2026 年 11 月 5 日

予備　令８－３６

弁論主義に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№37］）

ア．Ｘは，甲土地につき，ＡがＢから買い受け，Ａの死亡によりＸが相続したと主張して，登記名義人であるＹに対し，所有権に基づき所有権移転登記手続を求める訴えを提起し，これに対し，Ｙは，甲土地につき，ＹがＢから買い受けたものであると主張し，Ｘ及びＹは，その他の主張をしなかった。この場合において，裁判所が，甲土地につき，ＡがＢから買い受けた後にＹに死因贈与したとの事実を認定し，Ｘの請求を棄却する判決をすることは，弁論主義に反する。

イ．Ｘは，甲土地につき，登記名義人であるＹに対し，所有権に基づき所有権移転登記手続を求める訴えを提起し，これに対し，Ｙは，抗弁として，ＸがＡに対し代物弁済により甲土地を譲渡したと主張し，Ｘ及びＹは，その他の主張をしなかった。この場合において，裁判所が，ＸからＡへの代物弁済による甲土地の譲渡の事実を認定した上で，さらに，その後，ＸがＡから甲土地を買い戻したことを認定して，Ｘの請求を認容する判決をすることは，弁論主義に反する。

ウ．Ｘは，甲土地につき，Ａから買い受けたと主張して，登記名義人であるＹに対し，所有権に基づき所有権移転登記手続を求める訴えを提起し，これに対し，Ｙは，ＡＸ間の売買契約が公序良俗に反し無効であるとの主張をしていなかったが，それを基礎付ける事実を主張していた。この場合において，裁判所が，公序良俗違反を基礎付ける事実を認定した上で，ＡＸ間の売買契約が公序良俗に反し無効であると判断して，Ｘの請求を棄却する判決をすることは，弁論主義に反する。

エ．Ｘは，甲建物につき，Ｘが甲建物を建築してその所有権を取得したと主張して，Ｙに対し，その所有権の確認を求める訴えを提起し，Ｙは，Ｘによる甲建物の所有権取得の事実を否認し，その理由として，甲建物を建築してその所有権を取得したのはＡであると主張し，また，Ａが死亡し，Ａの子であるＸ及びＹがＡを相続したことも主張していた。この場合において，Ｘが，Ａが甲建物の所有権を取得したとの事実を自己の利益に援用していなかったときに，裁判所が，Ａが甲建物を建築してその所有権を取得したことを認定した上で，Ｘ及びＹが相続により甲建物の共有持分権をそれぞれ取得したと判断して，当該共有持分権の確認を求める限度でＸの請求を認容する判決をすることは，弁論主義に反しない。

オ．Ｘは，甲土地につき，Ａから買い受けたと主張して，登記名義人であるＹに対し，所有権に基づき所有権移転登記手続を求める訴えを提起し，これに対し，Ｙは，ＡＸ間の甲土地の売買の事実を否認した。この場合において，裁判所が，Ａから甲土地を買い受けたのはＸではなくＸの妻のＢであるという，ＸもＹも主張していない事実を認定し，その結果，Ｘが主張するＸがＡから甲土地を買い受けたとの事実は認められないと判断して，Ｘの請求を棄却する判決をすることは，弁論主義に反する。

１．ア　イ　　２．ア　エ　　３．イ　ウ　　４．ウ　オ　　５．エ　オ

正解　4

肢ア　○

X が，主張すべき事実，AB 売買，AX 相続。BY 売買は，AB 売買を否定する間接事実。

なぜなら，二重売買として AB と BY 売買は両立する。全く，別の意思表示から直接の存否に作用しない。ただ，BY 売買すると，AB 売買は債務不履行になる恐れがある。そこで通常しないだろうと推認する事実となり，間接事実となる。

それ以外の主張はない，本件の場合，AY 死因贈与，これが成立すると，甲土地は A の相続財産に含まれない。したがって，AX 相続しても X は甲土地を取得できなくなる。

このように死因贈与の有無は，X の所有権の存否に直接かかわる事実になるので，主要

事実となり，主張なくして判決の基礎とすることは，弁論主義第１テーゼに反しできない。

肢イ　○
代物弁済の事実は，所有権喪失の抗弁の内容。
その後，再取得するということは，喪失したことを認めたうえで，新たに権利の発生を基礎づける主張事実になる（再抗弁)。したがって，主張なく事実認定することは，弁論主義第一テーゼに反する。

肢ウ　○
　公序良俗は，裁判官の解釈を要する開かれた構成要件。
　このような場合は，評価根拠事実が主要事実となる。法的な評価は，裁判官の解釈に委ねられる。したがって，私的自治を根拠とする弁論主義はなじまない。
　あくまでも，当事者は，事実を主張すればよい。

肢エ　○
　当事者の主張責任に係る議論。確かに，AX 相続は，X の権利取得の根拠事実なので，主張責任は，X にある。したがって，主張責任がない Y の主張では足りず，主張責任者が援用しないと不意打ち感があるので，弁論主義に反し許されないのでは。
　ただ，仮に許されないと，あらたに別訴の余地がでてくる。手続上迂遠。柔軟に認定する必要がある。
　弁論主義は，私的自治を背景にする原則で，原告，被告の問題ではなく，当事者，裁判所の役割分担の問題。したがって，主張責任でないものの主張であっても当事者の弁論に現れている以上，事実認定は許容される。よって弁論主義に反しない。

肢オ　×
　AX 売買，Y は，AX 売買を否認。その後，裁判所は，AB 売買を認定。
　AB 売買は，AX 売買と両立する事実なので，間接事実。二重売買すると債務不履行になるのでしないだろうと推認が働くに過ぎない。
　したがって，AB 売買を認定しても弁論主義には反しない。

　もっとも，不意打ち感が出るので，釈明権を行使して，争点を明確にすべきである。（法的観点指摘義務）

予備　令８－３７

口頭弁論に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№38］）

ア．裁判所は，当事者が終結した口頭弁論の再開を申請したときは，その申請について裁判をしなければならない。

イ．裁判所は，訴訟要件についての争点と本案についての争点がある場合には，訴訟要件についての争点に審理を集中するために，口頭弁論を制限することができる。

ウ．裁判所は，口頭弁論を併合するときは，当事者の意見を聴かなければならない。

エ．主債務者とその連帯保証人を共同被告として訴えが提起された場合に，裁判所は，連帯保証人に対する訴えにつき口頭弁論を分離して判決することができる。

オ．口頭弁論は，裁判長が指揮する。

１．ア　ウ　　２．ア　オ　　３．イ　エ　　４．イ　オ　　５．ウ　エ

正解　1

肢ア

職権進行主義。終結した当事者の主張には拘束されない。進行に関しては訴訟経済，適正から裁判所に決定権がある。

肢イ

これも職権進行主義がとられます。訴訟要件は実体判断の論理的前提ですので，進行を指揮することは訴訟経済，手続の適正から見て合理性があると思われます。まさしく職権進行主義が機能する問題です

肢ウ

口頭弁論の併合は，当事者に意見を聴く必要ありません。これも職権進行主義で，実際に運用は裁判所の職権で行けるのが原則だからです。一方で，手続上，当事者に意見を聴く手続もあります。専門委員や，弁論準備手続などです。これは本来の口頭弁論の手続と異なるため，手続的配慮が必要なためです。弁論の併合は，あくまで口頭弁論での手続になる以上，そのような当事者の配慮は不要となります。

肢エ

主債務者とその連帯保証人については，確かに実体法，関連性もある。

矛盾判断を避けるべく，分離を制限するべきでは。しかし，不都合，訴訟態度が違う場合に，進行を変えられないと，不当に当事者を拘束してしまう。訴訟経済上の問題。

したがって，分離の必要あり。

主債務者の契約と連帯保証契約は別契約。実体法上は合一確定の必要性がないので単純

併合。したがって，裁判所は，職権進行主義により，必要に応じて弁論を分離することができる。

肢オ

☒　**指揮系統の単一化：** 訴訟のテンポ、発言の順番、証拠調べのタイミングなどをコントロールする「司令塔」を一本化することで、手続きの混乱を防ぎます。

☒　**迅速かつ公正な進行：** 裁判長が訴訟指揮権を握ることで、無駄な引き延ばしを防ぎつつ、適正なプロセスを担保する（迅速性と適正手続のバランスをとる）ことができます。

予備　令８－３８

争点及び証拠の整理手続に関する次のアからオまでの各記述のうち，誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№39］）

ア．裁判所は，事件を書面による準備手続に付する場合には，当事者の意見を聴かなければならない。

イ．準備的口頭弁論の結果は，準備的口頭弁論を終了した後の口頭弁論において当事者が陳述しなければ，訴訟資料とならない。

ウ．裁判所は，当事者双方が弁論準備手続の期日に出頭しない場合であっても，相当と認めるときは，裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話をすることができる方法によって，当該期日における手続を行うことができる。

エ．裁判所は，準備的口頭弁論の期日において，証人尋問を行うことができる。

オ．裁判所は，弁論準備手続の期日における傍聴に関し，当事者の一方が申し出た者について，相手方当事者が異議を述べた場合には，その傍聴を許すことができない。

１．ア　エ　２．ア　オ　３．イ　ウ　４．イ　オ　５．ウ　エ

正解　4

肢ア

書面による準備手続への付置（民訴法 175 条）

当事者の意見を聴かなければならない。原則，職権進行主義，裁判所が自由に移行できるとも。問題，予定していない手続（口頭弁論）以外の手続を進めてしまうと，当事者の権利（裁判を受ける権利）が不当に制限されてしまう。

そこで，手続的配慮として，聴聞の機会を設けた。これにより手続の適正が図られる。

実際，手続を進めるために当事者の協力が不可欠なので，確認すべきである。

職権進行主義も適正，訴訟経済のための原則である。本来の手続でない手続を勝手に進めることは予定していないと考える。

肢イ

準備的口頭弁論は，口頭弁論そのもの。したがって，口頭弁論に繋げる必要がない。

なお，弁論準備手続は，口頭弁論以外の手続，口頭弁論中心主義により陳述させて結果をつなげる必要がある。（１７３）

肢ウ

通信手段の発達や社会情勢の変化により，双方欠席でもできるようになった。

肢エ

準備的口頭弁論は，口頭弁論そのものなので，証人尋問可能。

なお，弁論準備手続で証拠調べができるのは書証のみ。（１７０条）
公開されているか否かの違いによるところが大きい。

肢オ
異議を述べたとしても許すことはできる。
職権進行主義。傍聴のみ手続への影響低い。

対立相手方が断った場合に，申出の意味が常になくなってしまう方が問題。

予備　令８－３９

証明に関する次のアからオまでの各記述のうち，誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№40］）

ア．ある主要事実について証明責任を負わない当事者による立証は，当該主要事実の存在について裁判官に真偽不明の心証を抱かせれば足りる。

イ．文書提出命令の申立てをした当事者は，文書の所持者として表示した者が当該文書を所持していることを証明しなければならない。

ウ．損害の性質上その額を立証することが極めて困難であり，損害額の立証がされていない場合においては，損害が生じたことが認められるときであっても，裁判所は，相当な損害額を認定することはできない。

エ．ある法律効果を発生させる主要事実とは別個の前提事実の存在が証明されれば，当該主要事実の存在が推定されるという法律上の事実推定に関して，当該主要事実につき証明責任を負う当事者が当該前提事実を証明し，相手方当事者が当該前提事実の存在について反証できない場合には，相手方当事者は，当該事実推定を覆すために，当該主要事実の不存在を証明しなければならない。

オ．適法な占有の権原を基礎付ける複数の権利がある場合において，当該各権利を発生させる事実とは別個の前提事実の存在が証明されれば，適法な占有の権原が推定されるという法律上の権利推定に関して，当該各権利を発生させる事実につき証明責任を負う当事者が当該前提事実を証明し，相手方当事者が当該前提事実の存在について反証できない場合には，相手方当事者は，当該各権利のうち一つにつき権利を発生させる事実が存在しないことを証明すれば，当該権利推定を覆すことができる。

１．ア　イ　２．ア　エ　３．イ　オ　４．ウ　エ　５．ウ　オ

正解　５

肢ア

反証の場合，真偽不明の心証を抱かせば足りる。

肢イ

証明がいる（２２１条１項)。困難な時は，識別情報で足りるという趣旨のことがあるが，この点においても証明がいる（疎明ではない)。

命令を出す以上，不確かな情報では正当でない命令の恐れがあるためと整理できる。

肢ウ

２４８条　認定できる。

基本的には，額の立証がなければ，損害は認定できないはず。しかし，それを貫くと一切，保護できなくなる。そこで，裁判所の方で認定できるルールになっている。

情報が当事者よりもおおいので，適正な認定が期待できる。

肢エ

法律上の事実推定（１８６条２項)。

占有継続，前後の事実を本証すれば，間の事実の継続が法律上推定される。

相手方は，それを覆すには，事実がないことを証明（本証）がいる。

肢オ

民法１８８条

占有の事実をいえば，適法な占有権があると推定される。

推定される権利が複数あるとき，貸借，使用貸借，地上権など，あるときは，全てを潰さないといけない。

なお，相手方が所有権を持っているときは，その主張ですべてが打ち破られる。

予備　令８－４０

証拠の申出に関する次のアからオまでの各記述のうち，正しいものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№41］）

ア．証拠の申出は，弁論準備手続の終結後には，することができない。

イ．証人尋問の申出は，口頭弁論の期日又は弁論準備手続の期日においてしなければならない。

ウ．証拠の申出は，証明すべき事実を特定してしなければならない。

エ．裁判所は，当事者が申し出た証拠が唯一の証拠方法に当たらない場合において，必要でないと認めるときには，当該証拠を取り調べることを要しない。

オ．当事者本人の尋問は，当事者のいずれからも申出がない場合には，行うことができない。

１．ア　イ　２．ア　エ　３．イ　オ　４．ウ　エ　５．ウ　オ

正解　4

肢ア

説明責任を設ける形ですることができる。

確かに，弁論準備手続は証拠の整理，実効性を伴わせるには，一切摘出できないとも。

不都合，できないとすると，あることないこと，提出することになり，手続が重くなってしまう恐れがある。一方で，自由に提出できるとすると，意味をなさない。

そこで，一定のサンクションをかす取扱いになっている。

肢イ

確かに訴訟行為は期日に行うのが原則であるが，それに限るとなると，審理が遅くなる。証拠の必要性は裁判所が決めるので，期日外でも許容されるべき。実際に訴訟行為を期日に求められるのは反対尋問ということが大きいように思えるが，証拠の申出は，提出自由である以上，申出の段階では厳格に手続的配慮はいらないと思われる。

肢ウ

証拠申出の原則（民訴法 180 条 1 項）。証拠の申出は、**「証明すべき事実（立証主題）」を特定して行わなければならない**と定められています。

☒　**第一原理：**「この証拠で一体何を証明したいのか」が曖昧なままでは、相手方は認否や反証の準備ができず、裁判所もその証拠が必要か（関連性があるか）を判断できません。適時提出と審理の効率化のための必須ルールです。

肢エ

裁判所の職権判断（民訴法 181 条 1 項）。裁判所は、当事者が申し出た証拠であっても、**「必要でないと認めるとき（不必要な証拠）」は調べることを要しません。**

すべて，取り調べを要すると，濫用により進行が害されるおそれがある。
進行に関しては，訴訟経済，手続の適正から，職権進行主義が採用。

当事者は，職権で不満かもしれないが，最終的な判断も自由心証主義。
裁判所の裁量が広い領域となる。

明文がないが，唯一の証拠の場合は，採用がいる。（最判昭５３．３．３）
職権進行主義からすると，不採用も認められるように思われるが，手続上，適正であることが全体の利益に通ずるからであり，濫用を認める趣旨ではにない。
立証の機会を全く与えないことは，全体の手続からみて著しく不合理と思われる。
そのため，判例も採用を要するとしている。

肢オ
当事者本人の尋問は職権でできる。
原則，職権証拠調べの禁止。
申出がないとできないが筋。不当，必要な証言が得られないと心証形成ができない恐れがある。不当な結論を回避すべく，証拠の収集を認める必要がある。
職権証拠調べが禁止されるのは肩入れ防止，私的自治へ配慮することが公平だから。
本人の場合，妥当な解決を望んでいると思われる。むしろ証拠採取に協力することが裁判の公平につながる。したがって，法も職権で認めている。