論　説

暫定真実とは何か。

柴　　谷　　晃

1　暫定真実について通常なされている説明内容
2　前提事実なしに無条件に推定する場合であるということ
3　本文・但書の形式で規定するのと同様の効果をもたらすということ
4　立証責任を転換するものであるということ
5　暫定真実についての正しい説明内容

1　暫定真実について通常なされている説明内容

小職は、先に「民法186条2項の推定規定の性質について ―法律上の事実推定か暫定真実か―」（駒澤法曹第1号1頁。以下「拙稿」という。）において、民186条2項は、通説的見解とは異なり、真正の法律上の推定（法律上の事実推定）の規定ではなく暫定真実の規定と捉えるべきであると主張したが、本稿は、暫定真実に関して更に幾つかの補足説明を加えようとするものである(1)(2)。

まず、暫定真実（ないし暫定的真実）(3)について、多くの文献においてなされている説明内容の共通項を括り出せば、概ね、次のようにいうことができよう。「暫定真実とは、①ある法律効果の発生要件となる事実を前提事実なしに無条件に推定する場合である。②その事実の存否の立証責任（ないし主張立証責

(1)　拙稿を武藤春光先生にご高閲いただいたところ、武藤先生から小職宛の私信の中で「民法186条2項は暫定真実の規定である。」との見解には賛意をいただいたものの、拙稿8頁の「無前提にある事実を推定……という部分が暫定真実の本質的定義であると捉えるべきであろう。」との記述に対しては、この見解は誤りであり暫定真実の定義は「ある要件事実に基づいて他の要件事実を推定する場合」と解した方がよい旨のご指摘を受けた。本稿は、武藤先生からのこのようなご指摘が起稿の動機になっている。

(2)　本稿は、本法科大学院の在学生が読むことを念頭においているため、当然の事柄をくどくどと説明している部分もあるが、ご容赦願いたい。

(3)　「暫定的真実」と表現する文献は、兼子一・民事法研究第Ⅰ巻「推定の本質及び効果について」311頁

任)[4]を転換するものであり、③本文・但書の形式で規定するのと同様の効果をもたらす。」

しかし、上記の説明のうち①は誤りであり、②の表現は不適切であり、③の表現も説明として最良とはいえないと考える。

2　前提事実なしに無条件に推定する場合である（１の①）ということ

(1)　この点についての幾つかの文献の説明内容は次のとおりである[5]。

「暫定真実と呼ばれるもの……推定の前提事実がない無条件の推定がそれである。」[6]

「暫定真実を規定する場合……前提事実なしに無前提に一定の事実を推定する」[7]

「無条件の推定規定 ‥‥ 暫定真実ということがある」[8]

「無条件に一定の事実を推定すること ‥‥ を暫定真実という。」[9]

「ある法律効果の発生要件である乙事実を無条件に推定する場合を、暫定真実といいます。」[10]

このように、多くの文献では、暫定真実の定義は「前提事実なしに無条件に推定事実を推定する場合」とされている[11]。

---

(4)　「立証責任」と呼ぶべきか「証明責任」と呼ぶべきかについては、本稿では特に問題にしない。また、本稿は立証責任と主張責任の関係を考察することを目的とするものではないので、立証責任の所在と主張責任の所在は常に一致するとの通説的見解（増補民事訴訟における要件事実第一巻 21 頁等）に立つこととする。したがって、本稿では、「証明責任」及び「主張立証責任」とはいわずに「立証責任」という。ただし、他の文献を引用する場合には、原文のままの用語で引用する。

(5)　以下、点線は、引用にあたり途中の文章を省略していることを示す。

(6)　高橋宏志・重点講義民事訴訟法・上 501 頁

(7)　中野貞一郎ら編・新民事訴訟法講義第２版補訂版 369 頁

(8)　新堂幸司・新民事訴訟法第三版補訂版 522 頁

(9)　上田徹一郎・民事訴訟法第四版 382 頁

(10)　藤田広美・講義民事訴訟法 110 頁

(11)　「暫定真実」とはこの場合の「推定事実」を指す。したがって、正確にいえば、「暫定真実」の定義は「前提事実なしに無条件に推定される推定事実のこと」とされ「暫定真実の規定」の定義は「前提事実なしに無条件に推定事実を推定する規定のこと」とされている、というべきことになろう。

他方で、これらの文献も含め一般に、推定とは「ある事実（これを前提事実という。）から他の事実（これを推定事実という。）を推認することである。」と定義されている[12]。

一方では「前提事実なしに推定する」といいながら、他方では「推定には前提事実を要する」といっているわけである。そうすると、明らかに、暫定真実の定義と推定の定義との間には矛盾がある。

⑵　この矛盾をどのように説明するか。この点については、一応、次のアまたはイの二つの説明が考えられよう。

ア　暫定真実は、ある法的効果の発生のために必要な要件事実を前提事実として他の事実を推定するという構造を持つものである。したがって、これも推定の一種に他ならない。暫定事実の説明において、「前提事実なしに推定する」といわれることがあるが、これは、「要件事実でない事実を前提事実とすることなしに推定する」との意味にすぎない[13]。

イ　前提事実のない推定なるものは、推定の定義に反する。暫定真実は、法文の規定上「推定」という語を用いているが、実は、推定ではない[14]。

ア、イのいずれと理解すべきかについて、民法 186 条 1 項が規定する「所有の意思」を具体例にして考える。なお、同条項の推定規定としての性質が暫定真実であることには、異論がない。

もし同条項によって所有の意思が無前提に推定されているのだとすると、あらゆるケースにおいて常に（つまり、占有の有無にかかわらず）、反対事実[15]がな

⑿　高橋・前掲書 499 頁、中野ら編・前掲書 368 頁、新堂・前掲書 521 頁、伊藤眞・民事訴訟法第 3 版再訂版 332 頁

⒀　金洪周・要件事実の理解 280 頁は同旨を明言している。拙稿・前掲書 8 頁も漠然とこのような認識に立っていたが、当時の理解が完全でなかったため、表現が言葉足らずであった。

⒁　兼子先生（兼子・前掲書 311 頁）は、暫定的真実の定義として「無前提にある事実を推定する場合」を挙げたうえで「推定の文字を用ふるのは表現を簡潔にする修辞上の必要に出づるに過ぎない。」と述べておられることから、本文のイの見解を採られるものと思われる。

⒂　［最判 S58.　3．24 民集 37 ― 2 ― 131］によれば、反対事実である「所有の意思のないこと」とは、他主占有権原又は他主占有事情という外形的（客観的）事実を指す。この立場では、「所有の意思」も占有者の内心的（主観的）状態ではなく、自主占有権原及び自主占有事情という外形的（客観的）事実を意味することになろう。

い限り、特定の権利主体が特定の物について所有の意思があると扱われていることになる。しかし、実際には、同条項は、所有権を主張する者が占有していない物についてまで、ひとまず所有の意思があると扱うなどとはいっていない。特定の権利主体が特定の物について所有の意思を有していると扱われるのは、当該権利主体が当該物を占有している場合に限られる。すなわち、同条項は、当該権利主体が占有者であるという前提事実を要求している⑯⑰。

ただ、この前提事実はそれ自体が取得時効の要件事実になっているのであって、要件事実ではない事実が前提事実となっているものではない。

以上のように考えられるので、暫定事実の説明としては、イではなくアが正しいというべきである。

(3)　以上を要するに、暫定真実も推定であることに変わりはない。そして、推定であるからには、前提事実が存在する。そのため、暫定事実の定義として「前提事実なしに無条件に推定事実を推定するもの」というのは誤りである。暫定事実の特徴は、推定事実だけでなく前提事実も特定の法律効果をもたらす要件になっているということにある。したがって、暫定事実の正しい定義は、「法文が特定の法律効果の発生のために複数の要件が必要となると規定している場合において、そのうち一部の要件事実があるときに他の要件⑱の存在を推定すると規定している場合をいう。」とすべきである。ある推定規定がこの定義に当てはまる

---

⑯　伊藤滋夫先生も「占有という前提事実があるのではないか」と述べておられる（伊藤滋夫・前掲書 76 頁）。

⑰　「平穏」や「公然」についても同様である。民法 186 条１項は、占有という前提事実があれば平穏の事実及び公然の事実があると推定しているのである。

⑱　基本規定と推定規定の規定がそれぞれ本稿の本文で述べるような内容となっている場合、基本規定の法文上は、甲乙両事実がともにＫの権利根拠規定の要件事実となるかにみえるが、推定規定も併せて考察すると、実は、法律効果Ｋを主張する側に推定事実乙の立証責任があるのではなく、Ｋを否定する側に非乙（＝乙の反対事実＝乙の不存在）の立証責任があることが分かる。ところで、「ある事実乙が認められる場合にはある法律効果Ｋの発生が認められるが、非乙が認められる場合にはＫの発生は認められない。」という関係にある場合、「乙はＫの発生のための実体法上の要件（或いは、単に、要件）である。」ということがある（例えば、改訂前の問題研究要件事実 59 頁）。そして、更に、乙の存否の立証責任の分配まで考慮した場合において、乙についてＫを主張する側に立証責任があるときは乙はＫの権利根拠規定の要件事実であり、非乙についてＫを否定する側に立証責任があるときは非乙がＫの権利障害規定の要件事実であるということになる。以上のとおりに実体法上の要件（要件）という概念と要件事実という概

かどうかは、以下のように図式的に捉えれば、容易に判定できるであろう。

基本規定「甲及び乙という事実があればＫという法律効果が発生する。」

推定規定「甲という事実があれば乙という事実があると推定する。」

との２つの規定があるとする。

この推定規定においては、基本規定の要件の一部である甲が他の要件である乙を推定している。推定規定がこのような規定内容になっている場合、この推定事実である乙を暫定真実というのである[19]。

(4) 法律上の推定について初めて本格的な考察を加えられたのは兼子一先生であると思われる。兼子先生は、その論文中で[20]、暫定真実を「無前提にある事実を推定したり或いはある要件事実に基づき他の要件事実を推定する場合」と定義されていた。前述したところによれば、兼子先生が述べられていた二つの定義のうち前段は誤りであり後段が概ね正しいのであるが、その後の法学者の文献においては、前段のみが記載されるようになった。正しい方が捨てられて、誤った定義のみが蔓延してしまったということである。

これに対し、伊藤眞先生は、「暫定真実は、特定の法律効果の基礎となる複数の法律要件事実が存在するときに、法がある要件事実の証明に基づいて他の要件事実の存在を推定する場合をいう。」と述べておられる[21]。小職が知る限りで

念とを使い分けるとすれば、前提事実甲は法律効果Ｋの権利根拠規定の要件事実であるのに対し、推定事実乙はＫの要件ではあるが要件事実ではなく、乙の反対事実である非乙が法律効果Ｋの権利障害規定の要件事実である。そのため、本稿の本文では「甲が他の要件事実である乙を推定している」といわずに「甲が他の要件である乙を推定している」と述べたのである。これに対し、法律上の事実推定にあっては、推定事実乙は法律効果Ｋの権利根拠規定の要件事実となっている。以上が、暫定真実が真正の法律上の推定（法律上の事実推定）と差異を生ずる点の一つである。

法規不適用原則を採用するならば、上述の実体法上の要件（要件）などという概念は不要のはずと思われるが、暫定真実の規定は基本規定の法文から読み取れる立証責任の分配内容を修正するものであるから、実体法上の要件（要件）という概念を用いて要件事実という概念との使い分けをしたうえで説明しなければ、その説明が困難である。

(19) これに対し、

基本規定「乙という事実があればＫという法律効果が発生する。」

推定規定「甲という事実があれば乙という事実があると推定する。」と規定されている場合、すなわち、推定規定の前提事実甲が基本規定の要件事実とは全く別の事実である場合には、この推定規定は真正の法律上の推定（法律上の事実推定）の規定である。

(20) 兼子・前掲書 311 頁

(21) 伊藤眞・前掲書 335 頁

は、暫定真実について概ね正しい定義が述べられているのはこの伊藤眞先生の記述のみである[22]。ただし、ここにおいて推定事実を「他の要件事実」と表現する部分は、誤りである。真正の法律上の推定（法律上の事実推定）においては推定事実は要件事実であるが、暫定真実においては推定事実の反対事実が要件事実なのであって、推定事実は要件事実とはなっていない[23]。

また、些末な事柄であるが、伊藤眞先生は「証明に基づいて」と述べておられるが、前提事実たる要件事実は「証明」がなくとも民訴法 179 条に基づいて判決の基礎となる事実（自白された事実又は顕著な事実）であれば足りる。この点には、伊藤眞先生を含め異論はないはずである。

3　本文・但書の形式で規定するのと同様の効果をもたらす（１の③）ということ

(1)　この点についての幾つかの文献の説明内容は次のとおりである。

「暫定真実は……その条文を本文・但書と書き分けるのと同様の効果をもたらす。」[24]

「ただし書で規定するのと同じである。」[25]

「但書で規定するのと同義である。」[26]

「但書の規定と同一の機能を営むこととなる。」[27]

「ただし書の形式で読み替えるのと同じ効果をもたらします」[28]

---

(22)　なお、大江忠先生もこの伊藤眞先生の見解に賛成し、この記述をそのまま引用しておられる（大江・要件事実ノート 118 頁）。また、伊藤滋夫先生も、「無前提の推定」との説明に疑義を呈したうえで伊藤眞先生の見解に賛意を表しておられる（伊藤滋夫・前掲書 76 頁）。さらに、増補民事訴訟における要件事実第一巻 27 頁も「暫定真実の性質は、無前提あるいは無条件の事実推定とも説明されるが、厳密にいえば……」と述べ、暫定真実について通常いわれている「無前提の推定」という説明は厳密性を欠くものであることを指摘している。このように、実務家の多くは伊藤眞先生の見解に賛成している。

(23)　脚注(18)参照

(24)　高橋・前掲書 501 頁

(25)　中野ら・前掲書 369 頁

(26)　新堂・前掲書 522 頁

(27)　上田・前掲書 383 頁

(28)　藤田・前掲書 110 頁

この「本文・但書と同様（ないし、同義）」とは、次のような意味である。

基本規定「甲及び乙という事実があればKという法律効果が発生する。」

推定規定「甲という事実があれば乙という事実があると推定する。」

と規定されているとする。前述のように、この形になっている場合、この推定規定は暫定真実の規定である。

まず、上記の基本規定と推定規定を組み合わせると、「甲という事実があればKという法律効果が発生する。ただし、非乙という事実があるときはこの限りではない。」との構成要件があることになる。この場合、この構成要件の本文の要件事実甲は基本規定の要件に完全に含まれているから、Kの効果を主張する者は専ら上記の構成要件の本文の適用を求めれば足り、基本規定を構成要件として存続させておく意味はない[29]。

したがって、基本規定に加えて暫定真実の規定を設けることは、本文・但書の形式で構成要件を規定するのと全く同義である。この場合、前提事実である甲がこの本文の規定の要件事実となっており、推定事実の反対事実である非乙がこの但書の規定の要件事実となっている。この点については、冒頭に掲記した各文献に述べられているとおりであり、特にこれに異議を述べようとするものではない。

(2) 以上に関連して、本題からは逸れるが、次の点について指摘しておきたい。

繰り返しになるが、推定規定が暫定真実の規定である場合、基本規定「甲及び乙という事実があればKという法律効果が発生する。」、推定規定「甲という事実があれば乙という事実があると推定する。」という形になっており、この二つの規定は「甲という事実があればKという法律効果が発生する。ただし、非乙という事実があるときはこの限りではない。」という規定に書き替えたのと全く同義である。

---

[29] 拙稿・前掲書10頁。俗な言い方をすれば、「基本規定は構成要件として死んでいる。」ということである。

そうすると、第１に、基本規定だけをみると甲に加えて乙もＫの発生のための要件事実になるかにみえるが、書き換え後の構成要件の本文によるとＫの権利根拠規定の要件事実は甲のみであり、但書によって非乙が権利障害規定の要件事実となることが分かる[30]。

すなわち、暫定真実における推定事実乙は要件事実でない[31]。

第２に、第１で述べたとおり基本規定だけをみたのでは要件事実を読み取ることはできないというのであるから、暫定真実の規定が設けられている場合には、立証責任の分配は実体法の各法条の表現形式等によって定まるという法律要件分類説の前提が、表面的には崩れている[32]。

暫定真実の規定が設けられている場合においてなおも法律要件分類説が妥当するというためには、法規範としての構成要件とその具体的表現である実体法の法条とを区別したうえで、法律要件分類説は各法条の背後にある法規範としての構成要件についてその性質を権利根拠規定、権利障害規定、権利消滅規定及び権利阻止規定に分類したうえでその論理的関係に基づいて立証責任の分配を行う説である、と理解する必要がある。

第３に、本文・但書の形式の方が、基本規定＋暫定真実の規定という形式に比べて法文上直裁に要件事実と立証責任の所在とを読み取り易いから、立法技術として優っていると思う。

(3)　本題に戻る。

(1)に述べた本文・但書の形式への書き換えという点について、これを真正の法律上の推定（法律上の事実推定）の場合と比較してみよう。推定規定が法律上の

---

(30)　本稿３(1)参照

(31)　この点は、脚注(18)において既に述べたとおりである。

(32)　新堂先生は「法律要件分類説の中でも、規範説といわれる立場では、あくまでも各個の法条の表現形式（たとえば、本文と但書と書き分けているときは、但書で除外された事実は、その法条の効果の発生を争う側が証明責任を負うという）と法条適用の論理的順序にこだわり……」と述べておられる（新堂・前掲書 518 頁）。法律要件分類説が新堂先生のおっしゃるとおりの説だとすると、乙がＫの権利根拠規定であるかの表現形式を採りながら、実は本文・但書という表現形式と同義だと理解するのでは、法条の表現形式によって立証責任の分配を決定するという前提を崩してしまっていることになる。

事実推定である場合には、法規の規定内容は次のような形式になっている。ここでは、前提事実甲は基本規定の要件事実とは全く別個の事実である。

基本規定「乙という事実があればKという法律効果が発生する。」

推定規定「甲という事実があれば乙という事実があると推定する。」

規定の形式が以上のようになっている場合、これらを次のように書き替えることができる。まず、基本規定と推定規定を組み合わせると「甲という事実があればKという法律効果が発生する。ただし、非乙という事実があるときはこの限りではない。」という構成要件ができる。このように、推定規定が法律上の事実推定である場合にも、基本規定と推定規定を組み合わせることによって本文・但書の形式に書き替えることが可能である。しかし、他方で、書き換え後の構成要件の本文の要件事実である甲と、基本規定の要件事実である乙とは、別個の事実であるから、Kの効果を主張しようとする者は乙を立証したうえで基本規定の適用によりその効果を得ることも可能である。すなわち、推定規定が法律上の事実推定である場合には、基本規定も未だ構成要件として存続している[33]。

以上、「構成要件の書き換え」という観点から暫定真実と法律上の事実推定とを比較すると、基本規定と推定規定の組み合わせによって本文・但書の形式に書き換えることが可能である点は同じであるが、そのように書き替えた後に基本規定が依然として構成要件として存続するかどうかという点が異なるのである。本文・但書の形式に書き替えることができるかどうかではなくて、基本規定の構成要件が存続しているかどうかという点に両者の違いがあるわけである。そうだとすると、暫定真実の説明内容としては、単に「本文・但書の形式で規定するのと同様」というのではなく、「本文・但書の形式だけで規定するのと同様」と表現するのが最も適切である。

4　立証責任を転換するものである（1の②）ということ

(1)　この点についての幾つかの文献の説明内容は次のとおりである。

「暫定真実は‥‥推定事実についての立証責任が相手方に転換される点

---

(33)　拙稿・前掲書5頁参照

でも法律上の事実推定と同じものである」[34][35]

「暫定真実は、他の条文と結びつくことによって証明責任の転換を招来し」[36]

「他の規定でこれらを要件事実と定めている場合にその証明責任を転換するもの」[37]

「たとえば、民法 186 条１項の推定は、時効取得の要件（民法 162 条）の証明責任を転換したことになり」[38]

「暫定真実は、前提事実を欠く無条件の推定による証明責任の転換である」[39]

「主張立証責任が転換されている」[40]

このように、いずれの文献においても例外なく、暫定真実は立証責任の転換をもたらすと説明されている。

⑵　ところで、「立証責任の転換」の概念は、各文献において、法律上の事実推定の説明中においても用いられている。ところが、以下に述べるように、法律上の事実推定の説明中で用いられる「立証責任の転換」という概念が意味する内容については、文献によって違いがあり、混乱しているように思われる。

基本規定に加えて設けられた推定規定が法律上の事実推定である場合には、基

⑶④　伊藤眞・前掲書 335 頁。大江先生（大江・前掲書 119 頁）もこれを引用されている。

⑶⑤　この記述が、暫定真実における「立証責任の転換」を法律上の事実推定におけるそれと同様のものと理解している点には、疑問がある。この記述は、法律上の事実推定における「証明責任の転換」を後述の第１の意味で用いることを前提として「法律上の事実推定と暫定真実のいずれの推定規定が設けられた場合にも、基本規定が定めている立証責任の内容が推定規定によって逆の内容に変更される。」と理解していることに基づくものと思われる。しかし、法律上の事実推定における基本規定は、構成要件として存続しており、その意味で立証責任を定めているが、暫定真実における基本規定は、構成要件として存続しておらず、そのため立証責任を定めているものではないから、二つを同視することはできない。両者は似て非なるものである。

以上については、本稿の本文において詳述する。

⑶⑥　高橋・前掲書 501 頁

⑶⑦　中野ら・前掲書 369 頁

⑶⑧　新堂・前掲書 522 頁

⑶⑨　上田・前掲書 383 頁

⑷⓪　藤田・前掲書 110 頁

本規定である「乙という事実があればKという法律効果が発生する。」（構成要件①という。）と、基本規定と推定規定を組み合わせた構成要件である「甲という事実があればKという法律効果が発生する。ただし、非乙という事実があるときはこの限りではない。」（構成要件②という。）とが併存することになる。ここにおいて、それぞれの構成要件の内容[41]を比較すると、構成要件①においてはKを主張する側が要件事実乙について立証責任を負っており、構成要件②の但書においてはKを否定する側が要件事実非乙について立証責任を負っている[42]。

このように、法律上の事実推定の規定を設けることによって、基本規定そのものである構成要件①とは別に、乙の存否の立証責任についてそれとは正反対の内容を定める構成要件②の但書が併存することになるのである。諸文献のうちには、法律上の事実推定の規定がもたらすこのような現象を「立証責任の転換」と呼んでいるとみられるものがある[43]。

この意味での「立証責任の転換」（以下「第１の意味」という。）は、現実の訴

---

(41)　「何を（乙と非乙のいずれを）要件事実とし、その立証責任をいずれに負わせるか。」という内容を意味する。

(42)　通常、「ある事実の存否について当事者の双方が立証責任を負うことはない。乙の存在について原告が立証責任を負い、かつ、乙の不存在について被告が立証責任を負うとしたのでは、乙の存否（真偽）が不明に陥った場合に、裁判が可能とならないからである。」と説明される（例えば、高橋・前掲書 461 頁）。この説明が念頭においているのは、特定の法条の乙という要件についてである。特定の法条について上記説明にあるように立証責任を定めた場合、乙の存否が不明のときは、その法条を適用するのか適用しないのかが決まらないから、裁判が不可能になるといっているのである。しかし、複数の構成要件について構成要件ごとに乙の存否の立証責任が異なるという場合には、乙の存否が不明であるときは、いずれの構成要件も適用されないだけのことであって、裁判は可能である。少し具体的にいえば、構成要件①と構成要件②とがある場合において、乙の存否が不明であるときは、構成要件①と構成要件②の但書はいずれも適用されず、構成要件②の本文の要件事実である甲が認められるかどうかを判断することによって判決結果を導くことができる。したがって、そのように定めても何ら差し支えない。

以上は当然の事柄であるが、誤解する学生がいるのではないかと思い、注記しておいた。

(43)　兼子・前掲書 321 頁「之を挙証責任の転換と呼ぶことは必ずしも咎むべきではないにしても、推定規定の存在が当然に推定事実を要件とする法条について挙証責任を変更する訳ではなく、推定規定の適用に基づく前提事実の推定の効果を妨げる関係においてである」との記述は、「推定規定の存在」が挙証責任に与える効果を「挙証責任の転換」と呼んでもよいというのであるから、本稿でいう第１の意味で用いておられると思われる。

訟における立証活動（Ｋを主張する側が前提事実甲を立証すること）とは無関係に、法律上の事実推定が設けられた時点で生じている。

他方で、構成要件①と構成要件②とが併存する場合に、乙の存否の立証の必要がどのように生ずるかをみると、訴訟の開始時点では、Ｋを主張する側が構成要件①の適用を受けるためにその要件事実乙を立証する必要があるが、もし、その後、審理の過程でＫを主張する側が法律上の事実推定の規定の前提事実甲の立証に成功した場合には、構成要件②の本文が適用される結果、従前とは反対にＫを争う側がその但書の適用を受けるために非乙を立証（反証ではなく本証）する必要が生じる。諸文献の中には、このような現象を「立証責任の転換」と呼んでいるとみられるものもある(44)。

伊藤滋夫・要件事実の基礎 104 頁「もともと、原告が占有の継続について立証責任を有していたのであるが、法律上の推定規定があることによって、異なる両時期に占有があった場合において、その間の占有の不継続について被告に立証責任がある結果となっている。すなわち、占有に継続・不継続についての立証責任は、原告から被告に転換されていることになる。」との記述も、立証責任の転換は法律上の推定規定があることに基づくというのであるから、第１の意味で用いておられる。（なお、伊藤滋夫先生は民法 186 条２項が法律上の事実推定の規定であるとの通説的理解に立って説明をされているが、本稿の冒頭で触れたとおり、この通説的理解には疑問がある。）

高橋・前掲書 500 頁「法律上の事実推定とは、推定の前提事実を立てることによって、本来の主要事実の証明責任を相手方に転換したもの」との記述は、立証責任の転換の契機は「前提事実を立てること」にあると述べるところ、「前提事実を立てる」のは立法者であるから、第１の意味で用いておられると思われる。

新堂・前掲書 522 頁「相手方としては、……甲事実が存在しても、乙事実は存在しない旨を証明して推定を覆すことが許される。……これを争う者に対しては、反対事実について証明責任を負わすもの（証明責任転換の一例）である。」との記述は、必ずしも明確ではないが、同様に思われる。

伊藤眞・前掲書 333 頁「いったん甲事実に基づいて乙事実が推定されると、法律上の効果として、乙事実の法律要件事実の性質が変更され、それにともなって、証明責任の転換が生じる。」との記述も、明確ではないが、おそらく同様であろう。

(44) 中野ら・前掲書 369 頁「甲事実が証明されても、なお乙事実は不存在であることを証明することによって推定を覆すことができるが、この場合には乙事実の不存在について完全な立証（本証）をしなければならず（証明責任の転換）」、上田・前掲書 382 頁「甲事実が証明されることによって、反対事実の証明責任が相手方に転換される」、藤田・前掲書 108 頁「Ｘが証明容易な前提事実（甲）の立証を選択した場合、推定事実（乙）の主張立証責任は、推定規定の存在により、その不存在という反対事実の形でＹに転換されます」等の記述は、いずれも「立証責任の転換」が生じる契機を当事者の訴訟活動（「甲が証明された場合」「甲の証明を選択した場合」）に求めているので、これらは第２の意味で用いていると考えざるをえない。

この意味での「立証責任の転換」（以下「第２の意味」という。）は現実の訴訟の中でＫを主張する側が前提事実甲の立証に成功した時点で生ずる。しかし、正確にいえば、訴訟における当事者の具体的訴訟活動如何によって各法条の立証責任が変わることはない。上記の現象は、Ｋを主張する側が適用を受けようとする構成要件が変わったことに伴い、立証の必要のある要件事実が変わっただけのことであるから、正しくは「立証の必要の転換」と呼ぶべきものである。第２の意味での「立証責任の転換」も、結局のところ、推定規定が法律上の事実推定である場合には構成要件①と構成要件②とが併存することになるという点に由来する現象であるといえるが[45]、小職は、「立証責任の転換」を第１の意味でのみ用いるべきであると思う[46]。

(3)　これに対し、暫定真実においては、基本規定だけを読むと法律効果Ｋを主張する側に要件事実乙の立証責任があるようにみえるが、実は、基本規定は構成要件として存続しておらず、基本規定の法条は立証責任の分配規範としての意味をなさない。すなわち、基本規定に加えて暫定真実の規定が設けられている場合には、乙を要件事実としてＫを主張する側にその立証責任を負わせている構成要件は、当初から存在しない。

したがって、まず、「立証責任について、基本規定によって定められる内容と、推定規定によって変更されたそれとは正反対の内容とが併存することになる。」という第１の意味での「立証責任の転換」という現象はない。暫定真実の

---

[45]　構成要件が併存するためにそのいずれかを選択することができる。そして、いずれを選択したかによって、誰が何を立証する必要があるかということが正反対になるのである。

[46]　もっとも、「転換」という言葉は「反対の内容のものに置き換わる」という意味を有すると思われるが、第１の意味の「立証責任の転換」は、立証責任について正反対の内容の２つの構成要件が併存するのであって、置き換わるわけではない。この点に照らすと、第１の意味であっても、これを「立証責任の転換」と呼ぶのは、最良のネーミングとは思えない。むしろ、「立証責任の転換」と呼ぶのに最も相応しいのは、立法当時は基本規定にあたる規定のみがあり、その後の法改正によって暫定真実の規定が加えられたというような場合である。この場合には、立法当初は構成要件①のみが存在し、法改正によって構成要件②のみが存在することになるから、まさに正反対の内容に置き換わる。しかし、「立証責任の転換」と呼ぶのはこのような事態に限るべきだと述べる文献はないと思われる。

場合には、当初から構成要件①にあたるものがないのであり、ないものを変更することはありえないからである。

次に、「推定規定の前提事実が証明されたときに、Ｋを主張する側が乙の存在を立証する必要がある状態から、Ｋを否定する側が乙の不存在を立証する必要がある状態に変わる。」という第２の意味での「立証責任の転換」（正しくは、「立証の必要の転換」）という現象もない。乙を要件事実とする構成要件①が存在せず、最初から非乙についてＫを争う側に立証責任があるだけであるから、当事者の特定の訴訟活動を境にして乙の存否の証明の必要が逆転するという現象が生じるはずがない。

このように、暫定真実の場合には、第１の意味においても第２の意味においても、「立証責任の転換」という現象は生じない。

それにもかかわらず、⑴でみたように全ての文献が「暫定真実は立証責任の転換をもたらす。」と述べるのは、ここでの「立証責任の転換」を、既述の二つの意味とは異なり「基本規定の法条がＫを主張する側に乙の立証責任があるかにみえる表現となっている場合に、暫定真実の規定が設けられることによって、Ｋを争う側に非乙の立証責任が生じる。」との意味（第３の意味）で用いているからである。しかし、以下に述べるように、このような意味で「立証責任の転換」というのは適切ではないと考える。

「転換」という言葉の持つ意味内容からすれば、転換を境にして立証責任が従前とは正反対の内容に変化しているはずである。基本規定に加えて暫定真実の規定が設けられている場合には、Ｋを争う側が非乙の立証責任を負っているのであるが、暫定真実が立証責任の転換をもたらすというのであれば、転換の前に、Ｋを主張する側が乙の立証責任を負うという状態があったはずである。しかし、暫定真実においては、基本規定は構成要件として存続しておらず、Ｋを主張する側が乙の立証責任を負うという状態であったことは一度もない。そのため、当然、それが暫定真実の規定によって正反対の内容に変化させられるということにはならない。すなわち、基本規定に加えて暫定真実の規定が設けられている場合、基本規定の法文だけをみればＫを主張する側に乙の立証責任があるかにみえるが、実は、当初からＫを争う側に非乙の立証責任があるという状態が続いているだけ

である[47]。

Kを主張する側に乙の存在についての立証責任がある状態から「転換」してKを争う側に非乙の立証責任がある状態になったわけではない。そのような事態を指して「立証責任の転換」などと呼ぶのが適切であるとは思えない[48]。

以上のとおりであるから、「立証責任の転換」の概念は、推定規定の性質が真正の法律上の推定（法律上の事実推定）である場合においてのみ、前述の第1の意味で用いるのが適切であると考える[49]。

そうすると、暫定真実の説明としては、「推定規定が暫定真実の規定の場合には、最初から非乙の立証責任がKを争う側にあるのであり、立証責任の転換は生じない。」というべきこととなる。

5　暫定真実についての正しい説明内容

以上から、暫定真実についての正しい説明は、次のようにいうべきである。「暫定真実の規定とは、①法文が、特定の法律効果の発生のために複数の要件が必要となると規定しているときに、その一部の要件事実があるときに他の要件の存在を推定すると規定している場合をいう。②推定事実の存否の立証責任を転換するものではなく、当初から、反対事実の立証責任をその法律効果を争う側に負わせているものであって、③本文・但書の形式だけで規定するのと全く同義である。」

---

(47)　大江先生（大江・ゼミナール要件事実173頁）は、法律上の事実推定につき「暫定真実の場合と同様の立証責任の転換が行われるわけではない……この推定を覆すための立証責任は相手方に転換されることは間違いない」と述べておられる。同じく「立証責任の転換」と呼ばれているが、法律上の事実推定におけるそれと暫定真実におけるそれとでは意味内容が異なるとの点は、本稿と同旨である。

兼子先生（兼子・前掲書311頁）は「法文が推定事実を積極要件と定めたのが実は外見的に止まり、寧ろ最初から之を要件から除外し単に反対事実を以て法律効果の発生を障害すべき消極的要件と為す趣旨で、挙証責任の分配の定めのカムフラージュに外ならない。」と述べておられる。これは、本稿の本文で述べた見解と全く同旨である。

(48)　兼子・前掲書319頁「一応定まっている挙証責任の分配を変更するというより締めから挙証責任の分配の定め方に関する規定と見るのが正確である」との記述は、本稿の本文と同旨である。

(49)　しかし、最良のネーミングとはいえないということにつき脚注(46)参照