

## 論 說

# 医療過誤訴訟における過失の証明と認定(3) ——日中の比較法的考察に基づく中国法の 新たな解釈論の展開——

張 瑞 輝\*

### 序 論

第一章 日中の医療過誤訴訟に関する基礎的考察

第二章 医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する中国法の考察

第一節 医療過誤訴訟に関する中国の法整備

第二節 証明責任の転換——証拠解釈4条1項8号 (以上252号)

第三節 過失の推定——不法行為法58条1項1号

第四節 医療水準論——不法行為法57条

第五節 小括

第三章 医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する日本法の考察

第一節 証明責任の転換に関する日本法の慎重な態度(以上256号)

第二節 過失の「一応の推定」

第一款 「推定」の概念

第二款 判例

第一項 判例群の整序

第二項 小括——許容前提と許容基準の析出

第三款 学説

第一項 事実上の推定説

第二項 証明責任の分担説

第三項 証明度の軽減説

第四項 立証軽減の法理説

(以上本号)

第五項 証明責任の転換説

第四款 検討

---

\* 華東政法大學外國法與比較法研究院研究員

第一項 「一応の推定」法理の純化

第二項 小括

第三節 医療水準論

第四節 小括

第四章 日中の比較法的考察に基づく中国法の新たな解釈論

第一節 証明責任の転換に関する検討

第二節 過失の推定に関する検討

第三節 医療水準論に関する検討

結 語

### 第三章 医療過誤訴訟における過失の証明と認定に関する 日本法の考察

#### 第二節 過失の「一応の推定」

過失の「一応の推定」<sup>1)</sup>は、日本の判例法によって形成されてきた古い法理である。一般論として取り上げられた最初の判決は、大判明治40年3月25日・民録13輯328頁の事案まで溯ることができる。実務上、後に述べるように、当該法理の適用は、主に他人の所有山林での立木の伐採事例、保全処分 の不当執行事例、医療過誤訴訟事例における不法行為責任を成立させる構成要件とされる過失ないし因果関係の存否の認定について展開されている。また近頃、当該法理の活用は、医療過誤訴訟の分野からさらに拡張し、公害訴訟、航空事故による損害賠償訴訟というほかの現代型訴訟の分野においても被害者救済のための過失ないし因果関係の証明困難の有効的な軽減策として大いに期待されている<sup>2)</sup>。

学説には、過失の「一応の推定」につき、その法的性質、許容基準お

---

1) 「一応の推定」の中での「一応」という用語は、疎明とまぎれて必ずしも適切でない指摘されている。中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法講義【第2版補訂版】』（有斐閣、2007年）354頁〔青山善充執筆〕参照。具体的に言えば、「一応」と称されても、疎明で足りる場合ではないから、要証事実に対する証明の程度は一般の証明と同様に裁判官の確信を抱かせる程度に達することが必要とされる。

2) 安井英俊「現代型訴訟における『一応の推定』の機能について」同志社法学59巻3号（2007年）300～306頁。

よび許容効果と関連して、理論的な位置付けをどのように考えるかという点に見解の対立が存在している。多数説である事実上の推定説<sup>3)</sup>では、過失の「一応の推定」は、経験則の適用による事実上の推定の一態様にほかならないとされた上で、一般の事実上の推定と異なり、過失事実の抽象的・不特定の認定の許容と、過失の抽象的・不特定の推認を妨げる特段の事情についての相手方の反証責任という二つの特質を有するものであるとされている。このほか、証明責任の分担説、証明度の軽減説、立証軽減の法理説、証明責任の転換説といった学説があり、議論状況が極めて錯綜している<sup>4)</sup>。

過失の「一応の推定」の理論的な位置付けに関し、その議論が長期かつ多岐にわたる日本法の学説状況とは対照的に、過失の推定を規定している中国の不法行為法 58 条 1 項 1 号は、2010 年 07 月 01 日より施行されてから日が浅く、その法的性格、許容基準および許容効果に関する議論が不十分である。したがって、不法行為法 58 条 1 項 1 号をめぐる解釈論を再構成する目的を実現するために、表面証拠説（第二章第三節第四項参照）からみて同質なものとする日本法における過失の「一応の推定」法理の生成過程にある一連の裁判例を整理し、学説の議論状況を改めて確認することは重要かつ不可欠である。以下では、第一、二、三款では「推定」の概念、過失の「一応の推定」に関する判例、過失の「一応の推定」に関する学説をそれぞれ検討し、最後に第四款で、過失の「一応の推定」に関する学説上の諸論者の見解の相違に焦点を当てつつ、日本法における過失の「一応の推定」法理の純化を試みることにする。

## 第一款 「推定」の概念

### ——検討の前提として

推定の語は、法律学上の慣用語でありながら、その語義は決して明白

3) 中野貞一郎『過失の推認』（弘文堂、1978年）1～66頁。初出、同「過失の『一応の推定』について（1）——自由心証と挙証責任の境界——」法曹時報 19 卷 10 号（1967年）8～40頁。同「過失の『一応の推定』について（2・完）——自由心証と挙証責任の境界——」法曹時報 19 卷 11 号（1967年）20～36頁。1978年版の著書が上記二篇の論文を集録した。ただし、所収された際にかんがりの程度まで書き改められている。

4) 中西正「過失の一応の推定」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣、2002年）584頁。

で疑問の余地がないものではない<sup>5)</sup>。過失の「一応の推定」を検討する前提として、推定という概念についてその多義性を確認しておく必要があると思われる。

推定とは、甲事実（前提事実）から乙事実（推定事実）を推認することである。民事訴訟法上、推定には、事実上の推定と法律上の推定とがある。事実上の推定とは、裁判官が心証を形成する過程で、経験則を利用してある事実から他の事実を、事実上行うことをいう。裁判官の自由心証主義の一作用として経験則の適用により行われ、証明責任を変動させないものである。これに対して、この場合の経験則が予め法規（法律上の推定規定）になっており、その規定の適用により行われ、証明責任の転換を伴うものを法律上の推定という。法律上の推定規定は、証明困難な推定事実または推定権利の発生原因事実の代わりに、証明の容易な前提事実の証明をすれば足りるとする趣旨の定めであり、推定事実についての証明責任を緩和するためのものである<sup>6)</sup>。

事実上の推定はさらに二つに区別され、一般の事実上の推定と一応の推定がある。両者はともに裁判官の自由心証枠内における経験則の適用に行われるものであるが、利用される経験則が高度の蓋然性をもち、前提事実の証明さえあれば、推定事実の心証も一挙に証明度に近づく事実上の推定は、一応の推定と呼ばれる。一応の推定は、不法行為の要件としての過失と因果関係の認定に限って認められている<sup>7)</sup>。事実上の推定であることに変わりはないから、法律上の推定におけるような証明責任の転換は生じない。一般の事実上の推定の場合には、推定事実は具体的に特定された事実でなければならない。これに対し、一応の推定の場合には、高度の蓋然性をもつ経験則に依拠して、なんらかの過失行為と因果関係の一応十分な証明ありとすることができ、具体的に特定された事実を認定しなくてもよい。

法律上の推定はさらに二つに区別され、法律上の事実推定と法律上の権利の推定がある。前者は「甲事実があるときは乙事実があるものと推

5) 兼子一「推定の本質および効果について」同『民事法研究・第I巻』（酒井書店、1969年）295～340頁。

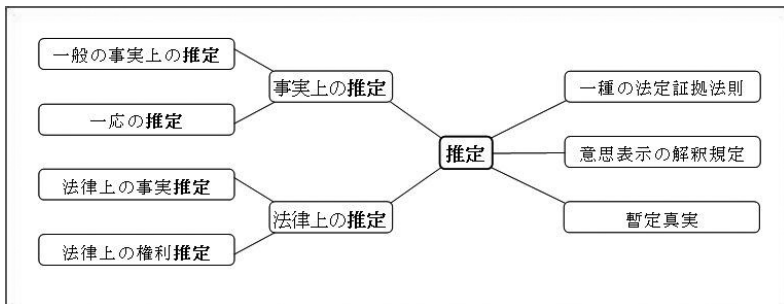
6) 新堂幸司『新民事訴訟法【第4版】』（弘文堂、2008年）540頁。

7) 三月月章『民事訴訟法【第3版】』（弘文堂、1992年）453頁。

定する」とし、乙事実が他の法条の要件事実となっているものである。一例として破産法 15 条 2 項を挙げることができ、債務者の支払不能（乙事実）は破産手続開始決定の要件事実であるが（破 15 条 1 項）、支払停止（甲事実）があれば支払不能（乙事実）と推定される。そのほか、民 619 条 1 項、民 629 条 1 項、民 772 条などがある。後者は、「甲事実があるときは乙権利があるものと推定する」と定めるものである。占有の事実から占有物の上に行使する権利を推定する民 188 条がその一例である。そのほか、民 229 条、民 762 条 2 項などがある。

なお、法文上、「推定」の語が用いられる規定には、法律上の推定とは区別されなければならない場合がある。すなわち、①一種の法定証拠法則とみられる場合（民訴 228 条 2 項、4 項）、②意思表示の解釈規定と解すべき場合（民 136 条 1 項、民 420 条 3 項など）、③証明責任の転換を図るためいわゆる暫定真実を規定する場合（民 186 条 1 項、商 503 条 2 項など）である。特にその中の暫定真実について留意すべきである。暫定真実は、法律上の推定と同様に証明責任の転換を図ることを目的とする立法技術であるが、前提事実さえも定めない無条件の推定であるため、法律上の推定とは区別される<sup>8)</sup>。

図表 3-1 「推定」の概念



8) 中野・前掲注 (1) 350～353、368～370 頁 [青山善充執筆]。

## 第二款 判例

### 第一項 判例群の整序

既に述べた通り、日本法における過失の「一応の推定」は、判例法によって形成されてきた法理であり、明治から大正にかけての古い判例の中に、事実認定の一方式として屢々登場している。一般論として取り上げられた最初の判決は、大判明治40年3月25日・民録13輯328頁の事案である。以下では、本論文の取扱う範囲内にある医療過誤訴訟事例だけでなく、他人の所有山林での立木の伐採事例、保全処分の不当執行事例を含め、過失の「一応の推定」に関する一連の判例につき、時間軸に沿って全体的整序を行う。

#### (a) 一般論を展開した最初の判決——電灯線出火事例

〔判例1〕【大判明治40年3月25日民録13輯328頁】

家屋の天井裏の電灯線が発火して発生した火災による同家屋の焼失について、家屋の住人Xは電灯線を設置した電灯会社Yに対して損害賠償を請求した事例である。大審院判決は、①「凡ソ不法行為ヲ原因トシテ損害賠償ヲ請求スル原告カ、被告ノ過失ニ因リテ損害ヲ被リタルコトヲ主張スル場合ニ於テハ、其過失アリタル事実ヲ立証スヘキ責任ハ其事実ヲ主張スル原告ニ在ル」（句読点は筆者。以下同様）という証明責任の分配の一般原則を確認した。その上で、②「而シテ事例ニ依リテハ其損害カ被告ニ過失アルニ非サレハ通常生セサルヘキ事情ノ存スルコトナキニアラサルヲ以テ、斯クノ如キ場合ニ於テハ、其損害ハ一応被告ノ過失ニ原因シタルモノト推定スルコトヲ得ヘシ。」<sup>9)</sup>との過失の「一応の推

9) 本判決に言及する殆どの文献は、判決の射程を「過失」の「一応の推定」のみに限定するものとして議論を展開している。ところが、大審院が「其損害カ被告ニ過失アルニ非サレハ通常生セサルヘキ事情ノ存スルコトナキニアラサルヲ以テ斯クノ如キ場合ニ於テハ其損害ハ一応被告ノ過失ニ原因シタルモノト推定スルコトヲ得ヘシ」（傍点、筆者。以下同様。）とするように、「過失」の「一応の推定」のみならず、判旨の後半部分を現代語化して「損害は一応被告の過失によって生じたものと推定できる」（中西・前掲注(4)584頁)を「被告の過失によって生じた損害と一応の推定できる」（民法709条の条文「によって」を該当する表現）と読み替えうるとすれば、過失・損害との「因果関係」（たとえ、因果関係が責任設定の因果関係と賠償範囲の因果関係の両者を意味する見解を取る場合であっても）の「一応の推定」も含まれていると読むことは可能である。

定」法理の一般論を展開した。ただ、本件の場合においては、推定的前提事実当たる「推定ヲ為スニ足ルヘキ事情」の存在について原告の証明がないとして推定を認めていない。

以上から、本判決に示された「一応の推定」法理の一般論を要約すれば、以下のものである。不法行為に基づく損害賠償訴訟において、過失・因果関係<sup>10)</sup>についての証明責任が原則として原告にあるとしても、損害が被告に過失がなければ通常生ずることがないという経験則が存在する(高度の蓋然性をもつ経験則の存在=許容基準の充足)場合には、その損害が一応被告の過失によるものと推定することができる<sup>11)</sup>。特に、本判決が後続の一連の判決の時間軸の前方に位置する立場から極めて貴重な適用前提の証明(推定的前提事実の証明=許容前提)の必要性が明示されている。すなわち、「特別ノ事情」の存在について「立証ノ責任」が被告に「移転」という推定には、「推定ヲ為スニ足ルヘキ事情」の存在について「先ツ原告ニ於テ之ヲ立証スルノ責ニ任セサル可カラス」という推定を成立させるための前提事実の証明の必要性が明示されている。

#### (b) 他人の所有山林での立木の伐採事例

後続の判決において、大審院は、同時期に出された雉本朗造教授の「挙

10) 過失・因果関係との一体的認定については、以下のように述べられる。①「医療過誤訴訟の裁判例においては、しばしば、医師の診療の不手際ないし注意義務違反と損害の発生に対する因果関係を結びつけた認定がなされる。損害発生の原因となった注意義務違反=過失はなにか、というかたちで連結された作業が行われているのである」。中野貞一郎『過失の推認』(弘文堂、1978年)120～121頁、また35頁の注(31)を参照。②「自然的因果関係から法的因果関係を抽出する際に、その起点となる注意義務違反行為は過失の判断の対象でもあり、その義務違反の程度が逆に法的因果関係の成否にも強く影響・連動している事実を看取することができる。両者の緊密な関係を反映し、表見証明ないし一応の推定が、因果関係についてなされているのか、それとも過失についてなされているのかを明確に区別しえない事例が散見できる」。春日偉知郎「表見証明」判例タイムズ686号(1989年)45頁参照。

11) 「一応の推定」法理が原告の証明困難によるノン・リケット判決の不当性の是正という一面を持つものであることは、不法行為における過失の証明に始まり、さらに因果関係の証明へと拡大されてきた。渡辺武文「表見証明に関する二・三の問題」愛媛法学第5号(1973年)143頁。過失の「一応の推定」を取り上げて議論を展開する論稿はあるものの、因果関係の「一応の推定」を取り上げて議論を展開する論稿はまだ見当たらない。



証責任」に関する優れた先駆的研究<sup>12)</sup>の影響を受け<sup>13)</sup>、上記最初の判決に展開されてきた「一応の推定」法理の一般論を踏襲し、他人の所有山林での立木の伐採という類型判決の中で、不法行為の構成要件とされる故意または過失の認定について、当該法理の適用を用いて判断している。

〔判例2〕【大判大正7年2月25日民録24輯282頁】

原告Xが、被告YによるXの所有山林での立木の伐採について不法行為に基づく損害賠償を請求した事例である。Yの故意または過失の有無の判断について、大審院は、Yが伐採した立木のあった場所がXの所有地であったといった原審の認定した事実を踏まえ、①「他人ノ所有山林ニ於テ恣ニ樹木ヲ伐採シタル場合ニ於テハ、一応其伐採行為カ故意若クハ過失ニ出テタリトノ推定ヲ受クヘキ」として「一応の推定」の適用を認め、他人の所有山林で立木を恣に伐採した事実から一応Yの伐採行為が故意または過失によるものと推定されると判示している。その上で、②故意または過失の証明責任については（「一応の推定」の許容効果として）、「推定ヲ受クヘキカ故ニ、然ラサルコトヲ主張スル伐採者ハ、其事実ヲ証明スル責任アルモノトス」という判断が展開された。よって、本件では、Xの所有山林でYが立木を恣に伐採したことが当事者双方にとって争いのない事実であるため、Yにおいて故意または過失に基づかないことの立証をなさない限り、Xの被った損害を賠償する義務がある旨の原審判決が相当としてYの上告を棄却した。

〔判例3〕【大判大正9年4月8日民録26輯482頁】

本件は、〔判例2〕と同様、Xの所有山林でYが立木を伐採した事例である。大審院は、Yの故意または過失の有無の判断について、Yが伐採した立木のあった場所がXの所有地であったといった原審の認定した事実を踏まえ、①「何等ノ利害関係ナキ上告人カ被上告人所有ノ樹木ヲ恣ニ伐採シタル事実ヲ認め、此事実ヨリ上告人カ其樹木ヲ伐採スルニ付キ故意若クハ過失アリタル事実ヲ推断シ得ヘキ」として「一応の推定」

12) 雉本朗造「拳証責任ノ分配」鳩山秀夫（編）『私法論集：土方教授在職二十五年記念』（有斐閣、1917年）473～602頁。

13) この時期の判例、例えば〔判例2〕【大判大正7年2月25日民録24輯282頁】の判旨は、雉本朗造「不法行為ニ基ク賠償請求ト故意又ハ過失ノ拳証責任」京都法学雑誌第12巻第11号（1917年）93～104頁の判例批評の中で指摘された「拳証責任」と「拳証作用」の区別をそのままに引用し、それに基づいて判決が下したものと見られる。



の適用を認め、Yに不法行為に基づく損害賠償の義務があると判断した。その上で、②故意または過失の証明責任については（「一応の推定」の許容効果として）、「故意又ハ過失ハ一般不法行為ノ構成要件ナレハ、賠償請求者タル原告ハ其存在ヲ証明スル責任ヲ負担スヘキモノナレトモ、故意又ハ過失ヲ推斷シ得ヘキ事実ヲ証明シタルトキハ、其立証責任ヲ尽シタルモノト謂ヒ得ヘキヲ以テ、被告ニ於テ其不存在ノ反証ヲ提出セサル限り、其故意若クハ過失ヲ認定スルハ不法ニアラス」として判断し、原審判決が相当にしてYの上告を棄却した。

以上から、(b) 類型の判決に示される「一応の推定」の具体的な判断枠組みを要約すれば、以下のようである。まず、一般論の確認として、(a) 判決に明示された「一応の推定」の適用の判断枠組みにおいて、許容基準に該当する高度の蓋然性をもつ経験則の存在、ならびに許容前提に該当する推定の前提事実の証明という二点の推定要件が不可欠である。これらにつき (b) 類型の判決において、「何等の利害関係のない人が通常他人の所有山林で恣に立木を伐採しないであろう」という経験則の存在、換言すれば「他人の所有山林での伐採行為は被告に故意または過失なければ通常生ずることがない」という経験則の存在は、許容基準の充足（高度の蓋然性をもつ経験則の存在）に当たる。「被告が伐採した立木のあった場所が原告の所有地であった」といった事実の証明は、許容前提（推定の前提事実）の証明に当たる。そこで、許容基準と許容前提という二点の推定要件の充足によって「一応の推定」法理の適用を認めたと解される。

一方、「一応の推定」の適用を認めたことによって、故意又は過失の証明責任の分配について、具体的には、証明責任の分配に対する影響の有無、およびあるとしたら如何なる影響があったかについて、〔判例3〕の判旨の中に興味深い判断が示された。すなわち、Xの所有山林で立木を伐採した場合、この客観的事実よりYに故意または過失があったことを推認する。その上で、「一応の推定」の許容効果として、推定によって原告Xにある「立証責任ヲ尽シタルモノト謂ヒ得ヘキ」と一旦みなされる。そして、Yに故意または過失の不存在の「反証ヲ提出セサル限り」その故意または過失が認定されることになる。ここでは、〔判例1〕の判旨における『特別ノ事情』の存在について『立証ノ責任』が被告

に『移転』(つまり、証明責任の分配に影響した)という用語上の工夫と変化に特に注意を払う必要がある。すなわち、「反証を提出しない限り」とする〔判例3〕の判示では、「一応の推定」の許容効果として、証明責任の分配に一切影響を及ぼさない。『立証ノ責任』が被告に『移転』することはないのである。これはまた、〔判例2〕の中にも引用された雉本教授の論文にいう「挙証責任」の「転倒」ではなく、「挙証作用」の「転倒」である。要するに、「一応の推定」の法的性格は、弁論の全趣旨および証拠調べの結果に基づく自由心証の判断(反証がない限り被告に過失の存在が認定されること)であり、真偽不明による不利益の帰属を原告から被告に「転倒」といった証明責任の分配に影響を及ぼすものではないことを強調している。

(c) 保全処分 of 不当執行事例

判例法に展開された「一応の推定」法理の一般論を基に、大審院およびその後の最高裁が不法行為を請求原因とする損害賠償訴訟において、故意または過失を認定する際に当該法理の適用を認め、一個の確定した判例法を形成してきたと言えるもう一つの類型が保全処分 of 不当執行である<sup>14)</sup>。この類型では、仮処分命令が取り消され、あるいは仮処分命令の申請人に敗訴の判決が確定した場合などにおいて、他に特段の事情のないかぎり、同人において過失があったものと推定する。この類型の中でリーディングケースとされた判決は、大判明治41年7月8日(民録14輯847頁)である。

〔判例4〕【大判明治41年7月8日民録14輯847頁】

被保全権利が存在しないのに仮処分を執行したことを理由に、仮処分債務者原告Xが、債権者(仮処分の申請人)被告Yに対して、本件仮処分執行により受けた損害の賠償を請求した事例である。大審院は、①「實際或権利ヲ有セサル債権者カ、法律ノ規定ヲ知ラス若クハ之ヲ誤解シテ之アリト確信シ、債務者ニ対シテ財産ノ仮差押ヲ為シ、之ニ損害ヲ

14) 保全処分 of 不当執行事例において「一応の推定」法理の適用を許容して一個確定した判例法を形成してきたことを論述し、特に当該類型の判決をほぼ網羅的に紹介・検討した論文として町村泰貴「過失の一応の推定の意義——保全処分 of 不当執行に関する判例を中心に——(1)」商学討究39巻4号(1989年)87～111頁が挙げられる。

生セシメタルトキハ、一応ハ債権者ニ過失アルモノト見ル可」として「一応の推定」の適用を認め、債権者（仮差押の申請人）Yに一応過失があると推定されると判示している。その上で、②推定すべきであるが、「然レトモ債権者ノ茲ニ出テタル相当ノ理由アル場合ニハ、過失アリト云フヲ得ス」として、過失の積極的な認定の上で反証のないことを指摘する判断枠組みを展開している。そして本件について、債権者Yが催告なき契約解除の意思表示をもって債務者Xの占有が不法なものとなったと信じて執行したことをのみを判示して、債権者Yに解除に関する法律の規定を知らないなどにつき相当の理由があることを説示しないままXの請求を棄却した原審判決を違法として破棄した。もっとも、棄却判決を破棄差戻しとした大審院の判旨は仮処分債務者Xの損害賠償請求の認容の方向を向いている<sup>15)</sup>。

この後、保全処分の不当執行を理由とする損害賠償請求事例について、大審院は、上記判決と同趣旨の一般論を示し、一連の判決を下している<sup>16)</sup>。また、最高裁も同趣旨の一般論を踏襲している。なお、最高裁として、この法理を最初に適用した判決は、最高裁昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁の事例である。

〔判例5〕【最判昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁】

仮処分の相手方が会社Xの取締役の訴外Q個人であるべきなのに、仮処分の申請人Yが誤って会社Xを仮処分の相手方として本件仮処分申請に及んだ。Xは、本件仮処分執行により受けた損害の賠償を求めて、Yを被告とする訴えを提起した。原審は、Yの過失が推定されるとして請求を認容したため、Yが上告した。最高裁は「一般に、仮処分命令が異議もしくは上訴手続において取り消され、あるいは本案訴訟において原告敗訴の判決が言い渡され、その判決が確定した場合には、他に特段

15) 町村・前掲注(14)97～98頁。

16) 大判大正10年4月4日民録27輯682頁、大判昭和9年6月15日民集13巻15号1164頁。積極的に認定すべき立証テーマが過失ではなく無過失であることを暗示するものであり、積極的に無過失を基礎づける事情がない限り過失を推定することを明らかにしたと位置づけられる。町村・前掲注(14)106頁。大判昭和13年5月7日民集17巻10号867頁。無過失の立証がない限り不法行為責任を免れ得ないというのであるから、過失の推定が特殊であるのはもちろん、それを越えて過失・無過失の判断基準にも特殊性があるように思われる。町村・前掲注(14)107頁。

の事情のないかぎり、右申請人において過失があったものと推認するのが相当である」として、大審院で「一応の推定」適用に関して展開された一般論を踏襲している。ただ、本決において、最高裁は、会社の取締役が会社の営業と競合するような事業を個人として営む場合には、その事業が会社の事業であるか取締役個人の事業であるかがまぎらわしいなどの事情に照らせば、Yとして保全処分 の 不当執行については、まことに無理からぬものがあるというべきであるとして、過失の有無についてさらに審理を尽くさせるため、原審に差し戻すと判示した。

以上から、(c) 類型の判決に示される「一応の推定」の具体的な適用様態を要約すれば、以下のようである。すでに触れたとおり、一般論として、(a) 事例に明示される「一応の推定」の適用の判断枠組みでは、許容基準に該当する高度の蓋然性をもつ経験則の存在、ならびに許容前提に該当する推定の前提事実の証明という二点の推定要件が不可欠である。これらにつき (c) 類型の判決においては、「仮処分命令が異議もしくは上訴手続において取り消され、あるいは本案訴訟において仮処分債権者敗訴の判決が言い渡され、その判決が確定した」という仮処分取消の事実の存在が、許容前提 (推定の前提事実) の証明に当たる。この点につき、〔判例 4〕と〔判例 5〕において特に疑問はない。しかし、仮処分債権者に過失 (行為) がなければ通常保全処分 の 不当執行が生ずることがないであろうという経験則が許容基準の充足 (高度の蓋然性をもつ経験則の存在) を満たすか否かは疑問が生じ得るところである。すなわち、ここで用いられる経験則が、高度の蓋然性をもつか否かは問題である。この問題をさらに深く掘り下げれば、経験則に高度の蓋然性の有無は、過失の判断基準とされる、仮処分債権者に課せられる高度の注意義務の有無にも関連している。まず〔判例 4〕においては、解除のための催告といった注意義務は、仮処分債権者にいわば高度の注意義務として課せられており、取消しがあった場合には過失の判断基準を満たしていることが明白である。このような事例においては問題が生じないが、〔判例 5〕のような事例においては問題が生じる。つまり、会社 X の取締役 Q が会社 X の営業と競合するような事業を個人として営む場合には、仮処分債権者 Y に、仮処分の相手方が会社 X か取締役 Q 個人かを調査しなければならないといった高度の注意義務が課せられていると言うの

は困難であろう<sup>17)</sup>。高度の蓋然性をもつ経験則がなくとも過失の存在を推定してよいという「一応の推定」の適用を認めるのが最高裁の判旨であれば、[判例5]はこれまで大審院で展開されてきた一般論の許容範囲を超越したものと考えられる。

一方、証明責任の視点から判旨に示される「特段の事情のない限り」をみると、その帰結が導かれるメカニズムの説明方法に関しては以下二つの見解がある。一つは、「一応の推定」が経験則の適用による前提事実から主要事実への事実上の推定の一態様<sup>18)</sup>であると理解することを前提にして、原告側の主張立証によって裁判官に過失事実があったという暫定的確信を抱かせた以上、被告側にとって、「特段の事情」の証明は、過失の存在につき裁判官にふたたび真偽不明の合理的疑いを生じさせることを目的とする反証ということになるとするものであり、「一応の推定」の適用によって、証明責任の転換が生じさせない見解である<sup>19)</sup>。これに対して、[判例5]において高度の蓋然性をもつ経験則の存在が認められないことを前提にして、高度の蓋然性をもつ経験則が存しないにもかかわらず過失の存在を推定してよいという「一応の推定」の適用を認め、特段の事情、すなわち仮処分の申請人が仮処分の申請執行をするについて相当な事由があった場合には、過失があったとは認められないというのであるから、過失があったとの評価を根拠づける具体的事実について証明を求めないで、むしろ過失があったとの評価を妨げる事実の証明を被告側、仮処分の申請人側に求めることを意味する。したがって、経験則にそれほどの高度の蓋然性がなくとも「一応の推定」の適用を認め、「一応の推定」が、法律上の推定と同様に、証明責任の転換という機能を果たしていると評価する見解である<sup>20)</sup>。このような見解の対立に

17) 高田裕成「過失の一応の推定」伊藤眞＝加藤新太郎(編)『民事事実認定』(有斐閣、2006年)64頁。

18) 中野貞一郎『過失の推認』(弘文堂、1978年)16頁。

19) 「一応の推定」が経験則の適用による事実上の推定の一態様であると理解する見解は、「事実認定はすべて経験則の適用であり、かつ、訴訟上の事実認定がいわゆる歴史的証明で足りるとされる以上、反対事実の蓋然性はつねに残されているわけであるし、挙証者の相手方の反証不提出が直ちにその相手方に不利な要件事実の認定に連なる」といった反証提出責任論がその土台となっている。山本戸克己「自由心証と挙証責任」大阪学院大学法学研究第1巻第1・2号(1976年)79～114頁参照。

20) 町村泰貴「過失の一応の推定」高橋宏志＝高田裕成＝畑瑞穂『民事訴訟法判

関する詳細な考察は後述の学説の検討の第三款に譲ることとする。

(d) 医療過誤訴訟事例

さらに、過失の認定に際して、「一応の推定」法理が活用されるもう一つの場合は、まさに医療過誤訴訟の事例である。なお、過失の選択的認定に関する事例は、判例が「一応の推定」という表現を用いていないとしても、「一応の推定」を許容した判例であると評価されている<sup>21)</sup>。

〔判例6〕【最判昭和32年5月10日民集11巻5号715頁】

患者Xが、開業医Yが施した皮下注射を受けた跡が化膿して障害を起こしたことについて、Yに対して不法行為に基づく損害賠償を請求した事例である。第1審判決は、注射自体についてYの過失を否定したものの、Xの請求を一部認容した。控訴審判決は、本件疾患は、注射液が不良であったか、注射器の消毒が不完全であったかのいずれかの過誤があって、この原因に基づいて発生したものであると認定して控訴人の過失を認め、Yの控訴を棄却した。Yが上告した。最高裁は、「原審は、挙示の証拠により『Xの心臓性脚気の治療のため注射した際にその注射液が不良であったか、又は注射器の消毒が不完全であったかのいずれかの過誤があった』と認定したけれども、注射液の不良、注射器の消毒不完全はともに診療行為の過失となすに足るものであるから、そのいずれかの過失であると推断しても、過失の認定事実として、不明又は未確定というべきでない」と判示して、上告を棄却した。

〔判例7〕【最判昭和39年7月28日民集18巻6号1241頁】

妊婦Xは、Yの経営する産婦人科医院において無痛分娩のために脊髄硬膜外麻酔の注射を受けたところ、注射の部位にブドウ状球菌が侵入したことが原因で脊髄硬膜外膿瘍に罹患し、下肢に障害が残ったとして、Yに損害賠償を請求した事例である。第1審判決は、Xの請求を棄却し

---

例百選〔第4版〕(有斐閣、2010年)129頁。要証事実を「仮処分の取消し等」に変更しているという理解とあわせてみれば、判例法により「法律上の推定」と同一の構造と機能を有するルールが新たに創設されたという理解が可能となる。高田・前掲注(17)64頁参照。更に、保全処分の執行につき民訴260条2項(旧民訴198条2項)の類推適用により無過失責任を認める理解も可能であるとされると、そもそも「一応の推定」を持ち出す必要もなくなる。安井・前掲注(2)287頁。

21) 中野・前掲注(18)8頁。



た。控訴審判決は、鑑定に基づきブドウ状球菌の伝染経路として、①注射器具、施術者の手指、患者の注射部位等の消毒不完全、②注射薬の不良、汚染、③空気中のブドウ状球菌の付着、侵入、および④患者自身の保菌の、四つが考えられるが、②③④を否定した上で、補強した間接事実<sup>22)</sup>を挙げて、結論として①が伝染経路であると推認されるのが相当であるから、Yは、診療に従事する医師として当然なすべき注意義務を怠り、消毒の不完全な状態で注射を行った過失があるとして、控訴人Xの請求を一部認容した。Yは、具体的にどの点で消毒が不完全であり、それが医師としての注意義務にどのように反するというのか、原判決は何ら判示をしていない違法があるとして上告した。

最高裁は、個々の具体的事実を検討して②③④が伝染経路であることを否定し、また、①が伝染経路であるという原審の事実認定について、「原判決は、……注射に際し注射器具、施術者の手指あるいは患者の注射部位の消毒が不完全（消毒後の汚染を含めて）であり、このような不完全な状態で麻酔注射をしたのは上告人（被告）の過失である旨判示するのみで、具体的にそのいずれについて消毒が不完全であったかを明示していないことは、所論の通りである。しかしながら、これらの消毒の不完全は、いずれも、診療行為である麻酔注射に際しての過失とするに足るものであり、かつ、医師の診療行為としての特殊性にかんがみれば、具体的にそのいずれの消毒が不完全であったかを確定しなくても、過失の認定事実として不完全とはいえないと解すべきである原判決には、所論の違法はない」として、本件上告を棄却した。

以上、〔判例6〕においても、注射した際に注射液の不良であったか、注射器具の消毒不完全であったかのいずれか過誤があったかについて、原告から特定の・具体的な証明はない。〔判例7〕においても、注射した際に注射器具の消毒不完全であったか、施術者の手指の消毒不完全であったか、患者の注射部位の消毒不完全であったかのいずれの過誤が

22) 同様にYの病院で手術を受けた6名の証言によれば、この6名全員は術後の傷口が化膿してそのための治療を受けなければならなかったこと、そのうち1人は注射をした跡が化膿して治療を受けたこともあること、なかにはYが「どうしてこんなに化膿するのかな、糸の消毒でも悪いのかな」と看護婦に語るのを耳にしたことがあること等の事実が認められる。これらの事実は間接事実として過失の推定を補強する。



あったかについて、原告から特定の・具体的な証明はない。それにもかかわらず、ここでは被告に過失があったという選択的認定が許容されている。ここで過失の選択的認定が許容されるのは、高度の蓋然性をもつ経験則による「一応の推定」を許容しているからである<sup>23)</sup>。以下では、(d) 類型の判決における「一応の推定」の具体的な判断枠組みを要約する。まず、「注射行為と化膿等」の結果の発生が許容前提の証明に当たる。つぎに、「注射の跡が化膿したのは、通常（十中八九まで<sup>24)</sup>）注射をした医師に当然すべき注意を怠ったことによるものである」という経験則の存在、換言すれば、「被告に過失がなければ、通常注射の跡が化膿することがない」という経験則の存在が、許容基準の充足（高度の蓋然性をもつ経験則の存在）に当たる。したがって、許容基準と許容前提という二点の推定要件の充足によって「一応の推定」を許容したと解される。さらに、行為者に対して課せられる高度の注意義務の有無という判断因子からみても、医師に対して注射器具等について消毒を完全にすべき注意義務のあることはいうまでもなく、かかる消毒を不完全な状態のままに注射をした場合にはその過失の判断基準を満たしていることが明白であろう。

一方、証明責任の視点からみれば、当然ながら、(d) 類型の判決においても、経験則の適用の例外となる「特段の事情」を医師側が示せば、賠償責任が免れられることになる。すなわち、(b)、(c) 類型の判決と同様、「一応の推定」を許容した効果として、もし医師側が「特段の事情」の存在を証明することに成功すれば、過失があったという「一応の推定」が崩され、敗訴の危険から逃れる。しかし、[判例7]のような事例において、伝染経路としてa) b) c) d)の以外にまた他の経路が可能性として存在することはすでに鑑定の結論より封じられているし、「特段の事情」があつて注射器具などについて消毒を完全にできなかったことも通常は考えられないであろう。

23) 新堂幸司「概括的認定——過失の一応の推定」伊藤眞＝高橋宏志＝高田裕成（編）『民事訴訟法判例百選 [第3版]』（有斐閣、2003年）140～141頁。同旨、中野・前掲注（18）10頁。

24) 中野貞一郎「過失の『一応の推定』について（一）——自由心証と挙証責任の境界——」法曹時報19巻10号（1967年）32頁。同旨、新堂・前掲注（23）141頁。

## 第二項 小 括——許容前提と許容基準の析出

判例法上、「一応の推定」を適用する一般論は〔判例1〕によって展開された。その判断枠組みは、許容前提の証明と許容基準の充足という二点の推定要件の充足を不可欠とするものである。具体的には、許容前提の証明は、「一応推定」を適用するための前提事実、通常主要事実を推定させる間接事実を原告によって本証程度まで証明しなければならないことを指す。これに対して、許容基準の充足は、原告に証明された間接事実を前提にして主要事実(過失)<sup>25)</sup>の「一応の推定」を可能にする高度の蓋然性をもつ経験則の存在を指す。この二点の推定要件について、訴訟実務において如何なる許容前提・前提事実が必要とされるか、および如何なる程度まで必要とされるかという問題は、主に用いられる許容基準・経験則もしくは定型的事象経過によって具体的に決されている。端的に言えば、許容前提は、許容基準によって具体化される。許容基準が終局的かつ重要な役割を果たしていることを意味している。

そこから、学説の議論においても許容基準について以下の二つの問題をめぐって争いが展開されている。一つは、そもそも「一応の推定」を適用するための許容基準を、今まで通説的に取上げられている高度の蓋

25) ここで「主要事実」と「過失」の関係について、論述の厳密性を保つために一言を触れておく。民法709条に要求される過失は、主要事実そのものではなく、不特定概念とされる法的評価であって、過失を基礎づける事実が主要事実である、とする見解が有力である。山本和敏「損害賠償請求訴訟における要件事実」鈴木忠一＝三ヶ月章(監)『新・実務民事訴訟講座(4)』(日本評論社、1982年)328頁。過失は、不法行為について損害賠償という法的保護を与えるかどうかという観点から種々の対立する利益を調整するための高度の政策的価値判断そのものなのである。よって、過失の判断は、当該不法行為から生ずる損害発生危険の程度、当該不法行為によって侵害された利益、損害を防ぐために擬制される利益の三つの因子(ハンドの公式)の比較考量、また審理に現れたさまざまな具体的事実が考量され、その結果到達された法的価値判断である、とする見解もある。平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、1997年)394頁。平井教授の見解によれば、過失は、要件事実論における主要事実そのものではなく、具体的事実に対する法的価値的判断であるため、過失の「一応の推定」とは、経験則の適用による事実推定ではなく、法的価値判断の推定であるというよりほかないこととなる。この点については、中野教授の反論がある。それによれば、過失の「一応の推定」は、経験則の適用による法的価値判断たる過失そのものを推定するものではなく、過失と評価されるべきならんかの事実が存在したとの事実判断がなされ、これに基づいて過失を認定するという趣旨であり、ただ表現が実務的に簡略化されているにすぎない。中野・前掲注(18)42頁。なお、要件要素という捉え方もある。松本博之＝上野泰男『民事訴訟法[第6版]』(弘文堂、2010年)405頁。

然性をもつ経験則に求めるのが妥当であるか否かである。もう一つは、それが妥当であるとしても、高度の蓋然性をもつ経験則が存在しないのに「一応の推定」を認めた場合に、認めた法律の根拠およびその場合の「一応の推定」の法的性格を如何に理論的に位置付けるべきであるかである。

以下では、後記の図表3-2にまとめた「一応の推定」に関する一連の判例と照合しながら、上記の二つの問題をより具体的に説明する。まず、仮に許容基準を高度の蓋然性をもつ経験則に求めるのが妥当であるとする前提で、たとえ〔判例2〕〔判例3〕のような事例においては、「他人の所有山林での伐採行為が被告に故意または過失がなければ通常生ずることがない」といった経験則が、高度の蓋然性をもつ経験則に当たると言い得るとしても、〔判例4〕、特に〔判例5〕のような事例においては、「保全処分の不当執行が仮処分債権者に過失がなければ通常生ずることがない」とはいった経験則が、高度の蓋然性をもつ経験則に当たり得ると言い難いであろう。それにもかかわらず、〔判例5〕のような事例につき、「一応の推定」の適用が許容された場合に、許容基準を高度の蓋然性をもつ経験則に求めること自体の妥当性・整合性について疑問は残される。これは上記の一番目の問題である。一方、実務上、さらに学説上も、〔判例5〕のような事例において、高度の蓋然性をもつ経験則が存在すると言えなくとも、「一応の推定」の適用が許容されるべきであると考えられている<sup>26)</sup>。このような考えの下では、「一応の推定」は高度の蓋然性をもつ経験則に基づく事実上の推定の一態様という限度を超えていると言わざるを得ない。この場合の「一応の推定」の法的性格は如何なるものであるかは、上記の二番目の問題である。

さらに、他の類型の判決と異なり、本論文で主眼を置く医療過誤訴訟事例において、〔判例6〕と〔判例7〕の判旨に判示されたように、医療専門家の鑑定に基づき伝染経路が最終的に最小範囲まで絞られ、加えて「注射の跡の化膿等が医師になんらの過失がなければ通常生ずることが

26) 少数説として無過失損害賠償責任を負うという見解もある。この少数的見解にたてば「一応の推定」はそもそも問題にならなくなるが、すでに触れたように、実体法上の明文がなく、無過失損害賠償責任を肯定するための法律の根拠を欠いているため、個人的には賛同し難い。町村・前掲注(14)129頁参照。

ない」という経験則が高度の蓋然性をもつものであると判断されたのものは異論がない事情である。よって、以上の厳密な推定要件の充足からみれば、医療過誤訴訟における「一応の推定」の適用は極めて厳しい許容基準を満たした場合にのみ許容されるのが日本法のスタンスである<sup>27)</sup>。

他方、中国の立法（不法行為法 58 条 1 項 1 号）は日本法の過失の一応の推定の法理を参考に制定されたと言われているが、当該条文に基づき中国法で過失の推定が許容される範囲は広すぎ、法の天秤を患者側に傾け過ぎることによってかえって医師側に過酷な証明負担を強いることになる懸念されている。さらに、中国では、新しい立法がされてからまだ日が浅く、法適用の際の具体的な許容基準についての議論が殆どなされていないため、裁判実務に指針的な役割を果たす解釈作業が急務となっている。したがって、変容的な法継受によって両国法の間を生じた隙間を分析し、法継受の移出国としての日本における過失の「一応の推定」の許容基準に関する学説を検討することは、法継受の移入国としての中国における過失の推定の法適用に関する解釈論の新たな展開にとっても重要である。

---

27) 野田寛「医療訴訟」同『実務民訴講座 (10)』（日本評論社、1970 年）287 頁。  
中野貞一郎「医療裁判における証明責任」ジュリスト 548 号（1973 年）310 頁。  
藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」新堂幸司ほか（編）『講座民事訴訟  
⑤証拠』（弘文堂、1983 年）139 頁。春日偉知郎「表見証明」判例タイムズ  
686 号（1989 年）45 頁。

図表3-2 過失の「一応の推定」に関する判例群

判例番号	判決年月日	前提事実 (許容前提)	経験則 (許容基準)	過失の「一応の推定」	推定の効果 (許容効果)	備考 (判断因子) (法的価値判断)
判例1	大判 明治40年 3月25日		◆損害が被告に過失がなければ通常生ずることがない	◆事件によって、その損害が被告に過失がなければ通常生ずることがない事情がある場合、その損害は一応被告の過失によるものと推定	「特別の事情」の存在について「立証の責任」が被告に「移転」	
判例2	大判 大正7年 2月25日	伐採行為と山林の他人所有	◆他人の所有山林での伐採行為が被告に故意または過失がなければ通常生ずることがない	◆他人の所有山林において恣に立木を伐採した場合、一応その伐採行為が故意または過失によるものと推定	被告が推定(举证作用)を弱める反対の間接事実を提出	
判例3	大判 大正9年 4月8日	伐採行為と山林の他人所有	◆他人の所有山林での伐採行為が被告に故意または過失がなければ通常生ずることがない	◆何等の利害関係なき者が他人所有の立木を恣に伐採した事実を認め、この事実によりYの伐採行為につき故意または過失がある事実を推断	故意または過失の不在の反証を提出しない限り	
判例4	大判 明治41年 7月8日	仮処分之不当執行と仮処分之取消し等	◆保全処分之不当執行が仮処分債権者に過失がなければ通常生ずることがない	◆実際ある権利を有しない債権者が、法律の規定を知らずもしくはこれを誤解してこれありと確信し、債務者に対して財産の仮差押をなし、これに損害を生じさせるときは、一応は債権者に過失あるものと見るべき	相当の理由がある場合には、過失があると言えず	(民541条の規定に基づき)履行遅滞による解除権の行使としての催告といった注意義務
判例5	最判 昭和43年 12月24日	仮処分之不当執行と仮処分之取消し等	◆保全処分之不当執行が仮処分債権者に過失がなければ通常生ずることがない	◆一般に、仮処分命令が異議もしくは上訴手続において取り消され、あるいは本案訴訟において原告敗訴の判決が言い渡され、その判決が確定した場合には、他に特段の事情のないかぎり、右申請人において過失があったものと推認	相当の理由がある場合には、過失があると言えず	会社の取締役が会社の営業と競合するような事業を個人として営む場合には、仮処分債権者に仮処分の手相方が会社が取締役個人かを調査する義務(がない)
判例6	最判 昭和32年 5月10日	注射行為と化膿等	◆注射の跡の化膿等が医師になんらの過失がなければ通常生ずることがない	◆注射液の不良、注射器の消毒不完全はともに診療行為の過失となすに足るものであるから、そのいずれかの過失であると推断しても、過失の認定事実として、不明又は未確定というべきでない	特段の事情のない限り	不良の注射液の不使用、医師の注射器具等について消毒を完全にすべき注意義務
判例7	最判 昭和39年 7月28日	注射行為と化膿等	◆注射の跡の化膿等が医師になんらの過失がなければ通常生ずることがない	◆具体的にそのいずれかの消毒が不完全であったかを確定しなくても、過失の認定事実として不完全とはいえないと解すべきである	特段の事情のない限り	医師の注射器具等について消毒を完全にすべき注意義務

### 第三款 学説

現代の民事訴訟における事実認定について、裁判官が排他的に自由的な心証に基づいて当事者による事実上の主張の真偽を択一的に判断するのが自由心証の役割である。ところが、審理の最終段階に至って裁判官の心証においてなお真偽不明の場合が存在しており、この真偽不明によって生じた不利益を、証明責任を負う一方の当事者に負担させるのが証明責任の本質である。つまり、古典で「自由心証の働きの尽きたところから挙証責任の機能が始まる」と言われるように、「両者が確固とした境界線によって明瞭に区分された別々の領域を支配する」<sup>28)</sup>とされている。しかし、裁判の実際状況からみれば、真偽不明によって証明責任を負う一方の当事者を敗訴させるノン・リケット判決がけっして多いわけではない。逆に自由心証と証明責任が交錯する場面が少なくはないのであり、正義および衡平の見地からノン・リケット判決を回避する策が多様に講じられている。特に医療過誤訴訟のような現代型訴訟において証明困難によって原告たる患者側にノン・リケット判決を下すのは正義に反するため、事実認定の限界を経験則の利用によって克服しようとするのが、判例法によって形成されてきた「一応の推定」が許容されるための実質的根拠である。

以上のように、学説上、「一応の推定」は実際上必要であるとしてその存在価値が認められている<sup>29)</sup>。しかし、判例小括の部分でもすでに触れたように「一応の推定」の法的性質、許容基準についての理論的な位置付けをめぐる議論は、未だ大いに争いがある<sup>30)</sup>。いわゆる事実上の推定説、証明責任の分担説、証明度の軽減説、立証軽減の法理説、証明責任の転換説などの諸説が林立している。以下で、諸説を逐次みていくことにする。

28) ローゼンベルク (著) 倉田卓次 (訳) 『証明責任論』(判例タイムズ社、1972年) 72頁。

29) 学説の中、不要論も存在する。「今後は、不明確でミスリーディングな『一応の推定』という『事実問題』の『隠れ簍』を捨てて、そこで隠れていた法的政策的価値判断を正面から論じるべきである」。太田勝造『裁判における証明論の基礎——事実認定と証明責任のベイズ論的再構成』(弘文堂、1982年) 215頁。

30) 小林秀之『新証拠法 [第2版]』(弘文堂、2003年) 59頁。



第一項 事実上の推定説

1 学説の整理

日本法において、明治時代の判例にすでにその姿が現れていた「一応の推定」法理について、その法的性質、許容基準という理論的位置付けをめぐる学説上の議論は、百年の歳月が経った今日に至ってもなお跡絶えず、賛否両論どころか、法理としてその存在を認める肯定説と分類され得る論者の間ですら展開の内容が多岐にわたり多彩さを語っている。これらの学説の中において、最も多数を占めるのが事実上の推定説である<sup>31)</sup>。この説の特徴として、「一応の推定」は、証明責任の分配とその修正とは全く無縁なものであり、「一応の推定」は、自由心証の枠内における経験則による事実上の推定であり、証明責任（客観的証明責任）の転換・転稼を持ち出させる効果を有しないものであるところが挙げられる。

(a) 雫本教授の見解——1917年<sup>32)</sup>

証明責任論の分野において、ドイツに留学された雫本教授の先駆的<sup>33)</sup>研究<sup>34)</sup>によって、日本法における「挙証責任 (Beweislast)<sup>35)</sup>」と「挙証作用 (Beweisführung)<sup>36)</sup>」の両者が区別され、証明責任の本質が客観的な結果責任であり、主観的な行為責任ではないことは明らかに確認されるようになった。それを議論の土台に、上記の(c) 保全処分 of 不当執行の事例に該当する大判大正4年3月24日民録21輯412頁の判例批評において、雫本教授は過失の推定<sup>37)</sup>について以下のような見解を主張し

31) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上) [第2版]』(有斐閣、2012年)558頁。

32) 雫本朗造「不法行為ニ基ク賠償請求ト故意又ハ過失ノ挙証責任」京都法学会雑誌第12巻第11号(1917年)93～104頁。

33) 小林秀之「証明責任の意義と分配」判例タイムズ665号(1988年)5頁。

34) 雫本朗造「挙証責任ノ分配」鳩山秀夫(編)『私法論集：土方教授在職二十五年記念』(有斐閣、1917年)473～602頁。

35) 挙証責任というのは、一定の事実の真偽が不明である場合に、その真偽不明によって生じた危険また不利益結果はいずれの当事者がこれを負担すべきであるか、を事前に抽象的に定めるものである。結果責任である。

36) 挙証作用というのは、一定の事実が真実もしくは虚偽であることを証明する目的をもって適当な証拠方法を提出して、裁判所をして自己に有利な証拠原因を得せしめようとする当事者の具体的な行為をいうのであって、訴訟の進行中において実際上の利益(挙証の必要)を有するがためになされるものである。

37) 原文では、過失の推論・推定として用いられている。なお用法上につき、この時期における過失の推論・推定または事実上の推定、または一応の推定の三



ている。

過失というのは心理の作用もしくは心理の状態であり、こういう心理的なものは、直接証拠による証明が不能であるゆえに、間接事実を陳述し間接事実に基づく「推定 (praesumptio)<sup>38)</sup>」によって証明されるほかのない意味を包蔵する。そこで、不法行為に基づく損害賠償訴訟において、過失は、証明責任を負う原告が推定の前提事実に当たる間接事実の陳述・証明を行うことにより推定されることになる。他方、被告は、挙証作用のもとで反対たる詳細の事実を陳述しかつこれを証明すべき義務を負うに至ることになる。

このとき、過失の推定の効果として、被告が負う上記の「証明義務 Beweispflicht」は、推定によって受けた挙証作用の影響であり、推定によって挙証責任を分配しようとするものではない。なぜなら、この場合において、被告が上記の証明義務を完全に履行しない限り、裁判所は被告が証明義務を全うしない挙動、殊に沈黙に基づき、原告の主張を真実と認めてしまう。これは審理の係属中における抗弁の必要性を説明する挙証作用の問題であり、審理の最終段階における真偽不明を解決する挙証責任の問題ではないからである。さらに、過失の推定が適用されても、被告にとって反対たる詳細の事実についての証明の程度は、裁判官の確信を動揺させ真偽不明まで持ち込む程度であれば足りるとされている。なぜなら、真偽不明によって、主張しようとする過失の存在が認められないという敗訴の危険は、依然として原告によって負担されるべきものであるのに変わりがないからである。これは、挙証責任の「転倒」だの、挙証責任の「転換」だの、という挙証責任を分配しようとするものではないのである。強いて言えば、「推定ニ依リテ挙証責任ノ轉倒ヲ來スモノニ非ス、單ニ挙証作用ノ轉倒ヲ來タスノミ」<sup>39)</sup>なのである。

つ概念は、厳密的に区別されておらず、ほぼ同様に用いられている。兼子一『民事法研究・第I巻』(酒井書店、1969年)300～306頁。中野貞一郎「過失の『一応の推定』について(一)——自由心証と挙証責任の境界——」法曹時報19巻10号(1967年)21頁の注(11)。村上博巳「法律上の推定と事実上の推定」三ヶ月章=青山善充(編)『民事訴訟法の争点』(有斐閣、1979年)241頁。藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」新堂幸司ほか(編)『講座民事訴訟⑤証拠』(弘文堂、1983年)129頁。

38) 原文で「praesmntio」。ラテン語の「praesumptio」の誤字であろう。

39) 雉本・前掲注(34)546頁。

よって、過失の推定が許容される範囲について、(イ) 当該の訴訟においてすでに行われる証拠調べの結果、殊に弁論の全趣旨に基づき自由心証によって判断する場合には、挙証責任を負う原告の陳述が「真ナルベシ」と認められるべき虞がある場合、または(ロ) 信義および誠実に従えば、相手方(被告)が一層良く反対たる詳細の事情を知るべき場合といった二つの特定の状況が教授によって想定される<sup>40)</sup>。この二つの特定の状況においては、原告が挙証責任を負担する事実であるに拘らず、衡平の見地から、挙証作用の問題として、被告がその事実に対抗たる詳細の事情を陳述しかつこれを証明すべき義務を負うに至ることになる。要するに、ここでは、推定の許容性の視点から、衡平の見地ならびに挙証作用が重要視され、その上で、推定とは、裁判所が当事者の弁論の全趣旨および証拠調べの結果に基づき自由な心証を以て判断するものであるのに外ならないと議論づけることが見られる。この見解は、前記の教授の推定の適用(他人の所有山林での立木の伐採事例における過失の「一応の推定」の適用)におけるメカニズム的な説明を合わせると、現在の多数説である事実上の推定説と同じような構造を用いたものであり、事実上の推定説を形成したものと評価されている<sup>41)</sup>

(b) 中野教授の見解——1967年<sup>42)</sup>、1978年<sup>43)</sup>

その後、事実上の推定説を集成したのが中野教授である<sup>44)</sup>。過失の「一応の推定」について、中野教授の見解は1967年の論文で公表され、その後、同論文はかなりの程度まで書き改められ、補完されて1978年の著書に集録された。中野教授の論文公表から著書の刊行までの1967年

40) 雄本・前掲注(32)98頁。

41) 中西・前掲注(4)589頁。

42) 中野貞一郎「過失の『一応の推定』について(一)——自由心証と挙証責任の境界——」法曹時報19巻10号(1967年)8~40頁。中野貞一郎「過失の『一応の推定』について(二・完)——自由心証と挙証責任の境界——」法曹時報19巻11号(1967年)20~36頁。

43) 中野貞一郎『過失の推認』(弘文堂、1978年)1~66頁。

44) 論文の公表の時間順に従えば、中野教授の論文(1967年)は、後述の(c)末川教授の論文(1927年)、(d)中島教授の論文(1949年)の後に位置する。また、中野教授の論文の中では(c)、(d)に対する批判も展開されている。しかし、ここでは、学説の分類上の便宜を図るため、叙述の順序として、(c)、(d)より(b)中野教授の見解を先に考察することにする。そして(c)、(d)に対する批判をそれぞれの批評として(c)、(d)部分の最後に附する。

～1978年の間に、日本の民事訴訟法学に三大論争<sup>45)</sup>の一つとも言われる証明責任の論争があり、それが書き改められ補完された背景となっている。また、書き改められた後の著書の中では、1976年に公表された山木戸克己教授の論文<sup>46)</sup>によって提唱される「反証提出責任」理論<sup>47)</sup>が、中野教授が指摘されている「過失事実の抽象的・不特定の認定を妨げる具体的・特定のな特段の事情についての相手方の証明責任（反証責任）」という過失の「一応の推定」の特質を説明するための補強的理論になっていると考えられる<sup>48)</sup>。そこで以下では、1978年の著書の論述に依拠しながら、過失の「一応の推定」の法的性格、許容基準という二つの角度から、中野教授の見解に対して若干の考察を行うことにする。

過失の「一応の推定」の法的性格について、中野教授は、上で紹介した判例ないし下記の(c)、(d)学説を逐次分析し、本質的に共通の問題をとらえているとみられるドイツにおける表見証明理論を検討した上で、過失の「一応の推定」は、経験則の適用による事実上の推定の一態様にほかならないと指摘している。ただし、一般の事実上の推定と区別

45) 昭和30年代の訴訟物論争、昭和40年代の争点効論争、昭和50年代の証明責任論争が戦後の民事訴訟法学の三大論争と言われている。山本克己「訴訟物論争」伊藤眞＝山本和彦(編)『民事訴訟法の争点』(有斐閣、2009年)108頁。

46) 山木戸克己「自由心証と挙証責任」大阪学院大学法学研究第1巻第1・2号(1976年)79～114頁。なお、その後、当該論文は、同『民事訴訟法論集』(有斐閣、1990年)25～57頁に集録されている。

47) 「反証提出責任」理論は事実認定＝自由心証＝経験則の枠内での事実上の推定の一種である(結果責任としての行為責任)(山木戸・前掲注(46)88頁)と言う。この理論の仕組は、①「訴訟上の証明は、もちろん、絶対的真実の認識を目的とする論理的・科学的証明ではなく、真実の蓋然性の認識を目標とする歴史的証明であって、反対事実の存する可能性は残されている」(山木戸・前掲注(46)82頁)こと、および②「訴訟の当事者は、自己に反証の必要があり、しかも反証が困難でないときは、挙証責任ある当事者の事実主張が真実でないと思えば、特段の事情がない限り、反証を提出することである」(山木戸・前掲注(46)87頁)ことを前提とし、③「相手方の反証がなければという仮定的・暫定的判断であり、そこでの心証はなおさまで高度であることを要しないで、相手方の反証不提出によってはじめて具体的確信に到達しうるべき状況であれば思える」(山木戸・前掲注(46)97頁)とすることを本質としている。この理論は、証明困難を前提とする特殊な事件類型ないし要証明事実について証明度の低下を認める見解に対する批判に由来し、反証不提出という事態が加わることによって裁判所の心証が証明度まで格上げされる点において魅力的である。その反面として、「反証の必要があり、しかも反証が困難でないとき」といった要件についての構造的立論が不明確であるという面から多くの批判を招いている。詳細は、高橋・前掲注(31)562頁の注(78)を参照。

48) 高橋・前掲注(31)562頁の注(78)を参照。

されるべき場合には、「一応の推定」の特質は、次の二点に求めるべきである。

(イ) 過失事実の抽象的・不特定の認定の許容。すなわち、証明（ないし認定）の対象において差異がある。一般の場合には、証明の対象となるのは具体的・特定の主張された事実である。たとえば過失の存否について、原告は、被告が注意義務違反を犯した制限速度違反とか飲酒運転などのような特定の具体的事実を主張し立証しなければならないはずである。これに対して、過失の「一応の推定」の場合には、一応推定される過失は、不特定概念を用いた構成要件要素として過失にあたる「なんらかの」過失事実であり、それは、制限速度違反とか飲酒運転などのような「特定」の過失事実の証明がなくても、前文で紹介した (b) 他人の所有山林での立木の伐採事例や (c) 保全処分の不当執行事例における「加害」<sup>49)</sup>の客観的事情（図表3-2における「前提事実」の項目を参照）に基づく事実上の推定によって「なんらかの」過失があったとして抽象的・不特定の推認されている。また、過失の注意義務違反が概括的あるいは選択的に認定される場合においても、「なんらかの」過失があったと認めるのと実質上の差異がないことは (d) 医療過誤訴訟事例について同様である。

(ロ) 過失の抽象的・不特定の推認を妨げる特段の事情についての相手方の反証責任（証明責任）<sup>50)</sup>。すなわち、前文で紹介した事例におい

49) 加害行為ないし損害発生を指している。中野・前掲注(43)16頁。

50) 反証責任（証明責任）という用語上の表現については、中野・前掲注(43)17～18頁、また20頁の注(16)を参照する。この表現は、また渡辺武文教授（同「表見証明と立証軽減」吉川二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践〔下巻〕』（法律文化社、1981年）154頁）の批判的となっている。プロマイヤーの見解に賛成する中野教授の立場によれば、(a) 反証責任は、間接にのみ、要件事実の存在に関連し、その不存在を証明する必要はなく、裁判所の評価すべき本証に向けられ、本証が要件事実の肯定に十分であることを妨げるものであって、本証が提出されなければ反証責任も存在しない。(b) しかし、反証の証明主題は、要件事実が存在しないことの「まともな可能性」であるため、それを明らかにするための事実（＝特段の事実）は、完全に証明されなければならないため、「一応の推定」につき、要件事実の証明責任を負う当事者の相手方が負担するのは主観的証明責任（提証責任）ではなく、真正の証明責任（確定責任）である。

なお、私見では、(a) には賛成するが、(b) については賛成し難い。なぜなら、真正の証明責任（確定責任）は、審理の最終段階においてなお真偽不明の場合に、それによって生じた危険また不利益の帰属の問題であり、それは審理の最初の段階においてすでに分配基準に従って定められたものであり、訴訟進

て「加害」の客観的事情に基づく「一応の推定」によって「なんらかの」過失があったと認定される際、殆どの場合に「特段の事情のない限り」とか、あるいは「被告において過失がなかったことの反証を提出しない限り」といった留保(図表3-2における「推定の効果」の項目を参照)が明示的に付せられることが多い。この2番目の特徴は、過失・因果関係について証明責任のない当事者たる被告の立場(医療過誤訴訟における被告側の立場)に対する過失の「一応の推定」の許容効果として以下の二つの問題に関わる。具体的には、裁判所が「一応の推定」の適用を許容した結果として被告側に転向し、被告側が直面しなければならないとされる二つの問題である。一つは証明の対象である。もう一つは証明の程度である。まず、証明の対象について、被告側が証明しなければならない対象は、「例外に当たる場合」<sup>51)</sup>あるいは「反対の確率がゼロでない」<sup>52)</sup>ということを示すことができる「特段の事情」を指す。それは、過失の不存在を基礎づける具体的事実たる主要事実でなく、「一応の推定」の許容前提である前提事実(間接事実)と両立しうる別個の間接事実である。つぎに、証明の程度について、被告側は、裁判官に「過失の不存在」の確信を抱かせる程度(本証)までは要求されず、「過失の不存在」に合理的な疑を生ぜしめ、真偽不明まで持ち込む程度(反証)で足りるとされる。なぜなら、過失・主要事実についての証明責任(真偽不明によって生じる危険また不利益)が原告側にあることに変更はないからである。このような事態は、あたかも、証明責任が具体的訴訟の経過によって一方の当事者から他方の当事者に転換するように見えるが、

---

行中において裁判官の心証の変化・強弱・方向に左右されないはずだからである。「まともな可能性」(＝特段の事情)を完全に証明しなければならないからといって、その証明の対象は、あくまでも過失があったと推定するのを覆すための間接事実であって、証明責任が指向する主要事実ではないのである。そこ(b)について、正確に言えば、間接事実(＝特段の事情)そのものについての証明の程度を「本証の程度」まで要求していることのみを意味するほかはないと思われる。

51) 本件の事案は例外に当たる場合であること。従って、本件の事案は原則的な場合に入らないのではなからうかという「合理的な疑い」を裁判官に生じさせる事実を証明できれば、「一応の推定」が崩れるのである。中野・前掲注(43)45頁。

52) 過失の不存在の確率は低いかもしれないが、低い確率の存在は確実であること。従って、被告の過失なしに損害が生じたのだということを証明するならば、「一応の推定」による過失の認定は、やはりできない。中野・前掲注(43)45頁。

これはあくまで間接事実そのものについてだけであって、主要事実の証明責任は終始不動である<sup>53)</sup>。

過失の「一応の推定」の許容基準について、「一応の推定」によって過失を認定できるのは、推定に利用される経験則が「原則として」、「十中八九」というような高度の蓋然性をもつ経験原則（強力な経験則）である場合に限られている<sup>54)</sup>。ただし、この抽象的許容基準をめぐる現実の問題は、経験則上において、なにが必然的なものであり、なにが蓋然的なものであり、なにが可能的なものであるか、といった経験則の蓋然度を如何に区別するかという問題である。この現実の問題、すなわち経験則の蓋然度の区別は、その経験則自体によって常に一定しているわけではなく、かえって、各個の訴訟における証明ないし証拠収集の難易と相関しつつ、証明の状況全般のなかで相対的に決される。「一応の推定」の採否を決するについて、具体的な過失事実の証拠がないとして権利主張者に対する権利保護を拒否するのが正義に合するか、どの範囲の反対事実の可能性を特段の事情として相手方の反証責任に委ねるのが衡平にかなうかという根本的な利益考量が結論の妥当性を究極的に支えるという。その意味では、経験則の蓋然度を区別するための具体的許容基準を、統一かつ一義的に画定することは無意義であり、裁判例の集積によって規準が自ら明らかになっていくことが期待されるほかない<sup>55)</sup>。

## 2 考察

以上の雄本教授、中野教授の見解を踏まえた上で、「一応の推定」の法的性格、許容基準をめぐる事実上の推定説をまとめる。まず、この説の特徴は、その前提として、ドイツの証明責任に関する議論の影響を受け、客観的証明責任・結果責任・確定責任が証明責任の本質であることを認める。その上で、不法行為の成立要件とされる過失・因果関係を認定する際に用いられている「一応の推定」の法的性格について、それは証明責任の分配・転換とは無縁なものであり、裁判官の自由心証のもとでの経験則の利用による事実上の推定の一態様にほかならないとする。

---

53) 中野・前掲注 (1) 373 頁 [青山善充執筆]。

54) 中野・前掲注 (42) 44 頁。

55) 中野・前掲注 (43) 47 頁。



ただし、一般の事実上の推定と区別されるべき場合には、過失の「一応の推定」の特質は、(イ) 過失事実の抽象的・不特定の認定の許容と(ロ) 過失の抽象的・不特定の認定を妨げる具体的・特定のな特段の事情についての相手方の反証責任という二点に求めるべきである。つぎに、許容基準について、「一応の推定」を許容するのは、推定に利用される経験則が高度の蓋然性を持つものである場合に限られている。また、その意味で、事実上の推定すなわち間接事実による推認の場合の心証の程度(証明度)は、直接証拠による認定と比較して、少しも変わりはない。さらに、経験則の蓋然度を判断する際に、具体的訴訟における証明ないし証拠収集の難易を含む証明の状況全般、また正義・衡平などが考慮されることを肯定する。最後に、「一応の推定」の許容効果として、過失・因果関係について証明責任を負わない当事者の一方(被告側)にとっては、推定によって過失があったと形成された裁判官の暫定的心証を覆すために、「特定の事情」の存在の証明が反証責任として留保されている。言い換えれば、被告側は、当面の訴訟において本件の事案が原則的な場合に入らないという「合理的な疑い」を裁判官に生じさせる「特別の事情」の存在を証明できれば、「一応の推定」が崩れて、それによる過失・因果関係の認定もされなくなるのである。

## 第二項 証明責任の分担説

### 1 学説の整理

証明責任の分担説において、「一応の推定」は、訴訟中、自由心証によって、証明責任(末川教授のいう挙証責任)の一部が不法行為の加害者たる被告側に転稼する効果を導き出すところに特徴を有し、事実上の推定説と区別されている。証明責任の分担説を唱える論者は末川博教授一人のみである。末川教授の見解を証明責任の分担説に分類する理解は、中野教授の著書によって始まり<sup>56)</sup>、ほかの教科書にも援用されている<sup>57)</sup>。またその他、証明度の軽減説と評価する考え方<sup>58)</sup>、証明責任転換説として

---

56) 中野・前掲注(43) 11頁。

57) 高橋・前掲注(31) 558頁。

58) 中西・前掲注(4) 589頁。



捉える考え方もある<sup>59)</sup>。研究対象が同一の論文であるにもかかわらず、分類の角度によって捉え方が変わることも「一応の推定」に関する学説の混乱を物語っている。本論文は以下の分析によって証明責任の分担説の分類を採用する。

(c) 末川教授の見解——1927年<sup>60)</sup>

末川教授は、図表3-2における〔判例1〕〔判例2〕〔判例3〕の判旨から出発し「一応の推定」を問題として提起し、その上で、自由な心証と一応の推定の角度から「一応の推定」の法的性格・適法性、および一応の推定と証明責任の角度から「一応の推定」の効果について独自の見解を述べた。

末川教授の見解によれば、「一応の推定」の法的性格は、例示した判例の判旨によって示されるように、与えられたある事実によって経験的に得られるある程度の蓋然性に基つき、さらに反対のより大きい蓋然性の存在し得ることを承認しながら、主要事実の存在を推断してしまうものである。この一点だけに限定すると、末川教授の見解を証明度の軽減説であると評価する考え方<sup>61)</sup>も一見して無理がないかもしれない。しかし、教授の下記の「一応の推定」の適法性に関する論述、特にその後半に位置する「判断を下すための標準を与えるに十分だと認め得る程度の蓋然量」<sup>62)</sup>が強調されているところから察すれば、末川教授が決して証明度の軽減を主張しているわけではないことがわかる。

「一応の推定」の適法性について、末川教授は、自由な心証が訴訟法上に普遍的に肯定される原則的なものであるというところに立論の軸を据える。実際の訴訟において、法規を前提とし、ある確定された具体的な主要事実をそれに当てはめる裁判は、実質的に裁判官の自由な心証による判断である。自由な心証による判断は、通常所与としての過去の生

59) 安井・前掲注(2) 294頁。

60) 末川博「一応の推定と自由な心証——不法行為における故意過失の挙証責任を中心として」同『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、1970年) 609～628頁。初出、「一応の推定と自由な心証——不法行為における故意過失の挙証責任を中心として」法学論叢第17巻1号(1927年) 15～41頁。両者の内容が同様である。

61) 中西・前掲注(4) 589頁。

62) 末川・前掲注(60) 614頁。

活現象についての経験に関している。そのような経験的な判断は、人間の有限な認識能力などで論理的な思考の法則によって制約されているものである。一方、そういう経験的な判断は、口頭弁論の全趣旨および証拠調べの結果として客観的に与えられた材料を基礎としてのみ得られるべきものである。その基礎たる材料と判断の間は論理的な必然性によって連結されなければならないのである。ところが、理論的な必然性を肯定し得る範囲は、必ず一ではなくて広狭いろいろ違ったものである。通常、直接証拠に基づいて与えられている理論的な可能性の範囲は、比較的狭く厳密であり得るが、間接証拠に基づいて与えられる理論的可能性は、蓋然量の異なった幾つもの可能性であり得るから、その範囲は極めて広い。言い換えれば、自由な心証のはたらき得る余地は、直接証拠による場合よりも間接証拠による場合の方が、より大であるということができる。もっとも、裁判官は事実が真実もしくは虚偽である判断を恣意的に下してもよいわけではない。裁判所が積極的な判断を下すには、判断を下すための標準を与えるに十分だと認め得る程度の蓋然量を有する一つの可能性を選択しなければならない。なされるべき選択の根拠となるべき判断は、経験的に定められた法則であるのを普通とするから、その方法は究極においては帰納的であって、その結果たる判断は蓋然的にとどまるのを常とする。つまり、絶対的に確実な証明を得るということは殆ど不可能であるが、実際生活の目的——裁判の目的——からいえば、ある程度の確からしさすなわち蓋然量を有するものはこれを真実と認めても差支えないのである<sup>63)</sup>。

「一応の推定」の効果は、不法行為における過失についての挙証責任の一部を被告に「転稼」したものであり、挙証責任の全部を被告に「転倒」したのではない。なぜなら、過失の存在を推断し認めさせるに至ったある程度の蓋然性の証明は原告の負担すべきものであるしている限り、この意味で、原告の挙証責任が免除されていないからである。しかし、原告になされた証明を覆すに足りるだけの反対の蓋然性については、被告においてこれを証明すべき責任を負っているのであって、これをしないことの不利益は被告の負担に帰することを言ったのであるから、こ

---

63) 末川・前掲注 (60) 615 頁。

の程度においての挙証責任の一部を被告に転嫁したものと言える。この点に限定して見ると、末川教授の見解を証明責任転換説として捉える考え方<sup>64)</sup>もあり得るかもしれない。しかし、以下のまとめのように、末川教授が唱えている挙証責任（証明責任）は、現在通説に取り上げられている証明責任とは根本的に異質なものであるため、証明責任転換と称することにはどうも賛成しがたい。

具体的には、末川教授は、(イ) 挙証責任が事実の真偽不明によって生じた危険また不利益を当事者の一方に負担させるものであり、(ロ) 挙証責任と挙証作用を区別しながら切り離して考えるべきである、とする雫本教授の立論に対する批判から論述を始める。まず、(イ) についての批判である。末川教授は訴訟の上における事実の真偽不明の状態そのものを認めていない。すなわち、「事実が不明であるということは、事実の真実性の認識を中心として考えるときには、ひっきょう事実を真実だと認めることはできないという否定的な判断として現われるほかはない。したがって訴訟の上における判断では、事実の真偽が不明だというのは、事実を真実だとは認めないという意味において、事実が虚偽だと認められたのと同じことになるといわねばならない」<sup>65)</sup>と主張し、真偽不明の場合を想定して築き上げられている雫本教授の挙証責任（証明責任）に関する立論は広大な宮殿が空中に描かれた楼閣にすぎないと批判する。つぎに(ロ) についての批判である。挙証責任は、挙証作用を切り離して考えるべきものではなく、挙証責任の分配の原則は、挙証作

64) 安井・前掲注(2) 294頁。

65) 末川・前掲注(60) 621頁。この点で伊藤武雄氏と論争がある。伊藤武雄氏の批判(同「自由心証と挙証責任——末川教授の所説を評す」法学論叢第17巻3号(1927年3月)480～504頁)があり、それに対し、末川博教授からの更なる反論(同「自由心証と挙証責任の分配とについて——伊藤氏に答ふ」法学論叢第17巻5号(1927年5月)823～832頁)があった。そのほか、末川教授の立論に対して、兼子一教授の批判(同「推定の本質および効果について」同『民事法研究[第I巻]』(酒井書店、1969年)[18版発行]302頁の注(5)を参照)「若し本訴の請求の積極的要件たる事実の不存在が反訴の請求の積極的要件を為すが如き場合には、併合審理の関係から同一事実の存否の心証も亦帰一せねばならぬわけであるが、博士の見解に従えば本訴請求の棄却は必然に反訴請求の認容とならねばならぬであらうが、之では反訴の請求が独立に起こされ同一の証拠資料が現われた場合の解決と矛盾するであらう(真偽不明と抽象的挙証責任を認めるならば本訴反訴共に棄却となるべきである)」があり、また円山雅也氏の批判(同「民事裁判における『推定』について」司法研究報告書8輯6号(1955年)92頁の注(14)もあった。

用に従って実際上の挙証の必要を一般的に抽象化したという意味においてはじめて認められるべきものである。のみならず、訴訟の上においても、一つの事実の真偽についての挙証を両当事者に分担させる理由がある<sup>66)</sup>。なぜなら、挙証責任の分配の原則が認められる根拠は、結局、各当事者の訴訟上の地位をなるべく平等ならしめようという正義および衡平の観念に求められるべきだからである。そこで、不法行為における過失というような内心的意識過程の存否については、間接事実によってこれを推断するほかないのであるから、その存在の証明をどこまでも被害者たる原告側に強いるのは酷に過ぎ、不法行為による損害の賠償責任制度の精神に反する結果を招来する。したがって、「一応の推定」により、過失の存在を推断し認めさせるに至ったある程度の蓋然性の挙証責任を原告側に、その証明を覆すに足りるだけの反対の蓋然性の挙証責任を被告側に分担させることが、過失主義に膠着する日本の不法行為法を社会正義の要求に合致させることにつながる<sup>67)</sup>。

## 2 考察

以上から私見によれば、末川教授の見解、特に「一応の推定」の法的性格についての見解は、中野教授の見解とさほど大差がない。つまり、「一応の推定」は、裁判官が行う経験則の適用によって得られる自由心証の枠内での判断であるという認識が、両氏の間において一致している。この意味での末川教授の見解は、むしろ事実上の推定説と評することもできるであろう。ただ、「一応の推定」の効果について、民法学者としての末川教授は、当時の大規模な工業経営や交通機関の発達に伴う危険事項の激増の現実を背景に、それによって生じる損害・被害の危険・不利益を当事者間において正義・衡平の理念の下で合理的に分担する役割を非常に重視している。過失責任主義に膠着する日本の不法行為法によって生じた証明困難による被害救済上の不都合を多少でも解消し、正当な

66) つまり、推定によって過失があったと認められることによって生ずる不利益は、被告側において負担しなければならない。末川教授は、ここで生じたのは証明責任の分担の問題であるとする。しかし、それは、証明責任の問題ではなく反証の問題であると批判されている。兼子一＝竹下守夫『民事訴訟法・新版』（弘文堂、1993年）127頁参照。

67) 末川・前掲注（60）627頁。

範囲での結果責任に近づけようとする意図は否定できない。他方、民事訴訟法学者としての中野教授は、訴訟法の一貫性をより重要視し、特にドイツにおける証明責任に関する厳密な論理の影響を強く受け、高度の蓋然性をもつ経験則が適用される前提となる間接事実の証明を原告に、「例外に当たる場合」あるいは「反対の確率がゼロでない」という特段の事情の存在の証明いわゆる反証を被告に課するという一線について妥協を許さなかった。あたかも、証明責任が具体的訴訟の経過によって一方の当事者から他方の当事者に転換するようにみえるが、これはあくまで間接事実そのものについてだけであって、主要事実の証明責任は終始不動である。

### 第三項 証明度の軽減説

#### 1 学説の整理

裁判官がある事実を「証明された」としてこれを認定するためには、その事実の存否についての心証が一定の程度に達することが必要である。証明度とは、この要求される心証の程度（最下限）を指す。民事訴訟における証明度について、判例・通説<sup>68)</sup>は、通常人が疑いを差し挟まない程度の高度の蓋然性を要求している。これに対しては、英米法の影響を受けた結果、証明責任を負う側の証明度が相手方の証明度よりも優越していること（証拠の優越 *preponderance of evidence*）で足りるとする見解もある<sup>69)</sup>。「一応の推定」に関する証明度の軽減説という分類は、その「証拠の優越」原則の下で、「一応の推定」が許容される場合に得られた裁判官の心証が、一抹の疑いを存する程度で足りるとされており、通常の認定ほど強度の心証まで要求されないといった特徴より由来したものである。その代表的な論者が中島弘道教授である。

---

68) 最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁。

69) 中島弘道『挙証責任の研究』（有斐閣、1949年）94～100頁。石井良三「民事裁判における事実証明」ジュリスト150号（1958年）38～50頁。村上博巳「民事裁判における証明度」司法研究所創立五十五周年記念論文集上巻（1962年）233～258頁。

(d) 中島教授の見解——1949年<sup>70)</sup>

中島教授の見解によれば、「一応の推定」は事実上の推定と全く同義な概念である。過失というような心理の事実または状態は、直接証拠により直接証明することが頗る困難なものであるから、より証明し易い間接事実を根拠として間接的に推測するよりほかに方法がない。「一応の推定」は、このような証拠によって間接事実を証明して、間接事実から主要事実を認定するものである。その本質は、真偽不明な事実を、一抹の疑いを存しつつ、一応真実であると認定することである。その特徴は、(イ) 通常の認定ほど強度の心証が要求されない点、(ロ) 真実に反するかもしれないという一抹の疑いを存して行われる認定である点に存する<sup>71)</sup>。つまり、「一応の推定」は、一般の确实心証よりも弱い蓋然的心証で裁判することが許される場合であると割り切った。この場合において「一応の推定」の適法性について、その主な理由は、もし相手方に弱い蓋然的心証を覆すに足る反証があるなら、それが提出されるはずなのに、それが提出されないのは、恐らく反証がないからであると言われて<sup>72)</sup>いる。言い換えれば、相手方が敗訴の危険を感じつつ、しかもなお反証を提出しないという事態は、挙証責任者の挙証の不足を補充する一つの証拠(情況証拠)となる。よって「一応の推定」が行われるのが合法的なものとなる。

## 2 考察

以上から、仮に証明度の軽減説を採用することができるならば、過失の証明困難による不法行為の被害者の負担が大幅に軽減されることは明らかである。ところが、間接事実による推定の場合の心証の程度は直接証拠による認定に比べて心証度が落ちない(むしろ推定心証の方が反証に強い)、という従来有力説<sup>73)</sup>が存する以上、簡単には賛成しがたいで

70) 中島弘道『挙証責任の研究』(有斐閣、1949年)140～158頁

71) 中島・前掲注(69)149頁。

72) 中島・前掲注(69)152頁。

73) 円山雅也「民事裁判における『推定』について」司法研究報告書8輯6号(1955年)113頁、114頁の注(6)。近藤完爾「証拠の証明力」民事訴訟法学会『民事講座Ⅱ』(有斐閣、1961年)607頁。賀集唱「事実上の推定における心証の程度」民事訴訟雑誌14号(1968年)47、56頁。倉田卓次『民事交通訴訟の課題』(日本評論社、1970年)140頁。



あろう。この点について、中野教授が以下のような批判を加えた。つまり、侵害行為の客観的事実からの推定だけでは過失を肯定することも否定することも可能という程度の心証しか得られない場合に、相手方が反証を提出しない事態をこれに重ねることによってはじめて必要な証明度<sup>74)</sup>の達成ありとすることは許されないであろう。なぜなら、本来、証明責任を負う一方の当事者に過失事実の真偽不明（過失を肯定することも否定することも可能）の結果たる不利益を負担させることであるのに、中島教授の見解では、証明責任のない相手方に過失事実の真偽不明の結果たる不利益を負担させることになるからである<sup>75)</sup>。また、英米法の影響を受けながら、民事裁判における事実の認定につき「証拠の優越」で足りると解する中島教授の立場に対して、中野教授は、日本法と英米法の証拠制度が異なるものであるという角度から批判的見解を示している。つまり、証拠の相対的優勢で足りるというのでは、証明と疎明との区別を無視する結果となるし、証明責任の守備範囲を小さくすることが直ちに真実と衡平に合致するという保障もない。陪審制度と証拠規則が裁判官の心証形成を制約している英米法の証拠制度とは異なり、そのような制限を全くもたない日本の民事裁判における事実認定につき「証拠の優越」の原則を認めれば、およそ弊害が多いであろう<sup>76)</sup>。

#### 第四項 立証軽減の法理説

##### 1 学説の整理

自由心証の枠内において、「一応の推定」は、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、過失・因果関係の立証困難による被害者の不利益を救済する機能を有するとの見地から、「一応の推定」においては、過失・因果関係の証明に限って、立証困難を前提とし、実体的利益考量に基づき、証明責任の分配が修正される<sup>77)</sup>、とする立証軽減の法理説が

74) 中島教授の言う証明度は、通説に要求されている常人が疑いを差し挟まない程度の高度の蓋然性を指しているのではなく、「証拠の優越」原則の下における証明責任を負う側の証明度が相手方の証明度よりも優越していることで足りることを指している。つまり、確実心証でなく蓋然的心証である。中島・前掲注(69)141頁。

75) 中野・前掲注(43)16頁。

76) 中野・前掲注(43)62頁。同旨、山木戸・前掲注(46)83頁。

77) 渡辺武文「表見証明に関する二・三の問題」愛媛法学第5号(1973年)133頁、

ある。この説の背後には、証明責任は当事者の一方にのみ事案解明の責任を負わせ相手方の事案解明の責任を免責するものでは決してなく、証明責任を負わない当事者にまず事案の具体的解明を求めることが「一応の推定」の特徴とする思想、事案解明義務論<sup>78)</sup>に繋がる思想の萌芽がみられる。代表的な論者が渡辺武文教授である。

(e) 渡辺教授の見解——1979年<sup>79)</sup>、1981年<sup>80)</sup>、1998年<sup>81)</sup>

渡辺教授は、ドイツにおける表見証明<sup>82)</sup>の適用を認める判例とそれに関する学説を検討対象とした上で、中野教授の見解における「一応の推定」の理解について、次の三点において批判を加えながら、自身の見解を定立させている<sup>83)</sup>。具体的には、(イ)「一応の推定」を覆すために相手方に課せられる特段の事情の立証に関し、この場合の間接反証を本証と解することによって、無過失を推認させる特段の事情についての証明

144頁以下。

- 78) 事案解明義務論については以下のものが参照となる。ペーター・アーレンス(著)＝松本博之(訳)「民事訴訟における証明責任を負わない当事者の解明義務について」民事訴訟雑誌29号(1983年)57～113頁。松本博之「民事訴訟における証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述＝証拠提出義務について」法曹時報49巻7号(1997年)1～41頁。畑瑞穂「模索的証明・事案解明義務論」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣、2002年)607～640頁。山本克己「事案解明義務——最小小判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁」法学教室311号(2006年)86～92頁。安井英俊「事案解明義務の法的根拠とその適用範囲」同志社法学58巻7号(2007年)505～574頁。安井英俊「審理過程における当事者の情報・証拠開示義務の正当化根拠」同志社法学62巻6号(2011年)309～340頁以下。
- 79) 渡辺武文「『一応の推定』ないし『表見証明』」三ヶ月章＝青山善充(編)『民事訴訟法の争点』(有斐閣、1979年)242～243頁。
- 80) 渡辺武文「表見証明と立証軽減」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践〔下巻〕』(法律文化社、1981年)139～162頁。
- 81) 渡辺武文「証明負担の軽減」青山善充＝伊藤真(編)『民事訴訟法の争点〔第3版〕』(有斐閣、1998年)214～217頁。
- 82) 日本法における通説的・圧倒的多数的な見解として、日本法の「一応の推定」とドイツ法の「表見証明」は類似した機能を有する法理であるとされている。中野・前掲注(43)18～19頁。村上博巳「法律上の推定と事実上の推定」三ヶ月章＝青山善充(編)『民事訴訟法の争点』(有斐閣、1979年)241頁。渡辺・前掲注(80)139頁。藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」新堂幸司ほか(編)『講座民事訴訟⑤証拠』(弘文堂、1983年)146頁。小林秀之『新証拠法〔第2版〕』(弘文堂、2003年)62頁。新堂幸司『新民事訴訟法〔第四版〕』(弘文堂、2008年)542頁。上田徹一郎『民事訴訟法〔第7版〕』(法学書院、2011年)377頁。高橋・前掲注(31)557頁参照。ただし、少数説として異なる見解もある。松本博之＝上野泰男『民事訴訟法(第6版)』(弘文堂、2010年)423～424頁。
- 83) 渡辺・前掲注(80)153頁以下参照。

責任を被告に負わせるのは疑問であるという。渡辺教授の見解によれば、間接反証においても、相手方は、証明責任ではなく、不利な認定を避けるために必要とされる反証提出責任を負うにすぎないと指摘する。(ロ)「一応の推定」の唯一の許容基準を経験則の蓋然度のみを求めるのは疑問であるという。渡辺教授の見解によれば、高度の蓋然性をもつ経験則の認められる事案においては、真の意味での立証困難は存在せず、そこでの「一応の推定」もせいぜい証拠調べや判決書作成の簡略化においてのみ機能しているにすぎない。それにあたるものは、従来から裁判官が普通にやっていることで、こと新しい発見でもなんでもないのである。一方で、立証困難の救済という「一応の推定」本来の機能からすれば、「一応の推定」を支えるだけの蓋然度は認められられないが、ノン・リケット判決を下すのでは正義に反すると考えられる事案<sup>84)</sup>においてこそ「一応の推定」が必要とされるのである。例えば、保全処分の不当執行に基づく損害賠償請求の事案(図表3-2の[判例4]と[判例5])においては、仮処分の債権者の過失が一応推認できるとされているが、債権者は一応保全処分の要件を疎明し、その命令を得た上で執行するのであるから、この場合の過失の「一応の推定」が高度の蓋然性をもつ経験則に基づいているとは到底いえないのである。「一応の推定」における結果の妥当性は、究極的には、正義・衡平に基づく利益考量に支えられている。また、このような判決においてこそ「一応の推定」を認める実益があり正当である。経験則の蓋然度は、あくまでも利益考量を行う際の一要素にすぎない。(ハ)経験則の蓋然度の区別を、具体的事案における証明ないし証拠収集の難易との関連から、相対的に理解するのは疑問であるという。渡辺教授の見解によれば、異種の訴訟、例えば、貸金返還請求訴訟と公害訴訟では、裁判官の確信が形成される蓋然度(証明度)が異なることは、十分に考えられる。一方、同種の訴訟で、同一の経験則が、個々の訴訟における証明の難易により蓋然度を異にすることは考えられない。立証困難が証拠評価の対象とならない以上、経験則の蓋然

84) 例えば、通常、第三期梅毒患者からの輸血感染は稀であるにもかかわらず、梅毒感染の原因を輸血であるとし、輸血当時血液提供者が梅毒患者であった確率が五〇パーセントしか認められない事案においても、梅毒感染が輸血によるものであることを推認されるとし、原判決を破棄し、差戻したケースが挙げられている。渡辺・前掲注(80)144頁以下参照。

度が証明の難易により左右されるはずがない。最後に、結論として渡辺教授は、「一応の推定」とは、立証困難を前提とし、実体的利益考量に基づき、相手方にも一定の反証提出責任を負わせることにより、挙証者の証明負担を軽減するものであると位置づけている<sup>85)</sup>。

## 2 考察

以上の渡辺教授の見解について、若干の私見を交えながら考察してみることとする。まず、(イ)について、渡辺教授の批判が適切であろう。証明責任(確定責任)は、審理の最終段階においてなお真偽不明の場合に、それによって生じた危険または不利益の帰属の問題であり、それは審理の最初の段階においてすでに分配基準に従って定められたものであり、訴訟進行中において裁判官の心証の変化・強弱・方向に左右されないはずだからである。特段の事情の存在を完全に証明しなければならないからといって、その証明の対象は、あくまでも過失があったという「一応の推定」を覆すための別個の間接事実であって、証明責任が指向する主要事実ではない。中野教授の「加害者側がこうした特段の事情につき証明責任(反証責任)を負うことになる」といった用語上の表現は、正確には、加害者側が「証明責任」を負うことになるのではなく、特段の事実(別個の間接事実)そのものについての証明の程度を「本証」の程度まで要求されるにとどまる。(ロ)について、渡辺教授が指摘される事案は確かに存在する。すなわち、図表3-2にまとめたものからいうと、高度の蓋然性をもつ経験則の存在によって過失の「一応の推定」の適用が許容されるとする〔判例1〕～〔判例4〕、〔判例6〕、〔判例7〕のほか、高度の蓋然性をもつ経験則の存在まで言えなくとも過失の「一応の推定」の適用が許容されるとする〔判例5〕もある。まさに適切な指摘である。ところが、中野教授の論文では、「一応の推定」の唯一の許容基準を経験則の蓋然度のみ求めながら、他方で正義・衡平などの実体的利益考量を究極的に排除することを主張しているわけではない。中野教授の見解によれば、「一応の推定」の(抽象的)許容基準を高度の蓋然性をもつ経験則に一般的抽象化することができるが、具体的には、

85) 渡辺・前掲注(80)157頁。

個々の訴訟につき高度の蓋然性をもつ経験則が認められるか否かは、その訴訟における証明状況全般のなかで相対的に決される。したがって、正義・衡平といった実体的利益考量を究極的に排除することを意味していない。(ハ)について、渡辺教授の立論には若干の無理があるであろう。異種の訴訟でも、裁判官に確信を抱かせるまでの蓋然度が必ず達成されなければならないため、貸金返還請求訴訟に比べて公害訴訟における証明度を恣意に下げること、すなわち公害訴訟において証明度までの心証がなくても賠償請求を認容することは許されないはずである。両者とも高度の蓋然性まで到達しなければならないである。さらに、同種の訴訟でも、裁判官の確信を抱かせるまでの蓋然度の達成ということが必要である。それは譲れない鉄則である。ただし、証明度が達成されたか否かについて、同種の訴訟といってもそのすべてに共通する具体的な判断基準は、法的に把握できる統一のかつ一義的な規準がなく、個々の具体的な訴訟において現われる証拠資料のほか、弁論の全趣旨のなかで相対的に決めざるを得ない。最後に、渡辺教授の結論について、立証困難のため結局事案の解明ができない不利益を当事者のいずれに負担させるかは、まさに証明責任の分配に関する問題であって、訴訟前にすでに分配されたものである。それは「一応の推定」ということを離れて、別個の観点から証明責任の分配として検討されるべきところである。