

Title	〔最高裁判事例研究二五七〕 伝聞証言の証拠能力 (最高裁昭和二七年一月五日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	河, 正慶(Kawa, Masayoshi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1987
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.60, No.11 (1987. 11) ,p.126- 129
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19871128-0126

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

式譲渡である。本判決は二〇五条一項を適用するが、新株券発行の不当遅滞の場合を考えると妥当な解釈とはいえないだろう。また前述のように、本件Xの善意者保護の主張や、対会社関係においても効力のある株式譲渡をなしようとする所説も採りえ

ない。従って、Xの名義書換請求権を否定した本判決の結論は是認しうるが、その理由は二〇四条二項にもとめるべきであったと考える。

山本 爲三郎

〔最高裁判事例研究 二五七〕

昭二七一九(最高民集六巻
一一号一二七頁)

伝聞証言の証拠能力

物品引渡等請求事件(昭二七・二・五第二小法廷判決・棄却)

本件事案は、以下のようである。

X(原告、控訴人、上诉人)は、Y(被告、被控訴人、被上诉人)は、Xが洋服仕立販売業を営業中店員として雇われていたが、昭和一九年経済統制による企業整備のため廃業する際、Xは、Xにおいて必要を生じた時は即時返還を受ける約束のもとに本件ミシン一台をYに無償貸与した。Xは生活上右ミシンを必要とするのでその返還を求めるとして本件訴を提起した。それに対しYは、「本件ミシンは原告主張の頃、被告が原告の店の後仕末を手伝って原告から贈与を受けたもので、所有権は自己にあり」と主張した。X敗訴、控訴。原審は、Xの右主張は、当審証人E・Fの各証言によつてはこれを認めるに足りず、一審証人A・当審証人Bの各証言、及び一

審及び当審におけるX本人訊問の結果はこれを措信し難い。かえつて一審証人C・Dの各証言によると、XはYに店の残務整理の手伝方を依頼したのでYに本件ミシンを贈与した事実を認めることができるとしてX敗訴の判決をなした。そこでXは上告し、現行民事訴訟法が反対尋問権の裏打ちによつてその機能を發揮する交互尋問制を採用した以上、反対尋問の機会のない伝聞証拠の取扱についてはとくに留意すべきところ、これを一般の証言と同一と取り扱い事実認定の資料としたことは重要な採証の法則に反する違法がある、と論じ、さらに、何等特別の理由を示さなくXととくに關係のない第三者であった証人ABの証言を排斥し、却つて、Yの実母Cの証言、Yの伯父たるDの伝聞証言を採用したのは、一般条理に反し、証拠調の結果に基づかない事実認定として民法一八五条の趣旨に違反する、と論じた。上告棄却。「現行民事訴訟法二九四条が一種の交互尋問権を採用したものであること及び交互尋問制の長所は証言者の相手方に与えられたいわゆる反対尋問権の行使により、証言の信憑力が十分吟味される点にあることは、いずれも所論のとおり

である。

しかし、証拠を、原則として右のような反対尋問を経たものだけに限り、実質的にこれを経ない、いわゆる伝聞証言その他の伝聞証拠の証拠能力を制限するか、或はこれらの証拠能力に制限を加えることなく、その証明力如何の判断を、専ら裁判官の自由な心証に委せるかは、反対尋問権の行使につきどの程度まで実質的な保障を与えるかという立法政策の問題であって、交互尋問制のもとにおいては必ず伝聞証拠の証拠能力を否定しなければならない論理的な必要があるわけではない。それ故わが民事訴訟法は、私人間の紛争解決を目的とする民事訴訟法においては、伝聞証言その他の伝聞証拠の採否は、裁判官の自由な心証による判断に委せて差支えないという見解のもとに、この種の証拠能力制限の規定を設けなかったものと解するのが相当である。

されば原審が所論証人A同Bの証言を排斥し却つて所論証人Dの伝聞による証言を採つて所論の事実認定の資料としても、何等採証の法則に違背するものではなく、論旨は結局、原審が適法にした証拠の取捨判断を攻撃するに帰するから、採用し得ない。」

判旨に、結論において賛成する。

一、民法二九四条一項は、反対尋問権を保障している。そこで、本条にいう反対尋問を経ない証言は、その証拠能力を否定されるべきであらうか。また、他方において民法は、一八五〇条において、裁判官の自由心証主義を規定している。故に、たとえ、反対尋問を経ない証言であっても裁判官がその証言により心証を形成することができるのならそれを証拠として認めてよいのではなからうか。

この問題は、証人尋問についても、当事者に関与する機会を与え、訴訟における当事者責任主義を徹底させようという英米法で発達した交互尋問制と裁判所主導で証人尋問を行なう大陸法系の自由心証主義との調和という形で問題を提起している。⁽¹⁾⁽²⁾

二、交互尋問制は、英米において訴訟における反対尋問のテストを経ない供述は、容易に信用することができないという根拠のもとに永年の司法経験を経て確立された制度である。⁽³⁾

したがって、訴訟において当事者は、一つの手続保障として反対尋問権を保障されているのであり、この権利保障を実効あらしめるために、反対尋問を経ない証言は、原則として証拠能力を有しないものと解する。したがって、このような証言は、違法な証拠手続によるものとして、証拠資料になりえない。違法な証拠調べの結果は、責問権の放棄、喪失なき限り訴訟資料になりえないとするのが通説であり、⁽⁴⁾反対尋問を経ない証言から裁判官が心証を形成することは原則として許されないものと解する。なぜならば、このような解釈が民法二九四条一項の規定、交互尋問制を採用した現行民事訴訟法の実質的趣旨に合致すると解するからである。

しかし、交互尋問制を保障する趣旨から考えて、次のような場合には、反対尋問権が行使されない証言であっても、証拠能力を有するものと解する。まず第一に証人の死亡、病氣等により反対尋問権の行使が客観的に不能な場合である。ただ、このような場合は、証拠としての証拠能力が肯定されるべきである

うが、反対尋問を經ていないということを証言の証明力を評価するにあたっては、慎重に考慮すべきものと考へる。⁽⁵⁾ 第二は、反対尋問権が行使可能であるにもかかわらず、当事者が行使しないことにより、責問権の放棄、喪失として処理される場合である。当事者が、反対尋問権を保障されていたにも拘らず行使しないという事実は、客観的に行使不可能な場合に比し、証明力をさほど低下させないように思われる。

三、それでは、以上のような検討に基づき、本件において問題とされている「伝聞証言」の証拠能力の有無について検討してみよう。

「伝聞証言」とは、証人自身が証言の内容たる事物を直接見聞したのではなく、他人の陳述を聞いてその内容についてする証言である。⁽⁶⁾

この問題については、従来、次のような形で問題が提起されている。即ち、伝聞証言においては、相手方の反対尋問権（憲法三七条二項）が実質的に保障されていないから、誤判の防止⁽⁷⁾ 被告人の人権の尊重の要請の強い刑事訴訟では、その証拠能力に厳しい制限が課されている（刑訴三三〇条以下）。そして民事訴訟においても、古くは、判例は、伝聞証言の証拠能力を否定していた⁽⁸⁾、という形式の問題のとりえ方がなされている。

この点について、私は、以下のように考へる。

証人尋問とは、証人、即ち、過去の事実や状態について自己の認識したところを訴訟において供述すべき人（訴訟当事者、お

よびその法廷代理人以外の者）に対する取調べをいう。⁽⁹⁾ この証人には、厳密にいつて、自己の直接に認識したところを供述するものと、間接に認識したところ、即ち、伝聞を供述するものがある。この二つの概念は、明確に区別されなければならない。前者は、自己が直接に認識したことを供述するものであり、後者は、間接的に認識したものを供述するものであるから、自ずと両者の証明力には差異があり、これに対する反対尋問の形式も異なるものといわざるを得ない。前者においては、直接的に認識したものに對して疑問を示すことに反対尋問を行なうのに對し、後者においては、間接的に認識したものの、即ち、例えば、本件におけるような場合、Xは、DがYの証言を聞いたとき的情況、Yの発言が真摯な発言といえたか否か、現在のD自身の記憶が正確といえるか否か等について尋問する機会が与えられなければならない。したがって、伝聞証言は、反対尋問が不能な場合ととらえられるべきではなく、交互尋問制下、当然にその伝聞の信憑性⁽¹⁰⁾ について反対尋問の機会が保障されなければならないものと解する。⁽¹¹⁾

ただ、伝聞証言は、その間接性という性質上、その証明力は自ずと低いものと言わざるを得ない。故に、民事訴訟規則三五条は、この点を考慮して、一定の場合に、伝聞証言を証拠としてもちいることを制限しているものと理解することができる。このような趣旨から考へるならば、伝聞証言を唯一の証拠として心証を形成することには問題があると言わざるを得ない。

四、本件についてみるに、Cの証言も採用されており、裁判所の心証形成がDの証言のみを採用してなされたと解することはできない。また、Xは、Dに対してその伝聞の真憑性に対する疑問を呈示して反対尋問をなす機会を与えられていたものと考えることができ、仮りに、これを行使しなかったならば、責問権の放棄喪失として処理されるべきであらう。

このように、Dの伝聞証言は、適法に証拠能力を有しているのであり、最高裁が判示するように、Xの主張は、原審が適法にした証拠の取捨判断を攻撃するに帰するものといえよう。

ただ、本件判決は、伝聞証拠を反対尋問を経していないものととらえ、この問題を、反対尋問権の行使につきどの程度まで実質的な保障を与えるかという立法政策の問題としてとらえているが、伝聞証言は、伝聞証言としての反対尋問権が保障されるべきであり、判決理由の部分については、異論をとなえたい。

- (1) 注解民訴法(6)(昭和五二年)八三頁。
- (2) 石川明「反対尋問権の保証」続民訴法判例百選(昭和四七年)一六〇頁。
- (3) 田中和夫「伝聞証拠」法曹時報一四(昭和二四年)一四三頁。
- (4) 松岡民事証拠論二四六頁。
- (5) 小瀬保郎「反対尋問の欠如と証言の証拠能力」司研一九七〇・一(昭和四五年)七五頁。
- (6) 中野||松浦||鈴木編『民事訴訟法講義』(補訂第二版)三二二頁。
- (7) 前掲『民事訴訟法講義』三二二頁。

(8) 判例は、その後、大連判明四〇年四月二九日民録一三四五八が伝聞証言の証拠能力を肯定して以来、今日までこの考え方が維持されている。

(9) 前掲『民事訴訟法講義』三〇四頁。

(10) 石川・前掲一六〇頁。

(11) 伝聞証言に対する反対尋問は、当該伝聞における直接的な発言者に対する反対尋問ではなく、伝聞証言という間接的証言の真憑性に対する反対尋問というものを観念すべきであり、反対尋問が不能な場合と解すべきではないと考える。

河 正慶