

《論説》

立証責任に関する判例の研究

——最高裁判所の下における判例——

田 中 和 夫

本稿は、最高裁判所が設置されてからの、立証責任に関する判例についての研究である¹⁾。対象の判例は、主として民法に関するものに限定した。

I 序

1. 立証責任の意義 立証責任または挙証責任とは、裁判をするに当って、裁判所が一定の事実について、存在するとも存在しないとも確信をもつことができない場合、すなわち事実の存否不明・真偽不明の場合に、その事実の存否について不利に判断される当事者一方の危険または不利益である²⁾。

そのことを言明した最高裁判決として、

[1] 最高判昭和31年9月13日（1小，民集10巻9号1135頁）

「いわゆる立証責任とは要証事実が証明されなかった場合、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って、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。」

たとえば、不法行為に基づく損害賠償請求の場合には、被告の過失（の存在）について原告が立証責任を負担しているのであって、証拠調の結果裁判所が、被告に過失がありそうでもありなさそうでもあると判断した場合には、法律上立証責任を負担する原告に不利益に、いかえると被告に過失がなかったものとして、原告敗訴の判決をしなければならないのである。

1) 大審院時代からの立証責任に関する判例の総合的研究として、拙著「立証責任判例の研究」（昭和28年）巖松堂書店、村上博巳著「立証責任に関する裁判例の総合的研究」司法研究報告書14輯3号（昭和38年）司法研修所。

2) 立証責任について、兼子一「立証責任」民事訴訟講座2巻561頁以下（昭和29年）有斐閣、岩松三郎・兼子一編「法律実務講座・民事訴訟編」中の「挙証責任」同講座4巻101頁以下（昭和36年）有斐閣。

2. 立証責任と立証の必要　立証責任は、一定の事実の存在または不存在について、当事者のいずれか一方のみが負うものであって、ある事実の存在について一方の当事者が立証責任を負い、その事実の不存在について相手方が立証責任を負うというものではない。そして、いずれの当事者がその事実の存在または不存在について立証責任を負うかは、訴訟において当事者がどのような請求をしどのような主張をするかによって、はじめから抽象的に定まっていて、具体的訴訟の経過によって立証責任が相手方に移転するということはない（もっとも後述の法律上の推定が行なわれる場合はこの限りでない）。訴訟の進行に伴って、ある事実の存在について立証責任を負担している当事者が一応充分な証明をした場合には、相手方が反証³⁾を提出しない限り、その事実の存在が認定されることになる。いいかえると、相手方が、その事実が存在すると認定されることを阻止しようとするれば、反証を提出しなければならなくなる。しかし、この場合にも立証責任が相手方に移るわけではない。移るのは、証拠を提出する事実上の必要——これを立証責任に対して立証の必要という——にすぎない。というのは、相手方が反証を提出したが、裁判所がその事実が存在しないとの確信を得るには至らず、その事実の存否不明の状態になったにすぎない場合に、反証を提出した相手方の不利益に、すなわちその事実が存在するものとして裁判するのではなく、はじめから立証責任を負担している当事者の不利益に、すなわちその事実が存在しないものとして裁判しなければならないのである⁴⁾。

このように反証を提出する必要が相手方に生じる顕著な例は、いわゆる事実上の推定が行なわれる場合である。事実上の推定とは、経験則に従っての推定、

-
- 3) 反証（反対証拠）に、その反証によって直接に要証事実の存在を否定しようとする場合と、その反証によってまず他の事実（間接事実、反対間接事実）を証明し、その間接事実からの推理によって要証事実の存在を否定しようとする場合とがある。前者を直接反証、後者を間接反証という。
- 4) 従って、反証は要証事実の存否不明の状態にもちこむことによってその目的を達する。これに反して、立証責任を負担する当事者が事実を証明するために提出する証拠は、裁判所にその事実の存在について確信をいだかせないとその目的を達しないのであって、その証拠を反証に対して本証という。

立証責任に関する判例の研究

すなわち経験則上一定の（一つ又は数個の）事実が存在すれば、別段の事情のない限り甲事実が存在すると判断できる場合に、訴訟においてそれらの一定の事実（間接事実）が証明されたとき、反証のない限り甲事実（要証事実）が存在するものと推理認定することである⁵⁾。事実上の推定が行なわれる場合においても、相手方に移るのは立証の必要であって、立証責任の所在は変わらない。

大審院時代には、立証責任と立証の必要とを区別せず、事実上の推定の場合に立証責任が相手方に移転する、といている判例が少なくなかったが⁶⁾、最高裁判所の時代になってからは、こういう場合に立証責任ということばを使うことが、次第に少なくなってきた。

〔2〕最高判昭和29年1月21日（1小，民集8巻1号87頁）は、内縁の妻が分娩した子について、民法第772条の規定を類推して内縁の夫の子と推定するに当って、

「内縁の子についても民法772条が類推されるという趣旨は、事物の蓋然性に基いて立証責任の問題として、父の推定があるというに過ぎない。それ故に認知の訴訟において推定を受けている者が父にあらざることを主張する場合には、その推定を覆すに足るだけの反証をあげる責任を負うわけである。……民法772条の類推による推定は、立証責任負担の問題として意義を有するものである。」

といている。立証責任の移転とか転換とはいわずに、「その推定を覆すに足るだけの反証をあげる責任を負う」といってはいるが、なおそれを「立証責任の問題」、「立証責任負担の問題」であるとしている。

〔3〕最高判昭和34年1月8日（1小，民集13巻1号1頁）では、

「原判決が右の争なき事実（被上告人名義の所有権取得登記あること一筆

5) この推定は、後述の法律上の推定すなわち法律の規定によって定められた推定と異なり、裁判官がその自由心証の範囲内で事実上行なう推定であるので、事実上の推定という。

事実上の推定に関する最近の文献として、中野貞一郎「過失の『一応の推定』について」法曹時報19巻10号11号（昭和42年）、賀集唱「事実上の推定における心証の程度」民事訴訟法雑誌14号（昭和43年）がある。

6) 拙著「立証責任判例の研究」6頁81頁参照。

独 協 法 学

者)から前記控訴人(被告人一著者)の所有を推定したことの正当であることはいうまでもないところであるから、上告人(被控訴人)らの本訴請求(所有権取得登記抹消手續請求一筆者)を理由あらしめるには、上告人らにおいて、自己の主張事実を立証して右推定を覆す責任を負担することこれまた論を俟たない。」

と、「推定を覆す責任」というのみで、立証責任ということばは使っていない。

そして、下級裁判所の判決の中には、立証責任と対立させて「立証の必要」ということばも使われるようになってきた。たとえば、

〔4〕 大阪高判昭和29年8月21日(高裁民集7巻8号601頁)

「立証責任の分配の見地より見るときは、認知の請求を為す者に於て相手方たる男子との性交の結果妊娠した事実の立証責任を負担することは勿論であるが、いやしくも問題の子を懐胎したと認められる期間中に相手方たる男子との間に性的交渉のあった事実が立証された以上は、反証が無い限り此の性交の結果妊娠したものと一応の推定(所謂事実上の推定)を為すべきであり、従って立証責任は終始認知請求者の側にあるが、所謂立証の必要は相手方たる男子に移り、此の者に於て、右期間中に他の男子との間にも同様の関係が結ばれ、従って問題の子の父であるかも知ぬれ者が自己以外に存在する旨の所謂多数関係者の抗弁を提出し、且、此の事実を立証(所謂反証を提出)し得ない限り、右の事実上の推定を阻止することは出来ないものと解するのが相当である。」

3. 立証責任分配の法則 立証責任は当事者のいずれか一方が負担するのであるが、そのいずれが負担するかは法律上定まっているのであって、それを立証責任分配の法則という。立証責任の分配について実体法に特に規定があれば、それに従うことは勿論である。たとえば、運送取扱人の損害賠償責任に関する商法第560条が、「運送取扱人ハ、自己又ハ其使用人カ運送品ノ受取、引渡、保管、運送人又ハ他ノ運送取扱人ノ選択其他運送ニ関スル注意ヲ怠ラサリシコトヲ証明スルニ非サレハ、運送品ノ滅失、毀損又ハ延著ニ付キ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス」と定めている場合の如きである。しかし、実体法は立

立証責任に関する判例の研究

証責任の分配について規定していないのが通常であって、そういう場合における分配の法則について、諸種の見解がある。

立証責任の分配について、古くは、要証事実が積極的事実であるか消極的事実であるか、通常的事実であるか異常的事実であるか、またその事実の証明の難易等、要証事実の性質によって分配を決定する見解があり、大審院時代の古い判決には、それらの見解によったとみるべきものもあった。しかし現在では、そういう要証事実分類説は棄てられ、要証事実が当事者の主張する法律効果のどのような法律要件を構成しているかによって分配を決定する法律要件分類説が、一般に採られている。

法律要件分類説にも、種々の見解があるが、現在広く行なわれている見解を、一般に使われている用語を使って述べると、次のようである。

実体法の規定を、(a)権利根拠規定(権利発生規定、権利を理由づける規定、権利を基礎づける規定)、すなわち権利その他の法律効果の発生要件を定める規定、(b)権利障害規定、すなわち権利根拠規定に基づく権利の発生——または権利根拠規定に基づいて発生した権利の行使——の障害事由を定める規定、および(c)権利滅却規定(権利消滅規定)、すなわち一旦発生した法律効果の消滅事由を定める規定に分類する。そして、(a)権利その他の法律効果を主張する当事者(通常は原告)は、その権利根拠規定の定める要件事実(権利根拠事実)について立証責任を負い、(b)権利障害規定の定める要件事実(権利障害事実)の立証責任は、その相手方(通常は被告)が負担し、(c)権利その他の法律効果の消滅は新たな法律効果であるから、権利滅却規定の定める要件事実(権利滅却事実)の立証責任は、その消滅を主張する当事者(通常は被告)がこれを負担する、とする。権利障害規定は権利根拠規定の反対規定であるが、さらにそれに対する再反対規定もありえ、その立証責任は、その権利その他の法律効果を主張する当事者(通常は原告)が負担する⁷⁾。

ある規定が権利根拠規定、権利障害規定、権利滅却規定のいずれであるかは、

7) 権利障害規定または権利滅却規定の要件事実の主張は抗弁であるのに対して、権利障害規定に対する再反対規定、または権利滅却規定に対する反対規定(権利滅却に対する障害規定)の要件事実を主張するのが再抗弁である。

実体法の規定の定め方によって定まる。ある規定を権利根拠規定とみるべきか権利障害規定とみるべきかが、しばしば問題となるが、ある事項に関する規定が本文と但書になっている場合には、原則として、本文が権利根拠規定であり、但書が権利障害規定である⁸⁾。また、ある事項について項または条を別にして規定されている場合には、通常、前の項または条の規定が権利根拠規定であり、後の項または条の規定が権利障害規定である⁹⁾。

上に、ある規定を権利根拠規定、権利障害規定、権利滅却規定のいずれとみるべきかが、実体法の規定の定め方によって定まると述べたが、この点についても法律の規定に解釈が許されないわけではない。場合によっては、条文の形式にとらわれずに、合理的解釈によってそのいずれであるか——従って立証責任がいずれの当事者にあるか——を決定する必要があることもある。実体規定の内容についても、たとえば債権の準占有者に対する弁済の効力についての民法第478条は、「債権ノ準占有者ニ為シタル弁済ハ、弁済者ノ善意ナリシトキニ限り其効力ヲ有ス」と規定して、条文の文言は無過失を弁済が有効であるための要件とはしていないが、通説および判例（最高判昭和37年8月21日、3小、

8) 条文の文言では但書になっていても、それは立法技術上但書の形式をとったのみで、実質的には但書でない場合がある。しばしばその例として挙げられるのは、破産法第72条の規定である。同条は、「左ニ掲クル行為ハ破産財団ノ為之ヲ否認スルコトヲ得」と規定して、第1号に「破産者カ破産債権者ヲ害スルコトヲ知りテ為シタル行為。但シ之ニ因リテ利益ヲ受ケタル者カ其行為ノ当時破産債権者ヲ害スヘキ事実ヲ知ラザリシトキハ此ノ限ニ在ラス」、第2号に「破産者カ支払ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル後ニ為シタル担保ノ供与、債務ノ消滅ニ関スル行為ノ他破産債権者ヲ害スル行為。但シ之ニ因リテ利益ヲ受ケタル者カ其ノ行為ノ当時支払ノ停止又ハ破産ノ申立アリタルコトヲ知りタルトキニ限ル」(第3号以下省略)と定めている。その第1号の但書は真正の但書、すなわち権利障害規定であるが、第2号の但書(「但し……に限る」という形式)は擬似的但書であって、本文の要件を追加する趣旨、すなわち権利根拠規定の一部である。

9) 大審院時代の判例には、これらの場合について、本文または前の項もしくは条の規定を原則規定、但書または後の項若しくは条の規定を例外規定であるとし、原則規定による法律効果を主張する者はその原則規定の要件事実の存在についてのみ立証責任を負い、例外規定の要件事実の不存在についてまで立証責任を負うものではなく、例外規定の要件事実の存在についての立証責任は、その例外規定によって原則規定に基づく法律効果を免れようとする相手方の負担に帰する、といういい方をしたものが少なくない。

立証責任に関する判例の研究

民集16卷9号1809頁)は、解釈によって無過失を要件事実を追加している。そしてその理由として、個々の取引についてその安全を保護する制度であるから(我妻栄「新訂債権総論」144頁)とか、類似の規定である受取証書の持参人に対する弁済の効力についての民法第480条が、無過失を要件としているとの権衡上(拙木馨「判例債権法総論」下巻253頁)と述べられている。実体法の内容についてと同様に、立証責任の分配についても、場合により、或は類似の規定との権衡上、或は両当事者間の衡平を考え、或はその条文の実質的目的を合理的に達成させるために、解釈によって通常の基準によらない分配を定める必要があることもあり、そういう判例も必ずしも少なくはない。また判例が、実体規定の内容について解釈によって条文に規定されていない要件事実を追加した場合には、必然的にその事実についての立証責任の分配も解釈によって決定せざるを得ない。立証責任に関する判例として特に重要なのは、むしろこういう解釈によって分配を定めた判例である。

4. 間接事実の立証責任? 訴訟において究極的に確定することを要する事実は、その訴訟において主張された法律効果の要件事実であって、以上述べたところはこの法律要件事実の立証責任についてである。訴訟上は、これら究極的に確定することを要する法律要件事実を主要事実という。主要事実は、それに対する直接の証拠によって認定することができることもあるが、多くの場合には、証拠によってまず一つ又はそれ以上の事実(これを間接事実という)を認定し、それらからの推理によって——主要事実に対する直接の証拠もあるときは、間接事実とそれらの直接証拠からの総合推理によって——主要事実を認定する¹⁰⁾。それで、間接事実の存否不明の場合にどうすべきか、主要事実についてと同じ意味における立証責任が間接事実についても存するか、ということが問題となる¹¹⁾。

間接事実からの推理のみによって主要事実を認定する場合には、その認定に

10) 殊に過失とか正当の事由とかは、証拠によって直接証明するということではできない。必らず間接事実を通して判断しなければならない。

11) この問題についての文献は少ない。わが国のものとしては、岩松・兼子編「法律実務講座」民事訴訟編4巻125頁乃至131頁「間接事実の挙証責任」がある。

独 協 法 学

必要な最少限の間接事実の存在について裁判官に確信を得させる必要があるから、主要事実について立証責任を負う当事者がその限度の間接事実について立証責任を負うということもできなくはない。しかし私は、上に述べた場合においてその間接事実の存否不明のときにも、強いてその間接事実が存在しないものと取扱い(いいかえると、間接事実の立証責任の問題とし)、従って主要事実の存在が証明されなかったとする必要はなく、率直に間接事実の存否が不明であることから、主要事実の存否も不明となり、主要事実が存在しないものと取扱う(主要事実の立証責任の問題)と考えるべきであると思う。また、それ以外の場合においては、間接事実の存否不明のとき如何に取扱うべきかは、すべて裁判官の自由心証の範囲内の問題であると思う。このことについては、IV3の「認知請求における多数関係者」の項において述べることにする。結局私は、間接事実については立証責任は問題とならないとするものである。

5. 法律上の推定 要証事実について法律に推定規定がある場合には、その条文に規定された前提事実が証明されたときは、要証事実の存在が法律上推定される。もっとも、推定であって擬制ではないから、その要証事実について立証責任を負っている当事者の相手方が、証明された前提事実の存在にもかからわず、要証事実が不存在であることの証明をすれば、その推定の効果を避けることができる(その推定をくつがえすことができる)。この場合についても、「反証」をもってくつがえすことができるといういい方がしばしば使われるが、正確にいえばこの場合は事実上の推定の場合におけるような単なる反証(存否不明の状態にすればその目的を達する反証)ではなく、要証事実の不存在の証明(本証)である。相手方は要証事実の不存在について立証責任を負うに至り、要証事実の存否不明の状態にしたにすぎない場合には、要証事実が存在するものとして裁判される。立証責任が相手方に移転・転換するのである¹²⁾。

12) 立証責任の転換ということばは、不法行為についての民法第709条に対する民法第718条(動物の占有者・保管者の責任の規定)、自動車損害賠償保障法第3条(自動車事故による人損に対する自動車を運行の用に供する者の責任の規定)のように、法律の規定によって立証責任の所在を変更してある場合にも使う。

立証責任に関する判例の研究

これに反して事実上の推定は、裁判官の自由心証の範囲内の問題であり¹³⁾、事実上の推定が行なわれる場合にも立証責任の所在が変わらないこと、前に述べた通りである。

本編においては頁数の関係上、法律上の推定および事実上の推定に関する判例には言及しない。

II 条文の形式通りに立証責任を分配した判例

1. 本文但書の例1（民法第424条） 条文の規定が本文但書となっていて、その形式通りに立証責任を分配している判例の大審院時代以来の典型的な例は、民法第424条の詐害行為取消権に関する判例である。同条第1項は、「債権者ハ債務者カ其債権者ヲ害スルコトヲ知リテ為シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得。但其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ転得者カ其行為又ハ転得ノ当時債権者ヲ害スヘキ事実ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス」と、債務者の悪意を本文に、受益者又は転得者の善意を但書に規定している。その但書に規定された受益者又は転得者の善意の立証責任について、最高裁になってからも、

〔5〕 最高判昭和37年3月6日（3小、民集16巻3号436頁）は、

「民法424条1項但書にいわゆる受益者または転得者の善意の挙証責任は受益者または転得者自身に存するものと解すべきである。」

としている¹⁴⁾。詐害行為取消権を行使しようとする債権者は、債務者の悪意（債権者を害することを知っていたこと）について立証責任を負うのみで、受益者または転得者の悪意の立証責任まで負うものではないのである。

なお、破産法第72条第1号も否認権について民法第424条第1項と同様に、

13) 事実上の推定は裁判官の自由心証の範囲内の問題ではあるが、裁判官の自由心証も経験則に反することは許されないのであって、経験則に反して事実上の推定を行ないまたは行なわなかった場合には、上告理由となる。

14) この事件は国税徴収法に関する事件である。国税徴収法第178条は「民法……第424条（詐害行為の取消）の規定は、国税徴収に関し準用する」と規定しているのであって、この判決は上記に続けて「同条を準用する国税徴収法178条の解釈としても、この理を異にしなさい」といっている。

独 協 法 学

破産者の悪意を本文に、受益者の善意を但書に規定しているが（条文はⅠの註7に引用）、

〔6〕 最高判昭和37年12月6日（1小，民集16巻12号2313頁）は、この規定について〔5〕と同様に、次のように判示している。

「破産法72条1号によって破産管財人が否認権を行使するには、破産者の悪意あることを立証する責任はあるが、受益者の悪意を立証する責任はなく、むしろ受益者が否認を免れるためには、その行為の当時破産債権者を害する事実を知らなかったことを立証する責任あるものと解するを相当とする。」

2. 本文但書の例2（民法第97条の2） 本文但書によって立証責任を分配している他の例としては、公示による意思表示に関する民法第97条の2の規定に関する最高裁の判例がある。民法第97条の2第3項は、「公示ニ依ル意思表示ハ……(シ)タル日ヨリ2週間ヲ経過シタル時ニ相手方ニ到達シタルモノト看做ス。但表意者カ相手方ヲ知ラス又ハ其所在ヲ知ラサルニ付キ過失アリタルトキハ到達ノ効力ヲ生セス」と規定しているが、その但書中の過失の立証責任について、

〔7〕 最高判昭和37年4月26日（1小，民集16巻4号992頁）

「民法第97条の2第3項但書の過失の主張立証責任は、公示による意思表示到達の無効を主張する者にある。」（要旨）

3. 項の前後の例（民法第94条） ある事項に関する規定が第1項第2項となっている場合に、それを基準として立証責任を分配した判例がある。虚偽表示に関して民法第94条は、その第1項において「相手方ト通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ハ無効トス」、第2項において「前項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定しているが、その第2項の第三者の善意の立証について、

〔8〕 最高判昭和35年2月2日（3小，民集14巻1号36頁）および

〔9〕 最高判昭和41年12月22日（1小，民集20巻10号2168頁）は、ともに、

「第三者が民法第94条第2項の保護を受けるためには、自己が善意であったことを立証しなければならない。」（要旨）

立証責任に関する判例の研究

としている²⁾。

昭和41年の事件では、不動産が甲から乙へ、乙から丙へと売買による所有権移転登記がなされている場合に、甲の債権者Xが乙丙を被告として、詐害行為を理由として各売買の取消と所有権移転登記の抹消とを求めた。ところが第一審判決は、甲乙間の売買は仮装売買であって、民法第94条によって無効であり、丙はその仮装であることを知っていたから、Xはその無効を丙に対抗できるのであって、従って右売買の無効を理由として債権者代位権に基づいて所有権移転登記の抹消を求めるのならともかく、無効な行為について詐害行為としての取消を求めることはできないとした³⁾。それでXは控訴して、予備的主張として右の各売買はいずれも虚偽の意思表示に基づく無効のものであると主張した。この予備的主張に対して、丙が乙丙間の売買が虚偽表示である旨のXの主張を争い、かつその売買の際に甲乙間の売買が虚偽表示に基づくものであることを知らなかったと主張した。第二審判決が債権者代位権に基づいてXの請求を認めたので、丙は上告して、虚偽表示による法律行為の無効を主張するXにおいて丙の悪意を立証する責任があると主張したが、その主張が認められなかったのである。

民法第94条の規定の形式からいえば、第1項は法律行為の無効原因を定めた権利障害規定であるから、第2項はそれに対する再反対規定である。或はまた第1項を基準として、第2項は第1項による無効という法律効果発生障害事由を定めた権利障害規定であるということもできなくはない⁴⁾。いずれにせよ、判例は同条の立証責任について、このように条文の形式通りに解して、その分配をきめているのであって、私はそれに賛成である。

-
- 2) 昭和35年の判決は、「主張立証しなければならない」といい、立証責任に関する部分は傍論である。同判決は、この問題の主張責任について判示した大判昭和17年9月8日(新聞4799号10頁, 評論31巻民法441頁)を、先例として引用している。
 - 3) この判断は疑問である。債権者が詐害行為として取消を求めることも許されるべきである(我妻栄「新訂債権総論」177頁, 柚木馨「虚偽表示をめぐって」別冊ジュリスト法学教室4号38頁)。
 - 4) Iの註9に述べた大審院時代によく用いられた表現によると、第1項が原則規定、第2項が例外規定ということになる。

独協法学

もっとも、これに対して、第三者の悪意の立証責任が第三者に対して無効を主張する者にあるとする有力な反対説もある（我妻栄「新訂民法総則」292頁）。民法第94条は法律行為の外形を信頼する者を保護する制度であるから、立証責任をそのように分配することが制度の趣旨によりよく適合するするのであって、この見解は、条文の形式にとらわれずに解釈によって立証責任の分配を決定するものである。

なお、詐欺による意思表示の取消について、上と同一の見解を採った下級審判決がある。

〔10〕 大阪地判昭和43年4月11日（判例時報537号63頁）であって、詐欺による意思表示について民法第96条が、上述の民法第94条とほぼ同様に、第1項で「詐欺……ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得」、第3項で「詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と規定しているが、その第三者の善意悪意の立証責任について、次のようにいっている。

「詐欺による意思表示の取消は善意の第三者に対抗できないものであり、表意者において第三者の悪意を立証すべきものと解すべき（である）。」

しかし、ともに他人間の法律行為（の外形または存在）を信頼して行動した第三者の保護を考慮するとしても、自ら相手方と通じて虚偽の意思表示をした者に対する関係においての保護と、相手方に欺かれて意思表示をした者に対する関係においての保護とでは、その程度が必ずしも同様でなければならないわけではない。民法第94条について、第三者の悪意の立証責任が無効を主張する者にあると解釈するとしても、民法第96条については、——条文の形式通りに——第三者の善意の立証責任が取消の効果の対抗を免れようとする第三者にあると解して、権衡を失するわけではない。

4. 条の前後の例（民法第418条） 前の条の規定が権利根拠規定であり後の条の規定が権利障害規定であって、それに従って立証責任が分配されるよい例としては、不当利得についての原則規定である民法第703条と、それに対する例外を定めた民法第705条（非償弁済の規定）および民法第708条（不法原因給付に関する規定）を挙げることができるのであるが（大判大正7年9月23日、民録24輯1722頁）、最高裁になってからの判例では、過失相殺に関する判

立証責任に関する判例の研究

例をその例としてよいであろう。

〔11〕 最高判昭和43年12月24日（3小，民集22巻13号3454頁）

「民法第418条による過失相殺は，債務者の主張がなくても，裁判所が職権ですることができるが，債権者の過失となるべき事実については，債務者において立証責任を負う。」（要旨）

民法第418条は，「債務ノ不履行ニ関シ債権者ニ過失アリタルトキハ，裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付之ヲ斟酌ス」と規定していて，この規定は債務不履行による債務者の損害賠償責任を定めた，同条に先行する第415条第416条に対する権利障害（制限）規定であるのである。

5. 権利滅却事実の例 権利滅却事実についての立証責任の判例として，既に生じた履行遅滞の効果の消滅事由に関する判例がある。当該事件では，履行遅滞後履行期延期の合意があった場合に，既に生じた履行遅滞の効果（損害賠償請求権）もそれとともに消滅したかが争点となった。

〔12〕 最高判昭和29年1月28日（1小，民集8巻1号265頁）は，その場合においても，すでに生じた遅滞の効果の消滅事由の存在については，債務者に立証責任があるとした。曰く，

「履行遅滞の存するときに履行期を延期する場合において，すでに発生した遅滞による損害賠償請求権の処理をいかにするか……について何等の意思表示がなかった場合には，すでに生じた遅滞の効果は当然消滅するに由なく，履行期の延期はその本質に照らしたて将来に向って遅滞の責を免れしめるに止まるものと解するを相当とする。従って，すでに生じた損害賠償請求権は，債権者がこれを抛棄したまたはその義務を免除せざる限り消滅しないものと言うべきである。かかる遅滞の効果の消滅事由は，債務者の側において主張・立証を要する事項である。」

6. 権利滅却規定に対する再反対規定の例 権利滅却規定に対する再反対規定に関する判例として，消滅時効の不完成事由としての弁済期の猶予に関する判例がある。

〔13〕 最高判昭和42年6月23日（2小，判例時報488号59頁）

「債務者が，抗弁として，金銭債権が消滅時効の完成によって消滅した旨

独協法学

を主張し、右時効の抗弁が理由ある場合には、裁判所は、債権者において、再抗弁として、当該債務の弁済期の猶予があった旨を主張しないかぎり、右猶予により消滅時効が完成しないものと判断することはできないものと解すべきであるから、右の場合においては、当該債務の弁済期の猶予の事実については、債権者においてその主張および立証の責任を負うものというべきである。」

7. 要件事実の範囲 権利根拠規定、権利障害規定、権利滅却規定のいずれについても、立証責任を負う者はその要件事実のすべてについて立証責任を負うことは勿論である。立証すべき要件事実の範囲が問題となった判例がある。

〔14〕最高判昭和45年5月28日（1小、判例時報596号41頁）は、地上権の時効取得について曰く、

「地上権の時効取得が成立するためには、土地の継続的な使用という外形的事実が存在するほかに、その使用が地上権行使の意思にもとづくものであることが客観的に表現されていることを要し、そして、右成立要件が存在することの立証責任は地上権の時効取得の成立を主張する者の側にあると解するのが相当である。」

III 解釈によって立証責任を分配した判例

1. 条文の形式にとらわれずに立証責任を分配した例 民法第94条について条文の形式にとらわれずに解釈によって立証責任を分配する有力な学説があること、および民法第96条についてそれと同一の見解をとった下級審判決があることは、II 3において述べた。

条文の形式にとらわれずに立証責任を分配した他の例として、履行不能による損害賠償請求に関する最高裁の判例がある。履行不能による損害賠償請求については、民法第415条後段が、「債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ」亦同じ、すなわち「(ハ)、債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得」と定めているが、その債務者の責に帰すべき事由によって生じたこと立証責任について、

〔15〕最高判昭和34年9月17日（1小、民集13巻11号1412頁）は、

立証責任に関する判例の研究

「債務が履行不能となったときは、債務者は右履行不能が自己の責に帰すべからざる事由によって生じたことを証明するのてなければ、債務不履行の責を免れることはできない。」(要旨)

とし、大審院の判決(大判大正14年2月27日、民集4巻97頁)をその先例として引用している。すなわち、条文の形式通りに立証責任を分配すれば、「債務者の責に帰すべき事由によって生じたこと」の立証責任を、損害賠償を請求する債権者が負うことになるのであるが、解釈によって立証責任を転換して、「債務者の責に帰すべからざる事由によって生じたこと」の立証責任が、債務不履行の責を免れようとする債務者にあるとするのである。換言すると、あたかも「債務者が履行をなすこと能わざるに至りたるときは、債権者はその損害の賠償を請求することを得。但し、債務者の責に帰すべからざる事由に因りて生じたときは、この限りにあらず」と規定してあるかの如くに解釈して、立証責任を分配したのである。

このように立証責任について条文の文理に反する解釈をする理由として、この最高裁の判決が先例として引用している前掲の大審院判決は、まず履行遅滞の場合について、債務者の責に帰すべからざる事由によること立証責任が債務者にあると解すべき理由を述べ、履行不能の場合についても同様に解すべきであるといっている。曰く、

「蓋給付不能ノ事実存スルニ於テハ、一応債務者ノ過失ヲ推定スルコトヲ得ヘク¹⁾、又之ヲ履行遅滞ノ場合ト対比スルニ、債務者カ履行遅滞ノ責ニ任スルニハ其ノ不履行ニ付債務者ニ過失アルコトヲ要スヘク、此ノ場合ニ於テハ民法第419条第2項ニ於テ金錢債務ノ履行遅滞ニ付テハ特ニ不可抗力ノ抗弁ヲ為スコトヲ得サル旨ヲ規定セルカ故ニ、金錢債務ニ非サル債務ノ履行遅滞ニハ不可抗力ノ抗弁ヲ為シ得ルモノト解セサルヘカラス。従テ債権者カ履行遅滞ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ為スニハ、履行遅滞カ債務者ノ過失ニ基ケルコトヲ証明スルコトヲ要セス、債務者ニ於テ義務ヲ免レント

1) ここに「一応債務者の過失を推定する」とは、事実上の推定であり、このことを立証責任の分配の理由を述べるに当ってもち出してきているのは、立証責任と立証の必要(Iの2参照)とを混同しているからである。

セハ不可抗力ニ基ケル旨ノ証拠ヲ挙クルコトヲ要スルモノナルコト解釈上疑ナキ所ナルヲ以テ、前示挙証責任ノ問題ニ付遲滞ノ場合ト給付不能ノ場合トノ間ニ解釈上區別ヲ為スヘキ理論上ノ理由ナク、既ニ遲滞ノ場合ニ債務者ニ立証責任アリト為ス以上、給付不能ノ場合ニ於テモ亦同様ナリト解スルヲ妥当トスレハナリ。」

債務不履行の場合に立証責任を上記のように分配することは、通説もこれを是認しており、その理由として一般に——民法第419条第2項の規定を根拠とするまでもなく——正面から、「いやしくも債務を負うものが履行期に履行しないときは、みづからその全くやむべからざる事情に基づくことを証明しない以上責任ありとするのが妥当である」と説かれている（たとえば、我妻栄・有泉享著「民法Ⅱ・債権法（新訂2版）」60頁）。

なお、履行遲滞の場合については、民法第415条前段は「債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ為ササルトキハ、債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得」と規定して、条文の文言は、「債務者の責に帰すべき事由に因る」ことを損害賠償請求権発生要件とはしていない。従って判例（たとえば、大判大正10年5月27日、民録27輯963頁）がそれを要件としているのは、解釈によって——履行不能の場合がそれを要件としているとの権衡を考え、また上に引用した判決文がいているように金銭債務についての民法第419条の規定から推論して——要件事実を追加したものである。

2. 解釈によって追加した要件事実についての例1（民法第109条） 解釈によって条文に規定されていない要件事実を追加した場合における、その事実についての立証責任に関する判例として、まず民法第109条の表見代理（代理権授与の表示による表見代理）に関するものを挙げることができる。

表見代理でも、第110条の権限踰越による表見代理については、「第三者カ其権限アリト信スヘキ正当ノ理由ヲ有セシトキハ」という制約がついており、第112条の代理権消滅後の表見代理については、「代理権ノ消滅ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス。但第三者カ過失ニ因リテ其事実ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス」と、但書がついている。ところが第109条は、「第三者ニ対シテ他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ表示シタル者ハ、其代理権ノ範囲内ニ於テ、

立証責任に関する判例の研究

其他人ト第三者トノ間ニ為シタル行為ニ付キ其責ニ任ス」と、何等の制約なしに責任を負うと規定し、但書もついていない。それで第109条についても、表見代理制度の意義からみて、また他の表見代理についての規定との権衡上、他の表見代理について同様に、第三者（代理権授与の表示を受けた者、取引の相手方）の善意無過失を要件とすべきかがまず問題であるが、通説はこれを肯定しており、判例もこれを肯定し、かつその立証責任について、次のように判示している。

[16] 最高判昭和41年4月22日（2小，民集20巻4号752頁）

「民法第109条の代理権授与表示者が、代理行為の相手方の悪意または過失を主張・立証した場合には、同条所定の責任を免れることができる。」（要旨）すなわち、条文に規定のない第三者の善意無過失を要件事実として追加し²⁾、その立証責任について、第三者が善意無過失について立証責任を負うのではなく、代理権授与表示者が第三者の悪意または過失について立証責任を負うとしたのである。

民法第109条の表見代理についての立証責任について、判例が上記のように解するのであるから、それとの権衡上、第112条の表見代理についても、責任を免れようとする本人に第三者（取引の相手方）の悪意または過失の立証責任があるとされる公算が大きい。そうだとすれば、同条は第三者の善意を本文に、その過失を但書に規定しているのであるから、それは条文の形式にとらわれずに解釈によって立証責任の分配をきめたことになる³⁾。

- 2) 表見取締役の行為に対する会社の責任について、商法第262条は「会社ハ……善意ノ第三者ニ対シテ其ノ責ニ任ス」と規定しているが、この場合については、最高判昭和41年11月10日（1小，民集20巻9号1771頁）は、「表見代表取締役の行為につき会社が責任を負うためには、第三者が善意であれば足り、その無過失を要しない」（要旨）と判示して、無過失を要件として追加してはいない。
- 3) 条文の形式通りに立証責任を分配すれば、次のようになる。取引の相手方（条文にいう第三者）が代理行為の本人に対して、代理行為に基づく法律効果を主張した場合に、本人が抗弁として代理権の消滅を主張立証し、これに対して相手方が再抗弁として自己の善意を主張立証し、さらにこれに対して本人が再々抗弁として相手方の善意に過失があったことを主張立証するという順序になり、第三者（相手方）の善意の立証責任は第三者（相手方）にあり、その過失の立証責任は本人にあるということになる。

独協法学

3. 解釈によって追加した要件事実についての例2（民法第612条第2項）

民法第612条は、賃借権の譲渡または転貸について、第1項において「賃借人ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ、其権利ヲ譲渡シ又ハ賃借物ヲ転貸スルコトヲ得ス」と規定し、第2項において「賃借人カ前項ノ規定ニ反シ第三者ヲシテ賃借物ノ使用又ハ収益ヲ為サシメタルトキハ、賃貸人ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」と定めている。この規定について、最高判昭和28年9月25日（2小、民集7巻9号979頁）は、

「元来民法612条は、賃貸借が当事者の個人的信頼を基礎とする継続的法律関係であることにかんがみ、賃借人は賃貸人の承諾がなければ第三者に賃借権を譲渡し又は転貸することを得ないものとすると同時に、賃借人もし賃貸人の承諾なくして第三者をして賃借物の使用収益を為さしめたときは、賃貸借関係を継続するに堪えない背信的所為があったものとして、賃貸人において一方的に賃貸借関係を終止せしめ得ることを規定したものと解すべきである。したがって、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為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行為と認めるに足らない特段の事情がある場合においては、同条の解除権は発生しないものと解するを相当とする。」

と、あたかも第2項に「但し賃貸人に対する背信行為と認めるに足らない特段の事情がある場合はこの限りでない」という但書がついていると同様に解釈した。その後同趣旨の判決が繰返され、それが確定的な判例法となっているのであるが、その特段の事情の有無についての立証責任とついで、次に述べる三つの最高裁の判例がある。

[17] 最高判昭和41年1月27日（1小、民集20巻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ら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ので……ある。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を相当とする。」

[18] 最高判昭和43年3月29日（2小、判例時報517号49頁） 無断譲渡

立証責任に関する判例の研究

の場合について同旨。

なお、大審院時代から判例は、賃借権の無断譲渡または賃借物の無断転貸の場合には、その譲渡・転貸を賃貸人に対抗できないのであるから、賃貸人は賃貸借契約を解除しなくても、所有権に基づいて直接譲受人または転借人に対して賃貸物の返還請求または明渡請求をすることができるとしているが（たとえば、大判昭和6年10月30日、民集10巻982頁⁴⁾、この場合についても最高裁は、前記の昭和28年の最高裁の判決の趣旨に従って、その無断譲渡または無断転貸が賃貸人に対する背信行為と認めるに足らない特段の事情があるときは、その譲受・転借を賃貸人に対抗できるとしている（最高判昭和36年4月28日、2小、民集15巻4号1211頁、等）。そしてこの場合の「特段の事情」の立証責任についても、

〔19〕最高判昭和44年2月18日（3小、民集23巻2号379頁）は、解除権行使の場合におけると同様に、

「賃貸人の承諾を得ないで賃借権の譲渡または転貸が行なわれた場合であっても、それ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ときは、譲受人または転借人は、譲受または転借をもって賃貸人に対抗することができ、右の特段の事情については、譲受人または転借人において主張立証責任を負う。」（要旨）

最高裁の三つの小法廷がすべて同一の見解をとったわけである。最高裁判例がこの特段の事情云々という要件を条文の定めている要件に追加するに当たるとは遣い——それは条文の文言に匹敵する——が、「背信行為と認めるに足りない特段の事情がある場合においては、同条の解除権は発生しない（或は、解除権を行使し得ない）」と、解除権の権利障害事実とし、または「背信行為と認めるに足りない特段の事情があるときは、……譲受または転借をもって賃貸人に対抗することができる」と、対抗するための権利根拠事実としているのであるから、その文言通りに立証責任を分配すれば、当然に上記の判例のようになるわけである。

しかし最高裁判例は、この特段の事情に賃貸人の承諾と同等の効果を認めて

4) ただし学説には反対がある。たとえば、我妻栄「債権各論中巻一」457頁460頁。

独 協 法 学

いる——この特段の事情を賃貸人の承諾の代用物としている——のであるから（たとえば、最高判昭和39年6月30日、3小、民集18巻5号991頁は、「賃貸人の承諾があったと同様に」といっている）、上記のように単純に判例の文言のみに頼ってではなしに、これらの場合における賃貸人の承諾の有無の立証責任の問題に遡って考察してみる必要がある。

(a) まず〔19〕の判例の場合、すなわち賃貸人と無断譲受人または無断転借人との関係からみることとする。民法第612条第1項は、「賃借人ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ其権利ヲ譲渡シ又ハ賃借物ヲ転貸スルコトヲ得ス」と定めている。賃貸人の承諾は、賃借人が賃貸人に対する関係においても有効な譲渡・転貸をする権能を取得するための要件、従って譲受人・転借人が賃貸人に対してその譲渡・転貸を受けたことを対抗するための権利根拠事実であり、その立証責任が譲受人・転借人にあることは、判例（大判昭和10年10月12日、評論24巻民法1027頁）通説（たとえば、我妻栄「債権各論中巻一」456頁）の一致するところである。従ってこの「特段の事情」の立証責任に関する〔19〕の判旨も正当である。

(b) 次に〔17〕〔18〕の判例の場合、すなわち解除権の場合については、問題はそれ程簡単ではない。民法第612条第2項は、上に引用した第1項の規定を承けて、「賃借人カ前項ノ規定ニ反シ（すなわち、賃貸人の承諾なしに）第三者ヲシテ賃借物ノ使用又ハ収益ヲ為サシメタルトキハ、賃貸人ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」と規定している。この第2項の規定の形式からすれば、賃貸人の承諾の不存在が解除権発生権利根拠事実であり、解除権を行使する賃貸人に承諾不存在の立証責任があるということになりそうである。しかし私は、——民法第415条の債務不履行、殊に履行不能による損害賠償請求について、条文の形式にとらわれずに、解釈によって責任を免れようとする債務者に「債務者の責に帰すべからざる事由によって生じたこと」の立証責任があるとしている（Ⅲ1参照）のと同様に——、賃貸借は個人的信頼関係に基づくものであるから、いやしくも賃借人が賃借物を第三者に使用収益させたときは、賃借人において賃貸人の承諾があったことを証明しない限り、解除権が発生すると解する。いいかえると、賃貸人の承諾が解除権の権利障害事実であり、解除を免

立証責任に関する判例の研究

れようとする賃借人が賃貸人の承諾の存在について立証責任を負うと解するのである。従って、その承諾の代用物である特段の事情の立証責任が賃借人にあるとする〔17〕〔18〕の判旨にも賛成である⁵⁾。

IV その他重要な判例

1. 準消費貸借における旧債務の存否 準消費貸借の場合に、旧債務の存否の立証責任がいずれの当事者にあるかについて、

〔20〕 最高判昭和43年2月16日（2小，民集22巻2号217頁）は、準消費貸借契約の効力を争う者が、旧債務不存在の事実を立証する責任を負う、とする。曰く、

「準消費貸借は目的とされた旧債務が存在しない以上その効力を有しないものではあるが、右旧債務の存否については、準消費貸借契約の効力を主張する者が旧債務の存在について立証責任を負うのではなく、旧債務の不存在を事由に準消費貸借の効力を争う者においてその事実の立証責任を負うものと解するを相当とする。」

私はこの判旨に賛成であるが、この判決はそう解するを「相当とする」というのみで、何故「相当とする」かの理由を述べていない。

民法第587条は、「消費貸借ハ……コトヲ約シテ相手方ヨリ金銭其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其効力ヲ有ス」ト規定し、同第588条は、その特則として、「消費貸借ニ因ラスシテ金銭其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ、当事者カ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト為スコトヲ約シタルトキハ、消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス」と規定している。第587条の場合において、「金銭其他ノ物」の授与の事実が、権利根拠事実であり、その立証責任が消費貸借の効力を主張する者にあることには、殆んど疑がない。第588条の場合においても条文の形式からすれば、上と同様に、「金銭其他ノ物ヲ給付スル義務」

5) 借地法の第9条の2（昭和41年に追加）によって、賃貸人が賃借権の譲渡または賃借物の転賃を承諾しない場合に、裁判所が賃貸人の承諾に代わる許可を与えることができるようになったが、賃借人が賃貸人の承諾を得ずかつそれに代わる裁判所の許可をも得ずに譲渡転賃した場合には、上記の特段の事情云々の判例法がなお生きている。

独協法学

の存在の事実が、権利根拠事実であり、その立証責任が準消費貸借の効力を主張する者にあるように見える。しかし私は、次に述べる理由によって、判旨に賛成する。

準消費貸借が和解契約に基づいて締結された場合——すなわち、たとえば売買代金債務の存否について争があり、和解契約によって一定金額の債務があることに合意し、その金額について準消費貸借を締結した場合——には、後日その売買代金債務が存在しなかったことの確証が出たとしても、民法第696条の規定によって、債務者が旧債務（売買代金債務）の不存在を立証して、その準消費貸借の無効を主張することはできない。和解契約が介在しない場合においても、右にやや似て、債務者が旧債務の存在を承認して、準消費貸借が締結されるのである。この旧債務の承認には、和解契約の場合におけるような創設的効果はなく、認定的効果・宣言的効果があるのみで、後日旧債務の不存在を立証して準消費貸借の無効を主張することが許されるが、私はこの場合においても——立証責任との関連において——この債務の承認に意義を認めて、旧債務の承認を準消費貸借に基づく債権の権利根拠事実、旧債務の不存在をその権利障害事実と解すべきであると考える。

大判大正4年8月24日（民録21輯1405頁）は、

「上告人カ……被告人ニ対シ……ノ債務ヲ負担スルコトヲ承認シテ、之ヲ消費貸借ノ目的ト為シタルハ、原判決ノ確定シタル所ナリ。然レハ上告人カ其債務ノ不成立ヲ主張シテ消費貸借ノ効力ヲ争フハ、一旦為シタル承認ノ効力ヲ覆サントスルモノナレハ、其不成立ヲ立証スルノ責任ハ上告人ニ在リト謂ハサルヘカラス。」

といているが、私と同様の見解であるということが出来る。

なお、準消費貸借の成立に際しては、旧債務に関する証書が新債務に関する証書に書き替えられて¹⁾、旧証書が破棄され、しかも、新証書には旧債務のこ

1) 民法第588条は「消費貸借ニ因ラスシテ金銭其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ」と規定しているが、過去の消費貸借を新たな消費貸借に改める場合にも、準消費貸借の成立を認めて差支ないとするのが、判例学説の一致するところであって、[20]の事案もそういう場合である。

立証責任に関する判例の研究

とを表示せずに新たな貸借が行なわれたような記載がなされる場合が多く、後日旧債務存在を証明することが困難であるのが通例であるということであるから、両当事者の衡平という見地からも、判旨のように立証責任を分配すべきである²⁾。

2. 動産の即時取得における無過失 動産の即時取得の場合における「無過失」の立証責任について、大審院時代の判例は、民法第192条の規定する「善意、無過失、平穩、公然」という要件事実のうち、「善意、平穩、公然」は民法第186条によって推定されるが、「無過失」については法律上の推定がないから、即時取得を主張する者にその立証責任があるとしていた（たとえば、大判明治41年9月1日、民録14輯876頁）。ところが、

[21] 最高判昭和41年6月9日（1小、民集20巻5号1011頁）は、この大審院時代の判例をくつがえして、民法第188条の「占有者カ占有物ノ上ニ行使スル権利ハ、之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス」という推定規定を根拠として、即時取得を主張する者に無過失の立証責任がないとし、そう解することが動産流通の保護に適合する所以であるとした。曰く、

「思うに、本法条（民法第192条一筆者）にいう『過失なきとき』とは、物の譲渡人である占有者が権利者たる外観を有しているため、その譲受人が譲渡人にこの外観に対応する権利があるものと誤信し、かつこのように信ずるについて過失のないことを意味するものであるが、およそ占有者が占有物の上に行使する権利はこれを適法に有するものと推定される以上（民法188条）、譲受人たる占有取得者が右のように信ずるについては過失のないものと推定され、占有取得者自身において過失のないことを立証することを要しないものと解すべきである。しかして、このように解することは、動産流通の保護に適合する所以であり、これに反する見解に立つ判例（大審院明治41年9月1日判決、民録14輯876頁）は改むべきものであ

2) 準消費貸借に関する立証責任の判例・学説については、宇野調査官の判例解説（法曹時報20巻8号1844頁）に詳しい。なお、この[20]の判旨に対して、村松俊夫・判例評論 No.114（判例時報519号）122頁および石田穰・法学協会雑誌86巻3号381頁は賛成、倉田卓次・民商法雑誌59巻2号304頁は反対である。

る。」

この判決は、「譲受人たる占有取得者が右のように信ずるについては過失のないものと推定され」といっているが、その推定——民法第188条の規定する法律上の推定（権利推定）を根拠として生じる推定——は法律上の推定の意味であると解せられ³⁾、従ってそれに引続いていっている「占有取得者自身において過失のないことを立証することを要しない」とは、この場合の過失の有無については、即時取得を争う者に過失の立証責任があるという趣旨である。なお、この判例の変更は、学界の通説（たとえば我妻栄「物権法」136頁）に従ったものである。

3. 認知請求における多数関係者——間接事実の立証責任の問題 (1) さらに大審院時代の判例に変更を加えたものとして、認知請求の訴における多数関係者（原告懐胎当時原告の母と被告以外の男との間にも情交関係があったという事実、いわゆる不貞の抗弁、多数当事者の抗弁）についての立証の問題がある。

認知請求の訴において、原告が被告の子であるという事実について原告が立証責任を負うことは明らかであるが、その事実を証拠によって直接証明することはできないので、間接事実を証明して、それを基礎とした推理によって証明せざるをえない。そしてそのために必要不可欠——それだけで十分であるかどうかは別として——の間接事実とは、原告懐胎当時原告の母と被告との間に情交関係があったという事実であり、原告が勝訴するためにはこの事実の存在について裁判官に確信を得させる必要があることはいうまでもない。従ってこの事実（間接事実）について原告が立証責任を負うといっても、敢て不当ではない。しかし私は、前にも述べたように（I 4 参照）、この場合にも、原告の母と被告との間に情交関係があったという間接事実が証明されないので、引いて原告が被告の子であるという主要事実が証明されず、従ってその主要事実について

3) 栗山調査官の判例解説、法曹時報18巻8号1297頁参照。本判決が、即時取得者に無過失の立証責任があるとした大審院時代の判例を変更することを明言している点からみても、この「推定」ということばは、事実上の推定の意味ではなく法律上の推定の意味で使われたものと解すべきである。

立証責任に関する判例の研究

立証責任を負う原告に不利に判断されると考えてよく、間接事実そのものについては立証責任を問題にする必要はないと思う。

原告懐胎当時原告の母と被告との間に情交関係があったとしても、当時原告の母と被告以外の男との間にも情交関係があったとすれば、原告が被告の子であるかどうか疑わしくなるのであって、ここで問題としているのはこの後者の事実の立証に関してである。

この点について大審院時代の判例は、そういう関係の不存在について原告が立証責任を負うとしていた。大判明治45年4月5日（民録18輯343頁）が、

「甲男ト乙女ト相通シ乙女ヨリ生レタル子カ甲男ニ対シ私生子ノ認知ヲ請求スルニハ、単ニ甲男ト乙女ト情交ヲ通シタルノ事実ヲ証明シタルノミヲ以テ足レリトセス、乙女カ其懐胎当時ニ於テ他ノ男子ト通セサリシ事実関係ヲ、乙女ノ操行其他乙女カ懐胎当時ニ於ケル四囲ノ情況ニ依リテ確立シ、以テ甲男ト乙女ノ交通カ乙女懐胎ノ唯一ノ原因タリシ事実ニ付キテ、裁判所ノ心証ヲ得ルコトヲ要シ、事実証拠ニ依リテ乙女カ他ノ男子ニ接セサリシコトノ心証ヲ裁判所ニ起サシムルコトヲ得サリシ原告ハ、私生児認知ノ訴ニ於テ敗訴スヘキモノトス。……原判決ニハ所論ノ如ク立証ノ責任ヲ転倒シタル違法ナ（シ）。」

とし、以後この見解が貫かれていた。条文の根拠なしに、原告に原告の母と被告以外の男との間に情交関係がなかったことの立証責任を負わせていたのである。学説は一般にこれに反対し、被告以外の男との関係絶無の立証責任を原告に負わせることは、殆んど不可能を強いるものであって、被告以外の男との関係があったという事実は、被告の立証責任に属すべきものであると主張していた。

最高裁判所の時代になって、上記の大審院時代の判例がくつがえされた。その最初に報告された判決は、

[22] 大阪高判昭和29年8月21日（高裁民集7巻8号601頁）（前掲〔4〕）である。この判決は、大体において上記の学説に従って、まず大審院時代の判例は、「殆ど婦女の不貞を推定するに等しく、……到底之に従うことは出来ない」と述べた上で、次のように判示した。

「立証責任の分配の見地より見るときは、認知の請求を為す者に於て相手方たる男子との性交の結果妊娠した事実の立証責任を負担することは勿論であるが、いやしくも問題の子を懐胎したと認められる期間中に相手方たる男子との間に性的交渉のあった事実が立証された以上は、反証が無い限り此の性交の結果妊娠したものと一応の推定（所謂事実上の推定）を為すべきであり、従って立証責任は終始認知請求者の側にあるが、所謂立証の必要は相手方たる男子に移り、此の者に於て、右期間中に他の男子との間にも同様の関係が結ばれ、従って問題の子の父であるかも知れぬ者が自己以外に存在する旨の所謂多数関係者の抗弁を提出し、且、此の事実を立証（所謂反証を提出）し得ない限り、右の事実上の推定を阻止することは出来ないものと解するのが相当である。」

この判決は、この問題を事実上の推定によって解決し、その事実上の推定を阻止するためには、被告において他にも関係者があったという事実を立証しなければならないとする。大審院時代の判例は、他に関係者がなかったという事実を補強間接事実とし、その立証責任が原告にあるとしていたのに対し、この判決は、他にも関係者があったという事実を反対間接事実とし、その立証を被告においてする必要があるとする。そしてこの判決は立証責任ということばを主要事実についてのみ使っているが、間接事実についても立証責任を問題とすべきであるとする見解を採れば、被告に多数関係者の存在についての立証責任があるという趣旨になる⁴⁾。

(2) 最高裁判所も、大審院時代の判例に反対するが、上記の大阪高裁判決のように、原告の母と被告との情交関係という事実のみから簡単に事実上の推定

4) この判決は、立証責任の所在は終始変わらず、被告に移ったのは立証の必要であるといっているが、その立証責任の所在が終始変わらないというのは主要事実についてであって、その移った立証の必要は、いわゆる多数関係者の抗弁を提出しその事実を立証する必要である。その多数関係者の存在について被告が裁判所に確信を得させることができず、存否不明の場合には、存在しないもの——従っていわゆる多数関係者の抗弁が成立しないもの——と取扱う、というのがこの判決の趣旨（「此の事実を立証……しな得い限り」といっている）、すなわち多数関係者の存在という間接事実の立証責任が被告にあるとするものというべきである。

立証責任に関する判例の研究

をするという事はしない。その最高裁の判決の一つとして、上記の大阪高裁判決の上告審判決である

〔23〕 最高判昭和32年6月21日（2小，民集11巻6号1125頁）も，大審院時代の判例は同判決の「趣旨に副わない限度においてこれを変更する」としたが，大阪高裁判決中の事実上の推定の点に関しては，より慎重であって⁵⁾，次のように判示した。

「本件において原審の確定した前示事実関係によれば，(イ)原告の母が原告を懐胎したと認められる期間中，被告と継続的に情交を結んだ事実があり，且つ(ロ)被告以外の男と情交関係のあった事情が認められず，(ハ)血液型の検査の結果によっても，被告と原告との間には血液型の上の背馳がないのであるから，原告は被告の子たることを推認するに難くないのであって，況んやこの推認を妨ぐべき別段の事情は存しないのであるから，原告が被告の子であるとの事実は証明されたものと認めても，経験則に違反するところがない。」（イ・ロ・ハは筆者の挿入，被上告人・上告人を原告・被告と書替。）

この判決より前に，最高裁第1小法廷によって，次のように既にほぼ同趣旨

5) この判決における少数意見である藤田裁判官は，原審のこのような事実上の推定に明瞭に反対して，次のようにいっている。

「しかしながら，婚姻若しくはこれに準ずべき内縁関係のないいわゆる私通関係にある男女間に生れた子に関し，その関係持続中に懐胎したというだけでただちに懐胎された子がその相手方たる男の子であることの『事実上の推定』が立証責任の問題として無条件に是認されてよいであろうか。

「職業的に性交を常習とする女について，かような推定のなりたないことは常識上当然である。また，良家の子女に対して一概にいわれる不貞を推定することは原判決のいうごとく改正民法1条の2の理念に反するであろう……。しかし本件原判決認定のような大正12年以来昭和4年までカフェーの女給として働いていて，当時大阪医科大学在学中の被告と情交関係を結んだという境涯の女子について無条件に，原判決のいうがごとく事実上の推定が成り立つものとするのは，いささか早計ではなからうか。

「原判決は，この法則支持の一証拠として挙証の困難を挙げている。……しかし立証の困難は相手方にもある。本件のようにすでに分娩より20年余の歳月を経た今日において，20余年前にカフェーの女給をしていた女に他にも関係者があったという事実の立証の困難はまさに上告論旨の指摘するとおりであらうと思われる。」

の判決がなされていた。

[24] 最高判昭和31年9月31日(1小,民集10巻9号1135頁)〔[1]に引用した判決〕

「認知の訴において、(イ)甲(原告)の母は、受胎可能の日に、乙(被告)と情交を通じた事実、(ロ)各種血液型の検査、血液中の凝血素価と凝集素の分析の結果によれば、甲乙間に父子関係があっても矛盾することのない事実、並びに(ハ)乙は、甲の出生当時、甲を抱擁する等父親としての愛情を示したことがある事実、その他判文記載の事実関係(判決理由参照)⁶⁾が認められる以上、他に別段の事情のないかぎり、甲が乙の子であるとの事実は証明せられたものというべきである。」(要旨)

原告懐胎当時原告の母と被告以外の男との間に情交関係があったか否かの点について、この判決は、原審判決が「原告の母は……数え年18才のとき以来引続きバーの女給として勤めて来た者で……、昭和7年頃被告より紹介された和蘭商人……と情交関係を結んだことがあり、更に昭和12年にも……同人との間に同様の関係を結んだ結果妊娠し呼吸器疾患の理由で墮胎手術を受けたことがある」との事実を認定しているのに対して、「右原告の母の経歴に関する原審認定の事実は同人が原告を受胎した当時被告以外の男子と情交関係のあったことを推認せしめるものではなく、また……⁷⁾。そしてそれ等を総合考察しても、……本訴当事者間の父子関係を推認することを妨げる別段の事情ありとなすには足りない」といっている。

この第一小法廷の判決の後に、[23]の第二小法廷の判決があり、さらに第三

6) 原審が確定した事実として、次のような事実を挙げている。「(イ)被告は昭和18年2月頃原告の母から妊娠の旨を告げられ、その後分娩までの間、数回原告の母を訪ねており、(ロ)出産の当時は原告を見て自分の子でないと言ったこともなく、原告を抱擁し或はむつきを取替えるなど父親としての愛情を示したことがあるばかりでなく、(ハ)分娩費、生活費の一部を負担しているものであり、また(ニ)年少時代からの知合であった原告の母の姉に対して原告の母の妊娠につき男として責任を持つ旨言明したことがある。」

7) この省略した部分は、「また判示指紋、掌紋及び人類学的考察上の結果の如きも、参考の一資料たり得るか否かは格別、それのみを以て本訴当事者間に父子関係の存在することを否定する資料となすことはできないのである」という文言である。

立証責任に関する判例の研究

小法廷も、

〔25〕 最高判昭和32年12月3日（3小，民集11巻13号2009頁）において、それら二つの判決を引用して、同趣旨の判決をした。曰く、

「認知の訴において、(イ)甲（原告）の母は、受胎可能の期間中乙（被告）と継続的に情交を結んだ事実があり、(ロ)右期間中甲の母が乙以外の男と情交関係のあった事情は認められず、(ハ)乙は甲出生の頃甲の母を妻に迎えたい旨申入れた事実があり、(ニ)血液型からすれば乙が甲の父であり得べきときは、他に別段の事情のないかぎり、乙は甲の父であると推認すべきである。」（要旨）

上記要旨中(ロ)の原告の母と被告以外の男との情交関係の有無についての判決文は、「原告の母が情交関係を結んでいたと主張される男たちのうち、訴外丙は情交関係継続の時期及び血液型から見て原告の父であることを否定しなければならず、その他の男たちと原告の母との関係は単なる噂や推測にすぎないものであって、原告の母が原告を妊娠し得べき期間に被告以外の男と情交した事実は認められない」といっている。

なお、この事件の原告の母は農村の子女であり、祖父の居宅前にある祖父の雑貨店の店番をし、弟と同店舗に寝泊りしていた。

(3) 以上に長々と認知請求の訴における父子関係の事実認定に関する判例を引用したのは、間接事実の立証責任という問題について考えてみるためである。

〔22〕の大阪高裁の判決について述べたように、間接事実についても立証責任を問題とすべきであるとする見解を採れば、同判決は、主要事実（原告が被告の子であるという事実）について立証責任を負う当事者（原告）が、その主要事実の存在を事実上推定させるに足る間接事実（原告懐胎当時原告の母と被告との間に情交関係があったという事実——この判決はこの事実のみで足るとする）を立証したときは、反対間接事実（当時原告の母と被告以外の男との間にも情交関係があったという事実）の立証責任は相手方（被告）にある、とするものといえることができる。

最高裁の判決はいずれも、事実上の推定ということばを使わず、一定の間接事実（大阪高裁判決とは異なって、原告の母と被告との間の情交関係のほかに、

血液型上の背馳がない等の事実をも加えている)が証明された場合に、「原告が被告の子であること(主要事実)を推認⁸⁾することができ、この推認を妨ぐべき別段の事情が存しないから、原告が被告の子であるとの事実は証明せられたものというべきである」、或は「他に別段の事情のないかぎり、被告は原告の父であると推認すべきである」といっている。これらのことば遣いからいって、その別段の事情は相手方(被告)においてこれを反対間接事実として主張し立証することを要するとする意味と解しなければならない⁹⁾。

そして上記の最高裁の三つの判決のうち〔24〕は、受胎当時他にも関係者があったという事実を、推認を妨げる別段の事情の一つとしているとみるべきであるから、——間接事実についても立証責任を問題とするとすれば——その事実についての立証責任については、上記の大阪高裁と同一見解であるといえる。〔23〕と〔25〕は、当時他に関係者のあった事情が認められないということ、推認の前提事実の一つとして掲げている。推認の前提事実としている点からみれば、他の関係者の不存在の立証責任を原告が負うとしているようにも考えられるが、他に関係者のあったことが「認められず」という表現をしている点からみると——殊に大審院の判決が「当時他ノ男子ト通セサリシ事実関係ヲ確定シ」といっているのと比較すると——、これらの判決の趣旨も〔24〕および大阪高裁判決の〔22〕と同様に、当該事件では他の関係者の存在の立証責任が被告にある、とするものと解することもできなくはない。このように解すると、多数関係者の存否の立証責任についての判例の見解が、大審院時代と最高裁時代とで明確に変わったといえることができる。少なくとも、常に他の関係者の不存在の立証責任が原告にあるとはしなくなったことは、明らかである。

8) 推認ということばの意味について、最高判昭和43年2月1日(1小、判例時報514号54頁)は、「裁判所が……、証拠によって認定された間接事実を総合し経験則を適用して主要事実を認定した場合に通常用いる表現方法であ(る)」といっている。

9) 従って事実上の推定といっても推認といっても、実質的には差異がない。ただ事実上の推定ということばは、類型的な形をとる場合、相当程度の普遍的適用性がある場合に限って用いるのが、適当であり通例である。最高裁判決が事実上の推定ということばを使わなかったのも、当該事件に特有とも考えられる数多くの事実を間接事実としているからであろう。

立証責任に関する判例の研究

(4) 以上は、間接事実についても立証責任の問題があるものとして述べたのであるが、私は立証責任は主要事実についてのみ問題となり、間接事実については厳格な意味における立証責任は存在しないと考える。間接事実の存否(真偽)不明の場合にどう取扱うかは、裁判官の自由心証の範囲内の問題であって、裁判官は、他の間接事実との関係をも考慮し、論理の法則および経験則に反しない限り、その事件における具体的立証状態によって、その事実を存在しないものと取扱うことも、存在しないものではないと取扱うことも、或はまた存否不明という状態のままに主要事実の存否の判断に役立てることもできるものとする。訴訟において究極的に確定しなければならない事実は主要事実(要件事実)であるから、主要事実についてはその存否不明の場合には、存否いずれかに取扱うことを要するが、間接事実は主要事実の存否を判断する資料であるから、必ずしもその必要はないのである。

前に述べたように、主要事実について原告に立証責任がある場合に、その主要事実を推認させるのに必要最少限度の間接事実については、その立証責任が原告にあるということもできるが、この場合にも強いて立証責任の問題とする必要はなく(換言すれば、その間接事実の存否が不明の場合に強いてその事実が存在しないものと取扱う必要はなく)、率直にその間接事実の存否が不明のため主要事実の存否も不明となるとして、主要事実についての立証責任によって解決すべきである。またその必要最少限度の間接事実が何であるかは、それぞれの事件の具体的事情によって異なる。主要事実についてのように法規によって何が主要事実(要件事実)であるかが定まっているわけではない。たとえば認知請求事件において、原告が被告の子であるという主要事実を推認するのに、原告懐胎当時原告の母と被告の間に情交関係があったという事実¹⁰⁾のみでは不十分であるとして、その他に当時原告の母と被告以外の男との間に情交関係がなかったという事実が証明されれば推認できるであろうし、またその事実の代りに、血液型の背馳がなく、かつ被告が生れてくる子供には責任をもつといった等の事実が証明された場合にも、別段の事情がない限り推認できるであ

10) この間接事実の存在は必要不可欠である。

らう。

次に、原告の母と被告以外の男との間の情交関係ということを中心に考察すると、上記の例の前者の場合、すなわちその不存在が主要事実を推認するための補強間接事実となっている場合には、その存否不明は原告の不利に働く。これに反し、後者の場合には、他の男の間にも情交関係があったとすれば、それが主要事実の推認を妨げる別段の事情、すなわち反対間接事実となり、その存否不明の場合には推認を妨げることができない。いいかえるとその存否不明は被告の不利に働く。従って、前者の場合にはその不存在の立証責任が原告にあり、後者の場合にはその存在の立証責任が被告にある、ということもできなくはない。しかし、立証責任の所在は訴訟のはじめから定まっていて、訴訟の経過によって一方から他方に移転するものではない。ところが、上記の場合、はじめは原告の母と被告との間の情交関係の存在と被告以外の男との間の情交関係の有無のみが問題となっていたところ、訴訟の進行に伴って、血液型の背馳がないこと、被告が生れてくる子供には責任をもつといった等の事実が証明されてきたとすると、被告以外の男との情交関係の有無についてのいわゆる立証責任が原告から被告に移ることになる。すなわち、それは厳格な意味における立証責任ではないのである¹¹⁾。

さらに私は、間接事実については存否不明のまま主要事実の存否認定の役に立てることもできると考える。大阪高裁が〔22〕の判決において、原告懐胎当時原告の母と被告との間に情交関係があったという事実から、直ちに原告が被告の子であると推定できるとし、これに批判があったことは前に述べた。もし、その事実のみで、或はその事実とあまり強力でない間接事実とから、事実上の推定をすることを是認するとしても、その推定は極めて弱い推定、低度の推定であるといわなければならない。そういう低度の推定の場合には、当時原告の母と被告以外の男との間にも情交関係があったという事実について、裁判所が確信を得るに至らず、七分位の心証をもったにすぎない場合（すなわち存否不明の場合）にも、それによって推定が阻止され、原告が被告の子であると

11) 兼子・岩松編「法律実務講座」民事訴訟編第4巻126頁は、これらの場合についても立証責任（間接事実の立証責任）といている。

立証責任に関する判例の研究

いう主要事実の存否が不明と判断することができるのである¹²⁾。

附 記

最後に商法、手形法および自動車損害賠償保障法に関する、最高裁判所の立証責任およびそれに関連する判例を、附記する。

1. 名板貸をした者の責任 名板貸をした者の責任について、商法第23条は、「自己ヲ営業主ナリト誤認シテ取引ヲ為シタル者ニ対シ」て責任を負うと規定しているのみであるが、最高判昭和41年1月27日（1小，民集20巻1号111頁）は、「名板貸人は、自己を営業主と誤認するについて重大な過失があった者に対しては、商法第23条所定の責任を負わないと解するのが相当である」（要旨）と、解釈によって例外を認めたと、その権利障害事実である「重大な過失」の立証責任について、

[26] 最高裁昭和43年6月13日（1小，民集22巻6号1171頁，1174頁）

「所論被告の重大な過失は、商法23条の定める責任を免れようとする原告人において立証責任を負うべきものと解すべき（である）。」

2. 白地手形の補充権の濫用および手形の変造 白地手形の補充権の濫用および手形の変造に関する立証責任について、大阪高裁判決とその上告審判決である最高裁判決とが報告されているが、手形の変造に関する立証責任については、両者の見解が異なっている。

この事件では、約束手形の金額と支払期日とが問題となっているのであるが、被告が金額欄を白地にしてその下方に算用数字で金額を鉛筆書きし、支払期日欄には算用数字で期日を鉛筆書きした約束手形三通を作成し、これを訴外会社に交付し、その会社の代表者訴外甲の弟乙がこの三通の約束手形を原告に交付した。原告はこの三通の約束手形のいずれか一通（いずれであるかは結局不明）を使って、右鉛筆書きの部分消して、金額欄に右三通に書かれた鉛筆書きの金額の合計額よりも大きい金額を、支払期日欄に右三通に書かれた鉛筆書きのいずれの期日よりも早い期日を記入した。それが本件で問題となっている

12) 同見解，土井調査官，最高判昭和31年9月13日（〔24〕）に対する判例解説中，法曹時報8巻11号1595，6頁。

独協法学

約束手形である。

大阪高裁は、右事実関係に基いて、(1)金額については、被告が右三通の約束手形の金額欄の下方鉛筆書きでした記入は、金額欄白地であるから、将来の手形取得者の補充の資料的意味しかなく、手形金額を白地として振出したものであるとし、従って白地補充権の濫用であるとし、(2)支払期日については、鉛筆書きではあるが、確定の支払期日を記載したものと解すべきであるとし、従って変造であるとした。そして三通の約束手形のうちいずれを使用したかが不明なので、問題の手形について補充することを認められた金額および変造前の支払期日が不明であり、それらについての立証責任の所在が争われることになったのである。

(1) 白地補充権濫用の場合における悪意又は重過失 白地補充権の濫用について、手形法第10条は、「未完成ニテ振出シタル為替手形ニ予メ為シタル合意ト異ル補充ヲ為シタル場合ニ於テハ、其ノ違反ハ之ヲ以テ所持人ニ対抗スルコトヲ得ズ。但シ所持人ガ悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ為替手形ヲ取得シタルトキハ、此ノ限ニ在ラズ」と規定している（手形法第77条により約束手形に準用）。その悪意又は重過失の立証責任について、上記の事件において、

〔27〕 大阪高判昭和39年6月15日（高裁民集17巻5号261頁）は、

「手形金額についての白地手形取得者の補充権の濫用の事実、すなわち特定の手形の白地金額の補充について白地署名者と相手方間に特定の金額に限定する旨の合意があり、右手形取得者が悪意で右合意金額を超えて金額欄を補充したとの要件事実は、これを主張する者において立証責任を負うものと解するのが相当である。」（要旨）

とし、その上告審判決である

〔28〕 最高判昭和42年3月14日（3小，民集21巻2号349頁）も、同じく、

「約束手形の金額欄の白地の補充について、第三者が、補充権に関する合意に反することを知り、または重過失により知らないで、右白地を補充したこと、または右合意に反して補充された手形を取得したことの立証責任は、振出人が負う。」（要旨）

とした。その最高裁判決の判決文は次のようにいっている。

立証責任に関する判例の研究

「手形金額を白地として約束手形を振り出した者は、その手形につき、合意により予定された金額をこえる金額を手形金額とする補充がなされた場合においても、右違反をもって手形の取得者に対抗しえないのを原則とし（手形法 77 条 2 項, 10 条本文）、ただ例外として、(一)手形を取得した者において右補充が合意に違反してなされたものであることを知り、もしくは重過失によりこれを知らないでこれを取得したとき、または、(二)合意の内容を知り、もしくは重過失によりこれを知らないで手形を取得した者が、合意に違反する補充をしたときには、振出人は、右合意により予定された金額の限度において手形上の責を負うに止まるのである。したがって、右(一)または(二)の事実の主張、証明がないときは、これによる不利益は振出人にこれを帰せしめなければならない。」

(2) 手形変造の場合における変造前の文言 手形の変造について、手形法第 69 条は、「為替手形ノ文言ノ変造ノ場合ニ於テハ、其ノ変造後ノ署名者ハ変造シタル文言ニ従ヒテ責任ヲ負ヒ、変造前ノ署名者ハ原文言ニ従ヒテ責任ヲ負フ」と規定している（手形法第 77 条により約束手形に準用）。その変造前の原文言の立証責任について、上記の事件において、

〔27〕 大阪高判昭和 39 年 6 月 15 日（前掲）は、

「手形変造の法律効果を主張する者は、その要件事実として、手形債務者として署名した特定の者の署名当時における手形文言について立証責任を負うものと解するのが相当である。」（要旨）

とした。その「手形変造の法律効果を主張する者」とは、この事件においては振出人である。この事件では、三通の手形の支払期日はそれぞれ昭和 34 年の 3 月 7 日、3 月 12 日、4 月 26 日であったが、そのいずれか一通の支払期日欄の鉛筆書きの記載を消して、昭和 34 年 2 月 25 日と記載したのであった。この判決は、本件事案について、

「本件は、被控訴人は振出人として署名のうえ、支払期日を夫々記載して三通の約手を振り出したところ、その後、これを取得した控訴人が右三通の約手の支払期日のどれかを変造したことまでの立証はできたが、三通の約手のどの支払期日を変造したのかすなわち変造前の手形の原文言の内容

について遂に立証できなかつた事案である。

「そこで、右立証責任の分配にしたがって、その不利益は変造を主張する被控訴人に帰せしめなければならないが、被控訴人にとって、最も不利益な支払期日は、昭和34年3月7日であることは多言を費すまでもない。」
といて、「被控訴人は、支払期日は同年3月7日の範囲で責任を負わなければならない」とした。

これに対して、その上告審判決である

[28] 最高判昭和42年3月14日(3小, 前掲)は、それをくつがえして、

「約束手形の満期の記載が変造された場合には、変造前の文言については、手形所持人が立証責任を負う。」(要旨)

とした。判決文は次のようにいっている。

「約束手形の支払期日(満期)が変造された場合においては、その振出人は原文言(変造前の文言)にしたがって責を負うに止まるのであるから(手形法77条1項7号, 69条)、手形所持人は原文言を主張、立証した上、これにしたがって手形上の請求をするほかはないのであり、もしこれを証明することができないときは、その不利益は手形所持人にこれを帰せしめなければならない。」

そして、従って本件においては、「支払期日については、被上告人甲(手形所持人)に最も不利益な昭和34年4月26日を支払期日として責を負うに止まる」とした。

3. 裏書の連続による推定 裏書の連続の効力について、手形法第16条第1項は、「為替手形ノ占有者ガ裏書ノ連続ニ依リ其ノ権利ヲ証明スルトキハ、之ヲ適法ノ所持人ト看做ス。……」と規定しているが、この「看做ス」は推定の意味であることは一般に認められている(最高判昭和36年11月24日, 2小, 民集15卷10号2519頁)。すなわちいわゆる権利推定の規定である。この推定を覆すためには、同条第2項(「事由ノ何タルヲ問ハズ為替手形ノ占有ヲ失ヒタル者アル場合ニ於テ、所持人ガ前項ノ規定ニ依リ其ノ権利ヲ証明スルトキハ手形ヲ返還スル義務ヲ負フコトナシ。但シ所持人ガ悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ之ヲ取得シタルトキハ、此ノ限ニ在ラズ。」)による手形の善意取得の不存在を

立証責任に関する判例の研究

も主張立証しなければならないかについて、

[29] 最高判昭和41年6月21日（3小，民集20巻5号1084頁）は，約束手形
の事件において，次のようにいっている。

「同条項（手形法16条1項一筆者）による推定を覆すためには，上告人
（被告，振出人一筆者）において，本件手形が有効な振出および裏書によ
り被上告人（原告，手形所持人一筆者）の所持に帰したものでない所以を
主張立証するだけでは足りず，さらに手形法16条2項本文による手形上の
権利の取得もないこと，すなわち，同条項但書により，手形取得者に右の
点に関する悪意または重大な過失があったことをも併せて主張立証しなけ
ればならないものと解する。」

4. 自動車損害賠償保障法第3条但書 自動車損害賠償保障法第3条は，
自動車の運行による人身障害について，民法第709条の特則を定め，「自己の
ために自動車を運行の用に供する者は，その運行によって他人の生命又は身体
を害したときは，これによって生じた損害を賠償する責に任ずる。ただし，自
己及び運転者が自動車の運行に関し注意を怠らなかつたこと，被害者又は運
転者以外の第三者に故意又は過失があったこと並びに自動車に構造上の欠陥又は
機能の障害がなかつたことを証明したときは，この限りでない」と規定してい
る。立証責任転換の規定であって，但書に列挙してある事実についての立証責
任を，責任を免れようとする被告に負わせたものであるが，その列挙された事
実の立証について、

[30] 最高判昭和45年1月22日（1小，民集24巻1号40頁）は，次のように
いっている。

「自己のため自動車を運行の用に供する者が，その運行によって他人の生
命または身体を害し，よって損害を生じた場合でも，右運行供用者におい
て，自動車損害賠償保障法3条但書所定の免責要件事実を主張立証したと
きは，損害賠償の責を免れるのであるが，しかし，右要件事実のうちある
要件事実の存否が，当該事故発生と関係のない場合においても，なおかつ，
該要件事実を主張立証しなければ免責されないとまで解する必要はなく，
このような場合，運行供用者は，右要件事実の存否は当該事故と関係がな

独 協 法 学

い旨を主張立証すれば足り、つねに右但書所定の要件事実のすべてを主張立証する必要はないと解するのが相当である。」

(昭和46年11月28日)