

民事訴訟法理論の破綻と修復の必要性

－法律上の推定の復権という観点からの民訴法学に対する苦言と提言－

2014年1月8日

明治学院大学法科大学院教授 加賀山 茂

目次

はじめに	2
I 訴訟物理論と矛盾する「請求の趣旨」、「判決主文」の記載方法	4
1. 実務が採用している旧訴訟物理論による実務と理論との架橋	4
2. 「請求の趣旨」、「判決主文」に見られる旧訴訟物理論との乖離	5
3. 「請求の趣旨」、および「判決主文」の記載方法の改善の提言	5
II 「請求原因」、「判決理由」に見られる「存在」と「発生」との混同	7
1. 権利の「存在」と権利の「発生かつ不消滅」との関係	7
2. 「請求原因」の記載方法の改善の提言	8
3. 訴訟上の証明には、存在証明を含めて、法律上の推定が不可欠である	9
4. 権利の存在証明にとって法律上の推定が不可欠である理由	12
5. 法律上の推定を導く根本原理	13
III 法律上の推定の復権	16
1. 本文とただし書きとの組合せは、法律上の推定に吸収される	16
2. 暫定真実も、実は、法律上の推定にはかならない	18
3. 法律上の推定は、必ずしも、本文とただし書きに分解できるわけではない	22
4. 立証責任の分配に関する2つの表現形式の優劣	24
5. 法律上の推定の「読み替え」における司法研修所・要件事実論の矛盾と誤り	26
IV 法律上の推定の訴訟法上、および、実体法上の重要性	30
1. 全ての立証責任の分配は法律上の推定で決まる	30
2. 隠された「法律上の推定」－要件のようでは「推定の前提」から成る条文－	31
3. 契約の成立と契約の有効・無効との関係と法律上の推定の効用	33
4. 権利外観法理を実現している民法93条の解釈と法律上の推定の効用	34
V 結論	37
おわりに	40
参考文献（公表年順）	41

はじめに

「民法学者は民事訴訟法を知らずに講義している。」反対に、「民事訴訟法学者は民法を知らずに講義をしている。」とは、法曹実務家からよく聞く辛口の批評である。

この間隙を縫って、民法も民事訴訟法もよく知っていると自負する裁判官、特に、司法研修所の教官によって、民法を民事訴訟実務に応用できるように「民事実体法、特に、民法を立体的に再構成した」とされる要件事実論が「理論と実務を架橋する」ものとして人気を博している。そして、司法研修所の教官たちは、司法試験に合格した人たちに対して、「君たちが法学部で勉強してきた民法は、平面的なレベルにとどまっており、実務では役に立たない。要件事実論で民法を請求原因、抗弁、再抗弁、再々抗弁…というように、立体的に再構成しなさい」([加藤＝細野・要件事実の考え方と実務 (2006) 1-4 頁]参照) という訓示を行うことになる(詳しくは、[山本・リーガルマインドⅡ (1986) 197-328 頁]参照)。2004年に設立された法科大学院の講義でも、「理論と実務とを架橋すること」が求められているため、司法研修所で教育を受けた実務家教員による要件事実論に即した実務基礎教育が行われている。

しかし、現在の要件事実論も、基礎となる訴訟物理論も、いずれも、法律上の推定の理論 ([Leipold, gesetzliche Vermutungen(1966) S. 90 ff.], [浜上・製造物責任の証明問題(3) (1975) 6-12 頁]) と矛盾しており、法科大学院の教育、ひいては、民事法に関する法学教育を混乱に陥れている。その実態は、本文で詳しく検討するが、代表的な例を 2 点に限定して挙げると、以下の通りである。

1. 「請求の趣旨」と訴訟物理論との齟齬

- 民事訴訟の実務は、訴訟物の特定・識別を実体法の条文を基準とするという旧訴訟物理論を採用している。それにもかかわらず、「請求の趣旨」およびそれに対応する「判決主文」では、例えば、売買代金請求訴訟において、「被告は、原告に対して売買代金 2000 万円を支払え」とするのではなく、新訴訟物理論でしか実現できないはずの「被告は、原告に対して 2000 万円を支払え」としており、その矛盾に気づいていないか、気づいていても訂正しない。
- もしも、請求の趣旨・判決主文を「売買代金 2000 万円を支払え」と訂正することになれば、既判力の客観的範囲が「主文に包含するものに限って」及ぶとされている条文(民訴法 114 条 1 項)との整合性が実現され、条文と理論と実務が一致することになる。それにもかかわらず、実務は、条文とも、理論とも矛盾する「2000 万円を支払え」という無限定な記載方法に拘泥している。

2. 「請求原因」と訴訟物(権利又は法律関係の存否)との齟齬

- 訴訟物とは、「権利または法律関係の存否の主張」であることについて、疑いはない。したがって、請求原因は、権利の「存在」の主張として、「権利が発生し、かつ、権利が消滅していない」という主張でなければならない。

ところが、民事訴訟実務では、請求原因を「権利が発生した。よって、権利が存在している」と記載することができると考えている[司法研修所・要件事実論(2011)15頁]。つまり、権利の「発生」によって、いきなり、権利の「存在」が確定できるとしている。しかし、権利の「発生」と「存在」とは厳密に区別されるべきである。それにもかかわらず、民事訴訟実務も、民事訴訟理論も、そのことに気づかないか、気づいていても訂正するつもりがない。

- もしも、請求原因が、「権利が発生した」という事由だけでなく、「権利が発生し、かつ、消滅していない」という事由であると考えて、請求原因を以下のよう
に、当事者の「言い分」を反映した記載方法に変更したとしよう。

「原告と被告とが平成15年3月3日に本件土地の売買契約を締結することにより、売買代金2000万円の支払請求権が発生している。しかも、被告は、支払期日になっても原告に売買代金を支払わない。よって、原告は、被告に対して売買代金2000万円の支払を求める」

請求原因の記述を以上のように訂正すれば、これに対して、被告は、「売買契約は代金の折りがつかなかつたので成立していない(否認)。もしも、売買契約が成立していたとしても、売買代金請求権は、すでに時効によって消滅している(抗弁)。」というように、否認においても抗弁においても、原告の主張と真っ向から対立・矛盾する主張を行っていることを認識することができる。

- つまり、「否認」も、「抗弁」も、実は、いずれも、原告の主張と「矛盾する」防御方法であり、その違いは、単に、「立証責任があるか、ないか」に過ぎない。このことが認識できれば、「抗弁とは、原告の主張と両立するが、原告の主張とは別の事由によって、原告の権利を消滅させるものである」という現在の民事訴訟法の通説的見解は、破棄されるべきことも分かるはずである。
- 後に詳しく述べるように、立証責任の分配は、民法の法律要件要素について、法律上の推定がなされているかどうかで決定されるのであり、原告が立証すべき事由を、被告の防御方法である抗弁の用語を用いて「再抗弁」、「再々々抗弁」…とする必要性も存在しない。そのことが認識できれば、要件事実論も、また、民事訴訟理論も、「抗弁、再抗弁、再々抗弁、再々々抗弁…」という無意味な無限後退の弊害から免れることができるであろう。

その他にも、現在の民事訴訟法理論には、特に、要件事実論との関係で、学問的な矛盾が山積しており、それを修正する作業が不可欠であると思われる。

本稿は、民事訴訟法学者、および、裁判官・司法研修所の教官に対して、現在の民事訴訟理論、および、要件事実論は、学問と呼ぶに値しないほどに破綻しており、したがって、抜本的に改善する必要があることを認識すべきこと、すなわち、民事訴訟法理論を実体法である民法と矛盾しない理論へと再構成すべきことを提言するものである。

I 訴訟物理論と矛盾する「請求の趣旨」、「判決主文」の記載方法

1. 実務が採用している旧訴訟物理論による実務と理論との架橋

わが国の裁判実務は、訴訟の対象である訴訟物について、「実体法上の個々の請求権を基準として特定・識別する」という考え方に基づく旧訴訟物理論を採用している。すなわち、要件事実論の代表的な教科書によれば、以下のように記述されており、旧訴訟物理論を採用することが宣言されている[司法研修所・要件事実(2011)3頁]。

<民事訴訟実務における訴訟物理論>

訴訟物の理解についてはいわゆる新訴訟物理論と旧訴訟物理論との対立がありますが、実務は旧訴訟物理論によっています。

具体的には、訴訟で2000万円の支払を求める請求がなされたとしても、「売買契約に基づく代金2000万円の支払を求める請求」[司法研修所・要件事実(2011)4頁]と、「消費貸借契約に基づく貸金2000万円の支払を求める請求」[司法研修所・要件事実(2011)37頁]とは、全く異なる請求であることになる。より強い理由によって、不当利得に基づく2000万円の返還を求める請求も、また、不法行為に基づく損害賠償として2000万円の支払を求める請求も、全く異なる訴訟物であることになる。

これに対して、学説においては、新訴訟物理論が有力に主張されている。しかし、実体法と訴訟法とを架橋するという立場からは、旧訴訟物理論の方がはるかに分かりやすい。なぜなら、旧訴訟物理論は、訴訟上の請求が常に実体法上の権利と結びついており、憲法76条3項の文言(裁判官は、…この憲法及び法律にのみ拘束される)にも合致しているからである。この点、新訴訟物理論は、訴訟物が実体法上の条文と切り離されており、訴訟によってどのような権利が確定したのかが不明となるという致命的な欠点を有している。

このような理由によって、**筆者は、訴訟物理論としては、旧訴訟物理論を採用すべきであると考えている**。そして、旧訴訟物理論を採用する場合の不都合な点、すなわち、紛争の蒸し返しが起こりやすい等の不都合な点は、訴訟上の信義則(民訴法2条)を活用することによって対応すればよいのではないかと考えている(この点で、[伊藤・民事訴訟法(2011)199-204頁]の見解に賛成する)。もっとも、筆者は、訴訟法の専門家ではないので、本稿では、この点については、深入りしないことにする。

いずれにしても、新・旧訴訟物理論の対立は、主として、出口である既判力の客観的範囲のところで激化しているのであって、入口である訴訟物の特定・識別の箇所では、実体法である民法の条文を考慮する必要性を否定する学説は存在しないように思われる。

したがって、本稿では、訴訟法と実体法とを架橋するものとして、以下のような実務の考え方[司法研修所・要件事実(2011)3頁]を前提にして議論を進めることにする。

＜旧訴訟物理論における訴訟法と実体法との架橋＞

訴訟物の出発点である訴訟上の請求（訴訟物）は、実体法上の個別的・具体的な請求権の主張であると解されるのであり、その特定・識別も、実体法上の個々の請求権を基準として行われる。

2. 「請求の趣旨」、「判決主文」に見られる旧訴訟物理論との乖離

現在の民事訴訟法理論、および、それに依拠した要件事実論によると、訴訟物を特定・識別するための請求の趣旨（民訴法 133 条 2 項 2 号）については、以下のように記述すべきであるとされている[司法研修所・要件事実（2011）2 頁]。

＜要件事実論における「請求の趣旨」の記述方法＞

請求の趣旨は、「被告は、原告に対して 2000 万円支払え」とするのであって、「被告は、原告に対し、売買代金 2000 万円を支払え」とはしません。

民事訴訟法理論と訴訟実務が、請求の趣旨の記述に際して、「売買代金」という言葉を省略する理由は、「請求の趣旨に、給付の法的性質や理由などは記載しないのが実務の扱い」[司法研修所・要件事実] 2 頁]だからであるとされている。

この考え方は、要件事実論の基礎を形成したドイツの[ローゼンベルク＝倉田・証明責任論（1972）]に従ったもの、すなわち、ドイツの通説である新訴訟物理論に基づいて請求の趣旨、判決主文を構成するものにほかならず、裁判実務の実態は、旧訴訟物理論の考え方（訴訟物の特定、識別も、実体法上の個々の請求権を基準とする）と矛盾している。

民事訴訟実務が、旧訴訟物理論に立つというのであれば、請求の趣旨は、例えば、「被告は、原告に対して、売買代金 2000 万円を支払え」とするのが正しい。なぜなら、訴訟物である「売買契約に基づく代金支払請求権」における「売買代金」は、訴訟物に不可欠の要素であって、訴訟物の記述から省略できる性質のものではないからである。

3. 「請求の趣旨」、および「判決主文」の記載方法の改善の提言

このように考えると、「請求の趣旨」に対応する「判決主文」も、現在の実務とは異なり、新しい請求の趣旨の記述に連動して、必然的に、「被告は、原告に対して売買代金 2000 万円を支払え」と変更されるべきである。

そのような変更が行われると、既判力も、抽象的な支払請求権という曖昧なものではなく、実体法の条文に即して、「売買代金に基づく代金支払請求権」に限って及ぶことになる。その結果、民事訴訟法 114 条 1 項（確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する）という条文と旧訴訟物理論との一貫性が保持されることになるはずである。

むしろ、そのような考え方によらなければ、訴訟実務は、「旧訴訟物理論を採用する」と言いつつも、実際には、請求の趣旨と判決主文は「新訴訟物理論に従っている」と同様の結果に陥っており、理論的な破綻を免れることはできないことを認識すべきである。

要件事実論の教科書のみならず、それと距離を置いているといわれている民事訴訟法の教科書(例えば、[中野＝松浦＝鈴木・新民事訴訟法講義(2008) 48-50, 467-468頁]、[新堂・民事訴訟法(2011) 218-219, 695頁]、[伊藤・民事訴訟法(2011) 194, 516頁]、[高橋・民事訴訟法(2013) 629頁]など)も、既判力の範囲は、訴訟物に及ぶとしながら、主文に包含するものの意味を「請求の趣旨だけでなく、請求原因を総合的に考慮してその範囲を決定する」としている。すなわち、**現在の民事訴訟法理論は、既判力が、請求原因、すなわち、判決の理由中の判断に及ぶことを認めており、明文の規定と矛盾している。**

もつとも、新訴訟物理論に立つ場合には、この矛盾を避けることができると思うかもしれない。しかし、売買代金2000万円の請求権の存在を事実に基づいて認定しながら、既判力は、抽象的な2000万円の支払請求すべてに及ぶということになると、それが、売買代金なのか、貸金なのか、不当利得なのか、損害賠償なのかは、全く特定されないことになる。そのことは、判決を根拠付けるために行った事実認定が無意味となることを意味しており、民事裁判は、実体法とは遊離し、実体法の根拠を有しないという悲惨な結果に陥ってしまう。したがって、民事訴訟法の教科書は、以下のように改訂されるべきであると考えられる。

<筆者(加賀山)による「請求の趣旨」の記述方法の提言>

請求の趣旨は、「2000万円を支払え」というような訴訟物が何か分からないほどに曖昧な書き方を改め、それだけで訴訟物が特定されるように、例えば、「**売買代金2000万円を支払え**」というように、**実体法上の条文が特定できるように記載されるべきである。**

この提案によって、訴訟実務と訴訟物理論との整合性を貫徹できるのであり、しかも、この提案は、立法上の変更を伴わないため、今日からでも実現できる簡単なことである。ところが、理論上も実務上も、このような改訂を実現しようとする動きは全く見られない。

民事訴訟法学者も、また、訴訟実務家も、法律の条文と矛盾する扱いをし続けることに全く抵抗がないのであろうか。もしもそうだとすれば、言葉が少しくつくなるかもしれないが、民事訴訟法理論も民事訴訟実務も、訴訟物という最も根本となる所から腐りかけているのではないだろうか。

このような門外漢による批判に応えることができる研究者が存在するならば、民事訴訟法学の再生の可能性も皆無ではない。しかし、これまでの私の一連の要件事実論批判([加賀山・要件事実論批判(2007)]、[加賀山・官僚法学との戦い(2010)]、[加賀山・新しい要件事実論(2011)])が無視されていることからすると、そのような期待は望み薄なのかもしれない([黒木・法服の王国(2013)]を読むと、その感を強くする)。

Ⅱ 「請求原因」、「判決理由」に見られる「存在」と「発生」との混同

1. 権利の「存在」と権利の「発生かつ不消滅」との関係

現在の民事訴訟法理論と要件事実理論は、その出発点である「請求の趣旨」と終着点である「判決主文」の箇所で、訴訟物理論と矛盾していることを明らかにした。

しかし、民事訴訟法理論の矛盾は、これにとどまらない。次の段階である、「請求原因」および、それに対応する「判決理由」の点でも、矛盾に陥っている。

この点を明らかにするためには、前記の「請求の趣旨」の場合と同様に、訴訟物の基本に遡って検討する必要がある。そこで、訴訟物の内容としての権利又は法律関係の「存否」とは何かという問題を、疑いのない以下の2点から、議論を始めることにする。

第1に、訴訟物とは、「権利または法律関係の存在・不存在の主張」である。この点については、争いが無い。

第2に、「存在」証明の方法について、五感で触知できる有体物の場合には、存在の証明は容易である。しかし、権利のように、五感で触知することができない無体物については、その存在証明は、権利の発生・変更・消滅の根拠を明らかにしている実体法の規定に基づいて証明するより他に方法がない。つまり、権利の「存在」証明は、「発生し、かつ、消滅していない」という方法しかないのである。この点についても、争いが無い。

このことから、訴訟物としての権利の存否の主張を根拠づけるための請求原因には、「権利の発生」と「権利の不消滅」がペアとならなければならないことが、必然的に導かれる。

ところが、現在の民事訴訟法理論、および、要件事実理論においては、請求原因を発生原因だけでよいとする勘違いがまかり通っている。この点については、ほとんどの学者および実務家が誤りに陥っているので、ここで詳しい説明を行うことにする。

「訴訟物」である「訴訟上の請求」とは、「権利の存否」の主張であり、「権利が発生し、かつ、消滅しない」という証明主題にかかわっている。したがって、原告が主張すべき**真の請求原因**とは「**権利が発生し、かつ、消滅していない**」ことである。つまり、「権利が発生している」というだけでは不十分である(阻止原因については後に論じる)。例えば、売買代金請求訴訟の場合には、「売買代金請求権が発生したのに、代金を未だに支払ってもらっていない」というように、請求の発生と不消滅とを主張するものでなければならない。

ところが、要件事実論は、民事訴訟の実務に基づいて、請求原因について、以下のような記述を求めている[司法研修所・要件事実(2011)15頁]。

<要件事実論における「請求原因」の記載例>

- (1)原告は、被告に対し、平成23年3月3日、甲土地を代金2000万円で売った。
(2)よって、原告は、被告に対し、上記売買契約に基づき、代金2000万円の支払を求める。

しかし、これでは請求権の「発生」から、いきなり請求権の「存在」を導き出しており、「権利の存在の主張」を根拠づける記述としては不十分である。

2. 「請求原因」の記載方法の改善の提言

司法研修所の要件事実論とは異なり、請求原因は、少なくとも、以下のように、「権利の発生」と「権利の不消滅」とによる「権利の存在」という3点を記述しなければならないというのが筆者の考え方である。

<筆者(加賀山)による「請求原因」の記載例(最小限)>

- (1)原告は、被告に対し、平成23年3月3日、甲土地を代金2000万円で売るという売買契約を締結した(売買代金請求権の**発生**)。
- (2)被告は、未だに、売買代金2000万円を原告に支払わない(売買代金請求権の**不消滅**)。
- (3)よって、原告は、被告に対し、上記売買契約に基づき、代金2000万円の支払を求める(売買代金請求権の**存在**)。

そればかりでなく、[司法研修所・要件事実(2011)1頁]の第1問(売買代金支払請求訴訟)のように、売買契約の締結時(平成23年3月3日)とは異なる支払期日(同年4月3日)が付されており、売買代金債権の効力発生・消滅時効の起算点が問題となっていたり、目的物の引渡しがなされており、同時履行の抗弁権(阻止の抗弁)を主張できたりする場合には、請求原因事実の記載は、以下のように、さらに詳しくする必要が生じる。

<筆者(加賀山)による「請求原因」の記載例(第1問の場合)>

- (1)原告は、被告に対し、平成23年3月3日、甲土地を代金2000万円で売るという売買契約を締結した(売買代金**債権**の**発生**)。
- (2)原告は、すでに、甲土地を被告に引き渡している(売買代金請求権の同時履行の抗弁権の不存在、すなわち**阻止の抗弁の不存在**)。
- (3)代金支払日を平成23年4月3日とするとの期限が付されていたが、すでにその期限が到来している(**期限の始期の到来**・消滅時効の進行とその未完成: **売買代金請求権の発生と不消滅**(現時点を、平成23年9月25日(本書の出版年月日)と考える))。
- (4)原告の催告にもかかわらず、被告は、未だに売買代金2000万円を原告に支払わない(売買代金請求権の**不消滅**)。
- (5)よって、原告は、被告に対し、上記売買契約に基づき、代金2000万円の支払を求める(売買代金請求権の**存在**)。

3. 訴訟上の証明には、存在証明を含めて、法律上の推定が不可欠である

問題点を浮き彫りにするため、ここで、[司法研修所・要件事実 (2011) 1 頁]の第 1 問 (売買契約に基づく代金支払請求訴訟) を引用する。司法研修所の記載例と、私が提案する記載例を比較すれば、どちらが当事者の言い分をよりよく反映しているかがわかるであろう。

<新問題研究 「第 1 問」の事案[司法研修所・要件事実 (2011) 1 頁]>

X の主張

私は、平成 23 年 3 月 3 日に、先祖代々受け継いで私が所有していた甲土地を、是非欲しいと言ってきた Y に売り、その日に甲土地を引き渡しました。代金は 2000 万円、支払期日は同年 4 月 3 日との約束でした。

ところが、Y はいろいろと文句を言ってその代金を支払ってくれません。そこで、代金 2000 万円の支払を求めます。

Y の主張

甲土地を売買することについては、両者とも異論がなかったのですが、結局、代金の折り合いがつきませんでした。また、甲土地については、X が相続で取得したのではなく、叔父 A から贈与されたものと聞いています。

これらの当事者の言い分に基づいて、請求原因が組み立てられるのであるが、司法研修所の要件事実論の教科書の記載例と筆者の記載例を比較すると以下ようになる。

<新問題研究 第 1 問に関する「請求原因」の記載例の比較>

司法研修所	筆者 (加賀山茂)
(1)原告は、被告に対し、平成 23 年 3 月 3 日、甲土地を代金 2000 万円で売った〔請求の発生〕。	(1) 原告は、被告に対し、平成 23 年 3 月 3 日、甲土地を代金 2000 万円で売るといって売買契約を締結した (売買代金債権の発生)。
(2)よって、原告は、被告に対し、上記売買契約に基づき、代金 2000 万円の支払を求める〔請求の存在〕。	(2) 原告は、すでに、甲土地を被告に引き渡している (売買代金請求権の同時履行の抗弁権の不存在、すなわち、阻止の抗弁の不存在)。
	(3) 代金支払日を平成 23 年 4 月 3 日とするとの期限が付されていたが、すでにその期限が到来している (期限の始期の到来・消滅時効の進行とその未完成：売買代金請求権の発生と不消滅 (現時点を、本書の出版年月日である平成 23 年 9 月 25 日と考える))。
	(4) 原告の催告にもかかわらず、被告は、未だに売買代金 2000 万円を原告に支払わない (売買代金請求権の不消滅)。
	(5) よって、原告は、被告に対し、上記売買契約に基づき、代金 2000 万円の支払を求める (売買代金請求権の存在)。

前記の第1問の事実に関して、司法研修所の請求原因の記載例が、権利の発生から、いきなり権利の存在へと飛躍しているのはなぜであろうか。

その理由は、司法研修所が、権利の存在証明には、権利の「発生」だけを記載すれば十分であり、権利の「消滅」については、被告が証明すればよいと考えているからである。しかし、第1問の場合には、被告は、権利の発生そのものを否認しているため、権利の消滅については、何の主張もしていないし、その必要もない。したがって、本件の場合には、消滅に関する議論が全く存在しないまま、いきなり権利の存否が認定されるという不条理な事態が生じることになっている。

これに比べて、筆者の請求原因の記載例は、第1問の当事者の言い分がすべて過不足なく記載されている。すなわち、筆者の請求原因の記載例によれば、問題となる事案に関して適用されるべき条文（契約の成立に関する条文、契約の効力の発生時期に関する条文、双務契約の効力に関する条文、契約の履行（弁済）に関する条文、消滅時効に関する条文）とその要件がすべて明らかとなる。その上で、それらの要件について、原告と被告との間で立証責任の分配をどのようにすべきかを、一挙に決定することができる。

しかも、立証責任の分配法則も、次に詳しく述べるように、「法律上の推定が存在するかどうか」ですべて容易に決定できる。ここでいう法律上の推定とは、条文の文言に「推定する」と規定されているばかりでなく、経験則上、広く認められている原理も含まれる。その代表例が、以下のような「存在証明」に関する法律上の推定である。

<権利存在に関する法律上の推定>（筆者（加賀山）による解釈）

権利が発生したことが証明されると、それが消滅したことが証明されるまで、権利は存在すると、法律上推定される。

この結果として、原告は、権利の発生事由だけを立証すればよく、権利の消滅事由は被告が立証しなければならないことになる。この結果は、以下のように、司法研修所の要件事実論も認めている[司法研修所・要件事実(2011)5-6頁]。

<要件事実論による立証責任の分配の説明>

ある権利について、その権利の発生要件に該当する事実の存在が認められた場合には、その発生障害要件、消滅要件又は行使阻止要件のいずれかに該当する事実が認められない限り、現に（事実審の口頭弁論終結時において）、その権利が存在し行使できるものと認識することになります。

発生障害要件、消滅又は行使阻止要件について、なぜ、被告が証明しなければならないのかという理由は、司法研修所の要件事実論によれば、以下のように説明されている[司法研修所・要件事実(2011)14頁]。

<要件事実論における請求原因と抗弁との分離＝決定的な誤り>

抗弁の主張・立証責任は被告に分配されますが、被告の主張が抗弁に当たるには、①その主張事実が請求原因事実と**両立**すること、②その主張の法律効果が請求原因から生じる法律効果を妨げる（障害し、消滅させ又は阻止する）ことが必要です。**請求原因と両立しない事実であれば、それは否認です。**

しかし、この記述が要件事実論の致命的な誤りである。なぜなら、請求原因とは、本来は、訴訟物である「権利の存否」を根拠づける事由であるにもかかわらず、これを「権利の発生」を根拠づける事由であり、それで十分であると解しているからである。

先に述べたように、原告の権利主張である訴訟物は、権利の「存在」の主張、すなわち、「権利が発生し、かつ、消滅していない」という主張である。被告が消滅を立証したら、原告の請求が棄却されるのは、「被告が原告の主張と両立するが消滅させる別事実を主張した」からではない。原告の主張には、はじめから、「権利が発生し、かつ、消滅していない」という主張が含まれているのであり、被告が、原告の主張と「矛盾」する「消滅」事由を立証したから、原告の主張が棄却されるのである。原告の主張と「両立」する事由を立証したからという理由で、原告の主張が否定されるということはありません。抗弁においても、原告と被告の主張は、以下のように、真っ向から対立しており、だからこそ、どちらかの主張が認められて勝敗が決まるのである。

<通説とは異なり、原告と被告の主張は、常に対立し矛盾する関係にある（加賀山説）>

原告の主張：権利が発生し、かつ、消滅していない（**真の請求原因**）。

被告の主張：権利が発生していないか、又は、消滅している。

このように見えてくると、抗弁とは、原告の主張である「権利は消滅していない」を否定する主張であって、原告の主張と「両立」する主張ではないことが分かるはずである。被告の抗弁も、原告の主張を否定するという、原告の主張と矛盾した主張である点で、その本質は、否認であり、権利の発生が証明された場合に限り、「権利存在」の法律上の推定が働くため、被告が立証責任を負うこととなって、それが抗弁と呼ばれているに過ぎない。

このことから、以下の原理が導かれる。

<否認と抗弁は、ともに真の請求原因の否定であり、その区別は立証責任の違いのみ>

否認：法律上の推定が働いていない場合に行われる真の請求原因に対する否定の主張

抗弁：法律上の推定が働いている場合に行われる、真の請求原因に対する否定の主張

このように考えると、原告の主張を基礎づける事由において、立証責任を負うものと、そうでないものが生じるが、それをうまく表現する用語が存在しないことに気づく。

例えば、従来は、権利の消滅事由は、被告に立証責任があると考えられ、抗弁で済ませることができた。しかし、消滅時効の場合は、確かに、権利を行使することができる時点から10年が経過していることは被告が抗弁として立証すべきであるが、その間に原告が権利を行使しているために時効中断によって権利が消滅しないという事由（いわゆる消滅障害事由）は、原告に立証責任があると考えられている。

従来は、これを原告が「再抗弁」を負うと考えてきたが、先に述べたように、「抗弁」という用語法は、被告の「防御方法」であり、原告が再「抗弁」を行うという用語法は不適切である。ところが、原告が立証責任を負う事由は、従来から、「請求原因」と呼ばれており、消滅時効の完成を阻止するために、原告が立証しなければならない「権利を行使した」という事由を表現するのに適切な用語法は、不幸にも、民事訴訟法学上は存在しない。

従来の用語法と混乱を生じさせず、かつ、新しい考え方に適合した用語としては、「**推定された事由**」と「**推定されていない事由**」という用語によって区別するのが適切であろう。

どのような場合に法律上の推定がなされるかについては、後にその原理を説明するが、契約の成立、所有権の取得、債権の消滅時効について述べると以下の通りである。

第1に、意思表示の形式的な一致があれば、表示に合致する意思が存在するとの法律上の推定が経験則から導かれるため、意思の存在は、原告に有利に「推定された事由」であり、原告に立証責任はない。反対に、意思の不存在（心裡留保、虚偽表示、錯誤）は、被告に有利には「推定されない事由」であるため、被告が立証しなければならない。

第2に、時効取得の要件として10年間の占有の継続が立証された場合には、占有の態様としての自主、善意、平穩・公然は、明文の規定（民法186条1項）によって「推定された事由」であるため、被告が、「推定されない」「悪意占有」等を立証しなければならない。

第3に、懸案の消滅時効の要件であるが、被告が、権利を行使できるときから10年が経過したことを立証した場合には、経験則上、その間、原告の権利の不行使が法律上推定されるので、被告は、「推定された」事由である権利の不行使を立証する必要はなく、原告が「推定されない」事由である権利の行使（時効の中断事由）を立証することが必要となる。

4. 権利の存在証明にとって法律上の推定が不可欠である理由

このように見てくると、**訴訟上の権利の存在証明とは、全ての場合において、法律上の推定を使って事実認定をすることを意味するのであって、法律上の推定なしには、無体物である権利の存在証明は不可能であるという点に留意しなければならない。**この点は、誤解が生じやすい点であるために、以下において、再度確認をしておくことにする。

訴訟物、すなわち、訴訟上の請求が何かについては、「一定の権利または法律関係の存否の主張」であることについては争いがない。ここでは、話を簡単にするために、訴訟物として、「権利または法律関係の存否」のうち、「権利の存在」を例にとって議論を進めていくことにする。

哲学的な問題とも関連するが、先に述べたように、有体物の場合とは異なり無体物の存在の証明は簡単ではない。無体物の「存在」の証明は、「発生し、かつ、消滅しない」という命題に翻訳して証明される。比喩的に言うと、行方不明の人が生存しているかどうかは、出生届が出ており、死亡届が出ていない場合に、その生存が法律上推定されるという形式で証明される。この場合、存在の証明は、推定に過ぎないのであるから、たとえ、死亡届が出ていなくても、医師の死亡証明書があれば、反対事実の証明があったとして、生存が否定される。つまり、存在の証明は、「発生」肯定と「消滅」の否定が合わさって始めて実現するのであって、「発生」だけで、存在が完全に証明されると考えるのは、誤りである。

しかし、学者を含めて、このような誤りに陥る人が非常に多い。その原因は、「発生」が証明されると、存在が暫定的に推定されるという強い経験則が働き、「消滅」については、相手方が反対事実を証明しない限り、存在を前提とすることが許されるという原理が働くためである。しかし、「発生」の証明と、「存在」の証明とは等価ではない。なぜなら、「消滅」が証明されると「存在」は否定されるからである。存在証明の主題は、「発生し、かつ消滅していない」ことであり、「発生」は、「存在」を証明するための一部分、または、推定の前提事実には過ぎないのである。

民事訴訟でも同様であって、訴訟物である権利の存在を証明するためには、原告は、「権利が発生し、かつ、権利が消滅していない」ことを主張しなければならない。ただし、権利が「発生」していることが証明できれば、権利が「存在」しているとの法律上の推定が働く。このため、権利が「不存在」であるということは、相手方が反対事実（消滅）の証明をするまでは、権利が存在するものと考えることができる。しかし、相手方が権利の「消滅」を証明した場合には、請求が棄却されるのであり、その理由は、「**権利の発生**」という**事実と両立する「権利の消滅」が証明された**からではない。原告が主張している「権利の存在」、すなわち、「**権利が発生し、かつ、消滅していない**」という主張のうち、**これと矛盾する「権利が消滅している」ことが証明された**からである。原告の主張と矛盾しない事由を証明しても、原告の請求が棄却されることはない。例えば、原告の主張と矛盾しない、同時履行の抗弁権（阻止の抗弁）が主張されても、引換給付判決が下されるのであって、反対給付を条件に、請求は実現されるのである。

5. 法律上の推定を導く根本原理

ところで、従来は、自由心証の範囲内で証明度を向上させるものとしての「事実上の推定」と区別するため、「法律上の推定」には、明文の規定（例えば、民法 32 条の 2、民法 186 条、民法 250 条など）が必要であると解されてきた。

しかし、法の解釈において、文言解釈しか許されないということはありません。法の解釈は、憲法および法律の趣旨に反しない限りで行うことができる。法律上の推定も同様であって、筆者の考え方によれば、法律上の推定は、以下のような原理から導かれる。

第1は、物理学上の「慣性の法則」を法解釈に応用した法律上の推定原理である。

これは、静止している状態(例えば占有状態)は、いつまでも静止している(占有が継続している)と推定される(いわゆる占有状態の保護)。

反対に、運動を開始(権利が発生)したならば、いつまでも運動が継続される(権利が存続する)という原理である。この原理に基づいて、発生した権利は、消滅の証明がなされない限り、その権利は存在することが法律上推定される。

これが、権利の「発生」と「法律上の推定」を利用した権利の「存在」の証明であって、明文の規定はないが権利の存在証明にとって欠くことのできない訴訟法上の大原則である。

第2は、形式の完備によって、内容の真正が法律上推定されるという原理である。

例えば、私文書に署名捺印の形式が完備されると、その内容の真正が法律上推定される(民訴法228条4項)。さらには、契約が形式的に成立すると、その契約は、意思の存在(意思と表示の合致)が法律上推定される。意思の不存在としての錯誤等が抗弁とされるのは、この理由に基づく。

第3は、複数の部分の立証によって、全部の存在が法律上推定されるとする原理である。

例えば、前後の両時点での占有が立証された場合には、その間の占有の継続が法律上推定される(民法186条2項)。この原理は、因果関係の継続の推定を導く可能性があるとして、被害者救済の観点からも注目されている。

その他は、証明窮乏からの裁判官の救済、弱者保護等の立法政策上の考慮によって法律上の推定がなされるというものである。

これらの法律上の推定を一覧表として掲げると以下のようなになる。

<筆者(加賀山)による「法律上の推定」の根拠となる原理・原則>

<p>1. 法律上の「慣性の法則」</p> <ul style="list-style-type: none">● 静止している状態は、いつまでも静止していると推定される(占有状態の保護)。● 運動を開始した状態は、いつまでも運動を続けると推定される。<ul style="list-style-type: none">・ いったん発生した権利は、消滅が証明されない限り、現在も存在すると推定される(立証責任の分配の大原則)。
<p>2. 形式の立証による内容真正の推定</p> <ul style="list-style-type: none">● 形式的に一致している場合は、内容も一致していると推定される(民訴法228条4項)。● 意思表示の形式的合致による意思の存在の推定=成立した契約に関する有効の推定。
<p>3. 複数の部分の立証による全体の推定</p> <ul style="list-style-type: none">● 前後の占有による占有継続の推定(民法186条2項)→因果関係連続の推定(解釈)
<p>4. 平等原則</p> <ul style="list-style-type: none">● 共有持分及び多数当事者の債務の負担部分は平等と推定される。<ul style="list-style-type: none">・ 共有持分平等の推定(民法250条)、負担部分平等の推定(民法427条)、組合員の損益分配の割合(民法674条)

5. 立証の困難からの救済、弱者保護等の政策判断に基づく推定

- ・同時死亡の推定(民法32条の2)
- ・期限の利益の推定(民法136条1項),
- ・占有の態様の推定(民法186条1項), 権利適法の推定(民法188条)
- ・賃貸借の更新の推定(民法619条), 雇用の更新の推定(民法629条)など

このようにして、全ての事由は、法律上推定されているか、そうでないかによって、立証責任の分配が実現できる。したがって、司法研修所の要件事実論のように、請求原因、抗弁、再抗弁、再々抗弁…というような無限後退に陥る危険からも免れることができる。

この点を、先に例にあげた、民法167条1項の消滅時効の規定「債権は、10年間行使しないときは、消滅する」に即して、再度確認しておく。要件事実論によれば、債権者が権利を行使できる時から「10年間が経過したこと」は、被告の立証すべき「抗弁」であるが、「債権者が債権を行使しなかった」ことは、原告が立証しなければならない「再抗弁」であると考えている[司法研修所・要件事実〔第1巻〕(1985)9頁]。

しかし、第1に、抗弁とは、被告の「防御方法」である。したがって、被告の「防御方法」であるはずの「抗弁」という用語を用いて、原告の「攻撃方法」を「再抗弁」とすることは、攻撃方法と防御方法を混同するものであり、用語法として適切でない。

第2に、被告は、民法167条1項の条文に則して、「債権者は、債権を行使できる時から、10年間権利を行使していない」と主張すべきである。「債権を行使できる時から10年間が経過した」とだけ主張すればよいとすることは、法律の明文に反しており、かつ、時効制度の趣旨(時効中断制度の存在意義)を逸脱している。

第3に、被告が主張すべき事由のうち、「債権を行使できる時から10年間が経過している」こと、たとえば、弁済期限から10年以上弁済がなされていないことを立証したならば、その間、「債権者が債権を行使していないこと」が法律上推定されるために、時効の中断事由である「債権を行使した」ことは、原告が立証しなくなってしまう。言い換えると、条文に規定された一連の消滅要件(「債権を行使できる時から10年間経過した」、かつ、「その間に債権者は債権を行使していない」)のうち、前半部分は、法律上の推定がなされないから、被告が立証しなければならないが、後半部分は、法律上の推定がなされているので、その反対事実である「その間に、債権者は債権を行使した」ことを原告が立証しなければならないのである。

このように考えると、民法167条1項の消滅時効の要件のうち、10年間の経過を「抗弁」、債権不行使の反対事実を「再抗弁」と考え、その権利行使が「訴訟上の催告ではない」が再々抗弁であるというように、「抗弁」、「再抗弁」、「再々抗弁」…が無限に続くという事態も、ある要件が法律上推定されているか、推定されていないかという二分法によって、すべて一括して解決できるのである[加賀山・要件事実論批判(2007)227-235頁]。

Ⅲ 法律上の推定の復権

これまでの分析を通じて、訴訟上は、「権利の存在」の証明にとって、法律上の推定が不可欠であることが明らかとなった。このように重要な法律上の推定に対して、多くの訴訟法学者、および、司法研修所は冷淡な扱いを続けてきた。その理由は、立証責任の分配は、条文の「本文とただし書き」との書き分けによって明らかにされると考えてきたからである。例えば、民法186条1項のように、「占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有するものと推定する」として、明文で法律上の推定を行っている場合であってさえ、民法186条1項の規定は、民法162条2項と併せて読むならば、以下のように書き換えることができるとしてきた[司法研修所・要件事実(2011)101頁]。

要件事実論による条文の読み替え(実質的な立法論)

民法162条2項:「不動産を10年間占有した者は、その占有の始めに善意であることについて過失がなかったときは、その不動産を取得する。ただし、所有の意思がなかったとき、強暴若しくは隠秘に占有したものであるときは、この限りでない。」

したがって、要件事実論においては、民法186条1項の規定は、真の法律上の推定ではなく、暫定真実(Interimswahrheit)に過ぎないと考えてきたのである。

この見解は、ローゼンベルクの見解([ローゼンベルク=倉田・証明責任論](1972)241頁)に従って、兼子一が構成した理論([兼子一・立証責任(1974)119-148頁])をそのまま利用したものである。これは、司法研修所の教官たちの権威主義、先輩の業績に対する無批判ぶりを暴露するものにほかならない。

法律上の推定が明文で規定されているにもかかわらず、条文の「読み替え」(実質的な立法)を行ってまで、法律上の推定を否定するのであるから、「実体法の条文に即して法律要件を構成する」という要件事実論のかけ声が、単なる建前に過ぎないことが露呈しているといえよう(しかも、「読み替え」に致命的な誤りがあることは、Ⅲ5.で詳しく論じる)。

司法研修所の教官たちは、何故に、実定法の読み替えという、実質的な立法に手を染めてまで、法律上の推定を否定しようとしているのだろうか。その理由を解明することこそが、司法研修所の要件事実論、民事訴訟法理論の破綻の原因を明らかにすることになる。

1. 本文とただし書きとの組合せは、法律上の推定に吸収される

司法研修所の要件事実論は、立証責任の分配法則に従っている。その分配法則は、実体法上の法律要件要素を以下のように分類することにより明確に決定されると考えるものであり[司法研修所・要件事実(2011)5-8頁参照]、訴訟の経過によって、その分配法則が変更されること(訴訟中の立証責任の転換)は生じないとする考え方に立っている。

1. 権利発生要件（契約の成立要件など）……請求原因（原告に立証責任がある）
2. 権利発生障害要件（錯誤など）……………抗弁（被告に立証責任がある）
3. 権利消滅要件（弁済、消滅時効など）……抗弁（被告に立証責任がある）
4. 権利消滅障害要件（時効中断事由など）…再抗弁（原告に立証責任がある）
5. 権利阻止要件（同時履行の抗弁権など）…抗弁（被告に立証責任がある）

例えば、原告が、過去における売買契約の締結（請求原因）に当たる事実の立証がなされると、民法 555 条に基づいて、その時点における売買代金支払請求権（訴訟物）が発生する。これに対して、被告が、**請求原因と両立する**が、その後の時点における弁済（抗弁）に当たる事実の立証をすると、現在の時点における売買代金支払請求権が消滅する。

結果として、現在の時点における売買代金支払請求権（訴訟物）の不存在が確定する。

以上の関係を条文の形式で表現すると以下のようなになる[司法研修所・要件事実論(2011) 23 頁の図を参照]。

＜要件事実論における売買代金請求権の存在に関する決定的な矛盾＞

条文本文：売買契約が締結されると、売買代金請求権が発生し、その**請求権が存在する**。
ただし書き：代金が弁済されると、売買代金請求権は消滅し、その**請求権は不存在となる**。

ここでの問題は、原告が立証すべき請求原因（売買契約の成立）は、本来は売買代金支払請求権の発生要件であるにもかかわらず、存在要件と混同されて、売買代金請求権の存在が立証されたことになっており、被告が立証すべき消滅の抗弁の立証による売買代金請求権の不存在との間で、矛盾が生じている点にある。

本文が立証され、ただし書きも立証されているのであるから、売買代金請求権は存在し、かつ、不存在ということになり、売買代金の存否は、不明となるはずである。ところが、ただし書きは本文に優先するという暗黙の了解があるのであるが、理由が明らかにされることなしに、この場合には、売買代金請求権は存在しないことに確定するとされている[司法研修所・要件事実論(2011) 22-23 頁]。

しかし、**存在と不存在が同時に証明されているのに、不存在の証明がなされていると結論づける**ことには、論理に飛躍があり、説明として不十分である。論理的な整合性は、以下のように、法律上の推定規定を想定することによってのみ確保される。

＜筆者（加賀山）による売買代金請求権の存在に関する理論的説明＞

権利の発生：売買契約が締結された場合には、売買代金請求権が**発生する**。
権利の消滅：売買代金が弁済された場合には、売買代金請求権が**消滅する**。
法律上の推定規定：売買契約が締結された場合には、代金債権が**存在すると推定する**。

このようにして、売買代金請求権の「発生、かつ、不消滅」については、法律上の推定が存在するため、真の請求原因のうち、原告は、売買代金請求権の発生原因だけを立証すればよく、被告は、売買代金請求権の発生原因を否認するか、売買代金請求権の発生を認めて売買代金請求権の消滅原因を立証するかを選択できることが、過不足なく説明できる。

結局のところ、「本文とただし書き」による立証責任の分配にとっても、権利の存在証明にとって、法律上の推定は不可欠であり、「本文とただし書き」による立証責任の分配を含めて、立証責任の問題は、すべて、法律上の推定規定によって説明できるのである。

このようにして、「本文とただし書き」で表現されている場合においても、法律上の推定の理論を使わなければ論理的な説明ができないにもかかわらず、司法研修所の要件事実論は、法律要件の分類に従った「本文とただし書き」によって立証責任の分配が説明できると考え、その考え方に固執して、法律上の推定を否定し続けているのが現状である。

2. 暫定真実も、実は、法律上の推定にほかならない

先に述べたように、司法研修所の要件事実論によれば、法律上の推定とされているものうち、「本文とただし書き」に読み替えることができるものは、法律上の推定ではなく、**暫定真実 (Interimswahrheit)** であるとされている ([司法研修所・要件事実(2011)100-101 頁], [岡口・要件事実マニュアル第 1 巻 (2010) 22 頁])。

<要件事実論による暫定真実の定義と実例>

暫定真実の定義	暫定真実の実例
<p>民法 186 条 1 項のような規定は暫定真実といわれています。暫定真実とは、条文の表現上はある法律効果の発生要件であるように見えるものであっても、実は、その不存在が法律効果の発生障害要件となることを示す一つの立法技術であり、ただし書に読み替えることができるものです。</p> <p>つまり、民法 162 条 2 項は、186 条 1 項を併せて読むと、「不動産を 10 年間占有した者は、その占有の始めに善意であることについて過失がなかったときは、その不動産の所有権を取得する。ただし、所有の意思がなかったとき、強暴若しくは隠秘に占有したものであるときは、この限りでない。」と読み替えることができるわけです。</p>	<p>第 186 条 (占有の態様等に関する推定)</p> <p>① 占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有をするものと推定する。</p> <p>第 162 条 (所有権の取得時効)</p> <p>② 10 年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その所有権を取得する。</p>

この定義は、「本文とただし書き」に読み替えることができるかどうかを基準にしている。

これに対して、推定の前提がすでに要件事実に含まれており、推定の前提を欠く、すなわち、「無前提の推定」を暫定真実と考える説（[村上・証明責任（1986）55頁]）も存在する（この説については、後に詳しく検討する）。

ところで、暫定真実の例として、すべての学説が、民法186条1項（占有の態様の推定）に言及しているが、それが、暫定真実である（[兼子・立証責任（1974）119-148頁]、[三ヶ月章・民事訴訟法（1959）417頁]）のか、それとも、条文通りに、法律上の推定規定である（[田中・立証責任判例（1953）75頁]）のか、この点について見解は分かれている。

実体法である民法が、明文で、「推定する」としているのであるから、実体法学者は、これこそが「法律上の推定」であると考えている（[船越・実定法と証明責任（1997）253頁]は、「暫定真実も…推定規定の本質を備えることを認めねばならない」としている）。筆者（加賀山）も、民事訴訟法学の通説、および、司法研修所の要件事実論のように、「**本文とただし書きに**」読み替えることができるから、**法律上の推定ではなく、暫定真実だという論理**は、およそ説得力を持たないと考える。その理由は、以下の通りである。

確かに、ドイツ民法（937条）は、以下のように、「本文とただし書き」で書かれている。

ドイツ民法937条（取得時効の要件と悪意による障害）

- ①10年間、動産につき、自主占有をした者は、所有権を取得する（取得時効）。
- ②ただし、取得者が自主占有取得の当時、善意でないとき又はその後所有権が自己に属さないことを知った時は、取得時効によって所有権を取得することができない。

しかし、わが国の民法は、そうではなく、10年の短期取得時効の要件として、占有の態様が「自主占有であること」「平穩、かつ、公然」であること以外に、占有開始の時に「善意であり、かつ、過失がなかった」こと（善意かつ無過失）という要件を追加して要求しており、このことが、20年の長期取得時効との決定的な差となっている。そして、わが国の民法は、事実的な支配状態としての10年の占有の継続があれば、その占有状態を保護することにし、占有の態様としての「自主」占有、「平穩かつ公然」占有ばかりでなく、「善意」占有をも「推定する」と規定して、原告の立証責任を軽減しているのである。この規定によって、それらの反対事実として、占有の態様の「他主、強暴、隠秘、または、悪意」の立証責任が被告に負わされているのである。

この結論は、民事訴訟法の通説および司法研修所の要件事実論が述べている結論と全く同じであり、わが国の民法においては、**ドイツ民法937条にならった「本文とただし書き」への読み替え**は、必要がないし、無意味である。

むしろ、[船越・実定法と証明責任（1997）252頁]が指摘しているように、民法162条2項の短期取得時効の本質的な要素である「善意」について、その反対事実である「悪意」をもって例外つまり但し書き規定に追いやってしまうことは、「原則の無内容化・空洞化を生じ、原則の意味を失わしめることになるのである」。

そこで、民法186条1項の規定が、法律上の推定ではなく、「暫定真実であるとの理由」として、先に述べた、暫定事実のもう一つの定義が意味を持つように思われるかもしれない。すなわち、法律上の推定と見える場合であっても、それが、「無前提の推定」である場合には、法律上の推定ではなく、暫定真実であるとする見解が、以下のように、有力に主張されている[村上・証明責任(1986)55, 183頁]。

私[村上博巳]は、[民法]186条1項[占有の態様の推定]は占有者の所有の意思・善意・平穩および公然の推定に前提事実を欠くこと、およびこれらの事実は他の規定(たとえば162条のほか189条・192条)では要件事実となっていることから考えて、占有という事実だけの無前提の推定であるという意味で暫定真実と解するのを正当と考える。

しかし、民法186条1項の推定が、「無前提の推定」と解するのは、解釈論として説得力を欠く。なぜなら、民法186条1項は、「占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有をするものと推定する」として、事実上の支配状態である占有(所持)という事実があれば、それを「前提事実」として、「自主、善意、平穩、公然」という、占有の態様を推定しているのであり、前提を欠いているわけではない。

この点については、法律上の推定規定を詳細に分析した上で、以下の3類型に分類した浜上説([浜上・製造物責任の証明問題(3)(1975)6-7頁])が参照されるべきである。

第1類型：ある構成要件要素をその構成要件要素とは無関係な特定の事由から推定するもの(いわゆる真の法律上の推定)…民法772条2項(婚姻中の懐胎の推定)、破産法15条(支払不能の推定)など

第2類型：構成要件要素の一部分からその構成要件要素を推定するもの…民法186条2項(占有継続の推定)(なお、[船越・実定法と証明責任(1997)249頁]は、浜上説によるこの分析を高く評価している)

第3類型：ある構成要件要素を同一の構成要件に属している他の構成要件要素を推定するもの(いわゆる暫定真実)…民法186条1項(占有の態様の推定)

浜上説で重要なことは、法律上の推定の特質として、「構成要件[例えば、支払不能]と無関係な事実[例えば、支払停止]から、構成要件を推定すること」が強調されることがあるが、そのことは、「第1類型にのみ特有なことであって、法律の推定の概念要素ではない」としている点である。

民法186条1項についていえば、占有(事実上の支配状態：所持)があれば「所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有をするものと推定」される。すなわち、法律要件要素である所持が推定の前提となって、他の法律要件要素(自主占有・善意・平穩且公然)が推定されているのである。

このように考えると、民法 186 条 1 項の規定が、法律上の推定ではなく、暫定真実であるという、民事訴訟法の通説、および、要件事実論は、わが国の民法（例えば 186 条 1 項）よりもドイツ民法（例えば、937 条）を重視するという、民事訴訟法学者に特有の傾向と考えることができる。しかしながら、「暫定真実」は、ドイツ語の "Interimswahrheit" の直訳であるが、その意味するところは、「真実が証明されるまでは、暫定的に、真実として扱う」ということであって、結局、法律上の推定と同じ意味でしかない。

確かに、要件事実論の中には、「暫定真実」は、本文とただし書きとで読み替えることができるため、主張責任と立証責任の帰属が同一となるが、「法律上の推定」の場合は、主張責任と立証責任の帰属が異なるとして、両者を区別する学説（[並木・要件事実原論（2003）279 頁]）も存在する。

しかし、そもそも、主張責任と立証責任の帰属が同一となるとしてきた司法研修所の要件事実論が、弁論主義の原則である「主張責任」と、憲法上の「国民の裁判を受ける権利」（憲法 32 条）を保障するために、裁判官を証明窮乏から救済する制度としての「立証責任」とを混同していたために生じた弊害に過ぎない。

このことは、司法研修所の要件事実論の教科書の第 1 版では、「個々の事案について、ある法条に基づく法律効果発生要件事実については、立証責任と主張責任が同一当事者に帰属することになります（要件事実一卷 20 頁）」とされていた記述が、「もっとも、この点については、主張責任と立証責任とは必ずしも一致しない場合があるとする考え方もあります。」[司法研修所・要件事実（2011）8 頁]というように、柔軟な記述へと改められたことから明らかであろう。

このように考えると、民法 186 条 1 項を以下のように「読み替える」という試み [司法研修所・要件事実（2011）101 頁]は、先に述べたように、無意味であるばかりでなく、真の要件（善意・平穩・公然の自主占有）が反対事実として、ただし書き規定に追いやられる（[船越・実定法と証明責任（1997）252 頁]）、という弊害が生じており、破棄されるべきである（この「読み替え」に致命的な誤りがあることは、III 5. で詳しく論じる）。

<要件事実論による民法 162 条 1 項の読み替えは無意味（誤りについては III 5. 参照）>

民法の原文	要件事実論による読み替え（立法論）
民法 162 条 2 項：「10 年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その所有権を取得する。」	民法 162 条 2 項：「不動産を 10 年間占有した者は、その占有の始めに善意であることについて過失がなかったときは、その不動産を取得する。ただし、所有の意思がなかったとき、強暴若しくは隠秘に占有したものであるときは、この限りでない。」
民法 186 条 1 項：「占有者は、所有の意思をもって、善意で、平穩に、かつ、公然と占有をするものと推定する。」	

それにもかかわらず、司法研修所の要件事実論が、あえて、民法の条文の読み替え（実質的な立法）を行っているのはなぜだろうか。その理由は、そうしないと、以下に述べるように、司法研修所の要件事実論が破綻するからである。

要件事実論において、そのような重大な破綻がなぜ発生するかということ、要件事実論においては、「訴訟上、ある要件事実の存在が真偽不明に終わった」ときは、「当該法律効果の発生が認められない」[司法研修所・要件事実(2011)7頁]という最も重要な前提が存在するからであり、その前提が、法律上の推定によって破壊されるからである。

要件事実論が、法律要件を分類しているのは、実は、それらの要件事実が真偽不明になったときは、その要件事実を含む法規は適用されないため、法律効果の発生は認められないことになるというのが、要件事実論の根本的な前提となっているのである。

さて、民法162条2項は、10年の短期取得時効の要件を善意であることを明確にしている。なぜなら、悪意の場合には、短期取得時効の規定ではなく、民法162条1項の20年の長期取得時効の問題となるからである。ところが、善意に関しては、民法186条1項が、善意占有の推定規定を設けているため、占有者が善意かどうか真偽不明となった場合には、真偽不明にもかかわらず、民法162条の短期取得時効に関する民法162条2項が適用され、取得時効の効果が発生する。これは、要件事実論にとって致命的な事態といわなければならない。なぜなら、「要件事実が真偽不明にもかかわらず、法律効果が発生してしまう」ということになる、要件事実論はその前提が崩壊し、破綻するほかないからである。

そこで、要件事実論が生き残るためには、民法162条2項の「善意、平穩、かつ、公然」の要件を請求原因からはずして、抗弁に移さなければならない。つまり、民法の条文の読み替え（実質的な立法）を行っているのは、要件事実論の破綻を覆い隠すための方便にほかならない。しかし、これも、実は、徒労に過ぎない。読み替えた民法162条2項の本文の要件事実が全て証明されると取得時効の効果が生じるとしながら、ただし書きの要件事実（抗弁）が証明されると、なぜ、取得時効の効果が生じなくなるのか、要件事実論は、その説明を論理的に行うことができないからである。

納得のできる説明をしたいのであれば、ただし書きに記載された要件（悪意、強暴、または、隠秘）の反対事実である「善意、平穩、かつ、公然」が、真の請求原因であることを認めるべきである。そして、それが欠けた場合には、法律効果が発生しないからというのが論理的な説明である。この観点に立つならば、民法162条2項は、真の法律要件（真の請求原因）を全て網羅しているのであり、わざわざ読み替えを行う必要もないのである。

3. 法律上の推定は、必ずしも、本文とただし書きに分解できるわけではない

法律上の推定を認めると、要件事実論が破綻することは、要件事実論者が読み替え（実質的な立法）まで行っていることから明らかである。しかし、さすがの要件事実論も、ごく少数の場合に限っては、法律上の推定を、真の法律上の推定として認めざるを得ない。

その典型例が、民法186条2項の占有継続の規定である。司法研修所の要件事実論も、以下のように、民法186条2項が法律上の推定であることを認めている[司法研修所・要件事実(2011)101頁]。

<要件事実論も認めざるを得ない真の法律上の推定>

民法186条2項:「前後の両時点において占有をした証拠があるときは、占有は、その間継続したものと推定する。」

このように、法が、一定の法律効果の発生の立証を容易にする目的で、甲事実〔推定の前提〕があるときはその法律効果を発生させる法律要件に該当する乙事実〔法律要件要素〕があると推定する旨の規定を設けている場合を、法律上の事実推定といいます。

本問に当てはめれば、甲事実に相当するのは占有開始時点及び10年経過時点の各占有の事実であり、乙事実に相当するのは占有開始時点から10年間の占有の継続の事実です。

しかし、真の法律上の推定である民法186条2項の推定の場合、これと民法162条2項と組み合わせたとしても、法律要件要素は、「前後の両時点の占有」ではなく、あくまで「10年間の占有の継続」なのであるから、これを本文とただし書きの方法で読み替えることはできない。例えば、原告が、前後の両時点の占有を先に証明した場合には、その瞬間に法律上の推定が働き、占有の継続について立証責任の転換が生じる。したがって、被告が、その間の占有の中断を証明しない限り、10年の占有の継続の要件が満たされる。これに反して、占有の承継(民法187条)が生じている等の理由で、原告が、他人の占有開始時点に遡って、徐々に占有の継続の証明を重ねていき、最後に10年間の占有の継続を証明したという場合には、最後の瞬間まで両時点での占有は証明されない。このため、最後まで立証責任の転換は生じないため、被告は、占有の中断について立証責任を負うことはない。

それにもかかわらず、司法研修所の要件事実論においては、この法律上の推定を本文とただし書きの形式に置き換えようとする試みを行っている。すなわち、要件事実論によれば、民法162条2項の要件は、以下の(ア)、(イ)、(ウ)であるとしている[司法研修所・要件事実(2001)102頁]。

<司法研修所による「真の法律上の推定」を「暫定真実」へと変換する試み>

短期取得時効を所有権の取得原因とするための要件は、上記条文上の要件のうち、

(ア) ある時点で占有していたこと

(イ) (ア)の時から10年経過した時点で占有していたこと

(ウ) (ア)の時点で自己に所有権があるものと信じることに無過失であったこととなります。

しかし、この試みは失敗である。

なぜなら、短期取得時効の請求原因が、10年の占有の継続ではなく、まさに、「キセル」のように、前後両時点の占有とされてしまっているからである。

この要件の記述の背後には、「前後両時点の間の占有の中断」が抗弁として隠されているが、余りにもお粗末な抗弁となるため、紙面に出すことを遠慮せざるを得ないのであろう。

民法162条2項の短期取得時効の要件が10年における前後の両時点の2点の占有であるというのは、実体法の再構成というには余りにお粗末であり、要件事実論の破綻の一端を明確に示した箇所といえよう。

なお、法律上の推定については、様々な研究があるが、ローゼンベルクの証明責任論を徹底的に批判したライポルト(D. Leipold)の『証明責任規範と法律上の推定(Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen)』(1966)は、なかでも、名著である(概略は、この文献をわが国に最初に紹介した[柏木・西ドイツ民事訴訟法学の現況(1971)122-123頁]参照)。ライポルトの「法律上の推定」に関する学説の内容については、[浜上・製造物責任の証明問題(3)(1975)6-12頁]が詳しく紹介しており、法律上の推定規範によってローゼンベルクの規範説が論理破綻に至る過程が明確に述べられている。

ライポルトの上記の著書は、不幸にして、未だに日本語に翻訳されていないようであるが、上記の浜上論文は、ドイツの法律上の推定の学説の動向を踏まえてライポルトの説を紹介しており、法律上の推定の本質を理解する上で必読の文献と思われるので、全ての民事訴訟法学者、法曹実務家に対して、一読を勧めたい(先に述べたように、[船越・実定法と証明責任(1997)249頁]も浜上説を高く評価している。)

4. 立証責任の分配に関する2つの表現形式の優劣

立証責任の分配について、民事訴訟法理論、および、要件事実論は、先に述べたように、「本文とただし書き」の形式を重視し、例えば、民法186条のように、明文で「法律上の推定」を規定している場合であっても、それを「本文とただし書き」の形で表現し直すという試みを続けている。しかし、それが、何の意味も持たないばかりでなく、実体法の理解を妨げるだけの無駄な試みであることは、すでに述べた通りである。

それにもかかわらず、民事訴訟法理論、および、要件事実論が、無駄な試みを続けている理由は、「法律上の推定」の規定の数が、「本文とただし書き」の数よりも相対的に少なく、したがって、「本文とただし書き」の形式の方が原則であり、「法律上の推定」が例外であると考えているからであると思われる。

しかし、立証責任の分配を明らかにする上で、どちらの形式が優れているかは、数の多寡で決定できる問題ではない。どちらが優れているかは、全ての場合を表現できるかどうかで決定すべきである。この観点から見れば、全ての場合を表現できる「法律上の推定」が、それができない「本文とただし書き」の形式よりも優れていることは、明らかである。このことを、破産法15条の規定を例にとって、再確認することにしよう。

破産法第 15 条は、民事訴訟法上は、「真の法律上の推定」規定とされており、「本文とただし書き」では表現できない(法律上の推定の優先)とされている典型例である。

破産法 15 条も、物理的には、「本文とただし書き」の形式で表現できるのであるが、その場合には、真の法律要件を何かが理解できないという見かけ上の不都合が生じる上に、推定の前提事由が証明できない場合には、真の法律要件を証明する場合の立証責任の分配が逆になるという致命的な欠陥が生じてしまう。このため、真の法律上の推定の場合には、本文とただし書きによって立証責任の分配を表現することはできないとされているのである。

その点を明確にするために、以下のように、破産法 15 条の条文とそれを「本文とただし書き」とによって読み替えた方法を対比してみる。

＜破産法 15 条における立証責任の分配の記述方法の比較＞

法律上の推定による記述 (原文)	本文とただし書きによる記述 (読み替え)
<p>破産法 第 15 条 (破産手続開始の原因)</p> <p>①債務者が支払不能にあるときは、裁判所は、第 30 条第 1 項の規定に基づき、申立てにより、決定で、破産手続を開始する。</p> <p>②債務者が支払を停止したときは、支払不能にあるものと推定する。</p>	<p>破産法 第 15 条 (破産手続開始の原因)</p> <p>債務者が支払を停止したときは、裁判所は、第 30 条第 1 項の規定に基づき、申立てにより、決定で、破産手続を開始する。ただし、債務者が支払不能にないときはこの限りでない。</p>

上記の比較によって、「法律上の推定」による記述方法と「本文とただし書き」による記述方法との違いが明らかになると思われる。

「法律上の推定」による記述方法に比べてみると、「本文とただし書きの方法」は、具体的には、以下の 2 点で劣っている。

第 1 に、立証責任にこだわるあまり、破産手続開始の真の法律要件である「支払不能」が、例外として、その否定形が「ただし書き」において記載されてしまう。したがって、真の法律要件である「支払不能」が要件事実から消えてしまい、「支払不能でない」ことが要件事実となってしまうため、真の法律要件が何かが分かりにくくなっている。

第 2 に、債務者が「支払停止」をした場合には、立証責任の分配は正しく表現されている。しかし、債務者が「支払停止」をしていない場合については、立証責任の分配が逆になるか、破産手続開始がなされるかどうかの結果が逆になるかのいずれかであり、これが、致命的な欠陥となっている。

上記の第 2 点をさらに詳しく述べると、以下の通りである。

A. 「支払停止」がないが、「支払不能」が立証された場合に、ただし書きが適用されると考える場合 債務者が「支払停止」をしていないが、「支払不能」であることが証明された場合に、「本文とただし書き」による記載では、どのように解釈すべきなのか分かりにくい。

その場合、正しい結果に合わせて、「支払不能でない」ことが否定されており、それが立証されていないのであるから、破産手続開始の要件が満たされたと考えよう。

そうだとすると、「支払不能」が真偽不明になった場合にも、「支払不能でないこと」が立証されていないのであるから、同様にして、破産手続の要件が満たされることになる。しかし、その立証責任の分配の結果が、誤りであることは明らかである

B. 「支払停止」がないが、「支払不能」が立証された場合に、ただし書きが適用されないと考える場合 債務者が「支払停止」をしていないが、「支払不能」であることが証明された場合について、逆の解釈も可能である。ただし書きの要件事実である「支払不能でない」ことが否定されるので、「ただし書き」の要件が満たされないため、「ただし書き」は適用されないと考えることもできる。そのように考えると、「ただし書き」から「本文」に立ち返ることになるが、この場合、債務者は「支払停止」を行っていないのであるから、本文の要件も満たされない。このため、「支払停止」はないが、「支払不能」であるという場合について、破産手続開始の要件が満たされないという誤った結果に陥ってしまう。

つまり、破産法 15 条を法律上の推定ではなく、「本文とただし書き」の形式で読み替えると、見かけ上の問題ばかりでなく、論理的にも破綻が生じるのである。

これに比べて、法律上の推定規定による場合には、「支払停止」が証明されると、たとえ、「支払不能」が真偽不明となった場合でも、破産法 15 条が適用されて、破産手続は開始される。反対に、支払停止が証明されない場合でも、真の法律要件である「支払不能」を立証すれば、破産法 15 条が適用されて、破産手続が開始される。つまり、本文とただし書きに比した場合の「法律上の推定」の優位は揺るがないのである。

5. 法律上の推定の「読み替え」における司法研修所・要件事実論の矛盾と誤り

これまでの考察を通じて、立証責任の分配に関する「本文とただし書き」と「法律上の推定」という 2 つの表現形式を比較すると、「本文とただし書き」という表現形式では、「真の法律上の推定」(例えば、民法 168 条 2 項、破産法 15 条など)を正確に表現することができないが、反対に、「法律上の推定」という表現形式は、すべての「本文とただし書き」を正確に表現することが明らかになった。

次に、その理由はなぜなのかを、「本文とただし書き」における「本文」および「ただし書き」、もしくは、「ただし書きの反対事実」との関係を探求することによって解明する。このため、短期取得時効(民法 162 条 2 項)における「本文とただし書き」への読み替え(いわゆる暫定真実)の問題に立ち返って、より詳細に検討することにしよう。

わが国の民法は、短期取得時効という法律効果 (*R*) の法律要件要素を「占有 (*a*)」が「10 年間継続していること (*b*)」、その占有の性質が「自主 (*c*)」、かつ、「平穩 (*d*)」、かつ、「公然 (*e*)」、かつ、占有の開始時点における「善意 (*f*)」、かつ、「無過失 (*g*)」であると規定している(民法 162 条 2 項)。

この民法162条2項と民法186条の法律上の推定との関係を論理的に明確にするために、論理式(命題論理)で表現してみると、以下ようになる。

(第1式: 法律要件と効果(民法162条2項))

法律要件要素 $(a \wedge b \wedge c \wedge d \wedge e \wedge f \wedge g)$ → 法律効果 (R)

そして、わが国の民法は、上記の法律要件要素のうち、「自主 (c) 」、「善意 (f) 」、「平穩 (d) 」、「公然 (e) 」を法律上推定している(民法186条1項)。

(第2式: 法律上の推定1(民法186条1項))

法律要件要素 $(a \wedge b)$ → 推定 (g) を除く残りの法律要件要素 $(c \wedge d \wedge e \wedge f)$

さらに、占有 (a) の10年間の継続 (b) については、占有の開始時 (b') と10年後の占有 (b'') との証明があれば、10年間の継続 (b) が法律上推定される(民法186条2項)。

(第3式: 法律上の推定2(民法186条2項))

法律要件要素の一部である推定の前提 $(b' \wedge b'')$ → 推定(法律要件要素 (b))

したがって、原告が立証しなければならないのは、10年間の占有の継続(もつとも、原告は、10年間の占有の継続について、占有開始時の占有と10年後の占有の立証で替えることもできる。この場合には、以下のように、立証責任の転換が生じると、占有の開始時の善意 $(a \wedge b \wedge g)$ のみであり、その他の法律要件要素は、その反対事実である、他主、または、隠秘、または、強暴、または、占有開始時の悪意 $(\neg(c \wedge d \wedge e \wedge f) \equiv (\neg c \vee \neg d \vee \neg e \vee \neg f))$ について、被告が立証責任を負うことになる。

(第4式: 立証責任の分配)

(4-1式: 原告が前後の占有 $(b'$ または b'') を立証しないとき)

原告の立証責任…法律要件要素 $(a \wedge b \wedge g)$

被告の立証責任…残りの法律要件要素の反対事実 $(\neg c \vee \neg d \vee \neg e \vee \neg f)$

(4-2式: 原告が前後の占有 $(b'$ かつ b'') を立証したとき)

原告の立証責任…法律要件要素とその一部 $(a \wedge b' \wedge b'' \wedge g)$

被告の立証責任…残りの法律要件要素の反対事実 $(\neg b \vee \neg c \vee \neg d \vee \neg e \vee \neg f)$

(法律要件要素 (b) について、立証責任の転換が生じている)

以上の民法162条2項の法律要件要素分析の結果から、法律上の推定によれば、全ての法律要件要素の立証責任の分配を明らかにすることができる。

さらに、「法律上の推定」を利用すると、「本文とただし書き」では、表現することができない「訴訟の経過に伴う立証責任の転換」をも、十分に表現できることがわかる。そればかりでなく、「本文とただし書き」によっては表現できない民法186条2項の「真の法律上の推定」を度外視して、「本文とただし書き」で読み替えることができるとされている民法186条1項の「法律上の推定」に限定してみても、その場合ですら、「本文とただし書き」による表現は、以下の2点で重大な欠陥をさらけ出すことを明らかにする。

(1) 善意を本文から消し去ることの不条理 「本文とただし書き」による表現方法の第1の欠陥は、民法162条2項の立証責任の分配を「本文とただし書き」によって表現すると、真の法律要件要素(民法162条1項と2項とを区別するための「善意」)を覆い隠すことになるため、立証責任を正確に表現することが非常に困難になるという問題点である。

先に述べたように、[司法研修所・要件事実(2011)101頁]は、民法162条2項を本文とただし書きとで読み替えることができるとしている。しかし、その読み替えを詳細に検討してみると、実は、肝心の「善意」という法律要件要素に関して、立証責任の分配を誤っていることが判明する。その点について、[司法研修所・要件事実(2011)101頁]と、司法研修所のもう一つの教科書([司法研修所・類型別要件事実(2006)67-68頁])の記述に従って読み替えたものを対比することにする。

<司法研修所による民法162条2項の読み替えにおける矛盾点>

[司法研修所・要件事実(2011)101頁]	[同・類型別要件事実(2006)67-68頁]参照
不動産を10年間占有した者は、その占有の始めに 善意 であることについて過失がなかったときは、その不動産の所有権を取得する。	不動産を10年間占有した者は、その占有の始めに自己に所有権があると信じるにつき過失がなかったときは、その不動産の所有権を取得する。
ただし、所有の意思がなかったとき、強暴若しくは隠秘に占有したものであるときは、この限りでない。	ただし、所有の意思がなかったとき、強暴若しくは隠秘又はその占有の始めに 悪意 で占有したものであるときは、この限りでない。

要件事実論においては、短期取得時効における占有開始時の「善意」は、要件事実ではなく、短期「取得時効を争う相手方にその反対事実〔占有開始時の悪意〕の主張立証責任がある」[司法研修所・類型別要件事実(2006)67-68頁]とする点については、争いがない([村上・証明責任(1986)5頁],[並木・証明責任(1986)279頁],[岡口・要件事実マニュアル第1巻(2010)220頁]など)。したがって、[司法研修所・要件事実(2011)101頁]が、民法162条2項の読み替えに際して、「ただし書き」に占有開始時の「悪意」を記述せず、「本文」に占有開始時の「善意」を記述したことは、明らかな誤りである。

それでは、司法研修所の代表的な教科書[司法研修所・要件事実(2011)101頁]において、このような重大な誤りが生じているのはなぜであろうか。

その理由は、民法162条1項(長期取得時効)と同条2項(短期取得時効)とを区別する最も重要な要件が「善意かつ無過失」であり、その重要な要件の一部である「善意」を短期取得時効の要件事実から脱落させ、その反対事実である「悪意」をただし書きに記述することは、「要件事実」という名に恥じる(実体法と乖離する)と感じたからであろう。

いずれにせよ、[司法研修所・要件事実論(2011)101頁]における民法162条2項の読み替えは、早急に訂正されるべきである。

具体的な訂正方法としては、「本文から善意を脱落させて、ただし書きにその反対事実の悪意を追加する」という訂正を行うか、読み替え自体を断念して、「民法162条2項を法律上の推定規定とを認める」かの決断が必要である。法科大学院の学生たちは、本書を要件事実論のバイブルとして利用しているのであり、この誤りを放置するならば、法科大学院の要件事実教育をますます混乱させることになるのであって、司法研修所の責任は重大であるといわなければならない。

(2) 本文とただし書きは独立の法律効果を発生させるものではない 「本文とただし書き」による表現方法の第2の欠陥は、従来の学説が、「本文」による法律効果と、「ただし書き」による法律効果が、それぞれ、別個・独立に発生すると考えてきた点にある。この考え方は、「本文」と「ただし書き」は、両者が相まって、始めて一つの法律効果を生じさせるという実体法の論理を無視しており、大きな混乱を生じさせている。

従来の民事訴訟法理論は、「本文」と「ただし書き」とを、権利発生根拠規範、権利発生障害規範…というように、それぞれが、あたかも独立の規範であるとみなしてきた。すなわち、「本文」の要件事実が立証されると本文が適用され、本文だけで法律効果が発生する。しかし、「ただし書き」の要件事実が立証されると、本文は適用されたままではあるが、ただし書きの適用によって、法律効果が発生しないか、発生した法律効果が消滅するか、その行使が阻止されると考えてきた。

その結果として、要件事実教育は、すでに述べたように、[司法研修所・要件事実(2011)23頁の図]のように、「権利が存在する(本文)」と同時に「権利が不存在となる(ただし書き)」という矛盾する結果を不思議と思わないような従順な法律家を大量に生み出してきた。

しかし、「本文」と「ただし書き」とが独立の規範だと考えるのであれば、「権利が存在する」と「権利が不存在である」という結果が両立するのではなく、矛盾していることを認めるべきである。その上で、存在証明に矛盾が生じている原因は、「権利が発生しているならば、すなわち、権利が存在している」という出発点が誤っており、正しくは、「権利が発生し、かつ、消滅していないならば、権利が存在する」という存在証明の原理を受け入れる必要がある。そのような発想の転換ができるならば、「権利が発生しているならば、権利が消滅していることが証明されない限りにおいて、権利が存在していると推定される」という、権利存在証明における「法律上の推定」の重要性を理解することができる。

そればかりでなく、「本文」と「ただし書き」との関係は、それぞれが独立の規範ではなく、「本文」の要件(例えば、10年間の占有の継続と占有開始時の無過失)、および、ただし書きの反対事実(例えば、占有開始時の善意)とが満たされたときに、始めて、法律効果(短期取得時効)が生じるのであり、本文の要件(10年間の占有の継続と占有開始時の無過失)が証明されたときは、ただし書きの反対事実(自主、かつ、平穩、かつ、公然、かつ、占有開始時の善意)が法律上推定されるので、ただし書きの要件(他主、または、強暴、または、隠秘、または、占有開始時の悪意)の証明がなされるまでは、法律効果が生じると判断してよい」という認識に到達することができるのである。

つまり、「本文(10年間の自主占有)」と「ただし書き(悪意)」とが独立ではなく、「本文(10年間の自主占有)とただし書きの反対事実(善意)とが相まって、法律効果を生じさせる」という意味は、それらの要件事実が両者ともに証明されたときに明確となる。この場合に、本文よりも、ただし書きが優先するのは、「ただし書きの反対事実(善意)」が、実は、法律要件の一部を構成しているからである。もしも、「本文」と「ただし書き」とが互いに独立であれば、それぞれの規範によって導かれる同一の法律効果(短期取得時効の発生と不発生)について、ただし書きが優先するという事は論理的には導き得ない。

このように考えることによって、はじめて、以下の結果も正確に理解することができる。すなわち、本文の要件事実(10年間の占有の継続、および、占有開始時の無過失)だけが証明されて、ただし書きの要件事実(他主、強暴、隠秘、または、占有開始時の悪意)が真偽不明となった場合であっても、その結果は、**本文だけが適用されて、ただし書きが適用されないために生じた**からではない。本当の理由は、「本文」と「ただし書きの反対事実(自主、平穩、公然、および、占有開始時の善意)」の組合せという真の法律要件(自主、平穩、公然の占有の継続、および、占有開始時の善意・無過失)のうち、本文の法律要件要素(10年間の占有の継続、および、占有開始時の無過失)が証明されることによって、残りの法律要件要素(自主、平穩、公然、および、占有開始時の善意)が法律上推定されるからであり、ただし書きの立証がなされない限り、ただし書きの反対事実という他の法律要件要素が存在するものと判断されるためである。この考え方によってのみ、ただし書きが証明されない限り、本文の要件事実の立証だけで、短期取得時効の効果が発生するという論理も前記のような矛盾に陥ることなく、理解することができるのである。

IV 法律上の推定の訴訟法上、および、実体法上の重要性

1. 全ての立証責任の分配は法律上の推定で決まる

これまでの議論を通じて、法律上の推定に関する以下のような効用が明らかとなった。

第1に、立証責任の分配は、すべて、法律上の推定があるかどうかで決定される。

第2に、法律上の推定は、慣性の法則による推定、形式の完備による実質の推定、複数の一部の存在からの全体の存在の推定など、経験則によって導かれるか、または、平等原則、弱者保護等の政策判断に基づく原理から導かれる。したがって、法律上の推定は、明文の規定がなくても、明文の法律上の推定を導いている原理に立ち返るプロセスを経ることを通じて、明文の規定がない場合でも、解釈によって導くことが可能である。

第3に、法律上の推定による立証責任の分配は、真の法律上の推定(例えば、民法186条2項の占有の継続の推定、破産法15条の推定)のように、「本文とただし書き」という形式では表現できない場合であっても、立証責任の分配を十分に表現できる。反対に、本文とただし書きの形式は、すべて法律上の推定によって十分に表現することができる。

筆者の見解によれば、このような法律上の推定の観点から見ると、民法における理想的な条文というのは、真の要件が抽象的な法原理によって示され、それを具体化する法律上の推定の前提が、具体例として列挙されている場合であるということになる。

そのような条文によれば、真の要件として示されている抽象的な概念が、具体例によって理解がしやすくなる上に、具体例に該当する場合でも、例外的に抽象的な真の要件に反する場合には、法律効果が生じないとすることができるため、柔軟な対応が可能となる。反対に、具体例に該当しない場合でも、抽象的な概念に適合する場合には、法律効果を生じさせることができるため、常に具体的妥当性を確保することが可能となる。

もともと、ここでいう、法原理とそれを具体化する法律上の推定の前提の組合せは、必ずしも、明文で規定されているとは限らない。第1に、真の法律要件と、法律上の推定の前提が、すべて、等しく法律要件要素のように並べられている場合があるし(民法770条など)、第2に、真の法律要件要素に見えるものが、実は、法律上の推定の前提に過ぎず、真の法律要件は、隠されているという場合もある(民法612条など)。

以下では、第1の場合の典型例として、民法770条の裁判上の離婚原因、および、第2の場合の典型例として、民法612条の無断譲渡・転貸による貸借の解除のそれぞれについて、法律上の推定の観点から分析する。

2. 隠された「法律上の推定」－要件のようで実は「推定の前提」から成る条文－

まず、民法770条を見てみよう。この条文を法律上の推定規定が隠されていると考えるならば、民法が、何故に、簡潔な条文で、あらゆる紛争の解決基準となり得るのかを理解することができる。

民法770条を単なる要件と効果との組合せに過ぎないと考えると、様々な疑問が生じる。なぜなら、民法770条1項の1号から4号に該当する事実が立証されても、2項によって、法律効果が生じない場合があるからである。

そこで、2項によっても法律効果が妨げられることのない第1項の5号に着目すると、その要件が立証されると必ず法律効果が発生することから、この第5号(婚姻を継続しがたい重大な事由)こそが、真の法律要件ではないかとの仮説が導かれる。さらに、この真の法律要件と1項1号から4号までの事由は、真の法律要件要素ではなく、実は、真の法律要件を法律上推定する「推定の前提」ではないかと考えると、2項の意味がすっきりと理解できる。なぜなら、1号から4号までの事由が、真の要件ではなく、法律上の推定の前提だとすると、それらの要件が充足された場合であっても、「婚姻を継続しがたい重大な事由」には該当しないとの反対事実の証明があれば、法律効果は生じないからである。

民法770条は、戦後に改正されて以来改正が行われていない。そこで、近年の離婚申立の現状を考慮して、現行法と改正案の一例([加賀山・民法学習法入門(2007)51-52頁])を対比させると以下のようなことになる。

現行民法第 770 条	法律上の推定を活かした改正案 (加賀山私案)
<p>第 770 条 (裁判上の離婚)</p> <p>①夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。</p> <p>一 配偶者に不貞な行為があったとき。</p> <p>二 配偶者から悪意で遺棄されたとき。</p> <p>三 配偶者の生死が 3 年以上明らかでないとき。</p> <p>四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。</p> <p>五 その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。</p> <p>②裁判所は、前項第 1 号から第 4 号までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。</p>	<p>民法第 770 条の改正私案 (立法提案)</p> <p>①夫婦の一方は、婚姻を継続し難い重大な事由があるときに限り、離婚の訴えを提起することができる。</p> <p>②以下の各号に該当する場合には、婚姻を継続し難い重大な事由があるものと推定する。</p> <p>一 配偶者に不貞な行為があつたとき。</p> <p>一の二 配偶者から虐待を受けたとき。</p> <p>二 配偶者から悪意で遺棄されたとき。</p> <p>二の二 配偶者が、第 752 条の規定に違反して、協力義務を履行しないとき。</p> <p>二の三 配偶者が、第 760 条の規定に違反して、婚姻費用の分担義務を履行しないとき。</p> <p>三 配偶者の生死が 3 年以上明かでないとき。</p> <p>三の二 夫婦が 5 年以上別居しているとき</p> <p>四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。</p>

このように考えると、民法 770 条は、1 項に真の要件である「婚姻を継続しがたい事由」を規定し、2 項で、真の要件を法律上推定する前提事実を列挙しておくという書き換えが可能となる。このような真の法律要件とその要件を法律上推定する前提事実の列挙という形式を採用するならば、上記の右欄のように、真の要件を保持したまま、時代の変化に応じて、推定の事実を追加したり、削除したりすることが容易となる。

次に民法 612 条を見てみよう。この条文の場合も、形式的に見ると、賃貸借契約の解除の要件として、無断譲渡・無断転貸が規定されているように見える。

しかし、民法 612 条については、最高裁判例の集積によって、以下の法理 (解除の要件としての信頼関係破壊の法理) が判例の準則として確定している。

最二判昭 28・9・25 民集 7 卷 9 号 979 頁

賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益をなさしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めると認めない特段の事情があるときは、本条に基づく解除権は発生しない。

最一判昭 41・1・27 民集 20 卷 1 号 136 頁

土地の賃借人が賃貸人の承諾を得ることなくその賃借地を他に転貸した場合においても、賃借人の右行為を賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があるときは、賃貸人は民法 612 条 2 項による解除権を行使し得ない。しかしながら、かかる特段の事情の存在は土地の賃借人において主張、立証すべきものと解する。

そうだとすると、この場合にも、民法 612 条の契約解除の真の法律要件は、「信頼関係の破壊」、すなわち、「背信行為」と考えることが可能であり、無断譲渡・無断転貸は、真の法律要件を法律上推定する前提事実過ぎないと考えることが可能となる。そのような考え方に基づいて、民法 612 条を書き換えてみると、以下の表の右欄のようになる。

現行民法第 612 条	法律上の推定を活かした条文の改正案 (加賀山私案)
第 612 条 (賃借権の譲渡及び転貸の制限) ①賃借人は、賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転貸することができない。 ②賃借人が前項の規定に違反して第三者に賃借物の使用又は収益をさせたときは、賃貸人は、契約の解除をすることができる。	第 612 条 (賃借権の譲渡及び転貸の制限) (民法改正私案) ①賃借人が契約の目的に違反して使用又は収益をしたため、賃貸人と賃借人との間の信頼関係が破壊されるに至ったときは、賃貸人は、契約の解除をすることができる。 ②賃借人が、賃貸人の承諾を得ないで、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転貸したときは、信頼関係が破壊されたもの (背信行為) と推定する。 (したがって、賃借人の行為が、賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があることを賃借人が証明したときは、賃貸人は、契約の解除をすることができる。)

3. 契約の成立と契約の有効・無効との関係と法律上の推定の効用

契約の成立と有効要件については、従来は、契約の成立は、形式的な意思表示の合致によって判断され、契約が成立した場合には、意思と表示とが合致しているかどうかを判断し、意思と表示とが食い違っている場合には、契約は無効になると考えられてきた。

しかし、錯誤を例にとると、そのような考え方では、対処できないことが分かる。有名な「誤表は害さず」という法原理によって、たとえ、形式的な意思表示の合致がなくても、当事者の真意が契約の成立を望んでいることで一致している場合には、契約は有効に成立するのであり、この点については争いがないからである。そうだとすると、契約の有効な成立のための要件は、意思表示の形式的な合致ではなく、真意の合致であると考えざるをえない (なお、錯誤、特に、表意者に重過失のある場合の取扱いについては、[加賀山・錯誤における民法 93 条但書・96 条 2 項の類推 (1990)] 参照)。

その場合に、この考え方を現行民法の条文との間に矛盾なく理論を形成できるのが法律上の推定のもう一つの効用である。

真の法律要件：契約は、当事者の真意が合致したときに有効に成立する。

法律上の推定：契約は、当事者の形式的な意思表示が合致したときには、真意が合致していないこと（意思の不存在）の証明がなされない限り、有効に成立する。

<契約の成立と有効・無効との関係（加賀山説）>

契約成立の 真の要件	契約は、行為能力のある当事者の真意が一致したときに有効に成立する。
法律上の 推定	(1) 契約当事者は、行為能力があるものと 推定する
	(2) 契約当事者の意思表示が合致したときは、契約は有効に成立したものと 推定する 。

このように考えると、法律上の推定は、単に、民事訴訟法の立証責任にとって不可欠の存在であるばかりでなく、民事実体法の解釈にとっても、また、新たな立法を行うに際しても、原理を伴うものとして分かりやすく表現することができる上に、代表的な具体例を法律上の推定の前提事由として列挙することによって、実務の運用にも資することになる。

4. 権利外観法理を実現している民法 93 条の解釈と法律上の推定の効用

このこと（法律上の推定の実体法上の効用）を、民法 93 条（心裡留保）の立証責任の分配を通じて示すことにする。

民法 93 条の規定は、司法研修所の要件事実論をマスターすると、実体法の理解が困難となる代表例である。民法 93 条は、以下のように、司法研修所の要件事実論に適合するような条文構造（本文とただし書き）で書かれている。

しかし、この条文を実体法的に理解することは、実は、簡単ではない。具体的な設例をあげると以下のようなになる。

<民法 93 条（心裡留保）に関する設例>

被告 Y は、時価 2000 万円の甲土地を被告 X に贈与する約束を書面でしたが、そのつもりのない冗談であった。X は、契約は有効に成立したとして、甲建物の引渡しを求めて訴えを提起した。

この設例の場合、司法研修所の要件事実論によれば、請求原因については、契約の有効を主張する X は、契約の成立を立証するだけでよく、冗談で意思表示をした Y が、以下の事由を立証しなければならない[岡口・要件事実マニュアル第 1 巻 (2010) 154 頁]。

- (1) Y には、意思表示に対応する効果意思がなかったこと〔心裡留保〕。
- (2) X は、(1)を知っていたこと〔表意者の悪意〕 または、
- (3) X は、(1)を知らなかったとしても、知るべきであったこと〔表意者の有過失〕

このような要件事実論によると、心裡留保は原則として有効であり、無効の要件事実、相手方の悪意又は有過失であると理解する点にある。そのことが、実体法の理解を妨げることになるという理由は、悪意又は有過失の相手方は保護する必要がないと暗記するのであるが、教員が、以下のような質疑を行うと、答えられなくなることが多いからである。

教員：心裡留保は、民法の条文上の定義によると「意思の不存在」となっています（民法 101 条 1 項 1 項）。意思が存在しないのに、原則として有効となるのはなぜですか？

学生：取引の安全が重視されているからです。

教員：取引の安全を保護するというのはよく分かりますが、その場合には、保護される人は、「善意かつ無過失」が要件とされるのが通例ですね。民法 93 条の場合、相手方の「善意かつ無過失」は、要件事実となっていますか？

学生：「悪意または有過失」が要件事実であり、「善意かつ無過失」は、要件事実ではありません。

教員：よく勉強していますね。では、心裡留保は、「意思の不存在」で、相手方の「善意かつ無過失」が要件事実ではなのに、なぜ、原則として有効となるのでしょうか？

学生：…。

ところが、要件事実論を離れて、実体法の構造として民法 93 条を「平面的に」再構成すると、以下のようなことになる[加賀山・要件事実論批判 (2007) 242-244 頁]。

外観 < 法律上の推定を用いた民法 93 条の改正案 (加賀山私案) >

心裡留保の定義	民法第 93 条 (心裡留保) ①表意者が真意でないことを知りつつ意思表示 (心裡留保) をした場合、意思表示の効力は、次の各号にしたがって、その効果を定める。
権利概観法理の適用 (例外)	一 相手方が表意者の真意を知らず、かつ、知ることができないとき (善意・無過失) 意思表示はその効力を妨げられない。
意思の不存在の場合の無効 (原則)	二 相手方が表意者の真意を知っていた場合、又は、過失によって知らないとき (悪意又は有過失) 意思表示は無効とする。
取引安全のための法律上の推定	②前項の場合には、意思表示の相手方は、表意者の真意を知らず、かつ、知らないことに過失がないこと (善意・無過失) を推定する。

民事訴訟法理論の一部を占める要件事実論の問題点の一つは、立証責任にこだわる余り、実体法上の要件のうちで、表裏一体の関係にある要件、例えば、「善意」と「悪意」、「善意かつ無過失」と「悪意又は有過失」とがある場合に、立証責任がある要件だけを要件事実とし、その否定となる事実は、要件事実から抹殺してしまう点にある。

このような事態が生じた原因は、ドイツの民事訴訟法の圧倒的な影響の下で形成されたわが国の民事訴訟法理論にその源泉があると思われる。このことを理解するには、わが国の民事訴訟法理論に「金字塔」を打ち立てたとされている、[兼子一・実体法と訴訟法(1957)]の記述を見るのがよい[加賀山・要件事実論批判(2007) 220-221頁]。

わが国の要件事実論が、通常の論理から外れ、市民にとって不親切な理論の形成へと走り出す出発点が、ここに示されている。少し長くなるが、読みやすくするために、筆者が段落等を補った上で、引用することにする[兼子・実体法と訴訟法(1957) 53頁]

「実体法の法規が要件事実を定めるのに、常に一方的に表現するに止め、決して裏表双方から駄目をつめないことも、裁判規範として、必ず一義的に紛争解決の結果を導き出せるようにし、訴訟上の引分け無勝負が絶対に生じないようにする立法者の賢明な配慮としてのみ理解できるものである。それは、決して立法者の粗雑や不精の故ではない。即ち条文は、「善意ならば権利を取得する」と定めるか、「悪意ならば権利を取得しない」と定めるか何れかの表現を用いるので、決して正確を期して両者を同時に用いることはしない。

平面的な論理としては、両者は裏表を成す択一的命題であり、行動規範としてならば、同時に用いて差支えないのみならず、却って行届いた親切を示すものといえよう。例えば、「青信号が出ている場合は通ってもよい。それ以外の場合は通ってはならない」というように。ところが、裁判規範としては前例の場合に、もし裏表から規定しているとすれば、訴訟上善意とも悪意とも確定できない場合は、権利を取得したかどうかは何れにも決められないことになり、紛争の解決を与えられなくなってしまう。

これが一方的な命題ならば、これによって挙証責任の分配の定めが引出せるのであって、その要件が積極的に認定されない限り、その定める権利の取得(又は不取得)を否定すればよいから、要件事実の不明のために法律的解決が不可能に陥ることはないのである。

この意味で行動規範としてはどっちでもよいはずの法規の要件の定め方や本文と但書の構造が、裁判規範としては非常に重要な意義をもつものである。」

上記の兼子理論によって決定的な影響を受けた現在の民事訴訟法の通説、および、要件事実論は、裁判規範としての法規範は、「善意ならば権利を取得する、悪意なら権利を取得しない」というような親切な記述はせず、立証責任を考慮して、不親切ではあるが、どちらか一方のみを記述するに留めるのが正しいという、兼子理論に則って構築されている。

つまり、現在の民事訴訟法理論、特に、要件事実理論は、立証責任を強調する余り、「全体を示さず部分的な記述を尊重し」、「論理的に正確ではなく」、「不親切」なものであることが自覚されつつも、これを改めもしない状態が継続しているということになる。

このためもあって、要件事実論を修得した学生たちは、先に述べたように、民法93条が権利外観法理を実現している規定だということを理解できなくなるという弊害が生じている。なぜなら、要件事実論によれば、民法93条の法律要件は、無効を招来する「悪意又は有過失」であって、その否定としての「善意かつ無過失」は、権利外観法理の重要な要件であるにもかかわらず、要件としての価値を認められていないからである。

しかし、民法93条を理解するためには、「悪意又は有過失」という「表」の要件も、また、「善意かつ無過失」という「裏」の要件も、等しく重要である。なぜなら、「表」の要件が、相手方の保護を不要とする無効要件として重要なと同様に、条文から隠されている「裏」の要件も、相手方を保護する権利外観法理の要件として重要だからである。

このように見えてくると、民事訴訟法理論、および、その理論に基づいて実務と理論とを架橋するとされている要件事実論は、第1に、訴訟物理論と請求の趣旨・判決主文の間に齟齬があり、しかも、第2に、訴訟物としての請求の基礎となる請求原因も、権利の存在として、「権利が発生し、かつ、消滅していないこと」を主張すべきであるにもかかわらず、権利の発生をもって、権利の存在と考えるという誤りを犯しており、この誤りが原因となって、第3に、請求原因、抗弁、再抗弁、再々抗弁、再々々抗弁…という無限後退に陥っている。その上、第4に、要件事実論が立証責任を中心に組み立てられており、実体法の要件を「表」からのみ見て、「裏」の要件を隠すものとなっているため、実体法の理解を妨げる要因となっている。したがって、現在の民事訴訟法の理論は、訴訟物の基本に立ち返り、法律上の推定の考え方に則って、全面的に改定することが必要である。

V 結論

本稿によって、以下のことが論証されたと思われる。

1. 請求の趣旨と判決主文について

訴訟物とは、実体法上の権利または法律関係の存在の主張である。したがって、請求の趣旨および判決主文は、実体法上の権利が特定・識別されるように、例えば、「被告は、原告に対して売買代金2000万円を支払え」というように改訂されるべきであり、これまでのように、それだけでは訴訟物が識別できない「被告は、原告に対して代金2000万円を支払え」とする訴訟実務は破棄されるべきである。

このことが実現されるならば、既判力は、主文についてのみ及ぶ（民訴法114条1項）という規定と訴訟物理論と訴訟実務との整合性が実現されることになる。

2. 請求原因の記載方法について

訴訟物の内容である「権利主張」とは、「権利の存在」の主張である。したがって、権利の存在を裏付けるべき「請求原因」は、単なる「権利の発生」ではなく、「権利が発生し、かつ、権利が消滅していない」ことが記載されるべきである。

つまり、従来の請求原因の記載方法である「権利が発生した。よって、権利が存在する」とするのでは不十分であり、「権利が発生し、かつ、消滅していない。よって、権利が存在している」というように、権利の存在の主張が明確になるように改訂されるべきである。

このことが実現されるならば、訴状は、原告と被告の「言い分」が十分に反映される結果として、市民にとっても分かりやすいものとなる。

3. 防御方法としての否認と抗弁との区別について

原告の権利主張(攻撃方法)に対する被告の防御方法は、「権利が発生しないか、または、権利が消滅している」というものであり、前者(否認)も後者(抗弁)も、原告の主張と真っ向から対立する主張である。

否認と抗弁の違いは、法律上の推定がなされていないために、被告に立証責任が負わされていないか、法律上の推定がなされているために、被告が反対事実の証明をしなければならないかの違いにすぎない。したがって、抗弁について「請求原因とは両立する、それとは別個の主張である」という、論理的に破綻しているこれまでの抗弁の定義は破棄されるべきである。

4. 原告の攻撃方法に「再抗弁」、「再々々抗弁」…という用語を用いることについて

被告の主張する事由(例えば、原告が債権を行使できる時から10年間が経過し、かつ、その間、原告が権利を行使していない)の中で、法律上の推定がなされているために、原告が立証しなければならない事由(その間、原告が権利を行使した、すなわち、時効中断事由)を「再抗弁」と呼ぶことも破棄されるべきである。「抗弁」とは、あくまで、被告の防御方法であって、原告の主張に再「抗弁」という用語を当てるのは、不適切だからである。

新しい用語法としては、「法律上推定された事由」、「法律上推定されていない事由」の2つを区別することで十分である。その結果として、「抗弁、再抗弁、再々抗弁、再々々抗弁…」という無意味な無限後退が回避されることになる。

5. 立証責任の分配法則における法律上の推定の復権

立証責任の分配は、すべて、「法律上の推定があるかどうか」で決定されるべきである。法律上の推定は、明文の規定がある場合ばかりでなく、「権利が発生した場合には、権利の存在が推定される」というような経験則上の原理(法律上の慣性の法則、形式の立証による内容真正の推定、複数の部分の立証による全体の推定など)も含まれる。

6. 立証責任の分配を表現する2つの記載方法について

立証責任を表現する方法として、「法律上の推定」による方法と、「本文とただし書き」による方法とがある。「法律上の推定」は、ある事由が立証されるかどうかで立証責任が転換されるという場合（真の法律上の推定）を含めて、全ての場合の立証責任の分配を記述できる。これに対して、本文とただし書きによる記載方法は、真の法律上の推定の場合（例えば、民法186条2項、破産法15条）には、立証責任を正確に記述することができない。

したがって、記述方法としての法律上の推定の優位は明らかであるが、2つの記述方法は、市民にとってわかりやすい範囲で併存させるべきである。司法研修所の要件事実論のように、自らの理論の破綻を隠すために、法律上の推定規定を、暫定真実と呼んで、本文とただし書きに書き換えることは、何の意味もない。しかもⅢ5. で示した[司法研修所・要件事実(2011)101頁]のような誤りを助長するものであり、破棄されるべきである。

7. 要件事実教育の実体法教育に対する弊害について

要件事実論は、立証責任を負う事由だけを要件事実とよび、その裏（要件事実の否定）の事由を軽視するものである。

しかし、例えば、民法93条の法律要件要素のうち、相手方の「悪意または有過失」は、意思表示を無効とするものとして重要であるが、その裏（否定）の事由である「善意かつ無過失」も、権利外観法理（意思表示の無効を主張できなくさせる）要件として、民法93条の実体法上の理解にとって決定的に重要である。「善意かつ無過失」の事由がなければ、意思の不存在である「心裡留保」の場合に、なぜ、意思表示の効力が妨げられない（有効となる）のか理解できないからである。

ところが、要件事実教育は、立証責任を強調する余り、立証責任のない裏の事由（例えば、民法93条の場合の善意無過失）を要件事実ではないとして軽視するため、実体法の理解を妨げる結果を招来しており、本稿で示したような根本的な改革を行わない限りは、大学教育から撤退すべきである。

8. 法律上の推定規定の実体法上の効用について

法律上の推定は、立証責任の分配を決定するものとして重要なばかりでなく、実体法の規定を分かりやすく、かつ、柔軟な解釈を可能にする点で、高く評価されるべきである。

例えば、民法770条、民法612条は、真の法律要件（法原理）と隠れた法律上の推定規定（例示規定）を発見することによって、よりよい条文へと改定することが可能となる。さらに、契約の成立要件と有効要件との関係を解明する上でも、決定的な役割を果たすことができる。

したがって、訴訟法学者も、立証責任分配の決め手として、また、実体法学者も、原理原則と具体的な例を結びつけて分かりやすい立法を立案する場合の決め手として、法律上の推定の効用を再評価すべきである。

おわりに

今から、40年ほど前のことであるが、私が法学部の学生であった頃、受けた授業の中で、一番楽しかったのは、中野貞一郎先生の民事訴訟法の講義であった。

その当時、中野先生は教科書に、兼子一『新修民事訴訟法体系』酒井書店(1965)を使われていた。分厚い本(500頁以上)であったが、先生の板書を参考にして、要点を教科書の余白に書き込み、試験勉強のついでに、1冊を熟読することができた。余りに楽しい授業だったので、私は次の年も中野先生の民事訴訟法の講義を聞き続けた。一番前の席に、前の年と同じ学生が顔を出しているというのは、先生にとってやりにくいご様子だったが、毎回の授業が楽しみで仕方がなかったのを思い出す。

私の本ゼミは、民法の浜上則雄先生のゼミであったが、中野先生の民事訴訟法のゼミにも参加させていただいた。大学院に入学してからも、専攻は民法であったが、修士論文のテーマは、指導教授の浜上先生の許可を得て、「係争物の譲渡と既判力の主観的範囲」としたほど、民事訴訟法の勉強が好きであった([浜上=加賀山・訴訟物理論(1972)]参照)。

修士論文の執筆のために、係争物の譲渡の判例を読み込んでいる過程で、転貸借の事例が多いことがわかり、転貸借の実体法上の問題を考察する必要に迫られた。それがきっかけとなって、私の代表論文である「民法613条の直接訴権《action directe》について」(阪大法学102号(1977)65-105頁, 103号(1977)87-136頁)を執筆することに繋がった。そのようなわけで、私の研生活にとって、民事訴訟法学は、常に身近な存在であった。

その当時、民事訴訟法学では、新旧の訴訟物理論が激しく対立しており、さらに、要件事実論をめぐる、石田穰先生と倉田卓次判事との間で激しい論争が展開されており、私も民事訴訟法学会に入会しようかと思ったことがある。しかし、雑誌等で学会の記事を読んでもみると、実務家主導で、私のように、異説を唱える学徒は排斥される傾向があることに気づき、結局、民事訴訟法学会への入会を断念した。

40年経った今でも、民事訴訟法学会を傍聴する機会のある人々から、「民事訴訟法学会は、権威主義的で面白くない」との感想を伺っており、民事訴訟法学への道を断念したことは、私にとっては正しい決断だったと思っている。

今回の論文を執筆しながら、民事訴訟法学会が、「この問題を取り上げるようだったら、民事訴訟法学もまだまだ捨てたものではない」と思い、かつ、心ある民事訴訟法学者、裁判官なら、何かを感じていただけるのではないかと思いつつも、「きっと、完全に無視されるのだろうな。たとえ、無視されなくても、改革には繋がらないだろうな。」と予想している。そんなわけで、民事訴訟法理論や要件事実論の将来を思うと、暗澹たる気持ちにならざるをえない。

新しい世代の研究者、または、法曹実務家によって、真に実体法と訴訟法を架橋するという意味での新しい研究が出てくること、それを通じて、民事訴訟実務の改革が徐々にでも進むことを希望するほかない。

参考文献(公表年順)

- [田中・立証責任判例(1953)]
田中和夫『立証責任判例の研究』巖松堂書店(1953/01/10)
- [兼子・実体法と訴訟法(1957)]
兼子一『実体法と訴訟法—民事訴訟の基礎理論』有斐閣(1957) 53頁
- [三ヶ月章・民事訴訟法(1959)]
三ヶ月章『民事訴訟法』有斐閣 法律学全集(1959/01/30)
- [Leipold, gesetzliche Vermutungen(1966)]
D. Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Duncker & Humblot GmbH(1966).
- [柏木・西ドイツ民事訴訟法学の現況(1971)]
柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況(4)」ジュリ 493号(1971) 120-127頁
- [ローゼンベルク＝倉田・証明責任論(1972)]
ローゼンベルク／倉田卓次(訳)『ローゼンベルク証明責任論』判例タイムズ社(1972)
- [浜上＝加賀山・訴訟物理論(1972)]
浜上則雄＝加賀山茂「ニキッシュ・民事訴訟における訴訟物理論について」阪大法学 83号(1972/12) 134-157頁
- [兼子・立証責任(1974)]
兼子一「立証責任」『民事法研究 第3巻』酒井書店(1974) 119-148頁
- [浜上・製造物責任の証明問題(3)(1975)]
浜上則雄「製造物責任における証明問題(三)(1975)」判タ 312号 2-18頁
- [司法研修所・要件事実〔第1巻〕(1985)]
司法研修所民事裁判官室編『増補 民事訴訟における要件事実〔第1巻〕』法曹会(1985/08)
- [村上・証明責任(1986)]
村上博巳『証明責任の研究』〔新版〕有斐閣(1986/02/20)
- [山本・リーガルマインドⅡ(1986)]
山本満雄『リーガルマインドへの挑戦パートⅡ』有斐閣選書(1986/03/30)
- [加賀山・錯誤における民法93条但書・96条2項の類推(1990)]
加賀山茂「錯誤における民法93条但書, 96条2項の類推解釈」阪大法学 153・154号(1990/03) 707-727頁
- [船越・実定法と証明責任(1997)]
船越隆司『実定法秩序と証明責任—民法と商法の訴訟的考察』尚学社(1997/01)
- [並木・要件事実原論(2003)]
並木茂『要件事実原論—訴訟当事者中心の要件事実論の構築』悠々社(2003/03/31)

[司法研修所・言い分方式要件事実(2006)]

司法研修所編『改訂 問題研究 要件事実—言い分方式による設例 15 題—』法曹会
(2006/09/30)

[司法研修所・類型別要件事実(2006)]

司法研修所『改訂 紛争類型別の要件事実—民事訴訟における攻撃防御の構造—』法曹
会(2006/09/30)

[加賀山・民法学習法入門(2007)]

加賀山茂『現代民法 学習法入門』信山社(2007/11/20)

[加賀山・要件事実論批判(2007)]

加賀山茂「要件事実論・要件事実教育批判—法創造教育の観点から—」[加賀山・学習法
入門(2007/11/20) 219-250 頁]所収

[中野=鈴木=松浦・民事訴訟法講義(2008)]

中野貞一郎=鈴木正裕=松浦馨『新民事訴訟法講義』〔第2版補訂2版〕有斐閣(2008/5/16)

[岡口・要件事実マニュアル第1巻(2010)]

岡口基一『要件事実マニュアル第1巻』〔第3版〕1 ぎょうせい(2010/09/15)

[加賀山・官僚法学との戦い(2010)]

加賀山茂「新しい要件事実論の必要性とその構築について—要件事実論という名の官僚
法学との戦い—明治学院大学法科大学院ローレビュー第13号(2010/12) 23-49 頁

[加賀山・新しい要件事実論(2011)]

加賀山茂「司法研修所の要件事実論に代わる『新しい要件事実論』の構築のために」『法
学研究』84 卷 12 号〔齋藤和夫教授退職記念号〕(2011/12) 203-240 頁

[加藤=細野・要件事実の考え方と実務(2011)]

加藤新太郎=細野敦『要件事実の考え方と実務』〔第2版〕民事法研究会(2006/12/04)

[司法研修所・要件事実(2011)]

司法研修所民事裁判研修室『新問題研究 要件事実』法曹会(2011/09/25)

[新堂・民事訴訟法(2011)]

新堂幸司『新民事訴訟法』〔第5版〕弘文堂(2011/08/20)

[伊藤・民事訴訟法(2011)]

伊藤眞『民事訴訟法』〔第4版〕有斐閣(2011/12/25)

[高橋・民事訴訟法(2013)]

高橋宏志『重点講義 民事訴訟法上』〔第2版補訂版〕有斐閣(2013/10/10)

[黒木・法服の王国(2013)]

黒木亮『法服の王国』(上)(下)産経新聞社(2013/07/14)