

民事訴訟における自由心証の法理

—— ナーゲルを中心にして ——

中 村 雅 磨

一 序

二 ヨーロッパ諸国における自由心証

三 ドイツにおける自由心証

四 自由心証の目的

五 結 語

一 序

法定証拠主義 (Prinzip der gesetzlichen Beweisregeln) から自由心証主義 (Grundsatz der freien Beweiswürdigung)

への移行は、歴史の発展に対応している。高度に成長発展した現代社会においては、複雑な生活事象ないしは法現象を、すべて網羅的に法律に規定することは不可能である。紛争処理手続の一環たる民事証拠法も、この例外ではない。現代社会において、より一層自由心証主義が要請される所以である。ところで、沿革的にこれを見るに、必ずしも平坦ではない。自由心証を内容的に考察する前に、その歴史の発展を概観してみよう。

ローマの訴訟手続は、通常訴訟手続(ordo iudiciorum)と特別審理手続(extraordinaria cognitio)たる職権審査手続とに大別されるが、その通常訴訟手続においては、共和政時代(509—30 B.C.)すでに今日におけるとほぼ同様の自由心証主義が行なわれていた。しかし、その後帝政時代(30 B.C.—)に至り、官憲の権力の増大につれて、職権審査手続が通常訴訟手続を押し、第四世紀以後の後期帝政時代には、この手続のみが行なわれるようになったため、裁判官の恣意的判断に制限を加えようとして、法定証拠主義が登場するに至った。

一方、ゲルマンの訴訟手続においては、個々の証拠方法について形式を法定しておき、その形式をみたすか否かによって当事者の紛争の勝敗を決する、いわゆる形式的証拠主義が行なわれていた。しかし、これは、全体としては、実質的眞実探求の思想に基くものであり、一般的民族信念により高い蓋然性があると認められるところに従うものであった。かくて、ゲルマンの証拠法は、実質的証拠主義(法定証拠主義)に移行していった。

イタリア・カノン法は、このローマ法とゲルマン法の両法律思想を融合して成立したものであり、さらに、これがヨーロッパ諸国に伝播した。ドイツにおいては、第十五・六世紀の間にこれを全面的に継受し、ドイツ的要素が加味されて、ドイツ普通法(Gemeines Recht)を形成するに至ったのである。この過程において、実質的証拠主義(法定証拠主義)が確立され、裁判官の専断を防止するのには役立ったが、千差万別で複雑な具体的事件の処理には応じ切れなくなり、第十八・九世紀におけるドイツ各邦の改正立法に至るのである。

フランスも、イタリア・カノン法を部分的に継受し、法定証拠主義を採用していたが、一七八九年の革命を経て、イギ

リス法にならった自由心証主義を採るに至った。

一八七七年のドイツ旧民事訴訟法は、このドイツ普通法とフランス法とを継受・融合し、その第二五九条に自由心証主義を明規し、これが現行ドイツ民事訴訟法第二八六条に受け継がれている。わが旧民事訴訟法第二一七条は、この系統を引くものであり、現行民事訴訟法第一八五条に連なっている。^(三)

(一) 証拠主義を、形式を満たすことよって立証に成功したとする形式的証拠主義と、証拠に基く裁判官の確信により事実認定をする実質的証拠主義とに大別し、ならに、後者を、裁判官の客観的確信による法定証拠主義と、主観的確信による自由心証主義とに分けられるは、田中和夫・証拠法の基礎理論（法学理論編一四七）・一九五三年・二四頁。

(二) 田中前掲書「s. u. Nagel, bes. 2. Kap, S. 141~235; Lent-Jaernig, Zivilprozessrecht, 1965, 17. Kap. Zur Geschichte des Zivilprozesses (§ 97~102)

二 エーロッパ諸国における自由心証

Heinrich Nagel は、その近著「エーロッパ民事訴訟における証拠法綱要」(Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess, Eine rechtsvergleichende Studie, 1967.) にあつて、裁判官の自由心証の理論 (die Theorie von der freien richterlichen Beweiswürdigung) は、口頭主義、直接主義および公開主義の三つの原則を綜合してのみ理解されるとし (S. 72) 、これらの原則に言及された (S. 53~71) 後、フランス、スペイン、イタリア、スウェーデン、イギリス、ドイツおよびソ連における自由心証を比較法的に検討されている (S. 72~85) 。

一 フランスの場合 ^(四) イタリア・カノン訴訟 (die italienische und kanonische Prozess) を部分的に継受した革命前の中

世フランス民事訴訟法は、法定証拠の体系 (System des gesetzlichen Beweises) をとつていた。そこにおける法定証拠理論 (Ugale od. gesetzliche Beweis-theorie) は法が裁判官のために一定の手続を定め、裁判官はその手続を使って自己の心証を形成すべきことおよび法の定めた証明 (拠) 力 (Beweiskraft) によって必ず認定しなければならないということを意味していた。このような法定証拠主義が、一七八九年のフランス革命を機に、その自由主義・合理主義の影響を受けて、まず刑事訴訟^(四)ついで民事訴訟において、自由心証主義に移行したことについては前述した通りである。フランスにおけるこの移行過程は、いわゆる「内的確信」 (conviction intime) によつて導かれた発展段階^(五)として把握することが出来る。

自由心証が特に認められるのが、人証 (Zeugenbeweis) ないしは証言 (Zeugenaussagen) の評価と鑑定 (Gutachten) の評価の場合である。人証の評価の場合は、裁判官がどのようにしてその確信 (Überzeugung) を得るに至つたかについての理由もあげることがないし、また、その評価が破毀院の側からの如何なるコントロール (Jede Kontrolle seitens Kassationshofes) も受けないという意味において、自由心証につき「最高の権限」 (souveräne Gewalt) が付与されている。

一方、フランスの裁判官は、鑑定人の表示した鑑定意見に拘束されない (Art. 323 c. pr. c.) が、証言の評価の場合のような最高の自由 (souveräne Freiheit) は与えられていない。鑑定と異なる判断をする場合は、その理由を述べなければならぬからである。しかし、専門家の鑑定が専門家でない裁判官にとつて極めて重要なものであるという事実は認識されている。その他、検証 (Augenscheinsbeweis) の結果も、裁判所はもちろん自由に評価することができる。しかし、その他の点では法定証拠理論 (gesetzliche Beweis-theorie) が適合するので、フランスにおいては自由心証がはじまつたとみるべきではないという批判も出て来る所以である。^(六)

二 スペインの場合^(七) スペイン法も、フランス法の影響を受けながら、証拠評価 (Beweiswürdigung) の際の裁判官のいわゆる「内的確信」 „conviction intime“ は論議されず、スペイン特有の「健全な批判」 „sana crítica“ (gesunde Kritik) による証拠評価が問題にされている。スペインの裁判官および裁判所は、証書の証明力を健全な批判の法則により評価し

なければならぬ (Art. 659 L. c.) ので、その主観的確信は決定的な役割を演じない。鑑定 (Sachverständigenbeweis) も、多少のニュアンスの違いはあるが、証言の場合とほぼ同様、健全な理性の法則 (die Regeln der gesunden Vernunft) により評価され、ある種の自由 (z. B. „confesión supletoria“) も健全な批判による評価 (die Würdigung gemäß der „sana critica“) に劣る。その他の場合は、書証 (Urkundenbeweis) に関する法定証拠理論が妥当する。

ここに「健全な批判ないしは理性の法則」なるものが、どのような性質のものであるか詳らかでないが、スペインの裁判官は、その心証形成につき、今なおかなりの拘束を受けているようである。

三 イタリアの場合^(心) フランスにおける „conviction intime“ の形式と同様ではないが、イタリア法においても自由心証が支配的である。イタリアの裁判所は、法律に別段の規定がない限り、その理性的な判断 (verständiges Urteil) により証拠を評価しなければならない (Art. 116 Codice pr. c.) が、これを、ドイツ民事訴訟法第二八六条の規定 (§ 286 ZPO) と比較してみるに、多少の差異が認められる。イタリアにおいては、法定証拠理論は、一九四二年の訴訟法からも完全に追放されていない。ドイツ法とイタリア法の本質的な差異の一つは、証拠が予審判事 (Instruktionsrichter) によって取調べられることである。殊に、これは人証について言い得る。予審判事が判決をする裁判所の構成員でもある場合は、裁判官の多数が証人の直接の印象を失うことになり、証言の自由心証 (証拠評価) には、主として一人の裁判官のみが影響力を持つことになる。したがって、この限りで直接主義 (Unmittelbarkeit) に反することになるが、証拠評価もしくは心証 (Bewiswürdigung) は、けっして不合理 (irrational) または恣意的 (willkürlich) であってはならない。つまり、論理法則 (Gesetz der Logik) や経験法則 (Erfahrungssätze) に従わなければならない。また、裁判所は、事実関係 (Sachverhalt) を認定するにあたり、その見解 (Aufassung) を理由づけなければならない。瑕疵ある理由づけ (fehlende Begründung) は破棄理由 (Kassationsgrund) となる。検証および鑑定の場合は、ドイツ法との間に顕著な差異は認められない。書証の領域では、他の訴訟法におけると同様、法定証拠理論 (legale Beweistheorie) が妥当する。強制された宣誓お

よび補充宣誓 (der zugeschobene u. der Ergänzungseid) は完全な証拠となり、この二種類の当事者宣誓 (Parteieid) に
は、フランス法およびスペイン法とは反対に、裁判官の自由な評価は認められない。かくて、イタリアにおける自由心証
の例外は、他のヨーロッパ諸国におけるよりも広範囲であり、かつ重要であることが Cappellini-Perillo により法的に確
認されている。

四 スウェーデンの場合⁽¹⁰⁾ スウェーデンにおける自由心証の原則がもっとも貫徹されているように思われる。当事者尋
問 (Parteivernehmung od. -befragung) についても、ドイツにおける実状よりもさらに進歩的な形式で貫かれている。当事
者の陳述は、証言同様、裁判官の自由心証に服し、古い形式の法定証拠理論に規律されていた諸々の当事者宣誓 (Parteieid
z. B. der geschobene u. der Bestätigungseid) も全く捨象されている。書証 (Urkundenbeweis) は、一定の公文書が事実上
大きな証拠力をもつ場合は別として、公文書・私文書 (Öffentliche od. private Urkunde) を問わず、もはや、法定の証拠
価値 (gesetzliche Beweiswert) は認められてない。このように自由心証が大幅に認められている関係上、裁判官の主観的
な裁量の自由 (subjektive Ermessensfreiheit) が重要なのではなく、個々の事件における心証 (証拠評価) の客観的な理由
(objektive Gründe für die Beweiswürdigung) が決定的 (entscheidend) でなければならぬことが強調され、この客観
的に理由づけられた自由心証をどのように理解すべきかの問題をめぐって、活発な論議が展開されている。利口で総明な
人 (kluger u. verständiger Mann) が一般に確信し得る場合に裁判官も確信し得るものとされ (Matz)、また、証拠が不
十分な場合でもなお心証を得ることが出来るものとされている。一方、スウェーデンの裁判官は、証拠資料 (Beweis-
material) の論証的分析 (diskursive Analyse) をしなければならず、感情的直観的な証拠評価ないしは心証 (gefühlbetonte,
intuitive Beweiswürdigung) ははきり避けているようである。かくて、裁判官は、事実認定をなすにあたり、重要な経
験則 (Erfahrungssätze) および入手できるすべての補助事実 (Hilfsfakten) を斟酌して、その意見を作成するとともに、
法律事実 (Rechtsfaktum) の存在の正当性を支えている事情 (Umstände) の証拠価値および前に確認した事項と一致した

いと思われる事情を裏づける反証 (Gegenbeweis) の証拠価値をも考慮しなければならない。このようにして、少なくとも部分的には、直観的心証が再考されるようになっていく。

スウェーデンの裁判実務がどのような状態にあるかは詳らかでないが、高等裁判所 “Högsta Domstol” が第一審の証拠評価を審理する場合につき、訴訟法は明文の規定を設けている。すなわち “Höfrätt” (Hofgericht) は、新たな証拠調べがその面前でなされたかまたは証拠価値が下級裁判所により認定されたのとは異なるという全く特別の理由 (Anlag) がある場合でなければ、第一審の証拠評価 (心証) と異なる判断をすることは許されない (Kap. 50 § 23 RB)。このような趣旨の規定は最高裁判所に関しても存し “Högsta Domstol” (das Höchste Gericht) は、高等裁判所で証拠調べが行なわれなかったにもかかわらずその判決が下級裁判所の判決と異なるときまたは証拠価値が高等裁判所の認定したのとは異なるという全く特別の理由があるときに限って、高等裁判所の証拠評価 (心証) と異なる判断をすることが許される (Kap. 55 § 14 RB)。このような特別の理由 (besonderer Anlag) は、心証の結果が証明の結果と符合しないときにのみ認められる。

五 イギリスの場合 ^(二) イギリスにおける心証 (証拠評価) の問題は、陪審 (Jury) の役割とその歴史的発展との関連においてのみ理解される。陪審は、一定の主張 (Behauptung) が証拠により証明されたかどうかを判断する任務を負っているのであるが、このような判断をなすにつき、イギリス法は、陪審員 (Juror, Geschworene) の常識 “common sense” と経験 (experience, Erfahrung) に訴えている。したがって、若干の場合、中世的法定証拠理論 (mittelalterliche legale Beweistheorie) がなお固執されているのであるが、原則として自由心証主義に基いている。若干の例外とは、書証の証拠力の場合等、証明の達成につき、単一の証人の証言または当事者の陳述だけでは十分でない場合である。このような場合に、いわゆる補強証拠 “corroboration” の理論が働く。すなわち、当事者の陳述または証人の証言は、証明された “bewiesen” (proved) という結論が出される前に他の事情 (Umstände) によって補強され (bestärkt) なければならないので、裁判

官は、陪審員に、補強証拠につき説明している法規を指示しなければならない。しかも、このような証拠評価規則 (Be-weiswürdigungsregel) は、法定のものとして裁判官の権限により創られたものがあることに注意しなければならない。⁽¹¹³⁾ この限りにおいて、自由心証主義は制限されているのである。

このような陪審制度 (Jury, Geschworenen-system) やその証拠評価につき批判がなされなかったわけではない。陪審員は、複雑な弁論について行く訓練がなされないもので、しばしば偏見や感情に陥りやすく、その判定が裁判官の判定と異なる場合は、むしろ裁判官の判定の方が正しいように思われる (Briety) とか、真実を確認する場合は、まず辛抱強く注意することが必要なので、真実を知りたいなら、心の中からすべての自己中心的な感情、先入観、偏見、恐れおよび欲望を除去することに努め、物事をありのままにみるようにしなければならない (Bucknill) ということが指摘されている。同様に、陪審員の感情的な証拠評価もしくは心証 (gefühlshbetonte Beweiswürdigung) を戒めて、裁判の訓練が正義の修煉 „Übung des Rechtsprechens ist die Schule der Gerechtigkeit“⁽¹¹⁴⁾ (Hering) や裁判の鍵が経験 (熟練) であること (Holmes) などが強調された。

陪審員または裁判官の心証の客観面 (objektive Seite) は上級審の審理に付され、証明の結果 (Beweisergebnis) と心証の結果 (Ergebnis der Beweiswürdigung) が著しく乖ちがう場合は、証明の結果が客観的に評価されていないとして、破棄されてきた。要するに、イギリス法における自由心証主義もまた、客観的に理由づけられもしくは認定された心証 (objektive begründete od. orientierte Beweiswürdigung) を前提としていたのである。

六 ソ連の場合⁽¹¹⁵⁾ ソ連における内的確信 (innere Überzeugung) と社会主義的法意識 (sozialistisches Rechtsbewusstsein) との関係を、正確に理解することはなかなか難しく、なお将来の研究にまたざるを得ないが、Nagel の叙述を追ってみることにしよう。

ソ連の民事訴訟法典は、中世の法定証拠理論によるすべての拘束を解き (Art. 56 Abs. II ZPO der RSFSR) 、裁判所は、

公判 (Gerichtssitzung) に現れた全事実関係の全般にわたる完全で客観的な弁論に基くその内的確信により、証拠を評価する。しかも、この評価は、裁判官の主観的確信によるのではなく、法律と社会主義的法意識との指導的思想 (Leitgedanken) に基く心証と解されている内的確信は、法律が正確に定めた客観的な判断基準 (Maßstab) に基いて形成される。Gwiazdomorski と Cieslak は、もちろん現在のソ連の民事訴訟法典の施行前ではあるが、裁判官が、客観的真実 (objektive Wahrheit) に達するため、恣意的契機 (willkürliches Moment) に左右されることは許されず、マルクス主義的弁証法 (marxistische Dialektik) に従わなければならないことを強調した。また、Ginsburgs は、法の正確な適用が、自ら (automatically) マルクス・レーニン主義 (Marxism-Leninism) の公的な解釈により、裁判所により判決されるべき事件 (問題) の実体的真実 (material truth) を発見することであるのに反し、裁判所による証拠の誤った評価は、不合理な判断 (unjustified verdict) を導き、法規範に公式に違反するのみならず、さらに加えて、客観的な真実の明白な曲解 (palpable perversion of objective reality) を意味すると述べている。かくて、さしあたり、ソ連における自由心証は、すべての西洋諸国において多かれ少なかれ、求められているような、客観的に理由づけられた自由心証とは別のものだと解されているということが確認されるに過ぎない。これに関連して、Nethammer は、証拠評価 (心証) の際、裁判官から主観主義 „Subjektivismus“ が排除されなければならないことを要求している。また、裁判所による証拠評価の際、裁判官の世界観 (Weltanschauung) およびそれに基づく法意識が重要な役割を果すと述べ、さらに、裁判官にはただ一つの世界観のみが明瞭に存し、それによって解釈することが許される。そして、その限りにおいてのみ、裁判官は、その内的確信を客観的理由 (objektives Moment) により説明することができるとしている。

ところが、鑑定については、ソ連の訴訟法も、それが裁判所のおよぼす影響を認め、専門家 (鑑定人) の鑑定と意見を異にする場合は、判決に理由づけをなさなければならないと規定し (Art. 78)、鑑定の重要性を明確にしている。一方、裁判所が鑑定人に賛成する場合は、何らの理由づけも必要でないと解されている。

ついでながら、不思議なことに、新ポースランド民事訴訟法典は、心証（証拠評価）の問題につき、未だ多くの保守的な規定を残している。その第二三三条によれば、裁判所は、証拠の信用性および価値を、全資料の全面的考慮に基くその確信により判断することになっている。しかも、社会主義的法意識には言及していないのである。

(三) Nagel, aao, I. Kap. IV. 1. Die „conviction intime“ und die legale Beweistheorie in Frankreich.

(四) (六) しかし、フランスでは法定の原則 (gesetzliche Regel) が廃止され、自由心証がはじまったと安易に判断すべきでないとし、自由心証は、証言および推定のための例外原則とみなす学者が多い。vgl. Nagel, aao, S. 72 (bes. Anm. 114, Perrot, Preuve, No.52; Sicard, S. 21.)

(五) イタリアの社会学者 Ferri は、この発展段階を „sentimentale“ 名めると呼び、Gorche は、それには学問的な発展が認められなかつた。かつ、そのころは、裁判官の主観的判断 (subjektive Überzeugung) のみが考慮されてつた。その恣意的判断 (willkürliche Entscheidung) を避け得たものにはなつかへない。罪謬の危険を防ぐため、客観的理由でつらされた心証 (objektiv begründete Beweiswürdigung) を要求しよう。vgl. Nagel, aao, S. 73 (Anm. 117,118.)

(六) Nagel, aao, I. Kap. IV. 2. Die Beweiswürdigung nach der „sana critica“ und die legale Beweistheorie in Spanien (S. 74)

(八) Nagel, ibid. 3. Die Beweiswürdigung in Italien (S. 74~75)。

(九) この規定は、本質的には、ドイツ民事訴訟法第二八六条と一致するものであり、ただ、その差異は、法律上の例外 (gesetzliche Ausnahme) である。De Boor が述べるところを、vgl. Nagel, c.l. S. 74.

(一〇) Nagel, ibid. 4. Die Beweiswürdigung in Schweden (S. 75~76)

(一一) Nagel, ibid. 5. Das Problem der Beweiswürdigung in England (S. 77~79)

(一二) cf. Cross on Evidence, 1967, chap. IX Corroboration (pp. 162~182) : “when corroboration is required as a matter

of law, a conviction or finding of fact in its absence will necessarily be set aside by an appellate tribunal. On the other hand, when corroboration is required as a matter of practice, the greatest caution must be exercised in coming to a conclusion in its absence, but, provided due precautions have been taken, the conclusion cannot be assailed on legal grounds.” (p. 162)

(13) Nagel, *ibid.* 7. Die innere Überzeugung und das sozialistische Rechtsbewußtsein in der UdSSR (S. 82~83)

(14) Niehammer 氏の社会主義的法意識を「すでに発展した社会関係の生産物としての」かつ、同時に「共產主義の発展に緊急な進化の法則 (Entwicklungsgesetze) を貫徹するために必要な道具としての社会主義法の本質による法意識」と解して 590. Nagel, c. 1. S. 83, Anm. 146b.

三 ドイツにおける自由心証

一 ドイツにおいては、一八七七年から、裁判官の教養 (Bildung) / 廉潔 (Integrität) / 及び独立性 (unabhängige Stellung) を信用して、自由心証主義 (Prinzip der freien Beweiswürdigung) を採用した⁽¹⁵⁾ (独旧民訴三五九、現二八六条)。ドイツにおける裁判官の自由心証は、これをほぼそのまま継受したわが法 (旧民訴二二七、現一八五条) と共通の性格を有していることはいうまでもないが、スウェーデンにおけるような大幅な自由ではない。他のヨーロッパ諸国におけると同様、法定証拠理論 (legale Beweistheorie) によって規律される場合が残されている。すなわち、弁論調書および判決 (§§ 164, 314 ZPO) / 公文書および私文書 (§§ 415~418 ZPO) / 送達証書 (§§ 198 II, 202 II, 211a ZPO) 等、一定の証書の証明力に関する法定の証拠法則 (gesetzliche Beweisregel) がそれである。これらは自由心証の限界 (Grenzen der Beweiswürdigung) として把握することができる⁽¹⁶⁾。このような法定の場合以外は、裁判官の自由な判断に委ねられる。

二 “conviction” ことに自由とは、完全な自由 “völlig frei” を意味するのであるか。また、フランスにおける “conviction intime” をスペインにおける “sana crítica” (gesunde Kritik, vgl. gesunde Vernunft) とはどのような差異があるのであろうか。自由心証は恣意的、感情的な判断 (willkürliche, gefühlsbetonte od. intuitive Entscheidung) を意味しないことについては異論のないところであるが、裁判官が心証を形成するにあたっては、合理的な論理法則 (Gesetz der Logik) を経験法則 (Erfahrungssatz) に依拠するだけでなく、その人格 (Charakter)、教養 (Bildung)、教育 (Erziehung)、気質 (Temperament)、人生観などしは世界観 (Lebens- u. Weltanschauung) というような、いわば不合理な事象 (irrationale Vorgänge) にも依存せざるを得ないことは、これを認めなければならない。つまり、客観的な視点 (objektive Gesichtspunkte) と主観的な要素 (subjektive Faktoren) とが、何らかの関係において、協働することになるのである (Bohne, Dohring, Guldener)。“現実性の認識 (感得) „Gewissenserlebnis“ は、むしろ主観的なもので、裁判官により異ならざるを得ないということもできよう。このような自由心証の宿命的性格が、今日ドイツにおいて、裁判官によりそれをしばしば乱用せしめる原因の一つになっている。

かくて、ドイツ民事訴訟法は、自由心証の合理性を担保するために、裁判官の心証形成に重要な役割をはたした理由を判決に挙示することを要求し (§ 268 Absatz I Satz 2 ZPO) “これを上級裁判所の審査に服せしめている。しかし、裁判はあらゆる場合に論理的に説明できる性質のものではないので、個別的には、裁判官が自己の心証の理由を言葉で表現することが困難もしくは不可能な場合がしばしばある。それでもなお、法が理由挙示を要求しているのは、裁判官に、その内的判断 (innere Entscheidung) に役立つ明白な事情および役立たなかつた事情を十分に考慮しかつ説明すべきこと” “すなわち、証拠調の全結果 (das ganze Ergebnis der Beweisaufnahme) および弁論の全趣旨 (der gesamte Inhalt der Verhandlung) を斟酌すべきことを強制し、能う限り、その内的判断に、客観性 (Objektivität) と合理性 (Rationalität) を持たしめようとする趣旨である。このような強制が、裁判官自身に、その当初の感情的直観的判断を、論理的規準に基いて再考

せしめる契機ともなっているのである。^(一七)ここで、最初に提起した「自由心証における自由とは、完全な自由 „völlig frei“ を意味するのか」という命題にたちかえると、「裁判官は完全に自由ではなし」、*Der Richter ist nicht völlig frei.* ということになる。このような自由心証主義の下における裁判官の責任は、この原則が裁判官を信頼することによって採用されたものであるが故に、法定証拠主義の下における場合よりも一層重くなったということができよう。

三 自由心証の材料として、「証拠調の結果」のほかに「弁論の全趣旨」をも認めた関係上、当事者の弁論態度 (*die Art wie eine Partei in der Verhandlung sich benimmt*) や証人の証言態度が問題となる。立証責任を負担している当事者の相手が、悪意または過失により、重要な証拠の使用を困難または不可能にした場合、裁判所は立証者に有利に判断することができる。たとえば、裁判所は、相手が自分に不利な内容の証書をいん滅したということを理由に、立証者は証明を達成したとみなすことができるし (*vgl. § 44 ZPO*)、立証責任を負担しない当事者が、彼だけに知られている事故目撃証人の指定を拒絶したことを理由に、彼に不利に判断することもできる。また、*真実義務 (Wahrheitspflicht)* に違反したかどうかも重要なきめ手になるし、要証事項自体を、証拠調をせずに、他の証拠方法と関連させ経験則に基きもしくはすべの訴訟資料の評価に基き、証明されたとみなすこともできる。なお、裁判官は、宣誓しない証人を宣誓した証人以上に信用することができる。^(一八)

次に、証言および鑑定の評価の場合も、裁判官の自由心証が認められている。鑑定人がその検査を承認された学問上の方法によらずになしたという根拠もなく、反対の鑑定も何ら疑問のきっかけとならないときは、裁判官は、まさしくその鑑定に従う以外にないのであるが、反対の証言および反対の鑑定があっても、単なる事実の説明 (*bloßer Sachvortrag*)、場合によっては自己の生活経験 (*Lebenserfahrung*) に基いて、その判断をなすことも許される。^(一九)

四 自由心証に関連して次に問題になるのが、経験則に基き損害賠償法の領域で発展させられた、いわゆる第一次見込証

抛(蓋然性証拠 一応の証拠) (Beweis des ersten Anscheins, Wahrscheinlichkeitsbeweis, *prima-facie-Beweis*) である。(110) これは、具体的な損害賠償事件訴訟において重要な役割を果たすのであるが、いつも同じ方法で審理される典型的な事件の経過 (typischer Geschehensablauf) が問題になるとき、一定の事件とある損害との間に、一応 (auf erste Sicht) 因果関係があるということを経証する証拠のことである。これにつき判断したドイツ大審院および連邦裁判所の判例として、Bernhardt は、次のようなものをあげている。

自動車は街路樹を轢き倒した場合、運転手に事故の有責原因が見込まれる (BGH 8, 239)。自動二輪車の運転手が事故を起し、その血液中のアルコール濃度 (含有量) から運転不適当ということが確認された場合、飲酒に事故の原因があると認められる。ここでは、いつも同じ方法で審理される酔酩による事故 (Unfälle infolge von Trunkenheit) に特有の典型的な事件の経過が問題になっているからである (BGH 18, 311)。水面に敷糞を敷かなかった行為 (不作為) は、敷糞を敷く義務違反を推定せしめる (RG 113, 294)。新築現場の通行人が落下物にあたった場合、防護設備がなされていなかったということが推定される (RG JW 1919, 505)。猩紅熱にかかった子供からなお伝染する危険があるにもかかわらず、病院で同じ部屋に入れられた子供が猩紅熱にかかった場合、物の通常の経路に従って、その猩紅熱権病は他の子供による伝染 (感染) にその原因を帰せしめることができる (RG 165, 336)。

主張 (Klagevorbringen) の正当性につき、見込証拠 (Anscheinsbeweis) が提出された場合、他の重大な可能性が生ずる事情を示して、見込証拠の根底をくつがえすことができる。この場合、原告は、その負担している立証責任の故に、自己の主張している請求につき、十分な証拠を提出しなければならぬ。かくて、見込証拠については、立証責任の転換ではなく、自由心証の特別の場合であることを認識すべきである。

五 最後に、ドイツにおける自由心証につき、注意しなければならないことは、損害の発生もしくは額または債権の額に

関する訴訟手続たゞは、逸失利益 (entgangener Gewinn) などへの賠償を請求する訴訟 (Bagatelprozess) として
は、裁判官の自由裁量の範囲が、興味の専ら (§ 286 ZPO) への制限を受けると (§ 287 ZPO) となることである。⁽¹¹¹⁾

(114) Nagel, aaO, 1. Kap. IV, 6. Die freie Beweiswürdigung in Deutschland (S. 79~82), u. ä.

(115) Zöllner, Kommentar, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Aufl., 1968, S. 385

(116) Nagel, *ibid.* S. 80~81, Dieser Zwang, seine Gedanken zu entwickeln, führt zu einer Überprüfung der eigenen subjektiven Meinung; usw.; Bernhardt, Das Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 151, Um Willkür zu vermeiden zwecks eigener Kontrolle usw.

(117) Bernhardt, aaO, S. 151, 152; Lexikon des Rechts, Band 3, Teil VIII, Zivilprozessrecht, S. 65; Lent, aaO, S. 146.

(118) Zöllner, aaO, S. 385; Nagel, *ibid.* S. 81.

(119) Bernhardt, aaO, S. 151~152; Nagel, *ibid.* S. 81; cf. Cross, *op. cit.* pp. 22, 164, 480, "prima-facie-evidence"

(120) Lent, aaO, S. 146; Bernhardt, aaO, S. 152; Lexikon, *ibid.* S. 65.

四 自由心証の目的

形式的法定証拠理論 (formale gesetzliche Beweistheorie) によつては、常に形式的な真実 (formale Wahrheit) しか種々の
なるとしては、いふことが、自由心証により達成されるべき真実 (Das mit der freien Beweiswürdigung zu
erreichenden Wahrheit) が、このようであるか、⁽¹²¹⁾ 解決困難な問題である。

一 まず、ドイツにおいては、同民事訴訟法第二八六条の規定する、“……für wahr oder nicht für wahr……”をめぐって、いろいろの解釈がなされてゐる。この真実 (Wahrheit) の問題について、ドイツの判例は、長期間「合理的で」、生活關係を明確に觀察する人がなほ疑ひをもちなほせなかつた」*„daß kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauer Mensch noch zweifelt“* 高度の蓋然性 (ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit) であること、また「あらゆる合理的な疑ひを排除する程度の蓋然性」*„ein jeden vernünftigen Zweifel ausschließender Grad von Wahrscheinlichkeit“* (BGHZ 18, S. 311, Urteil vom 24. 10. 1955.) を「実生活に役立つ程度の確実性」*„ein für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit“* (BGHZ 7, S. 166ff, Urteil vom 14. 7. 1952.) を要求すること、*„ゆゑに“* 刑事訴訟にせよ民事的眞実 (materielle Wahrheit) に関しても、*„確実性に近い蓋然性“* *„eine Wahrscheinlichkeit, die der Gewißheit nahe kommt“* (BGH in NJW 1951, S. 83 ; RGSt. 66, S. 164) である。

一方、半認りなことは、「実生活に役立つ程度の蓋然性」*„ein für das praktische Leben brauchbaren Grad von Wahrscheinlichkeit“* (Rosenberg, Schönke-Schröder-Niese)、「生活経験により事実上確実性と同程度の高度の蓋然性」*„ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, daß er nach der Lebenserfahrung praktisch der Gewißheit gleichkommt“* (Baumbach-Lauterbach)、「実生活に役立つ程度の蓋然性」*„mäßig“* 疑ひを完全に排除しなかつても、疑ひをもちなほせなかつた程度の蓋然性」*„eine für das praktische Leben brauchbaren Grade von Wahrscheinlichkeit, der dem Zweifel Schweißen gebietet, ohne ihn völlig auszuschließen“* (Stein-Jonas-Pohle) または、「通常人がもはやその眞実 (性) を疑わなかつた程度の高度の蓋然性」*„ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, so daß kein normaler Mensch mehr an der Wahrheit zweifelt“* (Wieczorek) と解されてゐる。ドイツが、Wassermeyer は、「独立した蓋然性」*„einer „verselbständigten Wahrscheinlichkeit“* に警告を発し、高度の蓋然性を眞実とみなすのは誤りであるとしてゐる。

二 次に、スウェーデンにおける主張は、全く中間的なもの (neutral) のように思われる。同民事訴訟法は、「提出され

たものすべてについての良心的な審理により、訴訟で証明されるべきものを確定する」と規定してゐる (Kap. 35 § 1 RB)。これにつき、Legais は、訴訟における証明の目的は、「司法的眞実」 „*vérité judiciaire*” とあると述べている。新しいスウェーデンの理論においても、証明により多かれ少なかれ高度の蓋然性にまで至ればよいとの見解が主張されている (Bolding, Ekelöf)。

三 イタリアにおいても、蓋然性につき十分な証明がなされるべきであることが要求され (Calamandrei)、「事実に関して、眞実に近い確信が達成されなければならないと主張されている (Prieto-Castro)。

四 フランスでは、Sicard が、同民事訴訟法第二六四条 (Art. 264 c. pr. c.) の「眞実の表示」 „*manifestation de la vérité*” に言及して、それは、結局「法律的眞実」 „*vérité juridique*” を狙つものであると述べたことが注目される。

五 イギリスの民事訴訟においては、いわゆる優越した蓋然性 (überwiegende Wahrscheinlichkeit) —— 蓋然性の優越 (preponderance of probability) —— が要求されてゐる (Cross) が、貴族院 (House of Lords) はペンストン・シヨンス事件 (Preston-Jones v. Preston-Jones, 1951, A. C. 391) において、証明は、「すべての合理的な疑いをさしはさませない程度に」 „*beyond all reasonable doubt*” なされなければならないと判決した。しかし、婚姻事件においては、それよりも高い程度の証明が要求されてゐる。⁽¹¹¹⁾

六 ソ連においては、自由心証によって達成されるべき目的たる眞実は、どのように理解されているのであろうか。ソ連の法学者達は、近年特に、この問題に関心を寄せているようである。すなわち、民事訴訟においては、実体的眞実 (materielle Wahrheit) が確定されなければならないのであつて、単なる法律的眞実 (juristische Wahrheit) が確定されるようではないかといふか (Wyschinski)、「証明によって達成されるべきは客観的眞実 (objektive Wahrheit) とあつて (Gwiazdomowski, Cieslak) と主張された。共産主義体制の初期においては、確かに実体的眞実の要求は緩和されず、多かれ少なかれ高度の蓋然性で満足せざるを得ないのではないかということについては、疑問がもたれた。ところで、今日でもなお、ソ連の

哲学者および法学者は、民事訴訟においても刑事訴訟においても、事実の確定 (Tatsachenfeststellung) にこそ、実体的眞実が達成され得る筈だということを確信しているようである。しかし、それが、弁証法的方法 (dialektische Methode) やマルクス・レーニン主義 (Maximus-Leninismus) に理由づけられ、支持されるとしても、実際上は、高度の蓋然性 (ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit) のようなものしか達成され得ないのであるまいか。

結局、証明によっては絶対的眞実 (absolute Wahrheit) には到達し得ないということは疑いが無い。「証明の必要が、既に判決における弱さの現れであり、人間独自の方法で解決されなければならない人的問題である」 (Mottini)。絶対的眞実は、人的性質 (menschliche Natur) を拒んでおり、人の到達し得ない極限領域にあるといえよう。

七 法定証拠理論 (gesetzliche Beweisheorie) は、その形式的要件により、前もって見積もられた法定的眞実 (gesetzliche Wahrheit) に至らしめることが可能であり、法的安全性 (Rechtssicherheit) の長所をもつが、すべての事情は前もって見積もることができないので、生活の多様性 (Vielfalt des Lebens) に応じ切れな。これに対し、自由心証理論 (die Theorie von der freien Beweiswürdigung) は、個々の事件のすべての事情を同時に包括することができ、たとえ絶対的眞実には達し得ないにしても、法定証拠理論によるよりは、それに接近することができる。裁判官の自由心証 (die freie richterliche Beweiswürdigung) は、今日至るところで承認されているが、それは、多かれ少なかれかなりの範囲にわたって、法定証拠理論の残滓を留めている。「客観的に理由づけられもしくは認定された自由心証^(四)」の概念 (Begriff einer objektiv begründeten oder orientierten Beweiswürdigung) をめぐる論争は、まだ終ってはいないのである。

自由心証によって達成されるべき実体的眞実といわゆる蓋然性との関係についての一応の結論は次章でのべることとする。

(111) vgl. Nagel, aO, 1. Kap. IV. 8. Das mit der freien Beweiswürdigung zu erreichende Ziel (S. 83~85).

(113) Cross, op. cit. p. 94, etc.; 又 p. 91 (ii) The nature of the distinction between proof on a preponderance of probabilities and beyond reasonable doubt is that Cross's '民事の場合に「低く程度の蓋然性」(a lower degree of probability)が、刑事の場合に「非常に高く程度の蓋然性」(very high degree of probability)を認めなければならない」として、前者においては“being satisfied on a balance of probability” or “reasonably satisfied”で、後者においては“sure” or “satisfied beyond reasonable doubt”でなければならないことである。

(114) „objektiv begründete Beweiswürdigung“ (Nagel, S. 73), „objektiv orientierte (freie) Beweiswürdigung“ (ibid. S. 79, 85)等の用語が用いられているが、同趣旨のものと思われる。

五 結 語

民事訴訟では形式的真実が、刑事訴訟では実体的真実が、その理念となっているといわれることがある。しかし、ここに形式的真実といっても、かつての法定証拠主義の下におけるそれとは異なるのであり、また、今日、両訴訟とも、原則として弁論主義や自由心証主義を採用しているのであるから、このような質的な差異を認めるよりも、ともに実体的真実主義がその理念であり、両訴訟の性格の差異に応じて、実体的真実性に程度(Grad, degree)の差を認めるのが妥当であると思う。この点、ソ連では、民事訴訟におけると刑事訴訟におけるとを問わず、実体的真実ひいては客観的真実が達成されなければならないものとされている(Nagel, aO, S. 82, 84)。

ところで、この「実体的真実(性)」(materielle Wahrheit)は、いわゆる「蓋然性」(Wahrscheinlichkeit, probability)とほぼ同じものであるとみることができよう。絶対的客観的真実への接近の度合に応じて、真実性(Wahrheit, reality)・

確実性 (Gewißheit, certainty) 蓋然性 (Wahrscheinlichkeit, probability) 可能性 (Möglichkeit od. Possibilität, possibility) に分けることができる。すなわち、訴訟において人知のおよび得る領域としては、蓋然性ないしはせいぜい蓋然性と確実性との境界領域の段階までである。実体的眞実における「実体的」(materielle, material or substantial) とは、このような趣旨を示す性格づけ (Qualifizierung) 以上の意味をもたない。前章で述べた通り、英・仏・独・伊・ソ・スウェーデンの諸外国における学説および判例は、このことを如実に示している。しかも、だいたいのにおいて、同じ蓋然性の領域で強弱もしくは程度の差をつけることによつて、刑事訴訟における自由心証の追求目的たる眞実と民事訴訟におけるそれとを区別しているといふことができる。しかし、イギリスにおいて刑事訴訟における蓋然性を説明するとき用いられる „very high degree“ „sure“, „beyond reasonable doubt“ (Cross, op.cit.p.91) 等が、ドイツにおいては „hoher Grad von“, „jeden vernünftigen Zweifel ausschließender Grad von“ 等によつて、むしろ民事訴訟における蓋然性を説明するのに用いられ、刑事訴訟においては、むしろ高い段階の程度と思われる「確実性に近い蓋然性」„Wahrscheinlichkeit, die der Gewißheit nahekommt“ という概念が用いられていること (Nagel, ibid, S. 83 ~ 85) は、なかなか興味をそそる現象である (前章参照のこと)。将来の研究課題とするのに恰好のテーマといえよう。

自由心証の理念は、民事訴訟におけると刑事訴訟におけるを問はず、実体的眞実ないしはいわば蓋然的眞実 (materielle od. wahrscheinliche Wahrheit, material or probable truth) の発見であり、その間の差異は程度 (Grad, degree) の差とみるべきだといふことについては、前述した通りであるが、これを論証するには、なお多くの障害をのり越えなければならない。

民事訴訟における自由心証を、刑事訴訟におけるそれと比較してみると、その対象 (Gegenstand) 判断資料 (Urteilsstoff) 限界もしくは制約 (Grenze od. Beschränkung) 等の面で、かなりの差異が認められる。自由心証の対象面では、事実 (Tatsache) の主張 (Behauptung) の問題があり、これに関連して、事実問題と法律問題の区別 (Unterscheidung zwischen

Tatfrage und Rechtsfrage)が論ぜられなければならない。ついで、自由心証の判断資料の面では、民事訴訟においては、刑事訴訟の場合と異なり、証拠調の結果 (Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme) の外に、弁論の全趣旨 (gesamter Inhalt der Verhandlung) が認められている。この間の事情の差異に着目して、民事訴訟における自由心証主義は、Grundsatz der freien Beweiswürdigung ではなく、その実体は、むしろ Grundsatz der freien Wahrheitswürdigung ^{(1)(H)} といわれる所以である。さらに、自由心証の内在的限界に関しては、いわゆる論理法則 (Gesetz der Logik) と経験法則 (Erfahrungssatz) およびそれらに基く判断の上訴審によるコントロールの問題があり、外部的制約の問題としては、証拠能力や証拠価値の制限のほかに、国家制度としての訴訟そのものにひそむ時間・労力・費用等の宿命的制度的限界等が考えられなければならない。

これまで、ナーゲルを中心にして、自由心証を若干の角度から検討してみたわけであるが、主としてその理念面に終始しており、不十分のそしりを免れない。将来の課題として、今後に残された問題はあまりにも多いが、能力のおよぼ限り、徐々に追究して行きたいと思っている次第である。

(二五) 中村英郎・法律上の推定と自由心証主義との関係・ジュリスト別冊法学教室⑥一六五頁。

(一九六八、一一、三)