

要件事実再考

著者名(日)	山下 和明, 辻 千晶, 額田 洋一
雑誌名	山梨学院ロー・ジャーナル
巻	7
ページ	163-270
発行年	2012-07-30
URL	http://id.nii.ac.jp/1188/00001421/

要件事実再考

山 下 和 明
辻 千 晶
額 田 洋 一

鼎談日 第1回 2011年5月11日
第2回 2011年6月1日

法科大学院の民事系の総合、演習、実務等の科目では、司法研修所（民事裁判教官室）編の要件事実に関するテキストが使われています。我々三人の実務家教員が、研修所で要件事実教育を受けたのは30年以上も前のこと、そのときに勉強したことやその後30年以上にわたる実務経験で身につけたことを元にして、テキストを眺めてみますと、たまに、びっくりすることや首をかしげたくなるような問題にぶつかることがあります。

こうした問題点について、三人がそれぞれの立場から意見を出し合い、要件事実について改めて考え直したことをご紹介いたします。

辻 それでは要件事実鼎談を始めたいと思います。

私ども3人は民事実務家教員です。要件事実は実務家が訴訟において使う必須の道具であり、紛争解決のために必要なものです。また法科大学院の院生も修了までに身につけておくべきこととされています。

要件事実について、院生が初めて出会うのは未修2年、既修1年生前期の民事実務基礎、これは額田先生のご担当の科目です。ここで基礎や成り立ちを学び、後期には、我々3人が担当する民事裁判実務の授業で要件事実の考え方に従い、事実整理の練習をしています。

その他の科目、例えば民法総合1ないし3の判例研究においても、あるいは3年生の民事法演習1ないし3においても、要件事実の考え方はつねに根底に流れています。必ず使うことになっています。

こうした要件事実教育においては、バイブルとも言うべき教科書が3冊あります。司法研修所（民事裁判教官室）の編纂した『改訂問題研究要件事実一言い分方式による設例15題一』（2006年法曹会。以下、『問題研究』という）、『改訂紛争類型別の要件事実』（2006年法曹会。以下、『類型別』という）、『10訂民事判決起案の手引』（2006年法曹会。以下、『起案の手引』という）の3冊です。額田先生、これは研修所でも同じですか。

額田 そうです。その上に研修所では『増補民事訴訟における要件事実第一巻（1996法曹会。以下、『第一巻』という）、『民事訴訟における要件事実第二巻』（1996年法曹会。以下、『第二巻』という）という古いテキストがあります⁽¹⁾が、難しすぎて、日ごろ使っているのは『問題研究』です。

山下 『第一巻』、『第二巻』に書いてあることで法科大学院において必要になりそうなことは、だいたい最初の3冊にも出ています。今日後で議論する貸借型理論も、『問題研究』にわかりやすくし説明し直してあります。

辻 この『第一巻』、『第二巻』というのは研修所で配られるものですか。

額田 そうです。

辻 院生はこの3冊の教科書を読んで、これに従ってレポートを書いて来る訳ですが、我々から見ると、ときどき変なこと、おかしいことが書いてありま

(1) 以上5冊は、いずれも元々は司法研修所の教材である。教材としては司法研修所発行とされ、発行年度は本文に示した年度と同じである。

す。

なぜ、そうなったかと聞いてみると、答えは「教科書に書いてあるから」。確かに教科書にはそのとおり書いてあって、びっくりしたことも何回かあります。そういった教科書の記述については、昔、我々が研修所で習ったこととは異なっていたり、実務で実際に取り扱ってきた事件、解決の感覚とかけ離れているようなところがあります。こうした教科書の記述に関する疑問点について、これから3人で意見交換してみたい。これが今回の鼎談の趣旨です。

議論に入る前に、各教員と要件事実のかかわりについて、自己紹介がわりにお話ししたいと思います。

まず私ですが、私は昭和52年に研修所に入り、前期修習の民事裁判の授業で要件事実を初めて学びました。そのときの教科書は『5訂民事判決起案の手引』、いまは10訂版ですが、当時は5訂版で、昭和46年3月版を持っています。『類型別』や『問題研究』はまだ発行されておらず、『起案の手引』だけでした。

研修所の講義では、初めて習ったときに、後で話す停止期限の問題などについてちょっと違和感を覚えたのですが、基本的には要件事実というのは非常に優れた道具であり、その教育内容は素晴らしいものでした。

実務に就いてからも、要件事実には特にうるさいボス弁だったので、訴状を書くときに「ちゃんと要件事実を調べたか」といつも注意されていました。ですから研修所で学んだことをきちんと使い、訴状を書くようにしていました。ドイツに行ったときもこれを使ってまとめたこともあります。確か、時効が絡む事件で、これがKlagegrund（請求原因）、これがEinrede（抗弁）と、研修所で習ったとおりに2段に分けて事実整理をしてドイツの弁護士に渡したら、「とてもわかりやすい。」と感心して、記録の最初に綴っていました。ただ、その後、研修所で『起案の手引』の5訂版以降どうなったかについては全然フォローしていません。その次に要件事実に関する研修所教育と出合うのは2004年、法科大学院に入ってからです。ですから25年間の進化の過程というのは見

いません。これが私と要件事実のかかわりです。

山下先生はいかがでしょうか。

山下 私が研修所に入ったのは昭和38年です。まだ、ある点から言えば要件事実教育がそれほど精緻になっていない時代ということになるかもしれませんが、逆にある意味で言うと要件事実についての基本的な考え方をいちばん徹底して教えられたところと言えるかもしれません。辻先生と同じで、まず前期に4か月民事裁判の授業で教わりましたが、最初は非常に抵抗を覚えました。

というのは、当時はある点から言えばその後よりも要件事実についての考え方が厳しくて、必要なこと以外は一切書くなということを、徹底して教えられたような記憶があります。必要ないことは一切書くなということを言い換えると、法的な表現はするな、事実だけを書け、事実も必要最小限の事実だけを記載しろということです。ですから法的なことを意味するような言葉は極力使わないようにすることになります。「建物を所有して土地を占有している」として「占有」と書くことについても、「占有」という事実かどうか内容がはっきりしない言葉を使うのは問題であるというような議論が出たように記憶しています。最終的にどうなったか記憶していませんが、そのようなことも議論した記憶があります。

それから、もちろん、事実を示す言葉であっても、書くことが許されるのは要件事実だけです。それ以外のことは一切書くな。私が反発を感じたのは、必要なことを言わないで余分なことを言っているだけなら、これではだめだと言われても仕方がないのですが、必要なことは記載した上で、なおかつ内容をより明確にしようとしてそれ以外のことを書くと、徹底して削られる。なぜ、そんなにうるさく言わなければいけないのか。とにかく片っ端から削られるものですから、最初のうちは大いに反発を感じました。

そのうち、教官から「実際の事件をやるときに、いま教えているようなことを、そのままやれと言っているわけではない。しかし、本当に必要なことを身につけるためには、必要でないものは一切除くという訓練を経ておかなけれ

ばならない。そうしないと、結局、必要なことが何であるかについての理解が
いい加減なままで終わってしまう。だから修行の途中では必ずその過程をたど
らなければいけない。」という意味のことを言われました。

これは前期に聞いたのではなく後期の教官（前期の教官とは別の方でした）
の言葉としてであったように記憶しているのですが、例え話として教官がこう
いうことを言われたということを同じクラスの友人から聞きました。「骨を知る
ためには、内臓はもちろん皮も肉も脂もみんな取ってしまって、いったん骨
だけを残すことをやらなければならない。そうしないと骨がどういう格好にな
っているかわからない。それをしないでやってしまうと、最終的に出来上がる
ものがタコみたいになってしまう。」という意味のことを言われたと聞きました。

そういうことで、そういうものかと思ってやっているうちに、これは非常に
優れた考え方ではないかと思うようになりました。もう実務修習が始まったこ
ろには大体そういうように思うようになっていて、これはすばらしい考え方
あるから、徹底してやらなければいけないということで、実務修習期間中も、
私は東京で修習して1班が40人ぐらいたのですが、そのうちの10人前後、10
人もいなかったかもしれませんが、そのくらいの気の合う者同士で仲間を組ん
で勉強会をやりました。

刑事のことも含む他のこともやったのですが、大部分は主張整理です。書記
官研修所を出している言い分方式の問題集がありますね、それを使って主張整
理をするというかたちで、要件事実の勉強を徹底してやったと言えるくらいに
やりました。これは後に裁判官になってからも非常に役立ったと思っています。
裁判官になってからも、要件事実の発想というのはずっと自分の仕事の基
本になっていてそれに基づいてやってきました。

裁判官としては、終わりのほうになってからですが、知財事件を専門的に担
当するようになりました。知財事件をやることになったときに、最初はせっか
く若いときから身に付けようと努力してきた要件事実に感覚や発想に全然関

係のない世界に入り込むような気がして、何となくちよつとがっかりしたと言いましようか、そんな気持ちになりました。でも実際にやってみたら、逆なのですね。

要件事実の考え方というのは、つまるところ、今問題になっていることのために必要なものがぎりぎりのところ何であるのかをえぐり出して明確に把握し、つねにそれを認識しつつこれと他とを振り分けて必要ないものを一旦は排除していくという仕事なのです。知財事件で、技術的なことが絡んで、一見、要件事実あまり関係なさそうに見えることをやっているときにも、技術的なことについての知識に乏しいために、かえって、上記の要件事実の考え方の発想、感覚は大変に役立ったように思います。

ですから、今に至るまで、要件事実という考え方はすばらしい考え方であり、司法研修所を中心にして行われてきたそれに基づく法曹教育もすばらしいものであると思っています。院生達にも、「要件事実の考え方、要件事実に基づく法曹教育というのは世界に冠たるものである。これは間違いのない。よその国のことは知らないが、よその国のことは知らなくたって、これ以上にすばらしい法曹教育がないことだけは確実に分かる。」などと、冗談も込めて言っています。

ただ、裁判官になってからは、『起案の手引』の新しい版が出てくるたびにそれを買って、適宜参照していましたが、それ以上に特に要件事実というかたちで深く勉強するということはありませんでした。

もっとも、一時期だけですが、要件事実についてある程度のまとまった勉強をしたことがあります。同期の裁判官だった石田穰さんが、東大に帰って先生になりましたが、彼が、私が判事になった前後のころ、『立証責任論の再構成』⁽²⁾などと題する論文を相次いで出して、それまでの通説とされているところに、一見したところ反対するように見える立場で書き、それに対して倉田卓次さん

(2) 判例タイムズ322号(1975年)2頁。

が反論を出し、またそれに対して石田さんが再反論をするという具合に、何か感情的な対立があるような印象を与えるくらい、激しい論争がありました。「倉田石田論争」というのがありました。

石田さんは同期でよく知っているものですから、次々と私に本や論文を送ってくれるのですね。もともと興味を持っていた分野ではあり、送ってもらったのだから読まなければいけないという思いも加わって読み、それに基づいていろいろ考えました。その限りでは要件事実についての一般的な勉強もいたしました。そういう状態です。

辻 では、額田先生、お願いします。

額田 私は昭和56年入所の、35期です。自慢じゃないですが、私は研修所には一番ビリで入り、ビリのまま卒業した組です（笑）、これは裏づけも証拠もあります。

研修所時代は、要件事実と言われても、ほとんどぼーっと過ごして、まさに今の院生と同じような状態です。講義で「こうだ」と言われれば、「ああ、そんなものか」と、その講義の内容に追いついていくのがやっとなで、それを批判するのどうこうというレベルでは到底なかったと思います。

その後平成16年に研修所の民事弁護教官になりました。ご存じのとおり、研修所では教官室ごとに合議と呼んで教官全員で事前準備をするわけですが、民事弁護教官室も各講義ごとに合議をします。その中で弁護でもそれぞれの事案における要件事実を確認するというはやっていました。そこで要件事実と再会したという次第です。

それから、あとは二回試験の口述試験で、必ず「要件事実は何か」という問題が出ますので、チームを組む民裁教官とその中身を確認していました。

民弁教官室では、個々の教官には民裁教官室の見解に反対する個人的な意見を持っている人もいましたが、基本的には民裁教官室が作った、さっき辻先生が言われたテキスト、これに準拠してやっています。いわばルールブックで、弁護士の我々はプレーヤーだというような感じで、少なくとも私はやっとな

した。

また、民裁との共同授業で、個人的に民裁の見解に意見を言うとか、あるいは共同して教材を作るときに民裁の見解に「ちょっとそれはおかしいんじゃないの」と言うことはありましたが、民弁教室で民裁教室に対抗して要件事実のテキストを作るということはなかったです。

内容的には修習生時代ははっきり覚えていないのですが、テキストの言っていることが修習生のころと教官時代とで大きく変わったという印象は持っていません。むしろ教官時代、民裁教官と議論したときに、民裁の方が何かあっさりしてきたなという印象を受けることもありました。

感想としては、私が修習生のころは、特に弁護士志望の修習生などは要件事実教育に非常に批判的で、まさに「ガイコツの裸踊りだ」などと言っていた時代です。しかし、私はわからないなりに、なぜそんなに批判するのか、要件事実も知らずにどうやって弁護士になるのだという感覚がありました。ですから弁護士志望の中では少数派でした。

ところが今では、そのとき批判していた連中がロースクールの教員になったら、みんな要件事実だ、要件事実だと言っています（笑）。何を今さらという気がするのですが、逆にこれは、こういうことを言うと両先生からお叱りを受けるかもしれませんが、あまりに要件事実教育が自己目的化してしまったのではないかという気もします。要件事実はいくまでも道具であり、それが目的のようになると、ちょっと趣旨が違ってくるのではないか。少なくともロースクールのレベル、司法試験に受かっていない学生にとっては非常に難儀な、難解な話になってくるのではないかと、自分のレベルで考えてみるとそういう印象を持っています。

山下 私は、先ほど申し上げたとおり、研修所で要件事実教育を受けて大変すばらしい教育だと思いました。でも研修所に対しては当時から批判もあって、その批判は今に至るまで続いています。それは言葉の問題です。

どういうことかということ、言葉というものの性質を、研修所は本当に正確に

理解しているのであろうかという疑いに基づく批判です。言葉というものは、ある事柄を伝達する単なる道具であって、それ以上のものではなく、本来決まった意味などはないのに、研修所の所説の中には、言葉があると、必ずそれによって何か内容の定まったことが伝達されたことになるかのような前提で物事が考えられているように見える、そのような前提に立たないと理解しにくい形で語られていることがままある。研修所のそういう点について修習生当時から疑問に思っていたのですが、それは今に至るまで続いていて、今の研修所の教育に対する私の不満の一つの要因になっています。

貸借型理論について

辻 では、各論に入りたいと思います。まず、貸借型理論についてお話ししていただきたいと思います。

教科書に書いてあることの疑問点として、貸借型理論というのがあります。貸借型理論というのは貸貸借、消費貸借などの貸借型の契約の場合、返還時期についての合意は契約の不可欠の要素であるとするものです。その結果、貸借型契約を主張する場合には、返還時期の合意についての主張がないと、主張自体失当ということになってしまいます。返還時期を定めない貸借契約も世の中にいくらでも存在するのですが、そのときは「返還時期は定めず貸した」と主張する必要があるとして⁽³⁾います。

この貸借型理論の適用例、使用例についてお話を聞いたことがあります、まずそれについて、びっくりするような例があるということですので、ご紹介いただければと思います。

山下 これは私自身が体験したというのではなく、裁判官として私の先輩に当たる方、高裁の裁判長をやられた方から伺った話です。その方は、ある高裁で新件が来たので見ていた。簡単に言えば、「金を貸したのに返してくれない、

(3) 『問題研究』41頁、『類型別』27頁。

返せ」という訴訟です。両方とも本人でやっている訴訟だと聞いたような気がします。請求棄却になっている。そこまでは別に珍しくありません。

理由を見ると、主張自体失当だということです。主張自体失当とはどういうことなのかと思ってその判決理由を詳しく見ると、原告にいくら聞いても、返還時期などは特に考えてもいなかったし、決めてもいなかったという返事しかない。そうすると、結局、返還時期の定めがないのだから、そんなものは契約として認められない。だから主張自体失当だ、請求棄却だ。正確に再現できるわけではありませんが、大雑把に言えば、そのようなことで請求が棄却になっている判決であるというので、その方もこれを読んでぎょっとされたらしいのですね。

でもよく考えると、貸借型理論を本当に貫けばそうなるのではないか。だって、返還の時期を決めていない、返還時期のことを何も考えていなかったというのですから、貸借型理論の下では、契約として不可欠の要素が欠けているのではないか。そうすると法的保護を受けられない。こういうことになってくる。

しかし、そんなことは結論から見て、誰が考えてもおかしいのですね。現にお金が渡されて、渡された方が使っているということは、争いがない、あるいは証拠上明らかなきに、「主張自体失当だから」といって請求を棄却するのはおかしい。どうしてもそれが契約として保護されないというのなら、そのときには、少なくとも不当利得か何かで返せということにはすべきでしょう。しかし、本来、やはりそれは「契約に基づいて返せ」と言わなければおかしいだろうというのが普通の感覚だろうと思うのですね。そういうことがありました。

辻 要するに返還時期についての主張がないという扱いになったのですね。

山下 主張がないというか、むしろ何も決めなかったと主張していると。だからそういうものは不可欠な要素が欠けている。いくら求釈明をしても、返還時期が定められたとは答えない。これは主張自体失当とするしかないというの

が、どうも判決理由だったみたいです。

辻 その貸借型理論を純粹に推し進めて行くと、そういう結果になる。

山下 素直にいけばそうなります。その裁判官は、ある点からいったら非常に素直に貸借型理論を理解し、こうなるのだなというので適用したのではないかと思います。

辻 ということは、このような判決を生み出す貸借型理論そのものに問題があるのではないかということ、山下先生は疑問に思っているのですね。その具体的説明をしていただけますか。

山下 貸借型理論の言っていることが、何から何までおかしいと言っているわけではありません。貸借型理論の功績というとはめすぎになるかもしれませんが、よかった点というのは、貸借型というものを契約の類型としてはっきりととらえた点です。人に渡して使わせる、消費貸借だろうが、質貸借だろうが、使用貸借だろうが、人に渡して使わせるというタイプの契約では、使わせるために渡しておいて「すぐ返せ」というのは事柄の性質に反するのです。まともな人間はそんなことはしません。ですから、貸した方は「すぐに返せ」ということは言えない。必ずある期間は返してもらうのを待たなければならない。そういうタイプの契約だとして貸借型理論はとらえる。その点は、はっきり言われれば当たり前のことですが、事柄の性質上当たり前のことなのですが、そういうものであることをきちんと明確に意識して確認し、それを根拠として、したがって、貸した方が、貸しておいて直ぐに「貸した、返せ」ということを言っても、それはだめだということ意識的に明確にしたという点は、これは非常に意味のあることで、功績と言ってよいだろうと思います。

ただ問題は、そのことから次に返還時期を定めることが契約として認められるための不可欠の要素であるというところに行った運びですね、それがどうも私には全くわからなかったのです。

不可欠の要素というのはどういう意味なのかがまず問題です。そういう約束が世の中にあるのか、ないのかという点でいうと、いいとか悪いとかではなく

で、これは間違いなくある。先ほど辻先生もそういう貸借契約は世の中にくらでも存在するとおっしゃいましたが、私もそのような約束がこの世に存在しないとは誰にも言わせないのです。私自身がこのような約束を何度もやっていますから。

ですから、そういうものが現実にもこの世の中にあることは厳然たる事実です。何もそのあたりのところは考えない、とにかく使っておけというわけで使わせる。くれてやるわけではない。だから渡す方はいずれ返してもらうと思っている。受け取る方も受け取りっぱなしではない、いずれ返すということは前提にしている。そういう意味では両者の認識に相違はない、貸します、借ります、返してもらいます、お返しします、という点で完全に一致している。

でも、返す時期についてはどうかというと、はっきり決める場合もあるでしょうし、ぼんやりと決める場合もあるでしょうが、何もそういうことが頭に浮かばないときもあります。あえて言えば、どうしてもと言われれば、「後でまた相談しよう」とか、「後で考えよう」ということになるでしょうけれども、そういう契約が現実にあることは間違いのないですね。

このように返還すべき時期が決められていないということ、ことを約束のみに従って片付けようとする、困ったことが後で起こります。必ず返さなければいけないのに、「返せ」と言っても、「いやいや、確かに返さなければいけないけれども、別に今返さなければいけないわけじゃない」「では、いつ返すんだ」「いや、今は返さない」。結局、「今返せ」ということと「いずれは返すが今は返さない」ということで、いつまでたってもらちが明かなくなり、これでは争いを解決できません。約束だけでは解決できないという事態が起こる。だからことを約束だけで片付けようとする限り困ったことになることは間違いのないです。

そういうときの選択として、困ったことになるのだから、そういうものは合意としての法的な保護の範囲から放逐してしまう、つまり、法的な保護を与えないというのも一つの選択としてありうるのです。しかし、そのところは法

律が補ってやって解決すればいいじゃないか、というのも選択肢としてあり得ます。

貸借型理論というのは、そういうものが世の中になんと言っているのか、あるけれどもそれは法的に守ってやらないと言っているのか、そこどころがまずよくわからない。そんなものは世の中になんと言っているのだったら、これはほんでもない、大変な事実誤認で、この理論を採用する人だって、きっとそういう約束もしているだろうと思います。

まず、そういう事実、そういう約束が世の中にあるということちゃんと認めた上で、それをどうするかということで考えなければいけないというのが私の考えの出発点です。

この出発点に立つ場合、約束だけだというと解決に困るような事例のときにどうするかということについて、そんなものは法的な保護の対象にしないという考え方も考え方としてあり得ますが、それで妥当な結論になるとは思えません。例えば、現実に金なり物なりがあっていずれ返すという約束で受け取った者が使っているときに、返すべき時期が決められていないからそんな約束は契約として認めないと言っても、利息や賃料などもちゃんと払われているときにそれを契約として認めないなんて、それはおかしいですね。それはやはり法律が補ってやるという考え方のほうがはるかに合理的だろうと思います。

次に、一般的な考え方としては両方あり得るとしても、今の我々法律実務家の仕事にとっての直接の問題は、その点について現実に民法がどういう態度をとっているか、どのように決めているかということであるはずで。ところが、民法を見れば、この点について、民法は、条文によって明確に、消費貸借でも賃貸借でも使用貸借でも、返還時期を決めていないことがあることを前提にそのときはこうなるのだと明確に定めて、足りないところを法律が補ってやるのだという考えを採用することを明らかにしています。なぜ、これを素直に認めないのか。何を張り切って「不可欠の要素だ」などと頑張っているのか。そんな必要はどこにもない。このように考えるのがきわめて素直な考えだと思

います。

貸借型理論の誤りは、別の面、すなわち、それを現実の訴訟に当てはめた場合の結果がどうなるかという面からも言うことができます。返還時期の定めが不可欠の要素であるということを前提にするという、紛争の解決に必要ないむだなことをやらなければいけない場合や、妥当な解決を得るためには非常に困難を感じる場合が起こってきます。

例えば、原告が賃料不払による解除のみを主張して建物明渡しを求めているとき、返還時期の定めの有無や内容に関して審理判断することには何らの意味も認めることができません。また、実際に事件をやっていると、そもそも返還時期の定めがあったのか、なかったのか、わからない事件もいっぱいあります。例えば、じいちゃん、ばあちゃんのときに契約書面のないままに貸し借りした土地や建物が今でも使われていることはあるでしょう。こんなときは、成立時の貸借契約の正確な内容などわからないのがむしろ普通でしょう。しかし、ずっと間違いなく賃料を払って、今日に至っている。そういうときに、最初の契約は期間の定めがあったのかなかったのか、それはわからないという主張だから主張自体失当だ、主張はあるけれど証明できないから請求棄却だということはないでしょう。こういう点からとらえても貸借型理論はおかしいのですね。

ですから、どちらから見ても、法論理から見ても、実際にそれを当てはめた結果から見ても、貸借型理論というのは、とてもじゃないけれども維持できるような理論ではないというのが私の意見です。先ほど紹介した私が聞いた裁判の話というのは、その一つの例になります。貸借型理論を本当に当てはめたらそうなってしまいます。

辻 契約の「不可欠な要素だ」という点は外す、民法に補充規定があるのだから、ということですね。

山下 はい。民法を素直に読めば、民法は、返還時期を定めない貸借契約を結ぶということが世の中に現実にかかることを認めた上でそれに対する手当を

していることが明らかです。将来国民の法的な意識がどんどん進んでいって、どうせ返すべき時期がいつかは問題になるのだからというので、最初から必ず返還時期を決めるような世の中になれば、それはそれを前提にしていでしょうが、残念ながら少なくとも今までのわが国では、いずれ返すということは決まっているのだけれども、いつ返すかということは決めないままにことが進む、ものが渡される、そういう約束はいっぱいあったし、このような約束は当面これからもあり続けるだろうと思います。ですから、このことを素直に認め、民法はそれに対して条文で手段を与えてくれているのだから、それを適用すればいいじゃないか。何を頑張って不可欠な要素だなどといっているのだ、そんな必要がどこにあるのか、というのが私の言いたいことです。

辻 それについて額田先生のご意見を伺いたと思います。

額田 最初の裁判の例は、私は貸借型理論の問題というよりも、その裁判官個人の問題じゃないかと思えます。貸借型理論自体についてはまったく、山下先生のおっしゃることは非常によくわかり、そのとおりだと思います。結論としては、私は貸借型理論については研修所の考え方は疑問に思えます。

そう思うに至ったのは、ここに来て先輩の先生方から厳しい批判を受け、その上で、院生に「では、額田はどう考えているのか」と授業で迫られたので、ようやく考え始めたというのが正直なところです。今の山下先生のお話とほぼ同じで繰り返しになりますが、私なりの考えを言えば、研修所の貸借型理論の根拠は、少なくともテキストではあまりはっきりしない。我妻先生の文章を引用して、荒っぽく言えば、「貸したとたんに返せ」というのはナンセンスだというものです。

ただ、それは社会的事実、経済的な要素としてはそのとおりなのですが、それがどうして一気に法的な要件として返還時期の定めが当然に要求されてくるのか、その説明ができていないと思います。

貸借型理論を否定した後、どうなるかということもやはり考えなければいけません。その場合は要件事実の素直な考え方からすれば、条文をもとに考える

ということになります。それぞれの条文、消費貸借、質貸借、使用貸借の規定に従って考えていくしかない。貸借型とひとくくりにするのではなく、各契約類型ごとに検討する必要があると思います。消費貸借については、冒頭条文の587条は「返還約束と目的物の交付により消費貸借が成立する」としています。消費貸借は片務契約ですから、あとは返す義務だけだ。こういうことになれば、契約成立で直ちに返す義務が生じていると考えるほうがシンプル、素直ではないでしょうか。ただ、社会的な事実とすれば、すぐに返せと言われても困る。そこで民法は591条を置いた。その結果、貸主が返還を求めるためには、「催告+相当期間の経過」か「弁済期の定め+その到来」を主張せざるを得なくなると考えます。

山下 でも必ずしも直ちに返還義務を生じるということにはならないのではないのでしょうか。貸借型理論もそれはないと言っており、その限度ではこの理論に誤りはないと私は思っています。

つまり、もともと貸借というのは一定期間使わせることを内容とするものであり、使わせるために渡しておいて「すぐ返せ」ということのできるような、そういう契約をするはずがない。だからこれらの約束は、拘束、つまり貸主のほうに「すぐ返せ」と言えない拘束のある約束だということが貸借型理論の出発点なのです。

例えば、『問題研究』の41頁に、「契約の目的物を受け取るやいなや、直ちに返還すべきことを内容とする貸借は無意味なはずです。したがって、消費貸借契約のような貸借型の契約はその性質上、貸主において一定期間その目的物の返還を請求できないという拘束を伴う契約関係であるというべきでしょう。このように解すると……」と言っているのですね。「貸主において一定期間目的物の返還を請求できないという拘束を伴う契約関係であるというべきでしょう」。

私もこれはこのとおりでと思います。まさしく、渡しておきながら「すぐ返せ」ということは事柄の性質上あり得ないから、民法の条文がどうなっている

のかということによってではなく、「貸し借り」という事柄自体の性質から、貸しておいてすぐ返せということは言えない、一定期間は「返せ」ということは言えないことになる。そういう内容の性質を持った契約が貸借型の契約ということになるでしょう。

額田先生のお考えでは、消費貸借についての587条の文言からすれば、すぐに返さなければならぬと考えるのが、理論的だと。理論的という意味が私はよくわからない。貸借という事柄の性質から見て、貸主は「すぐに返せ」ということを言えない内容の契約である。それこそ、「ことの性質上」ということになるのではないか。貸借型理論が「その性質上」というのはそういうことではないでしょうか。

その限りでは、貸借型理論も理論の出発点としては間違っていないと思います。そういう契約だからこそ、時期を決めなければいけないのではないか。それも不可欠の要素になるのではないかというのが貸借型理論で、私の言いたいのは、この出発点に誤りはないけれども、そのことから直ちに時期を決めることが契約としての不可欠の要素だとする論理、そこに飛躍があるのではないかということです。

額田 飛躍と言われるのはどちらの、私のほうが飛躍でしょうか。

山下 今言った飛躍というのは、貸借型理論における論理の飛躍のことです。ただ、先生がおっしゃっているように消費貸借においては理論的にはすぐに返還時期がくると見る方が素直であるということにはならないのではないかと、ということも言いたいです。必ず一定期間は待たなければいけないというのが貸借型の契約。そうでないという渡す意味がないからです。

意味のないことをやるはずがないのだから、渡した以上、一定期間は「返せ」ということは言えないという、そういう性質の契約、それが貸借型契約だということで、それはそうではないでしょうか。とにかく渡すのだから。「すぐに返せ」ということを言うために渡すなんていうことはまともな人間の行為としてあり得ないから、渡した以上は、時期はともかく、あるときまで待たな

ければいけない。

貸借型理論というのは、そこから、しかし、将来必ず返すのだから返す時期を決めておかなければならない、返還時期の定めが必須、不可欠の要素になるという結論にいくのですね。合意だけで解決できなければ困るという前提に立てばそうなるのですが、民法はちゃんと、本人たちができの悪い契約を結んでいるときのために条文を設けて手助けをしてやっているのではないか、というのが私の言いたいことです。

法律というのはそういうものではないか。本人は確実な、合意だけで片づくようなきちんとした合意しかしないわけではない。不十分な、そのままでは混乱してどうにもならなくなるような合意だって人間はする。そういう人間の紛争を合理的に解決するために、条文を設けて、それに従ってやればいようにしてやる。そういう役割も法律の重要な役割なのではないか。

素直にみれば、591条1項、597条2項、3項、617条1項などはみんなそういう規定で、そういうできの悪い契約があるから、それだけでは解決できないからこそ、法律が決めてくれているのではないか。せつかく法律が決めてくれているのに、なぜそれを無視するのかと言いたいのです。研修所の貸借型理論というのは、結果として、合意だけで解決できないような合意は法的な保護に値しないという立場に立っていることになりませんが、民法は、合意だけで解決できないような契約も法的保護に値する契約として認めてやり、合意だけでは解決することのできない問題を解決するために手助けをしてやるという選択をしていることが明らかではないか。こういうことを言いたいのです。

額田 山下先生のお説は、貸借という特殊な類型は認めるけれども、そこから返還時期の定めは直結しないということですか。

山下 はい。そのとおりです。別の言い方をすれば、返還の合意と返還時期の合意とは違うということと言いたいのです。

額田 そうすると、591条というのは、まさに補充規定ということになりますね。

山下 そうです。消費貸借だけでなく貸借のほうも使用貸借のほうも、みんな貸借型についてはそういう具合にすぐに返せということはできない。一定期間、待たなければいけない。いつまで待てばいいかということについて、決めてあれば一番いいのですが、決めていない場合もある。その場合には合意だけでは永久に解決できない。そこで困るから、民法はそういう場合にはこういう具合にして解決するんだよといって条文を設けて助けてくれている。これが素直な理解で、それで困ることはちっともありません。

額田 返さなければいけないものであるのに返す時期が定めていなければ、すぐに返せといわれても仕方ないのではないですか。しかし、それでは困るので591条をおいた。591条がある限り、同条が次の問題として登場してくるといえるのはそのとおりです。

山下 額田先生の立場は、消費貸借の場合については、591条があるからその働きで直ぐ返せということができないことになる、というのだと思いますが、私は、その点は違って、条文の文言のいかんにかかわらず、貸借型というのはもともとそういうもので、すぐに「返せ」ということは言えない。そうすると、返すべき時期を決めていないときには、約束だけで解決しようとするとか取捨がつかなくなる。法的に解決できなくなってしまう。それは困る。だから法律が条文を設けて助けをしてやっているのだという点では、消費貸借も使用貸借も貸借も全部同じではないか。これが私の考えです。

辻 例えば額田先生がおっしゃるのは、貸金請求の場合は、少なくとも催告あるいは相当期間の経過、あるいは弁済期の定めとその到来、これらのうち必ずいずれかは主張しなければならないことになるかと思いますが、「払え」という場合には。

例えば債務不存在確認の訴訟のときに、被告側で金銭の返還合意と金銭の交付だけを言ったのでは債務不存在確認は勝ってしまうのか、そういうことになるのではないかと思います。貸借型理論だと不可欠な要素ですが、返還時期の合意が。

山下 義務などはないことになってしまう。

辻 不存在確認が認められることになりませんか、どうでしょうか。

額田 どちらにしても不可欠な要素とは言ってないでしょう。

辻 不可欠な要素となると。

額田 不可欠な要素であれば、返還時期の定め的主張がなければ主張自体失当になってしまいます、抗弁が。つまり、返還の合意があつて金を渡したと言っているだけでは、契約としては認められないということになる。不当利得の返還請求であればともかく、論理的にそうなるでしょう。

辻 最終的に貸金請求のときには必要になるということと、契約の成立とはまた別の問題だということですね。

山下 それは別の問題です。

額田 もちろん。私も山下先生も結論的には同じだと思います。研修所の言うところの「貸借型理論」を否定した場合、単純に返還約束と目的物の交付だけを主張して。

山下 契約は成立する。

額田 でもそれだけでは返還請求はできないでしょう。

山下 できません。

額田 だから、返還時期について何も言わなければ591条が浮上してきます。

山下 それは主張自体失当で棄却になってしまいます。だから返還時期の合意があるときには合意を言う。合意がないことになれば、あるいは合意が証明できないときには、催告してとか、何かそういう規定の条文に当てはめていく。

額田 結論的には返還請求するためには。

山下 あります。

額田 返還請求には催告と相当期間が必要になってきます。結論は研修所説も同じです。しかし、研修所説の貸借型理論はおかしいのではないかという、その限りでは私も山下先生と一致しています。

山下 研修所説でいうと、そもそも働く余地がないのですよ、591条は。契約が成立しないのだから。だから額田先生も考えておいでのように、「返還時期を定めず」と言えば、これは主張自体失当であることを自ら認めることになるはずなのです。返還時期を定めていないのだから、これは法的保護に値する合意ではないでしょう。そうすると、「返還時期の定めが契約成立の不可欠の要素である」と言いながら、「返還時期を定めず」という主張によって返還時期についての必要な事実主張がなされたとして済ませようというのは、何を考えているのか、私にはさっぱりわからないのです。だって、返還時期を定めないものは法的保護に値する契約ではない、定めることが不可欠の要素なのでしょ

う。

「定めず」と言ったのでは、これは不可欠な要素が欠けていることを自白していることになるでしょう。こんなのは支離滅裂で、何をばかなことを言っているのだというのが正直な感想です。

前提に立っている論理がおかしいのに、結論的には正しいことにしようとする、論証の過程のどこかで必ず不合理なことを言わなければいけなくなります。これはその一つの例になりますね。だから、貸借型理論を前提にすると、論理を進める過程で不合理なことを言わずに済ませたら、さっき私が紹介したような判決になってしまいます、論理を通せば。

しかし、それは誰もおかしいと思うはずのことですから、私は、現実に貸借型理論に従って裁判をしている裁判官は一人もいないと思っていたのです。そう思ってそう言っていたら、先ほど述べた裁判官として私の先輩に当たる方が、「いやいや、きみ、こういうのが出てきたよ」と言って教えて下さったので、私はショックを受けました。

教え子には、「私の知っている限り、現実に貸借型理論に従って裁判をやっている裁判官は一人もいない」と言って、「貸借型理論を教えている司法研修所の教官だって、おそらく自分で裁判をするときにはあんなことをやっていないと思うよ」と言っていたら、先ほどの先輩が、「いやいや、君、こういう例

もあるんだ」。

額田 先ほど山下先生は、貸借型理論も「すぐ返せ」とはいえない類型というものの、そこまでは非常に重視されるということですね。

山下 はい。その限りでは極めて正当な認識だと思っています。

額田 同じ貸借型でも貸貸借や使用貸借ではどうでしょうか。単純に条文から考えていくとどうなるのか。消費貸借とは異なり、貸貸借、使用貸借というのは普通、返還請求権の根拠を何に求めているかという、契約の終了と構成しています。少なくとも解除だとか、期間満了はそういつているわけです。解除して契約が終了したから返還義務が生じる⁽⁴⁾。

それで、契約の終了原因が期間満了の場合はどういうふうに言っているのかという、必ずしもはっきりしないのですが、そこをどうも研修所は貸金の返還と同じように、返還時期の到来というふうにとらえているように思います⁽⁵⁾。それはやはりおかしいのではないのでしょうか。つまり、テキストは期間と期限をごっちゃにしています。

普通、貸貸借契約を結ぶとき、「貸貸期間」を約束します。するのが普通です。貸金はいつ返すか、「弁済期」を定めて契約するのが普通ですが、貸貸借の場合は「契約期間」と言っているわけですから、やはり期間満了で返還義務が生じるというのが原則だろうと思います。期間を定めていないときは、契約が終了するのはいつか。617条が貸貸借の期間を定めなかったときは、解約申入れをして終了すると言っているわけですから、617条に従って終了してはじめて返還義務が出てくる。617条の適用を避けたいと思う当事者は、終了の原因、すなわち契約期間の定めと契約期間の満了を主張してはじめて返還請求することができる。そういうことになるのではないかと考えています。

使用貸借も契約が終了してはじめて返還請求できるはずですが、使用貸借は

(4) 『問題研究』142頁、『類型別』90頁。

(5) 『問題研究』95頁、『類型別』92頁。

貸主の好意によるものだからいつも返還請求できるとした（民法597条3項）。これに対して借主は、返還時期の定め、使用の目的を抗弁でき、それに対してさらに返還時期の到来、使用収益の終了が再抗弁になる（同条1項、2項）と考えます。

山下 私も、額田先生の挙げられる各条文が現実に示す働きについては同じように考えていますが、各条文の存在意義について私が発想の出発点にしてところが額田先生の場合と違うように思います。終了といっても、終了原因はもちろん解除とかいろいろなことがあります。これらの終了原因がなければ、では永久に続くのか。それでは困るのではないか。この点に着目してこれを発想の出発点にしています。

永久の貸借ということはありません。どこかの時点で返すこと、契約違反とか何もなくても、どこかで返さなければいけないということは「貸借」という契約が、贈与とかそういうものではない、売買でもないということからくる必然の内容であると思います。

そういう点では必ずどこかで「返せ」「返さない」「もう返せ」「まだだ」ということが問題になるのです。だから返還時期を決めていないと困ることは間違いないのです。困ることは間違いないから、そのためにこそ民法は困らなくて済むように、そのときはこうしなさいと規定を設けてくれている。それに従ってやればいいじゃないか。

そのように考える出発点としては、もとに戻りますが、辻先生もおっしゃっているように、この世にそういう契約がいっぱいあるという厳然たる事実があります。そういう約束がある。約束して、時期のことは何も決めない、考えないで物を渡し、しかしくれてやっているわけじゃない、いずれ必ず返すという前提の下に交付されるということは世の中にいっぱいあるので、それを契約として認めないというのは、やはりこれはおかしい。考え方としてもおかしいだろうし、結果としても妥当な結果にはならない。

なぜ、貸借型理論はこんなに頑張っているのか、私にはわからないですね。

素直に民法を見れば、なんの困ることもない、一つも困ることはないのですよ。

辻 賃貸借においても、例えば不動産所有権に基づく妨害排除、明渡請求で、占有権原の抗弁として賃貸借契約を出すことがあります。そのときに貸借型理論によると、返還時期の合意がない限り、抗弁が認められないことになります。ですが、不可欠な要素としないのであれば、貸した、賃料はいくらで貸した、あるいは賃料なしで、ただで、借りているのだというだけで抗弁として成り立つわけです。

山下 成り立ちますね。

辻 研修所の貸借型理論というのは、そういうときも不可欠の要素だから返済時期の合意が必要だと考えているのでしょうか。

額田 その問題に直面したことがないので、どう結論するか知りませんが、論理的にはそうなると思います。

山下 貸借型理論に従う限り論理的にはそうなりますね。

辻 そうするといかにもおかしな話ですね。契約の成立、契約の不可欠な要素を欠いていることになるので。

山下 主張自体失当になってしまいます。

辻 なるわけですね。

額田先生、最近のことをご存じかどうかわかりませんが、この貸借型理論を書き換えようとか、そういうことは教官室で話題にはならないのでしょうか。

額田 私が教官だったのはもう4年、5年前になりますが、いたときにはそういう話はないですね。その後、元教官の先生方が書かれた書物も貸借型を前提としていますし、山下先生のようなご意見を持つ方がいらっしゃる大学では、そのまま研修所の貸借型で教育しているのではないのでしょうか。

山下 はっきり言いますと、これが長年にわたって教え続けられるということは日本の法律家にとって名誉なことではないと思います。これ、いつごろですか、はじめて言われたのは。

額田 昭和61年発行の『第一巻』に貸借型理論が説明されていますから、その前から研修所では貸借型で説明していたと思います。⁽⁶⁾

辻 私は覚えていないのですけれども。

山下 こんなに誤っていることの明らかな考えが、研修所ともあろうところで長年にわたって教え続けられているということは、本当に嘆かわしいことであると思います。

法科大学院に来て、最初は私にも遠慮があって、院生に教えるときに「これは大いに問題のある考えであると思うよ」という程度に言っていましたが、いつまでたっても院生の中にこれに従った答案を書いてきても余り問題意識もない者が絶えないものですから、いまではもう露骨に言っています。「君たちは受験生であるから、貸借型理論の存在とその内容、これが研修所で教えられてきているという事実はしっかり把握して、それを前提にして行動しなければならない。そうしないと、何も勉強していない、基本的なことが理解できていないととられてしまうおそれがある。しかし、この考え自体は、法理的にみても、実際に当てはめた結果からみても、維持することのできないことが余りに明らかな謬論であると私は思っている。」と言っています。

要するに、貸借型理論においては返還の合意と返還時期の合意とがごっちゃになっているのです。返還の合意がなければ貸借型の契約は成立しません、売買ではないから、あるいは贈与でもないから。でも、返還の合意というのは返還時期の合意がなくても存在しうるのですよ。人間というものはそのような契約もいっぱい結ぶわけです。

どうして研修所ともあろうものがこんな考えを教え続けるのか、このこと自体が問題にされるべきではないでしょうか。

辻 この後にできた、例えばロースクール用の教科書もすべてこれに基づい

(6) 『第一巻』の該当部分の初出は昭和59年7月発行の「民裁教官室だより 『貸借型の契約と返還時期の合意』」(研修時報71巻26頁)とされている。

て書かれていますからね。

山下 これは困ったことです。この議論はただちに放てきすべきですね。法律の世界から追放すべきです。⁽⁷⁾

弁済における「給付と債権の結びつき」

辻 それでは、貸借型理論についてはこのへんにして、次に2番目のテーマとして、弁済における給付と債権の結びつきの点についてご議論いただきたいと思います。これは民事裁判実務の授業で使った例を出してお話ししたいと思います。

「サクランボ売買代金請求事件」です。これは果物の生産者・売主 X が果物問屋・買主 Y に対して出荷済みのサクランボの代金80万円を請求したという事件です。X はサクランボの出荷の半年前に同じ Y に同じ代金80万円のリンゴを出荷しています。このリンゴ代金については本件訴訟では請求していないという事例です。買主側の Y が「80万円は払いました」と主張しているのに対して X は「確かに80万円は受け取ったけれども、あれはリンゴ代金だ、本件で請求しているサクランボ代金ではない」という主張をしています。今度は Y の方は、「リンゴ代金は別の方法でもう払ってある、代物弁済した」と言っているという問題です。

そこで、この「80万円」という現金の給付と「サクランボ代金」という債権の結びつきについて、誰が主張立証責任を負うのかという点が問題になりました。Y 側、つまり弁済者側が主張立証すべきなのか。あるいは結びつきがないこと、あれは別だぞ、結びつきはないのだということについて債権者側、受け取った側が主張立証すべきかについて争いがあります。

研修所説は、弁済者説、つまり Y の方が「サクランボ代金として払った」

(7) 司法研修所は『新問題研究要件事実』(2011年法曹会)で見解を改めた。詳細は後注参照。

と言わないといけない、主張立証しなければいけないということになっていきます。それは『問題研究』（51頁）や『類型別』（9頁）にも書いてあります。

これに対して反対説もあり、債権者側説、すなわち債権者側、もらった側の方で言わなければいけないというものです。債権者側で別口の債権が存在するということを言わないと、そのまま弁済の抗弁は通ってしまう。再抗弁を出さなければいけないということになります。「80万円は本件請求債権とは無関係」ということを債権者側で主張立証すべきというのが反対説になります。

山下先生はどちらの立場ですか。

山下 私の立場は反対説です。私が研修所説に反対する理由は二つあります。

1番目の理由は、研修所説の下での主張では何が言われているのかわからないということです。

「サクランボ代金として支払った」、一般的に言えば、金いくらを「その債務の弁済として支払った」と書けということが研修所側で出した書物に書いてあります。私が研修所説に反対する一番の理由は、「サクランボ代金として」あるいは「その債務の弁済として」と書くことによって何を言っているのかわからないということです。

「サクランボ代金の弁済として」80万円を支払ったと言うでしょう。しかし、これでは、具体的にどういうことを言っているのかわからないのです。わかったように思うのは、言葉というものについての認識の甘さからくる錯覚です。「サクランボ代金の弁済として」と言っても、これでは法的な主張をしているのか、具体的な事実を主張しているのか、これさえわからない。具体的な事実であるとして、それではいったいどういう事実を主張しているのか。これもわからない。ただ「サクランボ代金の弁済として」と言っても、これでは何を言っているのかわからないのです。確実にわかるのは、サクランボ代金を支払う債務は消滅したと言いたいのだということだけです。

辻 実際にやったことは、銀行に行って振込用紙に書いて振り込んだだけです。

山下 その事実「サクランボ代金の弁済として」という主張とともにこれとは別の事実として主張しています。研修所説では、「銀行に行って振込用紙に書いて振り込んだ」という事実のほかに「サクランボ代金の弁済として」と主張しなければならないということになるのです。売った。履行期が来た。とにかく「払え」という義務が発生したことは認める。しかし、「おれは何月何日に振り込んだ」という事実は主張している。研修所では、その他に「サクランボ代金として」ということを書けと言っています。

今述べた研修所説に対して反対する1番目の理由は、先ほど最初の方で述べた修習生のころから続いている研修所に対する批判に関係します。研修所は、時として、主張すべき具体的事実として何を言っているのかわからないようなことを、ただ言葉だけ書いておけばよいと教えているのではないか。言葉によって表される事実と言葉との関係の認識が甘いのではないか。言葉を書けば、何か定まった具体的な事実が主張されたかのような錯覚に陥っているのではないか。

研修所では一般論としては要件事実というのは具体的な事実なのだとはっきり言っています。法的な評価を受けるべき具体的な事実を言いなさいと教えているのですね。例えば、『起案の手引』43頁には、「主張は具体的に記述すること」という見出しの下に、「事実主張は、一定の法律要件に該当する具体的な事実の主張でなければならないから、この具体的な事実を過不足なく明確に記述する。」と記載されています。これは全く正しいことであると思います。しかし、そうすると、「サクランボ代金の弁済として」という言葉によって示されるのも、法的な評価を受けるべき具体的な事実でなければならないことになるはずです。しかし、「サクランボ代金の弁済として」という言葉によっては、法的な評価が述べられているのか評価を生み出す事実が述べられているのか、それさえそれを見ただけではわからないのです。まして、具体的事実として何が主張されているのか決めようがありません。

80万円、サクランボ代金債務が発生している。そして80万を振り込んだ。そ

れによってサクランボ代金を払うべき債務が消えたという法的な効果だけを主張していることになるのか、あるいはその他の事実を言いたいのか、その他の事実を言うとしたら、いったいどういう事実を言いたいのか、「サクランボ代金の弁済として」という言葉を見てもわからないのです。言葉を見てもその意味が分からないのなら、原告の方だって正確な認否をしようがないのですね、これでは。裁判所もこの主張についてどのように処理してよいのかわかりません。

要件事実というのは法的な評価を受ける具体的な事実なのだ、この具体的な事実を過不足なく明確に記述せよ、と言いながら、法的な評価を言っているに過ぎないのか、何か事実を言いたいのかのかさえわからないそんな言葉を書いておけばよいというのは、要件事実の発想とは全く相容れないやり方だと思います。

確かに当該債務の弁済という法的効果の発生との関係で、支払われた80万円がそれに充てられたかどうかということが最終的には問題になり得ます。ただ、このことを前提にしても、要件事実の問題として考える場合には、そのためにいったい被告は抗弁の段階でとりあえず何を言えればいいのかという形で考えなければいけないはずで

そのときに、考え方は二つあり得ます。抽象的には、80万円は他の債務に充てられる可能性も常にあります。だから「他ではなくこれに充てられた」ということ自体を抗弁として最初から具体的に言うべき責任を債務者の側に負わせるという考え方があり得ます。それならそのときで、「サクランボ代金の弁済として」などという事実を言っているのかどうかさえわからない言葉によってではなく、「他ではなくこれに充てられた」ということを示す事実を具体的に示す言葉によって主張させるべきことになるはずで

「他ではなくこれに充てられた」ということになるためには、充当の指定をしたこと、あるいは、80万円がその弁済になるような他の債務は一切存在しなかったということが必要です。それがあってはじめて法的に今問題になってい

るサクランボ代金の弁済に充てられたということが言えるわけです。

だから事実として言うのだったら、充当の指定に当たる事実か、あるいは、他にその80万円がその弁済に充てられる可能性のある他の債務は一切なかったと主張するために必要な事実か、どちらかを言わなければいけません。どちらであるかもわからない。それを言うつもりなのかどうかさえわからない。わからないのに言葉だけ「弁済として」と言って、「それで必要な事実の主張が済みました」と済ませているのでは、要件事実の考え方からみれば、全くおかしいと私は思っています。それが研修所のやり方に対する私の一番の反対の理由です。

研修所説に反対する2番目の理由は、支払われた金員が充てられるべき他の債務の発生について原告が主張・証明しない限り、裁判所は請求原因で原告が主張している債務以外には債務は存在しないものとして扱うのが、したがって、被告主張の支払により原告主張の債務は消滅したものとして扱うのが、他の債務の不存在まで主張・証明する責任を被告に負わせるよりも民事訴訟における処理の仕方として合理性が大きいのではないか、ということです。他の債務がなければ支払われた金員は請求原因で主張された債務に当てられる以外にありませんから、結果として弁済が認められ、請求棄却になります。それでよいのではないか。これで具合の悪いことが何かあるのか、ということです。原告が他の債権の発生を主張する前の段階で、被告の方に他の債権に関係する主張をさせる必要はないのではないか、ということです。

この事例で言えば、リング代金の発生につき原告が主張・立証してくるまでは、サクランボ代金しかないものと仮定して処理すればよい。原告がリング代金の発生を主張・立証すると、この事案では、リング代金債務の存在を前提にすると、法定充当の規定による限り、80万円は全部リング代金に充てられることになりますから、被告の方でリング代金債務の消滅あるいはサクランボ代金への充当の指定など何かを主張しなければ、弁済の抗弁はつぶされてしまい、請求原因が認められることになる。このように考える方が、合理的ではないか

ということです。

この事件ではリング代金債務の発生については争いがなかったようですが、仮にリング代金の発生について争いがある真偽不明になったときに、どちらを勝たせるべきか。原告はリングも売っていると言って、それらしい証拠を出した。被告のほうはそんなものは買っていないと言って争った。結局、どちらかよくわからない。リング代金が発生したのかどうかは真偽不明というときに、いったい裁判所は80万円の支払をサクランボ代金への弁済として認めるのか、認めないのか。仮に原告が言っているとおりだったとしたら、この場合、特別のことがなければ法定充当で全部リングに行ってしまうのですね。

サクランボには行かないのです。法律の規定によって、これは。そうすると、リング代金の発生そのものが結論につながってきます。リング代金が発生しているときには、80万円の支払があったからといって直ちにはサクランボ代金債務への弁済にならない。発生していないときには、裁判所としてサクランボ代金債務に充てられたものを見るしかないだろう。どちらかわからないときにどうするのか。

普通一般に言えば、ある債権が発生したかどうかということについては、特別の理由があるときは別ですが、そうでなければ、その発生を主張する方に主張証明責任があると考えるのが合理的であると考えられ、そのように扱われていると思います。私もそのように考え、その場合には、原告を負かすのが合理的であろうと思っています、真偽不明の場合。

そうすると当然、リング代金債務の発生は再抗弁ということになる。確かに80万円を受け取ったことは認める。でも、法定充当でいけばサクランボ代金債務よりも優先順位があるところのリング代金債権がおれにはあるのだ、これが再抗弁になります。そのほうが合理的ではないでしょうか。実質的な問題は、リング代金債務が発生したのかどうかわからない場合、どちらが勝つのかということなのです。

辻 それが主張立証責任ですからね。

山下　そうです。だからリング代金債務があるかないかわからない場合には、それはもうやはりないものとして扱うしかないだろう、そのほうが合理的だろうというのが私の考え方です。だとしたら、それは当然再抗弁になるということです。

でも、私が研修所説に反対する一番の理由は、この説は、言葉だけ書いておけば、何か事実を言ったことになるかのような前提に立っているのではないかという点です。この問題は、単に今論じている弁済についてのみでなく、あらゆる主張について当てはまることであるからです。

実際、授業で、「サクランボ代金の弁済として」と書いてきた院生たちに、いったいこの言葉によって何を言っているのか、どんな事実を示すつもりだったのだと聞くと、誰も答えられないのです。この日に80万円を振り込んだ。このことが書いてある。しかしそのほかに「サクランボ代金の弁済として」とも書いてある。「サクランボ代金の弁済として」というこの言葉によって自分が何を言いたいのかわかっているのか、この言葉がある場合とない場合とで主張されている事実とどのような違いが生まれるのかわかっているのか、相手が争ったら何によってどんな事実を証明するのだと聞くと、答えられないのです。それじゃ何で書いたのだと聞くと、教科書にそのように書けと書いてあるからと答えます。法科大学院の院生ともあろう者が情けないことを言うな、書いた者としての責任をとれなどと言ってからかっていますが、研修所がそのように書けと教えているのだから院生には少し厳しすぎるかもしれませんね。

言葉だけ。とにかく言葉が書いてあれば、何か事実を言ったような気がするのですが、これは要件事実の発想とは全然違います。要件事実の考えの下では、要件事実を示すものとして言葉を言った以上は、必ずそれによって世の中に起こった具体的なことが伝えられなければいけないのです。それが何だかわからないのに、言葉だけ書いておけ。研修所もそのあたりのことをしっかり説明しないままに、少なくとも結果的には、言葉だけ書け、書けとずっと教えてきていることになるのですね。それは、さっき私が最初のころに言った、言

葉とそれによって表される事実との間の認識が甘いことに原因があるだろうと
思っています。

こういうわけで今申し上げた二重の理由により研修所の考え方に反対している
わけです。

額田 山下先生、結局いまの場合、サクランボを売った（請求債権）、リング
を売った、80万円を払った、リングにはミカンで代物弁済した。ミカンによる
代物弁済は否認。こういうことで整理すると、実質的な争点はミカンによる代
物弁済の存否ということになる。それが研修所説に立つと否認の理由でしかな
くなる。そこが問題であると、授業で先生は指摘されたと記憶するのですが。

山下 はい、授業においてそのような指摘もいたしました。事実、研修所説
の下で要件事実による主張整理をしますと、リングの売買もミカンによる代物
弁済も全部「80万円をサクランボ代金として支払った」という抗弁とその一部
否認という主張の中に包含されるしかなくなります。したがって、ミカンによ
る代物弁済という実質的な争点は要件事実による主張整理に全く現れず、これ
に関する主張・証明責任についての裁判所の立場も主張整理の中には出てこな
いままに終わります。

額田 本当の争点が主要事実として上がってこないのは問題だということだ
ですが、それは実際にはあまり大きな理由ではないのですか。

山下 いえいえそんなことはありません。実質的な争点が主要事実に上がっ
てこないというのでは何のために主張整理をするのかわからないことになりか
ねません。このような結果をもたらす説の採用は、やむを得ない余程の理由が
ない限り避けるべきであることは明らかでしょう。この点について私が言いた
いのは、このようなことになってしまうのはなぜかということです。このよう
な結果になってしまうのは、研修所説が、要件事実という「具体的事実」を示
すべき場に「サクランボ代金債務の弁済として」などという事実主張というよ
りむしろ法的効果の主張のためのものとするにふさわしい言葉を登場させてお
きながら、この言葉によってどのような事実が示されることになるのかの明確

な認識を持たず、これに基づく分析もないままに論を進めようとするからではないのか、ということです。換言すれば、実質的な争点が主要事実が上がってこないという困った状態の発生は、私が研修所説に反対する1番目の理由として挙げる研修所説の欠点の必然の結果なのではないか、ということです。

先ほど述べたことの繰り返しになりますが、研修所説を実際に適用した場合の結果という点でも賛成できません。

いまの場合で言うと、リンゴが売られたかどうか分からないときには、これはもうそんなものはないとして扱うしかないだろう。もっと簡単に言うと、結局、どちらからも何も出てこなかったらどうしようかということです。被告のほうはただ「80万円を払いました」とだけ言って、原告からはリンゴのことも何も言わない。サクランボを売った。80万円の代金が発生した。何月何日80万円を送った。あとはどちらからも何も出てこない場合、裁判所はどうするか。それはやはり請求棄却にすべきであろうと思います。どちらからも何も出てこなければ、他の原因はないものとして裁判所は扱うのが合理的だろう、そうすると、当然、サクランボ代金に行くしかない。

辻 弁済の抗弁が認められるということですね。結びつきについての主張がなくても。

山下 そうということです。認められる。この場合にどうしても「結びつき」という言葉による説明が必要であるということであるならば、他の債務が登場するまでは、80万円の支払という請求債権の内容に合致する性質の給付をしたこと自体を、「結びつき」を示す事実の主張として十分なものと見てよいのではないかということです。そうやるのが合理的で、それがいやなら、「いやだ」と言う方が言ってこい。簡単に言えばこういうことです。80万を受け取ったと認めるのなら、他にも債務があるということを言ってこなければ、裁判所はそんなものの存在は取り上げない。そうすれば80万円はサクランボ代金に行くしかないからサクランボ代金は消えたとなる。大雑把にそういう発想でいいのではないかと思います。何も、初めから他の債務のことを持ち出すことはないだ

ろう。その主張が出てきてはじめて考えればいいことだというのが発想のもとです。

額田 いまのお話で、言葉に対する認識の甘さという点はおっしゃるとおりだと思って、私には反論能力がありません。ただ、研修所の肩を持つわけではないのですが、研修所が結びつきと言っている究極のところは、やはり充当のことなのではないでしょうか。

山下 充当といっても、他の債権が発生したことがわからなければ充当の問題は起こらないでしょう。

額田 他の債権がない場合もあるから、そこは先生からご批判を受けるかもしれませんが、ごまかして「結びつき」と言っているのではないですか。債権が1本のときは1本でいい。

山下 しかし、他の債権があるかないかということについての主張立証責任はどちらのほうが負担するのかということをはっきりさせておかなければ、要件事実に基づく合理的な解決はできません。それでは困ります。いまの場合で言うと、サクランボ代金のこと以外にはどちらも何も言ってこなかった場合、どうするのか。リンゴ代金の主張は出てきたけれどもその発生については真偽不明のときどうするのか。他のものがないのだということまで被告の方で主張・証明をしなければいけないのかという問題になってきて、私は、充当の問題が起こるような事態だということについては、そういう事態なのだと言主張する方がそのことを言ってこない限り、もうそれはそんなことは考えなくてもいいだろうと思います。

額田 1本の場合、充当問題が出てこないわけで、原告はまだ1本しか問題にしていない状況で、なぜ他のものを持ち出さなければいけないのかということですね。

山下 そうです、簡単に言えばそういうことです。

額田 それはそのとおりですが。

山下 だからそれでもって抗弁としては十分じゃないかということです。

額田 1本しか出していないから、1本しかないときは充当関係はまだ浮上してこないのだけれども、それを含めて、それを見越してというほどではないですが、含めて、とにかく1本でも結びつき、複数あれば充当と、そういう意味で言っているのではないのでしょうか。

山下 私の言いたいのは、そういうことはその段階では言う必要がないのではないかということです。

充当というのは、他の債務があってはじめて問題になることです。だから他がなければ充当というのは考える必要がありません。充当という概念は、そもそも債務が複数あることを前提にした概念で、他のものがないときに充当なんて考える必要はないはずで。それしかないときには、充当について何も考えることはない。

「サクランボを売った、その代金80万円を払え」、「80万を払った」、その段階でとどめてしまったら、充当などということを裁判所は何も先走って考えることはないだろうという考えが私の発想の根底にあります。最終的な結びつきをどうしても言えという立場を取る場合、他の債務が一切なかったということを使うか、あったかもしれないけれどもサクランボ代金に充てると言ったということ、弁済を主張する方が最初から言わなければいけないことになりません。

そんなことを抗弁の段階で最初から言わせる必要はないだろうと思います。また、他の債務が発生したかどうか争点になったとき、発生しなかったということまで弁済を主張する側が証明しなければならないとすることには合理性がないのではないかと。この場合なら、リング代金などは発生していないということまで証明しなければいけないのか。

それはおかしいだろう。80万が他のものに充てられた、サクランボではない他のものに行ったのだと言うためには、原告のほうが「いや、リングだって売っているのではないか、お前はリングも買っているじゃないか」ということを主張して証明しない限り、裁判所はそんなものはないものとして扱えばいいじゃ

ないか。他に債務がないことになれば、行き先はサクランボ代金しかないから払われた金はそちらに行くしかない。

額田 そこが何か私にはちょっとしっくりこないのですが。このケースだと、サクランボを売った、リングを売ったという点に争いはないわけですね。売買は二つとも成立している。

山下 わかりやすくするために、問題を単純化するために、問題としてはリングについて争いがあるというのが一番わかりやすい。

辻 争いがある場合、どうですか。

山下 現に争いがある場合で、調べた結果、わからない。裁判所はリング代金が発生しているのかどうかわからないという場合、どうするのか。もうどちらかに仮定するしかないのですね。リングの代金があったら、これはそちらに行ってしまうし、ないとなったら、もちろんこれはサクランボ代金に行くのだけれども、どちらかわからない場合には証明責任を負っている方に不利に決めるしかないということになってきます。それは普通に考えたら代金が発生したという方が証明すべきだろうと私は思っています。

額田 でも、それはもともとはサクランボ代金の問題だったので、それがどうしてリングをやらなければならないのか、しっくりきません。

山下 それはしょうがない、充当ということがありうるからです。

もともと、「これの支払ですよ」と言えば、他のものがあろうがなかろうが、これは問題ないのです。他があってもなくても、「これの支払ですよ」と言ってしまうと、これは問題ない。ただ問題は、そういうことが何も言われていない、金だけを送ったという場合を考えると、それはもう仕方ない、充当ということが起こりうるわけだから。他の債権があれば。サクランボ代金に行ったかどうかということを考えるためには、いやでも充当ということを考えざるを得ないのです、他の債権があれば。しかし、他の債権の主張がないときまで、最初からそんなことを考えることはないのではないかと断言しているのです。

額田 そのところは十分反論できないのですが、そもそもの私の疑問とい

うか、私も研修所説に完全に納得するわけではないのですが、先生のようなお説に立った場合、どうなるのか。単純に、例えば請求原因で売買、抗弁で80万払ったというだけ…。

山下 送ったというだけ。

額田 そうすると、次に原告は再抗弁で別口の債権の存在ということになり、それに対して今度は再々抗弁で充当指定ということになるのですか。

山下 この設例だというと、リング代金が認められると、法定充当の規定に従う限り、80万円は全部そちらに行ってしまうのですね。リング代金の方に。そうするとこのリング代金の発生は完全な抗弁になります。

ところが設例を離れて一般論として言えば、法定充当の下では半々になる場合がある。そのときには黙っていると半分だけがリングに行きます。だから半分については再抗弁になる。例えば同じ資格でリング代金があったとします。そんなことはめったにないでしょうが、何かの理由で同じになったとする。

辻 返済期も利息も全部一緒。

山下 そう。法定充当の規定でまったく区別がつかないという場合は、これは半々になるでしょう。

そうすると40万については再抗弁が成り立つのですが残りの40万円については成り立ちません。このときは、それ以外の再抗弁を出さなければ40万円については抗弁が認められてしまうのですね。

逆に被告のほうは、40万円については、他の主張をしないというと80万円を支払ったという抗弁によって請求原因をつぶすことができず、やはり払わされてしまうのです。という具合に、法定充当の規定を基準にして、それよりも有利なことを主張する方が、自分の方で主張していかなければいけないということになっていく。そういうことになると思います。

額田 いまの例で、再抗弁で別口の存在を言っていただけでは、必ずしもそれが全部抗弁にならないこともあるわけですね。

山下 あります。

額田 再抗弁自体にもならない、主張自体失当の場合も出てきますね。

山下 それは法定充当で決まる。全部主張自体失当ということもありえます。仮にリング代金の発生を主張しても、その債務の内容が、支払われた80万円が法定充当の規定で全部サクランボ代金の方に行ってしまうようなことを言えば、それは主張自体失当になります。それから半分だけ再抗弁になる場合もあります。全面的に再抗弁になる場合もあります。主張される他の債務の内容と請求原因で主張されている債務の内容との関係によっていろいろな場合があります。

額田 原告の方として、全部再抗弁として機能させたいと思えば、法定充当の適用になる場合、充当関係は自分で言わなければいけないですね、プラスとして。

山下 法定充当で自分にとって有利になるときは何も言う必要がない。

額田 ごめんなさい、法定充当で不利になる場合です。

山下 法定充当だというと、やられてしまう場合には、今度は指定充当を言わなければいけない。

額田 その指定充当をプラスして言わなければいけない。

山下 言わなければいけない。それは原告も被告もどちらも同じことです。

額田 充当指定は債務者の指定もあれば、債権者の指定もあります。

山下 もちろん。

額田 債権者の指定を言ったら、今度はそれに先立つ債務者の指定があるとか、異議を述べたという主張が出てくる場合もありますね。

山下 それはそういうかたちで。論理的には次から次とある。

額田 そうするとチェーンのように長くなってしまいますね。昭和35年判決⁽⁸⁾がいうような請求原因・売買一抗弁・給付一再抗弁・別口債権の発生一再々抗弁・充当、という綺麗な整理になるとは限りません。

(8) 最判昭和35年10月14日集民45号271頁。

山下 それは仕方ないですよ。事柄がそうなのだから。

額田 そこが私は一番問題だと思うのです。

山下 チェーンのようにならないようにやったら、余計にわけがわからなくなってしまう。

額田 要件事実はあくまで道具ですから、私のような凡庸な弁護士でもブロックがすぐ書けるようなものでないといけないと思います。

山下 でも実際にそうやっていかなければ、合理的判断ができないのです。どういう具合にどういう順序で判断し、争点になっている各点について真偽不明のときにどうするかということを決めなければ、合理的客観的に勝敗は決められないのです。

額田 繰り返しになりますが、いちばん凡庸な弁護士を基準にしてなんとか使えるものでないと要件事実は役に立たないと思います。順列組み合わせのように、あの場合この場合と考えなければいけないのではわけがわからなくなります。

山下 いやいや、このようにやらないということと使えないのですよ。わけのわからない判断になってしまって、客観的で明快な判断ができないのです。

額田 でも、ごまかしがあるかもしれないけれども、給付のところに「結びつき」を加えればよいのではないですか。

山下 どうやって結びつけるのですか。

額田 「結びつき」を加えればチェーンのようなものにならないですむのではないですか。

山下 チェーンのようにならなければ、何をどういう順序でどのように判断しているかわからないままに結論を出さなければいけなくなってしまうのですよ。だって現実にそういう格好で決めなさいと民法が決めているのですから。法定充当になればこうなると決めているのですから、それより有利なことをやろうと思ったら、有利にしたい方がその根拠となる事実を言わなければいけないと決まっているのだから、それでやるしかないのです。

額田 いや、ですからそこを複数債権がないと充当指定などというのは問題にならないのだけれども、いわば仮定の充当指定のごとく、債権1本でも「結びつき」というわけです。

山下 「サクランボ代金の弁済として」というのは単なる言葉ですから、「サクランボ代金の弁済として」という言葉を言ったって、それだけでは法律の適用を受けるべき特定の事実を主張したことにはならないのです。それが私の一番言いたいことなのです。最初に言ったのはそのことです。

額田 それは受け入れざるをえないのですけれども。

山下 「サクランボ代金の弁済として」と言えば、何かそのとたん特定の事実を言ったことになるような気になってしまうのです。しかし、これだけでは証明対象が何も出ていないのです。要件事実の発想にはまったく反するので、これは。

この点が、研修所に対して、私の一番批判したい点なのです。「サクランボ代金の弁済として」という言葉を言っておけば、何か必要な特定の事実の主張が済んでしまうような気になってしまいます。それは大変な錯覚なのです。

辻 額田先生のおっしゃっているチェーン、延々と続くというのはエンドレスではないわけですね。必ず終わりはあるわけですね。

山下 どこかに終わりがあります。

辻 どこかに終わりがあって。せり上がりとはまた違うことなのですね、額田先生がおっしゃっているのは。

額田 せり上がりとは違います。

辻 当然の帰結ではなくて、必ずイエスとノーがあり、ノーのときに、イエスのときに。

額田 場合によって変わってくるわけですね、複雑化されてきます。

辻 抗弁が成り立って初めて再抗弁が出て、再抗弁が成り立って再々抗弁、必ずそういうものですね。

山下 再抗弁も全部再抗弁になる場合もあれば、一部しか再抗弁にならない

場合もあるということですね。

額田 488条と489条の組み合わせによって、主張する事実のブロック上の位置がずれてくるわけですね。「順列組み合わせ」と言っているのは、その点です。

山下 最初から充当ということを言うことも考えられるのですね。もちろんそれはそれで構わない。つまり法定充当に頼らなくても、こちらに当てましたといえ、それで十分。それはその事件に応じて考えていけばよい。

基本になるのは法定充当なのです。黙っていれば法定充当になりますから。だから法定充当よりも有利なことをやろうと思えば、なんらかのことを言わなければいけないことになって、黙っていると法定充当。

だから法定充当で十分だというときには、他のことを言う必要はないのです。法定充当では不利になる点があって、これではまずいという方はそれを覆す、指定充当の事実を主張することになります。充当ももちろんいろいろ、債権者がやった、債務者がやった、いろいろあるでしょうが、ともかく充当のことを言わなければいけない。

そのように整理することによって、ある程度、客観性をもって合理的な判断ができるだろう。ただ、「当該債務の弁済として」と言っただけでは、具体的にどちらがどういう主張をしており、それぞれの主張がどういう位置付けになるのかさっぱり明確に示されないままに、何かわけがわからないうちに結論を出してしまうということにならざるを得ないだろうと思うのですね。

そういうことをなぜ研修所が長年にわたってやってきたかと言うと、さっき言ったように、言葉を出しておけば、なんとなくそれに対応して特定の事実を言ったかのような錯覚に陥っているからではないのかという疑いを持っています。そうであれば大変に困ったことだと思います。

額田 それは先生がおっしゃるように、欠陥かもしれませんが、それは別にその問題を認識しないままに言っているわけではないと思うのですね。認識しつつも、あえて「結びつき」が必要だといっているように思えます。

山下 そうでしょうか。言葉と事実との関係についての認識の甘さが大きく関わっているのではないのでしょうか。言葉を言えば何か特定の事実を言ったことになるかのような錯覚に陥っているからこそ、「この債務の弁済として」と書けなどということを長年にわたって教え続けられるのであって、そうでなければこのようなことが長年にわたって教え続けられるというようなことにはならないのではないかという気がしてならないのです。

一方では研修所も、先ほど『起案の手引』の記載を引用して申し上げたとおり、要件事実というのは法律の適用を受けるべき具体的事実だ、それを過不足なく書けと明確に言っているのです。だから、一般論としては決して言葉だけ言えばいいということを言っているわけじゃないのです。ところが実際やっていることは既に述べたとおりで、言葉だけ言えば、当然その背景にある何か特定の事実が言われたかのような錯覚に陥っているとしか思えないようなことを教えてきているから、私はそれについて非常に強い違和感を覚え不満を感じているわけです。

これはもう、重大な、今の研修所の要件事実教育の中の重大な欠陥の一つだと思っています。「弁済として」、それから「履行として」、同じことです。全部同じことです。

辻 例えば、賃貸借終了に基づいて賃貸家屋の返還を求める場合、賃貸人側は、賃貸借契約の締結とこれに「基づく引渡し」を書けと教科書は言っています。⁽⁹⁾この「契約に基づき引き渡した」などですか。

山下 院生達は教科書に従って「基づく」と書いてきます。この言葉によっていったい何を示したつもりなのか、私、何人にも聞いたのですけれども、一人として答えないのです。「渡した」ということ以外に「基づく」と書くことによってどんな事実を示したつもりなのかと聞いても答えが出てこない。

「何月何日に渡した」と書いてある、「基づき」と書いてある。「何月何日に

(9) 『問題研究』97頁、141頁、『類型別』91頁。

渡した」ということは分かった。それでは「何月何日に渡した」ということ以外に「基づき」という言葉を書くことによって、「何月何日に渡した」という言葉によっては示されていない何を表しているのだと言ったら、誰も答えない。それは答えられるわけがない、院生達の頭の中にはそれによって示したいと考えている事実は何もないのだから。なければ、そういう言葉を書くことはない。

辻 むしろ基づかない引渡しがあったときは、そちらの方が言うべきだ。

山下 そうです。「基づかない」引渡しだって論理的には常にあり得ます。しかし、問題は、要件事実の問題、主張・証明責任の問題として見た場合、「基づく」とか「基づかない」とかということを示す事実をどの段階でどちらがどういう形で言わなければならないことにするのがよいのか、当該原因以外に他の原因があったのかどうか真偽不明になったときに、どちらの当事者に不利に扱うのがよいのか、ということなのです。

辻 契約したけれども、あとでもらったのだというのがあるかもしれない。

山下 原理的にはそういうことも常にありうる。でもそれはそういうことを当事者が言ってきてから、裁判所が考えればいい。先走って、「他の原因が」などと考えることはないだろうと思う。例えば、売買契約に基づく代金支払請求権が発生するためには、最終的には、売買契約の成立だけでは不十分で当該契約に何らの無効事由も存在しないことも必須の要件ですが、請求原因としては、売買契約の成立だけで十分で、無効事由については、被告がその存在を主張してこない限り、裁判所は存在しないものとして扱うとされてきているのと、同じように考えればよいではないか。

辻 額田先生にお伺いしますが、リング代金、別口債権の存在について不明なときは、研修所説はどうなるのですか。

額田 そちらは土俵に登ってこないと思います。サクランボとの「結びつき」の立証の問題です。

山下 結びつきがあるかどうか分からない。立証できていないのです。

だって、別口の債権があったら、そちらに行ってしまうのだから、別口の債権の存否が不明だと結びつきができていないことになるのです。

額田 いや、それは土俵が違うのではないのでしょうか。結びつき説ですつといくと、請求されている債権との結びつきですから、それを被告のほうでどれだけ立証できたか、ということでしょう。

山下 だけど、結びつきという言葉があっても、何を言っているかわからない。

額田 それに払ったということですから。

山下 いやいや、それに払ったということはどういうことか。

額田 領収書にただし書きがあったか。

山下 それは指定でしょう。指定なら指定で、それを言えばいいのです。

額田 だから私は、「結びつき」とは普通には指定の意味だと思うのですが。

山下 サクランボの事件では指定していないでしょう。していないときにどうなるのでしょうか。指定なんかしていません。証明なんかできない、指定などということは。

指定なら文句なしに弁済の効果が認められます。既に述べたように、確かに考え方として指定を言わなければいけないということは、それはそれで考え方として一つありましょう。でも、指定なんかしていない事件があるわけです、振り込んでいるだけで。指定なんかしていないことははっきりしている。しかし、ではそのときに弁済として認めてはいけないのか、他の債務のことは当事者が何も言わないのに。あるいはリング代金債務もあったと言ってきているけれども、リング代金債務が発生したかどうか分からないときに。

額田 それは、当事者としては明確な指定がなくても「あのときの代金」と思って振り込んでいるはずですね。

山下 そんなことはわからない。

額田 いや、そうだと私は思いますけれども。

山下 それは他の債務がないことを前提にするからですよ。

額田 他があった場合でも、月末に締めてみて、弁済すべきものに見合う金額を支払っているかではないですか。

山下 確かに、他の債務があっても、具体的な事実関係によっては、一種の意思表示の解釈によって当該債務への充当の指定がなされたとみることもできることもありうると思います。それはそれで何の問題もありません。

額田 結びつきの立証、それを立証しろと言ったら、やはりトータルでいくらあった、それに対していくら払った、だから当然それを結びつけて充足されている。そういう話になってくるのではないですか。

山下 結びつきって、具体的にはどういうことですか。

額田 全部、複数ある場合は見合っているということです。

山下 見合っている。でも見合っているものが複数あったときはどうするのですか。いまの場合、リングも同じ。

額田 いや、トータル金額で見合っているか、です。

山下 でもこの場合、トータル金額って、リングも80万、同じなのです。こちらの方に払われても、ちっともおかしくないのですよ。

額田 はい。ですから80、例えば当月の払うべきものが80で、80払っていたのであれば、それで結びつきは立証されている。

山下 それはそういう事実もあると思います。それは一つの意思表示の解釈みたいなものです。一種の指定だ、黙示の指定ですね。しかし、そういうことが言えない場合だっていくらでもある。

それからそもそも、本来は古い方から払っていくというのは法的な考え方から、それも無視できない。古い方からいかなければいけない。

額田先生のおっしゃるのは、結局のところ、指定がなされた、明示にしても、黙示にしても指定がなされたということを主張するのだということではないでしょうか。それはそれでいい。それならそれをそのように書くべきですよ。「弁済として」などと言わないで、そういう格好で、こういう事実によって黙示的な指定がなされたものであると見るべきであると言いたいのなら、そ

の事実を書けばいいのです。そうしないで「弁済として」とかなんとかと言っても、何を言いたいのかわからないのですよ、これでは。だからそういう場合に「充当の指定がなされた」ということを言いたいのならば、それに当たる具体的な事実を書くべきことになるはずだと思います。私が先程来繰り返し言っているのはこのことなのです。

しかし、私は、それも必要ないと思います、必要ないと思う。他のことが出てこない限り、何もそんなこと、最初から指定だなどと言う必要はない。80万の債権があって、80万渡したと言え、指定のことは一切考えなくても、裁判所は原告から他の債務が発生したことを言ってこなければ、それで消えたと扱うべきだと思いますね。他の債務が出てきてはじめて考えればいい。

額田 どうも私は、この「結びつき」というのは、研修所説や判例と学説がかみ合っていないように思えます。テキストではこの「結びつき」を必要とするところで我妻説と昭和30年判決を引用していますが⁽¹⁰⁾、学説では弁済意思と充当の問題に分けています⁽¹¹⁾。弁済意思というのは贈与か弁済かということで、贈与は例外ですから普通は弁済とみられる。結局、問題なのは充当の方ですから、やはり基本的には結びつきというのは充当を意味していると思います。そして、それはいま山下先生が言われたように、1本のときに充当というのはありえないから、そこはやはり結びつきという言葉で、まあ、ごまかしですね、ごまかしている。でも究極、充当であるということであれば、1本でも、「結びつき」と言ってもよいのではないのでしょうか。

山下 言ってもいいけれども、どういう事実を言いたいのかはっきりしてくれなければ困るということを言いたいのです。証明対象となる事実ですからね、証明対象として何を証明するかということですよ。相手が争った場合にど

(10) 『類型別』9頁。我妻栄『新訂債権総論』（1964年岩波書店）214頁（「給付がその債権についてなされることを要する。」との記載がある。）と最判昭和30年7月15日民集9巻9号1058頁を引用している。

(11) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（1992年悠々社）487頁。

ういうことを証明するかということがわからなければ、裁判所はやりようがないです。そのほかに私が言いたいのは、そういうことは何も証明対象ではないだろう、その段階では。まず弁済したというときの段階では、その段階で見る限り、何も考えることはないだろうと思う。渡したということ以外に。そういうことを言いたいのです。

なぜ、その段階でそういうことを言わなければいけないのか。充当は他の債務が出てきてはじめて問題になるのです。そうすると、必然的に、他の債務の存否に関する主張・立証をすべき責任をどちらに負わせるのが合理的なのか、ということが問題になります。他の債務がないということまで被告の方に主張・立証させなければいけないのか、他の債務もあったということを原告に主張・立証させなければいけないかという問題です。

この場合、リング代金債務が発生したかしなかったか、わからなかった場合、研修所説の書き方に従ってやるということは、弁済は認められないことになるということではないでしょうか。80万円はリング代金に行ったのかサ克蘭ボ代金に行ったのか結局わからないのですから。リング代金債務があればそちらに行くことになるのに、そのリング代金債務が発生したかどうかはわからないのですから、サ克蘭ボに行ったかどうかはわかりません。しかし、この結果はちょっとおかしいと私には思われます。リング代金の方に行ったはずだということを言うのなら、リング代金が発生したということは、とりあえず原告の方で主張・証明しなければいけないだろうというわけです。

辻 再抗弁ですね。

山下 そうです。原告の方でそうしなければ、もう80万円はサ克蘭ボに行ったと扱うしかないのではないかと。このやり方が常識にも、債権発生について一般に採用されている扱いにもよく合うのではないかと。このように考えるわけです。

辻 では、私の理解が不十分なのかもしれませんが、研修所説で「結びつき」と言うときには、サ克蘭ボ代金として80万円を支払ったということですね。

山下 書かせるのですね。

辻 その立証対象は、サクランボ代金として結びつきはどういうことになるのでしょうか。

額田 「サクランボ代金として」としか言いようがないでしょうね。

山下 何を言っているのか、わからない。

額田 ごまかしといわれれば、そのとおりです。

山下 何を言っているかわからないでしょう。

額田 ですから具体的には、それこそ単発であるけれども、指定ということになりますよね。

辻 ただ、本人が「サクランボのつもり」というのは全然だめなのですね。

額田 それは外に表れているでしょう。

山下 そのときに、本当に表れていない、ただ、送られただけというときに、それを額田先生の表現をするという、ほかに何も無いときにはそういう場合は法律が当該債務に当てられると見ているわけですよ、言ってみれば、法定の当然の指定がある。それだから何も無いとしたら、事実としては何も言わなくてもいいじゃないのと、事実としては。他の債務が何も無いときに80万円が送られれば、これはサクランボ代金に、「指定」という言葉は、他の債務が無いときに使うのはおかしいけれども、指定されたことになる。もう客観的にみるしかないのだから、客観的にみればサクランボ代金に行くしかないのだから、それで十分だ。何も他のことを言う必要がない。ただ、送りましたと言えよ。どうしても「結びつき」という言葉によって説明したいのなら、80万円を送りましたという事実の主張により結びつきの主張もなされていると言えよ。

私の言っているのは極めて自然で素直な考えだとずっと思ってやってきました。研修所説の方が、結果として、不必要に張り切っていることになるのではないのでしょうか。有力な学説が主張・証明責任に焦点を当てることなく述べた実体法上の一般的命題をそのまま要件事実の世界に引き写してしまったことか

ら生じた好ましくない結果ではないかと考えています。

私だって、支払があっても最終的に支払と債務との結びつきが付けられないことになれば、弁済が認められないことは当然だと認めています。でも、訴訟におけるルールとしては、他の債権が出てこなければ結びつきは自動的にできてしまう。それで十分。何も他の言葉でもって言う必要はないだろうということです。

額田 ここでも研修所を擁護するわけではないのですが、研修所が引いている昭和30年の判決⁽¹²⁾では結びつきは弁済者の立証責任だと言っています。

山下 問題は、この判決が正確なところその言葉によって何を言いたいのかということなのです。

額田 もちろん、この判例自体もよくわからないところがありますが。

山下 最終的には結びつきがなければいけない。請求されている債権に対応する内容の一定の給付がなされればそれで終わりというわけではない。このことを否定する人はいないでしょう。しかし、今問題にしているのは、このことを前提にしたうえで、弁済者が抗弁の段階でまず何を言わなければならないかということなのです。判決文からうかがわれる訴訟経過に照らすと、研修所が引用する30年のこの判決を今ここで取り上げている問題、すなわち、弁済者は抗弁の段階でとりあえず何を言わなければならないかという問題についての判断を示すものとするにはできないと言ってよいと思います

額田 この30年の判決も、46年の判決⁽¹³⁾も、弁済者の方で給付が当該債務の履行としてなされたものであることを立証しなければならないとし、別口債務は間接事実と見ているようです。

山下 私だって、最終的に結びつきがなければいけないということを前提に、結びつきができちゃうだろうと言っているのですよ。他に何も出てこなけれ

(12) 最判昭和30年7月15日民集9巻9号1058頁。

(13) 最判昭和46年9月29日判例時報636号50頁。

ば。

結びつきが必要だと言っている学説だって、裁判例だって、他に債務が何もないときのことを考えているわけじゃないと思います。他の債務があることを前提にするからこそ結びつきのことが出てくるので、確かに他に債務があるときには結びつきが問題になります。

しかし、結びつきというのは、結びつける根拠となる事実を述べることによって主張すべきものであり、「弁済として」とか「履行として」とかいう言葉で主張すべきものではないはずです。私の一番言いたいのはこのことなのです。

辻 この判例は、要するに別口があるからこそ、結びつきの問題が出てくるわけですね。だからリングとサクランボの例で言えば、再抗弁から始まっているのではないですか、変な話ですが。

山下 そうですね、そういうことですね。まず別口が出てきた。

辻 出てきたから、その結びつきを言えと。

山下 出てきた以上は、結びつきは必要である。

辻 そういうことを言っているのではないのかなと思います。

山下 それはたぶんそうですね。

辻 もしかして、結びつきを言う説は、何が原則で何が例外かという、いくつも債権があるのが原則で、だから1本しかないというのは例外としてみているといことになるのでしょうか。それで、山下先生は1本しかないが原則だとお考えでしょうか。

山下 それで考えておけば、とりあえずはいいだろう。

辻 例外的に二つある場合には、例外を言う方が主張しなければなりません。そういう考え方になっているのではないかと思います。どうでしょうか、判例の理解なのですが。

山下 そもそも債務者が先走って、他にも債務があることを前提にした主張を考えることはないだろう、横着といえば横着かもしれませんが。つまり、そ

ういうことを問題にしたいのなら、問題にしたい方が「他にもありますよ」と言って来い。充当の問題ですよ、法定にせよ、指定にせよ、そういう問題になりますよということを言ってきてくれないければ、裁判所はそんなものは問題にしなくてよいということで勘弁してもらいたいと考えている。そういうことなのです。

額田 いまの辻先生の分析のとおりだと思いますが、複数があるときでも、この30年の判決を読めば、それは抗弁だというふうに読めますね。

山下 いや、複数あるとされるときには、他に何もないければ法定充当の規定が適用されます。これは民法で決まっていることですから動かしようがないはずです。法定充当でいやだと思える方は違うということを行わなければならない。それはもうそれこそ原則例外で、法定充当というのは何もそういうことがない場合にどうするかということですから。だからそれでいいということならば、複数あるということだけで効果が生まれるのですね。

額田 そこに対してまた難しいのですが、私の頭ではそれをやると順列組み合わせになって頭がパンクする。

山下 しょうがないですよ。

そのために規定があるわけですから。確かに充当というのはややこしいです。法定充当は本当にややこしいです。規定を見ても、どちらが優先かなかなかわからない。でもそれはしょうがない、法律はそうなっているのだからしょうがない。逆に言うと、それをやらなければ、よけいにわけがわからないことになる。客観性が全然担保できないのですよ、裁判所の判断の。だからややこしいけれども、こうやっていくしかないだろうということになるわけです。

辻 議論はつきないようですが、両先生のお話で問題点は鮮明になりましたので、二つめのテーマは一応この辺で、お終いにいたしましょう。

「停止期限付解除」

辻 要件事実鼎談の3つめのテーマに入ります。

3つは、「停止期限付解除」です。これはどういう話かと言いますと、例えば、売買代金の支払がないので売主の方で解除したい場合、「7日以内に代金を支払わない時は売買契約を解除する」という意思表示をするのですけれども、この意思表示について「7日経過したら解除する」と読み替えをせよというのが、研修所の教えです。

この話は、私が研修所に入って最初の頃の民事裁判の授業で聞いたのですが、かなり違和感を覚えたように記憶しています。

売主本人は「7日以内に払わなかったら解除する」と言っているのに、「7日経過したら解除する、ただしその間に払ってくれたらその限りではない。」という意味だと読み替えるという説明がなされたので、その当時は「要件事実というのはそういうものなんだ」と一応納得しておりました。ただそれで実際には、弁護士になって自分で内容証明を書くときには、そんな言い方をやはりしないで、「7日以内にお支払ください。支払わないときには解除します。」と、必ず書いていました。

それで実際には研修所の教えを使わなかったわけなのですが、ところがこの法科大学院の授業を始めてから、びっくりするようなレポートが出てきたのです。

どういうのかと言いますと、分割払いのときの期限の利益の喪失約款についての説明です。例えば1000万円を毎月10万円ずつ100回払いで払うという約束のとき。そのときの期限の利益喪失約款について、普通は「1回でも支払を怠ったら期限の利益を喪失し……」という文言になっているのですが、これを研修所流に解釈すると、「毎月末日が経過したときは期限の利益を喪失し」、残額全部の弁済期が到来するとの合意と読み替えるということになります。このことは、『第一巻』の272頁にその通り書いてあります。つまりさっき言った7日以内に払わないときは解除するというのを7日経過したら解除するに読み替えるという教えの、その行き着く先がこの期限の利益喪失約款というわけです。

これ以外にも、今回演習で勉強した賃貸借契約における無催告解除特約でも

同じことが言えます。無催告解除特約とは、例えば「家賃の支払を1回でも怠ったら催告なしに解除することができる」という条項のことです。これについては研修所では、「賃料支払時期が経過したときは賃貸人は催告を要しないで賃貸借契約を解除することができるの特約」と読み替えるそうです。これは『類型別』の103頁に書いてあります。

「○日以内に払わないと解除する」というのは、これは「○日経過したら解除する」つまり停止条件ではなくて停止期限と解釈するというのが『類型別』(20頁)の中に書いてある説明です。

しかし、こうした説明に従って主張整理がなされたものを、例えば主張した本人や相手方が見たら何と言うでしょうか。おそらく「そんな約束はしていない」と言うでしょうね。

1回でも分割払いを怠ったら期限の利益を喪失するというのはわかるのですけれども、その末日ごとに期限の利益を失って全額弁済しなくてはいけないとか、家賃をちゃんと払わなかったら無催告で解除という約束をしているのに、毎月末日が来たら解除されてしまうとか。このように、当事者が約束していないことが主張整理の中で出てくるといことになるわけですね。なんだか、おかしい話だなあと感じております。

それで額田先生が研修所教官でいらした頃はどのように教えられていたのでしょうか。停止期限の点ですけれども。

額田 停止期限説です。私は弁護士ですから停止期限で事実摘示を指導することはないのですが。停止期限の話は私が修習生の時代にもありました。条件ではなくて、停止期限だ、と。停止期限という言葉自体も初めて聞きました。テキストは私が教官になってもそんなに変わっていませんので、教官時代も民事裁判では同じように停止期限説でやっているのだと思います。弁護士の方は内容証明や訴状にどう書くかですから、それはこの『類型別』を踏まえた上で、しかし「通常はこう書くのだよ」ということでやっていました。

ただ実務的な面で言うと、「払わないときは解除する」というのはなかなか

書きづらいもので、払わないときに解除すると言ったらそれは一種の前触れみたいなもので、もう1回解除通知が実は来るのではないかと受け止められるのではないのでしょうか。素直に条件だと言うと、それもまた書き方としては書きづらい。「あらかじめ本書面で解除する。」という表現もあります。条件説ではなかなか難しくなるなあ、というのはいつも私自身は感じていたのですけれども。「あらかじめ、本書をもって解除する旨、意思表示する。」とか。逆に不自然な言い方だなという感じはいつも持っていて、苦勞しているところです。

山下 それは表現の工夫で対応できると思いますけどね。

辻 私もその辺、「あらかじめ通知することなく解除になりますので、すぐに出ていってください。」とか、書き方の工夫はしていますけれども。やはり払わないことが条件になるような、相手に分かるような書き方をしていますよね。

額田 条件というかは別ですけども、「払わないときは…」ですね。

辻 「払わないと」と必ず明記している。

額田 はい。

辻 ということなのですが、それに対して例えば修習生からの疑問とか不満とかは出たことはないのでしょうか。

額田 弁護教官としては私自身は聞いていないですね。それは私自身がそうであったように、今の修習生も、「ああそういうものか」と思うのではないのでしょうか。それで、それ以上には発展はしない。

辻 この点、山下先生のご意見はどうでしょうか。

山下 結論を言えば、これはとんでもないことだと思っています。研修所で教えていることの中には、法科大学院に来て最初に、これはおかしいのではないかと感じたことは他にもいくつかあったのですけれども、一番ショックを受けてとんでもないことだと思ったのはこの点です。なにせ、当事者は、条件と期限という両立し得ない二つのもののうちの一方である条件であると明確に主張しているのに、他方の期限であると主張していることになってしまえと教えてい

るのですから。今さら言うまでもないことですが、意思表示の効力の発生を将来の成否未定の事実にかけると、つまり、その事実の成否によって法的効力が発生するかしないかが決まるときのその事実のことを条件というのですね。それに対して、意思表示の効力の発生を将来生ずることが決まっている事実にかけると、つまり、意思表示の効力が将来発生することは決まっています、当該事実によって決まるのは意思表示の効力の発生する時期だけであるというとき、その事実のことを期限というのですね。これを時の経過が絡むもので言いますと、期日が経過したら意思表示の効力が必ず発生するもののみが期限であって、期日が経過しても他の事実が生じなければ意思表示の効力は発生しないという留保のあるもの、これは期限ではないのです。留保がつくものは期限ではないのです。これは条件です。ところが、請求原因では、当事者が留保が付くものすなわち条件であると明確に主張してきているのに、期限であると主張しているかのように書けて言うのでしょうか。研修所は。

辻 そうですね、はい。

山下 それは鷺を鳥と書けてことではないですか。言い変えたって鷺は鳥にはならないのですよ。「1週間が経過したら解除します。ただしその間に支払われたら解除になりません」と言うのは「1週間以内に支払われない場合には解除します」というのと同じなのです。それを言い変えただけなのです。民法は条件と期限とをはっきり分けているのです。留保のないもののみを期限と言ひ、留保のあるものを条件と言っているのです。それなのに、当事者が主張しているのが留保のあるものすなわち条件であることが明らかなきにあなたも留保のないものすなわち期限であると主張しているかのように整理せよ、そのように書けというのは、とんでもないことだと私は思っています。司法研修所ともあろうものが、鷺を鳥と書けという教育をしようなんていうのは法曹教育のあり方として決してあってはならないことではないか。これがこの問題についてまず最初に感じたことでした。細かい理屈を考える前に、事実としてとにかくこのように感じたのです。そして、今でもこのとき感じたことは正しか

ったと考えています。自分が若いころ教わったときにこの辺りのことがどうだったか全然記憶にないので、どのように教わったかについては全く自信がないのですが、この辺りのことをあまり記憶していないということは、つまり辻先生がお感じになったような違和感を覚えたという記憶がないということは、そのようには教えられていなかったのではないだろうかという気がします。

私の不勉強もあって、研修所でこういうことが教えられているということを知らなかったものですから、法科大学院に来てそのことを知ってショックを受けたのです。極めて不自然で、鷲を鳥と言いくるめる要素が濃厚であることは誰であっても否定できないと思います。研修所でもそれが気になるのか弁解めいた説明をしています。条件みたいに見えるけれども、「合理的に解釈して」期限と見るべきであるというのがその説明です。

しかし、当事者の主張している事実の内容を裁判所の「合理的解釈」に従って決めるということの意味がまず問題です。それが、当事者の主張している事実にもどのような法的効果を与えるかを決めその法的効果を生むのにふさわしい事実が主張されているものとして扱うことを意味するのなら、それは裁判所の行為として許されるべきことではないはずですが、そのようなことは裁判所の行為として少しも合理的ではないのです。むしろ極めて不合理なことと言う以外にないでしょう。当事者の主張している事実にもどのような法的効果を認めるかは、裁判所が法的に見て合理的と考えるところに従って自由に決めればよいことですが、それは判決の理由において行うべきことであり、当事者の主張している事実を整理する段階でそのようなことをすることは決してあってはならないことのはずです。

もっとも、当事者がどのような事実を主張しているのかということを知るためには、当事者の用いた言葉にとらわれることなく、当事者が真実どのような事実を言いたいのかを探るべきであり、当事者の主張している事実を裁判所の「合理的解釈」によって決めるという表現にふさわしいものがあるとしたら、むしろこの作業こそがそれに当たるのではないのでしょうか。この観点から

するときは、逆に、当事者が言葉としては単に「7日が経過したら解除する」と通知したと主張しているときでも、その主張を「7日以内に支払われないときは解除する」と通知したという主張であるように解釈することこそが合理的な解釈なのではないでしょうか。まともな人間が、「7日以内に支払え」と催告したと主張しておきながら、「その間の支払の有無にかかわらず7日が経過すれば解除する」と通知したなどと主張するはずはありませんから、表面的には「7日が経過したら解除する」と期限付きの意思表示をしたと主張しているように見えるときでも、そこで主張されていることは、「7日以内に支払われないときは解除する」と条件付きの意思表示をしたということであるように理解することこそが「合理的解釈」の名に値するのではないのでしょうか。

いずれにせよ、主張する事実として当事者が言っていることが条件であることが一義的に明らかなきに、それを裁判所の「合理的解釈」によって期限に変えてしまうなどということは、裁判所として厳に戒めるべきことであるはずです。こんなことを無神経に行っていたら、判決を見た当事者は、裁判所というところは、自分の都合により当事者が言ってもいないことを言ったかのようにしてしまってそれに基づいて結論を出すところだと考えるでしょう。こんなことをしていたら、裁判所、ひいては裁判制度に対する信頼が大きく損なわれてしまいます。

「合理的に解釈して」条件を期限にしてしまう、鷲を鳥にしてしまうなんてそんな不自然なことを研修所でなぜ教えなくてはいけないのか。こちらの方が私にとっては関心のあることでした。最初はわからなかったのですが、研修所の述べているところをよく読んでいくうちにわかりました。わかってみると簡単なことなのです。二つの前提が研修所にあって、その二つの前提をどちらとも維持しようとする条件を期限にしてしまう、鷲を鳥にしてしまうより外に方法がないためにこんなことになったのです。

二つの前提とは何かというと、一つは、主張責任と証明責任は常にその負担者が一致するという前提です。主張したほうが常にそのことを証明しないとい

けない、証明できなかったときには負けるという前提が一方にある。そうなる
と例えば1週間以内に支払われなかったときには解除するという条件付きの意
思表示の主張にすると、条件成就の事実として1週間以内に支払われなかった
という事実も主張して証明しなければいけなくなり、払われたか払われなかっ
たか分からない場合には、払われたものと扱われてしまうことになります。

他の一つの前提は、金が払われたかどうかということについては、払ったと
主張する方が常に証明しなくてはいけないという前提です。研修所では、払っ
たか払わなかったかわからない場合は、常に、払わなかったものとして扱う、
という立場をとっているのですね。

ところが、1週間以内に支払わなかった場合には解除しますという条件の主
張にしてしまうと、これら二つの前提を両立させることができないのです。請
求原因において、解除の意思表示を7日以内に支払わなかったらという条件付
きのものにしたら、原告は、被告が1週間以内に支払わなかったということを
主張して証明しなくてはいかんですね。どちらかわからないときは支払ったこ
とになる。

辻 はい。

山下 他方で、支払ったかどうかわからなかった場合には支払わなかったこ
とにしなくてはいけないということが、もう一つの前提から要請されます。

一方の前提からは支払ったことになり、他方の前提からは支払わなかったこ
とになります。二つの前提からくるそれぞれの結論がぶつかってしまうので
す。両立しないのです。それを何とかして、ぶつからないようにしようという
ことにしたら、条件を期限に変えてしまうしかないのです。鷲を烏にしてしま
うしかないのです。

辻 はい (笑)。

山下 苦し紛れの策だと思います。何でそんな苦し紛れの不自然なことをや
らなくてはいけないのか、そんなことをする前に、前提にしている二つの命題
が本当に正しいのかどうかについて考えてみるべきであったのではないのかと

というのが私の言いたいことなのです。ある前提に立って正しく論を進めていった結果、是認できない結論に至ったときは、前提にしたところに誤りがあるというのは、誰でも知っている理屈のはずです。

辻 停止条件だとすると条件成就是、その条件成就是を主張する方が立証しなくてはいけないことになるのですよね。

山下 証明の前にまず主張が問題になります。条件付きの意思表示の法的効力を主張したい当事者は、証明について論ずる前に、まず、条件成就の事実を主張しなくてはいけない。

辻 はい主張はしなくてはいけない。

山下 主張がなされると、争いがある限り証明の問題になります。どちらかわからないときは証明責任で決めるしかありません。

研修所は、さっき言いましたように、主張した以上は主張した側が証明しないといけないということを動かしがたいこととしていますから、研修所の立場ですと、その間に支払がなされたかどうか真偽不明のときには支払がなされたものとして扱われることになり、結局1週間以内に支払われなかったというその条件は成就されなかったことになってしまいます。

ところが、一方、支払の有無については、研修所では、支払をしたと主張する方が証明しなくてはいけないという立場をとっているわけです。この立場では、支払があったかどうかわからないときは支払はなかったものとして扱われることになります。

辻 それは大原則ですね。

山下 これら二つは両立しないでしょう。

だから両立させるためにはもう条件を期限にしてしまうしかないのです。驚を鳥としなければ、説明がつかなくなってしまうという袋小路に追い込まれた。そこから何とかして逃れ出ようということでもがいているのが、この説明だろうと私は思っているわけです。

そんな無理をしなくていいのというのが、私の言いたいことなのです。

辻 その二つの前提というのは、もう一回確認しますけれども、一つは主張責任と立証責任の一致ですね。

山下 はい。一つの前提は主張責任と立証責任は常に同じ当事者に負担させなければならないということです。主張した以上は主張した方が証明しなければいけない。主張した事実を。それが真偽不明に陥ったならばこれはもう負けてしまう。この場合でいうと払ったことになってしまうのです。

辻 もう一つが払ったという方が立証しなければならないということですね。

山下 そう。払ったか払わなかったかわからないときには、払わなかったことになってしまう。払ったことになるのと払わなかったことになるのは両立しません。そこでなんとかこれらを両立させようとして苦しまぎれに考えられたのが、条件を期限にすり替えてしまうということだ。そう思うしかない。しかし、こんなことをしていたら、さっき辻先生もおっしゃったように当事者は怒るだろう、わしはそんなことは言っとらん、おれもそんなことは聞いとらんと言ってね。しかもこれ類型的なことでしょう。

内容証明で、1週間以内にお支払くださいと、お支払がないときにはそれまでもうこれ以上催告することもなしに契約は終わりになりますよと書くのは、これ内容証明で出す類型的な文言でしょう。

辻 はい。

山下 研修所で教えているのは、主張整理に当たり、それを請求原因においてそのまま書いてはいけない、1週間が過ぎたらおしまいになりますと通知したと主張しているように書け、ということでしょう。何でそんな不自然なことをしなくてはいけないかということなのです。

辻 そうするとその二つの前提のうち、どちらかが間違っているということになるのですか。おかしいということになるのですか。

山下 そういうことです。二つの前提のどちらだって絶対的に常にそうでなくてはならんということはないというのが私の結論です。

しかし、問題なのはそのうちの一つの方です。主張責任と証明責任の負担者

が常に一致しなければいけないという方です。研修所は、これを動かしがたい前提にしているのですけれども、これが動かしがたい原則であるということ、いったいそれはどこから来るのだろうかということが私にはわからなかったのです。研修所が当然のことみたいに言っている主張責任と証明責任の負担者が常に一致しなければいけないということの根拠がいったいどこにあるのだろうか、というのが私の疑問だったのです。

もう一つの、支払があったかなかったかについてわからなかった場合には、なかったものと扱われて支払をしたと言う方が負けになるという方は、ほとんどの場合にはそれでよいのではないかと思います。これには法規上の根拠があり、世間一般の常識にも合致しているからです。

民法の486条は、弁済したときには証書を請求する権利があることを定めています。弁済をした者は弁済を受領した者に対して受取証書の交付を請求することができます。これは、裏から言うと、払う方は、後で問題になるときは証明できるようにちゃんと証書を用意しておきなさいということになります。法律もこういう権利を与えて証明しやすいように助けてやっているのだから、払ったか払わなかったか問題になったときには、お前の方で証明しなさいと。こういう手段を与えてやっているのだから、払ったか払わなかったかわからなくなったらお前が不利に扱われても仕方ないぞ、というように民法は考えているという説明ができると思うのです。そして、これは世間一般の常識にも合致していると言ってよいと思います。だから、こちらの前提の方は、たいていの場合はそれで構わないだろうと割に言いやすいのです。しかし、これだって、どんな場合であっても払ったかどうかかわからないときには払わなかったと扱わなければならないのかと言われれば、そんなことはないと思います。法律が、支払がなかったことにつき争いがないか支払がなかったことが証明できたときだけ法的効力の発生を認めることにする場合があってもおかしくない。払ったか払わなかったかが問題になったとき、払わなかったと主張する方にお前の方でそのことを証明しろということが場合によってあってもおかしくない。立法政策

で事柄によってはそういうことにしても考え方としてはおかしくない。ですけど、民法が先ほど述べたように決めているのですから、反対の根拠がはっきり示されない限り、払ったか払わなかったかについて問題になったときには、払ったと言う方が証明責任を負っているという具合に考えていだろうと思っています。

しかし、主張責任と証明責任の負担者が「常に」一致しなければいけないというのは、どこにも根拠がないのではないかというのが、私の第一感だったのです。いったいどこからそういう結論が出てくるだろうというのがわからなかったのです。

辻 今の点について、額田先生のご意見はどうか。

額田 条件と期限は両立しないと山下先生がおっしゃって、ああ確かにそうだなと思います。それについては反論の余地はありません。けれども、ここでも民裁教官室の肩を持つわけではないのですが、意思表示に期限がついているだけで、期限が来たら意思表示が発効する。しかし弁済があったら解除の効果は生じないと。そう言っているだけではないかと思うのです。解除の意思表示に対して何も反応がなければ解除の効果が生ずるのだけれども、いやそれ以前に返済しているという抗弁が出てくると解除の効果は生じない。解除の意思表示はあるけれども解除の効果は生じないとそう言っているだけではないのかなと思うのです。

山下 良くわからないな。

辻 そうすると期限の利益喪失約款はどうなるのですか。

額田 ちょっとそこまではわかりません。

辻 わからなくなりますか。そうすると…。

山下 解除という法的効果の発生を支払わないという事実にかからしめていることは疑いないのです。今問題になっているのは解除という法的効果なのですね。解除という法的効果の発生を原告は主張しているわけです。そのためには支払がなかったということが要件になるのですね。それが条件というもので

す。

額田 不払いが前提ですけれども、それに対して解除の意思表示あるわけですよ。解除の効果の発生要件として。不払いの状態については今山下先生がおっしゃったように弁済者の方でそれを立証しろというのも一つの考えであると。ですからそれはちょっと置いていただいて、問題は解除の意思表示に期限がついているだけだと考えるのです。

山下 いや解除の効果の発生に期限あるいは条件がついているだけです。事実としての意思表示には期限も条件も何もないですよ。やっちゃっているのですから、意思表示そのものは。ただ意思表示によって発生する法律効果の発生に期限や条件はついているのです。

額田 しかし停止条件付き解除の意思表示と言っているわけですよ。

辻 意思表示、そうですね。この『類型別』を見ると停止条件付き解除の意思表示。

山下 事実としての意思表示が行われていることは明らかなのですから、支払がなかったという事実が発生しないと法的にはその意思表示をしたことにならないというだけのことでしょ。

額田 いや、弁済しているのに解除の意思表示をするのは勝手ですよ。ただそれは解除としての効果を発生させないだけであって。意思表示自体は存在している。今すぐ意思表示するのではなくて、7日経ったときに意思表示のあったものと扱おうと。そういうふうなものとするという意味で停止条件付き意思表示だと言い、それに対して弁済の事実があれば解除の効果は生じないと。そう言っているだけではないのかなと思うのです。

山下 払わなかった場合にはこの意思表示をしたことになりますよと言っているのですよ。そのときが来たら意思表示をしますと言っているわけではないのですよ。そういう言い方をするのならね。

額田 ええ。

山下 あなたが払わなかった場合にはこういう解除の意思表示をしたことに

なりますと言っているのだから、払ったか払わなかったかということが問題になる。

額田 そうですが。払わなかったときは解除の効果を生じさせるべく解除の意思表示をするけど、これは期限がついている、7日経ったら…。

山下 期限ではないです。過ぎただけで解除すると通知したなどと主張していないのですよ。払わなかったらこういうことになりまして通知したと主張しているだけです。この二つは全然違う。貸主は、7日過ぎたら借主がその間に支払おうが支払うまいが解除すると通知したなどとは全く主張していないのです。支払わなかったときだけに解除すると通知したという意味の主張しかしていないのです。これら二つは全然意味が違います。

額田 はい。

山下 内容証明で、1週間以内に払わなかった場合には解除しますとはっきり言っているのです。この解除の意思表示は払わなかったときでないと効力は発生しませんと言っている。1週間が過ぎてしまったら解除の効力が発生しますなどとは言っていないのです。

意思表示をしたかどうかという形で言うならば、解除するという意思表示は、不払いにならない限りしたことになるということでしょう。今解除しますと言います。しかし、それはあくまで1週間以内に払われなかったときにしたことになりますと、こういうことでしょう。払わなかったらしたことになるから、そのことによって当然解除になってしまうと。こういうことになります。もしもその間に払われてしまえば、結果的にそんな意思表示がなかったことになってしまう。

額田 意思表示がなかったことになるのでしょうか。意思表示としてはやはり厳としてあって……。

辻 ありますよね。内容証明で出しているのだから。あるのですけれども。

山下 事実としての意思表示はあるのです。しかし、この意思表示は無条件でやっているのではなくて条件付きでやっているのです。払わなかった場合に

は解除になりますよということなのです。事実としての意思表示があっても、不払いという条件が成就しないとこの解除の意思表示は法的にはしたことなくならず、意思表示は解除という法的効力を生まないのです。貸主は、自分の行った解除の意思表示はこういう内容のものであったと言っているのです。

額田 もちろんそうですね。シンプルにその当事者の書いている文言というのは、「払わなかったら解除する」のですけれども、こう言えばまさに鷲を烏と批判されるかもしれませんが、意思表示自体はとりあえずするのだと。その意思表示というのは解除に向けられた、解除という効果に向けられたものであるけれども、しかし、解除権の発生のためには不払いという事実が要件であると。ただその不払いの事実というのは、解除権を行使する側には立証責任はない。それは一応弁済という事実が出てくるまではあるものとして扱い、あるものの上に解除の意思表示が出てくると。

山下 私が今ここで直接問題にしているのは、主張整理に当たり、貸主が主張している解除の意思表示を条件付きのものとしなくて期限付きのものであるように書いてよいかということであり、条件付きのものであることを前提にした場合に、不払いという条件が成就されたことの主張責任をいずれに負わせるべきかということではありません。これら二つは別の問題です。今、額田先生が貸主には責任がないとおっしゃっているのは、これら二つの問題のうちの後者に関することで、不払いという事実については、貸主には証明責任がないから主張責任もないということではないでしょうか。しかし、仮に後者の問題に関して、不払いという事実については貸主に主張責任も証明責任もないとの立場をとるとしても、そのことにより、前者の問題に関して、貸主が行った解除の意思表示の内容自体を不払いという条件の付いたものから期限付きのものにしてしまうことが正当化されることにはならないはずで、不払いについての主張責任や証明責任をどちらに負担させるかという法律問題と、当事者が主張している事実の内容が何であるかという事実問題とは、性質を異にする別の問題であるからです。

のみならず、民法は、条件付きの意思表示については、条件が成就したときに初めて効力が発生すると言っているのです。そうすると条件が成就したことを言わなければその効力が発生したことを主張したことになるのではないのでしょうか。それが停止条件というものだから。条件、期限については、その存否が問題になる場合には存在を主張する側が、存在を前提にしてその成就、到来が問題になる場合には成就、到来を主張する側が、それぞれ主張責任を負うというのが一般的に認められている考えであり、研修所説もこの考えを当然の前提にしているのではないのでしょうか。そうだとすれば、条件付きで意思表示をしたということを前提にする限り、解除という効果が発生したことを言うためにはその条件が成就したということをも言わなければ解除したことを主張したことになるのではないかというのが私の言っていることなのです。

1週間過ぎたら解除したことにしますと言っているわけではないのだから。その間に払わなかったときには解除しますと言っているのだから、どうしたって、払わなかったことを言わなければ契約は解除されたと言ったことにはならないのではないかということです。

額田 確かに当事者の素朴な言葉としては、条件と言っています。

山下 条件となったらこれは期限になることはあり得ないのです。

額田 いやだけど、それはどこまでも素朴な話として条件で、それが法的なものの条件なのかということです。

山下 法的な条件ですよ。法的な条件以外の何物でもありません。1週間以内に支払わないというのは紛れもなく事実ですから、成否未定の。条件以外に他に理解しようがないですよ。

額田 でもそれは払わなかったらという言葉を使っているだけで……。

山下 別の言葉に言い変えたって同じことなのです。払った場合には解除にならず、払わなかった場合には解除になるのですからね。それを条件というのですよ。それを言い変えたところで、ことの実態は何にも変わらないのです。

条件か期限かを定めるのはことの実態であってそれをどう言い表すかではないはずです。それなのに、別の言葉に言い変えてことの実態を変え得るようなふりをするのを鷲を鳥と言いくるめる類の議論と私は言っているのです。

言い変えただけなのです。1週間が過ぎたら解除します、ただしその間に払われたら解除しません、というのと、1週間の間に払われなかったら解除します、というのは同じことなのです。内容が違っているわけではないのです。同じことを言い変えただけなのです。言い変えたからと言って、実態を見ると解除になるかならないかが1週間以内に支払わないという成否未定の事実にかかっているのだから、条件であることはどうにも変えようがないのです。それなのに表現を変えることによってあたかも条件が期限になるかのように言いくるめようというのが研修所のやりかただと私は思っています。

辻 研修所の説明の「ただし7日以内に支払ったときにはこの限りでない」というところは、支払ったら債務不履行責任は問われない訳ですから、当然のことなのです。当然のことだから、書かなくていい。とすると「7日過ぎたら解除します」だけが残るとそういう説明になるのです。

山下 貸主は、契約が解除になったという主張の根拠として、催告と同時に行った効力の発生を将来の事実にかからせる意思表示を主張しているのです。したがって、ここで貸主が主張しなければならないのは、もともと、当該意思表示においてどういう場合に解除になるものとされていたかだけであり、解除にならない場合のことを考える必要は全然ないのです。辻先生がおっしゃっている研修所の説明は、考える必要のないことをあえて取り上げて考えなければならないことから目をそらせようとするものと言われても仕方がないのではないでしょうか。更に言えば、先にも申し上げたとおり「ただし7日以内に支払ったときにはこの限りでない」という意思表示の内容は、「7日以内に支払わないときは解除します」という意思表示を言い変えただけであり、意思表示が「7日以内に支払わないときは解除します」というものであるからこそ出てくるものなのです。貸主の意思表示が本当に「7日過ぎたら解除します」という

ものであるなら、意思表示の内容としてはこれから当然には出てくるものではありません。「7日過ぎたら解除します」というこの意思表示の下でも、7日以内に支払ったら解除にならないというのは法的判断としては当然のことですが、ここで問題となっているのは貸主がどのような意思表示を行ったかであり、それに対してどのような法的評価を下すかではないはずです。本当に何も留保を付けずに「7日過ぎたら解除します」と言ったら、それは、「7日過ぎたらその間に支払があろうがなかろうが、解除します」と言ったこととなります。しかし、まともな人間が、7日以内に支払うように催告しておきながらその間に支払があろうがなかろうが解除になるなどというようなことを言うことはあり得ません。だから、先ほども申し上げたように、仮に、何も留保を付けずに「7日過ぎたら解除します」と通知したと主張しているように見えるときでも、むしろそこには「その間に支払がなされなかったときには」という留保が入っているものと見るべきことになるはずなのです。

額田 「ただし7日以内に払った時はこの限りでない」というのは、山下先生のおっしゃるとおり弁済というものが抗弁になっているという前提に立っているからそういう言い方になるのですよね。

山下 証明責任を弁済したことを主張する側に負担させるということをまず決めておいて、無理やりそれに併せて主張責任を考えるからそういうことになるのです。逆に条件、期限という点から言ったらどう言い変えてみても条件は条件なのですから、条件付きの意思表示であることを前提に考えざるを得ないのです。そして、民法は停止条件については、それが成就しなければ意思表示の効力は発生しないと言っているのですから、7日以内に払わなかったということを言わなければ解除の意思表示の効力の発生を主張したことにはならないはずです。これは明白だと私は思っています。現に先ほども述べたとおり、条件、期限については、その存否が問題になる場合には存在を主張する側が、存在を前提にしてその成就、到来が問題になる場合には成就、到来を主張する側が、それぞれ主張責任を負うというのが一般的に認められている考えであり、

この点については研修所説もこの考えを当然の前提にしているのではないのでしょうか。弁済したことを主張する側が弁済したことを証明しなければいけないということを前提に、証明責任に併せて主張を構成しようとするから主張の方がわけのわからないことになってしまうのです。1週間以内に払わなかったら解除になりますという意味表示はごく普通に行なわれることであり、当事者もそのとおりに主張している。それをどうして1週間が過ぎたら解除になりますと通知したと主張したなんてことに変えなくてはいけないのか。そんなことをなぜやらなくてはいけないかということを私は問題にしているのです。先生方もおそらく1週間以内に払わなかったら解除になりますというように書いておられるでしょう。

辻 はい。

山下 私も判決のときに1週間過ぎたら解除になりますと当事者が主張したなんてことは書いた記憶がありません。

それでは、私は、主張立証責任の原理から言ったらおかしげなことをやってきたことになるのかというと、私は、主張立証責任の原理から見ても、自分がおかしなことをやってきたとは全然思わない。自分がやっていることのほうがはるかに真っ当で、研修所が『類型別』なんかで言っていることのほうがよっぽど不自然で不合理な議論だと思っているのです。

なぜ研修所がそんな妙なことを、不自然な、鷲を鳥と言いくるめる類の議論をやらなくてはいけないかということの方に私は関心があつたのです。

主張責任と証明責任の帰属者をどうしても一致させたいという要請が元にあつて、まず証明責任の帰属を決め、主張責任の帰属もこれに一致するように主張整理を構成するからそうってしまったのではないか。そんなにまでして両責任の帰属をなんで一致させなければいけないのか、私は長い間分からなかったのです。

結論的に言えば、私は、両責任の帰属が「常に」一致しなければいけないということについては、何の根拠もないと思っています。確かに、多くの場合に

は、一致することになるだろうとは思っています。しかし論理的に常に一致しなければいけないなんていうことについては、どこにもそんな根拠はないと思っています。

ただし、話を先に進める前に、議論を正確にするため、ここではっきりさせておかなければならないことがあります。それは「証明責任」あるいは「立証責任」という言葉にどういう意味を持たせるかということです。今日ここで私は証明責任、立証責任という言葉を使ってきましたけれども、どういう意味で使ってきたかという、おそらくお二人もそうであろうと思いますが、こういう意味です。例えば今取り上げている1週間以内に払ったか払わなかったかということを例にとってみますと、調べてみたけどわからなかったと。払ったようでもあり、払っていないようでもあると。わからなかったときにどうするか。払ったものとして扱うか、払わなかったものとして扱うか。裁判所としてはどちらかに決めるしかありません。裁判所がどちらかに決めた場合に、一方の当事者が受ける不利益のことを証明責任あるいは立証責任と呼んできたのです。真偽不明の場合に自分に不利な事実が証明されたのと同じに扱われてしまう不利益のことです。我々法律実務家が証明責任、立証責任という言葉を使うとき、意識的にせよ無意識的にせよ通常はこのような意味で使っていると思います。この定義こそが現実の裁判で役立つ定義であるからです。立証責任、証明責任という言葉には法律で定められた定義があるわけではありませんので、原理的にはどのような定義を与えようがかまわないのですが、言ってみれば、上記の定義以外の定義では、裁判に関与する者にとって実用目的に合わないのです。役に立たないのです。

立証責任、証明責任をこのように定義するのなら、立証責任と主張責任の負担者が常に一致しなければいけないなんて必然性はどこにもないと思っています。両者の関係を論ずる出発点としては、両者間の論理的必然的な関係は全然ないと思っています。

辻 そもそも一致するべきだというのは、言ったからには証明しろという裁

判手続上の要請、このきわめて常識的な要請に基づく考え方ですよ。

山下 そうだと思います。多くの場合は、論より証拠という言葉があるように、言いつばなしを許したのではいけないと。多くの場合にはね。言う以上は裏付けを持ってきて言いなさいと。そうでないとなんでもかんでも言いつばなしでいいということになる。裁判所が考えなければならない余分な問題点を抱え込むことになる。それは適正迅速な民事訴訟の運営の妨げになる。だから言う以上は、基本的には裏付けを持って来て言いなさいと。証明できないようなことを言うなという原理があると思うのです。

だから多くの場合は現実には主張責任と立証責任の負担者が一致している。だからこそ近似的にというか便宜的にというか両者の関係を示すものとして「主張立証責任」という言葉があってもいいと思うのです。たいてい一致していますから。でもそれは今言った、論より証拠、言う以上は裏付けなさいという法の一つの要請があって、結果的にそれが決定的な力をもって働く場合が多いからそうになっているだけであって、主張の対象すなわち裁判所の審理判断の対象となるべきことを決めるについてはその要請だけでなく他の要請もあろうのです。

裁判所としては、証明の前に、どのような事実に関心を持って事件を見ていくべきかということをはっきりさせる必要があります。それが決まらなければことは始まりません。どのような事実に関心を持って事件を見ていくべきかということをはっきりさせるという観点からは、最終的にどちらが証明しなくてはいけないかということとはとりあえず置いておいて、どちらがそのことを言わなければならないかをまず決めるべきことになるはずです。したがって、この順序としては主張責任の方が立証責任より早く問題になり、原理的に言えば、この段階で問題になる主張責任の帰属と真偽不明の場合に問題になる立証責任の帰属とがばらばらであっても少しも構わないではないか。なぜそれが常に一致しなければいけないのか。研修所がなぜこんな条件であることが明らかなるものを期限であるかのようにしてしまうような不自然なことをしてまで一致

させようとするのかというのが、初めのうち私にはわからなかったのです。

なぜ研修所がそう言っているかということは今ではわかっています。

辻 はい。それはどういうことですか。

山下 この理由は定義なのです。研修所は証明責任を定義するに当たって、証明責任の帰属が常に主張責任の帰属と一致するように定義してしまっているのです。研修所が証明責任に与えている定義は、先ほど述べた我々法律実務家が普通意識的にせよ無意識的にせよ与えている定義と同じものではないのです。

辻 違うのですか。

山下 違うのです。研修所の証明責任の定義はそうではないのです。他にも研修所は文献を出していますが、院生に説明するのに一番手っ取り早い『問題研究』で見てください。

これは説明を噛み砕いて、「要件事実」なんかに比べるとずっとわかりやすくしてありますからね。これで例えばこの本の7頁です。7頁に「立証責任」というのがあります。こういうように書いてあります。「権利の発生、障害、消滅等の各法律効果の発生が認められるためには、その要件事実が欠けることなく存在する必要があります」と。これはいいですね。これに続いて「訴訟においてその存在が争われるときには、証拠によってそれを立証しなければならず、この立証ができなかったときは、当該法律効果の発生は認められないこととなります」と書いてあるのです。そしてその次に「このように訴訟上、ある要件事実の存在が真偽不明に終わったために、当該法律効果の発生が認められないという不利益または危険を立証責任と呼びます」と書いてあります。そこに括弧して『第一巻』5頁と書いてあるでしょう。『第一巻』5頁を見ると、ここにも実質上これと同じことが書いてあります。ここに全ての混乱の原因があると私は思っています。

辻 これは先ほどの定義と一致しているように思うのですけれども。

山下 いや、違いますね。これは我々が考えている定義と同じではないので

す。なぜかと言うと、研修所は「争われるときには、証拠によってそれを立証しなければならず」と言っていますが、立証責任が主張した方にあることを前提にしないとこんなことは言えないのです。「この立証ができなかったときには、当該法律効果の発生は認められないこととなります」。これは主張した方が立証責任を負っていますということを裏から言っているだけなのです。そうでしょう。

辻 はい。

山下 逆に主張した方でない方が、我々の定義に従って当該要件事実について立証責任を負っているとすると、これは逆になるのです。訴訟においてこれが争われるときは、相手方は当該要件事実について自分の主張する事実、すなわち当該要件事実は存在しなかったという事実です、当該要件事実は存在しなかったということを立証しなければならず、その立証ができなかったときは、当該法律効果の発生が「認められる」こととなりますということになるはずなのです。

今問題にしている7日以内に支払がなかったら解除するという停止条件付き解除の意思表示を根拠に解除が主張されているときの停止条件の成就という要件事実を例にとって、この要件事実について証明責任を負っているのが相手方、すなわち主張責任を負っていない側であるとしてみましょう。この場合、相手方は7日以内に支払がなかったという要件事実について自分の主張する事実、すなわち、7日以内に支払がなされたという事実を証明しなければならず、その立証ができなかったときは、7日以内に支払がなされなかったものと扱われることになり、条件成就の法的効果が「認められる」こととなります、ということになるはずなのです。

このように立証責任の帰属を逆にしたら真偽不明の場合の結論が逆になるのです。先ほど紹介したとおり、研修所は、「このように訴訟上、ある要件事実の存在が真偽不明に終わったために、当該法律効果の発生が認められないという不利益または危険を立証責任と呼びます」と述べていますが、研修所の述べ

ているのは、主張した方が我々が言う意味での立証責任を負っているということをも前提にして初めて成り立つ命題なのです。

辻 なるほど。

山下 主張責任を負っている方が主張した事実を証明しないと「常」に負けるということを何の根拠も示さないままに断定しておいて、これを当然の前提にして、証明できなかつたときには負けるというこの不利益のことを立証責任と言っているのですから、これはトートロジーなのです。同義反復なのです。このように立証責任を定義したら確かにこれは必ず一致する。だって主張責任を負っているほうが証明できなかつたときに負ける、その負担を立証責任と言いますと言うのですから。

確かにこれなら論理必然的に主張責任と立証責任とは常に同じ当事者が負うことになります。問題は、この定義では、我々が解決しようとしている裁判上の現実の問題の解決には全く役立たないということです。

額田 山下先生がおっしゃる、中立的にはっきりしなければ不利益を受ける、それが立証責任だと定義にするなら、ここは「立証しなければならず」ではなくて「立証されないときは効果が発生しない」と。「立証されないときは」と書きかえるべきだと、それが本来の意味だということですか。

山下 「立証しなければならず」よりは「立証されないときは」の方が立証責任を示す言葉としてより正確であることは、額田先生のおっしゃるとおりだと思います。ただし、私がここで問題にしているのは、研修所の行っている立証責任の定義における言葉の用い方の適否ではなく、そこで定義されている内容自体なのです。繰り返して申し上げれば次のとおりです。

主張責任は果たされて事実の主張は出てきていますね。事実の存否がどちらかわからないという場合に、そのときに裁判所としてはその事実があると仮定して処理するか、ないと仮定して処理するかどちらかにしなければいけない。なぜかというところからわからないから裁判しないというわけにはいかないから。これは一般に言われていますね。そのときにその事実がないものとして扱

うときには、主張責任を負っている方に立証責任があることになるのです。そういうことですね。

辻 はい。

山下 逆にどちらかわからない場合には、主張した方が勝つという立場を取れば、これは相手の方が立証責任を負っていることになるのです。そういう負担のことを立証責任と言っているのだから。責任という言葉がよくないのです。そういう負担のことなのです。一種の危険負担なのです。

辻 そうですね（笑）。はい。

山下 危険負担なのです。立証責任というからなんかごちゃごちゃしてくるのですけれど。額田先生が先ほど指摘されたのはこのことなのではないでしょうか。

辻 何か行動しなくてはいけないような、そんな感じになってしまうのですね。

山下 そうそう。だから要するにそういう危険負担のことなのです。主張した方に常に危険負担があるのだということを前提にしないと、先ほど述べた研修所の本で述べられているようなことは言えないでしょう？

辻 我々が考える立証責任とは、危険負担なのですから、その負担はその事実を主張した当事者が負うというのもその反対当事者が負うというのも、理論上両方あり得るわけです。ところが研修所の本ではそうっていない。我々の考える立証責任の定義と違うということですね。

山下 そうです。違うのですよ、立証責任の定義が。研修所の定義だと必ず主張責任と立証責任の帰属は一致するのです。だって主張した事実が証明できないときに当該事実が存在しないものと扱われる不利益のことを立証責任と言っているのですからね。そうしたらもう論理必然的に両責任の帰属は常に一致することになります。しかし、立証責任をこのように定義したのでは、立証責任という概念は現実の裁判において使いものになりません。立証責任という概念が法律実務家にとって役立つのは、主張された事実の真偽が不明に終わった

ときにどっちの不利になるかがまだ決められていないことを出発点にして、さあどっちを不利益にした方がいいだろう、どっちを利益にした方がいいだろうということを考えて、どちらかの不利益に決める際の、その不利益のことを立証責任と呼ぶときであるはずで

だからこそ立証責任の分配ということが考えられるわけです。この研修所の定義によっては分配なんてあり得ないでしょう。最初から決まっている。言葉の定義だからだれでもどのような定義でも勝手にやって構わないです。しかし、ある定義をしたらその定義の範囲内でしか使ってはいけないのです。ある命題がその定義の下では正しいからといって、他の定義の下でも正しいということにはならないのです。ところが、我々は、通常の場合、立証責任という言葉を使って議論するとき、この言葉を研修所が与えているこんな定義の下には使っていないのです。

辻 そうしますと、ここに「訴訟上、ある要件事実の存在が真偽不明に終わったために当該法律効果の発生が認められない」と書いてありますが、この部分だけだったら問題ないのですね。

額田 「真偽不明に終わったときには、発生が認められない」、それはその通りですね。

山下 いやいや、そんなことはない。真偽不明に終わったから発生が認められるということもあり得るわけです。論理的には、どちらになるかは立証責任の分配で決まる。だから真偽不明に終わったときに、その当該法律効果が発生しないというのは、その事実について主張責任を負っている方が、立証責任をも負っている場合だけがそうなのです。逆に相手方が、主張責任を負っていない方が立証責任を負っている場合は逆になります。真偽不明に終わった場合には、当該法律効果の発生が認められてしまうのです。

このように両方の可能性があることを出発点にして、我々は立証責任という言葉は今まで考えてきたのです。ところが研修所はそうではないのです。そういうふうには認めていないのです。主張した方が負う負担を立証責任と定義し

ているわけだから。この定義の下では相手方が立証責任を負うなんてことはあり得ない。

額田 これは私の憶測なのですがけれども、結局主張立証責任はどこから出てくるか、その根拠をどこに求めるか。実体法の解釈から主張立証責任の配分が既に固定されているというふうに考えれば、この研修所の説明のようになってしまうのではないですか。先生はそれはおかしいとされるのですね。

山下 いいえ、そうではありません。個々の法律要件について主張責任にせよ立証責任にせよその配分が既に固定されているという前提（あるいは建前）で考えること自体の当否も議論の対象になり得るでしょうが、ここで私が言っているのは、主張責任にせよ立証責任にせよその配分が既に固定されているという前提で考えること自体がおかしいということではありません。私がここで言いたいのは、個々の要件事実について法律上主張責任についても立証責任についても配分が既に固定されているという前提に立って考えるとしても、その際、主張責任と立証責任の両方を「常に」同じ側に負担させなければならないという形で固定されていると考えなければならないのか、ということなのです。主張責任と立証責任の両方を「常に」同じ側に負担させなければならないということを前提に民法等の規定が設けられていると考えるべきである、ということまでが論証されなければ、立証責任についての研修所の定義は妥当なものにはならないはずです。私の言いたいのは、研修所はこのこと、すなわち、主張責任と立証責任の両方を「常に」同じ側に負担させなければならないということを前提に民法等の規定が設けられていると考えるべきであるということの根拠を示しているのか、そのことについて何らの根拠も示さずにこれを当然のこととして、立証責任を定義しているのではないか、そもそもそんな根拠があるのかということです。それがなければ、最終的には個々の要件事実ごとに主張責任及び立証責任のそれぞれについて別々にそれぞれの制度の趣旨・目的に照らして民法等を解釈していくというのが最も自然で合理的なやりかたではないでしょうか。

主張責任は、こういうことが事実としてあるときにこういう効果を認めると民法等が決めているという前提に立つ以上、その事実を言ってくれなくては裁判所としてはその効果を認めようがありません。したがって、その効果を認めてもらいたいならとにかくそれを言え、ということになります。ですから、少なくとも考え方としてはこれははっきりしているのです。

あとはその主張責任が果たされたときにどうなるのかということです。主張された事実を相手方が認めればそれで問題ない。認めなかった場合、証明の問題になってくる。調べた結果どちらであるかがわかった。このときも問題ない。調べたけれどもわからない。そのときにどうするかということについてまで、民法等が決めているか。普通は具体的には何も言っていない。少なくとも明確な形では決めていないのです。もっとも、はっきり決めている場合もないことはありません。例えばこの間やった無権代理人。あれについては民法の条文自体が証明という言葉を使っていましたね。

辻 「代理権が証明できないときは……」

山下 珍しくあのときは、民法自身はその証明責任を決めています。はっきりと。ありましたね。

辻 117条です。

山下 あれは民法自身が証明責任まで明確に考えています。また、先ほど述べた弁済についての民法の規定も証明責任についての規定と見ることができません。しかし、他の多くのことについてはそこまで民法等が正確に考えて決めているという論証はできていないと思います。

額田 先生のお考えでは実体法、例えば民法の世界なら民法の世界で、過失の立証責任はどちらあるというようなことを論ずるのは、本来は行き過ぎということですか。

山下 そこまで民法等がはっきり考えて決めていれば、決めていているということが分かるものはそれに従ってやっていけばいいのだけど。

額田 条文上それが明確になっている場合はいいですが、そうでない場合は

どうなりますか。

山下 それはもちろんいろいろなことを考えて解釈で、いろいろなところから見て決める以外にない。それはもちろん法律の解釈になる。だから民法と言えば民法の解釈になる。民法がはっきり決めてくれていればそれに従ってやればよいのですが、多くの場合、民法は、そんなことまで正確に考えて決めているかという、私もそんなによく勉強したわけではないけれども、そこまで考えて今の民法ができているとはちょっと思えないのです。

現実に学者でもいろいろ考証して、確か、私の同期の石田さんなんか考証して、民法がそこまで考えて厳密な意味で、もちろん例外もあるでしょうけれども、一般的に言えばそこまで考えて証明責任のことまで細かく考えて決めているとは言えないということを言っていたように思います。それも含めて、結局民法等の解釈になってきている。多くの場合には立法者が明確に証明責任のことまで考えて、決めているということは言えないだろうと。明確にはね。そうなると、やはりこれは解釈で決めていくしかない。

辻 そうですね、はい。

山下 解釈になるということやはりそれはさっき辻先生もおっしゃった、言った以上は証明しろというのがあるから、原則的にね。多くは主張責任と証明責任は一致するし、主張立証責任という言葉がそんなに抵抗なしに使われてきていることにはそれなりの根拠があると思います。お二人もそうだと思いますけれども、私もおそらくしょっちゅうほとんど無意識のうちに使っている。大抵はそれで済むわけです。私もそれは否定しないのです。

ただし、それは、今言ったみたいに、論より証拠で、言った以上はお前それを証明せいやという考え方が通用することが多いから結果的にそうなっているだけで、どんな場合でもそうかというとなんかことないでしょうと私は言いたいのです。

辻 例外があってもいいということなのですね。

山下 はい、そうです。もともと主張責任と立証責任という二つの制度は、

その存在価値、存在意義が違うわけです。だからそれらの帰属が違うことがあっても少しもおかしくない、違うことがあるのはむしろ当然のことだと思っていたら、研修所ではもう帰属が一致するのは必然的だ必然的だと言うから、なんでそんなにこだわるのかと思ったら、研修所の定義がそうなっているのですね。こんな風に定義されたらそれはもう必然的に一致します。この定義の下では、我々が立証責任の概念の下に議論しようとしている実質的な事柄は、もはや議論のしようがないのです。しかし、研修所の定義の下では、そういう定義でことをすべて片付けていいのかということのほうが問題になってきて、私はそれでよいというそんな根拠はどこにもないと思っています。

額田 山下先生にお尋ねなのですが、やはり原則的には一致するというのは承認されるのですよね。

山下 原則的には一致すると考えてよいと思っています。この結論がどこから来るかと言うと、先ほど申し上げたとおり論より証拠で、ただ言いっぱなしというのは、原則的にはよくない、無責任なことである、言った以上は裏付けをなささいということが多くの場合には当てはまり、この要請よりも重視すべき要請がない場合が多いということから来ています。原則的には一致することで結論を出せばいいことが多いだろうと思います。それは否定しない。だからこそ一般的に言えば、主張立証責任と言っておけば困らない。しかし全部が全部そうだというわけではなくて、それを貫いたのではわけがわからないことになってしまうこともある。おかしいことになってしまうこともある。そのときには他の要請も考慮して、総合的に決めるべきだろうと。そうなる、ときには、この点に関する事実はお前さんの方で主張してもらわないと困る、そうしないとどこに問題があるのか裁判所にはわからない、けれどもその事実がいったん主張されてその存否が争いになったときには、それについてはお前さんの方で、反対の方ですね、証明なささいと。そういうことがあったってそれで構わないのではないかと。

額田 お尋ねしたいのは、その「ときには」とか「いろんな要素を考慮して」

というところです。なんらかのルールというか、基準がないといけけないのではありませんか。主張責任と立証責任が一致しないとすると、立証責任の振り分けをする基準が必要です。

山下 すべての制度のすべての解釈についてあてはまることですが、常に一つの原理だけでことを決めなければならないと決まっているわけではないのではないのでしょうか。一つの原理だけでやるとおかしなことになってしまうときには、常に一つの原理だけで解決しなければならないわけではないのだから、主張責任と立証責任との関係について言えば、二つの責任が同じ側に帰属しなければならないという必然性はないのだから、そのときにはおかしことにならないようにすればいいのではないのでしょうか。簡単なことだと思います。先ほどから申し上げているとおり、原則的には論より証拠の要請によって主張責任を負っている側が証明責任も負っていると考えればよいと思います。しかし、論より証拠の要請より強い要請がある場合にはそちらの方を尊重して論より証拠の要請には引っ込んでもらう。少しも難しいことはありません。

今の条件付き解除の意思表示なんて良い例で、1週間以内に支払わないことを条件とする解除の意思表示をしたと主張している以上、1週間以内に払わなかったという条件成就の有無についても原告に言わせうえで、払ったか払わなかったか争いがあったときに、結局どちらかわからない場合には、払ったという方が不利になるようにすべきであるとする要請を、論より証拠の要請より重視して、払ったか払わなかったかわからなかったら、払ったことがわからないのだから、払わなかったことにするというを言えば済むではないか。それで困ることは全然ないではないか。なぜ常に一致しなくてはいけないと頑張るのだと。そちらのほうがよっぽど頑張りすぎだと思っているのです。

辻 そうすると先ほどの1週間以内に支払わないと解除を認める判決の書き方なのですけれども。まず1週間以内に支払わなかったときは解除する旨の意思表示をした。そしてそれは認めていいのですね。

山下 それは多分争えないですね。原告は内容証明郵便でやっていますから

ね。

辻 ええ。そうですね。被告は。

山下 しかるに本件全証拠によっても1週間内に払ったと認めることができない。ゆえにその間に支払はなかったものとして扱おうと、こう言えばいい。そのように扱うべき根拠を示した方がよいと考えるときは、486条を挙げて説示すればよい。

辻 そういうことになるのですね。

山下 ええ、簡単なこと。なにもこれでちっとも困ることはない。

辻 全証拠によっても払ったとことは認められないということで。

山下 ゆえに払わなかったものとみなし、扱おうと。もうそれで済んでしまう。それが立証責任の分配ということです。

なぜそうするかというと、先ほども述べたとおり、民法486条の記載からもうかがわれるように、民法は、払ったか払わなかったかというのが問題になったときには、払ったと言う方が証明すべきだとしていると考えるのが合理的であろうということです。民法は、弁済する側に証拠を残す方法も与えており、そういう方法も与えているということは後になって弁済があったかなかったかが問題になったときにはどちらであるかを自分で証明するように要求しているということだと。それができなかつたら、自分の不利に扱われても仕方ないだろう。これが民法の考えだろう。当裁判所は、それに従って、全証拠によっても払ったと積極的に認めることはできないから結果的に払わなかったものとして扱うということなのです。

そうすればいいじゃないか。なにも無理やり、1週間以内に支払うよう催告し、それと同時に1週間過ぎたら解除すると通知した、というようなまともな人間の言わないことが主張されているような形にするより、そのほうがよっぽど自然でわかりやすいのではないか。なぜそんな無理をしなくてはいけないのかわからないというのが、私の言いたいことなのです。

そもその諸悪の根源は、定義なのです。とにかく立証責任についての研修

所の定義がおかしい。開かれた実益のある議論ができないような形の定義をしておいて、他の定義の下に実益のある議論をしようとしている者をつかまえて、おれの定義しか定義を認めないと言っているようなものです。根拠は示さないままに、これは正しいに違いないと言ってもう一切批判を受付けない。このような研修所の議論は、悪口を言えばドグマというものです。

当事者の主張しているのが条件であることが一義的に明らかなきにあたかも期限であると主張しているかのように事実整理する。こんなことを続けていたら、法律家というのは結局鷲を鳥と言う類のことを専門にする職能集団ではないかと思われてしまうのではないかと。研修所という法曹教育のメッカとも言われている所で、こんなことを教えているのだということが国民一般に知られたら法曹全体の信用がなくなってしまうのではないかと、心配しています。

素直にあったことをあったこととして示して、それについて裁判所としての法律解釈として、こういうときにはこう扱うと正直にそれを言えばいいのです。そうしないというと、辻先生もおっしゃったように1週間以内に払わなかったら解除すると、当事者は内容証明を出してそれに基づいてそのように主張しているときに、判決を見たら1週間過ぎたら解除と言ったなんて書いてあったら、もう裁判所はそれだけで信用がなくなってしまうのではないかと。私はこんなことが教えられ続けるということはゆゆしき問題だと思っています。一刻も早くこれはやめてもらいたいですね、本当に。

研修所で教えていることに対する疑問は他にもありますけれども、一番困ったことだと思っているのはこれです。嘘を書けと教えていることになるからです。嘘を書けと言っている。鷲を鳥と書く。こんなことは法律家のやるべきことではないです。もっと正々堂々と議論をやるべきです。

辻 現在修習中の人に聞いたところ、民裁教官室は、今でもなお、停止条件付解除の意思表示における停止条件を、停止期限と「合理的に」解釈する見解を堅持しているそうです。事実摘示の方法としては、3月23日着の内容証明郵

便で「代金200万円を7日以内に支払わないときには売買契約の解除する」と書いて送った場合を例にとると、「(あ) 3月23日、代金を支払うよう催告した。(い) (あ) のときから7日が経過したら売買契約を解除する旨の意思表示をした」というのが模範解答だそうです。ただし、この解答は絶対ではなく、別解の存在も認められており、(い) の「7日が経過したら」の代わりに「7日が経過するまでに代金を支払わないときは」としても良いそうです。つまり、停止期限が正解であるが、停止条件と書いても間違いではないという扱いがなされているようです。昔は停止条件と書くとき×になったのですが、今では、停止条件でもどちらでも○のようです。

山下 停止条件と書くとき「間違いである」とされていたのが停止条件と書いても「間違いではない」とされるようになったのは、鷲を鳥と言わなくてもよくなったということですから、その限りではあるべき方向に一歩進んだものとして歓迎すべきことと言ってよいと思います。しかし、停止条件であることが一義的に明らかなものを「合理的に解釈して」停止期限としてしまう見解すなわち鷲を鳥と書く見解が本来のものとして維持されているというのですから、研修所の現在の見解に対しても、研修所の従来の見解につき今までに指摘してきたことはそのまま当てはまることになります。

こんなことが、いつ頃から始まったことか分かりませんが、長い間教えられ続けてきたということを、私は法曹の一員として情けないとか恥ずかしいとか、そのように思っています。ちょっとどぎつい言葉になりますが、そのくらいに思っています。研修所で教えていることの中には、主張責任と立証責任とを常に同じ側に負担させなければならないということにとらわれて、整理された主張事実が主張自体としてみたときに不自然でわかりにくいものになっていたり、ときには見方によれば滑稽とも思えるようなことになったりということは他にもありますが、条件を期限にしてしまう主張整理は、それが極端な形にまで至って、主張責任と立証責任とを常に同じ側に負担させなければならないという考え自体が維持できるものではないことを、事実によって示す

例にまでなっているように思います。辻先生が初めにおっしゃった分割弁済の合意における過怠約款の記載はいわばそれを押し進めた究極の姿であるということになるのではないのでしょうか。少なくとも条件を期限にしてしまうように教えることだけは一日も早くやめてもらいたいです。

辻 なので今後の、研修所の教科書の改訂に期待したいと思います。

山下 楽しみですね。

辻 はい、楽しみです。

山下 一刻も早く改訂してもらいたいですね。

辻 はい、と思います。

事実摘示のしかた

辻 それでは次にもう一つ用意したテーマなのですが、要件事実の書き方の話です。

今までは要件事実について何を書くか、何が要件事実かというのを話題にしてきましたけれど、今度は何を書くかは決まったとしてもそれをどう書くか、ということで悩むことがありますので、その点を取り上げたいと思います。

院生のレポートでもその悩んだ跡が見られることがありますし、それを添削する教員側でもいかに書くかの点でどのように指導してよいか、というのが困ることがあります。その見本としては、『起案の手引』があるのですが、果たしてそれでその通り書けばいいのかということになるわけです。例えば弁済の抗弁でいいますと、「被告は原告に対し、平成何年何月何日、本件物件の売買代金10万円を弁済した。」と言いたい時に、単に「支払った。」でいいのか、あるいは「原告に現金10万円を交付した。」でいいのか、あるいは「午後3時ごろ原告の自宅に現金10万を持参し、原告はこれを受領した。」とまで言うのか、どうなのかということです。それからあるいは、現金持参と主張した証拠調べの結果、銀行振り込みだとわかったときはどうなるのかとか、そういう話になってきます。

この点について基本的な考え方、つまりどう書くべきか。指導の方針がもしありましたら、山下先生にお伺いしたいと思うのです。

山下 結論的に言えば、どんな場合にもあてはまるような書き方はないと思います。最終的にあるべきものとされる書き方は状況によって千差万別で、その事実の争われ方など状況に応じて千差万別に変えていくしかないというのが結論になると思います。

ただその前提としてははっきりと確認して決して忘れないようにしておかなければいけないことがあります。それは、当事者の主張しなければならないのは、適用すべき法律でも法律を適用した結果の法的効果でもなく、法律の適用を受けるべき事実であり、ここで事実というのは、この世に生じた事象として、原理上は、空間的には分子、原子のレベルまで極めて具体的に特定され、時間的にも極限の単位に至るまで細かく正確に特定されているものであるということです。細かい所まで。よく抽象的事実とか具体的事実とかいう言葉が使われますけれども、あるのは事実についての抽象的表現や具体的表現であって、事実自体には抽象的事実も具体的事実もありません。空間的には分子、原子のレベルまで極めて具体的に特定され時間的にも極限の単位に至るまで細かく正確に特定された事実しかないのです。したがって、原理的に言えば、主張されるべきものは、このように空間的には分子原子のレベルまで特定され時間的にも極限の単位に至るまで細かく正確に特定された事実しかないのです。ただしそんなことを言っても我々にとってそんな事実を実際にそのまま主張することは不可能です。まず認識もできない。それからもちろん、記憶もできない、記録もできない、いわんや再現できない、表現できない。また、そんなに具体性のレベルを下げて主張する実益もない。だから、実際には、原理的に言ったら、空間的には分子原子のレベルまで特定され時間的にも極限の単位に至るまで細かく正確に特定された事実を、実現可能性と必要性とに応じて、抽象化して表現して伝えるしかなく、またそれで十分なのです。

どの程度まであるいはどのような形で抽象化していいかということになる

と、これは一律には決められません。先ほどの弁済の例で言うと、特に争いもなければ、「何月何日弁済した。」でいいでしょう。しかし、弁済の有無について争いがある場合、状況によっては、「何月何日何時にどこそこで現金なんぼを直接手渡した。」ということまでを言わせたほうがいい場合もあり得ます。

そのうちに何月何日何時にお前が来た事は認めるけど受け取っていないとか、なんかそんなことになるかもしれません。さっき申し上げたように、何を言わなければならないかの方は、Whatの方は、原理から言ったら空間的には分子原子のレベルまで特定され時間的にも極限の単位に至るまで細かく正確に特定された事実として具体的に決まっている。しかし、それをどうやって主張するかの方は、Howの方は、その事件ごとに決めていくしかない。争いがないような場合であれば極めて抽象度を高くしても構わない。その行き着く先は権利自白みたいになってしまうと思います。相続なんていうのはその例です。相続は正確には事実ではないです。つまり親子関係があったとかそういうこと、もっと辿っていけばいつごろ懐胎したとか分娩したとかそういったようにまでなるかもしれませんが、そのような事実が要件事実ということになります。しかし、普通はそこまでいかないで、せいぜい親子であったという程度ですみます。相続について争いがなければ、それさえも必要ない、相続したで構わないのではないか。しかし、そういう場合でも争いがあれば必要に応じて生の事実、つまり分子原子のレベルの方向に向かって進んでいくということになるだろうと思います。

基本的な考え方はそうです。私はそういう具合に考えて自分の裁判でもそうやってきましたし、院生にもそういうふうに教えています。だから原理的には、辻先生が先ほどおっしゃったように細かいことを書いてあるとき、それが間違っているとは言えないと思います。原理的に言えば。むしろある点から言ったら好ましいかもしれません。でもそれは多くの場合不要なことなのです。そんなに争いになっていないときに、そんな細かく言ったって意味がない。それは裁判という実用上の目的に照らして判断するしかない。

それから細かい点で、具体性が一定以上に高い形で主張させますと、例えば、持って行ったとしか主張していないけれども、証拠調べをしてみたら振り込みだったということがわかったようなとき、どう扱うかというような問題も出てきます。こういうときには、裁判所が適宜求釈明の権限を行使して、裁判上の扱いとして不自然にならないようにしておくべきだと思いますけれども、どうしてもこのまま判決しなければいけないときなんかは、十分相手方にも振り込みの有無についても争う機会が与えられていたのだったら、振り込みも予備的に主張しているというような形でやるしかないだろうと思います。それがいやならば、はっきり求釈明をして、これはどうなのだ、これは主張するのかしないのかという形で明確にしておく。このようにあまり細かいことをやらずに済むようにするために、相手方にとって防御に困らないような範囲内であれば、ある程度抽象的な表現で主張させて、その範囲内にあることなら何であっても皆、証拠で認められれば認めるということにしてもいい。多くの場合そうだろうと思います。あまり細かいことを言う形の主張にすると、後で技巧的なことをやらなくてはいけない問題になりかねない。これは避けるべきことです。

しかし、そうかといって抽象度が高くなりすぎるといったい何が争いになるのかわからなくなってしまう。これにも気をつけなければなりません。

例えば、去年民事裁判実務で債権譲渡についての異議をとどめない承諾を主張すべき事案を扱いました。院生達のレポートを見ると、ほとんど全部、「被告は、原告に対して、・・年・・月・・日、請求原因記載の債権譲渡を異議をとどめないで承諾した。」と記載しています。『起案の手引』最後のほうのモデルの35頁に「被告は原告に対し、平成18年10月18日、請求原因2の債権譲渡を、異議をとどめないで承諾した。」書いてある。これに習って書いているのですね。

しかし、これではいったいどのような事実を主張しているのかわからない。異議をとどめない承諾なんていう事実はないのです。これは債務者の具体的言

動に対して民法468条1項を適用するべきであるという法的評価がなされるときその言動をそのように表現しているだけなのです。だから「被告は、原告に対して、・・年・・月・・日、請求原因記載の債権譲渡を異議をとどめないで承諾した。」と言われたって、裁判所は、原告は被告にどのような行為があったと主張したいのかわからないのです。相手方がそれを特に問題にしないようなときならこれでいいでしょうけれども、これが争われたときは、いったいあなたは被告のどういう行為をもってここにいう異議をとどめない承諾をしたということに当たると言っているのだと聞いて、もう少し具体的に表現させないといけないだろうと思います。

この事案は、親父が死んだあと、親父に金を貸したから相続人として払えと言われて、それらしい証拠も示されたことから示談をしたというものです。異議をとどめない承諾に当たるべき被告の言動として原告が言っているのは、具体的には、お前はこういう形によって「親父のやった借金なら払います。」と言った、ということ以外にはないのです。しかし、こんな時に、具体的なことは言わないで異議をとどめない承諾をしたとだけ言われたって何のことかわかりません。

という具合に事件の実状に応じて抽象の度合いあるいは抽象の仕方、逆に言えば、具体性の度合いあるいは具体性の示し方は変えていくしかないだろうと思います。

辻 額田先生はその点は、どのように指導されていますか。

額田 指導というより日ごろ考えていることですが、私としては、裁判所からすれば、こういう言い方が適切かわかりませんが、おそらく「汝は事実を語れ、されば我は法を語らん」と。具体的な生の事実をそのまま主張せよ、ということでしょう。しかし代理人の立場からすると、ただただ純粹に過去のできごとを事実として提供してもそれがどう法的に構成されるかという心配がずっとつきまとうのです。自分の想定した法律構成の通りに裁判所に受け取ってもらうためには、どこかで抽象的な要件に結び付くような表現を入れたい。

これも例として適切かどうかわかりませんが、例えば子どもが店屋さんに行って「おばちゃんこの飴ちょうだい」と言ったとします。事実としてはそれだけです。だけどそれだけだったら売買の申込なのか贈与の申込なのかわからない。やはりどこかで売買だとか贈与だとかを言いたくなります。代理人弁護士としての本能的なものをずっと引きずるわけで、そこで、過去にあった事実をそのまま書いてある答案に対しては、これは一体何が言いたいのだ、と。どうしてもそこで注文をつけたくなるのです。それはやはり院生からすると不安を覚えるようで、「山下先生から事実を書けと言われて事実を書きました。そしたら額田先生から何のことやらわからんと言われました」と、いうわけです。刑事であれば、構成要件が抽象的に書いてある。「人を殺した者は懲役何年に処す」と。それで、起訴状では、「だれそれは、いつ、だれそれを殺意をもって包丁で刺し、出血させて、死に至らしめ、もって人を殺したものである。」と、「もって…」というところが出てきます。民事の場合でも、その「もって、何々したものである」と言いたいし、書かせたいという欲求がどうしても出てくるのです。

山下 そういうことは分かるのですけれども、私が言っているのは要件事実とは何かということをお教えるときにはそれでは困るということです。むしろ「もって」なんていうことを言うてはいけない。「もって」なんてことを言うてと夾雑物を入れることになりかねないので、むしろそれは極力排斥していく。そうすることが、要件事実、すなわち、ぎりぎり問題になる事実とはなんであるかということをお明確に意識するのに役立つ。修行の段階で、ぎりぎりのところ結局何が問題になるかを把握する感覚を身に付けるためには、一切のそのような夾雑物を排斥してやるのが一番いい方法だと思っているのです。

かつ、実際の裁判でもやはり最後はそうなのです。例えば今、子どもが「おばちゃん飴ちょうだい」と言ったという例が出されましたが、本当の事実がそうであるなら、最後になって争いがあったらその通り言うしかない。裁判所はそれを言えということになる。そのときに、贈与を申し込んだというような形

で主張するのでは困るのです。事実を言ったことにならない。これでは法的な効果を言っているだけのことなのです。争いがなければそれはそれで構わない。でも争いになってきたら、そのときにいったいその子どもはなんて言ったのだという形で問題にする。「おばちゃん飴ちょうだい」としか言っていないなら、その通り主張しろということになります。あとは裁判所に判断を任せろと。これが要件事実の考え方なのです。

だからそのときには主張整理が「おばちゃん飴ちょうだい」と言ったということだったら、それを間違いとすることはできない。むしろそうであるべきなのです。しかし、売買であることに争いがないうきに「おばちゃん飴ちょうだい」と言いました、というようなことを書くことはない。要するに「飴を買いました」とかあるいはせいぜい「売買の申込をしました」程度でよい。それでも構わない。それはさっき言ったように事件によって何がどの程度争いになっているかということを考えながら、その場で決めていくしかない。だから、What ということははっきりしているけれども、How というのはいろんな場合があって一概に言えない。極端な場合には、権利自白みたいになってしまうことがあっても構わないのではないかというように思っています。

私的自治の原則の下に、本来当事者が自由に決めてよい事柄について当事者から求められて行うのが民事訴訟ですから、本人達がこの点については法律的にこういうことで構わないと言っているときには、原則的には、裁判所が、いやお前は事実を語るんだ、こっちが法律を語るんだと頑張らなければならないことはないのではないかと考えています。

でも、これは実際には難しいのです。そうなりとやはりある程度好みが出てくる。同じ裁判官でも、かなり具体的に書くのが好きでそのほうが生き生きしているというタイプと、それでは要領が悪くて素人っぽいと言ってこれを嫌うタイプとあると思います。

やはり好みがあって、非常に流麗に上手くまとめる人もあれば、悪く言えば要領が悪くて素人っぽい方に傾く人もある。だけでも原理的には主張すべき事

実は私がさっき言ったように分子原子のレベルまで特定している。それは決まっている。これは変えようがない。しかしそれをどう表現するかという伝達の方法になるとこれにはいろいろある。それは簡単にひとことでは言えない。それは場合に応じて実状を見て決めるしかない。もちろんおのずからある程度の基準はあると思います。こんな時にこんな言葉で言うのはちょっと細かすぎるとか、もう少し具体的に表現してくれなければこれではどのようなことがあったと言いたいのか全然わからないというようなことはあると思います。しかしそのある範囲内では、好みによる違いもあると思います。

辻 具体的に、演習問題の例なのですけれども、白紙委任状交付等の交付に関する109条の表見代理の主張というのがありました。Yがその所有する甲土地にXを抵当権者とする抵当権を設定するために、権利証、実印、印鑑証明書、白紙委任状をAに交付したところ、Aはこれらを用いてYの代理人として甲土地をXに代物弁済として譲渡する契約を締結したという事例です。それで要件事実としては、条文に即して言えば、「Yは、本件不動産の譲渡についてAに代理権を与えた旨、Xに対して表示した」ということが出てこなくてはいけない。

山下 それがよくないと思います。

辻 その書き方ではよくないということなのですか。

山下 よくありません。なぜかと言うと、それではどういう事実について言っているかわからないからです。

辻 そうすると例えばその事件では、「YはAに対し、本件不動産の権利証、委任状、印鑑証明等の書類一式を交付し、Aは上記契約に先だつてこれらの書類をXに提示した」と書くべきだということになるのでしょうか。

山下 そうなります。事実それはそれしかないのでしょうか。もちろん表見代理にあまり争いがないときだったらそれはいいですが、たいてい争いがあるでしょう。

辻 争いがあるから表見代理が出てくるということになるわけで。

山下 しかも表見代理の要件が満たされているかどうかの法的評価でも争いがあるでしょう。非常に微妙な事実の相違が結果に影響する可能性があるわけです。そういう微妙な事実が影響するようなことがあるなら、よけいに分子原子に近いほうに行くべきなのです。

辻 生の事実に近いほうへ行くべきだということですね。

山下 そうです。私はそう思っています。表示したって言ったって、表示したという言葉によって示される事実が何のことかわからない。辻先生のおっしゃった説例において Y 本人の行為として具体的にあったのは、甲土地に対する X を抵当権者とする抵当権設定を承諾したうえそのために必要だからと言われて白紙委任状等を A に渡したということだけでしょう。結局本人はそれしか行ってない。そしたら渡された A がそれらを X のところに持って行って甲土地についての売買契約を成立させるに当たって X にこれらを示した。それしかないでしょう。だったらそれをそのまま書いておく。これしかありません。

これは109条に言うところの表示行為として主張しているのだということ、言い換えれば、この事実は109条に言うところの表示行為と見るべきであるということなら、見出しによってでも、よって書きによってでも簡単に示すことができるでしょう。実際の事件ではもっと詳しく法的主張をするのでしょうけれども。でも裁判所から見て要件事実として主張すべきこととされるのは、今言った甲土地に対する X を抵当権者とする抵当権設定を承諾したうえそのために必要だからと言われて白紙委任状等を A に渡したということと、渡された A が X のところに持って行って甲土地についての売買契約を X との間で成立させるに当たって X に示したということ以外にはあり得ないのです。他の事実は何もないのです。表示に当たる他の事実は何もないのです。このようなときに要件事実として他のことを書くのは明白な誤りです。

辻 また答案の書き方の話になってしまうのですが、109条の主張をするとしたら、どういうふうを書くべきなのでしょう。印鑑証明とか権利証とかをも

らって相手方に持って行ったと、そういうような書き方をすべきなのでしょうか。

山下 先ほども申し上げたとおり、例えば見出しで「109条の表見代理」と書いておけば何のためにこのような事実を主張しているのかは簡単にわかるでしょう。要件事実というのは、事実なのです。それ以外ではないのです。この点は研修所の言っている通りだと思っています。

前にも述べたとおり『起案の手引』の43頁に「主張事実は具体的に記述すること」と書いてあります。次いで「事実主張は一定の法律要件に該当する具体的な事実の主張でなければならない」と言っているのです。私はこの通りだと思っています。今の表見代理の件で言うと、具体的に言うとそれしかないでしょう。だって本人が相手方に何も言ったわけでもないし、何をしたわけでもない。要するに甲土地についての X を抵当権者とする抵当権設定に必要なからと言われて A に委任状等を渡したというだけ。そしたら渡された A が甲土地についての売買契約を X との間で成立させるに当たってそれらを X に示したと。これしかないでしょう。これが具体的事実でしょう。それのみを言うべきであり、他のことを言うべきではないのです。

他のことを言うとしたら、それは法律的な主張になるのです。現実の事件ではその法律的な主張と要件事実の主張とがごっちゃになって行なわれることは多いだろうと思います。しかし、裁判官が基にするのは、法律的な評価の前の事実であり、これを明らかにして、あとは裁判所がそれに対して法的評価を与えるわけだから、裁判所が知りたい、当事者に主張してもらいたいのは、現実になんということがあったと言いたいのだということです。法的評価を加える前のこととして。それを言ってくれということになる。

額田 その問題で難しいのは、授權表示ですから本人が相手方に表示したと、そう評価される具体的な事実でないといけないわけですよね。そうすると最終的に相手方になんらかの表示と見られるものが示されるなり渡されることが本人の意思に基づいていなければいけないわけです。

山下 それを法的に売買についての代理権授与の表示と見るのです。Yは売買のことは何も考えていないでしょう。頼まれたのは抵当権設定についてだけなので。それでも売買についての代理権授与の表示と見るのです。

額田 本人の意思に基づかなければ授權表示にならないでしょう。

山下 しかし、それを表示と評価する。それは法的な評価の問題なのです。額田先生の考え方ではそれでは売買についての代理権授与の表示にならないということになるけれども、今までの裁判ではそんなことはない。最高裁を始めとして表示になるものとしている。こんなときに売買について表示したというのはおかしいと言えれば確におかしいのです。売買のことなど頼まれてもいないですから。抵当権設定を承諾してこのことはお前に任せるといって白紙委任状等を渡して、渡された者が持って行って売り渡すに当たって示しただけなのです。それ以外に何も事実はないのです。しかし、本人がそういうことをやったら、それを109条に言うところの売買についての代理権表示の第三者に対する表示と評価するということなのです。

額田 先生の今のご説明だと、それを表示とみてよいというふうに、今まで裁判所は扱ってきたということですか。

山下 そういうことです。それだけのことです。

額田 本来の意思というか、認識、認容はなくてもいいということなのですか。

山下 説例の場合だと本人は売買のことは考えてもいない。それなのに売買についての代理権を与えた旨を第三者に表示したことになる。

ある点から見たらそもそもそんな考え方でやるのはおかしいじゃないかということになります。でもそれは白紙委任状というものの我が国における存在価値とか、そういったことを総合的に見たときの最高裁としての、一つの法的評価だと。

額田 そうすると、それは白紙委任状というものの特質によるもので、本来的には本人の意思に基づくということがどこかに具体的な事実として表れて来

なければいけないということですよ。

山下 そうそう、元々109条というのは言うてみれば、本人が第三者に対して「この度、このことについてこいつに任せましたからよろしく頼みます」とそういうことを書いたような場合のことを考えているのでしょうか。それが見方によればとんでもないところまで広がって行ってしまって、一見したところまるであの条文からははずれたように見えるところまで行ったのが、白紙委任状の場合なのです。でもしかしそれは法的な評価だから、もうそれを表示と見てしまうのです。109条のそもそもの趣旨から見たら現在の扱いはおかしいという考えは十分ありうると思います。

辻 ああなるほど。

山下 でもそれはまあ白紙委任状という制度が、我が国で占めてきた役割とかそういったことをいろいろ考えた上で総合的に、それはもう表示と見られても仕方ないのではないというのが今まで裁判所がとってきた対応だから。それはそれで一つの考え方だろうと思います。でもこの問題についての裁判所の扱いを知ったときは相当に違和感を覚えましたね。説例の場合はそうではありませんが、特に本人が予定もしていない全然知らない人間のところに勝手に持って行かれたというときなんか、なんでこれが売買の代理権授与についてのその者に対する表示になるだろうと正直なところ思いました。でもそれは価値判断として109条というのは、そういうものも入れているのだという判断がなされた。こう言うしかないのではないかと思っています。しかし事実としては代理人に渡してその人間が持って行って、場合によっては本人の全然知らない人のところに持って行って、本人から任されていないことをするに当たってその人に示したというだけのことなのです。しかもそのときでも代理人にそのことを任せた旨を相手方に示したことになるという、109条のいうところの。そういう具合に今はなっている。ある考え方から見たらなんかよくわからないにしても、事実としてはそういうことだとしてそれを示すしかないだろうというわけです。

逆に言うとそういう事実を示すことによって、本当にそういうことかどうかということがよくわかるという点もあるのです。何で本人が全然考えてもいなかった売買契約の代理権授与を示したことになるのだというのは、確かに素直に考えたらこれはもっともな疑問なのです。でも裁判所はそういう具合にしている。あとは国民の判断ですね（笑）。

辻 はい（笑）。

山下 そういうことかということ、国民にわかりやすく示すことになります。それを法律の条文に合致するように適当に表現を変えてしまって、あたかも表示行為があったかのように表現してしまったら、これはわかりません。その判断の実際の内容が。だからその点でも、開かれた裁判所というか、国民が正当に裁判というものを批判するためにも、やはり事実はありのままのことがどうだったのかということがよくわかるように示しておくべきだろうと私は思っているのです。

額田 一つ、いいですか。

辻 はいどうぞ。

額田 その点に関連して、以前、辻先生がお出しになった問題で、譲渡担保なのか売渡担保なのか、あるいは一回売ったものの買戻しなのか、正確には忘れましたが、一つの事実でいくつかの法律構成がありうる問題がありましたね。

辻 債務者が債権者に自己所有の不動産を譲渡したのですが、それが、代物弁済か代物弁済予約か譲渡担保かという問題です。最高裁判所平成14年9月12日判決（判例時報1801号72頁）をアレンジしたものなのですが、問題を簡単にご紹介します。① X が Y から金を借り、弁済期が来たが返せず、債務は元利合計3900万円になっていた、② X は時価7000万円の自己の土地の名義を Y に移転し代物弁済を原因とする所有権移転登記をした、③その際、X と Y に「1ヶ月以内に当方が貴社より不動産担保貸付契約により借用している金銭を支払えなかった場合は本件土地を貴社名義に変更する事と貴社の判断で第三者

に対して売り渡す事を承諾致します。本件土地の買戻しができない場合には清算金の要求をしません。」という書面を差し入れた。④ Xは1ヶ月以内に3900万の返済ができなかった。⑤ YはZにその土地を売り渡し、移転登記をした。⑥その後、Xは3900万円の工面ができたので、これをYに弁済して土地の登記を取り戻しをしたいと思っている。Xは土地を取り戻すことができるか、というのが問題です。

額田 あの事例ですと、まさに生の事実だけ出すとそれはいかようにも評価できる。

辻 できるのですね。

額田 その点について、辻先生は何か心配とか不安とかご意見はないのですか。それは純粹に評価の問題であるから、主張のレベルでは特に問題はないということでしょうか。

辻 登記がこうなっていると、この日にこんな話をしたとか書面にこう書いてあるという、生の事実はそれしかないのです。

額田 それを例えば原告なり被告なりがただただ事実を出して、代物弁済予約であるからどうのこうの、よってなんとかを求めるといふ訴状を出した。その事実にしたがって裁判所が証拠調べをして、しかし裁判所の法的な評価は、それは別の法的構成として把握をしたのですよね。それは要件事実論というか、主張のレベルでは全く問題ないのでしょうか。

辻 まさにそのことが問題になった事例なのです。

元になった最高裁判決（平成14年9月12日判決）では、「借入金の返済がされない場合には債務者所有の土地を債権者名義に変更し第三者に売り渡すことを承諾する旨の契約について、当事者はこれが仮登記担保契約に当たるか否かを争っていたが、最高裁判所において譲渡担保契約であるとされた事例（反対意見がある。）」と紹介されています。

原告は、「仮登記担保だから清算金を払っていない以上登記を戻せ」と言い、被告は「いやこれは代物弁済だと。だから返す必要がない」というようなこと

を言って、それを最高裁判所が、「譲渡担保だ」と認定した事例なのです。それに対して最高裁の反対意見では、これは当事者が主張していないことを認定したことになるから、弁論主義違反だと述べています。つまり、仮登記担保なのか代物弁済なのかという事実が要件事実だとすると最高裁の判断は弁論主義違反になるわけです。

山下 基になる事実はまだ出ているのですか。

辻 全部出ているのです。それに対して裁判所はこれは譲渡担保だと認定したときに、そうするとそれはそれぞれの効果が違ってくるのです。その3つの契約類型のどれに当たるかによって。

山下 当事者の求めている法的効果は出てこないのですか、出てくるのですか。

額田 多数意見は原審認定の事実で、被告の求めた法的構成ではない別の法的構成をしています。

山下 請求の趣旨はどうなっているのですか。どういう訴訟物なの。

辻 所有権に基づく妨害排除請求権としての登記抹消請求ですね。原告が所有していた不動産に被告名義の所有権移転登記があるから抹消せよというものです。登記原因は代物弁済です。これに対して、被告は所有権は自分に移転していると主張しています。

では所有権が被告に移転したのかどうか、またその原因は何かというと、原告は仮登記担保で清算が済んでないので所有権はまだ移転していないと主張し、被告は代物弁済で所有権は移転したと言い、最高裁はそれは譲渡担保によって被告に移転したのだとしました。

山下 原告が所有権を喪失したとの抗弁として被告の主張した事実についての法的な見解が違っていただけ。

辻 そうなのです。が、抹消登記請求という点では、仮登記担保なら請求認容、代物弁済なら棄却。裁判所は、譲渡担保だが第三者に譲渡されたので原告は所有権を喪失したとして、棄却したのです。

山下 所有権に基づく妨害排除請求権を訴訟物とする事件で、抗弁として原告の所有権喪失を根拠づける事実が主張されている以上、所有権喪失を根拠づける法的構成が当事者の主張したものと裁判所の考えたものと異なっていたとしても、最終的にはそれは一向に構わないのではないのでしょうか。大上段に振りかぶった議論をするならば、原理的には、そもそも当事者には、法的構成の対象となる事実を主張する義務はありますが、主張された事実についての法的構成をすべき義務はないはずなのです。当事者の主張する法的構成は裁判所にとっては単なる参考意見にすぎないということになるはずです。ただ現実当事者が法的構成を主張しているときに、結論が異ならないからといってそれをそのままにしたままで異なった法的構成によって判決をするのがよいことだとは私は思いません。ぎりぎり言えばそれがかまわないと言ったって法律的な評価も大事なことから、そういうことであるなら、やはりこの点は法律的にどうなのだというを両方に主張させて、そのうえで判決をするべきだと思います。

額田 この問題は民訴の議論にいろいろ発展してきて、不意打ちだから弁論主義違反だと言う話とか、その裏返しとして釈明義務違反の問題⁽¹⁴⁾、あるいは法的な構成もあらかじめ裁判所のほうが当事者に示すべきだという法的観点指摘義務という問題⁽¹⁵⁾に繋がります。

山下 当事者がどちらも言っていないような構成を裁判所が採用するかもしれないときには、普通の裁判官なら、そのことを何らかの形で伝えた上で判決をするのではないのでしょうか。これについては、こういうように見る見方もありうるようにも思われるけれども、それについては、あなたがたはどう考えているのですかというような形で。裁判官としてはそうしないと落ち着かないでしょう。ただそれをしないままに判決がなされてしまった場合にどうするかと

(14) 最判昭和62年2月12日民集41巻1号67頁等。

(15) 山本和彦「法律問題指摘義務違反による既判力の縮小」判例タイムズ968号78頁等。

いうぎりぎりの問題としてとらえると、違法であるとかまで言う必要はないのではないかということであると思います。最高裁は、ぎりぎりのときはどうしなければいけないかということを考えて、まあ差し戻すまでもないということになったのでしょうか。

普通はそのままではやらないと思います。本人たちが、一方が仮登記担保で一方が代物弁済と言っているときに、あさってのほうの譲渡担保でこうだと言って、結論的には同じように原告が所有権を喪失するにしても、それでは何か落ち着きが悪いでしょう。

先ほども述べましたが、ぎりぎりいけば、譲渡担保だ、代物弁済だというのは単なる法的な見解にすぎないので、原告が所有権を喪失したということを行うために被告が主張しなければならないのは、それを根拠づける事実だけということになるのではないのでしょうか。譲渡担保だ、代物弁済だ、仮登記担保だなどというそんなことは、ぎりぎりであれば、そもそも主張整理に書く必要もないことではないか。当事者が言った事実だけ書いておけばよい。ぎりぎりいけばね。

辻 被告側で所有権喪失の抗弁を出しているのですけれども、その所有権の喪失を主張する場合には、何らかの契約類型を言わなければいけないですよ。ね。売買とか譲渡担保とか代物弁済とか。そうすると、どの契約類型かまでが要件事実だということになってくると、弁論主義違反になってくる。しかし、所有権喪失という効果だけ主張すればよいというのなら、弁論主義違反にはならない。訴訟法上の手続的な問題だけが残り、不意打ちだとか、釈明義務違反とかの問題になる。

山下 辻先生は今「所有権の喪失を主張する場合に何らかの契約類型を言わなければならない」というようにおっしゃいましたが、これは誤解を招く表現ではないのでしょうか。確かに、所有権喪失の抗弁を提出する場合、ただ「所有権を喪失した」とか「所有権を移転する契約をした」とかいうような、社会的事実として何を言っているかわからないような具体性に乏しい表現によること

は許されませんが、法的保護に値する社会的事実として何を言っているのかがわかり、しかもその事実によって法的に所有権喪失が根拠づけられるのであれば、原理的にはそれで十分ではないでしょうか。問題になっているのは所有権が喪失されたか否かだけなので、それ以上にそれがどの契約類型に当たるのかについて正確に論ずることに意味はないと思います。所有権を喪失させる社会的事実が具体的に主張されていればそれで十分なはずです。なぜなら、物権の場合と違い、債権については私的自治が認められていて法定主義は採用されていないからです。いわんや、主張において契約類型を示す用語を用いる必要は原理上は全然ないと思います。

ただ、現実の裁判では、事実主張と法的主張とが微妙に絡み合っていることも少なくなく、また、裁判というのは、両当事者に事実についてもそれに対する法的評価についてもしっかり主張すべきことを主張してもらって、その上で裁判所が当事者が納得できるように判断するというのが基本構造になっているわけですから、当事者が考えてもいなかったようなことを黙ってやってしまうというのはやはり問題だと思います。今までに私の述べたことは、譲渡担保に関する事実も主張されているということを前提にしていますが、もしこのような不意打ち的な扱いは許されないということを要件事実の観点から根拠づけるとすれば、当事者が主張している仮登記担保にも代物弁済にも関わりのない譲渡担保に関する事実は、訴訟上主要事実としては主張されていないものとして扱うべきであるというようなことになるのかもしれませんが。さらに考えてみたいと思います。

額田 すみません、もう一ついいですか。

山下先生にお伺いしたいのですが。先ほどの事実を語るということをごんごん細かくしていくと、明示の意思表示か黙示の意思表示かという話に到達するのではないと思うのです。さっきの「おばちゃん飴ちょうだい」というのは、これはやはり明示ですね。単なる評価の問題であって。

これに対して黙示というのは通常ではその言動からはそのようには理解され

ない別の意味合いの意思表示として理解してもらおうということだろうと思うのですが。その限界というのはどのへんか。

例えば今の「鉛ちょうだい」でも、院生ではこれをもって黙示ということを言い出しそうにも思えます。「ちょうだい」でははっきり売ります買いますという意味表示にはなっていないですから、これをもって黙示の売買の申込だと。それに近い答案が出てきて、私は微妙だけどそれは明示だろうと言って説明してきたのですけれども。

具体的な問題は代物弁済で、予備的な抗弁で、貸金は否定して返還合意はないのだけれども迷惑をかけたから代わりのものを持って行った。そういう事案を出して、貸金と認められたときの予備的な代物弁済の抗弁として構成できるかという問題を出したときに、その具体的な言葉というのは、「迷惑をかけてすみません。これで穴埋めしてください、なしにしてください。」と言って渡したというものです。

そもそも代物弁済という抗弁自体が無理スジなのですが、あえて事実整理するとしたら、生の事実は「迷惑をかけてすみません、これでなんとか埋合せにしてください。」と言った。これをもって黙示だという意見がだいぶあったのです。

山下 黙示というか明示というかということはあまり意味がないのではないのでしょうか。結局最終的に問題になるのは代物弁済なら代物弁済として認めるかどうかだけなのですね。代物弁済になることを極めて明白にがちがちの疑いのない文句で文章に書いたという場合から、黙っていたことが代物弁済と評価されるような場合まで無限の系列があるので、どこからが黙示でどこからか明示だなんてことは正確に決めることはできないし、決める意味もないと思います。人間のあらゆる行動は法的評価の対象になります。そのうち特定の意思表示としての意味が認められることが比較的明瞭なものを明示の表示と言い、はっきりしないけれども、あるいは一見したところ特定の意思表示とは関係なさそうに見えるけれども、結論として肯定の評価のできるものを黙示の

表示と言っているだけですから、最終的に意思表示と評価されるものには、明示度100%、黙示度100%、中間にはいろいろな度合いがあるだろうということになるのではないのでしょうか。正確にはどこまでを明示と言いつどこからを黙示と言うのかという議論をしてもその議論自体意味がないのではないかと思います。はっきりしているものを明示といい、必ずしもはっきりしてはいないけれども結論的に明示の意思表示がなされたのと同じに扱うときは黙示と言っているだけのことで、明示とか黙示というけど、明確な定義があるわけではないわけです。

額田 さすがに研修所のテキストも黙示の意思表示の場合は黙示の意思表示と評価される具体的な事実を摘示せよと書いてありますけれども⁽¹⁶⁾、山下先生のお考えではどこまでも実際に生起した事実を主張すべきで、明示・黙示の限界はないということですね。

山下 はい、そのように考えています。

辻 そうですね。はい。明示の意思表示でも具体的な行為を言えということになるのだったら。

山下 そういうことです。私にとっては同じなのです。そのことは常に思っている。それに対して法的にどういう評価を与えるかということだ。人間の行為ですね。意思表示というのは行為だからなんらかの形でその人の意思が表示されていると見られる事実を具体的に示して、あとは裁判所が判断すると、こういうことになっている。そうなるはどこからどこまでが明示でどこからどこまでが黙示だなどという議論をする意味がないことになる。誰が考えても明示という表現になじむものもあれば、誰が見ても黙示という表現になじむものもありますけれども、中間になるというところからどこまでを明示と言え、どちらからどちらまでを黙示と言えと言ったってそう決められるものではないし、

(16) 『第一巻』39頁。なお、当該箇所では「黙示の意思表示に該当する個々の具体的事実」のほか「あわせて、その事実によって法的にどのような内容の合意が成立したかを述べるのが通例」としている。

また決める必要もない。決めたって意味がない、効果が違うわけではないから、と思いますね。

辻 はい。結局ではどう書くべきかということは、本当にその事件に応じて考えていくほかないということになって。

山下 ぎりぎり行けばね。でもおのずから長い間の経験でこの程度の争いならこの程度のことでやっておけばいいという基準は、実際にはあると思います。私は、院生の場合は勉強の過程だから、最終的には現実にはこの世に生じた事実が問題になるということをしっかり理解することが重要だから、細かいほうに傾いていてもこれはこれで間違いとは言えないということを言っています。ただ、払ったということで争いもないのに、何月何日にそこへ持って行って現金で渡したなんてことを言う必要はありません。しかし、争いがあるときには、お前さん、払ったというけど、一体どうやって払ったのだと。振り込んだのか持って行ったのか、持って行ったと言うけどいつ持って行ったのだとか。誰に会ったのだとか。いろんなことを聞かなくてはいけなくなってくる。それはもう紛争の態様によって適宜やるしかないということになります。

辻 はい。

山下 おのずからある程度の基準はあるだろうとは思いますが。

辻 その答案を書くとき、ただ要件事実的にしろというとき、そういうときにはその紛争において問題になっているところのその決め手になるのはどこかというのを考えて書いていくべきだと。

山下 争い方によっては、例えば、お前は持って行って現金で払ったというけど、来ていないじゃないかというような争いになっているときには、何時に行ったとかいうようなことまで書かなくてはいけない場合もあるかもしれませんね。被告のほうのアリバイなんか問題になるかもしれないから。そうすると相当具体的に言えということになるかもしれません。それはいろいろあると思います。

辻 院生のレポートを見ていて、コメントするのに一番困るのがこの「いか

に書くか」の点なのです。必要なことが書いてなかったときや余計なことが書いてあったときは、簡単にコメントできるのですが、やけに詳しくったり、逆に簡単すぎたりしたときに、どこをどう直せばよいのか、また、どうしてこれではダメなのか、説明に困ります。今回両先生のお話を伺って、事案による、その都度考えるしかない、ということが分かりましたが、相変わらずコメントを付けるときに大いに悩みそうです（笑）。

それでは、興味は尽きませんが、要件事実鼎談、ひとまず終わりにしたいと思います。

お疲れ様でした。

後注

司法研修所民事裁判教官室は、2011年9月、『新問題研究 要件事実』を公表した（同月、「司法研修所編」として法曹会から出版。以下、『新問題研究』という）。『新問題研究』では従来の研修所の見解を改めた点がいくつかあるが、本鼎談に関連する部分をあげると、次のとおり。

1 消費貸借契約における弁済期の合意

消費貸借契約の成立の要件は、「返還の合意」と「目的物の交付」のみであると改説したうえで、消費貸借契約をはじめとする貸借型契約は、契約関係が終了した時に初めて借主に対して返還請求ができる（返還請求権が発生する）との理解のもとに、返還請求権の発生要件として、消費貸借契約では「返還時期の合意とその到来」、あるいは「催告と催告後相当期間の経過」が必要となる、としている（『新問題研究』38～40頁）。

なお、弁済期の合意が「契約の成立要件であるとする見解もあります。」と、旧説もあわせて紹介している（同46頁）。

2 主張責任と立証（証明）責任の一致・不一致

従来と同様に主張責任と立証責任の所在（負担者）は一致するという立場を

とるものの（もっとも、『問題研究』では立証責任の分配を先に論じ、主張責任の分配を後に論じていたが、『新問題研究』は主張責任の分配から論じている）、「主張責任と立証責任とは必ずしも一致しない場合があるという考え方もあります。」と、不一致を許容する考え方も紹介している（同8頁）。

以上