

# 刑事責任能力判断における 精神鑑定人の役割（2・完）

竹 川 俊 也

はじめに

- 1 問題背景
- 2 問題意識
- 3 本稿の構成

第1章 刑事手続における精神鑑定

- 第1節 精神鑑定の採否
- 第2節 精神医学者の役割論
- 第3節 裁判員制度を見据えて生じた変化？

第2章 連邦証拠規則704条（b）項をめぐる議論状況

- 第1節 精神医学者による証言の制限と連邦証拠規則704条（b）項の制定
- 第2節 連邦証拠規則704条（b）項の運用状況（以上、本誌65巻2号）

第3章 線引き問題の検討

- 第1節 アメリカにおける精神医学者の証言範囲
  - 第1款 精神医学者による証言の制限に対し懐疑的な見解
  - 第2款 精神医学者による証言の制限に対し肯定的な見解
- 第2節 わが国における精神医学者の証言範囲
  - 第1款 精神鑑定人による証言の制限に対し懐疑的な見解
  - 第2款 線引き問題をめぐる従来の議論
  - 第3款 検 討

第4章 証拠法則上の位置付けについての検討

- 第1節 アメリカにおける関連性概念と専門家証言に対する規律
  - 第1款 連邦証拠規則における関連性概念

第2款 専門家証言の規律

第3款 704条の外在的限界

第2節 検討—証拠の関連性概念をめぐって—

第1款 従来の理論構造

第2款 証拠の関連性概念に関する近時の議論

第3款 関連性概念と精神鑑定

おわりに

(以上、本号)

### 第3章 線引き問題の検討

精神医学の専門家による証言範囲をめぐる学説としては、線引き問題についての議論と、他の証拠規則との関係性についての議論に大別される。本章では、前者の議論につき、アメリカとわが国の学説状況に検討を加えた上で私見の立場を明らかにする。

第1節 アメリカにおける精神医学者の証言範囲

第1款 精神医学者による証言の制限に対し懐疑的な見解

線引き問題に関して専門医の多くは、究極問題についての意見陳述が制限されることに対し、批判的であるように見受けられる。例えば、1990年代以降の学術団体の立場として、アメリカ司法心理学会（American Academy of Forensic Psychology）が1991年に示した「司法心理学者のための専門家指針（Specialty Guideline for Forensic Psychologists）」<sup>(121)</sup>においては、究極問題についての意見陳述に関し明言が避けられていたものの、アメリカ精神医学と法学会（American Academy of Psychiatry and the Law）が2002年に示したガイドラインは、連邦などの法域で一定の証言が制限されることを認めながらも、「鑑定を依頼した当事者から別段の指示がない限り、当該法域の責任無能力基準に基づいた、完全かつ詳細な理由づけが鑑定書に記載されるべき」<sup>(122)</sup>と指摘し、責任能力基準の文言に基づいた検討がなされなけれ

ばならないとの立場を採用している<sup>(123)</sup>。もっとも、連邦管轄の刑事裁判で被告人の精神状態が問題となる場合にも、鑑定書には通常、究極問題に関する意見の記載が求められることから<sup>(124)</sup>、この点について明確な立場の相違は存しない。

しかしながら、精神医学の専門家による証言の制限についても、以下にみるように懐疑的な立場が存在する<sup>(125)</sup>。例えば、Ciccone と Clements の見解<sup>(126)</sup>は、精神鑑定に求められる検査過程が、検査の目的や回答されるべき問題の性質に左右される点を指摘した上で、精神疾患が行為の選択能力・弁識能力に与えた影響についての意見陳述が制限された場合、その検査過程が不自然にも分断されることにより、陪審が科学的に系統立った検査結果に直接触れることができず、検査結果の妥当性について評価することが不可能となる点を指摘する<sup>(127)</sup>。また、Rogers と Ewing の見解<sup>(128)</sup>は、多くの法域で704条 (b) 項類似の規定が設けられず、究極問題についての意見陳述が陪審の評決に影響を与えないことを示す実証的研究を挙げながら<sup>(129)</sup>、一律な証拠制限がなんらの効果を発揮しないと主張する。すなわち、彼らの主張によれば、704条 (b) 項の基本的な欠陥として、いくつかのフレーズを避けることで証拠制限を潜脱することが可能であり、両当事者が法的基準以外の多様な表現を用いることにより、反対尋問が有効に機能しなくなるなどの弊害が生じることになるのである<sup>(131)</sup>。

## 第2款 精神医学者による証言の制限に対し肯定的な見解

他方で、専門医の間においても、究極問題についての意見に対しては謙抑的であるべきとする見解は未だ有力である<sup>(132)</sup>。この種の証言が制限される主たる根拠は、前章第1節で述べた通り、①事実認定者たる陪審の権限を侵害する可能性が高く、②精神医学の専門性を発揮できない事項であるという点に求められる。さらに、Tillbrook と Mumley などの見解<sup>(133)</sup>は、Rogers や Ewing などの懐疑説において、①「究極問題について専門家の意見が付さ

れなければ陪審は困難に陥る」ことに基づいて批判を展開する点で帰結主義的であり、「<sup>(134)</sup>「そうすることが適切か」という観点を欠いていること、<sup>(135)</sup>②専門性を発揮できない事項について決定を下す権限が社会的に認められていないこと、<sup>(136)</sup>③「能力の低下がどの程度認められた場合に心神喪失とされるのか」という判断に際しては、経験科学的なデータ以上のものが求められること<sup>(137)</sup>を挙げて、これを批判する。

もっとも、究極問題に関する意見が制限されるべきだとしても、どの限度までの意見を許容すべきかについては、未だに意見の一致を見ていないように思われる<sup>(138)</sup>。以下では、論者間の対比を明確にするため、Slobogin によって提示された尺度を参照することが有益であろう。彼によれば、医学的診断から責任能力判断に至る推論過程は、以下の7段階に整理される。<sup>(139)</sup>

- ①行為の外形に意味を与えること（「彼は両手を揉み合わせていた」）
- ②一般的な精神状態への当てはめ（「彼は何か気がかりのように見える」）
- ③理論的な構成概念への当てはめや、知覚された一般的な精神状態の「定式化」（「面談中の不安な様子は、他人を喜ばせることに対する通常の強迫観念と辻褃が合う」）
- ④診断（「面談中の挙動と資料における病歴は、『全般性不安障害』と辻褃が合う」）
- ⑤「定式化」や診断を、法的に関連性のある挙動に関係づけること（「犯行当時の彼の不安感は圧倒的なものであり、自らの行為の帰結を熟考できなかった」）
- ⑥究極的な法的争点を構成する要素への言及（「犯行当時、彼は圧倒的な不安感により、行為の帰結については熟考できなかったが、行為の罪悪性は弁識していた」）
- ⑦究極的な法的争点への言及（「彼は犯行当時、完全責任能力であった」）

学説においては、精神医学の専門家が診断についての意見を述べることにさえ懐疑的な見解も一部主張されているが、ABAは、<sup>(140)</sup>⑦のレベルを一律に不許容としつつ、⑤や⑥のレベルについては、医学的意義を有する表現であり、かつ、成文法や上級裁判所によって特定の法的意義が付与されていない場合に限って許容されると解している。<sup>(141)</sup>すなわち、特定の法的意味を含まない意見については、直前の争点に関するものであっても（医学的な意義を有する限りで）言及可能とするのである。

これに対してSloboginは、特定の法的含意があることを理由として、医学的に有意な表現への言及が妨げられるべきではないと指摘する。<sup>(142)</sup>すなわち、当事者主義的な訴訟構造の下では、両当事者が一律な証拠制限を実質的に潜脱しようと試みることから、法的含意を有する表現を単に禁止することに実質的な意義は認められず、反対尋問や相手方の鑑定などが保障された限りで、⑥のレベルまでの証言を許容すべきだと主張するのである。<sup>(143)</sup>Sloboginの考えの根底には、精神医学者による弁識能力の有無・程度への言及それ自体は問題ではなく、むしろ制限されるべきは、「鑑定によって明らかにされた被告人の犯行当時の弁識能力が、心神喪失を認めるのに十分であるか否か」に言及する意見だと理解が存するように思われるのである。<sup>(144)</sup>

この問題につき<sup>(145)</sup>Braswellは、704条（b）項による究極問題ルールの一部復活が証拠法に混乱を招くとして批判を加え、その根拠として、「704条（b）項により、複雑な争点について陪審の理解能力が過小評価され、陪審にとって有益な証拠が奪われてしまう」点を挙げている。すなわち、①精神医学者による究極的意見の問題は、他の証拠規則によって十分に回避可能であり、<sup>(146)</sup>②精神状態に関する証言のみを特別扱いすることは、704条（a）項が究極的意見についてリベラルな態度を示していることと矛盾し、さらに、③陪審に対する心理的支配や混乱といった懸念により、精神医学者の証言範囲が過度に減じられるべきではなく、<sup>(148)</sup>④704条（b）項による制限が、両当事者・陪審・裁判官のそれぞれに新たな問題を生じさせようことを挙げながら、<sup>(149)</sup>

704条(b)項による証拠制限は、可能な限り謙抑的であるべきと主張するのである。

以上が、アメリカにおける線引き問題に関する今日までの議論である。以下では、この問題についてのわが国の議論状況を取り上げて検討する。

## 第2節 わが国における精神医学者の証言範囲

### 第1款 精神鑑定人による証言の制限に対し懐疑的な見解

わが国においても、精神鑑定人による証言範囲の制限に対し、疑問を呈する見解が存在する。例えば、浅田和茂は、従来の鑑定において、精神障害の有無・程度の判断に加えて、行為時における弁識・制御能力の有無・程度を示すことが通例であり、むしろ精神鑑定にはこの点が求められていた点を指摘する。<sup>(150)</sup>浅田によれば、「鑑定人が『心神喪失等の法律判断を明示すること』は鑑定人の役割を超えているといえるが、それは法律判断をする裁判所が『その部分に拘束力はない』とすることで足り」、「それに言及することを禁止する必要まではない」こととなる。<sup>(151)</sup>

同様に、精神医学者の中島直は、鑑定意見が裁判員に与える影響を考慮することの必要性を認めながらも、「結局書かなければ尋問の場で問われるという事実、結論を明示しなくとも暗示していれば同じであること、結論を明確にしたほうが鑑定人の考察過程も明確になり、反論も却ってしやすい」との配慮から、究極の争点についての言及問題は、複数鑑定によって解決されるべきと指摘する。<sup>(152)</sup>

さらに、林美月子は、責任能力が争点となった裁判員の模擬裁判において、裁判官よりも裁判員の方が責任無能力を認めることに消極的であった点を指摘しながら、精神鑑定の精神医学的理解のためには、鑑定の結論部分を併せて読むことが助けとなると主張する。<sup>(153)</sup>

確かに、鑑定事項として従来「被告人の精神状態」が指定された場合であっても、鑑定書中に究極問題についての記載を欠けば、鑑定人尋問におい

て「心神喪失」、「心神耗弱」、ないし「完全責任能力」についての意見が求められるという実務慣行が相当程度に広く行われてきたとされる。<sup>(154)</sup>しかしながら、アメリカの議論の分析過程から明らかになった通り、精神鑑定人による究極問題に関する意見は、①事実認定者の職分を侵害する可能性が高く、（その権威性から）過度の影響力を与えることが想起され、②精神医学の専門性を発揮できる事項ではない。これらの問題は、わが国における責任能力の判断場面でも基本的に妥当するように思われる。

まず、①の点についてわが国の刑訴法156条1項は、「証人には、その実験した事実により推測した事項を供述させることができる」と定めており、この規定は鑑定の場合にも適用される<sup>(155)</sup>（同条2項）。同条は、証人が本来、自己の直接経験した事実を供述すべきものであるが、「経験とそれに伴う一定事項の推測とは、實際上分離しがたい場合が多いばかりでなく、そのような推測は、単なる意見と違って、経験事実との結びつきによって、ある程度の客観性と非代替性を有し、裁判官の行う判断の資料として、証拠価値を有する<sup>(156)</sup>」旨の規定である。この反対解釈として、基礎ないし根拠となった経験事実を欠いた単なる意見は、証言であっても証拠能力が否定されると解される<sup>(157)</sup>。体験事実と推測の間どの程度の結びつきが求められるかは別途問題となるものの、この推測は事実の推測に限られるとされ、善悪や合目的性、政治的意見等の価値判断、とりわけ法的判断の証言は許容されないとするのが一般である<sup>(158)</sup>。

確かに、責任能力の判断場面においては、事実問題と法律問題とがほとんど不可分一体となることは否定できず、「心神喪失」等の法的概念についても、その必要性があれば裁判官の合理的裁量の下、尋問を許容してもよいとする見解も存在する<sup>(159)</sup>。しかしながら、既述の通り、鑑定人によって経験科学的に明らかにされた被告人の精神状態と、こうした事実に基づいて裁判所が下す法的評価（心神喪失・心神耗弱・完全責任能力の判断）は、理論上分けて整理されるべきである。被告人の一定の精神状態が心神喪失の状態に

該当するかは裁判所が判断すべき法律問題である一方、その前提となる事実関係、すなわち、被告人が現実によどのような精神状態にあったかについての判断は、証拠によって認定すべき事実問題だと解される。<sup>(160)</sup>

加えて、一回限りの事実認定に資する裁判員が参加する裁判においては、手続の適正を担保するために従来と異なる、特別な配慮が必要であることは否めない。<sup>(161)</sup> 裁判員制度の導入を、従来の実務運用に再考を迫る呼び水として理解する本稿の立場からは、同条の本来の趣旨に立ち返り、心神喪失という法的評価についての意見は、厳格な制限を受ける必要があるように思われるのである。

また、②の点について、わが国においても個々の精神科医により心神喪失・耗弱を認める基準の置き方はかなり異なっているとされ、鑑定人の立脚する学説が統一されていないことを理由として、複数の鑑定結果に分かれることもあると指摘される。<sup>(162)</sup> この意味で、法的判断事項たる究極問題についての意見を求められた場合、鑑定人は医学的概念と法的・道徳的価値判断の関係を推論・直観しなければならず、「論理の飛躍 (leap in logic) を犯すことが求められる」<sup>(163)</sup> とのアメリカ精神医学会 (APA) による指摘は、わが国にも同様に妥当する。<sup>(164)</sup>

法律的判断たる責任能力の最終的な判断 (心神喪失・心神耗弱・完全責任能力の判断) は、裁判所のみが正統に行いうるものであり、こうした事項を鑑定事項に加え、または尋問において究極問題についての意見を求めることは、必要性ばかりか妥当性をも欠くというのが、本稿の立場である。<sup>(165)</sup>

## 第2款 線引き問題をめぐる従来議論

上述のように究極問題に関する意見を制限するとしても、どの限度まで鑑定人に意見を求めるかについては、わが国でも見解の相違がみられる。

この点、裁判所と精神鑑定人の役割分担に関する私見の立場——生物学的要素のみならず、それが心理学的要素に与えた影響についても、鑑定人の専

門知識が及ぶとの立場——を前提とすれば、精神障害の有無・程度（生物学的事実）並びにそれが行為者の弁識・制御能力に与えた影響（心理学的事実）は事実認定の次元に属し（いわゆる評価根拠事実）<sup>(167)</sup>、その事実に対して刑法上、「心神喪失」、「心神耗弱」、ないし「完全責任能力」のいずれの評価が妥当かという問題は、規範的评价の次元に属するものとして区別することが可能である。<sup>(168)</sup> 前掲最決平成20年4月25日は、「生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度については、その診断が臨床精神医学の本分である」旨を判示しており、この立場からは、鑑定事項として、「生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度」を設定することになるだろう。<sup>(169)</sup>

他方で、第一線の現場においては、被告人の責任能力が問題となる場面において、鑑定事項を「精神障害が犯行に与えた影響の有無やその機序」に限定する傾向があると指摘される。<sup>(170)</sup> 例えば、最決平成21年12月8日（刑集63巻11号2829頁）は、S医師による鑑定につき、「本件犯行時に一過性に増悪した幻覚妄想が本件犯行を直接支配して引き起こさせたという機序について十分納得できる説明がされていない」と指摘して、同医師の意見を不採用とした原判決を是認した。ここには、裁判所が精神鑑定に求めるものとして、精神障害の有無・程度に加え、精神障害が犯行に与えた影響の「機序」を想定し、弁識・制御能力を具体的に判断することは想定されていないようにも見受けられる。<sup>(171)</sup> この場面においては、旧来型の役割分担論——生物学的要素と心理学的要素を、「記述的」・「事実的」なものとして「規範的」・「法的」なものとして峻別し、この区別を鑑定人と裁判所の任務分担に反映させる立場——が一部復活しているようにも見受けられるのである。

以下では、精神鑑定書や公判廷における鑑定人尋問で許容されるべき意見の内容として、「精神障害が犯行に与えた影響の『機序』」の説明に限定されるのか、「精神障害が被告人の弁識・制御能力に与えた影響」の説明までも

が許容されるのかという点に議論軸を設定した上で検討を加える。

### 第1項 「精神障害が犯行に与えた影響の『機序』」の説明に限定されるとする説

実務家の立場から芦澤政治は、従来の実務で鑑定人に意見を求めていた、①被告人の精神障害の有無・程度、②精神障害の犯行への影響の有無・程度、③被告人の弁識・行動制御能力の有無・程度、④心神喪失ないし心神耗弱の判断のうち、③および④については、⑦裁判員に与える影響が大きく、①そもそも裁判員と裁判官が中心となって判断すべき事項ではないかと問題提起をした上で、<sup>(172)</sup>①および②の段階においては、複数の鑑定人の間でも見解が分かれにくく、鑑定人に本来求めるべき意見は、前記②までだとする考えが裁判員法施行に際し、裁判官の間で支配的となった点を指摘する。<sup>(174)</sup>

### 第2項 「精神障害が被告人の弁識・制御能力に与えた影響」の説明までが許容されるとする説

これに対し精神医学者の岡田幸之は、医学的診断から責任能力判断に至る構造を以下の8段階に整理する。すなわち、①精神機能や精神症状についての情報の収集、②集められた情報に対する精神医学的見地からの評価、③疾病の診断、④精神機能・症状と事件との関連性の抽出、⑤善悪の判断や行動の制御に関わる部分の抽出、⑥法的に弁識・制御能力の要素として捉えられる点の特定、⑦法の解釈と当てはめによる弁識・制御能力の程度評価、⑧「完全責任能力」、「心神耗弱」、「心神喪失」の法的判断、である。<sup>(175)</sup>岡田によれば、「精神医学が専門とするのは法の解釈と適用を必要としない①～④であり、「争点が⑤以降のみにあるならば鑑定を繰り返す意味はない」。<sup>(176)</sup>しかし、「現実的なところでいえば、鑑定書が述べる結論が弁識能力と制御能力の説明という範囲までなのであれば、裁判官や裁判員の職責との境界を踏み越えないものと考えてよい」と述べ、むしろ重視されるべきは、「鑑定意見<sup>(177)</sup>

はあくまでも参考として扱われるものであり、裁判員の自由心証が保障されているということを裁判官が裁判員に説明すること」だと指摘する。<sup>(178)</sup>

また、精神医学者の五十嵐禎人も、前掲最高裁平成20年判決を念頭に置きつつ、「裁判員制度においても、精神医学の専門的立場から犯行時の被告人の判断能力についての意見を述べることは引き続き鑑定人の重要な役割」だと指摘し、<sup>(179)</sup> 弁識・制御能力の有無・程度に関する証言が許容されるべきだと主張する。

さらに、安田拓人は、医学的診断から責任能力判断に至る過程を以下の５段階に整理する。すなわち、①行為の時点での診断の確定、②刑法39条の解釈として出てくる「精神の障害」要件への包摂、③診断された状態の犯行への影響の確定、④認識・制御能力の概念への包摂、⑤心神喪失・耗弱が認め

各論者の立場について（網掛け部分は、各論者の立場から制限されるべき事項を意味する）

岡田幸之による整理	安田拓人による整理	芦澤政治による整理
①精神機能や精神症状に関する情報の収集	①行為の時点での診断の確定	①被告人の精神障害の有無・程度
②精神機能や精神症状の認定		
③疾病の診断		
④精神機能・症状と事件の関連性の抽出 <sup>1</sup>	②刑法39条の解釈として出てくる「精神の障害」の要件への包摂	②その精神障害の犯行への影響の有無・程度
⑤善悪の判断や行動の制御への焦点化	③診断された状態の犯行への影響の確定	
⑥法的な弁識・制御能力として捉えられる点の特定	④認識・制御能力の概念への包摂 <sup>2</sup>	③弁識・行動制御能力の有無・程度
⑦弁識・制御能力の程度の評価		
⑧法的な結論	⑤心神喪失・心神耗弱が認められるかの確定	④心神喪失ないし心神耗弱の判断

1. 岡田は、精神医学が専門とするのは法の解釈と適用を必要としない④段階までだが、裁判員への説示を前提として、⑦段階までの意見陳述を許容する。

2. 安田は、医学的視点（事実レベル）から「精神機能のいずれの部分が障害され、それが犯行にどのような影響を与えたのかについての説明」を、法的意味における認識・制御能力の有無・程度と区別し、前者の意見を許容する。

られるかの確定、である。<sup>(180)</sup>そして、刑法39条の解釈として導かれる法的意味における認識・制御能力の有無・程度に言及することは妥当でないが、医学的視点(事実レベル)から「精神機能のいずれの部分が障害され、それが犯行にどのような影響を与えたのかについての説明をなしたとしても、それは必ずしも法的概念としての認識・制御能力に言及したということになるわけではないから、越権的だという問題は生じない<sup>(181)</sup>」と指摘する。この安田の見解には、精神機能の認識面／行動面のいずれの部分が障害され、それが犯行にいかなる影響を与えたかについての医学的見地からの説明は、法的判断を<sup>(182)</sup>実質化する有益な情報だと理解が存するように思われるのである。

### 第3款 検討

筆者は以下に挙げる理由により、「精神障害が被告人の弁識・制御能力に与えた影響」の説明までもが許容されるとする、後者の立場を妥当と考える。

まず、①「精神障害が犯行に与えた影響の有無やその機序」への言及が、<sup>(183)</sup>「弁識・制御能力」への言及と本質的に区別できるのかが明らかでない。事実認定者に与える影響の大きさを考慮し、鑑定人の意見が精神障害の有無や程度に限定されると解した場合には、事実認定者にとって「精神の障害と規範的評価との関連が明らかでなく、行為者の心的事実を軽視した恣意的な評価に陥る危険性<sup>(184)</sup>」がある。このことから、精神鑑定人には、精神障害と当該行為時の心理内容とを結び付けることが求められるが、後者はその具体的内容において、「精神障害が犯行に与えた影響の有無やその機序」と「弁識・制御能力の有無や程度」とに截然と区別できないのではないだろうか。

また、②わが国の「弁識・制御能力」概念はアメリカの連邦法とは異なり、解釈によって得られた概念であり、心神喪失や心神耗弱といった法的評価を基礎づけるところの具体的事実としての側面を否定できない。

以上は、精神医学者の役割をめぐる従前の議論から明らかとなった帰結である(本稿第1章第2節)。

他方で、③「弁識・制御能力」という表現のみを捉えて一律な制限を加えるアプローチに対しては、連邦証拠規則704条（b）項の下での「当事者による実質的潜脱の応酬」を想起させ、言い換え（paraphrasing）や架空の人物による置き換え（stating in a hypothetical way）などにより、意見に対する制限の弊害が大きくなる点を指摘しなければならない。アメリカでは704条（b）項に対し、（1）陪審の理解能力を過小評価し、専門家が真に意味する内容の把握が困難となる点や、<sup>(185)</sup>（2）反対尋問が有効に機能しなくなる点などの弊害が指摘されていた。<sup>(186)</sup>これらの問題は、陪審と裁判員という制度上の違いを考慮しても、わが国に同様な形で妥当する部分があるのではないだろうか。「一般の人々が適切に証拠を評価するための配慮」を過度に押し進めることによって「適切な証拠評価」が別角度から歪められてしまうとなれば、その運用には慎重なバランス感覚が求められるだろう。

加えて、④裁判員に対する説明概念として「弁識・制御能力」概念を用いない場合が想起される現在においては、<sup>(187)</sup>「弁識」や「制御」のみならず、例えば「判断能力」や「識別能力」など、評価者の主観が介在する様々な「能力の有無・程度についての言及」が制限されることになりかねない。こうした帰結は、事実認定者から有益な情報を過度に奪うことへと結び付き、「裁判上必要な実験則等に関する知識経験の不足を補給する」という、鑑定本来の趣旨を没却してしまうように思われる。

以上の私見の立場をまとめると、㉞弁識・制御能力の判断には「事実的側面」があり、精神鑑定人が関与できる領域が含まれていることを前提とし（上記①および②）、㉟弁識・制御能力についての意見陳述を制限することによる弊害が、許容した場合の弊害に比して大きいことから（上記③および④）、「精神障害が被告人の弁識・制御能力に与えた影響」の説明までもが許容されるとする立場を採用したことになる。前者の考察では、弁識・制御能力という心理学的要素もまた、事実的・経験的要素であり鑑定の対象となるとする、精神鑑定人の役割論の中で近時有力な立場を援用しつつ、後者の考

察では、「弁識・制御能力についての言及も、事実認定者に対して過度の影響を与えるのではないか」との懸念に対する回答として、「過度の制限による弊害」を指摘するアメリカの議論を参照し、弁識・制御能力についての意見は許容されるべきとの結論に至った。

確かに、弁識・制御能力の有無や程度の判断には鑑定人の主観が介在し、実務家や精神科医らによって主張されるように、精神障害の犯行への影響については、影響の程度ではなく、影響の仕方（機序）を重視すべきとする方向性は、基本的に妥当なものであろう。<sup>(188)</sup> 従来、「弁識・制御能力を欠いた場合には心神喪失、著しく減退した場合には心神耗弱」という定式が相当程度に定着しており、<sup>(189)</sup> このことを捉え、心理学的要素の有無・程度については「過失」や「相当因果関係」などと同様に純規範的評価だとの理解も可能であろう。

しかしながら、鑑定人が弁識・制御能力の有無や程度に言及したとしても、それは「心神喪失」、「心神耗弱」、ないし「完全責任能力」という裁判所からの規範的評価を根拠づける事実に評価としての側面を看過できないのであり、<sup>(190)</sup> 上に挙げた「弁識・制御能力についての意見を制限することによる弊害」と、「許容した場合の弊害」とを比較考慮すれば、弁識・制御能力の有無や程度に言及する鑑定人の意見については、制限の対象と解すのではなく、<sup>(191)</sup> 裁判員に対する有効な説示など、他の手段が模索されるべきであろう。

どのような証拠であれ、要証事実の存否を肯定・否定の一方側に推定せしめる限りで「偏見の虞がある」ことは否めず、弁識・制御能力の有無や程度についての精神鑑定人による意見は、「心神喪失たる精神状態」という要証事実を推認する上で許容される証言だと解されるべきである。

本稿の主張の核心は、より正確には、「弁識能力」ないし「制御能力」という言語表現が用いられたことのみを捉えて、一律に許容性が否定されることへの疑問にある。被告人の弁識・制御能力の有無や程度それ自体への言及は問題ではなく、むしろ制限されるべきは、「被告人の弁識・制御能力の有

無や程度が、心神喪失あるいは心神耗弱を認めるのに十分なものであるか」についての意見と解する本稿の立場からは、弁識・制御能力の有無や程度に関する医学的見地からの意見は、「心神喪失や心神耗弱を認めるに足る能力の減少なのか」という裁判所の法的判断に資するのであり、刑訴法156条が許容する推測事項の範囲に留まると考える。

平成19年度司法研究が「責任能力の結論に直結するような形で弁識能力及び統御能力の有無・程度に関して意見を示すことはできるだけ避けるのが望ましい<sup>(192)</sup>」と述べたことは、単に「弁識能力」や「制御能力」という言語表現が用いられたことのみを捉えて、一律に許容性が否定されることはないという趣旨で理解されるべきであろう。

もっとも、以上のように析出された精神鑑定人の証言範囲であるが、法的概念を含む証言が制限される理論的根拠は未だ明らかではない。すなわち、上記の帰結は、いわば裸の実質論に留まっており、連邦証拠規則704条（b）項類似の個別規定が存在しないわが国において上述の理解を妥当させるためには、鑑定人による証言の制限を証拠規則上いかに理解すべきかを提示することが有益であろう。以下では、まず、アメリカにおいて連邦証拠規則704条（b）項が他の証拠規則といかなる関係に立つと解されているかを概観した上で、わが国における同種の議論に検討を加える。

## 第4章 証拠法則上の位置付けについての検討

### 第1節 アメリカにおける関連性概念と専門家証言に対する規律

本節では、連邦証拠規則を題材として用いながら、アメリカにおける証拠の関連性概念および専門家証言の規律についての一般的理解を概観する。連邦証拠規則は、その適用対象を連邦裁判所の事件に限るものの、多くの州においてそれを範とする証拠規則が制定・運用されており、現在のアメリカ証拠法の最も一般的な規律だと解されている<sup>(193)</sup>。このことから、アメリカにおける一般的な証拠法則を検討するに際し、同規則を素材とすることの妥当性が

認められよう。

連邦証拠規則は、第4章に「関連性とその限界 (Relevance and its Limits)」と称する章を設け、その401条から403条に「関連性 (Relevancy)」についての総則規定を置いている。また、第7章には「意見証言および専門家証言 (Opinions and Expert Testimony)」と称する章を設け、その702条で「専門家証人の証言 (Testimony by Expert Witnesses)」についての規定を、704条で「究極問題についての意見 (Opinion on an Ultimate Issue)」に関する規定を置いている。

既述の通り、アメリカでは精神医学の専門家による究極問題についての意見が制限される根拠として、①事実認定者たる陪審の権限を侵害する可能性が高く、②精神医学の専門性を発揮できない点が挙げられる。このうち前者の分析に際しては、「不公正な偏見」や「陪審の誤導」などの弊害が顕著な場合に証拠排除を認める403条の規定が、また、後者の分析に際しては、専門家証言に対する一般規律と解される702条の規定が、それぞれ704条 (b) 項といかなる関係に立つのかを検討されるべきであろう。以下、順を追って検討を加える。

#### 第1款 連邦証拠規則における関連性概念

連邦証拠規則401条ないし403条は、以下のように規定される。

#### 第401条 関連性ある証拠のための基準

証拠は、以下の場合に関連性がある。

- (a) その証拠が、それが存在しない場合に比べて、ある事実の存否をより確実にし、又はより不確実にする何らかの傾向を有し、
- (b) その事実が当該訴訟を解決するに際して重要であると解される場合。

#### 第402条 関連性ある証拠の一般的許容要件

関連性ある証拠は、以下のいずれかが特別の定めを置いていない限り、許容される。

- 合衆国憲法
- 連邦議会による制定法
- 連邦議会による規則
- 連邦最高裁判所により定められたその他の規則

関連性のない証拠は、許容されない。

#### 第403条 偏見、争点の混乱、時間の浪費、その他の理由による関連性ある証拠の排除

裁判所は、その証拠の証明力が以下に挙げる一つないし複数の危険によって相当程度に凌駕される場合には、関連性ある証拠を排除することができる。その危険とは、不公平な偏見、争点の混乱、陪審の誤導、不当な遅延、時間の浪費、重複証拠の不必要な提出である。

まず、401条が「関連性のある証拠」についての定義を与える。すなわち、証拠が関連性を有するのは、(a) 当該証拠によって事実の存在ないし不存在の判断に影響を与えるものであり (logically relevant)、(b) 訴訟の解決に際して重要な場合 (material) であると解される。他方で、403条は、関連性ある証拠であっても、不公平な偏見、争点の混乱、陪審の誤導などの弊害が当該証拠の証明力に凌駕する場合には、その証拠が排除されうると規定する。

以上を整理すれば、関連性が肯定されるためには、①証拠と要証事実との間に論理的な関連性があり、②当該訴訟についての判断を下すに際し、証拠の立証目的が重要な事実に関係することが必要とされる。<sup>(194)</sup>そして、当該証拠の証明力とその証拠を取り調べることによる危険や弊害などを比較考慮する

ことにより（balancing・テスト）、当該証拠の法廷への提出が許容されるべきか否かを判断する手法が採用されている。<sup>(195)</sup>

## 第2款 専門家証言の規律

他方で、連邦証拠規則702条は、以下のように規定される。

### 第702条 専門家による証言

知識、技能、経験、訓練または教育により、専門家としての適格性を有する証人は、以下の4要件を満たす場合に、意見又はその他の形式により証言することができる。

- (a) 専門家の科学的、技術的、その他の専門知識が、事実認定者にとって、証拠を理解し、争点事実の確定の助けとなること
- (b) 証言が十分な事実又はデータに基づくこと
- (c) 証言が信頼性のある原理及び方法の産物であること
- (d) 専門家がその原理及び方法を当該事件の事実に信頼できる形で適用したこと

同規定については、特に科学的証拠の許容性に関連して、既にわが国にも広く紹介されていることから、詳細については割愛する。<sup>(196)</sup> 本稿の関心からは、専門家証言が事実認定者の助けとならなければならない (helpfulness) という要件が、704条 (b) 項といかなる関係に立つのかが問題となろう。

## 第3款 704条の外在的限界

本稿第2章第1節で示した通り、古いコモンローにおける「究極問題ルール」は連邦証拠規則704条（現在の704条 (a) 項）の制定により廃止され、専門家の意見は、究極問題を包含することのみを理由として、異議の対象とならないと解されている。

しかしながら、究極問題を含む証言が許容されるとしても、その証言は専門性の発揮できる事項に限られ（702条）、また、証言の証明力と陪審の誤導などの弊害が比較考慮された上で、許容性の認められた証拠であることが前提とされる（403条）。特に702条との関係では、事実認定者にとって「役に立つ（helpfull）」という要件を満たすことが求められることから、究極問題に言及する証言を認める704条（a）項の下でも、結論に至ったプロセスや基礎となる事実を明らかにすることなく、究極問題についての結論を単に述べることは許容されないと解されている<sup>(197)</sup>。

この点、適切に表現されていない法的基準を用いた意見も、役に立つとは言えず、場合によっては誤導の危険があるとされ、403条との関係で排除されうると解される<sup>(198)</sup>。例えば、「T氏には遺言能力がありましたか」という尋問は、専門家や陪審が法的基準の要素に精通していることが前提とされるために許容されず、「T氏は自身の財産状態やその範囲、贈与の対象を認識し、それを分配する合理的な計画を組み立てる能力がありましたか」という質問が望ましいとされる<sup>(199)</sup>。さらに、意見証言は、裁判所が決定すべき法律問題について意見を述べたり、陪審に対してある特定の方法で問題を解決することを助言するものであってはならないとされる<sup>(200)</sup>。

以上の点を考慮した場合に、法的意味における究極問題（例えば、「心神喪失」が認められるか否か）についての意見は、法的結論に言及するものとして704条（a）項の下でも排除され、直前の争点（例えば、「行為の性質や罪悪性を弁識する能力の有無や程度」）についての意見も、702条や403条の下で事実審裁判所により、「専門領域の範囲内であるか」、「事実認定者にとって助けとなるか」、「弊害が証明力に凌駕していないか」等の個別判断がなされ、排除される余地があると解される。

このことから、精神医学者による究極問題についての意見制限は、704条（b）項の規定を持ち出すまでもなく、既存の証拠規則で十分にカバーされるのではないかとの疑問が生じうる。実際にも、下院の司法委員会は、連

邦証拠規則702条が適切に解釈された場合には、704条(b)項に依拠せずとも同様の結論に至ることを認識していた。<sup>(201)</sup> それにもかかわらず、同委員会は、道徳問題に関する精神医学者による証言の排除を確固としたものとするため、704条(b)項の必要性を指摘したのである。<sup>(202)</sup>

以上の議論は、法的結論に直結する意見陳述が、専門家証言の一般規律たる702条、および、偏見や争点の混乱を招くと判断された場合に例外的に証拠の許容性を否定する403条により、704条(b)項のような規定を用いるまでもなく、究極問題についての意見を適切な範囲で制限可能とする点で、示唆的であるように思われる。すなわち、704条(b)項類似の個別規定を有さないわが国においても、英米法由来の関連性概念は学説や判例によって認められており、この点に、究極問題への意見陳述を制限する理論的根拠を見出すことができるように思われるのである。<sup>(203)</sup>

次節では、わが国の刑事訴訟法分野における証拠の関連性概念をめぐる議論状況を概観した上で、前章で示した精神鑑定人の証言に対する制限が証拠規則上いかなる位置付けを与えられるべきかを明らかにする。

## 第2節 検討—証拠の関連性概念をめぐる—

自由心証主義を合理的・科学的心証主義として機能させるための重要な抑制として、関連性ないし許容性による制限が挙げられる。<sup>(204)</sup> 「証拠の関連性」とは、当該裁判において意味ある事実の存在を推認させるという意味で、証拠と事実の間に結びつきがあることを意味する概念である。<sup>(205)</sup> そして、関連性が認められた証拠は、特に排除すべき理由がない限り許容され、この命題は証拠法における公理だと解される。<sup>(206)</sup> すなわち、「関連性」とは、ある証拠が刑事裁判において提出を許され、証拠調べの対象となることを根拠づける概念と位置づけられるのである。

英米法に由来する関連性概念は従来、刑訴法や刑訴規則において直接に規定されていたわけではない。しかしながら、公判廷で取り調べられるべき証

抛の範囲を選別・限定するためにその存在意義が認められ<sup>(207)</sup>、刑訴法295条が「事件に関係のない事項」についての尋問等を制限できるとし、刑訴規則189条1項が証拠調べ請求に際して「証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示」することを要求している点を捉え、関連性概念の必要性が間接的に示されていると理解され、学説・実務ともに異論なくこの概念を承認していたとされる<sup>(208)</sup>。そして、平成17年規則第10号により新設された刑訴規則199条の14は、訴訟関係人に尋問の関連性を明らかにする義務を明記し、同概念が法文上に初めて登場するに至っている<sup>(209)</sup><sup>(210)</sup><sup>(211)</sup>。

このように、わが国においても関連性概念は受容されているものの、英米法における同概念がそのまま導入されているわけではなく、わが国独自のアレンジが施されているとの指摘には、注意を払う必要がある<sup>(212)</sup>。すなわち、前節までの分析内容をわが国の議論に応用するためには、両国における概念の差異を認識し、議論の素地を整える必要があるように思われるのである。

### 第1款 従来の理論構造

証拠の関連性概念には、①当該証拠により直接証明すべき事実と公判審理の要証事実との関連性の問題と、②当該証拠とそれが直接証明すべき事実との関連性の問題<sup>(213)</sup>という、2つの側面が含まれる。後者については、例えば、偽造等の作為が施された現場写真が、直接証明すべき事実との間で関連性が認められないという問題であり（いわゆる証拠の同一性、成立の真正性等の問題<sup>(214)</sup>）、一般に「証拠の関連性」として論じられる際には、①の問題に焦点が置かれることが多い。確かに、②の判断は①の判断の前提となる問題であり、同一性や真正性が否定された場合には、要証事実と当該証拠から直接証明される事実との関係を考慮するまでもなく関連性が否定されるため、その重要性は否定できない<sup>(215)</sup>。しかしながら、証拠から事実を推論する過程の正当性が問題となる点で両者に本質的な差異はなく、以下では特段区別せずに検討を加える。

## 第1項 自然的関連性

関連性概念は一般に、「自然的関連性」と「法律的関連性」とに分けられて論じられる。このうち、自然的関連性とは、ある証拠が要証事実の存否を推認させる必要最小限度の証明力を有する蓋然性だと定義され、日常的論理則・経験則に基づいた判断がなされると解される。<sup>(216)</sup> 通説は、自然的関連性が欠ける典型例として、風聞・風評・世間のうわさや、単なる意見・想像・印象を内容とする陳述の類を挙げる。<sup>(217)</sup>

まず、自然的関連性と証拠能力の関係につき、自然的関連性を証拠能力とは別個の概念として把握すべきとする説と、<sup>(218)</sup> 証拠禁止とともに証拠能力の問題として理解する説とが存在する。この点については、証拠能力概念を、<sup>(219)</sup> 事実の存否判断の資料として裁判所が使用することのできる訴訟法上の資格(証拠の許容性)と捉えるのであれば、自然的関連性を証拠能力の問題と解<sup>(220)</sup> することが可能であろう。他方で、自然的関連性と証明力とは、理論面で区分される。「証拠の証明力の評価・判断は証拠調べを経たのちにおこなわれる裁判官の心証形成<sup>(221)</sup>」であり、証拠調べをしてよいかの事前確認である自然的関連性の判断とはその性質を異にすると位置づけられるのである。<sup>(222)</sup>

また、自然的関連性が認められるための基準につき、高度の証明力を要求する見解が存在する。例えば、松岡正章は、「論理的に関係性ある証拠を法律的に関連性なきものとして特徴づけることによってはなんらの積極的意義は生じないのではなからうか」と疑問を呈し、関連性概念を論理的関連性のみに限定し、一般に法律的関連性と称される概念を許容性として分類した上で、前者には「高度の証明力」が求められると主張する。この立場は、自然的関連性と法律的関連性とは関連性概念を分類する思考方法自体に疑問を提起するものであり、この点についてはさらに慎重な検討を要するだろう。しかしながら、既述の通り、関連性が証拠調べの事前判断に用いられる概念であること、また、種々の間接事実の積み重ねによる事実認定を否定すること

に繋がりがねないことから、要証事実の存否に影響を与えうる、必要最小限度の証明力があれば足りると解するのが一般である。<sup>(224)</sup>  
<sup>(225)</sup>

## 第2項 法律的関連性

他方で、法律的関連性とは、自然的関連性が認められたとしても、証明力の評価を誤らせる危険を孕むものとして、証拠能力を否定する概念だと理解される。<sup>(226)</sup> 通常、自白法則（憲法38条2項、刑訴法319条1項）や伝聞法則（刑訴法320条1項）が法律的関連性の類型的な規定として挙げられるが、被告人の悪性格や前科、他の犯罪事実の立証など、明文に挙げられた以外の場合でも法律的関連性は問題となりうると一般に解されている。<sup>(227)</sup>

## 第3項 関連性概念の停滞と再評価

以上のように定義される関連性概念であるが、実務においてこの概念は現実には機能していない、との指摘がなされてきた。<sup>(228)</sup> というのも、要証事実に対する必要最小限度の証明力があれば足りるとの命題を字義どおりに解した場合、この「要証事実」には事件の経緯や背景事情などの事実も含めて考えるのが一般であり、犯罪の成否判断と情状事実の審査が区別されないわが国の公判手続においては、この範囲が相当程度に広く解されてきたからである。<sup>(229)</sup>

そして、実務的な観点からは、取調べを受ける法的資格を認めつつ、事実の推認力の強弱や誤導のおそれの有無、さらに争点の混乱など様々な事情を考慮する、「証拠調べの必要性」概念が重要な役割を果たしてきたと指摘される。<sup>(230)</sup> すなわち、わが国においては、証拠採否の判断に際して証拠調べの必要性という観点からの総合的な判断が加えられており、この点を捉えてアメリカと議論の基盤を異にするととの評価がなされてきたのである。<sup>(231)</sup>

しかしながら、上記のような実務の運用は、裁判員制度の導入を契機として変化を迫られ、関連性概念を再評価する傾向が見受けられる。その理由と

しては、①証拠採否の判断時期や、②証拠採否の判断における考慮要素が従前とは変化している点が挙げられよう。<sup>(232)</sup>

まず、①証拠採否の判断時期について、従来の実務においては、公判開始前に検察官・弁護士双方の証拠調べ請求の全貌は必ずしも明らかでなく、審理が進行する過程で徐々に明らかにされるものであった。<sup>(233)</sup>これに対し、裁判員制度の下での証拠採否の判断は、基本的に公判審理前の予測的判断とされ、「少なくとも、審理開始の当初は一部証拠の採否判断を留保し、証拠調べが進んだ段階で(一定の心証を前提に)これらを決するという従来の実務でよく見られた証拠採否の判断とは質を異にする」と評せよう。<sup>(234)</sup>

この点につき、平成18年度司法研究『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』は、㊦「立証対象事実の絞り込みの必要性」と㊧「判断資料・証拠を絞り込むことの必要性」を挙げながら、「これまで必要性の判断は、もっぱら関連性の観点のみが重視され、当該証拠の取調べに伴う審理時間等の負担や、当該証拠の証明力が過大視される危険、弊害等については余り考えられてこなかった」と指摘する。<sup>(236)</sup>同研究は、裁判員裁判における必要性の概念は、「法律専門家以外の者も加わった裁判員裁判の審理の特性を踏まえたものでなければならない」とし、公判で取り調べられるべき証拠の範囲を画する概念として、「証拠調べの必要性」概念を現行制度に合わせて変容させるべきとの指針を提示したのである。<sup>(237)</sup>

しかしながら、この考え方に対しては、公判前の段階で証拠の「必要性」を判断するという表現からは、審理前にもかかわらず、事件に関する一定の心証を前提として判断を行っているかのように受け取られかねず、事件ごとに個別具体的に「証拠調べの必要性」を判断せざるを得ないことから、明確な基準に基づかずに、恣意的に判断されるおそれがあるとの批判がなされた。<sup>(238)</sup>  
<sup>(239)</sup>

こうした批判を受け、最高裁も、「ある主要事実を立証するためにどの間接事実を取捨選択するかは当事者がその権限と責任において行うべきもので

あるから、当事者において当該間接事実を主張する一定の必要性・合理性を説明している場合には、裁判所としてもそれを尊重すべきであろう<sup>(240)</sup>とし、前記司法研究の立場を一定程度後退させた。

以上の議論経過の中で、『取調べの必要性』の有無に基づく選別ではなく、『関連性』概念を重視した許容性の判断として行うべきであるという議論が高まりをみせた<sup>(241)</sup>のである。

他方で、②証拠採否の判断における考慮要素の相違について、従来は、証拠採否を決定する職業裁判官が心証を形成する主体でもあったが、裁判員裁判においては、証拠採否の判断に加わっていない裁判員が心証形成の主体に加わることになる。このように、非法律家である裁判員が証明力の評価主体となる点を考慮すると、「ある証拠が一般の人々にどのように理解されるのか」という視座の下、「その証拠が適正な事実認定に資するのか、それを困難ならしめる要因・要素はないかという観点からも検討し、証拠採否の判断を行う必要<sup>(242)</sup>」があるように思われる。

この問題については、近時、いわゆる科学的証拠の許容性の問題に関連して論じられることが多いように思われる。すなわち、これまで科学的証拠の信頼性が問題となる場面においては、証明力の評価者でもある裁判官が、科学的証拠についての証言を子細に検討し、判決において科学的原理を含む当該科学的証拠の信頼性について判断を示してきた。この判決で示される判断は、当該科学的証拠の信用性や証明力に関する判断となることから、あえてその時点で証拠の形式的資格としての証拠能力に関する判断を示す実質的必要性が乏しかったとされる<sup>(243)</sup>。つまり、証拠能力を判断する裁判官自身が事実認定の主体であることから、証人の証言の信用性を肯定しても、証明力の評価に際して慎重に検討を加えることが十分に可能であり、科学的証拠について、科学的信頼性という観点から、あえて証拠能力という「入り口」を狭める必要性が認められてこなかった<sup>(244)</sup>のである。

しかしながら、裁判員制度が導入された現在においては、こうした審理過

程は維持できないように思われる。なぜならば、㊦科学的証拠に関する証人尋問を採用すれば、裁判員は、実質的に科学的証拠に関する内容を詳細に知ることとなり、㊧「科学」の持つ権威から必要以上にその証拠の価値を重大視する危険があるからである。この意味で、「一回限りの裁判を担当することになる何の訓練も受けていない素人の裁判員に、証拠能力のない証拠なしその内容の詳細をできる限り目に触れさせないようにするのが、誤りのない裁判を実現することによって何よりも<sup>(245)</sup>重要」との指摘は傾聴に<sup>(246)</sup>値しよう。

以上の議論が、いわゆる「科学的証拠」とされる鑑定に固有のものなのか、責任能力に関する精神鑑定や死因に関する法医学的鑑定など、専門的知識の補充として「鑑定」を要する他の専門事項についても共通する問題領域とみるべきかについては、別途検討を要するとの指摘も<sup>(247)</sup>みられる。しかしながら、本稿の立場からは、鑑定の種類によって取扱いに差異を設ける必要性はないと考える。なぜならば、精神医学者や法医学者も「当該分野の専門家」として公判廷で証言することが求められ、この限りで、厳密な科学法則が適用される他分野の鑑定と異なるところがないからである。

確かに、裁判員制度が導入された際に、証拠法の規定には変更が加えられなかった。この点を捉え、従前の運用方法に変化をもたらすべきではないと解することも可能であろう。しかしながら、現行刑事訴訟法は元来、直接主義・口頭主義に基づく審理を想定しており、裁判員制度の導入がこうした当初の理念への回帰を意図するものであったと解すれば、<sup>(248)</sup>職業裁判官であっても、過度の信頼や誤信の危険にさらされる点に留意が求められることは従来から指摘されて<sup>(249)</sup>おり、裁判員制度の導入は、従来の運用に再考を迫る呼び水として理解することが適切であろう。このことから、「公判中に証拠の適否を判断しながら、しかも有罪か無罪かの心証を取るといふ、いわば、かなりの超人的能力を職業裁判官に課している」と形容されてきた<sup>(250)</sup>審理過程は維持されず、証拠採否の基準としての関連性概念を、「証拠が事実認定者に与える影響」という観点から再検討することは有益と思われるのである。

## 第2款 証拠の関連性概念に関する近時の議論

上記のような背景事情の下、関連性概念が再評価されるとともに、さらなる精緻化が求められている。以下では、関連性概念に関する近時の議論状況を概観した上で、検討を加える。

### 第1項 自然的関連性と法律的関連性の区分に対する批判

周知の通り、証拠能力概念を自然的関連性、法律的関連性、証拠禁止という3つの観点から説明したのは、平野龍一であった。<sup>(251)</sup>この包括的な証拠能力（関連性）概念は、その整理の明快さもあり、戦後わが国において急速に支持を広げ通説化した。<sup>(252)</sup>

この点、アメリカにおいて法律的関連性の概念を導入した Wigmore は、関連性が肯定されるための証明力は日常の推論に求められるものよりも高くなければならないと指摘していた。<sup>(253)</sup>Wigmore は、「論理的関連性（自然的関連性）」と「法律的関連性」とを対比しつつ、刑事訴訟における関連性は後者でなければならないと主張し、この限りで、両者をともに刑事訴訟における証拠能力の問題と解して並置する平野の見解とは異なっている。<sup>(254)</sup>このことから、平野の説明は、母法の大膽な変容であり、「母法を換骨奪胎して用いることにより、戦後わが国が導入した英米流の証拠能力制限の全体像を把握することを容易にした」と評価される。<sup>(255)</sup>

もっとも、ある証拠法則を自然的関連性や法律的関連性、証拠禁止という3つのカテゴリーへと画一的に分類することが可能であるのか、こうした分類が法解釈上の意味を持たず、議論を錯綜させるだけではないかとの疑問は払拭できない。<sup>(257)</sup>実際にも、わが国の有力な見解は、自然的関連性と法律的関連性という関連性概念の区分に疑問を呈している。すなわち、自然的関連性にいう必要最小限度の証明力とは、結局は「必要とされる証明力を欠いていないか」の問題であり、「当該証拠の証明力に比して不当な偏見などによる

弊害が凌駕すると評価される程度の証拠価値か」を問題とする法律的関連性の問題と、本質的に異なるものではないとの批判が向けられているのである<sup>(258)</sup>。

他方で、法律的関連性のカテゴリーに属する問題を、関連性概念の範疇で論じることに対する批判も存在する。すなわち、悪性格証拠等に代表される法律的関連性を欠く証拠についても、証拠と事件との間に一定の繋がり認められるのであって、「この場合にまで『関連性の法則』を含ましめることは、証拠—要証事実—訴因たる公訴事実の関係としてとらえられた関連性概念の不当な拡張となってしまう<sup>(259)</sup>」との指摘がなされている。

上記の批判に対し、自然的関連性と法律的関連性の区別を重視する見解は、要証事実の認定に役立つ証拠を選別し、無意味な証拠調べを回避する自然的関連性の問題と、証明力が一応肯定されても、認定資料とすることが有害な証拠を排除する法律的関連性の問題との間の質的差異を重視する。このことから、法律的関連性のない証拠を採用した場合には排除決定（刑訴規則207条等）が必要になるが、自然的関連性の判断を誤って証拠決定した場合にはその必要はないという形で、取扱いの差異が生じると主張するのである<sup>(260)</sup>。しかしながら、この指摘は、自然的関連性と法律的関連性の区別が不可欠だという結論に立って初めて成り立つ結果論（結論の先取り）であり<sup>(261)</sup>、自然的関連性も証拠能力の問題と解される以上、これを欠く証拠を取り調べた場合にも証拠排除決定がなされるべきであろう<sup>(262)</sup>。筆者も、自然的関連性と法律的関連性の区分を維持することに対しては、上記の懐疑的な立場を妥当と考える。

もっとも、この点が認められるとしても、二分説に対する批判が上記2つの視角から展開されているように、①法律的関連性（弊害の危険性）の問題を自然的関連性と別個の要件として定立する点が問題なのか、②そもそも法律的関連性（弊害の危険性）の問題を関連性概念に包含する点が問題なのかについては、意見の一致を見ていない。この点につき、項を改めた上で検討

を加える。

## 第2項「弊害の危険性」を関連性概念とは別個の要素とする見解

連邦証拠規則の判断構造に示唆を得て、わが国で法律的関連性の問題とされてきた領域を関連性概念と切り離し、狭義の証拠能力の問題として再構成する立場がある。<sup>(263)</sup>

この立場を採用する早野暁によれば、証拠の許容性（広義の証拠能力）が認められるためには、証拠としての有用性（関連性）を満たし、かつ、その証拠が事実認定者に不当な影響を与えないこと（狭義の証拠能力）が求められる。<sup>(264)</sup> 同説における関連性概念は、証拠と立証事実との間の論理的因果関係・重要性（materiality）と最低限度の証拠価値・証明力（probative value）から構成され、①証拠が最低限度の証明力を有さない、あるいは証拠と立証事実との間に有意な関連が認められない場合（関連性の欠如）、および、②事実認定者に不合理な推論を生じさせる危険が当該証拠の証拠価値を凌駕する場合（狭義の証拠能力の欠如）に許容性が否定されるという二段構造を採用する。<sup>(265)</sup> この立場からは、法律的関連性の問題は関連性の枠組みではなく、「狭義の証拠能力」の要件に吸収されることになる。<sup>(266)</sup>

同様に、角田雄彦は、『『法律的関連性』という概念を用いると、米国証拠法における証拠の許容性判断が類型性を重視した準則主義に基づいているという正確な理解を妨げてしまう』<sup>(267)</sup>と問題提起をしつつ、連邦証拠規則403条における「関連性がある証拠の例外的不許容」は、「（「balancing・テスト」という呼称とは対照的に）あくまで補足的な例外的手段として理解される点を指摘する。<sup>(268)</sup> 角田は、①連邦証拠規則において「関連性があっても証拠とすることが許されない類型」は明示的に列挙されており、これに該当しない場合には原則として許容性が認められること、②403条に列挙された事由以外の弊害要素を根拠とした証拠排除が認められないこと、③証拠排除という方法が最終手段とされ、弊害が証拠価値を「著しく凌いでいる

(substantially outweighed)」場合にのみに正当化されることを挙げながら、<sup>(269)</sup>類型性を重んじた判断であることを正確に理解するため、例外的不許容については、「適格性を欠く」類型の問題として整理すべきと主張するのである。<sup>(270)</sup>

### 第3項 「弊害の危険性」を関連性概念内部で考慮する見解

以上の立場とは異なり、法律的関連性（弊害の危険性）の問題を自然的関連性と別個の要件として定立する点を問題視する見解がある。

例えば、長沼範良によれば、ある証拠について関連性が認められるためには、訴訟の結論に影響を与える争点であること（materiality）が前提とされ、さらに、その証拠に事実を推認させるだけの力（probative value）が必要とされる。<sup>(271)</sup>長沼は、法律的関連性の範疇で理解されてきた問題を、①必要最小限度の証明力はあるが、当該証拠の評価を誤らせるおそれから、反対尋問や任意性など一定の要件が法律で要求される場合と、②そうした明文の規定がなくとも弊害が証明力を凌駕した際に排除すべき場合とに区分する。<sup>(272)</sup>そして、①については、明文規定の解釈・適用の問題であり、②については、「審理の混乱や誤りのおそれという弊害を凌駕するだけの証明力が当該証拠に欠けているというのであるから、結局は必要とされるだけの証明力がないことに帰する」と指摘しつつ、自然的関連性と法律的関連性の間に本質的な違いは存在しないと主張する。<sup>(274)</sup>

同様の立場から、成瀬剛は、証拠から間接事実を認定し、そこから要証事実を推論する過程に沿った形で、関連性概念を再定位しようと試みる。<sup>(275)</sup>成瀬によれば、関連性概念は、①要証事実の当該事案における適切性、②間接事実から要証事実を推認する過程の問題、③証拠から間接事実を認定する過程の問題に区分される。<sup>(276)</sup>このうち、①においては、「当該証拠によって最終的に立証しようとしている事実（要証事実）が、検察官の掲げる主張や実体法の規律に照らして適切か」<sup>(277)</sup>否かが問われ、アメリカ証拠法における重要性（materiality）に相当する概念であるのに対し、③においては、主として書

証・物証の真正性や同一性が問題とされ、当該証拠から間接事実を認定することができるかが問われることになる。また、②の問題は、<sup>(279)</sup> 弊害などを考慮するまでもなく、およそ要証事実を推認する力がない間接事実の場合と、一定の推認力は認められるものの、それを凌駕するほどの弊害が存在する場合に一応区分できるとしながらも、<sup>(280)</sup> ㊦両者はその間接事実が法の求める一定の推認力を有しているかという点で共通の側面を有していること、㊧上記①および③の問題のように、証拠から要証事実を推論する過程の中での位置付け自体が異なるわけではないことを挙げながら、「あえて両者を区別する実益が乏しい」<sup>(281)</sup> と主張するのである。

#### 第4項 検討

筆者は、以下に挙げる理由により、「弊害の危険性」を関連性概念内部で考慮する、後者の立場を妥当と考える。

第一に、弊害などを考慮するまでもなく、およそ要証事実を推認する力がない場合と、一定の推認力は認められるものの、それを凌駕するほどの弊害が存在する場合とを区別することに、どこまで合理性が認められるのか疑問が残る。日常的な論理則や経験則の問題とされる自然的関連性の判断に際しても、法的な観点は捨象されておらず、<sup>(282)</sup> また、「自然的関連性と法律的関連性という概念の対置は、元々は、証拠として許容するために、理屈の上での結びつき以上のものを要求すべきか否かという議論から生じたもの」<sup>(283)</sup> であることを考慮すれば、「必要とされる証明力を備えているか」という点において、両者に本質的な共通性が見出される。

第二に、「弊害の危険性」を関連性とは別の要件として解した場合には、関連性概念の空洞化が懸念される。この点、早野や角田は、論理的関連性と弊害の危険性を別個の要件とするアメリカ証拠法の思考枠組みに示唆を得て、関連性概念を立証趣旨の適切性（materiality）と最低限度の証明力（probative value）へと純化し、弊害の危険性を別個の要件として定立させ

る。このうち、立証趣旨の適切性という観点は、わが国の関連性概念内部で明示的には論じられておらず、裁判員制度の導入に伴い、刑事裁判における審理対象を限定する議論の中で注目を集めたものである。しかしながら、検察官の冒頭陳述において、証拠とすることができず、または証拠としてその取調べを請求する意思のない事項を述べることは従前から禁止され（刑訴法296条但書）、わが国においても、「立証趣旨の適切性（materiality）」という観点は、「関連性」の問題と位置付けるかは別にせよ、刑訴法295条1項や刑訴規則189条1項などにより、従来から当然に受容されていたと理解するのが自然である。<sup>(284)</sup>したがって、有罪・無罪の判断に関する事実と量刑判断に関する事実の双方とが同一手続内で審理されるわが国において、立証趣旨の適切さ（materiality）と最低限度の証明力（probative value）が字義どおりに解された場合には、その範囲は相当程度に広範なものとなり、公判廷に提出されるべき証拠を選別するという関連性概念の意義が後退してしまうように思われる。

また、角田は、連邦証拠規則403条における「関連性がある証拠の例外的不許容」が、あくまで補充的な例外的手段として理解されている点を捉え、法律的関連性が問題となる領域を関連性概念から排除しようと試みる。しかしながら、成瀬が指摘するように、アメリカ証拠法においても「論理的関連性」と「許容性」という二元的な枠組みを採用している点で、自然的関連性と法律的関連性の問題を分けて考える思考枠組みと、その本質において異なるところがない。

さらに、証拠排除という方法が最終手段とされ、弊害が証拠価値を「著しく凌いでいる（substantially outweighed）」場合にのみ正当化される点を強調することと、弊害の危険を関連性概念から締め出すことに、必然的な結び付きが認められない。このことから、語弊を恐れず端的に言えば、「弊害の危険性」を関連性概念とは別個の要素とする立場を採用した場合には、関連性概念が空洞化するとともに、問題を「許容性」概念に先送りするに留ま

り、自然的関連性と法律的関連性の同質性を見落としてしまうように思われるのである。

第三に、証拠調べの必要性概念との棲み分けが明瞭な点で、「弊害の危険性」を関連性概念内部で考慮する思考方法は優れている<sup>(285)</sup>。既述の通り、連邦証拠規則403条は、証拠の排除事由として、「不公平な偏見」、「争点の混乱」、「陪審の誤導」、「不当な遅延」、「時間の浪費」、「重複証拠の不必要な提出」という6つの要素を提示していた。前三者が事実認定過程の適正さに関わる問題、後三者が訴訟経済に関わる問題として理解され、両者を並列している点で平板的との印象を禁じ得ないが、同規則の制定過程では、前者が義務的排除事由であるのに対し、後者が裁量的排除事由に留まるとして、取扱いを異にするとの議論が展開されたようである。成瀬は、この取扱いの区別を、わが国における関連性概念と「証拠調べの必要性」概念の区別に活用し、「関連性概念によって許容性の問題として規律すべき弊害は、前者のグループに限定する一方、後者のグループは、訴訟指揮の経験豊富な裁判官の裁量判断に委ねる（即ち、『証拠調べの必要性』の問題に位置付ける）ことが適切である<sup>(287)</sup>」と指摘する。証拠調べの必要性概念については既に述べたような批判も存するものの、必要性概念の射程を訴訟経済などの政策的考慮の範囲内に限定することが可能な点で、本稿の立場からも基本的に妥当だと考える。

従来の理論構造における問題点は、自然的関連性と法律的関連性とを別個の要件として定立していたことにあり、弊害の危険性が関連性概念内部で論じられること自体は問題でないと思われる。したがって、関連性が認められるためには、訴訟の結論に影響を与える争点であることが前提とされ（materiality）、その証拠に事実を推認させるだけの力（probative value）が必要となる。そして、後者の要件は、間接事実から要証事実を推認する過程の問題と、証拠から間接事実を認定する過程の問題とに区分され、その両過程において、弊害の危険性が併せて考慮されることになるのである。<sup>(289)</sup>

### 第3款 関連性概念と精神鑑定

前款で導出された関連性概念の構成要素（①当該事案における立証趣旨の適切性、②証拠から間接事実を認定する過程の問題、③間接事実から要証事実を推認する過程の問題）を精神鑑定の採否の場面に応用した場合には、以下のような関係になるだろう。

#### 第1項 立証趣旨の適切性

まず、「犯行当時の心神喪失たる精神状態」という要証事実を導出するのに無関係な証拠と解される場合には、証拠が要証事実と無関係だとして、関連性が否定される。<sup>(290)</sup> わが国の精神鑑定においては、被告人の犯行当時の精神状態に加え、（その後の審理・科刑の参考とするために）現在の精神状態が鑑定事項とされる例が多く、<sup>(291)</sup> 「立証趣旨が適切でない」ことから、直ちに精神鑑定証拠の関連性が否定される場面は想定しがたい。しかしながら、例えば将来の再犯可能性についての意見は、刑法39条による責任阻却が問題となる場面においては、適切でないと判断される場合があるだろう。

#### 第2項 証拠から間接事実を認定する過程の問題

いわゆる証拠の同一性・真正性の問題などがこれに該当する。従来、裁判官が鑑定結果を不採用とすることが許容される場合として挙げられていた<sup>(291)</sup>、㊦鑑定人の鑑定能力・公正さに疑問が生じたとき、㊧鑑定資料の不備ないし裁判所の認定事実との食い違いなど、鑑定の前提条件に問題があるとき、㊨鑑定が適切な方法で行われていない場合、㊩結論を導く考察・推論の判断過程が適切でない場合などは、いずれも証拠から間接事実を認定する過程の問題として理解することができる。

#### 第3項 間接事実から要証事実を推認する過程の問題

本稿の検討対象たる精神鑑定人の証言範囲については、当該事案における立証趣旨が要証事実との関係で適切であり、証拠から間接事実を認定する過程に問題がないことを前提とした上で、間接事実から要証事実を推認する過程の問題として理解されるべきであろう。

すなわち、事実認定者の評価を誤らせる危険という観点からは、「心神喪失」、「心神耗弱」、ないし「完全責任能力」などといった法的概念を含む鑑定意見は、①法的判断事項たる究極問題に直接言及することで事実認定者の職分を侵害し、②精神鑑定人が道德問題の専門家でないことを考慮すれば、その証明力に比して弊害の危険性が凌駕していると評することができる。かようにして本稿の立場からは、究極問題についての鑑定意見は、間接事実から要証事実を推認する過程において、法的判断の前提となる事実認識を誤らせる危険を有するものとして関連性が否定される。具体的には、こうした意見は刑法156条2項によって制限される単なる意見に該当し、この種の意見を求める尋問は、刑訴規則199条の13によって制限される「意見を求め又は議論にわたる尋問」や「証人が直接経験しなかった事実についての尋問」に該当する。

他方で、前章第2節で明らかにした通り、弁識・制御能力についての医学的見地からの意見に関しては、㊦弁識・制御能力判断における「事實的側面」を看過すべきでなく、精神鑑定人が関与できる領域が含まれることを前提に、㊧弁識・制御能力についての意見陳述を制限することによる弊害が、許容した場合の弊害に比して大きいという考慮から、精神障害が被告人の弁識・制御能力に与えた影響についての意見は許容されるというのが本稿の立場である。

### おわりに

本稿では、平成19年度司法研究による提言に着想を得て、「心神喪失」、「心神耗弱」、ないし「完全責任能力」等の表現を用いた形での、精神鑑定人

による意見陳述の妥当性につき検討を加えた。

具体的には、精神鑑定の拘束性を中心に展開された従来の議論枠組みでは、上記司法研究の提言の根底に存すると思われる、「一般の人々が適切に証拠を評価するための配慮」を十分に考慮できないとの問題意識から、「参考意見」として従来許容されていた鑑定意見が制限される理論的根拠を明らかにし、どの限度まで鑑定人に意見を述べてもらうべきかという線引き問題解決の糸口を得るため、アメリカの連邦証拠規則704条(b)項の立法動向ならびに連邦裁判所における運用状況に検討を加えた。そして、精神鑑定人の証言が制限される実質的根拠をめぐるアメリカの議論に示唆を得て、「心神喪失」等の法的概念を含む鑑定意見は制限されるべきとの結論に至った。他方で、制限されるべきは「能力の喪失・減少が、心神喪失あるいは心神耗弱を認めるのに十分なものであるか」について言及する意見との考えや、「精神障害が被告人の弁識・制御能力に与えた影響」についての説明が制限された場合に懸念される弊害の大きさを考慮し、これらの能力の有無・程度への言及は妨げられるべきではないとの立場を採用した。さらに、上記実質的考慮による証拠制限の証拠法則上の位置付けを明らかにするために、連邦証拠規則704条(b)項が他の証拠規則といかなる関係に立つと解されているかを敷衍して論じた上で、わが国における証拠の関連性概念をめぐる議論を整理・検討し、法的概念に言及する鑑定意見は、間接事実から要事実を推認する過程において、事実認定を誤らせる危険を有するものとして、関連性が否定されるとの結論に至った。

鑑定書や鑑定人尋問において、法的概念を含む意見が制限されるべきではないかという問題自体は、従来も潜在的には認識されていたものの、裁判員制度が導入されたことを契機とし、早期に解決しなければならないものとして顕在化したものである。もっとも、本稿では手続理論の分析に軸足を置いたことから、取り上げることのできなかった課題は多い。筆者は、特に、責任能力の判断基準を再構成することが喫緊の課題だと考えている(本稿で手

続面の分析を先行させたのは、刑事責任能力論については実体法の実現過程までも含めた総合的な視点が必要という筆者の問題意識に基づいている）。この検討については他日を期したい。

(121) Committee on Ethical Guidelines for Forensic Psychologists, Specialty Guidelines for Forensic Psychologists, 15 LAW AND HUMAN BEHAVIOR 6, 655, 1991.

(122) Giorgi-Guarnieri & Janofsky et al., Practice Guideline: Forensic Psychiatric Evaluation of Defendants Raising the Insanity Defense, 30 THE JOURNAL OF THE AMERICAN ACADEMY OF PSYCHIATRY AND THE LAW 2, 2002, at S25.

(123) *Id.*

(124) 18 U.S.C. § 4247 (c) (4) (B) (2012).

(125) これに関連して、被告人の精神状態が問題となる場合に、究極問題についての専門家証言が陪審の判断に与える影響については、実証的な研究も行われている。Fulero と Finkel による研究は、専門家の意見を「診断のみの場合」、「直前の争点についての意見を付け加えた場合」、「究極問題についての意見を付け加えた場合」の3段階に分けた上で対照実験を行い、これらが陪審の評決に有意な差をもたらさなかったとする。Fulero & Finkel, Barring Ultimate Issue Testimony: An “Insane” Rule?, 15 LAW AND HUMAN BEHAVIOR 5, 495, 1991.

(126) Ciccone & Clements, The Insanity Defense: Asking and Answering the Ultimate Question, 15 THE BULLETIN OF THE AMERICAN ACADEMY OF PSYCHIATRY AND THE LAW 4, at 329, 1987.

(127) *Id.* at 335.

(128) Rogers & Ewing, The Prohibition of Ultimate Opinions: A Misguided Enterprise, 3 JOURNAL OF FORENSIC PSYCHOLOGY PRACTICE 3, 65, 2003.

(129) *Id.* at 67.

(130) *Id.* at 70.

(131) *Id.* at 71-72.

(132) K. HEILBRUN, PRINCIPLES OF FORENSIC MENTAL HEALTH ASSESSMENT, 2001, at 225-226; G. Melton & N. POYTHRESS ET AL., PSYCHOLOGICAL EVALUATIONS FOR THE COURTS: A HANDBOOK FOR MENTAL HEALTH PROFESSIONALS AND LAWYERS, 3rd ed., 2007, at 603-605.

- (133) Tillbrook & Mumley et al., Avoiding Expert Opinions on the Ultimate Legal Question: The Case for Integrity, 3 JOURNAL OF FORENSIC PSYCHOLOGY PRACTICE 3, at 77, 2003.
- (134) *Id.* at 84. (citing T. Grisso, EVALUATING COMPETENCIES: FORENSIC ASSESSMENTS AND INSTRUMENTS, 2nd ed., 2003, at 15-16.)
- (135) *Id.*
- (136) *Id.*
- (137) *Id.* at 85.
- (138) 精神科医と心理学者に対して行われたアンケートによれば、刑事事件の鑑定書において、究極問題への言及を避けるべきと回答したのは全体の20%に留まっており、精神科医の60%、心理学者の40%が、究極問題についての意見を付すことに賛同している。Borum & Grisso, Establishing Standards for Criminal Forensic Reports: An Empirical Analysis, 24 BULLETIN OF THE AMERICAN ACADEMY OF PSYCHIATRY AND THE LAW 3, 297, 1996, at 307.
- (139) Slobogin, *supra* note 96, at 264-265.
- (140) Morse, *supra* note 75, at 604-615. もっとも、Morse が上記①から⑦の尺度のうち、どの限度の許容を意図していたかは明らかでない。例えば、Slobogin の論稿は、Morse が①の限度内でのみ専門家証言を認める見解だと整理する (Slobogin, *supra* note 96, at 265) が、Morse の見解においては、②や③の証言をも許容している趣旨の言及がみられるからである (Morse, Retaining a Modified Insanity Defense, 477 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 1, 137, 1985, at 145)。しかしながら、法的問題について結論を出すのに必要な専門性と、関連する臨床症状や能力を描写する際に必要とされる専門性を明確に区分し、前者については司法精神医学の領分でないと主張した点に、Morse 説の先駆的意義があるとされる。HEILBRUN, *supra* note 132, at 223.
- (141) ABA, *supra* note 74, at 7-338.
- (142) Slobogin, *supra* note 96, at 263.
- (143) See also, MELTON & POYTHRESS ET AL., *supra* note 132, at 260. さらに、林・前掲注11・54頁は、ABA の立場からは「究極問題と弁識能力・制御能力の区別に意味があるのかに疑問が生じる」と指摘する。
- (144) Tillbrook & Mumley et al., *supra* note 133, at 83-85.
- (145) Note, *supra* note 59, at 630-640.

- (146) *Id.* at 628-630.
- (147) *Id.* at 630.
- (148) *Id.* at 631-634.
- (149) *Id.* at 634-639.
- (150) 浅田和茂「責任能力と精神鑑定」犯罪と刑罰21号（2011年）62頁参照。
- (151) 浅田・前掲注150・63頁。
- (152) 中島直「裁判員裁判制度開始後の刑事精神鑑定について」精神医療66号（2012年）31頁参照。
- (153) 林・前掲注11・55頁参照。林は、別稿において、責任能力について鑑定人とは別の基準で裁判官が規範的判断を下すことに疑問を呈し、裁判官と鑑定人による鑑定の理解へ向けての共同作業を前提として、鑑定が法律判断に言及した場合には、裁判所はそれを尊重すべきと主張する。林美月「責任能力と法律判断」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、1998年）328頁以下参照。
- (154) 林幸司『事例から学ぶ精神鑑定実践ガイド』（金剛出版、2011年）23頁参照。
- (155) 刑訴規則199条の13は、「意見を求め又は議論にわたる尋問」や「証人が直接経験しなかった事実についての尋問」を原則として禁止し、「正当な理由がある場合は、この限りではない」とするが、証人が実験（体験）した事実により推測した事項の尋問は、この「正当な理由がある場合」にあたるとされる（小野慶二「推測事項の供述」熊谷弘ほか編『証拠法大系 I』（日本評論社、1970年）62頁参照）。もっとも、実務上は、刑訴法326条に定める同意により証拠能力を取得したとみられる場合があり、「単なる意見であれば証明力の点から実質的に証拠として用いられないのが通常であり、現実問題として意見であることを理由として証拠排除の決定のなされた例はあまりみられない」（松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2009年）275頁）とされる。
- (156) 伊藤ほか編・前掲注35・357頁〔亀山〕（傍点筆者）。
- (157) 河上ほか編・前掲注13・185頁参照〔仲家〕。
- (158) 小野・前掲注155・63頁、松尾監修・前掲注155・274頁、河上ほか編・前掲注13・186頁参照〔仲家〕。
- (159) 小野・前掲注155・63頁参照。
- (160) 大塚ほか編・前掲注6・429頁〔島田＝島田〕、責任能力の認定過程を明らかにするために、この二つの区別を重視すべきとする見解として、青木・前掲注25・126頁。

- (161) 酒巻匡「証拠能力・総説」法学教室384号(2012年)69頁は、悪性格・類似行為の立証禁止を論じる中で、「刑事事実認定の経験がない裁判員に対する余談・偏見の危険は一層大きいとの見方もあり得ようが、事実の認定は職業裁判官との協働による点にも注意すべきである」と指摘し、裁判員対象事件とそれ以外の事件とで関連性の判断基準を異にすることに疑問を呈する。川出敏裕「裁判員裁判と証拠・証明」論究ジュリスト2号(2012年)55頁以下も、証拠能力の運用面での判断の厳格化を超えて、証拠能力の基準自体が裁判員裁判と裁判官のみによる裁判とて異なるべきか、①科学的証拠、②同種前科・類似事実による立証、③裁判員の感情を過度に刺激する証拠に類型化した上で分析を加え、差異化について懐疑的な立場を採用している。これに対し、伊藤雅人「類似事実による立証について」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題(1)』(立花書房、2011年)375頁は、「裁判員裁判以前の時代であれば、とりあえず、検察官の主張・立証を許したうえで、当該類似事実が犯罪事実の認定に用いることができるものであるか否かを、その他の証拠調べの結果も踏まえて総合的に検討するという方法も、否定される必要はなかった」と指摘しつつ、このようなやり方が裁判員裁判では通用しないとして、より厳格な判断をすべきと主張する。この見解に対する批判として、前掲川出論文(「裁判員裁判と証拠・証明」)・57頁。
- (162) 樋口裕晃ほか「責任能力1(5)」判例タイムズ1377号(2012年)45頁参照。
- (163) 岡田幸之「精神鑑定の現状と問題点」松下正明総編集『司法精神医学・精神鑑定 臨床精神医学講座(第19巻)』(中山書店、1998年)107頁参照。
- (164) Insanity Defense Work Group, *supra* note 82, at 686.
- (165) 伊東研祐「裁判員裁判における責任能力判断と精神鑑定—刑事実定法研究者から見た今後の課題」犯罪と非行170号(2011年)48頁参照。
- (166) 本稿第1章第2節参照。
- (167) 評価根拠事実とは、民事訴訟の場面において、「(過失)や「重過失」、「正当事由」や「正当理由」といった)規範的・評価的要件における、規範的評価を基礎づける具体的事実を意味する(大山政之「いわゆる規範的要件事実の主張・立証責任の分配について—『過失の一応の推定』を踏まえて」中央学院大学法学論叢17巻1=2号(2004年)54頁脚注6参照)。「過失」などの規範的要件においては、①規範的評価それ自体を主要事実とし、それを根拠づける具体的事実を間接事実とする考え方(間接事実説)と、②規範的評価それ自体は具体的事実が当該規範的要件に当てはまるという法的判断であることから主要事実ではなく、これを根拠づける具体

- 的事実（評価根拠事実）が主要事実だとする考え方（主要事実説）をめぐって議論があり、後者が通説とされる（司法研修所編『新問題研究 要件事実』（法曹会、2011年）141頁参照）。これを責任能力の判断場面に応用すれば、①説によった場合には、「責任能力の存否」それ自体が主要事実だと解され、鑑定人による究極的言明も「事実」の存否を述べるに過ぎない（したがって、裁判所の専権事項を犯さない）と解される一方、②説によった場合には、「責任能力の存否」それ自体は裁判所による法的評価の問題であり、鑑定人による究極的言明は「事実の存否」ではなく「法的評価」を述べることになり、裁判所の職分と交錯することになる。
- (168) 青木・前掲注24・23頁参照。
- (169) 伊東・前掲注165・49頁参照。
- (170) 齋藤正人ほか「責任能力2（2）—精神科医との対話を踏まえて」判例タイムズ1379号（2012年）71頁、三好幹夫「責任能力判断の在り方について」刑法雑誌51巻2号（2011年）250頁参照。
- (171) 安田・前掲注30・46頁以下参照。
- (172) 芦澤政治「刑事責任能力が問題となる裁判員裁判の審理の在り方」法と精神医療28号（2013年）85頁参照。
- (173) 芦澤・前掲注172・87頁参照。アメリカ精神医学会も、「刑事責任能力が争点となる多くのトライアルにおいて、検察側および弁護側の精神科医が、被告人の行為時における精神障害の性質や、障害の程度についてさえも見解が一致する」と指摘する。Insanity Defense Work Group, *supra* note 82, at 686.
- (174) 芦澤・前掲注172・87頁参照。
- (175) 岡田幸之「責任能力判断の構造」論究ジュリスト2号（2012年）103頁参照。
- (176) 岡田・前掲注175・103頁。
- (177) 岡田幸之「精神鑑定と裁判員裁判」中谷陽二編『精神科医療と法』（弘文堂、2008年）116頁
- (178) 岡田・前掲注177・116頁
- (179) 五十嵐禎人「裁判員制度と刑事責任能力鑑定」中谷陽二編『責任能力の現在』（金剛出版、2012年）118頁。なお、ここにいる「判断能力」とは、司法研究の報告書が弁識能力と制御能力とを分けて考えることに疑問を呈したことを受けて用いた表現のように思われる（同・119頁参照）。
- (180) 安田・前掲注30・38頁参照。
- (181) 安田・前掲注30・46頁。

(182) 安田・前掲注30・46頁参照。なお、最高検察庁に設置された研究会が、「裁判員裁判における分かりやすく、迅速かつ的確な精神鑑定立証の在り方」を検討する過程において作成した、精神鑑定書の書式例を公表している ([http://www.kensatsu.go.jp/saiban\\_in/kanteisho.htm](http://www.kensatsu.go.jp/saiban_in/kanteisho.htm) 2014年8月15日閲覧)。同書式例は、鑑定事項として、①犯行当時における被疑者の精神障害の存否(存在する場合はその疾病名)、②①が肯定される場合、その精神障害は本件犯行にいかなる影響を与えたか、③①が肯定される場合、犯行当時における被疑者の善悪の判断能力及びその判断に従って行動する能力の有無及びその程度、の三項目を掲げる。この書式例が、「捜査段階における本鑑定を念頭に置いたもの」であることを考慮すると、「起訴前鑑定では責任能力の最終的判断についても鑑定書に記載することが求められ、一方で公判鑑定ではそこまでの言及はむしろ避けるかたちでの要請がおこなわれている」(他害行為を行った者の責任能力鑑定に関する研究班編「刑事責任能力に関する精神鑑定書作成の手引き・追補(ver1.1)」4頁)とされる現在の実務の運用を反映したものと評することができよう。弁識・制御能力にまで踏み込んだ判断を求めている点については、「捜査段階で自ら起訴・不起訴の判断等をせざるを得ない検察官とすれば、(精神医学という分野であるにせよ)専門家の意見を踏まえて慎重に判断することが妥当であるという趣旨が含まれることは否定できない」(伊東・前掲注165・51頁)のであろう。しかしながら、そこで作成された嘱託鑑定書が刑訴法321条4項により証拠能力を認められ、裁判所に顕出されることが稀でないことを念頭に置けば、「検察官等が捜査段階において鑑定を嘱託する際に如何なる鑑定事項を設定するか、ということは相当の意義・機能を有する」(伊東・前掲注165・50頁)ように思われる。

(183) 五十嵐・前掲注179・118頁以下、大澤達哉「鑑定人と裁判官の責任能力判断の実態」こころのりんしょう á-la-carte28巻3号(2009年)126頁、田岡直博「裁判員裁判と鑑定—立証方法、鑑定人の意見、公判前整理手続き」刑事法ジャーナル20号(2010年)47頁参照。もっとも、田岡は、2012年に行われた座談会の中で、複数鑑定が回避された場合には、鑑定人が弁識・制御能力に関する意見を明示しない方が当事者主義の観点から望ましいとしている。岡田幸之ほか(座談会)「裁判員裁判における精神鑑定の現状」季刊刑事弁護69号(2012年)47頁以下参照[田岡直博発言]。

(184) 青木・前掲注23・22頁。

(185) Note, *supra* note 59, at 636.

- (186) Rogers & Ewing, *supra* note 128, at 71-72.
- (187) 例えば、司法研究所編・前掲注3・34頁以下参照。
- (188) 山口厚ほか（座談会）「現代刑事法研究会③ 責任能力」ジュリスト1391号（2006年）92頁〔河本雅也発言〕、同・103頁〔岡田幸之発言〕、齋藤ほか・前掲注170・71頁参照。
- (189) 岡田ほか（座談会）・前掲注183・47頁〔岡田幸之発言〕は、病気が犯行に与えた「『影響の有無』はともかくとして、『程度』については、『著しく影響』としたら、途端に、『耗弱である』と解する雰囲気がある」と述べながら、「著しい」という線引きが主観的なものであることを念頭に、これが単なる言葉遊びにならないよう注意を促している。
- (190) 心神喪失と評価される場合においても、弁識・制御能力を全く欠いていることを想起することは困難であり（大塚ほか編・前掲注6・370頁以下参照〔島田＝島田〕）、心身耗弱と評価される場合においても、「能力の著しい減少」は単に事実レベルでの「著しさ」の評価に尽きるわけではない（安田・前掲注30・39頁参照）。弁識・制御能力の有無・程度から心神喪失・心神耗弱・完全責任能力という評価を導出するに際しては、事実認定者による法的評価を経る必要がある。
- (191) もっとも、本稿の立場からも、日常用語や医学用語による根拠づけを欠いた状態で、端的に「弁識・制御能力を欠いていた」と表明する意見が許容されるわけではない。
- (192) 司法研究所編・前掲注3・42頁（傍点筆者）。
- (193) 成瀬剛「科学的証拠の許容性（2）」法学協会雑誌130号2号（2013年）395頁参照。
- (194) P. GIANNELLI, UNDERSTANDING EVIDENCE, 4th ed., 2013, at 112.
- (195) 田淵浩二「大型否認事件の審理上の課題—部分判決制度を含む」法律時報81巻1号（2009年）52頁参照。なお、この「balancing・テスト」という呼称により、「個別的具体的事案に対応した等価的利益衡量による判断」がなされていると誤解すべきではないと注意を促す見解として、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＝高野隆＝岡慎一編『刑事弁護の現代的課題』（第一法規、2013年）310頁。
- (196) これまでに掲げた文献のほか、井上正仁「科学的証拠の証拠能力（1）（2・完）」研修560号（1995年）3頁以下、同562号（1995年）6頁以下、辻脇葉子「科学的証拠の関連性と信頼性」明治大学法科大学院論集7号（2010年）413頁以下な

ど。

- (197) SALTZBURG, *supra* note 197, at 704-3. 例えば、「原告が勝ちだと思ふ」という単なる意見は、この観点から排除される。See, M. GRAHAM, FEDERAL RULES OF EVIDENCE IN A NUTSHELL, 8th ed., 2011, at 416.
- (198) FED. R. EVID. 704 advisory committee's note; Graham, *supra* note 197, at 417.
- (199) FED. R. EVID. 704 advisory committee's note. もっとも、法律用語の意義が適切に基礎づけられた後であれば、「遺言能力」の有無についての証言は、許容されると解されている。See, GRAHAM, *supra* note 197, at 418.
- (200) GRAHAM, *supra* note 197, at 419.
- (201) H. R. Rep., *supra* note 94, at 16 n. 29. See also, R. SIMON & D. AARONSON, THE INSANITY DEFENSE: A CRITICAL ASSESSMENT OF LAW AND POLICY IN THE POST-HINCKLEY ERA, 1988, at 92-94.
- (202) もっとも、線引き問題の検討で明らかとなったように、弁識能力の有無・程度への言及それ自体は問題ではなく、制限されるべきは、「被告人の犯行当時の弁識能力が、心神喪失を認めるのに十分であるか否か」に言及する意見との今日有力な見解に従えば、704条(b)項による制限範囲(弁識・制御能力の有無・程度それ自体への言及禁止)と、その他の証拠規則(702条・403条・704条(a)項)による制限範囲とでは、その帰結に差異が生じうるであろう。
- (203) 既述の通り、推測事項の証言について刑訴法156条1項は、「証人には、その実験した事実により推測した事項を供述させることができる」と定めており、この反対解釈として、基礎ないし根拠となった経験事実を欠いた単なる意見は、証言であっても証拠能力が否定されることになると解されている点で(松尾監修・前掲注155・275頁)、連邦証拠規則704条をめぐる議論との共通性を見出すことができる。
- (204) 松岡正章「証拠の関連性について」佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰(下)』(有斐閣、1968年)275頁参照。
- (205) 笹倉宏紀「証拠の関連性」法学教室364号(2011年)26頁参照。
- (206) 笹倉・前掲注205・26頁参照。
- (207) 大谷直人「証拠の関連性」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』(有斐閣、1991年)192頁、三井・前掲注14・37頁以下参照。
- (208) 事件に関係のない事項とは、論理的関連性ではなく、法律的関連性がないことを意味し、具体的には「裁判所が当該事件を審理する上で、実体法(即ち、事実認定および量刑)上も訴訟法上も意味のある関連を何ら有しない事項にわたるもの」

（松尾監修・前掲注155・625頁）を指すと解されている。

- (209) 大谷・前掲注207・192頁参照。なお、判例上も、最決昭和59年12月21日刑集38巻12号3071頁（新宿騒乱事件）において、いわゆる現場写真につき「事件との関連性を認めうる限り証拠能力を具備する」との表現がみられる。
- (210) 伊藤雅人＝高橋康明「刑事訴訟規則の一部を改正する規則の解説」法曹時報57巻9号（2005年）53頁以下は、同規定の趣旨につき、以下のように述べる。「連日的開廷による集中審理の下で、適正迅速な裁判を実現するためには、メリハリのない尋問、特に関連性の明らかでない尋問は許されるべきではない。このことは裁判員の参加する裁判において一層重要であり、今まで以上に争点を意識したメリハリの効いた尋問の工夫がされなければ、裁判員に的確な心象形成を期待することはできない。「関連性がない尋問は法295条によって制限されることになるので、関連性を明らかにしなければならぬことは新たな規則を設けるまでもなく当然のことである（したがって、本条が尋問についての新たな制限根拠になるものではない。）が、本条は、これを規則に明記することにより、現状の問題のあるプラクティスを改善し、争点を意識したメリハリのある尋問が行われるようにすることを意図したものである」。
- (211) 関連性についての規定を刑事訴訟法レベルにおいても立法すべきとする見解として、白鳥祐司「法改正と刑事訴訟法」法学セミナー 667号（2010年）13頁以下。
- (212) 成瀬剛「科学的証拠の許容性（1）」法学協会雑誌130巻1号（2013年）16頁参照。
- (213) 大谷・前掲注207・192頁参照。
- (214) 池田眞一「証拠の関連性」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』（有斐閣、2002年）162頁参照。
- (215) 三井・前掲注14・38頁参照。
- (216) もっとも、笹倉・前掲注205・27頁は、風説や噂などについても関連性を否定すべき点で見解は一致しており、自然的関連性の概念においても、「刑事訴訟という制度の下における事実認定の根拠として取り上げるに相応しいか」という法的観点は捨象されていないと指摘する。また、このような法的観点を「重要性」というメルクマールで考慮したものを（狭義の）関連性と位置づける見解として、光藤景皎「証拠の関連性について—『条件的関連性』概念の提唱」大阪市立大学法学雑誌 38巻3＝4号（1992年）762頁以下。
- (217) 三井・前掲注14・42頁参照。

- (218) 平場安治『刑事訴訟法の諸問題』(有信堂、1960年)131頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』(創文社、1967年)247頁参照。
- (219) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)192頁以下参照。
- (220) 三井・前掲注14・41頁以下参照。
- (221) 三井・前掲注14・42頁以下参照。
- (222) もっとも、必要最低限度の証明力を有さない場合には自然的関連性が否定されるという関係に立つことから、いわゆる「足きり」の限度で両概念の間の相関関係は否定できない。
- (223) 松岡・前掲注204・285頁。
- (224) 例えば、大谷・前掲注207・192頁参照。
- (225) 三井・前掲注14・41頁参照。
- (226) 大谷・前掲注207・192頁参照。
- (227) 山崎学「証拠の関連性」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院、1998年)52頁参照。
- (228) 笹倉・前掲注205・27頁参照。
- (229) 佐々木・前掲注1・189頁参照。
- (230) このような指摘として、笹倉・前掲注205・27頁以下、石井・前掲注34・281頁、松尾監修・前掲注155・810頁、河上和雄ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法第7巻〔第2版〕』(青林書院、2012年)432頁〔安廣文夫〕など。
- (231) 例えば、大谷・前掲注207・192頁。
- (232) 佐々木・前掲注1・125頁以下参照。
- (233) 石井・前掲注34・280頁は、起訴状一本主義の現行法の下では、「証人については、必要性が明白なもの、必要性について当事者間に意見の一致があるものなどをまずもって採用決定し、他の証人については採否を留保しておき、訴訟の進行に従って、必要性の有無を逐次判断して決めていく訴訟指揮も適切である」と指摘する。
- (234) 佐々木・前掲注1・203頁。
- (235) 司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』(法曹会、2008年)24頁以下参照。
- (236) 司法研修所編・前掲注235・26頁。
- (237) 司法研修所編・前掲注235・26頁。
- (238) 佐々木・前掲注1・203頁参照。
- (239) 角田・前掲注195・304頁参照。神山啓史＝岡慎一「裁判員裁判と『当事者主義

の重視』判例タイムズ1274号（2008年）46頁以下は、当事者追行主義の下では、「関連性のある事実であれば、いかなる範囲を公判で主張するかは当事者が判断する事項である」とし、公判前整理手続において間接事実の推認力や量刑事情の重要性の評価が行われることに疑問を呈する。

(240) 最高裁判所事務総局刑事局編「模擬裁判の成果と課題—裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議、及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方」判例タイムズ1287号（2009年）11頁。

(241) 角田・前掲注195・305頁。

(242) 佐々木・前掲注1・186頁

(243) 司法研修所編・前掲注2・22頁

(244) 酒巻匡「警察犬による臭気選別結果の証拠としての取扱いについて」ジュリスト893号（1987年）68頁参照。こうした運用方法を示すものとして、声紋鑑定の科学性が争われた東京高判昭和55年2月1日判時960号8頁は、「その検査の結果について未だ科学的に承認されたとまではいえない [が]、……陪審制を採らず、個別的具体的な判断に親しむわが国の制度の下では、……一概に証拠能力を否定し去るのも相当でなく、……証明力の程度は別として、証拠能力を認めることを防げない」旨を判示する。また、成瀬・前掲注212・46頁以下は、許容性の判断者と事実認定者の同一性以外に、①裁判官は同種の科学的証拠に触れる機会が多く、そこで得た知識を裁判官同士で共有することができたこと、②一定の間隔において公判期日が開かれる実務慣行の下、裁判官は当該科学的証拠の実質的価値につき、時間をかけて検討することができたこと、③科学的証拠の審理の中で、裁判官が自らのイニシアティブにより、他の専門家による鑑定を命じたり、補充的な資料の取調べを行ったりする道が開かれていたことを挙げる。

(245) 小出鋤一「裁判員裁判の運用に関する2つの問題」専修ロージャーナル5号（2010年）29頁。

(246) 渕野貴生「裁判員裁判が適正であるために必要な基準」福井厚先生古稀祝賀論文集『改革期の刑事法理論』（法律文化社、2013年）300頁は、わが国においては「不適正な手続を生じさせないための制度的仕組みを整えることが、適正手続として求められる適正さの中身を為すという発想は、必ずしも強くない」のが現状であり、裁判員裁判において求められる手続の適正さのレベルについて、「手続関与者が意識的あるいは無意識的に適正でない運用をする可能性を制度上封殺できるにもかかわらず、そのような制度を採用しない理由について具体的に示すことができない

い場合には、その手続は適正手続の要求を満たさないというべき」(同302頁)と指摘する。

(247) 酒巻・前掲注161・71頁参照。

(248) 川出・前掲注161・51頁参照。

(249) 酒巻・前掲注161・71頁参照。

(250) 丸田隆「刑事陪審裁判における不適切証拠の事前排除」法と政治43巻4号(1992年)362頁

(251) 平野・前掲注219・192頁以下は、関連性概念につき以下のように述べる。

「五 証拠能力 法廷における証明の持つ特殊な性質のために、法廷で用いられる証拠には、特殊な制限が加えられる。その制限の理由として、およそ次の三つのものが考えられる。

(1) 自然的関連性 証拠がその証明しようとする事実に対して、必要最小限度の証明力さえも持っていないとき、関連性がないという。関連性のない証拠は、取り調べてもむだであって時間を浪費するにすぎないから、証拠能力が認められない。ただし、(2)(3)の場合と異なり、排除決定を怠っても、判決に影響を及ぼすことはない。

(2) 法律的関連性 証拠として必要最小限度の証明力はあるが、他方、その証明力の評価を誤らせるおそれもあるものもある。その証明力を確かめるため、法は明文で一定の要件を要求している場合がある。反対尋問、任意性などがこれである。しかし、このような明文がない場合でも、排除すべき場合がある。これらの場合は、法律的文に見て関連性がない場合であり、(1)の自然的関連性とは同じではないが、両者は本質的に異なるものではない。

(3) 証拠禁止 法廷における証明は、適正な手続によって行われなければならない。したがって、関連性のある証拠でも、これを用いることが、手続の適正を害すると思われるときは、その証拠は許容されない。証拠の証明力の有無を問わない。違法に取得された証拠がその例である。」

(252) 成瀬・前掲注212・20頁参照。わが国において、この三分説を支持する見解として、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』(青林書院、1990年)192頁以下、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、1996年)325頁以下、安富潔『刑事訴訟法講義〔第2版〕』(慶応大学出版会、2009年)268頁以下、同『刑事訴訟法〔第2版〕』(三省堂、2013年)447頁以下、渡辺直行『刑事訴訟法〔補訂版〕』(2011年、成文堂)331頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(有斐閣、2012年)330頁以下〔堀江慎司〕、田口守

- 一『刑事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2012年）368頁、上口裕『刑事訴訟法〔第3版〕』（成文堂、2012年）382頁以下、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義〔第4版〕』（東京大学出版会、2012年）383頁以下、福井厚『刑事訴訟法講義〔第5版〕』（法律文化社、2012年）348頁以下、川端博『刑事訴訟法講義』（成文堂、2012年）343頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第7版〕』（日本評論社、2012年）320頁、光藤景校『刑事訴訟法Ⅱ』（成文堂、2013年）135頁以下、大久保隆志『法学叢書 刑事訴訟法』（新世社、2014年）289頁など。
- (253) J. WIGMORE, A TREATISE ON THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW, 3rd ed., 1940, § 28, at 409-410.
- (254) *Id.*
- (255) 実際にも平野は、伝聞法則や悪性格証拠の問題を法律的関連性の領域に位置付けていたが、Wigmoreは明確にこれを否定していた。〔この点を指摘するものとして、成瀬・前掲注212・19頁。〕
- (256) 笹倉・前掲注205・28頁。
- (257) 笹倉・前掲注205・28頁参照。もっとも、平野・前掲注219・193頁が、自然的関連性と法律的関連性、証拠禁止のカテゴリーは「排他的なものではなく」、「相互の限界が明白でない場合もある」のであって、あくまで「三つの異なった観点があることに留意しなければならない」と指摘している点には注意が必要だろう。
- (258) 自然的関連性と法律的関連性の区分に疑問を呈する見解として、田中開ほか『刑事訴訟法〔第3版〕』（有斐閣、2008年）252頁〔長沼範良〕、寺崎嘉博『刑事訴訟法〔第3版〕』（成文堂、2013年）384頁、成瀬剛「科学的証拠の許容性（5・完）」法学協会雑誌130巻5号（2013年）1039頁。また、自然的関連性と法律的関連性の区分の困難性を指摘する見解として、笹倉・前掲注205・30頁。以上のような見解に示唆を得て、「法律的関連性」概念を整理する必要性を指摘する見解として、佐々木・前掲注1・202頁以下。
- (259) 野々村宜博「刑事訴訟における関連性概念について—その序論的考察（1）」法と政治40巻1号（1989年）193頁。同様の見解として、松岡・前掲注204・285頁、早野暁「証拠の関連性と証拠能力」法学新報112巻3＝4号（2005年）62頁以下、角田雄彦「証拠の関連性について」季刊刑事弁護70号（2012年）28頁。
- (260) 大谷・前掲注207・192頁参照。
- (261) 寺崎・前掲注258・384頁脚注9参照。
- (262) 同様の見解として、三井・前掲注14・44頁以下参照。

- (263) 早野・前掲注259・35頁、角田・前掲注195・303頁。
- (264) 早野・前掲注259・37頁参照。
- (265) 早野・前掲注259・37頁参照。
- (266) 早野・前掲注259・63頁参照。
- (267) 角田・前掲注195・312頁。
- (268) 角田・前掲注195・310頁以下参照。
- (269) 角田・前掲注195・310頁以下参照。
- (270) 角田・前掲注195・319頁参照。
- (271) 田中ほか・前掲注258・251頁参照 [長沼]。
- (272) 田中ほか・前掲注258・252頁参照 [長沼]。
- (273) 田中ほか・前掲注258・251頁 [長沼]。
- (274) これに類似の見解として、寺崎嘉博を挙げることができる。寺崎・前掲注258・385頁は、関連性概念を「当該証拠から要証事実を推認することの合理性」と「最小限度の証明力」に分析した上で、同種前科や悪性格による犯罪事実立証の妥当性を前者の枠内で検討する。寺崎は、前者の概念内部において、「立証趣旨の適切性」問題と「弊害の危険」とを併せて考慮しており(同385頁以下参照)、これは従来の意味における法的関連性の問題に「立証趣旨の適切性」の観点を加味したものと見えよう。もっとも、こうした理解は、「自然的関連性」と「法的関連性」の区分が妥当でないとの寺崎自身の出発点(同384頁)に相反する。なぜならば、寺崎の言う「最小限度の証明力」とは、従来の意味における自然的関連性の問題であり(同385頁脚注11)、「当該証拠から要証事実を推認することの合理性」要件で考慮される問題が弊害の危険性(法的関連性の問題)を含むとすれば、先の出発点は単なる用語法の批判に過ぎないようにも思われるからである。寺崎説においては、「立証趣旨の適切性」領域の問題と「間接事実から要証事実への推認過程の合理性」領域の問題が曖昧化しているように思われるのである。
- (275) 成瀬・前掲注258・1025頁。
- (276) 成瀬・前掲注258・1038頁以下参照。
- (277) 成瀬・前掲注258・1037頁。
- (278) 成瀬・前掲注258・1038頁参照。
- (279) 成瀬・前掲注258・1038頁参照。
- (280) 成瀬・前掲注258・1039頁は、従来わが国の通説が、この差異を捉えて自然的関連性と法的関連性とに関連性概念を区分し、他方、アメリカ証拠法において

も、論理的関連性と弊害との衡量に基づく排除の問題を分けて考える点で、基本的構造の類似性を指摘する。

(281) 成瀬・前掲注258・1039頁。

(282) 笹倉・前掲注205・27頁参照。笹倉は、風説や噂について関連性を否定すべき点で見解が一致している点につき、「関連性の判断に、刑事訴訟という制度の下における事実認定の根拠として取り上げるのに相応しいか、取り上げるに値する証明力を有するかという考慮が介在しているからにほかならない」のであり、「関連性は、法以前の日常生活における論理則、経験則の問題であるといわれることも多いが、実際には、法的観点は捨象されてはいない」と述べる。

(283) 笹倉・前掲注205・28頁。

(284) 田中ほか・前掲注258・251頁以下参照 [長沼]。

(285) 成瀬・前掲注258・1068頁注33参照。

(286) 成瀬・前掲注193・399頁以下参照。

(287) 成瀬・前掲注258・1069頁注33参照。

(288) 田淵・前掲注195・53頁は、「証拠調べの必要性というあいまいな概念を用い、裁判所の視点から証拠調べの範囲を決定していくことは、刑事訴訟が職権主義に帰することを意味する上、結果的に被告人側の防御活動をより制約することになりかねない。証拠調べの必要性がないという理由で請求を却下する場合、その中身がより個別・具体化されるべき」と指摘する。

(289) もっとも、成瀬説における「要証事実の適切性」要件は、むしろ「立証趣旨の適切性」要件として理解されるべきであろう。なぜならば、要証事実とは、その証拠によって立証されるべき証明対象事実それ自体であり、事件との関連において、裁判所の立場から実質的かつ客観的に判断される事項と解されるからである（大久保隆志『刑事訴訟法』（新世社、2014年）261頁参照）。このことから、要証事実の位置付けについての不適切性はそもそも観念できない（「要証事実が不適切」という表現から連想されうるのは、①要証事実を定める実体法それ自体の不適切さ、ないしは、②要証事実の把握に関する裁判所の判断の不適切さであろうが、いずれの要素も証拠能力のカテゴリーで論じられるべき問題とは性質を異にする）。同要件で問題とされるべきはむしろ、「訴訟関係人によって主張された、証拠と証明すべき事実との関係（立証趣旨）が適切か」という問題であるように思われるのである（アメリカ証拠法における materiality 概念も、この趣旨である。GIANNELLI, *supra* note 194, at 112.）。刑訴法は、訴訟関係人による尋問や陳述が事件と関係ない事項

にわたるとき、裁判長がこれを制限できる旨を定めており(295条1項)、証拠調べ請求に際して、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示することが求められる(刑訴規則189条1項)。無用な概念の混乱を招かぬよう、この要件は「立証趣旨の適切性」へと修正されるべきであろう。

(290) アメリカ連邦法においては、1984年改正法の新しい責任無能力基準により、被告人の制御能力欠如に関するいかなる証拠も、適切性がない(immaterial)とされるようである。GIANNELLI, *supra* note 194, at 113.

(291) 廣瀬・前掲注17・168頁参照。

(292) 高橋・前掲注4・448頁、廣瀬・前掲注17・169頁参照。

#### 【付記】

本稿は、平成26年度科学研究費補助金(特別研究員奨励費:課題番号26・2485)による研究成果の一部である。