民訴２９－３８　肢５

第１．肢の結論

誤っている

第２．裁判上の自白が成立した主張の撤回の可否

１．問題の所在

所有権に基づく建物明渡請求訴訟において，被告が当該建物の占有は，使用貸借契約に基づくものであると主張し，原告が被告の主張を援用した。そして，原告から，使用貸借契約の終了が主張された。この場合に，被告は，使用貸借契約に関する主張を撤回して，当該賃貸借契約に基づくものであると主張することはできるか。裁判上の自白（１７９条）における撤回の可否が問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

本件の被告には，裁判上の自白の効果である，不可撤回効は及ばない。したがって，被告は，主張を撤回して，当該契約が賃貸借契約に基づくものであると主張できる。よって，できないとする肢は誤り。

（２）理由

まず，前提として，使用貸借契約の事実について，裁判上の自白が成立する。理由は以下の通りである。裁判上の自白とは，相手方の主張立証を伴う，自己に不利益な陳述をいう。使用貸借契約は，適法な占有権限を認めるという意味で，請求原因（①元所有②相手方占有）と両立する事実の主張であり，被告の抗弁にあたる。被告が主張立証すべきことを原告は援用しているので，自己に不利益な陳述となり裁判上の自白にあたるからである。

そして，裁判上の自白には，一般的に不可撤回効が認められる。なぜなら，自白が成立すると，立証不要効が生じ，相手方の期待が生じる。撤回を認めるとその期待を奪うと考えられるからである。したがって，被告は，裁判上の自白の不可撤回効により，本件のような賃貸借契約に基づく主張はできないとも思える。しかし，不当である。賃貸借契約の方が，使用貸借よりも地位が保護されている（民法６０１条，借地借家３１条，民法５９７条参照)。被告の手続保障を図る場合もあるため，撤回を認める必要がある。

不可撤回効の趣旨は，立証不要効により利益をうけるもの，本件の場合，立証責任を負う被告の保護にある。したがって，被告は，その利益を放棄することは自由である。よって，本件被告は，撤回を行うことはできる。

なお，長期にわたって，このような撤回を認めると，原告の期待が一定程度，害される。この点については，時期に遅れた攻撃防御方法（１５７条）で考慮されると考える。

以上