HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	自由心証主義の課題
Author(s)	白取, 祐司
Citation	北大法学論集, 31(1), 185-208
Issue Date	1980-08-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16306
Type	departmental bulletin paper
File Information	31(1)_p185-208.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

自由心証主義の課題

白取祐司

目次

一　はじめに
二　史的概観
三　経験則と自由心証主義
四　自由心証主義の課題

一　はじめに

自由心証主義は、法定証拠主義を否定して誕生したひとつの歴史的成果であり、今日では殆どの国家において承認されている証拠法上の基本原則である。[1] ところが近時、自由心証主義の評判は余り芳しくなく、むしろその「抑制」が強調されることの方が多くなった。その契機は、「広い意味の誤判の存在」[2]である、とされている。

自由心証主義がひとつの歴史的成果である以上、当然、それは普遍的原理ではありえない。しかし、今日の自由心証主義への断罪が必ずしも正鵠を得たものではないように思われる。特に、自由心証の「濫用」を、上級審の「抑制」に期待することは、本来官権的・中央集権的本質をもつ審級制度を、[3] 更に官僚化、形式化させることにはならないであろうか。[4] 何よりも、自由な証拠評価 freie Beweiswürdigung によって内心の確信 intime conviction に達するという現行証明システムが、歪められることがあってはならないのである。

(1) ハンガリーのスツェケレス判事は、一九七三年イタリア・シチリア島シラクサで行なわれた刑事法国際シンポジウムの報告「裁判官の自由心証」の中で次のように述べている。「現代の大部分の国家において、裁判行為の形式主義は既に過去のものとなり、裁判手続を拘束する形式性は消え去った。今日、手続を支配するのは裁判官の自由心証主義である。われわれは次のように断言しうる。現代の大部分の国家において、国家刑罰システムが発動されるのに必要な条件の証明に関しては、刑事裁判官は、すべての形式主義から解放されている、と」(SZEKERES (C.), La psychologie judiciare et l'intime conviction du juge, Revue Internationale de Droit penal, 1975, p. 155 et s.)。

(2) 横山晃一郎「自由心証主義の功罪」法学教室〈第二期〉六号（一九七四年）一四六頁〔同・憲法と刑事訴訟法の交錯（一九七七年）所収〕。

(3) 小野清一郎「審級制度と上訴の限界」法学協会雑誌五四巻二号（一九三六年）一頁以下〔法学評論（上）（一九三八年）所収〕。小野博士は夙にこの点を指摘していた。戦後では、たとえば藤野判事が、「日本の裁判官は、心意的には、それを否定したがるが、『階統的官僚制度』のもとにあることを、好むと好まざるとにかかわらず、肯定しなければならないであろう」（藤野英一「事実認定における経験則の意味」判例タイムズ一三四号（一九六二年）三〇頁）と述べている。

二　史的概観

1　形式的証拠主義の時代

形式的証拠主義にいう証拠には、事実を認定する材料という意味はなく、まして裁判官の心証に訴えるものでもなかった。(1) 実質的な証拠評価は行なわれなかったのである。(2)

このシステムの代表的なものは、神判である。神判にあっては「裁判官は、たとえ彼の確信が神判の提出する結論とまったく異なっていたとしても、なおその結論に従わねばならず、彼の下す判決をそれに従わさなければならなかった。(3)」たとえば、サリカ法典には「釜審」の方法が定められ、これによれば素手で熱湯たぎる釜の中から指環、石などを探り出さしめ、一定期間後の手腕の治不治で有罪無罪が決められた。(4)

ゲルマン民衆訴訟には、自白、被告人の潔白宣誓 Reinigungseid, シュライマネン Schreimannen（叫び声を聞いて集まった人々）など、一見近代的とも思える証拠方法が登場したが、しかしこれら形式的証拠方法は「裁判所に申立事実が真実か否かを確信させるという目的は持っていなかった。(5)」のである。

（1）斎藤朔郎判事は、形式的証拠主義を「或る形式的な行為の結果如何ということによって、訴訟の結果を自動的に決めてしまう制度」と定義される（斎藤朔郎「自由心証の運用について」法曹時報七巻八号（一九五五年）三頁〔同・刑事訴訟論集（一九六五年）所収〕）。

（2）それゆえ「実体的真実」(materiellen Wahrheit) は問題にならず、もっぱら「形式的真実」(förmlichen Wahrheit) で満足していた。Vgl., C. J. A. Mittermaier, Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozess, 1834, S. 8 ff.

（3）Mittermaier, a. a. O., S. 9.

（4）サリカ法典は、フランク族の一支族、サリ族の法典。蛮民法 Leges barbarorum 中の代表的法典とされる。同法典の邦訳として、久保正幡訳・サリカ法典（一九四九年）。

（5）Wolfgang Ziegler, Zweckmäßigkeitstendenzen in der höchstrichterlichen Auslegung des Beweisrechts im Strafverfahren, 1969, S. 3.

2　実質的証拠主義——法定証拠主義

(一)　証明手続の発展過程は、糾問手続の確立過程に対応する。そして糾問手続の完成すなわち法定証拠主義 Prinzip der gesetzlichen Beweisregeln, principe de preuve légal の確立なのである。形式的証拠主義の合理性の基礎は社会の発展につれて崩れ、(1) 事実認定を裁判官の心証によって判断されるシステムがとら

れるようになった。すなわち実質的証拠主義である。[2]

証明システムの目標は、形式的行為の有無から、嫌疑が真実か否かに対する裁判官の確信 Überzeugung, conviction へと移行する。[3] ただし、法定証拠システムにあっては、裁判所は一定の証明要件に拘束され、自由な証拠評価はいまだ許されなかった。

法定証拠主義は、ドイツではバンベルゲンシス刑事法典 Constitutio Criminalis Bambergensis, 1507 及びカロリナ刑事法典 Constitutio Criminalis Carolina, 1532、フランスではルイ一四世の刑事大王令 ordonnances royales (grande ordonnance criminelle de 1670) によって完成する。[4]

(二) ガローによれば、法定証拠システムとは「単に、犯罪事実の探究、立証の方法――これはあらゆる証拠法に不可欠なものであるが――の組織化されたものというだけでなく、その一致が強制的に裁判官の確信を導き、その欠如が裁判官に確信不能といわせるような情況 circonstances の結合によって、犯罪事実が立証されたものと看做すもの」[5] だとされる。かようなシステムの下における裁判官は、いわば「特定の鍵を叩いたときに必然的に反応する鍵盤」[6] にすぎない。国家は、この鍵盤を鳴らすために自白を必要とし、そのために拷問 Folter, torture が行なわれた。[7] 夙に指摘されているように、この法律上の拷問は、まことに「法定証拠システムの所産」[8] なのである。というのも、有罪のための証明要件は必ずしも自白に限られていなかったが、実際には、裁判官の心証 conviction が自白なしには殆ど絶対に得られなかったからに外ならない。[9]

(三) かように、拷問と結びついた法定証拠システムが、合理主義と人道主義を柱とする啓蒙思想の思想家たちの攻撃の標的になるのも当然の成り行きであった。トマジウス Thomasius は、フリードリヒ大王が一七四〇年四月三日の閣令 Kabinettsordnung で拷問廃止を打ち出すにあたって強い影響を与えているし、[10] ベッカリーア Beccaria は、その著書『犯罪と刑罰 Dei delitti e delle pene (1764)』の中で実質的に自由心証主義を提唱している。[11] この他、モンテスキュー Montesquieu、ヴォルテール Voltaire、フィランジェリ Filangieri などの影響も小さくないものがあった。[12]

ただこの点については、彼らは証拠法の革命 revolution を見落としており「それまでの自白証拠への依存から法的システムを解放し、それゆえに拷問廃止を可能にした証拠法の進化を無視している」[13] との否定的評価もある。[14]

(四) 結局、自由心証主義の成立にはフランス革命を待たなけれ

ばならなかった。刑事手続改革の準備は、革命の前年（一七八八年）の三部会からはじめられていたが、裁判官に対する不信から、自由心証主義の要求はなく[15]、一七九一年九月デクレによって、フランスに初めての自由心証主義が成立した。

これに対し、ドイツでは拷問廃止から証拠法の革命へと進まなかった[16]。ドイツはフランスの自由心証主義の受容をためらったが、他方これまでの法定証拠主義を維持することも困難となった。そこで登場するのが、ドイツ諸邦で採用された消極的法定証拠システムである[17]。ヴェルテムブルク刑訴法 StPO für Württemberg (1843)、バーデン刑訴法 StPO für Baden (1845) などがこれに該る。

しかし所詮、消極的法定証拠主義は弥縫策にすぎず、実効性なきまま自由心証主義に移行せざるを得なかったのである[18]。

（1）形式的証拠主義も、その当時の①見通しのきく狭い生活範囲、②生活に根付いた当時の魔術的観念ゆえに、当時としてはそれなりに合理性をもった手続であることにつき、W. Ziegler, a. a. O., S. 3.

（2）斎藤・前掲論文三頁参照。実質的証拠主義は、法定証拠主義と自由心証主義の上位概念である。

（3）W. Ziegler, a. a. O., S. 7. 証明 Beweisung は裁判官の面前での事実認定とされ、裁判所は自ら真実についての確信をもつのである。この点が実質的証拠システムとされる所以である。

（4）カロリナ刑事法典に関しては、米山耕二「カロリナの刑事手続―近代刑事司法の礎」一橋大学研究年報・法学研究9（一九七五年）。これまでにない本格的研究である。ルイ一四世の刑事大王令の条文自体には、カロリナ法典等と異なり、法定証拠システムを直接規定していない。当時の学説・実務によって認められていたのである（中村義孝「フランス革命初期における刑事裁判の変遷」立命館法学一〇五・一〇六号（一九七二年）六二〇頁）。

（5）GARRAUD (R.), Traité théorique et pratique d'instruction crimminelle et procédure pénale, t. I, Paris, Recueil Sirey, 1907, n° 249, p. 501.

（6）ESMEIN (A.), Histoire de la procédure crimminelle en France, Paris, L. Larose et Forcel, 1882, p. 260.

（7）J. LANGBEIN, TORTURE AND THE LAW OF PROOF (1977) はアンシァン・レジウム下の拷問が自白強要システムとしての法定証拠主義と結びついてきたことを強調する。

（8）J. LANGBEIN, supra note 7, at 3.

（9）GARRAUD (R.), op. cit., n° 257, p. 509.

（10）光藤景皎「刑事訴訟における二、三の原則の生成素描」平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法学（下）（一九七七年）八九

頁。プロイセンのこの拷問廃止は、諸邦の拷問廃止を導いた（川崎英明「ミッターマイヤーの刑事司法論（一）」法学雑誌二五巻二号（一九七八年）一八四―一八五頁参照）。

（11）シュミットは、この『犯罪と刑罰』こそ「フランス啓蒙主義の刑事政策的改革思想を、市民社会の精神的共有財産にまで高めた」書であると評価している。E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 218.

ただし、ラングバイン教授は後述する立場から（註13参照）、ベッカリーアに関しても彼は「証拠法との関連について何ら触れることなく、法的拷問に反対する」（J. LANGBEIN, supra note 7, at 67）というが、『犯罪と刑罰』第七章、第八章（岩波文庫・風早八十二、風早二葉訳）でベッカリーアは法定証拠主義を否定し自由心証主義の思想を展開している。

（12）モンテスキュー、ヴォルテールの影響につき、E. Schmidt, a. a. O., S. 215 ff.; フィランジェリにつき、GARRAUD, op. cit., p. 510, note 30.

（13）J. LANGBEIN, supra note 7, at 67. 教授はこのような啓蒙思想家として、トマジウス、ベッカリーア、ヴォルテールを挙げる。

（14）わが国では、庭山教授が、啓蒙思想は「刑事証拠法の面から見るならば、あまり大きな意義は認められない。それは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」（庭山英雄「自由心証主義の抑制について（一）」中京法学三巻一号（一九六八年）八五頁）とされる。しかし少なくとも拷問廃止が、証拠法の根底からの改組の原動力になったことだけは確かである。

（15）中村義孝・前掲（註4）論文六二五頁。

（16）川崎英明・前掲（註10）論文一八五頁。

（17）このシステムは、後述するようにフランス議会で提案されたものの、否決されている。

ドイツでは、自由心証主義の採用が遅れた分だけ消極的法定証拠理論が深化・発展した。ドイツにおけるこの期の発展を詳細に跡づけたものとして、光藤景皎「自由心証主義の反省」法学雑誌二五巻三・四号（一九七九年）二九一頁以下、特に三〇二頁以下。これによると、法定証拠主義が経験則・論理則論（後述）に支えられ、表裏していたことが分かる。

（18）消極的法定証拠主義への批判として、Julius Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, 1883, S. 14 ff.; August v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892, S. 61. クリースは「法律の消極的な定式化によっては、現行法の欠陥や困難さは除かれず、むしろ増加する。被告人の罪責についての裁判官の確信が存在しているのに、相変らず有罪認定のために法律によって、しばしば収集不能な量の証拠が要求された。……そして法律は矛盾した条

件からなっているため、実効性のないままでいるほかはない」（傍点引用者）と、右に挙げた箇所で指摘している。

3　実質的証拠主義――自由心証主義

(一)　一七八九年七月一四日、バスティーユ襲撃で幕を開けたフランス大革命は、アンシァン・レジウムに対する徹底した断罪を行なった。裁判手続についても例外ではなかった。そして、この場合にも、新しい手本は当時の民主主義の先進国、イギリスに求められたのである。特に、イギリス陪審制導入の要望は非常に強かったようで、エスマンはその辺りの事情を次のように述べている。

「一七八九年の陳情書 les cahiers は、刑事に関して陪審員による裁判を要求してきた。それらはイギリスの制度に学ぶことを推奨した。フランスでは、少なくとも五〇年前からイギリス、つまり各被告人が同胞 concitoyens の一二人の陪審員を持つ国に注目していたのである。立憲議会 Assemblée constituante はこの陳情書を実現しようとした。そこで模倣の対象となったのは、まさにイギリスであった。」(1)

しかし、革命当初は一六七〇年オルドナンス（刑事大王令）を全廃しえないどころか、弁護人選出権を認められた点を除けば、同オルドナンスは殆ど維持されたままであった。(2)というのも、イギリス刑事手続の導入は思ったほど容易なものではなかった。右弁護人選出権を認めた一七八九年一〇月八日―一一月三日デクレは、同時に公開原則をも採用してはいるが、その他多くの点で英仏両刑事訴訟法は「直接的な対立関係にあった」(3)といえるほどであった。

一六七〇年オルドナンスが全廃されるには、二年後の一七九一年九月、イギリス法の影響化に成立した近代的刑事訴訟法典 les lois des 16 et 29 septembre 1791 を待たなければならなかった。(4)

(二)　自由心証主義は、この一七九一年九月法律によって陪審制とともに生まれた。立法者はここで初めて法定証拠システムを正式に放棄し、陪審員の内心的確信 intime conviction にのみ依存すると、明確に宣言したのである。(5)

ところで、自由心証主義はイギリスから輸入されたものとみて良いか、疑問の生じるところである。(6)問題の根本は、多くの証拠法則をもつ英米証拠システムと、それをもたない大陸の証拠システムの相違にある。自由心証主義・法定証拠主義という大陸法的区分けで英米証拠法を分類しようとするところに、そもそもの誤りがある。(7)その点でわが国の学説が、イギリス証拠法は自由心証

義であるとか法定証拠主義であるとか論じてきたのは、まさに不毛の議論であった。[8] イギリス証拠法には、多くの証拠能力の制限と多くの推定に関する法則がある。この点で自由心証主義との部分的不一致は明瞭である。[9] 自由心証主義は、イギリスから輸入されたのではなく、フランスにおいて、拷問廃止と陪審制度を基底に据えて誕生したのである。[10]

(三) この自由心証主義も、立憲議会においてスムーズに採択されたわけではない。当初一部の者たちは策略をめぐらし、新しい原理（確信理論）の恩恵を旧い慣行のメリットと結合しようと計った。彼らは、有罪を基礎づけるのにどんな証拠を具備する必要があるかの決定を法律に委ね、しかし、どんな責任にしろ、裁判官に、彼の内心的確信に反してまで有罪宣告を強制するような責任を負わせない、との提案をした。[11] いわゆる消極的法定証拠主義である。

このシステムは、《法定証拠に由来する信頼と、裁判官の内心的確信に値いする信頼》とを結合しようとした巧妙なシステムであった。[12] しかし両者は両立しえない。何故なら、かようなシステムにおいては、その決定を正当化しなくてもよい陪審は、正当化したくないときは常にその義務を免かれ、他方、陪審がこの義務を尊重しようと考えたときは、そこに不当な無罪にふさわしい言い逃れを発見しうることになるからである。[13]

彼らの提案は、それゆえ認められず、自由心証主義が採用されることになる。その結果「陪審は独自に討議し、法的強制力が何らかの証拠方法に付与されることなしに、もっぱらその内心的確信に従って判断しなければならない。」[14]

その後、一七九一年九月法律は、革命暦三年（一七九五年）ブリュメールの犯罪と刑罰法典 Code des délits et des peines de brumaire an III[15] によって補完され、糾問システムは完全に廃止されたのであった。[16] 自由心証主義は、その後一時的反動にも耐え、治罪法典 Code d'instruction criminelle, 1808 三四二条を経て、現行刑事訴訟法典 Code de procédure pénale, 1959 の三五三条、四二七条に受け継がれている。[17]

(四) ドイツでは、先に述べたように、消極的法定証拠主義の時代を経たために、自由心証主義の成立はフランスに半世紀遅れることとなった。ドイツ諸領邦において、最初に、証拠の作用に関し裁判官に、その面前で自由に行なわれた審理の全体 Inbegriff から導き出された確信を命じた最初の法律は、プロイセンの一八四六年七月一七日令 Verordnung vom 17. 7. 1846 であった。[18] 同

法はフランス治罪法典に倣ったものであるが、同法はその後、三月革命による刑訴法の改革の範となった。[19] 革命立法たる一八四九年一月三日令 Verordnung 3. Januar 1849 は、右プロイセン法の自由心証主義の規定を文字通り再生し、[20] 同規定は、一八七九年一〇月一日施行のライヒ刑訴法に受け継がれ、途中不幸な中断をみながらも、現行刑事訴訟法典に至っている。[21]

(1) ESMEIN (A.), op. cit., p. 417. ここに紹介されている議会における発言をみれば、当時いかにイギリスが憧憬の目で見られていたかがうかがえる。たとえばベルガスの発言「犯罪を追求処罰するために我々がここで論じている方法で、イギリスや自由主義アメリカで採られた判例によって与えられないものはどこにもない」トゥレの発言「われわれは光栄にも、暫くパリに滞在中のイギリスの一流法律家の幾人かと協議をもつことができた」。

(2) BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), Traité de droit pénal et de criminologie, 2e éd., t. II, par P. BOUZAT, Paris, Dalloz, 1970, n° 949, p. 898. 革命事業は、刑訴法に関しては一七八九年一〇月八日―一一月三日法律によって遠慮がちに始められた。この改革の経緯について、中村義孝・前掲論文六二六頁以下。

(3) ESMEIN (A.), op. cit., p. 418. 同様の困難さは、フランスの陪審制・自由心証主義をドイツに持ち込むときにも生じた。ドイツ政府及びライン右岸の法律家は「陪審裁判を信用することができず、自由心証主義は法律適用の安定性を害すると考えたのである」(田中和夫・証拠法の基礎理論〈法律学体系第二部法学理論篇一四七〉(一九五三年) 七六頁)。

なお、弁護人の援助に関しては逆にイギリスではためらわれた。

(4) 同法は、Décret concernant la police de sûrté, la justice criminelle et l'établissement des jurés とも呼ばれている。正確にいうとデクレは法律 (loi) ではない。「国王の裁可をまってはじめて《loi》になる」(野田良之・フランス法概論上巻 (一九五四年) 五五九頁)。

(5) ESMEIN (A.), op. cit., p. 426. このことは、陪審員に課せられた次のような宣誓の文言にあらわれている。「あなたがたは、有罪の立証や防御の理由にもとづき、自由人にふさわしい公平と確かさを備えた良心と内心的確信に従って判断することを……誓う」(同法第二部七章二四条)。

(6) 自由心証主義が陪審制と表裏するものであることは、一般的に承認されている。そこにいう陪審は、起訴陪審ではなく審理陪審なのだが、エスマンによれば、起訴陪審は文字通りイギリスから模倣されたが、審理陪審はイギリスの伝統に従わなかった、とされる (ESMEIN (A.), op. cit., p. 425.)。

(7) ラベリングにこだわるより、それぞれの実質を把握してい

く方が、より建設的である。団藤重光「自由心証主義」刑事法講座第六巻（一九五三年）一一一九頁、一一三一頁註(20)参照。

(8) 戦前では、峯岸治三・イギリス証拠法研究（一九三八年）が、イギリス証拠法は法定証拠主義を採るとしたのに対し（同書三―四頁）、田中和夫教授は「英米証拠法は法定証拠主義を採るものではない」（田中「自由心主証義と証拠法(一)」民商法雑誌一一巻五号（一九四〇年）二九頁）とされた。戦後は、おおむね自由心証主義説であるが、団藤博士が「一種の法定証拠主義」という表現を用いたのが目につくくらいである（註7参照）。話の混乱する原因のひとつは、自由心証主義概念の把握がまちまちであったことによる。自由心証主義は、当初は証拠能力の制限のない、完全な〝自由心証〟であったのが、今日のそれは自由な証拠の「評価」の主義にすぎなくなってきたのである（平野龍一・刑事訴訟法〈法律学講座叢書〉（一九五四年）七三頁）。

(9) Ursula Westhoff, Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, 1955, S. 118.

(10) 「陪審制度と拷問の廃止とは、法定証拠システムの崩壊を招来せずにはおかなかった」(GARRAUD (R.), op. cit., n° 258, p. 510.)。拷問の廃止自体は、すでに一七八〇年に行なわれている。

なお、陪審制と拷問は結合しない点につき、戒能通孝「陪審制と証拠法」思想三六〇号（一九五四年）七頁以下〔戒能通孝著作集Ⅲ・裁判（一九七七年）所収〕に簡単な説明がある。

(11) GARRAUD (R.), op. cit., p. 510.

(12) GARRAUD (R.), op. cit., p. 510 f.

(13) GARRAUD (R.), op. cit., p. 511.

(14) STEFANI(G.) et LEVASSEUR (G.), Procédure pénale, 10e ed., Paris, Dalloz, 1977, n° 69, p. 62.

(15) その名称にかかわらず、これは第一義的には訴訟法であった。

(16) BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), op. cit., p. 898.

(17) フランス刑訴法四二八条は、「自白は、一切の証拠資料と同じく、判事の自由な判断に委ねる」と規定しており、自白も自由心証主義の例外とはされていない。

(18) A. Kries, a. a. O., S. 61 f. なお、これに先立ち、一八三八年三月三〇日ザクセン刑訴法が、秘密・糾問訴訟においてではあったが自由心証主義を宣言していたとの指摘がある（光藤・前掲「自由心証主義の反省」三一三頁）。

(19) この期の改革は、それまでの遅れを取り戻すべく敏速に行なわれたが、それだけつぎはぎ的な改革になってしまった。W. Ziegler, a. a. O., S. 17.

(20) A. Kries, a. a. O., S. 61 f.

(21) ドイツ刑事訴訟法二六一条。

4 わが国の自由心証主義の成立

(一) わが国においてもまた、証明のシステムは、法定証拠主義—自由心証主義という過程を辿る。法定証拠主義は、古く律令以来認められてきた。[1] 養老律令（七一八年）は、その前の太宝律令（七〇一年）と同じく中国律令制度を継受したものであるが、換推制度（現行の除斥・忌避・回避の制度に相当する）、拷問制度、三審制度をもち、「凡諸司断事、悉依二律令正文一」（裁判は必ず法の明文に拠るべし）との法文すら有する完備したものであった。[2]

しかし断罪するには自白が必要とされ、そのために、どうしても拷問（「拷掠」）が重要視された。[3] 諸般の事情から容疑が濃厚であるのに自白しない者に対して拷問が許されたが、ただ、特に身分の高い者、一六歳以下の者、七〇歳以上の者、病人、妊婦に拷問を加えることは許されず、そのかわり三人以上の証人があれば自白がなくても断罪できたのである。[4][5] まさに糾問主義を背景とした法定証拠主義といってよい。

その後この法定証拠主義は、鎌倉時代以降の武家社会に引き継がれ、明治維新後は、新律綱領（一八七〇年）、改定律例（一八七三年）に継受された。[6] それに伴って拷問も法制上認められていたのである。[7] この拷問が、ともかくも近代化の緒に就いたわが国で、批判の対象とされるようになったのも時代の趨勢といえる。[8] しかし、わが国においても「拷問の制は、思想的には国家絶対主義或は封建主義と結合するであろうが、訴訟技術的に考察すれば法定証拠主義と必然的に結合するものであった」から「拷問の廃止はかかる法定証拠主義の撤廃を前提としなければならな」[9]かったのである。

(二) そして、拷問＝法定証拠主義の廃止と自由心証主義の樹立の文字通りの功労者が、ボワソナードその人であったことは注目されてよい。[10] ボワソナードは一八七五年（明治八年）、日本の拷問の現場を見て驚き、大木司法卿宛に拷問廃止の意見書を出す。[11] そしてそれは、翌年、拷問廃止・自由心証主義の採用という形で政府に容れられるのであるが、このボワソナードの建議の内容は、「刑事法における証拠についての覚え書」[12]が明らかにしてくれる。

同覚え書はまず拷問の非人道性、不正義など四つの理由を挙げてその廃止を説き、その結果維持が困難となる法定証拠主義にかえて、自由心証主義の採用を勧める。自由心証に関しては、証拠

に優劣がないことを指摘し、フランス治罪法三四二条を挙げて「裁判官または陪審員は、慎重で公平な審理ののちに、有罪の確実な心証に達したならば、有罪の言渡しをすることができる」[13]と述べている。

注目すべきは、拷問廃止の四つの理由のうち第四点目、すなわち拷問は「日本が外国人に対する裁判権を獲得するうえでの抜き難い障害となる」[14]としている点である。この第四点目が、日本をして拷問廃止に踏み切らせる最大の理由となった[15]。このことは、わが国の自由心証主義が上から与えられたものであることを示唆する[16]。

(ロ) かようなボワソナードの建議をうけて、翌一八七六年（明治九年）元老院は、議官陸奥宗光提出の号外第四号議案「改定律例第三百十八条改正に関する意見書」を審議・可決した。その後、司法省、法制局からも同様な議が出され、遂に改定律例三一八条は「凡ソ罪ヲ断ズルハ証ニ依ル」と改正された[17]。同時に出された司法省達において、「断罪証拠ノ儀ハ各其心得モ有之候得共為念左ニ相示候条此旨相達候事」と前置きして各種証拠方法を列挙し「前件ノ証拠ニ依リ罪ヲ断ズルハ専ラ裁判官信認スル所ニアリ」として、自由心証主義が宣言されたのである[18]。

その後、自由心証主義は、わが国初の近代的刑訴法典たる治罪法典（一八八〇年）に明定され[19]、明治刑訴（一八九〇年）、大正刑訴（一九二二年）と受け継がれ、戦後英米法の影響下で制定された現行刑訴法（一九四八年）も法文の文言にみる限り、大陸法の伝統に従っている[20]。

(1) 団藤重光・刑法の近代的展開（一九四八年）三三頁。
(2) 佐々波與佐次郎・日本刑事法制史（一九六七年）四九六頁。
(3) 森川哲郎・拷問（一九七四年）九頁。
(4) 同右。
(5) ただし、ここで法定証拠主義と名付けるのも便宜的なものであって、どの程度「確信」ということが重視されたかということと疑問がないではない。形式的証拠主義に近いものであったか。
(6) 改定律例（明治六年〔一八七三年〕六月太政官第二〇六号）第三一八条凡罪ヲ断スルハ、口供結案ニ依ル、若シ甘結セスシテ、死亡スル者ハ、証左アリト雖モ、其罪ヲ論セス。
(7) 団藤・前掲（註1）三一頁以下、双川喜文・拷問（一九五七年）七一頁以下。何と一八七九年（明治一二年）まで、法制上拷問が認められていたのである。
(8) 一八七四年（明治七年）五月、津田真一郎は『明六雑誌』上に「拷問論」を発表、イタリアのベッカリーアの説を祖述

して拷問廃止を主張し、拷問廃止が不平等条約改正の要件であることを強調し、官界・言論界に影響を与えた（双川・前掲書七五頁）。

(9) 団藤・前掲（註1）三三―三四頁。

(10) フランスの法学者ボワソナードの招聘は、「民族的悲願である条約改正の前提条件として法制度のヨオロッパ化を推進する際」フランス諸法典を参考にしようとした背景のもとでなされたのであった（大久保泰甫「ボワソナアド」潮見俊隆＝利谷信義編・日本の法学者（一九七五年）三八頁。さらに、大久保泰甫・ボワソナアド〈岩波新書〉（一九七七年）九六頁以下参照）。

(11) 双川・前掲書七五頁、青柳文雄・刑事訴訟法入門（一九七四年）八頁。

(12) 吉川経夫他訳・ボワソナード答問録〈法政大学〉（一九七八年）三七頁以下。出典の解題は、同書一四頁以下に吉川教授が書いておられる。

(13) 同右四二頁。

(14) 同右三七頁。

(15) 大久保・前掲（岩波新書）一〇二、一〇五頁以下。

(16) 双川・前掲書七五頁参照。また、同趣旨の指摘として、青柳・前掲（註11）八頁。

(17) 明治九年〔一八七六年〕六月一〇日太政官布告第八六号。

(18) 明治九年〔一八七六年〕八月二八日大審院および各裁判所に宛てられた司法省達。

(19) 治罪法典第一四六条。同条第二項は「被告人ノ白状官吏ノ検証調書証拠物件証人ノ陳述鑑定人ノ申立其他諸般ノ徴憑ハ裁判官ノ判定ニ任ス」と宣明する。註釈として、織田純一郎・治罪法註釈（一八八〇年）二六二頁以下。

(20) 法文の変遷につき、団藤・前掲「自由心証主義」一一三〇頁註（九）参照。旧刑訴三三七条と現行三一八条の文言は殆ど同じだが、現行法は、自白を自由心証主義の例外とし、少なくない証拠能力の制限をもつ。

三　経験則と自由心証主義

1　従来の通説

(一) 自由心証主義が経験法則（経験則）ないし論理則という枠に制限されるとの理解は、わが国固有のものでは勿論ないが、[1] ここではわが国におけるその跡づけを試みることにする。

大正八年に第四版を重ねた林頼三郎大審院検事の教科書では、証拠評価について次のように述べられている。

「〔証拠判断にあたって〕実験上ノ法則（Erfahrungssatz）ヲ無視スルヲ得ス……蓋推理ト云ヒ判断ト云フハ要スルニ実験上ノ法則ヲ適用シテ結論ヲ抽出スルコトヲ謂フニ外ナラサ

レハ此法則ヲ無視スヘカラサルコトハ自明当然ノ理ナリト謂ハサルヘカラス（大正三年一月二四日大判ハ実験上ノ法則ニ反シテ判断シタルトキハ上告ノ理由トナルト説明セリ）[2]」

林検事自身、「実験上ノ法則」違反が上告理由になるとは直接述べていないが、そこに挙示する判例からして、暗にこれを認めているように感じられる。[3]

これが牧野博士になると、はっきり次のように言う。

「証拠ヨリシテ一定ノ事実ヲ認識スルノ推度ハ論理上当然ノ法則ニ従ハサルヘカラス。此ノ法則ニ反スルトキハ又判決理由ノ齟齬アルモノトス（四一〇条第一九号）[4]」

ここでは法令違反ではなく、理由齟齬である。[5]これに対して平沼博士は重大なる事実誤認の問題とする。[6]同博士の説くところ、次のとおりである。

「自由心証主義ニ依レハ法規ヲ以テ判事ノ判断ヲ拘束セサルモ実験法則ニ違反シタル推理ヲ認容スルモノニ非ス、蓋証拠判断力実験法則ニ従フヲ要スルハ訴訟法ノ大原則ナリ、之ヲ無視シテ為シタル事実ノ判断ハ違法ナリ、故ニ上告審ニ於テ破棄ヲ免ルヘキモノニ非ス[7]」

「〔事実の認定には実験法則を適用すべしとの〕要求ニ違背シタル事実ノ認定ハ法ノ形式ニ違フ所ナキモ法ノ精神ト背馳ス、思フニ明ニ実験法則ト背馳スル判断ハ法律ニ違反スルモノト論スルヲ至当トスヘシ[8]」

小野博士にあっては、上告理由との関連における経験則の機能を少しく別異に捉えている。博士は自由心証主義は経験法則に従うことを要するとの立場はとりつつも、[9]そこにいう経験法則違反が上告理由になるとは考えない。博士は、いかなる場合に旧刑訴四一四条の「重大なる事実の誤認」があるかについて、「其は判決を記録と照合し、経験上の法則によって之を決すべきである[10]」という。これは、もはや経験則を法規と同視して上告理由とする意味での経験則大前提論ではないといえる。

以上が戦前の学説の大まかな流れである。[11]

(二) 戦後も、通説は経験則論を墨守している。たとえば団藤博士は次のように述べておられる。

「証拠の評価は、性質上、直感的要素を含むが、全体として経験上の法則と論理上の法則とにしたがって行なわれることを要する……かように証拠の評価が経験上の法則と論理上の法則にしたがって行なわれなければならないということから、〔証拠の取捨選択等の不合理さの〕程度のはなはだしいときは、上告審においても職権による破棄の理由となりうるのである（四一一条三号）[12]」

田中和夫教授も戦後の著書の中で、「演繹的三段論法の推理」という言い方で同様の議論を繰り返しておられる。[13]

平野教授もまた通説的立場から、自由心証主義に対して一定の枠としての経験則の必要性を挙げ、「経験法則に違反して事実認定を行ったときは、法令の違反として破棄しうる……（が）このばあいは経験法則という抽象的な法則を考えた上で、それに反すると判断する必要はなく、具体的証拠から具体的事実を認定すること自体が妥当でないというだけでよい」[14]という。

しかし戦後になって重要なのは、この経験則大前提論に対する反論が、有力になされはじめてきたことである。通説に対し、はじめに槌を打ち込んだのは斎藤朔郎判事である。斎藤判事は、実務家的見地から次のように言われる。

「われわれ実務家が、日常の裁判をするに当って、現実に行っているところを顧みると、窮極の事実認定をするのには、経験則を用いて判断をしているのであるが、それは決して、常に三段論法的演繹推理の方法によっているものではないと、私も考える。或る事案において、五つの情況証拠が揃って、それ等を綜合して一つの犯罪事実を認定するという場合に、同様な情況証拠が揃えば、そのような事実を認定するのが、相当であるとするとの経験則の大前提があるといってみても、ナンセンスだと思う」[15]「大審院判例以来、経験則違背で原判決を破棄している例は夥しい数に上っている。〔しかしそれは〕原判決の認定が合理的でないということを経験則違背だといっているにすぎないと、私は思う」[16]

斎藤判事のいうように、経験則大前提論は事実認定の分析に成功しているとはいえない。しかもそれは、後述するように同判事のいう「観念の遊戯」といった無害なものにとどまらない。

毛利与一博士の通説への反論は多岐に亘るが、これを、経験則大前提論の①論理的不可能性と、②実際的不可能性に分けることができる。すなわち、

① 三段論法は「言葉」に表現することのできる推理である。言葉でいえない三段論法というものはあり得ない」のであるが、ここで大前提たる経験則は「仮りにそんな経験則があるとしても、これをどういい現わしてよいのか、少なくともこれを現すべき言葉を知らない」、それゆえかような三段論法は、論理の精確も理詰めの説得的権威ももたない。[17]

② 「経験は必ずしも経験法則に帰納されるものとは限らない」のであって、「裁判官が修練を通じて自得した技術をすべて、通常人に汎通な経験的法則のみに集約しようとすることは無理」である。[18]

∴いったい、通説は経験則の具体的内容をどのように考えている

のだろうか。小島建彦判事は最近の論文の中で、供述証拠の評価における経験則の例を幾つか挙げておられるが、それらが、大前提としてふさわしい程法則的なものであると言いうるか、甚だ疑問である。[19]

(三) 右にみたように、自由心証主義も経験則に反しないことを要するというだけでは、「余りに内容がとぼしくて次元が低い」[20]といえる。しかし通説の意味はそこにあるのではない。それは、かつて藤野判事が正当に指摘したように「経験則は、上告審が事実審の認定をコントロールする手段として考察したもの」[21]だという点にある。現行法は大審院時代と異り、事実問題が「広汎な職権破棄事由（刑訴四一一3・4）となっているので、経験則違反としたところで同じ職権破棄事由に過ぎない（同1）」[22]という面があるのは事実である。しかしそれでも、最高裁が事実審をコントロールするに際し、「やはり根底に経験則を設定することによって論理的統一を図ろうとすることと、更にこれ等の方法（事実誤認、理由不備等の実定法上の他の方法—引用者註）でカバーできないときに経験則違反を持ち出して処理する」[23]ことから考えて経験則論批判の意義はいささかも失われていないと考えられる。

そして、藤野判事のいわれるように、通説と反対説の最も重要な差異は「上告審が下級審の事実認定に加える干渉の具合の差」[24]である。そこで、次に、判例における「干渉」の実際を検討しなければならない。

(1) 経験則論は、ドイツにおいて発展・展開された。この点につき、光藤・前掲「自由心証主義の反省」六七二頁以下。

なお、ボーネは、心証形成過程を、従来の経験則論から離れて、心理学的に立ち入って解明しようとした。彼によれば、「確信」形成を論理則で説明するのは無理であり、「(間接事実による) 証明は、たとえあらゆる推論に関する論理則を考慮のうえ最大の慎重さと自制とをもって行なわれたとしても、蓋然的判断を可能にするにすぎない」Gotthold Bohne, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, 1948, S. 10 f. (庭山英雄・田中嘉之訳・裁判官の心証形成の心理学・中京法学一四巻一号(一九七九年) 三六—三七頁)。

フランス刑訴においては、特に裁判官を拘束する理論はないようである。証拠評価の自由につき、次のように説明される。「自由心証システムにおいては、裁判官は、彼に委ねられた証拠の価値をまったく自由に評価する。彼は、手許の証拠に彼が与えた証明力についてのどんな正当理由を述べることなく、彼の良心に従って判断をなし、罪責について確信を得たか否かに応じて、有罪あるいは無罪を言い渡す」STEFANI (G.) et LEVASSEUR (G.), op. cit., n° 30,

p. 30.

(2) 林頓三郎・刑事訴訟法〔第四版〕(一九一九年) 九九頁。

(3) 引用文中括弧内の判例は、次節で採りあげる。

(4) 牧野英一・新訂刑事訴訟法(全)〔新訂十一版〕(一九二四年) 二一七頁。

(5) 旧刑訴(いわゆる大正刑訴) 法四一〇条 左ノ場合ニ於テハ常ニ上告ノ理由アルモノトス 一九号 判決ニ理由ヲ附セス又ハ理由ニ齟齬アルトキ

(6) 旧刑訴法四一四条 重大ナル事実ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顕著ナル事由アルトキハ之ヲ上告ノ理由ト為スコトヲ得

(7) 平沼騏一郎・新刑事訴訟法要論〔改訂増補十二版〕(一九二七年) 五一六頁。

(8) 同六二六ノ二―六二七頁。

(9) 小野清一郎・刑事訴訟法講義・全〔全訂三版〕(一九三三年) 二九〇頁。

(10) 同五四七頁。

(11) 以上のほか、戦前の論文では、小山松吉「刑事訴訟に於ける公知の事実と実験則」法曹会雑誌三巻四号(一九二五年) 一頁以下、特に一四頁、田中和夫「自由心証主義と証拠法(一)」民商法雑誌一一巻五号(一九四〇年) 三一頁。いずれも経験則論をとる。

(12) 団藤・新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕(一九六七年) 六二―六三頁。

(13) 田中和夫・証拠法(一九五二年) 六七頁以下。

(14) 平野龍一・刑事訴訟法〈法律学講座叢書〉(一九五四年) 七四―七五頁。

(15) 斎藤朔郎・事実認定論(一九五四年) 八一頁〔同・刑事訴訟論集(一九六五年) 所収〕。

(16) 同・八八頁。

(17) 毛利与一・自由心証論―有罪心証としての―(一九五六年) 一三五頁。

(18) 同・三八頁。

(19) 小島建彦「裁判官の知識経験と事実認定」鴨先生古稀祝賀・刑事裁判の理論(一九七九年) 三一四―三一五頁。ここにあるような、たとえば「物証は人証に勝る」という原則違背が、法令違反に対応するような違背といえるだろうか。経験則を余り一般化してしまうと、無意味無内容となるし、余り具体的内容を盛り込むと、それは、一回的経験事実ではありえても、もはや経験「法則」とはいえない。経験則論は、かように、理論的にも二律背反の窮地に追い込まれる。

(20) 田村豊・裁判上の証明(一九六〇年) はしがき。ただし田村博士自身のアプローチは、論理則・経験則の具体化という方向である。

(21) 藤野・前掲論文三〇頁。藤野判事は、まず通説、反対説を検討して「経験則の設定はフィクション」と解した上で、更

に通説の存在意義を追求している。その意味で、斎藤・毛利反論を一歩進めたものと評しうる。

(22) 青柳文雄「刑事裁判における自由心証」総合判例研究叢書・刑事訴訟法(15)（一九六四年）一二八頁。

(23) 藤野・前掲論文三〇頁。

(24) 同二三頁。註22参照。

2 通説の果たした役割——判例——

(一) 最高裁昭和五一年一〇月一二日再審開始決定の中で(1)、最高裁は次のようにいう。

「〔再審理由の判断の際に「疑わしいときは被告人の利益に」の原則を適用することは〕再審請求をうけた裁判所が、特段の事情もないのに、みだりに判決裁判所の心証形成に介入することを是とするものではないことは勿論である」(2)

一般論としては誠に妥当な態度といえる。ここで再審の問題にまで立ち入る余裕はないが、確定判決の事実認定が軽々に動揺させられるべきではないという点に、異論はないと思われる(3)。そして、事実審の事実認定の尊重という点では、再審に限らず、通常上訴の場合にも同様なことがいえる筈である。まして被告人に不利益な再審を認めておらず、他方、通常上訴において検察官上訴を認めているわが現行法を前提にすれば(4)、再審で事実審の心証形成に「介入」してもせいぜい被告人に利益になるだけなのに対し、通常上訴の場合には事実審の無罪がくつがえされる余地を拡げることにもなりかねない。再審で原審の自由心証への配慮が必要なら、通常上訴においても同じ配慮は必要なのである(5)。

わが国の判例において、この点への配慮が欠けていないか、以下に概観することにしたい。

(二) まず、経験則＝上告理由の嚆矢と目される大審院大正三年一月二四日判決を挙げる(6)。

「証拠ニ依リ認メタル一ノ事実ヨリ他ノ事実ヲ推定スルハ事実承審官ノ職権ニ属シ苟クモ其推定カ実験上ノ法則ニ牴触セサル限リ之ヲ非難シテ以テ上告ノ理由ト為スニ足ラス」(7)

これは実験則違反が上告理由となることは認めているが、事案については否定しているため、法令違背と考えているのか理由齟齬と考えているのかはっきりしない(8)。同様に、最高裁昭和二三年一一月一六日判決も、証拠の取捨選択、事実の認定過程は経験則に反しえないと一般的にいうだけで、どの上告理由に該るのかまではっきりしない(9)。

この点、最高裁昭和二五年一月一三日判決になると(10)、だいぶ明らかになる。

事案は窃盗被告事件で、被告人の精神異常の有無が問題となった。第一審の新宿簡裁・東京簡裁、第二審の東京地裁は精神異常の主張を認めず共に有罪、上告審たる東京高裁は「原審の被告人の精神状態に関する認定を非難するのは事実の誤認を主張することになるのであるがかような主張は法律上許されなくなったのであるから採用することはできない」[11]として上告棄却した。これに対する（再）上告趣意で、弁護人は次のようにいう。

「事実と証拠の対照これに対する判断が適正である妥当であるということが刑事裁判の真髄であり生命である事実の認定と証拠を対照して此間に経験の法則と論理の法則に適合して合理的でなければならない所以が首肯できるのである。左れば自由裁量といっても此の法則を守らなければならぬ制約はあるのであって経験則や条理を無視したり、或は無視しないまでも経験則や条理上首肯できない事実の認定があった場合には法令違背となって上告の理由になることは言を俟たないところである」[12]

通説の立場に立って展開されたこの上告趣意に対して、最高裁は理論としてはこれを受け容れている。

最高裁昭和三三年二月一一日決定[13]は、弁護人の「原判決の認定は、科学の法則を無視し、従って実験則にも違反する」[14]との上告理由に答えて、「単なる実験則違反」の主張は上告理由にあたらないとしつつ、括弧内で、原審の程度では「経験則に反するというに足りず、これを是認した原判決の証拠説明に所論の違法があるとはいえない」[15]という。経験則違反が上告理由になることは認めていると思われるが、それと「実験則」なるものとの関係は不明である。

経験則のシノニムと思われる「採証法則」違反を「法令」違反と認めた判例として、最高裁昭和四三年八月二日判決がある。[16]

最高裁昭和三三年六月二四日判決は、住居侵入強姦致傷事件で、法令の解釈適用の誤りを理由に原審を破棄する。[17]同判決垂水補足意見は、「原審が支持した第一審判決挙示の証拠だけで被告人に判示強姦の犯意があった事実を認めることは無理であって経験則に違反する」[18]という。ここにいう「経験則違反」は「犯意を認めることは無理」と同義であって殆ど意味をもたない。[19]

(三)　最高裁が経験則論を媒介にして事実審をコントロールすることは、特に戦後において、無辜の救済という点で積極的役割も果たしてきている。[20]その点にのみ眼をやれば、「わが国には、事実誤認を上訴によって可及的に救済しようという、刑事司法の伝統がある」[21]とのオプティミズムも肯けないではない。しかし、上

級審が下級審の事実認定を「検閲」し、場合によっては被告人の不利益に変更することがあっていいものだろうか。[22]

最高裁昭和五三年五月三一日決定（外務省機密漏洩事件）では、[23]最高裁は独自に次のような事実を認定している。

「被告人は、当初から秘密文書を入手するための手段として利用する意図で右蓮見と肉体関係を持ち、……同女を利用する必要がなくなるや、同女との右関係を消滅させてその後は同女を顧みなくなった」[24]

これは「明らかに一、二審と異なる事実認定」[25]である。かようなことが、法律審としての最高裁の建前と調和するのだろうか。

最高裁昭和五二年五月六日判決、[26]いわゆる飯田橋事件判決では、原審が兇器準備集合罪の「共同加害の目的」は認められないと事実評価したのを、事実誤認の「疑い」があるとして破棄差戻している。[27]また最高裁昭和五三年六月二九日判決、[28]いわゆる羽田空港ビル内デモ事件判決でも、第二次一、二審無罪を事実誤認で破棄差戻している。[29]

（1）刑集三〇巻九号一六七三頁（財田川事件）。

（2）同一六九九頁。

（3）ただし、現実の再審の門戸が「開かずの門」に近いということを是認するものではない。

（4）西ドイツでは不利益再審を認めているし、英米では検察官上訴を認めない（田宮裕「上訴の理由」刑事訴訟法講座第三巻（一九六四年）九〇頁以下参照）。

（5）小野・前掲書は、旧刑訴法下の議論ではあるが、上告審が事実審理をすることは、大審院の法律審たる建前と相容れないし、直接主義・口頭主義にも反するとして反対する（五四三―五四四頁）。

（6）刑録二〇輯六二頁。

（7）同六四頁。

（8）上告理由は、理由齟齬を主張している（同六四頁）。経験法則違背をすべて法令違背にもっていくことの不当性を突くものとして、井上正治・刑事訴訟法の論点（一九五八年）一九九―二〇〇頁。井上教授は事実誤認でいくべしという。

（9）刑集二巻一二号一五四九頁。

（10）刑集四巻一号一二頁。

（11）東京高判昭和二四年五月二八日（同二二―二三頁）。

（12）同一五―一六頁。

（13）刑集一二巻二号一六八頁。

（14）同一七二頁。

（15）同一六九頁。

（16）判時五三〇号八五頁。同判決は「根拠の薄弱な計算を唯一のよりどころとして被告人の弁解を軽々しく排斥したのは、著しく採証法則に違反した違法な判断であって、到底容認す

ることができない」（八七頁）という。

(17) 刑集一二巻一〇号二二八六頁。

(18) 同二二八九頁。かように述べて、本件具体的情況、所為等から、経験則上強姦の犯意は認め得ないと結論する。

(19) 前節の、通説への反論が想起される。裁判官の頭の中に経験「法則」なる具体的なものは存在しないのである。

(20) 八海、幸浦、松川、二俣等、戦後著名事件だけでも少なくない数にのぼる。

少し新しいものでは、最判昭和四八年一二月一三日判時七二五号一〇四頁は、原審の懲役二年六月（放火）を、事実を詳細に検討しつつ「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、無罪を言い渡している。最判昭和五三年三月二四日刑集三二巻二号四〇八頁は、精神分裂病の寛解期に関するもので最高裁は、限定責任能力を認めず死刑を言い渡した第一、二審判決を「著しく正義に反する」として破棄差戻した。

(21) 田宮・前掲論文一一四頁。田宮教授は更に「わが法は、上訴に事件の具体的救済という第一義的な目的づけを（法令の解釈統一ということに対して）してきたのである。そして、これは、刑事裁判にあっては、まったく正当であると思われる」（同頁）といわれる。法律審―事実審の捉え方としては、事実審軽視の傾きがないではない。

(22) 「刑事裁判において、地裁及び家裁、簡裁の裁判官の各判決は高裁の裁判官の検討批判をうけ、さらに高裁裁判官の判決は、最高裁の裁判官の検閲をうけているのである」藤野・前掲論文三〇頁。

(23) 刑集三二巻三号四五七頁。

(24) 同四六四頁。

(25) 右崎正博「沖縄密約事件――国家の秘密と取材の自由」法学セミナー二八三号（一九七八年）五一頁。かような事実認定は「それが犯罪の成否に決定的な意味を与えられているだけに、問題を後に残したといえよう」（同頁）。

(26) 刑集三一巻五四四頁。

(27) 判例、学説は刑訴四一一条三号の事実誤認は「疑い」があれば足りるという、沢登佳人＝庭山英雄「自由心証主義」刑事訴訟法基本問題46講（一九六五年）二七四頁（「合理性担保に最善を期すため」「疑い」で足りるとされるようである）。

(28) 刑集三二巻四号九六七頁。

(29) 公安事件等政治的背景をもつ事件において、最高裁はより事実審に容喙するように見受けられる。

3 まとめ

(一) 裁判官の自由心証は、拘束からの解放を最少限の前提とする。それは歴史的にも、経験的にも確かなことである。法定証拠主義が裁判官の判断作用を拘束してきたように、経験則論は、事

実審裁判官の事実認定過程を規制する役割をもつ[1]。先に見たように、不明確・無内容の「経験則」が、細々とではあるにせよ何故に命脈を保ってきたかといえば、この役割を通じて事実審介入に便利であったからにほかならない[2]。

法律審の経験則論による「自由心証」の抑制は、無論、事後的なものである。しかし事後的であるがゆえに、却って抑制の効果（勿論将来に向って。破棄差戻なら当該事件についても）が大きいとも考えられる[3]。そして、この「抑制」が過度に亘るときは、裁判官の自由な心証形成が阻害され、裁判の硬直化を招来する惧れも生じてくる[4]。ボワソナードの、「いかなる法律といえども、またいかなる上級裁判所といえども、裁判官に心証をおしつけることはできないし、裁判官が心証を得られないからといってこれを非難することもできない[5]」という言葉は、今日においても妥当する筈である。

(二) このような見地からすると、法律審たる最高裁は、本来的役割である法令の解釈適用の統一以外に、無闇に原審の事実認定に立ち入るべきではないことになる。ただし、被告人の具体的救済が必要な場合は別である。この場合、原判決を維持することは「著しく正義に反する」のであるから、法律審といえども事案の解明をはかり、無辜の救済に努めるべきである[6]。

思うに、法律審の事実審への介入をどれくらいの幅で認めるかは、結局、現行訴訟構造における「自由心証」主義の「重さ」をどの程度に措定するかに帰着する。誤判の抑止と自由心証主義の抑制とは、混同されてはならないのである。

(1) 鴨教授は、法定証拠主義に関連して次のように述べられたことがある。

「糾問手続で法定証拠主義が支配していたが、それは、経験則をいたずらに法規範たらしめることによって裁判官の判断作用を不当に拘束し、立証作用全体を消極的なものとしていた」（鴨良弼「自由心証主義」刑事訴訟法講座第二巻（一九六四年）八九頁）

同様のおそれは、経験則論の過度の強調にも存する。

(2) 自主的な自由心証の判断過程をコントロールする手段として経験法則違背が用いられている（兼子一「経験則と自由心証」裁判官特別研究叢書二四号（一九五一年）一四―一五頁〔同・民事法研究第二巻（一九五四年）所収〕）。

(3) 違法収集証拠排除法則の捜査に対する抑制と類似の構造をもつ。

(4) 註1参照。井上正治・前掲書一八九―一九〇頁は、誤判是正を上級審のコントロールに期待するのは「官憲主義的な考え方」であると批判される。

(5) 前掲・ボワソナード答問録一〇一頁。

(6) 形式的には、ここに述べたとおりの理由であるが、より実質的には、二重の危険の法理・疑わしきは被告人の利益にの法理によって根拠づけうると考えるが、その論証は他日を期したい。

四　自由心証主義の課題

(一) 誤判防止は、刑事訴訟法学に与えられた極めて大きな課題である。自由心証主義の理論もそれに資するべきこと、言うを俟たない。しかし、佐伯博士の言われるように、古い法定証拠法の「命題が現代に相応しい形で具体的に確立されるならば、無実の被告人に残酷で無駄な犠牲を強いる誤判の少なからぬ部分が防止される」[1]と考えることには賛成できない。細かな準則を作って裁判官を規制するのは、経験則論で述べたと同様の危惧があるからである。[2]

類似の問題は、これから増加が予想される「法律上の推定」にも存する。[3] 法律上の推定を一種の法定証拠法則とみるか、実体法上の法則とみるかについて争いがあるが、少なくとも実質的には、事実認定過程を規制するものである。[4]

(二) 自由心証主義は、これまでの平面的な「抑制」理論から「保障」の理論へと脱皮しなければならない。それは、ひとつには自由心証主義は憲法上保障されたものだと考えるからであるが、[5] 何よりも自由心証主義を実質的に保障していくことが、ひいて「誤判」防止に役立つと考えるからである。

拘束的な証明規則あるいは経験則によって裁判官を拘束（抑制）し、上級機関（最高裁）の検閲を待つよりは、事実審の充実化等、先に解決すべき課題が幾らでもあるのではなかろうか。[6] 自由心証主義に関するフランス破棄院の決定は次のようにいう。

「裁判官の内心的確信の宣言は、彼自身の良心 conscience にもとづくがゆえに、当事者の自由な討議に付された証拠の価値や証明力についてなす裁判官の評価は、……破棄院のコントロールを免れる」[7]

わが国においても、原則的には、同様のことがいえるのではないだろうか。[8]

(1) 佐伯千仞「刑事裁判と誤判」ジュリスト四六九号（一九七一年）九三頁〔同・刑事訴訟の理論と現実（一九七九年）所収〕。

(2) 自由心証主義の軽視が上訴理由拡大へと結びつくこと、前章で述べた。佐伯博士も、かつて上訴権拡張を主張しておられた、佐伯「最高裁判所論」中央公論六九巻四号（一九五四

年）三五頁〔同・刑事裁判と人権（一九五七年）所収〕。

（3）人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律第五条にその例をみる。同条と立証の問題につき、棚町祥吉「公害犯罪における事実の立証」法学教室〈第二期〉五号（一九七四年）八〇頁以下。

（4）刑訴にいう「推定」につき、松尾浩也「挙証責任および推定」刑事訴訟法講座第三巻（一九六四年）一一三頁以下、特に一一九頁以下。

なお、法律上の推定規定の必要性は、当然のことながら検察官にとっての必要である。座談会「刑事訴訟法はこれでよいか、どう改正すべきか」での吉川正次検事の発言参照（法律のひろば一〇巻三号（一九五七年）三六頁）。

（5）「自由心証主義（三一八条）につき憲法上の保障はない。法律改正により法定証拠主義にも戻しうる」（沢登佳人＝庭山英雄・前掲「自由心証主義」二七七頁）との見解もある。しかし、①憲法三七条二項、三八条三項からの解釈、②裁判官の独立、裁判権を定めた同七八条、七六条三項、同条一項、③裁判官の良心規定たる七六条三項などから考えて、私は自由心証主義を憲法上のものと解する。庭山英雄「自由心証主義の歴史と人権」国際人権年記念論文集（一九六八年）六一三頁も憲法上の規定だとみる。

（6）再審事件で特に問題となっている鑑定の問題（評価、制度など）は是非とも研究されなければならないが、これもこれからの課題としたい。

（7）Bull. crim., n°. 378, p. 1008. ただし、フランス重罪院は、原則として一審制であり、例外的に破棄申立ができるにとどまるなど、上訴制度じたい大きく異なる。

（8）ここに原則的に、というのは、既述のとおり、被告人の救済の方向での介入は認める趣旨である。

（本稿は修士論文の一部を補筆したものである）

Le problème du jour concernant le principe de l'intime conviction du juge

Yuji SHIRATORI*

Au Japon, il y avait le principe de l'intime conviction du juge, dont le juge doit se déterminer uniquement d'après son intime conviction sans qu'une force légale soit attribuée à un mode quelconque de preuve, depuis l'ère de Meiji. Ce principe se maintient jusqu'ici. Mais aujourd'hui, à mesure que les revisions sont regardées, on remarqe que ce principe ne peut plus servir beaucoup à jugements sans erreur. Justement c'est vrai?

D'autre part, il y a le problème grave si la constatation d'un fait par les tribunaux inférieus soit contrôlée un peu fort par les tribunaux supérieurs, notamment la Cour Suprême, c'est ainsi que 《intime conviction》 des tribunaux inférieus soit empiétée particuliérement au Japon.

Alors nous en commencerons l'histoire de ce principe.

(1) Dans l'ancienne procédure criminelle, la conviction des juges ne s'opère pas librement, c'est-à-dire, elle est gouvernée par le système des preuves légales. Pour que le juge condamne dans ce système, il faut qu'il réunisse certaines preuves déterminées d'avance, mais d'autre part, mis en face de ces preuves, il doit nécessairement condamner. Le juge est comme un clavier, qui répond inévitablement losqu'on frappe certaines touches. Par conséquent, la torture vise à obtenir par la violance l'aveu de l'accusé lequel s'intègre à la hiérarchie des preuves.

Après la Révolution française, on avait réclamé le jugement par jurés en matière criminelle comme l' Angleterre, et il était adopté

* Auditeur du Centre national d'études judiciaires

tout de suite. Et la conviction des jurés s'opère par un système de preuves libres, ou le principe de l'intime conviction : le législateur de 1791 en France répudie formellement le système des preuves légales.

Plus tard cette fruit s'importait au Japon dans l'ère de Meiji.

(2) Aujourd'hui, dans notre jurisprudence, la Cour Suprême de temps en temps casse les jugements de tribunaux inférieus en raison de l'infraction de《Erfahrungssatz》. Mais, qu'est ce que《Erfahrungssatz》? On ne pourra pas l'explique exactement.

Aucune loi, aucune juridiction supérieure ne peut imposer le juge la conviction, ni lui reprocher de ne l'avoir pas eue. La Cour de Cassasion de France dit que la déclaration de l'intime conviction des juges relève de leur seule conscience, l'appréciation qu'ils ont faite de la valeur des éléments de preuve échappe au contrôle de la Cour de Cassasion.