慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究一〇〕不動産に対する仮差押の効力 家屋明渡等請求事件 (昭和三七年九月一八日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 伊東, 乾(Itō, Susumu) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1964
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.37, No.2 (1964. 2) ,p.107- 114
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19640215-0107

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.

〔最高裁民訴事例研究　一〇〕

昭和三七21（最高民集一六巻九号一九七七頁）

不動産に対する仮差押の効力

家屋明渡等請求事件（昭和三七年九月一八日第三小法廷判決）

訴外債権者Tの申立により訴外債務者Oの土地並びに右土地上の建物に対して仮差押がなされた。ところが、Oは仮差押登記後これを期間三年の約束で被告Y（控訴人・上告人）に賃貸した。その後Tは本執行の債務名義に基づき強制執行をなし、原告X（被控訴人・被上告人）が右不動産を競落し、所有権の移転登記をなした。原告Xは競落不動産引渡命令に基づき執行をなさんとしたが、Yが右不動産を使用占有しているために執行が不能となつた。原告XはYに対し右不動産明渡の訴を提起した。これが本訴である。

第一審裁判所は、仮差押の効力として債務者Oは所有物件に対する処分の制限を受け、仮差押登記後に被告に賃貸するもこれを以て仮差押債権者従つて仮差押事件の本案判決の執行により仮差押物件の所有権を取得した競落人に対抗しえないものというべきであるから、被告は不法に占有しているものとして、原告に対し、原告が競落した不動産を明渡し、なお原告が所有権取得後本件不動産を使用することができない為受ける損害を賠償すべき義務がある、と判断して、原告勝訴の裁判をした。これに対してY控訴。

控訴審裁判所は第一審裁判所の判決を引用して控訴棄却。Y上告。

上告理由は以下の如くである。すなわち、たとえ仮差押後に賃貸借がなされたとしても、民法六〇二条により短期賃貸借として土地につき五年の賃借権が存し、而も五年の期間が経過していないにもかかわらず、この点に関し第一審並びに原審は毫も言及せず漫然と看過した点違法である。と同時に、借地、借家関係を律する借地・借家法のいずれにおいても、仮差押登記後の賃借権に付き対抗しえざる旨の規定なく、一般法たる民法に対する借地・借家法は特別法たる地位にあること、目的不動産の競売に際しても其の公告要件に記載しある賃借権は競落人はこれを了承の上競落するもので以後なんら所有者において更新拒絶または正当事由の主張なき本件においては、依然として、Yは権限に基づき使用を継続する権利を有するものであるから、第一審及び原審は此の部分を釈明せしめて判断すべきであるにもかかわらずこの措置をとらないことなどの点で、本件判決は借地・借家法の原理に反する、しかも判決に影響を及ぼす重大且つ明白な法令違反がある、という。

上告審裁判所はこれに対し、「所論引用の原判示は、民訴六四四条の法意に照し、正当である。所論は、右と異なつた見解を前提とし、仮差押の目的物件について賃貸借契約が成立した場合における

賃貸人と賃借人との内部関係について論議し、原判決を攻撃しているにすぎない。したがつて、原判決に所論の違法はなく、論旨は、ひつきよう、独自の見解に立つて原判決を非難するに帰するから、採用できない」として、上告棄却。

判旨に賛成できない。

民訴法六四四条二項は、「差押ハ債務者カ不動産ノ利用及ヒ管理ヲ為スコトヲ妨ケス」と規定する。そこで、問題は、第一に、差押不動産の賃貸借が処分行為であるのか或いは管理行為であるのかという点に存し、第二に、管理行為だとする場合、同条にいわゆる管理行為は競落後まで存続する賃貸借を含むか否かという点に存する。

第一の問題点につきまず検討してみよう。管理行為とは、一般には目的物の保存・利用・改良行為を意味する(我妻民法総則二七四頁、鳩山日本民法総論四一九頁)。物の賃貸借は物の利用行為にあたるから管理行為である(我妻前掲及び債権各論中四二八頁、我妻・有泉債権法三七一頁、民事法学辞典上三〇七頁及び下二一〇〇頁)。しかし、賃貸借はその期間があまり長期にわたる場合は、実際上の利害関係からみて処分行為に類似してくる。そこで、民法六〇二条は、管理能力または管理権限はあるが処分能力または処分権限をもたない者は、一定の期間を超える長期賃貸借をなしえないものとしている。この民法の態度は、同法六〇二条所定の期間内の賃貸借はこれを無条件に管理行為とし、これを超える場合に限り賃貸借は処分行為に準ずるものとみる態度であると理解してよかろう(我妻債権各論中四二八頁参照)。また、抵当権における短期賃貸借の保護に関する民法三九五条の規定も、これと一脈相通じるものがあると理解されてよかろう。ところで、本件賃貸借は民法第六〇二条の期間内の賃貸借であるから(六〇二条によれば、土地の賃貸借は五年、建物の賃貸借は三年を超えることができないとしているが、本件の場合賃貸借の約定期間は三年である)、これを以て当該不動産の処分行為乃至準処分行為とみる必要はなく、純然たる管理行為とみてよいであろう。

もつとも、この点に関して、賃借権の物権化現象を重視することによつて、「賃借権の設定を物権の設定と同じく所有権に直接制限を加えたと同様の負担とみて、これを処分禁止に反するものと考えることができるであろう。又そうみることが価値保存のための差押の目的に適合し、民訴六四四条二項の解釈についての前示判例(最判昭三八・二・一五)の考え方を正しく理解できるであろう。そうすると、その賃貸借が民法六〇二条の期間以内のものであるとないとは、問題でないことになる」とする見解もある(沢「不動産に対する差押の効力」民商四八巻六号一二七―八頁)。しかしてこの見解は通説・判例に一つの論拠を示すものとして充分評価さるべきものであると考えるが、私は、既述のごとく民法六〇二条及び三九五条の趣旨に反するものと考えられるので賛成しえない。

なお、沢判事は、本件賃貸借につき民法六〇二条の適用はないものとし、その論拠として以下のごとく述べられている。すなわち、民法六〇二条の処分の能力又は権限を有せざる者というのは、絶対的に、自己の財産につき処分権能を欠き、他人の財産につき処分権限を有しないものについて、重大な利害ある処分とならないため期間を制限したものと解せられ、差押による処分権能の制限をうけたようなものは含むものではない。差押を受けた債務者といえども処

分権能を喪失したものではない。ただ債権者に処分を対抗できないだけである。処分はもとより当事者間では有効であるし、それを当事者間まで期間上制限すべき理由はないからであるとされる。しかし、何故差押債務者が債権者に対する関係で六〇二条の期間を超える賃貸借を対抗しえないかというに、債務者は債権者との関係で相対的に処分権限を喪失しているからであろう（処分禁止の効力が相対的であることは一般に認められている。たとえば明治二七年五月一四日民刑一七一号民刑局長回答、通達回答集四〇〇頁は、「不動産ニ対スル差押又ハ仮差押登記アリシ以上ハ其以後ニ権利ヲ取得シタル第三者ハ悪意ト看做ス可キニ付民事訴訟法第六百五十条第一項ニ依リ差押又ハ仮差押ノ効力ノ対抗ヲ受ケサル可カラスト雖モ債権者ノ権利ヲ害セサル限リハ固ヨリ債務者カ其所有ノ不動産ヲ処分スルヲ妨ケサルノミナラス若シ将来或ル事由ニ因リ差押又ハ仮差押ノ解除セラルルニ至ルコトアルトキハ同時ニ売買ハ完全ナモノト為ル可シ依テ差押又ハ仮差押ノ登記以後ニ於テ所有者カ其不動産ヲ売却セン場合ニハ其価額カ差押債権額ヲ超過スルト否トニ拘ラス又売却代金ヲ以テ差押債権者ヲシテ満足セシムルト否トヲ問ハス其売買ヲ登記ス可キモノト思考ス」としているし、明治三九年五月一九日二二六八号法曹会決議・法曹会議要録二〇二頁、大正四年一月二六日法曹会決議・法曹会議要録四四六頁、決議年月日不明鮮司法協会決議・評論一一巻諸法一七二頁、もこれにならっている。判例としては、「差押ニヨリテ債務者ハ当然差押物ノ所有権ヲ失フ者ニ非サルカ故ニ債務者カ之ヲ第三者ニ売却スルモ其売買契約ヲシテ直ニ絶対的無効ナリト結論スルヲ得スト雖モ斯ノ如キ差押物ニ対スル処分行為ハ差押債権者ニ対シ何等効力ヲ生セサルコトハ差押ノ効力トシテ一点ノ疑ナキ所ス従テ差押物ニ対スル執行手続ハ依然トシテ進行シ得ヘク其競売ノ場合ニ於テハ毫モ処分行為ナカリシモノトシ差押当時ノ状態ニ於テ競売ニ附スヘク競落人ハ之ニヨリテ完全ナル所有権ヲ取得シ第三者若クハ転得者ハ其所有権ヲ喪失スヘキモノトス」とする大正二年三月七日東地民一判新聞八七〇号三頁をはじめとして、裁判年月日不明東地民一判大正二年（レ）二一号評論二巻民訴一三八頁、大審大正四年一二月一四日民一決民録二一輯二一〇六頁民抄録六三巻一三七七頁評論五巻民訴二五頁、昭和六年七月六日札幌区判新聞一二三一七号九頁評論二〇巻諸法七二八頁、大審昭和八年一〇月六日民五判民集一二巻二四七三頁新聞三六六八号五頁、大審昭和一四年一二月一日民二判評論二九巻民訴三九頁などがある）。処分権限の相対的喪失は、処分の効力に相対的に影響を及ぼす。絶対的な処分権の喪失は処分の効力に絶対的に影響を及ぼす。したがつて、民法六〇二条にいわゆる「処分ノ能力又ハ権限ヲ有セサル者」とは、これら両者を含むものと理解すべきではなかろうか。

次に第二の問題の検討に移ろう。この点に関するリーディング・ケースともいうべき判例として、大審明治三八年一〇月二五日民二判民録一一輯一四七六頁民抄録二七巻五五二五頁がある。この判決は、「上告人甲ハ係争ノ賃借権ヲ以テ競落人タル被上告人ニ対抗スルヲ得ス上告人ハ民事訴訟法第六百四十四条ヲ援テ論争スレトモ抑不動産競売ノ手続タルヤ執行裁判所ハ民事訴訟法第六百五十一条ニ依リ競売申立ノ登記ヲ為シ競売ノ申立ヲ登記シタル後競落許可ノ決定アル迄多クノ場合ニ於テ競売価格ノ高低ニ影響アルヘキ賃借権ノ設定ヲ許スヘキモノトセハ到底最低価格ヲ一定スヘカラス又民事訴訟法第六百五十八条ニ依リ競売期日ノ公告ニハ賃貸借アル場合ニ於ケル其期限等及ヒ最低競売価格ヲ示ササルヘカラサルニ競落許可ノ決定アル迄賃借権ノ設定ヲ許スヘシトセハ右公告ノ要件タル賃貸借ノ有無及ヒ最低競売価格ハ之ヲ明確ニスルニ由ナク従テ競買人ハ公告ニ明示ナキ賃借権ノ対抗ヲ受ケサルヘカラサルニ至ラン斯ノ如キハ断シテ右等ノ規定ヲ設ケタル趣旨ニアラサルコト明瞭ナリ民事訴訟法第六百四十四条ハ不動産ノ差押以後競落許可決定ニ至ル迄債務者カ差押ヲ受ケタル動産ヲ利用シ又ハ必要ナル管理ヲ為シ得ヘキコトヲ規定シタルニ過キスシテ差押以後ニ至リ競落許可決定ノ後迄存続スヘキ賃貸借ヲ為スコトヲ許シタル法意ニアラサルコトハ前掲第六百五十五条第六百五十八条等ノ規定上自ラ明カナリ乃チ第六百四十四条ニ於テ差押ノ後特ニ債務者ニ許シタル管理行為ハ競落許可決定ニ依リ所有者ノ定マル迄競売スル不動産ヲ保全スルコトヲ目的トスル法意ナルカ故ニ民事訴訟法第六百四十四条第二項ニ謂フ不動産ノ利用及ヒ管理云々トアル管理行為中競売開始決定以前ヨリ継続ス

ルモノハ民法ノ規定ニ依リ管理ト異ナラサルモ競売期日ノ公告以後ノ賃貸借ニ付テハ民法ニ付テハ民法ニ於テ管理人又ハ後見人カ其権限内ニ於テ為シタル管理行為トハ自ラ差異ノ存スルコト当然ナリトス」としている（昭和八年一二月八日大阪地民七判新聞三六五九号一四頁評論二三巻諸法七八六頁、昭和九年六月九日大阪控民二判新聞三七一二号一六頁は、ともに競売法による競売に準用さるべき民訴法六四四条二項の解釈として、同条にいわゆる不動産の利用及び管理とは、差押後競落許可決定に至るまでのことで、其後も尚効力を存続すべき賃貸借等を為しうべきことを許容したものではないとして居る。大審昭和九年九月四日民四判新聞三七四四号八頁評論二三巻諸法六八〇頁は、競売法上の競売手続についてではあるが、「抵当不動産ニ付差押ノ効力ヲ生シタル後ニ於テモ不動産所有者カ競売申立人又ハ競落人ノ権利ヲ害セサル範囲内ニ於テ該不動産ノ用又ハ管理ヲ為スヲ妨ケスト雖モ（民事訴訟法第六百四十四条参照）所有権ニ制限ヲ加フヘキ不動産ニ関スル権利ノ設定ヲ為スコトヲ許ササルヤ勿論ナリトス然ラハ競売手続開始決定ノ債務者ニ送達セラレタル又ハ競売申立ノ登記アリタル後ニ於テ競売ノ目的タル不動産ノ所有者カ民法第六百二条ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ヲ為シ之ヲ登記シタリトスルモ斯クノ如キハ差押不動産ノ所有権ニ制限ヲ加フルノ権利ノ設定ニ外ナラサルカ故ニ競売申立人又ハ競落人ニ之ヲ対抗シ得サルモノト云ハサルヘカラス」としている。昭和九年九月二七日大阪地民五判新聞三七五六号一六頁、大審昭和一二年四月二一日民四判決学六巻一二〇六頁判決全集四輯八号九頁も同趣旨。昭和一三年三月一〇日大阪地民六判新聞四二六四号一三頁評論二巻民法五〇二頁は、「競売物件ニ付差押ノ効力生シタル後ハ其ノ所有ニ係ル物件ノ処分ヲ以テ差押債権者ニ対抗シ得サルハ勿論仮令該物件ノ管理又ハ利用ノ行為タリトモ競落後尚存続スル場合ハ之ヲ以テ競落ニヨリ所有権ヲ取得シタル者ニ対抗スルコトヲ得サルモノト同シク差押ノ効果アリト為ス」と判示している。大審昭和一三年三月二六日東控民四判評論二七巻民法六一五頁は、「競売不動産につき競売登記後になした賃借及びその更新のいずれも競落人に対抗しえないと説き、昭和一七年二月一七日法曹会雑誌二〇巻六号六七頁法曹会決議要録四四九頁評論三一巻法曹会決議一頁は、「競売申立登記後は競売不動産の賃借人は借家法一条によつてもその賃借権をもつて競落人に対抗しえないとしている。この理は判例によれば賃借権の登記があつても何ら変るものではないとされている。たとえば、この種のものとして、明治三八年九月二六日東控民二判新聞三一二号一六頁、競売申立登記後に競売不動産についての賃借人は右賃貸借契約の締結が競売開始の前後を問わず賃借人はこれを競売申立人及び競落人に対抗しえないとする、大審昭和四年五月一八日民判新聞二九九一号五頁があるが、これに反して明治三七年一〇月二九日東地民四決新聞三一二号九頁は、「競売申立記入ノ登記アリタル為所有者ハ其不動産ヲ利用スルコトヲ禁止セラルルモノニ非サルカ故ニ甲カ乙ノ為メ設定シタル賃借権ハ其登記ヲ経由シタル以上ハ競落人タル申請人ニ対抗シ得ヘキ」としている）。学説もこの判例の立場を是認している（兼子増補強制執行法二三五頁、加藤要論二四四頁、谷井不動産強制執行の諸問題。一三二頁、吉川強制執行法七六頁、沢前掲一二七―八頁など）。

しかし、既述のごとく、民法六〇二条の期間内の賃貸借を純然たる管理行為、ことに利用行為とみる民法の立場からは、判例通説とは正反対に、競落後も存続するものであつても、賃借人は賃借権を競売申立人及び競落人に対抗しうるとみるべきであろう。

まず競落人は、競売期日の公告中に表示された賃貸借の期限並に借賃及び借賃の前払又は敷金の額などから、当該賃貸借の存在を了知しうるはずであるし（民訴六五条三号）、最低競売価額も右賃貸借の存在を考慮したうえで決められているから、賃貸借の存在によつてなんの損害をうけるものでもない。したがつて、競落人との関係で考えれば、民法六〇二条の範囲内の賃貸借が競売申立後のもので且つ競落後存続するものであつても競売期日公告前のものであれば、競落人にこれを対抗しうるものとみてよいであろう。この場合賃貸借契約の成立は競売申立後であつても競売期日の公告前でなければならないと解すべきであろう。けだし、競売期日の公告には、賃貸借の表示並びに最低競売価額の記載を必要とするが（民訴六五八条三号・六号）、前掲大審院明治三八年一〇月二五日の判決が示すように、公告後にする賃貸借契約の締結は、最低競売価額を不適切なものにし、さらに賃貸借の表示なしに競売期日を開いたことになり、手続の違法をきたすからである（もっとも、目的不動産の最低競売価格の再決定をし、競売期日の公告をやりなおせばよいと考えることもできよう）。かくして、一たび競売の申立があれば、「差押不動産は早晩競落人の手中に帰すべき運命に置かれるが故に債務者は競落確定迄の間暫定的に其所有権を保有するに過ぎず、従つて所有権が確定的に競落人に移る迄の間民訴法六四四条二項により競売申立人乃至競落人の利益を害せ

さる範囲に於て利用管理を許されるにすぎない。されば債務者は此の暫定的期間内その時間的経過を追つて当該不動産を現実に利用しうるのみであり、之を他人に利用せしめる場合も亦其制限を脱しうるものではない」という主張（野田判民昭和一四年度六六事件二五五頁）は、少なくとも競落人に対する関係においては妥当しないとみるべきであろう。

問題はむしろ、競売申立後の民法六〇二条の範囲内の賃貸借の締結による不動産価額の低下、それにともなう債権者の利益の侵害という点に存する。この点を考える場合参考になるのは、民法三九五条の規定である。同条は、「第六百二条ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵当権ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵当権者ニ対抗スルコトヲ得但其賃貸借カ抵当権者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵当権者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得」と規定する。すなわち、抵当権にあつては、民法六〇二条の範囲内の賃貸借は原則として抵当権者の利益を必ずしも不当に害するものではなく、例外的に抵当権者の利益をそれが害する場合は解除が可能になる、というのが民法の態度である。一般の執行において抵当権者に比せられるべきものは差押債権者である（もちろん差押債権者は一般の場合抵当権者と異り優先弁済権をもたないという違いはあるにしても）。そこで一般の執行における競売申立後の短期賃貸借の締結についても本条を準用し、これを債権者に対抗しうるが、右賃貸借が債権者に損害を及ぼすがごとき場合は、裁判所は債権者の請求により其解除を命じることができると理解すべきであろうか。

民訴法六四四条二項にいわゆる「不動産ノ利用及ヒ管理」概念の解釈については、前掲明治三八年一〇月二五日の大審院判例をリーディング・ケースとして、ほぼ判例法が確立されたとみられる状態にあるが、私は、以上の理由から、そこに示された通説・判例の態度に疑問を感ぜざるを得ないのである。

以上の次第で、本判決には賛成しかねる。

（石川　明）

昭和三七22（最高民集一六巻九号二〇五二頁）

文書の郵送と書証の提出

売掛代金請求事件（昭和三七・九・二一第二小法廷判決）

X（原告）の農機具売掛代金支払請求の訴についてY（被告）は某月某日代金全額支払済みの抗弁を提出したが、抗弁は認められず、第一審・第二審とも、Xが全面的に勝訴した。Yから上告をおこし、原審は「控訴人（Y）は当審における本件口頭弁論期日に出頭しなかつたが、陳述したものと看做すべき控訴状の記載によれば　云云」と言つているけれども、控訴状には「新たな証拠」という項目の下に「乙第二号証領収証を以て債務金全額の支払の事実を立証する」との記載があり、右領収証の写も添附されているのであるから、この証拠は提出ならびに援用されたものと看做さるべきであつて、当該証拠を無視した原審の事実認定は違法である、と主張した。仮に乙第二号証の申出が陳述されたものと看做されないとしても、これは期日前の証拠申出として有効な筈であるし、もし原審が当該証拠を黙示に却下したものとすれば、唯一の証拠方法を却下した違法がある、と上告理由は附陳している。なお、領収証の写は、そのうち一通が、当該領収証の原本であつたものと察せられる。最高裁い

わく、「当事者が自ら所持する書証は、裁判所外における取調を求める場合（民訴法二六五条）の外は、口頭弁論期日（又は準備手続期日）にこれを提出して、証拠調の申出をすべきものである（民訴法三一一条参照）。本件記録によれば、上告人は、控訴状とともに乙第二号証と称する書面の原本を裁判所に郵送したまま、原審の口頭弁論に終始出頭しなかつたものであるから、原審が乙第二号証の提出があつたものと取扱わなかつたのは相当である。従つて、乙第二号証の提出があつたことを前提とする論旨は、すべて理由なく、採用しえない」、と。――棄却。

本件については、既に増田判事の判批があり、判旨に全面的に同調しておられるが（民商四八巻六号九七五頁）、判旨や、これに同調される増田判事の判批が、民訴三一一条のみを指摘し、これを根拠として上告理由を排斥しているのは、理由つけとしてなお充分ではあるまい。なるほど、民訴三一一条は、「書証ノ申出ハ文書ヲ提出シ……テ之ヲ為スコトヲ要ス」と規定し、当事者が自ら所持する文書を証拠として顕出するためには、一般の場合と異なり、証拠の申出と証拠の提出とが結合して同時に行わるべきことを要求しているけれども、その結合を要求する趣旨は、ただ「改めて提出を命ずるよりも、始めからその提出を申出の手続上の要件とした方が事が簡単に運ぶ」というだけのことで（熊谷直之助「証拠の申出」法曹二〇巻七号五頁）、従つて、いつ・いかなる場合にも絶対に申出と提出とを切離すべからずというような、動きのとれないものではないからである。現に、所持文書が膨大または貴重で提出できないような場合には、現場での証拠調を相当とするであろうが、この場合、当事者はまず受訴裁判所に証拠の申出をなし、後に現場で受命裁判官もしくは受託裁判官に対して証拠の提出をするほかないから、書証であつても申出と提出が切離されうることを認めなければならないのであつて、これは「裁判所外における取調を求める場合（民訴法二六五条）の外は……」といつて判旨自身も承認するところであるのみならず、受訴裁判所に保管されている文書について書証を申出る場合は、固より証拠の提出は必要でなく、証拠の申出のみが行われるであろう（熊谷前掲六頁註一七）。他方に、民訴一三八条は、当事者の一方が最初に行われる口頭弁論の期日を懈怠した場合に「其ノ者ノ提出シタル訴状、答弁書其ノ他ノ準備書面ニ記載シタル事項ハ之ヲ陳述シタルモノト看做シ……云々」と規定するのであるから、既に準備書面に証拠方法として文書の標目が掲げられ、要証事実もまた明示されているかぎり、本条との関係で証拠の申出は行われたものと擬制され、当事者は後に口頭弁論で証拠文書の提出のみを行えば足り、また準備書面ともども文書が裁判所に郵送されている場合には、裁判所の保管する文書についてその書証の申出に準じ、擬制される証拠の申出のみがあれば足りると解する余地が、充分にある。そして、そう解する方が、当事者闕席の場合にも対席判決ができるようにしようとの民訴一三八条の立法趣旨に適し、準備書面に記載した「事項」といつて「事実」とは言わなかつた同条の字句にも適合し、また、それだけ無過失の欠席者には親切で上訴を防止することもできる、と言えないことはないのであるから、嘗て、大審院が、昭八・四・二五判決の傍論で、「闕席者ノ側ニ於ケル証

拠ノ申出ヲ穏フルニ其ノ所持ニ係ル文書又ハ証拠物ヲ証拠トシテ提出スル旨ノ記載カ準備書面ニ存スルトキハ此陳述自体ハ口頭弁論ニ於テ之ヲ為シタリト看做サル可キモ独当該証拠物ソノモノノ提出ハ之ヲ為シ得ヘクモアラス結局閾席者ニ於テ此種証拠ノ申出ヲ為スコトハ常ニ不能ニ属スルモノノ如キモ必シモ爾ラス蓋準備書面ニ文書ノ原本又ハ証拠物自体ヲ添付スルコトハ或ハ不能少クトモ稀有ナルヘキモ今順序上姑ク此事アリトセムニ此場合原物ハ則チ裁判所ノ手中ニ存スルカ故ニ口頭弁論ニ際シ裁判所ハ便宜之ヲ出頭者ニ示セハ可ナリ反之右ノ如ク原物ヲ添付セサル場合ハ如何ト云フニ文書ノ提出ニ付キテハ認証謄本ハ原本ト同価値ヲ有スルカ故ニ（同法第三百三十一条第一項）此方法ニ依ルトキハ闘席者ノ所持スル文書モ証拠ニ供スルコト不能ト断言ス可カラス」といい（岩野・川上「期日の欠席」総合判例研究叢書民訴(6)八頁以下）、これに賛成する向きも無いではなかつたのは（たとえば法律実務講座民事訴訟編四巻一六四頁、ただし同講座は三巻三一九頁では反対の趣旨を説く）、全く謂われのないことではない。

それにも拘らず判旨を支持すべき理由は、第一段には、準備書面というものが、確定書面から区別せらるべきことに存しよう。法は口頭弁論準備の制度として準備書面の交換を規定した（民訴二四二条）。従つて、準備書面とは「当事者が口頭弁論において陳述しようとする事項を、予告的に記載して裁判所へ提出する書面」をいい（兼子体系二九一頁）、「提出によつてこれに記載したその当事者の訴訟行為が確定的にされたことにな」る確定書面からは区別される（兼子条解二四二条）。ところで、証拠の申出を記載した書面は、期日前の証拠の申出が認められている関係から（民訴二五八条二項）、提出によつて直ちに申出として成立するであろう。同理は、証拠の申出が準備書面に他の記載事項とともに併せて掲げられている場合にも、ひとしく妥当する。だから、証拠の申出が準備書面中に掲記せられる場合、準備書面のその部分は実は確定書面であつて準備書面ではなく、民訴一三八条の「準備書面ニ記載シタル事項」に該当しない（確定書面であるから陳述したものと看做す必要がない）。右証拠の申出が、たとえば印紙の貼用を欠くため無効であつても、この道理には相違がない。確定書面かどうかは、類型の問題であつて個別的な行為の効力の問題でなく、成立の問題であつて有効の問題ではないからである。

そして、第二段に、民訴一三八条は準備書面を確定書面に媒介し転成させるだけであつて、それ以上の作用をもたない。申立は媒介されて申立になり、陳述は媒介されて陳述になり、不完全な供述は媒介されて不完全な供述を再現するにとどまり、申立が媒介されるのを機会に理由を具えたり、陳述が申立に転化したり、不完全がおのずから治癒されたりすることは考えられない。従つて、もし、確定書面とは認められない証拠の申出が準備書面に記載されているとしたら、一三八条によつて媒介されて陳述したと看做されるこの申出が、有効か否かは、一三八条以外の事情から別途定まることで、本条を濾過することのみによつて当然有効と決まるわけではない。

且つ、第三段に、口頭弁論期日（又は準備手続期日）に即席の提出ができる所持文書については、期日前の申出を認むべきでなく（増田前掲判批同旨）、また、任意に文書の保管を裁判所に移すことも許されないと解すべきであろう。いかにも、前述のように、民訴三一一条は、

同時に結合して行いうる証拠の申出と提出とをわざわざ切離すまでのことはないという趣旨に過ぎないものではあるけれども、法が簡便を択んだ以上は理由なくして複雑を追うことは許されない理窟であつて、当事者は自ら所持する文書ならば何時でも提出することができる筈であるから、準備行為の必要な場合に具えた二五八条二項との関係で特別な理由があるとはいえず、従つて、所持文書につき期日前の申出を認め、まず申出をしておいて後に期日に提出することを許すべきではない。また、いかにも、前述のように、裁判所の保管する文書については当事者は、ただ証拠の申出をすれば足りると解するほかないけれども、提出された文書といえども当然に裁判所の保管に移るわけではなく、さればこそ民訴三二〇条は別に提出文書についての留置命令ができることにしているのであるし、保管は裁判所をそれだけ利用し煩わすことになるのであるから、文書提出権のある当事者が当然に自ら求めて文書を裁判所に保管させる権利までを有すると解することはできない。

かくて、第一段の根拠から、たとえば証人の申出のごときは、たとえ準備書面に記載されていても、裁判所は、これを期日前の証拠申出として取扱うべきもので、これが民訴一三八条によつて陳述されたものと看做されることはない（菊井・村松コメンタール一三八条3ロ）。その際、申出が体裁上いかにも申出らしく記載されている必要はなく、単に証拠の標目として掲げられているだけで充分であるが、期日前の証拠申出であるその申立が期日前の申立として有効かどうかは、印紙貼用の有無・要証事実掲記の有無・証拠特定の能否・等、その時々の事情に照らして決するほかない。第三段所述のように期日前の申出が許されない当事者所持の文書については、準備書面上の申出もしくは標目掲記を確定書面と取扱う余地はないが、そのかわり、この記載が一三八条によつて陳述されたものと看做されても、それは、なお、単なる標目の通告にすぎないか、精々、提出を伴わない申出にすぎないこと、第二段にみた通りである。そして、第三段の根拠から、原本の任意送付は（期日の前であれ後であれ）無効無意味と認むべきであるから、申出と提出との同時施行を擬制する可能性はない。従つて、民訴三一一条により、本件書証の申出は不成立で、これを無視した原審の態度は正当であつたとしなければならない。過失によらずして闕席した当事者の救済のごときは、ひとり所持文書についての証拠申出の問題に限られることではないのであるから、闕席にも拘らず対席判決を与える現行法の基本原則一般の問題として、考究・検討せられなければならない。

結局、判旨を正当と認め、これを支持したいと考える。

（伊東　乾）