

第7章 事案の解明

第1節 弁論主義

A

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は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。

2. 弁論主義の内容

A

(1) 主張責任

case1: XのYに対する貸金返還請求訴訟において、裁判所は、Yの当事者尋問の結果からXがYから貸金の返済を受けているとの心証を得たため、XもYも弁済の事実について主張していないにもかかわらず、弁済の事実を判決の基礎として請求棄却判決を言い渡した。

[基礎問 - 第31問]

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（弁論主義第1テーゼ）。

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1] 主張共通の原則

A [基礎問 - 第31問]

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）。

最判 H9.7.17・百50

XのYに対する貸金返還請求訴訟において、Xの主張の中にXがYから貸金の返済を受けた事実が含まれていたが、Yは弁済の事実を主張していなかった。裁判所は、弁済の事実を判決の基礎として請求棄却判決を言い渡した。

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（判例）。

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2〕 訴訟資料と証拠資料の峻別

訴訟資料と証拠資料の峻別は、弁論主義第1テーゼから導かれる当然の帰結であり、論点ではない。

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

case2: XのYに対する貸金返還請求訴訟において、Yが貸金を弁済したと主張し、XにおいてもYの弁済の事実の主張を認める旨陳述した。にもかかわらず、裁判所は、弁済の事実は認められないと認定し、請求認容判決を言い渡した。

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

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

case3 : X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、弁済の事実が争点になっていたところ、裁判所は、X も Y も提出していない証拠を職権により取り調べ、その結果、弁済の事実が認められるとの心証を得たため、弁済の事実を判決の基礎として請求認容判決を言い渡した。

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3] 証拠共通の原則

A [基礎問 - 第41問]

X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、弁済の事実が争点になっていたところ、裁判所は、弁済の事実について証明責任を負っていない X が提出した証拠を弁済の事実が認められるとの心証を得たため、弁済の事実を判決の基礎として請求認容判決を言い渡した。

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。

イ. 機能

第3テーゼの機能は、証拠調べに関与する機会が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、事実レベルのうちの、[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、事実レベルのうちの、[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。

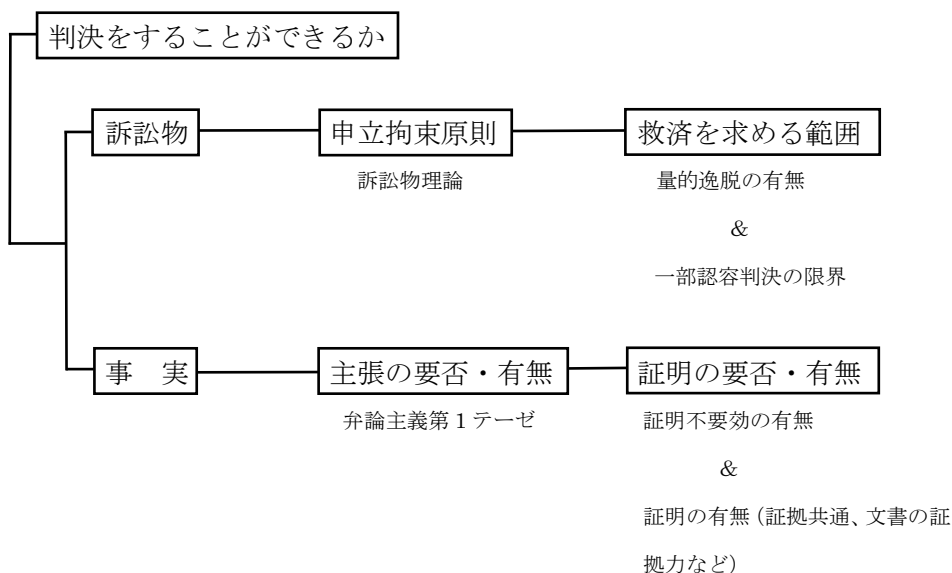
④のうち、申立事項を質的に超えること・量的に超えることは絶対に禁止される。これに対し、申立事項の枠の中で一部のみを認めることについては、当然に禁止されているわけではない。量的な一部認容は原則的に許容される。また、質的な一部認容も許容される場合がある。

[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。



(具体例)

例えば、X が Y に対して売買代金 100 万円の支払を求めて訴えを提起し、XY 間で絵画甲を代金 100 万円で売却する旨の契約を締結したと主張したところ、Y が代金額は 50 万円であったと主張したという事案において、裁判所が代金額は 80 万円であったとの心証を得て、代金 80 万円の支払を命じる一

部認容判決を言い渡したとする。

まず、訴訟物レベルのことから確認する。旧訴訟物理論では X の訴えの訴訟物は売買契約に基づく代金支払請求権（100 万円）であり、上記判決は売買契約に基づく代金支払請求権に対する判決であるから、原告が訴訟物として申し立てていない権利関係に対して判決をしたという意味で処分権主義違反になることはない。これに対し、裁判所が XY 間の契約は売買ではなく請負であったとの心証に基づいて、請負代金としての 80 万円の支払を命じる判決を言い渡すことは、旧訴訟物理論からは、原告が訴訟物として申し立てていない権利関係に対して判決をしたという意味で処分権主義違反となる（新訴訟物理論では、処分権主義違反にはならず、当事者から請負契約締結の事実が主張されていたかという弁論主義レベルのことが問題となるにとどまる。）。

次に、訴訟物レベルのこのうち、救済を求める範囲について確認する。100 万円の代金支払請求権という申立てに対して代金 80 万円の支払を命じる判決を言い渡しているのだから、判決事項が申立事項を量的に逸脱しているわけではないし、量的な一部認容の場合には原告意思に反したり不意打ちに当たることはないのが通常だから一部認容判決の限界という問題点が顕在化しないのが通常である。

さらに、事実レベルのこのうち、弁論主義第 1 テーゼについて確認する。上記判決を言い渡すためには、XY 間で絵画甲を代金 80 万円で売買する旨の契約が締結されたという主要事実が当事者によって主張されている必要があるところ、代金額が 80 万円であることは X も Y も明示的に主張していないため、代金額が 80 万円であるという主要事実についての当事者の主張の有無が問題となる。これについては、売主である原告は、契約の同一性を損なわない範囲内で明示的に主張した代金額と異なる代金額を黙示的に主張しているのが通常であると解されているから、X が 100 万円よりも低い代金額は主張しないとの意思を有している場合を除き、契約の同一性を損なわない範囲内に収まる代金額 80 万円については X により黙示的に主張されていたといえる。

最後に、事実の証明レベルのことについて確認する。裁判所が当事者の主張した事実を判決の基礎とするためには、その事実について証明不要効（179 条、159 条）が生じていない限り、証拠による事実認定を要する。XY 間で絵画甲を代金 80 万円で売買する旨の契約が締結されたという主要事実については、裁判上の自白も擬制自白（159 条）も成立していないし、それが「顕著な事実」（179 条）に当たるともいえないため、証明不要効（179 条）は生じないから、証拠による事実認定を要する。

類型別 3 頁

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

A (総)

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。

平成29年司法試験出題趣旨・採点
実感

(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は主要事実に限られるのか」についてまで論じる。

平成29年司法試験出題趣旨・採点
実感

(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ところ、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、授権及び頭名は、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＝要件事実に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「民法」の採点
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。
いる。

基礎応用 149 頁 [論点 1]

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。

（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

A

[論点 4] 主要事実の捉え方

A

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は間接事実と位置付けていた。

高橋 [上] 424~426 頁

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、要件事実に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 5] 弁論主義は間接事実にも適用されるか

A

裁判所は、当事者が主張していない間接事実から当事者が主張している主要事実を推認することができるか。

X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、Y が弁済の事実を主張する一方で X は弁済の事実は存在しないと主張し、弁済の事実が争点になっていたところ、裁判所は、X も Y も主張していない間接事実から弁済の事実が認められるとの心証を得て、弁済の事実を判決の基礎として請求認容判決を言い渡した。

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。

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) 2)}

読解 29 頁

【論点 6】 相続による特定財産の取得の要件事実

A

X は、死亡した A の唯一の相続人として A を単独相続したため、生前 A の所有に属していた甲土地を占拠している Y に対して、甲土地の所有権の確認を求める訴えを提起した。

最判 S55.2.7・百 46

X は、請求原因として、①A が死亡したこと（民法 882 条）、②X が A の子であること（民法 887 条 1 項）、③A が甲土地を所有していたことを主張すれば足りるのか。それとも、①ないし③に加えて、④A が死亡するまでの間に甲土地の所有権を失う事実（他者による時効取得、他者への売却など）がなかったことまで主張する必要があるのか。

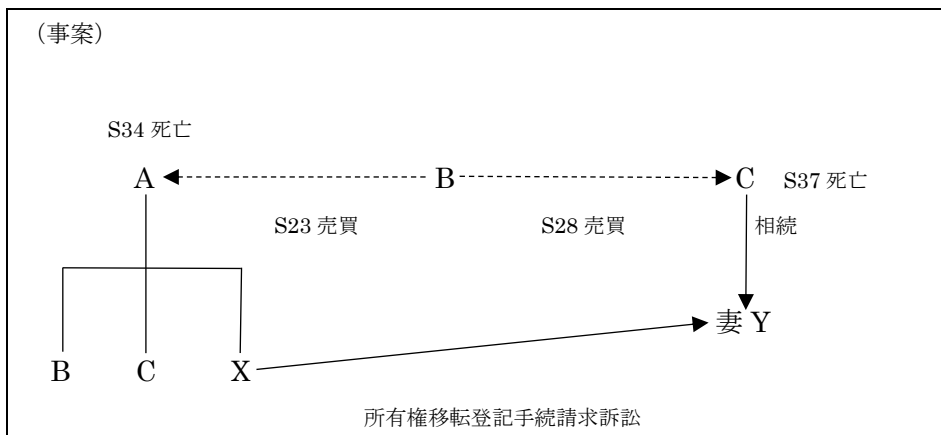
相続による特定財産の取得を主張する者は、①被相続人の生前所有（これが争われている場合には、被相続人が生前その財産の所有権を取得した事実）と、②自己が被相続人の死亡により同人の遺産を相続した事実を請求原因として主張立証すれば足り、③被相続人の死亡時までの所有権喪失原因事実及び被相続人の特段の処分行為による当該財産の相続財産からの逸出はいずれも抗弁に位置づけられる（判例）。

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

（事案）



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）。

2) 弁論主義の機能面である不意打ち防止の要請に照らし、当事者が主張していない間接事実について当事者双方に主張・反論の機会を与えるために、裁判所において釈明権（149 条）を行使して当事者双方に対して当該間接事実の存否について主張・反論するか否かを確認することが釈明義務として求められることがある。

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 7] 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。

X は Y に対して売買代金の支払を求める訴えを提起し、X が Y との間で絵画甲を代金 100 万円で売却する旨の契約を締結したと主張したが、Y は売買契約締結の事実を否認した。裁判所は、X 及び Y の当事者尋問の結果から、X の代理人 A と Y との間で絵画甲の売買契約が締結されたとの心証を得たため、X も Y もそのような事実を主張していないにもかかわらず、X の代理人 A と Y との間で本件絵画の売買契約が締結されたという事実を判決の基礎にして、請求認容判決を言い渡した。

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 (弁論主義第 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。

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。

X の代理人 A と Y との間で絵画甲の売買契約が締結されたという事実は、これらの要件事実に該当する具体的事実であるから、主要事実に当たる。

上記事案では、上記事実が当事者 X・Y のいずれからも主張されていないから、裁判所が上記事実を判決の基礎にすることは、弁論主義第 1 テーゼに違反する。

A [基礎問 - 第 33 問]

最判 S33.7.8・百 48

(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べきである。

高橋 [上] 427 頁・430 頁

[論点 8] 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。

X が Y に対して 100 万円の売買代金の支払を求める訴訟において、Y は、代金債権に対する弁済として 100 万円を支払ったと主張した。裁判所は Y の X に対する 100 万円の支払は代金債権ではなく貸金債権に対する弁済としてなされたものであるとの心証を得たため、X も Y もそのような事実を主張していないにもかかわらず、上記の心証に従って Y による代金債権に対する弁済の事実は認められないとして、請求認容判決を言い渡した。

B [基礎問 - 第 32 問]

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（判例）。

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。

これに対し、弁済の抗弁の要件事実は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。

釈明義務が問題となる余地はある。

[論点 9] 事後的な所有権喪失原因

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、裁判所は、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）という心証に基づいて、請求棄却判決を下した。

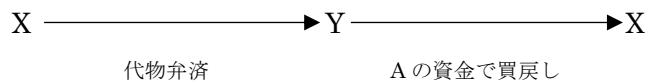
①・②については当事者から主張されているが、③については当事者から主張されていない。では、裁判所が③も判決の基礎にして請求棄却判決を言い渡す場合に、③についても当事者からの主張を要するか。

A [基礎問 - 第 34 問]

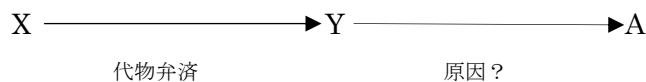
最判 S41.4.12・百 A16

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

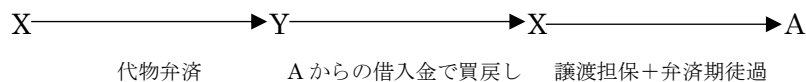
原告X：本件土地は、XからYに代物弁済した後に、Aの資金で買い戻した。



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からの買い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。³⁾

百 A16 解説

[論点 10] 公序良俗違反

公序良俗違反(民法 90 条)という一般条項についても弁論主義が適用されるか。

例えば、XのYに対する貸金返還請求訴訟において、裁判所は、X及びYの当事者尋問の結果から、賭博資金としての貸付けであるためXY間の金銭消費貸借契約は公序良俗違反により無効であるとの心証を得たが、XもYも賭博資金としての貸付けであることは主張していなかったという事案において、裁判所は、XY間の金銭消費貸借契約は公序良俗違反により無効であると判断して請求棄却判決を言い渡すことができるか。

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

B

最判 S36.4.27・百 48

³⁾ 本判決については、裁判所が判決の基礎にしたい事実は③も含めて全て当事者により主張されており、その事実をどのように法的に評価・構成するかについてと当事者と裁判所との間で食い違いがあったに過ぎないとして、弁論主義違反はなく、法的観点指摘義務違反が問題になるとの見方もある(百 A16 解説)。

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（判例）。

【論点 11】 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の事実は、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（判例）。

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。

【論点 12】 権利抗弁と事実抗弁の区別

X（土地賃貸人）はY（借地人）に対して、甲土地の所有権に基づき建物収去土地明渡しを求める訴えを提起し、甲土地の賃貸借契約の終了原因について主張する一方で、訴訟提起前にYから建物買取請求権（借地借家法13条）を行使する旨の意思表示があった旨も主張した。裁判所は、当該訴訟においてYから建物買取請求権を行使する旨の主張がなされていないにもかかわらず、Yによる建物買取請求権行使の事実を判決の基礎にして建物退去土地明渡しを命じる判決を言い渡すことができるか。

XはYに対して絵画甲の売買契約に基づいて絵画甲の引渡しを求める訴えを提起し、XY間における絵画甲の売買契約締結の事実について主張する一方で、訴訟提起前にYから同時履行の抗弁権を行使する旨の意思表示があった旨も主張した。裁判所は、当該訴訟においてYから同時履行の抗弁権を行使する旨の主張がなされていないにもかかわらず、Yによる同時履行の抗弁権の行使の事実を判決の基礎にして引換給付判決を言い渡すことができるか。

1. 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

B（総）

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。

A【基礎問 - 第 36 問】

実を判決の基礎とすることができず（弁論主義第1テーゼ）、ここでいう事実に少なくとも主要事実が含まれる。

そして、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主要事実でも、当事者の主張責任が果たされているといえ、これを判決の基礎とすることができる（主張共通の原則）。

もっとも、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ものである。

2. 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。^{4) 5)}

【論点13】 過失相殺（民法422条2項、722条2項）

XのYに対する不法行為に基づく損害賠償請求訴訟（請求額は1000万円）において、Yによる相当因果関係を否定するための主張の中でXの過失が損害拡大に繋がったという事実が含まれていたが、Yは過失相殺をすべきであるとの主張はしていなかった。裁判所は、過失相殺をすることができるか（論証1）。

4) 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、⑦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、⑧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、⑨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、⑦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う」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）。

5) 判例は、土地賃貸人の借地人に対する建物取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かったという事案において、①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、②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使しない場合にあっては、裁判所は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と判示している（最判S27.11.27・百51）。

伊藤 314 頁

百 51 解説

A 【基礎問 - 第 35 問】

上記の損害賠償請求訴訟において、YがXの過失を基礎づける事実すら主張していない場合、裁判所は、証拠調べの結果からXの過失が損害拡大に繋がったとの心証を得たとき、過失相殺をすることができるか（論証2）。

（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。

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。

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、加害者による過失相殺の主張を不要と考えても被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、加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（判例）。

（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るべきであるとして、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。

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当たる。

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

上田 329 頁

高橋 [上] 457～458 頁参照 [一般条項に関する記述参照]

最判 S43.12.24・百 A17

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

上田 328 頁、高橋 [上] 459 頁

高橋 [上] 459 頁

の主張すら不要であると考え、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 14] 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 15] 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の方に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(判例)。
- ・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(判例)。
- ・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(判例)。

最判 S27.11.27

最判 S26.2.22

最判 S45.6.24

第2節. 釈明権

B

[149条] 釈明権等

- ① 裁判長は、口頭弁論の期日又は期日外において、訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項に関し、当事者に対して問いを發し、又は立証を促すことができる。
- ② 陪席裁判官は、裁判長に告げて、前項に規定する処置をすることができる。
- ③ 当事者は、口頭弁論の期日又は期日外において、裁判長に対して必要な發問を求めることができる。
- ④ 裁判長又は陪席裁判官が、口頭弁論の期日外において、攻撃又は防禦の方法に重要な変更を生じ得る事項について第一項又は第二項の規定による処置をしたときは、その内容を相手方に通知しなければならない。

[150条] 訴訟指揮等に対する異議

当事者が、口頭弁論の指揮に関する裁判長の命令又は前条第1項若しくは第二項の規定による裁判長若しくは陪席裁判官の処置に対し、異議を述べたときは、裁判所は、決定で、その異議について裁判をする。

case1 : X の Y に対する貸金返還請求訴訟（請求額 100 万円）において、Y が第 1 回口頭弁論期日に既に全額弁済していると主張する一方で、第 2 回口頭弁論期日には既に 50 万円は弁済していると主張したため、裁判所は、釈明権を行使して、Y に対して弁済額としていくらを主張しているのかを問いただした（消極的釈明）。

case2 : X の Y に対する貸金返還請求訴訟において、裁判所は、消滅時効が完成しているとの心証を得たが、Y が消滅時効の抗弁を主張する様子がないため、釈明権を行使して、Y に対して消滅時効の抗弁を主張する意思の有無を確認した（積極的釈明）。

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

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。

制的であるべきである。

2. 消極的釈明・積極的釈明

中野ほか 204～205 頁

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、これを問いただす釈明をいう。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 1】 請求原因の変更を示唆する釈明

B (総)

最判 S45.6.11・百 52

XはYに対して絵画甲に関する売買契約に基づいて絵画甲の引渡しを求める訴えを提起したところ、裁判所は、証拠調べの結果、絵画甲に関する契約は売買ではなく贈与であるとの心証を得たため、釈明権を行使して、Xに対して、贈与契約に基づいて絵画甲の引渡しを求めるつもりはないかと質問した。Xは、裁判所から釈明を求められたことをきっかけとして、旧訴訟物理論を前提として、訴えの変更（143条）により贈与契約に基づく絵画甲の引渡請求権を追加した。

釈明の制度は、弁論主義・処分権主義の修正・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るにかかわらず、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（判例）。¹⁾

【論点 2】 不意打ち防止のための釈明義務

C (総)

最判 S39.6.26・百 53

XがYに対してある土地中の甲・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、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

¹⁾ 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。

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、乙地域に生立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（判例）。

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 3】 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。

【論点 4】 行き過ぎた釈明権の行使が違法となる場合

XのYに対する貸金返還請求訴訟において、第一審裁判所が釈明権を行使してYに対して消滅時効の抗弁を主張する意思の有無を確認した結果、Yが消滅時効の抗弁を主張したため、請求棄却判決が下され、Xが釈明権行使の違法を理由として控訴した。

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

C (総)

C (総)

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 5] 法的観点指摘義務

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。

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。

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（判例）。

B

名古屋高判 S52.3.28

高橋 [上] 454 頁

高橋 [上] 451 頁

高橋 [上] 453～454 頁

第 3 節. 釈明処分

C (択)

[151 条] 釈明処分

- ① 裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため、次に掲げる処分をすることができる。
- 一 当事者本人又はその法定代理人に対し、口頭弁論の期日に出頭することを命ずること。
 - 二 口頭弁論の期日において、当事者のため事務を処理し、又は補助する者で裁判所が相当と認めるものに陳述をさせること。
 - 三 訴訟書類又は訴訟において引用した文書その他の物件で当事者の所持するものを提出させること。
 - 四 当事者又は第三者の提出した文書その他の物件を裁判所に留め置くこと。
 - 五 検証をし、又は鑑定を命ずること。
 - 六 調査を囑託すること。
- ② 前項に規定する検証、鑑定及び調査の囑託については、証拠調べに関する規定を準用する。

第4節. 専門委員制度

C (択)

専門委員制度とは、医療関係訴訟、知的財産関係訴訟、建築関係訴訟など専門的知見を要する訴訟において、審理に必要な高度の専門的知見を審理に必要なすべての場面において裁判所に提供することを目的とした制度である(92条の2以下、平成15年制定)。

[92条の2] 専門委員の関与

- ① 裁判所は、争点若しくは証拠の整理又は訴訟手続の進行に関し必要な事項の協議をするに当たり、訴訟関係を明瞭にし、又は訴訟手続の円滑な進行を図るため必要があると認めるときは、当事者の意見を聴いて、決定で、専門的な知見に基づく説明を聴くために専門委員を手続に関与させることができる。この場合において、専門委員の説明は、裁判長が書面により又は口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日において口頭でさせなければならない。
- ② 裁判所は、証拠調べをするに当たり、訴訟関係又は証拠調べの結果の趣旨を明瞭にするため必要があると認めるときは、当事者の意見を聴いて、決定で、証拠調べの期日において専門的な知見に基づく説明を聴くために専門委員を手続に関与させることができる。この場合において、証人若しくは当事者本人の尋問又は鑑定人質問の期日において専門委員に説明をさせるときは、裁判長は、当事者の同意を得て、訴訟関係又は証拠調べの結果の趣旨を明瞭にするために必要な事項について専門委員が証人、当事者本人又は鑑定人に対し直接に問いを發することを許すことができる。
- ③ 裁判所は、和解を試みるに当たり、必要があると認めるときは、当事者の同意を得て、決定で、当事者双方が立ち会うことができる和解を試みる期日において専門的な知見に基づく説明を聴くために専門委員を手続に関与させることができる。

[92条の3] 音声の送受信による通話の方法による専門委員の関与

裁判所は、前条各項の規定により専門委員を手続に関与させる場合において、専門委員が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、同条各項の期日において、最高裁判所規則で定めるところにより、裁判所及び当事者双方が専門委員との間で音声の送受信により同時に通話を行うことができる方法によって、専門委員に同条各項の説明又は発問をさせることができる。

[92条の4] 専門委員の関与の決定の取消し

裁判所は、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、専門委員を手続に関与させる決定を取り消すことができる。ただし、当事者双方の申立てがあるときは、これを取り消さなければならない。

[92条の5] 専門委員の指定及び任免等

- ① 専門委員の員数は、各事件について1人以上とする。
- ② 第92条の2の規定により手続に関与させる専門委員は、当事者の意見を聴いて、裁判所が各事件について指定する。
- ③ 専門委員は、非常勤とし、その任免に関し必要な事項は、最高裁判所規則で定める。
- ④ 専門委員には、別に法律で定めるところにより手当を支給し、並びに最高裁判所規則で定める額の旅費、日当及び宿泊料を支給する。

[96条の6] 専門委員の除斥及び忌避

- ① 第23条から第25条まで(同条第2項を除く。)(裁判官の除斥・忌避、除斥又は忌避の裁判)の規

定は、専門委員について準用する。

- ② 専門委員について除斥又は忌避の申立てがあったときは、その専門委員は、その申立てについての決定が確定するまでその申立てがあった事件の手續に関与することができない。

[96条の7] (受命裁判官等の権限)

受命裁判官又は受託裁判官が第92条の2各項の手續を行う場合には、同条から第92条の4まで及び第92条の5第2項の規定による裁判所及び裁判長の職務は、その裁判官が行う。ただし、第92条の2第2項の手續を行う場合には、専門委員を手續に関与させる決定、その決定の取消し及び専門委員の指定は、受訴裁判所がする。

[92条の8] 知的財産に関する事件における裁判所調査官の事務

… (略) …

[92条の9] 知的財産に関する事件における裁判所調査官の除斥及び忌避

… (略) …

(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)
- ・「要件事実論30講」第4版(編著:村田渉・山野目章夫-弘文堂)
- ・「紛争類型別の要件事実」3訂(法曹会)
- ・「新問題研究 要件事実」(法曹界)
- ・「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4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」2012～2022(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)