

## 自由心証の抑制について(二)

庭 山 英 雄

### 内 容

- 一、序 説 (二卷二号)
- 二、大 陸 法 の 場 合
  - 一、歴 史 的 考 察
    - 一、わが国における研究状況
    - 二、ドイツ刑事手続の歴史の概観
    - 三、近代的自由心証主義の成立 (以上本号)
    - 四、古典的自由心証主義の発生と消滅
    - 五、カロリナ法典の歴史的意義
  - 二、理 論 的 考 察
- 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

### 二、大 陸 法 の 場 合

#### 一、歴 史 的 考 察

##### 一、わが国における研究状況

「その歴史を知らなくても現行法を知ることができる。しかし完全に理解することはできない」とは、碩学 Hippel の言葉であった。<sup>1)</sup> わたくしも大陸法 (といってもドイツが中心となるが) における自由心証の抑制の在り方を探るについて、先ずその歴史的背景を掴んでおこうと思う。<sup>2)</sup> このような目的のための歴史的考察であるから、必ずしも編年史的である必

要はないであろう。重要なテーマを選んで解決していくといった方法をとってみたい。その前提として、さしあたりわが国における自由心証の歴史の研究状況から見てみよう。

わたくしの知るかぎりにおいてはこの問題についての本格的研究はまだ出ていない。簡単なものとしては、故斎藤朔郎判事の手になるもの（「自由心証の歴史」刑事訴訟論集昭和40年226ページ以下）、鴨良弼教授の手になるもの（「自由心証主義の歴史的背景」刑事訴訟法講座第2巻昭和39年95ページ以下）とがある。<sup>3)</sup> やや詳しいものとしては、時代を限定してはいるが、内田一郎助教授の手になるもの（「ドイツ刑訴における自由心証主義の成立」斎藤金作先生還暦祝賀論文集昭和38年263ページ以下）がある。<sup>4)</sup>

以上三つはそれぞれに鋭い指摘をしている。第一の斎藤論文は、証拠法の歴史が「非合理的証拠法から合理的証拠法に、自由心証主義から法定証拠主義に変遷し、最後に両者を止揚して、現代の自由心証主義に到達した」、とする（前掲書230ページ）。証拠法の歴史が非合理的なものから合理的なものへと進化していることについては何人も異存はあるまい。<sup>5)</sup> しかし、かつて一世を風靡した糾問手続の法定証拠主義以前に自由心証主義があったのであろうか。たとえあったとしても、現代の自由心証主義とどこが違うのであろうか。<sup>6)</sup> そういった疑問はなくなる。また、現代の自由心証主義が法定証拠主義と古い自由心証主義との両者がアウフヘーベンされたものとしているが、そこにいう「止揚」とはどういうことなのか（哲学的意味ではもちろんない）、明らかではない。更に、「寺院法は、第12世紀から第14世紀にまたがっているのであるが、その初期の証拠法はローマ法の継受であって、実質的証拠主義により、自由心証主義であった」、とされる（同書228ページ）が、12世紀における自由心証主義の存在というのも驚異<sup>7)</sup> である。

第二の鴨論文は、これらの疑問にある程度答えてくれている。ローマ法の共和制時代は手続は原則として弾劾構造であって、裁判官による証拠評価の自由も考慮されていたが、その評価の自由とは、近代法における自由

心証主義のいう「自由」とはその意味が異なることを指摘される（前掲書96ページ）<sup>8)</sup>。また、近代的自由心証主義が、古典的自由心証主義<sup>9)</sup>と法定証拠主義との対立の止揚されたものであるという点については、その間に「糺問型の消極的理論」つまり「法の要求する一定量の証拠が存在しても、なお、裁判官が有罪の確信がえられないときは、例外として無罪の言渡しが可能」という理論の存在を指摘<sup>10)</sup>して（同書100ページ）、両主義の関係について一つの示唆を提供している。しかし当鴨論文において最も注目すべき点は、かの有名なカロリナ法典に対する評価の点である。すなわち、鴨教授は、「カロリーナ法典は、糺問手続の法定証拠主義を完全に脱けきらないものではあるが、それでもなお、自白の評価や間接証拠の理論をめぐって近代法の自由心証主義への歩みを示している」、ときわめて重要な発言をしておられる<sup>11)</sup>のである。もしこれが事実ならば、大陸法独自の自由心証主義の発生も考えられないわけではない。わたくしはすでに本稿の序説（2巻2号）において、大陸法の自由心証主義も外国法継受の所産にはかならないとの「仮説」を掲げているが、この点について重大な反省を迫るものとなる。最近のラートブルッフの編著書（G. Radbruch, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 1960）におけるカロリナ法典に対する評価はこのように積極的なものではない。<sup>12)</sup>

第三の内田論文は、証拠法の歴史を、「形式的証拠主義 → 法定的証拠主義 → 自由心証主義」という三段階に分類し、<sup>13)</sup> ドイツの主要文献<sup>14)</sup>に自ら語らせる方法をもって、自由心証主義の成立過程を裏付けている。この論文では、自由心証主義の発端は「拷問の廃止」にあるとされ（前掲書274ページ）、消極的法定証拠主義の発生が自由心証主義への第一歩であるとされる（同書277ページ）。しかし、形式的証拠主義と次なる法定証拠主義との間に、いわゆる古典的自由主義の介在することについての指摘はない。この場合には、現在のいわゆる近代的自由心証主義は、古典的自由心証主義と法定証拠主義との止揚の所産ではなくて、近代的自由心証主義は法定証

拋主義に取って代わるものということとなろう。

最も研究の遅れていると思われる自由心証主義の「歴史」についてさえも、邦語の文献だけから、その大体の流れはわかる。わたくしが本稿（大陸法における自由心証の歴史の部分）を草するに際しても、いくつもの重要な示唆を受けた。と同時にいくつかの重大な疑問を抱かされた。これらの疑問をこれから解決していかなければならない。手はじめにドイツ刑事手続の歴史について概観しておこう。<sup>15)</sup>

- 1) Robert von Hippel, *Der Deutsche Strafprozess*, 1941, S. 13.
- 2) ドイツ刑訴の概説書には必ず歴史的考察がなされているが、前掲 Hippel のものがもっとも簡にして要をえている。なお Hippel 著の *Deutsches Strafrecht, Bd. I, Allgemeine Grundlagen*, 1925 には 338 ページに亘る詳細な刑法の歴史的考察がなされており、刑事訴訟の歴史についても触れられている。この種のものとしては Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., 1965 とともに双璧であろう。Hippel の刑法・刑訴法に関する二著は、解釈論のみならずその歴史的ならびに比較法的考察において水準を抜いている。ドイツ刑事法学者として真に「碩学」というにふさわしいといえよう。
- 3) とともに歴史的考察を主とする独立論文ではなく、それぞれ「自由心証の運用について」（斎藤論文）、「自由心証主義」（鴨論文）中の一章である。
- 4) これがわが国の自由心証の歴史に関する唯一の独立論文であろう。
- 5) 団藤教授は証拋法の発展の歴史を、第一に素朴的時代、第二に宗教的時代、第三に合理的時代（これは更に法定証拋主義時代と自由心証主義時代とに分れる）との三つの時代に分類する（団藤重光『新刑事訴訟法綱要七訂版』昭和42年207ページ）。ジュオン・デ・ロングレエの分類、第一、原始的・宗教的もしくは超自然的証拋の時代、第二、合理的証拋もしくは法定証拋の時代、第三、自由な証拋もしくは内面的確信（自由心証）の時代、も参考となろう（ジュオン・デ・ロングレエ著野田良之訳「証拋 *La Preuve*」法学協会雑誌 84 卷 2 号 昭和42年2月号225ページ以下）。
- 6) 鴨教授によれば、ローマ法におけるそれは「近代法でいう自由心証主義と異なり、論理則や経験則の基礎の上になった合理的な裁量を意味するものではなく、多分に裁判官の主観性の強い恣意的な内容を持っていた」とされる（鴨良弼『刑事証拋法』昭和37年 379ページ）。同旨は、鴨良弼「真実発見と法技術」『刑事訴訟における技術と倫理』昭和39年所収 152～3ページにも見られ

る。

- 7) カノン法の初期において自由心証主義であったことについては他のわが国の研究者は言及していないが、どうもそれは事実らしい。たとえば Küper はドイツ糾問手続の初期においては、糾問手続でありながら、一種の自由心証であったとしている (Wilfried Küper, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, 1967, S. 126)。どのような法制においても、自然発生的には「自由心証」——近代法におけるそれとは異なるにせよ——の型をとらざるをえないものようである。この点については後に検討する。
- 8) この論文はむしろ学生向けのものであり、より詳しくは前掲論文「真実発見と法技術」参照。
- 9) 叙述の便宜上、わたくしは英仏法継受以降の自由心証主義を「近代的自由心証主義」と呼び、法定証拠主義以前に存在したそれを「古典的自由心証主義」と呼ぶ。
- 10) わたくしはこの理論を端的に「消極的法定証拠主義」と呼び「積極的法定証拠主義」と区別する。もっともこのような名称の区分はすでに前掲齋藤論文および後掲内田論文になされているので、独自の目新しいものではない。唯、鴨論文においても又種々のドイツ文献においても、「消極的理論」もしくは „negative Beweistheorie“ とのみ述べられていて、その内容が必ずしも明確ではないので特に付言する次第である。たとえば鴨教授は、Gerland, *Der deutsche Strafprozess*, 1927, S. 24f. を引用して「ドイツの訴訟法学者は、法定証拠主義と自由心証主義とを区別するのに、一般に前者を消極的証拠論、後者を積極的証拠論として、証拠評価の動態性をその区別の基準としている」と説かれる (刑事訴訟法講座2巻 94ページ 注(3)) が、ここでの「積極的」「消極的」の意味内容と、わたくしの用いるそれとは明らかに異なる。なお、わたくしは自由心証主義にも、積極的なそれと消極的なそれとの二種があり、自由心証主義自体も前者から後者へと移行しつつあると考えるものであるが、この点については更に論証を必要とすることはいうまでもない。
- 11) 鴨教授はこの点については前掲書『刑事訴訟における技術と倫理』155ページにおいても触れられる。同じ法典についてでありながらその評価は見る人によって異なっている。たとえば団藤教授はカロリナ法典について触れるが、カロリナ証拠法を法定証拠主義の典型のように見ている。(団藤重光「自由心証主義」『刑事法講座第六巻』昭和28年 1115ページ)。その他披見しえたすべての概説書においても同様である。
- 12) ラートブルフは、カロリナ法典が拷問によってえられた自白の処遇について配慮をしていることは認めている (G. Radbruch, a. a. O., SS. 17~18) が、

そのことを「近代的証拠法への第一歩」というように高く評価していないのである。ラートブルフの同著を引用する内田助教授もこの点について同様である。カロリナ法典についてはなお研究の余地があろう。

- 13) 前掲齋藤論文は形式的証拠主義に対して真実発見を意識するものを実質的証拠主義としている。なお英文でしばしば表現される“**the system of formal evidence**”は「法定証拠主義」であって「形式的証拠主義」ではない。法定証拠主義は真実発見を意識する合理的証拠主義の一種なのであって、真実発見を意識しないところの形式的証拠主義とは異なる。さきにわたくしは **the system of formal evidence** を形式的証拠主義と訳出したことがあった（拙稿・書評・アレクセイ・トルソフ著『ソビエト刑事証拠法序説』中京法学第1巻第2号131ページ）。それは二つの原因による。一つは直訳したことであり、もう一つは法定証拠主義は真実発見を意識しないと理解していたことである。この機会に改める。

- 14) ここで序でに本文中に掲記の三論文に引用されているドイツ文献を示しておこう。その立論の根拠を知る上に便宜であると考えられるので。

Gerland, *Der Deutsche Strafprozess*, 1927.

Peters, *Strafprozess*, 1952.

Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 1953.

Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1951.

以上齋藤論文,

Ursula Westhoff, *Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts*, 1955.

Geib, *Der römische Kriminalprozess*, 1942,

Gerland, a. a. O.

Hippel, *Der deutsche Strafprozess*, 1941.

以上鴨論文,

H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 2 Aufl., 1906.

J. Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, 1883.

U. Westhoff, a. a. O.

G. Radbruch, herausgegeben und erläutert, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, 1960.

R. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, I, 1925.

J. Glaser, *Die geschichtlichen Grundlagen des neuen Deutschen Strafprozessrechts in v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozessrechts*, I, 1879.

J. Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, 1883.

V. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts, 1892.

U. Westhoff, a. a. O.

A. Geyer, (論文名記載なし), in v. Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafprozessrechts, I, 1879.

J. Glaser, Handbuch des Strafprozesses, I, 1883.

以上内田論文。

- 15) 次章の叙述は、主として Eduard Kern, Strafverfahrensrecht, 7. Aufl., 1967, S. 282 f.; ders, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., 1965, S. 322 f. をもととし, R, v. Hippel, a. a. O., S. 13 f.; Heinrich Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953 等をもって補完したものである。ケルンの所説ととくに異なる点については注記によって明らかにしてある。

## 二、ドイツ刑事手続の歴史の概観

わたくしは現行ドイツ刑訴法はドイツ固有法が過去二回に亘る大きな外国法継受という試練を受けてでき上がったものと考えている。第一回は15-6世紀頃のローマ・カノン・イタリア法継受であり、<sup>1)</sup> 第二回は18-9世紀のイギリス・フランス法継受<sup>2)</sup> である。継受といっても、土着法が外国法によって全くとって代わられてしまうということを意味しない。受け入れる側に受容するだけの社会的・精神的土壌がなければ外国法継受も花咲くことはできない。<sup>3)</sup> したがって継受後に現われる法制は、その混合の度合こそ異なれ、必ず両国法の混血の所産である。<sup>4)</sup>

古代ドイツ(ゲルマン時代、前1世紀頃から5世紀後半まで)<sup>5)</sup> においては、まだ民事と刑事との区別がはっきりしていなかった。これは原始法制においてはどこにでも見られる現象である。このような民刑混淆の裁判は当時きわめて民衆訴訟的なものであった。すなわち、同胞の全部が集会に集まって、事件の解決について相談するのであった。そして、法に詳しい人の提案にもとづき、多数決によって決定された。手続構造は弾効的であり、口頭・公開主義であったといえる。訴訟は被害者もしくはその親族の訴えによって、一定の日に小高いところの古木の下で開かれた。証拠法

は形式的証拠主義であって真実発見を目的とはしていなかった。<sup>6)</sup> 証拠方法としては第一に被告人自身の潔白宣誓 (Reinigungseid) である。次いで宣誓補助者の宣誓制度がある。これは近代法の証人のように直接体験を証言するものではなく、被告人の潔白宣誓の真否につき判断を述べる方式である。宣誓によって解決しないときには決闘によって決められた。宣誓や決闘によりえない場合には神判が用いられた。<sup>7)</sup>

フランク時代<sup>8)</sup> になって以上の民衆訴訟はやや形式化され、百人組法 (Hundertschaftverfassung) によって規律された。これはカール大帝の頃 (764—814年) まで続く。カール大帝の時代に有名な「フランクの糺問手続」が形を整えた。すなわち、国王に任命された裁判官は重大犯罪については信頼のおける証人に宣誓の上嫌疑者を指名させ、指名された容疑者は宣誓または神判・決闘によって嫌疑を晴らさなければ処罰された。立証手続は依然として形式的証拠主義ではあるが、ゲルマン時代よりやや進歩している。<sup>9)</sup> 訴訟構造は当事者訴訟型式が後退して強い糺問主義になっているところに特色がある。フランクの糺問手続はやがてイギリスに入って陪審手続の原形となるが、そこでは糺問型式が払拭されてしまうところに社会構造が裁判構造を左右する要素であることを示して興味ふかい。この点についてはいずれ改めて論ずる。

中世後期 (10—15世紀)<sup>10)</sup> になって漸く都市では刑事手続の改革が行なわれ始めた。弾劾手続 (Anklageverfahren) は全く姿を消して、糺問手続によって取って代わられた。<sup>11)</sup> そこでは同一人が裁判官と訴追者とを兼ねているところに一番大きな特色がある。したがって被疑者は文字どおり糺問の客体でしかなかった。証拠法の領域では形式的証拠主義はすでにすたれ、真実発見が明確に意識された。宣誓補助者の制度はなくなって、自己の直接体験を供述する証人が登場してきた。ここに近代的証人制度の発端がみられる。しかし立証手続の中心はなんといっても被疑者の自白であった。この自白をえるためには拷問も許された。厳しい法定証拠主義だったわけである。そのコロラリーとして秘密主義・書面主義も次第に強化さ



れていった。

やがて15世紀に入ってローマ法継受の最盛期に入ることとなる。当時ドイツの固有法は種々の欠陥を蔵していた。一步すすんだイタリア刑訴法（ローマ・カノン法を母胎にして北部イタリアで独自に発達）がドイツに滲透してきたのは当然のなりゆきであった。イタリア糺問手続の影響を受けてドイツでは糺問主義が益々盛んとなり拷問も以前より激しく行なわれることとなった。<sup>12)</sup>

中世イタリア法は殊に *doctores juris* や *Rechtsspiegel* からうかがわれるが、手続は大要前後二段に分れていた。前段は一般糺問であって犯罪事実認定手続であり、後段は特別糺問であって犯人確定手続であった。糺問主義の必然的帰結として、非公開・書面主義であり、判決も書面のみにもとづいて決定された。証拠法はもちろん厳格な法定証拠主義であった。注目すべきは無罪判決も一事不再理の効果をもたず、単なる仮放免 (*absolutio ab instantia*) だったことである。

この外国法継受の所産であるカロリナ法典 (1532) は CCC または PGO と略称されるが、その先駆はドイツ各地の個別的法典編纂であった。その中でとくに重要なのはバンベルゲンシス刑事法典 (*constitutio criminalis Bambergensis*, 1507) である。これは *Johann Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg* がバンベルグにおいて、イタリア糺問手続を範として作った（但しかなり修正している）ものであるが、後に更に整備されてカロリナ法典 (*constitutio criminalis Carolina*, 1532) となったので、別名「カロリナの母」(*Mater Carolinae*) と呼ばれる。このカロリナ法典はドイツにおける最初の本格的刑事法典であって、この後19世紀前半に至るまで長く影響を与えた。

このカロリナ法典<sup>13)</sup> は実体法と手続法とを共に規定しており、かなりの特徴をもっていた。訴訟構造においては、糺問手続が採り入れられて以来、ひとたびは捨て去られた公訴手続が復活し、私法的な処罰請求の制度は完全に消滅した。証拠法の領域においても若干の変動がみられた。基本

的には法定証拠主義ではあったが、裁判官の自由裁量に委せられている領域もあった。すなわち、有罪判決には被告人の自白もしくは二人の証人の証言を必要としたが、その自白の任意性と信頼性とは裁判官の自由裁量に委ねられていた。<sup>14)</sup> 手続の主目的は自白をえることにあって、十分な情況証拠があっても有罪判決はできず、自白によって補完される必要があった。

このようなカロリナ法典によって、次第にドイツ普通法の刑事手続が形成されていった。<sup>15)</sup> 当然のことながら、手続は糾問であって、訴訟追行の主体は国家であった。ここでは被疑者は自らを守るべきすべをなにももたない取調べの客体にすぎなかった。証拠法も当然に法定証拠主義であり、立証手続は自白の獲得を主目的とし、必要に応じて拷問も行なわれた。<sup>16)</sup>

当時は絶対主義下にあったので、国民は帝王の臣下たる官僚裁判官によって法廷から閉め出されていた。専制君主は民事事件については官房司法を行ない、刑事事件については超司法的な最高権力をもっていたのである。

このような状況の中でやがて17世紀後半に至り、啓蒙思想が生起するにつれて刑事手続にも根本的な変革がもたらされることとなった。ドイツにおける啓蒙主義の先駆者としては、Friedrich von Spee (1591—1635)、Christian Thomasius (1655—1728) が先ず挙げられる。彼らは当時の裁判制度の非合理や過信を鋭く非難した。理性や人間性を重んじる啓蒙思想が糾問主義・法定証拠主義と相容れないのは当然であった。ことに拷問の廃止を強く要求した。フランスでも Voltaire (1694—1778) が Jean Calas の誤判事件を契機として激しい批判を展開していた。イタリアでも Beccaria (1738—1794) が有名な「犯罪と刑罰」(Dei delitti e delle pene, 1764) を著して論陣を張っていた。かかるヨーロッパ全体に漲る理性尊重の気運は1740年に Friedrich der Große をしてプロイセンにおける拷問の廃止をもたらすこととなった。<sup>17)</sup>

フランスでもドイツと同様に、1789年の革命に至るまで糾問主義が猛威

を振るっていた。<sup>18)</sup> 裁判制度の改革を志す *Voltaire* らは当時イギリスの司法制度を模範として賞讃した。彼らの努力によって革命の進行とともに訴訟制度も漸次改善をみるに至った。私人起訴を含む訴追形式、当事者の立証責任制度、口頭・公開主義、陪審制度などが採用となった。なかんずく重要なのは陪審制度であった。それは二段の手續から成っていた。一つは起訴陪審であって23人の陪審員から成り、事件が起訴に値するか否かを決定した。もう一つは審理陪審であって12人から成り、起訴事実の真否を検討した。そこでは事実問題・法律問題の区分はなされなかった。一方裁判官は陪審員に対してその評決前に証拠調べの結果についての説示を行なった。その際裁判官は、後に出現するドイツ方式とは異なり、事実点・法律点双方について指導する権限を持っていたので、その陪審評決に対する影響は大きかった。

やがて1808年にフランス治罪法 (*code d'instruction criminelle*) 成立の運びとなった。しかしこの法典ではイギリス法の私人訴追や起訴陪審の制度は採用しなかった。この法典の一番の特徴は、検察官が強い権力を持っているところにあった。そのほか、独立性のない予審判事による公判前手續もつけ加えられていた。第一審は事件の軽重に応じて、それぞれ、違警罪裁判所、軽罪裁判所、重罪裁判所に分かれていた。このうち重罪裁判所における手續は他と異なり、公開主義、直接主義、口頭主義であった。証拠法においては、法定証拠主義が廃止され、自由心証主義が確立された。ここに犯罪成立については、有罪の「確信」が必要であるとの自由心証の方式がヨーロッパにおいて最初に確立されたのである。

さきに挙げたフランス治罪法はドイツ各邦なかんずくプロイセン立法に大きな影響を及ぼした。<sup>19)</sup> 当時のフランス弾劾手續は、プロイセン刑事法 (*Kriminalordnung von 1805*) の糾問手續と著しい対照をなしていた。前者の方が(イギリスとは比較にならないが)なお国民の自由の保障により厚かった。そこでプロイセンにおける政治的自由主義の風潮はフランス方式採用に加担した。人々は、司法権の独立、官房司法の廃止、陪審制度

の採用を望んだ。この要求は1848年のフランクフルト国民会議における基本法<sup>20)</sup>において確立されることとなった。

1848年以降ドイツの諸邦は相次いで新刑事訴訟法を制定した (Bayern 1848, 1861, Preußen 1849, Baden 1864, Württemberg 1868)。そこでは素人裁判官と職業裁判官との共働に成る「参審」(Schöffengericht) が採用されていた。弾劾主義, 公開主義, 口頭主義, 自由心証主義も確立された (一部に予審も導入されている)。これらの近代的な刑事手続を「改革された刑事訴訟」(reformierter Strafprozess) と呼ぶ。1873年のオーストリア刑訴法と1877年のドイツ帝国刑訴法とは, この新刑事手続をもとにして作られたものである。

ドイツ帝国では1871年にライヒ憲法が制定されたが, この憲法にもとづいて刑法と刑事訴訟法との改正が企てられた。1873年から77年にかけて審議が行なわれた結果, 裁判所構成法 (GVG) は1877年1月27日に刑事訴訟法 (StPO) は同年2月1日にそれぞれ成立を見, とともに1879年10月1日から施行された。

ライヒの法典はすべて統合されたドイツ諸邦の法的統一という使命を帯びていた。刑事立法もその例外ではなかったが, そのほかに自由主義と法治国家主義という二つの指導理念も重要であった。これら二原則はライヒ刑訴法ならびに裁判所構成法に色濃く表われている。

そこでは国家訴追主義と弾劾訴訟型式とが採用され, 弁護人も全面的に許された。武器平等の原則 (Prizip der Waffengleichheit) の表現である。「疑わしきは被告人の利益に」(in dubio pro reo) の原則<sup>21)</sup> も慣習法としてではあるが確認された。しかし従来の糺問主義の残滓がみられないわけでもない。たとえば, 職権主義, 書面主義, 裁判官尋問主義がそれであって, 公判においては, 証人に対して当事者が反対尋問する代わりに原則として裁判官が尋問することとなっていた。証拠法の領域では, 職権探知主義, 直接主義, 自由心証主義がとられた。

このライヒ刑訴法は, ドイツ帝国の終えん (1919年) に至るまで基本的

な変更をみななかった。若干の変更をとり上げれば、1905年の参審裁判所の裁判権の拡大と、第一次世界大戦中の司法権の簡素化とが注目される。その間に、全面的改正の試みがなかったわけではないが、いずれも失敗に終わっている。

ライヒの崩壊後1933年に至るまでの間も刑事手続に根本的な変改はなかった。唯ワイマール憲法制定に伴って若干の改訂が施された。その改訂の中では、女性も陪審員や参審員となる資格をえた点が注目に値しよう。有名な「エミンガー改正」(1924年)も見のがせない。これによって、ドイツでは「陪審」(Schwurgericht)の名称はなお残ったが、その実質は参審化されたのである。1919年から1933年に至るまでの間に四つの改正草案が発表されている。第一がゴルトシュミット草案(1919年)、第二がラートブルフ草案(1922年)、第三がハインツェ草案(1923年)、そして第四が1930年刑法施行法草案である。ことに第四の草案においては反対尋問の強化が企てられていた点が重要である。

1933年以降ナチ(国家社会主義)は数々の改悪を行なっていった。個人の人格権の無視、個人の自由の否定、法律の軽視、裁判の政党政治化、警察権限の強化等、枚挙にいとまがない程である。

1944年のナチの崩壊はドイツ刑事手続に大きな変革をもたらした。1933年以来続いていたナチの「新秩序法」は廃止された。英米占領地区では共通の新たなる刑事訴訟法と裁判所構成法とが公布された。仏占領地区では、刑事訴訟法は1945年草案、裁判所構成法は1933年草案にもとづく新法が施行されていたが、ドイツ連邦新憲法の公布とともに若干の変改を余儀なくされた。各ラントとイギリス占領地区とはそれぞれ最高裁判所を持つこととなった。1939年以来廃止されていた参審・陪審両制度もこの頃復活をみた。

英米両地区との刑事手続の差違は余りなかったが、仏地区との相剋は大きかった。なかんずく、管轄・拘留・弁護・再審・行刑において著しかった。

このような変化の結果、判決の不統一という現象は大きな社会問題を投

げかけた。そこで占領終結後、1950年12月9日に「統一法」(Vereinheitlichungsgesetz) が公布され、同年10月1日から施行されることとなった。再び刑訴法が統一をみたという点で、この日はドイツ刑訴にとって記念すべき重要な日である。この統一法の第一の目的はいうまでもなく法令の統一であったが、そのほかにも連邦法への顧慮、被疑者・被告人の人権保障にも意が払われた。証拠法の領域では刑訴法136条aが特記に値する。長いドイツ刑訴法の歴史において、カロリナ法典以来盛衰を辿って来た「人格権の保障」がついに結実をみたのである。

- 1) 一般にはローマ法継受 (Rezeption) と称しているが、ローマ法・カノン法・イタリア法三者の複合的な継受である。唯、カノン法もイタリア法もローマ法から大きな影響を受けていることは確かである。このことはウェストホフの叙述からも窺われる (U. Westhoff, a. a. O., SS. 68~82.)。
- 2) ヒッペルは明確にこれを第二次外国法継受と名付けている (von Hippel, Strafprozess, a. a. O., S. 41)。
- 3) W. Küper, a. a. O., S. 219.
- 4) 糺問主義が外国法継受の所産であるか、それともドイツ法自身にも糺問主義の発生があったか、について争われたが、現在では両者の混血とする考え方が強いようである。Vgl. U. Westhoff, a. a. O., SS. 82~83.
- 5) 時代区分については田中周友『世界法史概説』昭和37年 199ページ以下が参考になろう。法源の変遷にしたがって次のように区分する。第1期、不文法時代 (X—476), 第2期、部族法典の時代 (476—887), 第3期、法書時代 (887—1495), 第4期、外国法継受時代 (1495—18世紀末), 第5期、新立法の時代 (19世紀始以降)。これを証拠法の面から見れば、第1期、第2期は形式的証拠主義時代、第3期、第4期は主として法定証拠主義時代、そして第5期が自由心証主義時代となる。なお注12) 参照。
- 6) E. Kern, a. a. O., S. 284 は当時の証拠法が厳格な法的拘束のもとにあったというだけで、それが真実発見を意識していたか否かについて明言していない。ケルンが当時の証拠法を「法的拘束」(gesetzliche Regeln) 下にあったと表現するのは、法定証拠主義と紛らわしく好ましくない。Hippel, Strafprozess, S. 15 は当時の証拠法は客観的事実の認定を目的としていないとする。なおウェストホフが、神判時代にも訴訟の理念として真実発見が意識されていたと主張していることは、すでに鴨教授の指摘するところ (刑訴法講座2巻 100ページ注(2)) である。

- 7) 潔白宣誓と神判・決闘との関係はケルンやヒッペルでは明白ではない。ウェストホフ (a. a. O., S. 54) から大体の様子がわかる。
- 8) **Fränkische Zeit** の様子についてはウェストホフ (a. a. O., S. 55 f.) になり詳しい。
- 9) ウェストホフ (a. a. O., S. 56) は書面主義が発生していることを指摘する。
- 10) 中世の証拠法については von Kries, **Der Beweis im Strafprozeß des Mittelalters**, 1878 に詳細であるがウェストホフ (a. a. O., S. 62 f.) に従来の議論が巧みにまとめられている。
- 11) ヒッペル (**Strafprozess**, a. a. O., S. 29) は、糺問手続はドイツ都市法において独自に発達したとする。
- 12) ヒッペルによれば、法定証拠主義と拷問とはイタリアからの輸入とのことである (**Hippel**, a. a. O., S. 13)。したがってドイツの糺問主義の初期においては糺問手続だが法定証拠主義ではなかったこととなる。
- 13) 詳しくは A. Shoetensack, **Der Strafprozess der Carolina**, 1904.
- 14) Westhoff, a. a. O., S. 85 ; Henkel, a. a. O., S. 30 f. 但し、基本的には法定証拠主義におけるそれであったから、近代刑訴におけるごとき完全に合理的なものではない。たとえば、自白の任意性の検討といっても、一度拷問によって吐かれた被告人の供述を、そのあとでもう一度確かめるといった風のものであった (**Radbruch**, a. a. O., S. 17 f.)。したがって論者の中には、カロリナ法典が近代証拠法への歩みを示していることを是認しない学者もある。たとえば沢登佳人教授は、カロリナ証拠法も当時の時代的制約を免れず、実際の運用においては苛酷な法定証拠主義であったとされる (沢登佳人・沢登俊雄共著・庭山英雄訂補『刑事訴訟法史』昭和43年 96ページ)。
- 15) ドイツ普通法においてはカロリナ法典の影響よりもなおイタリア・カノン法の影響が強かったとされる。結局シュバルツェンベルクのような開明的な思想は当時の社会に馴染まなかったのである。Vgl. Westhoff, a. a. O., S. 88.
- 16) 当時のすさまじい拷問の様式については, **Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte**, 1845, S. 83 ff. 不破武夫『魔女裁判』昭和23年, 沢登佳人他・前掲書 97ページ以下。
- 17) 不破・前掲書23ページは、プロイセンにおける拷問の廃止を1756年としているが、1740年が正しい。
- 18) フランス刑訴法の歴史的素描として, Ernst Roskoth, **Französisches Strafverfahrensrecht**, 1951, SS. 9~19 ; Westhoff, a. a. O., SS. 107~111. なお参照, Reinhard Höhn, **Die Stellung des Strafrichters in den Gesetzen der französischen Revolutionszeit (1791~1810)**, 1929, S. 21f.
- 19) この点の詳細は次章に述べられるが, なお参照拙稿・書評「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。

20) ケルンはこれを „Grundrechte der Paulskirche“ と呼ぶ(Kern, a. a. O., S. 291)。一般には „Grundrechte des deutschen Volkes“ である。

21) Peter Holtappels, Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes ›in dubio pro reo‹, 1965 はこの原則の歴史をローマ法時代から19世紀まで辿っている。なお当該原則の現行法における解釈論については Walter Stree, In dubio pro reo, 1962.

### 三、近代的自由心証主義の成立

——中世以来のきびしい法定証拠主義時代にあつて、近代的自由心証主義の萌芽と目されるものは1740年のプロイセンにおける拷問の廃止である。<sup>1)</sup> フリードリッヒ大王はその即位の3日後に勅令 (Kabinettsorder) によって糾問手続にまつわる拷問の廃止を指令した。まさに啓蒙君主の面目躍如たるものがある。しかし積極的法定証拠主義を廃止してはいない。<sup>2)</sup> そこに啓蒙思想の限界も特質もあった。

すでに前王 (Friedrich Wilhelm I) は1714年に立法改革を指示して、その基本原則を明らかにしている。<sup>3)</sup> その第一は、ローマ法とラント慣習法と自然法との融合であり、その第二は、法典の明確性と一般的了解可能性との確立であった。ここにいう自然法とは人間理性の法であった。1714年といえば、啓蒙思想の偉大な先駆者と目されるフランスのモンテスキューの名著「法の精神」(1748年) もまだ出ていないから、プロイセン王統三代の合理主義的伝統はかなり独自のものであった<sup>4)</sup> といえよう。事実、近代的司法への火つけ役を果たしたイタリアのベッカリーヤの名著「犯罪と刑罰」(1764年) が世に出たのはその後、半世紀もあとであり、司法改革の近代化ではドイツの模範となったフランスが拷問を廃止したのは更に遅れて、1780年であった。

フリードリッヒ大王 (Friedrich Wilhelm II) は典型的な啓蒙専制君主であった。その統治方法が啓蒙的であったのは、彼の思想が合理主義に徹していたからである。国家観においても宗教的家父長的な領域から脱皮し



で契約理論によっていた。<sup>5)</sup> しかし大王は啓蒙的ではあったが絶対君主であった。国民の幸福が民主主義によってもたらされるとは考えていなかった。当時フランスに起きていたアンシャンレジームに対する批判がプロイセンに波及することを恐れ、それを立法によって阻止しようとした（これに協力したのが官僚法律者群<sup>6)</sup>である）。したがって王は自ら官房司法(Kabinetsjustiz)を廃止して、法治主義と司法権の独立とをはかった(1752年の勅令)が、裁判所が権力(王とその側近たる立法者群)から離れることは望まなかった。裁判官を立法によって拘束する必要があった。ここに、拷問を廃止しながら依然として法定証拠主義を手離さない理由があったのである。

拷問を廃止しながら、拷問とともに歩んできた法定証拠主義を廃止しなかったのはきわめて象徴的な意味のあることである。権力者であっても人道的になろうとすれば拷問を廃止することはできるのである(拷問と法定証拠主義とは密接不可分のもののごとく理解されがちであるが、このような理解は正しくない)。しかしいくら人道的になっても、裁判官の判断能力に対して不信があるかぎり法定証拠主義はなくなる。しかもそれが権力体制の維持にプラスであってみればなおさらである。啓蒙専制君主とそれをとりまく立法者群とは、やはり市民階級の対抗力がより大きくなることを恐れていた。基本的に彼らを抑えていこうとする姿勢に変わりはなかった。したがって拷問の廃止という現象は政治的な見地からするならば啓蒙専制権力の市民階級に対する妥協策の一つにすぎなかったといえる。そうしなければ保身できなかつたのである。

以上のように拷問の廃止は、中世的な法定証拠主義への逆行を断ちきりはしたが、それだけにとどまった。<sup>7)</sup> 積極的法定証拠主義が依然として続いていた。唯、拷問という非人道的な手段がとり払われているという意味で「近代的法定証拠主義」へと移ったとはいえるであろう。

ドイツにおいて最初に自由心証主義を主張したのはザクセンの法律家 Justi である。<sup>8)</sup> 以下に Justi の論旨を考察してみよう。

Justi はドイツ普通法の証拠法を支えている *Corpus Delicti* (罪体論) を研究しているうちに、罪体の存否が認定される要素は裁判官の自由なる確信以外にないとの考えを抱くに至り、次のように述べた。<sup>9)</sup>「有罪とは、犯行が実際に行なわれたという、裁判官の完全な確信以外のなにものでもない。かかる理解の正当性は直観の正当性にある。直観はあらゆる種類の犯罪をそのままにつかむ。我々が犯罪が完全に行なわれたと確信するときには、その犯罪は現実に我々の眼前に存在する」と。

Justi にとっては確信とは法規から導かれる絶対的な客観性ではなくて、主観客観相即の裁判官の人格的決断であった。ここには人間の悟性によって真実を直観しようとのカント哲学的な思惟が根底にある。

このように Justi は裁判官人格の法律に対する優越を主張し、*人間* を回復したが、なおこの *人間* は、学識のある法律に精通した専門家ではならなかった。この点につき Justi は後の論文で次の様に述べている。<sup>10)</sup>「この確信は必然的に裁判官のみに限定されなければならない。なぜならたくさんの他の人がある犯行の現実性について確信しようが、彼らは裁判官ではないからである」と。

ここに、裁判官による自由心証主義という大陸法独自の法思想が明言されているが、そこには素人の判断に対する根強い不信がうかがわれる。と同時に当時の刑事政策的啓蒙思想からの規制が如実に現われているのがわかる。いかなる思想もその時代の社会的制約を完全に免れることはできない<sup>11)</sup> のである。

Hall によって「裁判官による良心的な確信すなわち自由心証主義の完全な実現」がそこには計画されていたと称讃される<sup>12)</sup> Justi の理論も、裁判官の心証形成行為が合理的かつ機械的判断であるべきだとの命題を覆すほどのものではなかった。だから、裁判官の専恣を警戒する啓蒙時代の刑事法学者の賛同するところとはならなかった。

当時の法律学の進歩の段階では、裁判官の能力はかなり見くびられていた。事実認定の領域において、裁判官が真実を発見することができるとは

考えていなかった。立法者が予め真実発見方法を定めておいて、それに従うことを要求された。ある事実が法規の要求する事実にあてはまるかどうかを判断することが裁判官の唯一の仕事であった。それ以上を許せばなにをしでかすかわからない。そういった風潮が立法者側にあった。

以上のような法定証拠主義の圧倒的な優位の中にあって、自由心証主義との架橋の試みを行なった学者に **Filangieri** がある。彼はその著「立法の体系」(*System der Gesetzgebung*, 1780—5) において「消極的法定証拠主義」を提唱した。<sup>13)</sup>

法定証拠主義においては、そこに定められた規則は、事実認定に際して裁判官を助ける道具ではなく、強制力あるノルムである。したがって、裁判官に対してその心証形成に反しても法規の命ずるとおりに判決することを強制する。このことは有罪心証なしに有罪判決することを意味する。このような裁判が当時の啓蒙主義的合理主義に相反することは当然である。これに対して当時の被治者が鋭く反発したことは十分に予想できることであつた。一方、前述のとおり治者側の要請は法定証拠主義を維持することにあつた。治者にとっては自己の裁判の權威を守るためには積極的法定証拠主義はまことに恰好なシステムであつた。<sup>14)</sup> なぜなら上から裁判官の自由を拘束できるばかりでなく、下からの誤判のそしりを完全に免れることができたからである。形式的規則を充足しているかぎりにおいてはそれは正に正しい判決だったからである。

**Filangieri** はこのようなギャップをうめようとした。彼は法定証拠主義を捨てようとはしなかった。一方、裁判官をその確信に反してまで拘束しようとしなかった。<sup>15)</sup> かくして彼は、法定証拠の充足と裁判官の有罪確信との両者を要求するところの消極的法定証拠主義を樹立した。

**Filangieri** は、裁判官が自己の良心の要求と矛盾した行動をとる場合の危険性を正当にも指摘したが、裁判官が自己の良心のみにしたがって裁判する場合の危険性をも重視した。そして自由心証主義の採用ははっきりと拒絶している。彼の考えによれば、もしも裁判官の主観的確信が明確な証

明要素にまで高められ、彼の道徳的確信のみで真実発見にとって充分なものとするならば、それは民衆の生命・身体・自由・名誉・財産等に対する無限の脅威となるであろう、というのであった。<sup>16)</sup>

当時のドイツにおける立法状況を見ると、1803年のオーストリア刑事法第414条が消極的法定証拠主義を採用したが、プロイセン刑事法を始めとして未だほとんどの刑事立法は消極的法定証拠主義を採用していなかった。<sup>17)</sup> 学説の領域でも消極的法定証拠主義はその地位を樹立するに至らなかった。消極的法定証拠主義の考え方は明確に否定されはしなかったが、積極的法定証拠主義との差異は必ずしも明確に認識されてはいなかった。

Justi の自由心証主義 (1760年) と同様に、Filangieri の消極的法定証拠主義 (1780年) もまた、当時の啓蒙主義的法思想の容れるところとはならなかった。<sup>18)</sup> 積極的法定証拠主義と自由心証主義とのいわばジュンテーゼともいうべき消極的法定証拠主義は容れられなかった理由はどこにあるであろうか。理由は二つの方向に考えられる。一つは、消極的法定証拠主義が自由心証主義と内的親近性を持っていたからである。<sup>19)</sup> 当時 Filangieri は自由心証主義を評して „Willkür“ と決めつけている<sup>20)</sup> が、ことほどさように裁判官の確信に対して信頼がおかれていなかったのである。したがって「確信」の要素を含むかぎりそのような理論は歓迎されないのは当然のなりゆきであった。もう一つは、消極的法定証拠主義の内容が必ずしも明確でなかったからである。これについてはさきに触れた。

要するに当時の法政策は裁判官が法規に従属することを望んでいたのであるが、このことは法理論的には、裁判官の心証形成は包摂 (Subsumtion) にすぎないとのいわゆる包摂理論を積極的に推すことを意味する。裁判官が法律から離れて独立の価値判断ができる程の人であっては、立法者側にとってははなはだ迷惑なのである。<sup>21)</sup>

いつの世でも証拠法は、主体の評価能力と客体の証明力との二つのモメントによって支えられる。このモメントのどちらが動いても証拠法全体は動く。今、第二のモメントである証拠自体のもつ証明力は証拠の種類によ

って異なる<sup>22)</sup> との中世以来の命題が固守されている。一方、第一のモメントである主体の評価能力についても、判断者は機械的図式的包摂行為以上のことはできない<sup>23)</sup> と蔑まれている。当時の法定証拠主義は、かかる二要素によって支えられていた。自由心証主義や消極的法定証拠主義が採用されるためには、前記二要素に対する観念が根本的に切り変えられることが、前提条件であった。

第一に、評価の客体のもつ証明力には差等があるとなぜ考えたのであろうか。それはやはり立証のテーマとの関連において証拠価値が変動することについての経験科学的分析がなかったことによる。常識論からすれば自白が一番価値があると考えるのは無理からぬところであった。と同時に証拠価値に差等がある方が裁判者側には有利な事情があった。証拠価値が相対的で無限であるとするならば、それらを法定することはできない。法定することができなければ、立法者群が裁判をコントロールすることを放棄しなければならない。権力統制を部分的にでも放棄することなどは形式的にはともかく実質的には思いも及ばぬところであった。

啓蒙思想というものは、中世の神中心の世界から、近代の人間中心の世界へと、転回せしめたモメントとして大きな歴史的役割を果たした。しかし、刑事証拠法の面から見れば、あまり大きな意義は認められない。それは確かに拷問を失くしはしたが、証拠法の基本体系を変革する力はなかったのである。変革のためには、自由を志向する市民階級の力がもうひとまわり成長する必要があった。

以上のように18世紀から19世紀初頭にかけてはドイツ固有の自由心証主義への胎動があったのであるが、結局胎動に終わった。この胎動をはっきりと「陣痛」にまで一挙にもって行ったのがフランスの先例である。ここでしばらく当時のフランスの状況<sup>24)</sup> を見てみよう。

ベッカリーアの「犯罪と刑罰」の思想はフランスにも導入されて18世紀末には刑事法制改革の気運は大いに高まっていた。ことにジャン・カラ等の誤判事件に際してヴォルテールが行なった活動はめざましいものがあっ

た。そして1780年には拷問が廃止されたことはすでに触れた。次いで1789年あまりにも有名なフランス大革命が起きてフランスは新しい社会に突入することとなった。すなわち、同年の人権宣言においては罪刑法定主義が明規され、1791年の法律では拷問手続の廃止、陪審制の採用が明定された。これは、イギリスの刑事手続にその範にとったものであって、かなり進歩的なものであった。

ところが、いわゆる恐怖時代(1793-4年)やナポレオンのクーデター(1799年)の成功は次第に刑事手続を糺問主義化していった。かくて1808年に制定された治罪法典(*code d'instruction criminelle*)は糺問手続と弾劾手続との折衷であり、証拠法の領域においても自由心証主義は採用されたが、やがて証拠法則は棄てられていった。

そこに見られる裁判官像はすでに昔日のものではなかった。裁判官の心証形成行為は、法規の図式的な適用であるなどとは考えられず、彼の良心的な確信<sup>25)</sup>つまり人格的判断だと考えられていた。したがって裁判官像も抽象的・没個性的な人間像ではなく自由な価値判断を行なう主体として捉えられていた。このような主体によってなされる心証形成をもって有罪認定の必要条件とするものを „*intime conviction*“ の理論という。

*intime conviction* 理論がフランスの証拠法において採用されたのは、実は陪審を採用せざるをえなかった当時の社会的状況によるところが大きい。<sup>26)</sup> 当時の人々は陪審員の心証形成は法規にもとづいて合理的に推論される過程だとは考えていなかった。陪審員たちは「自分たちの感情的・宗教的な道徳的確信にもとづいて判断する」と考えられていた。<sup>27)</sup> そこで陪審輸入の当初においては証拠法も採用された。形式化された法規による拘束が必要だと信じられたのである。しかし自由心証の本質がその主観的・非合理的性格にあるとわかるにつれて、むやみに法規をもって拘束することをやめるようになっていった。これは次第に強くなっていく権力主義の政治的状況とマッチしていた。

このようにフランスに採用された自由心証主義は陪審採用の副産物であ

ったから、陪審採用を拒否するプロイセンにおいて自由心証主義が採用されるまでには、なお「職業裁判官イコール法定証拠主義」という伝統的な定式<sup>28)</sup>を打破するための苦闘を経なければならなかった。1808年新しい刑事訴訟法がフランスにできた頃のプロイセンはすでに1794年に絶対主義的な一般州法（国法，刑法，教会法，私法から成る）を完成し、更に欠けていた刑訴法を1805年に補完して反革命体制をがっちり固めていた。このような社会体制の中に民衆的な陪審制度が入り込むことはどだい無理であった。果たせるかな、陪審支持者と裁判官支持派との間で激しい論争が繰り展げられていった。

先ず Gans と Köstlin との所論<sup>29)</sup>に耳を傾けよう。彼らは Hegel の思想を援用して、陪審判決の正当性は、その判断が論理的に形成されたという点にあるのではなくて、むしろ陪審員各自と被告人との人格の同質性にあるとした。陪審員は自己の犯罪観にしたがって直観的・情緒的に、歴史的一回性の犯罪行為を追体験する。しかし陪審員と被告人との人格的同質性のゆえに、陪審員の判断は被告人自身の判断に充分代替しうる、とする。すなわち、陪審の判断は被告人が自らを裁くことと同じだとする。したがって陪審制度は被告人の陪審員に対する人格的信頼によって支えられているのである。

このような考え方にしたがえば、非陪審裁判においては、たとえば証人の証言は一つの徴表つまり証人の主観的発見・非合理的かつ感情的確信にすぎず、裁判官の有罪確信も明らかに一つの主観的な意思決定にすぎないものとなる。これは堂々たる陪審擁護論である。

このような陪審擁護論がほとんど Hegel 流の法哲学に依拠していた中であって、カント哲学による基礎づけを行なった論者がある。それはつぎに挙げる Jarcke である。Jarcke はカントの真実概念こそ証拠法の理論づけにとって有用だと考え、それによって陪審の判断の主観性を真実発見の見地から正当化しようと試みた。すなわち、Jarcke はその論文の劈頭で「真実とは何ぞや」Was ist Wahrheit? と問い、それに対してカント

の「真実とは認識する主体の確信と認識される客体そのものとの合一にはかならない」という言葉で答えている。<sup>30)</sup> これによれば証明は主体と客体との二要素の相関関係ということとなる。

このような立場からは、法定証拠主義を支えている命題——真実は物自体に在るから裁判官とは独立した評価であり、したがって法規による論理的包摂によって到達できる——は容れることもできないし、又、自由心証主義を支えている命題——真実は判断主体の中にこそ在る——をも容れることはできない。そこで在るべき自由心証主義は、カントのいう二つの要素を充たすもの、つまり判断自体の確信がなんらかの外在的根拠（客体に関係する）によって支えられているものということとなる。いいかえれば有罪判決に必要な確信は、あいまいな本能的な真実感覚から生まれるものでもなく、反省のない総合直観 (Totalanschauung) から生まれるものでもなく、根拠のある反省のみから生まれるものである、ということとなる。この点につき Jarcke 自身に語らせれば次のよう<sup>31)</sup> である。

「陪審員が心証を形成し、自分の心証形成に対する客観的保障を持ちたいと欲するならば彼らはこの点に関しては裁判官と同様な立場に置かれる。彼らは自ら認識の根拠を知らねばならない。判決に対する根拠を一つ一つ検討して総合的に判決を反省しなければならぬ。このすべてが反省 (Reflexion) の仕事であり、それによってのみ判決が正当であることを確信することができるのである」

Jarcke の陪審擁護論は、以上のように、条件付（根拠を要求する）であることを知らねばならない。

かかる Jarcke の理論は当時の有名な刑事法学者 Mittermaier によっても支持された。すなわち Mittermaier は「真実とはある客体の表象と本質との一致をさす」との原則から出発して、「われわれの認識する確からしさが完全に申し分のない根拠に基づいている」ということが唯一の保障である、と Jarcke 同様に説いたのであった。<sup>32)</sup> Mittermaier によれば、陪審員の主観的な印象は十分な理由なしでは意味がないとするもので



あった。彼は1844年の論文でも「全体的な印象」から心証形成することは不十分であり、誤審に導くおそれが多分にあると強調している。<sup>33)</sup>

ここにいう「陪審員は明確な根拠のない全体的な印象で判断する」との考え方はフランス法から輸入されたものであり、ドイツでも当初は多くの人々がそのように信じていた。だが次第にそのような考え方は消えていった。

その点については Mittermaier の精力的な活動に負うところが多い。彼は英米証拠法を深く研究して、<sup>34)</sup> イギリスの陪審制度における証拠法の重要性を指摘した。そこでの証拠法は、多年に亘る実務の経験と健全な理性とから割り出され形成されたものであって、事実認定にさいして陪審員の心証形成を正しく導くとした。1845年の論文では、「証拠の評価には、巾広い生活関係の認識や豊富な経験のみならず、事実を分析して正しい結論に導くところの論理的な精神も不可欠である」と述べている。<sup>35)</sup>

イギリスの陪審がうまく行っているのは証拠法による制約があるからであって、Mittermaier の憂慮するごとく、それなくしては本質的に非合理で明確な根拠のない心証形成とならざるをえないのだとしたら、もはやドイツにおいて陪審による自由心証が許される見込みはなかった。だが Mittermaier もそこまではいわなかった。彼は陪審員自身の自覚によって心証形成をコントロールしようとしたのである。

かくして、陪審の意思決定も合理的な思考方式によりうるとの観念——したがって法定証拠主義に服従する必要もなく、また判決理由の型式でその思考過程を公表することも可能であるとの観念——が次第に有力になって行った。人々は合理的な思考を行なうためには深い法律知識が必要であるとは考えなくなっていった。陪審の自由心証は必然的にきわめて主観的非合理的であるから信用できないものであるとは考えなくなっていった。ここまでくれば、陪審員（素人裁判官）と職業裁判官との思考作用の間にはもはや基本的な差異はない。法曹として育成された職業裁判官も自由心証を許されるときは、もはや論理によってのみ決断するのではなく、反省の

ない、情緒的な「総合直観」によって決断するとの結論は一般に承認されるに至った。<sup>36)</sup>

事実認定に関するかぎり、素人裁判官も職業裁判官も思考過程に大差はない。それなのに陪審の心証形成のみに対して「非合理かつ情緒的」の刻印を押したことは反省されなければならない。自由心証の本質は、健全な平均人がやるかぎり、「総合直観的」要素は免れないのである。

以上のように職業裁判官による自由心証主義導入の基盤は徐々に形成されていったが、それが完成するためにはなお法定証拠主義そのものを完全に克服する必要があった。以下に19世紀前半における「法定証拠主義から自由心証主義への移行過程」<sup>37)</sup>をもう少し詳しく考察してみよう。

さきに触れたように、フランス法の影響によってプロイセンにおける裁判官像も徐々に変容を遂げていた。人々は、裁判官の心証形成が、法定証拠に対する論理的図式的な推論の結果であると考えをやめて、法定証拠に対する裁判官の評価——評価者の認識そのもの——のうちに在ると考えるようになって来ていた。これは、陪審理論から発した思想——判決は彼の最終的資料にもとづいた内面的確信であるべきだ——によってもバックアップされた。ここに法定証拠主義に対する理解の変質が始まった。

この問題においても、陪審制度の擁護者と目される Jarcke の影響は見逃せない。Jarcke は、裁判上の真実は、裁判主体と認識客体との調和のうちにあると考えていたから、主観性のきわめて強い伝統的な陪審の心証理論とも同調しなかったし、客観性のきわめて強い啓蒙時代の証明理論——それは真実を客体のみから発見したいと願っていた——とも妥協しなかった。

啓蒙時代の証明理論<sup>38)</sup>(法定証拠主義)は、証拠方法のもつ「証明力」は、裁判官への心証形成力ではなくて、裁判官の証明活動とは独立した証拠方法そのもののもつ価値であるとしていた。したがって、裁判官は、事実認定にさいして、法規の中に抽象的一般的に規定されている証明力を単に用いればよかった。この場合、裁判官の思考活動は、法規に抽象的に規

定された証拠方法の質に従属する。証拠方法の具体的特質は顧慮されない。このような考え方が、評価主体をぬきにして証明力を考えることはできないとする Jarcke の思想と相容れないのは当然であった。

ここに Jarcke は積極的法定証拠主義に対する理解を変え始めた。すなわち、法定証拠規範は Jarcke の理解<sup>39)</sup>にしたがえば、単に外在するノルムにしかすぎず、裁判官の精神活動を外部から拘束するものではないとした。それはいわば外的に設計された思考方式であって、判断者が妥当な証拠評価を行なうための内的制約の表われにすぎないものとした。証拠法理論が、裁判官の判断の内在的制約であるかぎり、それは人間の精神活動にとって普遍的なものであって、なんら外的に拘束するものではなくなる。このような考え方は次の言葉によく表われている。<sup>40)</sup>

「論理的な成文法規を望む立法者は立法の中に自ら理解したことのみを述べる。彼らは裁判に際して発言できないので裁判官に対して法規による拘束を課する。それはちょうど論理法則が人間の思考を拘束するのと同じである。それゆえに裁判官の自由とは決して恣意的な自由ではない。立法者は裁判官に対して自分らの目で確かめたものを提供し、裁判官の負担を軽減する機能を果たしている」

法定証拠法則が Jarcke のいうように、普遍的な論理法則とそれにもとづいた合理的確信を顕現したものであるならば、自由心証に対するなんの障害にもならない。しかし現実はそうはいかなかった。たとえばプロイセン刑事法は基本的に、論理法則および経験法則を法規化したとみなしうる条文をなにももっていなかったのである。

それはともかく、法定証拠主義は、法規による裁判官拘束から真実発見のための普遍的理性の具体化へと質的な変化を遂げていた。裁判官は証拠評価にさいして自己の心証形成の指針としてそれを守った。

しかしこれは積極的法定証拠主義をなんとか擁護しようとする苦しい弁明であった。自分の心証に反してまで判決する必要はないとしないかぎり、詭弁のそしりを免れがたいものである。

法定証拠主義への理解の変化にもかかわらず、良心的な真実発見理念からはやはり積極的法定証拠主義は容認されえない。そこで論者は良心的真実発見の本質たる個人的確信をはっきりと認める方向へと再び傾いていった。この考え方は18世紀においてすでに Filangieri によって提唱され容れられなかったところであった。論者は、裁判官がその確信なしに法定証拠法則の充足のみによっては判決してはならないと要求した。裁判官は、確信に反する法定証拠の結果を承認しない権利を持ったばかりでなく、義務をも持ったのである。かくして、法定証拠法則は自由心証における最低限の保障という性格をもつこととなったのである。

このような裁判官の確信の重視によって、法定証拠主義は自由心証主義と非常に接近したものとなっていった。法定証拠主義はいわば「自由心証主義の修正型式」となったのである。

このような理解によると、裁判官は証拠評価に当たって、確立され一般化された理性と経験との執行機関であるばかりでなく、また具体的事件に当たって一般的経験則では処理できない具体的価値判断をも行なう機関となる。その価値判断は、各裁判官の個人的事情と「一回性」という事実認定特有の生活関係に定礎される。したがって、「後期」消極的法定証拠主義も、結局は、事実認定にさいして決して充分ではない<sup>41)</sup> ことを示していた。

このことは裁判官を法定証拠主義によって拘束することが、論理的にも心理的にも疑問があることが次第に一般に承認されていった。

この点について Leue は1840年にその論文「弾劾訴訟」(Anklageprozess) でもって批判し、自由心証主義の全面的承認を要求している。<sup>42)</sup> 彼の所論はほぼ次のようである。

——証拠方法のもつ心証形成力は普遍的な規則では確定できない。それは本質的に裁判官の個別的判断の問題である。ことに証言の評価において妥当する。証言の内容が真実に一致するか否かは証言の内容自体になんの保障もない。他の証拠との比較検討によっても信頼性を完全には確保しえない。唯一の保障は裁判官の証言に対する信頼つまり彼が公判でえた個人

的心証である。彼が実際にその耳目で確かめたもののみがそのかぎりで明確性を有する。可能なかぎりの証拠を総合した良心的な個別判断のみが決定的な保障である。

法定証拠主義廃止のこの Leue の要求は、その後多くの賛同者をえていった。1842年には Möhl が同旨の論文を発表した。<sup>43)</sup> 彼の論文「法定証拠主義によらない職業裁判官の判決について」(Über das Urtheilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie) は、「公開主義・口頭主義の手續においては、法定証拠主義は不要なばかりか、反合目的であり、有害でさえある」と述べている。同論文はさらに、「裁判上の証明は決して算術的なものでなく、むしろ歴史的な明確性つまり裁判官の確信を基礎づける客観的な根拠の全体によって支えられた明確性を意味する」と付加している。

そこでの証明は本質的に裁判官の経験と観察との所産であり、証拠法の良心的検討の結果である。したがって、多かれ少なかれ主観的でもある。このような見地からは消極的法定証拠主義は、「理性的真実」(Vernunftwahrheiten) を法規化して、それによって各裁判官の経験則の範囲を明確化するものとなる。しかし残念ながら、「人がどの程度にある証拠を信頼しあるいは疑問視するかについての確たる法則を成文化することは不可能なことである。なぜなら、各事件の個別性は各証拠の証明力を決定する要素だからである」

要するに Möhl の要求は、拘束的な成文よりも単なる判断の指針を提供することであった。そこでは裁判官は「賢明な裁量」を行なうことができる。そしてそのかぎりで裁判官の人格に信頼しなければならない。

Möhl によれば、裁判官に判決理由の明示を義務づけることにより、更には、裁判所を合議体化し、上訴制度を設けることにより、自由心証主義も十分に判断の客観性を担保しうる、ということとなる。

その後19世紀の40年代<sup>44)</sup>には、消極的法定証拠主義からも裁判官を解放しようとする声が高まっていった。そして同時に、裁判官の証拠評価の

客観性保障に奉仕するところの口頭主義・直接主義・公開主義・判決理由明示制度・上訴制度などを要求する声が高まっていった。1842年に刑訴法改革のためのハンブルグ委員会 (Hamburger Senatskommission) は裁判官による自由心証主義の導入を要求している。1843年には Hayen, Molitor, Foelix も法定証拠主義批判を展開している。1844年には Höpfner もこれに加わった。1845年には Wächter がこれに加わり、ついに 1846年には、従前、法定証拠主義の擁護者であった Mittermaier さえもが自由心証主義に加担したのであった。

これらの法定証拠主義廃止運動の中にあって、自由心証主義の導入に決定的な力となったのはなんとといっても歴史法学の巨頭 Savigny の活躍<sup>45)</sup>であった。Savigny は、論点を十分に検討したのち、「特別の証明理論は作るべきでない。本質的に裁判官の確信に委ねるのが妥当である」と結論し、1846年にプロイセン刑訴法へ裁判官による自由心証主義を導入することを支持したのである。

Savigny は、裁判官が法定証拠法則を与えられなくても、決して感情的な判断をすることはない点を説明した。「法定証拠主義があるかないかの違いは端的に言って、判決に際して裁判官に、一般的思考法則・経験・知識を付与するか、それとも自ら発見させるかの違いである」が、「訴訟上の裁判官の心証形成に内在するところの論理法則・経験法則を法典化する可能性は存在しない」と。

Savigny は更にいう。我々が確信と名付けるところのものは「沢山の個別的な、個々の状況に見合った要素、つまり学問的一般的に成文をもって捉えることのできない要素」から成り立っている。だから普通、裁判官の判断の真実への一致は「具体的ケースが彼の個性 (Individualität) によって捉えられたものによってのみ期待できるのであって、予め決められた証明力によって測られるものではない」とした。

かくして法定証拠主義擁護の主要な論点は否定されることとなったが、残された問題は自由心証主義における評価の妥当性を確保する保障はなに

かということである。これについての Savigny の回答は、「判断者の良心、正義を守る意思」であった。彼の考えでは、判断者の真実尊重の不動の意思、十二分な認識能力、それらをもとにしての絶えざる反省、がなんといっても第一の保障であり、その反省の結果を表明する判決理由明示制度が第二の保障なのである。Savigny は、Rosshirt によって主張されたところの、判決が明確な規則によって制約されてきたものでないかぎり、その判決理由の明示はナンセンスであるとの見解に反対し、判決理由明示の制度の重要さは法定証拠主義の廃止とともに急激に高まるとした。すなわち、判決理由の明示は、根拠ある熟考を促進するとともに、上級審による再検討を可能にするというのである。

Savigny の活躍によって、さしもの法定証拠主義の権威もついに破られ、プロイセン立法者は 1846 年 7 月 17 日に Savigny の提案を容れることとなった。間もなく二年後には「陪審」による自由心証主義にとって代わられるのであるが、ここに史上初の「職業裁判官」による自由心証主義が確立した<sup>46)</sup> のである。

- 1) Kern, a. a. O., S. 53, なおこの点については前掲拙稿書評 71 ページ。
- 2) W. Küper, a. a. O., S. 141.
- 3) 前掲拙稿書評 62~3 ページ。
- 4) 当時の立法者群のリーダー Suarez の思想が独自ものだったともいえる。参照前掲拙稿書評。
- 5) 前掲拙稿書評 63 ページ。
- 6) この辺の詳細については、上山安敏『法社会史』昭和 41 年。
- 7) W. Küper, a. a. O., S. 132.
- 8) W. Küper, a. a. O., S. 132 f.
- 9) W. Küper, a. a. O.
- 10) W. Küper, a. a. O.
- 11) この点につき前掲書『刑事訴訟法史』とくに「はしがき」。
- 12) W. Küper, a. a. O., S. 133.
- 13) W. Küper, a. a. O., S. 140.
- 14) わが国の刑事裁判の歴史を回顧して同じ結論を出しているものに所一彦「刑事裁判における信頼性の問題」立教法学 5 号 118 ページ。

- 15) W. Küper, a. a. O., S. 140.
- 16) W. Küper, a. a. O.
- 17) W. Küper, a. a. O., S. 141.
- 18) W. Küper, a. a. O., S. 142.
- 19) W. Küper, a. a. O.
- 20) W. Küper, a. a. O.
- 21) そしてまたドイツにおいてはブルジョアジーがこのことを是認していた。ブルジョアジーはフランスのように国家権力と真向から対立することをせずに、国家権力との妥協によって自己の発展を策した。したがって立法によって拘束されることを否定しなかった。参照、田中成明「ドイツ法思想における裁判官と法律との関係（一）——その史的展開過程と今日の問題性——」法学論叢 82巻1号、とくに10ページ以下。
- 22) この点は鴨教授がつとに指摘されるところである。
- 23) W. Küper, a. a. O., S. 143 f.
- 24) R. Höhn, a. a. O., S. 22 f.
- 25) W. Küper, a. a. O., S. 214.
- 26) W. Küper, a. a. O.
- 27) W. Küper, a. a. O.
- 28) 立法者の徹底的な民衆不信に定礎されていることはいうまでもないが、更にいわば同志たる専門裁判官をも信頼していなかった。啓蒙主義的国家権力の保身に汲々たる態度は他の絶対主義となんら変わりはない。
- 29) W. Küper, a. a. O., S. 215.
- 30) W. Küper, a. a. O., S. 222.
- 31) W. Küper, a. a. O., S. 223.
- 32) W. Küper, a. a. O., S. 224.
- 33) W. Küper, a. a. O.
- 34) たとえば彼の著書 **Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, 1851** を見よ。
- 35) W. Küper, a. a. O., S. 224.
- 36) W. Küper, a. a. O., S. 225.
- 37) W. Küper, a. a. O., S. 139 f.
- 38) W. Küper, a. a. O., S. 132 f.
- 39) W. Küper, a. a. O., S. 227.
- 40) W. Küper, a. a. O.
- 41) W. Küper, a. a. O., S. 231.
- 42) W. Küper, a. a. O., S. 233.



- 43) 以下 Möhl については W. Küper, a. a. O., S. 233 f.
- 44) 以下1840年代の動勢については W. Küper, a. a. O., S. 235 および Erich Schwinge, Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung, 1926, S. 90 f.
- 45) 以下 Savigny に関しては W. Küper, a. a. O., S. 235 f.
- 46) W. Küper, a. a. O., S. 219.

(未 完)