

我が国の刑事訴訟法における
事実認定の問題：
「自由心証主義による暗黒裁判」
(4つの参考文献から)

2022年11月19日

コバヤシヒデヒコ

目次：自由心証主義による暗黒裁判

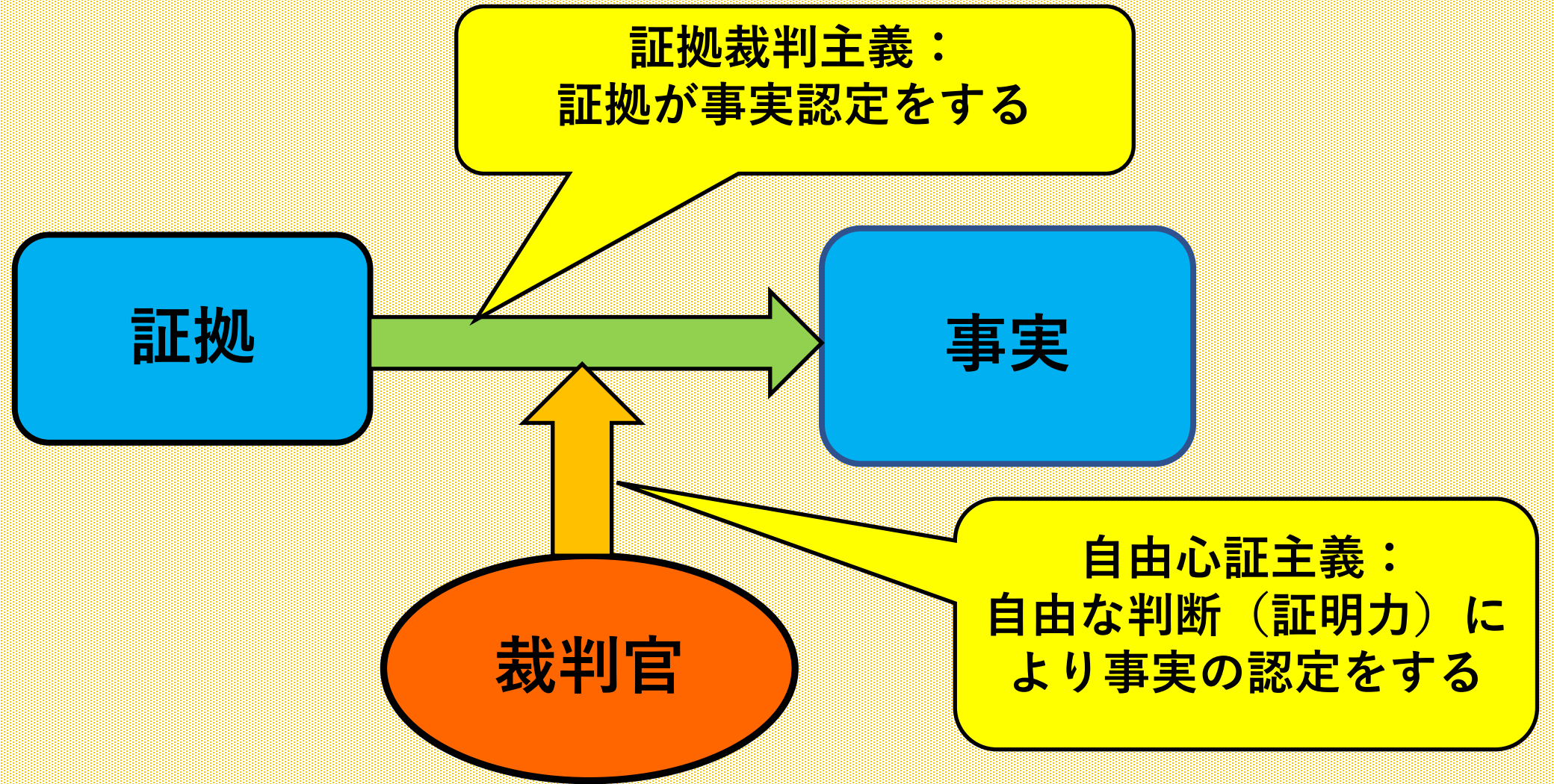
- 木下信男『裁判官の犯罪「冤罪」』)
- 光藤景皎（みつどうかげあき）「自由心証主義の問題点」
 - 白取祐司『自由心証主義の反省：
 - 適正な事実認定のための試論』
- 吉弘光男・宗岡氏嗣郎編『犯罪の証明なき有罪判決』
 - 【付録】民事訴訟法における自由心証主義

証拠裁判主義と自由心証主義

(木下信男著『裁判官の犯罪「冤罪」』(樹花舎:2001))

- 第317条【証拠裁判主義】 事実の認定は、証拠による。
- 第318条【自由心証主義】 証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる。
- わが国においては、「犯罪の証明」とは、万人でなく、裁判官個人による、犯罪事実の認定に歪曲されているのである。**317条と318条は明瞭な二律相反である。これに気がついている裁判官が、わが国に、幾人いるだろうか？これに気がついていない裁判官を、われわれは無学無能というほかに何と呼ぶべきであろうか。**

証拠裁判主義と自由心証主義のモデル化(筆者)



証拠裁判主義と自由心証主義 (木下信男『裁判官の犯罪「冤罪」』)

- 「317条からおわかりのように、「犯罪の証明」とは、証拠による犯罪事実の認定であり、証拠とは「犯罪の証明」の、万人に共通する根拠である。
- ところが、318条のいう証拠の証明力の裁判官一任とは、証拠による犯罪事実の認定、すなわち「犯罪の証明」の裁判官一任にほかなるまい。言いかえれば、わが国では、「犯罪の証明」は、裁判官個々人の自由な判断に、つまり自由心証に委ねられているのである。
- これが、現在、刑事訴訟において最も批判の対象になっている「自由心証主義」なのである」（白鳥祐司『自由心証主義の反省』光籐景皎編『事実誤認の救済』成文堂所収）

第319条【自白の証拠能力・証明力】

•第319条 強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない。

② 被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない。

③ 前二項の自白には、起訴された犯罪について有罪であることを自認する場合を含む。

• (木下信男) 「同条文が、318条と矛盾することは明瞭であろう。証拠とすることのできない自白の証拠能力・証明力さえ、その判断が裁判官に委ねられるからである。318条は、それ自身に矛盾するものであった。その上、319条とも明瞭に矛盾するのである。」

Wigmore, Evidennce, 3rd, 1940

- 「すべての証拠は、直接証拠、もしくは状況証拠のいずれかである、として区別されるのであるが・・・実際には、すべての推理はまったく同一な一般理論に基づいている・・・裁判官は、証人の供述を自分の耳で聞き、法廷に提出された文書を自分の目で見ると。彼の仕事は、かなうようにして見たり聞いたりしたことから、彼が見ていない、また聞いていない事実の存在を知ることである」
- J. H. Wigmore (1863-1943) は、このような手法を Wigmore Analysis, Wigmore Chart として、チャート化、理論化し、刑事裁判の分析法として知られている。世界的な比較法学者であり、慶応大学法学部の創設者 (1889年) である。

光藤景皎「自由心証主義の問題点」

『新・生きている刑事訴訟法』（佐伯先生卒寿祝賀論文編集委員会、成文堂：1997, 141～154ページ）

- わが国自由心証主義は、ドイツ刑法を基本としているが、ドイツでは、自由心証主義の客観化に対応して、間主観的討議可能性に発展していることが示されている。
- 「わが国の刑訴法318条は、ドイツ刑訴法261条の「証拠調べの結果に関しては、裁判所は、自由な、公判審理の全体から得た確認にしたがって判断する」（1877年成立）を受け継いだもので、成立以来一度も変更されていない。」しかし、その条文の不備を以下のように「自由心証主義」を客観化するよう発展的に解釈して現在に至っていることが示されている。
- **自由心証主義の定義**：「利用可能な証拠の、論理則、科学的知識及び経験則を基礎に据えた、決定証拠法則から独立した評価」（アンドアレ・シュミット）

間主観的討議可能性について

(光藤景皎「自由心証主義の問題点」)

- 「このような事情がある。そのもとでは、このような経験則が通用するかどうか」という問い発するならば、それについては当事者等関係人はそれぞれ意見を述べることができる。ここに間主観的討議可能性が生まれる」 (シュミット、1994)
- 「間接証拠の証明力を評価するためには3つの問いを発せねばならない。①その徴憑は主要事実が存在するとき、どんな頻度であらわれるか。②その徴憑 (ちょうひょう) は、主要事実不存在の時、どんな頻度であらわれるか。③その徴憑はどちらでより頻繁にあらわれるか。グループ①でかそれともグループ②においてか。この徴憑がグループ②の場合より①の場合に何倍の頻度であらわれるかという関係が、その徴憑の証明量を想定する (ベンダー、ナック、1995)。」 「自由心証を間主観的討議可能なものにしていくことの必要性と方策を示すものとして注目に値する。」

白取祐司「自由心証主義の反省： 適正な事実認定のための試論」

(光藤景皎『事実認定と救済』(成文堂：1997、3～23ページ)

- 現行刑訴法317条【証拠裁判主義】、318条【自由心証主義】の証拠主義の基本原則は、旧刑訴法（『治罪法』（1860）、『明治刑訴』（1890）、『大正刑訴（1922）』）を受け継いだものである。自由心証主義という概念は英米法にはない。
- 裁判官証拠評価の「自由」を所与のもとと推定し、その自由の「濫用」を規制するための「制限」を加えようという枠組み自体、実は旧法的な、職権主義的なものではないか。刑事裁判の中核を占める事実認定の適正化について、今日まで十分な議論をしてこなかったのではないか。私見によれば、学説がこれまで318条の存在に拘泥しすぎたのではないか。

自由心証主義の歴史的意義 ：ヨーロッパにおける起源

- 自由心証主義は、ヨーロッパにおける拷問と結びついた糾問的
な「法廷証拠主義」の克服として生まれた。拷問廃止にこそ自
由心証主義の歴史的意義がある。フランス大革命期は、民主主
義的制度を次々に導入した時代であったが、刑事手続き、とり
わけ陪審制度が、そのようなものとして導入された。証明シス
テムとしては、法廷証拠主義の提案は退けたが、英米法の特徴
である証拠法則は採用しなかった。事実認定を裁判官ないし陪
審員の「内的確信」に委ねる自由心証主義がここに成立する
(1791年刑事法典)。
- これがドイツにわたり (1877年制定ライヒ刑事訴訟法典) ドイ
ツ型の自由心証主義は、証拠評価の「自由」が「経験則」に
よって制約される独自の構成を取り、これがそのまま日本に承
継される。

日本への自由心証主義導入 ：拷問=法廷証拠主義の廃止

- 拷問=法廷証拠主義の廃止と自由心証主義の導入を実現したのは、司法省雇医として来日していたフランス人法学者G.ボアソナードであった。彼は、拷問の非人道性、不正義などから、法廷証拠主義に代えて自由心証主義を勧める。
- 自由心証主義に関しては、証拠の優劣がないことを指摘し、拷問廃止という大義名分のためとはいえ、結果的に、自白ななどの「法廷証拠」がなくても、「有罪にできる」ことが強調されている。ドイツ型の自由心証主義は、証拠評価の「自由」が「経験則」によって制約されるという独自の構成を取り、これがそのまま日本へ導入された。自由心証主義は、日本初の近代的刑事法法典たる治罪法（1880）に明文化され、明治刑訴（1890）、大正刑訴（1922）に受け継がれ、現行法318条になっている。

「自由心証主義」の比較法的特徴

- フランスにおいても、そして日本においても、法廷証拠主義と結びついた制度としての拷問を廃止した点こそ、自由心証主義の最大の歴史的意義であった。拷問廃止に役立った（法廷）証拠からの「自由」は、むしろ「濫用」の虜のある危険な「自由」であることが自覚されるにいたる。
- 日本の自由心証主義は、「自由心証」は経験則ないし論理則という内的制約を受ける、との理解が一般化し現在にいたっている。この「経験則」による制約論は、ドイツ法独自のもので、フランス法にはない。日本で一部実務家から強く批判されたように、「経験則」とは、無内容なだけでなく、事実認定の実質に迫る当為を不要にしたもので有害ですらあったのではないか。

適切な事実認定：適正な事実認定とは

- ①「疑わしいときは被告人の利益に」の原則を基本とし、②適正な証拠能力ある証拠のみにもとづき、③証拠評価は、注意則・経験則に従って客観的・分析的に行う認定方法であると、と。
- ①は、訴訟の目的・構造から導かれたものであり、②は、もっぱら物証に関する違法収集証拠排除法則を含む証拠能力の問題であり、③は、事実認定過程を可視化し、事実認定が事後的に検証可能であるために不可欠の要件である。
- ・ ・ ・ 裁判官が自己の主観的・直感的な事実認定をブラックボックスに隠蔽させないためにも、事実認定が客観的・分析的になされ、かつそれが有罪判決の場合には判決理由の証拠構造を示すように要求していかなければならない。

吉弘光男・宗岡氏嗣郎編『犯罪の証明なき有罪判決』

145～146ページ（九州大学出版会：2022）

- 日本国憲法において、「裁判所」は、基本的人権として国民に保障された「裁判を受ける権利」（憲法32条）を実現させるための機関として設置されている（憲法76条以下）。刑事裁判では、行政機関（検察）が特定の国民を犯人だと「名指し」して始まるので、当然、刑事裁判を受ける権利は行政権力への反論権を実質とする。それゆえ、裁判官の職務は、行政権力から完全に独立した立場で、被告人による行政権力への反論を保障することにある。日本国憲法は、特別な「勇気」がなくとも、また「気兼ね」することもなく、行政官の主張を否定しうる立場を裁判官に認めたのである。

【付録】 民事訴訟法における自由心証主義

- **民事訴訟法第247条【自由心証主義】** 裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきかを判断する。
- 上記条文から、民事事件についても刑事事件と同様に、「自由心証主義」により裁判官が自由に判決することができるので、誤判，精度の低い判決することが生じることが予測できる。本件に関しては、その原因を追究し、改善が必要であろう。