

## スウェーデン証拠法序説

——証明責任論のための準備作業を兼ねて——

萩原 金美

事実に関して優れた裁判官であることは容易なように思われるかも知れない——だが、それは実際には極めて困難なことなのである。多くの優れた法曹が事実に関する裁判官としては完全に失敗しているのだ。

記録長官グリーン卿 (Lord Greene, Master of the rolls)\*

\* P・O・エーケレーヴ『訴訟手続法 第四卷』(第五版、一九八二)一七頁から再引用

### 目 次

はじめに

一 証拠に関する概念

二 自由心証主義と蓋然性理論モデル

三 証拠事実の評価の方法

四 複数の証拠事実の総合的評価

五 排除証明

## 六 ベイズの定理

## 七 証拠評価と書証

おわりに

## はじめに

本稿は実質的には拙稿「スウェーデン法における主張責任論（一）、（二・完）」（民商法雑誌一〇〇巻五・六号（一九八九）所収）の続編をなすものである。それゆえ、ことの順序としては主張責任論に引き続き証明責任論を取り扱うことが期待されるかも知れないが、スウェーデン法における証明責任の論議はその証明論と深く関わっている面があり、かつ証拠法上の術語およびその用法にはわが国のそれとやや異なるところがあるので、証明責任について理解するためにはまず証拠法なканずく証明の基礎法理を知ることが大切だと思われる。それにそもそも理論的には、証明責任の問題は必要な証明が達せられなかったときに初めて現実化するものであるから、証明論の問題を先に取り上げるのがむしろことの順序として正しいともいえるわけである。<sup>(1)</sup> ちなみにスウェーデンでもわが国でも、訴訟法の教科書では証明責任に先行して証拠評価に関する記述がなされているのが一般である。<sup>(2)</sup>

このようなわけで、本稿では標題のテーマについて、スウェーデン証拠法の代表的教科書であるエーケレーヴの『訴訟手続法 第四巻』（第五版、一九八二）<sup>(3)</sup>の記述を中心として紹介、検討したいと思う。もつとも、なるべく正確な紹介が主眼であり、本格的な検討は本稿の意図するところではない。なお理解の便宜上、関連するわが国の学説や議論にも随時ふれるが、もとよりそれ自体が目的ではないから一応の言及にとどまることをお断りしておく。<sup>(4)</sup>

## 〈注〉

- (1) 太田勝造教授は「証明責任理論は、心証形成・証明理論を前提とせざるをえない」という（同『裁判における証明論の基礎 事実認定と証明責任のベイズ理論的再構成』（一九八二、弘文堂）三頁）。
- (2) Per Olof Ekelöf, Rättegång IV (5 uppl. 1982) § 23（以下単にIVとして引用するときはこの版を指す）、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『民事訴訟法講義（補訂第二版）』（一九八六、有斐閣）第三章、新堂幸司『民事訴訟法（第二版）』（一九八一、筑摩書房）第三編第三章第五節、上田徹一郎『民事訴訟法』（一九八八、法学書院）第三章、など参照。
- (3) 原著名は(2)のとおり。近く第六版が出ると思われるが、本稿執筆時にはまだその情報に接しない（拙訳、P・O・ポールディング「証明責任および証明度」竜寄喜助先生還暦記念『紛争処理と正義』（一九八八、有斐閣）一九九頁注（18）参照）。
- (4) なお以下の記述は、スウェーデンにおいては民事・刑事両訴訟手続とも同一の法典Ⅱ訴訟手続法（rättegångsbalken）に定められており、大学の法学教育でも両者が「訴訟法」という単一の科目として教授されている（拙著『スウェーデンの司法』（一九八六、弘文堂）とくに六三頁以下参照）ことを念頭において読まれるよう望みたい。

一 証拠に関する概念<sup>(1)</sup>

証拠 (bevis) という概念ないし用語はわが国においても多様な意義で用いられているが、スウェーデン語の bevis<sup>(2)</sup> についても同様である。それは少なくとも証拠または証明の両義で用いられる（したがって、ドイツ語の Beweislast が証明責任とも立証（挙証）責任とも訳されるのと同じ事情はこの語に相当する bevisbördan<sup>(3)</sup> についても存在する）。しかしさらにそれを超えて多義的である。例えば訴訟手続法（以下、原則として単に「法」といい、また条文のみで引用する）四二章八条は、当事者はその援用しようとする証拠 (bevis) を明らかにすべき旨規定しているが、この証拠は証拠事実ではなく、証拠方法である（証拠事実および証拠方法の意義については後述）。

エーケレーヴは証拠調べ (bevisning) は様々な異なる要素を包含し、その各要素について学説上異なる表現が行わ

れており、意見の一致を見るのが難しいとしつつ、かれ自身はほぼ以下のような用語法を用いており、これが通説的なものと言つてよいと思われる。

まず立証ないし証拠の提出 (förelbringande av bevisningen・四三章八条一項。学説では一般に bevisföring を用いる) と区別された最終弁論および評議における証明の (有無の) 理由付けという知的活動を証拠評価 (bevisvärdering) とよぶ。それは一つまたは複数の事実 (証明している事実 (factum probans)) の存在から他の事実 (証明されるべき事実 (factum probandum)) の存在に関する結論を引き出すことである。前者の事実を証拠事実 (bevisfakta) といひ、<sup>(5)</sup> 後者の事実を証明主題 (bevisstema) という。終局的な証明主題は常に法律事実 (rättsfakta) <sup>(6)</sup> であるが、証拠事実も証明主題でありうる。証拠事実から証明主題の存否に関する結論を引き出すとき、前者は後者のために証拠価値 (bevisvärde) を有するといわれる。証拠価値の強弱について語るときには証拠力 (bevisstyrka) という表現が使われる。

本証 (huvudbevis) と反証 (motbevis (ning)) との区別についても述べる必要がある。まず一方の当事者がなす立証が本証である。それ以上に詳しい定義をエーケレーヴはしていないが、事実を主張する者はそのための証拠を提出し、相手方はその後反証をすべきだとし、かつ反証は法律事実の存在を「十分な証明」(styrkt) にまですることを要しない (彼はこれを通常の証明度とする) と述べているから、<sup>(7)</sup> わが国における本証と反証の定義と基本的に異なるとは思えない (つとにカーレンベリイは明白に、証明義務 (責任) を負う者の立証が本証で、負わない者の立証が反証だとしている)。<sup>(8)</sup> 本証に対して相手方がなす立証が反証であるが、これには二種類ある。一つは反対証拠 (motsatsbevis) <sup>(8a)</sup> すなわちアリバイのように本証の証明主題と一致しない (それを排除する) 証拠事実の立証である。もう一つは本証の証拠価値を減弱させる消極的補助事実 (後述) の立証であり、通常の反証 (ordinär motbevis (ning)) とよばれる。もっともテーマ説 (後述) の論者はこの二つの反証の区別をしないようである。<sup>(9)</sup>



証拠評価 (bevisvärdering) にあたってはいわゆる経験則 (erfarenhetssats) が重要な役割を演ずる<sup>(10)</sup>。それは二つの事象間において一般的に妥当する関連に関する言明である。自由心証主義のもとでの経験則は、法定証拠主義における証拠評価法規が有していたのと同様の機能を充足するとされる。

補助事実 (hjälpfakta) は、それ自体からは証明主題の存否に関するなんらの結論も引き出せないが、証明主題のための証拠事実の証拠価値に影響を与える事実である。積極的補助事実は証拠価値を増強させ、消極的補助事実はそれを減弱——場合によっては欠如——させる<sup>(11)</sup>。なお、スリップ痕のような証拠事実は徴表 (indiciu) とよばれる。この語はすべての証拠価値をもつ事実 (証拠事実) を表現するためにも用いられるが、通常、人証および文書以外の証拠事実の意味に限定して使われる<sup>(12)(13)</sup>。

証拠方法 (bevismedel) は証拠調べにおいて用いられるもので、裁判所が関連ある事実を観察 (視覚に限らず、五官による認識のすべてを意味する) するのを可能ならしめることによって特徴づけられる。法はこれを人的 (三六・七章) なものと、物的なもの (三八・九章) とに分ける。書面や犯罪の道具は証拠方法であるが、人的なものについては、証人は証拠方法ではなく、証人尋問が証拠方法だとされる。ドイツなどでは学説上、証拠方法は裁判所が観察する事実 (例えば証言) の保持者 (Bärare) だとされるが、エーケレーヴは人間が証拠方法というのはその人の尋問を表現するのを短縮した言い方だとし、そう理解しなければスウェーデン法においては、真実保証のない当事者尋問とそれのある当事者尋問の証拠方法とが同じになってしまうと批判する<sup>(14)</sup>。なお徴表は前述のように、証拠方法ではなくて証拠事実である。

証拠資料 (bevismaterial) は狭義では本口頭弁論において裁判所が観察したもののみに限られるが、広義では証拠評価上意味をもつものすべてを包含し、徴表、補助事実および経験則などを含む。いわゆる弁論の全趣旨にあたるもの

も証拠資料（証拠事実）とされるが、弁論の全趣旨という語は法文上も学説においても用いられていない。証拠原因（bevisgrund）という語はかつては用いられたが、現在の学説では全くみられない。これは後述するように、スウェーデン証拠法理論においては証明に関して裁判官の確信という概念をとらず、蓋然性の算定として考えていることと深く関係しているように思われる（このことを明言する学説はないけれども、むしろ当然の前提にしているのではあるまいか）。また、直接証拠（証明）、間接証拠（証明）という概念も現在では使われない。スウェーデン証拠法理論においてはすべての証拠（証明）は間接証拠（証明）になるからであろう。<sup>(18)</sup>

最後に証拠（bevis）という語の多義性が命題に表われる場合について触れておく。

「Aは法律事実Bのための bevis をなす」という表現は、AはBのために裁判所がBの存在を判決の基礎とすべきほどの強力な証明を構成することを意味しうる。「本件においては多くの徴表が存在するが、しかしbevisがない」という言明はこの意味である。他方、bevis がBに対する証拠事実の意味で、あるいはBの存在のために証拠価値——どれほどかは別として——をもつという意味で使われることもある。両者を区別する英語で言えば「Evidence isn't proof.」や、「There was some evidence, but no proof.」において proof は前者の意味、evidence は後者の意味で用いられているわけである。<sup>(19)</sup>

#### 〈注〉

- (1) 本節全般について Ekelof, op. cit. IVs. 7-16.
- (2) 新堂・前掲三三五-六頁、中野ら・前掲二八七頁、上田・前掲三〇九-一〇頁。
- (3) 倉田卓次「一般条項と証明責任」同『民事実務と証明論』（一九八七、日本評論社。初出は一九七四）二五三-四頁参照。
- (4) 拙訳、P・O・ポールディング『民事・刑事訴訟実務と弁護士』（一九八〇、ぎょうせい）三〇、五二頁以下、七二、一〇四頁以下参照。

- (5) 拙稿「スウェーデン法における主張責任論(一)」(民商法雑誌一〇〇巻五号(一九八九)八八七頁以下参照。わが国の間接事実と相当するが間接事実という表現は用いられない。ただし立法理由書などは、「間接に関連する事実」という間接事実類似の表現は使っている(同稿八九〇頁)。なおこの証拠事実という語は、実務に浸透している数少ない新しく作られた術語の一つといわれる。Ekelöf, Supplement till Rättegång I-V (1990) s. 12.
- (6) 前注(5) 拙稿引用頁参照。
- (7) Ekelöf, V (6 uppl. 1987) s. 74-5, IV s. 80-81.
- (8) Ernst Kallenberg, Svensk civilprocessrätt II (1927) s. 547. これに対してエーケレーヴは「通常の言葉の用法に反する」とし「原告が訴状において支払がなうことの証拠を援用したとき」これを反証とは言わないだろうといふ。Ekelöf, V(1 uppl. 1963) s. 13. なお後注(8a)参照。
- (8a) 上記エーケレーヴが国の訴訟法理論という「反対事実の証明」(Beweis der Gegensatz)とは異なる。Ekelöf, Beweiswert. in: Festschrift für Fritz Baur (1981), s. 354.
- (9) Ekelöf, Bevisvärdemodellen kontra bevisstemmodellen. SvJT 1989 s. 29. テーパ説に立つホルムキョーのチャクホフ(わが国では法社会学者としてよく知られているが、本来訴訟法学者として出発した人である)は本証と反証との区別は複雑な事案では困難だとする。Torstein Eckhoff, Temametode eller verdimetode i bevisvurderingen SvJT 1988 s. 327. なお s. 330, 338.
- (10) Per Olof Bolding, Går det att bevisas? (1989) s. 66 (以下「単に Bolding」として引用)。
- (11) Ekelöf, IV s. 21. なお英法では補助事実が“facts affecting the weight of evidence”とよばれるといふ。A.a.s. 10.
- (12) ハッスネルは徴表と証拠事実を同義とし、また法律事実に向けられた立証を直接立証、徴表に向けられた立証を間接立証(徴表立証)という。例えば領収書による支払の立証は前者、債権者が同額を自己の銀行口座に振り込んだことの立証は後者である。Åke Hassler, Svensk civilprocessrätt (1963) s. 343. なお Bolding, s. 46 参照。
- ちなみにわが国では、徴表の語が間接事実のみならず補助事実も含めて用いられることがあるといわれるが(近藤完爾「証拠の証明力」同『民事訴訟法論考第三巻 判決と心証形成』(一九七八、判例タイムズ社。初出は一九五四)三三頁)、後述のとおり両者の混同が証拠評価にあたって危険を生ずるおそれがあるので、このような用法は好ましくないであろう。
- (13) 立証と主題との間に存する因果的または論理的関連を「徴表メカニズム」(indiciemekanisum)とよぶ論者がいることに注意したい。Sören Halden, Indiciemekanismer. TFR. 1973 s. 56.
- (14) ボールディングも当事者の供述や証言を証拠方法とみている。Bolding, s. 32ff. エーケレーヴと同説とみるべきであろうか。旧法下におけ

る証拠方法の概念規定に関する多様な論議の詳細については Kallenberg, a.a.s. 536-9 参照。

- (15) Ekelöf, IV s. 51.
- (16) Kallenberg, a.a.s. 536-9, Ekelöf, IV (1 uppl. 1963) s. 32.
- (17) 「証明とは、証拠・経験則による蓋然性証明である。」といわれる(太田・前掲八四頁)。
- (18) Ekelöf, IV (1 uppl. 1963) s. 31-2. Bolding, Bevisbördan och den juridiska tekniken (1951) s. 26. ヴンダーモールのことを指摘する(春日偉知郎「自由心証主義の現代的意義」講座・民事訴訟⑤証拠(一九八三、弘文堂)四七頁参照)。
- (19) Ekelöf, IV s. 15, Bolding s. 48. なおわが国における用法について、伊藤滋夫「要件事実と実体法断想(上)」ジュリスト九四五号(一九八九)一〇五頁参照。

## 二 自由心証主義と蓋然性理論モデル<sup>(1)</sup>

スウェーデンの証拠法制は、現行訴訟手続法の制定・施行により法定証拠主義から自由証拠審査主義(fri bevisprövning)に移行した。もっともすでに旧法時の最後の頃には、実務上かなりの程度まで法定証拠主義は自由心証主義に移行していた。ところで fri bevisprövning を自由心証主義と訳さず、自由証拠審査主義としたのはこのほうが原意に忠実で正確だからである。自由証拠審査主義は法定証拠主義に対立するものであるが、その内容は証拠方法の利用に對する制限(証人適格など)<sup>(2)</sup>がないことと、裁判官が提出された証拠の証拠価値を自由に判断できることの双方を含む。後者が自由心証主義(fri bevisvärdering)——ドイツ語の freie Beweiswürdigung 参照——である。<sup>(3)</sup>

なお、エーケレーヴが法定証拠主義の永続の第一の原因として、それが裁判所の証拠評価に對するコントロールを容易にした点を強調していることは、裁判所の自由心証のコントロールが新たな観点から問題になっている現在、改めて留意されてよいであろう。

さて自由心証主義のもとにおける裁判官の主観的確信をできるだけ間主観的にするために証拠法理論は蓋然性理論モデルを提示するが、これに関してテーマ説 (temametoden, temateorin) と証拠価値説 (bevisvärdeometoden, bevisvärde teorin) との激しい対立がある。<sup>(4)</sup> この論争はスウェーデンに始まり、現在でも同国において最も顕著であるが、他の北欧諸国にも波及しつつあり、<sup>(5)</sup> また論争の参加者は訴訟法学者にとどまらず、哲学者や他の分野の社会学者にまで及んでいる。いまや北欧訴訟法学における最もホットなイッシューと言ってよい問題である。両説の内容を的確に紹介することは関連領域について十分な素養を欠く筆者にとっては容易でないので誤解を避けるため、ウプサラ大学の法理学教授クラミラの論文における簡明な説明をつぎに引用しよう。

(a) テーマ説 アド・ホックに利用できる証拠資料は終局的なものだという仮定から出発する。Fのための立証が六〇%の蓋然性をもって信じられるならば、そのことからFに関する立証は四〇%の蓋然性をもって蓋然的でなければならない、ということが導かれる。何故ならば、Fのための蓋然性 (P/F) とFのための蓋然性 (P1/F) とは  $\parallel 100\%$  にならないからである。

(b) 証拠価値説 各種の事実 (証明主題) に関する蓋然性は “片面的” だと考える。

何故ならば、それは立証と主題との間に存する因果的または論理的関係の問題だからである。<sup>(6)</sup> 例えばFのための薄弱な立証が同様に ( ) Fのための強力な立証を成すということは全く確かでない。証拠価値は証拠事実 (B) が主題 (BT) を立証する蓋然性である (言い換えれば一般に主題が証拠を起因したということ、例えば犯罪が証人の観察を惹起したことである)。

$$P(B_1 \rightarrow BT) + P_1(B_2 \rightarrow \sim BT) \leq 1$$

このようにして両方向において立証が薄弱だということもありうる。不確実性P? が生じうるし、そしてその「量」をその証拠価値に応じてPとP'との間に直接的に分配できるとは直ちに考えられない。<sup>(7)</sup>

なお、テーマ説をとる者は始原的蓋然性<sup>(8)</sup> (ursprunglig sannolikhet, begynnelse sannolikhet) を認め、ベイズの定理の利用を肯定するが、証拠価値説の立場に立つ者はこれを否定する。<sup>(9)(10)</sup> 詳しくは六で後述する。

エーケレーヴが一九七三年に『訴訟手続法 第四卷』(第三版)において証拠価値説を唱道するまでは学説上——かれ自身を含めて——テーマ説<sup>(11)</sup> (による理由づけ) が疑問とされることなく妥当していたといわれるが、現在ではスウェーデンに関するかぎり、証拠価値説の信奉者のほうが優勢のようにみえる。<sup>(12)</sup> 主張責任論の領域において大きな業績を挙げたポーマンも、基本的にはエーケレーヴの立場を支持しているといつてよい。<sup>(13)</sup> しかしながら、スウェーデンの証拠法理論における一方の巨頭であるポールディングは断固としてテーマ説を堅持し、<sup>(14)</sup> 近時若手の俊英リンデルがこれに与した<sup>(15)</sup>、ノルウエーの碩学エックホフも最近発表した論文でテーマ説の立場を再確認している——彼はどちらの説をとっても概ね同様の結果になると主張する<sup>(16)</sup>——。事態はまさに流動的で、その動向は予測しがたいものがあるといえよう。それゆえ、本稿においてこの問題に深入りすることは避けることにする——率直に言って現在の筆者にはそうするだけの能力もないのであるが<sup>(17)</sup>。以下、両説の対立が著しい問題については、まず証拠価値説<sup>(18)</sup> (を代表する——この説の内部にも若干の差異が見られる——) エーケレーヴの所説に基づいて説明し、その後にテーマ説の立場からのコメントを簡単に加えるという形で記述する。それは決して両説に対する筆者の評価を示すものではなく、主としてエーケレーヴの教科書がスウェーデン証拠法のスタンダード・ワークであるという理由によるものである。



## 〈注〉

- (1) 本節全般について Ekelöf, IV s. 16-7.
- (2) 立法理由書は証拠方法の章下 (三六・四〇章) に列举されていないものも証拠として用いられることを明言している。SOU 1938: 44 Processlagberedningens förslag till rättegång, s. 377.
- (3) Sture Bergström et al., Juridikens termer (6 uppl. 1983) s. 71, Ekelöf, IV s. 200ff. 参照。もっともボールドウィンは、証拠評価と証拠審査とは多くの場合に同意語として使われるが、正確には異なるとし、前者は立証の強度に関する見解の決定に尽きるのに対して、後者はそれにとどまらず証明責任および証明度の問題をも包含するという。Bolding, s. 50-1. 春日・前掲三二頁は、fri bevisprövning, fri bevisvärderingとも自由心証主義を意味するとみているようであるが、そうだとすればスウェーデン法の術語の理解としては正確でない。ちなみに、前掲拙稿八九頁注(3)でふれたように、わが国でもスウェーデンの証拠法理論についてかなりの数の紹介があるが、いずれもドイツ語または英語の文献によるためか、残念ながらミス・リーディングな内容を含むものが散見される。以下、一々指摘することはしないが、本稿の記述が、それらと異なるときは注意していただきたい。もとより本稿とても誤りなきを保しがたいが、それを避けるべく最大限の努力はしているつもりである。
- (4) エーケレーヴは最近では bevisstemmodellen, bevisvärde modellen という表現を使っている。Ekelöf, SvJT 1989 s. 26. なお証拠価値説は英語では evidentiary value model と訳われている。Lindell, Kommentarer till en recension. SvJT 1988 s. 141 以下。
- (5) エックホフによれば、この論争はデンマークおよびノルウェーにおいてはまだそれほどではなく、概して無自覚的にテーマ説が採られている。Eckhoff, SvJT 1988 s. 322. またクラミらによれば、フィンランドでもほぼ同じ状況にあるという。Hannu Tapani Klami et al., Ett rationellt beviskrav. SvJT 1988 s. 593. (クラミは一九八七年にウプサラ大学に移るまでは、長らくフィンランドのオーボ(Abo)大学で教えていた。SvJT 1987 s. 506.)
- (6) これを徴表メカニズムとよぶ論者がいることについては一注(13)参照。
- (7) Klami et al., SvJT 1988 s. 590. Bolding, s. 76ff. も参照。
- (8) 大田・前掲一四六頁は「一般的蓋然性」という。
- (9) Bolding, s. 76, Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor (1987) s. 146. (以下、単に Lindell として引用) Ekelöf, IV s. 47-8, SvJT 1989 s. 27.
- (10) もっともクラミらは証拠価値説を採りながらも、同説における始源的蓋然性を考慮することへの反響がやや行き過ぎていることを批判する(他方、純粹なベイズ的見方を提案するつもりもないという)。Klami et al., SvJT 1988 s. 599
- (11) Lindell s. 146. もっとも証拠価値説はまだ存在しなかったので、明示的にテーマ説を名乗る学説があったわけではない。



(12) 証拠価値説の論者および文献については Lindell s. 144ff. を参照。その後に現われたものとしては、クラミらの前掲論文が重要である。

(13) Robert Boman, Om Sakfrågor och rättsfrågor. TFR 1988 s. 429-30.

(14) Bolding, s. 75ff. och Osannolikheter eller ovissheit? En fråga om behandling av alternativhypoteser vid bevisvärdering. SvJT 1983 s. 606. なお、前掲ポールディング、拙訳論文参照。

(15) Lindell s. 156ff.

(16) Eckhoff, SvJT 1988 s. 321. これに対するエーケレーヴの反論として Ekelöf, SvJT 1989 s. 26ff. がある。

(17) 全くの臆測をここに若干述べることが許されるならば、両説ともそれを貫徹するのはいささか無理で、今後なんらかの修正ないしは両説の止揚が必要なのではないかという気がする。というのは両説とも裁判実務に巧く適合する面としない面をそれぞれ有しているからである。一、二の場合について考えてみよう。

わが国の裁判実務の慣行であり（並木茂「自分の頭で考えよう——要件事実および証明責任を中心として」判例タイムズ七〇九号（一九八九）二二—四頁参照）、かつ司法研修所の教えるところによれば、「事実の認定について説示をするに当たっては、ある当事者が立証責任を負う事実について、それが証拠によって認められるか又は認めるに足りる証拠がないかの説示をすれば十分であって、要証事実の不存在や反対事実の存在を認定できる旨説示する必要はない。要証事実の不存在や反対事実の存在は立証命題ではないから、これらが認められる場合であっても、原則として、その存否が不明な場合と同一の表現で判示するのが相当である。もっとも、事案によっては、要証事実の不存在や反対事実の存在を認定することが望ましい場合もある。」とされる（司法研修所編『七訂 民事判決起案の手引き』（一九八八、法曹会 七一頁）。証拠価値説はこのような判示の理論的説明にすこぶる適合的だといえよう。スウェーデンにおいても実務の在りようは基本的に同様であろう。ボーマンは、エーケレーヴの説すなわち証拠価値説の最大のメリットは一〇〇のケースの六〇について a が b を証明することができるというとき、残りの四〇についてどうなのかは知られていないという指摘にあるとし、これは実務の取扱いに適合していると述べている。Boman, a.a.s. 429.

しかし、次のような場合はどうか？ 金銭支払請求事件において、合議体の一人の裁判官は支払がなされたことの証明値（心証度）が「一応の蓋然性」（*antagligt*）だとし、他の一人の裁判官は逆に支払がないことの証明値が「一応の蓋然性」だとする場合、彼らは互に相手の証明値を 0 以下（証拠価値説の尺度によればそうになってしまう——三で示す尺度を参照）とみているわけではなく、両者の相違は実際には極めて微小なものに違いないのである。この例はポールディングが証拠価値説を批判する論拠の一つとして挙げているものであるが（Bolding, s. 123）<sup>\*</sup>この場合などはテーマ説によって説明するほうが実態に即していると思われる。

(18) Lindell, SvJT 1988 s. 137-8.

### 三 証拠事実の評価の方法<sup>(1)</sup>

エーケレーヴはその『訴訟手続法 第四卷』の初版において、自由心証主義の性質に関する問題は裁判運営上最大の意義を有する問題なのに、スウェーデン法学はほとんど関心を示していないと嘆じ、これに関する最も詳細な文献としてポールディング『証明責任と法技術』<sup>(2)</sup>の第二章を挙げているにとどまる<sup>(3)</sup>。それから二〇年余の現在、いまや証明論はスウェーデン法学の最大の関心事の一つになっている。隔世の感を覚えるのは誰よりも彼自身であろう。

さて、一般的な見解では例えば証言の評価の際、裁判官は証言から証人が観察した事象経過を直接に引き出すとされている。自由心証主義のもとでは、周到であろうとすればそのようなやり方をしてはならない。証明主題が証拠事実であるか法律事実であるかに関わりなく、そのそれぞれの環がそれ自体として判断される証拠連環<sup>(4)</sup> (beviskedja) として精査されるべきである。これはスウェーデンの証拠法理論が一致して説くところである<sup>(5)</sup>。以下、エーケレーヴの挙げる例によって説明する<sup>(6)</sup>。多数の者が関与した暴行被告事件において、被告人が被害者を殴り倒すのを目撃したという証人の証言を評価する場合の証拠連環はつぎのようになる。すなわち——① 裁判官による証人の供述の観察(前述のように観察とは視覚だけでなく、五官によるそれをすべて含む。以下同じ)↓② 証人の供述↓③ 証人がその供述により意味したこと↓④ 証人の記憶像↓⑤ 証人による暴行の事実の観察↓⑥ 被害者を殴り倒したのが被告人だったということ。

最初の環のみが証拠事実、最後の環のみが証明主題であって、他の中間の環はすべて、その直後の環のための証拠事実であると共に、直前の環のための証明主題である。

観察の内容は現実に生起した事象から多かれ少なかれ乖離した不正確なものであることが多いが、このことは法廷

においても生じうる。証人と裁判官との距離が離れている場合、前者が後者に不分明に語るか、後者の聴力がよくない場合は、裁判官が証人の供述を誤聞することがありうる。しかしより大きな危険は、裁判官が証人の供述を誤解することである。日常用語とその表現形態は甚だ多義的であり、かつ漠然としている。言葉の用法は社会階層ごとに異なるし、ある人々は特有の言語習慣を発達させている。証人が適切に表現できないのは法廷という慣れない環境の中で神経質になっていることにもよる。実際証人が言おうと思っていたことは正反対のことを供述してしまうことさえありうるのである。

証人が自己の観察に関する記憶と異なる供述をするならば、かれは通常偽証の責任を負う。証人が嘘を言っていることが判明したときはもちろんそれ以上の連環を調査すべき理由はない。しかし偽証の発見はとりわけ証言の一部のみが虚偽の場合は困難である。反対尋問の最も重要な任務の一つは証言の虚偽性を暴露することである。他方、証人が正直に供述したということは、なんら証言の信憑性の保障にならない。証人は誤信していたのかも知れないからである。

以上は①ないし③に関する問題点であるが、通常は、④と⑤の環が最大の困難を惹起する。記憶像の証拠価値は記憶に関して証言心理学が教えるように、多くの様々な補助事実を斟酌して判断しなければならない。記憶は時の経過と共に薄れて行く。記憶力には個人差が甚だしいうえに、同一人でも事柄いかに異なる。観察した事象に関する他人との会話や新聞記事などによって本来の観察の記憶が歪められる。さらに観察それ自体が、視力、距離、注意の方向などの影響を受ける。これらはそのような補助事実の限定された列举に過ぎない。しかし、この問題に関する詳細は証言心理学の文献に譲ることにしよう。<sup>(7)</sup> 上述したところから、証言を証拠連環として分析すべき主要な理由(の一つ)が明らかになるはずである(証拠連環については四 一参照)。

各環の証拠価値は、それぞれ異なる経験則と補助事実によって定まる。しかも通例経験則としてはすこぶる漠然としたものしか存しないから（近くから見たほうが遠くからよりもよく見えるなど）、補助事実が重要な役割を果たす（注意深く見ていたとすれば、遠くから見ていたことはそれほど問題にならないわけである）。補助事実の存在ももちろん証明の対象である。また当初の証拠価値は周到な審理がなされるほど事後的に増強されることになる<sup>(8)</sup>。

ところで補助事実と異なり、本来の証明主題自体の始原的蓋然性をどう取り扱うかがここでの大きな問題となる。証明主題はそもそも何らかの立証がなされる前にある始原的蓋然性を持つことがある。それは同様の状況にある母集団における証明主題自体の通常性または非通常性の頻度である。ある母集団内における通常性は証拠としてある価値を有しうる。始原的蓋然性は統計的証拠の一種である。しかしそれは、証明主題と因果的な関連のある証拠が存するときにはほとんど意味がないとして、エーケレーヴは次のような例を示す<sup>(9)</sup>。

一一頭の放牧されている牛のうち一〇頭がAに、一頭だけが隣人のBに属するとしよう。一頭の牛が近くの農園に侵入し、花畑と野菜畑を荒らした。ある証人がその牛を見知っており、それはBに属するものだと言明する。始原的蓋然性は約九%（ $\frac{1}{10} + \frac{1}{10}$ ）のみであるが、証人がBの牛を見分けられたのは、それが折れた角を持っているからだと言ふときは、ほとんどその証拠価値に影響しない。

大部分の訴訟においては法律事実が始原的蓋然性への手掛かりを欠いている。もっとも圧倒的多数の起訴は認容され、かつほとんどの有罪判決は正当であるということは考えられる。しかしもちろん、裁判所はこの点を顧慮してはならない。裁判所の任務はまさに当該事件が、被告人が無実であるという例外的事案に属するか否かをコントロールすることにあるのだ。

こうエーケレーヴは主張するのである<sup>(10)</sup>。この証拠主題に関する始原的蓋然性の否認が、かれのベイズの定理に対す

る批判の根拠を成していることは六において再述する。

さて我々は、観察の証拠価値を補助事実の基礎の上に立って判断しなければならないが、それは直観的総合判断によつてなされなければならない。とりわけ補助事実の数が多く、かつそれらが観察の証拠価値に互いに影響し合っているような場合はそうである。しかしながら、我々の直観は各々の補助事実自体をそれに妥当する経験則にかんがみ精査するとき初めてより確実に働くのである。すなわち直観的判断は存在する資料の推論的分析によつて先行されるべきなのである（コンピュータは正しいデータがプログラムされていなければよく機能を果たしえないが、類似のこととは人間の直観についてもいえる、と彼は言う）。

「証拠」は厳密に言うところ、証言の場合には証拠事実（観察）およびこれに属する補助事実から成る。そして証人の観察によつて本来証明されるものは証拠価値説によれば、証明主題例えば暴行が観察を惹起したということである（この点が証拠価値説の基本的出発点であることは前述した）。補助事実が観察がこのような仕方で行なわれたことを多かれ少なかれ蓋然的にする事実である。我々が事後に、現実に生じたことが観察がその有する内容を獲得するための必要条件だったことを確認できるならば観察は「正当」である。エーケレーヴはスリップ痕が自動車の速度の痕跡であるように、証人の観察は証明主題の「痕跡」とみられると考えるのである。<sup>(11)</sup>

同様に観察のための記憶像の証拠価値も、実際に後者が前者の痕跡であることに依存するのである。証人が暴行事件の発生の翌日に新聞でこれに関する記事を読んだという場合を想定する。そこには被害者に暴行を加えたのは被告人だと指摘されていた。証人は確かに犯行を目撃したが、しかし十分注意を払っていなかったため、自己の観察と新聞記事で読んだことを混同してしまっているとしよう。新聞記事の内容が正しければ、証人が目撃したということとは現実の事象経過と確かに一致する。しかし記憶像は観察によつて惹起されていないから、証拠価値説によれば証言



はなんらの証拠価値も有しないことになる。<sup>(12)</sup>

ところで、上記のような立証に確定した数値の証拠価値を与えることはできないとしながらもエーケレーヴは、理解を容易にし、かつ記述の便宜のために、証拠価値をゼロから一までの数値を用いて表示する。すなわち、観察の証拠価値が一であることは、観察が確かに現実に生起したことによって惹起されたことを意味する。逆に証拠価値がゼロであることは、観察から現実に生起したことに關するなんらの結論も引き出すことができないことを意味する。この場合観察は全く証拠価値を欠如しており、証明主題が観察を惹起したことのための蓋然性は証拠調べ前と同じ状態にとどまっている。この立証は我々の主題に關する知識をなんら増加させていないのである。

しかしこの見解は、後述するようにテーマ説の論者の承服しないところである。

次により一般的に見られるのは、証人の観察がある証拠価値を有するけれども、観察の際の状況にかんがみ証人が誤信しているかも知れないことを考慮にいれなければならない、したがって証拠価値が制限されるという場合である。この場合の証拠価値を $\frac{3}{4}$ としよう。とすると、事象と観察との因果関係はどうなるのか？ 観察は事象によって惹起されたか否かであって、現実は程度づけることはできない。我々が事象が蓋然的だというのは我々の知識が制約されており、かつ事実がどうだったのかについて良く知らないからである。すなわち厳密に言うと、蓋然性は主題の存在についてではなく、それに関する我々の言明に關わるのである。

具体的な事象に關する蓋然性の言明は、同様の關係にある一定の母集団内においてそれがどれほど通常であるかに關わるものでなければならない。我々の前に当該事案とまったく一致する一〇〇の証拠状況——正確に同じ証拠事実、補助事実および証明主題——の母集団があるとしよう（もちろん經驗的にこのような母集団を調査することは不可能であり、ここでは記述の便宜上それを取り上げるに過ぎない）。証拠価値 $\frac{3}{4}$ は一〇〇のケースのうち七五において事象が観察を惹

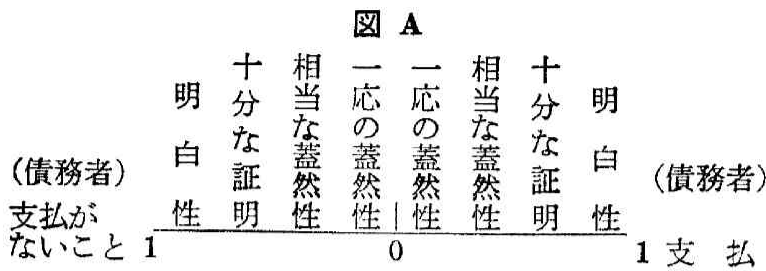
起したことを意味する。では残りの二五についてはどうなのか？ エーケレーヴは従前は主題は証拠を惹起しない、言い換えれば因果関係の非蓋然性についての情報を与える、と考えていた<sup>(13)</sup>。しかし現在では、二五％は主題に関する不確実性のみを象徴するに過ぎない、つまり二五％が主題により惹起されたか、その他のものであるかを確定することはできないと考えている<sup>(14)</sup>。それについて主題の非蓋然性に関するいかなる結論も引き出すことはできないというのである。

さて我々が本来関心を有しているのは証明主題の蓋然性であって、主題が証拠を惹起したことの蓋然性ではない。七五のケースにおいては証明主題が存在したにちがいない、何故ならば何事かが他のことを起因したとすれば、それはまた存在したにちがいないからである。では二五について証明主題の蓋然性はどうなのか？それについて証拠はなんらの結論を採ることも認めない。たとい主題が証拠を惹起しなくとも存在することはありうる。それゆえ、二五の中には主題が存在するものが相当数ありうることを念頭におくべきである。このようにして証拠価値<sup>(15)</sup>は少なくとも七五％の蓋然性をもって証明主題自体が存在することを示しているわけである。

主題の存在のために極めて薄弱な立証のみがあるとする。このことから主題が存在しないための強力な理由が存在するという結論を引き出すことができないことは明らかである。しかしだからと言って、この場合になんらの証拠価値も認めないのは同様に誤っている。主題が一〇〇の同様の証拠状況のもとで一においてのみ証拠を惹起した、従って証拠価値は1/100 だとしよう。このように薄弱な証拠でも、同一方向に語る他の証拠があるかぎり意味を持ちうる。エーケレーヴはいう。もっともこの点は、かねてシュライバーや倉田博士などから批判を浴びている点である<sup>(15)</sup>。

立証が主題の非蓋然性についてなんらの情報も与えないのは不便だという疑問が生ずるかも知れない。しかし証拠





価値説によればそうではない。証明責任規則により裁判所は当該法律事実について要求される最低限度の証明力をもつ立証があるときにその法律事実を判決の基礎とすべきであるから、立証はこの事実の蓋然性のための最低限度の証拠価値を有することですりるのである。

エーケレーヴはここで問題にされている蓋然性は、統計学で言われるそれとは異なるものであるとして、次のように述べている。

一国における証人がどれほど偽証を犯すかに関する調査がなされ、一〇〇のうち五は偽証だ、言い換えれば九五は正直に証言をしているという結果が明らかになったとしよう。ある従前になされた証言について偽証の有無が問題とされるとき、この統計は主題のための始源的蓋然性として利用することができる。しかし全く根本的に当該事件における補助事実に頼らなければならぬ（どれほど長く生きるだろうかという問題は、生命保険会社の余命表に基づいてのみ判断されるべきではない<sup>(16)</sup>）。たしかに我々は頻度の理由づけを用いることはできるが、それは一〇〇の同様の証拠状況、すなわち証拠状況が当該偽証被告事件と同一の一〇〇の偽証被告事件を母集団としてのみ利用できるに過ぎないのである<sup>(17)</sup>。

サイコロはどれほど注意深く調べても投げたときどの面が出るか予見できないように作られている。従ってその始源的蓋然性は $\frac{1}{6}$ であり、これをより正確にするために証拠と補助事実を調査することは無意味である。このように考えると、統計的蓋然性と以上において問題にした蓋然性とを同一の言葉で表現するのは不適切なように思われる。後者は主題が存在することについてどれほど強い支持があるか、またはそれがどれほど確実であるかを示すものなのであ

図 B

事実Xの不存在	事実Xの存在		
	明白性	相当な蓋然性	一応の蓋然性
	一応の蓋然性	相当な蓋然性	明白性

る。<sup>(18)</sup>

最後に証拠価値の程度に関する表現の問題についてエーケレーヴはこう言う。それは数値で表現することはできず、大雑把な算定の対象となるに過ぎない。<sup>(19)</sup> しかしだからといって、そのことはそう不便を惹起しない。立証の信頼性はそれが数値的に具体化できることに依存するものでないのである。もっとも異なる証拠価値を示すために適切なやや漠然とした言葉を見出すことが問題になる——ちょうどやかんの水を冷たい、ぬるい、暖かい、熱いと表現するように<sup>(20)</sup>。法文には多くの証明度を示す表現が見られる。それらのうち一般には、「一応の蓋然性」(antagligt)、「相当な蓋然性」(sannolikt)、「証明十分」(starkt, visat) および「明白性」(uppenbart) が用いられている。<sup>(22)</sup> それゆえ、この四つの表現を用いるべきで、それ以上の分類は必要だと思われるとして、エーケレーヴは上掲図Aのような証明値点(心証度)に関する尺度を提示する。この図式は共通のゼロを持つ二つの尺度を含む。一は法律事実の存在または不存在が完全に確実であることを示す。言語的表現は証拠価値の強さの程度を示す。たとい法律事実が明白性の点にあるとしてもこれと右側の終極点との間の距離が若干の不確実性が依然として残っていることを象徴している。立証が右側の位置にあるということから、当該事実の不存在について一応の蓋然性があるという結論を引き出すことはできない。二つの尺度はそのような対応関係にないのである。<sup>(23)</sup>

これに対してテーマ説を採るポールディングは、エーケレーヴのような見解は理解しがたいとし、「Xの立証とXの不存在の立証との間には、一方が強ければ強いほど他方が弱い(その逆

も同じ」という関係が支配するに違いない」と主張する。<sup>(24)</sup> また彼は、証拠価値の程度を三つより多く細分することは実務上困難だと言い、「一応の蓋然性」、「相当な蓋然性」および「明白性」の三分法を提唱している。かれの尺度は、上掲図Bのようなものである。<sup>(25)</sup>

ちなみにこの証明値点と全く同じ表現が証明度のためにも用いられるので、両者を混同しないように注意すべきである。

ところで、最近発表されたクラミらによるスウェーデンおよびフィンランドの裁判官に対するアンケート調査の結果は、上記のような学説の見解があまり実務に浸透していないことを窺わせる興味ある事実を示している。このことは証明度・証明値の議論がまだ活発化していないフィンランドについてはともかく、スウェーデンではほとんどの裁判官が大学法学部でエーケレーヴの証拠法教科書を読んでいることを考えると頗る奇妙に感じられる(クラミらもそういう)。すなわちスウェーデンにおける回答によると、「明白性」、「十分な証明」ともひとしく九五%—一〇〇%とする者が最も多く(一人は明白性五〇%とする。超過原則を採る趣旨であろうか)、「相当の蓋然性」は大部分の者が四〇%から九〇%までの間とし、さらに「一応の蓋然性」についての回答にいたっては実に0から七五%までにわたる分布を示していた。<sup>(26)</sup>

# 〈注〉

- (1) 本節全般について Ekelöf, IV s. 17-31. かれの説を紹介する堤龍弥「フリッツ・パウア記念論文集 証明力 Beweiswert Olof Ekelöf」季刊実務民事法六(一九八四)一三八頁以下も参照(原典は一注(8a)掲記のもの)
- (2) Bolding, Bevisbördan och den juridiska tekniken.
- (3) Ekelöf, IV (1 uppl. 1963) s. 18. エーケレーヴはこの問題に最大の関心を寄せているのは米法だとして V.C. Ball, Probability theory

and standards of proof, in *Essays on Procedure and Evidence* (1961) を引用している (太田・前掲二六九頁掲記の Ball の論文と同一のものを思われる)° Ekelöf, a. st.

- (4) beviskadja はドイツ語の Beweiskette の訳であるが、後者を堤・前掲一三九頁は、「証明連鎖」と訳し、木川統一郎『訴訟促進政策の新展開』(一九八七、日本評論社) 一二三頁、春日・前掲四八頁は「証拠連鎖」と訳している。

- (5) ボールディング・前掲訳書二六・七頁、など参照。もともとテーマ説を採るリンデルは証拠資料の各部分をあまりに分析することは全体像を消失させてしまうとし、当該具体的状況に適合した「最適」経験則を創造してその基礎に立って、直接的に全証拠資料の総合的判断を行うべきだと主張する。Lindell, s. 247-8.

- (6) 初版では自動車の速度の例であるが、四の証人の記憶像が含まれていない。Ekelöf, IV (1 uppl.) s. 12.

- (7) Ekelöf, V s. 78-9 には問題点についての要約的説明がある。証言心理学に関する邦語の文献もすでにかなり存在するが、ここではさしあたり植松正『新版供述の心理』(一九七五、成文堂) と、最近の訳書として西本武彦訳、E・F・ロフタス『目撃者の証言』(一九八七、誠信書房) のみを挙げておこう。後者の巻末には詳細な英文の文献目録が付されている。

なお訴訟法学の立場からの注目すべき証言心理学に関連する研究として、菅原郁夫「証人尋問制度の証言心理学的考察(一・三)」法学五一卷五号、五二卷一号、四号(一九八七・八)が最近発表された。

- (8) 大田・前掲一〇八頁以下参照。

- (9) Ekelöf, IV s. 23-4.

- (10) Ekelöf, IV s. 24. 刑事訴訟についてはテーマ説を採るボールディングも始原的蓋然性を否定する。Bolding, s. 83. 従って春日・前掲四九五〇頁が挙げるベンダーによるベイズの定理の適用例の(b)および(c)——いずれも飲酒運転——は、スウェーデン証拠法理論では一般に認められないことになる。後述する本文の偽証に関する記述も参照。

- (11) その因果関係の詳しい性質はともかく、網膜への知覚的印象およびこれに起因する脳への神経刺激が重要な意義を有するという。Ekelöf, IV s. 25.

- (12) 本文に関連して、最近発生した横浜の弁護士一家失跡事件について、その自宅の「近くのある主婦は「新聞・テレビがあまり熱心に報道したので、事件当日の記憶と、報道で知ったことの整理がつかなくなった」といっている。」朝日新聞一九八九年二月二十八日朝刊」という記事に注目させられた。なお証言に関する証拠連鎖の他の例については、前掲ボールディング、拙訳書二六・七頁参照。

- (13) Ekelöf, IV (2 uppl. 1968) s. 68 etc.

- (14) ホーケレーヴはカール・ポパー(Karl R. Popper, *The Logic of scientific discovery* (1967) p. 211) を引用する。繰り返し上述したように、

この点が証拠価値説とテーマ説との根本的差異の一つである。以下本文の説明は証拠価値説の立場からのものである。

- (15) 倉田「父子関係の証明」前掲『民事実務と証明論』（初出は一九八二）三〇九頁など参照。
  - (16) 倉田「定期金賠償試論」同『民事交通訴訟の課題』（一九七〇、日本評論社。初出は一九六五）一〇七頁以下、同「人身賠償理論の戦後の歩み——交通事故裁判例への私的回顧の立場から」判例タイムズ七〇八号（一九八九）二三頁参照。
  - (17) この二つの蓋然性を明白に区別するのはローマン（Jonathan Cohen, *The probable and the provable* (1977) p. 208, 213, 270）とグレン・シャファー（Glenn Shafer, *i Archiv for history of exact sciences* (1978) p. 309）だという（両者とも筆者は未見）。Ekelöf, IV s. 29.
  - (18) シェイファーは前者を射倖的蓋然性（aleatory probability）、後者を認識的蓋然性（epistemic probability）とよぶが、ヘーケレーヴは新しい用語を案出するのは不利益のほうが大きいとしてそうしない。Ekelöf, IV s. 30.
  - (19) Bolding, s. 74-75, 91 参照。
  - (20) Bolding, s. 61 参照。
  - (21) この sannolikt はもちろん証拠評価は「蓋然性（sannolikhet）の問題である」というときとは異なる意味で用いられている。Bolding, s. 91. Bolding, *Bevisbördan och den juridiska tekniken* s. 28 も参照。わが国でも二つの蓋然性を明確に区別しないことが議論の混乱を招いている面がある（石川明「蓋然性ということ」同『民事法の諸問題』（一九八七、一粒社）二二八頁参照）。倉田「民事交通事故訴訟における事実の証明度」前掲『民事交通訴訟の課題』（初出は一九六九）一三〇頁は、上記の蓋然性に代えて「確率」の語を用いている。なお太田・前掲五頁参照。
  - (22) この点はスウェーデン法が我が法などとは著しく異なるところである。証明度の表現の多様さについては Bolding, *Bevisbördan och den juridiska tekniken* s. 167 参照。
  - (23) 従前の尺度（第二版まで）は、後掲ボールディングのそれとほぼ同様で、ゼロが中央に置かれていなかった。この変更はもちろんテーマ説から証拠価値説への改説による（前掲ボールディング、拙訳論文一七六頁以下参照）。
  - (24) 前掲ボールディング、拙訳論文一八三頁。Gerjony in *Jurimetrics* 1977 p. 6 (Ekelöf, IV s. 26 から再引用) も「有罪の蓋然性が0であることは……すなわち被告が無罪であることの完全な確実性が存在することを意味する」という。
  - (25) 前掲ボールディング、拙訳論文一八五-六頁参照。
  - (26) Klamt et al., *SyJT* 1988 s. 593-4. スウェーデンにおける回答者は三五人、回答率は二三%であった（s. 533）。なおこの調査に関するより詳しい紹介は、いずれ別に試みたいと思っている。
- また裁判官セミナーにおける証明責任および証明度に関する討議の結果も、裁判官の間に証明度について多様な見解が存在することを示し

#### 四 複数の証拠事実の総合的評価<sup>(1)</sup>

事実問題が争いになる訴訟においては、単一の証拠事実の評価のみではなく、複数の証拠事実の総合的評価が問題になるのが通常の事態だと言える。そして学説上、証拠事実の総合的評価については、一 連環 (kedjefallet)、二 共働効果 (samarverkansfallet)<sup>(2)</sup> 三 反対効果 (motverkansfallet) の三つの場合が分類されている。

個別の証拠価値とそれらの証拠全体としての総合的証拠価値との間には論理的関連が支配するから、当該事件における証拠事実が有する証拠価値の総計を算定しうる公式を樹立することは可能である。しかしその前提として個々の証拠の証明力を数値でもって示すことができればならない。ところが、それは不可能であり、僅かに「一応の蓋然性」等の漠然たる用語でしか証拠価値は示せないことは前述のとおりである。連環、共働効果、反対効果のいずれの場合においても裁判官は直観に頼らざるを得ない。<sup>(3)</sup> それゆえ、以下に掲げる公式は實際上推論の基礎として用いることはできないものの、一種の「サム（親指）」の法則<sup>(3)</sup>として利用でき、そのようなものとして導標の機能を果たしうるであろう。このようにエーケレーヴは言って、以下三つの場合について説明する。

一 連環の場合 この場合は前節で述べたような証拠連環が存在する。すなわち  $A \rightarrow B \rightarrow C$  である。この場合われが求めるのは、AがBを立証し、かつBがCを立証する蓋然性である。AのBのための証拠価値が $\frac{3}{4}$ で、かつBのCのための証拠価値も同じだとしよう。このことは一六の同一の証拠状況における一二のケースについてBがAを惹起し、かつその一二の中にはAのみならず、Bも存在するが、他方、我々は残りの四のケースについてはどうなのか知らない、ということの意味する。そしてBはCを一二の四分の三すなわち九について立証することになる。A



とBとのCのための総合的証拠価値は  $\frac{3}{4} \times \frac{3}{4}$  であるからである。そして残りの七について、立証はなんらの情報も与えない。

つまり証拠連環に含まれる環が多ければ多いほど各環がその次の環を完全な確実性をもって証明しないかぎり、その最終的証明主題のための立証は薄弱になるのである。

逆に言えば、証拠連環が短縮されればされるほど通常、最終的証明主題のための立証は強まるわけである。ここに伝聞証拠禁止の合理的根拠もあるといえよう。<sup>(4)</sup>

この連環の場合の算定公式は、さらに証人や当事者の供述を証拠連環としてみるべき理由をも成す。この算定公式によれば、証人の観察と記憶像の双方に不確実性が存在する場合、その相乗効果として証人が観察したという事象経過のための証拠価値がより薄弱になることが容易に理解されるのである。証拠連環が終局的証明主題のために有する証拠価値はしばしば過大評価されているが、この公式の利用によりこのような誤った判断の危険を減少させうる。ここにこの公式の実務上の価値があるとエーケレーヴは主張する。

二 共働効果の場合 これは同一の証明主題のために限定された証拠価値を有する複数の証拠事実が存在する場合である。<sup>(5)</sup> 同一の出来事(例えば暴行)を目撃したという二人の証人がいたとする。一人をA、もう一人をBとし、証明主題をCとして考える。A、BともCのための証拠価値を  $\frac{3}{4}$  とし、一六の同一の証拠状況があるとしよう。この場合Aは一二のケースについてCを立証する。もっともA、Bは互いに独立で従属し合わないものであることが前提とされる(後述参照)。BのCのための立証を一二残りの四とに配分することができるから、Bは四のうち三を立証する。結局、AとBとのCのための総合的証拠価値は  $\frac{15}{16}$  になるわけである。この場合を確率理論における加法定理により算定すると



$$3/4 + 3/4 - (3/4 \times 3/4) = 15/16$$

となる。<sup>(6)</sup>

連環とは反対に、共働効果の場合には証拠価値を過小評価する危険が存在する。エーケレーヴは裁判官の集まりで証拠評価に関する講演をした際、ある裁判官が共働効果の公式により算定すると証拠価値が驚くほど高くなると指摘したことを挙げ、その理由としておそらく複数の証拠の証明主題のための証拠価値は、最も強力な証拠の証拠価値よりも高いことはありえない、と考えられているからだろうと述べ、そうではないことを教えるところにこの公式の実務における価値があるとする。<sup>(7)</sup>それ自体としては「相当の蓋然性」に過ぎない二人の証言は、証明主題を「証明十分」なものにするわけである。

しかしながら、次のような場合は共働効果が働かないと彼は警告する。低い証拠価値しか認められない二人の合致した証言X、Yについて合議の際、一人の裁判官はXは信用できる、何故ならYも同じことを言っているからと主張し、他の裁判官はYは信用できる、何故ならXも同じことを言っているからと主張したとしよう。これは誤りである。ある事実はその共働効果を有する他の証拠事実のために証拠事実および補助事実の双方として用いることは許されない。<sup>(8)</sup>

また上述したように共働効果の場合には証拠が互いに従属しないこと（ある証拠の証拠価値が他の証拠のそれによって影響されないこと）が必要である。<sup>(9)</sup>このことは徴表についてはとくに重要である。犯行現場に犯人が大きな両手、両足の跡を残していったとしよう。これらは犯人が大きな体格の者であることの属性の通常の場合に過ぎないから、単一の証拠事実として扱うべきである。もっともこの独立性の問題は人証については、法は尋問前の証人の本口頭弁論における同席を原則的に禁止する旨の規定（三六章九条一項）を置いて配慮を示しているが、比較的重要性が乏しいと考

えられて<sup>(10)</sup>いる。

三 反対効果の場合<sup>(11)</sup> これは証拠評価が最も困難な場合である。この場合は本証に対して矛盾する反対証拠 (evidence) が存在する。例えば法律事実の存在を否定する徴表が存在するときであるが、反対証拠が本証よりも弱いときは本証の証明主題のための証拠価値を減殺するにとどまる。いずれにせよこの場合二つの証拠の総合的評価がなされなければならない。当事者間において数種の異なる商品の売買契約に関し、その一つの商品について契約が実際に締結されたかどうかが争いになっているとしよう。売主は契約交渉の際買主に、この商品は買主の利益に割引されているが申込を承諾する用意があるかと尋ねたところ、買主は同意して肯いたと主張するのに対して、買主は、これを否認し、契約交渉におけるその他の事実を買主が割引されていても申込を承諾しようとしなかったことを示していると主張する。この交渉の場には両当事者の各パートナーが同席していた。かれらはいずれも証人として尋問され、自分の側の当事者の主張を支持する証言をした。売主に有利な証言をA、買主が同意して肯いたことをC、買主に有利な証言をB、買主が承諾の印しをなんら示さなかったことをDとする。さらにAのCのための証拠価値を $\frac{3}{4}$ 、BのDのための証拠価値を $\frac{1}{3}$ とする。この場合AがCを立証する蓋然性は、BがDを立証しない蓋然性にも依存しているわけである。

エーケレーヴは従前、この問題を共働効果の場合と同じように考えていた。すなわち、一六の同様な証拠状況においてAは一二のケースでCを立証し、そしてこの一二の $\frac{1}{3}$ においてBはDを立証し、Aの証拠価値を減殺する。その結果としてBがDを立証しない一二のうちの八が残り、これについてはAのCのための証拠価値に影響がない。このようにしてAがCを立証するが、BがDを立証しない蓋然性は

$$\frac{3}{4} - (\frac{3}{4} \times \frac{1}{3})$$

すなわち  $1/2$  ということになる。

しかしその後、他の学説から、これではCのための証拠価値があまりに低くなってしまうことが指摘され、この問題に対する異なる解決が提案されている。<sup>(12)</sup> エーケレーヴも再考の末、現在では次のような見解を採っている。まず本証Aがどれほど反対証拠Bを弱めるかを明らかにする。

$$1/3 - 1/3 \times 3/4 = 1/12$$

その後、このようにして証拠価値を低下させられた反対証拠がどれほど本証を弱めるかを確定するためにもう一度この公式を適用する。

$$3/4 - 3/4 \times 1/12 = 11/16$$

結果的に約  $2/3$  になる。

以上により反対証拠は、その証拠価値が本証よりも甚だしく薄弱であるだけの理由で看過してはならないこと、他方、単純に右の例で  $3/4$  から  $1/3$  を控除すべきでもないこと、すなわち関連する全証拠資料を総合的に評価しなければならぬことが明らかになる。反対効果の実務上の価値はこの関係に留意させることにあると彼は主張するのである。

これに対してテーマ説の論者は、通常の反証と反対事実による反証とを区別せず、かつ反対効果の公式の適用を問題にしないようである。<sup>(13)</sup>

#### 〈注〉

(1) 本節全般について Ekelöf, IV s. 31-8. なお、堤・前掲一四〇頁以下、木川・前掲二四頁以下、春日・前掲四八頁以下、倉田・前掲「父子関係の証明」『民事実務と証明論』三〇七頁以下、など参照。

- (2) これはベンダーが *Beweisring* とよぶものと同じである。Ekelöf, IV s. 34. *Beweisring* は「証拠円環」と訳されているが(木川・前掲一二三頁、春日・前掲四八頁、森勇・豊田博昭訳、ロルフ・ベンダー「証明度」ペーター・フーレンス編、小島武司編訳『西独民事訴訟法の現在』(一九八八、中央大学出版部)二二七頁)、スウェーデン語では全く表現が異なるので留意すべきである。ちなみにエーケレーヴ自身は *Zusammenwirkung* と独訳している。Ekelöf, *Beweiswert*. S. 353.
- (3) Ekelöf, IV s. 33. 一見奇妙な感を与えるかもしれないが、証拠価値説を採るエーケレーヴのほうがテーマ説のボールディングよりも直観の重要性を強調している。Bolding, s. 68.
- (4) スウェーデン証拠法には、学説上最良証拠資料の原則(*principen om det bästa bevismaterialet*)とよばれるものがある(三三章八条等はこの原則を規定するものと考えられている——ちなみにこの命名は英法の *the best evidence rule* から採られたことである——)。その重要な一つの結果として、できるかぎり証拠連鎖が短い証拠方法が用いられるべきだとされる。もっとも、この原則は伝聞証拠を排斥するわけではないし、また、同一事象の目撃証人が二人おり、その一人がより確実な情報を与えうる場合にまで適用されるものではないことは明らかだと解されている。Ekelöf, IV s. 54, 58.
- (5) ボールディングは、本口頭弁論を経た大多数の事件では証明値点を十分に超える立証がなされているものと推測し、その主要な理由を共働効果の働きに求めている。Bolding, s. 90.
- (6) この公式の利用に対してはわが国でも賛否両論がある。強く賛成するのは浜上則雄「製造物責任訴訟における証明問題(二)」判例タイムズ三一〇号(一九七四)三頁以下であり、反対説は、倉田・前掲三〇九頁などである。なお庭山英雄・田中嘉之「リチャード・エグレストン『証拠、証明および確率』(一九七八年)」中京法学一六巻三号(一九八二)一七七八頁、大田・前掲九九一〇〇頁参照。
- (7) Ekelöf, IV s. 34. なお関連して、土屋哲夫「重複証人について」判例タイムズ五二二号(一九八四)六六七頁およびそこに引用の文献など参照。
- (8) Ekelöf, IV s. 35. A、B二人の証言の証拠価値がいずれも  $1/2$  (50%) の場合、共働効果公式によるとその総合的証拠評価は  $1/2 + 1/2 - (1/2 \times 1/2) = 3/4$  (75%) になる。もしも、AのためにBを、BのためにAを証拠価値を高める補助事実を用いてA、Bとも  $3/4$  とみてこの公式を適用すると総合的証拠評価は  $15/16$  と不当に高くなってしまふ。エーケレーヴの警告は極めて重要であり、それはまた間接事実と補助事実との区別の大きな実益を示しているといえよう。
- ところで、わが国では間接事実と補助事実との区別が十分に意識されているとは思われないことは、証拠法理論に関する一流の学者・実務家諸氏の発言が明らかにしている(「研究会——証明責任論の現状と課題」判例タイムズ六七九号(一九八八)五一―二頁)。このような状況

においては、エーケレーヴが指摘する合議での誤りが容易に起こりうる危険があるのではないかと憂える。もっとも実際にはA、Bを互いに補助事実として使うだけで共働効果公式は適用しない裁判官が多いと思う。その結果は $1/2$ が $3/4$ に高まるだけで、間接事実としてのみ用いて共働効果公式を適用したときと同じであって、実害は生じないわけである。(右の座談会において倉田博士は並木判事の挙げる例について、間接事実と補助事実の「両方兼ねているんだらう」と述べているが(五二頁)、それが補助事実として用いたうえで、さらに共働効果方式を適用することを認める趣旨であれば疑問ではあるまいか。)

(9) ボールディングもこのことを強調し、米国のコリンズ事件(小林秀之『証拠法』一九八八、弘文堂)一一頁以下、七三頁以下に詳しく取り上げられている)のケースを詳細に批判する。Bolding, s. 68ff.

(10) エーケレーヴはかつては証人についても従属の可能性の問題を重視していた。Ekelöf, IV (1 uppl.) s. 28, Beweismwürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins, ZJP 75 Haft 5 (1962) S. 294f. 浜上・前掲四頁も参照。しかしその後立場を変えた。すなわち最近の教科書では、同一事故を目撃した複数の証人に関する消極的補助事実(事故の観察の際のショックによる観察能力の減退)にも個人差があり、タフな警官と繊細な神経の女性とでは同じでないことを理由に挙げて、補助事実は各証人の観察ごとに考慮すべきだとし、従属性の問題をあまり気にしていないようである。Ekelöf, IV s. 35-6.

(11) Ekelöf, IV s. 36-8. 反対効果の公式を認めるか否かは別として、この問題は間接反証理論を採る場合には極めて重要だと思われるが、わが国ではあまり論じられていない。春日・前掲三〇-一頁は、わが国の学説が間接反証における証明度などの問題点を等閑視してしまったことについて批判的に論及している。

(12) Anders Stening, Bevisvärde (1975) s. 111f, R. Goldsmith och S.I. Andersson, Bevisvärde-metoden versus temametoden vid juridisk bevisvärdering. TFR 1978 s. 96ff.

(13) 一注(9)参照。

## 五 排除証明<sup>(1)</sup>

エーケレーヴは排除証明(eliminationsbevis)に関する説明をアリバイの例で始める。侵入窃盗事件の被告人が犯行時には犯行現場から数キロ離れたカフェでビールを飲んでたと主張し、その立証として同席していた同僚の証言を

援用したとしよう。この証言が無視できないかぎり明らかに反対効果の場合に該当する。しかし検察官が、このアリバイは作られたものであることの証明に成功したとすれば、これはいわゆる排除証明であり、被告人の有罪のためのより強力な支持を構成するものである<sup>(2)</sup>。

当該訴訟で問題になっていること以外の他の可能性を排除することを通じて、前者の蓋然性がより一層高くなることを排除証明というわけである。排除証明は厳密に言えば、すべての種類の立証について存在しうるけれども、ここでそう呼ぶものは、その存在が証明主題を排除する事実の不存在を支持するもののみである。

排除証明は訴訟において一般的に見られる。とくに損害賠償請求訴訟における因果関係に関する場合はそうである。被告Ⅱ加害者が損害は原告主張の行為以外の他のものに起因すると主張したとする。そうでないことが証明されたときは、損害が原告主張のとおりに生じたことの蓋然性が増強する。その事例の説明のためにエーケレーヴは、次の二つの最高裁判例に論及する。

# 判例 1 NJA 1949 s.732<sup>(3)</sup>

国が農家の納屋を借り、軍の倉庫として使用していたが、軍はこれに電気照明設備を設置した。納屋が火災で焼失し、これによる損害賠償請求訴訟において原告Ⅱ貸主は電気照明設備に瑕疵があつたと主張した。すなわち、

電灯のコードの両端にプラグがなく、壁の差込み口に直接接続されていた。そのようなやり方では壁のコンセントの発熱が差込み口を発火させるほど強度になりうるというのである。しかし、火災がこのようにして発生したことの立証は薄弱だった。これに対して国は、自然発火、通行人の不注意による火災の発生またはサボタージュ<sup>(4)</sup>による設備の損傷<sup>(5)</sup>の可能性を主張した。最高裁は、審理の結果によれば「火災の原因が電気設備にあることは明らかで、他



に何らかの承認しうる出火の説明は存しない」と判示した。本判決は、原告の火災原因の立証を不十分として請求を棄却した第一審判決を維持した第二審判決を変更し、国に損害賠償を命じたものである。

## 判例 2 NJA 1977 s.176

自動車スリップして他の自動車に衝突し、前車の運転者が死亡したため、死者の遺産財団が道路管理庁 (vägverket) に対し損害賠償請求訴訟を提起した。原告はスリップの原因は道路脇の穴 (ほぼ長さ八メートル、幅一メートル、深さ〇・一メートル) に死者の車が落ちたことにあり、庁にはこの道路交通上危険な穴をそのまま放置した過失があると主張したのに対して、庁はこれを否認し、滑りやすい道路状態での不注意なハンドル捌きもしくは急ブレーキ、または車道の縁石に衝突したこと、タイヤがパンクしたこともしくはスピード違反が原因でありうると反論した。第一審は原告主張の過失を認めたが、第二審は逆にこれを認めなかった。本判決は、第一審と同様に被告の過失を認めたものの、過失相殺をして請求額の三分の二を認容した (もっとも五人の裁判官中二人は反対意見)。ちなみに、本判決の多数意見の示す一般的見解はボールディングの超過原則にかなり近いとみうるとして注目されている。<sup>(4)</sup>

損害に対する他のすべての原因が確実性をもって排除されるかぎり、主張された原因が存在したに違いない。因果関係の存在から原因の存在が帰結されるのである。この場合主張された原因のためのより直接的な立証が薄弱であることは問題にはならないのである。

しかし上述の判例のケースにおいてもすべての原因が確実性をもって排除されたわけではないし、そもそもそのようなことは通常可能ではない。だが第一の事件では、詳細な審理にもかかわらず、ならぬ他の火災原因のための証拠を見いだしえなかったのである。それゆえ反対証拠の不存在は排除証明を成すと言える。他方、第二の判例のケース



においては極めて薄弱なものであるが本証を弱める反対証拠が存在するので、排除証明になるとはいえないとエーケレーヴは考える。

排除証明を特徴づける因果関係とはどのようなものか？ それは原則として、原告主張の事象——例えば被告がした行為——が存在しなければ、損害は発生しなかったであろうと考えられるということである。すなわち、この事象は損害発生のための必要条件でなければならない。ことは証言の場合観察が証明主題（例えば暴行）によって惹起されることと似ているが、この場合は因果関係から証明主題の蓋然性に関する結論が引き出されるのに対して、排除証明の場合はそのような結論を引き出すわけではなく、因果関係自体が証明主題である点に両者の大きな差異がある。その結果注意しなければならないのは、証言の場合はその証拠価値が極めて低いときでも共働効果の公式を適用できる<sup>(5)</sup>が、損害賠償訴訟における排除証明の場合に原告に向けられた証明度は著しく高くなるという。

排除証明は通常他の立証を強化するのみであるが、それでもって証明主題の存否に関して確実性に達しうる場合もある。そのための条件は同種の事案の大きな母集団について統計的調査が存在することで、その一例は血液型検査による父性の排除であり、もう一つの例は指紋による同一性の立証である。このような確実性は他の犯罪捜査技術的証拠によつては達することができない。その適例は筆跡鑑定である。<sup>(6)</sup>筆跡鑑定における方法は裁判官の生活経験に基づく補助事実の意義の判断に似ており、ただ筆跡鑑定の専門家の職業経験は極めて広範で精密なものだという点が大きく異なっているのである。その総合的証拠評価も裁量的判断であつて（筆跡における多くの互いに独立な稀少性を有する特性の存在が、本人の筆跡であることの蓋然性を増加させる<sup>(6a)</sup>）、「すべての事情にかんがみ、被告人が問題の書面を作成したと判断される」とか、「行った調査の結果はある程度まで、被告人がその書面を作成したことを窺わせる」というような漠然たる表現で鑑定意見は表明される。要するに鑑定人が述べる意見は厳密に言えば、頻度関係についてのもの

なのである。このようにして筆跡鑑定はいわゆる「統計的証拠」の一種である。筆跡鑑定については以上のほかにも注意を要する点があるけれども、エーケレーヴはこれを排除証明に当たると解している。<sup>(7)</sup>

さらにもう一つの排除証明の例は積極的父性証拠に関する。父性確定訴訟においては血液型検査に基づき被告である男が受胎可能期間中に子の母と肉体関係を持った場合のいわゆる父性指数を確定できる。<sup>(8)</sup> いまその指数を一〇、すなわち被告が父である統計的蓋然性を約九〇%としよう。しかし被告が他の男も母とこの期間中に肉体関係を持ったと主張した場合は、それが事実でかつ血液型検査も父である可能性を示すなら、この男が父である確率も同様になりうる。この場合母が他の男とは関係がないと供述し、それが完全に措信できるなら排除証明を成す、とエーケレーヴはいうのである。<sup>(9)</sup>

ところで、管見の限りではエーケレーヴ以外に排除証明に論及する見解はほとんど見られない。その理由はよく分らないが、上述したところからみると、排除証明を取り立てて別個・独立の種類の証明として論ずる実益は、損害賠償請求訴訟における因果関係の確定の場合を除くとあまりないのではあるまいか。刑事訴訟の場合はもちろん民事訴訟においても、筆跡鑑定や特定の者の証言が排除証明になりうるというのは事実認定にあたってそれらの証拠価値を一般的に過大に評価する心理的傾向を生む危険も予想される。排除証明という概念はこれを認めうるとしても、さしあたりその利用は損害賠償請求訴訟における因果関係の確定の場合に限定しておくのが妥当ではないかと筆者は考える。<sup>(10)</sup>

#### 〈注〉

- (1) 本節全般につき Ekelöf, IV s. 38-46. なお梶・前掲一四二-二三頁参照。ここでは「消去証明」と訳されている。エーケレーヴはかつては「除外方式」(uteslutningsmetoden)という表現を用いていた。Ekelöf, IV (1 uppl.) s. 28.

- (2) この点は一国における犯罪捜査や刑事司法の実態を捨象し、一般化して論ずるのは危険だと思われる。環直弥弁護士(元判事)は、アリバイを主張してそれが成り立たないときは、単にアリバイが成り立たないだけで、有罪の積極証拠が強くなるわけではないと述べており、石川元也弁護士も同旨の意見である(「座談会 刑事訴訟法の四〇年」自由と正義四〇巻七号(一九八九)一七一―二頁)。わが国のように被疑者が長時日身柄を拘束され、しかも取調べが峻烈をきわめるのが通例である国では、たとえそれが法的に許容されるものであるにせよ、被疑者が苦し紛れに架空ないし根拠薄弱なアリバイを主張するおそれもあることが考慮されなければならない。エーケレーヴはそのような取調べを前提として立論しているのではあるまい。被疑者、被告人が全く自発的、任意にアリバイ工作をした場合を想定しているのである。スウェーデンにおける取調べの実態については前掲ポールディング、拙訳書七八頁以下が参考になろう。
- (3) これは堤・前掲一四二頁に挙げられている設例である。
- (4) 前掲ポールディング、拙訳論文一九六頁注(10) 参照。
- (5) 倉田・前掲「父子関係の証明」『民事実務と証明録』三〇九頁注(三二)のエーケレーヴに対する批判を参照。
- (6) 筆跡鑑定については吉田公一『文書鑑定の基礎と実際』(一九八三、立花書房)第二章(六頁以下)、など参照。わが国でも筆跡鑑定については実務家とくに弁護士の間には不信の念が強いようである。本人が書いた文書が偽造だと鑑定されて驚いたという経験を筆者に語った弁護士もいる(小島武司「高谷進」豊田愛祥『民事実務読本Ⅲ』(一九八八、東京布井出版)一〇三頁参照)。
- (6a) 吉田・前掲によれば、筆跡鑑定は「筆跡の個人内における恒常性と個人間における希少性の存在」を前提として行われる(三四、七頁)。
- (7) Ekelöf, IV s. 44.
- (8) Åke Saldeen, Fastställande av faderskap (1980) s. 149ff. なお父性確定訴訟については、拙稿「スウェーデン身分事件訴訟手続法」岡垣学「吉村徳重編『注解人事訴訟手続法』(一九八七、青林書院)四六六頁以下参照。
- (9) Ekelöf, IV s. 45-6.
- (10) 本節を賀集唱「損害賠償請求訴訟における因果関係の証明」前掲講座民事訴訟⑤ 二二―一頁以下の論述と対照すると興味深いであろう。民事訴訟における心証度を九九・九九%でなければならないとする同氏が「相手の反証を崩していけば、一つ崩す、次にもう一つ崩すと、合わせて二つ崩した場合には、その二が自棄になって四崩れたという具合になって、相対的に自分の立証が高くなっていく」(前掲『民事実務読本Ⅲ』二六六頁。なお特に二四六頁参照)というのは、排除証明と同様の作用を認める趣旨のように思われる。

## 六 ベイズの定理<sup>(1)</sup>

エーケレーヴは蓋然性理論による証拠評価に関する基本的思考の先駆者としてベイズら一八世紀初頭の研究者を挙げ、その後最近に至るまでの二〇〇年間は全く別の証拠評価に関する見解が支配してきたことに言及したうえでベイズの定理を紹介し、しかしそれは、結局のところ証拠理論においては用いることができないと批判する。

まず貸金請求訴訟において証人が、債務者が弁済期の数日後に債権者に対し支払うのを見たと言明する場合を例にとつて、ベイズの定理を次のように説明する(ベイズの定理については、わが国の証拠法の分野でもすでに十分に紹介されており、数学ないし統計学の素養を欠く筆者がこれに触れるのはまさに蛇足と思われるであろうが、以下の記述の関係上やむを得ない仕儀である)。

債務者が支払済であるのに債務額が請求されたとき、この証言が正しい蓋然性は、債務者が支払ったときにこの内容の証言がなされる頻度を、それと支払がないときに同一の証言がなされる頻度との合計で割ったものに等しい。ベイズの定理によれば、これは以下の公式で表現される。

- S は蓋然性 (sannolikhet) の程度
- V は証言 (vitnessmä)l
- B は支払 (betalning)
- $\bar{B}$  は支払がないこと

を表わす。

$$S(B/V) = \frac{S(B) \times S(V/B)}{S(B) \times S(V/B) + S(B) \times S(V/B)}$$

$S(B)$  と  $S(B)$  とは、債権者が支払を受けていないと主張するとき、ある債務者の母集団において弁済期に関連して支払をすること、またはしないことがどれほど通常であるか、すなわち債務者の支払の有無に関する始原的蓋然性(事前確率)を示す。 $S(V/B)$  と  $S(V/B)$  とは、債務者が支払ったとき、または支払わないとき、どれほどの頻度でその証言が存在するかを示す。これによって債務者が支払ったことの蓋然性が基礎づけられるので、同時にどれほどその蓋然性がないかに関する情報も得られる。この点は長所であるが、エーケレーヴの立場からは上述のように証明責任規則の適用で起こりうる問題は解決されるので、取り立ててこれを論ずる必要がないことになる。

さてベイズの定理に対するエーケレーヴの批判は主要次のようなものである。まず、ここで問題とされている頻度に関する見解を形成するのは困難である。たしかに彼自身の説によっても頻度を使用しなければならぬが、それは個々の補助事実の意義に関してであり、その際には生活経験に基づいて決定することができる。これに反し、どれほどしばしば債務者が弁済期に支払うか、または支払わないか、そして、どれほどしばしば当該事件におけるのと正確に同じ証言内容と補助事実が存するかを判断するとき、我々の窮境を助けてくれるようなものはなんら存在しないのである。とくに支払があったけれども、証言が証拠価値を欠くときに注意を向けるべきである。この場合ベイズの定理では  $S(V/B)$  の下に入れられるに違いないが、一体誰がその種の頻度に関する見解をもたらすことができるのか？<sup>(2)</sup>

このようにしてベイズの定理は、証明主題との因果的関連において存する証拠と比較して統計的証拠のほうに過大な意義を与える危険があり、証拠評価は著しく図式的になってしまっているのである。ちなみにエーケレーヴ自身、これまで証明主題の通常性または非通常性に関して「一〇〇の同種の証拠状況の母集団において」という表現をしてきたが、これを確定することは実際にはできないことなのである。ところが、ベイズの定理の信奉者はそれができると考えているのだ。<sup>(3)</sup> ベイズの定理は医学および社会学などの分野において利用されている。それが十分に理由のあることかどうかはともかく、裁判における証拠評価にあたっては極めて特殊な関係以外の場合についてはその利用は疑問である。以上がエーケレーヴのベイズの定理に対する批判である。

これに対してテーマ説の論者はベイズの定理の利用を肯定する。<sup>(4)</sup> また証拠価値説の論者の中にも、前述のようにクラミなどベイズの定理に対してエーケレーヴほどには厳しい態度を採らない者もいる。<sup>(5)</sup>

基本的にベイズの定理の利用を認めるかどうか——それはとりもなおさず、証拠価値説、テーマ説のいずれを採るかという態度決定に連なる——はともかくとして、エーケレーヴがベイズの定理に対する批判として説くところは実務家にとってかなりの説得力を有するようにも思われる。筆者自身は、勉強不足のためさしあたり以上の程度の紹介にとどめておくほかない。ちなみにベイズの定理の事実認定への適用可能性ないしその程度については、英米において激しい論争があることはすでにわが国に紹介されているところであり、わが国でも議論がある。<sup>(6)</sup>

#### 〈注〉

(1) 本節全般について Ekelöf, IV s. 46-8, Lindell s. 146ff. も参照。なお、ベイズの定理による証明論については大田・前掲書、同「民事訴訟法と確率・情報理論——証明度・解明度とベイズ決定方式・相互情報量」判例タイムズ五九八号（一九八六）二二〇頁以下参照。

(2) Ekelöf, SvJT 1989 s. 27 も参照。



- (3) エーケレーヴはベンダーを挙げる。Ekelöf, IV s. 48.
- (4) Lindell s. 146. Bolding s. 77ff. も参照。
- (5) 二注(10) 参照。
- (6) 太田・前掲書一〇二―一三頁、庭山・田中・前掲「リチャード・エグレストン『証拠、証明および確率』(一九七八年)」九頁参照。わが国では長谷部恭男教授からベイズの定理の訴訟における事実認定のモデルとしての利用可能性について批判が提起されており、さらにこれに対する太田教授の反論がある(長谷部「ハードケースと裁判官の良心」学習院大学法学部研究年報二二号(一九八六)八頁以下、太田・前掲論文二二三頁以下)。

## 七 証拠評価と書証<sup>(1)</sup>

書証はとりわけ民事訴訟における事実認定にあたってしばしば決定的に重要な役割を演ずる。ところでスウェーデン法の特色は、他の諸国の法制と異なりいわゆる文書の形式的証拠力に関する規定を設けず、その判断をすべて自由心証主義の支配に委ねていることである。そこで書証の重要性にかんがみ、書証に関する証拠評価の問題について触れておくことにしよう。

さて、わが国では書証という言葉は、「人の思想が表現されている文書」<sup>(2)</sup>またはそのような文書による証拠調べの両義で使われている。学説は一般に後者の意味で用いているが、<sup>(3)</sup>実務上は前者の意味で使うのが通例といつてよい。<sup>(4)</sup>スウェーデン法においては文書の意味では skriftligt handling, urkund, それ(に表現されている思想)が証拠とされるときには skriftligt bevis が用いられる。

文書の分類についてもやや異なるところがある。文書はまず公文書と私文書とに分けられるが、公文書とはわが国でいう公文書(日民訴三三三条一条一項参照)だけでなく公的機関が受理し、保管する私人作成の文書も含む概念である。

これは基本法が保障する公文書公開にいう公文書概念と一致するといえよう。<sup>(5)</sup> しかしこの分類は、証拠価値の判断にあたってはそれほど重要ではないとされている。これに対して記述文書 (beskrivande urkund) —— 例えば私信、調書 —— と命令や要求 (imperativ, performativ) を包含する文書 —— 例えば判決書、契約書、申請書、催告状 —— との区別は証拠評価上大切である。後者の作成はしばしば法律事実としての意義を有するのであって、いわゆる処分文書 (positiva urkunderna) がそうである。

以上の準備的記述を踏まえて書証の証拠価値の問題に入つてゆこう。文書の証拠価値はまずその真正性 (æktethet) に依存する。処分文書については多くの場合、文書の真正が確定されると証拠価値の判断はそれで終わってしまう。債権者が貸金請求訴訟を提起し、債務証書 (skuldebrev) を証拠として援用した場合を考えてみよう。請求原因は債務者の支払約束、すなわちその旨の内容の文書を作成し、かつそれを債権者に交付したということである。<sup>(7)</sup> 前者の事実関係については文書自体が証明をなす。そして文書が真正であることは債務者が当該意志表示をしたことを意味する。<sup>(8)(9)</sup> 債務証書が草案に過ぎないということ、仮装のものであること、強迫によるものであることは、債務者が主張・証明責任を負う反対事実<sup>(10)</sup>に属する。

しかし文書の真正性が争われることは少なく、よく問題になるのは文書の意味内容の解釈に関する当事者間の相違である。解釈は特別な種類の証拠評価である。<sup>(11)</sup> この場合もちろん証拠事実<sup>(12)</sup>は文書であるが、何が証明主題で、どんな補助事実が証拠評価に影響するかが問題である。契約条項の意味内容の確定を例にとろう。まずそれは、一般的な言葉の用法の背景の下に行われなければならない。しかし同一の言葉や表現が異なる関連において異なる意味で用いられるから、それが現われる「文脈」 (kontext) が決定的でありうる。様々な文脈の要素 —— 例えばその他の契約内容、それが規制する事実関係 —— が、辞書的な意味のどちらが正当であるかを定めるために重要な補助事実である。

だが、そうしても契約条項の両義性が解消できない場合もある。この場合に決定的なのは上述したところとは異なる文脈、わけでも当事者間の特別な関係、条項により意図したことに關する当事者の説明である。がここでも、原告はaの意味だといひ、被告はいやbの意味だといひて、不一致が見られるかもしれない。他に全く頼るべきものがないならば我々は証拠評価の性質をもつ解釈が惹起する問題の極限状況に達したことになる。

この場合一つの解決の方法は、条項の作成者に不利益な解釈(*contra stipulatorem*)の手法によることである。すなわち、原告がこの二義的な条項を作成したのだから、その意味に關しては被告の見解が受け入れられるべきだということになる。もっとも、これでは問題は証拠評価ではなく、法規の適用または契約の補完によつて解決されるわけである。<sup>(12)</sup>しかし証拠評価と法適用との區別は必ずしも嚴格には維持できないのである。例えば、契約内容には契約の言語的意味内容、ときにはその法律効果を意味するのである。

記述文書についても解釈の必要が生じうる。例えば手紙の内容が、差出人が觀察した出来事の記述であつてその記述があいまいなときは、かれの特有の表現の仕方、手紙が出された状況などを參照して、その意味を確定しなければならぬ。もっとも記述文書の場合は法適用の問題は起きず、その代りに、別の問題すなわち記述の眞実性というこゝとが出てくるのである。これは証言の証拠価値と同種の問題であるから、それと同じ検討がなされるべきことになる。<sup>(13)</sup>

また、例外的に証明主題が他の性質のものであることがある。例えば債務者が債務証書を作成・交付したことは他の事実と合して、その時点における債務者の經濟状態に關する結論を可能にすることがありうる。

上述したように、スウェーデン法においては文書の証拠価値は自由心証主義によつて判斷される。しかし、他のいくつかの国々には文書の証拠価値に關する詳細な規定を設けており、また、そうでない国でも學説は同様の規則が適用されるべきだと主張しているのである(旧訴訟手続法下におけるスウェーデンの學説は後者の一例といえる)。それらの

規定(則)を例示すると次のようなものである。公文書および証人による証明付きの私文書は真正なものと推定される、署名が真正ならば、本文も真正なものと推定される、公文書である記述文書の内容は真実と推定される。<sup>(14)</sup>これらの推定は法定証拠評価規則の性質を有するといつてよい。それは反証を排除しないが、反証がないならば証拠評価の基礎に推定をおかなければならないのである。<sup>(15)</sup>

エーケレーヴはこれらの規則の適用に肯定的で、その理由付けとして、法的保障——この概念は多義的であるが、<sup>(16)</sup>ここでは法的予見性ないし取引の安全と言い換えてもよい——が文書の作成によって促進されることが指摘できるとしたうえ、さらに領収書に証明度を軽減させる推定としての効力を与えている。<sup>(17)</sup>

なお書証に関しては、近時の学説上基本的問題についてとくだんの議論は見られないようである。<sup>(18)</sup>

#### 〈注〉

(1) 本節全般について Ekelöf, IV s. 169-175. なお、わが国におけるこの問題に関して詳細な文献はやや古いが、岩松三郎・兼子一編『法律実務講座 民事訴訟編 第四巻』(一九五一、有斐閣)二五九頁以下である。最近のものでは倉田卓次「書証実務の反省」前掲『民事実務と証明論』(初出は一九八五)一六〇頁以下がとくに有益である。

(2) 岩松・兼子編・前掲二五二頁。

(3) 兼子一・松浦馨・新堂幸司・竹下守夫『条解民事訴訟法』(一九八六、弘文堂)一〇三七頁(松浦執筆)、中野ら編・前掲三〇六頁、上田・前掲三五七頁。

(4) 倉田・前掲一六一二頁。しかし倉田博士はこのような実務の用語法を厳しく批判する(同頁)。

(5) 統治組織法 (regeringsform) 二章一条一号、出版の自由に関する法律 (tryckfrihetsförordning) 二章とくに三条参照。

(6) 金銭消費貸借はかつては要物契約と考えられていたが、現在では無利息のものは別として、契約法一条の諸成契約の原則が適用されると解されている。従って債務証書の作成・交付はもちろん契約成立の要件ではないけれども、取引生活上通常用いられている。Åke Malmström, *Civilrätt* (6 uppl. 1977) s. 124-5, 128.

(7) もっともオリューヴェルナは、通常の私法的見方によれば請求原因は支払約束であるが、裁判法規の観点からは支払約束に加えて金銭の

交付が請求原因（かれの用語では基礎的要件）になるとし、金銭の交付の主張を不要にするためには債務証書自体を請求原因にすべきだと主張する。Karl Olivecrona, *Rätt och dom* (2 uppl. 1966) s. 219.

- (8) 岩松Ⅱ兼子編・前掲は、処分証書の記載内容である法律的行为がその相手方（例えば举証者）に到達したか否かは文書自体の証明力とは別問題であるが、文書が举証者の手元にある事実によって到達が推定されることが多いという（二六九、二七七頁）。同旨松本博之『証明責任の分配』（一九八七、有斐閣）一六六頁。

- (9) しかしニークレーヴは、処分証書を化体した意思表示（förkroppsliga viljeförklaringen）だというのは、誤解を招く表現だと批判する。

- Ekeliöf, IV s. 171. ちなみに岩松Ⅱ兼子編・前掲二五四頁は「処分証書は法律的行为の具現物ないし化身（Verkörperung）」だと述べている。

- (10) Ekeliöf, IV s. 171. 松本・前掲一六七・八頁参照。

- (11) 兼子ら・前掲（松浦）が「処分証書の真正が認められれば、作成者がこれに記載された法律行為をしたことが直接証明される。ただし、その行為をどう解釈すべきかは別に判断されることがらである」（二〇四三・四頁）というのは、一般論としてはそのとおりであるが、これを卒然と読むと処分証書の証拠評価の中に解釈の問題が含まれていることを看過してしまうおそれがあることに注意すべきであろう。なお、この問題に関する英米法における議論について、上田誠一郎「英米法における「表現使用者に不利に」解釈原則（三・完）」民商法雑誌一〇〇巻五号（一九八九）八四〇頁以下参照。

- (12) 文書の実質的証拠力に関する判定を裁判所が決しかねる場合には、その証拠力の存在ないし程度に関する立証責任の問題として、举証者の不利益に解する見解（岩松Ⅱ兼子編・前掲二七〇・七一頁）は、やはり証拠評価でなく、法適用の問題として解決しているわけである。もっともここに証明責任を持ち出すのは理論的に疑問である。なお英米法における議論について上田（誠）・前掲八五〇・五三頁参照。

- (13) とくに留意すべき問題点について近藤・前掲四六・七頁、岩松Ⅱ兼子編・前掲二七〇頁参照。

- (14) 日本民訴法三三三、三三六条参照。

- (15) なお（私）文書の内容に関する推定の問題について NJA 1962 s. 80 およびこれに対するボールドウィングのコメント（Bolding s. 115ff.）を参照。

- (16) 前掲拙著二八・九頁参照。

- (17) Ekeliöf, IV s. 174-5. この推定——法文上の根拠を欠く——は、証明責任の転換または証明度の軽減を伴うとされる。Ekeliöf, IV s. 92ff. 詳しくは、いづれ証明責任論を取り扱う際に論及することにした。唯、この推定と西独における表見証明との関係についてだけ一言しておく。表見証明についてニークレーヴは次のように述べている。すなわち「表見証明は因果関係の問題に関して損害賠償請求権者に向けられた証明度の軽減を伴う推定である。その特色は、損害賠償義務者の反証は単に事故事象の競合する説明に関するのみでよいのに、原告におい



て被告が事故事を惹起したことを証明しようとするときには、すべての立証が関係してくる点にある。表見証明は西独において私法の多くの領域で用いられているが、それはすべての法律事実が完全な確実性をもって立証されなければならないという見解を固執していることと関連しているであろう。ベンダーのように多様な証明度の提唱者は、それが承認されるならばもはや表見証明は必要でなくなると考えているのである。Ekelof, IV s. 97. なおベンダー、森＝豊田訳・前掲二六六頁以下参照。この問題については中野貞一郎教授がエーケレーヴのドイツ語論文（四注（10）掲記のもの）の紹介・批判をしている（中野「過失の一応の推定について」同『過失の推認』（一九七八、弘文堂。初出は一九六七）六一―一二頁）。

(18) Bolding s. 41ff. 参照。

## おわりに

以上、スウェーデン証拠法（理論）の基礎的部分の概説をこころみた。なるべく正確かつ平易な説明に努めたつもりであるが、能力の不足から正確さすら果たしてどこまで達成しえているか甚だ心許ない。とりわけ数学的素養の要求される問題についてその感が深い。

ところで、読者の中には事実認定ないし証明の領域において数学的方法を用いることに対して強い疑問と反情を抱かれる方がありうるであろう。<sup>(1)</sup>筆者自身この点に関する心境は複雑で、いささかハムレット的なところがあるけれども、次に引く精神人類学者の藤岡喜愛教授の見解が極めて示唆的だと思う。教授はこう言う。伝統的な宿屋の番頭さんは入ってきた客をほとんど瞬時に判断し、女中さんにしかるべき部屋に案内するよう指示する。「要するに、番頭さんは「その方法を通しての対象」に慣れることによって、客を評価し、客の処遇を決定する能力を獲得している。それは数学以前でありながら、同時に統計なるものの本質を身につけているともいえる<sup>(2)</sup>」と。同様のことは事実認定ないし証明の領域においてもあてはまるように思われる。経験に富む裁判官、実務法曹は長年の実務経験を通じて事



実認定ないし証明における「数学以前でありながら、同時に統計なるものの本質を身につけている」といえる<sup>(3)</sup>。  
 (もっともそれを過信することは危険であり、常に自戒すべきである。宿屋の番頭さんの場合と異なり、誤った判断は重大な結果——ときに回復不可能な——をもたらすのであるから。)この領域における数学的方法是それを分析し、解明してみせるにとどまるかも知れない<sup>(4)</sup>。しかし法学生や経験不足の若い法律家にとって数学的方法を学ぶことは、事実認定ないし証明における過誤を少なくし、長年の経験がようやく与えるものをより早く修得することを可能にすると考えられる。さらに事実認定ないし証明の間主観性をできるかぎり確保し、裁判に対するコントロールひいて国民の信頼をより強化するために、経験による直観的判断を数学的方法により省察してみることはすこぶる望ましいことではあるまいか。  
 この意味においてスウェーデンの証明論はわが国の事実認定ないし証明の問題を考えるうえで大きな示唆を与えると筆者は信ずる。あえてわが不敏を省みず、本稿を早したゆえんでもある。

# 〈注〉

(1) それはある意味で正当というべき数式に対する警戒心の直覚的表われなのかも知れない。自動車事故工学の權威である江守一郎教授は、多くの法律家が数式に弱いことを批判する一方で、それに付け込んだ似非科学的な鑑定書が横行している事実を指摘し、「特に、たくさんの数式を並べ立てている鑑定書はまず疑ってかかるべきである。」と述べている(同「交通事故の鑑定について」東京弁護士会弁護士研修委員会『平成元年度春期弁護士研修講座テキスト』(一九八九)五三―四頁)。

(2) 同「ニュートンがリンゴを喰ってから」森毅構成・演出『数学近未来』(一九八六、培風館)六七頁。なお関連して、村松俊夫「裁判に関する一考察」同『民事裁判の理論と実務 民事裁判研究Ⅱ』(一九六七、高文社。初出は一九五五)九頁以下の「勘」に関する記述を参照。

(3) 筆者は、問題の性質こそ異なるが主張責任についても、やはり実務経験の重要性が強調されるべきだと考えている。限られた民事裁判実務の経験からあえて発言することを許されるなら、練達の民事弁護士といわれる人は、たとい主要事実と間接事実との理論的区別こそ明確に意識していなかったにせよ、長年の経験を通じて主要事実と審理上重要な間接事実とを概ね過不足なく主張していたように思う(筆者はとくに判事補当時そのような弁護士の訴状、準備書面から学ぶことが少なくなかったと記憶する)。ここに裁判官、弁護士その他の法曹として多彩



がすでに読んでいたものは二篇のみ)。これらの文献資料などに、一応目を通した結果、本稿の記述を若干修正したり、注を多少補充したりする必要が感じられるに至った。しかし、もはや本稿の内容に変更を加えることはできないので、ここに補記として最小限必要と考えられる点にかぎって補充しておきたい。なおクラミ氏らの論文については、その一つを邦訳することについて承諾を得ており、近く発表することを予定している。

(1) 一ないし六全般を通じての注として、P.O. Ekelöf, *Bevisvärde. Filosofisk tidskrift* 1988 s. 1 ff. を加える。

(2) 三注(7)に、証言心理学に関する邦語文献としてアルネ・トランケル、植村秀二訳『証言のなかの真実—事実認定の理論—』一九七五、金剛出版)を加える(二二頁)。

かねてこの訳書の存在は知っていたけれども、残念ながら執筆時に参看しえなかったため、引用を断念したのであるが、その後最高裁図書館から借り出して読むことができた。著者は世界的に高名なスウェーデンの供述心理学者であって、原著には独、英語訳の改訂・増補版があり、邦訳は英語版によっている。『もともとトランケルの方法に対しては、刑事訴訟の弾劾主義的構造に馴染まないのではないかという疑問や、「形式的構造分析」(訳書第三部第八章参照)は、証拠価値説の立場からは裁判制度への適用を承認しがたいであろうという批判が、最近スウェーデンでは出ている。Henrik Edelman, *Fakta i målet? Några reflexioner med anledning av en avhandling i vittnespsykologi*. SvJT 1990 s. 523, 540-1.』

(3) 四の反対効果について、以下の説明を加える(二八頁三行目以下に)。

エーケレーヴはその後さらに説を改め、現在では次の公式を採用している(この式ではAの証拠価値が3/4、Bの証拠価値が1/4の場合)。

$$\frac{3/4 - (3/4 \times 1/4)}{1 - (3/4 \times 1/4)} = 9/13$$

これを図示すると以下のようなになる。+は証明があること、0はないこと、-は反証があることを表す。蓋然性理論によれば+

+	+	+	○
+	+	+	○
+	+	+	○
+	+	+	(○)
-	-	-	-

一の部分の三つは存在しないものとみるのが正確とされるから、分母が二三になるわけである。Ekelöf, Bevisvärde, s. 11-2. 本文の公式により A の証拠価値が  $3/4$ 、B の証拠価値が  $1/4$  の場合を計算すると、答えは小数で  $0.70$  (以下切捨て) になり、新しい公式による答えの  $9/13$  は小数で  $0.69$  (同) であるから、結果的には差はごく僅かである。

(4) 五の排除証明について、最後に以下の説明を加える (三四頁)。

クラミらは排除証明に言及し (logical exclusions on the so-called evidence by elimination と表現している)、しかしそれは刑事訴訟においては危険な方法でありうることを指摘する。 Hannu Tapani Klami, Johanna Sorvettula, Minna Hatakka, Evidentiary Value. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland. 1989 p.44. この点において私見と合致する。

この補記を書き上げた直後、ボールディング教授から一〇月三日付の手紙で、エーケレーヴ教授の計報を知らされた。享年八四歳という。ボールディングは近年、証明論・証明責任論においてエーケレーヴとは激しく対立する立場にあったが、手紙の文面はかつての恩師であり、偉大な訴訟法学者である故人に対する敬愛の念に満ち、哀切を極める。ここにその一部を引用し、筆者としても謹んで心から哀悼の意を表する次第である。「ストックホルムにおける彼の葬儀には、最も著名な法律家たちが多数参加した。彼に匹敵するような重要な仕事を成し遂げたスウェーデンの法律学者はほとんど存在しない。」例えば一九八七年七月末、すでにあまり健康が優れない様子のエーケレーヴをストックホルムの自宅に訪ね、一時間余のあいだ話を伺うことができたのはまことに幸運というべきであった。そのとき情熱をこめて証明論について語っていた彼の姿は、今もなお筆者の脳裡に鮮明に刻印されている。それは生涯筆者の脳裡から消え失せることなく、怠惰な筆者に学問的精進の大切さを教え続けるであろう。

(一九九〇年一〇月)