

不確実な間接事実に基づく推認の禁止

——「証拠の基礎」理論に基づいて——

角 田 雄 彦[※]

- I 本稿の目的
- II 前稿における「信用性と推認力との峻別」の不徹底を是正して
- III 「証拠の基礎」理論による推認に対する規律
- IV 「証拠の基礎」理論が果たす機能

I 本稿の目的

情況証拠による事実認定において、『XはAであるとしても矛盾はない』、『不可能ではない』、『それなりに認められる』、『可能性がある』等」といった確実性に欠ける推論結果を間接事実として総合認定の資料に供することは許されない¹⁾。その根拠を「証拠の許容性」の要件である『『証拠の基礎』(foundation)理論²⁾に求める。かかる結論を「間接事実にも合理的疑い基準が適用される」という論理に依拠³⁾せずに通こうとするとともに、本稿による主張の特徴がある。「証拠の基礎」理論は、個々の具体的な証拠から最終的には主要事実が認定さ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第15巻第2号2016年7月 ISSN 1347-0388

※ 弁護士（第二東京弁護士会）

1) 豊崎七絵『刑事訴訟における事実観』（日本評論社、2006年）327頁。

2) David S. Schwartz, *A Foundation Theory of Evidence*, 100 Geo. L. J. 95 (2011). 角田雄彦「『必要性』判断から『許容性』判断への一元化へ」後藤昭ほか編著『実務体系現代の刑事弁護（2）』（第一法規、2013年）313頁。

3) 豊崎・前注1)の326頁は、合理的疑い基準が間接事実にも適用されることを論拠としている。豊崎七絵「間接事実の証明・レベルと推認の規制——情況証拠による刑事事実認定論（2）」『村井敏邦先生古稀記念論文集人権の刑事法学』（日本評論社、2011年）702頁も同旨。

れるに至る過程において推認が連鎖・重畳される構造を強く意識し、その一段階一段階ごとに、合理的な根拠を欠いた単なる憶測、すなわち、具体的な事実認定に基づかない一般論・抽象論としての推認に陥っていないかを吟味するように求める。

具体的には、まず、推認の出発点が、一定の基準を満たした証拠、すなわち、事件との具体的な結びつきを持った推認の基礎となる要証事実を積極的に示す一定の信用性を備えた証拠に基礎付けられていることを求める。さらに、推認を連鎖・重畳させるにあたっては、重畳される推認についても、その推認の根拠とされる経験則の内容に応じ、同様に一定の基準を満たした証拠による基礎付けを追加して要求することもある。

「証拠の基礎」理論は、このような推認の出発点に位置付けられる証拠について、仮にその証拠の要証事実が究極的には主要事実を導き得る推認力を有していても、関連性に欠けるところがないように見えるものであっても、その出発点となる要証事実が事件と具体的な結びつきを持っている上で、その要証事実を積極的に示す一定の信用性と推認力を備えた証拠でなければ、関連性を肯定する前提要件を欠くものとして、証拠の許容性を認めない。また、「証拠の基礎」理論は、重畳される推認の基礎付け証拠を求める場面で、要求する証拠が存在しない場合や存在しても一定の基準を満たさない場合には、遡って、推認の出発点を基礎付ける証拠の許容性を否定することで、推認の連鎖・重畳全体を否定する。

こうして、「証拠の基礎」理論に基づき、事件に関係する具体的な事実を示す一定の確実性を備えた証拠から推論を出発させることを求め、推認の重畳に際しても、利用する経験則の内容に応じ、推認の出発点と同様に、証拠による基礎付けを要求することを通じて、「可能性がある」、「矛盾しない」といった一般論・抽象論による不確実な推認の重畳を規制すべきであると主張する。

Ⅱ 前稿における「信用性と推認力との峻別」の不徹底を是正して

本稿における主張は、前稿⁴⁾において、証拠の信用性の問題と推認力の問題とを峻別すべきであると指摘しておきながら、その峻別が不徹底であったことを改

めようとするものでもある。

筆者は、前稿において、「情況証拠による事実認定において、間接事実にも、合理的に疑い基準が適用されるか」という問題について、この問題が顕在化するの、供述証拠に基づいて間接事実を認定する場合に限られるとした。具体的には、供述証拠の信用性が合理的疑いを容れない程度に高度とはいえない場合でも、その供述内容とおりの間接事実を認定できるかという問題に収斂するとした⁵⁾。そして、原理的には、信用できないというよりは信用できるという程度の供述証拠でも、事実認定者が斟酌するのを禁ずることはできないとした上で、類似事実立証禁止原則と同様の政策的な証拠排除法理を採用し、「合理的疑いを容れない程度に高度な信用性を備えていない供述証拠に基づいて、その供述内容とおりの間接事実を認定して、総合認定に供すること」を禁ずるべきであると主張した⁶⁾。

その論拠は、主に以下のようなものであった。まず、個々の証拠の許容性としては、主要事実との関係での十分性、すなわち、主要事実を単独で合理的疑いを容れない程度に証明できる証拠価値を有していることまでは要求されないから、合理的疑いを容れない程度に高度な信用性を備えてはいない供述証拠であっても、証拠としては許容せざるを得ない。しかし、そのような信用性しか備えていない供述証拠に基づく認定事実についても、さらに経験則による推論を重畳して上位間接事実を認定するならば、確実度の低い推論が重畳され、最終的な推論結果は著しく確実性の低いものになる危険がある。にもかかわらず、仮に、基礎となった供述証拠の証明力に留保を措いていたとしても、いったん上位間接事実が認定されたと扱ってしまうと、その認定事実が独立した結論とされ、留保されていたはずの証明力の低さが看過され、高い証明力が読み込まれてしまう危険性が高い。そこで、このような弊害を避けるため、推認を加える基礎となる供述証拠については、政策的に、高度の信用性を要求するべきであるとした⁷⁾。

このように、議論の出発点を、個々の証拠が許容されるには、主要事実との関

4) 角田雄彦「情況証拠による事実認定の適正化のために：不確実な間接事実の証拠排除と適切な経験則の利用」白鷗大学法科大学院紀要9号73頁（2015年）。

5) 角田・前注4）の87頁。

6) 角田・前注4）の79頁。

7) 角田・前注4）の81頁。

係で十分性を要求されないという点に置いていた⁸⁾。

他方で、筆者は、間接事実の階層に留意し、階層の異なる間接事実を峻別する必要があるとも指摘した。これは、証拠から直接認定できる事実とそれに推論を加えなければ導けない事実とを峻別する必要があることを意味する。証拠の信用性評価と推認力評価とを峻別すべきということでもある⁹⁾。

にもかかわらず、筆者は、供述証拠の信用性の問題について、主要事実との関係での十分性は要求されないという観点に終始し、供述証拠から認定される直接の要証事実、すなわち、推認が加味される以前の認定事実との関係で、十分な証明力を確保する信用性が備えられていなければならないのではないかという視点を欠いていたといわざるを得ない。

そこで、本稿では、信用性に欠ける供述証拠に基づいて、その供述内容とおりの間接事実を認定することを含め、証明力に疑問がある証拠に基づいて間接事実を認定すること、そして、そのような間接事実に推認を加えて上位間接事実を認定することが許されるかという問題を正面から扱う。

具体的には、「証拠の基礎」理論に基づく結論として、間接事実に要求される証明度の程度について、以下のようなことがいえると考える。まず、間接事実について、合理的疑いを容れない程度に証明されていることが必要であると直ちに導けるわけではない。しかし、推認の出発点となる間接事実については、事件と関係する具体的事実が証拠によって「信用できないというよりは、むしろ積極的に信用できる」程度に証明されたものである必要がある。そして、証拠によって「信用できないというよりは、むしろ積極的に信用できる」程度に証明された間接事実に推認を加えた結果について、さらに推認を重畳させるに際しては、そこで利用される経験則の内容に応じて、その経験則の適用が合理的であることを基礎付ける間接事実が追加的に証明される必要がある場合がある。しかも、そうした間接事実についても、事件と関係する具体的事実が証拠によって「信用できないというよりは、むしろ積極的に信用できる」程度に証明されたものである必要がある。

8) 角田・前注4)の80頁。

9) 角田・前注4)の88頁。

さらに、ここでいう「『信用できないということはなく、むしろ積極的に信用できる』程度に証明された」という基準は、その表現からうかがわれる印象のよさに低いものではないことに留意する必要がある。すなわち、事実認定者によって、当該証拠が示される以前に、その要証事実が存在する蓋然性がどのように見積もられていたかという事前認識の問題を正しく評価するならば、「証拠の許容性」の要件である「関連性」として要求されている「当該証拠が存在した方が、存在しない場合よりも、要証事実の存在する方向への蓋然性が幾分かでも高まればよい」という程度と混同してはならない。「証拠の基礎」として要求される証明力は、そうした程度では足りず、事実認定者が証拠に触れる以前から経験則に基づく推測として抱いている蓋然性心証を超えて、「要証事実が存在しないというよりは、むしろ積極的に存在している」という心証を形成する程度の証明力が必要とされていることに留意しなければならない。

Ⅲ 「証拠の基礎」理論による推認に対する規律

1 はじめに

「証拠の基礎」理論は、事件に関係する具体的事実を端緒とすることなく、一般論・抽象論としての推認を連鎖・重畳させて主要事実を認定することを禁ずる。これは、証拠による基礎付けを伴わない推認、すなわち、単なる憶測に基づく事実認定を禁ずるものともいえる。

具体的には、まず、推認に基づく事実認定について、その出発点が事件に関係する具体的事実を示す証拠に基づいていることを要求する。言い換えれば、推認の出発点となる最下位間接事実、一般論に留まるものであってはならず、事件に関係する具体的事実でなければならない。

そして、最下位間接事実論理則・経験則を適用し、さらには、重畳適用して、上位間接事実を推認するに際しては、そこで適用される論理則・経験則の内容に応じ、その論理則・経験則の適用が上位間接事実の存在を抽象的可能性として指摘するに留まることを禁ずるべく、追加的に間接事実を証明することが求められ、その証明がない限り、遡って、推認の出発点とされた最下位間接事実を要証事実

とした証拠の許容性も否定される。すなわち、当該場面で当該論理則・経験則を適用することの合理性を基礎付ける間接事実が事件に関係する具体的な事実として証拠により証明されることを要する。

さらに、こうした出発点として要求される間接事実や追加を求められる間接事実については、証拠によって「信用できないというよりは、むしろ積極的に信用できる」程度に証明されていることを要する。しかも、ここにいう証明力の程度は、当該証拠が示される以前に、その要証事実の存在する蓋然性がどのように見積もられているかという事前確率の問題を正しく評価するならば、「関連性」として要求されている「当該証拠が存在した方が、存在しない場合よりも、要証事実の存在する方向への蓋然性が幾分かでも高まればよい」という程度とは異なり¹⁰⁾、かなり高度なものであることに留意する必要がある。

2 「証拠の基礎」理論の根本原理としての「憶測の禁止」

「証拠の基礎」理論は、証拠法の公理ともいうべき「憶測の禁止」という根本原理を基礎としている¹¹⁾。この「憶測の禁止」とは、証拠による基礎付けがない推認の重畳による事実認定を許すべきではないという考えである¹²⁾。

証拠裁判主義という事実認定に対する規制は、その根本として、根拠を欠いた単なる推認、すなわち、憶測による事実認定を許さない。事実認定過程においては、推認を不可避とするとしても、それは必ず一定の個別具体的な事実を基礎としていなければならない。また、経験則・論理則に従ったものであることを要する。

事実認定において許される合理的な推認、すなわち、証拠の基礎付けがある推認と、証拠の基礎付けがない「憶測」との間に、どのような違いがあるのかを具体的に確認しておこう。

検察官は、窃盗被告事件において、「被告人は人間である。そして、人間は、

10) Schwartz, *supra* n. 2, at 159.

11) Schwartz, *supra* n. 2, at 125.

12) *Carter v. Boehm*, 3 Burr. 1905, 97 Eng. Rep. 1162 (K. B. 1796). こうした原則に基づいて、証人尋問において頻繁に申し立てられる異議の類型として、「憶測を求めるもの過ぎない」(Calls for Speculation) というものがある。

物欲を持っている。ゆえに、被告人も物欲を持っている。物欲を持っている人間は、物欲を満たすために、他人の財産を奪うこともある。すると、被告人も他人の財物を奪うことが十分にあり得る。したがって、被告人が今回の窃盗事件の犯人であることも十分にあり得る」という論理に基づき、被告人が人間であることを示す証拠には、被告人と犯人との同一性という主張事実との関係で、関連性が認められ、許容されるべきであると主張している。かかる主張は正当か。

多くの読者は、人間であれば誰でも犯人であり得ることを主張しているに過ぎない馬鹿げた理屈であって、被告人が人間であることを示す証拠には許容性を認めるべきでないと考えるであろう。しかし、「当該証拠が存在した方が、存在しない場合よりも、要証事実の存在する方向への蓋然性が幾分かでも高まればよい」という程度でも「関連性」は認められるという考えによれば、検察官による主張を直ちに不合理なものとして排斥することはできないようにも思える。また、程度の差こそあれ、実務運用では認められている「……である可能性がある」、「……としても矛盾はない」ということを含んだ推認の連鎖・重量と同様の論理といえなくもない。

検察官が主張する推論が出発点とする「被告人が人間であること」を示す証拠は、確かに、被告人に関わりがある以上、事件との具体的な結びつきを持った証拠といえなくはない。しかし、今回事件における訴追対象者が人間ではないかもしれないという極めて例外的な特別事情がない（常識的にそのような事情の存在は想定し難い）限り、事実認定者は訴追対象者が人間であるという事前認識を当然に有しているので、被告人が人間であることを示す証拠は、事実認定者に対して、何ら積極的な心証を抱かせるものではない。また、事実認定者は、人間が物欲を持ち、物欲を満たすために窃盗に及ぶことがあり得るという知識についても、証拠に触れるまでもなく、常識として持ちあわせている。そして、この一般論を「被告人が人間である」という基礎付けのみで、被告人に適用することを合理的であると認める事実認定者はいないであろう。少なくとも、被告人が経済的窮状に陥っていた、財物を欲していたことに該当する具体的な事情が追加して認められない限り、被告人が具体的な他人の具体的な財産を具体的な態様で奪ったと推認することは不合理である。

このように、合理的な推認と認められるためには、単なる一般論・抽象論の連鎖・重畳ではなく、問題とされている事件に関係する具体的な事実と結びついたかたちでの推論である必要がある。したがって、「被告人が今回の窃盗事件の犯人であることがあり得る」という最終的な推論を導くにあたっては、少なくとも、被告人が経済的窮状に陥っていた具体的な状況、財物を欲していた具体的な事情といった事件に関係する具体的な事情も証拠として示されている必要があり、こうした証拠がないのに、推論を導こうとすることは許されない。そして、「被告人が人間であることを示す証拠」は、一見、事件との具体的結びつきがあるかたちで推論の出発点を基礎付ける証拠のようでありながら、実際には、事実認定者に何ら積極的な心証を抱かせる影響力を持つものではなく、具体的な証拠の基礎付けを欠いた一般論・抽象論の連鎖・重畳という憶測の世界に事実認定者を誘導するだけのものである。

このように、「証拠の基礎」理論は、「事実認定者を憶測へと誘導（誤導）するだけの証拠」の許容性を否定するとともに、事件に関係する具体的な事実による基礎付けを欠いた一般論・抽象論の連鎖・重畳による推認、すなわち、憶測による認定を否定する役割を果たす。

3 推認の出発点に関する規制

(1) はじめに

「証拠の基礎」理論に基づく「推認の出発点に関する規制」は、①憶測そのものや憶測を誘導するに過ぎない資料の排除、②事件特有性を持たない事実を出発点とする推認の禁止を含んでいる。後者で出発点とすることが禁じられる証拠は、i) 事件特有の情報要素を完全に欠いている証拠、ii) 完全に欠いているとはいえないとしても、事実認定者が証拠に触れる以前から既に抱いている事前認識を超えさせる蓋然性心証をもたらす内容でない証拠を含んでいる。

(2) 憶測そのものや憶測を誘導するに過ぎない資料の排除

証拠自体の内容の問題として、憶測の表明であったり、憶測に事実認定者を誘導したりするにとどまるものであってはならない。

事実認定においては、一般論、すなわち、事件特有であるとはいえない経験則に基づく推認に依拠することは否定されていない。しかし、そうした事実認定における経験則に基づく推認は、「証拠の基礎」(foundation)を充足した証拠を出発点とするものでなければならない¹³⁾。

「証拠の基礎」を充足した証拠という出発点を有していれば、主要事実を含む上位間接事実を導くその後の推認の流れが論理則・経験則に基づいている限り、その証拠は要証事実との間で「関連性」¹⁴⁾を有すると認められ得る。すなわち、出発点として「証拠の基礎」を充足した証拠を有する限り、その証拠は、「関連性」の根拠として、論理則・経験則を援用することができる。しかし、出発点となる証拠が「証拠の基礎」を充足していない場合、どんなに一般的に通用している論理則・経験則を援用したとしても、それによって「関連性」を構築することはできず、証拠としての許容性は認められない。

(3) 事件特有性の要求

「証拠の基礎」の重要な要素として、証拠に事件特有性が要求される。

証拠というのは、対象事件に特有の特定された個別具体的な事実を示すものでなければならない。証拠として認められるためには、それが事件と何らかのかたちで具体的に結びついていることが必要である。

一般には、このような事件と証拠との結びつきが広く「関連性」の問題として理解されてきた。しかし、「証拠の基礎」として要求される「事件と証拠との結びつき」は、証拠の許容性要件である狭義の「関連性」が認められるための前提要件である。

「証拠の基礎」として要求される「事件と証拠との結びつき」を欠く類型としては、①証拠が示す内容として事件特有の情報要素を完全に欠いている場合、②完全に欠いているとはいえないとしても、事実認定者が証拠に触れる以前から既に抱いている事前認識を超えさせる蓋然性心証をもたらし内容でない場合がある。

13) Schwartz, *supra* n. 2, at 139.

14) 関連性の意義については、角田・前注2)の307頁以下を参照。

(4) 事件特有の情報要素を完全に欠いている場合

証拠が示す内容として事件特有の情報要素を完全に欠いている場合とは、単なる一般論の指摘に留まったり、そうした一般論を事件に適用するように誘導するに留まったりする証拠が提出される場合である。典型例として、証拠という形式をとりながらも、経験則を提示するに留まる場合が挙げられる。

具体的に、殺人被告事件において、被保険者欄も受取人欄も空白となっている生命保険証書の証拠調べを検察官が請求したという例¹⁵⁾に即して説明する。検察官は、この空白の保険証書について、①こうした生命保険証書の存在が示された方が、示されないよりは、②被害者を被保険者とし、被告人を受取人とした生命保険契約が存在した蓋然性が高まり、③そのような生命保険契約が存在した蓋然性の高まったことが示された方が、示されないよりも、被告人が当該生命保険契約の存在を認識していた蓋然性が高まり、④そうした認識の蓋然性が高まったことが示された方が、示されないよりは、被告人が被害者を殺害する動機を持っていた蓋然性が高まり、⑤そうした動機存在の蓋然性の高まったことが示された方が、示されないよりは、被告人が被害者殺害の犯人である蓋然性が高まるので、犯人と被告人との同一性という主要事実との関係で関連性を有する証拠であると主張している。裁判所は、この保険証書を証拠として許容するべきか。

「要証事実が存在する蓋然性を幾分かでも高める影響力を持っていれば、関連性が認められ、関連性が認められれば、証拠としての許容性が認められる」という「関連性」理論のみによれば、このような空白の保険証書も証拠として許容されそうである。

しかし、このような空白の保険証書は、事実認定者に対し、「世の中には、生命保険契約という制度が存在し、生命保険金の受取りを目当てに殺人を犯す人もいる」という一般論に注意を喚起するに過ぎない。こうした一般論は、論理則・経験則の一つとして、証拠によって示されずとも、事実認定者が既に享有している知識である。

「証拠の基礎」理論は、このように、事実認定者が既に享有している経験則へ

15) Schwartz, *supra* n. 2, at 140-144.

の注意喚起に留まり、事件特有の情報要素を完全に欠いている資料を証拠とすることを許容しない。

(5) 事前認識を超えさせる蓋然性心証をもたらない場合

証拠が示す内容として事件特有の情報要素を完全に欠いているはいえないとしても、事実認定者が証拠に触れる以前から既に抱いている事前認識を超えさせる蓋然性心証をもたらず内容でない場合について、具体的な設例に基づいて説明する。

都市部の甲市内で、甲市内在住の V がその居室内で殺害されるという事件が発生した。同じく甲市内居住の A が被疑者とされ、起訴されて、被告人となった。検察官は、V が居室内で殺害されたことを証明し、かつ、V の死亡推定時刻を特定する証明もした。検察官は、さらに、A 以外で甲市内に居住している X について、V の死亡推定時刻に該当する時間帯に甲市内から市外に外出していて、V の殺害が不可能であったことを示す証拠の取調べを請求した。検察官は、犯人と被告人 A との同一性という主要事実との関係で、このアリバイ証拠には関連性があると次のように主張している。被害者が居住していて、殺害された甲市内に居住しているということで、被害者を殺害する動機を持ち得て、かつ、殺害が容易であり得たという点で、被告人と共通している X のアリバイが証明されれば、このアリバイが証明されていない場合に比べて、被告人が殺害犯人である蓋然性は高まる。このアリバイ証拠がない場合よりもあった場合の方が、被告人が犯人である蓋然性が幾分かでも高まることは確かであるから、関連性が認められる。裁判所は、検察官の主張を認めて、このアリバイ証拠を採用してよい¹⁶⁾。

この X のアリバイ証拠は、事件特有の情報要素を完全に欠いているとはいえない。被害者である V が居住しており、しかも、被告人 A も居住しており、さらに、殺害現場と考えられる甲市内居住者のアリバイである以上、事件特有の情報要素を完全に欠いているとはいえないであろう。証拠の許容性要件としての

16) Schwartz, *supra* n. 2, at 114.

「関連性」について、「その証拠が示された場合の方が示されない場合よりも要証事実が存在する蓋然性が幾分かでも高まるのであれば、その高まりがたとえわずかであるとしても、認められるべきである」という考え¹⁷⁾に立つ限り、検察官の主張は認められ、このXのアリバイ証拠を採用し、事実認定者がその証拠価値を実際どの程度に評価するかは別としても、事実認定者に斟酌するように求めるべきであると思われる。

しかし、こうした結論は、素朴な感情からは受け容れがたい。被告人が被害者と同様に甲市内居住者であり、被告人以外の甲市内居住者のごく一部にアリバイがあるからといって、被告人が犯人である蓋然性が高まるというのは、あまりにも飛躍した論理ではないかと思われるからである。

そこで、こうした証拠について、「関連性」を認めた上で、取り調べることによって得られる証拠価値よりも取り調べることによって生じる弊害の方が凌駕しているとして、証拠排除すること¹⁸⁾も考えられる。

「証拠の基礎」理論は、そうした「『関連性』を認めながらも、証拠価値を凌駕する弊害を根拠に証拠排除する考え」ではなく、そもそも「関連性」を認める前提要件を欠くとして、「関連性」自体を否定する考えである。こうした考えは、証拠が示される以前に事実認定者が要証事実の存在する蓋然性について抱いている心証としての事前確率を正しく把握することを通じて理解される¹⁹⁾。

上記設例に即して具体的に説明しよう。事実認定者は、何も資料を提供されなくとも、常識や経験則に基づく事前認識として、以下のような認識を持っている。すなわち、都市部に位置する甲市においては、その市内居住者の誰かがどのような時間帯であろうと甲市外に外出していることは十分にあり得る。しかも、被害者が殺害された原因は、甲市内居住者間としてのトラブルであったかもしれないし、それ以外の動機で殺害されたかもしれないし、甲市内居住者以外に殺害されたのかもしれない。こうした事前認識を前提とすると、事実認定者にとって、「甲市に居住する多数のうちの1名であるXは、Vの死亡推定時刻に該当する時

17) 角田・前注2)の309頁。

18) 角田・前注2)の310頁。

19) Schwartz, *supra* n. 2, at 149.

間常に、甲市外に外出していて、Vの殺害が不可能であった」という証拠から得られる心証は、上述のような事前認識において既に織り込み済みであって、こうした証拠が取り調べられたとしても、事前認識を超える蓋然性心証をもたらさない。

このように、事実認定者が証拠に触れる以前に抱いている事前認識については、「証拠に触れていない以上、完全な無である」と考えることはできず、証拠に触れずとも常識や経験則に基づいて推測している事実を前提に加えて考えなければならない²⁰⁾。そして、事前認識として既に推測されている事実を確認させるに過ぎない証拠の場合、合理的な推認の出発点となり得る証拠とは認められず、「証拠の基礎」を満たすことはできない。事件に関係する具体的な事実で推認の出発点を基礎づける証拠のような外観を持ちながらも、その実質は、事実認定者が常識や経験則に基づく一般論によって既に開始している推認を確認させるに留まり、経験則の提示や経験則適用への誘導と同視されるからである。

4 「証拠の基礎」の典型例とされる問題について

(1) はじめに

「証拠の基礎」理論に基づいて「証拠の基礎」が要求される典型例として紹介されることが多い①真正性・同一性の問題²¹⁾、②個人的知識の要求の問題²²⁾も、i) 事件特有の情報要素を完全に欠いている場合、ii) 完全に欠いているとはいえないとしても、事実認定者が証拠に触れる以前から既に抱いている事前認識を超えさせる蓋然性心証をもたらす内容でない場合として説明できる。

(2) 真正性・同一性を欠く場合

20) ここにいう事前認識における蓋然性心証は、あくまでも主観的蓋然性の問題（太田勝造『裁判における証明論の基礎』（弘文堂、1982年）72頁）であって、事実認定者がこうした事前認識を持っているという前提で「証拠の基礎」を検討することは、刑事訴訟における無罪推定原則などに反するものではない（Schwartz, *supra* n. 2, at 140, 163.）。

21) 角田雄彦「証拠の関連性について」季刊刑事弁護 70号 27頁（2012年）、成瀬剛「科学的証拠の許容性（2）」法学協会雑誌 130巻 2号 401頁（2013年）。

22) 角田・前注4)の86頁、成瀬・前注21)の404頁。

被害者がナイフで刺突された事件において、ナイフが証拠としての許容性を認められるための要件として、真正性・同一性の問題を検討する。

まず、検察官が、特定のナイフ（本件ナイフ①）について、被告人との結びつきも被害との結びつきも一切示さず、証拠調べを請求した場合を考える。検察官は、「本件ナイフ①が存在する以上、存在しないよりは、世の中にナイフが存在している蓋然性は高まる。すると、被告人がナイフを手にしていただけの蓋然性も高まる。よって、被害者がナイフで刺された今回の被害について、刺した犯人が被告人であった蓋然性も高まる」という関係にあるから、本件ナイフ①には関連性があると主張している。しかし、関連性を肯定するべきではない。本件ナイフ①は、事件特有の情報要素を完全に欠いており、事実認定者が証拠を提供されるまでもなく既に享有している「世の中にナイフが存在する」という常識を示すだけである。

次に、検察官は、被告人の指紋が付着していたナイフ（本件ナイフ②）について、被害との結びつきを示さず、証拠調べを請求した場合を考える。検察官は、「本件ナイフ②が存在する以上、存在しないよりは、被告人がナイフを手にしていただけの蓋然性も高まる。よって、被害者がナイフで刺された今回の被害について、刺した犯人が被告人であった蓋然性も高まる」という関係にあるから、本件ナイフ②には関連性があると主張している。しかし、関連性を肯定するべきではない。本件ナイフ②は、被告人の指紋が付着している以上、事件特有の情報要素を欠いているとはいえない。もっとも、事実認定者は、本件ナイフ②を示される以前から、常識に基づく事前認識として、被告人が何らかのナイフに触れたことが十分にあり得るという蓋然性心証を有している。したがって、事実認定者としては、上記のような事前認識を前提に、被告人が犯人であるか否かも見積もっていた以上、本件ナイフ②が示されたとしても、被告人が犯人であるか否かに関わる事前認識を超える蓋然性心証が導かれることはないのである。

(3) 供述者による直接知覚の要求

供述を供述証拠として利用する場合、「証拠の基礎」として、供述者の個人的知識、すなわち、供述者による直接知覚が要求されるという典型的な場面について

ても、事実認定者が有している事前認識における蓋然性心証度との関係で、そのような要求がされる根拠を説明できる。

殺人被告事件で、証人が「この事件の殺害犯人は被告人である」と証言しただけで、なぜそのように供述できるのかについての情報を一切明かさなかった。かかる場合でも、この証言がない場合よりもあった場合の方が「被告人が犯人である」という蓋然性を幾分かでも高めるとして、関連性を肯定し、証拠として許容すべきであろうか²³⁾。

このような証言の直接的な要証事実、「被告人を犯人であると名指ししている人物が少なくとも1人いる」ということである。これは、究極的には、犯人と被告人との同一性という主要事実の推認を導こうという下位間接事実位置付けられる。問題は、このような間接事実を要証事実としていることを根拠に、上記証言に「証拠の基礎」を認めてよいかである。

名指しの対象が被告人である以上、事件特有の情報要素を完全に欠いているとはいえない。

しかし、以下のように、直接的な要証事実が存在するか否かに関する蓋然性心証度としての事前確率に留意すると、その内容が事件に関係する内容を示す蓋然性は極めて低いという評価すべきであり、「証拠の基礎」を欠くことになる。

すなわち、被告人がそうした立場に置かれていることを知っている事実認定者としては、常識として、誰かが被告人を犯人として名指ししている蓋然性があるということを事前認識として有している。したがって、事件と関係するかが明らかになっていない人物が単に被告人を犯人であると名指ししたという情報が提供されるだけでは、この事前確率を超える心証形成を導くことはできない²⁴⁾。

したがって、上述のような証言は、提供されたとしても、要証事実が存在するか否かに関する蓋然性心証度としての事前確率を超える蓋然性心証度（事後確率）をもたらすものではないので、「証拠の基礎」を欠くものとして、証拠とし

23) Schwartz, *supra* n. 2, at 112. 同様の問題意識から、笹倉宏紀「証拠の関連性」法学教室 364号 27頁(2011年)は、「風説や噂、起訴状について関連性を否定すべき点で見解が一致している」にもかかわらず、厳密に見れば、これらに「論理的関連性」としての「必要最小限の証明力」を否定するのは困難であるという視点を示している。

24) Schwartz, *supra* n. 2, at 170-171.

での許容性を有しない。

5 推認ないしその重畳に間接事実の追加立証が求められる場合 (条件付関連性)

(1) はじめに

「証拠の基礎」理論は、最下位間接事実論に論理則・経験則を適用し、さらには、重畳適用して、上位間接事実を推認するに際しては、そこで適用される論理則・経験則の内容に応じ、その論理則・経験則の適用が上位間接事実の存在を抽象的可能性として指摘するに留まることを禁ずるべく、追加的に間接事実が証明されるべきことも求める。

(2) 複数の間接事実による基礎付けがない限り推論の基礎が成立しない場合

「証拠の基礎」理論は、推論の出発点として、事件に関連する具体的な事実を示す証拠による基礎付けを複数要求することがある。

前述の居住者アリバイの設例を変化させて、次のような事情とした場合には、居住者アリバイ証拠は、常識や経験則に基づく事前認識による蓋然性心証を超える心証を抱かせるものとして、「証拠の基礎」を充足し得る。

具体的には、Vが居住している集合住宅は、3室を擁し、Vの単身世帯、Aの単身世帯及びそれ以外の1世帯3名(X・Y・Z)という合計3世帯が入居しているところ、Vの友人Wが「Vは、同じ集合住宅の住人とトラブルになっていて、身の危険を感じる怖い思いをしたと言っていた。その住人が具体的に誰なのかは明かさなかった」と供述していて、その供述を信用できる場合である。

このような場合、3名のアリバイ証拠が示す内容は、事件特有の情報要素を含んでいるし、その内容が事実認定者において証拠に触れる前に既に抱いている事前認識を超える蓋然性心証をもたらさないともいえない。

しかし、常識や経験則に基づく事前認識を超える蓋然性心証を形成し得るかは、Vが居住していてその殺害現場となった集合住宅にVとA以外で居住しているのは、X・Y・Zの3名のみであるという事実があり、かつ、Vが「集合住宅の住人との間で、Vの身に危険を感じるようなトラブルを経験している」という

供述を信用できるかに依拠している。

こうした前提事実を示す証拠が別途に存在しない限り、3名のアリバイ証拠は、常識や経験則に基づく事前認識としての推測結果を超える心証を抱かせることはなく、推認の出発点を基礎づける「事件に関係する具体的な事実を示す証拠」とは認められない。

こうした「証拠の基礎」の考え方については、前提条件たる事実が証明されて初めて関連性が認められるという論理を強調すると、「条件付関連性」(conditional relevancy) という概念として呼称されることになる²⁵⁾。

(3) 推認の重量に際して追加的に基礎付け証拠が求められる場合

推認の出発点が「証拠の基礎」を充足した証拠によって基礎付けられている場合でも、その最下位間接事実には推認が重量されるに際し、「証拠の基礎」理論は、抽象的可能性を示すに過ぎない推認がなされるのを防ぐため、基礎付け証拠の追加を要求することがある。

検察官は、殺人被告事件において、被害者を被保険者とし、受取人を被告人とする生命保険契約が存在することを示す保険証書について、証拠調べ請求した。検察官は、①こうした保険証書が存在した方が、存在しないよりも、被害者を被保険者とし、受取人を被告人とする生命保険契約が存在した蓋然性が高まり、②こうした保険契約が存在する蓋然性の高まりが示された方が、示されないよりも、被告人が当該保険契約の存在を認識していた蓋然性が高まり、③被告人がこうした認識を有していた蓋然性の高まりが示された方が、示されないよりも、被告人が被害者を殺害する動機を有していた蓋然性が高まり、④このような動機が存在する蓋然性の高まりが示された方が、示されないよりも、被告人が被害者を殺害した犯人である蓋然性が高まるから、犯人と被告人との同一性という主要事実との関係で関連性を有する証拠であると主張している。裁判所は、この保険証書を証拠として許容するべきか²⁶⁾。

被害者と被告人に関係する保険契約証書である以上、事件特有の情報要素を含

25) Schwartz, *supra* n. 2, at 140.

26) Schwartz, *supra* n. 2, at 140. 成瀬・前注21)の394頁。

んでいる。問題は、その情報内容が事件に関係する内容を示す蓋然性が一定程度はあるのか、すなわち、要証事実に関する蓋然性心証度としての事前確率を超える蓋然性心証度をもたらすものかどうかである。

まず、要証事実を「被害者を被保険者とし、被告人を受取人とする生命保険契約の存在」とのみ設定するのであれば、「証拠の基礎」を充足している。事実認定者が証拠に触れる以前から有している事前認識としての蓋然性心証をもたらすのは明らかなからである。常識や経験則に基づく知識として、特定の被害者が特定の被告人を受取人として生命保険契約を締結していることが十分にあり得るといった認識を持ち合わせているとは到底いえない。しかも、証書は、契約の存在を「信用できないというよりは、むしろ積極的に信用できる」程度に証明する証明力を備えていると評価できる。

しかし、要証事実を「被害者を被保険者とし、被告人を受取人とする生命保険契約の存在を被告人が認識していたこと」にまで広げて設定した場合、こうした推認を許してよいのか。言い換えれば、「生命保険契約が存在した」という下位間接事実論理則・経験則を適用するのみで「受取人とされた被告人はその契約の存在を認識していた」という上位間接事実を推認するのは、抽象的な可能性を示すに過ぎない推認として許されないのではないか。

これは、「生命保険契約において、ある人物が保険金受取人として指定されているならば、その人物は当該契約の存在を認識しているであろう」という経験則が存在するか否かという問題と考えられる。契約が存在しなければ、認識される余地がないのは確かである。しかし、契約は、その当事者らの意思表示の合致によって成立する以上、契約が成立していれば、その当事者が契約の存在を認識している蓋然性は極めて高いとはいえるものの、契約が成立していれば、その当事者以外も契約の存在を認識している蓋然性が高いとはいえない。当事者以外の人物については、当事者から契約成立の情報を提供されるか、その人物自身から契約成立の情報に接近するかしない限り、契約の存在を認識する蓋然性に乏しい。すると、契約当事者以外については、契約成立の事実のみならず、当該人物が契約成立の情報を提供されたり、その情報に接近したりする機会があったという事実が認められない限り、契約の存在を認識していた蓋然性は低いと言わざるを得

ない。その上で、当事者以外であっても、保険金受取人に指定されているという事実から、当事者から情報を提供されたり、自ら情報に接近したりしていた蓋然性が高いと認められるかを検討する。確かに、契約者が受取人指定の事実を受取人に指定された人物に伝えることはあり得る。しかし、それは、受取人に指定したという理由から必ず行われるわけではなく、むしろ、受取人に指定した事実を伝えることで、信頼感情を示したり、保険金受取を確実にしてもらうように促したりする目的をもって行われると考えられる。したがって、やはり、保険金受取人に指定されているという事実のみでは、生命保険契約の存在を認識していた蓋然性が高いとはいえない。少なくとも、契約者が信頼感情を示したり、保険金受取を確実にしてもらうように促したりするために受取人指定の事実を伝えていた具体的可能性を示す証拠などが必要であろう。

このように、被害者を被保険者とし、受取人を被告人とする生命保険契約が存在することを示す保険証書という証拠のみから、そうした保険契約が存在したという事実を超えて、さらに、被告人が当該契約の存在を認識していたと推認を重畳させることは許されない。この二段階目の推認が認められるためには、新たに、証拠によって、被告人の認識を基礎づける「事件に関係する具体的事実」の存在が「信用できないというよりは、むしろ積極的に信用できる」程度に証明されていることを要する。

IV 「証拠の基礎」理論が果たす機能

「証拠の基礎」理論に基づき、推論の基礎付けとして、「証拠の基礎」を充足した証拠を要求する、すなわち、事件と関係する具体的事実が証拠によって「信用できないというよりは、むしろ積極的に信用できる」程度に証明されていることを要することは、憶測による事実認定を防ぐために、次のようなかたちで機能する。

すなわち、推認の出発点となる証拠自体もしくは推認を重畳する際に追加を要求される証拠が、「事件に関係する事実」を示さない一般論に過ぎないものであったり、「事件に関係する事実」を示すものであったとしても、その事実を「信

用できないというよりは、むしろ積極的に信用できる」程度に証明するものでなかったりした場合には、出発点となる証拠は、「推認結果とされる最終的な主要事実」との間の関連性の前提要件を欠くものとして、許容性を否定される。これによって、その証拠を出発点とする推認は許されないこととなる。

「証拠の基礎」理論の徹底によって、これまで「間接事実にも合理的疑い基準が適用される」という論理に拠らなければ規律することができないと考えられてきた『矛盾はない』、『不可能ではない』、『可能性がある』などといった確実性に欠ける推論結果を間接事実として総合認定の資料に供すること」をかなりの範囲にわたって、「証拠の許容性」の問題として規制することが可能であることが示された²⁷⁾。

前稿で問題性を指摘した「類型論に過度に依拠した極端な推認を内容とする『経験則』」の判例における適用²⁸⁾についても、「証拠の基礎」を充足した証拠による基礎付けを欠いた憶測として許されないのではないかという観点から、より理論的な批判が可能ではないかと思われるので、次稿以降における課題としたい。

27) 「間接事実にも合理的疑い基準が適用される」という見解については、有力な異論も唱えられている（角田・前注4）の76頁）ので、これに依拠しないで、不確実な推認結果を間接事実として認定することを認めない論理構成を採ることには意味がある。

28) 最決平成25年10月21日刑集67巻7号755頁、大阪高判平成26年1月16日（LEX/DB 文献番号25502995）。角田・前注4）の96頁。