慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	オーストリア法における民事自白法理 : ドイツ法および日本法との比較
Sub Title	Gerichtliches Geständnis im österreichischen Zivilprozess: Ein Vergleich mit deutschem und japanischem Recht
Author	河野, 憲一郎(Kawano, Kenichiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.28 (2014. 2) ,p.107- 134
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	春日偉知郎教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20140228-0107

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.

オーストリア法における民事自白法理

——ドイツ法および日本法との比較——

河　野　憲一郎

Ⅰ．序
Ⅱ．わが国の民事自白法研究におけるドイツ法とオーストリア法
Ⅲ．現行オーストリア民訴法における裁判上の自白の基本理解
Ⅳ．一般裁判所法（ÖAGO）の下での民事自白法理
Ⅴ．オーストリア民事自白法の比較法的位置づけ
Ⅵ．結語

Ⅰ．序

わが国の民事訴訟法は、「裁判所において当事者が自白した事実……は、証明することを要しない」（民訴179条）と規定するにとどまり、裁判上の自白に関して、必ずしも十分な規律を置いてはいない。裁判上の自白の成立要件、効力の内容、さらにはいったん成立した自白の撤回の要件等をどのように規律するかは「理論」に委ねられている。わが国の学説は、裁判上の自白に関する解釈論を展開するにあたって、わが国民事訴訟法の母法国であり、かつ裁判上の自白についてわが国よりも詳細な規律を有するドイツの法規定と解釈論、さらには同じくドイツ法系に属するオーストリアのそれらをも参考にして、解釈論を展開してきた。

ドイツ法は、裁判上自白された事実は「証明を必要としない」とし（ドイツ民訴法（以下「DZPO」とする。）288条）、このような自白の効力は、反真実・錯

誤の証明によってはじめて覆滅させうるとする（DZPO290条）。これはわが国の判例・通説の採るところでもある。これに対して、オーストリア法は、裁判上自白された事実は「証明を必要としない」と規定しつつも（オーストリア民訴法（以下「ÖZPO」とする。）266条１項１文）、自白の撤回が訴訟にいかなる効力を及ぼすかについては裁判所の裁量に委ねている（ÖZPO266条３項）。従来のわが国の議論では、オーストリア法の規律を支持する見解も、古くから有力に主張されていた。

両者はともにドイツ法系の民事訴訟法に属し、ほぼ同じ解釈論上の法形象を用いるからであろうか、従来、意識的に区別して論じられることはなかった。しかし、裁判上の自白の不可撤回効を定める立場（ドイツ法）と、これを認めずに自白の自由な撤回を認める立場（オーストリア法）との間には、やはり本質的な相違が存在するのではないか。もし反真実・錯誤の証明というDZPOの自白の撤回要件を根拠が不十分であるとしてわが国の解釈論において退けるべきであるとしても、そのことがただちに裁判上の自白に不可撤回効を否定することにならないのではないか[1)]。仮にオーストリア法のごとき裁判上の自白の自由撤回の原則を認めるべきとの主張をするのだとすれば、このことに則した根拠が必要ではないかと思われる。しかし、従来、オーストリア法に特化した形でその自白論が検討されたわけではなく、むしろドイツ法に付随する形で論じられてきたにすぎない。

本稿の関心は、もっぱら比較法的な点にのみあるが、ひとまずドイツ法とは区別した形で、オーストリア法の自白規定の構造と特色を明らかにすることを試みることとする。以下では、まずわが国におけるこれまでの研究状況を整理し、問題点を明らかにする（Ⅱ.）。そして、現行オーストリア法の下での裁判上の自白をめぐる議論の状況を振り返ることにより、オーストリア法特有の問

1）かつて筆者は、裁判上の自白の立証排除効と不可撤回効を一体として把握するのが、DCPO/DZPOの自白規定の基本的態度であったということを明らかにし、このことを踏まえて、わが国の解釈論を展開したことがある。拙稿「民事自白法理の再検討(1)〜(3・完)」一橋法学４巻１号299頁、同２号475頁、同３号975頁（いずれも2005年）。

題状況を探る（Ⅲ.）。その上で、ÖZPOに先立つオーストリア一般裁判所法（以下「ÖAGO」とする。）の下でのオーストリアの民事自白法理がどのようなものであったかを確認することにより、現行法の下での議論の由来を明らかにする（Ⅳ.）。これらを踏まえて、オーストリア民事自白法の位置づけを明らかにし（Ⅴ.）、最後にまとめとしたい（Ⅵ.）。

Ⅱ．わが国の民事自白法研究におけるドイツ法とオーストリア法

1．ドイツ法とオーストリア法の自白規定の確認

わが国最初の近代的民事訴訟法典である明治民事訴訟法（明治23年３月21日法律第29号）は、現行法179条に相当する規定すら置いておらず[2)]、裁判上の自白の効力をどのように取り扱うかは、全く解釈に委ねられていた。これらの議論で参照されたDZPOの自白規定とÖZPOの自白規定をあらかじめ確認しておく[3)]。

【DZPO288条（裁判上の自白）】（1877年ドイツ帝国民訴法（「以下DCPO」とする。）261条に対応。）

① 当事者の一方の主張した事実は、訴訟の進行中口頭弁論において、又は受命裁判官若しくは受託裁判官の調書に対して相手方が自白した限りにおいて、その証明を必要としない。

〔以下略〕

【同290条（自白の撤回）】（DCPO263条に対応。）

撤回は、撤回する当事者が、自白が真実に合致せずかつそれが錯誤にいでた

2）この点に関する事情については、拙稿・前掲注1）(1)302頁以下参照。

3）訳文は、DZPOにつき、石川明『ドイツ民事訴訟法典』法務資料450号（1992年）、ÖZPOにつき、法務省大臣官房司法法制調査部『オーストリア民事訴訟法典』法務資料456号（1997年）を参照した。

ることを証明するときに限り、裁判上の自白の効力に影響する。この場合自白はその効力を失う。

【ÖZPO266条〔明示の自白事実〕】

① 当事者の一方が主張した事実は、相手方により、準備書面において、訴訟の過程で口頭弁論の際に、又は受命裁判官若しくは受託裁判官の調書において、明示的に自白されたときに限り、証明を必要としない。裁判上の自白事実の効力については、相手方の承諾を必要としない。

② 前項の自白が、自白した当事者が付加した陳述および制限によりどの範囲で取り消され又はどのような効果を受けるかについて、並びに自白の撤回が自白の効力にどのような効力を及ぼすかについては、裁判所は、あらゆる事情を慎重に考慮してなされる裁量によって判断しなければならない。

〔以下略〕

ドイツ法も、オーストリア法も、裁判上自白された事実は「証明を必要としない」としている点は共通している（DZPO288条、ÖZPO266条1項）。もっとも、自白の撤回について、ドイツ法が原則として撤回を禁じ、反真実・錯誤の証明の下ではじめて撤回を許しているのに対して（DZPO290条）、オーストリア法は、自由な撤回を認めており、撤回がどのような効力をもつかについては裁判所の自由心証に委ねる立場を採る点では、大きく異なっていた。

2．雉本朗造博士の研究

オーストリア法を非常に踏み込んだ形で参照し、明治民事訴訟法の下での解釈論を展開したのは、雉本朗造博士であった。

雉本博士は、研究生活の早い段階で発表された「裁判上ノ自白ヲ論シテ大審院ノ最近決定ニ及フ」と題する論文[4)]において、わが国の通説が、裁判上の

4）雉本朗造「裁判上ノ自白ヲ論シテ大審院ノ最近決定ニ及フ(1)(2・未完)」法學志林10巻10号（1908年）8頁、11巻8号（1909年）37頁。

自白と裁判外の自白の効力を区別し、また前者につき、反真実・錯誤による撤回を認めていることの当否を検討するとの問題関心の下に[5]、問題の検討を試みている。その際に、オーストリア法の自白規定を紹介し[6]、裁判上の自白を意思表示として理解する放棄説を批判するにあたってオーストリアのデメリウスの見解を援用し[7]、さらには、裁判上の自白の法的性質を意思表示ではなく、観念の表示であり、法定証拠だとするオーストリアの学説を取り上げている。博士のこの論文は、裁判上の自白の法的性質を意思表示であるとする見解とこれを観念の表示であるとする見解とを順に検討する予定であったが、残念ながら、意思表示説のうちの放棄説の検討を終え、確定意思説の紹介・検討に入る前のところで未完となっている[8]。したがって、その後の展開については必ずしも明らかではないが、全体の文脈とその後の判例批評[9]の記述を頼りに忖度すると、博士はおそらくは裁判上の自白の自由な撤回を認めるオーストリア法にしたがうことを志向していたのではないかと思われる。すなわちそこでは、裁判上の自白は観念の表示であり、「他の事実上の陳述と等しく自由に撤回しうべきもの」と述べられている[10]。

もっとも博士は、その後の「訴訟行為論」と題する著作では[11]、裁判上の自白の自由撤回性の理論を放棄されている。改説された理由は、旧説が、「第一審ニ於テ為シタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ亦効力ヲ有ス」との法規定（旧々民訴418条）と抵触するからであった[12]。裁判上の自白の法的性質は観念

5）雉本・前掲注4）(1)12頁以下、(2)37頁以下。
6）雉本・前掲注4）(2)40頁（註）。
7）雉本・前掲注4）(2)47頁以下。
8）雉本・前掲注4）(2)42頁に学説の系統図が掲げられている。未完であるので必ずしも定かではないが、法定証拠とする説としてはオーストリアのポラックの見解を取り上げる予定であったと思われる。
9）雉本『判例批評録〔第１巻〕』（有斐閣書房・弘文堂書房、1917年）456頁。
10）雉本・前掲注9）458頁以下。
11）雉本「訴訟行為論」同『民事訴訟法論文集』（内外出版印刷、1928年）附録〔同『民事訴訟法の諸問題』（有斐閣、1955年）563頁にも所収〕。
12）雉本・前掲注11）185頁〔『諸問題』668頁〕。

の表示であり[13]、したがってその効力の基礎を、当事者の意思にではなく、弁論主義の結果ということに求めた上で[14]、自白した事実が真実に反することの証明があったという要件の下で撤回は認められるとする[15]。

以上のように雉本博士の議論の仕方には、改説の前後を通して、次のような特徴がある。すなわち、まず議論の中心を裁判上の自白の法的性質論に置き、これを観念の表示だとした上で、それゆえに（裁判所に対する）拘束力の根拠は、当事者の意思にではなく、弁論主義に求め、かつ自白の撤回要件に関しては、自白は意思表示ではないので、DZPO290条のような錯誤要件は不要との論法を採る点である。その際に、裁判上の自白の裁判所に対する効力に焦点が当てられ、不可撤回効の有無について正面から論じられることはなかった[16]。こうした傾向は、戦前の法的性質論を中心とした学説一般に見られる傾向でもあった[17]。そこではドイツ法あるいはオーストリア法から解釈論のための法形象を継受することによって、わが国の問題を解決しようとすることに最大の関心が向けられ、自白という制度の構造を検討する試みは基本的になされなかった。

13）雉本・前掲注11）170頁以下〔『諸問題』660頁〕。

14）雉本・前掲注11）176頁〔『諸問題』663頁〕。

15）雉本・前掲注11）185頁〔『諸問題』668頁〕。

16）雉本博士は、効果意思説（Wollenstheorie）を「裁判上ノ自白カ証拠ヲ必要トセサル効力ヲ生シ且其取消ハ自白カ錯誤ニ出タルコトヲ必要トスル理由ヲ説明シ得ルKonstruktion（構成）ヲ案シ、之ヨリシテ裁判上ノ自白ノ性質ニ帰納セントスルモノ」と理解し、「実験的ニ自白ナルモノノ性質ヲ定メ、此ノ性質ヨリシテ自白ノ効力ニ論及シ、依リテ裁判上ノ自白ニ関スル……規定ヲ説明セントスル」観念の表示説（Wissenstheorie）との立場の違いを明らかにされた上で（同・前掲注4)(2)41頁。なお、傍点は原文による。)、後説を前提とした解釈論を展開されている。

しかし、ドイツの議論を仔細に見れば、裁判上の自白の拘束力を当事者の（効果）意思に求めるのであれば、立証排除効と不可撤回効とが一体となりうるのに対して、観念の表示とするならば、不可撤回効は必ずしも十分に基礎づけられないこととなり、そこにはあわせて構造的な相違も読み取る余地もありえたのではないか。

3．松本博之教授の研究

大正改正法、すなわち旧民事訴訟法（大正15年４月24日法律第61号）によって、裁判上自白された事実は「証明ヲ要セス」とされることは明らかにされたものの、撤回に関する規律は置かれないままであった。加えて、裁判上の自白の成立要件についても解釈論上論ずべき問題が残されていた。

こうした中、新たな展開の過程でオーストリア法に依拠したのは、松本博之教授の助手論文「19世紀ドイツ普通訴訟法における民事自白法」である[18)]。そこでは解釈論を展開する前提としてDZPOの自白規定の構造を明らかにする試みがなされた[19)]。このために母法であるDCPOに先立つ普通法訴訟における裁判上の自白の理論的取扱いが検討されており、19世紀ドイツ普通訴訟法学説における自白論の発展は、もっぱら裁判上の自白と裁判外の自白の概念的識別と、前者の不要証効の理由づけに大きな成果が認められ、裁判上の自白の不可撤回の原則は、普通訴訟法の訴訟構造の反映に他ならないとの議論が展開されている[20)]。重要なのは、普通法期の訴訟法学者ブラッケンヘフトやヴェッツェルが、裁判上の自白の不可撤回効の根拠を普通法訴訟の手続構造（同時提出主義）に求めていることの論証が、オーストリアの民事訴訟法学者デメリウ

17）例えば、加藤正治『民事訴訟法判例批評集〔第１巻〕』（有斐閣、1926年）232頁。すなわち、裁判上の自白の法的性質について、これを意思表示説（処分行為説）と事実報告説（＝観念の表示説）とに分けた上で、後者について、自白は法定証拠だとするポラックの見解と真実報告の表示だとするヘルヴィヒの見解を挙げている。そして、ここでは裁判上の自白の拘束力の根拠が、客観的に見てもほとんどの場合に自白が真実に合致することに求められた上で、撤回要件につき、自白者の自己責任と訴訟経済の見地から、自白事実が真実に合致しないことの証明のほかに、それが錯誤によって惹き起されたものであることの証明が必要とされている。加藤・256頁。この見解に対する評価については、拙稿・前掲注1）⑴309頁。

18）松本博之「19世紀ドイツ普通訴訟法における民事自白法」同『民事自白法』（弘文堂、1996年）217頁〔初出・大阪市立大学法学雑誌18巻１号（1971年）１頁〕。

19）松本博之「裁判上の自白法理の再検討」同『民事自白法』（弘文堂、1996年）13頁〔初出・民事訴訟雑誌20号（1974年）67頁〕。

20）松本・前掲注18）221頁、277頁、290頁。

スの議論を援用してなされている点である[21)]。

以上のような松本教授の研究は、手続の「構造」に目を向けたものである点に、従来の研究にはない新しさがあるものであった。しかし、普通法期の法学者のうちのもっとも重要な一人であるサヴィニーは、裁判上の自白の不可撤回効をこの行為の性質から引き出しており、同時提出主義からは説明していなかったし[22)]、またデメリウスが上記の議論を展開したのは、自白の撤回を裁判所の自由心証に委ねたオーストリアの1876年民事訴訟法草案を正当化する文脈においてであったことを看過してはならない[23)]。松本教授の言われるのは、ドイツ普通法の自白論のはずであるが、それが実はオーストリアの側からの評価の加わったドイツ普通法訴訟理論ではなかったかが、改めて意識されなくてはならないように思われる。

4．検討の方向性

従来の議論は、雉本博士のものであれ、松本教授のものであれ、ドイツ法とオーストリア法とを、基本的に同列に挙げて論じてきた。両国の用いる解釈論上の法形象については非常な親近性があることはたしかである。しかし、それぞれの自白規定の構造それ自体には、大きな違いがあるのではないか。こうした自白規定の成立の背景には、ドイツとは異なる、オーストリア特有の事情にもとづいた議論のバックグラウンドがあるのではないか。それはオーストリアの民事訴訟法が辿った歴史と密接に関連していると考えられ、歴史的な検討が不可欠であると思われる。もっとも、このことに先立ち、まずは現在のオーストリアにおける議論の特徴を見ることによって、同国の議論における問題意識の所在を明らかにしておく必要があろう。

21）松本・前掲注18）281頁注（167）、282頁注（174）および注（175）参照。

22）サヴィニーの自白理論が、自白の不可撤回性を認めていたことについては、松本教授ご自身も認めておられる（松本・前掲注18）261頁）。なお、DCPOの自白理論は、サヴィニーの自白理論を継受したものであり、それは1866年のヴュルテンベルク民事訴訟法、北ドイツ草案を経て、DCPOに受容されたものであるとするのは、拙稿・前掲注1）(2)489頁以下。

23）後記Ⅳ．3．(3)①。

Ⅲ．現行オーストリア民訴法における裁判上の自白の基本理解

１．オーストリア民訴法の基本的立場と判断資料の収集に関する役割分担

⑴　オーストリア民訴法の基本的立場

1895年に成立したÖZPOは、基本的には1877年のドイツ民事訴訟法（以下「DCPO」とする。）を基礎としつつも、当時既にドイツで深刻な問題となっていた訴訟遅延を解消し、訴訟手続の促進を図ることを立法目的の一つとしていた。立法者クライン（*Franz Klein*; [1854.4.24.-1926.4.6.]）は、自由主義的な訴訟理解にではなく、民事訴訟の社会的任務の認識の下に立ち、裁判官による訴訟進行の原則を確立した。訴訟進行について、訴訟当事者への全面的な依存をやめて、裁判所の職権による関与を大幅に導入した[24)]。

⑵　判断資料の収集をめぐる役割分担

オーストリアの民事訴訟においては、訴訟資料の収集にあたっても、ドイツのそれとは異なる特色が認められる[25)]。すなわち、オーストリアの民事訴訟は、当事者の申立ての枠内において、できる限り完全で正しい事実関係にもとづいて裁判することを目標にしており、それは当事者と裁判所への責任の分配によってのみ達成されると考えられている。このためオーストリアでは、弁論主義に代えて、〈収集主義（Sammelmaxime）〉、あるいは〈緩和された職権探知主義〉の語を用いる論者もいる[26)]。

24）河野正憲「民事訴訟手続における裁判官と当事者の権限と責任――訴訟手続における当事者の行為規範の設定――」司法研修所論集96号（1996年）81頁（特に84頁）。また、上田理恵子「1895年オーストリア民事訴訟法の成立過程」一橋論叢119巻１号（1998年）101頁。

25）以下の叙述は、*Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 1990, Rz. 652 ff. および春日偉知郎「オーストリア民事訴訟法概説――『基本原則を中心として』――」法務省大臣官房司法法制調査部・前掲注3）４頁以下による。このほか、松村和徳「弁論主義考――オーストリア民訴法における事実資料収集過程での裁判官と当事者の役割分担からの示唆――」内田武吉先生古稀祝賀『民事訴訟制度の一側面』（成文堂、1997年）429頁。

当事者の活動の余地は、当事者に必要な事実を真実に即して、かつ完全に陳述することを要求する真実義務（ÖZPO178条参照）によって決定的に狭められており、それは当事者双方に及ぼされ、しかも有利な事実主張ばかりではなく、不利な事実主張にも義務づけられ、全ての訴訟資料に向けられている。そしてこの真実義務は、裁判所が実体的訴訟指揮を義務づけられ、口頭弁論に際して当事者に対して問いを発し、かつその他の態様で裁判にとって必要なあらゆる主張をなし、不完全な陳述を完全なものとし、対応した証拠申立てをなし、真実にかなった構成要件の確認のために必要な説明を与えられるように働かなくてはならないとされている（ÖZPO182条、同183条）ことによって補完され、現実に実現されている。

このようにオーストリア民事訴訟にあっては当事者の活動にとっての余地は極めて限定され、裁判所の積極的な訴訟関与が非常に強化されていたところ、当事者が裁判上の自白した事実については「証明を必要としない」ものとされている（ÖZPO266条）。そこで、このことをどのように評価すべきかが、問題となる。立法者であるクラインは、「裁判所を拘束する自白の効力」というものを念頭に置いていたようである[27)]。しかし、これに対しては、前述したような、真実義務を強調し、当事者の活動の余地を狭く解するオーストリア法全体との関係ではたして十分な説明がつくのかを疑問視する立場もある[28)]。以

26）前者の語につき、*Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1976, S. 127 f., 後者の語につき、*Rechberger/ Simotta*, Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts. Erkenntnisverfahren, 8. Aufl., 2010, Rz. 403.

27）*Klein*, Pro Futuro, 1891, S. 31.〔同書の一部については邦訳がある。松村和德訳「オーストリアにおける民事訴訟改革問題に関する考察(1)(2・未完)」山形大学法政論叢１号117頁（松田隆浩氏との共訳）、同２号153頁（いずれも1994年）。〕また、*Klein /Engel*, Der Zivilprozeß Österreichs, 1927, S. 339は、裁判上の自白を「自由心証主義の例外」として位置付け、裁判上自白された主張について法律が証明を必要としないとしているのは、「処分権主義に含まれる当事者意思の効力」であるという。さらに既に、*Klein*, Die schuldhafte Parteihandlung. Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte, 1885, S. 215.

28）*Oberhammer*, Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung Gesichtspunkte der „Arbeitsgemeinschaft Zivilprozeß“ in：Kralik/Rechberger（Hrsg.）, Konfliktvermeidung und Konfliktregelung, S. 52.

下では、この問題について見てゆくこととする。

2．裁判上の自白の効力をめぐる判例と学説の対立

前述のように裁判上の規定の趣旨が必ずしも明確でないこともあり、今日、裁判上の自白の効力をめぐって、判例と学説が対立している[29)]。

⑴ 判例

確立した判例によれば、明示的に自白された事実は、原則として真実とみなされなければならず、審査なしに裁判の基礎とされなくてはならない。裁判上の自白は原則として裁判所を自白された事実に拘束し、この事実に関して証明主題の禁止（Beweisthemenverbot）をなす[30)]。もっとも、その上で例外的に、⑴自白された事実の反対事実が公知である場合、⑵自白が一般に承認された経験則に違背している場合、⑶自白の不当性が文書の内容から明白であるか、または反対事実が裁判所にその職権行使の過程で明らかになった場合には、自白に対する拘束力は存在しないものとされる[31)]。

以上のような判例理論は、ÖZPO266条の文言が、裁判上自白された事実は「証明を必要としない」と述べている点について、これを「審査なしに裁判の基礎としなければならない」と理解するものであり、「裁判所を拘束する自白の効力」を予定した立法者の立場とも軌を一にする。

⑵ 学説

学説上特に問題とされているのは、ÖZPO266条はあくまでも裁判上自白された事実は「証明を必要としない」と述べているのであって、判例のいうよう

29）見解状況の整理は、Fasching/Konecny-*Rechberger*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Bd. 3, 2. Aufl., 2004, S. 591 ff.によった。最近の教科書である*Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, Rz. 75の判例・学説の整理もこれに従っている。

30）OGH 12.09.1989, 10 Ob S 239/89.

31）Fasching/Konecny-*Rechberger*, a.a.O.（Anm. 29）, S. 592 f. にそれぞれ判例が挙げられている。

に「審査なしに裁判の基礎としなければならない」と述べているわけではないという点に関係している。すなわち、裁判官が自白のみで満足するか、それとも自白された事実についての証拠調べをするかは裁判官の自由に委ねられるべきだとの解釈の余地もあり、この点をどう解するかで学説は２つに分かれている。

① かつての通説

ファッシングに代表されるかつての通説は、判例と同様に、裁判上の自白は自白された事実に裁判所を拘束し、この事実に関して証明主題の禁止をなす、という[32]。ところで、ÖZPO266条の文言は、自白された事実は証明を必要としないと述べていることから、裁判官が自白のみで満足するか、それとも自白された事実についての証拠調べをするかは裁判官の自由に委ねられるべきだ、と解釈される余地もありうる。しかしファッシングは、裁判官の証拠調べの実施の有無を裁判所の自由に委ねるべきだとする理解に対して、法律の成立史（立法者の理解）、訴訟経済上の考慮（証拠調べをやることの時間的無駄）、最後に一方でÖZPO266条、同267条（擬制自白）、他方で、さらにはさらなる証拠調べを実施しないところのÖZPO269条（顕著な事実）、同270条（法律上の推定、反対事実の証明）の定式との比較を挙げる[33]。

もっとも、ファッシングは、自白の効力の例外につき、判例の掲げる前記(i)から(iii)の３つのもののほか、付加的に、(iv)自白が不当であることが訴訟の経過の中で従前の証拠調べの結果にもとづいて既に裁判官に明確になっている場合という例外を認めており[34]、次に述べる近時の通説に一歩近づいている[35]。

② 近時の通説

これに対して、レヒベルガーを中心とする近時の通説は、むしろ一般に自白

32）*Fasching*, a.a.O.（Anm. 25）, Rz. 849.

33）*Fasching*, a.a.O.（Anm. 25）, Rz. 849. それぞれの根拠についての近時の通説からの批判は、*Rechberger*, unten Fn. 36, S. 71 f. また、松村・前掲注25）459頁以下。

34）*Fasching*, a.a.O.（Anm. 25）, Rz. 851.

35）Fasching/Konecny-*Rechberger*, a.a.O.（Anm. 29）, S. 592.

の拘束力を否定し、自白は裁判官の自由な証拠評価（ÖZPO272条）に服すると理解する[36]。この見解は、判例の解釈は、ÖZPOの規定の体系的・目的論的解釈によれば正当化できないとする。すなわち、オーストリア法がDZPO288条の文言に倣うことによって意図されていたのは、裁判上の自白の拘束力をÖAGOの法定証拠理論へはめ込むことから解放することであった。オーストリアでは、一方で当事者への真実義務・完全義務を、他方で裁判官の包括的な実体的訴訟指揮権を定めることにより、事実についての当事者の処分が問題とならない限りで、弁論主義を離れた。自白の拘束力を承認することは、法律上の基礎なくして、自由心証主義を制限する結果になる。それゆえ自白の「証明解放」機能は、裁判所が全ての弁論の結果にもとづいて、自白事実が他の証拠を要しないのかどうかを判断する点にあるにすぎないのだというのである。ここでは裁判上の自白は証拠方法として位置付けられている[37]。

3．オーストリアにおける裁判上の自白の効力をめぐる議論の特徴

以上のオーストリアにおける裁判上の自白の効力をめぐる議論をまとめると次のようになる。

第一に、裁判所の職権ないし自由心証との緊張関係が強く問題となっていることである。ÖZPO自白規定の下では、判例およびかつての通説にしろ、近時の通説にしろ、裁判上の自白に対して、広狭は異なるが、裁判所の自由心証を優先させる。このことは自白の成立の局面でも、実体的真実の観点からの裁判所によるコントロールが強く働いていることを意味する。

第二に、第一点目と関連して、当事者責任という観点が曖昧にされているこ

36）なお、以下の理由づけについては、Fasching/Konecny-*Rechberger*, a.a.O.（Anm. 29）, S. 592による。近時の通説に属するものとして、*Holzhammer,* a.a.O.（Anm. 26）, S. 244; *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht - Streitiges Verfahren, 12, Aufl., 2009, Rz. 229; *Rechberger*, Das Dogma von der Bindungswirkung des Geständnisses, in Österreichische Notariats-Zeitung, 1991, S. 69 ff.; *Rechberger/Simotta*, a.a.O.（Anm. 26）, Rz. 775; *Oberhammer*, a.a.O.（Anm. 28）, S. 52 ff.

37）Fasching/Konecny-*Rechberger*, a.a.O.（Anm. 29）, S. 592 f.

とが挙げられる。このことは弁論主義と職権探知主義という二対の概念が本来取り扱う問題は、判断資料の不提出の責任を当事者のみが負うのか、それとも裁判所も一端の責任を負うのかにかかわるところ、こうした責任分配という視点を離れて、〈収集主義〉、〈緩和された職権探知主義〉が語られている点に見ることができる。かくて、争点の形成が当事者の自己責任の下に行われるものという意識もまた非常に希薄化しており、このことが裁判上の自白をめぐる議論状況にも反映されているのではないだろうか。

第三に、議論の過程では、ドイツとは異なる、オーストリア特有の歴史的事情も問題となっているように思われる。そこで次に、ÖAGOの下での議論を振り返ってみることにしよう。

Ⅳ．一般裁判所法（ÖAGO）の下での民事自白法理

１．ÖAGOの基本的特色

⑴　最新かつ技術的にもっとも練り上げられた普通法訴訟の法典化

ヨーゼフ２世治下の1781年、オーストリアにおいて、マリア・テレジアの改革の努力の遅蒔きながらの成果としてÖAGO が成立し[38]、ハプスブルク君主国（世襲地）の領域的に分裂した手続法の統一がもたらされた。もともとハプスブルク世襲地にあっては、本質的に異なる２つの訴訟類型が発展していた。すなわち、北部の世襲地とボヘミア王冠領の諸邦は普通法訴訟のモデルにしたがっていたのに対して、アルプス地方の諸邦は、少なくとも部分的には、フランスの訴訟の要素をも有し、それを発展させており、そこでは口頭主義が維持され、自由な証拠評価が成立し、要式性の強制はそれほど厳格ではなかった。

統一法を制定するにあたって、法典編纂委員会は、普通法訴訟のモデルにしたがうこととし、「アルプス諸邦の訴訟」を顧慮することはしなかった。その

38）以下の叙述は、*Fasching*, a.a.O.（Anm. 25）, S. 21, Rz. 34による。このほか、松村和徳「近年におけるオーストリア民事訴訟改革とその評価⑴」山形大学法政論叢創刊号（1994年）１頁。

意味で、この法典は「最新かつ技術的にもっとも練り上げられた普通法訴訟の法典化」であったと言われる[39]。

⑵ 近代的訴訟原則との関係

上記のように特色づけられたÖAGOは、ÖZPOの成立前夜まで実に100年以上にわたり妥当してきた。その間に見られる、いわゆる近代的な訴訟原則の形成に関わる２つの特筆すべき動きは、民事自白法理のあり方とも関わる重要なものである。

① ドイツ普通法訴訟理論の再構成とオーストリア法

まずこの間、ドイツではフランス革命（1789年）の基本思想が訴訟法理論に強い影響を与え、普通法訴訟理論が再構成された[40]。具体的に重要な意味を持つのは、後期自然法学派の学問的成果である。まず1800年に出されたグロールマンの教科書が、後に〈処分権主義〉と呼ばれることになる考え方を展開し[41]、続いてこの影響を受けて、1801年にゲンナーがその著作の中で、〈弁論主義〉と〈職権探知主義〉という二対の概念を提唱している[42]。こうした学問的成果を基礎に、民事自白論の分野でも新たな展開が見られた。すなわち、1827年にはベートマン＝ホルヴェークが、弁論主義の採られるところでは裁判上の自白には裁判外の自白とは異なる効力が認められるとの見解を提唱し、続く歴史

39）*Fasching*, a.a.O.（Anm. 25）, S. 19, Rz. 31. ÖAGOを支配した基本原則として、書面主義、秘密主義、間接主義、法定証拠主義が挙げられている。Vgl. *Kodek/Mayr*, a.a.O.（Anm. 29）, Rz. 27.

40）河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣、2009年）208頁注２）参照。グロールマンおよびゲンナーを中心とした後期自然法学派の、後の訴訟法理論の展開にとっての成果については、*Nörr*, Naturrecht und Zivilprozeß, 1976, S. 41 ff. なお、本書の紹介として、上田徹一郎＝田中実＝石田秀博「〈文献紹介〉クヌート・W・ネール『自然法と民事訴訟――19世紀初頭に至るまでの自然法時代のドイツ民事訴訟法史研究』」法と政治（関西学院大）38巻２号（1987年）403頁以下がある。

41）*Grolmann*, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1800, § 78, S. 103 f.

42）*Gönner*, Handbuch deutschen gemeines Prozesses, 1. Aufl., Bd. 1, 1801, S. 259 ff.

法学派のサヴィニーによって両者は本質的に違うこと、すなわち裁判外の自白は証拠方法であるが、裁判上の自白は「対立する主張のうちの係争部分と非係争部分の境界の確定」であることが明確化され、規律が精緻化された[43]。このような後期自然法学派とそれに続く歴史法学派による学問的成果は、ドイツ帝国が成立すると（1871年）、1877年のDCPOへと結実してゆく。

ドイツでの法発展と比較して、オーストリアの場合はÖAGOという法典が存在したこともあり、むしろ法典註釈的な理論が支配的な地位を占めた[44]。このため後期自然法学派の影響は、ドイツほど強くはなかったと思われる[45]。

② 特別手続を通じた新たな手続原則の導入

オーストリア国内に目を向けると、19世紀に入り、商工業の急激的な発展に伴って、裁判所による権利保護が、時代の要請に応じた効果的なものから遠退いて行った。そこで新たな原理・原則を導入することが、当初は特別手続において試みられたが、こうした展開の最終段階が、当時の司法大臣グラーザー（*Jurius Anton Glaser*；[1831.3.19.–1885.12.26.]）による1873年の少額手続の導入であった。この手続では直接主義および自由心証主義が導入され、いわば現行のÖZPOの諸原則が先取りされていた。いわばこの少額手続は、「オーストリアにおける最初の近代的な手続法」であった[46]。

また訴訟法の改正に関しても、1860年以来６つの草案が起草されている。それらのうちのもっとも有名なものが最後の２つ、すなわち、1876年草案（グラーザー草案）と1881年草案（プラジャーク草案）であり、かくて少額手続の領域で試みられたグラーザーの改革が、本体である訴訟法に及ぼされることとなった。もっとも、これらの草案はいずれも立法として結実していない[47]。

43）ベートマン＝ホルヴェークの見解につき、拙稿・前掲注1）⑵477頁参照、サヴィニーの見解につき、同479頁参照。

44）その自白論については、後記Ⅲ. 2. ⑵。

45）歴史学派的な方法論をデメリウスが、また構成主義的な傾向をポラックが採ったのは注目される。後記Ⅲ. 3. ⑶。

46）*Fasching*, a.a.O.（Anm. 25）, Rz. 34および春日・前掲注25） 2頁による。

2．ÖAGOの自白規定とその註釈学説

⑴　ÖAGOの自白規定

ÖAGOは、自白、文書、証人、鑑定人の５つの証拠方法を区別しており、第Ⅻ章「自白による証明」の中で、裁判上の自白について、次のように規定していた。

【ÖAGO107条】

当事者自身が、相手方によって陳述された事実状況を裁判上自白したときは、当該状況は、当該訴訟において完全に証明されたとみなされなくてはならない。

ÖAGOでは、裁判所は確立した証拠法則に拘束され、それぞれの証拠方法は一定の証拠価値を有した。その際に、完全な証明と不完全な証明の区別がなされ、自白は、一定の文書、２つの一致した証人の証言、２人の鑑定人の一致した判断および立証当事者の相手方の当事者宣誓と並んで、完全な証拠価値を有した[48]。

ちなみに、ÖAGOの下では、自白としては裁判所で陳述された自白のみが理解され、裁判外の自白は例外的にしか価値を有していなかった（ÖAGO110条）。

⑵　学説

①　プラートベーフェラの見解

プラートベーフェラ（*Carl Joseph Freiherr Pratobevera von Wiesborn*；[1769.2.17.–1853.12.6.]）は、1817年に編纂した『オーストリア諸邦における法律学と司法についての資料〔第３巻〕』の中に、自らが著した「〔一般〕裁判所法第Ⅻ章につ

47）1895年以前のオーストリア国内における自由主義的民事訴訟法編纂化の動きについては、上田理恵子「1895年オーストリア民事訴訟法成立の背景――自由主義的訴訟法典編纂の試みと挫折――」一橋研究21巻３号（1996年）155頁（特に、159頁以下）。

48）*Loschelder*, Die österreichische Allgemeine Gerichtsordnung von 1781：Grundlagen- und Kodifikationsgeschichte, 1978, S. 118 f.

いての検討――自白による証明について――」と題する解説を収めている[49]。彼は、自白はそれ自体、蓋然性の法則によれば民事の争訟におけるもっとも信憑性のある証拠方法に属し、したがって、直接には裁判官にとっての判断の基礎となる裁判官による検証に次ぐ地位を有する、と言う。自白が常に自由な処分権に結局はもとづいているのだという法的擬制がなされるが、彼によれば、この自白の擁護のための法的擬制は必要ではないとして[50]、ドイツ普通法訴訟学説における権威者の一人ヴェーバーの見解を援用する[51]。

以上のようなプラートベーフェラの見解は、裁判上の自白を証拠方法として位置づけていたÖAGOの解説という形で主張されたものであった。

② ニッペルの見解

その後1845年にはニッペル（*Franz Xaver Nippel von Weyerheim*；[1787.1.29.–1862.3.5.]）が、『1781年５月１日の一般裁判所法の註釈〔第１巻〕』の中でÖAGO107条の註釈を行っている[52]。ある者の陳述または表示で、それによればこの者がある事柄を真実であると認めるものは、この者自身との関連において自白と呼ばれると述べ、自白は、既に存在する事柄または発生した事柄を前提としており、したがって権利者がはじめて新たな権利を発生させる表示――例えば承認または放棄のようなもの――とは異なる、と彼は言う。このような

49）*Pratobevera*, Erörterungen über das zwölfste Capitel der Gerichtsordnung：Von dem Beweise durch Geständniß, in： ders.（Hrsg.）, Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterreichischen Staaten, Bd. III, 1817, S. 51 ff. なお、この解説はもともと何らかの雑誌に寄稿されていたものを、その後同書に編纂したもののようである（Vgl. SS. 52 und 108）。

50）*Pratobevera*, a.a.O.（Anm. 49）, S. 59.

51）*Pratobevera*, a.a.O.（Anm. 49）, S. 59. 引用しているのは、*Weber*, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, 1. Aufl., 1805. S. 73であり、そこでは裁判上の自白および裁判外の自白を権利処分だとする *Gönner*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 1. Aufl., Bd 4, 1803, S. 5 ff.が批判されている。ゲンナーについては、前注43）とこれに対応する本文を参照。また、彼の自白論については、松本・前掲注13）229頁、254頁に紹介がある〔ただし、2. Aufl. Bd 2, 1804に依拠〕。

52）*Nippel*, Erläuterung der allgemeinen Gerichts-Ordnung vom 1. Mai 1781 Band 1, 1845.

理解を前提とした上で、彼は、自白者自身への関係における自白の信憑性の基礎は、自身の権利または財産に不利な事柄が存在しまたは発生したと認めるということが人間の自然の傾向に全く反している、という観察に関係していることにある、という[53]。

以上のようにニッペルもまた、裁判上の自白の信憑性を問題とし、これはいわゆる経験則的な判断にもとづくものとされている。

3．オーストリア民事自白論における新たな展開

⑴　新たな展開の基礎

19世紀末に至り、オーストリアにおいては、裁判上の自白の学問的検討が活発化してくる。その直接的な契機となったのが、１つには、DCPOの裁判上の自白規定の存在であり、もう１つには、1876年草案の定める自白規定の登場である[54]。

1876年草案の自白規定を見てみよう。

【1876年草案294条】

①　当事者の一方が主張した事実は、相手方により、訴訟の過程で口頭弁論の中で、明示的又は黙示的に自白されたとき、あるいはその内容によれば又は受命裁判官若しくは受託裁判官によって書かれた調書に明示的に自白がなされた限りにおいて、証明を必要としない。裁判上の自白事実の効力については、

53）*Nippel*, a.a.O.（Anm. 52）, S. 274 f.

54）前述（Ⅳ. 1. ⑵②）のごとく、1876年草案は立法には至らなかった。もっとも、同草案の（ÖAGOとは異なる）自白規定との関係では、既に1873年の少額手続法が、33条１項にて自由心証主義を定め、２項で、1876年草案と同様の自白の撤回規定を置いていたことを指摘しておく必要がある。

【少額手続法33条（証拠の評価）】　①　裁判官は、この法律に別段の定めがない限り、弁論の全趣旨と立証の結果を考慮して、ある事実上の陳述が真実とみなされなければならないかどうかを、自由な確信に基いて判断しなければならない。

②　裁判官は、認諾又は自白の取下げにいかなる効果が付与されるかを、とりわけ同様の方法で判断しなくてはならない。

相手方の承諾を必要としない。

② 書面に含まれた明示の自白が、どの範囲で証明の必要を取り除かれるかにつき、裁判所は、あらゆる事情を慎重に考慮してなされる裁量によって判断しなければならない。

③ 裁判所は、どの範囲で自白がそれに付された付加及び制限を取り消され、又は撤回によって失効させられるかを、同様に判断しなければならない。

ここでは裁判上の自白された事実については、「証明を必要としない」とされており（1項）、DZPOと同様の規定ぶりとなっている。この点につき、理由書は、草案501条との関連においてであるが、次のように述べていた。すなわち、「裁判上の自白は証拠ではなく、証明から解放する（〔草案〕294条）。それは争いのない点から争いのある点を区別することによって、認諾と同様に、それは訴訟の対象についての当事者の処分を含んでおり、またこれはその効力を上訴審において同程度に維持しなくてはならない」、と[55]。この定式は、裁判上の自白を「証拠放棄によって惹起される係争権利についての処分」とするDCPOと同様の立場に立つものであり、これを証拠方法とするÖAGOやプラートベーフェラらの見解と対立する立場を採ったものと理解されうる[56]。しかし、「どの範囲で自白が……撤回によって失効されるか」については、裁判所は「あらゆる事情を慎重に考慮してなされる裁量によって判断しなければならない」ものとされており、ここに矛盾があるように見える、との指摘が出された[57]。ここに裁判上の自白と自由心証との関係が問題となることとなった。

(2) 学説

① デメリウスの見解

1876年草案の登場をきっかけとして、草案の自白規定を擁護すべく議論を展

55）*Demelius*, unten Fn. 58, S. 4 Fn. 1の引用による。

56）*Demelius*, a.a.O.（Anm. 55）, S. 4.

57）Vgl. *Demelius*, a.a.O.（Anm. 55）, S. 5.

開したのは、デメリウス（*Gustav Demelius*；[1831.1.31.–1891.11.7.]）であった。彼は、その著書『ローマの民事訴訟における自認（コンフェッシオ）と新たな民事訴訟立法の裁判上の自白』[58] において、裁判上の自白の撤回の効力をめぐる従来の学説と立法上の取扱いを再検討している。

デメリウスは、まずはじめに歴史的な概観を行い、裁判上の自白の形式的拘束力は、ローマ法源においては、ユスティニアヌスの訴訟の立場に基礎をもたず、古代ゲルマン法は拘束力がこれを認めたが、ランゴバルト法、ローマ・カノン訴訟へと引き継がれたのだという[59]。デメリウスによれば、認諾を含んだ今日の裁判上の自白は、法廷手続における自認（コンフェッシオ）ではなくて、審判人手続における自認（コンフェッシオ）であって、それは法的拘束力のある処分行為ではなかった。このような理解に基づいて、彼は形式的拘束力を認めることは、ゲルマン法的な法的見解の時代遅れの残滓であるとみる[60]。そうだとすると、ドイツ普通法学説が裁判上の自白の形式的拘束力をどう位置づけてきたのかが問題となる。彼は、2つの説明図式を示す。一つは、相手方に対する処分としての性質であり、もう一つは、普通ドイツ民事訴訟におけるあらゆる訴訟行為にとっての同時提出主義による個別の失権的段階における手続段階である[61]。デメリウスは、前者の理論の主唱者としてサヴィニーを、後者の立場の論者として、ヴェッツェル、ブラッケンヘフトなどを挙げる[62]。デメリウスは、膨大な紙幅をローマ法源の検討に費やした上で、裁判上の自白は、裁判官の審理に限界を引

58）*Demelius,* Die confessio im römischen Civil-Process und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung, 1880.

59）*Demelius,* a.a.O.（Anm. 58）, S. 15 f.（ゲルマン法）、16 f.（ランゴバルト法）、17 f.（ローマ・カノン訴訟）

60）*Demelius,* a.a.O.（Anm. 58）, S. 18.

61）*Demelius,* a.a.O.（Anm. 58）, S. 20 ff.；*Pollak,* unten Fn. 64, S. 106 f.；*Oberhammer,* a.a.O.（Anm. 28）, S. 52 Fn. 58. この説明によると、裁判上の自白の不可撤回性の根拠は、自白の性質ではなく、手続の構造に求められることになる。

62）*Demelius,* a.a.O.（Anm. 58）, S. 22 Fn. 3およびS. 23 f.を参照。ヴェッツェルの見解については、拙稿・前掲注1）⑵482頁参照。

き、その限りでそれは処分であるが、それは相手方に対する処分ではなく、ただ裁判所に対する処分のみである、ということを明らかにする[63)]。かくてデメリウスによれば、一般的な事実自白の撤回が、合理的で、立法政策上命じられる要求として擁護されることとなる。

以上のようなデメリウスの自白論の決定的な特色は、裁判上の自白の不可撤回性を普通法期における手続の形式的終結に求めた点にある。裁判上の自白は、裁判官に対する処分ではあるが、相手方に対する処分ではないとしたが、これは次に紹介するポラックの見解により徹底した形で引き継がれることとなる。ポラックは、裁判上の自白はそもそも処分行為ではなく、証拠方法にすぎないと言うのである。

② ポラックの見解

ÖAGOの末期の1893年に『民事訴訟における裁判上の自白』と題するモノグラフィーを著したのはポラック（*Rudolf Pollak*；[1864.6.9.–1939.2.27.]）であった[64)]。同書は二部構成になっており、第一部では、自白についての一般的な議論が展開される。まず、歴史的な方法を拒絶し、ドグマーティッシュな方法を採るべきであるとする[65)]。ポラックによれば、弁論主義は当事者の処分権を認めるものではない[66)]。したがって裁判上の自白は意思表示ではなくて、

63）*Demelius*, a.a.O.（Anm. 58）, S. 375. 同所のFn. 1）では、S. 236 f.の参照を指示しており、そこでは次のように述べられている。「現代の訴訟の口頭弁論において当事者が裁判官に向けるのと同様に、〔ローマの〕審判人手続（*iudicio*）では、当事者は有利な判決を獲得するために、申立て、主張、立証を彼に向ける。認諾もまた、原告の請求は争われず、判決による裁判のために事実上の理由付けの審査を必要としないという、裁判官に向けられた表示である。認諾者は、この表示によって、裁判官の審理に限界を引くという彼の権利を行使する。この処分によって、裁判官は、認諾された事柄の実体的真実のいかなる検討をもせずに、認諾の意味において判断しなければならない。しかし彼がそれをしなかったが、なお弁論が開かれている限り、そのような処分が撤回されえないための理由は存在しない。裁判官に対して処分がなされるにすぎず、そして裁判官は何らの権利を取得しない」、と。この箇所につき、松本・前掲注18）226頁注（39）も参照。

64）*Pollak*, Gerichtliches Geständnis im Civilprozesse, 1893.

65）*Pollak*, a.a.O.（Anm. 64）, S. 1 f.

66）*Pollak*, a.a.O.（Anm. 64）, S. 68 ff.

観念の表示であり、形式的証拠である。民事訴訟では、裁判上自白された事実には形式的証拠力が付与されることになるが、これを正当化するものは、〈真実〉、〈自己責任〉および〈訴訟経済〉の3点であると彼は言う。すなわち、国家は、自白が真実に合致するという原則から出発し、しかもいまやこの原則にあらゆる自白を服させており、自白が真実に合致しない例外事例については大部分を当事者の自己責任が、（そこでのみ審査が重要かもしれない）残りの少数の場合を訴訟経済がカヴァーしている[67]。以上の自白の一般論を展開した上で、ポラックは、第二部において、当時のオーストリア法、すなわちÖAGOおよび少額手続法の具体的な検討を進める。ÖAGOにつき、証明がなされるとただちに自白は効力を失うということを指摘し[68]、また少額手続法の定める自白につき、（デメリウスの言うような）処分行為として説明することはできない、と言う[69]。

以上のようなポラックの議論は、裁判上の自白は、意思表示か、それとも観念の表示かという法的性質の問題を中心に据え、後者と解することにより、これを処分ではなく、証拠方法であるにすぎないと位置づけた点に特色がある。これによって彼は裁判上の自白に当時のドイツの支配的学説の主張するところとは決定的に異なる位置づけを与えたのである。こうした議論の背景には、この頃から処分権主義と弁論主義とが区別されるようになってきた[70]という事情も指摘することができる。

67）*Pollak*, a.a.O.（Anm. 64）, S. 114 f.

68）*Pollak*, a.a.O.（Anm. 64）, S. 163.

69）*Pollak*, a.a.O.（Anm. 64）, S. 177. 少額手続法の定める自白の取下げ（撤回）の規定については、前注54）参照。

ちなみに、ポラックはÖZPO成立後もこの見解を維持している。すなわち彼は、同法266条が、自白された主張は「証明を必要としない」と述べているのは不正確であり、ÖAGO107条の規定の方がより優れていたと言う。*Pollak,* System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes, 2. Aufl., 1932, S. 643.

70）*Ahrens*, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess, 2007, S. 21.

4．ÖAGOの下での議論とÖZPOとのつながり

これまでÖAGOの下での裁判上の自白の規律を見てきたが、これは現行のÖZPOの下での議論と次のような形での連関がある。すなわち、オーストリア法にあっては、裁判上の自白が、「証明を必要としない」との効力を有する点は、もっぱら裁判所との関連で論じられてきたということである。ドイツでは、この「証明を必要としない」との効力は、裁判上の自白はそれが成立した時点で裁判所と当事者とを拘束することを意味し、特にそのことの「構造上の説明概念」として、〈形式的真実〉という言葉が用いられた[71)]。これに対してオーストリアでは、このような当事者間の関係に着目することは徹底して排除された。これはオーストリアでは当事者責任という観点が非常に希薄であったことと密接な関係があるように思われる。このために、裁判上の自白の成否と撤回をあくまでも当事者の行為の規律の問題としてとらえ、これによって自由心証主義の問題を裁判上の自白に関わる領域からは完全に排除するという問題意識が持たれることは、全くなかった。

Ⅴ．オーストリア民事自白法の比較法的位置づけ

1．ドイツ法との比較

オーストリア法における裁判上の自白論に顕著な特色は、これを処分行為、特に相手方に対する処分行為とは見ない点にあった。こうした議論は、もともと裁判上の自白の形式的拘束力を〈処分〉によって基礎づける当時のドイツの支配的な見解[72)]に対抗して出されたものであった。しかし、その後、オーストリアにおける議論の展開の影響を受けて、ドイツでも裁判上の自白の処分行為性が否定されることとなった。ビューローは、その自白論を展開するにあたって、決定的な影響をポラックの議論から受けていたし[73)]、ビューローの

71）〈形式的真実〉の概念については、河野憲一郎「ユストゥス・メーザーと民事訴訟法理論」Language Studies 言語センター広報（小樽商大）21号（2013年）13頁以下。

72）代表的な論者は、サヴィニー、ヴァッハである。*Pollak*, a.a.O.（Anm. 64）, S. 107.

自白論をおおむね受け継いだヘルヴィヒの見解についても、同様の指摘をすることができる。かくしてドイツ法とオーストリア法とが、解釈論（ドグマティーク）のレヴェルにおいて非常に近似してくることとなる

もっとも、こうしたオーストリアからの影響による解釈論的「構成」の変容が、ドイツ法における裁判上の自白という制度の「構造」まで変容させてしまったわけではない。このことは、例えばヘルヴィヒの大著『ドイツ民事訴訟法体系』における裁判上の自白の効力の説明箇所で、「自白された事実は証明を必要としない」という効力と「不可撤回性」の２つを依然として掲げていた点に看て取ることができる[74)]。ドイツ法における法規定の構造は、結局、裁判上の自白の自由撤回性を明言するオーストリア法のそれとは、決定的に異なるのである。

そして、このような両者の自白規定の構造の相違を規定したものは、歴史的な伝統の違いであった。すなわち、ドイツ法は、普通法訴訟理論における自然法学派の優勢からこれを発展的に解消した歴史法学派への移行、その後の各ラントでの立法競争、北ドイツ草案、DCPOの制定に至る流れの中で、その訴訟法を形成してきた。これに対して、オーストリアでは、ÖAGOという統一法が存在し、そこでは後期自然法学派によって再構成される前の普通法訴訟の理論が極めて強く残っていたことが看過されてはならない。そうした土壌の上に、1895年の立法がなされたのである[75)]。

73）*Bülow*, Das Geständnisrecht：Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen, 1899, S. 2 Fn. 3. ビューローの自白論については、拙稿・前掲注1）（3・完）979頁参照。

74）*Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechts Bd. 1, 1912, S. 438.

75）ヨーゼフ主義の1895年法への影響については、*Sprung*, Die Ausgangspositionen österreichscher Zivilprozessualistik und ihr Einfluß auf das deutsche Recht, ZZP 92, 1979, S. 8.

2．わが国の解釈論にとっての展望

⑴　自白論にとっての展望

わが国の学説は、古くから裁判上の自白の解釈論を展開するにあたって、ドイツ法のみならず、オーストリア法にも目を向けてきた。その際に、議論の中心となったのは、両国の法規定と法的性質論を中心とした解釈論（ドグマティーク）であり、そこでは19世紀末のオーストリアの学説やその影響を受けたドイツの学説を基礎に、裁判上の自白が意思表示ではないということが、わが国の解釈論を展開するに際しての基礎とされた[76)]。こうした観点から、判例・通説の採用する反真実・錯誤の証明という裁判上の自白の撤回要件論は、裁判上の自白を観念の表示とすることと錯誤要件は必ずしも相容れるものではないことから、十分な根拠を欠くものと主張されてきたのである。

しかし、わが国の法の解釈を行うにあたり何よりも重要なことは、裁判上の自白という制度がどのような制度かを明らかにした上で、それに即した規律を考えることであろう。このように見たときに、実は、オーストリア法の立法趣旨は、必ずしも明確ではなく、裁判上の自白と裁判所の自由心証との関係をどのように理解するかをめぐって、見解の対立があった[77)]。こうしたオーストリア法の問題状況の背景には、同国では、基本的に訴訟手続の規律はもっぱら裁判所と当事者の関係としてとらえられ、しかも訴訟における争点形成に際しての当事者責任という観点が必ずしも十分には意識されなかったとの事情があった[78)]。

オーストリアでは裁判上の自白を証拠方法として理解する見解が、今日の通説の立場である。このような理解は、たしかにÖAGO以来のオーストリア法の伝統にはなじむかもしれないが、わが国では異質な制度理解ではないだろうか。わが国では、裁判上の自白は、主張段階で争点を減縮する行為であると考えられるであろうから、オーストリア法とは異なり、相手方の立場に対する顧

76）前記Ⅱ。
77）前記Ⅲ。
78）前記Ⅲ．3およびⅣ．4。

慮として、不可撤回効を認めるべきではないかとの帰結に至る。

⑵ さらなる展望

裁判上の自白について検討してきたところは、日本法とオーストリア法の下での審理過程についての法比較を行う上でも、一定の展望を開く。すなわち、ÖZPOは、わが国の大正改正の過程でも参考とされたことは周知のとおりであるが[79]、今日のわが国の訴訟手続においてどこまでオーストリア法を見習うべきかについては、より詰めた検討が必要であろう。

これまで見てきたようにオーストリア法にあっては、裁判所が牽引して訴訟を促進することが意図されていた。たしかに裁判所の積極的な役割が訴訟の促進にとって必要不可欠な要素であることは、言うまでもない。しかし、裁判所の積極的な関与が重要であるとしても、それがいかなる観点からなされるべきかが問題となる。裁判所の積極的関与が自己目的であってはならない。裁判上の自白の議論から示唆されるように、当事者の主張段階での陳述に裁判所を拘束するという視点が、必要不可欠ではなかろうか。当事者の陳述に対して、裁判所の自由心証を優先させるならば、裁判官の弁論評価が支配することになってしまい、当事者の地位と裁判官の権限との関係を決定的に変わってしまうことが看過されてはならない[80]。

わが国の現行法は、争点を整理し、集中的に証拠調べを行うことによって、訴訟を促進させる立場を採る。そこでは当事者相互の関係についての目配りがなされているが、これはわが国の実務的な経験の積み重ねにもとづいたものであって、きわめて注目に値する。訴訟の促進のために裁判所の積極的な訴訟関

79）大正改正については、染野義信「わが国民事訴訟制度における転回点――大正15年改正の経過と本質――」中田淳一先生還暦記念『民事訴訟の理論（上）』（有斐閣、1969年）１頁（特に51頁以下）、松本博之「民事訴訟法〔大正15年〕改正の経過」日本立法資料全集⑽『民事訴訟法〔大正改正編〕⑴』１頁。

80）*Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982.

与は必要不可欠であるが、それは当事者の自己責任との関係で、位置づけられる必要がある。裁判所の職権の強化により、当事者の活動の余地を狭めることは、今日のわが国の民事訴訟法の立場とは相容れないであろう。

Ⅵ．結語

従来、わが国の裁判上の自白規定の解釈論を展開するにあたっては、ドイツ法と並んで、同じくドイツ法系に属するオーストリア法が参照されてきた。その際に、比較法の方法としては、伝統的には、解釈論を展開するための法形象を外国法から獲得し、それをわが国にも適用するという方法が採られてきた。

しかし、そのような方法論は、制度の根底にある構造や歴史的伝統を捨象するものでもあることを看過してはならない。これに対して、本稿では、そうした解釈論の前提にある制度の構造に意識的に着目した。制度の構造は、各国の法的伝統に由来するものであり、歴史的な検討が不可欠である。そこで本稿では、歴史的な検討を通じて、オーストリアの自白規定は、ドイツ法のそれとの表面的な類似性にもかかわらず、構造的には非常に大きく異なるものであるということと、さらにはそのような構造論の背後にある「理解」の一端を明らかにすることに努めた。今後なお補充すべき点は多々あるが、それらは今後の課題として、ここでひとまず筆を擱くこととする。