

当事者の申し立てない事項について裁判したことに 当たらない一事例(最判昭和25.11.10)

齋藤, 和夫
慶應義塾大学法学部

七戸, 克彦
慶應義塾大学法学部

<https://hdl.handle.net/2324/6282>

出版情報 : 法學研究. 57 (6), pp.106-112, 1984-06. 慶應義塾大学法学研究会
バージョン :
権利関係 :

〔最高裁判事例研究 二二二〕

昭二五13 (最高民集四卷
一五五二頁)

当事者の申し立てない事項について裁判したことに当たらな

い一事例

所有権移転登記手続請求事件(昭二五・二一・一〇第二小判 棄却)

一、X(原告・被控訴人・上诉人)は、明治四〇年から訴外Aの次女Bと同棲していたが、大正三年にA・その妻A'・Bと婚養子縁組を結んだ。しかしAは、推定家督相続人となったXに全幅の信頼を置けないと考え、大正五年本件家屋の前身たる家屋その他一切の不動産を五女Y(被告・控訴人・被上诉人)に贈与し移転登記を了した。その後大正一五年にAは隠居しXが戸主となったが、同年Yは分家し、Aもまた分家・廢家の後Yの戸籍に入籍しYと共に前掲家屋に居住していた(X・B夫婦は当初より別居している)。

ところがこの家屋は相当腐朽していたので、昭和五年これを取り壊したうえ同地に新たに本件家屋を新築したが、保存登記はなされ

なかった。本件家屋には引続きA・A'夫婦及びYが居住していたが、昭和六年Yは婚姻して満州に渡り、昭和九年Aは死亡し、A'のみが本件家屋に居住していたところ、昭和一七年以降はXも本件家屋に居住している。Yは昭和二一年内地に引揚げ、その家族と共に本件家屋でX等と同居するに至ったが、同年Yが本件家屋に自己名義の保存登記を了したので、Xはこれを自己の所有なりとして争い、Yを相手に本件訴えを提起した。

二、Xの主張は、本件家屋は、Aに対する孝養とX自身の老後の住居に備えるために、Xが資金を投じて、元の家屋を所有権者Yの代理人たるAの同意を得て取り壊し、建築業者と契約を結んで新築した、というものである。これに対するYの陳述は、本件家屋を新築したのはXではなく、XYその他Aの子供達が孝養のためAに資金を提供し、AがXの紹介した請負人に請負させたものであり、その直後AはこれをYに贈与し、A自身が村役場及び税務署にY名義の

届出をなした、というものである。

第一審判決はXの単独所有権取得を認定し、X勝訴。Y控訴。第二審判決は、A及びXYその他Aの子供達が資金の一部を提供し、一同協力してAのために本件家屋を新築した後Aに贈与し、その後AがYに贈与した、と認定し、Y勝訴。X上告。上告理由は、原審認定の、A及びXYその他が資金を拠出して新築し共有した後XY等がその持分権をAに贈与した、という事実が当事者のいずれも主張しておらず、原判決は当事者の主張しない事実に基づき判断した違法がある、というものである。

三、最高裁は以下の如く判示し、上告棄却。

「裁判の基本となる事実は当事者の主張を基礎として確定しなければならぬが、右事実の来歴等については、裁判所が証拠により当事者の主張と異なる事実を認定することを妨げない。所論の原判決認定の事実は、被上告人Yに本件家屋を贈与したAが、その所有権を取得するに至った経過についての事実であるにすぎず、原判決が右の点につきYの主張と異なる認定をしても、原判決は、結局Yの主張に基づいて、YがAから贈与により本件家屋の所有権を取得した事実を認定しているのだから原判決には当事者の申立てない事項について裁判した違法があるとはいえない。」

一 本判決が上告を棄却したことは正当であるが、その理論構成には賛成できない。

本件は、狭義の弁論主義の問題である。⁽¹⁾かつて一部の学説により処分権主義と弁論主義は同義に解された。しかし、処分権主義は審判の最終目標たる請求のみを規律するのに対し、狭義の弁論主義はかかる終局的審判対象以外の事項(請求を基礎づけ

る事項)を規律するものである、というのが通説的理解となった(但し、民訴一八六条が狭義の弁論主義をも併せ規定しているか否かにつき、学説は一致していなかった。しかし、今日では、狭義の弁論主義は本条から直接導かれるものではなく、民訴法の随所から自ら⁽²⁾明らかになる原則である、とする点で学説は一致する⁽³⁾)。一方、判例についてみれば、学説のかかる対立を反映し、大審院時代には両主義の概念的混乱がしばしば⁽³⁾みられた。しかし、最高裁時代に入ると、両者が次元を異にする概念であることが明確に意識されるに至った。この意味で、本判決は、処分権主義と(狭義の)弁論主義の概念的区別に関する判例理論の過渡的末期に属するものと位置付けられよう。

二 (1)本判決は、「裁判の基本となる事実は当事者の主張を基礎として確定しなければならないが、右事実の来歴等については裁判所が証拠により当事者の主張と異なる事実を認定することを妨げない」と判示する。間接事実につき裁判所は当事者の主張なくして斟酌することができ、主要事実の「来歴経過に関する事実」も同様である、とするのが判例の一般の見解であり、⁽⁴⁾本判決も同様の見解を判示する。

(2)学説における通説の見解によれば、『証拠資料(証拠調の結果)を除いた・狭義の・訴訟資料(当事者が主張すれば「弁論」の内容をなすもの)を構成する事実を、主要事実と間接事実とに区分し、弁論主義が行われるのは主要事実についてであって、間接事実については弁論主義は行われ⁽⁵⁾ない』とする。ここで

「通説が主要事実とするのは、法律効果(権利・義務・法律関係)を発生させ・消滅させ・またはその変動を阻却する事実であつて、それは、通常、成文法規の法条の文言を分析することによつて知られる。」⁽⁶⁾の対して、「通説が間接事実とするのは、主要事実の存否を推認させる事実であつた。」⁽⁷⁾したがつて、「裁判の基本たるべき事実の来歴経過に関する事実」が間接事実と理解される(判例・学説の一般的見解)以上、⁽⁸⁾本判決の判旨は当然の事理を表明したものであるとして多くの学説の支持を得るに至つた。より具体的に説明すれば次の如くである。

(ロ)本判決によれば、本件訴訟における主要事実は「YがAから贈与により家屋の所有権を取得したという事実」であり、「XYA等が一旦その所有権を原始取得してこれをAに移転したという事実」はAの所有権取得に至る経過についての事実であり、これは主要事実ではなく、したがつてこれについては当事者の主張なくして裁判所は認定をなし得る、とされている。そして、判旨賛成説によれば、Aに所有権があること、後にYに贈与されその所有家屋となつたこと、が判断を必要とする法律効果であり、右の判断をなすために直接必要な要件事実が主要事実として当事者の主張を要するものであり、Aに所有権が帰属する以前に、何人がどのようにして所有権をもつていたか、Aの所有権が原始取得によるものか承継取得によるものか、等の事実は、本件では前記の主要事実の来歴・経過に関する事実にすぎない、と理解されたのである。

(3)(イ)他方、同じく通説の見解(弁論主義は主要事実について妥当し、間接事実については妥当しない、とする見解)に立つても、本件の具体的事案の分析から判旨の理由付けに疑問を提起する(但し、本判決結論は支持する)学説も存在した。⁽⁹⁾右学説は次の如く主張する。

(ロ)すなわち、本件訴訟においてXは係争家屋の所有権に基づきその登記名義人たるYを相手方として所有権移転請求をおこなつた。右請求を理由づけるものとして「係争家屋の所有権を建築により原始的に取得した」との事実を主張している。したがつて、Xの請求についてみれば、右事実が主要事実である。これに対して、YはXの右主要事実の主張を否定し、係争家屋はXYAらがAに資金を提供し訴外某に請負わせて新築したものである、との陳述をなした。しかるに、原審はXYA等が係争家屋の所有権を共同的に原始取得したものと認定した。ここではXの「所有権の原始的取得」の主張は「共有持分権の原始的取得」という形でいわば一部分に承認された、といえる。したがつて、右「共有持分権の原始的取得」後にXがその共有持分権を譲渡その他の理由により喪失していた(「共有持分権の事後的喪失」ときにはじめて、Xの請求は棄却されざるを得ない。かくして、Xの「共有持分権の事後的喪失」はYにおいて主張並びに立証の責任を負う抗弁事由であり、たとえば本件でいえば「XのAへの共有持分権の贈与」という事実は「共有持分権の事後的喪失」という法的効果の存否の判断に必要な要件に該当

する事実であり、右抗弁についての主要事実であり、したがって本来当事者の主張がなければ裁判所は認定し得ないものといわなければならない、と主張する。

(ハ)本判決が、「XのAへの共有持分権の贈与」を来歴経過に属する事実としてこれを間接事実と理解したのに対し、右学説は具体的な主要事実はあくまで具体的事実における請求と抗弁の關係に即して明らかにすべしとの基本的立場よりその主要事実性を指摘したのである。この点において右学説の指摘は正当であり、本判決はYの主張・証明すべき主要事実が何かに⁽¹¹⁾ついての判断を誤まったものといえよう。

(4)なお、弁論主義の妥当範囲をめぐる右の通説的見解による主要事実と間接事実との区分に対して、独自の基本的立場より「い、ゆる、間接事実の法理（通説）の基本的な誤謬」を鋭く指摘される見解が存在する。傾聴すべき正当性を包蔵するものであるが、通説的見解のその依って立つ立場に対して抜本的修正を迫るものであるが故に、本小稿において右見解を軽々に論じることは許されまいであらう。

三 (1)原審は「XのAへの共有持分権の贈与」を認定しているが、これはYにとってXの請求を排斥するために必要な抗弁事実たる主要事実である。したがって、主要事実であるとすれば、これにつき当事者の主張があつたのかどうか、本判決の検討のキーポイントとなる。

(2)原審においてXは「自己の所有権の単独原始取得」を主張

し、Yは「XY等によるAへの資金の提供によりAがXの紹介した請負人に請負わせてこれを新築したものであり、その後AはYにこれを贈与した(XY等の資金の提供→Aの所有権の単独原始取得→AのYへの贈与)」旨を主張している。したがって、当事者、とりわけYの主張においては原審認定の「XのAへの共有持分権の贈与」の主張は顕現していない以上、形式論理的には原審は当事者の主張なくして右主要事実を認定したという点で弁論主義に違反した結果となる。しかし、当事者の「主張事実」と裁判所の「認定事実」との間に実質的同一性がある場合には、勿論弁論主義違反とはならず、本件はまさしく右の実質的同一性の認められる一場合に他ならない。したがって、本判決の結論自体は正当であつたといわざるを得ない。

四 なお、補論として、本判決につき以下の二点の疑問を提出したい。

(1)第一に、本件が移転登記請求訴訟であることから、仮に今XのAへの共有持分権贈与」という事実が認められなかった場合、Xの請求の一部認容があり得るかが一応問題となる。というのは、Xの移転登記請求の一部認容とは共有持分権の更正登記という登記法上全く別異の登記を命ずることであり、かかる判決事項が申立事項の量的一部であるとはストレートに導けないからである。更正登記が移転登記の量的一部といえず、したがって一部認容という事態があり得ないとすれば、XY間の主張・証明責任の分配が次の如く異なってくる。即ち、本件家

屋の「XYA等による共有の原始取得」が認定されればその段階でXの全面敗訴となり、「XのAへの共有持分権贈与」という事実は、Yにとって抗弁事実たる主要事実ではなくなる。Yが共有の原始取得を主張したとしても、それはXの請求全体を否定する積極否認にすぎない、と考えられる。

この点につき、判例は抹消登記に対し更正登記が量的一部であるとす⁽¹⁴⁾る一方、釈明不十分を指摘する判例もある。登記と実体関係の早期一致の要請から申立事項の量的一部とみてよいであろうが、移転登記が認められるか否かという all or nothing の訴訟を考えていた当事者にとって意外な結果となる可能性もあり、また、主張・証明責任の所在が不明瞭になり当事者の攻撃防禦に困難をきたす慮れもあるから、判例も指摘するように、訴訟の結果や当事者の訴訟追行に影響を及ぼすような事項については、裁判所は訴訟過程で当事者に説示しておくことが望ましい。

(2)第二に、XYはいずれも、各々自己の所有権取得を正当化すべく家屋新築前後から訴訟時までの所有権の移転経路を時間的経緯に沿って主張し、Xの共有持分権の発生・消滅につき訴訟の天王山として争ったとは考えられない。家屋の共有の原始取得という事実関係は、第二審が判決形成に際して事後的に下した評価なのであって、当事者はこの点を全く意識していなかったと思われる。したがって、ここで法的評価を含む問題は裁判所が自由に認定できる、という見解には疑問がある。証明責任

に関する通説的見解によれば、証明責任の所在は当事者の攻撃防禦の指標となるもので訴訟の初めから予め定まっているとされるが、当事者が一定の法的構成を意図して主張しているにも拘らず（本件では単独原始取得、この法的構成とは全く異なる認定をなし得るとすれば（本件では共有の原始取得、証明責任が当事者の攻撃防禦の「道しるべ」とは決してなり得ないからである。仮にYが「XのAへの共有持分権贈与」という事実を自己が証明責任を負う主要事実であると認識していたなら、この点を明確に主張していただろうことは疑いない。結局、裁判所は当事者の意図した法的構成に拘束されるというべきであり、これと異なる法的評価を確信した場合には、それを当事者に披瀝して主張を促すと共に爾後の争点を意識させるべきである。その意味では、裁判所が判決書作成時に至って初めて当事者の主張を事後的に解釈していることにも問題がある。弁論において当事者が事実を主張するのは、それ自体が目的であり意味があるのではなく、事実の主張という形式を通じて間接的に権利の存否とそれを基礎付ける法律構成を主張しているのに他ならない。処分権主義といふ弁論主義といふ当事者の主体的意図・意思を尊重する当事者主義の具体的発現なのであるから、当事者の事実主張の背後にある法的意図が不明確な場合、相手方や裁判所の認識とくい違っている場合には、裁判所は主張された時点で直ちに釈明を求めべきであり（二七条一項は事実上の事項と並んで法律上の事項に関する釈明権を認めている）、もしこれ

を見過ごして弁論を終結した場合には、弁論を再開し(二三三) 条) 釈明により攻撃防禦を尽くさざるべきである。もし仮に不意打ち防止・防禦権保障理論もまた裁判所サイドから見た結果論的な事後評価であるならば、当事者の真の意図、意思に反した結論を導く危険がある。(18)

(3) 以上述べたように、X・Y・裁判所の三者間には本件家屋を原始取得した法主体という法的評価に関して齟齬が生じていたのであり、この点を原審が弁論において釈明・説示しておけば、そもそもXの上告理由はあり得なかった。原審の釈明権不行使の不当性は否めない。ただ、それが上告審において直ちに破棄事由となるか否かは別個の評価を含む困難な問題である。釈明権の適切な行使によって裁判の結果が変る蓋然性が高い場合には、原審に差戻すべきものと解する。

五 本件の判例評釈・解説として、菊井維大¹¹星野英一・判民昭二五年度・四五事件・二三六、斎藤秀夫・民訴判百六四事件・一三六、山本戸克己・民商三五三一一〇八、上村明広・判演講座・民訴法(小室直人編)一八六、がある。なお、本評釈二・三については斎藤、一・四については七戸が主として担当した。

(1) 菊井¹¹星野・本件評釈二三八頁。

(2) 兼子一・民訴法体系一九九頁、斎藤秀夫・申立事項と判決事項「民訴演習」一六一頁以下。今日では単に弁論主義といえは狭義の弁論主義を指す。なお、この点につき、伊東乾・弁論主義三三頁以下参照。

(3) 近藤完爾「当事者の主張しない事実」民訴論考Ⅱ五八頁以下。
(4) 松浦馨「処分権主義と弁論主義」法教(二期)一七七頁、近藤・前掲論文一四〇頁以下、鈴木正裕「主要事実と間接事実」新版・民訴法演習Ⅰ二二八頁。

但し、この「来歴経過に関する事実」は判例において極めて多義的に利用されており、「来歴経過に関する事実」イコール「当事者の主張を要しない事実」と決めつけることは極めて危険である(たとえば、鈴木・前掲解説二二八頁以下参照)。しかも、「来歴経過」の語は不幸な用語であった。それはやがて所有権の取得経過なども含むものと誤解せられ、その意味での来歴経過は単なる間接事実として裁判所の職権斟酌を許すものであると説かれるに至った(いわゆる来歴経過の法理)……(中略)……、いわゆる来歴経過の法理というように特別な法理は存在しないものと、考えなければならぬ(伊東・前掲書二二三頁)、と端的に理解される。

(5) 伊東・前掲書九六頁以下参照。

(6) 同書九七頁参照。

(7) 同右。

(8) 上村・後掲本件解説一九四頁参照。

(9) 菊井¹¹星野・前掲本件評釈二四〇頁、斎藤秀夫・後掲本件評釈一三六頁以下。

(10) 山本戸・後掲本件評釈四二二頁以下、上村・後掲本件解説一九五頁以下等。

(11) なお、井上繁規「不動産の所有権移転経過の認定と弁論主義」判タ四六五号三四頁参照。

(12) 伊東・前掲書一〇七頁参照。

(13) 学説の概要を示せば、かつては、「Narra mihi factum, narro tibi ius」の法諺通り、「数人の者が金員を拠出して家を建てた場

合、誰に所有権が帰属するか」という問題は法的評価を含むから、

裁判所は当事者の主張に拘束されないで別個の法的見地からこれを評価することができる。」と解する見解があった(山木戸・後掲本件評釈四二三頁)。今日では、不意打ち防止・防禦権の保障という実質的考慮を容れて、「構成要件的メルクマールや社会理念に照らして主張事実と認定事実の間に歴史的な事実としての同一性が認められる以上、当事者の主張事実を採用したと解してよいし、両者間にそうした同一性が認められる場合には、当事者主張の事実関係に関する法的分析や法的評価についても当事者の陳述に左右されない。」(上村・前掲本件解説一九六一一九七頁、鈴木・前掲解説三四頁)、

あるいは「証拠調において現実に当該事実の存在について当事者がその法的意味を意識して、あるいは意識せずとも事実上十分に努力したとみられる場合には「当事者の主張しない主要事実を認定しても、これにより不利益を受ける相手方当事者の適切な防禦の機会を不当に奪ったと認められないような特段の事情があり」弁論主義に違反しない(小山昇・民訴判例漫策八七頁以下。なお、同書はこの問題についての諸判例を詳細に分析される)、と説かれている(七頁)。(14) 最判(二小) 昭三八・二・二二民集一七一―一三三五、最判(二小) 昭四四・五・二九判時五六〇―四四。

(15) 最判(二小) 昭三七・五・二四裁判集六〇―七六七。一八六条違背を端的に指摘するのは東京高判昭三三・四・一三判時二一七―七。

(16) 近藤・前掲論文六八頁、鈴木忠一「民事訴訟における当事者自治の限界と実務上の問題」新実務民訴一〇九―一一〇頁。なお、法と事実の峻別不能に関して、伊東・前掲書七一頁以下が示唆に富む。

(17) 近藤・前掲論文二一九頁。

(18) 「事後救済の法理」の危険性につき、鈴木(正)・前掲解説二二

三頁。

(19) たとえば、新堂・民訴法(第二版)二九四頁以下、中野貞一郎

「弁論主義の動向と釈明権」ジュリ別冊・判例展望三四八頁、奈良

次郎「釈明権と釈明義務の範囲」実務民訴一二一九頁以下。

斎藤和夫・七戸克彦