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

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究二八〕痴漢の虚偽申告を理由とするXのYに対する損害賠償請求訴訟において、目撃者が見付からない場合に、これに準ずる立場にある者の証人尋問を実施せず、Yの供述の信用性を肯定して、Xが痴漢行為をしたと認めた原審の判断に違法があるとされた事例(最高裁平成二〇年一一月七日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	三上, 威彦(Mikami, Takehiko) 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	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.11 (2011. 11) ,p.71- 88
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=AN00224504-20111128-0071

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.

〔民集未登載最高裁民訴事例研究　二八〕

痴漢の虚偽申告を理由とするXのYに対する損害賠償請求訴訟において、目撃者が見付からない場合に、これに準ずる立場にある者の証人尋問を実施せず、Yの供述の信用性を肯定して、Xが痴漢行為をしたと認めた原審の判断に違法があるとされた事例

損害賠償請求事件　最高裁平一九年㈼第一八七八号、平二〇年一一月七日第二小法廷判決（裁判集民事二二九号一五一頁、判例時報二〇三一号一四頁＝判例タイムズ一二八八号五三頁）

〔事　実〕

本件は、電車内でX（原告・控訴人・上告人）から痴漢の被害を受けた旨の申告をしたY（被告・被控訴人・被上告人）に対し、Yの申告に基づいて東京都公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例違反容疑で現行犯逮捕され、勾留されたXが、右申告は虚偽であると主張して、Yに対し、不法行為に基づく慰謝料等一一〇〇万円の支払を求めた事件である。なお、本件では、Xは、東京都及び国を被告として、不当逮捕、勾留請求の違法、勾留延長請求の違法を理由として国家賠償をも求めていたが、それについては一、二審ともにXの請求を棄却し、最高裁判所において上告受理がされなかったため、Xの敗訴が確定した。

Y（当時大学二年生）は、平成一一年九月二日、アルバイト先から帰宅するため、午後一一時二一分にJR甲駅を発車する下り快速電車（以下「本件電車」という）の中央付近の車両（以下「本件車両」という）に乗車した。X（当時五七歳）は、同日、勤務先から午後六時ころ退社し、帰宅途中に私鉄甲駅で下車し焼鳥屋及びスナックで飲食した後、本件電車に乗車した。Yは、本件車両内で、乗降口脇の座席の柱にもたれかかって立ち、当時通っていたカラオケ教室の講師で

あるAと携帯電話で通話していた。Xは、Yから二〇cmないし三〇cmほど離れた位置に立っており、右手でつり革につかまり、左手で鞄を持っていた。本件車両内は、座席は埋まっていて、つり革もほとんど使用されていたが、とくに混み合っているわけではなく、Yの付近には十分な空間があった。Xは、本件電車が乙駅と丙駅の間を走行していた同日午後一一時二六分ころから午後一一時二九分ころまでの間に、Yに対し、「電車の中で電話しちゃいけない。」と、携帯電話の使用を注意する発言をした。

同日午後一一時四〇分ころ、XもYも丁駅で本件電車から降りた。そして、Xは自宅に帰るために歩いてバス停に向かったが、Yは駅前の交番で立番勤務をしていた警察官に電車の中で痴漢の被害に遭ったこと及び犯人がすぐそこにいることを告げて同警察官と共にXを追いかけ、バス停付近でXに追いつき、Xが痴漢の犯人である旨を同警察官に告げた。Xは痴漢行為を否認したが、同日午後一一時四六分、警察官によりその場で現行犯逮捕（以下、この逮捕を「本件現行犯逮捕」という）され、引き続き勾留された。

Yは、警察官や検察官の取調べに対し、①本件電車内で携帯電話でAと通話していたところ、Xがもたれかかるように身体を近づけてきて、手すりかつり革をつかみながら身体を前後に揺らし、Yの身体に股間をすりつけるように押し当ててきた、②XがYの腰のあたりに身体を近づけてきたので痴漢かもしれないと思って警戒しながら三〇秒くらい我慢していたが、Xがなおも股間をYの身体に押し当ててきたことから、Xが故意に痴漢をしているものと認識した、③Xに「離れてよ。」と言いながら、左肘でXの胸に向かって二回肘打ちをしたところ、Xから逆に携帯電話の使用を繰り返し非難されたので、「変なことをしておいて、何言っているの。」、「分かった、切るよ。」と言って電話を切った、④XがYに対して痴漢行為をした時間は、全体として約一分間であると供述した（以下、「本件痴漢行為」という）。

他方、Xは、本件現行犯逮捕の時点から一貫して本件痴漢行為に及んだことを否認し、携帯電話での通話を止める気配がなかったYに対し、少し身体を乗り出すようにして、「電車の中で電話をしてはいけない。」と一回注意したところ、Yから「分かったわよ。」と大きな声で言われただけであると供述している。

本件車両内でのYとXのやり取りを目撃した第三者は見付からなかったが、Xによる本件痴漢行為があったとYが主張する時点の前後を通じてYの携帯電話とAの電話とがつながっており、Aは、電話を通じて本件車両内でのYとXの発言を聞いていた。

Aは、Xが勾留されていた期間中、捜査担当のB検事による事情聴取に応じて、Yとの通話中に聞こえた内容につき、①Yが「変な人が近づいてきた。」と言い、その後間もなく、

「電車の中で電話しちゃいけない。」という男性の声が聞こえた、②痴漢行為の存否に関連して聞いた声はこれだけであると述べた。

その後、Yは、取調べを受けることを約束した日に出頭せず、連絡もつかなくなった。B検事は、Xから本件痴漢行為を受けた旨のYの供述が、Xの供述と食い違うだけでなく、Yが本件痴漢行為を受けたと主張する時点にYと電話で通話をしていたAの供述と整合しない上、Y自身が捜査に非協力的になったことから、嫌疑不十分によりXを不起訴処分とした。

AがB検事の事情聴取に応じた際に作成された供述調書を含むXに係る捜査記録の大部分は、本件訴訟提起に先立ち、検察庁において誤って廃棄された。B検事は、第一審において、証人として尋問を受け、Aから聴取した内容等について証言し、同証言と同趣旨の同検事作成の陳述書が証拠として提出されている。なお、第一審では、当事者双方ともAの証人尋問の申出はしなかった。

第一審である東京地方裁判所八王子支部は、Yの陳述をほぼ認めて、痴漢行為はあったと認定し、Xの請求を棄却した。そこでXは控訴した。Xは原審においてAの証人尋問の申出をしたが採用されなかった。原審は以下のような判断をしてXの控訴を棄却した。すなわち、①Yの供述は、本件訴訟の審理を通じてほぼ一貫しており、不合理な変遷等は認められない。②Aが電話を通じて聞いた本件車両内でのYとXの発言のうち、「変な人が近づいてきた。」というYの言葉は、Xが近づいてきた状況を述べているものと認められ、その後、Aが「離れてよ。」、「変なことをしておいて、何言っているの。」、「分かった、切るよ。」といったYの発言を聞いていないというのは、Yの供述内容に照らして不自然不可解であるといえなくもない。しかし、Yは左手に携帯電話を持って通話をしていたのであるから、「離れてよ。」と言いながら左肘でXに向かって肘打ちした際、携帯電話の送話口がYの口元から離れたことは明らかであり、騒音に影響されてその余のY及びXの発言がAに聞こえなかった可能性があり、上記Aの供述内容と整合しない部分があることを勘案しても、Yの供述の信用性が否定されるものではない。③Aが電話を通じて聞いた内容は、Yが携帯電話の使用を止めないので電車の中で電話をしてはいけないと一回だけ注意したというXの供述に一応符合するといえる。しかし、Xは、Yが大きな声で「分かったわよ。」と答え、そのとき携帯電話の受話器はYの耳元にあったとも供述しているのであって、そうすると、AがYの「分かったわよ。」という大きな声を聞いていないのは不可解であるということになるし、また、Yの発したその他の言葉が携帯電話の送話口の位置及び向き、本件電車の走行に伴う騒音などによってAに聞こえなかった可能性があることを考えると、Xの供述がAの供述と整合している部分が

あるからといって、Xの供述に信用性があると直ちにいうことはできない。④したがって、Xから本件痴漢行為を受けた旨のYの供述については信用性を肯定できるのに対し、これを否定するXの供述は信用することができず、XがYに対して本件痴漢行為をしたものと認められる、と。

これに対し、Xの上告受理申立てを受けて、最高裁判所は上告を受理し、以下のように述べて原判決中Yに関する部分を破棄し、事件を原審に差し戻した。

〔判　旨〕

「(1)　前記事実関係等によれば、本件においては次のような事情があることが明らかである。

ア　Yの本件痴漢行為についての供述には一応の一貫性がみられるが、「XがYに身体を触れてきたので痴漢かもしれないと思って警戒しながらしばらく我慢していたが、Xがなおも股間をYの身体に押し当ててきたことから、Xに『離れてよ。』といい、その後にXから携帯電話の使用を注意された」旨のYの供述内容は、AがYとの電話による通話内容としてB検事に供述した「Yが『変な人が近づいてきた。』と言い、その後間もなく、『電車の中で電話しちゃいけない。』という男性の声が聞こえた、痴漢行為の存否に関連して聞いた声はこれだけである」というものとは看過し得ない食い違いがある。

イ　他方、本件痴漢行為を一貫して否認し、Yが電車内での携帯電話の使用を止める気配がないので、一回注意しただけであるというXの供述は、AのB検事に対する上記供述内容にも沿うものである。

ウ　Aの電話は、本件痴漢行為があったとYが主張する時点の前後を通じてYの携帯電話とつながっており、その間AはYとXの本件車両内での発言を電話を通して聞いていたというのであるから、本件車両内でのYとXとのやり取りについて目撃者が見付からない本件においては、Aは目撃証人に準ずる立場にある唯一の人物ということができ、その証言は重要であるところ、本件において、Aが電話を通して聞いたYとXの発言内容についての認定資料は、B検事の第一審における証言及び同検事作成の陳述書しか存しない。Aは、Yが当時通っていたカラオケ教室の講師であるというのにとどまり、Xはもとより、Yとも特段の利害関係があることはうかがわれないから、客観的中立的な証言が期待できないとはいえない。

(2)　上記事情の下においては、原審が、Yの「変な人が近づいてきた。」という声とXの「電車の中で電話しちゃいけない。」という声との具体的な間隔、その間のYとAの会話の有無、本件電車の走行に伴う騒音がAの電話にどの程度聞こえていたか等につき、Aの証人尋問を実施してこれを確かめることなく、同人が電話を通して聞いたYとXの発言の内

容をB検事の証言及び陳述書のみによって認定した上、具体的根拠が乏しいまま、Aの電話に聞こえた本件車両内での騒音等をYに有利に推測して、B検事に対するAの供述内容と整合しないYの供述の信用性を肯定し、Aの供述と合致するXの供述の信用性を否定して、Xが本件痴漢行為をしたものと認定したことには、審理不尽の結果、結論に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるといわざるを得ず、論旨は理由がある。」

〔評　釈〕

本判旨に賛成する。

一　本判決の位置付け

本件は、いわゆる「沖田事件」として一般新聞紙上でも大きく取り上げられたものである。本件は、基本的には個別事案における事実認定が問題となった事件であるが、客観的証拠が非常に乏しく、当事者の主張が真っ向から対立しており、しかも、必ずしも唯一の証拠方法とはいえないが、目撃者に準ずる立場にあるAがB検事に述べた内容が、どちらかといえばYの供述よりもXの供述に合致しているといった、当事者双方の主張供述の信用性・合理性につき困難な判断が要求されたという点に特殊性がみられた。本判決は、このような特殊事情を背景として、事実審の事実認定の過程に踏み込んで審査をしたうえで、Aの証人尋問を行うことなく、Yの供述の信用性を肯定し痴漢行為を認定したことには、審理不尽の結果、結論に影響を及ぼす違法があるとした。すなわち、本来、証拠の採否は事実審の裁判所の裁量に委ねられるべきものであるが（民訴一八一条一項）、上記のような特殊事情を考慮し、唯一の証拠方法ではないにしても、重要な証拠を取り調べないで事実認定をすることは審理不尽になるという、証拠調べの範囲（採証法則）に関する一つのルールを明示した点に本判決の第一の意義がある。また、第二に、その前提として、法律審たる上告審であっても、事実審の事実認定の過程にある程度踏み込んで審査せざるを得ないことも本判旨は示している。さらに、第三に、近時、控訴審の訴訟審理においては、「事後審的審理」または「事後審的運営」なるものが採用されているといわれる。そしてこのような審理方式では、同一事項に関して同一証人を再度取り調べることは直接主義の観点からは行わないことが強調されている。[1] その立場を強調すれば、Aの供述内容は、本件刑事事件の担当検事の証言と、その者が作成した供述調書[2]から一応うかがえるのであり、Aの証人尋問は不要という結論にもなり

かねない。[3] 原審がこれを意識したか否かは別として、その判断は、このような傾向をうかがわせるものであった。したがって、本判旨は、そのような扱いに対して釘を刺しているものとも解することができる。本件は、たしかに、基本的には個別事案における事実認定が問題となった事案であるが、右に述べた数々の点で、実務上重要な意味を有するものといえよう。

なお、本判決の背景にあると思われる価値判断は、痴漢行為に関する刑事事件において近時下された、痴漢犯罪の認定につき、より慎重な判断を求めた最高裁判所の判決[4]とも軌を一にするものであり、原審の安易な事実認定に対して警鐘を鳴らすものとなっている。[5]

二　唯一の証拠方法の理論

1　「唯一の証拠方法」という用語はすでに明治二八年から判例上使用されていたが、大体明治三五年頃までに唯一の証拠方法に関する判例理論が抽象的には形成されていた。これによれば、その骨子は、①「唯一の証拠方法の却下は違法である。[6]」という命題と、②「唯一でない証拠申出の採否は裁判所の裁量に属する[7]」という二つの命題からなり、後者が原則で前者が例外であるといわれている。[8] 最高裁判所も、大筋において大審院の判例理論を承継しているが、第二の命題を判示するものが多い。[9] しかも、そのほとんどが、唯一の証拠方法ではないとして、証拠調べをしなかったことを適法としたものであった。

2　「唯一の証拠方法の却下は違法である。」という第一の命題については、判例は、唯一の証拠方法であっても却下できるとする例外的な場合を多く認めている。すなわち、①証拠の申出が所定の方式を践んでいない場合（最判昭三〇・三・四裁判集民一七号五〇七頁）、②印紙の不貼用（大判明三九・七・九民録一二輯一一〇九頁）、③証拠申請書不提出（最判昭三五・四・二六民集一四巻六号一一一頁、最判昭三六・一一・一〇民集一五巻一〇号二四七四頁）、④証拠調べの費用の予納命令に応じなかったもの（最判昭二八・四・三〇民集七巻四号四五七頁）、⑤証拠調べに不定期間の障害があるもの（民訴旧二六〇条〔現一八一条二項〕）、⑥争点の判断に不必要または不適式のもの（大判大三・一一・一八民録二〇輯九五二頁。なお、最判昭三八・一一・七民集一七巻一一号一三三〇頁もこれに入るか）、⑦当事者の自白した事実または顕著な事実についての証拠申出（最判昭二五・七・一四民集四巻八号三五三頁）、⑧時機に後れたもの（最判昭三〇・四・二七民集九

巻五号五八二頁)、⑨本人尋問期日に出頭しないとき(最判昭二九・一一・五民集八巻一一号二〇〇七頁)、⑩自己の申請した証人尋問期日に出頭しない等当事者に過怠があるとき(最判昭三五・四・二六民集一四巻六号一〇六四頁、最判昭三九・四・三民集一八巻四号五一三頁)、⑪立証事項につきすでに同一方向の十分な心証を得ているとき(大判明三八・一二・二六民録一一輯一八六〇頁)、⑫相手方の証拠の信用できないことを立証するための証拠(大判明三九・一〇・九民録一二輯一一八〇頁)[10]、⑬鑑定(大判大二・一二・一〇民録一九輯一〇〇七頁、大判大三・一一・九民録二〇輯九〇七頁、大判大三・一二・一一民録二〇輯一〇七六頁)、⑭検証(大判大一〇・二・九民録二七輯二五二頁)、⑮職権探知主義の手続のとき(最判昭二八・七・二四民集七巻七号八四〇頁)などである。

3　しかし、唯一の証拠方法に関する判例理論は、証拠の申出が適法であることを前提として、裁判所が既成の心証に照らし自由な裁量によって証拠申出の採否を決することができるか否かについての理論であるから、証拠申出自体が不適法な場合は、唯一の証拠方法であるか否かを問わず、証拠一般について証拠調べをすべきものではないから、上記のうち、①〜⑤、⑧〜⑩は証拠申出自体が不適法な場合である。また、⑥は主張自体失当であり、そもそも証拠調べを要しない場合である。さらに、⑦についても、既成の心証とは無関係に証拠申出を却下すべきであるから、やはり唯一の証拠方法であるか否かを問わず却下されるべきものであって、判例が形成してきた理論のうち、第一の命題の例外というべきではない[11]。

したがって、唯一の証拠方法であっても例外として却下できるか否かが問題となるのでは、証拠申出の適法性を前提とした、⑪〜⑮の場合である。まず、⑪については、たしかに、裁判所が得ている心証と同一方向の事実を証明するための証拠の取調べは屋上屋を重ねることになり、不要であろう[12]。しかし、それが反証である場合には、たとえ、裁判所が既成の心証がすでに確信に達していたとしても証拠調べをすべきである[13]。他の証拠を取り調べないまま、既成の心証は覆るはずがないと考えるのは、予断(証拠価値の先取り)(Beweisantzipation)であって、重大な手続上の瑕疵であると考えられるからである[14]。また、⑫ないし⑭の場合であっても、当該証拠が事実認定を覆す決定的な証拠となる場合もありうるのであり、一概に調べなくてもよいということにはなるまい。また⑮についても、職権探知主義といっても、それは自ら進んで証拠調べができると

いうことを意味するに過ぎず、自らはその権限を行使せず、当事者の申出をも退けて、しかもその当事者に不利な事実認定が許されるというのではあまりに当事者に酷である。したがって、⑪～⑮の場合には、一律に証拠申出を却下することができると解することは妥当ではない。

4　しかし、ひるがえって考えてみれば、唯一の証拠方法を却下しても、事実認定に決定的な影響を及ぼさない場合もあれば[15]、唯一の証拠方法でない証拠の申出を却下した結果、事実認定が合理性を欠くに至ったときは審理不尽・理由不備の違法を生じさせることもある[16]。したがって、唯一か否かは証拠の採否の絶対的な基準とはならない[17]。もしそうであるならば、唯一の証拠方法の理論の「唯一でない証拠申出の採否は裁判所の裁量に属する」という命題も、「唯一でない証拠申出」に限定する必要はなく、唯一の証拠であるか否かを問わず、証拠の採否は、原則として裁判所の裁量権の範囲に属するものと解し、ただ、裁判所が裁量権の合理的範囲を逸脱して証拠の申出を却下した場合には、違法として上告理由になる[18]、と解しておけば十分であろう。そのように解した場合、唯一の証拠方法の申出を却下して判決を下す場合には、証拠調べをせずに弁論の全趣旨のみを証拠資料として心証を形成することにつながるため、その「合理的な裁量権行使」の幅は狭まると考えられ、一般論としては、違法と解される場合が多いということはいえるであろう。問題は、その基準をどこに求めるかということである。

三　証拠調べに当たっての裁量権行使の基準

学説の多くも証拠の採否について裁判所の裁量を認めるが、その裁量も全くの自由ではないとしていくつかの例外を挙げている[19]。しかし、そこで挙げられている例外のうち、①証拠の申出が不適法な場合、②証拠方法の取調べに障害がある場合、③立証されても権利の存否に関係がない場合、④要証事実でない事項についての証拠の申出の場合は、すでに二3で検討したように、証拠申出自体が不適法なものであり、これらは証拠申出一般の問題であるから、唯一の証拠方法であるか否かにかかわらず取り調べる必要がないのであり、ここで問題にしている裁量権行使の基準とはならない。そこで問題となるのは、⑤証拠が要証事実と無関係な場合、⑥裁判所がすでに心証を得た場合、⑦証拠の証明力が全くない場合、⑧経験則立証のための鑑定の申出、といった各場合であろう。

⑤については、要証事実とは異なることを証明できたと

しても、訴訟に何ら影響を与えることはないから、この例外は肯定することができる。しかし、主要事実についての直接証拠のない場合には、間接事実の立証を積み上げて主要事実の立証をすることになるので、主要事実を推認するのに必要な証拠は直接主要事実を立証するものでなくても取り調べなければならない。[20]⑥についても、すでに述べた（二3）が、裁判所が得ている心証と同一方向の事実を証明するための証拠の取調べは屋上屋を重ねることになり、不要であろう。しかし、それが反証である場合には、たとえ、裁判所が既成の心証がすでに確信に達していたとしても証拠調べをすべきである。たとえ、それが間接証拠であっても事情は変わらない。学説上、「間接証拠は裁判所が主要事実につき既に心証を得ているときは取調べを要しない。」といわれるが、[21]この命題を無条件に承認することは困難であり、実践の問題としては、すでに得られた心証の素材と右間接事実との比較評価をぬきにして論ずることはできない。[22]よって、証拠評価を先取りしないためにも、この場合は証拠調べをすべきである。[23]⑦は、申請された証拠の証拠価値が、すでに取り調べられた証拠の証拠価値に絶対的に劣後する場合であり、たとえば、血液型とか、遺伝学上の鑑定が出ているのに、母親に性的交渉につき証言させたり、アルコールの血中濃度に関する鑑定があるのに、摂取したアルコールが少ない旨の証言をさせたり、事故発生の場所の状況につき写真があるのに、それと異なる証言をさせるための証人尋問の申出等である。[24]これに対し、証拠方法の証明力が弱いとの予断だけで証拠の申出を却下することは許されない。[25]⑧については、裁判所が他の点から確信をいだいている場合はこれを取り調べなくてもよいとするが、[26]やはり証拠価値先取の危険を避けるために、証拠調べをすべきであろう。

このように考えるならば、証拠の採否に当たっての裁判所の裁量権の合理的な範囲はきわめて狭いものと解される。すなわち、弁論主義の下では当事者の申し出た証拠をすべて調べた後に判断するのが理想であり、[27]証拠の採否についての合理性の判断は、結局、当事者の証明権と迅速な裁判を受ける権利との調和によって決せられるべきであるといえよう。[28]

なお、実務では、証拠方法によってあるいは審級によって裁判所の裁量権の行使が異なっているといわれる。[29]すなわち、書証に関してはほとんどすべてを採用しており、これに対し、証人申請、文書提出命令申立、検証、鑑定の申出については、ほぼ学説が説くところと同じような運営が

なされている。敗訴させようとする当事者の申し出た証人をすべて取り調べるということはないが、当事者を納得させ、既成の心証を検証するため、より多くの証人を取り調べているようであり[30]、その方向は妥当なものとして是認できるであろう。この点でも原審の措置には問題がある。

四　本件での証拠採否の妥当性

1　本件での主要な争点は痴漢行為があったか否かという点であるが、他に目撃者がいない以上、それを立証する直接証拠は、XとYという当事者しか存在しない。この場合、XおよびYの本人尋問における供述の信用性が決定的であるが、原審は、Xの申し出た事件の目撃者に準じるAの証人尋問を実施せず、Xに対する被疑事件の取調べの過程でAから事情聴取したB検事の陳述書とその証言のみを証拠として、XおよびYの供述の信用性を判断し、痴漢行為の存在を認めた。

ただ、以上の経緯から明らかなようにAは唯一の証拠方法とはいえない。しかし、すでに三で述べたように、唯一の証拠方法でないからといって、その証拠調べをするか否かに際しての裁判所の合理的裁量権の幅はごく狭いものと考えるべきであり、その合理性は、当事者の証明権と迅速な裁判を受ける権利との調和という観点から決せられることになる。

たしかに本件では、XはAを住所不明のまま証人尋問の申出をしており、Yらに対してAの住所につき当事者照会をしたが、回答を得られなかったという経緯があることが認められ、Aの住所が判明していなかったことが原審がAの証人尋問の申出を採用しなかった背景事情の一つとなったことがうかがわれる[31]。その意味では、原審は迅速な裁判を受ける権利を重視したものととれなくもない。しかし、本件では、XとYの主張はほぼ真っ向から対立しており、その信用性を明らかにしうるのは、Aの供述しかないような状況であった。しかし、Aが検事の事情聴取に応じた際に作成された供述調書を含むXにかかる捜査記録の大部分は、本件訴訟提起に先立ち、検察庁によって誤って廃棄されており、供述調書の内容を検証することはAの証言がない限り不可能であった。なお、Aの証言は、XやYの供述の信用性に関する証拠であり、いわゆる間接証拠に属するものであるが、痴漢行為の存否の証明がXおよびYの供述の信用性にかかっており、しかも、本件は、その供述内容がむしろXの供述に沿うものであり、Yの供述とは食い違いがあった。さらに、Aの供述からは客観的・中立的な証

拠資料の獲得が期待できた場合であるといえる。そうだとすれば、そのような状況下においては、是非ともAの証人尋問をなし、XおよびYの証言の信用性を確定する必要があったといえよう。またAのような証拠方法を取り調べることは、裁判所の既成の心証を検証することにもなる。そのような意味で、Aという証拠方法を取り調べることは、本件において迅速な裁判を受ける権利が多少制限されることがあるにせよ、真実の発見という利益は、それを凌駕するものであると考える。

2　以上のことから、本判旨を読めば、「要証事実（痴漢行為の有無）に関する供述に決定的な食い違いがある場合において、要証事実にとって決定的に重要な立証事項（本件ではXおよびYの供述の信用性）の証明につきより直接的な証拠方法が存在し、かつ客観的中立的な証拠資料の獲得が期待できる場合、その証拠方法は取り調べなければならない」という証拠法則を明らかにし、それに違反したことが審理不尽を引き起こし、その結果として結論に影響を及ぼす法令違反が生じたと、と論じていることを理解することができるであろう。

証明権（証拠提出権）は、裁判を受ける権利（憲三二条）の一内容として観念される証拠における当事者権に含まれるものであるが[32]、それが保障されるためには、裁判官の証拠決定の合理性が保障されなければならない。そして、要証事実の証明に不可欠な証拠の採用申立を却下したり、釈明によりこの種の証拠の提出を促すことを懈怠した場合、いずれも右の証明権を侵害したという法令違背として上告理由になるとされる[33]。したがって、本件においては、上記の本判旨が明らかにした証拠法則に違反したことが、直接、法令違反であるとして原判決を破棄することも可能であったといえよう。

しかし本判旨は、右の証拠法則に違反したことが直ちに法令違背になるといっているわけではなく、それに違反した結果、審理不尽になり、それによって結論に影響を及ぼす法令違反がある、としている（この論理構成の当否については、**六**で論じる[34]）。しかし、いずれにせよ、Aについては証人尋問をすべきであったのであり、原審が、Aの証人申請を却下したのは証拠調べにおける合理的裁量権の範囲を逸脱したものといえ、この点で、原審の措置には法令違反があるとして破棄した点には賛成することができる。

3　なお、上記のような証拠法則（2を参照）が遵守されたか否かを判断するためには、上告審は、具体的な事実認定の過程に立ち入って審査することが不可欠であるが、

このことが法律審としての上告審の権限範囲を逸脱したと評価することは妥当ではあるまい。[35] なぜならば、本件においては、法令違背の有無の判断と事実認定の過程に立ち入って審査することとは不可分の関係にあり、後者は法律審たる上告審の審査権限の一環をなしていると考えられるからである。

五　本件における破棄差戻しの判決の妥当性

本判旨が、原判決を破棄したのは妥当であるとしても、本件では、事件からすでに一〇年近くもたっており、たとえ証人Aを尋問してみても、B検事への供述以上の内容が出てくるかどうかは未知数である。したがって、民訴法三二五条二項にいう「判決に影響を及ぼすことが明らか」であるという状況には必ずしもないから、原判決を破棄する必要はなく、むしろ上告を棄却すべきではなかったのではないか、という疑問がないわけではない。

この点、最高裁判所は、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反が判明した場合であっても、原判決を破棄する義務はなく、当該事項の重要性の程度、当事者が上告または上告受理申立の理由書の中で明確に指摘しているかどうか等を勘案して、破棄するかどうかを決する裁量権を有することになるとされている。[36] しかし、本件についていえば、Xの供述は概ねAの供述と一致しており、逆に、Aの供述とYの供述との間には看過しがたい食い違いがある。すなわち、その点が明らかになれば、おのずから本件損害賠償請求訴訟の帰趨も決まってくるのであり、当事者を除いて唯一ともいえる事件関係者であるAの証言は、その認定にとってきわめて重要なものといわなければならない。その意味で本件証拠の取調べの必要性はきわめて高いといえる。また、事件から一〇年近くが経過しているとはいっても、Aが新たな事実を思い出す可能性が全くないわけではなく、その証言を基にした事実認定は真実により近いものになる可能性もあろう。そのような点から見れば、本件においても、最高裁判所は、原判決を破棄するだけでなく、事件を原審に差し戻す必要があったのであり、この点でも本件判旨は妥当である。

六　審理不尽について

1　本判旨は「審理不尽の結果、結論に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」としているが、審理不尽とは、大審院以来上告理由の一つとして認められ、判例も原判決破棄の理由として常用した手続違背事由である。[37] し

かしその内容は曖昧で明文の規定もなく、判例がこの語を用いるときには、法令解釈適用の誤りや理由不備と重畳的または選択的に掲げる場合が多く、[38] 結局は、法令解釈適用の誤りか、理由具備・理由齟齬、または釈明権不行使の著しく不当な場合に帰着すると解する説[39]がある一方で、事実認定段階で問題となる経験則の適用および法律構成もしくは当てはめ作業における誤りにより、必要な審理を尽くしてから判決すべしとする訴訟法規（二四三条参照）に違反したものでしかも結論に影響する欠点を指示する、原判決破棄の理由（三二五条一項後段・同条二項）の一つとして認知してもよいのではなかろうかとの見解も有力に唱えられている。[40]

本判旨は、「審理不尽の結果、結論に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」としており、この記述からみる限り、この法令違反の内容は少なくとも証拠法則に違反したということではないし、また審理不尽自体も法令違反を形成するものではないと読める。そこで、この法令違反とは何を意味するのか、また、審理不尽と法令違反とはいかなる関係にあるか、ということが問題になる。

2　まず前者について考えると、本判旨では、結局、法令違反の内容は、「Aの証人尋問を実施してこれを確かめることなく、同人が電話を通して聞いたYとXの発言の内容をB検事の証言及び陳述書のみによって認定した上、具体的根拠が乏しいまま、Aの電話に聞こえた本件車両内での騒音等をYに有利に推測して、B検事に対するAの供述内容と整合しないYの供述の信用性を肯定し、Aの供述と合致するXの供述の信用性を否定して、Xが本件痴漢行為をしたものと認定した」ことにあるとされている。このことは換言すれば、本判旨は、原審の審理からは万人を納得させるような結論は導けないと論難しているのであり、これは、つまるところ、理由不備ないしは経験則違反ということが法令違反の内容であると考えているといってよい。

3　次に後者について考えると、審理不尽の用語が用いられてきたのは、それが、法令解釈の誤りや、理由不備または理由の食い違い（齟齬）の原因となった場合、[41] 釈明権不行使がさらにその審理不尽の原因になっている場合[42]などである。そうすると、審理不尽という概念は、たしかに、それ自体単独で用いられることは少なく、法令解釈適用の誤りや理由不備と重畳的または選択的に挙げられる場合が多いといえよう（その点から否定説は、審理不尽概念の有用性を否定する）。しかし、破棄理由の拘束力（三二五条三項）とあいまって、具体的な事案においては理由不備・

法令解釈の適用の誤り・釈明義務違反のいずれであるのか、かなり微妙な事案もある。よって、そのような場合には、補充的に「審理不尽」という破棄理由を付加して上告審の判断が硬直化するのを防ぐと同時に、差戻し後の下級審の審理に指針を与えるという作用を営ませることは決して不当なことではない。[43] ただ、肝心なのは、審理不尽の概念が、明文の規定もなくかつその内容も確定していないという状況下において、具体的な事案において、その内容をできる限り詳細かつ具体的に示すことであろう。そのことによって、差戻し後の下級審にとって審理の対象が明確になり、合理的な審理が期待できるからである。その点についていえば、本判旨は、審理不尽が即法令違背であるとはいっていないし、上述したように、法令違反の内容は理由不備ないし経験則違反にあると思われ、法令違反が理由不備・法令解釈の適用の誤り・釈明義務違反のいずれであるのか、かなり微妙な事案というわけではない。しかし、差戻審が理由不備ないし経験則違反という法令違反を是正するためには、具体的な審理の対象が示されていることが望ましい。そのような意味で本判旨は、審理不尽という言葉を用いて、その内容を、「Yの『変な人が近づいてきた。』という声とXの『電車の中で電話しちゃいけない。』という声との具体的な間隔、その間のYとAの会話の有無、本件電車の走行に伴う騒音がAの電話にどの程度聞こえていたか等」につき調べるよう指示しているのである。それが調べられれば、裁判所の結論にも説得力が出てくるのであり、ここでは、審理不尽の語が、法令違反（理由不備ないし経験則違反）を是正するための手段を提示するものとして用いられているのである。このような審理不尽の用語法も、差戻審の審理の範囲を明確化し、審理の無駄を防ぐという意味で妥当なものと評価できるものと考える。

七　結論

以上検討してきたような理由によって、本判旨に賛成する。

（1）司法研修所編『民事控訴審における審理の充実に関する研究』四三頁。

（2）本件では、供述調書は、検察庁の過失で、他の捜査記録と共に、本件訴え提起前に廃棄されていた。

（3）松本博之「控訴審における『事後審的審理』の問題性」『民事手続法学の新たな地平（青山善充先生古希祝賀論文集）』四五九頁以下（とくに四九一頁）は、事後審的

審理の根拠を詳しく検討した上で、控訴審が第一審の訴訟手続の続行であり、したがって事後審でない法制において、「事後審的審理」なるものがそもそもなり立ち得ないと結論づけている。

(4) 最判三小平二一年四月一四日刑集六三巻四号三三一頁。これは、「満員電車内の痴漢事件においては、被害事実や犯人の特定について物的証拠等の客観的証拠が得られにくく、被害者の供述が唯一の証拠である場合も多い上、被害者の思い込みその他により被害申告がされて犯人と特定された場合、その者が有効な防御を行うことが容易ではないという特質が認められることから、これらの点を考慮した上で特に慎重な判断をすることが求められる。」と述べる。

(5) 本件の判例評釈として、安達栄司・法の支配一五五号一〇四頁がある。

(6) この旨を述べる判例としては、大判明二八・七・五民録一輯五七頁、大判明二九・一一・二〇民録二輯一一二頁、大判明三一・二・二四民録四輯四八頁、大判明三三・六・三〇民録六輯一七四頁、大判明三四・五・一民録七輯一頁、大判明三五・五・一五民録八輯六二頁、大判昭四・三・二評論一八民訴一九三頁、大判昭六・三・三一裁判例五民三七頁、大判昭七・二・一七裁判例六民三一頁、大判昭七・七・二〇裁判例六民二二七頁、大判昭九・四・七裁判例八民八六頁、大判昭一一・一〇・二四裁判例一〇民二三九頁、大判昭一二・一二・一五裁判例一一民三〇七頁、大判昭一五・九・一四法学一〇巻三号三二二頁等がある。なお近時、同旨の判例として、最判昭五三・三・二三判時八八五号一一八頁がある。

(7) この旨を述べる判例としては、大判明二八・三・二六民録一輯二五九頁、大判明二九・三・二七民録二輯一一一頁、大判明三〇・一〇・一三民録三輯四八頁、大判明三九・一一・二四民録一二輯一五五九頁、大判明四〇・三・二五民録一三輯三四三頁、大判明四五・三・一三民録一八輯一八五頁、大判大七・五・二五民録二四輯一〇四七頁、大判大八・一・二〇民録二五輯二一頁、大判大一五・七・一〇評論一五民法一〇九五頁、大判昭六・九・二六評論二〇諸法七一〇頁、大判昭六・一〇・一二新聞三三七五号七頁、大判昭七・三・一八民集一一巻三一二頁、大判昭一〇・二・八評論二四民訴一八九頁、大判昭一一・一・一八民集一五巻一四頁、大判昭一七・一〇・二九法学一二巻六号五二〇頁、等がある。

(8) 瀧川叡一「証拠の採否」『総合判例研究叢書・民事訴訟法（五）』一五頁、同・続民事訴訟法判例百選一五九頁。

(9) 第一の命題を述べたものとして、最判昭五三・三・二三判時八八五号一一八頁〔民訴百選二版、民訴百選Ⅱ一二五事件〕があり、第二の命題を述べたものとして、最

判昭二三・九・一八裁判集民一・二九九頁、最判昭二七・一二・二五民集六巻一二号一二四〇頁、最判昭二八・五・二九民集七巻五号六二三頁、最判昭四一・四・一四民集二〇巻四号六四九頁等がある。

(10) なお、書証の成立を証するための唯一の証拠の申出を却下し、書証の成立を否定するのは違法であるとしているものもある（大判昭四・二・二七評論一八民訴一九二頁）。

(11) 瀧川・前掲総合判例研究一六六頁、同・続民訴百選一五九頁。櫻井孝一・民訴百選〔第二版〕一九九頁等。

(12) 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増補版〕』二六四頁。

(13) 中務俊昌「『唯一の證據方法』と民事訴訟における證據調の範囲」法学論叢六〇巻一・二号二一六頁、木川統一郎「敗訴見込みの当事者の証拠申請の採否」『民事訴訟法改正問題』九六頁九七頁。なお、木川博士は、これに限らず、裁判所は、敗訴させる見込みの当事者の証拠申出は、適法な申出である限り、原則としてその全部を採用するのが正しいとする（同書九六頁）。兼子・体系二六四頁、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』四一八頁。

(14) 木川・改正問題九七頁、兼子・体系三六四頁。

(15) ⑪の前段の例や、申請された証拠の証拠価値がすでに取り調べられた証拠の証拠価値に絶対的に劣後する場合（たとえば、すでにＤＮＡ鑑定により父子関係が証明されているのに、母親が他の男性とも性的交渉があったことにつき証言させるための証人や、アルコールの血中濃度に関する鑑定があるのに、摂取したアルコールが少ない旨の証言をさせるための証人等）などが考えられる。その他の例としては、木川・改正問題一〇四頁参照。

(16) 最判昭三九・一・三〇民集一八巻一号一九六頁参照。

(17) 兼子・体系二六四頁、三ケ月章『民事訴訟法（法律学全集）』四二三頁、菊井＝村松Ⅱ四一九頁、瀧川・前掲総合判例研究八一頁等。

(18) 千種秀夫「証拠調をめぐる諸問題」『実務民事訴訟講座(1)』三二九頁。

(19) 新堂幸司『新民事訴訟法第四版』五八三頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第三版四訂版〕』三三九頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法講義〔第二版補訂二版〕』三〇四頁〔春日偉知郎〕、兼子・体系二六四頁、三ケ月・全集四二三頁、菊井＝村松Ⅱ四一七頁、木川・改正問題一〇四頁以下、中務・前掲二〇八頁以下等。

(20) 中務・前掲二一五頁。千種・前掲三三〇頁等。

(21) 古くは、このような見解が有力であった。たとえば、『法律実務講座四巻』一八六頁、中島弘道『日本民事訴訟法』一三五頁等。

(22) 千種・前掲三三〇頁。なお、瀧川・前掲総合判例研究三二頁参照。

(23) 瀧川・前掲総合判例研究三五頁は、そのような申出が却下できるのは、すでに取り調べた証拠によって得た心証に照らし、当該間接事実から主要事実を推論する蓋然性が全くないことまたはきわめて微弱であることが明白である場合に限られるとする。

(24) 木川・改正問題一〇四頁以下。

(25) 兼子・体系三六四頁、木川・改正問題一〇五頁、新堂幸司＝鈴木正裕＝竹下守夫『注釈民事訴訟法（六）』一六〇頁〔矢吹徹雄〕等。

(26) 兼子・体系二六四頁、野田宏「鑑定をめぐる諸問題」『新実務民事訴訟講座(2)』一五三頁以下。

(27) 千種・前掲三三一頁、木川・改正問題九五頁以下。

(28) 注釈民訴（六）一六〇頁以下〔矢吹〕。

(29) 注釈民訴（六）一六〇頁以下〔矢吹〕。

(30) 千種・前掲三三一頁以下。そこでは、証拠調べの限度は、必要にして十分であることを理想とするけれども、結果として多過ぎることはむしろ自然の成り行きであって、紛争解決という点のみから見れば、少なすぎるのよりは罪は少ない、といわれる。これに対し、木川・改正問題九六頁は、裁判所は、敗訴させる見込みの当事者の証拠申出は、適法な申出である限り、原則としてその全部を採用すべきであると主張する。

(31) 本件匿名コメント・判例時報二〇三一号一五頁＝判例タイムズ一二八八号五四頁。

(32) 石川明「証拠に関する当事者権―証拠へのアクセス―」『講座民事訴訟⑤』一頁。

(33) 石川・前掲五頁。

(34) 安達・前掲一〇七頁以下は、上告の濫用も懸念されるわが国においては、証拠申出の採否の違法は審理不尽または自由心証主義（民訴法二四七条）違反をもたらす経験則違反として原判決破棄の理由を認める方が妥当であろう、とする。

(35) 最近でも、経験則違反、釈明権の不行使、審理不尽、採証法則違反または理由不備を指摘して破棄理由とする判例が少ないとされる（伊藤眞「事実に関する上告審破棄理由の意義」『民事司法の法理と政策（上）〔小島武司先生古希祝賀〕』四頁参照）。

(36) 賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎『基本法コンメンタール・民事訴訟法3〔第三版〕』八八頁〔田中豊〕。

(37) 新堂・新民事訴訟法八六六頁。

(38) たとえば、最判昭三二・一〇・三一民集一一巻一〇号一七七九頁、同昭三五・六・九民集一四巻七号一三〇四頁、同昭三七・九・一四民集一六巻九号一九三五頁等。

(39) 小室直人『上訴制度の研究』二〇八頁以下、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』二三七頁。なお、櫻井孝一「民事上告理由としての審理不尽」早稲田法学三九

巻二号六九頁以下も、判例の詳しい分析に基づいて審理不尽の概念を否定する。

(40) 新堂・新民事訴訟法八六六頁、中野＝松浦＝鈴木・新民事訴訟法講義六二三頁〔上野泰男〕。

(41) 最判昭三五・六・九民集一四巻七号一三〇四頁。

(42) 最判昭三九・六・二六民集一八巻五号九五四頁、最判昭五一・六・一七民集三〇巻六号五九二頁等。

(43) 小林秀之『プロブレム・メソッド新民事訴訟法〔補訂版〕』四八五頁参照。

三上　威彦