

刑事裁判における証明基準の研究 (七・完)

——「合理的な疑い」の機能的検討——

中 川 孝 博

はじめに

第一章 日本における事実認定審査の現状

第一節 検討の方法

第二節 最高裁有罪判決破棄・無罪判決維持事例

第三節 最高裁無罪判決破棄・有罪判決維持事例

第四節 控訴審の裁判例

第五節 一審で確定した無罪事例

第六節 日本の裁判例検討総括

第二章 ドイツにおける事実認定審査の現状

第一節 上告審による事実認定審査の現状

第二節 あとづけ可能性による事実認定審査

第三節 心証概念による事実認定審査

第四節 ドイツにおける事実認定審査システム総括

第三章 英米において「合理的な疑い」基準が果たしている機能

第一節 アメリカ陪審裁判における証明基準の定義をめぐる動向

第二節 「合理的な疑いを超えた証明」と全員一致評決制

(以上四七号)

(以上四九号)

(以上五〇号)

(以上五一号)

(以上五二号)

第三節 英米における証明基準総括

第四章 「合理的な疑い」基準をめぐる諸問題の検討

第一節 心証概念としての「合理的な疑い」の定義

一 刑事裁判における証明が高度であることの象徴としての「合理的な疑いを超えた証明」

二 機能的定義

(一) 心証状態からの定義

(二) 証拠の優越との違い

(三) 疑いは具体的である必要があるか

(四) 上訴審との関係

(五) 説明可能性

(六) 心証形成プロセスの規制

(七) 合理的な疑いの定義に必要なもの

第二節 評決制の検討

一 全員一致による有罪判決を要求すべきか

(一) 現行法の規定

(二) 少数者の疑いは不合理な疑いなのか？

(三) 合議体の意思は個人の人格を捨象してできるものなのか？

(四) moral certainty の要請

(五) 多数決評決制は合理的な疑いの程度を高める

(六) 多数決評決制は評議の充実に阻害する

二 有罪につき全員一致とならなかった場合、裁判所はどう行動すべきか

(一) シンメトリ・ルール

(1) Maher の評決不能廃止論

(2) 結論

第三節 事実問題に関する控訴理由と判決理由の検討

(以上五三号)

一 心証形成過程を審査する場合——理由不備、理由齟齬

二 判決理由の法的位置づけ

(一) 判決理由の意義

(二) 有罪判決の理由

(三) 無罪判決の理由

三 心証を優越させる場——事実誤認

(一) 心証の優越はなぜ許されるのか？

(二) 合理的な疑いを超えた証明と事実誤認

第四節 日本における証明基準とシステムに関する総括

むすびにかえて

(以上本号)

第四章 「合理的な疑い」基準をめぐる諸問題の検討

前章までの検討を簡単にふり返ってみよう。

本稿は、同一事件において下級審の叙述を上級審がどのような形式で批判しているかを分析し、日本において「合理的な疑い」が現実に果たしている機能を検討することから出発した。

原判決が触れていない事情を挙げ、検討すべき事情を検討していないと批判する「審理不尽」型を除くと、上級審が下級審の叙述を批判するのには二つの類型がみられる。第一に、被告人に不利益な「一般的説明」、あるいは被告人に有利な「一般的疑い」により具体的事情を無視することに対する批判である。第二に、直接原判決の証拠評価の

どこに問題があるのか具体的に批判せず、上訴審の結論のみを述べるものである（一刀両断型）。

最高裁の事例では、原判決の証拠評価にいかなる問題があるのか、具体的に指摘されることは少ない。原判決の叙述にかかわらず、自身の判断が示される、一刀両断型が多い。そして、最高裁自身の叙述は、「被告人に不利な一般の説明」、「被告人に有利な一般の疑い」と変わらない形式になっていることが多い。この特徴は、有罪判決破棄事例、無罪判決破棄事例、いずれの事例にも共通する。

高裁の事例では、有罪判決破棄の場合と無罪判決破棄の場合とでかなり差異がみられる。有罪判決破棄の場合、具体的事情との関連を詳細に書かないという意味での「一般の疑い」が示される例はほとんどない。具体的事情を多数指摘することにより「被告人に不利な一般の説明により具体的事情を無視すること」を批判するものが多い。高裁が提示する「合理的な疑い」は、いずれも具体的事情をふまえた具体的疑いになっている。これに対し、無罪判決破棄の場合には、被告人に不利な一般の説明や、一刀両断型が多い。

比較対照のために地裁で確定した無罪判決群をみると、証拠の検討が不十分であるとして上訴審が介入する余地を与えないほど周到な叙述がなされているものが多い。

以上から、被告人に利益な判断をする場合と不利益な判断をする場合とで叙述の形式に差異がみられないのは最高裁のみであることがわかる。合理的な疑いというフォーミュラは、原審の疑いを合理的でないとだけ述べて破棄する点で最も機能を發揮しており、原審は、自身の無罪判決を破棄されないようにするために、判例によつて義務づけられていないにもかかわらず、証拠評価の過程を、おどろくべき詳細さで記さなければならない。これらの意味で、日本における合理的な疑いは、その程度が高められていると評することができよう。

このような日本の「合理的な疑い」に対し、事実問題に関する審査制度のないアメリカにおける「合理的な疑い」

は、主観的には、十分に評議を行ったうえで陪審員に残る疑いであり、それに尽きる。排除されるのは、証拠に基づかない一般的抽象的疑いや、合議において証拠を検討する場で何ら意見を提示せずに無罪票を提示する場合のみである。このように評議において意見を述べる必要があるが、最終的に残った疑いは、他者を説得させるだけのものではない。そのような個人の疑いを抱く陪審がいらないという状態が、客観的に合理的な疑いを越えた証明があったとされる。これが合理的な疑いを越えた証明の伝統的概念である。

一方で、事実問題に関する審査ができない英米では、多数決評決制度を採用することによって、不合理な陪審員による評決不能を防ごうとする。合理的な疑いを越えた証明の客観的側面をあえて取り去り、個人の心証概念に尽きると再構成したり、少数派は少数派であるがゆえに不合理だとあえて構成する。ここに陪審というブラックボックスに対する不安の念が強くみられる。

ドイツでは、上告審は事実問題に介入しないという原則にあえて修正を加え、判決理由を審査することによって不当な有罪判決の是正が試みられている。このシステムは、あえて判決理由の叙述の瑕疵を証拠評価の実体の瑕疵に置き換えるもので、実体と乖離した形式審査に陥る可能性もあるが、実務の運用は概して良好と評価できる。その意味で、日本とは異なり、判決理由の意味が明確であり、恣意的な裁判官の安易な有罪認定に対し、その「心証形成過程」を批判するための方式として、このあとづけ可能性審査は最も有効なものといえる。

一方で、やはり無罪判決に対し具体的な根拠を示すことなく心証を優越させることが行われている。あとづけ可能性審査を基礎づけた、心証概念に関する主観説は、有罪判決破棄に対する積極的破棄を理論づけることはできたものの、この心証の優越に対する無罪判決破棄に対しては十全な防御策を提示できないというジレンマがある。

このように、英米にしてもドイツにしても、それぞれ長所があり、短所がある。これらの点をふまえ、日本の「合

理的な疑い」の程度をいかに下げるか、それが不当な判決に対する介入可能性とのバランスを崩さずに実現できるかが本章の課題となる。①心証概念としての「合理的な疑い」の定義、②評決制、③事実問題に関する上訴制度の順で検討したい。⁽¹⁾

(1) なお、事実問題に関する上訴制度については、二重の危険等の問題とも関連させて論じるべきであるが、ここでは、さしあたり本稿が検討してきた範囲内で考察せざるをえない。

第一節 心証概念としての「合理的な疑い」の定義

一 刑事裁判における証明が高度であることの象徴としての「合理的な疑いを超えた証明」

従来、日本においては、証明基準の定義についてそれほど関心がもたれてきたとはいえない。

野間禮二は、証明基準に関する日本の判例と学説について、昭和二三年の最高裁判決は「戦後極めて早い時期に、主観と客観とを混同した判示をしているが、学説も筆者から見れば各説ともこの判例をそれ以上に深く分析しないまま、『犯罪の証明』に関して、『確信』とか『合理的な疑いを越える証明』ないし『高度の蓋然性』という概念の説明

において、右判例をそれぞれ自分の思う方向に引用・解釈して、主観と客観を混同したあいまいな説明に終わってしまっている」と評している。⁽²⁾

あいまいであったというこの指摘が正しいとすれば、なぜあいまいにされてきたのかという疑問が生じてくる。考えられる答えは、合理的な疑いを超えた証明の定義は実践的意義を有してこなかったからだというものである。例えば松尾浩也はその体系書において、「検察官の負担する举证責任の重さは、証明の水準が高いことによって、いっそう厳しいものとなっている。すなわち、犯罪事実が証拠によって『証明された』とするためには、裁判官の心証は、『通常人なら誰でも疑（い）を差挟まない程度に真実らしいとの確信』に達していなければならない。『絶対的な真実』までは要求されないが、通常人である限り疑問を投げようとしただけの高度な蓋然性が要求されるのである。アメリカでは『合理的な疑いを越える証明』というフォーミュラが用いられ、またドイツでは、『確実性に接する蓋然性』という表現が使われているが、いずれも刑事訴訟における証明の水準の高さを表そうとする点で共通している」と述べている。この説明からうかがえる点が二つある。第一に、証明基準の定義は、刑事裁判における証明基準が高度のものであることを象徴するものとしてもつばら扱われ、具体的な判断基準をどのよう引き出すかについては関心が払われていないという点である。第二に、第一の点から引き出されることであるが、アメリカの「合理的な疑いを超えた証明」やドイツの「確実性に接する蓋然性」という二つのフォーミュラが現実を果たしている機能について関心が払われていないという点である。⁽⁴⁾ 証明基準の定義から実践的意義を具体的に引き出そうとする関心が薄かったとすれば、概念はあいまいなままにされてきたとしても無理はないであろう。

それでは、なぜ証明基準の定義から実践的意義を具体的に引き出そうとする試みが積極的になされてこなかったのだろうか。考えられる理由として思いつくのは、事実認定自体の性質である。事件ごとに異なる証拠が異なる意味あ

いをもって登場するという場においては、証明基準についていかなる説明を試みようとも、全ての事件についてどのような場合がそれを満たすのか厳密に定義することは不可能である。そうだとすれば、結局証明基準の定義は、刑事裁判における証明は高度のものが要求されるということを一般に示すにとどまらざるをえないという意識が働いていたのではないか。

その結果、当該証明基準が各国の実務においてどのような意味あいでも用いられているか検討が十分にされてこなかったらしいがある。前章までに検討したように、日本の裁判システムと他国のそれとの違いは大きく、それぞれのコンテキストの中で証明基準の定義がなされている。証明基準の定義は、単に刑事裁判の証明の程度は高度なものであるということを表示するためになされているのではない。第二章でみたように、ドイツにおいては、当該事件の事実認定を審査するにあたり、心証概念の当該事件における「あてはめ」だけではなく、心証概念の「解釈」が問題とされていた。ドイツにおいて証明基準、心証形成論の議論が盛んな背景には、このように、それら概念が直接判例において問題になっていくという事情があるのである。英米においても状況は異ならない。証明基準の説示が陪審に誤解を与えたかという形で、証明基準の定義が直接裁判で問題とされるのである。

これに対し、日本では、事実認定の当否について、証明基準の意義が直接問題になった判例は皆無といつてよく、証明基準の当該事件における「あてはめ」だけがもつぱら問題とされてきた。証明基準の定義に関する詳細な検討がなされてこなかったのには、このような事情が絡んでいるように思われる。⁽⁵⁾

二 機能的定義

(一) 心証状態からの定義

「合理的な疑いを超えた証明」を、裁判官の心証状態によつて定義付けようとする試みがある。例えば平野龍一は、「道徳的な確実さ、すなわち、裁判官が、良心にしたがつて、まちがいないと信じたとき」⁽⁶⁾と定義している。しかしこのような主観的な概念として構成する定義は、日本においてはあまりみられない。実際、この定義では、裁判官の主観的確信が必要条件であり、また十分条件であるとする主観的確信説と「合理的な疑いを超えた証明」との違いがほとんど明らかにならない。学説の多くは、「合理的な疑い」とは何かを問うことによつて、「合理的な疑いを超えた証明」を定義づけようとしている。

（二）証拠の優越との違い

日本における合理的な疑いの定義について、まず注目すべきは、証拠の優越と合理的な疑いを超えた証明の区別である。例えば、「合理的な疑い」を「一応理由のある疑い」と定義し、「証明されたというためには、証明されるべき事実の存在についての疑いをひとつひとつ払拭しなければならぬ。弁護側から『一応理由ある疑い』が提示されれば、検察側は、この疑いをぬぐい去らない限り、有罪という判断は得られないのである。そのような疑いも残るが、有罪の可能性のほうが強いというのでは証明されたことにならない」⁽⁷⁾との説明がある。

証拠の優越と合理的な疑いを超えた証明が違ふものであることは明らかであり、この点を踏まえない裁判官が存在するとすれば、この点をあらためて強調する意義は十分にある。

しかし、どのような疑いでもよいというわけではないだろう。そこで、合理的な疑いの「具体性」が問題とされることになる。

（三）疑いは具体的である必要があるか

日本における「合理的な疑い」の具体性をめぐる議論については、鴨良弼と井戸田侃の各論文が興味深い。鴨は、

合理的な疑いを「具体的な証拠によって裏づけられた具体的疑問」⁽⁸⁾と定義づけている。これに対し、井戸田は、そのように限定づける根拠はないと批判し、「具体的な証拠によって裏づけられた疑問でなくても、それがありうべき正に『合理的な疑問』であるならば、ここに含まれると見てよい」⁽⁹⁾とする。

両説の違いは、具体的な証拠によって裏づけられている必要があるかという点にある。しかし、具体的に両説はどのように異なるか、必ずしも明らかではない。井戸田は、具体的な証拠によって裏づけられていなくともよいというが、これは奇妙な主張のようにも思われる。なぜなら、第三章第一節で検討したように、「合理的な疑い」は当該証拠(あるいは証拠の不存在)に基づいた疑いでなければならぬということ、アメリカでは当然のように認められているからである。井戸田も、合理的な疑いとは英米法の *reasonable doubt* に由来することは認めている。⁽¹⁰⁾ 実際、「証人とは虚偽の供述をする可能性が常に否定しきれないものだ」とだけ述べて当該証人の証言の信用性を否定することは、井戸田も認めないであろう。したがって、具体的な証拠によって裏づけられていなくともよい疑いの中で、さらに合理的な疑いとされるものとされないものを分別する必要がある。この点について井戸田は、「ありうべき正に合理的な疑問」であればよいという。しかし、これは同義反復である。

あるいは井戸田は、「具体的な証拠によって裏づけられた」という鴨の説明を、別の意味で解釈しているのかもしれない。実際、鴨の定義は、例えば、無罪であることを具体的に示す証拠がなければならぬという趣旨にも読める。そのような趣旨であるならば、まさに井戸田のいうように、具体的な証拠によって裏づけられている必要はないとの批判が妥当しよう。

しかし、鴨の定義はどのように解釈できるのだろうか。この点を検討するために、鴨の具体的説明をみてみよう。次のように述べている。

自由心証主義のもとでは、有罪と無罪とを区別する基準をどこに求めるかの問題を生ずる。なぜなら、事実の認定は証拠の自由な評価によって疑問（反対事実の可能性）を排除していく作用であるが、人間の判断作用には常に疑問が消滅しえないからである。肯定証拠と反対証拠の交互の判断作用によって疑問は減少してはゆくが、絶対に消滅し去るということは、ほとんどありえない。判断能力と証拠の評価を尽くしてもなお疑問が残る。それが確信形成の過程である。そうとすれば、有罪と無罪との区別の基準をどこに求めるか。それについては、大陸法では *dubio pro reo* の法理がみとめられている。この場合の疑問とは抽象的な疑問ではなく、具体的な証拠によって裏づけられた具体的な疑問を意味している。この後者の具体的な疑問が残されているときは、無罪の判決がなされなければならぬとするのである。しかも、その疑問（反対事実の可能性）は、裁判官が可能な限りの認識能力と可能なかぎりの認識素材（証拠の評価）を尽くしてえた心証状態（確信状態）時を基準とするものでなければならぬ。英米法では、「合理的な疑いなきまでの証明」ということが有罪、無罪の基準とされる。この「合理的な疑い」とは、大陸法のいう「疑わしきは被告人の利益」とどのような差異があるかは問題であろう。しかし、その「合理的な疑い」とするものが具体的な証拠によって裏づけられた具体的な疑問を内容とするかぎり、やはり、そこには共通性があるとしなければならない⁽¹⁾。

この説の特徴は、①具体的証拠に基づいた具体的疑いが、無罪とすべき疑いであるとする、こと、②それを大陸法（おそらくドイツ法であろう）の心証概念解釈から導き出していること、③その大陸法の解釈と英米における「合理的な疑い」の解釈は同一であるとするところ、の三点にある。このように捉えるならば、鴨のいう「具体的証拠に裏づけられた」とは、ドイツの判例が（心証概念の問題として捉えるか、証拠評価を検討し尽くしたかの問題として捉えるかは別として）一貫して示してきた、「無罪が認められるためには、事実審裁判官は、自身の疑いがどのような事情から成立したのか、事実との具体的連関を示さなければならない」との建て前と同趣旨のものとして解すべきであろう。このように解すべきことは、「抽象的な疑いではなく」というフレーズが前に置かれていることから明らかに

あろう。したがって、「具体的に無罪を示す証拠」を必要としないという点では、鴨説と井戸田説に実質的相違はないのである。

それでは、両説の違いはどこに求められるのであろうか。今度は、井戸田の見解を検討することによってその相違を探ってみよう。井戸田は、前述のように、同義反復的説明を行っているが、その後さらに次のような説明を加えている。

「合理的な疑を容れない」ということは、それは正しく客観的な観点に立つ評価である。裁判が「法」の名においてなされるべきものである以上、それが客観的に見て首肯でき、「合理的な疑問」を容れる余地のないものであるべきはいうまでもない。と同時に他方では、それは主観的には、裁判官としての良心に従った確信のある裁判でなければならぬ。確信のない裁判は裁判に値しない。⁽¹²⁾

この説明には二つの観点がはいっている。第一に、事実認定者の主観が問題にされている。裁判官は、確信していなければならないという。第二に、事実認定者の主観的判断に対する客観的評価が問題にされている。裁判官の抱いた疑いは、客観的に見て首肯できるものでなければならないという。この説明から明らかになるのは、論者は合理的な疑いとは裁判官の心証の問題のみとして捉えていないということである。なぜなら、客観的に見て首肯できる疑いが合理的な疑いであり、事実認定者は、自身の疑いが客観的に見て首肯できるかを吟味しなければならぬとするならば、事実認定者に主観的確信を要求する第一の命題と矛盾するからである。すなわち、客観的に首肯できる疑いはないが、確信できないという心証状態に裁判官が陥ったならば、その裁判官は結論を出すことができないのである。したがって、論者のいう「合理的な疑い」とは、裁判官の抱いた疑いの客観的評価を問題にするものであり、裁判官が自身抱いた疑いが合理的か否かを吟味するという場合は想定されていないのである。この点に、鴨説と井戸田説との相違がある。鴨説は、裁判官の心証の問題として、すなわち自身の疑いが無罪とすることを認めるに足る疑いである

かを裁判官が判断する基準として合理的な疑いを論じているからである。

こうしてみると、両説の対立は、疑いの具体性の要否にあるのではなく、実は「合理的な疑い」か否かを判断する主体は事実認定者自身か否かにあつたのである。その意味で、焦点がずれているといえるが、その点はひとまずおくとしよう。井戸田説が示唆することく、裁判官の疑いが客観的に首肯できるものであれば「合理的な疑い」と認められるのであれば、そのような評価をいかに行うかが次の問題になる。

（四） 上訴審との関係

客観的に合理的な疑い⁽¹⁴⁾か否かを判断するのは控訴審だとする一連の主張がある。

まず、一審裁判官が主観的に確信した判断を客観的に控訴審が審査するという意味での客観的概念として構成するものがある。「合理的な疑いを越えた証明」を、控訴審における事実誤認の判断基準としてのみ使用し、第一審については主観的確信が要請されるという。

例えば長島敦は、「『合理的な疑いを越えた証明』という言葉で」問題とされているのは、刑事裁判における証明の客観的評価であることを忘れてはならない。つまり、全人格的証明は、当該裁判官にとつては内面的必然性をもつ真実の確信なのであり、これを客観的に評価すれば、『合理的な疑いを越える証明』なのである⁽¹³⁾と述べている。一審裁判官に要求されるのは主観的確信であり、その可否を客観的に評価する控訴審における事実誤認の判断基準（破棄すべきか否かの基準）として、「合理的な疑いを越える証明」が提示されているのである⁽¹⁴⁾。

また、同様に「合理的な疑いを越えた証明」とは控訴審の判断基準であり、一審においては「確信」が要求されるとするものに野間説がある。この説は、「合理的な疑いを越えた証明」と「確信」が同じものであることを強調する。

「犯罪の証明」は、論理的科学的な証明すなわち真実そのものへの到達をいうのではなく、歴史的な証明である。

そしてそれは客観的には「合理的な疑いを越える証明」ないし「真実の高度な蓋然性」であるが、主観的には裁判官に「確信」を抱かせるに足るものでなければならぬ。「合理的な疑いを越える証明」があるといえる場合とは、とりもなおさず「確信」に達した場合である。「合理的な疑いを越える証明」はあると認められるが、いまだ「確信」に達しないというようなことはあり得ない。前者が認められれば当然後者も認められ、後者が認められる場合には当然前者も認められるという物の表と裏の關係にあり、証明の程度としては前者と後者は同一レベルのものである。⁽¹⁶⁾

このような見解は、主観の問題が直接事実認定における判断基準の問題に結びついていない日本の刑事裁判システムにおいて当然出てくる説のように思われる。かつてのドイツのように、「犯罪の証明があつたというためには、有罪の確信があればよい（から有罪事例の可否を上訴審は検討できない）」という判断が判例上出されていず、「合理的な疑い」が審査の客観的基準だとされているところにおいては、主観と客観の区別は少なくとも実際的には無意味だからである。

そうすると、結局のところ、論者の主張は、証明基準を定義するにあたり主観的概念は必要なしというようにも思われるが、そうとはされていない。「（一審の）判断が客観的基準たる『合理的な疑いを越える証明』をクリアーしていると言つてみても、それは所詮一審としての単なる自己主張にすぎない。控訴審は事後審としての立場で、独自に原判決の可否を客観的基準たる『合理的疑いを越える証明』があるといえるかという見地から判断するのである」⁽¹⁶⁾と述べている。

それでは、野間説にいう「合理的疑いを越える証明」とは何か。論者は『合理的な疑い』とはどのようなものかは一義的に定義し得るものではない。・・・『合理的な疑いを差し挟む余地のない程度』というのはあくまでも抽象的な客観的概念である。・・・客観的にみて当該裁判官に確信を抱かせるだけの証明がなされていると評価できる場

合でなければならぬということである」とする。すなわち、一審に対する要請（確信）と二審に対する要請（合理的な疑いを超えた証明）の違いは、裁判所が解決すべきテーマに基づくもので（有罪か無罪というテーマと、有罪・無罪という原審の判断が正当か誤っているかというテーマ）、判断の実質は異ならないと解される。

こうしてみると結局、野間のいう「合理的な疑いを超えた証明」とは、「控訴理由として事実誤認が認められている以上、一審の自由心証主義を強調して、一審の確信を控訴審の判断よりも優先させることはできない」という制度上の理由から、原審と同じように記録を検討した結果原審と異なる結論に至ったにすぎない控訴審判決の判断に対し、客観性の装いを与え、それゆえ正当とするための語句にすぎないということができよう。

理由づけは異なるが、同様の発想に立つものとして、中野次雄の見解がある。⁽¹⁸⁾彼はウィグモアのいう事実認定のしかたに関する演繹形式と帰納形式という分類に示唆されつつ、帰納形式に相当するものを総合的・直感的な認定方式、演繹形式にあたるのを分析的論理的な認定方式と呼ぶ。「前者は、多くの証拠を取り調べた結果おのずと一定の事実が『心証』として浮かび上がってくるという型であり、これに対し後者は、意識的に各証拠の評価から出発して演繹的な推論を重ねていく方法である。・・・（両者は完全に別物というわけではないが）（演繹的）推論の過程が「⁽¹⁹⁾裁判官に意識されることなく、直接に結論だけが意識されるという形をとる点に総合的直感的認定方式の特徴がある」。そして中野は、刑事訴訟法が第一審裁判所の事実認定の型として予想しているのがこの型（総合的直感的認定方式）であることはまず間違いないとする。その理由は、法が有罪判決の理由に証拠の標目の揭示を規定するに止まり、それ以上心証形成の理由まで説示することを要求していないことに求められている。

これに対し、分析的論理的方式は、「すでに一応なされた事実認定を反省し批判する方法としてその長所を發揮する」⁽²⁰⁾として、控訴審の判断方式にふさわしいとする。そして論者は、「合理的な疑い」とはこの分析的論理的方式に

よる事実審査の基準として用いられると主張するのである。

分析的論理的方式による事実審査は、刑事裁判の実際においては、有罪とするについての「合理的な疑い」の有無の審査という形で行われることが多い。それは、刑事では、検察官の起訴した事件には被告人に不利なそれ相当の証拠が存在するのが通例で、そのため問題の中心は、それらの証拠によってその事実をおよそ推認することができるかということではなく、そのように認定することについて「合理的な疑い」が残るか残らないかという刑事裁判に特有な証明の程度の問題に移るからだろうと思われる。そして、これは、総合的・直感的認定方式において主観的に「確信」と呼ばれているものを「合理的な疑いの有無」という客観的な基準で審査するものであり、三段論法的、演繹的な事実認定方法の最後の段階で行われる証明の程度の審査であるから、まさしく分析的・論理的な思考方式の重要な部分にほかならないのである。⁽²¹⁾

このように、中野説は、なぜ控訴審の判断が優越するのかについて、判断方法が異なるという論拠によっている。そして、合理的な疑い基準を一番ではなく、二審の審査基準として用いるという構成をとっている。この説に対しては、一審も直感的判断方法では足りず、分析的検証が必要なはずであるという批判が加えられている。⁽²²⁾

以上のような上訴審優先の発想は、現在のドイツ連邦通常裁判所が依拠する理論、すなわち間主観説の発想に近い。⁽²³⁾しかし、ドイツにおいて間主観説が登場したのは、ドイツ刑法二六一条が確信に基づいて判断すると規定している。事実審に確信を要求せざるをえないという事情がある。これに対し、日本における上訴審優先の発想に立つ諸説は、控訴審の判断が優先することをア・プリオリに定め、それにあわせて一審の心証概念を直感的確信と解釈している。しかし、そもその問題として、事実誤認という控訴理由の存在を前提として事実審裁判官の証明基準の定義を導き出すという方法は適切といえるだろうか。本来、証明基準とは事実審裁判官の判断基準である。それに対し事実誤認に関する基準は、事実審の判断をどのように審査するか否かについての判断基準である。先にあるのは前者

である。後者を考察する際には、あるべき本来の事実審判断基準を前提としなければならない。事実誤認の判断の必要性から事実審の証明基準を導き出すのは逆転した発想であり、方法として誤っているといわねばならない。

このように考えるならば、上訴審が納得するかという点に合理的な疑いの基準を求める考え方は妥当なものとはいえない。井戸田を含め、合理的な疑いを客観的な概念として構成する論者の多くは、そのように考えていないであろう。しかし、客観性とは間主観性、すなわち第三者が当該判断を肯認することを意味するものとするならば、現実の訴訟の場において原審の抱いた疑いに納得するか否かを判断するのは上訴審裁判官であるから、「間主観的疑い」＝「上訴審裁判官が納得した疑い」ということに事実上ならざるをえない。上訴審裁判官に全権を委任する形になってしまふのである。したがって、「合理的な疑い」を「間主観的疑い」と構成する限り、原審の抱いた疑いを一刀両断する実務の現状を批判することは、理論的には困難なのである。

客観性が間主観性を意味するものではないとするならば、どうか。それはむしろ絶対的疑いとも呼んだほうがよいだろう。真理論における反映説的思考といつてもよい。すなわち、「当該裁判官が抱いた疑いは合理的な疑いである」という命題は、当該裁判官が抱いた疑いが合理的な疑いであるならば正しいということになる。しかし、そのこと自体は正しいとしても、具体的な基準は導きだすことはできず、合理的な疑いに関する定義は事実上無意味なものになってしまう。何が合理的な疑いで、何が合理的な疑いでないか、一義的に確定できる状況にはないのである。ともあれ、上訴審との関係を考察する前に、第一審裁判官が自身の疑いを評価するための具体的基準としての「合理的な疑い」の意義を検討しなければならない。この点に関し、どのような学説が出ているだろうか。

（五） 説明可能性

「合理的な疑いを超えた証明」の程度や「合理的な疑い」の程度を量的に示すというアプローチも考えられるが、第

三章第一節で検討したように、アメリカでは合理的な疑いの程度を量的に示すことは危険だという認識があり、その認識は正当と思われる。そこで、それ以外のアプローチを試みようとする見解をみてみよう。

後藤昭は次のように述べる。まず、「既に十分に慎重な事実認定者を想定したときには、『確信』を要件とすることは、たとえその動機が有罪認定の規制にあつたとしても、結果において事実認定過程を神秘化し、かえつてその合理的なコントロールを困難にさせる虞があるのではなからうか」として、心証形成の客観化の観点から「確信」という心証概念を批判する。そして、第一審裁判官は「合理的な疑いを越えた証明」があつたと判断しても確信を抱かなければ無罪とするという説に対する批判として、「元来、『合理的な疑いを越える証明の有無』という基準は、立証責任に関する基準である。そして、立証責任に関する基準は、裁判官が事実の存否について確信が持てない場合に、最後の拠所とする指針である。だとすれば、その基準はそれによって有罪・無罪の結論が導かれるものでなければならぬ筈である」と主張する。⁽²⁵⁾そして、「合理的な疑い」の意義を次のように説明する。

裁判官に対して、迷ったときすなわち有罪とすることに少しでも疑問を感じたときには、その疑問が「合理的」であるか否かによって決断せよという基準を与える他にないであろう。このように言うことは、有罪の確信が持てなくても無罪の証拠がない以上有罪とすべきだという意味ではない。「合理的疑い」とは、具体的な証拠に基づかなくても、説明のできる疑いであれば十分であろう。そのような意味での「合理的疑い」の有無が、第一審でも控訴審でも事実判断の最終的な基準となるのである。⁽²⁶⁾

この「説明できる疑い」という定義は、心証概念の定義のあり方として、疑いの「程度」という抽象的アプローチではなく、具体的に裁判官の指針になりうるアプローチとして評価できる。

しかし、やはりそれでも、この定義は「説明の程度」に関する問題点を生じさせてしまうように思われる。論者は、「証拠は十分だが何となく確信が持てない」という状態以外であればよいという意味で「説明可能性」を用いている。

要するに自身の疑いについて、「何となく」以外の何らかの説明ができればよいことになる。しかし、論者は、控訴審と事実審の基準が同一であるとし、しかも、「合理的な疑い」が人によつて異なることを認めている。このようなシステムを前提にするならば、結局一審裁判官の「説明可能性」は、その説明を上訴審が受け入れることによつて認められることになってしまうのではないか。そうなるとすれば、結局上訴審の審査基準としてののみ「合理的な疑い」を用いる前述の諸説と同様の帰結にならざるをえない。そして、この「説明可能性」基準は、第一章で指摘したような日本の合理的な疑いが高度になる要因を、除去するものとしてではなく、むしろ現状を正当化する機能を果たしてしまふように思われる。

（六）心証形成プロセスの規制

ここで注目されるのは、「合理的な疑いを超えた証明」を心証概念として用いることに意義を見出さず、かわりに「心証形成プロセスの規制」を導き出そうとする考え方である。「自由心証の名のもとに心証形成をブラックボックス化すること」に対する危惧感から、あるべき証拠評価のプロセスを提示し、これによつて心証形成の客観化をはかるというものである。「道徳的確実性」に対する高田昭正の批判も、この観点からなされていた。⁽²⁷⁾

心証形成プロセスの規制という観点自体は重要なものといわなければならない。一定の証拠につき一定の検討をせよという要求は、あいまいな心証概念に比べて、具体的に裁判官に課すことができるだろう。しかし、やはり心証形成のプロセスのみを問題にしても、全ての問題が解決するわけではない。注意則に従ったからといってかならず疑いが一義的に明白に出てくるわけではない。最終的証拠評価の場において判断のつきかねる裁判官の迷いを解消することはできないといわなければならない。

（七）合理的な疑いの定義に必要なもの

このようにみると、(後藤を除き)日本の学説が合理的な疑いに対してこれまでとってきたアプローチは、高度な疑いではないことを示すこと、安易に確信することなく、しかるべき証拠評価方法をとらなければならないことを示すこと、客観的な疑いには従わなければならないことといったように、「予断、偏見に満ちた有罪推定裁判官」に對し、いわば他律強制的に合理的な疑いの意義を示すものであった。このようなアプローチは、アメリカにおける裁判官が説示を行う際にとるアプローチと対照的である。アメリカにおいては、あたかも「同僚を有罪とすることに臆する弱気な陪審員」に對し、安易に無罪とするなどという要請を行うことが説示の主要目的であるかのようにみえる。それだからこそ、陪審に對し高度な疑いでないと合理的な疑いとはいえないかのような印象を与える説示が次々に登場し、上訴審が次々と破棄しているのである。

本稿の問題関心からいえば、どちらにも問題がある。有罪推定裁判官に對しては、わざわざ合理的な疑いというフォーミュラを使って批判する必要がない。「無罪推定原則」、「疑わしきは被告人の利益に原則」に従えというのと同じことである。⁽²⁸⁾証拠評価の規制についても、たとえそれが合理的な疑いを超えた証明から導きだされるものといえ、直接的に問題になるのは導き出された具体的な証拠評価方法である。一方安易に無罪とするなどという要請も、それ自体直接要請すればよいのであり、合理的な疑いを別の言葉で定義することによってその要請を説明するならば、当該定義はほぼ必然的に高度な疑いを指し示すことになってしまう。

後藤も指摘するように、そもそもこのフォーミュラは、有罪証明の举证責任を示すものである。举证責任とは、判断がつかない場合に抛り所とされるものである。すなわち、「合理的な疑い」とは何かを具体的に提示する必要がある対象は、有罪推定裁判官ではなく、有罪無罪どちらに判断すればよいのか迷っている裁判官なのである。このような裁判官は、自身の疑いが高度な疑いでないことを認識しているだろう(高度な疑いを抱いているのであれば迷

わず無罪とするだろうから)。また、しかるべき証拠評価方法もとったであろう(わずかな疑いを抱いて迷っているがゆえに、他に高度な疑いがないか、あるいは自身のわずかな疑いを解消できるものがないか検討しつくしているだろうから)。このような裁判官に対し、高度な疑いでなくともよいと述べたり、客観的な疑いであればよいと述べたり、証拠評価を尽くせと述べたりしても、それは当の裁判官にとって何の手がかりにもならないであろう。この裁判官に必要なのは、判断のための具体的指針である。そして具体的指針を与えるためには、彼が迷っている原因を認識しなければならない。

有罪か無罪か裁判官が迷うのはどのような考慮が働いているからか、その全貌を知ることではない。しかし、本稿でくり返し述べてきたように、第三者、特に上訴審に納得させなければならぬという考慮が強く働いていることは窺われる。このような第三者に対する説明可能性を要求しないことが重要になる。この点をアメリカの陪審説示に關して判断する上訴審は重視していた。したがって、アメリカにおける合理的な疑いの定義を基本的に採用すべきだろう。それに日本特有の事情を加味するならば、次のような要素を定義に盛り込む必要がある。

① 証拠あるいは証拠の不存在に基づかない一般的抽象的疑いであるならば、それは合理的な疑いではない。証拠あるいは証拠の不存在に基づく疑いであるならば全て合理的な疑いである。

② 自身の疑いが証拠のどこから生ずるかを一応言語で指摘できるならば、それは証拠に基づく疑いである。

③ 自身の疑いが第三者を納得させうるものであるかを考慮してはならない。

④ 自身の疑いを解消させうる説明が「可能」であるというだけで自身の疑いを否定してはならない。疑いを解消させる説明を自己のものとし、疑いは解消されたと自身が納得しないかぎり、自己の疑いを否定してはならない。

以上の要素をまとめて合理的な疑いを定義するならば、「合理的な疑い」とは「証拠を適正に検討した結果残る個

人的疑い」である、ということになる。これは、「合理的な疑い」を高度なものにする諸要因から事実審裁判官を開放させる、いわば消極的定義である。英米の陪審のように多種多様な人が評議に参加するのではない、日本の職業裁判官制度において、個人の疑いを強調することはそれほど重要ではないが、⁽²⁹⁾他者に受け入れられないとの理由で自己の抱いた疑いを(自身の中では解消されていないにもかかわらず)自己規制するのを防ぐことの意義は依然失われない。また、「証拠を適正に検討」という部分は、証拠を検討しないことから生ずる冤罪を防ぐ意義を有すると同時に、客観的心証形成プロセス論との結合を指向するという目的も有している。⁽³⁰⁾

以上のような考察に照らすと、もはや合理的な疑いを客観的絶対的疑いと捉えることはできない。英米におけると同様、主観的には、当該疑いが合理的な疑いといえるかについては、個人によって判断が異なることを承認しなければならぬ。このように解してこそ、判断に迷う裁判官に無罪を出させることができるのである。「絶対的客観的疑い」概念は、もともと有罪推定裁判官に対して反省を促すための概念であるから、他の表現に置き換えても支障はないと思われる。この表現は、弁護人、あるいは評釈者が、自身提示する疑いが正当なものであることを示すものとして使うのに便利なものなのかもしれないが、「この疑いは客観的に合理的な疑いであるから裁判官はこれを受け入れなければならない」と言わなくても、「この疑いを合理的な疑いとして裁判官は受け入れるべきである」と言えば足りるはずである。

さて、以上のように第一審裁判官に対する判断の指針として「合理的な疑い」を定義することができたとしても、それだけでは十分でない。このような定義にしたがった裁判官の判断が第三者によって覆されないようなシステムの保障が要請される。それと同時に、そのシステムは、恣意的な心証形成に対するセーフガードとしても有効に機能しなければならない。

- (1) 最一小判昭和二年八月五日・刑集二卷九号一二三頁。
- (2) 野間禮二「犯罪の証明」判例タイムズ八八八号一八頁。
- (3) 松尾浩也『刑事訴訟法下（新版補正二版）』二二頁。
- (4) 例えば三井誠「举证責任と推定（一）」法学教室二二六号八二頁も、最高裁昭和二年判決を挙げて、「犯罪事実が立証されたためには、裁判所の心証として、通常人であれば、誰でも疑いを差し挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることが必要である。アメリカ法にいう『合理的な疑いを超えた証明』といわれるものはこれを意味する」（同八四頁）としている。
- (5) ただし、最高裁白鳥決定（最一小決昭和五〇年五月二〇日・刑集二九卷五号一七七頁）において「合理的疑い」という基準が提示され、かなりの議論がされてはきている。しかし、その議論の中心は総合評価の方法という再審請求審における固有の問題であり、「合理的な疑い」自体の意義そのものについては、具体的な検討がなされてこなかったように思われる。なお、事実認定に関する従来の試みを「自由心証に対する抑制論」と捉え、それからの「脱皮」として証明基準論を位置づける見解として、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』所収）参照。
- (6) 平野龍一『刑事訴訟法』一八九頁。
- (7) 村井敏邦『刑事訴訟法』二九四頁。
- (8) 鴨良弼「自由心証主義」刑事訴訟法講座二卷一〇二頁。
- (9) 井戸田侃「証明の程度」証拠法大系Ⅰ二二七、二二二頁。
- (10) 井戸田・前掲論文二二〇頁。

- (11) 鴨・前掲論文一〇二〜一〇三頁。
- (12) 井戸田・前掲論文二二頁。
- (13) 長島敦『刑事司法をめぐる学理と実務』一三〇頁。
- (14) この点につき、この説における第一審裁判官の証明基準は、「合理的な疑いをこえる証明」プラス裁判官の内的確信であるとして一般に解されているようである。しかし、本文中に引用した部分から窺われるように、第一審裁判官の証明基準はあくまでも確信の有無であり、それを評価する上訴審裁判官の（破棄するか否かの）基準が「合理的な疑いを越えた証明」であるとこの説を解すべきであろう。実際、無罪判決が破棄されたからといって必然的に自判が行われるわけではない。この点長島は、控訴審における自判について、「みずから有罪の言渡をする場合も、観念的には、原審判決が破棄された後において、みずからの有罪の心証によったのである」とする。「控訴審ができる限り慎重に事実の取調を行うならば、結果的にみても、あながち不当な解決とはいえないであろう」という。

- (15) 野間・前掲論文一八頁。
- (16) 野間・前掲論文一〇頁。
- (17) 野間・前掲論文一一頁。
- (18) 中野次雄「刑事控訴審における若干の問題」(同『刑事法と裁判の諸問題』所収)二四七頁。
- (19) 中野・前掲論文二五一頁。
- (20) 中野・前掲論文二五二頁。
- (21) 中野・前掲論文二五二頁。
- (22) 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』三〇九頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』四八八頁参照。
- (23) ドイツの間主観説を積極的に紹介する論者が野間説を支持しているのは興味深い。光藤景皎「事実誤認と控訴審」(光藤編『事実誤認と救済』所収)一一三頁参照。
- (24) 後藤昭「自由心証主義・直接主義と刑事控訴——平田元氏の論文を契機として」千葉大法学論集二巻二号二一、三二頁。
- (25) 後藤・前掲書三〇九頁。

(26) 後藤・前掲書三〇九頁。

(27) 拙稿「刑事裁判における証明基準の研究(五)」大阪経済法科大学法学論集五二号一二七、一二二頁(注3)参照。もつとも、前述のように、*moral certainty*をこのように解するのは誤っている。

(28) もつとも、「合理的な疑い」という言葉自体が高度な疑いを暗示するものだとなれば、高度な疑いではないということを経験する意義はある。この点につき、村井敏邦、大出良知『それなりの証明で死刑』——名張事件再審請求異議審決定批判——法学セミナー四六三号一〇頁参照。

(29) 裁判員制度の導入にともない、このことの重要性は増すかもしれない。

(30) 付言すると、本稿の定義における「疑い」とは、「有罪とする証拠は十分だが、なんとなく不安である」という場合を含まない。しかし、自由な矛盾、変遷があつた場合に「何かおかしい」と感じた状態は含まれる。現在の下級審裁判官は、判決理由中に、「自由に矛盾、変遷がある。しかし、そうだからといって直ちに信用性が否定されるわけではない。されども、かくかくしかじかという事情があり、この点からすれば、この矛盾、変遷は、かくかくしかじかという理由により生じたものと解され、したがってこれは自由の信用性を判断するにあたり無視したいものといわなければならない」と叙述することを事実上要求されている。このような説明は不要である。

第二節 評決制の検討

一 全員一致による有罪判決を要求すべきか

(一) 現行法の規定

裁判所法第七七条一項は、「裁判は、最高裁判所の裁判について最高裁判所が特別の定をした場合を除いて、過半数の意見による」と規定している。この規定は合理的な疑いを超えた証明原則と矛盾しないだろうか。

第三章第二節で検討したように、英米においては、陪審の評決制と合理的な疑いを超えた証明との関係につき激しく議論が展開されていた。この議論は、陪審制度を現在用いていない日本には無縁の議論なのであるうか。そうとは思われない。なぜなら、少数派の抱いた合理的な疑いは当該合議体の合理的な疑いといえるのかという問い、あるいは、少数派の抱いた疑いは合理的な疑いなのかという問いは、判断者が陪審員か職業裁判官か否かという相違を超えた普遍性を有しているからである。ただし、アメリカ連邦最高裁が陪審の評決制について、修正第六条と修正一四条双方からアプローチを試みていることから明らかなように、英米における陪審の評決制をめぐる多様な議論の中には、陪審特有の観点も含まれている。この点について区別することは必要であろう。

(二) 少数者の疑いは不合理な疑いなのか？

英米において最も争われていたのがこの点であった。Johnson 事件判決を除き、理論的に、少数派の疑いは、少数派であるがゆえに不合理だとする判例・学説は英米においては存在しない。しかし、実際は、素人である陪審員の事実認定能力に対し不信の念が抱かれ、脅迫、買収に対する不安をも背景にして、わずか一人二人の者が反対しているという状態は実際はこの少数派陪審員が不合理であることを示しているのではないかと思われることも事実である。しかし、陪審の結論に上訴審が介入することは認められていない。そこで、多数決制をとることでこの問題を解決しようという動きがうまれるのである。Johnson 事件判決が少数派の疑いを不合理だと解しているかのような表現をとったのもこの点に原因があり、多数決制擁護論が「合理的な疑いを超えた証明」は個人の心証を規定するものすぎないとしたのも同様の事情に基づくものといつてよい。

しかし、このような事情が日本においても存在するとは考えにくい。第一に、我々は必ずしも職業裁判官の「無罪判断能力」に不安を抱いていない。職業裁判官と素人陪審員とではどちらが事実認定能力において優れているかという議論がなされていることは事実であるが、その議論は、職業裁判官が誤って有罪とすることに對する不安を前提としており、職業裁判官が誤って無罪とすることに對する不安は抱かれていないように思われる。

第二に、我々は、職業裁判官に對する買収、脅迫のおそれが日常的に行われている可能性があるとは思っていない。むしろ職業裁判官はそのような攻撃には屈しないという推定がなされているように思われる。また、個別事件においてそのような危険がある場合には忌避という手段で対応すれば十分と考えられていると思われる。

第三に、二人中一人二人というのと、日本のように三人中一人というのでは、少数派の疑いが不合理なのではないかという一般的疑いを抱かせる度合いがかなり異なる。Best事件判決が言うように、確かに「線引きをするのは難しい」が、三人中反対している一人を頑固で偏見に満ちた者と決めつけるのはかなり困難ではないか。

第四に、第一審の事実認定に全く介入できない陪審制度とは異なり、日本においては事実問題についても控訴審が広く介入できる制度をとっている。

これらの諸要素に鑑みると、英米の陪審において少数派の疑いが不合理だと思われる原因となっている事情のほとんどが日本では問題にならないものといえる。少数派の疑いが少数派であるがゆえに不合理だとすべき事情が日本では存在しないのである。

裁判所法七七条に對するこれまでの批判のポイントは、まさにこの点にあった。平野龍一は「三人の裁判官のうち無罪を信ずる者が一人あっても、有罪としてよいとするのは、『疑わしきは被告人の利益に従う』という原則に反しないであろうか。多数の者の考が『正し』く、少数の者の考は『誤』だとするならば、右の原則には違反しないであ

ろう（一人の裁判官が、内心で三分の一程度の疑いを持ちながら有罪とするのとは異なる）。しかし、少数者の意見にも、ある合理性があるのが通常である以上、この限度で右の原則が緩和されていることは、否定できないように思われる⁽¹⁾と述べ、井戸田侃は、「合議制裁判所において、わが国のように過半数で決するような場合、反対意見が存在することは、この場合『疑わしき』場合」に該当するのではなからうかという疑問がある。いわば頭数において疑わしい場合である。私はこの場合も『疑わしい』場合に含めて考えるべきだと思っている⁽²⁾と批判したのであった。これらの学説は「疑わしきは被告人の利益に」原則から主張を導き出していたが、英米の議論をふまえ、端的に「合理的な疑いを超えた証明」原則に反するという説も登場するに至っている。村井敏邦は、Johnson 事件判決を分析し、次のように述べている。

職業裁判官制度を採っている日本の刑事裁判に立ち返って考えてみたとき、陪審員に比較して日本の裁判官が理性人としての要素を欠いているという前提をとるわけにはいかないだろう。それにもかかわらず、三分の一の多数によって評議を決することができるといえるのは、ジョンソン事件の多数意見にあつても肯定されないことではないだろうか。現在の多数決制は、合理的な疑いを超えた証明の基準を保障しないものだといわざるを得ない⁽³⁾。

以上のように、三人中疑いを抱いている者が一人だけという事実のみをもって、少数派の疑いは不合理であると断じることができない。このこと自体に対抗しうる議論は存在しないように思われる。合議体は、主観的恣意を廃し、合理的客観的判断を担保するものと通常説明されているが、そのような機能を果たすのは、複数の者が評議するといふ点に求められるのであつて、多数決評決にあるのではない。多数決評決は、議論を尽くしても結論がまとまらないときに、多数のとする結論によって行動するという一般的多数決原理に基づくものにすぎず、客観的に正しい結論を得るための手段ではないことに注意しなければならない。

（三） 合議体の意思是個人の人格を捨象してできるものなのか？

以上のような主張に対し、そもそも合議体の構成員の主観的判断の合理性を云々することはできないという反論があり得る。すなわち、裁判所は裁判所として行動する。判決を下すのは裁判官ではなく裁判所である。したがって、合理的な疑いを抱くのは裁判所であり、個々の裁判官の疑いが合理的か否かという問いはそもそも問題にならないという論法である。合議体の性質につき、例えば次のような説明がなされている。

合議体の裁判は、各点についての判断を多数決でそろえながら、一人の裁判官の心理過程に準じた過程を踏むので、その意味ではいわば実在しない人間の心理ということになるが、それだけ個々の裁判官の主観性、個性が捨象され、・・・客観的、機能的な論理に近づくことになるのである。⁽⁴⁾

合議体の裁判は、終始一体としての一の機関の判断として確定されなければならない。その結果、合議体の結論は、各裁判官の個人的な結論の集計とは異なる場合も生じるが、合議体という機構による主観的人格要素の捨象に基づくもので、奇とするに足りない。⁽⁵⁾

このような考え方は、実はアメリカにもある。アメリカでも、職業裁判官による裁判（bench trial）の場合には、多数決制がとられるのが通常のようなのである。そしてその根拠として、日本と同様、合議体の意思是合議体の評決によって決まり、個々の裁判官の意見自体は問題ではないという点が挙げられる。例えば Matteo DeCILLIS 事件判決⁽⁶⁾においてニューヨーク高等裁判所は次のように判示している。

ニューヨークの裁判所は全ての問題について二対一で決定される。多数派の判断すなわち裁判所の判断ということである。三人の裁判官は徹頭徹尾、裁判所として行動する。法が要請しているのは、三人の合意ではなく、三人の存在と評議なのである。

裁判官の一人が反対していれば、それ自体が、有罪を防ぐに足る合理的な疑いの存在を示しているという主張は、

とることができない。・・・合理的な疑いの存在を決定するにもまた多数決で決定されるというのが我々の手続なのである。⁽⁷⁾

しかし、この「裁判所一体の原則」といふべきものが必然的に多数決評決を正当化するとは思われない。なぜなら、この原則から直接引き出されるのは、「裁判所は常に一つの問題につき一つの判断を出さなければならぬ」というものにすぎないからである。この命題はある意味当然のことである。裁判所が一つの問題につき互いに矛盾する複数の判断を出したならば、裁判自体成立しなくなるからである。このことは、合議体裁判所に限らず、複数の者から構成される機関が一つの判断をなす場合全てにおいて該当するだろう。しかし、そのことから多数決評決の正当化はできない。一つの判断を出すのに全員一致にするか、多数決評決にするか、多数決評決にしても多数派の割合をどの程度にするかは、判断すべき当該問題の性質等に依じて個々に決められなければならない。論者のいう主観性、個性の捨象は、多数決評決をとった結果出てくる外的特徴であり、裁判所の判断は一つでなければならぬという原則から必然的に導き出されるものではない。⁽⁸⁾合議体をとる理由としてならば、この主観性、個性の捨象という主張も理解できないではない。主観性、個性の捨象という表現を、個人では気づかない主観的恣意性の排除という趣旨に用いるならば、合議制をとって評決をすることの目的はまさにその点にあるといえる。しかし、その趣旨は、多数決評決制をとるところまでは及ばないのである。

このように考えるならば、少数派の疑いが少数派であるがゆえに不合理とされることはないという命題は、裁判所一体の原則とは矛盾しないということになる。

以上の検討によって、多数決による有罪評決が必然的なものでないことは示されたと思われる。そこで、次は、なぜ全員一致が必要なのか、その積極的根拠についてさらに検討したい。

（四） moral certainty の要請

第三章第一節で検討したように、英米において、合理的な疑いを超えた証明は、moral certainty と定義されてきた。⁽⁹⁾ この言葉は、日本では、「良心に従って、まちがいないと信じたとき」とか、「内心に恥じないで確実だといえること」⁽¹⁰⁾と訳されており、あたかも個人個人の主観的心証の程度のみを表すものであるかのように、しかも、判断者の良心と関わる概念であるかのように解されてきた。また、このような理解は日本に限らない。前者については、英米の多数決制擁護論も、合理的な疑いを超えた証明は個人の心証の問題に尽きるという理解を前提としていた。後者については、現代においてはmoralという言葉は良心とか道徳とかと関わるように受け取られるので危険だという認識が強まってきた。⁽¹¹⁾

しかし、もともとmoral certainty とは、moral evidence に依拠した場合における確実性を指す言葉である。moral とは「蓋然的」という意味であり、良心や道徳、倫理とは関係がない。数学的確実性とは異なり、証拠の性質上、一定の結論が唯一必然に出てくるものではないが、偏見なく判断する者ならば誰もがその命題を肯定するようなものを意味する。その意味で、moral certainty は、判断者個人の主観だけではなく、客観的意義をも有している。⁽¹²⁾そして全員一致評決制は、この客観的側面を担保するものといえる。なぜなら、一人でも合理的な疑いを有している者がいれば、それは「誰もがその命題を肯定」したとはいえないからである。もちろん、moral certainty があると完全にいえるためには、偏見のないあらゆる人間が有罪の結論に同意することが必要かもしれない。しかしそれを行うことは不可能である。また、不可能だからといってそれが多数決評決を許容する理由にはならないだろう。少なくとも事実の存否について判断を求められている者全員が有罪に同意すること（主観的意味におけるmoral certainty があると全員が判断すること）が最低限要請されることなのである。モラノ（Anthony Morano）の「被告人に合理的な疑いがある」とす

る少数派の意見の利益を与えることによって、単に高度の蓋然性ではなく、当該審理において可能な最高度の蓋然性を保障しているのである⁽¹²⁾」という指摘は、このような趣旨において解されなければならない⁽¹³⁾。

このような論理は奇妙であろうか。第三章第二節で紹介した *Nureth* の実験では、全員一致制によるほうが、事実認定者自身は、評決の正当性に対する確信を強めていた。このような心情は、*moral certainty* の論理を裏付けるものである。「合理的な疑いを超えた証明」には個人の心証を超えた客観的側面があるという論理は、個人の人権を侵害することを認める判断を下す者が抱く自然な心情とまさに適合するものである。

(五) 多数決評決は合理的な疑いの程度を高める

評議を尽くした後の最終評価の場面を想定してみよう。少数派の疑いを多数派が論理的・具体的に解消できない場合、議論は水掛け論におわるだろう。それ以上議論が進まなくなった場合、現行法のもとでは、多数決が採られることになる。無罪を主張する少数派は、多数決で有罪とされないためには、多数派が与えた合理的説明を論理的具体的に解消しなければならないことになる。これは一種挙証責任の転換である。「個人的疑い」として合理的な疑いを定義しても、その定義にしたがってなされた判断が多数決によって否定されるならば、その定義は有名無実のものとなる。アメリカにおける合理的な疑いの説示について、「説明できる疑い」というフレーズが問題とされうるのは、本来多数派が少数派の疑いを解消しなければならないのに、少数派のほうが自身の疑いが正しいことを論証する責任を負わせるかのような印象を与えるからであった。このような危険を「制度的に保障」しているのが多数決評決制なのである。

(六) 多数決評決は評議の充実を阻害する

多数決評決制が徹底的な評議を阻害する機能を有していることは第三章で示した。これは陪審特有の問題なのだろ

うか。そうとはいえないことを窺わせる指摘は日本においても裁判官自身から既に出されている（第三章第三節参照）。

以上のように考えるならば、職業裁判官か素人裁判官か否かに関わりなく、多数決評決制には問題が多く、全員一致制が認められるべき根拠は十分にあるといえよう。

二 有罪につき全員一致とならなかった場合、裁判所はどう行動すべきか

（一） シンメトリ・ルール

次の問題は、全員一致にならなかった場合に、「裁判所」としてはどのように行動すべきか、すなわち裁判所の意思を形成できなかったとして再公判とすべきなのか、あるいは一人でも合理的な疑いを有するものがいれば裁判所は無罪とすべきなのかである。英米の陪審制度は、前者の考え方に立っている。すなわち、全員一致（多数決制の場合には、必要な人数）に至らなければ、評決を出すことができないとして、再公判となるのである。この点、アメリカにおいて、評決制と合理的な疑いを超えた証明との関係で、評決不能制度の意義をめぐる議論があることは第三章第二節で指摘した。

日本にはこのような制度は存在しない。そこで、評決不能の制度がない日本においては全員一致制は成立しない、すなわち裁判所一体の原則に反するという意見が出てくることが考えられる。逆に、全員一致制を導入するのであれば、評決不能類似の制度とあわせて導入しなければならないという主張が出てくることも考えられる。

しかし、このような主張が成立するためには、評決不能の制度の意義がまず明らかになつていなければならない。評決不能を所与の前提として合理的な疑いとの関係を論じることが不当である。そこで、評決不能という制度自体の

意義を検討しなければならない。

ところで、評決不能の制度について前提としなければならないのは、全員一致制をとるところでは、有罪、無罪問わず、評決を出すには全員一致でなければならず、多数決評決制をとるところにおいても、有罪評決、無罪評決、いずれも同じ数の票が要求されている（以下シンメトリ・ルールと呼ぶ）という点である。したがって、評決不能という制度は、無罪票があれば有罪にできないという面のみだけでなく、有罪票があれば無罪にできないという面と一体のものとして捉えなければならない。要するに、評決不能という制度は、「有罪にせよ、無罪にせよ、陪審が評決を出す際には等しく一定数が必要である」というものである。

そもそも、このような制度は証明基準と果たして論理的関連性を有するものなのであろうか。

証明基準と関係があるとすれば、無罪に投じた陪審員がいるために評決不能になるのは、その陪審員の疑いが不合理である可能性が高いからであるという前提（この前提自体不当であることは論じた）に立たざるを得ないと思われる。そうすると、逆の場合についても同じ論法が通用されなければならない。すなわち、有罪に投じた陪審員がいるために評決不能になるのは、その陪審員の合理的な疑いを越えた証明があるという判断が不合理である可能性が高いからであるという主張が通らなければならない。しかし、この主張は通らないと思われる。なぜなら、前者の主張が成立するとして、その場合に有罪にならないのは、無罪推定原則があるためだとするほか説明できないと思われるが、後者の場合、無罪推定原則からは、そのまま無罪とするのに障害は何も考えられないからである。

したがって、シンメトリ・ルールと証明基準とは関係のないのだと捉えざるをえない。有罪とするためには事実認定者全員が合理的な疑いを越えたと判断することを必要条件とする、証明基準からの要請と、有罪にしる無罪にしる陪審が評決を出すためには等しく一定数が必要であるというルールは切り離して考えられなければならないので

ある。

それでは、このシンメトリー・ルールはいかなる根拠により成立しているのだろうか。残念ながら、このルールを合理的に根拠づけている論文は、英米においてもみられないのである。歴史的には、「陪審は一つとして行動しなければならぬ」というコモンローの原則が今もなお維持されていることになるが、このコモンローの原則は、陪審が証人集団であるという認識がなされていた時代に成立したものである。したがって、事実認定機関としての現代の陪審においてもなお、このコモンローの原則が維持されるべき根拠を挙げることは困難である。実際、根拠のないものであり、廃止すべきだ（有罪に必要な条件がそろわない場合には直ちに無罪とせよ）という主張が近時出てきている⁽¹⁴⁾。

（11） Maher の評決不能廃止論

Maher は、無罪推定原則とシンメトリー・ルールは相反するものであると主張し、「これまで明示的には論じられてはこなかったが、多くの論者が前提としていると思われる考え」として、シンメトリー・ルールを是とする五つの考えを示し、それに反論を加えている。⁽¹⁵⁾ シンメトリー・ルールを是とする五つの考えとは次のものである。

第一に、論理上、被告人の無実は、有罪を立証できなかったために生ずるものではないというものである。

第二に、無罪推定や、二重の危険や、一事不再理申立の原則は、審理が終結してはじめて適用されるものである。陪審が評決を出せなかったときは、まだ終結しているとはいえない。

第三に、無罪推定は、個々の陪審員に、評議において、無罪・有罪についての指針として作用するものである。これを、集合体としての陪審の評決の構成についてのルールにまで適用するのは、二重の算入である。

第四に、陪審が有罪について合意できなかったときに無罪推定を適用するというのは、無罪推定に重きを置きす

ざることになる。それは、九人が有罪と考えているのに三人が無罪とすれば、無罪ということになる。

第五に、二回目の審理で不一致になれば、それ以上訴追されないというのが実務の慣行であるから、あまり問題はない。

これらの問題につき Maher は次のように答える。

第一の問題について。確かに有罪でない者が無実だとはいえない。しかしこの議論は無罪推定の性質を誤って捉えている。この議論は、有罪証明のロジックと無罪証明のそれとを同一、あるいは類似のものと捉える傾向にある。しかし無罪推定とは、有罪が証明されないかぎり無罪とされるというものであり、無罪は証明されるべきものではないことを示しているのである。また推定というのは、反対の結論が出ないかぎり一定の結論が出されなければならないというものである。無罪を適用しておいて最後に有罪・無罪が決定されないまま残るといふのは不可能である。そして、そもそもロジックの問題によつてこのような意味での無罪推定を捨て去れるものではない。無罪推定は、(犯人であろうとなかろうと)被告人の取扱の公平さを保証するものだからである。

第二の問題について。問題はなぜ終結したと考えるべきでないのかということであるが、それに対する答がない。訴追側は全ての証拠を出したのである。訴訟の終結のために残っているのは評決だけではないか。

第三の問題について。そのように考える必然性はない。評決を出すのは陪審という集合体であり、むしろそれに無罪推定がかかるとするのはもつともではなかろうか。陪審は評議を尽くしたうえで評議するのであり、何も議論せずただ投票する個人の集まりではないのである。

第四の問題について。ある原則が重きを置かれすぎているからといって、その原則を全くなくしてしまうというのは不合理であろう。そこでシンメトリー・ルールを廃して、例えば有罪については一〇票、無罪については六票とい

う制度にすることも考えられる。しかしこのような制度にしたとしても、有罪が七票というように、有罪が必要な数に達しないのに無罪推定の利益が被告人に与えられていない場合がどうしてもでてくるのである。

第五の問題について。二度目の審理が不一致になればそれ以上再審理が行われないという慣行を正当化する根拠が何であれ、それは同様に、陪審の最初の不一致によつて終結させることの根拠になるであろう。

以上の主張は、説得力に富む。とりわけ、第一の指摘が重要であろう。事実問題は有罪か無罪かであり、有罪でなければ無罪である。有罪か無罪かわからないという事態は想定されえない。評決不能制度を日本において採用すべき合理的根拠は見出せない。合議体は一つのものであるという日本の伝統的考え方からいっても、結論が出せないという事態は考えられるべきではないのである。

（三） 結論

少数者の意見を裁判所の意見とすることは、素朴に考えれば奇妙にみえるかもしれない。しかし、前述のように、多数の意見を合議体の意見とするのは、一般的多数決原理に基づくものである。しかし刑事裁判における事実認定につき、一般的多数決原理に従うならば、それによつて阻害される要素は多数あり、それらの大半は裁判官個人の努力によつて補われるものではない。したがつてこの一般的多数決原理に従うことはできない。しかも裁判所一体の原則等により、一つの結論を出さなければならない。そうであれば、とるべき結論は一つということになるのではないだろうか。

以上から、評決について有罪に対する全員一致制を要請し、全員一致に至らなければ無罪とする制度が要請されることになる。裁判所法七七条を憲法三二条、三七条違反と解する見解に同意したい。⁽¹⁶⁾

- (1) 平野龍一『刑事訴訟法』二七一～二七二頁。
- (2) 井戸田侃「疑わしきは被告人の利益に」証拠法大系Ⅲ一二五、一二三〇頁。
- (3) 村井敏邦「刑事裁判における証明基準の憲法的基礎」(杉原泰雄教授退官記念論文集『主権と自由の現代的課題』所収)三一七～三一八頁。なお、同様に合理的な疑いを超えた証明原則に多数決制は反するものとして、下村幸雄『刑事司法を考える——改善と改革のために』参照。
- (4) 兼子一『竹下守夫『裁判所法(第四版)』三〇四頁。
- (5) 兼子一『竹下・前掲書』三〇六頁。
- (6) *People v. Matteo DeCillis*, 199 NE.2d 380.
- (7) *Id.* at 381.
- (8) もともと、裁判所一体の原則は、多数決評決を前提としたうえで、結論につき合議するのか、理由につき合議するのかという問題を議論する際に、結論説の立場の論拠として出されるものである。実際、兼子一『竹下も、本文中に引用した文に続けて「刑事では、立証責任分配の問題はなく、『疑わしい限りは被告人の利益にする』原則から、評議の仕方もあるべく被告人に有利にすべしとの論もあるが、合議体にとつて疑わしいとは、その点の評議をまつて決まることであり、しかも裁判官の過半数が確実だとの意見であれば、疑わしくはないことになるはずである(る)。理由合議説は裁判官の良心に反する判断を強制するとの非難があるが、裁判官も裁判機構中の一因として、他の意見や判断に従わなければならない拘束を受けることは、上級裁判所の裁判や他の裁判官のした中間判決などに拘束される例もあるし、そもそも合議制というものが、主観性の捨象という点にある以上当然のことである。三人の裁判官がそれぞれ無罪と判断するに拘わらず、合議の結果は有罪を言い渡さなければならないというのは、素朴な考えからは奇妙に感じるかもしれないが、合議制による非情性、非人格的判断がかえって客観的合理的な判断であることに徹すべきである」と述べている(兼子一『竹下・前掲書』三

〇八頁)。

(9) 平野・前掲書一八九頁。

(10) 高田昭正「情況証拠と合理的疑いを越える証明——アメリカ法を中心として」法学雑誌四〇巻四号二五四、二六〇頁。

(11) これは、第二章で検討した、ドイツの証明論における「高度の蓋然性」とは異なる。ドイツの「高度の蓋然性」は、事実認定者の確信に伴っているべき客観的性格であり、証拠をみていない者(上告審)が、事実認定者の心証形成の合理性を判断する基準である。したがって、証拠をみていない者は、結論に納得できなくとも、事実認定者の心証形成に特に問題がなければ、それで満足しなければならない。これに対して、*moral certainty* は、証拠をみた偏見なき者全てが結論に同意しなければならない。

(12) Anthony Morano, *Retreat from Unanimity and Reasonable Doubt in Criminal Cases*, *Toledo Law Rev.* 337, at 342 (1969).

(13) この点、経験主義的認識論に規定される形で合理的な疑いを超える証明という基準が成立したという沿革から、疑いの全員一致も要請しているはずとの指摘がある(内山安夫「刑事訴訟における証明基準と上訴」(光藤景皎先生古希祝賀論文集下巻所収)七二六頁)。しかし、「経験主義的認識論」の一つの帰結である *moral certainty* の意義に鑑みれば、必ずしも疑いの全員一致は要請されていないとみるのが正しいと思う。なお、本節二参照。

(14) 既に19世紀において、James Wilson は、次のように述べている。「有罪評決にとって、二人の陪審員が疑いのない、全員一致の合意が不可欠であるとすれば、一点の疑い、あるいは、一点の反対意見により、無罪評決がもたらされなければならないということが疑問の余地のない帰結となる。

陪審員それぞれが票を決定したならば、次の段階は、それぞれの票から全員の評決を作り上げることである。そして、この票は次のように解されなければならない。すなわち、票は全員一致かそうでないかになっているに違いない。全員一致でなかった場合には、無罪の評決することに全員が同意しなければならない。全員一致であれば、それは無罪につき全員一致か有罪につき全員一致であるということになるが、前者の場合には、評決は無罪であり、後者であれば有罪評決である」*See, Works of James Wilson (Robert McCloskey eds.) volume 2, 201-209.*

この Wilson の指摘は、評決不能制度を直接批判するものではないが、一人でも無罪に投じた者がいれば無罪としなければ

ばならないとする点で、評決不能という事態が起こることを事実上不可能にしようとしたものと解される。証明基準と評決とは直接関連があることを示し、それ以外の要素を評決に導入することを認めない主張と捉えることができる。

(15) G. Maher, *Jury Verdicts and the Presumption of Innocence*, 3 Legal Studies 146.

(16) 村井・前掲論文三二〇頁参照。

第三節 事実問題に関する控訴理由と判決理由の検討

一 心証形成過程を審査する場合——理由不備、理由齟齬

控訴審が事実問題に介入する目的として第一に挙げなければならないのは、原審裁判官が適正に証拠を評価したかをチェックすることである。この問題に適切に対応するためには、刑法法三八二条が規定する「事実誤認」では十分でない。なぜなら、控訴審が心証を形成することを前提とする場では、原審が客観的準則に従っているかという問題と、控訴審の心証が原審のそれと同一かという問題が不可避的に混同されるからである。また、三八二条は、明らかに判決に影響を及ぼす誤認がないと理由ありと認められない。したがって、注意則にしたがっていないことが判決理由から明らかであるのにもかかわらず、控訴審が記録その他を検討したところ、有罪という結論には同意できる場合には、原判決は破棄されないことになる。「適正な事実認定」の実現のためには、結論の当否にかかわらず、端的に心証形成に問題がある場合に破棄することができるよう場が存在しなければならない。そのためには、ドイツのあ

とづけ可能性審査と同様、判決理由の叙述のみによって審査することが可能でなければならない。

それでは、そのような場を提供する控訴理由は現行法上存在するだろうか。ドイツのように、実体法違反として構成する⁽¹⁾ことはできないだろう。なぜなら、控訴理由はドイツの上告理由と比べてはるかに詳細であり、さらに、ドイツの上告審と異なり、事実問題を取り扱うことが明示的に認められているから(三八二条)、ドイツのようにあえて強引な解釈を行うことには無理がありすぎる。そこで他の控訴理由をみると、三七八条四号の理由不備・齟齬があることに気づく。三七八条は絶対的控訴理由を定めるものであり、判決に明らかに影響を及ぼすことが擬制されているので、心証形成過程審査にふさわしい。

また、理由不備・齟齬の審査は、たいていの場合、判決書のみを検討すれば足りるものである。例えば、判例において、これまで理由不備・齟齬にあたるとされてきた事例は、判決の主文が不明確で理由の記載によってもそれが確定されない場合、主文の刑期と理由中の刑期とが一致しない場合、主文で未決勾留日数の算入をしていないのに理由中で刑法二一条を適用したとしている場合、罪となるべき事実の判示が不十分な場合、理由に一貫性を欠く場合、自白の補強証拠が標目に挙げられていない場合などであり、いずれも判決書を検討するだけで結論が出る事案である。また、理由不備・齟齬にあたらないとされた事例においても、その争点は、訴訟費用負担を免除した場合理由中にその旨説示する必要があるか、罪となるべき事実がどの構成要件に該当するか明示する必要があるか、犯罪の日時を特定する必要があるか、犯罪の手段方法を判示する必要があるか、過失犯の場合に注意義務を具体的に判示する必要があるか、三三五条二項が要求する理由を示す必要があるか、無罪判決につき、証拠評価の過程を判示する必要があるかなどであり、これらも同様に、判決書を検討するだけで結論が出る事案なのである。本来、理由不備・齟齬が絶対的控訴理由とされているのも、判決書を検討するだけで結論が出せる、形式的に重大な違法を問題にしたためだと思

われる。実際、理由不備・齟齬の判断は、判決自体から判断しなければならないことは一般に認められている。⁽¹⁵⁾

しかし、事実問題に関し、通説は例外を認める。通説は、挙示証拠から認定事実を導くことができない場合は三七八条四号、挙示証拠以外の資料とあわせて検討すると認定事実を導くことができない場合には三八二条にあたるとしている。⁽¹⁶⁾ 一方通説は、有罪判決には証拠の標目を挙げるだけでよいと解釈している。したがって、挙示証拠がどのようなものであるかは、証拠をみなければわからないので、判決書の検討のみで結論が出せない。その意味で、理由不備・齟齬の範疇に証拠評価の誤りを含める通説は矛盾しているのである。

また、通説によると、「認定事実を導くことができない」という点で、両者は同一の判断形式であり、その判断に際して用いることのできる資料の点のみが異なることになる。しかし、資料が異なるというだけであるならば、それは、前者が絶対的控訴理由とされ、後者が相対的控訴理由とされていることの説明としては不十分ではないだろうか。記録等を参照して判断する場合は全て事実誤認に含めるのが妥当だと思われる。

一方で、三七八条は、控訴趣意書に事実の援用を要求している。したがって、訴訟記録等から事実の援用を自由に行うことができるならば、事実問題についても、広く記録と照らし合わせて判断することができることになろう。ドイツ上告審の証拠評価審査を实体法違反とあえて解するのも、手続法違反とすると事実の援用が必要となり、上告審が事実認定をすることになってしまったためであった。しかし日本の控訴審は、純粋な法律審ではない。したがって、事実認定をしないことが厳格に要請されるドイツとは事情が異なる。

しかし、どのような事実の援用ができるかについては、個々の控訴理由ごとに解釈されなければならないだろう。したがって、広く自由に事実の援用ができることを前提として、理由不備・齟齬の解釈を行うことはできない。理由不備・齟齬に事実問題を含めることができるならば、それは判決自体から明らかなものでなければならぬ。した

がつて、無制限に事実の援用ができると解するのは相当ではない。援用ができる資料は、事実問題については、判決書に限られなければならない。⁽¹⁷⁾

実際、記録をみて判断することは、実際には控訴審裁判官は事実認定をしていることになるので、結局それはたいのいの場合認定の置き換えにあたることになる。もちろん、原判決理由の叙述が巧妙で、記録を実際に参照しなければ証拠評価の瑕疵が発見されない場合もあろう。しかし、記録をみることを認めるならば、それは一方で控訴審の心証形成を許してしまうことになる。したがって、記録はみないという形で明確に線引きするのが妥当であろう。

ところで、単なる叙述の失敗が、心証形成の誤りとされるという意味においては、心証形成の誤りそのものを問題にするのではなく、いわば心証形成の誤りを推定（反証を許さないという意味では擬制）することになる。このような形式的審査には疑問の声があがるかもしれない。しかし、どちらの方法をとるにせよ、原審裁判官の実際の心証経過は十全に明らかにはならないのである。したがって、方法の選択は、どちらの方法によれば、より妥当な解決を導くか、諸利益の比較検討による価値選択ということにならざるをえない。そして、心証の優越による認定のいれかえにすぎないものを、裁判官の心証形成の誤りという形で提示する現行実務、および、それが原因で（特に無罪判決の場合に）必要以上に事実認定についての説明を余儀なくされている第一審裁判官の負担を考えると、原審の証拠評価の誤りを批判する場合は、判決理由審査という形式的な形をとるほうが、問題が少ないと考えられるのである。⁽¹⁸⁾

以上のように、裁判官の直感的恣意的判断を防ぎ、適正な事実認定を担保するためには、ドイツのあとづけ可能性審査類似の審査が刑法三七八条四号によって行われなければならない。しかし、そのためには、ドイツと同様、判決理由に証拠説明を含めることを要求しなければならないだろう。したがって、現行法上判決理由審査が可能か否かは、ひとえに判決理由に証拠説明を要求することができるにかかっていることになる（なお、ドイツにおいても

られたように、この形式的審査にも心証の優越による判断がなされる危険があるが、この問題が最も明瞭にあらわれるのは、事実誤認においてであるので、事実誤認の解釈のところで検討する。

二 判決理由の法的位置づけ

(一) 判決理由の意義

まず、判決理由一般の法的位置づけを明確にしなければならない。

現行法は、裁判に理由を付しなればならないと規定し（四四条一項）、さらに有罪判決について特則を置いている（三三五条）。裁判に理由を付さなければならぬ根拠として、次のようなものが挙げられている。すなわち、①裁判機関の恣意を防止するため、②裁判を受ける被告人を納得させるため、③不服申立があつた場合⁽¹⁹⁾に上訴審が原裁判の可否を審査するためである。また、④公開主義の要請の担保を挙げる論者もいる。⁽²⁰⁾

これらの根拠は、主として裁判理由が実際に果たす機能を述べたものである。しかし現行法がいかなる態度をとっているかを検討しようとするならば、条文上の手がかりは、四四条二項しか与えられていないことがわかる。四四条二項は、上訴を許さない決定又は命令には、理由を付することを要しないと定めている。したがって、現行法が裁判に理由を付すことを義務づけている直接の根拠は、前記③の上訴審の審査のためということになる。⁽²¹⁾ 実際、上訴を許さない決定・命令に対しても一定の場合に理由を付すべきとする主張もあるが、それは法解釈の帰結としてではないようである。⁽²²⁾

このように現行法を概観するならば、どのような理由が書かれなければならないかは、主として一般的にどのような審査が上訴審でなされるかにより決定されることになる。判決理由のあり方をめぐるこれまでのアプローチは、

この前提を十分にふまえていないように思われる。事実問題に関しては三三五条と三三六条に特別の規定があるので、これらをどのように解するかが次の問題である。

（二） 有罪判決の理由

通説は、刑訴法三三五条を解釈し、証拠説明（証拠の内容説明および証拠の取捨選択に関する説明）を不要とする。その直接の根拠は、旧刑訴法三六〇条一項に規定されていた証拠説明の要求が削除されたことによる。そして、認定の過程を言葉で説明することは困難であること、無理に要求すると裁判官は調書のつじつま合わせに努力し、公判で心証をとることを怠る結果となりやすいこと、当事者主義により当事者は裁判官の心証を一定程度知ることができること、証拠の具体的内容は最終的には記録を見なければ理解できないことなどが挙げられている。⁽²³⁾

ここに挙げられている理由は、実務の現状をみるならば、説得的とはいえない。現に事実につき争いがある事件の多くで詳細な「事実認定の補足説明」がなされている。

これに対し、有力説は、証拠説明の要求が削除されたのは、戦時刑事特別法二六条であり、特別な状況下における例外的措置とみるべきであるから、現行解釈に影響を与えるものではないと主張し、前に挙げた判決理由の機能という観点から、証拠内容の明示を求める。⁽²⁴⁾ また、解釈論として要求する見解もある。⁽²⁵⁾ しかし、判決理由の一般的機能から解釈論的帰結を導くのは困難といわざるをえない。また、事実問題をもつばら事実誤認で争う現行実務を前提とするならば、いずれにせよ記録をみる必要になるので、わざわざ証拠の内容を記す必要性も薄いといわざるを得ない。本稿は、端的に判決理由審査のために刑訴法四四一条一項が証拠説明を要求するものと解する。

（三） 無罪判決の理由

無罪判決については刑訴法三三六条が「被告事件が罪とならないとき、又は被告事件について犯罪の証明がないと

きは、判決で無罪の言い渡しをしなければならない」と規定するのみで、有罪判決の場合とは異なり、どのような理由が書かれなければならないかについて、明文の規定がない。有力説は、刑法四四条の解釈として、罪とならないから無罪とするのか、証明がないから無罪とするのかという程度の書き分けは必要と解している。⁽²⁷⁾ 証拠評価の過程を記すことは解釈論としては主張されてはいない。ただし、解釈論としてではないが、「自由心証主義とて、もとより裁判官の証拠の評価が客観的に合理的であることを要求するのであり、そのことは証拠を採るをえない理由を説明することによって担保されることができるといふべきであろう。一般に無罪判決の場合、納得性が考慮される当事者は主に検察官であり、その意味で判決理由の保障的機能は、有罪判決の場合に比較して程度が低いであろう」といいえても、上訴審に対する資料提供の必要は否定できないであろう⁽²⁸⁾と言われている。

もつとも、有罪判決には証拠説明を要求し、無罪判決には不要と解する見解もある。白取祐司は、「無罪には理由には要らない。すなわち、無罪方向で裁判官が何らかの疑念をもった場合、特に理由を説明することなく、その自由な心証に従って無罪を言い渡すことができる。『疑わしいときは被告人の利益に』の原則の当然の帰結であるが、これを無罪方向での自由心証主義と呼ぶなら、現行法は、無罪方向のみ、裁判官の自由な心証を許しているといえよう⁽²⁹⁾」と述べ、無罪判決に証拠説明が必要でない理由を「疑わしきは被告人の利益に」原則に求めている。

しかし、「疑わしきは被告人の利益に」原則は、刑事手続きにおける抽象的一般的原則であり、この原則から直ちに無罪判決の理由の書き方について一義的結論が得られるかは明白ではない。その意味で、無罪の説明に理由を付さないことが、この原則の「当然の帰結」であるとはいえない。そこでさらなる説明が必要になると思われるが、論者がこの点につきどのような見解に立つのかは、引用した文章からは明らかに⁽³⁰⁾ならない。

そこで考えてみるに、本稿の基本的観点の一つである、事実審査の機能という観点からみるならば、この説は魅力

に富むものといえる。すなわち、第一章で検討したように、無罪の理由を説明することが、一審裁判官に無罪判決を出すことにプレッシャーを与えていることに鑑みると、無罪判決に理由を求めないと解釈することには、「疑わしきは被告人の利益に」原則にしたがった無罪判決を一審裁判官が出すための制度的保障としての意味あいを持たせることができると考えられるのである。

しかし、仮にこのような機能が認められるとしても、事実誤認審査という観点から考えるならば、この解釈には問題があるといわざるをえない。なぜなら証拠評価過程を記さなければ、原審判決理由が不当である旨の論証を要さない、文字どおり自由な評価による心証の優越を控訴審に許してしまうからである。逆説的な言い方になるが、合理的な疑いを超えた証明原則の本来の意義にしたがって無罪判決を一審裁判官に出させるためには、無罪に至った理由を書かせることが必要なのである。そして、どの範囲、程度叙述しなければならぬかを確定することが最も重要な点となる。³¹⁾

どの範囲、程度において叙述しなければならないかは、何が上訴審で審査されるのかによって決定される。前述のような理由不備・齟齬、及び後述の事実誤認の解釈からは、有罪判決についても、無罪判決についても、次の点について叙述が要請され、かつそれで十分であろう。

① 証拠評価を尽くしたことを示さなければならない。被告人に有利な事情、不利な事情を分析的に、かつ総合的に検討しつくしたことを示さなければならない。注意則にしたがって十分に検討したことを示す必要がある。

② どのような事情から疑いが生じたのか、あるいは、どのような事情によって疑いが解消されたのかを示さなければならない。

③ 無罪判決については、自身の疑いを解消させる合理的な説明の可能性を全て具体的に排除したことを示す必要は

ない。そのような可能性を受け入れることができなかったことを示せば足りる。

三 心証を優越させる場——事実誤認

(一) 心証の優越はなぜ許されるのか？

どのような場合に事実「誤認」があつたといえるかについては、これまで多種多様な解釈がなされてきている。これらの解釈論は、控訴審構造論、直接主義論、自由心証論等が複雑に織り混ざつて構成されており、ここでその全てを整理し検討することはできない。⁽³²⁾ここでは、事実誤認の有無に関する判断は、自ら事実を認定して原審の認定と比較するしか方法がないとする心証形成比較説に従うことを指摘するにとどめる。⁽³⁴⁾本稿では、心証形成過程審査を三七八条四号で行うと解するので、三八二条では、もっぱら証拠評価を尽くした後の最終的評価のみが問題になる。

ところで、心証をとつて、原審の認定と比較するという手法しか事実誤認審査はできないことは認められるが、心証形成説はそのことから端的に有罪判決についても無罪判決についても心証の優越を認めている。しかし、なぜそれが認められるのであうか。

田宮裕は、「それは当事者が請求しているからだというしかない」⁽³⁶⁾と述べるが、理由になつていない。

松尾浩也は、事実問題も当事者の主張によつて新たな照明を受け、控訴裁判所はその争点に注意を集中できること、及び、事実の取調の権限があり、必要に応じてこれを活用し得ることを理由として挙げている。⁽³⁷⁾しかし、このような議論は、控訴審の段階でより審理が尽くされうることを示すものではあつても、あらゆる場合に心証の優越が認められる根拠とはなつていないように思われる。

香城敏磨は、松尾の指摘が十分でないと述べ、次のような説明をしている。

法は、第一審の事実認定が控訴審の書面審査に基づく事実認定によっても支持されるような場合に初めてそれを判決の基礎と認めることとし、資料に現れない態度証拠を加えて初めて支持されるような第一審の事実認定は判決の基礎から排除することとしたものと解することができる。第一審の判決が有罪判決であった場合には、この理解は、第一審の資料によると合理的な疑いのある有罪の事実認定を排除することになり、確実な有罪の事実認定を保つことができるであろう。

第一審の判決が全部または一部の無罪であった場合にも、控訴審の審査は同様に行われることになるが、この場合には直接主義に基づかないで有罪の事実認定をしてはならないという要請から、別個の考慮が働く。すなわち、控訴審が書面審査のみに基づいて第一審の無罪判決を破棄したときは、事件を第一審に差し戻し、第一審に事実認定を行わせるべきである。そして、控訴審が争点について新たに証拠調べを経たときに限り、直接主義の要請を満たすので、破棄有罪の自判をすることができる。⁽³⁸⁾

しかし、この説明は、控訴審が無罪判決を破棄自判する際には直接主義の要請を満たすべしという主張を行っていないにすぎない（この要請自体は重要であるが）。直接主義の要請を満たすことは、無罪判決を破棄する際の最低限の要請であって、その要請を満たしたからといって控訴審の判断のほうが正しいということにはならない。⁽³⁹⁾

後藤昭は「現実に第一審の有罪判決が控訴審で事実誤認を理由に破棄され、無罪またはより軽い罪とされる例はめずらしくない。そしてそれらの新しい結論が、実は誤りであるというふうには、我々は推定していないし、またそう推定することが合理的であるとも考えてはいないのである。むしろ我々は第一審と控訴審での二重の吟味によって、誤りの虞は減少すると推定しており、またそう推定することは不合理でないように思われる」という。⁽⁴⁰⁾ この推定は、有罪判決破棄については該当するが、一般に無罪判決破棄については当てはまらないように思われる。もちろん、個々の事件の証拠をみることでできない第三者が結論の当否を判断することはできない。しかし、少なくとも、原審

の叙述に対する批判の形式をみるかぎり、有罪判決破棄については原審が見落としていた事情を具体的に指摘するな
どして説得的だが、無罪判決破棄については、最終的評価につき「不合理である」とだけ述べるものが多く、その叙
述には納得できないことが多いのである。

このように考えるならば、心証比較説の挙げる心証優越の根拠は必ずしも説得的でない。そこで、有罪判決破棄の
場合と無罪判決破棄の場合とで基準を区別しようと試みる見解が出てくる。

原田國男は、必ずしも心証形成比較説ではないようだが、心証形成比較説をつきつめるとどうなるかという形で議
論を展開している。彼は、「ここでは、第一審の事実認定が不合理とはいえない場合の心証の違いを問題にしてい
るのであるから、所詮、その心証の相違は、微妙なものとなる」⁽⁴¹⁾という。この指摘は正しい。無罪判決破棄判決が往々
にして具体的な批判を原審に対してしないのは、それが記述できない性質のものだからと考えることができる。そし
て原田は、「それでも、控訴審の心証を優先させるというのであれば、それは、むしろ、その心証が実体的な真実に
より近いからであるというよりも、その心証が仮に誤っていても、その誤りは、有罪判決を無罪とする方向でのみ許
されるということにより是認されるのである。すなわち、真実、無罪の者を有罪とする不正義は、真実、有罪の者を
無罪とする不正義よりも大きいというべきであるから、真実に反する可能性のある控訴審の心証を優先を制度として
認めるのであれば、前記の方向でのみ許すというほかはないのである」⁽⁴²⁾として、次のように述べる。

自由心証主義といつても、それは合理的なものでなければならぬ。したがって控訴審は、第一審の判決の事実
認定が合理的かどうかを審査するのであり、心証の違いとみられる場合でも、多くは、第一審の事実認定が不合理
であるといえるケースである。そこで、第一審の事実認定が不合理であるとはいえないが、それが控訴審の心証と
異なる場合には、第一審の心証を優先させるべきである。第一審の事実認定が不合理であるという説明ができない
言い換えれば、控訴審の心証が合理的であるという説明ができない以上、自らの心証を優先させることはできない

というべきである。それでも、控訴審の心証を優先させるといふならば、既に述べたように、その心証が誤っているリスクを被告人に負わせるべきではないから、第一審の有罪判決を無罪と判断する場合に限られるべきであろう。第一審の無罪判決について、それが不合理であり、有罪とするのが合理的であるという説明ができないのに、心証が有罪であるからといって、無罪判決を破棄することはできないと思われる。

ここでいう合理性の審査の自身が問題となる。合理的かどうかは、結局、経験法則、論理法則に適合しているかどうかであるが、このうち経験法則というものは確実性の程度に幅があるのであって、第一審の事実認定が合理的かどうかを判断することは、必ずしも事実誤認の範囲を狭めるものではない。⁽⁴³⁾

論者がいう「心証の優越」は、一般に心証優越説と捉えられる見解を唱えている他の論者とは異なる意味で用いられているように思われる。論者は、一審が不合理であり二審が合理的であるといえないにもかかわらず、二審の判断を優先させることを認める。⁽⁴⁴⁾このような事態は、二審が自らの心証が不合理であることを認識しても、なお自らの心証に従って判断してよいことを意味するが、これは、「合理的な心証形成」という大前提に反するものである。二審はこの原則に反してもよいというのであれば、一審がこの原則に服さなければならない理由が認められないことになる。それでもよいという根拠が「疑わしきは被告人の利益に」原則であるとすることはできないであろう。

そもそも、一審と二審の心証が異なる場合に、一審の判断を二審が不合理と説明できないという事態は想定し得るのかが問題である。

これは、合理性の判断基準と関連する。論者は、「(広い意味での)経験則論理則適合性」を基準としている。このような基準を用いた場合、一審と二審の判断が異なる場合というのは、一定の証拠により一定の命題が導出される蓋然性計算が異なる場合であろう。これはさらに二つに区別できる。第一に、蓋然性計算の際に判断基準に入れるものの過不足が問題になる場合である。例えば一審はA事実とB事実からXという命題を導いたが、二審はA、B各事

実にC事実をも加え、Yという命題を導き出したとする。この場合、一審の判断を二審は、証拠評価を尽くしていないものと評価することになり、不合理性の説明は容易である。

一審はXという疑いを出しているが、それはC事実を考慮していないからだ。これを考慮すれば、Xという疑いは解消される。

一審は、バナナのきらいな被告人がバナナを食べたというのはおかしいと述べるが、当時被告人は空腹であり、しかもその時点において被告人に入手可能な食物はバナナ以外にはなかったという事情をあわせて考慮すれば、被告人が当時バナナを食べたのはすこぶる自然なことといえることができる。

第二に、個々の経験則の評価が異なる場合である。この場合、経験則の客観的蓋然性評価は一般にすこぶる困難であり、叙述はおのずと水掛け論的なものにならざるを得ない。

一審はYという命題を導き出すことは不自然というが、不自然とはいえない。一審は、当時被告人が空腹であり、しかもその時点において被告人に入手可能な食物はバナナ以外にはなかったという事情を考慮したとしても、バナナの嫌いな被告人がバナナを食べたとするのはおかしいと述べるが、それほどまでに被告人がバナナを嫌いだとはいえない(または、「それほどまでに被告人がバナナを嫌いだと認めるべき事情は存在しない」)

論者の合理性判断基準は、広義の経験則論理則適合性なのであるから、第二の叙述パターンも是認されることになる。となると、このような叙述もできないような心証相違事例はあり得るだろうか。あり得るとすれば、「一審の判断は合理的であり、特に批判すべき点はない。しかし理由は述べられないが当裁判所は結論が異なるので破棄する」という形をとるしかない。論者はこれを狭義の心証の優越と捉える。しかしそのような判断形式は一審であれ上訴審であれ許されるものとはいえないし、逆にこのような形式をとらない判断はすべからず正当化されることになる。したがって、論者のいう合理性基準は、何ら意味のある判断基準を提示していないし、むしろ判断者自身不合理と⁽⁴⁵⁾思っている判断を優越させることを認める点で、問題があるものといわざるを得ない。

それでは、心証の優越が許されることの説明、そして、無罪判決破棄と有罪判決破棄との区別が可能なることの説明はできないのであろうか。

(二) 合理的な疑いを超えた証明と事実誤認

二回の攻防を尽くすのを保障することによってより真実が明らかになるか否かは一般的にいうことはできない。また、証明基準は「合理的な疑いを超えた証明」であり、絶対的真実の証明ではない。結局、「合理的な疑いを超えた証明」基準に適合した構造が事実誤認審査においてとられることが最低限の要請といふべきであらう。

そこで、このような観点から検討するならば、有罪判決破棄の場合は、心証の優越は一般に許されるといわなければならない。なぜなら、合理的な疑いを超えた証明は、事実問題について判断する権限と責任を有する者全てが合理的な疑いを超えた証明があると判断することを要請しているからである。控訴審で再度事実問題を争う機会を与えた以上、控訴審裁判官が主観的に合理的な疑いを抱いたならば、その利益は被告人に与えなければならないのである。したがって、控訴審裁判官は、原審裁判官の認定と関わりなく自由に自身の結論を出してよい。

しかし、無罪判決破棄の場合は、そうではない。なぜなら、控訴審裁判官の判断を優先させるならば、事実認定の責任を有する者全てが合理的な疑いを抱いていない場合に初めて客観的に合理的な疑いを超えた証明があるという原則が崩れるからであり、それによつて原審裁判官は高度な疑いを提示しなければならなくなるからである。控訴審裁判官が無罪判決を破棄できるのは、個人によつて合理的な疑いが異なることを前提にしてもなお、原審裁判官の疑いが合理的な疑いではないといえる場合でなければならない。すなわち原審裁判官の疑いはありえないということを指摘できなければならない。これまでの実務は、原審裁判官の疑いがありえることの挙証責任を原審裁判官に課してきた。これは妥当ではない。反対に、原審裁判官の疑いがありえないことを証明する責任を控訴審裁判官に与えなければならぬのである。具体的には、明白な経験則違反、論理則違反の存在を具体的に叙述することが要請される。不合理であると言ふすませることは許されない。例えば、供述に矛盾が存することを指摘して当該供述の信用性を原審が否定した場合、矛盾が存することが信用性判断に影響を与え得ない旨完全に論証することは不可能であろう。したがつて、この場合控訴審が破棄できるのは、記録を検討したが原判決理由に示されているような矛盾は存在していないといった場合に限られるだろう。⁽⁴⁶⁾ 以上のことは理由不備・齟齬の審査の場合にもあてはまる。

もつとも、現行法上、無罪判決破棄と有罪判決破棄とで基準を区別することができるかという問題がある。刑訴法三八二条は、そのような区別を明示していないからである。しかし、明文規定がないからといって、必然的に両者を区別しないという解釈が引き出されるものとはいえない。有罪とするためには「合理的な疑いを超えた証明」が必要という原則は憲法三一条が保障する被告人の基本的人権である。この証明原則を侵害しない解釈が必要とされるのである。

新証拠が新たに取調べられ、第一審と証拠の構造が異なった場合はどうか。この場合も、証拠の構造が異なったと

いうだけで、心証の優越が全面的に許されることにはならないであろう。原審の疑いが経験則・論理則違反といえない限り一審の「合理的な疑い」を否定してはならないという命題のコロラリーとして、事実の取調が行われた場合にも次のことがいえるだろう。すなわち、新証拠と原審記録を総合評価したうえで、一審の抱いた疑いを維持することが、明白な経験則・論理則違反になるとした場合のみ、無罪判決を破棄することが許されるとすべきである。例えば、目撃供述について、供述は一貫してはいるが、当該状況においては暗くてみえなかったはずであるととして一審が無罪としたとする。この場合、控訴審で新たに鑑定が行われ、全くみえない状況であったとはいえないという結果が出たとしても、暗くてみえなかったということはありえないことを具体的に論証できなければ、原審の疑いを否定できるとはいえないのである。破棄できるのは、例えば光源なしとの前提を原審がとっており、この前提が新証拠により崩れ、十分な光源ありと認定できるような例外的場合に限られるだろう。

- (1) 現行法では三八〇条において審査することになるう。
- (2) 大阪高判昭和二九年七月一二日・高刑集七卷六号九五七頁。
- (3) 最判昭和二四年三月二三日・刑集三卷三号三四二頁。
- (4) 東京高判昭和三二年四月二七日・高刑集一〇卷三号二八八頁。
- (5) 高松高判昭和三九年一月三日・高刑集一七卷八号八二八頁。
- (6) 東京高判昭和三〇年五月一九日・高刑集八卷四号五五一頁、東京高判昭和五七年八月三〇日・刑裁月報一四卷七・八号六三九頁、大阪高判昭和二九年三月二五日・高刑集七卷二号二〇六頁。

- (7) 大阪高判平成二年一月三十一日・判時一三六九号一六〇頁。
- (8) 札幌高判昭和三〇年一月二二日・高刑集八卷八号一一二三頁。
- (9) 最判昭和二十四年二月一〇日・刑集三卷二号一五五頁。
- (10) 最判昭和二十三年二月一六日・刑集二卷一三号一八一六頁。
- (11) 高松高判昭和二十八年九月七日・高刑集六卷一十一号一四四六頁。
- (12) 東京高判昭和三十一年六月二七日・高刑集九卷七号六六六頁。
- (13) 最判昭和二十八年五月二二日・刑集七卷五号一〇一一頁。
- (14) 最判昭和三五年二月一六日・刑集一四卷一四号一九四七頁。
- (15) 例えば鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』二六七頁参照。
- (16) 例えば鈴木・前掲書二六七頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』四七七頁参照。
- (17) 岸盛一は、「三七八条四号の場合、判決だけでその理由の存否が明らかなきは、とくに訴訟記録等の援用は必要でない」と述べている(岸盛一『刑事訴訟法要義』三三四頁)が、判決書も訴訟記録に含まれるのであるから、「判決書を援用するだけでよい」とするのが正確であろう。
- (18) この点、控訴審に記録等は一切参照させないことにすると、原審裁判官の作文能力により無実が隠蔽されてしまうという指摘があるが(内山安夫「刑事訴訟における証明基準と上訴」(光藤景校先生古希祝賀論文集下巻所収)七二九頁)、私見では、事実認定に関する、控訴審における判断の場合は三七八条に限られないので(三八二条)、この批判はあたらない。本節三参照。
- (19) 田宮裕『刑事訴訟法講義案増訂四版』七八頁による。なお、②については、被告人に限らず、広く当事者と捉えるのが一般である。
- (20) 『刑事弁護コンメンタールI・刑事訴訟法』三二五頁(富田真執筆)。「社会に対し法の正当な適用がなされたことを示す」という説明もなされるが(例えば松尾浩也監修『条解刑事訴訟法新版増補版』七〇頁)、同旨であろう。
- (21) 刑事訴訟規則二四六条は、控訴審の判決書につき控訴の趣意及び重要な答弁についてその要旨を記載しなければならない

いと規定している(上告の場合も二六六条により本規定が準用される)。これは①②の機能を重視したものといえる。

(22) 松尾浩也監修・前掲書七二頁。

(23) 平野龍一『刑事訴訟法』二七八頁、平場安治、高田卓爾、中武靖夫、鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法(全訂新版)』中八四二、八四三頁(中武執筆)参照。

(24) 佐伯千仞『法曹と人権感覚』九一頁以下参照。なお、後藤昭「有罪判決の理由」刑事訴訟法判例百選(第四版)一九六頁参照。

(25) 例えば庭山英雄『自由心証主義』二〇頁。

(26) 小田中聡樹、大出良知、川崎英明編著・前掲書三七頁(富田真執筆)。

(27) 例えば、光藤景校『口述刑事訴訟法(中)』二八一頁。

(28) 児島武雄「無罪判決の理由」公判法大系Ⅲ三三七、三三五頁。

(29) 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」光藤景校編『事実誤認と救済』三、二二頁。

(30) 論者は、理由を説明することなく自由心証によって無罪とすることを「疑わしきは被告人の利益に」原則の当然の帰結としている。フランス流の内的確信論の意味で「自由心証主義」の語が用いられているようであるが、現行法は無罪についてのみ内的確信論に立つ(有罪方向には「適正な事実認定」を要求しつつ、無罪方向には裁判官の理性による判断に全幅の信頼を置き、一切制約を認めない)という主張には、それ自体論証が必要だと思われる。無罪判決に理由はいらないことがその論証だとすれば、論者は自由心証にしたがって無罪とすることができるから無罪判決に理由はいらないと説明しているのだから、これは循環論法であろう。

(31) この点、無罪判決に事実認定に関する理由を要求すると、裁判官は、かなりの事実抑制にさらされることになるという批判がある(内山・前掲論文七二九頁)。しかし、判例が要求しているわけでもないのに必要以上に詳細な無罪判決理由を記している現状をふまえる必要がある。証拠評価に関する理由をいらないと解釈したところで、無罪判決を出す裁判官がプレッシャーにさらされている現状では、変化はみられないと思う。必要なのは、証拠評価に関する理由を、どのような基準で審査するのかを明確にし、どのような理由を書くべきかを明確にすることなのである。

(32) 各説を網羅的に検討するものとして、後藤昭『刑事控訴立法史の研究』三〇六頁以下、香城敏麿「控訴審における事実誤認の審査」(松尾浩也先生古稀祝賀記念論文集下巻所収) 六二二頁等参照。

(33) 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』三六六頁、石松武雄「控訴審における事実判断」(小野慶二判事退官記念論文集『刑事裁判の現代的展開』所収) 一九九頁、後藤昭・前掲書、平木登規男『刑事控訴審』平田勝雅「刑事控訴審の構造」西法学院大学法学論集一九卷一号五〇頁等参照。

(34) 事実誤認の審査は、実務上次のような運用がなされているという。

(一) 控訴裁判所は、まず原判決と控訴趣意書・答弁書によつて、控訴趣意が原判決認定事実のどの部分についていかなる事由に基づいて誤認を主張するかを把握した上、必要な書面審査を遂げ、問題とされている事実点について書面審査限りの心証を形成し、原判決の事実認定の可否について一応の結論を出し、公判期日に臨む。

(二) 公判において弁論と答弁を聴いた結果

① 原判決に事実誤認の疑いもない場合、すなわち、有罪判決について、その事実認定に合理的な疑問を容れる余地が全くない場合、無罪判決について、公訴事実につき合理的な疑いを越える程度の証明が得られる蓋然性のない場合には、(被告人質問以外に) 実質的な事実の取調を行わずに控訴を棄却する。

② 原判決に明白な事実の誤認が存在すれば、事実の取調を行うことなく原判決を破棄して事件を差し戻すが、控訴裁判所による新たな事実認定を要せずに判断が可能な場合には、自判することもある。

③ その他の場合、すなわち書面審査の結果事実誤認の疑いのある場合には、請求または職権により必要な事実の取調を行い、書面審査の結果と事実取調の結果とを併せて、当該事実点についての心証を形成し、その結果事実誤認なしとの結論に達すれば控訴を棄却し、事実誤認ありとの結論に達すれば原判決を破棄し、その心証形成に基づいて自判する(石松竹雄・前掲論文二〇二～二〇五頁参照)。

(35) 心証形成比較説が自説の論拠として挙げるものの一つに、現行法は証拠説明を要求していないから、心証形成過程の審査はできないというものがある(例えば後藤昭・前掲書三〇七頁参照)。しかし、上述のように、判決理由審査という形で証拠説明は要求できると解される。ただし、事後審論のいうような、記録を参照したうえで心証形成過程を審査するとい

う形式はとらない（それは実際は心証を形成して結論を比較することであるから）。判決理由審査という形式的な審査を事実誤認とは別の領域で行うことによって心証形成過程の審査は可能になると本稿は考えているので、事後審論の主張とは異なる。

(36) 田宮裕・前掲書（注33）三七〇頁。

(37) 松尾浩也『刑事訴訟法（下）新版補正版』二二六頁。

(38) 香城敏磨・前掲論文六三八～六三九頁。

(39) この点につき、拙稿「合理的疑いを超えた証明と上訴審」一橋論叢二二三卷一号二〇八頁参照。

(40) 後藤昭「自由心証主義・直接主義と刑事控訴——平田元氏の論文を契機として」千葉大学法学論集二卷二号二二、四三頁。

(41) 藤永幸治、河上和雄、中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法第六卷』二四四頁（原田國男執筆）。

(42) 藤永他・前掲書二四四頁。

(43) 藤永他・前掲書二四五頁。

(44) 心証優越説は、一般に一番にも二審にも「合理的な疑いを超えた証明」を要請していると思われる。例えば後藤昭・前掲論文（注40）三〇頁以下参照。

(45) 従来の心証優越説は、本文中で述べた、蓋然性計算の第二のパターンについて、これを不合理と説明するのが困難なものと捉え、これを許容する意味で心証の優越という言葉を使用しているものと解される。

(46) この点につき、再度証人尋問を行い、控訴審での供述に矛盾がないと判断した場合に無罪を維持せよと要求するのは困難との批判がある（内山安夫・前掲論文七二八頁）。しかし、この例は、事実の取調べを行っていない場合として挙げているので、批判は的を射ていない。かつ、論者の批判が真にポイントとしているのは、事実の取調べのあり方であるように思われる。

第四節 日本における証明基準とシステムに関する総括

本章の目的は、各国がそれぞれ抱えているジレンマをふまえつつ、日本の刑事裁判システムの中において、矛盾無く「合理的な疑いを超えた証明」原則に適合したシステムを提示することにあつた。

第一に、合理的な疑いを超えた証明の最も基本となる部分である、第一審裁判官自身が自身の疑いを吟味する基準を検討した。日本におけるこれまでの「合理的な疑い」に対するアプローチは、有罪推定裁判官に対し規制をかけるというものが多く、「合理的な疑い」の具体的判断基準を最も必要としているはずの「迷える裁判官」に対し、十分にその意義が説明されていないことが明らかになった。彼が迷っているのは、自身の疑いが正当であることを第三者に説得することができないという点にあるので、そのような説得可能性を考慮する必要はないという点を中心に、裁判官が考慮すべきポイントを挙げた。その結果、従来日本で想定されていたような客観的絶対的な合理的な疑いという概念を定立することは不合理であることが示された。

第二に、先に提示した、原審の心証概念としての「合理的な疑い」基準が有名無実にならないようにするため、日本の多数決評決制に対し批判的検討を行った。その結果、この多数決評決制が合理的な疑い基準を高める機能を有していることが明らかになり、一方で、事実審査というシステムを有していないアメリカにおけるような、全員一致評決制を変更する具体的事情が存在しないことも明らかになった。そこで日本においては全員一致が必須であることが示された。

第三に、同じく第一審裁判官の「合理的な疑い」基準の実効性を担保するために、事実問題に関する上訴システム

について解釈論を行った。

まず、「適正な事実認定」を担保するために、ドイツのあとづけ可能性審査類似の審査を日本においても導入できないかを検討した。その結果、刑法法三七八条四号が規定する理由不備・齟齬という場にあとづけ可能性審査を含ませることが可能であることが示された。

次に、この審査基準を実行可能ならしめるために、判決理由中に証拠説明を叙述する義務を現行法上課することができないか検討を試みた。その結果、必ずしも三三五条、三三六条の規定に拘束される必要はなく、理由を付すことを定める一般規定である四四条よりこの義務を要求できることを示した。これにより、原審は、証拠の内容及び証拠の取捨選択の理由等につき自らの事実認定が正当である旨論証しなければならない。この判決理由に対し、控訴審は、一般的経験則、論理則違反がないか、注意則違反がないかを審査することになる。経験則違反については、およそ存在しない経験則であることが論理的に示されることが必要である。

さらに、「事実誤認」についても、「合理的な疑いを超えた証明」の果たすべき意義に鑑みて解釈を加え、有罪判決破棄に対しては心証の優越を認め、無罪判決破棄に対しては、控訴審裁判官のほうに高度の叙述義務を課するという片面的構成を試みた。記録をみずに判決理由を審査し、「適正な事実認定」をはかる「あとづけ可能性審査」（三七八条）および記録等を参照して控訴審の「合理的疑い」を優越させる「事実誤認」（三八二条）——この二段構えにより、事実認定をめぐる下級審と上訴審のコミュニケーションは、より豊かなものになるのではなからうか。

むすびにかえて

以上、システムの異なる他の法域における状況をかいま見ながら、日本における「合理的な疑い」が高度な疑いになつている原因を追及し、それを除去する方策について検討を試みた。この研究で強く意識させられたのは、「合理的な疑いを超えた証明」というフォーミュラは、単に刑事裁判における証明が高度なものであることを示す象徴としてではなく、実践的な意義を持たなければならないということである。実務において合理的な疑いというフォーミュラは、既に一定の意味を持つている。それは、合理的な疑いを抱いた者に対し、その疑いがいかに合理的であるかを叙述させるといふ意義である。そして、いかに具体的な叙述であつても、上訴審裁判官が結論に納得できなければ、「合理的な疑いとはいえない」と一刀両断するといふ意義である。この逆転現象ともいえる状況を変革するためには、本来の実践的意義がいずれにあるのかを見極める必要がある。具体的に叙述しなければならないのは有罪と考えているほうであること、一刀両断が許されるのは無罪と考えているほうであること——「合理的な疑いを超えた証明」の意義はまさにここにある。

本稿の目的は、「合理的な疑い」という基準が現実を果たしている機能と果たすべき機能を分析することにあつた。しかし、本来あるべき「合理的な疑いを超えた証明」の意義をふまえた具体的解釈論や立法論を精緻に展開することはできなかった。それは、事実認定の問題に関しては、二重の危険や直接主義といった様々な要素が絡むため、一つの観点から解釈論をつきつめることができないからである。今後の課題としたい。

また、「合理的な疑いを超えた証明」の果たすべき機能という観点から検討の対象としなければならない領域は、他にも多数ある。本稿で注目したのは、上級審と下級審の関係、および合議体裁判所内部の関係だが、当事者間におけ

る、証拠評価をめぐるコミュニケーションや、当事者と裁判所の間におけるコミュニケーションも重要である。これらのコミュニケーションがどのようになされているのか、どのようにあるべきなのかを検討する必要がある。⁽¹⁾また、これらのコミュニケーションを豊かにするためのツールを整備する必要もある。例えば注意則は、これらのコミュニケーションを豊かなものにする重要なツールであるべきだが、果たしてそうになっているか、そうするためには今後注意則研究をどのように進めていくべきか検討しなければならない。⁽²⁾「適正な事実認定」あるいは「証拠評価をめぐるコミュニケーションの適正化」の実現のために検討しなければならない課題は山積みである。本稿で得られた知見をもとに、さらに研究を進めていきたい。

(1) その出発点として、拙稿「証拠評価をめぐるコミュニケーション研究序説」光藤景皎先生古希祝賀論文集下巻六〇一頁参照。

(2) 拙稿「情況証拠による事実認定に関する試論」大阪経済法科大学法学研究所紀要三二号八九頁、同「犯人識別供述の信用性評価に関する試論」大阪経済法科大学法学研究所紀要三二号三九頁参照。

