

賃借物無断転貸関係訴訟の証明責任

西野 喜一
(大学院実務法学研究科)

一 序

1 問題の所在

民法612条2項は、賃借人による賃貸物の無断転貸（賃借権の無断譲渡の場合も同じであって、これは以下において同様である。）に対して、賃貸人に契約解除権を与えた。しかし、第二次大戦直後の圧倒的な建物払底状況の中で、判例はこの条文に事実上新しい要件を追加し、形式的には賃借物の無断転貸に見える場合であっても^{(*)1}、賃貸人・賃借人間の信頼関係を破壊するに足りない特段の事情がある場合には、賃貸人は当該賃貸借契約を解除することができないという結論を導出するに至った^{(*)2}。これによって、具体的には、①転貸の当事者が親族関係であるなどして営利性が乏しい場合、②一時的に転貸がなされたが既に現状に復している場合、③転貸といっても賃借人の個人事業を法人化したのみで実態に変更はない場合、などの事情を有する賃借人が救済されるようになったことは周知の通りである^{(*)3}。

そしてこの「特段の事情」の存在については、賃借人においてその存在を主張・立証する責任があるとされ^{(*)4}、これは学説上も支持されている^{(*)5}。この「特段の事情」があれば、賃借物の無断転貸があっても、賃貸人の承諾があったのと同じ効果が生じて^{(*)6}、賃貸人は元の賃貸借契約を解除できなくなるのであるから、賃貸人の承諾があった場合にはその証

明責任が賃借人にある^(*)7)のと同様に扱うのは合理的な扱いであるといえよう。

2 論 点

ここでまず問題となるのはこの「特段の事情」というものの要件構成であって、これに関する学説は分かれている。以下では、賃貸人が、賃借人に賃借物の無断転貸があったと主張して賃貸借契約を解除し、原告となって賃借物の返還を要求しているという事案を念頭に置いて考えてみることにする^(*)8)。

(一) 甲説は、これを抗弁とする。請求の原因として、原被告間の賃貸借契約、賃借人による無断転貸^(*)9)、これを理由とする賃貸人からの契約解除、があり、この原告の請求を阻む賃借人の抗弁としてこの特段の事情があるとする。通説である^(*)10)。但しここでいう「無断」ということ的主張・証明責任からの観点から見た意味については後に更に検討する。

「認めるに足りない(特段の事情)」というのは一種の評価でもあるから、そういう評価を支える具体的な事実(いわゆる評価根拠事実)が主要事実として抗弁となると解する説もあり、その場合にはそういう評価を妨げるような別の具体的な事実(いわゆる評価障害事実)が再抗弁となる^(*)11)。

(二) 乙説は、背信行為というものを要件事実としてとらえ、ここでいう特段の事情を間接反証事実と見る。これを代表する立場である倉田(卓次)説は以下のようなものである^(*)12)。(頭書の番号は説明の都合上、私が便宜的に付したものである)。

①「戦後の判例法理により発展させられた背信行為〔傍線部分は原文では傍点。以下同じ〕の思想を見てみよう。それは、ちょうど612条2項の要件…である無断転貸を昇華させたものである。無断転貸を一つの事例として包摂しうるような高次の観念としての「背信行為」(賃貸人・賃借人間の信頼関係を破壊するような賃借人の行為)を解除権の発生要件とする条文が不文の法規として存在していると見るのである。」

②「この場合、解除の効果を訴求する貸貸人すなわち原告側に『背信行為』の証明責任があることになるが、無断転貸の事実は、この背信行為という要件事実を証明するための重要な間接事実であり、推定力も強いので、原告としてはこの間接事実を証明すればそれで一応証明を尽したことになる。」

③「そこで被告は防禦のため反証を挙げねばならぬ。その反証が原告の立証した『無断転貸』の事実そのものに向けられている限り、それは通常反証であって、証明責任は依然原告に属する。換言すれば、被告としては、無断転貸の事実を真偽不明（ノン・リケット）の状態に持ち込めば、それだけで成功である。しかし、無断転貸の事実そのものは攻撃せず、これと両立しつつ、しかもそれがプラスされることによって『無断転貸ではあるが背信行為とは認めるに足りない』という判断を導き得る間接事実を立証し得るならば、要件事実としての背信行為についての証明責任はもちろん依然として原告にある以上、要件が真偽不明（ノン・リケット）の状態になってやはり反証は成功である。この場合の間接事実が判例のいう特段の事情であるが、それは、背信行為という要件事実を否定させる間接反証事実なのであって、決して、それ自体要件事実ではない。」

(三) 倉田氏が乙説（間接反証説）を取る理由は以下のようなものである^(*)13)。(イ、ロ、ハ、ニの符号は便宜上私が付したものである)。

イ 「要件事実として虚心に眺めた場合、『…と認めるに足りる（ない）特段の事情』という表現は、極めて奇異」である。

ロ 間接反証説の方が「消極的要件についての…混乱を生じるおそれがない。」

ここで消極的要件についての混乱というのは、無断転貸を理由とする契約解除の可否の要件として、

「背信行為と認めるに足りない特段の事情」の不存在（解除可能）

「背信行為と認めるに足りない特段の事情」の存在（解除不可能）

というアプローチを取る^(*14)のか、

「背信行為と認めるに足りる特段の事情」の存在（解除可能）

「背信行為と認めるに足りない特段の事情」の存在（解除不可能）

というアプローチを取る^(*15)のかということであるが、「『背信行為と認めるに足りない特段の事情』が、もし要件事実であるならば、後者のような分析は論理的とは言えない筈である」。

ハ 「『特段の事情』という判例独特の用語は…間接反証として主張立証される間接事実で使用（ほとんど『専用』と言ってよいであろう）されるものである。そして、それは正に、背信行為を要件事実と見た場合、『この要件を認めるに足りぬ特段の事情』という措辞に最もよくマッチする理解ではあるまいか。」

ニ 「『背信行為と認めるに足りない特段の事情』なる内容不確定な文言全部を要件として横にはみ出させる…よりも、『背信行為』という無断転貸という高次の要件を上にはみ出させておいて…、内容不確定な部分を下位の具体的認定の場の問題に留保する立体的構成の方が簡潔でエレガントであるように思う。」

二 検 討

乙説には学説上の批判が多い。

1 主要事実と間接事実

まず、ある批判は、ここで間接反証理論を採用すると、民法612条の規定から賃借人の背信行為という要件事実を創造することになるが、それでは法規が明らかに主要事実と定めているもの（即ち無断転貸）を間接事実^(*16)に格下げすることになる、という^(*16)。

良いポイントであると思うが、賃貸人の承諾を得ない転貸の場合には賃

貸人は賃貸借契約を解除することができるという条文があり、解釈によって、賃貸人の承諾を得ない転貸であっても当事者間の信頼関係を破壊するに足りない特段の事情があると認められる場合には契約を解除することはできないという法理が行われている場合に、無断転貸を間接事実と扱うことが解釈の範囲を越えたものであるかどうかということについては、なお疑問を残しておきたいと思う。

2 規範的概念

（一）また、別の批判は、事実と評価を峻別する立場から、乙説では背信行為という規範的概念を主要事実に据えるという無理をしており、こで行われていることはある事実（無断転貸）が背信行為の範疇に入るといいう評価であって、事実認定の衣の下に法的評価・解釈を隠蔽する作用を持つことになる、という^(*17)。

（二）規範的概念を主要事実に据えるのは無理であろうか。ある説は、「要件事実に背信行為といった抽象的概念が用いられる場合には、裁判官は確定された事実を総合的に判断して、それが背信行為と評価し得るか否かといった法解釈を行わねばならず、背信行為という事実(?)の存否を認定するのではないから、そこに証明責任の働く余地はない。」という^(*18)。

「背信行為」という概念が評価に基づいているのは確かであるが、私は、事実と評価とをしかく截然と区分できるかどうかという点において疑問を有している。事実の認定ということはすべて法的評価を交えたものと言ってよいのではないだろうか。例えば、売買といえば歴然たる事実とされるであろうが、こんな事例を考えてみよう。「街中に大きく「〇〇書店」と書いた板を掲げている建物があり、そこにはたくさんの本が書架に並んでいた」、「自分はその建物に入っていき、書架から1冊の本を抜き出して、奥のカウンターの中にいた人間に黙って差し出した」、「その人間は、『いらっしゃいませ』と言ってからその本にはさまっていた小さな紙片を抜き

出し、ついで裏表紙を見て、『980円でございます』と言った、「自分は1000円札1枚を相手に差し出した」、「カウンターの中にいた人間はその本に紙のカバーをかけ、レジスターを操作し、『お釣りとレシートでございます』と言って、その本と一緒に10円硬貨2枚と小さな紙片を自分に差し出した」、「自分は黙ってそれを受け取り、『有り難うございました』という声を聞きながら、その建物を出た」という一連の事実があれば、それを法律的な目からは「売買」と評価して、そう呼ぶわけである。

或いは、「種類、品質及び数量の同じ物を返還することを約して相手方から金銭その他の物を受け取る」ことを法律的な目からは「消費貸借」と評価して、そう呼ぶ。

「背信行為」と表現すると、そこには「背信」という価値判断そのものの言葉が混じるので、評価であることが鮮明に出てくるが、価値判断的评价が混じることは通説では抗弁とされる「信頼関係を破壊するに足りない特段の事情」の場合も同じである。これも「信頼関係」とか「破壊」という言葉で表現された概念であって、評価そのものであることが明らかである。

(三)「信義誠実の原則」とか、「権利の濫用」とか、「公序良俗違反」というように、個別の条文を越えた「王者の如き諸条文」は別にして、ある条文1か条の要件をなすに過ぎない「特段の事情」などは「正当事由」や「過失」などと同じく「不特定概念を用いた構成要件要素がそのまま事実認定の対象と観念され、その限りでnon liquetの結論をきたす」ことは十分あり得ることである^(*)19)と思う。

結局私見は、いずれも最終的には程度の差異に帰するのであるから、「信頼関係を破壊するに足りない特段の事情」を要件（抗弁）に据えるのが差し支えないのと同様に、「背信行為」を要件事実^(*)に据えることができないということはないというものである。

3 主張責任と証明責任

(一) 更に、主張責任の所在と証明責任の所在を一致させようとする立場からの批判も考えられる。司法研修所では、主張責任の所在と証明責任の所在とは一致すべきものであるべきところ、いわゆる規範的要件の場合に、規範的評価自体が主要事実であるならばこれを直接立証することが可能でなければならないが、それは不可能であり、立証の対象は個別具体的な事実しかあり得ないことも理由の一つとして、規範的評価を可能ならしめる個別の事実(「評価根拠事実」)が要件たる主要事実であるとする^(*20)。従って、「背信行為」というような抽象的な概念がそのまま要件となることはなく、「背信行為と認めるに足りない特段の事情があることを基礎づける事実」が賃借人の抗弁であるとする^(*21)。

もっとも、「…の事情があることを基礎づける事実」というのはいささか奇異の感があると思う。「事情」とは即ち事実であろうから、事実Aが存在することを基礎づける事実B、という構成を取り、しかも事実Bが主要事実であるとする、事実Aの意味づけに窮するのではないか。事実Aが主要事実であるならばそのままこれを要件とすればよいし、主要事実(B)によって基礎づけられる間接事実(A)ということはある得ない。この構成を有意義なものとするには、「事情」を事実ではなくて法的判断とするほかはないが、この場合に判例が存否をもって論じることができる「事情」の語を選んだということは、判例はこれを事実と捉えていることを示しているように思われる。

(二) しかし、規範的概念を主要事実にしてはならないというのは、事実認定と評価を峻別し、そして主張責任の範囲と証明責任の範囲を一致させようとするからであって、規範的概念を絶対に主要事実にはできないということはない。判例は民法709条の主観的要件を「故意又は過失」と極めて広く捉えている^(*22)が、このような伝統的発想に従えば、背信行為をもって主要事実とすることも無理とは言い切れないのではないか^(*23)。事

実認定に法的評価が混入することは裁判上の事実認定ということの必然的結果であるというべきものである。

（三）私は、事実と評価を峻別し、主張責任の所在と証明責任の所在とを究極的に一致させようとするのは無理ではないかと思う。

例えば、債務不履行の場合に債務者に帰責事由がなければ債務者は債務不履行の責任を免れるが、その証明責任については、履行遅滞の場合でも履行不能の場合でも、債務者側で自己に帰責事由がなかったことを証明すべきであるとするのが通説判例である^(*)24)。

債務不履行につき、自己の責に帰すべき事由がなかったというのは、事実であろうか評価であろうか。そして債務者は具体的に何を証明すればよいのであろうか。帰責事由なしということの典型例としては、債務が履行できなかったのは天災という不可抗力によるものであった、というものが考えられる。しかし、ある天災が債務不履行を免責するほどの「不可抗力」であったというのは明らかに評価にほかならない。

債務者としては、いついづくで震度いくらの地震があった、ということを実証すればよいので、それを帰責事由なしと判断するのは裁判所である、ということになるのかも知れない。しかし、そうであるならば、債務者の抗弁は、帰責事由なし、ではなく、地震（その他の天災）があったこと、と表記しなければならないであろう。

また、例えば、不当利得の返還請求において、その要件であるところの、法律上の原因がないこと、は利得の返還を請求する者に証明責任があるとするのが判例である^(*)25)。「法律上」の原因がないこと、というのは法的判断であることが明らかであるから、ここでもやはり規範的な概念を主要事実にはできないと断定する必要はないと思われる。

（四）私見では、「背信行為と認めるに足りる特段の事情のあること」が抗弁である。これに対する自白は主要事実に対する自白であって、権利自白ではなく、特段の事情を構成する個別具体的な事実は間接事実である。

被告が、当該無断転貸にはこれこれこういう事情があったのだと主張

（立証）はしたが、「背信行為と認めるに足りない特段の事情」という表現ではなかった場合には、裁判所は釈明をもって当事者の言おうとしていることを取りあげてやる必要がある。

他方、「背信行為と認めるに足りない特段の事情」とは、最終的には総合的な判断になるから、例えば過失の場合のように、前方不注意の存否を争っていたのに突然車両整備不良の過失を問われて敗訴するというような不意打ちの恐れはないと言えよう。

三 「無断」転貸

1 方 向

次に「無断」の部分の証明責任を検討する必要があるが、この論点は証明責任の所在によって解決するのが最も適切であろうというのが私見である。即ち、転貸がある（あった）ことは確かであるが、「無断」であったかどうかということは明らかでない場合、換言すれば、賃貸人の承諾があったかどうか不明のまま終わった場合はどうするかという問題である。

可能性としては、転貸人・原告が、当該転貸は賃貸人に無断でなされたものであったということに証明責任があり、この点が真偽不明のままに終わった場合には無断転貸とはいえないとして、契約解除・返還請求は認められないとする立場と、当該転貸は賃貸人が承諾していたものであることについて賃借人に証明責任があり、この点が真偽不明のままに終わった場合には、承諾のなかった転貸つまり無断転貸として契約解除・返還請求が認容されるとする立場とがあり得る。

2 私 見

これは、前記通説（一1）に従い、賃貸人の承諾があった（無断転貸で

はなかった) ことによって利益を得る者、即ち、賃借人がその証明責任を負うものとすべきであろう^(*)26)。転貸につき、賃貸人の承諾があったということは賃借人側に証明責任があるというのが判例であるということは既に述べたが、転貸に賃貸人の承諾があったということを証明せよということは取りも直さず無断(転貸)ではなかったということを証明せよという意味になる。

その理由の具体化を図ると、以下のようになるであろう。

その1は、賃貸借当事者間で転貸に関する許諾があったという事実によって賃借人が利益を得るのであるから、その利益を受ける賃借人にその証明責任を負わせるのが自然な解釈であると思われることである。

その2は、「無断」ではない転貸、即ち、賃貸人の承諾の下での転貸には無論問題はない(民法612条1項)ものであるところ、承諾があったかどうか不明な場合には承諾があったものと扱って契約解除はできない、とするのは賃借人の保護を重視し過ぎて、民法612条の趣旨から離れ過ぎる結果となるとと思われることである。

その3は、無断転貸であったということは即ち転貸に関する賃貸人の承諾がなかったということであるが、このようにある事実がなかったということの証明は往々困難なものになるから、そういう結論はなるべく避けるのが賢明ではないかということである。

賃借人に承諾の証明責任ありとすると、結果の重要性から賃借人は転貸の場合には賃貸人から必ず書面での承諾書を取っておくであろうから、賃借人側からの証明は容易である。

他方、賃貸人に承諾不存在的証明責任があるとすると、その立証としては賃貸人の当事者尋問くらいしか考えられないので、賃借人としては同じく当事者尋問の結果としてたやすく「水掛論」に持ってゆくことができることになるという恐れがある。また、この承諾は口頭でも一度なされれば法的にはそれで十分なのであるから、かねて賃貸人が書面で無断転貸に対する警告の書面を出していたような場合であっても、それだけでは承諾な

しの立証成功とはいえ、要するに、賃借人側からは真偽不明の状況へ持ってゆくのは極めて容易であるだろうという点が問題である。

3 条文から

民法612条1項は、「賃借人は、賃貸人の承諾を得なければ」…賃借物を転貸することができない、と規定し、同条2項は、賃借人が「前項の規定に違反して」第三者に賃借物の使用収益をさせたときは、賃貸人は契約を解除することができる、と定める。この文言からすると、同条2項の解除権発生要件は、賃借人が「612条1項の規定に違反して」転貸をしたとき、即ち賃貸人の承諾なしで転貸をしたとき、と読めるから、賃貸人の承諾がなかったこと、つまり無断であったことが要件である、と解することもできるであろうし、乙説の倉田説は現にそう解する^(*27)が、私は前記の理由でこの「賃貸人証明責任説」（転貸の場合に無断であったことを賃貸人が証明すべきであるとする見解を仮にそう呼んでおくことにする。）は取り難いものと思う。

結局、転貸に賃貸人の承諾があったのかどうか判明しないままに終わった場合には、承諾はなかったもの、即ち無断転貸であったと扱うべきことになる。

本稿ではこの後、証明責任の所在に関するこの結論を前記の甲説、乙説に織り込むとどうなるかということを検討する。

四 分 析

1 甲 説

請求の原因を、前記のように、原被告間の賃貸借契約、原被告間の賃貸借契約、無断転貸、これを理由とする契約解除、とすると、「無断」転貸であることは請求の原因の一部として、原告に主張立証責任があることに

なる。しかし、それは不適切であろうから、「無断」であることは請求の原因から外すべきであり、「無断」であるかどうか明らかでない場合、即ち、賃貸人の承諾があったかどうか明らかでない場合には、その不利益は賃借人が負うべきである。

そうすると、請求の原因は、原被告間の賃貸借契約、転貸、これを理由とする契約解除、ということになり、抗弁として、賃貸人の承諾、又は、これに代えて（つまり無断転貸の場合には）、信頼関係を破壊するに足りない特段の事情、ということになる。こう解すれば、賃貸人の承諾ということと、信頼関係を破壊するに足りない特段の事情がいずれも抗弁として位置づけられ、説明が容易である。従って、この場合には（賃借権の譲渡の場合）賃借権譲受人には、賃貸人の承諾があったのと同様の法律関係が生じるとされる^(*28)のは当然である。

2 乙 説

（一）倉田説は前記一2（二）（三）の通り、明らかに転貸が無断であった事実、つまり承諾がなかったことの証明責任を賃貸人・原告に負わせている。「その反証が原告の立証した『無断転貸』の事実そのものに向けられている限り、それは通常反証であって、証明責任は依然原告に属する。換言すれば、被告としては、無断転貸の事実を真偽不明（ノン・リケット）の状態に持ち込めば、それだけで成功である。」という一文からそのことは明らかである。

倉田説では、その構成上、無断転貸であることを要件たる背信行為を支える重要な間接事実とするので、無断であることも賃貸人・原告に証明責任があるとせざるを得ないのである^(*29)。

（二）しかし、私は、先に述べた理由（三2）により、この証明責任原告説（原告が無断転貸であったこと、賃貸人の承諾がなかったことを証明する責任があるとする見解を仮にそう呼んでおくことにする。）には賛同し難い。転貸が無断でなかったこと、賃貸人の承諾があったことの証明責

任は賃借人にあると解すべきである。

そうすると、この説での請求の原因は、原被告間の賃貸借契約、背信行為ということになるはずであるところ、無断転貸をもって背信行為を推認させる間接事実とすることは可能であるが、「無断」転貸ではなかったこと（賃貸人の承諾があったこと）の証明責任を被告・賃借人に負わせるには、ここで背信行為を支える間接事実を「転貸」ということだけにしなければならなくなる。しかし、転貸だけをもって背信行為を構成し、背信行為を推測させる間接事実とすることはいかにも無理である。

また、仮にそのような間接反証構成を強行すると、転貸が背信行為を構成し、背信行為を推測させる間接事実であるとした上で、本稿で問題としている「信頼関係を破壊するに足りない特段の事情」が間接反証事実ということになるが、転貸がそれだけでは背信行為とはいえない以上、この「信頼関係を破壊するに足りない」という事情を持ち出すための筋道がつかない。

即ち、乙説では、背信行為を要件に挙げ、「無断転貸」ということをこの「背信行為」を支える重要な間接事実とする以上、どうしても「無断」転貸までをここで必要とし、その証明責任の所在を原告・賃貸人とせざるを得ないのである。乙説はこの点をもって適切でないと思すべきものと思う。

（三）倉田説は、「通説のように『背信行為と認めるに足りない特段の事情』なる要件事実を考えるか、私見のように『背信行為』なる要件だけを認めて、『特段の事情』は間接反証事実と説明するか。両者いずれにしても証明責任の分配は変わらないのであるから、ひっきょう理論構成の相違に過ぎない、とも言えよう。」という^(*)30)。

ここでいう「通説」とは前記甲説のことであるが、甲説では「無断」転貸の証明責任の所在が説明できるのに対して、乙説ではその説明に窮するから、そこには大きな相違がある。証明責任の分配が変わらない（いずれにしても賃借人・被告にある）というのは、「背信行為と認めるに足りな

い特段の事情」に関する証明責任についてのみ言えることで、「無断」転貸であったのかどうかということに関しては証明責任の所在について大きな差異がある。「ひっきょう理論構成の相違に過ぎない」で済ませることはできない。

（四）結局、倉田説が通説を批判するという前記のイヤハの部分にはもったもな面があると思うが、実際上の痛切な必要に基づいて条文にない要件を解釈によってかなり無理をして作り出した（或いは不文の法を発見した）結果として、これらはやむを得ないのではないかと考える。

《注》

- 1 大江忠『第3版要件事実民法（4）』317頁（第一法規、2005）は、民法612条1項に違反した譲渡・転貸が無効であることはいうまでもない、とするが、同項に違反した賃借権の譲渡・賃借物の転貸契約も当事者間では有効であるはずで、この表現はミスリーディングである。
- 2 最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁、同昭和31年5月8日民集10巻5号475頁など多数。
- 3 これに関する代表的な文献として、我妻栄『債権各論中巻1』459頁（岩波書店、1968）、星野英一『借地借家法（法律学全集）』319頁以下（有斐閣、1969）、『新版注釈民法（15）』278頁以下（広中俊雄）（有斐閣、1996）、内田貴『民法Ⅱ第2版債権各論』208頁以下（東京大学出版会、2007）など。
- 4 最判昭和41年1月27日民集20巻1号136頁（事案は無断転貸）、同昭和44年2月18日民集23巻2号379頁（事案は賃借権の無断譲渡）。
- 5 星野・前掲（注3）『借地借家法』345頁、司法研修所『要件事実の証明責任第二巻』92頁（法曹会、1992）、倉田卓次監修『要件事実の証明責任・契約法下巻』577頁以下（並木茂）（西神田編集室、1998）、野村好弘・批判・法協83巻11・12号153頁（1966）、並木茂『要件事実原論』180頁以下（悠々社、2003）、伊藤滋夫総括編集『民事要件事実講座3民法Ⅰ』386頁（山本和敏）（青林書院、2005）など。
- 6 最判昭和36年4月28日民集15巻4号1211頁、最判昭和39年6月30日民集18巻5号991頁、最判昭和45年12月11日民集24巻13号2015頁など。

- 7 大判昭和13年5月12日大審院判決全集5輯11号29頁。
- 8 当該貸借物が貸貸人の所有であれば、請求原因を所有権と構成することもできるが、その場合には、抗弁、再抗弁などの位置づけがずれてくるだけで、ここでの論点の検討には無関係である。
- 9 「転貸」とは、要するに当事者間で（転）貸借の合意をし、そして目的物を使用収益させることであるが、表現を簡単にするために、「転貸」という語で済ませる。
- 10 学説の状況として、大村雅彦・判批『民事訴訟法判例百選3版』150頁以下（2003）、栗山隆・判批『民事訴訟法判例百選4版』136頁以下（2010）参照。
- 11 司法研修所・前掲（注5）『要件事実第二巻』87頁、加藤新太郎・細野敦『要件事実の考え方と実務』163頁以下（民事法研究会、2002）、大江・前掲（注1『要件事実民法』）321頁など。
- 12 倉田卓次『民事実務と証明論』229頁以下（日本評論社、1987）。同書に収録されている別の論稿である247頁も同旨である。
- 13 前注書227頁以下。
- 14 野村・前掲（注5）判批151頁。
- 15 最判昭和41年1月27日民集20巻1号136頁の川崎義徳調査官解説。昭和41年度民事編8番41頁以下。
- 16 三井哲夫『要件事実の再構成（増補新版）』89頁（信山社、1993）。倉田監修・前掲（注5）倉田監修『証明責任』537頁の並木意見も同旨である。
- 17 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』492頁（有斐閣、2005）。
- 18 渡辺武文・判批『民事訴訟法判例百選2版』189頁（有斐閣、1982）
- 19 倉田卓次「一般条項と証明責任」『法学教室（第2期）』69頁以下、特に72頁（有斐閣、1974）。「王者の如き諸条文」及び「不特定概念を用いた構成要件要素がそのまま事実認定の対象と観念され、その限りでnon liquetの結論をきたす」という表現も同稿に負う。並木・前掲（注5）『原論』173頁以下に「背信行為と認めるに足りない特段の事情といった不特定概念」「といえども、訴訟当事者は、権利と同様にそれを主張しあるいは裁判所の判断を排除ないし回避することができるのであって、したがって、法律事実が不特定概念であるときは、それにつき主張責任の分配が行われ、それがそのまま要件事実になるのである。」というのも結論を同じくするものと思われる。但し、この並木書183頁には、「背信行為と認めるに足りない特段の事情があるとの主張は権利主張である」とあり、その関係が私には理解困難である。
- 20 司法研修所『増補要件事実の証明責任第一巻』30頁以下（法曹会、1986）
- 21 司研・（注4）『第二巻』92頁。

- 22 大判明治40年6月19日民録13輯685頁、同大正3年4月2日刑録20輯438頁。
- 23 倉田監修・前掲（注5）倉田監修『契約法下巻』537頁以下では、この「背信行為と認めるに足りない特段の事情」を題材として、
- a 不特定概念自体を要件事実とする説、
 - b 不特定概念に該当する具体的事実を要件事実とする説、
 - c 不特定概念自体を第一次的（抽象的）要件事実とし、それを基礎付ける類型を第二次的（抽象的）要件事実とする説、
 - d 不特定概念を要件事実とし、不特定概念における具体的事情を準主要事実とする説を紹介し、議論している。この種の概念の証明責任に関する私見は、そこにある通りa説である。
- 24 判例・学説の紹介は、倉田卓次監修『要件事実の証明責任・債権総論』（西神田編集室、1986）に譲る。履行遅滞の場合につき46頁以下（並木茂・春日偉知郎）、履行不能の場合につき65頁以下（同）。
- 25 大判大正4年4月20日民録21輯547頁、同昭和7年4月23日民集11巻689頁。
- 26 伊藤・前掲（注5）『要件事実講座』386頁（山本和敏）はこれを明示する。
- 27 倉田・前掲（注12）『証明論』229頁。
- 28 注6掲記の諸先例がそうである。同旨、司法研修所・前掲（注5）『第二巻』86頁以下。
- 29 倉田説は、民法612条2項は、条文上1項違反を要件としているのであるから、「無断が解除権発生の要件となっている、と解する方が素直なのではないか」（前掲（注12）『証明論』229頁）とし、更にこれに「法文の形式にこだわるように見えるかも知れないが、…証明責任分配に関する法律要件分類説（規範説ともいう）は法文の構造を最大の手掛りとする。」という説明を与える（同書229頁注13）。しかし、この説明では、同じ倉田稿の中にある「ドイツ民法典のように立法当初から証明責任を考慮して措辞が練られているわけでもなく、更に法文の規定自体も彼に比して極めて簡略な日本民法典が、解釈に頼る部分が頗る多く、法文からはみ出した要件事実を定立する必要性も大で…」という記述との両立性に疑問が出てくるのではないか。
- 30 倉田・前掲（注12）『証明論』230頁。
- なお、渡辺・前掲（注18）判批189頁は、倉田説では背信行為と認めるに足りない特段の事情の証明責任が賃借人にあることを説明できないことになるというが、この論理は疑問に思う。