

## 刑事訴訟における解明度

原 田 和 往

### 本稿の目的

前稿においては、法定刑の軽重に応じて時効期間に長短を設けるという従前の公訴時効法制の特徴が、同制度の存在理由に係る訴訟法說的説明に対して、実体法說的説明の優位性を基礎付けるといえるかについて考察した<sup>(1)</sup>。その結果、上記の特徴は、実体法說的説明一般の優位性を僅かに基礎付けているとはいえるものの、その僅かに認められる優位性も、平成22年の法改正により新たに法益という基準が導入された結果、現在の法制度のもとでは失われている、との結論を示した<sup>(2)</sup>。他方で、実体法說的説明のうち、時の経過自体が刑罰権実現の必要性を減少させるとの見解については、量刑実務との乖離等の点で少なからず問題があり、また、時が経過する間に生じた一定の事情が刑罰権実現の必要性を減少させるとの見解については、それらの事情は長期間経過後も実体審理において裁判所が個別具体的に検討し、量刑に反映させることが可能であるから、その生起等を時の経過を指標として推認する必要性に乏しい、との分析を行った。

前稿の分析が正鵠を射ているとしても、当然のことながら、それによって訴訟法說的説明の方が優れているということにはならない。特に、上記の分析のうち、後者に関しては、訴訟法說的説明にいう証拠の散逸についても、「合理的な疑いを超える証明」という厳格な証明基準によって、個別具体的に対応可能であるとみる向きもある。しかし、時の経過による証拠の散逸と

(1) 原田和往「公訴時効制度に関する実体法說的説明について」岡山法学会雑誌64巻2号41頁（2014年）。

(2) 原田・前掲注(1)54頁以下。

いう事態は、一次的には、証明の基礎を為す情報量の問題である。そのため、証明の程度に関する基準によって十分に対応することができるかについては疑問がある。前稿で示唆したとおり、証拠の散逸については、証明の基礎を為す情報の量に係る解明度との関係でその意義を分析する必要があると考える<sup>(3)</sup>。

但し、解明度については、刑事訴訟法学においても、比較的早い時期から、関心が寄せられてきたといえるものの、提唱から30年以上が経過した現段階においても、その考え方が、刑事訴訟法の領域において、明確なかたちで定着をみているとはいえない状況にあると思われる。その原因は定かではないが、定着の妨げになっている事情のひとつとして、提唱の契機をあげることができるであろう。解明度という考え方は、ベイズの定理という確率論上の定理を用いて裁判における証明過程を再構成するという試みの中で導出されたものである。しかし、現実の裁判において、指紋鑑定やDNA型鑑定のようにより、統計学的手法あるいは確率計算によって算出された確率数値が訴訟上の証明手段として用いられることはあっても、心証形成過程自体を確率論的に捉えるという手法は、少なくとも我が国の刑事訴訟法学において一般的とはいえない<sup>(4)</sup>。この点、解明度をとり上げた刑事訴訟法学の先行研究においては、解明度という考え方をを用いるにあたって、ベイズ論的証明理論を前提とする必要がないことは自明の理とされてきたように見受けられる。しかし、それが両者の関係の理解として適切であるとしても、解明度論の契機がそれ自体定着をみているとはいえない手法にあることからすると、解明度という考え方を分析に用いるにあたっては、まず、両者の関係を整理、確認するのが便宜であろう。本稿においては、証明過程における証拠散逸の意義を分析するための準備作業として、この点を含めて、刑事訴訟における解明度について若干の考察を試みたい。

(3) 原田・前掲注(1)56頁以下。

(4) 加藤新太郎ほか「〈座談会〉民事事実認定の客観化と合理化」田尾桃二＝加藤新太郎編『民事事実認定』182頁（判例タイムズ社、1999年）189頁以下〔三木浩一〕は、前者を「証明手段の客観化」、後者を「心証形成過程の客観化」と呼称して区別している。

考察にあたっては、直ちに、民事訴訟法学における解明度に関する議論を参照することから始めることも考えられる。しかし、刑事訴訟法学における解明度をめぐる議論の現状に鑑み、本稿においては、まず、刑事訴訟法学における従前の議論のうち、解明度と実質的には同様の思考によると見受けられる議論を端緒とする。従前の議論の枠組みの中で、解明度論が対象とする問題領域を特定することによって、当該領域が、その契機である確率論的証明理論を前提的立場とする場合に初めて、問題となるものではないことを示すことができると思われるからである。また、これにより、解明度論の成果を刑事訴訟法学において分析の道具として用いるにあたって、別途、検討すべき課題があることを示すことができる考える。

具体的には、本稿では、解明度が刑事訴訟法の領域において事実認定に係ると指摘する先行研究に示唆を受け<sup>(5)</sup>、事実認定過程に関する議論のうち、いわゆる「確信」の要否をめぐる従前の議論から考察を始めることにしたい。当該議論は、刑事訴訟における証明過程に、「合理的な疑いを超える証明」という視点のみでは捉えきれない領域が存在するかどうかに関わるものといえ、これを端緒とすることは、証拠散逸の意義を解明度との関係で分析するための前提作業という上記の目的にも適うと思われる。

## I 問題領域の特定

### 1 「確信」の要否

#### (1) 対立の所在

刑訴法333条の「被告事件につき犯罪の証明があったとき」の意義については、——その内実につき諸説あるものの<sup>(6)</sup>——「合理的な疑いを超える証明」が要求されるとする点で見解の一致をみている。が、これに加えて、

(5) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(成文堂, 1988年) 173頁以下は、「事実認定をめぐる諸問題」の講題のもとで、解明度を取り上げている。

(6) 議論状況については、中川孝博『合理的疑いを超えた証明』(現代人文社, 2003年) 264頁以下参照。

「確信」が要求されるかについては争いがある。

初期に両者の関係を論じた長島敦は、刑事裁判における証明は「全人格的証明」であるところ、それは、主観的には、「裁判官にとって内面的必然性をもつ真実の確信」であり、客観的には、「合理的な疑いを超える証明」を意味する、とする。その上で、「刑事裁判における証明は、当該裁判官に内面的必然性をもつ確信が生じているとしても、客観的に評価して合理的疑いをさしはさむ余地のあるものではあってはならないが、逆に、裁判官に確信が生じていないのに、客観的にみて合理的な疑いを超えるというだけの理由で証明を要求するものでもない。」として、「合理的な疑いを超える証明」に加えて、「確信」が要求されるとの見解を示している<sup>(7)</sup>。

これに対して、後藤昭は、「確信」という「他者の批判の及ばないような直感的なものを事実認定の基準とすることは、……結果において事実認定過程を神秘化し、かえってその合理的なコントロールを困難にさせる虞がある」と批判する<sup>(8)</sup>。

他方、野間禮二は、「確信」は、その有無が法廷に顕出された証拠によって決せられる、「間違いない」という裁判官の心証をいう主観的基準であるのに対し、「合理的な疑いを超える証明」は、裁判官が当該事件について「確信」を得たとして「犯罪の証明」があると判断した場合に、その判断の当否を判断するための客観的基準である、とする。「合理的な疑いを超える証明」を客観的に、「確信」を主観的に捉える点、及び、「犯罪の証明」として両者

(7) 長島敦『刑事司法をめぐる学理と実務』（成文堂、1990年）130頁以下。長島説については、第1審裁判官の証明基準として、「合理的な疑いを超える証明」に加えて、「裁判官の内的確信」を要求する見解とみるのが一般的といえる。例えば、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）487頁等。

が、これに対して、同説における第1審裁判官の証明基準はあくまでも「確信」の有無であり、「合理的な疑いを超える証明」はそれを評価する上訴審裁判官の基準として位置付けられている、との指摘もある（中川・前掲注(6)271頁注15)。また、後注14参照。

(8) 後藤昭「自由心証主義・直接主義と刑事控訴——平田元氏の論文を契機として——」千葉大学法学論集2巻2号21頁（1988年）、32頁以下。

を必要とする点では、長島説と共通する部分があるようにも見受けられる<sup>(9)</sup>。しかし、野間は、両者に求められる証明の程度は同一であるとし、「『合理的な疑いを超える証明』はあると認められるが、いまだ『確信』に達しないというようなことはあり得ない。」として、長島説を批判している<sup>(10)</sup>。

上にみたところからすると、「確信」の要否をめぐる対立は、長島説及び野間説と、後藤説との間に存するようにも思われる。しかし、「確信」を不要とする後藤においても、「合理的な疑いを超える証明」という客観的基準を充しているか否かに係る主観的判断が存在すること自体は否定されていない<sup>(11)</sup>。そのため、合理的な疑いを超える証明があるという場合の当該主観的判断を「確信」と呼称すれば、後藤説は、野間説と結論において大きく異なるところはないといえる<sup>(12)</sup>。そして、今日、「犯罪の証明があったとき」の意義については、「合理的な疑い超える証明」と「確信」の両者が共に必要であるとの解釈が一般的とされるが<sup>(13)</sup>、そこにいう「確信」が合理的疑いを超える証明があるとの主観的判断を指しているのであれば、この意味での「確信」の必要性については、現在、大方の見解の一致があるといえよう。

(9) 野間禮二「犯罪の証明——確信と合理的疑いを超える証明——」判例タイムズ888号4頁(1995年)(以下、「確信」として引用する)、5頁。但し、長島説にいう「主観的」、「客観的」の意味・内容は実質的には私見とかなり異なる、としている。

(10) 野間・前掲注(9)「確信」18頁。

(11) 後藤・前掲注(8)31頁以下。「合理的な疑い」の意義につき、「有罪証明の不充分性として『説明のできるような疑い』であれば充分とすべき」との解釈を示しつつ、「何をもって『説明できる』と感じるかは、人によって異なり得る。」としている。

(12) 同旨の指摘として、原田國男「合理的疑いを超える証明」刑事訴訟法の争点(ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ)146頁(2013年)(以下、「証明」として引用する)。「客観面として合理的疑いを超える証明があることと主観面で確信に至ることが必要であり、どちらを重視するかニュアンスの違いがあるにすぎない。」としている。

(13) 原田國男「裁判員裁判における事実認定——木谷・石井論争を素材として」法律時報77卷11号36頁(2005年)(以下、「事実認定」として引用する)、40頁。例えば、松尾浩也監『条解刑事訴訟法第4版』924頁(弘文堂、2012年)は、刑訴法333条の「犯罪の証明があったとき」とは、「合理的な疑いを入れない程度の確信が得られたことをいう。」とする。また、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第8巻』69頁〔中谷雄二郎〕(青林書院、2011年)及び河上和雄ほか編『注釈 刑事訴訟法〔第3版〕第6巻』619頁〔井上弘通〕(立花書房、2015年)は、裁判官が犯罪事実の存在について確信を抱くに至らないときは、犯罪の証明があったとはいえない、とする。

寧ろ、対立は、長島説と、後藤説及び野間説との間にあり、本稿の目的との関係で重要なのは、この争いである。後藤と野間は共に、長島の立場を、被告事件について、「合理的な疑いを超える証明」があったといえるかどうかの判断——合理的な疑いを超える証明があるという主観的な判断——に加えて、裁判官に対し、「(真実の)確信」が抱けるかどうかの確認を求めるといふ、という二段階の判断枠組みを唱えるものと捉えた上で<sup>(14)</sup>、当該判断枠組みを明示的に斥けている。すなわち、後藤は、「元来『合理的疑いを超える証明』の有無というの、立証責任の程度に関する基準である。立証責任の程度に関する基準は、裁判官ないし陪審が、事実の認定に迷ったときのための基準である。にも拘らず、この基準の外になお確信の有無という基準を要求するならば、裁判官ないし陪審は、判断停止に陥ることを避けられないであろう。」として、上記判断枠組みを批判する<sup>(15)</sup>。また、野間は、「裁判官が自己の担当する被告事件について、まず、『合理的疑いを超える証明』があるといえるかどうかを自己診断して、証拠上『合理的疑いを超える証明』があるとは認められるけれども、自分としては『確信』を抱けないなどというのは思考方法の誤りがあり、また、そこには『合理的疑いを超える証明』ないし『高度の蓋然性』は『確信』よりも低度のものであるとの独断的誤解がある。」との批判を加えている<sup>(16)</sup>。

単一の対象について、二つの異なる判断基準を設けるならば、後藤の指摘するとおり、却って事実認定者を困惑させる結果になろう。また、野間が、「合理的疑いを超える証明」があるとはいえるが、「確信」を抱けないという事態を認めることに批判的であるのも、「確信」の有無は、法廷に顕出された証拠によって決せられる、というその前提的理解に鑑みれば、首肯できると

(14) 但し、長島説が斯かる判断枠組みを採用するものかは必ずしも明らかではない。例えば、長島説については、「合理的な疑いを超える証明と内心的確信とを別個のものと考えているのではなく、内心的確信によっても合理的な疑いを超える証明があるといえる場合に初めて有罪の判決をすることが許されるとしているものとも理解される。」との指摘もある。香城敏磨『刑事訴訟法の構造』（信山社、2005年）470頁。

(15) 後藤・前掲注(8)30頁。

(16) 野間・前掲注(9)「確信」10頁。

ころではある。しかし、長島のいう「裁判官にとって内面的必然性をもつ真実の確信」の存否が、法廷に顕出された証拠によって判断されるとして、その対象が、「合理的な疑いを超える証明」の場合と同じではない——すなわち、「証明の程度」とは異なる領域に属している——といえるならば、上にみた批判によっても、合理的な疑いを超える証明があるという主観的判断（野間のいう「確信」）に加えて、裁判官に要請される「(真実の) 確信」に係る二段階目の判断の必要性自体は否定されないことになる。そして、この「証明の程度」とは異なる領域については、野間において、長島説と同様に、批判的に受け止められている、団藤重光の「一抹の不安」に関する議論から示唆を得ることができるように思われる。

## (2) 「確信」と、「一抹の不安」

団藤は、自身の死刑廃止の立場を確定的にした契機として、「一抹の不安」につき次のように述べている。

「最高裁に入りましてから、ある事件について、痛切な体験を味わったのであります。……ある田舎町で起こった毒殺事件であります。被告人は捜査段階では自白していたかとも思いますが、はっきり記憶していません。しかし、少なくとも公判に来てからは一貫して否認している。よくある型の事件であります。しかし、状況証拠はかなりそろっておりまして、おそらくこの被告人が犯人であることは間違いないだろうという、少なくとも合理的な疑い、リーズナブル・ダウトを超える程度の心証は、記録を調べいろいろな証拠などを見ますと、これはとれるのであります。とれるのであります。被告人、弁護人の側の言い分を聞いてみますと、事件が起こった際に警察はその町の半分だけを捜査した、そして自分がその網にひっかかった、それでこれだけの状況証拠を突きつけられている。しかし、警察はその町のあと半分は見えていない。半分だけ見たところで、この被告人がひっかって来ましたので、これでいいということで、あとはこの被告人の追求だけに全力を挙げたらしめたいのであります。あと半分を見ていない。もし町の残りの半分も見れ

ば、同じ条件のものがほかに一人、二人絶対に出なかったという保証はないのであります。……普通の実事誤認ということからいいますと、この程度では、とうてい実事誤認にはひっかかって来ないのであります。どう考えてもリーズナブル・ダウトを超える程度の証明はある。おそらく99.9%は間違いない。しかし、それじゃ絶対に間違いないかと、自分で自分に問うてみますと、どうも一抹の不安が最後までつきまとうのであります。」(付点は筆者による。特段の断りが無い限り、以下同様)<sup>(17)</sup>。

上記の述懐に関して、「確信」の有無は法廷に顕出された証拠によって決せられるとの前提から、野間は、まず、「一抹の不安」の意義を次のように整理する。すなわち、「刑事裁判は公判廷で取り調べられた証拠に基づきなされるものであるから、『確信』も『証拠に基づく心証』について論ぜられるべきものであり、証拠に基づかないものは心証形成の資料とはならない。……『証明の程度』としての『勘による疑い (Hunch)』は『確実性の程度』としては『0%』すなわち『如何なる法的手続きにおいても十分ではない』ものであり、証拠に基づかない『勘による疑い』の評価は0である。それと同様証拠に基づかない『抽象的な疑惑』『想像上の反対の可能性』なども訴訟法上無意味である。したがって、『一抹の不安』なるものの実態が証拠に基づかない『想像上の反対の可能性』であれば、それは訴訟法上無意味であり、確信の有無に影響を及ぼすものではない。証拠に基づかない『一抹の不安』は『勘による疑い』『抽象的な疑惑』と同様の意味で心証形成からは排除されるべきものである。」と述べている<sup>(18)</sup>。その上で、団藤の抱いた「一抹の不安」について、「その『一抹の不安』が『抽象的な疑惑』『想像上の反対の可能性』など訴訟法上無意味なものであれば『事実誤認で破るような事

(17) 団藤重光『死刑廃止論〔第6版〕』(有斐閣, 2000年) 396頁以下(数字は算用数字に改めた)。「一抹の不安」については、同書のほかの箇所でも取り上げられている。例えば、8頁以下参照。

(18) 野間禮二「犯罪の証明——再論」判例タイムズ921号29頁(1996年)(以下、「再論」として引用する)、36頁以下。なお、ここで用いられている、「勘による疑い (Hunch)」、「0%」等は、ロランド V. デル＝カーメン(佐伯千仞監)『アメリカ刑事手続法概説』(第一法規, 1994年) 114頁にある、確実性の定量化の試みに依拠したものである。

件ではない』とするのが当然であるけれども、そうではなく『一抹の不安が残る』というのが『証拠上の疑念が払拭できない』というのであれば、むしろ『合理的な疑いは超える程度の心証』と表現している心証なるものは、いまだ『確信』にまで達していないと評価すべきものであろう」と評している<sup>(19)</sup>。

「一抹の不安」に係る述懐において、「半分」という語句が繰り返し用いられていることに鑑みれば、「一抹の不安」の淵源は、町の半分が捜査されていないという情報量の問題、すなわち、町の残り半分の捜査した場合に、被告人以外に同じ条件にあてはまる者が発見される可能性が払拭できないことにあるように見受けられる<sup>(20)</sup>。勿論、斯かる事情が「一抹の不安」の原因であるとしても、それは反対事実が存在する抽象的な可能性にすぎず、合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断（野間のいう「確信」）に影響を及ぼすものではないとの指摘は的を射ているともいえる<sup>(21)</sup>。しかし、「心証形成からは排除されるべき」としても、「訴訟法上無意味」とまでいえるかについては、慎重な検討を要するであろう。これに関して、関係者が、後の紛争に備え、諸行為の痕跡を証書等の明確なかたちで意図的に残すことがある民事事件の場合とは異なり、刑事事件の場合、犯罪の痕跡が乏しいこと

(19) 野間・前掲注(18)「再論」37頁。「一抹の不安」については、野間禮二『刑事訴訟法における現代的課題』（判例タイムズ社、1994年）64頁以下にも同様の指摘がみられる。

(20) 「一抹の不安」については、団藤重光＝伊東乾『反骨のコツ』（朝日新聞社、2007年）87頁以下でも取り上げられており、「でも、他にも、もしそのつもりで警察で調べていたらね、同じ条件の被疑者があり得なかったわけじゃない。いやあり得ただろう。そういう状況だった。立証も反証もできないのだけれど、ほかの可能性はあることは書類だけからもわかる。」との発言がみられる。同・88頁〔団藤重光〕。

なお、団藤の著作では、自身が関与した具体的な事件であることを理由に、その詳細は明らかにされていないが、森炎『教養としての冤罪論』（岩波書店、2014年）114頁以下は、当該事件が波崎事件であることを前提に、「一抹の不安」が「毒物の所持」という中心的証拠がなかったことに由来する、との見方を示している。当該証拠の不存在に係る第1審の判断については、水戸地判昭和41年12月24日下刑集8巻12号1582頁、1612頁以下参照。また、篠原道夫「再審を訴える人々／波崎事件 続出する疑問点」『日本の冤罪（法学セミナー増刊）』122頁（1983年）参照。

(21) 例えば、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（有斐閣、2012年）426頁〔堀江慎司〕は、「犯罪事実の認定のためには、『合理的疑いを超える証明（確信）』が必要とされる」としつつ、「犯罪事実を認定することに『一抹の不安』があるというだけで、有罪認定をすることが禁じられるわけではない。」とする。

が少なくない。他方で、「証明の程度」としては、刑事裁判の方が、民事裁判よりも高度のものが要求されている。そのため、刑事裁判においては、質の良い証拠が豊富に法廷に提出される機会を如何にして確保するかが、高度の証明基準に到達するための課題となる<sup>(22)</sup>。その意味で、高度な証明基準に到達するためには、相応の関係資料を探り尽くす必要があるというかたちで、従前は、「証明の程度」と、その基礎となる証拠ないし情報の量との間には、いわば比例関係が成立しており、両者の区別を明確にする契機に乏しかった。しかし、DNA型鑑定等の科学技術の進展により、近時は、僅かな証拠によっても、高度な証明基準に到達することができると判断される場合が生じてきている。すると、「証明の程度」との関係では、僅かでも決定的な証拠があれば足りることになるため、関係資料を可能なかぎり探し尽くすことは必要不可欠とはいえ、この場合には、上記の比例関係が自然には成立しないことになる。この点、先頃公表された科学的証拠に関する司法研究は、周知のとおり、DNA型鑑定を構成要素とする間接事実のみによる犯人性の認定を許容する見解を示している。が、そこでは、「証明の程度」の領域において積極的な意義が認められないDNA型鑑定以外の証拠について、訴訟法上無意味ないし不要である、とはされていない。これらの証拠が果たす役割に関する司法研究の指摘は、同様に、「証明の程度」の領域においては積極的な意義が認められない「一抹の不安」が訴訟法上有する意味を考えるにあたって有用であると思われる。

(3) 「一抹の不安」と、「事実認定の安定感」、「審理結果の確実性」

平成22年度司法研究においては、「現在のSTR15座位によるDNA型鑑定の識別力を前提とすれば、……DNA型鑑定を要素として構成される間接事実により、犯人性について確信に達する心証を形成できると思われる。」との見解が表明されている<sup>(23)</sup>。これに対しては、最も高い出現頻度である「4兆

<sup>(22)</sup> 石井一正『刑事事実認定入門〔第3版〕』（判例タイムズ社、2015年）13頁等。

<sup>(23)</sup> 司法研修所編『科学的証拠とこれを用いた裁判の在り方』（法曹会、2013年）138頁。

7000億人に1人」という確率を、地球人口70億人に換算すると、0.00149人ということになり、このようなDNA型を持つ者が1人いた（それが被告人）ということは、他にもう1人、2人いる可能性が払拭できないとの指摘がある<sup>(24)</sup>。この点、司法研究の立場からすると、当該可能性は、反対事実が存在する抽象的な可能性にすぎず、合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断（「犯人性について確信に達する心証」）に直ちに影響を及ぼすものではない、ということになる。しかし、司法研究は、「証明の程度」としては、「DNA型鑑定を構成要素とする唯一の間接事実がその犯人性を優に推認させ、これを揺るがす事実や証拠がないような場合には、これのみによる有罪認定も許される」としながらも、その他の証拠が果たす役割に関して、「以上に論じたことは、捜査や公判審理において他の傍証が不要であるという意味ではない。DNA型鑑定を核とした状況証拠以外にも、要証事実の認定に有効な傍証があることは、その事実認定をより容易かつ安定感のあるものとし、納得も得られやすいものとするであろうことは他言を要しない。」と述べている<sup>(25)</sup>。

ここでは、「事実認定を……安定感のあるものと〔する〕」という指摘の意義は、詳らかにされていない。そこで、司法研究が用いている強姦事件の設例をもとに、その意義を分析してみよう<sup>(26)</sup>。当該設例において、「傍証」と位置付けられているのは、被害直後の、犯人の特徴についての被害者証言（「暗かったので人相は分からないが、声の感じからは20歳代から30歳代で、背格好は中肉中背。」）である。設例の被告人は、「当時26歳で、身長は170cm、体重65kg」とされているところ、司法研究は、当該証言につき、「矛盾しな

<sup>(24)</sup> 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2015年）242頁。

<sup>(25)</sup> 司法研修所編・前掲注<sup>(23)</sup>139頁。

<sup>(26)</sup> 司法研究の設例は、大要、①被害者の膣内から発見された精子のDNA型が被告人のものとして一致している、②当該DNA型の出現頻度は約50京人の1人の割合、③これ以外に犯人の特徴についての被害者証言がある、④被告人は、全く身に覚えがないと述べるほか、それ以外の供述を拒んでいる、というものである。詳細については、司法研修所編・前掲注<sup>(23)</sup>101頁参照。

いという点を超えて、犯人識別に意味のある特徴を把握しているとはいい難い」とし、被告人の犯人性の認定にとっては、DNA型鑑定を構成要素とする間接事実が「唯一の証拠」である、としている<sup>(27)</sup>。すなわち、犯人性の認定において、当該傍証には、積極的な意義は認められていない。

他方、「唯一の証拠」であるDNA型鑑定を構成要素とする間接事実についてみると、設例では、現場資料から検出されたDNA型は、被告人に由来する対照資料のものと全てにおいて一致しており、その出現頻度は、「約50京人に1人」とされている。勿論、司法研究においても、そこで想定されているDNA鑑定が型判定であり<sup>(28)</sup>、論理的に唯一無二性を証明できるものではないことから、出現頻度が天文学的数値の場合でも、偶然一致の可能性——現場資料のものとDNA型が全て一致するという条件にあてはまる者が被告人以外にもいる可能性——は否定されていない。

そこで、仮に、この可能性が具体的なし現実のものとなった場合を考えてみよう。上記の条件にあてはまる者が被告人以外にいるという事実が新たに判明した場合に、上記の被害者証言という傍証がないとすると、直ちに設例の犯人性の認定は動揺し、維持し難くなる。これに対し、当該傍証があれば、その新たに発見された者が、目撃証言にある特徴に合致しないかぎり、

(27) なお、DNA型鑑定が犯人性認定の決定的な証拠とされた事案として、宮崎地判平成21年4月16日（LEX/DB文献番号25440723）がある（DNA型鑑定の結果のほかに、犯人の話す方言の特徴、当時の被告人の行動状況、被告人が虚偽供述に及んでいることが併せて考慮されている）。当該事案では、別件の大麻取締法違反事件で起訴、勾留した際に、被告人から任意提出を受けた口腔内細胞がDNA型鑑定の資料とされている。また、平成22年の公訴時効規定の改正と憲法39条の遡及処罰の禁止との関係が問題となった津地判平成25年11月25日（LEX/DB文献番号25502473）においても、DNA型鑑定が犯人性認定の決定的な証拠となっている。当該事案では、捜査機関は当初から、ホテルの内情を知る人物による犯行の可能性が高いとみて、関係者の事情聴取を行っており、ホテルの元従業員である被告人もこの中に含まれていたため、平成22年の法改正を契機とした再捜査の際に、被告人からもDNA型鑑定のための資料の提供を受けた、という経緯がある（2013年2月2日朝日新聞朝刊31頁）。

これに対し、司法研究の設例及び後掲の横浜地判の事案では、被告人からDNA型鑑定のための資料の提供を受けるに至った経緯は詳らかにされていない。

(28) 「DNA『型』鑑定」という呼称について、佐藤博史「DNA鑑定とヒューマンエラー——DNA鑑定を等身大にみる——」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕〕625頁（成文堂、2014年）、626頁。

直ちに犯人性の認定が動揺するということにはならない。この意味で、傍証は、犯人性の認定との関係では、積極的な意義があるとはいい難いものの、その存在は、事実認定の安定感ないし審理結果の確実性に影響を与えており、訴訟法上無意味又は不要というわけではない。上記の「事実認定を……安定感のあるものと〔する〕」というのも、この趣旨を述べたものと解することができる。

この点を、公刊されている裁判例の中で、唯一、DNA型鑑定のみを証拠として犯人性を認定したものとされている、横浜地判平成24年7月20日を例に敷衍してみよう<sup>(29)</sup>。横浜地判の事案では、検察官は、被告人の犯人性を根拠付ける事実として、DNA型鑑定を構成要素とする間接事実以外に、「本件当時被告人が犯行現場からそれほど離れていない場所に住んでいた」という事実を主張していた。これに対し、横浜地判は、「被告人の犯行可能性をうかがわせる事情といった程度の意味しかなく、相当ではない。」として、当該主張を斥けている<sup>(30)</sup>。

仮に、横浜地判の事案において、当該地理的要因が、犯行を特徴付ける事情である等として、検察官の主張が容れられていたならば、それによって、その事実認定ないし審理結果は確実性を増すことになる。すなわち、現場資料とDNA型がすべて一致する人物が、被告人以外にいるという事実が新たに判明した場合、傍証が存在しない状況での犯人性の認定は、被告人と新たに発見された者との間には有意な差異がないため、大きく動揺し、維持できなくなる。これに対し、上記の検察官の主張が容れられた場合には、その新たに発見された者が、上記の地理的条件を充たさないかぎり、直ちに犯人性の認定が大きく動揺するということにはならない。このように、DNA型鑑定を構成要素とする間接事実のみによって犯人性の認定につき「確信」に到達することができると思える立場において、「証明の程度」の領域で積極的意義を有するものとはいい難いそれ以外の証拠は、その存否が、事実認定な

(29) 横浜地判平成24年7月20日判例タイムズ1386号379頁。

(30) 横浜地判平成24年7月20日判例タイムズ1386号382頁。

いし審理結果の確実性の点で差異をもたらす点で、なお意義があるということになる。

これを「一抹の不安」についていえば、町の残り半分を捜査した場合に、当該条件にあてはまる者が被告人以外にもいる可能性というものは、上にみたとおり、反対事実が存在する抽象的な可能性にすぎず、合理的な疑いを超える証明があるという主観的判断（野間のいう「確信」）を妨げるものとはいえない。しかし、町の残りの半分から、被告人以外に当該条件にあてはまる者がいるという事実が新たに判明し、この可能性が具体的なし現実のものとなれば、「確信」に到達していたはずの犯人性の認定は、大きく動揺することになる。町の全てを捜査し、被告人以外に当該条件にあてはまる者がいないということが確認されている場合に比べれば、その認定ないし審理結果は確実性に乏しいといわざるを得ない。

以上の分析からすると、長島説にいう「裁判官にとって内面的必然性をもつ真実の確信」及び団藤のいう「一抹の不安」は、新たな証拠で要証事実の証明の程度が変動する虞、あるいは新たな事実に対する証明の頑強性を指摘するものとして捉えることができるであろう。この点、刑訴法435条6号は、一定の証拠があらたに発見されることによって、合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断が形成されていたはずの事実認定が動揺する場合があることを認めている。そして、有罪判決の意味するところに鑑みれば、この途があるからといって、上記の虞を軽視ないし無視すること——すなわち、新たな証拠が発見される余地を多分に残しており、その意味で動揺する虞が強い有罪判決——は、如何なる場合でも許容されるということにはならないであろう。本稿は、「一抹の不安」の場合や、DNA型鑑定のみを証拠とする犯人性の認定が許されないと主張する趣旨ではないが、上記のように考えるならば、この虞は、「証明の程度」の領域では、反対事実が存在する抽象的な可能性にすぎないとしても、いわば証明の確実性に關係する以上、少なくとも訴訟法上無意味とはいえないように思われる。

そして、前記の虞は、「新たな証拠で証明主題の蓋然性がさらに変動する

ことのない程度」と定義される「解明度」という考え方と概ね同趣旨と解することができる<sup>(31)</sup>。「解明度」の意義をめぐって刑事訴訟法学においては、これに相当する議論が十分に尽くされているとはいえないとの指摘もあるが<sup>(32)</sup>、「(真実の)確信」又は「一抹の不安」をめぐる議論を、その萌芽とみることもできるであろう<sup>(33)</sup>。しかし、「解明度」については、民事訴訟法学でも、実践的意味合いにおいては、証明の程度の問題との異同を見いだすことが困難であるとの指摘がある<sup>(34)</sup>。そのため、長島説にいう「真実の確信」及び団藤のいう「一抹の不安」が「解明度」を対象とする議論であるとしても、基本的には、上記の証明の确实性の点は「合理的な疑いを超える証明」の存否に係る判断に含まれており、刑事訴訟においても「解明度」の問題は、「証明の程度」の問題に解消されるのではないかと、との指摘が予想される。

これに関して、近時、「合理的な疑いを超える証明」に関し、主に実務経験者を中心に展開された議論においては、周知の通り、「合理的な疑い」に「範囲」があるとの主張に対し批判的な立場が少なくない。しかしながら、他方で、例えば、犯人性の認定について、司法研究の設例のように、被害者の証言という傍証が利用可能で、その内容が判明している状況における、「推認を動揺させる証拠がない」という場合と、前記の横浜地判のように、DNA型鑑定を構成要素とする間接事実以外に証拠がないために、「推認を動揺させる証拠がない」という場合とでは、「事実認定の安定感」あるいは証明の确实性の点で差異があることは否定し得ない。そうすると、「合理的な疑い」に「範囲」はないという支配的見解と、証明の确实性という解明度の問題は、証明の程度の問題に解消されるという見方——合理的な疑いを超えていると判断される証明の間に差異が存することを認めることに帰結す

(31) 太田勝造『裁判における証明論の基礎』(弘文堂、1982年)(以下、『基礎』として引用する)107頁。

(32) 宇藤崇「いわゆる『利益原則』の意義」法学教室376号32頁(2012年)、37頁。

(33) 宇藤・前掲注3237頁参照。

(34) 例えば、加藤新太郎『民事事実認定論』(弘文堂、2014年)(以下、『認定論』として引用する)68頁。

る——とが整合的であるかについては、議論の余地があると思われる。そこで、「合理的な疑い」の「範囲」をめぐって展開された議論を素材に、事実認定における審理結果の確実性に係る議論と、「証明の程度」に係る議論との関係について、考察することにした。

## 2 「合理的な疑い」の「範囲」をめぐる議論

### (1) いわゆる木谷・石井論争の概要

ここで取り上げるのは、裁判員制度の実施が目前に迫った時期に、いずれも裁判官経験者である木谷明と石井一正の間で展開された「合理的な疑い」の「範囲」をめぐる論争である。まず、論争の発端になった木谷の主張は次のとおりである<sup>(35)</sup>。

「刑事裁判の事実認定は実体的真実主義に基づくものであり、形式的ないし訴訟法的真実への到達で満足する民事裁判のそれとは異なるといわれている。つまり、民事裁判では、裁判所は、当事者双方の提出する証拠の優劣により最終的には挙証責任分配の原則に従って事実を認定すれば足り、認定された事実が客観的真実と合致することまでは期待されていないのに対し、刑事裁判では、犯人として訴追された者が真犯人であるかどうかを誤りなく判定することが期待されているのである。……しかし、神ならぬ人間のする裁判で、そのような完璧な結果を期待することは、もともと無理な話である。……多くの制約の下では、いかに裁判所が努力しても、常に真実に到達できるという保証はない。

真犯人とそうでない者を常に明確に区別できるという保証がないのであれば、(1)『真犯人を一部取り逃がすことになっても無実の者を処罰しない』ということで満足するか、(2)『真犯人は絶対に見逃さない。そのためには、無実の者がときに犠牲になってもやむを得ない』と割り切るか、どちらかである。

(35) 木谷明『刑事裁判の心〔新版〕』（法律文化社、2004年）（以下、『心』として引用する）  
v頁以下。

ところで、刑事裁判においては、『疑わしきは被告人の利益に』という原則があり、……わが国の刑事裁判は(1)の考えに基づいて行われている筈である。しかし、それにもかかわらず、現実の裁判で冤罪が絶対に発生していないかといえ、答えは『否』であろう。それはなぜか。

『疑わしきは被告人の利益に』の原則に従い、『合理的な疑い』があれば被告人に無罪判決を言い渡すことになってはいても、それでは、どの程度の疑いがあれば『合理的な疑い』があるということになるのかが、必ずしも明確でないのである。そこで、社会秩序の維持に軸足を置く裁判官は、真犯人を取り逃がさないようにするため、『合理的な疑い』の範囲をできるだけ狭く解釈しようとするのに対し、無辜の不処罰を重視する裁判官は、『合理的な疑い』の範囲をやや広めにとろうとする。……刑事裁判官として長年職務を続ける中で私が最も頭を悩ませたのは、まさにこの問題であった。そして私のたどり着いた結論は、①『刑事裁判における最大の不幸は何と云っても冤罪の発生』であるから、②『被告人側の提起する疑問には正面から取り組んで極力疑問点の解消に努める』べきであり、③『このような審理の結果証拠上の重要な疑問が解消できず、有罪であることについて説得力ある説明ができないときは、形式的な有罪証拠に引きずられることなく無罪判決に踏み切る』ことに躊躇すべきでなく、④『証拠の不足を推測や想像で補うのは適当でない』ということであった。」

これに対して、石井は、「その明快な割り切りの良さゆえに、事実認定に日夜取り組んでいる実務家の中には違和感ないし距離感というべきものを持つ向きも少なくないのではないか。裁判官時代はほとんど刑事裁判に携わってきた筆者もじつはそのような感想を持っている。」とした上で、次のように批判している。すなわち、事実認定者は、実体的真実主義が刑事訴訟法の目的である以上、「無辜の不処罰」と「真犯人処罰」の間の狭い道を苦悩しながら進んでいるのが実情であり、その分け目にあるのが「疑いの合理性」の有無にはかならない。「合理」と「不合理」の峻別はたやすすくないから、事実認定者の素質・能力、歩んできた歴史・経験等によって結論が異なりうる。

しかし、「合理的疑い」には、「本来広狭はないはずである。『疑わしきは被告人の利益に』という鉄則を重視するあまり、『不合理な疑い』を『合理的疑い』に取り込むことは、逆の場合と同様正義に反する。」として、木谷の主張に批判的な立場をとっている<sup>(36)</sup>。

これに対する木谷の反論は次のようなものである。すなわち、「『合理的な疑い』と『不合理な疑い』との間は、……きれいに二つに区別できるものではない。確かに、その両極には、『はっきりした合理』と『はっきりした不合理』が存在しており、両者の区別は比較的容易であろう……。しかし、その間には、見方によっては『不合理』ともいえるが少し視点を代えれば『合理的』であるとも考えられる帯状の中間地帯がどうしても残る。そして、その中間地帯に属する疑いに限ってみれば、それを『合理的な疑い』とみるかそうでないとみるかは、判断者である裁判官に委ねざるを得ないというべきである。私が、『無辜の不処罰を重視する裁判官』は『合理的な疑い』の範囲を『やや広めにとろうとする』と書いたのは、この地帯に属する疑いに関してのことであるから、『合理的な疑い』の範囲を『やや広めにと』ったからといって、『不合理な疑い』を『合理的な疑い』の中に取り込むことになるはずがない。」<sup>(37)</sup>。

上にみたところが、「合理的な疑い」の「範囲」をめぐる木谷・石井論争の概要である。このうち、木谷が対照的に用いている「社会秩序の維持に軸足を置く裁判官」と「無辜の不処罰を重視する裁判官」という区別についても、様々に議論されているが<sup>(38)</sup>、問題関心の拡散を避けるため、以下では、「疑

<sup>(36)</sup> 石井一正「書評」判例タイムズ1144号42頁（2004年）、44頁。

<sup>(37)</sup> 木谷明『『合理的疑い』の範囲などをめぐって』判例タイムズ1151号18頁（2004年）（以下、「範囲」として引用する）、23頁。同『事実認定の適正化——続・刑事裁判の心——』（法律文化社、2005年）（以下、『適正化』として引用する）16頁以下でも同趣旨の反論が展開されている。

<sup>(38)</sup> 例えば、原田・前掲注(3)「事実認定」37頁以下、石塚章夫「裁判官と事実認定」法律時報77巻11号43頁（2005年）、45頁以下、内山安夫「刑事訴訟における事実認定基準について——『合理的な疑い』の範囲をめぐる木谷・石井論争を手がかりとして——」東海法学36号25頁（2006年）、46頁等参照。また、木谷明「氷見国家賠償等請求事件判決について」判例時報2261号12頁（2015年）、19頁（注23）参照。

い」の「中間地帯」点に絞って、木谷説に対して加えられた論評を手がかりに、分析をすすめることにしたい。

## (2) 客観的基準における「中間地帯」

現在までのところ、木谷説に対しては、論者の認識とは裏腹に<sup>(39)</sup>、批判的な立場が多く見受けられる。そこでは、「やや広めにと」るべきかどうかという点ではなく、そもそも「合理」にも「不合理」にも属さない中間地帯があるという前提に対し疑問が呈されている。

例えば、原田國男は、「疑い」は、「理論的には、合理的か不合理的かの二者択一」であり、木谷のいう中間地帯もいずれかに属するというほかないのであって、それを合理的疑いに属するというのならそれだけのことであり、不合理な疑いを合理的な疑いに含ませるとすれば、不当というほかない、として、石井の批判に同調している<sup>(40)</sup>。また、木谷説の趣旨が、そもそも「無罪を処罰しないという政策的判断から合理的疑いがあるとまでいえない場合でも無罪とすべきであるというのか、心証は、無罪であるが、合理的疑いを指摘できない場合でも無罪とすべきというのかはっきりしない。」とも指摘している<sup>(41)</sup>。

この指摘にあるとおり、木谷の論旨には判然としないところがある。合理的な疑いを超える証明の存否に係る主観的判断が形成される過程において、「はっきりした合理」と「はっきりした不合理」という比較的判断が容易な場合以外に、「合理」と「不合理」のいずれと捉えるべきかが非常に困難で、個々の裁判官で結論が分かれる場合あるという点については、木谷と石井の間に見解の対立はない<sup>(42)</sup>。見解の対立は、まず、主観的判断が容易な両極

(39) 木谷・前掲注37『適正化』6頁には、「私は、自分では正論を述べているつもりなのですが、どういうわけか、現時点においても、私の立場が裁判所内で全面的な支持を得るには至っていません。」とある。

(40) 原田・前掲注13「事実認定」38頁。

(41) 原田・前掲注12「証明」146頁。

(42) 木谷・前掲注37「範囲」22頁は、この点について見解の相違はない、としている。

の間に存する、判断が困難な「疑い」について、客観的にも、「合理的な疑い」と「不合理な疑い」の間の中間地帯として存在するとみるかどうかの点にあると解することもできる。

石井ら批判的立場の論者は、主観的判断が分かれる場合があることは否定しないものの、理論的には、「疑い」は「合理的か不合理かの二者択一」との前提から、客観的基準との関係で、当該中間地帯の存在を肯定するのは理論的整合性を欠く、とするものと見受けられる。これに対し、反論で述べるところからすると、木谷は、まず、裁判官によって主観的判断が分かれる——「『合理的な疑い』とみるかそうでないとみるか」を「判断者である裁判官に委ねざるを得ない」——「疑い」を、客観的基準との関係においても「合理」「不合理」のいずれにも属さない中間地帯として位置付けた上で、一方の極である「合理的な疑い」の範囲を「やや広めにと」ることで、当該中間地帯を「合理的な疑い」の方に取り込むべきと主張しているようにも解される。

木谷の主張が、上記のとおりだとすると、確かに「『不合理な疑い』を『合理的な疑い』の中に取り込むこと」にはならない。しかし、この立場では、「疑い」のうち、主観的判断が分かれ得るものについて、予め客観的に、「合理的な疑い」に位置付けることになるため、これに対しては、その理論的根拠が問われることになろう。また、仮に、その理論的根拠を提示できたとしても、結局のところ、眼前にある「疑い」が、「『合理的な疑い』とみるかそうでないとみるか」を「判断者である裁判官に委ねざるを得ない」ものに該当するかどうか——これが肯定されれば、木谷説では、「合理的な疑い」に取り込まれることになる——という判断が要請されることになる。この点、「中間地帯とその左右にある『はっきりとした合理・不合理』の間の限界も、けっしてそれほど明確なものではない。」のであれば<sup>(43)</sup>、この判断の方が、「疑い」につき二者択一的に捉える立場において要請される、「合理」と「不合理」の区別に係る主観的判断より必ずしも容易であるとはいえない。そのため、

(43) 木谷・前掲注37「範囲」23頁。

客観的な基準との関係では、「疑い」に「中間地帯」を認める実践的意義は乏しいように思われる。

### (3) 主観的判断における「中間地帯」

理論的には、「疑い」は「合理」と「不合理」に区別される、という上記の批判は的を射ているようにも思われる。これに関して、村瀬均は、「理論的には、特定の事案における一定の具体的証拠関係の中で浮かんでくる『疑い』は、合理的か不合理かのどちらかであり、視点によって変わり得る性質のものではない」として、木谷説を批判している<sup>(44)</sup>。石井が端的に「本来広狭はない」と述べ、また、原田が「理論的には、合理的か不合理的かの二者択一」と述べるにとどまっているのに対し、村瀬の批判には、具体的な判断の場面を想定するかの条件が付されている点に特徴がある<sup>(45)</sup>。

他方、証明の程度に関する主観的判断については、民事裁判に関してであるが、伊藤滋夫が、「現実に事件を審理している裁判官にとってあらわれる証明度の問題は、それぞれが民事裁判というものにおける100%の証明というもの（民事裁判における完全な証明ということであり、それは証明度80%の証明というのかもしれない）はこういうものであるべきであるというイメージがあり、当該事件において現実に証明されていると考えられる程度が右のイメージに比べてこの程度だという認識があり、さらに当該事件における証明度をどの程度に考えるべきかということがあり、その上で、当該事件の現実の証明の程度がその証明度に達していると間違いなくいえるかということを考えることになる」と述べている<sup>(46)</sup>。

(44) 村瀬均『「合理的疑いを超える証明」について』植村立郎判事退官記念論文集編集委員会編『植村律郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第1巻第1編理論編・少年法編〕』349頁（立場書房、2011年）、355頁。

(45) ここでは、「特定の事案における一定の具体的証拠関係の中で浮かんでくる」という表現に着目し、村瀬の指摘を主観的判断について述べたものと解している。しかし、「判断」という語は直接には用いられておらず、客観的基準との関係で行われた指摘と解する余地は十分にある。

(46) 伊藤滋夫『事実認定の基礎 裁判官による事実判断の構造』（有斐閣、1996年）165頁（数字は算用数字に改めた）。

上記の伊藤の指摘に擬えれば、「疑い」は「合理」と「不合理」に明確に二分できるものではない、という木谷の主張は、客観的基準に関するものではなく、主観的判断に関するものと捉える余地もある<sup>(47)</sup>。すなわち、「疑い」についての主観的判断自体は、二者択一ではなく、「合理」と「不合理」の程度あるいは度合いの評価であって、当該評価が最終的に「合理」「不合理」に二分されるのは設定された基準による、という趣旨の主張と解することもできる<sup>(48)</sup>。この点、具体的な条件下における「合理」「不合理」の判断につ

(47) なお、木谷明「判批」平成19年度重要判例解説（ジュリスト1354号）211頁（2008年）、213頁は、「合理的な疑いの範囲をやや広めにとるべきである」という自説について、疑いの合理性の有無は健全な社会常識によって判断されるとの最決平成19年1月30日刑集61巻7号677頁のもとで、十分に成り立ち得る、としている。反論で述べられているところとの関係は明らかではないが、この記述からすると、木谷の主張は、主観的判断との関係で述べられたものと解される。

(48) 判断自体が、「合理」「不合理」の二者択一であるという見方と、判断自体は程度あるいは度合いの評価であり、当該判定結果が最終的に「合理」「不合理」に二分されるのは設定された基準による、との見方の相違を卑近な例で説明してみよう。

例えば、「重い」という言葉は、「心が『重い』」という場合には、その意味を多様に解釈できるため多義的であるが、「体重が『重い』」という場合には、物理的な重量を意味していることは明らかである。そして、ある人が「体重が重い」と同時に「体重が重くない」ということはあり得ない。

仮に、成人男性で、体重が100kgの人は明らかに「重い」といえ、それが30kgの人は明らかに「重くない」としよう。「重くない」と判定された30kgの人でも、毎日体重を100gづつ増やしていけば、いずれは、100kgになる。この場合に、体重は「重い」か「重くない」かの二者択一であると考えた立場においては、基準値——健全な社会常識に照らし、「重い」と一般的に判断される数値——が設定されれば（ここでは、これを75.4kg以上と仮定する）、30kgから100kgの間にある数値ごとに、「重い」「重くない」の判定を実施することはできる。

この場合、75.3kgの時点では、「重くない」と判定されても、100g体重を増やせば、「重い」と判定されることになる。しかし、30kgが30.1kgになった場合を想定すれば明らかのように、僅か100g程度の体重の増加によって、「重い」「重くない」という判断結果が一変するという判断の仕方には違和感もあろう。更に、この立場では、75.3kgと30.1kgは「重くない」に一括りにされ、その差異を説明することもできない。

これに対し、30kgから100kgの間の数値については、体重が100kg以上の人が属する明らかに「重い」という集団（あるいは、30kg以下の人が属する明らかに「重くない」という集団）との関係で、「重い」（あるいは「重くない」）の「程度あるいは度合い（帰属度）」を判定するという方法も考えられる。この立場では、例えば、75kgは、「『重い』とあってよい」或いは「『重くない』とはいえない」、70kgは、「『重い』とまではいえない」あるいは「『重くない』ともいい得る」等と判定される。勿論、この立場でも、帰属度について一定の基準が設定されれば、30kgから100kgの間にある数値も最終的には「重い」と「重くない」の二つに区別される。

いて裁判例をみると、例えば、大阪地判平成18年3月20日は<sup>(49)</sup>、その判決の中で、諸々の事由についての判断においては、「合理的である」<sup>(50)</sup>、「合理的と行ってよい」<sup>(51)</sup>、「合理的なものといえる」<sup>(52)</sup>、「著しく不合理である」<sup>(53)</sup>等のその程度あるいは度合いに係る様々な表現を使い分けながら、最終的に、共犯者の自白の信用性等を否定し、「犯罪の証明がない」との結論を導き出している。裁判例にみられる斯かる表現に着目すれば、特定の「疑い」について、まずは、「合理」又は「不合理」の程度あるいは度合いが判断され、設定された基準に従って、最終的に「合理」と「不合理」のいずれかに二分される、とみる余地もあろう。

では、「疑い」に係る判断自体が二者択一であるという見方と、判断自体は程度あるいは度合いの評価であり、最終的に「合理」「不合理」に二分されるのは設定された基準による、との見方の相違は、事実認定における審理

---

しかし、大半の数値は、「重い」という帰属性と、「重くない」という帰属性の双方を合わせ持つことになる。そのため、基準を超えているか否かに応じて扱いが異なる75.3kgと75.4kgについては、その扱いの差異は基準値に従った判断の結果であって、「重い」の帰属性の差がわずかであることが情報として示される。また、最終的に「重くない」と判断される75.3kgについては、それが有する相応の「重い」の帰属性との関係で、僅か100gの増加で、最終判断が「重い」へと変わる可能性が十分にあることを示すこともできる。更には、最終的に「重くない」と判断される75.3kgと30.1kgについても、帰属性の観点から、なお、その差異を説明することができる。

上記の説明は、いわゆるファジィ論理に着想を得たものである。戸田山和久『論理学をつくる』(名古屋大学出版会、2000年)286頁以下。ここでは、 $D \cdot \text{マクニール} = P \cdot \text{フライバーガー}$  (田中啓子訳(寺野寿郎監修))『ファジィ・ロジック』(新曜社、1995年)45頁以下に倣い「帰属性」という語を用いたが、ファジィ論理においては、「所属性」「メンバーシップ関数」という語の方が一般的である。例えば、中島信之『ファジィ数学のおはなし』(培風館、1997年)22頁以下、新田克己『知識と推論』(サイエンス社、2002年)123頁等。刑事裁判における「合理的な疑い」の説明として、この論理の有用性を指摘するものもある。See e.g., TERENCE ANDERSON *ET AL*, ANALYSIS OF EVIDENCE (2d ed. 2005) at 260.

(49) 大阪地判平成18年3月20日判タ1220号265頁(いわゆる「大阪地裁所長襲撃事件」)。

(50) 大阪地判平成18年3月20日判タ1220号293頁(共犯者供述の変遷理由に係る判断)。

(51) 大阪地判平成18年3月20日判タ1220号306頁(鑑定で使用された実身長の推計手法自体に係る判断)。

(52) 大阪地判平成18年3月20日判タ1220号306頁(鑑定で使用された実身長の推計の具体的手法に係る判断)。

(53) 大阪地判平成18年3月20日判タ1220号275頁(共犯者供述の変遷理由に係る判断)。

結果の確実性とどのように関係するか。特定の事案において、一定の具体的証拠関係のもとで、ある疑いが「『合理的』ではない」といえる場面を考えてみよう。この場合に、当該疑いについて、その後、更に審理を続ける必要性は認められるであろうか。疑いが「合理」と「不合理」の二者択一であるならば、「『合理的』ではない疑い」は、「『不合理』な疑い」ということになる。且つ、いずれに区別するかが、「視点によって変わり得る性質のものではない」とすると、「『不合理』な疑い」につき、更に審理を続ける必要があるとはいい難いことになろう。この立場においては、弁護人の証拠調べ請求を却下することが訴訟手続の法令違反にあたりと判断されるような場合を除き<sup>(54)</sup>、「合理的な疑いではない」との判断には、必要な審理が尽くされたとの判断が伴うことになると考えられる<sup>(55)</sup>。

これに対し、木谷の主張を主観的判断との関係で述べられていると捉える場合はどうか。この場合、特定の事案において、一定の具体的証拠関係のもとで、「『合理的』ではない」と判断された「疑い」であっても、「はっきりした不合理」ではないかぎり、直ちに「『不合理』な疑い」ということにはならない。視点を代えれば、「合理」になる可能性があるとの理解からすると、「合理」あるいは「不合理」の程度又は度合いが変化する可能性を見極めるために<sup>(56)</sup>、更に審理を続ける必要があるということになろう。そのため、

54 例えば、福岡高判平成5年4月15日判例時報1461号159頁。

55 但し、村瀬がいう「一定の具体的証拠関係」とは、既に十分な審理が尽くされた状態を意味しているとも考えられる。そうすると、村瀬は、審理の終結場面——設定された基準に従って、各評価が「合理」「不合理」のいずれに該当するかが判断される場面——を念頭に置いていることになり、本稿の解釈する木谷説とは、そもそも想定している場面が異なっているともいえる。

56 中間地帯が存在するとの木谷の主張について、宇藤崇「即決裁判手続と事実認定における『証拠の量』」研修810号3頁(2015年)、10頁は、心証のゆらぎをいうものではないかとの見方を示し、三木浩一の提唱に係る「信頼度」という概念との類似性を指摘している。木谷の主張を、証明点(心証度)につき、特定の点としてではなく、程度として捉える考え方にもとづくともみる点で、本稿と共通している。

なお、「信頼度」とは、事実認定者が自己の心証に対して有する信頼の程度を示す概念であり、心証の程度につき、特定の厳密な位置を有する「点」ではなく、一定の緩やかな幅を有する「区間」として認識すべきであるとの理解を前提とするものである。心証形成に用いた情報の質及び量に応じて、心証における「区間」の広狭は異なり、質・量

木谷の場合には、「合理的な疑いではない」との評価は、必ずしも、審理を尽くしたという判断を伴うものではない。主観的判断との関係では、木谷のいう中間地帯は、合理的な疑いを超える証明があると判断することが許される場合に、なお、審理を実施する必要性を基礎付けるものとして機能するといえる。

これに関して、木谷は、論争の発端となった著書の上記引用箇所において、②「被告人側の提起する疑問には正面から取り組んで極力疑問点の解消に努める」審理実践の必要性を説いている。また、別の箇所で、被告人側が通常の手続では起こらないような事実を主張した場合に、「まさか、そのようなことが実際にあったとは信じられない」という気持ちから、裁判官が、「そのようなことはあり得ない」という先入観を持って審理にあたり、弁護人の証拠調べ請求を簡単に却下してしまったり、仮に証拠調べを実施したとしても、核心部分について突っ込みの足りないものになってしまうことを戒めている<sup>(57)</sup>。この記述と関連付ければ、「範囲」をめぐる木谷の主張は、主観的判断との関係で、「疑い」について「合理」「不合理」の排中律——「AはBか、非Bである」——の成立を否定することにより<sup>(58)</sup>、「合理的な疑いではない」との判断——合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断——の中に、「必要な審理を尽くしたかどうか」の判断が溶解してしまうことを

---

ともに十分な情報にもとづいて形成された心証の区間の幅は狭く、その確実性が高いのに対し、不十分な情報による場合には、その確実性は低くなる、とされる。三木浩一『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣、2013年）403頁以下、447頁参照。See also, Neil B. Cohen, *Confidence in Probability: Burdens of Persuasion in a World of Imperfect Knowledge*, 60 N.Y.U. L. REV. 385 (1985).

「証拠の量」に着目するという点で、信頼度と、解明度には共通性がみられる。しかし、信頼度は、心証の状態を表す概念であり、「証明の程度」の次元に属する。そして、たった一つの証拠にもとづく場合でも、事実認定者が自己の心証に抱く信頼の程度が高ければ、解明度は低くても、信頼度は上昇する。他方で、関連性のある証拠の取調べを尽くし、解明度が高い状態でも、それらの証明力が乏しければ、信頼度は低いままとなる。このように解明度と信頼度とは異なる概念である。三木・同407頁以下参照

(57) 木谷・前掲注(5)『心』25頁以下。

(58) 近藤洋逸＝好並英司『論理学入門』（岩波書店、1979年）140頁参照。なお、同159頁は、演繹推理とは異なり、帰納推理を含む蓋然的推理においては排中律は成立しない、とする。

避けることに主眼があるとみることでもできるであろう。

上記の批判的立場が指摘するとおり、「疑い」というものは、「合理」か「不合理」かの二者択一であり、ある「疑い」が「合理的」であると同時に「不合理」でもある、ということは、論理的にあり得ない。しかし、客観的基準に従った最終的判断としては、「合理」「不合理」のいずれかしかなくとも、それに至る過程において行われる、特定の「疑い」についての判断は、その確実性が基礎となる情報の質や量に依存する、程度あるいは度合いの評価であるとの見方も成り立たないわけではない。そうすると、「疑い」についての主観的判断については、「合理」か「不合理」かいずれか一方しか成立しない、とは必ずしもいえないように思われる。

また、「範囲」に係る木谷の主張の本意が那邊にあるとしても、合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断が許される場合に、なお、審理を続ける必要があり得るとの認識については、木谷説に批判的な立場をとる原田も、その重要性を認めている。自身が担当した控訴審事件のうち、原審が、被告人の主張に真摯に対応するなどして最善を尽くし、また、証人の供述態度にも問題はなく、「その嘘を見抜くことは、どの裁判所でもとてもできなかったと思われる。」状況下において、念のため実施した再度の証人尋問を契機として、その偽証が発覚したという事件を回想する中で、原田は、木谷の上記②に係る指摘を挙げ、「被告人がいうことは、一度は本当かもしれないと思わなければならないことを再確認した」旨を述べている。加えて、裁判官が最善を尽くしたとしても、なお、真実は闇の中に隠れ、冤罪が生まれることがあるという刑事裁判のおそろしさを改めて身にしみて感じた、と述懐している<sup>(59)</sup>。

59) 原田國男『逆転無罪の事実認定』(勁草書房、2012年)38頁以下、41頁。なお、ここで直接参照されている指摘は、木谷明『刑事事実認定の理想と現実』(法律文化社、2009年)239頁の「裁判所は被告人が事実を争う限り、『真相は被告人の言うとおりではないか』という批判的な目を持って検察官提出の証拠を慎重に吟味すべき」というものであるが、木谷・前掲注35『心』vi頁の②の指摘及び同25頁以下の指摘と同趣旨といえる。

刑事裁判の証明基準が、民事裁判よりも高度であることからすると<sup>(60)</sup>、裁判官が、新たな証拠で要証事実の証明の程度がさらに変動する可能性があると考えられる場合には、合理的な疑いをを超える証明があるとの主観的判断を形成することはないとも考えられるため、この限度では、前者は後者に溶解されているといえるかもしれない<sup>(61)</sup>。だが、上記の述懐にあるとおり、証拠調べ等の公判手続において裁判官が最善を尽くし、合理的な疑いをを超える証明があるとの主観的判断に至ったとしても、新たな証拠で要証事実の証明の程度がさらに変動する可能性自体は消去し得ない。合理的な疑いをを超える証明があるとの主観的判断をもって、新たな証拠で証明の程度がさらに変動する可能性についての判断に代えることはできないため、両者は個別に検討する必要があると思われる。

また、刑訴法435条6号にいう証拠の明白性の判断に関して、確定判決の証拠構造の分析を行い、有罪判決の質と強度を解明することが不可欠であり、斯かる分析によって、確定判決が強固な証拠構造を有するのか、それとも脆弱な証拠構造しか有しないのか、という確定判決の強度が明らかとなり、証拠の明白性は、この分析結果にもとづいて判断されるべきとの見解がみられる<sup>(62)</sup>。そして、最決昭和51年10月12日刑集30巻9号1673頁（財田川決定）においても、「確定判決が挙示する証拠だけでは申立人を強盗殺人罪の犯人と断定することは早計に失する」として、証拠構造の脆弱性が指摘されている。こうした分析の前提には、合理的な疑いをを超える証明があるとの主観的

(60) 松尾浩也『刑事訴訟法（下）〔新版補正第二版〕』（弘文堂、1999年）22頁は、「合理的な疑いをを超える証明」や「確実性に接着する蓋然性」といった表現は、いずれも刑事訴訟における水準の高さを表そうとしている点で共通している、と指摘する。

(61) 新たな証拠で要証事実の証明の程度がさらに変動する可能性が、合理的な疑いをを超える証明があるとの主観的判断に溶解している場合があるとしても、両者は正比例の関係にはない。審理実施の度合いが高くなるのに呼応して、合理的な疑いをを超える証明があるとの主観的判断が形成されるとはかぎらず、当該判断は存否のいずれにも傾きうる。

(62) 佐藤博史「証拠の明白性とは何か」竹澤哲夫ほか編『刑事弁護の技術（下）』111頁（第一法規、1994年）、118頁以下。また、同「再審請求における証拠構造分析と証拠の明白性判断——名張事件最高裁決定の意義——」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古希祝賀記念論文集下巻』645頁（有斐閣、1998年）、669頁以下等参照。

判断が形成されている場合でも、新たな証拠で要証事実の証明の程度が変動する可能性は一樣ではないとの認識が存すると考えられる<sup>(63)</sup>。他方で、これらは、証拠構造の脆弱性自体——新たな証拠で証明の程度がさらに変動する可能性が相応に存在すること——は、合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断を妨げるものではないとの理解を前提としていると解するほかない。そうすると、新たな証拠で証明の程度がさらに変動する可能性について、合理的な疑いを超える証明に係る議論の中に取り込むのは、事実上、前者が後者に溶解する場合があるとしても、得策とはいえないであろう<sup>(64)</sup>。現在の諸議論との接続性という観点からも、両者は別個に検討されるべきである。

しかしながら、合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断と、新たな証拠で証明の程度がさらに変動する可能性、すなわち事実認定における審理結果の確実性についての判断とが相互に独立しているとする、後者を如何なる枠組みで判断するかが、やはり問題となる。これを明らかにし得ないのであれば、事実認定における審理結果の確実性については、いわば結果論的に議論し得るにとどまるのであって、これのみを対象とする議論は実践的意義に乏しいということになる。

### 3 小 括

以上、刑事訴訟法学における従前の議論を手がかりとして、刑事裁判にお

(63) なお、高平奇恵「合理的疑いの役割」川崎英明＝白取祐司編著『刑事訴訟法理論の探求』218頁（日本評論社、2015年）、228頁参照は、合理的な疑いの基準は、事実認定につき、到達し得る最高段階の確実性の獲得を要請する基準である、とする。これは、何をもって「合理的」な疑いとするのかは、事実認定者によって結論が異なり得るとの認識を前提とするものであり、特定の実事認定者の判断の確実性あるいは「ゆらぎ」を問題にする本稿及び宇藤・前掲注56)10頁とは異なる。

(64) 木谷の主張と信頼度との共通性を指摘する宇藤・前掲注56)の分析は、傾聴すべきものである。が、他方で、三木の提唱する信頼度に関する議論は、太田が意図的に切り離れた証明度と解明度を再度関係付ける側面がある、との指摘がある。伊藤眞ほか『民事訴訟法の論争』（有斐閣、2007年）152頁〔山本和彦〕。刑事訴訟法学において、証明度と解明度の区別が定着しているとはいいい難いことに鑑みれば、まず、両者の区別を明確する必要があると思われる。

ける証明過程に、合理的な疑いを超える証明という「証明の程度」の観点では捉えきれない、新たな証拠で証明の程度が変動する可能性という領域が存在することを示すことを試みた。また、この変動可能性に関する判断は、合理的な疑いを超える証明に係る判断の中に解消することはできず、独立して議論すべきことを示そうと試みてみた。

しかし、「確信」の要否及び「一抹の不安」をめぐる議論が、斯かる変動可能性という領域を対象とするものであるとしても、その程度を如何にして判断するかが明らかとされなければ、長島説に対する後藤の批判にあるとおり、事実認定者は判断停止に陥ることは避けられない。この点、当該変動可能性は、事実認定における審理結果の确实性に関わるものであり、その内容は、これまで主に民事訴訟法学で議論されてきた「解明度」に相当するものと考えられる。そして、「解明度」については、「事実認定において『必要とされる解明度』」といわれる場合があることから窺われるように、その到達度を判断するための基準等についても議論の蓄積がある。この判断基準の点を含め解明度論の現状をみることは、上記の課題を克服する上で有益であると考えられる。そこで、次に、主に民事訴訟法学の分野で展開されてきた解明度論を概観し、刑事訴訟法学の従前の議論につき、解明度と実質的には同じ思考にもとづいているとの上記分析の妥当性を確認するとともに、その判断のあり方について示唆を得ることにしたい。

なお、冒頭に述べたとおり、以下では、解明度という概念と、その契機となっているベイズ論的証明理論との関係についても確認することにした。裁判における証明過程を確率論上の定理を用いて分析するという手法は、一般的とはいいい難い<sup>(65)</sup>。勿論、本稿は、当該手法の適否等の検討を目的とするものではない。しかし、解明度という概念が、確率論的証明理論を前提として始めて成り立つものであれば、その判断基準等に関する議論から示唆

(65) 事実認定におけるベイズの定理の有用性を説く近時の論稿として、草野耕一「『検察官の誤謬』と『弁護人の誤謬』——ベイズの定理の実践的活用法」論究ジュリスト10号20頁(2014年)がある。

を受けるといっても、その知見は汎用性に乏しいことになる。そこで、以下、解明度という概念が、特定の立場を前提としなければ用いることができないものかどうか併せて確認することにした。

## II 事実認定における審理結果の確実性に関する理論

### 1 解明度

#### (1) 意義

「解明度」という考え方は、民事訴訟法学の領域で、太田勝造が提唱したものである。裁判における証明過程は、従前、「事実認定のために法的に要求される証明の基準」を示す「証明度（証明されるべき程度）」、及び、「訴訟上実際に証拠から得られる証明の程度」を示す「証明点（証明された程度）」という概念を用いて分析されていたが<sup>(66)</sup>、これらとは別に、審理結果の確実性を示すものとして提唱されたのが「解明度」である。前二者が、事実の存否を認定するために到達すべき証明の程度に関するものであるのに対し<sup>(67)</sup>、審理結果の確実性に係る解明度とは、証拠調べを尽くした程度であり、今後更に証拠調べをしたとしても証明点が変わらない度合いを意味する。その意義は、次のような例を用いて説明される<sup>(68)</sup>。

「(a)原告XはA市で赤いバスに追突されてけがをした。」「(b)事故当時A市内のバスは数社が運行していたが、赤いバスのうちの90%は被告Y社の保

(66) 「証明度」、「証明点」の定義は、鈴木・前掲注(5)177頁に拠った。なお、最判昭和46年4月20日判例タイムズ263号267頁では、「他の補強証拠の証明度が高くないかぎり」として(270頁)、「証明力」の意味で、「証明度」の語が用いられている(同267頁の「解説」参照)。

(67) 「証明された程度」を意味するものとして、「証明点」ではなく、「心証度」という語が用いられることもある。倉田卓次『民事実務と証明論』(日本評論社、1987年)355頁参照。また、用語法としては、「証明度」を「ある証明主題たる事実自体の存否についての確からしさ(蓋然性)の程度」の意で、「証明点」を「各裁判官が証明ありと判断する証明度」の意で用いるものもある。新堂幸司『新民事訴訟法〔第五版〕』(弘文堂、2011年)568頁、570頁。

(68) 太田・前掲注(3)『基礎』108頁以下。

有であった。」とする。この場合、A市内の赤いバスがYの所有である客観確率・蓋然性は90%であるため、裁判官にとってもXを加害した赤いバスがYの所有であったことの主観確率・蓋然性は、90%となる（客観確率及び主観確率の意味については後述する）。証明度を80%と仮定したとしても——すなわち、証明点（90%）が証明度（80%）に達しているとしても——、Xが(a)(b)のみを主張立証した段階（以下、「a段階」とする）で、裁判官が、XはY所有のバスによって傷を負ったと認定することはないであろう。寧ろ、裁判官としては、①目撃者、②Y社のバスの修理についての調査、③事故当日のY社等のダイヤグラム、④その他予想される証拠の有無や証拠調べ等を尽くすまでは、事実を認定しないのが一般的と考えられる。誤判の危険の点では、90対10の割合で、認定した方が誤りの可能性が少ないといえるが、a段階では、判断の機が熟したとは考えられない。

これに対し、XとYが①から④等の主張立証を尽くした段階（以下、「β段階」とする）を考えてみる。この場合、①から④については、Xに有利な証拠も、Yに有利な証拠も出てきうるから、a段階よりも証明点が高くなっているとはかぎらない。しかし、最終的な証明点はa段階と変わらなかったとしても、裁判官は事実を認定するに躊躇わないであろう。両者を比較すると、証明点が殆ど同じであっても、a段階では、新たな証拠で覆される可能性は大きいが、β段階では証拠調べを尽くしているから新たな証拠で覆る虞は少ない。つまり、a段階とβ段階とでは、証明点が同じ場合であっても、解明度が異なるのである。

このように、解明度は、当初、十分に証拠調べ・事実審理を尽くした度合い、すなわち、新たな証拠で証明主題の蓋然性が変動することのない程度、審理結果の確実性を示す概念として提唱されたものである<sup>(69)</sup>。

(69) その後、解明度論は、上記の事実認定における審理結果の確実性に加えて、法律構成の検討と争点形成の十分さを含めるかたちで展開されており（太田勝造『訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』429頁（有斐閣、1988年）（以下、「熟スルトキ」として引用する）、438頁以下）、両者を包摂するものとして「裁判における情報状態」という定義が用いられることもある。太田勝造「司法過程——

なお、ここでの「解明度」という語の用法及び意義には注意を要する点がある。それは、事実認定における「解明度」は、法的に要求される基準としてではなく、尺度あるいは単位として位置付けられている点である<sup>(70)</sup>。このことは、上記のバス事例で $\alpha$ 段階と $\beta$ 段階の差異が「解明点」ではなく、「解明度」の違いとして説明されていることから窺われる。この点、いちはやく刑事訴訟法における解明度を論じた鈴木茂嗣は、「法的に要求される証明度・解明度が、証拠調べの結果として現実に充足されているか。これが、証明点・解明点吟味の中心問題である。」と指摘している<sup>(71)</sup>。しかし、少なくとも、事実認定における解明度について、太田の論稿においては、法的に要求される基準は想定されていない<sup>(72)</sup>。前述の「証明度（事実認定のために法的に要求される証明の程度（証明されるべき程度）」と「証明点（訴訟上実際に証拠から得られる証明の程度（証明された程度）」の関係に擬えるならば、「解明度」は、「証明度」ではなく、「証明点」に相当する概念として提唱されているのである。この関係で、事実認定における解明度については、その判断基準も、「合理的な疑いを超える証明」のように、全ての事件に一律に妥当する規範的なものにはなっていない。が、判断基準に関する議論をみる前に、上記の解明度と、証明過程を確率的に捉える立場との関係を確認することにしたい。

## (2) 解明度とベイズ論的証明理論

1) ベイズ論的証明理論の概要 まず、両者の関係を俯瞰しておこう。太田は、証明ないし心証の結果がより正しいか、より適正な裁判を導くか、裁判

---

不確実下の社会的意思決定としての法情報の加工」小島武司編『裁判キーワード〔版補訂版〕』135頁（有斐閣、2000年）、136頁参照。

(70) 同様の指摘として、日渡紀夫「保全命令発令手続の審理構造——疎明を手がかりに——」岡山大学法学会雑誌46巻2号1頁（1997年）、35頁参照。

(71) 鈴木・前掲注(5)179頁。

(72) 法律構成の検討と争点形成の十分さについては、審理不尽及び釈明権不行使の違法に関する基準に準じて判断すべきとされている。太田・前掲注(69)「熟スルトキ」439頁以下。そのため、この意味での解明度については、法的に要求される基準というものを想定し得る。

官の恣意や誤謬をより少なくするかという事実認定及び心証形成それ自体の合理化という実践的課題と、証明ないし心証についてのより正しい認識及び理解を導くための事実認定及び心証形成についての理論モデルの合理性という問題とを区別する必要性を説いている<sup>(73)</sup>。そして、ベイズの定理を基礎として提示された理論モデルをもとに、実践的課題に関する解明度という考え方が展開されている<sup>(74)</sup>。このように、ベイズ論的証明理論と解明度とは、それぞれ、証明過程の理論モデルの構築と、実践的課題の考察という異なる問題領域に属している。

いわゆるベイズの定理とは、ある事象 B の確率が、別のある事象 A が起きる前（事前確率）と、起きた後（事後確率）とでどのように変化するかを計算するものである<sup>(75)</sup>。ベイズの定理は、次のように表記される。

$$P(B|A) = \frac{P(A|B)P(B)}{P(A)}$$

ここで、各記号はそれぞれ、「P(A)：事象 A が起きる確率」、「P(B)：事象 B が起きる確率（事前確率）」、「P(B|A)：事象 A が発生したことを条件として事象 B が起きる確率（事後確率）」、「P(A|B)：事象 B が発生したことを条件として事象 A が起きる確率（尤度）」を意味する。

証明の過程に馴染むように、事象 A に「証拠 (Evidence (E))」、事象 B に「仮説 (Hypothesis (H))」という名称を付して、上記の式を書き換えると、

$$\frac{\text{証拠(E)が得られたときに 仮説(H)が成立している確率}}{\text{仮説(H)が成立している確率}} = \frac{\text{仮説(H)のもとで証拠(E)が生じる確率} \times \text{仮説(H)が成立する確率}}{\text{証拠(E)が得られた確率}}$$

となる。

(73) 太田・前掲注(31)『基礎』65頁。

(74) 太田・前掲注(31)『基礎』95頁。

(75) 以下のベイズの定理の説明は、森田果『実証分析入門——データから「因果関係」を読み解く作法』（日本評論社、2014年）298頁以下に拠った。ベイズの定理については、小島寛之『完全独習 ベイズ統計学入門』（ダイヤモンド社、2015年）183頁以下、ジョン・ヘイグ（木村邦博訳）『確率——不確かさを扱う』（丸善出版、2015年）53頁以下参照。

例えば、—— 刑事裁判を例に用いるのには抵抗感を覚え<sup>(76)</sup>、また、ここではベイズの定理を説明することに主眼があるため、卑近な例を用いる——、「ある地域の気象統計では、4月1日が曇りの確率は0.6(=「H(仮説)が成立する確率」)、翌2日が雨の確率(=「証拠(E)が得られた確率」)は0.4である。また、1日が曇りのときに翌2日が雨である確率(=「H(仮説)のもとでE(証拠)が生じる確率」)は0.5である。」としよう。この地域で、「2日が雨であったときに前日の1日が曇りである確率(=「証拠(E)が得られたときに仮説(H)が成立している確率」)」を求めるとすると、

$$\frac{[1日\が\曇り\の\とき\に\翌2日\が\雨\で\あ\る\確\率\ : 0.5] \times [1日\が\曇り\の\確\率\ : 0.6]}{[2日\が\雨\の\確\率\ : 0.4]} = 0.75$$

となる。ここで、1日の曇りの確率は、「『2日が雨』という情報・証拠が得られる前」という意味で事前の確率0.6から、「その情報・証拠が得られた後」という意味で事後の確率0.75に変化している。また、「仮説(H)のもとで証拠(E)が生じる確率(尤度)」と、「証拠(E)が得られたときに仮説(H)が成立している確率(事後確率)」との違いも字義だけでは判然としないところもあると思われるが、前者が「4月1日の曇りという天候から、それより後の2日の天候が雨であることを推測する」ものであるのに対し、後者は「2日の天候が雨であったという情報が得られた後に、それをもとに、それより前の1日の天候が曇りであることを推測する」ものであり、ここに時制の違いが潜んでいることが分かる<sup>(77)</sup>。

(76) 草野・前掲注(65)27頁は、有名な Collins 事件を素材にベイズの定理を用いた推論のあり方を簡明に説明しているが、そこでは、Collins 夫妻が有罪であることの事前確率は100分の1を下回ることはないかと仮定されている。その理由について、同注(7)では、「Collins 夫妻が有罪であるというかけに挑むことと100分の1の確率でしかあたらない籤を買うことのいずれを(支出する金額と当たった場合にもらえる金額はいずれも同じとした場合に)選択するかという判断に他ならない。この場合、ほとんど全ての人は前者を選ぶのではなかろうか。」とある。

本稿は確率論的手法の当否を検討するものではないが、長谷部恭男「事実認定と確率理論・再訪」法律時報66巻9号83頁(1994年)、85頁が指摘するとおり、有罪の判断を賭けに擬えること自体に抵抗感を覚える。

(77) 涌井貞美『図解・ベイズ統計「超」入門—— あいまいなデータから未来を予測する技法』(SB クリエイティブ, 2013年) 104頁以下参照。

ベイズの定理及びそれにもとづく証明理論の特徴の一つは、情報が追加されることで値が変化する主観確率が採用されている点にある。主観確率は、「ある事象に対する特定の個人がもつ信念の度合い」と定義され<sup>(78)</sup>、自然法則や統計上の法則のように、観察や実験、あるいは理論的考察によって求められた、ある事象が起こる頻度又は傾向性を意味する客観確率に対比される。例えば、「サイコロを振った場合に1の目が出る確率」とは、試行結果6通りの場合のうちの1の場合で6分の1であり、無限回サイコロを振れば、その内の6分の1は1の目が出ることを意味する。実際には、無限回の試行は不可能であるため、多数回の実験試行、統計調査で求められた近似値となるが（例えば、「喫煙者が肺ガンになる確率X%」）、この意味での確率は、われわれの主観とは独立に存在している。こうした客観確率が存在するためには、實際上無限の繰り返しができる事象であること、あるいは、少なくとも、それ以上繰り返ししても相対度数が有意に変化しないだけ多数回の繰り返しができることが条件となる<sup>(79)</sup>。

統計資料等によって客観確率の値がわかっている場合には、理性的な人間ならば誰でも、主観確率につき、当該客観確率の値と同じ値と評価する、といえる（上記のバス事例及び天候の事例においては、この想定にもとづき主観確率の値は、統計資料から得られる客観確率と同じ値となっている<sup>(80)</sup>）。しかし、主観確率を認める立場においては、異なる諸個人が、完全に理性的で、同じ証拠を与えられたとしても、ある事象について異なる信念の度合いを持つこと——すなわち、主観確率の値が異なること——は許容される。信念の度合いを示す主観確率という概念については、ベイズの定理をめぐる論争において、激しい批判の対象となってきたが<sup>(81)</sup>、主観確率を許容する

(78) ここでは、D・ギリース（中山智香子訳）『確率の哲学理論』（日本経済評論社、2004年）92頁の定義によった。森田・前掲注75303頁、小島・前掲注7553頁、ヘイグ・前掲注759頁以下参照。また、太田・前掲注(31)『基礎』73頁参照。

(79) 太田・前掲注(31)『基礎』70頁、ヘイグ・前掲注753頁参照。

(80) 太田・前掲注(31)『基礎』75頁。

(81) 森田・前掲注75303頁以下。また、シャロン・バーチュ・マグレイン（富永星訳）『異端の統計学ベイズ』（草思社、2013年）75頁以下参照。

からこそ、客観的な方法で事前確率を設定することができない状況——例えば、裁判において、証拠調べ等が行われる前に、要証事実の存否に関する客観確率が判明していることはないであろう——であっても、ベイズの定理にもとづく合理的な推論あるいは意思決定が可能になるとされる。

訴訟上の証明について、主観確率と客観確率の別をいえば、例えば、事実認定において用いられる経験則は、経験から帰納して得られる事物の性状や因果関係についての知識や法則と定義されることから窺われるように<sup>(82)</sup>、経験的知識から個人差を除去し、Aという事情があるとたいいていBという事象が起きる、というかたちで一般化されたものである。そのため、経験則上の蓋然性は客観確率といえる。これに対して、その経験則を用いた証明が対象とする訴訟上の証明主題は、一般に、特定的一回的な過去の具体的な事実である。そのため、上記の再現ないし反復可能性という客観確率の成立条件を充たさない。

特定的一回的事実の蓋然性を客観確率として捉えることができないことから、太田は、訴訟上の証明主題の蓋然性は、主観確率としてしか理解されない、と喝破する<sup>(83)</sup>。そして、主観確率を許容する立場から、ベイズの定理をもとに証明過程の再構築を試み、その結果、証拠調べが進められ、情報が収集されることにより、証明主題の存否に関する主観確率（事実認定者の信念の度合い）が事前確率から事後確率へと変動する過程として裁判における証明を捉えるベイズ論的証明理論モデルが提唱されている<sup>(84)</sup>。

(82) 司法研修所編『民事訴訟における事実認定』（法曹会、2007年）28頁、植立郎『実践的刑事事実認定と情況証拠』（立花書房、2011年）113頁等参照。また、手嶋あさみ「民事裁判における事実認定の構造」日本法哲学学会編『民事裁判における「暗黙知」——「法的三段論法再考」——（法哲学年報2013）』106頁（有斐閣、2014年）、124頁参照。

(83) 太田・前掲注(31)『基礎』75頁。なお、この点について、長谷部・前掲注(76)85頁は、一回的な状況であるから主観的確率概念が採用されるべきだとは、簡単にはいえないはずである、と指摘している。

(84) 訴訟上の証明を確率的に捉えるといっても、そこで用いられるのは、「この証拠がある場合に、この証明主題が存在する確率が高いか、低いか」という思考方法ではない。上記理論モデルで用いられるのは、「この証拠が存在する確率が高いのは、当該証明主題が存在する場合と存在しない場合のいずれか」という思考方法——ある証拠の存在という結果から、ある証明主題の存否という原因を求める——である。換言すれば、証明主題

非常に雑駁ではあるが、以上が太田の証明理論モデルの骨子である。太田自身、再三再四断りを入れているように、これは、裁判における証明とは何かに関するモデルであって、証拠方法の証明力を数値化して計算することができるかと主張するものではない。太田自身も、その実践的意義が限定的であることを認めている<sup>(85)</sup>。他方、当該理論モデルをもとにした実践的課題の考察において導出されたのが解明度である。そこで、次に、両者の関係をみることにしたい。

2) 解明度とベイズ論的証明理論の関係 上記の証明理論モデルにおいて、証明の過程は、情報の収集による事前確率から事後確率への変化の過程と捉えられている。ここでは専ら、得られた事後確率が必要とされる基準（証明度）に到達しているかどうかの問題とされる。換言すれば、事前確率から事後確率への変化の回数（あるいは、事後確率の変化をもたらす情報の入手が尽くされた度合）は、上記の数式の何処にも登場せず、ベイズの定理にもとづく証明理論モデルによって直接捉えることができるのは、「証明の程度」の領域に限られる。そのため、当該理論モデルのみでは、本来、上述のバス事例における $\alpha$ 段階と $\beta$ 段階の差異は説明することができない。

また、上述のバス事例と、実質的には同じ内容である「青バス事例」は<sup>(86)</sup>、英米証明理論において、訴訟上の証明を確率論的に捉えることに批判的な立

---

が存在しないときに存在する確率に対して、証明主題が存在するときに存在する確率が高い事実や証拠は、証明主題を証明する証拠となる可能性があり、その値が逆の事実や証拠は、証明主題を否定する証拠となる可能性がある、とみるのである。太田・前掲注(31)『基礎』79頁。但し、ヘイグ・前掲注(75)54頁。

なお、最判平成22年4月27日刑集64巻3号233頁は、情況証拠による事実認定について、「被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれている」必要がある旨判示している。これについて、積極証拠の中に、「被告人が犯人であるとして当該証拠が存在する蓋然性のほうが、被告人が犯人でないとして当該証拠が存在する蓋然性よりも高く、かつ、後者の蓋然性がもともと相当程度低いもの」が含まれていることを要求する趣旨と解釈するものもある。中川孝博「判批」速報判例解説8号209頁（2011年）、211頁。

(85) 例えば、太田・前掲注(31)『基礎』104頁。

(86) 三木・前掲注(56)392頁以下に、確率論的証明に批判的な論者が用いる著名なパラドックスの紹介がある。See also Laurence H Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV. L. REV. 1329 (1971) at 1340.

場の論者から、当該手法の問題点を指摘するものとして用いられている。そして、太田においても、裁判官において判断の機が熟したとは考えられないという実際上の理由以外に、 $\alpha$ 段階と $\beta$ 段階に差異を見出すべき必要性について、前記の理論モデルを用いた理論的基礎付けは行われていない。

これらの事情からすると、バイズ論的証明理論モデルと解明度の関係については、後者は前者に理論的基礎を有するものではなく、確率論的証明理論の短所を克服するために解明度という考え方が考案されている、とみるべきであろう<sup>(87)</sup>。解明度という考え方をを用いるにあたって、バイズ論的証明理論を前提とする必要はない、という刑事訴訟法学の先行研究に潜在する認識は、両者の関係の理解として適切と思われる。

解明度論の功績は、証明主題についてどの程度の心証が形成されたか、という「証明の程度」の座標軸とは別に、訴訟資料をどの程度まで探り尽くしたかという座標軸が存在することを明らかにした点にあるといわれる<sup>(88)</sup>。そして、解明度という概念の提唱に際して、上記の証明理論モデルが果たした役割は看過し得ない。しかし、座標軸が別である以上、「証明の程度」の座標軸において確率論的手法を用いるかどうかは、もう一方の座標軸である解明度の議論に直接関係するものではない。この意味でも、解明度論と確率論的証明論との繋がり希薄といえる。

こうして、解明度という概念を用いるにあたって、確率論的証明論等の特定の立場を前提にする必要はないことが明らかになった。そこで、次に、解明度の判断基準に関する議論をみることにしよう。

(87) いわば、従前は両眼を開いて渾然一体として把握されていた証明の過程について、焦点が「証明の程度」に絞られている片眼で観察してみたところ、それでは捉えきれない領域があることが判明し、もう一方の眼で観察していた対象が、解明度とでも呼称すべき全く別の領域であるという見解が導かれた、ということであろう。

(88) 解明度論の意義については、加藤ほか・前掲注(4)279頁以下の三木浩一と太田勝造の発言を参照。

### (3) 解明度の判断基準

十分に証拠調べ・事実審理を尽くした度合い、新たな証拠で証明主題の蓋然性（証明点）が変動することのない程度を示す解明度は、どのようにして判断されるか。これに関して、太田は、「どの程度の審理結果の確実性が達せられれば、裁判官は判断に熟するとしてその争点の審理を打ち切ることができるのか。」というかたちで問題を設定した上で、その程度は「訴訟に必要な時間的物質的な費用と紛争の重大性の比較衡量」という基準によって判断すべきとする。例えば、少額の訴訟の場合、何十年も審理を続け、何十万円もかけて証拠を調達する必要はないのに対し、刑事裁判のように、名誉、人格等と、重大な社会的利益の保護が対立する訴訟では、十分に審理を尽くし、高い審理結果の確実性が要求されるという<sup>(89)</sup>。

このように、事実認定における解明度については、旧民訴法182条の「訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキハ裁判所ハ終局判決ヲ為ス」（「裁判所は、訴訟が裁判をするのに熟したときは、終局判決をする。」）（民訴法243条）の解釈に結び付けられ、必要とされる解明度に到達しているかどうかの判断は、手続の諸費用と関係する利益の比較衡量による、というかたちで議論が展開されている。実践的課題の考察において解明度という概念が導出されたことに鑑みれば、審理終結に向けて、証明に関する活動を規律するという目的を設定し、どの程度の審理を実施する必要があるかの判断に資する上記の比較衡量基準を採用するのは理に適っているといえるであろう。また、刑事事件と少額事件の例からも窺われるように、上記の比較衡量については、審理の初期段階で訴訟全体にかかるべき諸費用を判断する場合、及び審理の途中である証拠の取調べにかかるべき諸費用を判断する場合の双方で用いられることが想定されており、相応の汎用性を有している。現に、例えば、刑事訴訟法学の領域でも、略式裁判や即決裁判手続といった簡易な手続と、通常の公判を経て行われる判断の相違を、証明度ではなく、上記基準によって判断され

(89) 太田・前掲注(3)『基礎』109頁。

る必要な解明度の相違として説明するものもある<sup>(90)</sup>。そして、その判断は容易ではないとしても、基準としては明確であるため、上記の比較衡量基準によるならば、新たな証拠で証明主題の蓋然性が変動する可能性について、事実認定者が判断停止に陥る事態を避けることもできるであろう。これによって、長島説に対する後藤の批判を克服することができるようにも思われる。

しかし、例えば、先述の「一抹の不安」の場合、上記の比較衡量基準によれば、当該不安を抱いた時点において既に必要とされる解明度に到達していると結論付けられることになろう。まず、刑事事件で、且つ、死刑が科される可能性がある事件となると、紛争の重大性は相当程度高く評価されよう。しかし、「一抹の不安」の原因になっている、町の残り半分の捜査についていえば、事件発生からの相応の時間が経過している等の事情に鑑みると、それに要する時間的物質的費用も相応に高いものとなる反面、有意な成果が得られる見込み如何は判然としない。そのため、「一抹の不安」が残るとしても、解明度は高いと判断されることになると考えられる。

この点、「一抹の不安」の場合、実際に、新たに証拠が発見され、取り調べられることによって、証明主題の蓋然性が変動する見込みは乏しいであろう。この限りでは、確かに、審理結果は確実といえる。しかし、「以上の疑点がすべて『解明』されない限り」等の「解明」という語の一般的用法からすると<sup>(91)</sup>、証拠を入手し、取り調べることが困難ないし不可能であるという事情が解明度に否定的に作用しない、という結論は些か奇異に映る。

これに関して、上記比較衡量によって判断される解明度については、審理をどの程度の時間と費用をかけて行うべきかの判断に係る審理実施必要度という概念とほぼ同旨であるとの指摘がある<sup>(92)</sup>。考慮要素が殆ど同じである

(90) 宇藤・前掲注327頁。

(91) 最決昭和51年10月12日刑集30巻9号1693頁。

(92) 審理実施必要度については、伊藤・前掲注46165頁以下参照。また、加藤・前掲注34『認定論』67頁注6参照。また、加藤・同68頁は、事実認定者が、自己の心証について、要証事実が存在する蓋然性の程度を高度であると認識することができる場合に、間主観的観点からそれを検証し、その認識が覆る可能性（覆るはずがないという確実性）を意識することには意味がないとはいえないが、蓋然性が高度であるとの認識ができていない

ことからしても、当該指摘的を射ていよう。しかし、これは、証明の程度とは異なる、解明度という座標軸に属する問題すべてが、審理実施必要度の判断に還元されるということの意味しない。あくまで、上記比較衡量基準によって判断される解明度が、審理実施必要度を示すということとどまる。

ここで、解明度の意義の説明に用いられる赤バス事例に立ち戻ってみよう。そこでは、統計的証拠のみが顕出されている  $\alpha$  段階の解明度は、 $\beta$  段階よりも低いとされている。だが、それは、 $\alpha$  段階では統計的証拠しか存在しないのに対し、 $\beta$  段階では、原告と被告のいずれに有利か不利かを問わず、証拠が更に提出されていることが前提となっている。そのため、 $\alpha$  段階以降、①目撃者、②Y社のバスの修理についての調査、③事故当日のY社等のダイヤグラム等について証拠の調達を試みたが、証拠が何も得られなかった場合、あるいは、それに要する諸費用が比較的高額であると判断され、調達が断念された場合には、そもそも $\beta$ 段階に移行したともいえず、依然として解明度は低いということになるのではないだろうか。そうすると、 $\alpha$ 段階の審理結果が確実性に乏しく、解明度が低いと判断されるのは、手続の諸費用と関係する利益との比較衡量の結果ではなく、端的に、蓋然性判断の基礎となる証拠資料が僅かであることに原因があると考えられる<sup>93)</sup>。

これに関して、確かに、今後、諸費用を相当程度投じないかぎり、新たな証拠調べを実施することができないのは、既に相当程度の証拠調べが尽くされていることに原因がある場合も考えられる。そのため、上記の比較衡量による展望的判断によっても、現時点で証拠調べ等の審理が十分に尽くされたかどうかを間接的に把握することはできよう。しかし、現時点での蓋然性判

---

場合には、その確実性を検証することは想定し難いため、事実認定論としての解明度論には限界がある、とも指摘している。

93) その後、太田は、証拠調べによってもたらされる情報価値とそれに係る費用の比較衡量によって判断される「十分に証拠調べ・事実審理を尽くした度合い」を「尽証度」「審理実施必要度」といい、裁判官の心証がそれ以上動かなくなるだけの証拠の収集、情報量の達成をいう「解明度」とは区別するに至っている。そして、十分な程度に「解明度」が達成された点を「心証確立点」とし、「解明度」が「心証確立点」に到達しているかどうかは、「裁判官の主観的であるが、合理的な判断に委ねられる。」としている。太田勝造『法律』（東京大学出版会、2000年）102頁以下並びに112頁以下。

断が十分な証拠調べにもとづいているかの判断としては迂遠な方法といわざるを得ない。事実認定における審理結果の确实性という意味での解明度については、その判断の仕方に、なお、検討の余地があるといえる。

#### (4) 小 括

以上、解明度に関する議論を概観してきた。解明度論は、証明主題についてどの程度の心証が形成されたか、という「証明の程度」の座標軸とは別に、訴訟資料をどの程度まで採り尽くしたかという座標軸が存在することを明らかにした点に大きな意義がある。長島のいう「真実の確信」及び団藤の「一抹の不安」について、新たな証拠で証明の程度が変動する可能性を対象とするものと捉える場合、これらの議論は解明度の座標軸に属すると整理することができるであろう。また、解明度とベイズ論的証明理論との関係については、前者の理論を用いるために、「証明の程度」の捉え方につき特定の立場を前提とする必要はないことが明らかとなった。この意味で、判断基準の点を含め解明度論には、相応の汎用性が認められる。

しかし、事実認定における解明度を判断するための「訴訟に必要な時間的物質的な費用と紛争の重大性の比較衡量」という基準は、審理の初期段階で訴訟全体にかかるべき諸費用を判断する場合、及び審理の途中で一定の証拠の取調べにかかるべき諸費用を判断する場合、すなわち審理実施必要度の判断には有用ではあるものの、新たな証拠で証明の程度が変動する可能性を判断する基準としては限界があることも明らかとなった。

上にみたとおり、刑事訴訟法学においても、近時、即決裁判手続と通常の公判手続の差異を解明度の観点から説明する試みがある<sup>(94)</sup>。被告人に対する手続保障を全うしつつ<sup>(95)</sup>、事件処理に関する多様な手続のあり方を模索する上で、証明度と解明度を区別しておくことは便宜であり、必要でもある

<sup>(94)</sup> 宇藤・前掲注56)12頁参照。

<sup>(95)</sup> 福井厚「補強証拠」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕(別冊ジュリスト203号)170頁(2011年)は、「合理的な疑いを超える証明」が憲法31条それ自体の要求水準であることは異論の余地なく認められている、とする。

う。が、両者を明確に区別し、それを維持していくためには、解明度の座標軸の理論的な位置付けを明らかにし、その理論的基礎との関係で、比較衡量という方法以外の規範的な基準を模索する必要があると思われる<sup>(96)</sup>。

この点、解明度論の契機は、上にみたとおり、バイズ理論を規範的理論として証明過程を再構成する試みにある<sup>(97)</sup>。これに対し、英米証明理論においては、Laurence Jonathan Cohen が、バイズ理論等を用いた確率論的証明理論に対する批判的分析の中で、解明度論と同様に、証拠等の訴訟資料をどの程度まで採り尽くしたか、という座標軸の存在を明らかにしている。その分析成果は、今日、「証拠の重み (weight of evidence)」と呼称されているが<sup>(98)</sup>、そこでは上記の解明度論とは対照的に、証拠等の訴訟資料をどの程度まで採り尽くしたか、という座標軸を主に、刑事裁判における証明の過程を規範的に再構築することが試みられている。そこで、英米の証明理論における「証拠の重み」をめぐる議論を概観し、事実認定における審理結果の確実性の判断につき示唆を得ることにしたい。

## 2 「証拠の重み」の理論

### (1) 端 緒

J. Cohen は、訴訟上の証明を確率論的に捉える立場に対する徹底した批判的分析を展開し<sup>(99)</sup>、遂には、それが前提とする数学的蓋然性（いわゆる「確率」）とは全く異なる、独自の帰納的蓋然性にもとづく体系を確立するに至

<sup>(96)</sup> 解明度論に対しては、存在していても規範的な理由から裁判で用いることができない違法収集証拠、あるいは既に消失しこの世に存在しない証拠等を考慮できない点について、理論としての汎用性に欠けるとの指摘がある。伊藤ほか・前掲注64153頁〔加藤新太郎〕。

<sup>(97)</sup> 加藤ほか・前掲注(4)228頁以下〔太田勝造〕。

<sup>(98)</sup> なお、“weight of evidence”とは、刑事訴訟法学においては、一般に、証拠の証明力の意味で用いられる。例えば、成瀬剛「科学的証拠の許容性(3)」法学協会雑誌130巻3号1頁(2013年)、27頁。が、本稿が取り上げる「証拠の重み (weight of evidence)」は、一般的用法とその内実が異なる。

<sup>(99)</sup> J. Cohen は、民事裁判における証明についても、「無賃入場客のパラドックス (the paradox of the gatecrasher)」という事例を用いて確率論的証明理論の問題点を指摘している。L. JONATHAN COHEN, THE PROBABLE AND THE PROVABLE (1977) [hereinafter J. COHEN,

ったイギリスの哲学者である<sup>(100)</sup>。その体系の詳細は割愛せざるを得ないが<sup>(101)</sup>、J. Cohen によれば、上記の2つの蓋然性の違いは、数学的蓋然性の体系においては、「関連する全ての事実が証拠によって特定されている (specified in evidence)」という仮定のもと、蓋然性が判断されるのに対し、帰納的蓋然性の体系においては、「関連する全ての事実が証拠によって特定されている」程度によって、蓋然性が判断される、という点にある<sup>(102)</sup>。J. Cohen の著で挙げられている例を用いて、刑事裁判における証明に関する、その基本的立場を概観しておこう<sup>(103)</sup>。

警察官が、押し込み強盗があった家の庭で午前3時に被告人が目撃されたこと、及び、盗まれた宝石がそのポケットにあったことを証言し、弁護人はこれを争わないという方針であるとする。訴追側の提示する結論は、被告人が押し込み強盗の犯人である、というものである。この推論を正当化するために用いられている一般命題 (generalization) は、「ある物が普段ある場所から移動させられ、且つ、その直後に付近でその物を持っている人が発見されたならば、その者が意図的にその物を移動させたのである」というものである。

ここで、弁護人としては、当該一般命題が本件には妥当しないことを証明しなければならなくなる。例えば、被告人側は、「強盗の直後、別の見知らぬ者も庭にいて、その者が何か落としたので、返すつもりでその落とし物を拾ったにすぎない」旨の反論を行うことが考えられる。第三者の存在という

---

THE PROBABLE] at 75. 上記のパラドックスについては、三木・前掲注66393頁以下、小林公『法哲学』(木鐸社、2009年) 448頁以下に紹介がある。

(100) なお、J. Cohen は、数学的蓋然性については、Blaise Pascal に因み、「パスカルの蓋然性 (Pascalian Probability)」と呼称し、自らが提唱する「帰納的蓋然性」については、Francis Bacon に因み、「バイコン的蓋然性 (Baconian probability)」と呼称している。See Cohen, *infra* note 102 at 389.

(101) 小林・前掲注99450頁以下、及び橋本聡「英米における事実認定理論の現状」新堂幸司監『実務民事訴訟講座〔第3期〕第4巻——民事証拠法』305頁(日本評論社、2012年)、314頁以下に比較的詳しい紹介がある。

(102) L. Jonathan Cohen, *On the Psychology of Prediction: Whose is the Fallacy?*, 7 COGNITION 385 (1979) [hereinafter J. Cohen, *Prediction*] at 389.

(103) J. COHEN, THE PROBABLE, *supra* note 99 at 248.

ものは、訴追側が黙示的に依拠している一般命題の評価に関連する変数 (relevant variable) の一つである。そこで、訴追側としては、合理的な疑いの要因を取り除くため、何らかの方法——例えば、当時庭には他に誰もいなかったことを証明するという直接的な方法、あるいは、最初目撃されたとき、被告人はその家から逃げ去ろうとしていたことを証明するという間接的な方法——によって、被告人側の上記の主張を反駁する必要がある。このように、訴追側の主張のうち、あらゆる可能な事実について、被告人側が異議を唱えたならば、訴追側は、それらの事実が、当該一般命題の適用を支持するものであること、あるいはそれを否定する例外的なものではないことを証明しなければならない。そして、この類の抜け道 (let-out) が全て排除された場合にのみ、合理的な疑いを超える証明——すなわち、「ほぼ確実 (virtual certainty)」といえる程度の帰納的蓋然性の証明——に到達したことになる。

もっとも、単なる想像上の可能性 (merely fanciful possibility) は、合理的な疑いの根拠とはならない。一般命題にもとづく推論にとって、帰納的には無関係な変数は無視されなければならない。例えば、もしかすると、光る物を好むといわれている黒丸鴉のうち不眠症のものが、宝石を盗んで、それを午前3時に被告人のポケットに落としたのかもしれない。しかし、物の所有の変更に係る一般命題が、不眠症の黒丸鴉の行動によって適用が妨げられたという事態は一般に知られていない。それゆえ、不眠症の黒丸鴉の行動如何は、上記の一般命題に直接関係する変数とはいえないであろう。

また、一般命題にもとづく推論は、例えば、要証事実を知覚したと証言する者等の直接証拠がある場合でも黙示的に用いられている。証言の信用性が争点となる場合、事実認定者は、証人の態度、証言内容自体の整合性、他の証拠との整合性、証人の資質・為人、事件との関係等をもとに、その証言の信用性を判断しなければならない。通常、宣誓した証人は真実を語っていると推定され、虚偽が含まれているとしてもそれは様々なかたちの反駁にさらされる。証人の中には、見知らぬ者 (strangers) については、真実を述べ

ていると信頼できるが、親しい者については、そのように信頼することができない者もいるであろうし、昼間は優れた視覚を持っているが、夜間のそれはあまり信用できないという者もあろう。そこで、証言の信用性を判断するにあたって、事実認定者は、証人に関係する諸事実についての予期が、当該具体的な事件において、真実を証言している (produce veridical testimony) といえる程度に、高度の帰納的蓋然性を備えているかを判断しなければならない。

以上が、刑事訴訟における証明に関する J. Cohen の基本的な立場である。ここでは、要証事実が真であることの蓋然性という「証明の程度」ではなく、推論の基礎となっている一般命題を支持又は否定する証拠がどれだけ考慮された上で当該推論がなされているか、という点が検討の中心に据えられている<sup>(104)</sup>。しかし、どのような場合に、「抜け道」、すなわち、被告人が無罪であることと整合する仮説をすべて排除し得たとするのかは、上にみたところのみからでは必ずしも明らかではない<sup>(105)</sup>。この点について、J. Cohen は、その後の論稿において、経済学者である John Maynard Keynes が提示した「証拠の重み」あるいは「推論の重み (weight of argument)」という考え方を軸に据えて、その意義を明らかにしようと試みている<sup>(106)</sup>。

1921年に公刊された『確率論 (A Treatise on Probability)』の中で<sup>(107)</sup>、Keynes は「推論の重み」について、以下のように述べている<sup>(108)</sup>。

「推論の確率の大きさは、有利な証拠と称せられるものと不利な証拠と称せられるものとの間のバランスによって決まる。そのバランスを崩さない新

<sup>(104)</sup> 橋本・前掲注<sup>(100)</sup>315頁参照。

<sup>(105)</sup> PAUL ROBERTS & ADRIAN ZUCKERMAN, CRIMINAL EVIDENCE (2d ed. 2010) at 260.

<sup>(106)</sup> J. Cohen は、1977年に公刊された主著においても、Keynes の「証拠の重み」の理論を取り上げている。See e.g., J. COHEN, THE PROBABLE, *supra* note 99 at 213. また、同書刊行後、本稿が主に取り上げる後注<sup>(101)</sup>以前に、Keynes の「証拠の重み」の理論について詳細に検討している。L. Jonathan Cohen, *Twelve Questions about Keynes's Concept of Weight*, 37 BRIT. J. PHIL. SCI. 263 (1985).

<sup>(107)</sup> 訳は、ケインズ (佐藤隆三訳)『確率論 (ケインズ全集第8巻)』(東洋経済新報社、2000年)に依った。

<sup>(108)</sup> ケインズ・前掲注<sup>(107)</sup>82頁。

しい証拠は、また推論の確率も変化させない。しかし、推論の間では、ある種の量的比較が可能であるというもうひとつの関係があるのではないかと思われる。この比較は、有利な証拠と不利な証拠とのバランスによって決まるのではなく、それぞれ関連のある知識の絶対量と関連のある無知の絶対量とのバランスによって決まるのである。

入手し得る関連のある証拠が増加するとき、新しい知識が不利な証拠を強めるか、あるいは有利な証拠を強めるかに呼応して、推論の確率の大きさは減少するか、もしくは増加するかのいずれかである。しかし、いずれの場合にも、何かが増加したと思われる——結論を打ち立てるためのより内容のある根拠を手に入れたことになる。私なりの言い方でこのことを表現すると、新しい証拠の取得によって『推論の重み (weight of argument)』が増加するということになる。新しい証拠は、時には推論の確率を減ずるであろうが、つねにその『重み』を増加させるであろう。」

Keynes は、証拠の量の重みを測ることと、有利な証拠と不利な証拠のバランスをとることとは、まったく別の過程であるとし、推論の確率によって推論の重みを説明することはできず、また、「重みの大きい推論は重みの小さいそれより『より正しいらしい』とはいえない」と指摘する。

これに対し、仮説  $h_1$  に基づく  $x$  の確率が  $3/4$  で、仮説  $h_1$  と  $h_2$  に基づく  $x$  の確率が  $2/3$  であるとき、仮説  $h_1$  と  $h_2$  に基づく  $x$  の確率が実際に  $2/3$  であるということは、仮説  $h_1$  に基づく  $x$  の確率が実際に  $3/4$  であることよりもっと確からしいと推測する向きもあるとしながらも、Keynes は、証拠の量が増加するにつれて、いわば「確率の確率」が高まるというのは理にかなっていないという。というのも、「仮説  $h_1$  に基づく  $x$ 」の確率は、実際に  $x$  が真であるか否かには関係がなく、後に  $x$  が真であると判明したとしても「仮説  $h_1$  に基づく  $x$ 」の確率が  $3/4$  であるというのは誤りである、ということにはならない。同様に、「仮説  $h_1$  と  $h_2$  に基づく  $x$ 」の確率が  $2/3$  であるという事実は、「仮説  $h_1$  に基づく  $x$ 」の確率が  $3/4$  であるという結論を反駁するものではないからである。そして、証拠にもとづいてなされる判断も

しくは計算に間違いがないならば、2つの確率は、それぞれ2/3と3/4である、と指摘している<sup>(109)</sup>。

この「重み」の理論は、確率をどのように捉えるかに関わりなく、妥当するとするが、Keynesは、上述の「推論の『重み』」と「推論の『確率』」とがそれぞれ独立の性質を持っていること、及び「証拠を増やすことによって推論の重みを強めるということをどの程度まで行うべきかは容易にはわからない」ことから、結論的には、「証拠の重み」の理論に「大きな実用的重要性があるかどうか私は疑問に思っている。」としている<sup>(110)</sup>。ところが、「証拠の重み」の理論は、J. Cohenによって、刑事裁判における合理的な疑いを超える証明の意義を分析するために、法学の領域に持ち込まれることになった。

## (2) 「合理的な疑いを超える証明」と「証拠の重み」

1) 確率論的証明理論に対する批判 J. Cohenは、刑事裁判における「合理的な疑いを超える証明」を被告人が有罪である数学的蓋然性（確率）として捉える立場を次のように批判する<sup>(111)</sup>。まず、数学的蓋然性が100%となるような完全な証明に到達することは、現実には不可能である。そのため、この立場においては、「合理的な疑いを超える証明」は、利用可能な証拠にもとづき、得られた数学的蓋然性が、その差異を無視できる程度に100%に近い値になることを要請するものと解釈されることになる。しかし、「合理的な疑いを超える証明」を数学的蓋然性の観点から解釈するとしても、そこで求められているのは、「被告人は有罪である」という仮説についての単なる条件付確率（conditional probability）ではなく、無条件確率（unconditional

<sup>(109)</sup> ケインズ・前掲注④85頁以下。

<sup>(110)</sup> ケインズ・前掲注④88頁。なお、同書では、「『証拠としての重み』の理論」と訳されているが、ケインズの主張に関する先行文献（カール・R・ポパー（大内義一＝森博訳）『科学的発見の論理〔下〕』（恒星社厚生閣、1972年）498頁等）の一般的な例に倣い、本稿では、「『証拠の重み』の理論」という訳を用いる。

<sup>(111)</sup> L. Jonathan Cohen, *The Role of Evidential Weight in Criminal Proof*, 66 B.U.L. REV. 635 (1986) [hereinafter J. Cohen, *The Role*] at 636.

probability) である。刑事裁判においては、法廷に提出された証拠にもとづいて判断がなされるが、その評決は、「有罪 (Guilty as Charged)」であって、「法廷で現に明らかにされた事実にもとづけば、有罪 (Guilty on the facts actually put before the court)」ではない。例えば、事実認定者には、「被告人と被害者の交友関係がもう少し明らかにされていれば、関連する全ての事情にもとづく有罪の判断は、幾らか蓋然性の低いものになっていたかもしれない」等ということは許されない。換言すれば、数学的蓋然性を前提とする場合でも、「法廷に提出された証拠 (E) が得られた場合に、被告人は有罪であるという仮説 (H) が成立している確率 (条件付確率  $P(H|E)$ )」から、「有罪」との無条件確率を導くためには、「法廷に提出された証拠 (E の値)」が「合理的な一般人が当該事件の証明の基礎として関連性があると考え得るであろう全ての事実 (以下、「全事実」という場合がある) (TE の値)」に近似することが要請されるのである。

これに対しては、「法廷に提出された証拠 (E) が得られた場合に、被告人は有罪であるという仮説 (H) が成立している確率 (条件付確率  $P(H|E)$ )」の値が、十分に高く、100% に近似している場合、この蓋然性判断が、『全事実』(TE) が得られた場合に、被告人が有罪であるという仮説 (H) が成立している確率 (条件付確率  $P(H|E)$ ) に悖ることはない、との反論があり得る。

しかし、籤の数を任意に設定し (y)、その中に一つだけ当たりがある宝籤を考えてみよう。「Xの籤は当たりではない」との仮説は、籤売り場に存在する任意に設定された籤の総数 y に呼応して、高度の蓋然性を有する条件付確率 (「宝籤の総数が y で、その中に一つだけ当たりがあるという場合に、『Xの籤は当たりではない』との仮説が成立する確率」となる。しかし、ここで、直ちに、当該条件付確率から、「Xの籤は当たりではない」という無条件確率を導出することには躊躇いを覚えるであろう。宝籤の運営が公正であることが判明するまでは、条件付確率から無条件確率への推論の妥当性を疑う余地がある。例えば、Xは暴力団員で、彼が雇った悪漢達が抽選を取

り締まっているという事実がある場合、合理的な一般人であれば、これを結論に関連する全事情の一部をなすと考えるであろう。すると、当該事実を併せて判断し、導かれた結論の蓋然性は、任意に設定された籤の総数という当初の利用可能な証拠によって導かれた蓋然性よりも相当程度低いものになる。勿論、ある結論に高度の蓋然性が認められる時点において、既に十分な事実が引証され、合理的な一般人であれば、結論に関係すると考えるであろう事実が最早残されていない場合もあろう。しかし、それは、そういう場合もある、というにすぎない<sup>(112)</sup>。

2) 「合理的な疑いを超える証明」の意義 このように、J. Cohen は、刑事裁判における証明を数学的蓋然性の意に解する場合であっても、合理的な一般人が当該事件の証明の基礎として関連性があると考えらるであろう全ての事実との関係で、当該蓋然性判断の基礎となる、法廷で明らかにされた事実の程度——すなわち、「証拠の重み」の程度——が評価されなければならない、と指摘する。この指摘を容れるならば、「全事実」に向けて「証拠の重み」の程度が高められる過程において、「有罪」という訴追側の提示する仮説について、証拠等によって示される合理的な疑いの根拠を排除することができるか否かが検証されることになる。そこで、J. Cohen は、「証拠の重み」を最大化する過程で、合理的な疑いの根拠がすべて排除されること、これこそが、「合理的な疑いを超える証明」の要請である、と主張する。更には、「証拠の重み」の最大化が果たされれば、これに加えて、数学的蓋然性の程度を考慮する必要はないとして、J. Cohen は、「数学的蓋然性による判断は無用である (Pascalian judgement is otiose)」との結論を示している<sup>(113)</sup>。

「合理的な疑いを超える証明」について、J. Cohen の斯かる解釈は、要約すれば、要証事実が真であることの蓋然性という「証明の程度」の座標軸を排し、「証拠の重み」の座標軸において、仮説が、合理的な一般人が当該事件の証明の基礎として関連性があると考えらるであろう全ての事実について、

<sup>(112)</sup> J. Cohen, *The Role*, *supra* note 111 at 638.

<sup>(113)</sup> J. Cohen, *The Role*, *supra* note 111 at 649.

当該仮説を排除し得る多くの異なる証拠等にもとづく検証に耐えることを要請するもの、ということになる<sup>(114)</sup>。

3) 比較衡量基準に対する批判 J. Cohen の立場においては、「証拠の重み」の程度は、「全事実」に対して、現在法廷に顕出されている証拠によって考慮されている事実の数によって判断されることになる<sup>(115)</sup>。この点、「証拠の重み」あるいは「推論の重み」の程度を、関連する証拠が新たに発見される期待可能性に反比例する関係にある（期待可能性が低いほど、「重み」の程度は高い）と捉えることも考えられる。が、J. Cohen は、重要な目撃証人 (vital eyewitness) が、その目撃内容を明らかにすることなく死亡したという例を用いて、この考え方を斥けている。この場合、目撃証人の証言内容を明らかにするための更なる調査によって、新たな証拠が得られる可能性は皆無である。しかし、当該情報が失われたことによって、「証拠の重み」が高くなることはない。入手された証拠の重みは、「全事実」との関係で判断されるのであって、「発見することができると考えられる全事実」との関係で判断されるものではない。そのため、利用できる証拠をすべて入手したとしても、「重み」が最大になるとはかぎらない。現実には、決定的な争点が、偶々、確定できないために、訴追側が合理的な疑いを超える証明を行うことができないこともある、としている<sup>(116)</sup>。

### (3) 小 括

以上、「証拠の重み」の理論を概観してきた。「証拠の重み」の理論のうち、上にみた解明度論との比較において、特徴的といえる点を整理しておこう。

まず、「証拠の重み」の理論の特徴は、刑事裁判における合理的な疑いを超える証明から有罪判決に至る過程に、帰納的推論ないし決断が介在しているとの分析を出発点としている点にある<sup>(117)</sup>。数学的蓋然性の観点から証明

<sup>(114)</sup> See e.g., Dale A Nance, *The Weight of Evidence*, 2008 EPISTEME 267 (2008) at 275.

<sup>(115)</sup> J. Cohen, *The Role*, *supra* note 111 at 644.

<sup>(116)</sup> J. Cohen, *The Role*, *supra* note 111 at 642.

<sup>(117)</sup> 演繹と帰納の区別については、後述する。

の過程を分析した結果、副次的に導かれている解明度論に比して<sup>(118)</sup>、「証拠の重み」の理論は、証明過程における理論的な位置付けが明確といえるであろう。

「証拠の重み」の理論の第2の特徴として、刑事裁判における証明を数学的蓋然性の観点から捉える立場に対し、当該蓋然性判断の基礎となる事実の程度という視点を欠いている、との批判が展開されている点があげられよう<sup>(119)</sup>。解明度論が、確率論的証明理論の立場から提唱されているのとは対照的である。そして、この批判を契機として、「合理的な疑いを超える証明」に関して、「全事実」に向けて「証拠の重み」の程度が高められる過程において、「被告人が有罪である」という訴追側の提示する仮説につき、合理的な疑いの根拠をすべて排除することができるか否かの検証を要請するもの、という解釈が導かれている<sup>(120)</sup>。

また、「証拠の重み」の理論においては、解明度論において採用されてい

(118) 加藤ほか・前掲注(4)231頁〔太田勝造〕は、解明度という考え方につき、分析の過程で得られた有益な「副産物」と述べている。

(119) 本稿において解明度とバイズ論的証明理論の関係について分析した際に、解明度という概念が確率論的証明理論に加えられた批判を克服するために考案されたのではないかとの見方を示したが、この事実はこれを補強するものといえる。

なお、J. Cohen の見解については、太田・前掲注(31)『基礎』87頁注15でも取り上げられている。そこでは、「コーエンの提案する確率体系が、彼の主張するように数学的確率よりも訴訟上の事実認定に適合するとも思えない。」と述べられるにとどまっております、バイズ論的立場からの批判は David Schum の書評に委ねている。See also David Schum, *Book Review: A Review of a Case against Blaise Pascal and his Hairs*, 77 MICH. L. REV. 446 (1979). しかし、Schum は、その後の諸論稿で、J. Cohen の提唱した帰納的蓋然性及び「証拠の重み」の理論と、バイズ論的証明理論の止揚を試みている。See e.g., DAVID A SCHUM, *THE EVIDENTIAL FOUNDATIONS OF PROBABILISTIC REASONING* (2001) at 243; also David A Schum & Jon R. Morris, *Assessing the Competence and Credibility of Human Sources of Intelligence Evidence: Contributions from Law and Probability*, 6 LAW, PROBABILITY AND RISK 247 (2007) at 266.

(120) なお、青木英五郎のいう「証拠の完全性」という考え方は、「証拠の重み」の理論と共通する部分が少なくないように思われる。青木は、「仮説の確実性は、仮説が真実であることに對して、可能なすべての疑問を起し、この疑問が与えられた事実に基づいてどの程度に排除しうるかを判断することによって評価される。」とする。そして、「仮説の確実性について考えられる疑問の根拠の一つは、関連する事実が見失われ、もしくは考慮されないとという可能性である。たとえ一つの仮説以外を排除するのに十分なほど

のと同様の比較衡量基準が明確に斥けられている点も注目される。「証拠の重み」の程度は、「発見することができると考えられる全事実」とではなく、「全事実」との関係で判断されるべきとされている。

なお、J. Cohen は、刑事裁判における証明については、上にみたとおり、数学的蓋然性による判断を無用なものとして斥けている。しかし、これは、帰納的蓋然性あるいは「証拠の重み」という考え方を支持する立場と、数学的蓋然性を支持する立場とが、互いに排斥し合う関係にあるということではない。J. Cohen も、例えば、民事裁判における証明や、医療上の診断等において要求される蓋然性判断については、数学的蓋然性の有用性を否定していない<sup>(121)</sup>。これに関して、「証拠の重み」の理論のうち、とりわけ、「数学的蓋然性による判断は無用」としている点については批判が多い<sup>(122)</sup>。例えば、「証拠の重み」を向上させる過程で実施される検証の結果については、仮説を支持する、あるいは支持しないというかたちで一義的に判定できるものではなく、程度を容れる余地があるため、帰納的蓋然性とは別の蓋然性判断を用いる必要がある等の批判がある。このため、J. Cohen の提示した「合理的な疑いを超える証明」の解釈を全面的に支持するものは見受けられない

---

事実を集めたとしても、発見できない事実が唯一の仮説と矛盾することがある。また見失われた事実は、もしそれを知っていたならば、全く異なった仮説を示すことがある。関連性がないとして無視された事実が、もし、本来、関連性のある事実であったならば、結果においては見失われた事実である。したがって、関連性のある重要な事実を忘れ、あるいは考慮から除外する危険を防止するために、関連する可能性のある、すべての事実をノートすることが望ましい注意である。……一般的には、与えられた事実の数が多ければ、証拠が完全であるという蓋然性の程度は高くなるということができる。しかし、たとえ事実の数が多いとしても、関連する事実が見失われていないという保証はない。恐らく最も実証的な証拠の完全性のテストは、考えられるすべての反対の仮説について、考えられるすべての帰結をテストすることである。このテストがなされない間は、証拠が完全であるとは考えられない。」と述べている。青木英五郎著作集刊行委員会編『裁判官の法意識 青木英五郎著作集第1巻』(田畑書店、1986年)100頁以下。

(121) J. Cohen, *Prediction*, *supra* note 102 at 389. See also J. Cohen, *The Role*, *supra* note 111 at 639.

(122) See e.g., F. Picinali, *Structuring Inferential Reasoning in Criminal Fact Finding*, 11 LAW, PROBABILITY AND RISK 197 (2012) at 213.

が<sup>(123)</sup>、「証拠の重み」の程度という視点を取り入れる必要性については、これを肯定するものが少なくないというのが現状といえる<sup>(124)</sup>。

解明度論によって、訴訟上の証明過程に、訴訟資料をどの程度まで探り尽くしたかという座標軸が存在することが明らかとされた。だが、そこで提唱されている「訴訟に必要な時間的物質的な費用と紛争の重大性の比較衡量」という基準によって必要性が判断される場合、解明度は、審理実施必要度と実質的内容において選ぶところはない。そのため、現在の解明度論においては、現実に存在する証拠の量を所与の前提として<sup>(125)</sup>、特定の時点における蓋然性判断の基礎となる証拠資料の十分性は、展望的に捉えられるにとどまる。

勿論、現在の解明度論にも一定の有用性はある<sup>(126)</sup>。しかし、その理論的位置付けは明らかとはいえず、その十分性ないし必要性を測る基準においても、現実に存在する証拠の量を所与の前提とするほかないため、審理が開始された時点で証拠資料が相当程度制限されており、審理実施必要度及び証明度に到達したとしても、事実認定の基礎となる資料が乏しく、その審理結果

(123) Nance, *supra* note 114 at 275. See also Mark Klamberg, *The Alternative Hypothesis Approach, Robustness and International Criminal Justice*, 13 J. INT. CRIMINAL JUSTICE 535 (2015) at 547.

(124) See e.g., TERENCE ANDERSON & DAVID SCHUM ET AL., *supra* note 48 at 224; ROBERTS & ZUCKERMAN, *supra* note 105 at 260. See also, A.A.S. ZUCKERMAN, *THE PRINCIPLES OF CRIMINAL EVIDENCE* (1989) at 134. なお、長谷部・前掲注7687頁が、J. Cohen 及び A.A.S. Zuckerman の見解を紹介している。

また、「証拠の重み」の理論を簡便に紹介する近時の文献として以下のものがある。HO HOCK LAI, *A PHILOSOPHY OF EVIDENCE LAW : JUSTICE IN THE SEARCH FOR TRUTH* (2008) at 165. See also Chales Yablon, *The Meaning of Probability Judgements: An Essay on the Use and Misuse of Behavioral Economics*, 2004 U. ILL. L. REV. 899 (2004) at 916; Andrew E. Taslitz, *Cybersurveillance Without Restraint?: The Meaning and Social Value of the Probable Cause and Reasonable Suspicion Standards in Governmental Access to Third-Party Electronic Records*, 103 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 839 (2013) at 897.

(125) 現在の解明度論が採用している比較衡量基準は、現実に存在する証拠の量が所与の前提となっていることを指摘するものとして、宇藤・前掲注56)9頁。

(126) 例えば、萩原金美「刑事訴訟における証明責任——一つの試論的考察——」神奈川法学28巻2・3号131頁(1996年)、142頁注18。逮捕と勾留について、証明度は同一であるが、勾留は勾留質問等を経た上でなされるため、逮捕よりも解明度が高いと分析する。

が確實とはいえない場合を捉えることができない、という限界がある。これに対し、「証拠の重み」の理論は、訴訟資料をどの程度まで探り尽くしたかという座標軸に、理論的な基礎付けを試みるものといえる。そこで提唱されている「合理的な一般人が当該事件の証明の基礎として関連性があると考えてるであろう全ての事実」という基準については議論の余地があるものの、「証拠の重み」の理論から示唆を得て、その理論的基礎を確立することができれば、解明度という考え方の汎用性を向上させることができるように思われる。そこで、以下、この点を検討することにした。

### Ⅲ 検 討

#### 1 解明度の理論的基礎

##### (1) 前 提

「証拠の重み」の理論を手掛かりとして、解明度に理論的基礎を付与することを試みるが、この奏功は、「証拠の重み」の理論の出発点、すなわち、刑事裁判における合理的な疑いを超える証明から有罪判決に至る過程に帰納的推論ないし決断が介在しているといえるか否かにかかっていると思われる。が、その検討に入る前に、用語法について確認しておきたい。

刑事裁判における事実認定に関しては、周知のとおり、その性質を演繹的判断とみるか、帰納的判断とみるかについて議論がある。しかし、論者によって想定している「演繹的判断」と「帰納的判断」の内実が異なっており、その対立が、事実認定過程を三段論法を用いて説明するという推論の形式の点にあるのか、前提に結論が含まれていないという推論の性質の点にあるのかが判然としないことは夙に指摘されている<sup>(127)</sup>。そのため、ここで、帰納

(127) 松本時夫「事実認定について」廣瀬健二＝多田辰也『田宮裕博士追悼論集下巻』465頁(信山社、2003年)、470頁参照。なお、直接には民事訴訟法の議論を対象にしたものであるが、亀本洋「裁判と科学の交錯」長谷部恭男ほか編『岩波講座 現代法の動態6 法と科学の交錯』3頁(岩波書店、2014年)22頁は、「経験則による事実認定が演繹か帰納か」という争いは、「法理学者には理解しにくい」としている。

的推論と演繹的推論とを、その性質の点で区別する意義について、簡単に確認しておきたい。

性質の点で区別される場合、帰納的推論とは、「前提」と「結論」との間に必然的連関がなく、「前提」が真であっても、その「結論」が真とは限らず、蓋然的である推論をいう。これに対し、演繹的推論とは、「前提」と「結論」との間に必然的連関があり、「前提」が真であれば、必ず「結論」も真である推論をいう<sup>(128)</sup>。帰納的推論の特徴は、「前提」には含まれていない情報が「結論」で付け加えられるため、情報量が増える反面、その付け加わった情報が誤っている虞があるという点にある。これに対し、演繹的推論には、「前提」にある真理が「結論」まで保存されている反面、「結論」は「前提」に含まれている情報を取り出しているにすぎないため情報量が増えることはないという特徴がある。この特徴の相違が、両者を性質の点で区別する実益である<sup>(129)</sup>。確認のため、再度、J. Cohenの分析をみると、そこで問題とされているのは、証明における「法廷で取り調べられた証拠にもとづく、被告人は有罪であるという判断」(前提)から、判決における「被告人は有罪であるという判断」(結論)への推論である。ここでは、「法廷に顕出された証拠によって認定できる事実」から「全事実」へ変更する、あるいは、上記の条件を外すというかたちで、「前提」には含まれていない情報が「結論」で付け加えられている。そこで、上記過程に係る推論の性質は帰納的である、というのがJ. Cohenの分析であり、「証拠の重み」の理論の出発点である。

以下では、解明度の座標軸の理論的基礎について、上記の意味での帰納的推論ないし決断が、我が国の刑事裁判において、『公判手続において取り調べられた証拠』によって証明、認定された事実から、有罪判決で摘示される「罪となるべき事実」への過程に介在しているかどうかを検討する。

(128) 近藤=好並・前掲注(58)140頁、156頁参照。戸田山和久『科学哲学の冒険 サイエンスの目的と方法を探る』(NHK出版、2009年)46頁参照。

(129) 情況証拠による事実認定に関する議論の状況、及び、それらと論理学上の考え方との関係については、鳥毛美範「最判平成22・4・27による情況証拠論の継承と深化」季刊刑事弁護68号161頁(2011年)及び所掲の文献参照。

## (2) 合理的な疑いを超える証明から有罪判決に至る過程

まず、関係する現行法の規定を確認しておきたい。「被告事件について犯罪の証明があった」ときに、裁判所は、有罪の判決をしなければならない(法333条1項)<sup>(130)</sup>。有罪判決には、刑の言渡しの判決(同条同項)と、刑の免除の判決(法334条)がある。有罪判決は主文と理由からなり、主文には、刑の免除の判決の場合、「被告人に対し刑を免除する。」等と記載されるのに対し、刑の言渡しの判決の場合には、「被告人を懲役1年に処する。」等の具体的な宣告刑が記載される<sup>(131)</sup>。理由には、いずれの場合でも、「罪となるべき事実」、「証拠の標目」及び「法令の適用」を摘示することが求められる(法335条)。そして、「罪となるべき事実」には、検察官が、公訴提起に際して起訴状に記載して主張した「罪となるべき事実」(法256条3項)に対応し、証拠にもとづき裁判所が認定した犯罪事実(法317条)が<sup>(132)</sup>、また、「証拠の標目」には、罪となるべき事実を認定する基礎とされた証拠につき、その特定性を示す標題あるいは呼称が摘示される<sup>(133)</sup>。整理すれば、その証明力が

(130) 田口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』431頁(弘文堂、2012年)、酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015年)592頁等。なお、有罪認定に必要とされる立証の程度としての「合理的な疑いを差し挟む余地がない」の意義について判示した最決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁は、「その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である。」としている。

(131) 石丸俊彦ほか『〔三訂版〕刑事訴訟の実務(下)』(新日本法規出版、2011年)547頁以下〔仙波厚〕、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第8巻』(青林書院、2011年)113頁以下〔中谷雄二郎〕、河上和雄ほか『注釈刑事訴訟法〔第3版〕第6巻』(立花書房、2015年)637頁以下〔福崎伸一郎〕等参照。

(132) 最判昭和24年2月10日刑集3巻2号155頁は、罪となるべき事実の判示に関して、その趣旨を「法令を適用する事実上の根拠を明白ならしめる」ことにあるとした上で、その程度につき、刑罰法令「各本条の構成要件に該当すべき具体的事実を該構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的に明白にし、かくしてその各本条を適用する事実上の根拠を確認し得られるようにするを以て足る」と判示している。

(133) 「証拠二依り之ヲ認メタル理由ヲ説明」することを求めていた旧法(旧刑訴法360条)の場合とは異なり、現行法においては、証拠から事実を認定するに至った心証形成の過程等についての説明は要請されていない。野間・前掲注(9)「確信」5頁、福崎・前掲注(13)638頁等参照。

標目主義の合憲性について、東京高判昭和48年11月15日判例時報736号109頁は、「『証拠の標目』を示すのみでは、いかなる証拠内容によっていかなる事実を認定したのか、判文自体からは必ずしも明確とはいえないが、挙示する証拠が特定されていれば、標目に

裁判官の自由な判断に委ねられている証拠（法318条）によって、罪となるべき事実等が認定され、その認定された事実と、その基礎となった証拠の標目が有罪判決の理由に示され、「被告人を懲役1年に処する。」等の具体的な宣告刑あるいは「被告人に対し刑を免除する。」等がその主文に示される、ということになる。

また、刑訴法1条は、その目的として、「事案の真相を明らかに」することを求めている。これについては、近時、「事案の真相」とは、「実体法が記述・明定している犯罪の要件要素を構成し、これに該当する具体的事実」と、「犯罪成立の要件要素が認定され被告人が有罪と認められる場合に、その者に対する確な量刑を行うために、必要不可欠な、量刑判断にとって重要な事実」に尽きるのであって、これを超えた「真相」の解明は、刑事手続の目的ではないとの指摘がみられるように<sup>(134)</sup>、有罪判決の場合に、その理由で摘示される「罪となるべき事実」等と、刑訴法1条にいう「事案の真相」とを、その範囲において一致させることを志向する主張が有力に唱えられている。

ここでの検討との関係では、上記の指摘を容れ、認定されるべき事実、及び有罪判決の理由とされる事実、解明されるべき事実の範囲が一致するというのみでは、刑事裁判における合理的な疑いを超える証明から有罪判決に至る過程に帰納的推論ないし決断が介在することはない、と結論付けることは

---

より記録からその証拠資料を提出することはきわめて容易であって、判文と記録を照らし合せて見ることにより、どの証拠のいかなる内容によってどの事実を認めたか、証拠と事実との関連性が明らかになるのであるから、事実誤認または理由の不備ないしくいちがい等による上訴との関連においても、実質的に当事者の利益は担保されているものというべき」旨を判示している。

<sup>(134)</sup> 酒巻・前掲注<sup>(30)</sup>6頁。河上和雄ほか『注釈刑事訴訟法〔第3版〕第1巻』（立花書房、2011年）64頁〔植村立郎〕（「事実認定に限定していえば、刑事裁判は訴追された事実について合理的な疑いを超える立証がなされているか否かを判断することに尽きる」）、河上和雄ほか『大コンメンタル刑事訴訟法〔第二版〕第1巻』（青林書院、2013年）54頁〔中山善房〕（「被告人に対し刑罰権を行使するために、被告人の刑事責任の有無を判断するに足りる範囲内において、具体的な事実認定を行うことが、実体的真実を解明することである。」）等。また、秋山敬「争点整理・証拠厳選等に関する諸問題（上）」判例タイムズ1311号68頁（2011年）、70頁以下、笹倉宏紀「当事者主義と争点整理に関する覚書」研修789号3頁（2014年）、4頁以下参照。

できない。「『公判手続において取り調べられた証拠』によって証明、認定された事実」から、有罪判決で摘示される「罪となるべき事実」——上記の主張による場合、刑法1条が解明を要求している「事案の真相」と範囲において殆ど一致する——への過程において、「前提」となる前者から、対象とする事実以外の点でも情報を付け加えることなく<sup>(135)</sup>、「結論」となる後者が導き出されているかどうかを検討する必要がある。

この点、刑の言渡しの場合に、上にみたように、主文が「被告人を懲役1年に処する。」等の具体的な宣告刑とされることに鑑みれば、それは、「公判手続において取り調べられた証拠」という条件が外された、無条件判断になっているともいえる。しかし、他方で、有罪判決には、その理由において、「証拠の標目」が摘示されており、依然として、「公判手続において取り調べられた証拠」という条件が保持されているとみることもできる。そのため、有罪判決の形式からの検討には限界があるように思われる。

これに関して、刑法435条は、有罪判決の証拠が偽造や偽証によるものであったこと等が確定判決により証明された場合以外に、無罪等を言い渡すべき明らかな証拠を新たに発見したときを再審事由として規定している<sup>(136)</sup>。同条にいう新たな証拠は、当然のことながら、前記の「公判手続において取り調べられた証拠」には含まれていない。

ここで、Keynesの指摘を振り返ってみよう。Keynesは、「仮説h1に基づくx」の確率は、実際にxが真であるか否かには関係がなく、後にxが真であると判明したとしても「『仮説h1に基づくx』の確率は3/4」が間違いということにはならず、また、「『仮説h1とh2に基づくx』の確率が2/3」で

(135) この点で、本稿と、事実の付け加えが問題となる、いわゆる情況証拠による事実認定に関する議論とは、直接の検討課題を異にする。

(136) ちなみに、かつての民事訴訟法（明治23年4月21日公布法律第29号）469条第1項7号は、「相手方若シクハ第三者ノ所為ニ依リ以前ニ提出スルコトヲ得サリシ証書ニシテ原告若シクハ被告ノ利益ト為ル可キ裁判ヲ為スニ至ラム可キモノヲ発見シタルトキ」として、いわゆる新証書の発見を原状回復の訴えによる再審請求事由として規定していた。が、当該規定は、大正15年法改正によって削除されている。高橋宏志「再審について（一）」法学教室180号79頁（1995年）、84頁以下並びに86頁注(15)、三谷忠之「再審」新堂幸司編大『講座民事訴訟法⑦上訴・再審』323頁（弘文堂、1985年）、336頁以下参照。

あるという事実は、「『仮説 h1に基づく x』の確率が 3/4」であるという結論を反駁するものではなく、証拠にもとづいてなされる判断もしくは計算に間違いがないならば、2つの確率は、それぞれ 2/3 と 3/4 である、という。

これを先にベイズの定理の説明の箇所で用いた気象予報の例で敷衍すれば、「2日が雨であったときに前日の1日が曇りである確率 (= 証拠 (E) が得られたときに仮説 (H) が成立している確率)」を求めなさいという問いに対し、過去の気象情報をもとに、実際の1日の天気を調査し、曇りである確率を「100%」あるいは「0%」とする回答は、問いに答えるものではない。また、実際の1日の天気が如何なるものであったとしても、その事実は、「2日が雨であったときに前日の1日が曇りである確率 = 0.75」という確率計算の誤りを指摘するものではなく、他方で、「2日が雨」という情報が得られた後の0.75という確率は、「気象統計にもとづく、4月1日が曇りの確率 = 0.6」を反駁するものでもない。

刑事訴訟法の領域においても、蓋然性自体が判断の対象になっている場合には、上記の理が妥当する。例えば、勾留状請求の段階において、逮捕状請求当時の資料と、被疑者の弁解等その後に入手された資料にもとづき、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある」(刑訴法207条, 60条)とはいえないとの判断が示されたとしても、これによって直ちに、逮捕状請求当時の資料にもとづく、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある」(刑訴法199条)との判断が間違っていた、ということにはならないであろう。

しかしながら、天気予報について、実況の降水の有無と比較し、その適中率が検証されるように<sup>(137)</sup>、「仮説 h1に基づく x の確率」が、当該条件下における x の確率ではなく、x の真偽を問題にするものであれば、実際に x が真かどうかは、その予測の適否の判定に決定的な意味を持つことになる。すなわち、蓋然性又は確率の判断については、その対象の捉え方——蓋然性

(137) 気象庁の HP には、天気予報の精度を検証する方法についての説明がある (<http://www.jma.go.jp/jma/index.html>) (2016年1月訪問)。

又は確率か、実際の出来事か等——に応じて、その評価の仕方も変化すると考えられる<sup>(138)</sup>。

これに留意しながら、ここで、確定した有罪判決の摘示する「罪となるべき事実」という「結論」には、依然として、「前提」に含まれている「公判手続において取り調べられた証拠」という条件（以下、「証拠E」とする場合がある）が付されていると仮定しよう。そうすると、当該判決は、「『証拠Eにもとづく、被告人が有罪である』蓋然性は、合理的な疑いを超えている」との判断を示していることになる。

刑訴法435条1号及び2号にいう偽造や偽証に係る再審事由は、証拠E自体の問題である。これらの事由は、上記の仮定のもとでも、確定判決に示される上記の蓋然性に至る判断の過程に誤りがあるとして、これを反駁するものと捉えることができる。これに対し、刑訴法435条6号にいう新証拠に係る再審事由の場合、再審開始決定は、「『証拠E及び新証拠にもとづく、被告人が有罪である』蓋然性には、合理的な疑いを挟む余地がある」との判断を示すものといえる。そうすると、再審決定の当該判断と、「『証拠Eにもとづく、被告人が有罪である』蓋然性は合理的な疑いを超えている」という有罪判決の判断とは、異なる根拠にもとづいて、間違いのない判断が行われた結果、異なる蓋然性判断に至ったものとして両立し得る。そのため、当該開始決定は、直ちに、確定した有罪判決を反駁するものとはいえない、という結論になる。

上記の結論を容認し難いというならば<sup>(139)</sup>、斯かる結論に至った原因は、上記の仮定にあると考えられる。そのため、当該仮定は不当ということになる。そうすると、「『公判手続において取り調べられた証拠』によって証明、認定された事実」から、有罪判決で摘示される「罪となるべき事実」への過程においては、上記の仮定とは異なり、「公判手続において取り調べられた

<sup>(138)</sup> See LAI, *supra* note 124 at 129.

<sup>(139)</sup> 本田克也「DNA 鑑定の正しい適用とその解釈（3）」季刊刑事弁護85号184頁（2016年）、189頁は、「実際に明らかにしなければならないのは、被告人が犯人であるか否かであり、ここには確率が入ってくる余地はないはずである。」と指摘している。

証拠」という条件は外される，すなわち，合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断から，有罪判決に至る過程には，帰納的推論ないし決断が介在している，とみるべきことになろう<sup>(140)</sup>。

これに関して，刑訴法1条の要請との関係でも，一定の証拠関係のもとでのみ成立するという条件が付されたままでは，認定された事実を解明された「事案の真相」ということはできない，として，上記条件の解除が要請されるとの結論を導くこともできないわけではないと思われる<sup>(141)</sup>。が，いずれにせよ，「証拠の重み」の理論の出発点であり，その理論的基礎と目されるJ. Cohenの分析が，我が国の場合にも妥当するとみるならば，刑事裁判における証明は，2つの座標軸から構成されている，と捉えることができる。

いずれの座標軸においても，公判手続で取り調べられた証拠が判断の資料

(140) なお、「確信」の箇所で見解を取り上げた長島は、「間接事実から主要事実を認定する場合の過程・構造は，論理法則または経験法則を大前提とする三段論法的推理であるとする説と帰納的直接推理であるとする考え方が対立している」とした上で，「蓋然的な経験法則による三段論法的推理の結果を積み重ねこれを論理的に総合するだけでは，理論的には永遠に確実性に達しえず，確実心証——それは窮極的には裁判官の主観的確信である——の形成はついに望むべくもない」と指摘している。そして，「終局的事実認定は，立証過程における暫定的な心証が順次凝結したものであり，そこに断絶が認められないとするならば，その終局的な事実認定も，裁判官の全人格的な理性的直感による帰納的判断に外ならない」とする。長島・前掲注(7)166頁以下。

「全人格的証明」及び「確信」について述べる箇所(同126頁等)には，「帰納的判断」に類する文言は見受けられないが，「事実認定の動的過程は，裁判官の理性的直感による心証の形成過程である」とある。これらの記述からすると，長島のいう「真実の確信」とは，終局的事実認定に至る帰納的判断について述べたものとみることができると思われる。

(141) 「犯罪を民事上の紛争と同様に考え，刑事手続をその意味での紛争の解決の場として捉えるのであればともかく，そうでなければ，刑罰の目的についてどのような考え方を採用するとしても，刑罰は，被告人が犯罪を行ったことを前提としなければ，それを科す意味はない。」という指摘も，有罪判決は単なる条件付きの蓋然性判断ではないとの見方に親和的であるといえよう。川出敏裕「司法取引と刑事訴訟法の諸原則」刑法雑誌50巻3号4頁(2011年)，7頁。

また，個々の訴訟法規の違反に還元し得ない場合の，いわゆる「審理不尽」という破棄理由について，「審理を尽くして判決をすべきであるというより一般的な訴訟法上の義務，換言すれば刑訴法1条を根拠として導き出される真実解明義務違反としての訴訟手続の法令違反を考えることが妥当である。」との見解がある。石井一正『刑事控訴審の理論と実務』（判例タイムズ社，2010年）176頁。上記の指摘と同様に，有罪判決は単なる条件付きの蓋然性判断ではないとの見方に親和的であろう。

となる。しかし、その判断は対象を異にする<sup>(142)</sup>。すなわち、「証明の程度」の座標軸においては、公判手続において取り調べられた証拠をもとに、検察官の主張する公訴事実の存否を対象とする蓋然性判断が行われ、「合理的な疑いを超える証明」という基準に従って結論が下される。これに対し、「解明度」の座標軸においては、公判手続で取り調べられた証拠をもとに、新たな証拠によって「証明の程度」における蓋然性判断が変動することはない、と帰納的に推論ないし決断することが許される——J. Cohenの表現を借用すれば、「証明の程度」における蓋然性判断について、「関連する全ての事実が証拠によって特定されている」と仮定することが許される——程度に審理が尽くされたかどうか判断される。

無論、公訴事実の存否を判断するためには、一定の証拠を取り調べる必要がある。そのため、上記2つの座標軸は、無関係というわけではない。が、各座標軸における判断は対象が異なるため、互いに独立している。例えば、公判手続で取り調べられた証拠が全て公訴事実の存在を肯定するものであったとしても、未だ公判手続で取り調べられていない証拠について、同様に公訴事実の存在を否定するものではなく、「証明の程度」における蓋然性判断の結果を変動させるものではない、と即断することはできない<sup>(143)</sup>。例えば、DNA型鑑定が、「証明の程度」の座標軸において、それ単独で、被告人が犯人であると合理的疑いを容れない程度に推認することを許す程に高度の証

(142) この点、「高度の蓋然性」基準は肯定的評価を積み重ねていくアプローチであり、「合理的疑いを超える」基準は否定的評価を消去していくアプローチ、といわれることがある。田口・前掲注④348頁。前者を「証明の程度」の座標軸、後者を「解明度」の座標軸と呼称すれば、本稿の指摘と同旨ともいえる。が、「両者は同一判断の表裏の問題といえ……その証明の程度は両者で大きな違いはないであろう。」とする点で、本稿の分析とは異なる。

(143) 枚挙的帰納推理に関する議論に従えば——「クラスKの若干の成員  $a_1, a_2, \dots, a_n$  がPの性質をもつ」という「前提」から「Kの全成員もPの性質を持つだろう」との「結論」を引き出す類の帰納的推理をいう（近藤=好並・前掲注58160頁等参照）——、「証明の程度」の座標軸において、合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断が形成されるまでに、公判手続で取り調べられた証拠の数が多く、且つ、それらの類似点が少なく、質的に多様である場合、そこから、未だ公判手続で取り調べられていない証拠についても、同様に公訴事実の存在を否定するものではない、と相応の確実性をもって帰納的に判断することもできないわけではないであろう。

明力を有するとしても、それによって、「解明度」の座標軸において、その推認を覆す他の事実あるいは証拠が存在しない、との結論を、同程度の蓋然性をもって帰納的に推理することが許されるわけではない。この点、科学的証拠に関する前記司法研究は、現場資料と対象資料との DNA 型が全てにおいて一致したという場合に、「天文学的数字分の 1 という偶然一致の蓋然性の乏しさは、自由心証主義の下、社会常識的判断の下で十二分に同一性を断定する根拠になるものと思われる。」としつつも、「状況証拠による認定である限り、常に『特段の事情のない限り』という留保が付くのであり、反対証拠存在の可能性も含めた慎重な吟味がおろそかにされてはならないことも当然である。」としている<sup>(144)</sup>。これは、「反対証拠存在の可能性」は解明度の座標軸にあり、「証明の程度」の座標軸にいう「天文学的数字分の 1」とは異なるという理解を前提に、反対証拠が存在する可能性（「天文学的数字分の 1」ではない）につき別途、慎重な吟味を要請する趣旨と解することができる。

## 2 帰納的判断の確実性

合理的な疑いを超える証明があるとの主観的判断から、有罪判決に至る過程に帰納的推論ないし決断が介在するならば、J. Cohen が指摘するとおり、公判手続において取り調べられた証拠にもとづき、検察官の主張する公訴事実が真である蓋然性が高度であると判断されることをもって、当該推論過程を正当化することはできない。有罪判決において、「公判手続で取り調べられた証拠にもとづけば」という条件を外すことが許される程度に、証拠調べが尽くされ、当該帰納的推論ないし決断の確実性が高められる必要がある。

では、どの程度の証拠調べが尽くされれば、前記の条件を外すことが許されるか。これは、検討が非常に困難な問題であるが、差し当たり、証拠の散逸の意義の分析という本来の課題に必要な限度で、J. Cohen の見解を手掛か

(144) 司法研修所編・前掲注(23)136頁、139頁。勝又義直『最新 DNA 鑑定』（名古屋大学出版会、2014年）88頁以下も、例えば、鑑定資料の付着が被告人を陥れるための偽装工作である可能性は、犯人性の推認とは別に検討される必要がある旨指摘している。

りに、基本的方向性を示すことを試みたい。

J. Cohen は、「合理的な一般人が当該事件の証明の基礎として関連性があると考えるであろう全ての事実」が証拠によって特定される必要があるという。但し、これは、「証明の程度」の座標軸を不要とする立場からの主張である。有罪判決に至る過程に帰納的推論ないし決断が介在するという前提的立場に同調するとしても、その基準に係る主張についてまで、軌を一にしなければならぬわけではないであろう。

「証拠の重み」の理論及び上記の基準を導くにあたって、J. Cohen が批判の対象としているのは、「合理的な疑いを超える証明」という証明基準を数学的蓋然性の観点から捉える立場である。しかし、斯かる立場は我が国において到底一般的とはいえない。また、証明基準に係る判断が、公訴事実の存在についての肯定的評価の積み重ねにとどまるものでないことは、最高裁判所の判例においても明示されているところである。例えば、最判昭和48年12月13日判例時報725号104頁は、情況証拠による事実認定について、「裁判上の事実認定は、自然科学の世界におけるそれとは異なり、相対的な歴史的眞実を探究する作業なのであるから、刑事裁判において『犯罪の証明がある』ということは『高度の蓋然性』が認められる場合をいうものと解される。しかし、『蓋然性』は、反対事実の存在の可能性を否定するものではないのであるから、思考上の単なる蓋然性に安住するならば、思わぬ誤判におちいる危険のあることに戒心しなければならない。したがって、右にいう『高度の蓋然性』とは、反対事実の存在の可能性を許さないほどの確実性を志向したうえでの『犯罪の証明は十分』であるという確信的な判断に基づくものでなければならない。」と判示している<sup>(145)</sup>。

(145) なお、無罪判決が確定した場合における公訴提起の違法性の有無の判断にあたって、最判平成1年6月29日民集43巻6号664頁は、「検察官が現に収集した証拠資料」だけでなく、「通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料」をも斟酌すべき旨判示している。後者に、有罪立証のための証拠資料のほか、反対証拠の収集も含まれるならば(河野信夫「判批」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇(平成元年度)』227頁(法曹界, 1991年), 235頁等参照), 反対事実存在の可能性の吟味は、公訴提起段階においても要請されることになる。

ここでは、「合理的な疑いを超える証明」に到達するためには、肯定的評価のみならず、反対事実の存在の可能性という否定的評価を消去することが求められている。本稿で示した上記の分析によれば、ここにいう「高度の蓋然性」は、「証明の程度」の座標軸における公訴事実の存否の判断に関するものであり、他方、「反対事実の存在の可能性」は、「解明度」の座標軸において、「証明の程度」における蓋然性判断の結果が変動する可能性についての帰納的推論ないし決断に関するものである、と整理することができる。そして、繰り返しになるが、両者は判断の対象を異にしているため、「証明の程度」の座標軸において、公訴事実の存在につき「高度の蓋然性」が認められるとしても、そこから直ちに、「解明度」の座標軸における反対事実の存在につき「低度の蓋然性」しか認められない、ということにはならない<sup>(146)</sup>。

では、消去が求められる反対事実の存在の可能性の程度はどうか。これに関して、最判平成19年1月30日刑集61巻7号677頁は、「合理的な疑いを差し挟む余地がないというのは、反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である。」と判示している。この判示が、その可能性が具体的である反対事実について、その存在を許さないほどに審理が尽くされるべきことを要請している点には異論がないであろう<sup>(147)</sup>。これに対し、抽象的な可能性としての反対事実の存在に関しては議論の余地がある。

上記判示については、その可能性が具体的か、抽象的にかかわらず、その存在を仮定することに合理性がある疑い全てについて排除を要請してい

(146) J. Cohen の用いる宝籤の例でいえば、「宝籤の総数が  $y$  で、その中に一つだけ当たりがあるという場合に、『Xの籤は当たりではない』との仮説が成立する確率」の逆、すなわち、「宝籤の総数が  $y$  で、その中に一つだけ当たりがあるという場合に、『Xの籤は当たりである』との仮説が成立する確率」と、「宝籤の運営が公正ではない確率」とは一致しない。

(147) 例えば、岩瀬徹「情況証拠による立証と合理的疑い」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』185頁（青林書院，2012年），190頁。

る、という趣旨に捉えることも考えられる<sup>(148)</sup>。この場合、例えば、近接所持の法理の適用にあたって、窃盗以外の事由によって入手した可能性のうち、不眠症の黒丸鴉の介在は、反対事実が存在する抽象的な可能性であり、且つ、その存在を仮定することに合理性があるとはいえないため、その存在を許さないほどに審理を尽くす必要はないが、他方で、第三者から譲り受けた等の可能性については、抽象的な可能性であっても、それを仮定することに合理性があるため、その存在を許さないほどに審理を尽くす必要がある、ということになろう<sup>(149)</sup>。この場合、排除が要請される反対事実についての考え方は、J. Cohen の主張に比肩することになる。

しかし、前記判例につき、被告人からの挑戦的防御を重視する裁判の構造を前提とする判断との指摘があることに鑑みれば<sup>(150)</sup>、その趣旨を上記のように解釈することは困難であろう<sup>(151)</sup>。また、近接所持の法理の適用にあた

(148) なお、中川孝博「最小小決平成25・10・21の分析および批判」季刊刑事弁護81号133頁(2015年)、137頁は、「抽象的な可能性を捉える疑いがすべて必然的に不合理な疑いになるわけではない。証拠の不存在に基づく抽象的疑いであるならば、それは合理的疑いである。」としている。

(149) J. Cohen が説明に用いている押し込み強盗犯事例にいう一般命題の実質的内容は、いわゆる「近接所持の法理」——窃盗の被害発生時点と近接した時点において、盗品を所持していた者については、右物品の入手状況につき合理的な弁明をなし得ない限り、右物品を窃取したものと認定してよいとする理論——に相当するといえる。当該法理は、被害発生直後であれば、被害品は、いまだ窃盗犯人の手中にあることが多いという経験則、及びその時点であれば、窃取以外の方法で右物品を入手した者は、自己の入手方法について具体的に弁明し、容易にその立証をすることができるはずであるという論理則を前提とするものである(以上、浦和地判平成2年3月28日判例時報1359号153頁参照)。

J. Cohen の立場によれば、近接所持の法理に認められる推定力は、「関連する全ての事実が証拠によって特定されている」という仮定のもとで認められるものであるに対し、第三者から譲り受けたあるいは拾得した可能性等の特段の事情の不存在を検証する過程は、「抜け道」の検証過程であり、「関連する全ての事実が証拠によって特定されている程度」が問題となる、と整理することができるであろう。

(150) 中野目善則「判批」判例評論608号174頁(判例時報2048号)(2009年)、175頁。

(151) 高田昭正「間接事実にもとづく有罪認定の準則・覚書」浅田和茂ほか編『生田勝義先生古稀祝賀論集 自由と安全の刑事法学』631頁(法律文化社、2014年)、632頁は、反対事実存在の可能性に係る最判昭和48年12月13日の判示につき、「証拠評価にさいし、無罪方向の反対事実の可能性すべてを払拭できるかどうか——すなわち、確実性の存否——という課題をたてて、これを必ず検討しなければならないことを意味する。」との解釈を示している。しかし、続けて、「この、いわば理想——無罪方向の反対事実の可能性

って、被告人の弁明の信用性が問題とされているように<sup>(152)</sup>、我が国の刑事裁判において、被告人側の主張の如何にかかわらず、合理的にみて、およそ関連すると考えられる全ての事実について、検察官がその不存在を立証する必要がある、あるいは、裁判所がそれに関する審理を尽くす必要がある、とは考えられていない。現に、DNA型鑑定のみを証拠として犯人性を認定した横浜地判平成24年7月20日は、被告人が自分は犯人ではないと否認し、それ以上は黙して語らないという状況において、同一のDNA型を有する第三者の存在、あるいは偽装工作等の反対事実が存在する可能性について、何ら判断を示していない。また、公訴時効が廃止された事件に関して、時間の経過に照らしてやむを得ないと認められる場合には、十分な具体性を欠く主張であっても、争点形成責任を尽くしたとされてよい、との主張がみられる<sup>(153)</sup>。これらにおいては、「合理的な疑いを超える証明」との関係では、被告人側の主張の如何にかかわらず、全ての抽象的な疑いの排除が要請されるわけではない、との理解が前提となっていると見受けられる<sup>(154)</sup>。

これに関して、我が国の現行法が前提とする当事者主義の訴訟構造については、対立関係にある当事者に、自己に有利な結果を得るため、豊富で質の良い証拠を集めて提出するなど最大限の努力を要請するという点で、正確な

---

すべてを払拭する証明水準、すなわち、罪となるべき事実の存在の確実性——を志向することがあってはじめて、現実——罪となるべき事実の存在の高度の蓋然性、すなわち、無罪方向の反対事実の可能性がわずかだが残る証明水準——に甘んじることも許される。」と述べていることからすると、具体的な事案において、無罪方向の反対事実の可能性すべての払拭を求める趣旨ではないように見受けられる。また、同633頁参照。

(152) 近接所持の法理の適用にあたって、被告人の弁明の信用性に一定程度の疑問があっても、これを虚偽として否定しきれない以上は、被告人を窃盗犯人であると認定することはできない、とされている。被告人の弁明の信用性については、近接所持等の間接事実の有する推定力に対置されるものではなく、近接所持等の間接事実の有する推定力を停止状態に陥らせるものである、との説明も見受けられる（渡邊忠嗣＝北島佐一郎「贓物の近接所持と窃盗犯人の認定」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定——裁判例の総合的研究——（下）』81頁（判例タイムズ社、1992年）、88頁）。また、川上拓一「近接所持による窃盗犯人の認定」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）』439頁（立花書房、2013年）及び所掲の文献参照。

(153) 大澤裕「人を死亡させた罪の公訴時効の改正」ジュリスト1404号52頁（2010年）、61頁。

(154) なお、佐伯恒治「再審」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』370頁（青林書院、2012年）、375頁以下参照。

事実の認定に資するものといわれている<sup>(155)</sup>。また、最判平成21年10月16日刑集63巻8号937頁は、公判前整理手続等の法改正を踏まえ、刑事裁判における審理のあり方について、「合理的な期間内に充実した審理を行って事案の真相を解明することができるよう、具体的な事件ごとに、争点、その解決に必要な事実の認定、そのための証拠の採否を考える必要がある。そして、その際には、重複する証拠その他必要性の乏しい証拠の取調べを避けるべきことは当然であるが、当事者主義（当事者追行主義）を前提とする以上、当事者が争点とし、あるいは主張、立証しようとする内容を踏まえて、事案の真相の解明に必要な立証が的確になされるようにする必要がある。」旨判示している。これに鑑みれば、J. Cohen が提唱する「合理的な一般人が当該事件の証明の基礎として関連性があると考えらるであろう全ての事実」という画一的な基準設定は、その基本的構造を当事者主義とする我が国の刑事訴訟手続に相応しいものとはいえない<sup>(156)</sup>。現行法においては、取り上げるべきことが明白な争点や、取り調べられるべきであることが明白な証拠について、当事者が全く言及せず、それを放置すれば、控訴審で審理不尽の違法があると判断されかねないような例外的な場合を除いて<sup>(157)</sup>、帰納的推論ないし決

(155) 三木・前掲注(56)440頁以下は、「刑事訴訟における証明度は、一般に、事実上の上限値に相当するものであると考えられている。……このことは、しばしば高い証明度こそが高い真実発見機能を有するという、誤った幻想をもたらし要因となっている。」と指摘した上で、「刑事訴訟における高い証明度は、『疑わしきは被告人の利益に』という政策目的により、被告人に不利に偏ったタイプの誤判を最小化する代償として、被告人に有利な誤判を最大化しているにすぎ」ず、「証明度それ自体の真実発見に向けた機能は、『優越的蓋然性』よりもかえって低い。」とする。そして、三木は、刑事訴訟法において真実発見を担保しているのは、高い証明度ではなく、訴訟資料の充実である、と分析している。同441頁。

(156) See Klamberg *supra* note 123 at 545.「証拠の重み」の理論を支持する立場から、証拠収集の程度という問題と、訴訟構造との関係に言及している。

(157) 争点整理のあり方については、平木正洋「公判前整理手続の運営」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅱ』82頁（青林書院，2012年），91頁等参照。また、朝山芳史「裁判員裁判における公判前整理手続の運用」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』55頁（成文堂，2015年），68頁は、裁判所の後見の立場を強調し、実体的真実を追求するため、当事者が主張していない事実であっても、裁判所が積極的に解明すべきであるという従前の有力な見解につき、誤判防止の見地から一定の有用性は認められるものの、当事者追行主義の建前と整合しない、と指摘している。

断の確実性の向上は、基本的に<sup>(158)</sup>、当事者に委ねられており、公判前整理手続等において当事者が設定した争点につき、厳選された証拠（規則189条の2）の取り調べが尽くされれば、原則として、その確実性を十分なものとして扱う、というかたちで制度設計がなされているとみるべきであろう<sup>(159)</sup>。

## 結びに代えて

公訴時効制度の存在理由に係る訴訟法說的説明について、立法技術的な観点からの批判を超えて、同説が制度根拠とする時の経過による証拠散逸の意義を検討するため、本稿では、その準備作業として、刑事訴訟における解明度について考察してきた。

確かに、刑事訴訟法学において、解明度について十分に議論が展開されてきたとはいえないのが現状である。しかし、「確信」の要否をめぐる議論など従前の議論の中にも、実質的には解明度と同様に、新たな証拠で証明の程度が変動する可能性を対象としていると見受けられるものがある。また、これまでは、「合理的な疑いを超える証明」という高度な証明度に到達するために、相応の関係資料を探り尽くす必要があるというかたちで、「証明の程度」と、その基礎となる証拠ないし情報量との間には比例関係が成立しており、両者の区別を明確にする契機に乏しかった。しかし、今日、DNA型鑑定のみによる犯人性の認定の許否が現実的な検討課題となっているほか、「新た

---

なお、秋山・前掲注03472頁は、裁判員裁判における公判審理は、昭和20年代の立法者やその法の趣旨に忠実に実践しようとした実務家が目指していた本来のスタイルに戻るのである、とする。また、笹倉・前掲注03413頁は、当事者が事件の真の「核心」を見極める能力を持てば、当事者に自由に主張、立証させ、裁判所が当事者を突き放すことのできる真の当事者追行主義が実現するであろう、とする。

(158) 笹倉・前掲注0345頁が指摘するように、当事者間に争いがなくても、法律上、必ず証拠によって認定されなければならない事実は存在するであろう。

(159) 宇藤・前掲注5612頁は、即決裁判手続について、「『被告人の自由意思』に基づき、通常の公判手続よりも制限された解明度でよしとすることを選択する」として説明できる。」としている。解明度の理論的位置付けについては詳らかにはされていないが、解明度に係る判断が、当事者に委ねられるとする点では、本稿と軌を一にしているといえる。

な刑事司法制度」が構築された後も、自白事件を簡易迅速に処理する制度のあり方が検討課題となる可能性が残されている<sup>(160)</sup>。前記の比例関係が成立しない、これらの課題を検討する上では、証明度と解明度の区別を明確にしておくことが便宜であると思われる。

刑事訴訟法学において、解明度論の浸透が妨げられてきた原因のひとつとして、解明度と、その契機となっている確率論的証明理論モデルとの関係の整理が十分ではなかったという事情があると思われる。斯かる見立てから、本稿では、両者の関係を分析、整理し、解明度という考え方をを用いるにあたって、証明過程を確率論的に捉える立場を前提とする必要がないことを明示しようと試みてみた。しかしながら、確率論的証明理論モデルを前提とする場合、解明度及びその判断基準を用いる必要性は、実践的な観点から基礎付けられるのに対して、これを前提としない場合には、あらためてその理論的な位置付けを検討する必要がある。そこで、本稿では、解明度論と同じく、証明過程のうち主要事実の存否に係る判断の基礎となっている情報量を対象とする「証拠の重み」の理論を手掛かりとして、解明度に理論的基礎を付与することを試みた。その結果、刑事裁判における合理的な疑いを超える証明から、有罪判決に至る過程に介在する帰納的推論ないし決断に、解明度の理論的基礎を見出すことができるのではないかとの試論を提示した。

上記の試論及び帰納的推論ないし決断の確実性の判断に係る基準については、検討を要する点が多分に残されているが、訴訟法說的説明の検討に向けて、解明度という分析道具を整備するという所期の目的を遂げることはできたように思われる。

(160) 大澤裕ほか「〈座談会〉『新たな刑事司法制度』の構築に向けて——法制審議会答申の検討」論究ジュリスト12号4頁(2015年)、44頁〔上野友慈〕。