

**民事訴訟法** (配点 40 点)

**【出題趣旨】**

代理人による契約締結の事実を当事者は主張していない。当事者の主張なくして裁判の基礎とすることはできるか。弁論主義の第一テーゼである主張原則の基本的理解を問う問題である。設例は判例百選にも掲載されている（47事件）最判昭和33.7.8民集12巻11号1740頁を基としている。

設例には「申し立てていない」とあるが、問われているのは弁論主義である。混乱することなく、権利（訴訟物）・申立てのレベル、事実・主張のレベル、証拠・立証のレベルのうち、まずは事実主張の問題であることを理解してもらいたく、設問1では訴訟資料と証拠資料の峻別について説明を求めた。

設問2では、弁論主義の意義、三つのテーゼ、根拠といった基本的事項を述べ、弁論主義第1テーゼの適用ある事実を論じたうえで、弁論主義に反し違法であるか否かを結論づけてもらいたいと考えた。適用ある事実について、主要事実に限る見解、間接事実あるいは重要な間接事実にも適用されるとする見解、また、主要事実ではあっても、不意打ちなき事実には弁論主義は適用されない等とする見解、様々であるが、何故そう考えるのか、理由を述べてもらうことで、弁論主義の理解を問うことができると考えた。

だが、代理人による契約締結の事実をどう捉えるのか、この訴訟において重要な事実と捉えるのか、とりわけ要件事実について学んでいない受験生にとっては正しく当てはめることは難しいこともあろうと考え、それらの点については緩やかに評価することとした。

以上