

司法試験

---

## 民訴法～弁論主義の重要事項

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド





## 無料公開講座

### 重要事項習得講義ライブ

#### 民事訴訟法～弁論主義

本日用いるこのレジュメは、重要事項完成講座「知識編」テキストの未確定の下書原稿の一部です。下書原稿で漢字の変換ミスや脱字のチェックが不十分なところがあるかもしれませんがお許しください。

このレジュメの末尾に私が担当している受験に役立つ講座を掲載しています。

平成28年8月21日

LEC専任講師 矢島純一

#### \*「知識編」のテキストの重要度ランクの見方

##### ・記憶する事項 重要ランク

論文試験で規範（要件）や法律効果などとして答案に書くことがある事項のうち、内容を理解して答案に書くようにしておかなければならない知識を重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。これら事項については重要度の高いものから順番に理解と記憶をして規範として答案に書くようにしてください。

##### ・理解する事項 重要ランク

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが、より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。これら記号がある事項については、重要度の高いものから読んで内容を納得できる程度の学習をしてください。

- ・条文の略記：I = 1項 ① = 1号 本 = 本文 但 = ただし書 前 = 前段 後 = 後段
- ・ナンバリングの大小関係：第1 1 (1) ア (ア) a (a)

## 第5章 弁論主義

### 1 弁論主義の意義と根拠

→ **弁論主義**とは、裁判の基礎となる訴訟資料の提出を当事者の権能かつ責任とする建前をいう。●

#### ・弁論主義の根拠 ○

民事訴訟の対象となる事項は実体法上、私的自治の原則に服する以上、訴訟法上も当事者の意思を尊重するのが望ましい。弁論主義は、**私的自治の訴訟法上のあらわれ**であり、**民事訴訟の本質**に根ざしたものであると考えられる（本質説）。

### 2 弁論主義の内容（3つの原則）

・弁論主義の具体的な内容として大きく3つの原則がある。以下、順番に説明していく。

#### (1) 弁論主義の第1原則と関連事項

##### ア 意義

→ 裁判所は、**当事者が主張しない主要事実を認定してそれを判決の基礎にしてははいけない**（弁論主義の第1原則・第1テーゼ）。●

・主要事実は法律効果の発生、変更、消滅に直接関わる事実であるところ、当事者が主張しない主要事実を裁判所が認定してそれを判決の基礎とすると当事者にとつて不意打ちの裁判がされることになる。弁論主義の第1原則はそのようなことを防止するという意味で、当事者に対する**不意打ち裁判の防止機能**を果たしている。○

・弁論主義の第1原則に関連する事項として、**主張責任**、**訴訟資料と証拠資料の差別**、**主張共通の原則**が挙げられる。以下順番に説明する。

## イ 主張責任

→裁判所は、当事者が主張しない主要事実を認定してそれを判決の基礎にしてはいけ  
ないとの弁論主義の第1原則があることにより、当事者は自己に有利な法律効果を  
基礎付ける主要事実を主張しておかないと、仮に証拠上その事実が認められるとし  
ても、裁判所はその事実はないものとして取り扱わなければならない。当事者は、そ  
の事実から基礎づけられる法律効果を認めてもらえないという不利益を受ける。こ  
のような不利益を回避するために、当事者は、自己に有利な法律効果を基礎付ける  
主要事実を主張する責任を負う（主張責任）。●

例えば、貸金返還請求訴訟で、原告は、金銭の授受、返還の約束、弁済期の合意、  
弁済期の到来という自己の請求を基礎づける主要事実を主張しないと、原告は自己  
の請求が認めてもらえないという不利益を受ける。一方、被告は、貸金を弁済した  
のであれば、弁済した事実を主張しないと、弁済により貸金債権が消滅したという  
被告に有利な法律効果を認めてもらえない。

・どの主要事実（要件事実）につきどちらの当事者が主張責任を負うのかという主張  
責任の分配は、証明責任の分配法則に従う。なぜなら、証明すべき事項は、それを  
証明する前提としてそれを先に主張しておかなければならないので、主張責任の分  
配を証明責任の分配に合わせるのが自然だからである。●

・証明責任の分配法則については「証拠」の章で学習する。

## ウ 訴訟資料と証拠資料の峻別

→裁判所は、当事者が主張しない主要事実を認定してそれを判決の基礎にしてはいけ  
ないとの弁論主義の第1原則があることにより、裁判所は、証拠資料（証人尋問、  
当事者尋問、書証などの証拠調べから得られた資料）にあらわれた主要事実でも、  
当事者がそれを弁論で主張しない限り、判決の基礎資料（訴訟資料）とすることが  
できないこととなる（訴訟資料と証拠資料の峻別）。このように弁論主義の第1原則  
から訴訟資料と証拠資料を峻別して扱うことが要請される。●

・弁論主義の第1原則に基礎を置く訴訟資料と証拠資料の峻別は、当事者が主張しな  
い主要事実を判決の基礎とされないことを保障するという意味で当事者に対  
する不意打ち裁判の防止機能を果たす。○

・**訴訟資料**：口頭弁論での事実の主張から得られた資料

・**証拠資料**：証拠調べから得られた資料

・なお、訴訟資料という言葉には狭義の意味と広義の意味がある。民事訴訟法を全体  
的に学習していくと、上記の訴訟資料（狭義の訴訟資料）と証拠資料を合わせた概  
念を、単に「**訴訟資料**」（広義の訴訟資料）とか**裁判資料**ということがある。これ  
らの言葉の正確な意味は文脈で理解していくしかない。

## エ 主張共通の原則

→ 弁論主義は、裁判所と当事者との間の役割分担を規律する原理であることから、ある事実の主張がいずれの当事者からなされたのかという点までは考慮されない。したがって、裁判所は、当事者の一方が自己に不利な事実を主張した場合、相手方がその事実を援用しないとしても、その事実を判決の基礎にすることができる（主張共通の原則）。●

関連問題：H25 司法論文民事系第3問の設問3

・例えば、原告が被告に対して貸金返還請求訴訟を提起し、原告は、口頭弁論で、「原告は被告に100万円を貸したが、そのうち30万円は弁済してもらっているのだから残りの70万円の支払いを求めたい。」と主張した場合、原告の主張のうち30万円の弁済を受けたという事実は、原告が請求する債権の一部消滅という効果を導くもので、被告に有利な主要事実として被告に主張責任があるものである。もともと、その主要事実が当事者によって主張されていることは変わりがなく、主張共通の原則から、裁判所は、被告がその事実を援用しないとしてもその事実を判決の基礎とすることができる。○

・なお、上記からさらに進んで、原告が主張した、被告による上記30万円の弁済があった事実を、被告が援用すると先行自白が成立し、裁判上の自白の効果として、証明不要効、審判排除効（裁判所拘束力）、撤回制限効（当事者拘束力）が生じる。先行自白については別項目で説明する。学習上は、主張共通の原則が問題となる場面と先行自白が問題となる場面とをしっかりと区別しておさえておくことよ。主張共通の原則が適用されるだけでは裁判上の自白の効果は生じないが、さらに進んで先行自白が成立すると裁判上の自白の効果が生じることになる。◇

## (2) 弁論主義の第2原則と関連事項

### ア 意義

→ 裁判所は、当事者間に争いがない主要事実はそのまま判決の基礎としなければならない（弁論主義の第2原則・第2テーゼ）。●

・当事者間に争いのない主要事実の例 ○

- ① 裁判上の自白が成立した事実
- ② 擬制自白（159I 本文）が成立した事実

注：擬制自白については別項目で説明する。

### イ 裁判上の自白

#### (7) 裁判上の自白の意義

→ 裁判上の自白とは、相手方の主張する自己に不利な主要事実を認めて争わない旨の陳述で、口頭弁論、準備的口頭弁論又は弁論準備手続の期日においてなされたものをいう。●

・自己に不利な主要事実とは、基準として明確で訴訟手続の安定に資することから、相手方が証明責任を負う事実をいう。この点、判例もこのことを前提とした判示をしている（大判昭8.2.9、最判昭54.7.31等）。●

・例えば、貸金返還請求訴訟の口頭弁論期日において、被告が、訴訟の相手方である原告が証明責任を負う金銭の授受、返還の約束、返済期の合意等の主要事実について、認める旨の陳述をした場合、これら事実が、相手方である原告が請求原因事実として証明責任を負うものなので、相手方が証明責任を負う事実として、被告にとつて自己に不利な主要事実といえる。したがって、被告が認める旨の陳述にかかる主要事実については裁判上の自白が成立する。○

裁判上の自白の成否は、主要事実1つ1つについて検討する必要があるため、上記でいえば、金銭の授受、返還の約束、返済期の合意について裁判上の自白が成立する。なお、貸金返還請求権の主要事実（要件事実）のうち弁済期の到来は顕著な事実として、もともと証明が不要なため、裁判上の自白の対象にならない。

#### (4) 裁判上の自白の効力

→ある主要事実に裁判上の自白が成立すると、①証明不要効、②審判排除効、③撤回制限効が発生する。

##### (a) 効力① 証明不要効

- ・179条は「裁判所において当事者が自白した事実及び顕著な事実は、証明することを要しない。」と規定していることから、裁判上の自白が成立した事実については、証明が不要となる。このような効力を証明不要効という。●

注：証明が不要となる顕著な事実については「第7章 証拠」を参照

##### (b) 効力② 審判排除効（裁判所拘束力）

- ・弁論主義の第2原則から、裁判所は、当事者に争いが無い主要事実は、その主判決の基礎としなければならぬため、裁判上の自白が成立した事実については、これに反する事実を認定してはいけない。このような効力を審判排除効という。●

##### ・証明不要効と審判排除効の違い ○

証明不要効は、自白が成立した事実につき単に証明を要しないとすることで、裁判所や当事者を拘束する効力までは含まない。証明不要効と審判排除効は自白が成立した事実につき証明が不要となる点で似ているようだが、拘束力があるか否かという点で異なるので、区別して理解しておく。

この2つの効力を区別する実益としては、権利自白の効果につき、証明不要効は肯定するが、裁判所拘束力（審判排除効）及び当事者拘束力（撤回制限効）を否定するという一般的な見解に立つときに意味が出てくる。

**例えば**、権利自白の効果につき証明不要効のみ認めるとの一般的な見解に立つことを前提にすると、裁判所は、権利自白が成立した訴訟物の前提問題となる権利関係については、権利自白の証明不要効により証明することは必要とされないが、権利自白に裁判所拘束力や当事者拘束力はないので、裁判所は証拠調べをして前記権利関係が存在しないと認定することができるし（裁判所拘束力の否定）、当事者も権利自白の撤回ができることになる（当事者拘束力の否定）。

#### (c) 効力③ 撤回制限効（当事者拘束力）

- ・裁判上の自白が成立したときは、原則としてその自白の撤回はできない（撤回制限効）。●

##### ・撤回制限効の根拠 ○

裁判上の自白の撤回が制限されている根拠は、主要事実について裁判上の自白が成立したことで審判排除効や証明不要効が生じて相手方に有利な地位を与えたにもかかわらず、自白の撤回により一方的にその有利な地位を奪うことは不合理的であり、裁判上の自白をした者に対する、自己責任と禁反言に求められると解される。

関連問題：H23 司法論文民事第3 問設問1（撤回制限効の根拠の探求）

##### ・H23 司法論文民事第3 問設問1（出題の趣旨・抜粋）

事実の自白の撤回制限効の根拠であるが、少なくとも主要事実の自白には、審判排除効や証明不要効（民事訴訟法第179条）が生ずることには、見解の一致がある。この審判排除効や証明不要効が生ずることによつて、自白した当事者の相手方は当該主要事実に証明を免れるという有利な地位を得ることになる。自白の撤回が許されると、相手方はこの有利な地位を覆され、立証の負担を負うことになる。伝統的な見解は、以上のような観点から主要事実の自白の撤回は制限されると説いてきた。この根拠論においては、主要事実の自白の裁判所に対する効力が、撤回制限効の前提とされている。

## (ウ) 擬制自白の撤回

### (a) 意義

→裁判上の自白が成立すると、審判排除効や証明不要効が発生して相手方に有利な地位を与えることになり、自白した者の禁反言による自己責任の観点から、自白の撤回によりその地位を一方的に奪うことは許されるべきではないことから、裁判上の自白は、**原則として撤回できない（撤回制限効）**。しかし、**例外**として、以下の①から③の場合には裁判上の自白の撤回が許されると解されている。○

### (b) 裁判上の自白の撤回の要件

- ① **相手方の同意**があるときは撤回により不利益を受ける相手方の承認があるの禁反言による自己責任を負わせる必要がない。したがって、相手方の同意があるときは自白を撤回できる。●
- ② 自白の内容が**真実に反しかつそれが錯誤に基づく場合や（反真実かつ錯誤）**又は、③自白が**刑事上罰すべき他人の行為**によりなされた場合は、自白の拘束力に対する自己責任を負わせることが濫である。したがって、自白が反真実かつ錯誤による場合又は刑事上罰すべき他人の行為によりなされたときは自白を撤回できる。●
- ②につき、自白の内容につき**反真実の証明**があつた場合は、自白が**錯誤に基づくことが事実上推定される（最判昭25.7.11）**。◇

・裁判上の自白の撤回の要件のまとめ

- ① **相手方の同意**があるとき
  - ② 自白が**反真実かつ錯誤**によるとき
  - ③ 自白が**刑事上罰すべき他人の行為**によるとき
- 注：①から③のいずれか1つを満たせば撤回可能。

## ウ 擬制自白

### (7) 意義

→当事者が、口頭弁論（弁論準備手続にも準用・170V）において、相手方の主張した事実を争うことを明らかにしない場合、その事実は裁判上の自白をしたものとみなされる（159I本）。これを擬制自白といい、訴訟に対して不誠実な当事者に制裁を課す趣旨である。●

関連問題：H19 司法論文民事系第2問設問2

関連問題：H21 司法論文民事系第1問設問1(3)

・ただし、弁論の全趣旨により、その事実を争ったものと認めるときは、擬制自白は成立しない（159I但）。○

・擬制自白の規定は、当事者が口頭弁論期日に出頭しない場合にも準用される（159III本）。ただし、公示送達による呼び出しを受けた者の不出頭にまで制裁を課す趣旨は妥当しないため、その者には擬制自白の規定は適用されない（159III但）○

（自白の擬制）

159条1項 当事者が口頭弁論において相手方の主張した事実を争うことを明らかにしない場合には、その事実を自白したものとみなす。ただし、弁論の全趣旨により、その事実を争ったものと認めるべきときは、この限りでない。

2項 相手方の主張した事実を知らない旨の陳述をした者は、その事実を争ったものと推定する。

3項 第1項の規定は、当事者が口頭弁論の期日に出頭しない場合について準用する。ただし、その当事者が公示送達による呼び出しを受けたものであるときは、この限りでない。

### ・H21 司法論文民事系第1問設問1(3)（出題の趣旨・抜粋）

小問(3)は、裁判所が釈明を求めたにもかかわらず、被告が原告の主張する事実を争うことを明らかにしない場合であり、**擬制自白の成否が問題**となるが、民事訴訟法第159条第1項は、主張責任を負う相手方の主張する事実について争うかどうかを明らかにしない場合を想定した規定であることから、主張責任を負う当事者が相手方の主張する事実について争うことを明らかにしない場合にそのまま適用できないことを理解する必要がある。同項の**趣旨**等も踏まえ、証拠調べを要するかどうかを論じることが求められる。

#### (4) 成立時期

→ 擬制自白の成否は、**弁論の全趣旨**、すなわち、当事者が本来所持しているのは、どの証拠を提出しなかったり、供述内容を変遷させたりするなどの訴訟追行の態度も含む**口頭弁論に現れた一切の資料や状況**から相手方の主張した事実を争うことを明らかにしているかどうかという観点から**判断**されるため、その**成立時期**は、**事実審の口頭弁論終結時**であると解されている (159 I (但書参照))。○

・そのため、通常の裁判上の自白と異なり、事実審の口頭弁論が終結するまでは擬制自白は成立しやうがないので、自白の撤回の可否は問題とならず、擬制自白が成立することで不利益を受ける当事者は、**口頭弁論が終結するまでならいつでも**その事実を争うことができることになる。

・控訴審における擬制自白の成否は、事実審である1審及び2審の当事者の態度を総合して**判断**される (**最判昭43.3.28**)。なお、この結論は、民事訴訟における控訴審が統制審であることも整合する。○ **比較**：刑事訴訟の控訴審は事後審制

\* 最判昭43.3.28 擬制自白の成立時期

～弁論の全趣旨から相手方の主張した事実を争っていると判断された事例

(事案)

原告Xは、被告Yに対し、松の立木(「本件松立木」)を売却した際の未払代金の支払を求めて提訴した。Yは、目的物の数量不足を理由に支払済みの代金の一部返還を求めて反訴を提起したところ、Xは、Yの主張を全面的に争った。第1審でXが勝訴したため、Yは控訴し、新たに契約の錯誤無効及び詐欺取消しを抗弁として主張したが、Xは控訴審の口頭弁論期日に終始出頭せず、準備書面も提出しなかった。

Yは**上告**して、Xは控訴審で何の訴訟行為もしていないのだからYが控訴審で提出した錯誤無効及び詐欺取消しの抗弁につきXの擬制自白が成立しているのに、Xの請求は棄却されるべきだと主張した。

(判旨)

原審においてYが、本件松立木の買受けの意思表示に要素の錯誤があるか、またはこれが詐欺による意思表示であって取り消された旨を主張したことは、所論のとおりである。しかし、Yの意思表示に所論の錯誤があれば、Xの本訴請求にかかる売渡代金債権は本来発生せず、またこれが詐欺による意思表示であれば、取消権の行使が本訴提起後であるにせよ、右権利の発生につき原審の発見が存することとなる筋台であるが、これに対し、Xの本訴請求は右売買契約が有効に成立したことを前提とするものであるから、Xが本訴を提起維持している等**弁論の全趣旨**に徴すれば、Yの原審における右の新たな主張をXにおいて争っているものと認め、民事訴訟法(現159条3項)の適用を否定した原審の判断は相当である。

#### エ 先行自白

→ 当事者の一方が自己に不利益な事実(相手方が証明責任を負う事実)を主張し、相手方がその事実を援用した場合は**先行自白**が成立し、裁判上の自白が成立したことになる。●

・ 先行自白が問題となりうる事例 ○

**例えば、原告が、貸金返還請求訴訟において被告から一部弁済を受けた事実を主張した場合、一部弁済の事実が、貸金債権の一部消滅という被告に有利な法律効果を基礎付ける主要事実として被告が主張立証すべき事実となる。もともと、主張共通の原則から、裁判所は、被告がその事実を主張しなくても、その事実を判決の基礎とすることができる。ただし、主張共通の原則から裁判上の自白の効力(証明不要効、審判排除効、撤回制限効)が生じるわけではないので、仮にその事実を争いがあれば、裁判所は証拠調べによる事実認定が必要となり、証拠調べの結果その事実が認められないときは、裁判所はその事実を判決の基礎とすることはできない。**

原告が、貸金返還請求訴訟において被告から一部弁済を受けた事実を主張した場合において、さらに進んで、被告がこの事実を**援用**した場合は、この事実につき原告に**先行自白**として裁判上の自白が成立し、当事者間に争いがない事実となる。そうすると、裁判所は争いのない事実そのまま判決の基礎としなければならぬとする**弁論主義の第2原則**により、裁判所はこの事実を証拠調べをしないで認定しなればならぬことになる。

以上のとおり、主張共通の原則が作用しても、その事実が先行自白が成立せず、かつ、証拠調べの結果その事実の存在が明らかにならないときは、裁判所はその事実を認定して判決の基礎とすることはできないのである。ある事実につき主張共通の原則が作用する場面であれば無条件に裁判所がその事実を認定することを意味するわけではないということに注意を要する。

一 権利自白とは、訴訟物たる権利法律関係の前提となる権利法律関係についての自白をいう。●

・例えば、所有権に基づき返還請求権を訴訟物とする土地明渡請求訴訟において、被告が、訴訟物たる権利法律関係の前提となる権利法律関係たる土地の所有権が原告にあることを認める旨の陳述をすると、原告に所有権があることに権利自白が成立して、証明不要効が発生する。○

・弁論主義の対象は、事実であって権利ではないので、訴訟物たる権利法律関係の前提となる権利法律関係を自白の対象とする権利自白は、弁論主義の問題ではないが、自白という言葉を用いる概念をまとめて学習するためにここで扱うことにする。なお、権利自白には少なくとも証明不要効が認められていることから体系的に「証明」の項目に掲載されていることが多い。

・権利自白を肯定する必要性 ○  
権利自白というものを認めるかについては、自白の対象となるのはあくまでも事実であるということから権利自白を否定する見解もある。

しかし、所有権関係の訴訟で当事者の現在の所有権の存在を基礎づけるにあたり、権利自白を認めないとすると、所有権の原始取得時にまで遡ってそこから当事者の現在の所有権を基礎づける所有権の移転経過をすべて主張立証する必要が生じるため非現実的である。判例実務において、所有権関係の訴訟では当然のように権利自白が用いられている。要件事実を学習するときに登場する所有権関係の訴訟における「もと所有」や「現所有」も、権利自白を肯定する見解に立つからこそ認められる概念である。

● **権利自白の効果**

権利自白は所有権など訴訟物たる権利・法律関係の前提となる権利法律関係についての立証の困難性に配慮してその前提となる権利法律関係の立証から解放しようとするものであることから、権利自白の効果の主たるものは証明不要効である。これにとどまらず、権利自白に審判排除効（裁判所拘束力）や不撤回効（当事者拘束力）があるのかが問題となる。

この点については、権利自白には審判排除効や不撤回効は認められないとするのが一般的な見解である。その説明の仕方は次のとおりである。権利自白の対象は訴訟物たる権利法律関係の前提となる権利法律関係というその存否の判断には裁判所による法解釈が必要なものである。このような法の解釈適用は裁判所の専権であることから、権利自白には審判排除効（裁判所拘束力）は認められない。そして、審判排除効（裁判所拘束力）を否定しつつ不撤回効（当事者拘束力）を肯定すると矛盾が生じるので、権利自白に審判排除効（裁判所拘束力）が認められないことから不撤回効（当事者拘束力）も認められない。

・なお、権利自白に審判排除効（裁判所拘束力）や不撤回効（当事者拘束力）まで認めるという見解もあるが判例実務の一般的な考え方とは異なる。 司法 H20'66

関連問題：H23 司法論文民事第3問設問1（権利自白と撤回制限効）

・平成23年度司法試験論文試験（第3問・設問1）は、事実の自白の撤回制限効の上記根拠論を権利自白に類推できるかどうかを検討させる問題であった。問題文の指示で、「被告側の権利自白の撤回は許されない」という方向で党派的に立論することが要求されていたので、個人的に権利自白には撤回制限効はないと考えていたとしても、この問題では本問の権利自白には撤回制限効が生じるとの立論をすることになる。

・ **権利自由を否定する見解と日常法律概念の自由** ◇

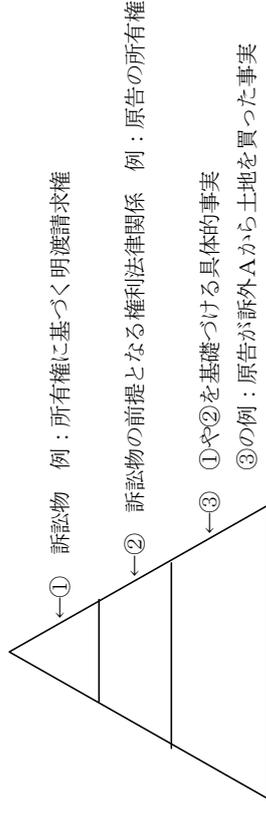
権利自由を否定する立場からも、所有権、売買、贈与などの日常法律概念の自由については、具体的な事実の陳述（事実に対する自由）をしたものと扱い裁判上の自由の成立を認めるとする見解がある。日常法律概念の自由が事実の自由として取り扱われると、裁判上の自由として不要証拠、審判排除効（裁判所拘束力）、不撤回効（当事者拘束力）の全てが認められることとなる。

上記見解は、一般的には権利自由の法的効果を認めないが、日常法律概念に対する自由については事実の自由と同様に当事者が意味内容を理解してなされているので、事実の自由と同様の効果を認めようとする見解である。

この見解に対しては、「所有権」が日常法律概念だとしても、所有権の帰属は事案によつては法律を熟知していなければ判断できないものであるので事実の自由と同様の効果を与えるべきではないこと、「売買」や「過失」という概念も事案によっては高度な法的判断が要求されることもあるものことから、日常法律概念の自由を通常の権利自由と区別して日常法律概念の自由に事実の自由と同様の効果を認めるべきではないとの批判がされている。

カ 参考 請求の認諾・権利自由・裁判上の自由の違い

- ① 訴訟物たる権利法津関係 ←相手方がこれを認めると請求の認諾 ○
- ② ①の前提となる権利法律関係 ←これを認めると権利自由 ○
- ③ ①や②を基礎づける具体的事実 ←これを認めると裁判上の自由 ○



具体例

- ① 原告の被告に対する所有権に基づく土地の明渡請求訴訟において、被告が、原告に訴訟物たる所有権に基づく土地の明渡請求権があることを認めると請求の認諾となり訴訟が終了する。
- ② 同訴訟において、被告が、原告に訴訟物の前提となる土地の所有権があることを認めると権利自由が成立し、その点につき証明不要効がはたらく。権利自由が成立しても訴訟が終了するわけではなく、例えば、被告は、原告に所有権があることを認めただ上で賃借権等の占有権原があることを主張して原告の請求の棄却を求めることができる。
- ③ 同訴訟において、被告が、原告が主張する原告の所有権の取得原因事実（例：売買や贈与の事実）を認める旨の陳述をすると、その事実について裁判上の自由が成立する。

### (3) 弁論主義の第3原則

→ 裁判所は、当事者間に争いのある事実について証拠調べをするには**当事者が申し出た証拠**によらなければならない（**弁論主義の第3原則・第3テーゼ・職権証拠調べの禁止**）。●

#### ・弁論主義の第1原則、第2原則、第3原則の関係 ○

弁論主義の**第1原則**から派生する**主張責任**に基づき当事者が主張した事実のうち、**当事者に争いのない事実**については弁論主義の**第2原則**により裁判所はその事実をそのまま判決の基礎としなければならないので、裁判所がその事実を証拠調べして当事者の主張と異なる事実を認定することはできない。

一方、弁論主義の**第1原則**から派生する**主張責任**に基づき当事者が主張した事実のうち、**当事者に争いのある事実**については弁論主義の**第3原則**により裁判所は当事者の申し出た証拠により証拠調べをしてその**事実の存否を事実認定**をすることに  
なる。

・なお、当事者に争いのある事実があるときは、弁論主義の第3原則により、証拠の申し出（証拠調べ請求）は当事者がするが、証拠調べをした結果、その証拠をどのように評価するかについては裁判官の自由かつ合理的な判断に委ねられる（自由心証主義・247）。

### 3 弁論主義の対象事実

#### (1) 事実の種類

→ 弁論主義の対象となる事実を明らかにする前提として、民事訴訟法上の事実は、主要事実、間接事実、補助事実に分類できることを確認しておく。各事実の意味は以下のとおりである。

・**主要事実**：権利の発生・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**：主要事実の存否を推認するのに役立つ事実 ●

例：被告が高価な買い物をした事実は、貸金返還訴訟における金銭の授受という主要事実を推認するのに役立つ事実といえる。

・**補助事実**：証拠の証明力に影響を与える事実 ●

証拠の信用性、文書の成立の真正に関わるる事実がこれに当たる。

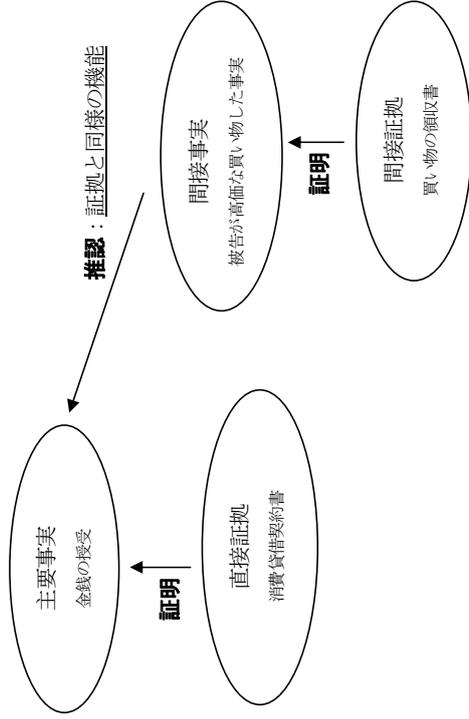
例：目撃証人の視力が良いという事実や誠実な人物（嘘をつかない人物）であるという事実、文書が偽造された事実

例：私文書の成立の真正に関する二段の推定に関する事実

(2) 弁論主義が適用される事実

→当事者の攻撃防御の対象は法律効果の発生を直接基礎付ける**主要事実**に集中するので、弁論主義の不意打ち防止機能を果たすためには、**主要事実**について弁論主義を適用すれば**足りる**と解されている。●

・**間接事実**や**補助事実**は、**証拠と同様の機能**を有するので、これを弁論主義の対象として裁判所を拘束すると、事実認定につき裁判所の自由心証に基づく合理的判断を阻害するので妥当ではない。したがって、間接事実や補助事実には**弁論主義は適用されない**と解されている。●



関連問題：H24 司法論文専系第3問設問1小問1  
 (「間接証拠」につき出題の趣旨と採点実感を参照)

- **直接証拠**：主要事実を直接証明する証拠
  - **間接証拠**：間接事実や補助事実を証明する証拠
- H24 司法論文専系第3問設問1小問1 (採点実感・抜粋)  
 ある証拠が**直接証拠**となるか、**間接証拠**となるかは、立証趣旨との関係で定まる。**以上**の事柄は、**司法試験の受験者**であれば正しく理解し、**習得**していなければならない**基礎的知識**である。その上で、本問では、これらの知識を抽象的に述べるのではなく、**設問の事例との関係で具体的に説明**することが求められる。

(3) 不特定概念の主要事実～評価根拠事実と評価障害事実

→民法110条の正当理由や、民法709条の過失をはじめとする不特定概念が法律要件となっている場合は、当事者への**不意打ち判決の防止**という弁論主義の機能にかんがみ、それら不特定概念を基礎づける**評価根拠事実**や、それら不特定概念を障害する**評価障害事実**が、**主要事実**として弁論主義の対象となると解されている。●

・**「正当な理由」の有無の判断枠組み** ○ 注：民法Iの「代理」の章で学習済み

110条の表見代理の成立要件である代理人に権限があると信ずべき**「正当な理由」**の有無の判断は、相手方から見た事情だけではなく、**本人側の事情**をも考慮して総合判断される。

110条の**「正当な理由」**は、事実に規範的な評価を加えてその該当性を判断する**規範的要件**といわれており、訴訟では**正当な理由**を基礎付ける**評価根拠事実**を、**主要事実**として主張することになる。110条の表見代理の成立を主張する者による**評価根拠事実**の主張に対して、その成立を否定する者が**正当な理由**の成立を障害する**評価障害事実**を、**主要事実**として主張する。最終的には、裁判所が、**評価根拠事実**と**評価障害事実**を総合考慮して「**正当な理由**」が肯定できるかを判断する。

なお、**評価根拠事実**と**評価障害事実**は、請求原因と抗弁などの関係に立つので、両者は**両立**しうる**事実**である必要がある。例えば、**評価根拠事実**として主張された**事実**に対して、それと**非立**立の**事実**を主張して反論する場合は、**評価障害事実**の主張をしたのではなく、単に**積極否認**(理由付け否認)をしたに過ぎないことになる。

関連問題：H22 司法論文専系第2問設問1

● 不特定概念のような法律要件は、事実を規範的に評価(法的評価)することによって該当性を判断することになるので、**規範的要件**と呼ばれることもある。規範的要件の典型例としては「**過失**」がある。**例えば**、自動車事故の被害者が不法行為に基づき損害賠償請求をする場合、原告は、被告である加害者に**過失**があることを主張するために、被告が自動車を運転中に携帯電話に気を取られて前方をよく見ていなかった**事実**等の**具体的事実**を過失の評価根拠事実として主張することになる。○

● 判例は、裁判所は当事者が特に民法90条の主張をしなくても**同条違反に該当する事実の陳述**さえればその**有効無効**を判断できるとして、**民法90条の公序良俗違反**の要件を**規範的要件**として扱っている(最判昭36.4.27)。

#### \*規範的要件の具体例

- ・信義則 (民法 1 II)
- ・権利濫用 (民法 1 III)
- ・公序良俗違反 (民法 9 0)
- ・正当な理由 (民法 1 1 0)
- ・正当の事由 (借地借家 6, 2 8)
- ・背信的行為と認められるに足りない特段の事情 (民法 6 1 2 II と信頼関係破壊の法理)
- ・過失 (民法 7 0 9)
- ・背信的悪意者の要件の 1 つである背信性 (信義則違反)

#### \*評価根拠事実と間接事実の区別 ●

「**過失**」は事実規範的な評価を加えてその該当性を判断する必要がある**規範的要件**であるので、過失の有無を基礎付ける具体的な事実である**評価根拠事実**や**評価障害事実**が**主張事実**となる。

一方、「**善意**」や「**悪意**」は、ある事実を知っているか知らないかという点で意味が明確なので規範的要件とはいわず、**それ自体が主要事実**となる。善意・悪意について当事者間に争いがあるときは、裁判所は証拠調べによって善意・悪意の存否を認定することになる。善意・悪意という当事者の主観的要件は裁判所が直接見ることができないものなので、当事者が主要事実たる善意・悪意を立証するためには、善意や悪意を推認させる**間接事実**を主張立証することによって実現することになる。

#### (4) 間接事実の自白の撤回

掲載略

#### 4 事実の主張の要否が問題となる事例

##### (1) 過失相殺

##### (7) 民法 4 1 8 条の過失相殺

→民法 4 1 8 条による過失相殺は、文言上、「債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める」とされており当事者の主張がなくても裁判所が債権者の過失を考慮して損害賠償の額を定められるように読めることや、**損害の公平の分担**という過失相殺の制度の趣旨を実現する必要性があることから、裁判所は、債権者が過失相殺の主張をしなくても、**賠償で過失相殺**することができると解されている。もともと、弁論主義の建前から**債権者の過失を基礎づける事実 (評価根拠事実)**については**債務者が主張立証責任を負うと解されている**。●

・このように取り扱うことは、**損害の公平な分担**という過失相殺の制度趣旨にも適合する。

・判例も民法 4 1 8 条による過失相殺は、債務者の主張がなくても、**裁判所が職権ですることができ**るが、**債権者に過失があった事実は、債務者において立証責任を負うとしている (後掲最判昭 43. 12. 24)**。

(過失相殺)

民法 **418 条** 債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める。

Xは、Yに対し、Yの**脇見運転**による過失を原因とする交通事故により傷害を受け、500万円の**損害**を被ったと主張して、不法行為に基づく損害賠償請求として500万円の支払を求める訴えを提起したところ、Yは、Xには飛び出してきた不注意があるが、自分にも**脇見運転**による過失があったことを認めると主張した。X及びYからこれ以外の主張がなかったとして、次のアからウまでの裁判所の判決に関する後記1から5までの各記述のうち、**判例の趣旨に照らし正しいものはどれか。**

ア. 裁判所は、証拠調べの結果、YがXに対して500万円の弁済をしている事実を認めて、Xの請求を棄却する判決をした。

解説：この500万円の弁済の主張は当事者が主張していない主要事実である。アの判決は、裁判所が当事者の主張しない主要事実を判決の基礎としたものとして**弁論主義の第1原則**に違反する。

イ. 裁判所は、証拠調べの結果、不法行為の成立を認めつつ、Xの飛び出しの事実を認めて、300万円の範囲で、Xの請求を認容した。

解説：Yが主張しているXの飛び出しの事実はYのXに対する過失相殺の主張にかかるXの過失を基礎付ける**評価根拠事実**である。過失相殺については、その過失を基礎付ける**評価根拠事実**の主張があれば、当事者が過失相殺をする旨の主張をしなくても裁判所は過失相殺できるとするのが判例である(最判昭41.6.21等)。これらのことに照らすと、イの判決は特に違法な点はない。

ウ. 裁判所は、証拠調べの結果、Yの脇見運転による過失は認められずとして、Xの請求を棄却した。

解説：Yが**脇見運転**をした事実はYの**過失**を基礎付ける**評価根拠事実**として**主要事実**になる。XがYの脇見運転の事実を主張したのに対し、Yが脇見運転をした事実を認めているため、脇見運転の事実について**当事者間に争いがない主要事実**として**裁判上の自白**が成立する。イの判決は、裁判所は当事者間に争いがない事実そのまま判決の基礎としなければならないとする**弁論主義の第2原則に違反**する。

1. アからウまでのいずれの判決も、弁論主義に反する。
2. アからウまでのいずれの判決も、弁論主義に反しない。
3. アの判決は弁論主義に反するが、イ及びウの判決は弁論主義に反しない。
4. ア及びイの判決は弁論主義に反するが、ウの判決は弁論主義に反しない。
5. ア及びウの判決は弁論主義に反するが、イの判決は弁論主義に反しない。〔正解 5〕

## 第7章 証拠

1～5 略

### 6 証明責任の機能

#### (1) 客観的証明責任

→ 審理の結果、ある主要事実が真偽不明の事態に陥ったとしても、裁判所は、裁判回避はできず裁判をしなければならぬ。そこで、当事者が主張立証を尽くしても**主要事実が真偽不明**のときに、裁判所が判決をすることができなくなるとい**う裁判回避の事態を防止**する趣旨から、ある主要事実が**真偽不明**のときは、その主要事実の**不存在を擬制**し、その主要事実を要件とする**法律効果が認められない**との扱いがされている。○

・ある主要事実が真偽不明である場合に**その事実を要件とする自己に有利な法律効果が認められない**という一方当事者の不利益を証明責任という。裁判所は、**主要事実の存否を判断**できれば請求認容又は請求棄却という裁判をすることができ、**裁判回避の防止を実現**できることから、**証明責任の対象は主要事実に限る**とすれば足りると解されている。ここでは、①証明責任の機能が**裁判回避の防止**にあることと、②証明責任の対象は**主要事実に限られる**ということをおさえておく。●

・明責任をいずれの当事者に負わせるかは、個々の主要事実ごとに予め客観的に決まっている。ここでの証明責任は、客観的証明責任といわれる。なお、単に「証明責任」というときは客観的証明責任を意味するのが通常である。○

## (2) 証明責任の分配の基準～法律要件分類説

→基準としての明確性から、原則として実体法の定めに従い、各当事者は、自己に有利な法律効果の発生を基礎づける実体法規の要件事実について証明責任を負う（法律要件分類説）。

### \* 実体法規の分類 ●

#### ① 権利根拠規定

→権利関係の発生を基礎づける法規  
例：売買契約の成立（民法 555）

#### ② 権利障害規定

→権利が当初から発生しないことを基礎づける法規  
例：錯誤無効（民法 95）  
詐欺取消しはその効果が溯及的無効とされていることから権利障害規定とみてよい。

#### ③ 権利消滅規定

→有効に発生した権利の事後的な消滅を基礎づける規定  
例：弁済、免除（民法 519 等）

#### ④ 権利阻止規定

→相手の権利行使を一時的に阻止するための要件の規定  
例：留置権（民法 295）、同時履行の抗弁権（民法 533）

\*以下は、2016年5月開講 重要事項完成講座「知識編」の民法Ⅱのテキストの一部です。

\*このレジュメの21頁の信頼関係破壊の法理に関する記述をしてあります。

### (2) 賃貸者契約の解除を制限する法理～信頼関係破壊の法理

→賃貸借契約は当事者間の信頼を基礎とする継続的契約であることや、生活の本拠を奪われる賃借人保護の必要性から、わずかな債務不履行があっただけでは解除できず、当事者間の信頼関係の破壊が認められるときに限り解除できると解されている（信頼関係破壊の法理）。●

・賃料不払いの債務不履行解除の場合は、単に1回の賃料不払いがあっただけでは信頼関係が破壊されたとはいえず、賃料不払いがある程度継続し、それにより当事者間に信頼関係の破壊が認められたときに解除権が発生すると解されている。そのため、賃料不払いを理由に解除するときは、解除を主張する賃借人において、賃料不払いが信頼関係を破壊する程度のものであることを主張立証する必要がある。●

・**賃借権の無断譲渡、無断転貸**による債務不履行解除の場合は、**612条1項**が、賃借人は賃貸人の承諾を得なければ賃借権の譲渡又は賃借物の転貸をできないと規定し、**同条2項**が、賃借人が1項の規定に違反して第三者に賃借物を使用収益させたときは賃貸人は賃借借契約を解除できると規定していることから、賃貸人は、無断譲渡、無断転貸により賃借人が目的物を転借人に使用収益させたときは**条文の文言上、直ちに賃借借契約を解除できる**ように読める。しかし、ここでも**信頼関係の破壊の法理により解除権が制限される**。○

**もっとも**、賃借権の**無断譲渡、無断転貸**は、賃料不払いのケースと比べて**もともとと背信性の高い行為**であるため、解除を主張された**賃借人が、賃借権の無断譲渡・無断転貸が、信頼関係を破壊すると認めるに足りない特段の事情**があることを**主張立証**する必要があるとするのが判例である（最判昭41.1.27）。●

ここでの**特段の事情**とは、例えば、賃借権の譲渡や転貸の後、**実質的に目的物の利用主体の変更がない**といえる事情が挙げられる。具体的には、**Bが、Aから土地を賃借してその土地上に建物を建築してBの妻Cと同居していたところ、賃借借の途中で、BがCに建物を贈与した場合、借地上の建物の所有権を移転させると、形式的にはBからCへの土地賃借権の譲渡となる**。しかし、**Bと夫婦関係にあるCはもともと土地の賃借人Bと共にその土地上の建物で共同生活を営んでいたものであり、このような場合は実質的に目的物の利用主体に変更がなく、当該賃借権の無断譲渡は背信的行為と認めるに足りない特段の事情があるものと評価することも可能**である。○

関連問題：H20司法論文民事系第1問設問1(3)

## 目次

第5章 弁論主義	2
1 弁論主義の意義と根拠	2
2 弁論主義の内容(3つの原則)	2
(1) 弁論主義の第1原則と関連事項	2
ア 意義	2
イ 主張責任	3
ウ 訴訟資料と証拠資料の峻別	4
エ 主張共通の原則	5
(2) 弁論主義の第2原則と関連事項	6
ア 意義	6
イ 裁判上の自白	6
ウ 擬制自白	10
エ 先行自白	12
オ 権利自白	13
(3) 弁論主義の第3原則	17
3 弁論主義の対象事実	18

＊平成28年5月以降の矢島担当の主な新規製作講座

① 重要事項完成講座「知識編」 必修7科目

合格に必要な基本重要知識のインプット用の講座

H28.5月から科目単位で順次制作配信

注：予備試験対策用の追加講義として「知識編プラス」を別売中

9月の刑訴法と10月の行政法は水道橋校で公開収録予定

本講座の受講生は予約なしで公開収録に参加できます

公開収録の日時・場所：全て18時から21時まで・水道橋本校

刑訴法（全4回）：9月16日（金）～19日（月・祝）

行政法（全4回）：10月5日（水）～8日（土）

注：公開収録では製本前の仮レジュメを配布します。

製本されたテキストはバンフレット記載の日程で発送します。

② 重要事項完成講座「論文過去問徹底分析編」 必修7科目

本試験で求められる法的思考と事例処理能力の習得用の講座

答案例は今期新たに全面改訂予定

H28.10月から科目単位で順次制作配信（ライブ講義クラスも有・水道橋校）

注：講師作成の解答例は全面改訂予定

注：答案添削を希望する受講生は別途、答案添削オプション有

③ 【重要対応】矢島ゼミ

論文対策から短答対策まで合格に必要な要素を凝縮したゼミ（水道橋校）

平成29年1月7日から4月末まで毎週土曜日15時から21時に実施

答案の口頭添削はゼミ開始時刻前の個人ごとに予め定められた時刻に実施

・ゼミの受講条件〔次のA又はBに該当する方〕

A 平成28年度開講の重要事項完成講座「知識編」及び同年実施の重要事項完成講座「論文過去問徹底分析編」を受講したことがある方

B 平成28年度開講の重要事項完成講座「知識編」及び平成27年度に実施した「論文過去問徹底分析編」を受講したことがある方

④ 選科科目総整理講座「労働法」

合格に必要な基本重要知識のインプット用の講座

H28.4月制作 H28.5月から既に配信中

注：テキストはH28.4に全面改訂・講義も100%リニューアル

平成29年1月以降に開講する講座（予定）

・ 重要事項完成講座「論文知識スピードチェック講座」

平成29年2月開講

憲法、民法、刑法は通信クラス〔1月中旬に収録・2月から配信〕

会社法（2月5日）、民訴法（2月12日）、刑訴法（2月19日）、行政法（2月26日）は水道橋校で通信クラスの他にライブ講義も実施（いずれも日曜日）

・ 重要事項完成講座「実践的な合格答案の作成編」（平成28年度の司法試験の過去問が題材）

問が題材）

平成29年2月下旬から3月上旬に水道橋校でライブ講義を実施（予定）

1科目3時間で7科目合計21時間

通信用教材は3月中旬か下旬に発送（予定）





**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16784