

# 自由心証主義序説

河原崎 弘

- I はじめに
- II 自由心証主義の歴史
- III 自由心証主義及びその不合理的要素

## I

刑事裁判は真実の発見及びそれに基づいて正しい判決を発見することを目的とする。しかし、刑事裁判における真実発見、正しい判決発見は、一般的意味における真理発見と極めて異なった意味をもっている。一般に真理は一つであると考えられている。しかし、刑事裁判における真実及び正しい判決は決して一つではないのである。人間の認識能力を越えたところに存在する真実それ自体、正しい判決それ自体は唯一のものであろう。しかし、刑事裁判では人間の認識し得る範囲のみが問題となるため、真実及び正しい判決は常に複数なのである。

正しい判決発見のためには、真実を発見し、それを基礎としなければならぬ。真実発見のために自由心証主義が採用されている。まず、自由心証主義の歴史を顧みてみたい。

## II

ローマ法では早くから自由心証主義が採用されていた。しかし、自白は例外であり、自白があれば、その真実性を調査せずに、それは真実とされてしまったのである。ローマの法律家達は、そこで、自白の真実性の調査をするように主張したのであった。<sup>(1)</sup>

帝政時代になると、裁判官の恣意を防止するために除々に制限が設けられ、法定証拋主義に向っていった。

古代ゲルマン法では、刑事裁判の証明は極めて形式的に扱われていた。証明は、裁判官に確信を抱かせる行為ではなく、形式的な行為をなし、その行為によって有罪、無罪を決めてしまうのである。この点ローマ法とは著るしく異なっていた。

まず、現行犯の場合は極めて簡単に有罪とされた。すなわち、犯行時に逮捕され、一晚経過しないうちに、裁判所に引致すれば、それ以上の挙証行為を要せず、直ちに有罪判決

を下せた。このような場合には、犯行との直接的関連性、原告などが民衆の前で宣誓できること、武器や血の付いた着衣のため、犯行が裁判所と直接つながっていると考えられたためである。このような事件は極めて明白 (scheinbar) であったのだ。現行犯と同様に考えられたのが、自白事件である。犯人が自白すれば、それ以上の証拠は無用とされた。

現行犯人でもなく、自白していない犯人の手続はどうであったろうか。このような場合は極めて形式的な証拠法が採用された。被告は宣誓により身のおかしを立てる機会が与えられ、さらに、必要な場合には、被告の宣誓に偽りがないことを誓ってくれる宣誓補助者を召喚することが許された。そのようにして、被告は自己の無実を立証したわけである。

もし被告に宣誓する資格がなかったならば、次には、決闘とか神判が使われた。このような法定の形式が満たされたなら、被告は自己が無実であるという証拠を証出したこととなったのである。被告の主張はこのような形式が満たされたときに確定し、裁判所が現実に被告が無実であるとの心証を得たかどうかは問題とはならないのである。裁判所が決定できる唯一のことは、上述の形式が満たされたか否かである。したがって、古代ゲルマン法における証拠法は純粹に形式主義であったといえよう。

宣誓補助者を持たぬ者や、決闘における、弱い者は、極めて無力である。形式主義の証拠法の不合理性は徐々に認識されてきた。ここに形式主義の証拠法から、人間の合理的な理性に基づいた証拠法への転向が要請されてきたのである。ローマカノン法の影響でまず最初に、バンベルグ刑事法典 (Bamberger Halsgerichtsordnung) が作られた。しかし、この法典にはゲルマン法の手続がまだ残っていた。さらに1532年には有名なカローリーナ法典が作られた。この法典はイタリアで発達してきた詳細な証拠法を持っていた。真実発見には、裁判官の主観を排除し、客観的で、外部的に把握可能な、法定証拠が必要とされたのである。真実の特徴を裁判官に示すような規範が要求されたのである。カローリーナ法典では、「被告を有罪とするには、自白ないし、少なくとも二人の異議のない証人が必要である」となっている。間接証拠のみでは、被告を有罪とできないのである。しかも、一定の要件の下で、間接証拠に基づき、自白を得るための拷問が許されたのである。<sup>(2)</sup>

カローリーナ法典<sup>(3)</sup>で採用された法定証拠主義は、19世紀中頃まで、ドイツの個々の刑事法典に取り入れられている。拷問が除却された後においても法定証拠主義は守られていた。裁判官の恣意を防止するために法定証拠主義を採用することが、時代の傾向だったのである。

ヨゼフ刑事法典 (Josephinische Kriminalordnung von 1788)、オーストリア刑法典 (1803) プロシヤ刑事法典 (1805)、バイエル刑法 (1813) など、裁判官の恣意を防止するために、法定証拠主義を採用することを不可欠であると考えている。

法定証拠主義は長い間続いたが、その態様は徐々に変化していった。自白は任意なもの

でなければならぬし、犯罪の主要部分を含んでいなければならぬし、蓋然的でなければならぬし、外部状況と一致しなければならぬなどの条件が加わってきた。こうなると、自白が完全な証拠であるとの原則も消滅してしまったわけである。

二人の古典的証人 (Zwei klassische Zeugen) についても、昔は、何が古典的証人であるかのリストが作られたのであるが、時がたつにつれ、何が古典的証人であることを示すことができなくなると、これも規範としての性格を消滅してきたのである。

1740年に、重罪を除き拷問が廃止され、1754年、1756年には、重罪においても拷問は廃止された。拷問が廃止されると、自白と二人の証人のみを有罪判決のための証拠として認め、間接証拠を認めないカロリーナ法典22条に無理が生じてきた。自白も証人もない場合には、他にはどれだけ証拠があろうとも有罪とはできないのである。そのため、拷問はカロリーナ法典 22 条と密接に結びついていたのだから、拷問の廃止とともに 22 条も廃止されたのだとする解釈も主張された。

その後、間接証拠も許されるようになった。しかし、その場合でも、裁判官の裁量は極めて制限されており、有罪判決のためには、どのような証拠が必要かにつき詳細に決められていた。裁判官の裁量が制限されているため、間接証拠のみで、有罪とされた事件は極めて少なかった。このような事情のため、法定証拠がない場合には、軽い刑を言い渡すことが許されるようになった。これが、嫌疑刑 (Strafe des Verdachts) である。

法定の証拠はないが、犯人ではないかと裁判官が心証を抱く場合に、これが言い渡されるわけだから、ここに、重要なのは法定証拠ではなく、裁判官の心証であるとの考えの芽ばえを見ることができる。

フランス革命後のフランスでは、1791年、公開裁判、口頭主義、陪審などの新しい制度が制定され、法定証拠主義とその付属物である嫌疑刑は消滅の傾向にあった。この影響は隣のドイツに及んだ。

1848年の国民議会で決められたドイツ国民の基本法は「刑事裁判は公開する。重罪とすべての政治犯罪においては陪審裁判所が判決すべし」と決めている。それ以後の大部分の州の刑事訴訟法はこの原則に従って制定されていく。そこにおいて、裁判官は自己の心証に基づいて判決するという原則も、徐々に認められていくこととなる。

(注)

- (1) H. Krieter, *Historische Entwicklung des Prinzip der freien Beweiswürdigung*, S. 4ff. 自由心証主義の歴史については主にこれを参考にした。
- (2) O. Zwengel, *Das Strafverfahren in Deutschland von der Zeit der Carolina bis zum Beginn der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts*, 1963, S. 42 ff.
- (3) カロリーナ法典については H. Weber, *Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.*, ZRG German. Abt. 77, 1960, S. 288 ff.
- (4) H. Krieter, *op. cit.*, S. 12~69. これにドイツ各州における立法の様相が詳しい。

## III

現行刑事訴訟法 318 条は「証拠の証明力は裁判官の自由な判断に委ねる」として、自由心証主義を採用している。事実認定は極めて複雑な過程であり、法則化しにくい過程である。したがって、法定証拠主義を採用するよりは、裁判官の自由な心証形成を認めた方がより高度な真実に到達し得ると考えたのである。

自由心証主義の下においては、証拠の信用性及び証明力は裁判官の自由な心証活動によって決定される。したがって、証拠の信用性及び証明力の判断に際し、それらの基礎をなす個々の事実を分析せずに、総合的、直感的に判断することも許されている。<sup>(1)</sup> その限りで、裁判官は論理の法則から解放されているといえる。

たとえば、証拠の信用性は、証人の人格、その立場、被告等に対する利害関係、供述態度、その他すべての事情を考慮して決定される。その際、裁判官がそれらの事情を個々に分析しようとしても、それではかえって事態を複雑化し、事実認定はほとんど不可能といえよう。そこで、個々の分析を要求せずに、総合的、直感的判断をさせた方が、真実に近い結果がでてくると考えられるのである。もし、個々の分析を要求すると、大きなエネルギーを本質的でないものに集中する結果、かえって真実から離れた事実を認定してしまうこととなる。このように、自由心証主義は、裁判官に対する信頼を基礎にして、できるだけ、真実に近い事実を発見しようとしている。しかも法定証拠主義は拷問と結びつき、極めて苛酷な結果となっていたのである。

自由心証主義は、証拠の信用性、証明力についての判断を裁判官に委ねるものである。しかしながら、それは裁判官を証拠から解放するものでなく、証拠の範囲内において、裁判官の自由な心証形成を許すものである。しかも、証拠は証拠能力を有するものでなくてはならず、適法な証拠調を経た証拠でなければならない。したがって、現行の自由心証主義は、証拠裁判主義の下における自由心証主義である。

内容が異なる数個の証拠がある場合、そのうちどれを信頼し、どれを措信しないかという証拠の取捨選択は自由心証主義の範囲内にある。一つの証拠の一部のみを措信し、他の部分を措信しないことも、証拠の本質的価値を害さぬ限り許される。さらに、個々の証拠単独では犯罪事実を認定できぬ場合でも、それらの証拠を総合して犯罪事実を認定することも可能な<sup>(2)</sup>のである。

直接証拠がなくとも、状況証拠のみで有罪と認めることも許されるであろう。

自由心証主義が真実発見のためのものである以上、自由とはいっても裁判官の恣意を許すものではない。心証の形成は全体として、経験則及び論理則に従うことが要求される。判例も自由心証による証拠の取捨選択及び事実の認定が、経験側に反してはならないこと

をしばしば示している。<sup>(3)</sup> 経験則が事実認定で使われる場合には、証拠の信用性を判断する過程におけるものと、認定された証拠資料から要証事実を推理判断する過程におけるものとに分類することができる。両者の判断はともに経験則に反してはならないのである。

経験則上あり得ない事項を内容とする証拠を採用したり、経験則上あり得る事項を内容とした証拠でも証拠の取捨選択が明らかに不合理な場合が前者の例であり、証拠により認められた事実からの推理判断が明らかに不合理な場合が後者の例である。

自由心証主義は、経験則、論理則に反しない範囲で直感による事実認定を認めている。いたづらに裁判官を拘束せずに、直感を働かせることを許し、より高度な真実を発見することを期待したのだが、その反面、不合理性も残る。不合理性とは、認定された事実の真偽を審査することができないことである。法定証拠主義の下では、認定された事実の真偽の判定は容易であるが、自由心証主義の下ではそうはいかない。

自由心証主義の不合理性について述べる前に、まず、同じような不合理性をもつ法律の解釈、量刑について述べてみたい。

法の解釈に客観性がないことはよく知られている。<sup>(4)</sup> 客観性がないとは、一つの法の解釈の真偽を判定し得ないことである。色々な解釈が主張され、争われている。その争いは表面的には、論理の争いであるような姿をとる。しかし、実際は価値の争いなのである。一つの解釈を主張する者は、論理によりその解釈がでてきたと主張するが、彼は初めから自己の価値に合った解釈を念頭におき、論理はあとから付け加えたものにすぎない。

刑法でいえば、旧刑法当時、盗電が窃盗罪に当るかが争われ、管理可能性説と有体物説の二つが主張された。この場合、盗電が窃盗罪に該当するか否かは、窃盗の規定から、三段論法によって論理的に出てくるわけではないのだ。それは、現在の社会状況の下で盗電を罰すべきか否かという、社会的事実に対する判断によるのだ。重要なのは条文ではなく、社会的事実に対する判断である。ここで、価値判断が出てくるため、盗電が窃盗に該当するか否かは客観的には確定し得ないのである。価値の優劣は客観的に確定し得ないからである。

同様なことは量刑についてもいえる。量刑も客観的に確定し得ないのだ。まず、量刑の基準が相互に調和し得ないこともその原因の一つであろう。たとえば、軽微な犯罪に対して、犯罪の程度が軽い故をもって軽い刑を言い渡すことも可能だが、犯罪を芽のうちにつみとるために厳しく処罰することも可能であろう。<sup>(5)</sup>

さらに、量刑の基準が一義的であったとしても、裁判官の人格により、量刑は異なってきた、どれが正しい量刑であるかは決定し得ないのだ。言葉を換えると、法定刑の制限を越えなければ、すべてが正しい量刑であり、正しい量刑は複数あるといえよう。

法令の解釈・適用・量刑については、唯一の正しい法の解釈・適用・量刑があるわけで

はなく、一定の限度でそれらはすべて正しいのである。

では、事実認定ではどうであろうか。われわれは、事実認定においては、真実は一つだと考えている。しかし、そうであろうか。一般的に言って事実の存在についての判断と価値の有無の判断は異なる。前者の真偽は判定可能だが、後者においては真偽が問題とならない。したがって、前者においては、それを客観的に確定し得るが、後者においては客観的に確定し得ない。しかし、それは原理的にそうなのであって、限られた時間と、限られた手段、限られた資料の下における裁判上の事実認定は、實際上、価値の判断と極めて似た性質を持っているといえる。<sup>(6)</sup>

証拠から事実を認定する場合、裁判官は不要な証拠、一部の矛盾した証拠を除去する。また、証拠は事実それ自体ではないから、事実を認定するには推理がなされるのである。<sup>(7)</sup> 事実認定におけるこのような削除と補充は不可欠なものといえよう。

たとえば、極めて短距離間のキセル乗車をした男があるとする。この男に、不正乗車の故意が認定できれば、詐欺罪で処罰することが可能となる。その際、乗車距離の短いことは故意の認定において二様に解釈可能である。乗車距離が短いから、たいした罪の意識もなく、簡単に不正乗車に誘われたと考えることも、あるいは、それほどわずかな利益のために犯罪を犯すはずはないと考えることもできる。

同じ証拠から互いに矛盾した複数の判断が可能なのである<sup>(8)</sup>（この事例では高度な蓋然性があるとは言えぬが）。このように事実の認定においても証拠の解釈が必要となり、その限りにおいて、証拠が多義的であるのだ。しかも、自由心証主義が認められている限り、そこに裁判官の直感が働くのである。直感が働く限りにおいて、事実認定の真偽の判定は不可能であろう。フランケが、真実発見は裁判官の創造的行為であり、それは人間の合理的認識を越えて、不合理性の中で完成されるというのもこのことである。<sup>(9)</sup>

しかしながら、事実誤認は上訴の理由となっっている。もちろん、新証拠が発見された場合や、経験則や論理則に著しく違反した場合は審査は可能である。それ以外は可能であろうか。ベンディックスは、判決の正しさを測る尺度はないとする。<sup>(10)</sup> ベエーメは、フランケに反対して、法治国における事実認定は、客観的で、後で検証可能な事実認定であるとする。<sup>(11)</sup> しかし、それは著しく経験則、論理則に反した場合には当てはまるが、そうでない場合には当てはまらない。

ドイツの裁判所における事実認定の基準を見ると、①できる限りの認識を、できる限り良心的に使用した際に得られる高度な蓋然性で満足すべきであり、そのような高度の蓋然性は真実と見なされる。<sup>(12)</sup> ②結論が論理的に不可抗的でもよいが (braucht nicht logisch zwingend zu sein)、論理則、経験則に反してはならない。<sup>(13)</sup> ③具体的事実に基づいた疑いは考慮すべきだが、単なる抽象的、論理的可能性は排除される。<sup>(14)</sup> 以上のようになっ

(15)  
いる。

事実の認定もやはり法の解釈と同様に、唯一の正しい認定があるわけではなく、裁判官の人格によって、<sup>(16)</sup>複数の正しい認定があるのである。

(注)

- (1) 団藤重光「自由心証主義」刑法講座6巻, 1953年, 1124頁。参照, 鴨良弼「自由心証主義」刑事訴訟法講座2巻, 1964年, 88~112頁。
- (2) 最判昭和23年11月16日刑集2巻12号1549頁。
- (3) 最判昭和23年11月16日刑集2巻12号1549頁。最判昭和26年8月1日刑集5巻9号1684頁。
- (4) 碧海純一「法哲学概論」, 1964年, 201頁以下が詳しい。
- (5) L. Bendix, Die freie Beweiswürdigung des Strafrichters, GA, 63, 1917, S. 33.
- (6) 斎藤朔郎「蓋然性の濫用」法曹時報8巻6号, 1956年, 1~23頁参照。
- (7) L. Bendix, op. cit., S. 42.
- (8) Ibid., S. 33.
- (9) F. Franke, Die irrationalen Elemente der richterlichen Entscheidung, in Henkel, Das Richteramt, 1958, S. 44 f.
- (10) L. Bendix, op. cit., S. 34 ff. すべて裁判官の人格に依存すると彼はいう。
- (11) A. Böhme, Zum Begriff der Überzeugung beim Urteil, DRiZ 1960, S. 20.
- (12) RG 61, 206.
- (13) BGH の判決, MDR 51, 117. による。
- (14) BGH の判決, NJW 51. 83. による。
- (15) W. Niese, Zur Frage der freien richterlichen Überzeugung, GA, 1953, S. 148 ff. これらの判決につきニーゼが評釈を加えている。
- (16) 上訴については, 青柳文夫「上訴審による自由心証の控制」法曹時報8巻10号, 1956年, 1~14頁。