

民事訴訟における「証明度」

西 台 満

The Standard of Proof in the Civil Suit

Michiru NISHIDAI

I discussed the standard of proof in the criminal suit under the title of “The Principle of the Free Discretion of Judges as to the Probative Value of Evidence and ‘the Degree of Proof’ ” published in *Memoirs of Faculty of Education and Human Studies, Akita University No.65, 2010.*

I insisted there that “the preponderance of evidence” would be enough for the prosecution to convict the accused of a crime.

In the same way as in the criminal case, a plaintiff does not have to produce evidence to such an extent as to make the judge confident that his claim is well-grounded. Because it is not going too far to say that both parties have no conclusive evidence in the civil action.

“The Burden of Proof” nowadays hotly disputed in the Civil Proceedings Law Society, therefore, is a sterile flower caused by the unreasonable demand from the plaintiff.

Key Words : the Code of Civil Procedure, the Burden of Proof, the Degree of Proof, the Preponderance of Evidence

第一章 序論

「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」¹ 基準、と定義されている。似たり寄ったりだが、「どの程度の証明がなされれば証明があったとして、裁判官がその心証形成により事実認定をしてよいか…の問題である」² とも言える。

分かりにくいかも知れないので、もう少し掘り下げて説明すると、争いのある事実例えば被告人が人を殺したかどうかについて、訴追側は被告人がやったのに間違いないと言うし、被告人は絶対やってないと否認する。昔即ち封建時代なら、ある程度の証拠があるという条件付

きで被告人に狙いを定め、拷問をする。すると、被告人は苦しさに耐えかねて「済みませんでした。殺したのは私です」と白状し、動機から殺した手口・凶器を捨てた場所まで、犯人でなければ知り得ない情報を次々ともたらし、裁判官は「犯人は被告人に間違いない」と確信をもって刑を言渡すことができたのである。

封建時代の刑事裁判のやり方を「糾問主義」と言うが、その中心を成すのが事実認定に関する「法定証拠主義」である。即ち、成文法あるいは不文法（慣習法）で、「自白」は被告人を有罪とし刑罰を科すための必要条件であると定めた。³ 従って、法が定める証拠とは、自白のことなのである。意外に思われるかも知れないが、封建時代の刑事裁判というのは「被告人が自ら罪を認めない限り、処罰はしない」という高い理想の下に行なわれていたのである。しかしその高い理想は、「あくまで白を切

1 金子宏・新堂幸司・平井宣雄，法律学小辞典第4版（有斐閣，平16年）624頁。

2 小林秀之，新証拠法第2版（弘文堂，平15年）〔以後，小林と略す〕69頁。

3 我国で言えば、「拷問は、法定証拠主義と結びついて、明治初年までは法制上公認されていた」。「凡そ罪を断ずるは口供結案に依る」と定めた改定律例318条が廃止されたのは、ようやく明治9年になってからである。法学協会，註解日本国憲法上巻（有斐閣，昭28年）633頁。

れば、悪人たちが野放し」という弊害を伴うので、先に触れておいた拷問が必要悪となった。

他に、法定証拠主義の系 (corollary) として引き出されたのが、証明とは裁判官に確信させることという「証明度」であった。この証明度だけは、不思議なことに、我国においては近代更には現代に至るまで生き延びている。

近代になって、真っ先に廃止されたのが拷問であった。拷問は、無実の人間にも肉体的苦痛から逃れるために、してもいない犯罪をやったと言わせる力があるために、「冤罪」の元として古来評判の悪い捜査方法であったが、しかし拷問が廃止された近代以降でも冤罪はなくなっていないから、両者に必然関係があるわけではない。故に、拷問が人々に蛇蝎視されるのは、やはりその人権侵害性にあると見るべきであろう。⁴

拷問の禁止とは即ち法定証拠主義の廃止であって、代わりに出てきたのが「自由心証主義」である。しかし、ここで自由心証主義の説明に入る前に、法定証拠主義についての誤解に言及しておかなければならない。後者を正しく理解しておかないと、近代になって登場してきた前者についても誤解することになるからである。

第二章 法定証拠主義

法定証拠主義を「裁判官が証拠に基づき事実を認定するに当たり、法律上の拘束を設け、証拠判断について裁判官の自由を認めない主義」と定義するのは正しい。繰り返しになるが、如何に動機や凶器・奪った金などの物証から犯人に間違いのないとの確信に至ろうとも、必要条件である自白がないと「証明があった」としてはいけないからである。証明の有無言い換えると証拠判断について裁判官の自由を認めないのである。

それを、「ある証拠があれば必ず一定の事実を認定せよとか (証拠価値の法定)、ある種の事実は、必ず一定の証拠方法を用いて証明せよ (証拠方法の法定) を設ける」⁵ という風に、自白を離れて一般化してしまうと、もはや正しいとは言えない。証拠は玉石混淆、証拠価値 (証明力) にばらつきがあるのは常識で、それを法律ですべて一律、同価値に扱うとは想像を絶する。証拠方法の特定にしても、例外としてなら今日でもあるが、⁶ 昔はそれが原則だったと言いたいのなら、とんでもないことである。⁷

いくつかの固定的な証拠法則が存在したことをもって、「ヨーロッパでは後期ローマ帝国以来、近代 (19世紀中頃) に至るまで法定証拠主義」が支配していた、と結論づける見解もある。例えば、聖書に由来する「一人の証言は証拠とならず」から、算術的に引き算をして複数の証人が残るかとか、証人が一人しか得られない当事者は宗教的な宣誓をすることによって補完できるとか、「反証の無い公文書は完全証拠になるが、私文書はそうでない」、等である。⁸

しかし、裁判官に自由な証拠評価を許さない証拠法則は、今日でもごまんとあり、特に刑事訴訟法に多い。先の論法で行けば、「昔も今も、世界中で法定証拠主義が支配している」と言わなければならない。例えば、訴因を逸脱して事実認定してはならない (378 三)。伝聞は証拠にできない (320 ①)。犯人であることを示す自白であっても、それが唯一の証拠である場合・不任意の疑いがある場合は証拠にできない (319)。共犯者の自白は、それ単独では他の共犯者を有罪にできない。

民事訴訟でも、訴因と同様に「当事者が主張していない事実は証拠調べの結果から裁判官が心証を得られたとしても、裁判の基礎にすることは許されない」⁹ し、控訴審も、そういう制約を受ける。¹⁰ その他、論理則・経験則に従わなければならないことは、刑訴 (378 四)・

4 日本国憲法 36「条が拷問の禁止を明文で定めたのは、言うまでもなく人権尊重の立場から拷問のごとき最も非人間的・非人道的な現象の根絶を目的としたものである」佐藤功、憲法 (上) 新版 (有斐閣ポケット註釈全書、昭 58 年) 567-8 頁。

5 新法律学辞典第三版 (有斐閣、平元年) 1295 頁 [法定証拠主義]。

6 例えば、公判期日における訴訟手続について証明しようとするれば、証拠方法は公判調書に限られる (刑訴法 52)。民訴でも同じ (民訴法 160 ③)。いずれにしても、裁判所自身が作成した証拠という点で特殊である。

7 刑訴法学者の理解の典型として、高田を取り上げる。前提が間違っているが、批判は正しい。法定証拠主義とは「各種の証拠の証明力を法律によりあらかじめ定めておいて、有罪とするためには一定の証拠を必要とし、または一定の証拠が揃えば裁判官の確信いかにかわらず有罪の宣告をなすべきものとする主義をいう。…しかし、あらゆる証拠の証明力をあらかじめ法律で定めるという点に問題があるのみならず、一般的・抽象的に証明力を定めることは具体的に不当な結果を生じ」させる。高田卓爾、刑事訴訟法改訂版 (青林書院新社、現代法律学全集 28、昭 53 年) 234-5 頁。

8 小林、36-7 頁。

9 小林、38 頁。「裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない」民訴 246 条。

10「第一審判決の取消し及び変更は、不服申立ての限度においてのみ、これを行うことができる」民訴 304 条。

民訴（305）共通だし、民訴でも法律上の推定や証拠方法の制限は数多い。¹¹

第三章 自由心証主義

第一章末で、法定証拠主義を否定して登場したのが「自由心証主義」で、それを正しく理解するためには、法定証拠主義を正しく理解することが前提である、と述べた。通説では、証拠全般に証拠法則の規制の網が掛けられていたとしたものだから、それを打ち破った自由心証主義は当然、「証拠の証明力に関する法律上の制限を一切廃し」¹²「これを全く裁判官の自由な判断に一任する」¹³主義、というような過激な定義を与えられることになった。

これが間違いであることは、前章末で、今日でも裁判官の自由な証拠判断を許さない証拠法則が多数あることで示しておいた。そこでもう一度繰り返せば、法定証拠主義とは、「自白なしに被告人を有罪にしてはならない」という封建時代の刑事裁判を意味する。表現を変えれば、犯罪の証拠方法を自白に限定する、あるいは犯罪で処罰するためには略100%の証明度を要求する、主義のことである。

訴訟法学者は、根拠を示すことができないので100とか90とかの数字を決して言わないのだが、ここでは話を少しでも分かりやすくするために、敢えて数字を使う。私が「略100%」と表現したのは、以下の判例による。まず窃盗事件において、訴訟上の証明は論理的証明ではなく、歴史的証明である。前者は「真実」そのものを目標とするに反し、後者は「『真実の高度な蓋然性』をもって満足する。言いかえれば、通常人なら誰でも疑を差挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることで証明ができたとする」。¹⁴略（だいたい・およそ）と付けたのは、論理的証明と区別するためである。それではあまり区別したことにはならないと批判されるなら、90%でもよい。次に、100%としたのは、「高度な」「誰でも疑を差挟まない」「確信」という表現に拠る。通常人が100人いたとして、誰一人として異議を唱えなければ100%だからである。いずれにせよ、最高裁自身も明確にはできない

ようで、90%以上100%未満と玉虫色の判決になっている。

民事訴訟は大半が財産をめぐる争いであるのに対し、刑事訴訟「では、個人の生命・自由・名誉といった財産的価値を超えたものを国家が奪い、かつ当事者間の力関係も対等でないことから、刑事訴訟に民事訴訟より高い証明度を要求することは肯定できる」。¹⁵故に、刑事訴訟法学界では、刑事訴訟では「裁判官が、良心に従って、まちがいないと信じた」という程度が要求されるのに対し「民事訴訟では、証明の優越で足り…著しい対照をなす」との理解が一般的である。¹⁶

とは言え、最高裁の民事判例では、上述の刑事と大差のない表現をしている。即ち、三歳の男の子Xが重い化膿性髄膜炎で入院したが、その後は快方に向かった。ところがある日、医師がXが嫌がるのを無理やり押さえつけ、ルンバール施術（髄液採取とペニシリン注入）を行ったところ、脳出血による嘔吐・痙攣を引き起こし、知能障害・運動障害が残った、という医療過誤事件である。「ルンバールと後遺症との間に因果関係は殆どない」という専門家4人の鑑定意見に基づき、一・二審はXの賠償請求を棄却したが、最高裁は次のように判示して破棄・差戻した。因果関係の立証とは「自然科学的証明ではなく、経験則に照らして…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もちうるものであること…で足りる」。¹⁷

結局は、「民事訴訟でも刑事訴訟でも訴訟上の証明は…通常人が疑を差し挟まない程度の真実性の確信」¹⁸にまで、裁判官の心証を高めることができるかどうかにかかっている、と括られてしまうことになる。しかし、証明を裁判官の「確信」と理解するのは、言い換えると原告に100%近い証明度を要求するのは、糾問時代の法定証拠主義であること、繰り返して述べた。それを否定して出てきた「自由心証主義」にしても、証拠調べするかしないか（証拠の取捨選択）・証拠を信用するかしないか（証

11 法律上の推定としては、公文書・私文書の真正の推定（228②④）。証拠方法の制限としては前述（註6）の他に、訴訟上の代理権の証明（民訴規15・23）・手形小切手訴訟における証拠（352①、367②）。

12 高田、前掲235頁。

13 団藤重光、新刑事訴訟法綱要七訂版（創文社、昭42年）281頁。

14 最判昭和23年8月5日刑集2巻9号1123頁、1124頁。

15 小林、76頁。

16 平野龍一、刑事訴訟法（法律学全集43、有斐閣、昭33年）189頁註三、187頁。

17 最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁、1419-20頁。

18 小林、71頁。

拠の証明力)において、裁判官に100%近い自由を与えることでは決してない。正しくは、「自白なしに有罪を認定してよい」、即ち自白という証拠から、換言すると心証形成における確信から裁判官を解放したのである。「状況証拠だけで、有罪判決を下してよい」と言っても同じである。この自由心証主義に基づく刑事裁判のやり方を「弾劾主義」と呼ぶ。

刑事裁判における証明度については、拙稿「自由心証主義と『証明』」¹⁹で詳論したので、本稿では民事訴訟のそれを論じて、結びとしたい。

第四章 結論

近代になって刑事裁判が弾劾主義で行われるようになると、被告人は当然、罪を免れようと否認少なくとも黙秘してくる。拷問ができないのであるから、捜査当局としては証明力の弱い「状況証拠」を集めるしかない。しかし状況証拠はあくまで状況証拠、いくら集めても数学的に加算されて「確信」に到達するという性質のものではない。従って、「拷問の禁止」という理想の実現は、「証明度の引き下げ」という副作用を伴う。そうしなければ、悪人が野放しになって、社会秩序が到底保てないからである。故に、弾劾主義においては、「証明」は「確信」と同義ではなくなる。

[1] 民事訴訟は拷問禁止とは関係なく、即ち近代以前か以後かとは関係なく、本来証明度を引き下げるべき要因を内在させている。第一に、当事者は双方私人であって、刑事における検察官のように強制捜査権を有していない。従って、証拠を集める能力に限界がある。当事者の申立てによって発せられる文書提出命令(民訴219)は、裁判所による証拠収集への手助けであるが、「技術職業秘密文書」とか「自己使用文書」など、広範な例外がある(民訴220四号)。²⁰

第二に、裁判というのは私人間の争いを国家権力によって終局的に終わらせる最後の手段だということ。

時間と費用と労力、我国では特に時間、²¹がかかるといって、何人も訴訟には関わりたくないと思っているのが、実情である。それ故、裁判所で対決となるのは、双方共に決め手となる証拠がない場合である。例えば、AがBに「貸した100万円を返せ」と請求したとする。Bが「それは、とっくの昔に返した」と主張してA夫人の署名・捺印のある領収書をAに見せれば、A夫妻の連絡不行届きということで、Aは引込まざるを得ない。逆に、Bが「そんなお金は、借りた覚えがない」と抗弁すれば、AはB名義の借入書を見せる。署名・捺印が真正であれば、Bは「勘違いだった。もう少し待ってくれ」と詫びるしかない。要するに、「通常人なら誰でも疑を差挟まない程度に」決定的な証拠があれば裁判にはならない、ということ。訴訟になるのは、どちらにも決め手となる証拠がないから、「それじゃ、出るところに出て、決着を付けようじゃないか」となるのである。典型は、「貴方が、これは必ず儲かると言うから、私は投資したんだ」と顧客が言い、証券セールスマンは「そんなこと、言った覚えはありません」と必死に打ち消す。メモもなければ、録音ももちろんない。しかし、損害の金額が大きいの、顧客も引くに引けないので、訴訟になったりする。

こういう民事訴訟において、原告に高度の蓋然性→確信へと繋がるだけの証拠を要求すればどうなるか？

証明失敗に終わるのは、目に見えている。²²そもそも、当事者双方に決定的証拠がなくして訴訟になったのに、なお法廷でそのような証拠を出せと迫るのが最高裁であり、民事訴訟法学界である。そういう矛盾は、どこか別の所に形を変えて噴出する。それが、「証明責任」である。

横道に逸れるようで気が引けるが、国政選挙における所謂「一票の重さ」問題が、その典型であろう。我国は、昭和25年にGHQ(連合国総司令部)の命令により警察予備隊を創設したが、野党党首鈴木茂三郎が戦力不保持を定めた憲法9条に違反すると最高裁に訴え

¹⁹ 秋田大学教育文化学部研究紀要第65集(平22年)11-18頁。

²⁰ 逆に、アメリカのDiscovery制度のように証拠収集を支援・充実させ過ぎると、「莫大な時間・金・労力を必要とする…負担に、当事者が耐えられなくなる」という弊害が指摘されている。要は、金を持っている方が勝つ、ということ。参照、小林101-7頁。

²¹ 我国の国民性として議論・討論が苦手な、従って訴訟手続も書面中心になること、裁判官の人数不足などが原因となって、裁判がのろい。地裁における、欠席裁判を除いた対席判決だけだと1年半以上かかるのはざらである。但し平8年の民訴法改正以後は改善の兆しが見える。参照、中野貞一郎、民事裁判入門第3版(有斐閣。平22年)[以後、中野と略す]28頁の統計。

²² 「必要な証拠が出てこない場合もあり、出てきた証拠のすべてを十分に取り調べて自由な心証を傾けても、主張されたような事実が本当にあったのかどうかについて裁判官が確信を持っていないという『真偽不明』の状態を生ずることが、いくらでもある」。中野、262-3頁。

た。これに対し最高裁は、具体的な紛争の存在を前提として発動するのが司法権で、紛争も無しにいきなり法律（警察予備隊令）を訴えることはできない、と却下した。却下とは、訴えの提起が不適法で受け付けられないという「門前払い」である。

それと似ているのが、選挙区によって一票の重さに大きなばらつきがある「投票価値の不平等」訴訟である。田舎は有権者数に比べて当選者が多い（一票が重い）のに対して、都会は有権者が多いのに当選者が少ない（一票が軽い）が、これは「法の下での平等」に違反する、と言うのである。これも上記事案と同様、何の争いもないのに、定数配分を定めた公職選挙法が憲法14条に違反していると訴えるものであるから、不適法と却下すべきであった。然るに、適法として受付・審理したから、二進も三進も行かなくなり、遂にはガードレールを突き破って暴走した。即ち、「選挙訴訟では、事情判決をしてはならない」と定める公選法219条1項を無視したのである。²³ このように、矛盾を犯せば、必ずまたどこかでその報いを受ける。

証拠では白黒・決着を付け難い案件が集まって来るのが民事訴訟である。そういう争いで「裁判官に確信を得させるような立証をなせ」とハードルを高くすれば、殆どがnon liquet（証拠不十分）・真偽不明で終わると先に述べた。そうすると、「結局の所、私にはわかりません」と匙を投げるのが裁判官には許されていないので、どう決着をつけるのか？ ここで登場するのが「証明責任」である。

証明責任とは、「民事訴訟の審理の最後の段階において、裁判官の自由心証でもなお事実の存否が不明の場合の当事者の不利益」²⁴を言う。法律に定めた要件事実が立証できなければ、当事者の期待した法律効果の発生は、裁判所に認めてもらえない。

判例・通説のように90%以上の証明度を要求すれば、決定的な証拠を持たない者は、最初から訴訟を断念せざるを得ない。訴訟費用がやたら高かったり、本人訴訟を許さない弁護士強制主義が採られると、貧乏人は

法の保護が受けられないことになり、「裁判を受ける権利」（憲32）侵害が問題になるのと同様である。しかし現実には、「裁判で争っても、証明責任を負う方即ち原告が負けるに決まっているから、裁判なんて考えない方がいいよ」という裁判所に対する不信・悪評が世間に広まっているかと言えば、そうでもない。聞こえてくるのは、時間がかかり過ぎるということ位である。

だとすれば、どこかに嘘がある。「裁判官は証拠に基づき、確信を得られたかどうかで判決を下す」というのは、あくまで表向きの「建前」なのではないか？という疑念である。実際には、もっと低い証明度で判決を出している。出前が遅すぎるとのクレームを受けた蕎麦屋が「今、店を出たところです」と嘘をつくと同様、常に敗訴側からの批判に晒される裁判所がそういう建前で押し通すのは、理解できる。しかし、真実を追求するはずの学界までもが、そういう建前を信じ踊らされているのは見るに耐えない。

決定的証拠を持たない者同士の争いで、「確信させるだけの証拠を出せ」と要求すれば、殆どが証明失敗になる、²⁵と何度も述べた。そうすると、通説によれば、裁判は証拠によってではなく、圧倒的に証明責任によって判決が書かれることになる。自由心証尽きた所に証明責任が始まり、而も後者の方が数では圧倒的に多いのであるから、証明責任こそが「民事訴訟の脊椎（バックボーン）」「訴訟過程の導きの星」となる。裁判の勝ち負けがそれによって決まるのであるから、民訴法学者の関心がそれに集中するのは当然で、「証明責任に関係する論争の規模の拡大は、かつての訴訟物論争を上回る勢いであり、専門の学者ですら全容を克明かつ正確に把握するのが困難な状況になってきている」。²⁶無闇に高くした証明度の付けが、こんな形で噴き出したのである。

高すぎる証明度は、「権利者が証明責任の壁に拒まれて権利を否認されたり、証明責任のゆえをもって義務者でもない者が義務を負わされたりする」不正義をもたらしかねない。²⁷

²³ 最判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。そのため、最近では違憲の代わりに「違憲状態」という訳のわからない言葉が用いられる。公選法「204条に基づく訴訟で投票価値の平等を争うことには、選挙無効と再選挙を予定した制度の『立て付け』からそもそも無理がある。宍戸常寿「一票の較差をめぐる『違憲審査のゲーム』」論究ジュリスト第1号（有斐閣、平24年）49頁。

²⁴ 小林、164頁。

²⁵ 「証明度をかなり低くしない限り、『真偽不明』の状況は相当数発生する」小林、169頁。

²⁶ 小林、163頁。

²⁷ 青山善充「証明責任」新民事訴訟法講義第2版補訂2版（中野・松浦・鈴木編、有斐閣大学双書、平20年）371頁。

[2] 証明度を下げなければならない要因として、刑事・民事共通に、故意・過失などの主観的要素がある。もちろん、行為者を通常人に置き換えて、外部的行為から「事実上の推定」という手法を用いて証明するのだが、²⁸ そうは言っても本人にしか分からない心理的な内心事実だけに、「主観的要素は、一般に証明が困難である」。²⁹

人の心理即ち考え方・感じ方は千差万別であるから、「大抵の人は」とは言えても、通常人なら「誰でも」とまでは断定できない。殆どの場合、犯罪の成否・裁判の勝敗は主観的要素に係ると言っても過言ではないが、立証の難しい主観的要素の証明に、確信を求めるのは全く現実的でない。³⁰

民事訴訟に^{ひんぽん}頻繁に出て来る悪意・善意なども、立証が難しい。これらについては、証明責任を負わされた方が負ける、と言っても過言ではない。先ず、錯誤無効を主張できない原因となる表意者の「重過失」を取り上げよう。³¹ 大審院は契約の相手方に証明責任を負わせたが、「取引の安全の要請や、重過失の立証が困難でありそれが相手方が証明責任を負うことになると表意者側の事情であるだけに困難さが倍加される」と、小林は反対している。³²

虚偽表示における第三者の「善意」については、判例は、大審院以来一貫して第三者に自己の善意について証明責任を負わせている。そもそも、「他人の善意・悪意を証明せよ（而も、確信させる程度にまで!）」は、不可能を強いるに等しいことなので、判例は妥当であ

る。「虚偽表示は無効、それを破る善意の第三者は例外」という条文構造に適合した解釈であり、通説の地位を固めた法律要件分類説から見ても問題ない。³³

[3] 判例・通説は、表向きでは「高度の蓋然性」「確信」と言いつつ、実際には「一応の推定」とか「表見証明」という概念で立証軽減を行っている。一応の推定とは、「客観的に証拠から直接認定しにくい『過失』を中心に発達してきた判例理論である。…ある程度の立証があれば類型的に相手方に反証提出責任を負わせる…。(もし相手方がその)責任を果たさない場合には、証明責任を負う当事者の立証が完全な証明に至っていなくても(証明度に達していなくても)証明ありとあつかうこと」³⁴を言う。特に、公害・薬害・医療過誤・航空機事故・製造物責任のような所謂「現代型訴訟」では、高度な専門的知識を必要とし、而も証拠の所在が当事者の一方に偏^{かたよ}っていて、通常の「証明度を要求すると、立証の困難さや事案の性質上不当な結果になる」³⁵ので、一応の推定即ち証明度の引き上げがますます要請されるようになって来ている。

「表見証明は、ドイツの判例によって形成された理論で、ある事実が存在すれば、それが一定の方向の経過をたどるといふ『定型的事象経過』が存在する場合に、その定型性から一定の原因事実が推定される。スピードを出し過ぎたオートバイがカーブで転倒した場合、手術部位からハサミなどの手術器具が出てきた場合、運転者・医師の過失と因果関係が推定されるが如し。³⁶言葉は難しいが、一応の推定と実質変わらないと思われる。

²⁸ 例えば、故意は「行為者は、行為の当然の結果を認識していたものと推定する」という法則を用いる。平野、前掲 238 頁。事実上の推定とは、「ある事実（前提事実）から他の事実（推定事実）を推認する場合に、特に他の事情がない限り、そのように推認するのが当然であると思われる場合をいう」。竹内・松尾・塩野編、新法律学辞典第三版（有斐閣、平元年）592 頁。

²⁹ 団藤重光、新刑事訴訟法綱要七訂版（創文社、昭 42 年）231 頁註（二）。

³⁰ ポリグラフ（嘘発見器）は、第一次大戦後の発明以来、改良が重ねられたにも拘わらず、あらゆる人の嘘を見破るほどの精度は得られていない。

³¹ 民 95「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があった時は、無効とする。但し、表意者に重大な過失があった時は、表意者は、自らその無効を主張することができない」。

³² 小林、191 頁。同旨、石田穰、証拠法の再構成（東京大学出版会、昭 55 年）[以後、石田と略す] 156-7 頁。

³³ 石田によれば、立証責任配分基準のトップに来るべきは「信義則」である（149 頁）。虚偽表示の張本人のために第三者に負わせるのではなく、張本人に対する債権者のためにそうするのであるから、その点に関しても問題ない。参照、西台満、理論民法（高文堂出版社、平 17 年）82-3 頁。法律要件分類説（規範説とも言う）とは、実体法は要件として権利根拠事実・権利障害事実・権利消滅事実のいずれか又はすべてを定め、通常は原告が根拠事実、被告が障害・消滅事実について証明責任を負う、とする説である。

³⁴ 小林、59-60 頁。

³⁵ 小林、60 頁。註（17）で紹介したルンバル事件では、専門家 4 人が口を揃えて「因果関係なし」と言っているのに、最高裁は因果関係を認定。「通常人なら誰も疑いを差挟まない」は、一体どこへ行ってしまったのか？ この場合の通常人とは、平均レベルの専門医師を指す。

³⁶ 小林、62 頁。

[4]「原告と被告とがそれぞれ出す証拠といったら、原告本人尋問、被告本人尋問しかないという訴訟が多い。(証人と言っても)実は、奥さんだけしかない。…要するに双方の主張が対立している。それをどう見るかというような形で判断せざるを得ないことはよくあるので…確信だとは私は正直いって思えない。やっぱり書証なんかを合わせてどっちか優越している方を勝たせている。もうそれではダメだというのだったら、請求棄却のほうが多くなる」。³⁷これが、民事訴訟の現実である。証拠によらず、証明責任で片っ端から原告敗訴にして行ったら、国民は司法権を、莫大な税金を使って維持する価値なしと見捨てるに違いない。

以上、証明とは「証拠の優越 (Preponderance of Evidence)」と考えなければならない。³⁸石田は、代理権の証明を例に、次のように通説を批判する。代理人が70%の蓋然性でそれを立証したが、その程度では裁判官は確信に至れず、証明不十分ということで、代理人は履

行又は損害賠償せよと命ぜられる。³⁹「通説によれば、代理権の不存在の蓋然性が30%しかないのに代理権が存在しないのと同じく扱われるのである。しかし、これでは…真に代理権を有した者が責任を負わされる可能性が、真に代理権がない者が責任を負わされる可能性より大にな」ってしまう。こういう本末転倒を防ぐためには、「事実の存在の可能性が不存在の可能性より大きい場合」は、「確信を得られなくても」その事実の存在を認定しなければならない。⁴⁰

証拠の優越とは、はっきり言って「51%」の存在可能性のことである。従って、存否不明は双方50%の場合に限られ、そこまで拮抗するのは稀であるから、(客観的)証明責任の登場する余地は殆どなくなる。⁴¹「心証」とは、証拠調べ終結時に、裁判官が持つ当事者双方の立証の優劣に関する印象、のことである。この心証を「口頭弁論の全趣旨」(民訴247)によって整序し、⁴²略100%の確信とした上で判決する。通説・判例は、証拠調べ終結時の心証と、判決時の心理状態を勘違いしているのである。

³⁷ 研究会「証明責任とその周辺」における倉田卓次判事の発言。判例タイムズ350号(昭52年)63頁。

³⁸ 註(20)で紹介したDiscovery制度を持つアメリカですら、通常の民事訴訟は「証拠の優越」の証明で足りる。小林,71頁。

³⁹ 民117①「他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができ(なかった)ときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う」。

⁴⁰ 石田, 142-3頁。

⁴¹ 「実際に両当事者が立証を尽くした後も裁判官が事実の存否の判断ができない場合は稀有であり、『真偽不明』の場合は不存在と見なせばよい」(小林, 168頁)と主張するのが客観的証明責任否定説である。私は否定説ではないが、それと実質変わらない。

⁴² 刑訴318の条文を根拠に、「民事訴訟法においては、自由心証は『口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果』に及んでよいこととされているが、刑事訴訟法では証拠のみに限られる」と考えるのが刑訴法学界での通説であるが、それは間違っている。「事実認定が、証拠の総合的判断として行われるものであることは言うまでもない」のであり、書いてなくても弁論の全趣旨は斟酌されねばならない。鈴木茂, 註解刑事訴訟法中巻(平場・高田・中武・鈴木, 青林書院新社, 昭49年)652頁。