

要件事実論解説 その2

中京大学法科大学院教授

並 木 茂

I 代理について

代理についてその要件事実を勉強する場合には、民法上の代理だけでなく、商法上の代理も併せて勉強しておくべきである。そのほうが効率的であるばかりでなく、双方の代理についての正確な理解になるからである。

1 代理の要件事実性について

最三判昭和33・7・8民集12巻11号1740頁は、「斡旋料支払の特約が当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたかは、その法律効果に変わりがないのであるから、原判決が被上告人と上告人代理人某との間に本件契約がなされた旨判示したからといって弁論主義に反するところはない」と判示する（同旨、大判昭和9・3・30民集13巻418頁、最二判昭和39・11・13裁判集（民事）76号57頁。契約が代理人によってされたとの主張に対し裁判所が本人によってされたと認定した事案につき同旨、最二判昭和42・3・23裁判集（民事）86号679頁）。しかし、この判決に対しては、次のような疑問がある。

まず、法律行為なканずく契約の成立要件と契約の成立を混同しているということである。契約の成立要件のうち相対立する意思表示は自然的・社会的事実であるが、契約の成立は、単なる自然的・社会的事実でなく、法的価値判断を要する法律関係である。このことについては、いずれくわしく述べる機会があるだろうが、ここで一点指摘しておきたいことは、裁判実務では、主要事実が、双方または一方が法人である契約の成立であって、それが商行為でないにもかかわらず、行為者として代表者等が主張されることがほとんどないことである。そして、なぜそれでよいかといえればそれは、契約の成立の主張が、契約が成立要件を具備したことによって法人に対して生じたところの一種の法律関係の存在の主張（権利主張）であって、相手方がそれを争わないで権利自白をしていると解されるからである。

次に、代理の要件事実性を無視していることである。判例も、表見代理についてはその要件事実性を否定しないであろう。そうだとすれば、代理についてその要件事実性を否定することはできないというべきである。これらの判例は、おそらく、要件事実を主要事実と同義であると理解しているのであるだろうが、要件事実とは、裁判規範の要件であり、当事者本人による契約の成立要件に適用されるべき要件事実と代理人によるそれとは行為者およびその意思を異にし、別個のものであるから、

当事者本人が契約を締結したとの主張に対して裁判所がその代理人が締結したと認定することは、弁論主義違反というよりも適用すべき裁判規範を誤っているものであり、法令適用の誤りとみるべきではないだろうか。

2 代理人と相手方との間の契約の成立について

代理は、その成立と効果からみて、(A) 本人と代理人間、(B) 代理人と相手方間および (C) 相手方と本人間の3面において法律関係を生じることになるが、今回は、主として (B) および (C) について要件事実を勉強することにしよう。

(1) 民法上の代理の場合

i 民法99条1項は能動代理（代理人が〔本人のためにすることを示して〕相手方に対して意思表示をすること）の、同条2項は受動代理（代理人が〔本人のためにすることを示して〕相手方の本人に対する意思表示を受領すること）の各行為規範をそれぞれ規定しているが、能動代理を理解すれば受動代理はおのずから分かるから、ここでは能動代理について勉強する。

同条1項は、「代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。」と定める。そして、「代理人がその権限内において本人のためにするすなわち契約など法律行為の法律効果を直接に本人に生じさせる意思＝代理意思をもってすることを示して（明瞭に顕名をしなければならないのではなく、周囲の事情から本人のためにすることを示していることが明らかであればよい〔民100 ただし書参照〕）した意思表示」が法律要件であり、「本人に対して直接にその効力を生ずる」が法律効果である。この法律要件は、単独行為であれば、これでよいわけであるが、契約のときは、この意思表示のほかに、相手方のそれと合致する意思表示があることによってはじめて成立するから、これを含んだものが法律要件になる。そうすると、契約の成立の場合における法律要件は、「代理人がその権限内において本人のためにすることを示して相手方とした契約の成立」ということになる。そして、この契約の締結によって相手方ないし本人についてその契約上の権利関係が変動するためには、契約が有効に成立しなければならないから、契約が成立したとそれが有効であることは、別個の法律事実になる。したがって、この法律要件を組成する法律事實は、代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした相手方との契約の成立と、その契約の成立の有効ということになる。法律効果が権利関係の発生である場合には、主張責任の分配の結果、契約上の権利関係の存在を主張する者が について主張責任を負い、それを争う者が の反対形象である - 契約の成立が無効であることについて主張責任を負う。また、法律効果が権利関係の消滅である場合には、主張責任の分配の結果、契約上の権利関係の不存在を主張する者が について主張責任を負い、それを争う者が - について主張責任を負う。

こうして、代理人による契約の成立の要件事実（権利根拠事由または権利滅却事由）は、

代理人が権限内において相手方に対して本人のためにすることを示して相手方とした契約の成立

であり、請求権の行使の法律要件は、請求権の行使（履行）可能性の存在およびその行使であるが、主張責任の分配の結果、請求権の行使を主張するものにそのままの形で主張責任があることになる。そして、要件事実（権利行使事由）中の履行可能性が履行期の約定である場合には、

契約中の履行期の約定とその到来

である。通説は、いわゆる抗弁説によって、履行期の約定については請求権の行使を争う者に主張責任および証明責任があり、履行期の到来については請求権の行使を主張する者に主張責任および証明責任があるとする。抗弁説は、契約と履行期の約定とを可分であることを論拠とするものであるが、契約と履行期の約定（履行期を定めない場合を含む）とは両者を不可分一体とする意思表示の合致したものであるから、理論的にも現実の結果からいっても不当であって、到底認めることができない。このことは、期限付契約の要件事実の勉強の際にくわしく述べる。

具体的な訴訟では、たとえば自動車1台の売買代金200万円の支払を求めて（その売買代金請求権および履行可能性の存在とその行使を主張して）訴えを提起する場合には、原告は、この要件事実該当する（ただし、「その権限内において」という要件事実、有権代理であること[表見代理を含む無権代理でないこと]）を示す意味であるから、代理人ないし代理行為の主張の中に含意されているといつてよく、それに該当する社会事象をことさらに主張するまでのことはないであろう）、

「Aは、年月日、被告に対し、原告の代理人であることを示して別紙目録記載の自動車1台を、代金を200万円で、代金を同月末に支払う約定の下に売却した。」もっと簡潔に、

「原告代理人Aは、年月日、被告に対し、別紙目録記載の自動車1台を代金200万円でその支払を同月末として売却した。」

を請求の原因として主張することになり、被告がこれを認めれば、権利自白が成立する。

代理人は、他人に代わって意思表示をし、または意思表示を受ける地位（権限）を有する人のことであり、代理人であることは、代理権を授与されて（その人について代理権が発生して）それを有している（存在している状態にある）人のことをいうのであるが、この代理権の発生という法律効果の原因である法律要件は、任意代理であれば、「本人・代理人間の、本人が代理人に対して代理権を授与する契約の成立」である（法定代理であれば、[1] 親権者 [民818、819] のように一定の身分関係に基づいて法律上当然になる場合と、[2] 不在者の財産管理人 [民25、26] のように家庭裁判所の選任による場合と、[3] 未成年者の指定後見人 [民839] のように一定の指定権者の指定による場合とがあるから、それに応じて法律要件は異なる）。代理権授与行為の法的性質については、委任契約説、委任類似の無名契約説および単独行為説がある。フランス民法は、委任の目的を法律上の行為に限定して、委任の目的を代理としたようである。旧民法も、これを継受したが、現行民法の委任の規定（643～656）は、ドイツ民法草案を継受したので、委任と代理とは異なるものとなった。委任（準委任を含む）は、委任者と受任者との間の内部的な事務を処理すべき債権関係であるが、代理権の授与は、第三者との間で事務を処理する手段として与えられるものである。しかし、代理人の承諾を不要とする単独行為説には賛成できないから、結局、委任類似の無名契約

と解すべきであろう。そして、契約の成立という法律効果は、その原因が申込みと承諾による場合であると、交叉申込みによる場合であると、意思実現による場合であるとを問わないから、契約の成立という法律効果の原因である法律要件について主張責任の分配をする（この関係は、所有権に基づく返還請求権の発生という法律効果の原因である法律原因を組成する素因である所有権の存在という権利の発生について主張責任の分配をするのと同じ原理である）と、代理権の存在を主張する者にそのままの形で主張責任の負担があることになる。

したがって、代理権授与（発生）の要件事実（権利根拠事由）は、

本人となるべき者（以下、単に「本人」という）・代理人となるべき者（以下、単に「代理人」という）間の、本人が代理人に対して代理権を授与する旨の契約の成立

であり、前述の売買代金の支払を求める訴えでは、原告が、二次的に、たとえば、この要件事実該当する、

「原告は、×年×月×日、Aに対し、原告所有の別紙目録記載の自動車を代金200万円で売却する代理権を授与した。」

を請求の原因として主張することになる。

契約の成立は、法律効果であり、この法律関係の発生という法律効果の原因となる法律要件は、この法律効果が申込みと承諾による場合であれば、最少限度、「当事者の一方が相手方に対して申込みの意思表示をし（隔地者であれば、さらに、その意思表示が相手方に到達し）、相手方がそれに対して承諾の意思表示を発信して、両意思表示が合致したこと」である。この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すると、契約の成立を主張する者がそのままの形で主張責任を負担することになる。この法理は、当然のことながら、代理人と相手方との間の契約の成立においても同じである。

このように、代理権授与の二次的な要件事実（権利根拠事由）は、対話者であるときの本人の申込みと代理人の承諾による場合には、

本人が代理人に対して代理権を授与する旨の申込みの意思表示をし、代理人がこれに対して承諾の意思表示をしたこと

であり、前述の売買代金の支払を求める訴えでは、原告は、二次的に、たとえば、この要件事実該当するところの

「原告は、×年×月×日、Aに対し、電話で、原告所有の別紙目録記載の自動車を代金200万円で売却する代理権を授与する旨の申込みの意思表示をし、Aは、その電話で、この申込みに対して（なんらの留保もつけずに）承諾の意思表示をした。」

を請求の原因として主張し、相手方がそれをも争うときは、証明することになる。

ii 顕名が周囲の事情からも明らかとならないときは、代理人自身の行為とみなされる（民100本文）。代理意思があったとしても、その表示行為がないからであって、この規定により要素の錯誤（民95本文）を主張することもできない。

反対に、明示または黙示に顕名がされているにもかかわらず、相手方が代理人に対して契約上の権利の履行を求めた場合であるが、通説は、意思表示による法律効果は、表示行為をした者とそれを受けた者との間で生じることを理由として、その行為は本人のための代理行為であることについて代理人が主張責任および証明責任を負担するとする（抗弁説）。しかし、この場合には、行為者が代理人としてでなく契約上の権利関係の変動を享受する者（代理人との対応でいえば、本人）として意思表示したことについて相手方に主張責任および証明責任があると解すべきである（否認説）。相手方が行為者との間で契約を成立させたと主張しても、行為者の側でそれを否認すれば、相手方は、それを基礎づけるために、相手方の意思表示と行為者の意思表示を主張し、証明しなければならないが、そうすると、行為者の表示行為を含む意思表示中に本人のためにすることを示していることが明らかになり、しかも、本人のためにすることを示したこととその他の意思表示を分断することができないからである。抗弁説は、代理行為の意味を曲解しているといわざるをえない。すなわち、代理行為という意思表示による法律効果は、その意思表示中の表示行為をした者とそれを受けた者との間に生じるのではなく、本人に対して直接に効力を生ずるのである（民99）。

(2) 商法上の代理（商事代理）の場合

他人の商行為を代理すること、つまり商事代理においては、顕名は、必要でない（商504本文）。「これは、大量的継続的取引を常とする商取引において、一々本人の名を示すことは煩雑であり、相手方においても営業主の存在と補助者による活動とを知っている場合が多く、しかも取引の目的は代替物で当事者の個性があまり問題にならないなどの事情に基づいて認められた例外とされる」（西原寛一・商行為法 [法律学全集] 122頁）。したがって、商事代理による契約の成立の要件事実（権利根拠事由または権利滅却事由）は、

代理人がその権限内において相手方とした契約の成立

であり、請求権の行使の要件事実（権利行使事由）は、履行可能性が履行期の約定である場合は、

契約中の履行期の約定とその到来

である。

しかし、そうになると、相手方が不測の損害を被ることもある。そこで、「相手方カ本人ノ為メニスルコトヲ知ラサリシトキハ代理人ニ対シテ履行ノ請求ヲ為スコトヲ妨ゲ」ない（同条ただし書）ことになっている。最大判昭和43・4・24民集22巻4号1043頁は、この履行の請求に伴う法律関係について、「かように、代理人に対して履行の請求をすることを妨げないとしている趣旨は、本人と相手方との間には、すでに同条本文の規定によって、代理に基づく法律関係が生じているのであるが、相手方において、代理人が本人のためにすることを知らなかったとき（過失により知らなかったときを除く）は、相手方保護のため、相手方と代理人との間にも右と同一の法律関係が生ずるものとし、相手方は、その選択に従い、本人との法律関係を否定し、代理人との法律関係を主張することを許容したものと解するのが相当であり、相手方が代理人との法律関係を主張したときは、本

人は、もはや相手方に対し、右本人相手方間の法律関係の存在を主張することはできないものと解すべきである。」と判示する。したがって、相手方が代理人に対して契約上の権利関係の変動を基礎づけるために主張責任を負う契約の成立の要件事実（権利根拠事由または権利滅却事由）は、

相手方において、代理人が本人のためにすることを知らずに（過失により知らなかったときを除く）、代理人と、その権限内における契約を成立させたこと

であろう。

もっとも、「代理人がした商行為による債権につき本人が提起した債権請求訴訟の係属中に、相手方が商法504条但書に基づき債権者として代理人を選択したときは、本人の請求は、右訴訟が係属している間代理人の債権につき催告に準じた時効中断の効力を及ぼすものと解するのが相当である。」（最三判昭和48・10・30民集27巻9号1258頁 [ただし、判決要旨]）から、注意を要する。たとえば、商行為による債権者がその債務者である本人に代位して第三債務者に対して金銭支払請求の訴訟を提起したところ、被告（第三債務者）である相手方において、代理人が本人のためにすることを知らずに、代理人とその権限内における契約を成立させたことを理由に、本人との法律関係を否定し、代理人との法律関係を主張した場合において、代理人に対しても同様の金銭支払請求権を有する原告（債権者）が、本人に対する代位訴訟の提起から6か月以内に、代理人に代位する訴えを追加的予備的に変更すると、本人に対する債権の時効の中断効は、その訴えの変更に及ぶのである。

3 本人の追認権および追認拒絶権について

前回、代理における「その権限内において」という要件事実は、有権代理であること（表見代理を含む無権代理でないこと）を示す意味であると述べたが、代理人の権限外での代理を広義で無権代理といい、表見代理を除いた無権代理を狭義の無権代理という、狭義の無権代理では代理行為の効果が本人に生じない（民113 参照）。つまり、本人と相手方との間では無効である。しかし、以前に無効にも確定無効と未確定無効とがあるという話をしたことがあるけれども、無権代理における無効は、無権代理人がたとえ代理行為の手段として詐欺や偽造した委任状の行使といったことをしたとしても、無権代理行為それ自体は公益に反するものではないから、確定無効とする必要はなく、本人が無権代理行為による契約上の権利関係ないし義務関係の変動を欲するのであれば、相手方にとっても契約時における期待に沿うところであるから、本人にその効果を確定的に帰属させてよいし、欲しないのであれば、本人にその効果を確定的に帰属させなくてよい。ということで、無権代理における無効は、未確定無効である。

この本人の無権代理行為による契約上の効果を欲する意思表示を追認（同条項）、本人の追認することができる権利を追認権といい、本人の無権代理契約の効果を欲しない意思表示を追認の拒絶（同条 ）、本人の追認を拒絶することができる権利を追認の拒絶権という。ただ、追認にしても追認の拒絶にしても相手方のある単独行為なので、相手方に対してするか、少なくとも相手方が本人の追認したことまたは追認を拒絶したことを知らなければならない（同条項）。もっとも、追認

または追認拒絶は、無権代理人にすることもできるが、その場合には、本人側から、その効果を相手方に対して対抗することはできない（大判大正14・12・24民集4巻765頁）。追認または追認拒絶は、明示でなければならないものではない。本人が相手方に対して無権代理行為による契約上の権利を行使するように、黙示に追認してもよい（訴えを提起した場合につき、大判大正3・10・3民録20輯715頁〔訴状が送達された時に追認の意思表示があったとする〕）。しかし、追認にしても追認拒絶にしても、意思表示であるから、意思表示一般の規定に従う必要がある。したがって、本人と相手方が隔地者であるときは、本人の追認または追認拒絶の意思表示は、相手方に到達した時に効力を生ずる（民97）。追認拒絶は、追認の反対形象であって、追認の主張責任の分配および証明責任の分配が分かれば、追認拒絶について改めて説明するまでもないので、ここでは、追認を述べるにとどめる。

無権代理行為の追認には、原則として遡及効がある（民116本文）。追認は無権代理を有権代理と同じにしようということだから、その効力を契約の時まで遡らせることが当事者の通常の意味に合致する。だから、当事者は、別段の意思表示で、たとえば追認したときから本人に効力を生ずるなどと遡及効を制限することもできるわけである（同条本文）。しかし、追認の遡及効によって、第三者の権利を害することはできない（同条ただし書）。

こうして、無権代理行為を本人が追認したことにより本人について生じた法律効果の原因となる法律要件は、代理人が本人のためにすることを示して相手方とした契約の成立、および、本人の相手方に対する追認の意思表示または相手方において追認があった事実を知っていることである。

において、代理行為が権限外であることは、法律事実ではないであろう。また、のうち、本人は、相手方に対してではなく、^②無権代理人に対してもよい。しかし、この場合には、相手方が本人に対して追認による代理行為を主張することはできるが、本人が相手方に対して追認による代理行為を主張することはできないのである。

法律効果が（無権）代理行為の追認による権利関係の発生であれば、その権利関係の存在を主張する者が、法律効果が代理行為の追認による権利関係の消滅であれば、その権利関係の不存在を主張する者が主張責任を負担すべき要件事実の基本形は、

(A)	代理人が相手方に対して本人のためにすることを示して相手方とした契約の成立
	本人が相手方に対してした追認の意思表示

4 相手方の取消権および催告権について

(1) 相手方の取消権

無権代理行為の未確定な効果を確定するかどうかは、このように第一次的には本人の意思いかんにかかっているが、それだけでは、代理人が代理権を有していないことを知らない相手方すなわち善意の相手方は、表見代理が成立する場合を別とすれば、自らは本人に対して契約が有効であることを主張することができないにもかかわらず、本人からはいつ追認による契約の有効を主張されるか分からないという不安定な状態におかれることになる。この不都合を解決するために、善意の相

相手方には、本人が追認する前であれば、無権代理契約を取り消すことができる権利（取消権）が与えられている（民115）。この取消権の行使は、本人のほか、無権代理人にしてもよい。そして、この取消しの効果は、本人だけでなく、無権代理人にも及ぶと解されている。

この取消権発生の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すると、取消権の存在を主張する者が主張責任および証明責任を負担する権利根拠事由は、

(B) 相手方が本人において追認の意思表示をする前にした本人または無権代理人に対するその契約を取り消す意思表示

であり、相手方が契約の時に代理権を有していないことを知っていたことつまり相手方の悪意は、法が相手方に取消権を付与した趣旨からいって、取消権の存在を争う本人または代理人が主張責任および証明責任を負担する権利発生障害事由である。

(C) 相手方がその契約の時に（本人のためにすることを示した）代理人が代理権を有していないことを知っていたこと

したがって、本人が相手方に対して契約上の権利の存在を主張して訴えを提起し、請求の原因として（A）に該当する具体的な社会事象を主張したときは、相手方は、抗弁として（B）に該当する具体的な事実を主張・証明し、これに対し、本人は、再抗弁として（C）に該当する具体的な事実を主張・証明することになる。

（2）相手方の催告権

善意の相手方は、無権代理契約を取り消さないで、本人に対し、相当の期間を定めてその期間内に追認するかどうかを確答すべき旨を催告することもできる（民114前段）。この権利を催告権というが、制限能力者の相手方の催告権（民19）と同様に、つまりは法律関係を早く確定させようという趣旨に出るものである。そうだとすると、催告権は、代理人が代理権を有していないことを知っている相手方すなわち悪意の相手方にも与えられてしかるべきだということになる。民法114条前段が、善意・悪意で相手方を区別していないのは、そういうことからである。

本人が相手方の定めた期間内に確答をしないと、追認を拒絶したものとみなされることになる（同条後段）。

無権代理行為の相手方の催告による追認拒絶に基づく相手方・本人間の契約上の権利関係の不発生（の確定）という法律効果の原因となる法律要件は、無権代理行為の相手方が、無権代理行為の本人について効力を生ずるか否か未確定である場合において、本人に対して、相当の期間を定めて、その期間内に追認するかどうかを確答すべき旨の催告をし、本人がその期間内に確答をしないことであるが、裁判規範の要件事実については、通説は、

[1] 相手方が本人に対し追認するかどうかを確答するよう催告したこと

[2] 右催告後相当の期間が経過したこと

で、右期間内に確答をしなかったことは、追認拒絶の要件事実ではなく、催告後相当の期間が経過

したことのみが要件事実であるという。催告において不相当の期間を定めても、実際に相当の期間が経過すれば、この要件が満たされると解するのであろう。しかし、催告は、準法律行為の一種である意思通知であるが、義務者に対する権利者の義務の履行の催告、たとえば解除権の発生（民541）の場合にはそういっても、権利者に対する義務者の権利の行使の催告の場合にはそうはいえないのではないだろうか。不相当に短期間であるときは、催告は無効だと解されているからである。

また、相当の期間内に確答しなかったことは追認拒絶の要件ではないというが、相手方の催告権の行使は、単に追認拒絶という効果の発生だけを目的にするのではなく、相手方・本人間の未確定の契約上の権利関係の変動を確定させるためにするのである。このことは、本人が相当の期間内に確答しなかったにもかかわらず、その期間経過後に相手方に対してしきりに契約上の権利の行使をするので、業を煮やした相手方が債務不存在確認の訴えを提起した場合などを考えれば、容易に分かることではないだろうか。つまり、この訴えの請求の原因として、無権代理行為と [1] および [2] を主張しただけで、債務不存在の請求を基礎づけることはできないのではないだろうか。

さらに、相手方の催告は、無権代理行為が本人について効力を生ずるか否か未確定であることも要件事実ではないだろうか。通説は、おそらく、民法113条や115条を114条の反対規定であると解しているのであろうが、このような文構造説的思考には到底賛成できないばかりでなく、相手方の催告権発生の要件は、この無権代理行為が本人について効力を生ずるか否か未確定であることであって、この要件を抜きにして相手方の催告を云々してみてもはじまらないのではないだろうか。民法114条の定める相手方の催告権およびその行使は、法定権利関係であって、追認、追認拒絶および取消しとは別の権利関係である。通説は、催告権の発生とその行使の効果である追認拒絶 それはずまりは相手方・本人間の契約上の権利関係の不発生の確定であるが を混同しているか、催告権という裁判外の形成権の行使を無視しているかしているのではないだろうか。

こうして、相手方が主張責任および証明責任を負担すべきこの要件事実である権利発生障害事由は、

D)	無権代理行為の相手方が、それが本人について効力を生ずるか否か未確定である場合において、本人に対して、相当の期間を定めて、その期間内に追認するかどうかを確答すべき旨の催告をしたこと
	本人が、その期間内に確答をしないこと

であろう。

5 無権代理人の責任について

(1) 無権代理人が契約をした場合における効果

無権代理（広義）は、前述したように、代理行為をした者に代理権がないから、代理行為の効果を本人に帰属させることはできないはずである。しかし、無権代理であっても、代理人に代理権があるかのような外観があつて、相手方がそれを信頼して法律行為をし、しかもその外観を作出する

のに本人にも責任の一半があるときは、本人に代理行為の効果を帰属させることができる場合がある。これを表見代理というが、この表見代理を除いた無権代理が狭義での無権代理で、ふつう無権代理というときは、この狭義の無権代理のことである。

表見代理では代理行為の効果が本人に生ずるというのであれば、それは無権代理というよりも有権代理に分類したほうがよいのではないかと思うかもしれないが、相手方は、表見代理と狭義の無権代理のどちらを主張してもよい、言い換えれば、相手方は、表見代理が成立する場合でも、要件がめんどくさい表見代理を主張しないで、無権代理人に対して責任を追及してもよいし、どうしても本人と間で法律効果を生じさせたいと思えば表見代理を主張すればよいのである。その選択権が相手方にあるわけである。そうすると、表見代理も広義の無権代理とするほうがよいということになる。

そこで、表見代理については次に述べることにして、まず狭義の無権代理について述べることにする。

無権代理の効果については、代理行為が契約であるか単独行為であるかによって違いがあるが、代理行為が契約である場合についていえば、無権代理においても、有権代理と同じように、①本人と無権代理人との関係、②本人と相手方との関係および③相手方と無権代理人との関係の3面関係がある。しかし、①についてはすでに述べたし、②については後に述べることにし、ここでは、③取り分け要件事実に重要な無権代理人の相手方に対する責任について述べる。

(2) 無権代理人の相手方に対する責任

無権代理人は、代理人として相手方と契約をしたのであるから、無権代理人に契約上の効果が生じることはないはずである。しかし、それでは相手方は安心して取引をすることができず、ひいては代理制度の信用が崩壊することになる。そこで、民法は、善意・無過失の相手方に対する行為能力を有する無権代理人の責任を規定して(117)、相手方の保護をはかっている。この無権代理人の責任としては、相手方の選択に従って、契約上の債務を履行するか、損害賠償の責めに任ずるかのどちらかである。

そして、相手方の無権代理人に対する両請求権発生の原因となる法律要件は、次のとおりである。

相手方と代理人との間で契約が成立したこと。

代理人に契約締結時に代理権がないこと。

本人が契約締結後に無権代理行為について追認をせず、表見代理も成立しないこと。

しかし、本人に対して表見代理を理由に契約上の権利関係の変動の結果を追及するか無権代理人の責任を追及するかを選択権が相手方にあるとすると、この表見代理が成立しないという要件の意味は、表見代理が成立することが判決等により確定していることと理解しなければならないだろう。

相手方が契約締結後に無権代理行為について取消権を行使していないこと。

相手方が無権代理行為を取り消すと、その効果が無権代理人にも及ぶことについては前述した。

相手方が契約締結時に代理人に代理権のないことを知らず、かつ、知らないことについて過失がないこと。

代理人に契約締結時に行為能力があること。

相手方が履行または損害賠償のいずれかを選択すること

相手方が損害賠償を選択したときは、因果関係と損害の発生および額

損害賠償が履行利益の賠償であるとする（最二判昭和32・12・5法律新聞83・84号16頁）ならば、契約が有権代理として効力が生じ、その履行がされなかったことによって生じた損害および額である。

さて、この法律要件を組成する素因である ないし の法律事実について主張責任の分配ないし証明責任の分配をして要件事実を見いだす前に、通説の民法117条の理解について見ておきたい。通説は、「本条は、いわゆる無権代理人が相手方と契約をしたが、無権代理であるために相手方が本人に対し履行請求することができない場合に、もしこれと異なり本人に右契約の効果が及んだとすれば本人が負うべきであった義務を無権代理人に負わせた規定であり、無権代理人の右義務は、本条によって発生すると一般に解されている。[改行] この見解によれば、相手方甲は、無権代理人乙に対し、通常、契約責任と本条による法定責任とを問うことができ、前者の責任を問う場合は、甲は、請求原因として、甲乙間の契約の成立を主張立証すれば足りる。」（司法研修所・増補民事訴訟における要件事実 [以下「司研・要件事実」という] 1巻105～6頁）という。しかし、前述したように、無権代理人は、代理人として相手方と契約をしたのであるから、無権代理人に契約上の効果が生じることはないはずである。通説がそれにもかかわらず無権代理人に契約責任を問うことができるというのは、契約上の権利関係の変動は、契約を締結した者の間に生ずるのが原則であり、本人との間に生ずるのは例外だからということにあるようである。売買契約上の権利関係の変動でいえば、民法555条が原則規定であり、99条は例外規定であるというようである。しかし、契約上の権利関係の変動について法規説を採ることができないことはすでに述べた。意思説によれば、本人同士の有効に成立した売買契約によって作出された売買契約規範と、本人と代理人とのあるいは代理人同士の有効に成立した売買契約によって作出された売買契約規範は、まったく別の法規範であるうえ、契約自由の原則の下で、本人同士の売買契約規範が原則で、本人と代理人とのあるいは代理人同士の売買契約規範が例外であるということもない。したがって、相手方は、無権代理人に対し、純然たる契約上の権利関係の存否を主張して訴えを提起することはできない筋合いである。無権代理人が履行の責任を負うのは、一にかかって、民法117条の規定により、相手方がそれを選択したからであるといわなければならない。

相手方の無権代理人に対する履行請求権および損害賠償請求権は無権代理行為と同時に発生すると解されるところ、 ないし の法律事実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、代理制度の信用を維持する必要があるから、相手方が主張責任ないし証明責任を負担すべき権利根拠事由は、 、 および で 足りると解すべきである。

(d) 相手方と（本人のためにすることを示した）代理人との間で契約が成立したこと

相手方が履行または損害賠償のいずれかを選択すること

相手方が損害賠償を選択したときは、因果関係と損害の発生および額

である。もっとも、相手方の履行または損害賠償の選択は、請求自体で明らかになることもある。

これに対し、^①、および^②の各反対事象については権利発生障害事由として、および^③の各反対事象については権利滅却事由として、いずれも代理人が主張責任ないし証明責任を負担すべきことになると解される。すなわち、

(f) 代理人に契約締結時に代理権があったこと

(g) 本人が契約締結後に無権代理行為について追認をしたこと

表見代理が成立したこと

(h) 相手方が契約締結後に無権代理行為について取消権を行使したこと

(i) 相手方が契約締結時に代理人に代理権のないことを知っていたこと

相手方が契約締結時に代理人に代理権のないことを知らなかったことについて過失があること

(j) 代理人が契約締結時に行為能力がなかったこと

である。

6 民法上の表見代理について

無権代理であっても、代理人に代理権があるかのような外観があつて、相手方がそれを信頼して代理人と取引をし、しかもその外観を作出するのに本人にも責任の一半があるときは、本人に代理行為の効果を帰属させることができる場合があり、この場合を表見代理ということは、前に述べた。表見代理は、代理権の欠缺について善意・無過失の相手方を保護して取引の安全性を高めることによって、代理制度の信用を維持しようとする制度で、そのために本人の利益がある程度犠牲になつてもやむをえないということである。

通常、表見代理には、大別して、①代理権授与の表示によるもの（民109）、②代理権踰越^(學)によるもの（民110）および③代理権消滅後のもの（民112）の三つの類型があるといわれているが、③は、代理権の消滅を善意・無過失の第三者に対抗することができない場合であるに過ぎず、本来的な意味での表見代理ではないというべきである。

(1) 代理権授与の表示による表見代理

この表見代理（民109）により相手方に契約上の権利関係が発生する原因となる法律要件を組成する素因である法律事実は、次のとおりである。

本人が、第三者に対して、他人に代理権を与えていないにもかかわらず与えた旨を表示したこと。

表示は委任状等の書面によるのが通常だが、口頭でもよい。また、第三者はかならずしも特定しなければならないものではなく、広告で表示してそれによって知りえた者はだれでもよい場合もある（もっとも、第三者が特定されて表示されているときは、それ以外の第三者がその表示を信頼して取引したとしても、保護されない）。そればかりでなく、本人が自ら第三者に対して表示することも必要でなく、他人が本人から代理権を授与された旨を表示した書面を作成して第三者に示し、取引をしようとしていることを知りながらそれを黙認してもよい。なお、この表見代理は、任意代理においてのみ成立し、法定代理では問題にならないことを覚えておいてもらいたい。

その他人が、本人から授与を表示された代理権の範囲で、代理行為をして相手方と契約を成立させること。

相手方が、その当時その他人が代理権を与えられていないことを知らないか、または、知らないことに過失がないこと。

相手方が本人の代理権授与の表示を信じ、そう信じることにつき過失がないことだといつてよいであろう。つまり、相手方が代理権の存在につき善意・無過失であることである。

この法律事実は、改正民法によって付け加えられたものであるが、改正前においても、解釈上、当然の要件であるといわれていた。

ないし の法律事実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、相手方が主張責任ないし証明責任を負担すべき権利根拠事由は、 に対応する[A]および に対応する[B]である。

[A]	本人が、第三者に対して、他人に代理権を与えていないにもかかわらず与えた旨を表示したこと
[B]	その他人が、本人から授与を表示された代理権の範囲で、代理行為をして第三者と契約を成立させること

である。ところが、[A]の「他人に代理権を与えていないにもかかわらず」は、要件ではないとする見解がある。「民法109条を裁判規範としての民法として見た場合には、代理権のないことは要件ではない。そこで、そうした観点を念頭に置いて同条の要件を見直してみると、同条の条文においては、代理権のないことが同条の表見代理が成立するための要件として定められているわけではないことに気付くことになる。」（伊藤滋夫・要件事実の基礎50頁）というのである。そのうえで、同条の立法の経緯においても、代理権授与表示による表見代理は、代理権がある場合もない場合も両方の場合に成立することになるのであるまいかとして、法典調査会民法議事速記録を引用する。しか

し、これは、同速記録の誤読である。同条の起草担当者であった富井政章博士は、同条を代理権授与行為を単独行為としようとして、次のような原案を同調査会に提出した。「或人力第三者ニ対シテ他人ニ或事ヲ委任シタル旨ヲ表示シタルトキハ委任契約ナキ場合ト雖トモ其他人力委任ノ範囲内ニ於テ為シタル行為ニ付キ履行ノ責ニ任ス」。これは、ドイツ民法第一草案120、121条等を参酌したものである。しかし、同調査会における議事の結果、改正前の民法109条の規定になった。それにもかかわらず、民法修正案理由書は、同条制定の理由を「既成法典其他仏法系ニ属スル諸国ノ法典ニハ第三者ニ対スル意思表示ニ依リテ他人ニ代理権ヲ授与スルコトヲ得ル規定アルナシ是レノ欠点ナリト信ス...」（廣中俊雄編著・民法修正案（前三編）の理由書162頁）といていた。しかし、富井博士自身が同条は単独行為による代理権の発生を認めたものではなく、表見代理を定めたものと解釈するのが「至当ナルヘシ」というようになったのである（民法原論1巻422頁）。が、それはそれとして、改正民法109条がただし書に「第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。」との規定を設けた以上、「裁判規範としての民法」の考えは、通用しないことが明らかになったといわなければならない。いずれにしても、前述したように、このただし書は、改正前においても解釈上当然の要件といわれていたのであるが、「裁判規範としての民法」の考えがこの解釈上の要件を一顧だにしていないことは、気になることである。「裁判規範としての民法」の考えでは、解釈によって要件が拡張されたり、縮小されたり、内容が異なるものになったりすることは、要件事実において考慮の対象外のことだということなのであろうか。

ところで、最二判昭和41・4・22民集20巻4号752頁は、「民法第109条の代理権授与表示者の相手方の悪意または過失を主張・立証した場合には、同条所定の責任を免れることができる。」と判示する（ただし、判決要旨）。ところが、司研・要件事実1巻88頁は、「表見代理の効果を争う丙は、右表示された代理権が不存在であること及びそのことを甲が知っていたか又は知り得べきであったこと（過失があったこと）を主張立証して責任を免れることができる」として、この最高裁判例を引用する（同旨・大江忠・要件事実民法（上）166頁）。しかし、この最高裁判例は、「民法109条にいう代理権授与表示者は、代理行為の相手方の悪意または過失を主張、立証することにより、同条所定の責任を免れることができるものと解すべきである。」あるいは「右のような事実関係のもとにおいては、上告人は、直接、本人である被上告らに加藤の代理権の有無を確かめる取引上の義務を負い、このような措置をとることなく、漫然加藤に前記契約締結の代理権ありと信ずるにいたったことには過失があり、民法109条所定の表見代理は成立しないものというべきである。」と判示するだけであって、「表示された代理権が不存在であること（存在しないこと）」の主張・立証責任が相手方にあるとは判示していないのである。改正民法同条ただし書も「第三者が、その他人が代理権をあたえられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは」と規定し、「代理権を与えられていないこと及びそのことを知り...」とは規定していない。本人が、第三者に対して、他人に代理権を与えていないにもかかわらず与えた旨を表示したからこそ、民法109条所定の表見代理が成立するのである。表示された代理権の不存在の主張責任は、代理権授与の表示とともにその表見代理の権利根拠事由として相手方にあるといわなければならない。もっとも、そうすると、

権利関係の不存在の主張・証明は、悪魔の主張・証明であるとの反論があるかもしれない。たしかに、権利関係の不存在の主張・証明は、一般的には悪魔の主張・証明である。しかし、こと代理権授与の表示による表見代理についていえば、権利主張および権利自白を肯認する以上は、悪魔の主張・証明にはならない。というのは、具体的な訴訟において、代理権の不存在の主張を否認したときは、相手方は、有権代理による請求の追加的併合を求めたうえ、それを予備的請求にするか、または主位的請求にし、代理権授与の表示による表見代理を予備的請求にするかすれば、本人は、有権代理の主張を否認することが禁反言の法理上できないため、認めざるをえないであろうからである。

これに対し、 は、その反対事象すなわち相手方の悪意または過失を本人が主張責任ないし証明責任を負担する。「109条所定の要件は、それ自体代理権の存在を推測せしめるもの その表示に対する信頼は一応客観的に正当である といってよいであろう」（最高裁判例解説（民事）昭和41年度38事件 [前掲最二判昭和41・4・22] 川寄義徳解説）からである。そうすると、この権利発生障害事由は、 の反対事象である、

□ C 相手方が、その当時その他人が代理権を与えられていないことを知っているか、または、知らないことに過失があること

となる。

(2) 代理権の踰越による表見代理（越権代理）

この表見代理（民110）は、次の要件を充足したときに成立する。

なんらかの代理権を有している代理人が、その代理権の範囲外の代理行為をして相手方と契約を成立させること。

代理人がもともと有している代理権を基本代理権というが、大判昭和9・11・13民集13巻2073頁は、「他人ノ家政処理ニ付キ代理権限ヲ有スル者カ其ノ権限ヲ超越シテ第三者ヨリ金円ヲ借入レ其ノ他人ノ財産ヲ担保ニ供シタル場合ニ第三者カ其ノ代理権アリト信スヘキ正当ノ事由ヲ有シタルヤ否ヤヲ定ムルニ付テハ先ス右家政処理ノ範囲ヲ確定スルコトヲ要スルモノトス」と判示して（ただし、判決要旨）、基本代理権の範囲を確定することを要求する。しかし、この判例に対しては、「元来、民法110条を適用するためには、代理権の範囲を精確に規定することは必ずしも必要ではないのではあるまいか。」（判民昭和9年度147事件内田力蔵評釈）との批判が加えられている。基本代理権を踰越した代理行為は、基本代理権と同種であると異種であると問わない。そして、本人が他人に対して実印を預けるような場合には、なんらかの代理権を授与したと解される場合が多いといわれている。ちなみに、この表見代理は、任意代理にかぎらず、法定代理においても成立する。したがって、後見人が後見監督人の同意を要する代理行為（民864）を後見監督人の同意をえないですると、この表見代理が成立することがある。しかし、最一判昭和44・12・18民集23巻12号2476頁は、妻が夫所有の土地および建物を売却した事案について、「夫婦の一方が民法761条所定の日常の家事に関する代理権の範囲を越えて第三者と法律行為をした場合においては、その代理権を基礎として一般的に同法110条所定

の表見代理の成立を肯定すべきではなく、その越権行為の相手方である第三者においてその行為がその夫婦の日常の家事に関する法律行為に属すると信ずるにつき正当の理由のあるときにかぎり、同条の趣旨を類推して第三者の保護をはかるべきである。」と判示する（ただし、判決要旨）。

相手方がその当時代理人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じ、かつ、そう信じることについて正当な理由があること。

民法110条の条文には「第三者」とあるが、「相手方」のことである。正当な理由というのは、代理行為の際に存在する諸般の事情から、客観的に観察して、ふつうの人であれば代理権があると信じることがもっともだと思ふことのことである。この要件は、つまりは相手方に代理権の存在につき善意・無過失であることを要求するものだといってよい。

および の法律事実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、相手方が主張責任ないし証明責任を負担すべき権利根拠事由は、まず に対応する[D]および[E]である。 は、要件事実としては、「代理人がなんらかの代理権を有していること」と、「代理人がその代理権の範囲外の代理行為をすること」とに分けて考察しておくほうが便利だからである。

[D] 代理人がなんらかの代理権を有していること

[E] 代理人がその代理権の範囲外の代理行為をして相手方と契約を成立させたこと

となる。[D]の基本代理権発生の権利根拠事由は、任意代理であれば、すでに述べたことから明らかかなように、

本人・代理人間の、本人が代理人に対して基本代理権を授与する旨の契約の成立

である。したがって、具体的な訴訟において、[D]に該当する具体的な社会事象の権利主張が争われたときは、この要件事実該当する具体的な代理権授与契約の成立を主張することになる。

も、要件事実としては、「相手方がその当時代理人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じたこと」と、「相手方がそう信じることについて正当な理由があること」とに分けて考察しておくとも便利である。そして、「相手方が代理行為の当時代理人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じることについて正当な理由があること」については、異説もあるが、相手方が主張責任を負担する権利根拠事由であるとするのが判例・通説と思われる。これに対し、「相手方がその当時代理人に代理権があると信じたこと」については、相手方に善意の主張責任があるとする説と本人に悪意の主張責任があるとする説に分かれており、司研・要件事実1巻92頁などは、前説であるが、多数説は、後説である。司研・要件事実1巻92頁は、後説に立つ司法研修所民事教官室「資料 民事訴訟における要件事実について 第一部民法総則」司法研修所報26号183頁を改説したものであるが、その理由は、「...の信じたことというのは、本来、代理権のない事項について代理の効果を発生させる根拠となるものであるから、本条（=民110）の表見代理の効果の発生原因事実をなすものとして、甲（=相手方）が主張立証すべきである...」ということである。しかし、

これでは理由になっていない。表見代理の効果の発生原因事実ではあるが、条文の文字にも忠実であり結果も妥当であるから、本人が相手方の悪意を主張立証すべきであるというのが後説だからである。思うに、「相手方が代理行為の当時代理人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じることに正当な理由があること」がいうなれば無過失であるとする、相手方が無過失ではあるが悪意であるというのは、論理矛盾ではないだろうか。相手方が善意であるが過失があるということではなければならないだろう。そうだとすると、相手方の無過失の主張責任が相手方にあるのであれば、その前提となる相手方の善意の主張責任も、相手方にあるといわざるをえないのではないだろうか。こうして、「相手方がその当時代理人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じたこと」も「相手方が代理行為の当時代理人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じることに正当な理由があること」も、**D**および**E**とともに、相手方が主張責任ないし証明責任を負担すべき権利根拠事由になるというべきである。すなわち、

- | | |
|----------|-----------------------------------------------------|
| E | 相手方が代理行為の当時代理人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じたこと |
| G | 相手方が代理行為の当時代理人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じることに正当な理由があること |

もっとも、司研・要件事実1巻92頁は、**G**を、相手方が代理人に当該法律行為について代理権があると信じたことについて正当な理由があることを基礎づける具体的事実であるとする。これは、司法研修所民事教官室・前掲資料183頁を踏襲したものであるが、同資料183頁は、括弧内のなお書で「法律実務講座民訴編2巻116頁、128頁」を参照すべき旨指示する。同書116頁、128頁は、多分に疑問を示しながらも、正当な理由が主要事実であり、具体的事実は間接事実であるとするのである。

正当な理由の存在は、不特定概念である。不特定概念は、法律的価値判断が要因となる点で法律的価値判断そのものともいえる権利に近い性質を有する。しかし、権利ではその変動となる法律要件が定まっているのに反し、不特定概念ではそれが通常は法規上明らかでなく、ある程度明らかである場合（借地借家28など）でも、考慮すべき事項が法規に掲げられた要件にかならずしも限定されなかったりそれが包括的であったりするのである。不特定概念が開かれた法律事実を形成しているといわれるゆえんである。しかし、不特定概念が法律事実である以上は、それについて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というべきである。そして、法律要件がもともと類似する社会事象の間に共通する要素を抜き出し、それを抽象的に表現したところの類型であるうえ、不特定概念が開かれた法律事実であることにかんがみると、法律事実である不特定概念は、それに包摂されると解される自然的・社会的事実をさらに一定の観点から類似する事実ごとに分別したうえ、共通する要素を抜き出し、それを抽象化した類型によって基礎づけられまたは排斥されると思われる。換言すると、不特定概念を基礎づけあるいは排斥することを可能にするのは、不特定概念に収束される素材となったもろもろの自然的・社会的事実の類型である。

これを越権代理における正当な理由の存在についていうと、代理権ありと信ずべき正当な理由においては、「本人より実印の交付を受けて権限踰越の代理行為がされたこと」が一つの類型になる。

こうして、「本人より実印の交付を受けて権限踰越の代理行為がなされた場合は、特段の事情のない限り、民法110条の代理権ありと信ずべき正当の事由がある」（最三判昭和35・10・18民集14巻12号2764頁。下線は、引用者）ということになる。したがって、具体的な訴訟において、相手方である原告が、「原告が代理人に代理行為の当時その代理行為をする権限（代理権）があると信じることにして正当な理由がある」旨の主張をしたところ、被告である本人がそれを争った場合には、原告は、「本人より実印の交付を受けて」権限踰越の代理行為がされたことに該当する、具体的な自然的・社会的社会事象として、たとえば、「Aが、昭和29年10月28日、原告相互銀行から15万円を借り受けるに際し、父親である被告は、連帯保証人となることを承諾し、Aに原告との間で保証契約を締結する代理権を与え、かつ、実印を交付した。ところが、Aは、同日、原告備え付けの手形取引約定書および保証書用紙の連帯保証人欄に被告の氏名を記入し、その名下にその実印を押捺して原告に差し出し、原告と、極度額を20万円とする手形割引契約についてAの負担する債務を連帯保証する旨の契約を締結した。原告の貸付担当職員であったBは、Aの・被告に保証人になってもらうという申出を信じ、しかも、被告に対し、電話で、その意思を確かめたところ、『はい』などと返事をしてきた」旨を主張し、被告がそれを争うときは、証明することになるわけである。

(3) 本人から授与を表示された代理権を踰越した表見代理

すなわち、民法109条と110条とを合わせた表見代理である。その法律事実は、

本人が、第三者に対して、他人に代理権を与えていないにもかかわらず与えた旨を表示したこと。

その他人が、本人から授与を表示された代理権の範囲外の代理行為をして相手方と契約を成立させたこと。

相手方がその当時その他人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じ、かつ、そう信じることにして正当な理由があること。

通説は、「相手方が、その当時その他人が代理権を与えられていないことを知らないか、または、知らないことに過失がないこと」も、法律事実であるとするが、この事実は、と主要な部分において重複してしまうのではないだろうか。

ないし の法律事実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、相手方が主張責任ないし証明責任を負担すべき権利根拠事由は、次のとおりである。

H	本人が、第三者に対して、他人に代理権を与えていないにもかかわらず与えた旨を表示したこと
I	その他人が、本人から授与を表示された代理権の範囲外の代理行為をして相手方と契約を成立させたこと
J	相手方がその当時その他人にその代理行為をする権限（代理権）があると信じ、かつ、そう信じることにして正当な理由があること

そして、具体的な訴訟において、相手方である原告は、この「ないし」に該当する、たとえば本人である被告が、その所有する不動産をAに売り渡し、Aの代理人Bを介して白紙委任状、名宛人白紙の売渡証書など登記関係書類を交付したところ、その不動産の所有権を取得したAから、これを原告所有の不動産と交換することを委任されてその各書類の交付を受けたBが、これを濫用し、被告の代理人名義で原告との間で交換契約を締結し、原告においてBに代理権があると信じ、かつそう信じることにつき正当の理由があることを主張することになる（最三判昭和45・7・28民集24巻7号1203頁参照）。

7 商法上の表見代理について

商法42条（改正法では24、会社法では13）および262条（会社法では354）は、民法109条の特則であるといわれている。商法42条および262条の要件事実については、君たちで考えてもらいたい。

II 条件・期限について

法律行為が有効に成立しても、法律行為上の権利・法律関係が発生するとはかぎらないものがある（本項では、便宜、契約をもって法律行為に代える）。停止条件付契約や停止期限付契約が有効に成立した場合である。停止条件付契約や停止期限付契約が有効に成立した場合には、前者であれば停止条件が成就するまで、後者であれば停止期限が到来するまで、契約上の法律効果は生じないし、さらに前者で停止条件が不成就に確定した場合には、契約上の法律効果が生じる余地がないことになる。そこで、ここでは条件付契約や期限付契約の法律効果および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行い、その分配効果および要件事実をまとめて検討することにする。

1 条件について

法律行為なканずく契約の当事者がその効力の発生と消滅についてなんらの条件も付けない、無条件の契約をすることができることは、いうまでもないことである。契約に条件を付けるのは、法律関係を将来発生するかもしれない事情の変化にあらかじめ対応させるため、契約をする動機を意思表示の内容にするため、あるいは、自分や相手方の行動を方向づけるためである。もっとも、条件を付けることが許されない法律行為がある。この「条件に親しまない法律行為」には、たとえば婚姻、縁組などの身分行為に条件を付けることによって強行法規または公序良俗違反となる場合と、たとえば取消し、追認などの形成権の行使に条件を付けることによって法律行為の効果を不確実にし、相手方の法律上の利益を著しく害するような場合とがあり、この条件に親しまない行為に条件を付けると、無効になる。

停止条件付契約の法律効果の発生も解除条件付法律行為の法律効果の消滅も、それぞれ条件成就の時から生じるのが原則である（民127、 ）が、当事者は、意思表示によってその法律効果を条件成就の前にさかのぼらせることもできる（同条 ）。

条件には、随意条件と非随意条件や仮装条件といった種類があるが、ここでは、仮装条件や、停

止条件付契約の停止条件が純粹随意条件であるときを除いた、停止条件付契約および解除条件付契約の分配効果および要件事実をみることにとどめる。

(1) 停止条件付契約と停止条件の成就

停止条件付契約と停止条件の成就との主張責任の分配ないし証明責任の分配については、抗弁説と否認説とが対立している。抗弁説は、「例えば、ある物についての停止条件付贈与契約が成就した場合に、受贈者甲が贈与者乙に対し、目的物の引渡しを求めるには、甲は、請求原因として、目的物引渡請求権の発生原因事実である贈与契約締結の事実を主張立証すれば足りる。[改行]これに対し、甲の請求を拒む乙は、当該契約にある停止条件（例えば、甲が大学の入学試験に合格すること）が付された旨を抗弁として主張立証することができる。[改行]右の停止条件が成就したことは、甲が再抗弁として主張立証しなければならない。」（司研・要件事実1巻111～2頁）というのである。これに対し、否認説は、停止条件付契約の成立および停止条件の成就を権利根拠事由としてそれによる権利関係の存在を主張する者が主張責任ないし証明責任を負担すべきであるとする（私見）。

i 抗弁説が不当であることについて

通説は抗弁説を採る。通説が抗弁説を採る理由を、同書48～51頁、111頁でみると、次のとおりである。

(A) 「法律行為の効力は、法律行為が成立すれば直ちに発生するのが原則である。したがって、法律行為の効果として生ずる権利の発生原因としては、その法律行為の成立だけで足りる。」

(B) 「...条件及び期限は、一般に法律行為の附款と呼ばれる。附款は、対象となった法律行為と同時に成立する場合とその後で成立する場合とがあるが、いずれの場合でもその意思表示が附款の性質を持つことに変わりがない。」

「抗弁説は、附款をその対象となった法律行為の成立要件とは区別される可分なものと理解し、当該法律行為によって発生すべき法律効果についての特別な約定すなわち特約の一類型とみるものであり...、民法127条、135条の文言からこれが根拠づけられると考える。」

(C) 「停止条件は、法律行為の附款として、その法律行為の効力の発生を将来生起することの不確実な事実の成就にかからせる法律要件であるから、法律行為に停止条件が付されると、本来成立とともに発生すべきであった法律行為の効力の発生が条件成就の時まで停止されることになる。」

「停止条件又は停止期限（始期）は、その対象となった法律行為の効果の発生を障害する事由となり（民法127条1項、135条1項参照）、...」

(D) 「停止条件の成就是、法律行為の発生を停止させていた停止条件の効果を消滅させ、法律行為の効力の発生を現実化する事実である...」

(A) にいう「法律行為の成立」は、上述の抗弁説の例示にいう「贈与契約締結」であるが、そうすると、(A) から (D) までの理由は、(B) の「...条件及び期限は、一般に法律行為の附款と呼ばれる。」を除き、明らかに間違っている。いささかわずらわしいことであるが、各別にそれが

間違いであることを指摘することとする。

まず、(A)の「法律行為の効力は、法律行為が成立すれば直ちに発生するのが原則である。」という部分である。停止条件および停止期限が付いていない法律行為（以下、簡便に「無条件の法律行為」という）が成立すれば、原則として（無効事由がなければという趣旨である）、その法律行為上の権利関係が発生するということではあるが、次に述べるとおり、停止条件付法律行為は、無条件の法律行為とは別個の法律要件で、しかも停止条件と法律行為は一体不可分のものであって、停止条件付法律行為が有効に成立しても、停止条件が成就しなければ、その停止条件付法律行為上の権利関係は発生しない（民127）。そもそも、無条件にせよ停止条件付にせよ行為規範が定める法律行為上の権利関係の発生という法律効果およびその原因である法律要件は、法律行為規範のそれである（仮に法律要件を民事訴訟においては具体的な事実であるというのであれば、司法は、法を適用して争訟を終止する国家の作用であるから、適用すべき法がなければならぬところ、その具体的な事実は、法的三段論法の小前提であるが、その大前提となる法は、法律行為規範の抽象的な法律要件である）。そして、法律行為自由の原則を法律行為規範作出自由の原則であるとする、無条件の法律行為規範が原則で、停止条件付法律行為規範が例外ということもないのである。

「したがって、法律行為の効果として生ずる権利の発生原因としては、その法律行為の成立だけで足りる。」ということがいえるのは、無条件の法律行為が（有効に）成立した場合であって、停止条件付法律行為の効果として生ずる権利の発生原因としては、その停止条件付法律行為の（有効な）成立と停止条件の成就でなければならないのである。このことは、民法127条1項が「停止条件が成就した時からその効力を生ずる。」と、同条3項が「当事者が条件が成就した場合の効果をその成就した時以前にさかのぼらせる意思を表示したときは、その意思に従う。」とそれぞれ規定していることから明らかなことである（抗弁説によれば、遡及効があることは当然のことになるのではないだろうか）。

この抗弁説の論理を詰めていくと、法律行為が不動産の取得にかかるものである場合には、仮登記ではなく、本登記ができることになるのではないだろうか。

次に、(B)の「附款は、対象となった法律行為と同時に成立する場合」という部分についてであるが、これは停止条件と法律行為を可分なものであることを前提とした言い方であり、適切な表現とはいえない。が、それは取りあえず措くとして、「法律行為と同時に成立する場合とその後成立する場合とがあるが、いずれの場合でもその意思表示が附款の性質を持つことには変わりがない。」といえるかどうかであるが、停止条件でいえば、前者の場合には、停止条件付法律行為として成立するのであるが、後者の場合には、無条件の法律行為によって発生した「無条件債務に（停止）条件を付したとき」に当たり、「債務の要素を変更したものとみな」され（民513）、「当事者が債務の要素を変更する契約をした」ことになり、無条件債務が消滅して（同条）、停止条件付債務が発生するのである。ということは、停止条件は、両者の場合における意思表示中の内容としての性質が異なることはないとしても、前者の場合には停止条件付法律行為の意思表示中の内容となり、後者の場合には更改契約の意思表示中の内容となるのである。

ところで、同書50頁は、「否認説は、附款を不可分としてみる根拠として民法513条2項を挙げる。

しかし、同条について、通説は、更改というためには、当事者に旧債務を消滅させ新債務を発生させる効果意思が存在するなどいわゆる更改意思が存在し、かつ、債務内容の変更などの客観的事情によって債務の同一性が変更されたことが必要であって、単に条件を変更し又は付加する行為があるだけで、常に更改を生じるとは解していない（注民（12）485、我妻・債権総論363、於保・債権総論〔新版〕427等）。」として否認説の挙げる論拠を否定している。否認説の論拠の一つとして同条項を示したのは私である（「証明責任の分配についての二、三の試論」司研論集1979 - 51頁以下）が、私は、附款を不可分としてみる根拠として同条項を挙げているわけではない。附款を不可分としてみる根拠は別に指摘している。司研・要件事実1巻の私の論文の読み方は誤読であるというべきである。私が否認説の論拠の一つとして同条項を挙げたのは、「抗弁説と否認説の対立は、停止条件の成就によって発生した権利と法律行為の成立と同時に発生するところの、無条件の権利との同一性についての理解の相違に起因している。すなわち、抗弁説が両者を同一の権利とみるのに対し、否認説は両者を別個の権利とみる。両者が同一であるとすると、訴訟物が同じであるから、その発生原因事実は、効力に関する一般的要件の点を捨象して考えるならば、当然に同じであるし、両者が別種のものであるとすると、訴訟物が異なるから、その発生原因事実は、効力に関する一般的要件を捨象して考えてみても、自ずと異なることになるわけである。したがって、抗弁説に賛成するか、否認説に同意するかは、両者の異同を確定することによって定まる。この視点から本問の解明にアプローチを試みるとき、われわれは、わが民法がドイツ民法とは条件付権利と無条件の権利の異同に関する考え方が根本的に異なっていることを知るはずである。」として、条件付債務＝条件付債権または停止条件の成就によって発生した権利と無条件の権利が別個の権利であるとする根拠として挙げたのである。

そのうえ、司研・要件事実1巻は、私の示した否認説の論拠に対する批判として、同条項についても通説が更改意思の存在を必要としていることを指摘する。しかし、もし通説が同条項に規定する場合においても更改意思の存在が必要だというのであれば、この通説には疑問がある。同条項は、「みなす」と規定している。『みなす』は、いうまでもなく、Aということとは元来性質のちがうBということ、ある法律関係では、同一とみるということである。『みなす』とされた場合は、『推定する』とちがって反証を許さない。いくら当事者の間で、それは事実とちがうといっても認めない。いわば、法律の力で、白を黒といいくるめてしまうのである。（林修三・法令用語の常識）29頁）。したがって、同条項は、条件付債務を無条件債務としたり、無条件債務を条件付債務としたり、条件を変更したりする契約は、当事者に更改意思があろうとなかろうとはたまた更改意思がないことが明らかであっても、債務の要素を変更したものとみなし、更改とするといつているのである。そこには契約自由の原則を排除する趣旨が含まれているわけである。同条項の立法趣旨については、改正前の同条の起草担当者と思われる梅謙次郎起草委員が法典調査会において詳細に説明している（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〕601～3頁）が、あまりにも長文になるので、さわりの「ケレドモ此仏蘭西民法其他仏蘭西民法ニ倣ヒマシタ国々デハ之ヲ更改ト見ナイト云フ主義ガ大分ニ行ハレテ参リマシタケレドモ私共モ考ヘマス所デハ理論ニ於テモ實際ニ於テモ少ナクモ条件丈ケニ付テハ羅馬法ノ主義ノ方ガ却テ仏

蘭西民法既成法典杯ヨリモ宜イコトニ思ヒマシテ是丈ケヲ特ニ掲ゲルコトニシマシタ」(同書602頁。なお、梅・民法要義卷之三354頁参照)を引用するにとどめる。

そして、この「仏蘭西民法其他仏蘭西民法ニ倣ヒマシタ国々」の中にドイツも入るのである。ドイツ民法(BGB)は、「特別なる制度としては更改を規定しなかった。併し乍ら、之を許し得べきことに付ては疑を容れざる処である。当事者は契約自由の原則に基づいて一債務関係を消滅せしめて新債務関係を設定し得るのであるから、此の両者を結合せしめて新債務関係の設定が旧債務関係を消滅せしむるものと為し得ざるの理由は存しないのである」(柚木馨=補遺・上村明廣・独逸民法 債権法 [現代外国法典叢書(2)] [復刻版] 227頁)。ただ、「各個の場合に於て、当事者が更改を意欲したるや又は単に旧債務関係の変更を意欲したるに止まるやは、屢解決に困難を感ずる処であるが、疑はしきときは弱き効力従って単に変更に止まるものと解すべきである」(同書227頁)。こうして、「更改を認むるに付ての主たる要件は当該意思即ち更改意思...である。之は『更改に付て最も重要にして且同時に確定すること最も困難なる要件である』...これは明瞭に表示せらるることを要する」(同書228頁)のである。したがって、BGBの更改に関する解釈論は、わが民法の513条2項の条件の変更による更改の解釈にはまったく役に立たないはずである。それにもかかわらず、通説は、おそらくBGBの解釈をそのまま継受したのではないだろうか。

(B)の「抗弁説は、附款をその対象となった法律行為の成立要件とは区別される可分なものと理解し、当該法律行為によって発生すべき法律効果についての特別な約定すなわち特約の一類型とみるものであり...、民法127条、135条の文言からこれが根拠づけられると考える。」については、まったく暴論というほかない。岡松参太郎・民法理由 総則編285頁によると、わが民法起草当時、ドイツでは条件をもって法律行為に付随する条項とする見解と法律行為中に包含する条項とする見解とがあったが、わが民法は、後の見解を採ったのだということである。このことは、民法の起草委員が校閲して起草委員補助であった松波仁一郎、仁保亀松および仁井田益太郎が合著した帝国民法正解2巻702~5頁をみても明らかである。すなわち、「条件ハ法律行為ニ附帯セル或事実ナリト雖モ之ヲ附帯セシメタルコトハ法律行為ノ本躰タル意思ノ一部ヲ成スニ止マリ敢テ別個ノ意思表示トシテ独立ノ存在ヲ有スルモノニ非ス」。そして、起草委員の富井政章博士は、わが民法においては、法律「行為ト条件トノ間ニ分離スヘカラサル關係アルヲ認メサル...見解ハ誤レルモノト謂フヘ」(民法原論1巻484~5頁)きであるとまでいわれるのである。改正前の127条は、そのまま口語体となって現行民法127条に引き継がれたが、同条が「停止条件付法律行為」と規定するのは、この趣旨を示したものである(BGB158条1項は「Wird ein Rechts-geschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, [法律行為ガ停止条件付ニテ締結セラレタルトキハ]」と規定する)。

そればかりでなく、民法528条は、「承諾者が、申込み条件を付し...てこれを承諾したときは、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなす。」と規定する。そして、ここにいう「条件」は、解除条件または停止条件のことであると解されている(我妻=有泉亨・債権法 [法律学体系コンメンタール篇3] 244頁)。

このようにわが民法上は、無条件の法律行為の(有効な)成立と停止条件付法律行為の(有効な)成立とは、別個独立の法律要件であるにもかかわらず、抗弁説が圧倒的な通説となっているのは、

ローゼンベルクの証明責任論の影響によるものであろう。ローゼンベルクは、訴えの原因である請求権を発生させるのが法律（客観的法）であることを前提として（倉田卓次訳・ローゼンベルク証明責任論 [全訂版] 319頁。なお、7頁）、BGB158条が反対規定であることを論拠とする（同書299頁、321頁）。すなわち、ローゼンベルクは、法律行為の要素を成立の要素と内容の要素に分け、成立の要素は、それが法律行為の本質に属する・客観的に重要な諸要素（法律行為の要素）であると、任意的な・主観的に重要な諸点（法律行為の偶素）であるとを問わず、法律行為の効果を主張する原告が主張・証明すべきであるが（同書313頁以下）、法律行為の文言が裁判に対して重要な影響がある点で原告の主張と異なっていると、法律行為が原告の主張以上の約定を含んでいるという点は、法律行為の内容に関するものとして、被告において、請求原因たる法律行為の成立を認めたいので、主張・証明すべきであり、停止条件の約定は正に法律行為の内容に関するものであるとするのである（同書318頁）。ローゼンベルクのこの考えは、BGB第一草案196条が「何人タリトモ権利行為ニ因リテ権利ヲ主張スル者ハ自身ノ主張スル方法ヲ以テ其行為ヲ完成シタルコトヲ証明スルヲ要ス又对手カ其行為ノ作成ヲ許諾スルモ他ノ方法ヲ以テ殊ニ停止ノ設若条件若クハ解除ノ設若条件ヲ付シ又ハ起始期日若クハ終了期日ヲ付シテ権利行為ヲ作成シタル可キコトヲ主張スルトキニモ亦同シ」と、197条が「或ル条件ノ成就又ハ絶滅ハ其事実ニ因リテ得取スル者カ之ヲ証明スルコトヲ要ス」と規定していた（今村研介・独逸民法草案 [日本立法資料全集別巻147] 59頁）ことを踏まえて、それに帳じりを合わせようとしたものであろうと思われる。この条文は、サヴィニーやヴィントシャイトの説に基づくものであるが、わが民法がこの説を排除して立法されたことは、先ほど述べたとおりである。ちなみに、ドイツでは、否認説が現在の通説である（Gotfried Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd.1 [1981] 51 ff.）。

(C) の「停止条件は、法律行為の附款として、その法律行為の効力の発生を将来生起することの不確実な事実の成就にかからせる法律要件であるから、法律行為に停止条件が付されると、本来成立とともに発生すべきであった法律行為の効力の発生が条件成就の時まで停止されることになる。」との点についてであるが、司研・要件事実 1巻 2～3頁は、「実体法の多くは...法律効果の発生要件を規定したものであり、この発生要件を講学上、法律要件...と呼んでいる。...権利の発生、障害、消滅等の各法律効果が肯定されるかどうかは、その発生要件に該当する具体的事実の有無にかかることになる。そこで、この事実を一般に要件事実と呼んでいるが、前記法律要件に対応させて法律事実と呼ぶ例もある...」ととんでもないことをいっている。が、それに対する批判はいずれすることにして、ここでは、停止条件が権利の発生、障害、消滅等の各法律効果いずれかの発生要件すなわち法律要件かに限定して取り上げると、司法研修所は、一方では、本来成立とともに発生すべきであった法律行為の効力の発生が条件成就の時まで停止されることになるといい、他方では、停止条件はその対象となった法律行為の効果の発生を障害する事由となるというのである。法律行為の効力の発生が停止されるとするのは、ローゼンベルク・前掲書378頁の「条件成就の時までの法律行為の効果の発生を停止（延期）する」を踏襲したものか、雉本朗造「拳証責任ノ分配」土方教授在職25年記念私法論集599頁の「法律行為ノ効力ノ発生ヲ停止ス」を踏襲したものか不明であるが、前者であるとすると、ローゼンベルクは、法律行為の成立によって権利関係が発生するようであ

るから（前掲書315頁、325頁参照）、停止条件は、延期的抗弁すなわち権利行使阻止事由であることになる。また、法律行為の効果の発生を障害する事由となるとするは、法律行為と停止条件とを可分であり、停止条件を法律要件であることと論理的に矛盾する。権利発生障害事由は、権利関係発生法律要件を組成する素因である数個の法律事実のうちの一部を権利関係の存在を争う者に主張責任の分配ないし証明責任の分配をした結果、裁判規範の要件となるものだからである。

停止条件は、法律要件ではなく、停止条件付法律行為の要素となる意思表示の一部となるにすぎない。そして、「法律行為に停止条件が付されると、本来成立とともに発生すべきであった法律行為の効力の発生が条件成就の時まで停止されることになる」のではなく、停止条件付法律行為の当事者の意思は、もともと停止条件の成就によってその効力を発生させようとするものなのである。

抗弁説が理論的にも成り立たないことは、以上に述べたことで明らかであるが、実際的にもきめて不当な結果になる。このことは、抗弁説を唱える者も自認する。すなわち、村上博巳・証明責任の研究119頁は、「抗弁説によると、たとえば原告が停止条件付であることを黙秘して、契約に基づく履行の請求をし欠席判決を受けるような場合は、真実義務に反し原告を不当に利するのではないかの疑問がある。」と。そして、次のように弁解する。「しかし、条件付行為でなくても、契約に基づく債務がすでに履行されていたような場合にも、やはり同様の結果を招く。これは、事実の存否不確定による証明責任の問題ではなくて、被告の弁論期日における欠席に基づく効果とも関連するが判決の不当取得等別個の法理によるべきであろう。」と。だが、この弁解は、誤っている。ここでは、欠席判決の取得ではなく、公示送達事件における判決の取得を取り上げるべきであったし、また、債務の履行されていた場合とは事を異にする。この場合には、債務者の処分権の行使ないし弁論主義の結果であるにすぎないが、公示送達事件において停止条件が付いていることが顧慮されないのは、その主張がないからであって、正に証明責任の不当な分配によるのである。抗弁説の不当性は、そればかりではない。そもそも法律行為に停止条件が付いていることが抗弁であるとする、それが真偽不明になったときは、原告が勝訴することになるが、停止条件が付いていることが真偽不明であるということは、停止条件が付いていない可能性もあるが、付いている可能性もあることを意味する。停止条件が付いている可能性があるのに、どうして無条件の法律行為の効果を受用することができるのであろうか。停止条件が付いていないことの証明ができないかぎり、無条件の法律行為の効果を受用することができないと考えるのが通常人の理解ではないだろうか。さらに、抗弁説では、停止条件の成就による遅延損害金請求の要件事実をどのように説明するのであろうか。それに加えて、抗弁説によれば、法律行為の成立により生ずる効果が給付請求権の発生である場合において、停止条件の成就未定のときでも、将来の給付の訴え（民訴135）ではなく、現在の給付の訴えを提起することになるのではないだろうか。

ii 否認説の根拠について

否認説の消極的および一部の積極的な根拠については、抗弁説に対する批判において述べたとおりであり、否認説の積極的な根拠は、**㊶**法律行為には、条件に関していえば、無条件か条件付きかしかなく、**㊷**無条件の法律行為が有効に成立したことにより生じる権利関係の変動と停止条件

付法律行為の停止条件が成就したことにより生じる権利関係の変動とは、異なるものであることと、
③停止条件付法律行為の成立は、事実ではなく、一種の法律関係であることと、④停止条件付法律行為の成立は、法律関係であるから、当然であるが、法律関係である停止条件付法律行為の成立を基礎づける一個または数個の意思表示も、不可分一体のものであるということである。④については、すでに述べたので、ここでは、③ないし④について簡単に述べることにする。

法律行為なканずく契約には、条件に関していえば、無条件の契約か条件付契約しかない。そのどちらでもない契約というものはないのである。抗弁説を唱えるローゼンベルクですら、このことは認め「法律行為は条件附か無条件のどちらかでしかありえない、それはいい。」(証明責任論336頁)という。そうすると、たとえば具体的な贈与契約に基づく動産の引渡請求訴訟において、原告が請求の原因で「原告は、平成 年 月 日、被告から、請求の趣旨記載の動産の贈与を受けた。」と主張したとすると、原告は、黙示に無条件の贈与契約の成立を主張したことになる。無条件の契約と条件付附契約とは両立しえない。したがって、それが停止条件付きであったとして、抗弁事由とすることはできない。理由づけ否認の理由部分になるだけである。

無条件の法律行為が有効に成立すると、ただちに権利関係が変動する。これに対し、停止条件付法律行為が有効に成立すると、ただちに条件付権利が発生する(民128~130)。停止条件付権利は、停止条件が成就しそれによって生ずる権利関係が発生するか否かが未確定のものである。有効に成立した停止条件付法律行為は、停止条件が成就することによって、はじめて権利関係が発生するのである(民127)。そして、停止条件付権利と停止条件の成就によって発生した権利関係との関係については、前者が後者に凝結するとする考えと前者が後者を吸収するとする考えがあるが(於保不二雄・財産管理権序説319頁以下参照)、いずれにしても、停止条件の成就によって現実に具体的な権利関係として確定することの根拠が、この停止条件付権利自体を生じさせた基本的法律関係としての停止条件付法律行為の効力そのものにあると解される(於保編・注釈民法(4)335頁 金山正信)からには、停止条件の成就によって発生した権利関係は、無条件の権利関係とは異なる権利関係であるということ是可以する。このように審判の対象である請求の内容となるべき権利関係が異なる以上、否認説のみが正当性を主張することができるといわなければならない。

通説は、具体的な契約の成立を事実とするようである。それは、通説が客観的証明責任論をなぞって要件事実論を構築していることによるのであろう。客観的証明責任論によれば、確定責任である客観的証明責任が客観的証明責任論のすべての基本であって、証明責任の分配は、それから論理必然的に析出され、客観的主張責任および主張責任の分配は、客観的証明責任および証明責任の分配の弁論主義による投影にすぎず、主観的証明責任および主観的主張責任も弁論主義から要請されるものであるから、客観的証明責任がその対象を事実(の存否不明)とする以上、それらの対象となるものも事実でなければならないことになる。そして、契約の成立が事実でないとする、訴訟においてそれを基礎づける相対立する意思表示をすべて主張し、証明しなければならないので、迅速な訴訟の進行などは思いもよらないことになる。こうして、契約の成立を事実と言い張らなければならないことになる。しかし、具体的な契約の成立は、その契約の成立要件を充足する具体的な相対立する意思表示の合致の効果であり、この合致の有無は、当事者が意識すると否とにかかわらず

法的判断であるから、事実ではありえず、法律関係であるといわなければならないのである。したがって、具体的な訴訟において、具体的な契約が成立したとの主張は、権利主張であり、相手方のそれを認めるとの認否は、権利自白である。相手方がこの権利主張を争ったときにあるいは争うことをおもひばかったときにはじめて、それを基礎づけるために、その成立要件を充足する具体的な相対立する意思表示を主張し、証明することになるが、申込みと承諾による停止条件付契約である場合には、停止条件付契約の申込みの意思表示とそれに対する承諾の意思表示を主張し、証明することになる。これが停止条件付契約の成立の意味であるが、停止条件付契約以外の解除条件付法律行為の成立も原理としては同じである。停止条件付法律行為の成立も法律関係であるとする、1個の法律関係を停止条件付きと法律行為の成立とに分けるなどということは到底許容されないことである。

iii 否認説の要件事実について

否認説によれば、停止条件付法律行為の停止条件の成就によって権利を主張する者に、

停止条件付法律行為の成立
停止条件の成就

の主張責任ないし証明責任があることになる。

停止条件付法律行為中に停止条件の成就の効果をその成就以前に遡らせる約定があるときは（民127）、その約定は、当然のことながら、停止条件付法律行為の成立の要件事実の中身となって、
 が「停止条件の成就による効果につき遡及効の約定のある停止条件付法律行為の成立」となるだけである。

そして、具体的な訴訟において、原告が無条件の法律行為の成立を請求の原因とする場合において、停止条件付法律行為が成立したとする被告は、その請求の原因を否認すればよい。無条件の法律行為の成立と停止条件付法律行為の成立とは、両立しえないものだからである。もっとも、「例へば代金請求権は無条件の売買契約に依ってのみ発生するとなすが如き規定は民法にはなく、寧ろ反対に契約は停止条件が附せられることは民法第127条1項から明らかである。当事者は、単純売買契約の締結に依って其の無条件の効力を暗黙に合意するのでも、又原告は訴訟に於て其の訴の原因とする売買契約が無条件なることを暗黙に主張するものでもない。」（中田淳一「所謂制限附自白に就て（二・完）」法学論叢39巻6号932頁）と、無条件の契約そのものを否定するような見解がある。しかし、この見解では民法513条2項の規定する「無条件債務」をどのように理解するのだろうか。無条件債務は、無条件の法律行為によって生じた債務にほかならないのではないか。「いかにも、法律行為は条件附か無条件のどちらかでしかありえない。それはいい」（ローゼンベルク・前掲書336頁）のである。ちなみに、ないという事実すなわち消極的事実の証明は、不可能であるかあるいはいちじるしく困難であるという見解がないでもない。しかし、消極的事実の証明は、あるという事実すなわち積極的事実の証明とは程度の差であって、質の差ではない。旧民法証拠編1条は、そのことを規定してこの問題を解決しているのである。

(2) 停止条件付解除の意思表示と停止条件の成就

契約上の債務者がその債務の履行を遅滞した場合には、債権者は、相当の期間を定めてその履行の催告をし、債務者がその期間内に債務を履行しないと、債権者は、契約を解除することができる(民541)が、債権者が相当の期間を定めた催告をするとともに、債務者がその期間内に債務の履行をしないことを停止条件として解除の意思表示をすることが賃貸借における賃借人の賃料不払解除などではしばしば行われている。解除などの裁判外の形成権の行使は、一般に条件に親しまない行為であるが、この種の停止条件付解除は、条件の内容がそのために債務者にとくに不利になるものではないから、条件を付することができると思われている。

ところが、司研・要件事実1巻259～260頁は、この「意思表示の内容は、『催告期間が経過した時に賃貸借契約を解除する。』旨の一種の停止期限…付契約解除の意思表示であるとみるのが相当である。」という。その理由は、「この意思表示が停止条件付契約解除の意思表示であるとするならば、賃借人が契約解除の効果の発生を主張するには、その意思表示の効果の発生がかかっている停止条件の成就、すなわち『賃借人が催告期間内に催告金額を支払わなかったこと』をも主張立証しなければならないはずである。しかし、この場合に限って賃借人に賃料債務の『不履行』について主張立証責任を負わせようとするのは、通常の催告解除の場合と対比して権衡を失することになるうし…、当事者間の立証の公平という立場からも妥当ではない。」ということである。

しかし、この論理の展開は、誤っている。通常の催告解除の場合にも、債権者は、催告期間内に債務の履行をしなかったことについて主張責任および証明責任を負うのである。なぜならば、催告期間内における債務の履行のないことが裁判規範における解除権発生の根拠となる事由(要件事実)だからである。通常の債務の履行すなわち弁済は、債権の権利滅却事由であるから、権利関係の存在を争う者に主張責任および証明責任があるが、履行遅滞の場合において催告期間内に債務の履行をしないことは、解除権の権利根拠事由であって、両者を同一に論じることはできないのである。また、「賃借人が催告期間内に催告金額を支払わなかった」という消極事実の主張・証明の点についても、一時点またはごく短期間内における場合には、決していちじるしく困難であるとはいえない。旧民法証拠編1条1項が「無的ノ事実ヨリ利益ヲ得シカ為メ裁判上ニテ之ヲ主張スル者ハ其事実ヲ証スル責アリ」と規定したゆえんである。そして、ローゼンベルクは、債務である不作為の不履行を停止条件とする場合には、証明責任が債権者にあることを認める(証明責任論408頁)が、この場合であると債務である作為の不履行を停止条件にする場合であることにより異なることはないというべきである。そればかりでなく、ローゼンベルクは、「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を導くものではない…。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つことは、とりもなおさず、実体法の変更を意味することとなろう」(同書405～6頁)とさえいうのである。司研の見解は、まさに消極事実についてローゼンベルクの指摘する実体法の変更 実際にはそれ以上のこと(実体法の創設ともいうべきこと)をした適例であるといつてよい。そもそ

も司研の、主張責任の分配ないし証明責任の分配が行為規範の法律効果および法律要件の解釈を規制するという思考は、本末を転倒しているといわなければならない。こうして、解除権発生 of 法律要件であるこの種の停止条件付解除の意思表示と停止条件の成就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、

① 債務者が債務の履行を遅滞していること
② 債権者が債務者に対し相当の期間を定めてその債務の履行を催告したこと
③ ②とともに、債務者が催告期間内に債務を履行しないときは、債権者は、契約を解除する旨の意思表示をすること
④ 債務者がその催告期間内にその債務の履行（の提供）をしないこと

が解除権およびその行使の権利根拠事由および権利行使事由として権利関係の存在を主張する者の負担すべき主張責任および証明責任となる。

こうして、具体的な訴訟においては、履行遅滞による解除の効果を主張する者は、①～④を充足する具体的な事実として、履行遅滞の事実のほか、債務の履行の催告とそれとともにした停止条件付解除の意思表示（隔地者である債務者に対する場合には、さらにその到達）および停止条件の成就すなわち債務者が催告期間内に債務の履行をしなかったことを主張・証明することを要する。その結果、債務者が債務の履行（の提供）を主張していると否とにかかわらず、債権者がこの停止条件の成就を証明しないまたは証明できないときは、解除権の発生が認められないことによって解除の主張は理由がないことになる。

(3) 解除条件と解除条件の成就

前述したように、停止条件付法律行為については否認説がドイツでは通説であり、わが国においてもかつては通説的見解であったが、解除条件については、ドイツにおいてもわが国においても伝來的に抗弁説が通説であった。その理由は、おそらく、解除条件付法律行為がその成立と同時に効力を生じ、その点無条件の法律行為と変わらないと考えられたからであろう。

しかし、解除条件がその法律行為における意思表示の一体的内容をなすものであることは、停止条件付法律行為と同じであって、解除条件と法律行為（本項においても、以下、契約をもって示すことにする）に分解することはできない。このことは、解除条件付契約の成立は法律関係であるが、その原因である法律要件（これが二次的な要件事実になる）が相対立する複数の意思表示であることを考えれば、容易に分かることである。すなわち、それが申込みの意思表示と承諾の意思表示であったとすると、解除条件付きで契約の申込みの意思表示をしたのに対して無条件で承諾の意思表示をしたとき、あるいは、無条件での契約の申込みの意思表示に対して解除条件付きで承諾の意思表示をしたときは、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなされるのである（民528）。しかも、解除条件付契約がその成立と同時に権利が発生するといっても、その権利は、

解除条件付債務を不可分に帶有するものであり、無条件の契約から生ずる権利とは性質を異にする。このことは、解除条件付債務を無条件の債務とし、あるいは、無条件の債務を解除条件付債務とすることが債務の要素の変更とみなされる（民513）ことによって明らかである。

したがって、解除条件付契約についても否認説が妥当し、権利関係の存在を主張する者が主張責任を負担する権利根拠事由は、

当事者間の解除条件付契約の成立

である。ただ、

解除条件の成就

は、権利滅却事由であるから、権利関係の存在を争う者の主張責任および証明責任である。

そうすると、たとえば、AがBに対してBの大学在学中10万円ずつ学資を出してあげるが、落第したらその支給をやめるといふ、いわゆる学資給与契約が成立していたところ、Bが落第し、Aが支給をやめたので、BがAに対してその支払を求める訴訟を提起したとすると、Bは、請求の原因において、を充足する具体的な事実として「A - B Bの落第を解除条件としてAがBに対してBの大学在学中毎月10万円ずつを贈与する契約の成立」を主張しなければならない。Bが「A - B AがBに対して毎月10万円ずつを贈与する契約の成立」のみを主張するときは、Aは、それを否認しさえすればよい。そして、を充足する具体的な事実となる「B 落第」は、抗弁として、Aが主張・証明することになる。

なお、解除条件の成就による目的物等の返還を求めるのは、不当利得返還請求（いわゆる給付利得返還請求）の問題である。その要件事実については、不当利得返還請求の要件事実において検討することになる。

2 期限について

(1) 期限の意義

民法135条は、期限について規定しているが、期限には、君たちもよく知っているように、停止期限と終期と履行期の三つがある。ところが、民法135条には、始期と終期の二つしか規定されていない。民法の起草者は、履行期を始期として規定したのである。「理論上ニ於テハ法律行為ニ附帯セル始期ハ其時期ノ到来スルマテ法律行為ノ効力ノ発生ヲ停止スト云ハサルヘカラスト雖モ当事者ノ意思及ヒ實際上ノ結果ニ依リテ立言スルトキハ始期ハ寧ロ其時期ノ到来スルマテ法律行為ノ履行ノ請求ヲ停止スト云フヲ以テ實際ノ事情ニ適シタルモノトス是レ即チ本条（=民135）第一項ニ於テ始期ノ効力ヲ規定スルニ当リ始期附法律行為ハ期限ノ到来スルマテ其履行ヲ請求スルコトヲ得スト為シタル所以ナリ」（松波仁一郎=仁保亀松=仁井田益太郎合著・帝国民法正解2巻〔日本立法資料全集別巻96〕771～2頁）。したがって、民法は、権利の発生にかかる期限を否定する趣旨ではなく、解釈上は始期を停止期限と履行期に分けることができることになる。すなわち、債権の発生にかかる始期と債務の履行にかかる始期とに分かれ、前の始期を停止期限といい（もっとも、同

書は、始期すなわち履行期を停止期限ともいっている)、後の始期を履行期とするわけである。

また、いまさら述べるまでもないことであるが、期限とされる事実は、将来発生することが確定していさえすればよく、発生する時期が確定している必要はない。そして、発生する時期が確定した事実にかかる期限を確定期限といい、発生する時期が不確定な事実にかかる期限を不確定期限という。「おれが死んだら、」というのは通常は不確定期限である。不確定期限と条件とは混同されることがあるが、いまの例でいうと、人が死ぬということは、遅い早いの違いはあってもかならず到来する事実であるから、期限であり、通常は不確定期限である。

期限とされた事実が生じたときを期限の到来という。期限とされた事実が期日であるときは、期日が来たときが期限の到来であり、期限とされた事実が期間であるときは、当事者の約定した計算方法により、その約定がないときは民法(139~143)等の法の定める計算方法により期間の経過したときが期限の到来である。期限とされたある事実の生起しないことが確定したときは、いつ期限が到来したかが問題になる。たとえば、A会社の2年後の創立記念日を期限としたところ、A会社が1年後に倒産して清算も結了してなくなってしまったときのような場合である。しかし、期限付法律行為をした当事者の意思は、その法律行為の効力の発生なり債務の履行なり効力の消滅なりを将来必ず発生する事実にかからせたのだから、その事実の生起しないことが確定したときも、その法律行為の効力の発生なり債務の履行なり効力の消滅なりを同一にしようとする趣旨であると考えられる。したがって、いまの例でいえば、A会社が2年後も存続していたとすればしたであろう創立記念日が来たときをもって期限の到来とすることになる。

(2) 停止期限付法律行為および終期付法律行為の要件事実

停止期限付法律行為および終期付法律行為においても、停止条件付法律行為および解除条件付法律行為と同じように、主張責任の分配ないし証明責任の分配について抗弁説と否認説の対立がある。司研・要件事実1巻119頁は、「停止期限についての主張立証責任の分配は、履行期限と同一に考えてよい。」「終期は、法律行為の附款として、その法律行為の効力の消滅を将来到来することの確実な事実の生起にかからせる法律要件であるから、法律行為に終期の定めがあること及び終期が到来したことは、その法律行為の効果の存続を否定する当事者が主張立証すべき事由である。」というだけである。

しかし、停止期限付法律行為(正確には、停止期限付法律行為規範というべきであるが、便宜上、単に「停止期限法律行為」という。以下、法律行為規範については、とくに注意しなければならない場合を除き、単に「法律行為」という)を根拠として生じる権利関係は、停止期限の到来によって発生するのであって、停止期限の付いていない法律行為による権利関係とは別なものである。このことは、停止期限付法律行為の当事者は、停止期限の到来の効果とその到来以前に遡らせる合意をすることができない、つまり、停止期限の付いていない法律行為の効果と同一にすることができないと解されていることからいっても明らかである。しかも、停止期限付法律行為における停止期限は、意思表示の一体的な内容となるものであって、停止期限と法律行為とを分離することができないこと(このことは、たとえば、停止期限付契約の申込みに対して、停止期限の約定のないこと

で承諾をしたとき、あるいは、その逆のときは、契約自体が成立しないことからいっても、明らかなことである。停止期限の約定と法律行為が可分であるとすると、この例の場合には、契約が成立し、停止期限の約定がないことになり、実体法上きわめて不当な結果になる)は、停止条件付法律行為と同じである。終期付法律行為による権利関係も、終期の到来によって消滅するのであって、終期のついていない法律行為による権利関係のなんらかの事由による消滅とは別のものである。終期付法律行為における終期も、意思表示の一体的内容となるものであって、終期と法律行為とを分離することができないことは、解除条件付法律行為と同じである。

そうすると、停止期限付法律行為の有効な成立によって発生した権利関係の存在を主張する者は、

停止期限付法律行為の成立
その停止期限の到来

について主張責任（については、証明責任も）の負担があることになる（ただし、具体的な訴訟において、停止期限が確定期限であるときは、その到来は、公知の事実であるから、あえて主張しあるいは証明するまでもない）。

これに対し、終期付法律行為の有効な成立によって発生した権利関係の存在を主張する者は、

終期付法律行為の成立

について主張責任の負担があるが、

終期の到来

は、終期付法律行為の有効な成立によって発生した権利関係の存在を争う者に主張責任および証明責任があるというべきである。

(3) 履行期の約定のある法律行為の要件事実

司研・要件事実1巻119頁は、「法律行為に始期が付されると、期限が到来するまで履行の請求ができなくなる。この意味で、始期が付されていることは、その法律行為に基づく債権行使に対する阻止事由であり、履行の請求を拒む当事者に主張立証責任がある。これに対し、期限の到来は、債権行使を阻止していた始期の法律要件としての効果を消滅させ、行使を可能にする事実であるから、右阻止事由の消滅事由であり、履行の請求をする当事者に主張立証責任がある。」という。そして、その理由は、「法律行為の効果として発生する債権（請求権）は、発生すれば直ちにこれを行行使することができる。すなわち、履行の請求をすることができるのが原則である。」（同書119頁）ということにある。しかし、債権が発生すればただちに行使することができること、すなわち、債務の履行について期限を定めないことが原則で、期限を定めることが例外である根拠は示されていない。この考えは、おそらく、原則・例外関係を証明責任の分配の基準に取り込んでいる客観的証明責任論に無批判に従っているだけではないだろうか。だが、法律行為自由の原則すなわち法律行為規範

作出自由の原則の下では、期限を定めるかどうかは、当事者の自由であって、どちらが原則でどちらが例外ということはないはずである。いずれにしても、条件・期限についての抗弁説と否認説との争いが履行期付法律行為の履行期の約定にも現れているということである。

ところで、司研・要件事実1巻は、一方でこのように期限の定めは履行の請求を拒む当事者に主張立証責任があるといいながら、同書276頁では、「貸借型の契約は、一定の価値をある期間借主に利用させることに特色があり、契約の目的物を受け取るや否や直ちに返還すべき貸借は、およそ無意味であるから、貸借型の契約にあつては、返還時期の合意は、単なる法律行為の附款ではなく、その契約に不可欠の要素であると解すべきである（いわゆる貸借型理論）。したがって、返還時期の合意についての主張立証責任は、契約の成立を主張する者が負担すべきである。」ともいうのである（なお、同書120頁）。しかし、消費貸借、使用貸借および賃貸借の貸借型の契約でも、借地契約などを除けば期限を定めないこともできる（民591、597、617など参照）。貸借型の契約が常に一定の価値をある期間借主に利用させることに特色があるとはいえないのである。そればかりでなく、「附款は制限される法律行為自体の意思表示の一部を構成するもであって、別個の意思表示ではない」（山本進一「法律行為の附款」民事法学辞典下巻1863頁）。附款は、法律行為の発生なり履行の請求なりに不可欠の要素ではなく、附款を付けるか否かは当事者の自由であるが、いったん附款付法律行為が成立した以上は、それは意思表示の一体的内容となるのであって（於保不二雄編・注釈民法(4)296頁など参照）、これを分離して処理することはできないのである。このことは、貸借型であろうと、売買型であろうと変わりがない。

なお、伊藤滋夫・要件事実の基礎2～3頁は、「民事裁判のうち、民事判決による紛争の解決は、原告が審判の対象として当該訴訟において提示した実体法上の権利、すなわち訴訟物の存否を確定することによって行われる。例えば、100万円の給付訴訟において、その根拠となる実体法上の権利が原告の被告に対する100万円の売買代金請求権である場合において、その権利があると確定されれば、『被告は原告に対し、金100万円を支払え』との判決がされることになり、同請求権があると確定することができないときは、『原告の請求を棄却する』との判決がされることになる。」という。この論法でいえば、その売買契約に履行期の約定がありその履行期が口頭弁論終結時点までに到来していなくても、原告勝訴の判決になる。審判の対象が原告の被告に対する100万円の売買代金請求権の存否であるとする、そうならざるをえない。しかし、この結論は、不当である。審判の対象は、請求であって、給付の訴えにおける請求は、原告の被告に対する具体的な給付請求権の存在、その履行可能性の存在およびその給付請求権の行使の主張である。特定の給付命令という形式を帯有する具体的な履行可能性のある給付請求権の存在およびその行使の主張であると言い換えてもよい。そして、民事訴訟法は、将来の給付の訴えだけを規定する（民訴135）が、現在の給付の訴えが認められることを当然の前提として規定しているのであって、現在の給付の訴えを否定する趣旨でないことはいうまでもない。現在の給付の訴えは、一口でいえば、口頭弁論終結時点までに履行期の到来する給付請求権について給付命令を求める訴えである。したがって、そこで、審判の対象となるのは、給付請求権の存在、口頭弁論終結時点までの履行可能性の存在およびその請求権の行使である。現在の給付の訴えを提起している以上、をことさらに主張し証明する必要は

ないが、観念的にはこれによって給付命令を求める趣旨が表わされるのであるから、主張責任の分配および証明責任の分配ないし要件事実を考えに当たっては、これを無視することはできない。

以上のとおり、履行期（履行期限）も意思表示の一体的内容となるものであること、給付の訴えが給付命令を求める訴えであること、給付の訴えの形態として現在の給付の訴えと将来の給付の訴えがあることなどを考慮すると、履行期（任意附款としての期限）およびその到来と請求権の行使の主張責任ないし証明責任の負担は、権利行使事由として、権利発生（根拠）事由とともに、権利関係の存在を主張する者にあるというべきである。これを図示すると、次のとおりである。

履行期付（履行期の約定のある）法律行為の成立
その期限が現在までに到来したまたは将来において到来すること
その請求権を、現在までに到来したその期限の到来時ないしその後に行使し、または将来において到来するその期限の到来時に行使すること

なお、将来の給付を求める訴訟では、あらかじめその請求をする必要があることをも主張、証明しなければならないが、それは要件事実の問題ではない。

(4) 履行期の延長（期限の猶予）の要件事実

これに対し、期限の猶予は、保証人の催告および検索（民452、453）、同時履行（民533等）などとともに、延期的抗弁権（停止的抗弁権、一時的抗弁権）であるとされる。延期的抗弁権であるとすると、期限の猶予の合意は、相手方の請求権の存在を承認しながら、その請求権の作用を変更するものであることになり、一種の変更契約ではあるが、相手方のポテンシャルとしての権利すなわち本来の意味での権利を変更するものではない。しかし、相手方の請求権をアクティブとしての権利としてみれば、その請求権を消滅させ、新たな請求権を発生させる合意であるということができる。したがって、期限猶予の抗弁権は、相手方が消滅前の請求権（猶予前の期限付法律行為上の請求権）を行使するかぎりでは、行使することができ、相手方が新たに発生した請求権（猶予後の期限付法律行為上の請求権）を行使したときは、行使することができない。

また、期限の猶予が延期的抗弁権であるとすると、主張共通の原則を肯定する立場に立っても抗弁権者が自らそれを行使しなければならない。

こうして、期限猶予の抗弁権の根拠事由である期限の猶予の合意およびその抗弁権の行使は、相手方が猶予前の期限付法律行為上の請求権の行使を阻止して、一時履行を拒絶することができる権利行使阻止事由として、権利の存在を争う者（延期的抗弁権の存在を主張する者）に主張責任（については、証明責任も）があることになる。

期限を猶予する旨の合意の成立
相手方の請求権の行使を阻止して、一時履行を拒絶する旨の意思の通知

(5) 期限の利益およびその放棄の要件事実

まず、期限が債務者の利益のために定められたものと推定される点についてであるが、司研・要件事実1巻120頁は、「期限の約定がある場合、期限の利益は、特約又は契約の性質によって反対の趣旨が現れない限り、債務者に帰属する（本条 [= 民法136条] 一項）。したがって、債務者は、期限の利益を放棄することができる（本条二項本文）。債務者が期限の利益の放棄の効果を主張するには、単に債権者に対し放棄の意思表示をした旨を主張立証すれば足りる。…これに対し、期限は債権者の利益のためにのみ定められていることを理由に放棄の効果を争う債権者は、その旨の事実を主張立証しなければならない。」という。民法136条1項は解釈規定を定めたものと解されているが、司研のこの見解は、法律行為の拘束力の根拠についていわゆる法規説により解釈規定の主張・証明責任の分配をしたためであろうと思われる。

しかし、法律行為の拘束力の根拠についていわゆる意思説によるときは、同条1項は、法律行為に定められた期限の意味が不明確である場合に適用されるのであって、期限の意味が法律行為の性質なり、期限の約定またはその性質なり、あるいは、法律行為をした当時の具体的な事情なりなどによって明らかであるときは、同条項を適用する余地がないというべきである（民法起草委員の一人である富井政章博士は、「民法八債権関係二付キ当事者ノ意思明確ナラサル場合ニ適用スヘキ解釈的規定ヲ設ケタリ即チ期限ハ債務者ノ利益ノ為メニ定メタルモノト推定スルコト是ナリ（136条1項）」[民法原論第1巻524頁]といわれる）。たとえば、無利息の消費貸借であれば、期限の利益が債務者にあることは明らかであり、銀行の定期預金契約（その法的性質については、消費寄託説、無名契約説などがある）の場合には、期限は、債務者である銀行とともに債権者である預金者の利益のために定められたことは明らかである（大判昭和9・9・15民集13巻1839頁参照）。したがって、これらの場合には、同条項を適用する必要がなく、その期限付法律行為の存在を主張するだけで足りるのである。期限の意味が法律行為の性質、期限の約定またはその性質、法律行為をした当時の具体的な事情などによって明確でないときにはじめて、債務者が、

法律行為中に期限の約定があること

期限の意味が不明確であること

について主張責任ないし証明責任を負担し（もっとも、たとえば債権者が履行を請求する具体的な訴訟においては、は請求の原因中に示されるから、それについて主張責任の負担が問題になることはない）、それが主張・証明されると、同条項の適用があることになる。

次に、期限の利益の放棄についてであるが、期限の利益を有する者は、それを放棄することができる（同条 本文）。期限の利益は、権利ではないが、法によって保護するに値する利益であることから、権利と同様にその放棄を認める趣旨であろう。放棄は、単独行為であって、相手方に対する一方的な意思表示である。期限の利益を放棄すると、その法律行為は、以後、期限の定めのないものになり、債務者は、ただちに債務を弁済することができる。期限が債務者の利益のためにのみあるときは、債権者に対して利息を支払うべき場合であっても、債務者は、それまでの利息を支払

えば、期限までの利息を支払わなくても、期限の利益を放棄して債務を弁済することができる と解されている。期限の利益の放棄の効果は、相手方についても生じるから、債権者も、ただちに請求権を行使して履行を求めることができることになる。

ただし、期限の利益の放棄によって相手方の利益を害することができない（同条項ただし書）。相手方が期限の利益を有する場合であっても、相手方が不利益を受けることを主張しない以上は放棄することができるとする説があり（岡松参太郎・註釈民法理由総則編332頁）、司研・要件事実1巻121頁が「債務者は、期限の利益を放棄するに当たり、債権者の右利益の喪失の填補につき履行の提供をする必要はない。」というの、この説に従ってのものであろう。しかし、通説は、相手方の損失を賠償すれば放棄することができるとする。判例も、「享クヘキ利益ノ喪失ヲ填補スルニ於テハ」（前掲大判昭和9・9・15）期限の利益を放棄することができる と判示するから、同旨であろう。そうすると、相手方が期限の利益を有する場合には、期限の利益の放棄が放棄時まで に生じた損失を賠償することに条件づけられている（賠償することによって はじめて放棄をすることができる）ことになり（相手方が期限の利益を有する場合には、放棄を許すべきでないとする説もあるくらいであり、同時履行的な考えを採ることはできない）、放棄する当事者の一方は、

当事者の一方は、相手方に対し、その時までの損失について履行の提供をしたこと

当事者の一方は、相手方に対し、期限の利益を放棄する意思表示をしたこと

について主張責任および証明責任を負担すべきである。

(6) 期限の利益の喪失の要件事実

期限付法律行為の債務者は、民法137条1～3号に定める事由が生じたときは、期限の利益を主張することができない（同条柱書）。ここに「主張することができない」とは、債権者の意思によって、それを決定することができるとしたものであるとされる（ただし、同条1号は、破産法103条3項が「破産債権が期限付債権でその期限が破産手続開始後に到来すべきものであるときは、その破産手続開始の時において弁済期が到来したものとみなす」と規定するから、破産債権であるかぎり、当然に期限が到来したことになる）。

ところで、司研・要件事実1巻122頁は、「例えば、債権者が債務の履行を請求したのに対し、債務者が抗弁として、期限の約定を主張した場合、債権者は、再抗弁として、本条一号の場合には、同号掲記の事由、二号又は三号の場合は、前説（引用者・注「債権者の一方的意思表示により期限到来と同じ効果を生じさせることができる趣旨と解する説 [前掲注民(4)410頁、大判昭和9・11・1民集13巻1963頁参照]）によれば、右各号掲記の事由に加えて、債権者が期限到来とみなす旨の意思表示をしたことを主張立証しなければならないし、後説（引用者・注 - 当然に期限到来の効果を生ずるのではなく、債権者がただちに債務の履行を請求することができるようになる意味であると解する説 [我妻・前掲423頁]）によれば、右各号掲記の事由を主張立証すれば足りる。」という。期限について抗弁説を採る当然の帰結である。しかし、司研の見解によると、同条柱書の規定の趣

旨に反し、債権者は、債務者の主張による効果を排斥することができるだけだということになる。

期限について否認説を採れば、期限の利益の喪失は、要件事実的には履行可能性の存在および請求権の行使すなわち権利行使事由の一態様であって、次のようになる。なお、注民(4)などの説（司研のいう前説）と我妻説（司研のいう後説）とは、遅滞の時期や消滅時効の起算点などの法理においても実際においても同じであり、注民(4)などの説でも、「債権者が期限到来とみなす旨の意思表示をしたこと」をあえて主張・証明する必要はないと思われる（注民(4)410頁は、「その行使は、必ずしも明示の意思表示のみにかぎるものではない。その意思がふくまれている行為ないしその意思を前提とする行為によってもなすことができる。たとえば、履行の請求とか、差押または配当要求をするがごとくである。したがって、これらの場合には、結果として、債権者はいつでも履行の請求をなすことができると同じことになる。」という）。

履行期付（履行期の約定のある）法律行為の成立
その期限が民法137条 1～3号の規定する事由の生じた後に到来すべきものであるところ、その事由が生じたこと
その請求権の行使

ちなみに、同条1号の定める事由の場合でも、破産債権の行使は、必要である。

時効について

1 時効の意義

時効は、一定の事実状態が、一定の期間にわたって継続することにより、権利の取得または喪失（取得の場合には、主観的変更が生じ、喪失の場合には主観的変更が生じるときと権利の消滅が生じるときとがある）という法律効果を生じさせる法律要件である。このように、時効には、取得時効と消滅時効とがある。

時効制度の存在理由については、諸説があるが、社会の法律関係の安定のために、一定の期間継続した事実状態は、そのままこれを法律関係とし、これを覆さないことが至当であること、証拠保全の困難を救済すること、権利の上に眠っている者を保護しないこと（我妻榮・新訂民法総則431頁）と考えるべきであろう。

時効には遡及効がある。すなわち、時効の効力は、その起算日にさかのぼるのである（民144）。取得時効にあつては、時効によって所有権またはそれ以外の財産権を取得した者は、占有または行使の当初から所有者またはその権利者であったことになり、消滅時効にあつては、権利は、当初から存在しなかったことになる。

時効の援用について実体法説によるときは、時効では時の経過と時効の援用が結合して法律要件になると解すべきである。

2 取得時効の要件事実

取得時効には、所有権の取得時効（民162）とそれ以外の財産権の取得時効（民163）とがあるが、所有権以外の財産権の取得時効の要件事実、所有権の取得時効の要件事実を参酌して考えれば容易に分かるから、ここでは所有権の取得時効の要件事実についてのみ述べる。

所有権の取得時効には、周知のように、長期（民162）と短期（同条）があり、両者の要件事実は当然のことながら異なる。まず長期の取得時効の要件事実について述べる。

(1) 長期取得時効

長期の取得時効の法律要件は、民法162条1項の定める物の他人性については、判例・通説が要件でないとするから、「(A) 二十年間継続して物を占有し、その占有が 所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然とするものであったことと、(B) 訴訟において取得者が時効を援用したこと（民145）」である。

司法研修所民事教官室「資料 民事訴訟における要件事実について 第一部 民法総則」司法研修所報26号198～9頁は、(A) の 、 および については、「民法186条1項に推定規定がある。そうすると残るのは」「すなわち当該当事者が20年間その物を占有したということのみである。従って時効により所有権を取得したと主張するものは右の点のみについて主張責任を負担する…。この場合先の」 、 および 「の要件については所有権を主張するものに主張責任は存在し、その限りにおいて立証責任と分離するとの考え方もあろう。しかし右民法186条1項の推定規定はむしろ『暫定的真実』の性格を有すると解する説（兼子・民事法研究1巻312頁）に従えば」 、 および 「はいずれも要件ではなく、むしろこれらがなくすなわち所有の意思のないことあるいは強暴隠秘であることが所有権を争う側の主張立証責任に属すると解することとなる。」という。

兼子博士の「推定の本質及び効果について」法協55巻12号2197頁以下（この論文は、同・民事法研究 巻295頁以下に収録されている）の見解を祖述する通説的見解は、前提事実を欠く推定を暫定真実とし、暫定真実は、証明責任の分配を転換するものであるとする。司研民事教官室の見解は、これに従ったものである。しかし、「民法186条1項が挙証責任の分配を定めた規定というよりはむしろ、経験法則を法規化したものとみるのが穏当である…したがって、この問題に関する限りは、所有権の取得時効の要件事実を162条の条文とおりに解し、186条1項のあることを忘れてしまったかに見える実務の大勢の方が素直であり、また、立法者意思にも忠実であると結論するよりほかはないのである。」（藤原弘道「所有権の取得時効の要件事実 民法186条1項の性格をめぐって」司法研修所論集・創立30周年記念特集号14～5頁）。短期の取得時効のところでも述べており、民法186条1項は暫定真実を定めたものとはいえないように思われるので、藤原教授の見解に従うべきであろう。

次に (B) であるが、時効の援用の法的性質については、判例・学説が分かれており、時効による権利の得喪に着目してみると、実体法説と訴訟法説とがあり、実体法説には確定効果説と不確定効果説があるとされる。私は時の経過と意思主義との結合のうえに成り立っているわが民法の下では、不確定効果説が支持されるべきであると思っているが、確立した？判例が権利の得喪は時

効によって確定的に生じ援用は訴訟上の防御方法にすぎないとする確定効果説を採っているので、以下では、確定効果説をもって取得時効の要件事実をみることにする。

こうして、長期取得時効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、

①	20年間継続して物を占有し、その占有が所有の意思をもって平穩かつ公然にするものであったこと
②	訴訟において、取得者が時効を援用すること

について時効により取得した所有権の存在を主張する者が主張責任および証明責任を負担することになる。

もっとも、 については、同条2項に推定規定がある。この推定は、「前後の両時において占有をした」ことが前提事実となる、法律上の事実推定である。法律上の推定は、具体的な訴訟において当事者の一方が負担する証明責任を軽減ないし緩和するものである。したがって、時効により取得した所有権の存在を主張する者は、推定事実である を充足する具体的な事実を主張・証明してもよいが、占有が20年間継続していたことを証明することは現実にはいちじるしく困難であるから、前提事実である当初の自己の占有と現在の自己の占有を証明すればよい。ただし、占有は、いずれ述べるが一種の法律関係であるから、結局は、当初の自己の占有の取得原因事実（たとえば、その物を先代が某から買い受けて占有をはじめたこと）と現在の自己の占有の取得原因事実（たとえば、その物を相続して占有していること）を証明しなければならないのである。そして、同条1項の定める「推定」が経験法則を法規化したものであるとすると、現在の占有は所有の意思をもって平穩かつ公然にされているとの事実上の推定が働くことになるが、それとともに、当初の占有 それは取りも直さずその時点を現状とする占有である も所有の意思をもって平穩かつ公然にされているとの事実上の推定が働くということになろう。こうして、当初の占有と現在の占有が証明されると、同条2項により、その間の占有は、所有の意思をもって平穩かつ公然と占有が継続したと事実上推定されることになろう。こうして、具体的な訴訟においては、

1	20年前および現在において物の占有を取得する原因となる事実があること、その物を現在において占有していること
2	訴訟において、取得者が時効を援用すること

を証明すれば足りる。そして、相手方が①の主張を争っても、前後の両時において占有したことを証明した、時効により取得した所有権の存在を主張する者は、反証のないかぎり、特段の立証をする必要がないが、反証が提出されたときは、占有が所有の意思をもって平穩にかつ公然とされていることについての主張責任および証明責任は、時効により取得した所有権の存在を主張する者にあるから、本証を提出しなければならない。

ところで、民法164条は、占有の中止等による取得時効の中断を規定する。この中断は、自然中

断で、その法的性質は訴えの提起（民149）などの法定中断とはかならずしも同じではないが、主張責任の分配および証明責任の分配においては同様に解して、それについては時効取得した所有権の存在を争う者が主張責任および証明責任を負担するといつてよいであろう。すなわち、

占有者が任意にその占有を中止し、または他人によってその占有を奪われたこと

については、時効により取得した所有権の存在を争う者が主張責任および証明責任を負担すると解される。そして、同条は「その占有を中止し」と定めるが、この「その占有」というのは、所有の意思をもってする占有のことであるから、所持を継続しながら所有の意思を放棄した場合にも中断が生じることになる。

(2) 短期取得時効

短期の取得時効の法律要件は、民法162条2項の定める物の他人性については、判例・通説が要件でないとするから、「(A) 十年間継続して物を占有し、その占有が 所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然とするものであり、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったことと、(B) 訴訟において取得者が時効を援用したこと（民145）」である。

司研民事教官室は、短期取得時効の要件事実を、前述したように民法186条1項の推定規定を暫定真実の性格を有すると解したうえ、相手方に、取得者の悪意や取得者に所有の意思がないことについて主張立証責任があると解し、「そうすれば結局この規定により取得時効を主張するものとしては所有の意思をもって平穩公然善意にということは主張立証の要なくただ占有のはじめ、無過失であったことすなわち権利が自分に属すると信ずべき正当の理由があったことおよび十年間の占有のみを主張立証すべきこととなる。」（前掲資料199頁）とする。

これに対し、藤原弘道教授は、前述したように、民法186条1項を経験法則の法規化したものとされ、短期取得時効を主張する者は、(A)（ただし、の「継続して」を除く）の全部について主張立証責任を負うといわれるのである。

司研民事教官室の見解は、時効により所有権の存在を主張する者が主張証明責任を負う・占有のはじめの無過失とその所有権の存在を争う者が主張証明責任を負う・所有の意思のないことおよび占有のはじめの悪意とは論理的に両立しえないから、成り立ちえないものである。このことは、具体的な・短期の時効によって取得した所有権の存在を請求の内容とする訴訟において、原告が請求の原因の一部として、占有のはじめの原告の無過失を充足する主要事実を主張し、被告がこれを認めた（または、争ったが証明された）場合には、占有のはじめ原告が所有権の自分に属すると信ずべき正当の理由のあったことが明らかになっているのであるから、被告の・原告に所有の意思がなかったとか、占有のはじめ原告が悪意であったとかという主張は、論理的に矛盾したものになり、認められる余地がまったくないことで、明らかである。

起草者らは、同条項に占有のはじめ無過失であることが規定されていなくても、それが推定されるのは当然であると考えていたのである。すなわち、「占有者力即時取得及ヒ短期ノ取得時効ノ適用ヲ受クルニハ善意、平穩、公然及ヒ無過失ノ四条件ヲ要スルニ本条（＝民186）ニハ唯善意、平

穩、公然ノ三条件ヲ推定スト言フノミニシテ無過失ヲ推定スト言ハサルハ這 (註) ハ当然言ヲ待タサルニ由レハナリ人ニ惡心アリ又ハ過失アリトハ何レノ国法ニ於テモ推定セス明文ナクモ惡心ナク又過失ナキヲ推定ス」(穂積陳重 = 富井政章 = 梅謙次郎校閲・松波仁一郎 = 仁保龜松 = 仁井田益太郎合著・帝国民法 [明治29年] 正解第参卷 [日本立法資料全集別巻97] 249~250頁) という。この理解によれば、訴訟において、短期の時効により取得した所有権の存在を主張する者は、(ただし、「継続して」を除く) を主張しさえすればよいことになりそうである。しかし、それでは、長期取得時効より期間が有利であるにもかかわらず長期取得時効の要件事実と同じとなり、短期取得時効が保護されすぎると思われる。そもそも、この無過失は、取得時効や占有の態様等に関する推定の規定が全体としてフランス民法に範を置く旧民法を修正したものの中において、ドイツ民法草案を参考にして、旧民法証拠編140条の定める「正権原」に代えて設けられたものである(法務省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一 [日本近代立法資料叢書1] 515~7頁)。そして、ドイツ民法は、不動産の占有による取得時効を認めないなどわが民法における取得時効の制度と大きく異なるのである。そのうえ、無過失についての主張責任および証明責任が短期の時効による所有権の存在を主張する者にあることは、大方の一致した見解である。これらのことを考えると、起草者らが無過失も推定されるといっても、これに従うことには躊躇を感じる。こうして、取りあえずという限定つきであるが、藤原教授の見解を支持することとする。この見解によって、前述した短期取得時効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、

- | | |
|---|--------------------------------------------------------------------------|
| ③ | 10年間継続して物を占有し、その占有が所有の意思をもって平穩かつ公然にするものであり、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったこと |
| ④ | 訴訟において、取得者が時効を援用すること |

について時効により取得した所有権の存在を主張する者が主張責任および証明責任を負担するが、具体的な訴訟においては、民法186条2項の定める推定が働くので、

- | | |
|---|---------------------------------------------------------------------------------------|
| 3 | 10年前および現在において物の占有を取得する原因となる事実があること、その占有の開始の時に過失がなかったことに該当する事実があること、その物を現在において占有していること |
| 4 | 訴訟において、取得者が時効を援用したこと |

を証明すれば足りる。

占有の中止等による取得時効の中断の要件事実については、長期取得時効と同じである。

3 消滅時効の要件事実

「消滅時効は、権利を行使することができる時から進行する。」(民166)。ここに権利を行使することができるというのは、権利を行使するうえで障害となる事態がないことであり、履行期の

約定があり、その履行期が到来していないなどの法律上の障害となる事態が解消した（履行期であれば、それが到来した）翌日（確定期限の起算点については、確定期限当日とする見解と確定期限の翌日とする見解とがあるが、後の見解が判例・通説であろう）のことである。

権利が時効により消滅する法律要件は、「権利者が、権利を行使することができることから、その権利を継続的に一定の期間にわたって行使しなかったところ、援用権者が時効を援用したこと（民145）」である。この権利の継続的な一定の期間の不行使は、時効の中断のことを考えると、権利の一定の期間の経過と解することになる。また、一定の期間というのは、時効の完成に必要な期間のことであるが、時効期間は権利の種類によって異なり、債権についていえば、一般の債権は10年である（民167）が、商事債権は、通常は5年であり（商522本文）、それよりも短期のものもある（民169～174、商566、手形70、77（8）、小切手51、58など）。については、長期取得時効で述べたとおりであるが、援用することができる者が義務者にかぎられない点異なる。

司法研修所民事教官室・前掲資料199～200頁は、債権者甲が債務者乙に対しその債権を請求した場合には、「抗弁として債務者が主張すべき時効の起算点は法律上の障害のない場合、すなわち期限も条件も定めがなければ権利を行使することをうる時とは債権成立の時であるから、これのみを主張立証すれば足ると考える余地がある…。この考えによれば、当該債権が、例えば期限付であるというのは債権者側の再抗弁たる性質を有する。そして債権者主張の期限が到来し、それより一定の時効期間を経過したとの主張は債務者の再々抗弁となる。」という。法律上の障害を理由とするが、結局は条件・期限の主張・証明責任の分配について抗弁説によることの帰結である。

しかし、上述した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すると、

債権者が債権を行使することができることから、一定の期間が経過したこと
援用権者が時効を援用したこと

について、権利の存在を争う者が権利滅却事由として主張責任および証明責任を負担すべきである。そして、条件・期限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きは、停止条件付法律行為の成立およびその停止条件の成就や始期（停止期限または履行期）付法律行為の成立およびその始期の到来あるいは期限の定めのない法律行為の成立については、権利の存在を主張する者が主張責任ないし証明責任を負担する。したがって、たとえば具体的な売買代金請求の訴えにおいては、売主である原告が請求を理由づける請求の原因として、原告を売主とし被告を買主とする履行期の約定のあり代金をいくらとする売買契約が成立し、その履行期が到来したので、代金の支払を求める旨を主張しなければならないから、買主である被告は、抗弁として、原告主張の履行期の翌日から10年間に経過したと、時効を援用することを主張すればよい。

なお、時効期間は、援用権者の法律上の見解にすぎないから裁判所はこれに拘束されないとの理由で、判例は、明示した主張をする必要がないとする（大判昭和14・12・12民集18巻1505頁など）が、黙示でもよいから主張する必要があると解すべきである（司法研修所民事教官室・前掲資料201頁）。

4 時効の利益の放棄（援用権の喪失）の要件事実

時効の利益は、あらかじめ放棄することができない（民146）が、時効完成後に放棄することはできる。もっとも、その意味については、時効の援用に関する判例・学説によって異なり、判例のように確定効果説によれば、時効の利益の放棄は、確定的に生じている権利の得喪の利益を主張しない意思表示ということになる。そして、時効の利益を放棄するには、時効が完成していることを認識している必要があるか否かについては、最大判昭和41・4・20民集20巻4号702頁によれば、「債務者が、消滅時効完成後に債権者に対し当該債務の承認をした場合には、時効完成の事実を知らなかったときでも、その後その時効の援用をすることは許されないと解すべきである（ただし、判決要旨）」から、時効の完成を知ると否にかかわらずことになる。ちなみに、この判例は、時効の援用をすることができないとして援用権が喪失する旨判示し、時効の利益の放棄＝援用権の放棄とは厳密にいうと異なるようであるが、両者の効果は異なるから、あえて両者を区別する必要はないように思われる。

そうすると、判例の立場によれば、時効の援用権の喪失の法律要件は、「行為能力を有する時効の援用権者が、時効の完成後に、権利者に対し、援用権の喪失と評価される意思表示をしたこと」ということになろう。権利者が訴訟において主張することは、具体的な訴訟において主張すれば足りるから、援用権の喪失の法律要件を組成する法律事実とするまでもないと思われる。

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、権利の存在を請求の内容とする訴訟において、相手方が時効を援用したときは、権利の存在を主張する者が援用権滅却事由として、

相手方が時効の完成後に権利者に対して援用権の喪失と評価される意思表示をしたこと

について主張責任ないし証明責任を負担すると解される。

5 時効の中断

時効の中断は、時効の進行が中絶することであるが、時効の進行を中絶させる時効の基礎となる一定の事実状態と相容れない事実を時効の中断事由という。取得時効および消滅時効に共通な中断事由（法定中断事由）には、次の三つがある。④請求（民147(1)）すなわち④裁判上の請求（民149）、⑥支払督促（民150）、⑦和解および調停の申立て（民151）、⑧破産手続参加等（民152）ならびに⑨催告（民153）、⑩差押え仮差押えまたは仮処分（民147(2)、154、155）と、⑪承認（民147(3)、156）である。

時効が中断されると、それまでに進行してきた時効期間は効力を失い、その中断事由が終了した時から新たにその進行をはじめ（民157）。

時効の中断は、時効による権利の発生または消滅の障害事由と考えられる（司研民事教官室・前掲資料197頁は、時効完成の障害事由とする）が、中断の根拠について権利行使説によるときは、権利行使事由と考える余地がある。

時効の中断の要件事実は、中断事由ごとに異なるが、そのすべてについて述べる時間的余裕がな

いので、ここでは、消滅時効について㊦の㊧の訴えの提起を述べるにとどめざるをえない。

この訴えの提起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、(本来の)権利の存在を主張する者がその主張責任および証明責任を負担する。

時効期間中に権利者が訴えを提起したこと

これに対し、訴えの却下または取下げ(民149)については、訴えの提起=訴訟係属が一種の法律関係であるとする、主張責任の分配および証明責任の分配により、その権利の存在を争う者に発生または消滅障害滅却事由(永久的な権利行使阻止事由と考える余地がある)として主張責任および証明責任の負担がある。

訴えが却下されたこと(訴えを取り下げたこと)

本稿は、法曹養成研究所特別講義「要件事実論」第6～12回の講義案を加除訂正したものである。