

Title	〔最高裁判事例研究二六一〕 再審期間の起算点 (最高裁昭和二八年四月三〇日第一小法廷判決) 証拠調べの結果の援用と証拠共通の原則 (最高裁昭和二八年五月一四日小法廷判決)
Sub Title	
Author	河, 正慶(Kawa, Masayoshi) 花房, 博文(Hanafusa, Hirofumi) 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	1988
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.7 (1988. 7) ,p.97- 104
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880728-0097">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880728-0097</a>

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.

Yは前述のごとく、X会社と利益相反行為をしているから、取締役の善管注意義務、忠実義務に違反することは疑問の余地がないといえよう(渉谷光子「本件評釈」判評二八二号五〇頁)。

伝統的な解釈によると、競業避止義務違反、善管注意義務違反及び忠実義務違反の効果は損害賠償の請求が原則である、ところで、本件はこの原則を越え、Yに対し、Yが取得した株式をX会社に引渡すことを命ずるとしている。このような効果が認められるか否かについては検討を要する問題の一つである。しかし、本件判旨の競業避止義務、善管注意義務及び忠実義務違反に関する判示は、単に委任義務違反の有無を判断するための前提的理由につけにすぎない、従って、判旨は違反の効果につ

## 〔最高裁判所民事訴訟事例研究 二六一〕

昭二八八(最高民集七卷  
四号四八〇頁)

### 再審期間の起算点

農地売渡計画承認取消請求事件(昭和二八・四・三〇第一小法廷判決)

本事件は、最高裁判所第三小法廷が農地売渡計画承認取消請求上告事件(昭和二六年才第九号)につき、昭和二十六年十二月一日に言渡した判決に対して、判決に影響を及ぼすべき重要な事項につき

いて全く不問として、蛇足的に触れる必要もない。本稿も判例評釈という立場から、この点についての論及は省略する。なお、学説はそれらの違反効果から、本判決の結論を導く多数の試みが行われている。英米法の忠実義務の法理ないし法定信託の救済法理として(渉谷・前掲五〇頁以下、江頭憲治郎「本件評釈」ジュリスト八三三号一〇八頁)、準事務管理の法理によって(加美・前掲五五頁)、損害賠償ではあるが原状回復の方法によって(牟丸與志夫「本件評釈」会社判例百選(第四版 二一九頁)、会社の機會の法理によって(神崎・前掲商事法務九一五号八頁)等がそれである。(昭六三・四・一四)

黄 清溪

判断の遺脱あることを事由に昭和二七年二月五日に提起された再審請求に対して、最高裁は、次のように判示して訴えを却下した。

「……本件で主張せられる所論判断の遺脱というような再審事由は、その事柄の性質上、通例原判決正本の送達を受けこれを一読すれば容易に覚知し得る筈のものであるから、別段の事情のない限り再審原告は前示判決正本送達当時所論判断の遺脱があったことを知り得たものとなさざるを得ない。しかるに再審原告は……中略……その覚知を妨げた特段の事情については何等の主張も立証もなされないので

ある。…中略…当事者が判決確定前に再審の事由を知った場合には、…中略…、通例、上訴によりこれを主張しなければならないのであって、もし、これを知らず上訴により主張することなく、判決を確定せしめるならば、爾後はその事由に基づき再審の訴を提起することは許されないこととなるのである。しかし、最終審の判決におけるが如く、これに対する上訴の途が存在しない場合にあっては、判決確定前に覚知した事由であっても、その確定後再審の訴を以てこれを主張し得るものといわなければならない。そしてこの民訴四二四条一項所定の三〇日の期間は、勿論、再審の事由を知った日からではなく、判決確定の日からこれを起算すべきものと解するのを相当とする。…中略…果たして然りとすれば、原判決は前示判決正本送達の日から一〇日を経過した(民訴四〇九条ノ五)昭和二十六年十二月二十九日の終了を以て確定したこと勿論であり、従って本件再審の訴は同日から起算し三〇日間、すなわち昭和二十七年一月二十八日まで提起されなければならなかったものであるに拘らず、前説示の如く同年二月五日に提起されたものであるから、本訴は不適法として却下せざるを得ない。」

判旨に理由において賛成し、結論において反対する。

一、裁判所のなした判決に瑕疵がある場合に、判決確定前であれば、上訴により主張することができるのであるから再審の問題は生じない。

しかし、本件におけるような上告審判決に判断遺脱の瑕疵があった場合には、もはや上訴の途はなく、再審による救済が図られなくてはならない(民訴法四二〇条一項九号)。

このように、再審の訴えの場合、当然に判決確定後の瑕疵が問題になる。この再審の訴えをいつまで提起すべきかについては、「…判決確定後再審ノ事由ヲ知リタル日ヨリ三十日内…」と規定している(民訴法四二四条一項)。

この「再審ノ事由ヲ知リタル日」という再審期間の起算点の解釈においては、当該起算点が訴訟において問題となったそれぞれの法律関係を最終的に確定する時期に関する問題である以上、法的基準としての明確性を強く要求されるという点と、設定される起算点が当事者間に不公平を生じることがないように具体的妥当性(公平)を必要とするという二点をしかるべく調和してなさなければならない。

二、本件判決は、上告審判決に判断遺脱があった場合の再審期間の起算点について、判決確定の日とする。そして、これに同調する学説も多数存在する。

この解釈により現行法上、上告審判決は、判決の言渡しによって確定するのであるから上告審判決に対するすべての再審の訴えについて判決言渡期日を基準にして再審期間を起算することになる。これは、再審期間の起算点を主観的に当事者が再審事由を覚知した場合とするような考え方に比し、起算点に関する後の紛争の余地を生じさせず、法的基準として明確性を有し、法的安定性に資する解釈といえよう。

この最高裁の判断の根底には、次のような理由が存したものと考えられる。即ち、当時、上告審判決の送達の日より一〇日

以内に、法令違背を理由として、上告審判決に異議の申立てをする事ができた(昭和三年法一四九号により追加され、昭和二年法二一九号により削除された四〇九条ノ九以下)。したがって、上告審判決後一〇日を経過すると原則として判決が確定したのである(同四九八)。しかるに、本判決が理由とする判決確定時には、「…判決正本の送達を受けこれを一読すれば容易に覚知し得る筈のものであるから…判断の遺脱があったことを知り得たものとなさざるを得ない。」ということが合理性を有するに至る。即ち、最高裁は、判決の確定時には、判決の内容を覚知し得るという理由に基づき判決確定時を再審期間の起算点とした。換言すれば、判決の内容を覚知しうる段階イコール再審期間の起算点という論理に立脚していると解することができる。

しかし、民訴法四〇九条ノ五が削除され、上告審判決の言渡しによって直ちに判決が確定する現行法制の下では、この判例を当然には、現行法解釈のために援用することができないであろう<sup>(5)</sup>。

三、だが、判例のいう判決の内容を覚知した段階ではなく、覚知し得る段階が再審期間の起算点であるとする判決の理由の部分は、今後も援用しうるものと考える。単に、その覚知し得る時点が、当時の法制下においては、判決の確定時であったということがある。

現行法制下において、どの時点を「覚知し得る時点」として設定すべきか。

判決の言渡し時、即ち、判決の確定時かどうか。判決言渡期日に当事者が出頭すれば、判決正本を取得できるのであるからこの時点で当事者は、判決の内容を覚知し得るのであり、このように解することも可能である。だが、口頭弁論を開かずして書面審理だけによる上告却下(民訴法三九九条一項一号、三九九条ノ三)、上告棄却(民訴法四〇二条)のときには、判決言渡期日を当事者に知らせないのが実務の慣行であるから、この解釈による場合は、判決言渡期日を知った当事者と知らなかった当事者間で、再審期間の三〇日間の保障が異なり、不公平であるという問題点を生じさせる。しかし、このような一定の場合に判決言渡期日の呼出状を当事者に送達しなくてもよいという判例の見解<sup>(6)</sup>に対しては、学説の反対もある<sup>(8)(9)</sup>。実務の慣行と法制度上のあるべき姿とは、明確に区別されなければならない。しかし、判決言渡期日に出頭して判決の正本を取得することを一般的に強制することは困難であり、判決の正本を送達によって取得することが慣行化している現状を考えれば、再審期間の起算点を一律に判決言渡時とする見解は、法的基準としての明確性を有しているが、公平の要請を調和した解釈とはいえないであろう。

四、このようにみると、上告審判決に対する異議制度が廃止された現行法下においては、再審期間は、判決送達時から三〇日の不変期間を起算すべきものと解する<sup>(10)</sup>。

尚、下級審判決に判断遺脱がある場合は、当事者は、判決確定前に送達により判断の遺脱を知り得るのであるから、再審期

間は、判決確定の日から起算すべきものと解する。<sup>(1)(2)(3)(4)</sup>

- (1) 民事訴訟法改正調査委員会速記録八三七頁。
- (2) 兼子一「民事訴訟法体系」四八四頁。
- (3) 小山昇「民事訴訟法」五三六頁。
- (4) 齋藤秀夫「民事訴訟法概論」六三〇頁。
- (5) 三谷忠之「再審期間と補充性の関係」小室「小山還暦・裁判と上訴(下)」一六〇頁以下。
- (6) 最判昭和四四年二月二七日民集二三卷二四九七頁。
- (7) 豊水道祐・最高裁判所判例解説民事篇昭和四四年度(上)七〇頁。
- (8) 菊井「村松」民事訴訟法Ⅱ「六八三頁。
- (9) 兼子一「判例民事訴訟法」二二〇頁。
- (10) 三谷忠之「再審期間の起算点」民事訴訟法の争点三〇〇頁。
- (11) 最判昭和三六年九月二二日民集一五卷八号二二〇三頁。
- (12) 最判昭和四五年一月二二日民集二四卷一三三二七三頁。
- (13) 中田淳一「民事訴訟判例研究」三一九頁。
- (14) 菊井「村松」民事訴訟法Ⅱ「七七九頁。

河 正慶

昭二八10(最高民集七卷五号五六五頁)

証拠調べの結果の援用と証拠共通の原則

貸金等請求事件(昭二八・五・一四小法廷判決)

詳細は不明であるため、上告理由から判断する限りでは以下の通りである。X(原告・被控訴人・上告人)とY(被告・控訴人・被上

告人)との間の本件画幅売買契約の成立の事実に関し、原審に於いてYからA他の証人訊問が申請された。かかる申請に基づき、囑託証拠調べがなされたのであるが、その後の口頭弁論期日にYの代理人が期日変更の申請をして出頭しなかったため、これに同意しないXの代理人が結審を求めた。その際裁判所の要請で該囑託証拠調べの結果をXの代理人が陳述したところ、これらの証拠調べの結果をXの利益に援用したと該口頭弁論調書には記載され、かつ原審はその他の証拠とともに総合判断して結審し、事実を認定した。そこでXより、原判決はXが利益に援用せざる証拠を援用したもので、Xの主張と相反する事実を認定したのは違法であると上告がなされた。これに依りて最高裁は次のように判示し、上告を棄却した。

「記録によると、所論囑託証人訊問の結果については、原審最終の口頭弁論において適法に弁論がなされている。すなわち裁判長は該囑託証人訊問の調書を当事者に掲示し、被控訴代理人はその証拠調べの結果につき演述していることが認められている。従ってこれによって右証拠調べの結果は証拠として適法に頭出されたのである。それゆゑ証拠共通の原則に従い、裁判所は自由な心証によってこれを事実認定の資料にすることができるのであって、必ずしもその証拠調べの申出をなし、若しくはその証拠調べの結果を援用する旨を陳述した当事者の利益にのみこれを利用しなければならぬものではない。当事者は訴訟の実際においてたまたま一定の証拠を自己の利益に援用する旨を陳述することがあるけれども、それは裁判所が職責としてなす証拠判断につき、その注意を喚起する程の意義を有するに過ぎないのであって、裁判所はかかる陳述の有無を問わず、適法に提出されたすべての証拠については、当事者双方のために共通してその価値判断をなさなければならない。されば、所論をとることを得ない。」

一 判旨に賛成する。本判例は、証拠調べの結果は申請当事者だけでなくその相手方にも有利に利用できるとしたうえで、その根拠は所謂、証拠共通の原則にあるとした判例である。

ごく初期の判例では、相手方申請の証拠調べの結果の利用に關しては否定的な立場に立つものも見受けられたが、その後、肯定的な立場に立つことについては争いがなくなり、ただその根拠について証拠共通の原則に求める多数説の見解と、職権証拠調べが可能であることに求める少数説の見解とに分かれた。そしてこの両説の対立は、大正十五年の改正民訴法の下では、同法第二六一條（職権証拠調べの一般規定）によって職権証拠調べが認められていたので実質的意味を持たなかつたのである。しかし、昭和二三年に同條が削除（同二四年施行）されたため、その直後の最高裁判例として、多数説の立場を再確認したことには大きな意義があるといえる。

しかしながら、本判決が再確認した証拠共通の原則を容認することには今や争いがなく、ひとたび申請が認められた以上、その証拠調べの結果に対してはいずれの側の有利にも自由に裁判官は心証形成できるとされている。本判決を現在の時点で検討するとなると、傍論ではあるがむしろ、証拠調べが行なわれてしまった場合に当事者がその結果に対して援用の自由を持つのか否か、あるいは援用の自由が認められる場合にはそのような援用（口頭陳述）を行なわないときにはどのように取り扱うべきなのかなどが重要な意味を持つであろう。そこで本評釈で

は、証拠共通の原則に加えて、証拠調べの結果の「援用」についても検討してみたい。

二 証拠共通の原則は、一般に民訴法第一八五條に求められ、次のようにまとめることができる。裁判官の心証は、訴訟において認識したすべての観念を基礎として形成されるのが合理的で自然であり、それゆえ裁判官によって認定される事實は兩当事者に共通のものである。証拠を独立し判断することによって真偽が判然としている証拠を利用しないのは不合理である。

しかしながら、伊東乾教授が指摘されるように右の説明にはいくつかの問題点が含まれている。

まず、共通に認定しようとする事實があるからといって必ずしも証拠独立の原則が排斥されるものではない。証拠なしとして挙証責任の問題として解決ができるからである。また、自由心証主義は証拠資料の証明力の問題であり証拠資料の制限に關する自由の問題ではない。すなわち、自由心証主義の当然の帰結と捉えるべきではない。そして、弁論主義は主張の問題であるので抵触しないと説かれている点についても、証拠に当事者のイニシアティブを拡大することへの消極的理由は乏しい。やはり、弁論主義の拡大と自由心証主義の拡大とが抵触する面でもどちらを優先せざるべきかを合理的に判断すべきである。しかし、証拠の問題に弁論主義の拡大的理解を持ち込む事は、元來異質のものを統一的に捉えるのであり、同質の自由心証主義の拡大に対しては劣後する事となるであろう。このような理由

に基づき、結局、証拠共通の原則は容認される。

以上のような視点で、証拠独立の原則に立つ見解について考えてみるならば紛争の解決は決して技術的なものではないと批判することが出来る。当事者のインシアティブはあくまで裁判官に判断を求める資料の範囲を画するところまでに限定しておくほうが望ましいし、証拠共通の原則の方が優れている。

次に職権調査が許されることに根拠を持つ見解について考えてみよう。この見解は職権調査が許されているのであるから証拠調べの申請を行なった当事者の相手に対しても職権によって証拠調べが可能であると説明するのであるが、これではやはり根拠としては必然性、合理性にかける。むしろ訴訟制度のあり方を積極的に考察して捉える証拠共通の原則に根拠を求めるべきであろう。また昭和二三年に大正一五年の改正民法第二六一條が削除されたからの扱いは、いずれの当事者のためにも補充的に職権による証拠調べをなしうるとされている。このように職権証拠調べはあくまで補完として位置づけられるべきであろう。

三 ここでは「援用」の問題を考えてみる。そもそも「援用」という語は実務上の用語であり、訴訟法上の用語ではない。そのため様々な意味内容を持っているが、概ね次の二通りに使われている。まず一つは当事者が自己に有利に事実認定をしてもらうことを意欲して、裁判所に対してその旨を促すことを目的とする口頭陳述である。そして今一つは証拠資料として判決の

判断資料となり得るために、口頭弁論へ頭出することを目的とする口頭陳述である。証拠共通の原則が認められる限り、前者の意味での「援用」は認められないことになる。そこで後者の意味での援用がはたして必要であるのかどうか次の問題となってくる。

改正民法第二一六条では、「受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ証拠調ヲ為シタルトキハ証拠調ニ関スル審問調書ニ基キ其結果ヲ演述ス可シ」と規定されていたが、現行法はこのような明文規定は持たない。この削除の意味は、現行法においても改正民法訴訟法のもとにおいてと同様に、直接主義や口頭主義などの民事訴訟法の指導理念はそのまま継承されているため、当然の規定であるとして削除されたと解すべきであろう。これに対して反対説からは形骸化した直接主義、口頭主義の偏重であるとしてあまりに形式的に過ぎると批判が加えられている。しかし、その形式的な遵守こそが実は重要な意味を持つのであると考える。なぜなら、訴訟経済の観点からすべての証拠調べを受訴裁判所の裁判官が行なうことは不可能であり、囑託証拠調べの制度が受認められることは止むを得ないからである。そうであるならば、この場合にこの制度は民法法の諸原則の例外として、考えられるべきではなく、形式的にでも民法法の根幹をなす諸原則と同様に、受訴裁判所との一体化をなす手続きの必要性に基づくものと考えるべきであろう。

また当事者の援用を根拠として口頭主義、直接主義、公開主

義、弁論主義、口頭弁論主義、などが挙げられているが、この根拠についてもこれらのうちいずれか一つの要請に基づいていてと解すべきではなく、すべての要請が一体となって働いていると捉えるべきである。なぜなら、嘱託証拠調べの結果を受理裁判所において口頭陳述することは、前述の通り形式的にせよ民訴法の基本原則という総合的な要請に基づくものであり、個々の原則から導き出されるものではないからである。即ち、この援用の制度は実務上の要請と、理論上の要請とが微妙に均最している制度であり、改正民訴法の制度趣旨はその削除後も最少限度守られていくべきであろう。それゆえ、否定説が説くところの援用の不必要や裁判官による援用などは許されないものと考ええる。そのような形での口頭弁論への証拠調べの結果の顕出は、たとえ当事者が証拠調べの結果についての陳述の機会を与えられたとしても、例外措置を取ったことにかわりなく民訴法の指導理念をなし崩しにしてしまうものであるといわざるを得ないであろう。

次に証拠申請が相手方の同意をもって撤回できるのか否かについて考えてみる。そもそも、証拠と主張は峻別されるべきものであり、そのため証拠申請に基づき証人尋問などが行なわれ裁判官が既に心証を形成してしまった場合には裁判所も含めた関係当事者の損失を考えあわせるとたとえ申請者とその相手方が納得づくであったとしてもはや申請の撤回は許されないものと考ええる。

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

4 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36

中務俊冒・民商法雜誌二九卷四号四四頁、井上正三・旧判例民訴法百選一一〇頁などがある。

(1) 大判明三三・二・一七民録六卷二号六〇二頁の判決では明示的援用が必要とされた。

(2) 大判明四一・四・一八民録一四卷四五三頁、大判明四二・二・九民録一五卷八一頁、大判大六・六・七民録二三卷九四二頁、昭和二三年の改正民訴法第二六一一条削除後では、最判昭三八・一〇・三民集一七卷九号一―三三頁、最判昭五八・五・二六判時一〇八八号七四頁などがある。詳しくは井上正三・後掲一一〇頁参照。

(3) 大判明三九・五・七民録一二卷六八七頁、大判大五・一・二八民録二三卷三一頁、大判大七・一一・二八民録二四卷二七二頁。尚、学説に関しては、殆ど争いなく証拠共通の原則に根拠を求めており、雉本・批評録Ⅰ六三頁が明示的援用を要求している。

(4) 殆どの学者が説かれる所であるが、中でも加藤正治・判例批評集Ⅰ四四事件では詳しい検討がなされている。

(5) 伊東・弁論主義一七二頁以下で非常に理論的に説明されている。

(6) 伊東・前注参照。

(7) 雉本・前注参照。

(8) 前注掲記(3)の判例。

(9) 兼子Ⅱ岩松編・法律実務講座・民訴編四―一九一頁。

(10) 加藤(正治)・判例批評集Ⅰ三五八頁、細野・民訴法要義三一三

八六頁、潮(久郎)・演習民訴四八七頁、兼子・体系民訴法二六六頁。

(11) 近藤(完爾)・民訴論考二―二三頁、三ヶ月・法律学全集民訴法三七六頁、西村・「証拠調べの結果の援用」判タ四〇―一一頁、

(12) 丹野・実例法学全集・民訴法上巻三〇一頁。ここで非常に詳しく、各主義の検討をされ、結局口頭弁論主義の立場に立たれるもの

と解するが、口頭弁論に上程する事から直接的に口頭の手段の必要性が生じてくる点に疑問が生じる。

花房 博文