

宣誓の機能について

福 山 道 義

本稿はドイツにおける宣誓に関する学説・判例・立法例をその研究の対象とする。しかも、主として刑事訴訟および刑法の領域での宣誓に限定して論及する。

ドイツでは、宣誓は宗教的意義を有しているとする見解が支配的であった。この段階では、宣誓を制限的に利用することが議論の中心であって、宣誓の機能自体が特に自覚的に論じられることは少なかった。しかし、その後、宣誓に宗教以外の別の裏づけを求める考え方が次第に強くなると同時に、宣誓の機能自体についてもある程度議論されるようになった。刑法の面では、一九四三年に宣誓によらない虚偽供述の規定が刑法典に導入され、宣誓違反の罪との間に刑罰の差異が生じたことから、宣誓の機能についての議論が行なわれるきっかけとなった。

宣誓の歴史的背景の相違、宣誓に対する国民意識の相違、宣誓に関する訴訟法上・刑法上の規定の相違などから、ドイツにおける議論が直接に我が国の参考にはならないと思われるが、逆に、これらの相違を参考にして、宣誓の問

題点、とくに、宣誓の機能について考察してみたい。

二

刑事統計によれば、一九〇一年までの過去一〇年間のドイツにおける宣誓違反の有罪者数は、他の犯罪類型と比較しても多いとはいえないが、暗数の部分が多く実際の数を反映していない。とクロスは述べている。⁽¹⁾

宣誓をめぐる一連の法改正の動きは、「宣誓違反の蔓延」にその源を求めることができる。⁽²⁾ 一九一七年のワイマール憲法一三六条四項の制定以前においては、宣誓はつねに宗教上の形式に従ってなされることが要求された。宣誓の濫用は、宣誓の裏づけとなつてゐる宗教の尊厳を傷つけることでもあった。そこで、宣誓に本来の姿を取り戻すべく、宣誓を制限的に用いる試みがなされた。

宣誓強制を緩和しようとする試みは古くからあつたが、一九二九年のドイツ刑法および行刑法施行草案が重要である。⁽⁴⁾ その六四条には「裁判所は、証人の供述が判決に決定的意義を認むるとき、および事情を評価するにあたって、⁽³⁾ 真実探究の最後の手段として宣誓を欠くことができないとの見解を抱くときは、証人は五九条に依る保証をなさずして、その供述またはその一部を宣誓することを要する旨を決議することを得」とし、同草案五九条は「証人は法律に別段の規定の存せざる限りは、すべて訊問後に真実開示の義務を引合として、その供述の正確さと完全とを保証することを要す」とし、宣誓が行われる場合を例外とする試みがなされた。これを刑法の面で見ると、虚偽の保証と宣誓違反の場合とに分けて規定することになる。そして、市民的に保証された供述の虚偽保証は、宣誓にもとづく虚偽供述の場合の可罰性より低いとされた。⁽⁵⁾ このように、宣誓と保証とに分けて、訴訟法上、刑法上の考慮がされているのは、宣誓には単なる保証とは異なつた独自の価値があるという考え方の反映であらう。

しかし、右のような二段階の眞実保証に対しては批判が多く、眞実なる供述を得るためのよりよい手段があるならば、何故にそれが用いられないのかという疑問も提示された。⁽⁶⁾

一九三〇年のドイツ刑法第二読会案では、「虚偽保証」のみが処罰の対象とされ、宣誓と宣誓違反という言葉は姿を消すような提案もなされたが⁽⁷⁾成案とはならなかった。

数次の改正案の本流であったのは、刑法の面からみれば、訴訟法上の宣誓の利用の制限を前提とし、宣誓違反の罪の処罰ばかりでなく、同時に、宣誓を伴わないでなされた虚偽供述を処罰の対象とするというものである。⁽⁸⁾この見解を受け入れることは、宣誓上の虚偽供述のみを処罰の対象としていたドイツ刑法の立場の変更を意味する。

宣誓の利用を制限し、宣誓を伴わない虚偽供述を不処罰のままにすると、これに対しては何らの制裁も加えられないので、虚偽供述が増大するおそれがある。確かに、宣誓違反の罪の蔓延は緩和するかもしれないが、それは眞実の供述を犠牲にすることによってのみ可能である。⁽⁹⁾主として、右のような理由により、宣誓によらない虚偽供述を処罰する規定の導入に賛成する見解が多数をしめた。⁽¹⁰⁾

しかし、このような規定の導入に反対する論者も多い。⁽¹¹⁾いくつかの理由があげられているが、その一つとして、宣誓の影響力が、宣誓によらない虚偽供述の処罰規定により弱められるというものである。⁽¹²⁾特に、事後宣誓の場合、虚偽供述が処罰の対象となると、宣誓の感銘力は弱くなるというのである。

右のような反対論はあったが、その後の議論の焦点は、宣誓によらない虚偽供述処罰規定の導入を前提として、訴訟法上、いかなる範囲で宣誓を制限してゆくかにあった。一九三三年一月二四日の法改正⁽¹³⁾において、裁量上の宣誓が従来よりも制限された。その六一条五項では、裁判所のすべての構成員がその供述を重要でないと考えるか、または明らかに信用性がないと見做す場合、そして、宣誓によるも重要なあるいは眞実の供述が期待できないと見做す場

合、同条六項では、検察官、被告人、弁護人が宣誓を放棄した場合に無宣誓であるとされ、さらに六二条では、軽微事件での宣誓は例外とされた。しかし、一般の場合には、依然として宣誓が原則であり、宣誓によらない場合が例外であった。

一九四三年の法改正⁽¹⁴⁾では、義務上の宣誓は廃止され、証人が宣誓するか否かを裁判所の義務的裁量にゆだねることになった。そして、刑法の面では、同時に虚偽の宣誓によらない供述の処罰規定が導入された。この規定は、宣誓によらない虚偽供述処罰を置いてあるオーストリー刑法を範にしたといわれている⁽¹⁵⁾。

しかし、一九五〇年の改正で⁽¹⁶⁾、義務的裁量宣誓は廃止され、ほぼ一九三三年の段階に近い形で現在に至っている。この点について、シェンケッシュレーダーは、刑法五九条が義務的宣誓へと戻ったので、刑法一五三条の宣誓によらない虚偽供述処罰規定は、その限りでは、その意義を失ったけれども、民事訴訟においては、その意義を有していると述べている⁽¹⁷⁾。

以上、宣誓に関する立法の動きを概観した。宣誓は宗教ないし宗教的なものとの結びつきで理解される限り、"神聖なる"宣誓の維持に努めなければならない。そして、これとの関連において、真実なる供述を得るための積極的な機能が、特に自覚されることなく、宣誓に期待されていたといえよう。このことは、宣誓の改革の立法上の試みにおいて、宣誓はいかに制限すべきかという議論は詳細におこなわれたが、宣誓の機能についての議論はあまり行なわれなかったということにあらわれているといえよう。しかし、宣誓における宗教的影響力の後退、宣誓によらない供述の処罰規定の導入などが、宣誓の機能への自覚的反省を促す契機になったといえよう。

(1) Kloß, Eine Zählung der Zeugenmeinende in Strafprozess, MscrKrim. 2 Jahrg (1906), S. 667 ff. この点については、武安「日

独逸國における偽証罪についての考察」ジュリスト二五三号三三頁参照。

- (2) Boehringcr, Die Eidesreform in Strafprozeß und Strafrecht (1931), S. 40.
- (3) Lex Salisch, Artikel 360 Abs. 2. 3 は「裁判所が一致して」その証言が明らかに信用性がないと見做した場合、その供述が重要でない見做され、宣誓が申し出られなかった場合、違誓罪では、宣誓が申し出られないか裁判所構成員により要求せられない場合、宣誓は行なわれなると規定していた。宣誓の神聖さが宣誓の利用の制限へと立法者を義務づけること、明らかに虚偽と思われる供述に宣誓をせずことは、裁判官にとって苦痛であるという考慮が右の試みには働いていると云われる(Brettncr, Die Eideslehre im neuen Gesetzentwurf zur Strafprozeßordnung, Archiv für Strafrecht. 1894, S. 1, Radlauer, Die geplante Aenderung der Vorschriften über die Beidigung der Zeugen, sowie die geplante Bestrafung unbedingter Aussagen, Archiv für Strafrecht. 1898-99, S. 281.)。なお、宣誓に関する訴訟法上の改正の試みについては、Boehringcr, a. a. O., S. 27 を参照。
- (4) 独逸刑法及び行刑法施行草案・司法資料百五四号五九頁、五四頁。
- (5) 独逸刑法第一読会終了(一九三〇年)案一八三条、一八四条、司法資料百八十一号四六頁以下。
- (6) Sachse, Die Beschränkung des Zeugeneides im Strafprozeß, GA. Bd. 74, 52 f.
- (7) 司法資料一八一号一〇頁以下、宣誓構成要件が廃止された場合、二つの代替可能性が考えられる。一つは、宣誓によらない虚偽供述のみを処罰の対象とする場合、一つは、宣誓によらない虚偽供述が基本犯罪で、市民的な保証のもとでなされた虚偽供述が加重犯罪である場合である。ドイツのように宣誓によらない供述をしない国では、後者の方があまり急進的でなく妥当であろうが、スイスのように、宣誓や保証のない虚偽供述を昔から知っている国では、この考え方は通用しなうとする見解がある(Ufenast, Das Falsche Zeugnis im rechtsvergleichender Darstellung 1927, S. 5.)。
- (8) 一八九九年の Lex Salisch §3 をはじめとして、一九二七年草案一八七条まで、一貫して同種の規定を置いていた。
- (9) Hegler, Die Eidesdelikte in der neuen Fassung, GS. Bd. 98 (1929), S. 301.
- (10) Vgl. Büsche, Die Eidesverletzungen im kommenden Strafrecht (1937), S. 53.
- (11) Vgl. Rietzsch, Die vorgctäuschte Straftat und die falsche Aussage, DStR. 1943, S. 105.
- (12) Bunkc, Die Bestrafung falscher uneidlicher Aussagen. ZStW 33 (1912), S. 34 f.
- (13) Gesetz zur Einschränkung der Eide im Strafverfahren. Vom 24 November 1933. RGBl. 1933. Teil. 1, S. 1008. 同時に「従来
の事前宣誓のかわりに事後宣誓が取り入れられた。これは宣誓違反の蔓延、微罪の場合の処置、および国民に宣誓への尊敬の念をもう一度思
いたせむこととそのねらいがあつたと云われる (Dahs, Die Verteidigung der Zeugen im Strafprozeß, NJW. 1950, S. 838.

- (14) Verordnung zur Durchführung der Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue. Vom 29. Mai 1943 § 59, RGBl. 1943. Teil 1., S. 342. 虚偽の宣誓によらぬ供述の処罰規定については、RGBl. 1943. Teil 1., S. 340.
- (15) Rietsch, a. a. O., S. 105.
- (16) BGBl. 1949 u. 1950, S. 481.
- (17) Schönke-Schröder, StGB. 18 Aufl., S. 1050.

III

宣誓は、その歴史的な経緯により、また訴訟法において宗教上の形式によることが原則とされていることから、宗教的なものとの結びつきが強いといわれている。ワイマール憲法一三六条四項が「何人も宗教上の宣誓方式を用いるように強制されてはならない」と規定し、宣誓は宗教上の形式によらなくても行なわれうるようになった。しかし、依然として宣誓に宗教的意義を見いだそうとする見解は多い。例えば「宣誓は、その宗教上の意義を有しているが故に不可欠である。というのは、宗教上の罪への責任感が、証人をして不真実なる事実を供述させないようにし、真実なる供述を黙秘させないようにすることを期待しうるからである。帝国憲法一七七条は神の召喚なくして宣誓を行なうことを認めており、その限りでは、宣誓からその宗教上の意義を取り去ったかのように見える。しかし、それにもかかわらず、宣誓がその宗教上の意義を保持していることは疑いない⁽¹⁾」という見解や、あるいは「宣誓ないし誓約は、無意識のうちであれ神秘的な力を有している。『条件付きの自己呪い』⁽²⁾」の思想が、宣誓にとって本質的なものである。それが後になって真実の証人としての人格神の召喚となってあらわれたのである。このことは、宣誓が明確に宗教的に形式化されたものでない場合にもあてはまる⁽²⁾との見解などがそれである。

右のように、宣誓を宗教的な要素によって裏づけようとする立場に対しては、古くから反対の見解も根強かった。

宣誓が宗教感情に裏づけられた自己呪いとして作用した時代は過去のものとなった⁽³⁾、とか、宣誓における宗教上の効果はもはや消えうせた⁽⁴⁾、とする見解がこれである。さらに、宣誓に宗教の裏づけがあるとすれば、宗教が法に隷属することになり、信仰者はその信仰の深さのゆえに抑圧を加えられたと感じ、不信仰者はその不信仰のゆえに抑圧を加えられたと感ずるといふ批判のほか⁽⁵⁾に、宣誓を信ずる者は、宣誓に自からの永遠の命をかけることになり、かえって不安感をあおられ、逆に、宣誓を信じないものにはそれは無意味であるとの指摘もある⁽⁶⁾。

このように宣誓の宗教的意義を否定する見解があつたにもかかわらず、これらは、その後の大勢意見とはならなかつた。一九三〇年代には、宣誓の形而上的側面を強調する見解もみられる。プロシヤ司法大臣の覚書として出されたナチスの刑法は「真実の事実関係の確認にとって重要な、往々にして唯一の決定的手段は宣誓であつて、その神聖にして侵すべからざるものであることは、深くドイツ国民の法律感情に根ざしている⁽⁷⁾」と述べており、この覚書を引用して宣誓の意義を強調する見解もあつた。この点について、エーベルトはより具体的に、宣誓は宗教の領域に根ざすとし、共通に受けつがれてきた民族仲間の宗教感情は、国家と民族にとつてもっとも重要な基盤の一つであり、どのような民族共同体も、この宣誓の本質のゆえに、宣誓を拒否する権利を有しないと述べている⁽⁹⁾。このように、人格を超えた価値概念、特に、宗教に宣誓の本質を見いだそうとする傾向が読みとれるといえよう⁽¹⁰⁾。

この後においても、現在にいたるまで、宣誓と宗教との結びつきを強調する見解は、その数は減少したが依然として存在する。公判の儀式性を理由としての神の召喚のもとでの宣誓を必要とするもの⁽¹¹⁾、宗教上の形式にもとづく行為は敬神行為であり宗教上の領域の行為であつて、自からの責任にもとづいた儀式的保証とは区別すべきであるとするもの⁽¹²⁾、および、宗教上の形式にもとづかない宣誓も刑法六六条C Iの裁判官の宣誓教示の方式を根拠に、その宗教上の性格を失っていないとするもの⁽¹³⁾などがある。

従来は、宣誓の宗教的意義を否定することは、宣誓の否定につながる可能性が大であった。ただ、宣誓は否定されても、宣誓にかわる代替的な保証が考慮されることが多かった。⁽¹⁴⁾そこには、既述のように、宗教的意義を有する宣誓の真実保証機能への期待と、それを破った場合の大きな非難をみることができよう。しかし、最近においては、宣誓の宗教的意義を認めながら、このような宣誓は、宗教に中立であるべき国家観に反するとして宣誓を否定し、かつ、代替的保証手段も認めない考え方も存する。⁽¹⁵⁾

- (1) Sachse, Die Beschränkung des Zeugeneides im Strafprozeß, G. A. Bd. 74, S. 1.
- (2) Hegler, Die Frage der Eidesreform, Vierteljahrschrift für die gesamte Zivilrechtspflege, 5 Jahrg. (1933), S. 341. 宗教的形態化されていない宣誓は、歴史的な、そして言葉の意味における宣誓ではなくなり、この“schwören”は、単なる真実の保証にすぎないという意識が一般的になつてはじめて、“宣誓”の特殊な真実追求作用は失われ、もはや、それは神秘的、宗教的、形而上的、伝統的感情によつたものではなくなる。このような真実保証は、宣誓以外の別の保証形式で代用せられる。しかし、このような時はまだ到来していない、トーンナーは述べている (Hegler, Die Eidesreform, Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, Heft 23 (1930), S. 25.)。
- (3) Binding, Nat. Ztg. vom 1. 4. 98, Zit. von Oehlert, Gestaltung des Beweisverfahrens. Zeugen. Sachverständige. In Reform des Strafprozeß (1906), S. 528.
- (4) Loewenthal, Eid und Meineid im Strafrechtsausschuß, Die Justiz. Bd. 4 (1928/29), S. 279 ff.
- (5) Schiffer, Um die Reform des Eidesrechts, DJZ 1929, S. 611.
- (6) Stooß, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländische Strafrechts, Bes. Teil. Bd. III (1906), S. 386.
- (7) 司法叢書一八四号、六〇頁。
- (8) Peters, Die falsche Aussage und ihre Bekämpfung, DSr 1935, S. 153.
- (9) Ebert, Gefahr für die Rechtspflege, DSr 1936, S. 126 f.
- (10) Nagler, Staatsidee und Strafrecht. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform, GS 103 (1933), S. XXXIII.
- (11) Niehammer, Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren, Festschrift für Wilhelm Sauer (1949), S. 40.
- (12) Peters, Staatslexikon II (1958), S. 1055 f. 非宗教的な宣誓は、宣誓の概念・歴史よりすれば、そもそも宣誓ではなく、儀式的な真実保証にすぎない。神の召喚の廃止のためには、自分の名譽とか子供とか髪にも誓うことができるのであり、宣誓はその本来の支えを失う

とすの議論は以前より知らる (Vgl. Schiffer, a. a. O., S. 613.)。

- (13) Woessner, Der Gerichtseid als Fremdkörper in der verfassungsmäßigen Ordnung, NJW 1973, S. 169.
- (14) Vgl. Boehringer, a. a. O., S. 56 ff.
- (15) Woessner, a. a. O., S. 169 ff.

四

宣誓と宗教の結びつきを否定しながら宣誓自体は維持してゆくという考え方が展開されつつある。

シュレーダーは、宣誓が宗教活動ではないということ明らかにするために、ワイマール憲法を引き合いに出すまでもなく、宗教上の形式で行われる宣誓の場合でも、宣誓はもはや宗教的な拘束力を有しないと、宣誓に残されたものは、単なる儀式的誓約形式であり義務を充足したという表明であるとする。そして同時に、宣誓に宗教上の拘束性がなくとも、宣誓の利用自体が高度の人格的義務づけとして生きつづけ、他の同等のものによっては代置できないとも述べている。⁽¹⁾ 同様に、エーベルトは、今日の宗教上の宣誓の正当化のために、魔術的、宗教的源を考慮しないでさえ、法と共同社会、国家への責任を、宣誓により感ずるにちがいないと述べている。⁽²⁾ 我々の考え方が世俗的、合理的になってきたこと、宣誓という言葉は、歴史的にみて必ずしも宗教的なものとの関連の中で考えられて来なかったということも理由としてあげると同時に、直接に宗教と結びつかない宣誓の伝統的な意義を強調する。

これに対して、ヒルシュは、以下のように宗教と結びつかない宣誓を根拠づけようとする。⁽³⁾ 信頼は、客観的・普遍妥当性をもった社会的価値である。裁判所の前でなされる証人の言明の信憑性は、共同社会存立の一つの条件である。儀式性と公開性によりその言明を確証し、信頼の濫用を阻止する。それが宣誓である。このような儀式的保証形式としての宣誓は、それを破った場合の法的・社会的な制裁の苦痛と恐怖により、宣誓を行なう人の良心を拘束する

有効な手段である。宣誓という言葉の中に、魔術的、宗教的要素をみるものは多くいるが、それは、このようなものを宣誓の中に理解するものにとつてのみ意味があるにすぎない」と。

宣誓と宗教との結びつきを否定し、宣誓に別の根拠づけを求める傾向が強くなると、宣誓の具体的機能についての吟味もなされてきた。右にあげた論者は、いずれも宣誓の人格拘束性を否定してはいない。しかし、宣誓の個々の供述への影響力に主として着目するか、宣誓の一般的、社会的な効果に着目するかによって、宣誓への期待も異なるものがあるようである。

(1) Schröder, Der Eid als Beweismittel, ZRP. Bd. 64 (1951), S. 221.

(2) Ebert, Der Eid als prozesuales Instrument—Zum Beschluß des BerfG v. 11. 4. 1972, JR 1973, S. 402.

(3) Hirsch, Über die Gesellschaftsbezogenheit des Eides, Festschrift für Heinitz, S. 139 ff. 本稿の紹介として、鈴木教司「宣誓の社会的関係について」立命館法学一一四号九九頁。

五

宣誓にどの程度の積極的機能をもたせるべきであろうか。⁽¹⁾ 宣誓は、供述の真実性よりも、むしろ、証人の誠実性・信用価値の高まりに直接に関係づけられる。⁽²⁾ 刑法上、自由心証主義が原則となっている今日では、宣誓することが、具体的な場合における証人の信用性確保に直接に結びつくわけではない。

具体的に宣誓の機能が問題となるのは、証人の信用性に疑問があつて、これを宣誓の助けを借りて克服することが裁判官の裁量の枠内にあるという場合である。しかし、このような場合に、宣誓の助けを借りて、つねに証人の信用性への疑問を排除することは、自由心証主義の原則に反するおそれがあるとの指摘がある。⁽³⁾

これに対しては、以下のような反論がある。一定の事実の存在から、他の事実を証明されたものとして取り扱うこ

とは、自由心証主義に反する。しかし、宣誓を基礎づけているのは心理学上の経験則であり、例外を許すような経験則である。宣誓は証人にとってさまざまな重みを有しており、証人への宣誓の影響は十分に慎重に吟味されねばならない。従って、宣誓は自由なる心証を制限するのではなくて、証人の信用性への宣誓の事実上の影響について、裁判所の自由なる評価に服するのである。⁽⁴⁾ 以上のような見解にも、宣誓の機能の消極化をみるこ
とができよう。チップは、宣誓の機能について以下のような評価を下している。宣誓は、おそらくはひじょうに異なった動機づけの作用を示すであろう。我々は個々の宣誓のそれぞれの作用を知らないので、宣誓それ自体を評価する場合、未知の部分に伴なって信用価値の吟味をおこなわなければならない。これは司法作用には次のことを意味する。宣誓は証拠評価に際しては顧慮されないということ。⁽⁵⁾ というのは、具体的な供述結果における宣誓の個々の関与を評価しきれないからである、とする。シュレーターは、より明確に以下のようにいう。宣誓した証人が、より注意深く供述するという一般的な期待はもちえない。宣誓行為の背後にある心理的強制は、一般的なものとしては妥当せず、悪意の証人が宣誓行為により反対の決意をするという期待も正当化されない。宣誓は、今日では何ら独立の一般的に容認されたる義務づけの根拠ではなくして、⁽⁶⁾ 個々の供述にアクセントをつける誓約形式にしかすぎない、とする。⁽⁶⁾

以上のような宣誓に対する一連の評価からは、宣誓に次のような機能が残されているといえよう。宣誓の伝統を重視し、証人に自らの義務をもう一度はつきりさせる心理的作用と効果を宣誓に期待し、そして、それによって、虚偽供述を改善する機会を証人に与えるという点⁽⁷⁾においてであろう。

これに対して、ヒルシュは、「誓約形式によっては、供述に何ものもつけ加わらず、よってすべての誓約形式は余分だと考える人は、儀式的誓約は、共同社会の存立にとり不可欠なる個々人の良心の拘束を呼びおこすという心理学

上争いえず、社会的に重要な事情を、この論理でもっては片づけえない⁽⁸⁾と述べている。同様にランゲは、宣誓制度は、社会的にも社会心理学的にも確固とした土台を有しており、個々の場合の証明価値を否定する供述心理学に従う人は、その社会心理学上の根拠についての立証責任を負う、⁽⁹⁾と述べ、ヒルシュと同様に、宣誓についての社会的不一致は存在しないことを強調する。

これらの宣誓に対する評価は、主として、最近の宣誓廃止の主張との関係で意義を有するであろう。⁽¹⁰⁾しかし、個々の供述に対する宣誓の機能を否定することから、宣誓それ自体にきわめて消極的評価しか与えない立場に対しても一定の意義を有するであろう。

- (1) 宣誓の機能を否定する見解は従来からある。例えば、ストースは、スイスの諸州において宣誓が利用されていないにもかかわらず、実務家としての体験から、これらの証言の信用性は低くない(Stoos, a. a. O., S. 385)とし、また、宣誓違反の数がいくぶん減少しているのは、宣誓の意義が人々の間に浸透してきたことを意味するのではなく、それが無罪となるという理由で、検察官が起訴をできるだけ控えているという公然の秘密によるという指摘(Kade, Die Notwendigkeit der völligen Abschaffung des Zeugnisses, DJZ 1902, S. 196.)及び、宣誓の心理学上の効果を否定するもの(Gmelin, Zur Psychologie der Aussage, Zit. von Bethke, Eid Gewissen Treuepflicht, S. 219.)などがあつた。

- (2) Schröder, a. a. O., S. 218.
(3) E. Schlutz, Probleme der Strafbarkeit des Meineids nach geltendem Recht und künftigen Recht, S. 27.
(4) Ebert a. a. O., S. 403.
(5) Zipf, Die Problematik des Meineides innerhalb der Aussagedelikte, Festschrift für Maurach, S. 422.
(6) Schröder, a. a. O., S. 222 f.
(7) Schröder, a. a. O., S. 223.
(8) Hirsch, a. a. O., S. 157.
(9) Lange, Zur Problematik der Eidesverweigerung, Festschrift für Wilhelm Gallas, S. 437. 本論文の紹介として、小早川「宣誓拒

否の問題点について」竜谷法学一巻二号一〇三頁がある。この紹介には、詳細な前書きが付されており、本論文の理解を容易にしている。

六

宣誓は、刑法においてどのような意義を有するのであろうか。また、司法作用に対する罪⁽¹⁾としての宣誓違反の罪の中に、宣誓は矛盾なく調和するのであろうか。以下、判例の推移をみながら検討を加えたい。

宣誓違反の罪の保護法益について、判例は、法的安定性への威嚇が唯一の処罰根拠ではなく、それは、同時に宗教に対する犯罪であるとの見解を示していた⁽²⁾。しかし、その後この判例は変更された。刑法典の第十一章（宗教に係る犯罪）の項の中に、宣誓違反の罪が入っていないこと、私的宣誓違反が不可罰であること等を理由として、宣誓違反罪は国家に対して向けられた、特に、司法作用を危険にする重罪・軽罪であると判示した⁽³⁾。以後、これを先例として引用し同様の判示をくりかえしていた⁽⁴⁾。

しかし、既述のように、一九四三年に宣誓によらない虚偽供述を処罰する規定が導入され、これと宣誓違反の罪との関係が新たに問題とされ、宣誓の意義が問い直されることになった。

刑法一五三条と一五四条との間に連続犯の関係が成立するかという事案に関連して、宣誓が問題となった。「宣誓違反の罪は、虚偽の宣誓によらない供述に対する罪とは本質的に区別される。宣誓違反は、虚偽の宣誓によらない供述の加重形式にすぎないものではない。一五四条の文言からすれば、行なわれた供述が構成要件の要素となるのではなくて、虚偽宣誓が刑罰の下におかれるのである。従って、二つの構成要件は異なって評価されるべきである。……宣誓によらない供述というメルクマールは、宣誓違反の法律構成要件の中に含まれているが、それは、窃盗罪の単なる加重形態でない強盗罪の中に窃盗罪が含まれていると同様の意味においてである。よって、宣誓違反の罪と宣誓

によらない虚偽供述の罪との間の連続犯の關係は認められずむしろ実体的競合が容認される⁽⁵⁾と判示する。一九五一年四月二四日の判例も、同様の結論を導いているが、その根拠を、刑法一五九条と一六〇条との比較、国民一般の宣誓への意識にもとめて⁽⁶⁾いる。

しかし、右の判例の流れは、次の判例によって否定されるに至った。それによれば「宣誓違反は、虚偽供述の刑罰加重形式ではなくて、本来は独立の犯罪であるという見解には組しえない。一五三条と一五四条は、事實關係の確認を不真実な供述によって危険にすることを禁ずるといふ司法作用の保護に向けられた禁止をその根底においている。それゆえ、不真実なる供述が可罰性を根拠づける要素である。宣誓は、今日それがすべての誓約者に感じさせるほどではないにしても、神の召喚のもとで誓われるという限りにおいて、確かに宗教的性格を有している。しかし、刑法においては、宣誓は供述の保証としてのみその意義を有している。宣誓は神の召喚なくしても行なわれうる。宣誓による保証は、かくして刑罰加重の要素である。一五三条の宣誓によらない虚偽供述が基本構成要件である。証人宣誓は、刑法一五三条の加重形式であり、二つの犯罪行為は同じ刑法上の禁止に向けられているので、それらはBGHst 1, 380 以来すべての *Senat* によって代表されてきた見解と異なり連続犯の關係にある⁽⁷⁾」と判示した。

(1) 以前には、刑法一五四条は、虚偽供述または鑑定により被告人に不利益を及ぼし死刑・重懲役または五年以下の自由刑の有罪判決が下された場合は、三年を下らない重懲役を科す、と定めていたが、この規定は削除された (*Novelle von 20. 1. 44. RGBl. 1, S. 41.*)。これによって、宣誓違反の侵害的側面は姿を消し、その保護法益は国家の司法作用であることが明確になつたとされる (*Maurach, Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 4 Aufl., S. 636.*)。なお、宣誓違反の罪の保護法益が司法作用であることを主張したリストは、「宣誓に対して極めて否定的に振舞つた (*Liszt, Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlicher Behörde nach deutschem und österreichischem Recht, S. 13 f.*)」。

(2) RGSt 10, 339, Urt. von 29 April 1884.

(3) RGSt. 47, 156, Urt. von 5 Mai 1913.

- (4) RGSt 70, 130, Urt. von 14 Februar 1936, RGSt 73, 144, Urt. von April 1939.
- (5) BGHSt 1, 380, Urt. von 25 October 1951.
- (6) BGHSt 1, 241, Urt. von 24 April 1951. 同様の判例として BGHSt 2, 233, Urt. von 1 April 1952, BGHSt 4, 172, Urt. von 10 März 1953.
- (7) BGHSt 8, 301, Urt. von 24 October 1955.

六

刑法一五三条と一五四条との刑罰の相違は、宣誓の有無による。自手犯である宣誓違反の罪の間接正犯の規定である刑法一六〇条の法定刑は、一五四条のそれとくらべて著しく低い。このことが、宣誓違反と宣誓によらない虚偽供述の罪とが異質の犯罪であることの根拠となるのではないかとの疑問が存する。⁽¹⁾この点についてヴェルツェルは、宣誓違反の罪の中に宗教的要因をみるとしても、これは犯罪の質には関係なく、刑の加重事由としてかかわってくると述べている。⁽²⁾しかし、宣誓違反の罪がより重く罰せられる理由を神への背反に求めるのは、宗教に対して中立的な国家理念に反し、基本法に反するとの批判もある。⁽³⁾

判例は、儀式的保証形式の濫用を刑罰加重の根拠とする。もともと宗教的に裏づけられていた儀式的保証形式が、世俗的なそれとして変容し受けつがれたとする点に、判例はその正当化を見いだそうとするのであろう。しかし、この見解は、宣誓違反を宗教によって基礎づける見解とその発想において近似しているといえよう。⁽⁴⁾さらに、判例の見解に対しては以下のような批判もある。誓うということは、何か神聖なものと結びつくのであり、それは神であったり、尊厳であったり、良心であったりする。いずれにしても、ここに宣誓の非合理性がある。虚偽宣誓が虚偽供述より重く罰せられることが承認できるのは、刑事法が形而上学的指向を容認する場合だけである、⁽⁵⁾という。

これに対して、チップは次のような形で判例を肯定する。供述が決定的に重要である場合、裁判官が証人に対して特別な良心の緊張を警告し、証人がその供述の真実なることを誓ったときは、特に重い場合として単なる虚偽供述と區別して処罰される。証人に特別の真実保証が科せられるからである。この点に、判例のいう不法の高まり、法益である司法作用をより強く侵害する要因が求められる。⁽⁶⁾と主張する。このように、判例を条件つきで肯定するチップは、宣誓に対しては、慎重な態度をとっている。宣誓の機能について、証人義務の充足に際しての、一般的な誠実性と良心拘束性の維持・強化を認めるが、既述のように、宣誓が具体的供述の証拠価値を高めることの証明にはなりえないとする。⁽⁷⁾しかし、今日現在する宣誓の証拠意義については不確定であるので、右のような形での宣誓を認めることも、實際上やむをえないとする。そして、当面の問題ではないが、平均的・調和的な宣誓の利用が、刑事司法作用において積極的な機能を有するかどうか、あるいは国家の司法作用において宣誓の完全な放棄への最後の歩みが不可欠であるかどうかは、より長い時間をかけた経験が教えてくれるであろう、と述べている。⁽⁸⁾

- (1) Schönke, StGB 5 Aufl., S. 359, Kohlrausch-Langene, StGB 39/40 Aufl., S. 209, Metzger-Blei, Stub. Bes. Teil 9 Aufl., S. 277.
- (2) Welzel, Über das Verhältnis der Strafbestimmungen für die uneidliche Falschaussage und den Meineid, JZ 1954, S. 229.
- (3) Herrmann, Die Reform der Aussagetatbestände, S. 138 ff.
- (4) Zipf, a. a. O., S. 418.
- (5) Schwarz, Der Eid im Strafrecht, ZRP 1970, S. 79.
- (6) Zipf, a. a. O., S. 426.
- (7) Zipf, a. a. O., S. 429.
- (8) Zipf, a. a. O., S. 429 f.

一九七七年四月一日の連邦憲法裁判所の判決は、⁽¹⁾宣誓と基本法四条一項との関係および宣誓の存在そのものに対する問題提起であった。

証人として喚問された福音教会派の牧師が、「山上の垂訓」の中で宣誓が禁ぜられている（マタイ伝五章三三―三七節）として、信仰および良心の自由を理由に宣誓を拒否した。地方裁判所は、基本法一四〇条を根拠に、このような宣誓拒否は不当であるとして、刑法七〇条一項に従い被告人を秩序罰に付した。上級地方裁判所も同様の理由で、被告人の控訴を棄却した。⁽²⁾これに対して、原判決は、基本法四条一項で保障されている信仰ならびに良心の自由を侵害するものとして、憲法異議の申立がなされた。

憲法裁判所は被告人の異議申立てを理由ありとした。宗教上の形式にもとづかない宣誓は立法者の見解によれば宗教的な関心を有しないが、被告人の信仰確信によれば、宣誓活動は、キリスト教の教義と一致せず、宣誓違反は魔術的観念を伴った自己況いであると考える場合は、被告人は基本法四条一項により保護される。基本法一四〇条、ワイマール憲法一三六条四項から、何人も宗教上の形式を伴わない宣誓は強制されるという結論を解釈上導きうる。しかし、基本法は「信仰・良心の自由」を、ワイマール憲法の教会条項から解き放ち、ワイマール憲法一三六条は、信仰・良心の自由の基本権の強力な影響のもとに解釈されるべきである。即ち、基本法四条が高次の基本権である。また、信仰確信の理由での宣誓義務からの解放が、共同社会および第三者の基本権を侵害しない。特例として、個々の場合に法律上の宣誓義務からの解放は、義務を根拠づけている規範の一般妥当性を阻害しない。個々の信仰決定により宣誓義務から解放される。宣誓回避のための法律上の根拠として、刑法の所定の諸規定ばかりでなく基本法四

条一項の基本権も考慮されなければならないとする。

本判決の基本法四条の解釈について種々の問題点が指摘されているが、本稿では、判例が、信仰の自由を理由に被告人に宣誓拒否を認めたことの意義とその波及効果について考えたい。⁽³⁾

マタイ伝五章三七節は「あなたがたの言葉は、ただ、しかり、しかり、否、否であるべきだ。それ以上に出ることは悪から来るのである」という。本判決は、被告人の宣誓拒絶を認めているが、将来、宣誓にかわる保証形式が規定されても、やはり同様の理由でこれを拒否しうるであろう。従って、被告人はあらゆる自己の供述の真実性の保証を拒否しうることになる。また、本判決のような形で宣誓の拒否を認めることは司法作用にどのような影響を及ぼすかも問題になる。しかし、この点について判決は具体的にはふれていない。⁽⁴⁾ランゲは、ダムの場合でも一つ穴があいたら持ちこたえられないし、また、一つの判決がそのもともとの意図及びその言葉の内容を越えて広がってゆくのをたびたびみてきた、と警告している。⁽⁵⁾もし、判決の認める宣誓拒絶の歯止めが十分でないならば、それは、証人の不平等なる取り扱いにもつながり、また宣誓を経ない供述をどのように評価すべきかという困難な問題にも直面する。⁽⁶⁾そして、それは宣誓そのものへの問いかけとなる。

ヒルシュは、基本法における人間像は幾重にも義務づけられた人格であるとして、判決と異なる見解のもとに以下のように述べる。普遍妥当性を有し、社会的かつ憲法上承認された基本価値としての宣誓が一方に存在し、良心の圧迫とそれによって生じた宣誓義務者への強制状態が一方に存在する。このようなものとしての宣誓は、放棄されえない。⁽⁷⁾

(1) NJW 1972, S. 1183. 本判決には、シュラプレンドルフの詳細な反対意見が付されている。この点については、小早川・前掲誌一〇六頁以下参照。なお、坂本武志「宣誓拒否」判例時報八六六号一四頁以下参照。

(2) NJW 1966, S. 1933.

- (3) Lange, a. a. O., S. 427 ff. 小早川・前掲誌一〇八頁以下。
- (4) Ebert, a. a. O., S. 401.
- (5) Lange, a. a. O., S. 432.
- (6) Nagel, Glaubensfreiheit und prozessuale Eidespflicht nach dem Beschluss des BVerfG vom 11. 4. 1972, JR 1972, S. 414.
- (7) Hirsch, a. a. O., S. 154.

八

原則として宣誓義務が科せられているにもかかわらず、宣誓違反が多いということは、宣誓の機能への疑問を生じさせる。宣誓は単なる保証と異なり宗教的意義を有し、神聖なるものと考えられたときは、宣誓の眞実保証機能は前提として認められ、その濫用を防ぐということに主眼点がおかれた。

宗教の影響力が減退してくるとともに、宣誓の機能に疑問が提示されるようになった。それは、主として宣誓の個々の供述の眞実担保の機能についてであった。この点への疑問から宣誓そのものに反対する見解もあるが、多くはそこまで進まず、宣誓は証人に眞実なる供述をなすように自覚させる機会を与える、というところにとどまっているといえよう。⁽¹⁾

宣誓のもつ歴史的な重み、宣誓と裁判の儀式性とのつながりから、そこに、宣誓の良心拘束性を期待できないことはないであろう。しかし、それをすべての証人に期待することは事実上困難であるし、この点を強調することは宣誓の義務的側面を強調することになり、宣誓に違反したという点が重視される結果にもなる。宣誓を維持するにしても、それに積極的機能を要求することには疑問がある。

古い歴史を有し、国民意識との関連の深い宣誓について、その機能的側面のみから論ずることは必ずしも妥当でな

いかもしれない。宣誓はその合理的理由なしに生き残っているという評価もある。⁽²⁾同時に、宣誓の存在意義への疑問を表明する見解も古くから現在に至るまで存在している。

(1) 宣誓に関するドイツにおける議論を紹介したものとして、井上(祐)「偽証・誣告の罪」現代法学事典二卷一九四頁以下がある。

(2) Silving, *The Oath, Essays on criminal Procedure* (1964), p. 102f.