

民事訴訟における証明度論再考

客観的な事実認定をめぐる

田村陽子*

目次

- 第1章 はじめに 事実認定一般のメカニズム
- 第2章 証明度原則に関する議論
- 第3章 事実の証明のメカニズムと証明度規範
- 第4章 おわりに

第1章 はじめに 事実認定一般のメカニズム

一 問題意識

裁判が正しく行われるには、裁判官による法の適用が正しいことのみならず、その前提として事実認定が正しくなければならないことは改めて言うまでもない。

しかし、民事訴訟の事実認定を歪める要因の一つに、当事者から不適切な情報が供給されることが指摘されている。それが制度上許されてしまっている原因として、日本の民事裁判における事実認定が、弁論主義の下、当事者が収集・提出する各当事者に有利な訴訟資料に基本的に依拠していることが指摘されている¹⁾。

また、自由心証主義の下（民訴247条）、裁判官は、一般経験則を範とし

* たむら・ようこ 立命館大学准教授

1) 実質的な運用上の問題としては、 制度の不当利用、 訴訟代理人的役割の過剰適応、 特殊日本の法援随伴、 人格防衛、 自己の主張の完全性志向性などが挙げられている。加藤新太郎「民事訴訟における情報の歪みと是正」青山善充ほか編・石川明古稀『現代社会における民事手続法の展開（上）』（商事法務，2002）444頁。

ながらも、最終的には自由な心証に基づき事実認定を行うことが可能である。自由心証主義は、法定証拠主義の欠点を克服する現代裁判における重要な原則であり、この有用性は沿革的に広く認識されている。しかしながら、裁判件数増加の中で裁判官不足の問題があるとはいえ、裁判官が自由心証という裁量権に過度に依拠しているようなおそれがあるのであれば、一考に値しよう。理論的には、間接事実や直接事実の推論構造に従い客観的に事実認定がなされているように言われているものの、実際には、事件の「スジ」・「スワリ」²⁾といった事件の落ちつきどころ(結論)に着目して裁判がなされる場合があることも、裁判官自身によって自覚されているところである³⁾。

したがって、裁判における事実認定がより確実で安定したものになるよう、検討する余地があると思われる。そして、その方策としては、事実認定をより客観化する(適正化する)ことが考えられる。

二 事実認定一般のメカニズム

事実認定とは、証拠によって一定の事実を認定する場合の当事者による証明過程および裁判官などの判断者による推理作用(inference)を併せた手続過程のことである。通常、推理の形成は帰納的方式を採用すなわち、主要事実という証明命題が証明されたかを、審理過程を通じて

2) 「スジ」・「スワリ」という概念が曖昧でかつ論者によって意味するところが異なるが、事件の結論がどのようになるのが正義公平にかなうかという総合的な観点からの検証指針である点では、認識が共通しているようである(瀬本比呂志『民事訴訟実務と制度の焦点』(判例タイムズ社、2006)280頁以下など参照)。

3) 村松俊夫『民事裁判の理論と実務』(有信堂、1967)7頁以下。伊藤滋夫『事実認定の基礎』(有斐閣、1996)264頁は、「結論の妥当性を重視するあまり、その存在についての証明の程度が証明度に達していないと考えている事実について、その証明があったとして、何の説明もなく通常の事実認定という形で認定することについて、それほどの抵抗感を抱かなくなる危険がある」と述べておられる。また、結論の妥当性は、適切な法律構成を行うことで図るべきもので、裁判官の自由心証の枠内で、一般の経験則に反する事実認定を行うべきではないと主張される(同264頁以下)。

提出された証拠や間接事実により推理して検証する方式である⁴⁾。

ただし、この検証は容易ではない。主要事実が直接に証拠によって認定される場合もあるが、証拠によって間接事実が認定され、その間接事実から主要事実が推認されることも多く、またある間接事実から別の間接事実が認定され主要事実が推認されるというような場合もあり、さらにはその推認を妨げる間接事実が存在することもあり、実際はこれよりも一層複雑かと思われるが、「推認のベクトルが複雑に交錯」しているからである。事実認定は「この複雑なピラミッド型の重層的構造を読み解いて主要事実の存否について心証を形成していくプロセス」とも言われるゆえである⁵⁾。

そして、裁判上の証明においては、当事者による証明活動（proof）と裁判官による心証形成活動（persuasion）との2段階を経る。この両者が異なるものであることに注意が必要である⁶⁾。当事者による証明活動では、当事者および代理人弁護士は、「事件の当事者として予め知っている事実関係を前提として、当事者の立場から、どの証拠から、どの間接事実を立証し、どのような経験則による推論に基づいて、主要事実を立証していくかの計画を立て、これを実行していく」ことになる。

これに対し、裁判官は、手続のそれぞれの段階で、「既になされた主張、提出された書証、証言等を材料に、そこから認定できる範囲の間接事実を認定し、あるいは認定可能性のある間接事実を想定し、これを前提に、その段階で考えられる経験則を適用してみて、主要事実に向けて可能性のあるいくつかの推論を試み」、後から提出される証拠などにより修正を加えながら、最終的な事実認定に至る⁷⁾。

4) 田辺公二『事実認定の研究と訓練』（弘文堂、1965）11頁。

5) 垣内正「事実認定のプロセスについて」『民法学の軌跡と展望』（日本評論社、2002）564頁。

6) 田辺・前掲注(4)26頁以下。

7) ただし、もとより当事者が争わない主要事実には、弁論主義の下、証拠調べをせずに「確定」することはいうまでもない（伊藤（滋）・前掲注(3)127頁以下参照）。

この進行途中の事実認定過程について、「当事者と裁判所が認識を共有しつつ審理を進めること」が客観的な事実認定の担保となると言われている。すなわち、裁判所から当事者側に、裁判所の進行途中の事実認定（形成途上の暫定的心証）を知らせることも必要であると主張されている⁸⁾。なぜなら、争点整理手続は、裁判所と当事者のその時点における事実認定状態について認識を共有することが求められる場として存在しているとも言えるからである⁹⁾。

三 事実認定の客観化の方向性

このような推論構造をとる事実認定をより客観化する方策として2つの方向性が考えられる¹⁰⁾。すなわち、(1) 審理過程で提出される証明手段をより客観化すること、および(2) 証拠評価の過程をより客観化することである。

前者の証明手段の客観化については、例えば、統計学の活用や専門家の知見の活用などが挙げられる。後者は、さらに4つの場面に分けて検討することができる。

第1に、手続進行の場面での客観化の要請がある。例えば、当事者と裁判所が事実認定の認識を手続過程の途中においても共有することが要請される¹¹⁾。第2に、訴訟代理人に対する要請である。訴訟代理人は、適切な主張・立証活動を行い、裁判所と協調・対話すること、当事者の真実義務および真実義務を担保する弁護士倫理の実効性を確保することなどが要請される¹²⁾。第3に、裁判官に対する実践的な要請である。例えば、「仮説設定と仮説の検証」¹³⁾という帰納的および演繹的方法による事実

8) 垣内・前掲注(5)570頁以下。

9) 前掲575頁参照。

10) 田尾桃二＝加藤新太郎編著「第7章 座談会 民事事実認定の客観化と合理化」『民事事実認定』(判例タイムズ社、1999)189頁以下[三木浩一発言]。

11) 垣内・前掲注(5)570頁以下。

12) 加藤新太郎『弁護士役割論【新版】』(弘文堂、2000)271頁以下参照。

13) 村田涉「推認による事実認定例と問題点」判タ1213号43頁以下、46頁以下(2006)。

認定の『ダブル・チェック』¹⁴⁾、各裁判官による破棄判例を読む・先輩裁判官の経験談を聞く努力の推奨などである¹⁵⁾。に形式的な試みとして、図表あるいはチェック・リストの活用や、証明責任の分配原則に基づく証明の有無を判断することなども推奨されている¹⁶⁾。

第4に、訴訟制度への客観化の要請である。例えば、確率統計学・意思決定過程理論の活用による証拠評価の事後的検証の試みや、要証事実の証明のメカニズムの再検討および証明制度のバック・ボーンである証明度規範のあり方の見直しによる事実認定制度の客観化への試みが挙げられる。

本稿では、証明手段の客観化および証拠評価の客観化の試みとその有用性について、とりわけ後者の⁽²⁾裁判官による証拠評価・心証形成過程について検討したい。具体的には、証拠評価過程の中の第4の「訴訟制度への客観化の要請」のうちの、「証明のメカニズムを解明し証明度規範のあり方を見直す」ことを検討したい。事実認定にばらつきが生じることについては、限られた訴訟資料に基づき人間が裁判をする以上、やむを得ない面があることは否めない。しかし、それを克服する試みは、いまなお必要であると思われるからである。

第2章 証明度原則に関する議論

そもそも証明のメカニズムというものを改めて見直し、裁判官が事実の存否を「確信」するための過程というものを分析し、心証形成過程のあるべき手続段階をより実践的なものとして理論的に客観化することを検討したい。

結論としては、後述するように、当事者の証明活動段階と裁判官による

14) 吉川愼一「事実認定の構造と訴訟運営」自由と正義50巻9号65頁以下（1999）。

15) 田尾＝加藤編著・前掲注(10)14頁以下〔加藤新太郎発言〕。

16) 垣内・前掲注(5)573頁注(4)など参照。

心証形成段階とは明確に切り離し、かつ前者に主眼を置くべきであると解する。しかし、裁判官の主観的確信と当事者が証明した事実の蓋然性とを同義とする考え方もある¹⁷⁾ ようなので、注意を要する。

そして、ここでは前提問題として、以下の疑問を掲げたい。

「理論的に、すべての要証事実において「高度の蓋然性」が存在する必要があるか？」

「実際の事件でも、要証事実が高度に証明された場合にのみ権利が認められるべきか？」

以上の2つの問題意識を前提にしながら、民事訴訟における客観的な事実認定のために必要とされる証明度規範とは、どの程度であるべきか、といった点について以下で検討したい。

一 証明度学説

民事裁判の証明度原則については、大きく分けて2説ある。

1. 高度の蓋然性原則説(判例・多数説)

判例では、ルンバール事件判決¹⁸⁾ および長崎原爆訴訟判決¹⁹⁾ などにおいて、「高度の蓋然性」の証明および「通常人が疑を差し挟まない程度の真実性の確信」が一般に必要とされている。判例・多数説の採用する高度の蓋然性原則説は、その根拠として、一般に、実体的真実発見の要請、自力救済禁止による現状維持・現状保護の確保、公権力による強制的な権利実現の正当化根拠の3つを挙げる²⁰⁾。すなわち、「証拠の優越で事

17) 加藤新太郎『手続裁量論』(弘文堂、1996)132頁以下参照。

18) 「訴訟上の因果関係の立証は、1点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」といわれている(最二小判昭50・10・24民集29巻9号1417頁)。

19) 最三小判平12・7・18判時1724号29頁。

20) 加藤・前掲注(17)144頁、伊藤(滋)・前掲注(3)188頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)[補訂版]』(有斐閣、2006)41頁、田尾=加藤編著・前掲注(10)265頁[田尾桃二

実認定されてしまうということは、偶然の要素に左右されてしまう」、また「訴訟制度は自力救済を禁止していることから明らかなように、現状の保護を図ることに価値を置いている」ので、「現状を覆そうという主張をする者に対して、より大きな負担を課すことが、法的安定性の観点から有用」であり、さらに裁判は最終的には「公権力による強制的な権利実現」につながるので、「証明度として要求される蓋然性の程度は、基本的にはある程度高度なものでなければいけないという制度のしくみと考え方」に基づく、と言われる。そして、たとえ真実では請求が認容されるべきなのに棄却される判決が出る可能性が高まるが、刑事の無罪判決と同様、それはやむを得ないとの政策的判断に踏み切ることを示唆する²¹⁾。

他方で、高度の蓋然性説の多くの論者²²⁾ および判例の一部²³⁾ は、証明困難な事案では証明度軽減の例外を認める。例えば、 事実の証明が事

発言」など。なお、原則として高度の蓋然性が必要だが、それよりもさらに高度な蓋然性（明白かつ説得的照明）が必要な場合や証明度軽減が必要な場合も認めて、段階的な証明度があることをいうものとして、小林秀之『新証拠法 [第2版]』（弘文堂、2003）71頁以下、春日偉知郎『民事証拠法論』（商事法務、2009）234頁以下、松本博之『民事証拠法の領域における武器対等の原則』竹下守夫編代『講座新民事訴訟法（2）』（弘文堂、1999）1頁、23頁などがある。

- 21) 田尾＝加藤編著「第1章 対談 民事事実認定論の展望 解題をかねて」前掲注(10)書17頁 [加藤新太郎発言] 参照。
- 22) 例えば、加藤・前掲注(17)159頁など。
- 23) 大学教授が出張先のホテルで女性研究補助員に対して強制わいせつ行為をしたか否かが争われた事件の判決（仙台高裁秋田支判平10・12・10判時1681号112頁、判タ1046号191頁）では、密室事件で目撃者もなく当事者の供述のみが重要証拠であったところ、当該控訴審は、原告の供述と被告の供述の信用性を比較検討し、原告の供述にはそれなりに信用性を具備する特徴があり、事後において事件の実在を窺わせるような間接証拠も存在すると認められるなどの理由を挙げ、「証拠の優勢を吟味する観点では」原告の供述の方が信用性が高いといわざるを得ず、他に事件を客観的に明らかにするような証拠がない以上、原告の供述を採用するほかなく、これによれば、事件の内容は、原告の供述のとおりであったと認定するのが相当であると判断した。このように、客観的な証拠が不十分な事件では、「証拠の優越」原則を適用した判例も登場している点は興味深い。判例の具体的な評釈については、拙稿『『証拠の優越』原則による事実認定 秋田県立短期大学事件・仙台高裁秋田支判平成10年12月10日』山形大学法政論叢32号41頁以下（2004）などがある。

柄の性質上困難であること(必要性・相当性)、証明困難である結果、実体法の規範目的・趣旨に照らして著しい不正義が生じること(必要性・補充性)、原則的証明度と等価値の立証が可能な代替手段を想定することができないこと(補充性)、という3要件の下で政策的に証明度の引き下げを肯定する。ただし、証明度軽減の許容の下限は、原則として証拠の優越レベルであるとする。

2. 証拠の優越原則(多段階証明度)説

証拠の優越原則説は、一般に多段階の証明度を認めるが、原則としては証拠の優越で足りるとする説である²⁴⁾。

その根拠として近時の説は、基本的に誤判費用最小化モデルを採用する。これは、誤った裁判に生じる費用を最小化するという見地から、確率論の公式を活用し、「 $P_{\min}(\text{証明あり}) > 1/1 + D_o/D_i$ 」という式に基づいて検討する。そして、民事・刑事ともに、以下のように誤判の費用を比較するのである。

刑事： D_o = 真犯人の被告人を無罪にする損失効用， D_i = 無実の被告人を有罪にする損失効用

民事： D_o = 有責の被告を無答責にする損失効用， D_i = 無答責の被告を有責にする損失効用

この考え方はすなわち、誤った事実認定には社会的費用が発生するとし、その費用としては、第1には、誤判によって敗訴した原告ないし被告人に生じる費用が上げられるが、それ以外に、その周囲の者にも費用が生じるし、法の実現が阻害されたという意味では広く社会にも費用が生じることを前

24) 太田勝造『社会科学の理論とモデル7 法律』(東京大学出版会, 2000)92頁以下, 遠藤直哉『ロースクール教育論』(信山社, 2000)77頁以下など。なお、伊藤眞教授は、高度の蓋然性説を批判され優越的蓋然性説を唱えられておられるが、その蓋然性の程度については、証拠の優越よりも若干高い優越的蓋然性(60%ないし70%以上)が必要とされるようである(伊藤眞「証明度をめぐる諸問題 手続的正義と実体的真実の調和を求めて」判タ1098号4頁以下(2002))。

提とする。その上で、誤判による期待損失を最小化することが合理的な法律制度設計である（社会的期待損失最小化原理）とし、ベイズの定理を用いて「真の認定」と「偽の認定」の分岐点（証明度 λ ）を決定する。

このような考え方は、単に社会的に望ましいだけでなく、当事者間の利害の公平な調整にも資すると解するのである。というのも、誤判の社会的費用の主要部分が原告と被告の負担する私的費用である場合には、心証度が証明度と一致するときに、原告側の誤判の費用と被告側の誤判の費用とのバランスが取れるからである²⁵⁾。

また、一つの「権利」の成否を決定する複数の法律要件は、それぞれ法律要件ごとに誤判のもたらす社会的影響や状況は異なりうることを理由に、誤判の社会的リスクの比較による証明度決定問題はそれぞれの法律要件ごとに別問題であるとする。それゆえ、法律効果ごとあるいは法律要件ごとに証明度決定問題を設定して、それぞれの証明度をベイズ理論により法律問題として、規範目的と具体的正義に基づき個別に解する。このような合理的な証明度決定方式を採用すれば、現在の民事訴訟法学の主流である「すべての法律要件について原則として一律の証明度」というドグマは克服されて、個々の法律効果あるいは法律要件ごとの証明度が、柔軟にかつ社会的に適正に定められることになるという。そして、その結果として、多くの場合に証明度は「モア・ザン・ハーフ」すなわち「証拠の優越」の程度となるであろうと述べる²⁶⁾。

したがって、民事訴訟では、基本的には当事者が対等であるので、損失効用も元来同等であり、 $D_o = D_i$ と考えられるため、「 $P > 50\%$ （証拠の優越）」が証明度原則となると主張するのである。

25) 太田・前掲注(24)92頁参照。

26) 前掲96頁以下参照。

二 原則的証明度論の検討

1. 高度の蓋然性説から証拠の優越説への批判と反論

高度の蓋然性説から証拠の優越説への批判として、50%と51%の境界をどこに引くか疑問である、事実認定が偶然の要素により左右される危険があり、かえって不公平になる、請求権基礎の著しい拡大をもたらず、証明責任法則を不要にする、などが言われる²⁷⁾。

これに対する証拠の優越説からの反論としては、²⁷⁾ に対しては、境界の問題は、高度の蓋然性説を採ろうとも、同様の問題が生じることが挙げられる。例えば80%以上の蓋然性が必要であるとしたところで、79%と80%との境界をどこに引くかは同様に疑問となりうるということである。

逆に、高度の蓋然性説において、「高度」の基準自体が定まっていない点²⁸⁾が、反批判として挙げられる。高度の蓋然性説の論者によって、70%以上を唱える者、75%以上を主張する者、あるいは80%以上とする者がいるのである²⁸⁾。したがって、「高度の蓋然性」とはどのような程度かにつき、そもそも「一枚岩」の見解ではないため、70%以上を意味するのがあるいは80%以上かにつき、まずは様々な見解を統一する必要がある点で、基準として不明確であると反対に批判しうる。

また、高度の蓋然性説は、このように自らの見解を統一できていない点で、そもそも証明度の客観的「基準」として成立すらしていないとも反批判しうるかもしれない。

しかも、たとえ、高度の蓋然性は75%以上であると折衷的に統一したところで、それらの程度がどの程度なのかは、証拠の優越原則のように単純に両者を比べるような「より確からしい (more likely than not)」基準で

27) 春日・前掲注(20)242頁、松本博之=上野恭男『民事訴訟法[第5版]』(弘文堂、2008)385頁。

28) 例えば、「高度」の蓋然性につき、「80%若しくは70%」という曖昧な表現を採るものとして、伊藤(滋)・前掲注(3)164頁・172頁、丹野達「民事訴訟における弁論の機能 主要事実と間接事実をめぐって」法曹時報45巻1号25頁注(38)(1993)、船越隆司『実定法秩序と証明責任』(尚学社、1996)12頁以下などがある。

判断するよりも、頃合いを計ることが難しく、判断基準として、この点でも不明確であるとの反批判が可能なのである。

に対しては、偶然の要素を廃するためには、事案の解明度を高めて確実な証拠から事実を固めていけば問題がないことが反論として言える。また、高度の蓋然性説にしても、例えば79%の証明しかできなかったかあるいは80%の証明ができたかについても、事件ごとの偶然の要素は関わりうる可以说える。さらに、高度の蓋然性説は、前述したように程度を計るのが難しい基準であるので、裁判官によって、ある事実の蓋然性につき何をもって80%以上と判断するか否かにつき幅が生じ、判断がまちまちになるおそれがあり、裁判官の心証の程度によって偶然の要素が関わりやすくなる点が、かえって問題であると指摘できよう。

の証拠の優越説によると請求権基礎の著しい拡大をもたらすという批判に対しては、従来からの判例実務に鑑みても、本当に請求権基礎に「不当な」かつ「著しい」拡大が生じるかについては、実質的根拠が明らかではないと反論する。また、絶対的に証拠が不足する事件では、高度の蓋然性説に基づくと原告が救済されなくなることの不都合性の方が問題であったのであり、救われるべき事件が救われるようになることについては、逆に望ましいのではないかと反論が挙げられる。さらに、高度の蓋然性説は、証明責任を負う側に一方的な証明負担を課すものであり、当事者間の不公平を前提にしているのであるから、対等な私人間の訴訟である民事訴訟の原理に、そもそも反している点でよほど問題が大きいとも言える。

の証明責任法則を不要にするとの批判に対しては、証拠の優越原則によると、証明責任法則を不要にするどころか、審理中における両当事者に対する主観的証明責任の役割が増えることが指摘できる。さらに、両当事者がより能動的な訴訟活動を要求されるがゆえに、事案の解明度が上がり、事実が真偽不明になる状態をむしろ事前に回避できる可能性が高まるなど、審理過程での証明責任の全体的な役割の重要性が、増すことが挙げられる。

2. 証拠の優越説から高度の蓋然性説への批判とその妥当性

証拠の優越説から高度の蓋然性説への批判としては、第1に、現状保護という政策判断を、客観的であるべき真実発見の場面に入れることの不当性が挙げられる。たしかに民事訴訟においては、処分権主義および弁論主義という当事者自治によるフィルターがかかるが、当事者が主張・立証を尽くした末の最終審理過程においてなお当事者が争っている事実については、証拠や間接事実に基づき客観的に真実を発見して事実認定を行うべき場面である。

したがって、裁判所に対し、まさに客観的・中立的な判断をお願いすべき「最後」の審理段階たる証拠評価の場面において、自力救済禁止による「現状保護」という政策的判断（濫訴防止的観点）を証明度規範に加味して、片方の当事者の証明責任の負担を一方的に重くすることへの根本的な疑問が挙げられる。

元来、この「現状保護」による「濫訴防止」というような政策的観点の訴訟制度への反映は、訴訟の「開始」段階すなわち訴訟の「入口」の段階で行うべきものである。例えば、法律状態の現状保護を図るべく濫訴を防止するためには、会社関係訴訟などで典型とされるように、不正目的での訴えを却下する制度を導入したり原告に高額な担保金を課したりする（例えば、会社法847条1項ただし書・7項参照）はずである。

また、とりわけ日本では、証拠の優越原則を採るアメリカと比較しても²⁹⁾、訴訟費用が低額で一律であるアメリカと異なり、印紙代が訴額に応じて高くなること、弁護士費用は訴訟の勝敗に拘らず基本的に各当事者が負担する制度となっていることの補完としての高額の成功報酬（contingent fee）制度などが認められていないこと、訴訟提起の前後を通じて当事者の証拠収集手段が限定されていること、などにより、濫訴を防ぐにはすでに十分過ぎる制度がそろっており、日本ではむしろ正当な

29) See e.g., Yoko Tamura = Kyoko Ishida 「Chap. 4 Commercial Litigation・Arbitration」 Luke Nottage ed., 1 Business Law in Japan (2008) p. 321-347.

訴訟を行うインセンティブすら、これらにより阻害されているのではないかとの疑念が生じるほどである。

一般に、国民が裁判を躊躇するのは、訴訟費用や弁護士費用の高さ、裁判官の数の少なさや裁判が身近なものではないことなどが理由とされており、そのような議論には、証明度の高さの問題は入っていないのである³⁰⁾。

したがって、証明度を高く設定すれば、無駄な訴訟や濫訴が防止できるという関連性はそもそもないと言えよう。

第2に、現状保護というときの「現状」の意義についても高度の蓋然性説の捉え方には、問題があるように思われる。そもそも「現状」をどのように捉えるかによって、「現状保護」の意味するところが大きく異なってくると思われるからである。

実体法上の時効制度においても、「現状保護」という概念が掲げられているが、ここでは、「長期」の違法状態放置の後では、長期に渡って権利を放っておきながら、かなり後になって今さら権利を行使して訴訟に踏み込むことの方が、「今日の社会的平穏」に対してむしろ「害」であるといった観点から、その長らく続いてきた違法状態の方が「平穏な」現状であるとして保護し、権利の上に眠っていた者を保護しないとする趣旨である。

それゆえ、時効制度における現状保護の意義と、事件が起きた「直後」に当事者がまさに事件を争って訴訟を行っているような、「社会的不穏」な現状の中で、訴訟法上の証明度のあり方を考える際の、「現状保護」の意義の捉え方は当然異なってくるはずである。

例えば、本来健康な状態であったのに運転不注意な車にひかれてけがをした者が、治療費等の弁償問題で当該運転手と争いになり、直ちに裁判所に不法行為に基づく損害賠償請求を提起しているのであれば、ここでいう保護すべき「平穏な」「状態」は、むしろけがをする前の五体満足な健康

30) 例えば、田宮裕「第13章 日本人と裁判所 法意識」『日本の裁判 [第2版]』（弘文堂、1995）198頁以下参照。

状態を指すと解するほうが妥当に思われるからである。

すなわち、事故の直後においては、道路周辺も破損し近所の住民や道路利用者にも影響が生じていることすらありえ、当事者間のみならず社会全体も落ち着いておらず、しばらくの間(法擬制的な基準としては消滅時効が定める期間となろうか)は、社会も「平穏化していない」ため、ここで現状保護は、事故発生前の「平穏な」現状すなわち「原状への復帰」の保護を意味すると解するのが、当事者の実体法上の権利保護の見地からも、素直である。

あるいは、客観的に違法な事態が生じた直後の現状をそもそも保護する必要があるのか、との疑問を端的に述べるべきかもしれない³¹⁾。

時効制度における違法状態の現状保護は、時が流れてしまって、現在の社会的平穏を維持するには、過去からの違法状態を容認する方がかえって妥当になってしまったという、特殊な事情における例外的制度であることに留意すべきなのである。

通常の訴訟においては、一般に時効成立前の事件であり、社会的平穏が違法状態により破られて落ち着いていないままであろうから、「現状保護」の意義は、「社会的平穏」の観点からは、「違法状態の保護」ではなく、当然ながら、本来の「違法状態からの回復」としてむしろ「原状」保護の趣旨として捉えるべきことになるはずである。高度の蓋然性説は、通常の訴訟においても、現状保護として事件直後の「違法状態」の保護の方に重きを置いている点で妥当ではないと思われる。

したがって、「現状保護」の趣旨を、「裁判を提起し争う者は、妥当な訴えである旨をまずはある程度証明するべきである」という「濫訴防止」の意義に読み替えるのであれば、なお趣旨について妥当と考える余地があり

31) 加藤新太郎ほか「座談会 民事訴訟における証明度」判タ1086号17頁(2002)[山本和彦発言]も、「非常に実質的に考えれば、例えば車で引かれて事故に遭ったというのは、むしろ原告側が現状を変更されてしまった」という見方もできるのではないかと、また「必ずしも現状を変更するから高度の蓋然性が必要なのだということは、一般的には言えない」とのではないかとこの疑問を述べておられ、同旨と思われる。

うると思われるが、そうだとすると、次にそのような「濫訴防止」という政策的観点を、証明度という訴訟審理の最終場面での客観的な真実発見の場面に反映させることに対する疑問が生じることは、第1の批判ですでに述べたところである。

第3に、民事裁判では、原則として当事者は対等であることから、事実認定においても当事者間の平等・公平を目指すべきことが指摘されよう。たしかに、審理途中の証拠収集の場面に関しては当事者の武器平等原則が言われるものの、他方で、証拠評価の最終場面では、片方の当事者に高度の蓋然性という一方的な証明負担を加えて何も問題がないとするのは、疑問である。

このように日本では必要とされる証明度が高いゆえに、証明責任の分配がどちらの当事者にあるかが非常に重要な問題となってしまうしており、「証明責任の分配に重みがかかりすぎている」点も批判されている³²⁾。客観的証明責任で訴訟の勝敗を決する必要のないよう、訴訟の過程でなるべく客観的な証拠を固めて事案の解明を図るのが先決と思われるからである。

さらに、日本の民事訴訟では当事者の証拠収集手段が非常に限られていることから、日本で一方当事者に高度な証明責任を課すことになると、要証事実の証明ができずに敗訴せざるを得ないような状況がより一層生じうることになるが、それでは手続的正義（due process）³³⁾にも反することになると思われる。

刑事訴訟では検察官が証明責任を一方的に負うが、これは国家機関として強大な捜査能力・捜査権限が与えられているからであるところ、民事訴訟では、私人間の争いが原則である以上、片方の当事者が一方的な証明負担を負うことになるのは妥当ではない³⁴⁾。

32) 伊藤・前掲注(24)8頁。

33) 手続的正義は、刑事ではとりわけ違法収集証拠排除法則や証言拒絶権の場面で問題となるが、民事でも手続の公平・適正の要請としての手続的正義は実体的正義と共に重要である（小林・前掲注(20)10頁参照）。

34) 伊藤・前掲注(24)12頁。

また、刑事事件では国家機関たる検察官との関係で被告人の人権保障が一方的に重要な問題となるが、民事事件では、憲法上の人権保障の要請は、「両当事者共に平等」な裁判を受ける権利として問題になりえ、憲法上の手続的正義の要請は「両当事者」に「平等」に係るはずであると言える。

第4に、高度の蓋然性説の多くの論者は、例外としながらも、個別の事件ごと(ad hoc)に、証明困難などの具体的事情に基づいて、裁判官の個別裁量で証明度の引き下げを認めるが、だとすると、ある事件では争点事実の証明が困難という政策的判断がなされることにより、証明度が突如軽減されて、証明責任を負わない側が当該事件で不利に事実認定されてしまうおそれがあり、それは、かえって法的安定性を欠くことになるのではないかと批判されよう。また、そもそも証明度について裁判官の個別裁量を認めることは、事実認定を安定的で客観的にするために存在すべき証明度の規範的役割に反するのではないかと、との批判が挙げられる。

すなわち、訴訟上の証明度は、いわば裁判官の事実認定を制御するための鎖のようなもの」と言えるが、裁判官が裁量によって個別事件ごとに自分で証明度を変更できるとするならば、「鎖に縛られている者自身が鎖の長さを変更できる」ことになってしまうのである。これでは、証明度原則が裁判規範として機能しなくなるという批判である。

第5に、高度の蓋然性説の多くの論者はまた、証明度を高度に設定しつつも、結局、情報格差のある訴訟類型については、例外的に当事者間の公平を根拠に持ち出して、証明責任を負う当事者の証明負担軽減を図るべく、相手方当事者にも「事案解明義務」を負わせるなど、証明責任負担についての修正を認めるが³⁵⁾、しかしながら、事実認定過程を含めた訴訟のすべての場面において、当事者間の公平原則は貫かれるべきであり、証明度規

35) 例えば、事案解明義務の必要性を説くものとして、春日偉知郎『民事証拠法論』(商事法務, 2009) 242頁以下。環境・公害事件および医療事件などで例外的に証明度の引き下げを認めるものとして、松本=上野・前掲注(27)387頁以下, 加藤・前掲注(17)144頁以下など。

範においても、当事者の公平原則が議論の出発点になるべきであると批判されうる。

したがって、証明度規範について、濫訴防止のための現状保護といった政策的な見地を加味せず、客観的な真実発見のため、当事者間の公平原則に立ち返って誤判費用の平等化を図るのが適切であり、それゆえ、「証拠の優越」が原則論として妥当すべきではないかと思われるのである³⁶⁾。

第3章 事実の証明のメカニズムと証明度規範

本章では、前章で行った個別具体的な証明度規範の検討を念頭におきつつも、審理過程すべてを通じた事実の証明のメカニズム全体との関連で、証明度規範の意義と役割につき検討したい。その前提として、裁判の全体構造における事実認定の位置づけをまず行うことにする。

一 裁判の全体構造における事実認定の位置づけ

本来、裁判の局面は大きく 事実認定の側面と 法の適用の側面に分かれるが、 事実認定の構造は、間接事実や直接証拠による推論構造に基づいて要件事実の存否の判断がなされ、その上で、 要件事実の有無に基づき該当する法規が適用されるか否かが決まり、当該事件についての判断が下されるというのが、理論上の裁判過程とされている。

しかしながら実際の裁判では、裁判官は、どちらの当事者の主張が正しいかという見地から、最終的な事実認定の総合判断および権利の比較衡量

36) なお、一私人が大企業を訴えるようなそもそも当事者の力関係の平等が崩れているような場合には、社会的地位の不平等が訴訟の背景にあるので、政策的に推定規定を設けるなどにより、証明度規範を例外的に変更することが認められるべきである。民法709条の不法行為訴訟では被害者原告に証明責任が原則あるとしても、現代型不法行為訴訟については、特別法（製造物責任法など）で推定規定を定めるあるいは事実上の推定理論などにより、さらに「証拠の優越」以下に証明度を下げる（証明責任の転換に至る）ことも認められるべきである。

を行っているように見受けられるのである。すなわち、裁判を行う裁判官の根本的な意識としては、中立的な立場から事件の是非を判断し、最終的には民事ではどちらの当事者がより正しいかという見地から、刑事では有罪か有罪ではないかという見地から比較衡量を行っている³⁷⁾と考えられるからである。

すなわち、裁判とは、司法・正義(justice)の女神「ユスティティア」像が持っている「天秤」のように、正義の天秤の各皿に、各当事者が自己に有利な個々の証拠(分銅)を法廷に出していく(秤に載せていく)活動により、裁判所が、最終的にどちらの当事者に優越的な権利(事実の総合的判断)が存すると認められるかを判断する過程と観念される。

民事事件であれば、当事者は対等であるのが原則であるので、あたかも分銅(負荷)が何も載っていない同じお皿を天秤の両端に用意して裁判を開始するようなイメージになるが、これが刑事事件であれば、「疑わしきは被告人の利益に(in dubio pro reo)」の原則に従い、被告人の側の天秤皿に「無罪推定」の大きな分銅が最初から載っていて(政策的見地からの負荷)、被告人の側に有利に傾いているところから裁判がスタートすることになる。

刑事事件では、政策的に重い証明度を背負う検察側は、法廷において、当該事件の時・場所・方法等につき、詳細な事実をどんどん積み上げて有罪の皿を重くしていかなければならないのである。そして、はっきりと天秤が有罪の側に傾く状態になれば、「合理的な疑いを超える証明」に至ったことになる。

また他方で、裁判官の事実認定における確信の程度を数値で表そうとすると、例えば甲事件では60%あるいは乙事件では80%の確信が得られたという表現を採りうるが、これはあくまで自由心証の枠内の問題であり、個々の要件事実というよりも、事実認定全体の秤の目盛りの読み方につい

37) 廣田尚久「裁判官の心証形成と心証の開示」『吉村徳重古稀・弁論と証拠調べの理論と実践』(法律文化社、2000)443頁は、「権利の優越」の比較衡量であるとする。

て、裁判官の自信がどの程度あったかという問題にすぎない点に注意が必要である。客観的証明度と主観的な心証度との関係を、「野球で5対3で勝ったチームの勝利投手が、今日の場合は『80点』だと言うのと同じ」³⁸⁾であるといった説明があるが、本来、裁判官の判断に対する自信の程度は、客観的な事実認定の外にあるべきものと言えよう。

したがって、裁判官の心証の程度を表す数字は、裁判官の内心の自信の程度をイメージした、判断自体に直結すべきではない（観念的なものにすぎない）と考えるべきである。

なお附言すると、たしかに、民事事件における損害額の認定（民訴248条）といった場面では、裁判官の主観が客観的な金額評価に関連しうるものの、そもそも金額評価は法的評価であって事実認定ではないのではないかという疑問もあり、これは判断不能回避のための特殊例外的な政策的制度であって、やはり裁判官の主観というものは、事実認定の判断自体に直接関与すべきではないだろう。

この点からも、争いある事実についての判断は、なるべく客観的に行うべきであることが言えよう。

二 証明のメカニズムと民事訴訟における証明度規範原則

(1) 証明度に関する概念の整理

事実認定をなるべく客観化すべきであることは良いとして、そのためには、証明のメカニズムを客観的に捉えることが必要となる。その観点から、証明のメカニズムにおける「証明度」の位置づけを検討しておきたい。

第1に、証明のメカニズムを解明するために、事実の証明に関する概念というものを、「解明度」³⁹⁾「心解度」「証明度」「心証度」という、4つの概念段階に細かく分けて考えるべきだと思われる。

第2に、中でも審理の最終場面での証明の有無に関する「証明度」

38) 前掲443頁。

39) 太田勝造『裁判における証明論の基礎』（弘文堂、1982）105頁以下。

は事実認定を決する重要な概念と捉えるべきだと考える。裁判官の「心証度」は、あくまで裁判官の主観的確信（事実認定についての自信の程度）に関するにすぎないと考える（太田説は証明度と心証度を同概念としているが、私見は理論上区別する）。

第3に、「解明度」と「心証度」とは、審理過程での証明活動の結果・成果という客観的な側面と、それを受けて判断した裁判官側の自信の程度という主観的な側面とに分かれると解する。事実の「解明度」とは、新たな証拠によってそれまでの証拠調べの結果が覆されるおそれが少ないことをいい、「審理結果の確実性」とも言い換えられるが、最終的な審理をするのに熟した状態を表すとする⁴⁰⁾。

ただし、前提問題として、そもそも解明度（審理実施必要度）という概念は必要かという疑問もありうる。しかしながら、解明度とは、広義では、法律構成・事実主張・証拠調べの各段階で、訴訟に必要な時間・費用と紛争の重大性との比較考量により決まる事案の解明に必要な程度のことを指すが、狭義では、それ以降に他の証拠が出てきても、結論が覆らない程度に、事案が解明される状態に至る程度のことを指すと考えられており、審理の途中過程と証拠評価の場面を分けるために、解明度という概念が必要と解する⁴¹⁾。

なお、例えば、三木教授は、実際問題として裁判ですべての証拠を調べきれないという現実に基づいて、解明度や心証度に「信頼度」を結びつけてこれを含めた証明度を考えておられる⁴²⁾。また、倉田元判事は、解明度（尽証度）という概念が証明度とは別に必要であるとし、かつ解明度（尽

40) 前掲105頁以下。

41) 解明度は、疎明と証明とを区別する基準としても重要である。疎明は、証拠方法が即時に取り調べられる在廷証人や当事者所持文書に限られる（民訴188条）ので、解明度が低くてよいが、証明については、証拠方法にこのような限定はない（伊藤眞「法学講演 証明、証明度および証明責任」法教254号40頁以下（2001）参照）。

42) 三木浩一「確率的証明と訴訟上の心証形成」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集慶應法学会篇』（慶應通信株式会社，1990）676頁以下。

証度）に応じて証明度が60%程度まで下がって良いとまでされる⁴³⁾。これらの見解にも現れているように、裁判ではすべての証拠を調べきれないところで最終的な判断を下さなければならないという現実の状況に鑑みると、最終的な証拠評価に至るためのチェック段階として、解明度といった概念が必要であると思われる。

第4に、従来の通説は、証明度に高度の蓋然性が必要であると解しているが、高い程度が必要なのは証明度ではなく、むしろ解明度であると考えべきである。

そもそも主観的証明責任（証拠提出責任ともいう）は、客観的証明責任を反映するものであるが、最終的な証明には証拠の優越で足りるとすると、証拠の提出責任も両当事者が平等に負うことになり、相手方より少しでも有利な証拠を出す責任を負うことになる。したがって、両者の証明活動が積極的になる結果、審理における事案の解明度が審理過程を経るにつれ高くなり、事案の解明に充分になる（例えば民事訴訟では、世の中に存在するおよそ70%～80%の証拠が観念的に提出されたような状態になると、裁判をするに機が十分に熟したと原則的に言える）まで、両当事者が証拠提出責任を果たす必要があることになると解するのである⁴⁴⁾。

ただし、解明度（審理実施必要度）は事案ごとに必要な時間・費用と紛争の重大性との比較考量により決まるのであり、具体的には、「重大な事件の場合に、より慎重に審理をする必要がある」ことになるが、そうではない事件の場合には、費用対効果の観点から合理的な範囲で審理を実施すればよいことになろう⁴⁵⁾。

問題は、例えばいじめやハラスメント関連の事件である。これらの事件は、密室で目撃者も少ないところで生じることが多いため、証拠方法とし

43) 倉田卓次「民事実認定と裁判官の心証」判タ1076号20頁以下（2002）。

44) 新堂幸司『新民事訴訟法【第4版】』（弘文堂、2008）501頁は、「証明点基準領域」というような概念で説明されている。

45) 伊藤（滋夫）・前掲注(3)165頁以下。

ては当事者の供述証拠しかなく、証拠の存在・提出がそれ以上期待できず、事案の解明度が高まりえない場合があることである⁴⁶⁾。これらの事件は、生死や人生を左右する結果を伴う重大な事件ではあるが、世の中に存在しうる客観的証拠の範囲の限界に鑑み、当事者の供述証拠程度でも、世の中に存在しうる一般的な証拠が出そろった、すなわち解明度が尽くされたということにならざるを得ないことになる⁴⁷⁾。

(2) 事実認定の審理過程と証明度との関係

以上の証明に関する概念整理を基に、事実認定に至る審理過程をまとめると以下ようになる。

すなわち、第1に、審理の過程を通じて法廷に提出される証拠の客観的な質・量がともに高まることにより事案の解明度が高まり、当該事件に関してこの世の中にある証拠が一定程度出そろった状態になると、裁判官は法廷に提出された証拠で事実の判断できるに至るようになり、最終的な事実の存否の判断（証明の有無の判断）に踏み込めることになる。したがって、「審理をするに機が熟した」（民訴243条1項）ことになる。

その上で第2に、裁判官は、両当事者の提出した証拠を基に、自由心証主義の下、総合的に評価することになるが、当事者間の公平の見地から「証拠の優越」原則に基づいて主要事実群の証明の程度を判断し、事実を主張する一方当事者の証拠の相対的総合量が、それを争う相手方当事者の証拠の総合量に優越する状態になっているならば、当該事実の証明度が満たされたということになるので、その優越する側の主張する事実を認める

46) 解明度は、情報価値のある証拠が出尽くした程度（尽証度）とは異なる点に留意されたい（太田・前掲注(24)105頁参照）。

47) 加藤裁判官は、判事補になった直後の初任の時期に刑事訴訟を担当され、その後、民事訴訟を担当するようになって、「記録を読むと全部棄却だな」という印象を持ったが、民事訴訟では、「出ている証拠でどこら辺まで推論をして、立証命題が立証できるか見なければいけない」、「証拠を獲得できる現実的可能性というものにも目配りしながら心証を形勢していくべきだ」と考えたときに、全部棄却と見るのはおかしいと気がついた、との経緯を述べておられる（加藤ほか・前掲注(31)13頁〔加藤新太郎発言〕参照）。

表：《民事の証明をめぐる概念の整理（証明の段階構造）》

	審理の途中過程 (証拠提出の場面)	審理の最終段階 (説得の場面)
根拠条文	「裁判をするのに熟した」か否かの判断（243条1項）	「事実についての主張を真実と認める」か否かの判断（247条）
証拠の総合力 (客観面)	『解明度』（争点事実の証拠の質・量の充実度。）	『証明度』（証拠評価に必要な証拠の総合力の程度。経験則も含む。）
	必要な程度は事案によるが、解明度が高まるよう当事者が尽力すべき。裁判所も積極的な心証開示・釈明を行うべき。	（私見）多段階的証明度を認める。原則は当事者対等より「証拠の優越」。例外的証明度は、実体法で個別に立法。
裁判官の内心 (主観面)	『心解度』（解明度が高まったことへの確信の程度）	『心証度』（事実の蓋然性があることへの確信の程度）
	解明度の主観的評価	証明度の主観的評価
証明負担軽減 (例)	証拠収集制度の拡充，科学的証拠の発展	証明度の軽減，証明責任の転換，証明妨害

ことになる。すなわち、「事実についての主張を真実と認める」（民訴247条）ことになる。

なお、その優越性の判断につき裁判官は確信（心証度）⁴⁸⁾をも得ることになるが、「心証度」は、客観的な事実認定には本質的に必要なものと解すべきではない。というのも、裁判官の事実認定に関する自信の程度は、個々の裁判官の実務経験のあり方や年数が異なる以上、当然まちまちであ

48) 「確信」の意義については、太田教授が4つの意義に分けて分析されている。高度の証明主題の蓋然性、高度の審理結果の確実性（高度の解明度）、法的考慮による証明度の変動、主観的心理的ないし情緒的非合理的な状態、の4つである（太田・前掲注(39)113頁）。その上で、「確信」概念はかくも多義的で曖昧であるから用いるべきではないと主張される（同118頁）。私見で言う証明における「確信」は、端的に裁判官の主観的心理的な判断をする状態を意味する。なお、裁判官の主観的内心状態における確信は、太田説の分類の に近いことになるが、私見は非合理的な状態とまで表現することには躊躇を覚える（「客観的＝合理的」の対置概念としては「主観的＝非合理的」となるのであろうが）。

る可能性が高く、また前述の例でも示したように、そのような直感的なところに客観的であるべき事実認定を寄らしめる必要はないし、寄らしめるべきではないからである。長年民事事件を担当してきたベテラン裁判官と、初めて民事事件を担当する若手の裁判官とでは、事実認定に関する実務経験の質量は大いに異なることであろうから、同じ事件を担当して同じ判断にいたったとしても、それぞれの判断に対する確信の程度は異なろう。また同じ裁判官が、同じような事件を判断する際の自信の程度ですら、裁判官に成り立ての頃と長年の経験を経た後とでは、かなり異なっていると言えよう。

また、解明度に対する「心解度」も、事件を担当した裁判官が、当該事件の解明度が十分か否かを判断したことについての主観的内心の自信の程度にすぎないと解するので、客観的な事実認定には本質的に必要なものではないことは同様である。「心解度」や「心証度」という概念を持ち出しているのは、事実認定の主観的側面と客観的側面を分けて、いったん概念整理を行うためである。客観的な事実認定の問題に、裁判官の内心という主観的な要素を、基本的に関連させるべきではないということ、あえて強調するために、このような概念を立てている点に留意されたい。

裁判官の高度の自信を示す「確信」という内心的な概念に着目すると、個々の裁判官により事実認定がぶれやすくなる上、例えば、経験の浅い裁判官は、経験に裏打ちされた自信を持っていないゆえに（極論を言えば安易に事実認定したと評価されたくないゆえに）、厳しい事実認定を行ってしまうおそれがあるのではないかと、との疑念も生じるのである。

しかも、そのような裁判官の内心はブラック・ボックスであって、外部からは基本的には知りえない不透明な状態である。それを客観的にそもそも計量することは困難なのであって⁴⁹⁾、70%～80%以上の確信などと表現

49) なお、ドイツの Gottwald 教授は、裁判官の内心を数値で計量するのは意味がないとの前提に立った上で、イギリスの判例状況を検討し、ドイツの高度の蓋然性説とイギリスの証拠の優越説との差は、実は「言葉の問題（eine Frage des Sprachgebrauchs: a matter of

したところで、事後的に客観的に追証できないものである。このような不安定な事実認定が発生してしまうという事態を避けるべく、裁判官の内的で主観的な確信に頼るべきではないのである。

さらに、従来、証明度については、一直線の図で0%～100%の計量の形で表す考えがほとんどであった⁵⁰⁾が、このような考え方についても注意が必要と思われる。

たしかに1つ1つの要証事実に対する最終的な蓋然性の判定評価はそのように表せるとは思われるが、それは、1つ1つの要件事実の蓋然性を総合した、最終命題の権利の存否の判断に関する、最終的な事実認定の評価の状態を表してはいないからである。

例えば、要件事実論などにおける実務家の考え方によると、要件事実を総合的に全体として捉え、どちらの当事者の主張がより妥当かという観点も加えて、事件全体の「スジ」あるいは「ストーリー」として権利の存否を考えている⁵¹⁾のであって、個々の要証事実の蓋然性の問題だけでは、総合的な事実認定をしていないことは明らかである。

words)」に過ぎないとして、それよりも裁判官の個々の判断の追証可能性の方を問題にされる（Gottwald, Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess, FS Henrich, 2000, S. 169 ff.）そして、追証可能性がある限り、公平の見地に基づき、裁判官が個別事案での証明度を裁量で決定してよいとして、「柔軟な証明度」論を主張しておられる（Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 218 f.）同教授の結論は、証明度規範の設定を放棄しておられる点で賛同できないが、裁判官の内心を数値で計量することは困難であるとの現実的な視点に立たれる点では、同趣旨と思われる。

50) 例えば古いものでは、田村豊『裁判上の証明』（法律文化社、1960）14頁以下などですでに使われている。

51) ミクロ的・帰納的な間接事実から経験則により主要事実を推論するという内在的なリーズニングとしての思考プロセスのみならず、マクロ的・演繹的な観点からの外的な思考プロセスとして、事件全体の「スジ・スワリ」の良さ、あるいは事件全体の「ストーリー」として合理的な事実のあり方といった観点からも検討し、事実認定を行っているのが実際的那样である（大江忠ほか「研究会『事実認定と立証活動6』推論の構造 事件のスジの内実は」判タ1242号4頁以下（2007）など参照）。ただし、「スジ」という言葉は多義的であるので留意が必要だが、ここでは事件全体の「ストーリー（合理的な話の流れ）」の意味で使う。

事実認定の最終評価の場面では、全体的な事件の話として、どちらの当事者の主張する「ストーリー」が妥当か、例えば、借金はあったかなかったかなどの証明命題を念頭に置いて、個々の証拠・間接事実および個々の要件事実を検討しながら、すべての要件事実の立証が整ってなくても、後は経験則で補い、全体の事実認定の合理的な流れの方に着目したマクロ的観点からの事実認定を行っているのが実情であろう。

したがって、当該証明事実を主張する当事者の証拠の相対的総合量が、相手方の証拠量に優越する状態、すなわち客観的に優越的な証明度に達していれば、裁判官が当該事実の主張の真实性の存否につき確信することをためらう必要はなく、むしろ積極的にそのように事実認定すべきことになる。

ところで、東大ルンパール事件判決を確認したものと言われる、前述の長崎原爆訴訟最高裁判決では、放射線起因性の証明につき、控訴審のいう「相当程度の蓋然性」では足りず、高度の蓋然性がやはり必要であるとしながら、控訴審の事実認定につき「……放射線起因性があるとの認定を導く事も可能であって、それが経験則上許されないものとまで断ずることはできない」「放射線起因性が認められるとする原審の判断は、是認し得ないものではない」と判示している。これは、証拠の客観的蓋然性だけでは、証拠の優越は認められるが高度の蓋然性までがあるとは言い切れないときに、裁判官の心証としては判断に自信があり確信しうるので、放射線起因性の存在を是認できると判じたと考えられる⁵²⁾。

そうだとすると、判例は、客観的な証拠を検討した結果に、裁判官が得た主観的心証を加えて、「高度の蓋然性」に至れば良いとしていると言え、判例の見解と私見とは、着眼点が異なるだけであって、判例も当事者の客

52) 判例の読み方についてはいくつかの評釈があるが、例えば、伊藤眞教授は、いくつかの裁判例を検討された上で、「実際には、証明度に関して優越的蓋然性を基準としているにもかかわらず、高度の蓋然性でなければならないという一般論との整合性をとるために確信テーゼが用いられている」、「高度の蓋然性は擬制(フィクション)であり、真实性の確信は、実際の心証度である優越的蓋然性を擬制である高度の蓋然性に転換するための手段として使われている」と述べておられる(伊藤・前掲注(24)7頁)。

観的な証明活動としての終着点は、必ずしも高度のものを要求していないことが判る。

（3）証明度規範と要件事実との関係

ここで要件事実と証明度規範との関係についても検討しておきたい。そもそも、すべての要件事実につき、同じ証明度が必要なのかという疑問に対する議論である。

この点、厳密には要件事実ごとに証明度は異なりうると思われる。例えば、民法709条の不法行為における要件事実は、一般的に、「権利ないし利益の侵害」、「行為者の過失（客観的注意義務違反）」、「損害の結果発生」、「因果関係」の4つであるが、それらの要件事実のすべてに同様の証明度が必要であるかは疑問だからである。というのも、2つ以上の要件について証拠が重なって使われることもあり、証明の容易さ等も要件事実ごとに異なるからである。「権利ないし利益の侵害」および

「損害の結果発生」などは、事件の発生結果の具体的事実に関わる要件であるため、それらの事実の証明は容易であるが、他方、「過失」あるいは「因果関係」は、「相当性」といった評価の問題を多分に含むものであるため、この事実的証明は難しい（これらは、法的評価の問題と端的に捉える見解もある）からである⁵³⁾。

従来、すべての要件事実に高度の蓋然性が必要であると一律にいわれていたが、それは実際には妥当していなかったと思われる。

53) なお、石井良三元裁判官は、現在でいう高度の蓋然性説に分類されると思われるが、不法行為訴訟のように、当事者が多数いるうちの一人を自由に被告にできる場合で、主要事実の存否が当該当事者間においてのみ排他的に決定されるべき性質のものではない場合は、被告として指定された者の利益を守る必要があるので80%の心証が必要であるとするが、金銭貸借のように、貸借の点については争いがなく専ら弁済の有無が争われている場合のように、当該事実の存否が専ら当該当事者間においてのみ排他的に決定されなければならないような性質のものである場合は、当事者間においていずれかに決定すれば足りるので、証拠のバランスを衡量してその優劣によって事を決する方が常識的でもあり衡平でもあるので、70%の蓋然性で足りるとされる（石井良三『民事裁判における事実証明』『民事法廷覚え書』（一粒社、1962）165頁以下参照）

第3に、民事訴訟は、刑事訴訟と異なり、警察・検察のような公権的捜査機関の利用がないので、事案の解明も刑事訴訟ほど厳密にはできない上、私的自治原則の働く私人間の金銭に基づく賠償を原則とする訴訟であり、当事者の生命・身体に対する処分に関わらないので、刑事訴訟ほど事案の解明が厳密である必要がないと言われている⁵⁴⁾。それゆえ、民事訴訟における解明度としては、刑事訴訟ほど厳密な事案の「解明度」は必要ではなく、裁判官が判断できるほどの証拠が提出されれば、事案の解明に充分であると解される。

また、刑事訴訟では、争いがない事実を含めたとすべての犯罪構成要件事実につき検察側が証明しなければならないが、民事訴訟では、弁論主義第2テーゼに基づき、当事者間に争いのない事実については、証明の必要がそもそもない点も留意すべきである⁵⁵⁾。

もっとも、刑事訴訟より民事訴訟では事案の解明度が低くても良いということは、当然ながら、民事における事案の解明度を高める必要がないということではない。平成15年民事訴訟法改正で「専門委員制度」が新設され、争点整理の段階から和解に至るまで、専門家の意見を積極的に聴く手続が導入されたが、とりわけ現代型訴訟では、統計学的証拠および科学的

54) 倉田元判事は、「新たな証拠で今までの証拠調べの結果が覆されるおそれの少なさ」の度合いという尺度(解明度)を観念できるなら、「民刑の心証の違いは、直接には解明度の違い」だとされる(倉田卓次「〔書評〕太田勝造著『裁判における証明論の基礎』」『民事実務と証明論』(日本評論社、1987)355頁)。附言すると、政策的な刑事訴訟における証明責任の重さ(分銅の負荷)は、実は刑事における必要的解明度が高いことにあると言えるのではなからうか。

55) なお、この点を含め、民事と刑事とで証明の対象の性質が異なっているため、民事と刑事の証明度を単純に比較できないとの見解があるが(加藤ほか・前掲注(31)10頁以下[酒巻匡発言])、たしかに注意を要するだろう。民事裁判と刑事裁判における証明度と解明度について、デジタルカメラに例えて、民事では一万画素でピントが余りあっても、何らかの関係のある者の間で訴訟が生じているため、写っている人物が原告か被告のどちらかに特定できれば十分であるが、刑事では、被告人の関係性が分からない状態で起訴され、しかも被告人が犯罪に関与しているかも前提にできないため、300万画素でかつピントが合ったものでないと判定できない、といった説明もある(加藤ほか・前掲注(31)12頁[須藤典明発言])。

証拠と共に、専門家を鑑定人や専門委員として大いに活用することで、複雑な事案の解明度を高めていくべきであるし、基本的にどんな事件であれ、裁判所も当事者も事案解明に一層努めるべきであることは言うまでもないのである⁵⁶⁾。

第4に、「証拠の優越」を証明度規範原則とする妥当性についてであるが、例外的に証明度を高度にすべき場合あるいは軽減すべき例外的場合についてどのように考えるか、という疑問はあろう。

政策的観点から、ある要件事実の証明度規範を高度に設定する必要性が生じたり、逆に推定規定を置いて、証明責任を負う当事者の証明負担の軽減を図ったりすべき場合もありうるからである。

例えば、父子関係不存在確認訴訟（民772参）では、実体法上の政策的観点から父子関係の推定規定があるがゆえに、それを覆すには、例外的により高度な証明としての「高度の蓋然性」あるいは「明白かつ説得的な証明」が必要とされることは、高度の蓋然性説からも、一般に認識されているところである⁵⁷⁾。

しかしながら、そのほかの個々の要件事実の証明度を例外的に高度あるいは低度に定めるか否かについても、個々の制度における政策論が関わる問題であること、および「法的安定性」・「法的予見可能性」は守られるべきであることから、実体法規範で個々に明文で定めるべきであろう。すなわち、証明度の例外規範については、「訴訟法」上の問題として個々の事件における担当裁判官の裁量に委ねるべきではなく、端的には立法の問題として、あるいは中間的な解決として司法研修所を中心とした要件事実論の中で、「実体法」上の問題として検討すべきである⁵⁸⁾。

56) ただし、科学的証拠や統計学的証拠および専門家の意見などは、1つの証拠方法として活用すべきであり、過度の依存は危険である。なお、公害訴訟における因果関係の認定について、確率論を念頭においた客観的な事実認定モデルの試みとして、河村浩「第四 原因裁定・責任裁定手続と事実認定論」判タ1242号40頁以下（2007）がある。

57) 例えば、松本＝上野・前掲注(27)387頁。

58) 証明度の個々の具体的証明度規範のあり方については、実体法規範の問題と考えるが、

したがって、訴訟上の原則としての証明度規範としては、証拠の優越原則を基にすべきであるが、政策的観点が必要な特別な類型については、実体的に個別の立法趣旨に遡って検討すべきであると思われる。例外的に証明度を変更する必要性については、例えば、当該実体法規定に「推定規定」を設けるなどにより、客観的証明責任分担の問題と併せて、実体的に解決すべきだと考えるのである。

三 小 括 民事訴訟における証明度規範

民事訴訟における証明度規範のあり方につき、以上の議論を踏まえて、ここで総合的な検討を行っておきたい。

第1に、民事訴訟の両当事者の地位は私人として基本的に対等であり、その立場には互換可能性があるところであるから、訴訟手続上も両当事者を基本的には平等に扱うべきであって、これが民事訴訟の大原則である以上、審理過程の最終場面である証拠評価の手続においても、基本的には当事者の平等原則が働くべきであり、また誤判のおそれを最小化するという事実認定の適正化の要請からも、証明度規範として「証拠の優越」原則を採用するのが妥当である。

第2に、証明度規範に証拠の優越原則を採用することにより、実際の審理過程では、主観的証明責任（証拠提出責任）の役割が増大し、両当事者には証明活動をより積極的に行う必要が生じるが、裁判所にも心証開示や釈明をより積極的に行うこと、両当事者の証拠評価に関する意見を平等に聞くことが、双方審尋主義の原則と相まって、当事者に対する不意打ちの防止および判断の客観性の担保の見地より、要請されると言える。

第3に、審理が十分成熟した後の証拠評価の場面では、自由心証主義（民訴247条）の下、裁判官には、ミクロ的観点から、各証拠や間接事実の経験則による推論構造を総合的に検証して、主要事実の証明状態が高いも

国際民事訴訟法的な観点からの検討したものと以下がある（拙稿「証明度の法的性質 実体法と手続法の交錯」立命館法学321=322号303頁以下（平成21年）参照）。

のから主要事実の存在を固めていき、かつマクロ的観点から、証明状態が証明度に達していない主要事実についても、固まった主要事実から見えてくる「事件の合理的な流れ（ストーリー）」からの相互検証も行いながら（注意：「結論」としての「スジ」「スワリ」の妥当性を見るのではない）、「口頭弁論の全趣旨」から総合的に事実を判断することが要請される。

以上により、事件の解明度が高まり、事実認定の客観性・正確性の制度的保障が可能となると考える。

他方、このような考えに対し、第1に、裁判官の証拠評価は外から知り得ないので、実際には解明度と証明度とを区別できないあるいは証明度と心証度とを区別できない、との批判もありうる。

しかしながら、個々の裁判官が、証明のメカニズムを認識し、かつ審理の充実さと最終的な証拠評価を分離するよう努めるだけでも、事実認定の客観化に資するのではないかとの反論が挙げられる。

第2に、民事に最低限必要な証明度を一般的に証拠の優越で足りるとすると、事実認定が不正確になるのではないかとの批判が考えられる。

これに対しては、そもそも高度の蓋然性説と証拠の優越説では、事実認定のメカニズムにおいて着目している証明段階が異なっているだけであって、実質的な差異はないことが反論として挙げられる。すなわち、前者は裁判官の内面的活動としての主観的心証度に主に着目しているのであり、証拠の優越説は、当事者の裁判所での具体的な証明活動の程度に主に着目していることが言える。

また、事実証明というものは、複数の証拠力の異なる証拠や間接事実が相互に証拠力を補強し合いあるいは減殺し合う中で要件事実の蓋然性を根拠づけていく過程であるが、裁判官は、その際、証拠力の強い直接証拠を中心に検討するのであるから、最低限必要な証明度を証拠の優越としても事実認定が不正確になることはないとの反論できよう。むしろ対等な当事者間の誤判費用を最小化することを考えれば、より正しい事実認定に資することになるとの反論が可能である。

第3に、民事訴訟の証明度には証拠の優越で原則足りるとすると、客観的証明責任の意義がなくなるとの批判もありうる。

この点については、要件事実との関わり、とりわけ、訴状や答弁書のみならず訴訟遂行における主張・立証責任の分配といった弁論主義との関係における客観的証明責任の重要性は否定されるものではないことが指摘できる。客観的証明責任の存在は、証明度規範原則と併せて、訴訟の指針すなわち「導きの星」⁵⁹⁾である点に変わりはないのである。たとえ実務で実際に客観的証明責任による裁判がほとんどなくても、その理論的な重要性が変わらないと同様である。

第4章 おわりに

証拠評価は最終的に裁判官の心証に委ねられることおよび個々の裁判官の内心を計り知ることは困難であることから、証拠評価の過程を完全に客観化(・適正化)することはできないと思われる。裁判制度に三審制といった進級制度が必要とされているのも、その趣旨であろう。

しかしながら、事実認定の過程に科学的手法を活用することをはじめ、各審理段階でチェック項目を設ける、あるいは事件全体の合理的な流れ(ストーリー)を考えて検証するなどの試みは有用であろう。

また、本稿のように、証明の概念を4つに区分し、とりわけ当事者の証明活動に必要な客観的程度(証明度)と裁判官の内心の確信という主観的程度(心証度)を区別して、段階的なチェックをかけることも重要であろう。客観的な事実認定のためには、解明度と証明度に着目すべきなのである。また、当事者の尽力による事案の解明度を挙げることも客観的事実認定をより可能にするために必要となる。

したがって、事実認定のバック・ボーンとして当事者対等原則に基づく

59) 小林・前掲注(20)162頁。

「証拠の優越」原則を元に、当事者には主観的証明責任の役割の重大性を認識させ、裁判所の方は、釈明権も積極的に行使しながら、審理過程における事案の「解明度」を上げ、最終的には、ミクロの見地およびマクロの見地の双方から、両者の提出した証拠・事実を総合的に比較考量して判断すべきことになろう。

すなわち、裁判所は、判断する裁判官の内心的確信の程度に縛られず、当事者の主張・立証活動の結果・成果として提出された証拠・事実につき、「証拠の優越」原則に基づき、端的に「どちらがより優越するか（事実全体の蓋然性が優るか）」という観点から総合的に比較判断するという、最終的な証明メカニズムを認識することが、事実認定制度全体の客観化ひいては適正化に、よりつながるものと考ええる。

（本稿は、2009年度日本民事訴訟法学会での個別報告に、修正および加筆を行ったものである。）