

規範的要件事実の審理における経験則の機能

大山政之

- 1 はじめに
- 2 規範的要件事実における経験則の作用一般
- 3 規範的要件事実における法律概念の形成過程
- 4 経験則の衝突等
- 5 いわゆる「規範的要件事実」が問題となっている裁判における審理について
- 6 裁判例に照らした規範的要件事実に関する経験則の適用の具体例
- 7 最後に

1 はじめに

私は、本論叢の前号（第十七巻第一・二号）に「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』」を掲載する機会に恵まれた。¹⁾

そして、民法一二条但書、同七〇九条の「過失」、同一一〇条の「正当理由」、借地法四条一項但書の「正当ノ

事由」、背信的惡意者の「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、いわゆる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、いわゆる「主要事実説」をとることを前提とした上で、評価根拠事実、評価障害事実の主張・立証責任をどのように分配するのが妥当かについて、検討を試みた。⁽²⁾

ところで、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、いわゆる規範的要件事実については、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、具体的事実が、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り、経験則は、この価値判断の大前提の一部として作用する、すなわち、この判断の過程において経験則が適用されると論じられる。⁽³⁾

私は、前稿で、経験則のこのような適用場面を踏まえて、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、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」、等の規範的要件にあてはまるか否かを判断するためにもまた経験則が検討されなければならず、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ことを指摘した。⁽⁴⁾

しかし、後者における経験則が果している役割、すなわち、具体的事実が、「過失」、「正当事由」等の規範的要件にあてはまるか否かを判断するために、経験則がどのように機能しているかについては、触れることができなかった。

また、事実認定についての経験則に関する研究は、近年、大変進んでおり、論文等も多々発表されているが、こ

のような規範的要件事実の審理過程における、事実の要件へのあてはめの場面での経験則の作用を論じた文献が見当たらないこともあり、再び拙い論稿を書いてみようかと考えた。⁽⁵⁾

このテーマに関し、大変参考になる柏木邦良大東文化大学教授、三井喜彦元裁判官の論文に接することができた。⁽⁶⁾⁽⁷⁾⁽⁸⁾⁽⁹⁾

そこで、本稿において、この問題を検討することとした。

(1) 大山政之「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——中央学院大学法学論叢第十七巻第一・二号(通巻第二十九号)五一頁ないし一〇五頁。以下「大山 主張・立証責任の分配」という。

(2) 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、民法一二二条但書、同七〇九条の「過失」、同一一〇条の「正当理由」、借地法四条一項但書の「正当ノ事由」、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评价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。このような規範的评价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」と解し、このような当該規範的评价をマイナスの方向に基礎づける事実は、「評価根拠事実」に対応させて「評価障害事実」と定義されている。

以下、司法研修所民事裁判教官室の見解を紹介する。

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。規範的评价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评价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、また当該規範的评价が、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。規範的评价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」などの規範的评价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類推説に対しては、前記間接事実説に対する批判、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、司法研修所民事裁判教官室の見解を紹介し、私も、このような見解に賛成する（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）。

(3) 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。

(4) 大山 主張・立証責任の分配五七頁ないし五八頁。

(5) 民事裁判と事実認定に関する著書・論文については、後藤勇『続・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)の一五頁ないし一七頁に挙げられている。

(6) 柏木邦良「不特定概念と判決三段論法―ヘンケ『事実問題……民事法における不特定概念とその上告可能性』の紹介と検討をかねて―」北大法学論集第二二巻第二号一九八頁ないし二五四頁。以下「柏木」という。

(7) 三井喜彦「経験法則―認識論からの出発」判例時報一四四〇号三頁ないし八頁。以下「三井 経験法則」という。

(8) 三井喜彦「経験法則―認識論からの出発(続考)(上)―伊藤判事に答えて―」判例時報一五二二号三頁ないし一頁。以下「三井続考(上)」という。

(9) 三井喜彦「経験法則―認識論からの出発(続考)(下)―伊藤判事に答えて―」判例時報一五二三号三頁ないし一〇頁。以下「三井続考(下)」という。

2 規範的要件事実における経験則の作用一般

前述のとおり、「過失」、「正当事由」等の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」等の規範的要件にあてはまるか否かを判断するために経験則が検討されなければならない。

すなわち、証拠により確定された事実を、規範的要件にあてはめる際にも、経験則が重要な役割を果たすことになるのである。

岩松三郎元裁判官は、裁判所が訴訟物たる権利関係の存否について、終局裁判をなすには、まず法律要件を構成する法律事実、いわゆる直接事実を具体的に認定し、これを小前提とし、法令を大前提とする三段論法をなすことにより、その法令の規定する法律効果たる法律関係の存否を結論(法律判断)しなければならないが、また、この

直接事実を認定するには、間接事実を小前提とし、経験則を大前提とする三段論法によって結論（事実判断）する必要がある、さらにこの間接事実の認定もまた、他の間接事実を小前提とし経験則を大前提として結論しなければならず、ゆえに、裁判上、経験則の果す役割は、必須であり多大であると解かれる¹⁰。

いわゆる法的三段論法である。

そして、岩松元裁判官は、いわゆる「経験則」とは、一般には人間生活における経験から帰納される一切の法則、詳言すれば一定の条件のもとにおいて期待すべき結果を表現する仮定的法則であるが、元来、帰納とは個々の事実を観察し、その共通点を抽出し認識することを本質とする判断にはかならないのであるから、経験則は必ずしも法則の類型で存在するとは限らず、説示的判断たる定義の形態において存在することもある、それゆえ、経験則というのは、自然現象を科学的方法により経験し観察して帰納される自然法則、人間の思考作用を支配する論理の法則、数学上の原理、社会生活における道義条理慣例、取引上の慣習等、学術、芸術、技術、商業、工業等、その他あらゆる生活活動に関する内心的現象に関するを問わなければなりでなく、一般概念、言語もまた経験則に属すると述べられる。

例えば、「松」という名詞は、「松」という植物が観察されその共通する特徴が把握され、かかる特徴を有する植物が「松」として定義され、命名されることによって完成するものであり、「松の木が立っている」という認識は、人がそこに立っている植物を観察して得た知覚を小前提とし、「松」という概念を大前提として事実判断をなした結論にはかならない。もし「松」という概念を知らない者が、現実には、松の木が立っているのを観察したとしても、その者は、ある植物が立っているということは認識し得るが、松の木が立っているという認識はこれを得ることができない、このようなことから明かなように、具体的事実の認識及び経験則としての概念は、いずれも事実

判断であるが、具体的事実の認識は、具体的事実の存否に關してなされた判断の結論として報告的判断であるのに對し、経験則としての概念は、経験から帰納された抽象的一般的事実であり、前者の報告的判断のなされるとき、その大前提となる説示的判断であることにその特徴を有するとされる。⁽¹⁾

なお、三井喜彦元裁判官は、言語と経験則について、より詳しく検討されている。

三井元裁判官は、経験法則は、論述の過程 (discourse) において、「概念」として、しばしば象徴的言語により表現されるが、この場合、経験法則は「概念」の「内包」(intension 本質・内容・特徴・共通の性質・通則)として認識され、その「概念」の「外延」(extension 集合・群)は事実として認識されるものであると述べられる。

例えば、人間は、一般的に、「動物」とは何かと問われると、「人間や馬や牛や羊や犬や猿や雉や鶏や魚やイルカや貝や蝶などのような運動と感覚の機能をもつ生物をいう」という表現で説明することにより、「動物」とは何かを認識してもらい、さらに「生物」とは何かと問われると、同じような方法で説明をしていくということになるが、こうした説明を次々に繰り広げ、また必要な度に繰り返さなければならぬというのは煩瑣で不便極まりないので、「概念」という表現方法を編み出して、社会生活をするうえでの便を図っており、これが「動物」という言語で表現された「概念」であると説明される。

三井元裁判官は、論理学的には「人間・馬・牛・羊・犬・猿・鼠・雉・鶏・魚・イルカ・貝・蚊・トンボ・蝶など」を「動物」という概念の「外延」と名づけ、これらの「外延」のもつ共通の性質である「運動と感覚の機能をもつ生物」ということを、「動物」という概念の「内包」と名づけられる。

すなわち、三井元裁判官は、事物の類ないし種の集合と、その集合の持つ共通の性質とを、論述の過程 (discourse) において簡潔に表現するために、象徴的な(分節)言語で統一表現(名辞)したのが「概念」であり、か

つ、人間や馬などが「運動と感覚の機能を持つ生物である」ということに論理性や普遍性があり、疑いもなく経験法則である、したがって「動物」という「概念」の本質は、経験法則であり、それを「外延」と「内包」の統合として、論述の過程において、象徴的言語をもって、簡潔に表現したものであると説明されるのである。⁽¹²⁾

この三井元裁判官による「外延」と「内包」が、いわゆる規範的要件事実と経験則において、どのような作用を営むかについては、後に述べる。

なお、岩松元裁判官は、規範的要件事実の代表例の一つである「過失」という観念は、むしろ法律観念であり、いわゆる軽過失とは善良なる管理者の注意義務の欠如を意味するが、その善管注意義務は、一定の場合、通常人はいかなる注意を用いるべきかという取引上、技術上の経験則によって定まるものであり、法文が「過失」なる観念を引用している場合（民法四一八条・七〇九条等）は、結局、その法律要件を規定するにあたり、この経験則を援用していると解かれる。⁽¹³⁾

また、岩松元裁判官は、訴訟法上、経験則の問題が考察されるのは、事実判断のなされる場合（第一の場合）とある事実に対する価値判断を前提として、法令を適用する場合において、それらの価値判断をする際の大前提として作用するとき（第二の場合）であるとされる。そして、この第二の場合とは、法律が法律要件を構成する法律事実を規定するに当って法律学以外の学問、芸術、その他一般の取引における概念または法則を援用している場合であって、この場合においては、かかる法規を適用するには、単に事実関係を確定するだけではならず、その確定された事実関係が、いわゆる「過失」、「因果関係」等の有無に該当するか否かの価値判断をなす必要があるのであって、経験則が法律判断の大前提の一部として作用するものとなり、経験則の適用は、法律判断の構成部分として法律概念の形成に役立ち、明確に法律問題たる性格を有すると述べられる。⁽¹⁴⁾

中野貞一郎大阪大学名誉教授は、その著書「過失の推認」において、岩松元裁判官の見解に賛成し、「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、「価値充填を要する」概念であるため、具体的事案における裁判に際し、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ない性質のものであり、不法行為の法律要件を構成する法律事実（主要事実）としての過失の認定に当たって法的な価値判断がなされることは否定できないと述べた上で、「法文が過失なる観念を引用している場合にはけっきよその法律要件を規定するにあたり経験則を適用しているもの」であり、抽象的過失においてその違反が問題となるところの「善良なる管理者」の注意義務の内容は、たとえば山林の伐採に当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、どういう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定まり、したがって、具体的事実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足らず、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」の観念をもとに、このような取引上、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と解される。⁽¹⁵⁾

私は、「経験則の適用が法律判断の構成部分として法律概念の形成に役立ち」（岩松元裁判官）、「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、過失の観念をもとに、……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」（中野名誉教授）とはいっても、具体的に「法律概念」や「大前提となる具体的法命題」が、どのように形成されているのか、あるいは形成されるべきであるのかを分析する必要があると考えたのである。

なお、ここで、前記後藤元裁判官の分類による「事実認定と経験則」と「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」における経験則の機能は同じものか、それとも異なるものであるかについても、簡単に

触れておきたいと思う。

柏木教授は、法的評価と事実認定は「何が起ったか?」という問いと、「それが法的にどう評価されるか?」との問いを發してみれば、たちどころに分離・区別されるとされ、例えば、帰責事由という概念そのものが損害賠償義務を基礎づけるのではなく、ある一定の事実関係が、一応の証明の場合には、具体的にそれとは特定できなくとも、存在自体は疑いなく認められる何らかの義務違反行為が、それを基礎づけるのであり、したがってこれを証明する「一応の証明」は純然たる事実証明の問題であり、判決文において、一応の証明により証明された事実につき、あてはめが行われたかどうか判らないほど、簡明に書かれることがあるとしても、それは事実問題と法律問題が論理的に区別できないということを示すものではないと述べられる⁽¹⁶⁾。

松本博之大阪市立大学教授は、判決三段論法の大前提において作用する経験則は、法規の解釈補充に役立つのであり、その適用は抽象的法的推論をもたらすのに対し、小前提(具体的事実)の場で必要な経験則は、立証を要する当事者の主張の真実性判定のための試金石として役立ち、それゆえ具体的事実的推論だという差異があると述べられ、日本における判例学説の問題点は、大前提と小前提における経験則利用の意味の差異が十分に意識されていないことであり、このことが問題の正確な認識を困難にしている⁽¹⁷⁾ので、この差異を認識した上で、経験則違背が大前提と小前提の双方を害しうることを理解すべきと提唱される⁽¹⁸⁾。

私も、事実認定過程における経験則の作用と、事実を法律要件にあてはめる際の法律判断の過程における経験則の作用との差異を認識して検討すべしとの考え方に賛同するものである⁽¹⁹⁾。

(10) 岩松三郎「経験則論」『民事裁判の研究』(弘文堂)一四七頁ないし一四八頁。以下「岩松」という。

- (11) 岩松四八頁ないし一四九頁。
- (12) 三井続考(上)五頁。
- (13) 岩松一七六頁。
- (14) 岩松一五〇頁。
- (15) 中野貞一郎「過失の『一応の推定』について」『過失の推認』(弘文堂)四〇頁ないし四一頁。以下「中野」とい
う。
- (16) 柏木二〇八頁ないし二一〇頁。
- (17) 松本博之「事実認定における『経験則違背の上告可能性』」『小室直人 小山昇先生還暦記念 裁判と上訴 中』
(有斐閣)二二五頁。以下「松本」という。
- (18) 松本二二七頁。
- (19) 本間義信大阪学院大学教授は、「訴訟における経験則の機能」(『講座民事訴訟⑤証拠』(弘文堂)七〇頁ないし七一
頁)において、「しかし、法概念の解釈に経験則がもつとも重要な役割を果たすのは、法規が一般的・抽象的概念を使
用して、規定されている場合、すなわち、過失(民七〇九条)、正当事由(借地四条一項、借家一条の二)、権利濫用
(民一条二項)、信義誠実(民一条二項)、公序良俗(民九〇条)などの不特定概念が用いられている場合である。これ
らの概念は、具体的内容を明示していないゆえに、具体的な訴訟において具体的な事実との関係で、具体的にその内容
が決定されなければならない(価値充填の必要)。なるほどこれらの概念も一般的に定義づけられる(解釈される)こ
とはある。たとえば、過失とは一定の結果の発生を認識するにもかかわらず、不注意のために認識しないこととされる
が、そのうちの抽象的過失は一定の社会的地位・職業などに応じて一般的に要求される注意を欠く場合とされる。医師
の注意義務についていえば、『診療当時のいわゆる臨床学の実践における医療水準』が基準とされる。医学ないし医療
の水準としては経験的に種々の段階を区別できる——たとえば、試験または実験的段階、学問的段階、研究水準または

医療水準の段階——のであって、そのうち右の水準を基準とすべし、との法的評価（価値判断）がなされるわけである。このうえにさらに、具体的事案における医師の具体的な行為・不行為が右の水準に反するか否かの判断がなされるわけである（法的推論、法的あてはめ）。この判断の基準も明示されているのではないから、結局は経験則（たとえば、平均的医師は注射器を十分に消毒してから注射をするものだ、手術傷にタンポンを遺留しないものだ、など）に従って、具体的に判断することとせざるをえない。この、経験則を基準とすべしとの判断は一種の法的評価である。『注意義務の内容は取引上、技術上の経験則によって定まる』といわれるのも、経験則を法的評価の一助として、手がかりとして、義務内容が特定される、との意であろう（したがって、ある行為・不行為が一般的・経験的に過失にあたると観念されていても、それが法的意味での過失と認めるか否かの評価の余地はあろう）。このように法的あてはめの過程は、経験則を基準として行うべしとの法的判断と、経験則による（具体的事実が過失に該当するか否かの）ふりわけで行われると考えられる。」と述べられる一方で、「右のような法的あてはめの過程を全体としてみれば、あたかも経験則が法的三段論法の大前提のごとく機能しているかのようにみえる。『かかる法規を適用するには単に事実関係を確定するだけでは足らず、その確定された事実関係がそこにいわゆる過失、因果関係等の有無に該当するか否かの価値判断をなす必要があるのであって、経験則が法律判断の大前提の一部として作用するもの……、この点においては経験則の適用が……意思表示の解釈の場合よりも、一層明瞭に法律問題たる性格を露呈している。……この場合……経験則は法令解釈の問題として考察せられる』といわれるのはそのゆえであろう。しかし、法律判断、法令解釈は、右にみたように、注意義務の基準の決定、基準該当の有無は経験則に従って判断すべしとの決定についていっているのであって、経験則の具体的・個別的適用についていいうるのではない。注意義務の基準をどの水準に求めるか（基準たるべきは平均的医師についての経験則か、専門医についてのそれかあるいは離島の医師についてのそれか、また大学病院についての経験則か、総合病院についてのそれか、あるいは個人病院についてのそれかの問題）が法的判断の対象であり、経験則の適用それ自体は法律問題ではない。経験則が一応の基準として法的判断基準に組み込まれているがゆえに、一見その適用が

法律問題であるがごとき様相を呈しているにすぎない、といわなければならない。法的評価は価値判断であるが、経験則の適用自体が価値判断とはいえないであろう。通常は、注意義務の基準設定とその基準に関する経験則の適用が一体に行われるがゆえに、法的あてはめ \downarrow 経験則の適用 \downarrow 法律問題とされるのであろう。したがって、法的あてはめの過程における経験則適用自体については、事実認定における経験則適用と同様に考えるべきである。それゆえ、経験則の存否、その蓋然性の程度は裁判官の自由心証に服するし、経験則違背の問題も、法令解釈の問題ではなく、事実認定過程における経験則違背と同様に扱うべきである。」と述べられ、事実認定過程における経験則と、規範的要件事実について、事実を規範的要件にあてはめる際の経験則を同様のものと解している。

しかし、本間教授の言われる、当該裁判でも問題となっている具体的事例において、注意義務の基準をどの水準に求めるか（基準たるべきは平均的医師についての経験則か、専門医についてのそれかあるいは離島の医師についてのそれか、また大学病院についての経験則か、総合病院についてのそれか、あるいは個人病院についてのそれかの問題）という法的判断をするにあたり、その出発点である「どの水準を選択するか」について、合理的な判断がなされなければならない、その合理的判断を担保するのは、経験則以外にはないと解する。

やはり、事実認定過程における経験則と、法的あてはめの過程における経験則適用は、分けて考えるべきではないかと思われる。

3 規範的要件事実における法律概念の形成過程

三井元裁判官は、「概念」を、確定（又は特定）概念と不確定（又は不特定）概念の二つに類別され、法律（専門的）概念についても同様であり、いわゆる抽象的概念（規範的要件事実はこの中に入る）は後者に属するとされる。

特定概念の具体例は、その概念の言語表現自体から直ちにその内包が明瞭に確定ないし特定でき、そのままで法

則性が認識できる概念、例えば『所有（権）』概念がこれにあたりとされる。

「所有権」という概念は、前記、三井元裁判官による「内包」となる「自ら得た物は排他的に使用・収益・処分できる」、「物を排他的に使用・収益・処分するためには自らその物を獲得しなければならない」などの経験法則を容易に認識することができ、こうした概念は、論述の過程において、その「内包」をいちいち説明するまでの必要はなく、「買いつけて所有する」、「相続により所有権を取得した」などと言語表現するだけで、裁判所の認定を拘束する主要事実、すなわち判断の基礎となる事実が特定されうることとなる。

一方、「正当事由」や「過失」、「安全配慮義務」といったような不特定概念は、その概念の言語表現自体から、その「内包」を経験法則として認識できるが、なお不完全な抽象で、不確定ないし不特定性が払拭しきれていない概念であるとされる。

例えば、一般的に、「過失」概念の内包（外延を広く捉えた場合）は、「予見可能性がある、回避可能性がある」というように、抽象化された法則性をもって、一応の確定ないし特定をすることはできるが、「予見可能性」、「回避可能性」などといっても、先の「所有権」の概念と比較すれば、未だ不確定ないし不特定性を含んでおり、したがって、当事者は、更にその外延を狭小にして出来る限り具体的にし、内包を拡げて、できる限り具体的な表現をするようにしなければならないと論じられる。

すなわち、規範的要件事実においては、当事者は、この外延を広く捉えた場合の確実（又は特定）性の不十分な「内包」を、具体的事実により補足し、主要事実として特定して主張・立証しなければならないとされるのである⁽²⁰⁾。

この具体例として、「外延」を、暴風雨が止み、雲が切れ、青空が見られ静穏になったので台風は過ぎ去ったと思ひ出航したところ、間もなく暴風の襲来があり、船を転覆させ多くの犠牲者を出してしまったという事例におけ

る、「船長の『過失』」と外延を狭小に絞り込み、より具体的に捉えると、「過失」概念の「内包」は「事故の発生の子見が可能であった」「事故の発生を回避することが可能であった」という言語表現に、「台風の目に当たる部分に入ったときは、一時的に暴風雨も止み雲が切れ青空が出るなどして、平穏になることがあるから出航するのは未だ危険であり」が加わり（内包は大きくなり、その内包は専門的または二次性の経験則である）、これに続けて「船の転覆事故の発生することが予見できるし、出航を差し控えれば事故に至らずに回避することができたはずであるのに、出航した過失がある」というように表現されることとなる。このように、当事者は、この過失概念の「内包」である経験法則を、具体的に特定するための補完的な主張をするべきこととなり、これが当事者が主張すべきであり、かつ、裁判所がその認定を拘束される主要事実であると結論づけられる⁽²¹⁾。

一方、柏木教授は、三井元裁判官と同様、法律用語を、「特定概念」と「不特定概念」に分類される。

柏木教授は、「特定概念」、例えば、権利能力、消滅時効、債権者、登記、形式的確定力、小切手、執行文などは、その内容が確定的に定義づけられる概念・制度であり、規範の解放性とは無関係であるのに対し、「不特定概念」とは法規範に解放性を付与し、その社会的適合性を保持するために採用され、裁判官の価値判断や経験によって内容が具体化されることを予定している条文の構成要素（概念）であると述べられる⁽²²⁾。

そして、「不特定概念」は、流動的であって明確でない限界をもつものであるが、全く無内容というわけではなく、定義づけはできないが、例示的に説明しうる（例えば明白に暴利行為となり、またはならぬもの）一定の価値観をその中核とするものであり、したがって「不特定概念」は、どの裁判官も一定の判断に到達すべき「確定部分」と、裁判官の判断によってはじめて確定される「未確定部分」からなると分類されるのである⁽²³⁾。

かつ、倫理則と経験則は、裁判官が法規を形成する場合の指導軸であり、法適用の補助手段であるとして、経験

則が法形成に寄与していることを認められる。⁽²⁴⁾

そして、柏木教授も、先の岩松元裁判官の提唱による法的三段論法は、判決の正当性の検証を容易にするという点において、有用性があることは疑いのないところであり、これは不特定概念の場合にもあてはまるとされる。

しかし、一方で、不特定概念の場合、裁判官は、当該事件の具体的法律問題につき、一般的な意味を持つ大前提を形成しなければならず、前記「確定部分」については、大前提の形成は容易であるが、多数の細かな事情により判断が下される「未確定部分」の適用につき、法規の適用を純粋な形の三段論法で示そうとすれば、その解釈すべてを大前提に記載しなければならず、それでは、本来、その妥当範囲を明確にするべき大前提が膨大になり、内容が著しく不明確となるため、あらゆる事情を列挙した大前提を形成することはできない、一方、大前提は、その妥当範囲をできる限り、明確にしておくことが望ましいため、裁判実務は、緩和された三段論法、つまり不特定概念をやや具体化して、解釈の方向を示すが、それ自体としては内容が稀薄な言明を抽出して大前提におき、個別事案と関連する解釈の続行は小前提で行う、すなわち、小前提を構成する認定事実を評価して大前提に「あてはめ」という形で行うという分離を行い、これにより法の適用を完結させ、法的三段論法を維持していると説明される。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

そして、裁判官が行うこの大前提の形成方法は、当該事件の事実を斟酌し、またはこれに依存してなされる場合（依存的形成）と、当該事件の事実とは直接の関係なしに形成される場合（独立的形成）、およびこの両者が併せて行なわれる場合の三つに分けることができ、依存的形成は主として不特定概念（の未確定部分）の解釈が問題となる場合になされるもので、独立的形成は主に裁判官による法の形成の場合になされるものであり、したがって、前者は解釈の方向（枠）が定まっており、後者はそのような枠がないというわけではないが、明確でないと述べられている。⁽²⁷⁾

また、柏木教授は、この依存的形成の際、大前提の形成が利益較量の方法で行われるとすると、その利益較量はもっぱら事実を対象とするものであり、この場合における利益較量は、独立的形成の場合のようにいきなり抽象的な利益（価値）と利益を比較対照する（抽象的利益較量）のではなく、具体的な事実の一つ一つについて、それがどの利益を指示するか評定し（定性評価）、また、その指示する大きさを特定して（定量評価）水平秤の該当する台皿に投込み、その総和をもって対立する利益の決着をつける（具体的利益較量）という点に、その点に特色があるとされる。⁽²⁸⁾

柏木教授は、緩和された三段論法の例として、以下のような例を挙げる。これらは、まさに、規範的要件事実における評価根拠事実と評価障害事実に関する事例であることに気づく。

公序良俗違反について、「大前提」夫が遺書中に婚姻に背馳する関係にある女性に対し、妻その他の相続人に優先して遺贈をした場合には、その条項は公序良俗に反し無効となることがある。個々の事件で公序良俗に反すると認められるかどうかは事件全体の事情、特に遺言者が遺贈に及んだ事情にかかる。小前提ではこれを受けて事件の事情が評価される。公序良俗に適合することを認めさせる事情としては……、……、……という事実があり、公序良俗に反するという判断に沿う事実としては……、……の事実がある。」とする判断過程が、緩和された三段論法の事例に該当するとされる。⁽²⁹⁾

また、借地借家法における正当事由について、「それは賃貸借当事者双方の利害関係、その他諸般の事情を考慮し、社会通念に照し妥当と認むべき理由をいうのであって……賃貸人が自ら使用することを必要とするとの一事を以て直ちに右正当の事由に該当するものと解することができない」とし、それを受けて、諸般の事情を定量評価すること、公序良俗違反に関し、「他人の急迫・軽率若しくは無経験を利用し、著しく過当なる利益の獲得を目的と

する法律行為は善良の風俗に反する」とすること、表見代理の正当理由について「人より実印の交付を受けて権限踰越の代理行為がなされた場合は、特別な事情のない限り民法一一〇条の代理権ありと信すべき正当理由がある」、婚姻を継続し難い重大な事由について、「双方の事情を比較して判断すべし（婚姻を継続し難い重大な事由にあたる事態を招いたことにつき、夫婦の一方にもいくらかの落ち度はあったが、相手方により多くの落ち度があった場合には、前者の後者に対する離婚請求を認容しても違法とはいえない）」という言明は、いずれもここにいう緩和された三段論法の大前提であり、あてはめによる適用の続行が予定されているとみることができるとされる。⁽³⁰⁾

三井元裁判官の「不特定概念」における「内包」、柏木教授による「不特定概念」の「依存的形成」の際の「抽象化された大前提」とは、いずれも、規範的要件事実が問題となる事件の審理過程において、立証され、当該事案に適用される経験則のことであり、ほぼ同義と思われる。

そして、「依存的形成」というのは、当該訴訟における当事者の立場からすれば、原告ないし被告が、それぞれ主張・立証した評価根拠事実あるいは評価障害事実に基づいて、経験則の適用ないしその排斥を求める訴訟活動のことといえよう。

規範的要件事実の評価根拠事実においては、このように、経験則を主張・立証し、この適用を求めるもの、すなわち三井元裁判官によれば、「内包」、柏木教授によれば「抽象化された大前提」を主張・立証する事実と、このような「内包」や「大前提」が形成された後に、これに当てはまる事実の主張・立証とに分けられ、どちらかを意識する必要があると考えられる。

なお、吉川裁判官は、「規範的要件では、具体的事実がその規範的評価を基礎づけるものであるかどうかについては法的あてはめが必要である。評価根拠事実は、規範的評価を基礎づける根拠事実であることから、評価を含ま

ない事実を摘示すべきであるが、『調査が容易である』などのように、ある程度は価値判断的な事実が含まれることはやむを得ない。」と述べられるが、この「価値判断的な事実」とは、まさに、個々の規範的要件事実を基礎とした経験則を含んだものといえる。⁽³¹⁾

- (20) 三井統考（下） 五頁。
- (21) 三井統考（下） 四頁。
- (22) 柏木二二三頁。
- (23) 柏木二〇三頁。
- (24) 柏木二〇三頁。
- (25) 柏木二〇四頁。
- (26) 柏木二二三頁。
- (27) 柏木二二九頁。
- (28) 柏木二二九頁。
- (29) 柏木二二一頁。
- (30) 柏木二二三頁ないし二三三頁。
- (31) 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）一六四頁。以下「吉川」という。

4 経験則の衝突等

三井元裁判官は、抽象的概念においては、内包である経験法則を具体的に特定し充足する事実こそが主要事実で

あり、例えば借地借家法の「正当事由」が存するか否かの判断にあたっても、この内包（妥当性判断の基礎となる事情の範囲）を確定した上で、その範囲に属する個々の具体的事実を総合して妥当性を判断することとなるが、この際に、どのような価値判断をするかについては、更にまた様々な経験法則を活用せざるをえず、いくつかの経験法則を、その場の様相に適応させて複雑多岐に組み合わせる具体的な事実関係を評価し、更にそれを総合して妥当性の価値判断をしていかなければならないと述べる⁽³²⁾。

そして、三井元裁判官は、複数の経験法則が登場する場合の相互関係について、検討を加えられている。

まずは、事実認定において、経験法則と経験法則との間に衝突（矛盾・相反）とは違う意味で用いる）がある場合を挙げられる（以下、三井元裁判官が挙げられた経験法則に番号を付けてゆく）。①貸金の弁済があったときは貸金証書を返還すること又は破棄することが経験法則であるが、しかし一方では不当に高利を取ったり、重複支払いなどを隠蔽する為には貸金証書や受取証書など一切交付しないのが貸主にとって都合がいいということもまた経験法則であり、具体的事件（貸金証書があつて返済の受取証書がない場合の貸金請求）において、どちらの経験法則によって事実を認定すべきかは、事実審裁判官の自由心証にかかると解すべきである。②実印は本人自身によるか、または本人の委任などにより、本人の意思に基づく時だけに押されるものであるということは経験法則であるが、一方では、同居の妻などは夫の実印を簡単に持ち出して勝手に使うことができるということもまた経験法則であり、具体的事件（債務者本人の実印の押された債権証書の成立の真否が争点の債務履行請求）において、どちらの経験法則によって事実認定するかということも、事実審裁判官の自由心証にかかるといふべきである。③契約証書には、真実の合意を記載するというのが経験法則であるが、一方では他人に見せるだけの目的で在りもしない合意の内容を記載することもあるということも経験法則であり、具体的事件（証書の内容の真偽が争点となっている契約責任の履行請求）で

の経験法則の選択は、やはり裁判官の自由心証である。④百万円の預かり証書があることは、経験則上、売買代金の一部か、賃貸借の敷金と当座の賃貸料かのいずれにもとれるが、それは事実審裁判官がどちらの趣旨の預かり金であるか自由に判断できることであり、専ら同裁判官の自由心証に任されている、⑤ドアの前で鍵をガチャガチャやっているのを見て、人が出掛けようとしているもととれるし、人が帰ってきたもととれるが、いずれも経験法則であるといえるが、この例もまた経験法則が衝突する場合であり、そのいずれを採るかはその事実審裁判官の専権であり自由心証に任されているものである。しかし、このような経験法則の衝突する場合に、その適用を誤ると裁判の結論は全く違ったものになってしまうことを強調される⁽³³⁾。

なお、三井元裁判官は、広い意味の「事実認定の過程」に入れることができるが、狭くは区別しなければならぬ経験法則の機能として、具体的に認定された事実（通常「…デアル。…トナル。…シタ。」等と表示される）について、経験法則が法規と同様に、その価値判断の基準（通常「…ベキデアル。…ベキデハナイ。…シナケレバナラナイ。…スルヒツヨウガル。…ノヒツヨウハナイ。」として適用される場合について、検討を加えられる。⑥夫婦の離婚にあたり、子が乳児であることが事実認定された場合、経験法則として、一般に乳児には母親が必要であるといえるから、その子の監護者を決めるに当たっては、この経験法則によって、まず価値判断する、すなわち母親を監護権者にすることになる（民法七六六条・七七一条）。しかし、一方、母親が覚醒剤の常用者であることが認定された場合、覚醒剤の常用者には子の看護を任すべきではないという経験法則があるといえるので、これに従って評価し、母親を監護者に指定しないことになる。⑦夫婦関係は、愛情によって維持されなければならないという経験法則があるといえるが、裁判により認定された事実は、夫婦間にあるのは互いに嫌悪感のみで愛情は全く無くなっているというのであるとすると、この経験法則によって「婚姻を継続し難い重大な事由がある」あるいは、「婚姻の

継続を相当とみとめる」場合に当たらないと価値判断して離婚を認めることとなる（民法七七〇条一項五号・同条二項）、しかし、夫（原告）が他女と情交関係をもち、家庭を顧みないため夫婦関係が破綻したとの事実認定がなされた場合、夫が他女と交渉をもつことは、夫婦の愛情にひび割れが生ずるから、夫はそのような結果については責任を負担すべきとの経験法則があり、夫の離婚請求権を否定することになる。⑧台風のため、船が出航を見合わせていたところ、暴風雨が止み雲が切れ静穏になったので台風が過ぎ去ったと思い出航したところ、間もなく暴風雨の襲来があり、船を転覆させ多くの犠牲者を出してしまったという事実が認定された場合、暴風雨が止み青空が見えるようになり静穏になったということは台風が過ぎ去ったり、消滅した場合で、安全であるという経験法則があるといえるから、これに従うと出航したことに非難されるべきところはないと判断されるが、台風の目に当たる部分に入った時は一時的に暴風雨も止み雲が切れ青空が出るなどして静穏になることもあるから、即時に出向することとは見合わすべきであるという専門的経験法則又は二次性の経験法則があり、これに従うと、出航したことは非難されなければならない（出航を思い止まり、結果を回避する義務があった）と価値判断されることがある。⑨隣の騒音が原因で、家人の全てが病気になるという事実が認定された場合、隣の全家人が病気になるというような騒音は出すべきではないし、隣の人はこれを忍ばなければならないのではなく、いわゆる受忍限度を越えるとするのが経験則上明らかであると価値判断して、不法行為の成立をみとめることになるが、一方、騒音被害者が騒音状態を承知で、そのことの故に安い値段で家屋を購入して後から越してきたとの事実も認定された場合、このようなきは「自らが選んだ不利益は忍耐しなければならない。」という経験則があるといえるので、これに従い、受忍限度内の騒音であると評価判断することになるとされる。そして、いずれの場合も先の経験則と後の経験則が衝突する場合であると分類されるのである。⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾

前記のうち⑦ないし⑨は、まさに規範的要件事実についての、あてはめに関する経験則の適用で、すなわち三井元裁判官によれば「内包」の形成、柏木教授によれば、「大前提」の形式が当該事件の事実を斟酌し、これに依存してなされる「依存的形成」の事例といえることができる。各当事者は、規範的要件事実の評価根拠事実、あるいは評価根拠事実を主張し、これにより、それぞれが衝突する経験則を主張・立証しているのである。

そして、三井元裁判官は、上記とは違い、衝突する経験則がない場合、⑩例えば、林檎は木から落ちる（正しくは地球の引力によって落ちる）とか、⑪熱湯を直接浴びれば火傷するとか、⑫円の面積は円周率に半径の二乗を掛ければ求められる、円周率は三・一四であるとか、⑬銀行振出の自己宛または銀行の支払保証のある小切手はその支払が確実であるが、その他の小切手は支払が確実ではないということ等を一つの分類として挙げられる³⁶。

ところで、三井元裁判官は、前記①ないし⑨の事例を、経験則の衝突とされるが、これは更に二つに分類できると思われる。①は、「貸金の一部弁済があったときは受取証書を交付すること又は破棄する」との経験則が適用される原則的な場合と、例外的に適用できない場合、すなわちこの経験則の「特段の事情」とされる場合といえる。②も同様、「実印は本人自身によるか、または本人の委任などにより、本人の意思に基づく時だけに押されるものである」との経験則が適用される場合と、適用できない例外の場合である。③も同じく、「契約証書には、真実の合意を記載する」との経験則が適用できる場合と、適用できない「特段の事情」が存する場合の事例である。

⑥も、「乳児には母親が必要である」との経験則が原則的に適用される場合と、例外的に適用できない場合といえるのではあるまいか。

規範的要件事実のあてはめに関する⑨も「隣の騒音が原因で、家人の全員が病気になるならば、その騒音は受任限度を越える」という経験則が原則的に適用できる場合と、適用が排斥されるべき例外の事例といえる。

すなわち、これらは、別個の経験則の衝突ではなく、ある同一の経験則が適用できる場合と、適用できない「特段の事情」が存する場合と説明できるかと思われる。

また、⑧の事例、すなわち訴訟の一方当事者が、「暴風雨が止み青空が見えるようになり静穏になった」ということは台風が過ぎ去ったり、消滅した場合で、安全である（ので、船長は、この確認のみにより船を出航させてよい）」との経験則を主張したのに対し、他方の当事者が、「台風の目に当たる部分に入った時は一時的に暴風雨も止み雲が切れ青空が出るなどして静穏になることもある（ので、船長が、本当に台風が過ぎ去ったか、消滅したか否かを確認せずに、船を出航させることは大変危険である）」との主張をすることは、「暴風雨が止み青空が見えるようになり静穏になった」ということは台風が過ぎ去ったり、消滅した場合で、安全である」というような経験則は存しない、すなわち相手方当事者が主張した経験則の存在自体を否認した上で、自己が適用を求める経験則を主張するものであり、これも経験則の衝突とはいえないと考えられる。

このように、規範的要件事実について、評価根拠事実、評価障害事実から経験則の存否及び適用に関し、最終的に判断をするにあたって、前記のとおり、評価障害事実に基づいて主張されているのは、評価根拠事実により主張されている経験則を否認するものか、その経験則の存在を前提とした上で、「特段の事情」を主張しているのか、これと衝突する別個の経験則を主張しているのかに分類する必要があるかと思われる。

なお、中西正神戸大学教授は、「過失の一応の推定」の理論との関連において、裁判例が不法行為における「過失」の有無を判断する過程につき、まず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右の①と②と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ことを指摘される。そして、この定式によれば、民法七〇九

条の「過失」を直接基礎づける事実（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ることになり、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、この行為義務と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いうことを明確にされる。

中西教授は、一方で、被告の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、前記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位置づけられる評価障害事実により構成されるが、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るため、この行為義務自体が攻撃防御の目標として特定され、主張されていないならば、合理的な審理は不可能となり、したがって、このような被告の行為義務自体を過失の要件事実（主要事実）と解することにより、「裁判所は、当事者が主張しない主要事実を判決の基礎としてはならない」という弁論主義（第一テーゼ）の対象とする必要があると述べられる。そして、ご自身の見解の一応の整理として、民法七〇九条の過失の要件事実は、（a）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より構成されると結論づけられる。⁽³⁷⁾

この上で、その各要件事実についての認定の問題として、（a）の要件事実においては、評価根拠事実や評価障害事実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る、前者の場合、（b）の要件事実と同様、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るが、後者は一般条項に基づく規範的判断であり、ここで行われるのは、事実認定ではなく、法的判断で、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るが、これは実体法の解釈の問題であり、また、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という問題も生ず

るが、これは、規定の趣旨・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ると述べる。⁽³⁹⁾

この中西教授が述べられる「行為義務自体と、それを根拠づける評価根拠事実」というのは、当該事案において、被告の行為義務を特定するための経験則と、これを基礎づけ、その適用を求める主張であり、また、「それに対する抗弁的位置づけを有する評価障害事実」とは、この経験則の適用を排除すべき「特段の事情」を主張し、あるいはこの経験則と衝突し、かつより蓋然性の高い別個の経験則を主張し、その適用を求める主張に他ならないものといえよう。

倉田卓次元裁判官は、「複合的な事実関係からなる不特定概念を要件事実とする一般条項では、個々の準主要事実（注―倉田元裁判官は、規範的要件事実の評価根拠事実にあたる事実を「準主要事実」とされている）の真偽不明を生ずると、その後で、認定されたかぎりの事実を総合してのあてはめがもう一度行われることになる。前記のように、通常は主張事実（A'）につきあてはめ（AUA）が行なわれた後、A'の認定に入るのであって、それは一般条項でも同じ（A \cap X1 \cap X2 \cap X3 \cap Y1 \cap Y2）であり、認定された関係が許容誤差内なら（X1 \cap X2 \cap X3 \cap Y1 \cap Y2 \neq X1 \cap X2 \cap X3 \cap Y1 \cap Y2）先のあてはめのままでよいが、X3が落ちるとか――あるいは後述のようにY3が間接反証として加わるとか（注―準主要事実説をとられる倉田元裁判官は、評価障害事実の主張、立証につき間接反証概念を類推される）――すると、もう一度あてはめをせねば前の結論を維持できるかどうか分からない。あてはめは法律判断であるから、厳密に言えば、判定不能という結論は起こりえない筈であるが、『過失の認定』とか『正当事由の存否』とかが熟した表現になっていることで想像がつくように、不特定概念を用いた構成要件要素がそのまま事実認定の対象と観念され、その限り non liquet（注―判定不能のこと）の結論をきたすことはありえよう。」と解かれる。⁽³⁹⁾

この倉田元裁判官による、「もう一度あてはめをせねば前の結論を維持できるかどうか分らない。」との意味は、すなわち、規範的要件事実の評価根拠事実の一部が欠落すると、裁判官により適用される経験則が異なってくることもあり、また評価障害事実が加わった結果、評価根拠事実から導き出される経験則の適用を排除すべき「特段の事情」、あるいはこの経験則と相反する別個の経験則が認定され、この比較衡量を行わなければならない場合が出てくることを意味するのではないかと思われる。

吉川裁判官による「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とは総合的に考慮せざるを得ない。」との指摘、遠藤寛治早稲田大学教授による「たとえば、これら（注―評価根拠事実及び評価障害事実）に関連して、X・Y間の使用貸借契約締結の経緯は、これらの事実の評価に影響を及ぼす事実となることが考えられるから、評価根拠事実及び評価障害事実の評価に当たっては、これに限定して攻撃防御の機会を保障すれば足りるものではない。」との指摘は、すなわち、当該事案における、評価根拠事実から立証される経験則、評価障害事実から立証されるこれと相反する経験則の、双方の蓋然性を判断するのに、これらと関連性を有する周辺的事実を斟酌する必要があるからではないだろうか。⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾

(32) 三井続考（上）一一頁。

(33) 三井 経験法則五頁。

(34) 三井 経験法則六頁。

(35) 伊藤滋夫創価大学教授は、「事実認定の基礎」（有斐閣）の九〇頁ないし九一頁において、「……経験則の定義について、私見（注―伊藤教授は、経験則の定義として、「個別的経験より帰納的に得られた事物の概念や事象関係についての法則的命題をいう」との兼子他・条解民訴五一〇頁の定義を挙げられ、九二頁から九三頁の注（6）では、岩松判

事の定義を支持される」とは異なる見解を持つておられると思われる三井判事の説に簡単に触れておくこととする。筆者は、経験則というものは、以上に説明したように、普通は価値判断の内容自体をさすものとしては用いられてはいないと考えている。これに対し、三井判事は、上記のような意味での経験則のほかに、一種の価値判断の基準となるものも経験法則と呼ばれるようである。例えば「夫婦関係は愛情によって維持されなければならないという経験法則があるといえるだろう」とか『自ら選んだ不利益は忍耐しなければならない』といったような経験則がある」とし、このような経験法則によって価値判断すると説明される。こうした説明のしかたは、その可否は別として、少なくとも通常の定義とは異なると思われ、前述の括弧内に引用したようなこと（夫婦関係が愛情によって維持されなければならないとか、自ら選んだ不利益は忍耐しなければならないというようなこと）は、抽象的な価値判断の内容をなすもの（三井判事は、それを具体的場合に当てはめて具体的価値判断をするから、それが価値判断の規準となるといわれるのであろう）であるが、そうした価値判断の内容自体は、通常は経験則といわれることはないし、それ自体は事実認定の上で格別の意味を持たない。もとより、『一般の人は普通は右に述べられた内容の価値判断を持っているものである。』というような、一般の人の考え方の実情を述べた命題は、通常の意味での経験則の内容となり得るものであり、事実認定の上でも有用なものである。……この両者（価値判断の内容自体とそうした価値判断を人が持っているということの両者）は同じことではない。」と述べる。

このような「経験則」の意味について、伊藤教授、三井元裁判官のどちらが正しいかについて、論じる能力もない。しかし、仮に伊藤教授のように、価値判断の内容自体は経験則には入れず、「一般の人は普通は右に述べられた内容の価値判断を持っているものである。」といわれるように、一般の人の考え方の実情を述べた命題は、通常の意味での経験則の内容となり得るとの考えをとったとしても、三井元裁判官が挙げられた事例は、全て伊藤教授の命題の如く、一般人の原則に書き直すことが可能であり、経験則について、伊藤教授の考え方をとったとしても、あてはまるものと考え、検討を進めることとする。

- (36) 三井 経験法則五頁ないし六頁。
- (37) 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) 六〇〇頁ないし六〇一頁。以下「中西」という。
- (38) 中西六〇二ないし六〇三頁。
- (39) 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) 二六一頁。
- (40) 吉川一六六頁。
- (41) 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) 二四四頁。以下「遠藤」という。

5 いわゆる「規範的要件事実」が問題となっている裁判における審理について

前記の各論文の見解を元に、いわゆる「規範的要件事実」の適用が争点となっている裁判における審理のあり方について、検討してみたい。

規範的要件の評価根拠事実とは、それぞれの事実群をもとに、ある規範的要件が適用されるべき経験則の適用を求める主張(例えば、被告に「過失」ありとして、不法行為に基づく損害賠償請求を認容してほしいとの主張)、評価障害事実とは、規範的要件の適用を排除する経験則の適用を求めるための主張(例えば、被害に「過失」ありとは認められず、損害賠償請求を棄却してほしいとの主張)であることが多く、最終的な決着をつけるためには、それぞれが適用を求めるのが、どのような経験則であるかを明らかにし、両経験則の蓋然性や、なぜ、どちらの経験則を優先して適用したのか、当該事例に適用されるべき経験則を選択した理由を大半の国民が納得でき、かつ検証ができる

ような形で判決文中に記載されるのが理想であると考えた。

特に、医療事故等、現代型訴訟においては、事実認定自体の重要性と同じか、あるいはそれ以上に、当該事例への経験則の適用が、その訴訟の結論を左右することが多い。この場合において、どの段階の問題であるかを意識し、かつ、判決書にも明確な記載をするのが理想的と考える。

まず、規範的要件事実が問題となる訴訟事件における当事者の評価根拠事実の主張としては、(a) 経験則を主張・立証し、この適用を求めるもの(三井元裁判官によれば、「内包」、柏木教授によれば「抽象化された大前提」を基礎づける事実)、(b) このような「内包」や「大前提」が形成された後に、これに当てはまる具体的事実あるいはその経験則の蓋然性の高さを基礎づける具体的事実の主張とに分けられ、どちらかを意識する必要があるものといえよう。もちろん、一つの評価根拠事実の主張が、経験則の存在及び蓋然性の高さの基礎づけの両者を兼ねることもありうると思われる。

そして、裁判官が当該事例に適用する経験則についても、当該事件の訴訟資料・証拠資料に基づき獲得されたものと、裁判官が、当該事件の訴訟資料や証拠資料とは無関係に獲得したものに分けられよう。

当該事件の訴訟資料・証拠資料に基づき獲得された経験則については、その経験則を基礎づける評価根拠事実、評価障害事実を認定し、その適用過程を示すことが、誤りがなく、かつ当事者が納得する結論につながると思われる。

一方当事者が、ある規範的要件の適用を求め、評価根拠事実を主張・立証してきた場合における、これに対する相手方の対応も、以下のとおり、分類できる。

(1) まず、一方当事者が主張し、立証を試みる当該経験則自体が存在しないとの主張(経験則の否認)がありう

る。なお事実主張に関する積極否認と同様、相手方が適用を求める経験則を否認すると同時に、別個の経験則、及びこれを根拠づける事実（これも評価障害事実となりうる）を主張し、その適用を求めることも多いと思われるが、その場合は後記（3）と同様となろう。

ただ、不法行為の「過失」の場合、この被告主張が、原告の主張より限定された予見義務ないし結果回避義務や、それを根拠づける経験則の自白、不利益陳述、あるいは等価値陳述となることもありうる。例えば、医師の注意義務違反が争われている事実において、原告が「被告医師は〇〇までの注意義務を負う」と主張しているのに対し、被告がこれを否認し、「△△の範囲の注意義務を果たせば足りる」との主張、金融機関の説明義務違反が争われている事実において、「被告の金融機関は、〇〇までの説明義務を負担する」との原告主張に対し、「△△までの説明を行なっていれば足りる」をした場合、これが不利益陳述ないし等価値陳述となることがある（主張共通の原則なので、裁判官は、原告が主張したような広い注意義務は、経験則上認められないとしても、被告の主張に基づき、注意義務の範囲を定めることはできる）。

- （2）次に、その経験則に関する「特段の事情」を主張し、その経験則による効果を排除するとの主張がありうる。
- （3）当該事例において適用されるべき別個の経験則及びこれを基礎づける事実が主張されることがある。この場合が、まさに、前記三井元裁判官による「経験則の衝突」であろう（2）と（3）は、相手方が、全ての状況のもとで両立しない別個の命題としての経験則を主張しているのか、それとも一方当事者が主張する一定の状況に基づく命題の定立を前提とした上で、その結論を排除しようとしているのかにより、分類が可能と思われる。当該経験則により定立された命題を前提とした主張か、それとも、この命題とは全く無関係な別個の経験則を主張するのかにより、分類し、先に主張された経験則と表と裏の関係にあるものは、「特段の事情」で、このような関係にないもの

は、別個の経験則と、捉えることができる⁽⁴²⁾。

(4) 評価根拠事実を否認するとの主張、あるいは間接事実から評価根拠事実が推認されるのを妨げる事実(いわゆる間接反証事実)の主張がありうる。

(1) の場合においては、裁判官は、そのような経験則が、本当に存在するか否かを、当該評価根拠事実が認められるか、そして、その評価根拠事実から、経験則を認定できるかの二段階に分けて検討すべきと思われる。

(2) の場合も、「特段の事情」に該当する事実が立証されたか否かを検討すべきである。「特段の事情」がある場合は、その経験則の適用は排除されるし、ない場合は、通常どおり、当該経験則により、規範的要件への該当性ありと判断してよい。

(3) の場合は、双方の経験則や、それを基礎づける事実を検討し、適用範囲を比較した上で、当該事案においては、ここで、それぞれの経験則の蓋然性を検討した上で、どちらの経験則を適用すべきかを判決理由中に示して、結論を下すべきといえる。ここで、経験則適用についての裁判官の法的評価(価値判断)が示されることとなる。

(4) の場合は、通常の、間接事実から主要事実を推認する事実認定と同様、直接証拠や間接事実から、経験則に従って、当該評価根拠事実が認定されるか、かつ間接反証によりこれが妨げられないか否かを検討し、認定できたら、この評価根拠事実の存在を前提として、経験則に従ったあてはめを行うべきであろう。評価根拠事実すら認定できないならば、その経験則は適用できないのは当然のこととなる。

規範的要件事実において、従来、評価障害事実とされていた事実主張の持つ意味は、以下のとおり分類・整理さ

れよう。

① 評価根拠事実により主張されるような経験則（「内包」ないし「抽象化された大前提」）は存在しないと否認し、これとは両立しない別の経験則を基礎づけ、その適用を求める事実。

② その経験則を前提としても、当該事案においては、その経験則の適用を排除する「特段の事情」が存すると主張し、この「特段の事情」の存在を基礎づける事実。

③ その経験則と衝突する別個の経験則の存在を主張・立証し、こちらの経験則のほうが蓋然性が高いことを基礎づける事実。

④ 間接事実から、その評価根拠事実を推認するのを妨げる間接反証事実。

評価根拠事実、評価障害事実が主張され、争われている事案の場合、結局、裁判官は、どの評価根拠事実ないし評価障害事実から、どのような経験則が認定できるのかを明確にした上で、評価根拠事実、評価障害事実それぞれから立証される経験則の蓋然性の高さを比較することにより、規範的評価へのあてはめがなされるべきか否か、決することとなる。

なお、評価根拠事実、評価障害事実により、規範的要件への該当性の有無を判断する方法についても、二つの類型に分けられると思われる。

遠藤教授は、「借地借家法六条の正当事由の場合のように賃貸人およ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とでは、評価障害事実の機能する場面の範囲に差があろう。」と述べられる。⁽⁴³⁾

三井元裁判官によれば「内包」、柏木教授によれば「前提事実」の「依存的形成」をするにあたり、不法行為の

「過失」の場合のように、過去に起こった事実をどう評価すべきかにあたり、経験則を適用する場合は、「注意義務違反」の内容たる予見義務ないし結果回避義務の具体的態様を特定する必要があるが、借地借家法の「正当事由」のように、賃借人及び賃貸人の現在の状況を、どのように評価するかの場合は、必ずしもそのような特定をしなくても、単なる評価根拠事実と評価障害事実の比較衡量により判断することも可能であり、その経験則の機能が異なってくる場合があるという趣旨であろう。

不法行為の「過失」の場合、請求認容の場合は、原告が主張した予見義務ないし結果回避義務が存在することを認定する必要がある、ここに経験則が適用される。また請求棄却の場合は、経験則に従い、「……の義務は存しなかった」として、そのような予見義務ないし結果回避義務の存在を否定する必要がある、ここに経験則が適用される。

当該事件で原告が主張・立証する評価根拠事実から、ある経験則（プラスの経験則）が立証され、これが、原告が主張する予見義務ないし結果回避義務（三井元裁判官によれば「内包」、柏木教授によれば、「抽象化された大前提」）を基礎づけるものとなり、一方、被告が主張・立証する評価障害事実から、原告が立証するプラスの経験則に対する「特段の事情」が基礎づけられることもあれば、それとは別個の経験則（マイナスの経験則）が立証されることもある。これにより、原告が主張する予見義務ないし結果回避義務が排斥される可能性もある。

もし、規範的要件を形成する予見義務ないし結果回避義務が、非常に強度の経験則により基礎づけられており、もはや判例等により、確立したものである場合には、これに該当する具体的事実として当事者が主張・立証した評価根拠事実を直ちにあてはめ、義務違反の有無を判断することも可能である。もちろん、この場合でも、被告は、「特段の事情」を基礎づける評価障害事実を主張・立証することができる。

一方、借地借家法の「正当事由」、「公序良俗違反」、「権利濫用」、「信義則」等の場合、必ずしも、原告が主張・立証する評価根拠事実から、「内包」、「抽象化された大前提」を明確に定義してから、これにあてはまる事実を検討する必要はなく、評価根拠事実と評価障害事実の双方の比較衡量のみから、答えを出すことも可能である。

それでも、評価根拠事実により立証された経験則が非常に強度で、もはや当該事案を超えた普遍性を有すべきと認める場合、裁判官は、「〇〇の事実があれば、特段の事情がない限り、△△（当該規範的評価）が認められる。」と、適用される経験則を、一般命題化して明示した上で、その特段の事情を基礎づける事実がないか否か（これを基礎づけるのが、評価障害事実となる）を判断するのが、安定し、かつ当事者の納得のゆく認定につながると思われる。

評価根拠事実から立証される経験則の強度が、そこまでに至らない場合は、評価根拠事実、評価障害事実の衡量により、結論を出すこととなるが、やはり、評価根拠事実がどのような経験則を含んだものか、そして、評価障害事実もどのような経験則を含んだものかを認定した上で、この蓋然性の強さ等も認識した上で、判断を下すのが相当かと思われる。

なお、前述のとおり、当該事件に適用される経験則は、裁判官が、当該事件の訴訟資料、証拠資料に基づき獲得されたものと、これらとは無関係に獲得したものに分けられよう。一般的な経験則か、特殊な経験則かでは、明確な区別たりえないと思考する⁽⁴⁴⁾。

当該事件の訴訟資料、あるいは証拠資料から認識するに至った経験則については、もし、その経験則をあてはめるか否かにより、当該訴訟の結論が逆転する可能性を有するならば、裁判官は、そのような経験則を適用して審理を行うことを両当事者に告知し、もし、相手方当事者が、当該経験則の存在を否認し、あるいは別個の経験則の存

在を主張して、争うのであれば、十分な主張をすべく、促すべきと考える。そうでなければ、当事者は(1)ないし(3)の主張・立証をし、裁判官が想定した経験則は当該事案にはあてはまらないことにつき、裁判官を説得する機会を失うこととなり、客観的にも誤った裁判、あるいは、主観的にも、当事者の納得を得られない裁判をする可能性が高まるからである。

(42) 元裁判官の香城敏磨独協大学教授は、「人権に関する判例理論」(『憲法解釈の法理 香城敏磨著作集Ⅰ(信山社)』二一頁ないし三五頁所収)において、「人権と他の人権その他の憲法上の価値とが衝突する場合において、その衝突が二律背反の関係にあるときは、両者の調和は、価値較量すなわち内在的制約論によって決せられ、その衝突が論理的には調整可能な関係であるときには、利益較量つまりは外在的制約論によって決せられる。すなわち、価値較量は、二つの価値がすべての状況のもとで両立しない関係で対立しているため、二つの価値を一般的に比較することによって優劣を決することになるのに対し、利益較量は、二つの価値が一定の前提状況のもとで対立する関係にあるため、この状況のもとでの二つの価値の優劣を決することになるのであって、価値較量は利益較量の特殊な場合であり、利益較量は一定の状況のもとにおける価値較量であるということができる。」との理論を提唱される(同書一八頁ないし一九頁)。経験則の抵触か、それとも、ある経験則を前提としての「特段の事情」かについても、このような香城教授の判断手法を参考にし、すなわち、原告と被告が、すべての状況のもとで両立しない別個の経験則を主張しているのか、それとも、一方当事者が主張している一定の前提状況から基礎づけられる経験則が存在するとの認識の上で、他方当事者が、その経験則の適用を排除しようとしているのかにより、分類が可能といえると思われる。人権や憲法上の価値というものも、そのような価値が、守られるべきとの経験則に基づいて、憲法に明文化され、あるいはプライバシー権のように、憲法一三条を介して体现されて確立したものであり、裁判官はそのような経験則により、価値の優劣を判断するものと思われるからである。

なお、ある事例が、経験則の衝突か、あるいは、「特段の事情」かの区別であるが、差し当たり、本文と但書で表現できるもの、すなわち「○○（という事実）」が存在する場合は、△△（という事実ないし経験則）」が認められる。但し、××の事実が存する場合はこの限りではない。」と表現できる場合が、一定の状況を前提とする「特段の事情」、このような表現をすることができない場合が、すべての状況のもとで両立しない経験則の衝突と分類できると考える。

(43) 遠藤二四三頁。

(44) 本井巽京都産業大学教授は、「医療過誤訴訟における鑑定の評価」『科学裁判と鑑定』中野貞一郎編 日本評論社一九九頁ないし一二〇頁において、「兼子博士は、経験則を一般常識的なものと特殊専門的なものとに区別し、後者に就いては裁判官の私知を認めず、専ら鑑定によるべきものと説かれ、その後に言渡された最高二小判昭和三十六年四月二八日民集一五巻四号一一一五頁が、裁判官の通常の知識により認識すべき推定法則は、その認識のためにとくに鑑定等の証拠調を要するものではない、と判示した。これを解説した白石調査官は、本判旨が『裁判官の通常の知識により認識し得べき推定法則云々』といっているのは、たまたま、本件推定法則が常識で理解できる程度のものであったのでそういっただけのものであるのか、大審院以来の見解を改め、反対説（兼子説）の見解に賛成した上での判示であるのか、必ずしも明らかではない。けれども、従来のように経験則の認識については私知が許されると割り切った表現を用いていないところからみても、本判示が、少なくとも、前記反対説を一応念頭においていることはほぼ間違いないところであり、今後、この判例が判例展開の契機となることは考えられることであろう、と説明している。しかし、経験法則は、事物の判断のよりどころとなるものであって、限られた特定人しか経験できない具体的事実ではないから、その知識を獲得することは裁判官にとって望ましいことであり、その獲得方法・材料に制限はないと解するのが相当である。」と述べられる。もちろん、本井教授の言われるとおり、裁判官が多くの経験則について、知識を有するのは、当事者や、当事者たりうる国民にとっても、望ましいことは言うまでもない。ただ、相手方当事者は、裁判官がある経験則を当該事例に適用しようとしていることを知ったならば、そのような経験則の不存在や「特段の事情」、これと衝突する

別個の経験則を主張・立証する機会があるにもかかわらず、このような機会を得られないまま、言わば不意打ち的な判決がなされる可能性を払拭することが重要と考える。

6 裁判例に照らした規範的要件事実に関する経験則の適用の具体例

前記分類のような前提の上で、規範的要件事実についての経験則の適用過程を検証するのに適切なと思われる、代表的な裁判例につき、検討してみたい。

(1) 診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準に関する最高裁判例

まず、未熟児網膜症にり患した未熟児について、医療機関に要求される医療水準を具体的に認定した最判平成七年六月九日付第二小法廷判決及びこの件についての、最高裁判所判例解説を題材としたい。⁽⁴⁵⁾

この事件の判例要旨は、「新規の治療法の存在を前提として検査・診断・治療等に当たることが診察契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情がない限り、右知見は当該医療機関にとっての医療水準であるといふべきである。」とされている。⁽⁴⁶⁾

この件を担当された田中豊最高裁判所調査官は、本判決に特徴的な点の第一に挙げるべきは、医療水準の形成過程をその動態に着目して把握していることであるとされる。すなわち、本判決は、ある疾病についての新規の治療法が開発され、それが各種の医療機関に浸透するまでの一般的な段階につき、①まず、専門的研究者の理論的考察

ないし試行錯誤の中から仮説というべきものが生まれ、②その裏付けの理論的研究や動物実験等を経た上で臨床実験がなされ、③他の研究者による追試、比較対照実験等による有効性（治療効果）と安全性（副作用等）の確認などが行われ、④この間、その成果が各種の文献に発表され、学界や研究会での議論を経て、⑤専門的研究者の間でその有効性と安全性が是認され、⑥教育や研修を通じて、この治療法が各種の医療機関に知見（情報）として又は実施のための技術・設備等を伴うものとして普及していくものであり、更にこの⑥の段階に至っても、通常は、先進的研究機関を有する大学病院や専門病院、地域の基幹となる総合病院、そのほかの総合病院、小規模病院、一般開業医の診療所といった順序をたどることを認定した上で、このような医療機関の事実上の役割分担を前提とした医療水準の形成過程の動態的把握の論理的帰結として、医療水準の判断枠組みにつき、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関の相当程度普及しており、当該医療機関においてこの知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、この知見は、当該医療機関にとつての医療水準であるというべきであるとの判断を示したことが特徴であると解説される⁽⁴⁷⁾。

すなわち、同判例は、前記①ないし⑥という評価根拠事実により、「新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関においてこの知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、この知見は、当該医療機関にとつての医療水準であるというべきである」との経験則を認定したものである。

そして、同判例は、このような経験則を前提として、「昭和四九年一二月に出生した未熟児が未熟児網膜症に罹患した場合につき、その治療に当たって甲病院においては、昭和四八年一〇月ころから、光凝固法が存在を知っていた小児科医が中心になって、未熟児網膜症の発見と治療を意識して小児科と眼科とが連携する体制をとり、小児

科医が患児の全身状態から眼科検診に耐えうると判断した時期に眼科医に依頼して眼底検査を行い、その結果未熟児網膜症の発生が疑われる場合には、光凝固法を実施することのできる乙病院に転医をさせることにしていたなど判示の事実関係の下において、甲病院の医療機関としての性格、右未熟児が診察を受けた当時の甲病院の所在する県及びその周辺の各種医療機関における光凝固法に関する知見の普及の程度等の諸般の事情について十分に検討することなく、光凝固法の治療基準について一応の統一的な指針が得られたのが厚生省研究班の報告が医学雑誌に掲載された昭和五〇年八月以降であるということのみから、甲病院に当時の医療水準を前提とした注意義務違反があるとはいえないとした原審の判断には、診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準についての解釈適用を誤った違法がある。」と判示し、原審判決を差し戻すに至ったのである。⁽⁴⁸⁾

すなわち、同判例は、前記経験則が認定された後、「昭和四九年十二月に出生した未熟児が未熟児網膜症に罹患した場合につき、その治療に当たった甲病院においては、昭和四八年一〇月ころから、光凝固法の存在を知っていた小児科医が中心になって、未熟児網膜症の発見と治療を意識して小児科と眼科とが連携する体制をとり、小児科医が患児の全身状態から眼科検診に耐えうると判断した時期に眼科医に依頼して眼底検査を行い、その結果未熟児網膜症の発生が疑われる場合には、光凝固法を実施することのできる乙病院に転医をさせることにしていた」等の具体的事実を評価根拠事実として、この事実関係を、甲病院の医療機関としての性格、当該未熟児が診察を受けた当時の甲病院の所在する県及びその周辺の各種医療機関における光凝固法に関する知見の普及の程度等の諸般の事情、つまりは、前記経験則に基づくあてはめについての再検討がなされるべきとして、原審に破棄差し戻したものである。

なお、田中調査官は、この判例によって示された医療水準の主張・立証責任について、被告である医療機関があ

る新規の治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせるなどの措置を採らなかったことが診察契約上の債務不履行事由（不完全履行に当たる具体的事実）として損害賠償を請求する場合、原告は、この治療法の存在を前提として検査・診断・治療等に当たることが当該医療機関にとつての医療水準であることを主張・立証することが必要となるが、原告は、被告である医療機関においてこの治療法に関する知見を有することを期待することが相当という規範的評価を導くため、当該医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性、この治療法に関する知見の診察当時の各種医療機関における普及の実態などを請求原因として具体的に主張・立証する責任を負い、一方、請求棄却を求める被告は、原告の主張する具体的事実について争う外、これと両立してこの期待相当性の規範的評価を妨げるに足りる具体的事実を抗弁事実として主張することになると解説されている⁽⁴⁹⁾。

これは、まさに、被告が前記経験則や、これをあてはめた結論を覆すことを試みる場合には、この経験則とは別個で、かつより蓋然性の強い経験則を基礎づける具体的事実、あるいは前記経験則の「特段の事情」に該当する事実を抗弁事実として立証すべきということと思われる。

なお、田中調査官は、「本件が診察契約上の債務不履行に基づく損害賠償請求事件であるため、本判決の判断は、診察契約に基づき医療機関に要求される医療水準についてのものとしてされているが、不法行為における医師の過失の基準としての医療水準についても原則として同旨が妥当するものと考えてよい。」と解説され、不法行為に基づく「過失」の認定についても、このような手法や、主張・立証責任の分配がそのままあてはまるべきことを明示されている⁽⁵⁰⁾。

(2) 民法第一一〇条にいわゆる「正当ノ理由」がないとされた最高裁判例

次に、前記倉田卓次元裁判官が最高裁判所調査官として担当され、民法一一〇条の「正当の理由」の存否が争わ

れた最判昭和三十六年一月一七日第三小法廷判決において、これが否定されるに至った過程を検討する。⁽⁵¹⁾

この件の最高裁判決は、妻が夫所有の土地家屋を、夫に無断で売却した事案において、取引の相手方は、本人(夫)に直接確認する義務を負うか否かが争点となり、「病身の夫が家族との不和と療養の関係からさして遠方でない土地に別居中、妻が無断で夫の印章を偽造し、夫の代理名義で夫所有の土地家屋を代金三二〇万円で売却した際、交渉が行われた場所が当該の家屋であり、家族の収入は妻名義でなす貸間収入で賄われており、成人した子供達が交渉の際同席する等、一応妻の代理権があると信じさせるような事情が存在していたとしても、『夫が病気で別居し、仕送りがないので借金ができ、その整理のため売る』旨告げられながら、直接夫について確かめなかった場合には、買主には妻に不動産売却の代理権があると信すべき正当理由があるとは言えない。」と判示して、「正当の理由」を認めなかったものである。⁽⁵²⁾

まず、この件において「正当の理由」を基礎づける評価根拠事実は、倉田調査官の解説によれば、①本件売買契約においては売主側が形式上何等欠点のないXの印鑑証明書、権利証、委任状および印鑑を所持していたこと、②売買契約はX所有の本件家屋において公然となされ、またXを代理としたのはその妻であるAであり、かつ契約に際してはXの長男、娘三人および娘婿であり東京都の大和産業株式会社取締役社長の肩書を有し、本件売買のため東京から馳せ参じたという訴外Bも立ち会っていること、③本件不動産については本件売買以前の昭和二十八年二月二五日訴外株式会社C銀行のため債券額三〇万円の根抵当権設定登記ならびに同年八月六日訴外Dのため債券額一〇〇万円の抵当権設定登記がなされたが、右はいずれもAがXを代理してなしたものであること、④本件不動産を売却する理由は、売主側の言によれば、X一家の負債整理というのであったこと、⑤売買交渉から契約成立、代金支払及び移転登記完了まで数日間を要し、その間前記立会人らも終始立会い協力したこと、の五点となる。⁽⁵³⁾

すなわち、(1) ①の事実から、代理人が印鑑証明書、権利証、委任状、印鑑を持参している場合、通常、代理人が本人から代理権を与えられている蓋然性が高い、(2) ②及び⑤の事実から、本人の子らが、しかも、わざわざ遠方から来て、代理人による売買契約の締結に同席しながら、異議を述べず、売買契約の履行に協力している場合は、通常、代理人が本人から代理権を与えられていることを示すものである、(3) ③の事実から、先に同じ不動産に抵当権を設定した際、本人が代理人に代理権を与えていたならば、売却に際しても、代理権を与えた蓋然性が高い、(4) ④一家の負債整理のためならば、本人である夫は、妻に不動産を売却する代理権を与える可能性がある、という経験則の適用を求めたものといえよう。

ところが、原審の福岡高裁判決は、①ないし⑤の事実を概ね認めながら、本件では偽造印が用いられたこと、登記申請に際しXの手許にある権利証が用いられたこと(保証書を用いたことが窺われる)、③の点はそれを契約当時Yが承知していた形跡がないことなどを指摘したうえで、「更にまた……本件売買交渉の際YはAから本件不動産を売却する理由として、『主人は飯塚に居住し、長年の病気で動きもできず、仕送りをしてくれないので借金ができ、その整理のために売る』旨を告げられていたというのであるから、さように妻が長年病臥の夫と別居して看護にもあたらず、また夫からの仕送りを受けないというのでは、通常の注意力を有する第三者として、何か夫婦間に面白からざる点があるのではないかとの疑念を生ずるのがむしろ通常であり、本件の場合、Yとしても今一步注意力を働かせて、売主本人たるXに対し不動産売却の真偽を確かめる位の処置をとるのが相当であったと解せられる。」と判示し、YがAの代理権をたやすく信じたのはY側にも落ち度があったものというべきであると断じて、民法一一〇条の正当理由を否定し、請求を認容した。⁽⁵⁴⁾

Yは、原判決中に偽造印を使用した点が重視されていることを問題とし、かりに越権行為が犯罪を構成するとし

てもその故に民法一一〇条の適用を妨げられるものではなく、前記③の各登記に使用された印鑑証明も本件におけると同じく偽計によって得られた偽造印の印鑑証明（注ⅡXが飯塚市役所に届けていた実印と類似する、Aが所持していた印鑑を用いて、同市役所係員に対し、偽計を用いて印鑑証明書の交付を受けた）であり、銀行すら本人に問合せをしていないのに、通常人たるYにそれを要求するのは酷ではないかということを、上告理由の一つとして主張した。しかし、上告審判決は、「たとえ所論のように、一見Xを代理して本件不動産を処分する権限を持つと信じさせるような事情が一方に存在していたとしても、もしYが本人であるXについて不動産売却の真偽を確かめていたならば、本人にその意思がないことも印鑑証明書が偽造にかかるものであることも知り得た筈である。そして、通常の注意力を有する者であれば、右のような事実関係を聞かされつつ、三〇〇万円からの不動産を買い受けるについては、慎重に行動して、さして遠方でもない土地に別居中の本人について確かめるのが当然であらう。しかるにYはこの期待される行動を試みず、軽々にAに代理権があると信じてしまったためであって、本件の事実関係の下においては、Yがかく信じたことにつき民法一一〇条の正当理由ありというを得ない。」として、原審判決を維持した。⁽⁵⁵⁾

倉田調査官は、「民法一一〇条の正当理由の有無は、具体的事案における積極消極の各因子の複合の総和が、正になるか負になるかで決められるわけであって、同じ正当理由を否定した判断であっても、消極的因子の力が強く、否定的結論が当然、という場合もあれば、僅かに負の値を得たので辛うじて否定された、という場合もあるわけであるが、本件事件は、一、二、三番いずれも否定的結論をとっているにもかかわらず、実は、そのような辛うじて否定の結論となった場合ではないかと思われるのである。換言すれば、同じ事実関係の下に、正当理由を肯定する結論が出ていたとしても、別段不思議ではないような、そういう積極的因子も多分に包含されている事案なの

である。」と解説し、一方、この原審判決の理由について、「第三者がその権限ありと信すべき正当の理由を有せしとき」との判断をするにあたっては、第三者、すなわち取引の相手方の立場から見ることが必要であり、「偽造の事実そのもの」ではなく、「相手方の方で偽造であると知りえたか」あるいは「偽造ではないかと疑いえたか」といった形で検討すべき問題であることを指摘する。⁽⁵⁶⁾

すると、代理人として契約した妻Aの用いた印章と、夫Xの実印とは、いずれも正方形の輪郭の中にX姓を二字刻した角印であって、酷似しており、そして、市役所の係員の印鑑照合上の不注意から、A使用の印影について印鑑証明書が発行され、これによって本件取引に先行する銀行との各銀行の登記が行われた位であり、「偽造」であるということは二審が検証によって印鑑比照を行って判明したことであり、通常は、取引に際し、正規の印鑑証明書がついている場合には、「偽造ではないかとの疑い」は存しない（むしろその疑いを払拭するために印鑑証明書が添付されるのである。）としてよいことからしても、本件では印鑑偽造という因子を、正当理由の判定につき否定的に作用させることは許されなれと思われると述べられる。⁽⁵⁷⁾

ところで、この因子を除くと、秤量の針はかなり正当理由肯定の方向に戻るにもかかわらず、最高裁は残りの因子だけで、原審の結論を維持したことにつき、倉田調査官は、妻から夫所有名義の巨額の不動産を買い受ける際に、「家庭不和による別居をも匂わせる妻の発言内容があったならば、たとえ、妻が家政処理権を有しているように見え、取引書類に印鑑証明書が付いていて、万事整っているように思えても、なお買受人としては一応夫にたしかめて見るべきものだということになり、「本件での結論を導いた最大の理由は、結局、『妻による夫の財産の処分』ということに対する裁判官の思想の傾向であったといえるかも知れない。」との解説を加えられるのである。⁽⁵⁸⁾

すなわち、控訴審判決は、①売買契約書に捺印された印鑑が偽造であったこと、②代理人である妻は、売買契約

締結にあたり、「夫が病気で別居し、仕送りがないので借金ができ、その整理のため売る。」とYに告げたこと、の二つの事実を評価障害事実として認定し、正当事由を否定するに至ったものである。

つまり①より基礎づけられる「代理人が本人に代わって契約を締結した際、使用した印鑑が偽造であったならば、相手方は、通常、本人が代理権を与えていないことを認識可能である。」との経験則、②より基礎づけられる「夫婦関係が円満でないことを窺わせる事実を知ったならば、相手方は、通常、夫が妻に、不動産取引の代理権を与えていない可能性があると認識することが可能である。」という経験則（夫婦関係が円満でない状況においては、通常、夫は妻に、不動産取引の代理権を与えることはない。」との経験則を前提とする）の双方を適用したものといえよう。

そこで、Yは、上告審において、「代理人として契約した妻Aの用いた印章と、夫Xの実印とは、いずれも正方形の輪郭の中にX姓を横に二字刻した角印であって、酷似しており、そして、市役所の係員の印鑑照合上の不注意から、A使用の印影について印鑑証明書が発行され、これによって本件取引に先行する銀行との各取引の登記が行われた位であり、『偽造』であるということには一審が検証によって印鑑比照を行って判明したことである」との事実を主張・立証した。

しかし、最高裁はこの事実を認めながら、原審の結論を維持した。すなわち、評価障害事実①による「代理人が本人に代わって契約を締結した際、使用した印鑑が偽造であったならば、相手方は、通常、本人が代理権を与えていないことを認識可能である。」との経験則については、前記Yの主張・立証により、「特段の事情」があり、本件への適用を排除する一方、評価障害事実②のみで、正当の理由を否定する結論に至ったことができる。

すなわち、前記評価根拠事実①ないし⑤から立証される経験則の蓋然性より、評価障害事実②による経験則の蓋

然性のほうが高いと判断したものであろう。そして、前記のとおり、倉田調査官が指摘される「本件での結論を導いた最大の理由は、結局、『妻による夫の財産の処分』ということに対する裁判官の思想の傾向であつたといえるかも知れない。」というのは、「夫婦関係が円満でない状況においては、通常、夫は妻に、不動産売買の代理権を与えることはない」との経験則の蓋然性の程度の判断に関するコメントと解することができると思われる。

(3) 建物賃貸借契約の解約申入れに正当事由ありとした高裁判例

次に、建物賃貸借契約の解約申入れに正当事由があるかが争われた東京高判平成一〇年九月三〇日判例時報一六七七号七一頁である。規範的要件事実について論じた最新の文献である「民事要件事実講座 総論Ⅰ 要件事実の基礎理論」所収の難波孝一裁判官の「規範的要件・評価的要件」二二三頁ないし二二八頁において、規範的要件事実に関する審理の過程を解説する題材とされているので、本稿でも、経験則の適用や蓋然性の判断という観点から、同裁判例を検討することとしたものである。⁽⁵⁹⁾

難波裁判官は、この事例において、建物賃貸借契約の解約申入れの「正当事由」に関し、原告が主張した評価根拠事実につき、「①本件建物は昭和二一年に建築された木造二階建てのものであり、老朽化しており早急に建て替える必要がある。②本件建物の所在する場所は、近く二つの地下鉄駅が開業予定の商業地域であり、社会経済的な観点からは、土地の再開発、有効利用がはかられるのが相当な場所である。③Xは、本件建物の二階に居住しているが、本件建物を建て替えて店舗及び住居として使用する必要がある。④Xは本件建物の近隣にマンションAを所有しているが、床面積一〇坪でXら家族が生活するだけの面積がなく、事務所として第三者に賃貸している。また、大田区にもマンションBを所有しているが、ワンルームマンションでXら家族の居住としては使用できない。⑤XはYに対し正当事由補強のため五〇〇万円又は裁判所が相当と認める金額を提供する用意がある。」と整理し、

被告が主張する評価障害事実を、「⑥Yは本件建物一階部分で高級下着店を営んでいる。⑦本件建物の存在する麻布十番は高級下着店経営のためには、他に類を見ない程の好立地条件であり、固定客が付いており、他に代替する場所はない。⑧Yは本件建物一階部分での高級下着店からの売上以外に収入の道はなく、本件建物から立ち退けば生活の手段を失ってしまう。⑨Xは本件建物の近隣にマンションAを、大田区にマンションBを持っており、本件建物の二階部分に居住する必要がある。」と整理されている。

③④は、「人は、家族の人数に応じて、一人あたり相当な面積の住居がなければ、生活を維持してゆくことは非常に困難となる」との経験則及び、Xは、本件建物を建て替えることにより、相当な面積を確保できなければ、生活に困難を来たすという、この経験則の本件への該当性、そして蓋然性の高さを基礎づける事実であり、⑨は、Xが、生活に困難を来たすことを否定し。蓋然性を低める「特段の事情」となりうる事実である。

次に、⑥ないし⑧は、一方、「商人は、好立地条件の営業の本拠を失えば、収入の途を失うか、あるいは他の場所で営業しても、収入は大幅に減少し、収益を上げてゆくことが困難となるのが通常である」との経験則、そして本件では、高級下着店を営むYがこの本拠地たる麻布十番の不動産の賃借権を失えば、収益を上げることが極めて困難となること、すなわちこの経験則の本件への該当性及び蓋然性の高さを基礎づける事実である。

すなわち、③④⑨の事実が認定されるか否かにより、裁判官は、「家族の人数に応じて、一人あたり相当な面積の住居がなければ、生活を維持してゆくことは非常に困難となる」との経験則の本件への該当性及びその蓋然性を判断し、一方、⑥ないし⑧が認定されるか否かにより、「商人は、好立地条件の営業の本拠を失えば、収入の途を失うか、あるいは他の場所で営業しても、収入は大幅に減少し、収益を上げてゆくことが困難となるのが通常である」との経験則の本件への該当性及びその蓋然性を判断して、両者を比較衡量することとなる。

そして①は、「老朽化した建物は、使用に支障を来たすことが多く、建て直す必要があるのが通常である」との経験則（ただし、どの程度老朽化しているかとも関連しており、単独ではそれほど強い蓋然性を有する経験則とはいえない）、②は「土地所有者は、社会経済的な観点からみて、最も有効な方法により、その土地を活用することを望むのが通常である」との経験則の立証が含まれており、①②を併せ、「商業地域化が進み、周囲には中高層のビルが少なからず建設されている地域では、自己が所有する土地上の建物についても、老朽化した建物に費用をかけて延命を図るより、同程度の高層ビルを建設するのが、社会経済的な見地から有効であるのが通常である」との二次的な経験則が立証されるといえよう、そして、この①②が複合された二次的経験則は、①②単独の場合より、かなり強い蓋然性を有する経験則となるものであろう。

なお、この件の東京高裁判決は、X側の事情については、建物使用の必要性を基礎づける③④を認定する一方、これを減殺する⑨も認定し、Y側の建物使用の必要性を基礎づける⑥ないし⑧の事情を全て認定した結果、建物使用の必要性については、YのほうがXより勝っていると判断するに至ったが、社会経済的な見地を重視した①②を評価根拠事実（予備的請求原因）として認定し、YがXから立退料として四千万円を受けると引き換えに、明渡しを認める判決を言い渡した。

すなわち、①②から立証されるX側の「商業地域化が進み、周囲には中高層のビルが少なからず建設されている地域では、自己が所有する土地上の建物についても、老朽化した建物に費用をかけて延命を図るより、同程度の高層ビルを建設するのが、社会経済的な見地から有効であるのが通常である」との経験則と⑥ないし⑧から立証されるY側の「商人は、好立地条件の営業の本拠を失えば、収入の途を失うか、あるいは他の場所で営業しても、収入は大幅に減少し、収益を上げてゆくことが困難となる」との経験則の本件における蓋然性を対比し、双方とも強度

であることを前提とした上で、後者の経験則につき、「営業の本拠を失うことにより損われる利益が経済的なものである場合、これに見合った金銭の支払いにより補填することが可能である」との「特段の事情」が存するとしてと説明できると思われる。そして、裁判所は、立退きによりYが失う利益は、四千万円であると事実認定し、この支払と引換えに、明渡請求を認容する判決を言い渡したといえよう。

- (45) 「最高裁判所判例解説 民事篇 平成七年度」(財団法人法曹会) 五四九頁ないし五八二頁 田中豊調査官解説部分。以下「田中解説」という。
- (46) 田中解説五四九頁。
- (47) 田中解説五七〇頁ないし五七二頁。
- (48) 田中解説五四九頁ないし五五〇頁。
- (49) 田中解説五七四頁。
- (50) 田中解説五七五頁。
- (51) 「最高裁判所判例解説民事篇 昭和三十六年度」(財団法人法曹会) 一頁ないし八頁 倉田卓次調査官解説部分。以下「倉田解説」という。
- (52) 倉田解説一頁。
- (53) 倉田解説二頁。
- (54) 倉田解説二頁ないし三頁。
- (55) 倉田解説三頁。
- (56) 倉田解説三頁。
- (57) 倉田解説五頁ないし六頁。

(58) 倉田解説六頁。

(59) 難波孝一「5 規範的要件・評価的要件」『民事要件事実講座 総論Ⅰ 要件事実の基礎理論』（青林書院）二二三頁ないし二二八頁。

7 最後に

裁判官ではなく、またその経験もない私が、規範的要件事実に関する審理のありかたについて、提唱することは、甚だ僭越であることや、規範的要件事実をめぐる実際の審理はもとと複雑であり、私のような分類をしてみても、おそらく機能しない場合がありうるであろうことも十分承知している。

しかし、今後、ますます、社会における紛争が裁判に持ち込まれることが多くなり、規範的要件事実に関する案件も増加することが予想されることからすれば、粗末なものであっても、一応、発表してみること、何らかの役割に立てればと思った次第である。

以上