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二二九〕 訴訟代理人の出頭不出頭に関する口頭弁論調書の記載の効力 (最高裁昭和二六年二月二〇日第三小法廷判決) 一 判決言渡の方式遵守を記載した口頭弁論調書の効力 二 直前に施行された別件の証人尋問の調書を書証として提出することは可能か (最高裁昭和二六年二月二二日第一小法廷判決) 贈与の主張に対し死因贈与を認定したことの適否 (最高裁昭和二六年二月二二日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	田中, ひとみ(Tanaka, Hitomi) 小池, 順一(Koike, Junichi) 山田, 恒久(Yamada, Tsunehisa) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1985
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.3 (1985. 3) ,p.96- 107
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=AN00224504-19850328-0096

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二二九〕

昭和二六3（最高民集五巻三号七八頁）

訴訟代理人の出頭不出頭に関する口頭弁論調書の記載の効力

仮処分申請事件（昭和二六・二・二〇第三小法廷判決）

仮処分申請者X（被控人・上告人）は被申請人Y（控訴人・被上告人）に対して仮処分を申立て、第一審ではXが勝訴したものと思われるが、第二審においてはYが勝訴した。これに対してX側は次の二点を上告理由として争った。まず原審口頭弁論調書によると、被控訴代理人X_1不出頭とある部分の「不」の一字が削除せられX_1が出頭し訴訟行為を為した旨記載があるが、上告代理人X_1は原審に於て共同代理人X_2と共に訴訟代理委任を受けたが一回も出頭したことはなかった。このような事情にもかかわらずかような調書を作成せられたのは違法がある。第二に原審判決は訴訟代理権なきYらの訴訟行為を認めたことは違法と言わねばならない。これに対して最高裁は次のように判示して上告を棄却した。

「原審における…本件口頭弁論期日の調書には、「被控訴代理人某（X_1）出頭」と記載してあるから同人が右期日に出頭したものと認める外ない、従ってその出頭がなかったことを前提とする論旨は理由がない。

原審は論旨第一点所論の委任状により被上告人等代理人に代理権ありと認めて審理判決したことは明らかであり、その措置に違法はない。」

一　判旨賛成。調書における訴訟代理人の記載は、形式的事項とされ（民事訴訟法一四三条四号）、いわゆる口頭弁論の方式に関する事項として法定の証拠力が与えられている（一四七条）。従って調書以外の証拠方法をもってして証明することが許されないのであり、本上告をこの理由により棄却した本判決は正当であり、学説にも異論なく(1)、従来の確定した判例理論によるものとして賛成しうる(2)。（本批評では判旨第一点に限定する。）

口頭弁論調書は、口頭弁論に立会った裁判所書記官が、期日ごとに作成する文書である（一四二条）。口頭弁論期日における経過や期日内の訴訟行為の内容を明らかにするとともに、上訴審も原審判決の適否を判断することを可能ならしめ、あわせて裁判官から独立した裁判所書記官が作成することによって、裁判の適正を保障する意義を有する。

二(1)　口頭弁論調書の弁論の方式に関する事項は、法律による証拠法則たる形式的確定力を有する（民事訴訟法一四七条）。ここに弁論の方式とは弁論の内容に対立するもので口頭弁論における外部的経過をいう。これは公開、直接、口頭、等の訴訟手続における基本原則を規律するものであり、本件の訴訟代理人もこれに含まれる。具体的には、弁論の日時および場所、弁論に関与した裁判官（大判昭和八年九月一日・新聞三六〇五号一一頁）、書記官（大判昭和一五年一月一七日・新聞四五三七号一〇頁、最判〔二小〕昭和四三年九月二七日・判例時報五三四号五五頁）、当事者（最判〔二小〕昭和三五年一二月二日・訟務月報七巻一号五七頁）、または代理人（最判〔二小〕昭和二六年二月二〇日民集五巻三号七八頁）の出欠等の一四三条所定事項の外、弁論の更新（一八七条二項・三七七条二項、最判〔三小〕昭和三三年一一月四日民集一二巻一五号三二四七頁）、判決の言渡し（一四四条、大判昭和二年二月五日・裁判例(2)民事一九頁）、およびその方式（一八九条、大判昭和一五年八月三〇日民集一五巻一五五頁、最判〔一小〕昭和二六年二月二二日民集一二巻一五号三二四七頁）がある。

(2)　調書は本来は口頭弁論が終了すると同時に作成されていることを予定している(3)。これは一四二条の規定から、また閲覧の請求を認める一四六条の規定からも窮える。通説も原則としては異論はなく(4)、判例も「口頭弁論調書は、当該期日ごとに、かつその期日中に法廷において作成されるのが原則である」という（最判昭和四二年五月二三日民集二一巻四号九一六頁）。しかし複雑な弁論、証拠調をその期日中作成することは困難であり、調書を期日終了までに作成すべき法の要求は訓示規定と解すべきものとされる(5)。一般的には、次の期日までに調書が完成しており、次の期日までに異議がないとその調書の記載を前提として手続を進めるのが望ましい(6)。実情を考えると、判決言渡期日までに(7)、当事者が調書を閲覧して正確性につき異議を申し立て

る時間的余裕をおいて、作成されればよいと解するのが妥当であろう。[8] 読聞かせ（一四六条）も、わが法では申立のあった時のみなされれば足るものであるし、時間的制約もない。[9]

(3) 調書は立会書記官の作成による形式的記載事項（一四三条）、実質的記載事項（一四四条）の記載を要するが、いかなる記載をすれば有効かについては、争いがある。方式遵守の確保を強調すれば全て一四三条の記載事項を満すことが要求されようが、[10] そのうちの事件の表示（一号）裁判官及び裁判所書記官の氏名（二号）弁論の場所及び年月日（五号）を要する、[11] 或いは事件を特定しうれば足るとして事件の表示のみにより調書の効力を認める説もある。[12] なお、作成名義人である立会書記官の署名（又は記名）捺印及び公正を認証する裁判長の捺印のいずれかを欠く場合は調書としての効力を生じない。[13] 判例は、裁判所書記官の記載を欠く場合、[14] 裁判長の捺印はあるが、氏名の記載がない場合、[15] 調書の効力を無効とし、これに対し弁論の場所及び年月日の記載を欠く場合は、有効であるとする。[16]

三 ところで、口頭弁論調書は前掲の要件を充たして有効である限り調書の滅失（一四七条但書）の場合をのぞいて、口頭弁論の方式の遵守につき唯一の証拠方法となり、排他的絶対的証明力が認められる（一四七条本文）。即ち、口頭弁論の方式の遵守については自由心証主義（一八五条）が排除され、法律上調書の記載には形式的証拠力が付与せられ、他の証拠による反証は許されないこととなる。したがって、弁論の方式についての事項は、調書に記載があればその存在が、また記載がない場合は、存在しないことが証明せられる。これは、独立の権限を有する書記官に作成させたうえ、正確を期するためさらに関係人に対し、閲覧・読聞かせ、および異議申立ての機会を与え、裁判官の認証をなさしめていることから口頭弁論調書に絶対的信用力を与え、また同一手続に於ける紛争の蒸返しを防止するためである。とりわけ、口頭弁論の方式の遵守につき多く生ずる紛争を未然に防止し、手続自体の争いを防止する目的で、訴訟における安定および明確を図った趣旨を有する。

他方、これに対し、弁論の内容や証拠調の結果等の実質的記載事項については、調書が唯一の証拠方法となるのではなく調書の記載事項であっても争うことができ、また調書に記載のない事項も判決において摘示し得る。

弁論の方式の証拠力につき、判例は、判決言渡期日につき（昭和三七年一〇月十三日札幌高判下民一三巻一〇号二〇七九頁）、当事者の出欠につき（昭和三九年七月七日広島高三・判時三七八号二六頁）、書記官の列席につき（最判昭四三年九月二七日二小・判例タイムズ二二七号一五七頁）。

四 ところで、調書が一旦成立した後に調書の記載の齟齬をその記載内容が同一性を失う程度に書き改める場合を更正という。訂正が単に誤字や脱字を正しくするなど、その同一性や文意を変更しない程度に当該調書に直接に加筆・抹消を施し正しく改めることをいうのと区別せられる。

判決の場合は明白な誤謬がある場合にのみ更正しうる（民事訴訟法一九四条）のに対し、調書には何ら規定がない。

しかしながら、期日において関係人から調書の閲覧、読聞かせの申立てがなされた場合には、その申立がなされた部分につき直接に訂正することは許されず、関係人の異議のない場合にのみそれが許容せられる。[17]

特に、和解調書などでは、当該調書が確定判決と同一の効力を有する（民事訴訟法二〇三条）点からその更正が認められる。

その他の調書については争いはあるが、明白な齟齬があれば、形式的記載事項も訂正をなしうる。[18]

実務では訂正の範囲が広く認められ、当事者双方の異議がなければ調書に訂正がなしうる。またその方式にも定めはなく、訂正に書記官の署名・捺印がなくとも有効とされる。

五　口頭弁論調書は調書の作成権者である立会書記官が、口頭弁論の要領を記載するため作成したものである。従って作成権限者以外の者が、自己の名においてまたは作成権限をいつわって作成した場合、本来の効力を付与さるべきではない。

私文書においては、真正の証明を要する（三二五条、立証につき三二六条）。

これに対し公文書は裁判所書記官の作成により真正の成立が推定せられる（民事訴訟法三二三条一項）。調書は、さらに裁判長にその認識と一致することを認証するため、捺印をなさしめているのであり、真実性の保障がなされている。しかし、一四七条の証明力は、弁論の方式に対してその手続に於ける重大性に鑑み付与せられたものであり、作成上の証明力としては、弁論の形式と内容には本来蓋然性においては差はないはずである。たとえば、解釈論としては、調書の訂正につき方式にはこれを認めないとするも、方式及び弁論内容の両者にこれを認めることも可能である。ただ、一四七条により弁論の形式については、異議（民事訴訟法一四六条、二〇六条）や更正の余地があるにせよ、職権性が強まるに過ぎない。しかしまた他方、両者は反証の余地いかんによっては、即ち一四七条の法定証拠力いかんによっては偽造・変造の蓋然性に差は生じない。閲覧に供せられれば第三者による偽造等の可能性は同様に生じ得る。

そこで、偽造（有形・無形を含む）及び変造がなされた場合には、公文書の真正の推定（三二三条一項）およびこれを基礎とする一四七条の規定の例外として（即ち、真正の推定はなされてはいるが法一四七条の予定しない場合として）、自由心証の領域に立ち戻り、その反証を許すべきである。なぜならこれは、未然に紛争を防止した一四七条の趣旨に抵触せず、むしろ実質には、この場合には弁論の方式の遵守も弁論の外部的経過に類似しつつも自由心証に服しその真実性を争うことができ、しかも上告理由（三九四条、三九五条一項一号）ともなり得る裁判の言渡（一四四条六号）と類似するからである。そしてまた、その存在につきさらに真否が問われる点でさらに自由心証に依るべきものだからである。

従って、調書の偽造・変造については、上告が許されるものと解する。さらに実質的記載事項の偽造・変造は必要的記載事項ではない。依ってまた、経験則違背（法令違背、民訴法三九四条）の上告理由がなければ上告しえないが、異議がなければ、職権による訂正が可能であるが更正はなしえないと解する。

また、当該審級では、偽造や変造と区別するため、署名・捺印による訂正が閲覧・読聞かせまで可能であり、またこれ以後は、関係人全ての同意ある場合に同様の方法で可能と解する。

さらに偽造・変造の場合には自由心証に服することの帰結として更正の申立ても可能であろう。この申立ては上訴審、再審で裁判の基礎となる場合には有効であり、従って、移送後も上級審（再審）において更正の申立てが可能で、この場合には、上級審、再審裁判所で併わせて判断がなされるべきものである。本件は偽造・変造の反証が十分でなかった事例であると解する。

従って弁論の方式の遵守につき上告理由となるとしても（三九五条一項一号二号五号）、方式の記載の真実性を理由とした本上告を棄却した本判決は正当である。

（1）兼子・民事訴訟法体系三七七頁。
（2）当事者の出席につき同旨、大判大正一二年一月二五日民集二巻四九頁。
（3）兼子・条解上三七〇頁。細野・要義(3)二五一頁。斉藤・注解(2)三八八頁。
（4）鈴木「民訴における調書の作成と訂正」判タ二四四号一八頁。
（5）法律実務講座(3)三五六頁。大判明治三三年六月一四日民録六輯六巻五四頁、大判明治三五年一月二九日民録八輯一巻九三頁。
（6）菊井＝村松・全訂Ⅰ〔補訂〕八二〇頁。
（7）三ヵ月・全集三七八頁。
（8）同旨、鈴木前掲・判タ二四四号。
（9）従って、調書が報告文書として正確さを確保するため、閲覧に供しうる程度に調書を完成したことを要するとすべきであり、申立時ないし次回期日に読聞かせても差支えないであろう。
（10）兼子・条解上三七一頁。
（11）菊井＝村松・全訂Ⅰ〔補訂〕八二四頁。
（12）斉藤・注解(1)三九三頁。
（13）斉藤・注解(1)四〇〇頁。
（14）最判昭和四三年九月二七日・判時五三四号五五頁。判タ二二七号一五七頁。
（15）最判昭和五五年九月一一日民集三四巻五号七三七頁。
（16）大判昭和一年一二月二八日・新聞二六六一号一二頁。評論一六巻民訴一六六頁。
（17）中島・日本民訴六六六頁。
（18）菊井＝村松・全訂Ⅰ〔補訂〕八四七頁。

田中　ひとみ

昭二六4（最高民集五巻三号一〇二頁）

一、判決言渡の方式遵守を記載した口頭弁論調書の効力

二、直前に施行された別件の証人尋問の調書を書証として提出することは可能か

仮処分異議申立事件（昭和二六・二・二二第一小法廷判決）

債権者Xから債務者Y株式会社に対して仮処分がされ、この仮処分に対して異議を申立てた事件でXが勝訴した。Yが控訴をし、その控訴審ではXが敗訴した。

Xより上告し、論旨第一点としては、言渡から原本の交付まで約二週間かかった点から本件言渡は原本に基かずに言渡されたものと見られ、民事訴訟法第一八九条に違反すると主張し、論旨第二点としては、直前の別件における証人尋問調書を書証として提出した点をとらえ、直前の証人尋問調書が、尋問直後、裁判官の署名までおえて完成したということは、実験則の上からも擬制としか考えられず、結局、本件で原判決の基礎となった乙第一二号証は判決当時全然存在しなかったもので、原判決は虚無の疏明方法に基き判断した違法あるものであると主張した。

最高裁は以下のように判示して上告棄却「（第一点について）原審の昭和二四年八月二九日午後一時の判決言渡調書には、裁判長は判決原本に基き主文を朗読して判決を言渡したと明記されている。そして判決の言渡の方式が民訴一四七条にいわゆる口頭弁論の方式に該当することは多言を要しないところであって、同条は口頭弁論の方式に関する規定の遵守は調書に依りてのみ之を証することを得る旨明定しているのであるから、右調書の記載に反する口頭弁論の方式に関する事実を主張する論旨は理由がない。」

「（第二点について）口頭弁論における証人訊問調書の適式な作成をその弁論終了と同時に完了することは不可能であるとする論旨は独自の見解でとるをえないものであることは民訴一四六条に徴しても明らかなところである。そして原審における昭和二四年八月一五日の本件口頭弁論調書によれば、裁判長は所論の別件記録を法廷に顕出し、被上告人（控訴人）の代理人が同記録中より所論の証人浅野三郎の訊問調書を乙第一二号証として援用し上告人（被控訴人）の代理人は右乙号証の成立を認めると述べた旨記載しあり、同期日において上告代理人が右調書の作成を未了なりとして異議を述べた形跡は右弁論調書上これを発見することができないのであるから本件の右口頭弁論において被上告代理人が乙第一二号証を提出した際にはいまだ同書証は作成されていなかったとの上告代理人の主張はこれを容認することができないところである。されば原判決には所論のような違法はなく論旨は理由がない。」

判旨に賛成する。

一　判示第一点について。民事訴訟法一四七条は、「口頭弁論ノ方式ニ関スル規定ノ遵守ハ調書ニ依リテノミ之ヲ証スルコトヲ得」と規定する。口頭弁論の方式とは、弁論の内容に対してその外部的な形式をいい、弁論の時及び場所、事件の呼上、弁論の公開、関与した裁判官、当事者又は代理人の出欠、従前の弁論の結果の陳述、裁判の言渡等がこれに属する、[1]とされる。かかる方式が遵守されたか否かについては、証拠方法は調書のみに限定され、他の証拠によってその記載を補ったり、または反証を挙げることは許されない。これは、書記官を立会わせて調書を作成させ、弁論の経過について記録させる以上、訴訟手続そのものが更に紛争の因となり、審理の混乱と遅延とを生じるのを避けるため、とされる。[2]このように証拠方法が調書に限定される以上、その調書は正確である必要がある。そのため、

法は、直接の作成者たる書記官の署名捺印、立会った裁判長の捺印を求め、さらに、当事者に閲覧・異議申立の機会を保障している（一四三条・一四六条）。

本件において、上告人は判決の言渡から書記官への交付まで約二週間を要した点をとらえ、これは判決言渡当時判決原本は存在せず、下書きあるいは草稿に基いて判決を言渡したに違いないと推測しているが、これはあながち的はずれともいえない。というのは、もともと旧法においては、「判決原本ニ基キ」という文言はなく、そのため判決言渡が下書きまたは草稿のままなされ、その後なかなか原本が作成されないという事例も生じていた、という。そこで、現行法のように、判決言渡は口頭弁論終結後二週間内に判決原本に基き為すべく、但し、特別の事情あればこの期間をのばすことができる旨改められたのである（一八九条・一九〇条。改正当時はこの新条文も守られていたが、やがて年月を経るに伴い実施は緩み、本件当時においては再び草稿によって言渡すという事例も稀でなく、一種の訴訟慣行とも言われていたようである。[3]

しかしながら、当時そのような慣行があり、本件においても、書記官への交付に約二週間を要しているという点から草稿のままで判決を言渡したという可能性が認められるとしても、一四七条が存在する以上調書に記載された通りに取り扱うほかはない。すなわち、判決言渡調書には、「裁判長は判決原本に基き主文を朗読して判決を言渡した。」と明記されているのだからそのように取り扱うほかはない。よって、調書の記載に反する口頭弁論の方式に関する事実を主張する論旨は理由がないとした判旨は妥当である。

この点については、手続の経過に疑問を有する当事者にとって納得できない点があるかもしれない。しかし、それは調書を閲覧し異議を述べることができる権能が認められているにもかかわらず、これを行使しなかった当事者の側に落度があったといえる。後述のように、実務では当該期日中に口頭弁論調書が作成されないということもあるようである。[4]従って、期日終了後、直ちに調書を閲覧することは困難かもしれない。しかし、いずれにせよ作成された調書を閲覧する機会は保障されているのである。後日、争いを生じないように、不利益を受けないように、必ず調書は閲覧し、問題があれば異議を述べておくべきである。

ところで、立法論として、調書の記載が反真実である旨の主張・立証を許してもよいのではという考え方もあるが、いかがであろうか。手続進行を急ぐあまり真実をないがしろにすることは妥当なことではない。審理促進のため訴訟経済上の必要から証拠方法を調書のみに限定するのであれば、少なくとも容易かつ迅速に反真実である旨の立証ができる場合は、反証を許してもよいのではとも考えられる。

しかしながら、手続というものは、前に行なわれたものを前提として、これを基盤として、順次積み重ねられていくもので

ある。何段にも積み重ねられた後に下段の基盤が崩れてしまえば、その上のものも崩れ落ちてしまう。従って、一旦形成せられた基盤、つまり手続は、常に磐石なものでなければならず、事後に覆されるようなことがあってはならないといえる。このような見地から考えると、反証を許すということは従前の手続を事後になって覆すことを認めることになり妥当でなく、口頭弁論の方式に関する規定の遵守については証拠方法を調書のみに限定し、徒らな事実の蒸し返しを許さないという現行法の態度こそ妥当なものといえる。

更に、法は、前述のように、すでに当事者に調書を閲覧し、これにつき異議を述べる権能を認めているのである。この権能を行使しなかった当事者に対して、相手方当事者・裁判所の努力によって形成せられた従前の手続を覆してまで、今一度、異議を述べる、すなわち反証を許す必要はないといえる。

二　判示第二点について。上告人主張のように、書記官の能力・多大な事務負担量から、慣行として調書が期日中に作成されない例も存在するようであるし、(5) まして、本件は直前に行なわれた別件の証人尋問調書を期日終了後直ちに行なわれた本件口頭弁論において証拠として提出したという事例であり、はたして調書が真実存在していたのか疑問がないとはいえない。(6) しかし、口頭弁論調書の作成時期については争いがあるが、いずれにせよ口頭弁論調書は期日中に作成されるべきことが原則で、ならば引続き行なわれた別件審理に証拠として提出されるということは全く不可能なことではなく、また、相手方が、「只今昭和二十三年（ネ）第四四二号事件でお調べのあった証人浅野三郎の証人訊問調書を乙第十二号証として提出します。」と述べたにとどまり、その場で完全に作成せられた調書を提出しなかったとしても、即時に、これにつき責問権を行使すべきであったのに異議を申立てず、その成立を認める旨述べたのならば責問権を放棄したものとされ（一四一条）、後日、その点を改めて攻撃することは許されない。よって、判旨は妥当である。

（付記）　本件評釈としては、他に、三ヶ月・判例民事訴訟法一三七頁、高根・法学新報五八巻八号七七頁がある。

注意すべきことは、本件が、裁判所に事件が輻輳し、期日中に調書を作ったり判決原本に基づいて判決を言い渡したりすることが事実として困難なこともないではなかった時期の事件である点で、そういう事情のなくなっている現時点では判旨はいっそう強く支持せられなければならない。

（1）　兼子・条解上三七七頁、斎藤編・注解民事訴訟法（2）四一八頁、判例コンメンタール一四民訴I四八三頁。口頭弁論の方式に関する規定の遵守については、以下の如く、判例は一貫して調書によってのみ証することができるとし、これに反する事実の主張を一切認めていない。弁論の公開・非公開について、大判大三・五・六民録二〇輯三七一頁。関与した裁判官について、大判明三四・四・一三民録七輯四巻三一頁。当事者について、大判大一二・一・二五民集二巻四九頁。代理人について、最高判昭二六・

二・二〇民集五巻三号七八頁、等。
（2）兼子・前掲（1）三七七頁。
（3）野間・本件評釈・民商法雑誌三二巻六号一三〇頁。
（4）鈴木忠一「民訴に於ける調書の作成と更正」判例タイムズ二四四号一九頁。
（5）鈴木前掲（4）二三頁。
（6）鈴木前掲（4）一八頁以下、三ヶ月・民事訴訟法（補正版）四一八頁。

小池順一

昭二六5（最高民集五巻三号一〇六頁）

贈与の主張に対し死因贈与を認定したことの適否

家屋明渡請求事件（昭和二六・二・二二第一小法廷判決）

X（原告・控訴人・上告人）はY（被告・被控訴人・被上告人）に対して、家屋の明渡を求める訴を提起した。Xは七人兄弟の長兄でありYは三男である。Xは彼らの父Aが昭和一九年五月一七日に死亡したことにより家督相続があり、Aの所有であった本件係争家屋もXがこれを承継取得したものであるが、Aの死亡当時Xは海南島、ジャワ島へ出征中で昭和二一年八月一三日に復員した次第であったため、この間Yが本件係争家屋を管理していたので、Xは復員帰郷後Yに対して本件家屋の明渡を求めたがこれに応じないので本訴におよぶと主張した。

これに対してYは、Xの家督相続の事実と当時Xが海南島・ジャワ島へ出征中でありその主張の頃帰還した事実は認めるがその余は否認するとして抗弁として以下の事実を主張した。すなわちXは学業を好み家業である農業を好まず教職に身を投じ各地に転勤しており、次兄Aも上級学校へ進むことになった昭和六年三月下旬頃、X、Y、父母、次兄Bが会合し、(a)X・Bらは上級学校へ進学等希望通りにする、(b)Yが家業を承継し両親の老後を看る、(c)両親所有の不動産をYに贈与する、(d)X所有の不動産をYに贈与するとまとまりそれぞれYに贈与したが、本件家屋もその際に父より贈与されたもので、所有権はYにあるというものであった。一審はYの抗弁を認め棄却。Xの控訴に対して原審は、「先代は昭和六年頃その有する本件家屋に付、その死亡に因りて効力を生ずべき贈与契約をYとの間に締結したものと認めうる。而して先代が昭和一九年五月一七日に死亡したことは当事者間に争いのないところであるから、右死因贈与の契約はこれによってその効力を生じ、先代の所有した本件家屋の所有権はYに帰属するに至ったものといわざるを得ない」としてXの控訴を棄却した。Xは上告して、「単純贈与と死因贈与とは其の内容効果を異にし別種類のものにて両立すべからざるものなることは言を俟たざる所なり。而して原審に於てはYの主張せざる所謂死因贈与なる架空の事実を認め之を基礎として裁判せられたることは法令に違背したる裁判なりと謂わざるべからず」と主張した。これに応えて本判決は、「本件当事者の事実上の主張、証拠の援用等口頭弁論の全趣旨によれば、被上告人は結局その抗弁事実の基礎を同じくし単にその態様を異にする死因贈与をも包含する広義の贈与なる正当権限に基き本件家屋を占有する旨主張したものと解される。従って、原判決が被上告人は上告人先代から単純贈与を受けたのでなく、先代の死亡の暁にはその居住していた本件建物を被上告人に贈与することを約し、その契約は、昭和一九年五月一七日先代の死亡

に因り効力を生じその所有権が被上告人に帰属するに至ったと認定しても、原審が被上告人の主張しない架空の事実を認めたとはいえない。」と判示して、Xの上告を棄却したものである。

判旨に賛成する。

一　弁論主義の内容の一つとして、当事者の主張しない事実はこれを斟酌してはならないという事が挙げられる。[1] 原審は、「贈与」の主張に対して「死因贈与」を認定して、それを前提に判決を下した。上告人は、この認定が当事者の主張に基かない架空のものであるとして、弁論主義違反の疑い有りと指摘した。本判決はこれに応えて、弁論主義違反には該たらないと判示したものである。この判決の論旨を、(イ)被上告人は「広義の贈与」なる正当権限の主張をしていた。(ロ)この主張は死因贈与の主張を包含する。(ハ)弁論の全趣旨から右のように解することができる。という三点に分解して検討することにする。

二　「広義の贈与」なる主張は、一審・原審において、被上告人であるYが「昭和六年三月下旬Xの先代より本件家屋の贈与を受けた」という主張を指しているものであろう。このYの主張は、ただ単に贈与を受けたというだけのものであるから、このYの主張する贈与が、単純贈与、条件付贈与、期限付贈与、不確定期限付贈与、死因贈与等[2]のいずれの内容を持つのかは、明らかにされていない。結局、Yの主張する贈与の内容は何らかの方法でうめられなければならない事になる。ところで、右のような、全体として未だ十分とは思われない事実主張は果して、許されるのであろうか。この、当事者の提出する事実の主張に要求される具体性の程度に関して、争いの態様から、つまり、相手方が全面的に争う場合にはより詳しく、多少の相違を認めた上で争う場合にはそれ程詳しくなくても良いというように、決定されるもので、一律には決し得ないとする見解もある。[3] しかし、これは、単なる必要になるであろうという事実上の消息を語っているだけに過ぎない。すなわち、争われれば争われるだけ、双方の主張は積み重ねられて、その結果該事実の具体性が増すだけの事である。話は、まず最初にどれだけ具体的な事実を摘示する必要があるのかという事であり、争われ方は、その主張がなされた後に明らかとなるもので、手続の流れから考えても、基準となりうる筈のないものなのである。従ってこの見解に与する事はできない。

又、事実の類型毎に、個別に具体的な度合が考えられるべきであるという見解もあるが、[4] これも採りえない。所説は、具体的な問題状況を処理するには、決定的な基準を持たず、無力という他はないからである。

結局、証明の的としての事実主張の本質から考える他はない。つまり、証明される事実の摘示として適切か否かで判断するという事である。これは連続する事象の中から、一つのまとまりとしての事象を指摘しているか否かという事を基準とする。本件の場合、平たく言えば、「何時何日の例のあの家族会議であ

の土地と建物は、私がもらうことになったではないか」というような形で、概括的にではあるが、一つの事象が他の生活事実から切断され、指示されていると言えよう。そして、この程度の概括的な事実の摘示の仕方でも、一応、事実主張の具体性の最底限度は満たしていると考えて良いと思われる。

「広義の贈与」とは以上の意味から、概括的な贈与事実の摘示という事なのであろう。

三　そして、「広義の贈与」の内容は未だ希薄でありこれをうめる必要があるが、本判決は、死因贈与として内容を充足させた。この点に関して、類概念（広義の贈与）と種概念（死因贈与）という二つの概念を設定し、種概念が類概念に包摂されるから、類概念の主張が種概念の主張を含む（大は小を兼ねる）という判決の態度はおかしいという指摘がある。[5] しかし、本判決のいわゆる「広義の贈与」なる認定は、私法上の数種の贈与の類型を包括する概念を認めたのではあるまい。この包括概念というのは、事実の主張の具体性の度合との関係では以下のようになる。すなわち、この度合を高く要求すると、本件のような場合、その贈与の内容についてまで、つまりどのような贈与であるかまで詳しく摘示する事を求められる事になる。ところが、Yの主張は、先に触れた限度であるから、それを解釈してもその内容は曖昧なものとならざるを得ない。その意味で、主張する事実の具体化の要求を引きあげると、所説の指摘するような、私法上の広義の贈与なる類概念が認定されるという事なのである。しかし、事実の主張という事柄の本質から導びかれる具体性の度合は、契約の内容までも明らかにせよというような高度のものではない筈である。従って、私法上の包括概念の導入も必然的とは言えない。従って、包括概念を前提とする所説は採る事ができない。

又、Yの主張を単純贈与の主張とし、認定された死因贈与とは全く別個の主張であり、当事者がその権利の発生原因として主張する事実に依らず、主張しない事実によって、その権利を肯定した判旨には賛成しえないという所説もある。[6] 所説の説くとおり、当事者の主張しない事実に基いて権利を認定することは、違法であると言わねばならない。又、単純贈与と死因贈与が権利の移転の時期に大きな差異がある点から考えて、全く別個のものである事も否めない。しかし、Yの主張は、単純贈与、死因贈与のいずれとも決することができない程、概括的なものであり、死因贈与とするのが不当であるなら、単純贈与と決めつける事も又、不当と言わざるを得ない。従って、所説を支持することはできない。

四　ともあれ、死因贈与の認定は、Yの主張と矛盾しない事が明らかとなった。ところで、この認定は弁論の全趣旨からなされたものであるが、弁論の全趣旨は事実主張と同様に狭義の訴訟資料として扱われる点から考えれば、[7] この認定自体は不当とは思われない。ただ、あまり弁論の全趣旨が多用されると、その限界が不明瞭なために、当事者が主張した事実であったのか

否かも不明瞭となり、弁論主義の要請である「当事者の持出さない事実を斟酌してはならない」という原則が、貫ぬかれない虞れはある。しかし、本件の場合には、いわゆる「広義の贈与」なる主張の枠組があったので、その枠組の中の認定であるという点から、問題はないと考えてよいと思われる。

(1) 伊東・弁論主義三九頁。
(2) 於保・本件評釈民商三二巻六号一三八頁。
(3) 松浦・本件評釈判例民事法昭和二六年度五〇頁。
(4) 新堂・民事訴訟法二八八頁。
(5) 松浦前掲五三頁。
(6) 高根・本件評釈法学新報五八巻九号五九頁。
(7) 伊東前掲書五〇頁。

山田恒久