慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	民事訴訟における証明度
Sub Title	Standard of proof in civil procedure
Author	三木, 浩一(Miki, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.1 (2010. 1) ,p.15- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100128-0015

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.

民事訴訟における証明度

三木浩一

一　はじめに
二　「証明度」概念の意義および本質
三　従来の判例・学説
四　証明度の高低と真実発見における優劣
五　証明度の高低と副次的な効果における優劣
六　「高度の蓋然性」説の背景
七　信頼度
八　立証負担軽減の法理と証明度の関係
九　おわりに

一　はじめに

本稿は、民事訴訟における適正な証明度について考察するとともに、証明度をめぐる議論の本質や周辺概念に関する筆者の考えを述べるものである。あらかじめ、本稿の結論を明らかにしておくと、民事訴訟法における証

明度は、通説・判例とされる「高度の蓋然性」基準ではなく、より低い証明度である「優越的蓋然性」基準が採用されるべきである。また、本稿における議論を展開していくにあたって、筆者の考え方の背後にある問題意識として、次に挙げる三つの疑問が常に底流にあることも、最初に明らかにしておきたい。

第一は、「高度の蓋然性」と事実認定者の「確信」との関係である。民事訴訟の実務を現に行っている裁判官たちに話を聞くと、実務においてはあらゆる場合に常に「高度の蓋然性」基準に依っているわけではなく、「証拠の優越」ともいうべき低い証明度で認定することもよくあると言われる方が少なくない。[1] 他方、事実認定における心証の状態について質問すると、事実を認定するには主観的な「確信」が必要であるという人が少なくないように思われる。こうした一見すると矛盾する現場の声は、どのように理解すべきなのであろうか。

第二は、心証における「ゆらぎ」の問題である。およそ訴訟においては、事実認定者の心証度が証明度を超えたときに証明があったとされる。このうち、証明度は基準値であるから理論上は確定的な値であるのに対し、心証度は事実認定者という「ヒト」の心理状態であるから、一定の幅をもった心証の「ゆらぎ」が存在するはずである。従来の証明度に関する議論には、この心証における「ゆらぎ」の問題が、適切に組み込まれていないように思われる。また、心証度は、訴訟の最初から最後まで不変であるというわけではなく、当事者の主張や立証にともなって、時間的に「遷移」する。従来、この「遷移」は、単純に心証度の変化として捉えられてきた。しかし、たとえば、審理開始直後の心証度は七〇％であったが、その後の審理の経過に応じて四〇％に低下し、さらにその後に八〇％に上昇し、口頭弁論終結時にはまた七〇％に戻ったという例を考えた場合、最初の七〇％と最後の七〇％は心証度としては同じであるが、「心証」それ自体として果たして同じなのであろうか。換言すれば、暫定的心証と最終的心証は、心証度が等しい場合には同じ心証なのであろうか。それぞれの心証における「ゆらぎ」の差異を考慮しなくてよいのであろうか。

第三は、規範的要件と証明の関係である。一般に証明度の問題が議論されるとき、しばしば不法行為の例が用いられるが、不法行為の要件である「過失」や「因果関係」は規範的要件であり、その要件充足に関する判断は、通常の事実認定とは性質が異なるのではないだろうか。さらに、立証負担軽減の法理として説かれる「一応の推定」、「表見証明」、「概括的認定」などは、ほとんどの場合が規範的要件である「過失」または「因果関係」についてのみ論じられるが、それはなぜだろうか。こうした規範的要件の「立証」の問題は、本来の意味の立証と同じなのであろうか。そして、立証負担軽減の法理は、証明度とどのような関係に立つのであろうか。

二　「証明度」概念の意義および本質

「証明度」とは、訴訟における事実認定者が、要証事実を認定することが規範的に許される蓋然性の程度をいう。民事訴訟における証明度は、フランスやドイツなどのヨーロッパ諸国およびラテン・アメリカ諸国などの大陸法の国では、刑事訴訟におけると同様の高い水準が必要であるという理解が一般的である。これに対し、アメリカ、イギリス、カナダなどのコモンローの国々では、証拠の優越という低い証明度で足りるとする理解が共有されている。わが国は、証明度に関する考え方をフランスやドイツから継受したことにより、「高度の蓋然性」イコール「確信」という高い水準が必要であるという見解が古くから支配的であり、判例も同様の立場であるとされる。しかし、「証明度」という概念の意義や本質については、論者によって理解の相違や認識のずれが見られることがある。そこで、民事訴訟における適正な証明度を論じるに先立って、証明度およびその周辺概念について、筆者なりの整理を試みておくことにする。

1 「証明度」概念の規範性

訴訟上の事実認定において「証明度」が必要とされるのは、事実認定者による恣意を排除して公平かつ適正な事実認定を確保するためである。したがって、証明度は、事実認定者の心証形成を拘束するものであり、必然的に法律的な規範性を有する。民事訴訟法上の規律との関係では、自由心証主義（民訴法二四七条）における「自由」の内在的制約であり、同条の要件の一部ということになる。こうした意味での規範概念であることから、次のことが導かれる。

まず、訴訟上の事実認定者は、証明主題に関する最終的な心証度が証明度を超えた場合には、証明主題の存在を認定することが許されるだけではなく、証明主題の存在を認定する義務を負う。最終的な心証度が証明度を超えた場合であっても、かりに事実認定者が裁量で証明主題の存在を認定しないことが許されるとすると、事実認定者は本来勝訴すべき当事者を恣意的に敗訴させることができることになり、事実認定者の恣意を防止するという証明度の規範的な意義を損なうことになるからである。

次に、証明度の水準は、それが事実認定者を拘束する法律的な規範である以上、本来的には成定法が定めるべきものである。しかし、わが国の実体法または訴訟法には証明度を定める明文規定はないため、民事訴訟の目的や機能に照らして合理的な解釈により決定されるべきことになる。[2] その際、証明度という規範に自己充足的な意味があるわけではなく、あくまでも事実認定者の恣意を防止して公平かつ適正な事実認定を確保するための手段であることを想起する必要がある。また、事実認定者の個人的な思想や感情で証明度を設定したり、事案に応じて事実認定者自身が証明度を軽減したりすることは、本来的に許されないことである。学説の中には、原則的な証明度を「高度の蓋然性」としつつ、証明度軽減の法理を説く見解があるが、[3] 証明度の規範性に照らして原理的な疑問がある。[4]

2 「証明度」概念の主観性

わが国の伝統的な見解は、「証明度」を裁判官の「確信」という主観的な概念によって理解してきた。[5] たとえば、兼子一博士は、「当事者の事実上の主張を真実と認めるか否かは、裁判官の自由心証に基いて到達する具体的な確信による。この場合の確信とは、社会の通常人が、日常生活の上で、自ら疑を抱かずにその判断に安んじて行動するであろう程度の心理状態を指す」と述べ、裁判官の主観のみに基づいて、証明度に相当する概念を説明している。[6] さらに、兼子博士以後においても、[7] 証明度を説明する言葉または証明度の基準として、「確信」概念を用いる見解は少なくない。[8] これに対し、「確信」ではなく「蓋然性」を基準とすべきであるとの考え方も唱えられている。[9] これは、合理的な根拠のない裁判官の主観的な確信は、証明度の基準として妥当ではないとの考え方に基づくものである。伝統的な「確信」を基準とする立場は主観説と呼ばれ、「蓋然性」を基準とする立場は客観説と呼ばれる。[10]

しかし、真に「蓋然性」が「確信」に比べて客観的でありうるのかとあらためて問えば、経験則の蓋然性を客観的に測定する道具はないので、ある経験則の「蓋然性」がどの程度かは主観的に判断せざるをえない。つまり、客観説もまた主観的であることを免れない。[11] 結局、文字どおりの「客観説」はありえない。客観説は、事実認定者の判断が根拠のない偏見や思い込みに基づくものであってはならず、通常人が共有しうる根拠や常識に支えられていなければならないことを、「蓋然性」という概念を用いて強調する立場であるといえよう。[12] 他方、主観説と呼ばれる見解であるが、少なくとも現在の主観説は、そこにいうところの「確信」が、通常人が共有できないような合理的な根拠のないものであってもよいとは、考えていないであろう。[13] このように考えると、両者の間に実質的な差異はないものと思われる。[14]

ちなみに、主観説と客観説の両者を止揚した立場と自らを称して間主観説を説く見解もある。[15] 論者は、「間主

観」とは裁判官の個人的な主観ではなく理念的な裁判官の主観を意味するとし、その実質は、自然法則、思考法則、経験則に従った合理的な事実認定であるとする。しかし、自らの主観が理念的な裁判官の主観であるかどうか、あるいは自らの事実認定が広義の経験則に従っているかどうかなどについての判断自体は、やはり裁判官自身の主観的な判断たらざるをえない。もともと、わが国の民訴法二四七条の解釈として、自由心証主義には内在的な制約があり事実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とされるが、間主観説はこの内在的制約のことを述べているものとも思われる。(16)

3 「証明度」概念の有用性

証明度をめぐる議論については、「高度の蓋然性」説であろうと「優越的蓋然性」説であろうと、実務上の実益はほとんどなく、もっぱら理論上の争いであるとの冷めた見方もないではない。とくに、上述のように、「証明度」概念がすぐれて主観性の高い問題であることを考えると、所詮は裁判官の内心の問題であるというシニカルな反応に直結しやすい。しかし、「証明度」をどのように捉えるかは、理論的に重要であると同時に実務的にもきわめて重要であり、裁判の結果を現実的に左右することは疑いないものと思われる。

第一に、事実の有無を認定するには「高度の蓋然性」が必要であるという信念の下に裁判官が審理および判決に臨む場合と、事件類型のいかんを問わず「優越的蓋然性」で足りると考えて審理および判決に臨む場合とでは、判決における最終的な判断は言うに及ばず、審理の進め方や訴訟指揮にも少なからぬ違いが生じるであろう。(17)

第二に、証明度として「高度の蓋然性」説を採るか「優越的蓋然性」説を採るかの違いは、単に事実認定における心証の高低の差異として発現するだけではなく、いかなる経験則を採用するかの差異として発現する場合もある。そして、専門的経験則の場合に顕著に見られるように、経験則の選択はときとして可視的であるから、証

明度に関する判断の正しさは事件によっては追証可能であり、必然的に上級審による審査の対象にもなりうる。

第三に、証明度に関する立場の違いは、後述するように、要証事実の選択における差異として発現する場合もある。これはとくに不法行為事件における過失や因果関係などの規範的要件に関する証明において典型的に見られるところ、過失や因果関係は証明に関する議論の主戦場のひとつであり、実務的な意味は大きい。

ところで、証明度の有用性に関しては、心証における蓋然性の計量可能性を前提として、事実認定論におけるベイズ決定理論の応用を説く見解がある。しかし、訴訟上の事実認定における心証は、ベイズ計算の対象となりうるような計量可能性があるとはいえない。したがって、基本的には比喩的なモデルとして理解すべきであり、実務的な有用性はないものと思われる。また、認知心理学の理論に照らしても、証明度や心証度を細かく数値化することには、意味がないものと思われる。[18] それどころか、数学的な蓋然性計算を過度に強調することは、訴訟における心証の主観性に関する実態を歪めることになるので、かえって危険である。

なお、本稿では、証明度や心証度などを原則として確率的な数値で表すが、その数値はあくまでも比喩的な表現上の手段であり、心証が数量的に計量可能であるとの前提をとっているわけではない。他方で、証明度や心証度が蓋然性によって認識されるものである以上、原理的に確率の考え方に馴染むことは明らかであり、確率的な数値による表現は議論において適切である。しかし、繰り返すが、証明度や心証度が確率の考え方に馴染むからといって、そこから直ちに計算可能性が帰結されるわけではない。また、心理学的に見て人間の心証の差異は数段階程度でしか認識できないので、[19] 大雑把な数値を用いることになる。

4 「証拠の優越」と「優越的蓋然性」の異同

アメリカをはじめとするコモンローの国々では、民事訴訟における証明度は「証拠の優越（preponderance of

the evidence)」であるとされる。この「証拠の優越」という概念の意味についてはアメリカでも議論があるが、現在では、「争点である事実の不存在よりは存在の蓋然性が高いこと（the existence of the contested fact is more probable than its nonexistence)」、あるいは、「あるかないかといえばあるという程度（more－likely－than－not)」を意味するものとして、一般的に理解されているようである。[20]

しかし、「証拠の優越」という言葉はややミスリーディングであり、誤解を招きやすい。第一に、「証拠の優越」を字義どおりに解釈すれば、当事者双方が提出した証拠の優劣のみを問題にしているようにみえるが、常に同一争点について正面から対立する証拠が存在するわけではない。第二に、証拠のほかに、両当事者の主張や弁論の全趣旨なども心証形成の材料となることを等閑視しているように受け取られやすい。第三に、しばしば証拠の優越の意味として、五〇％をわずかでも超える証明があればよいという説明がなされるが、後述するようにその説明は必ずしも正しくない。

以上を理由として、本稿では、コモンローにいう「証拠の優越」に代えて「優越的蓋然性」という言葉を用いる。本稿にいう「優越的蓋然性」とは、確率的に表現すれば六〇％程度の蓋然性をいう。上述したように、心理学的にみて、人間にとって心証の差異は数段階程度でしか認識できず、一桁の数字を用いることはかえって不正確な表現となる。したがって、真偽不明を意味する五〇％の次の段階は、六〇％程度として表現および認識することが適切であるからである。

三　従来の判例・学説

わが国の通説・判例は、民事訴訟の証明度について、「高度の蓋然性」基準を採用しているとされる。この場合における「高度」の意味について、判例においてこれを確率的な数値またはより具体的な形で表現したものは見あたらないが、学説では八〇％程度であるとする見解が相対的な多数である。[21] しかし、この八〇％程度という証明度の理解は、諸外国ではあまり例をみない。フランスやドイツなどの大陸法諸国では、伝統的に、民事訴訟の証明度は刑事訴訟とほぼ同程度であり、数値で表現すれば九〇％を超えることになるものと思われる高い基準がとられている。[22] 他方、アメリカをはじめとするコモンロー諸国では、刑事訴訟の証明度と民事訴訟の証明度は大きく異なり、民事訴訟の原則的な証明度は「証拠の優越」であって、単純にいえば五〇％を超えればよいとされる。つまり、わが国の通説・判例とされる「高度の蓋然性」は、原則的な証明度としては比較法的に珍しく、他国にあまり類を見ない中間的な証明度である。[23]

フランスやドイツなどの証明度は事実上の上限値を意味するものであり、また、アメリカの証明度は事実上の下限値を意味する。これらに対し、わが国の通説とされる八〇％という数値は理論や根拠を伴っていない。かりに刑事の証明度よりも低くてよいとした場合に、なぜ八〇％でとどめなければならないのか、その根拠を示す見解は見られない。そもそも、かつては大陸法の伝統を受け継いで、わが国でも刑事と同様の非常に高い証明度が唱えられていた。これが、時代が下るに従って、学説が唱える中央値は八〇％程度に下降してきた。[24] その理由は明らかではないが、わが国においては、大陸法に属する他の国と比較してアメリカ法の影響が強いことや、大陸法に属する国の中では相対的に証明度の研究が進歩していることなどが考えられる。[25] このように、わが国の通説・判例とされる「高度の蓋然性」は、不明確かつ浮動的な要素を含むことは否定しえない。

こうした「高度の蓋然性」説または「高度の蓋然性」基準に対しては、これに異を唱える見解が、かねてよりさまざまに主張されている。[26] こうした見解は、おおむねコモンローにおける「証拠の優越」基準を主張する。また、最近では、伊藤眞教授により、民事訴訟における原則的な証明度は、通説・判例がいうように「高度の蓋然性」である必要はなく、「相当程度の蓋然性」または「優越的蓋然性」でよいとする見解が発表されている。[27] また、海外では、コーネル大学のクラーモント教授が、コモンローの学者の立場から、大陸法の諸国が採用する高い証明度に疑問を投げかける見解を発表しており、[28] 日本との関係では、「民事訴訟法の証明度における日米比較」と題する論考がある。[29] 同教授は、日本とアメリカの間における証明度の違いや両者の優劣を比較するだけに止まらず、大陸法とコモンローの間で相違が生じた理由にまで言及し、大陸法の高い証明度を維持することに合理性はないことを説く。

実務は、ルンバール事件上告審判決が、明確に「高度の蓋然性」説を採用したものとされる。ただし、伊藤眞教授は、同判決は、実質的には「相当の蓋然性」または「優越的蓋然性」を認める余地があるとの判断をしており、「高度の蓋然性」としての判例理論が確立されたとまでいうのは言い過ぎであるとする。[30] さらに、同教授は、ルンバール事件上告審判決を踏襲したものとされる長崎原爆事件上告審判決[31]についても、同判決は、理論としては「高度の蓋然性」を要求する伝統的な立場によっているが、結論においては証明度を軽減した原判決を維持していることから、とうてい「高度の蓋然性」基準によっているとはいえないとする。[32] そして、むしろ「証明度の概念そのものを転換させるべきことを予感させる判例である」という評価をしている。[33] また、下級審の裁判例には、「相当程度の蓋然性」で足りるとするものも散見される。[34]

四　証明度の高低と真実発見における優劣

「高度の蓋然性」と「優越的蓋然性」の優劣を比較するに際しては、いずれが真実の発見をより良く実現できる証明度であるかを検討する必要がある。もちろん、証明度の高低がもたらす効果や帰結は、真実発見だけに結びつくわけではないとの議論も、ありうるところである。しかし、かりにそうであるとしても、それらはいわば証明度の副次的効果というべきであり、真実発見に結びつく機能とは、意識的に分けて議論したほうがよい。そこで、ここではまず、「高度の蓋然性」と「優越的蓋然性」のいずれが真実発見により結びつく証明度であるかを検討する。結論を先に述べれば、それは「優越的蓋然性」である。

1　誤判リスクの最小化

真実の発見と誤判の回避は完全に同義であるから、誤判の危険を最小化する証明度こそが、最も真実発見に資する証明度である。そして、あらゆる証明度の中で誤判の危険を最小化するのは「優越的蓋然性」である。なぜなら、原告に有利に偏った証明度は被告に不利な誤判を制度的に誘発するし、原告に不利に偏った証明度は被告に有利な誤判を制度的に誘発するので、両者に均等に設定された証明度だけが、誤判の危険を最小化することができるからである。[35] たとえば、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を例にとると、証明度を均衡点である五〇％よりも低く設定すれば、被告が不当に賠償金を支払わされることになるタイプの誤判が増大する。これと反対に、証明度を五〇％よりも高く設定すれば、原告が不当に賠償金を受け取れなくなるタイプの誤判が増大する。[36] それぞれの誤判は、「積極的誤判」および「消極的誤判」と呼ばれる。すなわち、「高度の蓋然性」では、「消極的誤判」が増えることになる。しかし、「優越的蓋然性」は、誤判のリスクに対して価値中立的であり、特定のタイ

プの誤判を誘発するという傾向を帯びないために、誤判のリスクそのものを最小化する機能を有する。[37]

2　誤判回避可能性との関係

上述の議論に対しては、誤判のリスクを前提に議論すべきではなく、誤判そのものを回避すべきだとの議論があるかもしれない。しかし、訴訟上の事実認定は、過去の事象が現在に残している痕跡から過去を再現する作業であるところ、過去の事象が必ず痕跡を残すわけではなく、残ったとしても必ず保存されるわけではなく、保存されたとしても必ず発見されるわけではなく、発見されたとしても必ず裁判に顕出されるわけではない以上、過去の事象の完全な再現は原理的に不可能である。したがって、訴訟上の証明は歴史的証明と呼ばれ、数学上の証明のような完全な証明は不要であり、一定の蓋然性の証明で足りるとされるのである。このように、訴訟上の証明は蓋然性の証明であるから、一定頻度の誤判の発生は不可避である。[38] そもそも、誤判の回避は証明度の高低によって左右されるものではなく、証拠や情報の充実の度合いによって左右されるものである。[39] すなわち、真実発見の確保は、証拠収集手段の拡充や情報収集手段の強化によって図るべきものであり、証明度の高低は、いずれが相対的に真実発見機能において優れているかを問題にすることはできても、真実発見機能それ自体の底上げを図ることはできない。すなわち、証明度の文脈における真実発見とは、「誤判リスクの最小化」であることを銘記する必要がある。

3　刑事訴訟における証明度との比較

刑事訴訟における証明度は、一般に、事実上の上限値に相当する証明度であると考えられている。これは、わが国のみならずアメリカでも同じである。すなわち、「合理的な疑いを超える証明（proof beyond reasonable

doubt)」または「事実上の確実性（virtual certainty)」という最高度の証明度が要求される。このことは、しばしば高い証明度こそが高い真実発見機能を有するという、誤った幻想をもたらす要因となっている。しかし、刑事訴訟における高い証明度は、「疑わしきは被告人に有利に」という政策目的により、被告人に不利に偏ったタイプの誤判を最小化する代償として、被告人に有利な誤判を最大化しているにすぎない。[40] 誤判のタイプでいえば、「消極的な誤判」を最大化する証明度であり、証明度それ自体の真実発見に向けた機能は「優越的蓋然性」よりもかえって低い。もし、かりに、刑事訴訟における真実発見が民事訴訟のそれよりも高いという実証的なデータがあるとすれば、それは、警察および検察の組織力や強制力に基づいて収集された充実した訴訟資料が審理の場に顕出されることや、起訴便宜主義に基づいて確かな証拠に裏打ちされた事件だけが起訴されることが、その理由であろうと思われる。つまり、刑事訴訟においては、高い証明度が真実発見に奉仕しているのではなく、訴訟資料の充実が真実発見を担保しているのである。

4　証明責任との関係

証明主題の存否に関する蓋然性につき、完全な存在の蓋然性を一〇〇％、完全な不存在の蓋然性を〇％、「高度の蓋然性」をわが国における有力な見解に従って八〇％と表現したとき、証明責任が機能する領域は、二〇％から八〇％の間における六〇％部分となる。また、別の有力な見解に従って、「高度の蓋然性」を九〇％とすれば、証明責任が機能する領域は実に全体の八〇％となり、事実認定者の心証が機能する領域はわずかに二〇％にすぎないことになる。しかし、証明責任は個別の事件を具体的に見ずに定められた真実擬制のシステムであるため、証明責任が真実発見を担保する機能は決して高いとはいえない。それにもかかわらず、全体のスケールの中で六〇％から八〇％に達する領域を証明責任に委ねるのは、真実発見のためのシステムとしてあまりにも不合理

である。[41] つまり、わが国の通説に従えば、事実認定のかなりの部分は本来の事実認定ではなく、証明責任で決せられることになるのである。[42] しかし、証明責任は、あくまでも最後の拠り所であるべきであり、その法的擬制という性格に照らしても、証明責任が機能する範囲は過大であってはならない。換言すれば、証明責任の領域を過大に設定する証明度は、証明責任の陰に隠れた誤判を招来する。他方、「優越的蓋然性」基準の下では、証明責任の領域は適正な範囲に収まる。

5　裁判官の行動原理との関係

「優越的蓋然性」の優位性を唱える議論に対しては、裁判官の行動原理との関係において、「優越的蓋然性」は積極的な誤判と消極的な誤判の比率を平均化するだけであって、誤判の絶対数を減らす方向に作用するわけではないという反論が考えられる。しかし、「優越的蓋然性」以外の証明度は、特定のタイプの誤判を制度的に容認するものであるため、裁判官にとって、特定の方向の誤判に対する心理的な抑制が低下する。そして、その結果として、誤判の絶対数それ自体も「優越的蓋然性」に比べて増加する傾向が高いものと考えられる。たとえば、「高度の蓋然性」の下では、原告のほうに相当程度の有利な心証を得たとしても、まだ「高度の蓋然性」には達していないとして、請求を棄却することが起こりやすい。しかし、その中には、一定の割合で誤判が含まれている可能性が構造的に存在する。これに対し、「優越的蓋然性」は、いかなるタイプの誤判に対しても親和的ではないため、誤判の絶対数についても、これを相対的に低く抑える機能があるものと思われる。

6　当事者の行動原理との関係

いかなる証明度を原則的な証明度とするかは、当事者の行動原理（これには訴訟代理人の行動原理を含む）にも

影響を及ぼし、ひいては裁判所の真実発見の程度にも影響を与える。この点につき、「優越的蓋然性」に対する「高度の蓋然性」からの批判として、証明度を引き下げれば、証明責任を負担する当事者の立証努力が安易になり、十分な証拠資料が顕出されなくなるために、真実発見機能が低下するという議論がある。

しかし、こうした議論に対する反論として、伊藤眞教授は、「当事者にとって裁判官の心証形成の程度を知る方法がない以上、すでに主張事実について裁判官が相当程度の蓋然性があるとの判断に達したことを知りえない当事者は、敗訴を避けるために、最大限の立証活動をせざるを得ないのであり、証明度の引き下げが証明責任を負う当事者の立証活動懈怠の結果を招くことは考えられません。逆に相手方は、証明度を高度の蓋然性とする建前の下では、裁判官に疑いを抱かせればすむ程度の反証活動で足りたのに対して、相当程度の蓋然性を証明度とすると、それ以下に心証度を引き下げるための反証活動をせざるをえません。したがって、本証活動の水準が変わらず、逆に反証活動の水準が高められると考えられるので、証明度を相当程度の蓋然性とすることは、かえって当事者の立証活動の全体的水準を引き上げる結果につながる」[43]と述べている。

伊藤教授が述べられたところは、さまざまな現実とも符合する。たとえば、アメリカでは民事訴訟の証明度は刑事訴訟より格段に低いが、民事訴訟における立証活動が刑事訴訟よりも安易であるという話は聞かれない。また、現代型訴訟といわれる製造物責任訴訟、公害訴訟、医療過誤訴訟などにおいて、証拠を含む訴訟資料は構造的に被告に偏在しているうえに、わが国では原告に高い証明度が課されているために、被告はいわば二重のハンディキャップに守られているが、このような訴訟における真実発見機能は概して低い。実際、こうした訴訟では、当事者双方に十分な立証活動がないままに（たとえば、原告は十分な証拠や情報が得られないために不十分な立証活動に甘んじざるをえず、被告は高度の証明度に守られているので十分な反証活動をしないなど）、請求棄却で事件が終わる例もあるとされる。

7 「高度の蓋然性」サイドからの主張の検証

「優越的蓋然性」のほうが「高度の蓋然性」よりも真実発見に資することは、「高度の蓋然性」説の代表的な論者も、部分的にせよ認めているところである。たとえば、田尾桃二元判事と加藤新太郎判事は、萩原金美教授による「我が国で一般的にみられる証明度を高くすることが真実発見につながる」という認識は誤解または幻想であって、両氏のように「博識な方がこの種の誤解をしていた」という指摘[44]に対して、「高度の蓋然性」が必ずしも真実発見に結び付くものではないことを率直に認めたうえで、むしろ副次的な効果のほうにおけるメリットを強調する形で「高度の蓋然性」を支持すべき旨の反論をしている。

すなわち、加藤判事は、「我々は、そういう議論をしているのではなくて、民事訴訟に要請されている事実認定において、証明度がどの程度であるべきかという問題については、①例えば刑事訴訟との比較で、証拠の優越で事実認定が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ので、一定程度の原則的証明度が要請されるということ、②あるいは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おいているといえる、そうだとすると、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ということから、原則的な証明度というものが考えられているということ、③更には証拠調べをして証明された事実は判決につながり、公権力による強制的な権利実現が実現されるということになっていくものであるから、そういう強制的な権利実現との関係からしても、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仕組みと考え方を述べているわけです（文中の①～③は、筆者が付した）[45]」とされる。また、田尾教授も、この発言を受けて、「私も今のご意見に同感で、そういう前提なしに、どっちが真実発見のためにいいかというようなことを言っているわけではないわけです[46]」と述べている。

これらの発言によれば、両氏は、真実発見との関係では「高度の蓋然性」説の優位性を主張することはすでに放棄しており、「高度の蓋然性」説のメリットは、次に検討する証明度の副次的な効果のほうであると考えているようである。

8　小括

以上の検討から明らかなように、真実の発見における優劣という点では、「高度の蓋然性」説よりも「優越的蓋然性」説のほうが優れていることは、明らかである。したがって、次に検討すべきは、真実の発見における劣位性を克服するだけのメリットが「高度の蓋然性」説にあるかどうかである。そこで、証明度の副次的な効果について、両者の優劣をみていくことにする。

五　証明度の高低と副次的な効果における優劣

1　事実認定における恣意性

「優越的蓋然性」説に対する古くからの批判として、「優越的蓋然性」のような低い証明度を認めると、事実認定が恣意的になるという議論がある。たとえば、中野貞一郎教授は、わが国ではコモンローのような証拠法則がないので、「優越的蓋然性」の原則を認めると、事実認定が放恣に流れる危険性があると批判される。[47] また、山木戸克己教授は、証明度を低くすると、裁判の客観的妥当性を確保できない危険性が大きくなると述べておられるが、[48] これも中野教授とほぼ同旨を説くものであろう。そこで、「高度の蓋然性」と「優越的蓋然性」のいずれが事実認定をより恣意的にする危険性が高いのかを検討してみたい。

結論を先に述べれば、事実認定が恣意的になる危険性がより高いのは、「高度の蓋然性」説のほうであろうと思われる。なぜなら、「高度の蓋然性」説は、事実認定の恣意性を二重に容認するという構造を有しているからである。第一に、「高度の蓋然性」説による場合は、証明度それ自体が不明確となる。「高度の蓋然性」説は、わが国の判例・通説であるとされる。しかし、ある見解はこれを八〇％の心証であると言い、別の見解はこれを九〇％の心証であるとし、なかには七〇％の心証であるとする見解もある。このように、「高度の蓋然性」における「高度」の意味はきわめて曖昧である。第二に、かりに「高度の蓋然性」における証明度が一義的に決定できると仮定しても、事実認定者は、自己の心証度がその証明度に達しているかどうかを判定することが困難である。たとえば、かりに「高度の蓋然性」が八〇％の心証という基準であると仮定したとしても、自己の心証度が七〇％か、八〇％か、九〇％かを主観的に判定することは困難であるため、心証度が証明度を超えているかの判断は恣意的になりやすい。

これに対し、「優越的蓋然性」説の下では、こうした問題は比較的少ないものと考えられる。第一に、「高度」の意味するところが曖昧であるのに比べると、「優越」が意味するところは明らかである。すなわち、論理的には五〇％を超える証明度である。また、後述する「信頼度」の概念を考慮に入れたとしても、「優越的蓋然性」は原告の証明と被告の証明の比較において判断できるので、依然として基準として分かりやすい。[49] したがって、証明度それ自体の明確性は高い。第二に、心証度が証明度に達しているか否かの判定は、「優越的蓋然性」説による場合のほうが「高度の蓋然性」説による場合よりも容易である。なぜなら、裁判官は、ある証明主題の存在の蓋然性と不存在の蓋然性を比較して、いずれの蓋然性がより高いかを判定すればよいからである。換言すれば、自己の心証度が「高度」であるか否かを絶対的な基準で判定することは困難であるが、不存在の蓋然性よりも存在の蓋然性が「優越」しているかどうかを相対的な基準で判定することは比較的容易にできるのである。

このように、「高度の蓋然性」と「優越的蓋然性」を比較してみると、事実認定が恣意的になる危険が高いのは「高度の蓋然性」のほうであり、「優越的蓋然性」が事実認定の恣意性を導くという批判には理由がない。

2　事実認定における安定性

「高度の蓋然性」を支持する論者の見解として、「優越的蓋然性」説を採用すると事実認定が不安定となるという主張がある。[50] その理由は、「優越的蓋然性」説は、当事者の一方の証明が他方の証明を上回っているかどうかを基準とするので、ちょっとした証拠の差で秤の傾きが変わることになり、きわめて不安定な事実認定を招くからであるという。たとえば、ある証明主題について、原告の証明が五一％の心証度を導くものであり、被告の証明が四九％の心証度を導くものであれば、「優越的蓋然性」説の下では原告に有利な事実認定がされることになるが、ほんのわずかな立証活動の差で、原告の証明が四九％で被告の証明が五一％になることもあるので、証明度として不安定であるとするのである。

しかし、この見解に対しては、太田勝造教授から適切な反論がなされている。[51] すなわち、たとえ「高度の蓋然性」説を採用して証明度を八〇％に設定した場合でも、原告の証明が八一％の心証度を導くものであれば原告に有利な判決がなされることになり、反対に、原告の証明が七九％の心証度を導くものであれば原告に不利な判決がなされることになるのであるから、わずかな差で勝敗が容易に逆転することは、「高度の蓋然性」説の下でも変わりはない。つまり、これは、証明度を特定の点と捉えた場合の必然的な帰結であって、証明度をいかに設定するかという問題とは関係がない。

もちろん、わずかな証拠の差で秤の傾きが変わるような不安定な状態で事実認定がなされることは、「優越的蓋然性」説であろうと「高度の蓋然性」説であろうと、望ましくないことはたしかである。しかし、この問題は、

証明度の高低とは別の次元の問題である。そもそも、わずか一％の心証度の「ゆらぎ」で裁判の結論が左右されることになるという誤解が生じるのは、心証度についての考え方に問題があるからである。従来の考え方は、心証度を特定の点として捉える点推定の考え方に基づくが、後述するように心証度は区間推定の考え方で理解すべきであり、心証の「ゆらぎ」を取り込んだ「信頼度」の概念を用いて理解すべきである。[52]

3　現状転覆者の責任

民事訴訟の証明度として「優越的蓋然性」ではなく「高度の蓋然性」が要求されるのは、現状の転覆を図る者に課せられた相応の責任であるとの議論がある。たとえば、権利実現を図ろうとする当事者は、現状の均衡を覆そうとするものであるが、民事訴訟制度は、自力救済を禁止していることから明らかなように、現状の保護が図られることに価値を置いていると解されるので、現状の均衡を覆そうとする当事者に対して、より大きな負担を課すことが合理的であるとされる。このような考え方は、わが国では広範に共有されており、判例・通説が「高度の蓋然性」を採用しているとされる実質的な背景にも、このような考え方が強く影響しているのではないかと思われる。しかし、実体法および訴訟法のいずれに照らしても、何をもって現状転覆と判断するかの合理的な基準はなく、また現状転覆者がいずれの当事者であるかを決定することも、論理的に不可能である。[53]

まず、実体法の観点であるが、実体法上の制度の中には現状維持を目的とするものがあり、それを根拠として訴えが提起された場合には、その訴訟の原告は、必ずしも現状の転覆を図る者とはいえない。たとえば、取得時効を根拠として土地の所有権移転登記を請求する訴えが提起された場合、訴えを起こした原告は、長年にわたって継続した占有状態という現状を維持する立場にある。また、手形金請求事件において、手形債務の履行を求める原告が現状を転覆しようとしているのか、それとも手形という確実な取立手段の原因関係を争う被告が現状を

転覆しようとしているのかは判然としない。[54]

次に、訴訟法の観点であるが、訴訟法上、原告の地位と被告の地位には互換性があるので、いずれの当事者が現状転覆者であるかは、どちらが訴えを提起したかによって定まることになる。たとえば、相続財産である不動産の所有権を争う事件において、相続人の一人であるXが所有権確認の訴えを提起すればXが現状転覆者であり、他の相続人であるYが所有権確認の訴えを提起すればYが現状転覆者であることになるのであろうか。また、Xの訴えに対してYが反訴を提起すれば、両者が現状転覆者であることになるのであろうか。また、現状固定のための仮処分においては、いずれの当事者が現状転覆者であろうか。

4　公権力による権利実現

「高度の蓋然性」説の論拠として、民事訴訟の判決は、公権力による強制的な権利実現が予定されているので、刑事罰の行使という公権力による強制を甘受しなければならない刑事訴訟と比較して、その程度は異なるにしてもいわば同様の機能が付与されているから、証明度として要求される蓋然性の程度も、刑事訴訟に準ずるものでなければならないという理由を挙げる見解もある。[55] しかし、刑事訴訟で高い証明度が要求されているのは、有罪判決を受けた被告人が刑事罰の行使という公権力による強制を甘受しなければならないからではなく、「疑わしきは被告人の利益に」という政策的な価値判断が反映されているからである。これに対し、民事訴訟においては、原告と被告のいずれかを有利に扱うべきであるという価値基準は存在しない。また、刑事訴訟においては、訴追側は、逮捕、勾留、差押え、捜索、検証などの強制的手段を通じて証拠を収集することが可能であり、これが刑事訴訟における高い証明度を実質的に支えている。これに対し、民事訴訟における当事者は、これほど強力な証拠収集手段を有していない。それどころか、証拠偏在型といわれる事件類型では、原告は証拠にアクセスする手

段に乏しいのが現実である。

5　当事者の公平な処遇

民事訴訟において、当事者の一方を他方より不利に処遇すべき合理的な理由や政策的な正当性は、原則として存在しない。ここでは、ウインター教授の次の言葉を引用すれば十分であろう。「民事訴訟においては、刑事訴訟と異なって、当事者の一方を実質的に不利に処遇する特別の理由はない。民事訴訟で重要なのは判決の結果と迅速性であるが、仮にこれらを得るために何らかの犠牲が必要であるとすれば、われわれはそれを正当化する事実を個別に欲するであろう。このことは、原告または被告のいずれかを、証明度において不利に扱う理由がないことを意味する。われわれは、刑事訴訟とは異なって、一人の無責な被告を救う代償として、大勢の有責な被告を赦免してもよいとは言えないのである」[56]。この言葉からも明らかなように、「高度の蓋然性」説は、義務を負う必要のない被告を誤判から救うことがあるかもしれないが、同時に義務を負うべき被告から本来の義務を免除しているのである。これに対し、「優越的蓋然性」説は、当事者を最も公平に処遇する証明度である。そして、ひいては司法の公正さに対する信頼を高めることになる。

6　「証明」と「疎明」の区別

証明を疎明に近づけるような証明度の引き下げは、従来から認められてきた証明と疎明との関係を損なうとする見解がある[57]。これは、証明と疎明の区別を、証明度の高低に求める伝統的な考え方に立脚した批判である。こうした伝統的な考え方に対し、一部の学説は、証明と疎明の区別は、証明度の差異に求めることは妥当ではなく、むしろ解明度の差異に求めるべきであるとする[58]。筆者は、基本的にはこうした一部の学説に賛成するが、解明度

と信頼度の関係を整理しておく必要がある。後に詳述する。

7　小括

以上の検討によって、真実発見に向けた機能との関わりについてのみならず、証明度の高低にともなう副次的な効果や派生的な影響の点についても、「高度の蓋然性」説よりも「優越的蓋然性」説のほうが優れていることが明らかとなった。また、これまでの検討を通じて、「高度の蓋然性」説の論拠とされてきた種々の主張には、いずれも合理的な理由がないことも明らかとなった。それでは、なぜ、このように明らかに正当性を欠くと思われる「高度の蓋然性」説が、これほど長きにわたって、通説・判例と呼ばれる地位を獲得することになったのであろうか。そこには、証明や心証の理論に対する誤解や思い込みのほかに、「証明度」という概念の誕生にまつわる歴史的な経緯を含むさまざまな背景が潜んでいるように思われる。そこで、次に、それらを探ってみることにしたい。

六　「高度の蓋然性」説の背景

1　歴史的な経緯による産物

一六五〇年代、フランスを中心とするヨーロッパにおいて、今日に通じる現代的な確率論が誕生した。[59] そして、訴訟における事実の証明を確率的に分析する試みも、この頃に盛んに行われるようになった。その際、訴訟上の証明の場面では、社会事象に確率論を適用するのに格好の実例が多いことが認識され、法学者たちは具体的な実例を科学者や哲学者たちに提供した。他方、科学者や哲学者たちは、確率論における研究の成果を法律学に還流

させていった。そして、このような形で、法学者たちと科学者や哲学者たちとの相互作用という知的な交流がみられるようになった。[60]

その当時における大陸法の訴訟制度は、依然として中世以来の「法定証拠主義」を採用していた。法定証拠主義の下では、証拠の種類に応じて蓋然性が法定されており、その蓋然性の機械的な合計が「完全証明（full proof）」に達すると、証明があったものとみなされた。たとえば、八分の一の蓋然性が法定された証拠が八つあれば、それによって「完全証明」がなされたものとされる。[61] すなわち、法定証拠主義は、訴訟上の事実認定に「完全証明」を要求するものであるが、その「完全証明」は名目上のものであって、法定された蓋然性の合算によって形式的に判断される。[62] このような法定証拠主義の下では、次の三つの命題が妥当する。第一に、裁判官は、たとえ自らの主観的な確信に反したとしても、法規の命ずるところに従って判決しなければならない。[63] 第二に、法定証拠主義の下では、民事訴訟と刑事訴訟の証明度の間に差異を設ける必要性はなく、またその必要性が意識される契機すら存在しない。第三に、裁判官の心証による事実認定ではないので、証明度や心証度に相当する概念は存在しない。

こうした法定証拠主義はフランス革命期を経て排斥され、これに代わって「自由心証主義」が導入された。新たな「自由心証主義」の下では、法定証拠主義の抑圧に対する反動もあって、裁判官の内心における心証の「自由」が過剰なまでに強調された。たとえば、当時のフランスでは、「自由心証主義」は、法定の証拠法則からの自由にとどまらず、心証形成におけるあらゆる基準からも自由であると考えられた。[64] このような考え方は、「自由心証主義」の母国であるフランスにおいては、現在でも残っているとされる。[65] こうした文字どおりの「自由心証主義」の下においては、訴訟における事実認定は、裁判官の私的な確信のみに依拠するとの考え方が支配的になった。他方、法定証拠主義に対する反動から、事実認定に何らかの法律上の基準を設けることは、忌み嫌われ

るところとなった。特に、法定証拠主義は、法規に基づく機械的なものであったにせよ、証拠の蓋然性に基礎をおく事実認定の制度であったため、訴訟上の証明に蓋然性の考え方を持ち込むこと自体が排除された。そして、裁判官による事実認定は、自由な価値判断を行う裁判官の良心的な確信に求めるべきであるとされた。[66] こうして、訴訟上の証明と近代的な蓋然性ないし確率の理論との関係は断ち切られ、裁判官の「主観的な確信」の考え方が自由心証主義の別名の地位を得るまでに至ったのである。[67]

このような考え方は、フランス革命思想の普及と軌を一にして、ヨーロッパ大陸の各国に広く浸透していった。それと同時に、事実認定における基準を裁判官の「主観的な確信」とする考え方も、広く受け入れられていった。[68] こうして、事実認定の基準を裁判官の「主観的な確信」に求める場合には、民事訴訟と刑事訴訟の証明度には差異がないことになる。実際、多くの大陸法の国々では、両者の証明度に差異があるとは一般的に考えられていない。[69] 日本は、明治期に大陸法を継受して民事訴訟法の基礎を形作っていったため、こうした系譜の直接的な延長線上において、事実認定に関する考え方が構築されていった。[70] ただし、その後の展開は、ヨーロッパ大陸とは少しく異なる。日本では、比較的早くから、アメリカの確率論を基礎とする証明の理論が紹介され、またそれに関心を寄せる者も多かったこともあって、純粋に主観的な概念である裁判官の「主観的な確信」を、客観性の外観を有する蓋然性の言葉で置き換えたり、両者を併用して用いることがしばしば行われるようになった。そうすると、「主観的な確信」は刑事訴訟において実質的な上限値である高い証明度と共通する概念であったことから、民事訴訟においても必然的に「高度の蓋然性」と同義という考え方が浸透することになった。

このように、民事訴訟における証明度は「高度の蓋然性」であるという考え方は、歴史的な経緯を背景として生まれたものであり、なぜ「高度の蓋然性」でなければならないかについての理論的・実証的な検討を経た結果の産物ではない。しかし、「高度の蓋然性」が誕生した背景が歴史的な経緯によるものであって、理論的・実証

的な検討を経たものではないとしても、「高度の蓋然性」説が現在もなお通説・判例の地位を維持しているからには、それなりの理由があるはずである。ただし、すでに検討してきたように、「高度の蓋然性」説には理論的・実証的な意味での合理性がないことは明らかであるので、「高度の蓋然性」説を存続させてきた背景は、理論的・実証的な合理性ではないところに求めなければならない。

2　市民生活上の行動原理との混同

「高度の蓋然性」は、市民生活上の行動原理に立脚した証明度であるがゆえに、最も適切な証明度であるという説明がなされることがある。すなわち、「高度の蓋然性」とは、「通常人が日常生活上においてその程度の判断を得たときは疑いやためらいを抱かずに安心して行動する程度の蓋然性」であり、「通常人の日常生活上の行動原理」をもって証明度の基準としたものであるとされる。[71] これは、俗耳になじみやすい説明であり、そのことが「高度の蓋然性」にこれまで通説・判例の地位を与えてきた理由のひとつになっているのかもしれない。しかし、日常において生活者が自らのために行う判断と、民事訴訟において裁判官が中立的な第三者として行う判断とは、おのずからその性格を異にする。なるほど市民生活上の行動原理としては、「高度の蓋然性」基準が妥当するかもしれない。しかし、生活判断において「高度の蓋然性」基準が妥当するとすれば、それは市民生活では判断に迷えば現状維持が安全であるという経験則があるからにほかならない。さらに言えば、市民生活における判断は、現状の維持か現状の変更かの選択であることが多く、少なくとも現状維持という選択肢が存在する。

これに対し、裁判官の判断は自らのために行うものではなく、当事者間の紛争に第三者として白黒をつける必要があるので、自らの安全のための現状維持という選択肢は存在しない。また、いずれの当事者が現状維持者であるかについての判断が不可能であることは、すでに述べたとおりである。つまり、請求認容と請求棄却のいず

れにかかわらず、常に当事者の権利や利益に影響を与えることになるのであり、市民が日常生活のレベルで積極的な行動を差し控えた場合と同視することはできない。つまり、市民生活上の行動原理を基準にすることは、その発想自体に問題がある。しかし、こうした市民生活上の行動原理と裁判官の行動原理との差異は、「高度の蓋然性」説においては自覚的に認識されてこなかった。そのことが、「高度の蓋然性」説に対する懐疑の念を遠ざける結果に結びついたとも思われる。

3　見せかけのイメージの作用

クラーモント教授は、「高度の蓋然性」が支持されてきた理由の中には、「高度の蓋然性」が訴訟の当事者や一般人に与える見せかけのイメージの要素が存在することを指摘する。「高度の蓋然性」という証明度は、理論的な検証に耐える合理性を有してはいないが、素人が抱く素朴で直感的なイメージとしては、裁判官が丁寧かつ慎重な事実認定を行うという印象を与える。これに対し、「優越的蓋然性」は、裁判官の事実認定が不安定かつ無機質になるような印象を与える。つまり、「高度の蓋然性」は、科学的な検証を経ていない直感に依拠しているのであり、誤った正当性の印象に支えられているとする。

同教授は、「高度の蓋然性」のイメージについて、次のようにいう。「高い証明度は、訴訟当事者および一般の人々に対して、裁判官は、確実な証拠がない限り、ある事実を真実として取り扱わないと、ほのめかす効果があるのである。さらに、大陸法の裁判官は、きわどい事件に白黒をつけるとき、あるいは裁量権を行使するときに、その自由な裁量がいかにも制限されているように見える。すなわち、高い証明度は、裁判官が多少なりともある判断を強いられている場合にのみ、その判断を行っているという外観を与えるのである。こうしたレトリックや見せかけは好ましく映り、裁判官の行動が思慮深く真面目なものであるという印象を与える。そして、裁判所が

最終的に判決を下すときには、高い証明度は、取り調べた証拠は明白であったし、結論は必然であったという印象を与える。こうした印象は、文句なく人々の心に訴えかける」[72]。

これに対し、「優越的蓋然性」は、あたかも訴訟上の立証技術において優れている側の当事者を、そのテクニックだけで勝訴させるような印象を与える。さらに、「優越的蓋然性」は蓋然性の衡量という無機質で数学的な基準で裁判を行うものであり、心のかよった温かい裁判ではないという誤った印象をあたえやすい。また、市民生活上の行動原理に依拠することを戒めるものであるため、技術的で高度の知識を要するというイメージをもたれやすい。こうした表面的なイメージは、人の素朴な感性に訴えかけるものだけに、「高度の蓋然性」にとってきわめて強固な防御壁となりうる。

しかし、イメージはあくまでもイメージでしかない。「高度の蓋然性」は、挙証者に有利な結果を導くためにはきわめて丁寧かつ慎重な事実認定を保障するが、挙証者に不利な結果を導くためには大胆かつ粗い事実認定しか保障しないのである。

4　裁判官にとっての使い勝手

クラーモント教授は、さらに、「高度の蓋然性」は、裁判官にとって使い勝手のよい証明度であるとして、次のように述べている。「高い証明度は、裁判官に安心感を与える効果もある。日本の裁判官は、法律問題の誤りよりも事実認定の誤りの方をより恐れる。事実認定の誤りは、当事者から見て明白だからである。そのため、日本の裁判官は、事実認定に関して、特別の訓練を受ける。高い証明度は、こうした裁判官にとって、背後に隠れられる岩の役割を果たす。なぜなら、日本の裁判官は、原告と被告がほぼ互角の事件に白黒をつけないからである。証明責任を負う当事者は、勝訴に値することが明白な場合にだけ勝訴する。かりに、その当事者が敗訴した

とすれば、非難されるのは裁判官ではなく証明責任である。また、裁判官自身も、非現実的なまでに高い証明度を言い訳にして、厄介な判断を回避したり、自己保身を図ったりするのである[73]」。

「高度の蓋然性」が裁判官にとって使い勝手がよいことは、別の観点からも指摘することができる。「高度の蓋然性」は、すでに述べたように、証明度それ自体の程度が不明確であるうえに、比較の対象なしに心証度を自己判定することになるので、裁判官の心証形成を拘束する基準としての機能は弱い。つまり、「優越的蓋然性」に比べて裁判官の裁量に委ねられる度合いが高い。また、「高度の蓋然性」は数値で表せば八〇％とか九〇％になるが、このような非現実的な証明度をすべての事件に適用することは実際問題として困難であるため、実務では「高度の蓋然性」という証明度はしばしば無視されている可能性がきわめて高い[74]。すなわち、あらゆる意味において、「高度の蓋然性」に基づく証明度は法律上の規範としての機能は低く、それだけ事実認定者に高い自由度を与えるのである。

このように、「高度の蓋然性」は裁判官にとって使い勝手がよく、両当事者の証明が拮抗している深刻な事実認定においては、証明責任を理由に責任回避をしやすい証明度である。クラーモント教授は、このことが「高度の蓋然性」という高い証明度が維持されている理由の一端ではないかと述べている。

七　信頼度

1　心証の程度と「区間推定」の理論

アメリカの民事訴訟における原則的な証明度である「証拠の優越」基準について、「Xの証明によって得られた心証の程度が五一％であり、Yの証明によって得られた心証の程度が四九％である場合に、Xに有利な事実認

定を導く証明度である」と説明されることがある。しかし、このような説明は、「証拠の優越」の説明として妥当でないばかりか、心証の捉え方それ自体として本来的に妥当ではない。同様のことは、「高度の蓋然性」基準についても言える。「高度の蓋然性」についても、八一％の心証に達すれば要証事実を認定してよいが、七九％の心証では認定できないという説明は、やはり同様に問題がある。事実認定における心証の程度は、このような厳密な数字を用いて説明することはできないからである。

心証は、あくまでも事実認定者の主観であり、心証の程度を厳密に測定することは不可能である。したがって、心証の程度を確率的な数値を用いて表現する場合にも、一桁のレベルで記述することは不適切である。また、心証を確率的な概念を用いて理論化しようとする学説も、心証の測定可能性や計算可能性を過度に信奉する一部の見解を除き、これが一種の比喩的な表現であることを前提としている。換言すれば、現実的な意味における心証の数学的な計算可能性を信じているわけではない。アメリカにおける認知心理学を基礎にした研究においても、[75] 人の心証における蓋然性の程度は、①おそらくそうであろう（probably has happened）、②きっとそうであるに違いない（highly probably has happened）、③ほぼ確実にそうである（almost certainly has happened）といった三段階程度であるとされている。[76] つまり、心証の程度は、特定の厳密な位置を有する「点」ではなく、一定の緩やかな幅を有する「区間」として認識すべきものである。[77]「証拠の優越」を五一％と四九％の対比で説明する見解は、心証の程度を「点」で捉える誤解に基づくものである。

心証の程度を「点」で捉える誤解は、「証拠の優越」を唱える見解や心証の程度を確率的な概念で説明する見解に固有のものではない。「高度の蓋然性」を支持する学説も含めて、伝統的な見解はすべからく心証の程度を「点」で捉えてきた。[78] こうした心証の把握は、統計学上の概念で言えば、点推定（point estimation）である。しかし、心証の程度は一定の区間として観念すべきであるから、区間推定（interval estimation）の概念が用いら

れるべきである。[79]

このように、心証の程度を「区間」で捉える場合には、心証の程度を表す数値は、せいぜい一〇％程度のスケールを単位とすべきことになる。たとえば、「優越的蓋然性」であれば六〇％、「高度の蓋然性」は八〇％、その中間は七〇％とするなどである。これは、人の心証における蓋然性の段階は三段階程度であるとする認知心理学の知見とも符合する。

2 「信頼度」の意義

心証の程度における「区間」の概念は、心証度の確実性を意味する「信頼度」という概念を通して表すことができる。心証度における確実性ないし不確実性とは、心証における「ゆらぎ」の幅であり、心証における「ゆらぎ」の幅が心証の程度における「区間」である。信頼度が高い場合には「区間」の幅は小さくなり、それは心証における「ゆらぎ」の幅が小さいことを意味する。そして、心証における「ゆらぎ」の幅が小さい場合には、心証の程度に対する信頼性は高いことになる。

事実上の推定は一定の不確実性を伴うが、その不確実性の程度は、推定の基礎となる情報の質や量に応じて異なる。すなわち、たとえ心証度が同じである場合でも、心証度の確実性は常に同じではない。たとえば、心証形成に用いた情報が、その質や量において不十分であればあるほど、心証における「ゆらぎ」の幅は大きくなり、心証度の確実性はそれに呼応して低くなる。ここにいう心証度の確実性やゆらぎの程度は、事実認定者自身にとっては、自己の心証に対する信頼の程度を意味する。そこで、これを心証の「信頼度」と呼ぶことができる。[80]「ゆらぎ」の幅が小さく確実性の高い心証とは信頼度が高い心証であり、「ゆらぎ」の幅が大きく確実性の低い心証とは信頼度が低い心証である。心証度が主観的な概念であるのと同様に、信頼度もまた主観的な概念である。

心証度と信頼度の関係は、次のようなモデルで表すことができる。[81] たとえば、中が見えない大きな桶の中に、大量の白石と黒石が入っているとする。そこから無作為に五〇個の石を取り出したところ、白が三〇個で黒が二〇個であったとすれば、われわれは、この桶の中に入っている白石の比率を六〇％であると推定する。他方、この同じ桶から無作為に一〇万個の石を取り出した結果、白が六万個で黒が四万個であったとしても、われわれは、やはり白石の比率を六〇％であると推定する。つまり、いずれの場合でも心証の程度である心証度は異ならない。しかし、推定の基礎となった情報が大きく異なるため、推定の信頼性は大きく異なる。すなわち、第一の例では推定値の信頼度は低く、第二の例では信頼度は高い。統計学者は、こうした違いを表すために区間推定の概念を用いる。第一の例では、白石の比率の推定値が六〇％であるといっても、統計学的には四六％から七四％まで二八％の幅を有する。これに対し、第二の例では五九・七％から六〇・三％までの一％以内に収まる。[82] したがって、かりになんらかの基準値（訴訟の世界では証明度に相当する）が五〇％であるとした場合、前者では基準値を遙かに下回ることになるが、後者では基準値を優に超えることになるのである。

3 「信頼度」と「心証度」

信頼度は、証明度のような心証の「基準」を画する概念ではなく、心証度と同様に心証の「状態」を表す概念である。また、心証度と別個独立の概念ではなく、心証度と同一の次元にある概念である。具体的には、上述のモデルからも明らかなように、信頼度が低い場合には心証度の下限が低下する（信頼度が低い場合には上限のほうも上昇するが、証明度との関係で問題になるのは下限のみである）。したがって、信頼度が低い場合には、その分だけ高い心証度を得ないと、証明度の基準に達しないことになる。たとえば、ある要証事実についての心証度が六〇％を優に超えており、その心証に対する信頼度が十分に高いときには、心証度の下限は六〇％よりさほど低下

しないので、その心証は六〇％の証明度をクリアする。しかし、たとえ心証度が六〇％を優に超えていたとしても信頼度が低いときは、心証のゆらぎの幅が大きくなるために、心証度の下限が六〇％を下回ることになって、要証事実事実の認定はできないことになる。このように、信頼度と心証度を一元的に捉えることは、事実認定者の心証形成における現実とも適合する。一人の事実認定者にとって心証は一つであり、心証の程度とそのゆらぎの程度を総合して、事実の存否に対する心証を形成するからである。

ところで、ルンバール事件上告審判決は、「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」[83]という判示をしている。この判示をどのように理解するかについては争いがあるが、証明度は「高度の蓋然性」であるが、心証度が証明度に達しているかどうかの判断は「確信」でなければならないとして、両者を使い分けているようにも見える。つまり、後者の「確信」のほうは、心証に対する高い信頼性を要求していると解することも、できないわけではないように思われる。また、冒頭で述べたように、わが国の現場の裁判官の中には、実際には「証拠の優越」ともいうべき低い証明度を用いることが少なくないという声がある一方で、事実認定には主観的な「確信」が必要であるとする意見を述べる方がいる。一見すると矛盾した話のように聞こえるが、そのうちの少なくとも一部は「証明度」と「信頼度」の関係であると考えれば、納得できないわけではない。

以上から明らかなように、裁判官が心証を形成するに際して用いた情報の質や量が不足しており、それによって心証の信頼度が高くない場合には、心証度の下限が低下することになるので、証明度がその分だけ高くなったのと同様の状態が生じる。たとえば、「優越的蓋然性」基準に従って証明度を六〇％とした場合に、心証度は六〇％を超えているがその信頼度が低いときは、心証の「ゆらぎ」の幅が大きいために心証度の下限は六〇％を下

回るので、その「ゆらぎ」の幅の大きさに応じて、証明度が七〇％や八〇％であるのと実質的に同じことになる。つまり、証明度として「優越的蓋然性」基準を採用した場合でも、事件ごとの信頼度に応じて、それよりも高い証明度が採用されたのに等しい基準で、事実認定をすべき場合があるということである。

4 「信頼度」と「暫定的心証」

信頼度の概念は、暫定的心証と最終的心証の関係を理解するにも有益である。証明主題についての心証度は訴訟の過程を通じて一定ではなく、当事者の主張や立証に応じて変動する。たとえば、原告がきわめて証明力の高い証拠により立証を行えば、その段階での裁判官の心証度は急激に高まる。こうした審理途中の中間的な心証は、しばしば暫定的心証と呼ばれる。暫定的心証が審理途中で証明度を超えることもあるが、これに対して被告が効果的な反証を行えば、一時的に上昇した暫定的心証は下落して、また証明度を下回ることになる。このように、裁判官の心証は、上昇と下降を繰り返しながら最終的心証へと収束していく。暫定的心証と最終的心証とで一時的に同程度の心証度が生じることも、珍しいことではない。たとえば、初期において暫定的心証度が七〇％になったが、その後の審理経過によって四〇％に下落し、再び最終的心証度が七〇％になる場合などである。

この場合、初期の暫定的心証度と最終的心証度が同じ七〇％であるからといって、両者の心証の状態が同じであると考える者はいないであろう。そうした感覚は、暫定的心証の信頼度と最終的心証の信頼度が大きく異なることに由来する。すなわち、暫定的心証と最終的心証の違いは心証度の差異にあるのではなく、信頼度の差異にあると考えることにより、訴訟の時間的な流れにおける心証の「遷移」に関する正確な把握が可能になるものと思われる。

5 「信頼度」と「解明度」

太田勝造教授が提唱される「解明度」という概念は、「審理結果の確実性」を意味する概念である。[84] そして、ここにいう「審理結果の確実性」とは、「十分に証拠調べ・事実審理を尽くした度合であり、新たな証拠で証明主題の蓋然性が変動することのない程度」である。つまり、証拠調べを尽くしている場合には、新たな証拠で覆るおそれは少ないので、この場合には解明度は高くなる。解明度は、主として、審理が判断に熟するとして、裁判官が審理を打ち切る際の目安という機能が期待されている。[85] どの程度の解明度が得られれば審理を打ち切ることができるのかは、事案解明に必要な時間的物理的費用と、訴訟で争われる利益の絶対量との比較衡量という客観的なファクターで測定すべきものとされる。つまり、「審理の熟度」という訴訟活動の状態に関して提唱された概念である。[86]

これに対し、筆者が用いる「信頼度」という概念は、要証事実に対する心証についての概念であって、解明度とは使われる場面や機能を異にする。[87] 解明度は要証事実に対する心証度とは別の次元に属するが、信頼度は、上述したように、それが低い場合には心証度における下限を低下させる機能を有し、広い意味における心証度の一部をなすものである。信頼度と解明度の関係は、次のとおりである。多くの場合には、解明度が上昇すれば信頼度も上昇すると考えられる。しかし、そうではない場合もある。たとえば、蓋然性の程度がきわめて高い強力な証拠が提示されれば、たとえ解明度が低くても信頼度は上昇する。すなわち、他の証拠の取り調べがなされていなければ、証拠を探り尽くした度合いとしての解明度は高くないが、心証のゆらぎは少ないので信頼度は高いことになる。他方、多数存在するいずれの証拠も事案解明力が弱い場合には、それらの証拠を調べ尽くしたとしても、高い信頼度は得られない。しかし、証拠の解明はすでに尽くされており、これ以上の審理を続けることは無駄であるから、当該証明主題との関係では、口頭弁論を終結すべき段階に達している。

「信頼度」と「解明度」の違いは、太田教授が挙げる次の具体例からも見て取ることができる。太田教授によれば、解明度の観点からは、少額の訴訟で何年も審理を続け何十万円もかけて証拠を調達するなどは不要であろうし、逆に、人の生命や重大な社会的利益が問題とされている訴訟の場合には、十分に審理を尽くし、高い解明度を達成することが要求されるであろうとされる。[88] このように、解明度は訴訟活動の指針としての役割を担う概念である。他方、信頼度は、あくまでも心証の概念であるので、どの程度審理を尽くすべきかという局面には関係しない。他方、解明度は、要証事実の認定における心証のゆらぎには関係しない。

6 「疎明」の意義

わが国の伝統的な通説は、証明と疎明の違いを証明度の高低に求めている。これに対し、「優越的蓋然性」を主張する立場では、証明と疎明の違いを他に求める。原則的な証明度を「優越的蓋然性」と考えた場合には、証明における証明度は実質的な下限値に近くなるので、証明と疎明の違いを証明度以外に求めることは、論理的に当然のことである。しかし、実質的に考えてみても、疎明もまた要証事実の存否を認定するための基準である以上、証明と疎明とで証明度を異にすべき理由はない。また、証明と疎明の違いを証明度の高低に求める見解は、民訴法の規定にも適合していない。さらに、実務における実態を見ても、証明度の高低が証明と疎明を分けているわけではないのではないだろうか。

疎明について規定しているのは、民訴法一八八条である。同条は、「疎明は、即時に取り調べることができる証拠によってしなければならない」と規定する。これは、文字どおり読めば、疎明においては証拠を探り尽くす必要はないということであり、疎明においては「審理の熟度」が低い場合でも事実認定が許容されることを意味する。すなわち、同条が直接的に定めているのは「解明度」であり、疎明においては低い解明度で足りることを

定めるものである。このように、民訴法一八八条が定める「疎明」が証明度の高低に依拠した概念でないことは明白である。同条は、法が「疎明」を認めている場合には、事実認定者は低い解明度で審理を終結し、事実を認定することが許されるという趣旨の規定である。

もっとも、以上は、民訴法一八八条の趣旨についての話であって、「証明度」と対をなすべき疎明における心証の程度（いわば「疎明度」）の話ではない。証明度が事実認定を行うことが許される心証の基準に関する概念である以上、疎明度もまた事実認定を許容する心証の基準に関する概念でなければならない。そして、わが国の民事訴訟法には証明度に関する実定法上の規律が存在しないのと同様に、民訴法一八八条も疎明度を定めるものではない。しかし、同条は、「疎明」においては「証明」より低い解明度を許容するものであるところ、解明度が低いときは多くの場合に信頼度を低下させるのであるから、同条は、疎明の程度としては低い信頼度を許容するものであろう。具体的には、「疎明」においては、心証度が六〇％を超えていれば、たとえその心証のゆらぎが大きく、心証度の区間における下限値が六〇％を下回る場合でも、「即時に取り調べることができる証拠」についての解明が尽くされていれば、要証事実を認定することが許される。

八　立証負担軽減の法理と証明度の関係

これまで述べてきたように、「優越的蓋然性」説が「高度の蓋然性」説よりも明らかに優れていると考えられるのは、民事司法のあるべき姿や訴訟上の証明の本質を根拠とする普遍的な理由によるものであって、情報証拠偏在型の事件などの特定の事件類型における対処を考えてのものではない。しかし、他方において、証明度をめぐる議論がそうした問題と無縁ではないことも事実である。すなわち、証明度の低下は挙証者の立証負担を軽減

するが、訴訟上の立証負担は一次的には原告に帰するので、構造的に原告の立証負担の軽減とリンクする。また、証明度の高低がとりわけ重要な意味をもつのは、情報証拠偏在型の事件である。こうした類型の事件では、かねてより立証負担軽減の法理がさまざまに議論されてきており、そうした議論の中において、「優越的蓋然性」説は、立証負担軽減の法理のひとつとして理解されることも多い。したがって、証明度の高低を論ずるにあたっては、こうした立証負担軽減の法理との関係についても、考察を加えておくことが必要であろう。そこで、ここでは、立証負担軽減の法理の中から、主要なものとして、「一応の推定」、「概括的証明」、「疫学的証明」を取り上げて、簡単な検討を試みることにする。

1　各法理の間における共通性

「一応の推定」は、明治期の判例において登場した概念であり、最近では使用される頻度が低下しているとされるが、過去において頻繁に用いられてきた立証負担軽減の法理のひとつである。ただし、その意味するところは必ずしも判然とせず、学説による理解も分かれている。[89]「一応の推定」が用いられる場面は、そのほとんどが不法行為の要件としての「過失」の認定の場面である。そのため、とくに「過失の一応の推定」とも言われる。ところで、この場合の「過失」であるが、現在では、過失それ自体は事実ではなく法的評価であって、過失の有無の判断材料となる具体的な事実こそが主要事実であるとする見解が多数である。こうした現在の理解を前提とすると、「過失の一応の推定」は本来の推定ではなく、法的評価という一種の価値判断である。

実際の裁判において、「一応の推定」が立証負担の軽減に用いられたとされる事例をみると、次の二つの場合がある。第一は、「過失」という法的概念の評価における基準を緩和したものと見られる場合である。たとえば、保全処分の債務者から債権者に対して損害賠償を請求する事案において、保全処分命令が異議もしくは上訴によ

って取り消され、または本案訴訟において原告が敗訴してその判決が確定した場合、保全処分の申立人に過失があったとの「一応の推定」が働くとする裁判例がある。[90] しかし、過失は法的評価であるから本来の「推定」の問題ではなく、債権者の保護と債務者の保護の利益衡量を前提とする法的評価において、相対的に債務者の保護に厚い価値判断の基準を採用したものと考えられる。つまり、事実認定の領域に属すべき本来の「推定」とは別物であり、理論的には実体法の解釈問題である。

第二は、証明主題の選択において、挙証者に有利な証明主題を選択したものと見られる場合である。たとえば、医師による皮下注射の注射跡に障害が生じたことを理由に損害賠償を求めた事案において、皮下注射の注射液が不良であったか、または注射器の消毒が不完全であったかのいずれかの過誤があったものとして、過失を認定した裁判例があり、「一応の推定」を用いた例とされている。[91] しかし、この場合においても、過失の認定は法的評価であるから、本来の「推定」の問題ではない。ここで問題になっているのは、過失の有無を評価するための基礎である主要事実＝証明主題の選択である。主要事実は、通常の法規の場合は、要件事実に該当する具体的事実として、比較的容易に導くことができる。これに対し、「過失」のような規範的要件の場合は、法規に要件事実が明記されていないため、要件事実から主要事実を導くことができず、何を主要事実とするかは解釈に委ねられている。そして、主要事実を選択する際には一定の解釈における幅があるので、その答は当然に一義的ではない。上述の例でいえば、注射液の不良または注射器の消毒不完全のいずれかという具体性の高い事実を主要事実と捉えるか、それとも両者の上位概念である注射の際の不注意というそれよりも抽象性の高い事実を主要事実と捉えるかは、こうした解釈の幅の中にあるものと解される。つまり、規範的要件における主要事実の設定も、理論的には事実認定本来の問題ではなく、実体法の解釈問題である。

ところで、上記の「一応の推定」における第二の例は、概括的認定（または択一的認定）とも呼ばれる。[92] 概括

的認定をめぐる問題は、上述のように、証明主題が規範的要件の法的評価の基礎となる事実であり、その事実自体は要件事実として法定されていないことから生じる。かりに、かつてのように過失などの規範的要件それ自体を主要事実と考えれば、概括的認定は間接事実から主要事実への事実上の推定の問題となり、一応の推定などの問題として議論されることになる。これに対し、過失などの規範的要件を法的評価概念として把握する近時の理解によれば、法的評価という実体法の解釈問題となる。そして、概括的認定を認める立場は、証明主題の選択という形で挙証者の負担を軽減する実体法の解釈が行われていることになる。

「疫学的証明」も、基本的にはこれらと同じ構造を有する。「疫学的証明」とは、原因と結果の間の因果経路が病理学的なメカニズムとしては十分に解明されていなくても、集団的医学現象である疫学的なメカニズムとして一定の蓋然性があることが証明されれば、因果関係を肯定することができるとするものである。[93]「因果関係」は、過失と同じく規範的要件であり、証明主題である事実から因果関係を認定する作用は、法的評価であって本来の意味での事実認定ではない。そして、主要事実として、病理学的な事実を設定するか疫学的な事実を設定するかは、「因果関係」という規範的要件の解釈問題である。すなわち、「疫学的証明」もまた、証明主題の選択という形で挙証者の負担を軽減する実体法の解釈が行うものである。

2　規範的要件における法的評価と証明度の関係

このように、伝統的な立証負担軽減の法理の多くは、理論的には規範的要件の解釈問題に属し、本来の意味での証明の問題ではない。したがって、証明における心証の基準である証明度とは、一見すると次元を異にするように思われる。しかし、実質的には証明度の引き下げが行われているのではないかと思われる。すなわち、立証負担軽減の法理は、主として規範的要件における法的評価という実体法の解釈問題の形をとって挙証者の立証負

担を軽減するものであるが、その際に用いられる手法は、法的評価における評価基準の緩和および挙証者に有利な証明主題の選択である。そして、これらはいずれも実質的には証明度の軽減と同じ作用であると思われるのである。

まず、前者の法的評価における評価基準の緩和であるが、これは緩やかな評価規範を選択することによって行われる。具体的には、いかなる事実をもって過失と判断するかはいかなる評価規範を採用するかによって左右されるが、これは事実認定においていかなる経験則を採用するかということと実質的にはほぼ同じである。事実認定において蓋然性の程度の低い経験則を採用すれば証明度の軽減につながるが、同様に、規範的要件の評価において緩やかな評価規範を採用すれば実質的には証明度の軽減につながる。そして、事実認定者の内心において、蓋然性の程度の低い経験則と評価規範との差異は不分明であり、実質的には一体のものといってよい。次に、挙証者に有利な証明主題の選択であるが、これは蓋然性の程度の低い経験則を採用することによって行われる。たとえば、「疫学的証明」を例にとると、疫学的な経験則は病理学的な経験則よりも因果関係についての蓋然性の程度は低いであろうが、これを採用することによって挙証者の立証負担は軽減される。事実認定は経験則の適用によって行われるから、蓋然性の程度の低い経験則を採用することは、証明度の軽減そのものである。

このように、立証負担軽減の法理は、蓋然性の程度の低い経験則を採用するものであるか、あるいは緩やかな評価規範を採用するものであるから、実質的には証明度の軽減といってよいであろう。すなわち、わが国の実務はさまざまな場面で証明度軽減の法理を用いてきたが、そうした場合には実質的な証明度として「優越的蓋然性」基準が採られてきたものと評価することができる。

九　おわりに

民事訴訟の証明度については、「高度の蓋然性」説が、長きにわたって通説・判例の地位を保っているとされる。しかし、「高度の蓋然性」説は、理論的、実務的、歴史的な見地のいずれに照らしても、合理性があるとは認められない。また、実務の多くが現実に「高度の蓋然性」基準によって運用されているかどうかはきわめて疑わしく、実質的には「優越的蓋然性」基準によっていたり、あるいは証明度軽減の法理などの形を借りて、「優越的蓋然性」基準が、しばしば採用されてきたのではないだろうか。さらに、心証における信頼度を考慮すれば、相当数の実務は実質的に「優越的蓋然性」基準を採用しているとさえ、評価することができるのではないかと思われる。

これらを踏まえると、民事訴訟の証明度は「高度の蓋然性」であるとの言説は、不適切であると考える。かりに、現実には相当数の実務が実質的に「優越的蓋然性」基準を採用しているとしても、「高度の蓋然性」という言語表現は、それだけで裁判官や当事者に誤ったメッセージを与え、現実の訴訟における事実認定を歪めるおそれがある。また、「高度の蓋然性」という言語表現に忠実な実務とこれを実質的に無視する実務が混在しているとすれば、事件間の公平を害するのみならず、当事者の訴訟結果に対する予測可能性を害し、ひいては民事司法に対する不信や不満の温床となる。民事司法の役割がますます増大しつつある現在、伝統的な「高度の蓋然性」基準の見直しが必要であるものと思われる。

（1）　伊藤眞教授によれば、公刊されている裁判例を分析してみると、実質的には、「高度の蓋然性」というよりは「優越的蓋然性」を基準として判断しているものが、しばしば見られるとのことである。伊藤眞「証明度をめぐる諸

問題」判タ一〇九八号（二〇〇二年）四頁参照。

（2）伊藤眞教授は、「重要なことは、証明度は、規範概念であり、したがって、証明度をどの程度のものとして設定するかは、裁判の意義や手続の構造などを考慮して、規範として設定されるべきものであって、これらの要素を離れた客観的証明度は存在しない」とする。伊藤眞「証明、証明度および証明責任」法教二五四号（二〇〇一年）三三頁・三五頁。

（3）加藤新太郎「証明度軽減の法理」木川統一郎博士古稀祝賀論文集『民事裁判の充実と促進（中）』（判例タイムズ社・一九九四年）一一〇頁等参照。

（4）田尾桃二＝加藤新太郎共編『民事事実認定』（判例タイムズ社・一九九九年）三一四頁〔三木浩一発言〕参照。

（5）もともと「確信」基準は、大正末期に松岡義正博士が、ドイツの学説・判例に依拠して唱えられたのが嚆矢であるとされる。松岡義正『民事証拠論』（厳松堂書店・一九二五年）参照。

（6）兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』（酒井書店・一九六五年）二五三頁。

（7）学説史における「確信」概念の系譜については、加藤新太郎「確信と証明度」鈴木正裕先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣・二〇〇二年）五四九頁・五五四頁参照。

（8）たとえば、三ケ月章『民事訴訟法』（有斐閣・一九五九年）三八一頁、同『民事訴訟法』（弘文堂・一九七九年）四二一頁、谷口安平『口述民事訴訟法』（成文堂・一九八七年）二二四頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔上〕』（有斐閣・二〇〇五年）四六六頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第四版〕』（弘文堂・二〇〇八年）五〇〇頁等参照。

（9）太田勝造『裁判における証明論の基礎』（弘文堂・一九八二年）六八頁以下参照。

（10）春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣・一九九一年）六三頁、田尾＝加藤・前掲注（4）二六四頁以下等参照。

（11）松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂・二〇〇八年）三八五頁は、「事実が真実であることの蓋然性を正確に決定することができて初めて客観的蓋然性を基礎にした事実認定が可能であるが、実際にはこれができない。したがって、客観的蓋然性説の長所とされる追証可能性も、実際には実現しえない」という。

（12）田尾＝加藤・前掲注（4）二六六頁、二七五頁〔三木浩一発言〕参照。

（13）庭山秀雄『自由心証主義』（学陽書房・一九七八年）一六一頁は、刑事訴訟の文脈ではあるが、ユスティの「こ

の確信は、必然的に裁判官のみに限定されなければならない」とする言葉を引いたうえで、「ここに、裁判官の自由心証主義という大陸法独自の法思想が明言されているが、そこには素人の判断に対する根強い不信が看取される」とする。大陸法における自由心証主義に由来する「確信」基準は、伝統的には、第三者による追証可能性を拒む傾向を有していたことがうかがわれる。

(14) ルンバール事件上告審判決は、訴訟上の因果関係に関し、「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」として、少なくとも表現上は、主観説と客観説の両者を併用している。最判昭和五〇・一〇・二四民集二九巻九号一四一七頁参照。

(15) 春日偉知郎教授は、事実認定において裁判官の主観的判断を決定的要素とみる立場を主観説、統計的な客観性を決定的要素とみる立場を客観説、両者を止揚した理念的な裁判官の主観を想定した立場を間主観説と呼ぶ。春日・前掲注(10)六三頁以下参照。

(16) 加藤・前掲注(7)五六六頁は、裁判官の主観的確信は経験則に規定された合理的な確信であることが必要であるから、高度の蓋然性の認識と同義であるとする。

(17) 「高度の蓋然性」と「優越的蓋然性」の違いは、それ自体としては言語的表現の相違にすぎないが、事実認定における行為規範としての言語的表現の相違が、裁判官の現実の行動に何ら影響を及ぼさないとは考えにくい。この点につき、コーネル大学のクラーモント教授は、「言語的な表現の相違は、それ自体として重要である。なぜなら、それは人々の司法に対する感じ方や考え方に影響を及ぼすし、また、民事と刑事の既判力の関係といった原理の形成にも事実上の影響を与えるからである」とする。ケヴィン・M・クラーモント（三木浩一訳）「民事訴訟の証明度における日米比較」大村雅彦＝三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』（商事法務・二〇〇六年）一五三頁原注(33)参照。

(18) J. P. McBaine, *Burden of Proof: Degrees of Belief*, 32 CAL L. REV. 242, 246 (1944).

(19) *Id.*

(20) クラーモント・前掲注(17)一四八頁参照。

(21) 司法研修所（田中和夫）『事実上の推定について』（裁判官特別研修叢書一九号・一九五〇年）一三頁、倉田卓次「損害賠償訴訟における損害の証明度」同『民事交通訴訟の課題』（日本評論社・一九七〇年）一六七頁、中村雅麿「心証割合による認定」民事訴訟法の争点二五八頁以下等参照。

(22) *See* Kevin Clermont & Emily Sherwin, *A Comparative Puzzle: Standard of Proof*, in LAW AND JUSTICE IN A MULTISTATE WORLD 629, 635 (James A.R. Nafziger & Symeon C. Symeonides eds., 2002).

(23) わが国の通説・判例が採用している「高度の蓋然性」や「裁判官の確信」という証明度は、アメリカ法における中間的な証明度である「明白かつ説得的な証明」に近いとされる。*See* KUO-CHANG HUANG, INTRODUCING DISCOVERY INTO CIVIL LAW 140 (2003). 加藤・前掲注(3)一一五頁参照。

(24) たとえば、兼子一「立証責任」民事訴訟法学会『民事訴訟法講座第二巻』（有斐閣・一九五四年）五六八頁は、九分九厘まで間違いないと認められて初めて真実と認定すべきであるという。

(25) クラーモント教授は、比較法的な研究に基づいて、「日本では証明度の機能に対する認識が他の国に比べて進んでおり、……その結果、現在の日本においては、民事訴訟の証明度は、依然として証拠の優越に比べてはるかに高い水準を維持しているものの、合理的な疑いを超える証明度よりは下がりつつあるように見える」という。クラーモント・前掲注(17)一四五頁参照。

(26) 石井良三『民事法廷覚え書』（一粒社・一九六二年）一六三頁、加藤一郎編『公害法の生成と展開』（岩波書店・一九六八年）二九頁、西原道雄「公害に対する私法的救済の特質と機能」戒能通孝編『公害法の研究』（日本評論社・一九六九年）、徳本鎮『企業の不法行為責任の研究』（一粒社・一九七四年）、石田穣『証拠法の再構成』（東京大学出版会・一九八〇年）一四三頁、遠藤直哉『ロースクール教育論』（信山社・二〇〇〇年）三一頁以下、同『取締役分割責任論』（信山社・二〇〇二年）一七六頁以下等。また、「段階的証明度」の考え方を主張するものとして、小林秀之『新証拠法』（弘文堂・一九九八年）七五頁参照。

(27) 伊藤・前掲注(1)、同・前掲注(2)参照。

(28) Clermont & Sherwin, *supra* note (22).

(29) クラーモント・前掲注(17)参照。

(30) 伊藤・前掲注(1)五頁参照。

(31) 最判平成一二・七・一八訟月四八巻六号一四六七頁・判時一七二四号二九頁。

(32) 伊藤・前掲注(1)六頁参照。

(33) 伊藤・前掲注(2)四二頁参照。また、伊藤教授は、最判平成四・一〇・二九民集四六巻七号一一七四頁（伊方原発事件判決）も、証明度の概念における将来の変化を予感させる判例のひとつとして挙げている。同判決は、「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要があり、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである」と述べて、これと同旨の見地に立って原子炉設置許可処分の適否を判断した原判決は正当であると判断したものである。

(34) 広島地判昭和四八・四・一九判時七〇〇号八九頁、広島高判昭和五四・五・一六判時九四四号四〇頁、福岡高判平成九・一一・七判タ九八四号一〇三頁、京都地判平成一〇・一二・一一判時一七〇八号七一頁等。

(35) 基本的立場として「高度の蓋然性」説を支持される田尾桃二元判事も、「太田さんや三木さんの議論だと、〔証明度を高くした場合に〕真実に近くなるというのも、ある部分だけだということですよね。裏側では半分は真実から遠くなっていると、そういうことですね」とされる。田尾＝加藤・前掲注(4)二七九頁〔田尾桃二発言〕参照。

(36) クラーモント教授＝シャーウィン教授は、「定義上当然に（by definition）、高い証明度は、高い割合の事件において、事実認定者に誤った結論をもたらすことを強要するものである」という。*See* Clermont & Sherwin, *supra* note (22), at 636.

(37) 田尾＝加藤・前掲注(4)二七五頁以下〔太田勝造発言、三木浩一発言〕参照。

(38) わが国を含む大陸法の国々では、裁判上の事実認定において一定程度の誤判は不可避であるという厳然たる事実から目が背けられがちである。クラーモント教授＝シャーウィン教授は、「大陸法の裁判所は、証明の本質における蓋然的な性格を否定または少なくとも軽視するが、英米法の裁判所はこれに正面から向き合う」とする。*See* Cler-

mont & Sherwin, *supra* note (22), at 629.

(39) 伊藤眞教授は、証明度として「高度の蓋然性」を要求することは国民の裁判に対する信頼を損なうおそれにつながるのであり、裁判への信頼はむしろ証拠収集手段の強化による必要があることを力説する。伊藤・前掲注(2)四一頁参照。

(40) 田尾＝加藤・前掲注(4)二七五頁以下〔太田勝造発言、三木浩一発言〕参照。

(41) 伊藤眞教授は、「法律要件分類説を前提としても、具体的な証明責任の配分については、見解が対立する場合が少なくなく、証明度について高度の蓋然性説を採ると、証明責任を負担するか否かによって、立証の負担について天地の差が生じてしまう」と述べて、証明責任との関係でも「高度の蓋然性」基準には問題があることを指摘する。伊藤・前掲注(1)八頁参照。

(42) フランスでは、高度の証明度が要求されていることと証拠が実質的に挙証者の所持する書証に限定されていることから、民事訴訟において証明責任が決定的な役割を演ずることになるとされる。*See* Clermont & Sherwin, *supra* note (22), at 634.

(43) 伊藤・前掲注(2)四一頁参照。

(44) 萩原金美「民事証明論覚え書」民訴四四号（一九九八年）一一頁原注(12)参照。

(45) 田尾＝加藤・前掲注(4)一七頁〔加藤新太郎発言〕参照。

(46) 田尾＝加藤・前掲注(4)一七頁〔田尾桃二発言〕参照。

(47) 中野貞一郎「過失の『一応の推定』について」同『過失の推認〔増補版〕』（弘文堂・一九八七年）六二頁。

(48) 山木戸克己「自由心証と挙証責任」同『民事訴訟法論集』（有斐閣・一九九〇年）二八頁。

(49) 「信頼度」は「優越的蓋然性」説であろうと「高度の蓋然性」説であろうと登場してくる概念であるので、もともと本文における議論の結果を左右するものではない。

(50) 田尾＝加藤・前掲注(4)二七七頁〔加藤新太郎発言〕参照。また、加藤・前掲注(7)五七一頁にも、「優越的蓋然性説では、事実認定が偶然の要素に大きく左右されることになり、振幅の大きなものになる」との記述がある。

(51) 田尾＝加藤・前掲注(4)二七七頁〔太田勝造発言〕参照。

(52) 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『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科篇』（慶應通信・一九九〇年）六六六頁以下参照。
(53) クラーモント・前掲注（17）一六五頁参照。
(54) 伊藤・前掲注（1）一二頁参照。
(55) 加藤・前掲注（7）五七一頁参照。
(56) Ralph K. Winter, Jr., *The Jury and the Risk of Nonpersuasion*, 5 LAW & SOC'Y REV. 335, 337 (1971).
(57) 春日・前掲注（10）五五頁参照。
(58) 太田・前掲注（9）一一八頁参照。伊藤・前掲注（2）四〇頁も、証明と疎明を区別する基準は解明度に求めるべきであるとする。
(59) パスカル（Blaise Pascal）とフェルマー（Pierre de Fermat）は、一六五四年、組み合わせ論を使っていわゆる「点の問題」を解決した。また、一六五七年、ホイヘンスは、確率現象に関するいくつかの問題を解いた。一般的な史書は、これらをもって確率論の発祥とする。
(60) LORRAINE DASTON, CLASSICAL PROBABILITY IN THE ENLIGHTENMENT 342 (1988).
(61) ヴォルテール（Voltaire）は、ジャン・カラス（Jean Calas）裁判におけるトゥルーズの訴訟制度を皮肉って、「流言が八つあれば、それが根拠薄弱な風説の繰り返しにすぎなくても、完全な証明がなされたことになってしまう」と述べている。DASTON, *supra* note (60), at 353.
(62) 中世フランスのカノン法に由来する法定証拠制度には、次のようなものがあった。唯一名の証人の証言は、職務宣誓させられた人を除いて、訴訟上の立証とは認められなかった。これとは反対に、疑わしくない二名の証人による証言は、裁判官の心証がどうであろうと、完全な立証となった。カノン法では、二名の証人は一種の法定単位（unité légale）を構成しており、一通の公印証書に匹敵した。また、ある王令では、一名の婦女の証言は、一名の男の証言の価値は持たず、男が二名で足りる場合にも、婦女は三名が必要とされた。また、ある人の証言を、完全な証人の証言の二分の一または四分の一に評価する準則なども存在した。グラソン（塙浩訳）「フランス民事訴訟法の法源と史的発展」塙浩『フランス民事訴訟法史〔塙浩著作集6〕』（信山社・一九九二年）二九八頁以下参照。

(63) 庭山・前掲注(13)一六二頁参照。

(64) DAMASKA, EVIDENCE LAW ADRIFT 21 (1997).

(65) フランスでは、「主観的な確信」という考え方によれば、証明度に関する議論は無視しうるとする見解が、現在でも存在するとされる。

(66) クラーモント・前掲注(17)一五四頁以下参照。

(67) 庭山・前掲注(13)一六六頁参照。

(68) フランス法の影響による裁判官の「主観的な確信」の理論は、一九世紀前半のドイツにおける法定証拠主義の改善の動きにも影響を与えたようである。庭山・前掲注(13)一七二頁は、「裁判官の確信の重視によって、法定証拠主義も自由心証主義に非常に接近したものになっていった。いわば『自由心証主義の修正形式』となったといっても過言ではない」とする。さらに、一九世紀中期に、プロイセンの立法が法定証拠主義を廃して自由心証主義を導入するに際しても、ザビニーは、「特別の証明理論は作るべきではない。裁判官の確信にゆだねるのが本質的に妥当である」と述べたとされる。庭山・前掲注(13)一七五頁参照。

(69) 大陸法の多くの国々では、民事訴訟法と刑事訴訟で同じ証明度が観念されていることにつき、*See* Clermont & Sherwin, *supra* note (22), at 631.

(70) わが国でも、古い時代の見解は、民事訴訟の証明度と刑事訴訟の証明度の間に差異を認めない。たとえば、岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第四巻』(有斐閣・一九六一年)六頁は、「民事訴訟の証明における確信の度は、刑事訴訟のそれよりは低度であるとする見解には、賛成し難い」とする。

(71) 「通常人の日常生活上の行動原理」という基準は、わが国では松岡義正博士の学説に端を発し、兼子一博士によって整理されたものとされる。加藤・前掲注(7)五五六頁参照。

(72) クラーモント・前掲注(17)一七〇頁参照。

(73) クラーモント・前掲注(17)一七〇頁参照。

(74) クラーモント・前掲注(17)一五三頁原注(33)、伊藤・前掲注(1)五頁参照。

(75) *See* Kevin M. Clermont, *Proceduve's Magical Number Three: Psychological Bases for Standards of Decision,*

72 CORNELL L. REV. 1115, 1120 (1987).

(76) 伊藤眞教授も、「心証が証明度に達したとするためには、ほとんど疑いを入れる余地がない程度に心証が形成されることを要求するのか（刑事訴訟における高度の蓋然性）、若干の疑いが残っている場合でもよいとするのか（民事訴訟における高度の蓋然性）、それとも証明責任を負っている当事者の主張が反対事実の主張より確からしい程度（民事訴訟における相当の蓋然性）でもよいとするのかという、範疇的規範として証明度を設定せざるをえません」とされる。伊藤・前掲注(2)三五頁参照。

(77) クラーモント教授は、「心証は点ではなく幅をもった蓋然性（確率）であるという心理学上の事実」を踏まえることが重要であるとする。クラーモント・前掲注(17)一四九頁参照。*See also* Clermont, *supra* note (22), at 1147–48.

(78) わが国では、「心証度」は「心証点」と呼ばれることもある。しかし、本文で述べたように、心証の程度を「点」で捉えるのは誤解であるから、「心証点」という言葉は望ましくない。

(79) 心証の捉え方における「区間推定」の概念については、三木・前掲注(52)六六六頁以下参照。

(80) 信頼度については、三木・前掲注(52)六七二頁以下参照。

(81) 三木・前掲注(52)六六八頁以下参照。

(82) 統計学における九五％の信頼度で計算した場合の結果である。

(83) 最判昭和五〇・一〇・二四民集二九巻九号一四一七頁。

(84) 太田・前掲注(9)一〇八頁参照。

(85) 太田教授は、後に、「解明度」概念を多義的に用いるようになってきている。すなわち、「審理結果の確実性」と「法律構成の検討・争点形成（事実主張）の十分さ」を包括する概念としても、「解明度」概念を用いている。しかし、この意味における「解明度」も「裁判への成熟」の度合いであることに依然として変わりはなく、「解明度」はあくまでも「審理の熟度」の指標として捉えられている。太田勝造「『訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』（有斐閣・一九八八年）四二九頁。

(86) 審理の熟度である解明度の判断も裁判官の内心の作用であり、事実認定者の主観に属することは言うまでもない。

しかし、同じく裁判官の主観的判断であっても、解明度の対象は「審理における情報の状態」であるのに対し、信頼度の対象は「裁判官自身の心証の状態」である。

(87) 三木・前掲注(52)六七六頁以下、田尾＝加藤・前掲注(4)二七九頁以下等参照。

(88) 太田・前掲注(85)四四〇頁。

(89) 藤原弘道判事の分類によれば、①通常の事実上の推定よりも高度の蓋然性ある経験則によって事実を推認するものであるとする見解、②推認が高度の蓋然性ある経験則に基づくだけでなく、推定される事実が何らかの過失といった抽象的・不特定的な内容のものであり、かつ、その推定を妨げるには、それを妨げるべき具体的・特定的な特段の事情を証明しなければならないとする見解、③適用される蓋然性の高低を問わず、ノン・リケット判決を下すことが正義に反すると考えられる場合に用いられるとする見解などがあるとされる。藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」竹下守夫＝石川明編『講座民事訴訟③証拠』(弘文堂・一九八三年)一二七頁・一二九頁参照。

(90) 大判明治四一・七・八民録一四輯八四七頁、大判大正一〇・四・四民録二七輯六八二頁、大判昭和九・六・一五民集一三巻一一六四頁、大判昭和一三・五・七民集一七巻八六七頁、最判昭和四三・一二・二四民集二二巻一三号三四二八頁等。

(91) 最判昭和三二・五・一〇民集一一巻五号七一五頁。同旨の判例として、最判昭和三九・七・二八民集一八巻六号一二四一頁。

(92) 藤原・前掲注(89)八頁参照。

(93) 賀集唱「損害賠償訴訟における因果関係の証明」竹下守夫＝石川明編『講座民事訴訟③証拠』(弘文堂・一九八三年)一八三頁・二一七頁参照。