

ゲラルト・グリュンヴァルト

ドイツ刑事証拠法

福井 厚

【監訳】

Gerald Grünwald

Das Beweisrecht der
Strafprozeßordnung

成文堂

ゲラルト・グリュンヴァルト

ドイツ刑事証拠法

福井 厚
【監訳】

Gerald Grünwald
Das Beweisrecht der
Strafprozeßordnung

成 文 堂

訳者紹介・分担

福井 厚	(法政大学法学部教授, 第1章, 第2章1～2)	
正木 祐史	(一橋大学大学院法学研究科博士課程後期在学中	第2章3～8)
中川 孝博	(一橋大学大学院法学研究科博士課程後期在学中	第2章9～13)
岡田 悦典	(福島大学行政社会学部助教授	第2章14～17)
徳永 光	(一橋大学大学院法学研究科博士課程後期在学中	第3章～第5章)
宇藤 崇	(岡山大学法学部助教授	第6章)
上田 信太郎	(香川大学法学部助教授	第7章, 第8章)
三島 聡	(大阪市立大学法学部助教授	第9章)
田淵 浩二	(静岡大学人文学部助教授	第10章, 第11章)
内山 安夫	(東海大学法学部助教授	第12章, 第13章)
山名 京子	(奈良産業大学法学部助教授	第14章～第18章)

ゲラルト・グリュンヴァルト
ドイツ刑事証拠法

1999年1月20日 初版第1刷発行

監訳者 福井 厚
発行者 阿部 耕一

〒162-0041 東京都新宿区早稲田鶴巻町514番地

発行所 株式会社 成文堂

電話 03 (3203) 9201 (代) 03 (3203) 9224 (編集)

Fax 03 (3203) 9206 振替 00190-3-66099

製版・印刷 三報社印刷 製本 佐抜製本

検印省略

☆乱丁・落丁本はおとりかえいたします☆

© 1999 A. Fukui

Printed in Japan

ISBN 4-7923-1490-9 C3032

定価(本体2800円+税)

Grünwald, Gerald :
Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung/Gerald
Grünwald.-1. Aufl.-Baden-Baden : © Nomos Verl.-Ges., 1993

ま え が き

本書の作業の開始は何年も前に遡る。そのきっかけを与えたのは、当時の証拠法の不満足な取扱いであった。文献、とりわけ教科書において、このテーマはその重要性に比して、不十分に取り扱われ、説明されていたのである。公刊された判例においては、その都度、裁判所の評価に従って個々の問題にふさわしい解決—それは、しばしば、法律および決定的な観点に導かれることのないものであるが—を見い出そうとする志向が認められた。

そうこうする間に、多くの判例、論文そして法律改正もが、証拠法に注意を向けさせ、証拠法が刑事訴訟法の全体の叙述においてもより広い場所を占めるようになってきて、その限りで上述のような様子も変化してきている。

しかしながら、一われわれが、刑事訴訟法において適用されるべき方法に関して以下のような一定の前提から出発する限り—今日でも方法論的な欠陥が確認されうる。すなわち、この法領域においても実体刑法に比較しうる厳格な法律への拘束が妥当するということ、立法者が行った利益衡量および価値決定が（憲法に矛盾しない限りで）実行されなければならないということ、そして、予め法律による決定が指示されていないところでは、その解決のために援用されるべき観点は、その普遍化の可能性および他の法領域における成文のないし承認されている法命題の基礎となっている価値との整合性に則って検討されなければならない、という前提である。

以上のような前提から本書は出発している。すなわち、本書は、体系的な諸連関および法律の諸規定によってあらかじめ設定されているかまたはその体系的な諸連関から解明されるべき問題解決の知識および理解を仲介することに向けられている。

教科書および法曹養成の文献における現在の慣行と異なる叙述の方法も、このような目的設定に対応しているのである。判例ないし学説において見い出されるべき各々の状況にできる限り言及し、簡単に態度を表明することは目指されていない。したがって、判例と文献の個所の引用も簡略にされてい

る。経験からすれば、大量の詳細な情報の提示は、基本的な構造および諸連関をそこね、かつ、根本的な立場の批判的な摂取およびその立場との対決を困難にし勝ちなのである。

このような抑制は、(制約はあるが)十二分に考え抜かれた注釈を拒否したものと誤解されるべきではないであろう。具体的な事案を扱わなければならない者は、利用可能な情報を利用することも必要である。その限りで、本書は、すべての教科書と同様にコンメンタールによる補充を必要としている。

(福井 厚訳)

日本の読者へ

本書が、日本語で出版されるということは、私にとって大きな喜びであり、かつ、大変な名誉です。本書の出版を決断され、翻訳の労をとられた方々に、心からお礼を申し上げる次第です。

1993年に本書のドイツ語版が出版されて後、1994年10月28日のいわゆる「犯罪克服法」によって刑事訴訟法は改正されております。証拠法も若干の点でそれと関連しておりますが、しかし、その主たる改正は、特殊な手続、すなわち「手続の促進」に関係しているにすぎません。読者のために、本書の末尾の「日本語版へのあとがき」でその新しい規定に関して説明がなされています。

1996年5月、ボンにて

ゲラルト・グリュンヴァルト
(福井 厚訳)

凡 例

- 1 本書は、Gerald Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993 の全訳である。
- 2 原著には脚注はない。原著の割注のうち、判例・学説の引用部分については、本訳書では原則として原文のままにしてある。原著の本文中でイタリック体の部分には、本訳書では傍点を付してある（ただし、人名には傍点を付していない）。
- 3 本訳書において、単なる条項はドイツ刑事訴訟法（原著刊行時）のそれである。
- 4 原著にある誤植は、原著者の直接の指示により本訳書では訂正されている。
- 5 監訳者は、本訳書の奥付にある訳者分担に基づいて各個人が訳出したものに、語句・表記法につき若干の調整を行った。

目 次

まえがき
日本の読者へ
凡 例

第 1 編 証拠方法	1
第 1 章 尋問に係わる諸規定の概観	1
第 2 章 裁判官による証人の尋問	4
1 証人の概念	4
2 証人としての共犯者たる被疑者・被告人	5
3 証人としての付随私訴原告	10
4 証人の地位と他の手続上の地位との両立可能性	10
5 出頭義務と証言義務	13
6 親族の証言拒絶権	15
7 立法論の検討	19
8 職業上の理由による証言拒絶権	20
9 刑事訴訟法 53 条と刑法 203 条の関係	24
10 職務上の秘密と証言許可	30
11 個人データの保護	31
12 供述拒否権	32
13 証言義務の制限に関する補足説明	35
14 尋問の実施	35
15 宣誓義務	37
16 宣誓義務および偽証構成要件の歴史的発展	40
17 宣誓義務の批判	42
第 3 章 裁判官による鑑定人の尋問	45
1 鑑定人の「理念上の」機能	45

2 法律の規定	47
3 鑑定人の地位と証人の地位との境界	48
4 検証補助者	50
5 鑑定人の義務的利用	50
第4章 検察官または警察による証人および鑑定人の尋問	52
1 検察官による尋問	52
2 警察による尋問	52
第5章 証人または鑑定人の尋問の際の立会権	54
1 受命裁判官または受託裁判官による尋問	54
2 起訴前手続における裁判官による尋問	57
第6章 裁判官による被疑者・被告人の尋問	60
1 諸原則	60
2 「自己負罪拒否」の原則	60
3 被疑者・被告人の尋問の機能	61
4 解釈の歴史的展開	63
5 訴訟能力	67
6 136条に関する補足的註釈	68
7 禁止された尋問方法	72
8 欺罔の禁止	75
9 「うそ発見器」	76
10 投影法テスト	80
第7章 検察官または警察による被疑者の尋問	81
1 検察官による尋問	81
2 警察による尋問	82
3 いつから被疑者になるか	82

第 8 章 被疑者・被告人尋問の際の立会権	87
第 9 章 物的証拠	90
1 検証と書証	90
2 録音テープ	90
第 2 編 公判の証拠法	93
第 10 章 確信形成	94
第 11 章 証拠調べの範囲	100
1 諸規定の概観	100
2 証拠申請一体系	101
3 主張事実を考慮した却下	102
4 公知性	102
5 真実推定	105
6 要 約	108
7 証拠方法を考慮した却下	108
8 訴訟遅延の意図	110
9 鑑定人尋問の申請	111
10 検証の申請	113
11 証拠方法の代替可能性	115
12 職権による事案解明義務	117
13 証拠調査申請	120
14 在廷証拠	124
第 12 章 証人および鑑定人の直接的な尋問と供述の再現	127
1 概 観	127
2 調書による尋問の代用	128
3 伝聞証人の尋問による代用	133
4 尋問者の尋問	134

5	行政機関による「遮断」	135
6	直接主義	142
7	公判になって証言を拒絶すること	144
8	被告人の供述の再現	148
9	記憶喚起のための調書の朗読	150
10	提 示	152
11	供述書	153
第 13 章 訴訟条件および訴訟障害の証明		156
第 3 編 いわゆる証拠収集禁止と証拠使用禁止		159
第 14 章 これまでの問題視点に対する批判		159
第 15 章 根拠と使用不能との関係		163
1	証拠方法の非信頼性	163
2	職業上の信頼関係を不安なしに利用することの保障	165
3	供述の自由の保障	166
4	秘密領域の保護	171
5	立会権および質問権の保障	173
6	保護法益の修復不可能な侵害	173
第 16 章 使用禁止についての見解の現状		177
第 17 章 使用禁止の個別問題		181
1	「波及効」の問題	181
2	供述の自由の侵害後の拡大された告知	183
3	仮定的な捜査の経過	185
第 18 章 私人による法違反		187
日本語版へのあとがき		191

第1編 証拠方法

この編の対象は、主として、証人、鑑定人および被疑者・被告人の供述に係わる法原則である。これらの「人的」証拠方法とならんで、「物的」証拠方法も真実発見のために利用される。物的証拠方法として特徴づけられるのは、検証の目的物、書証および録音テープ(もつとも、これは、通説によれば検証の目的物に帰属させられる)である。物的証拠方法については、最後(第9章)で取り上げられる。

第1章 尋問に係わる諸規定の概観

尋問に係わる諸規定は、部分的にまとも悪く法律に組み入れられているので、まず、概観を与える。

刑事訴訟法典の第一編は、証人(48条ないし71条)、鑑定人(72条ないし93条)を見よ。もつとも、ここでは、検証および個々の強制処分の規定も見い出される)および被疑者・被告人(133条ないし136a条)の尋問に関する章を含んでいる。これらの諸規定は、複数の手続段階に適用されるものであるから、括りだされたのである。それらの諸規定は直接的には裁判官による尋問のみを規律する、ということが強調されなければならない。

裁判官による尋問の実施に関する他の規定は、個々の手続段階に関する諸章に含まれており、たとえば、捜査手続における尋問の際の検察官、被疑者・被告人および弁護人の立会権に関する168c条、公判準備のための受命裁判官または受託裁判官による証人尋問に関する223条および224条ならびに公判における尋問に関する239条ないし242条、243条4項および247条、さらに勾留および令状によらない逮捕の章における被拘禁者の尋問に関する115条2項・3項、115a条2項である。

検察官および警察による尋問に係わる規定は、捜査手続に関する章に挿入されている。それは体系的には正当であるが、その配列は混乱している。すなわち、検察官による証人および鑑定人の尋問は、161 a 条において規律されているのに、ある条文 (163 a 条) は、検察官 (3 項) および警察 (4 項) による被疑者の尋問ならびに警察 (5 項) による証人および鑑定人の尋問に係わる諸規定を一つにまとめているのである。

そのままとりの悪さは、度重なる法律改正の結果である。もともと、法律は裁判官による尋問のための規定のみを含んでいた。なるほど、検察官および警察のために、事実を究明するための捜査を行う任務が 161 条および 163 条において挙げられていたし、それには尋問も含まれるのであるが、しかし、その実施は、規律を要するものとはみなされなかった。このことは、二様に考慮して初めて、理解できるのである。

(1) 検察官および警察による尋問は、刑事訴訟法の本来の構想によれば、専ら公訴の提起に関する検察官の決定に資するべきものであったし、一公訴が提起された場合には一後の公判における尋問の準備に資するべきものであった。裁判官によらない尋問に由来する供述が公判に導入され、それによって裁判所の心証形成に入り込む可能性は、法律上いかなる場合にも、証人の死後ですら、用意されなかったのである。一もっとも、実務は、直ちに異なった道を歩んだ (この点については、後述第 12 章 3, 4 および 8 を見よ)。

(2) 裁判官は、被疑者・被告人の出頭ならびに証人および鑑定人の出頭、証言および宣誓を強制し得たが、検察官および警察は供述する者に対して強制権限を決してもたなかった (警察にとっては、このことは今日もなお妥当している)。それで、供述する者を事案解明にまさに任意に協力させるための法律上の授權は無くても済む、ということが出現し得たのだ。一もっとも、このような慎重さは、当初から筋は通っていなかった。すなわち、その協力の任意性に関する告知は規定されていなかったのも、被疑者・被告人の親族または被疑者・被告人自身ですら、警察または検察官の前で協力する義務があると想定して供述することが起こり得たのである。

検察官および警察による尋問に関する最初の個別的な規律は、1950 年の統

一化法によって導入された。すなわち、禁止された尋問方法に関して新たに創出された規定（136 a 条は被疑者・被告人に関係し、136 a 条を準用する 69 条 3 項は証人に関係した）は、裁判官によらない尋問にも適用可能だと宣言されたのである（当時の条文の 161 条 2 項、163 条 2 項）。

1964 年の刑訴法改正（StPÄG）によって 163 a 条が創出されたが、同条は、当時、検察官および警察による尋問に関する全ての規律を包括していた。裁判官による尋問に適用される告知義務が裁判官によらない尋問に拡張されたことが重要だった。それは、第一に、親族の証言拒絶権および自己または親族を罪に陥れるおそれがある際の証人の供述拒否権に関する告知義務に適用され、第二に、被疑者・被告人の全ての尋問について新たに導入された義務、すなわち被疑者・被告人に負罪について陳述するかまたは事件について供述しないかは自己の自由であることを告知する義務、に適用されたのである。

その今日の条文を法律が与えられたのは、1975 年の第一次刑事手続法改正法（1. StVRG）によってである。この法律は、証人および鑑定人が検察官の前でも供述しなければならない義務を導入した。これはより詳細な規律を必要としたので、このような尋問のために新しい 161 a 条が創出された。同時に導入された、被疑者を自己の前に出頭するよう強制する検察官の権限は、163 a 条 3 項において規律された。

今日の法状態によれば、検察官による尋問は広範に裁判官による尋問と同一の規律に委ねられている一もっとも、まさに、あまりに広範に過ぎるのであるが。その相違が明確に際立つように、以下ではその都度まず裁判官による尋問が叙述され（裁判官による証人および鑑定人の尋問は第 2 章および第 3 章において、裁判官による被疑者・被告人の尋問は第 6 章において）、次いで検察官による尋問および最後に警察による尋問が叙述される（証人および鑑定人については第 4 章、被疑者・被告人については第 7 章）。

第2章 裁判官による証人の尋問

1 証人の概念

証人とは、知覚に関して供述するものである。ふつう、問題となる知覚は、証人が過去において知覚したと言明しているものである。その限りで、証人は自己の保持する過去の知覚の記憶に関して供述する、と定式化するのがより正確である。限界の現象として、現在の知覚に関する供述—たとえば、証人が、自己に加えられた傷がなお痛む、と証言する場合—または現在の知覚と過去の知覚の記憶との関係に関する供述—たとえば、証人が、被告人を犯人と再認識する、と言明する場合—も存在する。

証人の概念の定義は、それでもなお獲得されていない。なぜなら、裁判所は、知覚に関する供述を、手続において証人以外の地位をもっている人物からも受け取るからである。すなわち、

—鑑定人も、しばしば知覚に関して報告する。証人とのその相違は、鑑定人の場合に問題となるのは、鑑定人が委嘱の範囲内において自己の専門的知識によって鑑定を行うためになした知覚である、という点にある。これは仮の限界づけであり、より詳しくは、後述第3章3を参照。

—被疑者・被告人が当該事件について陳述する限り、彼もまた知覚に関して供述するのである。被疑者・被告人の手続上の地位は、そのことによって変わるものではない。証人に関する諸規定は、被疑者・被告人には適用されないし、被疑者・被告人は刑法153条以下の制裁によって担保される真実義務にも服さない——もちろん、被疑者・被告人は真実を述べることができるし、イギリスの刑事手続およびアメリカの刑事手続においても事情は異ならないであろう(そこでは、被告人は、彼が請求すれば、自己の事件において宣誓の下で証人として証言することができるのである)。

—同様のことが、私訴手続(374条以下)においては私訴原告に妥当する。私訴原告も事件について供述を提供することができるが、裁判所は私訴原告が

証人となることもないであろうのに、その供述を評価しなければならないのである。

2 証人としての共犯者たる被疑者・被告人

複数の人間が同一の犯罪への関与（広義）の嫌疑をかけられているが、しかし、彼らが分離された裁判手続において審理されている状況の際には、問題が生ずる。その際、関与には、正犯および共犯のほか、犯罪庇護、刑を無効果にする罪ならびに赃物罪も含まれうる（この「関与〔広義〕」について、本訳書では便宜上「共犯」という訳語を当てている一訳者注）。その際、手続の分離が、当初から存在していたということもありうるし、事後的に初めて惹起されるということもありうる（この点については、3条および4条を見よ）。

判例（BGH 10,8 und BGH in NJW 1985, 76 を見よ）および学説の一部は、共犯の嫌疑をかけられている者およびそれを理由としてすでに有罪判決を受けている者は、その一方または他方に対する手続において証人として尋問されうる、と考えている。

このような「形式的考察方法」は、ペータース（Peters）が1966年の第46回ドイツ法曹大会のためのその鑑定意見（Verhandlungen, Teil 3 A, S. 91 [136 ff.]）において「地位の交替」と批判して後は、今日、教科書および論文において圧倒的に拒否されている。反対意見によれば、分離された手続の実施は、（共犯者たる）被疑者・被告人（本訳書において「共犯者たる被疑者・被告人」とは、「同一の犯罪への関与〔広義〕の嫌疑をかけられている被疑者・被告人」を意味する一訳者注）の手続上の地位を変えるものではない。注意しておきたいことは、このような反対意見によっても、その知覚は「無関係な」手続において許容されるが（異説は、Prittwitz, Der Mitbeschuldigte im Strafprozeß, 1984 のみである）、しかし彼は証人ではない、とされるということである。

このような見解の擁護者の間でも、共犯の廉でにすでに確定有罪判決を受けている者の地位に関しては、不一致が存在している。ペータースは、そのような者の尋問もなお被疑者・被告人の尋問と見なしているが（a.a.O. und Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 346）、そのような者はいまや証人として尋問されるべきである、ということが圧倒的に承認されているのである。