

刑事裁判における法現実主義に関する一考察

庭 山 英 雄

一 序にかえて

経験法学についての研究は、わが国でもかなり行なわれている⁽¹⁾。そのなかの一つ法現実主義についても論策はすくなくない。しかし法現実主義と刑事裁判全体についての関連を考究したものは見当らない⁽²⁾。すでに法現実主義の主張はかなり滲透している。事実、法現実主義の主張には無関心の法律家でも、無意識裡に法現実主義的思考をしている例が多い。そこでわたくしは、本稿において、まず法現実主義とはいかなるものかについて、アメリカ法を中心にして考察し、ついで、そのような法現実主義的思考方法が、わが国の刑事裁判にどのようなように生

きているかを検討してみたいと思う。

わたくしが法現実主義に関心を持ったのは、自由心証主義についての研究を志して間もなくであった。自由心証主義——とくに刑事裁判における——のあるべき姿を探究するうちに、そこにアメリカ法的な法現実主義が色濃く影を投じていることを知ったことであった。これは単にわが国だけの現象でなく、ドイツにおいても、かなり進行している現象であることを知ったことであった。ここまでくれば、もはや法現実主義との対決を避けて自由心証主義の本質に迫ることは不可能であった。わたくしは、フォン・メーレン著「裁判過程」(A. T. von Mehren, The Judicial Process in the U. S. and Germa-

by, 1954⁴ 邦訳・伊藤正巳「司法過程——その比較法的分析」法協七三卷五号⁽⁴⁾を手始めとして、できるだけ関係文献に目を通し、機会あるごとにその種の研究会に顔を出して法現実主義への理解に努めてきた。

その間にあって、有益な示唆を受けた、二つの研究会についてここに記しておく義務があるように思う。一つは、昭和四十二年春に、名大大学院で行なわれた加藤ゼミナールである。これは、加藤一郎東大教授の指導によるゼミであって、「現実主義的法学」(Realistic Jurisprudence)を研究テーマとするものであった。そこでは、フランクの三論文(Jerome Frank, What Courts Do in Fact?, 26 Illinois L. Rev., 761 (1932); Mr. Justice Holmes and Non-Euclidian Legal Thinking, 17 Cornell L. Qua. 568 (1932); Realism in Jurisprudence, 7 American Law School Rev. 1063 (1934))とルウェリンの一論文(K. Llewellyn, A Realistic Jurisprudence; The Next Step, 30 Columbia Law Rev. 431 (1930))とを輪読する機会をもった。その結果法現実主義についてかなり明確なイメージを掴むことができた。ここに挙げたフランクの論文 Realism in Jurispru-

dence が、アメリカ総合法学会(AALS)での彼の講演記録であって、このあとすぐに、かの有名な Hutcheson の Judging as Administration が続いたことや、これら一連の学界の動向が、一九三三年に出たニューディール政策違憲判決を不服とするルーズベルト大統領による連邦最高裁メンバー入れ替えの方向を反映していることなど、法理論と社会的背景双方に亘って、多くの示唆を受けたことであった。もう一つは、ごく最近催されたダネルスキーセミナー⁽⁵⁾(昭和四四年二月於名古屋大学法学部)である。ここでは、シェーバートの著作(G. Schubert (ed.), Judicial Decision Making, 1963)を中心として「裁判過程」の研究が行なわれたのであるが、なかんずく、六本佳平氏の報告 Stuart S. Nagel, Off-the-Bench Judicial Attitudes と森島昭夫名大助教授の報告 J. A. Dator, Attitudes of Japanese High Court Judges とが鋭い興味を惹いたことであった。この研究会から、わたくしは、法現実主義一派を超越せんとするその後の学説の内容をかなり明確に掴みとることができた。討論の席上、ダネルスキー教授の発言中に、「アメリカの刑事裁判においては、先例拘束(stare decisis)の場

合を除き、理論上も事実上も、自由心証主義が当然のこととして行なわれている」との趣旨の発言があったことも、印象に残ることがらであった。

本稿は「刑事裁判における自由心証主義」研究の予備的作業に類するものであり、まことに拙いものであるが、なおこれら研究会に負うところが甚だ多い。予め記して感謝の意を表したいと思う。

二 アメリカにおける法現実主義

アメリカの法現実主義 (Legal Realism) は、それに先立つ二つの思潮によって、その基礎を形成されているという。⁽⁷⁾二つの思潮とは、ほぼ時代順に、プラグマティズム (pragmatism) と社会学的法学 (sociological jurisprudence) とを指す。そこで先ず、それらの所論から検討していくこととしよう。

(一) プラグマティズムの法理論

プラグマティズムというきわめてアメリカ的な哲学思想が生まれる以前にはいわゆる伝統的な法思想がアメリカ法学界を支配していた。この伝統的な法思想の特徴としては、次の二つが一般に挙げられる。第一は、それが

法を静的な構造としてとらえている点である。すなわち、法というものを、時の社会・政治・経済関係によって左右されることなく、むしろそれを支配するものとしてとらえている点である。そのような法があることによって、社会に静態的な調和が実現されると信じたのである。この調和が破られるとき、これを回復するのが裁判官の任務であり、調和のための具体的基準を示すものが、コンローの体系であるとするのである。したがって、ここでは、法的安定性が大きな価値をもつものとして認められる。第二は、それが法を所与のものとしてとらえている点である。すなわち、裁判官の行なう裁判活動は、すでに与えられている法を発見し宣明するにすぎないと考える点である。そこでは、裁判過程における法の創造という観念はない。既存のコンロー体系は、静的であると同時に完全性を具えていると信ずるのであり、裁判官は、社会の具体的事実にとの法を適用するかという、機械的判断を行なう機関にすぎないと確信していたのである。

このような考え方は、その当時までの社会経済構造にマッチしたものであった。社会・経済は静的であって、

そのような静的な状況を保つことこそが、法に課せられた最高の使命と考えられていたのである。

ところがアメリカの社会経済構造は、一九世紀末から二〇世紀にかけて大きな変容を蒙ることとなった。資本主義経済が急速に発展してきて、従来のような自由主義的な法によっては対処しえなくなったのである。そこには当然に、法と社会的要求との間に大きなギャップが生じてくる。法曹はこのギャップに対処するために、社会

の変化から目をそらすことはできなくなっていく、ここに、法に対する考え方も大きく変容を蒙るのである。すなわち法を、静的な構造より動的な構造としてとらえていこうとする行き方が台頭してくるのである。そこでは法的安定性はもはや重要な価値ではない。法を、確立した秩序の維持のためのものよりも、社会に生起する多くの利害対立を調整するものとしてとらえるが故に法の完全性・固定性はもはや過去のものとなり、裁判の法創造機能がこれに代るのである。

このような新しい法思想を育てる基盤となったものは、ジェームス (James) やデューイ (Dewey) などによるプラグマティズムの思想であった。⁽⁹⁾ この思想は、わ

れわれ人間の生存発展に役立つか否かという、実践的効果こそ真理か否かを判定する究極的基準だとするものである。ところが、生きた人間は常に発展変化するものであるから、人間の生存発展にとって有用か否かの基準も、つねに生々発展するものとなり、絶対的な価値は否定されることとなる。プラグマティズムの思想においては、そもそも普遍妥当性は存在せず、真理はつねに相対的な価値にしかすぎないのである。

プラグマティズムに対しては、それが独自の哲学としての内容をもたず、その時に応じて適当な哲学を持ち出す、との批判もあるが、⁽¹⁰⁾ 真理が単一であるとの確証はどこにもない。複合的な思想だとしても、それらを統括するところの社会的有用性という判断基準が上に在る。抽象的な思维を得意としないアメリカ人にとってきわめて適切な生活哲学といえよう。

(二) 社会学的法学

プラグマティズム哲学を法理論に応用したのが社会学的法学である。すでに述べた伝統的な法思想が社会に対して保守的な役割を果たしたのに対して、社会学的法学は進歩的な役割を見事に果たしたのである。以下に社会学的

法学を担った三巨頭（ホームズ、カドロー、パウンド）の考え方を通じて社会学的法学のプロフィールをさぐってみよう。

ホームズは嚴格には社会学的法学の提唱者とはいえないが、アメリカの伝統的法思想に対して最初に楔を打ち込んだ人である。伝統的法学に対する広義のリアリズム法学の創始の榮譽はやはりホームズに帰せられるべきであろう。カドローもパウンドもその思想の基本的なところはホームズに負っているのである。したがって、アメリカの法思想に対するホームズの影響はドイツ哲学界におけるカントのそれに匹敵するといわれる⁽¹²⁾。ホームズの法に対する基本的な考え方は法予言説に現われている。

すなわち、法とは、固定した過去のものではなく、裁判所によって実現されるであろう事実の予測可能性を集約したものであり、したがって、法学とは、裁判所の行為についての予言の学にはかならない、とするものである。この法学にとって、判例や成文法はたしかに有力な素材ではあるが、それだけにとどまる。素材から、法そのものをとり出す手段においても、従来のように、論理を過重することは許されない。論理をこえたもの——経験に

よって裏づけられた判断と直観——によって、法的決定は大きく左右されるからである。要するに、ホームズにとっては、「法の生命は論理ではなく、経験であった」(O. W. Holmes, *The Common Law*, 1881, p. 5)のである。

この理論を更に発展させたのが次なるカドローである。カドロー⁽¹³⁾は、最高裁判所にホームズの後任として入った裁判官であるが、社会学的法学の立場を現実に裁判の中に具現した人として知られている。彼は、裁判過程の本質を、裁判における選択作用としてとらえ、そこに裁判官の法創造作用を見るのである。

法の本質についてのカドローの考え方は、ホームズの考え方に類する⁽¹⁴⁾。カドローは、現に係属するか、将来発生するであろう訴訟において、判決の基礎となることが、相当の蓋然性をもって予言可能である原理と理論との一体を法と考えるのである。ここでは、法は、裁判への予測可能性の体系としてとらえられている。伝統的法思想において、法的安定性として考えられていたものは、法的蓋然性にすぎないものとされ、法的事実として考えられていたもの（法原則）は、仮設にしかすぎないものと

されるに至ったのである。

ホームズ、カドローの理論の上に立って、社会学的法学の理論を一応完成の域にもっていったのは、碩学パウンド⁽¹⁵⁾であるといわれている。彼の理論は、いわゆる社会学工学 (social engineering) の理論である。それは要するに、社会には種々の利益が対立しあっているが、この対立する利益関係を調整するところの社会統制こそが法の任務であるとするものである。社会統制がどの程度に達成しうるかという実践的機能のうちに法をとらえようとするところは、プラグマティズムの流れに類するが、法原則や概念の機能をなおかなり重視しているところがホームズと異なるところであり、この点カドローに似ている⁽¹⁶⁾。

パウンドによれば、要するに法の考え方は一義的なものではありえず、従来の種々の法思想もそれぞれの時代と社会に応じて有意義であったとし、現代の社会に対応する法思想としては、静的なものよりも動的なものが価値があるとするのである。そしてこれが社会学的法学の基本的な考え方である。

(三) 法現実主義

アメリカの法現実主義は、哲学的にはプラグマティズムの立場に立ち、法の固定性を否定して、伝統的法学を批判し、さらに、法の規範性を否定して、社会学的法学をも批判する学派である⁽¹⁷⁾。しかし、この学派の中には種々の考え方があり、必ずしも統一的なものではない⁽¹⁸⁾。だが、法を孤立的なものととらえず、傍系諸科学と提携しつつ、その本質を究めようとする基本的態度においては一致したものをみることが出来る。たとえばパウンドは、法現実主義とはなにかの問に対して、「自然に対して忠実であり、事実をありのままに見る態度を意味し、事実を想像や希望や感情によって見る態度と対比される⁽¹⁹⁾」、として、事実をありのままに見る点に特徴を見出している。この基本点に関しては全く共通であるということができよう。

法現実主義は、正確には、二つにわかれる。一つは法規範懐疑主義 (Rule-skepticism) であり、もう一つは、事実懐疑主義 (Fact-skepticism) である。以下これら二つを分説しよう。

法規範懐疑主義⁽²⁰⁾は二つの意味内容をもつ。一つは、裁判上の決定においては、つねにある種の選択が行なわれ

るが、その選択を決定する要素には、法規範以外のものが存在するということである。もう一つは、判決にはある整一性があるが、それは法規範によってもたらされるものではなく、法規範以外の諸要素（たとえば裁判官の行動様式や価値観）によってもたらされるものであるということである。

このような考え方に對しては、次のような種々の批判がある。第一に、法規範懷疑主義は、裁判過程の非合理的性格を誇張しすぎる。たしかに裁判過程には非合理的な要素が含まれるが、それは決定的なものではない。法規範の解釈という幅の中で収束しうるものである。第二に、法規範懷疑主義は法的安定性を軽視しすぎる。法的安定性の存在意義は、論理的の一貫性（そしてそこからもたらされる法的秩序の維持）という見地から軽視しうるものではない。第三に、法規範懷疑主義は、裁判官の創造的選択性（creative choice）を過大評価しすぎる。裁判官の選択も法規範の枠の中にあるものであって、その外に出て選択を発揮できるものではない。第四に、法規範懷疑主義は、法律用語の「あいまいさ」を誇張しすぎる。その種のあいまいさは、あらゆる言語にまつわるも

のであり、特に法律に関して強いものではない。第五に、法規範懷疑主義は、法規範の不確定性を強調しすぎる。法規範にはたしかに不確定な一面があるが、それは適用者が人間であるところに起因するものである。人間が用いる以上、人間に本質的なある程度の相対性はやむをえない。これを否定することは、裁判制度そのものを否定することとなる。

これらの批判には、それぞれ一応の理由がある。しかしそれは、静的な社会と完結的な秩序とを前提しての話である。生々発展する人間社会を前提として法を見なおすとき、法の中に動的な要素を見いださないわけにはいかない。この動的な要素は、法をソーシャルコントロールの道具としてとらえるときに認めうるものである。法規範への懷疑も、法の実践的機能（ソーシャルコントロール）を直視する限り、必然的といわなければならない。

事実懷疑主義⁽²¹⁾は、法規範懷疑主義よりもそもそものなじみ深く、それだけにわれわれに関心のつよいところでもある。その中核とする点は、①裁判官によってとらえられた事実は、事実そのものではないという点と、②裁判官（もしくは陪審）の事実判断は、本質的に予測になじ

まないという点との二つである。

これらの主張に対しては、①裁判官（もしくは陪審）の判断は、事実懷疑主義者のいうほどたよりないものではない。この程度の頼りなさは人間の判断に通有のものであって、特に法に関してとり立てていべき程のものではない。②裁判官（もしくは陪審）の判断が、もろもろの人格的要因によって動かされているというがそれについてのならぬ実証もない、との二つの反論がある。

この事実懷疑主義は、周知のごとく、巨匠フランクの主張するところである。フランクの偉大さは、他の法現実主義者が見のがしていた点（事実認定の非合理性）に正確にねらいをつけて、判決過程における「人格的要素」を特に摘出してみせたところにある。

フランクのこの指摘は、単に裁判において有用だけでなくあらゆる意思決定（decisionmaking）に際して有用な指摘である。人間社会におけるすべての意思決定は事実に対してルールを適用するという方式によって行なわれている。このもととなる事実が不真実かつ不安定であるならば、意思決定についての信頼性は確保しがたい。これを押し進めるならば、裁判の否定にまで行きつく。

しかしこの点についての批判は後に触れることとして今は先を急ごう。

法現実主義の特色⁽²²⁾はほぼ次のようになろう。次章のために要約しておこう。特色の第一は、伝統的法学の中核をなしていた法的安定性こそ法の本質であるとの信仰に對して徹底的な批判を行なった点である。従来は、法の規範構造が所与且つ完全なものとされ、裁判官はこれを適当に操作することによって、妥当な解決に到達しうると信じられたのであるが、事実懷疑主義者に至っては、これを全くの小児病的幻想であると決めつけ、法規範懷疑主義者でも、法以外の要素をとり入れなければ法的秩序は実現できないとするのである。その特色の第二は、伝統的法学を支えてきたもう一つの柱である法的概念（論理や観念）に対して徹底的な批判を行なった点である。裁判過程を経て現実になされた判決こそが真の法なのであって、その判決を理由づけている概念や論理は実際には判断を導いたものではない。⁽²⁴⁾論理と概念とによる理由づけは、あとからつけた理屈にすぎない。これを「真の法」（法的判断を決定するもの）と見るのはあまりであるとするのである。この点についての主張は、

先ず法規範懷疑主義者からなされ、ついで事実懷疑主義者によって補完(?)されるに至った。

以上のような法現実主義は、幾多の批判を受けながら、今日の法律学全体に対して大きな貢献をなしている。⁽²⁵⁾ その一つは、実験主義法学を大きく発展させた点である。この実験的な傾向は近時一層強くなってきている。かの有名なシカゴプロジェクト⁽²⁷⁾はその典型例である。その二は、全般的に法学を再検討する機運を醸成した点である。この第二の点を裁判に焦点を合わせて眺めるならば、裁判機構において果す人間の意味と機能とに対して、法学者の鋭い関心が寄せられ始めたことを先ず見いだすであろう。さらには、近代国家において裁判機構の果す意味と機能とに対して、(政治学者のみならず)法学者の鋭い関心が寄せられ始めたことを見いだすであろう。このような意味合で、法現実主義が、刑事裁判における人権の保障の強化に果した意義は、余り意識されないが、決して小さくないのである。

三 法現実主義と刑事裁判

法現実主義が提起した問題意識は、第二次大戦後世界

各国の法学界に徐々に広まっていったと考えられる。ドイツにおいて、裁判官の人格的要素(Richterpersönlichkeit)が、事実認定、法適用、刑量定に大きく影響を及ぼす点⁽²⁸⁾につき鋭く意識され始めたのは、やはり戦後のことである。戦前からすでに刑事訴訟の心理学的研究はかなりあったが、法現実主義的な問題意識は、ほとんど見られなかった。判断者の理性によって一切がコントロールできるとの信仰のもとに樹立された法体系内の理論にとどまっていたと考えられる。

以下、この点を参照しつつ、わが国の刑事訴訟法に、法現実主義の問題意識がどのように影響を及ぼした生きているかを検討してみよう。本格的な考察は他日を期しているので、ここでは、ごく大雑把な問題の所在の素描にとどまることを予め断わりしておかなければならない。

(一) 刑事訴訟の基本構造

近代刑訴の基本的構造としては、当事者主義と職権主義との二類型がある。ドイツでは当事者に対して訴訟主体としての地位を与えているが、なお裁判所の職権審理の幅はかなり広い。職権主義的訴訟構造である。これに

対しわが現行刑訴訟は、当事者に対して訴訟主体としての地位を能う限り与えており、裁判所の職権審理の幅はドイツに比べてはるかに狭い。当事者主義的訴訟構造といえる。

法現実主義的な思考方法に立つと、判断の主体は法律外の要素によって支配されるから、裁判官はできるだけ第三者的地位に立つことが望ましい。法現実主義は、当事者主義につながると考えられる。その意味で、わが刑訴訟の基本構造は、その根底に懷疑主義の法哲学をもっているといえる。ドイツ刑訴の基本構造が、依然としてアンチ懷疑主義に立っているのは、その国民性が⁽²⁹⁾そもそも専門家重視の傾向を持っている点に起因するばかりでなく、法現実主義に対するドイツ刑事法学界全体の冷淡さに起因するところ大であると考えられる。

(二) 公平な裁判

(一)に述べたような刑事訴訟の基本構造は、制度的に憲法三七条によって保障されている。憲法三七条は広範な刑事裁判の公正を担保したものだとする学説もあるが、たとえば狭義の裁判所の公平についての制度的保障とみても、なおそこに、法現実主義的な思考を充分に看取する

ことができる。たとえば除外・忌避・回避制度を見てもよい。不公平な裁判をするおそれのある一定の客観的事由があっても、ドイツ的な思考を徹底させるならば、裁判官の理性的判断に信頼するとして除外しないことも可能な筈である。然るにかかる制度が設けられているのは、理性によるコントロールにも限界があることを認めているからに他ならない。しかし当該制度は近代訴訟手続発足と同時に備えられており、そもそもは、国家政策的地から設けられたもの⁽³⁰⁾と考えられるから、実際の運用においては、法現実主義的見地からの配慮を充分に行なう必要がある。

(三) 起訴便宜主義

検察官は公訴を提起するに足りる犯罪の嫌疑があると認めた場合でも、なお、犯人の性格その他の理由を根拠として、訴追を提起しないことができる(刑訴二四八条)。判断の資料として法が掲げるものは、①犯人の性格のような危険性を示す要素 ②情状のような責任に影響を及ぼす要素 ③示談のような犯罪後の情況、の三種に大別されるが、その参酌の程度・方法等は全く検察官の自由裁量に任せられている。したがって、検察官はそ

の権限の行使についてはきわめて慎重でなければならぬ。しかしいくら本人が慎重のもりであっても、法現実主義者が指摘する問題性を、払拭することはできない。最近、実務の動向をふまえた上で、訴追に関する検察官の広範な自由裁量権に対し、司法的抑制を課そうとする学説の試みがなされているが、法現実主義的思考からして、きわめて傾聴に値する見解である。

(四) 起訴状一本主義

起訴状一本主義は、もともと法律問題と事実問題との判断者を区別するアドバーサリ・システムのもとで生まれたものであって、法現実主義の思考方式と直接の関係があるわけではない。しかし、起訴状一本主義のねらいとするところと法現実主義の問題意識との間には、相当程度に共通点がある。起訴状一本主義を支える理念は予断排除の原則であるが、これは審判者が公判以前に訴追者から影響を受けることを防ごうとするものである。このことは、裁判官が白紙の心境で審理に臨めば一応公正な判断が期待できることを前提としているが、法現実主義の問題意識はするように注意してもなお無意識裡に個々の人格的要素に判断が影響されることを問題として

いる。したがって、法現実主義は予断排除の原則を超えてその上に立つ裁判の公正の担保の原則に対して問題提起を試みるものである。

(五) 交互尋問制度

法三〇四条は、裁判官が先ず尋問し次いで当事者が尋問する方式を原則として規定している。しかし実際には、交互尋問方式が広く行なわれていることは周知の事実である。交互尋問制度の核をなすものは、いうまでもなく反対尋問であり、それは真実発見の法技術として、英米法の所産中で最もすばらしいものの一つと評価されている。たしかに反対尋問には相手方の誤解を訂正効果がある。だがこの制度は相手方(供述者)の判断には誤解がつきものであることを前提とする。その意味で人間一般の判断に対する懷疑主義に根ざすものである。反対尋問制度がかなり以前から存在したということは、英米法の伝統の中に、そもそも懷疑主義があったからである。法現実主義はその一顕現にはかならない。

(六) 自由心証主義

法現実主義の発生によって、その内容を一層深化させたものに、自由心証主義がある。自由心証主義は、すで

に十六世紀にイギリス法の中に生まれたものであるが、アメリカに伝わって一九二〇年代に至るまでは、その運用の実質は、法定証拠主義時代とほとんど変りないものであった。つまり、裁判官は、事実に対して所与の法規範を適用することによって、自働機械的に妥当な法的解決に到達しようと考えられていたからである。ところが法現実主義の批判によって、法規範以外の要素(社会的・経済的・人格的要素)によって動かされていることが明らかになった。今この点について疑いをさしはさむものはなく、部分的には実験によっても証明されつつある。わが刑訴法三一八条の自由心証主義もまたアメリカ法のそれと同様に、法現実主義によって基礎された法発見技術であることはいうまでもない。このことへの認識は自由心証主義にまつわる種々の問題の解決に有効であると考えられる。

(七) 共犯者の自白

共犯者もしくは共同被告人の自白に関しては、それを規制する直接の条文がないのでその証拠能力と証明力双方につき解釈論上の問題があるが、ここではとくに補強証拠の要否の問題をとり上げてみよう。

この問題に関しては、共犯者の自白が他人の断罪に用いられるときには証人の証言と同一視するのが判例の立場であるが、これは評価者と評価の対象との区別を知らない粗雑な分析である。両者を峻別した上でひとたび評価者に対して目を向け、法現実主義的な批判の目をもって見なおすとき、この判例の立場が、全く伝統的な法学の立場に立っていることを容易に見出すであろう。共犯者の自白といったような対象への評価が、如何に法律の外にある要素によって影響されるかは喋々を要しない。判例の立場は敢えてこの点から目を逸らせていると評するほかない。なお、共犯者の自白に対しては評価者は警戒の目をもってみるから心配ないとする学説もあるが、このような考え方も、法現実主義の主張に対して目を蔽うものである。

(八) 有罪判決の証拠説明

有罪判決には証拠説明が必要とされる。但しその証拠説明は現行法では証拠標目の挙示で足りるとされている。法現実主義の立場によれば、判決理由(事実理由・法律理由・証拠理由の三つを含む)はあとからつけた理屈にすぎず、判決はそれ以前に法律外の諸要素によって決定

されていると考えるから、有罪判決における証拠説明（証拠理由）もまた不要であるようにみえる。現行法の証拠標目挙示主義を支持する論者は、おそらく無意識のうちには法現実主義の主張に影響されていると考えられる。このことは論者が、しばしば、自由心証における直観的要素は証拠説明に本来親しまないといった説明をするところから窺われる。だが、法現実主義者がとくに攻撃したのは判決理由としての法規の適用や論理の操作であって証拠説明ではない。しかもわれわれが証拠説明として要求するのは、証拠について感じたことそのものであってそれ以外のものではない。それによって法現実主義者が正に決定的要素だとする法律外的要素に少しでも近づこうと志しているのである。⁽³²⁾

(九) 上訴

英米法では上訴制度についてあまり熱心ではない。これは法現実主義的思考となんらかの関係はないであろうか。アメリカで実験主義法学が盛んであるということは、とりもなおさず、法現実主義の提起した問題意識（懷疑主義）が今なお生きていることを示す。そうとすれば、判決理由（三審構造のドイツで重視される）に冷淡であ

り、事実認定をくり返すことに執着しない風潮（第一審中心主義）もうなずける。そもそも英米法系統の裁判において、第一審中心主義であるのは、陪審裁判の伝統（陪審評決の神聖不可侵とその一回性）によるものであるが、法現実主義の立場（懷疑主義）からも一応の説明はつくようである（事前抑制が肝要）。

現行刑訴法の上訴制度は、旧刑訴に比べて大幅な変容をみたが、これはわが国の法学全体が、伝統的法学の立場から法現実主義の立場へと大きく変動をみたことと軌を一にする。わが刑事上訴制度はそのユニークさを世界に誇っているが、法現実主義的思考の見地から再検討を試みる必要がある。

四 結 語

法現実主義の提起した二つの問題点は、法規範・事実双方への懷疑主義と判決の予測可能性の否定とであった。これらの問題点を克服すべく、その後かなりの学説の発展があった。⁽³³⁾ここでは、これらの動向を概観した上で、今後わが国の刑事裁判がどのような方向に進むべきかについて触れてみたいと思う。

法現実主義の欠陥を補なうべく生まれた方法論には、主として三つある。コーエン (F. Cohen) の機能的方法、オリファント (H. Oliphant) の行動主義的方法、ムーア (U. Moore) の制度的方法 (institutional method) の三つがそれである。

コーエン⁽³⁴⁾は、ルウェリンと同様、司法行動の不統一性という点については、法現実主義者に必ずしも同調していない。フランクの主張する強度の懐疑主義に対しても、やや異なった見地から批判を展開する。すなわち、法的な概念・規範・制度などは、すべて裁判の見地から定められるべきで、そうでないものは機能的に意味がないという基本的立場に立って、経験的に検証不能な一切のドグマ (懐疑主義を含めて) から手を切るべきであると主張するのである。この意味では、伝統的法学における法的安定性の信仰も法現実主義における懐疑主義も、共に批判の俎上に載せられている。そして法に関するルールを機能的見地から検証するために、他のあらゆる科学の成果を充分に利用すべきであると結論する。但し、その目的は、法現実主義の指向する目的に近く、法的決定を導いた表面的なファクターでなく、むしろ表面に出ない

隠れたファクターの検討を重視するのである。

オリファント⁽³⁵⁾は、行動科学的心理学の法学への導入を提唱する。彼によれば、「アングロサクソンの経験主義」こそが、法学における混乱の元凶である。というのは、経験主義を唱えながら、彼らが依然として「言葉」(不安定な法概念)に頼っているからであるという。つまり問題は「言葉」にあるのであって「行動」にあるのではないとする。したがって、科学的に探究可能な「行動」に依拠して判断を行なうならば、裁判の予測可能性の問題も解決でき、裁判の整一性や法的安定性についても希望が持てる⁽³⁶⁾と説くのである。要するにオリファントの批判の対象は、学者や裁判官の法的概念の偏重の点である。その限りで、法現実主義の外に出るものではないが、行動の重視の点に新奇さが認められる。なお、ムーアの制度的方法とは、裁判における当事者の行動の平均からの各当事者の行動の偏差と、その裁判の結果との相關関係を探り、そこから判決を真に決定している要素を見いだそうとするものである。

これら三つのうち最も注目すべきは、行動主義であろう。事実、行動主義的法学は、法現実主義の衰退の後を

受けて長足の進歩を遂げている。その理由は三つの方向に考えられる。⁽³⁷⁾一つは、すでに法現実主義者の努力によって懷疑主義的な思考方法がかなり滲透していたという点であり、もう一つは同じ社会科学系統の中の政治学において、行動科学が相当に発達していたという点であり、さらに第三は、法現実主義の首唱者たちが「法曹」であって科学的研究に無関心であったのに対し、行動主義の提唱者たちが「科学者」であって実験的アプローチに秀でていたという点である。

一九二〇年から三〇年代にかけて、法現実主義いまだ華やかなりし頃、すでに行動主義的な批判は出ていた。

法現実主義は“too scientific”だとするものと、“not scientific enough”だとするものとの両者があった。⁽³⁸⁾これら二つは一見相反する方向のものにみえるが、実は一つのものである。すなわち、法現実主義者たちは余りにも science に頼りすぎて、却って非科学的になっていったからである。具体的にいえば、予測のみにとられすぎで、規範体系の価値を忘れ去っていたからである。

ごく最近行動主義派の暁将シェーバートも、法現実主義者が仮設を立てただけで、それを立証する理論も、検

証する方式も持ち合わせていなかった点を皮肉って、「ローマが焼け落ちる間、バイオリンを弾き続けた怠惰な理論家にすぎない」と評している。⁽³⁹⁾だがこのように批判する行動主義者も、基本的には、懷疑主義に立っている事実を見逃がしてはならない。

かつて一世を風靡した法現実主義が凋落した理由⁽⁴⁰⁾はなんであろうか。これには複雑な要因がからんでいるが、最も大きな原因はアメリカにおける裁判そのものの変質であろう。一九三〇年以来、裁判は急速に時代思潮を鋭く反映するものへと自ら変質していった。したがって、固定した判例法主義の落し子たる法現実主義も急速にその意義を縮小していったのである。以上に次ぐ原因は、ルウェリン、フランク両巨頭亡きあとの法現実主義者の後継者たちが、その行くべき道を踏みあやまった点にある。先覚の思想は単に否定的だったのではなく、時代を超えた価値を持っていたのである。にもかかわらず、後継者たちはその価値を検証する努力を忘れ去った。

このようにして、法現実主義はいわゆる実験主義法学にとって代わられることとなったのである。

すでに前章に触れたごとく、わが現行刑法訴訟法は、かな

りの程度に法現実主義の成果を採り入れていいると考えられる。そして一部には誤った採り入れ方をしていると考えられるものもないではない。この点は、法現実主義の真義をふまえて、是正にふみきる必要がある。但しわたくしは、理論の優劣について、すべて実験主義による検証の裏付けがなければ、決定しえないとは考えていない。⁽⁴⁾ 経験科学の有用性を否定するつもりは毛頭ないが、刑訴法上のすべての法原則が実証されることは、おそらく不可能であろう。その理由は、人間は物ではないからと今は答えておくほかはない。それはともかく、現実には裁判は行なわれ経験科学による結果の出ることを待ってはいない。裁判が言葉と論理とで行なわれる限り、裁判の合理化もまた言葉と論理のレベルで行なうほかはない。⁽⁴²⁾ それを棄てることは裁判を捨てることである。

わが国において、刑事裁判への経験科学の導入について先鞭をつけたその人は、おそらく植松正博士であろう。刑法理論とリアリズムとの止揚を試みた最初の人もまた植松正博士であろう。博士の退官を記念してリーガルリアリズムに因んだ本稿を捧げる所以である。

以上

- (1) すぐれた論文集として川島武宣編『経験法学の研究』昭和四一年、有益なリーディングスとしてB・J・ジョージ・平野竜一・田宮裕編『経験法学入門』昭和四一年、ほかに碧海純一編『現代法学の方法』昭和四一年一八一頁以下、鶴飼信成『現代アメリカ法学』昭和三九年
- (2) 中元紘一郎・野村好広「裁判におけることば構成」前掲経験法学の研究所収は、判決理由を経験法学の立場から検討したすぐれた論策である。
- (3) 自由心証主義と法現実主義との関係については、拙稿「自由心証の抑制について」中京法学掲載中の続稿において展開する予定である。
- (4) なお参照中村宗雄『裁判過程』(Judicial process)に関する比較法学的研究』昭和三三年
- (5) J. C. Hutcheson, Jr. は「The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision, 14 Cornell L. Qut. 274 (1929), わが国に知られてゐる。
- (6) D. J. Danejski イェール大学の政治学准教授、早川武夫著『英米法サロン』昭和四二年二三三頁以下に「ダネルスキー教授のプロフィール」が紹介されている。
- (7) W. E. Rumble, Jr., *American Legal Realism*, 1968, P. 46
- (8) 伊藤正巳『アメリカ法入門』昭和三六年一七二頁以下, Rumble, op. cit., P. 49 f.

- (6) ことにチャイニーの決定的影響について Rumble, op. cit., p. 7 f.
- (7) H. J. Berman, philosophical Aspects of American Law, Talks on American Law, 1960, P. 222 f. 石川・伊藤・平野・矢沢共訳『アメリカ法のはなし』昭和四三年二四二頁以下
- (11) Rumble, op. cit., P. 39
- (31) Rumble, op. cit., P. 39 f.; Frank, Mr. Justice Holmes and Non-Euclidian Legal Thinking, op. cit., P. 568 f.
- (13) カドローンの人と思想については、守屋善輝訳 B・N・カドローン著『司法過程の性質』昭和四一年、とくにハウンズの思想との対比については Rumble, op. cit., P. 83 f.
- (14) 伊藤・前掲書一八一頁
- (15) Rumble, op. cit., P. 9 f. ハウンズの学説の紹介と批評については、細野武男訳『社会学的法学』(但し原著は Roscoe Pound, New Paths of the Law, 1950; Justice according to Law, 1951 G117p. a. 2) 昭和三十三年、R・ハウンズ著・末延三次訳『法の任務』昭和二十九年、伊藤・前掲書一八二頁
- (16) 細野・前掲書二四八頁は「思想的にはハウンズの後を受け」たとする。思想的系譜についての研究者の理解は区々であり、わたくしのような門外漢にとっては甚だわかりにくく。ここでは Rumble の理解にしたがう。
- (17) Rumble, op. cit., P. 9 f.
- (31) Rumble, op. cit., P. 44
- (61) Rumble, op. cit., P. 44
- (20) Rumble, op. cit., P. 48 f.
- (12) Rumble, op. cit., P. 105 f.
- (22) Rumble, op. cit., P. 235 f., 伊藤・前掲書一八三頁以下
- (23) Rumble, op. cit., P. 189
- (24) Rumble, op. cit., P. 207 これはとくにルウェリン (Llewellyn) の強調するところである。なお参照、中元・野村・前掲論文
- (32) Rumble, op. cit., P. 239 f.
- (26) この理論についてのすぐれた研究として、及川伸『実験主義法学』昭和四一年
- (27) シカゴ大学 ローススクールにおけるジュリープロジェクト (Jury Project 陪審制度研究計画) を指す。参照、判例タイムズ二二六号所載の三宅弘人「米国の刑事陪審の実態」
- (28) Wilfried Küper, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 13 f. (紹介、拙稿判例タイムズ二二二号)
- (29) 訴訟手続と国民性との関連については、青柳文雄『犯罪とわが国民性』昭和四四年一七二頁以下
- (30) 判例の態度がそうである。参照、平場安治「公平な裁

- 判」刑訴基本問題46講昭和四〇年七三頁
- (31) 田宮裕「訴追裁量のコントロール」立教法学一一号
- (32) フランクによれば、判決理由はいかにして判決に到達したかにつづいての心理学的レポートでなければならぬといふ(Rumble, op. cit., P. 207)。このフランクの見解に対しては、裁判官は心理学者でも精神分析学者でもないとの反論がある(Rumble, op. cit., P. 211f)。
- (33) 詳細につき及川・前掲書六三頁以下
- (34) Rumble, op. cit., P. 154 f.
- (35) Rumble, op. cit., P. 159 f.
- (36) Rumble, op. cit., P. 161 f.
- (37) Rumble, op. cit., P. 178 f.
- (38) Rumble, op. cit., P. 167
- (39) Rumble, op. cit., P. 175
- (40) Rumble, op. cit., P. 238 f.
- (41) 法現実主義者は、問題に対する完全かつ不断の自覚——思考方法・手続両者につづいての——こそが、判決過程を真実に近づけるとする(Rumble, op. cit., P. 193)。
- (42) とにかく問題の所在の自覚が裁判の合理性の確保に奉仕する究極の手段であるとする(Rumble, op. cit., P. 226)。
 なお参照' R. A. Wasserstrom, The Judicial Decision
 —Toward a Theory of Legal Justification, 1961, P. 172 f.

(中京大学助教授)