

日本の刑事裁判における 事実認定論の批判的考察(5)

小野坂 弘

目次

はじめに

第一章 「裁判上の真実」という指導概念

- 1 事実認定論という「事実」とは何か (以上、34巻3号)
- 2 認定によらない「事実」
- 3 事実認定者の日常理論の介入
- 4 認定される事実は「裁判上の真実」に過ぎない (以上、35巻1号)

第二章 発見過程と実証過程

- 1 事実認定過程の構造
- 2 事実の発見過程の構造と推論
- 3 事実の実証過程の二重構造と推論 (以上、35巻2号)

第三章 合理的疑問の解消過程

はじめに

- 1 合理的疑問の解消過程の判断は蓋然性判断である
- 2 疑問の解消は実践的行為である——意思決定・問題解決行為
- 3 合理的疑問の解消機構 (以上、35巻3号)

第四章 心証と証明

- 1 心証と証明
- 2 わが国の上告審破棄判決による検討
- 3 ドイツの上告審判決による検討
- 4 心証における物語の役割 (以上、本号) (完)

第四章 心証と証明

1 心証と証明

平田はマイクル／アドラーの論文を引用しているけれども、それは「証明線 (line of proof)」についての議論だけに限られている。その理由はマイクル／アドラーの「心証 (persuasion)」についての議論が納得できないからではないかと推測される。しかし、マイクル／アドラーの「証明 (proof)」についての議論は重要であると考えるので、ここではまず、マイクル／アドラーの証明論の骨子を紹介する⁽¹⁾。

(1) マイクル／アドラーは言う。数学上、自然科学上の証明の場合と異なり、裁判では審判者が同じ証拠に基づきながら異なった結論に達することがしばしば起きる (Michael/Adler, p. 1237.)。

i) およそ、裁判上証明されるべき命題が真実または虚偽として主張し得る命題だとすれば、この命題について証明とは別に心証形成を考えることは、原則として不可能な筈である。しかし、訴訟上の究極証明主題 (ultimate probanda) は真実または虚偽として主張される命題ではなく、蓋然性を持つ、しかもある程度の蓋然性を持つものとして主張される命題なのである。このことは主要事実命題について要求される立証の程度が、刑事では「合理的疑いを超えた」程度、民事では「証拠の優越」程度と区別されているところに表れている (Michael/Adler, p. 1256, 1258.)。証明は審判者にある命題が真実であること、あるいは蓋然性があることを確信させることができるが、蓋然性の程度については確信させることができない。蓋然性の程度について心証が判断を下すことになるのである (Michael/Adler, pp. 1238-9.)。証明と心証の区別は証明過程の分析上、論理的に不可欠であるが、裁判の実際の運営を考察する場合にも極めて重要である。たとえば、証拠の認容性に関する決定は証明の問題であるが、証拠の持つ証拠価値についての決定は心証の問題なので

ある。この二つの作用は実際の裁判においては相伴って同一の立証過程の中で行われるのが通常であるが、分析上は区別されねばならない (Michael/Adler, pp. 1237-40.)。

- ii) 公判における事実審理の基本構造は当事者の主張・立証という論証を待って受動的に行われるものである。すなわち、探索的 (investigative) ではなく〔職権主義は探索的である——筆者〕、論証的 (demonstrative) 方法によるのである (Michael/Adler, p. 1235, 1261.)。当事者の主張 (pleading) は証拠調において立証の対象である命題を明確に提示するものである (Michael/Adler, pp. 1245-6.)。客観的事実は常に一つしかなく、したがって、「ある事実」とこれに「反する事実」が互いに主張されることは論理的にはあり得ないことであり、実際にはある事実についてのわれわれの知識を表現する特定の命題が主張され、あるいは特定の別の命題が反対命題として主張されるのである (Michael/Adler, p. 1272.)。

次に証明の過程の分析に入ると、第一に論理的分析がまず必要である。これは公判における主要事実命題 (究極証明命題) の蓋然性が証明されて行く一連の過程、特に審判者の推論の過程の論理的分析である。マイケル/アドラーによれば、証明とは前提命題が蓋然性があると主張された結果、他の命題が蓋然性があるものと主張される過程を言う。このように証明の過程とは審判者にとって一つの命題から他の命題を推論する「推理 (inference)」の過程にはかならない⁽²⁾。

裁判における究極証明命題は直接知覚によって確認される直接命題ではなく、必ず、他の命題による証明の過程の結果蓋然性を持つに至る、いわゆる論証的命題である (Michael/Adler, p. 1271.)。論証的命題としての主要事実命題は、このように、その証明の前提となる一連の命題を常に持つわけであるが、この「証明線」あるいは「推理の鎖 (chain of inference)」のいずれかの点において直接

命題、あるいは仮説として働く一般命題が存在しなければ、その蓋然性は証明されない (Michael/Adler, p.1264.)。このように究極証明主題の蓋然性を生じさせる一連の「証明線」があるのに対して、究極証明命題の蓋然性を減少させる反対命題が相手側から主張される。反証である。それぞれの証明線が持つ、究極命題に対する証明力は①究極証明命題を導き出す証明および反証線の数とその証明力、②上の線の中に位置を占める、いわゆる中間証明主題における証明と反証の数とその証明力、③証言の信憑性に関する命題の蓋然性、④裁判上顕著な命題、特に情況証拠において、いわゆる証拠上の仮説として働く一般命題の蓋然性、の4つの要素に左右される⁽³⁾。

iii) 次に証明過程の認識論的分析である。これは公判を裁判所が証明主題に関する知識を獲得する過程として捉え、究極命題を導き出すそれぞれの命題がどんな種類の知識を内容とし、そのような知識はどのようにして得られるかを考察するものである。たとえば、裁判所が公判において持ち、または獲得する知識を①審判者が公判前から有する知識、②直接知覚によって得られる知識、③推理の作用を、上の知覚によって獲得した知識に適用することによって、間接的に獲得される知識の3つに分けて、いわゆる「物証 (real proof)」、
「供述証拠 (testimonial proof)」、そして「情況証拠 (circumstantial proof)」による証明がいずれの種類の知識を対象とし、どのような過程で審判者が知識を獲得するかを分析する (Michael/Adler, pp. 1301-6.)。

物証、供述証拠、情況証拠のいずれも審判者が自分の五感で直接認識する点では違いはない。また、審判者が推理を出発させるのは、この五感による直接認識からであることも違いはない。3者の違いは、審判者が行う推理にある。物証では審判者が観察した知識からそのような物が実際に存在することを推理する。供述証拠の場合は文書または証人が述べたこと (これは審判者によって直接認識され

る)が事実であるという推理が行われる。情況証拠の場合には、ある事象が存在するという知識(これは審判者が直接認識する)から、別の事象が存在することを推理するのである⁽⁴⁾。これらの推理の鎖の中に一般命題が存在しなければならないことに留意。

(2) それではここで平田が証明と心証について述べているところを整理して示したい。まず最初に、この両者の区別と関係について述べる。

i) 過去の出来事について、特に迅速な時間と少ない証拠、しかも単なる閲兵の機構において、数学的証明や自然科学的実験にみるような理論的明証を求めることはできない。訴訟的証明は認識の対象の性質からも、認識方法からも、明証は到底望むことはできない。過去の事実の判断は間接的判断であり、一義的解決ができず、多数の推理の合成によらざるをえないため、論理的明証はほとんど不可能に近い(平田194頁)。そもそも、公判における証明過程は発見過程ではない。発見過程では(たとえば、捜査の過程)、個別的証拠からの推理とそれらの総合から結論が形成(創造)されよう。しかし、証明過程では要証的主要命題は既に与えられている。したがって、課題たる主要事実命題が経験的に先ず分析され、分解された個々の要証命題が証拠の上に確認される構造にある。このような分析が先行する限り、個別的証拠の知覚の前に、それが持つべき全体的疑問に対する有効性は、判断者の心のうちに予見図式的に指示される状態にある。だから個別的証拠との接触の結果は、全体的疑問に直接的に結びつき、個別的証拠による心証は直観的に全体的心証と融合するのである(平田210頁)⁽⁵⁾。

ii) 平田は随所で証明と心証は区別すべきものだと言う。裁判官の心証を理論的判断のごとく理解して、証明論の中に実質的に解消することは、論理主義的擬制であり、実態に合わず許容できない。他方、証明は客観的側面にあり、証拠調そのものの中にある。心証は主観的側面に位置し、判断者の内的状態で創造される。したがって、前

者が論理主義に、後者が心理主義に接近する。証明と心証の相互関係を見ると、証明は心証惹起の事前的機能を有すると共に、反省段階にあっては心証統括と批判の二次的機能を有している。裁判官的心証は直観的心証または生の解決感情のみの所産ではなく、これに対し反省的または論理的統括を経た後のものでなければならない。かくて、論理主義と心理主義を統合した行動主義的裁判観に立つてこそ、その如実の形相を把握しうるものであると（平田193-4頁）。

平田はさらにこの点を敷衍して次のように言う。裁判官的心証の正当性が証明されるという意味では、裁判官の確信形成に論理的矛盾がなく、客観的妥当性を有することをもって、証明ということになる。すなわち、主観を離れ、証拠と証拠、証拠と要証命題の論理的関係の展開であって、結論の証明は前提の論理的支持力のみによって決定される。この場合の証明概念は客観的に理解され、狭義の証明に相当し、証明本来の姿であるといえよう。これは訴訟的証明（広義）＝実証のうちの論理関係、つまり推理の領域で働くもののみである。しかし、この意味の証明の成立とは、それが蓋然性の域を出ないものである限り、裁判官の蓋然的推理に論理的矛盾がないということに過ぎない。この証明の成立によって具体的事実が反証の可能性〔平田はここで「抽象的」可能性と言うが、不要な限定である——筆者〕を容れる余地がない程に、唯一可能なものとして保証されるわけではない（平田43頁）。

- iii) 主要事実命題の各部分表式への分解が行われて、その個々の表式が証拠との現実的接触（照合）において、嵌合するならば表式は現実性を帯びる。しかし、表式の知覚による充填は直ちに完全に行われることは極めて少ない。過去の事実の認識は細部に分解され、部分的事実の認識から合成されること、さらに分解事実たる破片的事物もそのままには存在しないことが多い。ただ痕跡のみが残存するにすぎない。断片的痕跡は人的物的証拠として存在する。この証拠

から部分的事実が確かめられ、多くの部分的事実が全体に纏められ再構成されたものが全体事実＝主要事実（訴因）にあたるが、裁判官はその発見過程を逆にたどらなければならない。この場合、裁判官的思考の方向は表式から知覚へと向かい、また多くの部分的表式の充填（具象化）が総合表式の充実に転化するわけであると（平田135頁）。

裁判官は主要事実そのものを直接に知覚することはできないから、常に間接的知覚を余儀なくされる。さらに知覚から生じる具象も、たとえば、あいくちを見て「あいくちと認める」単純表式と、「これが殺害の凶器である」と認める複合表式に分けると、裁判官の認識はほとんど後者の場合である。また知覚に対してフレームワークとして働く表式を考えると、たとえば、「付着物は血液か」という単純表式と「付着物は被害者の血液か」という複合表式を区別できるが、問題になるのは後者であろう。したがって、これらに対応して証拠の知覚から生じる具象は複合したものである他はない。複合表式と個々の証拠との嵌合は部分的なものに止まり、その限りで疑問の排除は直接知覚の部分を超えた部分については、その証拠の直接知覚だけでは完全ではなく、補充証拠の知覚により補強されねばならない。反対証拠があれば、その知覚によって表式の具象化は動揺する。その上でさらに、直観的推理（逆推）または合理的推理による疑問の排除も必要になる。これはそれらの証拠自体が真であることを前提にした、それらの証拠の当該表式に対する証明力の評価である（平田135－7頁）。

(3) 次に、心証について論点を要約しよう。平田の叙述に基づくが、そのままではない⁽⁶⁾。

- i) 裁判官の心証形成過程は疑問解消過程であり、意思決定・問題解決の実際の・実践的行為であることは前述した⁽⁷⁾⁽⁸⁾。裁判官は判断強制の下にあるから、「何らかの判断を下さなければならない」

という問題を解決する場面で、専ら論理的・客観的推論・明証だけでは蓋然性の壁を突破できないという基本的状況にあって、問題解決を放棄したり、延期したりできない、いわば「岐路的状态(forked road situation)」に置かれる。このような状態をもたらす客観的原因として①異質なものの総合を必要とすること、②具体的問題は数量化できない諸要因を含んでいること、③現実性にまつわる無形の諸要因は複雑に絡み合い、これを分析して定式化することが困難で、比較判断を容易に成立させないこと、を挙げることができよう。

ii) このような判断の正当性の客観的保障が欠けているところでは、客観的正当性を求めて努力を尽くしたことで満足しなければならないであろう(以上につき、平田214-8頁参照)。ドイツの判例が蓋然性について「認識可能で、要件事実の証明のために重要な証拠方法を尽くして、可能な限り真実に近づくこと」を掲げているのも、このような問題意識に基づくものと言えよう。またバーナード・ジャクソンが次のように言うのも同様な態度決定であると言える。「真実は言説ではなく、言説の言明(the enunciation)の機能なのである。もしわれわれが(『事実の』あるいは『フィクションの])物語の意味論的内容が真実か否かが判断できないとしても、われわれは少なくとも——彼/彼女が真実—要求を行う行為の誠実性の条件を満たしていることで、最も適切にわれわれを説得しているという意味で——誰が、われわれの考えでは、『真実を語っているか』判断することができる」と(Jackson, p.2.)。

iii) 上述のことと関連して、平田は心証形成における意思的要素は排除できないとして多くの論者を引用する(平田218-9頁)。これまで述べて来たように、裁判官の事実認定は論理的には蓋然性の域を出ないものであるから、事実の存否について岐路的状态に陥る可能性を常にはらんでいる。事実認定は法適用の前提であるから、たとえ賛成と反対が均衡しているような場合でも、判断をしなければな

らない。もし裁判官が情意的因子の同時的規定を全く脱した、純粹に論理的判断に固執するならば、裁判は実際問題として麻痺してしまう他はない。訴訟的証明には多くの証明線が生起するが、証明線相互の関係においては分岐型である。しかし、証明線各自の内部においてはそうではない。すなわち、証明線を形成する実際の思考は前提を求めて遡及するが、その場合にはまず、結論命題を一応を真と仮定して、その前提を求め、そのようにして得られた中間命題を真と仮定して、さらにその前提を求める。これを論理的に反省する場合には、究極の前提命題から中間命題を経て結論命題に至ることになる。それぞれの命題を真と仮定するところに、決断が見られるが、その決断は系列的であり、多段進行的である。

訴訟上の事実認定は異質なものの総合を必要とし、数量化できない無形の諸要因が複雑に絡み合っていて、これを分析して合理的に判断することは困難であり、蓋然性判断以外にはあり得ない。蓋然的証明である限り、客観的には仮定的なものであり、そこに矛盾または相反する可能性が生じることがあれば、岐路の状態に陥ることは避けられない。法学ヘルメノイテイクが強調するように、法的要件と事案または個々の事実は相互に相応関係にもたらされねばならないから、事実認定と法の適用は相俟って行われることになる。したがって、経過的な心証が認識の価値を統制する事態さえも生じるであろう⁽⁹⁾。

もっとも、第一章で大森莊蔵の「過去の真理概念」(第一章4(1)(ii)⑤)について述べたが、「(a) 証言の一致。すなわち、複数の人の想起命題の一致、少なくともその整合性。(b) 想起命題の自然法則、心理法則、経済法則等との合致。つまり、命題内容が法則外れでない。(c) 物証。物理的世界の現在に円滑に接続すること、または(a)(b)をいわば法的真理条件とした上で、「日用真理」を加えた判断。あるいは、大森の言う「全局的帰納法」(第

一章4(1)(i))。判断にこのような論理的抵抗がある場合には、それはいまだ岐路の状態ではない。

- iv) 直観的判断とか、情意的判断と言うと、不合理的な判断、または恣意的判断という感じを抱く人が多いことは事実であろう。それは人間の知識や判断は言語による意識的なものである、という常識に基づいている。勿論、言語による意識的な人間の知能・知識が、人間と動物を隔てる決定的な違いであることは、第三章でエヴァンスを引用して述べた通りである(第三章2(2)(iv))。しかし、ノーレットランダーシュを引用して詳しく述べたように、われわれは1秒間に1,100万ビットの情報を受け取りながら、意識が処理できるのは精々最大40ビットでしかない。大部分は無意識または前意識的に処理しているに過ぎないことは、認知科学上確認されているのである。

ジェフ・クルターが言うように(第三章2(2)(iv))、感情が問題になる場合でも、それぞれの判断が全く個々別々であるわけではない。「帰属する側と帰属される側の間に齟齬がありうるが、齟齬の生じうる可能性には(論理的な)限界がある。『共通の基盤がなければ、わたしたちは情緒概念〔クルターはこの言葉を感情と同じ意味に用いる——筆者〕を教えることができないし、情緒を理にかなったしかたで認識することも表明することもできない。どのようなタイプの状況においてどのような情緒がふさわしいものとなるかについては、慣習により、だいたい枠づけられている。ただし、状況タイプとそのつどふさわしい情緒との関係は、決定論的ではない。それは生物学的なものではなく、むしろ社会文化的なものである』」と。

ここでは繰り返さないが、ピアジェの「群性体」(第三章3(1))、ポラニイの「暗黙知」、エーコのCT・NC・MC、ジャクソンの議論、そしてトンプソンの「人間の行為の『図式にもとづいた生成』」(第

三章3(4)–(8)などの議論は如何に説得的であることか。それらは、人間の直観的判断、あるいは人間の無意識あるいは前意識状態における判断の合理性を説明するものである。トワイニングの結論、カール・フリードリッヒの議論、カール・レウェリンの「状況センス」論も納得できるものである。私が第三章の本文の最後で述べたように、「同じものを同じに扱うことは、公正さの必要条件だから、合理的疑問の解消過程は結局、バリー・バーンズが言うように、「『知識は事例と適用の改定可能な群化によって一時に一寸ずつ積み上げられ、拡張される』外ないのであることは、確かである。暗黙知・想像力・直観による判断は、H.L.A. ハート/トニー・オノレの因果性の分析〔井上祐司/真鍋毅/植田博訳『法における因果性』1991年〕に代表されるような、判例により受け入れられた膨大な事例集積の精密な分析による類型構成に待つ外ないのである」⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。

2 わが国の上告審破棄判決による検討

事実認定論の問題なのであるから、控訴審における「事実誤認」の判例の検討も考えられるけれども、あまりに膨大なので、上告審の破棄判例について検討するに止める⁽¹²⁾。

(1) まず、上告審の構造について簡単にまとめておきたい⁽¹³⁾。

i) この点は論者によって説くところが異なることは言うまでもないが、上告理由の第一は「憲法違反」であり(刑訴法404条1号)、第二は「判例違反」である(同2号)。上告理由はこの二つに限られる。最高裁判所は法令などの合憲、違憲を決定する唯一の最終裁判所であり、法令解釈の統一を最終的に行う裁判所であることから、この二つの上告理由が定められたのである。ところで、当事者の具体的救済を最終的に保障する任務についてはどうか。この点については、刑訴法411条が職権調査に基づいて判決に影響を及ぼすべき法令違反、刑の量定が甚しく不当、判決に影響を及ぼすべき重大な

事実誤認、再審請求事由、判決後の刑の廃止もしくは変更または大赦があった場合で、判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認める時は、判決を破棄することができると規定する。

- ii) このうち重要なのは、職権調査を行うに当たり、上告審が新しい資料についてなしうる事実の取調である。学説は上告審における事実の取調を基本的に承認するが、実務的には負担軽減のために広く書類審査を認める。例外的であれ、訴訟上の事実と実体法上の事実について取調をなし得ると解される。この事実の取調の資料・手続・方式については何の規定もないが、松川事件の第一次上告審判決(最大判昭34・8・10刑集13・9・1419)において、新たに発見されたいわゆる「諏訪メモ」を「公判廷への顕出」という方法で取調を行った。このメモは証拠物たる書面であるから、通常は朗読または要旨の告知のほかに展示が必要であるが、「公判廷への顕出」はこの方式にかなり接近したものである。

田宮は言う。「事実誤認」のうち経験則違反は本質的には「法令違反」として処理できるので、記録だけで判断できるが、そうとまでは言えない場合は、記録だけでは無罪判決は破棄できないが、有罪判決は破棄できる。何故なら、前者の場合は被告人に十分な告知と聴聞の機会を保障しなければならない(憲法31条・37条)ので、厳格な証明の手続が必要であるが、後者は法によって被告人に有利な扱いを規定できるので、刑訴法382条が原則として記録だけでの事実誤認の主張を許したのだと。田宮説はいわゆる「片面的構成の理論」に基づくが、「無罪の推定」と「疑わしきは、被告人の利益に」の適用によっても同じ結論を導き得る。最高裁が部分的事実審であると理解すれば、前者は原則として差戻、後者は自判(→無罪)で良いと思われる。この点でも田宮説は明快である。

- (2) わが国の上告制度は上に述べたように、憲法違反と判例違反だけが正式の上告理由であり、その他の事由は最高裁の職権の発動の事由

に過ぎない。しかし、現実には刑訴法411条の各事由が最も頻繁に利用されているのである。刑訴法404条・405条の上告理由に名を借りて実は411条・406条による事由の主張と職権の発動を狙うものが多いのである⁽¹⁴⁾。このことは、最高裁の負担の軽減と上告制度の乱用防止を考えた上告理由の制限と、上告審の機能発揮、特に具体的事案における正義の実現と事実誤認の救済に配慮した職権発動との兼合いの問題として、後述するドイツの連邦(最高)裁判所の機能論にも見られる、共通の問題なのである。換言すれば、それは<法的安定性 対 具体的妥当性>の問題である。405条・406条・411条の趣旨とこれらの規定が憲法違反ではないことが繰返し確認されている⁽¹⁵⁾。

(3) 411条各号の職権破棄事由のうち、極めて数の多いのは、「判決に影響を及ぼす法令違反」である。411条の破棄事由の中で「法令違反」は圧倒的に数が多い。これは最高裁が法令解釈の最終権限を持っているという法的安定性の重視ということもあろうが、書類審査のみでやれることが数の多さの決定的要因であろうと推測できる。411条による破棄は職権による任意的なものであり、411条の「法令違反」には405条所定の憲法違反と判例違反は含まれない⁽¹⁶⁾。本号にいう「判決に影響を及ぼすべき」とは、法令違反と判決の間に因果関係の存在する高度の蓋然性がある場合である。

法令違反の種類は控訴理由と同じく(刑訴法380条と377-9条)、法令の適用に誤りがある場合と、訴訟手続に法令の違反がある場合に区別できる。前者は実体法違反であり、普通は判決の内容自体から発見できるし、後者は訴訟法違反で記録の調査によって発見できる。この両者の区別は、絶対的なものではない⁽¹⁷⁾。

i) 法令の適用に誤りがある場合(狭義の法令違反・実体法違反)

この種類の法令違反の破棄判決は訴訟法違反の場合に比べれば少ない。刑法に関するものと特別法に関するものとを比較すると後者の方が多い。事実認定論との関係で問題にするのであるから、経験

則違反、論理則違反、思考法則、あるいは自然法則違反を取り上げれば良い。狭義の法令の適用を誤った場合は、ほとんどが論理則か思考法則違反であろうが、事実認定論との関係では取り上げる必要があるものは少ない。

- イ) 「事実認定の基礎となった推断が、証拠を飛躍したり証拠と反したりする部分があり、証拠から間接にも総合しても推論により導くことのできない結論で、憶測による仮説に過ぎない場合」(最判昭31・1・31刑集10・1・119)
- ロ) 「被告人の弁解を排斥した判断の根拠が、実況見分調書の各点を縮尺により測定した不正確な数値や計算の便宜のための仮定に基づいて計算した結果であるときは、採証法則に違反するとした」場合(最判昭43・8・2時報530・85)
- ハ) 「認定した事情の下では、特段の事由のない限り交通事故が発生しないであろうのに、現実が発生した人身事故について右認定事情を前提に被告人に過失を認めた原判決は、判決に影響を及ぼすべき理由不備または理由の食違がある」(最判昭44・3・20時報551・95)
- ニ) 「第一審無罪判決が各証言の信用性に影響するものと指摘する各点を解明することなく、適用するのが相当でない証拠評価の一般論(供述の基本的部分に注目すべきで枝葉末節に拘泥してはならない)を適用し、第一審判決を破棄して有罪を言渡した控訴審判決は、採証法則の違背ないし審理不尽の違法がある」(最判昭56・10・29時報1035・141)
- ホ) 「抵抗する現行犯人を逮捕しようとした私人が犯人逮捕に必要かつ相当な限度内でした実力行使について、刑法35条の解釈を誤りこれを有罪とした第一審判決を維持した控訴審判決」(最判昭50・4・3刑集29・4・132)
- ヘ) 「軽犯罪法1条23号(のぞき)の罪と住居侵入罪とは、牽連犯

の関係と解すべきであるのに、併合罪の関係にあるとした」場合
(最判昭57・3・16刑集36・3・260)

ト)「いまだ発進操作を完了しないのに、自動車を運転したとして、
酩酊運転の有罪に認定したのは、道路交通法の解釈を誤ったもの」
(最判昭48・4・10刑集27・3・334)

チ)「二つの精神鑑定書の各結論の部分に、いずれも、被告人が犯
行当時心神喪失の情況にあった旨の記載があっても、其部分を採
用せず、右鑑定書全体の記載内容とその他の情況証拠とを綜合し
て、心神耗弱の事実を認定することは、必ずしも経験則に反する
とはいえない」(最判昭33・2・11刑集12・2・168)

ii) 訴訟法違反がある場合

この種の場合には事実認定に関しては理由不備・齟齬、あるいは
審理不尽を問題にすれば良い。理由不備とは判決の理由が不十分な
場合であり、理由齟齬とは主文と理由、または理由と理由との間に
食違がある場合であるが、理由不備で広く齟齬を含む時もある。
審理不尽とは審理を客観的に見て未だ判決をするのに熟していない
場合に判決を下した場合である。両者の関係は微妙なところがある。
まず、理由不備・齟齬の破棄判決と著反正義でないとして維持した
判決を挙げる。

イ)「第一審において被告人を懲役6月に処し、3年間その執行を
猶予したのに対し、第二審が禁錮3月の実刑に処し、第一審の刑
は重すぎるから量刑不当として破棄」(最判昭26・8・1刑集5
・9・1715)

ロ)「原判決の挙示する証拠および認定事実からみて、手形金の支
払われるまで3日間物品を保管する意思に過ぎず、弁済があれば
直ちにこれを返却する意思であったとも解しえられる場合におい
て、右物品の持ち帰りは会社責任者の意思に反してなされたもの
であり、被告人にその認識があったことを判示しただけで、不法

- 領得の意思の存否についてなんら判示しないで直ちに窃盗罪を構成するものとした」場合(最判昭32・3・19龍岡54頁148)
- ハ)「火のついた煙草光1本を複写用紙の薄紙4、5枚に包み、更にこれを同用紙の厚い紙4、5枚に包んだものを、木造建物の壁板の破れ目に挿入して放火したという事実認定において、発火の可能性を肯定した鑑定書の一つは与えられた条件と湿度において10パーセント低く、気温において4.5度高い(従ってそれだけ発火の可能性が強い)条件の下に鑑定結果が出されたものであり、他の一つは、それだけで発火の可能性を肯定するにはあまり[に]消極的なものであるときは、これらを他の証拠として総合して有罪を認定するのは、審理不尽、理由不備の違法」(最判昭32・7・9龍岡54頁150)
- ニ)「認定事実と証拠との間に理由不備の違法ある第一審判決(強姦の犯意が、挙示の証拠によっては認められない場合)を支持した第二審判決は法令の解釈適用を誤った違法あり」(最判昭33・6・24刑集12・10・2286)
- ホ)「中型機船底曳網漁業の許可証の操業区域として山口県、島根県云々沖合海面とある場合の各県名は、一応の例示に過ぎず、このように解すれば無罪の可能性がある場合、同各県沖合に限定する趣旨と解して有罪とした」(最判昭32・1・31刑集11・1・464)
- ヘ)「特別公務員暴行陵虐致死事件で受傷後の臨床的所見が得られないのに、被害者の解剖所見のみを基礎に受傷時と死亡時刻との間隔を推認し、これによりある幅をもった受傷時を推認した上で、証拠と推理により加害者を判定することは理由不備に当たらない」(最判昭30・12・16刑集9・14・2797)
- ト)「原判決が第一審判決の量刑を不当とする控訴を理由ありとして原判決を破棄しながら同判決の刑と同じ刑を言渡したのは、理由齟齬の違法あるを免れないが、未だ刑訴法411条を適用しなけ

ればならない場合とは認められない」(最判昭27・6・26龍岡57頁160)

次の判決は両方の破棄理由がある。

イ)「被疑者に対する糧食差入禁止の事実を認め、しかもその糧食差入禁止の期間と自白の時日との関係上、外形的には糧食差入禁止と自白との間の因果の関係を推測させ、少なくともその疑ある事案であるにもかかわらず、原判決が『単に糧食差入禁止の事実のみを理由として直ちにその間またはその後作成せられた供述調書の証拠能力、証明力を否定することはできない』と断じ、何等特段の事由を説示することなく『記録に徴した当審における事実取調の結果に照しても右調書の証拠能力、証明力を否定するに足るべき状況は発見できない』という理由のみで右自白の任意性、信用性を争う主張を排斥した判断は、審理不尽、理由不備の違法」(最判昭32・5・31刑集11・5・1579)

次の諸判決は審理不尽である。

イ)「職権をもって調査するに被告人に所謂前科のあることは前示前科調書(記録154丁)によって推認できるところであり、原審が執行猶予を言い渡すのは、ひっきょうこの点に関し審理不尽の違法あるものといわなければならない」(最判昭30・12・16龍岡49頁136)

ロ)「被告人に対する司法警察員の供述調書(自白)の任意性が一審以来争われ、控訴審における事実の取調に際しても弁護人から反証の申請がある場合において、各自白のあることは趣旨が一貫せず且つ一審において右任意性立証のため取調べた当の司法警察員の尋問調書の内容も、ただ抽象的形式的に強制の事実を否定するに過ぎず、しかも犯罪事実の認定自体についても疑問の余地のあるような場合にあっては、控訴審が弁護人の証拠申請をすべて

却下し職権による調査も行わないで、ただ右自白調書等が、検挙後短時日間に繰返されていることと右司法警察員の供述記載とだけ综合して右自白の任意性を認めるに十分であるとするのは、審理不尽の違法あるものというべきである」(最判昭30・12・26 龍岡49頁137)

- ハ)「わが刑事訴訟法上裁判所は、原則として、職権で証拠調をしなければならない義務又は検察官に対して立証を促さなければならない義務があるものということとはできない。しかし、原判決の説示するがごとく、本件のように被告事件と被告人の共犯者又は必要的共犯の関係に立つ他の共同被告人に対する事件とがしばしば併合又は分離されながら同一裁判所の審理を受けた以上、他の事件につき有罪の判決を言い渡され、その有罪判決の証拠となった判示多数の供述調書が他の被告事件の証拠として提出されたが、検察官の不注意によって被告事件に対してはこれを証拠として提出することを遺脱したことが明白なような場合には、裁判所は少なくとも検察官に対しその提出を促がす義務あるものと解するを相当とする。従って、被告事件につきかかる立証を促すことなく、直ちに公訴事実を認めるに足る十分な証拠がないとして無罪を言い渡したときは、審理不尽に基く理由の不備又は事実の誤認があって、その不備又は誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであるとしなければならない」(最判昭33・2・13刑集12・2・218)
- ニ)「名誉毀損幫助被告事件において、公訴事実となっている被告人の談話の記事がK新聞の『年少者も酷使?N営業所人権問題 労基署でも調査へ』なる見出のもとに掲載された社会ニュース記事の一部をなし、そのニュース記事の構造上これを総合的に考察するを相当とする場合に、単に被告人の談話部分のみを名誉毀損罪の成否の対象とするにとどまり、右ニュース記事を取材した記者及びその編集責任者に同罪の正犯としての要件がそなわって

るか否かの点についての審理を尽さず、たやすく被告人のした談話をもって名誉毀損幫助に当たるとしたときは、刑訴第411条第1号により破棄を免れない」(最判昭35・12・16刑集14・14・2126)

ホ)「刑法246条2項にいう『(人を欺罔シテ) 財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル』罪が成立するためには、他人を欺罔して錯誤に陥れ、その結果被欺罔者をして何らかの処分行為を為さしめ、それによって、自己又は第三者が財産上の利益を得たのでなければならない。しかるに、右第一審判決の確定するところは、被告人の欺罔の結果、被害者Kが錯誤に陥り、『安心して帰宅』したというにすぎない。同人の側にいかなる処分行為があったかは、同判決の明確にしないところであるのみならず右被欺罔者の行為により、被告人がどんな財産上の利益を得たかについても同判決の事実適示において、何ら明らかにされていないのである。同判決は、『因て債務の弁済を免れ』と判示するけれども、それが実質的に何を意味しているか、不分明であるというほかない。あるいは、同判決は、Kが、前記のように誤信した当然の結果として、その際、履行の督促をしなかったことを、同人の処分行為とみているのかもしれない。しかし、すでに履行遅滞の状態にある債務者が、欺罔手段によって、一時債権者の督促を免れたからといって、ただそれだけのことでは、刑法246条2項にいう財産上の利益を得たものということとはできない。その際、債権者がもし欺罔されなかったとすれば、その督促、要求により、債務の全部又は一部の履行、あるいは、これに代りまたはこれを担保すべき何らかの具体的措置が、ぜひとも行われざるを得なかったであろうといえるような、特段の状況が存在したのに、債権者が、債務者に欺罔されたため、右のような何らかの具体的措置を伴う督促、要求を行うことをしなかったような場合にはじめて、債務者は一時的にせよ右のような結果を免れたものとして、財産

- 上の利益を得たものということができるのである。ところが、本件の場合に、右のような特別の事情が存在したことは、第一審判決の何ら説示しないところであるし、記録に徴しても、そのような事情の存否につき、必要な審理が尽くされているものとは、到底認めがたい。ひっきょう、本件第一審判決には、刑法246条2項を正解しないための審理不尽、理由不備の違法あるものというべく、破棄を免れない」(最判昭30・4・8刑集9・4・827)
- チ)「放火被告事件の控訴審において、被告人の自白する放火の手段方法では独立燃焼を合理的に認められないとの主張を排斥するにあたり、一審における受命裁判官の右放火方法の検証調書の記載(実験の結果)は独立燃焼の結果を生じなかったにもかかわらず、この点についての鑑定を含む証拠調の請求を却下し、単に、右実験の結果によれば、被告人自白の放火の手段方法によっても独立燃焼を生じることが合理的に考えてその可能性は十分に認められるとし、証拠に基づいた説明を加えないで、ただちに抽象的に条件の如何によっては独立燃焼の可能性のあることを肯定することは審理不尽に基く理由不備の違法があり破棄を免れない」(最判昭33・4・25刑集12・6・161)
- リ)「父兄の教師に対する贈与が職務から離れた私的学習指導に対する感謝の趣旨等から出た疑があるのに、たやすく賄賂性を肯定したのは、審理を尽さず、ひいては重大な事実を誤認した疑があり、破棄を免れない」(最判昭50・4・24時報774・119)
- ヌ)「窃盗事件で、決定的証拠である共犯者の証言の信用性について審理を尽さず、残された疑問を解明しないまま有罪の第一審判決を維持した控訴審判決は、事実誤認の疑が顕著で、破棄すべきである」(最判昭52・3・17時報850・109)
- ル)「業務上過失致死傷罪の過失の成否・程度に関し、審理不尽のため事実を誤認した疑がある原判決は、破棄を免れない」(最判

昭56・2・19時報996・131)

- ヲ)「殺人罪について、被告人の捜査官にした自白およびその裏付の客観的証拠の双方の証拠価値に疑問があるのに、これらにより有罪認定を維持した原判決は、審理不尽、証拠価値判断の誤、ひいては重大な事実誤認の疑があり、破棄される」(最判昭57・1・28刑集36・1・67)
- ワ)「殺人教唆等の唯一の直接証拠に疑問を容れる余地がないとはいえ、被告人のアリバイの成否にも疑問が残されているから、原判決には審理を尽くさず、証拠の価値判断を誤り、ひいては重大な事実誤認をした疑があつて、破棄を免れない」(最判昭59・4・24刑集38・6・2196)
- カ)「犯行と被告人との結びつきについて合理的疑を容れるに足る幾多の問題があつて、被告人の自白を信用できるとした原審判断が支持し難いときは、原判決は、審理を尽さず、証拠の価値判断を誤り、ひいては重大な事実誤認をした疑があるから、破棄する」(最判昭45・7・31刑集24・8・597)

証拠法、採証法則の違反があつた場合。

- イ)「原判決挙示の諸証拠で原審において証拠調べを経ていないものの中には極めて重要なものがあり、且つ証拠調べを経た事の明白な証拠のみでは原判示の事実を認定するに十分でないときは、411条に該当する」(最判昭27・10・10龍岡42頁115)
- ロ)「被告人において全面的に公訴事実を否認し、弁護人のみがこれを認め、その主張を完全に異にしている場合において、弁護人に対してのみ検察官申請の書証の証拠申請について意見を求め、被告人に対しては右証拠調請求に対する意見および書類を証拠とすることについての同意の有無を確めず、弁護人の証拠調請求に異議がないという旨の答弁だけでただちに右書証を取り調べた上、

これを有罪認定の資料とすることは違法である]。「しかもこれらの書面は第一審判決があげる有罪認定の資料としては極めて重要なものであるから、右の違法は同411条1号に該当するものというべくこの点において原判決及び第一審判決はとうてい破棄を免れない」(最判昭27・12・19刑集6・11・1329)

ハ) いわゆる小島事件につき、「第一審判決が被告人の司法警察員に対する供述(自白)調書を他の証拠と総合して犯罪事実を認定し、原判決もまたその自白の任意性を認め、第一審判決の右採証を是認している場合、諸般の証拠上、右自白の任意性に疑いがあるとみるのが相当で、且つ同自白が犯罪事実認定の有力な証拠となっていると認めるときは、刑訴第411条第1号により原判決を破棄することができる」(最判昭33・6・13刑集12・9・2009)

ニ) 「被告人の司法警察職員、検察官に対する各供述調書(自白)と証人の供述の証明力を争うために刑訴第328条にもとずき提出された被告人以外の者の司法警察職員に対する供述調書とで犯罪事実を認定した判決は、破棄を免れない」(最判昭33・10・10龍岡44頁123)

ホ) 「証拠調をしない証拠を証拠としたところで、それが他の適法な証拠の証明力を強めるためのものにすぎないものであるときは、刑訴第411条第1号にいわゆる判決に影響を及ぼす違法があるということとはできない」(最判昭27・5・13刑集6・5・744)

刑訴法400条但書の違反があった場合。

イ) 「第一審判決が犯罪事実を確定することなく、法令の解釈として罪とならないものと判断した事案につき、控訴審が事実の取調べをしないで破棄自判して有罪にすることは違法であって、このような判決は、刑訴第411条第1号により破棄を免れない」(最判昭31・7・18刑集10・7・1147)

- ロ)「第一審判決が起訴にかかる公訴事実を認めるに足る証明がないとして、被告人に対して無罪を言い渡した場合に、控訴裁判所が右判決は事実を誤認したものとしてこれを破棄し、自ら何ら事実の取調をすることなく、訴訟記録及び第一審裁判所で取り調べた証拠のみによって、ただちに被告事件について、犯罪事実の存在を確定し、有罪の判決をすることは、刑訴第400条但書の許さないところである」(最判昭31・9・26刑集10・9・1391)
- ハ) いわゆるチャタレー事件につき、「本件第一審判決がその判示のような理由で被告人を無罪とした場合において、控訴裁判所が『右判決は法令の解釈を誤りひいては事実を誤認したものとして』これを破棄し、自ら何ら事実の取調をすることなく、訴訟記録及び第一審裁判所で取り調べた証拠のみによって、直ちに被告事件について、犯罪事実を認定し、有罪の判決をしたからといって、必ずしも刑訴第400条但書の許さないところではない」(最判昭32・3・13刑集11・3・997)
- (4) 量刑の著しい不当(刑訴法411条2号)
- わが刑法は法定刑の幅が広く、裁判官の裁量判断に大幅に委ねられているから、法定刑と処断刑の範囲内における量刑は当・不当を問題にしうるに過ぎない。したがって、上告審における量刑判断は純粹な事後審のそれとは言えない。しかし、破棄しうるのは「著しく不当」な場合だけであるから、上告の数は多いけれども、破棄されるのは非常に少ない。
- イ)「同情すべき動機の下に無免許運転を行った初犯若年の被告人に法定刑の最高限を科したのは、本条2号に当たる」(最判昭27・12・2刑集6・11・1281)
- ロ)「職業安定法等違反事件につき、雇主の依頼により職人や農家の奉公人を紹介した事案で、道路交通取締法ならびに失火罪による罰金の犯歴があるに過ぎない者に、懲役の実刑を科した」場合

(最判昭33・6・19刑集12・10・2236)

ハ)「編隊飛行訓練中の自衛隊機の民間機空中衝突事故について、幹部の立てた杜撰な訓練計画により上官の命で飛行訓練機に教官として参加し、しかも見張義務の履行ないし事故回避の可能性が限られていた被告人ひとりに刑事責任を負わせるのは酷であるから、禁錮4年の実刑を維持した原判決には本条2号の事由があり、破棄を免れない」(最判昭58・9・22時報1089・17)

ホ)「所論の如く未遂罪であるとしても、只裁判所は減軽を為し得るだけでその他法定刑に变りはなく、その範囲において刑を量定し執行猶予を言渡した原判決はこれを破棄しなければ著しく正義に反するものとは到底いえない」(最判昭30・4・5龍岡88頁261)

(5) 判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認(同条3号)

上告審において死刑判決が破棄されて無罪となったものは、通称名による二俣事件(最判昭28・11・27時報14・3/静岡地判昭31・9・20時報91・3/東京高判昭32・12・26時報139・44(確定))、幸浦事件(最判昭32・2・14時報102・3/東京高判昭34・2・28時報182・4/最判昭38・7・9時報340・17)、松川事件(最判昭34・8・10時報194・11/仙台高判昭36・8・8時報275・6/最判昭38・9・12時報346・6)、八海事件(最判昭32・10・15時報127・3/広島高判昭34・9・23時報201・10/最判昭37・5・19時報300・4/広島高判昭40・8・30時報432・10/最判昭43・10・25時報533・14)、仁保事件(最判昭45・7・31時報598・37/広島高判昭47・12・14時報694・16(確定))、山中事件(最判平元・6・22時報1314・43/名古屋高判平2・7・27時報1375・35(確定))である。

(6) 再審の請求事由(同条4号)

再審公判において死刑確定囚が無罪となったものとして、免田事件(福岡高決昭54・9・27時報939・13/最決昭55・12・11時報984・41/熊本地八代支判昭58・7・15時報1090・21(確定))、財田川事件(最

決昭51・10・12時報828・23／高松地決昭54・6・7時報929・37／高松高決昭56・3・14時報995・3／高松地判昭59・3・12時報1107・13(確定)、松山事件(仙台地決昭54・12・6時報949・11／仙台高決昭58・1・31時報1067・3／仙台地判昭59・7・11時報1127・34)、梅田事件(釧路地網走支決昭57・12・20時報1065・34／札幌高決昭60・2・4時報1141・36／釧路地判昭61・8・27時報1212・3(確定))がある。

- イ)「原判決後、真犯人が検挙され有罪の判決を受け確定した場合には、旧刑訴第485条第6号にいわゆる『有罪ノ言渡ヲ受ケタル者ニ対シテ無罪ヲ言渡スヘキ明確ナル証拠ヲ新ニ発見シタルトキ』に該当し、刑訴第411条4号に当たる」(最判昭27・4・24刑集6・4・708)

わが国の上告審判例は以上述べて来たところによれば、事実認定に関しては論理的検討(平田285-8頁参照)というよりはむしろ、具体的妥当性、具体的な救済を指向しているように思える。

3 ドイツの刑事上告審に見られる証明と心証

(1) ドイツの刑事上告審判決による検討

本節ではドイツの場合を検討する。ダース／ダースは『刑事訴訟における上告』の冒頭に上告審の裁判官であったザイベルト(Seibert)の言葉を引用する。「上告は独特の法的手段であり、必要ではあるが、決して多くの民衆の好みを享受しているわけではない。何故なら、上告審裁判所は言ってみれば、空気のない所で活動しており、民衆は人生にとって大切な利害の運命が、論理的演繹の際どきに任されているのを見ることを好まない」。ダース／ダースは上告が第一に法の統一性を保障する手段として構造化されていること、法の統一性は法的安定性の重要な要素であること、この機能は上告の作用範囲と上告可能

な法的領域を制限することによってしか得られないこと、その理由はそうでなければ、法の統一性にとって不可欠な上告判断の概観が得られないからであることを指摘して、このような法の切詰めによって個々の事件の実体的な事案の正義が後退させられると言う。上告の第二の目的は正しくない判断の阻止のための法的手段として作用することである。両目的は衝突する。訴訟目的のこの二律背反が上告を困難な課題にするのである。ドイツ刑訴法はかなり詳細な法規定を持つが、上告の根拠規定である337条は極めて簡単なものなので、実体的申立(Sachrüge)はほとんど専ら、間断無く進展する裁判官法の結果なのである。これは刑訴法では例のない事態であると(Dahs/Dahs, SS, 3-4.)⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾。

(1) 総論

- 1) 原則として判決(Urteil)だけが上告で取り消される得る(刑訴法333条・335条)。判決は無罪、有罪、処分の言渡、あるいは中止を言い渡す。判決によって「権利または法的に保護された利益が直接に侵害された」事(Beschwer)が、上告が認められる一般的要件である(BGHSt16, 374, 376; LR-Gollwitzer § 296 Rdn. 14; Sarstedt/Hamm Rdn. 56ff; Dahs/Dahs Rdn. 31.)。それは判決主文から明らかでなければならない(BGHSt16, 374, 376f; Kleinknecht/Meyer-Goßner vor § 298 Rdn. 11; Dahs/Dahs Rdn. 31.)。管轄上告裁判所は連邦(最高)裁判所(Bundesgerichtshof=BGH)と高等州裁判所(Oberlandesgerichte=OLGe)である。
- 2) 刑訴法337条は1項で上告は「判決が『法律の侵害(Verletzung des Gesetzes)』に基づいている」場合にのみできると規定し、2項では「法律が侵害されるとは、『法規範(Rechtsnorm)』が適用されず、あるいは正しく適用されない場合である」と規定する。法規範の概念は最広義に解釈される(刑訴法施行法(EGStPO)7条)。連邦と州の憲法、実体法、手続法の全ての規範(LR-Hanach § 337

Rdn. 7 ; Dahs/Dahs Rdn. 87.)、慣習法 (Kleinknecht/Meyer-Goßner § 337 Rdn. 2 ; Dahs/Dahs Rdn. 87.)、条約その他の国際法 (Kleinknecht/Meyer-Goßner MRK, vor Art.1 Rdn.3 ; Dahs/Dahs Rdn. 107.)、プロ・レオ原則。秩序規定 (Soll 規定) については1項の法律に該当する場合は問題ないが、争いがある。行政命令、刑事訴訟の基準、警察処分、事故予防規定、職業団体の就業規則、運行規則などは法規範ではない (全体につき Dahs/Dahs Rdn. 90.)。

(2) 相対的上告理由——公判における手続の瑕疵⁽²⁰⁾

以下の検討においては上告の問題をまんべんなく扱うのではなく、項目を立てて、専ら心証と証明にかかわる問題だけを取り上げる。

i) 直接主義 (刑訴法250条) と口頭主義 (261・264条)

判決の基礎は261・264条により、公判の総体 (Inbegriff der Hauptverhandlung) を汲み尽くした、裁判所の自由心証である。心証は論理的—理論的に反論の余地がないことではなく、絶対的に自由な、裁判官の主観的な確信である (BGHSt10, 208 ; Kleinknecht /Meyer-Goßner § 261 Rdn. 2.)。違った状態であるかもしれない、という抽象的—理論的可能性は、したがって、心証を排除しない⁽²¹⁾。公判の総体は尽くされた証拠評価、全ての証拠申立の処理、被告人の責任答弁他の言明の考慮 (法的聴聞権の尊重) など、全体の訴訟経過を包括する。

従来判例によると、たとえば、被告人の応答の不正確な再現、責任軽減証人の証言無視、証人・鑑定人の表明や文書内容の不適切な再現など、いわゆる「調書の違反 (Aktenwidrigkeit)」や判決理由の「公判に反していること (Verhandlungswidrigkeit)」の異議は実体異議としては許されなかった。それは事実審公判内容の再構成になるからである。しかし、この判例は変更され、新しい判例によると、事実審判決の事実認定と証拠評価の上告法による一定の統制が261条と／または244条2項 (解明義務) 違反の異議を通じて、

許されている。①事実審の判決が公判の対象にならなかった証拠調の結果その他の経過に基づいている場合。たとえば、判決が被告人の応答、証人の証言、文書などに基づいているのに、公判調書はそれらが行われていないことを明らかにしている場合。261条違反。②判決の事実認定が公判の結果と一致していない場合。たとえば、公判で読み上げられた文書や取調調書のそれと違った内容が判決理由で再現されている場合。261条違反。③公判で認定されたことと公判調書の内容が一致しない場合。たとえば、判決では被告人の応答が評価されているのに、公判調書からはそれが行われていないことになる場合。261条違反。④不完全な事実認定と不完全な証拠評価、たとえば、責任軽減事実の認定見逃し、不完全な証拠評価、一つの証拠方法の選択評価、量刑で有利な事情の無視などがあった場合。244条2項あるいは261条違反(以上、Dahs/Dahs, Rdn. 247-250a)。このような新しい判例にもかかわらず、事実審判決の事実認定部分の再構成、たとえば、証人の口頭証言の部分のように、上告の手段では把握できない場合には、従来と同様に上告は許されない(BGH NJW1992, 2838, 2840; Dahs/Dahs, Rdn. 251.)。

ii) 解明義務違反(刑訴法244条2項)⁽²²⁾

この義務はドイツ刑事手続の最も重要な基盤である。真実の解明(日本の刑訴法では「事案の真相を明らかに」すること)が刑事手続の目的であるからである(Eisenberg, Rdn. 1.)。完全で、余す所のない事実認定が要求されるが、基準となるのは、認識された、あるいは認識可能な事情(たとえば、調書の内容、申立、訴訟関与者の言明など)が、どの程度、一層の事後追及や、それ以上の証拠方法の考慮を迫るか、あるいはとにかく強く勧めるかである(BGH 3 175; LR-Gollwitzer § 244 Rdn. 46; Dahs/Dahs, Rdn. 314; Eisenberg, Rdn. 11.)。最近の連邦裁判所の判例によると、判断されるべき事態についての、それまでの証拠調によって根拠づけられた

観念が、訴訟上重大な変更を被るかもしれない遠い可能性があるだけの場合でも、あらゆる認識された、または認識可能な証拠方法を採用しなければならない (BGH23 188 ; 10 143 ; 89 518f; 90 384; 91 399; Dahs/Dahs, Rdn. 314 ; Eisenberg, Rdn. 11.)。しかし、第三章 1 で述べたように、思考上完全には排除できない、純粋に抽象的な可能性しかない場合は、該当しない (Eisenberg, Rdn. 11. Dahs/Dahs, Rdn. 314 には、この限定への言及がない)。検察官を含めた訴訟関与者が証拠調は余す所なく行われたと見なそうとしているとか、被告人が責任軽減証拠に矛盾するとしているかは、重要でない。事実審裁判官が証拠方法を汲み尽くしていないと主張するだけでは通常、解明義務違反とはならず、判決理由が何も言っていない場合でも、具体的に、たとえば、既に行った証人の再度の尋問が行われていないと主張しなければならない (Dahs/Dahs, Rdn. 314.)。完全な事態の究明は、また採用された証拠方法を余す所なく評価しなければならないことをも意味する (LR-Gollwitzer Rdn. 51f ; Eisenberg, Rdn. 11.)。

(3) 実体法の違反

実体法に対する違反は、単なる形式的違反よりも広範囲に及ぶので、体系的に手続違反に優先する (詳細は後述)。既に判決主文から、実体法上誤った、あるいは不完全であるために上告可能であることが明らかである場合がある。たとえば、被告人が廃止された法律や違憲の法律に基づいて処罰されている場合。この種の事案は様々に考えることができるが、実務においてはむしろ稀である (Dahs/Dahs, Rdn. 386a.)。

1) 判決理由における実体法違反

上告による破棄を免れるためには、判決内容に対する法律上の要件 (刑訴法267条) と関連する判例を完全に満たし、実体刑法にも通じていることが必要である。判決の構成は明瞭に段階づけられ、見通しがきき、それ自体で理解できるものでなければならない (Kro-

schel/Meyer-Goßner, S. 74ff.)。判決理由は明瞭であり、それ自体で完結しており余す所のないものでなければならない。過度に詳細なもの、規約のようなもの、あまりに一般的な言い回しは許されない(Kroschel/Meyer-Goßner, S. 65ff.)。個々の事案で関連する資料の精選が必要である(LR-Hanack § 337 Rdn. 137ff.) (以上につき Dahs/Dahs, Rdn. 387-9.)。

無罪判決に対しても同様である(Kroschel/Meyer-Goßner, S. 202 ff.)。行為非難はそれぞれの被告人に対して、起訴状と開廷決定に対応して個別的で明瞭に輪郭づけられ、場所、時間、責任領域、犯行形態に従って提示されていなければならない。その上、公判の結果をもとにして、それぞれの非難が事実上と法的な理由から確証できなかったことが述べられていなければならない。判決理由から、上告審の無罪判決の包括的な事後審査ができるようになっていなければならない(以上について Kroschel/Meyer-Goßner, S. 203 ff.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 267 Rdn. 33ff.; LR-Go-llwitzer § 267 Rdn. 148ff.; LR-Hanack § 337 Rdn. 131.)。

i) 判決の法令違反のない事実認定への拘束

事実審裁判官の事実認定は原則として、あらゆる事実的法的攻撃を免れる。この認定に上告審も拘束されるが、この拘束は上告の本質的要素である(LR-Hanack vor § 333 Rdn. 2.)。この拘束は事実審の判決が認定した事実から出発しなければならないことを要請するから、その事実認定が実際には誤りであった場合にも、そうなのである(Dahs/Dahs, Rdn. 392は二度にわたって確認する)。被告人が起こす上告の大部分は、「明らかに根拠がない」として却下される(この実態についてはS. パロンにより後述)。事実審裁判官が直接主義と口頭主義に基づく「公判の総体」によって行う事実認定が、原則として、上告審には閉ざされていることは異論のないところであろう(LR-Hanack vor § 333 Rdn. 1-

19und § 337 Rdn. 1-5.)。

ii) 事実問題と法的問題の区別

この問題については第一章 1(1)-(4)においてかなり詳しく論じたので繰り返さないが、ダース/ダースは不確定法概念と規範的構成要件要素について言及しているが、判例の状況はもっと錯綜したものである (LR-Hanack § 337 Rdn. 108-116.)。特に重要だと考えられるのは、被告人や証人・鑑定人などの言明・説明や文書、つまり、思考の表現の解釈が上告の対象となるか否かである。ハーナックは次のように言う。「法適用は確かに既に事実の確認によって始まるし、それに関連して、思考の表現についての事実審裁判官の解釈はまさしく強い程度で法的局面を含むけれども、そのような表現の解釈を『事実問題』に帰属させるか、『法的問題』に帰属させるかは問題である。正しくは、それは未だに法的な包摂に属するのではなく、包摂に先行すると想定しなければならないだろう。それはまた本来の意味での立証活動ではなく、事実の評価、包摂目的のための意義の解明である。とにかく、思考の表現の解釈は事実審裁判官の典型的な任務であり、上告審裁判所には、それ故に証拠評価と同様に、固有の評価が禁じられているのである。このことは、表現や文書が判決に逐語的に再現されている場合にも妥当しなければならない。上告審裁判所はこのような場合には、解釈の事実上の基盤として事実審裁判官と同じものを持つのであって、事実審裁判官の責任領域に介入する権限はない」と (LR-Hanack § 337 Rdn. 117. ; Dahs/Dahs, Rdn. 434.)。勿論、ハーナックは上の解釈がそれ自体として法の錯誤に基づいており、法的に誤りである場合には、上告を認める。事実認定、証拠評価と同様に、上告審裁判所は解釈について、不完全性、言語法則・思考法則違反、一般的な解釈規則の侵害を含む経験則違反について審査することができる。そのためには、事実審裁判官

が上告審裁判所のコントロールを許すように、一層正確に記述することが要求される。この要請を満たしている限り、事実審裁判官の解釈は強制的なものではないけれども、主張し得る解答を獲得した場合には、上告審裁判所はその考えに拘束されると(LR-Hanack § 337 Rdn. 118-9.)。

iii) 事実の確定における法令違反

直前で述べたように上告審は事実審裁判官の事実認定に——たとえそれが実際に誤っている場合でも——拘束されるが、事実審裁判官が証拠評価・心証形成において、その結果、事実認定において法的な誤りを犯した時には、そのことは判決理由の事実認定部分から読み取られ得る。そのような法的誤りは、事実認定への拘束を排除する。ダース/ダースは言う。「事実審裁判官の判決に対する許された法的攻撃、ないしは裁判官の判断の危険源についての、一般的に認められた体系化は、今日に至るまで達成されていない。以下の叙述は、判決作成者と上告申立者が自分達の作業において自らを位置付けうる視点の体系を、事物の論理と実践可能性に従って提示する試みである」と(Dahs/Dahs, Rdn. 396.)。

① 267条による判決理由の内容

この項目に関する論議は論者によって極めて違う。最も消極的なのはダース/ダースである。判決理由が不完全・穴だらけその他で欠陥がある場合に、267条を根拠にした上告異議。267条に基づく実体的異議。いずれも267条の内容が極めて貧弱なので、成果が見込めない。証拠調の結果と証拠方法は述べられていなければならないわけではないし、証拠評価も間接証拠の場合にだけ、Soll 規定で懲憑事実の提示が要請されているに過ぎないと(Dahs/Dahs, Rdn. 397.)。上に述べた壮大な試みの意欲とあまりにも違った態度である。

最も積極的なのはレムケ他のハイデルベルク・コンメンター

ルである (Lemke et al.)。イ) レムケ他は267条が証拠方法、証拠調の結果と証拠評価について詳細に述べるべき事実審裁判所の義務を規定していない、ないし不完全にしか規定していないことを認めるが、判例が事実—法的な叙述義務の展開と上告の拡大とによって、この欠陥を埋めていると言う。同じことは、従来は事実審裁判官の上告できない権限とされて来た量刑を含む、法的結果(刑罰・執行猶予・保安処分など)にも言える(Rdn. 2.)。ロ) また、レムケ他は基本法20条3項の法治国家原理に根拠を持つ「無罪の推定」(基本法103条1項)に必要な検討は証拠評価なしには考えられないと言う(Rdn. 1, 11.)。したがって、この証拠評価義務は「憲法上の命令 (Verfassungsgebot)」であると (Rdn. 1.)。要求されているのは、判決にとって重要と考えられた事実を議論上確信できる、すなわち、明瞭で、完全で、それ自体で理解できるやり方で検討することである。ハ) 無罪の推定を排除する理由を事後的に文書で述べなければならないことも、裁判官は既に協議の時にそのような認識に立っていないから、保障機能が強化されると (Rdn. 1.)。ニ) 無罪判決の場合に、判決理由に嫌疑の考量(たとえば、「証拠がないため」とか「疑わしい要素が存在するにもかかわらず」)を述べると、その誹謗作用のために、無罪の推定がある被告人に—無罪判決の主文においては考量されない—必要のない負担を負わせることになる (Rdn. 29.)。

クラインクネヒト他は、267条1項が規定する情況証拠以外の証拠評価については261条の解明義務から、認定された事態が被告人に有利に、あるいは不利に推論を許す時には、事実審裁判官はその他の認定事実を余す所なく評価しなければならないと言うが (Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 267 Rdn. 11.)、基本法には言及しない。

ゴルヴィツァーは言う。上告審の判例は間接事実の想定・叙述を遙かに越えて、証拠評価の合理的部分が判決理由に再現されることを強制する。特に、公判の結果を余す所なく評価・叙述しなければならず、上告審に対して思考法則・経験則を含めた実体法の正しい適用の事後審査を可能にするために、判断にとって重大な証拠評価部分を漏れがないように述べることは、実体法の正しい適用について叙述することに含まれる。「このことはしかし、心証形成の事後検討可能な、合理的な基礎にだけ妥当する。裁判官の心証獲得の複雑な心理学的過程のあらゆる詳細を明らかにすることは要求されない」と(LR-Gollwitzer, § 267 Rdn. 51.)。このゴルヴィツァーの立場が妥当だと思う。レムケ他の立場は、第三章で詳細に述べたように、事実審裁判官の心証形成は大部分、あるいはかなりの部分、論理だけに基づくものではないから、個々の事実認定と証拠評価の個別的な対応関係を明らかにせよと要求することは、できないことをせよと要求することになるからである。このように、上告審の判断に事実審裁判官の事実認定の再構成を許すならば、自由心証主義は失われてしまうであろう。

② 事態の叙述の完結性と明瞭性

この問題に対するダース/ダースの立場は、バランスが取れている。判決の実体叙述は完結しており、明瞭で見通しがつき、かつそれ自体で理解できるものでなければならない。そうである場合にだけ、事実審裁判官が法的な誤りなしに事実認定に至ったか否かを審査するための疑問の余地のない基礎を、上告審は持つのだ。判決がこれらの要件を満たさない場合に、特に、実体叙述が法律の内容の再掲に限定されていたり、形式的だったり、完全でなかったり、判決理由が散漫であったり、完全に理解できないものであった場合には、その判決は破棄される。

しかし、個々の認定が法的評価に見い出せる場合には、判決にとって決定的な核心的事実認定ではない限り、その判決は受け入れられる。事実認定の完全性の要求は行き過ぎてはいけない。たとえば、明らかに何の疑問もない場合には、正当化事由がない場合の違法性、故意あるいは責任能力について特に述べる必要はない (Dahs/Dahs, Rdn. 398. ; LR-Gollwitzer, § 267 Rdn. 9, 32, 33, 55.)。

全ての証拠の結果を列挙しただけの判決理由や関係文書部分をコピーした事態の叙述は、法に違反する。あまりにも少なく貧弱な言葉による判決理由、特に形式的なもの、一覧表や要約言明によるもの、法概念に頼る事実叙述は法に違反する (Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 267 Rdn. 33.)。

判決理由の本文はそれ自体が判決の基礎ではなく、したがって判決の違反性を根拠づけない。他方、判決に記された認定は、「裁判官の言葉に凝固した裁判官の認識の結果」であるから、認定における誤りは認識過程の法令違反を明らかにするのだ (Dahs/Dahs, Rdn. 399, 400.)。実体法の適用を担う全ての考慮事項を叙述すべき義務と261条の証拠評価を尽くす義務から、理由づけの強制が導かれるか否かは争いがある。しかし、これまで述べて来たことから分かるように、この議論は実務的にはほとんど意味がない (LR-Gollwitzer, § 267 Rdn. 48-49.)。

③ 不備のある認定

構成要件の各要素、違法性、責任能力と違法性の意識を含む責任は、それぞれの点で法的な事後審査が可能ないように、具体的な事実認定において解明されていなければならない。不作為犯・過失犯の場合には、それぞれの要件を根拠づける具体的な事実が認定されていなければならない (LR-Gollwitzer, § 267 Rdn. 32-46. 無罪判決については Rdn. 148-152. ; Klei-

nknecht/Meyer-Goßner, § 267 Rdn. 3-7.; Lemke et al., § 267 Rdn. 7-10.; Dahs/Dahs, Rdn. 401.). しかし、これは主として法的審査の問題である。

④ 事実認定における矛盾

判決における事実認定には矛盾があってはならない。判決の別々の部分の認定に矛盾がある場合も稀ではない。矛盾はしばしば裁判官の思考法則の違反を明らかにしたり(後述)、あるいはどうかつさを明らかにする。後者はたとえば、前に行った認定を忘れていた結果である。判決のある箇所では犯行が真つ暗闇で行われたと認定しながら、別の箇所では証人が70メートル離れて被告人の顔を認めたと認定している事例など。この種の矛盾が判決の結論と因果関係がある時には、判決は破棄される。

一見矛盾のように見える「矛盾」もある。たとえば、2.5%のアルコールが検出された事例で、飲酒運転は酔が覚めて無罪、他の交通関与者の傷害は完全酩酊で無罪という判決は、矛盾ではなく、プロ・レオ原則適用上許される択一的認定である。

ある被告人が一般的な人格評価においては長年の運転経験があり最善の確実性があると認められたが、それにもかかわらず具体的な事案では言語道断の過失で責任があるとされた事例。これは判決理由の論理の矛盾ではなく、被告人の性格にある矛盾である(Dahs/Dahs, Rdn. 404.)⁽²³⁾。

⑤ 自然法則と科学の認められた成果に対する違反

自然法則とは物理学、特に力学、弾道学、静力学の法則を言う。これらの法則は勿論、法規範ではないが、事実認定が自然法則に反することは、法が「正しく適用されていない」(337条2項)ことを意味するのである。このような判決の欠陥は時々、暴露される。たとえば、判決において3月15日の夜に満月が認定され、別の箇所では6月1日に同じことが想定されている事

例。また、6月には18時頃に夕暮れになると認定した事例。いずれも自然法則上あり得ない。法律家は科学者に質問したり、文献を読めば、自然科学的認識を手に入れることができる。

判決の事実認定が自然法則にではなく、科学の認識に反している場合には、科学の「一般的に認められた」認識に反する時のみ、上告法上意義がある。このことは何時も容易に確認できるわけではないから、上告審ではしばしば科学論争になる (Dahs/Dahs, Rdn. 405.)。事実審裁判官は自分が個人的にこの認識を真実とは思わなくても、またこの認識の正しさを自身で確認できるか否かにかかわらず、この認識を無視することは許されない。それらの認識から一定の事実が強制的に導き出される場合には、証拠評価においてはその事実から出発しなければならない。確実な科学的認識が存在する場合には、事実審裁判官の心証形成の余地はもはやない (Eisenberg, Rdn. 1619.)。そのように確実な認識が存在しているか否かの判断には、しばしば鑑定人が必要である。当該問題が科学的論争の対象である場合には、裁判官はあらゆる困難にもかかわらず、自分でどの見解に与するかを決定しなければならない。裁判官は、事情によっては認識ソースも含めて自分の専門知識を開示しなければならない。十分な経験領域に基づかない個別的な見解は、通常、確実とされる支配的な学説の拘束力を排除しない。自然科学的研究が評価と蓋然性計算を通じてのみ獲得され得る場合でも——許容限度を考慮して——実際の適用領域にあっては結果の十分な確実性が保証される時には、原則として拘束力がある。ある認識が科学上拘束的とされている時には、それを逸脱することが許されるのは、裁判官が自分の反対説を慎重で確信的な反対研究と、認められた科学的専門家の同意により根拠づける場合だけである (LR-Gollwitzer, § 261 Rdn. 52–55.; Eisenberg,

Rdn. 106, 1619-1619a.)⁽²⁴⁾。

iv) 裁判官の心証形成における法令違反

事実審裁判官の心証については既に第三章1で論じたが(同旨 Dahs/Dahs, Rdn. 423-6, 436.)、ここでは第三章で問題にならなかった論点に限定して考察する。事実審裁判官の実体判断の基盤は事案である。この事案について単独あるいは合議体の裁判官が公判および協議の中で心証を形成するのである。心証は「公判の審理の総体」から獲得されねばならない(261条。第三章注(2)参照)。公判、特に証拠調を行って、その結果を評価することは事実審裁判官の本来固有の権限である。法律上の証拠法則に縛られることなく、裁判官は自分の良心だけに従って(参照、日本国憲法76条3項)、証拠調の結果に鑑みて可能な疑問が克服されたか否か、当該事案について確信し得たか否かを責任を持って吟味しなければならない。その際、裁判官は論理法則にしたがって可能な推論を行う限り、自由であり、一定の要件の下では一定の推論をなし、一定の心証を獲得しなければならないという制約を受けない。それ故に、上告審は事実審裁判官の心証に原則として拘束される。事実審裁判官の証拠評価を自身のそれに置き換えることは許されず、証拠調を繰り返したり、個々の証拠調を行うことは許されない。証拠調の結果を公判調書その他によって審査することも否定されている。しかし、事実審裁判官の心証形成の自由には一定の制限がある。権限は恣意的に行使されてはならず、証拠は余す所なく評価されねばならない、自然法則・確実な科学的認識・論理法則・経験則は尊重されねばならない(BGHS129, 18, 20; 10, 208; 17, 382, 385; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 261 Rdn. 2.)。上告審の判例法が一定の限度で、事実審裁判官の証拠評価と心証形成の法的誤りを攻撃する一連の基準を発展させて来たのである。順次検討する(以上について Dahs/Dahs, Rdn. 406

-7.)。

① 被告人の応答 (Einlassung)

イ) 被告人がたとえば、起訴状にどのように応答したかは、証拠評価にとって決定的な意味を持っている。被告人は言明によって法的聴聞権(基本法103条1項)を行使しているのだから、裁判所は既に憲法上、被告人の責任・法的結果問題に関する要求を判決理由において報告・評価しなければならない義務を負っている(Lemke et al., § 261 Rdn. 23.)⁽²⁵⁾。しかも、それは具体的に主張された事実の再現によって行わねばならない(Eisenberg, Rdn. 886.)。上告審が審査できる程度に詳細な再現・報告・評価でなければならない(Dahs/Dahs, Rdn. 408.)。弁護人が被告人のために行った場合も、同様である。ただし、この場合には、被告人が弁護人の言明を自身の言明として理解していることが明らかな時に限る(Eisenberg, Rdn. 898.)。この要請を満たしていない事実審の判決は、その法令違反性の理由で上告の対象となる。以下についても同様である。

ロ) 被告人が事実の主張で自分を弁護した場合には、上告審の事後審査を可能にするために、通常、これらの主張を反駁する認定・事情を述べなければならない。事実審裁判官は、被告人その他(たとえば、相被告人や被告人に不利な証人)に有利、あるいは不利な判断に影響を及ぼした事情を判決理由において認定し、考慮しなければならない。被告人の主張を信用できる、あるいはできないと判断する場合、一部は認め、一部は認めない場合などにおいても、同様である(LR-Gollwitzer, § 261 Rdn. 73.)。

ハ) 被告人の応答(たとえば、自白)だけに事実審裁判官の心証、特に、有罪の心証が基づくことも有り得る。その場合

には、裁判所が何故に、自白の真实性を確信したかが、理由から明確でなければならない(Lemke et al. § 261 Rdn. 23.)。この点はわが国で「何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない」(憲法38条3項)とされているのと、違っている。少なくとも、明文の規定の有無については、違う。しかし、日独の判例を検討してみると、ほとんど同じではないかと考えられるのである。わが国においては、共犯者の自白が補強証拠として認められていること⁽²⁶⁾。ドイツの判例においては、まず、起訴状に対する単なる「手続的な承認(prozessuales Anerkenntnis)」や「形式的な服従」を、裁判所は有罪判決の根拠とすることはできない。さらに、裁判所は被告人の言明がその他の訴訟資料とどのような関連にあり、具体的な非難に関してどのように理解できるかを明らかにしなければならない。被告人が行為非難を応答によって争った場合には、その主張を証明するその他の十分な証拠がないときにも、原則的には、総体的に信憑性の乏しい「(自己)弁護の主張(Schutzbehauptung)」として扱うことは許されず——無罪の推定の排除が問題なのだから——全体的な証拠評価に基づいて、特に反駁証拠を検討して評価しなければならない。被告人の言明に対して、直接の反駁証拠がない場合には、裁判所は「反駁されていない」と想定してはならない。被告人のアリバイの主張が裁判所が真実でないと考えた部分を含んでいても、その主張の失敗は責任徴馮として使われてはならない。そうでなければ、被告人に責任がないことの挙証責任を負わせることになるからである(以上について、Lemke et al. § 261 Rdn. 23.最後の部分につき同旨 Eisenberg, Rdn. 89 3.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 261 Rdn. 6.)。有罪判決は

—裁判官がその正しさを確信せず、十分な証拠も存在しない—被告人の言明に基づくことは許されないから、そのように単に反駁されていない言明は被告人に有利にのみ使うことができる (Eisenberg, Rdn. 892.)。

二) 被告人の公判廷における主張が以前の言明 (たとえば、警察での言明) と違っている場合には (この言明も判決理由に述べなければならない)、事実審裁判所は現在の言明の信用性を以前のそれに基づいて吟味しなければならない (Eisenberg, Rdn. 889.)。言明が変遷する場合には、それらの言明を報告した後で、理由をつけて判断しなければならない。後で有利な事情を主張した場合にも、それだけではその真実性を否定してはならない。被告人の言明が嘘であることが証明された場合にも、それだけでは行為者性が証明されたことにはならない。真犯人もしばしば、嘘をつくからである (LR-Gollwitzer, § 261 Rdn. 74. ; Dahs/Dahs, Rdn. 427-9. 最後の点につき同旨 Lemke et al., § 261 Rdn. 23.)。

ホ) 被告人は黙秘権を持つ。ドイツにおいても憲法上の権利であり、全ての国家権力は基本的人権を尊重し保障する義務を持つという、法治国家的原則 (基本法1条1項2段) から導き出される (Eisenberg, Rdn. 549ff., 831-40.)。完全黙秘は—部分的黙秘と違って—説明をしないことではなく、行為者性を総体として争う、あるいは責任がないなど、いろいろな形態がありうる。捜査過程では供述したが、公判では黙秘した場合、あるいは逆の場合、自分に有利な事情を最初に主張しなかった場合などで、動機も千差万別であるが、黙秘の理由を証拠目的で調べることは許されない。また、これらの事実を不利な証拠とすることは許されない (Eisenberg, Rdn. 899-905. ; Lemke et al., § 261 Rdn. 24-5. ; Dahs/

Dahs, Rdn. 427.)。

問題は被告人の部分的黙秘をどのように扱うかである。判例の立場も統一されていない。応答に欠落がある場合や一部の質問にだけ答えた場合、支配的見解に立つある判例によると、被告人はこれらの言明によって自分を証拠方法にしたのであるから、裁判所は被告人の部分的黙秘を自由心証の対象にして良い。別の判例では、部分的な言明拒否を心証形成から排除することは裁判官には不可能であると言う。また、別の判例は部分的な言明と部分的な黙秘が「全体としての応答」であり、裁判官によって評価される。あるいはそのような言明と黙秘を導いた全ての事情が証拠評価において慎重に評価されることは、261条によって禁止されないと。しかし、これらの見解は疑問である。被告人は全手続過程を通じて、自分の言明の時期とやり方を自ら決定する権利を持つ。被告人が部分的に言明すれば、その限度で裁判官の証拠評価の下に置かれて、被告人の意思に従って評価される。しかし、黙秘した部分は、証拠方法にされず、事案の解明に関わる意思がない。もしもかりに、部分的黙秘、あるいはそれを含む「全体的応答」または「事情」が責任徴馮として使われるならば、被告人にはもはや自分の言明の範囲を自由に決定できないから、少なくとも黙秘権の部分的否定となるからである⁽²⁷⁾。

へ)「疑わしきは、被告人の利益に (In dubio pro reo) = プロ・レオ」原則

この原則は、事実除去できない疑いがある場合には、刑事裁判における実体刑法の適用は被告人に有利になされなければならない、と言う。日独の法律には、この原則を定める明文の規定はない。「無罪の推定」(世界人権宣言6条2項「法律上有罪が立証されるまでは、可罰行為で起訴された者

は、無罪を推定される])と密接な関係にあり、両原則とも個人の尊厳の保障と法治国家原則に基づく。しかし、プロ・レオ原則が無罪の推定原則から導き出されるか否かには争いがある。プロ・レオ原則は責任原則(「責任なければ刑罰なし(*nulla poena sine culpa*)」)を補強するものである。それは証拠の評価を規制する証拠法則ではなく、証拠評価の終了後に適用される。それはまた、裁判官の心証形成を規制するものではなく、裁判官が心証を獲得しなかった時に、どのように判断すべきかを規定する。裁判官が一定の客観的な事実に基づいて疑はねばならなかったのに有罪判決をした場合に適用されるのではなく、裁判官が疑っていたにもかかわらず、有罪判決をした場合に適用されるのだ。それは責任と刑罰問題にとって実体刑法上重要な事実の認定に妥当するものであって、事実の評価にではない。法的な疑問には適用されない(LR-Gollwitzer, § 261 Rdn. 103-5.; Eisenberg, Rdn. 116-20.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 261 Rdn. 26, 29-30.)。

プロ・レオ原則は個々の間接証拠(徴馮)にではなく、全体的な証拠評価に適用されるから、その過程で個々の証拠に対する疑いが克服されれば、原則の適用はない。しかし、個々の徴馮事実に対する疑いがあれば、それは証拠群から排除されることになる。不利な事実は立証されなければ、考慮できないからである。しかし、プロ・レオ原則は証拠評価の終了後に適用されるものだから、これはプロ・レオ原則の適用の結果ではない。徴馮事実であるアリバイ証拠についても同様である(LR-Gollwitzer, § 261 Rdn. 114.; Eisenberg, Rdn. 124.; Lemke et al., § 261 Rdn. 17.)。

責任・刑罰問題にとって重要な事実について「単に理論的・抽象的でない」疑いが残る場合には、無罪判決をしなけれ

ばならない。どの刑罰法規を適用すべきかについて(事実に基づく)疑いがある場合、軽い法規に従って処罰する。たとえば、刑罰加重要素について疑いがある場合には、基本構成要件で、軽減要素に疑いがある場合には、特別構成要件で処罰する。判例は「規範的な段階化」が可能な場合、たとえば、故意と過失、共同正犯罪と従犯、教唆犯と従犯、作為と不作為の場合にもプロ・レオ原則を適用する(LR-Gollwitzer, § 261 Rdn. 134, 136.; Eisenberg, Rdn. 133.; Lemke et al., § 261 Rdn. 18.

② 証拠評価

iii) の①-⑤で述べたことは繰り返さない。事実審裁判官は事実認定の基盤である証拠調の結果を述べて、余す所なく評価し、それを判決理由において叙述しなければならない。その際に、いろいろな法的誤りが生じるが、上告審における実体的審理の根拠となる。判決理由の完全性・完結性と穴のある認定・叙述は密接に結び付いている。

イ) 完全性と完結性

事実審裁判官の事実認定権限と上告審の介入権限の制限についてはこれまで繰り返し言及して来た。また最近の上告審判決の動向についても随時触れて来たけれども、ここでもう一度確認しよう。「上告審裁判所はごく最近においてその審査権限を、事実審裁判官の証拠評価は納得できるか否か——すなわち、上告審裁判所にとって事後審査可能か否か——という点にまで拡大して来ている。この『必要にして引き返せない』発展——それはやむを得ないものであるが——は、個別事案の正義の利害によって歓迎されるべきであり、重大犯罪の領域における唯一の上訴手段としての上告審を正当化している」と(Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 337 Rdn. 26.)。

いわゆる「叙述の異議 (Darstellungsrüge)」によって、誤った証拠評価が主張される。「叙述の異議」あるいは「叙述の検討 (Darstellungsprüfung)」と呼ばれる、この新しい上告審の方法は、勿論、現象の標語的な言い方に過ぎないけれども、上告についての歴史的立法者の観念とは一致していないから、「拡大された上告」である (LR-Hanack, § 337 Rdn. 125.)。まず第一に、事実審裁判官の事実認定が思考法則や経験則に違反している場合。次に、事実審裁判官が事案を不明瞭に、矛盾して、あるいは穴だらけに叙述していて、心証に至った思考上の道筋が全く、あるいは直ちに筋が通っているようには思えない場合。さらに、判決が個別事案の状態によると、十分な証拠評価を叙述せず、事実を結び付ける結合事実を叙述していないか、当然の疑問を処理していない場合。「上告審裁判所は実体異議の領域では、事実審裁判官が事実の歴史的出来事を正しく認定したか否か、すなわち、たとえば、証人は判決が言っているように本当に言ったのか否か、という問題を厳密に言うとはコントロールするのではない。上告審はむしろ、判決理由における認定と証拠評価の叙述を、本来の法適用の前提・基盤として支える能力があるか否かに関してコントロールするのである」。「上告審裁判所は破棄される判決の書面上の理由を、一部では純粹に犯罪捜査学あるいは犯罪学の基準——それらは判決理由に関連づけると、まさしく事実審裁判官の考慮した事柄と同じである——をも手がかりにして検討しているのだ、という言い方もほとんど誇張とは言えないと思われる」と (LR-Hanack, Vor § 333 Rdn. 4.)。

事実審裁判官は公判において認定された全ての事実の総合評価を行わねばならないから、個々の事実を他の事実と関連

づけることなく、個別に評価するのでは十分ではない。ダース/ダースは言う。「その際には裁判官の心証形成に対して評価された証拠微馮(微馮=間接証拠)を間隙なく(!)組み合わせ、それらの評価にとって決定的な全て(!)の視点の下で納得できるように、事後審査できるように評価されねばならない」と(LR-Gollwitzer, § 267 Rdn. 51.; LR-Hanack, § 337 Rdn. 152.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 267 Rdn. 12.)。判決理由の全体から、事実審裁判官がどのような事実認定を行ったかが分かれば良い。行為の日時・場所その他行為を特定するために必要な事実が認定・叙述されていなければならない。責任の有無・範囲の決定にとって本質的な事情、複数の可能な行為態様の中で一つを選択した場合はその選択を支える事情、被告人の応答と証人の証言が食い違う場合は一方の言い分を選んだ事情を認定・叙述しなければならない。総合されていない、散漫な認定・叙述は、要求を満たしていない(LR-Hanack, § 337 Rdn. 133, 135.; Lemke et al., § 337 Rdn. 17-8.)。ダース/ダースは子供の年齢が論点となる事件で、被告人のこの点の認識に言及していない判決、被告人は子供の外観・挙動から認識したはずであるから、知っていたのだとする判決(故意と過失を区別していない)を引用する(以上について Dahs/Dahs, Rdn. 410.)。

事実審裁判官の事実認定が心証に十分か否かは、上告審は審査できないし(Dahs/Dahs, Rdn. 410.)、261条は事実審裁判官の推論は上告審で事後審査可能で、思考法則から見て可能なものでなければならないが、しかし、それ以外ではありえないものである必要はなく、思考上覆し得ない確実性は要求されない。したがって、事実審裁判官が被告人の責任への可能な推論を引き出す意思がない場合に、上告審が介入する

のは許されない。上告審は訴訟関与者がしばしばそうであるように、判決理由について確信を持つ必要はない。これらのことは無罪判決の場合にも妥当する(以上、Lemke et al., § 337 Rdn. 18.)。

ロ) 穴のある証拠評価

事実審裁判官は認定された事案を、それが被告人に有利に、あるいは不利に一定の結論を推奨する限り、判決において余す所なく評価しなければならない。事実審の判決から、裁判官が—証拠調の結果に影響するのに適切な—如何なる本質的な視点も考慮せずに残していないことが、疑い無く読み取られねばならない(LR-Hanack, § 337 Rdn. 151.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 337 Rdn. 29.; Lemke et al., § 337 Rdn. 19は血中アルコール度、飲酒時間、飲酒量などと責任能力の関係について多数の判例を挙げている)。

純粹に理論的なものではない、明白な他の可能性が見逃され、叙述されていない判決と証拠調は法に反する。このことは法的な視点(正当防衛、緊急避難、未遂)の場合もあるし、事実上の事情の場合もある。しかし、裁判官が他の可能性を考えたが、法的または事実上適切な理由であり得ないと判断した時は、その判決は全く正しいことがありうる。それ故に、「穴がある判断」とか「明白な可能性」という基準が「上告スペシャリスト」の呪い文句にならないためには、明白で意味のある可能性の明らかに読み取られ得る見逃しが認定される場合だけに問題とされよう。全ての証拠方法が評価され、判決に述べられねばならないわけではない(LR-Hanack, § 337 Rdn. 156.)。判決理由でしばしば慣例となっている構成において、事実認定が根拠とした証拠方法が挙げられていることがある。ある証拠方法が判決理由で言及されていないから

と言って、それが判断において見逃されたと結論できるわけではない。

被告人と相被告人や証人との言明が食い違う場合には、いずれかの言明を採用する時は、その判断を支える事情を認定・叙述しなければならない。故意行為だけではなく、過失行為も問題になる場合、裁判所が故意が立証されたことだけを認定・叙述することは十分ではなく、何故過失行為を排除したかを検討しなければならない。またたとえば、特に重大な事案が想定されているのに、裁判所が行為者に有利な事情で、事実認定から明らかなものを検討しなかった時には、証拠評価における穴が刑罰言渡にも影響する(以上、Dahs/Dahs, Rdn. 411-2.)。

ハ) 矛盾

事実審裁判官が相互に矛盾した事実を結び付き得ると見なしている場合、あるいはそれらの事実から導かれた推論を結び付けていない場合には、そのような証拠評価は矛盾している(LR-Hanack, § 337 Rdn. 154.; Lemke et al., § 337 Rdn. 20.)。しかし、ここで、事実審裁判官が証拠評価において矛盾した事情・徴馮を、自分の心証形成の支持基盤として相互に結び付けたのか、あるいはそれらの一つの許される考量だけを取り上げたのか否かを正確に検討すべきである。証拠評価が矛盾している印象は、しばしば判決理由の叙述の失敗の問題であるから(Lemke et al., § 337 Rdn. 20.)。

ダース/ダースは次の例を挙げている。まず第一に、事実審裁判官は強姦罪の責任の心証を、被害者と被告人の言い分が広範囲で一致しており、ただ性交の強要の問題について相互に違っているとしているが、判決に再現されたところでは、ほとんど全ての重要な論点で違っている場合。第二に、事実

審は放火によって、保険で拒まれた前の窃盗の被害を帳消しにするつもりであったと認定したが、OLGが一層の被害の招来によって、前の被害を帳消しにするというのは、矛盾しているという場合。事実審は被害者の信頼性の疑問には何らの結び付きもないと言いながら、被害者が同じ訴訟で行った非難について何の説明もなしに、無罪としている事例で、BGHが根本的に理解できる証拠評価に欠けているとした場合。事実審理が公判における証人の言明を以前の取調と比較して多くの矛盾があるとしながら、誤ってただ「一見すると矛盾に見える」ものと評価した場合。被告人に不利な証人と有利な証人の言明の間の矛盾を、有利な証人が完全な真実を述べたか否かには疑問があると簡単に片付けた場合 (Dahs/Dahs,Rdn. 413-5.)。

二) 思考法則違反

思考法則は法的規範ではないが、事実審裁判官が思考法則に違反して立証されたと認定した事実に法規範を適用することは「法を正しく適用していない」こととなり、実体法違反として上告理由に該当する (377条2項) (LR-Hanack, § 337 Rdn. 165. 手続違反という説もある; Dahs/Dahs, Rdn. 416.)。

「心証形成はまさしく、最高度に個人的=人格的な性質の、把握することが難しく、極めて複雑な精神的=心的な過程である」から、上告審は事実審裁判官の証拠評価と心証形成の本質的な要素が、論理の強制法則に違反することが立証された場合にだけ、介入できるのだ (Dahs/Dahs,Rdn. 416.)。諸コンメンタールが一致して認めている事例は一般的な論理学に反する場合、推論が強制的と誤信した場合、立証されなかった事実を証拠とした場合である (LR-Hanack, § 337 Rdn. 167-9.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 337 Rdn. 30.; Lemke

et al., § 337 Rdn. 21.)⁽²⁸⁾。

一人の宣誓しない証人の言明を、10人の宣誓した証人の言明に反して信用した場合には、認定は間違っているかもしれないが、それは事実の領域の問題であって、思考法則の問題ではない。単なる推測、あるいは考えられ得るが、抽象的で理論的な可能性に過ぎない想定に基づく疑問は考慮されない(Dahs/Dahs, Rdn. 417.)。

ダース/ダースが循環・螺旋論法としているのは、証言の信用性をその真否が立証されるべき証言そのものに根拠づけている場合、別の者ではなく、被告人が行為者に間違いのないという被害者証言の信用性を、その真否が立証されるべき被害者の証言により認定している場合、証人を取り調べた捜査官の証言の信用性を、真否が立証されるべきその証人の他の証言との一致により認定した場合(Dahs/Dahs, Rdn. 418.)。証言の一貫性をその証言の信用性の徴拠とした場合は、循環論法ではないが、ダース/ダースも認めるように、事実審裁判官が異論なく事実認定・心証形成を行ったか否かの判断は微妙であろう。

概念の取り違いの事例としてダース/ダースは「道徳的意味での誤った行為」を表現した被告人の「犯罪」という言葉を、法的意味の犯罪の自白とした場合が挙げられている。最後に、証拠評価において、疑わしい根拠を徴拠として評価した場合が、思考法則違反とされている(Dahs/Dahs, Rdn. 419.)。

ホ) 経験則違反

思考法則と同様に、経験則の法規範性については議論があるが、経験則違反は上告理由として重要である。この場合も普遍的に妥当するな経験則とそうでないものが区別される。前者は一般的な人生経験や科学的認識に基づいて獲得された

法則で、例外を許さず、確実性と紙一重の蓋然性をもって妥当しているものである。事実審裁判官はこのような法則を自分では誤りだと考えたとしても、考慮しなければならない。この点では確立された科学的認識や思考法則と同様である。新たな認識がこれまでの認識を否定する場合には、拘束力はなくなる。

事実審裁判官が存在しない経験則、たとえば、丑刻参りなどの迷信から出発した場合には、その事実認定は法的に間違っている。あるいはたとえば、警察の取調べでの言明と異なる公判での言明は正しくないという経験則はない。事実審裁判官はそのような場合に科学的立証が客観的に欠けていることを、自分の心証で埋めることは許されない。支配的な見解によれば、上告審裁判所は自由な証明によって、たとえば鑑定人に質問するなどして、問題の経験則が存在しているか否か明らかにする義務がある(LR-Hanack, § 337 Rdn. 172-3; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 337 Rdn. 31.; Lemke et al., § 337 Rdn. 21.; Dahs/Dahs, Rdn. 421.)。

普遍的に妥当しない経験則は、例外なく妥当するわけではなく、通常物事の経過ではそうなる、日常生活上のものである。たとえば、エチケット、取引慣行、典型的な行動パターンなど。これらは事実審裁判官の証拠評価の問題だから、上告審の介入には限界がある。二つの場合が問題となる。第一に、事実審裁判官が普遍妥当性のない経験則を過度に一般化して、強制的だとして判決の基礎にしている場合である。第二に、そのような経験則を理由も明らかにせず、証拠評価において考慮していない場合である。この場合には証拠評価に穴がある、不備なものとされる(LR-Hanack, § 337 Rdn. 174-6.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 337 Rdn. 31.; Dahs/

Dahs, Rdn.421.)⁽²⁹⁾。

へ) 公知の事実

この問題は第一章でアメリカの事例についてかなり詳細に述べたので、要点だけを述べる(第一章2参照)(最も詳細なのは、Lemke et al., § 244 Rdn.26, § 261 Rdn.6.)。公知の事実は、無条件に立証が不要になるわけではなく、個々の場合に、反証が問題になり得る。普遍的な公知の事実と裁判所に公知の事実が区別される。後者は経験のある理解力ある普通の人間に通常は知られた事実で(たとえば、白旗は降伏の合図)、誰にでも利用できる確実なソースによって確認できる事実である(たとえば、アフリカのある国の国旗)。事実審裁判所の全ての構成員が知っている必要はないし、同意している必要もない。事実審裁判官が公知の事実を判決で認定している場合、否定している場合、認定が公知の事実と違う場合に、問題になる。前者は、裁判所に公判外で確実に知られた事実である。裁判所は公知の事実を証拠調べなしで判決の基礎にしようとする時には、訴訟関係者に公知の事実を知らせねばならない(LR-Hanack, § 337 Rdn.179.; Dahs/Dahs, Rdn.420.; Lemke et al., § 244 Rdn.26.)。

以上詳細に紹介・検討したが、わが国の上告審破棄判例と違って、論理的な証明と裁判官の心証の区別が正確に踏まえられている。

(II) ドイツの刑事上告制度の実証的検討

ドイツの刑事上告制度は上述したように、「拡大された」だけではなく、刑事訴訟法が規定する厳格な形式的な制度ではなくなってしまった。すなわち、「法令違反」という要件そのものが形骸化してしまったのである。それにもかかわらず、大学等の法律家養成制度におい

ては依然として古典的な刑事上告制度が教えられている。これは上の記述からも読み取れるように、学説が未だに従来の制度の枠組に捉われているからであろう。連邦最高裁判所 (BGH) が外向きには依然として従来の制度が維持されているかのように振舞っていることも一因かもしれない。刑事上告制度の実態についてはフェザー (G.Fezer) が1975年に『刑事事件における上告の改正の可能性』(未見) を書いているが、シュテファン・バートン (Stephan Barton) の著書によって、実証的に実態を解明したい⁽³⁰⁾。このバートンの著書は実証的な統計的研究と上告審に係わった元連邦最高裁判官・検察官のインタビュー、裁判官を含む専門家の集団討論に基づいている。法的問題に言及していることは言うまでもないが、規範的な解釈論を扱ったものではない。

(1) 上告の一般的傾向

1) 1981年から1996年まで (1989年を除く) の間に132,000件の申立があり、このうち63,807件は「一般的申立」、つまり、「とにかく申立てました」という、具体的な内容のない申立であった。「特別の申立」、すなわち、具体的で概括的ではない、実体法上の法令違反が申立てられたものは36,521件。ドイツ刑訴法338条の絶対的上告理由によるものが、6,081件。相対的な手続違反によるものが、25,778件であった (107頁の表40)。

年と連邦最高裁判所 (以下、BGH と略す) の部による違いがあるが、被告人の上告が全体の平均94.6%、検察官による上告が平均3.9%であった。統計と集団討論の結果を考慮すると、被告人の上告の3分の1は具体的な内容のない一般的申立であり、3分の1は多かれ少なかれ、判決に対する上告とは無縁な攻撃——判決のあら捜しから始まり、事実審裁判官の証拠評価に対する許されない攻撃、許される叙述への異議まで——そして、残りの3分の1が「真正な」「古典的な」上告であった (122、276頁)。

2) それでは上告の成功率はどの位なのだろうか。まず、被告人上告について一般的申立60,155件中8,362件成功率14%、6,901件の中率(申立理由と上告審の判断理由が一致)11%。特別申立33,330件中5,894件成功率18%、5,014件の中率15%。絶対的申立5,955件1,237件成功率21%、315件の中率5%。相対的手続申立24,686件中4,462件成功率18%、786件の中率3%。次に検察官上告である。一般的申立1,381件中676件成功率49%、616件の中率45%。特別申立1,932件中1,016件成功率53%、924件の中率48%。絶対的申立35件中13件成功率37%、6件の中率17%。相対的手続申立507件中259件成功率51%、69件の中率14%(150-1頁表59・60)。検察官の申立の成功率・的中率が高いのは、決して問題でも不公正でもなく、検察官の真実・正義に対する関心が尊重されているからだと言う。集団討論によると、連邦最高裁判官と主席連邦検察官(Generalbundesanwälte=GBA、以下、GBAと略す)は検察官が地域的不正義を防止し、法的平等を追及して、理由のない当事者利益ではなく、一般予防と利己的でない考慮を大切にしていると考えているのだと言う(134頁)。この著書では上告専門弁護士Jungerの資料も扱っているが、同様に関心の尊重と信頼される地位が高い成功率・的中率に反映している。このことは集団討論において、特定の専門弁護士が名指しで推奨されていることでも実証されている(264頁)。

3) 1951年以降、BGHの上告処理数はかなり安定している。5部のそれぞれに年間700-1,000件の上告があり、年内に処理する。民事に比べて、極めて効率的で、残される事件はあまりない。1981年から1996年間の被告人の上告申立の内、約95%は全く、あるいは部分的に失敗しており、約5%で一部、あるいは完全に成功する。「上告は常に成果がないわけではないが、一層しばしば成果がない」。別の言い方をすると、大体5分の4は何の理由付もなく(約80%、233頁)、(刑訴法349条2項によって)却下されているのである(272

頁)。

50年代までは判決によって処理する場合があったが(1954年には1781件の判決と1927件の決定。185-6頁)、現在では被告人上告は公判を開かないで、簡便な書類審査による決定で処理している(1996年には184件の判決(4%)と3,095件の決定)。検察官上告はこの点でも扱いが違う(220頁)。GBAが85-90%を処理しており、立法者の予想を裏切っている(LR-Hanack, vor § 333 Rdn. 13. 233-4頁。後述)。

(2) 主席連邦検察官による処理

- 1) GBAは上告申立に理由がなく、見込みがない上告は却下の申立(Verwerfungsantrag)によって篩にかける。「上告審裁判所は理由づけられた検察官の申立に基づいて、上告が明らかに理由がないと認められる時にも、決定で判断することができる」(ドイツ刑訴法349条2項)。地方の主席検察官がまず第一に行い、GBAに被告人・検察官の上告申立が届いた後でも行われる。ヘッセン(Hessen)のように両者の連携がうまく行っている所と、バイエルン(Bayern)のようにうまく行かない所とある(134頁)。
- 2) 「検察官は第2項の申立において、異議申立人の理由を報告する。異議申立人は2週間以内に、反対の主張を上告審裁判所に提出することができる」(刑訴法349条3項)。最初に、GBAによる実務がどのようなになっているかについて述べ、次にそのような実務に対する批判的な見解を紹介して検討する。

被告人上告に関してはGBAが実質的な最終審となっているのである(185頁)。GBAは圧倒的多数の被告人上告を却下申立で処理することで、BGHの負担を軽減して、その効率的な上告処理の最も重要な要因となっている。連邦裁判所は5分の4の上告事件で内容的な理由付なしで済ますことができている。もし、刑訴法349条2項が今日のように使えなければ、理由づけを伴ったBGHの上告

数は2倍になるであろうと(189頁)。

3) 以下ではGBAの却下申立の議論の内容、BGHの判断、特に自判の範囲、GBAとBGHの裁判官法のセカンド・コードについてやや詳細に述べる。以下の叙述は統計的・数量的な考察に止まらず、内容上の説明も行うが、判断形成・理由付過程の叙述・評価を行うもので、そのような判断が法的に正しいか否かを評価するものではない。

i) 実体異議における議論のタイプ(208-13頁)

① 判決は反対のことを言っている

包摂異議並びに証拠評価の異議、さらには量刑の異議に対する却下申立の理由付において、かなり頻繁に見られるのは、判決が異議申立人の主張と正反対のことを言っている、あるいは全体として如何なる法令違反も、欠陥ある認定も存在しないというものである。たとえば、「被告人は裁判所の禁止に反して自動車取引を再開したことを一義的に認定されている」、「被告人が行った損害賠償の努力を裁判所は考慮した」、「裁判所は被告人と証人の信頼関係と証人の詐欺行為を被告人に有利に考慮した」、「被告人が精神的な治療を受けたことと、現在もしばしば非常に意気消沈することを評価した」などと理由づけている。

② 如何なる法令違反も存在しない

稀にではなく行われるのは、異議申立人が主張している法令違反を不適切な法的見解を取るものとしてGBAが却下する場合である。特にプロ・レオ原則の誤解に基づく場合が再三ある。たとえば、「判決だけから見て取れる裁判所の未解決の疑いを主張するが、そのようなものは明らかではない」とか、「判決の認定によると被告人が犯行に至った状況は、一般的な金銭の欠乏とされている」、「被害者に対して刑法253条の害悪が脅迫されたことを被告人は争うが、為された脅迫と共犯者の登場の

仕方から、身体的な暴力の脅迫の認定が正当だと認定されている」などとされている。

また、量刑に関してはたとえば、「量刑に関しては法令違反は存在しない。特に、刑事手続上の黙秘権の行使を被告人に不利に評価することは許されないことを裁判所は誤認していない」、「裁判所は軽減事情と加重事情を評価・考量しており、上告審裁判所の介入を正当化する法令違反は示されてもいないし、その他で見て取ることもできない」、「この事件で言い渡された、むしろ軽い刑罰から、事実審裁判官は一般予防の理由から責任に見合う刑量を越えてはいない。判決の認定によると、犯行の場所、高価な自動車の窃盗であることなどの、当該犯罪行為の共同社会的危険の重さを考慮したもので、事実審裁判官が考慮することが許される適切な量刑事由の問題である」などと言っている。異議申立てで参照されている事案は、判断されるべき事案とは違うという理由がしばしば用いられる。

③ 判決を全体的に見ると、欠陥のある認定は存在しない

判決は異議のある問題に明示的に立場を表明している、あるいは問題の状況を考慮しているとして、GBAは異議を却下している。たとえば、「証人の観察が被告人の行為者性に対して重大な疑問を根拠づけるか否かについて、裁判所は必ず述べなければならないわけではない。証人が自分の位置から離れている被告人を直接見ることができたという事情は、証人が被告人を実際に見たのだという結論を強制するものではない」、「上告がこの関連で主張していることは、事案の脇を通り過ぎる。上告は裁判所の全体評価に対して、個々の事情の分離した分析に基づく。これらの個々の証拠がそれ自体では言明能力が少ないとしても、裁判所は自分に帰属する判断の余地の範囲で全体考察によって全部を考慮したのである」などと理由づけている。

④ 事実審裁判官の認定に対する許されない攻撃

GBAは理由無しと見なして上告に無縁であるとして却下しているが、以下の形態・モデルがある。たとえば、「裁判所が被告人の共犯性を肯定した証拠評価と推論の結論は、認定した証拠徴憑の全体の中に十分な事実の基盤を見出ししている。これに対する攻撃は、顧みることのできない独自の証拠評価に尽きる」、「上告は証拠評価の個別的局面に向けられており、事実審裁判所による評価への許されない攻撃と評価される」、「証拠評価は原則として事実審裁判官の仕事である。法令違反がある時にのみ、上告審は介入できる。その可能性は証拠評価が矛盾しているか、不明瞭であるか、または欠陥がある場合、あるいは思考法則または確実な経験則に違反している場合、あるいは無罪判決の場合に、有罪に必要な確信をあまりに高い要求に設定している場合に存在する。上述した種類の欠点は、この場合、上告理由で述べられたことを考慮しても見当たらない。結論として、それ故に上告の異議は、証拠方法の事実審裁判官による評価を自分固有のそれに替えるという、上告手続では許されない試みに帰着する」、「裁判所は証拠調の結果に基づいて、可能な結論に至ったのであって、そのような結論に至ることを強制されることはない」、「裁判所に被告人の自白の内容的正しさについての疑いが生じた筈であるか否かは、秩序に従って提起された手続異議または法令違反の確認だけに基づいて判決から証明されねばならない。このことが欠けている」、「被告人は自分が銀行を密かに調べて逃げ道を計画したという認定を争っている限り、意義はない。上告審は法令に違反した適用だけを審査できるが、事実審の認定を審査はできない」などと理由づけている。

⑤ 法令違反はあるけれども、上告の成果はない

GBAは法令違反を認めるか、あるいは法令違反の存在を未決定のままにして、上告を判決はその法令違反に基づいていない、あるいは上告申立者がその点で異議を述べていないとして、上告の根拠を否定する。このような場合には、GBAは責任判断の修正をするか、当該事案の停止を申立てる。たとえば、「私(=GBA)は宣誓の誤った保障による有罪の手続を刑訴法154条2項により一時的に停止することを申立てる。有罪判決は上述の点の外は重要ではなく、その維持はまた全体の刑罰には関係しない」などと論ずる。

ii) 手続異議における議論のタイプ (213-7頁)

手続異議においては一部は別の議論のタイプがある。

① 許されない上告異議

上告理由書のかなりの部分は一般的な実体的異議と並んで、法律に挙げられていない一般的手続異議、すなわち、「手続法と実体法の違反に異議を申立てる」ものである。このような場合にはGBAは、それ以上の議論をすることなしに許されないことを明らかにする。たとえば、「手続違反が生じる事実を述べていないので、許されない(刑訴法344条2項後段)」とする。また、証拠申立の許されない拒否であればその旨を、あるいは公判調書の内容を報告しなければならないから、それをしていない上告は許されない。あるいは上告が考える取調べるべき証拠方法を述べていない上告も許されない。

あるいはまた実務においてしばしばGBAの見解によって拒否されるのは、344条2項に従って完全な報告がない解明異議である。たとえば、「上告申立者はそもそも自分自身が申立その他で裁判所に対して一層の事案解明の必要性に留意させなかった時には、裁判所は解明の義務がない。この場合のように、弁護側が単に仮説的な事態の解明に努めた時には、事実審裁判

官は解明の義務を負わない]、「裁判所が公判にそれ以上の人間を取調べることができたのに、努力をしなかった、あるいは裁判所がどのように達成不可能性の問題について判断したかについて、上告は何も述べていない。被告人に有利に働く証拠調の結果の可能性についてだけ述べている上告は、明確性の要請を満たしていない」などと論じている。

② 何らの法令違反がない

GBAの見解によると、上告が法令違反以外の事を述べている場合が稀でない。却下申立において、如何なる法令違反も存在しない旨を短い言葉で述べているものが見られる。しかし、もう少し詳しいものもある。たとえば、「被告人はある証人の取調の申立が不法に拒否されたと言うが、裁判所はこの証人は訴訟外の人物に対する被告人の行動を明らかにするものであって、判決形成と実体的関連がないので証拠申立を拒否したと言う。このように裁判所は自由な証拠評価に基づいて、証拠問題の重要性を否定したのだ」などと論じている。

③ 判決に基づいていない、または異議がない、あるいは手続違反が証明されない

たとえば、「起訴状に追加して刑法316条aによる有罪判決の可能性を刑法265条1項に従って十分しなかった可能性がある。しかし、被告人は公判の進行からこの規定の適用の基礎を認識し得たことに疑いはない。被告人と弁護人は停止の申立も教示の実体的説明要求もせず、公判調書を引用するだけである。これは344条2項を満たしていない。公判調書は教示の本質的内容を述べる義務があるだけである。調書は裁判長が被告人と弁護人に詳細な教示をした可能性を排除しない。法違反はしたがって、証明されない」などと論じている(この判断は納得し難い)。

また、GBAの別の議論として、手続違反が証明されていない、正しく見るとそれはそもそも手続違反ではない、そして最後に、判決が違反に基づくことはあり得ないという、しばしば多層な議論がある。たとえば、「被告人の申立が違反の具体的事実の報告もないのに344条2項後段の解明異議の要件を満たすか否かは未決定である。異議はとくかく理由づけがない。鑑定人の検討の基盤として役立ち得る何らの事実も被告人は明白には申立てていない。過去の精神医的処遇の主張だけでは、被告人の裁判以前の生活・行為から、または公判で認識された事情がないにもかかわらず、裁判所が鑑定人を呼ぶように指示する必要はない。弁護側も証拠申立を行う機会を見い出さなかった。行為遂行の仕方は、強い意気消沈の状態が行為の共同原因であり得るとは決して語らない」、「生物統計の分野で経験ある鑑定人を聴取せよとの証拠申立を裁判所が不正に拒否したという——被告人の異議はとくかく理由がない。判決は証拠申立の違法な扱いにそもそも基づいていない。何故なら、裁判所は証拠申立を244条4項2段によって拒否することが許されるから。最初に聴取した鑑定人は自身で生物統計の分野における経験を集めている。その鑑定は弁護側が主張する事実と反対の事実を既に証明している。証拠申立の聴許に必要な、既に聴取した鑑定人の専門知識に対する疑問は明らかでない」などと論じている。

iii) 総括 (217-9頁)

- ① GBAの議論には「問題である」区域と「問題がない」区域が区別され得る。その際に「問題がある」と考えられているのは、当該議論タイプが流動的に取扱い得るか否か、その議論の出動領域が明確に確定されるか、あるいは議論の構造があまりにも不確定なので、個々の事例での攻撃が余儀ないものではな

くなるかである。全く問題がないのは、一般的な手続異議や許されないとされた説明異議、そして344条2項後段の要件の手掛かりしか述べていない手続異議である。

- ② 問題があるのはGBAが実体的な証拠評価あるいは量刑異議に答える議論である。このタイプの議論は次のようになる。GBAは「二重のゲーム(doppeltes SpielまたはDoppelspiel)」を行っている⁽³¹⁾。バートンは言う。「フェザーは自分の研究を理由を付して行っているBGHの判断だけに展開したので、彼が当時、無論まだ考慮していなかったことは、GBAが自分の却下申立によって量的並びに質的な観点で、このように可能な「二重のゲーム」に対して果たしている重大な意義である」と(218頁)。バートンは何故かGBAの「二重のゲーム」について具体的に説明していない。BGHに関するフェザーの説は注(31)で紹介したので、それに基づいてGBAの「二重のゲーム」について述べよう。一方で事実審裁判官の証拠評価と量刑判断に対する批判である「叙述批判」を法令違反であると構成しながらも、他方ではそのような「法令違反」の構成を不確定なものとすることによって、上告を却下するのである。GBAの議論について上述したことから分かるように、GBAはBGHが「二重のゲーム」を行うことをいわばサポートするのである。つまり、BGHが必要と考える場合には、「叙述批判」によって事実審裁判官の事実認定と量刑判断を攻撃することを認めながら、被告人が上告によってこの点を攻撃することは許さないのである。GBAはこの後者の局面でBGHに代わって、被告人上告の大部分を却下申立によって処理しているのである(217-8頁)。
- ③ GBAは詳細な理由付を伴った上告に関しても一定のタイプの議論によって、BGHに法律が規定していない判断の余地を

用意している。このことは欠陥を根拠づける事実、特に「否定的事実」を包括的に述べていないという議論、あるいは手続違反が証明されていないという議論に当てはまる。実務からの批判が示しているように、異議申立人の書類の完全性はどの程度に必要・拘束的かについて疑問がある。

特に、349条2項の「明らかに理由がない (offensichtlich unbegründet)」の文言が問題になるのが、法令違反はあるが、判決はそれに基づいていないというタイプの議論である。BGHの判例については後述するが、この点はGBAの議論においても重要である。

- ④ 上告申立人が判例を引用しており、GBAが当該事案はそれらの判例の事案とは違うとして却下する場合の議論の仕方がある。このような引用判例は、事実、一般化できないBGHの判断に関していることから、GBAは法律が規定していない判断の余地を使うことができるのである。このような判例の一般化できない性格は、それらが具体的な事案の判断に関しており、判例となる効果をむしろ避けようとしているからである⁽³²⁾。バートンはここで「ヘルデンベルクの公式 (Heldenbergschen Formeln)」⁽³³⁾に言及している。それは「理由があればある程、益々許されない」、すなわち、異議が法的に実体を持たば持つ程、GBAはその異議が344条2項の要件を満たしていない、あるいは手続違反が証明されていないという理由で、その異議を許されないとして却下すると。
- ⑤ 「二重のゲーム」を行う場面でGBAとBGHは機能的な観点によると、密接な協同作業を完成させており、分業による共演について語るができる。

バートンは言う。「徒党を組んでいる」と主張・示唆するわけではない。GBAもBGHも、理由のない上告は正当にも成

果がないと考えていることは疑いない。私は両者が善意と良心をもって判断していることについて少しの疑いもない。両者とも相手が善意と良心をもって取り扱っていることを信頼合っている。しかし、これらの事柄とは、一定の心理的負担免除効果が結び付くであろう。一方は自分の申立がBGHの裁判官によって正確に審査されるだろうと考え、他方は申立が良く理由づけられていると信頼している。これらの問題は後で論ずる。

(3) 連邦最高裁判所による判断

1) 自判

上告に理由がある時には、その判決は刑訴法353条1項によって破棄され、普通は事実審裁判所——その判決を言渡した裁判所の別の部か、同等の別の裁判所に差戻される(354条2項)。判決が——判決に基礎とされた認定に法律を適用する——法令違反のためにだけ破棄される時は、それ以上の事実の検討なしに無罪判決、中止(訴訟障害によるもの)、あるいは絶対的確定刑を言渡すべきである場合には、上告裁判所は事案を自ら判断する(354条1項前段)。一部無罪、一部中止の判断も有り得る。その場合には、その他の部分は差戻しになる。あるいは、検察官の申立と一致して、法律上最下限の刑罰または刑の見合せが適切と考える時には、上告裁判所は自ら判断する(354条1項後段)。これらの規定は、歴史的立法者は事実審と上告審を厳しく区別した上で、上告審を「純粋な法律審査」と理解していたことを示している。上告裁判所は153条以下の一般規定に従って自判をすることができる。

- ① 自判は絶対数においても率においても、最近、一貫して増大している。80年代の初めには40件、BGHの全判断の1%であったが、1996年には160件、4%となっている。この自判の増加は法律状態の変更がなくて起こっているものであり、354条1項が規定の条件を越えて、類推適用されることによって行われているの

である。354条1項の文言によれば、差戻と自判は<原則—例外>の関係にあるが、この原則を守ると、差戻のための時間がかかり、手続の迅速化の要請が満たされないので、354条1項の直接適用ではなく、類推して、自判の範囲を拡大しているのである。そして、このことは判例はもちろん、学説においても許されるとみなされている(LR-Hanack, § 354 Rdn.15.)。その際には、次のように論じられる。上告裁判所が法令違反を確認して、事実審裁判官の事実認定に基づいて判決を破棄—差戻した場合には、事実審裁判官は381条1項によって上告裁判所の法の見解に拘束される。事実審裁判官にはそれ以外の道はないから、差戻は単なる形式主義に過ぎない。被告人の見地から見ても、裁判を不必要に長引かせることを望んではないだろう。それはまた上告制度の意義でもない。上告裁判所による責任判断の方が望ましい。もっとも、責任判断が上告裁判所によってなされたとしても、法的効果に関しては差戻がなされるのであれば、訴訟経済の効果は弱められよう。とくかく、自判は354条1項の法律規定に従って行われるだけでなく、その法律規定の制限に係わりなく、行われることが稀ではないと。

1995—6年の期間に行われた自判451件中、354条1項の直接適用によるものは80件(17%)、類推適用266件(57%)、82件の中止(153条以下の便宜主義による)、41件の法的効果の変更(全体刑罰形成の誤り、または保安処分の排除)。

- ② 自判は増えているけれども、異議申立人に対する成果は芳しくない。全体で1,234件中、責任判断と法的効果の両面で完全に成果があったのは186件(0.3%)に過ぎない。法的効果のみ成果があったもの223件(0.3%)、分からないもの224件(0.3%)、成果がなかったもの601件(0.9%)である。この成果がなかったものは1991年から増えて、1991年1.3%から1994年2.3%となる。

- ③ 一部だけの自判で、残りは差戻の場合がかなりある。それでも一部自判で生じた部分的既判力によって公判の負担が軽減されるから、訴訟経済の効果はあると考えられている。完全な無罪は無罪判決の46%であり、訴訟障害で中止の13%だけが、中止で手続が終了したに過ぎない。責任判断の修正は他の犯罪に替えるもの、既遂と未遂の判定替え、共犯と正犯の判定替え、行為の罪数の判定変更などである。
- ④ 354条1項の類推適用により責任判断の変更があったが、法的効果はそのまま維持して、差戻しはしない場合がかなりある。1995-6年の期間で、責任判断の変更があった場合のほとんど45%においては、法的効果には及ばなかった。その理由づけは次のようなものである。BGHは事実審裁判所が正犯として窃盗を認定したのに対して、幫助犯を認定したが、法的効果はそのまま維持した。被告人が犯した多くの犯罪行為の重みを考えると、原審が幫助犯を認定したとしても、軽い刑を言渡すことは排除されようと。80年代にはBGHはもっと頻繁に法的効果も変更した。最近はその点で、極めて抑制的である。
- ⑤ 歴史的立法者が354条1項の制限的列举で上告裁判所の自判を制限しようとしたことは明らかである。今日の354条1項の類推適用の事案は、353条2項と358条1項の重複適用によっている。法的な判断に関する上告裁判所の意思は——上級裁判所の法的見解に拘束される(358条1項)——差戻された裁判所という迂回路を通じて語られている。354条1項および358条1項はいずれも、事実審裁判所と上告裁判所の原則的任務の厳格な区別という考えに基づいている。上告裁判所の自判は法的審査以上のことが必要である場合には、許されないのである。無罪判決や絶対的刑罰の確定は、裁量判断が欠けているから、本来の意味の量刑ではない。同様なことが中止判断についても言える。法律上の最下限刑の確

定と刑罰の見合せは、上告裁判所による裁量行使の禁止原則の例外である。この場合には被告人に不利益がないことと、検察官の同意が必要である。上告裁判所が事実審裁判所の量刑を維持する場合と維持しない場合がある。いずれの場合にも、別の（つまり、より軽い／より重い）刑罰は排除されているという理由づけがなされる。事実審裁判官の仮定の意思を探求して、それを置き換えると言う。どのようにして事実審裁判官が違ったようには判断しなかったであろうと上告裁判所は確実に判断できるのか。そもそも上の理由付は維持する場合と維持しない場合とで、どのように理解されるのか。あるいは、事実審裁判官は上告裁判所の見解に基づいて責任判断と量刑に関して、別様の判断をするであろうとして差戻す場合と、そうではないとして自判する場合の違いは何か。予測できない出来事であり、予測のための確実な外部的基準がないのである。このように上告裁判所に広い（広すぎる）判断の余地を許すと、不平等な扱いに対する明瞭な客観的区別の基準が欠けているのだ。

上告裁判所は被告人を見ることもなしに量刑できるのか。BGHの法典化された法律に対する尊重はどの位大きいのか。法律に対する尊重に代わって、訴訟経済上の計算はそんなに意義があるのか⁽³⁴⁾。

⑥ 総括：訴訟経済とその代価

バートンはこのような傾向を総括して以下のようにまとめる。第一に、BGHの効率性は訴訟経済的な簡便化傾向に基づいている。刑事部における判断形成・理由付過程は広範囲に判断起草者に委ねられており、これは判断過程の事実上の脱合議体化であり、協議時間は限られており、ほとんどが書類審査による。判断過程はGBAの申立からBGHの判断に至るまで、常に議論の複雑さの減少を特徴としており、官僚的な過程に似ている。つまり、要

約的概括的な処理実務の特徴を示している。

第二に、これまで見て来たように、GBAとBGHとの機能分担と両者の共演が極めて顕著である。ハツナックはこのような実務、すなわち、GBAが85-90%を却下申立で処理するなど、立法者は期待していなかっただろうと言う(LR-Hanack, vor § 333 Rdn.13.)。GBAと申立とBGHの判断の内容の一致していることが確認されている。両者が肩を組合う効果と、BGHの判断権限がGBAに移されていることの説明がなされるべきである。

第三に、上告実務が法律を迂回して、あるいは法律に反して、裁判官法によって行われているのだということである。

効率化はその代価を伴う。このことはまず第一に、法典化された法律と並んで上告判断と処理ルーティーンのセカンド・コードが存在していることに示される。それとともに、いやそれ以上に重要なのは、GBAの却下実務の存在である。専門家とのインタビューで学問上の共同作業者の経験したところでは、被告人の上告で公判を提案すると、厳しいチェックを受けねばならないと言う(219、234頁)。第二の副作用は、本来、堅く、かつ公式的な手続法の意義が後退したことである。手続法違反が上告において占める地位は今や極めて小さい。それに代って「流動的で」「軟らかい」用語が支配的となっている。これらの用語はある方向にも別の方向にも適用可能であって、今やフェザーが25年前にBGHについて言った「二重のゲーム」がGBAにおいても広範囲に見られるまでになった。

その結果、判断プログラムが流動的となり、GBAとBGHの判断の余地が非常に広くなり、上告と無縁な判断基準が導入されたので、明瞭さが失われ、輪郭がぼやけて予測が極めて難しくなった⁽³⁵⁾。

2) 典拠の疑わしい判断基準 (261-6頁)

パートンはさらに驚くべき実態を明らかにしている。公刊された判決集や個々の判決・決定からは全く読み取れない「本当の理由」があるのではないか。パートンは専門家のインタビューと集団討論の発言に基づいて、BGHの裁判官たちが本当はどのように考えて判断を下しているかに迫る。パートンはその本当の基準を「典拠の疑わしい判断基準 (apokryphe Entscheidungskriterien)」と呼ぶ⁽³⁶⁾。パートンの方法ではこれらの発言は自由になされたものではあるが、例示的なものに止まる。したがって、パートンの批評ないし批判は推測が混じった方向を示すものでしかないが、それにしても内容は極めて深刻である。パートンは他の連邦裁判官についても同じことが推測できるとしている。

- ① 上告法についての実務家会議において、長年、上級連邦裁判官として活動し、現在は年金生活を送っている人と話した。破棄判断および破棄されない判断の理由、特に、法令違反があると納得できる異議が申立てられているにもかかわらず、BGHが破棄しないのは何故かについて尋ねた。この対話の中で、元連邦裁判官は——述べたことについて深く確信しており、自明のことと考えている印象であったが——「極めて正しい (goldrichtig) 判決は、誰も破棄しはしない」と言った。このことから、典拠の疑わしい判断基準に関して何が言えるか。

第一に、この元連邦裁判官の見解によると上告手続は二つの区別し得る局面に分けられる。一つは判決・手続の法令違反性または無違反性の局面であり、もう一つは判決の実体的正当性の局面である。判決は、実体法的に、または手続法的に違反があっても、「極めて正しい」判決であり得る。しかし、逆に、法令違反のない手続で提示された、実体法的な欠陥がない判決も、もはや「極めて正しい」ものではあるとは限らないのだ。

第二に、上告についての判断形成においては、明らかに二つの

局面が考慮されているが、しかも相互に関係がない。つまり、判決または手続において法令違反が確認されたが、それにもかかわらず判決は「極めて正しい」と見なされることは可能なのだ。

第三に、法令違反の存在は上告判断手続において、唯一の基準的値ではない。何故ならば、「極めて正しい」判決は、法的に誤っていても——とくかく強制的には——破棄されないから。このことが意味しているのは、典拠の疑わしい基準が権威として作用しているということだ。長年の連邦裁判官が「極めて正しい」と呼んだもの、ないしは一般的には判断の「実体的な正当性」と考えられるものは、内容上、上告裁判所が出勤させる適用規則(典拠の疑わしい判断基準)の存在を確証していると。

② BGHの裁判官は任務を遂行するに当たり、判断に必要な情報を実際に手に入れるためにどうしているのだろうか。ここでは特に、事案に特殊なデータ(証拠評価と量刑に関するもの)が考えられている。連邦裁判官たちは、これらの情報・データを実際は、ただ書類の検討によって獲得しているのだ。彼らの見解によれば、判決の実体的正当性の判断は、公判に関わることなしでも可能であり、すなわち、被告人や証人を個人的に知っていなくとも結論できる、とでも言うのだろうか。そうだとすれば、そこには驚くべき自己意識が映し出されているだけではなく、事実審裁判所と上告裁判所の領域の体系に反する混同を意味していよう⁽³⁷⁾。

③ この「典拠の疑わしい判断基準」の内容はどのようなものだろうか。バートンはこの著書の統計的結果とその数量分析から以下の諸点を挙げる。

イ) 判断にとって第一に重要なのは、典型的に成果のない上告とそれと結び付いた手続処理の重点化に関しては、行為・行為者のステレオ・タイプとスクリプト(脚本)である。第三章の注(8)でB・シュミットを引用して述べたように、裁判官は被告人

の生育状況も犯行状況も分からないことが多いから、ステレオ・タイプに頼ることになりがちである。パートンも自分が上品で礼儀正しい人間であるために、他人も同様に振舞うと考えて、多くの犯罪者＝行為者が如何に暴力的かを想像できない連邦裁判官の例を挙げている。上告審裁判官のこのような意義体系は、事実審裁判官のそれと原則的には同様であろう。それ故に、前科がある累犯者には厳しいのであろう。上告審裁判官は事実審裁判官とは違ふべきだと考える連邦裁判官もいるけれども、上告審裁判官が判断資料を原審の裁判資料から獲得するという事情もあるから、実際には難しい。

ロ) 判断にとって重要な第二の観点は、遡及的な相殺(補償)考量である。すなわち、訴訟経済的視点と費用-効用計算である。たとえば、公判の長さや、BGHの裁判官の見解によれば、原審に存在している不正義と偶然を帳消しにすることである。その限りで「調停的視点」が判断形成において考慮される。例としては長い争いのある公判の上告成功率は低い。明らかに連邦裁判官は原審の手續が特に膨大な時には、破棄を躊躇することがある。被告人は既にチャンスを持っていたと考えるのであろう。弁護側に補償的に行動する場合もある。自判における訴訟経済的考慮もある⁽³⁸⁾。

ハ) 判断にとって重要な第三のものは、裁判所の組織上の関連と個人に特殊な考量である。最初に、GBAとBGHの間の特に強い関係と両者の判断の高い一致率、検察官上告の優遇、そして特定の上告専門弁護士への信頼については、既に触れた。

次に問題になるのは、GBAとBGHの個々の検察官・裁判官ごとに判断基準が異なり、したがって、成功率が違ふことである。特に裁判長により判断が違ふことが確認されている。BGHの刑事部により上告の成功率・的中率が異なる(264、274

— 5 頁)。

最後に、BGHの連邦裁判官、特に裁判長が事実審の裁判官、特に裁判長を個人的に知っている場合には、そのことが判断に影響することがあり得る。連邦裁判官は「自分の(下級裁の)人々(seine Leute)」を知っていると、その背景知識が物を言うことがあるのだ。つまり、刑事裁判システムは、そのような背景知識を伴った「家族的な特徴」を持っている。抽象的な上告法はそのような「家族的構造」という個人的な小宇宙を持つ(264、275頁)。

ニ) 判断にとって重要な第四のものは、結果指向の考量(見込に基づく相殺)である。特に、新たな公判による消費である。「基づいている」ということは、伝統的には法令違反と判決の間に因果関係があるという意味であった。したがって、因果関係があれば、直ちに、判決は別様であり得たとなった。しかし今日では、一部は違って理解されている。すなわち、法令違反が新たな公判において修正された時に、判決は同一のままか否かが考慮されるのである。

ホ) 判断にとって重要な第五のものは、倫理的一道徳的考量である。つまり、新たな公判と結び付いている苦悩の考慮である。50年代のBGHのように、保守的な道徳法のモデルを主張するのではない。勿論、BGH裁判官の多くは自分を偏見のない、リベラルで近代的だと見なしているだろうが、道徳的考量の内容が変わったのであり、今日では被害者保護が問題なのである。パートンは性犯罪の事案で差戻の判断に新たな公判は被害者に何を意味するかを問題にしたという、集団討論におけるあるGBAの発言を紹介している。

ヘ) 判断にとって重要な第六のものは、一般予防的視点である。BGHとGBAは特定の判断が個別事案を越えて法体系に対し

てどのような結果をもたらし得るかに焦点を合わせる。具体的な判断は、それが個別事案の正しい判断としてよりも一層大きな意義を持つ場合には、信号としての性格を持つ。これは、古い法律の場合よりも新しい規範の場合にそうであり、また未解決の法的問題に関してそうである。集団討論において、BGHは連邦憲法裁判所と同様に、あまりにも報いのない裁判に関わっており、本当に重大な事案に集中すべきであると主張された。またパートンはあるBGHの裁判長の発言を紹介している。それによると、事実審裁判官にとっては、個々のBGHの判決が問題なのではなく、そもそもBGHが存在していること、赤い裁判官衣がときたま窓から下がっていることで十分なのだ。あるBGH裁判官が言うには、現状ではあまりに多くの上告が申立てられている印象を持っており、これではBGHは機能を果たせない。上告はただつましく利用すべきであると。

- ④ ここで確認すべきことは、BGHの裁判官はこのような基準を使うことを下品な、または不誠実なこととは考えておらず、自分の独自の任務だと考えていることである。それは彼らの「ゲームの規則」の理解に合致しており、自分達が判断において上述の基準を考慮することは、正しいと考えているのだ。BGHの裁判官たちは「たとえ世界が減じようとも、正義は行われる (*fiat justitia et pereat mundus*)」というスローガンに従って生きているわけではない。

パートンは次のような発言を紹介している。集団討論において、ある参加者は「行政経験者」、つまり、司法行政で以前仕事をしていた人がBGHの裁判官には多く居り、刑事裁判からの人は少ないことは、紛れもなく鼓舞されることだと感じる。行政経験者は勿論法律を守るけれども、法典を覗き込みはしないと。別のBGH裁判官が率直に認めるのには、354条は確かにBGHによっ

てその限度を越えられてはいる、それは法律と一致していない、しかし、そのことは、私がおんなのような限度を越えることに自分が共に関与することを妨げはしないと。ある参加者は言う。「何が法令違反であるかは、最後はわれわれが決める」と。すなわち、BGHの裁判官は自分達の活動を単に法律に厳格に方向づけられた法適用としてではなく、印象によると、法創造でもあるとして体験しているのだと。

(4) 総括：評価と結論 (271-88頁)

1) GBAが被告人の上告をほとんど却下申立てで処理し、BGHは判断作成者がまとめた重点化の要約により、20分を越えない(それどころか、しばしばもっと少ない)!(274頁)の協議で理由をつけないうで処理する。それは「中身のない」「薄い」(schlanken Justiz, lean justice)司法であり、「大量処理(Massengeschäft)」でしかない。それは一種の「事実審係属手続(Tatgerichtsanhangsverfahren)」であり、事実審の判決によって実体的な認識手続は本質的に終了し、上告手続は事態によれば、むしろ刑罰執行手続に移行する際の行政的過程を意味している。上告はこれらの普通の事案では、技術的で精妙に行われる法的統制よりもむしろ、刑罰命令手続に似ているのだ。3年間OLGの刑事部の構成員で、26年間BGHの刑事部の構成員で、そのうち21年間は裁判長で、24年間大刑事部の構成員であったザールシュテット(Sarstedt)は最近のBGHの判断について、判断の理由が書き得ないのだとの推測を語っている⁽³⁹⁾。

バートンは厳しく言う。これらの上告の現況は、法文化の喪失であり、法理念——それはかつて上告制度を作り出した父親であったが——の退却である。特に如何なる理由もつけないう上告を「明瞭に理由がない」として却下することは、効果的な法的保護と言うよりはむしろ、法の拒否である。それはまるで言葉を失ったようだ。

社会心理学的に見ると、上告実務は一種の「ダブル・バインド

(double bind)」状況にある。すなわち、二つの相互に結び付き得ないメッセージが同時に伝られるジレンマ状態、別の表現によれば、逆説的コミュニケーション状況にある。異議申立人に対する法律命令（それらに対して刑事部は攻撃することになる）は『法律を尊重しなさい、ただ法律だけを。法令違反だけに異議を唱えなさい、それ以外は何も異議を唱えないで』となる。しかし、上告審裁判所は自身ではそのことを尊重せず、他の視点を自分の判断に忍び込ませる。つまり、BGHは『法令違反だけが基準ではない』というスローガンに従って判断する。特に、刑事部は良い、適切な法的議論をも空虚なものにしてしまうことがある。別の領域における二重拘束の作用をワツラヴィック (Watzlawick) が指摘している。それらの作用は特にいらだち、計算不可能性、信頼喪失から精神分裂病に見られる。上告法もまた計算可能性を失い、そして上告判断はその威信を失う危険を冒している。多くの不必要な上告申立と内容が悪い上告理由づけも、上告判断から発して上告申立人を不安定にしている、この二重拘束に帰せられよう。逆に、上告申立人が法令違反に異議を唱えながら、その際に自身では法を尊重しない時には、そのことは一部はいらだちと二重拘束に力を与えているのである。

- 2) ナウケ (Naucke) は OLG 刑事部の裁判官としての体験に基づいて、現在の「上告法実務は社会統制の一部となった」と言う。「刑事法は(しばしば支配的な傾向に反して)法律によって形成され、独立した、社会の基本的価値を安定化させるものだとは見なされず、社会とその個々の構成員の、包括的で流動的な社会統制の一部と見なされる。すなわち、上告法もまた、合理的な法律を距離を置いて確認するものから、包括的な社会統制の一部へと変化しなければならないのだ。これは具体的には次のことを意味する。つまり、法律はもはや安定した指向標識ではないし、すべての大小政治の自明の限界ではなく、目的(社会統制、すなわち、大小政治)に対する手段

である。その結果、刑事法律家は法律から引き離される。彼らもはや法律に『服すこと』(基本法97条、裁判所構成法1条)はなく、社会統制を達成するために、法律を従わせる。上告審裁判官は法律の理性の弁護者から、開かれた法律概念の下で法律を適合させる者になる」と⁽⁴⁰⁾。

このナウケの説は、現在の刑事上告の実務について述べて来たパートンの説明によって補強されることになる。その内容は繰り返しになるので、要点だけを短く述べる。①古い上告モデルは遡及的で、条件プログラムであるが、新しいモデルは反省的で、目的プログラムである。②古いモデルは法令違反だけを問題とするが、新しいモデルは結果指向である。③新しいモデルでは法令違反ではなく、判決の維持可能性に対する重大な疑問が決定的である。④新しいモデルには個別事案を越えて刑事司法体系の統制が肝要である。⑤したがって、古いモデルのように法の統一か、個別事案の正義かはそのままの形で問題でない。いずれにしても、BGHの規範的な言明によって処理される。⑥BGHの裁判官は単なる法の適用ではなく、積極的な法創造を行っている。⑦古いモデルは被告人の上告を阻止し、却下するために、外に向けて使われる。「二重のゲーム」である。

- 3) パートンは行動している個人やその主観的な意図から切離した「客観的な効果の総計」を考えると、上告法実務は「冷却過程(Abkühlungsprozess)」であるとして、アーヴィング・ゴフマンを引用する⁽⁴¹⁾。ゴフマンはある社会的行為者が多かれ少なかれ、失敗する社会的出来事を想定する。失敗者が自分の失敗状況に備えて、失敗者としての自分の新しい地位に習熟して行くようになる。その際に、失敗者の側で移行を容易にする人間(con men=二重行為者)が必要である。パートンは上告手続がそのような冷却過程であると言う。パートンは二重行為者として弁護者を考える。確かに、弁護人は被告人

のために其処に居て、被告人を支え信頼し、精神的に助け、被告人の敗北を和らげるから、そのように理解され得る。しかし、問題がある現在の上告実務を詳細に論じた後で、上告手続が冷却 (cooling out) 過程だと言うのは当たらないであろう⁽⁴²⁾。

- 4) パートンは統計の数量処理によって①GBAの申立、②被告人の公判における応答(黙秘あるいは否認の方が、自白または一部自白の場合よりも破棄率が高い)、③前科の存在(成功率が低い)、④公判日の数(長い程破棄率が低い)、⑤上告理由の具体性、⑥弁護人の地位(上告専門弁護士は有利)の6要因によって上告結果の説明蓋然性が予想できると言う。
- 5) パートンはこの研究の結果が実務、学界、法政策に対して何を意味するかについて最後に述べている。ここで特に注目すべき点は、パートンが法律家の養成について、大学教育においては上告法の現状についてはあまり教えていないことを認識しながらも、古典的な上告法について、特に上告の理念についてしっかりと教えて最後の砦としての役割を果たすべきだとしていることである。

パートンの法政策に向けての提言もこの線に沿ったものである。1928年のアルスベルクの論文と1952年のE・シュミットの教科書が引用されている⁽⁴³⁾。この二人の声を反映したパートンの締めの記事を引用する。「より良き刑事司法に向けてのあらゆる立法努力は、それ故に、法律規定の遵守を監視し、自分自身で法律規定を厳密に尊重する法的異議審級を前提としている。アルスベルクの分析は立法的側面に限定されるべきではなく、それを越えても妥当する。したがって、上で提起された問題への解答は、さらに広げられ得る。すなわち、上告は単に刑事司法よりも良いもので有り得るだけではなく、その上、より良いものでなければならないのだ!と」。

4 心証における物語の役割

(1) 物語の意義

記号論のウンベルト・エーコの発言を再度引用する。「ところで、さまざまな種類の記号についての記号論的研究の基本的問題は、何故人が何かを直観的に理解するか、という点だ」。「記号論の努力の(最重要ではないにせよ)一つは、後で複雑な認識過程をいわゆる直観という名文句の下に発見するために、何故、何かが直観的に見えるのかを説明することなのである」。「両方の行動様式が同じ効果を生じさせるのはどうしてなのかを説明するためには、(より深い)ものを探さねばなるまい。そういうより深い共通構造、つまり、両方の事象の根底に所在する認知的・文化的法則を探すこと、これが一般記号論の試みなのだ」と(エーコ『記号論と言語哲学』1998年28-9頁)。

私は物語の意義はわれわれのリアリティ・現実・経験を生き生きと伝えるところにあるとして、物語の3つの意義を次のようにまとめた(小野坂「物語の意義と構造(1)」法政理論29巻4号)。
①人間の行為の物語的性質(日々の生活世界における経験の物語的構造と人間の行為の物語的性質)とリアリティ・現実・経験、あるいは出来事の表現の物語性。
②物語は<法の物語>とその<法の物語>から排除された人々の思いを伝えるものであること。
③物語は事案を構成する社会的枠組であり、その整合性によって事案の正しい判断を可能にするものであること。

私はまた、日々の生活世界における経験の構造について、AI(人工知能)のミンスキーのフレーム、認知科学のシャンク/エーベルソンと犯罪学者S・コーエン/ティーラーのスクリプト等について述べた(小野坂「日々の生活世界における経験の構造(2)」法政理論29巻2号)。物語はこのように、常識の存在形態なのである。そして、常識の分析概念としてフレーム、スクリプト、シナリオは認知科学の

共有財産と言えるものなのである。次の述べるデ・スーサ、ジェフ・クルターの感情分析も、このような共有財産に属するものと言えよう。

(2) 感情と物語

デ・スーサは感情の合理性を最初に本格的に論じた一人であるが、「私の仮説は、われわれは『パラダイム・シナリオ』と結びついた感情の語彙と馴染みになるのだ、ということである」と言う。それらのシナリオは最初に、小さな子供としてのわれわれの日常生活から引き出され、その後、われわれが晒される物語・芸術、そして文化によって強化される。さらにその後は文字文化において、それらは文学によって補充され、洗練される。パラダイム・シナリオは二つの局面を持つ。一つは特定の感情タイプに特徴的な「対象」を用意する状況。もう一つは、その状況に特徴的な、あるいは<正常な>「反応」のセットである。その場合、正常性は最初は生物学的なものだが、次に全く直ちに文化的なものとなる。

同様な考え方について、ジェフ・クルターは言う。「ほんとうに恥なり罪悪感なり良心の呵責なりを体験できるかどうかは、自然言語に習熟しているかどうか、したがって文化的な知識および理由づけの慣習を会得しているかどうかに、懸かっている」。帰属する側と帰属される側の間に齟齬がありうるが、齟齬の生じうる可能性には(論理的な)限界がある。「共通の基盤がなければ、わたしたちは情緒概念を教えることができないし、情緒を理にかなったしかたで認識することも表明することもできない。どのようなタイプの状況においてどのような情緒がふさわしいものとなるかについては、慣習により、だいたいの枠づけられている。ただし、状況タイプとそのつどふさわしい情緒との関係は、決定論的ではない。それは生物学的なものではない。むしろ社会文化的なものである」と。「状況によっては、恐れるべき状況、憎むべき状況、腹立たしい状況、驚くべき状況、というふうに、社会的にあらかじめ指定された性質をもっているものもあるのだ。い

ったんある状況がこのような状況の一つであると社会的に認知されたとき、もし社会の成員がその状況のとらえ直しをこころみたなら、それはある種けしからぬことと判断される可能性がある」と(クルター『心の社会的構成』)

われわれは証明と論証が始まる前に、人々には何か価値があるという感情的覚醒から始めなければならない。われわれの正義感の源泉は純粋な実践的理性の起動力ではなく、感情的な覚醒なのである(Solomon, *A Passion for Justice*, 1995.)。正義のセンスではなく、具体的な不正義に対する憤慨と告発の哲学、「否定の哲学(philosophia negativa)」(ハッセマー)こそが発動されるのだ(cf, Cahn, *The Sense of Injustice.*)。

(3) 物語と裁判

カール・レウェリン(Karl Llewellyn)は言う。「事実の言明こそ、議論の核心である」と。事実の言明は、もしそれが一般的なレベルで明示的に行われたならば、効果がないか、あるいは多分許されもしないやり方で、暗黙の内に、価値やセンスに訴えることを許す。ジェラルド・ロペスは言う。「事実が何を意味するかについての論議(議論)は事実が何であるかについての論議(物語を語る)よりも一層明示的に説得的であることを推奨されているけれども、説得の行為としての議論は物語を語ることがされていないやり方で大抵の文化において、制約されている。・・・物語はその性質そのものによって、文化において慣習上、依然としてタブーであるものに訴えることができる。事実そのものが価値を表現し、反映するから、明示的には議論できないものが、物語の中にこっそりと入ることができる。それどころか、説得の行為としての物語を語る天賦の才は、事実の中に議論を隠すことである。物語はそうすることによって、見つかった事実に与えられ得る意味についての現在する制約を迂回することができる。別言すると、意義は物語にとっては、議論にとってよりも、ずっとルーズな基

準なのである」と。

しかし、このような消極的なものではなく、暗黙の、表明されていない、漠然と認識された要素に訴えることに積極的な価値を見出す立場がある。物語は「表明できないもの、説明できないもの」に向かう圧力を生じさせる点で、積極的な役割を演ずるのであるというのである。この立場の代表格はジェームズ・ボイド・ホワイトである。レウエリン自身の立場もこのように、積極的な解釈である。レウエリンは「状況センス (situation sense)」を強調する。この用語の中に「正しい」あるいは「賢い」、あるいは「意味を了解する」と感じられたものに対して——定式化された、論理的な正当化を構成するわれわれの能力の範囲を超えた——「判断」の観念を含めて考えるのであると。

トワイニングはこのレウエリンの主張について、結局、次のように結論する。「われわれはわれわれの想像力を単に失われた成分を補充するためにだけ使うべきなのではなく、むしろ、意味のある、認識可能な全体性を作り出すために使うべきである。そのような絵を構築することは、過去の出来事について判断をする場合に重要な要素なのである。この点でわれわれがなし得る最善の判断は、われわれの分析能力の範囲を超えるか、あるいはそれとは全く違ったものである」と (Twining, *Rethinking Evidence*, p.326.)。ここに物語が働くのである。

(4) 具体的事例

i) <法の物語>においては語ることでできない物語と語ることが許される物語がある。

- ① アダム・サーシュウェルは言う。「最近に至るまで、大抵の管轄地域では、『強姦』という法的用語は夫が妻に性を強制する事案に適用されるとは考えられていなかった」と⁽⁴⁴⁾。サーシュウェルはこれは、妻が男(父または夫)の財産であり、性的アクセスは財産上の権利であったからであると言う。つまり、「妻は夫

によって強姦されることはありえない」という法的物語が公式の物語であり、この言語行為によって被害者である妻の物語は忘れ去られる。このような意味論的に言葉の意義を縮減する言語行為によって、夫の妻に対する身体的暴力はその暴力性を拭い去られる。妻の忘れ去られた物語は公然と語られる「法の勝利の歴史」の陰で、語られないままである。言語行為の暴力は、事実上被害者の沈黙と切り離せない。アメリカにおいては、今では夫による妻の強姦は、判例によって認められているが、わが国においては、依然として認められていない。

- ② わが国は戦後、交通事故撲滅の一大スローガンの下で、警察・検察・裁判所が一致して交通事故厳罰主義を取って来た。不可抗力と考えられる事故までも自動車の運転者の責任にして来たのである。しかし、1966年に最高裁判所が「信頼の原則」を認めて以降は、交通法規を守って運転した自動車の運転者には過失はないとする判例が確立する。これも「法の物語」が変化することによって、裁判の結果が左右された場合である。たとえば、「いわゆる信頼の原則に反して自動車運転者に過失を認めた原判決は、破棄しなければ著しく正義に反するものである」(最判昭41・12・20刑集20・10・1212)、「交差点に進入しようとする自動車運転者には信頼の原則により交通法規に違反して交差点に進入する車両を予想した安全確認をすべき業務上の注意義務がないのに、この注意義務を肯定した控訴審判決および第一審判決は、破棄しなければ著しく正義に反するものである」(最判昭48・5・22刑集27・5・1077)。

ii) 裁判において、常識を備え、感情の語彙を身に帯びた人々が物語を語るわけであるが、語られる物語によって裁判の結果が左右される具体的事例を幾つか挙げよう。

- ① バーナード・ジャクソン (Bernard S. Jackson) によると、裁

判は事案の事実から構成された物語を概念化された法的規則の基底にある物語パターンと比較することによっている。法的規則が物語の基盤から離れて抽象的になればなる程、法的規則が一見明瞭で、包摂可能性があっても、法の事実への適用は一層困難になる。ジャクソンは詐欺の結果として締結された契約の効果の例を挙げている。典型的な例として詐欺師が信用ある別人になりすまして商品を買ひ、その支払いを後で価値がないことが明らかになる小切手で行う。詐欺師はその商品を善意の第三者に売り、代金を持って逃亡する⁽⁴⁵⁾。

最初の契約の当事者が face to face では取引しなかった場合には、裁判所は誤りはこの場合、人物の同一性に関するもので、単に小切手の無価値性に関するものではないと判断する。何故なら、売主は「詐欺師」の存在を知らず、詐欺師になりすましていた人物を知っただけであるから。Cundy v. Lindsay 事件では、Blenkarn という詐欺師が Blenkiron & Co. (これは地方の現存する会社) になりすまして、商品を注文する手紙を書いた。商品を受取った後で、Blenkarn はその商品を善意の被告に売った。事実が発覚した後で、原告はその商品の取戻しを求めて被告を訴えた。上訴裁判所は、原告はただ Blenkiron & Co. と契約する意思があったのであり、商品が送られた住所で取引した人物とではないと判断した。それ故に、契約は (意思がないから ab intio) 無効であり、原告は善意の第三者たる買手から商品を取返すことができる。

詐欺的契約が face to face で行われた場合には、裁判所はしばしば違った結論に至る。Phillips v. Brooks Ltd. 事件(第一事件)において、詐欺師は特定の住所に住む Sir George Bullough になりすまして店に入り、パールと指輪と交換して Bullough 名の小切手を渡した。小切手を受取って商品を渡す前に、宝石商は

Bullough(宝石商はその名前を知っていた)がその住所に住んでいることを電話帳で確認するという用心をした。詐欺が発覚した時には、詐欺師は指輪を善意の第三者たる被告に入質していた。宝石商が指輪の取戻しを求めて被告を訴えたが、裁判所は詐欺によって誘発された誤りは契約を無効とはしない。何故なら店主は(自分に示された住所を確認して)小切手の有価値性に満足すれば、店にいる人物と取引する意思があるからである。契約はそれ故に、単に無効にし得るに過ぎず、売手が誤りを発見して契約を無効にすると決定するまでは、契約は有効である。しかし、その時には、被告は既にその指輪の権利を獲得しているから、宝石商は被告の権利を覆することはできないと。

このような背景に照らして、Ingram v. Little 事件(第二事件)の判断を考えよう。この場合には、売手は特定の住所に住む P.G.M. Hutchinson になりすました詐欺師に自分達の車を渡すように騙されたのである。売手は P.G.M. Hutchinson について聞いたことがなく、小切手を受取る前に電話帳で詐欺師が示した住所に P.G.M. Hutchinson が居ることを確認した。小切手が無価値なことが分かり、売手は詐欺師が転売した善意の第三者から車の取戻しを求めて訴えた。この場合には、裁判所は契約は単に無効とし得るだけではなく、無効だとして、詐欺が明らかになったのは、車が善意の第三者に転売された後であったという事実にもかかわらず、売手は車を取戻すことができるとした。

これらの事案では、法的規則が重要だとしている概念だけによって事実を構成しても、事案の合理的な説明はできない。この両事案は純粹に法的用語によると、違いがないように見えるが、両事案の物語には適切な違いが存在している。この違いはそれぞれの物語における関与者の物語上の役割に関係している。第一事件においては売手は店主であり、第二事件では自分達の中古車を処

分した私人(二人の姉妹)である。すなわち、かなり値の張る商品の小売商の物語と、常習的な詐欺師に騙されたということで、二重の意味で「善意の」私的な売手の物語の比較である。このような比較は、単に類似性の程度の中立的認識だけではなく、二つの図式を区別する、特定の物語特性の力、あるいは適切性(あるいは「意義」)にもよっている。この意義とは、状況の評価の函数である。すなわち、暗黙の社会的評価を帯びている物語の違いなのである。偽の小切手で騙された店主には同情はするけれども、同じ手段で騙された私人の物語に直面してわれわれが感じる同情と同じ程度には、善意の被害者の役割を演じる店主に対して同情を感じないのである。第二事件の原告を「二人の姉妹」(年とった未婚の女性を含蓄する)と表現することはさらなる同情を呼び起こし、(善意の第三者たる転買者に対抗しても)助けられるべき被害者であるというわれわれの評価を強化する。

裁判所は数年後に、中古車の私的な売買を伴う別の事件を扱った。この事件は Lewis v. Averay 事件(第三事件)である。この事件では詐欺師は TV でロビン・フッドを演じた有名な映画俳優 Richard Greene になりすまして、同一性証明には英国の代表的映画スタジオ Pinewood のパス(Richard Greene の名前と詐欺師の写真と正式印を押されたもの)を示した。原告は車と登録証を R.A.Greene の署名のある盗まれた小切手と交換した。詐欺が明らかになった時には、車は善意の第三者に転売されており、原告は取戻しを求めて訴えた。上訴裁判所は第一事件と第二事件の違いをここで示唆された線に沿って認めた。すなわち、第二事件の線では、第三事件は認めなかった。契約は単に無効にし得るだけであり、時宜通りに無効にされなかったので、それ故に、善意の第三者たる転買者は最初の所有者の請求に対して保護されると。

法解釈学の水準では、結論は混乱しており、第三事件以後は第二事件は先例とならない、第二事件は変則例として扱われねばならないということになろう。しかし、社会的評価を伴う典型的な物語に照らしてこれらの事案を見ると、結論はそんなにおかしいとは思えない。両事件の結論の違いでさえも、了解可能になるのだ。両事件とも原告は私人であって小売商ではないけれども、第二事件では原告は詐欺の被害者として同情されるが、第三事件ではそうではない。この原告は被害者というよりは、むしろ、馬鹿なカモに見える。にわかに出現して自分は有名な俳優だと言った、見知らぬ男を誰が信じるだろうか。このことは Denning 卿のこの事件の当事者の物語構成によって強化される。原告は化学の大学院生の若者であり、被告は同じく当時21歳の若者で、ロンドンの王立音楽大学の学生である。卿はカモの原告はかなりの知性を持った人間であった(大学院生の意味)と言う。したがって、原告の若さは無視される。「そこで、車の本来の所有者、Lewis氏が、若い Averay 氏を訴える」と。

両事件の物語の与える全体的な印象は異なる。二人の姉妹は騙されたのだが、Lewisは馬鹿にされたのだと。したがって、第三事件の当事者間の争いはもはや、二人の同じように善意の当事者間のものではなくなる。それは馬鹿な人間と善意の人の間の争いであり、馬鹿な人間は少なくとも一部は、自分の馬鹿さ加減の被害者なのである。本当の状況は、合理的な人間にとっては自明のことであった。この場合の裁判所の判断は、同情よりは笑いにより類型化される社会的評価を反映しているのである。

- ② イギリスの判例からもう一つの事例を挙げる。それは Candler v. Crane Christmas 事件 ([1951] 2 KB164, [1951] 1 All ER426) に於ける有名なデニング卿 (Lord Denning) の弁論である。それはパトリック・アティア教授 (Professor Patrick Atiyah) に

よって、「コモン・ローの歴史における偉大な少数意見の一つ」と言わせたものである (Twining, p. 233.)。最も有名なくだりを引用する。

「・・・被告たちは原告に対して義務を負っていたのだろうか。事柄を権威〔これは「リーディング・ケースの判例」の意味である——筆者〕を離れて考えると、彼らが明らかに原告に対して義務を負っていたと私は言うべきである。被告たちは原告に対して計算書を提供した専門家であり、原告がその会社に投資を行う際に、その計算書に導かれようとしていたことを知っていたのである。そのような計算書を信頼して原告は投資を行ったが、もし計算書が注意深く準備されていれば、原告はそもそも投資を行わなかったであろう。その結果、原告は自分のお金を失ったのである。このような事情において、原告は適切な注意をもって用意された計算書を信頼する全ての権利を持っていないのであろうか、そして原告は自分が信頼した被告たちから損害賠償を得る権利がないのであろうか。私は原告は権利があると言おう。そして私はこの事案に *Sim v. Croucher* ((1860) 1 DeG.F.&J. 518)、70年前の類似事案におけるブルース爵判事 (*Knight Bruce LJ*) の言葉を適用したい。そこで判事は言う。「その司法の運用が今述べた事案において損害賠償を認めない国は、文明のある状況にはないであろう」と〔下線は筆者〕。

トワイニングはこの事案におけるデニング卿の弁論について次のように総括する。原告がそれによって導かれることを期待・意図して、専門家が不注意な助言を与えるという近接関係にあって、非専門家が専門家を信頼し依存している場合。依存していることが、被告の責任を正当化するものとして広く受け入れられている原則と結びつける。他の要素（専門家、非専門家、不注意、近接関係、期待、損失）が状況を制約して、水門の扉を閉めるのだと。

デニング卿の極めて説得的な事実の摘示は、その後の議論の要点を簡潔で具体的な用語でまとめている (Twining, pp.232-5.)。

iii) アンジェラ・デーヴィス (Angela Davis) はサンフランシスコ近郊のマリン郡裁判所での銃撃・被告人奪取未遂事件の共犯者として1970年8月に起訴された。訴追側の立証はほとんど完璧であった。事件の主犯の兄との愛人関係、デーヴィス名での銃・弾の購入・登録、事件直前の弾の購入、事件後のロスアンジェルスへの逃亡とニューヨークでの身を隠す行動など。しかし、デーヴィスの人物像、つまり、愛人のためなら何でもやる女性という訴追側の人物像に対して弁護側は、非暴力の政治的活動家で、法的手段によって何回も政治犯の釈放に成功している大学教授という人物像を提示した。訴追側の人物像は行為者・行為・意図の一貫性の点で、断絶がある。この物語構造の断絶が結局、陪審員を動かし、多くの証拠事実の再解釈を迫り、無罪評決となったのである⁽⁴⁶⁾。

わが国の事実認定論についてこれまで論じて来たが、隔靴搔痒の感がある。第三章でバリー・バーズを引用して述べたように、ハート／オノレの因果性の事例分析の事例のような超人的な努力の結果による類型構成しか道はない。私の仕事が少しでもその道を進める一歩であることを期待するのみである (完)。

注 第四章

- (1) Jerome Michael/Mortimer T.Adler, "The Trial of an Issue of Fact", Columbia Law Review, vol.34, 1934, pp.1224-1306, 1462-93. このマイクル／アドラーの論文については平田の他に田辺公二『事実認定の研究と訓練』1965年23-45頁にかなり詳細に紹介されているし、BJ. ジョージ／平野龍一／田宮裕編『経験法学入門』1966年225

— 8頁にごく一部が翻訳されている。平田の引用の仕方には問題がある。たとえば、最初にマイクル／アドラーを引用した箇所では「・・・訴訟法の伝統的見解によれば、後述の如く証明と確信を同一視する立場に立ち」という文章に引用する。これでは証明と心証の区別を力説する二人の立場を誤解させてしまうであろう。またアドラーの綴りが Addler と Adler の二様になっている。この点は『経験法学入門』では Adler となっている。

田辺はマイクル／アドラーの論文は難解であり、この論文を正当に評価するためには、要約するだけではほとんど意味がない、原文に直接当たるか、忠実に翻訳することが必要だと言う(田辺26頁)。

- (2) マイクル／アドラーは、裁判上の証明における推理の形式が一般に帰納法とされるのは不正確であると言う(Michael/Adler, note82 at p. 1278.)。この文章は正確には次のように言う。「『帰納的立証』が、前提になる命題から一般的な命題を樹立することを意味するならば、裁判上の証明は、そのどの部分をとっても帰納的推論ではない。鑑定人の供述による立証では、前提命題および各種の一般的命題の結合によって、一定の一般的命題が樹立されるが、これも帰納とはいえない。もっといえば、立証はそもそも帰納ではありえないという有力な論拠がある。すなわち、帰納と演繹は二個の異なった推理ないし立証の方法として、鋭く対立するものでなく、すべて推理ないし立証は演繹または論証であって、帰納は、立証を伴わない一般的命題の主張にすぎない。「この意味で、直接一般命題は直観的な帰納によって主張されるわけである。これらの一般命題は、内在的には論証可能であるが、陳述できない理由によって、論証なしに高度に蓋然的だと主張される。それは不確実な間接的帰納の結果なのである。それらは、結局は経験から引き出された知識を表現するという意味で帰納であるが、推理によってえられたものではない。前提である命題から一般命題を立証するためには、いかなる推理の法則も構成できないのである」。「立証

のプロセスとしての裁判手続は、帰納ではないが、裁判上顕著な事実として裁判所がすでに有する知識を主張する一般命題の多くは、直観的ないしは直接的帰納である。裁判所によって知識がえられたのは、裁判以前であり、知識は一定期間記憶される。立証に用いられる幾つかの命題は、帰納の結論であるかもしれぬが、その帰納は、裁判の過程では決して生じない」と(『経験法学入門』227頁)。最初の文章以外は、全くその通りだと思う。最初の文章の言う帰納とは、単称命題(たとえば、「この白鳥は白い」)を繰り返し確認して、全称命題(「白鳥は白い」)を導き出すものである。しかし、裁判で問題となる帰納推理はこのような場合ではない。訴因または請求原因、あるいはその構成要素として与えられている結果から原因への逆推か、原因から結果への推理が行われるが、その際、推理の結び目に一般命題(自然法則、因果法則、経験則)がある。原因と結果は特定事実である。第二章で論じたように、それは還元的推論であって、純粹の帰納でも演繹でもないのである(小野坂「日本の刑事裁判における事実認定論の批判的考察(3)」法政理論35巻2号4頁。なお、49-50頁のエーコの叙述と53頁のボンファティニ/プロローニの式を参照のこと)。マイケル/アドラーはありもしない標的を射たものと言えよう。

- (3) Michael/Adler, pp. 1271-4. 証拠の関連性についての議論は正確には、主要または中間証明(事実)命題と証拠命題間の論理的関係が存在し得るか否かの問題であって、そのような証明あるいは推理が実際になされたか否かの問題ではない。したがって、主要または中間命題について証明力のある命題は関連性があるという、従来の考えでは、ほとんど全ての命題に関連性があることになってしまう。それ故に、関連性がないとは、命題の持つ証明力が弱い場合を言うときれねばならない(Michael/Adler, p. 1278, 1285.)。
- (4) 田辺34-5頁はここで Michael/Adler, "Real Proof", *Vanderbilt Law Review*, vol. 5, 1952, pp. 344-84 (未見) を引用する。本文の叙

述については、特にこの論文による必要はない。

- (5) 平田は言う。心証形成に関する所説の大部分は、裁判官の心証が証拠調の進展につれて、証明の論理による個別的証拠の評価から累積的に形成されると説明する。この常識的見解に見られる、初めの小さな、もしくは弱い心証が漸次証明によって拡大強化され、または個々の部分的心証が証拠調の発展に伴い加算（心証の沈殿）されて、遂に全体としての確信に凝固するかの如き印象を持つ説明は、発見過程におけるものとすれば、極めて自然であり素朴に理解できるが、しかし、証明の逆推過程における裁判官の心証を如実に説明するものではないと（平田45-6頁）。
- (6) マイクル／アドラーの心証論は、弁護側による陪審に対する法廷弁論に焦点を合わせているので、本稿では扱わない。
- (7) 白取は次のように言う。「それでは、刑事裁判における事実認定は、どのような構造のものと考えればよいのか。訴訟における事実認定は、帰納的な性格をもち、われわれが直接知りえない過去の（犯罪）事実を『仮説』と指定すれば、この『仮説』をわれわれが知りえた他の事実によって証明するものである。因に言えば、この『仮説』は訴因であり、他の事実は、状況証拠等によって示される事実である。『仮説』の確実性は、仮説が真実であることに対する可能なすべての疑問を起し、そのすべてについて疑問が解消されるか否かによる。当事者主義の下における事実認定の過程は、その意味では、課題解決過程ではなく、説得過程である。ここに説得過程とは、説得者（当事者）が被説得者（裁判官）の意思を変化させることを目的とした、説得者の主導的行動と被説得者の受動的受容・拒否過程であり、それは、説得内容に対する疑問を消去して確信に到達する過程なのである」と（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」・光藤景皎編『事実誤認と救済』1997年16頁）。前半の文章には賛成であるが、後半の説得過程説には賛成できない。そもそも事実認定過程を

課題解決過程か説得過程かの二者択一で考える必要があるのだろうか。社会制度は複数の課題を担った制度だと考えた方が納得できると思う。事実認定は裁判官にとっては、自分自身の課題でもあるからである。確かに、長年裁判官をされた石松竹雄『刑事裁判の空洞化：改革への道標』1993年67頁に「ただ、裁判官は人から上手に説得されることは必要なのでありますが、人を説得することは余り必要ではありませんので、長く裁判官をしていました私は全く話が下手であります」という文章はあるが、白取の説明は裁判官をあまりにも受動的に描き過ぎていると思う。これまで述べて来たように、裁判官の心証形成過程を知・情・意三位一体の過程として考えると、裁判官の主体的活動という面を抜きにして心証という実際の・実践的確信の形成を考えることはできないと考える。裁判官の主体的確信こそが、辛うじて被告人と繋がりを築き上げる基盤なのであるから(第三章注(8)参照)。

- (8) ここで平田の訴訟集団性の考察が重要である。裁判官の合議制については前述したが、もう一点だけ付け加える。それは裁判官の準拠集団〔平田は「関係集団」と言うが、この用語の方が良い——筆者〕である。平田は単独裁判官の場合にも、心証形成において主観的妥当性の準拠となるのは、抽象的な裁判官集団であり、同じような、または類似の事実が如何に認定されているかを尋ね、是認されていると考える時には、自分の事実認定の妥当性を納得するのだと言う(平田231-2頁)。「裁判官の独立性」の見地から見れば、了解し難い主張であるが、上訴によって自分の判断を批判ないしは否定されることの心理的実際の効果を考えれば、実際にはそうなのだろうと思う。

次の〈原告(検察官)－被告人－裁判官〉という訴訟集団性である。この集団は特定事件のための一時的集団であり、成員の自由意思によつた集団ではなく、自由に離脱できない、非任意的な拘束的集団である。しかし、実質的集団性が全く認められないわけではない。事実認定に限定すると、主要事実の存否の判断に向かった小集団であるが、

如何なる証明を如何なる動機で求めているかを見ると、対立・分裂した当事者双方と、それを閱兵する裁判官から構成される。当事者の相互間の直接回路は規範的に切断され、裁判官を迂回した回路しかない。その限度では、当事者双方の対立はある程度緩和され、実質的な依存関係がある。事実の主張・立証はほとんど専ら、当事者が行い、さらに、証拠調べも当事者や証人、鑑定人という他人の言動を離れては成り立たない。裁判官の心証は一応は裁判官個人の内部的現象であるが、訴訟空間の構造とそこで展開される人間関係に規定される。裁判官の自己自身の中には真実を求めて行動する自己と評価する自己が内在している。事実の主張・立証を行うのは原則として当事者であるから、裁判官の行動的自己は当事者の操作によって極めて制約されたものであると言わざるをえない。特に石松竹雄が力説しているように、わが国の刑事裁判は捜査＝訴追側の警察官・検察官の圧倒的な優位によって公判の形骸化・調書裁判化が顕著であって、直接主義・口頭主義は絵に画いた餅に過ぎないことが、ここでは決定的である(石松・前掲書の随所)。主張・立証そのものの信頼性は、本文でも述べたように、主張・立証する主体に対する信頼と結び付いている。説得と確信形成にとって、このことは大切である。審理の充実度も重要である。たとえば、自白事件と否認事件。後で自白が否認されると、前者における審理の浅さが分かると(平田233-241頁)。

- (9) 小林充＝香城敏磨のはしがきは言う。「事実認定は、通常、法律論、法律適用又は法律解釈と対比されるが、相互に交錯している点が多い。状況証拠に基づく犯人の特定のように最も典型的と考えられる事実認定にしても、その状況証拠からみて要証事実が存在する蓋然性の程度はどのくらいかという問題のほかに、どの程度の蓋然性がある場合に犯人と特定することが許されるかという基本的な問題があるが、これはむしろ法律論の問題と言うべきであろう。また、いかなる状況証拠に基づいて殺意、赃物の知情その他の故意を推認することが許される

かというような問題の場合には、この点は一層明瞭であって、状況証拠それ自体が要件事実であるわけではないが、要件事実に至る機能を果たすことが多く、事実認定論は証拠からみた法律適用論であると言ってよいであろう。さらに、正当防衛における急迫性のように抽象度が高く、下位の事実命題に分解して法律適用を行う必要のある法律要件の場合には、実質上事実認定と法律適用とが一致することが多い。法律適用の誤りがしばしば事実誤認と同時に主張されるのも、こうした事情があるからであろう。本書においても、このような事実認定論と法律論との交錯が随所で見られるが、その点は事実認定の特徴として受け止めていただきたいと思う」と(小林=香城「はしがき」・小林=香城編『刑事事実認定(上)』1992年i頁)。

- (10) 石松が「控訴審における事実判断」において、第一審の直接主義・口頭主義は形式的なものに止まっており、しかも単独審による場合が大部分であることから、控訴審は事実審として役割を果たすべきであること、控訴審における事実判断は経験則違反他の自由心証主義の内在的限界の場合に止まるのではなく、独自に心証形成を行って判断すべきことを強調している点は傾聴に値する(石松・前掲書139-212頁)。必要な場合には独自の事実調に基づいて控訴審裁判官の心証形成が行われるべきであることの主張の意味は、第一審の事実認定について証拠説明が行われたとしても、原審の資料だけで、その事実認定を批判することには限界があり、事実誤認を救済するためには、独自の心証形成が必要だと言うことであろう。事実認定について直感的・印象的方法と、分析的・客観的方法を区別して、後者こそが適切な事実認定であるとの主張があるが(たとえば、白取・前掲論文21頁)、第三章で詳述したように、そのような主張は「言うは易く、行い難い」ものであって、トワイニングを引用して述べたように、要請ないし理念としては賛成できるけれども、実行の方法がいまだに見い出されていないのである。平田が言うように、「思考において知覚されるデー

ルの多くは省略され、抽象的図式的となる。すなわち、論理操作は象徴化、記号化されたものの操作である。したがって、反省過程は代用品の操作段階である。思考は本質的に現実超越的であって、その限りでは思考の基礎過程は仮定の過程である」と(平田252頁)。事実認定における証拠評価が注意則・経験則によって行われる時にも、本質的制約がある。たとえば、証拠評価における注意則を具体的に抽出したものと高く評価されている小林=香城編『刑事事実認定(上)(下)』1992年を見ても、個々の判例毎の認定のばらつきは否定の仕様がなないのである。「間主観的討議可能性」という光藤説について白取・前掲書22-3頁注(56)は事実認定の分析的・客観的方法と「同じ方向を志向するもののように思われる」と言うが、これはドイツの判例が言う「間主観的に追試可能な決定理由」(第三章1(3)③)を指示するものであろう。

- (11) そもそも「直観的」という言葉に不合理的(「非合理的」ではない)・否定的意味を結び付けることが、おかしいのである。科学的発見のような非日常的な事例において直観・想像力が働くことは勿論であるが、第三章において詳述したように、われわれが日常生活を営む場面でも、実は直観のお世話になっているのである。このことはまた、第二章のウンベルト・エーコの「正しい推量」についての議論に見られるように(小野坂「日本の刑事裁判における事実認定論の批判的考察(3)」法政理論35巻2号49-51頁)、今日の理論的傾向に沿ったものなのである。
- (12) 石松竹雄「控訴審における事実判断」『刑事控訴審の審判についての覚書』・石松・前掲書139-212頁。平田元「控訴審における破棄自判・有罪の問題」・光藤編・前掲書131-41頁。田宮裕『刑事訴訟法』(新版)1996年473-89頁。鈴木・前掲書260-90頁。
- (13) 田宮裕「最高裁と事実審査——八海事件を巡って——」ジュリスト412号37頁以下。岡部泰昌「上告審の構造と事実誤認の救済」・光藤

編・前掲書143-59頁。田宮・前掲書490-4頁。鈴木・前掲書291-302頁。

- (14) 田宮・前掲書492頁に1993年の実際の上告理由別の終局人員の表がある。主たる上告理由と併存する上告理由に分けてある。405条1号 $171+5=176$ 、405条2号3号 $33+19=52$ 、411条1号 $151+75=226$ 、411条2号 $498+159=657$ 、411条3号 $79+258=337$ 、411条4号5号 $1+2=3$ 、その他318、となっている。
- (15) ①最高裁における事実の取調について前述した。②411条が「第405条各号に規定する事由がない場合であっても」とは、411条各号記載の事由は上告理由にはならないことと、論旨が405条各号を主張していなくとも、これを理由に判決を破棄できることを意味する。③411条による破棄は論旨の有無にかかわらずできるが、適法な上告趣意書の提出は必要である。④411条5号は第一審・控訴審判決の過誤とは関係ないが、それ以外はいずれも関係がある。最高裁は控訴審には職権調査義務はないことを認めながらも、他面、義務がある場合も認めている。⑤411条にいう「原判決を破棄しなければ著しく正義に反する」ことは、411条各号の事由の存在が確認された後に問題となる。⑥破棄は判決によるから、常に、弁論を開かなければならない。なお、控訴審が不法に公訴を棄却したのは判決に影響を及ぼすべき法令違反であるが、特異な事情があるときは、本条(411条)を適用すべきではないとした最決昭55・12・17刑集34・7・674がある。これは川本輝夫事件の決定で、水俣病を巡る複雑な事情、長い年月の経過、協定の締結と紛争の終結、被害者の感情、被告人の個人的事情を斟酌して、上記の結論に至ったもの(参照、水俣病自主交渉川本裁判資料集)。
- 以下の本文は龍岡資久「上告審における職権破棄理由」・『総合判例研究叢書・刑事訴訟法(13)』1962年と『判例体系』による。なお、時報は「判例時報」の略。
- (16) 405条所定の憲法違反は法令違反の最たるものであり、判例違反は

多くは、実質的に法令違反に帰する。406条所定の「法令の解釈に関する重要事項」も法令違反である場合が多い。これらは(406条は受理された場合に限り)、憲法違反(および406条で受理された「法令の解釈に関する重要事項」)では「判決に影響をおよぼさないことが明らかな場合」でない限り、判例違反では「判決に影響を及ぼさないことが明らかな場合」でなく、かつ「上告裁判所がその判例を変更して原判決を維持するのを相当とするとき」でない限り(刑訴法410条1項・2項)、常に破棄理由となり、しかもその破棄は義務的である。

(17) 上告審で刑訴法411条の法令違反等で破棄となった判例の簡潔な叙述は、鈴木・前掲書296-8頁にある。

(18) ハッセマーは言う。「法適用はある事態がある規範の下に包摂することに存する、という見解は、理論的に素朴であるだけでなく、実務的には狭量な見方に基づいている。それは上告審の裁判官の見方であり、彼らには完成した事態が前もって与えられており、そこで彼らはこのような事態の法的組入れを審査する任務を持つだけに過ぎないのだ。それは法律の実務の小さな部分に過ぎない。この見方において無視されているのは、たとえば、当事者と弁護人の活動、たとえば、捜査機関と事実審裁判官の任務であり、それらは法的に判断されるべき事態を構成することに存する」と。言うまでもないが、ハッセマーは引用部分の見解を次のように否定する。「事態は前もって与えられているわけではないし、独りでに構成されるわけでもなく、それはむしろ、その法律を適用しようとする人が生産的に関与している構成過程の結果なのである。法学ヘルメノイティークはこの認識について明瞭に努力して仕上げたし、大々的に論じて来ている」と(W.Hassemer, "Juristische Hermeneutik (JH)", in: Freiheitliches Strafrecht, 2001, SS. 30-1.)。この点に関連してハッセマーは別の論文で次のように言う。「刑法における帰責論の地位は、たとえばバーガーとルックマンによって『現実の社会的構成』と名づけられて述べられている

ように、むしろ、構成局面に見い出される。このように言うことで、二重のことが考えられている。一つは、われわれの行為の前に存在し、それ故に、われわれの行為が測られるべき、いかなる——とにかく何らかの認識し得る——現実も存在しないのだ。・・・もう一方で、われわれはわれわれの現実を日々何時も新しく、自発的かつ個人的に構成あるいは取り決めることができる、といわけてもない。むしろ、現実の社会的構成で問題となる諸構成は、相対的に安定して継続的なものである。すなわち、われわれはそれらに慣れており、それらの中に順応し、それらを計算に入れ、それらをまた頼りにしている。何故なら、われわれはそうでないやり方では、われわれの世界で振る舞うことが全くできないであろうからである。つまり、それらはわれわれの『世界』なのだ。これらの諸構成は認識的、感情的、そしてまた規範的な性質のものであり、現実と、その現実の見通せる持続期間の間の正しさ・価値に関するわれわれの議論の分別性とわれわれの想定 の納得性を確立するのだ」と(W.Hassemer, “Person, Welt und Verantwortung: Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht”, in: Strafen im Rechtsstaat, 2000, SS.138-9.)。第三章の終わりで述べたピアジェの「群性体」とトンプソンの行為の「図式に基づいた生成」と同じ考え方であり(第三章3(8)参照)、われわれの日常生活の在り方を説明する考え方である。

前引の論文でのハッセマーの「前理解 (Vorverständnis)」の説明は分かり易いので若干敷衍したい。事態の構成が法的規範の助けを借りて行われるとすると、それと同時にもう一つの問題が提起される。「何故なら、規範は言わば完成した計算量としてまさしく——具体的な解釈過程の外に——意のままになるものとして在るのではなく、それはそれで解釈の過程においてダイナミックに展開されねばならない現象なのである。より正確に見ると、したがって、『規範』についてではなく、その規範を理解しようとしている人の『規範理解』につい

でだけ語ることが許されるのである。このような規範理解は静的な、かつ客観的な現象ではない。それは理解過程の間に必然的に変化するものであり、理解過程を行っている人間の能力なのだ。いかなる人間も何かを純粹に、あるいは客観的に理解するわけではない。「むしろ人間は対象を自分固有の眼で、自分固有な人生史的な期待・失望・不安に基づいて見ているのであり、自分の人格的な意味予測、自分の個人的な前理解の助けを借りて、選択し構造化しているのだ。このように考えると、前理解のカテゴリーは悪い意味では、先行判断あるいはそれどころか、先入観に捉われていることと同じであることになる。つまり、法律の解釈は、グスタフ・ラートブルッフが曾て、意味の予測が意味を作ると言ったように、『それらの諸結果の結果』なのだ。このような前理解の見方は正しいが、完全ではない。前理解は単に人生史的で、それ故に個人的な現象ではない。「意味の予測、前理解は結局は各個人の能力に過ぎないが、それらはまず最初に、社会と文化の記しなのであり、単に人間だけではなく、人間の法もその都度、関係している歴史的な『作用連関(Wirkungszusammenhang)』の結果なのである。それらはその限りにおいて、情動的、個人的そして自発的ではなく、客観的で持続的なものなのだ。前理解はその上、職業的社会的な結果でもある。つまり、法律家の育成は、法的な意味予測を伝承し仕上げる試みとして正当に見ることができよう」と(Hassemmer, JH, SS. 32-3.)。

ここで本章で引用する文献を一括して挙げておく。Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, 24. Aufl., 1987, 3. Bd., bearbeitet von Gollwitzer (LR-Gollwitzer), 4. Bd. 1985, bearbeitet von Hanack (LR-Hanack). Kroschel/Meyer-Goßner, Die Urteile in Strafsachen, 26. Aufl., 1994. W. Sarstedt/R. Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., 1998. U. Eisenberg, Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar, 1999. H.

- Dahs/H.Dahs, Die Revision im Straf-prozeß: A Bedeutung für die Praxis der Tatsacheninstanz, 2. Aufl., 2001. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen, 45. Aufl., 2001. Lemke/Julius/Kretl/Kurth/Rautenberg/Tremming, Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl., 2001.
- (19) ダース/ダースは上告審の結果が予測できないとして、ハーナックの「不明瞭なチャンス」という表現と「刑事法の専門弁護士 (Fachanwalt für Strafrecht)」が要請されるという文章を引用する (LR-Hannack, vor § 333 Rdn. 11ff.). ダース/ダースは目下、約3500の上告について連邦最高裁は判断したが、僅かな部分的成果を含めて、成果があったのは約15%であると言う。高等裁判所 (OLGe) に関する数字も同様であると (Dahs/Dahs, Anm. 1 in S. 4.)。

事態はもっと深刻なようである。本文で述べる上告審の姿をシュティファン・バートンは「古典的上告法」「古いモデル」と言う。これらの点は後述する (vgl., Stephan Barton, Die Revisionsrechtssprechung des BGH in Strafsachen, : Eine empirische Untersuchung der Rechtspraxis, 1999 (頁数で引用).)。

- (20) ダース/ダースはその著書で第5部「上告の理由づけ」を第一章「期限・宛先・形式」、第二章「上告の申立」、第三章「上告申立の理由づけ」に分けて論じている。第三章「上告申立の理由づけ」をA「上告理由」、B「判決が法令違反に基づくこと」、C「上告理由の記述」に分ける。A「上告理由」をI「法令違反」、II「訴訟条件と訴訟障害」、III「手続法の違反」、IV「実体法の違反」、V「控訴審判決に対する上告の特別性」に分けて論じる。III「手続法の違反」のうち、憲法の基本規範と絶対的上告理由、そして相対的上告理由の公判前の手続瑕疵は本章のテーマと直接には関わらない。
- (21) 心証については第三章1で詳しく論じたので参照されたい。また、心証形成における誤りについては後で述べる。

- (22) 公判の一般的進行、公判の停止と休止、被告人の誤った尋問、証拠調の誤り、提出された証拠方法の正しくない取扱、起訴・実体状態の変更・訴訟資料の制限における被告人の無視に関してはそれぞれ独自の申告がありうるが、直接に心証と証明の問題ではないので、取り上げない。

立証の申立に関しては、証拠予断の禁止の原則 (Das Verbot der Beweisantizipation) が尊重されるべきである。つまり、事実審裁判官が自分自身で必要と考える限度を越えて、さらに証拠調べをするように促進する機能が立証の申立にはある。申告審は全体の事情、判決の内容、証拠主張の具体化程度、納得性など全ての事情を考慮して、事実審裁判所が立証の申立についての判断を支える事実認定に関して叙述義務を果たしたか否かを審査する (Dahs/Dahs, Rdn. 320, 325, 332.)。事実審裁判所は判決にとって重要な事実を調べることを、新しい事実資料は本質的でない、成果が期待できない、証拠方法が向いていない (たとえば、証人が信用できない) という理由で拒否できないのである (詳細については Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rdn. 197-251.)。被告人の最後の言葉は法的聴聞権の保障に関わるから、裁判の法治国家的基本形式の一つであり、高度な人格権として、判決形成において尊重されねばならない (Dahs/Dahs, Rdn. 363-4. 詳細は Eisenberg, op.cit., Rdn. 808-19.)。

- (23) ダース/ダースは判例を整理した上でまとめて述べているが、諸コンメンタールでは指摘が散在している場合が多い。ダース/ダースはしばしば個別的な判例はコンメンタールと教科書を見よと指示するが、コンメンタールには矛盾の事例は挙げられていない。
- (24) アイゼンベルクはサリドマイド剤の胎児に対する障害効果、血液検査による父親性の排除、アルコールの呼気検査、証言心理学と伝聞証人を例に挙げている (Eisenberg, Rdn. 107 und Anm. 100 im S. 95.)。ゴルヴィツァーは蓋然的な科学的認識について本文で紹介した見解

を述べた後で、次のように続ける。「しかし、科学のこのような領域においても蓋然的言明しか可能でない場合には、その場合には拘束力はない。事実審裁判官はその場合には、蓋然性の程度と他の証拠徴憑を考慮して、証明されたと見るか否かを自由な証拠評価において決定しなければならない」と(LR-Gollwitzer, § 261 Rdn. 53.)。この文章の後半は良いとして、前半は納得できない。この前半の文章と本文のそれとどこが違うのだろうか。疫学(最決昭57・5・25時報1046・15。第三章注(21)の④参照)や心理学鑑定(後述)などは蓋然性判断しかできないけれども、十分な確実性を持つ時は原則として拘束力があると考ええる。「確実な」科学的認識についても、裁判官の評価が全く不要であるわけではないであろう。鑑定については LR-Gollwitzer, § 261 Rdn. 90-96.; Lemke et al., § 261 Rdn. 36-38。

心理学的テスト手続についてはアイゼンベルクが詳しい(Eisenberg, Rdn. 1619b-1619h.)。

- (25) 267条の所でも引用したが、レムケ他は憲法上の理由づけに言及していることが、特徴である。これは他のコンメンタールやダース/ダースがそのような理由づけを挙げていないことと対照的である。
- (26) 「共同審理を受けている共犯者(共同被告人)であっても、被告人本人との関係においては被告人以外の者であり、被害者その他の純然たる証人とその本質を異にするものではないから、その供述は、自由心証に任ざるべき完全、独立な証明力を有する」(最大判昭33・5・28刑集12・8・1718)。極めて形式論理的な理由づけの典型的な最高裁判決である。共犯者の自白は本人の自白とは別の危険性、つまり、他人に責任をなすり付ける傾向がある。たとえば、松川事件や八海事件が有名だが、極く日常的な事件でも、この判例は「活用」されており、疑問である。なお、自白については鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』1990年217-27頁、浜田寿美男『自白の研究』1992年、同『自白の心理学』2001年、ギスリー・グッドジョンソン(庭山/渡部/浜田

／村岡／高野訳『取調べ・自白・証言の心理学』1994年参照。

- (27) ゴルヴィツァーは被告人の外的印象と公判における全体の素振りを裁判所は先入観なしで評価しなければならないと言う(LR-Gollwitzer, § 261 Rdn. 73.)。クライnkネヒト他は、その他証拠申立に馴染まない重要な印象、たとえば、鑑定証言中の感知しうる反応。外部的な現象や身体的な状態の考察において獲得された観察。公判において聞き手の観察から獲得された認識などは、公判に導入されて訴訟関与者に立場表明の機会があたえられる限り考慮されるべきであると言う(Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 261 Rdn. 6.)。これに対してレムケ他とアイゼンベルクは反対する。レムケ他は「利用不可能性は黙秘する被告人の身振り・ジェスチャーとそれに続く弁護人の説明にも拡張される」と言うだけであるが(Lemke et al., § 261 Rdn. 25.)、アイゼンベルクは「被告人の黙秘権の背後で、何らかの形の黙秘、ないしは身振りとジェスチャー、あるいは弁護人との事前の相談から、不利な結論を引き出すことは、一般に例外なく許されない。被告人の黙秘そのものが証拠利用の禁止の下にある」と(Eisenberg, Rdn. 909.)。
- (28) ダース／ダースは論理法則に違反する場合として、計算違い、車の衝突事件で衝突車の距離についての証言が食い違う場合、一人では実行できない行為と認定した後で、第三の行為者の検討なく、相被告人を行為者と断定した事例を挙げている(Dahs/Dahs, 416.)。ダース／ダースはこれまで確認されたことを繰り返している部分がある(Dahs/Dahs, Rdn. 417, 422 (鑑定に関する).)。ハーナックはここに循環・螺旋論法を入れるし、レムケ他もそうである。クライnkネヒト他は「証言の信用性を証言の構造的要素から判断する場合は、循環論法ではない」と言う。ダース／ダースは循環・螺旋論法を別に論ずる。ハーナックは概念の取違いを個々に論ずるが、正しくないと思う。
- (29) ダース／ダースは普遍妥当性のない経験則の例として、二つの事例

を挙げる。一つは灯油にマッチで火を点けて放火しようとした事例で、科学的な経験則から見て、灯油の着火温度は高いので、このような方法では火が付かない場合。もう一つは、被告人の同定で、被告人の外観が変わっていない場合には、直接の対面の方が、古い写真で外観が違ふ被告人を同定するよりも、再認し易いという経験則の事例である。事実審裁判所が写真による同定を優先させる時には、何故そうするのかという特別事情を説明しなければ、法令違反は排除されないと(Dahs/Dahs, Rdn. 421.)。

- (30) G.Fezer, *Möglichkeit einer Reform der Revision in Strafsachen*, 1975は未見なので、バートンの著書によって引用する。
- (31) フェザーは言う。BGHは「法令違反」によって二重のゲームを行うことができる。一方ではBGHは根本的には事実認定に対する批判である叙述批判のために、法令違反を無条件で構成せねばならない。他方、BGHは個別的にこの構成を不確定とすることで、そこから正確な異議正当化を導き出すことを困難にするのである。それ故に、以前と同じように、叙述批判を指摘する攻撃を、337・261条に表現されている上告制限機能を引合いに出すことで却下することが可能なのであると(Fezer, 1974, S. 52, zit.in: Barton, op.cit., Anm. 379 an SS. 217-8.)。バートンはフェザーにはBGHの不誠実を非難するつもりがなかったと言う(219頁)。
- (32) Sarsted/Hamm, Rdn. 12ff. ここでこの著者たちが述べているのは、本文で詳細に展開した上告審裁判所の混乱ぶりである。
- (33) ヘルデンベルク(Heldenberg)は第5刑事部(ベルリン)の主席連邦検察官の当時の事務所長である。
- (34) 1995年に連邦議会に提案され、1997年に議論された上告法改正案は、これらのBGHの判例を追認する方向だと言う(Barton, op.cit., Anm. 419 an S. 232.)。
- (35) もっとも、現在の実務で行われている、これまでとは違った基準に

基づけば、上告の成果の予測ができないわけではない(235頁)。後述参照。

(36) <apokryphe>はもっと強い言葉で表すと、「偽聖典に基づく」、「偽史による」という意味である。

(37) BGH 裁判官の発言によると、放火事件で既述であることが確認されていなかった判決について、建物が実際に焼却したのか否かを原審の写真ファイルで確認したところ、建物は土台まで焼却していた。そこで協議において判決を破棄しないとの結論に達したと言う。また強姦事件で、被害者が自由意思で性交したのではないか否かが判決では明らかでなかった。この場合も協議で警察写真が照合された。その写真は血液の流出を示しており、自由意思という結論はほとんど不可能と論じられたと言う(262-3頁)。

(38) ある GBA の発言によると、殺人犯罪の刑罰比率がハンブルクとバイエルンでは全く違っている。ハンブルクでは丁度3回の殺人に等しい刑罰が同等の刑罰と考えられている。バートンは言う。もしそうだとすると、この GBA はハンブルクで量刑に異議がある上告申立に直面した時に、後頭部で、この有罪者はそれでもバイエルンで有罪とされたのではないというむしろ幸運を得たとでも考えるのだろうか。あるいはその逆の場合も。

(39) この発言は Sarstedt/Hamm, 5. Aufl., Rdn. 463にあるが、Hamm が改訂した Sarstedt/Hamm, 6. Aufl. にはない。そこでは決定で却下できる可能性から、乱用への誘惑が生ずるとあるだけである (Rdn. 1255.)。

(40) W.Naucke, "Der Revisionsrichter in Strafsachen", in: G.Bemmann /L.Manoledakis (hrsg.), Der Richter in Strafsachen, 1992, SS.107-18が引用されている。

(41) E.Goffman, "On Cooling the Mark Out: Some Aspects of Adapta-

- tion to Failure”, *Psychiatry*, 1952, pp. 451-63が引用されている。
- (42) パートンもポピッツの『無知の予防効果について (Popitz, Über Präventivwirkung des Nichtswissen. Dunkelziffer, Norm und Strafe, 1968.)』を引用して、被告人が上告実務の実態を知れば、上告を利用しようという気はほとんどなくなり、事実審の公判での「闘い」は激しくなろうと言う。
- (43) M. Alsberg, “Mit welchen Hauptzielen wird die Reform des Strafverfahrens in Aussicht zu nehmen sein?”, 1928, zitier nach J. Taschke (hrsg.), *Max Alsberg-Ausgewählte Schriften*, 1992.; E. Schmidt, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II*, 1957が引用されている。アルスベルの言葉は次の通りである。「公判手続の改善のために立法によってなされ得ることは全て、『上告審』が法律規定の遵守を監視する場合にだけ異論のない価値を持つ。ほとんど『ひとりの』の裁判官も、公式の法規定を遵守することが個別的事案においては、実体的正義の確認に最も迅速に仕える適切な手段でない場合には、それらの法規定を遵守しないと、上告審の介入の結果、自分の裁判官としての行為が無効に至り得る場合でなければ、それらの法規定にそんなにも厳格に適合しようと努めはしないだろう」と。
- (44) Adam Thurschwell, “Reading the Law”, in: Austin Sarat/Thomas R. Kearns (ed.), *The Rhetoric of Law*, 1994, pp. 306-7, 316. なお、参照、小野坂「物語の意義と構造(1)」法政理論29巻4号1997年21-42頁。
- (45) Bernard S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, 1988, pp. 101-6.
- (46) Benett/Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom*, 1981, pp. 107-115. Mary Timothy, *Jury Woman*, 1974, esp., pp. 229-59.