

3 号 (1993) 425 頁参照。

### 訳者後記

本稿は Hannu Tapani Klami, *Inadmissible? From Legal Evaluation of Evidence to Free Proof. A Case Study*, Vol 22 (1994) *Quaderni camerti di studi romanistici* (International Survey of Roman Law) pp. 567 ff. の全訳である。ただし、表題は内容をよりの確に示し、読者の関心を引きつける (と訳者が考える) ものにした。また原注については説明部分のみを訳してある。訳注は読者の理解に資すると思われるものを随時付した。

原著者の経歴、研究活動等については、前掲訳注 [c] の論文の「訳者あとがき」(52 頁以下) をみられたい。ただし、その後彼は母国フィンランドに戻り、現在はヘルシンキ大学法学部の教授である。なお、上記前稿におけるクラミという著者名の表記を本稿では原音により忠実なクラミーに変更した。

この訳稿は、本論文集への寄稿とほぼ同一の締切り期限の原稿を数本抱えており、とうてい論文を書く余裕がないため、いわば緊急避難として翻訳で代物弁済することを認めて頂いた挙句の産物である。しかしいま、訳了して稿を読み返してみると、下手な自分の論文を書くよりも、この翻訳のほうが多少なりとも学界と実務のお役に立つのではないかという思いが強くなる。併せて翻訳を快諾された原著者に感謝する次第である。

なお訳文では、〔 〕付きのイタリックをゴチックに、イタリックを「 」付きに、《 》の語を く 〉 付きに改めたこととお断りしておく。

訳者の現在の研究上の問題意識との関連において、クラミーの仕事や本論文の意義について詳しく語りたい誘惑に駆られるが、紙幅の制約にかんがみここでは自制することにして、この訳稿が、専門分野を超えた広範囲の読者の目に触れ、拾い読みでいいから読まれること—とくに立法における理念主義と現実主義に関する部分など—を切に願いつつ擱筆する。

陳述書の問題点を考える上で参考に値するといえよう（拙稿「目の裁判か、耳の裁判か」判例タイムズ858号（1994）7頁以下参照）。

- [o] 無罪判決において被告人を汚すことと恐れ、なんら理由を書かないというのは、1つの興味深い考えである。我が国でも刑事訴訟法336条は「犯罪の証明がないとき……無罪の言渡をしなければならない。」と定めているのだから、そう判示すればよく、現在行われているような詳細な証拠説明は不要なはずだとの説を、ある元刑事裁判官から聞いたことがある。それはともかく、有罪の判決の理由が極めて簡単で、無罪判決の理由が極めて詳細という我が国の刑事判決の在りようは本末転倒の感じがしないでもない。フィンランドの考え方は我が国の刑事裁判実務にも示唆するものがあるといえよう。
- [p] 最近の司法統計によると、スウェーデンにおける控訴率は民事事件では約7%、刑事事件では約13%である。Rättsstatistik 1992（1992）s. 176, 178.  
なおスウェーデン、フィンランドとも控訴裁判所は高等裁判所である。
- [q] スウェーデンの民事上告制度については、拙稿「スウェーデンの上告制度」『小室直人・小山昇先生還暦記念 裁判と上訴 上』（1980、有斐閣）148頁以下参照。
- [r] 本文の指摘は、我が国についても全く同様にあてはまるといえよう。いや、こちらのほうがもっとひどいといえる。なぜならば、フィンランドにおいては一定回数の法廷傍聴が法学教育終了のための要件とされているからである（拙稿「フィンランド法断章」判例タイムズ277号（1972）51頁参照）。なお、20年前に書かれたこの拙稿は、フィンランド法（の一部）に関する大雑把な素描に過ぎないが、この国の民事訴訟の実態に関するおそらく我が国唯一の資料として、本論文を理解する上で多少の役に立つであろう。
- [s] この結びの指摘は極めて重要である。ここに自由心証主義のもとで職業裁判官の事実認定能力を過信してはならず、参審等の形で国民が裁判に関与することが正当化される根拠（の1つ）がある。
- [t] OKはフィンランド語の訴訟手続法 Oikeudenkäymiskaari の略語である。
- [u] 我が国でも最近まで民事、刑事とも証明度は同じだという見解が支配的だったことを想起されたい（拙稿「行政訴訟における主張・証明責任論」『成田頼明先生退官記念論文集 国際化時代の行政と法』（1993、良書普及会）211頁注（15）参照）。
- [v] 我が国における事実認定とベイズ統計学の利用に関する論議については、前掲拙稿「スウェーデン証拠法序説」39頁注（6）掲記の文献に加えて、川浜昇「『法と経済学』と法解釈の関係について（4・完）」（民商法雑誌109巻

- (a) 参照。クラミはもともとローマ法学者として出発した人であるため、彼の著作にはローマ法に言及することが多いのが特徴的である。本論文自体がローマ法研究の専門誌に掲載されたものである。
- [d] 中世の証拠法については、R・パートレット、竜崎喜助訳『中世の審判』（1993、尚学社）参照。とくに宣誓については46頁以下をみよ。本書については訳者の書評がある（ジュリスト1040号（1994）143頁）。
- [e] 参審員は、以下では素人裁判官（lay judges）と表現されている。法も裁判官として職業裁判官と同様に就任時に裁判官宣誓を行うことを義務付けている。参審（員）については、拙著『スウェーデンの司法』（1988、弘文堂）214頁以下参照。
- [f] フィンランドは1809年から1917年までロシアの自治領だった。
- [g] スウェーデン訴訟手続法は1942年に制定、1948年から施行された。クラミが同法を1945年制定、1947年施行（原注（19））と書いているのは誤記である。
- [h] この内戦については、前掲『北欧史』182—3頁、百瀬宏『北欧現代史』（1980、山川出版社）195頁以下、など参照。
- [i] スウェーデンおよびフィンランドにおける研究者養成では、博士号の取得は極めて難しく、博士論文は大部の著書の形をとるのが普通である。また、正教授に任命されるための基準としては学位論文に匹敵するもう1冊の著書を書くことが広く合意されていたといわれる（拙著・前掲『スウェーデンの司法』78頁以下参照）。なお訳者は、1994年9月にデンマークで開催された北欧訴訟法会議に出席した際、フィンランドからの参加者たちと本論文について話し合う機会をもったが、ヒルツネンの例は学位請求論文を刊行後に学位審査で否定された唯一の例として評判になったということである。
- [j] 拙稿「スウェーデン証拠法序説」神奈川法学25巻3号（1990）とくに9—10頁参照。
- [k] 前注論文10頁など参照。
- [l] スウェーデン法は訴訟手続法35章4条が定めている。本条については、当事者の受動性が当該事実に関する相手方の主張の正当性を推認させる証拠（事実）であり、その証拠力は個々の場合に依じて判断されると解されている。Per Olof Ekelöf & Robert Boman, Rättegång IV（6 uppl. 1992）s. 24.
- [m] この事件については簡単ながら、拙稿「スウェーデンの法と社会」拙著『裁判法の考え方』（1994、信山社）310—11頁で触れている。
- [n] 陳述書に関する慎重な態度は、現在我が国の民事裁判実務で横行している

- つつある旧式の見解を代表している。最も近時のこの主題に関する文献は H. T. Klami, M. Rahikainen, J. Sorvettula, *Todistusharkinta ja todistustaakka* [*Evaluation of Evidence and Burden of Proof*] (Helsinki 1987) である。
- (28) 中世のスウェーデン-フィンランド法および1734年法典によれば、多くの犯罪は被告人が再犯者かどうか、例えば：第1回目の窃盗、第2回目の窃盗または第3回目の窃盗か？ に応じて処罰された。前科は教会区登録簿に登録され、その抄本が裁判所に提出された。また聖職者はしばしば性格証人として尋問された。
- (29) このことはわれわれが職業裁判官および素人裁判官に対して尋ねた、被告人の前科をどのように証拠評価に影響させるか、という調査から判明した。この結果は H. Tapani Klami, Ari-Pekka Koivisto, *Old Crook-Criminal Record as Evidence: Theory v. Attitudes, Oikeustiede-Jurisprudentia* 25 (1992) 63-107という論文において紹介されている。(模擬)陪審については、R. L. Wissler, M. J. Saks, *On the Inefficacy of Limiting Instructions When Jurors Use Prior Conviction Evidence to Decide on Guilt, Law and Human Behavior* 9 (1985) 37-48をみよ。彼らの結論は、被告人の犯罪記録の提示は被告人の信頼性には影響しないが(その提出を認める法の理由付け)、しかし有罪判決の蓋然性を増加し、かつ裁判官の抑制的説示もその過誤を訂正するとは思われない(48頁)というものである。the Federal Rules of Evidence, 404, 608 and 609 参照。
- (30) Klami, Hämäläinen (nt. 18) をみよ。

## 訳注

- [a] 当時フィンランドはスウェーデンと連合を形成しており、その一部を成していた。したがって1734年法典は当然フィンランドにも適用された。なお、フィンランドの歴史については資料的にやや古くなっているが、角田文衛編『北欧史』1955、山川出版社) 147頁以下、など参照。
- [b] 訳者は、我が国においては、この2つのアプローチは単に刑法にとどまらず、民法その他のすべての実体法を通じての基本的問題だと思う。我が国の実体法は、理念的アプローチの典型であり、いわば事態を「神様の目でみた言葉」で書かれているとあってよい。
- [c] この点については、ハンヌ・ターパニ・クラミ、マリア・ラヒカイネン、ヨハンナ・ソルヴェットラ、拙訳「北欧における証明論・証明責任論の新しい動向」神奈川大学法学研究所研究年報12号(1990) 36—7頁49—50頁訳注

- (22) 証拠評価の方法に関する規定は法にはみられない。証拠価値説については例えば P. Gärdenfors, B. Hansson, N.-E. Sahlin, *Evidentiary Value* (Lund 1983) ; Per O. Ekelöf, *My Thoughts on Evidentiary Value*, 9-26における故エーケレーヴ教授の要約をみよ。なお Ekelöf 1982(nt. 21) 17-32 ; Klami, Sorvettula, Hatakka 1989(nt. 18) 25-40もみよ。この方法はベイジアンではない。[V] それは証拠事実(間接事実あるいは状況的事実)と真の証拠事実の証拠価値にのみ影響する<補助事実>とを区別する。証拠価値は証拠事実から証明主題への直接の推論を認める経験則に基づく。フィンランドでは証拠価値説はまだ多くの支持者を得ていない。フィンランドにおけるホリスティックかつ直観的な事実認定の性質については Hatakka, Klami 1990 (nt. 18) 19-20 and the formulations quoted をみよ。
- (23) 両法典とも損害額に関する立証が不可能または困難であるときは、裁判所に自由な方法で、かつ衡平にかんがみそれを査定することを認める規定を有している。しかしフィンランドではこのような大雑把な損害額の評価がスウェーデンよりもはるかに一般的である ; J. Sorvettula, H.T. Klami, *Om prövning i skadeståndsmål* [*On Discretion in Tort Cases*], *Juridiska Föreningens Tidskrift* (Finland 1989) 332に含まれている経験的分析による比較をみよ。
- (24) H. T. Klami, *Mordet på Olof Palme - en bevisteoretisk analys* [*The Murder of Olof Palme: A Theoretical Analysis of Evidence*] (Uppsala 1990)をみよ。本書はまた両裁判所の記録および判決の要約を含んでいる。
- (25) Hatakka, Klami 1990(nt. 18), 27-29.
- (26) フィンランド最高裁判所長官 オーラヴィ・E・ヘイノネン博士は私に、たとい「それ自体としては」重要な先例的価値ある問題であっても、事件の事実関係が比較的十分に確定されていなければ、最高裁は上告許可を与えるのを甚だしく渋るだろうと語っている。そうでなければ、先例の範囲が容易に不明確なままになる(そのような問題の区別に関して)と考えられているのである。
- (27) 主要な権威ある文献は、スウェーデンでは Per O. Ekelöf, *Rättegång* [*The Trial*] IV<sup>5</sup> (Stockholm 1982) ; フィンランドでは T. Tirkkonen, *Suomen rikosprosessioikeus* [*Finnish Criminal Procedure*] II<sup>2</sup> (Porvoo 1972); T. Tirkkonen, *Suomen siviiliprosessioikeus* [*Finnish Civil Procedure*] II. 2nd ed. by J. Halila (Porvoo 1977). しかしながらティルコネン(Tirkkonen)は、少なくとも証拠評価に関する限り、徐々にしかし確実にとって代わられ

[*On the Justification of the Evaluation of Evidence*], *Defensor Legis* 49 (1988) 86 s. をみよ。

- (18) 本論文の以下の部分は、実のところスウェーデンおよびフィンランドの裁判所の機能に関する私自身の研究の要約である。私は多くのスウェーデンおよびフィンランドの文献資料の引用を差し控えたが、それは1. 語学的理由から私の読者に利用できないこと、2. もし利用できるならば、私および私の研究チームの諸論文例えば M. Hatakka, H. T. Klami, *Beweismass und Irrtumsrisiko*, *Ann. Acad. Scientiarum Fennicae* B 253 (Helsinki 1990); H. T. Klami, M. Hämäläinen, *Lawyers and Laymen on the Bench*, *Ann. Acad. Scientiarum Fennicae* B 262 (Helsinki 1992); H. T. Klami, J. Sorvettula, M. Hatakka, *Evidentiary Value*, *Juridiska Föreningens Tidskrift* 124(1989) 23 s. において一層の参照文献を見出すことができるからである。
- (19) スウェーデン訴訟手続法35章は証拠に関する規則を包含する。それは1945年に制定され、そして1947年以来施行されている一小さな改正はなされたが。それは1948年に制定され、1949年から施行されたフィンランド訴訟手続法17章のモデルとして役立った。
- (20) フィンランド訴訟手続法17章は証明責任に関する一般規則でもって始まる。民事事件においては事実を援用する当事者はそれを証明する責任を負う。刑事事件においては訴追側が証明責任を負う。スウェーデン訴訟手続法はこのような規定を有しない；それはあまりにも漠然としており、あらずもがなと考えられたのである。自由心証主義に関する一般原則はスウェーデン訴訟手続法35章1条およびフィンランド訴訟手続法17章2条に、それぞれ明示的に述べられている。
- (21) 例えば Per O. Ekelöf, *Rättegång* [*The Trial*] IV<sup>5</sup> (Stockholm 1982) 78-80 をみよ；われわれのアンケート調査は、実際に裁判官たちは<証明された>を単なる優越よりもはるかに程度が高いものを意味すると考えていることを明らかにしている。H. T. Klami, M. Marklund, M. Rahikainen, J. Sorvettula. *Ett rationellt beviskrav* [*A Rational Standard of Proof*], *Svensk Juristtidning* (1988) 589をみよ。フィンランドの<完全証明>という表現は、証明度の定義によると証拠は<勤勉にして誠実な事実認定者をして真実であることを確信させ>なければならいのであるから、原則として刑事事件と民事事件とで差異はない。[u]例えば J. Halila, *Todistustaakan jaosta* [*On the Incidence of the Burden of Proof*] (Porvoo 1955) 1をみよ。

- (7) OK 17:30.
- (8) OK 17:37; なお, G. Inger, *Institutet 《insättande på bekännelse》 i svensk processrättshistoria* [*The Institute 《Jailing for Confession》 in the History of Swedish Procedural Law*] (Lund 1976) 24 s. をみよ。
- (9) OK 17:7 and 17:9. 法はこの種の尋問が許容されるかどうかを裁判所の裁量に委ねた。不適格な証人の証言は証拠として認められないわけだから、このような証人の尋問はどんな機能を営んだのかが問われるであろう。答えは、彼らの証言は被告人をしてその否認が虚偽であり、無益なものであることを理解させることができたということである。
- (10) H. Ylikangas, *Puukkojunkkareitten esiinmarssi* [*Knife-Robbers Marching In*] (Helsinki 1975) 195 s.
- (11) A. Stening, *Bevisvärde* [*Evidentiary Value*] (Stockholm 1975) 27 s. Cf. Per Henrik Lindblom, *Review of Stening, Bevisvärde, Svensk Juristtidning* 52 (1977) 283. この法典の証拠法規範の解釈については, R. A. Wrede, *Finlands gällande civilprocessrätt* [*The Present Law of Finnish Civil Procedure*] II<sup>3</sup> (Helsingfors 1923) 91 s. をみよ。
- (12) この規範的状况は、法における帰納に反対するマッコネン (Makkonen) 教授が挙げる諸例の 1 つである: ひとは一連の特別規則から一般的規則の存在を結論づけることができないのである。K. Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung, Ann. Univ. Turkuensis* 93 (Turku 1965) 202-203 をみよ。
- (13) 当時フィンランドの法律学はドイツ学説の影響を著しく受けていた。H. T. Klami, *The Legalists - Finnish Legal Science in the Period of Autonomy 1809-1917* (Helsinki 1981); for criminal law 58-68 をみよ。
- (14) H. T. Klami, J. Sorvettula, M. Hatakka, *Dolus probatus - Proving Criminal Intent, Oikeustiede - Jurisprudentia* 23 (1990) 93 s. をみよ。
- (15) A. Serlachius, *Suomen rikosoikeuden oppikirja*<sup>2</sup> [*A Treatise of Finnish Criminal Law*] (Helsinki 1919) 124 s.
- (16) L. Björne, 《...syihin ja lakiin eikä mielihaltaan...》 [《...On Reasons and Law, Not on Pleasure...》] (Vammala 1977) esp. 372 and 376 s., cf. H. T. Klami, *Review of Björne, Lakimies* 75 (1977) 483.
- (17) Bror Clas Carlson, *Om doms motivering* [*On the Justification of a Verdict*], *Defensor Legis* 32 (1961) 15 s. をみよ。現状については J. Sorvettula, H. T. Klami, M. Rahikainen, *Todistusharkinnan perustelemisesta*

が最終的には事実問題および法律問題の双方について優越するという考えに基づいている。スウェーデンにおいては〔職業裁判官に対して〕通常刑事事件では素人裁判官は3 : 1, 重大な刑事事件では5 : 1の多数を有している。フィンランドにおいては5 ~ 7人で構成される素人裁判官の集合体が、全員一致の意見であれば職業裁判官に優越する(民事, 刑事双方の事件で)。もっとも都市裁判所はすべて職業裁判官で構成されている(3人の合議体)。いずれにせよ素人裁判官の意見による判決は少ない(スウェーデンでは約3.5%, フィンランドでは僅かに約0.08%)。それにも拘わらず, わわわれのプロジェクト・グループ<法と真実>の経験的研究は, 法律家も素人もまさしく同様の過誤を犯す傾向性があることを明らかにしているのである<sup>(30)</sup> [s]。

ウプサラにて

ハンヌ・ターパニ・クラミ

## 原注

- (1) L. Radzinowicz, *A History of English Criminal Law I* (London 1948) 23-35; J. H. Langbein, *Albion's Fatal Flaws, Past and Present* 98 (1985) 116 s.
- (2) H. T. Klami, M. Hatakka & J. Sorvettula, *Burden of Proof - Truth or Law*, 《Scandinavian Studies in Law, 27》(1990)143-146 をみよ。
- (3) すでに1734年法典の旧訴訟法の部(フィンランド訴訟手続法, 略称OK) (t)は, 被告人の自白が信用できず, したがって採用されない可能性を考慮に入れていた(同法17章36条)。
- (4) 1つには学生は講義に出席する(=本の内容を知っている)ことが期待されていたこと, もう1つにはこの著書には十分な文献の引用が欠けていたことのゆえに, 形式的にはこれは講義ノートであった(総則理論編3巻, 犯罪各論編3巻)。
- (5) P. Renvall, *Suomalainen 1500 - luvun ihminen oikeuskatsomustensa valossa* [*The Finnish 16th Century Man in the Light of His Conceptions of Justice*], *Ann. Univ. Turkuensis* 33 (Turku 1949) 142 s.
- (6) OK 17 : 7 をみよ。

しかし、もし上告許可命令が先例的法律問題に関するという理由で許容されるならば、事実問題に関するありうべき争いを含む事件全体の審理が原則として再開される。もっとも、最高裁判所が先例的問題について見解を示すとき証拠評価を修正することは滅多にない。<sup>(26)</sup>

しかしながら、証拠上の事由に基づき上告を許容することに対するスウェーデンおよびフィンランド最高裁判所の消極的態度はまた、証拠「法」の問題に関する最高裁判所の裁判例がほんの僅かしか存在しないということも意味する。例えば証拠の不許容性に関する規則の解釈問題に関する上告を認めるならば、それは容易に(残余の)証拠の再評価を包含することになろう、そして両最高裁判所とも事実の審判者であることを欲しないのである。

以上に説明した理由によって、証拠法の主要な法源は控訴裁判所の裁判例(各裁判所ごとによりかなりの相違がある)および法律学者の著作である。<sup>(27)</sup>

しかしながら、5年間の法学部教育では証拠法およびその実務にあまり多くの時間は割かれていない。その結果として、証拠の分析に関するスウェーデンおよびフィンランドの法律家の専門的能力にはしばしば欠陥があるということになる [r]。

おそらく証拠法が自由心証主義に基づいているならば、裁判所は職業裁判官によって構成されるべきだと考えられるかも知れない。コモン・ローに典型的にみられる証拠法の規則は、伝統的に(そして正当にも)陪審の過誤を犯す傾向性を引照することによって正当化されている；法規と裁判官の説示とはこのような過誤とくに有罪のための証拠の過大評価を含む誤りを防止するために必要とされるのである。

スウェーデンおよびフィンランド法によれば被告人の犯罪歴は常に手続の最初に裁判所に提出される。それは伝統的に価値ある情報の一部と考えられている。<sup>(28)</sup>しかしながら、裁判所が証拠評価に際しそれによってかなりしばしば被告人に不利な仕方で影響されることは明らかである；とりわけフィンランドでは前科を有する者はしばしば薄弱な証拠で有罪とされている。<sup>(29)</sup>

しかしながら、スウェーデン-フィンランド司法制度は、素人裁判官の意見

術語を用いるであろう——それについてなんら注意を払わないままに。

裁判所の判決は、その判断が基づいている事実上の前提の明示的な正当化を包含することが期待されている。スウェーデンでは証拠は綿密に分析される。フィンランドでは積極、消極の十分な証拠の分析は稀である：積極的な証拠のみを列挙することで満足している。さらに無罪判決については、裁判所は被告人を汚すかも知れない言明を避けることを欲するがゆえに、大部分の場合なんら明示的な理由付けを伴っていない[0]。無罪判決はスウェーデンでもフィンランドでも、〈無罪である〉ではなく、〈証明されていない〉という言葉で表現される。

地方裁判所から控訴裁判所へはほとんど全部の事件が控訴できる[p]。スウェーデンではこのことは——少数の例外を除いて——新たな本口頭弁論を意味する。フィンランドでは新しい本口頭弁論は控訴事件の約1%についてしか行われぬ。フィンランドの控訴裁判所はその証拠評価を地方裁判所の記録に基づいて行う。その調達の仕方にかんがみ記録中の証拠は改めて証拠評価を行うためにはかなり信頼性の薄弱な資料である；それにも拘わらず、大部分のフィンランドの控訴裁判所の裁判部はこの点について躊躇を感じず、しばしば地方裁判所の判決を根本的に変更する——スウェーデンの控訴裁判所では当事者および証人の信用性を「直接の人的な」観察の方法によって判断できるけれども、そのスウェーデンよりも実際には多くしばしば<sup>(25)</sup>。この伝統的な控訴審の書面手続に対してはフィンランドにおいて広く批判が提起されている。

控訴裁判所から最高裁判所に上告がなされるが、しかしそれは基本的に法律問題についてのみである；法によれば上告許可命令(サーシオラリー)(certiorari)は、事実問題、裁量問題(量刑、損害額)等については許容されない。もっとも最高裁判所が特別の理由があると認めるときは、証拠上の事由に基づいても上告が認められうるが、しかしこれは極めて異例であって、下級裁判所の手続における明白な過誤または従前の段階で当事者および裁判所に利用しえなかった高度の関連性を有する新証拠の存在を前提とする[q]。

証人は国（刑事事件）または尋問を請求した当事者（民事事件）から補償を受ける；その金額は裁判所が決定する。

証言する義務は一般的な国民の義務である（国家元首はそれを免責されるが）。任意に応じない者は召喚されうる。しかしながら証人は、若干のタイプの尋問、例えば彼自身に刑事責任を招くとか、営業上、職業上の秘密の暴露を包含する事項に対しては、答えを拒絶することができる。

鑑定人は裁判所によっても、また当事者によっても選任されうる。ここで通常の証人でさえ意見を述べることも推論を引き出すこともできることが注意されるべきである；それは決して鑑定人の特権ではない。その場合裁判所は、そのような意見や推論がどんな価値をもつかを評価するであろう。証人、鑑定人の両者とも自由な語りや、もちろん裁判所、当事者の尋問に対する答えの形で彼らの供述を提供する。供述内容の構成および首尾一貫性が代理人の尋問の結果によるのではないほうが、裁判所にとって鑑定人および証人の信頼性に関する意見を形成することがより容易だと考えられている。

文書についても言及しておくべきかも知れない；若干の条件のもとで当事者は自己の保有する文書を提出する義務を負う。しかしながら1つの重要な制限がある。＜私的な性質の書かれた供述＞は、その書面の作成者を証人として尋問することが不可能な場合でなければ許容されない[n]。この禁止は、陳述書(affidavits)を含むが、公文書、医師の証明書などを包含しない。さらに鑑定意見については、陳述書の形で提出されうるけれども、裁判所または当事者は鑑定人の法廷での供述を求めることができる。＜供述＞(statement)という言葉は、その裁判に直接に関連していない手紙、ノートまたはメモを包含しない。

スウェーデンでは手続は録音される。録音テープは必要な場合には反訳される。フィンランドではテープ録音はかなり稀である。通例は裁判長が手続内容を要約し、その結果を法廷の書記官に口述する；その場合証人は口述された要約が彼の証言をその通りに再現しているかどうか尋ねられる。残念ながら裁判官はしばしば、証人が十分に理解できないような学問的表現および

慮される——刑事事件における有罪判決は通常被害者の供述のみに基づくことは許されず、それを裏付ける補強的な補助事実が必要とされるけれども。とりわけスウェーデンの裁判例はこの問題について慎重である。パルメ事件において被告人はスウェーデンの首相オーロフ・パルメ (Olof Palme) に対する殺人罪について無罪を言い渡された[m]。パルメ夫人——彼女もその銃撃の際に受傷した——は、面通しのときも、法廷でも彼女の言葉によれば十分な確実性をもって被告人と犯人との同一性を確認した。彼女はそれ以前に殺人者の外見、着衣および動作の奇妙さについて正確な描写を行っていた；さらにこの描写は現場に居合せた数人の証人の証言と合致していた——もともと彼らは被告人の容貌を確かめることはできなかった(暗さと遠距離のため)<sup>(24)</sup>。この事件においてはいくつかの補強証拠が存在した；それにも拘わらず、被告人は控訴審において無罪とされたのである(地方裁判所において2人の職業裁判官の無罪意見が6人の素人裁判官の多数決により否定され、有罪判決がなされた後に)。

証拠の内容およびその源泉について制限する法の明文の規定は存しない。伝聞もそれ自体としては許容される(証言しないよう強えられる、または証言しない権利に関する規則が空洞化されることを意味するような場合でなければ；この規則すら制定法上のものではない)。しかしながら教科書および裁判例は、伝聞証人は彼の〈源泉〉を明らかにすることを前提とすることによって〈最良証拠〉の原則を遵守している；もし彼がそうすることを怠るならば、彼の証言は風評に分類され、廃棄されるであろう。〈最良証拠〉の原則のもう1つの表現は、警察の尋問記録は証人尋問後にありうべき矛盾を明らかにするためにのみ用いるということである。

違法に調達された証拠さえも「それ自体としては」許容される(例えば窃取された文書や盗聴の手段によって得たテープ)。しかしながら若干の著者らは、裁判所は目に余るような行為の場合には、このような場合の証拠の不許容性に関する明示的な規則は法定されていないけれども、これによって得た証拠の許容を否定すべきだという説を主張している。

らの依頼者に関する事項についてその承諾なしに証言することから妨げる規則である。当事者の近親者も証言を拒絶することができる(当該当事者の意見いかんに拘わらず)。

しかしながら裁判所は、例えば関連性の欠如を理由に、あるいは証言しない義務または権利に関する規則を空洞化させる企図を含むがゆえに(例えば弁護士の事務員を依頼者に関する事項について証言させるために申請する;このような事項について秘書のほうがむしろよく知っていることは決して珍しくない)、証拠が許容されない旨決定することができる。

ここで<関連性>とは、積極的な証明力とありうべき偏見との比較を意味しないということが留意されるべきである。

刑事または民事の事件の当事者は法技術的意味において(すなわち宣誓のもとに)証言する資格を有しない。このことは法人については理事会の構成員(またはこれに類する者)のみにあてはまる。しかしながら、民事訴訟の当事者および刑事訴訟における被害者は、真実性に関する特別の保証を行い、その後証人と同様な仕方で尋問されうる。その場合彼らは偽証の制裁に服するけれども、このような保証を行うように強いられることはない。

刑事事件における被告人または真実性の保証を行うことを欲しない当事者は、無方式で尋問されうる。被告人は処罰されることなく嘘をいう権利を有する(他の人に対する誣告や名誉毀損などは別として)。

もし当事者が尋問に答えることを拒絶するならば、スウェーデンおよびフィンランド法は裁判所がこの拒絶から結論を引き出すことを明示的に認める。しかしながら、このような推論の性質は具体的に明らかにされていない[1]。

潜在的な当事者もまた証言台に立つのが許されないことが留意されるべきである。例えば、もし検察側が被告人の共犯者に対する訴追をしないとしても、このことは彼を検察側の証人として利用することを可能ならしめない——宣誓なしに尋問することはできるけれども。

しかしながら、制裁に服しない当事者の<供述>さえも証拠事実として考

推論を正当化する多かれ少なかれ確立された経験則に基づく。自由心証主義が導入されたとき、経験則は証拠の許容性および評価に関する古い厳格な規則と同様の機能を営むだろうといわれた。

しかし自由心証主義は実際にどのように働くのか？ スウェーデンにおいて故エーケレーヴ (Ekelöf) 教授は証拠評価に関する特別の方法を提案した<sup>(22)</sup>。それは事実の分析 (ジョン・ウィグモアのチャート方式に似ている) および蓋然性モデルに基づいている [k]。それはスウェーデンの法学文献および裁判実務においてかなりの支持を得ている。フィンランドではこの方法はまだ多くの追随者を集めていない；そこでは事実認定のホリスティックかつ直観的な性質が強調されているのである<sup>(23)</sup>。

スウェーデンでもフィンランドでも地方裁判所には法律家と素人の裁判官がいる。しかし素人裁判官は、しばしば彼らが理解しないか、承認しないであろう職業裁判官の説示の後に彼から引き離される陪審員とは異なる。スウェーデンでもフィンランドでも裁判所における秘密評議の間職業裁判官が同席し、かつそれを主宰する。さらに素人裁判官はかなりの経験を積んでいる。フィンランドでは彼らは4年間の任期中週に約1回法廷に座るのであって、かつしばしば再任されている。スウェーデンの参審員は月に約1回裁判に関与する。その任期は6年[3年の誤記—スウェーデン訴訟手続法4章8条1項]であり、再任が可能である。両国における素人裁判官は地方自治体の参事会によって選出され、そしてそれゆえに通常ある程度は政党との関連を有しているであろう。

当事者は証拠を提出する責任を負っている；刑事裁判はアドヴァーサリ・システムによっている。裁判所は職権で証拠調べができるけれども、実際には行われていない。

原則としてすべての関連ある証拠は許容される。関連性に関する考量は裁判所に委ねられている。不許容性に関するごく僅かな制定法上の規則がある；その最も重要なものは聖職者、弁護士、医師および歯科医師などを、彼

は証拠法に結実しているその証拠理論なのである。もちろん真実を明らかにする技法およびこれらの技法を使用する制度、すなわち警察、法医学、証言心理学等々が忘れられてはならない。事件における事実関係を明らかにできればできるほど、より精練された解釈を提案することができるのである。しかし私は、本論文を現在のスウェーデンおよびフィンランドにおける自由心証主義に関する小話でもって続けることにしよう。

## 6 スウェーデンおよびフィンランドにおける自由心証主義<sup>(18)</sup>

証拠理論の基礎にある仮定は、通常は少なくとも部分的にイデオロギー的なものであり、そしてそれゆえに理論的または経験的批判に対してむしろ抵抗する。英米証拠法に親しんでいる読者にとってスカンジナビア法の自由心証主義を理解するのは困難なことかも知れない：事実認定者が証拠および推理に関する精練された法規——伝聞法則や性格証拠および弾劾に関する規則のような——に拘束されることなしに、どのようにして恣意や偏見を避けることができるのか？ 本論文のこの部分は主として私自身のスウェーデンおよびフィンランドの裁判における証拠問題に関する研究に基づいている——現実<sup>(19)</sup>は両者に共通の規範的基礎とは異なるものだからである。自由心証主義が文字どおりの自由すなわちいかなる規則にも拘束されないということだと考えるならば、それは誤解であろう。

a. 裁判においては必ずしも関連事実に関する十分な確実性に到達することができないがゆえに、すべての証拠法は証明(の程)度および証明責任に関する規則を包含しなければならない。スウェーデンおよびフィンランド法においては、それらは大部分慣習法に基づいている<sup>(20)</sup>。スウェーデンでは刑事事件について英米法の〈合理的な疑いを超える〉証明度が採用されている；民事事件では〈証明された〉事実について語られる[j]。フィンランドの証明度は〈完全証明〉とよばれる。〈証明された〉も、〈完全証明〉も単なる証拠の優越よりも明白に高い証明度を意味する<sup>(21)</sup>。

b. 自由心証主義において関連事実<sup>(21)</sup>は、証拠から証明されるべき事実への

チは一部社会学的なものだった。このリストはケッコメーキ (Kekomäki) の常習的・職業的犯罪に関する研究, W. A. パルメ (Palme) の継続犯に関する著書, パーヴォ・ヒルツネン (Paavo Hiltunen) の累犯の責任概念に関する博士号請求論文 (学位取得に成功しえなかったが), ヨルマ・ウィット (Jorma Uitto) の仮釈放に関する博士論文に言及することで続けることができる。小国には多くの法律学的研究は存在しない: 上述したところは, どんな研究がなされてきたかを示している。1960年代にいたって漸くアカデミックな研究は, 詐欺罪 (カーロ・L・ストールベリイ (Kaarlo L. Stoåhlberg)) または破産犯罪 (オーラヴィ・E・ヘイノネン (Olavi E. Heinonen)) のような各種の犯罪に関心を寄せるようになった。学界に入ろうと欲するならば, 各種の犯罪に興味を抱くべきではない。当時の支配的なパラダイムによれば, 理論的問題に関連する解釈問題はとくに価値が高かったのである。

しかし私は, その背景に証拠評価および決定の正当化に関する問題があると考え。もちろん各種の犯罪に関する著作が研究の出発点として絶対的に裁判例を前提とするということとはできない。しかし精細な正当化理由を有する裁判例の欠乏は, 疑いもなくそのような研究テーマを選択することに対する反論となる。裁判所が<当該犯罪が重大窃盗罪であったことは証明されていない>と判示するとき, 読む者は当惑させられる: 解釈, 包摂, 証拠評価——それともそのすべてなのかと。

それに加えて, 厳格な証拠規則が裁判所をして関連する諸問題への回答を得ることを妨げているということ認識せざるを得ないとき, 精練された法の解釈を提示するのはいささか挫折感を覚える仕事だったに違いない。しかしながら, これだけが説明なのではない。ヤーコ・フォーシュマンは真に権威ある制定法規範の解釈に関する文献を書いている: 彼の見解は超克することが, あるいは疑問を挟むことすら難しいものだった。

法の発展について語るとき, しばしば証拠問題が度外視されている。法的文脈における証拠問題の関連性が周辺的なものだと考えられていることは<一目瞭然>である。そうしてそれにも拘わらず, すべての裁判制度の核心

フィンランド最高裁判所は最近まで、拘束的、抽象的な法規範と理解されるような裁判例を創造することを避けてきた。そしてより一般的に言えば、極めて簡潔なスタイルで正当化された事件〔の裁判例〕を利用することは困難である。1960年代のブリィノルフ・ホンカサーロによる大著が、ごく僅かな事件の資料しか包含していないという事実が注目に値する。事態は私法の領域においても異ならず、そこではアカデミックな研究は主としてドイツ文献(後にはスカンジナビア文献も)に関する議論だった。しかしフィンランドの当時の裁判例は私法に関するものはむしろ少なかった。刑事事件のそれは豊富だったが、その簡潔で具体的な理由付けのためにほとんど有用性がなかった。このような裁判例が法律学の見地から権威あるものとして扱われず、またそうみられなかったのはもっともなことである。

もう1つの問題は、アカデミックな研究が各種の犯罪ではなく、総則の問題に主たる関心を集中していたことである。博士論文およびその他のアカデミックな価値のある著書は、総則問題における理論的論点が学者の関心の範囲内にあったことを明白に示している。古い世代の教授たちについていえば、フォーシュマンは緊急避難について、アーラン・セルラキウスは錯誤について、アーラネン(Allanen)は正当防衛についてそれぞれ博士論文を書いた。ブルーノ・A・サルマイアラ(Burno A. Salmiala)とホンカサーロは手続法について博士論文を書いたけれども、彼らが刑法教授職を得るために書いた著書は総則問題を扱っていた[i]。サルマイアラは共謀について、ホンカサーロは因果関係について書いた。その次の世代すらも同じパターンにしたがった。ボー・パルムグレン(Bo Palmgren)は被害者の私訴権を研究し、ニーロ・サロヴァーラ(Niilo Salovaara)は未遂罪について、インケリ・アンティラ(Inkeri Anttila)は被害者の同意について、レイノ・エリィラ(Reino Ellila)は逮捕について書いた、など。各種の犯罪に関するモノグラフィーは稀であった。詐欺罪に関するエストランダー(Estlander)の著書——教授職を得るために書かれたもの——は、あまり好評でなかった。そしてホンカサーロとアンティラが性犯罪を研究したとき——異なる見地から——、アプロー

として被告人の近親は彼について最もよく知っているということができる。彼の考えられうる意図に関する彼らの意見は、すべての人間は自分の心の領域についてある独占を有するとはいえ、原則として最上の外的知識に基づいている。証人として近親を排除することによって、法はまた証拠の重要な源泉を許容できなくしてしまったのである。刑法典がある諦念を表明しているのは理解しうることである：被告人の故意の範囲がどこまでであったかを見出すことはしばしばむしろ不可能なのである。結果的責任の犯罪もまたこの考えを表現している。この責任は道徳的理由付けのみでなく、故意の範囲の審理における証拠上の困難さにも基づいている。また因果関係に関する知識の相違は19世紀の人々の間では比較的大きかったことも留意されるべきである。愚かさは弁明としてほとんど採用されなかった。

## 5 裁判例と法律学

古い法典の時代遅れの規則のもとで、証拠問題に関するフィンランド裁判所の理由付けは、英米の陪審の一般評決に似てきた。しかしこれが生じた理由は、単に法から全く明示的に乖離することを欲しなかったということだった。裁判所は起訴事実が証明されたと考える——それを反復することをせずに——と判示することができた。そして法の解釈、包摂および証拠評価はしばしば交錯しているがゆえに、これらの問題にもまた簡潔なスタイルを拡張することは容易であった。<sup>(17)</sup>採用された法規範の解釈および／または包摂は証拠評価の空虚な文言の背後に隠すことができた。〈重大窃盗罪に達するような状況のもとで本件窃取が敢行されたことは証明されていない〉と。

自由心証主義は判決の正当化の改善を意味するものと期待されていた。原則として経験に関する科学的法則が証拠評価の法規にとって代わるだろうといわれた。裁判所は適用される経験則を明示的に示すようになることが期待された。しかしそういう事態は生じなかった。裁判所は簡潔なスタイルに馴れており、長い正当化の文章を書こうとはしなかった。状況はしかしながら、1980年代以降やや改善されている。

権限を与えたのである。これはもし経験則が明白なものであるならば危険なことではない：例えばくある者が他の者を猟銃で2メートルの至近距離から射つとき、前者は後者を殺す意図を有している>というように。この場合は殺人の高度の蓋然性が誰によっても認識され、かつ是認されていると想定することが正当化される。しかし、もっと困難な解釈問題についてはどうなのか？ 法によれば、有罪判決は<恣意ではなく、理性〔事実〕と法に>基づくものでなければならない。これは1920—30年代のフィンランドにおける政治的正義を扱ったラーシュ・ビョーネ (Lars Björne) 教授の著書の題名である。そこでは法の前の平等について語ることはできない。<sup>(16)</sup> 極左の活動は極めて厳しく取り扱われた——すなわち<反逆罪の予備>の罪の著しい拡張解釈の方法によって。同時に極右の非常に問題のある活動は裁判所によって広範に許容された。もちろんこれは裁判所の政治的態度の表現だった。白系と赤系との間の内戦(1917—1918年) [h] 余波の時期の、そしてソ連の周辺における共産主義が恐れられたのである。証拠の評価または法の解釈のような問題については何も説明しない。しかし当時効力を有した証拠規則は、犯罪の客観的構成要件について裁判官に恣意性に至るまでの自由な方法で観察できる事実を解釈させることに焦点を当てていた。そしてそれがまさに、フィンランドの裁判所が1920—30年代において、真のまたはそう考えられた共産主義者に関して行ったことなのである。共産主義への共感——それが証明されれば——、そして彼らの親族との接触は<反逆罪の予備>に分類された。明らかに共産主義者はその教説に忠実であれば反逆罪の予備行為を行うという経験則から出発したのである。具体的な事案において裁判所はこの解釈問題に正当な関心を払うことを怠った。「行為」のための具体的証拠は必ずしも要求されなかった。共産主義者の態度のための証拠で有罪判決のために十分とされたのである。

証拠法のいかに拘わらず「故意」(mens rea)を合理的な疑いを超えて証明することは困難である。しかし、不適格な証人に関する古い法典の規則は、この困難を一層顕在化した。当事者の近親は不適格だった。偏見の問題は別

度の問題であり、多かれ少なかれ証拠に照らして明らかになるということができよう。われわれはしばしばむしろ純粹の推測について語っているのである——出来事について何も記憶していない酒酔い運転者の場合のように。ここでは推測（3）は（2）を前提とする、そして推測（2）は（1）を前提とする、という一連の推測である。どのようにして、このような状況において〈完全証明〉について語るができるか？あるいは作為および不作為に関するこれらのホリスティックスは、むしろ現実にある有害な効果を惹き起こした犯罪者に刑事責任を科することを目的とする「規範的」モデルなのであろうか？<sup>(14)</sup>

故意に関する大部分の学説は、証拠の理念的状況から出発する一種の机上の智恵だということができよう。証拠問題に直面したとき、彼らの鋭利な分析の用具は鈍刀になってしまう——例えば酔っ払った犯罪者が、結果の蓋然性についてどう評価したか、そしてそれに対してどのような態度をとったかはもちろん、そもそも何をしたかさえ記憶していないとき。フィンランドの権威者たちのうちアーラン・セルラキウス——刑法教授で、フィンランド最高裁判所判事——は、故意と過失とのあいだの差異は、外的な、観察しうる事実から引き出されるべきことを強調した。そうしなければ、克服しがたい証拠問題に直面することになるであろうと。彼は結果の蓋然性が故意と過失との間を区別する基準であることを力説した。<sup>(15)</sup> 彼の見解は往々実証主義的認識論の引照によって説明されている。しかしながら私は、彼は1734年の古い法典の証拠規則を念頭においていたのだと考えるのである。

この法典は自白を証明の女王とみていた。もし被告人が自白しないならば——そのために拘禁されているにも拘わらず——、誰かが被告人の行動を解釈しなければならなかった。しかしこの場合、互いに排除しない2つの選択肢があった。証人に対し被告人の意図についてどう考えたかを尋ねることができた。裁判所はまた、生活と人間に関する一般的経験に基づき自分自身の結論を引き出すこともできた。完全証明に関する法規は事実に関する確実性を強調した——同時にそれは裁判所に被告人の行動を自由な仕方で解釈する

(略称 RB) だった [8]。しかし、スウェーデンの制定法規範はフィンランドのそのモデルだったけれども、両者の実際的機能については若干の重要な相違があるのである (後述をみよ)。

しかし、1889年の刑法典が制定されたとき、半分証明および完全証明に関する証拠規則はまだ効力を有しており、そして一般的にいえば遵守されていた。

#### 4 <心素と体素 (Animo et corpore)>

刑法典は犯罪となる作為または不作為は「客観的および主観的」要件によって構成されるというドイツ法の区別を採用した<sup>(13)</sup>。いまや法定証拠主義理論による古臭い規則がこのよう法律学説にうまく適合しないことは明らかである。証人は事実について証言することができる——しかし裁判官よりも有能なやり方で犯罪者の心を解釈することはできない。完全証明に関する法規は犯罪となる作為または不作為の外的な側面に焦点を当てるのである。

刑法典には犯罪者の犯罪の意図の程度に関する考慮を度外視する若干の傾向がみられた。原因に関する意図がそれに伴う結果に関する責任のために十分とされる、いくつかのいわゆる結果的責任の犯罪が存在した。犯罪者に対して現実の結果を意図していたかどうかを問うことは必要でなかった。1つだけ例をとろう：法典にはいわゆる多数者の犯罪があった。多数者が死または重大な身体の傷害を結果し、誰がそれを現実に惹き起こしたかを認定することができないときは、すべての関与者が同じ仕方で処罰された。

大部分のフィンランドの理論家は、刑事責任に関するなんらかのドイツの学説を採用した——確定的故意、直接的故意[?]、未必的故意の3分法によるフランクの公式は最も強い支持を得た。しかしどのようにして、以下のことを見出し、そして証明することができるのだろうか？ すなわち犯罪者は、(1) 認識していた (2) ある蓋然性をもって (3) 彼はこの蓋然性をどのように評価していたか、(3・1) それを是認していた (3・2) 無関心だった (3・3) 是認していなかった。さらにまた、蓋然性も心的態度もいずれも程

同僚イヨーラン・インゲル (Göran Inger) はスウェーデンの裁判例における自由心証主義に関する研究を行っている。彼は私に対して、スウェーデンではすでに1850年以前、完全証明が要求される場合に法から逸脱するような解釈がなされていたケースが存在する、と語っている。死刑事件においてさえ状況証拠が許容された。フィンランドについていえば、この主題に関する体系的な研究は存在しない。しかしフィンランドではこの発展ははるかに遅れているように思われる。裁判例の発展の研究が困難な理由は、全く単純に以下のようなものである。フィンランドにおいては硬直したリーガリズムのイデオロギーが支配した——フィンランドがロシアに征服されたとき、フィンランドは自己自身の立法 (=古いスウェーデン-フィンランド法) を含む自治権を与えられた [f]。法のための戦いは同時に国民的アイデンティティのための戦いであった。しかし、法は時代遅れのものだったので、しばしばそれから乖離することが必要だと感じられた。証拠に関する法規についてもまたそうであった。けれども、ロシアの要求に対して硬直的なリーガリズムを維持し、同時に「法に反して」証拠をかなり自由に評価することは困難だった。そこでなされたのは、証拠問題に関して単純に全く理由付けを省略するということであった。したがって、自由心証主義の程度を研究するためには、われわれは単に判決だけではなく、裁判所の記録を「徹底的に」読むことを強いられるのである。

完全証明に関する古い法典の法規はゆっくりと、しかし確実に自由心証主義によりとって代わられた。それは1つには裁判所の判決の簡潔なスタイルの仮面のもとに、もう1つには本則に対する〈例外〉を創出する立法的手段によってなされた：これらの例外は裁判所に証拠を自由な仕方<sup>(12)</sup>で評価することを認めた。例外はいったい何が本当の本則なのかを疑わせるほど夥しいものだった。この理由から、われわれは自由心証主義がついに1948年に証拠法の一般原則として導入されたとき、この改革は単に形式的なものに過ぎなかったということが出来る。

フィンランドにおける改革のモデルは1945年のスウェーデン訴訟手続法

もちろん基本的な理念の1つは、誤った有罪判決を防止することであった。この理念の逆の面は、証人の不適格および完全証明に関する規則ゆえに誤った無罪判決が余りにも多いということであった。これは深刻な社会的問題の域にまで達していたということができた——例えば西部フィンランドの若干の地域では、ナイフ強盗の組織が長い間掠奪行為を続けることができた。しばしば被害者は彼の家で殺され、そこに居合せた人々はすべて親族で、したがって証人として不適格とされた。このことは不適格でなくて証言しうる者までも恐怖のためあえて完全な真実を語ろうとしない結果に導いた。<sup>(10)</sup>

しかし完全証明に関する法規は、原則として被告人に不利な完全証明があるけれども、裁判官(たち)は彼が真に有罪であることを確信していないとき、裁判所に有罪判決を下すことを強めたのか？ アンデーシュ・ステーニング(Anders Stening)は法典の規則をそれは有罪のための必要条件を構成するのみで、十分条件ではないというように理解している。彼によれば、法は証拠が形式的に十分であるにしても裁判所がその真実に関する内的確信に反する判決を下すことを強制するものではなかったのである。<sup>(11)</sup>しかし法には彼のテーゼを支持するものはない。法(フィンランド訴訟手続法17章3条)によれば、若干の場合には人的不信頼性を理由に証言の受入れを拒否することは可能であった。しかし法は、この問題は裁判所が証人が宣誓をし、証言を行うことを認める前に解決されることを前提としていた。私見では法源は、裁判所は明白な偽証の場合にのみ証言を拒否する権限が与えられていたという解釈を支持するように思われる。もし証人の明白な嘘言が発覚したときは、フィンランドの古き慣習によればこう叫ぶことが認められた。<炉の風戸を開けよ！>——法廷にいる悪魔が外に出てゆけるように…

警察および法医学のような制度が発達するにつれて、証拠法の時代遅れは明らかになった。このような事態が生じたとき、スウェーデンとフィンランドはもはや1つの連合を形成していなかった；フィンランドは1809年にロシアによって征服されていた。スウェーデンについていえば、現在のところ法定証拠主義の衰退に関する刊行された研究は存在しない。しかしながら私の

評の源泉であることはその者を不適格にした——それにも拘らず、その結果は証拠として許容されたのである。<sup>(7)</sup> さらに状況証拠は、蓋然性のある理由に基づく風評と同等であるとみられた（どのようにして?）。

中世法におけるように、自白は<証明の女王>であった。被告人に対する十分な証明が存在しないとき、法典は「さしあたりの」無罪および有罪を用いた。彼に対する若干の証明があるときは、彼は「さしあたり」無罪とすることができた (absolutio ab instantia)：新証拠が見つかったときは、再審理が可能であった。少なくとも彼に対して半分証明があるときは、「さしあたり」有罪判決をすることができた、すなわち、このような仕方での自白を引き出すことを望んで投獄できたのである。<sup>(8)</sup> 被告人は監獄に送られた；定期的に聖職者が自白するよう強く説得するために彼を訪れた——彼の首ではないにせよ、魂を救うために。しかしこの種の不定期の投獄は真の有罪判決と刑罰の代用物であった。重大な犯罪について不適格でない証人を見出すことはしばしば困難であった、なぜならば被害者、彼の最近親者および通報者は証言できなかったからである。もっとも彼らは宣誓なしに尋問されることはでき<sup>(9)</sup> きた。しかしこの場合はなんらの証拠にもならなかった。

<法定証拠>主義の制度は、その基礎にある若干の仮説にかんがみ考察されるべきである。第1に証拠の評価に関する規則は、刑事司法の正統性を支えることを目的とする。裁判所が証拠を評価する場合単に確立された規則を遵守し、自分自身の裁量を用いないとき、ひとはなんらの不公平性を想定することができない。(法典には真の意味での裁判上の証拠評価に関する規定も存在していたことも認められるが—例えば記録証拠の評価に関するフィンランド訴訟手続法17章1条をみよ。) 職業裁判官および参審員 [5] が事件について決定するとき——一方の当事者に有利に、他方の当事者に不利に——、法規範を引照することができたということは重要であった。裁判所の構成員と当事者は、今日よりもお互いにもっとよく知り合っていたのだ。社会的相互作用のゆえに、証拠評価が裁量的であるならば、人的接触が証拠評価に不当に影響するかも知れないことが懸念されたのである。

### 3 心性に関する若干の言葉

刑法における啓蒙批判主義の主要な目標は、裁判上の専断的法適用であった。が、1つの面——極めて重要なそれ——は事実認定の不確実性で、それはしばしば全くの腐敗にまでいたるものだった。比較的後になってようやく啓蒙主義の理論家は、彼らの提言の中に自由心証主義を包含するようになった。証拠の許容性、不許容性および推定に関する規則は、公正な裁判のための保障とみられた。しかし、1734年法典においてスウェーデン-フィンランド法典に法定証拠主義が導入されたとき、方法は同じだったけれども問題は異なっていた：すなわち<現状維持>または腐敗に対してではなく、偏見または迷信に反対するものであった。この法典は中世の法典にとって代わるものだった。中世のスウェーデン-フィンランド法における手続は、宣誓および宣誓をする者たちの闘争であった[d]。刑事司法では当事者の一般的な評判が現代人には信じられないような役割を演じた。風評は証拠として受け入れられた。悪い評判は有罪の証拠として——良い評判は反証として——受け入れられたのである。因果関係に関する見解は漠然としていた：呪いは死の原因として可能だと考えられた<sup>(5)</sup>。

1734年法典は若干の面で進歩を示していた。主要原則は欠格事由のない2人の証人が完全証明を構成するというものであった。1人の証人は半分の証明に相当したが、この場合には状況証拠で補強することができ、両者が合して完全証明を構成した。しかし死刑事件では状況証拠は無視することができた；法典の軽罪の部は死刑を多用していたのである。刑事訴訟においては状況証拠のみでは不十分とされた。

しかしながら進歩は、中世法と比較して圧倒的なものではなかった。法典は証人として当事者およびその最近親者だけでなく、犯罪の第1通報者まで不適格とした。犯罪に関する風評を扱った者、および伝聞証人も不適格とされた<sup>(6)</sup>。けれども法は、以下の種類の証拠は許容されるとした：<蓋然性のある理由または被告人に不利な状況に基づく明白な風評が存在するとき。> 風

所は被告人が無罪であるが、しかしそれは訴追側において「証明しなかった」  
だけだとはいわないけれども。極端なケースでは被告人の無実のための証拠  
がなんら存在しないということもある<sup>(3)</sup>のである。

## 2 理念主義か、現実主義か？

1889年の刑法典は法律学の所産である。K. G. エールストレーム (Ehrström) およびヤーコ・フォーシュマン (Jakko Forsman) ——刑法典の主要な建設者たち——は2人とも刑法の教授だった。ヤーコ・フォーシュマンはこの新法典に関する信頼すべき権威ある注釈書<sup>(4)</sup>を書いた。その当時フィンランドの刑法理論は圧倒的にドイツ刑法学に依存していた。このことはその後においてもそうであった；アーラン・セルラキウス (Allan Serlachius) およびブリィノルフ・ホンカサーロ (Brynolf Honkasalo) もまた、異なるドイツ<学派>の信奉者であった——ドイツにはかなり多様な哲学的および心理学的出発点 (カント、ヘーゲルその他) を有するいくつかの刑法学派が存在したけれども。一見したところ、フィンランド刑法典の規定は「理念的」証拠状況を念頭に置いて書かれているように思われるであろう。同様のことがヤーコ・フォーシュマンによる同法典の注釈書についてもいえる。これはそれ自体として理解しうることである。ドイツ刑法学のパラダイムは、法の学問的解釈に関連する証拠問題の研究を包含していなかった。さらにこのことは、ローマ法に起源を有するパンデクテン法伝統に遡る。ローマの法律家以降、法律学は事実問題に対してある種の嫌悪感を抱いてきたのである [c]。彼らはそれは法律学およびその規範的論証の分野に属しないと考えてきた。証拠問題は法律学に属せず、むしろ常識の管轄領域に——あるいはおそらく除外・忌避、信頼性および推定に関する法規範に——属すると観察されてきたのである。この見解によれば法律学の方法 (それが何であれ) は、事件における事実を確定するために助力を提供するものではないのである。しかしより詳しく検討すると、<心性>すなわち証拠法と規範およびその解釈との間には若干の関係があるように思われる。

のように刑法およびその解釈に影響したか？ を問うことができよう。

事実への態度およびアプローチはすべての刑法の1つの基本的〈心性〉だということができる——アナル学派の用語法を引用するならば。単純化していえば：ある作為または不作為を犯罪化するとき、犯罪を記述し、制裁を選択するとき、捜査し、証明することの可能性がおそらく考慮されるということである。18世紀の英国刑法における死刑の使用の増加は、往々都市化および産業化とともに犯罪が増加したときに、實際上警察力が存在せず、犯人を捕えるチャンスが極めて少なかった状況の中で、どんな犯罪抑止手段も必要とされたという事実を援用することで説明されている——私には正当と思われるのだが。<sup>(1)</sup>同様の発展はスウェーデンにおいても観察されうるのである。

刑法規定をまたはそれについて書くとき、2つの可能なアプローチ、理念的と現実的とがある。理念的アプローチによれば、刑法の出発点は事実に関する疑いが存しないような理念的証拠状況である。現実的アプローチは例えば、犯罪の記述をするときそれが随伴する証拠上の問題を考慮に入れることを意味する [b]。この場合には個々の証拠が許容性を有するか、有しないかに関する可能な規則について想定することになり、そうして推定が犯罪の記述に影響するかもしれない。ここで十分な証拠(証明度)の基準を除外してはならない。全く単純に言えば：具体的な決定状況においてさまざまな規範はどのように機能するのだろうか？ その規範は利用しうる証拠にかんがみ十分に確実には答えることができないような困難な問題を前提としているのか？ もしそうであれば、証明責任規則に頼らなければならない——1734年法典の訴訟法はまだ「さしあたりの」の無罪または有罪(以下をみよ)を含む若干の〈中間的な〉規則を有していたけれども。刑事訴訟において訴追側はその事件に関する証明責任を負う。もし十分な証明ができないならば、被告人は無罪とされる。本証の弱さもありうべき反証のいずれも〈無罪〉という決定選択肢を結果する。<sup>(2)</sup>フィンランド法はこのことを刑事事件における判決は有罪または無罪でなければならぬということによって表現している——裁判

## 翻 訳

# ハンヌ・ターパニ・クラミ「フィンランド証拠法の 発展と現況——スウェーデンと対比しつつ——」

萩原金美 訳

## 1 規範と証拠——問題点

法発展の1つの重要な側面は、法における事実へのアプローチである。この面での変化は法規範および法の研究にどのように影響を与えるか？ つまりそれは、関連性を有する事実は法規範に依存するからである。法規範は法的意思決定のためにどんな事実が関連性を有するか、そして事実ははいかにして認識されるか——例えば裁量および／または評価を用いて——を定める。事実の確定に関する証明上の規範が法規範の内容および機能に関連があることは明らかである。法規範は事件における多かれ少なかれ確証された事実と対比されるとき具体化されるということができよう。

事実と規範との間には一種の弁証法的関係がある。法的決定の事実的前提は、一方において法規範に依存するけれども、また法的に証明されうる事実にも依存しているのである。

フィンランド刑法典は1889年に制定された。それは今なお適用されている；もちろん数回にわたり改正されたが。それが制定された当時は、いわゆる法定証拠主義がまだ支配的だった。現行の証拠法はそのころ1734年のスウェーデン-フィンランド統一法典のなかに規定されていた [a]。1948年に同統一法典の証拠法規は自由心証主義によって代わられた。そこでわれわれは、  
a) 刑法典はどのように証拠規範を反映しているか？ b) この変化は、ど