

# 自由心証主義を根拠として通常共同訴訟の 証拠共通を認めることへの疑問

熱 田 雅 夫

## 第1章 はじめに

## 第2章 「自由心証主義」の射程

- 1 「自由心証主義」ということばの概念
- 2 刑事訴訟法及び裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の規定の「自由心証主義」
- 3 「裁判所は、当事者の主張しない間接事実・補助事実を認定できるか」及び「原告・被告間の証拠共通」の問題と自由心証主義
- 4 通常共同訴訟の共同訴訟人間の証拠共通と自由心証主義の射程

## 第3章 「いかなる証拠（資料）に基づいて、事実を認定するか」の現行法の解釈

### 1 民事訴訟法247条

- (1) 「自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」
- (2) 「証拠調べの結果を斟酌して、……事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」
- (3) 「口頭弁論の全趣旨…を斟酌して、…事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」
- (4) 民事訴訟法247条が「いかなる証拠（資料）に基づいて、事実を認定するか」を定めた規範といえるか、の結論

### 2 「共同訴訟人独立の原則」（民事訴訟法39条）

### 3 必要的共同訴訟について定める民事訴訟法40条の存在

### 4 現行実定法の解釈からの結論

## 第4章 結果の妥当性

## 第1章 はじめに

拙稿「複数当事者訴訟における訴訟資料・証拠資料の利用と当事者意思」<sup>(注1)</sup>において、通常共同訴訟の共同訴訟人間の「証拠共通」は、否定されるべきであり、また、弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成の場合において、証拠資料の利用に援用を不要とする考えには、与しない旨述べた。

しかし、通常共同訴訟の「証拠共通」を肯定する考えの最も重要な理由が、それを肯定しないと裁判所の自由心証を害するということであろうこと、また、弁論の併合の場合において、証拠資料の利用に援用を不要とする考えの最も重要な理由も、この裁判所の自由心証主義の点であるのではないかと思われることから、「自由心証主義」を理由とすることへの疑問につき、いまひとつ詳しく述べる必要があると考え、本稿に着手することにした。

ところで、民事訴訟手続きの根幹となるのは、「①いかなる事実について、②いかなる証拠（資料）に基づいて、③いかに認定していくか」、であると考える。

ここで、「自由心証主義」は、この③の、証拠（資料）から「いかに認定していくか」に関する概念であり、②の、「いかなる証拠（資料）に基づいて」認定すべきかに関する概念ではないと考えるものである。そこでまず、「自由心証主義」の概念を考察し、その上でその概念の射程について考察することにした。

次いで、②の、「いかなる証拠（資料）に基づいて」事実を認定するか、の現行法の解釈を検討する。

なお、「いかなる証拠資料に基づいて」認定するかは、「いかなる証拠に基づいて」認定するのか、の問題の結論から導かれるものとする。つまり「いかなる証拠に基づいて」認定するのか、の問題について、当該証拠が手続きから排除されるべき、との結論になれば、仮に、それが、取り調べられていたとしても、そこから得られた資料は証拠資料として判決の基礎にはできないとする、ということになる。そうすると、「いかなる証拠資料に基づ

いて」認定するかは、「いかなる証拠に基づいて」認定するのか、の問題の結論から論理的に帰結されることになる。したがって、同一の問題として検討してよいと考える。

## 第2章 「自由心証主義」の射程

### 1 「自由心証主義」ということばの概念

このことばの意味について、白取祐司氏は、次のように説明する。

「自由心証主義という言葉は、ドイツ法の「自由な証拠評価の原則（Grundsatz der freien Beweiswürdigung）」とフランス法の「内心確信 [心証] の原則（principe de l'intime conviction）」の双方から示唆を得て成立した造語であろう<sup>(注2)</sup>。」

ここの「自由心証主義」には、「証拠能力」について、それが制限されるのか無制限なのか、という意味はみてとれない。

「自由心証主義」という概念には、「証拠能力の無制限」ということも含まれるとするのが、民事訴訟法分野の研究では、一般的であるように思われるが、白取祐司氏のこのような指摘からすれば、「自由心証主義」という概念には、「証拠能力の無制限」ということは含まれていないことになるはずである。

私見も、「自由心証主義」という概念には、「証拠能力の無制限」ということは含まれていないと考えている。

### 2 刑事訴訟法及び裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の規定の「自由心証主義」

刑事訴訟法が「自由心証主義」に関する規定とする同法318条は、「証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる」とし、また、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律が「自由心証主義」に関する規定とする同法62条は、「証拠の証明力は、それぞれの裁判官及び裁判員の自由な判断にゆだねる」としており、そこにも、証拠能力に関する規範は含まれない。

刑事訴訟と民事訴訟の違い（刑事訴訟においては、証拠能力の有無が厳格

に判断されなければならないが、他方、民事訴訟においては、それほどでもないとされている。)はあるとしても、では、「自由心証主義」の条項の意味が異なるとするのは、不自然である。

刑事訴訟であっても民事訴訟であっても、「いかなる事実について、いかなる証拠(資料)に基づいて、いかに認定していくか」、という根幹となる訴訟過程は同一であるのだから、その訴訟過程の「自由心証主義」に関する規定の規範内容が、片や訴訟能力に関するものを含み片や含まないとして両者が異なるというのは不自然であろう。

そして、「証拠能力」とは、訴訟手続において、証拠方法となり得る資格、と定義づけられるのであるから、「いかなる証拠に基づいて」認定するかは、証拠能力があるかないか、の問題としてよいと考える。そして、前述のように、「いかなる証拠資料に基づいて」認定するかは、「いかなる証拠に基づいて」認定するのか、の問題の結論から論理的に帰結されることになる、とすれば、「いかなる証拠資料に基づいて」認定するか、の問題も、証拠能力があるかないか、の問題の結論から導いていってよいと考える。

こう考えていくと、刑事訴訟法において、「いかなる証拠に基づいて」認定するのか、及び、「いかなる証拠資料に基づいて」認定するかは、「自由心証主義」の問題ではないし、均衡上、同じ訴訟法である民事訴訟法においても、「いかなる証拠に基づいて」認定するのか、及び、「いかなる証拠資料に基づいて」認定するかは、「自由心証主義」の問題ではない、と考えるべきである。

### 3 「裁判所は、当事者の主張しない間接事実・補助事実を認定できるか」 及び「原告・被告間の証拠共通」の問題と自由心証主義

ところで、「自由心証主義」が関係する解釈上の問題として①「間接事実または補助事実は、当事者の主張がなくとも認定できるか」、つまり、「間接事実または補助事実は、証拠資料にあらわれていれば、訴訟資料(狭義)にできるか」の問題と、②「原告・被告間の証拠共通が認められるか」、つまり、「一方当事者の申出した証拠から得られた証拠資料をもって申出をした

当事者に不利に、即ち、他方当事者に有利に事実認定できるか」の問題がある。

まず、「自由心証主義」とは、裁判所が自由に証拠価値を評価して、つまり証拠原因とできるかどうかを自由に判断して事実認定できる、とすることの概念である。つまり、ある証拠から事実認定していく過程についての、考え方である。

間接事実または補助事実は、ある証拠から主要事実を認定していく過程にある事実なので、間接事実または補助事実について、自由心証主義の問題であるとして、「当事者の主張がない場合には裁判所は認定できないとすると自由心証主義に基づく裁判所の事実認定を阻害する」との考えを採用すること、つまり、「間接事実または補助事実については当事者の主張がなくとも裁判所が認定できる」とする考え方は首肯できる。

原告・被告間の証拠共通が認められるか、についても、すでに適法な裁判所への申出によって取り調べられることになったのち、当該証拠から得られた証拠資料をいかに評価するのか、というある証拠から事実認定していく過程の問題であるから、自由心証主義によっていずれの当事者の有利不利に扱われるかは、裁判所の自由な判断に委ねられる、とされることも首肯できる<sup>(注3)</sup>。

#### 4 通常共同訴訟の共同訴訟人間の証拠共通と自由心証主義の射程

しかし、「通常共同訴訟における共同訴訟人間の証拠共通が認められるか」、の問題は、そもそも、共同訴訟人の一人が申出した証拠を他の共同訴訟人の手続きにおいて証拠として認められるか、即ち、証拠能力があるのか否か、の問題である。この、「通常共同訴訟における共同訴訟人間の証拠共通が認められるか」、の問題については、裁判所への申出によって、証拠として適法に取り調べられることとされたのち、その証拠から得られた証拠資料による事実認定の過程において用いられるべき「自由心証主義」の概念の外にある問題と考える。

### 第3章 「いかなる証拠（資料）に基づいて、事実を認定するか」の現行法の解釈

#### 1 民事訴訟法247条

- (1) 「自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」

民事訴訟法上「自由心証主義」に関する規定とされる247条は、「裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果を斟酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」とする。

この規定の「自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」の部分は、証拠資料の価値評価に関することであり、ここに、「いかなる証拠に基づいて」認定するのか、及び、「いかなる証拠資料に基づいて」認定するのか、についての規範、つまり「証拠能力」についての規範は含まれていない。

- (2) 「証拠調べの結果を斟酌して、……事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」

民事訴訟法247条の、「証拠調べの結果を斟酌して」の部分は、事実認定に証拠調べの結果を斟酌できることを定めるものではあるが、この文言も、いかなる証拠について証拠調べができるか、即ち「証拠能力」の有無の基準を明らかにするものではない。いかなる証拠について証拠調べができるか、については、ニュートラルである。いかなる証拠について証拠調べができるか、つまり証拠能力については、他の条項によるべきである。

- (3) 「口頭弁論の全趣旨…を斟酌して、…事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」

「口頭弁論の全趣旨」さえも利用できるのであれば、当然証拠一般について証拠能力の無制限は前提となっている、との解釈もあるかもしれない。しかし、このことばからそこまで読み込むのは、やはり無理な解釈ではないだろうか。この規定の文言は、判決の基礎に「弁論の全趣旨」も用いること

ができるとするにとどまるだろう。

- (4) 民事訴訟法247条が「いかなる証拠（資料）に基づいて、事実を認定するか」を定めた規範といえるか、の結論

以上よりすると、自由心証主義に関する規定とされる民事訴訟法247条は、前述の刑事訴訟法318条と同じく、「いかなる証拠（資料）に基づいて、事実を認定するか」、つまり「訴訟能力」を定めた規範ではないということになる。

## 2 「共同訴訟人独立の原則」（民事訴訟法39条）

民事訴訟法39条は、「共同訴訟人の一人の訴訟行為、共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為及び共同訴訟人の一人について生じた事項は、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない。」とする。つまり、通常共同訴訟においては、あくまで相対的であり、共同訴訟人それぞれについて独立であることを宣言しているのである。

本条からすると、共同訴訟人の一人のした証拠申出は、あくまで申出をした当事者にとどまり、他の共同訴訟人の手続においては、証拠申出はなされていないことになる。そうすると、弁論主義のもと、当事者の申し出ない証拠は取り調べられない、つまり職権証拠調べは許されないのだから、他の共同訴訟人の手続においては、証拠調べの結果、つまり、証拠資料とはならない。そうすると事実認定に用いることはできない、という結論になる。

## 3 必要的共同訴訟について定める民事訴訟法40条の存在

さらに、民事訴訟法40条の存在である。

つまり、必要的共同訴訟においては、当該規定によって、共同訴訟人の一人の行った行為について、全員の利益となるものについては、他の共同訴訟人にもその効力が及ぶとされていることは、逆に、通常共同訴訟においては、共同訴訟人の一人の行った行為について他の共同訴訟人にはその効力が生じないということが前提とされていると考えられる。そして、この点は、証拠の申出という訴訟行為についても同様であり、必要的共同訴訟においては、共同訴訟人の一人が証拠申出をしていれば、全員の利益となる場合には、他

の共同訴訟人においても自ら証拠申出していなくとも証拠申出したと同じに扱うことができることになるが、通常共同訴訟においては、共同訴訟人の一人が証拠申出をしていたとしても、他の共同訴訟人においては、証拠申出はないとされることが予定されていると考えられる。

#### 4 現行実定法の解釈からの結論

以上より、現行実定法からは、通常共同訴訟の共同訴訟人間の「証拠共通」は否定されると考えるものである。

弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成の場合においても、法が詳細に規定を置いていない以上、通常共同訴訟の規定を手掛かりにすることになる。それゆえ、弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成の場合においても、証拠資料の利用に援用を不要とすることは、現行実定法上は無理と考えられる<sup>(注4)</sup>。

### 第4章 結果の妥当性

共同訴訟人独立の原則を貫いて争点に関してある証拠を申請した共同訴訟人の1人については認定され、申請しなかった別の共同訴訟人については認定されないという事態を肯定することは實際上耐えがたい、との見解が、裁判官によって示されている<sup>(注5)</sup>。

裁判官の内心において、その結果が「耐えがたい」かどうかは、民事訴訟制度論において取り上げることではないから、ここでは、当然、適正な民事訴訟制度を実現しなければならない、という観点から「耐えがたい」ということであろう。

しかし、私見のとおり「黙示の援用」という方法も採りうる<sup>(注6)</sup>、共同訴訟人である一当事者が、欠席したり、証拠資料の利用を拒絶している場合を除けば、通常共同訴訟における共同訴訟人間の「証拠共通」を認める考え方と結論において、変わりはない<sup>(注7)</sup>。

むしろ、共同訴訟人である一当事者が、欠席したり、証拠資料の利用を拒絶している場合には、「証拠共通」を認めない結論が妥当である。これらの



場合には、適正な民事訴訟制度を実現しなければならない、という観点からしても、決して「耐えがたい」結果ではないはずである。

(注1) 『島大法学第57巻第2号』（2014年3月）1頁以下

(注2) 白取祐司『刑事訴訟法〔第7版〕』（日本評論社、2012年）327頁

(注3) 「第三の波」論からは、自由心証主義を根拠とした、原告・被告間の証拠共通は否定されるようである。

井上治典『手続保障の第三の波（二）』（法学教室（有斐閣）No29、1983年2月）22頁

なお、井上治典『訴訟資料の継続利用と共通利用』（法学セミナー、1982年11月号）98頁以下

(注4) 通常共同訴訟における共同訴訟人間の証拠共通を認めるか否かについては、「自由心証主義と弁論主義との間の相互作用的な緊張関係の中で、共同訴訟人間の証拠共通の原則も理解されなければならない」との見解が示されている（小林秀之『新証拠法〔第2版〕』（弘文堂、平成15年50頁））。

確かに、民事訴訟制度全般を見渡し、学説・判例の状況を見てみると、意識的か無意識的かはわからないが、そこに、制度運用者としての裁判所の立場と、制度利用者としての立場のいずれの立場に基礎を置くかによって、解釈に差異が生じているとは思われる。

しかし、通常共同訴訟における、共同訴訟人間の「証拠共通」を認めるか、否か、の問題に結論を示すにあたっては、当該問題が、民事訴訟手続きの根幹と考えられる「①いかなる事実について、②いかなる証拠（資料）に基づいて、③いかに認定していくか」の過程のどこの問題なのか、さらにそれぞれの過程には、どの法規範が妥当するのか、を慎重に見極めなければならない、さらに、民事訴訟法の基本原理・原則についても、その射程をきちんと見極め、その原理・原則が「①いかなる事実について、②いかなる証拠（資料）に基づいて、③いかに認定していくか」の過程のどこに関するものなのかを探求しなければならないと思うのである。

そして、「自由心証主義」「弁論主義」についても、その射程の慎重な見極めが必要だろうと考える。

(注5) 『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、平成9年）48頁〔加藤新太郎氏担当部分〕

(注6) 拙稿前掲「複数当事者訴訟における訴訟資料・証拠資料の利用と当事者

意思」『島大法学第57巻第2号』（2014年3月）7頁  
（注7） 同 上 1頁以下、特に8頁以下