

Title	〔下級審民訴事例研究 二〕 当事者が買戻特約付売買を主張している契約につき、譲渡担保と認定することが弁論主義違反にならないとされた事例
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.11 (1989. 11) ,p.130- 146
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19891128-0130">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19891128-0130</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 〔下級審民訴事例研究二〕

2 当事者が買戻特約付売買と主張している契約につき、譲渡担保と認定することが弁論主義違反にならないとされた事例

静岡地裁富士支部昭和六三年六月四日判決（昭六〇（ワ）第一一六号、昭六二（ワ）一一三号）、所有権移転登記等抹消登記手続請求（甲）事件・建物退去土地明渡請求（乙）事件、判例タイムズ六八三号二〇六頁

### 〔事 実〕

甲事件と乙事件における当事者の主張の概要を「判決の事実」の欄の記載から纏めると次のようになる。

①原告X（乙事件被告）は所有権に基づき被告Y（乙事件原告）に対しては土地建物の所有権移転登記の抹消登記手続を求め、被告Z（銀行）に対しては根抵当権設定登記の抹消登記を求めた。②これに対する被告の抗弁は次のようなものである。

XとYとの間に昭和五五年三月二六日に「代金八千万円、昭和五七年三月二六日まで右代金とこれに対する日歩五銭五厘（年利換算約二割）の利息を支払うことによる買戻ができる旨」の特約付売買が成立し、その後合意により「買戻期限が昭和五八年三月二五日までに、次いで昭和五九年三月二五日まで延

期」された。Xは最終買戻期限までに買戻をしなかったので、

本件土地建物はYの所有になった。③被告銀行Zは次のような主張をした。昭和五五年一月七日に被告Yから債務者A観光開発株式会社のため被担保債権を銀行取引による一切の債権とし極度額一億円の根抵当権の設定を受け、その旨を一月一七に登記をした。昭和五九年三月三一日に同様な極度額一億一千万円の根抵当権の設定を受け、その旨を四月二日に登記をした。

④原告の再抗弁は次のようなものである。買戻特約付売買契約成立の事実が認められるにしても、虚偽表示により無効である。昭和五五年三月二四日頃、XがB商事株式会社から本件土地建物を担保に金を借りることについて、XとYは話し合った。YからXに対して「XはBと取引がなく信用がないから、取引も

あり信用のあるYが所有者であるように仮装するために便宜上本件土地建物の所有者名義をXからYに移し、Bから金を借り入れる」旨の話があり、これに同意して、買戻特約付売買が成立した。⑤これに対して乙事件はYが甲事件における自己の主張に基づき、Xとその息子が現在本件建物に居住していることを理由に、同人達に対して建物退去・土地明渡しを求めた事件である。

裁判所は右当事者の主張に対して次のような事実を認定した。⑥昭和五五年三月中旬、Xは資金繰りに苦しみ金融業者Cに対して借入を申し込むが断わられたので、Yに借入を申し込んだ。CはYなら貸すと言ったので、Yは額面三千万円の約束手形をCに振出しCから三千万円を借り受け、それをXに貸し渡した。⑦ところで当時Xは株式会社D商事に対して五千万円前後の債務を負担し、本件土地建物をD名義にして担保に供していた。前記三千万円の融資後まもなくこの窮状を知ったYはXとの話合で、Dの利息は高利なので（日歩二〇銭位〓年利七割三分）、Dへの債務を清算することにした。そこでDへ五千万円を支払うことで土地建物の名義をXへ戻すことについて同月二五日にDの確約が得られた。前記三千万円の融資と同様な方法でYはCへ五千万円の約束手形を差し入れて、現金四千万円を借り受けた（天引き利息百万円を含めれば五千万円）。XはそれとYの妻の立替金とでDに対して四千九百五十一万九千七百十八円を支払い、四月一日に移転登記等を一切抹消した。⑧X

はYからかくして二回にわたり合計七千九百万円を借りたのであるが、その頃、Xがオーナーで今回の借入金が使用されたE産業株式会社の振出しで額面合計八千三百万円の約束手形三通がXから白地式裏書をしてYに交付され、Yは現に所有している。⑨a. 四千九百万円の貸し付けがなされた同日（三月二七日）頃、XとYとの間に「代金八千万円、二か年内に代金と利息日歩五銭五厘（利年約二割）の利息と契約締結に必要な費用を支払うことで買戻しできる」条件で本件土地建物の売渡しの合意が成立し、契約書が作成された。b. 合意に際して売買代金の八千万円が決められたのは、YがXに貸すためCから借り受けた金額が天引き利息を含めて八千万円で、YがXに手渡したのは七千九百万円であったからであり、本件土地建物の価額については交渉はなされていない。移転登記手続費用はXが支払った。またXはYに対して前記手形とは別に合意に関して代金八千万円の領収書を作成し交付した。c. Yは四月三日付けをもって三月二七日の売買を原因とした移転登記をしたが、Xを権利者とする買戻の登記はなされなかった。⑩本件土地建物はXとその息子とその家族らが従来より本件建物に居住し、観光物産店を営んでいる。Yは引渡しを受けたこともないし、本件土地建物について担保以外の利用を必要としていない。⑪買戻期間は合意により二回に延長され、最終的には昭和五九年三月二五日であった。裁判所はこのような事実認定に基づき次のような判断を示した。

〔判旨〕

「右認定事実によれば、原告Xと被告Yとの間には、昭和五五年三月二十七日頃、本件土地建物について前記認定の如き買戻特約付売買名目の合意が成立したものであるが、右に認定したように右合意における代金八〇〇〇万円の授受に関しては、原告Xの代金領収証が作成されたほかに原告Xから被告Yに対して額面合計八三〇〇万円の約束手形が差し入れられたうえ、被告Yのための本件所有権移転登記手続費用は原告Xが支払い、民法五八〇条二項により伸長することが許されないものとされている買戻期限が二回にわたり延長されていることなどにかんがみれば、右合意は、民法上の買戻特約付売買でないのはもとより、いわゆる売渡担保でもなく、前記合計七九〇〇万円の貸金債権を担保するため、二か年後を弁済期として本件土地建物の所有権を譲渡する趣旨の譲渡担保契約の合意であると認めるのが相当であり、右合意が虚偽表示によるものであるかどうかの判断を一時措けば、被告Yは、右合意により、本件土地建物について、譲渡担保権を取得したものであると認めることができる（ある合意が、売買であるか、譲渡担保であるかどうかの問題は、法律行為の法律的性質に関する事柄であるから、右のように認定しても弁論主義に反するものではないと解される。）」

〔評釈〕

判旨に反対である。

一 裁判所の認定した事実によって事件の真相を理解しようと

するならば、本件は関係者が多数でしかも金員や本件土地建物の名義の動きも単純ではなく、訴訟も甲事件と乙事件の併合ということで、かなり複雑な様相を示している。しかし、民事訴訟法上の主たる問題を簡潔に表現するならば、「当事者が買戻特約付売買契約と主張している契約について②④、裁判所は譲渡担保契約と認定することは許されるか」ということである。そこで本件判例研究ではこの問題のみを論じ、他の問題点の検討は省略する。

さて本件判例はこの問題について積極的に解し、その理由として「ある合意が、売買であるか、譲渡担保であるかどうかの問題は、法律行為の法律的性質に関する事柄であるから、右のように〔筆者注〕当事者の買戻特約付売買の主張に裁判所が譲渡担保と」認定しても弁論主義に反するものではない」と説いた。この判例の見解は二つの命題に分けることができる。第一の命題は裁判所の法的判断が当事者の法主張に優先するということであって、裁判所は当事者の法主張に拘束されないということである。第二の命題は判例では述べられていないことではあるが、裁判所が当該合意の法的性質について譲渡担保契約と解したことから導き出される命題である。すなわち、譲渡担保契約を構成する事実の収集に弁論主義違反はない（当該事実につき当事者の主張はあった）ということである。なぜならば判例が法的性質について当事者の主張に拘束されないと述べていることは当該判例対象である事実の確定について何等の違法はないとい

うことを前提にしていることだからである。つまり判例は第二命題を当然の前提にしているものであり、そもそも一般に第一命題が述べられる場合に第二命題は確かにそこに現れてこないが、当然の前提であり第一命題に論理的に先行するものである。以下ではこの二つの命題の当否について論理的順序に従い、先ず第二命題から判例のように考えることができるのか検討してみようと思う。

二 ここでは裁判所が当該合意を譲渡担保契約と判断したこと  
に弁論主義違反がないかを考察してみる。弁論主義のいわゆる第一原則によれば裁判所は当事者が主張した事実に基づいて裁判しなければならぬ。そして今日の通説的見解によれば弁論主義が問題とする事実は主要事実であり、具体的には訴訟物たる法律効果の発生、変更、消滅を直接に招来する要件事実である<sup>(4)</sup>。本件は原告の所有権が訴訟物であり、その存否を裁判所が判断しなければならぬ。本件判決の事実欄の記載によれば、訴訟において被告は買戻特約付売買を理由に原告の所有権の消滅と自己の所有権を主張し<sup>(5)</sup>、それに対して原告が虚偽表示を再抗弁として主張している<sup>(6)</sup>。そこで裁判所が原告の所有権の喪失の理由として譲渡担保契約を根拠にする場合は、前記弁論主義の理解によればこれらは原告の所有権の得喪変更に直接関係するものであるから、当事者の主張を必要とする。判決では当事者は買戻特約付売買と主張したことになっていて、当事者は全く譲渡担保契約を主張しなかったのであるから、そ

のことだけみると弁論主義違反ということになる。

それにもかかわらず弁論主義違反にならないとの見解が考えられる。第一は当事者の買戻特約付売買と主張したことが、当事者の法的呼称の誤りであり譲渡担保契約と判断した基礎となる事実、すなわち譲渡担保契約の要件事実については既に当事者の主張があったと考える見解である<sup>(6)</sup>。以下ではこの見解を仮に法的呼称誤り説と表示する。第二は当事者の買戻特約付売買についての主張の背後にある法律構成以前の事実関係に注目してみると、それに基づいて譲渡担保契約と判断できるものであり、いわば法律構成以前の事実レベルでみると当事者と裁判所の判断に不一致はないとする見解である。法律構成以前の生の実事に注目する見解である（以下では仮に生の事実論と表示する）。第一説の法的呼称誤り説との違いが問題になるが、当事者の法主張に裁判所は拘束されないということ、当事者によって事実の主張は必要であるとの見解の下に、当事者の法主張の中に既に事実主張されていると解する点で、両者は基本的には同じ立場と私は考えている。相違点は、生の事実論の方が実質を重視して、当事者の主張した法律構成と裁判所の法律構成との乖離の幅が大きいと言える。つまり法的呼称誤り説は当事者の主張する法律構成を形成する事実と裁判所の認定のそれとが同じであり、両者はほとんど重なり合うが、生の事実論では必ずしもそのようなことに固執せず、実質的に見て当事者の法主張の背後の事実と裁判所の法判断の背後の事実が同じであ

ればよいと考える立場である。<sup>(8)</sup> 第三は事実関係や認定した事実からして、<sup>(9)</sup> 本件では讓渡担保契約を構成する要件事実について當事者の主張はあったと考える見解である。<sup>(10)</sup> 當事者の黙示の主張があったと考える訳で、仮に黙示主張説と表示することができると見解である。第四は裁判所の認定した讓渡担保契約を構成する事實は當事者の主張を必要としないとする見解である。弁論主義の適用を受けないと考えるか、あるいは弁論主義の根拠について例えば不意打ち防止と考え、本件では當事者の主張なしに裁判所が讓渡担保と判断しても當事者に不意打ちにならないとする見解である。<sup>(11)</sup> 仮にここでは主張不要説と表示する。第一説乃至第三説は先に述べた弁論主義の根拠や適用に関して通説の見解に立って當事者の合意について讓渡担保契約と判断したその根拠になる事實、すなわち讓渡担保契約の要件事実に対応する事實については當事者の主張を必要とすると理解し、その理解の下に弁論主義違反にならないと考える説である。これに対して第四説の主張不要説は主張しなくても弁論主義違反にならないとする立場である。さて、これらの諸説は際立った差異がある訳でなく表現の違いに過ぎないとの批判が考えられるが、本問題に関する諸説を右のように理解した上で、以下ではこれらの諸説の可否を考えてみようと思う。

第一説の法的呼称誤り説は、讓渡担保契約についての要件事實は當事者の主張を必要とするということを前提にする限り、裁判所が買戻特約付売買との當事者の主張と異なつて讓渡担保

と判断しても弁論主義違反にならないというためには、當事者が主張した買戻特約付売買契約を理由づける事実と、裁判所が判断した讓渡担保契約を理由づける事実とが同じである必要がある。なぜならば當事者の法的主張は裁判所を拘束しないという命題自体検討を要するにしても（それは次の三で検討することにする）、通説の見解に従いその命題を肯定し、弁論主義についても先に示した一般的理解に基づくならば、兩者の事實が同じであることよつて初めて、「事實は主張されていたが、當事者と裁判所の法的判断の違い、すなわち當事者の法的呼称の誤りであるから弁論主義違反にならない」ということが言えるからである。しかし、買戻特約付売買と讓渡担保とは法的評価の違いで、契約を構成する事實は同じであるということは困難なように思う。確かにかつては兩者はよく混同されたために買戻特約付売買と表示されていても讓渡担保と解すべきであるとか、兩者の違いは消費貸借契約に基づいた債権が存在するかどうかで区別すべきであるとか一般に説かれている。<sup>(12)</sup> そのような実体法上の理解に立つならば、この債権の存在は買戻特約付売買という主張では現れてこないことであり、兩者は事実レベルで重なり合う訳ではない。つまり買戻特約付売買と讓渡担保は単なる法的評価の違いではなく、基礎となる事実そのものが異なるのである。しかも債権の存在は讓渡担保の要件事実に該当するものであるから、當事者の主張を必要とするものである。そうなると當事者の法的呼称の誤りであるとする見解は本件で

は無理であり、この理由からこの説を支持することはできない。<sup>(13)</sup> 本件判例は既に見たように裁判所の譲渡担保との判断と、弁論主義の關係については裁判所の法的判断の専權との考えからか、単に弁論主義違反ではないと述べて、事実の問題について一言も触れていない。かような態度は法的呼称誤り説の立場にたっているように思うが、そうであるならば既に述べた理由から本件判例には賛成できない。

なお買戻特約付売買と譲渡担保の關係について、当事者の力關係で契約の文言上は売渡であつて債権債務は残存しないと明記されながら、実質は債権担保であることは否定できない事例が多く、力關係によつて借用した法形式が違つているに過ぎないだけで法的効果まで異なるような解釈は極力避けるべきであるから、所有権移転契約形式でも実質が担保契約なら譲渡担保として把握すべきであるとの見解が実体法では有力である。<sup>(14)</sup> ここで本件判例は当事者の買戻特約付売買との主張を譲渡担保と判断することを当然のことと考えたのかもしれない。しかし、本件事案はそのようなことが問題になる事例とは異なつているように思う。そのような場合の多くは当事者間で既に買戻特約付売買か譲渡担保かで争われている場合か、あるいは明確にそのような主張はないにしても、所有権の帰属を巡る主張の背後に契約の法的性質論（買戻特約付売買か譲渡担保）が明らかになる場合ではないかと思う。すなわち、本件のように買戻特約付売買を巡つてそれが虚偽表示か否かで当事者間で争われている

の場合と異なる。それ故に従前の実体法上の議論がそのまま本件に当て嵌まらないし、問題は訴訟法上のことであり、事実が当事者によつて主張されたか否かということである。

本件では当事者の法主張を構成する事実と裁判所の法判断を構成する事実とは異なるから法的呼称誤り説は成立しないとなると、そのようなことを厳格に考えない第二説の生の事実論が浮上してくる。実質的にみて譲渡担保契約と判断した基礎となる事實は当事者によつて主張されていたと解せられないかというところである。一般に弁論主義違反の有無が問題になつた事件において弁論主義違反との見解に対して、「当事者の法主張を構成する生の事實に還元すると、事實は当事者によつて主張されておき、裁判所の判断と当事者の判断との食違ひは法的判断に対しての違いであつて何等の違法はない」という見解が有力である。<sup>(15)</sup> 本件では判決の事実欄の記載によれば、被告は買戻特約付売買との主張において、民法五八〇条二項で認められていない買戻期限の延長が二度なされたことを明らかにしている。

このようなことや本件判例が認定した事実から推則して、買戻特約付売買との当事者の主張の背後には譲渡担保に関する事実も含まれていたと解することは不可能ではない。しかし、当事者の法的判断に対して裁判所は何等拘束されるものではないとの見解の可否の問題は別にして（これは次の三で考察してみることが、そもそもかような方法によつて弁論主義違反のないことを肯定する方法には疑問がある。確かにかように裁判所が積極

的に真実に迫るといふ姿勢は審理の迅速と真実に基づいた裁判に貢献する面があることは否定できない。しかし、主張した当事者の意図に反する場合もあろうし、相手方にとってはそれに十分な対応ができない不意打ちとなり、当事者の訴訟上の利益を害する可能性が大きいことも否定できない。本件の場合はこれらのうちいずれであったかは判決からは直ちに判断できないが、そもそもかような生の事実論による方法が一般的に認められるならば、訴訟活動における当事者の権能は縮小し、弁論主義を民事訴訟法に採用した意味が失われるであらう。すなわち当事者に裁判資料収集に関する権利と義務を与えることによって訴訟において当事者の主体性を確保し、訴訟それ自体に当事者による法発見の意味を付与し、それによって審理を活性化させるという民事訴訟法の弁論主義の採用の意味が毀損されるであらう。<sup>(18)</sup>これが問題である。裁判所は常に真実の発見に努め、当事者の主張を形式的に把握しないとすする姿勢は大切であるにしても、もし当事者は生の事実を主張しようとするつもりでないにも拘らず、裁判所が当事者の法主張の中から事実の主張を取り出して勝手に事実主張があったとして事実認定をした場合に、生の事実論では当事者はそれに対して全く文句が言えないことになる。これが問題である。手問と時間を掛けることになるが、その主張をした当事者の真意を確かめ、相手側にもそれ<sup>(19)</sup>に対して十分な対応ができるような訴訟指揮や釈明をすべきである。もしそうでないと、当事者に不測な損害を与え、当事者

の弁論の活性化に反し、弁論主義そのものの基礎を危うくする可能性が考えられる(決して希有な事例とは考えられない)。仮に個々の事例で妥当な結論を導くとしても、安易に生の事実論は認めることはできない。

次に第三説の黙示の主張説について考えてみよう。本件の場合は裁判所は詳細な事実認定を下に自信をもって弁論主義違反はないといっているところをみると、裁判所はこの点について当事者の主張があったと考えたのかもしれない。裁判所が詳細な事実の判断をしているのは証拠によって事実を構成したのではなく、当事者の事実主張に裏付けられているのかもしれない。つまり買戻特約付売買という当事者の主張の中に譲渡担保と見られる一連の事実が集約されて主張されていたのかもしれないし、あるいは弁論の全趣旨等で譲渡担保を構成する事実が主張されたと解することができたのかもしれない。当事者の法主張を生事実分析するのではなく、主張すべき事実につき当事者の黙示の主張があったと考えられないかということである。しかしながら、かような理解が正しいにしても、そのような取扱いが妥当であるかという疑問がある。そのような取扱いをするのなら、先ずそのようなことを審理中に当事者に示すべきであるし、また判決でも明らかにすべきである。確かにそのような手続を採らなくても、裁判所の譲渡担保との判断が当事者の事実主張に基礎を置き、決して奇異な感じを当事者に与えるものではなく、相手方も譲渡担保との構成に対して十分な対応



ができた場合もあろう。そうであるなら問題はなしいといえる。しかし、生の事実論で述べたように、かような取扱いを一般的に肯定することは問題である。法的呼称誤り説に対する批判として述べたように、買戻特約付売買と譲渡担保との要件事実が重なり合わないことを考えると、当事者の買戻特約付売買との主張に対して裁判所の譲渡担保との判断が当事者に不意打ちの印象を与え、相手方に十分に対応する機会を与えなかったという場合も考えられるからである。本件はその場合でないとい概に否定できないし、かような取扱いを是認すると弁論主義の形骸化を導くという点も注目すべきである。結局のところ判決において当事者が主張した事実を整理して明らかにしない以上、弁論主義違反のいずれであるかは外部からは窺い知ることとはできず、このことよって弁論主義違反の有無について紛争が生じることは不幸な事態と言わなければならない。そうなると基準としての明確さを要求すべきであり、個別具体的な状況で弁論主義違反の有無を判断すべきではないのかもしれない。<sup>(20)</sup> 事実の主張の有無について明らかにしないまま法的評価を裁判所が下すのではなく、手続の適法性を明らかにし自らの判断の正当性を宣言する意味で、弁論主義に沿った審理とそれに基づく判決を書くべきであろう。そのようなことから黙示の主張説には賛成できない。裁判所は黙示の主張があったと解したならば、当事者の真意を確かめるべきであり、その旨を判決に書くべきである。

次に本件の場合に譲渡担保に関する事実について当事者の主張は必要でないとの第四説の見解の可能性を考えてみよう。本件で裁判所が譲渡担保契約と判断したとしても、審理の経過から当事者には不意打ちとはならず、その意味でこの点に関して当事者の主張は必要としないとの見解が考えられる。弁論主義の根拠を不意打ち防止と理解することが問題であるし、果たして本件の場合にそのように言えるかという点と判決理由や判決の事実の欄だけでは判断しにくい。<sup>(21)</sup> 既に述べたことであるが、判決そのものから弁論主義違反の有無が分からないというのは好ましいことではないし、本件では判決だけでは譲渡担保に關して当事者の主張があったか疑問である以上、不意打ちにならないとは判断できない。そうなるとこの見解を支持する訳にはいかない。あるいはそもそも譲渡担保についての事実を弁論主義の適用はないと考えられないか。一般論として言うならば可能なことではないと思うが、それは当事者が単に譲渡担保と述べて、それ以上具体的な事実を述べない場合であって、当事者の主張が事実の総合的な主張と解することができる場合である。本件はこのような場合ではないから、このような場合以外にも当事者の主張は不要であると言えるかが問題になる。もし本件で譲渡担保契約や譲渡担保契約を基礎付ける事実について当事者の主張がないにもかかわらず、裁判所が譲渡担保と判断できるとするならば、弁論主義そのもの否定になるように思う。なぜならばこれらの主張が必要でないとしたら、当事者は何を主

張しなければならぬのかという問題が生じるからである。すなわち、単に所有権の有無に関する主張だけで、それ以外は弁論主義が適用されないということになり、それは正しく当事者は訴訟物についての存否の判断を述べれば足りるとの見解に等しく、正に弁論主義そのものの否定に繋がるからである。弁論主義の根拠や適用領域について如何なる見解を支持するにしても、原則として本件で譲渡担保契約や譲渡担保契約を基礎付ける事実について、当事者の主張を必要としないと説くことはないであろう。こうしてみると当事者主張不要説は支持することはできない。

このように本件で弁論主義違反にならないとする諸説について検討してみたが、<sup>(23)</sup>結論的に言うならば、判例の見解と相違して弁論主義違反の疑いが強いものであり、弁論主義違反にならないとするには種々な問題があるように思う。また実質的に弁論主義違反か否かを判断すべきであるとの観点からみると、本件では弁論主義違反にならないとする見解を全面的に排除できないが、それにしても、裁判所は当事者の法主張と異なる法律構成をする場合は当事者の主張した事実に基づいているかを注意すべきであり、そのような配慮がなされたとは思われない本件裁判所の措置は、弁論主義の観点から疑問であり、賛成できない。

三 法律行為の法律的性質について、裁判所は当事者の主張とは異なった判断を下してよいというのが本件判例の見解である。

従来この点は一般に当然のことと考えられてきたが、しかし、その根拠となると、「法は裁判所の知るところなり (iura novit curia)」とか、あるいは「余に事実を語れしからば汝に権利を語らん (Narrare mihi factum, narro tibi ius. あるいは Da mihi factum, dabo tibi ius.)」というラテン語の法諺を引用するだけであつた。ラテン語の法諺の引用でもって根拠を示すということは、裁判所の法的判断についての専権はラテン語が示すようにローマ法以来の普遍的原理であり、このことは疑問の余地のないことであるということの意味するものであろう。そこで裁判所の法的判断の専権についてその根拠を考える場合は、先ずこの法諺についてかような理解が正しいか否かが検討されなければならぬ。この法諺についてその由来と意味を論じた最近の見解を概観してみると、今日ではこの法諺の由来そのものに議論があり、そのことからこの法諺は決して民事訴訟法の普遍的原理を述べたものではなく、歴史的制約を有するものとして理解すべきであるということが分かる。<sup>(24)</sup>またこの法諺は民事訴訟法の手続の過程の全ての場面で妥当するものでなく、弁論の過程での当事者の法主張とそのため訴訟活動を尊重する意味で、正確には「当事者と共に裁判所は法を知る」ということが正しい表現であると説かれて<sup>(25)</sup>いる。こうしてみると、ラテン語の法諺だけで裁判所の法判断に関する専権を説明するのは困難なように思う。

実質的に考えても最近の研究論文が指摘するように、<sup>(26)</sup>最終的

な法判断は裁判所が行うにしても、そのことから、直ちにそこに至る過程において当事者との討論、対話が必要ではないという事は導き出されない。また弁論主義は事実に限られるという事も、そのことからこれまた直ちに、法的判断について当事者の主張は不必要であるというものではない。しかし、かやうに裁判所の法的専権のあり方に疑問を呈しても、そのことから直ちに当事者の法的判断に拘束力が生じることが導き出されないことも確かである。権利自由については拘束力を認める見解が有力であるが、そうでない場合にまで当事者の法的判断に裁判所が拘束されると説くのは言い過ぎであるし、根拠がない。個別事件を通じて法を明らかにする裁判所は自由な立場で法を判断すべきであるが、それは当事者が判断対象と判断資料をそれぞれ処分権主義、弁論主義によって規定し、個別事件を特定するということと調和しなければならない。結局のところ、最終段階で裁判所の法的判断が当事者のそれに優先することとは当然としても、そこに至る過程において当事者の法判断は尊重されるべきであるというのであろう。これが近時有力説の主張の要点ではないかと思うが、正当な見解であると思う。それ故に法判断についての従前の議論は訴訟終了時の静止的狀況における議論であり、最近の議論は裁判所の最終的法判断に至る過程での言わば訴訟の動的状況における議論ということではないかと思う。従前の議論はともすれば訴訟過程における当事者の法判断についての問題が欠落していたように思う。その

意味では最近の法判断に関する議論は従前の見解との対立というよりは新しい視点からの問題提起として評価すべきものと思ふ。

当事者の法判断も尊重されなければならないと言う場合に、それは法的にどのような義務と考へるべきであらうか。これが正に問題である。結論を言うならば当事者の法的判断とは異なる判断をする場合は、裁判所は釈明権を行使して自らの法的見解を明らかにした上で、それに対する当事者の主張を聞くべきであると思う。たとえ弁論主義に違反しないとはいえ、裁判所の法判断が当事者に驚きを与えるようなものであつてはならない。審理の都合上どうしても裁判所が法判断を最後まで明らかにできない場合もあるが、極力かようなことは避けるべきではないだろうか。裁判所がかようなことを行わなかつた場合は単なる訓示の規定として処理するのではなく、場合によっては釈明義務違反として審理不戻として破棄差戻しの対象になると考へるべきであらう。要するに当事者の主張する法的構成と裁判所のそれとが異なつた場合は、当事者との討論を通じて当事者に意見陳述の機会を与えるべきである。

このような最近の議論の状況の下で、言へることは、当事者の法的主張に裁判所はもう少し配慮すべきであるということである。もちろん裁判所にかような議論を踏まえた判決を要求することは実務に必要以上の学界の理論上の議論を持ち込むことで好ましいことではない。ところで村松俊夫判事は「弁論主義

に就ての一考察」という戦前の論文の中で裁判所の法適用について当然の職責であるとして、*Jura novit curia* を引用し、「余に事実を語れ、余は汝に権利を与へん（*Narra mihi factum, narro tibi jus*）」との語は、「裁判官と当事者の分業関係を巧みに表現してあるものである」と述べている。<sup>30</sup> 注目すべきはこの文章の最後に注を付して「法律解釈又は法律の適用等の法律問題が、当事者間の唯一の或重要な争点を為す場合に於ては、当事者に其の争点に付き十分に論議を為さしむることが、妥当なる処置なるのみならず寧ろ必要な場合が相当多からん。」と述べていることである。<sup>31</sup> このことが本件の場合にそのまま適用できるかは問題であるにしても、村松判事の主張は今日的表現で言えば、法律問題といえども当事者の手続権を保障せよとの主張と評価できるものと思う。つまり当事者の法判断の尊重ということは何も今日になって急に浮上した問題ということではないということである。判事の言葉を拡張して当事者間での唯一の争点に限らず、裁判所と当事者との争点の場合にも当事者と裁判所との対話は妥当な処置であり、場合によっては必要とすることが言えるのではないかと思う。

本件ではそもそも法判断の前提となる事実が当事者によって主張されたか否かが問題であることは既に二で論じたことである。そこでたとえ当事者の法主張と裁判所の判断とは部分と全体、あるいは生の事実とこれを法的に評価したものと解するにしても、本件では法的構成によって所有権の移転で差異が生じ

る以上、そのことについて予め裁判所は当事者に明らかにしておくべきであったように思われる。この点について判決理由を見てみると、裁判所に何等の配慮があったとは思われないので、本件判例の判断に賛成できない。もっともこれが直ちに釈明義務違反になるかという問題であり、慎重な判断が必要であるが、当事者の法判断尊重を定着させるためには肯定的に解してもよいではないかと思う。

(1) 従来この第一命題は自明のこととされてきた。しかし、今日ではその根拠及びその妥当する範囲が問題とされている（最近の文献については後注、24参照）。例えば私自身、権利自白についてであるが、裁判所の法判断権の限界を論じたことがあった（裁判上の自白法則の適用範囲『講座民事訴訟第五巻』一八〇頁以下〔昭60〕）。つまり今日においてはこの命題は裁判の本質に根ざした自明の原理ということ、それ以上何等の検討を必要としない命題ではなく、そのこと、すなわち裁判所の法判断が当事者の法判断に対して優先すること、あるいは裁判所が法判断に専権を持つという命題それ自体は肯定した上で、命題が認められる要件あるいはその限界を考える必要がある。

(2) 当事者の法主張とは異なった法判断をしても弁論主義違反にならないという第一命題は、当事者の法主張に拘束されずそれと異なった裁判ができるという意味に過ぎず、裁判所の法判断が適法な手続で形成されたということを明らかにするものではない。本件について言えば、裁判所は当事者の買戻付売買契約との主張に拘束されないにしても、裁判所の譲渡担保契約との判断が適法な手続に基づいてなされたということを明らかにする必要がある、これについて

は先の第一命題に関係なく別途の論証がなされなければならない。換言すれば民事訴訟において弁論主義を否定しない以上、裁判所が譲渡担保契約と判断した合意について、それを構成する事実の収集に弁論主義違反のないことを明らかにする必要がある。本件判例はこの点を全く問題としないが、それは失念したからではなく、弁論主義違反のないことは当然のことと考えているからであろう。

さらに推測すれば弁論主義違反はないとの裁判所の判断は譲渡担保契約と判断した契約について、それを構成する事実について弁論主義の適用を受けないから違反はないというのではなく、これについて当事者の主張はあったと考えていることに基づくものと思われる。本件判例の沈黙はこのように理解すべきであり、このような判例の見解が妥当であるか検討して見る必要がある。

(3) かくして本判例研究の考察対象は、裁判所が譲渡担保契約と判断した契約について、それを構成する事実の収集に弁論主義違反はあったのか否かという問題と、裁判所の法判断の専権についての本件判例の見解は果たして正当なものだろうかという問題である。

(4) 弁論主義の内容、根拠、適用領域の今日の学説の概要については、私は中野貞一郎編『現代民事訴訟法入門』一五八頁以下〔昭60〕で述べたことがあるが、そのことは現在でも通用すると思っっている。なお詳しくはその後に発表された青山善充「主要事実・間接事実の区別の主張責任」『講座民事訴訟法第四卷「審理」』三六七頁以下〔昭60〕、奈良次郎「主要事実・間接事実の区別」『民事訴訟法の争点』二二四頁〔昭63〕等に譲る。豊富な文献を駆使してこの問題について今日的視点から詳しく論じている。

(5) 裁判所が原告主張の虚偽表示についてどのように判断したかは弁論主義の問題とは関係ないが、事件について裁判所の理解や事件そのものの把握に意味があると思うので、次に掲げる。なおその中

に「前記二一認定」という言葉が出てくるが、これは本判例研究の事実の欄の⑥に纏めたことを指すものであり、「前記二二認定」は⑦のことで、「前記二認定」は「判旨認定」と読むべきである。

「原告Xは、右譲渡担保契約は、通謀虚偽表示によるものであるから無効である旨主張する。

確かに、(証拠)によれば、被告Yが原告Xに対し前記二一認定の三〇〇〇万円を貸し渡した際には東京都内の金融業者であるB商事の名前は話題に出なかったものの、その後、原告Xと被告Yとの間において前記二二認定の四九〇〇万円の追加融資や譲渡担保契約の話しがなされた頃、被告Yにおいて、同被告の知っている東京都内の金融業者であるB商事から、D商事より低利で原告Xが八〇〇〇万円位の借入をすることができるようには斡旋の労をとる意向を申し向けたことがあったこと、しかるところ、B商事からの借入が実現できたとしても貸付の実行までには一定の日数を要したうえ、借入にあたっては不動産の担保を提供することが必要であったのに前記二二認定のとおり本件土地建物はその当時D商事の所有名義になっていて担保を提供することができなかったことなどから、B商事からの借入が実現するまでのつなぎとして、被告Yが原告Xに対して前記三〇〇〇万円に続いて更に四九〇〇万円を追加融資したものであったこと、そのため、被告Yと原告X間において右各貸金債権を担保する目的で本件土地建物について前記二二認定の譲渡担保契約が締結され、被告Yは本件所有権移転登記を經由したものであるが、その後に原告XがB商事から多額の金員を借り入れることができ、被告Yに対して右貸金債権の支払がなされれば、被告Yの譲渡担保権は消滅するに至ることが認められるが、B商事からの貸付は実現しないということが認められるが、以上認定事実によって、前記譲渡担保契約が、便宜上被告Yの所有名義になして、B商

事から借入をするために通謀でなされた仮装のものであるとは直ちに認め難く、〈証拠〉によつては、右譲渡担保契約が虚偽表示による仮装のものであるとする原告本人の供述部分を裏付けるには足りず、他にこれを認めるに足りる証拠はない。

したがって、原告Xの前記主張は採用することができない。

それゆゑ、被告Yの本件所有権移転登記は、売買を登記原因にするものであるが、譲渡担保は債権担保のために目的物の所有権を担保権者に移転するものであるので、登記原因のある有効なものというべきである。」

(6) 訴訟上の請求に関する議論であるが、裁判所が当事者の法的呼称に拘束されない場合を論じるものとして、山木戸克巳『民事訴訟理論の基礎的研究』一三〇頁[昭36]がある。同様な問題の消費貸借と準消費貸借の関係については鈴木正裕他著『演習民事訴訟法』九九頁[昭57]。この種の問題について判例を詳細に分析したのもとして小山昇『民事判例漫策』二五頁以下[昭57]がある。

(7) 所有権移転の経過と弁論主義が問題になる場合、この種の見解が主張される場合が多い(拙稿・前掲入門一六九頁以下参照)。例えば上村明広『弁論主義』(小室直人編『判例演習講座民事訴訟法』一九五頁以下[昭48])は、最判昭和二十五年一月一〇日民集四卷一五五頁以下がいわゆる来歴経過論から弁論主義違反ではないと判示したことについて、来歴経過論の誤りを説いて生の事実論から判例の結論に賛成している。なおこの判例のいわゆる来歴経過論に賛成するものとして斎藤秀夫「主張事実と認定事実」民事訴訟法判例百選一三六頁以下[昭40]、菊井維大「星野英一」判例民事法昭和二十五年「二二九頁以下[昭37]がある。

また最判昭和四一年四月一二日民集二〇巻四号五四八頁は弁論主義違反で原判決を破棄したものであるが、「生の事実論」を展開し

て原判決の擁護論が展開された。例えば新堂幸司・法学協会雑誌八四巻三号三九五頁以下、同「民事訴訟法理論はだれのためにあるのか」近藤「浅沼編『民事法の諸問題』第四巻」二六九頁以下[昭45]、初出昭43」、木下忠良・民商法雑誌五五巻五号七八七頁以下[昭42]、福永有利・ジュリスト年鑑一九六七年版(ジュリスト三七三三三三三三〇一頁以下[昭42]、同・昭和四一年度重要判例解説(ジュリスト増刊号)六八頁[昭48]、飯塚重男『弁論主義』鈴木俊光「白川和雄編」ケーススタディ民事訴訟法Ⅱ」一九九頁以下[昭52]」等である。最判五五年二月七日民集三四巻二二〇二頁は弁論主義違反で原判決を破棄したものであるが、生の事実論による批判が主張された。例えば小林秀之「所有権移転経過の認定と弁論主義違反」昭和五五年度重要判例解説(ジュリスト七四三三三三三三〇一頁以下[昭58]、同「所有権移転経過の認定と弁論主義違反」昭和五五年度民事主要判例解説(判例タイムズ四三九九号)二二〇頁以下[昭56]、上村明広「当事者の主張の要否」民事訴訟法判例百選第二版一六二頁以下[昭57]」等である。

なお近藤完爾「当事者の主張しない事実」『民事訴訟論考第二巻』一九〇頁以下[昭53]は従前のこの種の判例を詳しく紹介し分析している。来歴経過論や生の事実論について私はかつて批判したが、現在でも基本的には同じ見解である(昭和四一年の判例についての伊東乾教授との連名の判例研究、本誌四〇巻一〇二頁以下[昭42])。

(8) 小林教授は昭和五五年の判例(注7参照)の事案について生の事実論を主張したのであるが、裁判所の認定と当事者の主張とは「生まの事実としてはほぼ同一の事実を前提にしており」、両者は「所有権の移転時期と法的構成が若干異なる」という表現をしている(前掲ジュリ一四五頁、判タ二二二頁)。ところで名古屋高裁金

沢支判昭和五五年五月二六日判タ四二二号九九頁(判時九七八号五六頁)は当事者の売買の主張に対して裁判所が信託的譲渡と判断したものであるが、譲渡する合意では一致するから弁論主義違反ではないと説いている。この判例に小山教授は注目されたが(前掲書二五頁以下、五三頁以下)、判例について教授は「信託」ないしこれに類する意思の存在に基づき当該譲渡を法概念たる信託的譲渡にあてはまるものとしたというのとは異なり、種々な事情、種々な意思から成る事実群を法的に信託的譲渡と構成したものであって、この法的構成が同時に法律行為の性質決定の作業でもある」と述べ(前掲書六三頁)、「裁判所の一群の事実と「信託的譲渡」とは、間接事実と主要事実の関係にあるのではなく、部分と全体、生の事実とこれを法的に構成したもの、という関係にある」(前掲書七二頁)と分析している。この判例と本件判例とは原告が所有権移転登記の抹消を求めたのに対して、被告が売買を主張したという点と、裁判所が種々な事実から当事者の主張とは異なった法判断をした点で類似点がある。本件判例はこの判例と同じような取扱いを考えたようにも考えられる。

(9) 本件の事案の真相を知るための本件判例研究の「事実の欄」と前注5参照。

(10) 中野貞一郎「松浦馨」鈴木正裕編『民事訴訟法講義補訂第二版』二〇八頁以下「鈴木正裕担当・昭61、初版昭51」、鈴木正裕「主要事実と間接事実」『新版民事訴訟法演習1』二二二頁以下「昭58」は、裁判所が弁論主義違反との批判を避ける方法として「解釈による主張の擬制」があることを明らかにし、その問題点を指摘している。なお先に挙げた(注7)昭和五五年の判例での原告の主張は「係争不動産は被相続人乙が甲から購入したもので、乙死亡により原告が相続した」というものであり、被告の主張は「被告の夫丙が

甲から買い受け、丙死亡で被告が相続した」というものである。この判例は原審が「乙が甲から買い受けた後に、丙に死因贈与したものである」と認定したことは弁論主義違反であると判断した。判例解説ではいろいろな証拠から認定することのできる個々の具体的事実の積み重ねから死因贈与が認められる場合がありうるか、あるいは死因贈与の意思表示につき黙示の場合にそれを基礎づける具体的事実は主要事実なのか否かが検討された(例えば榎本恭博・最高裁判所判例解説民事篇昭和五五年度九一頁以下「昭60」)。これらの見解を参考に本件ではこの視点からの見解の可能性を考えてみた。なお従前のこの種の判例について詳しく分析し、肯定的な見解を説くものとして近藤・前掲書一六九頁以下がある。

(11) 弁論主義について不意打ち防止の観点から考察すべきであることとを説いたのは田辺公二「反対論として—契約が代理人によって成立したことの主張を要するか—」『民事法の諸問題第一巻』八二頁以下「昭40、初出昭32」、田尾桃二「主要事実と間接事実にかんする二、三の疑問」『兼子瀧磨・裁判法の諸問題中巻』二六九頁以下「昭44」である。理論にも造詣の深いベテランの裁判官の方々の裁判の実際面からの立論なので説得力があり、有力な見解である。最近では小林秀之「民事裁判の審理」一六九頁「昭62」もこの点を強調する。

(12) この問題に関しては多数の文献と判例が存在する。ここでは我妻栄「新訂担保物権法」五八八頁「昭43」、柚木馨編『注釈民法14』三〇〇頁(柚木担当)「昭41」、高木多喜男他六名「民法講義」担保物権法「改訂版」二七一頁以下(半田正夫担当)「昭55」、吉井直「高木多喜男編『新版担保・保証の基礎』一六〇頁以下(小倉頭担当)「昭56」、柚木馨編『注釈民法9』増補再訂版三三〇頁(柚木馨「福地俊雄担当)「昭41」等を挙げるに留める。もっともこれら

は「買戻特約付売買契約」ではなくて、「売渡担保」と「譲渡担保」を問題としている。売渡担保と買戻特約付売買との関係が問題になるが、後者（買戻特約付売買）と再売買の予約を総称したのが売渡担保と私は理解している（半田・前掲書二七一頁）。なお譲渡担保契約と判断した本判決はこの関係について、「当事者間の」右合意は、民法上の買戻特約付売買ではないのもとより、いわゆる売渡担保でもなく」と述べている。

(13) 本件判例掲載誌の解説は本件判例について「適切な事実認定としての事例的意義がある」としながら、本件判例の問題点として「買戻特約付売買と譲渡担保とは、要件事実が異なるから、……問題かもしれない」と指摘している（判タ六八三号二〇六頁）。

(14) 小倉・前掲書一六〇頁以下の主張を纏めてみた。

(15) 生の事実論の学説の状況については前注7、8参照。

(16) これに対して生の事実論からは、（生の）事実が同一であるからそのような当事者に不意打ちや不測の損害を与えることはないとの反論が考えられる。しかし、生の事実として同一であるか否かという点と自体必ずしも明快に決まるものではない。例えば昭和五五年判例において（前注7、10参照）、生の事実が同一との見解（前注8参照）に対して、同一視することに疑問が述べられている（榎本・前掲書二四二頁、福永有利・「判例批評」民商法雑誌八五巻三号一四二頁「昭56」、井上繁規「不動産の所有権移転経過の認定と弁論主義」牧山市治・山口和男編『民事判例実務研究第三巻』二四〇頁「昭58」）。このことは事実の同一性の判断が人によって異なることと、その判断の困難性とを明かにしているように思う。

(17) 弁論主義の根拠についての理解の違いに基づく。生の事実論は弁論主義の理解からして支持できないことについては、伊東・坂原・前掲判例研究・本誌四〇巻一二号一一〇頁以下参照。

(18) 前記拙稿・入門一六〇頁以下では、私は弁論主義の根拠についていわゆる本質説を説いたが、そのことは伊東乾教授の法探索主体説（「弁論主義」六二頁以下「昭50」）の主張を全面的に否定するものではない。弁論主義は当事者に裁判における事実確定の権限を付与したに止まるとする見解には、伊東教授と共に賛成できない（同書七一頁以下参照）。なお伊東教授が具体的事例で自らの理論を展開させたものとしては、前掲昭和五五年の最高裁判例についての判例研究がある（本誌五四巻四号一一九頁以下「昭56」）。

(19) 弁論主義を嚴格に適用すべき場合は、裁判所は当事者の主張の形式にとらわれることなく、主張の有無を実質的に判断し、釈明権を適切に行使することが必要である（福永・前掲昭和四一年度重要判例解説六八頁）。昭和五五年判例の事案（前注7、10参照）では弁論主義違反ではなく釈明義務違反ではないかとの見解（小林・前掲ジュリ七四三三〇一四四頁、同・判タ四三九号二二三二頁）、あるいは釈明義務違反とはいえないまでも釈明権行使による裁判所の法的見解の示唆が必要であったとの見解（上村・前掲書一六三頁、井上・前掲書二四五頁）が主張された。

(20) 弁論主義と主要事実との関係において判例で問題になるのは代理の場合である。判例は弁論主義により主要事実が当事者の主張を必要とするという原則をこの場合に適用しないからである（拙稿・前掲入門一六八頁）。判例のこのような態度は学説の非難を受ける一方で（櫻田勝美「最判昭和四二年六月一六日判時四八九号五〇頁の判例解説」昭和四二年度重要判例解説「ジュリスト増刊号」二一六頁「昭48」参照）、他方それを是認するための新たな学説を誕生させた。すなわち弁論主義の根拠について不意打ち防止説の登場がこれである（前注11参照）。しかし、これに対しては、代理の問題で主要事実につき当事者の主張を必要としないとの判例の取扱いは



「裁判実務からみると、やむをえない面もある」が、これをもって「裁判例は、主要事実と間接事実との区別を重視していないまた曖昧であると解することは、正鵠を得たものとはいえず、このような「例外的分野は狭まることはあっても、拡大されることのないこと」が予測される」との見解がある(奈良・前掲書二二七頁)。代理と弁論主義の問題は仮に判例の考えに組するにしても、あくまでも例外現象として把握し、これをもって一般的原则を導くことは問題であり、弁論主義の適用に関しては主要事実・間接事実の区分を重視すべきであると思う。

(21) 問題は従前の弁論主義論との関係であり、このような視点をどのように理解すべきであるかということである。私は弁論主義の根拠論としてのこの説について、「口頭弁論の必要性との混同かあるいは弁論主義採用の結果の現象を根拠と誤ったものと評せざるを得ない」と批判したが(前掲入門一六〇頁)、かような視点の重要性までも否定するものではない。青山教授は弁論主義の根拠について通説的理解を支持しているが(前掲書三九三頁)、主張責任を緩和させるためにこの考え方を認める(前掲書四〇二頁)。この説を「私的自治の尊重の裏面の要請である国家による介入排除を当事者の視点から実質的に捉えているにすぎない」(前掲書三九三頁)と解するからであろう。不意打ちか否かが弁論主義違反の有無の判断に重要であるにしても、問題はそれをいかなる材料で判断するのか、その判断は簡単に明確にできるのかということである。

(22) 昭和五五年判例(前注7、10参照)で不意打ちであるか否かが問題となった。「別段不意打ちがあったとはいえないとみるべき事件ではなかったかと思う」(福永・前掲民商法一四二頁、小山・前掲書九二頁は同趣旨か)という見解がある一方で、「不意打ちの理論によって原審の事実認定に弁論主義違反はある」(榎本・前掲書

二四二頁)との見解も存する。この判断の難しいことを物語るものであろう。本件の場合でも見解はそれぞれ成立し、上記見解の相違はそのまま本件において投影されるように思う。その意味でこの不意打ち理論によって本件判例を是認することが一番問題が少ないように思う。しかし、このような取扱いを是認するならば、詳細な事実認定をすれば弁論主義違反は生じないということの意味するのではないかと思う。その道を歩むべきか、厳格な弁論主義の道を歩むべきかということであるが、前者を選び後に弁論主義違反の争いを残すよりも、後者を選び適切な釈明権行使によって不合理な結論を回避することの方が予防的でもあるし、弁論主義そのものの理解と運用を混乱させず、はるかに優れているように思う。仮に本件で弁論主義違反でないとして実質的に問題ないにしても、そのことから直ちに弁論主義違反にならないとの結論を出すべきでないと思う。

(23) 諸説の特色と可能性を追求するためにそれぞれの見解を独立して検討したが、それぞれ同じことを別の視点から観察したもので表現の違いに過ぎず、実体は同じであるとも言える。互いに重なり合うものがあり、排斥する関係ではないと解すべきであろう。

(24) これらの法諺の民事訴訟法上の意味については、古くは中村英郎「訴訟の目的」概念の生成過程『民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理』一〇三頁「昭52、初出昭30」で論じられたが、弁論主義の観点から問題を提起したのは伊東・前掲書七頁以下である。最近においてこの法諺の問題を取り上げたのは田辺誠「法判断に関する当事者の権限―権利自白を中心として」判例タイムズ五八―五〇頁以下「昭61」、山本克巳「民事訴訟におけるいわゆる“Rechtsesprach”について四・完」法学論叢一二〇巻一四八頁注28、注29「昭63」である。特に前者はこれら法諺のドイツでの最近の議論を紹介し、後者は歴史的事実について言及している。なお

山本和彦「民事訴訟における法的問題に関する審理構造」は法学協会雑誌一〇六巻四号「昭63」から掲載された論文であるが、論文の後半でこの法諺について詳細に言及することである(同誌二三頁注13)。なおフランスにおけるこれらの法諺の意味について最近の日本語の論文としてはロジュー・ペロ(北村一郎訳)「対審の原理と判事による法的攻撃防禦方法の職権摘示」ジュリスト九二九号九九頁以下「平元」において触れられている。

(25) 吉野正三郎「訴訟審理における裁判官の権限と責任」立命館法学一九七号二五頁注30「昭63」。なお判断における裁判所と当事者の関係については山本克己・前掲書四八頁注29、伊東乾「判決骨子の開示―一つの断章―」本誌五九巻二号一八頁「昭61」参照。最近のドイツでのいわゆる法的対論(Rechtsesprach)と弁論主義の問題については山本克己・前掲書の他に、吉野正三郎「手続保障における裁判官の役割」立命館法学一九七号一頁以下「昭60」、栗田陸雄「裁判官の法見解および心証の披瀝」『民事訴訟法の争点(新版)』二三四頁以下「昭63」等で論じられている。

(26) この問題についての基本的な論文としては既に前注24、25に掲げたが、それ以外に本稿を執筆するに当って参照した論文としては徳田和幸「法領域における手続権保障」吉川追悼・手続法の理論と実践上巻一二五頁以下「昭55」、堤龍彌「法領域における当事者権―フランス及びわが国における理論的状況の素描」神戸学院法学一五巻二号二頁以下「昭59」等を挙げることができる。なおフランスにおける問題状況については(注24参照)、堤教授の一連の研究がある(「弁論主義から対審主義へ……」神戸学院法学一四巻二号一八九頁以下「昭58」)。「民事訴訟の理想と裁判官の役割―フランス法の場合―」神戸学院法学一四巻四号四七頁以下「昭59」。「裁判官の法適用と処分権主義(弁論主義)―破棄院第二民事部一九八二

年一〇月二七日判決―判例タイムズ五四〇号八一頁以下「昭60」等。

この問題についての総合判例研究としては小山・前掲書五二頁以下、近藤・前掲書一七七頁以下、徳田・前掲書一三六頁以下があり、それぞれ詳しく分析されている。

(27) 鈴木忠一「民事訴訟に於ける当事者自治の限界と実務上の問題」『新・実務民事訴訟講座I』一〇九頁以下「昭56」。

(28) 権利自由についての学説の状況については拙稿・前掲書(前注1)一七七頁以下、田辺・前掲書参照。これらの論文以降の状況については文字浩「権利自由」『民事訴訟法の争点(新版)』二三〇頁以下「昭63」参照。

(29) 堤・前掲書(神戸学院法学一五巻二号)六九頁以下参照。なお積明権の問題については既に多くの論考があるが、一番新しい論文として奈良次郎「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」『講座民事訴訟四巻』一二五頁以下「昭60」を掲げるに留める。私自身は積明権については代表的判例である最一小判昭和四五年六月一日民集二四巻六号五一六頁の判例研究で述べている(本誌四四巻一―号一〇七頁以下「昭46」)。また本判例研究では過去の弁論主義違反の代表的判例について言及しその判例研究についても既に参照したが、事件は弁論主義違反ではなく積明義務違反ではないと言われている事例については前注19参照。

(30) 村松俊夫「弁論主義に就いての一考察」『民事裁判の研究』二二六頁「昭30、初出昭14」。

(31) 村松・前掲書二三一頁注(一)。

坂原 正夫