

序章 答案の書き方 p1~4

1. 民事訴訟法で書くべき一般論の範囲 p1~3
2. 判例の使い方 p3~4
3. 要件事実 p4

第1章 裁判所 p5~12

- 第1節. 法律上の争訟 p5~7
- 第2節. 管轄 p8~12

第2章 当事者 p13~44

- 第1節. 当事者の確定 p13~17
- 第2節. 当事者能力 p18~22
- 第3節. 当事者適格 p23~37
 1. 法定訴訟担当 p21~34
 2. 任意的訴訟担当 p35
 3. その他の論点 p35~36
- 第4節. 訴訟能力 p37~39
- 第5節. 弁論能力 p40
- 第6節. 訴訟上の代理 p41~42
- 第7節. 選定当事者 p43

第3章 訴えの提起 p45~74

- 第1節. 訴えの概念 p45
- 第2節. 広義の請求の特定 p45
- 第3節. 訴訟物 p46
- 第4節. 訴えの種類 p47~59
 1. 現在の給付の訴え p47~49
 2. 将来の給付の訴え p49~51
 3. 確認の訴え p51~57
 4. 形成の訴え p57~58
 5. 形式的形成訴訟 p58~59
- 第5節. 訴訟要件 p60~62
- 第6節. 重複起訴の禁止 p63~72
 1. 重複起訴禁止の規律内容 p63
 2. 反訴・独立当事者参加 p64
 3. 重複起訴を看過して下された判決 p64~65
 4. 論点 p65~72
- 第7節. 時効の更新・完成猶予 p73~74

第4章 訴訟手続の進行 p75~78

- 第1節. 職権進行主義 p75

第2節. 期日・期間・送達 p76～78

第5章 口頭弁論とその準備 p79～85

第1節. 口頭弁論の必要性・基本原則 p79～80

口頭弁論中心主義／必要的口頭弁論の原則／口頭弁論の基本原則

第2節. 口頭弁論の実施 p81～82

第3節. 攻撃防御方法の提出時期 p83～85

第6章 弁論主義 p87～101

1. 総論 p87

2. 弁論主義の内容 p87～89

3. 判決をすることの可否・判決の基礎とすることの可否 p89～90

4. 弁論主義第1 テーゼの問題類型 p90～91

5. 弁論主義第1 テーゼに関する論点 p91～98

6. 釈明権・釈明義務 p98～101

第7章 訴訟行為 p103～112

第1節. 総論 p103～105

1. 訴訟行為の意味 p103

2. 事実上の主張 p103～104

3. 訴訟行為の撤回 p104～105

第2節. 訴訟上の合意 p106

第3節. 訴訟における形成権の行使 p107～110

第4節. 訴訟上の信義則 p111～112

1. 訴訟上の権能の濫用の禁止 p111

2. 訴訟上の禁反言 p111～112

3. 訴訟上の権能の失効 p112

4. 訴訟状態の不当形成の排除 p112

第8章 証拠 p113～130

第1節. 証拠調べ p113～120

1. 証拠 p113

2. 証明の意義 p113

3. 証拠の申出 p114

4. 書証 p114～120

第2節. 自由心証主義 p121

第3節. 証明責任 p121～122

第4節. 証明を要しない事実 p123～130

1. 裁判上の自白 p123～129

2. 擬制自白 p129～130

3. 顕著な事実 p130

第9章 裁判によらない訴訟の終了 p131~135

第1節. 訴えの取下げ p131~132

第2節. 請求の放棄・認諾 p132~133

第3節. 訴訟上の和解 p133~135

第10章 処分権主義 p137~144

1. 意義 p137

2. 根拠・機能 p137

3. 処分権主義と弁論主義の関係 p137~138

4. 論点 p138~144

第11章 既判力 p145~180

第1節. 総論 p145~147

1. 既判力の本質・根拠 p145

2. 既判力による遮断を検討する際の確認事項 p145~147

第2節. 既判力の作用 p148~152

1. 消極的作用・積極的作用 p148

2. 既判力が作用する場面 p148~151

3. 既判力が作用する場面に関する補足 p151~152

第3節. 既判力の時的限界 p153~158

1. 既判力の基準時 p153

2. 後訴で遮断される主張 p153

3. 論点 p153~157

4. 請求異議の訴えに既判力が作用する理由 p157~158

第4節. 既判力の客観的範囲 p159~169

1. 原則 p159~161

2. 相殺の抗弁 p161~164

3. 争点効 p164~165

4. 既判力に準ずる効力 p165~168

5. 既判力の客観的範囲の縮小 p168

6. 信義則 p168~169

第5節. 既判力の主観的範囲 p170~180

1. 既判力の相対性の原則 p170

2. 訴訟担当における被担当者 p170~172

3. 口頭弁論終結後の承継人 p172~175

4. 請求の目的物の所持者 p175~176

5. 法人格否認の法理 p176~177

6. 反射効 p177~180

第12章 請求の客観的併合 p181~188

第1節. 訴えの客観的併合 p181~183

1. 単純併合 p181
2. 選択的併合 p181～182
3. 予備的併合 p182～183

第2節. 訴えの変更 p184～185

第3節. 反訴 p186～187

1. 意義 p186
2. 本訴請求と反訴請求の関連性 p186
3. 審理の仕方 p186
4. 控訴審での反訴提起 p186～187

第4節. 中間確認の訴え p188

第13章 多数当事者訴訟 p189～223

第1節. 共同訴訟 p189～203

1. 通常共同訴訟 p189～191
2. 同時審判申出共同訴訟 p191～194
3. 必要的共同訴訟 p194～201
4. 訴えの主観的予備的併合 p201～203

第2節. 訴訟参加 p204～223

1. 補助参加 p204～215
2. 共同訴訟的補助参加 p215～216
3. 訴訟告知 p216
4. 独立当事者参加 p216～223
5. 共同訴訟参加 p223

第14章 当事者の交替 p225～231

第1節. 任意的当事者変更 p225～226

第2節. 訴訟承継 p227～231

1. 当然承継 p227
2. 参加承継・引受承継 p227～231

第15章 上訴・再審 p233～240

第1節. 上訴 p233～238

1. 意義 p233
2. 上訴の利益 p233～235
3. 控訴審の審判の範囲 p235～238

第2節. 再審 p239～240

第6章 弁論主義

1. 総論

A

(1) 意義

弁論主義とは、裁判資料の提出（事実の主張、証拠の申出）を当事者の権能及び責任とする建前をいう。

(2) 根拠

民事訴訟における紛争対象は私的自治に委ねられた私的利益であるから、紛争解決内容における当事者の意思を尊重するために、判決の基礎とされる事実について当事者に処分権を認めた（本質説）。

(3) 根拠と機能の関係

公序良俗違反など、当事者の私的処分に委ねることができない事項については、当事者の主張を要することなく、裁判所が判決の基礎にしても良いのではないかということが問題となる。

[論点1] 弁論主義の根拠と機能の関係

B

公序良俗違反など、当事者の私的処分に委ねることができない事項については、当事者からの主張がなくても、裁判所が判決の基礎にしてもいいのではないかということが問題となる。

弁論主義の根拠は私的自治の訴訟法的反映にあるから、実体法上当事者の自由な処分が認められていない（私的自治の原則が制限されている）事項については、弁論主義の根拠が妥当しない。

そうすると、少なくとも、根拠との関係では、当事者からの主張は不要ということになる。

もっとも、弁論主義の機能は不意打ち防止にあるところ、上記のような事項についても不意打ち防止の要請があるから、不意打ち防止のために当事者からの主張を要することになりそうである。

これについては、以下のように考えることも可能である。

まず、上記事項については、当事者の私的処分は認められないため、裁判所の釈明による後見的介入が広く認められると考えるべきである。

そして、裁判所の釈明権の行使により、当該事項について争う機会が与えられたのであれば、不意打ち防止の要請は満たされるため、当事者が求釈明に応じて当該事項について事実主張をしなかったとしても、裁判所は当該事項についての事実を認定して判決の基礎とすることができると思う。

2. 弁論主義の内容

A

(1) 主張責任

ア. 内容

裁判所は、当事者によって主張されていない事実を判決の基礎とすることができない。

弁論主義の第1テーゼにより、自己に有利な主要事実につき、それを当事者が主張しないために判決の基礎とされず、その結果、当事者は不利益を被る。この不利益を主張責任という。

ある主要事実につき当事者のいずれかが主張責任を負うかということを手主張責任の分配といい、主張責任の分配は証明責任の分配に一致する。

〔論点 2〕 主張共通の原則

主張責任を負う当事者の相手方から主張された事実について、主張責任を負う当事者がその主張（陳述）を援用していない場合であっても、裁判所はその事実を判決の基礎にすることができるか（相手方の援用しない自己に不利益な事実の陳述）。

弁論主義は裁判所・当事者間の役割分担の規律であるから、主張責任を負わない当事者から主張された事実であっても、当事者の主張責任が果たされているといえ、裁判所はこれを判決の基礎とすることができる。

なお、判例は、「…X がこれを自己の利益に援用しなかったとしても、適切に釈明権を行使するなどした上でこの事実をしんしゃくし、X の請求の一部を認容すべきであるかどうか…」と述べているから、事案によっては裁判所の釈明義務が問題となる。

〔論点 3〕 訴訟資料と証拠資料の峻別

訴訟資料とは、当事者の弁論から得られる裁判の資料（＝判決の基礎となりうる事実）をいい、証拠資料とは、証拠調べの結果感得される内容（＝証言内容など）をいう。

弁論主義の第 1 テーゼにより、証拠資料によって、訴訟資料を補充することは禁じられる。

すなわち、当事者によって主張されていない主要事実は、たとえ裁判所が証拠調べの結果その存在について心証を得たとしても（証拠から認定できるとしても）、それを判決の基礎とすることは許されない。

イ. 機能

第 1 テーゼの機能は、当事者の主張により攻撃防御の具体的な対象として明示され弁論の機会が与えられた事実だけが判決の基礎とされるという、不意打ち防止の保障にある。

(2) 自白の拘束力

ア. 内容

裁判所は、当事者間で自白が成立した事実については当然に判決の基礎としなければならない、この意味で拘束を受ける（弁論主義第 2 テーゼ）。

イ. 根拠

弁論主義により事実について当事者に処分権が与えられていることにあると考えられる。

なお、「民事訴訟における裁判所の役割が、客観的真実の探求にあるのではなく、私的利益をめぐる紛争を当事者間で相対的に解決することにあるから、裁判所の判断も、当事者間に争いのある限度で示すことで足りるとの考慮に基づいている。その意味では、弁論主義は、当事者に対し、事実審理の範囲を限定する権能を認める（第 1 テーゼ）に止まらず、この第 2 テーゼと第 3 テーゼによって、その審理内容をもコントロールする権能を認めることを意味するといえる」との説明もある。

A

最判 H9.7.17・百 50

A

講義案 121 頁

ウ. 機能

自白事実と異なる事実認定による不意打ちが防止される。

読解 51 頁

(3) 職権証拠調べの禁止

ア. 内容

裁判所が取調べることができる証拠は、当事者が申し出たものに限られる（弁論主義第3テーゼ）。

[論点4] 証拠共通の原則

自由心証主義（247条）の下では、裁判官は提出された証拠の証拠力を自由に評価できる（証拠力の自由評価）。

ここから、証拠共通の原則が導かれる。

すなわち、当事者の一方が提出した証拠は、相手方が証拠調べの結果を援用しなくても、当然に、相手方にとって有利な事実の認定に用いることもできる。

A

イ. 機能

第3テーゼの機能は、証拠調べに関与する機会のなかった証拠が自己に関する事実認定に用いられることによる不意打ちを防止することにある。

3. 判決をすることの可否・判決の基礎とすることの可否

A

設問で、ある判決をすることの可否、ある事実を判決の基礎とすることの可否が問われている場合、以下の通り、理論体系を意識する。

設問は、概ね、(1)「〇〇との判決をすることができるか」、(2)「〇〇の事実を判決の基礎にすることができるか」、(3)「〇〇の事実を、証拠調べをすることなく、判決の基礎とすることができるか」に分類できる。

(1)では、少なくとも、訴訟物レベルのことが問われている。さらに、事案によっては、事実レベルのことまで問われる。

(2)では、事実レベルのことのうち、[主張の要否・有無]だけが問われているのが通常である。

(3)では、事実レベルのことのうち、[主張の要否・有無]と[証明の要否・有無]が問題となり得る。

[訴訟物レベル]

申立拘束原則（246条）は、①救済する権利・法律関係、②救済の種類、③救済の順序、④救済の範囲につき、原告の申立てと判決の一致を要求する。

①は、原告が訴訟物として申立てた権利・法律関係に対してのみ判決をすることができるというルールであり、申立拘束原則（246条）の一内容である。このルールに例外はない。ここでは、訴訟物の内容を確定するために、旧訴訟物理論対新訴訟物理論の対立が顕在化することがある。

②は、確認・給付・形成判決のうち、いずれの判決による救済を求めるかということである。例えば、「原告：確認→判決：給付」は、申立拘束原則違反となる。

③は、審判順位ないし併合形態（単純併合・選択的併合・予備的併合）についての原告の自己決定が裁判所を拘束するというルールである。

④のうち、申立事項を質的に超えること・量的に超えることは絶対的に禁止される。これに対し、申立事項の枠の中で一部のみを認めることについては、当然に禁止されているわけではない。量的な一部認容は原則的に許容される。また、質的な一部認容も許容される場合がある。

[事実レベル]

①主張の要否・有無➡②証明の要否・有無という流れで考える。

①は、ある判決をするために基礎にする必要がある事実について、(i) 当事者の主張を要するか(弁論主義第1テーゼの適用範囲、判決内容と要件事実の関係)、(ii) 必要であるとして当事者からの主張があったか(主張共通、細部不一致、主張の解釈、黙示的主張)という問題である。

②は、ある判決をするために基礎にする必要がある事実について、(i) 証明を要するか(裁判上の自白、擬制自白、顕著な事実)、(ii) 必要であるとして証明があったといえるか、という問題である。

質的一部認容判決の限界は、原告の合理的意思と被告に対する不意打ちを基準として判断される(総まとめ 138頁 [論点1])。

4. 弁論主義第1テーゼの問題類型

(1) 問題類型

弁論主義第1テーゼの問題類型は、主として、①裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている事実について当事者双方からの主張がないことが明らかである場合、②裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている事実について主張責任を負わない当事者のみから主張されている場合、③裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている事実について当事者が主張しているのかが不明瞭である場合に分類できる。

ア. ①の問題類型

①では、(i) 弁論主義第1テーゼに関する一般論を示した上で、(ii) 要件事実論に従い、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が主要事実・間接事実・補助事実のいずれに該当するのかを説明する過程が重視されている。

(ア) 弁論主義第1テーゼに関する一般論

答案に書くべき弁論主義第1テーゼに関する一般論は、(a) 一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の責任とする弁論主義が妥当すること、(b) 弁論主義の一環として、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎にしてはならないとの主張原則(弁論主義第1テーゼ)があること、(c) 弁論主義第1テーゼの対象となる事実に関する解釈である。

(c)につき、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が主要事実に当たる事案では、「弁論主義第1テーゼの対象となる事実には、少なくとも主要事実が含まれると解されている」とだけ書けば足りる。これに対し、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が間接事実又は補助事実に当たる事案では、「弁論主義第1テーゼの対象となる事実には主要事実に限られるのか」についてまで

A

平成29年司法試験出題趣旨・採点
実感

平成29年司法試験出題趣旨・採点
実感

論じる。

(イ) 要件事実論

この問題で求められているのは、『裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の基礎とすることができない』という弁論主義の主張責任に関する原則は、主要事実について適用されること、主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実であり、代理との関係でいえば、授権及び顕名は、民法第99条によれば、本人BではなくCが締結した保証契約上の権利義務がBに帰属するために直接必要な事実であるから、先の定義上、主要事実に当たり、そうすると、効果が同じであるから主張がなくとも代理に関する事実を判決の基礎にすることができるという判例の考え方はこれと相容れない、という論証である。(平成24年採点実感)

(イ)では、(a)「要件事実＝法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件」、「主要事実＝要件事実該当する具体的事実」という定義を前提として、(b)要件事実を抽象的に示した上で、(c)(b)で示した要件事実に従い、裁判所が判決の基礎にすることの可否が問われている生の事実が主要事実・間接事実・補助事実のいずれに該当するのかを説明する。

平成24年司法試験採点実感

イ. ②の問題類型

②では、前記ア(ア)(イ)に加え、(ウ)主張共通の原則まで問われている。

総まくり 88頁 [論点2]

ウ. ③の問題類型

③では、前記アの(ア)(イ)に加え、(ウ)当事者による主張の有無まで問われている。

総まくり 98頁 [論点15]

総まくり 98頁 [論点16]

(ウ)には、(ア)主張事実と認定事実の細部の不一致、(イ)主張の解釈の限界、(ウ)黙示的主張といった議論がある。

(ウ)は、(ア)又は(イ)に属する問題に位置づけられることもある。

5. 弁論主義第1テーゼに関する論点

[論点5] 主要事実の捉え方

かつての通説は、法規の構成要件となっている要件事実をそのまま主要事実だとし、それらを具体的に根拠づける事実の間接事実と位置付けていた。

この見解によると、たとえば、被告の運転に過失があるという主張さえあれば、両当事者が「酒酔い運転」か否かを争っているときでも裁判所は証拠調べの結果から「脇見運転」を認定できることとなるが、これは不意打ちである。

そこで、要件事実と主要事実を区別して、要件事実該当する具体的事実が主張事実であると理解するべきではないかが問題となる。

弁論主義の不意打ち防止機能からすれば、主要事実とは、審理の対象となりうる事実、すなわち弁論・証拠調べの対象となりうる具体的事実でなければならない。

すなわち、弁論主義第1テーゼの機能は、当事者の主張により攻撃防御の具体的な対象として明示され弁論の機会が与えられた事実だけが判決の基礎

A

A

高橋 [上] 424~426頁

とされるという不意打ち防止の保障にあるところ、法規の条文の構成要件に書かれている要件事実そのものは具体的な攻撃防御の対象となり得ない。

そこで、実体法規の条文の構成要素に該当する具体的事実が主要事実であると解する。

そうすると、①実体法規の条文の文言（「過失」「善意」など）は法律要件、②法律要件に該当する具体的事実（当該事案における生の事実）が主要事実、③それを推認する生の事実が間接事実となる。

なお、ある要件事実を前提としてその主要事実が何であるかを考えるのは、事実認定の領域ではなく法解釈の問題（＝法規の解釈の問題・事実と法規の当てはめにおける解釈の問題）である。

[論点 6] 弁論主義は間接事実にも適用されるか

A

主要事実存否の判断において、間接事実は主要事実の推認に役立つものとして証拠と同じ役割を果たす。

そのため、裁判官が自由心証主義により証拠から存在するとの心証を得た間接事実について、当事者からの主張がない限りこれを事実認定に利用することができないとされるのでは、裁判官に不自然・不合理な事実認定を強いることとなり、自由心証主義が十全に機能しなくなる。

読解 29 頁

そこで、弁論主義は主要事実についてのみ適用され、間接事実には適用されないと解する。¹⁾

[論点 7] 相続による特定財産の取得の要件事実

A

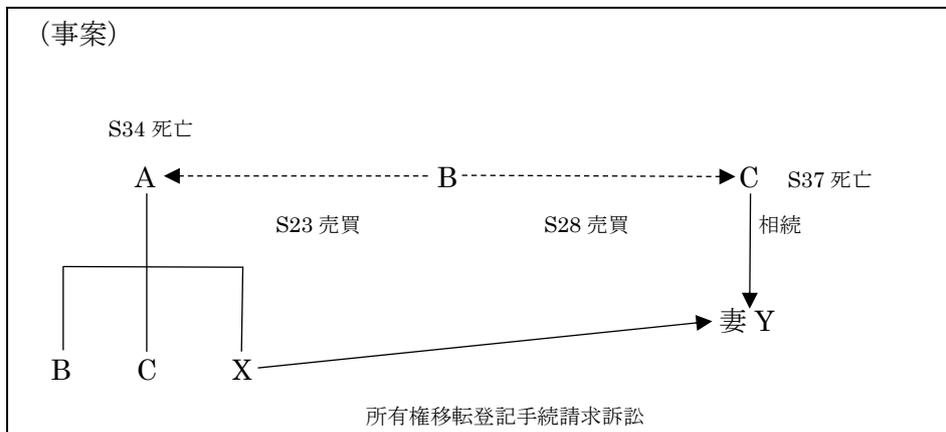
相続による特定財産の取得を主張する者は、①被相続人の生前所有（これが争われている場合には、被相続人が生前その財産の所有権を取得した事実）と、②自己が被相続人の死亡により同人の遺産を相続した事実を請求原因として主張立証すれば足り、③被相続人の死亡時までの所有権喪失原因事実及び被相続人の特段の処分行為による当該財産の相続財産からの逸出はいずれも抗弁に位置づけられる。

最判 S55.2.7・百 46

被相続人の生前所有が肯定される以上、その後の所有権喪失事由等がない限り所有権が被相続人に帰属している状態が継続していたものと扱われるからである。

[判例] 相続による特定財産の取得の要件事実

B



最判 S55.2.7・百 46

¹⁾ 学説には、弁論主義第 1 テーゼの不意打ち防止という機能面を重視して、訴訟の勝敗に影響する重要な間接事実にも弁論主義を適用するべきであるとする見解もある（高橋 [上] 380～381 頁）。

原告 X：本件土地は昭和 23 年に A が B から買い受けた
 被告 Y：本件土地を B から買い受けたのは C であり、仮に A が売買代金
 の一部を出捐したとしてもその金銭は C に対する贈与である
 原 審：昭和 28 年当時には A には本件土地の所有権を C に帰属させる意
 思はなかったが、昭和 34 年の A 死亡時までには登記名義どおり
 の C の所有権を肯認する意思を固めていたとの事実を認定し、A
 の C に対する死因贈与を認め、請求を棄却した。
 なお、第 1 審は BC 売買を認めて請求を棄却している。

(要旨)

本件にて、Y は、X らの所有権取得を争う理由としては、単に土地を
 買い受けたのは A ではなく C であると主張するにとどまっている (A の所
 有権取得の主要事実に対する積極否認にすぎない) のである。

事後的な所有権喪失原因のなかったことが請求原因であると解した場
 合、C が A から本件土地の死因贈与を受けた事実は、主要事実の否認の理
 由たる間接事実となる。

しかし、事後的な所有権喪失原因のあったことが抗弁であると解される
 ため、上記事実は所有権喪失の抗弁の主要事実となる。

したがって、原審が、Y が原審の口頭弁論において抗弁として主張しない
 死因贈与の事実を認定することは、弁論主義に違反する。

[論点 8] 代理人による契約締結

裁判所は、代理人による契約締結の事実が主張されていない場合に、これを
 認定することができるか。

A

最判 S33.7.8・百 48

1. 当事者からの主張の要否

一般的に、民事訴訟において、裁判の基礎となる資料の収集を当事者の
 責任とする弁論主義が妥当する。

弁論主義の一環として、裁判所は、当事者によって主張されていない事
 実を判決の基礎とすることができず (第 1 テーゼ)、ここでいう事実には少
 なくとも主要事実が含まれる。

そして、民法 99 条は、代理人のした意思表示による法律効果を本人に帰
 属させる他人効の発生に直接必要な要件事実として、顕名・代理行為・先
 立つ代理権の授与を定めている。

そうすると、例えば、A が Y の代理人として X と本件絵画の売買契約を
 締結したという事実は、これらの要件事実該当する具体的事実として主
 要事実当たるから、当事者からの主張を要する。

2. 判例の位置付け

判例は、契約が「当事者本人によってなされたか、代理人によってなさ
 れたかは、その法律効果に変わりはない」という理由から、契約が当事者
 間で成立したとの主張がなされていれば、裁判所が当事者から主張されて
 いない代理人による契約締結の事実を認定することは、弁論主義に反しな

いとしている。

判例については、代理人による契約締結の事実は主要事実であるとした上で、弁論主義違反にはなるが、不意打ちのなかった認定であるとして、原判決を破棄して事件を原審に差し戻す理由とまではならないとする趣旨であると理解するべきである。

高橋 [上] 427 頁・430 頁

[論点 9] 別口債務への弁済

被告が弁済の抗弁を主張した場合に、裁判所は、当事者の主張していない別口債務への弁済という事実を認定し、これを判決の基礎とすることができるか。

B

最判 S46.6.29・百 A15

弁済の抗弁の要件事実としては、①債務者又は第三者が債権者に対し債務の本旨に従った給付をしたことのみならず、②その給付が当該債権（訴求債権）についてなされたことも必要であると解される。

そうすると、別口債務への弁済という事実は、②訴求債権についての弁済という抗弁事実と両立しない、抗弁事実の積極否認の理由たる間接事実に位置付けられるから、弁論主義の適用がない。

したがって、裁判所が当事者の主張していない別口債務への弁済という事実を認定し、これを判決の基礎とすることは、弁論主義には反しない。

釈明義務違反は問題となり得る。

これに対し、弁済の抗弁の要件事実①のみで足り、別口債務への弁済は、弁済の抗弁に対する再抗弁であるとする見解によれば、別口債務への弁済の事実は、再抗弁事実として主要事実に位置付けられる。

[論点 10] 事後的な所有権喪失原因

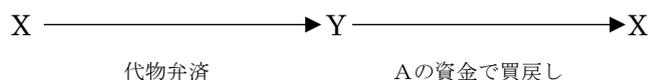
A

最判 S41.4.12・百 A16

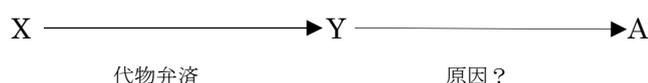
事案：X が Y に対して土地所有権に基づく妨害排除請求権として土地所有権移転登記抹消登記手続を求める訴訟において、裁判所が、①X は、本件土地を Y に代物弁済した後（X→Y：代物弁済）、②A からの借入金により買い戻した上で（Y→X：買戻し）、③直ちに A のための譲渡担保に供したところ、弁済期の徒過により、所有権を喪失した（X→Y：譲渡担保＋弁済期徒過）という心証に基づき、請求棄却判決を下す場合に、③についても、当事者からの主張を要するか（判例の事案では、①・②についてのみ当事者からの主張があった。）。

訴訟物：X の Y に対する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記抹消登記手続請求権

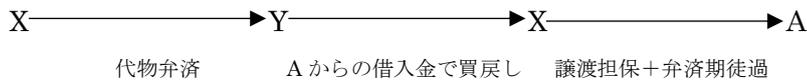
原告 X：本件土地は、X から Y に代物弁済した後に、A の資金で買い戻した。



被告 Y：Y が X から代物弁済を受けた後、A に移転した。なお、X が期間内に一定の金員を A に持参すれば X に売却するという契約があったが、X は期間内に金員を持参しなかった。



原 審：Xは、本件土地をYに代物弁済した後、Aからの借入金により買い戻した上で、直ちにAのための譲渡担保に供したところ、弁済期の徒過により、所有権を喪失した。



(要旨)

原審は、①XからYへの代物弁済、②その後のXによるYからの買戻しを認定した上で、③その後、XがAのための譲渡担保に供したという事実を認定している。

③は、所有権喪失の抗弁の要件事実①、それに対する再抗弁事実②を前提とした、事後的な所有権喪失原因であるから、再々抗弁事実(すなわち、主要事実)に位置付けられる。

したがって、当事者が主張していない③を認定し、これを判決の基礎とすることは、弁論主義に違反する。

百 A16 解説

[論点 11] 公序良俗違反

公序良俗違反という一般条項についても弁論主義が適用されるか。

確かに、弁論主義の根拠は私的自治の訴訟法的反映にあるから、実体法上当事者の自由な処分が認められていない公序良俗違反については、弁論主義が後退し得る。

しかし、不意打ち防止という弁論主義の機能面から考えれば、公序良俗違反の阻却事由(評価障害事実)の存在について十分な弁論の機会を与えるべきであり、そのためには評価根拠事実についても当事者から主張される必要がある。

そこで、公序良俗違反についても弁論主義の適用があり、公序良俗違反の評価根拠事実が当事者によって主張されている必要があると解する。

他方で、公序良俗違反は規範的要件であり、規範的評価は裁判所の専権事項であるから、公序良俗違反による無効の主張までは不要であると解する。

B

最判 S36.4.27・百 48

[論点 12] 間接反証事実

間接反証は、ある主要事実について証明責任を負う者が、経験則から見て主要事実を推認させるに十分な間接事実を証明した場合に、相手方がその間接事実とは別個の、しかもそれと両立しうる間接事実を証明することによって主要事実への推認を妨げ真偽不明に持ち込む証明活動をいう。

判例は、家屋の所有権につき両当事者が争う場合に、①その一方が常に家屋税の支払を続けてきたという事実(=間接事実)が認められるなら、当該家屋の所有権がその当事者に帰属するという強い推定が働き、他方当事者がこれを覆すには、②所有者でない者に家屋税を負担させる内容の契約その他の特別の法律関係が存在する事実(=間接反証事実)を証明しなければならず、②の事実が、当事者の主張がなければ裁判所は判決の基礎としてはならない、とする。

しかし、間接反証事実である②は、あくまでも間接事実にすぎないから、主要事実適用説からは、弁論主義の適用はない。

B

高橋 [上] 551 頁

大判 T5.12.23・百 49

①による推定は、経験則に基づく事実上の推定にすぎないから、所有権の所在に関する証明責任が転換されるわけではない。

[論点 13] 権利抗弁と事実抗弁の区別

弁論主義が裁判所・当事者間の役割分担の規律であることから、主張共通の原則が認められる。

もつとも、権利抗弁は、権利を行使する旨の意思表示が権利主体によってなされなければ裁判所がこれを判決の基礎とすることができないという意味で主張共通の原則の例外をなす。

では、権利抗弁と事実抗弁をどのように区別するべきか。

権利抗弁は、相手方の請求権を根本から否定する永久的抗弁権ではなく、一時的にその請求権の作用を阻止するにすぎない延期的・停止的抗弁権であるために、その機能を発揮するためには相手方からの請求に対してその都度行使されることを要するのである。

そこで、延期的・停止的抗弁権が権利抗弁、永久的抗弁権が事実抗弁に位置づけられると解する。²⁾

[判例] 留置権

建物収去土地明渡請求訴訟において、被告が予備的主張としての建物買取請求権の行使を主張しているが、留置権行使の意思表示まではしていないという場合に、裁判所は留置権の抗弁を判決の基礎として引換給付判決を下すことができるか。

留置権は、土地賃貸人による建物収去土地明渡請求の建物退去土地明渡し部分を一時的に阻止するにすぎない延期的・停止的抗弁権である。

したがって、裁判所が留置権の抗弁を判決の基礎として引換給付判決を下すためには、留置権取得の事実関係としての建物買取請求権行使の事実が訴訟上主張されているだけでは足りず、権利者である土地賃借人により留置権行使の意思表示がなされていることが必要である。

なお、権利者による権利取得を窺わしめる事実が訴訟上現れたにもかかわらず、その権利者が訴訟上これを行行使しない場合にあっては、裁判所は

²⁾ 権利抗弁と事実抗弁の区別については、①権利抗弁は「権利者による訴訟上での権利行使の意思表示」を必要とするものであるとする見解（高橋 [上] 450～451 頁、百 51 解説 2 (2) 参照）と、②権利抗弁は「権利者による権利行使の意思表示」を必要とするものであるとして、権利行使の意思表示の必要性を「訴訟上」におけるものに限定しない見解（和田 263～264 頁、リークエ 225～226 頁）がある。論証中の見解は、①を前提とするものである。

高橋 [上] 450～451 頁は、㊦取消権・解除権・建物買取請求権などの私法上の形成権は、訴訟で初めて行使される場合には、その旨の意思表示が必要であり権利抗弁である、㊧催告・検索の抗弁、同時履行の抗弁、留置権の抗弁も権利抗弁である、㊨対抗要件の抗弁も権利抗弁であるとして、権利抗弁を 3 つに分類する見解について、㊨については「訴訟外又は訴訟前に行使されていた場合には、その事実については通常の抗弁（事実抗弁）と同じとなり、訴訟内での意思表示は必要ではない。その意味では、真正でない権利抗弁だとも言いうる」として批判している。ここから、高橋 [上] 450～451 頁では、権利抗弁を「権利者による訴訟上での権利抗弁の意思表示」を必要とするものに限定し、訴訟外又は訴訟前における権利行使の有無により権利抗弁であるかどうかの結論が変化する私法上の形成権については真正な権利抗弁ではないとする理解に立っているといえる。

①に属する延期的・停止的抗弁権か永久的抗弁権かで区別する見解（論証中の見解）は、権利抗弁の基礎となる抗弁権の実体法的性質だけに着目して、権利抗弁と事実抗弁を区別しようとする見解である（百 51 解説 2 (2) 参照）。これに対し、②の見解は、私法上の形成権については訴訟外又は訴訟前における権利行使の有無により（つまり、権利行使の方法により）権利抗弁該当性を判断するという意味で、権利行使の方法も考慮する見解である。

①の見解からは、私法上の形成権＝権利抗弁という関係になるわけではない。例えば、平成 21 年司法試験で出題された建物買取請求権は、行使方法を問わず、事実抗弁である。また、過失相殺は、原告の請求を原告の過失割合の限度で永久的に否定するものだから、事実抗弁となる。狭義の一般条項についても、同様である（例えば、公序良俗違反については、原告が請求原因として主張する契約（債権的請求の発生原因など）を無効ならしめ、原告の請求を永久的に否定するだから、事実抗弁である、と説明することになる）。

権利者に対しその権利行使の意思の有無をたしかめ、あるいはその権利行使を促すべき責務を負うものではない。

[論点 14] 過失相殺 (民法 422 条 2 項、722 条 2 項)

A

(論証 1) 過失相殺の主張の要否 (権利抗弁か否か)

弁論主義の根拠は私的自治の原則の訴訟法的反映による当事者意思の尊重にあり、その機能は不意打ち防止にある。

当事者意思を尊重するのであれば、加害者が過失相殺の主張をしている場合に限り過失相殺をするべきであるし、不意打ち防止の機能面からは、被害者に対して過失の評価障害事実について主張立証する明確な契機を与えるために加害者による過失相殺の主張を必要とするべきであるとも思える。

しかし、賠償額の減額事由である被害者の過失の存在が主張立証されているにもかかわらず、加害者からの過失相殺の主張がないことをもって過失相殺ができないとしたのでは、当事者間の公平ないし信義則という過失相殺の趣旨に照らし妥当でない。

上田 329 頁

しかも、過失相殺には、当事者間の公平ないし信義則の見地から認められるものであるという意味で、一般条項 (公序良俗、権利濫用、信義則) に近い側面も認められるから、私的自治に支えられている弁論主義をある程度後退させることができる。

高橋 [上] 457~458 頁参照 [一般条項に関する記述参照]

さらに、過失を基礎づける事実について当事者から主張されていれば、被害者に対して過失の評価障害事実について主張立証する契機が与えられているといえるから、被害者による過失相殺の主張を不要と考えても加害者に対する不意打ちに当たるとはいえない。

そこで、過失相殺は権利抗弁ではなく事実抗弁であり、被害者からの過失相殺の主張がなくても、裁判所が過失相殺をすることが可能であると解する。

最判 S43.12.24・百 A17

(論証 2) 「過失」を基礎づける事実の主張の要否

確かに、過失相殺には当事者間の公平ないし信義則の見地から認められるものであるという意味で一般条項に近い側面もあるという点を強調し、弁論主義の根拠である私的自治も弁論主義の機能である不意打ち防止の要請も譲歩すべきであるとして、裁判所は (当事者により提出された) 証拠から過失の存在について心証形成することができたなら、当事者から過失を基礎づける事実についての主張がなくても過失相殺をすることができると解する余地もある。

高橋 [上] 457~458 頁参照 [一般条項に関する記述参照]、上田 329 頁

しかし、過失相殺における「過失」は、損害賠償請求権の減額という法律効果の発生に直接必要なものとして法律 (民法 722 条 2 項) が定める要件事実であり、その「過失」を基礎づける事実 (ここでは、評価根拠事実) は、「過失」という要件事実該当する具体的事実として主要事実にあたる。

上田 328 頁、高橋 [上] 459 頁

そうすると、本来的には、「過失」を基礎づける事実が弁論主義の適用対象である。

また、加害者による過失相殺の主張のみならず「過失」を基礎づける事実の主張すら不要であると考えれば、被害者に対して過失の評価障害事実につ

高橋 [上] 459 頁

いて主張立証する契機が全く与えられないまま裁判所により過失相殺がされる可能性もあり、不意打ち防止という弁論主義の機能を著しく害する。

そこで、「過失」を基礎づける事実には弁論主義が適用されると解する。

[論点 15] 主張事実と認定事実との細部の不一致

当事者の主張した事実と裁判所の認定事実とは、どこまで一致していなければならないのか。

主張事実と認定事実との細部の一致まで要求すると、当事者にとって酷であるとともに、具体的事例の解決にとっても正義に反する結果を導きかねない。

そこで、弁論主義の根拠が私的自治の訴訟法的反映にあり、その機能が不意打ち防止にあることにかんがみ、主張事実と認定事実との齟齬が、①主張当事者の意思に反するものではなく、かつ、②相手方当事者に不意打ちとならないのであれば、弁論主義に反しないと解する。

B

判例がいう「社会観念上同一性が認められる限りで」という表現は、上記①・②の要件を意味していると解し得る。

[論点 16] 主張の解釈の限界

主張事実と認定事実との間に社会観念上の同一性が認められない場合において、当事者の主張を解釈することにより、裁判所の認定事実の方に当事者の主張を合わせる事が許されるか。

弁論主義の根拠が私的自治の訴訟法的反映にあり、その機能が不意打ち防止にあることにかんがみ、当事者の主張を解釈することにより裁判所の認定事実と当事者の主張を合わせることは、①主張当事者の意思に反するものではなく、かつ、②相手方当事者に不意打ちとならないのであれば、弁論主義に反しないと解する。

B

(具体例)

- ・ 建物賃貸借契約の解約に基づく家屋明渡請求訴訟において、原告が訴え提起以前に建物賃貸借契約を解約したと主張したが、解約告知の主張事実が証拠上認められなくても、訴え提起行為自体に解約の意思表示が包含されている。
- ・ 被告は原告の先代から贈与を受けたと主張したが、当事者の事実上の主張の援用等口頭弁論の全趣旨によれば単純な贈与を主張したのではなく、死因贈与を主張したものである。
- ・ 手形法 16 条 1 項の適用を主張するには、連続した裏書きの記載のある手形を所持する事実を主張することを要するが、原告が連続した裏書きの記載のある手形を所持し、その手形に基づき手形金の請求をしている場合には、当然に手形法 16 条 1 項の適用の主張がある。

最判 S27.11.27

最判 S26.2.22

最判 S45.6.24

6. 釈明権・釈明義務

(1) 意義

釈明権ないし釈明義務とは、当事者(本人又は代理人)の申立てや陳述に、矛盾・不明瞭・不正確・不十分な点がある場合に、申立ての内容や事実関係・法律関係を明らかにするために、事実上・法律上の事項について質問し、又

B

上田 334~342 頁

行き過ぎた釈明は、かえって、当事者間の公平を害することになるから、釈明の内容には限界がある。

は証拠の提出を促して、事案の解明をはかり適正な争訟の処理をはかる裁判所の権限ないし義務をいう（149条）。

釈明権は、裁判所は当事者の弁論に後見的に協力することで弁論主義の形式的適用による不合理を是正するという、弁論主義の修正・補充原理である。

また、請求の趣旨や原因に矛盾・不明瞭がある場合に申立事項を明瞭にすることで246条違反を防止するという意味で、処分権主義の修正・補充原理でもある。

なお、弁論主義が訴訟物の枠の中での争訟内容形成の領域に関するものであるのに対し、処分権主義は訴訟による争訟処理の選択・訴訟物の枠の領域に関するものであり、弁論主義に比べて私的自治との対応関係が強い。それゆえ、処分権主義の適用領域における釈明権は弁論主義の適用領域におけるよりも抑制的であるべきである。

（2）消極的釈明・積極的釈明

消極的釈明は、当事者が事案にとって必要な申立てや主張をしているが、それらに不明瞭・前後矛盾などがある場合に、これを問いたす釈明をいう。これは、古典的弁論主義の自己責任原理の消極面を除くこととで、弁論主義の諸機能（＝争訟内容の自主的形成機能・真実発見機能・公平な裁判であるとの信頼確保）を補充・回復するという釈明の趣旨に沿うものであるから、原則的に許容される（ただし、裁判所の中立・当事者平等原則との関係で不公平な釈明は許されない）。

積極的釈明は、当事者が事案の内容上必要な申立てや主張をしていない場合に、これを示唆し、指摘する釈明である。この積極的釈明は、当事者の勝敗を逆転させるほどの影響を有するため、裁判所の公平に対する信頼を害するおそれがあるから、これを行うに当たっては極めて慎重であることを要する。

（3）論点

〔論点 17〕 請求原因の変更を示唆する釈明

釈明の制度は、弁論主義・処分主義の修正・補充原理であり、事案の真相をきわめることにより当事者間における紛争の真の解決をはかることを目的とする。

そこで、①別個の法律構成に基づく事実関係が主張されるならば、原告の請求を認容することができ、当事者間における紛争の根本的な解決が期待できにかかわらず、原告においてそのような主張をせず、かつ、②そのような主張をしないことが明らかに原告の誤解又は不注意と認められるようなときは、請求原因の変更を示唆する釈明も許容され得ると解する。³⁾

〔論点 18〕 不意打ち防止のための釈明義務

原告が、ある土地中の甲・乙地域を所有することを前提として、甲・乙地域上に生立する立木の不法伐採を理由とする損害賠償を求める訴訟において、甲・乙地域で伐採された立木の損害額を一括して立証しているために、

中野ほか 204～205 頁

B

最判 S45.6.11・百 52

C

最判 S39.6.26・百 53

³⁾ 判例で釈明の限界が問題となった請求原因の変更は、旧訴訟物理論からは訴訟物の変更に至るものであるから、訴えの変更を示唆する釈明であるともいえる。

甲地域の伐採木材の本数と価格の総計を知ることができず、甲・乙各地域における伐採木材の価額を算出することができないという場合において、裁判所が乙地域のみが原告の所有に属するとの心証を得たときは、裁判所は、乙地域における伐採木材の数量・価格等の立証を促すことなく、乙地域における損害金額は証明が不十分であるとして請求棄却判決を下すことが許されるか。

甲・乙地域を所有することを前提とし、同地域上に生立する立木の不法伐採を理由とする損害賠償の請求の当否を判断するに当たり、乙地域のみが原告の所有に属するとの心証を得た以上、さらに乙地域に生立する立木で伐採されたものの数量・価額等について審理すべきことは当然である。

その際、乙地域に木生する立木で伐採されたものの数量・価額等の審理について、さらに新たな証拠を必要とする場合には、これについて全く証拠方法のないことが明らかであるときを除き、裁判所は当該当事者に証拠方法の提出を促すことを要する。

なぜならば、原告は裁判所の心証いかにを予期することを得ず、上記の数量・価額等の立証の必要性を知りえない以上、原告に実質的な手続保障を与えることで、不意打ちを防止する必要があるからである。

〔論点 19〕 釈明義務違反を理由とする控訴・上告

釈明義務違反は原則として判決の違法をもたらし、上訴理由となる。

もともと、第1審の釈明義務違反に対して控訴された場合、控訴審が事実審でありかつ第1審の続審であることから、控訴裁判所は自ら釈明権を行使して審理・判決をすればよく、第1審判決を取り消して差し戻す必要まではない。

そうすると、釈明義務違反が真に問題となるのは、上告審で控訴審の釈明義務違反が問題となった場合である。

上告審は法律審であるから、控訴審の釈明権の不行使が違法であると認められた場合には、必ず原判決を破棄して事件を差し戻さなければならない(312条3項、318条・325条2項)。

では、いかなる場合に釈明義務違反が認められ、破棄差戻事由となるか。

裁判所が消極的釈明を怠り、判決の基礎をなす事実について矛盾・不明瞭があるのにそれを放置して判決がなされた場合には、釈明義務違反が認められる。

これに対し、積極的釈明については、争訟内容の自主的形成・公平裁判に対する信頼確保という弁論主義の諸機能を害するおそれもあるため、その懈怠について一律に上告理由とするべきではない。

そこで、積極的釈明の懈怠が釈明義務違反として上告理由になるか否かは、①判決における勝敗転換の蓋然性、②当事者の申立て・主張等の法的構成の当否・不備の有無・程度、③釈明がなくても適切な申立て・主張等がなされる期待可能性、④当事者間の公平、⑤その他(抜本的紛争解決の可能性、釈明による訴訟完結遅延のおそれ等)を総合考慮して判断すべきである。

C

[論点 20] 行き過ぎた釈明権の行使が違法となる場合

C

裁判所の行き過ぎた釈明に応じてなされた当事者の主張を判決の基礎とすることは違法であるとして原判決を破棄して事件を差し戻すことは、当事者が差戻審で改めて自発的に主張をするだけであるから、実益に乏しい。

だからといって、差し戻さずに破棄自判してその当事者を敗訴させることは、裁判所の落ち度を当事者に転嫁することとなり妥当でない。

そこで、行き過ぎた釈明権の行使は、違法とはならず、裁判所の行為規範としては行き過ぎた釈明は自戒するべきであるという意味で、釈明権行使にも限界が存在するにとどまると解すべきである。

[論点 21] 法的観点指摘義務

B

裁判所が当事者の気付いていない法的観点・法律構成を採用する場合には、釈明を要するか。

例えば、公序良俗違反等が争点となっていない場合に公序良俗違反等を認めるときや、当事者の主張事実から当事者主張の代物弁済ではなく譲渡担保を認定するときに問題となる。

確かに、弁論主義第1テーゼは専ら事実のみを対象とするものであり、当事者により主張された事実をどう法的に構成するのかは裁判所の専権である。

高橋 [上] 454 頁

そうすると、裁判所が当事者から主張された事実について当事者の気付いていない法的観点で裁判をすることも無制限に許容されそうである。

しかし、訴訟における事実は実体法たる法的観点に支えられて収集され弁論に上程されるというものである意味で、法的観点と事実との間に関連性がある。

高橋 [上] 451 頁

そこで、弁論主義の機能面である不意打ち防止の要請に照らし、裁判所は、当事者が気付いていない法的観点に従って裁判をする際には、釈明権（149条）を行使してその法的観点を当事者に示すことで、当事者に十分な主張立証活動の機会を保障するとともに、当事者・裁判所間で法的観点について十分に議論を尽くす義務（法的観点指摘義務）を負う場合があると解すべきである。

高橋 [上] 453～454 頁

(参考文献)

- ・「重点講義 民事訴訟法(上)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「重点講義 民事訴訟法(下)」第2版補訂版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「民事訴訟法概論」初版(著:高橋宏志-有斐閣)
- ・「読解 民事訴訟法」初版(著:勅使川原和彦-有斐閣)
- ・「基礎からわかる民事訴訟法」初版(著:和田吉弘-商事法務)
- ・「新民事訴訟法講義」第2版補訂2版(著:中野貞一郎ほか-有斐閣大学双書)
- ・「民事訴訟法」第5版(著:上田徹一郎-法学書院)
- ・「民事訴訟法」第6版(著:伊藤眞-有斐閣)
- ・「リーガルクエスト民事訴訟法」第3版(著:三木浩一ほか-有斐閣)
- ・「解析 民事訴訟」第2版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「講義 民事訴訟」第3版(著:藤田広美-東京大学出版会)
- ・「民事訴訟法講義案(再訂補訂版)」(司法協会)
- ・「民事訴訟法判例百選」第5版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年度～令和2年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)
- ・「法学教室」2006Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「事例で考える民事実認定」(司法研修所)
- ・「民事執行・保全法概説」第3版(著:中野貞一郎-有斐閣)