

# 餅を描く判事

——遠藤国賠事件に即して——

宗岡嗣郎

## 一 ある最高裁逆転無罪判決

最高裁判所第二小法廷は、ある業務上過失致死被告事件につき、高裁判決を破棄自判して、無罪の判決をだした<sup>(1)</sup>。事件そのものは、複雑なものではなく、むしろ日常的に生じている交通事故である。一審新潟地裁・二審東京高裁はいずれも業務上過失致死罪の成立を認めたが、最高裁は、一・二審判決が「それぞれ証拠の評価を誤り、判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認を犯したものといわざるをえず、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」と述べて、被告人を無罪とした。

最高裁によれば、一・二審が認定した「事実」の概要は次のとおりである。「被告人は、昭和五〇年十二月二〇日午後九時二三分ころ、業務として普通貨物自動車を運転して、国道四九号線を新潟市方面から会津若松市方面に向かい時速約四〇キロメートルで走行中」に、「折から酩酊してセンターライン付近の進路上に横たわっていた被害者に気付かず、自動車右側前・後輪で同人の頭部から胸部にかけての部分を経過して、同人を即死させた」というもので

ある。これに対し、被告人は、「第一審以来、被告人車は事故現場を無事に通過したのであり、轢過車両は後続車である」と主張していた。被告人の普通貨物自動車が被害者をひき殺した「轢過車両」であるか否か、この事実問題が争点であった。

私は、訴訟資料をもたないので、この事件の事実<sup>①</sup>、そのものを検証することはできない。私がここで考察したいのは、この事件について一・二審が「どのように」犯罪事実を認定したのかということであり、最高裁第二小法廷が「どのように」それを否定したのかということである。そして、最高裁が一・二審の認定を否定した後、舞台は国賠訴訟に移ったが、国賠一審判決が「どのように」刑事一・二審判決を検証したのかということである。事実そのものではなく、事実認定の「論理」、あるいは事実をどうみているのかということ、つまり「現実のみかた」が考察の対象である<sup>②③</sup>。

最高裁は刑事二審の有罪判決を「破棄しなければ著しく正義に反する」としたが、それほど「正義に反する」判決に対しても、国賠一審判決は「国賠法上の違法を認めなければ著しく正義に反するとまではいえない」といった。それによれば、国賠法上の違法があるためには、「著しく不合理な事実認定、すなわち、普通の裁判官の少なくとも四分の三以上の裁判官が合理的に判断すれば、当時の証拠資料・状況の下では到底そのような事実認定をしなかったであろうと考えられるほど著しい事実誤認をした場合に初めて、違法というべき」である。この論理でいえば、刑事一・二審判決の事実認定は、ごく普通の裁判官がごく普通におこなっている事実認定の枠内におさまるものであり、最高裁判決は、ごく普通の裁判官が日常的におこなっている事実認定のレベルを超えるものだということになるのだらう。しかし本当にそうなのか。このことを考察するために、最高裁の事実認定と刑事一・二審判決の事実認定のありかたを示して、国賠一審判決が想定する「ごく普通の実事認定」とはどのようなものかを検証しておこう。

最高裁によれば、刑事一・二審判決には「ややニュアンスを異にする理由説示を含む」けれども、基本的には、二審判決は「第一審判決の事実認定を是認し」ている。すなわち、①犯罪捜査および公訴の提起をうけて、②事故現場と被告人車の位置時差関係につき「事故現場を通過した関係各車両の通過時間・擦れ違い地点等」の検討から「被告人車を轢過車両と考えざるをえない」こと、③「鑑定により被告人車の右後輪等には被害者と同じO型の人の血液と毛髪が付着していたと認められる」こと、④それらの付着物は右後輪に「被害者の出血部位が触れることによって形成された」こと、⑤「現場付近で異常走行を体験した旨の被告人の捜査官に対する供述は信用できる」こと等から、「被告人車が轢過車両であると認定」したのであった。ところが、基本的には刑事一・二審判決と同じ資料から、最高裁は右の各点(①)⑤について疑義を提起し二審判決を破棄した。そこで、最高裁判決と刑事一・二審判決の事実認定の論理を比較検討するための素材として、争点となった主要な証拠を最高裁判決から取りだして列挙しておく。

## 二 問題となった証拠の列挙

### ①轢過車両の特定と公訴の提起

1・1 昭和五〇年十二月二〇日、被告人車は、新潟市方面から事故現場を通過後、現場から会津若松方面へ約二六キロメートル走行した西会津派出所前で、約五分間、本件轢過車両を発見するための交通検問を受け、「被告人車も懐中電灯によって観察している」のに、異常なしとして通過を許された。

1・2 事故の二日後、検問記録にもとづく「車当たり捜査」のため、警察官が勤務先を訪れ、勤務先および岩沼警

察署において被告人車を検分し、右後輪タイヤ外側面に幅約二〇センチメートル、長さ約一九センチメートルの血痕様付着物（資料「1」・資料「3」）が発見され、そこに塗り込められた状態で付着していた毛髪様の物二本（資料「2」）、さらに、右後輪後方の泥除板に付着した血痕様付着物（資料「5」）、右前輪シヨックアブソーバー下部ステーに付着の毛髪様の物（資料「4」）が発見された。

1・3 勤務先である工場の責任者は、右の勤務先での自動車検分では「付着物の発見はなかったと供述している」<sup>（注1）</sup>。  
1・4 昭和五〇年一二月二三日、被告人は警察官の取調べを受け、右後輪付着物が入血であると告げられた後、

「現場付近で異常走行を体験した記憶があり、自分が事故を起こしたのかもしれない旨の供述を始め、翌二四日には現場付近で指示説明し、自分が事故を起こしたことは間違いないと供述」<sup>（注2）</sup>した。

1・5 昭和五一年一二月六日、検察官の取調べでは、異常走行体験供述は「仮定の話」であるとして撤回したが、「専門家が被告人車に付いていた痕跡を人の血や毛に間違いないというのであれば、右後輪でひいているのかもしれない旨供述」した。

1・6 資料「3」は被害者と同じO型の人血であり、資料「2」および「4」は人の毛髪である旨の（新潟県警察本部鑑識課技術吏員）Yによる鑑定など<sup>（注3）</sup>、被告人車の痕跡と本件事故とを結びつけるような鑑定結果があった。

（注1） 最高裁が引用するこの供述がどこで誰に對してなされた供述なのかは不明である。

（注2） この体験の供述内容は「走行中、急に車の状態が後から何かに車を引っ張られるように……進行が感じ」て、「車の後ろの方がバウンドした状態」となった、というものである。

（注3） なお、「など」とあるのは、ラジエータコアサポータやラジエータシユラウドにあったとされる布目痕について、

被害者が着用していたポロシャツの布目痕と一致するという捜査段階でなされた鑑定のことを指す。これについて、最高裁判決は、「検察官は第一審においてはその本件事故との関連性を主張していたが、被害者が路上に横たわっているところを轢過されたと認める以上は、被告人車のそのような部位に被害者のポロシャツが接触するとは考えられない」と述べている。

## ② 事故現場と被告人の位置時差関係

2・1 被告人は、一貫して、事故現場から一三〇メートル会津若松市寄りにある「Aタクシー」の看板付近で、バスと擦れ違ったと供述している。なお、路線バスの運転手は、新潟市方向に運転中、事故現場で被害者が横臥（生存）している情況を目撃している。

2・2 現場周辺には「Aタクシー」の看板と見誤るようなものはない。

2・3 本件事故の発見者Nは、事故現場から二キロメートル会津若松市よりの地点から事故現場までの間に、事故現場から四五〇メートル会津若松市よりの地点で、トラック一台だけと擦れ違ったと供述している。

2・4 被告人は西会津派出所前で五分ほどの検問を受けているが、被告人車と入れ違いに（後続して—宗岡補）検問場所にさしかかったYは、事故直後に新潟市方面から現場に至り、他の車両とともに事故処理を待った後、先頭となって会津若松市方面へと発進し、検問場所まで他の車両を追い越すことも、逆に他の車両に追い越されることもなく走行したと供述している。

## ③ 右後輪付着物及びその鑑定

3・1 〈Y鑑定1〉資料「3」は、捜査段階で鑑定されており、鑑識課技術吏員Yが昭和五〇年十二月二三日宮城県警察本部鑑識課において、ロイコマカライト緑テストにより血痕の予備試験をした結果陽性であり、その

際、宮城県警察本部技術吏員Tが沈降素反応重層法による人血検査をしたところ、人血であるとの結果が出た。その後、Yは新潟県警察本部鑑識課に帰って検査を実応し、フィブリン平板法及び解離試験法により、それぞれが人血であること及び血液型がO型であることの結果を得た。

3・2 〈Y鑑定2〉Yは、被告人車ショックアブソーバー下部から採取された肉片様の物についても、人の肉片であり、血液型はO型であると鑑定している。

3・3 〈Y鑑定3〉資料「2」は引き抜かれたと思われる人頭毛髪と認められ、資料「4」は引き抜かれたか切断された人の眉毛又はまつ毛と思われるが、人の性別は不明であり、血液型検査は実施されていない。

3・4 資料「5」は、昭和五〇年一月二二日に被告人車の右後輪泥除板付着の血痕様の物から採取したものであるが、Yが翌二三日に被告人車から資料を採取する際にその同じ血痕様の物につきロイコマラカイト緑テストを実施したところ、陰性の結果が出ている。

3・5 〈F鑑定1〉第一審において、昭和五三年七月から一〇月にかけてF教授により鑑定が行われ、資料「3」（Yらが検査していなかった部分）について、いわゆる輪環反応法（当時一般的に行われていた人血試験）により血痕判定をした結果、人血の証明は得られなかったとの結論が出された。

3・6 〈F鑑定2〉F教授は、被告人車のショックアブソーバー下部から採取された物は「人に由来する組織片でない」と鑑定している。

3・7 〈F鑑定3〉資料「2」「4」はいずれも毛髪で血液型はO型。しかし、どの部分の毛であるか、自然脱毛かどうか、同一人に由来するのかどうか、性別・年齢などの判定はできない。被害者の毛髪であるとして矛盾はないが断定はできない。

3・8 〈K鑑定〉第一審では、次いで、昭和五四年五月から九月にかけてK教授による鑑定が行われ、資料「1」

「5」について、顕微沈降反応法（K教授によって開発された新しい人血試験）及び型的二重結合法により血痕鑑定をした結果、いずれも人血で血液型はO型であると推定されるという結論が出された。

3・9 K教授は、本件検体が非常に薄まっていること、検体に含まれる血痕がピコグラム（一兆分の一グラム）単位のごく微量なものにすぎないことを証言している。

④ 轢過態様と付着物との関係

4・1 轢過車両のタイヤの路面等に付着した血液はタイヤの回転する毎に路上に残るはずであるが、現場付近には、現場保存は良好であったと窺われるにもかかわらず、そのような痕跡は見当たらない。<sup>（注）</sup>

（注） 轢過態様と付着物との関係については、第一審において三本の鑑定があるが、刑事一・二審判決がこれらをどう評価していたのかは不明である。また、最高裁判決にも、国賠一審判決にも、各鑑定の内容は全体的に示されていない。ここでは、最高裁が引用しているE教授による鑑定書の一部分だけを示したが、この部分がどのような文脈の中にあつたかは不明であり、これに対する刑事一・二審判決の態度もわからないので、後の考察には使用しない。

⑤ 異常走行体験供述

当然のことながら体験自体についての客観的証拠はなく、供述そのものの内容についてはすでに示したので（1・3—注2）、ここに列举すべきものはない。

### 三 事実をみる視線―最高裁判決の論理と刑事一・二審判決の論理

こうして列挙した証拠を一覧すれば、刑事一・二審判決で示された事実認定には、あきらかに問題点を指摘しうる余地がある。なによりも犯罪を証明する直接証拠があげられていない。それに近いものとしては、資料「1」「2」「3」「4」「5」があるが、そのどれも、後述するように鑑定結果が一致していないということを別論としても、被告人車が轢過車両だと断定するだけの証明力を欠いている。こういったことが右の列挙から了解できるだろう。もっとも、列挙そのものが最高裁の破棄判決に依拠しているのだから、そうなるのはあたりまえだということになるのかもしれない。しかし、そのことを差し引くとしても、問題点はあまりにも明白である。そこで、単刀直入に、この事件の核心部にはいり、被告人車の右後輪に付着していた物は何かという点について、刑事一・二審判決と最高裁判決の「事実のみかた」から検証作業をはじめよう。

すでにみたように、右後輪タイヤ外側面に、幅約二〇センチメートル、長さ約一九センチメートルの血痕様付着物が発見された。後に発見場所が大きな争点となるが、ここでは、その一部を保存したのが資料「1」と「3」であったことを確認しておく。そして、資料「1」については、K鑑定がO型の人血とし、資料「3」については、Y鑑定がO型の人血とし、F鑑定が人血と証明できないとした。この事件の性格上、後輪外側面から発見された血痕様付着物こそ、審判の結果を左右する最大の物証であった。それぞれの鑑定をどう理解すべきなのか。このことが重要なポイントになるだろう。

さて、刑事一・二審判決は、あきらかにY鑑定とK鑑定に依拠している。これに対して最高裁はF鑑定の意識して



いる。この場合、どちらの鑑定結果が正しいのかを問う前に、次の二点を確認しておく必要があるだろう。第一に、それぞれの鑑定は、同じ物を検体にしたわけではないので、厳密に言えば、鑑定結果が分かれたとはいえないということ。したがって、第二に、それぞれの鑑定結果をひとつの平面に置いて、単純に科学的理由にもとづく分析結果の相違として位置づけることはできないということである。この事件に即して具体的に言えば、検体はタイヤ側面のかなり大きな血痕様付着物から採取されたのであり、事実認定上の最大のポイントは、この付着物が被害者を轢過したときに付着したのかどうかという点にあった。裁判官に求められている判断は、被害者の頭部から胸部にかけて残された「現実の轢過傷」と「この付着物」との関係がどうなのかということなのである。もちろん、毛髪様のもの二本（資料「2」）とともに、資料「1」と「3」は「この付着物」から採取されたものである。その意味では、資料「1」と「3」から取りだされた「検体」は「この付着物」の一部であり、あきらかに両者は無関係ではない。したがって、検体を鑑定すれば、少なくともある程度までは「この付着物」の内容がわかるだろう。そのとき、はじめて、この付着物の現実的な意味を「解釈する」ことができるのである。鑑定はそういう意味をもっていたのである。

ところが、刑事一・二審判決は、Y鑑定とK鑑定を採用して、その鑑定結果が有罪の有力な根拠とされたのであった。ここには「鑑定の解釈」はまったくみられない。しかし、たとえ資料「1」と資料「3」がO型の人血を「含む」ものだとしても、それだけでは、被害者の「現実の轢過傷」と「この付着物」との関係はまだほとんど「みえてこない」はずである。Y鑑定もK鑑定も、少なくとも判決から読みとることのできる鑑定結果だけでは、最大のポイントである両者の関係性について、ほとんど何も示していない。最高裁はK教授の証言（3・9）を引いているが、それによれば、「検体に含まれる血痕がピコグラム（一兆分の一グラム）単位のごく微量なもの」であったという。どうしてこれほど微量なのか。被害者の轢過傷は事実としてはつきりしているが、この現実の轢過傷をみると、資料

「1」と「3」に関しては、なぜこれほど微量な血液だけが、それも右後輪の外側側面にだけ付着したのかということが「解釈」の対象となるのである。この解釈がなければ、最高裁がいうとおり、「肉眼で血痕のように見えた右後輪付着物の大部分は人血以外の物質であり、K鑑定の時点では新開発の顕微沈降反応法以外の検査法では検出されないほどの極めて微量の人血が非常に薄まった状態で右付着物に含まれていることを示しているにすぎない」ということがあきらかになっただけである。つまり、これだけでは、被告人車が轢過車両であること、このことはまったく証明されていないのである。

もちろん、刑事事件および国賠事件の判決からも、現実の轢過傷がかなり特殊なものであったことは推測できる。轢過車両が被告人車であったか否かは別論としていえば、事故の現場保存が良好であったにもかかわらず、血痕が路面に残っていない（4・1）。このことも、資料「1」「2」「3」を含む「血痕様付着物」の付着機序を解釈するうえで重要な論点となりうるし、また、そもそも「血痕様付着物」の大部分を構成する物質は何かという疑問とも結びつくだろう。最高裁はこの点を鋭く衝いている。「K鑑定によっても、右後輪付着物の大部分は人血以外の物質であって、極めて微量の人血が非常に薄まった状態で含まれているとしか認められない」のであり、「被害者の出血部位が直接触れることによって右後輪付着物が形成されたのであれば、このように微妙な血痕鑑定の結果になるとは到底考えられない」と。こうして、最高裁は、「事故現場の痕跡、被害者の事故の直前直後の位置・姿勢、死体・着衣等の損傷の部位・程度及び被告人車の構造などから、被告人車を轢過車両と仮定した場合に推定される轢過態様の考察からも、被告人車の右後輪付着物を本件事故に由来する血痕であると認めるには疑問が残る」と指摘したのであった。最高裁判決と刑事一・二審判決では、単に鑑定結果をどうみるかということではなく、事実をみる「みかた」つまり「視線そのもの」が異なっていることに注意すべきだろう。検体に血液が含まれているのか否か。これはたしかに

重要な問題である。だから鑑定結果を軽視すべきではない。しかし、より重要なことは、この事件全体に対して、この検体がどういう現実的意味をもっているのかをきちんと把握しておくことであろう。被告人車の右後輪の外側面にかなり大きな付着物があつた。事故との関連が問われるのは当然である。しかし、あくまでも、それは「事故」と「付着物」との現実的な関連においてのことである。事故は轢殺であり、轢過との関係を意識しておれば、かりに血液が問題になるとしても、それはかなりの量になるはずである。ピコグラムの単位ではないだろう。さらに、かりに毛髪様の物二本（資料「2」）が問題になるとしても、そしてそれがO型の毛髪であるとしても（3・7）、なぜ二本の毛髪だけが血液以外の付着物に「塗り込められた状態」（1・2）で残されたのか。こういった事柄が「解釈」を待っているのである。

刑事一・二審判決には、この「事実への問い」が決定的に欠落している。後に、国賠一審判決は、刑事一審判決もそれなりに詳細な分析をおこなっていると述べ、刑事二審判決にも控訴審としての機能が働いていたと弁護しているけれども、「事実への問い」あるいは「現実の解釈」という角度からみるかぎり、その認識は完全に「見当はずれ」だと思ふ。刑事一・二審判決が検証しているのは「血液が含まれていたか否か」ということでしかない。つまり、刑事一・二審判決が「みている」のは、事件「全体」を構成する「部分」であり、事件の現実から「取りだされた」ものの「加工された」ものとして、文字どおりの「検体」でしかない。検体は鑑定の対象であつて審判の対象ではない。審判の対象は事件の「現実」である。そして、裁判官は、この「部分」と事件「全体」の事実関係とのかかわりにおいてのみ事件の現実を解釈することができる。解釈者は、事件全体とのかかわりで部分的事実をみつめ、部分的事実の解明をつみあげて事件全体をみつめるのである。刑事一・二審判決の事実認定には、この解釈構造、つまり事件全体と部分的事実の間を循環し相互にフィードバックする「視線の往復」が欠落していたのである。

しかも、最高裁が一つ一つ疑義を提起していったように、刑事一・二審判決の事実認定は、この部分的事実の解明にも成功しているわけではない。「視線の往復」が欠落しているので、事件全体の現実から部分的事実をみつめるところができず、そのため事実認定を「事件の現実」から完全に浮き上がらせる致命的な欠陥がある。このことは、ピコグラム単位の血液にこだわって、「事故」と「付着物」の関係というこの事件のいわば核心の部分が背後に退き、抽象化されていることからわかるだろう。事件全体からみれば、重要なことは「何が付着していたのか」という点であり、鑑定に「血液以外の物質」だと記された「付着物の大部分は何か」ということこそがポイントなのである。それがわかれば、付着物と事故との関係も自ずと判明することになる。たしかに「部分から全体へ」とつなげていく視線は必要である。しかし、同時に「全体から部分へ」とフィードバックする視線がなければ、事件の現実をみることはできないだろう。

解釈には事件全体と部分的事実の間を循環する「視線の往復」が必要である。この「解釈学的循環」がなければ、認定事実相互間の現実的な関係性をとらえることができず、事実のもっている有機的な統一性が見失われてしまう。その結果、現実にはありえないことが「事実」として認定され、事件の全体像が決定的に歪められるのである。ここでは「罪となるべき事実」は、現実から遊離してしまい、裁判官の観念的な「創作物」「物語」となってしまう。たとえば、本件でも、刑事一・二審判決は次のような認定をしている。①事故現場と被告人の位置時差関係をみれば（2・1）、被告人にはアリバイが認められるけれども、刑事一・二審判決は被告人の供述の信用性を否定している。また、②事件当日の交通検問において、右後輪外側面の血痕様付着物は発見されなかったが（1・1）、刑事一・二審判決ともに「見過ごされることはありえないことではない」と判断し、検問時点で付着物はあったとしている。他方、③この事故の発見者がトラック一台だけと擦れ違ったという供述（2・3）はそのまま採用され、④事故直後に

新潟市方面から現場を通過し、被告人に後続して検問をうけたYの供述（2・4）も採用されて、「被告人車が轢過車両であることを否定できない」という結論が導かれている。要するに、無罪が推定されうる場合には、これを「すべて消極的に」判断し、有罪に結びつけることができる場合には、それを「すべて積極的に」判断するのである。これは解釈ではなく人為的操作だというべきだろう。普通の生活者であれば、生活世界の経験に照らして、こういう事実認定が現実性をもちえないことはすぐにも気づくだろう。

たしかに、事件の有機的な統一性を意識することなく、①～④までの事実を一つ一つ「切り離して」取りだし、それだけを判断の対象とすれば、そのいずれについても、肯定的に解することも否定的に解することもできる。刑事・二審判決がおこなったように、①②を否定的に判断する可能性はあるし、③④を肯定的に判断する可能性もある。しかし、それはあくまでも、一つ一つを切り離して取りだした場合の「可能性」でしかない。だから、その一つ一つには、別の可能性判断も成り立つ。現に、最高裁は、①②を肯定的に、③④を否定的に判断する「可能性がある」と指摘している。「可能性」ということでは、実際、どのようにでもいえる。しかし、現実の問題として、これほどうまく、無罪が推定されうる場合には「すべて消極的に判断すること」が現実と一致し、有罪に結びつけることができる場合には「すべて積極的に判断すること」が現実と一致するというような「現実」は私たちの生活世界にはありえないことである。現実にはありえないことが「罪となるべき事実」として堂々と記述されているのである。

私は、「解釈」という知的営為から、一切の「可能性」を排除することはできないと思うし、また排除すべきでもないと考えている。有機的統一としての「現実」を思考の上で、「分解」し「再構成」することは必要であり、そこには、かならず「可能性」が介入する。しかし、それはあくまでも「思考上」のことであって、そこを意識することなく、一つの統一的な現実である「事件」を個別的な「事実」に分解し、一つ一つの分解され切り離された事実を「可

能性」でつないでいけば、事件の解釈は現実から完全に遊離してしまうことになる。だから、個別的事実を解釈するために、たとえ「可能性」の論理が必要であっても、それは、事件の「統一的な現実」によって制約され特殊化されたものでなければならない。ところが、わが国の裁判官は、事実や法の解釈において無制約に「可能性」をもちこみ、それが現実に制約されていることをほとんど意識していない。なぜだろうか。現実から遊離し、現実の制約からはなれてしまえば、事実認定そのものが相対化されて、適法な事実認定と違法な事実誤認の限界が流動化することになる。そのため、一方では、現実にはありえないような事実認定が可能となり、他方では、事実誤認に対する裁判官の責任が隠蔽されることになるのである。生活世界の現実から切り離された法的世界にとびだすことこそ、裁かれるものにとっては、審判からの疎外をもたらす根源であり、裁くものにとっては、審判における誤判の責任を遮断する防衛線である。そのことを国賠一審判決に即してみておこう。

#### 四 遠藤国賠事件第一審判決

本件国賠訴訟は、公訴提起から逆転無罪判決までの一四年間に被った損害に対して、国に対しては国家賠償を、起訴検察官・第一審・第二審の刑事裁判官らに対しては個人賠償を求めて提起された。争点は多岐にわたるが、ここでは、論点を刑事一・二審における審判の違法性、とりわけ「事実誤認」の違法性に限定して考察する。まずは、刑事一・二審判決による右①～④の事実認定について、東京地裁民事部がどのように評価したのかを確認しておこう。

①についてみよう。これは被告人車と現場との位置時差関係であるが、被告人の供述と路線バス運転手の供述がそのまま採用されれば（2・1）、被告人にはアリバイが認められる。しかし、刑事一審判決によれば、現場と「Aタ

クシー」看板との距離から、路線バスが現場に到達したのは、被告人車が現場を通過した「二三・四ないし三一・二秒」後になり、この短時間の間に、被害者が「道路中央線方向に進出し、事故現場まで少なくとも約二〇メートル以上をぶらぶらとよろけながら、酩酊、歩行して、その場に転倒、横臥」することは経験則上到底考えられないとして、「Aタクシー」の看板付近で擦れ違ったという原告供述の信用性を否定したのであった。ここには少なくとも三つの可能性判断が含まれている。第一に、被害者の事故前後の行動が明確でないにもかかわらず、約二〇メートル以上にわたる距離を歩行して、その場に転倒、横臥した(㉠)と認定していること、第二に、右の行動は泥酔状態でできることではない(㉡)と認定していること、第三に、通常に走行していた被告人が「Aタクシー」の看板を意識していたとは思えない(㉢)と認定したことである。そして、国賠一審判決は、この三つの可能性を個別的に検討して「著しく経験則・採証法則に反する」ものではないとしたのであった。

㉢をみよう。刑事一・二審判決とも、右後輪外側面の血痕様付着物が事件後の検問によって発見されなかったことにつき、「ありえないことではない」とした。国賠一審判決は、検問当時、検問警察官が「事故態様を正確に把握していなかった」ため、通常の事故態様を想定して「主に原告車両の前面を中心に見分し」たので「右後輪付着物の付着部分である後部車輪部分の見分を疎かにした可能性がある」と指摘したうえで(㉣)、このことは、最高裁判決が疑問を抱くほど「著しく経験則・採証法則に反しているとは認められない」と述べている。なお、付言しておけば、この付着物の発見された場所につき、被告人の勤務先なのか警察署なのかはつきりとしないので(1・2)、二審公判で大きな争点になった。刑事一審判決はこの点を明確にしていなかったが、刑事二審判決は、「付着物の発見はなかった」という勤務先責任者の供述(1・3)を斥け(㉤)、被告人の勤務先で発見したという複数の警察官の供述を採用して(㉥)、付着物の発見場所を被告人の勤務先とした。これに対して、最高裁は疑問を強く指摘したが、国賠一

審判決は「証拠物と見られるものを発見した場合でも、常に、その発見場所において直ちに押収手続が行なわれるものでなく」「場合によっては、最寄りの警察署等において押収手続をとることもあり得る」として（ト）、刑事二審判決の認定が著しく不合理だとはいえないとした。

㉔に移ろう。刑事一審判決は、事故の発見者Nの供述（2・3）を採用し、「Nが最後に擦れ違った車両について、対向車両はZ魚屋付近で擦れ違った一台だけであり、他になかったと認定し」た（チ）。これは、刑事一審判決が「Aタクシー」の看板付近でバスと擦れ違ったという原告の供述の信用性を否定した根拠となったものであり、重要なポイントであった。しかし、最高裁破棄判決がいうとおり、この供述は他車の存在を完全に否定しうるものではないだろう。国賠一審判決も、「特別の事情を除いて、対向車の台数、車両の形体等について意識していないのが通常であり、仮に意識していたとしても記憶に残ることはほとんどないというのが常識であって、このような対向車に対する認識のあいまいさを考慮すれば、少なくとも、別のトラックの存在する可能性を払拭することはできない」と述べ、「合理的疑いが残る」部分だと指摘する。しかし、そう指摘しながらも、「経験則上、普通の裁判官の事実認定として同様の手法が採用される可能性を否定できず」、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事裁判官の「行為規範に著しく違反した」と評価することはできない」として事実誤認の違法性を否定した。

㉕も同様の問題を含む。国賠一審判決によれば、刑事一審判決は、事故直後に新潟市方面から現場を通過し、被告人に後続して検問をうけたYの供述（2・3）から、「原告車両が轢過車両であることを否定できない」として、この点からも犯人性を特定したのであった。なぜこのような結論になるのか。最高裁が指摘するように、轢過車がユーターンした可能性もあれば、脇道等を利用して後続車との走行順序を変える可能性もある。しかし、国賠一審判決は、「原告も事故現場から検問場所までは追い抜いたり追い越されたりしたことはない旨供述」していること（㉖）、Yは



「交通量は余り多くなかった、事故現場から検問場所まで追い越しも追い越されもなかった、検問場所についてときに丁度原告車両（と思われるトラック）が発進して行った、事故現場から検問に至るまでに対向車はなかった、国道四九号線には枝道があるが、枝道から入ってくる車も含めて同一方向に向かう車はなかった、途中から入ってくる車を追い越すことがなかった旨供述」していること（ㄨ）、捜査報告書によれば「事故現場から本件検問場所迄は四本の県道が枝分かれしているが、それぞれ、途中までしか開通していなかったり、行き止まりになっていたり、山道でほとんど交通量がなく冬は通れなくなっていたり、道路状況が悪くほとんど車が通らない道であるとの報告がなされている」こと（ㄴ）の三点を挙げて、「原告車両の他に轢過車両があるのではないかという可能性を検証しなかったとしても、本件一審判決の当該認定・判断が著しく経験則・採証法則を逸脱した不合理な事実認定であると認めることはできない」としたのであった。

さて、このようにみただけでも、いくつか疑問が浮かびあがってくるだろう。たとえば、同一人の走行中の記憶であるにもかかわらず、㉠では被告人の供述を採用せず、㉡では被告人の供述を採用している<sup>(4)</sup>。また、対向車との擦れ違い地点の記憶という同一の事柄についても、「Ａタクシー」の看板付近という被告人の供述は採用されなかったが、「Ｚ魚屋付近」というNの供述は採用されている㉢。ごく普通に自動車を運転しているとき、まったく無関係な対向車両と擦れ違った地点を記憶していることはほとんどないので、経験則上㉠を否定することはありえないことではない。しかし、そうであれば、Nの供述も否定されなければならないが、それは採用されている。とくに㉠を採用しない特別な理由、とくに㉢を採用する特別な理由があるのだろうか。被告人のアリバイを否定した理由だけでも検証しておく必要があるだろう。

可能性の問題としては被告人にアリバイが「ある」とも「ない」ともいえる。しかし、はたして、刑事一審判決の

認定した①と②はアリバイを否定する現実的な論拠になりうるのだろうか。たしかに、三〇秒くらいの間に、泥酔者が二〇メートルの距離を歩行し、転倒し、横臥することは困難かもしれない。経験則上「不可能である」ということもできるだろう。しかし、この事件では、現場で被害者がどのように行動して「転倒し横臥」したのかが不明である。「三〇秒」という時間も、バスの運行速度という客観的な基準から割り出したのであろうが、不正確だといわなければならぬし、「二〇メートル」という距離はほぼ完全に裁判官の想定である。つまり、①の認定はフィクションであり、②の認定は、そのフィクションに対する抽象的な可能性判断である。現実を対象にした可能性判断ではない。したがって、①と②から、被告人車両がバスと擦れ違った場所は「Aタクシー」の看板付近ではなかったと認定すること自体に論理的な瑕疵がある。さらに、このフィクションに符合させるために、③を認定している。裁判官の想像①とその想像に合致する抽象的经验則②からみれば、擦れ違い地点が「Aタクシー」の看板付近ではありえなくなるから、擦れ違い地点についての被告人供述は否定されたのである。

私は、先に、「とくに④を採用しない特別な理由、とくに⑤を採用する特別な理由があるのだろうか」と述べたが、要するに一審はフィクションを想定して、被告人供述の信憑性を否定したのである。これでは、「現実」に対する「解釈」とはいえないし、「事実」の「認定」ともいえないだろう。ところが、これに対して、国賠一審判決は「この事実認定が原告のアリバイを否定するためのものとしては仮説を含んだもので、依然、疑問が残るといわざるをえないが、著しく経験則、採証法則に反するものと解することは相当でない<sup>(5)</sup>」とした。しかし、現実が存在したか否かが確認できないシチュエーションが想定され、それを基準に供述の信憑性を判断することが許されるならば、刑事事件の事実認定と推理小説のアリバイ崩しが同列のものとして論じられることになる。そして、こうなれば、審判の対象は現実だという刑事裁判の根本的な前提はくずれ、審判結果に対する一切の批判が「考え方の差」「見方の相違」と

されるだけではなく、事実にもとづく検証そのものが成り立たなくなるだろう。

刑事一審判決の「アリバイ崩し」は、事実の誤認というよりも、事実の捏造である。もちろんそれを故意にしたとは思わない。そうではなくて、現実に対する判断と現実に基づきをもたない可能性判断とが明確に区別されていないために、現実を「みているつもり」でフィクションを「みつめて」おり、現実を判断しているつもりでフィクションを判断していることに気づかなかつたのであろう。ここに本当の「怖さ」がある。実際、刑事・民事を問わず、多くの裁判において、このような現実とフィクションの混同がみられる。たとえば国賠一審判決による①の認定をみればよい。たしかに、捜査の実務において、「場合によっては、最寄の警察署等において押収手続をとることもあり得る」ことだと思う。そのことを否定する法律家は誰もいない。しかし、これはあくまでも「場合によって」のことであつて、この事件の現実として、「この場合」のことではない。現実には「ひき逃げ」死亡事故があり、そのための「車当たり」捜査をしているとき、もつとも疑われていた被告人車の右後輪外側面に「血痕様付着物」が発見されたのである。普通の捜査官であれば、その場で、ただちに、現状のまま、その車両を保存し、被告人あるいは第三者である工場責任者に確認をもとめ、できれば記録にとどめようとするだろう。ところが、現実には、その種の保存行為が一つとしておこなわれていないのであつて、裁判官は、まさにここで「なぜおこなわれなかつたのか」という「現実の解釈」に直面するのである。これは②の認定にも影響を与えるだろう。「場合によっては」ということではなく、なぜ「この場合に」、そのような処置がおこなわれなかつたのかを問うこと、これが解釈者の課題なのである。現実の問題としては、この点を検証することなしに、勤務先責任者の供述③を斥け警察官の供述④を採用することはできないはずである。「場合によっては、……あり得る」ことだから、その認定は「著しく不合理であるとはいえない」のであれば、判断対象が現実から遊離してしまい、どれほど恣意的な事実認定でも許容されることになるだろう。

現実から遊離すれば、どのようなことでも考えることができるし、主張することもできる。しかし、私たちは生活世界の「現実」の中で生きているので、そのような「考え」や「主張」が現実と一致しないことを誰でも知っている。私たちは、現実を生きることによって、つまり現実に制約されることによって、現実が私たちの「意のままにならない」ことを知っている。ここに私たちの恣意を超えた「経験則」が成立する。「経験則」とか「採証法則」といえば、なにか訴訟法上の特殊な専門概念だと錯覚するかもしれないし、現に多くの法学者や実務家がそう錯覚しているけれども、それは、私たちが日常生活において使用している「経験則」と異なるものではないし、また異なるものであってはならない。「経験則」は私たちの生活世界の現実の中で成り立っているものであり、日常生活において普通におこなわれている「現実のみかた」についての法則である。そして、この点からみたとき、刑事一審判決が捜査記録㉔と被告人およびYの供述㉑㉒を認定することによって、そのことから、約二六キロメートルの区間、被告人車とY車の間に第三の車両はなかつたと断定したことには「おどろき」を禁じえないのではないだろうか。むしろ、最高裁がいうように、それだけの区間距離があれば、ユーザーする可能性や走行順序を変える可能性があったと考える方が日常生活の常識に一致するだろう。生活者ならば、誰がみても、㉑㉒の採用は、第三の車両が存在した可能性を排除するものではない。国賠一審判決は、この点についての最高裁の疑義提示をとらえて「理想的なあるべき刑事裁判の姿を示している」と述べたが、私たち生活者の目からみれば、むしろ最高裁判決の指摘は日常生活における「現実のみかた」そのものであり、「常識」だといえるだろう。これを「理想」とみる国賠一審判決こそ、刑事一・二審判決と同じく、日常生活の常識から大きく逸脱しているのである。

くりかえすが、国賠一審判決によれば、刑事一・二審の事実認定は、認定結果ではなく認定手法としてみるかぎり、わが国の多くの裁判官がおこなっているごく普通のものであった。この「ごく普通」の事実認定が日常生活の常識か

ら逸脱している。私はここにわが国における司法の現実が凝縮されているように思う。もちろん、私は、国賠一審判決の指摘とは異なり、この事件の刑事一・二審判決がわが国のスタンダードな判決とは思わないし、わが国の「ごく普通」の事実認定がこれほど杜撰で雑駁なものとも思わない。しかし、最近、このような判決が「目につく」ことは事実であり、現に、国賠一審判決の論理は刑事一・二審判決の論理とほぼ同じものである。彼らはおしなべて「現実」をみていない。彼らの事実認定は現実から遊離している。私たちはこの司法の現実をみすえなければならない。

## 五 餅を描く判事

国賠一審判決は、このように、最高裁で破棄された刑事一・二審判決においても、原告の主張するような「著しく不合理な事実認定」があつたわけではないとした。その際、国賠一審判決は、その「著しさ」の基準として、「普通の裁判官であれば、冒さないのである」と推定される程度を越えて「おこなわれた事実認定、つまり「普通の裁判官」ならば「少なくとも四分の三以上の裁判官」が「そのような事実認定を冒さないであろうような場合」に、はじめて「著しく不合理な事実認定」があり、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事裁判官の行為規範から逸脱した「違法な事実誤認」があるという。刑事一・二審判決の事実誤認は、この基準を超えておらず、最高裁の破棄判決との相違も、ただ「自由心証主義の結果、結論が分かれた」結果にすぎないということになるのである。

ここに可能性判断にかかわる論理のすりかえがあることはすでに述べたが、あらためて注意すべきことは、この基準が「国賠違法」の判断基準として提示されたという点である。事実「誤認」の違法性は事実「認定」の「不合理性」にあり、その不合理性の程度を示したのが右の基準であつた。もちろん、国賠一審判決がこのような基準を提示した

のは、本件国賠訴訟における「原告」と「被告」のそれぞれの主張が「著しく不合理な事実認定」であるか否かを争点としていたことによるだろう。しかし、その点を差し引くとしても、この判断枠組では、裁判官による行為規範からの逸脱だけが違法判断の前面にあらわれ、事実誤認によって被告人が被った権利侵害という現実に対する否定的な法的反価値判断が違法判断に取り込まれることはほとんどないといつてよいだろう。しかも、他の国賠訴訟にまで視野を広げれば、民事不法行為論の影響を受けて、違法判断の実質が「過失」判断に組み込まれて一元化がすみ、国賠違法は、原告にとってはもっとも切実な「権利侵害の現実」から切り離される傾向にある。国家による「賠償責任」の適否という政策的な観点が浮上し、国家不法行為と民事不法行為の本質的な相違が消滅して、国賠訴訟が本来もつべき機能、つまり「国家による人権侵害の弾劾」という核心的な部分が完全に訴訟の背後へと後退してしまうことになるのである。

実際、国賠違法についての通説的な考え方にしたがえば、国賠訴訟は、行使された公権力の違法性を否定することによって国家による人権侵害の現実を隠蔽し、結果的にそれを追認し、警察や検察が日常的におこなっている人権侵害を助長する効果すらもっている。最終的に裁判官が違法性を否定するからこそ、少々の批判があつたとしても、捜査の必要性を理由に、警察官や検察官は被疑者の権利を不当に制約することを躊躇しないのである。本件訴訟には、原告側の訴訟代理人として六五〇名を超える弁護士が参加しているが、ここには、警察や検察による日常的な不法に對し、ほとんど常に「違法とまではいえない」と説示して、それを容認してきた司法官僚への批判があるだろう。あるいは、司法官僚によって、訴訟の場で徹底的に疎外されてきた弁護士たちの思いもあるだろう。ともあれ、六五〇名という数字は、法律家の圧倒的多数が国賠訴訟の現状を「まともなもの」とは思っていないことの証明だといえよう。そして、おどろくべきことに、国賠一審判決を書いた裁判官たちも同じ認識を示したのである。「刑事被告人と

されて損害を被らない者があろう筈がないのであるから、拘禁、非拘禁を問わず、全ての刑事被告人に対して、相應の補償を検討すべきであるとともに、実際には、画餅と化している国賠法の賠償責任に基づく損害補填制度に終止符を打つべく、過誤裁判一般に対する補償制度への道を開くべき時であろう」と。

国賠一審判決によれば、国賠法の実際は、すでに「画餅と化している」のである。ただちに借問すべきであろう。「画餅」としたのは誰か、と。なるほど国賠法には欠陥がある。しかし、実定法に欠陥があり、あるいは時代とともに欠陥があらわれてくることは、実定法規の宿命的性格である。国賠法に欠陥があるのはそのとおりであるが、しかし、それは解釈によって十分に補える程度のものである。国賠訴訟の現実を致命的に歪めているのは、実定法規の欠陥ではなく、国家賠償法の制定以来つみあげられてきた国賠訴訟の判決であり訴訟実務である。つまり、国賠法を「画餅」としたのは、国賠法の解釈であり、解釈者としての裁判官である。

遠藤国賠一審判決を書いた裁判官たちが本当に「被告人とされて損害を被らない者があろうはずがない」と考え、それが現実にとれほど被告人を苦しめたかを実感していたのであれば、このような損害を惹起した「公権力の行使」に対して断固とした法的反価値判断を下すべきであつたろう。そうすることができるともかわらず、彼らはそうしなかった。なぜそうしなかったのか。判決によれば、このような「結果違法」の考え方は、「法が自由心証主義を定めた趣旨を没却する」ことになるという<sup>(6)</sup>。しかし、「自由心証」原理は、裁判官の独立を保障したうえで、裁判官の「自由な心証形成」を認めることが「無辜の処罰」を典型とした国家不法行為の抑制につながるという歴史的経験に支えられたものである。つまり、「自由心証」原理は「イン・ドゥビオ・プロ・レオ」原理の下位規範であつて、その機能をどれほど拡大し誇張しても、結果として生じた「無辜の処罰」につき審判を正当化する機能はもちえないのである。国賠一審判決の論理はここでも破綻しているのである。

刑事一・二審判決は違法である。その法理的な理由は別稿にゆずらざるをえないが、違法論の論理としては、権利侵害の惹起を違法ととらえる結果違法しかありえない。もちろん、たとえ判決が違法であったとしても、それがそのまま国家賠償責任につながるわけではない。国賠法一条一項は「故意又は過失」を要求しているのであって、少なくとも現行法上、「過失」がなければ、国家に賠償責任はない。しかし、当然のことながら、事実認定の領域であれ、法令適用の領域であれ、高度な専門職としての裁判官には、かなり高度な注意義務があることは付言しておかなければならないだろう。この事件の刑事一・二審判決でいえば、あきらかに過失が肯定されるべき事例だと私は思う。すでにみたように、刑事一・二審判決の事実認定は、控え目にいっても、かなり恣意的であり杜撰である。率直にいえば「無茶苦茶」である。具体的な認定の場面において、ありうるかもしれない「事実誤認」を意識し、それを回避しようと配慮した形跡もない。もし、この事例において過失がないというのであれば、民事過失であれ刑事過失であれ、もはや裁判所に過失を認定する資格はないということになるだろう。

- (1) 最判平一・四・二一判例時報一三一九号三九頁以下。
- (2) 東京地判平八・三・一九。判決の全文は「遠藤国家賠償訴訟を支援する会」のホームページにある([www.enkoku.com/index.html](http://www.enkoku.com/index.html))。なお、一審新潟地判昭五七・九・三、二審東京高判昭五九・四・一二、最判平一・四・二一の判決全文もみることができる。
- (3) したがって、被告人の異常走行体験供述のような問題については、この事件のポイントとなる事実であるにもかかわらず、ふれるつもりはない。
- (4) ①で被告人の供述が採用されたのは、すでに事故の発生を「知って」おり、それゆえ「ある程度の緊張感をもって」走行していたYの供述②と一致したからであろう。しかし、このことは事故を「知らず」に通常の走行をしていた被告人の記憶



がかなり正確であつたことを示しており、この点では、「Aタクシー」看板付近で路線バスと擦れ違つたという供述に信憑性を与えるはずである。

(5) 傍点は宗岡。確かに「仮説を含んだもの」だということになるが、これでは、可能性判断を含む認定と変わらない印象を与えるだろう。さすがに官僚の文章だと思うが、本文で示したとおり、この認定は完全なフィクションであり創作である。

(6) 東京地裁は、「結果違法説」を否定するもうひとつの論拠として、「客観的に不変で、かつ、絶対的に正しい解釈というものがあえないことを考えれば、取り消された判決が当然に違法となる見解の不当であることは明らか」だと指摘している。しかし、「絶対に正しい解釈というものがあえない」ということを前提にしまえば、結果違法説にかぎらず、行為違法説も成り立ちえない。少なくとも、このことを論拠として、結果違法説だけを否定する論理は引き出されえないといわざるをえない。