

刑事裁判における証明基準の研究 (四)

——「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手続の概要

一 上告理由

二 上告趣意

(一) 実体的瑕疵

(二) 手続的瑕疵

三 小括

第二節 あとづけ可能性による事実認定審査

(以上五〇号)

(以上四九号)

(以上四七号)

- 一 上告審によるあとづけ可能性審査の採用
- 二 あとづけられないとされた有罪判決破棄事例
 - (一) 事例分類の方法
 - ア 経験則違反
 - イ 論理則違反
 - (二) 経験則、論理則違反があるとして破棄された事例
 - ア 単なる推測にすぎないとして破棄された事例
 - イ 典型事例
 - イ 非典型事例
 - (四) 証拠を余すところなく評価していないとして破棄された事例
 - ア 証拠評価の叙述が全くない場合
 - イ 検討すべき問題を検討したことが窺われない場合
 - 1 一定の証拠方法につき必ず検討すべきものとして判例上定立されている事項について、全く叙述されていない場合
 - 2 検討すべき問題が実際に存在することが判決理由から明らかなのに、その点を検討したことが全く叙述されていない場合
 - ウ 検討すべき問題を意識していることは叙述されているが、その問題をどう検討したかを全く記していない場合
 - エ 検討すべき問題を意識し、実際に検討して解消した過程が叙述されているが、その検討が誤っていることを批判する場合
 - 1 批判が具体的な場合
 - 2 批判が抽象的な場合
 - (二) 批判が抽象的な場合
- 三 あとづけられないとされた無罪判決破棄事例
 - (一) 批判が具体的な場合
 - (二) 批判が抽象的な場合

四 小括

第三節 心証概念による事実認定審査

一 ライヒ裁判所の心証審査

(一) 確信に至らなかったことを示す表現

(二) 具体的事情との関連

二 連邦通常裁判所の心証審査

(一) 「合理的な疑い」、「個人の疑い」基準による審査

(二) あとづけ可能性審査への包摂

(三) 間主観説と「上告審の判断の優越」

第四節 ドイツにおける事実認定審査システム総括

一 本章のまとめ

二 日本に対する示唆

(一) 「適正な事実認定」とあとづけ可能性審査

(二) 「合理的な疑い」とあとづけ可能性審査

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

第四章 「合理的な疑い」基準をめぐる諸問題の検討

むすびにかえて

(以上本号)

第二章 ドイツにおける事実認定審査の現状

日本では、法律上要求されていないと一般に解されているとはいえ、実務上、被告人が争う場合などでは、事実認

定につき判決理由の中で説明がなされることが多い。しかし、説明がなされた場合に、その判決理由はいかなる法的意義を持つのか、特に、上訴審の審査において法的にどのように用いられるべきなのかは明確ではない。第一章で検討したように、そのような事情は、日本における「合理的な疑い」を「高度な疑い」に変容させる契機となっている。第一に、無罪判決を出そうとする下級審裁判官は、上訴審で破棄されないようにするために、自身の抱いた疑いがなぜ合理的といえるのかについて意を尽くして（必要以上に）説明しなければならぬ。第二に、どれだけ詳細に記したとしても、上訴審は、具体的説明なく、単に不合理であると指摘することによって、結論を否定している。このような現状は望ましいものとはいえない。

このような問題をどう解決すべきか検討するにあたり、ドイツ上告審の「あとづけ可能性 Nachvollziehbarkeit」審査という審査システムは非常に参考になるものと思われる。なぜなら、ドイツでは、事実問題に関する審査資料が原則として判決理由中の叙述に限られているため、その意味で判決理由の意義は日本と比較して明確だからである。実際、この「あとづけ可能性」という概念は、証明基準あるいは審査基準の問題を考えるにあたり有用、と日本でも紹介される⁽¹⁾ことが多い。確かに、抽象的にみれば、事実認定につき上訴審があとづけることができるように記すというのは、裁判官の事実認定を「自由心証」というブラックボックスから開放する意義を有するだろう。しかし、これまで日本では、学説の紹介に重点がおかれ、ドイツにおける実務の現状、すなわち具体的にどのような制度的条件のもと、どのような事例が、どのような理由で破棄されているかについて検討が十分になされてこなかったように思われる。そこで、裁判例分析により、ドイツにおける審査システムの意義と限界を検討することが本章の第一の課題となる。

一方で、ドイツは、原審が果たして本当に有罪を確信して有罪としたか、あるいは、原審が本当に合理的な疑いがあるかと判断して無罪としたのか否かを審査するという特殊な審査システムをも有している。日本では、自由心証主義

につき、「主観的確信だけが基準となると、原判断者が有罪の確信を抱いたかどうかが審査の対象となり、結局再審査不可能ということになりかねない」⁽²⁾との共通認識があり、質、程度の違いはあれ、自由心証主義を客観的に構成しようとするのが一般的であるが、ドイツでは実際に原審裁判官の確信の有無を判断しているわけである。⁽³⁾この審査システムは、ドイツ特有のものとはいえ、日本において上訴審が原審の事実認定を審査することの意味を検討するうえで重要な視点を提供するものであることは疑いない。そこで、このシステムの理論的意義と実際の機能の検討を本章の第二の課題とする。

何はともあれ、ドイツ上告審における事実認定審査システムは、日本のそれとかなり異なるので、まず法律制度を概観することから始めよう。

(1) 例えば、光藤景皎「自由心証主義の問題点」（井戸田侃他編『新・生きている刑事訴訟法』所収）参照。

(2) 光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）』一三三頁。

(3) もちろんドイツでも自由心証主義の客観化がはかられている（あとづけ可能性審査はまさにその帰結である）が、それと
ならんで、確信の有無の審査もなされているのである。

第一節 上告審による事実認定審査手続の概要

一 上告理由

ドイツ刑法上、上告理由を規定しているのは三三七条および三三八条（本節で掲げる条文は、すべてドイツ刑事訴訟法典のものである）である。絶対的上告理由を定める三三八条の内容は、事実認定の誤りとは直接関係がないとされている。事実認定に関する問題は、相対的上告理由である三三七条に該当するか否か、すなわち当該事実認定が法令違反に基づくものか否かで判断されることになる。この法令違反について、ドイツではさらに実体法規違反と手続法規違反とに分類され、異なる取扱いがなされている。

判例、通説によれば、事実認定の誤りは、形式的には二六一条が規定する自由心証主義（すなわち手続法規違反）の問題ではない。それは実体法に違反するものであり、手続的瑕疵ではなく実体的瑕疵ありとして判決を破棄すべきとされている。⁽⁴⁾論理則、経験則違反については、それらを書かれざる実体法規とすることで以前から根拠づけられてきた。しかし、近年に至り、論理則、経験則違反に限らず、広く事実問題を扱う必要が意識され、上告審による事実認定審査の範囲を拡大しようとする動きが強まってきた。そこで、一般には次のような理由づけがなされている。すなわち、事実が不当に認定された場合、当該判決において用いられた実体刑法の適用は誤っていることになる。⁽⁵⁾実体法が正しく適用されたといえるのは、その包摂が、正しく矛盾のない実体に基づいている場合のみである、と。

このように解されるのには次のような事情がある。直接主義、口頭主義の要請が徹底しているドイツにおいては、記録のみによつて事実を認定することができるとは解されていない。しかし法律審である上告審では、証拠調べをすることはできない。したがって、上告審は事実認定ができない。ドイツの判例は、事実問題の審査に関わる場合、定

型的に「事実認定は事実審裁判官の専権事項であり、原則として上告審は事実審の認定した事実を前提としなければならず、自己の心証を事実審のそれに置き換えることはできない」というフレーズを最初に置いて⁽⁶⁾いる。ところが、手続法規違反という理由で事実問題を争おうとするならば、上告申立人は、後述のように瑕疵ある事実を援用しなければならぬ。事実認定の誤りについて事実を援用するとすれば、それは訴訟記録や原審が取り調べた証拠から⁽⁷⁾いうことになるだろう。それらの事実を検討して判断することは、実質上事実認定を上告審が行うことに他ならない。そのような事情があるため、事実問題について手続法規違反があるとされる領域は現在非常に狭い。そこで、上告審の事実審査の枠を拡大するために、事実の援用が必要ない実体法規違反に該当させる必要が生じたのである。

しかし、論理的には、上記説明には無理があるといわざるをえない⁽⁸⁾。実際、事実認定に関する判例には、単に法的瑕疵があるだけで指摘し、実体法に違反しているのか手続法に違反しているのかを明示しないものが多い⁽⁹⁾。また、*Neue Zeitschrift für Strafrecht & Strafverteidiger* といった雑誌に事実認定の誤りを指摘する判例が掲載される場合、それらは端的に二六一条に関する判例として扱われており、各コンメンタールも二六一条の箇所ですそれらの判例を扱っている。このように、論理的には問題を含みつつも、誤判の是正のためにあえて例外措置として、事実認定の問題を⁽¹⁰⁾実体法規違反の問題としているのが現在のドイツの実務・学説である。

二 上告趣意

三四四条二項⁽¹¹⁾によれば、上告申立においては、原判決につき手続法規違反を理由として申し立てたのか、あるいは他の法規違反を理由として申し立てたのかを明らかにしなければならない。前述のように、手続法規違反の場合、瑕疵を含む事実を援用しなければならぬ。したがって、事実審が手続法規に違反したとする上告が有効となるために

は、申立人は、手続上の誤りが生じたところの事実を詳細に記述しなければならぬ。三五二条一項により、この事実のみが上告審の審査対象になる。すなわち、上告趣意の機能は、手続的瑕疵については、上告審の審査範囲を確定する点にある。これはもっぱら訴訟経済上の理由による。⁽¹³⁾

実体法規違反を申し立てる場合には、異なる扱いがなされる。例えば、事実審裁判官が認定した事実に対する実体法の適用が問題になる場合、問題点は判決自体に現れている。いずれにせよ上告審裁判官は、判決書を読むだけでよい。手続的瑕疵とは異なり、法令違反を明らかにするために「際限のない究明活動」は必要ないことになる。⁽¹⁴⁾ 実体法規違反を理由とする上告が有効であるためには、瑕疵ある事実を申し立てる必要はなく、一般的に実体的瑕疵を主張すれば足りることになる。

このように、上告申立人の義務は、実体的瑕疵 (Sachrige) を理由とするか、手続的瑕疵 (Verfahrensrige) を理由とするかにより全く異なることになる。したがって、事実問題の審査という観点からみて、三四四条二項の規定は実務上重大な意味を持つ。

(一) 実体的瑕疵

事実認定の誤り、証拠評価の誤りを主張する場合は、前述のように、実体的瑕疵を理由とするのが一般的である。⁽¹⁵⁾ 論理則、経験則違反、および「不完全な証拠評価 (lückenhafte Beweiswürdigung)」については、実体的瑕疵にあたる⁽¹⁶⁾ と実務上解されている(したがって、事実の援用は必要でなく、判決書の検討のみによって判断されるべき事項ということになる)。なお、解明義務違反は、一般には手続法規違反に該当すると解されているが、これを証拠評価の誤りと結びつけることができる場合には、実体的瑕疵に含まれるべきとされている。⁽¹⁷⁾

実体的瑕疵について審査するにあたり、上告審が資料として用いることができるものは、判決書のみと解されてい

(18) しかし、判決理由につき規定する二六七条は、証拠評価につき判決理由中に記すべき旨明示していない。その意味で、心証形成過程の説明は二六七条の要請するところではないと解されている。したがって、心証形成過程の説明がなくとも二六七条違反(すなわち手続法規違反)にはならないが、前述の理由で実体法規違反とされうることになる。

(二) 手続的瑕疵

ドイツ刑法は、二七二条および二七三条ないし三項⁽¹⁹⁾で、公判調書の記載事項につき(日本と比較して)簡略な要求をしている。その枠内という限界はあるが、公判記録は、二七四条により、公判経過を証明するために用いられる。しかし、実務上、事実認定の誤りを争うためにこれを用いるのには、かなりの制限が設けられている。現在の実務上、事実認定問題に関する審査にあたり訴訟記録の使用が認められるのは次のような場合である。

第一に、事実審裁判官がある証拠方法につき判決において評価しているが、その証拠方法は記録には現れていない場合である。それは、事実審裁判官が二六一条という「審理の総体」から心証を得ていなかったという理由により二六一条違反となるのである。

第二に、逆の場合であるが、記録にあらわれている証拠方法等を判決理由の中で検討していないときも二六一条違反となる。例えば、二七三条三項一文により録取された供述を、判決理由において検討していない場合は、二六一条違反となる。⁽²¹⁾

第三に、その他、判決書に記載されている審理経過と訴訟記録が記載している審理経過に食い違いがみられる場合——例えば、判決理由には被告人が黙秘していたと書かれているが、記録は逆のことを示している場合⁽²²⁾、あるいは、判決がある証言を宣誓付きのものとして用いているが、記録によると当該証人は宣誓していないといった場合に、二

六一条違反を理由とした上告が認められている。

これらのような形式的判断で済むようなものではない場合、記録を審査資料として用いることは原則として許されない。その根拠は、上告審は実体法規違反の審査を旨とし、実体的瑕疵については、判決理由につき、それが筋の通ったものであるかという観点から検査するに止まるという点にある。その限りにおいて、上告審の審査権限は、原則として記録には及ばないということになる。

以上のように、手続的瑕疵について、上告審が原判決理由と記録との矛盾に依拠することは許されないというのがドイツの判例、通説である。⁽²⁴⁾したがって、例えば二七三条二項、三項により記載された供述の要旨と、判決理由中に叙述された供述内容が一致していない場合であっても、その相違を根拠として、二六一条違反があつたとする⁽²⁵⁾ことはできない。これは、事実審裁判官が判決において認定した「事実」が、たとえ審理の結果と異なるものであつたり、あるいは解明されていないものであり、記録がそれを証明しているとしても、上告審は判決の「事実」に拘束される⁽²⁶⁾ということを意味する。このことは、二六一条の解釈により根拠づけられている。すなわち、事実審裁判官は、審理の総体から得られた自身の自由な確信によつてのみ判断するのであり、公判記録によつて影響を受けることは、法的にも事実に⁽²⁷⁾もない、と。さらに、法律問題の審査に限られている上告審は、自らの判断にあたり、三三七条にしたがい、事実審裁判官により証明されたと考えられた事実を基礎としなければならず、当該証拠方法が実際に主張されているような結果に至っているのかを検討してはならない。⁽²⁸⁾このような「証拠調べのくり返し、補充」は、上告手続の構造と矛盾するとされている。⁽²⁹⁾よつて、三三七条に該当する法令違反に関する上告審の審査については、公判記録を用いることが原則としてできないことになる。⁽³⁰⁾

このような結論には批判もある。例えばベルトラム・シュミット (Bertram Schmidt) は、このような見解は誤つた

前提に立つものであり、現行実務が依拠している管の前提にもそぐわないと主張する。彼によれば、「このような論拠が成立するのは、二六一条による事実審裁判官の心証形成は法的に審査不可能な主観的自由裁量の領域にあるという前提に立つ場合のみであるが、そのような前提は学説も判例も支持していない。客観的基準によって行われる主観的事象として自由心証を捉えるならば、上告審裁判官に対し、事実審裁判官が証拠調べと証拠評価にあたり顧慮しなければならぬ評価原則について客観的観点から審査する権限を認めなければならぬだろう。実際、公判の経過が記録によって証明されている場合には、自由心証には限界がある。事実審裁判官が実際二六一条にしたがって審理の総体から事実を認定した場合にのみ、その事実認定については審査できないといえる。しかし、記録の内容と判決理由の内容が一致しない場合にはこの限りではない。すなわち、事実審裁判官は、例えば証人の供述を簡単に無視したり、完全に異なる内容に評価してはならないのである」⁽³¹⁾。

しかし、判決理由の記載と公判記録の記載に矛盾があるという評価は、結局のところ訴訟記録の評価によって行われるのであるから、上告審は事実認定をしないという建て前を維持するかぎり、この主張が認められるのは困難だろう。

なお、これらの理由が認められる場合、三五四条二項⁽³²⁾により、原審に破棄差戻となる。上告審は事実認定ができないため、事実問題に関し、原則として自判はできない⁽³³⁾。

三 小括

以上が、ドイツの事実審査手続の概要である。ドイツ上告審の事実審査システムは、日本の事実審査手続とは、特に審査に用いる資料の点で、かなり異なるものである。日本において、控訴審の事実審査につき、経験則、論理則違

反に限るべきだという説や、原判決の合理性を審査するとする説がある。これらの説はドイツ上告審の事実審査と類似するものということもできるが、日本においてはいずれにせよ審査のための資料として記録が存在し、その記録と原判決の結論との関係が問題になる点で、ドイツとは全く異なることに注意したい。ドイツでは、原則として、判決理由における叙述の合理性を、判決理由のみを資料として審査する点に特色があるのである。

- (1) 三三七条一項 上告は、判決が法令違反に基づいていることを理由とするときに限り認められる。
二項 適用されるべき法規が適用されなかったとき、または正しく適用されなかったとき、判決は法令に違反したものとす。
- (2) 日本の刑事訴訟法における控訴理由や上告理由等に関する規定は、ドイツの前記規定よりも詳細であるが、これらの規定を分類・整理するために、ドイツと同様、手続法規違反と実体法規違反の概念が用いられている。小野清一郎『刑事訴訟法概論』二五四頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』五四六頁等参照。
- (3) 二六一條 裁判所は、審理の総体から得た自由な確信（心証）により証拠調の結果を判断する。
- (4) Vgl. BGHSt 15, 3; 14, 164.
- (5) Vgl. Ulrich Klug, Die Verletzung von Denkgesetzen als Revisionsgrund, in FS Möhring 363, S.363 ff.
- (6) Vgl. BGHSt 10, 208.
- (7) 日本では、上訴審が「記録だけで事実を認定してよいか」という議論がなされることが多いが、ドイツでは、記録を事実審査の資料とすること自体原則として認められていない。
- (8) Vgl. Peter Rieß, Zur Revisibilität der freien richterlichen Überzeugung, GA 1978, 257, S.259.

- (9) Vgl. E. W. Hanack, Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozess - OLG Celle, NJW 1976, 2030, Jus 1977, 727, S. 730.
- (10) Vgl. Claus Roxin, Strafverfahrensrecht (25. Aufl.), § 53D III.
- (11) 三四四条二項 上告趣意では、判決に対し手続に関する法規違反を理由として不服を申し立てているのか、他の法規違反を理由として申し立てているのかが明らかにされなければならない。前者の場合には、瑕疵ある事実を示さなければならない。
- (12) 三五二条一項 上告裁判所の審査は、上告申立の範囲でのみこれを行い、手続の瑕疵を理由とするときは、上告申立に際して示された事実の範囲でのみこれを行う。
- (13) Vgl. Harro Otto, Möglichkeiten und Grenzen der Revision in Strafsachen, NJW 1978, 1, S. 3.
- (14) Vgl. Bernd Schünemann, Grundfragen der Revision im Strafprozess, JA 1982, 71, S. 76.
- (15) Vgl. BGH StV 1986, 421; BGHSt 14, 164; OLG Koblenz NJW 1986, 1003; Kleinkecht/Meyer, Strafprozessordnung (39. Aufl.) § 344 Rn 15.
- (16) Vgl. BGHSt 25, 325.
- (17) Vgl. Rainer Hamm, Tendenzen der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung aus der anwaltlicher Sicht, StV 1987, 262, S. 267.
- (18) Vgl. BGHSt 2, 248; BGHSt 35, 238.
- (19) 一七三条一項 調書には、公判経過および結果の要点を記載し、すべての重要な方式を遵守した旨明らかにし、朗読された書面または二四九条二項の定めるところにより朗読されなかった書面の表示ならびに審理中になされた申立、行われた裁判および判決主文が記載されなければならない。
- 二項 区裁判所および参審裁判所における公判においては、尋問結果の要旨も記載されなければならない(後略)。
- 三項 公判における経過または供述もしくは陳述の文言の確定が問題になるときは、裁判長は、職権で、または、審理に関係している者の請求により、完全な録取または朗読を命じなければならない。裁判長が命

- 令しないときは、訴訟関係人の請求により、裁判所が裁判する。調書には、この朗読が行われ、かつ、これが承認されたこと、または、どのような異議が申し立てられたかが記載されるものとする。
- (20) 二七四条 公判手続について定められている方式が遵守されたことは、調書によつてのみ証明することができる。この方式に関する調書の内容については、偽造の証明だけが許される。

- (21) Vgl. BGSt 38, 14.
 (22) Vgl. BGH StV 1992, 1.
 (23) Vgl. BayObIG StV 1988, 145.
 (24) Vgl. BGH NJW 1966, 63; NJW 1969, 1074.
 (25) Vgl. Gollwitzer, Löwe-Rosenberg Kommentar zur Strafprozessordnung (23 Aufl.) §244 Rn 344.
 (26) Heinrich Jagusch, Die Revision in Strafsachen - ausreichende Rechtsgarantie?, NJW 1971, 2198, S.2202.
 (27) Karl Lackner, Anm. zu BGH JR 1966, 305.
 (28) Vgl. BGH JR 1966, 305; RGSt 449, 316.
 (29) Vgl. Meyer, Löwe-Rosenberg Kommentar zur Strafprozessordnung (23 Aufl.) §337 Rn 86.
 (30) Bertam Schmidt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, S.511.
 (31) B. Schmidt, a.a.O. (30).
 (32) 三五四条一項 判決の破棄が判決の基礎となつた認定事実に対する法令適用に際しての法令違反のみを理由として行われるときは、上告裁判所は、事実審理なしに、無罪または手続の打ち切りもしくは無条件に一定の刑を言い渡すべきとき、または、上告裁判所が、検察官の申立に一致して、法定の最下限の刑または刑の免除を相当と認めるときは、事件について自判しなければならぬ。

二項

その他の場合にあつては、不服を申し立てられた裁判所別の部またはそれと同等の同じ州に属する他の裁判所に事件を差し戻さなければならない。上級地方裁判所が第一審として判決した事件においては、その裁判所の別の部に差し戻さなければならない。

三項 この差戻は、なお問題とされる犯罪がその管轄に属するより下級の裁判所に行うことができる。

(33) ただし、自判して無罪判決を言い渡した事例もある。Vgl. BGH NJW 1999, 1562. この判決については、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二二〇八九、九六頁以下参照。

第二節 あとづけ可能性による事実認定審査

一 上告審によるあとづけ可能性審査の採用

まず、上告審があとづけ可能性審査を採用するに至った経緯について概略を記す。

連邦通常裁判所は当初、事実問題につき上告審は原則として介入しないという姿勢を示した。その論拠として用いられたのが自由心証主義である。一九五七年二月九日第二刑事部決定の判示をみてみよう。⁽¹⁾

本件で争われたのは、殺意の有無であった。原審は故意があったと認定できず、過失致死と認定した。そこで検察官が、自由心証主義違反との理由で上告したのである。第二刑事部は、次のように述べ、自由心証主義違反はないとした。

自由な証拠評価とは次のことを意味する。すなわち、罪責問題について重要なのは、事実審裁判官が一定の事実につき確信を得たか否かのみであり、この個人的確信 (persönliche Gewissheit) が有罪判決を出すための必要条件であり、かつ十分条件でもあるということである。この確信という概念は、別の、反対事実が存在する可能性を排除するものではない。むしろ、客観的に疑うことができるもの (objektiv möglichen Zweifel) をそのままにしてお

くことは、この自由心証の本質なのである。なぜなら、事実審裁判官が評価しなければならない事実の領域においては、人間の認識が不完全であるため、事件が異なる流れを辿った可能性を全て排除する絶対確実な知識を得ることはできないからである。法律上の証拠法則に拘束されず、ただ自己の良心にのみしたがって、責任をもって、それ自体可能な疑いを克服し、特定の実事関係について確信を抱きうるか否か吟味することが、事実審裁判官に委ねられた任務なのである。⁽²⁾

このように本決定は、自由心証主義につき、事実審裁判官が確信したか否かのみが重要であると述べる。「確信 [Überzeugung]」の解釈については、ライヒ裁判所第一刑事部の判例が、高度の蓋然性の意識が二六一条の確信と「みなされる gelten」と解釈していたため、かねてから激しく議論されていたところであった。⁽⁴⁾この点、本決定は、「確かに自由心証主義については、ライヒ裁判所の判例において、憂慮すべき、誤解を招きやすい表現がくり返しなされてきた。ここでは、有罪に必要な心証の獲得にたいし『あまりに高度の要求がなされてはならない』とされ、裁判官は『最高度の蓋然性で満足しなければならない』とされた。しかしこのような表現は二六一条の原則を正しく伝えるものではない」と述べた。⁽⁵⁾このように本決定は、ライヒ裁判所による定式を批判し、事実審裁判官が有罪と判断するためには真実の確信が必要だと明示したのである。

以上のような自由心証主義の解釈に加え、法律審という上告審の性格も考慮し、上告審が事実審裁判官の事実認定に介入することは原則として差し控えるという帰結がされた。次のようにいう。

一定の事実からそれ自体可能な帰結を導き出さなければならないということはできないし、一定の条件があれば一定の推論結果に至らなければならない、確信しなければならないと前もって規定することはできない。特に、そのような方法で事実審裁判官の証拠評価を上告審のそれに置き換えることは、禁じられている。

ゆえに、上告審が、・・・被告人の有罪につき確実性に接する蓋然性が存在するという結論に至ったことを理

由として、實際上の「最後の疑い」に基づく無罪判決に対し異議を差し挟もうとするならば、それは上告審の任務を越えたものとなる⁽⁶⁾。上告手続の法的性格に鑑み担うことのできない、かつ担ってはならない責任を上告審が負担することになってしまう。被告人が有罪か無罪かについての心証を形成する任務は、事実審裁判官にのみ課されているのである⁽⁷⁾。

裁判官の確信が必要十分条件であるとする連邦通常裁判所のこのような心証概念および上告審の法的性格を前提にすると、事実問題に関する審査基準は、基本的に事実審裁判官が確信していたか否かになり、よほどの例外的場合でないかぎり、事実審の判断に上告審が介入することはできないことになりかねない。そこで学説は、確信を必要条件としてのみ扱い、心証の中に客観的要素を認めてその点につき上告審の審査にかからしめようと試みた。その結果がいわゆる間主観説であり、あとづけ可能性基準による審査である。間主観説とは何かについては、既に日本に紹介されてきているので、ここでは詳細には立ち入らない⁽⁸⁾。論者によつてニュアンスが異なる点もあるが、共通して主張される命題として、次の四点が挙げられるだろう。

第一に、事実審裁判官が有罪判決を出すためには、当該裁判官は確信を抱いていなければならない。この点は、判例を踏襲する。

第二に、当該有罪判決が正当化されるためには、被告人が犯人であることにつき客観的（間主観的）に高度の蓋然性が認められねばならない。この高度の蓋然性につき上告審は審査できるし、またしなければならぬ。

第三に、記録等をみることが許されない上告審が高度の蓋然性の存在につき審査できるように、事実審裁判官は証拠評価の過程を詳細に判決理由に記さなければならない。これは、ドイツ刑法二六七条の解釈としては困難であった証拠説明の義務化を、心証概念から理論化したものである。

第四に、高度の蓋然性が認められる場合、上告審が原判決を破棄することは（有罪判決であれ、無罪判決であれ）原則としてできない（原審の確信の有無にしたがう）。有罪判決破棄は被告人が犯人であることにつき高度の蓋然性が認められない場合に行う。無罪判決破棄は、非常に高度な蓋然性ありといえる例外的場合にのみ行う。

このような学説の展開を受け、一九七〇年代から八〇年代頃にかけて、連邦通常裁判所は極端な事例を是正するためのみ従来用いていた諸基準（経験則違反、論理則違反、証拠を余すところなく検討すること、証拠評価に不完全な点 *lückenhaft* がないこと、証拠評価に矛盾のないこと等）を積極的に使用しはじめた。⁽⁹⁾そして、一九八〇年代後半に至り、間主観説の一般理論が判例により明示的に承認されることになった。そのさきがけが一九八八年一月八日第二刑事部決定である。この決定は、有罪判決には間主観的に高度の蓋然性が認められることが必要であり、高度の蓋然性の有無については、原判決理由における叙述の合理性を検討することで審査すること、および合理性があるか否かは「合理的な疑い *vernünftiger Zweifel*」の有無により判断することを明らかにした。

高度の蓋然性が存在するとの推論を許さない合理的な（間主観的に伝達可能で理解可能な）根拠となる事情が存在している・・・ときには、被告人を有罪とすることはできない。確定した判例によれば、現実的基礎を持たない単なる「抽象的」「理論的」「不合理」な疑いや、事実審裁判所が獲得すべき確実性に対する「法外な」（「過大な」）要求によって、有罪判決を支持する「生活経験に従って十分な程度の確実性」に疑問を投げかけることはできない。他方、・・・合理的な疑いを抱かせる動機となるような根拠が、有罪を妨げるものであることも明らかである。合理的な疑いは、被告人に有利な事実をも完全にかつ事案に重要な観点において網羅する合理性の論証の中で基礎づけられる。合理的な疑いの余地があれば、有罪とするのに必要な、高度の蓋然性という証明の程度が満たされていないこととなる。⁽¹⁰⁾

この第二刑事部決定に次いで、第五刑事部は、有罪判決には高度の蓋然性がなければならないこと、そしてそれは

判決理由から窺われなければならないことを明らかにした。一九九二年一月二四日第五刑事部決定は次のように判示している。⁽¹²⁾

確かに上告審は、事実審裁判官の証拠評価を原則として受け入れなければならず、審査も、判決理由が法的瑕疵にあたるか否かに制限される。公判の結果を確認し、評価するのは、事実審裁判官の専権事項である。その推論は、必然的なものである必要はない。それが可能なもので、事実審裁判官が、矛盾や、不十分な点、あるいは不明確な点といったものがない、正しく法的瑕疵のない評価に基づいて確信すれば十分である。

（二六一条にいう）裁判官の確信にとつて必要な、裁判官の「個人的確信」は、客観的な基盤の存在を前提とする。この客観的基盤とは、合理的な理由から、認定された事象が高度な蓋然性をもって現実と一致するという推論を可能にするものでなければならぬ。このことは、上告審の審査が可能な点である。したがって、当該証拠評価が、根拠のある、理性的な、理解可能な事実根拠に基づいていること、および、原審の推論が、単に一つの仮定にすぎなかったり、あるいは単なる推測にすぎず、結局は嫌疑を根拠づけることが可能なだけにすぎないものではないことを判決理由から認識できなければならない。⁽¹³⁾

このようにして、原判決理由の事実認定に関する叙述に問題があるか否か審査し、問題がある場合には「高度の蓋然性に欠ける」と判断する「あとづけ可能性審査」が判例上確立されるに至る。「原審の証拠評価があとづけられない」、「証拠評価を尽くしていない」、「証拠評価に誤りがある」、「単なる推測にすぎない」などといった多様な表現が原判決を破棄する際に用いられている。

二 あとづけられないとされた有罪判決破棄事例

（一） 事例分類の方法

あとづけ可能性がないと判断した諸裁判例は、具体的にどのような理由に基づいているのだろうか。その分類方法自体一つの問題になる。例えばペーター・リース (Peter Rieß) は、連邦通常裁判所が事実問題につき教にしてどの程度破棄しているかを調査するにあたり、事例を①当該認定が不十分、不完全で、維持することのできない場合 (unzureichende, unvollständige, nicht tragende Feststellungen)、②認定に矛盾のある場合ならびに論理則、一般的経験則 (widersprüchliche Feststellungen sowie Verstöße gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze)、③当然想定されるべき事情に対する評価が不十分な場合 (nicht ausreichende Würdigung sich aufhängender Umstände) の三つに分類している。⁽¹⁴⁾ 一方マルティン・ニーメラ (Martin Niemöller) は、どのような証拠方法を、どのように原審が評価したならば、連邦通常裁判所により、どのような理由で破棄されるかを分析した結果、上位項目で八、最下位項目にして三一個という詳細さで分類している。⁽¹⁵⁾

結局、一般的に正しい分類というものがあるわけではなく、当該研究目的との関連で分類方法が具体的に決定されることになる。本稿の関心は、事実認定審査にとって判決理由の叙述がどのような意味を有しているかにあるので、その点から分類を試みると、①経験則、論理則違反があるとされた事例、②単なる推測にすぎない、高度の嫌疑を基礎づけているにすぎないとされた事例、③証拠を余すところなく評価していない、証拠評価を尽くしていないとされた事例の三つに分類するのが適切であると思われる。

「経験則違反」「論理則違反」「単なる推測にすぎない」「証拠を余すところなく評価していない」といったこれらの表現は、あとづけ可能性がない根拠として、諸判例において直接用いられているものである。経験則、論理則違反については説明の必要がないであろう。「証拠を余すところなく評価していない」とは、例えば検討すべき事情を検討していない事例である。原審が有罪認定（あるいは証拠の信用性）を基礎づけたとした事情以外に、疑いを抱かせる

事情が存在するのにかかわらず、その検討をしていないと思われる事例、あるいは、当該事情につき被告人の利益にも不利益にも推論がなされうるにもかかわらず、前者の可能性を考慮していないとみられる事例等を破棄する際に用いられる。⁽¹⁶⁾「単なる推測にすぎない」というのは、原審有罪判決の基礎となつた証拠が、有罪と認定するのに必要な蓋然性を推論させるに至らない場合、言い換えれば、有罪と認定するのに必要な、要証事実に対する推認力を当該証拠が有していないとみられる事例を破棄する際にもつぱら用いられる。⁽¹⁷⁾

以上の説明から明らかなように、この三分類は、直接的には証拠評価の誤りの実体に基づく相違による。しかしながら、これらの誤りがあると判断される基礎は、実はもつぱら原判決理由の叙述方法にある。その意味でこの分類方法は、実際には判決理由における叙述の瑕疵の態様と密接に関連しているのである。その具体的内容について、これから順にみていくことにする。なお、検討対象とした裁判例は、前述のように間主観説を一般理論として承認した一九八〇年代後半から現在のものを中心として対象とする。公刊されている裁判例を網羅的に紹介するものではない。⁽¹⁸⁾前述の目的から、分類の明確な典型的事例を中心に選定し、同種事案を重複して紹介することは避けた。

（二） 経験則、論理則違反があるとして破棄された事例

日本において、経験則、論理則違反の有無が上訴審による審査対象となることに争いはない。しかし、実際に実務において、経験則、論理則違反の存在が明確に指摘された事例は、少なくとも現在においてはほとんどみられない。⁽¹⁹⁾これに対し、ドイツでは、絶対数は少ないものの、日本と比較してみると経験則、論理則違反事例は多くみられる。⁽²⁰⁾これは、予断と偏見に満ちた、正常な判断能力を備えていない裁判官がドイツに多数存在することを意味するのだろうか。それとも他に理由があるのだろうか。

ア 経験則違反

経験則違反は、主として供述の信用性評価の場面で問題になる。争われるのは、当該事件の具体的事情を全く検討することなく、「一般的経験則」なるものを持ち出して信用性を判断する場合である。上告審が存在しないと判断した「一般的経験則」には、例えば、トルコ人は裁判所の前で嘘をつくものだといった「国民性」⁽²¹⁾や、売春婦の供述は、その職業がら、信用できないといった「職業の性質」⁽²²⁾などがある。

これらのような極端とも思えるような事例はそれほど多くない。あとづけ可能性審査独自の特色は、別種事例においてみられる。その例として、一九九三年八月一九日カールスルーエ上級地方裁判所決定をみてみよう。⁽²³⁾

被告人がどのような罪に問われたのかは判示からは判然としないが、車両を運転していた被告人が、後方で事故が起こったのに気づいていたか否かが争点のようである。事故に気づかなかったとの被告人の主張を原審は排した。その理由は、被害者が運転していた車両のブレーキ音と、当該車両が信号機の柱に衝突した時の音を被告人は聞いたはずだというものである。原判決によると、ブレーキの音や、タイヤが道路にこすれる音は、密閉された車両の中からも聞こえるものであり、たとえ遠く離れたところで起きたものであっても、事故の音だと即座に特定できるものだという一般的経験則が存するという。

上告審は、そのような経験則は存在せず、証拠評価に誤りがあると判断した。大要次のように判示する。

ブレーキ音や衝突音を聴きとり、それを交通事故によるものと判断できるかは、当該具体的諸事情を考慮したうえで認定しなければならない。事故により生じた音の大きさや、その音の感知を妨げる他の要因が存在していたか否かを検討しなければならない。実際、原審は、被告人が車両の中で音楽を聴いていたと認定している。そうであれば、その音量はどれくらいか、そして事故の際に発生した音の大きさはどれくらいかなどを検討しなければならない。なかつたはずである。原審は事故の音が大きかったことを被害者の供述から認定しているようだが、被告人の車両との間の距離をも考慮にいれねばならないだろう。これらの検討を原審は一切していない。⁽²⁴⁾

この事例は、ドイツにおいて経験則違反事例が多い理由を示すものであり、経験則に対する日本とドイツの理解の差をよく示している。この事例が日本で扱われたならば、「車両の中でも事故の音は聞こえるものだ、との経験則は存在しない」と上訴審が判示することはないのではないか。むしろ、「一般的にはそういえるかもしれないが、当該具体的事情を考慮したうえで慎重に判断する必要がある」と叙述したうえで具体的事情を検討し、問題があれば「証拠評価を尽くしていない」と批判して審理不_レ尽と判断すると思われる。その意味で、ドイツの経験則違反事例は、経験則違反に事実認定審査の対象を限ると誤判の救済が著しく限定されてしまうという、日本における一般的な認識に₍₂₅₎対し、異なる視点を提供するものといえるかもしれない。

一方この事例は、経験則違反の場合と後にみる「証拠を余すところなく評価していない」場合との差が微妙であることを示している。本事例の原審裁判官も、当該具体的事情を全く無視したわけではない。また、「どのような事情があるとしても、車両の中で事故の音は聞こえるものだ」と考えたわけでもないだろう。その意味で、実質的には、原審裁判官は、存在しない一般的経験則を用いて推論したのではなく、具体的事情の検討が不十分だったことに問題があったのであろう。しかし、具体的事情を検討したことを全く判決理由に叙述しなかったため、存在しない一般的経験則を用いたとみなされたのである。このように、検討すべき点を判決理由に叙述していない場合、（当該問題を上告審自ら検討することなく）その点につき原審は検討していないとみなすというのが「あとづけ可能性審査」の典型パターンである。経験則違反にあたるか、証拠評価を尽くしていないとされるかは、判決理由の叙述の態様に大きく左右されているといえる。検討すべき諸点につきほとんど記していない場合、結果として経験則違反とされる。₍₂₆₎このような事情があるため、経験則違反があるとされる事例は、常に「存在しない一般的経験則を用いた」とされる事例になる。当該具体的事情のもと、当該具体的経験則を使用することの是非が問題になることはない（その種の事例

は、「証拠を余すところなく評価していない」ものとして取り扱われる)。

イ 論理則違反

論理則違反も、供述の信用性判断においてもつばら問題になる。その典型は、「循環論法の危険」である。一般的にいつて、当該証人の供述にのみ基づき、しかしてその信用性を前提とするような事情を、当該供述の信用性判断に動員した場合は、循環論法の危険があるため論理則違反とされる。²⁷⁾最近この種の違反があると破棄された事例に、一九九六年三月五日連邦通常裁判所第四刑事部決定²⁸⁾がある。

事案は次のようなものである。少年に対する性的虐待の罪で原審は被告人を有罪と認定した。事実認定に際して用いられた主たる証拠は、被害者である被告人の息子の証言である。彼は、証言当時一一歳、被害にあったのは、起诉状記載によれば四歳から六歳までの間のことである。被告人は、少年の証言は虚偽のものであり、おそらく離婚した彼の前妻とその母の陰謀であると主張した。原審はこの被告人の主張を排斥し、次のように述べて少年の供述を信用できるとした。

少年の供述によると、少年自身の決断によつて祖母に当該事実を打ち明けたこと、したがって論理必然的に、祖母や母から偽証を教唆されたり暗示されたりしたことはなかったということ、には合理的な疑いをいれる余地がない。このことから論理的に次のような帰結が導かれる。すなわち、少年は、偽証の教唆があったならば、祖母には打ち明けることはできなかったということである。逆に言うならば、もし彼が打ち明けたならば、母や祖母から偽証を教唆されたり暗示されたりすることはあり得ないということである。というのも、そうでなければ、彼は、祖母や母が彼に吹き込んだところの「彼が秘密にしてきた事柄」を祖母や母に対し打ち明けたことになってしまふからである。しかし、そのような可能性は論理必然的に排除される。この事から次の帰結が導かれる。すなわち、少年は、偽証教唆があったならば、被告人の性的干渉についてのみ嘘をついたことになるだけでなく、信用性が認め

られる祖母との会話の部分についても嘘をついたということになってしまっているのである。⁽²⁹⁾

これに対し、連邦通常裁判所は、「この叙述は、原審が循環論法に陥った危険があることを窺わせる。なぜなら、原審は、『必然的に』『論理的に』『論理必然的に』推論したつもりのようなのだが、その実、少年の供述の信用性を少年自身の供述が信用できることをもって根拠づけているだけだからである。したがって、この証拠評価には大変な誤りが存する⁽³⁰⁾」と判示して原判決を破棄した。

この裁判例も、経験則違反の場合と同様、論理則違反に関する判断方法がドイツと日本とで異なることをよく示している。ドイツにおいては、論理則違反にあたるか否かは、原判決理由の叙述のあり方と深くかかわっていることに留意しなければならない。この事例において、原審は、証人の供述の一部が信用できることにつき「合理的な疑いがない」と述べるだけで、その理由を一切述べていない。仮にその理由が叙述されており、しかもその理由が証人の供述以外のものに依拠していたならば、事情は異なっていたであろう。いかなる理由で証人の供述の一部につき原審が信用性を認めたのかは明らかではない。だからこそ、上告審は、循環論法に陥った「危険」があると指摘したのである。このように、論理則違反という結論も、証拠に対する検討過程を記さない場合に、当該問題を検討していないとみなすという手法によった結果、導き出されたものである。

なお、形式的には循環論法にあたるといえる場合であっても、法的瑕疵が認められない事例も存する。例として一九九二年七月六日連邦通常裁判所第五刑事部決定⁽³¹⁾を挙げる。

本件において、原審は、少女に対する性的虐待の罪で被告人を有罪と認定した。主要な証拠は当該被害者の証言であった。原審は、その証言は証人の以前の供述と一貫しているから、信用できるとした。しかしその「以前の供述」の内容は、公判廷における当該証人自身の供述によって認定されたものであり、調書が提出されたわけでもなく、取

り調べた警察官が証言したわけでもなかった。したがって、証言内容の一貫性は、証人自身の公判廷供述のみから認定されていることになり、証人の供述は信用できるから証人の供述は信用できるという循環論法に基づくものではないかとして被告人が上告したのである。第五刑事部は次のように述べて、循環論法にはあたらないとした。

原審の証拠評価には問題がない。また、原審が被害者供述の一貫性に依拠したこと、および、一貫性があるという結論を、警察による取調に関する証人自身の主張（警察官による取調の際にも同様の供述をしたと証人自身が主張したこと）から導き出していることにも問題はない。証人の以前の供述を公判廷における証言でもって公判において認識すること（場合によっては、調書の提出を条件にして）は認められている。証人の以前の供述に関する当該証人の主張は信用できるといふ確信は、犯行経過に関する本来の証言の信用性と全く関係なく得ることができるのである。したがって、被告人を犯人とする供述の信用性評価にあたり供述の一貫性という間接事実が考慮される場合、それは、必ずしも実体法上問題とされるべき循環論法に基づくものとはいえない。たとえ、その間接事実が公判における証人自身の証言から認定されたものだとしても⁽³²⁾。

この判決に対し、検察官のハンス・ヨアヒム・ヴァイダー（Hans-Joachim Weider）⁽³³⁾は、調書によって以前の供述が証明されているならばともかく、この場合「循環論法であることは明らかだ」と批判しており、その批判は妥当であろう。本判決は、証人の以前の供述を公判における証人の証言でもって公判において認識することが判例上認められている⁽³⁴⁾ことを理由に、おそらく特別例外として処理したのであるが、疑問の残るところである。

(三) 単なる推測にすぎないとして破棄された事例

前述のように、経験則、論理則違反にあたる場合とは、原判決が証拠の検討につき叙述した点のみを前提とすると、そこから当該認定事実を推論すること自体が不可能な場合であった。次に問題になるのは、原審が証拠の検討につき叙述した点のみを前提とすると、そこから認定事実を推論することが経験則、論理則上不可能とはいえないが、有罪

認定を正当化する高度の蓋然性までは認められない場合である。あとづけ可能性審査、あるいは心証概念をめぐる間主観説の基本は、事実審裁判官の確信に伴っているべき客観的・高度の蓋然性の有無を判断することである。したがって、「単なる推測にすぎない」事例は、高度の蓋然性があるかが直接問題になるはずであり、判決理由における叙述の瑕疵による影響は少々考えにくい。この基準により破棄された事例がどのようなものを検討することは、あとづけ可能性審査がうまく実務において機能しているかを評価するために欠かせないものといえよう。

なお、この類型に該当する事例のほとんどは、情況証拠の総合評価が問題になった事例である。供述の信用性に関してこの類型に該当するとされた事例はほとんどみられない。これは、ドイツでは直接主義・口頭主義が徹底しているため、供述者の態度、供述の態様等がかなりの重要性を持ち、それらがいかなるものであったかについて上告審は判断することはできない（すなわち判決理由の叙述のみによって判断してはならない）ことによるものと思われる。逆に言えば、間接事実からの推論が問題になる事例は、個々の証拠の信用性自体は争いがなく、要証事実に対する推認のみが問題になるので、直接主義・口頭主義の尊重という観点は、供述の信用性評価の場合と比べて重要ではないといえるかもしれない。

ア 典型事例

まず典型的な事例の検討からはじめよう。殺人犯人と被告人との同一性が問題になった事例に、連邦通常裁判所第四刑事部一九九六年二月一五日決定⁽³⁵⁾がある。銀行強盗を、共犯者（発見されていない）と共に行ったことについては争いが無い。その後被告人らは、逃走途中に、森の中で営林署員に遭遇した。この人物は殺害された。そこで、それが被告人の手になるものか、あるいは共犯者と共同実行したといえるかが争われたのである。この点につき連邦通常裁判所は、「原則として上告審は事実審の心証形成を受け入れなければならないが」上告審は、当該推論が、確固と

した事実基盤からあまりにも遠くかけ離れているので、それが結局は単なる推測、推定にすぎないことが示されている場合には、例外的に事実審裁判官の確信に拘束されな⁽³⁶⁾い」と述べ、本件がこれに該当すると判断した。

原審は、被告人と共犯者が、銀行襲撃の際、および、その後の逃走の際に銃器を所持していたという事実のみから、犯行以前より、逃走成功のためには人殺しもやむを得ないという決心をしていたと認定していた。しかしこれは単なる推測にすぎないと上告審は批判した。その理由として連邦通常裁判所は、次のような場合も考えられるとする。すなわち、営林署員を殺害したことは、共犯者の単独決心に基づくものであり、被告人の同意はなかったという場合である。そして、そもそも被告人と共犯者が「逃走の際には銃を使用することになる」との覚悟をしていたとは思えないという。彼らが、銀行襲撃の場所から追跡されることなく、森で営林署員と遭遇した時には、銀行襲撃の場所からの逃走は、既に成功していたといえるからである。⁽³⁷⁾

このように、本決定は、原審が認定した事実に対し、具体的な反対仮説を提示することによって、高度の蓋然性の存在を否定するという手法をとっている（あとづけ可能性審査の第二パターン）。その反対仮説とは、要するに「被告人らは既に逃走に成功していたのにもかかわらず、たまたま遭遇した、事件に関係のない人物を殺害するとは考えられない」というもので、当該具体的事情に基づいた疑いと評価されよう。

同じく反対仮説を提示する手法をとるものとして、連邦通常裁判所第四刑事部一九九五年九月四日決定を挙げる。⁽³⁸⁾本件では、被告人が被害者を殺害したことについては争いがなく、殺人の動機（強盗目的があったか否か）が争われない。⁽³⁹⁾

連邦通常裁判所は、殺人の動機に関する原審の評価は確かな事実根拠を欠いており、有罪判決を支えることのできない単なる推測を示しているにすぎないとする。

原審は、金銭取得のために殺人を行ったと認定した根拠として、被告人が金銭的に切迫した状態にあったという事情、および、被告人が犯行後直ちに銀行に向かい、被害者が殺害当時所持していた現金以外にどの程度の金額を有していたかを調べようとしたという事情を挙げた。これに対し連邦通常裁判所は、金銭的に切迫していたという事情のみから金銭取得目的を推論することは十分ではなく、また、銀行に行ったからといって、それによって財布自体を取ろうと決心したのが被害者を絞殺する前か後なのかを認定できるわけではないとした。そして、被害者の当該行為直前の振る舞いと悪口雑言に憤激、立腹し、それが原因で殺害したという被告人の主張を排斥して原審のように認定することができるだけの事実的連関は、認定された事情からは引き出すことができないと判示した。

本決定においては、被告人の主張を反対仮説として立て、この反対仮説が当該事情と矛盾しないかという形で検討されている。その結果、原審が挙げた事情は、要証事実を推認する力が十分でなく、被告人の主張と矛盾するものは存在しないことが明らかにされたのである。

以上のように、これらの事例は、具体的事情に基づいて具体的な反対仮説を導き出すことにより、原審の認定に対し高度の蓋然性の存在を否定している。反対仮説を払拭できるかという観点から高度の蓋然性の存在を判断していくこと自体は高く評価されよう。このような手法によって破棄される事例が集積されていくならば、あとづけ可能性審査が実際に機能していることを示すものとなる。

その一方で、これらの破棄事例において提示された反対仮説はやや具体的過ぎないかという疑問も生ずる。すなわち、かなり具体的な反対仮説が提示されない限り、高度の蓋然性が認められることになってしまっているのではないかと、この疑問が出てくるのである。実際、これらのような典型的な事例は、「単なる推測にすぎない」として破棄された事例の中で圧倒的に多いというわけではない。

イ 非典型事例

間主観説の理論に立つならば「非典型事例」として捉えられるものをいくつかみてみよう。まず、連邦通常裁判所第三刑事部一九九四年六月二〇日決定⁽³⁹⁾がある。この事案は次のようなものであった。

原審は、被告人らがレンタカーに乗ってパラセタモール Paracetamol とコフアイン Coffein の混合物をオランダからドイツに搬入したと認定し、麻酔剤不法取引の幫助で有罪とした。この混合物は、当該車両助手席のうしろにあったごみ袋（フットマットと被告人のジャンパーによって覆われていた）から発見された。被告人らは、これはおそらく途中で乗せたヒッチハイカーが残っていたものであり、当該混合物が何かは知らなかったと主張していた。

原審は、被告人らは当該車両の中に粉末があることを知っていたこと、およびオランダに彼らが旅行したのは、それをかうためであったことを確信した。原審によると、被告人らの旅行の背景は解明することができない。したがって、当該粉末を被告人らが自ら取引しようとしたと考えることはできない。「疑わしきは被告人の利益に」原則に従えば、被告人達は使いとして当該粉末を未知の第三者に運ぼうとし、他方で、その第三者は、シンナーとして、またはヘロインと混ぜ合わせて、「新たに開拓した取引関係あるいは既に持っている取引関係の範囲内で」販売しようとしたと認定すべきであるとした。

以上のような原判決の叙述に対し、上告審は次のように述べ、「被告人らに有罪と認定したことに法的瑕疵がある」と判断した。

被告人らを幫助犯とする理由である正犯行為の認定は、証明結果によって支えられてはいない。証拠が示す間接事実は、このような主要行為があったことを認めるには十分でないのである。原審の推論は、正犯行為についての単なる嫌疑ではなく、有罪とするに必要な確信を根拠づけることを可能とするだけの、確固たる事実的基盤を全く

欠いている。刑法二七条に基づき幫助を処罰するためには、正犯の違法かつ故意ある実行行為が少なくとも必要である。幫助の未遂は処罰できない。幫助犯として処罰するためには正犯行為の詳細について認識していることを要しないが、他人の行為を幫助することは認識していなければならぬ。原審が認定した間接事実からは、第三者が当該混合物をシンナーとして、あるいはヘロインと混ぜて、「新たに開拓した取引関係あるいは既に持っている取引関係の範囲内で」販売しようとしたことは認定できない⁽⁴⁰⁾。

以上のように、本件原審は、正犯として処罰するだけの蓋然性が認められないとして「疑わしきは被告人の利益に」原則を適用し、幫助犯として有罪としたのであったが、上告審は、幫助犯と認めるだけの蓋然性もないとして破棄したものである。したがって、原審の直接的誤りは、幫助があつたとするためには正犯行為をどの程度特定して認定しなければならぬかにつき解釈を誤つたことにある。高度の蓋然性が認められないのに有罪としたことは、その結果にすぎない。その意味で、本事例は「単なる推測にすぎない」として破棄された事例としては非典型的なものといえる⁽⁴¹⁾。

次に、連邦通常裁判所第四刑事部一九九〇年九月二七日決定を挙げる。この事件は、被告人と犯人との同一性が争われたものである⁽⁴²⁾。

六六件の窃盜（駐車車両をこじ開け、中にあつた現金、カードや小切手等を盗んだもの）について、その共犯の一人として起訴された被告人は、六五件について有罪と認定された。原審が挙げる主要間接事実は次のとおりである。

全事件共通の間接事実として三点挙げられている。第一に、（一部事件につき共犯と認定された）Mは、一九七七年から七八年の頃から被告人と知り合ひであつたが、一九八一年六月に、それまで自身知らなかつたS（共犯者の一人とされている、未だ特定されていない者）とレストランで話し合ひ、小切手偽造と小切手の現金化について知識を

得ていることである。これは、被告人がSに対しMに会うよう指示したことを説明するものである。

第二に、被告人は、自身認めているように、小切手の現金化によって得た金をMから三回ないし五回にわたり受け取っている。

第三に、被告人は一度Mに、署名偽造の方法について指示しているが、これは小切手の「自由処分権」を有していたことを示すものである。

さらに、六五件中第二二事件については、未知なる者が盗んだ車両のフロントガラスにメモが残されており、その内容は、BO—KU540ナンバー（被告人所有の車両ナンバーである）の車両内にいた二人の男性が当該盗難車両をこじ開けたことを示すものであったことが挙げられている。

そして、第三八事件においては、一人の証人によって、ナンバーBO—YJ344の車両に二人の男性が乗っていたことが目撃されている旨挙げられている。この車両は、多数の駐車場に行つては、そこに駐車されていた車両の中のぞき込むために徘徊していた。当該車両は被告人の友人が所有する車両であった。当時被告人はその友人の営業活動を手伝つており、その車両を利用することが許されていたのである。

これらの間接事実に基づいて有罪と認定した原審に対し、連邦通常裁判所は次のように判断した。

原審の確信形成のうち、上告審の審査にたえるのは、第二二事件と第三八事件のみである。その他の事件については、自由心証主義の原則によつて保護することは到底できない。確かに、この原則の帰結として、事実審裁判官の確信形成を上告審が審査できる範囲は限られる。とりわけ、上告審は、事実審裁判官が行つた証拠評価を上告審のそれに置き換えることは許されていないのである。しかし、事実審裁判官の推論が確固たる事実基盤からあまりに離れているので、単なる嫌疑を根拠づけるものすぎず、有罪に必要な確信を根拠づけることができない場合には、この制限は解かれるのである。本事件はこの場合にあたる。

原審が確信形成の基盤としてあげる諸事情は、車両のドアをこじ開け、ユーロチェックの用紙とカードを盗み、それを利用して犯人グループの中に被告人が含まれるという推論、および、第二二事件と第三八事件では、被告人自身が窃盗の実行行為を行っているという推論を可能ならしめるものではある。しかし原審は、関与者に対し、窃盗行為につき被告人が協力したと認定することが「可能である」とはつきり述べているので、第二二、第三八事件以外の事件では、犯人集団中の他の者が、被告人の協力なしに窃盗行為を行つた可能性が開かれたまま認定していることになる。これらの事件では、被告人が犯行に関与したことを直接示すものは存在しないので、原審が被告人が犯人であると確信したのは、単に推測に基づくものにはすぎない。したがって、自由心証の枠を逸脱するものであるから、第二二、第三八事件以外の事件について原判決は破棄を免れない。⁽⁴³⁾

本件原判決を破棄する理由として上告審が依拠している点は二点ある。第一に、事実審裁判官自身、単なる可能性にすぎないことを認識しながら、確信したことを批判するものである。第二に、実際上告審が判決理由を検討しても高度の蓋然性が認められなかったことである。後者のほうはあとづけ可能性審査本来の方法に従ったものであり、典例として挙げた前述の事例の検討方法と類似している。しかし、この点につき本決定は、「被告人が犯行に関与したことを直接示すものは存在しない」とだけ述べており、反対仮説を具体的に提示していない。判例がこのような表現ですませたのは、おそらく第一の理由が存在するためであろう。原判決は、「被告人が犯行にかかわっている可能性がある」との表現をとっている。原判決自体がそのように叙述しているのであるから、高度の蓋然性が認められないことを逐一論証する必要性は低いといえよう。しかし原審裁判官が、可能性があれば有罪と認定してよいというふうに、証明基準に対する挑戦的な姿勢をあえて示したとは思われない。これは結局筆がすべつたのであろう。判決理由の叙述の瑕疵が破棄にかなり影響を与えているという意味で、本決定は、「単なる推測にすぎない」事例の中では特殊なものといえる。⁽⁴⁴⁾

最後に、飲酒運転につき、当該車両に乗っていたのが被告人かどうか争われた、ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所一九九六年五月二〇日決定⁽⁴⁵⁾をみてみよう。当該車両が被告人所有のものであることには争いが無い。原審は、当該車両の中に誰かが一人に乗っているのを目撃したという証人の供述、警察が到着した際には当該車両が「まだ暖かった」こと、および、被告人の息は酒臭かったこと、そして、被告人が一切弁解していないことを理由として有罪と認定した。

これに対し上級地方裁判所は、「確かに、証拠評価は原則的に事実審裁判官の責務である。上告審が、事実審裁判官の証拠評価を自己の証拠評価と置き換えることは許されないが、法的瑕疵が存在するかどうかは審査しなければならない。実体的瑕疵にあたるのは、証拠評価が、それ自体矛盾を含んでいたり、不完全であつたり、不明確である場合、または、論理則、経験則に反する場合である。本件は、不完全な場合に該当する」と前置き⁽⁴⁶⁾して、当該車両の走行経過について十分に証明が得られないと指摘した。そして、上記のような証拠によって被告人が運転者であるという証拠評価が遺漏のないことにはならないと述べる。

また、被告人が弁解しなかったことを挙げている点も批判している。「公判中に、他に運転した者がいることについて手がかりを被告人が全く与えなかったという非常に大ざっぱな吟味によって、さらに考慮されるべき可能性を十分に検討することがなくなつてしまった。他の運転者がいるという手がかりを被告人が与えなかったという点に対しては、何ら意味は付与されないし、また、説明しなかったことにつき被告人に裁判所が負担を負わせることも許されない。・・・以上のように、原審は、他の未知の運転者がいるという考慮しなければならない可能性を、要請される基準に達する程度には検討しておらず、したがって、不完全であり、破棄を免れない」⁽⁴⁷⁾。

本決定でも、反対仮説は具体的に提示されていない。そして、もっぱら批判しているのは、被告人が全く弁解しな

いことを被告人の不利益に考慮している点である。これは、被告人の黙秘権を侵害するものといえ、許されない推論である。結局、本決定における批判のポイントは、黙秘権侵害にあたるような推論を行っていたのかは直ちに明らかにならない。

しかし、これも、本主に原審が黙秘権侵害にあたるような推論を行っていたのかは直ちに明らかにならない。日本において、一番が提示した疑問、あるいは被告人、弁護人が主張した疑問を当該裁判官が否定する場合、種々の分析をして当該疑問に対しては合理的な説明が可能であると判断したうえで、このような合理的な説明に対し、被告人、弁護人、原審は一切言及していないと述べることがある。これは、当該事情について裁判所は審理を尽くしたということの意味しているにすぎない可能性⁽⁴⁸⁾がある。本判決の原審裁判官も、そのような趣旨で叙述したのかもしれないのである。つまり、これだけ不利な証拠があるから証明は十分であるし、被告人から事実の存在に対し疑いを抱かせる事情も提示されていないとの趣旨で書かれた可能性を否定できない。

仮にそうだとするならば、結局、原審裁判官は筆がすべったのであり、直接的には判決理由の叙述の瑕疵によって破棄されたことになろう。

このようにみえてくると、直接的に高度の蓋然性がないとして破棄される事例は、具体的な反対仮説が提示できる場合に限られ、具体的な反対仮説を上告審が提示せずに破棄するのは、その他原審の判決理由の叙述に欠陥がみられる場合か、不特定認定等の違法がある場合との印象を持たざるをえない。これはある意味皮肉な結論である。なぜなら、理論的には、「単なる推測にすぎない」事例においては、叙述の失敗によって証拠評価の失敗が擬制される度合いは最も低い筈であるのに、結局のところ、何らかの叙述の失敗等がないと介入できないかかの観を呈しているからである。これは、直接主義・口頭主義の原則がさほど問題にならない、情況証拠の総合評価という場合においても、事実審裁判官の自由心証に介入することを依然として差し控えていることを意味するのであろうか、それとも審査の手法がま

だ十全に發展していないにすぎないのであろうか。⁽⁴⁹⁾

(四) 証拠を余すところなく評価していないとして破棄された事例

あとづけ可能性審査の第三類型は、証拠を余すところなく評価していたか否かというものである。原審が当該証拠について検討した諸点のみを考慮すれば、認定事実の存在には高度の蓋然性が備わっていると見えるが、原審が検討していない点を考慮すると、その推論は許されない場合、この基準に該当することになる。

「単なる推測にすぎない」類型は、要証事実を推認させるだけの証明力を当該間接事実が有しているかをもつばら問題にするものであったのに対し、この「証拠を余すところなく評価していない」類型に該当する事例は、供述の信用性評価に関わるものである。供述の信用性が争われている事例の多くは、信用性があるならば公訴事実の存在につき高度の蓋然性が存在する場合が多いと思われる。それだけに信用性判断は慎重になされねばならないといえるが、一方、供述の信用性判断は、直接主義、口頭主義の原則——事実審裁判官の自由心証に上告審が全面的に介入できない直接的根拠——と最も深く関わるものだけに、これらの原則と衝突することなくいかに原審の証拠評価に介入しているかが注目される。

ア 証拠評価の叙述が全くない場合

まず、判決理由における証拠評価の叙述が十分でなければ、それだけで証拠評価を尽くしていないとみなされることを確認しよう。その最も典型的なものは、当該証拠の評価を全く記していない場合である。連邦通常裁判所第三刑事部一九八二年一月十七日決定⁽⁵⁰⁾で扱われた事案において、原判決は、被告人に有利な証言につき、「虚偽である」とだけ記して被告人を有罪と認定していた。これに対し上告審は、「公判で尋問した当該証人の証言を検討することが本質的に重要だと思われるにもかかわらず、原審はその証言内容を（判決理由中に）再現せず、評価していない」

から「被告人が犯行に関与したとする点について原判決の証拠評価は尽くされていない⁽⁵¹⁾」と判断したのである。

一方、被告人に不利な証言の信用性を否定する場合については事情が異なる。もちろん、そのような場合に、証拠評価を判決理由中に全く叙述しないでよいとする判例はないが、被告人に有利な証言の信用性を否定する場合に比べて叙述義務の程度がかなり軽減されていることを示す事例は存在する。例として、連邦通常裁判所第五刑事部一九九六年一〇月七日決定⁽⁵²⁾を挙げる。本件は、器物損壊と強盗(被害者住居で暴れて器物を損壊し、被害者の意思を抑圧して金品を奪ったとの事実)で起訴されたが、そのいずれについても主要証拠は被害者供述のみという状況であった。原審は、強盗については無罪とし、器物損壊については有罪と認定した。無罪とした強盗の点について、判決理由は、「証拠調べの結果、有罪に必要な確実性が証明されなかった」と記しているだけであった。この点につき上告審は、十分な叙述とはいえないとしながらも、「強盗の件が無罪になったのは、被害者の供述態度によるところが大きかったであろう⁽⁵³⁾」として、叙述の瑕疵を自身の推測で補ったのである。それだけでなく、上告審は、前述のように被害者の供述が信用できないと判断されたとすれば、負罪証拠は被害者供述しかないものであるから、結局、「そもそも強盗が起こったのか否か、あるいは、犯行時刻と主張されている時刻に被告人が果たして本当に被害者の住居にいたのかにつき、証明されていないという理由に基づいて無罪としたのである。・・・それにもかかわらず、信用できない筈の被害者供述に基づき器物損壊について有罪と認定した理由は明らかでない⁽⁵⁴⁾」として、器物損壊で有罪と認定した部分の証拠評価につき叙述の瑕疵を認め、原判決を破棄したのである。以上のように、無罪判断に対する審査は、有罪認定に対するそれよりも緩和されている。

しかし、以上のような、証拠評価の過程が全く記されていない極端な事例はそれほど多くはない。大半の事例では、被告人に不利な供述につき信用性があると認め、その理由が一応叙述されている原審判決理由が問題になる。これら

の事例を、「どのように叙述された判決理由をどのような形で批判しているか」という観点から分類しようとするれば、大まかにいって①検討すべき問題を意識し検討したことが窺われない場合、②検討すべき問題があることを意識していることは叙述されているが、その問題をどう検討したかを全く記していない場合、③検討すべき問題を意識し、実際に検討して解消した過程が叙述されているが、その検討が誤っていることを批判する場合の三つに分類することができる。①と③についてはさらに、①—(1)一定の証拠方法を検討する場合に必ず検討すべきものとして判例上定立されている事項について、そもそもまったく叙述されていない場合、①—(2)その他検討すべき問題が実際に存在することが判決理由から明らかなのに、その点を検討したことが全く叙述されていない場合、③—(1)批判が具体的な場合、③—(2)批判が抽象的な場合、というように、それぞれ二つのサブ・カテゴリーを設定することができる。順に検討する。

なお、一定の事例につき判例上分類がなされているものがある。その典型が、「供述どうしの対立 Aussage gegen Aussage」および「再認のくり返し Wiederholtes Wiedererkennen」である。「供述どうしの対立」とは、やや大ざっぱな表現であるが、ある証人の供述と、同証人が別の機会になした供述、または、他の証人もしくは被告人の供述との間に矛盾があり、そのいずれかを信用することに事実認定が依存している場合をいう。⁽⁵⁵⁾「再認のくり返し」とは、公判廷において被告人と犯人が同一である旨証人が証言したが、当該証人はそれまでに警察における面通し等で既に同定している場合をいう。これらの類型に該当する事例においては、事実審裁判官に高度の叙述・理由づけ義務が課されているといわれている。⁽⁵⁶⁾実際、「証拠を余すところなく評価していない」事例の大半はこれらの分類に属するものである。そこで、本稿の検討対象も、もっぱらこの種の事例が中心となる。

イ 検討すべき問題を検討したことが窺われない場合

1 一定の証拠方法につき必ず検討すべきものとして判例上定立されている事項について、全く叙述されていない場合

この種の事例の典型は、前述の「再認のくり返し」事例である。このような場合、捜査段階での面割り、面通しにおいて暗示的作用があったか否か等が重要な問題になる。そのような問題があれば、公判廷でいかに確信に満ちた態度を証人がとっていても、必ずしも信用性が高いということにはならないからである。したがって、捜査段階における手続について検討するよう上告審は要求し、そのような検討をしたことが判決理由中に叙述されていなければ、直ちに破棄するという姿勢を示している。例えば、デュッセルドルフ上級地方裁判所一九九三年八月九日決定がある。⁽⁵⁷⁾ 原審認定によれば、被告人は、証人運転の車両に自車を後方から密着させ、二回パッシングした。被告人は事実を争った。原審は、被告人と犯人との同一性につき次のように述べ、被告人を有罪と認定した。

警察において人物特定のために証人に渡された写真面割帳には、一〇枚の写真が添付されていた。これらの写真から、彼は被告人の写真を選びとり、車両を運転した者であることは疑いないと認識した。なお彼は、写真選別前に運転者の特徴を書き留めていた。公判廷において証人は、被告人が犯人であることは一〇〇パーセント確実だと述べた。このような事情から、被告人が犯人であることに對し当裁判所は僅かの疑いも抱かない。そのようなわけであるから、当該写真面割り手続があらゆる要求を満たしていたかどうかを検討する必要はない。被告人が犯人であることは一〇〇パーセント確実だとする公判証言は、当裁判所に疑いのない確信を導いたのである。⁽⁵⁸⁾

これに對し、上告審は、審査にたえうる事実的基盤を欠くので実体的瑕疵があると判断した。次のように述べる。

証人は、捜査段階と公判段階でそれぞれ被告人を犯人と特定している。このような「再認のくり返し」の場合には、証人が公判で特定した際、以前見た写真に影響された可能性をより深く検討する必要がある。以前見た写真の暗示作用という問題を事実審裁判官がそもそも意識していたことを、この判決理由は全く窺わせない。

また、捜査手続における写真面割りが適正に行われたか否かについても判決理由は何も記していない。確かに、面割り手続に瑕疵があったからといって、必ずしも当該人物の供述を使うことができないことにはならない。しかし、面割り手続に瑕疵があった場合には、その瑕疵があったこと、そして、証拠価値が損なわれたかもしれないことを事実審裁判官が意識していた旨、判決理由は窺わせなければならぬのである。⁽⁵⁹⁾

このような「再認のくり返し」事例における原判決の叙述はどれもほとんど変わらない。⁽⁶⁰⁾ 例えば連邦通常裁判所第四刑事部一九九四年四月一二日決定は、次のように述べる。

原審は、証人が被告人を公判廷で再認したことを重視しているようであるが、この「再認の繰り返し」の価値は限定的なものではない旨意識していたことが、判決理由からは認識できない。「当審は何度も尋ねた」という叙述があるが、それによって、公判において当該証人は、犯人と比較したのではなく、写真面割りや面接の際に犯人であると特定した人物と比較していたのではないかという危険を刑事部が評価の際に十分に考慮していたことが示されるわけではない。⁽⁶²⁾

このように、一定の証拠方法につき一定の事項を検討することをあらかじめ要請し、それが叙述されていなければ直ちに破棄するという手法（あとづけ可能性審査の第三のパターン）は、現在のところこの「再認のくり返し」の事例のみにおいてとられている。犯人識別証人の公判廷証言が簡単に信用されてしまう危険がいかに高いかをこれらの事例は示している。

これに準じるものとして、性犯罪被害者少年の供述の信用性を検討する際に、「供述がなされた経緯を検討せよ」という要求が挙げられる。この要求を明示的に述べた初の裁判例は、連邦通常裁判所第一刑事部一九九四年二月一七日決定⁽⁶³⁾である。この決定で上告審は、「子どもの証言の場合には、被告人を告発する内容の供述がなされた経緯が重要な意味をもつ。本件のように、犯行があったとされる日時と、非常に幼い子どもが初めて負罪供述を行った日時との

間に一年の開きがあり、前者と警察の第一回取調との間に一年半もの開きが存する場合、特にこのことが重要になる。これに加え、本件では、子どもの母親も、自身幼い頃に被告人（子どもの祖父、母親の父）に性的虐待を受けたと告発したという特殊性がある」と述べ、当該具体的事情を検討し、母親が子どもに偽証させた可能性を認めて原判決を破棄したのである。この裁判例においては、「子どもの供述がなされた経緯に注意せよ」という要求は、当該具体的事情との関連において出されていた。

この裁判例に続いて出されたのが、連邦通常裁判所第四刑事部一九九四年八月一〇日決定⁽⁶⁵⁾である。本件において問題になった点の一つに、性的虐待を受けた旨被害者が他人に初めて打ち明けた時点について、原判決の認定とは異なる内容の供述が存在するというものがあった。この点について上告審は、「供述どうしの対立」が存するのに原審はそれを検討していないとしたのであったが、これに「信用性を判断する際に、どのような経緯で供述がなされるに至ったのかがとりわけ重要であるから、原審の証拠評価は十分なものとはいえない」という理由がつけ加えられている。しかし、前述の第一刑事部判決とは異なり、供述の発生時期が当該具体的事情においてなぜ問題になるのかについて具体的には述べられていない。その意味で、「負罪供述の発生経緯を検討せよ」という要求は一段階抽象化が進んだといえる。

その後連邦通常裁判所第四刑事部は、一九九五年五月一六日決定⁽⁶⁷⁾において再び「子どもの証人が負罪供述をなした経緯を検討せよ」という要求を提示した。次のように述べる。

本件のように、五歳の子どもが、捜査開始前に「私的取調」を多数にわたり受けていた場合は、負罪の主張の証拠価値は、被害者である子どもの養育権をめぐる被告人と離婚した妻との間に争いがあったという事情をもあわせて考慮すると、特に批判的に検討されねばならない。決定に影響を与えうる全ての事情を総合評価するためには、

供述がなされた経緯について認識するための情報を利用し尽くさなければならぬ⁽⁶⁸⁾。

このように、確かに本件では具体的事情との関連において「供述がなされた経緯の検討」が要求されているが、実はこれは本件を破棄する理由として提示されたのではない。原判決が破棄された理由は、原審が、当該供述の中心部分信用できるとしたのかかわらず、その中心部分の中からさらに有罪認定に用いる部分と疑いが残る部分とを区別したために、「矛盾がある」と判断されたことによる。上述の要求は、差戻後の審理において特別に検討すべき点として独立に提示されたものである⁽⁶⁹⁾。

この種の事例のうち新しいものは、連邦通常裁判所第三刑事部一九九七年一月五日決定である⁽⁷⁰⁾。この事例は、「供述どうしの対立」事例であるという点で前述の連邦通常裁判所第四刑事部一九九四年八月一〇日決定と共通し、両親が離婚しており、子どもの養育権をめぐる争いがあるという点で第四刑事部一九九五年五月一六日決定と共通している⁽⁷¹⁾。「供述どうしの対立」事例の場合、通常よりもさらに徹底した検討が一般に要求されていることを考えあわせると、①「供述どうしの対立」事例において当該供述が子どもの供述である場合、および親が離婚しており子どもの養育権をめぐる争いがある場合は無条件に、②子どもの供述が問題になるその他の事例においては具体的事情との関連に応じて、「供述がなされた経緯の検討要求」が課されているといえる。子どもの供述が採用された事例において全く抽象的にこれを要求し、検討がなければ直ちに破棄するという事例はまだないが、徐々にその方向に進んでいる印象を受ける。少なくとも「両親が離婚しており子どもの養育権をめぐる争いがある場合」については既に「再認のくり返し」とほぼ同じ処理のされ方をしているといつてよい。

2 検討すべき問題が実際に存在することが判決理由から明らかなのに、その点を検討したことが全く叙述されていない場合

この場合、原審は検討すべき点を検討しなかった(検討すべき点に気づかなかつた)ものとみなされることになる。「証拠を余すところなく評価していない」場合に該当する事例はこの類型に該当するものが最も多い。日本の最高裁、控訴審いずれにおいても、「原審に叙述が無い事情の指摘」によつて破棄するものが最も多いことと対応するものといえよう。この種の事例は判決理由に対する批判を叙述することが最も容易であるから、ドイツにおいて事例数が多いのも当然といえる。またこれらの事例は、注意則等を抽出するための有益な素材であることも間違いない。もつとも、この類型における審査の手法は、既に紹介した典型パターンが用いられており、独自の手法はみられないので、事例を多数紹介、検討する意義は乏しい。そこで、二つの事例を紹介するにとどめる。

まず、前述の連邦通常裁判所第四刑事部一九九四年八月一〇日決定⁽⁷⁾を挙げる。娘に対する性的虐待の罪に問われた被告人が、もつぱら被害者証言のみに基づいて有罪と認定された事案を扱つたものである。上告審は次のように判示して本件を破棄した(①③の部分がこの類型に該当する)。

連邦通常裁判所の判例によれば、供述どうしに矛盾がみられ、そのどちらを信用するかのみに最終判断が依存している場合、事実審裁判官は、判断に影響を与えうる全ての事情を認識、考慮したことを上告審があとづけできるように判決理由を書かなければならない。この点につき、原判決は法的審査を免れない。

①原審認定によれば、被害者は、一九九〇年から一九九一年にかけて行われた後見人裁判手続において、被告人は彼女を「ひどく虐待した」と告発している。しかし明らかにこの告発は認められていない。このことから原審は、何らかの動機から当該証人は被告人に対し故意に虚偽の告発をしたのではないか、そして、その動機もまた、本件で告発されている事件において考慮しなければならないのではないかという問題を追及すべきであつた。このような問題を追及しなかつたことは、法的瑕疵にあたる。

②原審は、事件の一つにおいて、被告人の離婚した妻が、被告人と娘が性交している現場をおさえたことと認定して

いる。しかしこの認定が依拠しているのは、被害者の供述のみのである。この「特殊な事件」の供述が、証人の信用性を示す間接事実として用いられた。しかしながら、離婚した妻自身は、当該手続においてこの点につきどのような証言をしたのか、とりわけ、その供述内容は実質的に被告人の無実を示すものでないかを検討しなければならない。この点について判決理由は全く触れていない。

③原審は、被害者が初めて供述をしたのが、一九九二年一月彼女の教師に対してであったということから出発すると認定している。しかし、S証人は、被害者が一四、五歳のとき（すなわち一九八九年一月から一九九一年一月までの間）に父親から性的虐待を受けていると打ち明けられたので、保護司やカウンセラーにどうすればよいか相談したと証言している。これは被害者が当時他人に打ち明ける勇気がなかったとの認定と矛盾する。それにもかかわらず、判決理由は、被害者供述とSの供述を比較検討していない。したがって、被害者の供述内容がなぜ受け入れられるのかについて、あとづけることができない。証人の信用性を判断する際に、どのような経緯で供述がなされるに至ったのかがとりわけ重要であるから、原審の証拠評価は十分なものとはいえない。⁷³

もう一点、この類型に該当する最近の事例から、ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所一九九八年二月一〇日決定⁷⁴を挙げる。被告人のアリバイ成立という事情を証言の信用性判断の際に考慮していないことが問題とされたものである。

原審は、判決で詳細に述べている諸事情を検討して、唯一の負罪証人を信用できるとした。この評価は、詳細ではあるけれども、結局は誤っている。確かに、証拠の評価は基本的に事実審判官のものであり、どのような条件のもとで、一定の推論を行い、確信に至つてよいかを指示することはできない。上告審は、それに相応して、事実審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ないが、法的瑕疵については審査しなければならない。証拠評価の中に、矛盾、不完全、不明確な点がみられる場合、論理則、経験則に違反している場合、あるいは、有罪と認定するのに必要な確実性という基準を満たしていない場合に実体的瑕疵が存する。このような法的瑕疵は、

また、とりわけ次のような場合に存する。すなわち、判決が、証拠評価の枠において、評価すべき、確定された諸事情全てについて検討しておらず、そのゆえに、不完全だと思われる場合である。事実審裁判官の推論は論理則上可能であればよく、必然的なものであることを要しないという、上告審の審査を制限する法則は、証拠評価を尽くしたことが認識できる場合にのみ存するのである。

被告人は、証拠評価に不完全な点と矛盾が存することを正しく指摘している。この瑕疵は、以下の点によって根拠づけられる。すなわち原審は、一方では、負罪証人(被告人からコカインを購入したと主張した者)を全面的に信用しているのに対し、他方では、被告人を、他に負罪証拠がなく、同様にもつぱら当該証人に負っている他の二つの事件について、得られた真実の仮定(Wahnmusterstellung——被告人のアリバイ証明)によって無罪とした。原審は、このような状況に際し、真実と仮定した事実を証拠評価全体に組み込む必要があり、そして、判決理由の中で、二つの点で客観的に矛盾する当該証人の証言を、その他の点では信用性があると判断した根拠を書く必要がある筈である。原審が真実とみなしたアリバイの根拠である、被告人提出証拠は、単に一部無罪獲得を目的としたものではなく、証人の信用性を揺るがせるために行われたことは明白である。この真実仮定を首尾一貫して保持するならば、当該証人の供述は少なくとも部分的には客観的に正しくないと推論せざるをえない。当該証人を全般的に信用できると位置づけることには矛盾があるといえる。この点について判決理由は触れていなければならないが、それがなされていない。⁽⁷⁵⁾

ウ 検討すべき問題を意識していることは叙述されているが、その問題をどう検討したかを全く記していない場合

この類型に該当する事例は、かなり特殊なものに属する。実際、判決理由審査としては、原審の具体的証拠評価につき、検討されていない点を指摘すること、および検討されているもの自体について批判することが自然であるように思われる。「供述どうしの対立」事例でいえば、供述間に矛盾があることに気づいていないことを批判したり、供

述間の矛盾は解消されるとした原審の証拠評価に合理性がないとして批判するのが通常であろう。

しかし、ごく例外的に、供述の矛盾を意識しつつも、その矛盾を解消した過程が記されない事例が出てくる場合がある。連邦通常裁判所第三刑事部一九九四年一月二六日決定⁽⁷⁶⁾が扱った事案がそれである。

強姦の罪で起訴された被告人は、当該性交は自由意思に基づくものであると主張したが、原審はその主張を排し、有罪と認定した。原審が依拠したのは、被害者証言、およびその信用性に関する鑑定であったようである。この鑑定は、被害者供述の重要部分につき、警察による取調における供述や公判廷における供述等の間にみられる食い違いにつき、どれが信用できるのかを検討するために実施されたものであった。したがって、原審が供述の変遷という問題を意識していたことは判決理由から窺われる。原判決は、多くの事情が被害者証言に信用性があることを示しているとし、「信用性に関する科学鑑定もそれらに矛盾しない⁽⁷⁷⁾」と述べている。なお、この鑑定については、「公判廷証言以外の」二つの供述に関する部分と、被害者の性格特徴に関する部分についてのみ従う⁽⁷⁸⁾と叙述している。

この原審の叙述に対し、上告審は、多くの点で実体的瑕疵が存するとし、次のように判示した。

被害の精神的影響により、公判廷において証人に対し犯行時刻につき尋問できず、かつ、犯行までの過程の重要部分や犯行の中心部分について、犯行翌日およびその後しばらく経って行われた警察による取調時と異なる供述をしたので、信用性について鑑定を実施することが必要だと考えたのであれば、上告審の審査を可能ならしめるために、その鑑定に従うにせよ従わないにせよ、鑑定人はどのような説明をしたのか、鑑定が基礎とした関連事実は何か、その事実からどのような推論がなされたのかについて、簡潔にでもよいから要約して叙述しなければならぬ。この要求を原判決理由は満たしていない。鑑定人は信用性があると結論したのか否かについてすら書かれていない。鑑定の内容は、原審が従うとした部分しか記されていない。原審が従わなかったその他の部分については記されていないので、被害者の信用性について鑑定がどのような推論を行っているのか、そして原審がそれからどのように

して確信するに至ったのかを認識することはできない。とりわけ、鑑定を要すると判断した問題につき、鑑定と異なる結論に至った場合には、事実審裁判官は鑑定内容を判決理由中に再現し、自身がそれに従わない理由を述べなければならぬのである。

また原判決は、被害者証人の公判廷における証言内容、公判以前に行われた警察による取調における供述内容、犯行直後にFが被害者から聞き取ったことを記したメモの内容、いずれについても、それをまとめて記載していないが、これも重大な瑕疵である。供述どうしが対立している事例の場合、そして、本件のように、被害者が中心部分について異なる供述をしており、かつ公判廷において十分に尋問することができないので、信用性につき鑑定が必要と判断したとの状況の下、これらの供述のいずれに依拠するかに判断の全てがかかっている場合は、「事実認定は、彼女の供述に基づいて行った。・・・行為経過に関する彼女の供述内容は、当審が認定した事実のとおりである」というひとくくりの叙述では十分とはいえない。⁽⁷⁹⁾

このように、矛盾があつたことを意識していることが窺われても、その矛盾がどのようなものか、それを検討するために用いた資料は何か、そしてどのように検討して矛盾を解消したかが具体的に叙述されなければ、結局矛盾を検討していないとみなされることになる。前述の「証拠評価の叙述が全く無い」場合と同様の扱いになるわけである。⁽⁸⁰⁾

Ⅱ 検討すべき問題を意識し、実際に検討して解消した過程が叙述されているが、その検討が誤っていることを批判する場合

1 批判が具体的な場合

本類型に該当する事例も多い。その中でもよくみられるのは、原審の大筋論的评价に対し、当該具体的事情を挙げることに批判するものである。例として、連邦通常裁判所第一刑事部一九九四年九月一日決定⁽⁸¹⁾を挙げる。この事件では、二人の被害者の供述が唯一の負罪証拠であり、これらの供述の信用性が問題となった。原審は、強姦され

たことにつき、その核心部分については二人の供述がほとんど一致しているから信用性が認められると判断した。一方、犯行日時についての供述には変遷がみられるが、それは信用性に影響を与えるものとはいえないと評価した。これに対し本決定は、「証人達は、時間について整理するのが困難であったけどと原審は述べているが、これは変遷の本質を適切に捉えたものとはいえない。証人達は、二月一日に家を出たことを引き合いに出して、何度も、一月二九日、三〇日を犯行日時だと精確に特定していたのである。ところが、彼女らの犯行時刻に関する供述は、二回変更された。そしてそれは、被告人のアリバイ主張が変更されるのに応じてなされているのである」と指摘した。⁽⁸²⁾ 犯行日時に関する変遷は些細なものとはいえない理由が具体的に示されている。

具体的反対仮説を提示し、原審の挙げる被告人に不利な事情は全てこれに矛盾しないとするとするものとして、連邦通常裁判所第四刑事部一九九三年九月二一日決定⁽⁸³⁾を挙げる。

被告人は、単独あるいはPと共同で、被害者を二三時から二四時の間に殺害し、その後死体を遺棄したと原審は認定した。原審が本件殺人に対する被告人の関与につき確信するに至った理由は、次の事情に基づく。すなわち、①犯行時刻につき被告人が虚偽のアリバイを主張したこと。②被告人が犯行時刻を後にずらそうとしたこと。③死体を発見した時に即座に警察に通報しなかったのは、死体の遺棄に関わったためだと被告人が弁解したことである。殺人に関与しなかった者であれば即座に通報するのが通常であろうと原審は述べた。

この原審の証拠評価を連邦通常裁判所は不十分であるとした。判決理由に示されているPの供述変遷から、Pの単独犯行の可能性が示唆されると指摘している。

原審は、検討すべき諸事情に、しかるべき方法で取り組んでいない。原判決の認定によれば、犯行時刻に当該住居に滞在していたPは、事件当夜、警察署での取調において、自分が犯人であり、愛人を殺害したという趣旨の説

明を行っている。被告人が関与していたことにつき、この時点では彼女は発言していない。このような重大な自己負罪供述を、何らかの具体的な裏の事情なしに行つたとは、Pが酒にかなり酔つていたことを考慮しても、ありそうにもないことだと原審はいう。これに対し、公判においてPは、被告人の単独犯行であると主張した。原審は、判決理由によれば、一部の例外を除き、Pの証言を被告人の不利には用いなかった(すなわち、P証言に依拠して被告人の単独犯とは断定しなかった)。なぜなら、Pが何らかの形で当該行為に加担した嫌疑が濃いからだといふ。すなわち、Pが自己負罪供述をした時期は、いずれにせよ、彼女が何らかの形で当該行為に加担した可能性を物語るものであるという。しかし、この判決理由は、Pが単独犯であるという可能性を検討していない。被告人が関与したことを示すものとして原審が挙げた前記諸間接事実⁽⁸⁴⁾は、この可能性を否定するものではない。

以上のように、本類型に該当する事例では、反対仮説を挙げるといふ手法により原審の証拠評価の誤りが指摘されている。「単なる推測にすぎない」類型の典型事例で触れた、あとづけ可能性審査の第二パターンと同一である。⁽⁸⁵⁾ 供述の評価が問題となっており、直接主義、口頭主義との関連で「単なる推測にすぎない」と断定することが差し控えられた結果、「証拠を余すところなく評価していない」場合として処理されているのであろう。

一方、これらの事例とは手法が異なるものもある。例えば、前述の連邦通常裁判所第三刑事部一九九七年一月五日決定⁽⁸⁶⁾がある。②の部分⁽⁸⁶⁾が本類型に該当する。

原審は、子どもに対する性的虐待の罪で被告人を有罪と認定し、一部の公訴事実については無罪とした。離婚した妻と、犯行当時それぞれ七歳と九歳であった子どもとの陰謀であると主張した被告人に対し、二人の娘が負罪供述を行ったが、それ以外に主たる証拠はないという状況であった。このように、「供述どうしの対立」があり、どちらの供述を裁判所が信用するかに判断が依存する場合、事実審裁判官は、判決に影響をおよぼすべき全ての事情を認識、考慮したことを、上告審があとづけできるように、判決理由で認識させなければならない。この観点から、当該判決は法的審査を免れない。

判決理由には、二人の娘の供述がなされた経緯について何も書かれていない。性的虐待の事件における子どもの証人を検討する際には、供述がなされた経緯というものに特別の意味が与えられるのにもかかわらず。

①原審は、虚偽の負罪供述を証人が行う動機は明確でないということから出発している。しかし、当該負罪供述には、離婚手続や子どもの扶養義務に関する手続との関連があり得るのではないかとこの点を検討していない。

②原審は、捜査時に二つの事件につき供述していた二人の娘が、公判廷での証言においても、なお一つの事件については供述を維持したという事情を、これらの証人が「真実を曲げていない」ことの明確なあらわれであると評価した。なぜなら、「教え込まれた」供述であれば、そのような縮小は行われぬ筈だからであるという。

しかし、供述に変遷がみられるという点が、信用性を疑わせる誘因とならないかについてさらに詳細に検討しなければならぬ。供述態度の変化についても詳細に分析する必要があったのではないか。証人達が当初二つの事件についての程度詳細に供述していたのか、その供述は、家族の者、警察、捜査判事、そして鑑定人に対しそのつどどのように再現されたのか、判決理由からはわからない。したがって、主張が縮小されたことについてあとづけ可能な説明があるのかについて、判決理由から読みとることはできないのである。

③信用性判断に関する鑑定結果についての記述も十分でない。原判決は、鑑定人も「同様の結論」に至ったと単に一括りに述べることで満足している。事実審裁判官が鑑定人の評価に従おうとする場合、彼は自身の検討あるいは引き合いに出す事実、および鑑定人の述べたところを、上告審が適切に審査することを可能にするような方法で再現しなければならぬ。⁽⁸⁷⁾

本決定は、具体的に反対仮説を挙げて原審の疑問解消過程を批判するものではないが、原審の疑問解消過程が正しいのか否かを判断するために検討すべき事情が多数存するにもかかわらず、それらの内容を理由中に掲げていないので「証拠を余すところなく評価していない」と判断するものである。したがってこの場合は、「検討すべき問題があることを意識していることは叙述されているが、その問題をどう検討したかを全く記していない場合」⁽⁸⁸⁾に近い。

2 批判が抽象的な場合

「証拠を余すところなく評価していない」事例の最後の類型は、批判が抽象的な場合である。この類型に該当する事例では、原審の証拠評価につき「個々の小さな疑いを総合評価していない」と批判される。最近の事例としては、連邦通常裁判所第四刑事部一九九五年一〇月五日決定⁸⁹が挙げられる。

原審認定によると、被告人は、一九九一年七月から一九九二年六月までに、自身の娘を、計四回強姦したという。原審は、被害者である子どもの供述、およびその供述態度に依拠して、本件犯行がなされたと確信した。

原判決理由によると、捜査手続において彼女は、被告人およびその他の人物、すなわち（共同被告人である）被告人の妻、四人の隣人、および「ペーターとかいう人」を、強姦した人物であると具体的かつ詳細に供述している。被告人について原審は、「慎重に証拠を評価した結果」、一部の事実についてののみ有罪と認定し、その他については無罪とした。被告人の妻については、原審は全てについて無罪とした。その理由は、「証明されていない」からだという。その他の人々について、原審は単に、彼女の告発が真実であることにつき「重大な根拠」を見出したとだけ述べている。

原審は、この子どもは「いずれにせよ、当該認定事実の範囲については真実を述べている」と評価している。この評価は次の点を考慮しても揺るがないという。すなわち、この少女は公判において、以前の供述を一部分撤回し、嘘をついていたと説明していること、さらに、自分を「殺すぞ」と被告人が脅迫したと供述したが、それも虚偽であると説明していることである。また、供述の信用性評価のための鑑定人Jが、「被害者の供述は、その全てについて信用できると評価することも、明確な部分については信用できると評価することもできない」と述べたことも、自身の評価と矛盾しないという。

このような原審判断について、連邦通常裁判所は次のように述べた。

この原審の証拠評価からは、——確立された連邦通常裁判所の判例が、「供述どうしの対立」事例の場合に必要なとしている——判決に影響を与え得る全ての事情を考慮に入れたということが窺われぬ。

被害者の信用性という問題に関する原審の証拠評価は、被害者供述の信頼性を疑わせる重大な事情については、別個に、個々に検討し、互いに分離して検討するのみであり、信用性に疑いを差し挟みうる事情一つ一つは、有罪とする根拠となった事情をみれば、被害者の信用性に疑いを挟むにそれぞれふさわしいものとはいえないとしている。これは十分ではない。すなわち、疑いのあるもの全てを総合評価していない。被害者の信用性について問題を提起する間接事実を個々にみれば、一見、被告人を有罪とする根拠とされた供述部分に対して疑いを生じさせないかもしれない。しかし、単独でみれば解消しうるそれぞれの疑いを総合的にみれば、供述の正当性に徹底的な疑問を抱かせる原因となり得るのである。原審がこのような評価を考慮に入れていたことを、当該判決から認識することはできない。そこで、本判決は破棄されなければならない。⁹⁰⁾

この上告審の判示は、検討すべきなのに検討していない事情も挙げず、当該具体的証拠評価の問題点を具体的に挙げることもなく、原審は検討していないが検討する価値のあると思われる点も挙げていない。上告審が指摘するのは、個々の疑いを総合すれば、解消できない疑いとなったかもしれないというやや大ざっぱな指摘のみである。

しかし、この指摘自体矛盾を含んでいる。なぜなら、個々の疑いをそれぞれについて解消されているならば、総合すべき疑いがそもそも残っていないからである。個々の疑いを総合するという検討を行う前提として、個々の疑いが残っていることが必要なのである。しかし原審は、実際、個々の疑いを残したまま総合評価せずに有罪としたのであるのか。この点につき本決定は、現判決の叙述を直接引用していないのはつきりしない。

そこで、この点を検討する手がかりを与えるものとして、同種事案で、原判決の引用が豊富になされている連邦通

常裁判所第二刑事部一九八七年一月一六日決定⁽⁹¹⁾を検討する。本件が扱った事案も、証言の信用性が問題になったもので、供述内容にみられる矛盾、変遷をどう評価するかが争点となった。

原審は、証人の供述の中心部分については信用できるといふ。しかし、この供述通りに原審は事実を認定していない。なぜなら、一部に客観的事実との矛盾がみられたからである。この点につき原審は、証人は動揺していたので間違つたのだろうと判断した。この判断につき上告審は、証人が動揺していたという事情はむしろ供述の信用性を否定させる方向のものであるとし、原審はそのような考慮を「しなかつた」と批判している。すなわち、原審が疑いを解消したことを前提として、疑いは解消されたとはいえないと具体的に批判しているのである。

問題はこれ以後にある。「被告人に脅迫された」といふ供述が、後に、「さほど意味のないことを被告人が言った」といふ供述に変更された点について、原審は、実は変更ではないと判断した。なぜなら、当該時刻より前に行われた被告人の証人に対する暴行を前提とすれば、被告人の当該発言が明らかかな脅迫でなかつたとしても、証人にとつては脅迫と感ぜられたらだろうからである。そして原審は、この推論につき、関連する詳細な事実は指摘できないけれども、だからといって供述の信用性を否定する間接事実となるものではないとした。

これに対し上告審は、「この証拠評価は誤っている。証言の信用性を否定する間接事実として意味のないものとはいえない。……たとえば、個々にみれば被告人に不利な証言の正当性について重大な疑いを提起するものといえない事実であったとしても、そのような間接事実を集めて総合評価すれば、重大な疑いになることもあり得るのである」⁽⁹²⁾と批判している。しかしこの批判は、論理的には奇妙である。なぜなら、原審は、供述の信用性を否定する間接事実と「なるものではない」と述べており、疑いを解消しているからである。「意味のある」間接事実だと判断したのは上告審自身なのである。なぜ意味のある間接事実であるかといえれば、小さな疑いを示しているからであり、他の疑い

と総合評価すれば大きな疑いとなるからであろう。しかし、なぜ小さな疑いを示すものといえるのかについて、前述のように具体的には示されていない。

これは、原審が個々の疑いを解消するために与えた合理的な説明に対し、合理的な説明とはいえないと具体的に論証することができなかったことを意味する。それにもかかわらず上告審は、自身の疑いを、説明することなく優越させる。このような場合に、「原審は小さな疑いが残っていると考えているにもかかわらずそれらの総合評価をしないで有罪と認定した」と判断されることになるのである。

その意味で、原判決理由に対する非難の形は、その他の場合とやや異なる。判決理由の叙述を原判決の証拠評価そのものとはみなすのが、あとづけ可能性審査の典型パターンである。しかし、この「総合評価を尽くしていない」事例においては、「個々の疑いを解消した」とする判決理由の叙述を「個々の疑いを総合評価しなかった」と読みかえていく。しかし、この読みかえはなぜ必要なのであるか。おそらく、「証拠を余すところなく評価していない」類型に入れられていることに原因があるのであろう。当該疑いが合理的な疑いか否かをめぐる争いは、本質的には、証拠評価を尽くしたところの、最終結論そのものを問題にするものであるから、そもそもこの類型になじまないからである。このように、判決理由の読みかえという無理をしなければならぬか、「疑いを総合評価していない」事例の数は決して多くない。具体的説明なく、「疑いを総合評価していない」とだけ指摘して破棄した前述の連邦通常裁判所第四刑事部一九九五年一〇月五日決定は、今のところかなり思い切った例外的事例であるといえる。

三 あとづけられないとされた無罪判決破棄事例

ドイツにおいて、事実認定の問題に関し、無罪判決が破棄されることはあまりないようであるが、⁽⁹³⁾ 公刊されている

無罪判決破棄事例における「あとづけ可能性審査」の性質は、どのようなものであるうか。多様な類型に分類された有罪判決破棄事例とは異なり、無罪判決破棄事例の場合は、単純である。全てが「証拠を余すところなく評価していない」事例であり、その中でも「検討すべき問題を意識し、実際に検討して解消した過程が叙述されているが、その検討が誤っていることを批判する場合」⁽⁹⁴⁾に限られている。さらに興味深いのは、情況証拠による事実認定が問題となる事例も、「批判が抽象的な場合」すなわち総合評価を尽くしていない場合を含められている点である。有罪判決破棄事例につき本類型に該当する事例は、いずれも供述の信用性評価が問題とされたものであった。しかし無罪判決破棄事例においては、証拠の信用性自体に争いはなく、間接事実の要証事実に対する推認力が問題になるものも本類型の中で扱われている。このような事例は、有罪判決破棄事例においては「単なる推測にすぎない」場合として処理されていた。⁽⁹⁵⁾これらの点に留意しながら検討を進めたい。

（一） 批判が具体的な場合

ケルン上級地方裁判所一九九六年六月一日決定⁽⁹⁶⁾を挙げる。声により被疑者を犯人と特定した証人の供述の信用性が問題になった事例である。警察署における本件ラインアップは、犯人が犯行時に発言したとされる言葉通りに発言させて行われた。原審は、このラインアップは暗示的作用を持つものであり、この影響を証人が受けなかったとはいえないとして信用性を否定し、被告人を無罪とした。これに対し、ケルン上級地方裁判所は「あとづけられない」として原判決を破棄した。

ラインアップに入れられた者達全員が、犯人の声と似ているのであり、そのような状況で、（原審も認定しているように）当該証人は被告人の声を犯人の声と同じと供述したのであるから、原審のいう暗示的效果は、いずれにせよ問題にならない。実際、この証人は、最初に聞いた者を行為者と特定しなかったのである。⁽⁹⁷⁾

この上告審の判断は、一応具体的根拠を挙げて原審の抱いた疑問を解消し、「証拠を余すところなく評価していない」とみなしている。しかし、この上告審の判断は原審の証拠評価過程に正確に対応していない。なぜなら、原審も、全員の声が似ていることを認識したうえで、前述の結論に立っているからである。すなわち、上告審は、全員の声が似ていたことを指摘するだけでは足りず、全員の声が似ていることを踏まえたうえでなお暗示作用は解消されていないとする原審の判断が誤っている旨論証する必要があるのではなからうか。この点日本においても、具体的な根拠を挙げて原審の疑いを解消しているようにみえるが、実は原審の疑いに対応するものになっていない場合が多くみられたところである。

(二) 批判が抽象的な場合

総合評価を尽くしていないとして破棄された事例として、連邦通常裁判所第四刑事部一九八二年一月二五日決定⁽⁹⁸⁾を挙げる。本決定が扱った事案は被告人が窃盗犯であるかが争われたものである。原審は次のように述べ、被告人と犯人との同一性が十分に証明されていないと判断した。

(犯行現場に残されていた) 道具の痕は、確かに被告人のねじ回しとタイヤレバーによるものと推論することはできる。しかし鑑定によれば、完全に特定することはできない。また、当該事件発生後、大量の硬貨(本件公訴事実には、自動販売機とミュージックボックスから硬貨が窃取されたというものが含まれている)を被告人が所有していたことから、十分な証明が得られたということもできない。この硬貨は長年にわたり自分が貯めてきたものであるという被告人の主張を排斥することはできない。また、被告人の車両が犯行現場で目撃されたことも被告人が犯人であることを十分に推論させるものではない。Kによく車両を貸していたとする被告人の主張を排斥することはできない⁽⁹⁹⁾。

これに対し、上告審は次のように判断した。

証拠が多数存在しても、それらを個々に検討するだけでは十分ではない。むしろ、総合評価が必要なのである。たとえ、個々の間接事実がそれ自体のみでは被告人が犯人であることを十分に示すものではないとしても、それらを総合したならば、裁判所に確信を抱かせるものともなり得るのである。事実審裁判官は、被告人の主張が正当であるか否かを判断する証拠がない場合、必然的にその主張を受け入れなければならないという義務は課されていない。むしろ、証拠結果を総合して、当該主張が、自身の確信形成に影響を与えるにふさわしいものかを判断しなければならぬのである。

原判決理由は、原審がこの原則を意識し、考慮したことを窺わせない。とりわけ、第四事件について、被告人が犯人であることを示す事情を関連づけて考慮したとは思われない。原審はこれらの事情を個別に検討しているにすぎず、それぞれが自身の確信形成に影響を与えるかを審査しているだけである。確かに、盗まれたテレビと大量の硬貨を被告人が所有していたことは、被告人が犯人であることの証拠としては十分でない。しかし、被告人所有の道具によるものとされる痕が犯行現場に残されていること等を合わせて検討するならば、確信に至ったかもしれないのである。⁽¹⁰⁰⁾

この判断は、有罪判決破棄事例における「小さな疑いの総合評価を行っていない」場合と似ているようにみえるが、実質は異なる。有罪判決破棄事例においては、個々の疑いを解消したと書いている判決理由を、「個々の疑いを残したまま」と読みかえて、総合評価していないとしていた。これに対して無罪判決破棄事例においては、「総合評価をした」とは書いていないので、読みかえは行われていない。原審判決理由は、個々の間接事実を一つ一つ挙げて、それらに対し個別に疑問を提示しているのみである。

しかし、このことは原審裁判官が総合評価をしなかったことを直接示すものとは思われない。一つ一つの間接事実につきそれぞれ被告人が弁解しており、また、道具痕については鑑定に依拠しているから、それぞれに対応して別個に叙述していると思われる。したがって、これは証拠評価自体の問題ではない。「全てを総合してもなお被告人が

犯人であるとの証明としては十分でない」という一文を判決理由に書いておかなかったという、叙述上の瑕疵があったにすぎないと考えるのが自然であろう。その意味でこの事例は、判決理由の瑕疵を証拠評価の実体の瑕疵として直結させる、あとづけ可能性審査の通常的手法によっている。

しかし、情況証拠による認定の場合には、「単なる推測にすぎない」という類型が用意されている。この類型は、本来、判決理由の叙述に瑕疵がなくとも、端的に高度の蓋然性そのものを問題にできる場である。実際、有罪判決破棄事例においては、叙述に欠陥がない場合でも、具体的反対仮説を指摘するという手法（あとづけ可能性審査の第二パターン）により、原判決を破棄していた。したがって本事例のような場合、あえて判決理由中の叙述に瑕疵があることをとらえず、端的に、被告人と犯人との同一性につき高度の蓋然性が認められると指摘すればよかつたのではないか。

そのような指摘ができない理由を挙げるとするならば、次の二点が考えられる。第一に、間主観説の理論における、高度の蓋然性とは、主観的確信を正当化する客観的要素である。したがって、直接的には無罪判決を規制するものではない。たとえ高度の蓋然性があると上告審が判断しても、その判断には幅があるので、なお疑う自由の余地は残されている。したがってそのような場合に無罪判決を破棄することは原則としてできないのである。

しかし、間主観説も、無罪判決を破棄することは絶対にできないと主張しているわけではない。抽象的な表現ではあるが、圧倒的高度の蓋然性があつて、もはや疑う余地が全くないような場合には、無罪判決を破棄することが一般に認められている。⁽¹⁰⁾したがって、そのような場合に該当する旨の論証が可能であれば、判決理由中の叙述の瑕疵に基づかなくとも破棄はできるのである。

結局上告審はその論証ができなかつたと解するしかない。これが第二の理由である。圧倒的に高度な蓋然性の存在

を具体的に論証できないが自身の「心証の優越」を認めたい場合に、上告審は、原判決にみられる叙述の瑕疵を利用してゐるのである。実際、「単なる推測にすぎない」というカテゴリーは判例上確固たるものとして存在しているが、「圧倒的に高度な蓋然性がある」というカテゴリーは現在のところ存在していない。情況証拠による事実認定の問題が無罪判決破棄事例において「証拠を余すところなく評価していない」類型に入れられているのは、このような理由に基づいていると思われる。

四 小括

諸事例を検討した結果、抽象的な形で主張されている間主観説が、実務においてどのような形で肉付けされているか、その一端が明らかになつたように思われる。

あとづけ可能性審査に対する批判はドイツにおいて無いわけではない。「判決の中の事実認定に関する叙述のみから判断するのであるから、その判断ができるか否かは、とりわけ判決書作成者の表現能力に負うところが大きい」⁽¹⁰²⁾。「事実審裁判官は、心理的に、自身の判決の正当化をはかろうとするものであるから、得られた結論と矛盾する事実が無意識的にせよ判決理由の中に出されないとすることはあり得る。したがって、事実審裁判官は、一定の事実を単に書かないということによつて、上告審の審査の範囲を自ら決定することができることになる」⁽¹⁰³⁾。「一方で、事実審裁判官が自身の考えを判決理由の中で完全に書こうとするほど、判決が破棄される危険は高まる」⁽¹⁰⁴⁾。これらの批判は要するに、判決理由の叙述の瑕疵と証拠評価の瑕疵とは必ずしも結びつかないことを指摘するものといえよう。確かに、判決理由審査にはそのような形式性がつきまとう。しかし、記録や証拠をみることでできない上告審に対し、誤判是正のためにあえて事実認定審査をさせようとするならば、このような審査以外に手段がないことも事実で

ある。したがって、上告審の構造につき根本的に立法という手段で改変を加えるのではなく、現行法の枠内で事実認定審査をすることを認めようとする限り、一般的抽象的に問題をあげつらうのではなく、実務がどのような叙述に對しどのような判断を行っているかをまず認識することが必要であろう。あまりに形式的にすぎないものがあれば、それを個別に批判していくのが最善の方法だと思われるのである。

このような観点から本検討を振り返ってみると、まず、必ずしも判決書作成者の表現能力に大きく依存するような事例は多くないことがわかる。まず有罪判決破棄事例を振り返ってみよう。当該具体的事情を全く記さない経験則違反事例（本節二（二）ア）、当該供述が信用できるから当該供述は信用できると書く論理則違反事例（本節二（二）イ）、証拠評価の叙述が全くなく結論だけが示されている事例（本節二（四）ア）、一定の証拠方法につき一定の事項を叙述することが判例上確立されているにもかかわらず書かない事例（本節二（四）イ）、検討すべき問題を意識していることはわかっていても、それをどう解決したかを書かない事例（本節二（四）ウ）などは、いずれも判決書作成者の表現能力を云々する以前の問題なのである。これらの事例においては、実際は適切な証拠評価を行ったのに叙述の瑕疵によって破棄されたというよりも、むしろ、書かねばならないことが自明である点につきあえて書かないという、上告審に対する挑戦的、反抗的な姿勢を示すものと評することができるだろう。一方、無罪判決については、公判における印象等が影響をおよぼした点についてそれが合理的なものであることを叙述するよう要求することはしていない。おおむね、直接主義、口頭主義の要請に沿って審査がなされているといつてよいだろう。

また、都合の悪い所があれば書かなければよいことになるという批判も必ずしも実務の現状を正確に認識したものとは思われない。都合の悪い証拠を無視したならば、そもそも手続法規違反にもなりうる（本章第一節参照）ので、書かないわけにはいかないだろう。都合のよい所だけ選び出して書いた場合も、全体がわからないとして破棄されて

いる(「検討すべき問題があることを意識していることは叙述されているが、その問題をどう検討したかを全く記していない場合」(本節二(四)ウ)が典型)。争点となった証拠の「検討」について書かない場合も直ちに破棄されている(「証拠評価の叙述が全く無い場合」(本節二(四)ア)が典型)。自身の検討が合理的であるかのよう装って書いても、問題のある証拠の内容自体は書かなければならない(「検討すべき問題が実際に存在することが判決理由から明らかなのに、その点を検討したことが全く叙述されていない場合」(本節二(四)イ一)など)。このように、書きにくい点を書かないで済ませることは、実際上かなり困難なのである。

本節の検討に照らして考察するならば、問題はむしろ次の点にある。第一に、具体的論証を要している点である。「高度な蓋然性」という概念は、本来証明度を示すものである。高度な蓋然性がないと上告審が判断したならば、有罪判決を破棄することは可能な筈である。しかし、高度な蓋然性がないとだけ述べて破棄する事例は無い。この点上告審はさらに積極的に行動してもよいのではないか。「単なる推測にすぎない」事例(本節二(三))はその典型である。この種の事例は、公判における印象がそれほど重大な影響を与えとも思われず、また、判決理由の叙述の些細な失敗が破棄に結びつく危険もほとんどないものである。それだけに端的に自身の「合理的な疑い」を優越させてもよい筈であるが、現在までのところ、具体的な反対仮説が提示できない限り原則として介入しないという態度を示している。この点、間主観説における「高度の蓋然性」の判断基準(特に、上告審が事実認定をすることになつてしまう場合との明確な境界性を引くこと)を学説が具体的に検討していないことにも問題がある。

第二に、破棄する場合に行っている論証の多くは、証拠評価の瑕疵の指摘である点にもこの審査方法の曖昧さがみられる。証明度の問題と証拠評価方法の問題が明確に区別されていないのである。その結果、「総合評価が十分でない」との理由が、蓋然性に関する論証が困難な事例に対し活用される。有罪判決を破棄する場合には、「個々の疑い

を集めたならば大きな疑いになる」との指摘がなされる(本節二(四)エ2)。判決理由を読みかえる手法は、この類型においてのみ採られており、あとづけ可能性審査の手法全体の中では異質である。一方、無罪判決を破棄する場合には、具体的に高度の蓋然性が認められる旨論証できないものを、判決理由の瑕疵を利用して「証拠を余すところなく評価していない」と構成しているのである(本節三(二)〇)。これらの問題も、結局、間主観説における「高度の蓋然性」概念の曖昧さに帰因するものといえるかもしれない。

いずれにせよ、間主観説における「高度の蓋然性」の内実についてはさらなる検討が必要である。この点については、実務における心証審査のあり方とも関連するので、次節であわせて検討したい。

- (1) BGHSt 10, 208.
- (2) BGH a.a.O. (1) S. 209.
- (3) Vgl. RGSt 61, 202. この点については、新保佳宏「刑事裁判における事実認定の基準に関する一考察——いわゆる『裁判官の主観』を中心として」龍谷法学一八巻四号五一頁、内山安夫「ドイツ刑事判例に見る『合理的疑い』概念の意義と機能(一)」東海法学一一号二五九頁等参照。
- (4) 本章第三節参照
- (5) BGH a.a.O. (1) S. 209f.
- (6) むことば、これは有罪判決維持の事案である。
- (7) BGH a.a.O. (1) S. 210.

- (8) 光藤景皎「自由心証主義の問題点」（井戸田侃他編『新・生きている刑事訴訟法』所収）、内山安夫「ドイツ刑事判例に見る『合理的疑心』概念の意義と機能（三）」東海法学二二号二九九、三〇六頁以下等参照。
- (9) この点については、内山・前掲（8）論文二一五頁以下参照。
- (10) BGH NSZ 1990, 236.
- (11) BGH a.a.O. (10) S. 237.
- (12) BGH StV 1993, 510.
- (13) BGH a.a.O. (12).
- (14) Peter Rieß, Über Aufhebungsgünde in Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofes, NSZ 1982, 49. この調査によると、「一九七九年七月から一九八一年六月までの期間において、事実問題につき連邦通常裁判所が破棄した件数は、①が三十九件、②が五四件、③が八四件であり、全破棄件数における割合はそれぞれ一八・六％、四・二％、六・六％である。この論文の紹介として、新保佳宏「P・リース『BGHの上告諸決定における破棄理由について』警察研究五四巻九号八五頁がある。
- (15) Vgl. Martin Niemöller, Die strafrechtliche Beweiswürdigung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, StV 1984, 431.
- (16) Vgl. BGH StV 1981, 114.
- (17) Vgl. BGH NSZ 1981, 33. 「原則として上告審は事実審の心証形成を受け入れなければならないが）上告審は、次の場合には例外的に事実審裁判官の確信に拘束されない。すなわち、当該推論が、確固とした事実基盤（根拠）からあまりにも遠くかけ離れているので、それが結局は単なる推測・推定にすぎないことが示された場合である。」
- なお、「不完全 lückenhaft」「不明確 unklar」など、多義的な表現が用いられる場合もある。「単なる推測にすぎない」場合と「証拠を余すところなく評価していない」場合、いずれにもかかる。Vgl. BGH StV 1986, 421; BGH NSZ 1986, 373.
- (18) 一九九〇年代以降の事例を含めた網羅的実証研究は、ドイツにおいてもまだなされていないようである。八〇年代の裁判例については、Vgl. Niemöller, a.a.O. (15). 七〇年代の裁判例については、Vgl. Fezer, Die erweiterte Revision - Legitimierung

der Rechtswirklichkeit?.

(19) この点に関し、高田卓爾、鈴木茂嗣編『新・判例コンメンタール刑事訴訟法4』八八頁（高田卓爾執筆）参照。

(20) Vgl. Rief, a.a.O. (14).

(21) Vgl. OLG Karlsruhe VRS 56, 359.

(22) Vgl. BGH VRS 21, 113, S.116.

(23) OLG Karlsruhe StV 1995, 13.

(24) OLG Karlsruhe a.a.O. (23).

(25) 例えば、供述の変遷について何ら検討を加えることなく、大筋において一致するとして信用性を肯定した場合、従来それは直感的・印象的判断手法に基づくものであると批判されてきたが、「大筋において一致していれば信用性が肯定できる」という一般的経験則は存在しない。当該事件における具体的事情を検討しなければならぬ」と批判できる可能性がある。そうならば、証拠評価の方法についての見解の対立に関係なく大筋論は論外ということになる（経験則違反を審査できないとする論者は存在しないから）。

(26) 斎藤朔郎は、経験則違反に関するドイツの民事判例を引用し、「思うに、控訴審は各種の蓋然性を考慮に入れて判断した結果、そのいずれの蓋然性もいまだ程度が低くて、確実性に達し得ないものと認めたので、真偽不明の結論によって事案を処理したのである。しかるに、上告審は、それらの蓋然性の一つをゆぎだして、それだけで事案を処理すべきことを命じている。事実審たる控訴審が、各種の経験則を利用して判断したのに対して、上告審は、その中の一つを法則化して、これをもって控訴審の自由心証を束縛せんとするものに外ならない。・・・事実との推定を法則的に考えて、上告審の審査の対象とすることが蓋然性を確実性にすりかえる一つのルートとなることを注目すべきである」と述べ、経験則違反か否かの審査が恣意的なものになる危険を指摘している（斎藤朔郎『刑事訴訟論集』二六九頁以下）。しかし本文中で検討したように、ドイツの経験則違反事例は、当該具体的事情を検討したことを全く理由中に叙述していない場合に問題になる。その意味で形式的には明確なのである。日本では、経験則概念の曖昧さがつとに指摘されてきたところではあるが（例えば平田元「上訴審による自由心証主義のコントロール」九大法学五二号四五、一一三頁参照）、これは上訴審が訴訟記録等を

検討する日本の現状を前提としたものである。

- (27) Vgl. BGHSt 30, 10.
- (28) BGH StV 1996, 366.
- (29) BGH a.a.O. (28) S. 367.
- (30) BGH a.a.O. (28) S. 367.
- (31) BGH NSZ 1992, 553 (= StV 1993, 59).
- (32) BGH a.a.O. (31) S. 553f.
- (33) Hans-Joachim Weider, StV 1993, 60.
- (34) Vgl. BGHSt 21, 585.
- (35) BGH StV 1997, 120.
- (36) BGH a.a.O. (35).
- (37) BGH a.a.O. (35).
- (38) BGH StV 1996, 5.
- (39) BGH NSZ 1994, 501 (= StV 1994, 429). なお、NSZでは六月二〇日決定となっており、StVでは六月一五日決定となっている。本文中では一応NSZの記載に従った。
- (40) BGH a.a.O. (39).
- (41) 同種事案として、Vgl. BGH NSZ 1981, 33 (= JR 1981, 304)。この事案では、被害者の殺害に被告人が関わっているのは事実だが、当該具体的事情が明らかにならなかったため、「疑わしきは被告人の利益に」原則を適用して、正犯ではなく、幫助犯として処罰するとした原判決を破棄したものである。
- (42) BGH StV 1992, 261.
- (43) BGH a.a.O. (42) S. 262.
- (44) Vgl. BGH NSZ 1981, 402 (= StV 1981, 331)。この事案では、起訴されていない事件について被告人が犯人と「考えられる

(in Betracht kommen)」、これを理由に、その事件と類似する起訴された事件について有罪とした判決を破棄したものである。

- (45) OLG Zweibrücken StV 1997, 12.
- (46) OLG Zweibrücken a.a.O. (45).
- (47) OLG Zweibrücken a.a.O. (45).
- (48) 第一章第六節(拙稿「刑事裁判における証明基準の研究(三)」大阪経済法科大学法学論集五〇号五七、八一頁)参照。
- (49) この点、最近注目すべき判決が出された。本章第一節注(33)参照。
- (50) BGH NSZ 1983, 133.
- (51) BGH a.a.O. (50).
- (52) BGH StV 1997, 292.
- (53) BGH a.a.O. (52).
- (54) BGH a.a.O. (52).
- (55) Vgl. Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO——Spezialkommentar (2 Aufl.), S.518.
- (56) Vgl. Eisenberg, a.a.O. (55).
- (57) OLG Düsseldorf StV 1994, 8.
- (58) OLG Düsseldorf a.a.O. (57).
- (59) OLG Düsseldorf a.a.O. (57).
- (60) Vgl. BGHSt 16, 204; NSZ 1987, 288; OLG Düsseldorf NSZ 1990, 506; OLG Frankfurt NSZ 1988, 41 (= StV 1988, 10); OLG Oldenburg StV 1994, 8; BGH StV 1995, 452; BGH NSZ 1996, 350.
- (61) BGH StV 1994, 638.
- (62) BGH a.a.O. (61).
- (63) BGH StV 1994, 227.
- (64) BGH a.a.O. (63).

- (65) BGH StV 1995, 6.
- (66) BGH a.a.O. (65). 判示の詳細については、本節（四）イ2参照。
- (67) BGH StV 1995, 451.
- (68) BGH a.a.O. (67).
- (69) その後第四刑事部は、一九九五年一〇月五日判決においても、破棄した理由と関わりなく、供述の発生経緯を差異審に要求している。Vgl. BGH NSIZ 1996, 98.
- (70) BGH StV 1998, 362. 判示の詳細については、本節（四）エ1参照。
- (71) Vgl. BGH StV 1991, 409.
- (72) BGH a.a.O. (65).
- (73) BGH a.a.O. (65).
- (74) OLG Zweibrücken StV 1998, 363.
- (75) OLG Zweibrücken a.a.O. (74).
- (76) BGH StV 1994, 359.
- (77) BGH a.a.O. (76).
- (78) BGH a.a.O. (76).
- (79) BGH a.a.O. (76) S. 360.
- (80) 本節二（四）ア参照。
- (81) BGH StV 1995, 5.
- (82) BGH a.a.O. (81).
- (83) BGH StV 1994, 6.
- (84) BGH a.a.O. (83). なおこの後に続けて「また、鑑定によれば、被害者は靴をはいた足により蹴られているが、その靴底は丸い縁どりになっているという。そのような靴を被疑者が履いていたのか否かという点は、誰の犯行かを解明するのに

寄与するであろう。しかし、この点についても検討がなされていない」という指摘がある。これは、本節(四)イ2「検討すべき問題が実際に存在することが判決理由から明らかなのに、その点を検討したことが全く叙述されていない場合」に該当する。

- (85) 本節二(三)ア参照。
- (86) BGH a.a.O. (70).
- (87) BGH a.a.O. (70).
- (88) 本節二(四)ウ参照。
- (89) BGH NSZ 1996, 98.
- (90) BGH a.a.O. (89).
- (91) BGH StV 1988, 511.
- (92) BGH a.a.O. (91) S. 512.
- (93) 一九七一年ないし八五年の間に上告申立がなされたうち、検察官が被告人に不利な事由を挙げたものは全体で三・五九%だという。大ざっぱにいうならば、無罪判決破棄申立件数自体が少ないので、無罪判決破棄事例が有罪判決破棄事例数よりも少ないと推測される。もっとも、被告人の上告申立の九〇%は棄却されるというから、有罪判決破棄事例数自体も、多いとはいえないかもしれない。以上 Vgl. Rainer Hamm, Tendenzen der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung aus anwaltlicher Sicht, StV 1987, 262.
- (94) 本節二(四)エ参照。
- (95) 本節二(三)参照。
- (96) OLG Köln NSZ 1996, 509.
- (97) OLG Köln a.a.O. (96).
- (98) BGH NSZ 1983, 133.
- (99) BGH a.a.O. (98) S.133f. なお、上告審決定の中に直接引用されていないが、盗まれたテレビ等を被告人が所持していた

という間接事実について、事情を知らなくてKからもらったものだという被告人の主張を排斥できないという判断もなされていくようである。

- (100) BGH a.a.O. (98) S.134.
- (101) 本節—および本章第三節参照。
- (102) Bernd Schünemann, Grundfragen der Revision im Strafprozess, JA 1982, 72, S.126.
- (103) Vgl. Hans-Ulrich Paetgen, "Erkennen" und Kontrolle. Probleme einer Begriffslehre in bezug auf die Revisibilität von Tatsachen, in FS Peters 61, S. 83.
- (104) Bertram Schmidt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, S. 500f.

第三節 心証概念による事実認定審査

前節で検討した「あとづけ可能性審査」は、ある意味日本においても理解されやすいのではなからうか。控訴審の構造に関して日本で通説とされる事後審論は、刑法法三二八条の事実誤認を、原審の心証形成過程を審査するものと捉えている。この場合、判決理由における「事実認定の補足説明」は重要な意義を持つことになろう。また、いわゆる心証の優越論に立つ論者も、一審の判決理由において証拠の取捨選択に関する理由が書いてあれば、事実誤認の有無につき審査の有力な手がかりになることを認めている⁽¹⁾。このように、日本では、理論の相違にかかわらず、事実認定の過程が判決理由に示されるべきこと、そしてそれが上訴審の審査資料となることに異論はないと思われる⁽²⁾。ドイ

ツの「あとづけ可能性審査」は、事実審による証拠説明を対象に事実審裁判官の証拠評価過程等を審査するものであり、審査資料の相違はあるが、日本における事実誤認審査に関する考え方と通ずるところが多いのである。

ところがドイツには、事実問題に関し別の審査基準が存する。それは、心証概念による審査である。単純にいうならば、事実審裁判官は、ドイツ刑法二六一条の規定する「確信 [Überzeugung] に基づいて本当に有罪と認定したか、あるいは本当にそのような確信がない状態で無罪としたか、自身の疑いを自ら「合理的な疑い、vernünftiger Zweifel」であると判断していたのか否かを審査するものである。日本の実務において、このような審査基準が用いられた例はほとんどみられない。⁽³⁾ 心証概念に関する最高裁の判示も、一般的説明にとどまるものであって、原審裁判官が果たしてそのような心証に基づいたと認識していたかを審査したわけではない。⁽⁴⁾ その意味で、ドイツのこの「心証審査」は日本においてなじみがないといえる。本章では、このような「心証審査」がドイツの実務においてどのように行われてきたか、学説がそれにどのように対処してきたかを概観し、⁽⁵⁾ 日本の事実審査システムを検討する際にいかなる視点を提供するか考察する。

一 ライヒ裁判所の心証審査

(一) 確信に至らなかつたことを示す表現

確信とは何かを定義し、一般的な形で心証審査を開始したのは、ライヒ裁判所第一刑事部一九二七年二月一日決定⁽⁶⁾と言われている。原審は、被告人が犯人でない可能性につき、「きわめて小さい可能性ではあるが、完全に排除されたとはいえない」ので確信に至らなかつたとして無罪とした。これに対し上告審は次のように判示した。

重大な嫌疑が存することを認めたが、横領されたとされる不足金額が被告人の横領によらないでなくなった可能

性が、「きわめて小さい可能性ではあるが、完全に排除されたとはいえない」ので、有罪とは認定できないとした原審の判断には、有罪判決を出すための心証につきあまりに過大な要求があり、法的瑕疵がある。絶対的に確実な知 (Wissen) —— 反対事実の存在を絶対的に排除すること —— は、一般に、不完全である人間の認識のおよぶところではない。確実性の要求を高度にすればするほど、判決は良いものになるだろうが、同時に不可能なものになる。一般に認められているように、裁判官もまた、現存する認識手段をできる限り徹底的かつ誠実に利用することで生じる高度の蓋然性が満足しなければならぬ。蓋然性の程度がその程度に達していれば真実とみなされるし、そのように探知された高度の蓋然性の存在を認識している者の意識が真実についての確信とみなされるのである。⁽⁷⁾

このように第一刑事部は、①人間の認識は不完全なので絶対的真実を認識することはできないという一般論から、②刑法二六一条の「確信」とは高度の蓋然性の認識を意味するという解釈を導きだし、③原判決の「きわめて小さい可能性ではあるが、完全に排除されたとはいえない」という表現を、絶対的確実性を追及しようとしていたものであると解釈して、原審裁判官は「確信」概念の解釈を誤って無罪としたとみなしたものである。

この判決に対し批判の先鞭をつけたのは G・シュカンツォーニ (G. von Scanzoni) である。⁽⁸⁾ シュカンツォーニの批判は大別して二点からなる。その第一は、第一刑事部が提示した確信概念に対する批判である。彼は次のように指摘する。確かに、絶対的真実に人間は到達することができない。その意味で、第一刑事部のいう①の点は正しい。しかし、だからといって、「高度の蓋然性」が真実とみなされるという②の命題が導きだされるわけではない。なぜなら、人間は絶対的真実に到達できなくとも、真実であると確信することはできるのであり、「高度の蓋然性がある」との意識はそれよりも低いからである。

裁判官は、知からではなく、「確信」によって判決をかたちづくる。絶対確実な知は存在しない。しかし、絶対確実な確信は存在するのである。……被告人が有罪であることについて絶対確実な「知」がなくとも、裁判官は

有罪と認定することは許されているのである。しかし、被告人が犯人であることを絶対確実に「確信」していないときは、有罪と認定することは決して許されない。これが *in dubio pro reo* の要求するところなのである。如何にわずかな疑いであっても、概念上、それは確信を排除するものとなる。・・・(ライヒ裁判所が述べるごとく) 高度の蓋然性が存在するとの意識が真実の確信と「みなされる」のではなく、審理の総体から得られた、内心の満足が真実の確信「なのである」。

第二に、裁判官が「一般的疑い」を抱いたと想定することの非現実性を指摘する。裁判官の疑いは、公判において証拠を調べ、検討したところに生じた疑いであり、哲学的懐疑にかられて無罪とするのではない。「きわめて小さい可能性ではあるが、完全に排除されたとはいえない」との表現は、哲学的懐疑を示すものではない。「ライヒ裁判所は、人間の知についての哲学的一般的疑いと、事案それ自体から警告的に出てくる特別な種類の疑いととの相違を認識せず、・・・この特別な種類の疑いがある場合でも、刑事裁判官の有罪判決を許している」と彼は主張する。

ライヒ裁判所第一刑事部決定の指摘が飛躍していることを指摘するこれらの指摘は説得力に富む。それでは、あえてこのような形でライヒ裁判所第一刑事部が心証概念の解釈を提示したのはなぜだろうか。結局、上告審は、証拠評価に関する原審の叙述に納得できなかったと推測せざるを得ない。しかし上告審が正面から事実問題に介入することはできない。そこで、心証審査という手法を編み出したと解することができる。

(二) 具体的事情との関連

上告審による事実問題への介入を正当化するために心証審査が用いられていることをより明瞭に示すものとして、ライヒ裁判所第一刑事部一九二八年一〇月三日決定⁽¹⁾およびライヒ裁判所第一刑事部一九二九年一月二二日決定⁽²⁾が挙げられる。

一九二八年一〇月二三日決定では、被告人が放火したか否かが争われた。原原審は、被告人が放火したとの重大な嫌疑が存することは認めしたが、火災の発生が何らかの不幸な事故によるものだった可能性を「余すところなく排除できない」ので確信できないと判断した。原審も、「第一審裁判官と同じ理由で」確信できないとした。これに対し第一刑事部は次のように判示した。

このような理由づけは、原原審および原審が、証明の程度につき、あまりに過大な要求をしていたことを物語るものである。裁判所は、被告人に不利な事情と被告人に有利な事情を比較検討していない。むしろ、当該判決は、他に火災の発生原因があつたと認めることができるような事実的基礎を、裁判所が具体的に表象していなかったことを窺わせる。何らかの原因で生じた不幸な事故の一般的可能性を考慮しなければならぬとする一方で、(もちろん被告人の)過失による火災の発生の可能性を考えられないとしていることに注目しなければならない。ここから明らかになるのは、裁判所が、きわめて重大な嫌疑の根拠がある場合でも、完全に確実な証明はなされていないというだけで、完全な心証の形成が妨げられると信じていたということである。したがって、他の発生原因の可能性が「余すところなく排除することができない」という参審裁判所判決の表現は、内容的には、反対事実が「完全には排除されていない」というよく用いられる表現と何ら異なるところはない。したがって、当該判決は、裁判官の「確信」につき、法的瑕疵ある理解に基づいているのであって、破棄は免れない。⁽¹³⁾

このように、本決定では、①証拠の評価を尽くしたことが窺われず、②反対事実の可能性があることを裏づける具体的事情を表象していないので、③「余すところなく排除されない」という表現は、「確信」の解釈を誤り、一般的抽象的疑いに基づいて無罪としたことを示していると構成されている。前述の一九二七年二月一日決定と比較して、上告審が原審の証拠評価に不満を抱いていることが、より明瞭に示されている。上告審が結局問題にしているのは、原審の判決理由が、被告人に有利な事情を具体的に示していないことなのである。

一九二九年一月二日決定では、証拠評価に関する原判決理由の叙述がどのようなものであったかが、より一層詳細に記されている。

原判決の説明によると、被告人の主張を裏づけているのは、被告人請求により証人として尋問された一人の人物にすぎない。これに対し、五人の証人が一致して次のように供述している。すなわち、被告人が主張しているような供述はGはしていない。GがRの部屋にいたのはごくわずかな間のことであり、Dに対してわずかな言葉をかけただけだ、と。これら証人の宣誓供述に鑑み、原審は、「被告人は自身の宣誓供述を故意に真実に反して行ったという濃厚な嫌疑 (dringende Verdacht) がある。被告人が主張しているようにGが供述したとすれば、これら証人がそれを聞き漏らすということはまずありえない (höchst unwahrscheinlich) し、粗暴な人物といつてよいRの部屋にGがあがりこむということもそもそも信用しにくい」と述べている。(五人の証人の中の一人である) D証人も、八四歳と高齢ながら、精神は若々しいのである。それにもかかわらず、原審は、これら証人が善意であれ、客観的に真実でないことを供述した可能性を「まずありそうにない sehr unwahrscheinlich」けれども考慮しなければならぬと考えたのである。

このような原審の表現は、次のような推測を生じさせる。すなわち、原審は被告人の有罪を確信したのだが、人間の観察力や記憶力は当てにならないから、数学的証明に匹敵する確実性を有罪証明の場合に保障しない瑕疵をあらゆる証人は持つているという純粹に抽象的な可能性を表象したため、有罪と認定することはできないと考えたと推測されるのである。実際原審は、他の証拠によつても五人の供述は裏づけられているとしながら、この五人の証人が「善意であれ客観的に真実でないことを供述した可能性がある」とし、その根拠となる何らかの具体的基礎、原審が表象した事実的基礎を何ら引き合いに出していないのであって、このことも上述の推測を裏づけているといえよう。

このような一般的考慮を行う可能性が承認されるならば、いかなる事例においても、証人の供述に基づく有罪証明を行うことは不可能になってしまうであろう。よつて原審は、裁判官の「確信」獲得に対する過大な要求を行つ

ているといえるのである。⁽¹⁴⁾

本決定においては、証拠評価を尽くしていないという指摘は直接なされていないが、①被告人に有利な反対事実の可能性があるとしながら、それを窺わせる具体的事情を指摘していないから、②確信の解釈を誤り、一般的抽象的疑いに基づいて無罪としたという点においては、一九二八年一〇月二三日決定と共通する。ここでも、上告審が実質的に問題にしているのは、被告人に有利な反対事実が原判決理由から浮かび上がってこないことなのである。

この二決定に対し、マックス・アルスベルク (Max Alsborg) が激しく批判した。第一刑事部の確信概念解釈に対する批判、および裁判官が哲学的懷疑を突如抱いて無罪とすることは非現実的であるという指摘は、前述のシュカンツォーニの指摘と共通する。しかし、これらの二決定は、反対事実の存在を示す具体的事情を挙げていないことを新たに付加していた。この点につきアルスベルクは、「原審裁判官は一般的疑いにより有罪認定をしなかったとライヒ裁判所は推論している。これは、被告人に罪責なしと判断できる具体的事実的基礎を述べていないことから導き出されている。しかしこの論拠は、判決理由において証拠評価につき詳細に説明するよう義務づけられていないかぎり、首尾一貫したものにならない⁽¹⁵⁾」として、無罪判決の理由を規定する刑法二六七条五項は証拠評価の過程を詳細に記す旨要求していないことを指摘する。したがって、当該判決理由が不十分な説明をしていることから、原審の証拠評価が不十分であったことを認定してはならないのであり、「思うに、裁判所は、数学的な確実性の要求という、かくもばかげた非現実的な見解を持っていると信じられるのは、判決理由からそれが明らかなる場合のみであろう⁽¹⁶⁾」と指摘したのである。

二 連邦通常裁判所の心証審査

(一) 「合理的な疑い」、「個人の疑い」基準による審査

以上のような激しい批判にこたえ、連邦通常裁判所は、確信とは高度の蓋然性の意識ではなく、真実の確信と解釈すべきことを明示した。それを最も明確に示したのは、本章第二節冒頭で挙げた第二刑事部一九五七年二月九日決定であった。この、個人的確信が必要十分条件であるという解釈は、裁判官の疑いは自身が疑うか否かのみが重要であり、原審裁判官の抱いた疑いを上告審が審査することはできないとされる可能性もあつた。

しかし連邦通常裁判所はそのような姿勢をとらなかつた。原審裁判官の抱いた疑いに介入するために新たに用いられた概念は、「合理的な疑い *vernünftiger Zweifel*」及び「個人の疑い *eigener Zweifel*」である。

連邦通常裁判所判例において、初めて「合理的な疑い」という概念が登場したのは、一九五〇年一月二八日決定である。連邦通常裁判所は、刑法二六一条にいう「裁判官の自由な確信」につき次のように説明して、原審無罪判決を破棄した。

裁判官の自由な確信にとっては、生活経験にしたがつた十分な確実性が存在し、もはや合理的な疑いの余地がないものであるならば、それが必要かつ十分である。被告人が犯人ではないということについての、単なる「理論的」または「抽象的」可能性は、有罪判決を妨げるものではない。そのような可能性は、人間の認識が不完全である以上、決して完全に排除されることのないものである。したがって、そのような可能性が有罪判決を妨げるものとするならば、裁判官の真実発見は全く不可能ということになってしまう。⁽¹⁹⁾

本件において上告審が原審の疑いを「合理的な疑い」でないと判断した根拠は、原判決の「被告人が放火したのではないと考えることも理論的には可能であるから、『最終的な確実性』を伴った有罪との確信を得られない」という叙述にある。原審は、火の手が上がった箇所について、被告人の自白と異なる供述をした証人の存在を指摘しており、

疑いを導いた具体的事情を挙げていないわけではない。この点、これまでみてきたライヒ裁判所の諸決定とは異なる点である。したがって、判決理由の叙述が不十分だったからというよりも、端的に上告審自身の判断を優越させるためにこの「合理的な疑い」概念が用いられたといえる。このように、「合理的な疑い」は、原審の判断が不当なものである旨具体的に論証ができない際に、原審の抱いた疑いを理論的、抽象的疑いとして批判する概念として導入されたのである。

一方、「個人の疑い」概念が無罪判決破棄のために初めて用いられたのは、一九五三年五月二一日決定⁽²⁰⁾である。この決定によれば、裁判官の自由な確信においては、事実審裁判官の抱いた「個人の疑い」のみが問題となる。「事実が事実審裁判官にとって疑いなく確認されていれば、それが必要かつ十分である。この個人的確信 (persönlicher Gevissheit) のみが決定的である。なぜなら、自由な証拠評価の本質は、客観的にそれ自体として可能な疑いを考慮しない自由にも存するからである」⁽²¹⁾。この概念を用いて上告審は、原判決における「ある種の疑いが残る」という叙述をとらえ、「個人の疑い」ではなく、「客観的にそれ自体として可能な疑い」であった可能性——自身は疑いを持っていなかったのかかわらず、疑いを抱く人がいるかもしれないと考えた——がある、すなわち裁判官自身は疑いを持っていなかった可能性があるとして、無罪判決を破棄したのである。

本決定に対し、ヴェルナー・ニーゼ (Werner Niese) が次のように評釈している。⁽²²⁾

ニーゼは、事実審裁判官が「確信」を抱いたか否かにつき、上告審の審査基準を定立するのは困難であると主張する。⁽²³⁾ その根拠は、「個人の疑い」は必ずしも記述できるものとは限らない点にある。

抽象的理論的疑いは考慮すべきではないが、一方で、連邦通常裁判所は、事実審裁判官の証拠評価は必然的である必要はなく、可能なものであればよいとし、上告審の心証を事実審のそれに置き換えることはできないとしてき

た。連邦通常裁判所が事実審判官の証拠評価の審査についてこのような制限を自ら課したのは、次のような理由からであろう。すなわち、心証形成は非常に複雑な経過を辿るものであって、理性的(rational)な検討だけではなく、非理性的な要素(信用性判断!)や意志的要素にも深く基づいている。その結果については、文章による判決の中では極めて不十分な形でしか記されないものであって、たいていの場合、理性的な要素のほうしか記されないのである。したがって、規範的な観点から審査することはほとんど不可能なのである。²³⁾

このようにニーゼは指摘し、判決理由から原審の抱いた疑いの性質を評価することを批判する。

本決定の提示する原則には同意するが、当該事件においてそれが正しく適用されたかは疑問である。原審が、自身は被告人の有罪を確信しているにもかかわらず、単に無罪の理論的可能性が抽象的には考えられるとして、あるいは、他の判断者であれば疑いを抱くかもしれないとして有罪認定をしなかったのではないかという問題を立てること自体は確かに正当である。しかし、原判決からそのようなことが読みとれるかどうかという基準を立てることは問題である。原判決理由は、個人の疑いを完全に解消することはできないと一義的に明確に記している。すなわち、原審は、理性的に考えれば全てが被告人に不利であっても、非理性的な理由から被告人の罪責を確信できないのであれば有罪を確信したということとはできないと判断したのである。この判決は、心証形成の際にいか非理性的なものが強く影響をおよぼすかを示す好例である。それはおそらく、被告人が裁判所に与えた個人的印象に由来するものである。その個人的印象は、被告人が品行方正であり、長年国家公務員を務めているという指摘に鑑みても、きわめて不十分にしか「理性的」には把握できない。しかしながら、それは、原審が意味のない抽象的理論的に可能な疑いを理由に無罪とした疑いを抱かせるものではない。したがって、当該判決は破棄されるべきではなかったのである。²⁴⁾

(二) あとづけ可能性審査への包摂

これまで概観してきたように、ドイツ上告審による「心証審査」は常に激しく批判されてきた。しかし、最近では、

この審査がなされた事例がほとんどみられない。⁽²⁶⁾これは、従来からの批判に連邦通常裁判所が応えたものと考えることができようか。

この点につき興味深い事例がある。「疑わしきは被告人の利益に」原則はアリバイ証明には適用されないとの判断で多くの論争を引き起こした連邦通常裁判所第二刑事部一九七四年二月二三日決定⁽²⁷⁾である。この決定が、原審の総合評価の誤りを指摘した部分は次のようなものである。

原審の見解によれば、確かに多くの事情（例えば・・・多くの証人の証言）が、被告人が犯人であることを示している。しかし原審は、主として次の理由から無罪としなければならぬと判断した。すなわち、C証人の証言によると、被告人がトラクターに乗ってKにあるレストランを出たのは一時一五分になってであるが、BにあるGの納屋の火事は、一時一〇分に既に目撃されていたことである。

アリバイ審査にあたり、判決から窺える、被告人に有利または不利な推論を可能にするあらゆる事情を、判決理由の中で評価することは、一般の場合と同様、原審の責務といえよう。しかし、本件ではそれがなされていない。多数の証人の証言によると、被告人はKとは別の方角からBにやってきている。そして、それは、レストラン経営者Cの供述が正しいとするならば、到達することは全くなかったであろう時刻に到着しているのである。しかし原審は、矛盾する他の証人達の供述（このことは意識していたであろう）につき、この観点から検討することなく、Cの供述にしたがったのである。

この誤りは、原審がアリバイ証明の本質を誤解して捉えている点に関係があるようである。なぜなら、原審が挙げた諸事情のもとで、被告人が犯人であることが証明されないと考えること自体異様（auffällig）だからである。

この決定に対し、「総合評価をしていない」とされたことについて批判する評釈者はいない。例えばエゴン・シュナイダー（Egon Schneider）は、連邦裁判所は、原審による証拠の総合評価に不完全なところがあったことだけを明らかにすればそれで十分であったとし、エルンスト・ヴァルター・ハナック（E. W. Hanack）も、審理不評だけで破

棄可能なのであるから、アリバイについての第二刑事部の叙述は傍論にすぎないとして、本決定の総合評価が不完全であるという指摘自体が妥当なものかにつき関心を抱いていない。さらに、ヴァルター・シュトレー(Walter Stree)は、本決定を、アリバイ証拠は孤立しては「疑わしきは被告人の利益に」原則の対象とはならないことを意味し、あらゆる事実を総合評価した場合に依然残る疑いだけが判決に影響をおよぼすことを述べているにすぎないと解釈し、その理由として、次のような例を挙げている。すなわち、一人のアリバイ証人が、被告人と私は犯行場所とは別のところにいたが、それが犯行があつたとされている時刻か、二四時間後であつたかははっきりとはいえないと供述した場合、この供述を単独で評価すれば「疑わしきは被告人の利益に」原則により、被告人に有利な判断がなされなければならないが、その他の事情にもとづき、被告人が犯人であるとの確信を得たならば、被告人が証人といいたのは二四時間後であつたにちがいないと推論し、アリバイが成立するのではないかという疑いを排除するとい⁽³⁰⁾う。本決定はこのような事例と同様と解しているのである。

しかし、本事案は、そのような事例とは異なる。シュトレーが挙げる例の場合、証人の供述内容はあいまいさを含んでおり、被告人が犯人であるとの命題に矛盾しない内容なのである。しかし、本事例では、C証人は明確に一時一五分と述べ、他の証人の供述内容と矛盾した内容を主張している。したがって、いずれが信用できるのか比較検討を原審は迫られることになり、どちらのいうことも必ずしも信用できないわけではないと判断して無罪としているのである。しかし上告審は、Cと対立する証言が多数一致することのみをもって、対立証言のほうに信用できるとし、証拠評価を尽くしていないとして破棄した。上告審が、「被告人に不利な事情がこれだけあるにもかかわらず無罪としたのは異様である」と自らの心証を明示するのは、無罪判決破棄事例の中でも滅多にないことである。

この事案は、上告審が無罪判決を破棄する場合の典型である。「疑いを抱かせた具体的事情が示されていないから、

一般的抽象的疑いに基づいて無罪としたと認められる」場合、すなわちC証人の証言がなぜ信用できるのか具体的に叙述していないから、一般的抽象的疑いをもって合理的な疑いと誤解していたとして当然破棄できた事案であった（前述のライヒ裁判所第一刑事部一九二九年一月二日決定の事案と比較せよ）。それをあえて心証審査で破棄しなかつた理由はよくわからない。いずれにせよ、具体的事情を示していないとの理由だけで破棄することは躊躇された。そこで、アリバイ証明の本質を誤解したという表現が持ち出されたと考えることもできる。評釈者達は、アリバイ証明と「疑わしきは被告人の利益に」原則との関係など持ち出す事案ではなかつたと批判するが、上告審があえてそのような表現をとつたのは、以上のような背景があつたからだと考えるべきではなからうか。

これらの評釈者達の批判は、かえつて、具体的事情を示していないことを指摘するだけで無罪判決を破棄することができる旨、上告審を後押ししているような印象を受ける。しかし、判決理由において証拠評価の経過を記すことをドイツ刑法二六七条は要求していない。「被告人に罪責なしとの具体的事実的基礎を述べていない」という批判は、判決理由に詳細に説明をするよう義務づけられていないかぎり首尾一貫したものにならない」とのかつてのアルスベルクの指摘は重要である。⁽³¹⁾

しかし、間主観説は、心証概念から演繹して判決理由の詳細化を理論づけた。今や、具体的事情を判決理由に記すべきことが理論的に承認されたのである。心証概念審査は、具体的事実的基礎を述べていないことをもつて、一般的抽象的疑いしか原審裁判官は抱いていなかったのに有罪と認定したと批判する形式をとつていた。しかしあとづけ可能性審査では、具体的事実的基礎を述べていないこと自体が批判される。したがつて、もはや、原審裁判官が抱いていた疑いは一般的抽象的疑いであつたと構成する必要がなくなつたのである。

このことを明らかにしたのが、連邦通常裁判所第三刑事部一九七八年六月二三日決定である。⁽³²⁾本決定が扱つた事案

は、次のようなものであった。被告人は銀行強盗の罪に問われた。事実審裁判官は、被告人が犯人であることについて疑いを払拭することができなかった。それは、とりわけ、目撃証人が被告人を特定できなかったことから生じたものだという。証人によると、銀行強盗の際犯人はマスクで顔を隠していた。そして、犯行現場からは被告人の指紋が検出され、被告人のかばんと眼鏡も残されていた。第三刑事部は、次のように述べて原判決を破棄した。

確かに公判で提示された証拠を検討して事実認定に用いるのは事実審裁判官の専権事項である。しかし、なぜ被告人が犯人であることを示す多数の事情が十分な証拠価値を持たないのか、換言すれば、被告人を犯人と証人が特定できなかったというだけの事実が、それだけで被告人を無罪とするほどの重みをなぜ持つのかを事実審裁判官は伝えていない。認定事実をこのように取り扱うことは、例えば経験則に違反しているかどうか、あるいは、裁判官の確信の前提条件を意識していたかといった点について上告審が審査を可能ならしめる証拠評価ではない⁽³³⁾。

このようにして、疑いの事実的基礎を示すこと自体が端的に要求されることとなった。この要求は現在、「総合評価をしていない」事例として類型化されているのである⁽³⁴⁾。すなわち、原審の疑いに納得できない上告審が無罪判決を破棄するためにあえて導入された心証審査は、現在、あとづけ可能性審査の中に吸収されたとみることができる。

(三) 問主観説と「上告審の判断の優越」

ところで、現在の実務の状況については、ドイツでは一般的に好意的に評価されているようである⁽³⁵⁾。問主観説の論者も、「叙述の欠陥を利用した上告審判断の優越」による無罪判決破棄についてコメントを行っていない。それでは、問主観説自体は、このような「叙述の欠陥を利用した上告審判断の優越」による無罪判決破棄を防止する装置を理論自体の中に有しているだろうか。

まず、心証審査という形式の問題性については、問主観説の論者も批判していることを確認するところからはじめ

よう。例えばカール・ペーターズ (Karl Peters) は、次のように述べている。

裁判官の確信欠如に対し、上告審の決定が、時折、疑わしい方法で介入しているように思われる。確かに、人間の評価において、数学的確実性は存在しないという命題は正しい。しかし、数学的確実性を得ようと考えている事実審裁判官はいないであろう。数学的確実性を指摘するのは方法的に誤りなのである。刑法法二六一条においては、主観的基準における最高度が問題なのであり、客観的基準におけるものが問題なのではない。このような最高度は、個々の裁判官のみが得ることができるのである。もちろん、個々の裁判官は十分な客観的基礎を前提としなければならぬ。・・・確実性にどのような要件が設定されるべきかについては、有罪判決に責任を持つべき者のみが設定しうることである。したがって、事実審裁判官が、確実性について過大な要求をしていたと上告審裁判所が批判するのは原則として疑わしいのである。⁽³⁶⁾

また、ゲルハルト・ヘアデーゲン (Gerhard Herdegen) は、「確信する基盤が存在しているにもかかわらず事実審裁判官が疑いを有している場合、その疑いは尊重されなければならない。この疑いは、人格と切り離すことができない。したがって、事実審裁判官は『生活経験に基づいた十分な確実性』のみが問題になるのにもかかわらず『絶対的眞実』⁽³⁷⁾を求めていたという主張によって、事実審裁判官の疑いを排除しようとするのは、きわめて疑わしいものである」と述べている。これらの指摘は、かつてのライヒ裁判所時代以降、学説が一貫して判例に対してなしてきた批判を受け継ぐものであるといえる。

しかし、アルスベルクらと異なり、間主観説論者である彼らは、事実認定の経過を判決理由で述べることを、その理論から導いていた。この理論と、判決理由の叙述の瑕疵を利用して十分な論証なく上告審の判断を優越させる事例に対する批判は両立するだろうか。

この点について、検討の端緒となるのは、前節一において間主観説の骨子として挙げた四点のうち、第四点である

う。すなわち、「高度の蓋然性は一定の幅のある概念であるから、高度の蓋然性が認められる無罪判決について、上告審がそれを破棄することは原則としてできない」という命題である。

「確信」と高度の蓋然性の関係につき、マルティン・フィンケ (Martin Fincke) は次のように説明していた。

有罪と認定するには「確信」のみが必要である。しかし、この「確信」とは、「確実性 Gewißheit」と「疑われないこと Nichtbezwefelung」という二つの概念を含む上位概念なのである。「確実性」とは、重要な決定についてそのテーゼが真実であるということから出発することが社会生活上許されるような、幅のある間主観的な高度の嫌疑を意味する。この定義は、疑う余地があることを意味している。しかしながら、有罪と認定するためには、当該裁判所が、自身の疑いについて、個人として克服することがさらに必要なのである。⁽³⁸⁾

確かに「高度の蓋然性」は幅のある概念である。したがって、上告審が高度の蓋然性があると判断しても、事実審裁判官が現に抱いた疑いを否定することができない場合は多いといわなければならないであろう。

しかし、あらゆる場合において、事実審裁判官の抱いた疑いを否定することができないということではできないであろう。そこで、どのような場合に無罪判決を破棄してよいか、その限界付けが問題となる。

この点につき言及しているのがペーター・リース (Peter Riis) である。彼は、事実認定に関して、上告が認められる場合を、次の三点に分類している。

① 認定可能な行為事情の全体像によっては、事実審裁判官が行った事実認定につき、合理的に理解でき、間主観的に伝達可能な、判決理由で伝えることのできる、高度の蓋然性が根拠づけられない場合。事実審裁判官が当該認定を疑っていないことは、蓋然性が欠けていることの替わりにはならない。

② 認定可能な、伝えられた、間主観的に伝達可能な事情の全体像が、支持可能で受け入れることのできると思われるほど当該認定には高度の蓋然性があることを伝える場合。事実審裁判官の判断は、自由な心証形成の主観的

要素に決定的に依存する。この場合、上告審は、それを無制限に尊重しなければならない。

③ 認定可能な、伝えられた、間主観的に伝達可能な事情の全体像が、事実審裁判官の主観的自由の余地を考慮にいたしたとしても、一定の認定について、現実と一致しないことが非常に高度に蓋然的であるという意味で、それを疑うことができないものと特徴づけることができるほどの高度の蓋然性を伝える場合⁽⁴⁰⁾。

リースが挙げる第一の基準は、有罪判決破棄の基準のみを示すものである。無罪判決破棄については、第二の基準と第三の基準が問題になる。第二の基準は、フィンケの理論を踏襲するものである。すなわち、原則として、高度の蓋然性が認められるときは、上告審は事実審裁判官の判断に従わなければならないことが確認されている。

これに対し、第三の基準は、第二の基準の例外を規定するものである。リースは、もはや疑うことが許されないほど高度の蓋然性が認められるときは無罪判決破棄が許されるという。「高度の蓋然性」の程度をさらに高めることによって限界付けを試みている。

しかし、この限界付けの抽象性は置くとしても、そのような限界付けがなぜ理論的にも実践的にも可能なのかについては不明確な点が多い。なぜなら、間主観説においては、高度の蓋然性とは、判断者の外にある絶対的なものではないからである。判断者すなわち上告審裁判官が原審の認定を受け入れることが、「高度の蓋然性」を意味するのではなからうか。したがって、「高度の蓋然性」と「非常に高度の蓋然性」の区別をつけることに意味があるようには思われない。実際、第二基準で要求される蓋然性が最高度の蓋然性だとするならば、有罪判決破棄の基準である第一基準では必然的にそれよりも低い蓋然性にならざるを得ないが、それは妥当とはいえない。最高度の蓋然性を示していない有罪判決を破棄できない理由はないであろう。

そこで、蓋然性の程度で根拠づけること以外のアプローチが必要になる。

ヘアデーゲンは、「理性を有している者であれば誰でも批判的に討議し、理解することができるような根拠付けが合理性を有するものとなる。この間主観的討議可能性は、伝達可能でないもの、および伝達されていないものを被告人の不利に考慮してはならないことを要求する。上告審は、単に叙述の欠陥にすぎないと思われるものを、実体的欠陥とみなしてはならない」と指摘している⁽⁴¹⁾。この見解は、高度の蓋然性の有無を判断するにあたり、検討対象を限定し、さらに、対象へのアプローチを被告人に有利な場合と不利な場合とで区別しようとするものである。

確かに、間主観的には伝達されえないもの、例えば公判における印象などが、事実審裁判官の判断に影響することあり得るのであり、そのような叙述できないものに基づいた判断を、了解不能として破棄することは許されないとわなければならない。

しかしヘアデーゲンは、「伝達されていないもの」についても被告人に不利益に考慮してはならないとする。しかし、この主張は論理必然的に導き出されるとはいえない。この主張にしたがうならば、無罪判決を破棄されたくない原審裁判官は、理由を一切書かなければよいということになるだろう。しかし有罪判決についてのみ合理的論証を要請し、無罪判決については論証そのものを要しないと主張する間主観説論者は、ドイツには存在しない⁽⁴²⁾。

結局、不利益に考慮してはならない「伝達されていないもの」の範囲が問題とされなければならない。この点につき、ヘアデーゲンが、「単に叙述の欠陥にすぎないと思われるものを実体的欠陥とみなしてはならない」と述べているのが注目される。これが不利益に考慮してはならない「伝達されていないもの」か否かを判断する基準ということになるのだろうか。

しかし、「単に叙述の欠陥にすぎない」かもしれないものを「実体的欠陥」とみなすのがあとづけ可能性審査の手法そのものであるから、このような区別をすることには違和感がある。「単に叙述の欠陥にすぎないもの」と「実体

「単に叙述の欠陥にすぎないもの」と「実体的欠陥」の区別を厳格にしようとする、有罪判決破棄の場合における論証の方法にも影響が出てくるのではないだろうか。原審の事実認定に関し積極的に介入しようとするならば、「単に叙述の欠陥にすぎないかもしれないもの」に対し積極的に介入するという方法をとらざるをえないが、無罪判決破棄に際しこの点を厳格にすると、逆に有罪判決破棄の際の「形式性」が浮き彫りにされてしまい、現状における上告審の積極的姿勢に対しストップをかける可能性を否定できない。

このように考えるならば、間主観説に立つかぎり、伝達できるものは全て伝達せよと要請せざるを得ない。「叙述の瑕疵を利用した上告審の判断の優越」に対するセーフガードを間主観説の理論自体から明確な形で導くことはできないといわねばならない。

- (1) 上口裕他『基礎演習・刑事訴訟法』二六八頁（後藤昭執筆）参照。
- (2) 「事実誤認」の解釈論については第四章で検討する。
- (3) ただし、「原判示窃盗の事実は原判決挙示の各証拠を総合してこれを認め得られないものではない」という控訴審の判決

理由につき、「認め得られないものではない」という表現は、厳格には若干の疑問が残されている場合に使用するものだから、当該裁判官は確信していないと上告人が主張したのに対し、最高裁は、窃盗事実の真実なることについて確信を持ち得るという意味であり、さらに原判決の趣旨によれば、窃盗の犯行の真実なることについて確信を持つことを示したものであり、真実なることについて裁判所が疑問を持った趣旨と解すべきではないと判断したことがある（最三小決昭和三〇年一月一日・裁判集一〇九号四六一頁参照）。

- (4) 第一章第一節（拙稿「刑事裁判における証明基準の研究（一）」大阪経済法科大学法学論集四七号一一九、一二六頁以下）参照。

- (5) ドイツにおける心証審査の動向については、既に内山安夫「ドイツ刑事判例に見る『合理的疑い』概念の意義と機能（一）」（三）「東海法学」一一号二五九頁、同一二号一六一頁、同一三号二九九頁による詳細な紹介、分析がある。本稿で新たに付け加えるべきものはあまりないが、あとづけ可能性審査の意義という本章の検討課題に鑑み、心証審査の問題を外すことはできないので、あえて本節を加える次第である。

- (6) RGSt 61, 202.
- (7) RGA a.O. (6) S. 206.
- (8) Vgl. G. von Scanzoni, Darf der Strafrichter trotz Zweifel schuldig sprechen?, JW 1928, 2181.
- (9) Scanzoni, a.a.O. (8) S.2182.
- (10) Scanzoni, a.a.O. (8) S.2182.
- (11) RG JW1929, 862.
- (12) RG JW1930, 761.
- (13) RGA a.O. (11) S. 863f.
- (14) RGA a.O. (12) S. 761f.
- (15) Max Alsborg, JW 1939, 864.
- (16) Alsborg, a.a.O. (15).

- (17) BGHSt 10, 208.
- (18) BGH NJW 1951, 122.
- (19) BGH a.O. (18).
- (20) BGH GA 1954, 152.
- (21) BGH a.O. (20).
- (22) Vgl. Werner Niese, Zur Frage der freien richterlichen Überzeugung, GA 1954, 148.
- (23) Niese, a.O. (22).
- (24) Niese, a.O. (22) S. 150f.
- (25) Niese, a.O. (22) S.151.
- (26) 確認した限りでは、連邦通常裁判所一九八九年一月二四日決定（BGH NSIZ 1990, 28）が最後に、九〇年代以降にはみられない。もっとも、そのような事例がないというだけであり、明示的に心証審査自体の当否につき何らかの判断を示した事例もない。その意味では判例変更されたわけではない。実際、本章第二節冒頭で紹介した連邦通常裁判所第二刑事部一九八八年一月八日決定も、この心証審査を「判例上確定したもの」と述べている。
- (27) BGH JZ 1974, 298. 本決定は、光藤景皎「間接証拠論・その一——主としてアリバイ立証に関連して——」（『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』所収）において、詳細に紹介されている。
- (28) Egon Schneider, MDR 1974, 944.
- (29) Ernst-Walter Hanack, JR 1974, 383.
- (30) Walter Stree, JZ 1974, 298, S. 299. この設例自体は、「疑わしきは被告人の利益に」原則はアリバイ証明に適用がないとすべく自説の論拠として、ゲラルト・グリーンシュヴァルト（Gerald Grünwald）が挙げたものである。Vgl. Gerald Grünwald, Die Wahrunterstellung im Strafverfahren, in FS Homig, 59, S.65.
- (31) 本節一（一）参照。
- (32) BGH MDR 1978, 806.

- (33) BGH a.a.O. (32).
- (34) 本章第二節三(二) 参照。
- (35) カール・ペーターズ (Karl Peters) は、一九七〇年代以後、実務において注目すべき変化が生じてきていると評している。
Vgl. Karl Peters, Strafprozess (4 Aufl.), S. 303.
- (36) Karl Peters, Strafprozess (3 Aufl.), S. 284.
- (37) Gerhard Herdegen, Bemerkungen zur Beweiswürdigung, NSiZ 1987, 193, S. 199.
- (38) Martin Fincke, Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit, GA 1973, 266, S. 266.
- (39) 「認定可能」という表現は、原審審理において提起されていない事情につき、調べるべきであったと批判する解明義務違反を念頭においている。
- (40) Peter Rieß, Zur Revisibilität der freien tatrichterlichen Überzeugung, GA 1978, 257, S. 272f.
- (41) Herdegen, a.a.O. (37) S.198.
- (42) 「伝達できないもの、伝達されていないものを不利益に考慮してはならない」という叙述は、何らかの叙述がなされるべきことを前提としなければそもそも成立しない。

第四節 ドイツにおける事実認定審査システム総括

一 本章のまとめ

本章では、判決理由のみを資料として原審の事実認定につき審査するドイツのシステムを、主として裁判例分析を

通して検討した。まとめると、次のようになる。

現在における事実認定審査の主流は、心証概念につきドイツの通説ともいえる間主観説によって支えられた「あとづけ可能性」審査である。この審査は、判決理由の叙述から、原審の有罪認定に高度の蓋然性が備わっているか、換言すれば、原審認定を上告審が受容することができるかを判断するものである。この審査によると大半の事例においては、判決理由の叙述に瑕疵があれば、それが証拠評価の実体の瑕疵とみなされることになるので、形式的審査ともいえる。例えば「経験則違反」とされた事例をみると、当該具体的事情を検討したことについて叙述がない部分につき検討していないとみなす結果、存在しない「一般的経験則」を用いたと判断されるのであるが、実際に原審裁判官が存在しない「一般的経験則」を使用したとは考えにくい。このように実体と乖離した判断がなされることはあるが、それは必ずしも証拠評価に全く誤りがなかったのに単なる叙述の失敗によって破棄されたことを意味しない。むしろ証拠評価が十分でなかったことを強く窺わせるものばかりなのである。一般的経験則違反事例も、当該具体的事情の検討が十分でなかったことが明らかなる事例である。このように、一般的にいつて、実務におけるあとづけ可能性審査は有効に機能していると評価してよいと思われる。

もっとも、「上告審の判断の優越」が問題になる領域、すなわち端的に最終的証拠評価が問題になる事例においては事情が異なる。

このような場合、上告審が原判決を破棄するには三通りの手法がみられる。第一に、有罪判決破棄の場合には具体的な反対仮説、無罪判決破棄の場合には疑いを解消する具体的理由を挙げるといふ手法がとられる。この場合、有罪判決破棄については問題がないが、無罪判決破棄の場合は、具体的に上告審が挙げる根拠が原審の疑いに正しく対応していない点に問題がみられる。

第二に、有罪判決破棄について、判決理由の叙述を読みかえたりするなどして、「個々の疑いを総合評価しなかった」とする手法、すなわち証拠評価方法の誤り（叙述の瑕疵）とみなすという手法がとられる。この手法がとられるのは、具体的に原審の証拠評価が誤りであることを指摘できない場合である。この場合、有罪判決破棄については、あえて叙述の瑕疵を創り出して「証拠評価の誤り」としている点に問題がある。

第三に、無罪判決破棄については、反対仮説が存在しないことを論証できない場合に叙述の瑕疵を利用することによって「個々の間接事実を総合評価しなかった」とする手法がとられる。有罪判決破棄につき存在する「単なる推測にすぎない」類型に対応した、「非常に高度の蓋然性がある」という類型は、現在のところ実務上存在しない。

これらの手法は、ライヒ裁判所以来上告審が無罪判決を破棄するために用いてきた「心証審査」を受け継ぐものである。この「心証審査」は、ごく例外的な場合以外上告審は事実問題に介入できないと解されていた時代に、上告審がその原則に抵触しないことを装いつつ事実問題に介入するために編み出されたものである。この「心証審査」に対し、学説は一貫して批判してきている。その内容として、大別次の四点が挙げられる。①確信は高度の蓋然性の意識ではなく、真実の確信である。②事実審裁判官が一般的抽象的疑いに基づいて無罪としたと想定することは非現実的である。③判決理由に証拠評価の過程を記すことは、判決理由について定める刑訴法二六七条によって要求されていないのだから、判決理由から当該疑いが一般的疑いか否かを判断することは許されない。④疑いとは、非理性的な要素を含みうるものである、あるいは人格的要素に強く影響するものである。したがって上告審が不合理だと思っても、原審の疑いは尊重されなければならない。

しかし、連邦通常裁判所は、確信概念を真実の確信と解釈したので、①の批判は成立しなくなった。③の批判は、間主観説が登場し、実体法的観点から証拠説明を義務づけたので、成立しなくなった。したがって端的に証拠説明に

瑕疵があることを示すだけでよくなったので、事実問題に介入する際に「一般的疑い」に基づいたものとみなす必要はなくなり、「心証審査」自体無用のものとなった。したがって②の批判も成立しなくなった。問題は④であるが、この批判を貫徹するためには、無罪判決を破棄することはできないという純主観説に立つ以外にない(が、同時に有罪判決を破棄することもできなくなってしまうというジレンマに陥ることになる)。間主観説は無罪判決破棄を一定の場合に認める。そこで無罪判決破棄が許される場合と許されない場合とを区別する必要がある。

間主観説がその区別の基準として理論的に提示してきたのは、①非常に高度の蓋然性がなければ無罪判決破棄は許されない、あるいは、②伝達できないもの、伝達されていないもの、単なる叙述の瑕疵にすぎないものを被告人に不利に解してはならないというものである。しかし、「判断の優越」を行った上告審裁判官が、非常に高度の蓋然性がないと判断したにもかかわらず無罪判決を破棄するということは想定しがたい。したがって、①の基準は事実上問題にする余地がない(当該上告審の判断を批判するための道具としては有効に使用できない)。また、伝達されていないものや単なる叙述の瑕疵にすぎないものを被告人の不利益に考慮してはならないということがそもそも間主観説の立場から言えるか疑問がある。したがって、②の基準も十全とは言いがたい。このように、間主観説自体から導き出される限界づけがおよぶのは、ごく限られた範囲に限られている。間主観説の理論から実務における「上告審の判断の優越」を批判する根拠を十全に引き出すことはできないといわなければならない。

二 日本に対する示唆

以上の検討から、日本に対してどのような示唆が得られるだろうか。本稿がドイツの事実認定審査システムに対して抱く関心は、判決理由の法的意義が明確でないという事情も手伝って、合理的な疑いが高度な疑いになっている日

本と比較して、判決理由のみを資料として事実審査するという意味で判決理由の法的意義が比較的明確なドイツにおいては、実際に判決理由がどのように機能しているか、適正な事実認定を担保するようなシステムになっているかどうか、合理的な疑いが高度な疑いになることに対し、審査システムそのものに抑制装置が備わっているかであった。

(一) 「適正な事実認定」とあつげ可能性審査

第一に、記録や証拠をみずに判決理由のみを審査資料に用いて判断する「あつげ可能性審査」は、原審裁判官の「証拠評価方法」、「心証形成過程」を審査するのにもつともふさわしいといえる。日本においては、事実問題に関し上訴審が審査する際、記録等を参照して判断することが当然の前提とされている。しかしかつてから有力に主張されてきたように、記録をみるということは事実認定をする、あるいは心証を形成するということに他ならない⁽¹⁾。となると、事実認定審査にあたり、自身の結論と原審の結論を比較するという手法がとられることにならざるをえない。自身の結論と原審の結論が異なっていれば、原審の結論が誤っていることになる。原判決理由の叙述に対し適切な対応をせず、自身の結論のみを記すものが多いのには、このあたりの事情が絡んでいると思われる。

しかし、それはもはや原審の心証形成過程に対する審査とはいえない。また、当該結論が妥当か否かは上訴審の判断に全て依存することになるので、適正な事実認定の担保としても十全とはいえないだろう。自由心証主義は証拠をしかるべき方法で徹底的に吟味することを要求している。適正な事実認定を担保する手段として上訴審による審査を考えるのであれば、結論の当否を直接問題にしない、別の客観的審査が必要なのである。例えば、自白に矛盾があるにもかかわらず、原審はそれに気づかなかつたとする。控訴審裁判官はそれに気づいたが、この矛盾に対しては合理的な説明が可能だと判断したとする。この場合、自白の矛盾があるかどうか検討せよという注意則を無視した原審裁判官の心証形成過程は非難されなすすまされることになる。これは妥当ではない。したがって、原審の心証形成が

適正なものであることを審査するためには、記録等を参照せずに、すなわち上訴審自体が心証を形成せずに検討する制度が最も有効である。この点、記録を参照せずに事実認定審査を行うことは可能であり、また有効に機能しうるところをドイツのあとづけ可能審査は示している。

ただし、ドイツと同様の審査が日本の刑事訴訟法上可能かについてはさらなる検討が必要であろう。日本の刑事訴訟法三九四条は、第一審において証拠とすることかできた証拠は控訴審においてもこれを証拠とすることができるとしており、また、控訴理由を定める三七八条、三七九条、三八二条等において、訴訟記録等に現れている事実を援用することを要求している。法解釈論上の問題についてさらなる検討が必要である。この点については、第四章で検討する。⁽²⁾

(二) 「合理的な疑い」とあとづけ可能性審査

第二に、不当な有罪認定の防止という観点からはあとづけ可能性審査は有効といえるが、合理的な疑いを高度な疑いにしてしまうことに対する抑制措置は、あとづけ可能性審査自体の中には十分でないことも示されたように思われる。日本において合理的な疑いを高度な疑いにさせる要因は「上訴審による論証なき心証の優越」であった。しかし、これまでみてきたように、ドイツにおいても十分な論証なく「上告審の判断の優越」がなされることは起こりうるし、また、起こっている。ドイツの学説は、この点につき十全に対処していない。そもそも、上告審が原審の判断を受容することで間主観性が成立するという「高度の蓋然性」概念自体に内在する問題のため、「上告審の判断の優越」を間主観説の立場から十全に批判することは困難なのである。

もつとも、事実審において直接主義・口頭主義が徹底しており、上告審が記録等を参照することができないドイツにおいては、事実審裁判官個人の人格や、非合理的なものの影響を強調することが、かなりの限界付けになり得るのかもしれない。しかし日本では、調書の検討がもっぱら中心になり、また、控訴審は記録を読むこともできるし、新

たな証拠調べもできるので、このような人的要素を強調することによって上訴審の介入を防ぐことの可能な領域は狭いといわざるをえない。³⁾

したがって、この点については、ドイツの審査システムを参考にすることはできない。そこで、「合理的な疑い」基準のそもそもの発祥地である英米のシステムを検討することにする。アメリカにおいては、陪審の事実認定に対し上訴審が介入することはできない。また、イングランド・ウェールズにおいても、事実認定審査が認められているのは有罪判決に対してのみである。このようなシステムにおいては、「間主観性」、「高度の蓋然性」という、他者（上訴審）とのコミュニケーションを媒介にした心証概念が定立される制度的契機に乏しいと思われる。このような、原審の抱いた疑いが合理的な疑いといえるか否かを上訴審が審査しない法域において、「合理的な疑いを超えた証明」がどのように解されているかを探ることは、日本の「合理的な疑いを超えた証明」をいかに捉え、この基準が適正に用いられるために、いかなる方策が必要かを考察するうえで欠かせないものといえよう。

(1) この点に関する学説等は、第四章で検討する。

(2) かねてからドイツの間主観説を積極的に紹介してきた光藤景皎は、「間主観性がドイツのほとんどの学説において言及されているのは」直感的心証形成よりも、これならば他の人に伝達し、議論してもらい、追証してもらえらるであろうように、論理的で説明可能な確信形成を目指しているといえよう。これは現在とくにその方向にそった判決理由の記載の要求として現れている。事実審の心証形成がこのように客観化傾向を強めることは、その事実認定の当否を、上訴審がよりよく判断できるだけの土台をつくり上げることになる。このようなドイツにおける心証形成論の変遷の中から、わが国は一層学

ばねばならないように思われる。どの証拠によりどの事実を認定したかがわかるように、有罪判決の理由が書かれるようにすることも改善の一步といえよう（光藤景皎「事実誤認と控訴審」（光藤景皎編『事実誤認と救済』所収）一二四頁）と述べている。しかし、記録を控訴審裁判官が参照するという前提が存するかぎり、あとづけ可能性審査の手法を導入したとしても、それでは間主観説の意図する機能は十全に発揮されないであろう。

(3) 内山安夫は、「直接主義の徹底していない日本においては）書面から認識可能な『高度の蓋然性』のみが、証明基準として要求されることになるのではないだろうか。したがって、『合理的疑い』も、『主観的確信』を妨げるものではなく、『高度の蓋然性』を妨げるものとして、すなわち書面において説得的に根拠づけられる疑いとして理解されることになるのではないだろうか」（内山安夫「ドイツ刑事判例に見る『合理的疑い』概念の意義と機能（三）」東海法学一三号二九九、三三四頁）と述べている。

『西遊記』の性描写は、『金瓶梅』の性描写と異なり、一貫して男性の視点から行われ、女性は男性の欲望の客体として描かれる。『西遊記』の性描写は、男性の欲望の客体としての女性を、男性の欲望の主体としての男性と対比して描く。『西遊記』の性描写は、男性の欲望の客体としての女性を、男性の欲望の主体としての男性と対比して描く。

『西遊記』の性描写は、『金瓶梅』の性描写と異なり、一貫して男性の視点から行われ、女性は男性の欲望の客体として描かれる。『西遊記』の性描写は、男性の欲望の客体としての女性を、男性の欲望の主体としての男性と対比して描く。『西遊記』の性描写は、男性の欲望の客体としての女性を、男性の欲望の主体としての男性と対比して描く。

『西遊記』の性描写