

## 平成 21 年司法試験 答案構成

### 設問 1

#### 1 Yが否認したとき

主張原則・主張共通

⇒主張は o k

証拠調べなしに？

原則：証拠裁判主義 例外：裁判上の自白

本件

→主張一致なし

結論×

#### 2 Yが援用したとき

不利益性要件・証明責任分配基準

本件

建物買取請求権の行使＝予備的抗弁

⇒主要事実

⇒Yに有利な法律要件

口頭弁論期日→問題なし

先行自白の場合でも主張一致あり

裁判上の自白成立

結論○

#### 3 Yが争うことを明らかにしなかったとき

擬制自白

→主張責任負わないXが態度を明らかにしない

趣旨＝審理効率化・応答促進

→主張責任の所在にかかわらず趣旨を全うすべき

擬制自白成立

結論○

### 設問 2

#### 1 小問(1)について

訴えの利益の意義

現在給付の訴え

原則：訴えの利益○

But 第1訴訟と第2訴訟・訴訟物同一

→請求権確定・強制執行可能

再度給付判決不要⇒訴えの利益×

## 2 小問(2)について

既判力・客観的範囲

→建物退去＝範囲外

ただし準ずる効力あり

X主張

→建物買取請求権行使×前提

⇒建物退去の準ずる効力と矛盾

抵触・棄却

## 3 小問(3)について

### (1) 訴えの利益について

建物退去＝訴訟物に準ずる扱い

→建物収去・建物退去 別個の判断を求めるもの

→請求権確定・債務名義取得の必要あり

訴えの利益あり

### (2) 既判力について

既判力の正当化根拠

期待可能性

本件

H21・1月にXが解除の事実を知る

→主張期待できず

主張可能

## 平成 21 年司法試験 参考答案

### 設問 1

#### 1 Yが否認したとき

「YはXに対して本件建物を時価である500万円で買い取るべきことを請求した」というXの主張する事実（以下、「本件主張事実」とする。）を、Yが否認したときに、裁判所は判決の基礎とすることができるか。

民事訴訟法の採用する弁論主義からは、当事者のいずれもが主張しない事実を判決の基礎とすることはできない（主張原則）。ここで、当事者の一方のみが主張する事実でも判決の基礎とすることができるのは、弁論主義は裁判所と当事者との間を規律し、当事者相互の関係を規律するものではないからである。

したがって、後述のように本件主張事実につき主張責任を負わないXが同事実を主張し、Yがこれを否認していても、裁判所は同事実を判決の基礎とすることができる。

それでは、裁判所は証拠調べなしに本件主張事実を裁判の基礎とすることができるか。民事訴訟法においては、裁判所による事実の認定は原則として証拠に基づかなければならないとされる（証拠裁判主義）。もっとも、裁判上の自白が成立した事実については証明を要しない（179条）。そこで、本件主張事実につき裁判上の自白が成立するかが問題となる。

裁判上の自白とは、口頭弁論期日又は弁論準備手続における、相手方の主張と一致する自己に不利益な事実に関する陳述をいう。

本件では、Yが本件主張事実を否認しているため、本件主張事実につきXの主張とYの主張との一致がない。ゆえに、本件主張事実につき裁判上の自白は成立せず、同事実の認定は原則通り証拠に基づかなければならない。よって、Yが否認したときには、裁判所は証拠調べなしに本件主張事実を判決の基礎とすることはできない。

#### 2 Yが援用したとき

Yが援用したとき、本件主張事実につき裁判上の自白が成立するか。自己に不利益な事実とは、相手方当事者が主要事実について証明責任を負う場合に他方の当事者が当該事実を認めることをいうものと考えられる。そして、証明責任の分配については、基準の明確性の観点から、自己に有利な法律効果の要件となる事実の証明責任を各当事者が負うものと考えられる。

本件の第1訴訟の訴訟物はXのYに対する建物取去土地明渡請求権であり、Xが主張すべき請求原因事実は①Xの本件土地所有及び②Yの本件土地上の本件建物所有である。これに対して、建物買取請求権の行使の主張は、賃貸借契約の期間満了の主張が認められることを前提とし、請求原因事実と両立しつつもいったん発生した建物取去土地明渡請求権を消滅させる事実の主張であるため、予備的抗弁に位置づけられる。そうすると、本件主張事実は主要事実である。また、本件主張事実はYに有利な法律効果の要件となる事実であるため、同事実につきYが証明責任を負う。したがって、本件主張事実はXにとって自

己に不利益な事実が該当する。なお、証明責任と主張責任の所在は一致すると考えられるため、本件主張事実についての主張責任はYが負う。

加えて、本件主張事実が口頭弁論期日における陳述であることには問題なく認められる。

ところで、本件では、Xが先行して本件主張事実を主張し、Yがこれを援用している。このように、ある事実が自己に不利益に作用する当事者が先行して当該事実を陳述し、相手方当事者がそれを援用することによっても主張の一致が認められる。

以上より、本件主張事実が裁判上の自白が成立するため、Yが援用したときには、裁判所は証拠調べなしに同事実を裁判の基礎とすることができる。

### 3 Yが争うことを明らかにしなかったとき

Yが争うことを明らかにしなかったときには、擬制自白（159条本文）の成否が問題となる。なぜなら、本来、擬制自白は主張責任を負う当事者が相手方当事者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指すところ、本件では本件主張事実の主張責任を負わないXが同事実について争うことを明らかにしておらず、本来的な場面とは異なるからである。

擬制自白の趣旨は、その要件を満たす場合に自白を擬制することで、審理の効率化を図りつつも、相手方の主張に対する態度を明確化することを促進することにあると考えられる。そうだとすると、主張責任の所在にかかわらず、当事者が相手方当事者の主張する事実に対する態度を明らかにしない場合には擬制自白を成立させることにより、審理の効率化及び上記態度の明確化の促進を図るべきである。

したがって、Yが争うことを明らかにしなかったときには、本件主張事実につき擬制自白（159条本文）が成立するため、同事実については証明を要しない。よって、Yが争うことを明らかにしなかったときには、裁判所は本件主張事実を証拠調べなしに裁判の基礎とすることができる。

## 設問2

### 1 小問(1)について

訴えの利益とは、特定の訴えについて、本案判決をすることの必要性ないし正当性をいう。現在給付の訴えについては、請求内容の性質上、原則として訴えの利益が認められる。しかし、本件では、第1訴訟において、XはYに対して、建物代金の支払を受けるのと引き換えに建物退去土地明渡しを命ずる判決を取得している。そして、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物は同一であると解される。したがって、Xは第2訴訟によらずとも、第1訴訟の確定判決により請求権の存在は既に確定されており、強制執行も可能であるため、第2訴訟について再度給付判決を得る必要性ないし正当性は存しない。よって、第2訴訟に訴えの利益は認められない。以上がYの主張について考えられる論拠である。

### 2 小問(2)について

既判力は、「主文に包含するもの」（114条）、すなわち訴訟物に関する判断に生じる。こ

れに対し、第1訴訟確定判決における建物退去部分については、土地明渡し的手段ないし履行態様にすぎないため、訴訟物を構成せず、既判力が生じない。

もっとも、建物退去部分についても主文に明示され、また、訴訟物と準ずるものとして審理判断されるのであるから、この点には既判力に準ずる効力が生じると考えられる。

本件では、第2訴訟における、平成18年4月6日付けでA Y間の賃貸借契約が債務不履行に基づき解除された旨のXの主張は、建物買取請求権の行使ができないことを前提としている。これは、第1訴訟の判決が平成20年11月21日に確定しているところ、同確定判決中の建物退去部分について生じた既判力に準ずる効力と矛盾する。したがって、A Y間の賃貸借契約の債務不履行解除の主張は既判力に抵触するため、第2訴訟における建物収去を求める部分については棄却されるべきである。以上がYの主張について考えられる論拠である。

### 3 小問(3)について

#### (1) 訴えの利益について

上述の通り、確定した給付判決が存在する場合、同一訴訟物については原則として訴えの利益が認められない。もっとも、建物退去部分については訴訟物に準じるものとして審理判断され、それについて既判力に準ずる効力が認められるのであるから、訴えの利益においても同部分について訴訟物に準じるものとして考察すべきである。そうすると、建物退去と建物収去とはいずれも訴訟物に準ずるものであり、両者は所有権の所在において内容を異にするのであるから、両請求は別個の判断を求めるものといえることができる。したがって、建物退去について請求権の存在が確定し、債務名義を有しているとしても、建物収去についてなお請求権を確定し、債務名義を取得する必要性・正当性が認められる。よって、第2訴訟には訴えの利益が認められる。小問(1)の主張に対しては、Xは以上のような反論をすべきである。

#### (2) 既判力について

既判力が正当化されるのは、手続保障が図られたことに基づいて自己責任を問うることを理由とする。これは、既判力に準ずる効力についても同様である。そうすると、前訴において当事者に主張することが期待できない事実に関しては、自己責任を問えないため、例外的に主張することが許されるというべきである。

本件では、平成21年1月ごろ、Aの兄であるCのもとで保管されていた封筒内の内容証明郵便を確認することにより、A Y間の賃貸借契約の債務不履行解除の事実をXが知るに至っている。このような事実を、事情を知らないXが、第1訴訟の口頭弁論終結時までに主張することは期待できない。したがって、賃貸借契約の債務不履行解除の事実については、第1訴訟確定判決の既判力によっては妨げられず、Xはこれを主張することができる。小問(2)の主張に対しては、Xは以上のような反論をすべきである。