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

Title	権利自白論(一)
Sub Title	Zur Lehre des Rechtsgeständnisses
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.12 (1970. 12) ,p.18- 40
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19701215-0018

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.

権利自白論（一）

坂原正夫

一、問題の所在（通説への疑問）
二、日本の従来の学説（判例）について
　1、雉本博士・山田博士の積極説
　2、岩松氏・三ヶ月教授の積極説
　3、中島博士・細野博士の消極説
　4、現在の通説と有力説の対立について
　――・――・――
付説、わが国における自白に関する規定の沿革について　（以上本号）
三、西ドイツにおける学説の現状と、一、二の学説の紹介及び検討
　1、現在の教科書（体系書）、註釈書の状況について
　2、デムラーの権利自白論（一八九五年）について
　3、ヴォルフの認諾論（一九六九年）について……但し、これについては拙稿の書評（法学研究四十三巻十二号九〇頁）に譲り、本稿では省略している。
　4、バウアの先決的法律関係についての当事者の合意論（一九六九年）について
　――・――・――
付説、ゾウベルンハイムの権利自白についての考え方（一九一六年）について

四、まとめ並に私見
1、紛争なきところ裁判なしの原則
2、権利自白について
イ、拘束力及びその撤回について
ロ、事実自白との関連その他について
ハ、まとめ
ニ、近時の判例概観

一、問題の所在（通説への疑問）

「訴訟当事者が、訴訟上（準備手続や口頭弁論手続において）、自己に不利益な法律効果の存否について、相手方の主張が正しい旨、陳述をした場合、訴訟法上、いかなる効果が生ずるであろうか」。これが本稿で論じる問題である。一般に、かような当事者の行為を権利自白という。[1][2] 従つて、以下では、単に「権利自白の効力」の問題として、論じる。

さて、この問題に対して、わが国の通説（学説及び判例）は次のような説明をする。[3] 兼子一博士の体系書においてその説明をみてみよう。[4]

「自己に不利な権利関係や法律効果の存否を認める陳述を、権利自白と呼ぶことがあるが、本来の自白ではない。請求自体についての権利自白は、請求の放棄又は認諾となるが、前提事項である場合は（例えば、所有権侵害の賠償請求において、被告の原告が所有権者であることを認めるとの陳述）、相手方は一応その権利主張を理由づける必要がなくなるが、確定的に裁判所の判断を排除するわけではないから、その基礎となる事実が弁論に現われて認定される限り、裁判所はこれに反する法律判断をすることは可能であると解する（権利自白にも自白に関する規定を全部類推すべしとする見解もある）。但し法律用語で陳述しても、それが具体的な事実関係の表現と認められる場合は、真正の自白となる（特に売買や賃貸借をしたというような常識的な法律観念を用いた場合）。」（「新修民事訴訟法体系増訂版」二四六頁）

しかし、この記述は権利自白にどういう効果が生ずるのか、という点について述べているが、その理由は述べていない。そこで、もうすこし、博士の論文の中で、理由、根拠について調べてみよう。兼子博士は、この点、「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」（法学協会五十周年記念論文集所載（昭和七年）、民事法研究第一巻所収）という論文の中で、次のように、述べている。

「訴訟物たる法律関係の存否の判断の先決問題たる法律関係の存否に関する当事者の陳述が自白の対象たり得るかに関しては学説の分れる所であるが、法規の適用即ち法律効果の判断は裁判所の職権調査事項であるから、既に法律要件たる事実が陳述せられている以上之に附する法律効果のみを当事者の一致せる陳述を以てしても左右し得ざるものと謂はねばならない。唯何等理由づけられて居ない（unsubstanziert）法律関係の存否を単純に陳述した場合には相手方が之を争はざる限り、之を理由づける責任（Substanzierungslast）を免かれしむるのであるが、仮令相手方之を承認するも裁判上の自白とは異り、当事者は何時なりとも自由に其の見解を変更し、或は之に異る法律関係を理由づけ得ると解するを正当と信ずる。」（民事法研究第一巻二〇六頁～二〇七頁。なお注は省略した）。

しかし、この説明でも、明白な理由づけがなされているとは、いいがたい。第一に、何故に、理由づけられていなくて、しかも、相手方が争わない場合、法律関係は、そのまま裁判の基礎になるのか、ということについて説明がないのである。また、法律関係それ自体について、何等の制約もないのか、また、一度発生した効果を、何故、裁判所は簡単に無視することができるのか、といつたことも何等説明がないのである。かように、博士に代表される、わが国の判例・通説というものは、一般に、その理論の根拠を明白に説明していないのである。(5) ここに、よりきめのこまかい、実質的な検討が必要とされる訳である。本稿は、かかる問題意識の下に、従前のわが国での議論を整理し、わが国民事訴訟法の母法たるドイツ民事訴訟法（以下ZPOと略す）下における議論を参照しつつ、権利自白の問題について、一つの見解を述べようとした小論である。論ずべき点、あるいは参照すべき論文で、後日に譲つた点は、すくなくはない。しかしながら、なるべく、本稿それ自体として、一応完結するよう努めてみた。種々な点での御批判・御教示を頂ければ幸いである。

なお、本稿は多くの点で竹下教授の論稿に示唆を受けるところが大であつた。また、ドイツの古いディセルタチオンをみることができたのは法務図書館、特に、考査係長福島小夜子夫人の御好意によるところであつた。さらにまた、ゾウベルンハイムの論文が読めたのも竹下教授の御好意により複写して頂けたからである。記して、それぞれの方に謝意を表するしだいである。

なお、学説を引用する場合、意味に変更はないという前提の下に、当用漢字以外の漢字は大体、それに該当する当用漢字になおしてある点、御了承頂きたい。但し、「拠」は原文のままとした。正確な引用という原則からみれば邪道かもしれないが、現代的にひきなおして引用するという方法も許されてしかるべきだと思う。また、原文の誤字、誤植は、そのままとした。

また、ドイツ語の文献については、従来、あまり紹介されていないので、資料的意味をかねて多少詳しく紹介したり、訳出したりしたが、誤読、誤訳があれば、御教示頂ければ幸である。

二、日本の従来の学説（判例）について

権利自白の問題について、今日、通説がどのように考えているかについては、前述した所である。要するに、当事者による裁判所の審判権排除をある場合に認めるが、非常に制限された場合のみである。ここでは、通説とは異なつた、わが国で従来、主張された見解をみて、通説と、どの点で異なるかを理解した上で、それら諸説及び通説のもつ問題点を明らかにしてみようと思う。

さて、問題となるのは、第一に、分類の視点であると思われる。いろいろな観点からの分類が可能であると思われるからである。しかし、ここでは、通説とは異なる従来の説をオーソドックスに、積極説（権利自白の拘束力を肯定し、裁判所の審判権排除を認める説）と消極説（権利自白について、いわゆる拘束力を否定する説）に二分して、それぞれの論拠をみてみよう。(6)

1、雉本博士・山田博士の積極説

積極説は、従来、雉本朗造博士、山田正三博士に代表されるように、事実自白、請求の認諾との比較において、権利自白を把握し、そこから、何のためらいもなく、拘束力を肯定していたのである。

即ち、雉本博士は、請求以外の認諾は、旧民訴法二二八条（旧民訴法二二九条の誤りと思われる。旧民訴法には現行民訴法二五

七条相当の規定はなかつた。旧民訴法二二九条は「口頭弁論ノ際原告其訴ヘタル請求ヲ拋棄シ又ハ被告之ヲ認諾スルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ其拋棄又ハ認諾ニ基キ判決ヲ以テ却下又ハ敗訴ノ言渡ヲ為ス可シ」と規定する）によつて考えるべしと主張される。(7) なお、博士は、自白についても、現行法二五七条相当の規定がないことから、認諾と自白との差異は対象の差に他ならないのであり（前掲・諸問題六五五頁）、二二九条の規定の精神によつて、自白を考えるべしとも、主張される（前掲・諸問題六五二頁）。山田博士も、雉本博士と多少、ニュアンスは異なるが、権利自白（それよりも広い法律自白といつてもよい）と事実自白は、行為としては同じもので、いわゆる認識の報告とか、観念の表示といわれるものであるから、両者、共に、民訴法二五七条に依つて、規律せられるものであると説く。(8) このように、従前の積極説は、訴訟法の原則たる当事者主義に、その拘束力の淵源を求めたと思われる点、正しいものがあると思われるが、ただ、あまりにも簡単で、消極説がなんたるかをも十分説明せず、自説と今日でいう通説たる中間説との相違をも、意識していない点、今日では説得力が乏しいと評せざるをえない。(9)

2、岩松氏・三ケ月教授の積極説

かかる積極説に、より実質的根拠を与えたのは、岩松三郎氏である。同氏は、法律判断の、いわゆる三段論法の小前提にあたる部分は、裁判の客観性には関係のない所であるから（裁判の客観性には大前提の部分が関係する）、当事者の自由にまかせてよく、裁判所が関与する必要がなく、従つて、この部分に該当する法律関係や権利については、自白がされれば、自白としての効力は生じ、そしてこの場合、権利自白と、特に、言う必要なく、事実自白に含まれてしまうのである、と説くのである。(10) この岩松説を支持した上で、さらに付言したのが、三ケ月章教授である。教授は、権利自白は、観念上は法律上の主張の一種で、請求の認諾に似るが、機能上は、事実上の主張と同じく別個の法律上の主張を基礎づけるに止まり、それは自白と同じであるとされた上で、(11)「自白者がその自白の内容を正当に理解していたかということが問題となりうるから、日常

用いられていて通常人がその内容を理解していろ程度の法律概念であることが要請されるし、法的推論に錯誤ありとして撤回を認むべき余地が多くなることは認めねばならない。」（法律学全集・民訴法三八七頁）と述べ、[12] さらに自白の成否について、岩松氏（民事裁判の研究一三五頁注の三三）と同じく、釈明権行使の必要を説くのである（民事訴訟法三九二頁）。

しかし、このように説く、積極説に対して、既に多くの批判がなされている。即ち、①「同じく小前提の地位に立つても、前提事項たる権利或は法律関係に関する法律上の主張は、事実上の主張と異なり、真否ではなく、当否が問題となる性質を有するものであるから、真否と当否という本質的に性質を異にするものを、機能的には同じく小前提の地位に立つということのみによつて同一視することは問題であろう」とか、[13] あるいは②「日常用いられて通常人がその内容を理解している法律概念とは如何なるものを意味するのであろうか」とか、あるいは③「権利自白を認めることによつてかえつて訴訟は煩雑且不安定たらしめられるか、或は弁論主義の不当な強調によつて権利自白者に帰すべからざる不利益を帰せしめる結果となることが懸念せられる」とか、あるいは、三ヶ月教授の主張（前注12参照）に対して、④「果して法的推論の部分とその基礎たる事実の複合体を常に識別し得るであろうか」、⑤「操作が釈明を意味する場合にはそれは事実上の主張について自白の効力に基づくものと解すべきであり、権利自白自体に効力を認めた結果ではないと解すべきではなかろうか」という一連の疑問の主張がこれである。[14] さらに別の批判者は、⑥「たとえば、物の引渡請求の前提として、その物を所持する権利があること、明渡請求においてはその建物に住む権利があることが主張されるのであるから、これを名称づけていかなる法規にもとづく権利であるとするかは全く法的評価の問題である。当事者みずからの法的評価の自認に自白の成立を認めることは、法的評価は裁判官の専権とすることと矛盾が生ずるのではないか」という疑問を提出する。[15] また別の論者は、⑦「かかる積極説の理由づけでは、先決的法律関係以外の法律関係は自白の対象にならなくなり、不都合である」（要旨）とも批判する。[16]

このような批判に対して、いまだ、積極的な反論、あるいは解答がなされていないのが、この説の現状と思われる。この

説はいわゆる三段論法ということで、明確に権利自白の拘束力を論拠づけたが、実は、その三段論法論も、明白な事例では一応、納得がいくが、一歩、それを離れた場合、ある法律関係が一体、ここでいう小前提に該当するものかどうかは、明白にならないような気がする。また、一、二の批判から明らかなように、同じ小前提にあるといっても、法と事実とは、その性質が異なるのだから、やはり、別々に、考えるべきではないかと思う。多分に用語の問題に帰すと思われるが、この三段論法論は、興味ある着想と思えるが、あいまいさが感じられるのである。(17)

3、中島博士・細野博士の消極説

次に、消極説の内容と問題点をみてみよう。一般に代表的論者として、中島弘道博士と細野長良博士があげられている。(18)

中島弘道博士はその著「日本民事訴訟法第一編」（昭和九年）で次のように言う。

「自白ハ相手方ノ主張スル事実ニ対シ為サルルモノ為リ。事実ニ非サル事項、即チ法則、実験則、権利其ノ他ノ法律関係等ハ其ノ存否ヲ自白スルモ訴訟上何等ノ効力ヲ生セス。当事者ハ時トシテ一定ノ法律関係ヲ認ムルカ如キ陳述ヲ為スコトアルモ斯ル陳述ノ意味ヲ仔細ニ釈明スルトキハ其ノ真意ハ畢竟其ノ法律関係形成ノ原因タル事実ヲ自認スルニ在ルコト通常ナリ。」（五五九頁）。

細野長良博士はその著「民事訴訟法要義第三巻」（昭和六年）で次のように言う。

「自白ノ目的タリ得ルモノハ単純ナル事実ナリ、実験則又ハ事実ノ連鎖ヨリ為サルル判断ノ如キハ自白ノ目的タルコトヲ得ス、又法律関係自体モ亦自白ノ目的タルコトヲ得ス、蓋シ法律関係ハ一ニ之ヲ構成スル事実ニ付キ法律上有スル地位ニシテ其構成スル事実関係ノ判断ニ外ナラサレハナリ、然レトモ当事者カ一定ノ売買又ハ贈与契約存在スルコトヲ主張スルハ其真意カ通常法律上売買又ハ贈与契約ニ該当スヘキ事実アリタルコトヲ主張スルモノニ外ナラサルヲ以テ事実上ノ主張トシテ自白ノ目的タルコトヲ得ルモノトス、単ニ権利又ハ法律関係ノ主張ハ請求ノ抛棄又ハ認諾ノ目的タリ得ルニ過キス」（一一七頁～一一八頁。なお句読点は筆者が付加した）。

これら消極説は、法判断は裁判所の専権であるという命題から、直接に簡単に、権利自白の拘束力否定の結論を引き出し

た見解であり、その思考過程は、雉本博士、山田博士的積極説（注7、注8参照）と同じく、反対説を意識することなく、形式的、一律的に結論をひきだしているのであり、実質的に考察していないと評することができると思う。そして、注意すべきは、これら消極説が、但書的に、表面的権利自白であっても、実際は、事実自白とみるべきものがあるという時、問題はその区別の仕方であり、区別の仕方によっては、具体的結論において積極説に非常に接近するという事情を有している点である。[19]

4、現在の通説と有力説の対立について

さて以下では、このような積極説、消極説の対立をどう理解するか、そして、今日、通説といわれる説は、この積極説、消極説の対立と、どのような関係があるかを考えてみよう。

先ず、雉本・山田的積極説と単純消極説とを適当にミックスさせると、実に、岩松・三ヶ月的積極説あるいは通説といわれる兼子説になりうる可能性を有しているという点に気づくのである。[20] 即ち、雉本・山田的積極説は、単に、当事者が自白すれば、自白としての拘束力が生じるに対し、消極説は、原則として（事実自白と考えられる権利自白があるという例外がある）、拘束力を否定するというのであるが、これら両説の実質的根拠を尋ね、そこから、それぞれ自説の妥当な適用範囲を限界づけるという実質的考察をするならば、例えば、裁判の客観性を害さない限り、あるいは、当事者に理解しやすい法律関係である限りとか、あるいは、当事者が権利自白して、それ以上、事実を提出しない限りにおいて、権利自白を認めていこうということになるであろう。学説史的にも、これら単純積極説、単純消極説のあとに、岩松・三ヶ月的積極説、あるいは兼子説が主張され、今日に至っているのである。今日、雉本・山田的積極説や単純消極説を採る者はあまりいないように思える。即ち、実に、今日的対立は、岩松・三ヶ月的積極説と兼子的消極説（中間説）との間にあるといってよいのである。

そして、このことは、従前の議論がより実質的に展開されたとも評することができると共に、はたして、両説が、実質的、理論的に十分深化したものであるかという問いを提出することにもなろう。そこで、両説の対立点について考えてみよう。そしてこのことは、通説のもつ意義を明らかにするものである。

そこで、この点を考えるのであるが、権利自白の拘束力について考える場合、二つの視点が大切であると思う。[21] 一つは、これに拘束力を認めることによる審理促進の機能である。当事者間に争いがなければ、なにも、それを裁判所が、ことさら、審理する必要はないという思想の発現でもあるし、さらに、訴訟経済的視点（裁判所・当事者共に労力の節約になる）からの主張ともいえよう。第二の視点は、当事者の法的判断は、多分に誤りが多いから、裁判所はなるべく、それらの判断に拘束されずに、正しい裁判をしなければならないという要請である。まこと、紛争の法的解決（正しい解決）こそが、民事訴訟制度の目的であり、訴訟理論はそのために構成されねばならないと考える時、権利自白については、この二つの対立に調和を求めることが要請されるのである。このような立場で、既に述べた二つの説の対立をみると、岩松・三ヶ月的積極説は、釈明権の行使あるいは、法律判断のいわゆる三段論法における小前提に該当するものに限るというがごとく、実際の運用あるいは、対象の限定ということで、なるべく不当に権利自白に拘束力が生じるのを抑制しているのに対し、通説は、一応の拘束力を認めるが、裁判所はそれを非常に容易に無視できるということで、実質的に拘束力がないに等しいようにして、正しい法的判断の確保をしているのである。[22] 両説とも一応拘束力は認めるが、審理促進と正しい審判との調和点の求め方が異なるのである。そこで、今日、理論、実務が到達した点というのは（判例は兼子説を採るものと理解したから、実務をつけ加えた）[23][24]、無条件的に、権利自白について拘束力を肯定するのではなく（無条件に肯定すると、正しい審判が害される）、また無条件に拘束力を否定するのでなく（否定すると、当事者に不当な労力を負担させることになる）、実質的な「法的紛争の解決」という調和点を模索しているといえよう。結局のところ、今日問われるべきことは、まさに、理論的、体系的に、権利自白を位置づ

け、根拠づけ、その上で、現実の訴訟に対して提言することであると思う。既にみたように、このような問題状況、問題意識において、通説を含めて従前の説をみるならば、既に述べたような不十分さを感じざるをえないのである。従前の説の成果を利用しつつ、権利自白についての問題を解明する意義は、まさに、ここにあるのである。具体的には、第一に、権利自白の拘束力についての淵源が問われるべきであろう。これは、恐らく、訴訟制度の目的、あるいは、訴訟のもつ構造から、明らかになるであろう。そして、多分、請求の認諾・放棄、権利自白、事実自白を統合し、支配する客観的な原理の発見ということになるであろう。そして第二には、かような原理が権利自白について、どのように発現しているか、また、しなければならないのか、といったことが問題になるであろう。かくすることによって、岩松・三ヶ月説やそれに対する批判や通説のもつ意味を正しく判断することができると思う。ここでは問題点の指摘に留めて、これについてどう考えるかは、後に譲る。

付説、わが国における自白に関する規定の沿革について

立法者が権利自白について、どのように考えていたかということで自白に関する規定の沿革を概観してみよう。このことは、一面では、比較法的考察をする場合の重要な視点となるであろう。

そこで大略的ではあるが、明治期における重要草案等における自白についての規定の変遷についてみて、一応の結論をだしてみようと思う。あまりにも、大略的であることを、了承して頂きたい。その理由は最近、明治期における民事訴訟法について、すぐれた論文が発表されているが(付1)、それは法典を大局的に考察したものであって、個々の条文、特に自白についての規定についての変遷史ではなく、直接には、本稿には役に立たなかったことに原因がある(勿論、だからといって、これらの論文の価値が低くなるというものではない。大局的視点を得るために本稿はこれらの論文に負うことは実に多いのである)。さらには、

個々の条文の変遷を研究するには、いまだ十分に資料が整理されておらず、その上、重要な点についての審議録等がみあたらないからでもある。今後の法制史的研究の成果を期待するしだいである。そこで、上図にもとづいて、自白についての規定の変遷についての大略的な知識を整理して、そこから、権利自白についての立法者の考えを推察してみよう。

ドイツ民訴法（内法文）（旧条）はの	A	B	C	D	E	F
	明治十三年元老院訴訟法草案	テツヒョー草案 明治一九年（一八八六年）	旧民事訴訟法典（明治二四年一月一日施行） 明治二三年四月二一日法律二九号公布	ボアソナード民法典	明治三六年の法典調査会の民事訴訟法改正案	現行民事訴訟法 大正一五年法律六一号 昭和四年一〇月一日施行
288 I (261)		263-③			313	257
II		265 I			314	
289 I (262)		265 II				
II		265 III				
290 (263)		266			315	
		267				

〔B〕以前については、種々の草案、あるいは、民事訴訟法といわれる法律があるが、(付2) 現行法との関連で、大局的にみた場合、脈絡のあるものは、ないように思える。即ち、〔B〕以前はフランス法が中心であり、フランス民法に、自白についての法原則を求めていたのであり、(付3) ドイツ法中心の、〔B〕あるいは〔C〕とは、一応関連がないように思えるからである。今日では、容易にみることのできる資料である〔D〕と〔B〕との自白についての規定を比較してみると、このことは一層はつきりする。〔B〕以前の民事訴訟法草案である、明治一三年の元老院訴訟法草案〔A〕を、そこで〔B〕以前の時代を代表するものとし、ここでは、採り上げてみた。これについては手塚豊教授、伊東乾教授の「明治十三年の元老院訴訟法草案」という研究がある（法学研究二二巻二・三合併号（昭和二四年）六一頁以下）。そこでは「証拠については、他の立法（恐らくは民法典）を予想するものの如く、本草案だけではその基本原則が明かではない」（前掲書七〇頁）と

述べられていて、自白についての規定はないのである。この時期の前後のいわゆる訴訟法というものは、大体、このように、民法典に証拠特に自白に関する規定は譲つていたように思われる。

次に〔B〕であるが、一体、いかなる資料がテッヒョー草案であるかは問題であるように思える。即ち、草案成立のいろいろな段階をとらえて、それぞれに、テッヒョーの草案であるといえないことはないように思えるからである。しかし、ここでは、一八八六年（明治一九年）に発行された独文の「Entwurf einer Civilprozessordnung für Japan」をテッヒョー草案と考え、あわせて、雉本朗造博士の草案についての紹介を参照した（「裁判上ノ自白ヲ論シテ大審院ノ最近ノ決定ニ及フ」法学志林一〇巻一〇号（明治四一年）一二頁の註において博士は自白についての日本文のテッヒョー草案を紹介している）。草案の自白についての規定の内容についての紹介はここでは省略するが、前表のように、大体において、ドイツ民訴法（ZPO）と同じである。勿論、語のニュアンスは異なり、一言一句同じであるとはいえないが（前掲雉本博士の紹介した日本文と外国法法典叢書における訳文との比較や、ZPOと前述独文草案を比較してみて）、その内容は、前表のように対応するのである（草案二六七条とは「裁判外又ハ書面又他ノ訴訟ニ於テ為シタル自認ノ効力ハ裁判所ノ判断ニ任ス」というのであり、いわば当然のことを規定したものである）。なお、恐らく、この草案の前段階のものと思われる資料に、「日本訴訟規則修正案説明」（いわゆる学術振興会謄写資料の「委員修正民事訴訟規則第一編」所収）がある。テッヒョーの原案を草案にしていく、一過程のものと思われる。自白に関する規定についていえば、条文の番号は異なるが、内容はほとんど同じである。

次に〔C〕であるが、〔B〕と〔C〕との間に、〔D〕が、からまつてくるのである。即ち、テッヒョー草案〔C〕は、そのままでは施行されず、それを土台として旧民訴法典作成の作業がおこなわれる訳であるが、それと平行して、ボアソナード民法、いわゆる旧民法の法典作成の作業がおこなわれるのである。結局のところ、自白に関する規定については、いわゆる旧民法典に譲るということで、旧民事訴訟法は、自白について一切の規定なしに公布されたのである。[付4] これに答えるごと

く、いわゆる旧民法典は、詳細な規定をその証拠篇に設けたのである（二三条～四五条）。この内容は、ボアソナード氏起稿「再閲修正民法草案註釈第五編」によつて、詳しく意味まで明らかにされているが（同書一八一～一三三頁）、まさしく、フランス法を範にしているのである。この民法典は周知のごとく、明治二三年四月二一日法律第二八号、明治二三年一〇月六日法律第九八号として公布され、明治二六年一月一日施行予定であつたが、明治二五年の第三回帝国議会において施行無期延期が議決され、明治二九年法律第二九号、明治三一年法律第九号で明治三一年七月一六日に廃止されてしまつたのである。要するに、一度も施行されなかつたのである。このことは、実定法としては、現行民訴法が施行せられるまで、わが民事法典は自白に関する規定をもたなかつたことを意味する。そこで、このような場合、どう自白を取り扱うかが問題となつたのである。法解釈学的に（法哲学的に）考えて、いろいろな答が導きだせるが、自白に関しては、学説に全てをまかせるということが一番適切な解答に思える。[付5] それは法典としては自白についての規定を設けることを明らかに予定していたのであり（旧民訴法四一八条、人事訴訟手続法一〇条二項参照）、現行民法典編纂の際の法典調査会での審議の経過（証拠編を民法より削除することについての議論の経過）からも、そのように思えるのである。[付6] そして、この場合、実務にテッヒョー草案と旧民法のいずれが影響を与えたか一つの問題であるが、[付7] 明治三六年の法典調査会の民事訴訟法改正案が、前表であきらかのように、ドイツ民訴法に相応することからして、自白に関しては、ドイツの学説が、この時期に、大いに影響を与えていたことが十分推測される。なお、〔C〕、〔D〕の内容については今日、容易にみることができるので、ここでは、紹介しない。

次に〔E〕についてみてみよう。〔C〕から〔E〕の間は、前述のように、自白についての規定は空白であつた。そこで、〔E〕では、自白に関して三ケ条の条文を設けた訳であるが、なに故に、ZPO二八九条相当の条文を設けなかつたのかは、不明である。さらに、自白の取消について、ドイツ法にない「相手方ノ同意アリタルトキニ限リ之ヲ取消スコトヲ得」という規定を設けたのも不明である。必要最小限のことを、当時の学説、判例の水準において規定したものと解する他ないが、

現在の立場からみると、そう解しても、多少の異和感がある。とにかく、これについての詳しい資料はいまのところ、ないようである。(付8)

次に〔F〕である。昭和四年一〇月一日に施行された現行民事訴訟法はその二五七条前段に自白についての規定を設けている。しかし、なに故に、この規定だけ設けたのかは、またしても明らかでない。改正理由書は「本条ハ当事者カ裁判所ニ於テ自白シタル事実及裁判所ニ於テ顕著ナル事実ハ証拠調ヲ為サスシテ直チニ之ヲ判断ノ基礎トナスコトヲ得ル旨ヲ規定ス。現行法第二百十八条ノ趣旨ヲ補足シタルニ過キス」とだけしか書いていない（「民事訴訟法中改正法律案理由書」巻三の一九頁）。また、この規定について審議したことを、民事訴訟法改正調査委員会議事速記録（昭和四年二月、司法省民事局発行）に求めても、〔E〕から〔F〕への変化、即ち、三ケ条から一ケ条に縮少されたこと、あるいは、なぜいまになつて、たつた一ケ条、つけ加えたのかについては、はつきりしないのである。(付9)(付10)

以上、大略的に、自白に関する法条の変遷をみた訳であるが、これによっても、とにかく、自白に関する規定はわが民訴法においては特異な変遷史をもっていることがわかるのである。今後、種々な資料がでてくれば別であるが、要するに、立法者が自白それ自体について、どういう見解にあつたかということを知ることは、非常に困難である。従つて最終的に二五七条におちついたこと、旧法時代、ドイツの学説によつて問題を処理していた事情等を考えると、自白に関しての立法者の意思を探求するよりも、訴訟法の原則に立ち返つて理論的に考え、しかも、ドイツにおける議論を参照しながら、日本の学説をフォローする方法が一番望ましいように思える。そして、これが正しい方法であると思う。このような理由からここに、日本の学説や判例、さらにはドイツの学説等の流れを正確に把握する方法の十分な存在意義があるわけである。

(1) 厳密に考えるならば、かかる概念は問題があるように思えるが、一般の、いろいろな権利自白についての定義づけの最大公約数ということができると思う。一応、このような約束の下で話をすすめる。なお、このような定義を一応、認めるとしても、「訴訟当事者とは、どの範囲の人までを言うのか」あ

るいは、「相手方の主張が先行する必要があるのか」、あるいは、「相手方の主張の一部を認める旨の陳述の場合はどうなるのか」、あるいは、「相手方の主張を条件付で認めることはできるか」といった問題が、生じるであろう。しかしながら、これらの問題は、権利自白にとつて固有の問題ではなく、訴訟行為論一般や、事実自白論との関連で答えられるべき問題である。したがつて、本稿の直接の対象ではない。必要に応じて、検討するという程度に、これらの問題は留めておく。

(2) 権利自白と、請求以外の認諾と放棄との関係について、論じたものはすくなく、それぞれ概念があいまいであるように思える。自白は事実に限るという命題を貫ぬくなら権利自白という言葉は矛盾している。しかし、認諾と放棄との区別が、昔の私法的訴権学説のなごりであると考えるならば（山田正三「法律上の自白（請求の拋棄並に認諾）」法学論叢四三巻五号（昭和一五年）一頁以下、その三頁）、両者を統合する概念として「法律上の自白」という概念をつかい、請求以外についての法律上の自白を「権利自白」という概念をつかつて分類しても不都合はあるまい。むしろ、認諾と放棄の関係は、実物と鏡の中の映像の関係にたとえられるから（Manfred Wolf, Das Anerkenntnis im Prozeßrecht. 1969 の九頁は放棄は認諾の Spiegelbild といつている）、ことさら、必要以上に両者の区別を強調する必要はないと思う。従つて、筆者は、体系的、用語的には、次のような理解をしている。

裁判外の自白　Außergerichtliches Geständnis
裁判上の自白　Gerichtliches Geständnis
裁判上の自白
- 法律上の自白（広義の権利自白）　Rechtsgeständnis
  - 請求の認諾・放棄　Klageanerkenntnis u. Klageverzicht
  - 権利自白　Rechtsgeständnis
- 事実自白　Tatsachegeständnis

さらに、筆者は、これら、自白に共通な、相手方の主張を認める行為をも、「自白」行為として、その行為が、事実自白か、権利自白かを区別する必要がない場合でも使用する。勿論、以下の記述においては、特に明記がない限り、全て、裁判上の自白である。

なお、権利自白の概念規定については、岩松三郎氏「民事裁判における判断の限界（昭和二八年）」民事裁判の研究（昭和三六年刊）八〇頁及び八五頁注一六、鈴木俊光教授「権利自白の効力」続学説展望（別冊ジュリスト四号）（昭和四〇年）一三四頁、法律実務講座民事訴訟編第四巻（昭和三六年）一九頁等を参照せよ。なおレントも後掲の論文（注9参照）の中で（八〇頁）、ほぼ、このように理解している。

(3) 権利自白についての現在の学説、判例の状況を説明するものとしては、鈴木・前注論文、実務講座・前注参照の他に、白川和雄教授「裁判上の自白の効力が認められぬ場合を説明せよ」法学教室八号（昭和三八年）一六七頁、竹下守夫教授「判例綜合研究・裁判上の自白」民商法雑誌四四巻三号（昭和三六年）八八頁～一〇〇頁、染野義信教授・民事訴訟法の論点（昭和四五年）一六二頁以下、等がある。なお、住吉博教授「自白の拘束力㈠」受験新報二〇巻七号（昭和四五年）二八頁以下は現在の状況と対立点を指摘する。

(4) 博士の民事訴訟法概論（昭和一三年）二四二頁や條解民事訴訟法（昭和三〇年）七二三頁にも、権利自白についての記述があるが、大体、述べている

ことは同じなので、民事訴訟法体系に、博士の権利自白についての考えを代表させた。

(5) 判例・学説における通説といわれるものと、兼子博士の考えとは異ならないと思う。これについては前注3の文献を参照されたし。なお、辞典という性格からして、通説を説いているものとして、宮崎澄夫教授の記述がある。「権利自白があると、相手方は一応その権利または法律関係の主張を理由づける必要はなくなるが、裁判所に、法律上明らかに不当な権利または法律関係を認定することを義務つけることは許されないから、口頭弁論にあらわれた訴訟資料によつては、そのような権利または法律関係の主張を認めることができないような場合には裁判所は権利自白に反する法律判断をすることが許され、またそうすべきである」民事法学辞典上巻(昭和三五年)四八四頁～四八五頁。同趣旨を説くものとして、小山昇教授「自白」(菊井編現代法律学演習講座「全訂民事訴訟法下巻」(昭和四一年)九九頁、菊井維大教授「法律学講座双書・民事訴訟法II」(昭和三九年)二三三頁、中田淳一博士「民事訴訟法講義上」(昭和三九年)一一四頁、杉浦智紹教授「民事訴訟法概論」(昭和四四年)一三九頁等をあげることができよう。

(6) 従来の学説を報告するものについては前注3を参照せよ。なお、その他に、升本喜兵衛＝金子文六教授編「学説判例総覧・民事訴訟法(下I)」(昭和四〇年)八七頁以下、寺沢音一編「新民事訴訟法・学説判例総覧」中巻(昭和八年)一五二一頁以下、等があるが、分類は明確になされているとは、いいがたい。白川教授、竹下教授は、拘束力の有無について、積極説、消極説、中間説の三分説に従つていると思われるが、鈴木教授、江藤价泰教授(「要証事実と不要証事実」法学教室六号(昭和三八年)五五頁)染野教授(前注3)、兼子・小山編・民事訴訟法講義(一九七〇年)二三五頁は、積極説、消極説の二分説と思われる(三分説における中間説を二分説は消極説とする)。従つて、消極説か中間説は微妙なものであり、明確に区分するのはむずかしい。筆者は、三分説を採用し、通説(兼子博士の見解が代表する)は中間説であると考えている。なお、従前の学説は、一応、目を通したが、ここでは、全てを採り上げていない点、御了承頂きたい。前述のように、区別(どの説に属するか)が明確におこなわれえないことと、明確に態度を表明した教科書がすくないことに依る。現在の代表的な論者、代表者な教科書・体系書に限定した。

(7) 博士の「訴訟行為論」(執筆時不明)(「民事訴訟法論文集」(昭和三年刊)所収、「民事訴訟法の諸問題」(昭和三〇年刊)所収)の中での主張である(論文集では一三八頁以下、諸問題では六四三頁以下)。

「請求以外ノ認諾ノ効力ニツキテハ訴訟法第二二八条〔筆者注――二二九条と思われる〕ノ規定ヲ準用セサルヘカラス、如此キハ学説ノ一致スル所ナリ(Hellwig, System I §149V, S. 447, Seufert Nr. 5 zu §507, Stein Nr. 1 zu §307 CPO, Förster-Kann 1 zu §307 CPO)。サレハ被告カ請求以外ノ認諾ヲ為シタル場合ニ於テ原告カ該認諾ニ基キテ裁判センコトヲ求ムル申立ヲ為シタル場合ニハ、裁判所ハ其ノ認諾ヲ基本トシテ認諾セラレタル法律関係ノ存在ヲ認ムヘク、其ノ範囲ニ於テハ事実ニ関スル審理、証拠調及ヒ証拠判断並ニ法文ヲ解釈適用シテ判断スルノ要ナキニ至ルコトハ請求ノ認諾ノ場合ニ於ケルト異ナルコトナシ。故ニ例ハ(イ)訴訟物タル法律関係ノ存在ニ関スル主張ニ制限的条款ヲ付シテ認諾シタル場合ニハ、裁判所ハ該法律関係ノ存在ハ認諾ニ基キテ認ムヘキモノナル故ニ、其ノ審理ヲ主張セラレタル制限的条款ノ当否ニ制限スヘク、又(ロ)先決問題タル法律関係ノ存在ニ関スル主張ノミカ認諾セラレタ場合ニハ、該法律関係ノ存在ハ認諾ニ基キテ認ムヘキモノナルカ故ニ、審理ノ訴訟物タル権利カ該法律関係ヨリ発生シタルヤ並ニ未タ消滅セサリシヤノ点ニ制限スヘキカ如シ。」

なお、博士のあげる具体例は、後述の岩松氏、三ヶ月教授的積極説とかわりがない点注目に値する。

(8) 前注2の論文参照。その三頁～五頁。

「拋棄並に認諾、又は請求の拋棄並に認諾は、共に法律上の自白であつて、事実の自白　と其の行為の性質を異にするものではない、この両者…は自己に不利益なる事実に関すると其の法律上の効果に関するとの差異こそあれ、孰れも認識の報告（観念の表現）であつて意思表示又は意思表現ではない、故に其の効力も亦両者異なることを得ざるものである、拋棄又は認諾又従て請求の拋棄又は認諾の効力は、これを事実の自白の効力に関する民事訴訟法第二五七条に依り知り得べく、又これに依り知るべきであつて、第二〇三条は請求の拋棄又は認諾の効力を定めたものではない、尤も請求の拋棄又は認諾は：同時に自己の申立（訴訟物たる権利又は法律関係の存否に関し自己に有利なる判決あらんことを欲する意思の表現）の理由なきこと（即ち自己が判決請求権を有せざること）又は相手方の申立…の理由あること：をも併せ認むるものなるを要し、若しこれを欠くときは単に拋棄又は認諾（請求の拋棄又は認諾に対し其の他の拋棄又は認諾と謂ふ）たる効力（民訴二五七条）を生ずるに止まり、更に進みて請求の拋棄又は認諾の効力（請求の拋棄又は認諾に基つき殊更当事者敗訴の判決を為す労を省略せしむる効力（民訴二〇三条）を生ずるに得ざる所である．。」

(9) これらの積極説では（前注7・8参照）、消極説との対立、あるいは、それへの批判がみられず、さらに、舟木博士が自説の根拠として引用されるHellwig（ヘルヴィヒ）は、竹下教授（前注3の論文九一頁）やレント（Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, II, Band (1916), 75f.）が分類するように、いわゆる中間説というべきである。即ち、ヘルヴィヒは、博士が指摘される箇所では、確かに、博士と同じ見解に立つているが（System I, 447）、しかし拘束力という点で事実自白と考えられない場合の権利自白は、当事者には拘束力なしとも主張しているのである。実質的に把握するとヘルヴィヒは、単なる積極説ではなく、中間説なのである。なお、博士は、認諾、権利自白、事実自白の撤回について、真実に反することの証明、相手方の同意等を要件としている（諸問題六三七頁、六四三頁、六六八頁以下）。

(10) 前注2の岩松論文参照。

「裁判上の対象は事実でなければならないといわれる。この点において請求の拋棄、認諾が法律自白（Rechtsgeständnis）といわれるに対し、自白は事実自白（Tatsachegeständnis）と称せらることは既に述べた。しかし、その意味は唯自白は三段論法における小前提を構成する事実を対象とするものであり、大前提を構成する法規又は経験則そのものの解釈、適用を対象とするものではないというだけであつて、自白が本質上、法律判断をその対象となし得ないものであることを意味するのではない。」（一二四頁～一二五頁）。

「要するに学説において自白の対象を事実に限定した所以のものは：大前提としての法規並びに経験則の解釈及び適用のみについて自白を認めるならば、到底裁判の客観性を保障することを得ないと見たために外ならないのである。既に述べたように、法律は法律判断についても、裁判の客観性を害する虞なしと見れば、請求の拋棄、認諾なる自白を認めているのである。〔中略〕…訴訟の全般にその効力を及ぼすものでないにしても、裁判所のなすべき爾後の裁判の客観性を害する虞の存しない限り、法律判断をもその対象となし得べきことを否定すべき理由はないのである。この意味において前提問題としての法律関係の自白が承認せられるのでありまた単なる事実上の自白であつても、それが有り得ない事実の存在を肯定するものである場合に当然無効とせられる所以が理解できるのである。さきに過失の存在を肯定する自白を有効とした所以のものも、それを独立した攻撃防禦の方法に関する総括的結論としての法

律自白と見たことによるものである。」（一二七頁～一二八頁）。

なお、このような氏の主張は、「判例に現われた民事訴訟法の問題（四）」法学志林四一巻九号（昭和一四年）四七頁以下、特に五二頁以下にもみられる。

(11) 法律学全集・民事訴訟法（昭和三四年）二七三頁参照。権利自白は「事実の複合体を法律上の名称で表示したものを総体として自白したものとみることができる」（前掲書二七三頁注の㈠）とも述べている。

(12) 三ケ月教授は、続けて次のように言う。「権利自白の撤回の自由を認めるにしても、それは法的推論の部分についてであつて、その基礎となる事実の点については一般の自白（事実の自白）が存するからその取扱に従う」（民訴法三八八頁）。そこで、「権利自白の取消が後に問題となるときは、事実上の主張の総体とみられる部分と法律上の推論の部分を分離して拘束力の有無を判定するという操作が必要である。」（民訴法二七三頁注一）。

(13) 佐々木吉男教授「権利自白とは何か」法学教室七号（昭和三八年）一六〇頁以下その一六一頁。佐々木教授は、さらに、「法的三段論法における大前提の地位に立つもののみが自白の対象とならないと考えることにも疑問があろう。何となれば、立法論としては、請求の拋棄や認諾に基つき更に拋棄判決或は認諾判決をなすべきものとなし得ることを考えると、請求の放棄や認諾を法的三段論法における結論についての自白としてその効力を考えることにも疑問があるからである」とも述べる。

なお、竹下教授も、「先決的法律関係の主張も法律判断の結果なのであるから、単にある法規の構成要件要素になつているという理由だけで事実と同視するのはいささか形式的にすぎる」と、岩松氏、三ケ月教授の積極説を批判する（前注3論文の九八頁の注の3）。

また、染野義信教授は最近の教科書で、「判決の成立における事実の確定（小前提としての）は単なる事実の整理統合ではなく、実体法適用の対象となりうるように構成する過程である（二一五頁以下をみよ）。すなわち、事実関係をいかなる法規の法律要件と照合させればよいかを構成する過程であるから、前提問題は、法規照合の面からみれば、あくまでも前提であり、構成すべき事実という小前提の概念の中に含まれないのではないか。」と、やはり、佐々木教授、竹下教授と、実質的には同じと思われる批判をしている（民事訴訟法（一九六九年）一六五頁）。

(14) 引用句は、全て、前注13の佐々木論文である。なお、染野教授も、⑤と同趣旨のことを説いている（前注3の論文一六七頁）。

(15) 染野教授は続けて、「当事者の法的評価に自白の拘束力を認めると、たとえば、本訴の訴訟物が除斥期間経過後の占有権にもとづく請求権の主張とのみ評価しうる場合に、その前提としての権利関係につき当事者の法的評価による所有権の自白を認め、これに拘束力を認めることにも同様の問題が生ずるのではないか。」と述べる（民事訴訟法一六五頁）。なお、教授は、「権利自白も判決成立の小前提として自白としての拘束力を認めるべきだとする見解については以上のような疑問が提起される」が、「自白の概念自体を拡大し、判決の成立にあたつて点検されるすべての事項まで包含しようとするのであれば別である」とされる（前掲書一六六頁）。また、最近の論稿では（前注3の一六八頁）、権利自白と反する事実が主張されていながら、権利自白を認めると上訴の理由になると述べている。

(16) 竹下教授（前注3の論文九八頁注の3）の批判の一つである。なお、対象が狭くなるという点については、前注15の染野教授の主張の後半を参照せよ。

(17) なお、さらに積極説に立つ現在の教科書として、野間繁教授「増補・民事訴訟法要論」（一九六八年）一八九頁、河本喜与之教授「改訂・民事訴訟法提要」（一九六五年）一三九頁をあげることができよう。

村松俊夫教授には、「訴訟上からみた対抗要件の意義」（中村宗雄教授還暦祝賀論集「訴訟法学と実体法学」（昭和三〇年）一三九頁以下＝村松俊夫「民事裁判の理論と実務（民事裁判研究Ⅲ）一七七頁以下）の中において（中村一五四頁＝村松一九三頁）、あるいは、「裁判上の自白」民事訴訟法演習Ⅰ（昭和三八年）一二二頁以下において（その一二六頁）、権利自白について述べている箇所があるが、判事は権利自白についてどう考えておられるのか、筆者の問題意識からすれば、不明である（鈴木俊光教授は、後者は、前者を改説したのかという疑問を提出している（前注2の論文一三五頁参照）。白川教授は前者について鈴木教授と同じく積極説とみている（前注3の一六七頁参照））。

また、細野長良博士は一般に消極説の論者として、引用されるが（前注3の竹下論文、白川論文）、昭和一〇年に刊行された岩波の「法律学辞典Ⅱ」の「自白」についての項では、権利自白について次のように主張している（その一一五七頁）。

「権利自白（認諾、詳しく云えば請求以外の認諾）。例へば相手方が所有権を有することを認め又貸主たることを認める等相手方の主張する自己に不利益なる権利主張を真実なりと表示するのである。此の点の効力に付ては法典に特別なる規定はないが、民事訴訟法第一〇三条に定むる請求の認諾の規定より考へらるるのみならず我民事訴訟法は当事者の弁論主義即ち言分主張を原則として居るから、其の一致した主張を其の通りとして裁判所は確定せねばならぬ。其の権利自白の取消に付ても、後に事実自白に述ぶるが如き取消原因を証明しなければ、取消しても自白通りに認定せらるるに至るのである。」

(18) 竹下論文（前注3論文九一頁）、白川論文（前注3論文一六七頁）参照。なお細野長良博士については前注17参照せよ。また、片山通夫「判例を中心としたる民事訴訟法の諸問題第一巻」（昭和七年）八六頁～八七頁も、消極説といえるであろう。なお、江口新「裁判上の自白」（法学新報四〇巻五号（昭和二年）三一頁以下）も、同趣旨か。

(19) これら積極説、消極説、通説たる中間説を含めて、具体的適用において、大差がでてこないことを指摘するのは、鈴木俊光教授（前注2論文一三五頁）、住吉教授（前注3論文の三〇頁）である。

(20) この点、次のように憶測する。わが民訴法学界に圧倒的影響力を与えたヘルヴィとは既に前注9で指摘したように、わが国の通説たる中間説なのである。彼の権利自白の記述を平面的に、把握すると、一方では積極説になるし、他方ではいわば消極説になりうるのである。即ち、ヘルヴィとは、一方では、事実自白、権利自白（広義）の差は対象の差にすぎないとその親近性をいいながら(System, I, 440)。撤回性に関しては、認諾の中に事実自白が含まれていない場合（含まれている場合は、それはＺＰＯ二九〇条の適用をうける）、自由に撤回を認めているのである(System, I, 447)。拘束力といっても、かように確定的とはいいがたいのである。このことは、後に本文で述べることと関連するが、権利自白の問題は、一面的に把握することが困難であることを物語るものであろう。

(21) 竹下教授はそのすばらしい自白についての判例研究を次のように結んでいる（前注3の論文の一二四頁～一二五頁）。「自白についての判例理論を概観してみると、その中に大きく言って二つの契機が潜んでいることを看取しうる。一つは自白のもつ審理促進的機能の重視であり、他は裁判と社会的現実との接着の要請の、自白の拘束力に対する優位である。〔中略〕これを要するに、自白についての判例理論は、一方、訴訟の迅速な解決にとっての自白の技

術的有効性を最大限に利用しつつ、他方、徒らに自白の拘束性を厳守して裁判の適正を失することなからしめんとの、二つの相反する要請の調和点を見出そうとする裁判官の努力の集積に他ならぬと考えられる」。

(22) 岩松・三ケ月的積極説では、権利自白の撤回はどうなのだろうか。事実自白と同じ規律に従うのか、あるいは撤回自由なのか。この点明確ではないが、前者が理論的には一貫しよう。なぜなら事実自白とかわりないということで議論をすすめているからである。なお通説といわゆるここでの積極説は、既に述べたように（前注19あるいは20）、大差ないのであるから、このような視点に立つて区別しないと、結局、同一に考えてしまう。例えば、前掲（前注2参照）実務講座民訴編第四巻一九頁、前掲（前注17）村松論文（民事訴訟法演習Ⅰ一二三頁）である。しかし、三ケ月教授も自説と兼子説を対決させているように（民訴法三八七頁）、両者を区別して考えなくてはいけない。もつとも、三ケ月説も消極説にならないかという批判もある（本文二三頁での批判⑤）。なお拘束力・撤回ということは、自白について、訴訟行為論における位置づけをおこなう場合にも問題となる。James Goldschmidt の提唱による Erwirkungshandlung と Bewirkungshandlung による訴訟行為の分類は（Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage (1925), 362ff.）、今日、大方の支持をうけているが（例えば、三ケ月民訴法二六七頁以下、及びそこで引用されている文献。Rosenberg-Schwab, ZPR. 10. Aufl. (1969), 305ff.）、ゴルトシュミット自身は自白を Bewirkungshandlung と考えているのに対し（Prozeß als Rechtslage, 427, ZPR 2. Aufl. (1932), 120）、一般に自白は「訴訟行為としては事実上の主張の一形態とみるべきであるから、取効的訴訟行為〔筆者注――Erwirkungshandlung〕に数え、ただ消極的な形で判決の基礎を提供する点で通常の事実上の主張と異るとみればよい（ローゼンベルグ、ニキッシュ等。これに対しゴルトシュミットは請求の放棄認諾と同列にみ、与効的訴訟行為とする、…岩松「民事裁判における判断の限界」法曹五巻三号一一一九頁〔筆者注――民事裁判の研究一三〇頁の注27〕も同趣旨）」といわれている（三ケ月、民訴法三八九頁）。自白のもつ、裁判所に対する拘束力（審判権排除）、当事者に対する拘束力、裁判の基礎となる効果等、訴訟上、種々な効果をもつ自白の本質如何という問題である。

(23) 判例については注3の論文を参照せよ。なお注18の片山論文、村松俊夫教授「総合判例研究叢書民訴法(1)弁論主義」（昭和三一年）五八頁も、判例について報告している。

従前の判例を詳細に分析した竹下教授は（論文については注3、分析した判例については次注参照）、判例理論について次のように述べている。

「判例によれば、端的に法的効果のみが陳述された場合は、相手方がそれを認めれば自白となるのに対し、法的効果を導き出す過程たる法規の存在の確定及び法律要件への事実の当てはめが同時に訴訟資料として現われている場合には、たとえその結果としての法的効果について両当事者の陳述が一致しても自白とはならないのである（後者の場合に、これを権利自白なるが故に拘束力なしと言うか、法律上の意見であるから自白が成立しないと言うかはむしろ用語の問題である）。」（前注3の論文の九六頁）。

これは、まさに、兼子説と、大差ないであろう。

(24) 竹下教授が分析された判例は次の判例である。〔　〕は教授の使用した分類番号である。（　）は筆者の加筆の部分である。

① 〔一一〕　大判昭和一六年一一月一三日法学一一巻（六号）六二六頁。

② 〔一二〕　大判大正七年三月七日民録二四輯（六巻）三七九頁。

③〔一三〕　東京地判昭和三一年一〇月一〇日下級民集七巻（一〇号）二八八四頁。
④〔一四〕　東京地判昭和三二年六月四日下級民集八巻（六号）一〇五五頁。
⑤〔一五〕　大判大正九年四月二四日民録二六輯六八七頁。
⑥〔一六〕　東京控判大正八年一一月三日評論八巻民法一二二七頁。
⑦〔一七〕　大判大正八年八月一八日民録二五輯（二一巻）一四九〇頁。
⑧〔一八〕　大判明治三七年一〇月二九日民録一〇輯一三七〇頁。
⑨〔一九〕　東京地判昭和三一年九月一四日下級民集七巻（九号）二五一六頁。
⑩〔二〇〕　最判昭和三〇年七月五日民集九巻（九号）九八五頁。

なお教授は、注の中で、判例理論との関係で疑問がある判例を二つあげている。

⑪〔二一〕最判昭和三一年七月一九日民集一〇巻（七号）九一五頁。
⑫〔ナシ〕　大判大正四年九月一八日新聞一〇五二号二五頁。

（付1）　染野義信教授の「わが国民事訴訟法の近代化の過程」（「裁判と法」上巻（菊井先生献呈論集）（昭和四二年）四九三頁以下）、「わが国民事訴訟制度における転回点―大正一五年改正の経過と本質―」（「民事訴訟の理論」上巻（中田先生還暦記念）（昭和四四年）一頁以下）という二つの論文が、それである。

（付2）　これらの経過、内容等については、前掲染野論文（裁判と法）に詳しい。

（付3）　現行フランス法の自白については、江藤价泰「法的自白に対する自白の効力の否定」（「フランス判例百選」（ジュリスト別冊二五号）（昭和四四年）一七八頁以下）に解説がある。

（付4）　いわゆる学術振興会謄写資料中に「民事訴訟法議案」と「民事訴訟法草案其ノ二」というのがある（なお「民事訴訟法草案議案意見書」は後者の六八以下と体裁は多少異なるが内容はほとんど同じである）。後者の「民訴草ノ二ノ一五二」に、「来二十六日（土曜日）会議案（民事訴訟法草按議案第一九号）報告委員ヨリ呈出相成候付及御送付候也　明治二十一年五月二十四日　庶務担当報告委員」という記述がある。そしてその民事訴訟法草案議案第一九号はその中で「旧第二百六十三条（削除）……（削除ノ理由）　……其他四ケ条〔筆者注――旧第二百五十八条、同二百五十九条、同二百六十二条、同二百六十三条をさす〕ハ民法草案第千三百十四条以下千三百二十五条マテ設定セラレシニ付キ之ヲ削除ス」とある。同じように、二百六十四条から二百六十七条までが「民法草案第千三百六十三条以下千三百六十九条ニ定メアルヲ以テナリ」という理由で削除されている（「民事訴訟法草案議案第二十号」。これには十九号のような前書はない。但し二十一号は、「来ル二日（土曜日）……明治二十一年六月一日……」とある）。前者即ち、民事訴訟法議案は、この会議案に基づいた会議の様子を朱筆で表示したものと思われる（これについての根拠は、例えば同・民訴草ノ三九の朱字を参照）。二百六十三条については「未定」ということが頭注として朱筆でかかれており、最後に「五月廿六日議了」と、やはり頭注として朱筆でかかれている。二百六十四条から二百六

十七条については「削」と、頭注として朱筆で記載されている。なお、ここでの条文の内容は、自白に関していえば、多少の字句の違いがあるが（この差異は興味あることである。要するに、テッヒョー草案を再検討したことがよくわかるのである）、その内容は、テッヒョー草案と大体、同じである。明治二十一年の五月下旬に、自白に関する規定は、民法に譲るということがきまったことがわかる。ただ未定である二百六十三条三号（現行法二五七条相当、ZPO二八八条一項）が、その後どうして、これも、削除されたのかは、明らかではない。右の資料は、「民事訴訟法再調査案」の一段階前のものと思われる。テッヒョー草案が何故に、施行されなかったのか、またテッヒョー草案と旧民事訴訟法典との関係等については、前掲染野論文（「裁判と法上巻」所収）に詳しい（及びそこで引用されている兼子論文）。

（付5）雉本博士は、前掲の論文の中でこの点について次のように述べている。「立法者カ疎漏ニシテ規定ヲ設クルヲ忘失シタルモノナルカト云フニ然ラス。〔中略〕現行民事訴訟法制定ノ際立法者カ特ニ此ノ規定ヲ削除シタルニ徴スルトキハ、遺忘ニ出テタルモノナリトスルハ、最モ当ラサル推測ナリ。サレハトテ立法者ハ旧草案ニ規定スル所トハ全然反対ノ意見ヲ有シタリト云ヒ、若ハ自明ノ理ナリトシテ之ヲ承認シタルモノナリト云フカ如キハ、何レモ確乎タル論拠ヲ欠クモノト云ハサル可カラス。妥当ト見ル可キ推定ハ、立法者ハ裁判上ノ自白ハ勿論広ク自白ノ性質及ヒ効力ニ関スル研究ハ、全ク之ヲ学説及ヒ実際ニ一任シタルモノト看ルニアラン」（前掲法学志林一〇―一一頁。傍点省略。）なお博士は、この論文を当初、次のような大きな体系の下に、執筆されたようであるが、第二節の途中で執筆をやめてしまっている（前掲書の翌年の八月号、即ち、法学志林一一巻八号三七頁以下である）。第一節「総説」（法学志林一〇巻一〇号）、第二節「民事訴訟ニ於ケル自白ニ関スル独逸ノ学説ト独逸民事訴訟法ノ規定トノ関係」（法学志林四一巻八号）、第三節「我成法解釈論トシテノ民事訴訟ニ於ケル自白ノ性質及効力」、第四節「結論（附大審院決定ノ批評）」。第二節の議論が詳論なので、それからしてもまさに未完が惜しまれる。その後の博士の自白についての議論（例えば、判例批評録第一巻第一部の三一「裁判外ノ自白ノ効力」（一三〇頁以下）、判例批評録第一巻第二部の一八「裁判上ノ自白ノ撤回」（四五四頁）等がある）は、民訴法の規定のないことを述べて、それをどう考えるかには述べず、直接、議論を進めている（判例批評というものの制約ともとれるし、法学志林での論文で一応ふれたからかもしれない。しかし、既に述べたように、博士はこの問題の核心たる第三節は執筆していないのである）。なお博士の自白論の中で、興味あることは、前掲判例批評の中では、「裁判外の自白」については「旧民法ノ規定ヲ以テ法理ヲ一串スト為スモノタリ」（前掲一二三頁）と主張し、裁判外の自白について効力を認めているのに対し（参照せよ、旧民法証拠篇第三三条以下、特に三六条、四二条、四一条）、博士の大作、「訴訟行為論」（「民事訴訟法の諸問題」所収）では、「法理上ヨリ云ヘハ」、裁判外の自白に、効力を認める見地ヲ採ルニ拘ハラス、」、「現行法ノ解釈トシテハ、Bethmann-Hollweg 以来ノ所説ニ従ヒ、又請求ノ認諾ニ関スル民訴第二二九条ノ規定ノ精神ニ参酌シ、前示ノ類推解釈カ現行法ノ法意ナリトシテ以下ノ説明ヲ試ムヘシ。換言セハ我訴訟法中ニ『口頭弁論ノ際、当事者ノ一方カ相手方ノ為シタル事実ノ陳述ヲ自白シタルトキハ、裁判所ハ自白ニ基キ其ノ事実ヲ真ナリトシテ裁判スヘシ』ト云ヘル規定存スルカ如クニ視テ以下ノ説明ヲ試ミントス。」と述べている（六五二頁）点である。このことは、自白について学説にまかせるといっても、やはり、そこには採るべき理論の流れのあることを予定しているのである。即ち、それはドイツ法の自白の考え方である。

（付6）現行民法が、なに故に、旧民法の証拠篇を削除したかについては、いわゆる学術振興会膳写資料中の「法典調査会民法総会議事速記録第一巻」の「明治二六年五月二日第二回法典調査会委員総会議事速記録」（総会一ノ二六から一ノ二七にかけて）と、「法典調査会民法主査会議事速記録第一巻」の「民

法第二回主査会速記録、明治二十六年五月十九日」（主査一ノ七七より一ノ八七にかけて）の所に、その議論がみられる。

（付7）前注5の後半において触れた。

（付8）染野教授は、この点について次のように述べている。「この会議における審議の経過は、民事訴訟法議事速記録（以下法典速記録と略す）として記録され、昭和一三年学術振興会の謄写によつて保存されているが、全部ではなく、第三六回委員会まで、内容は第一編第二章第四節『訴訟代理人及び輔佐人』までの記録しか残存していない」（前掲民事訴訟の法理上の一九頁注の8）のである。

（付9）勿論、詳しく資料を検討すれば、何か、でてくることは十分期待できる。後日の問題としておく。

（付10）民事訴訟法改正調査委員会議事速記録より、この点についての議論をみてみよう（大正一三年一〇月二四日の所五二三～五二七頁）。

松岡義正「……本案の二百二十二条は現行法の二百十八条に当る所でありまして、是に現行法に附加へるに当事者の自白したる事実と云ふ文字を以てしたのであります。さうして此証することを要しない事実を茲で明らかに致しました……」（五二二頁）。（筆者注―なおここでいう二百二十二条とは現行法二五七条のことであり、現行法二百十八条とは旧民訴法二一八条「裁判所に於テ顕著ナル事実ハ之ヲ証スルコトヲ要セス」のことである）。

……

原嘉道「自白したる事実は証することを要せずとありますが、之は現行法には別に斯う云ふことはありませぬが之は何か書く必要がありますか。」

松岡義正「之を書く必要は立証責任の問題に関係を有しますから、そこで自白した事実がありますれば自分の相手方が自白すれば立証することはしないで宜い、立証責任の問題を解決する必要がある。」

原嘉道「自白した事実に付ては立証は要らぬから自白した事実は証せずと云ふことを書く必要がありますか、明かに争のないことは為さざるものと看做すと云ふことがある、さう云ふ規定から見ても争はぬと云ふものに立証責任のないことは当然のやうに思ふ、殊に斯う云ふことを書くと自白しなくても争はないやうなことに関することも亦書かなければならぬやうになりはせぬか。」

山内確三郎「それは法典調査会案の三百十一条にある。」（筆者注――前表のEのことであると思われる。）（以上五二六～五二七頁）。

これだけで議論が終つているのである。そして、第五一回帝国議会民事訴訟法改正法律案委員会速記録（抄）（昭和四年司法省民事局発行）によつても、池田寅二郎政府委員は、大正一五年二月二四日の委員会の席上、次のように証拠について説明している。即ち、「第三節証拠、と致しまして総則、証人訊問、鑑定、書証、検証、当事者訊問、証拠保全、是だけ七個の項目を規定して居ります、現行法と大体同じことになつて居ります」といつて（四三六頁）、自白についての規定は全く問題としていないのである。民訴法改正に際して、発表された多くの論稿（これについては法曹会雑誌八巻一二号五七四頁以下に文献目録がある）の全てをみた訳ではないが、代表的なものをみても、特に、問題としていないのである。