさらに新たに提出した諸事実および証拠方法が重要でないことが判明したか、もしくはそれどころか偽造されたことが判明したか、以上のうちいずれかである。蓋然的にまたは確実に不適当に挫折した再審手続の場合は、当該再審手続は不成功に終わったにもかかわらず、原判決は維持できないことを証拠立てる一義的な諸事実または証拠方法が判明した場合である。このことはなによりもまず、後に繰り返された再審手続の結果、最初の罪責確定の不正性が判明した場合に明らかにされうる。

大多數の挫折した再審手続は、手続経過の正当性または不正性が僅かに推測されうるにすぎない兩個の範疇に属することになるであろう。そこで必然的に主観的な判断基準が割り込んでくる。反対の性質の諸評価は排除されえない。それでもなお判断者はこの場合にただ動揺する基盤の上で揺れ動くにすぎない者ではない。証拠論から、しかも証拠調論からも証拠評価論

からも諸評価基準が導き出されうるのであり、そこで諸事象を一個のまたは他の範疇へ整序することが可能となるのである。証拠範囲も証拠評価も、ともに広範囲で諸規則に服し、これらの規則に違反することは、一個の技術上の過誤となり、事情によつてはその判決に疑いをさしはさませることになる。たとえ常にはいえないにしても、確かにしばしば、一個の客観的に支持される推測的判決が獲得されうるのであらう。

以上の四個の範疇を設定したのは、挫折した再審手続の問題点を骨抜きにしたり、隠蔽したりするためではない。むしろこの区別を行なうことは、事態の複雑性を指摘し、一個の客観的に支援された判決の必要性、さらにまた同時にその困難性を説明するために必要なのである。

(6) Fehlerquellen im Strafprozess Bd. I, S. 12 参照。

III

再審手続の問題点という緊張した価値内容に関して、適当に挫折した再審手続という範疇は、それはどの関心と呼ぶに値しないように一応見える。しかし実情は決してそうではない。

(イ) その再審手続が、すでに形式的に制定法の諸規定またはそれらの規定の解釈の点で挫折したとしても、実質的には誤判が依然として存在する可能性が完全に存在する。正しく却下

されたこの種の再審請求の諸事案を説明することは、制定法の改正のためにも、判例の変更のためにも、重要なことである。

それゆえに刑事訴訟法第三六三条は、新たな諸事実または証拠方法が提出されたにもかかわらず、実質的に無実を立証する状況の樹立を妨げることがありうる。このことはまず第一に同条第二項について、一個の絶対的に予告された刑の適用が問題となる場合に於てはまる。すなわち、もし限定責任能力が不法に否定されたとすれば、異論の余地のない鑑定が提出されたにもかかわらず、謀殺の故により科せられた無期自由刑の除去は、再審手続で招来され得ないのである。

目下のところ私の心を奪っている一事案は、酒精飲料好きの被告人が、中年の、彼が良く知っていて「母のような女友達」といつていたある婦人を、タリウムによる中毒の影響を受けて殺害してしまった事案である。参審裁判所は、鑑定人の鑑定に基づいて限定責任能力を否定し、そして被告人を謀殺の故により無期重懲役に処した。この判決は確定した。弁護側はおくればせながら三名の鑑定人、すなわち一名の毒物学者、一名の精神病医および一名の法医学者を招いた。その毒物学者は彼の鑑定中で完全な責任無能力とすることに賛成である旨を述べた。彼はその際に被告人の飲酒癖と彼の毒物中毒および生活歴との関連を評価した。その法医学者と精神病医とは共同の鑑定中で

限定責任能力を想定した。限定責任能力が証明されたにすぎないと考えても——刑法第五一条第一項による再審手続はおそらく挫折すると思われるので——、推測的には無期自由刑がもはや認められないと考えられるにもかかわらず、一個の再審手続は全く排除されるのである。⁽¹⁰⁾

刑事訴訟法第三六三条第一項によれば、量刑に関する錯誤も、その減輕事由が制定法でとくに挙げられている量刑事実から導き出されうるものでないかぎり、これを除去することはできない。問題となるものが一般的な量刑上の考量の内部での刑の減輕であれば、これを再審手続で斟酌することはできないのである。

そこで私の目の前にある一事案では、被告人は従属者との猥褻行為の故により有罪判決の言渡を受けた。地方裁判所刑事大法廷は被告人が道義的に品行方正な年若い少女を誘惑したことをその判決の基礎においた。再審手続では、本当は被告人がその年若い少女の誘惑に負けたのである旨およびそのような事実関係に刑法第一七四条は適合しない旨の主張がなされた。その大法廷は、法的には適当に、次のように詳論した、すなわち、刑法一七四条の法定犯罪構成事実 (Tatbestand) はその少女の主導権によるものであっても無用のものとはならないとした。この問題はせいぜい量刑の場合に一役演じるにすぎないと

するのである。

一個の正当な判決を招来することに對する一個の障害物を、通説は連続的行為の際に自ら築いている、それは個々の行動が脱落した場合でも再審手続は許容されないとしているためである⁽¹¹⁾。ところで注目すべきは、このような見解に對して学説上の抵抗力が増してきていることが知られることである。⁽¹²⁾

通説が奇怪な結論に到達することがあり得るのは、私のところに持ち込まれた一事案が明らかにするとおりである。その有罪判決の言渡を受けた者は、二五件にのぼる連続的な重窃盜の故により一個の厳しい自由刑に処せられた。彼はあとで二〇件の事案に関与したことはなかった旨の主張を行なった。仮りにこのような主張を立証可能であるとみなすとしても、それでもなお通説によれば再審手続は許容されないのである。

もし原判決が不正に一個の連続関係を想定したような事案へも通説が拡張されるとすれば、通説は一層重大な不正義に到達することになるであらう。

この種の事案もまた再審実務で一役演じるのである。私が想起する一個の事案では、地方裁判所刑事大法廷は、四個の事件を、少くともその中の二件の事案は完全に独立していたにもかかわらず、一個の連続的行為に総括した。これらの二件の事案の中には格別に最も重い事案もあった。まさにこの事案がその

再審手続で問題となったのである。⁽¹³⁾

たしかに上述した諸事案では、事情によって恩赦の方法で救済手段を講じることができようであらう。しかしその際に考慮にいれなければならないのは、連邦憲法裁判所の判例によれば、⁽¹⁴⁾誤りを正す恩赦の場合でさえ、恩赦行為に基づきその判決の除去に対する一個の法的請求権が存在するかどうか疑問であるとされていることである。次に考慮しなければならないのは、恩赦行為はわずかに刑の執行に関係するにすぎないことである。しかしときとき——上述した背任事件の場合がそうであるが——

問題となる事件に、刑の執行がすでに終了していて、しかも前科表中のその刑も抹消されてしまっているような、かなり昔の事件がある。再審手続がこの種の事案で目指すのは、生活上の名譽回復であり、とくに有罪判決が公務員としてまたは公的生活に就いている人格としての彼をその人生行路から投げ出してしまったような場合にそのようである。

(ロ) 再審手続の(正当な)挫折は、さらにまた事実上の諸事由に基づくことがありうる。そこで有罪判決の言渡を受けた者が新たな諸事実および証拠方法を提出したが、それらのものは、有罪判決の基礎に関係がないので、重要ではないことがありうる。当事者にとってその否定的結果は、しばしば甚だしい幻滅である。

再審手続に対する裁判所の基本的立場を顧みてまさに基本的に必要なものは、虚偽の諸証拠方法をもって行なわれた諸再審手続である。意識的に虚偽の諸供述または諸文書ならびにその他の物証の諸偽造による証拠の偽造は正しい刑事訴訟の経過に関する決定的な障害物の一つである。⁽¹⁵⁾これらの障害物は被告人の利益にもまた不利益にも現われる。「証人の虚言と訴訟結果」に関する諸調査は控訴審での増大する証拠の偽造を明らかにした。⁽¹⁶⁾同じ危険は再審手続に対しても排除されえない。⁽¹⁷⁾この点に諸再審事件で裁判官の懷疑を招く諸原因の一つがある。それは広範囲に及ぶ重要性のあるものである。

多数の虚偽の証人の供述によって一個の再審手続を一人の背任の故により有罪判決の言渡を受けた代表者の利益に準備しようとして試みた一個の古典的な事案を載せているものに、*自著 Zeugenlüge und Prozessausgang S. 72 ff.* があつた。

証拠偽造についての諸実例は *Fehlerquellen im Strafprozess* 第一巻のうちの実施された諸再審手続の資料中にも見出される。注目に値するのは謀殺事件第一一四四号(S. 55)であつて、そこでは原判決が維持された。まさにこの事件で最初拒否的であつた司法の態度はジャーナリズムで激しく批判された。⁽¹⁸⁾文書証拠の一個の奇怪な偽造によって、その有罪判決の言渡を受けた者は第五〇七号事件(S. 297)では再審手続で無罪の言

渡をついに得たが、この無罪の言渡は次に諸偽造の確定後の今一度の再審手続で再び除去された(第五〇八号事件)。

(10) 限定責任能力の想定がいかにいじめるしく刑量を減輕するものであるかという点に関する概観を与えているのは、Fehlerquellen im Strafprozess Bd. II 中の S. 128 の一覧表である。

(11) 個々の連続的諸行為に対する論駁は、論駁されない諸行為が依然として一個の連続的行為をなしているかぎり、同一の刑罰法規にもとづく量刑に対する許容される再審上の論駁でもある。同趣旨の J. E. Schmidt, Lehrk., StPO, 1957, § 359 Rdn. 29; KMR, 6. Aufl., 1966, § 359 Aum. 7g III; Kohlhaus, Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl., 1972, § 359 Aum. 3 なども。* 但 OLG Oldenburg, NJW 1952, 1029 参照。

(21) Peters, Strafprozess, 2. Aufl., 1966, S. 590f. 最近 Kleinknecht, StPO, 30. Aufl., 1971, § 359 Aum. 6Ba 参判決で確定した連続的行為の本質的部分が脱落した場合についてそのようである。制定法の改正については Denkschrift der Bundesrechtsanwaltskammer, S. 88f., 及び Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. II, S. 318f. 参照。

挫折した諸再審手続

(13) 目下なお支配的な学説を議論の出発点とすれば、この事案では BGHSt. 15, 268, 270 で表現されたところの、一個の連続的行為の際に刑事訴権の消耗について裁判しなればならないのは最初の裁判官ではなく新たな手続の裁判官であるとする基本原則を再審手続に準用する場合にかぎって好ましく解決に到達する。

(14) BYVerfGE 25, 352, 上の点に関して区別するのは Peters, Der Strafprozess in der Fortentwicklung, 1970, S. 17.

(15) 上の点に関して Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. II, §§8, 9, 24 参照。

(16) Peters, Zeugenlüge und Prozessausgang, S. 191.

(17) 上の問題に関して Fehlerquellen im Strafprozess Bd. I, S. 15 参照。

(18) Arnau, Die Strafunrechtspflege in der Bundesrepublik, S. 158.

N

たとえば、理由のない、それどころか諸偽造を基礎とする諸再審請求の可能性が考慮される必要があるとしても、それだけまた看過されてはならないのは、真剣に主張された、もしくはすると理由のある、または本当に理由のある再審手続が、挫

折するということである。再審手続がすでに第一段階で、すなわち許容手続で行き詰まることは稀ではない。我々の論題との関連で、再審手続がすでに形式上の不備を理由として（有罪判決の言渡を受けた者自身が刑事訴訟法第三六六条第二項に違反してなした請求、書記官による再審請求の欠陥のある取扱い）初めから許容されないものとして却下される幾多の事案は、これを度外視することができであろう。これらの欠陥は除去されうる。実質的に重要なのは、刑事訴訟法第三五九条第五号に基づく許容性に関する手続での再審請求の却下である。

新たな諸事実または証拠方法は無罪判決の言渡またはより軽い刑罰法規による処罰を招来するのに適したものでなければならぬ、とする制定法の法文は、証拠調に到達することなく、それ以前に証拠評価を行なうことを必要ならしめる。それと同時にすでにこの点で、公判でも証拠評価の先取りおよび真実を下位におくことと結合するところの一切の危険が明らかにになる。この種の証拠の先取りは、例外なく、現実の証拠調に代替しうるものではない。¹⁹⁾

先取りされる許容性の調査が、申し出られた新たな証拠または提出された新たな諸事実の重要性という問題に関して、どのような結果になるものか、請求者には、しばしば予見できない。その結果は、本質的に同様の状況の事案で、反対のものとな

ることがある。“Fehlerruellen im Strafprozess” Bd. I からの第一一〇〇号事件（= Mejer-Festschrift-Fall S. 477ff.）および p7 の二個の教師に対する風俗犯訴訟手続の比較は、このことを明らかにしている。第一一〇〇号の事案は再審手続が成果多く実施されたのに対して、p7 の事案はすでに冒頭で挫折した。先取りされた証拠評価一般がそうであるように広範囲で主観的に決定される。それだけに客観的な諸規定を作ることによってその主観性を限定することが一層必要である。

一個の再審請求に対する検事局および裁判所の立場は、原則として判断者にとって原判決が正しいと思われるか誤っていると考えられるかによって左右される。それはまた新たに提出されたものの質と量とが充分と思われるかどうかによって左右される。

第一一〇〇号事件で再審請求が地方裁判所刑事大法廷により許容されないものとして却下されたのは、請求者が充分な新たな諸事実を提出しなかったからである。その請求者が証明しはじめたのは、事後に知られるところとなった大多數の事案で主要な罪責証人となった女性が信頼の置けない、虚言癖のある者であることが判ったという点であった。地方裁判所刑事大法廷が判断の基礎としたのは、彼女の性格的な不信頼性と虚言癖とはすでに原訴訟手続で知られていたということ、当該刑事大法

廷はそれにもかかわらず被告人たる教師に有罪判決を言い渡したということであった。これに反して検事総長および上級地方裁判所が判断の基礎としたのは、新たに提出された不信用性および虚言癖に関する諸事案は、主要罪責証人たる女性の不信用性の程度をきわめて否定的に高度のものとし、いまやその有罪判決の言渡は充分に疑わしいものとなったということであった。このような立場にとつて決定的であったのは、その有罪判決の言渡がそのうちにあつて最高度に疑わしいものとなったというその事情であつた。

しかし裁判所が諸事案または諸証拠方法の新たな提出についての評価を、刑事訴訟法第三五九条第五号によつて規定された事前調査で、原判決の正当性に依存させるといふ保障は何ら存在しない。

このことを私は“Fehlerquellen im Strafprozess” p6 (1)の事案で体験した。その際に問題となつたのは、一公務員に有罪判決の言渡をもたらした背任事件であつた。第一回目の再審請求は許容性の手続で挫折した。その後その重要性が全く種々様々に判断されうるようなほかの諸事実を援用して、新たな再審請求が行なわれた。この請求において法的観点で説明されたのは、背任は全く存在しないということであつた。検事局はこの法的判断に賛成したが、この新たな諸事実が再審手続を基礎

づけるためには充分でないという理由で、この再審請求の却下を申し立てた。地方裁判所および上級地方裁判所はこの意見に賛成した。弁護側にとつては失望的な、そして有罪判決の言渡を受けた者にとつては理解できない結末であつた。この事案が弁護側にとつてとくに容易でなかつたのは、地方裁判所がその有罪判決言渡しの際に背任の法定犯罪構成事実を判決理由中で挙げているものの、その公務員の行為の違法性に関する諸事実および（実際には）存在しない財産上の損害に関する諸事実を何ら包含していなかつたからである。

再審手続で、裁判所の内部的防禦姿勢を突破するために、法的または事実的証拠評価に関して裁判所に疑いを喚起することが、例外なく正しいとされるときも、上述した実例が示す通り、この種の試みも成果なく終るのである。とくに、主として原判決での証拠評価に関する一個の不服申立が問題であるかぎり、許容性に関する手続の断崖を越えることは困難である。その証拠評価の関係者が、それと対抗することができないことを洞察するのはおよそ困難である。実際に存在する諸事案の中には、客観的に観察するならば（なによりもまず諸供述、諸集団供述、諸矛盾および撤回した諸主張を注意深く分析するならば）、その証拠評価がきわめて疑問のあるものであり、まったくすべてではないにしても、多くのものがその事実認定の正し

さに反対するような諸事案がある。挫折した諸再審手続に関する心配な諸事案がまさにそれである。それでもそれらの判決に成果多く近づくことは、私には排除されていないように思われる。さらに二つの道をたどることができるであろう。すなわちその第一は、解明の不足の確認であり、その第二は、証人証拠の領域での新たな科学的諸認識の提出である。第一の道は正確な一件書類に関する知識を要求する。すなわち、何が当時の証拠調でゆるがせにされたのか、何が当時行なわれなければならなかったのに実際には行なわれなかったのか、そして何が今日なお取りもどしうるのか、これを論証しなければならない。第二の道が要求するのは、個々の供述、その成立および発展ならびにその相互的依存性についての一個の正確な知識であり、それとともにまた最新の文献の信頼における知識である。一個の弁護側の見解によれば虚偽の自白が取り除かれるべき場合も、事情は類似している。この種の処置が成果を収めることがありうることを一個の謀殺事件が私に示している。その事件では、弁護人は客観的諸事実を提示するとともに、一個の包括的な心理学的鑑定によりその有罪判決の言渡を受けた者の自白を疑問に付したのであった。そのような方法が成果を収めるに相違ないとは、しかしながら述べることはできない。

新たな諸事実および新たな証拠方法の提出は、事情によって

は弁護人にとってすらくわめて困難である。資料の提出は時間を取り費用がかかるばかりでなく、一個の捜査機関がないのでしばしば可能ではない。検事局にとっては一個のいかに容易に実施できる企てであっても、弁護人にとっては見込みのない、または見込みはあってもきわめて面倒な企てであることが稀れではない。事情によっては、弁護人は一人の探偵をさし向けなければならない。しかしそのことと好ましくない諸随伴現象が結合することが稀れではない。弁護人が証人と関係をもつと、彼は容易に犯罪庇護の嫌疑をこうむる。彼が供述記録をとると、この記録の評価の際にその記録は潤色されているとする考えが裁判所の内部に浸潤する危険を冒すことになる。鑑定人を獲得することも諸困難に遭遇する。多くの鑑定人は、ただ検事局または裁判所の要求をまっぴらして、活躍する用意があるにすぎない。このことは例えば連邦刑事警察署にあてはまる。一人の鑑定人または数人の鑑定を行なう者に関心を起させることは、最も早くは、なお大事件(最も重大な事件)において可能である。この点に関する範例をロールバック訴訟が示している。名望のある弁護人にとっては定評のある鑑定人を誘って一個の鑑定をするようにさせることは、有力でなく、余り知られていない弁護士よりも容易となるであろう。そのほか諸鑑定人の鑑定は、彼等がトップクラスに属していないかぎり、弁護人が鑑定を求

めたのであれば、「偏見のある鑑定」の嫌疑をこうむりがちである。

「新たな諸事実」および「新たな証拠方法」の獲得に関する問題は、例外なく弁護士と検事局とのチームワークがあつてのみ解決されうる。このことは言うまでもなく検事局のところでの協力の意思を前提とする。検事局の法的協力義務は検事局が客観性を義務づけられていることから判明する。全訴訟手続を貫く刑事訴訟法第一六〇条第二項の規定によれば、検事局は罪責を免れさせるために役立つ諸事情をも捜査し、その滅失のおそれのある証拠の調査にも配慮する義務を負っている。クラインクネヒト⁽²⁰⁾は正論を述べている、すなわち「そのほか有罪判決の言渡を受けた者は新たな諸事実または証拠方法に関する諸要点を検事局に伝達することができる。具体的に指摘された諸点を追っていつて、検事局自身が有罪判決の言渡を受けた者の利益に再審を請求する必要があるかどうかを調査することは検事局の立場に適合する」と述べている。私は目下この基本原則を一個の具体的事件で貫徹しようと努力している。それでなくとも過度の重荷を負っている検事局が、それによって新たな諸課題を引き受けることになる点は、これを認容すべきである。諸限界は、検事局にとって少くとも活動を開始するための充分なきっかけが与えられなければならない、ということから生じ

る。そのことから結果として明らかになるのは、弁護士は原判決に対する諸疑問を述べそして取り調べるべき諸証拠についての具体的指示を与えなければならない、ということである。

諸再審手続はしばしば計画性がなかったために挫折する。請求者はその処置を慎重に準備して一個の包括的請求をしなければならぬ。再審諸事由を少しづつ提出するのは真に誤りである。そのようなやり方をした場合には、個々の断片が不充分的ものとみなされる危険がある。これによって個々の事実の全体的関連が失われてしまう。諸証拠可能性網羅の原則 (Der Grundsatz der Ausschöpfung der Beweismöglichkeiten) は、捜査手続に限ってのみ妥当するのではない。私が一件書類を手にして得た印象では、純然たる心理学的立証は例外なく一個の成果多い再審手続にとって充分ではない。それは、事情によって、公判であれば不利益な証拠評価を防ぎ得たかもしれない。再審手続ではそれは時期を失している。しかし言うまでもなく、この場合でも、諸客観的証拠方法および物証の問題についての諸鑑定が随伴するならば、心理学的立証は重要性を獲得する。それ故、一個の再審請求の計画は、以前のことから詳しく話すようにしなければならない。それは、まず第一に、次の点を検討することと関連するものでなければならない、すなわち総ての客観的可能性が原訴訟手続で汲み尽されたかどうか、確定

した諸事実關係が今日の自然科学、技術学および医学上の諸知識と一致するかどうか、新たな解明の諸可能性が判明したかどうか、行なわれた諸鑑定が充分な専門的知識に基づくものであるかどうか、または新たな認識によれば当時過小評価された問題状況の困難性が以前の鑑定人に欠如していた特殊な知識を必要としていなかったかどうかということである。これらの問題を充分に検討するためには、いかに犯罪徴証学、法医学およびその他の犯罪徴証学に関連する重要な諸科学が発達したかを知らなければならない。その用意の第二は、供述領域と取り組むものでなければならない。一人の反対証人を指名するだけでは、例外なく、不充分である。矛盾する証人のうちいずれが信用するに値し、いずれが否かという問題が、その場合いまだ解決されていない。その反対供述に突破を達成させるべきものとすれば、原則として大切なのは、供述心理学および再審に関する諸文献の成果を基礎において、前の供述の欠陥を証明することである。

一個の再審手続の準備は、忍耐、時間、心の平静および頑張りを要求する。それらのものは、当然のことながら、当事者から期待することは困難である。法的事項および官庁との交通における当事者の無援の状態がこれに加わる。例外なく、有罪判決の言渡を受けた者自身は、一個の成果の多い再審手続を成就

することはできない。重大な諸事件で、一名の弁護士が登場によって初めて一個の変化がもたらされたような成果の多い再審手続が、どれほど多数にのぼるか、これを確認してみたら興味のある結果がでることであろう。非法律家は一個の再審手続の諸困難を過小評価する。このことは法学的予備教育を受けていない批評家についても広範囲にあてはまる。有罪判決の言渡を受けた者自身は、自己の資料を一面的に評価する傾向がある。彼が本当に無実であるならば、彼はそのことを言うまでもなく知っている。しかし彼の請求の名宛者である裁判官は自己自身の知識でその事実關係を知っているわけではない。その有罪判決の言渡を受けた者は自己の知識を判断の基礎とするが、裁判官は証拠状態を判断の基礎とする。それ故、その有罪判決の言渡を受けた者に例外なく勧められるべきは、一人の弁護士に依頼することである。

しかし弁護士と関連して新たな諸困難が生起する。まず第一に生じてくるのは費用の問題である。この問題は一個の生活困窮者救助法手続 (Armenrechtsverfahren) の導入によって克服されうる。また多数の弁護士は予備調査を無料でまたはただきわめて少額の費用で行なうであろう。最後に諸自由組織も支援を与えることができる。それらの組織はもちろん法律相談の許可を必要とする。その弁護士は、必要な専門的課題を遂行す

ることができるだけでなく、一個の再審手続のための真剣にとりあげるべき諸支持点が明らかになった場合には、警察および検事局と必要な相談をすることもできる。

その事実関係を知っている、または少くとも知っていると思われる以前の弁護人が再審手続の準備を行なうことが、有罪判決の結果を得るものと期待される⁽²¹⁾。しかしすでにここで、有罪判決の言渡を受けた者にもろもろの抵抗が生じることが稀れてはない。私の目の前にある資料の中に、弁護人が役に立たない⁽²²⁾したり、弁護人がその事件で努力してくれない⁽²³⁾したり、弁護人が重要な諸証拠調べの申立をしてくれない⁽²⁴⁾としたりする苦情が、しばしば見出される。ときどき、この種の諸非難が正当であるとの印象を受けることもある。この種の不信感が存在する場合には、その弁護人の交替が行なわれなければならない。ところで、その事件を根本的に再検討する一人の弁護人を見出すことは、その有罪判決の言渡を受けた者にとって非常に困難であることが稀れてないことは、明白である。そのような再検討は事情によって数週間を必要とすることがあるであらう。多くの仕事に追われている弁護人の誰がそのために時間を費すことができるだろうか。さらにまさに優れた諸弁護人が多くの仕事に追われているのである。最も早く諸弁護人を見出さねばならぬのは、センセーショナルな諸訴訟についてである、何故なら、そ

れによって得られる名声が時間の消費を埋め合わせるからである。ここに依然として一個の重要な問題が残されている。すなわち弁護人、検察官および裁判所に充分な時間がないために、どれほど多くの再審手続が挫折するかという問題が、これである。

まさに総ての関与者について生じるこれらの諸困難の故に全司法機関の共同作業が要求されなければならない。このことは一個の冷静な、内々の、公開を許さない実質的作業を前提とする。再審手続は相争う諸司法機関または司法およびジャーナリズムのあいにく諸打力の戦場でもなければ闘技場でもない。再審手続は、むしろ諸誤謬を除去し、そして諸錯誤を避けるための、真剣な努力の一活動範囲である。これによって、裁判所で失望的経験を味わった弁護士に対して、決して簡単ではない克己が要請されることになることは、勿論知っている。その不法を確信しているジャーナリズムにとっても、正義のために努力する自明の義務があるにもかかわらず、自制することは一個の行ない難い徳行を意味する。しかしそのような諸要請は再審という事柄のために必要である。

もし挫折した諸再審手続の数を減らすべきであるとすれば、まず第一に客観的な仕事を必要とするのであり、この仕事はしばしば全く骨の折れる細かい仕事と結合している。公判および

公判で宣告される判決の基礎としての捜査手続がすでに慎重な細かな仕事、そして最も細かな仕事を必要とするように、そのことは再審手続についてもあてはまるのである。犯罪徴証学的に異論の余地のない仕事だけが、まったく疑いなく存在する司法の防禦姿勢を克服するのに適合している。客観的仕事は、また、この問題に関して裁判所および検事局を一方とし弁護士を他方としてその間に存在する不信感を除去するのにも適した手段である。

(19) 真実を下位におくことに関する問題点については Alsbeg-Nüse, Der Beweisanspruch im Strafprozess, 2. Aufl., 1986, S. 148ff.; Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 3. Aufl., 1971, S. 334f. 参照。

(20) Kleinknecht, StPO, 30. Aufl. 1971, § 359 Anm. 6C. その問題点については Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. II, S. 261 参照。

(21) その全問題点については Haddenhorst, Der Verteidiger, in: Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. II, S. 264 参照。

V

請求者にとってその目標の達成は、事柄の性質からして相対

立する司法の抵抗力が取り除かれなければならないことにより、一層困難にされる。ジャーナリスティックな、心理学的なまたは社会学的な性質の諸一括判断をもってしては、それらの抵抗力に抗することができない。それはむしろ対決を強めるだけである。憤激した諸非難またはそれどころか善意の否認は、何の役にも立たないばかりか、事態を損うだけである。自己にそう思われるその正しい事柄を貫徹しようと欲するならば、納得させようとする相手の思惟方法をよく理解できなくてはならない。

刑事司法は既判力思想の歴史および刑事政策的意義に満ちている。既判力思想は刑事司法に、再審手続の論議の際に、諸非難を持ち込む。法律家は既判力を一匹の聖牛のように守るといわれる。既判力は法律家に一個の快適な隠退所を確保する。たとえ再審法が改革されようとも、既判力の基本原則は堅持されるであろう。既判力の基本原則は司法に停止と固定とを与えるばかりでなく、個人にも安定性と安寧とを保障する。既判力思想はそのうえ裁判官の責任意識を強化する。裁判官はその判決が原則として最終のものであることを知っている。それだけにますます彼は真実発見のために尽力するであろう。既判力思想はすべての関与者、すなわち裁判官、検事、弁護士、被疑者被告人および警察をして、原訴訟手続を網羅的に利用し尽すよ

うにしむける。誤判は広範囲で、公判に持ち込まれた捜査手続の諸欠陥に基づくのであり、また証拠の諸可能性の不十分な網羅によるのであり、そしてその次の段階になって初めて誤りのある証拠評価に基づくのである。再審一件書類およびその準備に役立つ資料の閲読は、原訴訟手続で犯された誤謬を明白にしても、それらの誤謬はしばしばもはや訂正可能ではない。このことはすべての訴訟手続関係者についてあてはまる。再審手続になって初めて訂正を入れてもそれは時期を失している。再審手続は原則として判決の保全が問題となる場所ではない。一個の信頼における司法を保障するための適当な手段は、原訴訟手続の適切な、犯罪徴証学的に異論の余地のない遂行である。このことに、何よりも先ず、眼を向けるべきである。再審手続は、それにもかかわらず不正に経過した訴訟手続のための、一個の活栓であるにすぎない。

既判力思想は一個の全く理解できる事実審裁判官の感情に迎合する。まさに裁判官が自己の力の限りを尽したと信じるとき、その事件を終了したものとしておくよう努力することはごく自然のことである。たとえ人が司法のもとの諸誤謬の可能性を肯定するとしても、それでもなお、第一に諸判決の正当性に対する信頼があつてはじめて、一般に裁判を行なう可能性が存在する。この種の觀念を考え方の基礎に置いているのは個々

の裁判官に限らない、典型的な裁判官がそうである。それ故、再審手続の際の裁判官の交替は明らかに立法者が期待したような効果を収めないのである。⁽²²⁾

終りに被告人、証人および「客観的」諸証拠方法と接して味わった否定的諸経験も、公判で最良の知識と良心とに従つて下した一個の判決に対して向けられた諸不服申立について躊躇させる。まさに諸誤謬、諸偽造の可能性は、とくにその判決がすでに幾多の歳月を経たものである場合に、どうして現在の証拠が以前の証拠に比べて一層良いといえるのか、という問を裁判官に尤もなことを思わせる。

終りに弁護士を一方とし、裁判官——檢察官を他方とするその基本姿勢での一個の決定的対立が重要である。弁護士はその職業活動の結果として一層のこと個々人の運命にとらわれるように思われる。弁護士は例外なく裁判官および檢察官よりも一層のこと個々の事案の諸事情を洞察する。確かに、裁判官および檢察官に対しても、正しい裁判のために個々の事案が委ねられているのである。さらにまた法と秩序とを守護することは、裁判官および檢察官の責務である。我々は、今日、広範囲で、法と秩序とを何か抽象的で血の気の失せたもののよう考えることに慣れてしまつてゐる。しかし、そのとき、我々は法とその秩序との中に、人間の自由と幸福とが埋め込まれてゐるとい

うことを看過する危険を冒しているのである。裁判官は個々の判決の保証人であり、法秩序の代表者であり、そしてそのことを自覚している。裁判官が個人に対して義務を負うとともに法に対しても精神的に拘束されていると感じる場合にかぎって彼はそのようなでありうる。

私の意見では、上述した諸事実の中で、再審手続での抑制と嫌惡との諸理由を、探すべきである。裁判官の姿勢を單純な人間の不十分さ、なかならず不愉快な努力をしたがらない傾向をもつて理由づけることは、一個の危険な單純化であると考ええる。

一個の再審請求をする者は、その請求が基本的な諸障害を除くするものである、というようにこれを基礎づけなければならぬ。この請求が犯罪徵証学上の知識に基づくものでなければならぬのと同様に、言うまでもなくこの知識は檢察官および裁判官にも備わっていなければならない。このことは両者の許での一個の基本的な犯罪徵証学上の教育を前提とする。決定的に重要なのは、裁判官が、教育においてもその職業においても、個々の事件および公共の利益という兩極の間でその平衡を見出すことである。さらに全関係者のもつて、實質的なそして心理学的な問題のみならず、職業倫理的態度が問題となる、それは相互信頼のための本質的な前提条件の一つである。

しかしそのような奥行き深い問題がいかに論議を必要と

し、そしてどれほどその解答が必要であつても、看過することが許されないのは、一度まず冷静なたな卸しが必要であるということである。すなわち挫折した再審手続の様子はどのようなか、という点を明確にすることである。どのようにして諸請求は準備されてきたのであるのか。資料の点で何が持ち出されることができたか、また何が提出され得なかつたのか。

実際にすべての可能性が網羅されているのだろうか。弁護人および有罪判決の言渡を受けた者を一方とし、そして検事局および裁判所を他方とする共同作業は、およそそれが行なわれるに至つたかぎり、実証されただろうか。挫折した諸再審手続は個々の犯罪についていかなる経過をたどつたのか。個々の事件でどこに誤解と相互不信があるのか。いうまでもなく上述した諸理由と一致する必要のない一個の再審手続の不成功の本當の諸理由はどの点にあるのか、裁判官の懷疑が克服され得なかつた一層深い理由はどの点にあるのか。

これらの諸問題を解明するためには、一個の包括的資料が必要であり、その資料は予断をもつことなく實務上および理論上の識者によつて評価されるべきであらう。此のまたは彼の制定法の改正が望ましいものとしても、確かに決定的に重要なのは、諸関係者がその法律状態から、それが比較的良好なものであれ、比較的惡劣なものであれ、何を行なうべきであるのか、

そのすべを心得ているかどうかということである。制定法がではなく、制定法を用いる人々が司法に力と生命とを与えるのである。

あとがき

本稿は『Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, herausgegeben von Karl Lackner, Heinz Lefrenz, Eberhardt Schmidt, Jürgen Weip und Ernst Amadeus Wolff, 1973, S. 441ff. に登載された Karl Peters 前テュービンゲン大学教授の論文 “Gescheiterte Wiederaufnahmeverfahren” の翻訳である。私は本論文の抜刷を本年九月に教授から頂戴し、一読後早速その翻訳を思い立ち、教授の御快諾を得てこれをここに訳出した。本年一月に予定されているペーテルス教授の初の来日を目前にして本論文を訳出することができたことは、私にとって望外の幸わせである。

一九七三年一〇月七日

テュービンゲンにて 訳者