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二七七〕 適法な期日指定を受けた訴訟代理人の辞任と本人に対する期日指定の効力 (最高裁昭和二八年七月三〇日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 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	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.1 (1990. 1) ,p.103- 109
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=AN00224504-19900128-0103

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.

号四三頁）。

本判決は、振出人であるAは所持人Xに対し、完成した時効の利益を放棄し、手形債務を負担していることを認めたものであり、YがXに対し遡求義務を履行して、Yが手形の受戻により、時効の利益が放棄された権利をXから承継し、これをAに対し行使できるとの判断も妥当といえる。

判旨三について、本判決の結論に導くために以上判旨一、判旨二の理論構成で可能かつ十分であると思われるが、判旨は蛇足的に判旨三の判断がなされ、本件Yの消滅時効の抗弁は権利の濫用にあたり、許されないものというべきであるとのことである。その理由はYの異常な訴訟の長期間引き延ばす戦法により、XのAに対する時効がかかったのである。すなわち、Yが故意に主債務についての時効中断の機会を逸せしめたことである。

しかし、主たる債務についての時効中断は、所持人が遡求権行使の前提要件として、自ら果すべきことで、一般に遡求義務者に対する関係で主債権を保存する義務を負うわけではないから、訴訟が引き延ばされ、長期化になっただけで、Yには信義則違反が導かれるかどうか疑問である。

結論として、本判旨の結論は賛成であるが、判旨三についてだけは疑問である。

黄　清溪

〔最高裁民訴事例研究　二七七〕

昭二八15（最高民集七巻七号八五一頁）

適法な期日指定を受けた訴訟代理人の辞任と本人に対する期日指定の効力

売買代金請求事件（昭二八・七・三〇第一小法廷判決）

X（原告・被控訴人・被上告人）はY建設会社（被告・控訴人・上告人）に対して石材の売買代金の支払いを求めて訴えを提起した。事件そのものは重要なものではないが、原審の判断したところによれば本件は次のような事件である。Y会社は明石市より土木工事を請負い、訴外Aに下請けさせた。市より下請が禁止されていたので、Y会社はAにY会社の明石出張所長の名義の使用を許し、Aから名義使用料を受け取っていた。Aはこの名義でXから石材を購入したが代金を支払わなかったので、XがY会社に対して代金の支払いを求めた。争点は民法一〇九条が適用されるかということであるが、原審はこれを認めて、請求を認容した一審判決を正当として控訴を棄却した。

Y会社は上告して売買契約の相手はYではなくてAであるとの一審以来の主張を繰り返したが、新たに次のような主張を展開した。「Y会社の訴訟代理人Bは昭和二六年八月一三日に辞任届を原審に提出して辞任した。そこで同年一〇月二三日の証拠調べの期日にBは出席しないし、期日の呼出しはBになされたためBの辞任を知らないY会社も出席できなかった。にもかかわらず裁判所は控訴人欠席のまま証拠調べ終了後に結審を宣告し次回の判決言渡期日を告げただけで、控訴人であるY会社に何等の送達なしに次回期日に判決を言渡した。これは裁判の公正を害し審理不尽の違法な判決である」旨の主張である。

最高裁は次の理由でこの新たな主張を排して上告を棄却した。

「適法な期日指定を受けた訴訟代理人が辞任するも、その訴訟代理人に対する期日の告知は、本人に対しても効力を生じるものであるから、右期日に本人出頭なくして結審しても違法でなく又弁論期日において判決言渡期日を指定している以上右言渡期日につき呼出状の送達なくして判決言渡がなされても、訴訟手続に違背があるとはいえない。」

一

この事件で提起された問題は「適法に期日指定を受けた訴訟代理人が辞任した場合に、訴訟代理人が本人に期日について連絡しなかったとしたら、本人の不利益はどのように救済されるべきか」ということと、「期日に裁判所が判決言渡期日を指定しただけで欠席した当事者に呼出状の送達をしなかった場合、当該指定期日に判決を言い渡すことができるか」ということである。判例集の判示事項と判決要旨からすると、[1] 判例集の編集者は本判例を前者の問題の判例として判例集に登載したものであるが、判決理由では後者の問題についても判断を示している。そのため本判例は後者の問題についての最高裁の立場を示す判例としても、体系書や注釈書等において取り上げられている。[2] 従って、本判決に関しては判例集の判決要旨に書かれた内容以外の点にも注目しなければならないが、後者の問題についての本判例の見解は従前の判例の流れからすると当然の判例であり、特に目新しいものは何もない。[3] 本研究では判例集に従い、主に前者の問題について論じ、後者の問題については簡単な問題点の指摘に留める。[4]

二

本判決は、上告理由で展開された「訴訟代理人が辞任した場合は訴訟代理人に対してなされた期日指定とは別に、本人に対して新たに期日指定の呼出しが行われるべきである」との主張を退け、その理由として「訴訟代理人に対する期日の告知は、本人に対しても効力を生じる」と判示した。既に訴訟代理人に対して期日指定の告知が適法になされているならば、本人に対して効力が生じるから、新たに本人に期日指定の呼出しをする必要はないという訳である。判例のこの見解は正当な判断である。なぜならば訴訟代理人になされた訴訟行為の効果は本人に及ぶこと、訴訟代理人の辞任によってそれ以前に訴訟代理人に対してなされた訴訟行為や訴訟代理人のなした行為の効果が遡及的に消滅することはないということは、訴訟代理制度の当然の帰結であるからである。つまり、そうでないと訴訟代理制度そのものの意味が失われるからである。ところで現行民事訴訟

法はこの点に関する明確な条文を有していないが、旧民事訴訟法六八条一項はこのことを規定していた。[5] そうなるとなぜ旧法の規定を削除したかが問題になるが、旧法から現行法への変容は自明の理であるから削除したと解せられ、[6] そう解する限り旧民事訴訟法六八条一項は現行法においても生きていると考えることができる。そうであるならば沿革的にも根拠があると言うべきであるし、考え方によっては実定法の当然の原則であると言えるかもしれない。かくして理論的にも沿革的にも判例の見解は正当であり、支持すべきであろう。もちろん、これは本人に対して新たに呼出しをしなくても違法ではないということであって、場合によっては期日の施行を延期し、次回期日を指定して本人に期日呼出状を送達して期日を告知することが望ましいこともあろう。[7] かかる処置は適法・不適法の問題ではなく、訴訟進行上適当か否かの判断でなされることである。

ところでこのような結論では訴訟代理人の辞任によって本人が訴訟手続において不利になる場合を排除することはできない。しかし、辞任する場合にいわゆる引継ぎは十分なされるべきであるし、辞任する訴訟代理人は本人に不利にならないよう最大限の配慮をすべきものと考える。法がこのようなことについて特に規定していないのは、訴訟代理人の職業倫理からしてそのようなことをするのは当然であり、訴訟代理人が本人に不利なことをすることは有り得ないと考えているからであろう。それならば有り得ないことが生じたらどうすべきかということになるが、本人と訴訟代理人との委任関係の問題として処理すべきものと思う。[8] 現実には希にしか生起しないように思うし、またどのような不利を救済するのかも問題である。ましてその場合の理論となると、既に訴訟代理人に適法な期日指定の告知がなされている以上、前述の理由から本人に対しての無効やあるいは失効を説くことは困難である。あるいは訴訟代理人との問題とは言え、訴訟代理人とのトラブルにおいて依頼者たる本人の救済が大切であるから、信義則等の一般条項によってでも救済を考えるべきとの見解も考えられる。しかし、確かにそのような場合が絶対にないとは言えないにしても、本問題はそこまでして本人保護を考える必要はないと思う。仮に事実上本人に不利なことが生じたとしても、本人と訴訟代理人との間の損害賠償の問題として考えればよいし、そもそも当該手続でそのことを主張し是正を求める機会が全くない訳ではないと思う。[9] こうしてみると、単に救済のためにわざわざ手続上の問題として考える必要性は認められない。

なお本判決の考えは判決理由では引用されていないが、従前の判例に従うものである。すなわち、大判明治二九年九月一六日民録二輯八巻一三頁は、本研究で既に論じた旧法六八条一項を根拠に本判決と同じ見解を述べている。また東京控判昭和七年五月三〇日新聞三四三六号一六頁＝評論二一巻民訴三四七頁は理由や根拠を述べていないが、同趣旨の見解を明らかにしている。本判決以降の判例では最二小判昭三四・一二・二八民集

一三巻一三号一六七八頁は傍論ではあるが（判例集の判決要旨欄や判例掲載誌である判例時報二一〇号一九頁の解説では取り上げられていないが）、本件と類似の事案において同趣旨を説いている。なおそこでは本判例が参照判例の一つとして挙げられている。[10] また学説においても判例の考えは異論はなく支持されている。その意味で本判例はいわゆる確定的判例であり、今日でも重要な判例である。今後この問題について判例変更はないであろうし、この問題に関する判例がそもそも判例集に登載されることもないように思う。

三　本判例は既に冒頭で指摘したことであるが、従前の判例に従い「弁論期日に判決言渡期日を指定している以上右言渡期日に呼出状の送達なくして判決言渡がなされても、訴訟手続に違背があるとはいえない」との見解を主張している。この見解は期日指定の裁判が言渡によって告知された場合は、その裁判は判決に準じ（民事訴訟法二〇七条）、欠席した当事者に対しても有効であるから（同一九〇条二項）、同一五四条一項但書の告知があったことになり、もはや呼出状を送達する必要がないとの論理に基づく。この見解に対して実害がないとして賛成する学説がない訳ではないが、[11] 通説は反対する。本研究会のこの問題に関する判例研究もすべて反対であるし、[12] 反対の理由も既にこれらの判例研究によって言尽されている。私も反対説が正しいと思う。[13] 判例の見解では文理に反するし、実害がないとは言えないからである。[14] もっとも判決言渡期日の呼出を欠いたとしても、判決に影響を及ぼすものでないから、そのことを理由に上告することはできないと考える。[15]

四　このような考察から本判例の判決理由の前段、すなわち訴訟代理人の辞任と本人に対する期日指定の効力に関する部分には賛成であるが、後段の部分、すなわち期日指定の裁判の告知があれば欠席者に判決言渡期日の呼出状は不要とする部分には反対である。[16]

(1)　最判民集七巻七号八五一頁参照。

(2)　例えば斎藤編『注解民事訴訟法(2)』四六四頁注20〔林屋礼二、昭46〕、村松ほか編『判例コンメンタール民事訴訟法II』九頁〔寺本嘉弘、昭51〕、新堂幸司『民事訴訟法第二版』二六四頁、三九四頁〔昭56〕、小山昇『民事訴訟法五訂版』二五五頁〔平元〕等である。

(3)　本件の判例研究において菊井維大博士はこの後者の問題に触れて、判例は旧法以来、呼出状の送達不要との見解を堅持し、新法になっても変わらず（法学協会雑誌七三巻一号一〇六頁〔昭31〕）、「少なくとも判決言渡期日の呼出しについては判例は固定していると見てよく、本件判旨後段もこれを踏襲しているにすぎない」（同・一〇七頁）と述べている。なおこの問題についての従前の判例は古関敏正「期日の指定呼出および変更」『総合判例研究叢書・民事訴訟法(6)』一八頁以下〔昭38〕、林屋・前掲書四六四頁注20に詳細に掲げられているが（兼子一編『判例民事訴訟法上巻』四四一頁〔昭37〕は判例を掲記することは煩にたえないと表現している）、それを見る限り菊井博士の判例についての前述の認識は今日においても正しいと言わなければならない。

参考のために上記文献に掲載されていない判例を加えて、欠席者

に対する判決言渡期日についての呼出状不要とする最高裁の判例を挙げておく。本判例以前のものとしては昭和二三年五月一八日民集二巻五号一一五頁、昭和二三年九月三〇日民集二巻一〇号三六〇頁、昭和二四年八月一八日民集三巻九号三七六頁がある。本判例以後のものとしては昭和三二年二月二六日民集一一巻二号三六四頁、昭和三四年一二月二八日民集一三巻一三号一六八七頁、昭和三六年一〇月一〇日判例タイムズ一二五号五四頁、最判昭和五〇年一〇月四日判例時報八二四号六五頁、最判昭和五六年三月二〇日民集三五巻二号二一九頁がある。

これらの判例の中で本研究会で判例研究を発表したものを挙げれば、昭和二三年五月一八日の判例について伊東乾＝林俊夫・本誌五〇巻九号九六頁以下〔昭52〕、昭和二四年八月一八日の判例について伊東乾＝黒津英明・本誌五四巻八号一二三頁以下〔昭56〕、昭和五六年三月二〇日の判例について斎藤和夫・本誌五五巻一号一一三頁〔昭57〕等がある。

(4) 本判例についての判例研究としては菊井・前掲書、山口友吉・民商法雑誌二九巻六号四四九頁以下〔昭29〕＝『最高裁民事判例批評(5)』三〇六頁以下〔昭41〕があるが、それらが判旨賛成を説くのは前者の問題についてである。後者の問題についてのこれらの判例研究の態度は後注16参照。なお本判例については判例タイムズ三二号四三頁〔昭28〕、ジュリスト四二号三六頁〔昭28〕に簡単な解説がある。

(5) 旧民事訴訟法六八条一項は「訴訟代理人カ委任ノ範囲内ニ於テ為シタル訟訴上ノ行為及ヒ不行為ハ原告若クハ被告ニ対シテハ其本人ノ行為又ハ不行為ト同一ナリトス」という規定である（旧字体は常用漢字に変更した）。同条二項は現行法八四条の基になった規定である。つまり旧六八条は一項が削除され、二項が現行八四条になったのである。

なお旧六八条の基になったのはテッヒョー草案九一条であり、それはドイツ民事訴訟法（ＺＰＯ）の（現在の条文で言えば）八五条一項に由来するものである（高木豊三翻訳編輯『日独民事訴訟法対比全』四八頁〔明25〕参照）。ドイツ民訴法八五条一項は「訴訟代理人のなした訴訟行為は当事者に対して本人がなしたのと同一の義務を負わしめる。自白及びその他の事実上の陳述については、その代理人とともに出頭した当事者が直ちにこれを撤回又は更正しないときにかぎり同一の扱いをうける」という規定である（なお現行法二項の「訴訟代理人の過失は本人の過失として取扱われる」は一九七六年の一二月三日の簡素化法により一九八七年七月一日から挿入された）というものである（訳文は石川明『ドイツ民事訴訟法典』法務資料四四〇号三五頁〔昭57〕による）。

(6) 山口・前掲批評三〇七頁は「現行民事訴訟法は代理の法理上明かであるとしてこの点についての規定を設けなかったのであろう」と述べているが、司法省編纂『民事訴訟法中改正法律案理由書』四五頁〔大15〕は現行法八四条の理由において「本条は現行法六八条第二項と同趣旨なり。同条第一項に規定する所は代理の性質上当然のことなり」と述べている（原文の漢字は常用漢字に、片仮名は平仮名に変更し、読点を付した）。理由書のこの記述は現行法で同条項を削除したのは当然という意味であろう。なお現行法の審議の過程でこの問題がどのように議論されたかであるが、現行法八四条についての議論はあるものの（例えば大正一五年二月二一日の貴族院特別委員会での質疑、『第五一回帝国議会民事訴訟法改正委員会速記録』二五〇頁以下）、旧法六八条一項の削除に関する議論は改正に関する速記録等において見ることができなかった。

ところで明治三六年の法典調査会の民事訴訟法改正案を見ると、そこでは既に旧法六八条一項と同趣旨の規定は姿を消している（同

書二七頁以下）。そのことはかなり以前の段階で削除が決まったということであり、それ故に速記録等で議論をみることができなかったのではないかと思う。なおより確かな事実を求めて法典調査会の「民事訴訟法連合会議事速記録」（『日本近代立法資料叢書二三巻』〔昭61〕）を見たが、満足すべきものは発見できなかった。

(7) 山口・前掲批評三〇九頁。

(8) 菊井・前掲書一〇六頁、山口・前掲批評三〇九頁。

(9) 本件では期日が開かれて結審したから本人が手続で弁論する機会を奪われたことになるが、結審に至らないのであれば、次回期日で主張あるいは証拠の申出をすればよいし、一審であれば二審がある。本件では二審の最後の段階で問題になったが、そもそもこの段階で新しい弁論を行うことが問題であり、そのような当事者の保護を考えること自体が問題であると言わなければならない。

(10) 本判例を引用する体系書・注釈書（前注2参照）、本判例についての判例研究（前注4参照）等の他に次の文献を挙げることができる。岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟第一審手続（1）』（旧民事訴訟編第二巻）二七二頁〔昭33〕、古関・前掲書一五頁、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法』八八五頁〔昭59〕、小室直人＝賀集晶編『基本法コンメンタール民事訴訟法（1）第三版』一七四頁〔奥村正策、昭60〕、兼子一ほか『条解民事訴訟法』三八五頁〔竹下守夫、昭61〕。

(11) 新堂・前掲書二六四頁。

(12) 本研究会におけるこの問題に関する従前の判例研究については前注3の最後に記した。

(13) 判例の考えは法一五四条但書に反するし、法二〇七条より法一九〇条二項が準用されると言っても、法一五四条但書は呼出しに関する特則で法一九〇条二項の準用を排すると考える。またドイツ民事訴訟法（ZPO）二一八条本文は「言渡した裁判をもつて定めた期日には、当事者を呼出すことを必要としない」（訳文は石川・前掲書七七頁による）という規定であるが、この種の規定を日本法は有していないから、このような内容の解釈はできないと考える。もっともかかる理由は兼子一『判例民事訴訟法』一二一頁〔昭和六年の判批〕、一二四頁以下〔昭和一六年の判批〕を嚆矢として前掲法律実務講座二七三頁、菊井＝村松・前掲書八八八頁、古関・前掲書一九頁、林屋・前掲書四六七頁、小山・前掲書二五五頁、本研究会の判例研究である伊東＝林・前掲書九七頁以下、伊東＝黒津・前掲書一二六頁、斎藤・前掲書一一六頁等が説くところである（今日では周知の見解であるから、文献は網羅的に掲げたものではなく、代表的なものに留めた）。

(14) 期日を開く以上実質的に出席できるように考えるべきであるし（兼子・前掲判例民訴法一一八頁〔昭和一三年の判批〕、一二五頁〔昭和一六年の判批〕）、被呼出人に対する確実な伝達を目的とする事務面では法的フィクションの余地はない筈である（兼子一編『判例民事訴訟法上』四四二頁〔昭37〕）。判例理論では弁論再開が期待できる場合に、弁論が終結されて判決言渡期日が指定されていることを知らないことから、攻撃防御方法の提出の機会を失う可能性があるし（菊井＝村松・前掲書八八九頁）、無駄な準備をしてしまうかもしれない（竹下・前掲書三八六頁）。そもそも欠席者に欠席につき責に帰すべき事由がない場合もあろう（竹下・前掲書三八六頁）。なお同様な主張は古関・前掲書一九頁、林屋・前掲書四六七頁、本研究会の判例研究である伊東＝林・前掲書九八頁以下、伊東＝黒津・前掲書一二六頁、斎藤・前掲書一一六頁以下等で主張されていることでもある。

(15) 兼子・前掲判例民訴法一二一頁〔昭和六年の判批〕、林屋・前掲

書四六八頁、竹下・前掲書三八六頁、伊東＝林・前掲書九八頁、伊東＝黒津・前掲書一二七頁。

(16) かような結論は菊井・前掲判例研究と同じであるが、菊井・判例研究は後段の部分については「いくつかの……評釈もあることだからこれに譲る」として特に論していない(一〇七頁)。山口・前掲判例研究は後段の問題については大審院判例とそれを批判する兼子・判例研究の紹介に留めている。

なおこの後段の問題について実務の動向が注目されるところであるが、実務についての従前の報告を見ると、報告内容がそれぞれ異なっているように思う。例えば、実務ではいわゆる続行期日に欠席したものに対しては呼出状の送達を行うが、判決言渡期日に欠席した場合は行っていないのが「通例である」(奥村・前掲書一七五頁、実務講座二七三頁)との見解がある一方で、「実務では(知られている範囲では)、効力のいかんはともかく、不出頭者に対して期日の送達をなしているものが多いようである」(寺本・前掲書九頁)とか、「実務の取扱が判例・学説のいずれに従っているかは、必ずしも明らかではない」(古閑・前掲書二〇頁)との記述が見られるからである。この問題で実務の動向を探ることそのものが困難なことを意味するように思う。また最近の実務の手引きとも思える『民事書記官事務の手引き(訴訟手続)』訟廷執務資料五六号〔昭61〕一二〇頁は「当該期日に当事者の一方が不出頭の場合は、直ちに期日呼出状を作成するか、又は簡易の方法で呼出しをする」と述べている。しかし、他方において裁判所書記官研修所『教材民事訴訟法(改訂版)』研修資料二〇号〔昭59〕は判決言渡期日の指定につき、期日欠席者に呼出状は必要ないとの判例の幾つかを教材にしている。

坂原　正夫

〔下級審民訴事例研究三〕

3　口頭弁論期日呼出状の書留郵便に付する送達が無効とされた事例

高松高裁昭和六三年九月六日判決(昭六三(ネ)第一四五号離婚等請求控訴事件、判例タイムズ六八四号二三八頁)

〔事実〕

昭和五六年一一月一九日XはYを相手取り離婚等請求の訴えを提起した。昭和六〇年二月七日の第一五回口頭弁論はX不出頭のまま延期となり次回口頭弁論期日は追って指定とされた。