

◆ 翻 訳 ◆

刑事訴訟における真実発見の限界*

ヘニング・ローゼナウ

法科大学院教授 加藤 克佳 (訳)

Übersetzung

Henning Rosenau

Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess

Übersetzer: Katsuyoshi Kato

目 次

- I. はじめに
- II. 刑事訴訟における真実の憲法上の基礎
- III. 真実発見の限界に関する訴訟上の現象と問題
 - 1. 真実とは何か
 - 2. 認知論
 - 3. 証拠評価論
 - 4. 確定力と真実
 - 5. 真実発見と証拠禁止
- IV. 真実発見の憲法上の限界
- V. おわりに
- 〔付録〕関連法規 (抜粋)
- 〔訳者あとがき〕



ローゼナウ教授

I. はじめに

「真実を愛し、これを探求する努力をせよ」。これは、ドイツ刑事訴訟法に見出されるような公式ではないが、ドイツ裁判官法38条1項は、裁判官に、「真実のみ奉仕する」という誓約を課している。そして、この言葉とともに世界は変化し、それ

*〔 〕内は、読者の便宜のため訳者が付した。また、同様の趣旨で適宜意識したところがある。

が近代の始まりと結び付いている。なぜなら、それは、修道士マルティン・ルター (*Martin Luther*) が、ちょうど約500年前の日に (正確には、カトリック聖徒の日の前日である1517年10月31日に)、ヴィッテンベルク城の教会の扉に釘付けにしたとされる『95箇条の論題』の冒頭の言葉だからである。真実の探求はルターの中心的な推進力であった。しかし、真実の探求は、ドイツ刑事訴訟においてもそのような地位を有しているであろうか。

空地に柵を作ろうとしても、その限界を引くことはほとんど意味がない。したがって、第1に、刑事訴訟における真実の重要性を簡潔に明らかにする必要がある。まず、ドイツ憲法裁判所の考えを聞くこととしよう。

次に第2の部分では、刑事手続における真実の要請を再度見つけるように試みる。幾つかの例を用いて、真実の要請がどこにその限界を設けられているか、法治国家的考慮がどの程度それを強いているかを示す。第3に、それらを踏まえた簡潔な結論を提示する。それは、刑事訴訟における人間の尊厳と真実の発見とを切り離すという結論となろう。

このテーマは、未確定なところが多くあるため、多くの場面でこのテーマを扱うことができる。しかし、それは、時間・紙幅との関係でできない。したがって、多くのことは、不完全で断片的なままであることを予めお断りしておく。

II. 刑事訴訟における真実の憲法上の基礎

ドイツ連邦憲法裁判所は、次のような要請をしている。「真実の事実関係の調査が、刑事訴訟の中心的な関心事である。それなしで、実体的な責任原則を実現することはできない¹⁾。そして、責任原則それ自体は、人間の尊厳及び自己責任の保障、すなわちドイツ基本法〔ドイツの憲法に相当する〕1条1項〔人間の尊厳〕に基礎を置く、とされる。続いて、ドイツ基本法1条1項が適用される理由が説示されている。つまり、人間は自己責任を負うものであり、精神的・道義的存在として自ら決定し発展するよう運命付けられている、また、刑罰は、責任を前提とし、責任に報いるものであり、個人の非難可能性と直接関係するものであるため、人間の尊厳との結び付きが生ずる、とされるのである²⁾。

實際上、真実の要請は、通常の刑事訴訟法について述べられるところにも見られ

1 BVerfGE 57, 250, 275; BVerfG, StV 2013, S. 358 Rn. 56.

2 BVerfG, StV 2013, 358 Rn. 54.

る。改革された刑事訴訟では、さらに、実体的真実への志向を持つ糺問主義が妥当した³。それは、1877年には自明のことであったので、同年のライヒ刑事訴訟法には〔それにつき〕何も規定されなかった。ようやく1935年に、刑事訴訟法244条2項が追加され、裁判所は、「真実を解明するために必要なこと」を全て、職権で行わなければならない、ということが明文化された。こうして、証拠調べは、明らかに、行為の歴史的事象を把握するという目的を持つに至った。事実の発見がなければ、法の発見（法の適用）は考えられないようにも見えるのである⁴。

Ⅲ. 真実発見の限界に関する訴訟上の現象と問題

1. 真実とは何か

しかし、真実はどうやって認識論的に発見できるのか、そして、真実はそもそも訴訟で獲得できるのかという疑問から、難問が生ずる。

1877年の立法者は、まだ、哲学的な物質主義という認識論に従うことが許されたであろう。これによると、実際の現実とは、原則として認識可能であり、しかも真実を求める個々人と無関係に認識可能とされる。知覚と現実とは相互に対応できる、というのである。この対応理論を、アリストテレス (*Aristoteles*) は、広く引用された表現、すなわち、「現実と知性に対応する (*adaequatio rei et intellectus*)」で用いた。これによると、原則として、認識する精神と認識される事柄の一致が存在することとなる⁵。〔しかし、〕今日では、真実の認識はもはやそのように単純に行うことはできないと考えられている。真実は相対的であり、それを見る方法、したがって方法を適用する人に左右される⁶。これによると、真実は、実際の現実との一致からは完全に独立して定義すべきこととなる。真実は発見されるのではなく、「創作される」のである。ハッセマー (*Hassemer*) は次のように言う。「私たちが事実認定の際に期待できることは、客観性ではなく、最高の間主観性である⁷」。例えば支配されない討議⁸を必要とする細分化のための議論から、私たちはその場で離れる。この場合、決定的なのは、事実との一致としての真実は、訴訟では存在しない、ということである。

3 *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zum Strafprozessrecht, S. 34/44.

4 *Krauß*, Festschrift Schaffstein, S. 411, 414.

5 これにつき、Malek, StV 2011, 559, 560 を見よ。

6 *Arndt*, NJW 1962, 1193.

7 *Hassemer*, in: Hamm/Hassemer/Pauli (Hrsg.), Beweisanztragsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 20.

8 *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, S. 121 ff.

ある。過去と現在の出来事に対する完全な洞察としての客観的真実は、刑事手続の可能な目標としては考えられないように見える⁹。その代わりに、「経験的な真実」の概念または「実際に機能的な真実」の概念を使用しなければならないであろう。

こうした所見に対して、刑事訴訟は、完全な現実を捕捉するようには設計されていないと主張されている。〔しかし、〕これは根本的な誤解であろう。なぜなら、そうすると、構成要件要素を担い、かつ構成要件、違法および責任という要素の包摂にとって重要な認定を行うことのみが目的とされることとなってしまうからである¹⁰。したがって、刑法教義学は、現実の複雑性を軽減させることとなる。それゆえ、事件と知性の完全な一致は全く不要ということとなろう。

これは、確かに、一方で慰めとなり、私たちが到達できない真実に完全に到達する必要はないという主張と調和しうるものである。しかし、刑法教義学によって複雑さが軽減されるとしても、いずれにせよ、これらのトリミングを真実に即して認定すべきであるとする主張はなされている。〔ただし、〕ここでは認識論の根本的な問題は残ったままである。裁判所が「真実」として認定するものは、裁判官の脳が創造したものである。それは、現実に関わりなく近い「メタ」真実〔＝高次の真実〕であるが、しかし、場合によっては、そこから数マイル離れているかもしれないのである。

私たちは、認知論から、判断者（裁判官）の調査への関心が調査の最初の要件であることを知っている。しかし、この関心は、あれこれの事実の重要性について予断を含んでいる。なぜなら、全ての認識の前に、認識されるべき事実が裁判官の目に入るという条件が存在するからである¹¹。人がそれから自由であり、純粹に科学的に予断に囚われていないと想定することは、自己欺瞞以外の何物でもない¹²。解釈学者の間でも、同様に生産的でかつ不可欠な「予断」が生じている¹³。関係者がベースとする手続行為のように、「真実」の認定もまた、刑事手続の過程で常にその出発点である実際の生活上の出来事、つまり現実から隔たってゆく構築の過程である¹⁴。したがって、真実発見は、創造的で構築的な性格を持っている¹⁵。裁判所で

9 異説として、*Krauß*, Festschrift Schaffstein, S. 411, 412.

10 *Krauß*, Festschrift Schaffstein, S. 411, 418 f.

11 *Hruschka*, Die Konstruktion des Rechtsfalles, Berlin 1965, S. 20.

12 *Weinberger*, Festschrift Aarnio, S. 347, 355.

13 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, S. 89; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 281; *Hassemer*, ARSP 72 (1986), 195, 208.

認定される訴訟上の真実は、訴訟上新たに創造されたものである。つまり、これは、憲法裁判所が私たちに与える真実ではない。ファウストは、第2部の初めで、優雅な地方での癒しの眠りから目を覚ますと、「色彩の写し絵に私たちの人生がある¹⁶」と語った。これは、刑事訴訟においても同様である。私たちのそこでの認定は、せいぜい色彩が付いているが、多くは現実を反映したものである。

2. 認知論

認知心理学をさらに観察すると、真実発見という裁判所の試みにおいても何らかの形で起こる歪みが一層強まることがわかる。

情報心理学は、人間はその人に押し寄せる情報の一部のみしか受け入れることができず、それゆえ選択を余儀なくされるという基本的な認識に基づいている（「選択の原則」¹⁷）。データの選択は、今や、余剰の原則により最も有効に行われる。これによると、内容が客観的に同一であれば、主観的に〔新たな〕情報の乏しい（余剰な）ニュースの方が〔新たな〕情報の多いニュースに優先される¹⁸、なぜなら、これは、簡単に理解できないからだ、というのである。既に知られた情報はまさに余剰なものであるので、公判審理について言うと、例えば記録から知られる認定に対応する証明結果が優先的に統覚されるのに反し、新たなまたは矛盾する結論はブロックされることが明らかとなっている¹⁹。

同様に、社会心理的な観点から、人間は、自らの情報をそれと一致する（調和する）均衡関係に持ち込む傾向があると言われている²⁰。仮に裁判官が既存の記録から暫定的な認知を行いそこに疑問仮説を立てたとすると、証拠調べにより新たな異なる認知を行う場合には、裁判官は「認知の不調和（不協和音）」に直面すること

14 Kreuzer, Festschrift Roxin zum 70. Geburtstag, S. 1541, 1549.

15 Neumann, ZStW 101 (1989), 52, 56.

16 Goethe, Faust, Zweiter Teil, Erster Akt, Vers 4727.

17 Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, Bonn 1971, S. 303.

18 Schünemann, GA 1978, 161, 170 f. m.w.N.

19 Schünemann, GA 1978, 161, 172; *dsib.*, StV 2000, 159, 160.

20 Boy/Lautmann, in: Wassermann (Hrsg.), Menschen vor Gericht, Neuwied 1979, S. 41, 58 f.; Schünemann, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschungen zur Kriminalitätstestung und Kriminalitätskontrolle, Bd. 6, 2. Teilband, Köln u.a. 1983, S. 1109, 1117; Bördlein, Skeptiker 2000, 132, 135.

となる²¹。しかし、人は誰でも、その認知が調和するように試みるので、つまり自らの知識と見解の間の矛盾が生じないように努めるので、認知の不調和が生じた場合には、これを減少させ矛盾を解決しようとするのである²²。

この不協和音を減らし、調和する情報関係を求める努力（いわゆる持続力）²³は、人間の慣性によって決まる。この「慣性効果」（慣性による慣性）は、後の不協和情報の意味を過小評価するか、または変形させることになるが、期待される情報は過大評価される傾向がある²⁴。逸脱するデータが非常に強い場合に限り、慣性効果にもかかわらず最初の仮説に抵抗することができる。このことは、確認の傾向としても説明することができる。人間は、一度立てた仮説に拘るものであって、それを支える証拠を求めることにより、偏った解釈や認識を維持する傾向がある²⁵。したがって、この理論によっても、疑問仮説に反する結果は、これを確認する情報ほどには考慮されないであろう²⁶。〔こうしてみると、〕真実が、現実からなお隔たっていることは明らかである。

中間的な結論として確認すべきなのは、私たちが刑事手続で真実を認定するという想定は幻想である、ということである。ドイツ連邦憲法裁判所の判決や決定から読み取れるように、私たちは、真実の要請を相対化しなければならないのである。

3. 証拠評価論

真実は得られないとするこれらの考察は、ドイツ連邦憲法裁判所の2人の上告審判事、つまりフォート（*Foth*）とヘルデーゲン（*Herdegen*）の間の有名となった論争の中で具体化された。そこでは、判決の認定にどの程度の蓋然性が必要か、が問題となった。

21 *Schünemann*, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, Bd. 6, 2. Teilband, Köln u.a. 1983, S. 1109, 1117; *Bördlein*, *Skeptiker* 2000, 132, 136.

22 *Schünemann*, *StV* 1998, 391, 394; *dslb.*, *StV* 2000, 159, 160 m.w.N.

23 *Boy/Lautmann*, *Die forensische Kommunikationssituation – soziologische Probleme*, in: *Menschen vor Gericht*, hrsg. von Rudolf Wassermann, Neuwied 1979, S. 41, 58 f.

24 *Bördlein*, *Skeptiker* 2000, 132f. m.w.N.; *Schünemann*, *GA* 1978, 161, 171; *dslb.*, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, Bd. 6, 2. Teilband, Köln u.a. 1983, S. 1109, 1118; *dslb.*, *StV* 2000, 159, 160; *Streng/Störzer*, *MschKrim* 1982, 30, 31.

25 *Bördlein*, *Skeptiker* 2000, 132.

26 *Schünemann*, *GA* 1978, 161, 163.

この論争は、2つの両極の証拠評価論の対立に遡ることができる。その際、議論は、上告法の局面で行われたことに留意すべきである。1つ目のアプローチは、「主観的証明論」と呼ぶことができる。これによると、上告の観点から、事実審裁判官の考慮と帰結が自らの確信に基づく「可能性がある」のでなければならないということを、要求する。〔ただし、〕その推論は、生活経験によると思考法則上「どうしてもそうなる」ものであるまでの必要はない。このような、事実審裁判官の主観的確信を強く尊重する捉え方は、ドイツ通常裁判所の数多くの古い裁判の背後に見て取れる。しばしば引用されるのは、連邦通常裁判所判例集10巻208頁の裁判からの一節である。これによると、罪責問題に答えるためには、事実審裁判官の確信のみが重要である。つまり、「この『個人的な』確実性は、有罪判決に必要であるばかりか、十分である²⁷」。

もちろん、その広範な事実審裁判官の評価の自由は、刑事司法で「事実審裁判官の証拠評価に関する純然たる主観主義、恣意、神のような力」が支配することとなる、という批判を招いた²⁸。この批判に反論するのが、フォートである。すなわち、事実審裁判官の考察は「可能性がある」のであれば足りる、という命題は、上告裁判所に妥当する、ただし、事実審裁判官には妥当しない、と説く。このことは、事実審裁判官は、合理的な考察をしてある結論に到達せざるを得ない場合に限り確信している、という原則から導かれなければならない、とされる²⁹。合理的に判決せよという事実審裁判官に対する要請と、(事実審裁判官の)心証形成の事後的な是正可能性の問題とは区別すべきである³⁰。かくして、事実審裁判官の心証は、ほとんど例外なく修正されないままとなろう³¹。

これに対し、ヘルデーゲンは、いくつかの所で、有罪判決の基礎となる事実は高度の蓋然性という証明程度に対応しなければならないと要求した³²。ヘルデーゲンは、客観的証明論に従っている。すなわち、事実の仮説を導く推論は、生活経験に

27 BGHSt 10, 208, 209.

28 誇張した形での批判として、*Herdegen*, *Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision. Abhandlungen und Vorträge*, Baden-Baden 1995 S. 140.

29 *Foth*, *DRiZ* 1997, 201, 204.

30 *Foth*, *NStZ* 1992, 444, 446; *dstb.*, *DRiZ* 1997, 201, 204 f.

31 *Herdegen*, *JZ* 1998, 54, 56 参照。

32 文献を纏めたものとして、*Herdegen*, *Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision. Abhandlungen und Vorträge*, Baden-Baden 1995 S. 60 ff., 97 ff. und 108 ff.; 再論として、*NJW* 2003, 3513, 3515 f.

よると十分な程度の確実性を持たなければならない、と説く。合理的な疑いはもはや存在することは許されない、換言すれば、その仮定は高度に蓋然的でなければならない、とされるのである³³。

客観的な基準への展開がいかに急速であったかは、特に、20年前にフォートとヘルデーゲンの間で行われた論争が、この間とついに終息したということに示されている。確かに、伝統的な主観的証明論は繰り返し言葉の上で共感を得てはいるが³⁴、しかし、実務では、無意味なものとなっている³⁵。上告裁判所は、この主観的証明論を、言葉の上では用いているが、実際に用いられている拡張的上告を通じて、黙示的に放棄した³⁶。判決宣告で行われる理由付けは、論理力または説得力のコントロールに服するのである³⁷。

この古い論争から2つのことが明らかとなる。第1に、裁判所にとって、真実の追求が幻想であるように見えるのは理解しやすいこと、しかし、第2に、裁判所は、真実にできる限り接近することが要求されていること、である。したがって、蓋然性の基準を明らかにしなければならない。

4. 確定力と真実

真実の限界は、確定力により明らかに示される。確定力は、実体的真実の原則を破る。たとえ事実認定が誤っているとしても、〔また、〕法適用が誤っているとしても、上訴は制限・制約され、その期限が徒過すれば、判決に確定力が生じて、もはや破棄することはできなくなる。それがあまりに真実に反するとしても、である。ここでは、法的安定性の考えが実体的真実に勝る³⁸。再審の可能性はこれと矛盾せ

33 *Herdegen*, JZ 1998, 54, 56; *dsIb.*, in: *Der Strafprozess vor neuen Herausforderungen?*, hrsg. von Otto Lagodny, Baden-Baden 2000, S. 27, 37 f. u. 38 f. (これは、蓋然性理論を、客観的証拠評価論とは別のカテゴリーとして挙げている)。

34 *Loddenkemper*, Revisibilität tatrichterlicher Zeugenbeurteilung. Eine Auseinandersetzung mit der neueren Rechtsprechung der Strafsenate des BGH, Baden-Baden 2003; zugl. Diss. Berlin 2002, S. 109, Fn. 554.

35 *Schäfer*, StV 1995, 147, 148.

36 *Rieß*, Festschrift Hanack, S. 397, 406.

37 *Detter*, Festschrift 50 Jahre BGH, S. 679, 686; v. *Schledorn*, Die Darlegungs- und Beweiswürdigungspflicht des Tatrichters im Falle der Verurteilung, Regensburg 1997; zugl. Dissertation Passau 1997, S. 32; *Ranft*, Strafprozeßrecht, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 1995, S. 530; *Schünemann*, JA 1982, 71, 75 u. 123, 125 f.

38 *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 56 f.; *Schmidhäuser*, Festschrift Eberhard Schmidt, S. 511, 513.

ず、このような見方を裏付けるのである。

5. 真実発見と証拠禁止

真実発見の目標と明らかに対立するものとして、さらに、訴訟上の証拠禁止がある。

刑事訴訟での全ての真実探求に関するそのような限界の憲法的側面は、私生活の中核領域が問題となる場合に直ちに明らかとなる。ドイツ連邦憲法裁判所の判例により展開された中核領域論によると、被疑者・被告人の人間の尊厳を保護するため、いかなる場合にもその中核領域に介入してはならない。「私生活形成の中核領域」は、この間、ドイツ刑事訴訟法の条文に組み込まれている（100 a 条 4 項、100 c 条 4 項・5 項）。再三繰り返される公式化の際には、ドイツ憲法裁判所のさまざまな裁判において、核心領域論が見られる。要約すると、ドイツ基本法 1 条 1 項から、完全に不可侵的に保護された私生活形成の中核領域が生ずるものとされる。公共の非常に重要な利益さえも、中核領域への介入を正当化することはできないものとされる。「利益衡量は行われない³⁹⁾」。中核領域に関わる情報は、判断に使用したり、判決でも利用したりすることは許されないのである。

IV. 真実発見の憲法上の限界

刑事訴訟法は、それが刑事訴訟法という 1 つの法律の形を取った応用憲法だと言われている⁴⁰⁾。ロクシン／シューネマン (*Roxin/Schünemann*) の簡にして要を得た表現によると、刑事訴訟法は「憲法の地震計⁴¹⁾」である。憲法が、真実を解明する権利が無限に妥当することを否定するならば、その憲法上の基礎付けも行わなければならない。

これらの憲法上の根拠は、主に法治国家的考慮から生ずるものではない。したがって、手続の司法形式性（適正手続）の問題ではない。なぜなら、仮にそうだとすると、被疑者・被告人の虐待の禁止のためその固有の基本権が重要になるということ、つまり訴訟外の権利・利益の保護が重要になるということを曖昧にしてしまうからである⁴²⁾。アーメルンク (*Amelung*) は、適切にも、刑事訴訟上の基本権の侵

39 BVerfGE 34, 238, 245; 80, 367, 373 f.; 120, 274, 335.

40 BVerfGE 32, 373, 383; BGHSt 19, 325, 330.

41 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 2A Rn. 1.

42 *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 61.

害について論じている⁴³。執行の範囲内のみならず、それ以前の刑事手続自体においても、被疑者・被告人の権利は著しく侵害される。そして、これらの基本権は、真実探求への訴訟上の利益と対立する。刑事司法の主人公たちが、真実探求を目標とすることを義務付けられ、被疑者・被告人の権利・利益を歓迎されない妨害や効率的な刑事司法の障害と理解する危険に晒されていることは、否定できない。これは特に、ドイツ憲法裁判所の判例で展開された「刑事司法の機能的効率性⁴⁴」という像によって明らかに示されている。しかし、刑事司法は、全体として法治国家的範疇と理解しなければならない⁴⁵。それを、刑事司法の機能的効率性という視点に、つまり刑法違反の訴追や真実の暴露に縮減することは許されない。関係者の基本権とそこから導かれる訴訟上の保護規定は、同様に刑事司法の要素である。実体刑法の実現、真実の探究、関係者の権利の保護は、一体として理解しなければならない⁴⁶。そこから、「真実はどのようにしても探求すべきであるとはいえない」という認識も導かれる⁴⁷。ドイツ連邦通常裁判所判例集14巻358頁⁴⁸に由来するこの説示は、通常裁判所判決の要旨に掲載されており、刑事訴訟の教科書やありうる全ての論文で頻繁に引用されている。

より詳細に見ると、証拠禁止の場合には、さらに別の異なる関連性が明らかとなる。なぜなら、許されない録音の内容、日記録のコピーなどは、手続の関与者には既に知られているからである。そこで、ノイマン (*Neumann*) は、これに基づく有罪判決は、被告人の人格権をそれ以上侵害しないと述べた⁴⁹。これらの場合、真実発見の限界は、関係者の正当な基本権で説明することはできない。したがって、ここでは、権利侵害と証拠使用禁止との間の規範的な関連性を作り出すため、別の考慮が必要となる。この結び付きは、公正な裁判の原則に見て取れる。刑事手続への一般的な法治国家的要求は、ドイツ基本法20条3項において⁵⁰、またヨーロッパ人権条約6条1項1文においても、見出される。そこで問題となるのは、訴訟上の正

43 *Amelung*, JZ 1987, 737.

44 BVerfG, StV 2013, 358 Rn 57.

45 *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 62.

46 *H. A. Zachariae*, Handbuch des deutschen Strafprozesses, Band 1, 1860, S. 144 ff.

47 BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309.

48 BGHSt 14, 358, 365: 「真実どのようにしても探求すべきである、とする原則を、刑事訴訟法は知らない」; これは、それ以降の先例となった。例えば、BGHSt 31, 304, 309.

49 *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 66.

50 BVerfG, StV 2013, 358 Rn. 63.

義とは何か、公正手続を求める被疑者・被告人の権利を基礎付ける考慮は何か、である。公正な裁判の要請から生ずる権利は、真実発見と対立しうるのである。

これらは、確かに、目下のところ、真実探求という手続の目標に逆行する。〔ただし、〕被疑者・被告人の聴聞は、事実の解明に役立つかもしれない。裁判所がことによると見落としていたかもしれない観点を手続に持ち込めるならば、弁護人の投入さえも真実発見を促進できることとなる。しかし、権利は、たとえその保護が真実発見の観点から機能不全をもたらす場合にも、保障されるべきである。確かに、私たちは、最初の尋問で、特に逮捕後に、真の自白が行われうることを知っている。証言心理学が最初の尋問に特に重点を置くのは、まさにそのためである。これに対し、早くから現場にいて、被疑者が「全部話す」ことを法律により阻止する弁護人は、真実発見という限られた視点からは、いない方がよいと思われるに違いない。それにもかかわらず、弁護人の早期の選任は要求しなければならないであろう。ここでは、実体的真実の要請ではなく、訴訟上の正義、すなわち公正な裁判の要請が主導的な重要性を持つ⁵¹。哲学的論議では、それを手続的正義というのである⁵²。

V. おわりに

真実に限界を設けることが必要だとするのは、結局、法治国家からの要求である。真実への努力を絶対視する者は、法治国家的刑事手続の中心的要求を通り過ぎ、その目標を見失ってしまうであろう。

合意の問題についての連邦憲法裁判所の数多くの決定や、目下、私たちに過去数年間まさに氾濫したドイツ連邦通常裁判所〔ドイツの最高裁判所に相当する〕の決定からも、熟慮され相当な合意（申合せ）でさえその僅かな気配すら刑事訴訟から洗浄したいという「真実原理主義」が働いている、という印象を抱かせる——ただし、これは、ドイツ刑事訴訟法257c条の精神や立法者の意図に対して抗うことはほとんどできなかった。ドイツ連邦憲法裁判所は、責任主義に関する真実への要求を人間の尊厳に直接還元したことにより、ほとんど不可避免的に、その種の絶対的な正義の追求および真実の追求に至ってしまった。私はここで、合意をめぐる議論から離れるつもりはない。これは、日本でも、〔2016年に〕法律規定が新設されている〔日本刑事訴訟法350条の2以下〕。しかし、私は、このように人間の尊厳に関係付

51 Neumann, ZStW 101 (1989), 52, 69.

52 Neumann, ZStW 101 (1989), 52, 69 f.

けるアプローチは、致命的な誤りであると考ええる。確かに、私たちが、刑事手続の真実の要請を維持することは必要である。しかし、他方、人間の尊厳の負担からは解放しなければならない。なすなら、真実を絶対視する者にとっては、被疑者・被告人の他の手続上の権利と基本権は、真実への道のりにとって単なる障害と見られるに違いないからである。正当な被疑者・被告人の利益は、あまりに安易に意味を失ってしまう⁵³。絶対的な真実の要求は、私たちを直ちに糺問へと引き戻す。これは言い過ぎかもしれないが、しかし、その危険は、私たちが今日もはや糺問的と呼ばない訴訟モデルにも存在している。価値に満たされ包括的な刑事手続は、法的平和（法的平穩）に奉仕すべきものであり、これにとって、そのように進むのは致命的であろう。

これは、思考の逆転も示している。人間の尊厳を真実発見の要求と結び付けることは、ほとんど受け入れられないような手続上の帰結に繋がる。証拠禁止は、証拠調べが被疑者・被告人の尊厳を侵害する場合、例えば拷問の場合にしか、認められないこととなる。それ以外の全て場合は、ドイツ基本法1条1項は侵害されず、かつ制約されないので、真実発見が、人間の尊厳レベル以下の他の訴訟上の保護権に優先されざるをえないであろう。既に拡張された上告は、真実を確保するために、事実問題にもさらに拡張されなければならないだろう。なぜなら、被告人の尊厳の保護がそれを命ずるからである。再審は拡張されるべきこととなろう、証拠調べは包括的に記録されるべきこととなろう、等々。私たちが真実発見の限界を受け入れるほぼ全ての場合に、憲法上の合意司法を一貫して置き換えるならば、人間の尊厳を保護するため、これ（真実発見の限界）は消滅せざるをえないであろう。

最後にもう一度言うと、真実の発見には限界がなければならない。これを可能にするためには、真実発見は法治国家原則に位置付けられるべきであり、人間の尊厳に位置付けられるべきではないのである。

53 こう述べるのは、*Schmidhäuser, Festschrift Eberhard Schmidt*, S. 511, 523 f.

〔付録〕

関連法規（抜粋）（特記ない限り、ドイツ法である）

ドイツ連邦共和国基本法第1条〔人間の尊厳の保護，人権，基本権の拘束力〕

第1項 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し，かつ保護することは，全ての国家権力の義務である。

ドイツ連邦共和国基本法第20条〔国家目標設定，抵抗権〕

第3項 立法は合憲的秩序に，執行権及び司法は法律及び法に拘束されている。

ドイツ裁判官法第38条〔裁判官の宣誓〕

第1項 裁判官は，裁判所の公式会議で，次の宣誓をしなければならない。「私は，ドイツ連邦共和国の憲法と法律に従い裁判官職を行使すること，人の外見に囚われることなく最善の知識と良心に従い判決すること，神が私を助け給う真実と正義のみに奉仕することを誓います。」

刑事訴訟法第100a条〔電気通信の傍受〕

第4項 事実上の根拠に基づいて，1項による処分〔電気通信の傍受〕により私生活の中核領域に属する情報のみが取得されると推認される場合には，この処分は許されない。1項による処分により取得された私生活の中核領域に属する情報は，使用できない。これに関する記録は，遅滞なく消去しなければならない。取得及び消去したという事実は，記録しなければならない。

刑事訴訟法第100c条〔住居内会話の傍受〕

第4項 この処分〔住居内会話の傍受〕は，事実上の根拠に基づいて，特に傍受される場所の性質及び傍受される者ら相互の関係に照らし，傍受により私生活の中核領域に属する発言が捕捉されない限り，命ずることができる。営業場所又は業務場所における会話は，原則として，私生活の中核領域に属さないものとする。実行された犯罪についての会話及び犯罪実行の方法としての発言も，同様である。

第5項 傍受及び記録は，傍受中に，私生活の中核領域に属する発言が補足されることが分かったときは，遅滞なく中断しなければならない。その発言の記録は，遅滞なく消去しなければならない。その発言に関する情報は，使用できない。（後略）

刑事訴訟法第244条〔証拠調べ〕

第2項 裁判所は、真実を解明するため、職権で、裁判にとって意義を有する全ての事実と証拠について、証拠調べを及ぼさなければならない。

刑事訴訟法第257c条〔裁判所と手続関係人との間の申合せ〕

第1項 裁判所は、適当と認めるときは、手続関係人と、次項以下の基準に従って、手続の進行及びその結果について申合せをすることができる。第244条第2項の規定の効力には影響を及ぼさない。

第2項 申合せの対象は、判決の内容及びこれに付随する決定の内容となる法律効果、基礎となる事実認定手続におけるその他の手続上の処分並びに手続関係人の訴訟上の態度に限られる。あらゆる申合せにおいて、自白はその構成要素となる。有罪認定並びに改善及び保安の処分は、申合せの対象とはならない。

第3項 裁判所は、申合せすることのできる内容について告知する。その際、裁判所は、事件の全ての事情及び一般的な量刑考慮に関する自由な評価に基づいて、量刑の上限及び下限を示すことができる。手続関係人は、意向表明のための機会を与えられる。申合せは、被告人及び検察官が裁判所の提案に同意したときに成立する。

第4項 裁判所に対する申合せの拘束力は、法律上又は事実上の重要な事実が看過されていたか又はそれらの事情が新たに生じ、裁判所が、予測した量刑の枠がもはや事実又は責任に適合しないと確信を持つに至ったときは、消滅する。被告人の申合せ後の訴訟上の態度が、裁判所の予測の基礎となった被告人の態度と一致しないときも、同じである。これらの場合には、被告人の自白は、これを用いてはならない。裁判所は、申合せから離脱することを、遅滞なく通知しなければならない。

第5項 被告人は、裁判所が、第4項により予測された結果から離脱するときは、その要件及び効果について教示される。

刑事訴訟法第359条〔有罪判決を受けた者に利益な再審〕

確定判決により終結した手続は、次に掲げる場合には、有罪の言渡しをした者の利益のためにこれを再開することができる。

第5号 新たな事実又は証拠が提出され、そのみで、又はすでに取り調べられた証拠と併せて、軽い刑罰法規の適用による軽い科刑又は改善保安処分に関して実質的に異なった裁判を理由付ける見込みが十分であるとき。

刑事訴訟法 第362条〔被告人であった者に不利益な再審〕

確定判決により終結した手続は、次に掲げる場合には、被告人であった者の利益に反してこれを再開することができる。

第4号 無罪の言渡しを受けた者が裁判所の面前で、又は裁判所以外の所で、罪を犯した旨の信用すべき自白をしたとき。

ヨーロッパ人権条約第6条〔公正な手続を受ける権利〕

第1項 何人も、その民事上の権利・義務に関する紛争について、又は自らに提起された刑事上の起訴について、法律に基づく独立かつ公平な裁判所により、公正な手続で、公開かつ合理的な期間内に、審理を受ける権利を有する。(後略)

〔訳者あとがき〕

1. 本稿は、ヘニング・ローゼナウ教授 (*Prof. Dr. Henning Rosenau*) の論文 *Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess* の草稿に脚注を付したものの邦訳であり、2017年10月27日に開催された専修大学法学部主催・学術講演会での講演で基とされたものである。講演会は、多数の参加者を得て盛況裡に行われた。教授に感謝申し上げるのはいうまでもないが、講演会開催にご協力くださった関係者各位、特に、主催者である法学部の森川幸一学部長をはじめとする先生方、講演会実施にご尽力いただいた日高義博教授(理事長)、種々の準備とともに司会をしてくださった森住信人准教授にも御礼を申し上げる。

2. ローゼナウ教授は、学術交流や在外研究のための日本への訪問が今回で9度目となる親日家である。教授は、1964年に北ドイツのエプストルフ(ニーターザクセン州、リュエネブルガー・ハイデ)で生まれ、1986年から1992年までゲッティンゲン大学およびフライブルク大学で法学を学んだ後、1992年に第1次国家司法試験、1996年に第2次国家司法試験に合格、同年にゲッティンゲン大学で法学博士の学位を取得した(論文テーマは『国家の命令による射殺行為——ドイツ内国境での武器使用に対する国境警備兵の刑事責任について(Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze; Baden-Baden, 2. Neubearbeitete Aufl. Baden-Baden 1998)』である)。1989年から2004年まで同大学・ハンス＝ルートヴィッヒ・シュライバー教授(元学長)の研究補助員、研究助手を務め、2005年に同大学で教授資格を取得した(論文のテーマは『刑事手続にお

ける上告の基礎と限界 (Grund und Grenzen der Revision im Strafverfahren, 未公刊)』である)。

同年から1年余りハンブルク・バームベック区裁判所で刑事裁判官として勤務の後、2006年4月にアウクスブルク大学法学部正教授に就任し(就任講演は「積極的臨死介助(Aktive Sterbehilfe)」である)、同学部副法学部長、同大学副学長(研究および国際化担当)、医事法研究所長などを務めた。2016年10月に、マルティン・ルター大学ハレ・ヴィッテンベルク法経学部正教授に就任し(就任講演は「インフォームド・コンセント——医事法の幻想か、それとも現実か?(Informed Consent – Illusion oder Realität des Medizinrechts?)」である)、現在に至っている。大学では医学・倫理・法・学際センターなどを兼務するとともに、公務では、ロバート・コッホ研究所・遺伝子診断委員会議長などとして活躍している。大学で師事したシュライバー教授の薫陶を受け、特に医事(刑)法や生命法・生命倫理に詳しいが、刑法・刑事訴訟法に関する伝統的な解釈論のほか、比較刑法や刑法のヨーロッパ化、メディア刑法等の現代的なテーマも研究の重点対象としている(詳細は、講座ウェブサイト<http://www.jura.uni-halle.de/rosenau/>などを参照されたい)。ハレ・ヴィッテンベルク大学は専修大学の国際交流協定校であり、今後は、教授が、本学との国際交流にも活躍されることが大いに期待される場所である。

なお、教授の論稿の訳者による邦訳として、ローゼナウ(加藤克佳訳)「ドイツ刑事法廷における答弁取引」法経論集(愛知大学法学部)184号143頁以下(2010年)、ローゼナウ(加藤克佳訳)「ドイツ刑事手続における合意」金尚均=ヘニング・ローゼナウ編著『日独シンポジウム 刑罰論と刑罰正義——日本—ドイツ 刑事法に関する対話——』60頁以下(成文堂、2012年)、ローゼナウ(加藤克佳訳)「ドイツにおける答弁取引(いわゆる申合せ)と憲法」近畿大学法学61巻2・3号409頁以下(2013年)などがある。

3. 本稿のテーマは、「刑事訴訟における真実の発見とその限界」である。修士マルティン・ルター(後にヴィッテンベルク大学神学部教授となった。現在の正式大学名は、ルターに由来する)が1517年10月31日にヴィッテンベルク城の教会の扉に釘付けにしたとされる『95箇条の論題』の冒頭では、真実の探求はルターの中心的な推進力であったが、しかし、真実探求は、ドイツ刑事訴訟においてもそのような地位を有しているかを問いかける。確かに、真実の発見は正しい判決を下すため必要であるから、刑事訴訟の目的とされる。しかし、真実発見には限界がある。それは、様々な理由によるが、神ならぬ人が裁くこと自体による限界を別とすると、

法治国家原則から生ずる限界，人間の尊厳（人権保障）のために生ずる限界などが考えられる。それゆえ，本稿は，真実探求のあり方，真実発見と人権保障の調和という刑事訴訟の最も基本となる問題について考察したものといえよう。

本稿は，その重点として，刑事訴訟における真実の憲法上の基礎とその限界を挙げた上で，深く検討している。その際には，隣接諸科学（認知心理学など）も用いて真実探求のメカニズムを解明し，訴訟上の真実は「発見」されるのではなく「創造」されるとした。また，証拠評価論にも論及し，あわせて，関係法規や判例を駆使して実定法上の検討を行っている。そして，それらを総合的に考慮して，真実の発見には限界がなければならないが，そのためには，真実発見は法治国家原則に位置付けられるべきであり，人間の尊厳に位置付けられるべきではないと結論している。

刑事訴訟における真実の発見とその限界は，刑事訴訟の基本問題として，国を問わず極めて重要な課題である。ドイツ法についての研究である本稿は，わが国の問題を検討する際にも，有益な教示・示唆を与えるであろう。