

第2章 認定考査ケースブック

2-1 貸金返還等請求事件（認定考査第2回 H15-2）

【問題】 別紙1記載のX及びYの言い分に基づき、以下の小問(1)から(7)までに答えなさい。

小問(1) Xの訴訟代理人として、Y及びZに対して訴えを提起する場合の訴訟物を解答用紙(その1)の第1欄に記載しなさい。

小問(2) 小問(1)の訴訟(以下「本件訴訟」という。)において、Xの訴訟代理人として主張すべきYに対する請求の請求原因事実を解答用紙(その1)の第2欄に記載しなさい。

なお、いわゆる「よって書」は記載する必要がない。

小問(3) 本件訴訟において、Yの訴訟代理人として行うべき請求原因事実に対するYの認否を解答用紙(その1)の第3欄に記載しなさい。

小問(4) 本件訴訟において、Yの訴訟代理人として主張すべき抗弁及びその要件事実を解答用紙(その1)の第4欄に記載しなさい。

小問(5) 本件訴訟において、Xの訴訟代理人として主張すべき再抗弁を解答用紙(その1)の第5欄に記載しなさい(当該再抗弁の要件事実は、記載する必要がない)。

小問(6) 本件訴訟において、X側が書証として提出したXの言い分3記載の借用書について、Yの訴訟代理人は「成立を否認する。」と述べたため、裁判所は、Yの訴訟代理人に対して「このY名下の印影は、Yの印章によって顕出されたものですか。」と釈明を求めた。この裁判所の求釈明の意味を解答用紙(その2)の第6欄に150字以内で記載しなさい。

小問(7) 本件訴訟において、Zに対する訴状等の訴訟関係書類の送達は、どのような送達によって行われることになるか。また、その場合のZに対する請求原因事実の立証の要否及びその理由について、解答用紙(その2)の第7欄に記載しなさい。

(別紙1)

〔Xの言い分〕

1 私は、会社員をしている者です。かなり以前の話になるのですが、個人で印刷業を営んでいた友人のZにお金を貸したことがあり、その返済を受けられずに困っております。

2 私とZとは、小学校以来の同級生というよしみで親しく付き合ってきた仲でした。

Zは、新しい設備を次々と導入するという経営手法を採っており、以前は経営も順調のようでしたが、最近の不況で苦しくなってきたようです。そのような折、平成10年9月末ころ、久しぶりに会った際、運転資金が足りないので、少なくて構わないからお金を貸してくれないかと頼まれたのです。私の方も決して余裕があったわけではないのですが、Zが可哀想になり、手持ちの40万円を貸すことにしたのです。

ただ、後のことを考えて、Zには、「貴方の父親であるYに連帯保証人となってもらえるなら、貸してもいいよ。」と答えました。

3 同年10月1日になり、Zは、私の所を訪ねてきて、借用証(注：別紙2に記載の借用証)を持って来ました。私は、この借用証にZの署名押印があり、更に「連帯保証人」としてYの署名押印がありましたので、40万円を渡しました。

なお、返済の時期については、特に合意しなかったのですが、私としては、当然、返済の原資が出来次第、直ちに返済してくれるものと思っておりました。

4 ところが、Zの経営は一向に上向きとならなかったようで、その後も何度か顔を会わせた際に返してくれるよう暗に言ってきたのですが、のらりくらりとして、返済してくれる気配はありませんでした。

平成15年の8月末日、いよいよZの経営が行き詰ったとの噂があったことから、私は、Z宅に赴き、はっきりと返済を求めたのですが、Zは、言を左右にして取り合ってくれませんでした。

5 その後、Zは、夜逃げをしてしまったようで、その行方は分かりません。

そこで、私は、同年11月中旬ころ、保証人であるY宅を訪れ、Yに対して借用書を示して返済をお願いしたのですが、そのような書面は知らないといけんもほろろで、平成15年12月6日現在、支払ってくれていません。

〔Yの言い分〕

- 1 Xの言い分1のうち、Zが個人で印刷業を営んでいたことは間違いないことですが、XがZにお金を貸したことについては、私の預かり知らないことです。
- 2 また、Xの言い分2のうち、私の息子であるZがXと小学校以来の同級生で親しかったこと、Zの経営が平成10年ころから苦しくなっていたことは私も聞いており、間違いないことと思いますが、二人の間にお金の貸借があったということについては、何も聞いていません。
- 3 Xの言い分3の借用書については、私はこれまで見たこともありませんでした。確かに、ここに押されている印影は私の印章が使われておりますが、私がこの署名や押印をしたことはありませんし、そもそも連帯保証をしたということもありません。
なお、Z名義の署名押印部分については、Zのもののように見えますが、よく分かりません。
- 4 Xの言い分4のうち、平成15年8月末日ころにはZの経営が行き詰ったようであることは間違いないと思いますが、その他の事情については、私には全く分かりません。
- 5 Xの言い分5にありますように、Zは一家で夜逃げをしたようで、Zが住んでいた家も借家で財産も全く残っておりません。先週の平成15年11月末にZから私に電話があり、元気にやっているとの連絡はありましたが、どこにいるのかは教えてくれませんでした。
Xから同月中旬ころに借用証を見せられ、返済を求められたのは確かです。ただ、仮にZが本当にXから借金をしていたとしても、既に独立して私とは別に一家を構えているZのしたことですし、私も現在は年金暮らしで生活に余裕はなく、私自身もZに対して多額のお金を貸しているものですから、私の関知しない件について、「はい、そうですか。」と支払うことはできません。

(別紙 2)

借 用 書

X 殿

金四拾万円也

但し、借受金として、本日正に収受しました。

平成 1 0 年 1 0 月 1 日

〇〇印刷所 Z 印

連帯保証人 Y 印

2-1-1 解 説

1 事件の概要

Xの言い分を読んでもみると、本問は、XがZに貸した40万円が戻ってこなくて困っている、という事案だということが分かる（Xの言い分1）。つまり、貸金の返還を求める事案である。

ところが、借金をした張本人であるZは、既に夜逃げをして、行方が分からないため、連帯保証人となっているYに対して、支払いを求めよう、というものである（Xの言い分5）。

一度、時系列で事案を整理してみよう。

時 系 列 表

時 間 軸	当 事 者	事 実	証 拠 方 法
H10/9 末	Z → X	・融資申入れ ・Zは印刷業者	
H10/10/1	X → Z	・金消 → 40万円 弁済期なし 運転資金	借用書（別紙2）
	X → Y	・（連帯）保証	借用書（別紙2） → Yの署名押印
H15/8/31	X → Z	・返済の請求 （口頭で）	
（その後）	Z	夜逃げ	
H15/11 中旬	X → Y	・返済の請求 （口頭で） → Y / 拒絶 （不知）	
H15/12/6	Y	支払なし	

2 訴訟物

(1) 訴訟物とは何か

小問(1)では、訴訟物が問われている。そこでまず、訴訟物とは何か、について、少し説明をしよう。

訴訟物：訴訟事件における、裁判所が審理判断すべき対象

訴訟物とは、一般に、訴訟事件の審判対象と言われる。「審判」とは、心理及び判断のことである。

裁判所の審判対象は、原告の被告に対する一定の法的な請求権の存否であり、通説及び実務では、実体権の単複異動によって定められる(旧訴訟物理論)。すなわち、実体法上認められる権利ごとに、訴訟物を数える。

具体的には、「～に基づく～請求権」等という形で、特定されることになる。

(2) 本問における訴訟物

本問は、XがY及びZを共同被告として、訴えを提起するのであるが、Xは、Zに対して金銭を貸し、Yがこれを保証しているので、いわゆる貸金の返還を求める訴訟ということになる。

イ Zに対する請求の訴訟物

Xは、Zに金銭を貸し付け、その返還を求めようとするのであるから、XはZに対して貸金返還請求を行うこととなる。

貸金返還請求が認められるためには、XがZに対して貸金返還請求権を有していなければならないが、訴訟ではその有無を審判することとなる。これが、訴訟物である。そして、XがZに対して貸金返還請求をする原因となるのは、X Z間の金銭消費貸借契約であるから、XのZに対する請求の主たる請求の訴訟物は、**消費貸借契約に基づく貸金返還請求権**である。

また、実務上は、遅れている分の遅延損害金を併せて請求することが少なくない。遅延損害金は、履行遅滞に基づく損害賠償であるから、これも又、訴訟物となる。このように、主たる請求に付随してする請求を、附帯請求といい、本問における、XのZに対する附帯請求の訴訟物は、**履行遅滞に基づく損害賠償請求権**である。

【Zに対する請求の訴訟物】

- ① 消費貸借契約に基づく貸金返還請求権 (主たる請求)
- ② 履行遅滞に基づく損害賠償請求権 (附帯請求)

ロ Yに対する請求の訴訟物

Yは、ZのXに対する貸金債務について連帯して保証している。XがYに対して請求する根拠は、この連帯保証契約であり、YはXに対して連帯保証債務を負っていることにある。

そうすると、XのYに対する請求の訴訟物は、連帯保証契約に基づく連帯保証債務履行請求権ということになりそうである。確かに、そのような考えもないではない。しかし、実務上は、連帯保証契約というのは、単純保証契約に連帯の特約が付されたものに過ぎないと考えられており、単純保証と独立して連帯保証契約があるわけではない、と考えられている。そのため、連帯保証契約に基づいた保証債務履行請求権であっても、訴訟物は、単純保証のそれと同一であると解するのが、実務上の取扱いである。

したがって、Yに対する請求の訴訟物は、**保証契約に基づく保証債務履行請求権**ということとなる。

なお、保証債務は、主債務について生じた元本、利息、損害金その他の費用をすべて包含した内容であるので、主債務の遅延損害金を併せて請求する場合でも、保証人に対する請求では保証債務の履行であるので、Yに対する請求においては、履行遅滞に基づく損害賠償請求権は訴訟物とならない。

【Yに対する請求の訴訟物】

保証契約に基づく保証債務履行請求権

問 01：連帯保証人に対する請求の訴訟物は何か。連帯保証契約が、単純保証契約とは独立した契約類型か、と関連して問題となる。

A 説（保証説 通説・実務）

結論：連帯保証は、単純保証債務という基本債務に連帯の特約が付加されたにすぎず、連帯保証契約という独立の契約類型は存在しない。

帰結：訴訟物は、保証契約に基づく保証債務履行請求権である。

理由：連帯保証について、連帯の免除があると、保証債務のみは残る。

B 説（連帯保証説）

結論：連帯保証は、単純保証とは別個独立の契約類型である。

帰結：訴訟物は、連帯保証契約に基づく連帯保証債務履行請求権である。

3 消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の要件事実

- ① 返還の合意（金銭消費貸借契約の締結）
- ② 金銭の授受
- ③ 弁済期の定め
- ④ 弁済期の到来

【参照条文】

民法 587 条

消費貸借は、当事者の一方が種類、品質及び数量の同じ物をもって返還をすることを約して相手方から金銭その他の物を受け取ることによって、その効力を生ずる。

(1) ①返還の合意と②金銭の授受

消費貸借契約を規定する民法 587 条の規定から、①返還の合意と②金銭の授受が要件事実となることは明らかである。

(2) ③弁済期の定め

又、従来の通説的見解によれば、消費貸借契約というのは、一定の価値を、ある期間、借主の使用に委ねることを本質とする継続的契約であるから、その借主の使用に委ねる期間、換言すれば、借主がどの程度の期間使用し、そしていつ返還するのかを定めなければ、消費貸借契約があったとはいえない、として、弁済期の定めは、消費貸借の要件事実であるとされる（いわゆる貸借型理論）。もちろん、世の中には、弁済期の定めのない消費貸借契約も事実として存在するから、その場合をどのように解するのかについて、見解の対立がある（問 02）

問 02：弁済期の定めのない消費貸借契約の要件事実をいかに解するか。民法 591 条 1 項は、「当事者が返還の時期を定めなかったときは、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をすることができる。」の意味が問題となる。

A 説（合意欠落説）

結論：民法 591 条 1 項は、弁済期を定めなかった場合の補充規定である。

帰結：そもそも、弁済期の定めは、消費貸借契約の要件事実ではない。

→① 貸主が催告及び相当期間の末日の経過を主張証明すれば良い。

② 弁済期の定めがあり、その未到来であることは、抗弁事由である。

理由：消費貸借であっても、常に弁済期の合意があるとは限らない。

B 説（実務）

結論：民法 591 条 1 項は、弁済期を催告時とする合意がある場合の規定である。

帰結：弁済期の定めは、消費貸借契約の本質であり、これが欠落することはありえない。

→① 弁済期がないことは、弁済期を催告時とすることを意味する。

貸主としては、「弁済期の定めがない」旨を主張立証しなければならない。

② そして、弁済期の到来として、催告及び相当期間の末日の到来を主張立証することを要する。

問 03：弁済期について分割払いの定めがあり、「1 回でも弁済を怠れば、残部全部の弁済期が経過したものとする。」という約定（いわゆる期限の利益喪失約款）が付されている場合、借主が分割金の支払いを怠ったことは、要件事実か。

A 説（否定説）

理由：① 立証の負担の公平上、借主が分割金の支払いの事実を主張立証すべきである。

② 上記のような期限の利益喪失約款は、「各分割金の弁済期が経過したときは、借主は、当然、その後到来する弁済期限の利益を失い、残額全部の弁済期限が経過したものとする。」ことを意味すると解するのが、契約当事者の合理的意思解釈として妥当である。

(3) ④弁済期の到来

イ 確定期限の到来は、自明なので、実務上は、改めて主張しないことが多い。

ロ 「到来」と「経過」は、異なる概念である。

e.x.弁済期を平成 17 年 3 月 31 日とした場合

→ 「到来」＝同日の午前零時になったとき

→ 「経過」＝同日の 24 時が過ぎたとき

4 利息契約に基づく利息支払請求権

本問とは関係ないが、貸金返還請求においては、金銭消費貸借の内容として利息を付していることが少なくない。この場合、元本債権の請求と併せて、附帯請求として、利息の支払いを求める場合が多い。そこで、利息の支払い請求について、ここで触れたいと思う。

(1) 訴訟物

民法上、利息は原則として請求できず、特約が必要となる。利息の支払いを求めるときは、この利息の特約を根拠に行うので、訴訟物は、**利息契約に基づく利息支払請求権**となる。

(2) 要件事実

民法上の一般的な利息請求権の要件事実を挙げると、次のとおりである。

- | |
|---------------|
| ① 元本債権の発生原因事実 |
| ② 利息支払いの合意 |
| ③ 一定期間の最終日の到来 |

(3) ②利息支払いの合意の特殊な場合

イ 商人間の金銭消費貸借

商人間で金銭の消費貸借をしたときは、貸主は、商事法定利率による利息を請求できる（商法 513 条 1 項・同 514 条）。

したがって、この場合は、②に代えて

- | |
|--------------------------------|
| ②' 消費貸借の当時、原告と被告とがいずれも承認であったこと |
|--------------------------------|

の主張・立証を要する。

ロ 商事法定利率

商行為によって生じた債務に関しては、法定利率は年6分となる（商法514条）。

従って、商事法定利率による利息を請求する場合は、②に加えて、①の債務が商行為によって生じたことの主張・立証を要する。具体的には、次の②－ii又は②－ii’である。

②－ii 原告・被告のいずれか一方が証人であること

商人がその営業のためにする行為は商行為である（商法503条1項）。したがって、当事者の一方が証人であることを主張・立証すれば、商行為によって生じた債務といえる。

なお、「その営業のためにする行為」であることは、要件事実とはならない。けだし、商人の行為は、その営業のためにするものと推定されるからである（同2項）。

②－ii’ 絶対的もしくは営業的商行為による債務であること

ハ 法定利率を超える約定

5 履行遅滞に基づく損害賠償請求権の要件事実

民法の履行遅滞の要件を要件事実論的に整理すると、次のようになる。

履行遅滞の一般的要件		要件事実論
① 履行が可能であること	→	普通は履行可能なので、積極的な主張は不要
② 履行期の経過と不履行		履行が債務者の抗弁となる
③ 債務者の帰責性		債務者に帰責性不存在の立証責任 （なお、民法419条2項があるので、金銭債務については、無過失立証をしても無意味である）
④ 違法性		留置権や同時履行の抗弁権は、債務者に主張・立証責任がある。 又、金銭消費貸借は片務契約であるので、留置権や同時履行の抗弁は、通常は考え難い。
⑤ 損害の発生及びその数額		

以上を整理すると、履行遅滞に基づく損害賠償請求権の要件事実は、次のとおりである。

- ① 元本債権の発生原因事実
- ② 弁済期の「経過」
- ③ 損害の発生及びその数額

③の損害の発生とその数額について、金銭債務については、その損害額は法定利率によって定まる（民法 419 条 1 項本文）し、又、約定利率が法定利率を超えるときは約定利率による（同但書）。したがって、約定に従った損害賠償の支払いを求めるときは、次の③’又は③”をも主張・立証すべきこととなる。

- ③’ 法定利率を超える利率の合意
- ③” 遅延損害金の利率の合意

6 保証契約に基づく保証債務履行請求権の要件事実

- ① 主債務の発生原因事実
- ② 保証契約の締結
- ③ ②が書面又は電磁的記録によってされたこと（本問では要件事実でない）

→詳細は、次問参照。

さて、以上を前提に、本問で訴状を書くとどうなるか見てみよう。又、Yの言い分に従い、答弁書も紹介する。

2-1-2 訴状及び答弁書

訴 状

平成 15 年〇月×日

〇〇簡易裁判所 民事係 御中

原告訴訟代理人 司法書士 A ㊞

当事者の表示 別紙当事者目録記載のとおり

貸金返還等請求事件

訴訟物の価額 金 40 万円

貼用印紙額 金 4000 円

第 1 請求の趣旨

- 1 被告らは、原告に対し、連帯して、金 40 万円及びこれに対する平成 15 年 9 月 8 日から支払い済みまで年 6 分の割合による金員を支払え。
 - 2 訴訟費用は被告らの負担とする。
- との判決並びに仮執行の宣言を求める。

第 2 請求の原因

- 1 原告は、平成 10 年 10 月 1 日、被告 Z に対し、金 40 万円を弁済期を定めずに貸し付けた（甲 1）。
- 2 1 の当時、被告 Z は印刷業を営んでいた。
- 3 原告は平成 15 年 8 月 31 日、被告 Z に対し、1 の貸金の返還を口頭で求めた。
- 4 3 の後、相当期間の末日である平成 15 年 9 月 7 日は経過した。
- 5 被告 Y は、平成 10 年 10 月 1 日、原告に対し、被告 Y の 1 の貸金債務を保証した（甲 1）。
- 6 よって、原告は、被告らに対し、次のとおり請求する。
 - (1) 被告 Z は、原告に対し、被告 Y と連帯して、上記消費貸借契約に基づく貸金 40 万円の返還及びこれに対する平成 15 年 9 月 8 日から支払い済みまで年 6 分の割合による遅延損害金を支払え。
 - (2) 被告 Y は、原告に対し、被告 Z と連帯して、上記保証契約に基づき、金 40 万円の返還及びこれに対する平成 15 年 9 月 8 日から支払い済みまで年 6 分の割合による金員を支払え。

証拠方法

甲第1号証 借用書

附属書類

- | | | |
|---|--------|----|
| 1 | 訴状副本 | 2通 |
| 2 | 甲号証の写し | 3通 |
| 3 | 証拠説明書 | 3通 |
| 4 | 訴訟委任状 | 1通 |

(別紙) 当事者目録 省略

平成 15 年（ハ）第 9999 号 貸金返還等請求事件

原告 X

被告 Y 他 1 名

直送済

答 弁 書

平成 16 年△月○日

〇〇簡易裁判所 民事係 御中

被告 Y 訴訟代理人 司法書士 B ⑨

第 1 請求の趣旨に対する答弁

- 1 原告の被告 Y に対する請求を棄却する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする
との判決を求める。

第 2 請求の原因に対する認否

- 1 請求の原因 1 の事実は、不知。
- 2 請求の原因 2 の事実は、認める。
- 3 請求の原因 3 の事実は、不知。
- 4 請求の原因 5 の事実は、否認する。

原告は、平成 10 年 10 月 1 日、被告 Y が被告 Z の債務を保証した旨主張するが、第 3 被告の主張に示すとおり、被告 Z は、そのような保証はしていない。

- 5 請求の原因 6 は、争う。

第 3 被告の主張

- 1 原告提出の甲第 1 号証の借用書は、被告 Y はこれまで見たこともない。
- 2 甲第 1 号証の借用書に押印されている印影には、被告 Y の印章が使われているが、被告 Y がこれに署名や押印をしたことはない。

甲第 1 号証の借用書にある被告 Y の署名と押印は、被告 Z が被告 Y に無断で証明し、押印したものである。

- 3 よって、被告 Y は、原告との間で請求の原因 5 にある保証契約はしていないから、原告の被告 Y に対する請求には、理由がない。

添 付 書 類

訴訟委任状 1 通

2 - 1 - 3 抗弁及び再抗弁

1 否認と抗弁

請求の原因に対する被告の反論としては、請求原因事実に対する否認と、抗弁がある。否認と抗弁とは、被告の原告に対する反論という点では共通するが、攻撃防御の観点から見ると、全く異質なものである。

(1) 否認

否認には、消極否認（単純否認）と、積極否認（理由付否認）とがある。

消極否認とは、相手方の主張を単純に認めない旨を主張することであり、積極否認とは、これに理由を付す場合である。

相手方の事実主張を否認する場合には、その理由を記載しなければならない（民事訴訟規則 79 条 3 項）。つまり、否認をする場合には、積極否認が原則となっている。

否認は、相手方の事実主張を認めない旨の陳述であるので、積極否認をする際の事実主張（否認理由として挙げる事実）は、**相手方の主張事実とは両立し得ないもの**となる。そして、証明責任は、原則として主張責任を負う側にあるので、主張した事実が否認されると、当該主張事実を主張立証しなければならなくなる。つまり、**原告の請求原因事実が被告に否認された場合、原告が当該請求原因事実の証明をしない限り、請求が認められないのである。被告が否認理由の証明責任を負うのではない。**

例えば、売買代金の請求訴訟に際し、原告が主張した売買契約の事実を被告が、売買ではなく贈与であったことを理由に争う場合、原告と被告間で争われている契約は 1 個なので、売買契約の主張に対する贈与契約の主張は両立し得ないものとなる。したがって、贈与を理由とする被告側の争いは、贈与を理由とする否認であるので、被告側が贈与契約の証明責任を負うのではなく、原告側が売買契約の証明責任を負うのである。

(2) 抗弁

これに対し、抗弁とは、**請求原因事実と両立し、かつ請求を排斥**することができる事実である。

抗弁は、請求原因事実を認めながら、それでも請求を排斥する法的効果を発生する事実の主張であり、**抗弁を主張する被告に、証明責任**がある。

例えば、売買代金請求事件においては、被告が売買契約の事実を認めた上で、しかし弁済をしたとする弁済の抗弁が、これである。代金の弁済は、請求原因事実たる売買契約と両立し、かつ代金債務の消滅の効果を生ずるので原告の請求を排斥できる。

(3) 再抗弁

又、被告の抗弁に対して、さらなる原告の反論として、再抗弁がある。
再抗弁は、被告の抗弁事実と両立し、かつ被告の抗弁の法的効果を排斥する事実である。抗弁と再抗弁との関係は、請求原因と抗弁との関係に準じる。したがって、再抗弁事実の証明責任は、これを主張する原告にある。

2 Yの抗弁

本問では、貸付から5年間経過しており、商事債権の場合には消滅時効期間は5年間である（商法522条）ので、Yの抗弁としては、主債務の消滅時効の抗弁が考えられる（民法145条「当事者」参照）。

消滅時効の要件事実を挙げると、次のとおりである。

- | |
|-------------------------|
| ① 権利を行使することができる状態になったこと |
| ② 時効期間の経過 |
| ③ 消滅時効援用の意思表示 |

①権利を行使することができる状態となったことは、消滅時効起算点となる。消滅時効の起算点は、債権発生原因によって異なるが、本問のように期限の定めのない債権の場合は、債権成立の時である。なお、Yが抗弁を提出する段階で、債権が成立した時は、請求原因において原告が主張済であるので、再度、主張することは要しない。

平成15年（ハ）第9999号 貸金返還等請求事件

原告 X

被告 Y他1名

平成16年△月○日

被告Y訴訟代理人 司法書士 B ㊟

〇〇簡易裁判所 民事係 御中

第1準備書面

～ 被告の抗弁 ～

仮に、請求の原因1の金銭消費貸借（以下、「本件消費貸借契約」という。）が成立していたとしても、平成15年10月1日は経過しているので、被告Yは、本件口頭弁論期日において、本件消費貸借契約に係る債権の消滅時効を援用する。

3 Xの再抗弁

さらに、本問では、Xは、平成15年8月末日にZに返済を求めているので、この時点で、催告（民法153条）をしている。その後、6か月以内に訴えを提起していることから、Xは、時効中断の再抗弁を主張することが考えられる。

平成15年（ハ）第9999号 貸金返還等請求事件

原告 X

被告 Y他1名

平成16年△月○日

原告訴訟代理人 司法書士 A ㊞

準備書面（1）

～ 時効中断の再抗弁 ～

- 1 原告は、平成15年8月31日、被告Zに対し、口頭で、本件貸借契約にかかる貸金債権（以下、「本件貸金債権」という。）につき、返済を求め、その履行を催告した。
- 2 原告は、平成15年○月×日、被告Zに対し、本件訴えを提起した。
- 3 よって、本件貸金債権の消滅時効は、中断した。

2-1-4 書証の提出

さて、以上で、小問（2）ないし（5）までは説明できた。

次に、小問（6）を見てみよう。小問（6）では、『本件訴訟において、X側が書証として提出したXの言い分3記載の借用書について、Yの訴訟代理人は「成立を否認する。」と述べたため、裁判所は、Yの訴訟代理人に対して「このY名下の印影は、Yの印章によって顕出されたものですか。」と釈明を求めた。この裁判所の求釈明の意味を解答用紙（その2）の第6欄に150字以内で記載しなさい。』とある。これは何を聞いているのだろうか。

1 文書の証拠能力

文書には、証拠能力の制限がある。文書は、その成立が真正であることを証明しなければならない（民訴法228条1項）。「成立が真正」とは、当該文書が、その作成名義人の意思によって成立したことである。

2 文書の成立の真正

(1) 書証の認否

文書の提出者の相手方が、その成立を認めれば、凡そ、その文書は真正に成立したものと判断されるため、これを証拠として用いることができる※。逆に、成立を否認すれば、提出者の側で、成立の真正を立証することになる。その意味で、文書を証拠として提出すると、その成立についての認否が求められる。

※ 成立についての認否と弁論主義

文書の成立を相手方が認めれば、その成立の真正については、合理的な疑いを容れることができないのが殆どであるため、それ以上の立証を要しない。

しかし、理論上も、又、実際上も、成立の真正は、当該文書の証拠力に影響を与える補助事実なので、弁論主義の第2テーゼは適用されない。したがって、仮令、相手方が文書の成立を認めても、裁判所としては、それに拘束されないので、なお、成立の不真正な文書として扱うことができる。訴訟代理人として文書を証拠として提出し、相手方が成立を認めたとしても、かかる点には留意しておく必要がある。

(2) 二段の推定

イ さて、相手方が文書の成立を争うと、提出者は、文書の成立の真正の立証を要することとなる。例えば、その文書の作成の場に居合わせた第三者を証人として尋問するなど、各煩の労力を要する。

しかし、文書の成立の真正は、作成名義人の主観の問題であり、その立証は極めて困難である。

そこで、民訴法は、推定規定を設けている。即ち、「私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、真正に成立したものと推定」される（民訴法 228 条 4 項）。実務上も、又、学説上も、「本人又はその代理人の署名又は押印」とあるのは、本人又はその代理人（以下、「本人等」という。）の意思による署名又は押印と解されている。

ロ 尤も、意思による署名・押印というのも、やはり立証が困難であることに変わりはない。

そこで、我が国では、従来から印章を慎重に取扱ってきたという国民性に照らし、当該文書に本人等の印章により顕出された印影があるときは、その押印は、経験則上、本人等の意思によるものと推定される、と解するのが判例である（最判昭 39.5.12）。

ハ その結果、本人の印章による押印があれば、本人の意思による押印と推定され（一段目の推定）、その結果、民訴法 228 条 4 項により、文書の成立の真正が推定される（二段目の推定）。

(3) 裁判所の求釈明の意味

裁判所が、「Yの印章によって顕出されたものですか。」と釈明を求めたのは、仮に、Yの印章によって顕出されたものであることが自白されると、これによって、借用書のYの押印は、Yの意思によるものと推定され、その結果、借用書の真正性が推定される一方、否認されれば、借用書の成立の真正が争点となるから、と考えられる。

【二段の推定の構造】

			[推定事実]
(一段目)	本人の印章による押印	→	本人の意思による押印
(二段目)	本人の意思による押印	→	文書の成立の真正

2 - 1 - 5 公示送達

1 訴状の送達

訴状は、被告に送達しなければならない（民訴法 138 条 1 項）。

これは、原告提出の訴状が被告に送達されて初めて、当事者対立構造が生じ、被告の攻撃防御の機会を保障し、手続保障が全うされるからである。

2 公示送達

(1) そうすると、本問のように被告が行方不明という場合には、原告としては訴えようにも訴えられないこととなる。これでは、原告側の裁判を受ける権利（憲法 32 条）が害される。そこで、民訴法は、そのような場合に備えて、公示送達という制度を設けている（民訴法 110 条以下）。

(2) 公示送達は、送達名宛人が出頭すればいつでも書類を交付する旨を裁判所の掲示場に掲示する方法によってする（民訴法 111 条）。

公示送達は、このように、裁判所の掲示場に、「いつでも受け取れますよ。」という旨の紙を張り付けて、2 週間後に送達があったものとみなす制度である。そのため、現実に名宛人が書類を受け取ることは無いに等しい。

しかし、訴訟書類は、当事者の手続保障の観点からは現実に当事者が受け取ることが望ましいことは論を待たない。そのため、公示送達は最後の手段として扱われるもので、次のような場合にのみ、認められる送達方法である。

- ① 当事者の住所その他送達すべき場所が知れない場合
- ② 付郵便送達（民訴法 107 条）ができない場合
- ③ 囑託送達（民訴法 108 条）ができない場合

3 公示送達と自白の擬制

(1) 自白の擬制

相手方の事実上の主張を争わず、あるいは期日に欠席し、口頭弁論終結時までには、相手方の主張した事実を争うことを明らかにしないときは、その事実について自白したものとみなされる（民訴法 159 条 1 項, 3 項本文）。

これは、相手方の主張事実を争う機会が与えられたのに、弁論の全趣旨から争うことを明らかにしない以上は、それについては相手方の主張を認める趣旨と解されるからである。

(2) 公示送達との関係

しかし、公示送達による場合は、事実上、被告には防御の機会は与えられていない。このような場合にまで、自白の擬制を認めると、手続保障の見地からは不相当に過ぎるので、公示送達によるときは自白の擬制は認められない（民訴法 159 条 3 項但書）。

したがって、公示送達により訴状を送達した原告は、請求原因事実を立証しなければならない。