

# 論文式試験問題集 [民事訴訟法]

【民事訴訟法】（〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、3：2）

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

Xは、XからY<sub>1</sub>、Y<sub>1</sub>からY<sub>2</sub>へと経由された甲土地の各所有権移転登記について、甲土地の所有権に基づき、Y<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>（以下「Y<sub>1</sub>ら」という。）を被告として、各所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起した（以下、当該訴えに係る訴訟を「本件訴訟」という。）。本件訴訟におけるX及びY<sub>1</sub>らの主張は次のとおりであった。

Xの主張：甲土地は、Xの所有であるところ、Y<sub>1</sub>らは根拠なく所有権移転登記を経た。

Y<sub>1</sub>らが主張するとおり、XはY<sub>1</sub>に対して1000万円の貸金返還債務を負っていたことがあったが、当該債務は、XがY<sub>2</sub>から借り受けた1000万円の金員を支払うことによって完済している。

仮に、Y<sub>1</sub>らが主張するように、甲土地について代物弁済によるY<sub>1</sub>への所有権の移転が認められるとしても、Xは、その際、Y<sub>1</sub>との間で、代金1000万円でY<sub>1</sub>から甲土地を買い戻す旨の合意をしており、その合意に基づき、上記の1000万円の金員をY<sub>1</sub>に支払うことによって、Y<sub>1</sub>から甲土地を買い戻した。

Y<sub>1</sub>らの主張：甲土地は、かつてXの所有であったが、XがY<sub>1</sub>に対して負担していた1000万円の貸金返還債務の代物弁済により、XからY<sub>1</sub>に所有権が移転した。これにより、Y<sub>1</sub>は所有権移転登記を経た。

その後、Y<sub>2</sub>がY<sub>1</sub>に対して甲土地の買受けを申し出たので、Y<sub>1</sub>は甲土地を代金1000万円でY<sub>2</sub>に売り渡したが、その際、Y<sub>2</sub>は、Xとの間で、Xが所定の期間内にY<sub>2</sub>に代金1000万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<sub>2</sub>に対して支払わなかったため、Y<sub>2</sub>は所有権移転登記を経た。

〔設問1〕

本件訴訟における証拠調べの結果、次のような事実が明らかになった。

「Y<sub>1</sub>は、XがY<sub>1</sub>に対して負担していた1000万円の貸金返還債務の代物弁済により甲土地の所有権をXから取得した。その後、Xは、Y<sub>2</sub>から借り受けた1000万円の金員をY<sub>1</sub>に対して支払うことによって甲土地をY<sub>1</sub>から買い戻したが、その際、所定の期間内に借り受けた1000万円をY<sub>2</sub>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<sub>2</sub>のために譲渡担保に供した。しかし、Xは、当該約定の期間内に1000万円を返済しなかったことから、甲土地の受戻権を失い、他方で、Y<sub>2</sub>が甲土地の所有権を確定的に取得した。」

以下は、本件訴訟の口頭弁論終結前においてされた第一審裁判所の裁判官Aと司法修習生Bとの間の会話である。

修習生B：証拠調べの結果明らかになった事実からすれば、本件訴訟ではXの各請求をいずれも棄却する旨の判決をすることができると考えます。

裁判官A：しかし、それでは、①当事者の主張していない事実を基礎とする判決をすることになり、弁論主義に違反することにはなりませんか。

修習生B：はい。弁論主義違反と考える立場もあります。しかし、本件訴訟では、判決の基礎と

なるべき事実は弁論に現れており、それについての法律構成が当事者と裁判所との間で異なっているに過ぎないと見ることができると思います。

裁判官A：なるほど。そうだとすると、それで訴訟関係が明瞭になっていると言えるでしょうか。

②あなたが考えるように、本件訴訟において、弁論主義違反の問題は生じず、当事者と裁判所との間で法律構成に差異が生じているに過ぎないと見たとして、直ちに本件訴訟の口頭弁論を終結して判決をすることが適法であると言ってよいでしょうか。検討してみてください。

修習生B：分かりました。

- (1) 下線部①に関し、証拠調べの結果明らかになった事実に基づきXの各請求をいずれも棄却する旨の判決をすることは弁論主義違反であるとの立場から、その理由を事案に即して説明しなさい。
- (2) 下線部②に関し、裁判官Aから与えられた課題について、事案に即して検討しなさい。

〔設問2〕（〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

第一審裁判所は、本件訴訟について審理した結果、Xの主張を全面的に認めてXの各請求をいずれも認容する旨の判決を言い渡し、当該判決は、控訴期間の満了により確定した。

このとき、本件訴訟の口頭弁論終結後に、Y<sub>2</sub>が甲土地をZに売り渡し、Zが所有権移転登記を経た場合、本件訴訟の確定判決の既判力はZに対して及ぶか、検討しなさい。

## 参考答案

〔論文対策ゼミ・民事訴訟法〕

第1 設問1 (1)

- 1 XY2間における譲渡担保設定契約締結の事実(以下、本件事実)は、所有権喪失の抗弁の主要事実にあたるから、当事者の主張なく判決の基礎とすることは弁論主義に反して許されない。
- 2 弁論主義とは、事実の主張及び証拠の収集・提出について当事者の権能かつ責任とする原則をいい、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はできない(第1テーゼ)。ここでいう事実とは、権利の発生消滅という法律効果の判断に直接必要な事実たる主要事実をいう。当事者意思の尊重のためには法的効果の判断に直接結びつく主要事実のみ弁論主義の適用を認めれば足りるからである。
- 3 譲渡担保は目的物の所有権を担保の目的を達するのに必要な範囲内で譲渡担保設定者から譲渡担保権者に移転する。とすれば本件事実は、Xの所有権に基づく請求という権利の発生を消滅させる法律効果を有するといえるから、Y1らの主張する所有権喪失の抗弁及びXの主張する買戻しによる甲土地の所有権取得の再抗弁の存在を前提とする所有権喪失の抗弁の主要事実である。  
それにもかかわらず本件事実は当事者において主張されておらず、証拠調べの結果明らかになったにすぎない。
- 4 よって本件事実を判決の基礎とすることは弁論主義に反する。

第2 設問1 (2)

- 1 XY2間における譲渡担保契約の認定は、当事者と裁判所の法律構成の差異に過ぎないとしても、裁判所は積明権(民事訴訟法(以下、略)149条1項)を行使すべきだったのではないか。
- 2 法律問題は裁判所の専権事項であるが、法的構成が変われば争う事実も変わり得る。また149条1項の趣旨は、当事者に訴訟での主張立証の機会を十分に与えるという弁論権の保証にある。そこで同一の事実につき当事者の主張と異なる法的観点を援用する場合は、法的観点指摘義務が生じる
- 3 本件で、Xは、Y2から借り受けた1000万円で、Y1から甲土地を買い戻したと主張している。またY1は、Y1がY2に甲土地を売却した際、所定の期間内にXがY2に1000万円を支払うことにより甲土地をXに売り渡す旨の合意があったと主張している。したがって当事者からは、XがY2から借り受けた資金でY1からXに所有権が移転している事実、及び、XとY2の間で甲土地を買い戻す旨の合意があった事実は主張されている。

裁判所がこれらの事実を基にXY2間で譲渡担保設定契約が締結されたと構成することは、同一の事実につき当事者の主張と異なる法的観点を援用しているとみることもでき、法的観点指摘義務が生じる。

それにもかかわらず、裁判所は譲渡担保設定契約の構成につ

いて何ら指摘をしていないから、法的観点指摘義務違反がある  
といえ、本件訴訟の判決は違法となる。

### 第3 設問2

1 Zは「口頭弁論終結後の承継人」(115条1項3号)にあたり、本件訴訟の確定判決の既判力が及ぶか。「承継人」の意義が問題となる。

2 既判力は、原則として訴訟の当事者間に生じる(115条1項1号)ものの、紛争解決の実効性を確保する趣旨から、例外的に「口頭弁論終結後の承継人」(同3号)にも及ぶ。その上で、前述の趣旨から、「承継人」とは紛争主体たる地位を承継した者をいう。

3 本件訴訟の訴訟物は、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である。物件の侵害は登記の存在により生じているから、登記名義が被告適格を基礎づける。したがってY2からZへの移転登記は、紛争がZに派生したものといえ、旧紛争の目的も新紛争を同時に解決しない限り達成し得ない関係にあるといえる。よってZは紛争主体たる地位を承継したものといえる。

4 以上よりZは「承継人」にあたる。

5 なお、Zは無権者であるY2から甲土地を譲り受けており、民法94条2項の類推適用という固有の抗弁を有する。もっとも「承継人」は、前主が判決を受け既判力が生じている事項に

関して争えなくなるが、基準事後の固有の抗弁の主張は妨げられない。したがってZの手続保障との関係でも問題はない。

7 以上よりZは「承継人」に当たるため、本件訴訟の既判力が及ぶ。

以上

## 採点

50点（設問1：24点、設問2：16点、裁量点：10点）

| 設問     | 項目                                | 配点 | 点数 |
|--------|-----------------------------------|----|----|
| 設問1（1） | 弁論主義の定義・範囲                        | 3  |    |
|        | 譲渡担保設定契約が再抗弁事実であること               | 3  |    |
|        | 譲渡担保設定契約が弁論主義の適用を受けること            | 2  |    |
|        | 譲渡担保設定契約の事実が証拠調べの結果明らかになったにすぎないこと | 2  |    |
|        | 結論                                | 2  |    |
| 設問1（2） | 問題提起                              | 2  |    |
|        | 法的観点指摘義務の論証                       | 3  |    |
|        | あてはめ                              | 5  |    |
|        | 結論                                | 2  |    |
| 設問2    | 問題提起                              | 2  |    |
|        | 既判力の主観的範囲の原則論                     | 2  |    |
|        | 「承継人」の意義                          | 2  |    |
|        | あてはめ                              | 4  |    |
|        | 結論                                | 1  |    |
|        | Zが固有の抗弁を有することの指摘                  | 2  |    |
|        | 論証                                | 2  |    |
|        | 結論                                | 1  |    |
| 裁量点    |                                   | 10 |    |
| 合計点    |                                   | —  |    |

【コメント】

以上

明大法曹会答案練習会

## 民事訴訟法短答合格者ゼミ 解説レジュメ

令和6年8月5日

弁護士 門馬憲吾

### 1 はじめに

民事訴訟で重要なことは、⑦対立する利益配分を意識すること、①民事訴訟のピラミッド構造（法体系）を理解することです。

⑦について、「民事訴訟をよりよく理解するためには、ある問題について、原告の立場、被告の立場、裁判所の立場を検討することが重要である<sup>1</sup>」、「手続保障は重要であるけれども、民事訴訟法の解釈は、適正・公平・迅速・経済という理想をどうバランスさせるかが重要である<sup>2</sup>」と高橋先生は述べています。3者間の立場ないし4つの理念を調和させる必要があるから民事訴訟は難解と言われます。逆に民事訴訟で利益配分をうまくできたならば、他の科目の利益配分もうまくいきます。

①について、民事訴訟法のピラミッド構造は下記の通りです。問題を解く際は、問われている部分はどこか、を見抜くことが大切です。

|          |  |
|----------|--|
| 請求（訴訟物）  | ・処分権主義（246条）<br>・既判力（114条）<br>・訴えの変更（143条）<br>・反訴の提起（146条） |
| ↕        |  |
| 法律に関する主張 | ・（原則）法律上の判断は裁判所の専権。<br>・（修正）権利自白、法的観点指摘義務                  |
| ↕        |  |
| 事実に関する主張 | ・（原則）弁論主義第1・第2テーゼ<br>・（修正）釈明権（149条）                        |
| ↕        |  |
| 証拠       | ・弁論主義第3テーゼ<br>・自由心証主義（247条）<br>・証明責任                       |

<sup>1</sup> 高橋宏志「民事訴訟法概論」51頁（有斐閣、2016年）

<sup>2</sup> 同上P115



民事訴訟法のピラミッド構造は憲法を含めた大きな法体系から理解することが重要です。そもそもの民事訴訟制度は①「私人間の紛争」を②「公権的強制的に解決する国家的制度」です。①からは、民事訴訟制度は私人間の紛争を審判の対象としていることから、当事者の自主性・主体性を訴訟法上も尊重することが望ましいといえます。他方で、②からは、公権的に紛争を解決する国家制度としての訴訟制度を運営する観点からすると、国民の裁判に対する信頼を得る必要がある上、紛争を迅速かつ効率的に解決する必要があります。そのため民事訴訟制度には公益的な性格も認められるというわけです。

このように①を強調すれば当事者に主導権を委ねるべきであります（当事者主義）が、②を強調すれば裁判所に主導権を認めるべき（職権主義）であり、民事訴訟は対立する利益が交錯しています<sup>3</sup>。民事訴訟は審理の内容面については処分権主義や弁論主義といった当事者主義がとられているが、審理の手続面は当事者主義によらずに職権進行主義が妥当する、と言われることがあります。背景にはこのような民事訴訟制度の存在意義があるというわけです。

以上より、ピラミッド構造を理解する際には、当事者主義と職権主義、それぞれの視点を意識する必要があります。

## 2 設問1(1)について

本問のポイントは、弁論主義が適用される事実の範囲を示した上で、譲渡担保設定契約の事実が本件訴訟の攻撃防御においてどのように位置づけられるのかを明確にすることです。

### (1) 当事者の主張内容と裁判所の認定

Xの主張：X—代物弁済→Y1—**買戻し**—X

Yの主張：X—代物弁済→Y1—**売買**—→Y2→Xとの間で100万円の支払いと引き換えに甲土地を売り渡す旨の合意→Xは合意不履行→結局Y2

Jの認定：X—代物弁済→Y1—**買戻し**—X—**譲渡担保**→Y2

### (2) 譲渡担保設定契約の事実の位置づけ

コメントの追加 [門馬1]: Y2から借り受けた100万円で買戻し

<sup>3</sup> 藤田広美「講義民事訴訟」5頁（有斐閣、第3版、2013年）

所有権喪失の抗弁とは、当事者が相手方の過去の所有を認めることを前提に、相手方以外の者が目的物の所有権を承継取得したことにより、相手方が目的物の所有権を喪失したという主張です<sup>4</sup>。

他方で譲渡担保とは、担保とする物の所有権を、担保の目的を達するのに必要な範囲内で譲渡担保設定者から譲渡担保権者に移転させ、被担保債務が弁済等により消滅すれば、移転した所有権が譲渡担保設定者に復帰するという形態の非典型担保です<sup>5</sup>。

この定義からも明らかな通り、判例は譲渡担保を設定した場合、目的物の所有権は譲渡担保権者（債権者）に移転すると捉えています。したがって譲渡担保権の設定は、目的物の所有権喪失事由に該当し、所有権喪失の抗弁に当たり得ます。

### (3) なぜ証拠資料と訴訟資料を区別しなければならないのか

譲渡担保設定契約の事実は、証拠調べの結果明らかになったに過ぎず、当事者は主張していません。すなわち裁判所が証拠方法を取り調べた結果得た情報である証拠資料<sup>6</sup>にすぎず、事実に関する主張である訴訟資料<sup>7</sup>ではないということになります。なぜ証拠資料と訴訟資料を区別しなければならないのでしょうか。証拠資料をもって訴訟資料を補うとどのような不都合が生じるのでしょうか。

これは当事者の不意打ち、すなわち主張と異なる事実認定によって防御の機会が奪われることを防止するためです。

当事者は自身の「主張」を立証するために「証拠」を提出します。「主張」は、当事者が訴状や答弁書に記載した事項を自ら陳述するわけですから、不意打ちは生じ得ません。事実が「主張」として弁論に現れることで攻撃防御の具体的な対象が明示され、相手方にも反論の機会が保障されます。

これに対して「証拠」は自由心証主義（247条）が採られているわけですから、その証明力については裁判官の自由な判断に委ねられています。したがって当事者は自身の「主張」を立証するために「証拠」を提出したにもかかわらず、予期せぬ「証拠」の評価をなされるおそれがあるわけです。このような証拠資料をもって訴訟資料を補おうとすれば、当事者にとって予期せぬ事実認定がなされるおそれ

<sup>4</sup> 岡口基一「要件事実マニュアル1」325頁（ぎょうせい、第6版、令和2年）

<sup>5</sup> 最判昭和8年4月26日民集60巻8号3098頁参照

<sup>6</sup> 高橋和之他編「法律学小辞典」658頁（有斐閣、第5版、2016年）

<sup>7</sup> 同上

があるから、証拠資料と訴訟資料は厳然と区別する必要があるということになります。

#### 4 設問1(2)について

設問1(1)が「証拠」と「事実に関する主張」の区別であったのに対し、設問1(2)では「法律に関する主張」における法的観点指摘義務が問われています。このピラミッド構造を意識できるかがポイントです。

すなわち「証拠」及び「事実に関する主張」では当事者主義の表れである弁論主義が採用されており、当事者意思が尊重されています。他方で「法律に関する主張」では、法律上の判断は裁判所の専権でありますから、当事者主義とは一線を画します。このような理解を前提に、なお法的観点指摘義務が認められるかを論じる必要があります。

#### 5 設問2について

本問はピラミッド構造における「請求(訴訟物)」に関する出題です。ポイントは、「承継人」の解釈を示した上で、Y2からZへの移転登記が、どのような意味でZを「承継人」と基礎づけるのか具体的に論じる点です。

受験生の大半は「承継人」の意義について、「紛争の主体たる地位」という概念を用いるかと思えます(最判昭和41年3月22日民集20巻3号484頁参照)。この「紛争の主体たる地位」という解釈は、これでもやや抽象的であるため、下位規範として利益考量説、すなわち①承継前の旧紛争と承継後の新紛争との間に主要な争点を共通にするなどの密接な関係にあるかどうかという視点と、②新紛争が、社会通念上、旧紛争から派生したものであり、旧訴訟の目的も新紛争を同時に解決しない限り達成し得ない関係があるかどうかという視点から、前後3つの紛争に関連性が肯定される場合に、紛争の主体たる地位の承継を認める見解を押さえておくると便利です<sup>8</sup>。規範として定立する必要はありませんが、当てはめにおいて意識すれば書き易くなると思えます。

以上

<sup>8</sup> 中島弘雅「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選』228頁(有斐閣、第5版、2015年)