

海外文献紹介 ラルフ・エシェルバッハ(連邦裁判所判事)ほか「刑事再審の[事実上の]廃止に反対する弁論」GA 2018, 238～249

メタデータ	言語: ja 出版者: 公開日: 2024-04-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 田中, 輝和 メールアドレス: 所属:
URL	https://tohoku-gakuin.repo.nii.ac.jp/records/2000215

海外文献紹介

ラルフ・エシエルバッハ(連邦裁判所判事)ほか
「刑事再審の「事実上の」廃止に反対する弁論」
GA 2018, 238～249

田 中 輝 和

目 次

I はじめに

II 本論文の概要

- 1 本論文序文
- 2 時代遅れの (obsolet) 再審法
- 3 確定誤判に対する効果的な (wirksam)
法律上の救済手段 (Rechtsbehelf) の必要性
- 4 誤った憲法的尺度 (Massstab)
- 5 判決裁判官の取るに足らない除斥
- 6 再審法上の決定手続における構造的な審査欠陥
- 7 再審請求による法律上の保護の隙間の除去
- 8 早まった降参
- 9 再審手続における弁護に際しての欠陥
- 10 結び

III 若干の感想

- 1 「立法の不利」の克服は、ドイツ法に追いつくことを目標にすべきか
- 2 「実務の不利」の実情は、どうか
- 3 目指すべき「基本法的再審」
- 4 裁判官の養成

1 はじめに

本稿は、前稿「刑事再審研究の思い出と今後の課題」¹の続稿である。その「今後の課題」に取り組む第一歩としたい。

前稿を、研究者として駆け出しの頃、資料の選択について注意して下さった宮田光雄先生（東北大学名誉教授〔ヨーロッパ思想史〕）に謹呈申し上げたところ、先生から、先生の数多い一般向け著作のなかから、『われ反抗す、ゆえにわれら在り—カミュ『ペスト』を読む』（岩波ブックレットNo.901、2014年）を贈っていただいた。自分の教養のなさを白状することになるが、当初、私は、なぜこの著書をいただいたのか、理解できなかった。コロナ禍との関連しか思い当たらなかったのである。しかし、「はじめに一なぜ、いま『ペスト』なのか」を読んだだけで、私の無知に気づかされた。そこには、カミュ（1913～1960）の『ペスト』（原書、1947年）が象徴しているのは、まず、伝染病の一つであるが、第2に、原書発行前に人類が経験したばかりの「戦争と占領」であり、第3には、「世界の各地における大震災や大災害（！）—ひいてはこの世における悪と罪なき者の死と苦難の問題」であるとされる。刑事再審の問題は、ここにしっかりと捉えられている。このような大きな広がりを持った問題、この世の《不条理》、の一部に私は取り組んでいる一人にすぎないことを教えられた。他方、問題の広がりを考えるならば、共通の問題に取り組んでいる人々は大勢いるということも。

さて、2022年7月、文科省科学研究費による刑事再審制度研究グループ（代表・葛野尋之青山学院大学教授、事務局・石田倫識明治大学教授）の依頼を受けて、小生のまことに拙い刑事再審研究（以下、たんに再審とい

¹ 拙稿「刑事再審研究の思い出と今後の課題」東北学院大学法学政治学研究所紀要31号（2023年2月）150頁以下。「東北学院大学学術情報リポジトリ」で閲覧できる。

う。)の歩みについて述べる機会があった²。その際、次のような大きなテーマについても意見を述べるようにということであった。

「あるべき再審制度とはどのようなものなのか（あるいは、再審の理念を実現し、効果的な誤判の是正を図るためには何が必要なのか）。」³

準備不十分なまま、その時点の結論として、次のように述べた。

「ドイツに追いつき、『無辜の救済』の制度としての再審制度の構築を！」

具体的には、ドイツの1964年改正（①再審開始決定に対する検察官の抗告権の削除、②再審裁判所からの前審関与裁判官の除斥）、1974年改正（③証拠調べへの当事者の立会権の保障、④再審及び再審準備のための国選弁護制度の創設、⑤再審請求を管轄する裁判所を確定判決裁判所と同一事物管轄を有する他の裁判所とすること）が念頭にあった。ドイツ法並みの証拠開示制度〔検察官手持証拠は原則全面開示〕を前提とする。

ただ、1913年の、アルスベルク（Max Alsberg）弁護士の、「立法の不利」と「実務の不利」とを分ける分析⁴を踏まえて、「『立法の不利』を基本的に克服したとしても、『実務の不利』は残るのではないか、という問題があります。」と述べておいた。

本稿は、ほぼ25年ものドイツ法研究のブランクの後に、ドイツの再審法理論と実務の現状に接近してみたものである。

ここに紹介する共同論文（*Plaedoyer gegen die Abschaffung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens*, GA 2018）（以下、本論文という。）のタイトルには、クラウス・ヴァッサーブルク弁護士・博士（Rechtsanwalt Dr. Kraus Wasserburg）（1948～）の70歳の誕生日を記念したものである

² この講演依頼は、いわば第2次刑事再審制度研究会が、第1次刑事再審制度研究会（1974～1979）の何人かのメンバーに対して行ったものの一環である。

³ 拙稿・前出注1・151頁

⁴ Max Alsberg, *Justizirrtum und Wiederaufnahme*, 1913, S. 47 ff.

ことが、注記されている。ヴァッサーブルクは、『刑事手続の再審—とくに弁護人の任務を顧慮したハンドブック』（1983年）の著者であり、著名なドイツの刑事訴訟法学者・カール・ペータース（Karl Peters）（1904～1998）の80歳祝賀論文集『刑事手続における真実と正義』（Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, 1984）の編者の一人でもある。

本論文は、そういう弁護士にして研究者に捧げられた論文に相応しく、現今のドイツの刑事再審をめぐる少なくとも有力な理論状況を示すものであると思われる。それはまた、当然、その観点からドイツの実務状況を映し出すものでもある。

本論文は、ドイツ基本法から再審を見直し、実効性ある再審の構築を目指す。それは、前記刑事再審研究グループから与えられた課題「再審の理念を実現し、効果的な誤判の是正を図るためには何が必要なのか」に応えるドイツ的な試みともいえるのではないか。本論文の紹介を試みる理由である。

連邦裁判所裁判官・博士・ラルフ・エシェルバッハ（Richter am BGH Dr. Ralf Eschelbach）以外の共同執筆者は、次の4名である。弁護士・博士・アンドレアス・ガイペル（Rechtsanwalt Dr. Andreas Geipel）、教授・博士・ミヒャエル・ヘッティンガー（Prof. Dr. Michael Hettinger）、弁護士・博士・ラウラ・メラール（Rechtsanwaeltin Dr. Laura Meller）、そして、弁護士・博士・フローリアン・ヴィレ（Rechtsanwalt Dr. Florian Wille）。掲載誌・Goltdammer's Archiv fuer Strafrecht は、ドイツの伝統ある、刑事法の学術・実務雑誌である。

本論文のいわば「基本法的再審」の構想は、本論文に先立つ15年前に、

⁵ Wasserburg/Eschelbach, Die Wiederaufnahme des Verfahrens propter nova als Rechtsschutzmittel, GA 2003, 335 ff. その後、Wasserburg, in: Bruessow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 4.Aufl. 2007, S. 653 ff. (§ 15 Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens)

ヴァッサーブルク弁護士とエシェルバッハ裁判官（当時は、上級ラント裁判所判事）によって、すでに展開されている⁵。従って、本論文は、今世紀に入って展開されたそうした試みの、2018年時点における「まとめ」とみることができる。

タイトルにある「刑事再審の廃止」(die Abschaffung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens) は、ドイツの現状に初めて接する日本の読者には、いささかショッキングであろう。ドイツにおける議論の進展からしばらく離れていた筆者にとってもそうであった⁶。ドイツで再審法廃止論があるのか？

実はそれは、ドイツの現状はそういう問題を惹起するという共同執筆者たちの自問である⁷。従って、本論文では根本的にはその問題も論じられているが、そういう問題を引き起こすドイツの現状、つまり、判例や実務の法運用が主として問題とされている。そこで、紹介に当たっては、タイトルに、[事実上の]という言葉を書き加えていただいた。

以下、本論文の概要を紹介し、紹介者（以下、筆者という。）の若干の感想を付す。概要の紹介にあたって、各節の見出しは原文のままであるが、さらに小見出しを付した節がある。それは、筆者による。本論文では、筆者自身初めて知り得た法理論が述べられている。それについて、わが国に対する意義についてまで感想を述べることは保留することをあらかじめお

⁶ 筆者は、一よくいえば一主として自国、及び、若干アメリカの実務の実態を知るために、拙著『再審理由の判断方法』（信山社、1996年）公刊後、ドイツとの比較法的研究から25年以上離れていた。

⁷ この発想は、ドイツ法的であるように思われる。ドイツ刑法では、比較的重い罪の1審は、ラント裁判所の陪審裁判所（変遷があるが、現行法では、職業裁判官3名、参審員2名の参審裁判所）が管轄し、その判決には控訴できない。従って、この種事件の再審は、「控訴の代替」の性格を持っていることを、本論文でも指摘されているように、旧法制定当時の理由書（1877年）も認めていた。従って、仮に再審を廃止すれば、新たに控訴を導入するか、上告理由を拡張するかという問題が生ずる。この点に、すべての事件に一事後審という制約のある一控訴審を認めている日本法との大きな相違がある。

断りする。

以下において、引用文中の〔 〕内は、筆者の注、又は、補足である。また、原文の注は、原則として訳文中に具体的に引用されている文献だけを、(原注)と断り、訳文中の〔 〕内に移した。訳文中、理解の便宜のため、丸数字の符号を付したのは、筆者である。

本論文からの引用を本文中で行う場合には、たんに頁数だけを示す。

翻訳に当たっては、庄子良男筑波大学名誉教授から多大なご教示をいただいた。それなしには、本稿を発表できなかったであろう。しかし、限られた時間のなかでのことであるから、なお不適切な翻訳がないとはいえない。それらはすべて私が至らないためである。大方のご教示をいただければ幸いである。

Ⅱ 本論文の概要

1 本論文序文

ここでは、冒頭、ヴァッサーブルクが、「一時、再審に敵対的な判例に失望し、著作上 (literarisch) 再審法の廃止に賛成の弁論をすべきであるという考えに至ったことがある」と述べられている。本論文のタイトルは、この考えを反転させたものとも考えられる。そして、それは、ヴァッサーブルクがその後一貫して堅持し、努力してきた考え方である。

さらに、次のように述べられている。

「その後、彼は再び、再審弁護においてもっとも可能な成果をもたらし、そして、再審法についての彼の認識を著作上 (literarisch) も定着させることに集中的に努力した。同時に、法律、及び、その解釈・適用を改良するという目標を持って。その際、彼は、彼の模範・カール・ペータースの志を継いだ。ペータースは、その誤判原因研究によって彼にとって常に励ましであり続けている。」(238頁)

2 時代遅れの (obsolet) 再審法

1 ドイツ再審法と実務の現状

まず、「時代遅れの再審法」と題して、ドイツ再審法とその解釈、運用の現状が述べられる。法律とその解釈、運用とのギャップが大きいことが指摘されている。キーワードは、「法律上の保護手段 (Rechtsschutzmittel)」という言葉であろう。後述Ⅲ 3で説明する。

「再審法は、ライヒ刑事訴訟法 [1877年制定の旧刑事訴訟法] の発効以来、ほとんど変えられなかった。変更が行われている限り、それは悲惨な状況の改善には導いていない。悲惨な状況の存在に関しては、いかなる争いも支配していない。それは、黙殺されているだけである。刑事訴訟法第8編 [第4編の誤植と思われる。] の再審法は、悪い規制ではない。それは、有罪を言い渡された者に利益な再審請求が成果の具体的な見込みを示し、そして、効果に富む (wirkungsvoll) 法律上の保護手段 (Rechtsschutzmittel) であるように解釈され得るかもしれないからである。だが、事実上それは当たっていない。『証拠上の理由 (Beweisgründen) を欠いた裁判の数』は、事件資料の集中的な分析・評価によれば、『決して少なくない』と思われる [(原注) Karl Peters, Strafprozess, 4. Aufl. 1985, § 70 I S.604.] にも拘らず。新証拠による再審請求 (Wiederaufnahmeantrag propter nova) の可能性は、法律上の保護手段としては、紙の上だけにある。」(238頁)

2 再審実務の遅れの原因

続いて、その原因について、次のように述べる。そして、それは、旧刑事訴訟法制定以来の問題であることが述べられる。

「実効性のないこと (Ineffectivitaet) は、以前から訴えられている実務の不利に由来する。それによって、有罪を言い渡された者の再審請求は、成果のチャンスがないも同然になるのだが。それに対して、旧刑事

訴訟法の理由書は、再審を上級審において欠けている控訴に対する機能的な部分代替 (Teil-Ersatz) とみなしていた。ただちに次のことが確認されるべきであった:『しかし、たぶん立法者の創造物とその創造者の考えを非常にわずかしかこの[創造物の]ように実現しないことは、稀である。』 [(原注) Alsborg, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, S.47.] そのことはこれまでそれで打ち切りだ。」 (238頁)

ドイツ再審法制定以来の運用は、次のようであるとされる。

「再審は、今日まで、『裁判上の骨董品 (eine forensische Raritaet)』である [(原注) Stern NSTz 1993, 409; Kaspar/Arnemann R&P 2016, 58, 61.]。判例は、それ [再審] を事実上廃止している。」 (238頁)

3 統計的な考察

判例については、次節で紹介、批判される。運用の現状は、主に統計的な観点から考察され、そのような運用を象徴する一事例が紹介される。すなわち、

「すでに再審手続の数は、やはり把握されない。[そのうちの]『成功割合 (Erfolgsquote)』は、なおさらである。請求手続の数は、有罪判決全体の千分率の領域で動き、そして、この稀な手続の成功割合は、さらに1%以下の領域の中にある。成果においては統計的にはほとんど何も残らないままである。アルスベルクは、すでに次のことを指摘できた。すなわち、1908年と1909年、それぞれ55万人の有罪を言い渡された者は、約500 [0.09%] の有罪を言い渡された者に有利に実現された再審手続に対応すると [(原注) Alsborg, a. a. O. S. 48.]。成功の割合について、当時もなにも知られていなかった。ともかくその割合はずっと前からきわめて少ないとみなされている。2015年につき、イエール (Jehle) は、区及びブラント裁判所での約68万件の手続とちょうど1500 [0.22%] 足らずの

再審手続を報告した〔(原注) Jehle, Vortrag bei der Arbeitsgemeinschaft Psychologie im Strafverfahren in Bad Saarow 2017 auf der Grundlage von FPPK 2013, 220 ff.〕。一方では、有罪を言い渡された者に有利な再審請求の成功割合は、1%のところ定住するのが通常の、上告による手続瑕疵の成功割合と似ているということ、そして、〔他方では、〕成功する再審手続は報道によって公開されるということを知るならば、それによって、1年に知られる案件の数は、片手の5本の指になりうるのが難しい。そのことから出発するなら、再審請求の成功割合が1%〔15件〕以下ということを見積もらせる。〕(238頁以下)

「国際的な情勢は、違わないようである。」と述べ、「日本における死刑囚に関する加藤の論稿〔(原注) Kato ZIS 2006, 354ff. 〕に言及し、次のように述べる。

「ドイツでも、とくに終身刑への有罪判決後、再審請求に極端な不信が向けられる。被告人の法的地位への侵害が重ければ重いほど、確定判決の正しさへの信頼はそれだけ強い。それにも拘らず、誤判が生じる。』(239頁)

4 象徴的な一事例

次に具体的な一事例を紹介し、「誤りの原因分析は、構造的な欠陥があることを明らかにする。そのため、一特殊ケースとはいえない」とする。その事例は、農夫・ルドルフ・ルップ (Rudolf Rupp) 事件〔(原注) Nestler ZIS 2014, 594 ff.; Rick StraFo 2012, 400 ff.〕である。その特徴として、「警察の誘導尋問による誤った自白」、「通知にも拘らず、警察の取調べへの不参加による裁判上選任された弁護人の機能不全 (Versagen)」、「撤回後も自白の卓越した証明意義への法律家の信頼」などが挙げられ、最後に、次のように述べられる。

「検察が明確な新証拠にも拘らず、有罪を言い渡された者に利益な再

審請求を行わず、弁護側の再審請求に対して反対し、そして、1審の再審裁判所がその請求を不適法として棄却しているという事実。

この時点までの破局的結果は、抗告裁判所によって初めて是正されたのだが、それは、司法の確定刑事判決の原理的正当性（die prinzipielle Richtigkeit）への信頼によって、そして、認識不一致（kognitive Dissonanz）によってのみ説明できる。」（239頁以下）

3 確定誤判に対する効果的な（wirksam）

法律上の救済手段（Rechtsbehelf）の必要性

ここでは、本論文におけるもっとも根本的な問題が提起される。次のように述べる。

「実務における再審法の意義喪失は、それ〔再審法〕が、著しい努力にもかかわらずほとんど成功に導かないが故に、廃止されるべき（abzuschaffen）かどうか、という問題に導く。」（240頁）

それに続く検討は、ドイツ再審法に特殊な推移なので省略し、大まかにはわが国とも共通する、結論部分の紹介に飛ぶ。

「実効がない（Ineffectivitaet）ために刑訴法第4編の廃止が考慮されるべきかどうかという問題は、断固として否定されなければならない。誤判は、それが避けうるか、又は、後から認識され得るときにも、寛大に扱われてはならない。最終的に、基本法1条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、すべての国家権力の義務である（高橋和之編・〔新版〕世界憲法集〔石川健治〕訳、2007年。〕から導かれる罪責原則（Schuldgrundsatz）〔BVerfGE 133, 168, 197 f.〕は、犯人のみが処罰されてよく、そして、その責任の量に応じてであると命ずる。その原則が侵害されるのは、無実の者が有罪判決されるか、又は、有責者が過剰に制裁されるときである。実効的な法律上の保護の法治国家的保障によれば、罪責原則の侵害の具体的な危険を形成するところの誤った侵害は是正さ

れなければならない。それに加え、刑事判決は、確定〔力〕後は、有罪判決を通して有罪を言い渡された者の人格権を制限することによって、継続的な侵害効果を発揮する。自由剥奪刑や処分の執行は、彼の自由権を長く侵害する。職業禁止の要求は、彼の就業の自由を制限する。その他の継続的な法律効果は、少なくとも彼の一般的な行動の自由に関係する。この基本権制限は、持続的資格（Ligitimation）を必要とする。これは、判決の欠陥性の承認のいかなる著しい契機も存しない限りでのみ確定力によって提供される。そのような契機があるのであれば、潜在的に不法に有罪とされた者には、効果に富む（wirkungsvoll）法律上の保護が提供されなければならない。それ故、再審法は、放棄できない。」（242頁）

4 誤った憲法的尺度（Massstab）

次に、その再審法はどうあらねばならないかの検討に入る。判例及び前出の「実務の不利」とそれらに対する対策の検討部分にあたる。

1 連邦憲法裁判所の判例

次のように紹介される。わが国では、再審の目的と再審理由の判断方法に関する問題に相当する。後者に関しては、依然として、「判決裁判所の立場からの審査」説（以下、原裁判所説ともいう。）が採られている。

「刑事手続の再審という法制度は、連邦憲法裁判所の判例〔(原注) BVerfG NJW 1994, 510; StV 2003, 226; NZV 2016, 45, 46.〕によれば、次のように指示されている。すなわち、実体的正義と法的安定性という法治国家主義に由来する諸原則の矛盾を解決すること。それによれば、次の場合には、それは異議を唱えられるべきではない。すなわち、刑事訴訟法が新証拠による再審の場合に、その申立て（Vorbringen）が被告人の無罪又はより軽い刑罰法規の適用による、より軽い処罰を理由付けるのに適しているかどうかの予備審査（Vorpruefung）を規定するとき。適法性審査手続（Aditionsverfahren）では、その判決が新しい証拠を顧慮した場

合に違った結果になるだろうかどうかを、判決裁判所の立場から審査されるべきである。この目的のために、請求の申立が記録の内容に、そして、旧証明結果に関連させられなければならない。①再審裁判所は、判決裁判所の法の見解に拘束されよう。②証明の基礎 (Die Beweisgrundlagen) は、そこでの考慮が事後に跡付けできないのでなければ、確定判決におけると同様に評価されねばならない。再審裁判所がこれらの諸原則に反するなら、再審手続の目標を達しない。それがその目標で測って実効がなくなるなら、このことは法治国家主義と矛盾している、と。」(242頁)

(2) 判例に対する批判

判例に対する本論文の批判は、基本的に、次の通りである。なお、ここで、「審査プログラム」というのは、筆者は、再審理由 (適法性) の判断方法を指すと解する。

「この尺度は、疑わしい。それは、罪責原則の厳守のための真実探求の意義をゆるがせにするからである。また、手続の公正さは、専門裁判所的 (fachgerichtlich) 尺度の厳守で測られるが、しかし、これはそれとしては、憲法的な法律上の保護保証からの実効性要請 (Effectivitaetsgebot) では測られない。それ故、すでに再審法の目標特典 (Zielvorgabe) は実体的正義と法的安定性との間の考量を指示することによって誤って定義される。ただそのようにして再審法の過剰に制限的な解釈と適用も又祝福され (abgesegnet) うる。それに加えて、憲法裁判所の審査プログラムの定義は、再審法の疑わしい理解をしまい込む。その際、忘れられるのは、刑事訴訟における確定力が、民事訴訟におけるそれとは違って、裁判の事実に関する正しさを条件とする確定力にすぎないということである。実体的真実の認定がここでは訴訟経済よりも本質的により大きな重要性を持つからである。再審法の実効性のな

さ (Ineffektivitaet) の根源は、基本法19条4項第1文〔何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴することができる。他に管轄が定められていない限りにおいて、通常裁判所に出訴することが可能である (高橋和之編・[新版]世界憲法集 [石川健治] 訳、2007年。)] からの、絶対的な法律上の保護の保証の刑事判決への不適用性の主張のなかに存する。なによりも、『柔軟な』公正さという尺度の適用は、再審裁判所の制限的判例に容認の余地を与える。ここ〔再審裁判所〕では、確定力ある判決の原理的正しさの思想が、原裁判所の立場へのいうところの拘束の下での不必要な〔(原注) Von Stackelberg, FG K. Peters, 1984, S. 453, 459.] 証明先取り (Beweisantizipation) に際して再び効果的 (wirksam) になる。〕 (242頁以下)

連邦憲法裁判所の判例は、上記の「不適用の主張」を採るものようである。この点に関する本論文の結論は、次のようなものである。

〔本文、その『コントロールの強い全体概念』〔(原注) Vosskuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 157.] を伴う憲法の系統学 (Systematik)、法律上の保護保証 (Rechtsschutzgewaehrleistung) の成立史と目的とは、全体観察において基本法19条4項の制限解釈に対していかなる余地も許さない。〕 (244頁)

また、「公権力」から刑事裁判を除外する判例には、「無制限な裁判上の方法 (Rechtswegs ad infinitum)」になるという「怖れ」があるが、それは、「1回的な [限りの] 保証に制限することによって、除去される。」 (244頁) と指摘する。

本論文の立場が基本的に承認された場合、それが再審法解釈にもたらす帰結については、次のように述べる。

〔訴訟法が更なる審級を開くならば、19条4項は、その法律上の保護の実効性 (Effectivitaet) を保証する。管轄裁判所は、上訴を『空回り』させてはならない 〔(原注) BVerfGE 96, 27, 39.]。形式的主要基本権が再審

法において引合いに出されるとするなら、刑訴法359条5号による、ともかくも明らかに見込みのない再審請求は、刑訴法368条1項の意味で不適法として棄却されてよい。しかし、…新証拠による再審の、明らかに理由づけられていないのではない再審請求… は、実体裁判に近づいていなければならないのではないか⁸。しかし、事実上、きわめてわずかな再審請求しか適法性審査手続 (Aditionsverfahren) を超えて行かない。それによって刑事訴訟における法律上の保護システムは欠陥状態のままである。…」(244頁)

5 判決裁判官の取るに足りない除斥

1964年改正によって導入された「判決裁判官の除斥」は、期待された効果を発揮しないどころか、逆効果にさえなっているという。次のように述べる。

「この除斥によって、たしかに偏見の外観は回避されることになろう。しかし、再審実務の問題は、再審請求に対する原裁判官の偏見の懸念ではなく、すべての再審裁判官に際しての認知上の不一致 (eine kognitive Dissonanz) である。それ故、再審裁判官としての判決裁判官 (iudex a quo) ⁹の除斥は、法律上の保護の改善には導かなかった。」(245頁)

その原因の一つとして、「拘束のテーゼ」(原裁判所説)の批判論者が期待したその撤廃に結びつかなかったことを指摘している。

そして、次のように述べる。

「提出された事実又は証拠が新たに適切であるかどうかに関して、判決裁判官に代る (anstelle des iudex a quo)、再審裁判官が定まっていな

⁸ Wasserburg/Eschelbach (Fn 5), S. 350. は、「実効的な法律上の保護を保証するためにすでに十分なのは、更新された公判審理における適法な再審目標達成の具体的な可能性」という「可能性尺度」を主張する。通説は、「蓋然性尺度」を求める。

⁹ 確定判決に関与した裁判官という意味である。

いことは、再審請求の適法性の原理的な承認へ導くのではなく、その反対に導く¹⁰。」(245頁)

6 再審法上の決定手続における構造的な審査欠陥

1 人為的技巧的なバリアー

これについては、次のように述べる。

「再審手続における技巧的人為的なバリアーは、『拡張された説明負担 (Darlegungslasten)』を伴う実務によって築かれる。適法な再審目標の達成のための新しい事実又は証拠方法の適当性 (Geeignetheit) という尺度は、それによって、『ほとんどそれぞれの希望された結果が理由付け』られうるように [(原注) Wasserburg, in: Bruessow u. a. (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl. 2007, § 15 Rn 21.] 漠然としている。願望結果は、不適法として、もちろん証拠調なしの請求棄却である。再審を許す再審裁判官は、同僚の傍では不人気であろう。それに加え、彼は新公判を引き続いて自ら行わなければならない。別の裁判所 (裁判所法140a条 [再審手続においては、その裁判に対して再審請求が向けられる裁判所とは別の、同一事物管轄の裁判所が裁判する。]) は、原裁判所の正しくない証拠評価を審査する権能を付与されているとは決して考えられない¹¹。

これらすべてが判決の証明の基礎 (Beweisgrundlagen) の過大評価と再審申立ての過小評価に導く。実に、この実務は、『はるか以前から倫理的法的に、もはや責任を負えない』 [(原注) Karl Peters, Strafprozess, 4. Aufl. 1985, § 76 I, S. 669。] (245頁以下)

¹⁰ その理由は、述べられていない。

¹¹ この文の原注では、Wasserburg (Fn 5), § 15 Rn 21. S. 664.が引用されている。

2 証明の先取りに際しての拘束のテーゼに対する批判総論

まず、本論文のいう「拘束のテーゼ」（いわゆる原裁判所説）に対する批判の総論である。

「再審裁判官は、彼によって適法性審査手続において運営される証明の先取りに際して、方法的に正確に進行することを妨げられる。『その際、判決裁判所の立場から自由な証明で、その判決が新証拠を顧慮した場合異なる結果になるかどうか、審査されるべきである。そのためには、請求の申立は、公判記録の全内容及び以前の証明結果に関連させられなければならない。』〔(原注) OLG Frankfurt, Beschl. vom 29.1.2014 – 1Ws 100/13.〕再審裁判所は、それ故、これまで取調べられた証拠の評価について原裁判所の見解に拘束されるといわれる。それは、判決の耐久力を強め、再審裁判所の審査権能を限界づける。これは、実効的な法律上の保護という要請に逆行する。その下で、証明上 (nachweislich) 誤った刑事判決の追及が理解される場合、その際、その目標も誤って定義される。それに代わって妥当するのは、：『有罪判決は、有罪を言い渡された者が無実であるか、いかなる根拠のある嫌疑もないときにのみ誤りなのではなく、被告人が客観的な尺度で適法に証明されていないときもすでに誤りである。』〔(原注) Karl Peters, Die Reform des Wiederaufnahmerechts, in: Strafrechtspflege u. Menschlichkeit, 1988, S. 519, 520〕」(246頁)

3 「拘束のテーゼ」批判各論

「拘束のテーゼ」にさらに立ち入って3点にわたって批判する。

「拘束テーゼは、①上告法的な考量である。それは、機能的な控訴代替としての再審手続の意義には適切ではない。②それは、証明先取り評価に際して誤った評価に導き、必然的理由なしに各再審請求の成功機会を減らす。今日の判例によれば、あらゆる事情の中立的な全体評価が常に必要である。それ故、判決理由から次のことが明らかにならなければ

ならない。すなわち、個々の証明結果が分離して評価されるだけでなく、包括的な全体評価のなかへ納められるということ。この場合、個々の間接事実 (Indizien) の重さと関連余地が全体観 (Gesamtschau) において評価されるべきである [(原注) BGH NSStZ 2017, 551, 552.]。その限りで判決における証拠評価に方法的に妥当することは、証明先取りに際してますます遵守されなければならない。しかし、実務は、適法性審査手続において新証拠のポイントごとの消去へと傾く。その際、あらゆる間接事実の『相互作用』は、観察されないままである。②'原裁判所の立場への再審裁判所の部分的拘束のテーゼは、分割された証拠評価を結果する。それは、真実探求の目標を誤らせる。『この拘束がまさに免れないのは、判決発見に際して欠陥のある、又は、合理的にはもはや追跡できない考量が事実問題について働いているときである』 [(原注) Von Stackelberg, FG K. Peters, S. 453, 456.]。それ故、それは、拒否されるべきである。③拘束された裁判官は、独立していない (基本法97条1項) し、その評価において自由 (刑訴法261条) でもない。」 (246頁)

7 再審請求による法律上の保護の隙間の除去

ここでは、証拠の新規性の見直しを提言する。次のように主張する。

「必要なことは、なによりも、いかなる事実又は証拠方法が法律上刑訴法359条5号の意味で『新しい』可能性があるか、という問題の解明である。広く今なお主張されるのは、記録から明らかになることすべて、公判審理の対象であったことすべて、は、新たではないという。しかし、それは当たっていない。ただ標準的であり得るのは、判決評議に際して考慮されたということである。正しくそこから次のことが帰結される。判決裁判所にとって裁判の時点で知られていなかったことが新たである [(原注) Von Stackelberg, FG K. Peters, S. 453, 455.]、そしてそれ故、判決についての評議と評決に際して考慮されなかったことは知られていなかった

ということである。それによれば、判決評議までの長い公判審理において忘れられている事情、又は認知上の不一致の結果、認められなかった事情は、再審の対象にされうる。」(247頁)

8 早まった降参

ここでは、「日本からの経験」が挙げられている。次のように述べる。

「なるほど再審請求が稀なら、再びの再審請求はいっそう稀有である。しかし、日本からの経験は、繰り返される請求提起が意味のない企てでないことを示す。」

この「日本からの経験」というのは、2(3)で引用された加藤克佳論文が紹介した名張事件第7次再審請求に関する再審開始決定(即時抗告審で取消・棄却)である¹²。

9 再審手続における弁護に際しての欠陥

1974年改正によって、「再審のための辩护人」制度、さらには、「再審準備のための辩护人」制度が新設されたことは、そのような制度がない状態と比べると、請求人や請求人たらんとする人々には大きな支援になると筆者にはみえる。しかし、本論文は、「再審のための辩护人」制度についてのみ述べているけれども、ドイツの既存の実務のなかでは、効果を妨げられていると述べる。「原手続における辩护人選任の再審手続への拡張のドグマに出会うことになる」というのである。次のように述べる。

「再審手続を希望する、有罪を言い渡された者が選任された辩护人の

¹² 加藤論文は、再審開始決定に対する検察官の即時抗告に対する決定前に発表されている。なお、当のドイツで、51回目の再審請求によって再審開始になり、再審公判にこぎつけた事例があることを、ペータースが報告している(K. Peters, Gescheiterte Wiederaufnahmeverfahren, ders., Strafrechtspflege und Menschlichkeit, Ausgewählte Schriften, 1988, S. 490. ペータース [内田一郎訳]『西ドイツ現代刑事訴訟・刑法・行刑法論文集』、1980年、52頁)。

消極性を非難し、その解任と他の弁護人の選任を提案するなら、そのドグマによってほとんど聞いてもらえないであろう。再審法が刑訴法364a条〔再審のための弁護人〕を伴い、特殊な規制を含んで以来、原手続からの委任の継続のドグマは、もともと時代遅れである。しかし、これは無視される。原手続から選任された弁護人の委任が再審請求裁判所で決定手続を含むということは、法律的規制がないだけで、前もって承認された。しかし、弁護委任の持続（Perpetuierung）の実務的帰結は、次のようであった。すなわち、原手続で同意して（konsensual）弁護するか、又は、万策尽き、そして、その目標に失敗した刑事弁護人が、その委任者に再審請求を勧めることを思いつかないということ。それには、新たな弁護人がむしろ適切ではなからうか。ただ、選任された弁護人が彼の委任の継続効果のドグマによりこの地位をブロックする。そのことは司法に受け入れられている。…」(249頁以下)

10 結び

1 刑事訴訟法やその解釈、適用の合憲性

「実効的な法律上の保護の保証提供という要請が最適化（Optimierung）要請として理解されるならば、刑事訴訟法やその解釈・適用は、憲法違反の欠陥をあらわにする。①上告裁判所に際しての手続非難（Verfahrensruegen）が事件の1%しか成功しないなら、それは、「統計的にみると価値なし」ということであるとき〔(原注) Rosenau, FS Widmaier, S. 521, 523.〕、そして、②証拠評価に対する攻撃が、たいいてい同様に挫折するとき、さらに、③再審請求が僅かな成功率になっているとき、最後に、④聴取非難が千分率領域においてのみ裁判の変更に至るとき、法律上の保護システムは実効性がないとみなされなければならない。しかし、訂正が必要な誤判は、それが司法の信仰告白（Glaubensbekenntnis）において前提とされるように、決して稀ではない。それは『稀

にしか訂正されない。』〔(原注) Marxen/Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 3. Aufl. 2014, Rn 1.〕これは、法律の欠陥というより、不明確な尺度と、請求への過度の要求を伴う過度に厳格な判例に基づいている。』
(249頁)

2 対策

本論文の提唱する「基本法的再審」こそが本論文の提唱する対策であるというのであろう。

他方、弁護士層こそがなし得る対策を、本論文は、次のように述べ、本論文を結ぶ。

「ぜひ必要なのは、新たな誤判原因探究ではなからうか。刑事弁護人は、注目すべき事件をドキュメント化できる。再審法へのより頻繁な関わり合いは、教訓に富み、法曹養成においても、職業上の継続教育においても、もっと大きな余地を占めるべきではなからうか。実務における再審法の活性化は、刑事弁護人によってのみ行われ得る。なぜなら、有罪を言い渡された者に利益な、検察官の再審請求は、行われたいからである。救済策は、科学と連携する熱意ある実務家たちが講じ得る。それ故、クラウス・ヴァッサーブルクのような弁護士たち [がそれである]。』
(249頁)

Ⅲ 若干の感想

本論文も、冒頭に触れたアルスベルク弁護士の、再審法とその実務を、「立法の不利」と「実務の不利」とに分ける分析を踏まえている。「不利」とは、再審請求人とその弁護人にとってである。以下の感想も、その観点から述べることにする。

1 「立法の不利」の克服はドイツ法に追いつくことを目標にすべきか

はじめに述べたように、筆者は、この度ドイツの現状を知る前には、再審法の立法に関しては、「ドイツに追いつき、『無辜の救済』の制度としての再審制度の構築を！」と述べていた。以上、紹介した本論文との関係では、ドイツの現状とは、少なからぬ開きがあるようである。

本論文は、冒頭、「再審法は、ライヒ刑事訴訟法[旧刑事訴訟法]の発効以来、ほとんど変えられなかった。」と述べている。この認識からして、私見とは異なる。私見では、「ドイツ刑事訴訟法は、1970年代半ばに確定判決にも〔一定の〕冤罪があり得ることを前提にした組み立てが一応完成したといえます」と述べたからである¹³。

私見のいう、「組み立て」の「一応の完成」は、再審実務の改善には、「ほとんど」結びつかなかった、ということになる。

「再審開始決定に対する検察官の抗告禁止」(64年改正①)について、本論文はまったく触れていない。この改正の実効性は否定できないはずである。本論文がこの改正を評価しないのは、そもそも請求審で開始決定がなかなかなされないためではないかと想像される。実務を象徴する事件として唯一挙げられた事例(ルドルフ・ルップ事件)も、請求審で棄却され、

¹³ 大出良知「西ドイツ刑事再審法の研究・序説・4」法律時報49巻8号(1977年)106頁は、私見ほど楽観的ではないが、「変化」に肯定的であることに変わりはない。

即時抗告審で開始決定がなされた事案であった。このような事案でも、いったんは適法性が否定されたところに、問題の深刻さがあるのかもしれない。

【補足】本論文が241頁で、「再審法の法律がその核心において変わらないままであるので…」と述べているところからすると、本論文は、再審開始決定に対する検察官の抗告権の削除は、再審法の核心に関わる改正ではないとみなしていると思われる。再審請求審〔本体〕の不服申立手続〔枝部分〕の改正だからである。

64年改正、74年改正が実務の改善に「ほとんど」結びつかなかった原因は何か。本論文によれば、主に二つの原因が考えられる。

その1は、再審裁判所が確定判決（裁判所）の証拠評価に原則として拘束されるという「拘束のテーゼ」（原裁判所説）が、一「絶対」ではなくなったが—「原則として」維持されているということ（Ⅱの4～7）。

その2は、再審法の「基本法（憲法）的」解釈、適用がなされていないことのようなものである。それなしには、再審開始要件、とくに、再審請求の適当性（Geeignetheit）などの要件の解釈、適用の不当な厳しさや恣意性は是正できないと考えるようである（Ⅱの4(2)）。

たしかに、これらの点は、これまでに再審法改正が立ち入らなかったところである。「実務の不利」に属する問題なので、そこで触れることとする（後述2）。「基本法的再審」については、項を別にして触れる（後述3）。再審請求の管轄裁判所から確定判決に関与した裁判官を除外したこと（64年改正②）については、「たいしたことではない」、さらには、「改悪」といわんばかりの評価である。

本論文が、「再審実務の問題は、再審請求に対する原裁判官の偏見の懸念ではない」としたのは、少なくとも64年改正以前の一般的な見方とは、異なるように思われる。その後、どのような研究の進展があったのか、フォローした後でなければ、論評できない¹⁴。

再審請求管轄裁判所の改正で、再審理由の判断に関する、いわゆる原裁判所説（本論文では、「拘束のテーゼ」と呼ばれている。）の反対論者（ペータースなど）からは、同説を採る連邦裁判所の判例の変更が期待された。しかし、すでに紹介したように、連邦憲法裁判所は、再審請求管轄裁判所の改正以降も原裁判所説（「拘束のテーゼ」）の原則は維持した。従って、確定判決に関与しなかった裁判官が関与しても、基本的に確定判決の証拠評価に「拘束」されるわけである。これでは、たしかに外観の印象が変わるだけともいえる。しかし、改正前のように、確定判決関与裁判官（原裁判官）が関与するならば、「拘束」の必要すらなくなるわけで、その方がより問題であるように筆者には思われる。

また、再審請求に関する国選弁護制度にも、こちらのほうは、確定審に関与した弁護士を選任するという実務慣行があつて、改正法がうまく機能していないようである。しかし、これらは、「立法の不利」ではなく、「実務の不利」に属する問題のように思われる。

本論文が、刑事訴訟法第4編の「再審法は、悪い規制ではない」と述べていることとの関係をどう考えたらよいのであろうか。この問題は、「訴訟法規定の解釈・適用」で解決できる、からということであらう。

さて、「立法の不利」に関してである。

以上により、「立法の不利」の克服はドイツ法に追いつくことを目標にすべきか、という問いに関しては、証拠開示制度の導入を含めて、当面の目標としては間違いないであらう。ただ、ドイツにおけるその実績は、改正法規が実務においてどのように機能するかを見定めた上で、わが国の目標を主体的に定めなければならないことを教える。

¹⁴ Wasserburg (Fn 5), § 15 Rn 25 S. 666 ff. は、改正前の規定の制定理由にさかのぼった考察を行っている。

2 「実務の不利」の現状はどうか

その実務であるが、私見では、『立法の不利』を基本的に克服したとしても、『実務の不利』は残るのではないかという問題があります。…現状の評価はできません。」と述べた。

本論文の見解は、私見の想定内という結果ではある。厳しい評価ではあるが、筆者がドイツについて研究していた約25年位前にも、このような評価を晩年のペータースは、述べていた。本論文にも引用されている通りである¹⁵。そのような実態がいまだに変わっていないことになる。

このようなドイツの裁判実務の中核をなしているのが、前述の、「再審理由の判断方法」に関する「拘束のテーゼ」（原裁判所説）ではなかろうか。一定の例外を認める修正説であるが、基本は変わっていない。本論文もこの見解の批判に重点を置いている（II 4, 6）¹⁶。

概要では紹介しなかったが、6（3）の冒頭で、原裁判所の立場への拘束の主張は、弁護側が自らの証拠評価を事実審裁判所（原裁判所）のそれ

¹⁵ ペータースは、1989年5月5日、日弁連調査団からわが国の再審問題への貢献に対する感謝状を贈呈された際、謝辞のなかで次のように述べたという。「残念ながら、ドイツにおいても再審開始は大変難しい。特に司法省がこれに強硬に反対しており、私のみるところでは、最近一段と強硬なものになってきています。」（日本弁護士連合会 人権擁護委員会『西ドイツにおける誤判と再審—西ドイツ刑事司法調査団（1989.4—5）報告書—』1989年、86頁） 議会の求めに応じて、当時までの再審裁判記録をすべてペータースの調査に提供したドイツ司法省にして、実務に関しては、こうである。

¹⁶ 本論文は、アルスベルクの研究をベースにしていると本文中で述べたが、いわゆる「拘束のテーゼ」を批判しているところは、アルスベルクと大きく異なっている。本論文が批判する「拘束のテーゼ」は戦後の産物（連邦裁判所の判例）であるが、アルスベルクは、「実務の不利」の説明でツィーテン事件（拙稿・前出注1・154頁）を扱いながら、「拘束のテーゼ」と同方向の判例に対する批判を一切行っていない。「実務の不利」の例として扱う以上、それに批判的であることはなるが、確定判決の結論に添った検討しか行っていないのは、なぜか。いずれにせよ、この考え方のドイツ裁判実務における根強さを象徴している。アルスベルクより先にツィーテン事件について検討したゼルロは、いずれにせよ再評価説の立場で、再審開始を認めるべきであるという結論を導いていた(Erich Sello, Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen, 1911, S. 142f.)。

の代わりにするということを防ぐために、連邦裁判所（BGH）によって提起されたと述べられている。このような連邦裁判所判例の背景は、不敏にして、筆者が初めて知ることであった。そうだとすると、連邦裁判所判例は、制度上当然という考え方で出されたわけではなく、政策的な選択であったといえよう。そして、そのような政策が選択される根拠はないとはいえない。しかし、不当に弁護側に傾くことに対する是正措置が、確定判決に傾くことなのであろうか。どちらにも傾かないことではなかろうか。そうだとすれば、最終的には、再審裁判所が判断すべきということになる。もっとも、確定判決には、公開の直接審理によって得られた心証という強みがある。しかし、再審裁判所も直ちに実体判断するわけではない。再審開始決定の後には、再審公判が控えている。その判断に委ねるかどうかである。確定判決の維持（法的安定性）に重きを置けば、「委ねない」こととなる。人権（基本権）に重きを置けば、「委ねる」ということになるのではなかろうか。

もとより、再審理由の適法性、及び、理由性の判断に当たっては、まず原判決（確定判決）の証拠構造を客観的に確認しなければならない。その上で、再審裁判所による新証拠を加えた総合評価が行われる。なお、その際、旧証拠の有罪を言い渡された者に不利益な再評価は許されない¹⁷。

以上により、ドイツがわが国に学ぶべきところもあるわけである。最高裁白鳥決定（最高裁第1小法廷昭和50〔1975〕年5月20日決定・刑集29巻5号177頁）、及び、同財田川決定（最高裁第1小法廷昭和51〔1976〕年10月12日決定・刑集30巻9号1673頁）の存在である。これらの決定は、一論争はあるが一再審裁判所説に立ち¹⁸、従ってまた、全面再評価説を採り、

¹⁷ K. Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, 3. Bd., S. 35, 1974.

¹⁸ 筆者は、拙著・前出注6・433頁以下では、自らは、再審裁判所説を採りながら、最高裁白鳥決定及び財田川決定は、一本論文執筆時点までのドイツ判例と基本的に同じ

また、疑わしきは、被告人の利益にという原則が再審請求審にも適用があると、明言しているからである。

3 目指すべき「基本法的再審」について

もとより本論文は、「拘束のテーゼ」の否定（再審裁判所説）への転換を求めただけに留まるものではない。本論文が目指すのは、再審を「確定判決に対する実効的な法律上の保護手段」として確立することである。そのために、基本法の保障する基本権を根拠とする再審法の解釈を提示している。本稿では、これを、「基本法的再審」と呼んだ。これは、「実務の不利」の克服に向けた中心課題に挑むものであろう。

根拠とされる基本権は、次の二つである。

まず、基本法1条1項である。「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、すべての国家権力の義務である。」と定める。ここから罪責原則（Schuldgrundsatz）が導かれるという。判例として、BVerf.GE 133,168,197 f.が挙げられている。この原則は、「犯人のみが処罰されてよく、そして、その責任に応じてである」と命ずる。そこから、「この基本権の制限は、持続的認証を必要とする。これは、判決の欠陥の承認のいかなる著しい契機も存在しない限りでのみ確定力によって提供され

く一原裁判所説、ただし、その修正説であると理解せざるを得ないと考えていた。「もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば…」（最高裁白鳥決定）という判示による。前掲拙著に明らかなように、当時までのドイツの判例を手掛かりとした判断であった。それでも、最高裁白鳥決定前のわが国ではいわゆる心証引継説も出現していた状態を克服する意味があった。再評価説（限定的再評価説）ではあったのである。しかし、わが国の学説では、最高裁両決定の理解は、一気に再審裁判所説となった。筆者も最近になって自説を再検討した結果、両決定を再審裁判所説と理解できると考えるに至った。最高裁白鳥決定の上記の判示も、ドイツ連邦裁判所判例のように、「決定する部は、当時判決した部の、判決に表現された立場に立たなければならず…」とまでは明言していないからである。そして、「再審請求審理裁判所がそこに身を置いていたならば…」と理解する（光藤景皎）こともできるからである。但し、不利益再評価は禁止しなければならない。（以上、拙稿・前出注1・142頁）

る。そのような契機があるのであれば、効果に富む法律上の保護が提供されなければならない。それ故、再審法は、放棄できない。」(242頁)

この「著しい契機」の「存在」は、再審法により、新証拠を提出して主張されなければならない。

次に、基本法19条4項第1文である。これは、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴することができる。…」と定める。本論文の、「再審法の実効性のなさの根源は、基本法19条4項第1文の刑事判決への不適用の主張のなかに存する」との指摘については、すでにIIの4で紹介した。

ここでは紹介を省略したが、本論文の主張は、次の通りである。

「実体的に (sachlich) 誤りのある刑事判決が『公権力』による有罪を言い渡された者の権利の侵害であるとき、ほやけた公正原則 (Fairnessgrundsatz) は主張されるべきではなく、基本法19条4項第1文からの形式的な主要基本権 (das formelle Hauptgrundrecht) が主張されねばならない。」(243頁)。

その帰結は、不十分ながら、すでにIIの4(2)で紹介した。その立場からは、適法性審査手続〔わが国の再審請求審判手続の前半に当たる。〕に関して、「更新された公判審理における適法な再審目標達成の具体的な可能性」という基準¹⁹などが示されている。

本論文の共同執筆者の一人、ガイペル (弁護士) は、本論文の2年前に公刊された、裁判官と弁護士を編者とする『刑事再審 ハンドブック』²⁰の序論を担当している。ここでは、上記の二つの基本法規範のうち、罪責原則 (基本法1条1項) のみを、「出発点」としている。ここでは、「法治国

¹⁹ ヴァッサーブルクは、これを平易に次のように表現している:「適法性審査手続では、明らかに見込みのない再審欲求からの裁判所の負担を軽減するため、小麦の明らかな屑物だけが分離されるべきである。」(Wasserburg (Fn 5), S. 668.)

²⁰ Miebach/ Hohmann (Herg.), Wiederaufnahme in Strafsachen: Handbuch, 2016. 3人の裁判官と7人の弁護士による共著である。

家原理からのみではなく、人間の尊厳からも導かれる罪責原則 (Schuldgrundsatz)」は、連邦憲法裁判所の判例では、最近までの長い経過の中で確立したものであるという²¹。そして、次のように述べる。

「罪責原則が犯行を実際に行った者のみが処罰されるということを命ずるとき、そのことが、基本法1条1項 (人間の尊厳) から帰結し、そして、これが、さらに、刑事訴訟の中心的関心事であるとき、考量 *Gueterabwaegung* は、実体的正義の意味に、すなわち、再審友好的に、ならなければならない。」[太字は、原文のまま]²²

ここで筆者が想起するのは、1964年のドイツ (当時は、西ドイツ) 刑事訴訟法の一部改正で、再審開始決定に対する検察官の抗告権が削除されたとき、それをバックアップしたのが、当時誕生したばかりのドイツ基本法であったことである。それは、ワイマール憲法とも異なって、「人間の尊厳」をはじめとする基本権規定を「国家の組織」に関する規定よりも前面に押し出した²³。罪責原則を「人間の尊厳」に由来すると位置づけ、それを出発点にすることは、それだけでもこのような射程を持つことができる。連邦憲法裁判所の判例の今後の展開に注目したい。

一方、「法律上の保護手段としての再審」論は、「法律上の保護」を裁判所の行為(裁判)に対しても請求することができるかという難問をクリアしなければならない。本論文の論者らと連邦憲法裁判所との切磋琢磨がしばらく続くと思われる²⁴。その際、次のことは銘記しておきたい。

²¹ ガイベルは、判例として、BVerfGE 80 [1989年], 244 (255); 95 [1996年], 96 (140); BVerfG 6. 10. 2009 StV 2010, 113 を挙げる。Geipel in: Miebach/Hohmann (Herg.) (Fn 20), S. 5. ガイベルは、ドイツ旧刑事訴訟法の成立 (1877年) 以来、実務には再審敵対的傾向がみられ、それが続いてきたという (Geipel, a. a. O. S. 2 f.)。

²² Geipel in: Miebach/Hohmann (Herg.) (Fn 20) S. 5.

²³ 拙稿・前出注1・155頁注65参照。

²⁴ ちなみに、Roxin/Schuenemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022.では、Rechtsschutz は、強制処分の章 (S. 256 ff.) でのみ論じられている。

「基本法19条4項は、憲法制定権者によって第三帝国〔ナチス〕における、判例という見せかけによる不法活動に基づく経験の後にあらゆる先行規定に対する新しいもの（Novum）として意識的に形成された。」²⁵

そうであれば、その教訓は、裁判所の実事認定を絶対化しないという意味で重要であるように思われる。裁判所の実事認定は、結果的に行政（警察、検察を含む）の「隠れ蓑」になっている場合もあるからである。

ドイツにおける「基本法的再審」論は、適法性審査手続での行き詰まりを打開して、再審理由審査手続〔わが国の再審請求審判手続の後半〕、さらには、再審公判に比重を移さなければならないとするものである。わが国の課題も、基本的に同様である。

ドイツ法にある通常手続における証拠開示制度がわが国の通常手続に一裁判員裁判事件を除いて一通常存在しないのは、通常手続そのものに、立法における重要な「不利」があることを示している。他方、そのドイツでも、新証拠による再審の実効化が叫ばれているのは、判決確定後にも新証拠が出現することが少なくないことを示している。

4 裁判官の養成

本論文が、「時代遅れの再審法」に対する対策として目指すのは、上述の「基本法的再審」である。そのためには、II 2では、解釈・運用で対応できるので、法改正は必要ではないという態度を示していた。しかし、結論（II 10）では、「実効的な（effectiv）法律上の保護の保証提供という要請が最適化（Optimierung）要請として理解されるならば、」という前提の下で、刑事訴訟法自体をも含めて、「憲法違反の欠陥をあらわにする。」と言い切る。

弁護士層だからできる対策としては、「新たな誤判原因探究」が特記され

²⁵ Wasserburg/Eschelbach (Fn 5), S. 337.

ている。

誤判原因研究が再審制度改革に寄与した例として、代表的なのは、ヒルシュベルクの『刑事訴訟における誤判—裁判の心理学のために』（1960年）の刊行がある。1964年改正の導火線になり、それに大きな影響を与えた。それから60年余を経て、誤判原因研究の新たな研究成果が期待される。他方、1964年改正、1974年改正と積み上げられても、それによって実務がどれだけ変わったかと問われれば、本論文に代表される有力な消極的評価がある。

「変わらない」裁判実務をもたらしている裁判官層の主流も主観的には「法的安定性と正義の調和」を目指している、ただ、その環境によって、本論文と見方が異なっているという見方もできるのではあるまいか。

従って、法を解釈、運用する者が誰か、どのように養成されるのか、ということにも眼を向けなければならない。筆者は、再審研究を振り返って、わが国に関してであるが、法曹一元（裁判官、検察官の資格を弁護士経験者に一元化するという本来の意味で）を推進する必要性について述べた²⁶。ドイツにおいても（こそ？）、同様な問題意識が連綿としてあるようである。

この意味で、ヴァッサーブルクの70歳を祝賀する特集の献辞のなかで、パェフゲン（Hans-Ullrich Paeffgen）ボン大学教授が、次のように述べていることが注目される—筆者自身は、ヴァッサーブルクの1980年代の研究成果をよく学んでいない身であるが。

「何年も前から、私は、イギリスのシステム（つまり：何人も、最上位候補者でさえも、弁護士としての相当な（erheblich）勤務年数〔最小限：5年〕、そして、それと同時に、一定量の生活経験）の前には裁判官にしないという；例えば、Paeffgen StV 1999, 625）への方向転換と整備のために運動している。—つまり、（地球上のもっとも富んだ国々のひとつにおける）諸課題のものすごい手がかりたち（hanebueche

²⁶ 拙稿・前出注1・156頁

Pensenschlüssel) に直面して、理性的な仕事は、さらに非常に難しくされる。まさにちょうど同じように、若い法律家たちが、この本〔ヴァッサーブルク『刑事手続における再審』(1983年)を指す。]をきわめて集中的に学ぶこと(おそらく対応する最終試験と共に)が義務づけられよう。一般的には刑事訴訟の数えきれない問題のための、特殊的には再審法に対する真の諸理由のための、なにか多くの感覚を目覚めさせるために。〕²⁷

謝辞 本稿執筆に当たって、「はじめに」で述べたように、ドイツ語及びラテン語の訳出につき、庄子良男筑波大学名誉教授から懇切なご教示をいただいたほか、外国語文献の検索、閲覧に際して、本学中央図書館相互系のスタッフの皆さん方にたいへんお世話になった。心より感謝の意を表したい。お陰様で、デジタル化時代の恩恵に広く浴することができた。

2023年12月

²⁷ Hans-Ullrich Paeffgen, Dr. Klaus Wasserburg zum 70. Geburtstag, GA 2018, 234, 235.