

自由心証の抑制について (一)

庭 山 英 雄

- 一, 序 説
- 二, 大陸法の場合 (以下次号)
- 三, 英米法の場合
- 四, 旧刑訴の場合
- 五, 現行刑訴の場合
- 六, 結 語

一, 序 説

問題の発端は^{サテウラ}幸浦事件¹⁾である。この事件は昭和23年11月29日の夜、静岡県磐田郡幸浦村で起こった一家4名皆殺しの強盗殺人事件である。被疑者K・T・Iの3名は翌昭和24年3月8日、強盗殺人並びに死体遺棄の訴因で起訴された。第一審静岡地裁浜松支部は昭和25年4月27日、被告人K・T・Iに死刑の宣告を下した。第二審東京高裁刑事第12部は昭和26年5月8日被告人らの控訴を棄却して、同じく死刑の判断を下した。ところが上告審において最高裁第一小法廷は昭和32年1月14日に、被告人らの自白の真実性に疑いがあるとして原判決を破棄し、東京高裁に差戻したのであった。第二次控訴審東京高裁刑事第8部では、最高裁の見解にしたがい、同じく自白の真実性に疑いありとして無罪を言い渡した。次いで第二次上告審最高裁第三小法廷も昭和34年2月28日付無罪判決を支持して、検察官の上告を棄却した(昭和38年7月9日)。審理に要した日時は起訴以来実に14年4カ月である。その間、5回の審判は各々死刑・死刑・無罪・無罪・無罪と変転した。この事件で注目すべきことは、静岡地裁ならびに東京高

裁と、最高裁第一小法廷とは全く同じ証拠を扱っている点である。それにもかかわらず判決は死刑から無罪へと大きく転回した。死刑と無罪との差は、証拠の差ではなくて、実に判断する者の評価の差であったのである。なお本件においては破棄差戻し後も特別の新証拠が発見されたわけでもないの、以上のことは、5回の審判全部についても言いうるものである。

幸浦事件は一つの典型例である。同一の資料に基づきながら異なった判断をするという事実は枚挙にいとまがない。それが、罰金10万円と20万円の差とか、懲役3年と5年との差とかであったなら、まだ許されよう。それが、死刑と無罪との差であったなら、一体どのように理解したらよいのであろうか。「人の生命は尊貴である。一人の生命は、全地球より重い」とは著名な最高裁元判事の言葉である²⁾が、全地球より重い筈の人間の生命が判断者の評価の差のもとに、あるいは奪われ、あるいは救われていいものであろうか。

現行刑訴法がもしも法定証拠主義を採用しているのならば、如上の事態は発生しない。一定の資料に対し一定の評価が定められているからである。³⁾ だがわが現行刑訴法は318条をもって自由心証主義を明言している。したがって、同一の資料であっても、審級が異なり、判断主体が異なれば、判断の結果が異なってくるのはあたりまえだともいえる。もともと自由心証主義は、判断の実質的合理性を確保するために生まれたものであった。⁴⁾ そして自由心証主義が採用された当初は十分にその効果を発揮したものだと思う。なぜなら大陸法において自由心証主義が発生したのはフランス革命以後のフランスにおいてであったが、それまでは形式的合理性を守るにすぎない法定証拠主義が風靡し、事実の認定が果たして真実に近づいているか否かはほとんど関心をもたれないような状態だったからである。⁵⁾ しかも法定証拠主義は、権力者側にとって被治者側からの誤判のそしりを免れるにはまことに格好の法技術だった。⁶⁾ というのは裁判する側にとっては、要するに一定の形式さえ整えるならば、裁判される側ならびに一般世人の納得を得ることができたからである。一方自由心証主義は法

定証拠主義にまつわっていた拷問の弊を除く使命をも十分に果たしたと思われる。^{7) 8)} なぜなら、形式的な証拠を拷問によって揃えても、有罪を認定してくれるかどうかはわからないので、捜査関係者も自白にのみ頼ることをしなくなった⁹⁾ からである。

このように自由心証主義には歴史的意義が十二分に存在したのであった。¹⁰⁾ しかし、人知が更に発達し、証明科学が更に進展¹¹⁾ するにつれて、かつて真実発見の法技術として信仰にまで高められていた自由心証主義にもいくつかの欠陥が指摘されるに至った。¹²⁾ なかんずくジェローム・フランクのいみじくも指摘する¹³⁾ ように、自由心証が判断者の人格傾向によって著しく偏向を受けることが知られるに至った。¹⁴⁾ 冒頭に掲げた事件が正に典型例である。¹⁵⁾ 一旦先入主を持つとそれからなかなか脱けられないのが人間理性の弱点である。¹⁶⁾ だが、理性の弱点であるとして、これを放置することは許されない。¹⁷⁾ 判決は人権に甚大な侵害をもたらす。時には生命をも左右する。なんとかして、この自由心証にまつわる欠陥¹⁸⁾ を克服しなければならない。ここで問題にされている自由心証の客観性保障体系については、後に比較法的考察を行なうつもりであるが、あらかじめ、その二潮流の特質に関する若干の私見を述べておこう。

ドイツ法は一般的に体系を重んじ理論を重視する結果、刑訴においても基礎理論の発達はめざましい。一方、英米では経験と実用とを重視する結果、¹⁹⁾ ドイツと同種の基礎理論と言ったものはない。しかし、英米刑訴理論にはドイツ刑訴とははっきり異なった基盤がある。それは、陪審制度²⁰⁾ である。したがってここでは主として、英米陪審制度と自由心証主義とのかわりあいを明らかにすることとする。先ずドイツ刑訴基礎理論と自由心証主義との関連から手をつけてみよう。

ドイツ刑訴基礎理論の第一の重点はかの有名なゴルトシュミットの動的理論²¹⁾ である。ゴルトシュミットは、それまで静的な考察方法しか持たなかった訴訟理論に訴訟的考察方法²²⁾ をもち込み、訴訟の動的・発展的な状態をあきらかにした。訴訟はまず、検察官の嫌疑をもって始まる（正確に

は訴訟の前段階)。その嫌疑が捜査官憲の証拠発見収集の努力により、次第に濃度を増し、遂に検察官は起訴に踏みきる。起訴によって検察官の嫌疑は裁判官へと移行する。裁判官は検察官の嫌疑を一種の心証として受け継ぐのである。この裁判官の心証は検察官側と弁護人側との攻撃防禦とによりあるいは濃くなりあるいは薄くなりして発展していく。やがて攻撃防禦方法が出しつくされたとき、裁判官の心証は判決へと凝結するのである。²³⁾ すなわち、捜査官の嫌疑→検察官の嫌疑→裁判官の心証→判決は一つのつながりをもつのである。このような動的理論は、訴訟行為の瑕疵の治癒等について実益をもつ²⁴⁾ ものであるが、今はそこに深入りすることはできない。ここで注目すべきは、かかる動的理論と自由心証との関連である。私見によれば、基礎理論の領域でドイツに動的理論が栄えたのは、証拠法の中核に強度の自由心証主義が据えられている結果である。法定証拠主義ならば、検察官の嫌疑も裁判官の心証も形式化され法定されるから、心証の動的発展はなく、したがって、訴訟の動的発展的把握ということも起こりえないこととなる。ところが、動的考察方法こそ、まさに訴訟法特有のものである（実体法は静的考察方法にしたがう）から、訴訟の特質を基礎づけているものは、実に自由心証主義に在ることとなる。

次に基礎理論の第二の重点であるところの訴訟に関する法律状態説と訴訟状態説との対立に目を向けよう。法律状態説は訴訟をもって法律状態と見る。すなわち、訴訟主体の行為を権利＝義務の関係と見るのである。検察官は立証の権利を持つ。立証しなければ無罪判決を甘受しなければならない義務を課されるとする。これはきわめて理解しにくい。実はゴルトシュミット以前に訴訟的考察方法がなかったので、実体法的考察方法をそのままあてはめていたのである。ゴルトシュミットはこれを批判して、訴訟主体の行為は権利＝義務の関係ではなく、見込＝負担の関係にすぎないことを明らかにした。²⁵⁾ この議論は旧刑訴時代に日本にも持ち込まれて、ほぼ通説的な地位を占め、爾来現在に至っている。²⁶⁾ ところが最近民訴の領域において、訴訟関係はゴルトシュミットの説くごとく、全くの見込＝負

担の關係にすぎないかについて反省がもたれるに至った。²⁷⁾ 訴訟關係は法律狀態と訴訟狀態との折衷的狀態ではないかというのがその主張である。

自由心証主義との関連においてこの議論を再思すればほぼつぎのようになろう。自由心証主義はかつてきわめて強度の自由心証主義であった。²⁸⁾ 裁判官の自由裁量の領域は非常に広がった。もちろん、自由裁量といっても論理則・経験則を逸脱してはならない²⁹⁾ ので、その程度の拘束はあったが、なお、殊に経験則の概念があいまいであり、しかも權威に対する信頼が根強かったので、自然に自由裁量の領域が広くならざるをえなかった。しかるに近來、裁判官の恣意が問題となり、次第にその裁量の限度を狭めようとの動き³⁰⁾ が出て來た。これは權威に対する盲従への反省のあらわれでもある。この場合、自由心証の自由も、論理則・経験法則に従わなければならないことはもちろん、論理則・経験則（合理性）の拘束も、法律的な根拠³¹⁾ を有するものとしなければならないと考えるようになった。さもないければ、合理性（実は裁判官の一方的判断）の名を借りてデリケートな専恣が横行することとなるからである。したがって、あるべき自由心証主義は、法律的な保障をもった「合理」的心証主義でなければならないこととなる。自由心証が、このような変質を余儀なくされているものとするれば、訴訟關係はすでに完全な訴訟狀態ではない³²⁾ こととなる（ドイツにはまだこのような動きは見られない）。

英米では、みるべき基礎理論がないことはすでに触れた。そこで英米法制の特色たる陪審と自由心証主義との関連を眺めてみる。もっとも英米には、起訴陪審と審理陪審とがあるが、ここでは審理陪審との関連に限ることとする（以下単に陪審と呼ぶ）。この点に関する最大の問題は、陪審制の審理は果たして自由心証主義を採っているかという問題である。陪審は12名の素人によって構成される。素人は証拠の価値判断について文字通り素人である。したがって、判断を誤り易い証拠資料をあらかじめ除いておく法技術である証拠能力制度が発達した。また、素人は家に帰ってから書類を調べるといった作業に慣れないところから、証人そのものを目前に顕出

する交互尋問制度が発達している。なかんずく、高度の経験則を類型化したところの証拠法の規制がきびしいので、一種の法定証拠主義であるとの声さえある。³³⁾ しかし、自由心証主義の自由とは、証拠の証明力判断に対して原則として法的拘束を加えないことを意味する。故に、証拠資料そのものを制限する法的拘束がいかにか厳しくとも、それは法定証拠主義ではない。依然として自由心証主義である。

英米においては自由心証 (free discretion) についての議論があまり行なわれない。しかしドイツにおいて行なわれないのと事情がいささか異なる。ドイツにおいては、専門家の理性的判断についての信頼が根づよくて行なわれないのに対し、英米ではその政治上の自由主義的な伝統から自由心証はごくあたりまえのこととして、議論の対象にならないのである。だが、下から自然に盛り上がった自由に根ざす自由心証主義であるので、英米の自由心証主義の方がより本質的なものといえる。³⁴⁾ この点ドイツの方は、上から与えられた自由心証主義の臭いが強く、どうも不自然の感が払拭しきれない。事実、輸入品だという歴史的伝統もある。不自然というのは、自由心証主義の自由が政策的考慮から極端化され、合理性を欠いている憾みがあるという点である。この点については後述の各国の保障体系の比較で漸次あきらかになるであろう。

ここで本論を進めるに当たって必要なもう一つの点につき立場を明らかにしておこう。

さきにも一寸触れたとおり、英米刑法理論は、経験的・帰納的であって、刑事訴訟の目的といった議論はあまりきかれない。それに対し、ドイツでは観念的・演繹的であって、刑訴の「目的」に関する議論がやかましい。目的をまずはっきりと定め、具体的問題をこれにしたがってコントロールしようとするやり方は、ドイツ的思考方法の特徴である。

刑事訴訟の目的に関する最大の問題は、裁判所の機能と関連する。裁判所の機能³⁵⁾ に関しては大別して二つの立場の理論がある。一つは「古典派」とも称すべきもの³⁶⁾ で、これは、裁判所も、検察官側と同じく、国家

の犯罪者に対する処罰機能を行行使するとみる考え方である。この場合、基本的には、裁判所も検察官側と同じ側に立つ。ただ、両者は、分担が異なると見るのみである。検察官は訴追を司り、裁判所は判決を司る。両者は相協力して治安の維持・犯罪防圧に奉仕するものである。もう一つは「新派」とも称すべきもの³⁷⁾で、これは、国家権力の発動たる処罰を司るのは検察官のみであって、裁判所はその国家権力の行使をコントロールする機能をもつとする。この場合裁判所は人権保障に大きな機能を果たすので、保障機能説という。ドイツではかつて前の立場（処罰機能説）が圧倒的であったが次第に保障機能説に接近しつつあるとあってよい。それはいわば折衷説である。したがって純粋な保障機能説はみられない。これは、ドイツの国家体制や国民性の然らしめるところである。

英米では、裁判所の機能理論についての際立った対立はみられない。ごくあたりまえに、保障機能説に立脚しているようにみうけられる。英米刑訴には伝統的に、「デュープロセス」や、「無罪推定」の考え方が根を張っている。これから推量するならば、裁判所の機能は、国家権力の不当な行使から、民衆を保護することをその使命としてきたとあってよい。最近パッカー (Packer) は、英米の訴訟を分析³⁸⁾して、① Due Process Model ② Crime Control Model としたが、“Due Process Model”こそ英米刑訴の伝統的な型だといってさしつかえない。

それならば、わが現行刑訴は、基本的には、処罰機能説と、保障機能説とのどちらの立場に立つと解しうるであろうか。これはきわめてむずかしい。直接の手がかりは、刑事訴訟法の第1条（目的規定）に求めるほかはない。第1条のごとき目的規定はそもそも旧刑訴にはなかった。現行刑訴になって新設されたものであるから、その実質内容は英米法の影響にもとづくものと推定することは難くない。一方、目的規定を法典の劈頭に掲げるなどというやり方はドイツ法的な伝統を踏襲するものといえる。ここにも現行刑訴法の混血児的な性格があらわれている。第1条はこのように混血児的な性格であるからその解釈にはかなりの幅があるとみてよい。従

来、通説と目すべき見解は、むしろドイツの処罰機能説に接近していた。しかし「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障を全うしつつ事案の真相を明らかに」するとの目的規定は、かつてあまりにも官憲主義的に傾きすぎていた日本にあっては、保障機能説に近い解釈論を展開し、³⁹⁾ 公共の福祉の維持は当然のことであって、アクセントは個人的基本的人権保障にあると解することが必要であろう。第1条はむしろ、実体的真実発見主義を標榜する規定ではあるが、それも、個人の人権保障に抵触しない限度においての主義と解すべきこととなる。このことは、たとえ99人を逸するとも1人の無実者をも罰してはならないとの思想に通ずる。考察の視点として基本的に以上の立場を貫きたいと思う。

自由心証主義にもタイプがある。私見によれば、ドイツ型とアメリカ型と日本型とに端的にわけることができ⁴⁰⁾る。しかしこれはさしあたりわたくし一個の見解であって、一般の承認をえたものではない。これらのタイプに共通する難点はなにか。それはまさしく自由心証主義の利点とうらはらをなす。自由心証主義の本質は証拠価値の判断（証明力の評価）を裁判官の自由裁量に（原則として）一任するところにある。自由裁量にゆだねるといっても完全な自由裁量ではなく、合理的なものでなければならないという内在的制約はある。しかしながらあくまで内在的な制約であるので、合理・非合理の判断は結局裁判官（もしくは陪審員）にゆだねられる。ここにまた最大の難点⁴¹⁾もある。

この難点をもう少し掘り下げてみる。二つの要素がからんでいることがわかる。評価者の評価は論理法則・経験法則（併せて経験則と呼ぶ。論理法則も広義では経験則の一種である）に従わなければならない。この場合、経験則は合理性判断の尺度すなわち道具として用いられている。しかもこの道具を駆使するのはほかならぬ評価者の理性である。したがって「人間の理性」と「経験則という道具」との二つの信頼性が吟味されなければならない。

人間の理性について絶対的な信頼がおかれていたのはすでに遠い過去の

話である。最近では専門家の判断もしくは知性人の理性について伝統的に信頼の厚かったドイツにおいてさえ批判が出て来ている。⁴²⁾ 英米ではもともと人間の理性に対する信頼はそれほど厚くない。さきに触れたアメリカン・リアリズム法学の巨頭フランクは職業裁判官も自己の判断の偏向を知るために精神医学者の診断を必要とするとさえ提言している。⁴³⁾ たとえばわが国でも松川事件などは偏見にもとづいた判決（但し下級審）ではないかと疑わせるに十分である。この場合、無罪判決を破棄差戻したS裁判官も、自ら偏向を意識してはいない。自己の良心にもとづき信念をもってそのような判決を下す⁴⁴⁾ ののである。だが第二次上告審によって終局的に決定した証拠判断に照らして考えれば、結果的には偏見にもとづいていたと判断するほかないこととなる。ここに自由心証主義のディレンマがある。真実発見のためには自由にしなくてはならない。さりとて自由にしておくとアンコンシャス (unconscious) に偏向が入ってくる。この点をなんとか是正し、人知の及ぶ限りの客観的なものに近付けなければならない。

もう一つの問題は判断の道具としての経験則に関してである。これについては先ず「判断の道具」という点に問題がある。反対論者は要旨次のように説く。⁴⁵⁾ 「経験則 (Erfahrungssatz) というものは通説の説くごとく、自由心証の外に在って自由心証を制約するといった種類のものではない。それは各人のもっている『合理性の判断』そのものである。裁判官は実際に証拠評価をなす場合に、自らの良心にしたがって判断するのみであって、別に外在的な経験則に合っているかどうかと考えるわけではない。このことは事実審裁判官について特に妥当することであるが、一方、事後審裁判官についても言えないことではない。事後審においては原審の事実認定が経験則に合っているか否かを判断する権能をもっている。そして経験則に違反すると判断したときには控訴理由ありとして破棄できるのであるが、この場合の経験則違反という判断は、別に客観的な経験則があってそれに反するというのではなく、唯事後審裁判官が『合理的でない』と考えたとき、これを『経験則違反』と称しているにすぎない。」

この反論は一理あるが、論者は経験則の概念規定につき特殊な見解を述べているように思う。論者のいう経験則は実は「合理性」そのものであって、それはいわゆる「経験則」ではない。私見によれば、経験則とは客観的たるべきものである。客観的なものでなければ経験則の名に値しない。さればドイツでも „allgemeine Erfahrungssätze“ とわざわざ *allgemeine* をつけて表現する慣わしである。したがって、一般性を有する高度の類型化された合理性のみを経験則というので、自由心証の外に在る準法則とみて差支えなく、⁴⁶⁾ 判断の道具と言って差支えない。

それにしても、わが国の最近の裁判において ① 自らの判断が先入主に左右されやすいこと、② 経験則が一般的なものに限られるべきこと、以上二つについての反省が必ずしも十分ではない。しばしば、① 信念にしたがって偏向をし、② 経験則を濫用しすぎる、という傾向がみられる。これらを是正する法律的体系がどうしても必要である。

以上、わたくしは先ず、典型的事例をとり上げて、死刑と無罪との差が証拠の差ではなくて、評価の差であることを指摘した。ついで、自由心証主義の二大潮流のそれぞれの特質を概観して、わが国の自由心証主義の位置づけを行なった。更に、裁判の機能に関する基本的立場を示して、考察の視角を定めた。そして最後に、自由心証にまつわる難点をつきつめて行けば、評価者の能力の限界という暗礁に乗り上げることを指摘した。そこで問題は、この能力の限界（主観性といってもよい）をいかにして突き破り、制度的保障を確立するかに在る。評価者の価値判断の微妙な差異は、自由心証を採る以上やむをえない。重要なのは、いかにして心証形成を客観性あるものに近づけるか、である。各国の刑事訴訟法は各々それなりの体系をもって、自由心証の欠陥是正を図っている。以下、それを考察して、わが刑事訴訟法における自由心証の客観性保障体系の検討に資したいと思う。

- 1) この事件の持つ問題性については、大竹武七郎・大野正男・内田 博「事実認定における裁判官の判断——幸浦・二俣・小島事件判決の実証的研究——」

- 『法律時報』36巻2号30ページ以下。
- 2) 参照, 真野 毅「最高裁の11年——判決の思い出」, 同編著『裁判と現代』(昭和39年)4ページ以下。
 - 3) A. Trusov, *An Introduction to the Theory of Evidence*, 1964, p. 150 f. は法定証拠主義について若干の素描を行なっている。
 - 4) A. Trusov, *op. cit.*, p. 149.
 - 5) A. Trusov, *op. cit.*, p. 151.
 - 6) Cf. A. Trusov, *op. cit.*, p. 152.
 - 7) Cf. A. Trusov, *op. cit.*, pp. 150, 152. なお参照, 拙稿「H・コンラート著・1794年制定プロイセン一般州法の精神的基礎」中京商学論叢 12巻3号。
 - 8) Cf. A. Trusov, *op. cit.*, p. 154,
 - 9) 平野龍一「証拠排除による捜査の抑制」『刑法雑誌』7巻1号, 2・3・4合併号。
 - 10) A. Trusov, *op. cit.*, p. 154.
 - 11) 科学的証拠に関する証拠法については, Cf. David N. Smith, *The Law of Confessions and Scientific Evidence*, 1963, p. 113 f. 「科学的証拠」の法規制の問題については, わが国では未だ十分に論じられていない。捜査の科学化が叫ばれ, 実際にかなり科学化が進展しながら, それに対する証拠法が立ち遅れている現状は危険である。その意味で, ここに掲げたスミスの労作は大いに参考となろう。該書は第三部科学的証拠の法の中に13の章を含み, 順次, 「科学的証拠に関する基本原則」「血液中のアルコール検査とその他人体からの検出物」「呼気中のアルコール検査」「覚醒剤の影響度決定のための Nalline Test」「科学的スピード測定方法」「血痕及び血液型の分析」「嘘発見器, 嘘防止剤及び催眠術」「写真証拠——静的(スチール)写真, 映画及びレントゲン写真」「指紋, 足跡, 靴型及びわだち跡の証拠」「筆蹟及びタイプ印刷の同一性」「弾道と火器」「その他の科学捜査と鑑定」「盗聴とその他の電器による盗み聞き」を論じている。この問題についてはいずれ機会を見て論じたいと思っている。
 - 12) A. Trusov, *op. cit.*, p. 155 は「裁判官は常にそして現在も依然として支配階級の政治的の代表である。かくして, ブルジョア裁判官の思想 (ideas), 良心, 内面的確信 (conviction) は, 彼の支配階級の代表としての社会的地位及び生活経験によって作られた限界を乗り越えることは不可能である」とする。重ねて同書 p. 156 は「資本主義社会における裁判官はブルジョア階級の政治的の代表であるから, 彼の良心と内的確信とにしたがって, 裁判をするとき, ブルジョア階級によって制定された法とブルジョアの観念とによって不可避免的に指導される。すなわち, 基本的には労働者階級の利益と対立するブルジョア階級

の利己的權益の表現たるブルジョア的法思惟と道徳的原則とによって指導される。この見地からするならば、ブルジョア裁判官は、単に犯罪と犯罪人との政治的・法律のかつ倫理的側面に対してのみでなく、証拠の評価や被告人の有罪無罪に対しても、階級的偏見から無関係にアプローチすることは不可能である」とする。このような考え方は階級対立を前提とする社会観によって特に強調されるところであるが、ひとまず階級対立を捨象して考えてみても、証拠の価値判断が評価者の人格傾向によって左右されることは否めないであろう。

- 13) フランクはその著書の殆どで “The Judging Process and the Judge's Personality” を論じているが、ここでは邦訳の出していない二論策を掲げておこう。Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930, p. 108 f. ; *What Courts do in Fact?* 26 *Illinois L. Rev.* 645, 761, (1932), p. 1 f. なおこの両論著の簡明な紹介については、野村好弘「法に関するシェローム・フランクの現実主義的仮説」『経験法学の研究』所収。
- 14) 最近この点につき心理学の面から実証した著作として、James Marshall, *Law and Psychology in Conflict*, 1966 がある。この紹介としては拙稿「ジェームス・マーシャル著『法に挑む心理学』」『中京法学』二巻1号、ジェームス・マーシャルは、心理学的に見ると、現行訴訟制度は、見せかけ、(Make-believe) 原則に支配されていると強調する。
- 15) たとえば上田誠吉・後藤昌次郎『誤まった裁判』213ページ以下は、この事件の問題性を次のように描写する。「幸浦事件の近藤勝太郎の自白は、実に念入りにつくられていた。警察はまず警察犬と鉄棒を使って、砂浜に埋められた死体のありかをつきとめた上で、その場所に死体を埋めたという自白をさせ、いかにも自白によって初めて死体が発見されたようにつくろった。埋めた者でなければ知ることのできない場所から死体が発見されれば、なるほどその自白は信用できることになろう。被告のこの訴えに対して、差戻し前の二審判決は、実験則上も僅か4尺位の鉄棒で3尺以下に埋めてあった死体を突きあてることは不可能であるから被告の主張は信用できない、と断定した。実験則とは経験則という程の意味である。ところが差戻し後の二審裁判所が実際に実験してみたところ、1カ月前に掘ったことのある遠州灘の砂浜は、普通に歩きながら片手で突く程度で実に容易に鉄棒はつきささったのである。」以上が事実関係である。そしてこのことは次のごとき予断偏見を意味する。すなわち、「裁判官の自由心証に登場した実験則とは、警察がそういう不正をやるわけがないという独断にいろどられて、彼が自ら宙に描いた『法則』にすぎなかった。」
- 16) この点につき安倍検事の次の言葉は大いに参考となろう。「第一に英米法はその本質において『人間の弱点の学』(Science of Human Weakness) であ

る。大は三権分立の制度における抑制と均衡の思想から、小は反対尋問の技術にいたるまで、英米法の諸制度に人間の不完全さと弱さを正面から肯定しながら、しかもその上にできる限り合理的なものをつくり上げて行こうとする、謙虚で人間的な努力のあらわれとの見ることができる。それは青写真と現実との間のへだたりを、擬制された完全人の道義的努力によってうめようと期待する大陸法の尊大および樂觀主義とは本質的に異なるものを含んでいる。」(安倍治夫『刑事訴訟における均衡と調和』はしがきⅡページ)

- 17) 繰りかえしこの点を強調するものとして、*J. Marshall, op. cit., pp. 8, 40, 101~102, 103~104, 106~107.* すなわちマーシャルは、心理学的に見れば、採証法則(広義)には、人間の能力の限界からくる誤謬が多数あり、現行審理制度ではこの過誤を訂正するすべがない。よろしく、経験科学の力を借りて、この欠陥是正のために早急に手を打つ必要がある。さもなければ、法はその社会における存在意義を失うであろう、と警告する。
- 18) ドイツにおいてこの欠陥が意識され始めたのはそれほど古いことではない。20世紀初頭まで、ほとんど気づかれていないと言ってよい。たとえば1904年刊の *Binding, Grundriss des deutschen Strafprozessrechts, 5. Aufl.* の証拠法 (*Vom Beweise*) のどこにも、その種の警戒の色は見られない。1897年刊の *Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrechts* においても同様である。法定証拠主義を克服するのに、おそらく精一杯だったのであろう。
- 19) 安倍治夫前掲論文は説く。「第二に、英米法は正しい『合理性の感覚』の上に立脚しているように思われる。合理性の感覚とは、現実の矛盾と価値対立を正面から肯定した上で、価値の均衡と調和をどこに見出すべきかを指向する英知の作用にほかならない。それは、現実のカオスのうちに虚構のコスモスを見出そうと努め、統一的説明原理の発見をもって学問の目的と考えがちな大陸法の感覚とは本質的に異なるものである。」英米法と大陸法との違いを基本的にこのようにとらえるのが一般である。たとえば、*Talks on American Law ed. by Harold J. Berman, 1961* (邦訳『アメリカ法のはなし』伊藤正己ほか(昭和38年)) 所収の論文 *Philosophical Aspects of American Law* は次のように述べる。「一方、多数のアメリカ人は法哲学というものを全く信頼していない。しばしば次のようにさえ言われる。アメリカ法はイギリス法と同様に、その方式は経験的である。アメリカ法のケースバイケースもしくは問題毎に实际的解決を考え、体系的な原理や包括的理論に頼ろうとしない、と。著名な裁判官の一人 *Oliver Wendell Holmes, Jr.* は「法の生命は論理ではなくて経験である」と述べている。多数の人の言うところによれば、「法の生命たる経験——ことに法的経験——はプラグマチックな用語としてのみ理解できることであり、次々に生起する事柄は単に皮相的に関係があるように見える多

数の原因の結果にしかすぎない」(op. cit., p. 222, 邦訳 242ページ)。ほかに英米法の哲学的側面に関する要をえた紹介として, *Philosophical Jurisprudence, in American Jurisprudence* ed. by Thomas A. Cowan, 1956, pp. 11~101.

- 20) 陪審制度研究の邦語文献の双璧としては, 熊谷 弘『英米陪審制度の運用とその批判』司法研究報告書 第11輯 第3号及び田辺公二「米国における事実認定の研究と訓練」『事実認定の研究と訓練』所収をあげることができよう。前者は, Fr. X. Busch, *Law and Tactics in Jury Trials*, 1499; Jerome Frank, *Courts on Trials*, 1949; Sir Patrick Devlin, *Trial by Jury*, 1956; Glanville William, *The Proof of Guilt*, 1955; D. W. Broeder, *The Function of the Jury, Facts or Fictions?* 21 *Uni. of Chicago L. R.* pp. 386~424 の紹介を主とし, 後者は, アメリカにおける陪審制度研究の現状を余すところなく伝えている。両著に文献はほぼ尽くされているが, なお最近目に触れたものとしては, Samuel W. McCart, *Trial by Jury*, 1964 (本書は副題として *A Complete Guide to the Jury System* と示されているごとく, 余り専門的学術的な著作ではない)。同種のものとして, Benjamin Kaplan, *Trial by Jury, in Talks on American Law*.
- 21) ゴルトシュミットはその著『法律状態としての訴訟』(James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925) において, 自由心証とに関連して次のように論じている。「民刑両訴訟における証拠判断の結果 (Beweisergebnis) もまた, 民訴286条1項並びに刑訴261条の自由心証主義に妥当するかぎりにおいては, そもそも法律状態としてはとらえられない。なぜなら, 裁判官が証拠をどのように評価するかという見込みは法律的に十分に保障されているわけではないからである。一般的経験則にしたがって一定の証拠評価が十分に予測可能であるならば, 自由心証の範囲内において訴訟的法律状態を認めうるであろう。一般的経験則というのは成文上の拘束に比して法律状態の保証としては効力が弱いから, 事実認定の再審査への利用は疑問であるとの見解は, 殊に証言の領域における自由心証に反対する逆行的動きの中に看取される。ウィリアム・シュテルン編著『証言心理学論叢』は, 証言の領域における心証形成の自由は或る状態——それは訴訟というものを「遊び」として強烈に印象づける——にあると我々に示した。したがって次の事実を認めることはやむをえない。すなわち, 『民事訴訟において証言——経験上最悪の証拠——はできるだけ排斥され, ことに, 実験心理学によって明らかにされた経験則は成文上の証拠法則にまで高められ, 訴訟は再び法律状態と同種の性質のものになる。』この条件を欠いているかぎり, 有利な事実認定への実質司法法的 (materielljustizrechtliche) 見込みはみずから空中に浮動するものとなる」(同書257ペー

- ジ)。ゴルトシュミットも自由心証の内在的制約の中に、実体面が法律状態的になりうることを予測していたのである。
- 22) この問題に関する論策としては、鴨 良弼「刑事訴訟における訴訟対象の論理的構造(1)(2)(3)」『法学』19巻2, 3, 4号, 渥美東洋「訴訟的考察方法の妥当領域」『法学新報』68巻12号。
 - 23) 団藤重光「訴訟の発展と判断の標準」『訴訟状態と訴訟行為』所収。
 - 24) 団藤重光「訴訟行為の追完」前掲書所収。
 - 25) Vgl. Goldschmidt, a. a. O., insbesondere S. 253 f.
 - 26) 昭和6年, 兼子 一「訴訟継承論」がわが国に紹介し, 昭和16年, 団藤重光「訴訟の発展と判断の基準」前掲によって一応の地位を獲得した。
 - 27) 中野貞一郎「訴訟状態説とその難点」『民商法雑誌』35巻1号。
 - 28) ドイツにおける鑑定人 (Sachverständiger) の地位の変遷の中にもこの動きは看取される。たとえば自由心証主義輸入の当初においては鑑定人は単なる証拠方法 (Beweismittel) であったが, その後次第に, 裁判官の補助者 (Richter Gehilfe) となってきている。たとえば, Karl Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898, S. 445 は鑑定人をはっきり証拠方法ととらえているのに対し, Hellmuth Mayer, Der Sachverständige im Strafprozess, Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 463 は裁判官の補助者たるところにその特質があると明言している。
 - 29) K. Kuchinke, a. a. O., S. 176 は, この内在的制約は立法者とは無関係で, その時代の経験則そのものであるとする。
 - 30) K. Kuchinke, a. a. O., S. 179 は, これを経験則の客観化によって実現しようとする。
 - 31) K. Kuchinke, a. a. O., S. 187.
 - 32) 参照, 三ヶ月 章『民事訴訟法』147ページ以下。
 - 33) たとえば団藤重光「自由心証主義」『刑事法講座第2巻』所収。
 - 34) この点については近く予定している「英米法における自由心証主義の発生」(仮題)において詳論するつもりである。わたくしは, 陪審制度において自由心証主義は必要不可欠のものであるとの仮説を抱いている。といってもこの見解はわたくし自身の創始ではない。田中和夫「証拠法の基礎理論」『法律学大系第二部法学理論篇』所収(昭和28年)は次のように説く。「フランス革命期においては, 政治上の目標がイギリスの制度であったと同様に, 刑事法改革の目標もイギリスの制度であったのであって, フランスの革命立法は, イギリスの制度に倣って, 刑事陪審の制度と自由心証主義とを採用し, ついで民事訴訟においても, 自由心証主義を採り, これらの制度が他の大陸諸国にも継受されたのである。イギリスはゲルマン民族に属するアングロ族・サクソン族の建て

た国であるから、古くはゲルマン古法の形式的証拠主義が行なわれていたが、第13世紀頃に国王裁判所において陪審裁判が行なわれるようになり、陪審裁判では陪審の自由心証によって事実を認定するようになった。」(26ページ)。だが陪審裁判になって直ちに自由心証主義が採用されたのではなく、その当初は法定証拠主義であった。その経緯は次のように説明される(この点はきわめて重要なので煩をいとわず長文を引用する)。「第16・7世紀においてまず問題となったのは、証人の証言が陪審の評決の主たる基礎となったことと関連して、2人の信用しうべき証人の証言が完全証拠をなし、従ってまた1人の信用し得べき証人の証言は二分の一の証拠であるとの法則を中心とした法定証拠主義(寺院的数の法則)の支配を受けるか否かの問題であった。イギリスにおいても宗教裁判所はこの法則をそのまま採用し、宗教裁判所の訴訟法(職権主義的訴訟法)を模倣した訴訟法をもっていた衡平法裁判所及び星座裁判所(Star Chamber)の証拠法も多分にその影響を受けていた。元来ゲルマン古法においては一人の宣誓はそれだけで当然に一つの宣誓としての価値を持つとしていたのであってその思想がまだイギリスに残っており、かつ寺院法の法律家が普通法の法律家よりも優れていて勢力があったから、普通法裁判所においても寺院法の数の法則の影響を受ける傾向があった。しかし第16世紀後期から第17世紀初めにかけての普通法裁判所と宗教裁判所及び行政府裁判所との権限の争いによって、普通法とローマ系統の法との対立が明瞭に意識され、第17世紀の中頃に至って普通法裁判所は確定的に数の法則の支配を拒絶した。そして証言の価値は、数人(証人の誤植ならん——庭山注)の数によらず証言を反対尋問の結果その他の方法によって検討して決する、換言すれば証言の価値を量によらず質によって決定することとした。法定証拠主義を拒否して自由心証主義を採用したのである。」(同86-7ページ)。なお、普通法裁判所が **formalism** から **Free Discretion** へと移行する過程については、Wigmore, *On Evidence*, 3rd, ed., 1940, § 2032 に詳細な説明がある。

- 35) この点については鈴木茂嗣「刑事司法の機能」『法学論叢』74巻1号, 2号。
- 36) たとえば, Sauer, *Grundlagen des Prozeßrechts*, 1919, S. 81 ; E. Kern, *Strafverfahrensrecht*, 3 Aufl., 1953, S. 1 f.
- 37) たとえば, Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 1953, S. 100 ; Eb. Schmidt, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil I, 1952, S. 29 f.
- 38) H. L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 *U. Pa. Law Review* 1 (1964).
- 39) 平野竜一『刑事訴訟法』19ページ。
- 40) 類型的な分類であるが、ドイツ型は自由心証への抑制が弱く、アメリカ型は

強く、日本型は中間的である。なおドイツ型の自由心証主義は次のような点に力点を置く。① 裁判官は自ら心証形成しなければならない。② 裁判官は自己の心証形成を慎重に検討しなければならない。③ 裁判官は十分な根拠にもとづいて心証形成をしなければならない。以上の三要件を欠く場合には自由心証違反となる。この点につき Vgl. Kurt Kuchinke, *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz*, 1964, S. 207. ここでは内在的制約以外のいかなる制約も意識していない。

- 41) 事後審においても、この難点は事実審となんら変わりはない。
- 42) ヒッペルなどはつとにこの点を指摘している (Hippel, *Der deutsche Strafprozess*, 1941, S. 386)。最近では鑑定機能と絡み合って、問題提起がなされている (H. Mayer, a. a. O., S. 455 f. insbesondere SS. 456, 465, 466, 469, 471, 476)。鑑定人の意見を重視せんとする一般的風潮はとりもなおさず、裁判官の評価能力への警戒を示すものである。H・マイヤーも法定証拠主義時代には鑑定結果に拘束性があったが、自由心証主義の初期は「無制約自由心証」(unkontrollierte freie Beweiswürdigung) であって鑑定結果に拘束性がなかったと述べている (同書465～6ページ)。
- 43) J. Frank, op. cit., p. 250 (古賀訳403ページ)。フランクは同書注で、この提言は Trial Judge に限られないと付言している。
- 44) わが国の裁判官任用制度では、悪意的に事実認定を歪曲する類の裁判官はまず考えられない。彼らが最善を尽くしながら、しかも主観性を脱却しえないところに一番の問題がある。
- 45) 斎藤朔郎「事実認定論」『刑事訴訟論集』所収92—8ページ。
- 46) K. Kuchinke, a. a. O., S. 187 f. は、これを明言する。その他この点に関しては Werner Sarstedt, *Die Revision in Strafsachen*, 1962, S. 239 ; E. Kern, a. a. O., S. 57.