

〔最高裁判事例研究 三三六〕

平八 一（判例タイムス九〇三号一〇八頁）

控訴審が重要な書証の成立について第一審の判断を覆す場合にその署名部分の筆跡鑑定の申出をすることがどうかについて釈明権の行使を怠った違法があるとされた事例

抵当権順位変更登記抹消登記手続請求事件（平成八年二月二二日最高裁第一小法廷判決）

A 所有の不動産について、Xが二番抵当権者、Yが三番抵当権者であったが、二番抵当権と三番抵当権の順位変更の登記がなされていたが、XはYを相手取ってその抹消登記手続を訴求した。これに対しYは、抗弁としてXとYによる順位変更の合意（民三七三条二項）を主張し、乙第一号証として、「抵当権順位変更契約書」を提出した。XがそのX作成名義の部分の成立を否認したので、Yは、第一審において、X代表者「B」の署名について筆跡鑑定の申出をした。しかし第一審は、これを採用するまでもなく、右部分が真正に成立したものと認定し、右抗弁事実を認めてXの請求を棄却した。X控訴。Yは原審において、改めて筆跡鑑定の申出をしな

つたものの、原審が右部分の成立に疑問があるとする場合には、Yが第一審において筆跡鑑定の申し出をした事情を考慮して釈明権の行使に十分配慮されたい旨を記載した準備書面を提出していた。しかし、原審は筆跡の点について特段の証拠調べをすることなく、人証等の証拠に基づき、右部分が真正に成立したものと認められないとして抗弁を排斥し、第一審判決を取り消してXの請求を認容した。

これに対しYは上告し、釈明義務違背、審理不尽を主張した。最高裁は以下のように述べて原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

「本件訴訟は、Xが、第一審判決……の各土地に設定されたXの抵当権とYの抵当権の順位を変更する登記の抹消登記手続を求めるものであり、その主要な争点は、YとXが抵当権の順位を変更する旨の合意をしたとのY主張の抗弁事実が認められるかどうかの点にある。そして、この抗弁事実の認定については、乙第一号証（抵当権順位変更契約証書）のX作成名義の部分にあるX代表者の「B」の署名が本人の自署に

よるものであるかどうかが重要な意味を有する。Y は、第一審においてこれについて筆跡鑑定⁽¹⁾の申出をしたが、第一審は、これを採用することなく、乙第一号証の X 作成名義の部分⁽²⁾が真正に成立したものであると認定し、右抗弁事実を認めて X の請求を棄却した。これに対し、原審は、筆跡の点について特段の証拠調べをすることなく、乙第一号証の X 作成名義の部分⁽³⁾が真正に成立したものと認められ⁽⁴⁾ないとして抗弁を排斥し、第一審判決を取り消して X の請求を認容した。

しかしながら、第一審で勝訴した Y は、原審で改めて筆跡鑑定⁽⁵⁾の申出をしなかったものの、原審第二回口頭弁論期日において陳述した準備書面によって、原審が乙第一号証の X 作成名義の部分の成立に疑問があるとする場合には、Y が第一審において筆跡鑑定⁽⁶⁾の申出をした事情を考慮して⁽⁷⁾、積明権の行使に十分配慮されたい旨を求めていたのである。そして乙第一号証の「B」の署名の筆跡と第一審における X 代表者尋問の際に B が宣誓書にした署名の筆跡とを対比すると、その筆跡が明らかに異なることは断定することはできない。このような事情の下においては、原審は、すべからず、Y に対し、改めて筆跡鑑定⁽⁸⁾の申出をすることなく⁽⁹⁾について積明権⁽¹⁰⁾を行使すべきであったといわなければならない。原審がこのような措置に出ることなく Y の抗弁を排斥したのは、積明権の行使を怠り、審理不尽の違法を犯したものであるといふほかなく、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。

したがって、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。
……」

〔評 釈〕

判旨の理由の一部には反対するが、結論には賛成する。

一 積明権は、当事者の申立や陳述に、矛盾や不明瞭・不正確あるいは不十分な点がある場合に、申立内容や事実関係・法律関係を明らかにするために、事実上・法律上の事項について質問し、または証拠の提出を促して、事案の解明を図り適正な争訟の処理を図るために行使されるものであるが、それは、裁判所の権限であると同時に義務でもある。⁽¹⁾そして、通説・判例によれば、積明義務違反は違法であり、上告理由となるとされており、原審の積明義務違反を理由に上告がなされた場合には、それが認められれば、原判決は破棄されることになる。

ところで、積明義務違反に関する判例をみると興味深い変遷を示している。⁽²⁾すなわち、昭和一〇年前後以来大審院判例はさかんに積明義務違反を理由に原判決を破棄したが、最高裁発足以後昭和三〇年に到るまでは、当事者主義の強調のもと、積明権不行使を違法とする破棄判例はほとんどみられなくなった。しかし、昭和三〇年から積明権の不行使を理由とする破棄判決がみられるようになり、とくに昭

和四〇年以降はさらに積極的釈明権の不行使を理由とする破棄判決が相次ぎ、現在に到っている。そして本件では、いわゆる積極的釈明の中に分類できる「訴訟資料新提出の釈明」が問題となった事例において、釈明義務違反を認められたものであり、昭和四〇年以降の判例の流れに沿うと共に、証拠申出が不十分な場合、裁判所には証拠の申出を積極的に促すべき釈明義務があるとする最高裁判所の立場に一事例を付け加えたものと評価できるであろう。

二 証拠申出における釈明義務については、①瑕疵ある証拠申出がなされる場合、②当事者が証拠申出を行わない場合、③当事者の主張事実を立証するには既に取り調べられた証拠だけでは不十分な場合が区別されるが、①は、証人の氏名・住所が不正確であったり、文書や検証物の特定が不十分であるといった証拠申出の形式的な瑕疵がある場合であり、裁判所はむしろ積極的に指摘し訂正・補充させることが要請されるのであり、釈明義務は容易に肯定される。本件では、控訴審で筆跡鑑定申出がない点で②に当たるが、第一審では鑑定の証拠申出をしており、まったく証拠申出がなかった場合とはいひ切れぬ。また、抵当権の順位変更契約の作成名義の成立の真正については、第一審では鑑定を採用するまでもなく真正に成立したものと認

定しているのに対し、第二審では、人証等から、逆に真正な成立を否定している。よってこの場合、すでに取り調べられた証拠だけでは本件抵当権順位変更契約書の作成名義の成立の真正については必ずしも一義的に明白とはいえない。その意味では、③も競合的に問題となる余地もあろう。三 まず証拠申出がない場合をどう扱うべきかという点について考えてみる。

(一) この問題につき近時の判例の立場を代表すると思われる最判昭三九・六・二六民集一八巻五号九五四頁は、「ある地域を所有することを前提とし、同地域上に生立する立木の不法伐採を理由とする損害賠償の請求の可否を判断するに当たり、当該地域の一部のみに請求者の所有に属するとの心証を得た以上、さらにその一部に生立する立木で伐採されたものの数量、価格等について審理すべきことは当然であり、この際右の点について、従来の証拠のほかにさらに新たな証拠を必要とする場合には、これについて全く証拠方法のないことが明らかであるときを除き、裁判所は当該当事者にこれについての証拠方法の提出を促すことを要するものと解するのが相当である。ただし、当事者は裁判所の心証いかなを予期することを得ず、右の点について立証する必要があるかどうかを知り得ないからである。」

と述べている。この事例は、原告は甲乙全体が自己の所有地であるとの前提で立証に臨み、甲乙地域の伐採木を一括して損害額を算定していたが、第一審では請求が全面的に認められた。ところが原審は乙地域は被告の所有地であると判断し、甲地域の伐採による損害額は証明不十分として請求を認めなかったものである。つまり、甲地域について伐採による損害の証拠申出が全くなかった事実と評価できるものであった。しかもそれが、原告の過誤というより原審での事実評価の変更の結果として生じているものであり、原告としてはあらかじめ証拠申出をすることは、裁判所の釈明がない限りきわめて困難であった事例であるといえよう。

また最判昭五八・六・七判時一〇八四号七三頁は、⁽⁶⁾ Xが有限会社法三〇条の三に基づき代表取締役Y₁に対し損害賠償請求をする一方、Y₁からその所有不動産を譲り受けたY₂に対して、Y₁Y₂間の売買契約につき詐害行為取消権を行使し、価格賠償として右と同額の損害賠償を請求した事件である。第一審では両被告の欠席によりXが全面勝訴し、Y₁に対する勝訴判決は確定し、Y₂のみが控訴した。控訴審は詐害行為取消権の基礎となるY₁に対する損害賠償請求権そのものを否定し、第一審判決を取り消し、Xの請求を棄却

したのに対し、最高裁判所は、「XのY₁に対する……損害賠償債権の存在は、同時にXのY₂に対する詐害行為取消請求の要件にもなっているものであって、Xとしては、Y₁に対する関係でX勝訴の第一審判決が確定していてもY₂に対する関係においてはこれと別個に右村賠償債権の存在を立証する必要があった」としながら、「控訴審において」多数回にわたって証拠調べが重ねられたにもかかわらず、そこでの立証の対象となっていたのは、もっぱら、Y₁とY₂との間の売買契約が詐害行為に当たるかどうかという点に限られており……このことは、Xの代理人において、XのY₁に対する損害賠償債権の存在について立証の必要があることを認識しながらその立証を怠ったというよりも、むしろ、右損害賠償債権に関するXとY₁との間の訴訟においてX勝訴の第一審判決が言い渡されて確定していることから、XとY₂との間の詐害行為取消請求訴訟においても、既にその存在が確定済みであるかまたは事実上立証の必要がないと誤解したものと推認するに難くなく」として、原審は釈明権を行使し、Xに対しその損害賠償債権につき立証を促すべきであったとする。これは、右損害賠償債権の存在が詐害行為取消権行使の要件をなしており、その点につき主張立証をすべきことはXの訴訟代理人としてはいわば当然の

ことであり、その意味では、上述の昭和三九年最高裁判例に比べれば、X側（訴訟代理人）の落ち度は大きいといえよう。ただ、ここでは、証拠調べが詐害行為に当たるか否かという点に集中してなされ、Xの損害賠償債権の存否には何ら触れられなかったこと、および共同被告であるY¹に対する訴訟において、Xの損害賠償債権の存在が確定している、という二点を考慮して、X側の不注意にもかかわらず⁽⁷⁾ 釈明義務違反を認めたものである。

次に、最判昭六一・四・三判時一一九八号一一〇頁は、破産宣告前に破産会社からトラックを搬出したYに対し、破産管財人Xが本件トラックによる代物弁済を破産法七二条四号により否認したという理由で価格償還請求をした事案である。原審では、証拠調べがもつばら否認権の発生原因事実について行われ、本件トラックの価額についてはYは何ら反証も提出しなかったにもかかわらず、原審は価格償還請求権の発生は認めながら、当該価額の立証がないとの理由で請求を棄却した。これに対し最高裁判所は、「本件否認権行使時……におけるトラックの時価が零であることは到底考えられないところであって、またその立証も可能であった……。しかるに、原審の審理において、本件時価がXの主たる立証の対象とはなっていない上、この

点についてYも積極的に争っておらず、何らの反証も提出していない……かかる訴訟の経緯に照らすと、原審が本件価額償還請求の発生を肯認する判断に達しながら、Xに対し否認権行使時の本件時価の立証を促さないまま、その価額の立証がないとの理由で直ちにXの前記請求を排斥したことは、著しく不相当な措置」であるとして釈明権不行使の違法を認めた。ここでも、破産管財人が本件トラックの価額について主張立証しなかったことはかなり重大な落ち度といえようが、それでも、証拠調べがもつばら否認権の発生原因事実に向けられていた点、および被告がトラックの価額につき何ら争っていない点、トラックの価額が零とは考えられない点等を捉えて、その価額につき立証を促さなかったことは釈明義務違反だとしている。

(2) 学説においては、積極的釈明義務違反一般につき、さまざまな基準が提唱されている。⁽⁸⁾ それによれば、第一説は、①判決における勝敗転換の蓋然性、②当事者の申立・主張における法的構成の当否、③期待可能性、④当事者の公平、⑤その他の要素に分け、第二説は、①判決における勝敗転換の蓋然性、②期待可能性、③紛争のより抜本的な解決の可能性に分類する。第三説は、①判決における勝敗転換の蓋然性、②不提出の事実を裁判所が知りまたは推測

できる状況の有無、③当事者の不提出につき無理からぬ事情の存在に分け、第四説は、一般ルールとして①判決における勝敗転換の蓋然性、②釈明権行使によってもたらされる適正な解決が当該事件における当事者の真意ないし合理的期待の範囲内にあったか否か、特別ルールとして、③事案解明を当事者に期待できないような事情の有無に分ける。第五説は、①判決における勝敗転換の蓋然性、②差戻し後の手続の資料と差戻し前の手続の資料との間の関連性にとに区分する。

しかし、第二説ないし第四説の見解は、ほぼ第一説の内容に包摂されるように思え、結局、学説としては、第一説と第五説が特徴的なものといえよう。

(3) 以上のような概観を基に本件事例をみると、本件では、Yの訴訟代理人としては原審において筆跡鑑定の出をしようと思えば可能であったのに、準備書面において「原審が乙第一号証のXの作成名義の部分の成立に疑問があるとする場合には、Yの第一審において筆跡鑑定の申出をした事情を考慮して釈明権の行使に十分配慮されたい」と述べただけで、申出はしなかった。しかも本件ではXが控訴しており、原審での審理は抵当権順位変更契約の存否を中心に進められること、および、その際には筆跡鑑定が

重要な証拠になるであろうことは弁護士たる訴訟代理人としては当然予測すべきであったといえるし、現に、代理人が右のような準備書面を出したということは、そのことを予測していたともいえるのである。その意味では、証拠申出をしなかったということにつき、Yの訴訟代理人の落ち度は大きいといわなければならない。その点で、本件は、上述の昭和三十九年の最高裁判決のような、原告が証拠の申出をしなかったことが、その過誤に基づくというよりは、原審での事実評価の変更の結果として生じているものであり、原告としてはあらかじめ証拠申出をすることは、裁判所の釈明がない限りきわめて困難であった事例とは異なる。

しかし他方でYは第一審では筆跡鑑定をするまでもなく契約書の真正な成立が認められており、鑑定の結果が必ずしも自己に有利な結果になるという確実な予測ができないものである以上、第一審で勝訴したYに対して、控訴審で念のために再び筆跡鑑定を申請することを要求することは酷な面もある⁽⁹⁾。また、本件第一審では、控訴審の見解とは逆に本件抵当権順位変更契約書の作成名義の部分の成立が肯定されている。そうだとすれば、控訴裁判所として、たとえ人証等に基づき、作成名義の成立の真正につき心証を得たとしても、それは第一審の認定を覆すだけの十分に

説得力ある理由に基づかなければならない。してみると、鑑定と証人尋問との間にその信憑性につき優劣があるわけではないが、第一審の認定した本件変更契約書の作成名義成立の真正についての結論を覆す以上、そこには作成名義の成立の真正についての疑念があるわけであるから、より慎重な審理が要求される⁽¹⁰⁾ところである。そして、本件では、Bが宣誓書にした署名の筆跡と、本件変更契約書の署名の筆跡とが明らかに異なるということもなかったという事情をも加味すれば、控訴裁判所としては、筆跡鑑定の結果をも加えて、総合的に判断し、疑問の余地が残らないようにすべきことが要求されるものといえる。しかも、控訴審で抵当権順位変更契約書の作成名義の成立の真正については直接争われることはなかったようであり、Yに筆跡鑑定の申出をする機会を与えることなく第一審のなした作成名義の真正の否定という判断を覆すことは、Yに不意打ちを与えることになる。

その意味では、本件は、上述の昭和五八年や同六一年の最高裁判所の判例に近似するものであって、たとえ証拠申出をしなかったことに落ち度があっても、それが結果として当事者に不意打ちを与えるような場合には、その申出を促さないことは釈明義務に違反したと評価されるのである。

り、この点から本判決には賛成できる。

これを上記学説のうち第一説に当てはめてみると、本件においては、①の判決における勝敗転換の蓋然性は高く、本件は②の要件には関係しない。また③の期待可能性の点は、必ずしも裁判所の釈明がなければ証拠の申出ができなかったとはいえない。しかし、契約書の作成名義が直接争われることはなかった点から見れば、期待可能性はやや低いということができよう。次に本件の原審判断は不意打ちに当たると考えられ、④の当事者の公平の観点からは、破棄すべきであろう。してみると、①と④が肯定される点で積極的釈明が認められるべきであり、それに比べれば、③の点は、それを否定する要素としては弱く、むしろ積極的釈明をすべき要素になると思われる。また第五説の②の要件にも当てはまると思われ、よって、本件最高裁の判決は、これらの学説によっても支持されるであろう。

四 ところで本件は、証拠調べの結果が、裁判所の心証形成にとって十分ではない場合ともいえるので、これについても検討を加える。証拠調べの結果が、心証形成にとって十分ではない場合、裁判所は証拠評価を当事者に示し新たな証拠申出を促したり、あるいは証拠調べから一定の事実につき心証を得た場合、相手方反証の申出を促す義務を有

するかという問題がある。⁽¹¹⁾これにつき、判例は、鑑定人の鑑定の結果のみによつてはいかほどの賃料増額を相当とするかを判断しがたいとした原審に対し、「引用の鑑定の結果によれば一応客観的賃料額の立証があるのであり、もしその点の立証が不十分なれば釈明権を行使してその立証を促すべきである」と判示した。そしてこの立場に賛成する見解も多い。⁽¹³⁾これに対しては、当事者は事実につき争いが存する以上十分に証拠を提出すべきであつて、不十分な結果しかもたらさなかつた証拠調べののちさらに証拠を申し出るよう裁判所から釈明権行使を受けることを期待すべきではないとする見解も有力である。⁽¹⁴⁾

思うに、弁論主義が支配する民事訴訟においては、事実争いがある以上、当事者はそれにつき十分な証拠を出すべきであり、不十分な証拠しか出せなかつた場合にまで裁判所の釈明を期待すべきではあるまい。しかし、上掲の昭和三十九年、同五八年、同六一年の最高裁判例にみられるような不意打ちに当たるような事例においては、例外的に新たな証拠の申出を促すことは裁判所の義務といえよう。⁽¹⁵⁾よつて、このような観点からみる限り、本件は、少なくとも、上掲昭和五八年・六一年の最高裁判例の延長上に位置づけられるものであつて、この間点からも、本件判旨には賛成

できる。

五 最後に、本件判決は、上告理由に答える形で、釈明権の不行使と審理不尽の二つを破棄の理由としているが、その関係が問題となる。しかし、本件判旨では釈明権の不行使が審理不尽を来していると読めるのであり、審理不尽なる概念に釈明義務違背とは異なる独自の上告理由たる地位を与えているとは思われない。しかも、民訴法一二七条が釈明義務をも定めていると解される以上、釈明義務違反は同条違反による法例違背として上告理由になる(三九四条)と解すればよく、結局本件の破棄の理由としては釈明義務違背のみを挙げれば十分であつたのであり、明文規定の存しない審理不尽を破棄の理由とする必要はなかつたと解される。⁽¹⁶⁾

(1) 釈明権と釈明義務との関係については、①釈明権の範囲は釈明義務の範囲よりも広いとする説(兼子一・新修民事訴訟法体系二〇四頁、斎藤秀夫・民事訴訟法概論(新版)二〇八頁、兼子一・松浦一・新堂一・竹下・条解民事訴訟法(新堂幸司)三三三頁等等)、②釈明義務とは常に相表裏するが、釈明義務違反の中に上告審で破棄事由となるものとならないものが区別されるとする説(三ヶ月章・民事訴

訟法一六四頁等)、③釈明義務はもっぱら事実審の釈明権不行使に対する上告審の批判基準にほかならず、その意味で釈明権と釈明義務の範囲は異なるとする説(奈良次郎「釈明権と釈明義務の範囲」実務民事訴訟講座1二〇七頁以下)等見解が分かれているが(これらの学説につき、中野貞一郎「釈明権」演習民事訴訟法三八八頁参照)、いずれも釈明義務を認めている。もともと、どの説をとったからといって釈明義務(釈明権)の範囲が明らかになるわけではない。

(2) 中野貞一郎「弁論主義の同行と釈明権」過失の推認二一五頁、二二〇頁、同・前掲演習民訴三九〇頁以下、上田徹一郎・民事訴訟法(第二版)三二九頁、奈良・前掲論文二二二頁、二一九頁参照。

(3) 磯村義利「釈明権」民事訴訟講座二卷四八二頁以下は、釈明を①不明瞭を正す釈明、②不当を除去する釈明、③訴訟材料補充の釈明、④訴訟材料新提出の釈明に分ける。そして、中野・前掲推認二二〇頁は、これらのうち②・③の一部および④が積極的釈明の内容をなすとする。なお安井光雄「釈明権について(二)」法学二四卷二九八頁以下参照。

(4) 最判昭三九・六・二六民集一八卷五号九五四頁、最判昭五八・六・七判時一〇八四号七三頁、最判昭三九・四・三判時一一九八号一一〇頁等。

(5) 竹下守夫Ⅱ伊藤眞編・注解民事訴訟法(3)(松本博之)一四六頁。

(6) これについては、右田堯雄教授の判例評釈(判例評論三〇〇号四五頁)がある。

(7) これについては、石渡哲学教授の判例評釈(防衛大学校紀要〔社会科学編〕五五輯一頁)がある。

(8) これらの分類については、斉藤秀夫Ⅱ小室直人Ⅱ西村宏一Ⅱ林屋礼二編・注解民事訴訟法(3)(小室直人・加藤新太郎)三九七頁以下による。

(9) その意味では、鑑定のリスクを回避するために、X作成名義の部分の成立に疑問があるとする場合には、Yが第一審において筆跡鑑定の申出をした事情を考慮して釈明権の行使に十分配慮されたいとの準備書面を提出することが訴訟代理人としての最善の処置であって、一概に非難することはできないかもしれない。

(10) 坂原正夫「戦後証拠法判例研究」私文書の検真と真正の推定(四)「民商法雑誌九七卷五号六八八頁は、最判昭四五・一〇・三〇判時六一号三四頁に關し、証書の真正に疑念がある以上それについて充分な審理をすべきであろう。疑念があることは少なくとも文書の成立の真正について真偽不明の状態ではないかと推測させるからである、という。

(12) 最判昭三一・五・一五民集一〇卷五号四九六頁。

(13) 兼子一「松浦馨」新堂幸司「竹下守夫・条解民事訴訟法（新堂幸司）」三三一頁、千種秀夫「証拠調べをめぐる諸問題」実務民事訴訟講座 1 三二八頁以下等。なお前記昭和三十一年の最高裁判決もこの立場であらう。

(14) 前掲・注釈民訴（松本）一五二頁。

(15) 前掲・注釈民訴（松本）一五二頁。

(16) これは通説である。例えば、小室直人「改正上告理由の実体」上訴制度の研究二〇九頁、桜井孝一「民事上告理由としての『審理不尽』」早稲田法学三九卷二号六九頁以下、前掲・注釈民訴（小室「加藤」）三九九頁、前掲・注釈民訴（松本）一七〇頁、中野貞一郎「松浦馨」鈴木正裕編・民事訴訟法講義六六四頁等。

なお近時、「審理不尽」なる概念に積極的異議を認めようとする見解も唱えられているが（新堂幸司「審理不尽の存在理由」裁判と上訴（中）二七二頁以下）、この見解は通説の批判を認めた上で、理由不備・理由齟齬・法令解釈適用の誤り・釈明義務違背の概念を広く解するか、狭く解するかは裁判官によって異なりうるし、それらを狭く解してその代わり審理不尽の概念を利用することは許される、という控えめな主張である（新堂・裁判と上訴（中）二八九頁以下、前掲・条解民訴（松浦馨）一二〇頁参照）。