

民事訴訟法② 解説レジュメ¹

第1 出題趣旨

本問は、弁論主義及び当事者の意思による訴訟の終了（裁判上の和解の瑕疵）の分野からの出題である。

設問1は、最高裁昭和55年2月7日第一小法廷判決（民事訴訟法判例百選〔第5版〕46）に基づく出題であり、最重要概念である弁論主義につき基本的な理解と応用を問う問題である。

小問（1）及び（2）では、まず弁論主義の適用範囲について正確な論述が求められている。その上で、具体的事案において弁論主義を適用できるかを問うことで、弁論主義の理解度を図る問題となっている。小問（1）で、弁論主義違反との結論を導いてしまったものは、表面的な理解しかしていない可能性が高いため、具体的事案を意識して弁論主義を学んでもらいたい。

小問（3）は、当事者が主張した事実と裁判所が認定した事実とがズレた場合、どこまで許容されるかを問う応用問題である。このような応用問題において求められていることは、正解を書くことではなく、基本的な法的思考（条文や趣旨・機能に立ち返って考えること等）を経て、その過程を答案に示して処理できているかという点である。うまく処理できなかったものは、応用問題における「考え方」を学んでもらいたい。

設問2は、最高裁昭和33年6月14日第一小法廷判決（民事訴訟法判例百選〔第5版〕46）に基づく典型論点であるが、近年出題されておらず（なお、平成19年の新司法試験等で出題されている）、予備試験においても出題可能性があるから、準備しておくことと安心である。

まず、民訴法267条の「確定判決と同一の効力」という条文・文言を適示した上で、その解釈の中で訴訟法上の和解の法的性質を述べ、次に意思表示に瑕疵があった場合の主張方法を論じることになる。その際、最重要概念の一つである既判力との整合性を示すことも求められている。

なお、本問は、設問1には応用問題が含まれており、設問2の方が基本的な問題となっている。本試験では、このように応用問題が先に配置されていることが少なくないが、設問1に時間を使いすぎて、設問2で点数を稼げないことになればそれは致命傷になる。今回、途中答案だったり、設問間で記載量のバランスを欠いたりした者は、徹底して時間配分の訓練をすべきである。

第2 設問1

1 同（1）及び（2）について

(1) 弁論主義

ア 定義

弁論主義とは、裁判の基礎となる資料（事実と証拠）の提出を当事者側の権能かつ責任とする建前である。

イ 根拠

民事訴訟の対象は私法上の権利であり、当事者が任意に処分するものであるから、裁判による紛争処理も当事者の自由な意思に委ねるべきである（私的自治の訴訟法的反映）。

ウ 内容

- ・第1テーゼ：裁判所は、当事者が主張せず口頭弁論に現れない事実を裁判の基礎とすることができない。
- ・第2テーゼ：裁判所は、当事者間に争いのない事実そのまま判決の基礎としなけれ

¹（参考）講義 民事訴訟法〔第2版〕藤田広美 / 問題研究 要件事実 司法研修所

ばならない。

- ・第3テーゼ：裁判所は原則として当事者の提出した証拠によらなければ、事実を認定してはならない。

なお、裁判所はいずれの当事者が提出した証拠によって事実を認定しても構わない（証拠共通の原則）。

エ 適用範囲

法律要件に直接該当する事実、すなわち主要事実にのみ適用され、間接事実や補助事実には適用されない。

（理由）

- ・当事者の意思尊重及び不意打ち防止のためには、訴訟の勝敗に直結する主要事実に弁論主義を適用すれば足りる。
- ・間接事実・補助事実は、主要事実の存否を推認する資料となる点で証拠と同様の機能を有するところ、これらの事実弁論主義を適用すると、裁判所に不自由な判断を強いることになり、自由心証主義（247条）を害するおそれがある。

(2) 主要事実と間接事実

ア 事実の種類

- ・主要事実：権利義務の発生・変更・消滅という法律効果の判断に直接必要な事実
- ・間接事実：主張事実の存否を推認させる事実
- ・補助事実：証拠の信用性に影響を与える事実

イ 否認と抗弁

- ・抗弁：原告が主張する法的効果を妨げる事実のうち、原告の主張と両立する事実で、被告が証明責任を負うものをいう。
- ・否認：原告が主張する法的効果を妨げる事実のうち、原告の主張と両立しない事実で、被告が証明責任を負わないものをいう。

<ポイント>

積極否認の理由部分は間接事実となり、抗弁事由は主要事実となる。例えば、請求を基礎づける事実としてAB間の売買という事実がある場合、AC間の売買という事実は、AB間の売買の事実とは両立しないから、否認の理由部分に該当し、間接事実になる。他方、BC間の売買という事実は、AB間の売買と両立するから(A→B→C)、抗弁事由に該当し、主要事実になる。

(3) 本問の検討

ア 設問1(1)について

Xは所有権に基づく返還請求権として本件土地の明渡しを請求している。かかる請求が認められるためには、本件土地をXが所有していること（もともと本件土地をAが所有していて、AB間で本件土地の売買がなされたこと）、及び、本件土地をYが占有している事実が認められる必要がある。ここで、AからYに対する本件土地の売却という事実は、AからBに対して本件土地が売却されたという事実と両立しない事実といえるから、積極否認の理由部分に該当し、間接事実にあたる。

したがって、当該事実弁論主義は適用されないから、裁判所は当事者の主張がなくとも証拠関係から当該事実を認定して、Xの請求を棄却することができる。

イ 設問1(2)について

他方、BからYに対する死因贈与の事実は、AB間の売買の事実を前提としており、A

B間の売買の事実と両立する事実であるから、抗弁事由となり、主張事実にあたる。

したがって、当該事実には弁論主義の適用があるから、裁判所が当事者の主張なく証拠関係から当該事実を認定した場合、弁論主義違反となる。

<ポイント>

- ・相続は包括承継であるから、BはXに置き換わったものとして考えるとよい。
- ・弁論主義は民事訴訟法で最も重要度の高い概念であるから、その基礎知識を正確に再現できなかった者は、アウトプットの勉強（暗記等）が不足しているといえる。勉強のバランスを再考すべきである。

2 同(3)について

(1) 弁論主義の機能

様々な機能が紹介されているが、主たる機能は、不意打ち防止・手続保障機能である。

(2) 主張事実と認定事実のズレの許容性（応用）

本問は、最高裁昭和55年2月7日第一小法廷判決（民事訴訟法判例百選〔第5版〕46）に基づく出題である。この事例の差戻審では、本問類似の事案において、被告が仮定抗弁として死因贈与を主張したのに対し、裁判所が生前贈与を認定したため、これが弁論主義違反になるかが争点となったが、裁判所は違反しないとの判断を下した。

その理由として、①被告が主張していた死因贈与の内容は、「被相続人の生前には、贈与の意思は形成されていたが、登記の変更がなされず、被相続人の死亡によって贈与の意思が確定した。」という内容であったところ、本件では贈与の主張は継続的・暫定的に形成されていて、被告の当該主張には生前贈与の主張も包含されていると解することができ、弁論主義の不意打ち防止機能は果たされていたということが挙げられる。また、②死因贈与か生前贈与かは法的評価の問題であり、裁判所は法律上の主張には拘束されないことも指摘されている（ただし、法的観点指摘義務が問題となる余地があるとの見解がある。）

なお、本問以外に、主張事実と認定事実のズレを許容した判例としては、代理人による契約締結に関する最高裁昭和33年7月8日第三小法廷判決（民事訴訟法判例百選〔第5版〕47）があるから、これも本問と合わせて整理しておくといよい。

(3) 本問の検討

本問において、Yの主張は、「Bが平成27年頃に、Yに対する贈与の意思を形成したが、そのまま登記がなされず、Bの死亡によって贈与の意思が確定したと思う。」という緩い主張であり、ここには生前贈与の主張も包含されていたといえるから、裁判所が当該事実を認定しても当事者（とりわけX）に対する不意打ちにはならない。また、死因贈与か生前贈与かは法的評価の問題であって、いずれと評価するかについて裁判所は当事者の法律上の主張には拘束されない。

したがって、裁判所は、BからYに対する生前贈与の事実を認定して、Xの請求を棄却することができる。

<ポイント>

事実の主張と法的評価を区別することが大切である。また、応用問題であるから、弁論主義の趣旨や機能に遡って検討できれば、大きく沈むことはない。

3 設問2

1 訴訟上の和解における「確定判決と同一の効力」（法267条）の意義

(i) 既判力肯定説

＝和解の無効・取消しは再審事由に準じる場合にのみ許される。

【理由】・文言に忠実に解釈すべき

・和解は判決の代用であるから判決と同様の紛争処理機能・効力を持たせるべき

(ii) 既判力否定説

＝再審事由に限らず、私法規定の類推適用により、和解の無効等を主張できる。

【理由】・訴訟法上の和解は、当事者による自主的紛争解決方法であって、裁判所による公権的紛争解決方法である判決とは性格を異にする

・裁判所の関与が弱く、既判力を付与するに足りる手続的基礎がない

・和解には訴訟物以外の権利関係も取り込むことが可能であるから、既判力を認めるとその客観的範囲が不明確になる

(iii) 制限既判力説

＝原則既判力は生じるが、意思表示に瑕疵のある場合には和解の無効等を主張できる。

【理由】・和解による紛争解決機能を重視

・和解は当事者の合意を基礎とする以上、これに実体法上の無効・取消原因が存在するときは、和解を無効とすべきである。

【批判】・既判力が生じたり生じなかったりするという処理は、法的安定性を害し、既判力の概念に反する。

2 和解の合意における瑕疵の主張方法（救済方法）

(i) 期日指定申立説

＝和解が成立した裁判所に対し、瑕疵を理由に期日指定の申立てを行う。

【理由】・和解が無効ならば訴訟終了効は生じず訴訟係属が発生しているといえる

・旧訴の訴訟状態・訴訟資料が維持利用できる点で合目的である

・当該和解に関与した裁判所その有効性について審理するのが手続的に簡便

(ii) 別訴提起説

＝和解無効確認の訴えや請求異議の訴えを提起する

【理由】・旧訴の再開では、控訴審で訴訟上の和解があった場合には、審級の利益が十分に確保できない

(iii) 判例

＝救済を求める当事者の選択に応じて、方法を選択できる

【理由】・各説も長所と短所があるところ、和解の内容は多様であるから、その内容に照らして最良の手段を選択すべきとの立場であると解される（大判昭6.4.22、大判大14.4.24、大判昭14.8.2参照）

<ポイント>

類似の論点として訴訟上の和解の解除の問題があるため（最高裁昭和43年2月15日第一小法廷判決（民事訴訟法判例百選〔第5版〕94）、対比して整理しておくといよい。

3 本問の検討

本問は、訴訟上の和解で提供した土地に瑕疵があったという事案であり、和解の意思表示に錯誤があったという典型的な事案である。従って、上記解説に従って、いずれかの説を採って処理していくこととなる（参考答案参照）。なお、既判力の肯否の問題と救済方法の問題は関連する問題ではあるが、論理的に直結する問題ではないことを付言しておく。

以上