

民事訴訟における事実認定の違法

加藤 新太郎

- 一 はじめに——本稿の目的
- 二 事実認定の違法の規律枠組みと問題の所在
- 三 事実認定の違法——手続的な違法
- 四 事実認定の違法——実体的判断の違法
- 五 経験則違反と上告理由
- 六 経験則違反と上告受理申立て理由
- 七 むすび

一 はじめに——本稿の目的

民事訴訟の結論の質を決定するものは、優れた解釈論とそれを当てはめる対象の適正な事実認定である。まず、民事法の精緻な解釈論を展開することは、実体法秩序に適合した法律関係を明示するために大きな意義を有する。

そして、民事訴訟においては、認定された事実を解釈された規範の当てはめをして結論が導かれるのであるから、事実認定の適正さを図ることの重要性は多言を要しない。

本稿は、以上のような問題関心の下に、民事訴訟において事実認定が違法と評価される場合の規律を考察することを目的とする。これは、事実認定過程論及び事実認定基盤論に関わる問題であり、事実認定方法論を規範的観点から裏打ちするものでもある。

事実認定は事実審裁判所の専権であり、まさしく自由心証主義（民事訴訟法二四七条）によって可能な限り実体的真実に迫る適切妥当な事実認定をすることが事実審裁判所の役割である。しかし、自由心証主義にも内在的制約があるが、事実審裁判所が常にその内在的制約に則った事実認定をする保障はない。そこで、これをコントロールする手続と論理が用意されなければならない。

これが、事実認定の違法（法令違反、法令解釈に関する重要な事項を含む法令違反）の問題である。事実認定の違法には、手続的違法と実体的違法とがある。これを事実認定の違法類型別にみると、①違法な証拠資料（適法な手続によらない証拠資料）を証拠原因とする事実認定、②適法な手続に基づく証拠資料を看過した事実認定、③合理的理由に基づかない（論理法則・経験則に反する）事実認定、④裁量の範囲を逸脱した事実認定などに分けられる。①は手続的な違法であり、②ないし④は実体的判断の違法である。

事実認定の違法の問題を意識することは、実践的には、裁判官が事実認定の方法を自覚的に再検討する際に有益な手掛かりを与える契機となるものでもある。

本稿の構成は、まず、事実認定の違法がどのように扱われるか、その基本的な規律枠組みと問題の所在（二）をみた上で、事実認定の違法の内実について、手続的な違法（三）、実体的判断の違法（四）の順で考察する。

そして、事実認定の違法を実質的に基礎づける経験則違反が上告理由となる場合（五）、上告受理申立て理由となる場合（六）について検討し、むすびとする（七）。

二 事実認定の違法の規律枠組みと問題の所在

まず、第一審においては、手続的にも内容的にも違法と評価されることのないような事実認定がされることが要請される。これは、第一審裁判官に求められる行為規範である。

控訴審においては、原審における事実認定の違法は、それ自体としては取消事由となるものではない。なぜなら、控訴裁判所は、第一審裁判所と同じく事実審裁判所であり、第一審の事実認定が違法であるか否かにかかわらず、控訴審の口頭弁論終結時における訴訟資料・証拠資料に基づき事実認定をし、これに対する法の適用の結果として得られた結論を、原判決の主文の判断と比較し、両者に相違のある場合のみ、これを取り消すべきこととされている（民事訴訟法三〇二条二項）からである。

これに対して、上告審は法律審であるから、上告裁判所は原判決において適法に確定した事実拘束され（同三二一条一項）、これを前提として、原判決について法令違反の有無を審査するのが基本である。現行法では、高裁に対する上告理由は旧法をそのまま引き継いだ（旧法三九四条、三九五条）が、最高裁に対する上告理由は、その負担軽減のため改正された。その結果、高裁に対する上告は、憲法違反および重大な手続違反を内容とする絶対的上告理由に加えて、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反が上告理由となる（民訴法三二一条一項

ないし三項）が、最高裁に対する上告理由は憲法違反と絶対的上告理由に限られ、法令違反については、上告受理の申立てをして、最高裁が法令の解釈に関する重要な事項を含むものとしてこれを受理しない限り、上告審の審理の対象にならない（同三一二条一項・二項、三二八条）。そうすると、事実審において自由心証主義の範囲内でされた事実認定は、本来違法と評価される事態は招かないはずであるが、前述したように事実審裁判所が自由心証主義の内在的制約を常に遵守する保障はない。

そこで、自由心証主義に委ねられている事実認定が、どのような場合に法令違反（高裁に対する上告）、法令解釈に関する重要な事項を含む法令違反（最高裁に対する上告）と評価され、上告審の審査の対象となるかが問題となる。この問題は、当事者からみると、どのような場合に事実認定に対する不服を理由として上告審の救済を求めることができるかという問題であり、上告審たる最高裁・上告審たる高裁からみると、どのような場合に下級審の事実認定に介入し、事実審の事実認定をコントロールすることができるかという問題となる。⁽¹⁾

三 事実認定の違法——手続的な違法

1 総説

裁判官が心証形成の基礎として用いることができる証拠原因は、適法に訴訟にあらわれた資料（証拠調べの結果及び弁論の全趣旨）に限られる。⁽²⁾したがって、適法に訴訟にあらわれていない証拠資料を証拠原因とする事実

認定は違法と評価されることになる。例えば、①そもそも訴訟にあらわれていない資料に基づく事実認定（証拠資料や弁論の全趣旨によらない事実認定）、②不適法な証拠調べ手続による証拠調べの結果に基づく事実認定（適法に指定されなかった期日でされた又は違法な手続でされた不適法な証拠調べの結果に基づく事実認定）、③証拠能力を欠く証拠による事実認定（違法収集証拠に基づく事実認定ほか）などは、これに当たる。

証拠能力については、学説上、①一定の証拠資料を事実認定のために用いることができる見解^④、②証拠調べの対象物を証拠方法として用いることができる適性をいうとする見解とに分かれる。証拠能力の制限とは、②の見解によるものであり、証拠方法それ自体の属性から、証拠方法としての利用が制限されることをいう。民事訴訟法は、②の意味における証拠能力については、忌避された鑑定人（民事訴訟法二二四条一項）を例外として、証拠方法を制限する定めを持たない。しかし、解釈上、証拠方法それ自体の利用が制限されることを肯定するとすれば、それは、証拠能力の制限ということになる。

以下では、解釈上、証拠能力の制限される可能性のある書証、人証について考察する。

2 違法収集証拠の証拠能力

（1）学説・裁判例の概観

違法収集証拠の証拠能力の問題については、従来は、証拠が違法に入手された場合でも、証拠能力を肯定する見解^⑥が一般的であった。しかし、それでは違法行為を助長しかねないし、民事訴訟の公正さを損なうことにもなるので、現在では、一定の限度で違法収集証拠の証拠能力を否定する見解^⑦が多数になっている。目的は手段を正

当化しないから、一定の場合には証拠能力が否定されると解するのが相当である。

違法収集証拠として証拠能力が否定される具体例としては、窃取した文書、無断で撮影した写真、無断でコピーした文書・無断で録音したテープなどが想定される。このうち、無断録音テープやICレコーダーまたはそれを反訳した文書の証拠能力については、近時機器の小型化・高性能化に伴ってこれが証拠収集に利用される機会が多くなり、その証拠能力が訴訟上争われることも、しばしばみられる。

裁判例としては、①第三者が窃取した相手方の文書につき、当事者が自ら又は第三者と共謀のうえ窃取するなど信義則に反する特段の事情のない限り、証拠能力は否定されなかったもの（神戸地判昭和五九・五・一八判時一一三五号一四〇頁）、②妻が夫の住居から無断で持ち出した信書につき、著しく反社会的手段によって採取されたもの以外は証拠能力があったもの（名古屋地判平成三・八・九判時一四〇八号一〇五頁）など、証拠能力の制限に慎重な構えをみせるものがある反面、③違法に取得された陳述書原稿につき、証拠申出を信義則違反としたもの（東京地判平成一〇・五・九判タ一〇〇四号二六〇頁）もみられる。また、無断録音についても、同様に、④著しく反社会的手段を用いたとはいえないとして証拠能力を肯定したもの（東京地判昭和四六・四・二六判時六四一号八一頁、東京高判昭和五二・七・二五判時八六七号六〇頁）と、④信義則に反するとして証拠能力を否定したもの（大分地判昭和四六・二・一八判時六五六号八二頁）とがみられる。

（2）学説の諸相

違法収集証拠の証拠能力を否定する根拠や範囲については、学説上、議論がある。

第一に、違法性二段階説がある。これは、単なる過失行為により収集された証拠については証拠能力を認める

が、人権侵害に当たる場合には証拠能力は否定され、例外的に、違法性阻却事由が挙証者により証明されたときに限り証拠能力が認められるとする見解である⁽⁸⁾。

第二に、信義則説がある。これは、社会的に容認されない違法な態様で収集された証拠を利用してある法規の要件を充足させた者が、自己の利益にその法規の適用を求めるのは信義則に反するから、信義則に反すると判断される場合には、証拠能力を否定されるとする見解である⁽⁹⁾。

第三に、利益考量説もみられる。これは、裁判における真実発見・手続の公正・法秩序の統一性・証拠の違法収集誘発防止という諸要請を調整するという観点から、当該証拠の重要性・必要性・審判の対象・収集行為の態様及び被侵害利益の性質などの要素を総合的に比較考量して、証拠能力の有無を決すべきであるという⁽¹⁰⁾。

第四に、信義則・違法性段階評価折衷説もある。これは、当事者に訴訟追行において課せられる信義誠実義務（信義則）は、当事者に対し訴訟上の権能の濫用の禁止を求めるものであることを根拠にして、違法収集証拠の取調べを求めることが信義則に反する場合は権利の濫用になるから、証拠能力を否定されるところ、その判断は、違法性の程度や証拠価値、事案の内容、訴訟の経過等を考慮して判断し、収集態様が刑法等の刑罰法規に触れ、または、公序良俗に反するような違法性の強いものであった場合には、原則として信義則に反するが、例外として、違法性を阻却する事実（正当防衛の場合、優越する法益保護の要請がある場合など）が存在する場合には証拠能力が肯定されるという見解である⁽¹¹⁾。

第五に、第三の波説は、当事者間で妥当する論争ルールからみて当該証拠収集行為が許容されるか否かにより証拠能力の有無を決すべきであるという⁽¹²⁾。

(3) 検討

上記の各学説については規範適用の結果においては、顕著な違いを生じることはないと思われる。もつとも、第三の波説の当事者間で妥当する論争ルールというのは分かりにくいがつまるところ信義則によって規律されることになるう。

また、裁判例も、個別ケースの当てはめのレベルで結論を異にすることがあるが、違法収集証拠は証拠能力を否定される場合があるという規範は共有しているものともてよいであろう。問題は、その判断枠組みであるが、実務的には、柔軟な対応が可能となる利益考量説が相当であろう。信義則・違法性段階評価折衷説は、違法性評価についての規範的意味づけ試みるものであり、その具体的な判断手法は利益考量説と共通するところがある。

いずれにしても、違法収集証拠は、証拠能力が制限されることがあり、その場合に、これを事実認定に用いると、その限りで違法と評価されることになる。⁽¹³⁾

3 人証の代わりに作成された文書の証拠能力

人証の代わりに作成された文書の証拠能力について、学説は、証拠能力否定説と肯定説とに分かれる。

証拠能力否定説は、人証の代わりに作成された書証の提出を許すことは相手方の反対尋問権（民訴法二〇二条一項、二一〇条、規則一一三条、一二七条）を奪うことになり、実質的に尋問に代わる書面の提出（同二〇五条）となるから、相手方の同意のある場合以外は、証拠能力を否定すべきであるとする見解⁽¹⁴⁾である。この見解によれば、相手方の同意のない人証の代わりに作成された書証は、証拠能力が制限され、その限りで、自由心証主義の

例外ということになる。

これに対して、証拠能力肯定説は、人証の代わりに作成された書証については、違法収集証拠の証拠能力を制限しなければならぬ理由に比較すれば、証拠適格を排除される理由は乏しいと考える。すなわち、相手方の反対尋問のテストを欠くことは手続保障の上で問題ないとはいえないにしても、裁判官がこのことを証拠価値の判断において考慮することはできることであるし、また、手間と時間のかかる人証を書証で代替することは効率性の観点から利点があるからである。証拠能力肯定説は、このように考え、人証の代わりに作成された書証について、相手方の同意を証拠能力付与の要件にする必要はないと解するのである。¹⁵⁾

実務上、人証の代わりに作成された書証が利用されるのは、例えば、高齢又は障害があり出廷できないなどそれなりの必要がある場合、あまり重要性が高くない争点に関する場合が少なくない。また、陳述書が広範に利用されてきている現状の実務を考えると、そのバランスからも、人証の代わりに作成された書証につき相手方の同意を証拠能力付与の要件にするのは相当とはいえないであろう。証拠能力肯定説が相当である。

4 訴訟提起後に作成された文書の証拠能力の問題

訴訟提起後に作成された文書についても証拠能力の問題がある。

判例は、訴訟提起後に係争事実について第三者が作成した文書（大判昭和一四・二一・二一民集一八卷一五四頁）についても、訴訟提起後に係争事実について当事者が作成した文書（内容証明郵便）（最判昭和二四・二一・一民集三卷二二頁）についても、証拠能力を認めている。民事訴訟法は証拠方法を制限する定めを持たないか

ら、証拠能力に関しては判例を支持してよいであろう。(16) もっとも、実務上はそうした文書は他の証拠との関連において、慎重に証拠評価をすることが相当であろう。(17)

5 陳述書の証拠能力

陳述書は、当事者本人または証人になる第三者の見聞した事実に関する供述が記載された文書であり、その性質は、報告文書である。(18) そもそも民事訴訟法は証拠方法を制限する定めを持たず、伝聞禁止法則もないから、原則として、陳述書の証拠能力は肯定される。(19)

問題は、人証採用に至らない陳述書について、相手方の同意がなければ証拠能力を欠くとすべきか否かである。この点については、人証採用に至らない場合であっても、民法には伝聞禁止法則はなく、裁判官が反対尋問権を欠いたものであることを当該陳述書の証拠価値の判断において配慮することにより対応が可能であるから、原則として、陳述書の証拠能力を排除するまでのことはないのである。(20) 人証の代わりに作成された文書と同様に解すれば足りる。

6 私的鑑定報告書の証拠能力

私的鑑定報告書は、当事者の一方が学識経験ある第三者に依頼して、経験則についての専門的知識あるいは経験則を用いて得た事実判断の内容を裁判所に報告する文書である。(21) 例えば、医療訴訟における医学的知見と当該

事例の機序についての見解、賃料増額請求訴訟における不動産鑑定士による相当賃料額についての見解、筆跡鑑定などが、これである。

私的鑑定報告書は、実務上、書証として提出されるが、そのような扱いに疑義を呈する見解もみられる。すなわち、私的鑑定報告書は、提出当事者の弁論における陳述の一部とみるべきであり、当然には証拠方法とはならないが、当事者の合意があつてはじめて裁判上の鑑定人の鑑定意見と同様に扱うことが許されるところの見解が、これである。⁽²⁾

確かに、私的鑑定報告書は、これを依頼した者に有利な内容となつてゐる証拠であるから、客観性・中立性の面から、作成者の見解に一律に証拠価値を認めることには問題がないわけではない。しかし、作成者の属性や書面の内容からみて、証拠価値が高いと認められる場合もある。そこで、そのような場合において、裁判所に対する鑑定申請がなく他に適切な証拠がないとき、相手方の争い方が熾烈ではないときなどに、補助的に証拠価値を認めることは考えられる。このような運用は、証拠調べの効率性の観点からはむしろプラスといふことができる。相手方が私的鑑定報告書の内容を争う場合でも、通常は作成の真正を争うことになるから、それを作成した専門家が証人尋問され、その中で報告者の成立の真正だけでなく、その専門家の適格性・中立性のほか記載内容についても反対尋問によりテストされるといふ手続を経るのが通常である。⁽³⁾

このように、私的鑑定報告書は証拠方法（書証）として一定の意味はあり、また、証拠評価を適切に施せばマイナスはカバーすることができる。また、そもそも民事訴訟法は証拠方法を制限する定めを持たないのであるから、原則として、書証としての証拠能力を否定するまでのことはないと解してよいであらう。⁽⁴⁾

7 反対尋問を経ない供述・証言の証拠能力

反対尋問を経ない供述・証言についても証拠能力の問題がある。

判例は、反対尋問を経ない証言（伝聞証言）の証拠能力に関して、交互尋問制とは別個の立法政策の問題であり、裁判官の自由心証に委ねられているとして証拠能力を肯定し（最判昭和二七・二一・五民集六卷一〇号一一七頁）、主尋問終了後立会医師の勧告（やむを得ない事由）により臨床尋問が打ち切られ、反対尋問の機会が与えられなかった当事者本人尋問の結果についても証拠能力を肯定している（最判昭和三二・二・八民集一一卷二号二五八頁）⁽²⁵⁾。しかし、反対尋問権の保障は手続保障のうちでもっとも重要なものの一つであるから、反対尋問権が放棄された場合は別として、反対尋問を経ないことにつきやむを得ない事由がない場合には、供述・証言の証拠能力を否定すべきであろう⁽²⁶⁾。

反対尋問が実施不能になった原因が、相手方当事者（主尋問者）や証人による意図的妨害による場合（明らかに尋問時間の不当な引き延ばしなど）に、主尋問の結果を証拠資料としての採用を認めることは、当事者の対等・公正な裁判という観点から妥当性を欠くとする見解がみられる⁽²⁷⁾。これは、主尋問で尋問時間をすべて費やすような事態を想定しているものと思われるが、そのような場合には、反対尋問を経ないまま尋問を終了することはせず、反対尋問のために期日を続行するという訴訟指揮がされることになるであろうから、実際にかかる事態が生じることはないであろう。

四 事実認定の違法——実体的判断の違法

1 総説

実体に関する自由心証主義の内在的制約として、①適法に訴訟にあらわれた資料（証拠調べの結果及び弁論の全趣旨）は事実認定に当たり顧慮しなければならないというテーゼ、②裁判官は、論理法則・経験則に従わなければならないというテーゼがある。また、③損害賠償請求における損害額の算定について被害者の過失を斟酌するか否かは裁判所の裁量に属するが、この裁量は、一定の範囲を逸脱すると違法になると解されている。

そうすると、実体に関する自由心証主義の内在的制約を逸脱した事実認定は、実体的判断それ自体が違法と評価されることになる。

2 適法に訴訟にあらわれた資料を顧慮しない事実認定

適法に訴訟にあらわれた資料（証拠調べの結果及び弁論の全趣旨）は事実認定に当たり顧慮しなければならない。したがって、適法な証拠資料を看過した事実認定は、違法と評価される。例えば、構成員の過半数が共通の二つの裁判所（部）に同一取引に関する民事・刑事の両事件が同時に係属した場合において、先にされた刑事判決の理由の中で一定の事実（契約の内容）を認定したことは、他の裁判所にとって顕著であるから、民事訴訟において当事者がこれと異なる事実についての自白を取消し、刑事判決の認定に沿う事実が真実に合致すると主張

するとき、その真実性を判断するに当たり、顕著な事実をも資料としなければならないとした判例（最判昭和三一・七・二〇民集一〇巻八号九四七頁）は、これに当たるとも、この判例は、民事訴訟の事実認定が刑事判決の認定に拘束されるという趣旨のものではない。判示の事実関係の下で撤回された自白の反真実性の判断という限られた場面において、その判断に当たり刑事事件における事実認定も考慮すべきであるという実体形成（心証形成）における当然の規範（内在的制約）を明らかにしたものと理解すべきである。⁽²³⁾

適法な証拠資料を看過した事実認定の例として、かつては、判決書の事実摘示欄に実施した証拠調べや間接事実を含めた当事者の主張の記載を欠く場合を挙げる見解がみられた。⁽²⁴⁾しかし、判決書に結論に至る論理的な過程が明らかにされていれば、関連証拠及び主張事実の記載の程度は概括的なもので足りると解されるから、違法という評価は相当とはいえない。

3 論理法則・経験則に反する事実認定

裁判官は、論理法則・経験則に従わなければならない。したがって、論理法則・経験則に反する事実認定、合理的理由に基づかない事実認定は、違法と評価される。

経験則違背ないし採証法則違背があるとすると最高裁判決は、少なくない。

最高裁は、平成民事訴訟法下において、経験則の認定や適用の誤りは法令違反であり、「法令の解釈に関する重要な事項」に該当する場合があるとの判断を示している。例えば、上告が受理され、経験則違反と判断された近時の判例としては、次のものがある。

第一に、現時点においては公証人の署名押印がある遺言公正証書原本について、当該原本を利用して作成された謄本の作成方法についての公証人及び書記の証言等の内容に食違があることなどを理由として、上記謄本作成の時点において公証人の署名押印がなかったとした原審の認定判断には、上記謄本の作成方法についての公証人及び書記の証言等は、その細部に食違があるものの主要な部分で一致していること、原本の各葉上部欄外には公証人の印による契印がされているのに公証人の署名欄に署名押印がされていないとするのは不自然であること、公証人が原本作成と同じ日に作成して遺言者に交付した正本及び謄本には公証人の署名押印がされていることなど判示の事情の下では、特段の事情の存しない限り、経験則違反又は採証法則違反の違法がある（最判平成一六・二・二六判時一八五三号九〇頁）⁽³⁰⁾。

第二に、納税者が、土地の譲渡所得を得た年分の所得税の申告を委任した税理士から、委任に先立ち、実際に出費していない土地の買手の紹介料等が経費として記載されたメモを示され、多額の税額を減少させて得をすることができると旨の説明を受けた上で、同税理士に上記の申告を委任したものであり、同税理士が架空経費の計上などの違法な手段により税額を減少させようと企図していることを了知していたとみることができると判示の事情の下においては、税理士に申告を委任する者は法律に違反しない方法と範囲で必要最小限の税負担となるように節税することを期待して委任するのが一般的であることなどを理由として、上記納税者が脱税を意図し、その意図に基づいて行動したとは認められないとした原審の認定には、経験則に違反する違法がある（最判平成一七・二・一七民集五九卷一号二八頁）⁽³¹⁾。

第三に、入院患者がメチシリン耐性黄色ブドウ球菌（MRSA）に感染した後死亡した場合につき、鑑定書には、担当医師が早期に抗生剤バンコマイシンを投与しなかったことは当時の医療水準にかなうものではないとい

う趣旨の指摘をするものと理解できる記載があることがうかがわれ、医師の意見書は、担当医師が早期に上記抗生剤を投与しなかったことについて当時の医療水準にかなうものであるという趣旨を指摘するものであるか否かが明らかではないなど判示の事情の下において、上記の鑑定書や意見書に基づいて、担当医師が早期に上記抗生剤を投与しなかったことに過失があるとはいえないとした原審の判断には、経験則又は採証法則に反する違法がある（最判平成一八・一・二七判時一九二七号五七頁）⁽³⁾。

第四に、病院で上行結腸ポリープの摘出手術を受けた患者が、術後九日目に急性胃潰瘍に起因する出血性ショックにより死亡した場合において、患者の相当多量な血便や下血、ヘモグロビン値やヘマトクリット値の急激な下降、頰脈の出現、ショック指数の動向等からすれば、患者の循環血液量に顕著な不足を来す状態が継続し、輸血を追加する必要性があったことがうかがわれ、第一審で提出された医師Aの意見書中の担当医には追加輸血をするなどして当該患者のショック状態による重篤化を防止すべき義務違反があるとする意見が相当の合理性を有することを否定できず、むしろ、原審で提出された医師Bの意見書の追加輸血の必要性を否定する意見の方に疑問があると思われるにもかかわらず、両意見書の各内容を十分に比較検討する手続を執ることなく、医師Bの意見書が提出された原審の第一回口頭弁論期日において口頭弁論を終結した上、医師Bの意見書を主たる根拠として、担当医が追加輸血等を行わなかったことにつき過失を否定し、医師Aの意見書等に基づき担当医の過失を肯定した第一審判決の請求認容部分を取り消した原審の判断には、採証法則に反する違法がある（最判平成一八・二一・一四判時一九五六号七七頁）。

第五に、賃貸人が定期建物賃貸借契約の締結に先立ち説明書面の交付があったことにつき主張立証をしていないに等しいにもかかわらず、賃貸借契約に係る公正証書に説明書面の交付があったことを相互に確認する旨の条

項があり、賃借人において上記公正証書の内容を承認していることのみから、借地借家法三八条二項法において賃貸借契約の締結に先立ち契約書とは別に交付するものとされている説明書面の交付があったとした原審の認定は、経験則又は採証法則に反する違法がある（最判平成二二・七・一六判時二〇九四号五八頁）。⁽³³⁾

これらの判例は、いずれも、事実認定の方法に関する規範を示すものであり、事実審裁判官として、「事実認定・評価判断の正当性が上告審で維持されなかったのはどこに原因があるのか」を認識するための好素材ということができる。⁽³⁴⁾

4 裁量の範囲を逸脱した事実認定

(1) 過失相殺・素因減額

損害賠償請求における損害額の算定について被害者の過失を斟酌するか否かは裁判所の裁量に属する（最判昭和三四・一一・二六民集一三卷一二号一五六二頁）。同判例は、自由裁量というが、この裁量は、規範的な評価を前提とした裁量と解するのが相当であろう。自由裁量であっても、一定の合理的範囲を逸脱すると違法になるが、⁽³⁵⁾規範的評価を前提としたものとすれば、より合理性があることが要請されることになる。

裁判例にも、①交通事故訴訟において、信号機がなく交通整理の行われていない交差点での先入車両であう自転車対自動車との過失割合を四対六としたのは、先入車両優先の原則を考慮すると、自動車の過失割合が著しく低く裁量の範囲を逸脱して違法であるとした事例（最判昭和五〇・一〇・九裁判集民事一一六号二七九）、②糖尿病患者が民間療法である断食の道場に入院した結果死亡した事故につき断食療法士と患者との過失割合を三対七

としたのは、断食療法士の過失割合が著しく低く裁量の範囲を逸脱して違法であるとした事例（最判平成二二・二・六判時一三五四号九六頁）など、裁量の範囲を逸脱した事実認定を違法としたものがみられる。

さらに、被害者の素因と加害行為とが競合して損害が発生した場合には、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の素因を斟酌して損害額を減額することができる（最判平成四六・二五民集四六卷四号四〇〇頁）。これを前提として、③交通事故により損害を被った被害者に首が長くこれに伴う頸椎不安定症があるという、平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴があり、これが、交通事故と競合して被害者の頸椎捻挫等の傷害を発生させ、又は損害の発生に寄与したとしても、この身体的特徴が疾患に当たらないときは、日常生活で通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような特段の事情がない限り、これを損害額を定めるに当たり斟酌することはできないとして、四割の素因減額をした原判決を破棄した事例（最判平成八・一〇・二九民集五〇卷九号二四七四頁）も、裁量の範囲を逸脱した事実認定を違法としたものと解することができる。

（２）損害賠償請求における損害額の算定

損害賠償請求における損害額の算定について、これを事実認定とみるか、法的評価（裁量評価）とみるかによって、不服の性質が異なる。

損害額の算定も事実認定とみる立場からすれば、当然のことながら、損害額の算定に関する不服は事実認定の不服となる。したがって、自由心証主義が適用される場面にはかならず、経験則や論理則に従うべき内在的制約があるから、損害額の算定の基礎となる事実が明らかにされていないければ、合理的理由に基づかない事実認定と

して違法と評価されることになる。⁽³⁶⁾

これに対して、損害額の算定は法的評価（裁量評価）とみる立場からすれば、損害額の認定に関する不服は、基本的に自由心証主義の問題ではないということになる。しかし、この立場においても、実体法により規律される目的に適合すべき裁量が一定の範囲を逸脱すると違法になると解されるが、その場合には、実体法に違反する違法（法令違反）と考えることになろう。⁽³⁷⁾

五 経験則違反と上告理由

1 問題の所在

事実認定において経験則の認定や適用を誤った場合には、このことが上告理由になり得ると解するのが通説・判例である。

ここでの論点は、第一に、経験則違反が上告理由となる論拠は何かという問題、第二に、上告理由となるのはどのような経験則違反かという問題に分けられる。前述のとおり、現行法下においては、最高裁に対する上告は制限されたから、以下の議論は、高裁に対する上告について妥当する。

2 経験則違反が上告理由となる論拠

(1) 学説の諸相

経験則違反が上告理由となる論拠をどこに求めるべきであろうか。

学説をみると、従前、「経験則違反が上告理由となる論拠は何か」という論点についての多数説は、経験則は事実認定において大前提として機能するうえ客観性・普遍性を有しており、法令と同視することができるから経験則違反は法令違反として上告理由になるとする見解⁽³⁸⁾であった。

しかし、現在では、経験則に従うことは自由心証主義の内在的制約であるから、経験則違反は経験則に従って心証を形成すべきことを命ずる自由心証主義（民訴法二四七条）に違反するものであり、それが法令違反（同三一二条三項）として上告理由になるとする見解が多数説となっている。

さらに、有力説として、経験則が、(i) 認定された事実を法規の構成要件に当てはめるに際し、事実を評価し又は構成要件を解釈するために使われる場合には、その経験則違反は法令（実体法）の解釈・適用の誤りとして上告理由（同三一二条三項）、上告受理事由（同三一八条一項）となるが、(ii) 推論による事実認定の基礎として用いられる場合、(iii) 証拠価値の評価に用いられる場合には、その経験則違反は本条に違反するものとして上告理由（同三一二条三項）又は上告受理事由（同三一八条一項）になるとする見解⁽⁴¹⁾もみられる。

(2) 検討

これらの学説を検討するに、有力説は、経験則違反にも、実体法の解釈・適用の誤りになるもの、手続法の原

則である自由心証主義に反するものがあるという分析を前提としており、基本的に相当である。そして、現在の多数説と有力説との異同は、例えば、経験則が債務の内容の解釈に用いられる場合（診療契約における医師の説明義務の内容の解釈に経験則が用いられる場合）において、経験則違反があったときに、経験則違反の結果実体の法律問題である医師の説明義務の解釈を誤った法令違反とみるか、経験則違反それ自体を自由心証主義に違反した法令違反とみるかという点にある。この点については、前者のようにみる方が相当と解されるから、有力説に賛成したい。⁽⁴⁾

3 上告理由となる経験則違反

それでは、上告理由となるのはどのような経験則違反か。学説分布をみてみよう。

第一に、経験則違反であれば上告理由となるとする見解がある。⁽⁴³⁾しかし、経験則違反であればすべて上告理由になるとするのは、事実審と法律審とが適正な役割分担をして司法機能を十分発揮させるという政策的観点からは疑問がある。

第二に、自然科学者しかわからないような特殊な専門的経験則については、上告審の裁判官も素人であり、事実審裁判官と甲乙つけがたいから、これを除いた常識的経験則違反（常識に反し、論理のつじつまの合わない事実認定）が上告理由となるとする見解もみられる。⁽⁴⁴⁾これは、常識的経験則か専門的経験則かの区別が困難であることに加え、法律審にまったく専門的経験則のコントロールをさせない結果になる点に問題がある。

第三に、常識的経験則か専門的経験則かを問わず、高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させるような経験

則を無視又は誤用する場合には、経験則違反として上告理由となる見解⁽⁴⁵⁾もある。

第四に、上告理由となる経験則違反は、一応の推定のように判例上類型化されている場合の違反か、判決理由が客観的に矛盾する場合に限定すべきであるとする見解⁽⁴⁶⁾がある。この説は、第三説をより具体化することにより上告理由になる場合を限定する点に意義がある。

第五に、常識的経験則か専門的経験則かを問わず、高度の蓋然性の有無も問わず、経験則を用いた推論による事実認定、証拠力の評価が著しく不合理であるが、判決書にそのような事実認定、証拠力の評価が適切であることを示す合理的説明がされていない場合には、経験則の選択が許容される裁量の範囲を逸脱して、民訴法二四七条違反があるとして上告理由とする見解⁽⁴⁷⁾もみられる。この説は、第一説を前提としつつ、実質的に上告理由になる場合を限定することになる点に意義があるが、結論的には、第三説のいう規範的基準を適用した結果に収斂するように思われる。

このようにみてくると、規範的な基準としては、第三説のいう「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則を無視又は誤用すること」に加えて、「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則であるが、例外もあるのにこれを無視又は誤用すること」とするものが相当と解される。そして、「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則を無視又は誤用すること」及び「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則であるが、例外もあるのにこれを無視又は誤用すること」という基準の判定には、第五説が説くように、判決書の説示における当該部分の合理性に着目することが相当であろう。⁽⁴⁸⁾

六 経験則違反と上告受理申立て理由

1 問題の所在

前述のとおり、現行法下においては、高裁に対する上告について、上記Vの議論がそのまま妥当する。これに對して、最高裁に對する上告については、判例に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反は上告理由にはならず（民訴法三一二条三項）、判例に反する判断のある事件及びその他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる事件について、上告受理がされることがある（三二八条）に止まるものとされたから、どのような経験則違反が上告受理申立て理由を基礎づけるかという問題として、議論されることになる。⁽⁴⁹⁾

2 学説の諸相と検討

（1）学説の諸相

どのような経験則違反が上告受理申立て理由になるかという論点に関する学説としては、次のようなものがある。

第一に、高度の蓋然性をもって一定の事実を推論させるような経験則についての判例の統一も最高裁判例の役割であるから、そのような経験則違反は上告受理申立て理由となるとする見解⁽⁵⁰⁾である。

第二に、通常人の常識に属する経験則の適用を誤ったり、または採用すべき専門的経験則の採用を欠くなどの

誤りをした場合に限って上告受理申立て理由となる見解である。⁽⁵¹⁾

第三に、その経験則が当該事案における原判決に影響を及ぼすか否かを判断基準とするのが相当とする見解である。⁽⁵²⁾

第四に、上告受理の趣旨から、無限定の経験則違反を申立て理由とするのは不都合であるとして、第一説または第二説が相当であり、具体的な適用場面では、両説に差異はないであろうとする見解である。⁽⁵³⁾

(2) 検討

これらの学説を検討するに、上告受理申立ては「判例と相反する判断のある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる事件」であることが必要であり、経験則違反が上告受理申立て理由になるときにも、この要件は不可欠である。また、第三説のいう「当該事案における原判決に影響を及ぼす」ことも当然であり、そのうえで、上告受理申立て理由としてどのような経験則違反を想定するかが、ここでの問題である。

そのように考えると、基本的には、第四説が相当である。そして、「法令の解釈に関する重要な事項を含む」かどうかを判定する場合における規範的な基準としては、「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則を無視又は誤用すること」、または「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則であるが、例外もあるのにこれを無視又は誤用すること」という経験則違反であって、上告受理制度の趣旨から、実務上の影響が大きいという意味合いにおいて重要性の認められるものに限定することが相当であると解される。⁽⁵⁴⁾

最高裁は、現行法下において、経験則の認定や適用の誤りは法令違反であり、「法令の解釈に関する重要な事項」に該当する場合はあるとの判断を示していることは、すでに四三で述べた。

七 むすび

本稿では、民事訴訟における事実認定が違法と評価される場合の規律を考察してきた。その要旨を、七点にわたりまとめておくことにしよう。

第一に、適法に訴訟にあらわれない証拠資料を証拠原因とする事実認定は違法である。例えば、①そもそも訴訟にあらわれない資料に基づく事実認定、②不適法な証拠調べ手続による証拠調べの結果に基づく事実認定、③証拠能力を欠く証拠による事実認定などは違法である。

第二に、違法収集証拠の証拠能力の有無は、裁判における真実発見・手続の公正・法秩序の統一性・証拠の違法収集誘発防止という諸要請を調整するという観点から、当該証拠の重要性・必要性・審判の対象・収集行為の態様及び被侵害利益の性質などの要素を総合的に利益考量して行うという判断枠組みが相当である。

第三に、人証の代わりに作成された文書、訴訟提起後に作成された文書、陳述書、私的鑑定報告書は、原則として、書証としての証拠能力を否定するまでのことはない。

第四に、反対尋問を経ない供述・証言は、反対尋問を経ないことにつきやむを得ない事由がない場合には、証拠能力が否定される。

第五に、実体に関する自由心証主義の内在的制約として、裁判官は、①適法に訴訟にあらわれた資料（証拠調べの結果及び弁論の全趣旨）は事実認定に当たり顧慮しなければならず、②論理法則・経験則に従わなければならない。実体に関する自由心証主義の内在的制約を逸脱した事実認定は、実体的判断それ自身が違法と評価されることになる。

第六に、常識的経験則か専門的経験則かを問わず、「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則を無視又は誤用する」場合、「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則であるが、例外もあるのこれを無視又は誤用する」場合には、民訴法二四七条違反として（上告審たる高裁に対する）上告理由となる。

第七に、上告受理申立て理由の「法令の解釈に関する重要な事項を含む」ことの判定基準としては、「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則を無視又は誤用すること」、または「高度の蓋然性をもって一定の結果を推論させる経験則であるが、例外もあるのにこれを無視又は誤用すること」という経験則違反であつて、実務上の影響が大きいという意味合いで重要性の認められるものに限定することが相当である。

裁判官が事実認定の違法の問題を自覚的に反芻することは、実践としての事実認定の方法を再検討し、事実認定の技能を向上させるために必要不可欠な営為である。

注

- (1) 兼子一原著Ⅱ松浦馨ほか『条解民事訴訟法（第二版）』一三八二頁（竹下守夫）（弘文堂、二〇一一）、菊井維大Ⅱ村松俊夫原著Ⅱ秋山幹男ほか『コメンタール民事訴訟法Ⅴ』一一三頁（日本評論社、二〇二二）、鈴木正裕Ⅱ青山善充編『注釈民事訴訟法（４）』八七頁（加藤新太郎）（有斐閣、一九九七）。
- (2) 兼子原著・前掲『条解民訴法（第二版）』一三八三頁（竹下）、菊井Ⅱ村松原著・前掲『コメンタール民事訴訟法Ⅴ』一〇二頁、一〇一頁、鈴木Ⅱ青山編・前掲『注釈民事訴訟法（４）』八八頁（加藤）。
- (3) 三ヶ月章『民事訴訟法（法律学全集）』三八〇頁（有斐閣、一九五九）。
- (4) 兼子一『新修民事訴訟法体系』二四〇頁（酒井書店、一九六四）、兼子一原著・前掲『条解民訴法（第二版）』一三八三頁（竹下）、

- 伊藤眞『民事訴訟法〔第四版〕』三三八頁（有斐閣、二〇二二）、中野貞一郎ほか『新民事訴訟法講義〔第二版補訂二版〕』二八〇頁（春日偉知郎）（有斐閣、二〇〇八）。
- (5) 三ヶ月説は、兼子説にいう証拠方法として用いることができる適性は、「証拠適格」と呼び、証拠能力とは概念的に区別する。過度にこだわることなく、兼子説の定義にしたがってよいとするのは、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第二版〕』二九頁（有斐閣、二〇二二）。
- (6) 岩松三郎兼子一編『法律実務講座民事訴訟編（4）』一五四頁（有斐閣、一九六二）、大判昭和一八・七・二民集二卷五七四頁。なお、刑事訴訟では、違法に差し押さえられた証拠物につき刑事訴訟法の令状主義の精神を没却するような重大な違法がある場合には証拠能力は否定される。最判昭和五三・九・七刑集三三卷六号一六七二頁。
- (7) 新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』五九五頁（弘文堂、二〇一一）、伊藤・前掲『民事訴訟法〔第四版〕』三四八頁、中野ほか・前掲『新民事訴訟法講義（第二版補訂二版）』三五四頁（青山善充）、間淵清史『民事訴訟における違法収集証拠（2）完』民商一〇三巻四号六三〇頁（一九九二）、内堀宏達『証拠能力と証拠価値―違法収集証拠の証拠能力』門口正人編集代表『民事証拠法大系（2）』八六頁（青林書院、二〇〇三）など。
- (8) 中野ほか・前掲『新民事訴訟法講義〔第二版補訂二版〕』三五四頁（青山）、春日偉知郎『民事証拠法研究』一六七頁（有斐閣、一九九二）、森勇『民事訴訟における違法収集証拠の取扱い』判夕五〇七号一八頁（一九八三）、松本博之『上野泰男『民事訴訟法（第七版）』四〇六頁（弘文堂、二〇一一）』。
- (9) 兼子原著・前掲『条解民訴法〔第二版〕』一三七七頁（竹下）。
- (10) 新堂・前掲『新民事訴訟法〔第五版〕』五九六頁、小林・前掲『新証拠法〔第二版〕』一三三頁、渡辺武文『証拠に関する当事者行為の規律』新堂幸司編集代表『講座民事訴訟⑤』一七八頁（弘文堂、一九八三）、鈴木兼子・青山編・前掲『注釈民事訴訟法（4）』

七三頁〔加藤〕。

- (11) 内堀・前掲『民事証拠法大系(二)』九四頁、菊井維大Ⅱ村松俊夫原著Ⅱ秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』二三三頁(日本評論社、二〇一〇)。
- (12) 井上治典『民事手続論』五三頁(有斐閣、一九九三)。
- (13) 関連する裁判例に、東京地判平成二・二一・一九判タ一〇八六号一六二頁がある。これは、弁論準備手続期日における相手方当事者の発言内容について訴訟代理人が報告書と題する文書を作成して書証として提出した場合につき、必要であれば弁論準備手続調書に記載を求めべき事柄であるのかかわらず、自由闊達な議論が保障されるべき弁論準備手続期日のやり取りの限定された一コマにすぎない当事者の発言を意味あるものの如く取り上げ、後日、正確性の担保されない私製の報告書に仕立て上げ書証として提出することは弁論準備手続の目的に反し信義則に悖るものであるとして、証拠としての適格性を欠くとした事例である。これは違法収集証拠とはまではないえないが、信義則の観点から証拠能力を制限されたケースと解すべきであろう。
- (14) 伊藤・前掲『民事訴訟法(第四版)』三九九頁、兼子原著・前掲『条解民訴法(第二版)』一三七四頁(竹下)、齋藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(第二版)』(4)三五五頁(小室直人Ⅱ渡部吉隆Ⅱ齋藤秀夫)(第一法規、一九九二)。
- (15) 新堂・前掲『新民事訴訟法(第五版)』五九五頁、鈴木Ⅱ青山編・前掲『注釈民事訴訟法(4)』七四頁(加藤)、兼子Ⅰ『判例民事訴訟法』二二四頁(弘文堂、一九五〇)。なお、齋藤ほか・前掲『注解民事訴訟法(第二版)』(4)三六五頁(小室Ⅱ渡部Ⅱ齋藤)では、証拠能力肯定説をとる。
- (16) 三ヶ月章『判例民事訴訟法』二八二頁(弘文堂、一九七四)。
- (17) 菊井Ⅱ村松原著・前掲『コンメンタール民事訴訟法Ⅴ』九八頁。
- (18) 陳述書の問題状況全般については、加藤新太郎編『民事事実認定と立証活動Ⅰ』九六頁(判例タイムズ社、二〇〇九)、加藤新

- 太郎編『民事尋問技術（第三版）』二二頁（ぎょうせい、二〇一一）、兼子原著・前掲『条解民訴法（第二版）』一三七五頁（竹下）、山本克己「人証の取調べの書面化」自正四六卷八号五八頁（一九九六）、同「陳述書問題について」判タ九三八号六九頁（一九九七）、本間靖規「人証の取調べにおける直接主義と書面の利用」竹下守夫編集代表『講座新民事訴訟法』二二七頁（弘文堂、一九九九）、第二東京弁護士会民事訴訟改善研究委員会「陳述書に関する提言」判タ一一八一号三二頁（二〇〇五）、高橋宏志「陳述書について」『重点講義民事訴訟法（下）（第二版）』参照。ここでは、証拠能力の問題に限って言及する。
- (19) 兼子原著・前掲『条解民訴法（第二版）』一一八一頁（加藤）。
- (20) 菊井〓村松原著・前掲『コンメンタール民事訴訟法V』九七頁。
- (21) 前田順司「鑑定—専門訴訟の審理と鑑定」門口正人編集代表『民事証拠法大系（5）』四五頁（青林書院、二〇〇五）、高橋宏志ほか「座談会現代型訴訟と鑑定—私鑑定を含めて」NBL七八二号一〇頁（二〇〇〇）。
- (22) 野田宏「鑑定をめぐる実務上の二、三の問題」中野貞一郎編『科学裁判と鑑定』九頁（日本評論社、一九八八）、中野貞一郎「科学鑑定の評価」中野編・前掲『科学裁判と鑑定』五三頁（中野旧説）。
- (23) 医療訴訟において、医師の私的鑑定報告書につき相手方当事者の反対尋問にさらされていないことを、その証拠価値の消極的評価の理由に挙げるものとして、最判平成一八・一二七判時一九二七号五七頁。
- (24) 鈴木〓青山編・前掲『注釈民事訴訟法（4）』七五頁（加藤）、高橋「鑑定—鑑定総論」前掲『民事証拠法大系（5）』七頁、伊藤・前掲『民事訴訟法（第四版）』三九八頁、加藤新太郎「民事鑑定の今日的課題」『手続裁量論』二五七頁（弘文堂、一九九六）。書証としての提出を認めながら、私的鑑定報告書の難点を証拠評価に反映させるべきであるとするのは、中野貞一郎「民事手続の現在問題」一七六頁（中野新説）（判例タイムズ社、一九八九）。
- (25) 小谷勝重裁判官の反対意見があり、反対尋問を経ない供述は、反対尋問権が放棄された場合でない限り、供述としては未完成の

もので、裁判資料とすることはできない（証拠能力なし）という。

- (26) 鈴木Ⅱ青山編・前掲『注釈民事訴訟法（4）』七六頁（加藤）、加藤編・前掲『民事専門技術（第三版）』一四頁（加藤）、小林・前掲『新証拠法（第二版）』四六頁、兼子原著・前掲『条解民訴法（第二版）』一三七四頁（竹下）。
- (27) 石川明「証拠に関する当事者権」前掲『講座民事訴訟⑤』二四頁。
- (28) 鈴木Ⅱ青山編・前掲『注釈民事訴訟法（4）』五〇頁（加藤）。
- (29) 兼子原著・松浦馨ほか『条解民事訴訟法（初版）』五二三頁（弘文堂、一九八六）。ただし、兼子原著・前掲『条解民訴法（第二版）』一三八三頁（竹下）では、この記述は削除されている。
- (30) 評釈として、藤原弘道「判批」民商一三一巻一六一〇頁。
- (31) 評釈等として、増田稔「解説」『最判解説平成一七年度（上）』二四頁、同「判批」ジュリ一三三〇号一四五頁、首藤重幸「判批」ジュリ一三三三三号二〇〇頁、片山健「判批」判タ一二二五号二六一頁。
- (32) 評釈として、小池泰「判批」民商一三五巻六号一一一八頁。
- (33) 評釈として、下村眞美「判批」私法判例リマックス四三三号一二二頁、折田恭子「判批」平成二二年度主要民事判例解説（別冊判タ三三二号）一二四頁、加藤新太郎「判批」判タ一二六一号四二頁。
- (34) 旧法下の判例としては、例えば、手形保証の趣旨の裏書を原因債務の保証と推認することにつき、最判昭和五二・一一・二五民集三一巻六号九〇〇頁、最判平成二・九・二七民集四四巻六号一〇〇七頁、請負契約の全部解除か一部解除かにつき、最判昭和五二・一二・二三判時八七九号七三頁、建物の価値につき、最判昭和五三・七・一七判時九〇九号四八頁、建物の譲渡と敷地の共同賃借関係につき、最判昭和五四・一・一九判時九一九号五九頁、当事者の合意書に反する認定につき、最判昭和五四・三・二三判時九二四号五一頁、不渡手形消印手続の委任契約の成立につき、最判昭和五四・五・二九判時九三三三号一二八頁、売買契約の成否に

つき、最判昭和五四・九六判時九四四号四四頁、遺留分減殺請求権の行使につき、最判昭和五七・一一・一二民集三六卷一一号
 二一九三頁、取得時効における所有の意思につき、最判昭和五八・三・二四民集三七卷二号一三一頁、投与された薬剤が抗生物質
 に属するかにつき、最判昭和六〇・二・二一三判時一一七九号六二頁、機動隊員の暴行と傷害の因果関係につき、最判平成三・一
 一八判時一三七八号六七頁などがみられる。

(35) 鈴木⇨青山編・前掲『注釈民事訴訟法（４）』九〇頁（加藤）は、判例と同じく、この裁量を自由裁量としているが、本文のと
 おり規範的な評価を前提とした裁量と改める。

(36) 菊井⇨村松原著・前掲『コンメンタール民事訴訟法Ⅴ』一一八頁。

(37) 菊井⇨村松原著・前掲『コンメンタール民事訴訟法Ⅴ』一一八頁。

(38) 岩松三郎「経験則論」『民事裁判の研究』一六二頁、三ヶ月・前掲『民事訴訟法（全集）』三八五頁、菊井維大⇨村松俊夫『全訂
 民事訴訟法Ⅰ（補訂版）』一一六八頁。

(39) 岩松⇨兼子編・前掲『法律実務講座民事訴訟編（４）』九八頁、中野貞一郎『過失の推認（増補版）』五三頁、本間義信「訴訟に
 おける経験則の機能」前掲『講座民事訴訟⑤』八五頁、鈴木正裕⇨鈴木重勝『注釈民事訴訟法（８）』一三六頁（松本博之）（有
 斐閣、一九九八）、齋藤秀夫ほか編『注釈民事訴訟法（９）（第二版）』四三五頁（齋藤秀夫⇨奈良次郎）（第一法規、一九九六）、
 新堂・前掲『新民事訴訟法（第五版）』五九九頁、伊藤・前掲『民事訴訟法（第四版）』七〇〇頁、松本⇨上野・前掲『民事訴訟
 法（第七版）』八〇三頁、中野ほか・前掲『新民事訴訟法講義（第二版補訂二版）』三六四頁（青山）。

(40) 松本博之教授は、裁判所は証拠及び徴表（間接事実）の評価に当たり、あらゆる解決可能性を考慮して、評価・衡量を尽くすべ
 き（窮尽原則）であり、窮尽原則に反する場合には、実定法上、自由心証主義（民訴法二四七条）という法令違反を構成し、また、
 社会生活上ないし自然科学の法則上不可能な認定をすることも、自由心証主義の内在的制約に反し、二四七条という法令に対す

- る違反になると説明する。この点につき、松本「事実認定における『経験則違背の上告可能性』」小室「小山還暦」裁判と上訴(中)』二二四頁(有斐閣、一九九八)。高橋宏志教授は、この説明が妥当であろうとされる。高橋・前掲『重点講義民事訴訟法(下)』(第二版)』六八二頁。
- (41) 兼子原著・前掲『条解民訴法(第二版)』一三八六頁(竹下)。
- (42) 加藤・前掲「判批」判タ一三六一号四六頁。
- (43) 岩松・前掲『民事裁判の研究』一六二頁、三ヶ月・前掲『民事訴訟法(法律学全集)』三八五頁、菊井「村松・前掲『全訂民事訴訟法Ⅰ(補訂版)』」一六八頁。
- (44) 兼子・前掲『新修民事訴訟法体系』三四五頁、新堂・前掲『新民事訴訟法(第五版)』五二五、五九九頁。
- (45) 中野・前掲『過失の推認(増補版)』五三頁、注釈(8)二三七頁、注解(9)四三五頁、岩松「兼子編・前掲『法律実務講座民事訴訟編(4)』」九八頁、五三頁、松本・前掲「事実認定における『経験則違背の上告可能性』」『裁判と上訴(中)』二六九頁、本間・前掲「訴訟における経験則の機能」『講座民事訴訟⑤』85頁、鈴木「鈴木・前掲『注釈民事訴訟法(8)』」二二六頁(松本)、齋藤ほか編・前掲『注解民事訴訟法(9)』(第二版)』四三五頁(齋藤「奈良」、伊藤・前掲『民事訴訟法(第四版)』六七〇頁、松本「上野」前掲『民事訴訟法(第七版)』八〇四頁、中野ほか前掲『新民事訴訟法講義(第二版補訂二版)』三三四頁(青山)。なお、高橋・前掲『重点講義民事訴訟法(下)』(第二版)』六九五頁。
- (46) 小林・前掲『新証拠法(第二版)』五八頁。
- (47) 兼子原著・前掲『条解民訴法(第二版)』一三八七頁(竹下)。
- (48) 加藤・前掲「判批」判タ一三六一号四七頁。
- (49) 藤原弘道「事実誤認と上告」『民事裁判と証明』三七頁(有信堂、二〇〇一)、加藤・前掲「判批」判タ一三六一号四七頁。

- (50) 中野ほか・前掲『新民事訴訟法講義〔第二版補訂二版〕』六二四頁〔上野〕。
- (51) 伊藤・前掲『民事訴訟法〔第四版〕』七〇一頁。
- (52) 梅本吉彦『民事訴訟法〔第四版〕』一〇六二頁（信山社、二〇〇九）。
- (53) 兼子原著・前掲『条解民訴法〔第二版〕』一六三七頁〔加藤〕。
- (54) 加藤・前掲「判批」判夕一三六一号四七頁。

