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 二四二〕 相手方不在廷の場合における準備書面に記載もなく写の送達もない書証の提出
Sub Title	
Author	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	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.5 (1986. 5) ,p.118- 122
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=AN00224504-19860528-0118

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.

導型の場合、債権者集会や債権者委員会の運営が債権者の意向にそって行われ、債務者は資産・負債の状況を全て明らかにして、債権者集会の決議に従うことになる訳であり、また本件は再建型であるため、債権者委員会は、財産の管理処分、財産の取り戻し、担保権者との交渉、債権の確定、配当の実施、などの権限と任務を有するほか、再建事業の監督の権限と任務をも有することとなる（小室＝若林・倒産法三一七～三四三頁）。この様に、本件の場合は、債権者委員会は債権者の意向に副って運営され、また債権者委員会が再建事業の監督の権限と任務を有するのである以上、判旨が、取締役は、かような管理体制を作るのに関与している当事者に対しては、取締役として業務執行についての責任を負うものではなく、弱体化した債権者委員会を建て直す義務は委員会の一員であったX自身が負うべき性質のものであり、債権者委員会を排除して自ら経営する義務を取締役が負うべきであるとするのは、債権者委員会委員長代行が現実に職務を執行していたとの事実関係からすれば本件に妥当するものではない、と判示したのは、正当である。

付記　本件については、森本滋教授の判例研究（判例評論二七九号三二頁）があり、教授は、本件において、甲の経営を債権者委員会に委任する旨の債権者委員会の決定にYが従った点について、経営の委任が成立するとされ、株主総会の決議の有無を問題にされる。

並木　和夫

〔最高裁民訴事例研究二四二〕

昭二七10（最高民集六巻六号五九五頁）

相手方不在廷の場合における準備書面に記載もなく写の送達もない書証の提出

貸金請求事件（昭和二七・六・一七第三小法廷判決）

X（原告・被控訴人・被上告人）は、竹製品販売業を営む商人であったが、昭和二十二年十一月六日に雑貨商を営むY（被告・控訴人・上告人）に対して金十五万円の小切手により、貸し付けをした。また、連帯保証人としてZ（第一審共同被告）をたてた。しかしながら、先の小切手が不渡りとなったために、Xは同月十八日、Y・Zを連帯債務者とし同月二十二日を弁済期とする同金額の消費貸借契約を結んだ。ところが、弁済期日を徒過しても支払いがないので、Xは、Y・Zを共同被告とする、貸金返還並びに、弁済期翌日以降の年六分の遅延賠償を求めて本訴を提起した。第一審に於いて、ZはXの主張をすべて認め、但し今の所、弁済能力がない旨を陳述し

た。しかしY及びYの訴訟代理人は、Xの主張を争う旨の答弁書を提出したのみで、口頭弁論期日には一度も出席しなかった。答弁書の内容は以下の通りである。「原告の主張事実は否認し、一、小切手の借り受けの事実は認めたとしてもYとは何等関係がない。二、仮にX主張の消費貸借契約が成立したとしても㈠不法原因給付である㈡Yは免責を受けている㈢X・Zの通謀による詐欺であり取消す㈣通謀でなければ、Xは充分に事情を知っていたのであるからYには対抗できない」。このような状況のもとで、第一審裁判所は準備書面に記載されていないX提出の甲第一乃至第三号証及びX・Zの本人尋問に基いて、X勝訴の判決を言い渡した。この判決に対してYのみが控訴。控訴理由は第一審での答弁書の内容と同趣旨であった。またこの間、先の甲第一乃至第三号証の写の送達はYへなされていない。そして控訴審に於いても、Yは終始欠席をくり返すのみであり、控訴審裁判所は、第一審での証拠に加えて新たにYより提出されたZ第一、第二号証及びX・Yの本人尋問を基礎に控訴棄却の判決を言い渡した。これに対しYは、「一、Yに対してどの様な文書が証拠とされたのか、謄本の送達もなく、それ故攻撃防禦の方法をなし得る機会を失したとして、原判決は民訴法第二百四十五条、第二百四十七条及び第二百四十三条に反する。二、その上、書証の謄本を送達せざる事は、民訴法第二百二十九条、第二百二十四条にも違背する。」との理由で上告した。これに対し上告審は以下の様に判示した。「記録によってみるとYおよびその代理人は、第一、二審とも正規の呼出を受けながら、一回も口頭弁論に出頭せず、Xは第一審において所論書証を提出し、第一審裁判所はこれによってX主張の事実を認定してX勝訴の判決をなし、その判決は適法にY代理人に送達されているのである。さればYは第二審において第一審裁判所の認定した事実が主張され、またその事実の立証資料たる所論書証が提出されるであろうことは十分予想し得べきことであったものといわなければならない。そして所論民事訴訟法の諸規定は口頭弁論において当事者の予想し得ない事項があらわれ、これによって裁判がなされることを避けんとする趣旨に出たものであるから、前記のごとくYにおいて十分予想し得べき場合においては前記書証の写の送達がなく、また同証の提出さるべきことが準備書面に記載されなかったとしても、原審が右書証によって事実の認定をなし判決を下したことは違法ではないものと解するを相当とする。」よって上告を棄却した。

判旨に賛成である。(但し、理由付けの点で若干の疑問がある。)

一　本判決の判決主文から窺える事は、被告Yが再三の呼出にも拘らず口頭弁論に出頭して来ないという場合に、たとえ準備書面に記載もなく写の送達もない原告X提出の書証を採用して事実認定を行なったとしてもその採用が、被告にとって充分に予想し得べかりし場合であれば、民訴法第二百四十七条の適用はないと言う事である。この意味は、まず証拠の申出は第二百四十七条の問題であるという前提にたったうえで、「被告の態度」と「予想し得べかりし場合」の二要素が満たされる場合には、適法であると示したと理解してよいと思われる。

二　民訴法第二百四十七条は「準備書面ニ記載セサル事実ハ相手方カ在廷セサルトキハ口頭弁論ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ス」と規定している。ここに言う所謂「事実」の「主張」に「証拠の申出」が含まれるか否かについては、かねてより判例・

学説とも議論の多い所であり、否定説[1]・肯定説[2]に分かれている。否定説の理由とする所は次の点である。㈠民訴法文中の「事項」には証拠申出を含む（民訴法第二百五十条など）が「事実」には含まれない。㈡証拠の申出は弁論期日外でもできる（民訴法第二百五十八条二項）。㈢ドイツ民訴法第二百七十一条が「事実上の主張、証拠方法並に申立」と明記しているのと比較しても自ら異なる。[3]との理由である。これに対し積極説は次の様な理由をあげる。民訴法第二百四十七条は、民訴法第百四十条三項と相俟って、自白が擬制されるためには、双方審尋主義の要請からも口頭弁論に於けるこの事実の主張が予告され、応答の準備書面を提出する事を可能にしているものである。即ち、双方の不意打ち防止、及びあらかじめその攻撃に対して充分防禦の方法を考慮する余地を残したものだと制度趣旨を捉えるならば、反証の準備や、証人の反対尋問を行う上でも、あらかじめ了知しておく事は重大な利害関係にあると言える。よって民訴法第二百四十七条の「事実の主張」に「証拠の申出」を含むとするのである。確かに肯定説の主張する不意打防止を軸とするフェアプレーの精神の制度趣旨はよく理解できるのであるが、だからと言って即座に「事実の主張」に「証拠の申出」を含めてしまう事には賛成し難い。なぜなら、民訴法第二百四十七条の文言はあくまで「事実」と規定されているのであり「事項」とは明記されていない。この使いわけには充分意味があり、又、「証拠」は「事実」主張が尽きた後の問題なのである。従って、「事実主張」と「証拠申出」は明確に峻別しなければならないという事である。第二百四十七条には、本来、「証拠の申出」は含まれず、よって相手方が在廷であろうと不在廷であろうと何時にても構わないものなのである。しかしながら、不意打ちにあう当事者の防禦権の問題としては、「事実の主張」の場合と同様の法理が成立する余地が残る。即ち、この「証拠申出」は右の異なったレベルの問題に対し、移行の契機の役割を果たすからである。しかしながらこの時、注意せねばならないのは、同様の法理であって、第二百四十七条の問題自体ではないという事である。「証拠の申出」に関してであるが故に、一定の基準の場合に、相手方が不在廷の場合の「申出」を認められなかったり、或いは、不在廷であったとしても認められる場合がありうるわけである。なぜなら、本判決、或いは肯定説のように、民訴法第二百四十七条の制度趣旨を重んじるばかりに、「証拠の申出」を「事実の主張」の中に包含してしまい、そして、ある一定の基準のもとにかかる「証拠の申出」を許す事を認めてしまうとなると、かえって、「事実の主張」についても、同様の基準に基づいて相手方不在廷の場合にも認めざるを得なくなり、この事は、肯定説の主張する第百四十条三項及び第二百四十七条の関係に反し、自己矛盾の結果を導く事となる、からである。よって本判決の、「事実の主張」に「証拠の申出」を含ませている前提については、賛成し難い。あくまでも、「事実主張」の問題と「証拠の申出」の問題は区別されねばならず、

そこを確認しておいた上で、「証拠の申出」についても、第二百四十七条に言う制度趣旨と同様の法理が適用されると考えたい。

三　では、「証拠の申出」についても、反証の準備や証人の反対尋問を行なう上で重大な利害がある事などを考慮に入れて、民訴法第二百四十七条と同様の法理が適用されるとして、一定の規準によって適用されない場合があるのだろうか。またその規準とはいかなるものなのかについて検討したい。まず、本来何時にても、申出ができる筈の「証拠の申出」であるのだから、何時なる時にも、第二百四十七条の制度趣旨を重んじて例外を認めないという意義は乏しい。（「事実の主張」については全く例外を認めない事は前述の通り。）

その基準として判旨のように、「被告の態度」と「予想し得べかりし場合」の二基準を持ってくるのは、大いに正当であると考える。なぜなら、わざわざ第二百四十七条を類推してまで保護に値する当事者であるのかは、重大な要素であるし、それにも増して、不意打ちとなっているのか否かは、より重要な規準である。しかしながら、「十分予想し得べき場合」では、いささか明確性を欠くように思える。そこで「十分予想し得べき場合」とは何を指すのか検討してみたい。

四　かかる「予想し得べかりし場合」について平峯先生は以下のように具体的検討を加えられておられる。『単に事実に争いがある場合に、争いのある事実について挙証責任を負う者が、証拠申出をするであろうというような漠然たることを指すのでないことはもちろんである。結局それぞれの具体的事件によって判断するほかはないが、決してその判断は常に難しいということもなかろう。例えば「売買契約が成立し、契約書を作成して各自一通づつ所持した。」という主張がなされている場合に、契約書の提出さるべきこと、或いは「甲立会のもとに契約した。」という主張がなされている場合に、甲を証人として尋問の申出がなさるべきことは、右主張を相手方と争っている限り、相手方としては、当然予想し得べかりしものに属するであろう。』と論じられている。[4] これは明確な基準といえるが、この基準でも、まだ予想し得べかりし場合とは言いきれないと考える。即ち、本件のように、第一審判決正本が被告の訴訟代理人のもとに届いて、控訴するのであれば、当然に眼を通すであろう状態が生じた時に、つまり、現実に、客観的に、了知できる資料が被告の支配下に到達している場合には、不意打ちは生じていないと考える。例えば、終始欠席の被告に甲書証を証拠として提出する旨の通知があったならば、たとえ、準備書面に記載もなく写の送達がなくとも、第二百四十七条の制度趣旨に反するアンフェアーがあったとは言えないであろう。よってかかる場合を「十分に予想し得べき場合」として認めるべきであり、その内容は「予想」と言うよりはむしろ「了知可能性」と解するべきであると考える。

尚、本判決と同様の結論を責問権の喪失を理由として導く所

説がある。[5] しかし、証拠の申出は何時にても申出ができるのが原則であり、即ち第二百四十七条に言う「事実」の「主張」には含まれず、その例外として、広範囲な部分について第二百四十七条の制度趣旨を適用する場面があり、またその例外として、適用する必要のない場合として本件のような事案が考えられる事を顧みるならば、一審判決は適法な判決と言える。従って、所説には賛成し難い。以上の検討から判旨の結論には賛成であるが、理由には若干の疑問がある。

なお、本件判例評釈として他に、三ケ月章先生（法学協会雑誌七三巻二号一九六頁）判旨の取扱いに賛成説、平峯隆先生（民商法三五巻三号一四三頁）判旨賛成説、高根義三郎先生（法学新報六〇巻五号四〇頁）民訴法第二四七条にいう「事実」の「主張」に「証拠の申出」は含まれないとされ判旨反対説などがあるので参考とされたい。

(1) 否定説、高根・前掲四二頁、片山・諸問題一巻三一四頁。
(2) 肯定説、三ケ月・前掲評釈、平峯・前掲評釈、昭和八・四・一八民集一二巻七〇三頁以下、昭和九・一一・五民集一三巻一九七四頁以下。
(3) 高根・前掲評釈。
(4) 平峯・前掲評釈。
(5) 三ケ月・前掲評釈。

花房博文