

いわゆる規範的要件事実の主張・立証責任の分配について

——「過失の一応の推定」を踏まえて——

大 山 政 之

- 1 はじめに
- 2 規範的要件事実についての認定の特質
- 3 規範的要件事実に関する主張・立証責任について論じた文献
- 4 過失の「一応の推定」の理論及びその応用範囲
- 5 「主要事実説」を前提とした場合における過失の一応の推定とされる事案の主張・立証責任の分配
従来「過失の一応の推定」とされていた事例についての主張・立証責任の分配に関する分析
- 6 従来、間接反証の一例とされていた事案について、「主要事実説」をとった場合、評価根拠事実と評価障
害事実の主張・立証事実が問題となる事例について
- 7 規範的要件事実についての、主張・立証責任を考えるにあたり、注目すべき視点
- 8 最後に（主要事実説に対する反対説を踏まえて）

1 はじめに

私は、本論叢の前号に「間接反証という概念の効用について―民事訴訟において、適切な事実認定をめざすために」と題する論稿を書く機会に恵まれた。同論稿において、従来、間接反証について論じた主要な文献が「間接反証」に該当する事例として挙げたものうち、規範的要件について何を主要事実として捉えるかは、法解釈の問題であるので、間接反証概念の効用を論ずる上では、このような事例を間接反証の範疇に入れるべきでないとして、⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾⁽⁴⁾⁽⁵⁾分類を行った。

そして、規範的要件事実に関する主張・立証責任については、司法研修所の教育に基づき、評価根拠事実を請求原因、評価障害事実を抗弁とすることにより、対処できると述べた。⁽⁶⁾

しかし、「評価根拠事実」と「評価障害事実」に関する十分な事実主張に基づく立証活動や、その前提たる主張・立証責任の分配が適切に行われないう限り、垣内正裁判官の提唱にかかる「判決の理由中における必要かつ十分な説明」、「訴訟進行中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有」、の二点を踏まえた「適切な事実認定」とはならないと思われた。⁽⁷⁾

そこで、規範的要件事実に関する主張・立証責任の分配について、一応の指針が示されなければならないと考えた（もちろん、従来どおり、規範的要件に関する事例を間接反証の範疇に入れたとしても、何を原告が主張・立証すべき間接事実とすべきで、反面、何を被告が主張・立証すべきかの問題は残ろう）。

このような考えに基づき、いわゆる規範的要件事実について、主張・立証責任をどのように分配すべきかの基準について、検討してみたものである。

ところで、「評価根拠事実」と「評価障害事実」の主張・立証責任の分配の問題をおぼろげながら考え、再び、間接反証に関する文献の事例を読み直してみたところ、従来「過失の一応の推定」として、論じられていた問題と、かなりの点においてオーバーラップすることに気が付いた。

また、その後、「主要事実説」を支持する遠藤賢治教授、吉川愼一裁判官による論稿、司法研修所教育における「要件事実論」全般を批判し、規範的要件事実についての「主要事実説」をも否定する松本博之大阪市立大学教授が発表された論文に接する機会に恵まれた。特に、「主要事実説」を批判する松本教授の論稿を拝読して、果たして、「主要事実説」を維持することができるか否かも、今、検討すべきではないかと考えた。⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

そこで、従来「過失の一応の推定」とされていた問題についても検討を上げた上で、これらを踏まえて、規範的要件事実の主張・立証責任の分配について、一応の指針を立てることができないかと考え、拙い思い付きではあるが、再び「適切な事実認定」をめざすために、本稿を書くこととした。

(1) 大山政之「間接反証という概念の効用について―民事訴訟において適切な事実認定をめざすために―」『中央学院法学論叢第十六巻第二号(通巻第二十八号)』一〇七頁ないし一五七頁。以下「大山 間接反証」という。

(2) 竹下守夫「間接反証という概念の効用」『法学教室』二期・五号(有斐閣)一四四頁ないし一四五頁。以下「竹下」という。

(3) 倉田卓次「間接反証」『民事実務と証明論』(日本評論社)二三七頁ないし二五一頁。以下「倉田 間接反証」という。

(4) 元木伸「間接反証という概念」『判例タイムズ三三三〇号』(判例タイムズ社)四〇頁ないし五一頁。以下「元木」という。

(5) 賀集唱「挙証責任―間接反証を中心として―」『別冊ジュリスト続判例展望』(有斐閣)二〇八頁ないし二一六頁。以下「賀集 間接反証」という。

(6) 規範的要件事実に関する「主要事実説」と、これに対立する「間接事実説」について、ここで説明を加えておく。法律効果の発生要件として、「過失」、「重過失」あるいは「正当事由」、「正当理由」といった規範的評価に関する一般的、抽象的概念を取り込んだと解される実体法、例えば、民法一一二条但書、七〇九条の「過失」、同一一〇条の「正当理由」、借地法四項但書の「正当理由」、背信的悪意者の「背信性」、民法一条二項の「信義誠実」、同三項の「権利の濫用」、九〇条の「公序良俗違反」等の規範的要件(一般条項)については、規範的評価を成立させるためには、その成立を根拠づける具体的事実が必要である。このような事実を「評価根拠事実」と呼ぶ。そして、規範的要件の要件事実、すなわち主要事実を当該規範的評価自体とし、評価根拠事実を間接事実と解する説を「間接事実説」、一方、評価根拠事実を主要事実とする説を主要事実説と呼ぶ。なお、前記評価根拠事実が当該規範的評価を積極(プラス)の方向に根拠づけるものであるのに対し、この事実と両立はするが、この評価を妨げるような事実、すなわち当該評価を消極(マイナス)の方向に基礎づける事実が存在する。借家法一条の二の「正当の事由」を例にとると、賃貸人の自己使用の必要性を示す具体的事実がプラスの方向に働く事実であり、この事実又はこれと他のいくつかのプラスに働く事実によれば、更新拒絶や解約申入れには正当事由があると評価できるが、賃借人側の建物使用の必要性を示す具体的事実を考慮に入れるときは、結局、この評価の成立は妨げられると判断される場合、この賃借人側の建物使用の必要性を示す事実は、正当事由ありとの規範的評価を妨げる効果があるから、マイナスの方向に基礎づける事実である。このような規範的評価の成立を妨げる事実は、「過失」、「正当理由」、「背信性」などあらゆる規範的要件について考えることができる。このような事実を「評価根拠事実」に対応させて「評価障害事実」と定義するのである。

私も、前記論稿において、「評価根拠事実」について、「主要事実説」を妥当と解した。理由は以下のとおりである。元来、間接事実とは、経験則によって一定の主要事実を推認させる事実であり、主要事実は、間接事実とは別個独立

の事実であり、理論上、間接事実による推認を経ないで、直接事実によってその存在を立証できる性質のものである。規範的評価自体が主要事実であり、評価根拠事実はその間接事実にすぎないならば、主要事実とされる規範的評価を直接立証することが理論上可能でなければならないが、具体的事実から切り離された「過失」や「正当事由」、「背信性」等の評価自体を証拠により直接立証する方法がないことは明らかであり、また当該規範的評価が、これを根拠づける具体的事実なしには成立し得ないという関係も、互いに別個独立の事実として成り立つ主要事実と間接事実との間には起り得ない。規範的評価とこれを根拠づける事実との関係は、主要事実と間接事実との関係とは違った特殊なものといえる。

また、弁論主義の下で要件事実が果たすべき相手方の防御の機会の保障という機能の点でも、間接事実説には難点がある。

すなわち、「過失」とか、「正当事由」とか「背信性」などの規範的評価を主要事実と解するならば、単に「過失がある」、「正当事由がある」、「背信性がある」と主張すれば、主張責任は尽くされるから、相手方は、このような評価を根拠づけるものとしてどのような事実が現れてくるかを知る機会が弁論の段階では何も保障されないことになる。したがって、相手方が右主張に対して的確な反証又は間接反証の準備をすることは困難であり、その時機を失することもあり、事案によっては不意打ちの危険も考えられる。裁判所の訴訟指揮の面から見ても、具体的事実の主張があつて初めて、主張された個々の事実ごとに相手方の認否を求め、要証事実と不要証事実とを選別し、要証事実に集中した効果的な立証活動を期待できることになるが、具体的事実についての主張責任を否定すると、このような訴訟指揮も実効性を保つことが難しくなる。

ところで、「評価障害事実」についても、ある規範的評価の成立が請求原因の要件となるとき、評価障害事実をこれに対する抗弁として位置づける抗弁説、評価障害事実は主要事実を推認させる間接事実に類似した関係にあると考える間接反証類推説がある。

抗弁説によれば、例えば借家法一条の二は、「建物の賃貸人は、自ら使用することを必要とする事実其の他の事実によつて正当の理由があるとの評価が根拠づけられる場合に限り、賃貸借の更新を拒み又は解約の申入れをすることができ。ただし、右の場合においても、これと別個の事実によれば正当の事由があるとの評価が妨げられるときはこの限りではない。」と読み替えることとなる。

抗弁説から間接反証説に対しては、前記間接事実説に対する批判が妥当するとし、すなわち、評価根拠事実を主要事実としながら、その上位に更に評価自体という主要事実が存在するという特殊な構造の構成要件を認めることになるばかりか、評価自体を主要事実とする点では、前記の間接事実説に対する批判がそのままではまるとされている。

以上は、司法研修所民事裁判教官室の見解である（司法研修所「増補 民事訴訟法における要件事実 第一巻」（法曹会）三〇頁ないし三七頁—以下、「第一巻」という。）。

(7) 垣内正「事実認定のプロセスについて」『民法学の軌跡と展望（國井和郎先生還暦記念論文集）』（日本評論社）五六頁ないし五七六頁は、「裁判における事実認定は、残された証拠（書証、証言、供述等）から、この過去に起こった事実、『真実』を明らかにしようという、困難な作業である。事実認定には、問題集の模範解答のような正解は用意されていない。たどりついた結論が『真実』に合致しているかどうか確かめる手だてではないのである。その意味では、事実認定について、結論のみを取り上げて適切な認定か否か論ずることは意味のないことである（中略）事実認定においては、いかなる結論にせよ、その結論にたどりつくプロセスこそが大切なのであって、民事訴訟における（刑事訴訟も同様であろう）適切な事実認定とは、事実認定のプロセスが適切であることと言ふべきであろう（中略）適切な事実認定は、『印象』や『勘』によるのではなく、事実認定のプロセスにおいて、結論に至る論理の構造ないし思考の経緯が客観的で合理的なものでなければならぬ。」と提案し、この手段として、「まず、当該事実認定に至ったプロセスを事後的に開示することが必要であるが、この点、判決は、その理由中で、裁判所の事実認定のプロセスを説明することが求められている。」とし、判決において、間接事実から経験則により主要事実を認定できたか、あるいはできなかつ

たかを過不足なく判決理由に記載することを求め、また、「裁判所と当事者側とは、進行中、弁論や争点整理手続において率直に意見を交換して、進行途中の事実認定のプロセスについて認識を共有すべきである。そのためには、必要な範囲で、裁判所から当事者側に、裁判所の進行途中の事実認定のプロセス（形成途上の心証）を知らせることも必要であろう。このように判決の理由中における必要かつ十分な説明と、訴訟進行中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有とが、客観的で合理的な事実認定のプロセスを担保することになる。」と論じられるのである。

(8) 遠藤賢治「民事訴訟における要件事実の機能」、『民事訴訟にみる手続保障』（成文堂）二二七頁ないし二四五頁。以下「遠藤」という。

(9) 吉川慎一「要件事実序説」『司法研修所論集二〇〇三—I（第一一〇号）』（財団法人法曹会）一二九頁ないし一七二頁。以下「吉川」という。

(10) 松本博之「要件事実と法学教育（2）」『自由と正義 二〇〇四年一月号』（日本弁護士連合会）五四頁ないし七三頁。以下「松本」という。

(11) 大山「間接反証」一二〇頁

2 規範的要件事実についての認定の特質

後藤勇元裁判官は、裁判において経験則が機能する場面を、「事実認定と経験則」、「法律行為の解釈と経験則」、「抽象的概念該当性の判断と経験則」の三つに分類される⁽¹²⁾

そして、不特定な抽象的概念については、これを構成する個々の具体的事実を主要事実と捉える（前記「主要事実説」に立たれる）一方で、「……過失、因果関係、心神喪失等の抽象的な法律規定（抽象的概念）は、法律学以外の学問、芸術、その他一般の取引における概念や法則を援用して設けられているから、過失等の抽象的概念規定

(例えば『過失』や『正当ノ理由』の存在)を認定し、これが法律の定める抽象的概念(過失)に該当するとの価値判断をする必要があるところ、経験則は右価値判断の大前提の一部として作用し、法律解釈の問題として考慮される、といわれている。……したがって、個々の具体的事実が右抽象的概念に該当するとの判断は、事実認定の問題ではなく、法律解釈の問題と解しても、右判断の過程において経験則が適用されることにならう。」と論じている。⁽¹³⁾

通常の要件事実の場合、証拠から要件事実、あるいは証拠から間接事実、間接事実から要件事実を立証するのみにあり、経験則の適用は、事実認定の場だけである。

しかし、「過失」、「正当事由」等の一般条項すなわち前記規範的要件事実の場合、証拠から評価根拠事実を認定する際に、経験則が用いられ、その評価根拠事実が、「過失」、「正当事由」等の不特定概念にあてはまるか否かを判断するためにも経験則が検討されなければならない。そして後者の経験則には、取引通念や商慣習(商取引上の過失の場合)、一般的な医師の注意義務(医療事故の場合)等が証拠に基づいて審理されることとなる。

民事、医療過誤、公害裁判等においては、「証明が困難」と言われるが、前者の場面での経験則の適用と、後者における経験則の適用を混同して議論が行われてきたきらいがあると思われる。

また、どこまでを原告が主張・立証すべき評価根拠事実とするか、どこから被告が主張・立証すべき評価障害事実とするかの配分は、後者の不特定概念へのあてはめとも関わり、また、裁判所による法創造の領域をも含んでいる。

問題の視点としては、まず、不特定概念については、①どの程度、具体的な事実主張をすれば、主張責任を果たしたことになるか(具体性、特定性)と、②原告、被告間の主張・立証責任の配分(何をもち、評価根拠事実とし、

何をもって評価障害事実とするか)の二点に分けられようが、両者は密接な関連をもっている。

後で述べるとおり、原告が認識可能な領域にある事実が多ければ多い事件類型ほど、原告は、具体的、かつ特定性ある事実主張をすることが可能であり、したがって、より多くの事実を、原告が主張・立証すべき評価根拠事実として分配するのが妥当であるのに対し、原告、あるいは第三者が認識可能な領域に具体的事実が全く存しない場合、原告は、客観的な結果以外の具体的、かつ特定性ある事実を評価根拠事実として主張・立証することができず、被告が、被告のみが認識可能な領域に属する、当該評価を消極の方向に基礎づける事実を、被告が主張・立証すべき評価障害事実として分配するのが妥当と解されるからである。

(12) 後藤勇『民事裁判における経験則―その実証的研究―』(判例タイムズ社)四頁ないし二四頁。以下「後藤」という。

(13) 後藤一九頁。

3 規範的要件事実に関する主張・立証責任について論じた文献

(1) 倉田卓次元裁判官の論稿

一般条項における具体的事情を、主要事実ではあるが、構成要件へのあてはめが普通の条文と違うことを理由に「準主要事実」として捉える倉田卓次元裁判官は、借家法の「正当事由」に関し、具体的事情の一つ一つについて、立証責任の分配を考えるべきと提唱され、その賃貸人である原告が立証すべき具体的事情を全て立証した場合でも、更に賃借人たる被告が正当事由を否定する別の事情を立証したときには、間接反証の考え方を類推して、正当

事由が否定されることもありうるとする。⁽¹⁴⁾

倉田元裁判官による、一般条項においては、具体的事情の一つ一つについて、立証責任の配分を考えるべきとの提唱は、一つの方向性を示唆するものといえることができる。

しかし、どのような事情が、間接反証類推により正当事由を否定すべき「別の事情」となるかに関する具体的な事例や、一般的条項に関する立証責任の分配全般に関する指針の問題が残ると思われるのである。

(2) 賀集鳴元裁判官の論稿

賀集元裁判官は、民法七〇九条の「過失」について、要件事実論との関係で三つに分類することを試みられた。そして、まず第一の類型として、事前によく注意をして、危険性のある行動に出ることを思いとどまるべきであったのに、「不注意にも」行動に出てしまったという類型を挙げられる(例として、人込みの中のバットの素振りを例示される)。この場合は、予見可能性があるのに危険に気づかなかつたのが本人の「不注意」となるが、法規範は心の働きを義務付けるものではないから、内心の不注意は、それ自体として独立に過失とはならず、不注意にも危険性のある行動に出たということを通し捉える。このような捉え方をすることにより、「危険性のある行動に出た」という外部的側面だけで構成要件を組み立てることが可能となり、本人の予見可能性は、その不存在、すなわち事実として「本人には予見不可能であったこと」が、免責事由 \parallel 障害事由(抗弁)になると構成するのである。

賀集元裁判官は、不法行為における「過失」の第二として、前記危険性のある行動に出た後、その行動の中で「不注意にも」ルールどおり、マニュアルどおりにしなかった、あるいは臨機応変の措置を執らなかつたという類型を挙げ、前記の素振りを始めた後、バットを飛ばしてしまつたという単純ミスもこの類型に入れられる。この場

合の「不注意」は、ルール違反・マニュアル違反ないし執った措置の誤り（不手際・不十分）であり、もちろん単純ミスも含まれるが、これらは、もっぱら客観的な基準によって決定され、本人の子見可能性といった心の働きを問題にしてみても意味がないとされる。すなわち、この第二の類型については、子見可能性の不存在を抗弁として主張することはできないという意味であろう。

賀集元裁判官は、不法行為を構成する「過失」の第三の類型として、「許された危険」業務に携わる者には、特別に子見義務が課せられ、この場合にのみ、子見義務が問題となると論じられる。これは、調査研究、情報収集業務のことであり、例えば、医師の問診義務、医薬品の安全確認のための製薬会社の調査研究義務がこれに該当するが、この子見義務は、第一の類型における事前の注意のような心の働きではなく、調査研究・情報収集といった外部的行動を問題とするので、規範の対象とすることが可能であり、この義務違反だけで、過失が成立するとされるのである。⁽¹⁵⁾

このような賀集元裁判官の見解によるならば、従来、不法行為の成立要件と解されていた「子見可能性」は、第一の類型について、その不存在が抗弁となるのみである。

次に、賀集元裁判官は、借家法一条の二の（更新拒絶又は）解約申入れの「正当ノ事由」の解釈について、原告の賃貸人から、息子が婚約したので、挙式後は賃貸家屋に入居させたいという主張が出て、被告たる賃借人から婚約解消の事実を主張した事例が、「評価根拠事実」、「評価障害事実」となりうるかについて、検討を加えられる。

そして、借家法一条ノ二には、「ただし、『自ら使用することを必要とする事実其の他の事実によって正当の事由があるとの評価が根拠づけられる場合』においても、これと別個の事実によれば正当の事由があるとの評価が妨げられるときにはこの限りではない。」という但書が付け加わっていると理解する考え方を紹介した上で、この但書

末尾の「この限りではない。」というのは、解約申入れをすることができないということの意味し、但書全体は、「別個の事実によれば正当の事由があるとの評価が妨げられるときは、解約申入れをすることができない。」という意味となるが、これは、当たり前のことで、但書として機能していない（但書がなくても、同じ事である。）と指摘される。すなわち、息子の婚約とその解消は、具体的事実としては別個であっても、評価に向けられた事実としての機能というレベルでは、表と裏の關係において、オーバーラップしており、婚約とその解消を、借家法における「正当ノ事由」の解釈として、評価根拠事実と評価障害事実に分けるのは不適當であるとして、問題を提起されるのである。

一方、売買契約における傷務不履行の要件である客観的な履行遅滞や履行不能の事実は、主観的な婦責事由がなければならぬという裏の意味は含まれておらず、客観的な履行の遅れや履行不能と、主観的な婦責事由とは、事実も別個、評価も別個で（表と裏の關係ではない）、どのレベルにおいても、オーバーラップすることがないので、婦責事由をその不在というマイナスの形にして、但書にすることが可能であり、また、但書として機能する（但書がなくても同じことにはならない。）と解説される。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

賀集元裁判官は、このような事案を踏まえた上で、規範的要件事実について規範的評価の仕方に関する実体法的手法、すなわち要件事実論に先行する価値判断のメカニズムが存すると同時に、規範的要件にかかると同時に、口頭弁論や証拠調べを重ねているうちに、少しずつニュアンスが違ってくると、また、同一の事実についても、原告・被告・裁判所の三者間で、力点の置き方や理解の仕方にずれがあることもよくあり、その結果、不意打ちとなる事態も生ずる可能性があり、他の通常の要件事実と比べて、的を絞った審理のための手続的保証の点で心配があることを強調される。そして、こうした特殊事情にて対処するための手続的規律を検討すべきことを提唱され、か

つ、日本の民事法研究において、規範的要件Ⅱ一般条項にどのようにアプローチするかに関する研究は、実体法的にも、手続法的にも、事実認定論と要件事実論の研究と比較して、立ち遅れていることを指摘される⁽¹⁸⁾。

このような、賀集元裁判官による、「過失」については外部的側面である結果回避義務のみで請求原因(すなわち評価根拠事実)を構成し、内心に関する予見可能性は、その一部の類型について、被告がその不存在を証明することににより免責される事由(すなわち、評価障害事実)となるとして、外部的側面と内心を分類し、前者を評価根拠事実、後者を評価障害事実とする手法、また、評価根拠事実と評価障害事実は、オーバーラップするものであつてはならないとの指摘は、「主要事実説」を前提として、規範的要件事実に関し、何を評価根拠事実、何を評価障害事実として捉えるかの指針として、重要な点を含むものであると考えた。

そして、「過失」を「結果回避義務違反」と捉えた場合、この「結果回避義務」を基礎づける事実として、どこまで原告が主張・立証すべきかは、類型として、原告が認識可能な領域にどの程度の事実が存在しうるか、反面、被告のみが認識可能な領域にどの程度の事実が存するかとの相関関係により異なってくると考える。例えば、原告が認識可能な領域に、かなりの事実が存することも多い取引関係の不法行為や交通事故等(この場合でも、被害者が生存している場合と、被害者が死亡し、遺族が損害賠償を請求する場合とは異なると思われる)と、医療関係者以外は入ることのできない医療行為(例えば手術室で行うのが通常である外科手術)では原告における主張・立証の可能性は、全く異なったものとなると考えられる。

この極致として、原告の認識可能な領域からは、注意義務を基礎づける具体的事実の認識は全く期待することができず、一〇〇%被告のみが認識しうる領域に存する場合においては、原告が主張・立証すべき事実は、その客観的結果のみという場合もありうるのではないかと思われる。このような場合に属するのが、後記「過失の一応の推

定」で問題とされている他人の山林の伐採や、保全処分の不当執行の事例と考えるのである。

保全処分の不当執行の場合「権利関係について十分な調査をした上で、保全処分を申し立てる義務」、他人の山林伐採の場合、「権利関係、その境界について、十分な調査をした上で、伐採に及ぶ義務」という以上の主張は困難であり、原告が、自らの認識可能な領域に属する客観的結果を「評価根拠事実」として主張し、この結果を根拠として、上記のとおり義務違反が存したとの法的主張をした場合には、保全処分を執行し、あるいは伐採を行った被告が、その認識可能な領域に属し、かつ当該評価を消極の方向に基礎づける事実を「評価障害事実」として主張することを期待すべきといえるのではないだろうか。

(3) 遠藤賢治教授の論稿

元司法研修所の民事裁判教官の遠藤賢治早稲田大学教授は、「権利濫用」(民法一条三項)、「過失」(民法七〇九条)、「正当事由」(借地借家法六条)等の規範的要件事実について、「主要事実説」をとることを明らかにした上で、「正当事由」のように、賃貸人及び賃借人双方の事情を比較考量する考え方が確立している規範的要件と、「過失」のように、一定の事実を過失と評価するかどうかの当てはめが中核の規範的要件では、評価障害事実の機能する場面の範囲に差があることを指摘される。そして、規範的要件事実については、判断の微妙な評価を伴い、主要事実と間接事実とを峻別することが困難なことが多いので、主要事実を振り分ける場合には、主張立証方法の整理の段階において裁判所及び当事者間で争点の所在を明確にし、当事者に不意打ちを与えないような主張整理をすべきことを強調される。この上で、「過失」と「正当事由」の評価根拠事実、評価障害事実の整理の実例を挙げられる。⁽¹⁹⁾

私は、遠藤教授の規範的要件事実については、主張立証方法の整理の段階で、争点の所在を明確にすべきとの提

唱に啓発された。

ところで、この「当事者に不意打ちを与えない」、ために、具体白にどのような整理をするかが問題となる。私には後述のとおり、証拠調べ前の主張整理の段階、そして弁論終結の段階において、それぞれ、前者の時点で、双方当事者の主張・立証の可能性、後者の時点では、立証の過程やその結果を念頭に置いた上で、評価根拠事実、評価障害事実を総合的に判断して、規範的要件へのあてはめを行うべきと考えるものである。

(4) 吉川愼一裁判官の論稿

遠藤教授と同じく、司法研修所教官の経験を有する吉川愼一裁判官は、同じく「過失」、「正当事由」等の規範的要件事実について、いわゆる「主要事実説」を妥当とすることを明らかにした上で、単なる具体的事実が規範的要件の対象となるかどうか（例えば、具体的事実が「過失」の判断に関わる事実であるかどうか）という法的概念へのあてはめに留まらない規範的評価（過失の判断に関わる具体的事実の存在が確定された場合に、これを法的価値判断として「過失」というかどうかの判断）が必要とされると解かれ、かつ最終的な法的価値判断、具体的事実が規範的評価を基礎づけるか否かの法的評価、当てはめは、評価根拠事実と評価根拠事実を総合して行う作業であるとする。

また、その総合判断にあたり、「法的価値判断としては、評価根拠事実と関連はなくても規範的評価に影響を及ぼす事実は総合的に考慮せざるを得ない。」として、最終的な法的評価、あてはめにあたっては、評価根拠事実と評価障害事実のみを総合するだけでなく、その他の周辺事情も考慮した総合判断の結果として、規範的評価が定まることを想定している。

吉川裁判官の論文は、「規範的要件の特殊性」として、規範的要件事実の扱いが、通常的要件事実と異なる点に

についても、詳述されていることが注目される。

まず、規範的要件については、要件事実としては評価根拠事実と評価障害事実に分かれるとしても、法律要件としては不可分であり、全体的な規範的評価が不可欠であることから、他の要件事実とは異なった扱いを受け、また、通常の要件事実については、法律効果が同じ範囲内となる必要最小限度の事実のみを考慮すべきであるが、評価根拠事実については、裁判所による総合的評価の対象となる事実であるから、必要最小限の事実に限定する必要がなく、過剰主張も許されることを特徴づけられる。そして、その判断手法について、評価根拠事実と評価障害事実は、法律要件としては不可分であることにより、評価根拠事実を認定した場合には、必ずこれに続けて評価障害事実認定して、規範的評価の成立について判断すべきであると述べられた上で、評価根拠事実に続けて評価障害事実を認定することが不要な場合を挙げられる。まず、主張された評価根拠事実のみでは規範的評価が成立しな⁽²⁰⁾きは、主張自体失当であるから、評価根拠事実を認定する必要はなく、評価された評価根拠事実を前提にすれば、主張された評価障害事実のみでは規範的評価を妨げるに足りないときは、評価障害事実を認定する必要はないとする。

私は、この吉川裁判官の規範的要件事実の主張及び認定手法に関する記述のうち、必要最小限ではない過剰主張も認められること、また、最終的な総合判断においては、その他の周辺事情も考慮した総合判断の結果として、規範的評価が決まることを明確に述べられていることを重視したい。

そして、主張自体失当か否かの判断につき、「過失の一応の推定」で問題とされている事案等を踏まえて、この原理を一部修正し、後述のとおり、主張された評価根拠事実のみでは規範的評価が成立しない場合でも、原告、あるいは第三者に認識可能性のある領域に属する事実が十分に主張されており、これらの事実が規範的要件と一応の

関連性を有している場合には、直ちに主張自体失当とはせず、原告や第三者には認識可能性がなく、被告のみに認識可能性がある事実を、被告側に主張させた上で、証拠調べをなし、再び規範的評価を行った上で、判決をなすべきと考えるものである。

(5) 松本博之教授の論稿

司法研修所がとる「主要事実説」、すなわち、規範的要件事実について、評価根拠事実、評価障害事実に分類することに批判的な松本博之大阪市立大学教授は、①証明責任は事実が存否不明の際の事実問題ではなく、その事実が当てはまるべき法律要件要素が実現したか否かが不明になる場合の法適用問題なのであるから、具体的事実（主要事実）について証明責任を、しかも不利益負担として論ずることは適切ではない②「借地借家法六条の「正当事由」は、賃貸借契約の更新拒絶を正当化する賃貸人側の事情と建物を継続的に必要とする賃借人側の事情のほか、同条の定める種々の事情の全体的な評価の中で更新拒絶の当否を判断する枠組みであり、双方の事情を規範的要件要素が実現したか否かを判断すべき場合には、このような事情の一部だけ取り出して「評価根拠事実」とし、規範的要件要素の実現を主張する当事者は、それについてのみ証明責任を負い、それ以外の事実については証明責任を負わないとするのは、その取扱いが恣意的になる危険があると批判され、この実例として、(1)正当事由を基礎づける事実として、前記賀集元裁判官による指摘と同様、賃借人が「息子の結婚の予定」を挙げ、賃借人から「後に婚姻が破毀された」という主張が出た事例を「評価根拠事実」と「評価障害事実」として分配することは誤りであるとし、その理由として、正当事由を基礎づける事実が口頭弁論の最終時に存在しなければならぬものであり、婚姻の破棄が証明されない場合には、そのようなものとして総合評価をすべきである、また「評価根拠事実」、

「評価障害事実」を前提とするなら、当然「評価障害障害事実」もまた想定せざるを得なくなり、このそれぞれが証明責任事項とされると、ますます恣意的な要件事実Ⅱ主要事実の細分化が行われる危険が生ずる、(2)「過失」については、これにある行態の認定だけでは完全に過失と評価されることができない場合、たとえば自動車が突然歩道に乗り上げ歩行人をはねるような場合、これは通常の事象経過からすれば、経験則の適用上運転手に過失があると評価されるが、車道に飛び出してきた子供との接触を避けなければならなかったというような事態があったとすれば、過失があったかどうか必ずしも明らかではなくなる、この過失の評価を妨げる事実を主張し、証明するのは経験則に基づく推認を妨げる反証であり、この反証が成功すると、原則に立ち返って、損害賠償請求権の主張者は再び自己の経過を詳細に主張、証明して過失の証明をする必要がある。「要件事実論」によれば、反証事項の部分は「評価障害事実」とされ、事故経過の詳細の主張、証明の部分は「評価障害障害事実」となるが、反証が成功している以上、事故経過の詳細の主張、証明によって加害者の注意義務違反が明らかになり、この段階で初めて「過失」が確定することを意味するが、このように、「評価根拠事実」だけでは過失に関する主張として十分ではなく、「評価障害障害事実」の主張、証明を待つて初めて請求原因が確立されるならばそれは、「評価根拠事実」のどちら方に問題があることを示すものである、③「主要事実説による規範的要件の証明責任の分配によれば、いわゆる一般条項のようなもの以外にも多くの法律要件要素が「規範的要件事実」として取り扱われる余地を残すこととなり、明確性を欠く『評価根拠事実』と『評価障害事実』の区別により、相手方に不当に証明責任が課せられ、実質的に法律の要件に変更がもたらされる結果となるとの三点の批判をされる⁽²⁾。

すなわち、松本教授は、①証明責任は、事実が存否不明の際の事実問題でなく、その事実が当てはまるべき法律要件要素が実現したか否かの法適用問題なのであるから、具体的事実（主要事実）について証明責任を、しかも不

利益負担として論ずることは適切ではない、②恣意的な要件事実の細分化が行われることとなる、③事実の確定に法的判断を含む多くの法律要件要素が「規範的要件事実」となり、明確性を欠く「評価根拠事実」と「評価障害事実」の区別により、不当に相手方に証明責任が課せられ、実質的に法律の要件に変更がもたらされる、との三点により、規範的要件事実について、「評価根拠事実」と「評価障害事実」による証明責任の分配することに反対されるのである。①は、要件事実論全般についての問題であるので、規範的要件事実という個別の問題について、「主要事実説」が妥当か否かは、松本教授の②、③の批判に耐えられるかにより決せられるものと解されよう。

(14) 倉田卓次「一般条項と証明責任」『民事実務と証明論』（日本評論社）二六四頁ないし二六五頁は、「まず、問題となるのは、複合的な具体的事情を有する一般条項についての証明責任分配をどう考えるか、である。例えば、解約申入れの正当事由はどうか。前記三 四要で見たとおり、正当事由の判断は、原告側の具体的事情 X1X2X3 と被告側のそれ Y1Y2 との双方を比較検討し、総合考察した上でなされる法的判断なのであり、具体的事情 X1X2X3 Y1Y2 の一々が準主要事実として証明責任の対象なのであるから、その一つ一つについて分配を考えておかねばなるまい。しかし、要件分類説によるかぎり、明け渡しの権利根拠規定である借家法一条の二の構成要件要素は原告の証明責任に属するのであり、この点ではそれが不特定概念であるか特定概念であるかで異なる筈がない。そして、X1X2X3 Y1Y2 はそのうちどの一つが欠けても正当事由が否定されるものである限り、その各々について原告の証明責任（確定責任）を肯定せざるを得ない。そして、その限り被告側事情も原告が初めから言わねばならぬのである。Y1Y2 は原告にすれば相手方の事情であり、その証明を原告に要求するのは酷という見解もあろうが第一に、借家法の立法趣旨もその後の運用も借家人保護が建前なのであるから、賃貸人のほうが負担が重くても当然であるし、第二に、X1X2X3 Y1Y2 が揃っても、更に Y3 という別の事情がプラスされることで正当事由が否定される場合、この Y3 については、間接反証の考え方を類推して、被告に証明責任を帰することができるので、その限度では双方への分配が観念されることになる。ただし Y3

については主張責任を考える必要はない。」と述べられる。一般条項を構成する個々の事実について、間接反証類似的考え方による証明責任の分配をすべきとされるのである。ただし、倉田元裁判官は、同論文において、不法行為の「過失」については、一般条項ではないと解されている(同書二五二頁参照)。

(15) 賀集唱「要件事実の機能」『司法研修所論集一九九三—II(第九〇号)』(財団法人法曹会) 四四頁ないし四六頁。

以下「賀集 要件事実」という。

(16) 賀集 要件事実四六頁ないし四七頁。

(17) 伊藤滋夫「要件事実の基礎」(有斐閣) 二二七頁ないし二二八頁(以下「伊藤 要件事実」という。)は、この息子の婚約と解消の事例については、賀集元裁判官が「第一巻」の理解を誤解しているのではないかと述べた上で、ご自身も「目下婚約中」ということが評価根拠事実であり、「婚約解消済み」との事実は、評価障害事実とはなりえないことを明確に述べられる。

(18) 賀集 要件事実四八頁。

(19) 遠藤二四一頁ないし二四四頁。

(20) 吉川一六一頁ないし一六九頁。

(21) 松本 松本六七頁ないし七〇頁。

4 過失の「一応の推定」の理論及びその応用範囲

過失の「一応の推定」の研究の先駆者である中野貞一郎大阪大学名誉教授は、不法行為の要件としての「故意・過失」の証明責任は被害者たる原告が負うというのが通説・判例である一方、「故意・過失」というような加害者の主観的事情を被害者側において確実に立証するのが極めて困難な場合が少なくない、しかし、実際の裁判例で

は、立証責任の形式的適用により原告を敗訴させているわけではなく、むしろ、ある程度の状況事実が証明されれば、一応、過失が推定されるものとし、反証のないかぎり加害者たる被告は責任を免れないとしている場合が多いことを、この理論の出発点として指摘される。⁽²²⁾

すなわち、「不法行為の要件である『過失』について、「原告側は、行為の客観的な事情を証明しさえすれば、被告の故意または過失があった」という主観的要件事実の証明として一応十分で、その反面、被告側としては、積極的に故意過失がなかったという事実あるいは故意過失がなかったことを推認させる事実を立証しなければ、敗訴の責を免れない」というのが、同名誉教授による「過失の一応の推定」の定義である。⁽²³⁾

中野名誉教授は、「過失」という観念は、「信義誠実」「公序良俗」あるいは「正当の事由」などと同じく、ひとつの「価値充填を要する」概念であって、そのままのかたちでは、具体的事案における裁判にさいし、これをそのまま大前提とし具体的事実を小前提として事実判断をすることができず、その法律要件を規定するにあたり経験則が適用される、例えば「善良な管理者」の注意義務の内容は、山林の伐採にあたる通常の山林業者が、電車を運転する通常の運転士が、あるいは患者に注射する通常の医師が、どのような注意をなすべきかという、取引上、技術上の経験則によって決まるため、具体的事案につき過失の認定をなすには、単に事実関係を確定するだけではならず、この事実関係を小前提として過失の有無を判断するための大前提となる具体的法命題が、過失の観念のもとに、右のような取引上、技術上の経験則を助けとして裁判官により形成されなければならないため、過失の認定は、不特定概念を用いて要件を構成した法規の解釈問題であることを明記される。⁽²⁴⁾

また、中野名誉教授は、「過失の一応の推定」における要件事実の抽象的認定の許容と特段の事情についての留保という問題は、因果関係の「一応の推定」にも共通しており、解約申入についての「正当事由」(借家一条の二)

のような不特定概念で構成された要件事実に関して「一応の推定」がなされる場合も同様であろうと述べられ、規範的要件事実全般に当てはまることを示唆される。⁽²⁵⁾

すなわち、この「過失の一応の推定」の問題は、規範的要件事実のいわば代表例である不法行為における「過失」について、原告が請求原因として主張すべき事実は何か、そして被告が主張すべき事実は何かという法的解釈の問題と直接に結びついており、規範的要件事実についての主張・立証責任の分配を考えるにあたっては、この「過失の一応の推定」の問題や、従来、この理論の適用として処理されていた事例に関する検討、そして、「過失の一応の推定」の理論と「主要事実説」との整合性を検討することは不可欠と思われるのである。

(22) 中野貞一郎「過失の『一応の推定』について」同『過失の推認』（弘文堂）一頁ないし二頁。以下「中野」という。

(23) 中野四頁。

(24) 中野四〇頁ないし四一頁

(25) 中野二二頁

5 「主要事実説」を前提とした場合における過失の一応の推定とされる

事案の主張・立証責任の分配

中野名誉教授が「過失の『一応の推定』について」において、「過失」について、当該規範的評価自体を主要事実と捉えているのか、それとも評価根拠事実を主要事実と捉えているかは、同論文中では明確に述べられていない。

しかし、「過失の一応の推定」に関する学説の動向等を整理し、新たな問題の提起を試みた中西正東北大学教授（当時）は、民法七〇九条が規定する過失の要件事実が何であるかという問題は、「過失の一応の推定」の議論の理論的前提であり、過失の要件事実は、法的評価を基礎づける事実であること、また、規範的要件事実については「主要事実説」をとることを明らかにした上で、その基礎づけとなる具体的事実について検討される。

そして、同教授は、従前の判例を分析した上で、判例は「過失」の認定にあたり、①当該訴訟の事実関係において被告たる加害者の行った行為を特定し、②その事実関係において結果ないし損害の発生を回避するためにとるべきであった行為を特定し、③この①と②が不調和であれば過失を認めるという定式に従っているが、この定式によれば、「過失」を基礎づける事実（要件事実）は、①「被告が結果を回避するためとるべきであった行為を特定する上で必要不可欠な事実」と、②「被告が現実に行った行為」により構成され、そして、結果回避のためとるべきであった行為（行為義務）の特定や、特定された行為と被告が現実に行った行為が不調和であるか否かの判断は、事実の問題ではなく、評価あるいは法律解釈の問題となるが、それでも、行為義務は過失の要件事実として取り扱われるべきであり、①は行為義務を基礎づける評価根拠事実と、それに対する抗弁として位置づけられる評価障害事実により構成されるべきものとする。そして、これらの事実は、当該行為義務の存否を基礎づけるものであり、この行為義務自体が攻撃防御の目的として特定された上で、主張されていないならば、合理的な審理は不可能となるので、このような行為義務自体を過失の要件事実と解することにより、弁論主義の第一テーゼ（主要事実については必ず当事者の主張を必要とし、当事者が主張しない事実は、それが主要事実であるかぎり、裁判所は判決の基礎としてはならないという原則）が満たされるとされる。

すなわち、中西教授は、民法七〇九条の「過失」の要件事実は、（a）被告の行為義務自体と、それを根拠づけ

る評価根拠事実、それに対する抗弁的位置づけを有する評価障害事実と、(b) 被告が現実に行った行為などに
り構成され、そして、(b) の要件事実は、基本的に過去の一回的事実の存否の問題となり、直接証拠がない場合
には、間接事実を用いた事実上の推定が問題となることもあり、また、被告自身の行為の立証であるから、その行
為が公然と行われた場合などを除けば、原告にとって利用可能な直接証拠は少なく、間接事実による立証が定型的
に要求される場合であり、举证者には資料が全くないため証明度に達する立証が困難である一方、相手方は豊富な
資料を有しながら自分に証明責任がないという理由で立証活動を傍観する場合も、少なからず生じ、このような場
合は、証明度の軽減、事案解明義務、反証提出義務が検討されるべきであろうが、これはそれぞれの法理の問題で
あり、一応の推定として一括して議論されるべき理由は特になく、これらの個々の法理が適用されない限り、通常
の場合と同様の事実認定が行われるべきとする。

一方、中西教授は、(a) の要件事実については、評価根拠事実や評価障害事実自体は、過去の一回的事実の存
否の問題であるが、そこから原告が主張する行為義務が認められるか否かは、一般条項に基づく規範的判断であ
り、前者の場合、(b) の要件事実の場合と同様、直接証拠がない場合には、間接事実による推認を利用すること
となり、(b) で述べたところが妥当する場合もあるが、後者は一般条項に基づく規範的判断であり、そこで行わ
れるのは、事実認定ではなく、法的判断なので、事実上の推定という概念を容れる余地はなく、ここでは、原告と
被告の利益を公平に調整する行為義務が認められることになり、これは実体法の解釈の問題となる、この場面で、
どの事実を評価根拠事実とし、どの事実を評価障害事実とするかは、規範の趣旨・目的などの実体法的判断と、価
値判断の基礎となる事実についての証明責任の分配の公平さなどの訴訟法的判断に基づいて、決定されるべきであ
り、この場面で用いられる「推定」は、当該(評価根拠)事実のみで行為義務が根拠づけられ、その行為義務を否

定するためには、被告が別の事実を評価障害事実として主張、立証せねばならないことを意味し、まさに価値判断の基礎となる事実についての証明責任の分配に関する問題であるとされる。

このように、中西教授は、「過失の一応の推定」を「過去の一回的事実の存否の問題」と「一般条項に基づく規範的判断」の問題に分類し、被告の行為義務の根拠づけに関し、どの事実を評価根拠事実とし、どの事実を評価障害事実とするかについては、後者の問題に含め、「価値判断の基礎となる事実についての証明責任の分配に関する問題」とされるのである。²⁶⁾

同教授の見解は、規範的評価に該当するか否かの最終的判断については、評価根拠事実、評価障害事実、その他の周辺の事実を総合して行われるべきとする前記吉川裁判官による論稿と基本的視点は一致していると考えられる。

ところで、その判断の基礎となる訴訟資料、証拠資料については、審理開始時、弁論終結時においては、全く異なっていると考えられ、どの段階において、どのような基準に基づいて判断をなすべきかを検討する必要があると思われるのである。この点を踏まえて、評価根拠事実、評価障害事実の分配や、規範的評価に該当するか否かの判断はどのようにあるべきかを後述したい。

なお、中西教授の論稿は、民法七〇九条における「過失」の主張・立証責任は原告にあるとする民法の基本法理を崩さずに、「過失の一応の推定」を説明でき、基本的に賛成できるが、(a)の行為義務を根拠づける評価根拠事実、それに対する抗弁的位置づけを有する評価障害事実と、(b)の被告が現実に行った行為を厳密に峻別することはできず、両者がオーバーラップすることもありうると思われる。例えば、被告が現実に行った所為により、その行為義務が根拠づけられることもあると思われる。

(26) 中西正「過失の一応の推定」『鈴木正裕先生古希祝賀 民事訴訟法の史的展開』(有斐閣) 六〇〇頁ないし六〇三頁。以下「中西」という。

6 従来「過失の一応の推定」とされていた事例についての

主張・立証責任の分配に関する分析

(1) 天井裏からの火災発生的事例

公刊された判決の中で、初めて「過失の推定」についての一般論を展開した事例は、大判明治四〇、三、二五民録一三輯三二八頁といわれる。この事例は、原告方の屋根裏の電灯線の真上に当たる箇所より発生した火災により、家屋が消失したことを理由に、電灯線を設置した電灯会社に対して損害賠償を請求した事件において、第一審は損害を生ぜしめたものが一般的に危害を惹起する虞のあるもので、その制御は全て被告(電灯会社)の手中にあり、発生した損害は通常過失がなければ発生しないものであり、如何にして発生したかが説明困難な場合は、過失は被告にあると推定すべきであると判示し、請求を認定した。しかし、控訴審は、電線より発火した原因としては、設備の不完全、電気器具の使用方法の誤り、雨漏りその他の湿気、鼠による電線の故障など、様々な場合があり得るのであり、電線より発火したという事実から電灯供給者の過失を推定することはできないとして原審を覆し、請求を棄却するに至った。大審院は、原判決を支持して、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、原告は過失があったという事実を立証する責任を負う。しかし、損害が被告に過失がなければ通常生ずることがないという事情が存在する場合には、その損害は一応、被告の過失によるものと推定できるとはいえ、このような推定を可能ならしめる事実の存在は、まず原告が立証する責任を負うとした上で、結論については、控訴審判決を支持

し、この件は、失火責任法の適用のある事案であり、原告は、被告の重大な過失を立証しなければならず、被告に重大な過失なくしては、失火は生じなかったというような事情の存在は認められないと判示した。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

この判例において、注目すべきは、「被告の過失の推定を可能ならしめる事実の存在」については不法行為の原則どおり、原告が立証責任を負うとしたことと思われる。すなわち、過失を基礎づける客観的、外形的事実そのものについては、原告が立証責任を負うことを意味することとなる。

また、この事件の具体的な結論であるが、本件が、失火責任法が適用される事案であり、同法の「重大な過失」については、「故意に近い著しい注意欠如の常態」と解するのが立法趣旨、判例である以上、漏電火災の事件に、「故意に近い著しい注意欠如の常態」に該当するような重過失がないと判示されたのはむしろ当然であり、本件は、具体的事例としては、「過失の一応の推定」が適用されるべきか否かの参考とはなりえないと考える。⁽²⁹⁾

(2) 他人所有の山林の伐採の事例

大判大正七、二、二五民録二四輯二八二頁、大判大正九、四、八民録二六輯四八二頁等は、被告が伐採した立木があつた場所は、原告の所有地であつたことが認定された事案であるが、後者の判例は、何ら利害関係のない被告が原告所有の樹木を恣に伐採した場合、この事実より被告に樹木を伐採するにつき故意または過失があつたことを推認することができる。そして、故意または過失は、不法行為の要件であるから、その存在を証明する責任は原告にあるといふべきであるが、これらを推認すべき事実を立証した場合、原告はその立証責任を尽くしたといふべきであり、被告がその不在の反証を提出しない限り、故意または過失を推認するのは違法ではないと判示したことにより、まさに「過失の一応の推定」が適用された先例的事案とされる。⁽³⁰⁾⁽³¹⁾

中野名譽教授は、この他人所有の山林での立木の伐採について、とにかく、「他人の所有山林を恣に伐採した者は、不注意のためにその山林が他人の所有に属することを知らないでやるのだ」という経験則が十分な蓋然性を伴って存在するとすれば、境界石の存在や甲乙の所有山林の隣接状況を認定することなしに甲の過失の認定をすることができるが、山林の境界というものがしばしば甚だ不明瞭で、それじたいが紛争の対象となることが多いのは、言わば常識にであるため、このような経験則の存否ないし蓋然性は疑わしく、伐採者が必要な注意を払っても他人所有の山林と知りえなかつたという事態の可能性が十分残っており、一般的な経験則だけでは、被告の過失を認定できないことを認める⁽³²⁾。

しかし、原告が認識可能な領域に存する事実からすれば、「過失」に該当する具体的事実として、「被告が伐採した立木があつた場所は、原告の所有地であつた」(すなわち、この立木は原告の所有であつた)、そして、「被告はその山林とは何らの利害関係を有しない者であつた」という点以外の事実を主張・立証をすることは、類型上、困難と考えられる。すなわち、被告が、どのような認識に基づいて自己に伐採の権原があると認識して、伐採に踏み切つたのかに関する事情は、被告の内心に属することで、原告がこれを主張・立証することは実質上、不可能に近いといえよう。

逆に、被告の側は、自らが山林の伐採に踏み切つた際の事情や被告自身の認識、すなわち「必要な注意を払つても他人所有の山林と知りえなかつた」ことを基礎づける事実を容易に主張・立証することが可能である。

なお賀集裁判官が前記論稿で説かれるとおり、不法行為の「過失」を客観的な結果回避義務違反とすれば、「他人が所有する山林を伐採することにより、その所有権を侵害しないという義務」が存したと解し、「被告は、これに違反して、被告は原告所有地における流木を伐採したこと」を「過失」と捉え、このような抽象的義務違反とし

利の相手方が会社か役員個人か識別困難で、保全を必要とする緊急性が高かった事案について、「一般に仮処分命令が異議、上訴手続において取り消され、あるいは本案訴訟において原告敗訴の判決が言い渡され判決が確定した場合には、他に特段の事情のない限り、仮処分の申請人に過失があったとするのが相当である。しかし、申請人が当該仮処分の申請をしたことにつき相当な事由があった場合はこの限りではない。」と判示した上で、当該事案においては、「仮処分の相手方とすべきものが会社であるかその代表者であるかが、相手方の事情など諸般の事情により極めてまぎらわしいため、申請人がその一方を被申請人として仮処分を申請し、これが認容され執行された後で、本来他方が相手方であったと判明したような場合には、相当な理由があったといふべきである。」として、申請人に「相当な理由があった」ことを認めたのである。⁽³³⁾⁽³⁴⁾

中野名誉教授は、権利の存在といったことは専門法律家をもってしても容易に判定できない事態が多いことは常識であるとの指摘をした上で、敗訴に終わるような訴えを提起したとか不当な保全処分を執行したという事実が証明されただけで、行為者の「過失」につき裁判官が合理的疑いを容れないほどの確信を得ることは考えられないと述べられ、この仮処分命令の取消や本案訴訟敗訴の事例については、客観的事実のみから過失を推認できるという経験則の存在そのものを否定される。⁽³⁵⁾

しかし、先の他人所有の山林での立木伐採と同様、保全処分の執行を受けた原告に認識可能な領域にある事実からすれば、「被告は原告の財産に対し、保全処分を執行したが、その後、保全処分が取り消され、あるいは本案訴訟に敗訴した」という客観的事実以上の主張・立証をすることはおよそ困難であると解される。どのような認識で、保全処分を執行したのかに関する事情は、被告の内心にあるのが通常であり、あるいは仮に客観的事実が存したとしても、原告ないし第三者には認識困難な領域に存するからである。

一方で、被告は、どのような意図、認識により、保全処分を執行したかについては、自己の内心、あるいは被告の内部に存し、自己のみが認識可能な事実により、容易に主張・立証することが可能であることが多いと思われる。

この保全処分の不当執行についても、賀集元裁判官が述べられるとおり、「過失」を「結果回避義務」と捉えた上で、「実体的権利（を立証できるだけの証拠）に基づかない保全処分の執行により、他人の所有権を侵害するといふ結果を回避する義務」を想定し、この義務に違反して、「保全処分を執行したが、その後、取り消され、または本案訴訟に敗訴し、実体的権利を有しないことが確定した。」と解することもできると思われるのである。

また、前記最高裁判例による「相当な理由」とは、賀集元裁判官による、原告の所有権を侵害する事態が生ずることについての、「予見可能性の不存在」を基礎づける事実と解することもできよう。前述の最高裁判例によれば、「仮処分の相手方とすべきものが会社であるかその代表者であるかが、相手方の事情など諸般の事情により極めてまぎらわしいため、申請人がその一方を被申請人として仮処分を申請し、これが認容され執行された後で、本来他方が相手方であったと判明した」場合は、この「予見可能性の不存在」を基礎づけるものといえることができると思われる。

そして、仮に原告が「被告は原告の財産に対し、保全処分を執行したが、その後保全処分が取り消され、あるいは本案訴訟に敗訴した」事実を立証し（これは容易に立証できよう）、被告が「相当な理由」、例えば前記最高裁判例の事例であれば、「仮処分の相手方とすべきものが会社であるかその代表者であるかが、相手方の事情など諸般の事情により極めてまぎらわしいため、申請人がその一方を被申請人として仮処分を申請し、」たことを基礎づける事実を主張したが、その立証に失敗したならば、裁判所は、原告による客観的事実の立証と被告の立証失敗の両者

を踏まえて、被告の所為が「過失」に該当するとの認定をすることが可能となると考えられる。

(4) 医療過誤訴訟の事例

(ア) 最判昭和三二、五、一〇民集一一卷五号七一五頁は、被告が施した皮下注射の直後、原告が発熱疼痛を訴え、その後化膿して切開手術を行ったが、ついに機能障害を残したという事例であるが、原審が、被告が最初に注射を行った際、その注射液が不良であったか、注射器の消毒が不存在であったかのいずれかの過失があったと認定した点につき、最高裁判所は、注射液の不良、注射器の消毒不完全とともに診療行為の過失となすに足るものであるから、そのいずれかの過失であると推認しても、過失の認定事実としては、不明または未確定といふべきではないとした。⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾

(イ) 最判昭和三九、七、二八民集一八卷六号一二四一頁は、分娩のため入院した原告に、被告が無痛分娩の方法として脊髄硬膜外麻酔注射をしたところ、原告はブドウ球菌に感染し脊髄硬膜外膿瘍などに罹患したという事例であるが、原審は、まず、当該注射部位に膿瘍ができ、そこにブドウ球菌が繁殖し、それにより脊髄硬膜外膿瘍などに罹患したという事実を認定し、そして鑑定に基づき、注射の部位に膿瘍ができ、そこにブドウ球菌が繁殖する経路を、①注射器具、施術者の手指、または患者の注射部位の消毒不完全、②注射液の不良、汚染、③空気中のブドウ球菌の付着、侵入、および④患者自身の保菌の四つの場合に限定し、②③④を否定した上で、補強する証拠を挙げて、①を経路であると認定し、そうだとすると診療に従事すべき医師として当然なすべき注意義務を怠った過失があるとして、原告の請求を認めた。最高裁判所は、原審の事実認定について、個々の具体的事情を検討して②③④が経路であることを否定し、最も可能性のある①を経路と認定することは、医療行為の特殊性に鑑み

ても十分是認しうるところであり、挙示する証拠に鑑みても、①を経路とした原審の事実認定は正当であるとした上で、注射の際の医師による消毒の不完全を理由とする損害賠償請求を認容する判決において、消毒の不完全が注射器具、施術者の手指もしくは患者の注射部位のいずれに存するかを確定しないで過失を認定しても、違法とはいえないと判示した⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾

(ウ) 中野名誉教授は、前記判例が述べる、注射により化膿し障害を起こしたという客観的事情が証明されており、これに対する経験則の適用によって、一応推定されうるすべての可能な事実が過失として評価されうるものであるならば、それらの事実を特定掲記して「いずれかの」過誤があったというか、不特定のまま「なんらかの」過誤があったというかは、表現の問題にすぎず、「注射液の不良と注射器の消毒不完全のいずれか」とか、「注射器具の消毒不完全、施術者の手指の消毒不完全……のいずれか」というような、存在しえた具体的過誤のすべてを網羅したとも思えない選択的挙示をする必要は必ずしもなく、損害を生ぜしめる原因となった注射が、医師としての通常の注意（注射器具等の消毒なり注射液の性状などについての）さえ守ればつねに安全確実な診療行為であることが、現代の医学上、学理的・臨床的に確認されている周囲の行為、すなわち、被告に過失がなかったなら、通常は損害が生じない事情があり、かつ医師側の反証が効を奏しなかった以上、医師の側に問題の注射をなすにつき、「なんらかの」過誤があったという認定も可能であったと解説される⁽⁴⁰⁾。

中野名誉教授は、①注射により化膿し障害を起こしたという客観的事情が証明されていること、②注射器具の消毒なり注射液の性状などについて、医師としての通常の注意（注射器具等の消毒なり注射液の性状などについての）さえ守ればつねに安全確実な診療行為であることが、現代の医学上、学理的・臨床的に確認されている範囲の行為であること、③医師側の反証が効を奏しなかったこと、の三点に着目して、前記判例の結論を妥当と解しているの

である。

一方で、中野名誉教授は、自由心証主義も、経験則に従わなければならない、その具体的内容としては、経験則上必然的なものは必然的として、蓋然的なものは蓋然的として、可能的なものとは可能的なものとして事実判断をすることを意味するが、経験則上になが必然的であり、なが蓋然的あるいは可能的であるのかは、その経験則自体によってつねに一定しているわけではなく、かえって、各個の訴訟における証明の状況全般のなかでその経験則の蓋然度が決まってくるものと思われることを述べられる。そして、前記医療事故裁判（皮下注射）の例について、「皮下注射をしたあとが化膿して障害を生じたときは、原則として、その注射をした医師の側になんらかの過失があったものである」との経験則の蓋然性は、一般にかなり高いといえるが、これだけで、医師側の過失について、通常人が合理的な疑いをさしはさまない程度の心証がつねに得られるとはかぎらず、当該訴訟で具体的な過失事実を認定するための間接証拠の収集が可能ならば、「医師の側になんらかの過失があったものである。」との経験則の作用は減退し、あるいは、証拠に近いと考えられる被告の医師側で積極的に無過失の立証に務めていないといった事情があれば、それが同経験則の作用を著しく補強する方向に働くこと、すなわち、経験則の作用は、原告あるいは被告の立証可能性や、個別の訴訟における原告ないし被告の具体的立証活動により変動することを指摘されるのである。⁽⁴⁾

つまり、個別の訴訟において、原告が、被告たる医師の過失を基礎づける具体的事実（主要事実説によれば、これは間接事実ではなく「評価根拠事実」として主要事実となる）を主張し、原告自らこれを立証するための証拠の収集が可能状況であれば、「医師の側になんらかの過失があったものである。」との経験則の蓋然性は減少し、一方、被告たる医師が「評価障害事実」の立証を十分にできなかったならば、この経験則の作用を強化することとなる。

前記(ア)の事例については、原告側は、自身が認識可能な領域からは、「被告である医師が、自己に注射をした際、化膿を生ぜしめる不良な注射液が自己の体内に注入された」という客観的事実以外の事実を主張し、立証するための証拠を収集することは、およそ困難といえることができる。そして、この客観的事実に基づき、被告たる医師の義務違反としては、「化膿を生ぜしめるような不良な注射液を患者の体内に注入させないよう配慮する義務」に違反したという結果回避義務違反を構成できよう。一方、被告たる医師側は、自身のみが認識可能な領域に属する事実により、その注射液は、製薬会社から納入された際に、既に不良であったものであり、医師には注射液の不良を発見できる可能性がなかったこと等を主張・立証できる場合もあろう。

(イ)の事例の場合、やはり原告側は、自身ないし第三者が認識可能な領域からは、「自己が無痛分娩の方法として、脊髄硬膜外麻酔注射を受けた際、ブドウ球菌が体内に混入した」という客観的事実以外を主張・立証することは困難であるといえる。そして、この客観的事実に基づき、被告である医師が、「注射をする際、注射部位及びこれに接触する可能性のある物について、十分な消毒をする義務」に違反したとの結果回避義務違反を構成することができると思われる。反面、被告たる医師側は、自身が認識可能性を有する領域に属する事実により、このブドウ球菌の混入は、医師の所為とは無関係であること(ブドウ球菌の混入が前記②ないし④に起因すること)を主張・立証できる場合が多いと考えられる。

もし、原告側が、これらの客観的事実を立証でき、一方、被告たる医師が、上記事実を十分に立証せず、あるいは立証に失敗した場合、中野名誉教授が上記述べられるとおり、経験則の作用が補強され、裁判所は原告の立証成功と被告の立証失敗の両者を斟酌した上で、規範的要件へのあてはめを行い、被告に「過失」が存するとの認定をすることが可能な場合もありうると思われるのである。

(27) 中野四頁ないし六頁。

(28) 中西五八四頁。

(29) 群馬弁護士会編「火災の法律実務」(ぎょうせい)四八頁ないし四九頁は、失火責任法の当初の法案には、重過失を除外する旨の規定はなかったが、政府委員の富井政章委員、梅謙次郎委員らの提案により、重過失は免責されないこととなった経緯を説明し、「法律家の目から見ると重過失は悪意なりといって悪意とほとんど選ばぬ大不注意である。火を以て色々と営業をしている者が普通人がなすべき注意もしないで火を取り扱っている場合は、殆ど求めて火をつけるのと同じようなものである。」(衆議院民法中改正立法案外一件審査特別委員会速記録一号二二七頁、明治三十二年一月

二六日)とか、「重過失と悪意は殆ど同じであり、誰が見てもあんなことをしては直に火事が起るに決まっているというような杜撰な不注意をしていた者が、これを全く顧みず、火事だから仕方がないというのは不都合である(第一三回帝國議會貴族院特別委員会速記録八卷、一八五頁、明治三十二年二月一四日)との立法過程を紹介し、失火責任法の立法当時、重過失は故意に近い概念として捉えられていたことを述べる。

そして、最高裁の判例も、「重大な過失とは、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見過ごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の常態をさすと判示している(民集一一卷七号一一〇三頁)。

(30) 中野六頁ないし七頁。

(31) 中西五八四頁ないし五八五頁。

(32) 中野四二頁。

(33) 中野七頁ないし八頁。

(34) 中西五八五頁ないし五八六頁。

(35) 中野四九頁。

- (36) 中野八頁ないし九頁。
- (37) 中西五八六頁。
- (38) 中野八頁ないし九頁。
- (39) 中西五八六頁ないし五八七頁。
- (40) 中野一〇頁。
- (41) 中野四六頁。

7 従来、間接反証の一例とされていた事案のうち、「主要事実説」をとった場合、
評価根拠事実と評価障害事実の主張・立証責任が問題となる事例について

(1) 竹下名誉教授は、A会社の代表者Yが同社所有の乗用車を運転し、深夜、商談の相手方Bをその自宅に送っていく途中、道路左側の崖から転落し、Bを死亡せしめた事例を挙げられる。この事例において、Bの妻XからYに対する民法七〇九条に基づく損害賠償請求訴訟において、XがYの運転中に車が転落したことを立証すれば、Yの「過失」が推認されるのに対し、Yが、自動車転落したのは、その直前にYの車を追い越したトラックが、その左後方をYの車の右前方部に接触させたためであるという別の事実を主張・立証することに成功し、Yに「過失」が存するか否か、真偽不明に持ち込んだ事例を、間接反証の一例とされている。⁽⁴²⁾

しかし、私は、規範的要件事実について、「主要事実説」をとり、「過失」を構成する具体的事実を主要事実と解する以上、これは間接反証の事例にはあたらないと解するものである。一方、崖からの転落の原因は、Yによるス

ピードの出しすぎ、居眠り運転、ハンドル操作の誤り、ブレーキを踏むのが遅れたこと等、様々な原因が考えられるが、XはYの「過失」を基礎づける評価根拠事実として、「Yが運転中に、自動車が道路左側の崖から転落した」ことを主張・立証すれば、「運転中に崖から転落した」ということは、運転者に何らかの「過失」が存在したという蓋然性が大変高いため、「YがBを乗用車で自宅に送ってゆく途中における、Yの自動車運転に際しての操作の誤り」を「過失」の認定事実とする「概括的認定」として把握すべきではないかと考えた。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

この事例は、中野名誉教授の「過失の一応の推定」の中の、医療過誤の事例と類似していると思われる。

竹下名誉教授が挙げられた事例においては、事故の被害者本人であるBは死亡しており、その遺族であるXは、自己に認識可能な事実からは、「Yが運転中に、自動車は道路左側の崖から転落させた」ことしか主張・立証できないと思われる。それ以上、すなわち、居眠り運転、ハンドル操作の誤り、ブレーキを踏むのが遅れたこと等をXないし第三者に認識可能な事実から主張・立証することは類型上、不可能といえよう。

また、被告の結果回避義務としては、「YがBを乗用車で自宅に送ってゆく途中における、Yの自動車運転に際しての操作の誤り」を構成できるかと思われる。

これに対して、自動車を運転していたYは、自身のみが認識している事実から、「自動車が転落したのは、その直前にYの車を追い越したトラックが、その左後方をYの車の右前部に接触させたためである」ことを容易に主張・立証することが可能と考えられる。

(2) 倉田元裁判官は、他人の所有地内で木材が伐採されたことが確定すれば、それだけで故意過失につき一応の推定が生ずるが、被告が、例えば、以前境界に争いがあった頃自分の所有地と信じて植栽したとか、付近の立木を買い受け、明認方法を施した際、人夫が誤って施したとか、何らかの伐採権ありと信じたのも一応無理がなかつ

たと思わせる特段の事情を立証することにより過失の推定を免れることができ、これを間接反証の一例とされているが、これは、まさに中野名譽教授による「過失の一応の推定」の一例でもある⁽⁴⁵⁾。

(3) 元木伸元裁判官は、不当利得返還請求訴訟における「法律上の原因のないこと」について、この要件の立証責任は原告にあるが、かかる利得についての法律上の原因の欠如が利得行為そのものから直ちに明らかとなる場合、例えば、被告が、原告所有の土地にある砂を発掘したとか、原告の預金通帳を払い出したような場合には、発掘や払い出しを正当化すべき事由は被告において証明すべきであり、この立証を間接反証とみる余地があるとされている⁽⁴⁶⁾。

しかし、私は、「法律上の原因のないこと」を規範的要件事実と解し、これを基礎づける事実を主要事実として捉えるべきと考えた。すると、「法律上の原因のないこと」を基礎づける具体的事実である「被告が、原告所有の土地にある砂を発掘した」、「被告が原告の預金通帳を払い出した」事実が請求原因事実、発掘や払い出しを正当化する具体的事実が抗弁となると解した。

この事例も、原告は、自らが認識可能な外形的事実である「被告は、原告所有の土地にある砂を発掘した」、「被告は原告の預金通帳を払い出した」との事実を請求原因として主張・立証し、被告は、その内部事情に属し、被告自身のみが認識可能な事実である「発掘ないし払い出しを正当化する具体的事実」を主張・立証すべきという評価根拠事実、評価障害事実の分配がなされたものといえるかと思われる。

(4) 賀集元裁判官は、牛乳小売業者が仕入先に対し、現在及び将来の債務の担保として、店舗その他の資産を増担保に供した行為につき、詐害行為の正否が争われた事案(最判昭四四、一二、一九民集三三、一二、二五一八)について、新債務のため全財産を譲渡担保に供したという詐害行為性を一般的に推認させる定型的行为に対し、更

生のためやむなしという特段の事情を証明して、反証に成功した事例を、間接反証の一例として挙げられた⁽⁴⁷⁾。

しかし、私は、「主要事実説」によるならば、「被告が仕入先に対し、現在及び将来の債務の担保として、店舗その他の資産を増担保に供した行為」が詐害行為の請求原因（評価根拠事実）、「更生のためやむなしという特段の事情」を基礎づける事実は抗弁（評価障害事実）であると解することができる⁽⁴⁸⁾と解した。なお、大江忠弁護士も、「第二版要件事実民法（中）債権」において、このような主張整理をされている⁽⁴⁹⁾。

この事例についても、原告は、自身が認識可能な外形的事実である「被告が仕入先に対し、現在及び将来の債務の担保として、店舗その他の資産を増担保に供した行為」を主張・立証したならば、被告側は、被告のみが認識可能なその内部事情である「更生のためやむなしという特段の事情」を基礎づける事実を主張・立証すべきという「評価根拠事実」、「評価障害事実」の分配がなされたものといえるかと思われる。

(5) 竹下名誉教授、賀集元裁判官は、公害訴訟における因果関係について、被告企業の排出行為から原告の発病・損害発生に至るまでの因果の流れを(イ)被害発生の原因物質(ないしそのメカニズム)、(ロ)汚染経路、(ハ)企業における原因物質の生成・流出の三つに大別し、このうちの(イ)と(ロ)を原告が証明すれば、残りの(ハ)については、経験則上その推認が可能であるから、被告のほうで、これに対する間接反証を提出しなければならぬとし、間接反証の事例として捉えている⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾。

しかし、「因果関係」を基礎づける具体的事実を主要事実とする「主要事実説」をとるならば、(イ)(ロ)が、原告が主張・立証すべき請求原因事実（評価根拠事実）、(ハ)が、被告が主張・立証すべき抗弁（評価障害事実）として分類⁽⁵²⁾しうる。

この事例も、原告が、認識可能な領域に属する事実たる(イ)(ロ)を原告が主張・立証すべき評価根拠事実、

被告しか認識しえない領域に属する(ハ)の事実を評価根拠事実として、主張・立証責任の配分がなされたとの説明が可能である。

- (42) 竹下一四四頁。
- (43) 大山 間接反証一一一頁、一二二頁。
- (44) いわゆる「概括的認定」、「選択的認定」については、伊藤滋夫「事実認定の基礎」(有斐閣) 一二三頁ないし二四六頁。以下、「伊藤 事実認定」という。
- (45) 倉田 間接反証二四一頁ないし二四二頁。
- (46) 元木四八頁。
- (47) 賀集 間接反証二二一頁ないし二二二頁。
- (48) 大山 間接反証一一七頁、一二六頁ないし一二八頁。
- (49) 大江忠「第二版要件事実民法(中) 債権」(第一法規) 四二八頁ないし四二九頁。
- (50) 竹下 一四四頁ないし一四五頁。
- (51) 賀集 間接反証 一二三頁。
- (52) 大山 間接反証一一一頁ないし一二二頁、一一七頁、一二八頁。

8 規範的要件事実についての主張・立証責任を考えるにあたり、
注目すべき視点

中野名誉教授は、「過失の一応の推定」に用いられる経験則の蓋然度の高さについて前述のとおり、その経験則

の適用が問題となる各個の訴訟における証明ないし証拠収集の難易と相関しつつ決まるとする一方、「過失の一応の推定」を適用すれば、過失の不存在を推測させる事実は、相手方が反証責任を負うことになるから、この法理の採否を決するについて、具体的な過失事実の証拠がないとして権利主張者に対する権利保護を拒否するのが正義に合致するか、それとも、どの範囲の反対事実の可能性を「特段の事情」として相手方の反証責任に委ねるのが公平にかなうか、という根本的な利益考量が結論の妥当性を究極的に支えるとし、当該事例に適用される経験則の蓋然性の高さ、また衡平の概念（証明ないし証拠収集の難易との関係で、どの範囲の反証責任を相手方に負担させるのが公平にかなうか）を踏まえて、この二つの要素との関係で、相手方の反証責任を検討することが、「過失の一応の推定」の正当性を支えると解しているのである。⁽⁵³⁾

自由心証の領域と挙証責任の領域との相関性・連続性ないし係わり合いの様相を究明した山木戸克己神戸大学名誉教授は、「裁判所が他の証拠原因に基づいてある事実の存否につきある程度の心証に達することができ、しかも反証の必要を負う相手方が適切に反証の提出―間接反証事実の主張・証明を含む―をしなければ、裁判所はこの事態をも合せて斟酌することによって、その事実につき証明があったとすることができる」という、自由心証Ⅱ事実認定における経験則の適用を「反証不提出の法則」ないし「反証提出責任」と名づけられ、一方の当事者が、「反証提出責任」を果たさないことにより、裁判所が事実認定をすることも可能であると論じられる。⁽⁵⁴⁾

そして、同名誉教授は、一方当事者が「反証提出責任」を果たさないことにより、他方当事者の主張を証明ありと認定すべきか否かは、事案の具体的内容のほか、訴訟審理の状況、たとえば、挙証責任ある当事者の立証の程度、相手方の反証がどの程度容易であるか、相手方が反証の提出を躊躇するような特段の事情があるかなどによって、一様ではなく、これは裁判官の自由心証の領域に属すると述べられる。⁽⁵⁵⁾

なお、山木戸名誉教授は、上記手法による事実認定の正当性の裏づけとして、刑事裁判の窃盜被告事件において、被告人が窃盜の被害の日時、場所に近接して盜難品を所持していて、それを所持するに至った事情につき合理的な弁解ができなければ、窃盜の要証事実を推定することができるという理論を挙げられている。⁽⁵⁶⁾

前記「反証提出責任」の概念を踏まえ、山木戸名誉教授は、規範的要件事実の証明責任分配基準に関し「当事者は自分の側に存する有利な事実を自分で証明でき、また証明するはずであり、さらにその者に証明を期待すべきである。」という経験則および公平の要請が大きく機能し、「過失」の要件事実においては、ある主要事実から導かれるべき要件事実の判断を阻却する具体的事実で加害者側に存するものについては加害者に挙証責任があり、「正当事由」の要件事実においては、賃借人側の使用の必要性については賃借人側が挙証責任を負うべきと提唱される。⁽⁵⁷⁾規範的要件事実に関する評価根拠事実、評価障害事実の分配については、この山木戸名誉教授の見解を参考にすべきと考える。やはり、経験則や公平の理念を較量される要素とした上で、「自分の側に存する有利な事実は自分で証明でき、また証明するはずである」という証拠法上の経験則により、証明責任を分配することを示唆しているからである。

この「自分の側に存する事実」の意味について、先の「過失の一応の推定」に関する最高裁判例や、従来間接反証の事例とされていたものうち、規範的要件事実について「主要事実説」をとった場合に、請求原因と抗弁として分類できる事例の検討を踏まえて、以下、もう少し、詳細な分析を加えたいと考える。

「訴訟の基礎となる訴訟資料の提出は、当事者の責任であると同時に権能である」という「弁論主義」が適用される民事訴訟の場合、当事者は、自らに有利な事実をまず主張し、その後で立証しなければならぬ。しかし、当事者は、通常、自らが認識可能な事実しか主張、かつ立証することはできない。一方の当事者は、特段の事情がな

い限り、自己の支配領域にあり、あるいは第三者にも認識可能な領域にある外形的事実しか主張・立証できないことを意味する。反面、相手方の当事者は、自己の支配領域にこれを阻却する具体的事実や、これを立証する証拠があるなら、当然、この主張・立証を行うとの証拠上の経験則がある。

原告は、自己が主張・立証責任のある規範的要件（例えば不法行為における「過失」の「評価根拠事実」に関し、まず、自己の支配領域に属する事実、あるいは第三者に認識可能な外形的事実について、主張・立証する責任を負うと解する（原告自身、あるいは第三者にも認識可能な事実と置き換えてもよい）。不法行為に基づき損害賠償請求をする原告は、被告の「過失」について主張・立証責任を負うものである以上、たとえ自己が直ちに認識可能でなくとも、第三者に認識可能な事実であれば、これを探索した上で、主張・立証すべきと解するのが相当だからである。

もちろん、この支配領域というのは、空間的のみならず、時間的概念も念頭に置いたものである。例えば病院の手術において、医療事故が起きた後、被害者である患者、あるいは患者が死亡した場合の遺族は、同じ手術室に検証のために入ることが可能な場合もあるが、手術中の経過を再現することはできない。また、医療事故の被害者が生存している場合、でも、自身の支配領域に属するのは、術後の事故の体の状態のみである。患者が死亡した場合の遺族は、遺体を検索し、場合によっては解剖してもらい、その結果を入手することはできるが、やはり手術中の経過を再現することはできない。したがって、手術中の手術室で行われた所為は、医師側の支配領域（被告の医師側のみに認識可能な事実と置き換えてもよい）に属する事実であり、術中に起きた事実については、被告たる医師側が主張・立証しなければならないことを意味しよう。

裁判官の立場からすれば、主張・立証責任の原則により、まず原告に主張・立証責任ある規範の評価を基礎づけ

る事実について、原告に積極的事実の主張（「〇〇が存する」という形の主張）をさせるべきである。原告が主張した評価障害事実に経験則をあてはめ、その不特定概念に該当するのに十分と判断した場合、ないし、自己の支配領域に属するか、あるいは類型的に第三者に認識可能な客観的、外形的事実、及び原告の主観的認識からは、これ以上の主張をすることが困難と判断した場合には、これで原告の主張はひとまず十分とし、被告の支配領域に属する客観的、外形的事実（言い換えれば、原告、第三者いずれにとっても認識不可能で、被告のみが認識可能な領域に属する事実）や、被告の主観的認識について主張をさせるのが相当と解する。原告としては、認識不可能な事実は主張・立証しようとしても不可能である反面、被告は、被告のみが認識可能な領域に属する反対の客観的事実及び自身の内心に属する事実を容易に主張・立証することが可能であるとの証拠法上の経験則があるからである。

伊藤滋夫元裁判官は、「過失の一応の推定」について、「選択的認定」、「概括的認定」との関係でとらえ、この範囲を超える「過失の一応の推定」は認めないとの見解をとられているようである。⁵⁸⁾

ところで、この「選択的認定」、「概括的認定」というのも、このような証拠法上の経験則と、弁論終結時の裁判所の事実認定との関係で説明できるのではないかと考える。すなわち、原告は、自己ないし第三者の認識可能な領域に属する範囲により、評価根拠事実につき、いくつかの具体的原因を選択して主張・立証することまでは可能であり、一方、被告が、自己のみが認識可能な領域に属する評価障害事実について十分な主張・立証をなさなかった結果、裁判所も弁論終結時に、原告主張にかかる事実のいずれかが存在したという心証を抱いた場合が「選択的認定」であり、原告が、自己ないし第三者の認識可能な領域に属する範囲からは、具体的原因の特定ができず、概括的な事実主張をしたが、やはり、被告が、自己の支配領域に属する評価障害事実の主張・立証をなさなかった結果、裁判所は、その概括的事実が存するとの心証に至った場合が「概括的認定」であったということができると

思われるのである。

私の述べる支配領域は、いわゆる従来から証明責任論争において提唱されていた「危険領域説」における「危険領域」、すなわち「第一に、被告が自分の意のままにしている事実的・法的手段によって被害者を配して支配できる空間的・物的領域であり、第二に、被害者に対する関係で被告が支配できる、その間に経過していく成りゆき、とりわけ被告の行動」、「被害者としては、生じた損害の原因がこのような危険領域に淵源することを証明しなければならぬ。それが立証できれば、過失の不存在や法的因果関係の欠缺は被告が証明責任を負うことになる……。」という概念ほど厳格なものではない。⁽⁵⁹⁾ すなわち、原告ないし第三者による認識可能性の有無により分類すべきということである。

「危険領域説」については、その基準が曖昧であることが指摘され、それがこの説が「法律要件分類説」は替わる通説となりえなかった原因と言われているが、私は、前記基準を証明責任全般に適用することを提唱しているのではなく、元々明確な分配基準を定立できなかった「規範的要件事実」に関する「評価根拠事実」と「評価障害事実」に関してのみ適用できるのではないかと述べるのみである。

かつ後述のとおり、1回目は、主張整理、証拠調べ開始前、2回目は口頭弁論終結時と、2回にわたり、評価根拠事実が規範的評価へのあてはめとして十分か否かの規範的評価を行うならば、個々の事件を担当した裁判官が行った評価の結果や、プロセスを、第三者が検証することは相当程度可能であり、それほど曖昧との誹りを受けることもないのではあるまいかと考えている。

以上、まとめると、規範的要件事実についての主張・立証責任の分配基準は、以下のとおりとなろう。

(1) 客観的事実：①原告自らの排他的支配領域にある事実（原告のみが認識可能な事実）、②原告、被告いずれ

の支配領域にも属しない事実（原告、あるいは第三者に認識可能な客観的事実）、③被告の排他的支配領域に関する事実（被告のみが認識可能な事実）

規範的評価自体について、主張・立証責任を負う側の当事者（例えば不法行為における「過失」を主張・立証すべき原告や借地借家法の「正当事由」を主張・立証すべき被告が、主張・立証責任を負うのは①、②のみで、③は相手方が主張・立証を負担すると解するのである。

（２） 主観的認識：①原告の主観的認識、②被告の主観的認識

規範的要件について主張・立証責任を負う側の当事者が主張・立証すべきは（１）①②、（２）①に属する事実のみとなる。

もし、このように解しないと、原告は、弁論主義のために要求されている主張責任すら果たせず、全く自らの権利実現の機会を失うことを意味する。

前述のとおり、「過失の一応の推定」の事例とされる事例のうち、他人の森林における立木の伐採、保全処分 of 不当執行取消などは、単なる経験則では説明できないとされ、むしろ保全処分の不当執行などは、経験則上は無過失が推定されるといえる。それでも、判例が「過失」を推定するのは、原告、被告それぞれの支配領域に属する事実を前提とした双方の主張・立証可能性を踏まえたものと解することもでき、「過失の一応の推定」もこの主張・立証可能性により、説明が可能と思われる。このような双方の類型的な主張・立証可能性に基づき、原告の主張・立証責任について、（１）（２）による分配がなされることにより、事案の妥当な解決が得られるのではないかとと思われるのである。

そして、この「評価根拠事実」、「評価障害事実」が規範的要件に該当するか否かの判断時点であるが、証拠調べ

前の主張整理の段階と、弁論終結時、それぞれの段階における訴訟状態を踏まえて考えることができよう。

すなわち、一回目は、主張整理、証拠調べ開始前、二回目は口頭弁論終結時の二回にわたり、この判断、すなわち、評価根拠事実が規範的評価へのあてはめとして十分か否か、前述の主張・立証責任の分配基準に基づき、規範的評価を行うのである。

当該規範的要件について、原告から「評価根拠事実」として、規範的評価へのあてはめに十分な事実が主張されれば、被告に対し、これに対する「評価障害事実」を主張させ、証拠調べに入ることが当然であるが、仮に、「評価根拠事実」が規範的評価へのあてはめとして不十分だったとしても、原告の支配領域、原告、被告いずれの支配領域にも属さない客観的事実（すなわち、原告あるいは第三者が認識可能な客観的事実）、原告の主観的認識に属する事実が主張されており、それが当該規範的要件と一応の関連性を有する場合には、直ちに主張自体失当とはせず、被告に「評価障害事実」として、規範的評価を妨げる被告の支配領域に属する客観的事実（被告のみが認識可能な客観的事実や、被告の主観的認識を主張させるのが相当と思われるのである）。

例えば、以下の事例が考えられる。

① Yは、Xに対し保全処分を申し立て、執行した。その後、保全処分は、非保全権利がないとして取り消された（本案訴訟で、保全処分の対象となった権利が認められず、敗訴した）。

② Yは、Xが所有する山林を伐採した。

③ XはY証券会社を通じてA社の株（ワラント）を代金一〇、〇〇〇、〇〇〇円で買った。その後、下落して無価値となった。

①、②は過失との関連性を基礎づける、原告の支配領域ないし原告、被告いずれの支配領域にも属さない事実

(原告ないし第三者が認識可能な領域に属する事実)は主張し尽くされている。どのような意図、認識で保全処分を執行したか(①の場合)、どのような認識で伐採をしたか(②の場合)は、被告の支配領域に属する事実、あるいは被告の認識に属するものである。これを被告に主張させるべきである。

③は、過失との関連性を基礎づける、自己の支配領域に属する客観的事実(自らが認識可能な領域に属する事実)すら十分に主張していない。Y証券会社の勧誘で買ったのか、自己の判断で買ったのかわからない。また、どのような勧誘、説明を受けて買ったのかは、原告にも認識が可能であるにもかかわらず、主張されていない。

よって、①、②については、「過失」の「評価根拠事実」を主張したとして、被告に「評価障害事実」を主張させるべきであるが、③については、これだけでは「評価根拠事実」の主張は不十分であり、原告自ら認識可能な領域に属する事実について、十分な主張を尽くさせるべきと考えられる。

こうして、被告に評価障害事実の主張をさせ、仮定として、「原告が評価根拠事実の立証に成功、かつ被告も評価障害事実の立証に成功したならば、これらを規範的要件に当てはめると、該当せず請求棄却、原告が評価根拠事実の立証に成功、そして被告が評価障害事実の立証に失敗したならば、この失敗の事実を斟酌して規範的要件に当てはめた場合、該当性ありとして請求認容する可能性がある」程度の主張が揃ったならば、裁判所は、証拠調べを開始し、原告及び被告に対し、評価根拠事実、評価障害事実の双方について、十分な立証活動をさせるのが相当と思われる。

もちろん、被告は評価障害事実として、原告、被告いずれの支配領域にも属さない事実のうち、規範的評価を妨げる方向の事実を主張・立証することは差し支えない。

また、原告は、被告の支配領域に属する事実であっても、何らかの方法で知ることができた場合には、これを主

張・立証することももちろん認められよう。

そして、証拠調べ終了後の弁論終結時、すなわち、原告、被告の双方が立証を尽くし、それぞれ、どの「評価根拠事実」、いかなる「評価障害事実」を立証できたかが明らかとなった時点において、もう一度、双方が立証することができた「評価根拠事実」、「評価障害事実」を規範的要件に当てはめることとなろう。

この時点では、既に主張を立証する証拠が出し尽くされているのであるから、双方当事人により実際に行われた立証活動の経緯や、立証の容易さを、仮定の問題ではなく、弁論の全趣旨として、現実として考慮することが可能であり、裁判官は、これらを斟酌した上で、再び、「過失」、「正当事由」等の規範的評価に該当するか否かのあてはめを行い、結論を出すこととなろう。

この口頭弁論終結時においては、不法行為における「過失」の事例であれば、被告の評価障害事実の主張、そして立証経緯からして、具体的な「結果回避義務」が特定できている場合も多いかと思われる（主張共通の原則による）。例えば、保全処分 of 不当執行の事例について、被告が、保全処分の相手方を会社か個人か紛らわしかったと主張したが、証拠調べの結果、やはりその区別は比較的容易だったとの判断に至った場合、裁判所は、保全処分に関する相手方を十分調査する義務を怠ったとの事実を認定できるかと思われる。

評価根拠事実の立証が成功、評価障害事実の立証は失敗したなら、原則として、請求認容となろう。評価障害事実が、被告にとって立証容易であるのに、しなかった場合には、山木戸名誉教授が説かれる「反証提出責任」を果たさなかった事実を踏まえた経験則により、原告が主張した評価根拠事実のみにより、「過失」という概念へのあてはめが可能となり、規範的評価の成立を認定できる。

同名誉教授も触れられているとおり、刑事裁判でも、盗品所持の事実と、所持にいたって経緯に関する弁解が不

合理、虚偽であることを合わせれば、その者が窃盗犯人であることが立証できるという事実認定の構造と類似している。⁽⁶⁰⁾

しかし、評価障害事実が、相手方にとって立証容易でないことが、証拠調べの過程で判明した場合、原告の評価根拠事実だけでは、「過失」には該当しないとして、再び「あてはめ」を行い、請求棄却という結論となろう。

評価根拠事実の立証が成功、評価障害事実の立証も成功したならば、原則としては、証拠調べ前の仮定的なあてはめのとおり、請求棄却となる。

ただし、吉川裁判官の言われる「過剰主張」、あるいは規範的评价に影響を及ぼす事実の立証により、双方が立証されても、「過失」という概念への当てはめが可能となったなら、これにより請求認容されることもありうる。

このような構造により口頭弁論終結中の判断を行うならば、判決の段階で、「過失」や「正当事由」等の法律要件自体の証明責任を転換したことはない。

今回、「正当事由」、「公序良俗」等の個別の要件に関する「評価根拠事実」、「評価障害事実」の分配については触れることができなかった。

ただ、実体法の解釈も、このような、実際の訴訟における主張・立証の観点も踏まえてなされるべきと解される。事実認定の容易性と、実体法の解釈は不可分であり、事実認定しやすい実体法の構成をめざすことが重要と思われるのである。⁽⁶¹⁾

例えば、佐久間毅京都大学教授は、表見代理の要件である「正当事由」について、「諸般の事情から客観的に解釈して、相手方が信ずるのがもつともであるといえること」と解した上で、その判断基準について、「……正当事由の判断は相手方に認識可能な事情のみから行うべきだ、ということである。つまり、相手方から看取不能な本人

側の内部事情は、判断要素に含めるべきではない。」と論じていることが注目される。⁽⁶²⁾

このような見解によれば、原告が表見代理に基づいて本人に履行を求める場合、「正当事由」については、原告の支配領域ないし原告、被告いずれの支配領域にも属さない事実」（原告ないし第三者に認識可能な領域に属する事実）を請求原因事実（評価根拠事実）として主張すれば、被告が自己の支配領域に属する事実を主張しても、主張自体失当とならう。

(53) 中野四七頁。

(54) 山木戸克己「自由心証と拳証責任」同『民事訴訟法論集』（有斐閣）三二頁。以下「山木戸」という。

(55) 山木戸三三頁。

(56) 山木戸三三頁。

(57) 山木戸五二頁ないし五三頁

(58) 「過失の一応の推定」と「概括的認定」、「選択的認定」との関係については、伊藤滋夫「事実認定の基礎」（有斐閣）一四〇頁ないし一四九頁、同二三三頁ないし二四六頁。なお、同二二四頁は、選択的認定について「裁判所が、甲事実又は乙事実のいずれかが存在したまたは双方の事実が存在したという心証を抱きながら、そのいずれの事実が存在したかについても双方の事実とも存在したかについても心証を得ることができない場合において、そのいずれの事実が存在したか又は双方の事実とも存在したかということを確認しないまま、甲事実又は乙事実が存在したという方式で行われる事実認定をいう。」と定義され、同二二八頁は、概括的認定については、「選択的認定が甲、乙又は丙という選択的形での認定であるのに対し、甲、乙、丙を包含するある範囲のものという形で認定の対象を捉え、その範囲内における個々の対象を選択的に示さない認定」と定義される。

(59) 中野貞一郎「医療過誤訴訟の手続的課題」同『過失の推定』（弘文堂）二二八頁。

(60) 盗品の所持の事実から、窃盜の要証事実を認定できるか否かについては、渡邊忠嗣／北島佐一郎「贓物の近接所持と窃盜犯人の認定」『刑事事実認定（下）——裁判例の総合的研究——』（判例タイムズ社）八一頁ないし一一五頁に裁判例を踏まえた詳細な分析がなされているので、参考にされたい。同八二頁は、「盜難被害發生後において、被告人が被害物件を所持し、あるいはこれを処分していたという事実が認められる場合、その事實は、被告人が窃盜犯人であることを示す重要な間接事實であるが、とても決定的なものと言うことはできない。被告人が他の事由によって取得した可能性、すなわち窃盜犯人その他第三者から譲り受け又は拾得したものである可能性も大いに存するからである。窃盜否認事件においては、被告人がその様な弁解主張をすることが多い。……しかし、その所持又は処分の日時及び場所が盜難の日時及び場所に近接している（以下、「近接所持」という。）場合には、近接していればいる程、他の事由によって入手するに至った可能性は少なくなるから、窃盜犯人であるとの推定はそれだけ強くなるであろう。そして、現実に盜品を所持している被告人は容易にその入手に至る経緯につき説明し得る立場にあるにもかかわらず、それを合理的に説明し得ず、又はその説明が虚偽であることが判明した場合には、被告人が窃盜犯人であるとの推定はいっそう強度と成るであろう。」と論じられている。

(61) 伊藤滋夫「事實認定と実体法」『司法研修所論集 創立五十周年記念特集号 第一巻 民事編Ⅰ』（法曹会）一頁ないし四六頁。なお、具体例としては、伊藤滋夫「民事占有試験（下）」『ジュリストNo. 1660』（有斐閣）八四頁ないし九二頁において、民法解釈上の難問とされている、占有の要件に関する「自己のためにする意思」について、その不在を抗弁とすることにより、占有が問題となる各事案について妥当な結論を得られることを提案されている。

(62) 佐久間毅「代理取引の保護法理」（有斐閣）一三三頁

9 最後（主要事実説に対する反対説を踏まえて）

最後に、主要事実説を批判される松本教授に対する一応の応答を試みたい。前述のとおり、主要事実説を維持できるか否かは、松本教授の三点の批判のうち、②恣意的な要件事実の細分化が行われることとなる、③事実の確定に法的判断を含む多くの法律要件要素が「規範的要件事実」となり、明確性を欠く「評価根拠事実」と「評価障害事実」の区別により、不当に相手方に証明責任が課せられ、実質的に法律の要件に変更がもたらされる、との二点について、回答ができればお許しをいただけるかと思われる。

まず②について、「双方の事情を評価して規範的要件要素が実現したか否かを判断する場合には、このような事情の一部だけを取り出して『評価根拠事実』とし、規範的要件要素の実現を主張する当事者はそれについてのみ証明責任を負い、それ以外の事実については証明責任を負わないとすることは、この法律要件要素の性質に合致しないし、取扱が恣意的になると思われる。」⁶³との批判であるが、上記のとおり、双方の支配領域（認識可能性）を考慮した上で、「評価根拠事実」、「評価障害事実」の分配を行い、最終的には双方の立証結果やその過程をも勘案して、規範的評価への当てはめが行われるならば、恣意的な要件事実の細分化が行われることとなるとまではいえないのではないだろうか。

また、③であるが、私が引用した各文献でも述べられているとおり、規範的要件事実の解釈や、主張・立証責任の分配は、ある種の法的な価値判断、あるいは利益衡量を含んだものである以上、完全な明確性までは期待できないものであろう。当事者の公平等に鑑み、ある種の子測可能性を与える基準があれば、一応満足しなければならぬものと考えられる。そして、他に子測可能性を与える規準が考えにくい以上、「評価根拠事実」と「評価障害事

実」の分配について、ある程度の枠となる基準があり、それが原告、被告双方の主張・立証可能性、公平性を意識したものであれば、事実の確定に法的判断を含む多くの法律要件要素が「規範的要件事実」となったとしても、明確性を欠く両者の区別により、「不当に」相手方に証明責任が課せられ、実質的に法律の要件に変更がもたらされるところまではいえないと思われる。そして、賀集元裁判官が「過失」について、伊藤元裁判官が「占有」について試みたように、それぞれの要件に関し、双方の当事者が、自らが認識可能な外形的事実により立証でき、明確性、公平性があって納得を得られやすい解釈論を構成することが、実体法学の役割かと思われる。

やはり、私としては、「主要事実説」を維持した上で、現実の社会そして裁判において機能しうる基準に基づいて、主張・立証責任の分配を検討するのが、「適切な事実認定」に資することができるのではないかと考える次第である。そして、その明確性のためにいくらかでも役に立てればと思ひ、上記基準を考案したものである。

もちろん、上記論述は、私の目に入った文献の事例等の分析に留まり、比較法等を踏まえた研究をしたものではなく、単なる思い付きの域を出るものではない。より深い研究をすれば、「規範的要件事実」について、もっと、明確かつ応用性の高い、主張・立証責任分配基準がありうるであらう。

しかし、昨今、法科大学院のスタート等により、要件事実論に関する議論が活発になさり、規範的要件事実についても、上記批判がなされている以上、思い付きであっても、恥を忍んで発表したほうが、今後の議論の進展に少しでも役立つのではないかと思ひ、本稿を発表する気持ちとなった次第である。

(63) 松本六八頁。

以上