

論文式試験問題集  
[民事訴訟法]

## 【民事訴訟法】

### 【事例 1】

Xは、Yに対し、Yから購入した家屋（以下「本件家屋」という。）の引渡しを求める訴え（以下「本件訴訟」という。）を管轄地方裁判所に提起した。この訴訟において訴訟代理人は選任されていない。

本件訴訟においては、そもそもX Y間で家屋を目的物とした取引が存在するか、また、売買契約が存在するとしてもその代金額は幾らであるかに焦点が絞れていた。

なお、各問は独立した設問である。

### 【設問 1】

本件訴訟において、裁判官は、両当事者が提出した証拠より、訴外AがXの代理人としてYと売買契約を締結したとの心証を得た。しかし、両当事者いずれも①代理行為があったこと②顕名③代理行為に先立つ代理権授与に該当する具体的事実について主張していなかった。この場合に裁判官は、請求認容判決をすることができるか。

### 【設問 2】

本件訴訟において、売買契約締結の事実を推認させる証拠は少なかったものの、裁判官は、両当事者が提出した証拠より、X Y間でXが家屋税を負担する契約（以下「家屋税負担契約」という。）が締結されていたとの心証を得た。しかし、両当事者いずれも、家屋税負担契約が締結された旨の主張をしていなかった。

この場合に裁判官は家屋税負担契約締結の事実を判決の基礎とすることはできるか。家屋税負担契約締結の事実が主要事実、間接事実、補助事実のいずれに該当するか適示したうえで解答せよ。なお、家屋税は通常所有権者が支払う性質であることを前提にしてよい。

### 【事例 2】

介護サービス事業者であるXは、同業のY社の代表者A（X社の元取締役）に対して、競業避止義務違反を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した。

この訴訟の中でXは、Y社が作成・所持する「サービス種別別利用チェックリスト」（以下「本件リスト」という。）について文書提出命令（民事訴訟法第223条第1項）を申し立てた。本件リストは、Yが指定居宅サービス事業者として介護給付費等を審査支払機関（国民健康保険団体連合会）に請求するために必要な情報をコンピューターに入力することに伴って、自動的に作成されるものであり、本件リストの形式及び内容は、介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送される情報と全く同一であった。もっとも、リスト自体を審査支払機関含め第三者に開示する予定は全くなかった。これに対してYは、本件リストは民事訴訟法第220条第4号ニ所定の文書に当たる旨主張した。

### 【設問 3】

事例2の事実を前提に、裁判所は本件リストについて提出命令を発することはできるか。

以 上

2023年5月21日

担当：弁護士 宮下俊満

参考答案  
[民事訴訟法]

## 第1 設問1

1. 本件訴訟において、①代理行為があったこと②顕名③代理行為に先立つ代理権授与に該当する具体的事実について両当事者が主張していないにも関わらず、当該事実を判決の基礎とし、請求認容判決をすることは弁論主義に違反しないか。
2. (1) この点、民事訴訟の対象である訴訟物は私人間の権利であり、当事者の自由な処分を認める私的自治の原則が妥当するため、訴訟物の判断のための訴訟資料の収集と提出についても同じく私的自治の原則が妥当する。このような原則のことを弁論主義という。  
(2) そして弁論主義の一内容として、裁判所は当事者のいずれもが主張しない事実を、判決の基礎にしてはならない（主張原則）。弁論主義に照らせば、どのような事実を審理対象とするかについては当事者が決定する権限を有するためである。  
(3) ここで、訴訟物の有無の判断にとって重要な意味を持つ事実については、私的自治の原則を適用する要請が特に高いため、当該事実を審理対象とするか否かは常に当事者が決すべきである。  
(4) 以上からすれば、要件事実に該当する具体的な事実である主要事実については、訴訟物の有無の判断について常に重要な事実であることから、主張原則が常に妥当すると考える。
3. 本件において、XY間の売買契約に基づく目的物引渡し請求権の要件事実は①②③の各事実である。

そして、本件においては①②③の各事実に該当する具体的事実すなわち主要事実については、いずれも当事者が主張していないため、判決の基礎とすることはできない（主張原則）。

4. よって、裁判官は売買契約締結の事実を認定し、請求認容判決をすることはできない。

## 第2 設問2

1. 家屋税負担契約締結の事実を当事者のいずれもが主張していないにも関わらず、判決の基礎とすることはできるか。家屋税負担契約締結の事実は、売買契約の事実という主要事実の存在を推認させる間接事実であるため、間接事実について弁論主義が適用されるか問題となる。
2. この点、間接事実は主要事実を基礎づける証拠と同様の機能を有することから、間接事実に弁論主義を適用すると実質的に自由心証主義（民事訴訟法、以下略 247 条）を害することになるため、原則として弁論主義は適用されないと考える。  
もっとも、間接事実の中でも特に訴訟の勝敗を左右しうる、重要な間接事実は、弁論主義の趣旨である私的自治を適用する要請が高く、その限りで自由心象主義は後退すると考える。  
したがって、重要な間接事実については例外的に弁論主義の適用があると考えられる。
3. 本件においてはXY間で家屋を目的物とした取引が存在するかが争点となっているところ、家屋税は通常、所有権を有する者が支払

う性質のものであるから、家屋税を支払っていることは、YからXに所有権が移転したことを強く推認させ、その所有権移転の原因として売買契約が締結されたことも強く推認させる。

さらに、本件においては、売買契約締結の事実を推認させる証拠が少ないことも踏まえれば、家屋税負担契約締結の事実、訴訟の勝敗を左右しうる重要な間接事実であり、弁論主義が妥当すると考える。

4. よって、家屋税負担契約締結の事実については、当事者の主張がなければ判決の基礎とすることはできない（主張原則）。

### 第3 設問3

1. 本件リストは220条4号2所定の文書（以下「自己使用文書」であり、文書提出命令を発することはできないか。

2. この点、ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であって、開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる場合には、特段の事情がない限り、当該文書は自己使用文書に当たると考える。

もっとも、文書自体の開示が予定されていなくとも、文書の形式や記載内容が第三者に提出されるものと同一である場合には、実質

的には外部の者に開示が予定されていたものということができるため、当該文書は自己使用文書には該当しないと考える。

3. 本件リストは、Yが指定居宅サービス事業者として介護給付費等を審査支払機関に請求するために必要な情報をコンピューターに入力することに伴って、自動的に作成されるものであり、その内容も、介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送される情報と全く同一であったという。

したがって、本件リストは介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送した情報の請求者側の控えというべき性質のものにはかならない。すなわち、本件リスト自体は第三者に開示する予定はないものの、リストの形式及び内容は第三者である審査支払機関に提出されるものと同様であることから、本件リストは、実質的には審査支払機関への開示が予定されていたものということができる。

4. よって、本件リストは、自己使用文書に該当しないため、裁判所は文書提出命令を発することができる。

以上

2023年5月21日

担当：弁護士 宮下俊満

# 予備試験答案練習会(民事訴訟法)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
〔設問1〕	(18)		
弁論主義(主張原則)が問題になることを適示している		3	
弁論主義の規範を明示している		2	
主張原則は主要事実に適用される理由を明示している		5	
本件において①②③に係る主要事実が主張されていないことを明示している		5	
本件における妥当な結論を導いている		3	
〔設問2〕	(15)		
間接事実に対して弁論主義が適用されるかが問題になることを適示している		3	
間接事実に対しては原則的に弁論主義が適用されないことを明示している		2	
重要な間接事実については弁論主義が適用されることを明示している		4	
家屋税負担契約締結の事実が重要な間接事実であることを適示し、本件において妥当な結論を導いている		6	
〔設問3〕	(17)		
最判平成11年11月12日の規範を出している		4	
本件では文書自体が開示を予定していない点が問題になることを明示している		3	
実質的には外部非開示性が否定されることについて独自の規範を立てている		5	
事例に即し、本件において妥当な結論を導いている		5	
合計	(50)	50	

# 民事訴訟法 解説レジュメ

## 【弁論主義】

弁論主義とは、判決の基礎をなすのに必要な裁判の資料の収集及び提出を当事者の権能及び責任とする原則である。

その根拠は、民事訴訟の対象たる訴訟物は「私人間」の権利であり、当事者の自由な処分を認める「私的自治原則」が妥当するので、訴訟物の判断のための訴訟資料の収集と提出についても、同じく私的自治の原則が及ぶといえることにある。

弁論主義は、当事者に弁論権を実質的に保障する機能、主張に対する反論の機会を与え、不意打ち防止機能を持つ。

## 【主張原則】

### (1) 定義

裁判所は当事者がいづれも主張しない事実を裁判の基礎にしてはならない。

### (2) 弁論主義の原則（主要事実への適用、その例外）

訴訟上裁判所の判断にとって重要な意味を持つ事実、そのうちでも構成要件に該当するいわゆる主要事実は、原則として当事者の主張ないし陳述によって弁論に現れ、相手方がこれに対し十分防御方法を尽くしたうえで審判の基礎とすることが不意打ちないし公正な裁判の原則に最も叶う。

しかし、仮に事実が弁論に現れていない場合であっても審理の全体の経過から考えて何ら相手方に不意打ちを与える恐れがないと認められる場合に差番所が証拠に基づいて事実を認定したとしても決して違法ではない。<sup>1</sup>

Cf. 医療訴訟のような場合に主張と事実認定が異なる場合であっても主張原則に反しないとした例（46 事件解説）。この点は、被告にとってどのような認定が不意打ちか事例判断。被告としては、注射器が問題となっていたならば、誰がどのように扱ったか等について防御できるが、認定が注射液についてであったとすると、防御対象が異なる。このような場合には弁論主義違反であり、不適法な判決となろう。

### (3) 間接事実（LQ211 頁、49 事件）

ア 確かに間接事実と証拠はとも主要事実の存否を推認させる点で同様の機能を持つから、間接事実も証拠と同じく当事者の主張の有無による制約を受けるのは妥当ではないように思える。

また、間接事実にも弁論主義が及ぶとすでに証拠から判明している間接事実を用いることができなくなり、不自然で窮屈な判断を強いられることになるので、自由心象主義を認めた趣旨に反する危険性がある。

---

<sup>1</sup> 48 事件。法律効果に変わりはない旨の判示。具体的に不意打ちになる場合とはどのようなときか。

イ しかし、上記の通り裁判所の判断にとって重要な意味を持つ事実について当事者に主張させ、相手方に防御方法を尽くさせ、不意打ちを防止すべき趣旨は間接事実にも妥当する。

したがって、間接事実の中でも特に訴訟の勝敗を左右しうる間接事実は弁論主義の趣旨である私的自治を徹底し、不意打ちを防止する要請が強く、その限りで自由心象主義は後退すると考えるべきである。<sup>2</sup>

#### (4) 公序良俗・過失・正当事由、権利濫用、信義則

##### ア 主要事実

ここでも、まず主要事実が何か問題となる。上記の通り原則として主要事実には主張原則が妥当するからである。この点、「過失」等を主要事実だとすると、原則としてその内容如何問わず判断できることになるが、これは不意打ちであり、主要事実は評価根拠事実だと考える。

##### イ 法的観点指摘義務

弁論主義を形通りやれば上の通りでOKだが、一般条項に該当することに気づかずに主張している場合には、評価阻害事実について主張できるように法的観点指摘義務、釈明義務がある（48 事件解説）。

法的解釈の適用という法律問題においても不意打ちを防止すべきである。

##### ウ 公序良俗違反については評価根拠事実自体の主張も不要？

具体的には、証拠取り調べの結果、評価根拠事実が明らかになった場合に裁判所が法的観点指摘義務や釈明権に基づき釈明したのに当事者があえてその主張を否定するとき単に主張があるだけでは不意打ちとする自説からは当然そんなのはダメである。

##### エ 過失相殺

過失相殺は損害の衡平な分担という裁判所の専任事項であり、私的自治が及ばないとすると、債権者の過失について立証ができていれば、過失相殺をできることになる。

しかし、この場合においても、私的自治を及ぼすべきで、不意打ちはやめるべき。さらに、単なる主張だけではなく、法的観点指摘義務についても行使すべきである。

---

<sup>2</sup> 補助事実は、争点形成にかかわらない事がほとんどなので間接事実よりも証拠類似であるが、同様のことがいえる。特に問題なのは文書の真正を争う訴えで文書を偽造したというような事実（49 事件解説）



### 【文書提出義務】

※判例の立場によれば、挙証者が1～3号に基づいて文書提出命令を申し出たときには4号イ～ホの除外事由は適用されない。

※1, 2号は、4号の除外事由に当てはまる場合でも文書提出命令ができるので独自の意味がある。しかし、3号はそもそも4号の除外事由に当てはまる文書がないので、独立の意味はない。

### 【稟議書はそもそも220条2号でいけるのでは。】

稟議書は当該機関が貸し出しを行うにあたり組織体として意思決定の適性を担保し、その責任の所在を明らかにすることを目的としているので、会員代表訴訟において利用されることが当然に予定されているのでは。

→法定意見がいう信用金庫と同一の立場で所持しなければいけない

これは所有者が閲覧請求権を有することになる。これは2項文書にあたるのでは

### 【稟議書は3号で行けるのでは】

訴訟構造の関係

株主だの表訴訟は、どういう立場でやるか

訴訟担当というのが訴訟法上の立場。理事は信金にたいして善管注意義務を負う。稟議書は善管注意義務を果たすためにある、なので**法律関係の文書では**。

信金なり銀行は、利益文書である。信金のための文書だから。

そうすると、そのような提出を求めることのできる地位というのは会員などにも認められてしかるべきではないか。

自分自身の利益のためのものなので、除外事由にはならないのではないか。

### 【自己利用文書性のうちの内部利用目的性というのをどのように評価するのか。法的作成義務がある場合】

文書保持者が金融機関であるというのは、自己査定書というのは、保管義務が法律上予定されている。

かつ、関係官庁が調査の為に閲覧することは予定されている。

そういった法的規制、監督機関による調査が予定されているかどうかは、自己利用性は認められるにしても、外部非開示性は認められない。

19年判決の自己査定資料は、法律上、そのような資産過程は法律上作成義務があり、官庁がみることも予定されていた。

## 【自己使用文書】

### 1. 問題点

民訴法 220 条 4 号ニ「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」とは何を指すのか。そもそも 220 条は真相解明のためには文書提出義務を一般義務化した条文である。その例外として 4 号ではこの義務を免れる場合が記されている。

では、具体的にはどのような要件なのか。

### 2. メルクマール

最判平 11.11.12 は所謂 3 要件を提示した。

- ① 外部非開示性
- ② 不利益性
- ③ 特段の事情がないこと

### 3. 外部非開示性における判例と学説

この要件は 220 条 4 号ニの文言から直接導き出せる要件といえよう。

判例は、法令上の義務に基づき作成された文書や、法令上の根拠を有する命令に基づく文書、法令上の義務の行為の前提として作成された文書などについて非開示性を否定する傾向にある。

また、法令に作成義務はなくとも、文書の形式や記載内容が第三者に提出されるものと同一である場合には非開示性が否定される（最判平 19.8.23）。

すなわち、作成上の目的を重視し、外部非開示性を決めるのである。

#### (2) 自説

自説でも、目的を重視すべきであると思う。

判例の通り、文書の性質などを総合的に考慮して非開示性を決めるべきではあるが、一般の第三者に対して公開するもの以外は非開示性があるとしてよいと考える。一定範囲のみで公開の予定されていたものを一般第三者への開示が予定された文書として扱うことは看過しがたい飛躍があるというべきである。

判例のように、法的に作成が義務付けられている、という目的重視で作成するのは妥当ではない。

公開裁判で資料として公開されるのと、いわば役所宛てに作る書類とではその開示する範囲もそもそも違うのではないだろうか。

### 4. 不利益性

#### (1) 判例と学説

判例はこの点を個人のプライバシー侵害と団体の自由な意思形成の阻害を挙げている。学説ではプライバシー権に限定すべきという説もある。一方で、19 条の保障する内心の自

由にさかのぼって、自由な意思形成の過程も保護利益とすべき、とする説もある。

## (2) 自説

平成11年決定では非開示性と同様に総合考慮がなされている。そもそも文書提出義務と自己利用文書について問題になるべきはこの不利益性の大きさと裁判の迅速な解決、真実発見との比較衡量なのではないだろうか。

とすれば、19条の保障する内心の自由にさかのぼり、自由な意思形成の過程も保護利益とすべきなのは当然である。憲法上厚く保護されるべき精神の自由が比較衡量の対象となる場合は特に厳格に審査し、不利益性を認める方向とすべきなのではないだろうか。

ただし、ある程度の範囲にしか公開しない文書の場合、テンプレート的に「この文書を公開しては自由な意思形成が阻害される」とするのは妥当でないだろう。

例えば、銀行にとって融資業務は非常に重大な業務であり、その稟議のノウハウは銀行にとって重要性が高く、自由な意思として保護すべき必要性は大きい。

しかしこれが例えば、銀行内の食堂のメニュー改定に関する稟議であり、その稟議書を提出せよと裁判所から命じられた際、同じ稟議書とはいえ自由な意思の形成の理論を出すのはいささか疑問がある。

すなわち、憲法19条を基礎として文書作成主体の不利益性を保護するにしても、その「自由な意思」の内容によって衡量の態様は当然変わるべきであろう。

2023年5月21日

担当：弁護士 宮下俊満

# 最優秀答案

2023年5月21日 答案練習会・民事訴訟法答案

回答者：S. I.

## 第1 設問1

1 裁判官は、Xの代理人AがYと本件家屋の売買契約をしたという事実（以下、「本件事実」という。）を本件訴訟の判決の基礎とし、請求認容判決をすることができるか。弁論主義との関係で問題となる。

2 弁論主義とは、裁判の基礎となる事実の認定に必要な資料の収集・提出を当事者の権能かつ責任とする原則をいい、この弁論主義のもとでは、裁判所は、当事者の主張しない事実を判決の資料として採用してはならない（弁論主義の第1テーゼ）。

また、弁論主義の対象事実の範囲は、当事者の意思の尊重および不意打ち防止の見地から、訴訟の勝敗に直結する事実たる主要事実（権利の発生・変更・消滅という法律効果を判断するのに直接必要な事実）を対象とすれば十分である。

3 代理行為が本人に効果帰属するという法律効果の判断に直接必要な事実は①代理行為があったこと②顕名③代理行為に先立つ代理権授与である。したがって、上記①ないし③は主要事実として弁論主義がされる。

しかしながら、X及びYは①ないし③の事実を主張しておらず、裁判官は証拠資料からAがXの代理人としてYと売買契約を締結したとの心証を得たにすぎないから、本件事実を本件訴訟の判決の基礎とすることは弁論主義に反して許されない。

したがって、本件事実を判決の基礎として請求認容判決をすることはできない。

4 もっとも、弁論主義を貫徹し本来勝訴すべき者が敗訴することを放置すれば、当事者ひいては国民の裁判に対する信頼喪失につながる。そこで、裁判官は、必要に応じて釈明権（民事訴訟法149条1項、2項。以下法令名省略する。）を行使すべきであると解する。

よって、釈明権を行使した結果、当事者のいずれかが本件事実について主張をした場合には、本件事実を判決の基礎として請求認容判決をすることができる。

## 第2 設問2

1 まず、家屋税負担契約締結の事実は主要事実、間接事実、補助事実のいずれに該当するか。主要事実の定義は先に述べた通りであり、間接事実とは主要事実の存否を推認するのに役立つ事実、補助事実とは証拠の信用性に影響を与える事実である。

家屋税は通常所有者が支払う性質のものであるから、家屋税負担契約が締結されていたとすれば、XY間で本件家屋の売買契約が成立していることが強く推認される。したがって、家屋税負担契約締結の事実は間接事実にあたる。

コメントの追加 [K&K1]: 全体講評：よく書けていました。答案の構成、知識、事実評価全てビオカイチです。敢えてイチャモンを付けるとすれば、事実評価部分がもう少し厚く書けると更に良いと思います！

コメントの追加 [K&K2]: 正確でいいと思います

コメントの追加 [K&K3]: 釈明権にも触れ、結論もよいと思います

コメントの追加 [K&K4]: とても良いですが、間接事実にあたるという推認過程をもう少し丁寧に書いたほうがより良いです。

2 前述の通り、弁論主義は主要事実のみ適用されると解される。なぜなら、間接事実や補助事実は主要事実の認定につき証拠と共通の機能を果たすところ、これらについて弁論主義の適用を認めると、自由心証主義（247条）に反するおそれがあるためである。そうすると、間接事実である家屋税負担契約締結の事実を判決の基礎とすることは、両当事者から主張がなくても問題ないとも思える。

2 しかしながら、間接事実の中には訴訟の結果を左右する重大なものも存在し、それが当事者の一方によって主張されず、相手方に反論する機会が与えられないまま判決の基礎として用いられると、不意打ちとなることがある。

そのため、不意打ちを防止する弁論主義の趣旨から、訴訟の結果を左右する重大な間接事実については、弁論主義が適用されるべきであると考えられる。

3 本件では売買契約締結の事実を推認させる証拠は少なく、家屋税負担契約締結の事実、XY間で本件家屋の売買契約が成立していることを強く推認させる重要な間接事実であるといえる。

4 よって、弁論主義が適用され、両当事者からの主張がない以上、裁判官は家屋税負担契約締結の事実を判決の基礎とすることはできない。

コメントの追加 [K&K5]: 完璧です

### 第3 設問3

1 本件リストは、民事訴訟法第220条第4号ニ所定の文書、いわゆる自己専利用文書に当たるか。

2 自己専利用文書に当たるといえるためには、①専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていないこと、②開示によって所持有者に看過しがたい不利益を生ずるおそれがあると認められることが必要であると考えられる。

3 これを本件についてみると、本件リストは審査支払機関含め、第三者に開示する予定は全くなかった（①充足）。しかし、本件リストの形式及び内容は、介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送される情報と全く同一であるのだから、公になることにより所持有者に看過しがたい不利益を生ずるおそれがあると認められるような、秘密性の高い文書であるとは考えにくい（②不充足）。

コメントの追加 [K&K6]: 良い評価だと思いますが、もう少し詳細な評価をすると、さらに良かったと思います。

4 よって、本件リストは自己専利用文書に当たらず、裁判所は本件リストについて提出命令を発することができる。

以上

# 採点講評

(2023年5月21日 民事訴訟法)

## 第1 問1

概ね要点を書くことのできている答案が多い印象であった。もっとも、だからこそ細部で点数が分かれた問題だったように思われる。

例えば、弁論主義のうち主張原則が問題になること、主張原則はなぜ主要事実に適用されるのかを正確に、かつ適切に書いてある答案は非常に少なかった。

逆に、弁論主義だからということなのか、主張原則以外(自白の裁判所拘束力など)をつらつらと書いている答案は、点数が伸び悩んだ。また、弁論主義の意義を不意打ち防止のみ書いている答案が散見されたが、何でもかんでも不意打ち防止しておけば民訴はOKと思っているのではないかと不安になった。

多くの答案で間接事実と補助事実は証拠類似なので主張原則は適用されないが、主要事実に適用する、といった理由付けがなされていたが、このような記載では「なぜ主張原則が主要事実に適用されるのか」という説明には全くなっていない点に注意する必要がある。

結論としては、釈明権、法的観点指摘義務や、最高裁判例をかいつまみ「チャリンチャリン」を狙う答案よりも、弁論主義とは何か、弁論主義の意義(主として私的自治の訴訟への反映)とは何か、弁論主義のうち主張原則とは何か、主張原則はどのような事実に適用されるか、主要事実とは何か、本件において主要事実とはどれか、という観点を正確かつ順序立てて記載できている答案が高評価となった。

これらの観点は「知っているもん」と思うかもしれない。しかし、なんとなくではなく、これらを正確に記載できて初めて意味があるのであり、正確かつ過不足なく記載できている答案は2通しかなかったことも付言する。

なお、釈明権や法的観点指摘義務について記載するものがあり、これ自体は加点要素ではあるものの、法的観点指摘義務違反を理由に判断の基礎とすることはできない、等とする答案が散見された。知識を取得する際には、法的効果も把握を意識してほしい。

## 第2 問2

重要な間接事実に主張原則が適用されるかは著名な論点であり、判例百選にも掲載されているものの、これを適示できた答案自体が僅少であった。

また、そもそも弁論主義の意義を考えれば、このような事情にあっては家屋税負担契約の事実は訴訟にとって「重要そうだなあ」と思うはずである。

問1で弁論主義の適用範囲について、漫然と「間接事実と補助事実は×だけど、主

要事実には○)とするのではなく、「訴訟の帰趨に影響するから」主要事実には適用する、という規範を立てておけば、ここでもその規範に則り、本件事実は弁論主義が適用できるのではないかと思えたはずである。

また、百歩譲って弁論主義の意義を「不意打ち防止」一本打法に頼るのだとしても、このような事実について裁判所が認定することは不意打ちだという考えには至ってほしいものである。

出題趣旨に気付けるか、が試験問題を解くうえで重要なのは言うまでもない。とはいえ、どうやって気づくんだよそんな趣旨読み取れないよ、という答案作成者の気持ちも大いに分かるため、本問においてどのようなプロセスを経れば出題趣旨に沿った答案を作成できたか以下に記載する。

まずは、「売買契約締結の事実を推認させる証拠は少なかった」「家屋税は通常所有権者が支払う性質であることを前提にしてよい。」との問題文から、これは単に間接事実だから主張原則は適用されない旨記載すれば足りる問題ではないぞ！と嗅覚を働かせるのである。

そして、家屋税負担契約締結の事実は、私的自治の訴訟への反映（不意打ち防止）という観点からは問題ないのか、と考えれば、「重要な間接事実」という概念は知らずとも、本件特有の事情に即した答案を作成できたはずである。

まとめると、①本件特有の事情を正確に把握すること②当該事情を踏まえて原理原則に立ち返って考えてみる、という動作を癖にすることで、出題趣旨に沿った答案を作成できると考える。

どの法律もそうだが、特に民訴は原理原則に戻って考えると「大外し」の答案は防げるため、意識してみたい。

「ハイハイ間接事実には弁論主義は適用ナシです！」と一刀両断する答案が多数あったが、これを機に上記のような癖を意識し、自分の持っている知識に飛びつくような答案ではなく、出題趣旨に沿った答案作成を心がけていただければ嬉しい。

### 第3 問3

文書提出命令に関する最判平成19年8月23日を参考にした問題であるところ、最判平成11年11月12日にしたがって事実評価をできている答案が多かった。

有名判例と少し異なった事案が出た場合には、(問2も同様だが)本件独自の事情を如何にうまく拾って評価するかが重要である。

単に事実を並べただけで「評価」したことにならないため、注意してほしい。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2023年5月21日分 得点分布表

民事訴訟法

出席者 19名 平均点 29.9点

得点分布	人数
0	0
1~5	0
6~10	0
11~15	1
16~20	1
21~25	4
26~30	4
31~35	5
36~40	3
41~45	0
46~50	1

