

双務契約の立証責任

萩 大 輔

目 次

- 一、問題
- 二、学説
- 三、筆者の見解

一 問 題

双務契約の例として売買契約をとりあげる。売主が原告として売買代金請求の訴を提起した場合、彼の請求を根拠づける為売買契約の存在を主張しそれを立証しなければならぬ。売買契約は一個の契約ではあるが、その中には売主の代金請求権を根拠づけるもの外に買主の権利（所有権・占有権の移転を求める）を根拠づける部分も含む。売主が代金請求の訴において代金請求権を根拠づける部分を立証せねばならぬのは当然であるが、それと不可分のものとして買主の権利を根拠づける部分も立証しなければならぬとされる。売買契約では二つの給付が不可分に結びつけられているからそれは当然であるともいえよう。売買代金請求権という表示自体が当該金銭債権が反対給付と結びついていることを示してい

る。現実社会で金が動く時は反対給付があるというのが常識である。贈与を除いてすべての金銭の授受には反対給付（或は原因）がある筈である（贈与にだって実質上何等かの反対給付が考えられない訳ではない）。だから、大凡の金銭に関する契約にはその反対給付が組み合わされている。売買のような双務契約はその典型的なものである。代金を請求する売主が自己の代金請求権を根拠づける為反対給付に関する部分を含めて売買契約の全体を立証しなければならぬとするのは極めて常識的な帰結である。そして、この事は買主が品物の所有権・占有権の移転を求める場合も同じである。

しかし、売主としては若し反対給付に関する部分をも主張し立証するとすれば、それは売主の義務、相手方買主の権利を根拠づけることになる。若し相手方がその権利を基に同時履行の抗弁或は反訴を提起するとすれば、相手方は勞せずして抗弁権乃至反訴請求の根拠づけを得ることになる。之は通常権利を根拠づける理由はその権利を主張する者が立証しなければならぬとする立証責任の原則に反しないのか。

之を逆に、先づ買主が目的物の引渡を訴求する場合、買主も又売買契約のすべて、売主の代金債権に関する部分も立証しなければならぬとすれば、売主の同時履行の抗弁、或は反訴（代金請求）について、矢張、本来相手方売主の責任と考えられる立証の勞を省いてやることになるがそれでよいのか。

かような結果は好ましくないから、なるべく相手方の権利をも根拠づけることの愚は避くべきである、として、一体それが可能であろうか。例えば、全く相手方の反対請求に関する部分を主張、立証しないで済ませることができ得るであろうか。或は、それは不可能であるが、相手方の反対請求については自己の請求を根拠づけるに足る最小不可分の部分だけ立証するという事が考えられるか、そして、それは何か。

かような事が本稿の問題点であり、目的とする所である。

二、学説判例

先づ、この問題についてローゼンベルグの説く所を要約してみると次のようになると思う。(注一)

1 同一の契約に基づいて一方の当事者がある給付を請求し、相手方が、その反対給付を請求する時、両当事者とも各自の主張する給付、反対給付を根拠づける契約の条項を立証しなければならぬ。それ等の条項が当該契約の本体 (Wesenheit) に属するものである限り、たとえ相手方の権利を根拠づけ従って相手方の立証責任の範囲に入る所のものであつても。

2 右の原則は次のような場合は矛盾を生じない。即ち、同一の契約で、況山の法律関係を規定した時、例えば、当事者が同一の対象について同時に売買と賃貸借契約を締結し、売主が引続き当該目的物を賃借した時、引渡しを請求する買主が売買契約を立証し、被告たる売主が引渡しを拒絶する為に賃貸借契約の締結を立証しようとする場合。

3 しかし同一の双務契約から給付、反対給付が主張されるような場合は問題が生ずる。

(a) 売買代金を求める原告がその売買の目的物について主張する所を被告が単に争うに止まる時は、原告はその主張につき立証責任がある。請負代金を請求する原告は引受けた仕事の内容について立証責任がある。反対に、売買の目的物、請負工事の引渡が求められた時、被告(売主・請負人)が取得すべき代金、報酬が争われた場合、原告が立証責任を持つことが明らかとなる。

(b) 被告がその主張する反対給付について同時履行の抗弁或は反訴を提起した時は如何。通説は次のようにいう、即ち、被告は同時履行の抗弁或は反訴請求の根拠を立証する必要は毫もない、何故なら之等の事項は原告によって立証されるべき双務契約の内容をなしており、被告の立証責任を生ぜしめない、同時履行の抗弁は所謂構成要件なし (tatbestandlos) である、と。(注二) しかし之は正当でない。即ち、被告も又彼が主張する反対給付について立証責任を持つ。ただし、原告が自己の請求を根拠づける必要上被告の権利たる反対給付についても言及しその立証に成功した時は、被告の立証活動は実際上問題とならない。しかし、原告がその立証に失敗した場合は、被告も又立証責任を持つという事が明瞭となる。

例えば、買主が七五〇〇マルクで買ったと主張して自動車の引渡しを訴求した時、被告（売主）が八九〇〇マルクの支払を反訴請求した場合、原告が買値は七五〇〇マルクであることの立証ができねば原告の請求は棄却されるが、それだからといって反訴請求が理由づけられるのではない。原告の主張の不真実は被告の主張の真実を意味しない。被告が八九〇〇マルクの代価を立証できない時は反訴請求も又棄却される。八九〇〇マルクの支払を同時履行の抗弁として主張する時も又同様。即ち、原告が七五〇〇マルクの価格の主張について立証ができない時は、被告は抗弁により八九〇〇マルク支払と引換えて自動車を引渡すべき判決を受けるのではなく、原告の請求が棄却されるのである、たとえ被告が八九〇〇マルクの価額を立証できなくても。しかしそれと同時に、同時履行の抗弁権を根拠づける双務契約の部分についての被告の立証責任は不動である。

(c)原告の請求を根拠づける事項に属さず従ってそれについて原告の立証責任が問題とならないような双務契約の条項に基づいて、被告が同時履行の抗弁や反訴を支持する時、被告は、はじめ、正當に、立証責任を負う。

(イ)特別品質条項 (*Abrede besonderer Eigenschaften*) 例えば、売買契約に基づき代金支払の請求を受けた被告買主が一応原告の主張する通りある商品がある代価で買った事を承認するが、しかしその商品について特別の品質が約定された事を理由として同時履行の抗弁を提出する時、被告が立証責任を持つ。運送契約、請負契約の場合にも同様のことがある。

(ロ)その他の附随条項 *Nebenabreden* (反対給付に関連すべきもの、或は更に被告の為に約定されるべきもの) 例えば、売買契約における目的物引渡の履行地の特約、競業者への販売禁止条項、営業の売主の競業禁止条項、目的物の第三者に対する引渡しの特約、等。之等の条項は、その不遵守を理由に代金の支払を拒む被告買主が立証しなければならぬ。

以上ローゼンベルグの所説を本稿の問題点に即して更に要約すれば次のようになるであろう。

I 双務契約の本体に属する条項は、たとえ相手方の給付請求権を根拠づけるものであっても、各当事者は自己の給付請求権を根拠づける必要上、これを立証しなければならぬ。

II 双務契約の本体に属さない条項（特別品質条項その他の附随条項）は、専ら、それを主張する（同時履行の抗弁或は反訴請求の根拠として）者に立証責任がある。

かようなローゼンベルグの所説は、双務契約において反対給付を主張する者にも平等に立証責任を認めて立証責任分配の原則を貫こうとする趣旨をよく表明しているが、結果は必ずしも充分とはいえないと思う。斎藤教授が「立証責任の分配」（民事訴訟法演習II四五頁以下）に説明する所はローゼンベルグとあまり相違がないようである。

之に対して、もう少し、双務契約に基づいて先づある給付を請求する原告にもつと立証の範囲を狭め（反対給付を主張する者の立証の範囲は逆に増す）ようにするものに岩村弘雄「司法修習生と要件事実(二)」(判例タイムス一九九号五二頁)がある。岩村判事は次のように説く。「売買代金請求の訴の場合には、売買代金債権発生の法律要件たる売買契約が特定されなければならない、売買の特定のためには、契約当事者、契約の日時及び目的物を掲げれば足りる。請求の趣旨として「被告は原告に対し金一〇〇万円を支払え」と、請求原因として「原告と被告とは、昭和四十一年一月五日原告を売主、被告を買主として、別紙目録記載の機械を目的として売買契約を締結した」と記載すれば新旧いずれの訴訟物理論によつても民法二二四条の請求の趣旨及び原因の記載として欠けるところがない。

被告が請求を認諾しない場合には、原告は請求を理由あらしめる事実を主張しなければならず、売買代金請求の訴においては代金額の主張は攻撃方法として要件事実となる。（注三）通常請求の認諾が期待されないから訴の提起に当っては、請求を識別する要素としての狭義の請求原因のみならず、請求を理由あらしめる事実も請求原因として記載するのが通例であるし、それが望ましい。結局、「原告と被告とは昭和四十一年一月五日原告を売主、被告を買主として、別紙目録記載の紡績機械を目的として、代金一〇〇万円で売買する契約を締結した」ということが原告の請求を理由あらしめる要

件事実となる。この事実が売買という法律要件に該当し、この法律要件から原告の被告に対する代金債権一〇〇万円という法律効果が発生する。』

右の説明をローゼンベルグの所説にあてはめれば、契約当事者、契約の日時、目的物のみが契約の本体に属し、代金額は附随条項（但し、原告の立証すべきもの）に相応することになろうか。

かような代金請求の訴において被告が「原告主張の売買契約締結を認める。但し被告は、何々の条件（例えば機械の性能、代金の減額または支払方法等）を付して承諾した」と答弁した場合の取扱い方として次のように説明する。『原告の主張は、機械を代金一〇〇万円で移転する旨の申込み（a）と承諾（b）があつたと主張するだけで、被告主張のような条件であつたとは主張していない。被告は、aとbの意思表示のあつたことを認め、被告が承諾の意思表示（b）をする際に、原告に対し条件（c）をつけたと主張している。被告主張のとおりならば、被告は、原告の申込み（a）を拒絶して新たな申込みをしたことになり（民五二八）、原告主張のa bと被告主張のcとは事実として両立するが、a bにcを加えると、a プラスb によって生ずる代金債権の発生は阻害されるから、承諾に条件（c）を付したことは抗弁となる。被告は、cにつき立証責任を負う。』

被告は、原告主張の売買契約の締結を認めると答弁しているので、右のように解すると何となく釈然としないものが残る。被告の答弁の趣旨を釈明すべきである。被告が機械の性能に関して主張することは、申込みの失効を主張する趣旨ではなく、原告の瑕疵担保責任（民五七〇、商五二六）をいうつもりかもしれないし、また目的物の性質について錯誤（民九五）があることを主張するのかもしれない。』

機械の性能について条件をつけたということは、この場合、ローゼンベルグの所説によれば反対給付に関連する附随条項であり、その立証責任が被告にあるとする右の帰結はローゼンベルグに一致する。（代金の減額又は支払方法は原告の請求に関連するものだが、被告の利益に定められた附随条項として、やはり被告が立証すべきであろう）。之を要するに、

売買契約に基づき代金を請求する場合にはあまりローゼンベルグとの差は見られない。ただ、注目すべきは、代金額は売買契約特定の要件事実ではなく、攻撃方法として要件事実となる点である。之をローゼンベルグの表現に直せば、**売買契約特定の要件事実が契約の本体に当たり、代金額は附随条項（原告の立証すべき）**というべきであると思うが、もしそうだとすると、岩村判事の見解はローゼンベルグより、契約の本体に関する解釈が狭くなっているのである。

次に同じ売買契約に基づいて買主が機械の引渡しを訴求する場合の説明を見よう。日く『原告は請求原因として「原告と被告とは昭和四一年一月六日原告を買主、被告を売主として、別紙目録記載の機械を目的として、代金八〇万円で売買する契約を締結した」と主張したとする。

原告は、売買契約から生じた目的物の引渡請求権を主張するのであるから、引渡請求権発生の法律要件である売買契約を主張する必要がある。売買契約は、対価として一定の代金を支払う合意のあることを成立要件とする。売買の目的物の引渡請求の訴においては、一定の代金についての合意があることを主張すれば十分であつて、その代金額がいくらであることを主張する必要はない。原告の主張事実のうち「買主原告と売主被告との間で機械について売買契約を締結した」という事実が引渡請求権発生の要件事実である。いいかえれば、原告と被告との間で機械を一定の代金で移転する旨の申込みと承諾があつたという事実である。代金額が八〇万円であることは、間接事実である。同一の法律要件から複数の法律効果が発生することがあるが、どの法律効果を主張するかによつて、要件事実が異なってくる。』

ここにおいて、ローゼンベルグとの相違がはっきり現われてくる。ローゼンベルグは、かような場合、原告は代金額をも立証しなければならないとした。

次に、被告が「原告主張の売買契約の締結を認める。但し、代金額を否認する。代金は一〇〇万円である。」と答弁した場合の説明は次のようである。『代金額が八〇万円であることは間接事実であるから、これが否認されても、その他の事実（要件事実）の存在を認めているのであるから、請求原因事実は争いないことになる。原告は、一定の対価支払の合

意があつたことを主張しているのであつて、そのことは被告も認めている訳である。代金額が一〇〇万円であらうと八〇万円であらうと売買契約の成立を妨げないからである。この場合代金額がいくらであるかについて、証拠調べをするのは無駄なことである。』

右説明の中には、被告が代金一〇〇万円の支払を同時履行の抗弁乃至反訴で主張した場合については言及がない。しかし、多分、その時は一〇〇万円について被告の立証責任が認められるとされるであらう。その場合、ローゼンベルグがとり組まねばならなかつたような困難さはない。何故なら、原告は代金額を立証する必要がないのだから、被告の立証責任の範囲と重複することがない、から。

之を要するに、岩村判事の見解は、ローゼンベルグより、双務契約の本体を狭く解釈し、原告の立証責任を軽くし、併せて被告の立証責任との重複を防いでいる、といえよう。

判例では、本稿の問題点に適切なものは見当たらないように思うが、売買の目的物の引渡義務の履行は売主の立証責任とする判例がある。(大判大八・六・一六民録二五卷一〇四一頁)。之は当然の事であるが、ローゼンベルグも言及しているように、そのことから、直ちに、売主の引渡義務そのものの根拠づけ迄が売主の立証責任とされることは勿論不当である。(注四)尚、一ヶ月八一〇円七七銭の賃料の賃借権の確認が求められたのに対して、一ヶ月七六円二〇銭の賃借権の確認判決がなされたことを適法とした判例がある。(最判昭和三二・一・三一民集一一卷一号一三三頁)。思うに、賃借権にとって賃料額は反対給付たる賃料債権に関する事項である。故に、賃貸借関係全体を問題にするのであれば別であるが、単に賃借権のみの確認を求める場合であれば、その賃借権を特定させる要件として、賃料額は不可欠でもなく、重要でもないというべきである。

三 筆者の見解

筆者は次のように思う。即ち、双務契約に基づき、給付、反対給付を要求する両当事者は、当該契約の条項の内、それぞれ、自己の給付請求権に関する部分についてのみ立証責任を負担するとする事は不可能であろうか、ということ。(注五)もし、それが可能であれば、ローゼンベルグが指摘するような両者の立証責任の範囲が重複するという厄介な現象から免れることができ、原告と、同時履行の抗弁或は反訴を提起する被告との立証責任の分担は全く公平になると、思うからである。

以下この目的に従って検討を加えたい。

1 売買の目的物(特に、それが特定物である場合)の給付を求める時

原告買主の提出した訴訟物は当該売買契約に基づく当該目的物の給付請求権である。新訴訟物理論の提唱者三ヶ月教授によれば、当該目的物(特定物)とその引渡しを求める請求の趣旨の表示のみで、訴訟物は特定する。(注六)新堂助教授の提案に従って之を受給権(注七)と呼ぶとすると、かような受給権の同一性は、その発生原因の如何によって影響を受けない。従って、受給権の発生原因、法律要件としての契約を考える場合、それは売買契約であってもよいし外の契約でもよい。要するに当該受給権の発生を約したものでありさえすればよい筈である。とすれば、買主はたとえ売買契約を根拠にする場合であっても、当該契約が売買契約であることを明らかにする必要はなく、要するに、当該給付が約定されている事のみを立証すればよいのではなからうか。勿論、その契約自体が日附、当事者、目的物等で特定されていることは必要であるが、それが売買契約であることは、買主にとっては、必ずしも主張、立証するの要はないといわねばならない。もし、売主が同時履行の抗弁或は反訴で反対給付(代金支払)を主張しようとするならば、その時はじめて、当該契約が売買契約であること、即ち、反対給付が結合されていることを立証する必要が生じる。そして、この時はじめて、その契約が売買契約であることが判明するのである。更に、たとえば、当該品物の引渡しの約定には異論がなくその代価額について争がある時、当該受給権については自白されたものとして、直ちに、買主の請求を認容してよい。勿論、売主は自己

の主張する代価の支払を同時履行の抗弁或は反訴で要求することができるが、その時には自己の主張する反対給付（代金支払）のすべてについて立証の責任を負うことになる。

之を要するに、新訴訟物理論の立場に立てば、双務契約を真二つに割って、給付、反対給付を要求する者はそれぞれ自己の給付請求を根拠づける部分についてのみ立証責任を負担するの理を容易に肯定することができると思う。

旧訴訟物理論の立場に立てば、訴訟物は実体法上の権利毎に特定さるべきであり、又、売買契約に基づく物の引渡請求権と、例えば請負契約に基づくそれとは別異の訴訟物となるとされる。（注八）従って売買契約の目的物の引渡しを請求する者はどうしてもその権利を根拠づけるものとして売買契約（単に契約でなく）の存在を主張しなければならない。しかし、その場合でも、反対給付（代金債権）即ち自己の義務、を根拠づけるようなものは必要最小限度であった方がよいということは、何人も肯定し得るところである。ローゼンベルグが、かような場合、原告は契約の本体のみを立証すればよいとしたのは、この趣旨から理解することができる。殊に、前述のように、岩村判事がこのような場合原告は代金額を立証する必要がないとするのは、原告買主の、反対給付（代金債権）の約定についての立証範囲を極めて狭めるものである。原告が八〇万円の代価を主張したのに対して被告が一〇〇万円を主張した場合、対価支払の合意そのものについては自白があったと見れば、代金債権について原告の立証すべきものは何もない。この見解を更に一步進めて次のように考えることができるか。即ち、原告買主は訴訟物を特定させる売買契約を主張する必要があるが、反対給付（代金債権）については何も立証する必要がない、と。これは、つまり、反対給付についての立証責任をその存在、金額ともそっくり相手方に転換することを認めようとするものである。之は解釈論として可能なのではないか。

ここ迄は旧訴訟物理論の立場に立って、その枠内でぎりぎり迄推し進めてみた考え方であった。つまり、売買契約に基づく目的物の引渡請求権と請負契約に基づくそれとは訴訟物として異なる、即ち、権利として性質が異なるという実体法上の考え方を前提とすれば、最早これ以上論の進めようがない筈であるが、筆者は、ここで、更に、そういう実体法上

の考え方自体に対して若干の検討を加えてみたい。

今、ある契約に基づく給付請求権は、その原因或は対価の關係に立つ反対給付（同一の双務契約によるものに限らず広く実質上取引上のものすべてを含めて）の内容如何によつてどれ程の影響を受けるものであろうか。もしその契約が独逸民法にいう債務約束（Schuldversprechen、独民七八〇）或は債務承認（Schuldanerkenntnis、独民七八一）のようなものであれば、それより生じた給付請求権は所謂無因債権であり、その性質は実質上の原因、対価關係に立つ反対給付からは何の影響も受けない。贈与契約による給付請求権も、実質上の反対給付（それがあつたとして）が何であろうと勿論法律上の影響はない。又、和解、更改、準消費等の契約より生ずる債権は可成無因的であり得るのではないか。

（参照、木村常信教授・「更改意思」（産業經濟論叢第二卷第二号）又、更に、双務契約についてみて、それが売買か請負かというだけではそれより生ずる給付（特に金銭と対価關係に立つもの）請求権の性質に差異を見出すのは困難である。例えば、先取特権について、不動産の先取特権は売買、請負両者について同じく認められるが（民三二五）、動産の先取特権は売買について認められ、請負について認められない（民三一）。しかし、以上のことは専ら金銭債権についてであり（民三二七・三二八）、之等の契約より生じた物的給付の債権については何れも同じく認められないのである。

もつとも、実体法は、給付請求権について、その發生原因の内容に著目して、時効、讓渡性、相殺可能性、法定利率、先取特権等に関する異なる取扱をなしている。例えば、物権的請求権と債権的請求権、契約から生じた債権と不法行為債権、商行為より生じた債権と然らざるもの、普通の売買契約から生じたものと商事売買によるもの、条件付のものと無条件のもの、先取特権を伴うものと然らざるもの、という風に。しかしながら、之等の異なる取扱で、契約の各種類毎に、又それ等の契約より生じた給付請求権毎に認められるというものは極めて少ないように思う。

ところで、条件や特約の類はローゼンベルグも契約の本体に属さないとしているから、権利の同一性には關係がない。普通の売買と商事売買の場合も、それ等より生ずる権利は要するに売買契約に基づくものとして同一と理解するのが通常

である。つまり、売買契約から生じた給付請求権は、すべて同一であつて、それが条件付や特約付であることによつて、或は商事売買であることによつて異なる法律的性格を示しても、権利としての同一性には変りがない、即ち、同一の権利の異なる態様にすぎないと考えられているのである。かような考え方をもう少し広い分野に移して、「契約に基づく給付請求権」はすべて権利として同一であるとし、その契約が売買その他の反対給付を伴つたものであつたと、或は贈与のやうに無償であつたと、更には債務引受のやうに無因であつたと、要するに、そのような契約の種類は、すべて、「契約に基づく給付請求権」として同一である権利の異なつた態様を生じさせる原因となり得るにすぎないと考えることは不可能であらうか。

もしかやうに考えることができるとすれば、旧訴訟物理論の立場に立つても、例えば売買契約に基づいて目的物の引渡しを請求する原告は、契約に基づく給付請求権を訴訟物とし、双務契約を真二つに割つて、自己の権利を根拠づける部分のみを主張立証し、その契約が売買契約であるという事は主張も立証もしないでよいことになる。その契約が売買契約或は双務契約であることは、同時履行の抗弁或は反訴でもつて反対給付（代金支払）を要求する被告が明らかにしなければならぬ責任を負うことになるのである。

次に、双務契約に基づく金銭債権と、それと対価の關係に立つ物或は人の行為に関する給付請求権、の両者を対比してみると、後者の内容は契約の種類によつて（或は、同じ種類の中でも各契約毎に）異なり、極めて個性的であるのに対して、その反対給付たる金銭債権は極めて抽象的、非個性的である。従つて、かような反対給付、金銭債権に著目することは、単にその契約が有償であるということ以外に何の意味もないであらう。（注九）従つて、売買に基づく目的物の引渡請求権と例えば請負にもつづくそれとが権利として性質が異なるということは、少なくとも、その反対給付（金銭債権）に著目してみる限り、全く理由がない。

又、物、行為に関する給付請求権は、それが個性的であるにもかかわらず、かえつて、金銭債権より、相殺、時効、法

定利率、先取特権等に関する異例の取扱いが問題となることが少い、と思われる。(注一〇) 故に、それだけ、権利として、広く、同一性を認めるに適しているといえよう。

又、契約自由の原則、契約の種類は無限の多様性というものを考えれば、何も、民法の典型契約毎に権利の同一性を考えるという必然性はなさそうに思われるのである。

2 売買代金の給付を求める時

新訴訟物理論に立つ小山教授は次のようにいう。「金銭そのものの価値の給付を求める金額請求(一定の金銭の支払請求)においては、その目的物の特定のためには、金額と、その額の金銭の給付を求める原因たる事実関係とを特定することが必要であり、かつそれで足りる。例えば、某時に某所で手渡した金一〇万円ということでの一〇万円は特定され、その給付を求めるということでその給付請求は完全に特定される。その十〇万円が貸金であるか、寄託金であるかという法律的性質決定は、その一〇万円を特定するために必要ではない。また、ある一〇万円の給付請求が売買代金請求権が認められることによって認容されるか、請負代金請求権が認められることによって認容されるかは、裁判所が判断することである。この点に関する当事者の主張は請求の特定のためには意義を有せず、請求の可否の判断において裁判所を拘束するものでない」。(訴訟物論集一五二、一五三頁)(注一一)

かような立場に立てば、売買契約に基づいて代金を請求するものは、自己の請求を根拠づけるために、当該契約の内、自己の権利に関する部分のみを主張立証し、相手方の反対給付に関する部分には全く触れなくてすむ筈である。原告にとって、当該契約が売買契約であるという主張も不要と思われる。

しかしながら、旧訴訟物理論の立場に立てば、そう簡単にはいかないこと前述の通りである。そして、実体法上、売買契約に基づく代金請求権と請負契約に基づく代金請求権が異なるということは、それぞれの契約より生ずる目的物の引渡請求権相互間の相違の程度より勝つて認められようとするが如くである。何故なら金銭債権自体は抽象的、非個人的であ

るが、その原因、反対給付の内容、個性に著目して、金銭債権については、特に、異別の性質、異別の取扱いを認める場合が多いと思われるからである。例えば、不法行為に基づくものは相殺を許さぬとか(民五〇九)、一身専属的ものは譲渡できぬとか(恩給一一Ⅱ)、小売商人の売掛代金は短期消滅時効にかかるとか(民一七三(1))、法定利率は民事と商事と異なるとか(民四〇四、商五一四)、動産不動産の売買代金について先取特権を認めるとか(民三二一、三二八)ということである。従って、金銭債権については、その原因、反対給付に著目して異なった性質、種類を認めようとするのは理由がある。しかし、双務契約、或は更に契約の種類、典型毎に異種の金銭債権を認むべしとするのは、物の給付請求権について前述したように、必然性がないように思われる。

いま、ある契約が売買か請負か或は更に贈与かが争われている時、金銭の支払自体については争いが無い場合は、ある特定の契約に基づく金銭債権について自白があつたと認めることはできないであろうか。離婚の家事調停で、妻が慰籍料を要求するのに対して、夫は慰籍料は払わぬが、単なる贈与、或は財産分与としてなら金を出そうという場合があるが、その場合、その金銭の対価の内容が決定せぬ内は金銭支払の合意は認められないのであろうか。原因、対価について両者の主観のくいちがう金銭の支払を認めてもよいように思うのだが、(独民法にいう債務引受によれば問題なく可能であろう)その際、金銭債権の性質は「ある契約に基づく金銭債権」「約定金」というより外はないものとなる。

尚、売買代金として主張、立証すべきであるという建前に立つても、反対給付(物の引渡し等)についての立証責任をすべて相手方に転換負担せしめることは、解釈論として、可能である、ということとは前述した場合と変らないであろう。

後記 実体法上の権利に関する考察の部分は、単にアイデアの素材をそのまま披露したものにすぎない。後日の検討を留保させて頂きたい。

注一 ローヤンベルグの挙げる参照例 Crome, System II § 169 I 3 a, Dernburg, Bürg. Recht II 1

§ 93 III 2, Eneccerus. — Lehmann. Lehrb. II 14 § 32 III

注三 小山教授が『金銭請求においては、請求の特定と金額の一定とは混合されてはならない。金額の一定は、申立の範囲の一定が要求されている（一八六条）ことに基づく』『小山、訴訟物論集四七頁』と説く所と同旨か。

注四 Rosenberg, a. a. O. S. 324, 325

注五 しかし、売買契約は本来売主と買主の両給付が密接不可分に組みあわされているから、その条項の内、両給付別に截然と分けられないものも勿論ある。

注六 民事訴訟法一〇二頁、尚、種類物の給付を求める場合はその権利の発生原因を俟って特定すると。（同書一〇三頁）

注七 法協雑誌七五巻二号一五九頁

注八 兼子・体系一六五頁

注九 参照前掲判例（最判昭和三一・一・三一民集一一巻一号一三三頁）

注一〇 特定物については、ほとんど相殺は考えられないし、又、法定利率、特別の短期消滅時効、先取特権は多く金銭債権に関する。
注一一 三ヶ月教授は、金銭、代替物の一定数量の給付を求める場合、訴訟物を特定させる為、その原因として例えば売買を表示する、とする。（民法一〇三頁）そうすると、その訴訟物は売買代金請求に限定されるが如くであるが、その既判力に関する説明（同一二二頁）に鑑み、結局、小山教授の説く所と異ならないであろう。

（完）