

要件事実論における冒頭規定の意義 — 貸借型理論と関連して —

田 村 伸 子

1 問題意識

(1) 契約における本質的要素

要件事実論においては、当事者の主張立証責任が不当に過大にならないよう、必要最小限の事実が何であるかが重要である。必要最小限の事実とは、当該法律効果の発生のために必要な本質的な事実であると言い換えて良い。

必要最小限の事実（本質的な事実）に該当しなくとも、その事実が要件事実であると仮定すれば、自己にとって有利な当該法律効果の発生を主張する当事者は、弁論主義第一テーゼによって、その事実を主張しなければ、裁判所はその事実を判決の基礎とすることはできない¹⁾。その上で、裁判所は当事者から主張があれば、争いがあるかを確認するために相手方当事者に対し認否を取らなければならない。そしてその事実について争いがあれば、自己にとって有利な当該法律効果の発生を主張する当事者は、証拠をもってその事実の存在を立証しなければならない。本質的な事実には当たらないにも関わらず、である。かような不当な負担を民事訴訟において負わせることは当事者ひいては裁判所に全く無意味である。したがって、要件事実論において

1) 最判昭和52年5月27日集民120.607。

は、必要最小限の事実が何であるかを精査する必要がある²⁾、重要である。ある事実が当該訴訟における訴訟物たる権利の発生のために必要な本質的な事実にあたらない場合は、その事実は請求原因事実ではない。

当事者が契約による効果の発生を主張するためには、当該契約締結のために必要な最小限の事実、すなわち当該契約が成立したと言えるために必要な本質的な事実が何かを検討される必要がある。

例えば、売買契約に基づく代金支払請求訴訟においては、売買契約が締結された事実が請求原因となるが、売買契約が締結されたといえるためには、どのような合意がなされたことが必要かが問題となる。一般的には、売買契約においては、目的物の権利を移転する旨の合意と、その対価として代金を支払う旨の合意が必要であると解される。そして、さらには、目的物の権利を移転する合意においては、他人物の場合はどうか、権利の移転が原始的に不能な場合はどうかなどが問題となるし、代金支払いの合意においては、代金額の決定方法の合意がされていれば、具体的な金額が決定していなくても良いなどということが問題となる。

(2) 冒頭規定説の問題

契約に基づき発生する権利を訴訟物とする際に、当該契約が成立したと言

2) 伊藤滋夫『要件事実の基礎 裁判官による法的判断の構造(新版)』(有斐閣、2015年)13頁は、要件事実論の本質的必要性として、主張立証が必要かつ十分であるかの基準の提供を挙げる。村田渉・山野日章夫『要件事実論30講(第4版)』(弘文堂・2018年)117頁以下では、「ミニマムの原則」として、要件事実以外の事実を立証対象から除外することにより「的確な争点整理と迅速かつ妥当で効率的な心理と判断が可能になるとされている。」とする。河村浩・中島克己『要件事実・事実認定ハンドブック ダイアグラムで紐解く法的思考のヒント(第2版)』(日本評論社、2017年)79頁は事実の可分・不可分との関連で、必要かつ十分な理論と過剰主張禁止の原則の説明がなされている。大島眞一『完全講義 民事裁判実務の基礎上巻(第3版)』(民事法研究会、2019年)75頁も、要件事実論の重要ポイントとして、必要最小限の事実と本質的要素の抽出を挙げる。その他、坂本慶一『新要件事実論 要件事実論の生成と発展』(悠々社、2011年)130頁など

えるために必要な本質的な事実が何かを検討するに当たり、民法の各典型契約の冒頭規定の重要性は意識しておかなければならないが、平成29年民法（債権関係）改正³⁾において、どのような議論がなされたかは整理しておく必要がある。

平成29年債権法改正においては、債務不履行関係については契約その他の債務の発生原因によって免責事由に当たるかが決せられることとなった（415条1項但書）。ここでは、当事者が契約によってどこまでのリスクを引き受けたかが重視され、当事者の合意が明らかでない場合にはじめて、取引上の社会通念に照らして免責されるかが決まる。当事者の意思が明確であれば、それは取引上の社会通念によって影響を受けない⁴⁾⁵⁾。

善管注意義務の内容においても（400条）、履行不能の判断においても（412条の2第1項）、同様に第1次的に契約その他の債務の発生原因によって判断され、当事者の合意が明らかであればそれに従い、当事者の意思が明確でない場合に取引上の社会通念によって判断される⁶⁾。

また、売買契約における売主の契約不適合責任においても、従来は法的性質について、法定責任説と契約責任説の争いがあったが、改正法は契約責任

3) 平成29年法律第44号

4) 『債権法改正の基本方針』NBLNo.904（商事法務、2009年5月1日）136頁【3.1.1.63】
 〈1〉契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は【3.1.1.62】の損害賠償責任を負わない。」とする。法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料68A」6頁「債務が契約によって生じたものである場合には、その債務不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるかどうかは、当該契約の趣旨に照らして、その債務不履行（契約違反）の原因が債務者の責めに帰することができない事由であるかどうかという観点から判断されるべきであるとされている」

5) 法制審議会民法（債権関係）第90回会議事録38頁以下、なお、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、平成29年）54頁は、「注意を要するのは、『契約その他の債権の発生原因』と『取引上の社会通念』とが『及び』で結ばれているものの、『契約その他の債権の発生原因』から契約内容を導くことができたときに、これを『取引上の社会通念』で上書き・修正することを容認する意図ではない」とする。

6) 前掲「部会資料68A」2～3頁

説を前提とした。そして買主に追完請求、代金減額請求等を認めた。そこでの議論においても、何が不適合にあたるかは、当事者が契約において何を想定していたかによるものとし、追完の方法についても、当事者の意思を尊重している。

これら我が国の民法改正においては、CISG（国際物品売買契約に関する国際連合条約、ウィーン売買条約）、ヨーロッパ契約原則、ドイツ改正民法、フランス民法改正の動向をはじめとする大陸法諸国の民法典改正の動き、アメリカ法、イギリス法、などが主に参照され、その影響を大きく受けていると言わざるを得ない。⁷⁾

こうした流れがある一方で、要件事実論において、司法研修所は冒頭規定説の立場に立ち、その理論的帰結として従来の貸借型理論を採用しないことを明確にしている。ここでは、冒頭規定の形式的な解釈に終始し、契約における本質的要素は何か、どのような判断基準で決定すべきかという議論があまり見えてこない。当事者間での合意やそれが不明な場合の取引慣行を重視する債権法改正の方向とは一線を画しているように思われる。要件事実論も民法をはじめとする実体法の解釈にほかならず、実体法の解釈を離れて主張立証責任を独自に論じるべきではないといえる。

そうした問題意識から、冒頭規定説および貸借型理論が、どこからどのようにして提唱され発展してきたのか、司法研修所をはじめとする実務の立場のみならず、学説からの立場や態度等も再検討したい。冒頭規定説および貸借型理論の位置づけを明らかにするとともに、契約の本質的要素をどのような視点で、いかなる基準で考えるべきか、非典型契約の本質的要素、要件事実も念頭において検討したい。

7) 法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料』別冊 NBL No.146（商事法務，2014年）

2 冒頭規定説と貸借型理論をめぐる現在の司法研修所の考え方

(1) 司法研修所編『新問題研究要件事実』の問題点

平成23年に発行された司法研修所編『新問題研究要件事実』(以下『新問題研究』⁸⁾)になって、初めて冒頭規定説に立つことが明確にされた。

同書では、まず、売買契約における代金支払請求の要件事実において、「契約の効力が生ずる根拠が民法典の典型契約の冒頭規定にあるとする考え方に従えば、冒頭規定に定められた要件が一般に契約の成立要件に当たるといふこととなります。」とし、同書がその立場に立つことを明確にしている⁹⁾。

消費貸借に基づく貸金返還請求訴訟における要件事実の説明では、貸借型の契約においては、「その性質上、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関係であるということが出来ます。」としつつ、成立要件としては、返還合意があれば足り、契約の終了要件として返還時期の合意および返還時期の到来を主張立証すべきとしている。その根拠としては、冒頭規定である587条、601条を挙げる。貸借型の契約であるとしつつも、「返還の合意」と「返還時期の合意」とを区別し、「返還の合意」は契約の成立要件とするが、「返還時期の合意」は契約の終了要件とするものである¹⁰⁾。

賃貸借契約終了に基づく不動産明渡請求における要件事実の説明について¹¹⁾も、601条の冒頭規定を根拠として、賃貸借契約の締結については、「目的

8) 司法研修所編『新問題研究 要件事実』(法曹会、平成23年9月25日)。なお、追補が追加された司法研修所編『新問題研究 要件事実 付-民法(債権関係)改正に伴う追補-』は令和2年8月20日に発行された。両者は追補部分が追加された点のみが異なり、本体の記述は変更ないものと思われる。

9) 『新問題研究』9～10頁

10) 『新問題研究』38～41頁

11) 『新問題研究』賃貸借については、124～126頁

物を一定期間使用・収益させることと、その対価として賃料を支払うことについての合意であることが分かります。」とする。「期間の定めや、使用目的の合意は賃貸借契約の成立要件ではありません。」とし、終了要件として存続期間の定めが出てくる。消費貸借契約に基づく貸金返還請求における説明とほぼ同様の説明がなされている。

ちなみに旧版である『改訂問題研究要件事実¹²⁾』においては、そのような記載はなく、貸借型については、後述の司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第一巻¹³⁾』(以下『第一巻』という。)を引用して同様の立場に立つ。

(2) 司法研修所編『3訂紛争類型別』の問題点

2021年に新たに刊行された司法研修所編『3訂紛争類型別¹⁴⁾』(以下『3訂紛争類型別』という)においては、冒頭規定については特に言及はないものの、貸借型については、消費貸借契約に基づく貸金返還請求の要件事実の説明において、弁済期の定めのある場合と、弁済期の定めのない場合に分けて、弁済期の定めのある場合には、『新問題研究』の立場と、いわゆる貸借型の考¹⁵⁾え方を併記している。

他方、弁済期の定めのない場合は、591条1項の解釈についての対立、すなわち、弁済期の合意が欠けていることを認め、同条項を弁済期の合意が欠けている場合の補充規定と解釈し、消費貸借契約の終了要件として(成立要件ではなく)、催告と催告後の相当期間の経過を主張立証すべきとする見解(合意欠落肯定説、補充規定説)と、弁済期を貸主が催告したときとする合意が

12) 司法研修所編『改訂問題研究要件事実－言い分方式による設例15題』(法曹会、平成18年)41頁。なお初版は、平成15年に発刊された。

13) 司法研修所編『増補 民事訴訟における要件事実第一巻』(法曹会、昭和61年(1986))276頁

14) 司法研修所編『3訂 紛争類型別の要件事実 民事訴訟における攻撃防御の構造』(法曹会、令和3年3月10日)。なお、初版は平成11年7月、改訂版は平成18年9月30日に発刊された。

15) 『3訂紛争類型別』期限の定めのある場合は28頁、期限の定めのない場合は29頁

あるとする見解（合意欠落否定説、合理的意思解釈説）とを併記して説明している。¹⁶⁾

同書の賃貸借契約終了に基づく建物取去土地明渡請求訴訟の要件事実の説明においては、契約の終了原因が必要となるという説明の後に、「他方、貸

16) 弁済期の定めがない場合の解釈については、『第一巻』275頁以下。司法研修所編『民事訴訟における要件事実第二巻』（法曹会、平成4年）（以下『第二巻』という。）5～6頁。従来から争いが存在するが、いわゆる貸借型理論を前提とし、弁済期の定めは契約の成立要件として必要とした上で、弁済期の定めのない場合については、なお争いがあるものと認識されてきた。冒頭規定説に立ち、弁済期の定めは契約の成立要件ではないとの立場に立った場合、これらの議論との関係がいかなるものかは、『3訂紛争類型別』からは明確ではない。より明確なのは『新問題研究』の説明である。『新問題研究』40頁では、返還時期の合意のない場合は、契約の終了要件として、(ア)アの債務の履行を催告したこと(③)(イ)イ(ア)の催告後相当の期間が経過したこと(④)が挙げられている。これらは、返還期限の合意のある場合の終了要件(ア)返還時期の合意をしたこと(③)(イ)イ(ア)の返還時期の到来(④)に代えてこれらの事実が要件となると説明がなされている。したがって、期限の定めのない場合は、契約の成立要件として、例えば、「XはYに対し、金100万円を、返還時期を定めず、貸し付けた。」と要件事実を記載した場合は、「返還時期を定めず」という部分は過剰主張となり許されないものと理解されていた。単に成立要件としては、「XはYに対し、金100万円を貸し付けた。」との記載となり、終了要件として「XはYに対し、○年○月○日、上記100万円の貸金の弁済を催告した。○年○月○日から相当期間が経過した。」との記載となろう。おそらく多くの読者は、冒頭規定説を前提とする『新問題研究』の立場に立てば、契約の成立要件として返還時期の定めは不要であり、終了要件としては591条1項の要件を主張立証すれば足りるのであるから、必然的に合意欠落肯定説・補充規定説によることとなり、合意欠落否定説・合理的意思解釈説はとらないとの立場に立つものと理解していたのではなからうか。この点、『3訂紛争類型別』では、単に並列で弁済期の定めがある場合と定めがない場合の説明が記載されているのみであることから、混乱が避けられないといえよう。冒頭規定説を前提とする『新問題研究』の立場にたっても、合理的意思解釈説を取ることが可能か、その場合は、契約の終了要件として、貸主が催告したときを弁済期とする合意をしたこと(弁済期の定めなく)、催告および相当期間の経過を主張立証することとなるか、こうした点について適切な説明をお願いしたいと考える。

17) ここにいう「他方」として貸借型理論の説明がなされている点については、貸借型理論を採らない見解においては、契約締結と同時に返還請求権が発生し、期限の合意によってそれまで返還請求権の行使が制限されている（すなわち期限の合意は抗弁となる）とする考え方を前提としているものと思われる。

借型の契約にあつては、返還時期の合意は、単なる法律行為の付款ではなく、その契約に不可欠の要素であると解する見解（いわゆる貸借型理論）がある」として、消費貸借契約の弁済期の定めがある場合の説明の頁数を記載している。そして、「この見解によれば、貸借契約が成立するためには、民法601条が定める合意に加えて、目的物の返還時期（貸借期間）の合意が必要であるから、①については、目的物及び賃料額のほか、目的物の返還時期（貸借期間）が確定していることも必要となる。」としている。ここに言う①というのは、「XがYとの間で、土地貸借契約を締結したこと」を指す。

なお、旧版の『改訂 紛争類型別の要件事実』¹⁸⁾においては、司法研修所『増補 民事訴訟における要件事実第一巻』（以下『第一巻』という）の説明内容と同様の説明がなされている。

（3）現在の司法研修所の考え方に対する批判

この点について、伊藤滋夫「司法研修所『新問題研究 要件事実』¹⁹⁾について」は、『新問題研究』の冒頭規定説に対し下記のように整理し論じられている。従来の司法研修所の見解は合意説と呼ばれるものであった。²⁰⁾それを変更し、冒頭規定を契約の法的効力の根拠とすることについて理由が述べられていない。そして、同見解を取ることは冒頭規定を成立要件と解することとつながるかという点について、適切な説明がなされておらず、冒頭規定の形式的な解釈にとどまる。特に、貸借型の契約において、『新問題研究』

18) 司法研修所編『改訂紛争類型別の要件事実 民事訴訟における攻撃防御の構造』（法曹会、平成18年）27頁

19) 伊藤滋夫「司法研修所編『新問題研究 要件事実』について・上・中・下」（『法律時報』84巻1号・84巻2号・84巻4号、2012年1月・2月・4月）。これらにおいては、冒頭規定説のほか、要件事実の意義、主張立証責任対象事実の決定基準（特に実体法の解釈と立証の困難性との関係）等の要件事実の根幹にかかわる重要な問題についても論じられている。特に冒頭規定説については、伊藤「司法研修所編『新問題研究 要件事実』について・下」（『法律時報』84巻4号、2012年4月）75頁以下を参照されたい。

20) 従来の司法研修所の見解は、合意説と呼ばれるものである。『第一巻』138頁。

は期限の定めのないときに純粋合意欠落説（補充規定説）の立場をとるようであるが、貸借の合意が成立した場合に、およそ返還時期についての合意が全くないということは、その性質上考えられない。

『新問題研究』は、冒頭規定が契約の成立要件を定めるという点と、当該契約の効力発生の根拠となるかという点を明確に区別せず、貸借型理論についても、冒頭規定が効力根拠規定と考え重視したことに問題あるとするものである。

伊藤『要件事実の基礎（新版）²¹⁾』においても、「冒頭規定説」の意味は曖昧である、としつつ、「①冒頭規定（中略）が当該節において定められている契約（中略）の成立要件を定めているのみでなく、②同契約の法律効果の発生根拠ともなっていると説を意味するという使用方法があることは間違い²²⁾ない。」とする。

そこで、これまでの冒頭規定説をめぐる議論、すなわち冒頭規定説とはどのような考え方で何のための議論か、それと対立する考え方はどのような考え方を貸借型理論をめぐる議論も含めて再度検証してみたい。

21) 伊藤滋夫『要件事実の基礎 裁判官による法的判断の構造（新版）』（有斐閣、2015年）367頁以下

22) 伊藤『要件事実の基礎（新版）』367頁、注30では、大村敦志『典型契約と性質決定』40～41頁の「冒頭規定説をとる論者は、契約の拘束力はまさに冒頭規定に求められると考える。」として、注75で同説を採るものとして『第一巻』138頁を引くが、右『第一巻』は、「合意の効果として売主の代金支払請求権及び買主の財産権移転請求権が発生する。」と述べている。大村『典型契約と性質決定』の引用注の内容は誤りであると明確に指摘している。

3 従来の冒頭規定説、貸借型理論をめぐる議論

従来の司法研修所・実務の考え方

①司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第一巻』

契約上の請求権の発生根拠については、売買契約の冒頭規定である555条の解説部分であるが、「この合意の効果として売主の売買代金支払請求権及び買主の財産権移転請求権が発生する。」²³⁾としている。少なくとも冒頭規定の存在によって直接にこれらの権利が発生するとは考えていないようである。財産権移転及びその対価としての金銭支払の合意の効果としてこれらの権利が発生すると解するのが自然である。²⁴⁾いわゆる合意説と呼ばれる考え方である。

貸借型理論については、売買型と貸借型の契約に区別して、貸借型の契約である消費貸借、使用貸借および賃貸借においては、「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。」²⁵⁾とする。

23) 『第一巻』138頁

24) 前掲伊藤「司法研修所編『新問題研究 要件事実』について・下」75頁～76頁、特に76頁注2にこの点の指摘がある。「すなわち、同書は、民法555条は、売買契約の成立要件を定めたものであるとしながら、同時に、売買契約上の各請求権の発生を「合意の効果」と述べ、「同条の規定の効果」とは説明していない。」としている。

25) 『第一巻』275頁以下、特に276頁。

②倉田卓次監修『要件事実の証明責任 契約法上巻・下巻』

契約の拘束力の根拠については、法規説と非法規説とがあるとして、見解の対立を紹介している。²⁶⁾ 法規説は、ローゼンベルクの考え方を根拠とするようである。²⁷⁾ 非法規説の中でも見解が分かれるが、²⁸⁾ 意思説、²⁹⁾ 合意説等を紹介している。研究会参加者の中でも意見が分かれるが、法規説が有力のようである。法規説は民法典を裁判規範として捉えることからの帰結であるようであるが、当時の状況を鑑みるにローゼンベルグ、法律要件分類説が影響を与えていると考えられる。

また、契約に法律効果の生じる根拠について、法律行為の効果の根拠は法律の規定であるとする考え方が多数説であるとする。証明責任の分配において、³⁰⁾ ローゼンベルクの規範説が大きく影響しているとする。他方で法律行為そのものによって生じるものであり、555条その他の典型契約の条文によるものではないとの見解も紹介している。非典型契約の法的効力についての議論も紹介されており、法律の規定を根拠とする見解に対し、非典型契約からは何らの法律効果も生じないとの批判が挙げられ、多数説からは、91条が補充的に法律効果を認めているので、同条に基づき法律効果が生じると説明することが可能であるとする。

なお、売買契約における代金支払請求においては、³¹⁾ 合意に基づいて目的物移転義務、代金支払義務が発生するとの記載もある。

26) 倉田卓次監修『要件事実の証明責任契約法上巻』（西神田編集室、1993年）29頁以下〔岡久幸治〕多くの裁判官、裁判官経験者が執筆メンバーであるため、ここで挙げた。

27) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』29頁、ローゼンベルクの「訴えの原因たる請求権を発生せしめるのは、契約ではなく、契約締結にこの効果を付与するところの法律（客観的法）なのである。」を引用する。倉田卓次訳『ローゼンベルク証明責任論』（昭和62年）319頁

28) 伊藤進「法律行為の基礎理論」ジュリスト731号85～90頁

29) 三井哲夫『要件事実の再構成』（昭和51年）43頁以下

30) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』41頁

31) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』415頁〔西野喜一〕「その要件は、当事者

貸借型理論については、主として「我妻説」を引用し、継続的契約関係であることの根拠として、片務契約（要物契約である消費貸借契約においては、目的物を交付すればそれ以上貸主の法的義務はない）であるが、「目的物の交付と同時に返還を求めるのでは契約の目的を達することができないから、貸主は借主が一定期間目的物を使用収益することを容認しなければならないという拘束を受けるとされる。」とする。³²⁾

片務契約であるが継続的契約関係であることの根拠として、貸借型理論をとるといふことであろう。ここでは冒頭規定との関係については論じられていない。

なお、民法の定める消費貸借契約が、要物契約であり、諾成的消費貸借契約が認められるかについて、否定説は法規説の残滓であり、非法規説では諾成的消費貸借契約も当然に認められるはずであるという意見が紹介されている。³³⁾

消費貸借契約の当事者間において返還時期の定めがない場合については、議論百出であったことが紹介されている。見解としては①契約成立と同時に発生する借主の返還義務の履行が期限の到来又は催告まで猶予されているとし、借主が期限の未到来又は催告がなかったことにつき、証明責任を負う（大審院判例）、②消費貸借を継続的契約とする見解は、期限の到来又は催告したことについての証明責任は返還請求をする貸主にあるとする説（貸借型に立ちつつ返還時期の定めがない場合は返還時期の合意は不要、合意欠落肯定説）（我妻等）、③消費貸借契約と期限の定めは契約として一体性を有するから、契約の成立を主張する貸主が主張立証責任を負うとし、期限の定めがない場合には、借主は催告と相当の期間経過まで履行を拒絶する抗弁権を行使できるとする見解、④貸借型理論により返還時期の合意は契約の要素であるから、弁

において右の合意が成立したことであり、これを当該の場合に応じて具体的に特定して主張するだけで足りることになる。右合意に基づいて、売主は目的物を相手方に移転する義務を、買主は代金を支払う義務を負担することになるわけである。」

32) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』438頁〔松本博之〕

33) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』441頁注3〔松本博之〕

済期の合意があることについては、貸主が主張立証責任を負う。返還時期の定めがないときは、貸主が催告した時を弁済期とする合意があると³⁴⁾する。

賃貸借契約における契約期間の合意についても、同様の議論が紹介されている。³⁵⁾

冒頭規定説と貸借型理論との関係は不明、触れられていないので、貸借型理論の議論においては冒頭規定説は意識されていなかったのではないかと考えられる。

③ 司法研修所編『民事訴訟における要件事実第二巻』

契約上の請求権の発生根拠については、賃貸借契約の冒頭規定である601条の解説の中で、「この合意によって、賃貸借契約の中心的効果である賃借人の賃料請求権及び賃借人の目的物に対する使用収益請求権が発生する」と³⁶⁾する。『第一巻』と同様、冒頭規定によってこれらの効果が発生するとは考えていないようである。当事者の合意によってこれらの効果が発生すると考えていると理解するのが相当であろう。

貸借型については、返還時期（賃貸期間）の合意をどのように位置づけるかについて、「売買契約における期限の合意と同様、契約の要素ではなく法律行為の附款である」とする説と、貸借型の契約を、売買、交換等の売買型の契約と区別して理解し、「貸借型の契約にあっ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考え」説を紹介している。その上で、大審院の複数の判例は、消費貸借契約で「返還時期の定めのない場合に、貸金返還請求権を行使するに当たって、借主から抗弁の提出がないのにあらかじめ相当の期間を定めた催告を主張立証する必要はないと判示しており、前説に立つものと解されるが、学説は後説を採る

34) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』464～467頁〔松本博之〕

35) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』607頁〔西野喜一、高世三郎〕

36) 『第二巻』2頁

ものが有力である」として、我妻説が引用されている。³⁷⁾そして、『第一巻』の「貸借型の契約と返還時期の合意」をもって相当というべきであるとして、貸借型理論を採用することを明らかにしている。³⁸⁾

(2) 従来の学説の状況

①我妻榮

意思表示または法律行為が法律効果を生ずる根拠は、法律か、意思か、という問題について、「法律の規定なしに法律効果を生ずるという自然法原理のようなものは、認めることはできない。」「法律行為の効果の根拠は法律の規定である（直接には民法91条がこれを規定する）」³⁹⁾とする。

売買の効力については、売主の義務としての売買の目的たる財産権を買主に完全に移転する義務（法律行為の効果）は、売買契約を組成する効果意思の合理的解釈によって導かれる効果であるとする。⁴⁰⁾買主の代金支払義務については、売買契約の成立要件であって、意思表示の効果として発生する（法律行為の効果）⁴¹⁾としている。当事者が売買契約の成立要件に該当する合意を行ったことにより、当該効果が発生すると考えているものと理解できる。

消費貸借の説明において、要物契約としての消費貸借契約が片務契約であるとした上で、貸主の法的債務があるとする見解を挙げつつ、片務契約と解釈しても、消費貸借が使用貸借・賃貸借と同じく、継続的契約関係であることを導くため、「けだし、消費貸借において貸主が一定の時期まで返還を請求しえないというのは、売買代金に期限がつけられた場合などとは異り、この契約に本質的な拘束を意味するものだからである。」⁴²⁾とする。

また、消費貸借法律的性質の中で、「消費貸借契約は貸借型の契約の一種

37) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義Ⅴ2）』（岩波書店、1957年）353頁、372頁

38) 司法研修所編『第二巻』5頁

39) 我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）

40) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義Ⅴ2）』266頁

41) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義Ⅴ2）』310頁

42) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義Ⅴ2）』353頁

である。」との説明があり、貸借型の契約は、他人の有する財貨を借りて使用した後にこれを返還する点、いいかえれば、物資の使用価値を一時的に相手方に委譲する者である点で共通している、とする。⁴³⁾

また、消費貸借契約の返還時期の約定がない場合の説明として、591条1項を挙げ、「消費貸借は一定の価値を貸主の使用にゆだねることを本質とする継続的契約であるから、貸主は、これを告知してはじめて、その返還を請求することができるようになる。」とし、期限の定めのない消費貸借においては、貸主の返還請求権は契約成立と同時に弁済期にあり借主が単に催告のなかったことをもって抗弁としうる等とした判例（大判大正2年2月19日民87頁等）を正当ではなく、貸主において相当の期間を定めて催告したことを主張・立証すべきとする。⁴⁴⁾

使用貸借においては、借主の義務の一つとして目的物の返還義務を挙げ、使用貸借の要素であるとして593条の冒頭規定を挙げる。⁴⁵⁾

賃貸借においては、貸借型の契約であるとする点は、消費貸借、使用貸借と同様である。⁴⁶⁾それ以外に特筆すべき箇所はない。

②大村敦志『典型契約と性質決定』

今日の支配的学説が典型契約の意義をほとんど認めないとする一方、「要件事実論と典型契約」という標題において、①契約に基づく請求を認めるための要件事実はいかなるものか。②契約の拘束力の根拠をどう考えるか。③条件期限を抗弁とみるか否認とみるか。④契約の成立という要件事実の性質はいかなるものかという問題があるとする。

①の問題について、冒頭規定説、全面合意説、個別合意説（返還約束説）があるとし、②の問題については、①で「冒頭規定説をとる論者は、契約の拘

43) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義V2）』356頁

44) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義V2）』372頁

45) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義V2）』382頁

46) 我妻榮『債権各論中巻一（民法講義V2）』423頁

東力はまさに冒頭規定に求められると考える。」として、倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』初出論稿、『第一巻』138頁を挙げられる。この点、『第一巻』については「法規説」の立場を取るとは言えないため、誤解があるようである。また、倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』については、法規説が多数ではあるようだが、一概に実務が法規説に立つとまでは断定できないであろう。

大村は、全体として、典型契約の意義について否定的見解を示し、実務と学説の乖離について指摘している⁴⁷⁾。なお、貸借型理論については、特に意識されていない。

③後藤卷則「要件事実論の民法学への示唆（2）—契約法と要件事実」

主として冒頭規定について検討がなされている。

返還約束説と冒頭規定説、全部合意説（条件・期限についての否認説）と冒頭規定説、それぞれの対比において、司法研修所は冒頭規定説に立つとする。その根拠として、『第一巻』のいわゆる返還約束説を採用しないこと、条件・期限についての抗弁説を挙げる⁴⁸⁾。

典型契約における契約の拘束力の根拠については、法規説と合意説の対立

47) 大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997年）40～41頁、50～51頁（70）、（75）。前掲伊藤も大村教授の指摘については、「上記理解は、同頁（筆者注：『第一巻』138頁）の内容についての誤解というべきではなからうか。」と指摘する。

48) 大村敦志『典型契約と性質決定』44頁

49) 『第一巻』45頁、46～48頁

50) 後藤卷則「要件事実論の民法学への示唆（2）—契約法と要件事実」大塚直・後藤卷則・山野日章夫編著『要件事実論と民法学との対話』（商事法務、2005年）44～48頁。同50～51頁では、典型契約においては、「各類型の契約を成立させるためには、「本質的部分」についての合意があったことの主張立証があれば、原則としてそれに関する契約の成立を認めて、当該契約に基づく請求権の発生を根拠づけることができる」と解すべきであろう。問題は、この本質的部分をどのようにして見出すかであるが、典型契約については、その冒頭規定の定める要素が当該契約の本質的部分を定めていると解される。たとえば、民法555条は売買契約につき、その本質的部分が何であるかを定めた規定である。」

を挙げた上で、冒頭規定説が法規説か合意説かは見方が分かれているとし、司法研修所は冒頭規定説に立った上で、「その法律効果の発生根拠を当該規定ではなく当該規定の内容に合致する当事者の合意であるとするのが司法研修所の見解であると指摘されているが、他方で、冒頭規定説は法規説に立つ見解であるという指摘もある。」とする。

法規説の根拠としてはローゼンベルグのほか、法律効果の発生の根拠が法律の規定に帰するとし、「合意説は、民法とは無関係に請求権が発生するというが、そこには、契約の拘束力の思想的な根拠と、契約により権利が発生・変更・消滅するという法的効果の発生根拠との混同がある、と指摘するものもある。」⁵¹⁾としている。

④吉川慎一「貸借契約関係訴訟の証明責任・要件事実」

主として貸借型理論について検討がなされている。

貸借型理論については、従来の民法学に対応する学説がなかったこと、要件事実に関心のある複数の学者が貸借型理論に異論を唱えていること等から、『新問題研究』では貸借型理論を参考として紹介するに止めているとしている。その上で貸借契約における返還時期の合意については、返還時期の合意がない場合の合意欠落肯定説と否定説との対立を紹介している。⁵²⁾

消費貸借契約については、契約成立と同時に返還を請求できるとする返還契約説（契約成立時説）と一定の返還時期まで返還を請求できないという継続契約説との対立から出発して、591条1項の位置づけ、返還時期の定めのないことの主張立証責任について論じる。

返還時期の定めのない場合の主張立証責任については、合意欠落否定説が、経験則に基づく事実上の推定として、黙示的に弁済期を催告のときと

51) 前掲後藤「要件事実論の民法学への示唆（2）」56頁

52) 吉川慎一「第6章 貸借契約関係訴訟の証明責任・要件事実」新堂幸司監修・高橋宏志・加藤新太郎編『実務民事訴訟講座〔第3期〕第5巻』（日本評論社、2012年）159頁

する合意をしたと推認することを根拠として挙げるとし、これに対しては、「民法の規範分析自体は、事実認定が可能かどうか以前の問題である。事実認定論は、要件事実の確定以後の問題であって、規範分析に事実認定論を持ち込むのは議論としては成功していないと思われる。」⁵³⁾とする。合意欠落否定説では、貸主と借主とが返還時期について合意したこと（返還時期を定めないという合意を含む。）が認定できない場合は、消費貸借契約は成立していないことになる。（どちらかという合意欠落否定説には否定的か）

貸借契約においては、返還時期を定めない場合は解約の申入れをすることができ、617条所定の期間が満了したときに契約が終了する。当事者が返還時期を解約の申入れをしたときとする合意と捉えることは法文と異なり、意思表示を軽視することになって無理があるとしている。

貸借型理論の評価としては、民法学説と無縁ではなく、継続的契約説の一面を徹底した見解であると評価できるとする一方で、終了事由を当事者の合意と一方当事者による告知としているにもかかわらず、貸借型理論は、終了事由を当事者の合意に一本化している点で、継続的契約説に忠実とはいえない、とする。貸借型理論の合意欠落否定説は、実務的には有用な見解であるとしつつも、貸借型理論は、これに直接対応する民法学説を欠いているだけでなく、民法学の通説との関係についての説明を欠いているとの指摘がある。

貸借型理論に対する批判的見解を踏まえて、分析的に要件事実を検討されている。なお、冒頭規定説との関係については、触れられていない。

⑤潮見佳男『プラクティス民法債権総論〔第5版補訂〕』

貸借型理論については以下のように述べている。「かつての司法研修所での教育の場で『貸借型理論』なるものが唱えられたことがあるが、民法学説では全くと言ってよいほど支持を得られず、現在の司法研修所での教育は

53) 同書187頁

『貸借型理論』について中立的立場（学説の展開に委ねる立場）を採ることへと転じている。」とする。⁵⁴⁾

なお同第3版（2007年）73頁以下では、「貸借型理論」の問題点として①「期限の定めが「不可欠の要素」と考える場合には、期限の定めのない貸借（・消費貸借・使用貸借）をどのように理解すればよいのかという問題」（いわゆる補充規定説と合理的意思解釈説の対立）②「契約において何をいかなる観点から「本質的」・「不可欠」なものとするかという、本質的な洞察が欠けている」という点を挙げる。

第3版より第5版補訂版のほうが貸借型理論への批判のトーンとしては弱くなっている。

⑥沖野眞巳「条件および期限について」

貸借型について否定的な見解を述べる。⁵⁵⁾当事者が返還時期を定めなかったときにも591条1項により催告時を履行期とする合意があるとされる点、目的物の返還が問題とならない場面でも返還時期の合意について主張立証しなければならないとする点の2つに問題があるとする。

⑦山本敬三『民法講義Ⅳ 1 契約』（有斐閣，2005年）380頁

貸借型について、否定的な見解を採る。「貸借型の契約について、「返還時期」が不可欠の構成要素であるとしても、そこからただちに、すべての構成要素について当事者の「合意」がなければならないと考える必要はない。合意が不可欠かどうかは、どこまでの事項を契約の成立要件ととらえるか—どのような事項について合意があれば契約の成立を認めてよいか—によって決まることである。」とする。⁵⁶⁾591条1項については、補充規定であるとする。

54) 潮見佳男『プラクティス民法債権総論〔第5版補訂〕』（信山社，2020年）67頁

55) 沖野眞巳「条件および期限について」大塚直・後藤巻則・山野目章夫編著『要件事実論と民法学との対話』（商事法務，2005年）

56) 山本敬三『民法講義Ⅳ 1 契約』（有斐閣，2005年）380頁

合意存在構成は、契約の構成要素に関する理解を成立要件に直結させているところに問題があるとする。

(3) 検 討

i) 冒頭規定説について

まずは、冒頭規定説と呼ばれるものについてはその内容が必ずしも明確ではないことが問題である。冒頭規定はいずれも各典型契約の成立要件を規定するものであり、この要件に該当する事実が当該典型契約に基づく請求権を発生させるものであるとする見解が一般的な理解ではある。典型契約の本質的部分、すなわち冒頭規定が定める要素について合意したことを主張立証すべき、原告に審判の対象の法的性質決定させるということの意味するという趣旨で冒頭規定説を用いる分には首肯しうる⁵⁷⁾。しかし冒頭規定が契約の法律効果の発生根拠となるという点は慎重な検討が必要である。司法研修所がいわゆる返還合意説を採用しないこと、条件・期限について抗弁説に立つことを理由に、実務が冒頭規定説に立つとする見解には、理論的な飛躍があり、疑問が残る点である⁵⁸⁾。

いわゆる返還約束説や条件・期限の抗弁説は、契約の成立要件として、どこまでが不可分であり、どこが可分であるかという観点からの説明である。こうした『第一巻』の記述を理由に司法研修所は冒頭規定説を採用しているとは言えないであろう。可分・不可分の問題は、合意の内容が要件事実とされる場合に、ある事実と別の事実が不可分である場合は、ある事実が請求原因であれば別の事実も請求原因とならざるを得ず(抗弁に回すことができない)、可分であれば、請求原因と抗弁とに分けることができるという観点からの議

57) 村田・山野目『要件事実論30講』104頁は、このように述べて、冒頭規定説が通説であり、実務の支配的見解であるとする。

58) 後藤「要件事実論の民法学への示唆(2)」51頁。典型契約類型に依拠して要件事実を考えることについては、それが①法適用の効率化②公正な解決の確保という意味があるとする。52頁、56頁。

59) 後藤「要件事実論の民法学への示唆(2)」

論といえる。

冒頭規定説と呼ばれるものの意味があいまいである以上、法律効果の発生
の根拠をどこに求めるかという点については、冒頭規定ないし冒頭規定説と
いう用語ではなく、合意説、法規説の対立があるが、その議論のほうがより
本質的である。

法規説と合意説との対立について、法規説は、倉田『契約法上巻』にあっ
たように、我妻説、ローゼンベルグを出発点として、民法を裁判規範として
のみ捉える考え方から生じたものである⁶⁰⁾。また、我妻説が法規説の立場に
立つことを明らかにしていることの影響も大きいと言わざるを得ない。

ローゼンベルグの影響の大きさについては、当時の時代状況からはやむを
得ない側面もあるが、現在において、民法が裁判規範はもちろん、行為規範
としての意義をも有することは疑いない。民法の裁判規範性を理由に法規説
を採用することは時代に逆行していると言わざるを得ない。

我妻説では、非典型契約の法的効果の発生根拠を、民法91条に求めるが、
そのような考え方に異論を唱える見解もあるところである⁶¹⁾。91条の意義に
ついては、改めて検討が必要とされるところである。

また、債権法改正後においては、新521条を根拠に非典型契約により法律
に根拠を有するものとして、法規説と整合しないわけではないとされるが、
新521条が当事者の合意に法律効果の発生根拠を認めたものかは慎重に検討
する必要がある。

ところで、合意説と法規説の具体的な差異については、法律の規定と同一
内容の合意をした場合、その合意の成立を主張立証すべきか、という点にあ
る。合意説に立てば必要なように考えられるが、法規説に立てば不要とな
⁶³⁾

60) 村田・山野目『要件事実論30講』103頁は、我妻説を挙げて、「現在の民事裁判実務では、法規説が採用されている。」とする。

61) 倉田『要件事実の証明責任契約法上巻』42頁

62) 村田・山野目『要件事実論30講』103頁

63) 『第一巻』58頁では、法律の規定と同一内容の合意は、「その成立が主張立証されない場合でも、この合意に基づく法律効果と同じ法律効果が法律の規定によって発生

るであろう。従来は、合意説と法規説は対立的な見解とされてきたが、両説の差異について改めて検討を要する問題であるとの指摘もある⁶⁴⁾。

筆者としては、基本的に合意説に立つが、当事者間の裸の合意によって法律効果が発生するのではなく、典型契約においては、冒頭規定とその解釈による当該典型契約に本質的な要素について、合意が行われたことによって、売買代金請求権のような法的効果が発生すると考える。(いわば冒頭規定のフィルターを通した合意説⁶⁵⁾) このように考えることで、特に非典型契約の要件事実、本質的要素を考慮する場合には、有益ではないか。

ii) 貸借型理論

貸借型理論については、これまで司法研修所がリードしてきた議論であり、学説からの批判にさらされることはあまりなかった。ここに来て、批判的学説からの影響を受け、司法研修所は貸借型理論を放棄し、冒頭規定説を根拠として、弁済期の合意は成立要件ではない、終了要件に過ぎないとの立場に立ったが、その理論的根拠は弱いといえる。貸借型理論の是非については、冒頭規定説と切り離して検討すべき問題のように思われる。

貸借型理論の一番の根拠は、おそらく我妻説であると考えられるが、その実は、消費貸借契約が一回的契約ではなく、賃貸借、使用貸借契約と同様に継続的契約であるということをいうための理屈であったと考えられる。賃貸借契約、使用貸借契約については、わざわざ貸借型の契約であるなどと説明をするまでもなく、継続的契約であると理解されていたものと考えられる。

その点を司法研修所が貸借型の契約の本質として返還時期の合意が本質だと捉え、貸主が契約の成立要件として返還時期の合意を主張立証すべきであるとしたのは、やや理論として飛躍があると言えなくもない。

する以上、その成立を主張立証させる意味がない]

64) 前掲後藤「要件事実論の民法学への示唆(2)」57頁

65) 伊藤『『新問題研究 要件事実』について・下』75頁以下、伊藤『要件事実の基礎(新版)』367～368頁

そして、さらに貸借型理論が、冒頭規定説の考え方とは必ずしも結びつかないということも明確と言えよう。

さらには、返還時期の定めのない場合の議論についても、貸借型理論と論理必然の関係にあるのかないのかを明らかにする必要がある。

そもそも、契約において、何をいかなる観点から「本質的」・「不可欠」なものか捉えるか、個々の契約において、それをある契約類型に結び付けるための決定因子との関係で、契約の「本質的要素」をどのように理解すればよいのかという点についての分析が必要ではないか。結局、貸借型理論をめぐる議論については、結局は、伊藤教授の言われるように、普通の人は、貸借型の契約をいかなるものと考えているのか、返還時期の定めが全くない貸借型の合意というものが存在するのかという視点から検討する以外にないのではなかろうか。

iii) おわりに

本稿では、冒頭規定説、貸借型理論をめぐる従前の問題意識を明確にし、その現在における問題点を浮き彫りにするにとどまったが、今後の要件事実論の在り方については、従来の形式的な解釈に固執せず、債権法改正における欧米諸国からの影響を踏まえたうえで、検討していくべきであろう。裁判所をはじめとする裁判実務に携わる実務家、司法研修所等に携わる諸先輩方が叡智を結集して築いてきた世界に誇るべき理論であるだけに、今後の益々の理論的發展を願ってやまない。

