

来なかったとき——欠席と手続

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから民訴#8 / 動画: <https://youtu.be/hDn7IKrNR6Y>

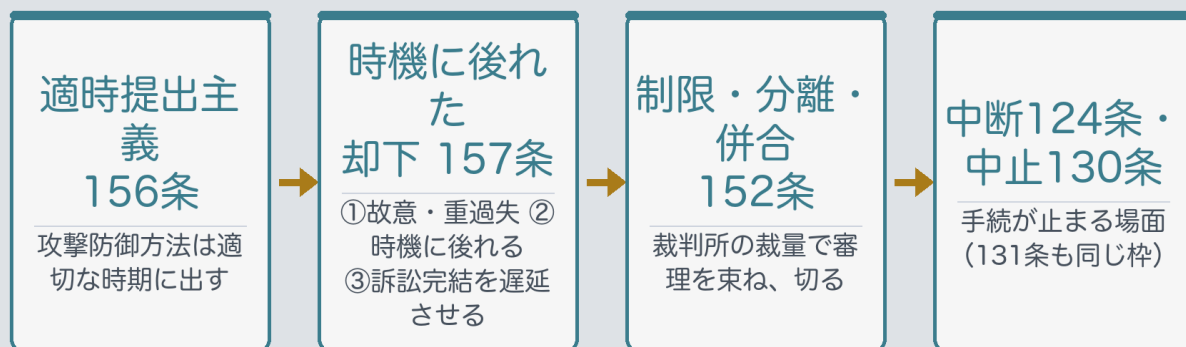
第3章 訴訟の審理 ①／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1

前回の到達点：出席している人どうしの力学

前回想起

前回の到達点——出席している人どうしの力学



出席している当事者どうしの話はここまで——では、そもそも来なかったときは？

1問だけ、思い出してみてください。出すのが遅れた主張や証拠を、判決の材料から外す仕組みがありましたね。前回の復習です。時機に後れた攻撃防御方法を却下するには、いくつかの要件が要りましたか？そのとおりです。156条の適時提出主義と、157条の却下でしたね。弁論の制限・分離・併合が152条。手続そのものが止まる中断が124条。たとえば当事者が亡くなると手続が止まる、というの

が中断でしたね。物理的な障害による中断が130条と131条、というところまで進みました。そもそも来なかったとき、何が起きるのか。

2

来なくても即敗訴にはしない——対席判決主義

論文の骨格

対席判決主義——2つの利益の綱引き

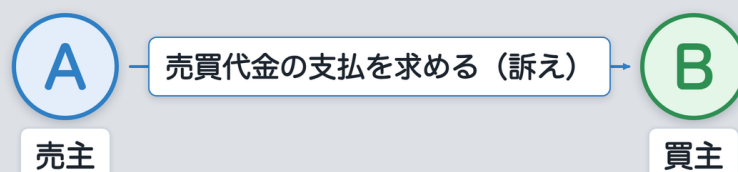
	欠席者の保護	訴訟遅延の防止
趣旨	来られない事情は いくらでもある 一事で実体の権利を失わ せない	わざと来ないこと で 手続を引き延ばすのを許 さない
帰結	来なかっただけで は 負けさせない	手続そのものは 止 めない

これから見る158・159③・263・244は、すべてこの綱引きの答え

まず出発点です。民事訴訟は、両方が来て向
き合うことを前提にしています。この建前
を、対席判決主義と呼びます。口頭弁論の基
本原則を見た回の双方審尋主義、あれがここ
でも効いています。止めません。来ているか
のように扱って、審理を進めます。ここでは2

つの利益が綱引きをしています。1つは、来な
かった人の保護です。来られない事情はいく
らでもあります。来なかったという一事で実
体の権利を失わせるのは、行き過ぎですよ
ね。

今日ずっと使う事件——AがBに売買代金を求める



Bは遠方に住み、第1回の口頭弁論期日に出頭できない

売主のAが、買主のBに、売買代金の支払を求
めて訴えました。Bは遠方に住んでいて、第1
回の期日に出て来られません。それを認めて
しまうと、来たか来ないかで結論が決ま

ります。だから手続は、来なかったBの言い分
をどこから拾おうとするんです。もう1つ
は、訴訟の遅延を防ぐことです。わざと来な
いことで引き延ばせるなら、手続は簡単に人

質になります。そのとおりです。今日出てくる条文は、全部この綱引きの答えなんです。だから条文を別々に覚えるのではなく、問いの順に並べてください。来なかった人の言い分は、どこから取るのか。書面が触れていない事実は、どう扱うのか。そもそも両方来なかったら、手続は誰が動かすのか。そのとおりです。順番にたどりましょう。

3

最初の期日に一方が来なかった——陳述擬制(158条)

短答・論文共通

158条——出しておいた書面が代わりに口を開く

158条（訴状等の陳述の擬制）

- 最初にすべき口頭弁論の期日に**出頭しない**／出頭しても本案の弁論をしないとき
 - 提出済みの訴状**又は**答弁書その他の準備書面の記載事項を**陳述したもの**とみなす
 - 出頭した相手方に弁論をさせることができる——裁判所の裁量であって当然ではない

※ 対象はすでに提出した書面だけ——何も出していなければ、代わりに読むものが無い

※ 陳述擬制が働けば、そのまま証拠調べに進める（183条）

まず、最初の期日に一方だけが来なかった場合です。原告が来ない場合でも、被告が来ない場合でも、扱いは同じです。そこで働くのが158条です。条文を見てみましょう。

条文 民事訴訟法158条

民事訴訟法 第158条（訴状等の陳述の擬制）

原告又は被告が**最初にすべき口頭弁論の期日**に出頭せず、又は出頭したが本案の弁論をしないときは、裁判所は、その者が提出した訴状**又は**答弁書その他の準備書面に記載した事項を**陳述したもの**とみなし、出頭した相手方に弁論をさせることができる。

ひとことで言えば、提出済みの書面が本人の代わりに口を開く仕組みです。ただし、押さ

えておきたい注意点が2つあります。1つ目。対象は訴状、答弁書、その他の準備書面です。つまり、すでに出してある書面だけが代わりに読まれます。まさにそのとおりです。代弁してくれる書面が存在しません。2つ目。条文は「させることができる」と書いてあります。当然にそうなるのではなく、裁判所がそうできる、という形なんです。そのうえで、出頭した相手方に弁論をさせて、審理は前に進みます。しかも証拠調べは、当事者が出頭しない場合でもできます。183条が、そう定めています。たとえば提出済みの書証の取調べは進みます。詳しくは証拠をまとめて扱う回で。

書面が触れなかった事実はどうなるか ——擬制自白(159条3項)

短答・論文共通

159条——争うことを明らかにしない、とは

| 159条1項——自白の擬制

- 相手方の主張した事実を争うことを明らかにしない場合
 - その事実を自白したものとみなす
 - ただし、弁論の全趣旨から争ったと認めるべきときは除く

| 159条3項——不出頭への準用

- 1項は、口頭弁論の期日に出頭しない場合にも準用される

※ 但書：公示送達による呼出しを受けた者には準用しない

※ 向きを逆にしない——公示送達で呼び出された人には、擬制自白は働かない

そこが今日いちばん大事なところですよ。書いていない部分が危ないんです。159条を見てください。1項と3項を並べます。

条文 民事訴訟法159条1項・3項

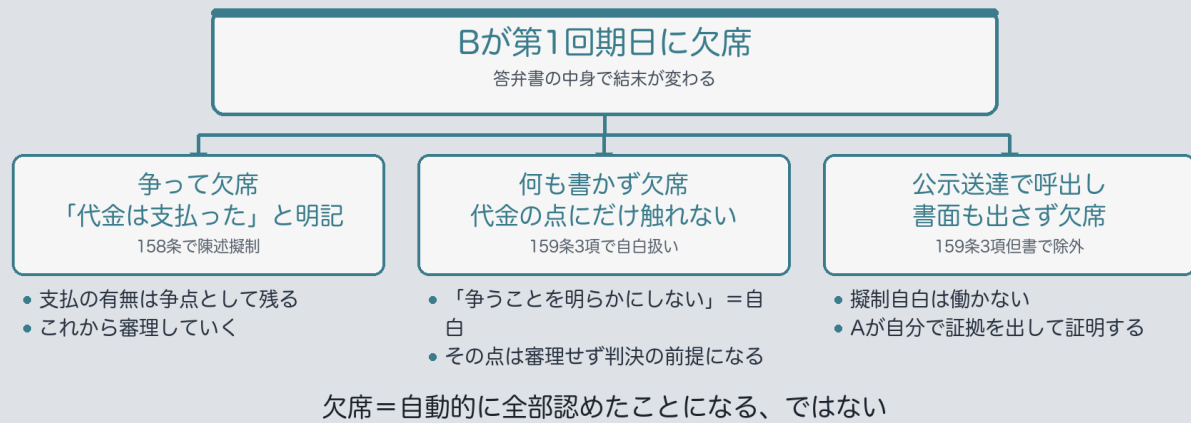
民事訴訟法 第159条（自白の擬制）第1項・第3項

【第1項】当事者が口頭弁論において相手方の主張した事実を争うことを明らかにしない場合には、その事実を自白したものとみなす。ただし、弁論の全趣旨により、その事実を争ったものと認めるべきときは、この限りでない。

【第3項】第一項の規定は、当事者が口頭弁論の期日に出頭しない場合について準用する。ただし、その当事者が公示送達による呼出しを受けたものであるときは、この限りでない。

まず1項です。基準は「争うことを明らかにしない」ことです。黙っていた事実は、認めたものとして扱われます。争わなかったこと自体に、意味が与えられているんです。口頭弁論の基本原則を見た回の「口頭弁論の全趣旨」と同じものと解されています。期日に現れた一切の事情、どんな書面が出て、どんな態度だったかの全部です。そして3項で、この規定が期日に出頭しない場合にも準用されます。そういうことです。ここで但書をよく見てください。除外されるのは、公示送達による呼出しを受けた人です。相手の居場所が分からないときに、裁判所の掲示などで呼び出す方法です。形式上は送達されたこととなりますが、本人は現実には知らないままです。だから但書で外しています。ここは向きを逆に覚えなくてください。公示送達で呼び出された人には、擬制自白は働きません。

158条と159条3項の連動——結末が3つに分かれる



さっきのAとBの事件で、Bの答弁書の中身だけを変えてみます。1つ目。Bが答弁書に「代金はもう支払った」と書いて、欠席しました。そのとおりです。支払があったかどうかを、これから審理していきます。2つ目。Aは、契約を結んだことと、代金の額を主張しています。Bは答弁書で、契約を結んだことは認める、と書きました。ところが代金の額については、何も書かずに欠席しました。その点は自白したものとみなされます。争点にならないまま、判決の前提になってしまいます。だから欠席のコストは、決して低くありません。3つ目。同じ事件で、設定を1か所だけ変えます。Bが転居して所在が分からず、公示送達で呼び出されました。書面も出さず、

当日も来ませんでした。よく気づきました。この場合は準用されません。だからAは、自分の主張する事実を証拠で証明しなければなりません。対席判決主義の思想が、いちばんはっきり出る場面です。なお、自白そのものの効力は、また別の大きな論点です。一度認めた事実を後から撤回できるのか、といった話ですね。そちらは、159条2項の扱いと合わせて、弁論主義を扱う回で扱います。

5

「最初にすべき期日」の意味と、続行期日の落とし穴

短答知識

最初にすべき口頭弁論の期日／続行期日

	最初にすべき期日	続行期日（2回目以降）
何を指すか	実際に最初に弁論が行われる期日 暦上の初回とは限らない	その後の期日
陳述擬制158条	働く 書面が代わりに陳述される	原則：働かない 書面をなぞっても審理は進まない
簡裁の例外277条	—	簡裁だけ続行期日にも158条準用 本人訴訟が多いため
擬制自白159条3項	争っていない事実は自白扱い 公示送達を除く	同左——欠席の危険が跳ね上がる

続行期日は「来て話してください」が原則——欠席のリスクは最初の期日より重い

いい引っかけ方です。条文は「最初にすべき口頭弁論の期日」でした。これはカレンダーの上で最初に指定された日、という意味ではありません。実際に最初に弁論が行われる期日を指す、と解されています。たとえば初回が空転して、次の期日が実質のスタートになったとします。その場合は、その期日が158条の対象になります。言葉の見た目に引きずられやすいので、注意してください。そして2回目以降、続行期日には、原則として陳述擬制はありません。最初の期日と違って、争点がもう動いているからです。すでに出してある書面をなぞっても、審理は前に進みません。だから続行期日は「来て話してください」が原則になります。書面を出していても、述べたことにはなりません。一方で、争っていない

い事実は自白とみなされる扱いは残ります。そのとおりです。だから欠席の危険は、むしろ跳ね上がります。ただし例外があります。簡易裁判所です。277条が、続行の期日についても158条を準用する、と定めています。簡裁には、弁護士を付けずに本人だけで進める事件が多いからです。期日に来られないことが、そのまま敗訴に直結しては酷ですよ。この条文が簡易裁判所の特則の章に置かれていること自体が、その答えです。

6

双方が来なかった——取下げ擬制(263条)

短答知識

263条——2つの数字と、広い適用範囲

|263条（訴えの取下げの擬制）

- 双方が期日に出頭しない、または弁論をせず退廷・退席した場合
 - 一月以内に期日指定の申立てがなければ、訴え取下げ擬制
 - 連続して二回同じことがあれば、一月を待たず取下げ擬制

|適用範囲は広い

- 口頭弁論だけでなく、弁論準備手続の期日も対象
- 出頭しないときだけでなく、退廷・退席した場合も対象

※ 義務ではない——「申し立てなければ、こうなる」という効果の条件

ここからは、双方が来なかった場合です。手続を動かす人が、そもそもいません。似ていますが別ものです。中断や中止は、事情が消えるまで凍るだけでした。これから見る263条は、放置が続くと訴えそのものが消えます。その263条を読んでみましょう。

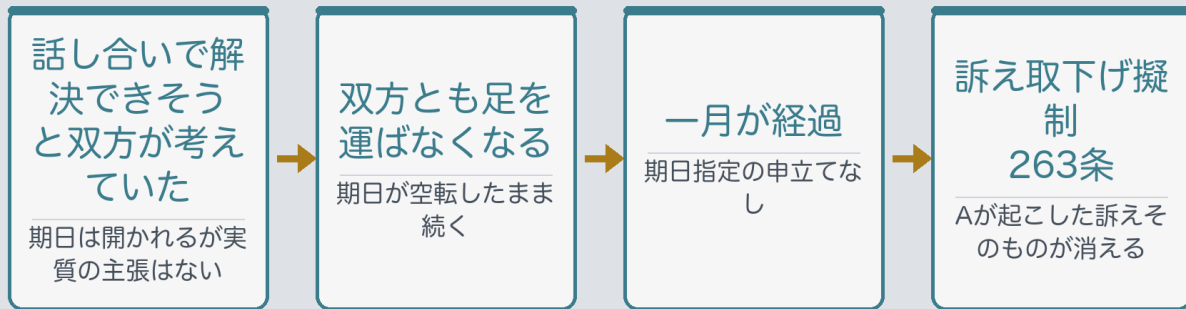
条文 民事訴訟法263条

民事訴訟法 第263条（訴えの取下げの擬制）
当事者双方が、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をした場合において、一月以内に期日指定の申立てをしないときは、訴えの取下げがあったものとみなす。当事者双方が、連続して二回、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をしたときも、同様とする。

覚える数字が2つあります。一月と、連続して二回です。双方が欠けたあと、一月以内に期

日指定の申立てをすればよい。期日指定の申立てとは、次の期日を入れてくださいと裁判所に求めることです。その申立てをしないまま一月が過ぎると、取り下げたものとみなされます。ここで気をつけたいのは、これが義務ではないという点です。違います。申し立てなければこうなる、という効果の条件にすぎません。次に、適用の範囲が思ったより広いところを見てください。出頭しない場合だけでなく、退廷・退席をした場合も入っています。そのとおりです。そして対象の期日も、口頭弁論だけではありません。弁論準備手続の期日も含まれます。争点と証拠を整理する3つの手続のうち、期日を開いて非公開で行うものです。準備的口頭弁論、弁論準備手続、書面による準備手続の3つでした。法廷から出るのが「退廷」、弁論準備手続の席を外すのが「退席」です。そういう作りです。もう1つ、連続して二回の方も同じ範囲です。一月を待たずに、連続二回でも取り下げたものとみなされます。

放置のコスト——期日が空転したまま一月が過ぎる



一月以内に期日指定の申立てがあれば続行——控訴審では「控訴の」取下げ擬制（292条2項）

同じ事件で、今度は両方が来ない場合を考えてみましょう。AとBが、話し合いで解決できそうだと考えていたとします。期日は開かれるものの、実質の主張はされないまま空転していきます。やがて両方とも足を運ばなくなり、そのまま一月が過ぎました。それでも、訴えは取り下げたものとみなされます。放置には、そのくらいのコストがあるということです。そのときは、取り下げたものとはみなされません。次の期日が指定されて、訴訟はそのまま続きます。空転させたこと自体ではなく、一月を放置したことが効いているんで

す。なお、控訴審にも準用があります。292条2項です。ただし、そこで取り下げたものとみなされるのは控訴の方です。第一審の判決が、そのまま確定に向かいます。取下げそのものの要件や効果、もう一度訴えられるのかという話。そちらは、訴訟の終わり方を扱う回で正面から扱います。

7

それでも判決はできるのか——244条

短答・論文共通

244条——熟していなくても、相当なら判決できる

	双方欠席（弁論せず退廷を含む）	一方欠席（弁論せず退廷を含む）
終局判決の要件	審理の現状及び当事者の訴訟追行の状況を考慮して相当と認めるとき	同左
追加の要件	不要	出頭した相手方の申出があるときに限る
243条1項との違い	「裁判をするのに熟した」ではない	同左

244条に条文見出しはない（講学上「審理の現状に基づく判決」と呼ぶだけ）

いいえ、出せる場合があります。244条です。

条文 民事訴訟法244条

民事訴訟法 第244条

裁判所は、当事者の双方又は一方が口頭弁論の期日に出頭せず、又は弁論をしないで退廷をした場合において、審理の現状及び当事者の訴訟追行の状況を考慮して相当と認めるときは、終局判決をすることができる。ただし、当事者の一方が口頭弁論の期日に出頭せず、又は弁論をしないで退廷をした場合には、出頭した相手方の申出があるときに限る。

この判決は、講学上「審理の現状に基づく判決」と呼ばれます。ただし、これは条文の見出しではありません。呼び名として覚えてくだ

さい。よく覚えていましたね。それは243条1項の基準です。244条は、それとは違う基準を使っています。審理の現状と、当事者の訴訟追行の状況を考慮して、相当と認めるとき。訴訟追行というのは、当事者がその訴訟をどう進めてきたか、という態度です。これ以上進む見込みがないなら、今ある材料で判決してよい。来ない人に付き合っ、て、手続を無限に抱え込まない、という割り切りです。そこが弁別のポイントです。基準の言葉で区別してください。そしてただし書です。一方だけが欠席した場合には、条件が付きます。出頭した相手方の申出があるときに限る、とされています。来た側には、まだ主張や証拠を足したい事情があるかもしれません。だから、判決に進むかどうかを出頭した側を選ばせているんです。逆に双方欠席なら、この申出は要りません。選ぶ人がいませんから。

244条の境界——申出があるか、ないかで結論が割れる

	Aが「判決をください」と申出	Aが「書証を追加したい」と述べる
状況	争点整理は終了・証人尋問はこれから Bが期日に欠席	同左
出頭した相手方の申出	あり	なし
結論	熟していなくても 244条の終局判決ができる	244条の判決はできない 次の期日が入る

Bが欠席した事実は同じでも、出頭した相手方の申出の有無で結論が分かれる

同じ事件を先に進めます。争点整理は終わりました。ただし、証人尋問はこれからで、まだ熟したとは言えません。その期日に、Bが来ませんでした。出頭したAが「これ以上待っても進まないで判決を」と述べました。熟していなくても、相当と認めれば終局判決ができます。では、Aが「もう1通だけ書証を出したい」と言ったらどうでしょう。244条では

判決できず、次の期日が入ります。Bが欠席したという事実は同じなのに、結論が分かれました。そういうことです。双方が来なかったときは、申出を待ちません。相当と認めれば、そのまま終局判決ができます。言葉にも注意してください。263条は期日指定の「申立て」です。244条ただし書は「申出」。似ていますが、条文の言葉が違います。

欠席処理の対比——最初/続行期日 × 一方/双方欠席（2×2表）

欠席した当事者 → ↓ 欠席が起きた期日	一方欠席	双方欠席
最初にすべき期日	陳述擬制158条が働く 争っていない事実は擬制自白159③ （公示送達と呼出しは除く）	手続は進まない 一月以内に期日指定の申立てがなければ 取下げ擬制263条
続行期日	原則：陳述擬制なし （例外＝簡裁277条） 擬制自白のリスクは残る	同上——取下げ擬制263条 連続して二回でも同様

いずれのマスでも244条の終局判決はありうる（一方欠席なら出頭した相手方の申出が必要）

ここまでの1枚に整理しましょう。縦が、最初にすべき期日か、続行期日か。横が、一方だ

け欠席したか、双方が欠席したかです。最初の期日で一方欠席なら、陳述擬制が働きえま

す。書面が触れていない事実は擬制自白。公示送達と呼出しだけは除きます。続行期日で一方欠席なら、原則として陳述擬制はありません。例外は簡易裁判所だけ、277条でしたね。そのとおりです。そして双方欠席なら、最初でも続行でも同じです。一月以内に期日指定の申立てがなければ、取下げ擬制。連続

して二回でも、同じく取下げ擬制です。そして審理がある程度進んでいれば、どの欄でも244条の判決はありえます。そのとおりです。この表を頭に置いておけば、事案で迷いません。

◆ 今日の地図（保存版）

今日のまとめ——出発点は1つだけだった

| 出発点は1つ

- 来なかった一事では負けさせない。そのかわり、手続そのものは止めない。

| 最初の期日で一方欠席

- 書面があれば陳述擬制158条／書いていない部分は擬制自白159条3項

| 続行期日で一方欠席

- 原則：陳述擬制なし（簡裁277条だけが例外）

| 双方欠席

- 一月放置、または連続して二回で取下げ擬制263条

| どのマスでも

- 審理の現状次第で244条の終局判決がありうる

出発点は1つだけでした。来なかった一事では負けさせない。そのかわり、手続そのものは止めない。この2つを両立させる。ここから先の条文は、全部その両立のしかたの違いなん

です。だから2×2の4つのマスは、埋まり方が全部違います。その理由まで含めて、見直してみましょう。

なぜ4つのマスは埋まり方が違うのか

欠席にどう対応するか

代わりを立てられるかで発想が変わる

最初の期日で一方欠席

書面という代わりがある

- 158条で陳述擬制
- 書面外の事実159③で自白扱い
- 公示送達の出しは除く（但書）

続行期日で一方欠席

争点はもう動いている

- 原則：代弁しない
- 例外は簡裁277条のみ
- 黙っていた扱いは残る

双方欠席

誰も手続を動かす人がいない

- 一月放置で取下げ擬制263条
- 連続二回でも同様

そして、どのマスにも審理の現状次第で244条の終局判決が重なってくる

最初の期日にBが欠けたときは、言い分の代わりが用意できました。出してある答弁書がそれです。だから158条で代弁させます。ところが続行期日で同じことが起きても、代わりは立てません。そこです。争点はすでに動いていて、書面の読み上げでは進みません。だから「来て話してください」が原則になります。そして代わりが立たない場面でも、黙っていた扱いだけは残ります。書面が触れなかった事実は、159条3項で自白とみなされます。ただし、呼出しが現実には届いていない人は、そこから外れました。そのとおりです。ここだけは向きを間違えないでください。一方、AもBも欠けたマスには、代わりを立てる相手すらいません。誰も動かさないなら、手続を畳む。それが263条の発想です。一月以内の期

日指定の申立て、または連続して二回。数字は2つでした。まさにそこです。片方は「代弁する」、もう片方は「畳む」。そして4つのマスのどこにも、244条が重なってきます。熟していなくても、審理の現状と訴訟追行の状況から相当なら判決できる。ただし一方欠席のときだけ、出頭した相手方の申出が要りましたね。そのとおりです。この表は、覚えるものではありません。今の理由づけから、その場で組み立てられるものです。

8

今日は名前だけ出した話——どこで回収するか

全体地図

今日の送り先

| 自白そのものの効力

- 自白とみなされた事実、どこまで縛られるか。あとから撤回できるのか。
 - → 弁論主義・主張責任・釈明権を扱う回で

| 証拠そのものの扱い

- 書証の成立の真正、相手方に文書を出させられるか。
 - → 証拠をまとめて扱う回で

| 訴えの取下げそのもの

- 263条は「取り下げたものとみなす」場面だけ——要件・効果・再訴禁止効は別。
 - → 訴訟の終わりを扱う回で

| 期日・期間・送達の仕組み

- 訴訟指揮権・責問権、訴訟行為の評価も含めて。
 - → 期日・送達を扱う回で

行き先を確かめておきましょう。1つ目は、自白そのものの効力です。自白とみなされた事実、当事者や裁判所はどこまで縛られるのか。あとから撤回できるのか。これは弁論主義とセットの論点です。弁論主義・主張責任・釈明権を扱う回で、正面から扱います。そのとおりです。2つ目は、証拠の話です。書証がどうやって成立を認められるか、相手に文書を出させられるか。そうした証拠そのものの扱いは、証拠をまとめて扱う回で。3つ目は、訴えの取下げそのものです。263条は「取り下げたものとみなす」場面だけの規定でした。取下げの要件と効果、そしてもう一

度訴えられるのかという問題。これは、訴訟の終わりを扱う回で扱います。4つ目は、今日ずっと使っていた「期日」という言葉です。期日や期間、送達がどういう仕組みで動いているのか。裁判所が手続を主導する訴訟指揮権や、当事者が異議を述べる責問権。訴訟行為をどう評価するかも含めて、期日や送達の仕組みを扱う回で。名前が出たものは、必ずどこかで回収します。

9 次回：残す・見せる・隠す

全体地図

次回のテーマ

| 残す

- 期日で起きたことは、裁判所書記官が記録として残す

| 見せる

- 訴訟記録は、原則として誰でも閲覧できる

| 隠す

- 見せないための仕組みが二種類ある
 - 第三者にだけ見せない仕組み
 - 相手方の当事者にすら見せない仕組み

※ その2つをどう見分けるか——次回の到達点

これで、来なかったときの手続はひととおり完結しました。一方欠席も双方欠席も、最初の期日も続行期日も、全部埋まりましたね。裁判所書記官が期日ごとに記録を作り、事件の記録として残ります。そして、その記録は原則として誰でも見ることができます。裁判の

公開という原則が、記録の側にも及びます。するどいです。だから、見せないための仕組みが二種類あります。一方は、第三者にだけ見せない仕組み。もう一方は、相手方の当事者にすら見せない仕組みです。できます。残す、見せる、隠す。