

「事実認定と裁判官の心証形成」

きっかわ法律事務所 弁護士 中田 昭孝

第1 はじめに

(1) 民事裁判の経験

裁判官として38年間勤務した後、平成19年4月に定年退職

在職中に、民事、刑事、家事、少年の4種類の裁判をいずれも経験したが、主として民事裁判を多く担当

(2) 事実認定と法律判断

裁判官が、民事裁判でしなければならないことは、事実認定と法律判断の2つである。すなわち、裁判官は、争いのある事実を証拠で認定し、その認定した事実法律を適用して結論を判決という形で言い渡す。

法律判断は、法律の解釈と認定事実への法律の適用であり、法律の解釈自体が難しく、最高裁判所まで争われる場合も少なくはない。

最近では、民法900条4号ただし書前段の「嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の二分の一とする」との規定について、最高裁大法廷は、平成25年9月4日(判時2197・10)、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項の「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」との規定に違反するとの決定をした。

このように法律の解釈について難しい事件もあるが、民事裁判官が裁判で多大の時間と労力を費やさなければならないのは事実認定についてであるといっても過言ではない。

(※ 末尾の参考資料は、略称で表示)

第2 心証、自由心証主義、証明度

(1) 心証と心証形成

1 心証

- ・広辞苑によると、「①心に受ける印象（心証を害する）、②裁判官が訴訟事件の審理において、その心中に得た事実認識ないし確信」とある。
- ・法律学小辞典（第4版、有斐閣）によると、「訴訟上認定すべき事実に関する裁判官の内心的判断」とある。

2 心証形成

裁判官は、証拠を見て、その証明力に評価を加え自己の判断を作り上げていくが、この過程を「心証形成」といい、「心証形成」の結果、事実の存否について確信に到達することもあれば、そこまでには至らず、証明責任の問題として解決するしかない場合もある。

「心証形成」の仕方、すなわち、証拠の証明力の評価については、原則として法的規制がなく、次に述べるとおり、裁判官の自由心証に任されている。

(2) 自由心証主義

1 意義

- ・民事訴訟法 247 条は、「裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する。」と規定して「自由心証主義」を採用することを明らかにしている。
- ・自由心証主義とは、どのような証拠を用いるか（証拠方法の選択）、また、当該証拠の価値をどうみるか（証明力の評価）、そして、口頭弁論に現れた一切の資料・状況である弁論の全趣旨（例えば、当事者の陳述の内容・態度・時期等）のしん酌について何らの制限をせずに裁判官の自由な判断に委ねる主義である。

これに対し、「法定証拠主義」とは、複数の証人が同じ事実を証言した場合には当該事実を認定しなければならないとか、ある契約の成立を認定するためには契約書の存在が不可避であるとする主義である。

しかし、自由心証主義だからといって、裁判官の恣意的な認定が許されるものではない。経験則、論理則に反する認定は、法令違反に当たるとして上告審で破棄されることがある。

2 証拠能力（伝聞証拠と違法収集証拠）

- ・自由心証主義を広く認める民事訴訟においては、原則として証拠能力の制限はない。
伝聞証拠は、刑事訴訟法では、原則として証拠能力が否定されているが、民事訴訟法では、そのような制限はなく、伝聞証拠をどのように評価するかは裁判官の自由な判断に任されている。
- ・違法収集証拠の証拠能力を否定すべきかどうかについては、民事訴訟においても問題とされている。証拠能力を否定しないと、違法行為を助長することになり、ひいては民事裁判の公正さを損なうことにもなるが、逆に証拠能力を否定すると真実発見から遠ざかることになるからである。

証拠能力を否定した裁判例としては、当該証拠が著しく反社会的な手段を用いて人の精神的肉体的自由を拘束する等の人格権侵害を伴う方法によって採集されたものであるときは、それ自体違法の評価を受け、その証拠能力を否定されてもやむを得ないというべきであるとした東京高裁の判決（s52.7.15 判時 867.60）がある。

もっとも、単に話者の同意を得ないでした無断録音テープには証拠能力を認めてもよいと解すべきであろう（中野 288 p）。

(3) 証明度

1 意義

証明度とは、争いのある事実の存在について裁判所がどの程度の心証を形成すれば、その事実を存在するものとして扱ってよいかを決定する概念をいう（上記小辞典）。裁判所が、ある事実を証明されたとして認定するためには、その事実の存否についての心証が一定の程度に達することが必要であり、この要求される心証の程度が証明度と言

われている（倉田卓次「民事交通訴訟の課題」130 p）。この証明度は、一般的には単にその事実があるらしいという程度では足りないが、反対の可能性が全くないという程の絶対的確信である必要はない（中野 292 p）。

民事訴訟における証明度について、通説・判例は、通常人が疑いを差し挟まない程度の高度の蓋然性を必要としている。

2 最高裁の判例

民事裁判における証明度について、最高裁（s50.10.24 民集 29.9.1417）は、次のような医療過誤事案において、重要な判断を示した。

- ・（事案）3才のXが化膿性髄膜炎でY経営の病院に入院。重篤状態を脱し軽快しつつあった。医師によりルンバール施術（腰椎穿刺による髄液採取とペニシリン髄腔内注入）を受けたところ、15~20分後、突然に嘔吐、けいれんの発作等起し、右半身けいれん性不全麻痺、知能障害、運動障害を残す状態となった。
- ・Xは、障害の原因は、ルンバールのショックによる脳出血であると主張
- ・Yは、治療の経過中にたまたま発生した化膿性髄膜炎に随伴する脳炎の再燃であり、Xに残った障害は化膿性髄膜炎そのものの後遺症であって、本件ルンバールと本件発作やその後の障害との間には因果関係はない、医師に過失はないと主張
- ・（判旨）訴訟上の因果関係の立証は、一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、通常人が疑い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。

※ 事実認定に必要な証明度は「高度の蓋然性」であるという上記最高裁の判例は、次の最高裁判例によって再確認された。

- ・最高裁（h12.7.18 判時 1724.29）は、長崎原爆訴訟において、控訴審が、放射線起因性の証明の程度について、物理的、医学的観点から「高度の蓋然性」の程度にまで証明されなくても、・・・「相当程度の蓋然性」の証明があれば足りると解すべきであるとし、放射性起因性の証明がされたもの判断したのに対し、

民事裁判における事実認定に要する証明度は、「高度の蓋然性」であって、「相当程度の蓋然性」で足りるとすることはできないとした。

もともと、最高裁は、「本件における放射性起因性が認められるとする原審の認定判断は、是認しえないものではない。」として原審の結論は維持した。

3 優越的蓋然性説ないし相当程度の蓋然性説

上記の「高度の蓋然性」を必要とする説に対しては、次のような説がある。

証明責任を負う側の証明度は、相手方の証明度よりも優越していることで足りるとする優越的蓋然性説ないし相当程度の蓋然性でよいとする説である。この説からは、通説・判例のいう高度の蓋然性を必要とすると、証明責任を負担する側とその相手方との間に大き

な格差が生じることとなり、公害訴訟や医療過誤訴訟などにおいて、証明責任を負担する側の負担が過重になるとの批判がされている。

ところで、高度の蓋然性、相当程度の蓋然性、優越的蓋然性という概念は、いずれも、おおよその程度を示すものにすぎず、それを厳密な数値で表すことは困難であるし、数値で表す努力をすることにそれほど意味があるとは思えない。

それよりも、問題は、具体的に、どのような心証になれば高度の蓋然性があったといえるかである。相当程度の蓋然性か高度の蓋然性かといった言葉のレベルの議論をしているよりは、具体的にどの程度の蓋然性が必要かとを検討する方が生産的である(司研 11 p)。

4 訴訟代理人が留意すべき点 (田中 21 p)

最高裁の上記のような判例を前提とすれば、医療過誤訴訟等を担当する訴訟代理人としては、立証責任を負う当事者と証拠との距離等を理由にして、因果関係や過失を根拠づける事実の証明度が通常の民事訴訟事件における証明度よりも低いもの(例えば「相当程度の蓋然性」)で足りるといった立場に依拠して済ませることはよくない。

ルンバール事件の控訴審判決が設定した証明度が最高裁の要求するものよりも高かったことは明らかであり、長崎原爆訴訟の控訴審判決のいう「高度の蓋然性」が最高裁の要求するものよりも高かったと理解できることを考えれば、事実審裁判官が民事裁判実務において要求する証明度が高すぎるという事態がかなりの頻度で起こりうることを覚悟しておく必要がある。このような事態に対処しなければならない訴訟代理人としては、当該要証事実の証明に用いる経験則の内容とその確度の高さ(例外の少なさ)を自ら意識するとともに、これを裁判官に認識させる努力をすべし。

5 心証が証明度に達しない場合

裁判官の現実の心証(心証度)が上記の必要とされる証明度に達しない場合には、事実の存否は不明ということになり、この場合には、裁判官は証明責任の分配に従い、証明責任を負う当事者に不利益に事実の存否を擬制して、判決をすることになる。

ところが、心証度が証明度に達しない場合に、請求棄却ではなく、心証割合に応じて債権額の一部を認容すべしとする下級審の裁判例(東京地判 49.7.18 判時 764.62 等)があるところ、このような「心証度による割合的認定」を支持する説もある。しかし、現実の世界では「事実はあるか、ないか」のいずれかのはずであって、訴訟上いずれかの判定ができないときは証明責任によって勝敗を決めるべきであるから、このような考え方はとりえない(中野 293 p)。

6 刑事裁判における最高裁の判例

刑事裁判における事実認定の証明度は、民事裁判における事実認定の証明度と比較して高いのが実際であり、そのような理解が比較的多いようである。

最高裁(s23.8.5 刑集 2.9.1123)は、刑事事件について、「元来訴訟上の証明は、自然科学者の用いるような実験に基づくいわゆる論理的証明ではなく、いわゆる歴史的証明である。論理的証明は真実そのものを目標とするに反し、歴史的証明は、真実の高度の蓋然性

をもって満足する。言いかえれば、通常人なら誰でも疑いを差し挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることを証明ができたとするものである。」と判示している（司研7 p）。

第3 事実認定

(1) 事実認定とは

裁判上の事実認定とは、過去の出来事について、仮説（ストーリー）を立てて、その仮説が真実であることを一定の資料によって推論することである（田中2 p）。

(2) 事実と法的評価

事実認定の対象となるのは、「事実」であり、法的評価、判断ではない。しかし、実際には、純粹の「事実」だけではなく、事実と法的評価・判断とが入り交じったものが認定の対象となっているものが多い。

例えば、ある物を売ったという「事実」を認定する場合、事実は、極めて厳密に言えば、どのような文書を作成したか、どのような会話を交わしたか、その前後にどのような事情があったか、などといった「事実」を認定した上で、そのような事実があったのであれば、原被告間に売買契約があったと「評価」できる、という判断をしていると考えるのが正確。すなわち、売買の「事実」を認定するといっても、通常、そこには法的な「評価」が含まれていることは否定できない。

このように、「事実」には、ほとんどの場合、多かれ少なかれ「評価」の要素が混入している。しかし、このような厳密な分析は無意味である。「売買」という「事実」が認定の対象になると考えて、不都合はない（司研17 p）。

▲（規範的要件の事実）

「過失」のような規範的评价に関する抽象的概念が法律要件となっている規範的要件については、何を主要事実とみるべきかが問題となる（権利濫用、信義則、公序良俗、正当事由なども同様である。）。この点については、①「過失」などの規範的评价自体を主要事実とみて、これを根拠づける具体的事実を間接事実とする考え方と、②このような規範的评价自体は、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って主要事実ではなく、これを根拠づける具体的事実（評価根拠事実）が主要事実であるとする考え方がある。

右両説のうち、後者の②説が一般的な考え方である（司法研修所編「新問題研究」法曹会141 p）。

(3) 認定と判断の違い

- ・「認定」は、事実認定を意味する。
- ・「判断」は、法律判断（法令の解釈・適用についての判断）を意味する。

最高裁の判決は、上記のような使い分けをしている（田中225 p）。

※ いわゆる「例文」による判決

「所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし正当として是認することができる。論旨は、ひっきょう、原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実認定

を非難するものにすぎず、採用することができない。」

(4) 認定と確定の違い

- ・「認定」した事実とは、証拠によって認定した事実を示す。
- ・「確定」した事実には、証拠により認定した事実の外に、自白が成立したために裁判所の事実認定権が排除された事実も含む。

※ 最高裁判決では、「原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。」として「確定」の用語を用いているが、これは自白が成立した事実と証拠により認定した事実とを区別せずに摘示しているものである（田中 229 p）。

(5) 弁論主義

弁論主義とは、判決の基礎となる事実の確定のために必要な資料の提出を当事者の権能であり責任であるとする考え方をいい、職権証拠調べは、原則として禁止されている。

※ 弁論主義は、次の3つの内容を含む。

①当事者が口頭弁論で陳述した主要事実のみを判決の基礎とすべし。

②当事者間に争いのない主要事実はそのまま判決の基礎とすべし（自白の拘束力）。

但し、「間接事実」の自白には拘束力なし（例えば、借金を否認しているYが、X主張の貸金の時期頃以降派手な生活をしていたという事実は「間接事実」）

③争いのある主要事実を認定する証拠は原則として当事者が申請したものからすべし。

この例外は、当事者本人尋問（職権で採用可。207 ①）、調査の囑託（186）、鑑定囑託（218）。

※ 人事訴訟では、自白の拘束力はなく「職権探知主義」がとられている（人訴 19,20）。

(6) 事実認定の難しさ

民事裁判は、難しい法律の解釈問題で結論が左右される事件も、もちろん少なくはないが、多くの事件は、事実認定で勝負が決まるといっても過言ではない。

★事実認定は、なぜ難しく裁判官を悩ませるか考えてみるのに、次のような点が要因としてあげられる。

- ・民事訴訟では、ほとんどの場合、原告側は自分に有利な供述をするし、被告側は、被告に有利な供述をする。
- ・証人、本人は平気で嘘をつくことが少なくない。
- ・契約書、借用書、領収書などの的確な客観的証拠が乏しい。
- ・取引自体が曖昧な表現で行われることが少なくない。
- ・社会経済情勢の変化と共に複雑困難な事件が増加、
- ・専門的知識を要する事件の増加 → 例えば、医事、建築、商事、IT機器の瑕疵
- ・当事者がわざと真相を明らかにしようせず、灰色化をめざす場合がないではない。関係の乏しい多数の資料、証拠や分厚い準備書面を多数提出→記録の膨大化

しかし、数十年前はともかく、現行民事訴訟法のもとでは、希であり、このようなことをさせないようにするのが裁判所の役割である。

(7) 直接証拠と間接証拠

- ・直接証拠とは、法律効果の発生に直接必要な事実である主要事実の存否を直接証明する証拠をいう。間接証拠とは、間接事実または補助事実（証拠の信用性に影響を与える事実）の存否に関する証拠で、間接的に主要事実の証明に役立つ証拠をいう。
- ・主要事実を認めるに足りる客観的かつ的確な直接証拠があれば、裁判官も苦勞することはない。しかし、実際の民事裁判においては、直接証拠がない場合が多く、結局のところ、間接証拠から間接事実を認定し、この間接事実や事情から主要事実を推認していくという方法をとる事件がかなりを占めている。

▲直接証拠の有無に関して、留意すべき4つの点（司研37p）

- ①成立の認められる契約書や領収書がある場合は、特段の事情ない限り、一応、その記載どおりの事実を認めるべし。
- ②通常作成されるはずの直接証拠たる書証（例・売買契約書）がなければ、そのこと自体が重要な間接事実となる（ただし、なくても不合理といえない場合もあるから、一律には言い難い）。
- ③間接証拠から認定の場合、間接証拠による間接事実の認定と、その間接事実から主要事実への推認という二つの過程を経なければならない（ときに、間接証拠からいきなり主要事実を認定している判決があると指摘されることあるが、そのようなことは厳に慎まなければならない）。
- ④間接事実から主要事実への推認は、経験則を用いて行うが、経験則は例外を伴うものであり、推認を妨げる事情の有無を慎重に判断する必要がある。

第4 経験則

(1) 事実認定と経験則

経験則とは、経験から帰納して得られる事物の性状や因果関係等についての知識や法則をいう。裁判官は、証拠及び弁論の全趣旨によって、自由な心証により係争事実の認定をするが、自由心証主義といっても既に述べたとおり、恣意的な認定が許されるわけではなく、その認定は、経験則に従った合理的なものでなければならない。

(2) 経験則違反と上告理由

旧民訴法のもとでは、判例・通説は、経験則違反は、法令違反として上告理由になると解していた。

現行民訴法は、上告理由を制限し、憲法違反と旧民訴法395に定めるいわゆる絶対的上告理由のみを上告理由とし（312①、②）、単なる法令違反については、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件についてのみ、民訴法318①により上告受理の申立てをすることができるにとどまる。

▲そこで、現行民訴法のもとで、経験則違反が上告理由となりうるかが、問題となる。

現行民訴法のもとでも、立法当局者の意見「新民訴法318①の法令には経験則も含まれ、原判決に経験則違反がある場合には、これを理由として、上告受理の申立てができ

る」としている。学説も、経験則違反については、少なくとも 318 ①により上告受理の申立てをすることができるという見解である（後藤続 32 p）。

なお、現行民訴法は、上告理由を厳しく制限し、単なる法令違反を絶対的上告理由としなかったこと、旧民訴法のもとでも、経験則違反は、絶対的上告理由ではなく、法令違反として上告理由になると解されていたこと等を考え合わせると、非常識な著しい経験則違反の場合であっても、これを理由に新民訴法 312 ②六号（絶対的上告理由）により上告できると解することは無理である（後藤続 30,34 p）。

(3) 経験則に関する事例判例

（後藤 129 p 以下 & 後藤続 135 p 以下）

- ①「領収書はないが、債務者が借用書を所持している場合に弁済の事実を認めなかったのが違法とされた事例」最判 s38.4.19 裁判集民事 65.593

「30 万円の借用証書が借主の手許にあつて貸主の手許にない事実」をもって、弁済の事実を立証する趣旨であることが明らかであるのに、借用証書の証拠価値について納得のいく説明もなしに弁済の事実を否定するのは審理不尽、理由不備の違法がある。

* 上記事実があれば、特段の事情のない限り、借受金の返済があつたとみるのが経験則

- ②「領収書等のないことを理由に弁済の事実を認めなかった判断が違法とされた事例」最判 h7.5.30 判時 1554.19

農協の職員が、X（預金者 Y から依頼された者）から Y の預金払戻請求書をとって預金を支払った際に領収書等をとらなかったことはやや気を許しすぎた点があるが、預金払戻手続としては完全であり、X の領収書がないことのみから職員の弁済したとの証言を信用できないものとするとはできない。

* 一般に金融機関の職員が預金者から預金払戻請求書をとって預金払戻の手続をしたうえ、払戻金を預金者に交付する場合には、預金払戻請求書の外に改めて領収書はとらないところ、本件の場合は、これに準じて考えるのが相当である。したがって、領収書の交付を受けなかったことのみから、農協職員の現金交付の証言を信用できないとして、現金交付の事実を否定することは経験則に反する。

- ③「領収書があるのに首肯するに足りる特段の事情について説示することなく弁済の事実を認められないとした原審の認定判断には、経験則違反ないし採証法則違反の違法があるとした事例」最判 h11.4.13 判時 1708.40

- ④「売買代金が時価に比して著しく低廉である場合に売買の成立を認めたのが違法であるとされた事例」最判 s36.8.8 民集 15.7.2005

昭和 25 年当時時価 151 万 9000 円であつた家屋を X が Y に対し代金 10 万円で売却したということ为首肯させる特段の事情があるとはいえない。原判決が本件売買代金が低廉に過ぎ仮装のものであるとの X の主張を排斥したのは審理不尽、理由不備の違法がある。

*（後藤コメント）一般に売買代金をどのように定めるかは、それが暴利行為にならな

い限り、契約自由の原則からいって当事者間で任意に定めるところであるから、売買代金が一般の取引通念に照らして安すぎるとしても、そのことから直ちに売買契約の成立を否定し或いは当該売買契約が仮装のものであるとしなければならないものではない。

しかし、人が物を売買する場合には、時価相当額で売買するというのが一般の通例であるから（経験則）、通常取引では、代金が、目的物の時価額に比し、著しく低いことは、売買の成立を否定する有力な事情となりうる場合が多いであろう。

-
- ⑤「売買契約公正証書があるのに売買の成立を否定したのが違法とされた事例」最判 s45.11.26 裁判集民事 101.565

売買契約公正証書の記載等からすれば、別異に解すべき特段の事情が認められない限り、本件土地について売買契約ないし売買の予約が成立したものと認めるのが自然である。

原判決は、十分首肯するに足る理由を示すことなく、売買予約の成立を否定したものとイワなければならず、経験則に反する違法がある。

-
- ⑥「ごく親しい友人・親族間では契約書など作らないこともよくあることで、契約書ができてはじめて売買契約が成立したものとみななければならない経験則はないとした事例」最判 s23.2.10 裁判集民事 1.73

-
- ⑦「登記簿の記載に反して土地所有権を認めなかったのが違法とされた事例」最判 s46.6.29 判時 635.110

登記はその記載事項につき事実上の推定力を有するから、登記事項は反証のない限り真実であると推定すべきである。

-
- ⑧「ゴルフ練習場の土地賃貸借を建物所有の目的とした認定が違法とされた事例」最判 s42.12.5 民集 21.10.2545

借家法 1 条にいう「建物の所有を目的とする」とは、借地人の借地使用の主たる目的がその地上に建物を築造し、これを所有することにある場合をさし、借地人がその地上に建物を築造し、所有しようとする場合であっても、それが借地使用の主たる目的ではなく、その従たる目的にすぎないときは、右に該当しないと解するのが相当である。

* 「バッティング練習場」についても同旨の最判 s50.10.2 判タ 329.125 がある。

-
- ⑨「土地の賃貸借につき、建物所有を目的としたものであるとの認定が適法とされた事例」最判 s58.9.9 判タ 509.119

契約当事者は、単に自動車運転練習に必要な建物所有を主たる目的として本件賃貸借契約を締結したことが明らかであり、かつ、自動車学校の運営上、運転技術の実地練習のための練習コースとして相当規模の土地が必要であると同時に、交通法規等を教習するための校舎、事務室等の建物が不可欠であり、その両者が一体となってはじめて自動車学校経営の目的を達しうるのであるから、自動車学校運営のための本件賃

貸借は、借地法1条にいわゆる建物の所有を目的とするものにあたり、本件土地全体について借地法の適用がある。

*（後藤コメント）本件の自動車学校の校舎、事務所等の建物敷地の賃借土地に対する割合は、4.5パーセントにすぎないから、これを強調すれば建物所有目的ではないともいえそうである。

しかし、賃貸借契約に際し、その使用目的は自動車学校建築のため木造家屋の敷地に使用することとされており、その期間も当初から20年とされており、さらに自動車学校経営においては、ゴルフ練習場やバッティング練習場等とは異なり、単なる事務所ばかりでなく、交通法規等を教習するための校舎建築が必要なことは経験則上明らかであるから、本件賃貸借契約は、建物所有目的であるというべきであろう。

⑩「印影が同一であることのみから文書の成立が真正であるとした認定が違法とされた事例」最判 h5.7.20 判時 1508・18

（事案）Xは、Aに対し、金員を貸し付け、Aの従兄弟Yがその連帯保証をしたとして、Yに対し、右Aに対する貸金の支払を請求したところ、Yは、右連帯保証契約の成立を争った。

（原審）本件消費貸借契約書等の各契約書の連帯保証人欄のY名下の印影がYの印章によるものであることは争いが無いから、右印影の顕出の真正が事実上推定されて、旧民訴法326（現228④）により、右各契約書の成立の真正が認められるとして、連帯保証契約の成立を認めて、Xの請求を認容

（最高裁）Yは、本件各契約書等が作成されたころ、原則として、1年を通じて、関東方面に出稼ぎし、秋田の自宅を離れているのが常態であったというのであるから、Y名下の印影がYの意思に基づいて顕出された真正なものとするべき事実上の推定が破られたと考えるのが自然である。

原審の判断には、旧民訴法326条の解釈適用を誤り、ひいては、審理不尽、理由不備の違法があるとして、原判決を破棄差戻

*（後藤コメント）印章は、通常、本人が所持しているものであり、本人以外の第三者が使用することは事実上困難といえるから、印影が本人の印章による印影であるときは、経験則上、本人の意思に基づいて顕出されたものと推定し、この推定の上に立って、民訴法の推定規定により、私文書が真正に作成されたことを推定するものである。原判決は、二段の推定を用いているが、この推定は比較的簡単な反証で覆ると考えるべきである。

印影が本人の印章による印影であることは争いがなくても、知らない間に盗用されたとして、真正が争われる場合がしばしばあるが、このような場合には、当該印影がどのような事情のもとに顕出されたのか、また、本人の印章はどのような保管状況であったのかを審理する必要がある。

具体的事件において、事実認定上、いずれの結論をとるにしても、推定の経験則を

維持できる理由又は、経験則を覆すに足りる特段の事情を審理のうえ、認定判断すべきである。

上記の原審は、Y名下の印影がYの印章によって顕出されたものであることのみから、各契約書が真正に作成されたものとしてYの連帯保証責任を認めたが、この認定は、経験則に反し違法であるというべきである。

第5 書証と人証と鑑定

(1) 書証

1 種類

- ・書証には、契約書、遺言書などの「処分証書」と領収書、商業帳簿、陳述書などの「報告文書」がある。
 - ・処分証書等が存在すれば、特段の事情がない限り、一応その記載どおりの事実を認めるべきであるが、「特段の事情」の存否には十分留意すべきである。
-

2 形式的証拠力

- ・文書の意味内容を証拠とするためには、その形式的証拠力、すなわち、成立の真正が認められる必要がある(228①)。
-

3 二段の推定

- ・私文書の印影が本人の印章によって顕出されたものであるときは、反証のない限り、その印影は本人の意思に基づき顕出されたものと事実上推定され(一段目の推定)、その推定の結果、228④の「本人の押印があるとき」の要件が満たされ、当該私文書が真正に成立したものと推定される(二段目の推定)。これを「二段の推定」という。
 - ・この推定の根拠は経験則によるものであるが、この推定は、反証(真偽不明の状態にする)で覆る。
-

▲実際に民事裁判を担当した経験によれば、事実認定の手法として二段の推定を重視・活用することはせずに、印章の盗用や冒用の可能性などを確認するために、当該契約の成立に必要な間接事実について審理し、そこで認定された間接事実から主要事実である契約の成否を判断していくというやり方がほとんどであったといえる。

裁判官としては、安易に二段の推定に頼るのではなく、間接事実の積み重ねから主要事実を認定していくといった慎重な事実認定の姿勢を採る方が望ましいと思う。

4 陳述書

- ・陳述書とは、一般的に、「訴え提起後、又は訴え提起に際して、当事者本人、準当事者又は第三者の供述を記載したもので、書証の形式で提出されるもの」を指す。
- ・書証としての性質は、報告文書である。従前から、陳述書の利用については、「直接主義」、「口頭主義」の観点から根強い批判あり。代理人弁護士の作文にすぎないとの批判もある。
- ・しかし、現在では、集中証拠調べに不可欠であるといってもよく、裁判実務に定着しており、ほとんどの事件で提出されている。

・陳述書は、裁判所が、事件のストーリーを掴むのには有益である。

*陳述書の証拠力

反対尋問を経していないし、証人のように偽証の制裁もないところ、弁護士が作成することが多いので、法廷供述より証明力は低いといってよい。

事実認定に対しては、弁論の全趣旨と同程度の証明力しかないというのが実務的感覚であろうとも言われている。。

実質的争点については、陳述書ではなく法廷供述を中心に心証形成をすべきである。

(司研 173 p)

5 原本確認の重要性

コピーの普及とその高性能化により、原本と寸分違わない写しが作成できるので、最近、実務では往々にして原本確認をしないで、取り調べ了としている取り扱いがないではないが、重要な書証は必ず原本の確認をすべきである。

(2) 人証

1 種類 人証には、証人尋問と当事者本人尋問がある。

2 信用性

・詳細で具体的な供述は信用できるとか、あいまいで具体性に乏しい供述は信用できないと言われることがあり、一般論としてはこれでよい場合も少なくないが、常にそのように考えるのは危険である。

.....
・信用できない供述としては、次の3つがある。

- ①供述の重要な本質的部分に矛盾を含むもの。ただし、枝葉末節部分に矛盾があっても、そのことを理由に供述の信用性を否定すべきではない。
- ②「動かし難い事実」(書証&争いのない事実)との間の整合性を合理的に説明できない供述

.....
③経験則に反する供述

(司研 22 p)

(3) 鑑定

▲筆跡鑑定

・アンケート調査の結果によると、筆跡鑑定の信用性については懐疑的な見解が多い。筆跡の同一性については、裁判所において自ら判断できる場合もあり、かつ、鑑定には未だ科学的に確立された手法がないとの見方もないではない。

・鑑定の必要性については慎重に判断すべしというのが、民事実務の大勢であろう。

.....
▲親子関係の鑑定の大部分は、父子鑑定だが(子からの認知請求事件)、今日では、DNA鑑定により、比較的安価に、かつ安定的精度で父子鑑定がされている。

.....
▲交通事故などで、医師を鑑定人に指定する場合(204 p)、当事者が入通院していた医師の出身大学&当該大学がいかなる大学の系列に属するかも考慮して、それ以外の大学から鑑定人を選任することが必要な場合あり。

(司研 202 p)

第6 動かし難い事実とストーリーの合理性

- ・民事裁判では、原被告双方とも、それぞれ自己の立場からのストーリーを作って、裁判官に提示し、裁判官は、双方のストーリーを対比して、不自然、不合理な点がないか、動かし難い事実の中に、そのストーリーでは説明できないものがないか、どのストーリーが合理的かを判断していく（この作業を「仮説の構築とその検証」と呼ぶことあり）。
- ・その際に用いられるのが経験則である。
- ・争点整理の段階で、どちらかのストーリーが合理的で他方のストーリーが不合理なら（実際にはそういう場合多い。準備書面や陳述書で判明）、事実上、合理的なストーリーに沿った事実認定がされることになる可能性が高い。
- ・人証の尋問をしても、予想が覆ることは少ない。そのような場合には、争点整理後、人証前に、予想される結論をもとに和解ができることも多い。
- ・ところで、ストーリーが合理的かどうかの判断は、経験則を用いるので、裁判官の常識が試されることになる。
- ・裁判官には、幅広い人生経験、豊かな一般常識、雑学が大事である。

(司研 25 p)

第7 全体像の把握

証拠を見るとときに、2つの見方がある。

①証拠の細かな部分を丁寧にきちんと検討するという見方（虫の目）

②証拠の細かな部分に拘泥せずに、全体の構造を大きくとらえるという見方（鳥の目）
どちらが正しいというのではなく、二つの見方をうまく使い分けること。

得てして細部の検討に注意が向きがちだが、意識して、全体構造の把握に目を向けるよう努めるのが有用である（司研 37 p）。

▲（事実認定の精度を向上させるための留意点）

①充実した争点整理により「動かしがたい事実」（間接事実）の十分な把握

②証拠調べ自体の質の向上、

③当事者へ質問（謙虚さが手持の経験則不足を補う働きをする。）

④同僚等との議論

⑤経験則には常に例外を伴うことの認識

(司研 41 p)

第8 高裁裁判官の意見

* 東京・大阪・名古屋の各高裁の裁判長の一部に対するアンケート

A裁判官

- ・どうやって事実認定するかと言われれば、基本は、客観的な裏付けがある事実（動かし難い事実）を並べた上で、当事者の主張するストーリーの中に、そうした事実を合理的に説明できないものがないかを検討するやり方である。もし、ストーリーに疑問があっ

ても、それだけですぐに不合理であると切り捨てるのは事実認定を誤る危険あり。

疑問が見つかったときに当事者に尋ねてみたら、疑問が氷解するときもある。

- ・ 書証の成立の真正に関して、二段の推定が問題になるケースでも、どういう事実経過でその書面が作成されたのかが分かれば、二段の推定を使う必要がないことも多くある。その書証が作成された経過を事実として認定すればよい。

B 裁判官

- ・ 適正な事実認定をするには、証拠調べ段階より、むしろ主張整理段階が重要と考える。双方のストーリー（仮説）をきちんと出させる、それぞれの主張にどの程度の合理性があるか、証拠の裏付けあるかなどの一応の見通しを立てる。すなわち、この段階で主張のテストをして、事件の筋を見分ける。
- ・ 証拠調べは白紙で臨んだ方がよい（かつて言われていたが）というのは適当でない。
- ・ ストーリーが不自然なら、事実認定の結論も疑問であることが多い。
- ・ 極めて多くの書証等が出されて記録が膨大になり事案の中身がよくわからない事件があったが、当該弁護士は、事案の核心を裁判所に分からせまいとして、わざわざ、分かりづらい準備書面を作成・提出していたようだ。

C 裁判官

- ・ 白紙の状態でも証拠に向かっても正しい認定はできない。弁論などを通していろいろなイメージ、ストーリーを自ら多重的、複眼的に用意して、集まった証拠を総合して、どのイメージが合うかを探り当ててゆくのが事実認定である。
- ・ イメージ力を高めるのが大事だが、そのためには、取引の世界、人情の世界、新聞、小説、ドキュメンタリーなどに接することである。
- ・ 事実推定の内容は、取引世界の実情等のため、時代により変化する。

例えば「沈黙は承認なり」という法格言は、今日では普遍的なものではなくなっている。

▲ 具体例

① 賃貸借契約解除後に賃料を黙って受領したとしても、そのことが、解除の意思表示の撤回に当たるものではなく、賃料相当損害金として受領するとの留保付き行為であると推認するのが相当な場合がある。

② 投資取引において、定期的に送付される取引報告書に異議を述べないと、従前は、記載取引について申込みや勧誘の応諾があったと推定していたが、現在は、取引者の判断能力、知識、取引の異常性等を総合的に考慮して個別に判断している。

昔は、儲け損なった客が後から文句を言っているとの見方が強かったが、今は取引の違法性を重視してきている。

③ 商取引では、商品引渡時に異議を述べていないことから瑕疵がなかったとの推定するものがあるが、検収時にできることには限度あり。現場の研修の実態を無視するものである。検収時に文句を言っていないからといって、このことから、一定の推定をすることは慎重であるべし。

このように推定の内容は、時代により変化するものである。

D裁判官

- ・筆跡鑑定はそれほど当てにならない。民訴法上、筆跡は、裁判官自ら字を見比べて判断してもよいことになっているから（229 ①）、筆跡鑑定をすることとしても、あくまで補助的な資料にとどまると考えるべきである。

F裁判官

「動かし難い事実」がなぜ重要か言えば、それは、当事者が展開する、若しくは裁判所が仮説として得たストーリーを検証する試金石となるからである。証言を聞くとき、記録を読むときには、常にストーリーをイメージしながら、これを検証するつもりで当たることが重要である。その場合、既存の証拠と対比するだけでなく、その仮説を前提とすると、あるべき証拠はそろっているか、ないとすればなぜかと言った形で、積極的に検証していくことが大切である。この検証の際にも経験則が重要な役割を果たす。要するに、結局、「人は普通どのような行動をするか」という観点での検証が重要である。

K裁判官

- ・結論がどうしても分からないという場合には、「スジ」が決め手になる。一審が「スジ」に従った判断をすると、控訴審で和解ができることもある。いわゆる「事件の筋」「結論として納まりがよい」「結論の妥当性」というのは、ぎりぎりの「決断」をする場合の説明としては重要であるが、ほとんどの事件は、きちんと事実や証拠をつみあげていけば、このような「スジ」とか「納まり」とかに頼ることなく答えは出るはず。
- ・証拠の偽造というのは結構あるのではないかという感想を持っている。
- ・証拠調をしてみると争点整理どおりの心証がとれないことは、実はまま経験する。

実は争点整理が必ずしもその事案に適した形でされていなくても、立ち止まって仕切り直しされることなく終結に至ることも多いのではないかという危うさを感じている。

L裁判官

- ・事実認定は、争点整理の段階から始まっている。訴状の段階から順次、心証形成をしている。事案によっては、書証だけで主たる争点について心証が取れることがある。
- ・主張のストーリーに無理がなく、その事実関係に沿った証拠があって、これに反する証拠がない場合は、その主張事実を認めることになる。

・事実認定で誤る原因として考えられること

ア 重要な証拠や事実の見落とし

イ 事案に対する思い込み

ウ 常識に対する認識不足

エ 事案又は事案解決に対する真摯な姿勢の不足

オ 法的知識の不足

- ・事件の筋とは、合理的でとおりのいい事件のストーリーであって、最終的に落ち着いたの
良い話ということかと思う。

M裁判官

- ・適正な事実認定を阻害する要因

ア 心のバイアス（偏り）が疑問に到達するのを妨げている場合が少なくない。

例えば、①大企業や行政がおかしなことをするわけがない。②証拠書類がそろっている（実は一見そう見えるだけかも）以上、それに反する供述がされても信用するに値しないと
思ってしまう。③鑑定や専門家の意見があると、それに寄りかかりたい気持ち
になったりする。

イ 迅速な事件処理をすることに気を取られ、細部まで事実関係を探求する必要はない
などと考え、疑問を疑問として深めないまま、この程度の審理で十分といった気持ち
で事件処理に臨むことも、適正な事実認定を阻害することになる。

N裁判官

- ・事実認定は、仮説を立てて、それを吟味していく作業である。事実認定は想像力である。
- ・わずかな証拠からいろいろな仮説を作り上げ、その仮説の問題点を吟味できる能力が必要
である。特に高裁の判決は、証拠を直接見ているわけではないので、理論的な過程、
仮説とその徹底的な吟味、検討、つまり論理的な検証が大切である。
- ・法律上難しい論点がある場合に、前提となる事実認定の処理でその判断が回避されてし
まうことを「事実で殺す」「事実で殺された」というそうだが、自分に都合よく事実認
定の程度を下げたり、逆に見るべきものを見ようとしていない、ということのないよう
に心がけるべきである。裁判官たるもの、「事実に対するこだわり」をもってしかるべ
きである。
- ・弁護士も、依頼者から頼まれて一応、主張はしたものの間違っ
て勝ってしまっ
て、寝覚
めの悪い思いをした体験はあるのではないかと思う。

第9 元最高裁判事の感想

- *高裁は、一回結審が多いが、一審と結論を異にする逆転判決をするときには、それなり
の事実認定をするか、当事者が（一審の裁判官も）納得のいくような詳しい認定が必要
であろう。また、逆転の心証なら、和解勧告をすることも検討したらどうか。
- *一審、二審とも、それぞれ自分の思った結論に持って行くのに都合のよい事実認定をし
ているのではないかと感じることもある。最高裁としては、事実認定ができないので、
高裁の事実認定にのっかるしかないので仕方がないが・・・
- *キャリア裁判官は、事案に適した的確な判決をしているが、理論面でもよく検討して納
得のいく判決をしてほしい。理論面でよく詰めていないのがたまに見かけられる。
- *最高裁としては、事実認定はできないし、新しい主張をさせることもできないので、原
審において、当事者に請求等をいくつもさせておいた方が
良い場合もあるのではないか
と思う（最高裁で破棄自判の判決ができるようにするためか）。

もし、そうしてあれば、高裁に破棄差し戻しをすることによる裁判の長期化を避けることができよう。

- *信義則を安易に用いるのはよくない。どの点の信義則か、よく検討すること。
- *どうせ最高裁にいったらダメだろうと思うのはよくない。最高裁も真摯に担当事件を検討している。一審、二審の裁判官が、しっかりした審理・判決をしていくことが、結局のところ、最高裁を動かしていくことになると思う。
- *最高裁で開かれた口頭弁論において（例えば、子供が架けたダイヤルQ 2 通話料事件など）、代理人が 30 分ほど弁論をしたことがあったが、感銘を受けるよい弁論であった。よい弁論は、裁判の活性化にもつながる。
- *経験則違反を理由とする上告受理事件は多いが、最高裁では、著しい経験則違反の事案でないと取り上げられない。
- *上告受理申立と同時に上告申立をするのが多いが、後者は上告理由がないので無駄

第 10 おわりに

事実認定には、自由心証主義がとられており、究極のところ、事実認定は、当該具体的事件を担当する裁判官の全人格的価値判断に外ならぬ。

裁判官は、自由心証主義の名のもとに全人格的判断を濫用して安易に事実認定をすることは許されず、事実認定は、経験則と論理則に従い、多数の証拠や間接事実を分析総合して、その良識と推理を働かせた上、合理的にされなければならない。

しかし、このようなことを抽象的に言ってみても事実認定が的確になされない危険を十分に防止はできないのであって、裁判官としては、常日頃から、具体的事件に適用されるべき経験則やこれを排除する特段の事情等の研究、研鑽を謙虚にして、事実認定に対する国民の納得と信頼を獲得するように努めるべきであろう（後藤 356 p 参照）。

(参考資料)

- 1 中野貞一郎「新民事訴訟法講義」有斐閣 (中野と略称)
- 2 後藤勇「民事裁判における経験則」判例タイムズ社 (後藤と略称)
- 3 後藤勇「続・民事裁判における経験則」判例タイムズ社 (後藤続と略称)
- 4 田中豊「事実認定の考え方と実務」民事法研究会 (田中と略称)
- 5 司法研修所「民事訴訟における事実認定」法曹会 (司研と略称)