

要件事実論解説 その4

中京大学法科大学院教授

並 木 茂

Ⅲ 主要な契約類型について

1 契約類型の意義について

わが民法の起草者が、わが民法における法律行為の拘束力の根拠について意思説のうちの折衷説を採用し、それに基づいて民法の条項を起草したことについては前述したとおりである。折衷説によって契約の概念をいえば、「契約トハ法律上ノ効カヲ生セシムルヲ目的トスル二人以上ノ意思ノ合致是ナリ例ヘハ売買、贈与、期限ノ許与、弁済、更改等是ナリ」（梅謙次郎・民法要義巻之三³⁷⁷頁）ということになり、あるいは「契約トハ当事者双方ノ間ニ又ハ当事者ノ一方ト第三者トノ間ニ法律上ノ効果ヲ生セシメントスル二人以上ノ意思表示ノ投合ヲ指スニ外ナラス」（穂積陳重=富井政章=梅校閱=松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎合著・帝国民法 [明治29年] 正解6巻 [日本立法資料全集別巻100] 788頁）ということになる。わが民法においてこのような契約概念を採用したのは、「今我邦ニ於ケル従来ノ慣例ニ依ルニ契約ハ広く当事者双方ノ意思ノ投合ヲサシタルモノト如シ新民法に於テハ...従来ノ慣用ニ従ヒ契約ナル語ヲ以テ広く法律上ノ効果ヲ生セシメントスル意思表示ノ投合ノ意義ニ用ヅタルモノト解セサル可ラス」（松波=仁保=仁井田・前掲書789頁）からである。そうだとすると、わが民法の起草者が折衷説を採用したのは、法律行為の拘束力の根拠に関する諸説の妥当性を検討した結果ということもさることながら、折衷説がわが国における従来の慣用的な契約に関する考え方を説明するのにもっとも適っていると判断したからではないだろうか。

こうして、契約上の権利の発生、変更および消滅は、二人以上の表示された効果意思の合致によって直接に発生するのである。このことは、梅博士が期限の許与（一般に期限の猶予といわれるものであろう。民法196条2項ただし書、460条2号参照）のように民法には直接の規定のないものを挙げて契約の類型としていることから明らかであろう（弁済の法的性質については、法律行為説、非法律行為説、折衷説などがあるが、梅博士は、一般的には、給付が弁済としての効果を生ずるためには、給付が債務の弁済のためにされなければならないことを捉えて、その法的性質を契約としたのであろう）。もちろん、契約といえども法が許容しなければその法律効果を認めることはできないが、わが民法は、契約自由の原則を承認しこの原則の下に一般的に契約そのものから法律効果が生ずることを許容しているというべく、また、契約がその当事者を当事者がぎりとはいえず法的に拘束するのは、契約自由の原則が当事者による契約規範作出自由の原則を内包しているからではないだろうか。⁽¹⁾

民法第三編 債権、第二章 契約の第二節から第十四節までには日常頻繁に利用される可能性の

ある13の契約類型が規定されているが、折衷説によれば、各節冒頭の規定は、基本的にはある契約類型が主要な内容として有する本質的属性を明らかに他の契約類型と区別するための定義規定にすぎないことになる。このことは、起草委員も心得ており、たとえば、梅謙次郎・民法要義巻之三463頁は、549条について「本条八贈与ノ定義ヲ掲ケタルモノナリ」と、同書473頁は、555条について「本条八売買ノ定義ヲ掲ケ併セテ其成立ノ時期ヲ定メタルモノナリ」と、同書577頁は、586条について「本条第一項八暗ニ交換ノ定義ヲ掲ケタルモノナリ」というように、667条を除いて、上記の契約類型の各冒頭の規定が基本的には定義規定であると説明しているのである。

各節の冒頭に定義規定が置かれたのは、ある契約中のある事項の意味が明確でなかったり、ある事項について約定が欠けたりしており、その意味を明確にしたりそれを補充したりしなければならないような場合に、その契約の解釈により特定の契約類型にあてはまるかどうかを判断する際の基準とするためであり、特定の契約類型にあてはまると判断されれば、その契約類型について定められている解釈規定なり補充規定なりにより、その意味を明確にしたり補充したりすることができるのである。ある契約において目的物に隠れた瑕疵がある場合にそれに対処すべき約定が欠けているときは、その契約の主要な内容がたとえば当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約するものであると解釈されると、その契約は、売買の契約類型を定義している民法555条の規定に適合するから売買契約ということになり、そうすると、その約定の欠落は、売買の契約類型において目的物に隠れた瑕疵があるときにその約定を補充するための規定である民法570条により補充されるのである。

司法研修所が契約上の権利関係の変動の根拠についてどの見解を採っているのかは、増補民事訴訟における要件事実1、2巻をみるかぎではかならずしも明らかではないが、加藤新太郎「契約に基づく請求権と要件事実」月報司法書士2004年4月号51頁によれば、司法研修所における司法修習生に対する指導は、法規説によって行われているようである。しかも、民事裁判実務も法規説を採っているとする（なお、加藤=細野敦・要件事実の考え方と実務21頁）。そして、法規説は、無名契約を、民法91条により法規の裏づけを伴ったものとして肯定することができ、請求権の発生根拠が法規であるという考え方と整合すると説明するという。そのうえ、それに続けて、「民法典が制定されている以上、法律行為について、『法律の規定なしに法律効果を生ずるという自然法原理のようなものは認めることはできない』（我妻栄『新訂民法総則（民法講義）』242頁）と解するのが素直であろう」といって（同書21頁）、あたかも我妻博士が法規説を支持しているかのように引用するのである。

しかし、我妻博士がいわれる「法律の規定」は、たとえば売主の売買代金請求権や買主の売買の目的物の引渡等の請求権が民法555条の規定を根拠に発生するとする法規説のいう法規ではない。我妻博士は、同書21頁の引用文に続けて「法律の規定なしに権利能力者なるものがないと同様である。この意味において、法律行為の効果の根拠は法律の規定である（直接には民法九一条がこれを規定する）。」といわれるのである。そして、同条については、「意思表示の内容が任意法規...と異なるときは、任意法規は排斥される（九一条）。しかし、そうでないときは、任意法規は、法律行為解釈の標準となる。法律は、これによって、私法的自治の達成に助力するのである。」（我妻・前掲書253～4頁）といわれる。両所でいわれている趣旨を総合的に解すると、私法的自治が民法91条の規定を通して法律行為の法律効果の根拠となるということではないだろうか。そもそも我妻博士は、意思説のうちで法律行為の拘束力の根拠を表示行為に求める見解（表示主義 [的法律行為論]）を採られるのである。このことは、加藤=細野・前掲書21頁が引用する文言に先立ち、「法律行為が現代の私法における法律要件

として最も主要な地位を占めるのは、その法律効果が、その要素たる意思表示によって、当事者の意欲したところに従って発生するものだからである。」(我妻・前掲書238頁)、だが、「個人の心理的意思が法律効果を生ずる主権者だという自然法的な意味における個人意思自治の観念を棄てて、意思表示は、個人間の生活関係を妥当に規律する規範を作るものだという理論をとれば、意思表示は、むしろ、表示行為を本体として、これを純粹に客観的に観察するのが正当だと考える」(同書239頁)といわれていることから明らかである。我妻博士のこの表示主義は、一時期民法学界の支配的見解となったが、その後、表示主義の発展と評すべきか逸脱と評すべきかは別としてそのように評される学説を生み出すことになり、そのようなことも含めてであろうが、表示主義が人間疎外を引き起こす学説として批判されて衰退し、人間疎外の克服を唱える意思主義(的法律行為論)がいうなれば復権することになった。が、それはそれとして、いずれにしても我妻博士が法規説を支持しておられると解するようなことはできないのである。また、民事裁判実務が法規説を採っているとするには疑問がなくはないが、仮にそうだとすると、それは司法研修所の誤導に起因しているのではないだろうか。

加藤=細野・前掲書が法規説を採る理由は、「訴えの原因である請求権を発生させるのは、正確には契約合意ではなく、契約締結にこの効果を付与する『法』であると考えるのである(ローゼンベルク(倉田卓次訳)『証明責任論(全訂版)』319頁)。」とすることにあるようである(加藤=細野・前掲書20頁)。法規説の提唱者であるローゼンベルクは、確かに「訴えの原因たる請求権を発生せしめるのは、契約ではなく、契約締結にこの効果を付与するところの法律(客観的法)[引用者注・原文は、objective Recht]なのである。」といっている。が、それに続けて、「契約およびその各構成部分は、それが法規[引用者注・原文は、Rechtssätzen]の構成要件をなしている限りにおいて法律効果を有するに過ぎず、もし何らかの法規が味方して力を貸してくれるのであれば、その限り無意味である。...ある契約から生じる請求権についての各訴訟において、契約内容というものは、適用されるべき法規の構成要件に過ぎないのであり、そのことは、法律上ある法律効果が結びつけられているところの各法律事実 行為ないし事件 におけると異ならない。裁判官は、原告によって求められた効果(Wirkung)を契約上の約定の効果(Folge)として定めている法規を適用せねばならず、また、主張および立証ないし自白された契約内容が別な法規の構成要件をなすのであれば、その別の法規もすべて適用しなければならない。」(ローゼンベルク・前掲書319~320頁)といっているのであって、単なる「法」(Recht)ではなく、「法規」(Rechtssatz)すなわち市民の権利・義務に影響をおよぼす規定のことである。要するに、ローゼンベルクは、権利関係の変動する根拠が契約であることを否定する決め台詞として客観的法であるといっているのであり、その実意は、個々の法規であるというのである。これが法規説の実体であるが、いずれにせよ、証拠法等についてわが国と法制のまったく異なるドイツの一つの解釈論に振り回されるのは、そろそろ終わりにしたいものである。そして、わが民法の起草者が法律行為の拘束力の根拠と考えた折衷説は、現在においてもなお有効に機能していることを知るべきではないだろうか。

2 要件事実としての契約の成立とその成立要件との関係について

契約の当事者が作出した契約規範も、他の法規範と同じように法律要件と法律効果とから成り立っている。各個の契約の有効な成立が法律要件であり、それに対応する契約上の権利関係の発生、変更または消滅つまり変動が法律効果である。これに主張責任の分配ないし証明責任の分配を行って見出された裁判規範としての契約規範も、要件事実と分配効果とから成り立っていることになるが、前に述べたように、主張責任の分配および証明責任の分配によって、契約の成立は契約上の権利関係の存在を主張する者に、契約の効力(無効)は契約上の権利関係の存在を争う者にそれぞれ行為責任として負担すべき主張責任ないし行為責任として負担すべき証明責任が分配されるから、契約

上の権利関係の存在を主張する者がこの主張責任および証明責任を負担すべき要件事実は、契約の成立になり、その分配効果は、契約上の権利関係の変動の蓋然性になる。しかし、契約の成立は、一種の法律関係であって、契約の成立要件が具備することにより生ずる分配効果であるから、その次元では各個の契約の成立要件が要件事実となる。このように、契約の成立は、それ自体としては分配効果であるが、契約上の権利関係の変動の蓋然性を分配効果とする次元においては要件事実となるのである。

こうして契約上の権利関係の変動の蓋然性を分配効果とする次元では契約の成立が要件事実であるが、契約の成立は、その成立要件が具備することによって発生するから、契約の成立を分配効果とする次元では契約の成立要件の具備が要件事実である。そうすると、具体的な訴訟における請求が契約上の権利関係の存在の主張である場合には、それを基礎づけるために具体的な契約の成立を主張し、それが争われたときに、その主張を基礎づけるためにその契約の成立要件に該当する具体的な事実（二人以上の意思表示の合致は、法律判断であるから、ここにいう事実ではない）を主張してもよいし、請求を基礎づけるためにいきなり契約の成立要件に該当する具体的な事実を主張してもよいのである。たとえば、請求が貸金返還請求権の存在の主張であるときは、原告は、その発生を基礎づける具体的な消費貸借契約の成立を主張してもよいし、その消費貸借契約の成立要件に該当する具体的な事実を主張してもよいのである。ただ、前者は、権利主張であり、被告がそれを認めれば権利自白が成立し、以後それを基礎づける契約の成立要件に該当する具体的な事実を主張したり立証したりする必要がないが、被告がそれを争うときは、その権利主張を基礎づけるためにその契約の成立要件に該当する具体的な事実を主張し、さらに被告がそれを争うときは、その主張を基礎づけるためにその具体的な事実を立証しなければならないのである。そして、その契約の成立要件が申込みと承諾である場合には、申込みの意思表示のすべておよび被告が隔地者であるときはそれが被告に到達したことと、被告の承諾の意思表示のすべておよびそれが発信されたことを主張しなければならない。意思表示の一部をつまみ食いの主張することはできない。なぜならば、被告が契約の成立を争うというのは、その原因である申込みの意思表示ないし承諾の意思表示があったことを否定するか、両意思表示があったとしてもそれが合致することを否定するかしていることを意味していると解さなければならないから、両意思表示があったか否かあるいはそれが合致しているか否かを判断するためには申込みの意思表示すべてと承諾の意思表示すべてが主張されなければならないのである。

司法研修所が権利主張および権利自白を否定することは前述したが、民事裁判実務では、権利主張および権利自白を認めているといってよい。たとえば、法人同士が売買契約を締結し、その一方が売買契約上の請求権を行使する訴えを提起する場合には、請求を理由づける請求の原因を、被告が争わないかぎり、原告は何時被告とならぬの売買契約を締結したで済ましており、原・被告の契約を締結した者を示さないし、どちらがどういふ申込みをし承諾をしたかなどといったことも示さない。それは両意思表示の合致という法律判断を含めた売買契約の成立要件が具備されたことにより生じた売買契約の成立（それは、一種の法律関係である）という法律効果の主張すなわち権利主張を、権利自白がされるかぎり、訴訟当事者も裁判所も認めているからである。

3 贈与契約について

(1) 贈与契約の成立

贈与契約に基づく目的物引渡等の請求権の存在を主張する受贈者側が贈与者側に対して行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任を負担すべきその請求権の権利根拠事由（要件事実）は、贈与者の受贈者に対する贈与者の財産を無償で与える意思表示と受贈者の贈与者に対するそれを無償で受ける意思表示との合致である贈与契約の成立またはその成立要件のうちの各意思表示である。

贈与契約は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える契約類型のことである（民549参照）。ある契約の主要な内容がこのようなものであるときは、その契約の法的性質は、贈与契約ということになる。したがって、贈与契約に基づく受贈者の贈与者に対する目的物引渡請求権（目的物が不動産などであれば、さらに所有権移転登記請求権など）発生の法律要件は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思表示し、相手方が受諾の意思表示することあるいは当事者がその反対の立場での意思表示をすることになる。

このうち解釈上問題となるのは、「自己の」財産であろう。他人の財産であってもよいとするのが判例・通説であるといわれる。学説をみると、古くは「民法第五百四十九条ニ『自己ノ財産』トアルハ通例ノ場合ニ着眼シテ定義ヲ与ヘタルニ過キスシテ他人ノ財産ヲ取得シテ之ヲ相手方ニ移転スルノ契約モ亦我民法上一ノ贈与契約ナリト解セサルヘカラス」（横田秀雄・債権各論225頁）とし、近時は例によってドイツ法系の条文や解釈を援用して「本条（＝民549）にいわゆる『自己ノ財産ヲ』相手方に『与フル』というのは、ドイツ民法（516）やスイス債務法（239）にいわゆる『自己の財産より他人を利得せしめる出捐』というのと同義語である。民法は『自己ノ財産ヲ』と記して、あたかも自己の有する財産そのものを相手方に移転することを要するかのよう表現しているけれども、それは自己の財産の実体（Substanz）の減少（すなわちドイツ・スイスにおける『自己の財産より』の義）を意味するにとどまって、相手方に移転すべき財産が自己に帰属していることを要する趣旨でない」（柚木馨＝高木多喜男編・新版注釈民法(14)19頁 柚木＝松川正毅）とするなど通説といってよい。

しかし、この解釈は、立法の趣旨に反する。わが民法は、贈与契約をわが国における従来の慣習から諾成契約としたり種々の制限を撤廃したりすることによって（廣中俊雄編著・民法修正案（前三編）理由書528頁参照）諸外国の立法よりもその成立を容易にした反面、それが無限定になることを防ぐため贈与の目的物の範囲を「自己の財産」に限定したのである。すなわち、穂積起草委員は、明治28年4月26日に開かれた第81回法典調査会において、548条（＝現行549条）の提案趣旨を次のとおり説明している。「兎ニ角本案ニ於キマシテハ最も通常ニ行ハレマスル所ノ考ヘラ標準ト致シマシテ兎ニ角自己ノ財産デナケレバ往カヌ夫レデ自己ノ財産ト云フモノヲ標準ニ致シマシタ... 自己ノ財産ト云フコトデ範囲ヲ極メマスル積リナノデアリマス」（法務大臣官房司法法制調査部監修・法典調査会民法議事速記録三〔日本近代立法資料叢書3〕837～8頁）。そして、松波＝仁保＝仁井田・前掲書916～7頁は、このことを次のように詳細に説明する。「此財産ハ必ス贈与者ノ財産

タルコトヲ要シ敢テ売買ノ場合ニ於ケル如ク他人ノ財産ヲ目的トシテ贈与ナル法律行為ハ有効ニ成立スルコトヲ得サルモノトス畢竟売買ノ場合ニ於テハ新民法ハ實際上ノ必要及ヒ便宜ニ基ツキ第五百六十条ノ特別規定ニ依リ他人ノ権利ヲ目的トシテ売買ノ有効ニ成立スルコトヲ認ムト雖モ贈与ノ場合ニ於テハ斯ノ如キ便宜法ヲ定ムル實際上ノ必要ナキノミナラス却テ他人ノ財産ヲ目的トシテ贈与ヲ為スカ如キハ之ヲ防制シテ濫リニ贈与ヲ為スノ余贈与者ヲシテ往々困難ナル位地ニ陥ラシメ或ハ法律關係ヲ錯雜ナラシムルカ如キ弊害ヲ予防スル必要アリト云フヘシ故ニ新民法ハ贈与ノ場合ニ於テハ寧ろ当然ノ事理ニ従ヒ当事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ相手方ニ与フル場合ニ非サレハ贈与ノ成立セサル旨ヲ明カナラシムルモノトス」と。もっとも、この贈与者の財産は現有財産にかぎらず将来の財産でもよいのである（同書921～3頁）。

大判明治38・12・14民録11輯1742頁は、この立法趣旨を踏まえて次のとおり判示する。「贈与ハ贈与者ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ与フルモノニシテ而テ其財産ハ現在已ニ存在スルモノナルト将来取得スヘキモノナルトハ固ヨリ問フ所ニ非サルカ故ニ他人所有ノ財産タリトモ贈与者カ他日之ヲ取得シ自己ノ財産トナリタルトキハ相手方ニ供与スヘキコトヲ契約スルヲ妨ケスト雖モ此等ノ条件ヲ附スルコトナク第三者所有ノ財産ヲ直ニ贈与ノ目的物ト為スハ法律ノ認容セサル所ナリトス蓋何人ト雖モ己レノ有セサル権利ヲ他人ニ移転スルコト能ハサルハ一般ノ通則ニシテ唯民法第五百六十条ノ如キ特別規定アル場合ニ於テハ他人ノ権利ヲ以テ売買ノ目的物ト為スコトヲ得レトモ贈与ニ付テハ此等ノ規定ナキノミナラス贈与ノ如キ無償行為ニ関シ贈与者ヲシテ当然右五百六十条ニ規定スルカ如キ義務ヲ負担セシムルハ贈与者ニ過重ノ責任ヲ負ハシムルモノニシテ贈与ノ性質ニ反スルモノト云ハサル可カラス是レ民法第五百四十九条ニ於テ贈与ノ目的物ハ自己ノ財産タルヘキコトヲ特ニ明示シタル所以ナリトス」。ところが、大判昭和11・12・15判決全集4輯1号24頁、最一判昭和44・1・31判タ232号106頁は、他人物贈与を有効であるとする。しかし、この両判例とも、前掲大判明治38・12・14を変更する旨を明示していないのみでなく、非公式判例であることに注意しなければならないだろう。したがって、判例は、依然として他人物贈与を認めていないと理解すべきではないだろうか。

そして、他人物贈与を認めるべきでないか否かの社会情勢が、民法の立法当時と現在とで変わっているとも思われない。今回の改正民法549条が依然として「自己の財産」と規定している以上、贈与の目的物は、贈与者自身の財産に限定して解すべである。

贈与契約に基づく受贈者の贈与者に対する目的物引渡等の請求権発生 of 法律要件について主張責任の分配および証明責任の分配をして裁判規範の要件事実を見出すと、そのうち効力要件は贈与者側が行為責任としての主張責任および行為責任としての証明責任を負担すべきであるが、成立または成立要件のうちの各意思表示について負担すべき行為責任としての主張責任および行為責任としての証明責任は、受贈者側にあるというべきである。したがって、贈与契約に基づいて受贈者が贈与者に対して目的物の引渡しを求める訴訟においては、原告は請求の原因で、「原告は、平成 年月 日、被告から、その所有する⁽⁴⁾ (特定の物) の贈与を受けた。」などと主張することになる。

(2) 書面によらない贈与の撤回

贈与契約に基づく目的物引渡等の請求権の存在を争う贈与者側または受贈者側が受贈者側または贈与者側に対して行為責任としての主張責任および行為責任としての証明責任を負担すべきその請求権の権利滅却事由（要件事実）および権利行使事由（要件事実）それは取りも直さず贈与の撤回権の権利根拠事由および権利行使事由であるが、贈与契約締結時にその契約が書面によらなかったことと、贈与者または受贈者が受贈者または贈与者に対して撤回の意思表示をしたことである。

民法550条は、「書面によらない贈与は、各当事者が撤回することができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りでない。」と規定する。戒能通孝・債権各論 [改訂三版] 112～3頁は、同条を一種の推定規定であるとし、「書面によらざる無償契約は当事者の一方より特別の反証なき限り訴へ得ざる契約なることを主張し得る反面に、書面による無償契約と雖も特に特別の事情を挙証し得れば、訴へ得ざる契約たることの主張を許すのであると理解する」という（結果同旨か、吾妻光俊・債権法155頁）。この見解も立法趣旨に反するものである。梅・前掲書462頁は、贈与「ノ性質ニ付テハ古来各国ノ法律及ヒ学説一定セサル所ニシテ...又仮令之ヲ契約トスルモ義務ヲ生スルモノトセスシテ単ニ権利移転ノ方法トスルアリ然リト雖モ新民法ニ於テハ旧民法ニ同シク（第一）贈与ハ之ヲ契約トシ（第二）之ヲ以テ義務発生ノ原因トセリ是レ之ヲ債権編ニ規定シ且契約ノ章ニ之ヲ掲ケ各種契約ノ第一トシテ之ヲ規定スル所以ナリ」と明言しているのである。

ところで、書面によらない贈与の撤回の証明責任の分配については、(A) 民法550条の「条文は、贈与契約は何時でも取り消すことができ、贈与者の贈与意思が書面によった場合はこの限りでない」というように右条文の規定を理解し、贈与者の取消の意思表示を抗弁、贈与者の贈与意思（申込または承諾）が書面によってされたことを再抗弁と構成する」「事実の不存在（消極的事実）について、主張責任を負わせることはともかく、立証責任を負わせることは、『悪魔の証明』を当事者に課することになる。」としてその一例として書面によらないことを挙げる見解（主張立証責任論の構造に関する一試論 故定塚孝司判事遺稿論集 8頁、28頁。なお、117頁、244頁、326頁）や、(B) 「判例のいうように右書面が贈与時に限定されず後に作成されたものでもよく、その様式を問わないというのであれば、その不存在を証明することは困難であることを理由に、」この見解に同調する意見もある（倉田卓次監修・要件事実の証明責任 契約法上巻96頁 三村量一発言。同旨・大江・前掲書252頁）。

(A) の見解は、法規説を前提として証明責任の分配について文構造説によるものであるが、撤回の意思表示は、撤回権の存在とその行使であり、書面によらないことは撤回権発生の法律要件であって、法律効果と法律要件の証明責任の分配を異別にはできない。また、主張責任の分配および証明責任の分配に関する慣習法にその法理を提供した旧民法証拠編1条1項は、権利関係の変動事由の証明責任が「有的又ハ無的ノ事実ヨリ利益ヲ得ンカ為メ裁判上ニテ之ヲ主張スル者」に分配されることを定めている。この「有的又ハ無的ノ事実」とは、積極的または消極的（自然的・社会的）事実のことである。そして、同条項の起草者であるボアソナードは、「...本条ハ...挙証ノ

任ハ申立テラレタル事実ノ有的ナルト無的ナルトニ從ヒ其結果ヲ異ニスルヤ否ヤノ問題ヲ決定セリ即チ無的ト有的トヲ問ハス凡テノ事実ヲ申立テ利益ヲ得ントスル者ハ証拠ヲ挙ク可シト定メ仏蘭西ニ於ケルカ如キ議論ヲシテ起ルコトナカラシメタリ」(民刑証拠法講義14頁)と解説している⁽⁵⁾。こうして、一時点または短期間内における消極的事実の存在を悪魔の証明というのは誤りである。悪魔の証明は、権利関係の存否または長期間にわたる消極的ないし積極的自然的・社会的事実の存在の(主張および)証明であることを銘記すべきである。そして、旧民法証拠編1条1項が消極的自然的・社会的事実であることが証明責任の分配の基準になりえないとしたことは、法律要件分類説を採用し(ボアソナードが「無的ト有的トヲ問ハス凡テノ事実ヲ申立テ利益ヲ得ントスル者ハ証拠ヲ挙ク可シ」というのは、このことを示すものである)、要証事実分類説に与しないことを宣明したものであるというべきである。(B)の意見について一言反論しておく、書面を贈与の後に作成したときは、贈与者が撤回権を放棄したことであって、そのことは理由にならないのである。

書面によらない贈与すなわち贈与契約締結時に贈与が書面によらなかったことと、そのどちらかの当事者による撤回権の行使すなわちその当事者が撤回の意思表示をしたこと(相手方が隔地者であるときは、さらにその到達)は、受贈者の贈与契約上の権利の滅却事由および行使事由であるが、撤回権の面からみれば、主張責任の分配および証明責任の分配により、撤回権の存在とその行使を主張する者が行為責任としての主張責任および行為責任としての証明責任を負担すべき権利根拠事由と権利行使事由である。

(3) 履行の終了

贈与の撤回権の存在を争う受贈者側または贈与者側が贈与者側または受贈者側に対して行為責任としての主張責任および行為責任としての証明責任を負担すべき撤回権の全部または一部権利消滅事由(要件事実)は、履行の終わった部分があることである。

これに対し、履行の終わった部分があるときは、撤回権の消滅事由として撤回権の存在を争う者に行為責任としての主張責任および行為責任としての証明責任がある。

4 売買契約について

(1) 売買契約の成立

売買契約に基づく売主の買主に対する売買代金請求権または買主の売主に対する目的物引渡等の請求権の存在を主張する売主側または買主側が買主側または売主側に対して行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任を負担すべきそれぞれの請求権の権利根拠事由(要件事実)は、売主の買主に対する・代金の支払いを受けることに対してある財産権を移転する意思表示と買主の売主に対する・その財産権の移転を受けることに対してその代金を支払う意思表示との合致である売買契約の成立またはその成立要件のうちの各意思表示である。

ある契約の主要な内容が当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約するものであるときは、その契約の法的性質は、売買契約と

ということになる（民555参照）。そして、売買契約は諾成契約であるから、売買契約の締結と同時に目的物の所有権が売主から買主に移転しているとすると（民176）、売主の売買代金請求権発生（目的物が不動産などの場合には、さらに移転登記請求権など）の法律要件も買主の目的物引渡請求権（目的物が不動産などの場合には、さらに移転登記請求権など）の法律要件も、当事者の一方（売主）がある財産を相手方に移転することを約し、相手方（買主）がこれに対してその代金を支払うことを約することによって有効に成立したことである。

売買契約の有効な成立のうち有効性については、前に詳しく述べたように、主張責任の分配ないし証明責任の分配により、その反対形象である無効事由について売買契約上の権利関係の存在を争う側が行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任を負担すべきであるから、売買契約上の権利関係の存在を主張する側が行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任を負担すべきことになるのは、売買契約の成立（といっても、その法的性質は、一種の法律関係である）またはその成立要件のうちの売主および買主の各意思表示ということになる。

売買契約の成立において従前から問題となっていたのは、（i）売買契約の成立の要件事実該当する主要事実をどのように考えるべきか、（ii）買主は売主に対する目的物引渡請求訴訟の請求の原因で代金額を主張しなければならないか、（iii）売主は同時履行の抗弁において代金額について証明責任を負うかなどである。

まず、（i）である。大江・前掲書261頁は、「『XはYに対し、本件目的物を代金1,000万円で売買する契約を締結した』というように、簡略な形で主張されるが、この表現には、売買の申込みと承諾の2個の意思表示並びにその発信又は到達の事実主張が内包されているものとみななければならない。」という。しかし、申込みの意思表示や承諾の意思表示には民法555条とは別個独立の要件が適用される（民521～526、527、528）ばかりでなく、売買契約は、交叉申込みや意思実現（民526）によっても締結されうるのである。このようないささか無理な考えは、おそらく権利主張や権利自白を基本的に認めないことに由来するのであろう。「XはYに対し、本件目的物を代金1,000万円で売買する契約を締結した」は、一種の法律関係である売買契約の成立を表現しているとみななければならない。「売買契約を締結した」との表現は、申込みと承諾による売買契約であろうとしても、相手方に到達した売買の申込みの意思表示とそれに対して相手方の発信した承諾の意思表示とが（法律判断により）合致していること、つまり売買契約が成立したことを意味し、単に売買の申込みの意思表示およびその相手方に対する到達と承諾の意思表示およびその発信の簡略形ではないのである。したがって、被告が「XはYに対し、本件目的物を代金1,000万円で売買する契約を締結した」との請求の原因を争うときは、それが申込みおよび承諾によるものである場合には、その請求の原因を基礎づけるために、原告は、申込みの意思表示のすべておよびその到達と承諾の意思表示のすべておよびその発信を主張し、被告がさらにそれを争うときは、それ基礎づけるためにそれらを立証しなければならない。

次に、（ii）であるが、岩村弘雄「司法修習生と要件事実」民事実務ノート1巻286～7頁は、買主原告の売主被告に対する機械引渡請求の訴えで、「売買の目的物の引渡請求の訴においては、一定の代金についての合意があることを主張すれば十分であって、その代金額がいくらであることを主張する必要はない。...「買主原告と売主被告との間で機械について売買契約を締結した。」とい

う事実が引渡請求権発生の要件事実である。いいかえれば、原告と被告との間で機械を一定の代金で移転する申込みと承諾があったという事実である。代金額が八〇万円であることは、間接事実である。」という。この見解は、いわゆる返還約束説そのものではないがそれに類似する考えを引渡約束に応用したものであろうが、売買契約上の権利関係発生の法律要件は、前述したように、当事者の一方（売主）がある財産を相手方に移転することを約し、相手方（買主）がこれに対してその代金を支払うことを約することによって有効に成立したことであり、これについて主張責任の分配および証明責任の分配をすると、その効力は売買契約上の権利関係の存在を争う者に、その成立は売買契約上の権利関係の存在を主張する者にそれぞれ行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任があることになる。そして、具体的な買主原告の売主被告に対する機械引渡請求の訴えでは、原告は、請求の原因において、当事者の一方（売主）がある財産を相手方に移転することを約し、相手方（買主）がこれに対してその代金を支払うことを約することによる契約の成立という要件事実該当する具体的な事実を主張しなければならないから、「被告が別紙物件目録記載の機械を原告に移転することを約した」ことを主張しなければならないと同様に、「原告がこれに対してその代金いくらを支払うことを約した」ことを主張しなければならないであろう。つまり、「原告は、平成 年 月 日、被告から、別紙物件目録記載の機械を代金80万円でその引渡期限を定めずに買い受けた。」などと主張することになる。したがって、被告が代金額を争うときは、それは結局両者の意思表示の内容を争っていることであるから、原告は、この売買契約が隔地者間の申込みと承諾によるものであるときは、申込みの意思表示およびその到達と承諾の意思表示およびその発信を主張することになり、被告がさらにこれを争うときは、これを立証しなければならないが、代金額が80万円であることを立証することができなければ、請求が棄却されることになるのである。たとえば、原告が被告に対してこの機械を売ってくれといい、被告がいいですよ、代金は100万円ですというのに対し、いや60万円だといって代金額について折り合いがつかず物別れになったとすると、両意思表示の合致がないのである。機械を買う売るについては両意思表示の合致があるから代金額についてはさておき売買契約は成立したから請求は認容だとか、100万円と60万円だから中をとれば80万円になり、原告の主張に合うから請求は認容だというわけにはいかないのである。

さらに、(iii)であるが、これについては、石川義夫氏と倉田博士との間で、ローゼンベルクの証明責任論の理解をめぐる論争があった（石川「売買契約にもとづいて目的物の引渡請求権を主張する者は代金額の主張をしなければならないか？」司研論集1973- 16～33頁、倉田「石川論文引用にかかる証明責任論の訳文について」同34～41頁）。石川氏の論旨と倉田博士の論旨を倉田博士の要約に従って紹介すると、たとえば原告が代金100万円と主張して引渡しを求めたのに対して、被告が200万円と争い、かつ、同時履行の抗弁を提出した事案では、石川氏は、代金100万円の証明があれば、100万円の支払いとの引換給付。代金100万円の証明がなければ（かりに200万円の証明があっても）、請求棄却。その場合、原告が予備的に代金200万円の主張をしていれば、200万円支払いとの引換給付ということであるが、倉田博士は、①100万円の証明があれば、100万円の支払いと引換給付。②100万円の証明なく、200万円の証明があれば、200万円の支払いとの引換給付。

③100万円の証明なく、200万円の証明もなければ、請求棄却、ということである。この問題を要件事実の観点からみると、(a) 売買契約に基づく目的物引渡請求権の根拠事由には代金額も含まれるか、(b) 同時履行の抗弁権の根拠事由には引換給付額も含まれるかということになる。 (a) は、前述の (ii) に還元できる議論であるが、(b) は、(a) と関連しながらも、別個の問題ということがいえよう。しかし、同時履行の抗弁権は、その引換給付額といえども反対給付請求権の根拠事由に包摂されていて、独自性を持たないと考えるべきではないだろうか。双務契約である売買契約においては、代金額は一つしかありえないところ、(ii) で述べたように、売買契約上の権利関係の根拠事由が当事者の一方(売主)がある財産を相手方に移転することを約し、相手方(買主)がこれに対してその代金を支払うことを約することによる契約の成立であって、その代金は、財産権と対価関係にあることを意味し、したがって、財産権と対価である代金すなわちそれに相応する一定の額としての金員であるとみななければならないであろうからである。そうだとすると、石川氏の論旨に賛成せざるをえないように思われる。

(2) 売買一方の予約

民法556条1項の定める売買一方の予約の法的性質は、その立法の経緯からみると、純粹随意条件を条件事実とする停止条件付き売買契約であると解すべく、そして、条件の主張責任の分配ないし証明責任の分配について否認説を採ると、売買一方の予約の売買を完結する権限を行使したことに基づく権利関係の存在を主張する側が行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任を負担すべき権利根拠事由(要件事実)は、売買を完結する権限を当事者の一方の意思のみにかかることを条件事実とする停止条件付き売買契約が成立したことで、その当事者の一方が売買を完結する権限を行使したことである。

民法556条1項の定める売買一方の予約の法的性質については、「純然タル一個の予約」とするのが判例(大判大正12・4・9民集2巻5号221頁)であり、有力説(三瀧信三・契約法121頁、末川博・契約法下21頁、松坂佐一・民法提要[債権各論]第4版84頁など)であるが、予約完結権の行使を停止条件とする停止条件付き売買とするのも多数説(末弘厳太郎・債権各論372頁、鳩山秀夫・増訂日本債権法各論上巻295頁、我妻榮・債権各論中巻一257頁など)である。そこで、同条項の立法趣旨がどうなっているかであるが、法典調査会における議事(法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲書876~883頁)、民法修正案理由書の記述(廣中編著・前掲書537~9頁)あるいは同条の原案起草担当者であった(星野通・明治民法編纂史研究179頁、福島正夫編・穂積陳重立法関係文書の研究第一部55頁、附属資料別表)梅博士の前掲書477~9頁の説明をみても、同条項が通常の売買の予約であれば、予約権者が完結権を行使しても、相手方がこれに応じないときは、予約権者はその承諾を求める訴えを提起しなければならないが、それは迂遠であるから、予約権者が完結権を行使すると同時に売買が成立することとしたという以上に、明確な趣旨がみえてこない。そうすると、起草委員が校閲し起草委員補助である松波、仁保および仁井田合著にかかる前掲書をみる以外に手はないことになる。

同書によると、売買の予約には売渡しの予約と買受けの予約があるが、両者の法理上の性質およ

び法律上の規定はまったく同一であるから、便宜売渡しの予約のみを例として説明すると、「売渡ノ予約トハ甲ナル時計屋カ顧客乙ニ対シ何時ニテモ時計ヲ売ランコトヲ約シ乙ハ若シ時計ヲ欲シクナラハ之ヲ買ハンコトヲ約スル契約ナリ而シテ之レ亦一ノ契約ナルヲ以テ契約一般ノ原則ニ基キ申込ト承諾トヲ要ス... [改行] 売買ノ予約ハ一ノ契約ナリトスレハ当事者ハ果シテ何ヲ契約シタルモノナルカ曰ク一方ハ何時ニテモ売渡サンコトヲ約シ相手方ハ自己ノ氣力向カハ其時計ヲ買ハンコトヲ契約シタルモノナリ之ニ依リテ時計屋ハ一ノ義務ヲ負ヒ顧客ハ殆ント何等ノ義務ヲモ負ハス若シ法学上随意条件（引用者注・脇に「ボデスメチーブコンジション」のルビがある）ノ義務ナルモノアリトスレハ顧客ノ負ヘル義務ハ或ハ所謂随意条件附ノ義務ナランカ」（955～6頁）ということである。しかし、これでは、両意思表示の合致があるとはいえないのではないだろうか（民528参照）。

ところが、一方で「売渡ノ予約ヲ為スコト日常是アリ時計屋カ単ニ時計ヲ売渡サント申込ムニ非スシテ何時ニテモ意ニ協（かな）ハハ之ヲ売渡スヘシテ特種ノ義務ヲ負ヒ顧客ニアリテモ単ニ黙スルニ止マラスシテ其時計ヲ欲シクナラハ買取ルヘシト応諾スルコトアリ此ノ如ク申込ト承諾ト合致シタルモノヲ強テ単純ナル申込ナリト解スルハ余輩ノ採ラサル所ナリ從テ必ス其間ニ一種ノ契約ノ成立シタルモノト見サル可カラズ即チ売渡ノ予約ト云ヘル契約成立シタリトスルナリ」（958～9頁。傍点および読み・引用者）ともいうのである。これでは、傍点の部分は、純粹随意条件を停止条件としていると解するほかはないのではないだろうか。このことは、同条が純粹随意条件を定めた旧民法財産編415条の系譜に連なる規定であることから裏づけることができる。民法556条「八既成法典財産取得編第二十六条乃至第二十八条第三十一条第三十二条及ヒ同財産編第四百十五条ノ規定ヲ改正シタモノ」（廣中編著・前掲書537頁）であるが、旧民法財産編415条は、停止条件および解除条件の意義を規定する同編408条を承けて、「条件カ全ク当事者ノ意法随意ナルトキハ他ノ一方ハ其成否ヲ決ス可キ或ル期限ヲ定メント裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定されていたのである。

もっとも、松波=仁保=仁井田・前掲書956頁は、「売渡ノ予約ト称スル有名契約ハ総則篇ニ称スル停止条件附法律行為ナル乎之ヲ停止条件附ノ法律行為トシ其停止条件ハ顧客カ時計ヲ買フ氣トナラハトノ事ナリトシ而シテ顧客カ買フ氣ト為ルニ因リテ其条件ノ成就シテ売買ハ完成スルモノナリトセハ殊ニ本条ヲ要セサレトモ売渡ノ予約ハ独立ノ單純契約ニシテ決シテ停止条件附ノ売買契約ニ非ラサルヲ以テ本条ノ規定ヲ生シタルナリ何故ニ之ヲ法律上停止条件附法律行為ノ一例ト見サルカハ停止条件法律行為ノ説明ヲ見テ明カナルヘシ」ともいう。しかし、民法134条は、債務者の純粹随意条件を停止条件とする法律行為を無効と規定する。売買契約は双務契約であるから、当事者のどちらも債務者である同時に債権者である。したがって、一般的にいえば、停止条件が単に売買契約の当事者の一方の意思のみにかかるとしても、停止条件付き売買契約が無効になることはないが、疑義が生ずる場合がないとはいえない（於保不二雄編・注釈民法(4)387頁 金山正信 参照）。そこで、売買一方の予約の場合には、有効としたのが民法556条の趣旨だと解することができる。そうとすると、売買一方の予約の法的性質を純粹随意条件を条件事実とする停止条件付き売買契約であると解しても、同条を必要とするのである。

売買一方の予約の法的性質を純粹随意条件を条件事実とする停止条件付き売買契約と解し、条件の主張責任の分配および証明責任の分配について否認説を採ると、売買一方の予約に基づく権利関

係の存在を主張する者が行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任を負担すべき要件事実は、権利根拠事由としての

売買を完結する権限を当事者の一方の意思のみにかかることを条件事実とする停止条件付き
売買契約が成立したことを、

その当事者の一方が売買を完結する権限を行使したこと
であろう。

(3) 手付け

i 民法557条1項による手付け契約の成立

民法557条1項により手付け契約に基づく売買契約の解除権の存在を主張する側が行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任を負担すべき権利根拠事由（要件事実）それは、解除権の行使事由とともに、売買契約上の権利関係の滅却事由となる は、 売買契約が成立しその締結の際などに付随して手付けが授受されて手付け契約が成立したことを、手付け契約において解除権を留保する旨の取決めをしたかどうかが不明確であることであり、解除権の行使事由は、手付けの授者が解除権を行使する場合であれば、 手付けの授者が受者に対して の売買契約を解除する旨の意思表示をしたことであり、手付けの受者が解除権を行使する場合であれば、 手付けの受者が授者に対して の売買契約を解除する旨の意思表示をするとともに、手付けの倍額を提供したこと、である。

民法557条1項の規定は、解釈規定であるとされる。解釈規定は、契約規範と対立して、法的三段論法の大前提となるものではない。解釈規定は、法的三段論法の大前提となる契約規範の意味が不明確である場合に、その意味を確定するものにすぎない（川島武宜・民法総則204頁、幾代通・民法総則【第2版】233頁など）。言い換えれば、解釈規定は、契約規範の意味が不明確である場合に、いわばその一部となってその内容を確定するものである。したがって、解釈規定が契約規範の意味の確定に参画することを解釈規定の適用というすれば、解釈規定が適用されるための法律要件は、契約の意味が不明確であることであり、契約の意味が明確である場合には、解釈規定の助けを借りるまでもなく内容は確定しているのである（兼子一「推定の本質及び効果について」法協55巻12号2212頁参照）。

民法557条1項の規定が解釈規定であるとする、売買契約に付随する手付け契約に基づく解除権発生の法律要件は、売買契約締結の際などにそれに付随して手付けが授受されて手付け契約が締結されたが、その手付け契約において解除権を留保する旨の取決めをしたかどうか不明確であることである。この法律要件について主張責任の分配ないし証明責任の分配をすると、手付け契約に基づく売買契約の解除権の存在を主張する者が行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任を負担すべき権利根拠事由（それは、解除権の行使事由とともに、売買契約上の権利関係の滅却事由となる）は、

売買契約が成立しその締結の際などに付随して手付けが授受されて手付け契約が成立したこ
と

手付け契約において解除権を留保する旨の取決めをしたかどうかが不明確であること
であり、解除権の行使事由は、手付けの授者が解除権を行使する場合であれば、

手付けの授者が受者に対して の売買契約を解除する旨の意思表示をし（受者が隔地者であれば、受者にそれが到達し）たこと

手付けの受者が解除権を行使する場合であれば、

手付けの受者が授者に対して の売買契約を解除する旨の意思表示をするとともに、手付けの倍額を提供したこと

である。具体的な事案において手付け契約で売買契約の解除権を留保することが明確に取り決められていたにもかかわらず、訴訟において、 に該当する具体的な事実が主張されたときは、相手方は、否認によって同条項の適用を排除することができる（川島・前掲書204頁、幾代・前掲書233頁参照）。

これに対して、手付け契約で売買契約の解除権を留保することが明確に取り決められている場合においては、同条項の規定の助けを借りるまでもなく内容は確定しているから、売買契約に付随する手付け契約に基づく解除権発生の法律要件は、売買契約締結の際などにそれに付随して、売買契約の解除権を留保する旨の取決めをして手付けが授受されてその旨の手付け契約が締結されたことである。この法律要件について主張責任の分配ないし証明責任の分配をすると、手付け契約に基づく売買契約の解除権の存在を主張する者が行為責任としての主張責任ないし行為責任としての証明責任を負担すべき権利根拠事由（それは、解除権の行使事由とともに、売買契約上の権利関係の滅却事由となる）は、

- ① 売買契約が成立しその締結の際などに付随して、売買契約の解除権を留保する旨の取決めをして手付けが授受されてその旨の手付け契約が成立したこと
であり、解除権の行使事由は、 または ’と同じである。

司法研修所・増補民事訴訟における要件事実 1 巻148～150頁は、民法557「条は、『買主カ売主ニ手附ヲ交付シタ』という要件事実解除権留保という法律効果を附与した解釈規定にほかならない。したがって、この法律効果を主張しようとする当事者は、右の要件事実のみを主張立証すれば足りる。」として、その例示をし、さらに「手付が授受されているにもかかわらず解除権が留保されていないことを主張する者は、解除権の留保はしない旨の特約の存在について主張立証責任を負うから（最判昭二九・一・二一民集八・一・六四）、この特約の存在は右（二）の抗弁に対する再抗弁となる（民事判決起案の手ざみ（六訂版）一〇四（N）注。）」という。

しかし、この見解は、ローゼンベルクの見解を踏襲したものである。すなわち、ローゼンベルクは、「ある意思表示の表示価値なるものは、証拠法の意味における事実ではなく、具体的法律判断を通じて獲得された・裁判官の思考活動の成果なのである。従って、ある意思表示が一定の意味において理解すべしという規定は、法律効果を規定したものということになる。」（倉田訳・前掲書255頁）といい、「法律上の解釈原則は、裁判官が、疑いある場合に、判決の基礎としてどんな解釈をとるべきかをあらかじめ確定しているのである。従ってその解釈を有利とする当事者は、解釈されるべき規定の要件事実以外には何も証明する必要はないのであって、他の解釈なり別の明示の約定なりを主張する相手方がその証明責任を負う。けだし正に、『疑イアル場合』にも法律上の解釈はなされるべきものだからである。」（同書366～7頁）というのである。証明責任の分配が裁判官の認識、判

断を前提として定まるとするかのとき論旨がそもそも問題であるが、その点はひとまず措くとしても、疑いある場合と明示の約定がある場合とは両立しえないから、両者の証明責任を異別に分配することはできないのではないだろうか。

解約手付けは、解除権を留保する旨の約定の下に授受される手付けであるが、司法研修所は（ローゼンベルクも同じであるが）、法規説により（ローゼンベルクが「訴えの原因たる請求権を発生せしめるのは、契約ではなく、契約締結にこの効果を付与するところの法律（客観的法）なのである」としていることは、前述した）、手付けである以上民法557条の規定から手付け契約に基づく解除権が発生し、当事者は、解除権の留保はしない旨の特約をしたことによって同条の適用を排除することができるだけだとするのである。

ii 履行の着手

民法557条1項による手付け契約に基づく解除権の存在を争う側が行為責任としての主張責任および行為責任としての証明責任を負担すべき解除権の滅却事由（要件事実）は、その解除権の行使を受けた者であることと、その者がその行使を受ける前に履行に着手したことである。

解除権の行使を受けた者が「履行に着手」したことは、手付け契約に基づく解除権の滅却事由となる（民557）。「同条項は、履行に着手した当事者に対して解除権を行使することを禁止する趣旨と解すべく、従って、未だ履行に着手してない当事者に対しては、自由に解除権を行使し得るものというべきである。このことは、解除権を行使する当事者が自ら履行に着手していた場合においても、同様である。」とするのが、判例（最大判昭和40・11・24民集19巻8号2019頁）である。

[注]

- (1) このことは、たとえば民法の起草委員であった梅博士が「当事者ノ利益ヲ保護センカ為メニ其自由契約ニ干渉スルカ如キハ文明国ノ法律ノ最モ忌ムヘキ所」（前掲書463頁）であると述べていることによっても明らかである。
- (2) しかし、同条「八法律行為ト任意法（引用者注・任意規定のことである）トノ関係ヲ規定シタルモノ」（松波=仁保=仁井田合著・帝国民法〔明治29年〕正解2巻〔日本立法資料全集別巻96〕557頁）であって、私的自治の原則を前提とする規定とはいえ、無名契約上の権利関係の変動の根拠となる規定ではない。
- (3) 来栖三郎・契約法238頁は、「明治三八年の判決が民法五四九条で贈与の目的物を自己の財産云々としたのを他人の物の贈与を認容しない趣旨だとしたのは間違いで、自己の財産云々と規定したのは、むしろ贈与を債務の免除とか無償の貸借、無償の労務給付その他の無償行為と区別し贈与の範囲を限定する趣旨である」として、その根拠として民法修正案理由書548条（現行549条）を引用するが、民法修正案理由書548条の解説は、「其目的物ノ範囲ハ既成法典ノ如ク自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ与フルモノト為セリ蓋シ贈与ノ範囲ニ付テハ債務ノ免除、権利ノ放棄...ヲ包含セシメ一々之ヲ規定スル立法例アリト雖モ此等ノ無償行為ハ通常贈与ノ意義ニ当ラサルヲ以テ本案ハ寧ろ普通ノ意義ニ従ヒ贈与ハ自己ノ財産ヲ無償ニテ附与スル契約ナリトシ之ニ因リテ贈与ノ目的物ノ範囲ヲ贈与者ノ財産ニ限定セリ」（廣中編著・前掲書527～8頁）とするのである。
- (4) 通説によれば、贈与者が目的物を所有していることは要件事実ではないから、原告は、請求の原因において、それに該当する主要事実を主張する必要はないことになる（大江忠・要件事実民法（中）

251頁)。

- (5) 法規説を前提として文構造説を提唱するローゼンベルクですら、この結論を認め、次のようにいう。
「どのような場合でも、証拠提出が困難だということは いやそれが不可能だということさえ 本書の証明責任諸原則の変更に導くものではない…。けだし、消極事実を証明すべきは、法律上それにある法律効果が結びつけられている場合に限るからである。そうである以上、それにもかかわらず消極事実の証明不要との説を持することは、とりもなおさず、実体法の変更を意味することとなろう」
(倉田訳・ローゼンベルク証明責任論 [全訂版] 405～6頁。なお、179頁)。