

## 民事裁判実務第10項(控訴)

### 【講義のポイント】

- 1 控訴期間の計算
- 2 弁護過誤, 委任契約に基づく善管注意義務の不履行と損害賠償
- 3 香典の法的性格
- 4 控訴の趣旨

【事例】 Aは, 父死亡の葬儀の際, 喪主になった兄Bが葬儀列席者から受け取った香典の精算が正当になされていないと主張し, 香典から葬儀費用等を控除した差額金について, 相続分を乗じた金員である200万円を自己に支払えと求める訴訟を地方裁判所に提起したが, 平成15年12月26日に請求棄却の判決が言い渡され, 敗訴した。Aは, 平成15年12月29日に判決正本の送達を受け, 控訴の手続きをS弁護士に依頼した。S弁護士は, 「12月30日と31日の2日間, 1月1日から3日までの3日間の合計5日間は裁判所は休みだから控訴期間は14日プラス5日の19日間になり, かつ, 1月17日が控訴期間の満了日になるところ同日は土曜日で翌日も日曜日だから休日あけの1月19日が控訴期限になる。」と考え, 1月19日に控訴状を裁判所に提出した。

平成15年12月26日(金)判決言い渡し日

12月27日(土)

12月28日(日)

12月29日(月)判決受送達日

12月30日(火)①

12月31日(水)②

平成16年 1月 1日(木)③

1月 2日(金)④

1月 3日(土)⑤

1月 4日(日)⑥

1月 5日(月)⑦

1月 6日(火)⑧

1月 7日(水)⑨

1月 8日(木)⑩

1月 9日(金)⑪

1月10日(土) ⑫  
1月11日(日) ⑬  
1月12日(月) ⑭ 成人の日  
1月13日(火) ⑮  
1月14日(水) ⑯  
1月15日(木) ⑰  
1月16日(金) ⑱  
1月17日(土) ⑲  
1月18日(日)  
1月19日(月) 控訴提起？

## 第1 検討

- 1 人間には誤りがつきものであり、専門家と言っても誤ることもある。しかし、そのために依頼者の権利を喪失させたりしては弁解のしようがない。このような弁護過誤については、所属弁護士会が、弁護士法に基づく懲戒措置をとるのであるが、それだけではすまず、弁護士は、依頼者との委任契約に基づく債務不履行として、民事上の損害賠償責任も果たさなければならない。なお、弁護士は弁護過誤の損害賠償請求に備えて、弁護士賠償保険に加入している人が多い。
- 2 本件の場合、正しい控訴期間は、判決の送達を受けた日の翌日から14日である<sup>\*1</sup>。本件の場合、1月12日が控訴期間の満了日になるところ、同日は、休日であるから、その翌日の1月13日が控訴期間の満了日となる<sup>\*2</sup>。これが正しい控訴期間の計算である。ところが、控訴手続きを受任したS弁護士は、控訴期間の中間に年末年始があれば控訴期間が延長されると考えたのである。しかし、その見解には何の法律上の根拠もなく、S弁護士の独自の見解である。S弁護士の見解は誤りであり、S弁護士の誤った見解により、本件控訴は控訴期間途過により却下されたのである。なお、14日の不変期間が延長されるのは、控訴期間の満了日が休日や国民の祝日の場合のみで

---

\*1 民訴法285条 控訴は、判決書・・・の送達を受けた日から二週間の不変期間内に提起しなければならない。

\*2 民訴法95条2項 期間の末日が日曜日、土曜日、国民の祝日に関する法律（昭和二十三年法律第七十八号）に規定する休日、一月二日、一月三日又は十二月二十九日から十二月三十一日までの日に当たるときは、期間は、その翌日に満了する。

ある。

- 3 弁護士と依頼者との間には、委任契約があり、弁護士は、委任者のために善良な管理者の注意をもって事務を処理する義務がある。S 弁護士は、この義務の履行を怠ったのであるから、委任契約に基づく債務不履行による損害賠償責任を免れない。そこで、S 弁護士はAに対し、Aが訴えたが請求を棄却され、控訴期間徒過により請求権が存在しないことが確定した200万円について損害賠償義務があるのかと言えば、それは疑問である。というのは、果たして、200万円は、S 弁護士の注意義務違反の債務不履行と相当因果関係がある損害と言えるかという問題があるからである。そこで、Aの請求がそもそも成立するものであったかどうかを考えてみる必要がある。香典の法的性格の問題である。
- 4 Aは、喪主Bが葬儀列席者から受け取った香典について、香典から葬儀費用等を控除した差額金が相続人全員に帰属するとの考えのもとに、差額金に自己の相続分を乗じた200万円の支払をBに対して求めているのであるが、その見解は正しいとは言えない。なぜなら、香典は、葬儀費用を軽減する目的を有した喪主個人への贈与であるとされ、葬儀費用に充当された残りは喪主個人に帰属し、相続財産にならないと解釈されているからである。したがって、一審の地方裁判所がAの請求を棄却したのは当然であり、仮にB弁護士が適法な控訴の手続きをとっていたとしても、控訴審においてもやはりAの請求は退けられ、控訴棄却の運命になったと思われるのである。そうすると、B弁護士が控訴手続きを怠ったことによるAの損害は、必ずしも上記の200万円とはならないのであり、Aの損害は、控訴審での審理を受ける機会を奪われたという精神的損害に止まるのではないかと考えられるからである。

## 第2 控訴の手続き

- 1 控訴は、控訴期間内に控訴する裁判所宛の控訴状を原審の裁判所に提出することにより行う。控訴状には、控訴の趣旨を記載しなければならないが、控訴の理由は必ずしも記載する必要がない。控訴の理由を記載しなかったときは、控訴の提起後50日以内に控訴理由を記載した書面を控訴裁判所に提出しなければならない(民訴規則182条)。
- 2 控訴状には、控訴の趣旨として、控訴人が控訴審においてどのような判決を求めるとかを記載する。控訴の趣旨は、第一審判決との関係でいろんな書き方がある。
  - (1) 原告は、300万円の貸金返還を求めて訴訟を提起したが、第一審で全部敗訴した。そこで、控訴を提起する。

- 1 この場合の第一審判決の主文は、次の内容である。
  - (1) 原告の請求を棄却する。
  - (2) 訴訟費用は原告の負担とする。
- 2 そこで、控訴状には、控訴の趣旨として、次のように記載する。
  - (1) 原判決を取り消す。
  - (2) 被控訴人は、控訴人に対し、金300万円を支払え。
  - (3) 訴訟費用は、第1, 2審を通じて被控訴人の負担とする。
  - (4) (2)につき仮執行の宣言
- (2) 原告は、300万円の貸金返還を求めて訴訟を提起したが、第一審で被告の100万円の弁済の抗弁が認められ、一部敗訴した。そこで、原告は、敗訴部分に不服があるので控訴を提起する。
  - 1 この場合の第一審判決の主文は、次の内容である。
    - (1) 被告は、原告に対し、金200万円を支払え。
    - (2) 原告のその余の請求を棄却する。
    - (3) 訴訟費用は、これを3分し、その1を原告の、その余を被告の負担とする。
    - (4) (1)につき仮執行の宣言
  - 2 控訴状には、控訴の趣旨として、次のように記載する。
    - (1) 原判決中、控訴人敗訴部分を取り消す。
    - (2) 被控訴人は、控訴人に対し、金100万円を支払え。
    - (3) 訴訟費用は、第1, 2審を通じ被控訴人の負担とする。
    - (4) (2)につき仮執行の宣言
  - 3 また、次のように書くこともできる。

原判決をを次のように変更する。

    - (1) 被控訴人は、控訴人に対し、金300万円を支払え。
    - (2) 訴訟費用は、第1, 2審を通じ、被控訴人の負担とする。
    - (3) (1)につき仮執行の宣言
- (3) 原告は、300万円の貸金返還を求めて訴訟を提起し、請求を全部認容する旨の判決が言い渡された。そこで、全面敗訴した被告が控訴を提起する。
  - 1 この場合の第一審判決の主文は、次の内容である。
    - (1) 被告は、原告に対し、金300万円を支払え。
    - (2) 訴訟費用は被告の負担とする。
    - (3) (1)につき仮執行の宣言

- 2 控訴状には、控訴の趣旨として次のように記載する。
  - (1) 原判決を取り消す。
  - (2) 被控訴人の請求を棄却する。
  - (3) 訴訟費用は、第1, 2審を通じ被控訴人の負担とする。
- (4) 原告は、300万円の貸金返還を求めて訴訟を提起し、被告は、300万円全額の弁済の抗弁を提出したが、100万円の限度でのみ弁済の抗弁が認められ、一部敗訴した。そこで、被告は、敗訴部分に不服があるので控訴を提起する。
  - 1 この場合の第一審判決の主文は、次の内容である。
    - (1) 被告は、原告に対し、金200万円を支払え。
    - (2) 原告のその余の請求を棄却する。
    - (3) 訴訟費用は、これを3分し、その1を原告の、その余を被告の負担とする。
    - (4) (1)につき仮執行の宣言
  - 2 控訴状には、控訴の趣旨として次のように記載する。
    - (1) 原判決中、控訴人敗訴部分を取り消す。
    - (2) 被控訴人の請求を棄却する。
    - (3) 訴訟費用は、第1, 2審を通じ被控訴人の負担とする。

### 第3 控訴審判決

- 1 控訴が提起されると、控訴審の第1回口頭弁論期日が開かれ、控訴人は、控訴状と控訴理由書を陳述し、被控訴人は、答弁書や反論書<sup>\*1</sup>を陳述し、原審口頭弁論の結果を陳述する。それ以上に主張がなく、立証の必要がないときはその日に弁論が終結され、判決言い渡し期日が指定される。場合によっては、控訴審においても証拠調べや和解期日が開かれる。
- 2 控訴裁判所において、控訴が理由がないと認めるときは、「本件控訴を棄却する。控訴費用は控訴人の負担とする。」との判決がなされる。控訴の全部又は一部に理由があるときは、原判決を取り消し、変更した内容が主文で言い渡される。もっとも、控訴裁判所が原判決を取り消す場合において、事件につき更に弁論をする必要があるときは、これを第一審裁判所に差し戻すことができる(民訴法308条)。なお、控訴裁判所は、訴えを不適法として却下した第一審判決を取り消す場合には、事件を第一

---

\*1 民訴法規則183条

審裁判所に差し戻さなければならない。ただし、事件につき更に弁論をする必要がないときは、この限りでない(民訴法307条)。

<補講>

<事案>

A野太郎は、弁護士吹田五郎の法律事務所を訪ね、乙野花子に対する訴訟を依頼した。A野太郎は、所有建物を乙野花子に賃貸しているが、乙野花子が家賃を滞納しているので、契約を解除して明け渡しを求めたい言う。

賃貸借契約日は、平成14年4月1日であり、賃貸期間は2年である。家賃は月額10万円であり、当月分を当月末日に支払う約束である。保証金は100万円であり、敷き引き20万円である。賃貸借契約は更新されており、家賃は、増額されて月額15万円になっている。ところが、乙野花子は、平成16年7月ないし10月分まで4か月分の家賃60万円を滞納している。そこで、A野太郎は、平成16年11月5日に乙野花子に到達した内容証明郵便で「11月10日までに支払わなければ契約は解除となる。」と記載して未払家賃の支払いを催促したが乙野花子は支払わないというのである。

A野太郎 〒530-1111 大阪府吹田市1丁目1番1号  
吹田五郎 〒530-1112 大阪市北区2丁目2番2号 吹田法律事務所  
電 話 06-1234-5678  
F S X 06-1234-5679  
乙野花子 〒530-1113 大阪府吹田市3丁目3番3号  
物件目録 省略  
証 拠 1 賃貸借契約書  
2 内容証明郵便及び配達証明書

<問題>

・上記の事案をもとに、訴状を作成せよ。

訴状の提出先は大阪地方裁判所、訴状の日付は起案日  
S4, 12ポイント, 1行37字, 1頁26行  
物件目録は省略でよい。

## 訴 状

〒530-1111 大阪府吹田市1丁目1番1号  
原 告 A 野 太 郎  
〒530-1112 大阪市北区2丁目2番2号 吹田法律事務所（送達場所）  
電 話 06-1234-5678

F S X 0 6 - 1 2 3 4 - 5 6 7 9

同訴訟代理人弁護士 吹 田 五 郎

〒530-1113 大阪府吹田市3丁目3番3号

被 告 乙 野 花 子

建物明渡等請求事件

### 請 求 の 趣 旨

- 1 被告は、原告に対し、別紙物件目録記載の建物を明け渡し、かつ、平成16年7月1日から明渡し済みまで1か月金15万円の割合による金員を支払え。
  - 2 訴訟費用は被告の負担とする。
- との判決並びに仮執行の宣言を求める。

### 請 求 の 原 因

- 1 原告は、平成14年4月1日、原告所有にかかる別紙物件目録記載の建物（以下「本件建物」という）を、賃料は1か月10万円、当月分を当月末日に支払うとの約定で賃貸して引き渡した（A1）。その後賃料は、1か月15万円に増額された。
- 2 被告は、平成16年7月から10月分まで4か月分の賃料60万円を支払わない。
- 3 原告は、平成16年11月5日に被告に到達した内容証明郵便で被告に対し、未払賃料を平成16年11月10日までに支払うように催告し、あわせて同日までに支払がないときは賃貸借契約を解除する旨の意思表示をした（A2の1及び2）。しかし、被告は支払わない。
- 4 よって、原告は、被告に対し、本件建物の所有権または賃貸借契約の終了に基づき、本件建物の明け渡しを求め、かつ、平成16年7月1日から明渡し済みまで1か月15万円の割合による未払賃料及び賃料相当損害金の支払いを求める。

### 証 拠 方 法

- 1 A第1号証（賃貸借契約書）
  - 2 A第2号証の1及び2（内容証明郵便及び配達証明書）
- その他必要に応じ口頭弁論で提出する。

### 付 属 書 類



- |   |        |     |
|---|--------|-----|
| 1 | A号証の写し | 各1通 |
| 2 | 訴訟委任状  | 1通  |

平成16年11月〇日

原告訴訟代理人弁護士 吹 田 五 郎 ㊟

大阪地方裁判所 御中

<事案>

乙野花子は、裁判所から送られてきた訴状の副本を持参して、弁護士摂津二郎の法律事務所を訪ねた。乙野花子が言うには、A野太郎から建物を賃借しているところ、このたび家主のA野太郎から建物明渡しの訴訟を提起された。この訴訟に応訴してほしいというのであった。

乙野花子の言い分は次のとおりである。

訴状請求原因に記載してある賃貸借の経過はそのとおりである。しかし、15万円への増額を承諾したことはない。すなわち、A野太郎は、平成16年6月、乙野花子に対し、7月分以降の家賃を、従来の10万円から15万円に増額すると一方的に通知してきた。しかし、そのような増額には応じられないというので、A野太郎は、乙野花子が平成16年7月末日に振込送金した7月分の家賃10万円の受け取りを拒否し、逆送金してきた。そして、今後このような金額を振り込んできても受け取れないと言う。知人からは家賃を供託すればとの勧めもあったが供託しないままであった。そうしたところ、平成16年11月5日、A野太郎からの内容証明郵便が届き、次いで、本件の訴状が裁判所から送られてきたというのである。

<問題>

- ・乙野花子の言い分のもとに、乙野花子の訴訟代理人として、訴状に対する答弁書を作成せよ。代理人の住所は省略で可。

事件番号は、平成16年(ワ)第1234号

事件名は、建物明渡等請求事件

裁判所は、大阪地方裁判所第8民事部

平成16年(ワ)第1234号 建物明渡等請求事件

原告 A 野 太 郎

被告 乙 野 花 子

大阪地方裁判所第8民事部御中

平成16年11月〇日

(事務所省略)

被告訴訟代理人弁護士 撰 津 二 郎 印

### 答 弁 書

#### 第1 請求の趣旨に対する答弁

- 1 原告の請求を棄却する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする。

との判決を求める。

#### 第2 請求の原因に対する答弁

- 1 請求原因1のうち、賃料が15万円に増額された事実は否認し、その余は認める。
- 2 同2及び3は認める。
- 3 同4は争う。

#### 第3 被告の主張

- 1 被告は、平成16年6月、原告から、賃料を10万円から15万円に増額する旨の通知を受けた。しかし、その増額は不当なので、被告は、相当と認める賃料として、平成16年7月末日、同年7月分の賃料10万円を送金したが、原告から受領を拒否された。原告は、その後の賃料も受領を拒否している。
- 2 以上の経過のとおりであって、被告は、原告に対し、相当と認める賃料の弁済を提供したから、被告には債務不履行はなく（借地借家法32条2項本文）、原告の解除の意思表示は無効である。
- 3 よって、本訴請求は棄却されるべきである。

#### ○借地借家法第32条

建物の借賃が、土地若しくは建物に対する租税その他の負担の増減により、土地若し

くは建物の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍同種の建物の借賃に比較して不相当となったときは、契約の条件にかかわらず、当事者は、将来に向かって建物の借賃の額の増減を請求することができる。ただし、一定の期間建物の借賃を増額しない旨の特約がある場合には、その定めに従う。

- 2 建物の借賃の増額について当事者間に協議が調わないときは、その請求を受けた者は、増額を正当とする裁判が確定するまでは、相当と認める額の建物の借賃を支払うことをもって足りる。ただし、その裁判が確定した場合において、既に支払った額に不足があるときは、その不足額に年一割の割合による支払期後の利息を付してこれを支払わなければならない。
- 3 建物の借賃の減額について当事者間に協議が調わないときは、その請求を受けた者は、減額を正当とする裁判が確定するまでは、相当と認める額の建物の借賃の支払を請求することができる。ただし、その裁判が確定した場合において、既に支払を受けた額が正当とされた建物の借賃の額を超えるときは、その超過額に年一割の割合による受領の時から利息を付してこれを返還しなければならない。

## <補講 2>

### ●主要事実（要件事実）と間接事実

<事例>原告が被告に貸金100万円の返還を請求するのに対し、被告は、弁済の抗弁を提出し、「①100万円は弁済した、②当日弁済資金を友人から借りた。」と主張する。一方、原告の方は、「③100万円は弁済を受けていない、④被告が100万円を支払ったことがあるが、これは別口の100万円の貸金の弁済である。」と主張する。原被告のこれらの主張の持つ意味は何であろうか。

- 1 被告主張の①は、まさに抗弁としての弁済の主張であり、要件事実である。
- 2 被告主張の②は、①の弁済の抗弁を裁判所に認めてもらうための間接事実の主張である。
- 3 原告主張の③は、①の弁済の抗弁に対する認否（この場合は否認）である。
- 4 原告主張の④は、③の否認の答弁を補強し、被告の抗弁①が成立しないことを裁判所に認めてもらうためにする間接事実の主張であり、理由付け否認の理由である。
- 5 ③や④は間接事実の主張であるから、裁判所は、当事者が主張していようとまいと証拠により自由に認定できる。また、当事者も自由に主張を撤回できる。
- 6 被告主張の①の弁済の抗弁を被告の方から撤回することは自由である。

## <補講 3>

### ●否認と抗弁

原告が被告に売買代金の支払を請求する事件において、原告は、請求原因として次のとおり主張した。

- ①被告はSに売買契約締結の代理権を与えた。
- ②原告は被告の代理人Sとの間で売買契約を締結した。

被告は、次のとおり答弁した。

- ①請求原因①は否認する。自分はSに代理権を与えたことはない。Sが自分の代理人として原告と売買契約を締結したとしてもそれは無権代理である。
- ②請求原因②は不知。

上記棒線部分は、抗弁ではない。有権代理であるとの原告の主張を否認し、語調を強めて述べているだけである。そもそも「抗弁」とは、相手方の主張が仮にそのとおり真実であるとしても、なおかつ相手方の請求は成立しないとの事実の主張である。相手方の主張事実と矛盾することのない別の事実の主張により、結論として相手方の請求を成り立たせなくする主張である。上記の例において、「仮に被告がSに代理権を与えたとしても、その後代理権授与を撤回した。」というならそれはまさしく抗弁である。しかし、無権代理、すなわちSには代理権がないというだけなら、それは有権代理の否認に過ぎない。有権代理の主張と矛盾することのない別の事実は何ら主張されていないからである。もしこれが抗弁というならば、「有権代理としても無権代理である。」という訳のわからないことを述べていることになる。

#### <補講4>

##### ●意思表示理論

原告は、A土地と乙土地を所有している。ある日、被告が原告のもとを訪れ、A土地を300万円で購入したいと申し入れた。原告はこれを承諾した。しかし、被告が300万円を支払わないので、原告は、被告に対し、300万円の売買代金の支払を求める訴訟を提起した。

実は、被告は、**真実**は乙土地を購入するという内心の意思を有していたのであるが、土地の地番を勘違いし、A土地を購入するという意思表示をしてしまった次第であった。

- 1 原告は、請求原因として、「原告と被告との間で、原告を売主、被告を買主、売買代金を300万円として、A土地の売買契約が成立した。」と主張する。
- 2 被告はこの請求原因を認める（自白する）ことになるのかどうか。
- 3 被告は、訴訟において、何をどのように主張するか。

- 4 次の場合はどうか。すなわち、実は、被告には、A土地を買い受けるという内心の意思はあった。しかし、被告は、A土地の近くに電車の駅ができるから値上がりすると思ってA土地を買う意思表示をしたのであったが、しかし、電車の駅ができる計画はなかった。電車の駅が近くにできることが売買契約に当たり表示されていたとして考える。

<補講5>

●対抗要件と要件事実

<事例1>本件土地は、もとSの所有であったところ、Aがこれを買受けた。ところが、乙が本件土地を占有しているので、Aは、乙に対し、本件土地の明渡を求める。なお、登記はSのままである。

- 1 請求原因は、次のとおりとなる。

(請求原因)

- (1) 本件土地はもとSの所有であった。
- (2) 原告は、Sから本件土地を買受けた。
- (3) 被告は、本件土地を占有している。
- (4) よって、原告は、被告に対し、所有権に基づき、本件土地の明渡を求める。

- 2 請求原因に対する被告の認否は次のとおりとなる。

(請求原因の認否)

- (1) 請求原因(1)は認める。(不知の場合もある。)
- (2) 請求原因(2)は不知。
- (3) 請求原因(3)は認める。
- (4) 請求原因(4)は争う。

- 3 請求原因段階における争点は、請求原因(2)の売買契約の成否のみである。

原告は、請求原因(2)を立証するため、売買契約書等を書証として提出したり、証人や原告本人尋問の申し出をしたりすることになる。原告の立証が功を奏し、請求原因(2)のとおり、原告がSから本件土地を買受けた事実が認められれば、抗弁が提出されていない場合にはそれ以上の審理を要することなく原告の請求は認容される。また、請求原因(2)が立証できなければ、抗弁が提出されていようといまいと原告の請求は棄却される。

- 4 しかし、被告もまたSから本件土地を買受けたという事実があれば、被告はその事実を抗弁として主張できる。

(抗 弁)

- (1) 本件土地はもとSの所有であった。
- (2) 被告は、Sから本件土地を買い受けた。

(抗弁の認否)

- (1) 抗弁(1)は認める。
- (2) 抗弁(2)は不知。

5 被告が提出した抗弁の意味は、「仮に請求原因のとおり原告が本件土地をSから買い受けて所有権を取得したとしても、被告もまた本件土地をSから買い受けて所有権を取得したから、被告は民法177条の第三者に該当する。」ということである。すなわち、ここにおいて被告は初めて対抗問題を持ち出したことになる。なお、不法占拠者はこの抗弁を提出できない。不法占拠者は民法177条の第三者に該当しないからである。そして、抗弁(2)の事実が認められれば、原告はSからの所有権の取得につき対抗要件を具備していない限り、所有権の取得を被告に対抗できないことになり、原告の請求は棄却される。また、被告が抗弁(2)の事実を立証できなければ、本件は対抗要件の問題とはならなかったことになり、原告の請求は認容される。

6 原告は、対抗要件を具備したことを再抗弁として主張したいところであるが、本件では提出できない。登記を経由していないからである。なお、被告の方が対抗要件を具備していないことは一切問題とならないことに注意すべきである。

**<事例2>**本件土地は、もとAの所有であったところ、Sがこれを買って所有権移転登記を経由した。しかし、Sが売買代金を支払わないので、Aは催告の上売買契約を解除し、Sに対し登記の抹消を要求していた。ところが、Sは自己に登記名義があることを奇禍として、乙に本件土地を売り渡し、所有権移転登記を経由した。そこで、Aは、乙に対し、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記を求める。

1 請求原因は、次のとおりとなる。

(請求原因)

- (1) 原告は、その所有にかかる本件土地をSに売り渡し、所有権移転登記を経由した。
- (2) しかし、Sが売買代金を支払わないので原告は催告の上売買契約を解除した。
- (3) ところが、本件土地について、Sから被告への所有権移転登記が経過されている。
- (4) よって、原告は、被告に対し、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求める。

2 請求原因の認否は、次のとおりとなる。

(請求原因の認否)

- (1) 請求原因(1)は認める。
  - (2) 請求原因(2)は不知。
  - (3) 請求原因(3)は認める。
  - (4) 請求原因(4)は争う。
- 3 被告は、抗弁として次のとおり主張する。
- (抗弁)
- 被告は、Sから本件土地を買い受け、所有権を取得した。
- 4 上記被告の抗弁は、仮に、原告がSとの売買契約を解除し、所有権がSから原告へと復帰しても(復帰的物権変動)、被告は、民法177条の第三者であるから、原告は、復帰的物権変動について登記なくしては被告に対抗できないとの抗弁である。理論的には、所有権移転登記を経由したとの主張は不要である。
- 5 抗弁事実が認められれば、原告は、復帰的物権変動について対抗要件を具備したとの再抗弁を提出できない結果、原告の請求は棄却される。

**<事例3>本件土地は、もとAの所有であったところ、Sがこれを買って所有権移転登記を経由した。Sはこれを乙に売却して、所有権移転登記を経由した。しかし、Sが売買代金を支払わないので、Aは催告の上売買契約を解除した。Aは、乙に対し、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求める。**

- 1 請求原因は、次のとおりとなる。
- (請求原因)
- (1) 原告は、その所有にかかる本件土地をSに売り渡し、所有権移転登記を経由した。
  - (2) しかし、Sが売買代金を支払わないので原告は催告の上売買契約を解除した。
  - (3) ところが、本件土地について、Sから被告への所有権移転登記が経由されている。
  - (4) よって、原告は、被告に対し、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求める。
- 2 請求原因の認否は、次のとおりとなる。
- (請求原因の認否)
- (1) 請求原因(1)は認める。
  - (2) 請求原因(2)は不知。
  - (3) 請求原因(3)は認める。
  - (4) 請求原因(4)は争う。
- 3 抗弁は、次のとおりとなるであろう。

(抗 弁)

被告は、原告が解除の意思表示をする前にSから本件土地を買い受けて所有権を取得し、所有権移転登記を経由した。

(抗弁の認否)

所有権移転登記を経由した事実は認め、その余は不知。

- 4 この場合の被告の抗弁は、事例2の場合とは異なり、民法177条の第三者の抗弁ではない。契約解除の意思表示の効力を制限した民法545条ただし書きの適用を主張する抗弁である。被告の抗弁事実が認められれば、原告の請求は棄却される。

<補講6>

### ●主張と証拠

- 1 売買代金の支払を求める訴訟を提起した原告は、請求原因として、「平成何年何月何日に売買契約が成立した。」と主張するが、それが狭義の意味での「主張」である。
- 2 主張に争いがなければ、すなわち原告の主張を被告が自白すれば、裁判所はその事実をそのまま取り上げる(弁論主義)。これに対し、争いがある事実は、当事者が提出した証拠により裁判官が自由な心証で認定する。事実認定は裁判官の専権に属する事項であるから、当事者は裁判官に意見を述べることはできても、裁判官の事実認定の権限そのものを奪うことはできない。裁判官は自由な心証により主張された事実があるかどうかを判断する。
- 3 当事者は、裁判官の事実認定が自己の主張に傾くようにいろいろと証拠を挙げたり、証拠に対する意見を述べたりするが、争いある事実の認定判断は裁判官の権限に属するから、それらの主張は、裁判官の事実認定に対する意見に過ぎず、前記の「主張」とは異なる。例えば、原告が、売買契約書を書証として提出し、この売買契約書によれば、請求原因事実が認められるべきであると主張するのは、裁判官の職権発動を促す意見に過ぎない。裁判官は当事者の意見には拘束されない。
- 4 貸金の返還を請求する事件においては、請求原因として金銭消費貸借契約が締結された事実が主張されるが、被告が否認すると、金銭消費貸借契約が成立したか否かが証拠により認定されるべき事実となる。この場合に、原告が被告が作成したという借用書を証拠として提出したのに対し、被告がそれは自分の書いたものではないと主張する場合において、この被告の「主張」は狭義の意味の主張ではなく、証拠に対する意見に過ぎない。
- 5 狭義の意味での主張はその事実があるか否かが判断されるべき対象であるのに対し、



証拠は認定判断の資料である。訴状、答弁書、準備書面においては、狭義の意味の主張や証拠に対する意見などが混然として主張される。

<補講 7 >

●司法試験(サンプル問題)・民事法「論文式試験問題第1問」に対する答案例

1 XがYに対し、A土地の明渡を求める場合の法律上の問題点について

- (1) まず、Xの説明を前提として、XがYに対し、A土地（以下「本件土地」という）の明渡訴訟を提起する場合の訴訟物と請求原因を考察する。訴訟物は、所有権に基づく明渡請求権であり、請求原因は、Xが本件土地を所有していることとYが本件土地を占有していることである。もっとも、「Xが本件土地を所有している。」とのみ主張しても、被告のYが争えばXは所有権取得原因事実を具体的に主張しなければならないし、YにおいてXが本件土地を所有していることを自白（権利自白）するとは思われないから、Xは当初から所有権取得原因事実を主張しておく方がよい。そして、Xの所有権取得原因の主張は、正確には、①本件土地がもとCの所有であったこと、②CからBが買い受けたこと、③Bが死亡しSが唯一の相続人であること、④SからXが買い受けたことであるが、後のYの主張によれば、Yは、本件土地がもとBの所有であったことまでは争わないであろうから、①は省略してもよい。Xは、以上の請求原因事実を主張して、Yに対し、本件土地の所有権に基づき、本件土地の明渡を求める給付訴訟を提起することになる。
- (2) Xは所有権移転登記を受けてはいないが、民法176条によれば、物権は意思表示のみで移転するから、登記を経由したことはXの所有権取得原因を構成する請求原因とはならない。また、Yとの関係であるが、登記を経由した事実の主張が必要なのは、民法177条の第三者に対する関係においてのみであって、不法占拠者等に対しては登記は必要がなく、本件の場合、Xの請求原因によれば、Yは本件土地の単なる占有者に過ぎないのであるから、Xが所有権移転登記を経由していないことは何ら請求原因を構成する妨げとはならない。なお、XはSから本件土地を2000万円で買い受け、手附300万円を支払ったに過ぎないのであるが、XS間で所有権移転時期について特別の合意がなされていない本件では、売買契約と同時にSからXへと所有権が移転したと解される。また、手附の法律関係について触れると、一般に、手附は解約手附と推定されるから（民法557条）、Xは手附を放棄し、Sは手附倍戻しをすることにより売買契約を解除できるのであるが、本件ではXが銀行から残金支払のための融資約束を取り付けた事実があるから、Xはすでに「履行に着手し」ており、もはやS

からXへの手附倍戻しによる解除はできない法律関係にある。

- (3) 次に、Yの主張を前提として被告Yの答弁を考えると、請求原因の認否として、Yは、本件土地がもとCの所有であったこと、それをBが買い受けたこと（及びBが死亡しSが唯一の相続人であったこと）を認め、その余の事実は知らないと答弁することになる。その上で、Yはさらに抗弁を主張できる。すなわち、Yの抗弁は、BからDへと代物弁済により本件土地の所有権が移転したこと、DからYが買い受けたことの主張である。この抗弁は自己が民法177条の第三者であるとの主張である。すなわち、仮に請求原因のとおり、Bを起点として、Xが主張するX方向への所有権の移転がなされたとしても、Yもまた、Bを起点としてBからD、DからYへと所有権の移転を受けているから、Yは不法占拠者ではなく民法177条の第三者であって、本件は不動産の二重譲渡の事案であり、Xは登記がなければその所有権取得をYに対抗できないとの趣旨である。
- (4) もし、Yの抗弁のとおり、BからDへと代物弁済がなされ、かつ、DからYへの売買契約が締結されたのであれば、Xは登記を具備していない以上Sから取得した所有権をYに対抗できないからXの請求は棄却される。そこで、Xは、再抗弁を提出できる。すなわち、Xの再抗弁は、仮に、BD間に代物弁済がなされたとしても、それは民法94条1項の通謀虚偽表示であるから無効であるとの主張である。この再抗弁が認められれば、結局、BからDへの所有権の移転はなかったことになり、そうである以上Yも所有権を取得できないから、Yは民法177条の第三者ではなくなり、本件は二重譲渡の事案にはならず、Xは登記なくして所有権をYに主張できることになる。
- (5) しかし、Yはさらに再々抗弁を主張できる。すなわち、仮に、BD間の代物弁済が通謀虚偽表示で無効であるとしても、Yは民法94条2項の善意の第三者であるから、BD間の代物弁済はYに対する関係ではあたかも有効になされたと同様の法律関係となり、その結果、やはり、本件は二重譲渡の事案であって、Xは所有権取得につき、登記なくしてはYに対抗できないことになる。Yの再々抗弁が認められればXの請求は棄却される。
- (6) 以上がXの説明とYの説明の上に立った当事者の主張とその問題点である。本件は、本件土地がもとCの所有であったこと及びCからBが買い受けたことは当事者間に争いがなく、結局のところ、Bの所有という当事者間に争いのない事実を前提として、Bを起点とするX方向への所有権移転の経路とY方向への所有権移転の経路とが併存し、Y方向への所有権移転については民法94条の虚偽表示の適用をめぐって民法177条の対抗問題が生じるか否かについての法律問題が生じた事案である

## 2 通謀虚偽表示の第三者の主張の意味と主張・立証責任について

(1) Yが説明するところの「Dの所有権移転登記が架空の登記であったとしても、YがDから本件土地を買い受けた当時、YはDが所有者だと完全に信じ切っていました。」との説明の意味は、法律的には、BD間の代物弁済が民法94条1項の通謀虚偽表示で無効であるとしても、Yは同条2項の善意の第三者であるからXはYに対しては虚偽表示の無効を主張できないということである。これは、Yが抗弁として、BD間の代物弁済（とDからYへの売買）を主張するのに対し、Xが代物弁済は通謀虚偽表示で無効だと再抗弁し、それに対し、Yが、仮に再抗弁事実が認められたとしてもYは善意の第三者であるからXは通謀虚偽表示による無効をYには主張できないとの再々抗弁を提出していることになるから、Yの方に主張・立証責任がある。

(2) ちなみに、当事者の主張を整理すると、次のとおりである。（注）本試験ではここまで記載する必要はない。

（請求原因－X）

ア 本件土地は、もとBの所有であったところ、Bは死亡し、Sが唯一の相続人である。

イ 原告は、Sから本件土地を買い受け、所有権を取得した。

ウ 被告は、本件土地を占有している。

エ よって、原告は、被告に対し、本件土地の所有権に基づき、本件土地の明渡を求めらる。

（請求原因の認否－Y）

ア 請求原因アは認める。

イ 同イは不知。

ウ 同ウは認める。

エ 同エは争う。

（抗弁－Y）

ア DはBに金員を貸し付け、代物弁済として本件土地の所有権を取得した。

イ 被告は、Dから1700万円で本件土地を買い受けた。売買代金支払のために自宅に抵当権を設定し、銀行から借り入れもした。

（抗弁の認否－X）

ア 抗弁アは不知。

イ 同イは認める。

（再抗弁－X）

仮に、BからDへの代物弁済がなされたとしても、それは通謀虚偽表示であるから無効である。

(再抗弁の認否－Y)

再抗弁事実是否認する。

Bは、知人のEが銀行から借りた借入金の連帯保証人となり、Eが破産したために銀行から連帯保証債務の履行を請求され、弁済資金を必要としていた。そこで、BはDから金員を借り入れ、その債務の代物弁済として本件土地をDに譲渡したのであり、代物弁済は虚偽表示ではない。

(再々抗弁－Y)

仮に、BからDへの代物弁済が通謀虚偽表示であるとしても、BからDへの所有権移転登記がなされており、被告はこれを信じて買い受けた善意の第三者である。したがって、原告は、Sから原告への所有権移転について登記を受けていない以上、やはり、所有権を被告に対抗できない。

(再々抗弁の認否－X)

再々抗弁事実のうち、BからDへの所有権移転登記の事実は認め、その余は否認する。

### 3 別紙2によるXの説明の問題点について

- (1) 別紙2によるXの説明に基づき、弁護士Zが裁判所でその事実を主張するには、民事訴訟法上二つの問題がある。それは自白の撤回と、弁論準備手続終了後の新主張の可否の問題である。
- (2) 弁論準備手続期日が終了した後にXが弁護士Zに相談した内容の第一点は、BがEの銀行からの借入金について連帯保証人となっていたという事実を、以前はそれが真実であると弁護士Zに説明していたが、よくよく事実を調べるとそれは真実ではなかったため、そのことを主張してもらいたいというのである。ところで、BがEの銀行からの借入金について連帯保証人となっていたとの事実の持つ意味、役割を考察する必要がある。それは、Xが再抗弁として「BからDへの代物弁済が虚偽表示である。」と主張するのに対し、Yはこれを否認した上で、否認の答弁を補強するために、BはEの銀行からの借入金について連帯保証人となり、連帯保証債務の履行を迫られていたために弁済資金が必要であり、そのためにDから金員を借り入れ、代物弁済をしたのであり、BD間の代物弁済は通謀虚偽表示であるはずがないと主張しているのである。これは積極否認であり、否認の事情としての間接事実の主張である。そして、XはこのようなYの間接事実の主張のうち、Bが連帯保証人となっていた事実を従来

は認めていたが、それを撤回するというのである。

- (3) 一般に、主要事実に関する自白を撤回するには、それが真実に反し、かつ、錯誤に出たことを立証することが必要である。しかし、Bの連帯保証の事実そのものは主要事実ではなく、裁判官が自由心証で認定すべき間接事実の分野の問題であるからその撤回は自由である。また、本件では、既に弁論準備手続が終了している点に問題があり、民訴法174条及び167条によれば、弁論準備手続終了後に新たに攻撃防御方法を提出した当事者は、相手方の求めがあれば弁論準備手続において提出できなかった理由を説明しなければならない。しかし、上記の主張は間接事実に関するものであるから新たな攻撃防御方法の提出ではなく、上記各条の適用はないものとする。
- (4) 次に、XがZ弁護士に相談したその他の内容の主要な点は、YがDから買い受けたと主張する当時、Yは海外旅行中であったからDY間で売買契約がなされたはずはないというものである。もともと、Yが抗弁として主張するところの、DからYへの売買の主張に対し、Xにおいては、「余計なことまで争って裁判所に悪い心証を与えるのはかえって不利ではないかと考えていた」のでそれを認めたというのである。DY間の売買契約はYの抗弁事実であるからこれはまさしくXの自白である。そうすると、Xは自白を撤回するのであるから、自白が真実に反し、錯誤に出たものであることを立証しなければならない。その立証が成功しなければ、裁判所は、DからYへの売買の事実は当事者間に争いないものとして取り扱うことになる。これは弁論主義の要請である。なお、この自白の撤回は、新たな攻撃防御方法の提出であることが明らかであり、それを弁論準備手続終了後にするのであるから、相手方から申し出があれば、弁論準備手続において主張し得なかった理由を説明しなければならない。

#### 4 別紙3による説明と対応について

- (1) 別紙3によるXの説明は、本件土地をFが占有していることについての対応を弁護士Zに相談する内容である。一般に、確定判決の効力は、当事者、口頭弁論終了後の承継人に対して及ぶ（民訴法115条）。そこで、もし、Fが口頭弁論終了後の承継人であれば、XはYに対する判決に承継執行文の付与を受け、Fに対する強制執行をすることが可能である。しかし、Xには、果たしてFがYから口頭弁論終了後に占有を承継した者であるかどうかは不明の様子である。そうすると、Xは、Fが口頭弁論終了後の承継人であると主張・立証して承継執行文の付与を受けることは恐らくできないであろう。したがって、弁護士Zとしては、Xに対し、Yに対する判決でもってしてはFに対して強制執行することができないことを説明し、Fに対する占有移転禁止の仮処分を経た上で、改めてFに対する土地明渡請求訴訟を提起しなければならない。

いと説明することになる。

- (2) Xとして、Yに対して採ることができた法的手段は、民事保全法による占有移転禁止の仮処分である。XはYに対する訴訟提起に先立って、Yに対する占有移転禁止の仮処分決定を得、それを執行しておけばよかつたのである。もし、占有移転禁止の仮処分決定がなされそれが執行されておれば、この仮処分には当事者恒定の効力があるから、Fが本件土地を占有したとしても、XはYに対する判決でもってFに対する強制執行により土地明渡という当初の目的を達成することができたはずである（民事保全法62条）。ところが、諸般の事情でこの仮処分がなされないまま訴訟が提起された結果、Fに対して仮処分の申立や新訴訟を提起せざるを得ないという面倒な事態を招いたのである。