

要件事実論の憂鬱

永
島
賢
也

もくじ

はじめに

- 第一 証明責任 — 序論 —
- 第二 要件事実論
- 第三 法規不適用の原則と証明責任規範
- 第四 要件事実論の考え方
- 第五 要件事実論と真偽不明
- 第六 要件事実論に対する批判的見解
- 第七 真偽不明概念の消失
- 第八 ツールとしての要件事実論と証明責任規範
- 第九 権利障害規定という区分け
- 第一〇 「裁判規範としての特許法」
- 第一一 証明可能性を採り入れた行為規範という誤解のおそれ

- 第二二 要件事実論と事案説明義務
- 第二三 小括
- 第一四 証明責任 — 再論 —
- 第一五 要件事実論の考え方が実務に及ぼすもの
- 第一六 要件事実論の憂鬱

はじめに

本稿の目的は、要件事実論の考え方の特徴を明らかにしようとするものである。

第一 証明責任 — 序論 —

1 定義

証明責任とは、訴訟において裁判所がある事実の存否につきそのいづれとも確定できない場合（真偽不明、non quiet）に、その結果として、判決において、その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生または不発生が認められないことになる当事者の一方の危険または不利益、と定義されている。⁽²⁾

2 真偽不明とは

真偽不明とは、裁判官が、当事者の行う事実の「主張」が、真なのか偽なのかわからず、事実の存在・不存在につき十中八九間違いないという確信を持つ⁽³⁾には至らない状態のことである。真偽不明は一般にノンリケット（non quiet）と呼ばれる⁽⁴⁾。

ノンリケットに陥った場合でも、裁判所は、裁判すること自体を拒否することはできない⁽⁵⁾。すなわち、裁判所は、判決を言い渡さないという選択はできない⁽⁶⁾。

3 ノンリケットに対処する法技術

証明責任は、このように、ノンリケットの場合、すなわち、当事者による事実の主張が真偽不明となった場合でも裁判を可能にする法技術である⁽⁷⁾。

もちろん、できるだけノンリケットに陥らないよう事実の存在（たとえば、その事実主張は真であるということ）・不在（たとえば、その事実主張は偽であるということ）を訴訟上確定したうえで判決が言い渡されることが望ましいであろう。しかしながら、現実には、事実が存在するとも、存在しないとも、いずれも確定できないというケースは生じうる。

4 貸金返還請求の例

(1) ノンリケットに陥ってしまった場合、証明責任によって、その事実の存在（不存在）を擬制することによって裁判がなされる⁽⁸⁾。

(2) たとえば、貸した金なのか、援助（贈与）したものが争われているケースで、渡した金の返還約束の存在の主張が、真なのか偽なのか明らかでない、すなわち、返還約束の有無がノンリケットに陥った場合、返還約束はなかったものとみなす（擬制する）ことにより、貸した金なので返してほしいと述べている側の請求は認められないという裁判がなされる。

(3) 同じケースで、返還約束があった（その主張は真である）という高度の蓋然性が認められれば、その他の要件を充たせば原告の請求を認容すればよいし⁽⁹⁾、逆に、返還約束などなかった（その主張は偽である。あるいは、贈与であった。）

という高度の蓋然性が認められれば原告の請求を棄却すればよい。⁽¹⁰⁾ 証明責任による裁判の必要性はない。

(4) ただ、裁判所に提出された証拠等によっても、返還約束があったのか、なかったのか、真偽不明に陥った場合には、上述のとおり、貸金の返還請求者の側に分配された証明責任により、原告は請求を認めてもらえないというリスクを負っていると説明できる。

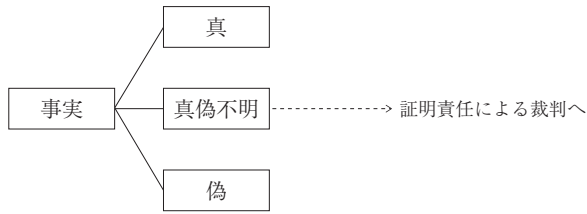
(5) このように、金銭消費貸借契約に基づく返還請求権の発生要件のひとつである金銭の返還約束の存否につき、訴訟上、真偽不明に陥った場合、返還約束はなかったものと擬制され、請求棄却という裁判がなされる。これを当事者の側から捉えて同請求権を主張する側に立証責任があるという。

当該事実の主張が真であると訴訟上確定できるときはもちろんであるが、それが偽であると訴訟上確定できる場合も、事実を擬制する必要はなく、証明責任による裁判は必要でない。

5 証明責任による判決を回避する工夫

証明責任は必ずしも証明手段を持っている者に課されているとは限らない。真偽不明の場合に証明責任の所在によって裁判するのが適切ではないと考えられるとき、証明責任による判決を回避するため、証明責任によって裁判する事態に立ち至ることをできるだけ少なくする法技術が用いられている。証明責任の転換（例えば自賠法三条但書）や推定規定（例えば破産法一五條二項）、その他、表見証明や一応の推定などの手法、そして、証明

図 1



責任を負わない当事者の事案解明義務などである。

第二 要件事実論

1 要件事実論という考え方

要件事実論とは、証明責任（立証責任、挙証責任）の分配に合わせて、民法の条文の書き直しをしようとする考え方である。⁽¹³⁾たとえば、債務不履行の要件としての債務者の帰責事由は、債権者にその存在について立証責任があるのでなく、債務者にその不存在について立証責任があると解釈されているので、債務者の責めに帰すべき事由によることが障害事由となるよう「但書」にするなどして、条文を書き直しておくというものである。

2 「裁判規範としての民法」

要件事実論の立場は、こうして書き直され、構成し直された民法のことを「裁判規範としての民法」と呼んでいる。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾要件事実論のいう「裁判規範としての民法」とは、原被告の主張立証、特に立証責任を念頭に置いて再構成した民法のことである。

裁判規範に対するものは行為規範であるが、要件事実論が「行為規範としての民法」というときは、立証責任、つまり事実の存否不明という事態を前提としない民法のことを指す。⁽¹⁵⁾

「裁判規範としての民法」は、訴訟上事実が存否不明になったときにも裁判官が判断をすることが不能にならないように立証責任のことまで考えて要件が定められている民法のことであり、その要件が、当該要件に該当する事実が立証されない場合には、その要件による効果が発生しないものと扱うのが民法上妥当な結果になるような形式で定め

られている民法のことである。⁽¹⁶⁾

3 「裁判規範」と「行為規範」の二本立て

要件事実論の考え方が用いる「裁判規範」と「行為規範」という言葉は、裁判において問題となる立証の必要性を考慮した規範であるか否かが区別の基準となっている。⁽¹⁷⁾

要件事実論の考え方によれば、民法は、立証責任を念頭に置いて再構成された民法（「裁判規範としての民法」と、立証責任を前提としない民法（「行為規範としての民法」）の二本立ての構成となる。⁽¹⁸⁾ 裁判官の判断の仕組みに合わせた機能主義的なアプローチにより再構成された民法と、制度の趣旨や存在理由に沿って展開される民法とに分かれるものの、両者は車の両輪とも呼ぶべきもので、要件事実論は民法典に内蔵されていない新たな規定を設定するものではない。⁽²⁰⁾

4 雄大な作業

現在まで、立証責任の分配に合わせて条文を書き直す、という要件事実論の雄大な作業が着々と進められてきている。⁽²¹⁾

法律効果を生じさせる法律「要件」には、立証責任の所在を考慮していないものと（「行為規範としての民法」）、立証責任の所在のことまで考慮されているもの（「裁判規範としての民法」）とがあることになる。⁽²²⁾

要件事実論は、主張責任と立証責任を一致させて考えるため、その都度改めて立証責任の分配を考える必要がなくなり、立証責任の転換に気づかず判断してしまうという間違いも起こりにくくなる。⁽²³⁾

そのほか、立証責任の分配に沿って再構成された民法（「裁判規範としての民法」）は、法律要件が立証責任の分配に

結びつけられた構造を有するため、民法とは別個に証明責任規範を設ける必要がなくなり、むしろ証明責任規範は無⁽²⁴⁾用になる。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

5 法律実務家の思考

(1) 確かに、法律実務家は要件の存在と言うとき、それを証明と結びつけて考えている。⁽²⁹⁾ 弁護士であれば依頼者に有利な法律効果を獲得するため、どのような法律要件を備える必要があるのか、と考えるのは日常茶飯事である。当該要件を誰が証明するのか(その要件に該当する具体的事実の存在・不存在を依頼者側で証明するのか、その不存在・存在を相手方が証明するのか)、仮に、証明されないとき(真偽不明に陥ったとき)依頼者側に有利なのか、そうではないのかは、あたかも呼吸するかのごとく慣れ親しんだ実務家の思考である。

(2) 他方、実体法は人々の行為を規律する法体系であり、事実はすべて明瞭にわかっている(いわば神様の目から見ている)こととし、ある事実が存在することを前提にして、そこにある法律効果を結びつけている。民法学者は、証明の点を考慮せず事実は明らかであるということを前提にして、ある法律効果の発生に必要な要件は何か、たとえば善意だけでよいか善意無過失まで要求されるのかという考察をしている。したがって、「契約は合意があり、錯誤がなければ成立する」という法命題と「契約は合意があれば成立する。但し、錯誤があればこの限りでない」という法命題とは、実体法の性質としては同じことを述べていることになる。この点、権利障害規定と題して後述する。

(3) これらの対比は、実体法の規範が、その法律効果を要件の存否に結びつけているのか、それとも、要件の証明(ないし訴訟上の確定)に結びつけているのか、という証明責任論における議論を(これは、要件事実論とは異なるもの)の想起させる。

第三 法規不適用の原則と証明責任規範

1 実体法の白紙回答

もし、事実が存在するとも、存在しないとも、いずれとも確定できなくなった場合、裁判所は当該事実を法律要件とする法規を適用することも、適用しないことも、いずれもできないことになるはずである。実体法は、訴訟において法律要件に該当する事実の存否が不明であった場合の法律効果については、いわば白紙回答をすることになる。⁽³⁰⁾たとえば、債務不履行の要件として債務者の帰責事由が存在するとも、存在しないとも、いずれにも確定できないとき、他の要件が具備されているとして、債務者に債務不履行責任を負わせてもよいのか、負わせるべきでないのか、民法の定めからは出てこないことになる。他方、裁判所は「私はわからない」という判断をすることもできない。

2 法規不適用の原則

証明責任論の中には法規不適用の原則に関する議論がある。この原則は、実体法は、その要件に該当する事実の存在が認められたときにはじめて適用されるものであり、当該事実が存在しないことが認められたときはもちろん、真偽不明のときにも適用されない、というものである。すなわち、真偽不明を、法規の不適用に結びつけ自己に有利な法規が適用されないことによる一方当事者の被る不利益を証明責任と定義するものである。⁽³¹⁾

しかしながら、実体法は、法律要件が存在しているときに法律効果を発動させると理解すべきものであり、そうだとすれば、法律要件が存在するか不存在であるかが不明の場合には、法律効果を発動させてよいか発動させない方がよいのか、実体法自身から出てこない。法律要件の真偽不明を直ちに実体法の不適用に結びつける法規不適用の原則

には飛躍があると言わざるを得ない。⁽³²⁾

3 証明責任規範

とすると、真偽不明のとき論理上当然に法規不適用になるのではなく、何らかの考慮を媒介させて法規の不適用または適用が指示されていると解される。何らかの考慮とは何か。真偽不明の場合でも、裁判を拒否することは許されないとということに関する。そのため、真偽不明の場合でも裁判をすることができるよう、実体法を適用するか、不適用とするかを裁判官に指示する規範（証明責任規範⁽³³⁾⁽³⁴⁾）があり、この証明責任規範の作用を当事者の側から捉えると、事実主張が真偽不明の場合に実体法の適用・不適用が指示される結果一方当事者が負う危険または不利益が証明責任であると定義されることになる。

4 法規不適用の原則と証明責任規範の対比

両者を対比すると、法規不適用の原則の考え方は、実体法は法律要件が「証明」されたときに適用されると考え、証明責任規範の考え方は、実体法は法律要件が「存在」するときに適用され（「存在しない」ときに不適用とな）ると考⁽³⁵⁾える。

実体法と証明責任規範とは峻別され、実体法は自由心証の枠内で機能し、証明責任規範は自由心証の尽きたところで実体法と共同して機能する。⁽³⁶⁾ 証明責任規範の考え方は、いわば実体法に証明責任規範を付け加えることによって（実体法＋証明責任規範）、真偽不明の事態に対処しようとするものと理解できる。

5 各説の紹介

法規不適用説は、証明責任の本質を事実の真偽不明の場合における法規の不適用にみる。これに対し、証明責任規

範説は、真偽不明を法律要件とする証明責任規範の適用により、真偽不明の事実が存否いずれかに仮定され、その結果、この事実を法律要件とする法規の適用または不適用が明らかになるといふ。そのほか、民事訴訟を従前の当事者の交渉の行き詰まりの原因を一定の条件のもとで明らかにし、その点について当事者に自主的な判断の可能性を与え、交渉を再開させる制度と理解する訴訟観を基礎にして展開される行為責任説がある。そして、司法研修所民事裁判教官室のいわゆる「要件事実論」である、と説明されている⁽³⁷⁾。

第四 要件事実論の考え方

1 無用な証明責任規範

要件事実論の考え方からは、この証明責任規範は無用のものとされている⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾。現実の民法の規定の形式とは一応別に「裁判規範としての民法」の規定を構成するに当たっては、「裁判規範としての民法」の規定は、その要件事実が存否不明になったときに当然対応できるものでなければならぬこと及びその対応の仕方としては、その事実が存在するものとは扱わないのが相当であることを前提として行っているのであるから、右のような証明責任規範があるのと同じ結果になることは当然のことであるからである。再構成された「裁判規範としての民法」で充分対応できる以上、わざわざ「行為規範としての民法」の規定に証明責任規範を加えることによって解釈を複雑にする必要はない。

2 主張責任と立証責任の一致

要件事実論は、主張責任の所在と立証責任の所在とが一致すると述べる。ある事実が口頭弁論において主張されない結果、当該要件事実の存在を前提とする法律効果の発生が認められないという不利益または危険が主張責任であり、

ある事実の存否が訴訟上不明に終わった結果、当該要件事実の存在を前提とする法律効果の発生が認められないという不利益または危険が立証責任であるとするので、両者は、定義上、当然に一致することになる。⁽⁴³⁾

第五 要件事実論と真偽不明

1 要件事実論における立証責任の概念

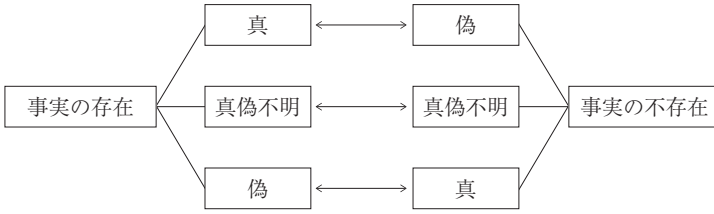
(1) いわゆる白表紙⁽⁴⁴⁾では、立証責任の概念を次のように説明している。

「訴訟上、ある要件事実の存在が真偽不明に終わったために当該法律効果の発生が認められないという不利益又は危険を立証責任と呼ぶ（客観的立証責任と同義、証明責任ともいう。）」と（以下、「要件事実論の立証責任の概念」という。⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾。

しかしながら、通常、「ある事実の『存在』が真偽不明に終わったため」ではなく、「ある事実の『存否』が真偽不明に終わったため」か、あるいは、「ある事実（の主張）が真偽不明に終わったため」と説明すべきところと思われる。なぜなら、ある要件事実の『存在』が真偽不明に終わったということと、同一の要件事実の『不存在』が真偽不明に終わったということは、いずれも同一の内容を指しているからである。たとえば、Aという要件事実の存在（の主張）が真であるということは、論理上、Aという要件事実の不存在（の主張）が偽であるということである。逆に、Aという要件事実の存在（の主張）が偽であるということは、Aという要件事実の不存在（の主張）が真であるということである。それゆえ、Aという要件事実の存在の真偽不明は、Aという要件事実の不存在の真偽不明に対応している。

(2) ある事実の主張が真である（存在する・存する）、あるいは、偽である（不存在である・否である）と確定できる場合は、立証責任によらずとも裁判をすることができる。訴訟上、真か偽かを確定できる場合には、そもそも立証責任

図2



の出番がないからである。⁽⁴⁷⁾

(3) 要件事実論の立証責任の概念は、再構成された「裁判規範としての民法」が完成されていることを前提にしている。なぜなら、仮に民法の条文の書き直し（「裁判規範としての民法」）が完成していなかったとすると、次のとおり、上述の立証責任の概念は維持できなくなるからである。

(4) たとえば、民法四一五条後段の条文では、履行不能と帰責事由が損害賠償請求権の発生要件という書き方がなされている。これを、要件事実論の立証責任の概念にあてはめると、「訴訟上、帰責事由の存在が真偽不明に終わったために損害賠償請求権の発生が認められないという不利益又は危険を立証責任と呼ぶ」ことになる。しかしながら、帰責事由の存在が真偽不明に終わった場合、損害賠償請求権の発生が認められているので、この概念では矛盾が生じてしまうことになる。他方、「裁判規範としての民法」が完成しているのであれば、帰責事由の要件は但書に回るので、履行不能という要件を、要件事実論の立証責任の概念にあてはめても矛盾は起きない。この矛盾は、条文上は権利根拠規定のよくな書き方がなされていても、解釈上はその立証責任が転換される場合に必ず生じることになる。⁽⁴⁸⁾

(5) 民法の条文は、必ずしも証明責任の分配を考慮して制定されているとは限らない。

日本の民法の立法の際の資料によると、起草者（梅謙次郎、穂積陳重、富井政章）は条文の

書き方について、証明責任の分配を犠牲にしても分かり易い表現を心掛けたと言明している。すなわち、条文の表現（書き方）は日本においては、証明責任の分配の基準となりにくいことを起草者自身が認めているのである。⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

(6) また、民法以外の実体法についても、要件事実論の視点から書き直しが進められている。とすると、「裁判規範としての民法（実体法）」の完成までは、要件事実論の立証責任の概念は矛盾を抱え込むことになる。

2 要件事実論の徹底と真偽不明という概念

(1) 要件事実論が徹底されると（裁判規範としての民法（実体法）」が完成すると）、そこに真偽不明という概念は残るであろうか。

ある事実の存在が法律要件である場合、その事実の存在が訴訟上確定されれば（証拠により立証されれば）法律効果の発生が認められ、逆に、その事実が存在しないことが訴訟上確定されれば法律効果の発生は認められないとする。その事実が存在するとも、存在しないとも訴訟上確定できない場合、真偽不明となり、当該法律要件の存在につき証明責任を負う者にとって、その法律効果の発生を認めてもらえないという不利益を負うことになる。

(2) ここで、要件事実論を徹底すれば、法律要件に該当する事実の存在は、訴訟上確定されるか、または、確定されないか、のいずれかを区別すれば足りることになる。すなわち、この例で言えば、その事実が存在しないこと（不在）が確定されたのか、それとも不在とも確定できず真偽不明となったのか、という区別がなくなる。⁽⁵¹⁾

(3) 立証責任の分配に合わせて条文を書き直す、という要件事実論の作業が着々と進行し、やがて再構成された裁判規範としての民法が完成し、要件事実論の考え方が徹底されたとき（裁判規範としての実体法」が完成されて要件事実論の考え方が徹底されたとき）、完成された要件事実論の内部では真偽不明という概念が消失する。

3 上述の例へのあてはめ

(1) 上述の例によれば、たとえば、貸した金員なのか、援助（贈与）したものであったのかが争われているケースで、渡した金銭の返還約束の存在の事実主張が証拠によって立証されたとき（たとえば、署名捺印のある契約書が証拠として提出された場合など）、（他に弁済がなされたなどの事実が認められない限り）原告の請求は認容されることになる。他方、返還約束が存在しなかった（むしろ贈与の意思が事実として認められる）という場合、原告の請求は棄却されることになる。

(2) そして、いわばその中間にある、返還約束が存在するとも存在しないとも、贈与が存在するともしないとも、いずれとも判断がつかなかった場合、真偽不明となり、予め分配されている立証責任の所在によって、これを負担する側である原告の請求は棄却されることになる。

(3) この例の場合、要件事実論を徹底すれば、返還約束が存在しなかった（贈与という事実が認められる）という場合も、返還約束が存在したとも存在しなかったともいずれも判断がつかなかったという（真偽不明）場合も、ともに返還約束の事実の存在が訴訟上確定されなかった（立証されなかった）という事態に変わりはなく、両者を区別する必要性がなくなる。

(4) こうして、徹底された要件事実論の考え方の内部では、真と確定できず、かつ、偽とも確定できないという概念、すなわち、真偽不明という概念が消失する。真と確定できるか、真とは確定できないかを区別することで足りるからである。⁽³²⁾⁽³³⁾⁽³⁴⁾

(5) とすると、上述の要件事実論の立証責任の概念は、次のように定義すべきことになる。すなわち、「訴訟上、ある要件事実の存在が確定されなかったために当該法律効果の発生が認められないという不利益又は危険を立証責任

と呼ぶ。」と。これは、もはや客観的立証責任と同義といえるかどうか多分に疑問といふべきである。真偽不明の場合に対応する（真偽不明の場合でも裁判を可能にする）、という証明責任論の前提が抜け落ちているからである。

(6) あるいは、次のようにも解される。すなわち、要件事実論の立証責任の概念は「訴訟上、ある要件事実の存在が真偽不明に終わったために当該法律効果の発生が認められないという不利益又は危険」のことであるが、「ある要件事実の存在が真偽不明に終わった」という意味は、その要件事実の不存在（が立証された）の場合をも含んでいると解される。「存在の真偽不明」を構成する要素は、①存在・不存在が不明であること（通常の真偽不明の場合）に、②不存在であること（当該事実主張が偽であること）を加えたものという意味になる。⁽⁵⁵⁾

4 判決起案の手引きについて

(1) 司法研修所が編集した七訂民事判決起案の手引（法曹会）は、判決書の理由の説示の仕方について、次のように述べている。「事実の認定について説示をするに当たっては、ある当事者が立証責任を負う事実について、それが証拠によって認められるか又は認めるに足りる証拠がないかの説示をすれば十分であつて、要証事実の不存在や反対事実の存在を認定できる旨説示する必要はない。要証事実の不存在や反対事実の存在は立証命題ではないから、これらが認められる場合であっても、原則として、その存否が不明な場合と同一の表現で判示するのが相当である。（同書七一頁・一〇訂版では六八頁）」

すなわち、要件事実の不存在や反対事実の存在が認定できる場合、それが真偽不明であつた場合と同一の表現で説示せよ、と述べているのである。反対事実が存在するとの心証を得ても証明責任判決と同一の表現をするとすれば、それが真偽不明に陥つたため証明責任の分配に沿つてなされた証明責任判決なのか、反対の事実が積極的に認められ

たものなのか判決の理由をみてもわからないことになる。

(2) 他方、相手引は、事案によっては、要証事実の不存在又は反対事実の存在を認定することが望ましい場合もある、とする。そのような説示をする場合、「…を認めるに足りる証拠はない。」の次に、例えば「かえって、証人何某の証言によれば、原告主張のような契約は締結されなかったことが認められる。」とする、と述べられている。

そして、次のように続ける。「しかし、通常このような事実の認定は必要ではないのみならず、認定を誤る危険が伴いがちであるから、初心のうちは避けた方が無難である。」と。

すなわち、主張された事実が偽であると確信した場合であっても、真偽不明の場合と同一の表現で説示する方が、認定を誤る危険が少ない旨が述べられている。本来、証明責任判決の必要はないにもかかわらず（換言すれば、本来、証明責任が働く場面ではないにもかかわらず）、証明責任判決と同じ表現でよいと推奨していることになる。その理由は、そうしなければ認定を誤る危険を伴いがちだから、という。

この説明は、要件事実論の考え方が、真偽不明と確定的偽を区別する必要を特に認めないことと整合していると言える。

(3) ただ、認定を誤る危険を伴いがち、という言葉の意味は曖昧である。少なくとも、受訴裁判所は、その審理の結果として反対事実が認定できると考えているのであるから、認定を誤るリスクが高まっているという見方は、当該受訴裁判所からの視点ではない。いわゆる神様のような視点に立ち、自身が確信した事実も、そのような超越的視点から見れば間違っていることがあるかもしれないと考え、とすれば、その真偽は不明としていた方が、より間違いの幅は少なくてすむという意味であれば、本来、立証責任の適用場面ではないにもかかわらず、証明責任判決を下すべ

きとする理由としては不十分のように思われる。

(4) この点、積極的に反対事実を認定した判決は、上級審からみると、一見、立証責任の所在を誤ったかのように見えてしまうという理由を含んでいるのかもしれない。

しかしながら、判決理由は上級審の担当裁判官の理解のしやすさのためにのみあるのではなく、その効果を受ける当事者のため（たとえば、控訴すべきかどうかの判断のため）にあるのであるから、真偽不明に陥っていないにもかかわらず、証明責任判決（真偽不明の場合）と同一の表現を推奨することには疑問が残る。反対事実の認定に基づく裁判を回避する理由にはならない。上級審の審査を容易にするためというのであれば、裁判所が前提とした証明責任の分配の理解を判決理由中に示しておけば足りるからである。複雑な事件や立証責任の所在につき判例・学説上の争いがある場合などは、むしろ、そのような説示が望ましいと言えるであろう。

(5) 他方、たとえば、法的責任を問われている被告にとってみれば、同責任を基礎付ける事実を認めるに足りる証拠はない、という説示と、原告主張のような事実はなかったことが認められる、という説示とは、大きな違いを感じるであろう。確定的な偽を説示するという傾向は、むしろ、立証責任を負担しない一方当事者の積極的な主張立証活動に動機付けを与え、争点整理手続を充実させ、真実発見システムとしての訴訟審理に活性化をもたらす可能性がある。

(6) あるいは、別の理由として、反対事実の積極的認定が敗訴当事者の不服申立を誘発してしまうという見方もあるかもしれない。実務的には反対事実を認定しない方が敗訴当事者の納得を得られるし、弁論主義の下での有限の証拠によって処理していることから裁判所の態度として好ましいという説明も同様の趣旨のものといえる。⁽⁵⁶⁾

しかしながら、そもそも、不服申立をすること自体に消極的評価をする必要はなく、敗訴当事者にとって反対事実の認定であれ、真偽不明に陥ったことによる証明責任判決であれ、敗訴判決の変更は利害を有する点に変わりはなく、反対事実の認定ではなく真偽不明であったというべきである、という理由では、不服申立の動機とはならない。裁判所の態度としての好ましきという点は、裁判所の事実認定過程を不明瞭にすることによる当事者の不利益や上級審に誤解を与えるという問題を上回る美德とは思われない。

第六 要件事実論に対する批判的見解

1 みずからの切り離し

要件事実論は、真偽不明の場合でも裁判を可能にする法技術である証明責任の分配に合わせて民法の条文の書き直しをしようとする考え方であり、要件事実論のいう「裁判規範としての民法」は、訴訟上事実が存否不明となったときにも裁判官が裁判することが不能にならないように立証責任のことまで考えて要件が定められている民法のことである。

しかしながら、要件事実論が徹底されると、すなわち、再構成された「裁判規範としての民法（実体法）」が完成されると、真偽不明という概念自体必要でなくなり、証明責任の分配により解決しようとしていた出発点（真偽不明）そのものを消失させてしまう。これは、証明責任の分配に沿って民法の条文の再構成をしようとしていた要件事実論の存立基盤そのものからみずからを切り離してしまうように見える。

2 松本博之教授の鋭利な視点

(1) 松本博之教授は「要件事実論と証明責任論」において次のように述べる。⁽⁵⁷⁾

「右の『裁判規範としての民法の構成』は証明責任の分配についての判断を基礎にして行うべきであるとされるのであるが、そこでの証明責任は客観的証明責任であり真偽不明を前提にしたものである。ところが、『裁判規範としての民法』が具体的な事件に適用されると、『裁判規範としての民法』が事実の訴訟上の確定を要件とするものであるため、事実が真偽不明の場合には『裁判規範としての民法』により法律効果の不発生の判断が直ちに導き出される。ここでは真偽不明は法上重要なものと扱われない。これは、真偽不明を要件とする客観的証明責任の分配を出発点としたことと調和しないのではなからうか。」

(2) 要件事実論は、真偽不明への対処を目指して出発しながら、最終的に真偽不明を重視しないという態度に帰着する。この松本教授の指摘は要件事実論の問題を鋭く抉り出している。

完成された要件事実論の内側において真偽不明について語ることはできない。⁽⁵⁸⁾ 要件事実論では、訴訟上、その存在が確定されたものと、そうではないものを区別するにとどまり、その不存在が確定された（当該事実主張が偽である）ことと、その存在・不存在が不明である（当該事実主張が真偽不明である）こととを区別する概念の枠を持たないからである。

3 反論

(1) 上記松本教授の批判に対する伊藤滋夫判事（当時）（下記引用における「筆者」）の反論は次のとおりである。⁽⁵⁹⁾

「筆者は、用語としては、『真偽不明』といわず、『存否不明』といっているが、その点は別とする。事実が存否不

明のときには、その事実を要件とする規定が適用されない結果となるように、裁判規範としての民法を構成しているのであるから、上記のようになるのは当然のことであって、まさにそう構成した目的を達しているのであるから、少しも不都合はないし、不調和な点もない。ある事実の存在が明らかであれば、裁判規範としての民法の規定が適用されることにより、それに伴う法律効果が発生することになり、存否不明のときは、同規定が適用されることがないために、その法律効果が発生しないという違いを生じるのであるから、存否不明であることは、裁判規範としての民法の適用の有無の決定に当たって重要な意味を有するといわなければならない。」

(2) この反論では、ある事実の存在が明らかの場合と、存否不明の場合とが掲げられているが、不存在(否)が明らかなる場合には触れられていない。要件事実論の内部には、存否不明と不存在を区別する概念の枠がないことが示されているといえる。

4 並木判事(当時)による批判

並木茂判事(当時)は、松本教授による要件事実論への批判、すなわち、伊藤判事(当時)のいう要件事実と実体の考え方は予め「証明責任規範の指示する内容を先取りし、これを織り込んだ結果に過ぎない」という批判について、これを適切なものと評価したうえ、更に、これにとどまらない根本的な疑問があるとも述べる。すなわち、伊藤判事(当時)は規範説を採っていないと述べるが、その思考方法には規範説に加えられた論理の摩り替えという批判がほぼそのまま妥当するよう思われる、と指摘している⁽⁹⁾。

5 中八九間違いないという物差し(比喩)

(1) 真偽不明とは、上述のとおり、裁判官が、当事者の行う事実の主張が真なのか偽なのかわからず、事実の存在

(不存在)につき十中八九間違いないという確信を持つには至らない状態のことをいう。

仮に、証明度⁽⁶¹⁾について〇から一〇〇までの目盛りのある物差しがあるとすると、八〇以上になれば事実が存在することが確信され、二〇以下になれば事実が存在しないことが確信されるとすれば、真偽不明とは二〇から八〇までの間ということになる。⁽⁶²⁾この二〇から八〇までの六〇の領域について分配された証明責任の所在に沿って判決がなされることになる。理論的には証明責任判決は五分五分以上の割合(六〇%の確率)でなされることになる。

(2) 要件事実論の考え方は、証明度⁽⁶³⁾について、どのような物差しを使っていることになるであろうか。〇から一〇〇までの目盛りのある物差しを使つたうえ、八〇以上とそれ未満とに区別するだけで、それ以上八〇未満の部分は特に区別をしないことにしているのか、あるいは、そもそも、目盛りが二〇から一〇〇までしかない物差しを使っているのか。徹底された要件事実論の考え方では、この物差しの目盛りは、七九(八〇未満)から一〇〇まであれば足りることになる。したがって、徹底された要件事実論の考え方では、〇から八〇未満の領域で証明責任判決(事実の擬制による判決)がなされる可能性がある。真偽不明に確定的偽を含めている(少なくとも区別する必要がない)からである。

(3) この点、証明の対象となる主張事実(法律要件事実)が、いずれの当事者の証明責任に属するかによって証明活動の負担に大きな差を生じさせ、証明責任の分配による結果が重くなりすぎてしまふ、ということを緩和させる方法として、法律要件分類説を前提としながらも、証明度を高度の蓋然性ではなく優越的蓋然性と解釈することも考えられる。証明度を規律するのが訴訟法規であるとすれば、高度の蓋然性と優越的蓋然性とのいずれを選択した方が訴訟制度の目的が実現されやすいかという視点で見ることができ⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾る。

証拠になり得る情報の獲得手段に限界があり（民訴法の用意する証拠開示制度が貧弱であること）、かつ、証明度の基準を従来のまま（高度の蓋然性基準）所与の前提として、いくら精緻な要件事実論を展開しても、民事訴訟は、民事司法に求められている役割を十分に果たせないのではないかという疑問には、大いに首肯できるのである。

(4) 証明度の問題において、一律に「高度の蓋然性」という基準に与したことが、訴訟審理の具体的な攻防という現実を前提とする段階的な証明度に関する法解釈の発展を阻害してしまったのかもしれない。たとえば、民事刑事を越えた証拠法という法分野の中で、刑事事件で被告人を有罪とするには合理的な疑いをいれない証明を要求し、民事訴訟の通常事件では証拠の優越の証明で足りるが、例外的に詐欺や不当威圧、滅失した証書や遺言書の内容、口頭の契約の特定履行や書面による契約の変更などについては、明白かつ説得的な証明が要求されるなど、複数の段階の証明度⁽⁶⁶⁾を置く法解釈や法制度の発展を促すことができなかつたといえる。すべての法律要件について原則として一律の証明度を要求するというドグマの克服の機会を逸したおそれが指摘可能である。

(5) 仮に、高度の蓋然性説が、証明が困難な事案においては、証明度の軽減という例外を認めるとすれば⁽⁶⁷⁾、当該事件の当事者にとって、どの法律要件に該当するなどの事実につきどの程度証明度が下げられるのか、事前に明示されないければ手続保障に欠ける結果になるであろう。当該事実について、その証明度が高度の蓋然性の基準なのか、証拠の優越の基準なのかは、具体的な主張立証活動に大いに影響すると考えられるからである。既判力の正当化根拠にも波及する問題といえる。訴訟の審理において事前に証明度が引き下げられる論点⁽⁶⁸⁾が何か明示されていないとすれば不意打ち的な判決がなされる可能性が高まることになる。

第七 真偽不明概念の消失

1 色の概念

(1) たとえ話を掲げる。たとえば、色の概念についてである。色は本来連続的なスペクトルであり、色の概念は、その途中に区切りを入れることによって、ある領域は赤色、ある領域からは橙色などと区別をするものであるから、人によって色の概念の枠が異なれば色の分け方も異なる。

なるほど、そう言われれば、確かに、スペクトルの色の微妙な境目の領域について各人それを何色と認識するか違いが出てきそうである。ある者はそれを赤色と言い、ある者はそれをもう赤でなく橙色と言うかもしれない。

(2) ところで、その前提となる色の連続的なスペクトルというものの自体は、いったい誰がどの目が見ているのであろうか。すなわち、このたとえ話では、複数の立場（観点）の考え方で議論するとき各立場（観点）を通過する超越的な視点を導入してしまっているという問題点が指摘されているのである。⁽⁶⁸⁾

2 要件事実論と証明責任規範の考え方

(1) 「裁判規範としての民法」と証明責任規範とを比較して議論する際、要件事実論の立場（観点・視点）からは、構成し直された「裁判規範としての民法」で充分であり、わざわざ「行為規範としての民法の規定プラス証明責任規範」と二元的に捉えて複雑にする必要はないと述べられている。

要件事実論の立場（観点・視点）からは、証明責任規範は無用と結論される。すなわち、「証明責任規範という考え方は、『行為規範としての民法は、要件に該当する事実が存否不明になったときのことを考えていない。訴訟上その

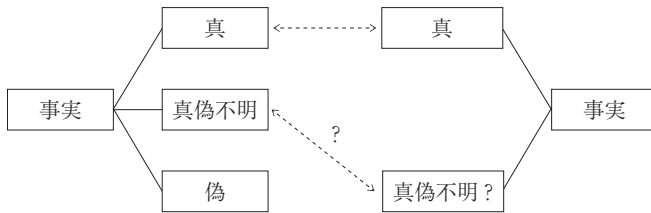
ような事態が生じた場合には、その事態を訴訟上どのように扱うか（例えば、その事実を存在したものと扱うのか、扱わないのかなど）についての裁判規範が必要である」という考え方に立っているものであり、かつ、行為規範としての民法に裁判規範としての証明責任規範を組み合わせて、行為規範としての民法の要件に定める事実が訴訟上存否不明になった事態に対応しようとするものと理解される。しかし、裁判規範としての民法という考え方を採れば、このような証明責任規範という考え方を採る必要がないばかりか、前者の考えの方が後者の考えよりも優れていると考える。」⁶⁹という。

要件事実論の立場（観点・視点）からは「裁判規範としての民法」という考え方を採ったとすれば、証明責任規範を考える必要がない。裁判規範としての民法を前提とした場合においては、要件事実とは同民法の要件に該当する具体的事実をいうのであり、そうした事実が存在したか否か訴訟上不明になった場合には、その事実を存在したものと訴訟上扱わず、したがってまた、その事実が存在したことを前提とする当該要件（当該要件を内容とする法規）が適用になることのないことは裁判規範としての民法の性質から当然のことである。そうすると、要件事実が存在したか否か訴訟上不明の場合について法規の適用または不適用を指示する規範が別に必要になることはないことになる。」⁷⁰とされる。

(2) ここで、ある事実の存在が確定されるか、ある事実の不存在が確定されるか、ある事実の存在も不存在も確定されないかが、いわば上述の色の連続的なスペクトルに相当する。

要件事実論の考え方（観点・視点）からは、ここで、ある事実の存在が確定されるか、そうでないかの区別しかないのであるから、ある事実についてその存在も不存在もいずれもが確定されないということ（真偽不明）について、

図3



そもそも語ることはできないはずである。要件事実論の考え方（観点・視点）では、ここでいうところの真偽不明について語ることはできないのであるから、証明責任規範は必要でない（証明責任規範は無用である）と語ることもできない。証明責任規範は、主張された事実が真偽不明となった場合に、裁判官に対し、実体法の適用または不適用を裁判官に指示する規範であるからである。真偽不明の概念がないところに証明責任規範の概念も生まれない。徹底された要件事実論の考え方（観点・視点）では、「裁判規範としての民法（実体法）」は完成されており、みずからのうちに真偽不明という概念を有さない。そして、徹底された要件事実論の考え方（観点・視点）では、みずからのうちに真偽不明という概念を有さないということさえ語ることはできない。なぜなら、「私は、ここに私の知らない概念がある」とは、そもそも、語ることはできないからである。

(3) 要件事実論の考え方（観点・視点）は、（真偽不明の場合に裁判を可能にする法技術である）証明責任の分配に沿って民法（実体法）を再構成し、「裁判規範としての民法（実体法）」という形に徹底させることによって、最終的に、真偽不明という概念を蒸発（消失）させてしまおう。

徹底された要件事実論の考え方の内側では、真偽不明という用語に、通常その言葉が示す以外の概念が対応させられている。すなわち、訴訟上立証（確定）されていない、という概念である。そして、確定的に偽である場合に対応する概念がない。それゆえ、これに

対応する用語もない。

確定的な偽の場合、本来、証明責任が機能する余地はないにもかかわらず、徹底された要件事実論の考え方は、要件事実が存否不明だった場合と同列に扱われることになる。

第八 ツールとしての要件事実論と証明責任規範

1 ツールとしての要件事実論の提案

要件事実論考え方は、立場や観点、あるいは視点として、いわばその内側において思考するのではなく、いわば要件事実論の外側において、ある状況に対処するための機能的な道具（ツール）としてそれが提案されるとすれば、どうか。いわばツールとしての要件事実論である。

司法研修所民事裁判教官室は、新問題研究要件事実の「はしがき」にて、「要件事実についての考え方は、実体法の解釈を踏まえて、具体的事実関係を法的に分析し、整理するための有用なツールであると考えられます。」と述べている。⁽¹⁾

2 ツールの適用場面

ツールとしての要件事実論は、どのような場面に対処する道具なのか。それは、真偽不明の場合である。真偽不明に陥っていないにもかかわらず、わざわざ「裁判規範としての民法」にあてはめる必要はないからである。たとえば、ある事実の存在を法律要件とする法規があるとき、訴訟上、その事実の存在が確定されたのであれば、そのままその規定を適用すれば足り、証明責任の分配に沿って再構成された法規を適用する必要性がない。逆に、その事実の不存

在が確定されたのであれば、その法規の適用を端的に否定すれば足り、証明責任の分配に沿って再構成された法規の適用を否定する必要性がない。他方、真偽不明に陥った場合、その事実が存在するとも、存在しないともいえないので、その法規の適用も、不適用も決められないことになるが、裁判拒否は許されないので、証明責任の分配に沿って再構成された「裁判規範としての民法」にあてはめて結論を導き出せばよい、と説明するのである。

3 ツールとしての要件事実論と実体法規と証明責任規範との組合せの優劣

真偽不明への対処ツールとしての要件事実論は、実体法規と証明責任規範を組み合わせた考え方と守備範囲が重なってくる。いずれも法律要件に該当する事実が真偽不明の場合に起動するものであるからである。では、ツールとしての要件事実論と、実体法規と証明責任規範との組み合わせとでは、いずれがよいか。

前者は、「裁判規範としての民法」は実体法であると述べるが、訴訟上、真偽不明に陥った場合への対処法であるから、純粹な実体法以外の考慮を入れているという批判は受けることになるであろう。あるいは、証明責任規範を実体法規にいわば埋め込むことよって法規不適用の原則（真偽不明のときに論理上当然に法規不適用になる）と同様の状態を作り上げているとし、同原則に対する批判を同様に受けることになるであろう。

しかし、これに対しては、理論的な側面でのそのような批判は受け止めつつ、あくまでツールとしての利便性を強調することで反論できそうである。

もつとも、近年の証明責任規範の考え方でも、真偽不明のときにはその法規の不適用が指示されるのが圧倒的であるから、むしろ、ある事実が真偽不明のときでも当該法規の適用が指示される場合を指摘する作業の方が、民法（実体法）全体を再構成するよりも効率的（作業が少なくて済む）と言えるであろう。通常、証明責任規範の考え方は、あ

る法規の法律要件に該当する事実の存否が真偽不明になれば、その法規の適用を否定しているのであるから、例外的に真偽不明のときに適用を肯定しているものを指摘することで足りるはずである。裁判官への注意喚起としては例外的な場合を指摘する方が優れているとも言える。「裁判規範としての民法（実体法）」を全体で作るよりも、例外的な場合をピックアップする方が端的に効率的である。

4 証明責任規範の機能（作用）

実体法から峻別される証明責任規範は、事実問題のノンリケットを要件とし、裁判官に対し判決の内容を指示するという本来的な効果を規律する⁽⁷⁴⁾。この証明責任規範の機能（作用）には二通りのものがある。ひとつは、事実を存在しないものと擬制するもので証明責任の「原則規定」と呼ばれる。もうひとつは、事実を存在するものとして擬制するもので証明責任の「特別規定」と呼ばれる。証明責任規範の機能は、こうした選択機能以上のものでもないし、以下でもない。実体法が有していない機能のみを有するにすぎず、それ以外の機能を有することは実体法に対する越権となる。証明責任規範は、裁判官への二者択一的指示を通じて、あたかも当該の構成要件が充足された、ないしは、充足されなかったかの如くに裁判せよと命ずる⁽⁷⁵⁾。

すなわち、この証明責任の「特別規定」に組み入れるものをピックアップする方が、民法（実体法）全体を再構成するよりも効率的で、注意喚起に資するのではないかと考えるのである。たとえば、次のとおりである。

5 履行不能の例

民法四一五条後段の履行不能による損害賠償請求では、条文は「債務者の責めに帰すべき事由によって履行することができなくなったときも、債権者はその損害の賠償を請求することができる」と読むことができる⁽⁷⁶⁾。損害賠償請求

権を発生させる要件は、「帰責事由の存在」と「履行不能」である。

ここで、履行不能は認められるが、帰責事由の存否は真偽不明に至ったとする（たとえば、倉庫火災で納品が不可能になったが、その火災の原因が不明であるなど）。証明責任規範は、帰責事由の存否が訴訟上確定できないときでも、この法規の（不適用ではなく）適用を裁判官に指示する（特別規定の適用場面）。すなわち、債務者の側に帰責事由の不存在の証明責任を課す（通説・判例）。帰責事由の存在が擬制されるのである。

6 効率性

このように、法律要件に該当する事実の存否が真偽不明に陥ったにもかかわらず、その法規の適用を指示する場合を掲げ（ピックアップし）、特別規定に組み入れられることを指摘する方が、民法（実体法）全体を再構成するより、作業として効率的で、裁判官への注意喚起にも資すると思われる。

第九 権利障害規定という区分け

1 実体法上ではトートロジー

実体法は、その実体法の性質として、権利根拠規定と権利障害規定とに分けられるであろうか。むしろ、証明責任の所在が指示された結果、そのように分類することが可能となっているのではないか。「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは無効である。ただし、表意者に重大な過失があったときはこの限りでない。」という命題は、⁽¹⁷⁾実体法の性質としては同じことを意味しているからである。これを区別できるのは、訴訟手続を加味しているからに

他ならない。実体法上は、ある事実が権利根拠事実であることは、その不存在が権利障害事実であることとトートロジーとなる⁽⁷⁸⁾。そうすると、民事訴訟における証明責任の具体的な分配や要件事実の構成は、民法等の実体法の解釈の問題であるとは考えにくい⁽⁷⁹⁾。純粹の実体法以外の考慮を入れていると言わざるを得ない。

第一〇「裁判規範としての特許法」

1 「裁判規範としての特許法」

(1) 要件事実論は、証明責任(立証責任、拳証責任)の分配に合わせて、民法の条文の書き直しをしようとする考え方であるが、民法以外はどうであろうか。この考え方に沿って、たとえば、特許法を書き直すことはできるであろうか。いわば、「裁判規範としての特許法」ともいうべきものができあがるであろうか。

(2) 以下に述べるとおり、均等⁽⁸⁰⁾には五つの要件があるが、その証明責任の分配については争いがある。そして、これにとどまらず、要件事実論の考え方は、定義上、「裁判規範としての特許法」を作り上げることが不可能ではないかと考えられる。というのは、主張責任と立証責任とが一致するというのが要件事実論の考え方のところ、均等論に関する最高裁判所判例解説の考え方は、五つの要件のうちいわゆる第四要件につき、主張責任と立証責任が分裂する(主張責任の所在と立証責任の所在が一致しない)からである。

2 均等論についての最高裁判決

(1) 最高裁判所は、平成一〇年二月二四日、初めて均等論について実質的判断を示す判決を言い渡した(民集五二卷一号一三三頁)。一般論として次の(1)～(5)の要件を充たすとき均等論を是認すべきとしたものである⁽⁸¹⁾。

「特許請求の範囲に記載された構成中に対象製品等と異なる部分が存する場合には、右対象製品等は、特許発明の技術的範囲に属するといふことはできない。しかし、特許請求の範囲に記載された構成中に対象製品等と異なる部分が存する場合であっても、(1)右部分が特許発明の本質的部分ではなく、(2)右部分を対象製品等におけるものと置き換えても、特許発明の目的を達することができ、同一の作用効果を奏するものであつて、(3)右のように置き換えることに、当該発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者(以下「当業者」という。)が、対象製品等の製造等の時点において容易に想到することができたものであり、(4)対象製品等が、特許発明の特許出願時における公知技術と同一又は当業者がこれから右出願時に容易に推考できたものではなく、かつ、(5)対象製品等が特許発明の特許出願手続において特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情もないときは、右対象製品等は、特許請求の範囲に記載された構成と均等なものとして、特許発明の技術的範囲に属するものと解するのが相当である。」

(2) では、これら(1)～(5)までの要件の証明責任は、特許権者と行為者(侵害者・被告)とで、どのように分配されるであろうか。要件事実論は、証明責任の分配に合わせて、条文の書き直しをしようとする考え方であるから問題となる。

3 均等論の各要件の立証責任

上記最高裁判決は、特許発明の実質的価値は特許発明と実質的に同一な技術に及ぶということを均等論の基本に位置づけているが、(1)～(5)の要件を並列的に列挙し、その主張・立証責任を特許権者が負うのか、行為者が負うのかは明示しなかつた。⁽⁸²⁾

そのため、たとえば、特許発明の技術的範囲は明細書の特許請求の範囲の記載に基づいて確定されるのが原則であ

り、均等は一定の要件を充たす場合に初めて例外として認められるべきであるという見解に立てば、(1)～(5)の要件すべての特許権者側に立証責任があると解することもできる。⁽⁸³⁾この考え方に立つ場合、要件事実論の考え方による「裁判規範としての特許法」の書き直し作業は、(1)～(5)の要件をすべて均等の主張者側に立証責任を分配するであろう。

4 東京地裁判決の証明責任の考え方

この点、東京地裁は、「対象製品が特許請求の範囲に記載された構成と均等なものであるという規範的評価と右(1)ないし(5)の各事実とのいわゆる要件事実論的な説明はさておき、事柄の性質上実質的同一にかかわる右(1)ないし(3)の要件に係る事実の証明責任は、均等を主張するものが負担し、(4)及び(5)の要件に係る事実の証明責任は、均等を否定する者が負担するものと解するのが相当である」と判示している。⁽⁸⁴⁾この判決のように、(1)ないし(3)と、(4)及び(5)で立証責任を分配する見解が多数説と見られる。そこで、この考え方に立つのであれば、要件事実論の考え方による「裁判規範としての特許法」の書き直し作業は、(1)ないし(3)と、(4)及び(5)とで分け、後者を「但し書き」に回すことにならう。⁽⁸⁵⁾

5 最高裁判所判例解説の見解

(1) それでは、最高裁判所判例解説の証明責任の考え方はどうか。⁽⁸⁶⁾同解説によれば、次のとおりである。

要件(4)については、例外的に、特許請求の範囲の文言を超えて、特許庁による審査を経ていない領域にまで特許権の効力を拡張するための要件として、特許権者の側で立証しなければならないと解するのが相当であろう。もともと、特許権者の側において、対象製品等が特許出願時に存在したすべての公知技術との関係で同一又はこれから容易に推考できるものではないことを主張立証しなければならないというのは、立証すべき対象があまりにも広範になりすぎ

て、訴訟実務上、現実的でない。

(2) そこで、(4)の要件については、相手方が特定の公知技術との関係においてこれを争わない限り、特許権者の側から、この要件を満たすことを積極的に主張立証することを要しないが、相手方において、特許出願時に特定の公知技術が存在したことを主張立証して、当該公知技術との関係で要件(4)の充足性の充足性を争う旨を明らかにしたときには、特許権者の側で、対象製品等が当該公知技術と同一又はこれから容易に推考できる範囲に属するものではないことを立証する必要があるものと解するのが相当であろう。すなわち、(4)の要件については、特定の公知技術との関係で右要件の非充足を指摘するという主張責任は相手方が負担するが、当該公知技術との関係で要件(4)を充足する旨の立証責任は特許権者が負担する(したがって、当該公知技術から容易に推考できたものかどうか真偽不明の場合には、均等とは否定される)と解することとなる。

(3) すなわち、最高裁判所判例解説の立場では、主張責任と立証責任が分裂する。したがって、主張責任と立証責任とが一致するという要件事実論の考え方では、最高裁判所判例解説の立場に立つて、「裁判規範としての特許法」を作り上げることは(定義上)不可能となる。⁽⁸⁷⁾

6 要件事実論と裁判規範としての特許法

このように、要件事実論の考え方に沿って、均等論の要件を書き分けるのは困難であり、「裁判規範としての特許法」を完成させることは難しい。他方、「裁判規範としての特許法」ができあがらないうちでも、訴訟は提起され、均等が主張され、判決は言い渡されていく。この間、要件事実論の立証責任の概念は維持できるであろうか。

7 証明責任規範の考え方の弾力性・発展性

証明責任規範の考え方からは、均等論の各要件の証明責任の所在が確定的でない場合であっても、事実が真偽不明の場合に、実体法の適用または不適用が指示される結果、当事者の一方が負う危険または不利益という証明責任の定義は維持できるであろう。

そのうえで、たとえば、要件(4)は、均等論が認められた趣旨や、仮想クレーム理論の影響、公知技術との関係で訴訟実務上の現実性などの観点から、原則規定に入れられるべきなのか、特別規定に入れられるべきなのか、訴訟審理上、正面から議論の対象とすることができる。

証明責任の分配についての論争は、訴訟審理の現場こそ最前線であるべきである。証明責任規範の考え方によれば、証明責任を、より弾力的に、より発展性のある形でとらえることを可能にするであろう。⁽⁸⁸⁾ おそらく、主張責任と立証責任が分裂する場合も規律可能である。

第一一 証明可能性を採り入れた行為規範という誤解のおそれ

1 混同のおそれ

(1) 要件事実論の考え方により、立証責任の分配に沿って実体法の条文が書き直された場合、これが裁判の場面を離れて社会での人々の行動を規律するものと誤解され、「裁判規範としての民法(実体法)」が行為規範としてのそれとが混同されるおそれがあり得る。すなわち、「裁判規範としての民法」は、法律要件に該当する事実が立証されない場合、その要件による効果が発生しないものと扱うのが民法上妥当な結論になるような形式で定められている民法

のことであるから、人々の社会での行動を立証という観点から規律しているものと誤解され得るのである。

たとえば、法律行為の要素の錯誤が意思表示を無効にするという規律が、証明可能な法律行為の要素の錯誤が意思表示を無効にするという規律と理解されるが⁽⁸⁹⁾ときである。証明可能な錯誤が意思表示を無効とし、証明可能な詐欺が意思表示を取り消しうるものとする、と、各法律要件に暗に「証明可能な」とい、う修飾語をつけてしまうことになる⁽⁸⁹⁾。

(2) 証明可能性といういわばフィルター越しに法秩序を概観する視点は行為を規律する規範としては望ましくないであろう⁽⁹⁰⁾。これは、常日頃から、相手に有利な事実や当方に不利な事実については後にそれが証明できなくなるように行動し、相手に不利な事実や当方に有利な事実については可及的に証明しやすい形で証拠を残すように行動することを促すことになるが、それは相手にとっても当方と同じような行動を促すことになるので、論理的には衝突を起させることになる。

2 証明可能性という概念の枠

(1) 要件事実論の考え方が、人に「証明可能性」というメガネをかけさせたとする。すると、事實は、証明可能なものと、そうではないもの、という概念の枠を通じて認識されることになる。このメガネが、いつでもはずせるものであればよいが、要件事実論の内側においてこのメガネをはずして見ることはできないであろう。そのとき、それはメガネではなく、自身の目そのものとなる。目ははずして見ることはできない。

(2) リトロスペクティブ (retrospective) に起きてしまった結果から過去にさかのぼって後方視的にある事実が証明されたかどうかという視点で見る⁽⁹¹⁾こと(裁判官の視点はこのパターンが多いであろう)と、プロスペクティブ (prospective)

にこれから将来に向かつて行為する指針としてそれが後に証明されるかという証明可能性を予測して行動することとは大きな違いがある。「裁判規範としての民法」が行動指針として行為規範的に使われて、いわばリトロスペクティブからプロスペクティブへの転回がなされると、証明可能性というフィルター越しに行為を規律し始める。それは社会的に好ましい結果を生まないようにも思われる。

第一二 要件事実論と事案解明義務

1 民事訴訟法の改正課題のひとつとして、事案解明義務に関し、たとえば「当事者は、適正な裁判の実現のため、相手方当事者による事実関係の解明に協力しなければならない」という規定の創設が提案されている⁽⁹¹⁾。事案解明義務には、具体的な要件効果を離れた一般的な理念としての事案解明義務（広義）と、一定の場合における証明責任を負わない当事者の事案解明義務（狭義）とがあるとされている。事案解明義務との関係が指摘される最高裁判例としては伊方原発事件やアンデレちゃん事件⁽⁹²⁾などがある。

2 事案解明義務（狭義）は、要件事実論の考え方からは要件事実論が適切に機能しない場合にこれを補完する理論として提唱されているものと考えられている⁽⁹⁴⁾。すなわち、事案解明義務（狭義）は、ある程度一般的に共通の類型（例えば、売買、貸金、債務不履行、不法行為、侵害処分としての行政処分取消しなど）ではなく、具体的事案における個別的事実が強く考慮される場合に対応する。

3 定義上、主張責任と立証責任を一致させる要件事実論の考え方を徹底するならば、証明責任を負わない当事者は訴訟で証明活動を行う必要はなく相手方の立証が成功しそうになって初めて反証すれば足りる、という事案解明に

非協力的な態度を指示してしまうおそれがある。相手方のする事実主張が、真と（まで）は言えない（訴訟上証明されたい言えない）という状態に持ち込めば足りるからである。

4 他方、確定的な偽という概念があり、それに積極的な評価がなされるのであれば、証明責任を負わない当事者は確定的な偽を獲得するため相手方の主張事実が偽であること（反対の事実が真であること）を立証する動機を持つてあろう。いわば〇から一〇〇までの目盛りのある物差しの一〇〇未満の部分を使おうとするのである。その立証活動によりおのずから事案説明が進むであろう。確定的な偽への積極評価が事案説明を促す可能性を秘めている。

第一三二 小括

1 実体法は、法律要件に該当する事実が存在するとき法律効果が発生し、法律要件に該当する事実が存在しないとき法律効果は発生しない、ということを規律する。実体法は、法律要件に該当する事実の存否に法律効果を結びつけているのであって、その証明に結びつけているのではない。実体法は、法律要件に該当する事実が存在するとも、存在しないとも、いずれとも認定されない場合、法律効果については全くの白紙である。他方、裁判所は、事実が真偽不明となり、自由心証が尽きた場合であっても、判決をしないという選択は認められない。そこで、実体法以外に、真偽不明の場合に、事実の存在を擬制して法律効果を発生させるか、事実の不存在を擬制して法律効果を発生させないかを指示する証明責任規範が必要になる。この証明責任規範により、真偽不明に陥ったときでも、実体法プラス証明責任規範という組み合わせで判決をすることが可能になる。証明責任規範は二通りの機能（作用）を有し、法律要件に該当する事実の存在を擬制し（特別規定と呼ぶ）、あるいは、その不存在を擬制する（原則規定と呼ぶ）。

2 要件事実論は、証明責任の分配に合わせて、民法（実体法）の条文の書き直しをしようとする考え方である。この条文の書き直しという雄大な作業が着々と進められ、現在、ほぼ完成の域に達している。現に、要件事実と題する書籍は巷に溢れている。要件事実論の立場は、証明責任の分配に沿って再構成された民法を「裁判規範としての民法」と呼ぶ。民法以外にも要件事実論の考え方は拡大⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾⁽⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾している。上述の証明責任の原則規定にあてはまる例や特別規定にあてはまる例が整理されている。法律要件に該当する事実の存在が訴訟上確定され、または、その不存在が訴訟上確定された場合、あえて再構成された「裁判規範としての民法（実体法）」を適用する必要性はない。もちろん、できるだけ真偽不明に陥らないように事実の存否を確定して判決を言い渡すのが望ましいであろう。しかし、証明責任は証拠手段を持っている者に分配されているとは限らない。相手方に証明責任が分配されている自己に不利益な事実を証明する証拠方法が、弁論主義を介して審理に提出されることは期待できない。それゆえ、関連情報の開示手続の乏しい現行民事訴訟法のもとでは、真偽不明に陥る可能性が比較的高くなるといえる。

3 真偽不明に陥ってしまったとき、証明責任規範が、その存在を擬制することを指示するのか、その不存在を擬制することを指示するのか、すなわち、証明責任の特別規定に組み入れられるのか、原則規定に組み入れられるのか、要件事実論の立場から再構成された「裁判規範としての民法（実体法）」を思考の道具（ツール）として参考にとることができるならば合理的である。おそらく、実体法のほとんどの条項は、証明責任規範による証明責任の原則規定と組み合わせられるので、例外的に、特別規定（真偽不明のとき、事実の存在を擬制するもの）と組み合わせられているものが何かを確認する方が効率的と思われる。

4 要件事実論の立場から再構成された「裁判規範としての実体法」に関する記述が、ツールとしての利用を想定

し、ある条項が証明責任の特別規定に組み入れられるものであるとき、その旨、何らかの目印があれば、いつそう利便性を増すであろう。あるいは、特別規定に組み入れられるものだけを取り上げて整理することもありうる。

第四 証明責任 — 再論 —

証明責任規範の考え方を前提にすると、冒頭の証明責任の定義を修正する方がよい。すなわち、証明責任（立証責任、拳証責任）とは、事実が真偽不明の場合に、実体法の適用または不適用が指示される結果、当事者の一方が負う危険または不利益のことである。⁹⁹これは、証明責任規範の作用を当事者の側から捉え直したものである。

第一五 要件事実論の考え方が実務に及ぼすもの

1 要件事実論の考え方が、確定的な偽を積極的に評価せず、あたかも、真偽不明と同様の取扱いをすることは、実務上、証明責任を負担しない側の当事者ないしその代理人（弁護士）に消極的な訴訟追行を促すことになるであろう。原告が、訴訟上、不法行為に基づく損害賠償請求を求めている場合、被告が積極的に過失はなかったということを主張立証することを要件事実論の考え方は促してはくれない。証拠偏在型の訴訟に要件事実論の考え方が組み合わされると、立証責任の所在で判決が言い渡される可能性が高まる。¹⁰⁰

2 要件事実論の考え方が「そういう世界」を作ってしまったとすれば後悔の念を禁じ得ないであろう。国民が、しばしば口にする「言った言わないの問題」¹⁰¹という諦観、あるいは、あえて「言った言わないの問題」に持ち込むことよって有利な地位を得ようとする戦術は、「そういう世界」では日常茶飯事となるであろう。

第一六 要件事実論の憂鬱

1 要件事実論の考え方は、何か閃きのようなものを感じさせてくれる。混沌とした紛争の世界に完璧な論理で立ち向かう姿は魅力的である。もつとも、その真価は、その魅力が取り除かれたときに現れる。この小論は、その真価を浮き彫りするには甚だ力不足ではあるが、次の点を指摘したい。

2 要件事実論の憂鬱。それは、証明責任の分配に沿って実体法の再構成が完成した暁には、証明責任の前提である真偽不明という概念を消失させてしまうことにある。要件事実論の考え方はみずからの出発点を消去してしまうという特徴を有している。主張された要証事實は、訴訟上確定（立証）されたものと、そうではないものに分けられ、それ以上の区別はなされない。確定的な偽に対する評価はなされない。確定的な偽は、訴訟上確定（立証）されなかったものとして、特に真偽不明と区別された取り扱いは受けない。⁽¹⁰⁾ 仮に、確定された偽（否）が、真偽不明（存否不明）に含まれるとすれば用語としても適切でない。

(1) 証明責任は、立証責任、挙証責任とも呼ばれる。本稿では、特に、これらを区別しない意味で用いる。

(2) 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編「民事訴訟法講義」補訂第二版（有斐閣大学双書）三三二頁

(3) 判例・通説とされる高度の蓋然性説に立った一般的な説明であるが、現在は、その考え方は大きく揺らいでいる。「実務の多くが現実には「高度の蓋然性」基準によって運用されているかどうかきわめて疑わしく、実質的には「優越的蓋然性」基準によっていたり、あるいは、証明度軽減の法理などの形を借りて、「優越的蓋然性」基準が、しばしば採用されてきたのではないだろうか。」とされる（三木浩一「民事訴訟における手続運営の理論」四六九頁）。

(4) 事実の存否不明の状態を真偽不明(ノンリケット)と呼ぶが、正確には、事実に関する「主張」の「真偽」が不明のことをいう、と考える。このように、事実に関する訴訟上の「主張」が真なのか偽なのか問題にされているのであるから、証明責任の問題は、訴訟上の問題と考える。本論では、事実の主張の真偽が不明に陥った場合を、事実の存否不明とし、事実の存否不明の状態を、単に、真偽不明と呼ぶことにする。

(5) 松本博之「証明責任の分配」(有斐閣)七頁では、存否不明の場合にも裁判官の裁判義務が存してはじめて、法律要件要素の存否が不明であっても裁判所に当該事件につき裁判を可能にする法則が必要になるのであり、それが、証明責任規範(Ordnungswahrscheinlichkeit)である、旨述べられている。

(6) 和解等によって訴訟が終了する場合は別である。

(7) 条解民事訴訟法(第二版)一〇一五頁は「とくに法規の構成要件である主要事実(要件事実)の存否が不明の場合は、これを存否いずれかに仮定して、法規を適用し、法律効果の発生または不発生を判断するほかない。これを存否いずれかに仮定するかの問題が証明責任(挙証責任または立証責任ともいう)の問題である」と述べ、その後、段落を分けて、通説・実務は法規不適用説であり、近時の有力説は証明責任規範説であると述べている。

(8) 高橋宏志「重点講義民事訴訟法(上)」第二版補訂版(有斐閣)五一八頁は「各国の近代民事訴訟法が採用しているのは、その事実の存在または不存在を仮定(擬制)することによって裁判を可能にする方法である。これが証明責任による裁判である」と述べている。

(9) この場合の判決主文は「被告は原告に対し金〇〇円支払え。」となる。

(10) この場合の判決主文は「原告の請求を棄却する。」となる。

(11) この場合の判決主文は「原告の請求を棄却する。」となる。

(12) 賀集唱・「要件事実の機能」——要件事実論の一層の充実のための覚書——(司法研修所論集九〇号)三三二頁

(13) 賀集・前掲三二頁

(14) 岡口基一・「要件事実入門」(創耕舎)三二頁は、「最近、伊藤滋夫教授が、『裁判規範としての民法』という提唱をして

います(伊藤滋夫・ジュリ八六九号一九頁(一九八六年)が、ここでいう『裁判規範』は、同教授の独自のネーミングであって、上記の意味の裁判規範とは異なるものです(賀集唱・司法研修所論集九〇号三四頁(一九九四年)参照)と述べている。要件事実論のいう裁判規範という用語は独自のネーミングと説明されている。

(15) 賀集・前掲三四頁

(16) 伊藤滋夫「要件事実の基礎」(有斐閣)一八三—一八四頁参照

(17) 伊藤・前掲二〇九頁(注42)参照

(18) 並木茂「要件事実原論」一五頁(悠々社)では、実質的意義の民法を構成する要素である個別的法規範は、原則として、行為規範(生活規範)と裁判規範(裁決規範)から成り立っているとし、これを法の重層構造と読んでいる。

(19) 賀集・前掲三八頁

(20) 伊藤滋夫「要件事実と実体法」ジュリストNo.869、二四頁参照

(21) 賀集・前掲三三頁参照

(22) 賀集・前掲三九頁参照

(23) 賀集・前掲三三頁参照

(24) 賀集・前掲三三頁参照

(25) 伊藤・前掲二五頁参照

(26) 伊藤・「要件事実の基礎」(有斐閣)二二六頁は、「裁判規範としての民法という考え方を採れば、このような証明責任規範という考え方を採る必要はないばかりか、前者の考え方が後者の考え方よりも優れていると考える」と述べる。

(27) 高橋宏志「要件事実と訴訟法学」ジュリストNo.881、九九頁

(28) 岡口基一・「要件事実入門」(創研舎)三二頁は、「民法が裁判規範であるとすると、法律効果が発生するのは、主要事実の存在が立証され、判決が確定したときです。主要事実の存否が不明であれば、判決三段論法が成立せず、法律効果は発生しません。法律効果が発生したか否かわからないということはないので、証明責任規範は不要です。」と述べられている。他方、

同書三二頁では「以上は、要件事実論の理論的根拠を説明したものにすぎません。みなさんが民法の学習をするときや要件事実の問題を解くときは、民法を行為規範としても捉え、法律効果は現実の社会において法律要件に該当する事実があった時に発生すると考えてください。」と述べられている。確かに、法律効果（たとえば売買代金債権）が発生するのが主要事実の存在が立証され判決が確定したときであるとするれば、たとえば、春日頃スーパーで買い物をしたときに払われる金銭は売買代金ではないということになりそうである（売買代金債権の発生と、弁済によってその債権が消滅しているのではないことになる）。たとえば、レジでは、事実として物が移動し、また、金銭が移動しているにすぎないことになる）が、一般的な意識・理解とは齟齬があるであろう。

(29) 高橋宏志「要件事実と訴訟法学」ジュリストNo.881、九九頁参照

(30) 春日偉知郎「証明責任論の一視点」判例タイムズNo.350、九九頁参照

(31) 高橋宏志「重点講義民事訴訟法（上）」第二版補訂版（有斐閣）五一九頁参照

(32) 高橋・前掲五一九頁

(33) 春日偉知郎「民事証拠法研究」（有斐閣）三三三頁、第九章「証明責任論の視点」では、ドイツ証明責任論からの示唆を受け、証明責任規範について論ぜられている。「証明責任」を当事者への効果の面からのみ捉えようとすると、主要事実の存否不明の際に裁判官に対しなすべき判決内容を指示するという「証明責任」の本来的な機能が後退してしまうことが明確に指摘されている。

(34) 村上博巳「証明責任の研究」（有斐閣）一三頁、「裁判官は、争いのある要件事実の存否が不確定な場合にも、裁判を拒否することはできず、裁判しなければならぬが、その場合に裁判官に対し裁判の内容（たとえば請求棄却または訴え却下）を指示するのが証明責任規範であり、そこに証明責任規範の本質と価値がある」と述べられている。

(35) 高橋・前掲五二二頁 注（7）参照

(36) 春日・「証明責任論の一視点」判例タイムズNo.350、一〇〇頁参照

(37) 松本博之・「証明責任の分配」（有斐閣）二八九頁

- (38) 賀集・前掲三三頁
- (39) 伊藤滋夫・「要件事実と実体法」ジュリストNo.869、二五頁
- (40) 伊藤滋夫・「要件事実の基礎」二二六頁
- (41) 岡口基一・「要件事実入門」(創耕舎)三二―三三頁。もつとも、「理論上は証明責任規範が不要であるとしても、現実には証明責任規範があるため(例えば民二七条一項)、それをどのように位置づけるのが大問題になります。」と述べられている。
- (42) 伊藤・「要件事実と実体法」ジュリストNo.869、一七頁
- (43) 高橋・「要件事実と訴訟法学」ジュリストNo.881、九九頁参照
- (44) 司法研修所(増補)「民事訴訟における要件事実第一巻」五頁
- (45) この表現によれば、要件事実論の立証責任の概念は、要件事実の不存在が真偽不明に終わった場合を含まないことになり、それが客観的立証責任と同義とされることになる。
- (46) 岡口・「要件事実入門」二二頁は、「司研・新問題研究七頁は、立証責任の定義を、『ある事実(＝主要事実)の存在が真偽不明に終わったために当該法律効果の発生が認められない不利益』としますが、主要事実の不存在が立証された場合の不利益を含めない趣旨ではなく、また、証明責任規範説に立っているわけでもございません。」と述べ、主要事実の不存在が立証された場合の不利益も立証責任の定義に含めている。しかし、本来、立証責任が働く場面は真偽不明に陥った場合と解され、不存在が立証されている以上、立証責任によらずとも判決することはできるようになるものと思われる。
- (47) 法律要件に該当する事実が存在しないことが確定できる場合には、立証責任の所在によって裁判をする必要がない。端的に、当該事実の存在を否定して当該法規の適用を否定すれば足りる。ある事実が存在するということも、存在しないということも、いずれも確定できない場合に、はじめて立証責任が働く場面となる。
- (48) そのほか、無権代理人の責任の規定(民法一一七条一項)のように個別に立証責任規範が定められている場合にも同様の問題が生じ得る。同条項の場合、代理権の不存在は無権代理人に対する損害賠償請求権の発生要件のひとつであるが、相手方

が立証責任を負うことになる。

(49) 高橋・「重点講義民事訴訟法(上)」第二版補訂版(有斐閣)五四三頁

(50) 小林秀之「新証拠法第二版」(弘文堂)一八五—一八六頁参照

(51) 竜崎喜助「証明責任論」(有斐閣)一一三頁—一四頁では、「すなわち裁判官が不在の確信をえた場合も、真否不明に残された場合も、共に同一表現である『全証拠によるものを認めることができな』という判決記載が要求され、心証が真否不明であることをそのまま表明されるべきだとはされていないのである、と述べられている。

また、昭和三十一年九月一三日の最高裁判決を引用し「いわゆる立証責任とは要証事実が証明されなかつた場合、その事実につき立証責任を負う者の不利益において裁判がなされるというに過ぎないのであつて要証事実の証明ありたる場合には立証責任の問題を生ずる余地は存しないのである」という判断は、事実認定を「証明ありたる場合」と「証明されなかつた場合」の二つの場合に限定している点において、司法研修所で用いられる教科書(五訂民事判決起案の手びき)と全く共通している、旨述べられている。

(52) 見方を変えれば、要件事実論の考え方では、本来、証明責任を問題にする必要のない確定的に偽と認定できるケースを、証明責任のフィールドに取り込むことができることになる。ある事実の主張が確定的に偽と認定できる場合も、その事実が立証されていないという意味では同じことになるからである。

(53) 裁判官が反対事実の心証を得ても証明責任判決を下すことになる。

(54) 松本博之「証明責任の分配」(有斐閣)三二頁以降では、E. Schneider(シュナイダー)の説等を紹介し、この西ドイツの少数説が、より徹底した形で我が国の実務家(司法研修所編「六訂民事判決起案の手びき」(一九七八年)七六頁を引用している)によつて説かれているという驚くべき事実を発見するのである、と述べられている。

(55) 岡口・「要件事実入門」(創耕舎)二二頁では、「要件事実論の基本概念についての定義であるにもかかわらず、疑義を抱かせるものといわざるを得ません。」と述べ、立証責任の定義に「主要事実の不存在が立証された場合の不利益」を含むものであることを前提としている。

- (56) 小林秀之「新証拠法第二版」(弘文堂) 一七〇頁参照。その注(33)にて、岩松三郎兼子編・法律実務講座民事訴訟編第五卷一一九頁が引用されている。
- (57) 判例タイムズ No.679、九〇頁
- (58) たとえ、語り得る以上のことを知り得るものとしても、語ることができないことに変わりはない。一般的には言語的に表現し難いことでも実践的には苦もなく実行されている。
- (59) 伊藤滋夫「要件事実と実体法断想(上)」ジュリスト No.945、一一〇—一一一頁
- (60) 並木茂「民事訴訟における主張と証明の法理(下)」判例タイムズ No.646、六頁
- (61) 伊藤滋夫「事実認定の基礎」(有斐閣) 一五六頁、「証明度という用語は、二つの意味に用いられることがあると思われる」とし「要証事実の存在を肯定するために最低限必要とされる証明の程度という意味と、このような要証事実の存在についてこれを肯定する方向へ証拠で裏付けられている程度そのものをいう意味とがある、とされる。
- (62) 三木浩一「民事訴訟における手続運営の理論」(有斐閣) 四四一頁は、「証明責任が機能する領域は、二〇%から八〇%の間における六〇%の領域部分となる」と述べ、六〇%もの領域を「証明責任に委ねるのは、真実発見のためのシステムとしてあまりにも不合理である」と述べる。
- 仮に、証明度について高度の蓋然性説を採らなければ(たとえば六〇%程度の蓋然性で足りるといふ説を採れば)、要件事実論の考え方を前提としても証明責任の分配による格差は減少することになる。
- (63) 松本博之「証明責任の分配」(有斐閣) 五頁では、「証明度の問題は、証明責任の問題とは異なる問題である。しかし、両者は實際上、関連性を有する。証明度が高く設定されると、これに応じた高い解明可能性が存在しない限り、証明責任判決の余地が広くなり、証明度が低ければ低いほど、証明責任判決は少なくなる、ということが出来る」と述べられている。
- (64) 伊藤眞「証明度をめぐる諸問題—手続的正義と実体的真実の調和を求めて—」判例タイムズ No.1098、四—三三頁。「最高裁判例や下級審裁判例をいくつかみて参りましたが、高度の蓋然性という証明度の抽象的基準こそ維持されているものの、実際には、優越的蓋然性があれば主張事実が認められるのが通常であり、また、証明がないとして主張事実が否定されるのは、

優越的蓋然性にも達しない、ファイティ・ファイティの場合に限られているというのが、私の分析結果です。」と述べられている。

(65) 須藤典明(東京高裁部総括判事)「信頼される民事裁判のために」金融・商事判例No.1450/2014年10月1日号一頁。「高度の蓋然性という原則的証明度の在り方を再検討すべきであろう。」と述べられている。

(66) 小林秀之「新証拠法」(第二版)七二頁「アメリカ法の段階的証明度」の段落参照。

(67) 加藤新太郎「民事事実認定論」(弘文堂)六三頁参照。

(68) 野矢茂樹「語り得ぬものを語る」(講談社)一〇五頁参照

(69) 伊藤「要件事実の基礎」(有斐閣)二二五―二二六頁

(70) 伊藤・前掲二二六頁

(71) 司法研修所編「新問題研究要件事実」(法曹会)一頁。なお、同書七頁には、上述の白表紙と同様の立証責任の定義がなされているが、「客観的立証責任と同義」との補足説明はなされていない。

(72) 高橋・前掲五四一頁

(73) 高橋・前掲五二〇頁

(74) 春日・「証明責任論の一視点」判例タイムズNo.350、一〇五頁

(75) 春日・前掲一〇五頁

(76) 高橋・前掲五四三頁

(77) 高橋・前掲五四二頁

(78) 春日・「証明責任論の一視点」一一〇頁参照。「西ドイツの最近の学説は、実体法上、ある事実が権利根拠事実であることは、その不存在が権利障害事実であることとタウトロギーであるという点で一致している」と要約されている。

(79) 反対説として、笠井正俊「行政事件訴訟における証明責任・要件事実」。民事訴訟法における証明責任の具体的な分配や要件事実の構成は、民法等の実体法の解釈の問題であると考えられる、と述べられている。法学論叢一六四卷一―六号京都大

学法學會平成二二年三月 三三四頁

(80) 「均等論とは、第三者の利益を害することがないよう配慮しつつ、クレームの範囲（特許請求の範囲）を文言そのものからある程度拡張解釈をして特許発明の適切な保護を図ろうとするものである。」中山信弘「工業所有権法上特許法第二版増補版」三九一頁（弘文堂）「特許法」三九七頁

(81) 竹田稔「知的財産権訴訟要論」（特許・意匠・商標編）八四頁

(82) 竹田・前掲一〇一頁

(83) 「最高裁判所判例解説」（民事篇・平成一〇年度・上・三村量一「ポールスプライン軸受事件」）一五九頁。均等の各要件の主張立証責任について簡潔にまとめられている。

(84) 東京地判平成一〇年一〇月七日判時一六五七号一二三頁、判タ九八七号二五五頁「負荷装置システム事件」

(85) 大江忠「要件事実知的財産法」（第一法規）一三三～一三七頁も、(1)から(3)までを請求原因として、(4)と(5)を抗弁に分類して、説明している。

(86) 三村・前掲一六二頁 なお、梅本吉彦「民事訴訟法（第四版）」信山社七八三頁参照。この最高裁判所判例解説の立場を、証明責任と主張責任について、原則として両者は一致するとしつつ、訴えの合理性の視点から不一致を生じる場合を認める説に分類している。

(87) 商標権侵害訴訟において、しばしば、商標的使用ではない、と争われる場合がある。これは、通常、抗弁と解されている。原告（商標権者）の商標法二条三項の「使用」に該当するとの主張（たとえば被告は商品に標章を付したものを譲渡しているなど）には、通常、商標的に使用しているという趣旨が含まれているとすれば、ここでも主張責任と立証責任が分裂することになり得る。「但し、商標的な使用ではないときは、この限りでない。」という条項はない。

(88) 高橋・前掲五二〇頁参照

(89) もっとも、民法にも証明を要件とする条文もある。たとえば、民法一一七条一項は、行為規範としては、他人の代理をしようとする場合は、その代理権を証明できるようにしてからするべきだ、ということ伝えてみるとみることができ。また、

民法四一九条二項は、損害の証明を不要としている。

(90) たとえば、「よい子にしていたか」と子に問う父はいても、「よい子にしていたと証明できるようにしていたか」と言う父はいないであろう。

(91) 三木浩一・山本和彦編「民事訴訟法の改正課題」ジュリスト増刊二〇二二年二月 一七頁以下

(92) 最判平成四年一〇月二九日民集四六卷七号一一七四頁

(93) 最判平成七年一月二七日民集四九卷一号五六頁

(94) 伊藤滋夫編「要件事実の機能と事案の解明」八四頁

(95) 大江忠「要件事実的財産法」(第一法規)

(96) 大江忠「要件事実会社法」(商事法務)

(97) 岡口基一「要件事実マニュアル」(ぎょうせい)

(98) 伊藤滋夫「環境法の要件事実」(日本評論社)

(99) 高橋・前掲五二〇頁

(100) 三木浩一著「民事訴訟における手続運営の理論」一七頁では「当事者または弁護士に対し、証明責任を負わない事実に関する一定の情報の開示や関連する証拠の提出などを、事実上の強制に近い形で求めることがある」とされる。訴訟の審理(のいわば現場)では、裁判官や訴訟審理に公共的役割を果たす代理人弁護士によって「そういう世界」を助長しない工夫がなされているともいえる。もっとも、これは現場の事実上の工夫で対処できる範囲を超えているものとも思われる。

(101) しばしば証明できなくなる状態のことを一般には「言った言わないの問題」と表現しているものと思われる。

(102) たとえば「私を産んだ母はこの世に存在したことはない」という言明は矛盾をはらんでいるであろう。

(103) なお、本来、立証の成否の問題と認定の真偽の問題は区別されるものと考えられる。事実であっても立証に失敗することもあり得るからである。認定の外側にあるはずの事実を想定しなければ、認定の真偽も問題にできないであろう。訴訟を、訴訟外の世界と切り離すという意味でゲーム的に理解することは的を射ていないものと思われる。