

令和 7 年 10 月 5 日

令和版「民訴法」初学者用の入門レジュメ（予備試験過去問解説編）

捧 大地

平成 28 年・予備試験「民訴法（設問 1）」参考解説

【予習事項（設問 1）】

- ・「ねんネコ塾」レジュメ：第 1 編第 6 章～弁論主義～
- ・『NBS 民事訴訟法』94～106 頁

【予習判例（設問 1）】

- ・最判昭和 41 年 4 月 12 日（民集 20 卷 4 号 548 頁【百選 6 版「A14」】）
 - ・最判平成 22 年 10 月 14 日（判時 2098 号 55 頁【百選 6 版「50」】）
-

第 1 「設問 1(1)」について

1 主張原則

「権利そのものは、観念の所産であって、その存否を直接に知覚・認識することは不可能である。そこで、民事訴訟においては、まず権利の発生、変更または消滅を基礎づける事実の存否を確定し、そしてこれに法を適用することによって、権利の存否を判断するという方法を採る。¹⁾」

このように、「まず事実を確定し、それに法を適用することによって権利の存否を判断するのであるが、通常民事訴訟事件においては、ありとあらゆる事実の存否を審理するわけではなく、当事者によって主張された事実のみを審理する。²⁾」。

この原則を「**主張原則**」（一般的にいう弁論主義の第 1 テーゼ³⁾）という。「**弁論主義**とは、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の提出を当事者の権能かつ責任とする建前をいう⁴⁾」が、上記の主張原則は弁論主義の 3 つからなる「具体的内容」のうちの 1 つである。

¹⁾ 『NBS 民訴法』95 頁

²⁾ 『NBS 民訴法』96 頁

³⁾ 本レジュメでは、弁論主義の第○テーゼという呼び方は基本的に用いない。詳しくは、『リーガルクエスト民訴法』208 頁。弁論主義の諸原則に関する用語参照。

⁴⁾ 『NBS 民訴法』97 頁

「これ〔主張原則〕により、証拠調べの範囲は当事者が口頭弁論で主張した事実に限定されることになる。従って、主張原則は、訴訟上の争点を自治的に設定する権能を当事者に保障する原理として機能する。⁵」

2 主張原則の不意打ち防止機能

下村眞美先生⁶は、「弁論主義の第 1 原則〔主張原則〕によれば、裁判所は、いずれの当事者も主張しない事実を判決の資料として採用することができない。たとえ、証拠によって認めることのできる事実であってもである。この弁論主義の第 1 原則は、裁判所が当事者の主張した事実しか採用しないという信頼を当事者に与えるもので、不意打ち防止機能を有する」とされる。

山本研先生⁷も、「第 1 原則は、裁判所は証拠調べの結果ある事実が存在すると認定できる場合であっても、当事者がそれを口頭弁論において主張しない限り、判決の基礎とすることができないことを意味し、訴訟上の争点を自律的に設定する権能を当事者に保障することにより、不意打ち的な事実認定に基づく判決がなされることを防止する機能（「不意打ち防止機能」）を有する」とされる。

三木浩一先生⁸も、「主張原則により、裁判所は、たとえ証拠調べの結果からある事実の存否について心証を得たとしても、その事実が当事者のいずれかから口頭弁論で主張されていなければ、その事実を基礎として裁判をすることはできないことになる。これは、証拠調べによって得た訴訟資料（これを「証拠資料」という）と、当事者の主張によって得た訴訟資料（これを「主張資料」という）を厳格に区別することを意味する（これを「証拠資料と主張資料の峻別」という）。したがって、当事者が主張していない事実（当事者が気づかなかった事実や意図的に主張しなかった事実）について、証人の証言や書証の記載などから、裁判所がそれを勝手に認定することは許されない。

以上のことから分かるように、主張原則には、当事者にとって不意打ちとなる裁判を防ぐ機能がある（弁論主義の「不意打ち防止機能」）」とされる。

3 主張原則と自由心証主義の調整

⁵ 『リーガルクエスト民訴法』206 頁〔三木浩一〕

⁶ 下村眞美「判例批評」百選 6 版 90 頁

⁷ 山本研「判例批評」百選 6 版 96 頁

⁸ 『リーガルクエスト民訴法』206 頁〔三木浩一〕

ところで、当事者への不意打ちを防止する主張原則と「裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきかを否かを判断する」と規定する自由心証主義（法 247 条）との間には調整が必要なのではないだろうか。

この点、「間接事実」は主要事実の存否を推認させるものであって証拠と等質性を有するところ、もし間接事実についても主張の必要性および自白の拘束力を肯定すると、自由心証主義が不当に制約され、裁判所が不自然な事実認定を強いられるおそれがある。他方、当事者の意思を尊重し、不意打ちを避けるためには、主要事実について弁論主義を適用すれば必要にして十分である。⁹

なぜならば、主要事実すなわち「権利の発生、変更または消滅という法律効果の判断に直接必要となる事実」が、法律効果の発生等を生起せしめるものだからであり、間接事実・補助事実は、「主要事実の存否を推認するのに役立つ事実」または「証拠の信用性に関する事実」に留まるものだからである。

4 本問の検討

(1) 当事者の主張および裁判所の証拠調べの結果

〔X の主張〕

- ①X 元所有、
- ②X→Y 1（代物弁済）、
- ③Y 1→X（買戻し）

〔Y らの主張〕

- ①X 元所有、
- ②X→Y 1（代物弁済）、
- ③Y 1→Y 2（売買）
- ④Y 2→X（売買予約契約（期限内の代金の支払い無しで期限徒過））

〔裁判所の証拠調べの結果〕

- (i)X 元所有、
- (ii)X→Y 1（代物弁済）、
- (iii)Y 1→X（買戻し）
- (iv)X→Y 2（譲渡担保）

(2) 関連判例

⁹ 『NBS 民訴法』103 頁

本問と同様の事案である判例（最判昭和 41 年 4 月 12 日（民集 20 巻 4 号 548 頁〔百選 6 版「A 14」〕））では、「上告人〔X〕より〔Y 2 の親〕A への本件土地譲渡の事実、原審口頭弁論において当事者の主張のない事実であるから、原判決は、当事者の主張のない事実により上告人の前記請求を排斥したものというべく、右の違法は判決に影響があること明らかであるから、原判決中前記請求〔に〕関する部分は、その余の上告理由の当否について判断するまでもなく、この点において破棄差戻を免れない」と判示した。

(3) 本問での具体的検討

本問では、「(iv)X→Y 2（譲渡担保）」すなわち「X は、Y 2 から借り受けた 1 0 0 0 万円の金員を Y 1 に対して支払うことによって甲土地を Y 1 から買い戻したが、その際、所定の期間内に借り受けた 1 0 0 0 万円を Y 2 に対して返済することで甲土地を取り戻し得るとの約定で甲土地を Y 2 のために譲渡担保に供した」との事実については、当事者（X 及び Y 2）からの主張がなく、これを裁判所が認めたのでは当事者に対して不意打ちとなり弁論主義の主張原則に反して違法である。

5 結論

以上を要するに、本問において譲渡担保を認定するのは弁論主義に反して違法である。

6 補足 ～弁論主義の根拠条文～

「人事訴訟法 20 条前段によれば人事訴訟においては裁判所は当事者が主張しない事実を斟酌することができるのに対して、民事訴訟法にはそのような特別の規定がないため、通常民事訴訟事件においては、裁判所は当事者が主張しない事実を判決の基礎とすることができないものと解される（なお、民訴 246 条は、処分権主義の根拠条文であって〔最判昭和 33・7・8 民集 12 巻 11 号 1740 頁〔百選 6 版「43」〕参照〕、弁論主義の根拠条文ではない）。¹⁰⁾」

第 2 〔設問 1(2)〕について

1 関連判例

最判平成 22 年 10 月 14 日（判時 2098 号 55 頁〔百選 6 版「50」〕）は、原審の信義則違反の認定が、当事者に十分な反論及び反証の機会を与えなかったもの

¹⁰⁾ 『NBS 民訴法』98 頁

であるとして、「釈明権の行使を怠った違法がある」と判示された事例である。

最高裁は、原審が「信義則違反の点についての判断をするのであれば、原審としては、適切に釈明権を行使して、被上告人に信義則違反の点について主張するか否かを明らかにするよう促すとともに、上告人に十分な反論及び反証の機会を与えた上で判断をすべきものである」とし、信義則違反の認定をすることは、「従前の訴訟の経過等からは予測が困難であり、このような法律構成を採るのであれば、なおさら、その法律構成の適否を含め、上告人に十分な反論及び反証の機会を与えた上で判断をすべきものといわなければならない」とした。

そして、原審の認定には「釈明権の行使を怠った違法がある」と判示した。

2 本最高裁判決の意義

(1) 弁論主義違反との関係

園田賢治先生¹¹によれば、「本判決は、後述の通り、裁判所の法的観点指摘義務を認めたリーディング・ケースとしての意義を有する」とされる。

「その前提として、本件の原審が、当事者から主張されていない信義則違反（民法 1 条 2 項）を理由として請求を一部認容したことが、弁論主義の第一テーゼ（主張原則）に反することにならないのかが問題となる。」

まず、「不特定概念それ自体は主要事実ではなく、これを基礎づける具体的事実（評価根拠事実）が主要事実であるとするのが現在の多数説である」。

そして、「狭義の一般条項のうち、信義則や権利濫用については、評価根拠事実_に弁論主義の適用があるとする立場と、適用が排除されるという立場に分かれる」が、「いずれにせよ、信義則違反という規範的評価それ自体の主張は、法的観点についての主張として位置づけられることとなり、法の解釈・適用は裁判所の専権に属することから、弁論主義の適用から外れる事になる。よって、少なくとも、本件のように信義則違反の評価根拠事実が当事者の主張の中に（別の法律構成における間接事実として）含まれている場合には、裁判所が信義則違反に基づく判決をすることは、弁論主義違反にならない。本判決は弁論主義違反に言及していないことから、以上の理解を前提としていることが推測される」と説明されている。

(2) 法的観点指摘義務

¹¹ 園田賢治「判例評釈」百選 6 版 106・107 頁

「本件の原判決が弁論主義違反にならないとしても、本件における当事者は、信義則違反を理由とする判決があり得ると認識して攻撃防御を尽くしておらず、原審が弁論に顕れている事実の中から信義則違反の評価根拠事実を拾い上げ、これに基づく判決をしたことは、当事者にとって不意打ちとなる。」

とりわけ、「Y にとっては、信義則違反の評価根拠事実を争う機会や、信義則違反の評価を妨げる事実を主張立証する機会〔中略〕が奪われてしまうことが問題となる。」

(3) 本判決の評価

「本判決は、〔中略〕『内容的には、学説のいう法的観点指摘義務の考え方を採り入れたもの』（本判決の匿名コメント・判時 2098 号 57 頁）とされ」ている。

3 本問での具体的検討

本問の事案では、Y らから、「その際、Y 2 は、X との間で、X が所定の期間内に Y 2 に代金 1 0 0 0 万円を支払うことにより甲土地を X に売り渡す旨の合意をした。しかし、X は期間内に代金を Y 2 に対して支払わなかったため、Y 2 は所有権移転登記を経た。」との生の事実の主張が訴訟に顕出されている。そして、裁判所の心証は法律構成が異なるだけである。さらに、法の適用は裁判所の専権事項である。だから、そのような認定をしても、弁論主義違反にはならない。

しかし、当事者の主張と異なった法律構成で判断するに際しては、当事者に「十分な反論及び反証の機会を与えた上で判断をすべきもの」でなければならない。

条文上も、「法律上の事項に関し、当事者に対して立証を促すことができる」（法 149 条 1 項）と規定されている。

本問では、X が Y 1 から本件土地を買い戻したことを前提として、X から Y 2 への譲渡担保権の設定（及び期限の徒過）により X が所有権を失い、Y 2 が確定的に所有権を取得したとの心証が抱かれている。

このような認定をするに際しては、X に反論及び反証の機会を与えなければならない義務（法的観点指摘義務）があると解する。

4 結論

従って、「直ちに本件訴訟の口頭弁論を終了して判決をすること」は、「釈明権の行使を怠る」違法がある。

以 上