

Title	権利自白論(二)
Sub Title	Zur Lehre des Rechtsgeständnisses (2)
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.1 (1971. 1) ,p.49- 85
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710115-0049

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 (二)

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 [以上前号]

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)、注釈書の状況について
- 2、デムラーの権利自白論(二八九五年)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(法学研究四三卷十二号九〇頁)に譲り、本稿では省略している。
- 4、パ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 ソ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 [以上本号]

四、まとめ並に私見

- 1、紛争なき所、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

三、西ドイツにおける学説の現状と

一、一一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

権利自白の問題について、わが民事訴訟法の母法たるドイツ法において、現在どのような議論がなされているか、みてみよう。種々な点で、わが国における権利自白の問題を考えるにあたって益するところ、すくなくないと思うからである。研究方法として、問題があると思うが、歴史的考察は最小限に留めた。それは、どれだけ十分に資料が収集しえるかという点(25)が第一の理由であるが、それと同時に、いまだ明確な方法論をもたずに、どれだけ資料を整理しうるかという不安もまた原因である。即ち自白論は、古くは、ローマ法の *confessio in iure* や *confessio in iudicio* に淵源があり、新しくはドイツ普通法時代に華々しく、訴訟行為論としてその法的性質があらそわれ、ZPO成立後も、やはりその論争が続ぎ、今日、やつと、一応の定説をもつにいたつたという歴史をもつているのである。また、最近、これに関係するドイツの論文をみても、歴史的、学説史的考察をしていないのであり、このことも、本稿において歴史的考察をしないことの二因でもある。後日の研究に譲るしだいである。(26)

今日のドイツにおける権利自白についての学説の状況を語る場合、それは今日、あまりにも議論がなく、従つて厳しい学説の対立をみないのであり、問題状況を正確に理解することは困難である。要するに、問題意識をもたないのである。そこで、ここでは、レントの分類を参考にし、いかなる対立する学説が従前にあつたかを、みてみよう。(27)そして、その代表的な

学説と現在の通説はどこが異なるのか、そして、どちらが秀れているか、なぜ通説が確立されたかを考えてみようと思う。その後で、最近の、パウア論文、あるいはヴォルフのモノグラフィについて、その内容を読み、検討してみようと思う。³⁰⁾

レントは、その有名な「民法と民事訴訟における法条競合」の第二巻（一九一六年）において（七五頁以下）、権利自由の学説の状況を次のように整理している。

「これについての見解はわかれている。三つの異なつた見解に区別される。その一つによれば、権利自由は、ZPO二八八条による事実についての自由と同じ原則に服するのであり、その本質において、事実自由と異ならないのである。別の端（の見解）を、より古いライヒスゲリヒトの理論が採るのであり、それによれば、権利自由は一般に、個々の場合に、単純で、どの当事者によつても容易に確実に予測しうるところの理解される法律関係で、まさに法律効果が成立事実によつて当然明らかになるといふ法律関係が問題となつてゐる限りにおいてのみ可能であり、そして権利自由は相手方から、主張、挙証責任を奪うのである。新しい理論は中間にある。それは、権利自由を、その対象が異なるから、二八八条の自由と区別するのであり、それ故に、別の原則（特に撤回に關して）の下に服させるのであるが、しかし、権利自由に、相手方から、彼の主張、挙証責任を奪うという類似の効果を与えるものである。」

レントのいう第一説は、我々の前述の分類でいうと、積極説であり、第二説は、消極説であり、中間説がわが国の通説に近いということになる。³¹⁾ そして現在のドイツの学説の状況というと、第一説が通説的であり、第一説と第二説とを加えた折衷の見解が、それに続き、第三説を採る者は、ほとんどいないように思える。³²⁾ 判例は、とにかく第一説ではないということができると思ふ。³³⁾ この点で、判例と学説は対立しているように思える。かかる状況であるから、現在の通説に對立する第三説の代表者としてデムラー論文をみて、今日の通説の意味を説明してみようと思ふ。なお、デムラー以外で権利自由を論じた学者はすくなくはないが、権利自由そのものを直接のテーマにしたのは、デムラーではないかと思ふ。従つて、詳細に以下に内容を紹介する訳である。ビュロー（注35参照）やヘグラ（注38参照）や、ゾウベルンハイム（付注11参照）も、比較的、権利自由について詳論した学者であるが、権利自由そのものを、デムラーのように詳しく分析してゐないようなので、特

に、本章では項目を設けていない。但し、ゾウベルンハイムは、わが通説と非常に親近性が感じられるので、付節という項目を設けて詳しく紹介した。ヴォルフとバウア論文について項目を設けたのは、今日における権利自白論を示唆するものとして評価したからである。要するに私見は、これらドイツの諸見解によつて、権利自白論を再検討、再構成しようとするものである。紹介を詳しくしたのは、わが国で詳しく議論がされていないから、資料的意味があるのと、今後緻密な理論を構成するのに十分、役立つと考えたからである。

2、デムラーの権利自白論について

コンスタンチン・デムラー⁽³⁴⁾の「法律関係についての裁判上の自白」は Tübingen Inauguraldissertation であり、一八九五年に Stuttgart の Druck von W. Kohlhammer より出版された A5 版よりやや小さい (※13cm×20cm) 五八頁の小論である。なぜこの論文を、ここでとりあげたかという点、第一にこの論文はわが通説に対してある意味では理論的根拠づけを与えると思えるのと、この当時の多くのこの問題に関連する論文、体系書の記述等が、必ずこの論文をかかげているのであり、今日でも、シュタイン・ヨナーナス・シエンケ・ポールの註釈書一九版は参考文献として、この論文をあげているから⁽³⁵⁾でもある。⁽³⁶⁾

論文は九節より成る。目次の大要を紹介すれば次のようなものである。(一) 序論(一―四頁)、(二) 認諾(四―六頁)、(三) 相手方の主張を認めて抗弁を主張する(六―一四頁)、(四) 抗弁と否認(一五―一九頁)、(五) 先決的法律関係(一九―三四頁)、(六) ドイツ民法の立場(三五―四〇頁)、(七) 訴訟行為としての法律関係の自白(四一―五二頁)、(八) 法律関係についての自白の取消(五二―五七頁)、(九) 先決的法律関係についての「擬制自白」(五七―五八頁)。以下簡単に内容を紹介しておく。

(一) CPO 二七八条〔筆者注 ZPO 三〇七条〕は請求の認諾を、CPO 二六一一条―二六三条〔筆者注 ZPO 二八八条―二九〇条〕は事実自白

を、それぞれ規定しているが、法律関係の自由については規定していない。なお事実とは、die realen, wahrnehmbaren, beweisbaren Vorgänge der Aussenwelt (現実的で知覚して、証明可能な外界の出来事)であり、法律関係とは、die unsichtbaren rechtlichen Folgen davon, daß solche rechtserhebliche Tatsachen in der realen Welt vorhanden sind oder vorhanden waren (現実的世界において存在するかまたは存在した法的重要な事実からの目にもみえない法的結論)である。問題は、そこで法律関係の自由である。考え方として、事実自由の中に含めて考えるのと、訴訟法の大原則(弁論主義—筆者注、しかし彼のいう弁論主義は今日でいう処分権主義に近い)から考えるのとがある。ところで、相手方の主張する法律関係について肯定する場合、次のように、それを分類することができる。

① 原告(反訴原告)の主張する請求を自認して、全く異議を述べない場合→(一)

② 原告によつて申立てられた権利は存在するが、原告の給付請求は理由がないと抗弁する場合→(三)、(四)

③ 請求を基礎づける事実と並んで、請求原因の一部となる法律関係(いわゆる先決的法律関係)を肯定する場合→(五)、等である。

(一) 請求の認諾とは、原告の Verlangen (要求) に従うと陳述し、実体法、訴訟法上全く異議を述べず、請求の当否を判断する裁判官の審判権を奪うことである。Streit がなくて Prozess のみが存在し、通常の判決と異ならない(成立事情は異なるが)判決が、申立によつて下される。もつとも、絶対的で放棄しえない訴訟要件については、認諾判決を下す裁判官によつて調べられねばならない。

(二) 相手方の主張を認めるが、抗弁権を主張する場合には、(1) 請求を自認するが、同時に相手方に対する自己の請求権存在を抗弁で主張する場合と、(2) 主張せられた権利は認めるが、そこから導きだされる請求権を否定する場合と、(3) 主張せられた権利並に主張せられた請求権の存在を認めるが、防禦的に反対権(Gegenrecht)を主張する場合と、がある。これらは請求の認諾に近いものである。(1) の場合は反訴でないことに注意する必要があるが、この場合、多くは引換給付判決を導くであろう。(2) の場合とは、所有権者に対して用益権の存在を主張したり、消費貸借契約の貸主に対して、支払猶予の存在を主張したりする場合である。かかる抗弁に理由があると、訴は棄却されるが、原告の権利の存否については確定しない。(3) の場合とは、取消権の主張の場合である。

(四) (三) の場合の(1)(2)に続けて、(三)として、原告の権利、請求権の不存在を明らかにする事実を主張する防禦方法がある。これは、権利障害の抗弁(例えば、行為能力の欠缺を主張)と、権利滅却の抗弁(例えば、支払、免除、更改、時効等を主張)とにわかれ、後者は、権利が一定時点まで存在したことを認めることである。なお抗弁(広義)には、それを単独で訴として訴訟上、主張しえるものと、単に防禦的にしか主張しえないものがあり、後者は、取消的なものと、無効的なものとがある。さらに、当事者の主張を要する抗弁と、要しなくても当然裁判官が調査しうる抗弁とがある。

(四) 先決的法律關係を認めた場合(訴において、先決的法律關係ほどの程度まで理由づけ *Substanziierung* されねばならないかの問題)について。通常の原則は、訴求者は理由づけに必要な事實は全て提出しなければならず、裁判官は法的知識によつて、かかる事實が請求を理由づけるに十分であるか否かを調べるということであり、權利の基礎にある事實主張なしの權利主張を不適法視する。そこで、先決的法律關係は、事實に分解しなければならぬかということが問題となる。前述の原則を嚴格に貫徹し立場と、公平、合目的性の見地からの事實分解不要説とがある。しかし、当事者は先決問題について、審判を求めていないし、利益を有していない場合、裁判官は、当事者に先決的法律關係の事實分解を要求し、そして、その点で審判しなければならぬであろうか。第一に鬼の証明 *probatio diabólica* のように、困難を当事者に強いることにもなろうし、さらには争いのない所に裁判がおこなわれることであり、本当の權利者に、場合によつては權利を否定することになろう。従つて、先決問題について当事者の主張に拘束されるのが原則であり、裁判所の審判權(審判義務)は、*Streit* が生じた時、はじめて生じ、当事者の一致した法律状態を裁判所は調べることは許されないのである。その理由は、私法關係の確定、現に奉仕する民法においては、裁判所の審判權は当事者の申立によつて生じるのであり、かかる審判によつて私法關係を確定することは、訴訟外と同じく、他より強制されえないからである。さらにまた、正当な私人のみが、自己の權利の実現について関心をもち、かかる私人のみが訴訟にのせるか否かの判断權をもつのであり、これによつて、訴訟權(*Prozessrecht*)を私人は自由に行使しうるからである。勿論、先決的法律關係について争いがあれば、事實に分解されねばならないし、この点について確定してもらいたければ中間確認の訴の制度がある。

なお *Planck* は我々と同じ立場である。彼は、*Anspruch* の成立要件事實を自然的なものと法律的なものに區別し、先決的法律關係は後者に属するとした。この考えは、事實自白の中に法律關係の自白を含めるとする學者によつて支持されている。しかし、*Wetzell* はあくまでも、事實に分解せよと主張する。*Planck* 派は、第一に、なに故に事實に分解する必要があるのかということの説明していないし、通常の法律用語の法律的事實概念を拡張させている点で、疑問がある。³⁸⁾ 法律的事實が事實と等しいということで、先決的法律關係について訴状に事實分解まで要求しないのではない。それは合目的な考慮に基づく。

(六) ドイツ民法は事實自白、請求の認諾について規定するが、法律關係の自白について規定していない。従つて、訴訟法の一般の原則から考えねばならない。しかし通説は CPO 二六一条(筆者注 CPO 二八八条)以下に、法律關係の自白は含まれると考へる。しかし、実定法の文言からして、おかしい見解である。裁判官が自白の場合、当事者の主張に拘束されるというよりは、裁判官に審判義務がなくなつてゐるから、当事者の主張と一致するのであり、かかる審判義務の消滅は、当事者達が推論の結論(*das Resultat der Folgerung*)で

ある一つの事実あるいは一つの法律関係を承認しようとして希望する場合に生じるのである。従つて、当事者が、裁判官の裁判を欲し、それぞれ事実上、法律上の主張をする場合には審判義務は消滅しない。なお通説の多くは、自白の可能対象として、法律的事実のみを述べているが、Planck は、自然的事実、法律的に構成された事実、法律関係の存在、性格、内容についての主張も含めて広く考えている。⁽³⁹⁾

(B) 自白とは、Klagevortrag(訴の申立)に応訴する被告の肯定的陳述であり、認諾、法律上の自白、事実自白は、結局、同一原則に支配されている。相手方によつて主張せられた請求や理由づけに対して、争うつもりがないという明示、黙示の陳述であり、かかる内容の口頭弁論における一方的に効果が生じる意思表示であるところの訴訟行為である。即ち、当事者は、相手方の主張を肯定したり、否定したりすることはできる。かような当事者は、訴訟において、自己に最も有利で、最も費用のすくないところの方法によつて訴訟を進めるであろう。このようなことによつて、裁判所は当事者の自白した法律関係を、裁判の基礎にしなければならない。即ち、審判権と審判義務が消滅するのである。後で、争いが生じてまた審理する可能性があるということでは、反論にならない。裁判所はその時点において、明確に審判義務ありや否やを確定しなければならないのである。

なお自白について、放棄説や、実体法的処分説があるが、おかしい。もつとも、実体法上の行為が同時になされる可能性はある。⁽⁴⁰⁾

最後に、認諾の特性について述べれば、ローヤの *confessio in iure* と認諾とは無関係ではあるが(むしろ *confessio in iudicio* と等しい)、その余後効と認諾とは関係がある。判決が認諾によつて与えられるという方法と、判決代用物という方法の二つの関係の仕方があるが、ドイツ民訴訟法は前者を採つた。⁽⁴¹⁾

(V) 法律関係についての自白についてドイツ民訴訟法は規定を有しない。そこで、訴訟法の原則から考えることになる。一般に、口頭弁論終結時まで、自己の陳述変更は可能なのであるか。随時提出主義ということ、自白することは放棄することであるという見解は否定されたこと、自白する場合、永遠的に裁判官の審理を排除するつもりで自白するのではない(自白の取消撤回は自己矛盾ではない)こと、要するに、自白とは自白時点における審判排除である(裁判官は自白者が自白に固執するか否かを問えない)こと等からして、自己の陳述の変更は可能である。この点で事実自白の場合はCPO二六三条(筆者注)ZPO二九〇条の要件からして将来もあらそわない旨の陳述である。このようなことから、法律関係の自白と認諾は撤回自由であり、CPO二六三条(筆者注)ZPO二九〇条の規定は適用されない。即ち、これらの場合、事実自白の事実上の主張の証明免除とは異なり、実体的法律行為が存在し、また、事実自白が真実をいう自白者の意思に基づいているのに対し、これらの本質は当事者訴訟 *Parteiheit* の対象と範囲を確定するところに存するのである。

(VI) 先決的法律関係については、原則として擬制自白は生じない。それは、擬制自白は、当事者が相手方主張の事実について陳述した

い場合、あるいは不完全な陳述であつた場合は、事實証明は中止されるという原則に基づくからである。これに対して、法律上の審判は、相手方が行為しなくても、中止されるということはない。従つて、法律上の審判排除には、權利主張に対して、明白な肯定的陳述が必要なのである。

但し、例外として、請求に対しての先決的法律關係が主張され、その先決的法律關係を理由づける事實が附加されていなくて、首尾一貫した理由づけられた *Substantivum* 訴が存する場合、擬制自白が認められる(通説である)。この場合要するに C P O 二九六条(筆者注一 Z P O 三三二条)は適用されるのである。

以上のようなデムラー論文について、若干の問題点を指摘しておく。

第一点として指摘しておかねばならぬことは、デムラーの法律關係の自白についての詳細な分析のすばらしさである。今日の視点からみて多少、おかしい所もあるが(例えば、証拠法定主義や自白についての実体法説、放棄説等、今日、既に克服された理論を意識しすぎている)、その分析には、今日においても、傾聴に値する。この点、デムラーのブランク批判は正当であり、ブランクの見解は曖昧といふべきであろう。しかしながら、今日のドイツの学説は、ブランク見解に立つものは有力であつても、デムラー理論に立つものはいないようである。この原因はどこにあるのだろうか。考えてみる必要がある。第一に考えられることは、デムラーのいうように広範囲に權利自白の効力は認められないといふことかもしれない。しかし、この点は、いわゆる先決的法律關係をどう解するかわつてくる。⁽⁴³⁾ げんにブランクは通常の見解よりも広く解していた。もし、先決的法律關係概念を、請求を理由あらしめるか、または理由なからしめるかの一切の法律關係と考えるなら、デムラーの結論と大差なくなるであろう。この点、どうも、一般に概念内容が曖昧に思える。しかしデムラーのいうように結局、用語の問題に帰着する可能性が多い。このことが、ブランクの見解が今日、支持される理由かもしれない。第二に考えられることは、今日の機能面の重視の傾向に原因があるように思える。即ち請求それ自体と請求を理由づけるものと二分するならば、後者をさらに分析する必要があるだろうかといふことである。ローマ法ではアクチオ・システムであつたことにも原因

があつたと思われるが（本当は手続の段階の差異に原因があつた）、*Confessio in jure* と *confessio in iudicio* とがこれに対応したのである。⁽⁴⁴⁾近代法の権利の体系では、請求と事実との間に権利が介在するのである。まさに権利自由は、どちらに属するかが問題になる。しかし、権利とても請求を理由あらしめるものにすぎないとなると事実の中に含まれてしまうであろう。ことさら、権利と事実とを峻別しても（この限界は流動的で峻別は困難であろう）、両者とも、請求を理由あらしめる機能という点では同じであるならば、意味がないということになる。⁽⁴⁵⁾もしこう考えたと、ドイツ民法に特に権利自由の規定がないことも説明がつくように思える。要するに、法と事実とを区別する実益がないということが、デムラー説が支持されない原因かもしれない。また、あるいは、ドイツ人の法意識、弁護士強制主義等の外在的要因から、事実主張の総括としての法主張が多くなされ、しかも、事実主張に比して、ことさら誤つてなされるということがすくなくからかもしれない。さらにはまた、同一識別的訴訟物論をとると（あるいは新訴訟物理論のように広く訴訟物の範囲を考えると）、⁽⁴⁶⁾理由記載説に比して事実が必然的に抽象化され、紛争対象の客観的把握と、当事者の主観的、具体的な紛争対象把握との不一致が増大し、⁽⁴⁷⁾弁論主義といつても、事実主張か法主張かといつたことよりも、⁽⁴⁸⁾当事者にとつて裁判所の判断が不意打ちになるか否かということが重大視されるようになったことも一因があるのではなからうかと思ふ。⁽⁴⁹⁾即ち、法主張であれ、事実主張であれ、当事者間に見解の一致をみる場合（訴訟上の合意から、自白、認諾を含めて）、それに対して何等の拘束力を認めないことが合理的か否かということが問題であり、それが法主張であるから、あるいは事実主張であるから、問題であるというのではあるまいという考えがあるのではないだろうか。しかし、かようなことだけでは、デムラー説への直接の批判にはならないであろう。問われるべきは、かような、今日の通説のもつ機能論ではないだろうか。両者が、たとえ同一の法原則に服するにしても、対象が異なる以上、それぞれの特質に応じた配慮がなされるべきであろう。レント分類の第一説的である今日の通説でいくと、撤回については、事実自白の規定が適用される結果、要件が嚴格であると同時に、裁判所の審判権を完全に奪うことから、誤つた

(正しくない)判断がなされる余地が大いにある。また、そうでない説(レント分類でいう第二説)をとると、要するに、権利自白になるのか、ならないのか、相当に曖昧になる。従つて、理論的には、デムラー説が正しいものをもつていゝべきで、権利自白論は、この延長線上に、構成されねばならないと思う。なお、かようにデムラー説を支持した上でのドイツの現在の説への批判は、既に紹介したわが国の学説にも、あてはまると思う。ドイツでの議論がストレートに日本に、導入できるかは、比較法學上、問題があると思われるが、ドイツでの機能強調の理論を機能が働く基礎の異なる日本で消化するよりも、緻密な理論を日本で消化する方が、正しいと思う。現在のドイツの状況に反するが、デムラー説を支持し、紹介した訳である。勿論、今日的視点での再検討がなされねばならないと思う。次章で、これは試みるつもりである。

第二点として指摘しておきたいことは、彼の積極説の論調が、一見、当時の当事者主義を強調する時代(例えば、訴権論における具体的訴権学説)の所産のごとく私権の保護を制度目的とする見解に基づいて、そして私人に訴訟でのイニシアチブを認めることによつて、権利自白肯定説をひきだしているようであるが、単に、それに尽きるのではないことである。即ち、彼の議論をみると、訴訟制度の運営について、実質的、合目的的判断をしているのである。この点を看過してはならないと思う。

第三の大きな特色は、請求の認諾、権利自白に対して、当事者に撤回の自由を認めている点である。即ち、彼の議論は、権利自白について広範囲にその効力を認めている反面、他方においては、当事者は容易にその撤回ができるとしているのである⁽⁵⁰⁾。この点、不当な裁判の防止装置とも考えられるのであり、それを使うも使わないのも、全く当事者にゆだねたとも読めるのである。しかし、これは、場合によつては、審理促進の要請を後退させることになる。そこでかような視点で問題を考えるならば、権利自白の効力を広く認めるが、しかし当事者に撤回を自由に認める方法がよいのか、当初から権利自白の効力の認める範囲を狭くして、撤回について事実自白と同じように解していくのがよいのか、あるいは、当初から全く権

利自由を認めない方法がよいのか、といった三つの立場の選択にあるように思える。全く認めない第三の立場では、理由づけられない法主張は一切、認めないということになって不都合に思えるし、第二の立場の一定の範囲で事実自由と同じように考えるというのでは、その限界づけが困難になるか（多くは、日常用語的、熟知せられた法律概念の場合ということで線を引いているが）、あるいは撤回の困難さから、不当な判断を導くことになると思う。理論的には第一の立場の方向が正しいように思えるし、実際的にも妥当だと思う。第一の立場がデムラーであり、第二の立場が今日のドイツの状況ということができようか。

3、ヴォルフの認諾論

これについては拙稿の書評で述べているところであるので（法学研究四三巻一二号九〇頁以下）、ここでは、論文の内容についての紹介は省略する。ヴォルフ論文で重要な点は、訴訟の目的達成ということ、認諾に直接、訴訟終了効を認めている点と、訴訟終了効をもたない認諾として、請求の *Tatbestandsvoraussetzungen* についての認諾を認めている点である。具體的適用範囲は問題があるように思えるが、結果的には彼は、先決的法律関係についての権利自由を認めていることになろう。なおヴォルフ論文の書評を書いていた時には、いまだドイツでのヴォルフ論文の書評をみることができなかったのであるが、脱稿後、比較的、詳細なフライブルク大学のペーター・アレンス教授の書評に接した。教授は「民事訴訟における当事者の訴訟行為の意思の瑕疵」（一九六八年）で有名である。書評はZ Z P 八三巻三号三五六頁以下、約八頁のものである。研究室に同誌が入ってきたのが一〇月一五日であつたから、九月上旬に書き上つた私の書評では参照できなかった訳である。以下、アレンス教授の批評の要旨を紹介し、若干のそれに対しての意見を述べてみようと思う。

アレンス教授は、書評を八節に分けている（最後がIXとなつているが、VIIIの誤りではないかと思う。VIIIがないのである）。教授は各節にみだしを

つけていないが、筆者の理解によつて、強いてつければ、次のようになるうか。

(一) ヴォルフ論文の出発点。(二) 認諾と訴訟終了効。(三) 認諾判決の申立。(四) 認諾判決の申立の代りに本案の申立の繰返し。(五) 判決の基礎としての認諾。(六) 留保、制限つき認諾。(七) 認諾の取消し。(八) その他およびむすび。以下簡単に内容を紹介しておく。

(一) ヴォルフ論文は認諾の法的性質について論じるのではなく(ヴォルフは通説たる訴訟行為説に立つ)、制限、留保つき認諾の適法性について論じる。かかる問題解明は訴訟経済上、訴訟促進上、大きな実際的な利益を有する。しかしヴォルフはかかる部分的に認諾をみていゝるのではない。ヴォルフはむしろ認諾の効果についての根本問題についても詳論し、通説と異なつた結論を導いている。

(二) ヴォルフは訴訟終了効について通説と異なる見解に立つことによつて、原告が認諾判決を申立てない場合の不都合さを回避しようとしてゐるが、説得力がない。彼の個々の問題に対する解答へ同意することと、認諾に訴訟終了効を認めることとは無関係であることがここで強調されねばならない。彼は理由書をもちだが、理由書が明白に認諾の訴訟終了効について述べているとはいいがたく、さらに、理由書は法適用に際して拘束力をもたない。ZPO八一条、八三条、一六〇条二項一号の規定にしても、認諾の訴訟終了効の意味に解釈され得ない。より根本的な疑問は、認諾に訴訟終了効を認めることは、訴訟の開始、終了における原告の処分を犯すことになることである。即ち、被告の陳述によつて訴訟が終了することになるからである。彼は、被告の意思に無関係な、目的達成という客観的状况が訴訟終了を導くという、技巧的な問題解答をおこなう。訴訟の目的を法的平和の保護と考え、紛争のない場合、訴訟目的は害されないと考えるのである。しかし、この論証は納得できない。和解と比較すれば、この考えがいかに不自然であるかわかる。訴訟の終了の意思と紛争をやめる意思(ein nur auf Streitbeilegung gerichteter Willen)の分離は實際的であろうか。要するに訴訟終了効は、訴訟目的の達成による法律効果でなく、当事者の意思を理由として生じる法律効果である。ヴォルフは和解について再び実体法説に従つたのであり、これは不満足に感じられる。認諾は和解と同様、当事者の意思に訴訟終了は基つたのである。そうでないとするヴォルフ説では、欠席しない被告の類似的通知の場合も、認諾が期待されるであらう。単に紛争終了を意図する意思の区別は私には単なるフィクションに思える。実体法の領域では意思表示の内容についての争い(それが法的効果を志向しなければならぬか経済的な効果を志向しなければならないのか)についてはフルーム、体糸書五一頁以下)は、実際、表意者がその陳述の本質的、法的効果を意欲し、認識していることが必要にして十分であるということを決められる。ヴォルフ説だと、訴訟終了も認諾の本質的效果の一つに属するであらう。そこで被告の意思を紛争を終了させること(Streitbeilegung)に制限し、そこから訴訟終了を除外することは許されないことである。それ故に、認諾のみの訴訟終了は

被告の意思に依るものであり、原告の処分権を侵害するものである。場合によつては、原告が、訴訟終了について同意的表示をするであろう場合には、別のことが通用することができよう。訴訟終了契約の適法性はしかし、非常に論争のあるところである（フレンス、*Willensmängel* S. 103f. Anm. 14）。

(三) ヴォルフは、認諾の訴訟終了効を認めないと、ZPO三〇七条の申立は十分な機能を達成しないとし、この申立は、終了した訴訟を改めて続行させるためのものであるとし、認諾と訴訟終了とはこの申立によつて解除条件に付せられていたとした上で、この手続は認諾判決によつて終了すると考えた。この解除条件付の構造は、訴訟終了効説がいかに不自然であるかを示すものである。かかる考えをしなくても、三〇七条の申立は意味づけることはできる。何故に、三〇七条の申立が必要なのかわからないというのは説得的ではない。認諾によつて新しい訴訟状況が成立したのであり、原告がさらに判決をこの状況下においても得ようとするか、あるいは被告の任意弁済を待つかについて判断するか自由の立場にあるところの全く意味のある状況である。これによつて説明できるのであり、訴訟終了効をもちだす必要はない。ヴォルフと異なり、完全な認諾の場合は、先決的法律関係の認諾の場合と状況は異なると考える。その限りで、まさしく請求の全てを包含する認諾も、部分的な認諾との差異が存する。

四 原告が、認諾判決の申立の代りに、本案の申立をした場合、あるいは全く申立をしない場合、裁判所はどうすべきかの問題がある。後者の問題はヴォルフにとつて困難ではないが、通説にとつては困難な問題である。欠席判決が原告に対してなされるのは疑わしいという点でヴォルフに同意する。さらに放棄の場合、訴訟を終了させるこの可能性はないとする点でも、ヴォルフは是認される。かかる場合、訴訟を終了させる方法は困難である。認諾者、放棄者の訴訟終了における考えられる利益が考慮されねばならない。被告がもはやそのことを期待する必要のない時点で、認諾判決の申立に対しては、被告に対して、*exceptio doli*（悪意の抗弁）が与えられよう。さて、より重要な問題は、通常の判決が認諾後に申立られた場合である。連邦通常裁判所は、かかる申立を否定し、認諾判決を下した。ヴォルフは、認諾しない旨の見本訴訟（*Musterprozess*）において当事者に約束がある場合のみ、認諾にもかかわらず、通常判決をうける権利を原告に認める。見本訴訟との関係での問題は、いろいろあるが（筆者注—フレンスはいろいろと説くが省略する）、ヴォルフは前述判例に結論的に賛成している。

(四) ヴォルフは部分的（制限的）認諾の問題の解答の基礎として、訴訟終了を導かない認諾を扱う。このような認諾をヴォルフは、自白と同じように、法律行為上の私的自治の訴訟上の補充と考える。自白との親近性から、個々の先決的権利や法律関係に制限した認諾の可能性を導きたす。この見解は（既にローゼンベルク・シュワープ六八九頁、プロマイヤー三三七頁が示唆している所であるが）、実質的必要性を考

慮している。即ち、訴訟経済である。さらに、この見解は、認諾を、民事訴訟法にも通用する私的自治の帰結として評価している。これは、一定の訴訟上の規範の厳守における公益にその限界をみるのであるが(ジューダーマイヤー・合意論五八頁)、かかる利益は、認諾を広く認める見解によつては犯されない。ヴォルフの見解は、認諾は法律問題に関係するということの意味する。ヴォルフは正当にも、当事者達は、裁判所がその自己の法的判断に基づいて、同じ法的結論に到達しなければならぬように自由することにできることを説いた。当事者主義 (die Herrschaft der Parteien über den Streitstoff) の視点からみれば、余計な回り道である。完全な認諾は裁判所の法的審判権をうばうのに、一定の個別問題については当事者に裁判所を拘束できないということはおかしい。この種の部分的認諾は完全な認諾とは、唯一の判決の基礎となりえない限りで区別されるということは勿論正しい。ヴォルフはこのことを明確に強調した。この区別の是認は、彼の訴訟終了効説に従うことも、関係がない。ところで、この部分性は、判決の場合に効果があらわれねばならない。認諾と判決とが全く一致する場合のみ、単純化された認諾判決 (ZPO 三二三条三項) は可能である。ヴォルフはここにおいて、明白に、先決的法律関係の認諾の場合は、認諾判決ではなくて、既判力によつて先決関係が確定されている場合のように裁判所が認諾された法律関係に拘束されるところの通常の判決を下すというであろう。中間確認の訴によつて、認諾した法律関係の確定が求められた場合は、異なつたことが通用しうるのである。私見によれば、認諾判決によつて、この確定は与えられうるのである。

(四) 訴訟上の異議の留保の下の認諾や制限責任留保の下の認諾や、あるいは多くの請求原因の一つに制限する認諾等の適法性について争われているが、ヴォルフはこれらを肯定する。彼の理由づけは全ての点で納得のいくものである。訴訟要件に認諾は関係しな、から、裁判所はこの点、審理しなければならない。被告がその不存在を指示する場合、それ故、さしつかえない。制限責任留保の場合、強制執行手続において (ZPO 七八〇条、七八六条)、主張されるから、問題はない。そこで認諾判決において留保が、とりあげられう。多数の請求原因中の一に限定した認諾の場合、通常の判決の場合と比べると、原告に危険がありうる (例えば BGB 三九三条のような規定があるから)。しかし、一方では、証拠調なしに早く有利な判決が得られるという有利な点を原告がもつている。他面では、裁判所は、実体法上の請求権の相殺適状について調べるであろうが、被告は、自分に有利なように調べるから、原告の危険は大きい。しかし、それは、認諾を認めない反対理由にならない。特に被告による濫用の重大な事例では、原告に通常の判決を得る権利が与えられるからである。それ故に、原則として制限付認諾がなされるのであり、認諾判決も発せられる。しかし、この見解は必然的に、認諾は、訴の基礎にある実体的法律関係に関係するということと結びつかない。訴訟上の請求が認諾されるのである。この点でヴォルフと異なる。なおヴォルフは通説と異なつて、ZPO 三〇二条、五九二条、三〇四条等における認諾判決を適法とするが、それには同意する。要するに、彼は、認諾の

適用範囲を拡張させたのであり、その結論は、特に、訴訟経済上の理由から重要な進歩を意味するのである。

(4) ヴォルフはZPO二九〇条が認諾に準用されないという。認諾を意思表示と評価することによつてである。ヴォルフは意思の要素の意味を理由に（認諾の拘束力は当事者の私的自治上の自己決定に由来するから）、実体法上の原則（BGB一一九条、一二三条）をもちだす。彼は、認諾は訴訟を終了させるということに、何等の障害を感じない。實際上、この点において彼に従う場合、和解との比較は説得的である。同じことは、実体法の規定の適用（BGB一一九条、一二三条）とそのための根拠づけに通用する。私はその限りで、私の詳論（二〇二頁以下、二〇五頁以下）を指示する。ところで錯誤の事例（物の状態や法律状態に対する誤った評価）において、BGB一一九条二項の準用を否定し、ヴォルフは私の見解に反対する。彼は、認諾の対象を具体的な実体的法律効果と考えることを理由にするが、このことについては既に述べた。さらにヴォルフは、ヤウエルニック（レント・ヤウエルニック一四版・一四三頁）を引用し、物の状態、法律状態についての錯誤を理由に取消しが認められるなら、主張せられた錯誤を理由に、取消しが貫徹するか否かの確定以前に、訴の理由具備性が調べられねばならないということを、根拠とする。しかし、私は、かように考えてはいない。取消権者は、取消権の要件と、かかる錯誤したことを同時に証明しなければならないのである。このことは、取消性の確定のために、この問題を裁判所が訴訟のこの段階において調べねばならないことや、取消権者が訴の理由あることを証明しなければならないことを、意味するのではない。物の状態や、法律状態についての錯誤の証明は、認諾、放棄の誤謬の証明（これは、訴の理由具備性の証明と同じであらう）とは同じではない。このことは、ありうるが、しかし、必然的ではない。裁判所は取消しの適法性によつて、認諾者にとつて意味をもたない法的考慮を原因として、終局判決を下しうる。それ故に、認諾は法律状態についての錯誤に基づいてなされるのであり、そのためには単に被告の意思に依存することであるが、訴は成功しうる。

(4) この論文は、仮差押、仮処分手続における拘束力ある認諾のなされる可能性についても論じ、ヴォルフは、行政訴訟における認諾の適法性と同じく、これを肯定する。ヴォルフ論文は、認諾について問題を提起した点に、大きな功績がある。認諾の理解のための価値ある論文である。

このアレンスの批評のうち、当面、我々にとつて重要な議論は、(1)と(4)での議論である。アレンスは(1)と(4)とは関係ないとのことで、(1)では、ヴォルフを批判し、(4)では、大体、ヴォルフに賛成している。(1)での批判された、ヴォルフ見解を、私は、実は、高く評価するので、ここではアレンスの批判を検討してみようと思う。批判の大きな論拠は、目的達成によつ

認諾それ自体に訴訟終了効がZPO三〇七条の申立を解除条件として生じることが技巧的で不自然な構成であるというのと、和解と比較した場合、和解の性質について実体法説に従うことになろうということであつた。しかし、技巧的、不自然さということは程度の問題で、法理論は、大なり小なりもつものであり、重要な批判点にならないのみならず、訴訟制度目的を明確に把握し、それとの関連で、当事者による紛争解決を訴訟法的に統一的、体系的に把握するという方法論が理論的に正しいものをもつているということの評価すべきであると思う。即ち、意思表示をアレクスのように重視するにしても、それを支えている基盤に、目をむけてみようというのである。従つて、かような方向を示唆するものとして、先ず、ヴォルフを評価しなければならぬと思う。勿論、ヴォルフのかかる理論構成は十分であるとは、いえないと思うが、しかし、かかる方法、方向を示唆するものとして評価することの方が重要であると思う。認諾が被告の行為によつて生じそれが訴訟終了効をもつとしても、私には、不自然さは感じられない。むしろ認諾についての法的性質についての通説的理解と調和するように思える。次に、和解における実体法説に従うことになるという批判も、また有力な批判に思えない。実体法説も最近では新たな観点から再興された観があり(石川明教授「訴訟上の和解の研究」二四頁)、実体法説は必ず誤つていないことにはならないのである。この点、確かに、ヴォルフによれば、認諾について訴訟法説に従いながら、かような帰結をとるのは、矛盾しているように思えるが、問題は、その説く訴訟法説、実体法説の内容であるように思える。即ち、ヴォルフの説く訴訟法説は、ある意味では(意思表示を重視するという点で)、実体法説に近いのである。まさに、この点のヴォルフ説の検討、整序が重要であつて、既に述べたように方法は正しいのであり、全く、この点において否定的評価をすべきでないと思う。アレクスのその他のヴォルフ説批判については、ここでは触れない。また、ヴォルフ説をどう、我々は、活用すべきかは、次章で述べることにする。

4、パウアの先決的法律関係についての当事者の合意論について

最近のドイツの民事訴訟法の改正に重大な関心をもっている⁽⁵²⁾、チュービンゲン大学のパウア教授は、エドアルト・ベッティヒェア教授の七〇歳記念論文集において、「民事訴訟法における先決的法律関係についての当事者の合意」という論文を執筆した⁽⁵³⁾。権利自由についての問題と非常に関連があると思えるので、現在のドイツにおける権利自由の問題がいかなる意味をもっているかを知る上で、さらには、将来、権利自由の問題がどういう方向に進むのかを知る上で、この論文を、以下で紹介し、検討してみようと思う。

教授は、この論文を六節にわけ、標題をつけていないが、私の理解によれば次のようになる。① 序論並に最近のBGHと学説の状況(一―三頁)、② 裁判官の法適用は、当事者のそれについての見解の一致に拘束されないとする説の検討(三―五頁)、③ 裁判官は真実の法的状態を追求するか(五―六頁)、④ 個別具体例における限界づけ(六―九頁)、⑤ 公序良俗 *ordre public* ということによる限界づけ(九―一〇頁)、⑥ ベッティヒェアの判例評釈について(一〇―一一頁)。

(一) 先決的法律関係についての当事者の合意の拘束力は認めるか否かではなく、どの程度認めるべきかという問題である。一般に *inter vivos curia* (裁判官は法を知る) という命題で、*procurator* に、この問題を考えるが、それはおかし。BGH(一九六八年二月三日)は、被告間で契約解除の有無について争われているのに、BGB一二五条、三二三条により、契約無効という判断をした。その理由は法適用は裁判所の専権であるということや、要式の重視は職権調査事項であり、無視できないということである。しかし、これは、原告が詐欺による取消、被告が強迫による取消を主張している時、裁判所は契約無効と判断できないとする判例に矛盾するし、良俗違反とそれによる契約無効についての当事者の法律の見解が一致したという判例に矛盾しないだろうか。

学説においても、この点、不明確である。ローゼンベルクは一方では、先決的法律関係を自由しうるとしておきながら、他方、事実の法的推論は、自由にならない⁽⁵⁴⁾という。しかし、一体、かかる区別はできるのであるか。なぜなら、先決的法律関係の自由は、通例事実の法的推論に基づくからである。最近、シュロッサーは、*disponibles Recht* の範囲内で当事者は裁判所を拘束しうると述べているが、彼にあつては、*disponible* の概念が曖昧で、結局、範囲は不明確である。もつとも、問題の出発点が我々と異なるのである。

(二) 消極説の根拠を検討してみよう。

① *iura novit curia* ということは、法規は証明を要せずということであり、ZPO二九三条はこのことを明記する。これに反して法適用は裁判所の専権であるということについては規定はなく、むしろ請求の認諾、ZPO三〇七条からは、おかしきことである。なぜなら、請求の認諾とは、当事者達による裁判官の拘束を意味するからである。

② 基本法九二条、裁判官の地位といったことも消極説と関係がない。一般的裁判権を規定したに過ぎないからである。むしろ、紛争のない所には、裁判官の裁判は必要がない。ZPOは、多くの箇所、裁判官の裁判よりも、当事者の一致したことに、優先を認めている。当事者の見解が一致する限り、裁判官の地位は害されない。

③ 弁論主義、処分権主義ということからも考える必要はない。両者とも、訴訟において紛争について当事者に広い処分を認めるということを述べているのであり、この当事者支配の限界のみが疑わしく存在しうるのである。

④ 我々の問題においては、当事者のかかる合意が自由であるか、認諾であるかといった性質論は意味がない。かかることが問題になるのは取消撤回の場合である。合意の有効性についての場合には、訴訟上の処分行為としておけば十分である。

(三) 消極説の大きな前提は、裁判官が真実の法状態を発見するものであるということにある。しかし、冒頭例において、契約の有効性について和解がなされたら、裁判官は、まちがいに拘束される。この場合、かかる和解はできないという反論ができようが、中間確認の訴の制度があり、それを認諾することができるから、表面的な反対論である。

このような拘束力を考えると、裁判官が真実の法状態を探究するという原則は、実定訴訟法においては、当事者に争われている範囲内においてのみ通用する。処分権主義、弁論主義の下では、かかる制限をうけるのである。シュロッサーは *In dubio pro libertate* という公式をひきあいに出すが、かように抽象的に問題を考える必要はない。それとも一つの解釈原則にすぎない。実定法は、まさに、裁判官は、当事者によつて引かれた限界内において判決を下すべきであるとしている。この範囲内で、裁判官は真の法状態を発見しなければならない。かように考えることによつて、裁判官は当事者間の法律関係を事実面、法律面から完全に解明しなければならないという、耐えがたい責任から解放される。要するに、先決的法律関係についての当事者の合意に裁判官は拘束されるのである。

(四) そこで、問題は、それがいかなる限界まで許されるかということである。具体例に即して考えてみよう。

① SはGにタイプライターを賃入れし、GはSに当分の間使用させていたが、Sが代金不払のため、Sの不在時にその物をとつて、他人に売却した。SはGに対してBGB一二三三条以下違反で訴求。SとGとは質権存在については争いが無いが、BGB一二五三条は

強行法である。

② KはMとFとの離婚後三〇三日目に生れた。KはMに対して扶養を請求。MはBGB一五九三条をひきあいにたさずに、自分の財産収入から扶養できる旨、陳述。しかし、婚姻の血統についての規定は強行法。

③ HはKの代理人として、洗剤を販売。退職後三年間競争禁止を口頭でKと約束していた。その後HはKの関係をやめて、Xの代理人として活動した。Kは競争禁止協定を理由にHを訴えたが、HはHGB九〇条ノ一第一項による口頭協定無効ということを主張せず、禁止に反していないことを証明しようとした。しかし、同規定は強行法である。

これらの場合、当事者に処分できる範囲において、裁判官を拘束しうるとするならば、全事例において当事者の合意は否定される。全事例において、実体法上、当事者は処分権をもたないからである。

しかし、かかる否定に対して、いかなる利益があるのだろうか。設例一では、他の債権者の利益が問題になるが、裁判の効力を考えると、全く影響をうけない。設例二でも、扶養に関しての先決問題であり、血統についての後訴においては全く先決的ではない。設例三でもHGBの規定は確かに社会的保護規定であるが、ある場合は冒頭例と同じく、証明を確実にさせるといふ目的で、要式性を要求しているのである。してみると、設例のような状況下で当事者が契約の有効性について一致している場合、それに拘束力を認めても、かかる目的に反しない。

次に、かように処分権の範囲を越えても、当事者の合意に拘束力を認めようとするなら、二つの状況にたちもどることになる。第一に強行法とした立法者の意図が具体的訴訟において、適切か否かということが明らかになるであろうし、第二に、既判力の人的、物的範囲の固定が、強行法の目的が当事者の合意を排除するか否か、またその範囲は、といったことを明らかにすることができる。裁判官の先決的法律関係についての裁判が、既判力の範囲の原則に従つて、立法者の意図を書しないならば、合意は何等、妨害となることはない。設例にもどるなら、設例一では損害賠償の判決の既判力はGとSとの間であり、また先決的な法律関係の評価については、及ばないのである。中間確認の訴によつても、既判力の人的範囲を考えると、第三者は何等、害されない。第二の設例でも、扶養についての先決的である血統についての判断は、血統についての後訴の先例にならない。第三設例では、確かに法規違反であるが、その法規の合理性は適切でない。裁判官が法規に拘束されているということは、当事者の合意に、何等、妨害にならない。

(四) 勿論、合意に全く裁判官は拘束される訳ではない。

① 不当な利息契約に基づく訴求の場合、あるいは、② 企業家AとBとの間に、BはAの指示による値段によるといふ約束があり、

それに反したら、高い契約罰が義務づけられているような場合、それによつてAが訴求してきた場合、いずれにせよ、裁判官は、かかる契約の有効性についての当事者の合意に拘束されない。このことは、要するに *ordre-public-Klausel* (Art. 30 EGBGB) の準用となる。外国法の効力についての規定の考え方が、ここにも通用する。例えば、RGZ 169, 240, 245は、「ドイツ法の目的や公の秩序に係する規定は、それを、立法者が、国家的、経済的生活の基礎と関係する問題において、一定の国家政策的、社会的、経済的見地に基ついて与えたところの規範にすぎなく、単なる合目的考慮から与えたところの規範ではない」といつている。

本稿の結論「民事訴訟における、先決的法律関係の法的評価についての当事者達の合意は有効であり、裁判官を拘束する。このことは確かに、処分しうる権利の範囲に通用するが、しかし、強行法の範囲においても、具体的事例において、判決の既判力の人的、物的範囲とを考慮して、立法者の意図が害されないということが明らかである場合、通用する。しかし、常に、*ordre public* の原則に反する拘束は許されないという制限がある」。

(4) 判例評釈の中で、ベッティヒェアは、支配説である同一識別説によれば、法律関係の個別的要素を審理するということは不適法であり、そのような手続の場合、この要素が、ある要素が関与することによつて、結局、意味のあるものであるということ、即ち、それ故に、裁判官はわずらわされないと、ことに何等の保証も与えられないであろうからである、と述べている。問題は、要するに個々の要素を確定するに要求される法的利益が欠けているのか、または確定されるべき法律関係が欠けているのかということである。解釈論としては正しいが、立法論としてはどうであろうか。まじめな当事者の場合(公共団体に対しての訴えの場合)、確定の訴のいわゆる給付訴訟に對しての補充性の原則は、既に今日、もはや、厳格に貫らぬかれない。この方法を暗示した方向へも進めることが、よいのであろう。

さて、このパウアの論文について、問題点、並にコメントを述べてみよう。

第一に、彼の主張の中には、彼が意識しているか否とにかかわらず、「紛争のない所、裁判なし」という大原則があると、いうことを指摘しなければならないと思う。彼はことさら、理念的に、かかる命題を掲げていないが、彼の「裁判官の職責の範囲は、当事者の争われている範囲である」ということは、まさに前述の「紛争のない所、裁判なし」という原則の正反対であろう。そして、この原則は、また、当事者による紛争解決権能の訴訟における優位性の発現ともとれるのであり、これ

はこれに関連する訴訟行為の機能を統一的に考察する場合の重要な役割を演ずるであろうことが推測できる。そこで従来、ともすれば、請求の認諾は、訴訟終了と関係するが、自白はそうではないという⁽⁵⁶⁾ことで、差異点が強調されているが、自白ととも、ある紛争の部分的終了であり、まさに請求の認諾と同一次元に立つものであり、両者は全体と部分の関係にあるという⁽⁵⁷⁾ことで、共通点がみなおされてよいように思える。この場合、「紛争なき所、裁判なし」の原則が共通項をはたすであらう。

第二に、彼の機能的考察方法も注目に値する。性格づけよりも、訴訟においてどう作用しているか、作用させるべきかということから問題をみているのである。自白と考えるか、認諾と考えるかというよりも、適法、不適法で考え、撤回の場合には別に考えればよいというのである。この方法は訴訟行為論の最近の傾向とも思われるが、当然なことではあるが根本的な把握に誤りがない限り、強い説得力をもつのである。

第三に、彼の消極説批判は、現行法上の建前からすれば当然であるように思える。即ち、請求の認諾がある以上、法判断は裁判所の専権といつても、正当にパウアが指摘するように、どの程度、当事者に法適用の指定を認めるかが問題なのである。法判断は裁判所の専権といつても、かかることが主張されるのは多くは、裁判所が当事者の主張の誤りにきがついた所でいわれるのであり、積極的に専権をふりまわすというよりは、まさに消極的に働くのであらう。この場合、突然、当事者が予想もしない法判断が、裁判所によつてなされうるといふことは、実は訴訟指揮のまずさ、釈明権不行使が責められねばならないであらう。このことを避けるためには一定限度で、当事者の法主張に裁判所に対する拘束力を認め、その反面、その点についての責任を当事者にまかせることにならう。⁽⁵⁸⁾裁判所に負担をかけないという意味においても（逆にそれだけ当事者は責任を負うことになるが）、裁判所に恣意的にならせないという意味においても（訴訟指揮のまずさ、釈明権不行使という批判をさけるための根拠を裁判所に与えない意味においても）、裁判所の裁判にさまたげがない限り、当事者達の法主張の合意に拘束力

を認めてよいと思われる。問われるべきは、まさに、範囲である。パウアは、判決の効力の範囲の考慮との関連で立法者の意図に反しない限りということと、公序良俗に反しない限りということと、範囲を限界づけた。かかる一般的、抽象的範囲設定は、現実において、どれだけ実益があるか疑わしいが、しかし、結局、かようなことはどうしても認めなくてはならぬから、パウアのいうようにならうか。パウアが批判したシュロッサーのあの「In dubio pro libertate」とても、結論としては、パウアのようにおちつくことになると思う。

なお、かような当事者の合意の適法性論が、権利自白論とどう関係するかは、問題であるが、私見では、「紛争なき所、裁判なし」という原則によつて、両者は、統一されると考えるのである。詳しくは次章で述べるつもりであるが、合意とは、紛争をなくすことであり、自白とは、紛争のなくなつたことを例えば、擬制自白のような意味での擬制する制度と考えるのである。このような関連で、合意論と、自白論は考察されるべきであると考えているのである。

付説、ゾウベルンハイムの権利自白論について

ゾウベルンハイムは有名な「民事訴訟における判決基礎としての不利益な当事者陳述」(一九一六年)という論文の中で、自分の論述との関連で、権利自白について一節を設け(第二三節終節)、簡単に見解を述べている。(付11)兼子博士が自説の根拠のように引用しておられたので、ここに簡単に紹介しておく。(付12)

権利自白の問題は厳密にいうとこの論文の範囲に属しない。なぜなら自分はこの論文では不利益な事実主張を問題としたからである。そこで、この関連で述べておく。即ち、事実自白とどう関係するかという問題である。ZPO二八八条―二九〇条の規定の類推によつて権利自白は考えられねばならないとする見解に立てば、問題がなくなるが、かかる見解は実務では有力ではない。有力な見解とは、法律概念で述べるのが、それを個々の要素に分解するのと同じようにみられる単純な性質の法律関係である場合のみ、類推を適法とする考

えである(例えば、売買、貸金等)。かかる見解の当否はともかく、この見解は要するに、結果として権利自由を全く排斥することになる点が重要である。しかし、とはいっても、権利自由が無効であることは明らかでなく、むしろ、相手方に主張責任、拳証責任を免れさせるという点にその効果が存在する。そしてこの効果は撤回によつて中止されるが、事実自由のような錯誤の証明を要せず、単に、否定のための負担をもつだけである。このようなライヒスゲリヒトの見解は、ビュローの「裁判所の使命は当事者間に存する法的平和を破壊するというところにあるのではなく、法的平和を保障したり、その回復のための世話をするということに存する」(二七二頁)ということにも矛盾しない。従つて裁判所は権利自由を無価値なものとして排斥しない(ビュロー・二七七頁)。自由はむしろ全ての理由づけ(Substanziierung)をなしですませるのである。このことは、同時に争訟が存在する場合、裁判所は全ての法律関係を審判するということにおいて絶対的であるということ前提とする。即ち、当事者達は相互に、公法関係の理由づけ(Begründung)なしにすませることができ、提出せられた事実によつては理由づけられない法律効果を引きだすということとを裁判所に強要することはできない。かかることは、認諾によつてのみ得られるのであり、これによつて、全ての Streit と同時に裁判所の審判権も終るのである。

もし、裁判所が明らかに誤つた法律効果を争いある法律要件(Tatsachendatum)の審判の際に裁判の基礎におくことを強要されるなら、それは、いつわりの訴訟の裁判と同様に、裁判所の使命、即ち、存在する権利の保護ということと調和しないであろう。通常訴訟における手形金請求事件で、被告が、請求を認めるなり、債務の成立を認めるが支払つたというような主張をしたらどうか。ここにおいて理由づけ(Substanziierung)を省略する権利自由がある。しかし、手形が裁判所に提出されており、手形に瑕疵があつた場合、被告がどう陳述しようと、支払についての証拠調べを必要なく、裁判所は請求を棄却(Abweisung)しなければならない。かかることを避けたいなら、不利な事実を提出しないことである。

権利自由は、相手方から単に理由づけ(Substanziierung)することをなしにさせるが、裁判所から事実上の主張の審査権を奪うのではない。そこで権利自由は事実自由と比例する。自由せられた事實は常に判決の基礎となり、その撤回は単にZPO二九〇条による場合のみ可能である。権利自由は全ての理由づけ(Substanziierung)を省略するが、しかし裁判所が提出せられた事實を審判し、判決基礎を形成する事実から、自由せられた法律効果とは別の法律効果が明らかになる場合、自由を無視するということは妨げられない。権利自由の撤回は自由せられた法律効果不存在の陳述や同様な立証(Beweisführung)を必要とするが、錯誤の証明は必要ではない。

権利自由が事実自由かは個々の場合、不明確である。例えばこういう例がある。Aは一月一〇日、Bを訪問した時、Bのこげ茶色の馬が売られるのかどうか、その価額は、ということを探ねた。Bは最初一三〇〇マルク要求したが、Aが二二〇〇マルクといつたら、それを

了承した。かかる事実が馬の引渡しを求めるAによつて訴状に述べられている。Bは、かようなことは全くないと主張したが、Aとたまあつた時に、馬がほしいというAにBの馬を一二〇〇マルクで売ることができると述べたことがあつた旨、反論した。BはA主張の経過について宣誓を強要された時、これを認め、この主張のみを理由とする訴の棄却を求めた。Eoisinsは、明白にあらわれていないが Klagerottrag の中に含まれている A・B間の馬の一二〇〇マルクでの売買の口頭契約合意が自白されていると判断する。この場合、両当事者の主張から明らかであるから、自白を認めるかどうかはどうでもよいが、被告Bが自認を撤回すると問題が生じる。黙示的に主張せられたものに対しての黙示的な自白ということが問題となるのである。Eoisinsと共に、被告は、自分と原告とは結局、自分が金に対して品物をもつているということについて一致したということを確認していることを仮定することによつて、ここにおいてより強制的な *stärkere* 事実自白を存在するものとしてみることが許されるであろう。Stolzelは、売買の締結は原告によつて事実として主張されたのではなく、原告は裁判官の裁判に、彼によつて主張せられた事実の中に売買の締結が存在するかどうか、また、これがその場合ではないかといつた問題を提出するのであると、考える。単に原告の明白な事実主張を越えて黙示的法律効果主張ばかりでなく、金に対して品物を給付するということについての、黙示的事実的主張も存在するのである。契約陳述 *Vertragsklärung* を主張する者は、単に黙示的に、それがいつわり(いたずら等)の陳述ではなかつたということを主張するばかりでなく、彼はまた黙示的にも、それから引きだされる事実上の結論、即ち、当事者達が結局、お金に対して品物を給付するということについて一致していたということをも主張しているのである。同様に、被告が、かかる合意が導きだされる論証を提出し、それがかようなことから導きだされることばかりでなく、裁判所はこのことを彼の主張からとりださねばならないと主張するであろうといふことについてはつきりとわかつている場合、彼は、かかる合意を自認する。ここにおいて、被告は単にみられるのではなく、彼の陳述は、被告が、それは理解されねばならないと思つたように解釈される。

権利自白は従つて、実際には、被告(または原告!)が一切の事実上の申立をしない場合にのみ重要である。事実主張がなされたら、当事者の判決基礎を形成する事実上の主張と、権利自白は矛盾するから意味がなくなるか、あるいは同時に存在する法律効果を基礎づける事実自白によつて権利自白は効力がない。

しかしながら原則としては、権利自白は事実自白と対立して、法律効果の一定の自認であるという点で確定される。いつかかる自認が存在するかという審判は事実自白の場合と同じ原則によつて生じる。

我々は、この彼の学説の中に、兼子博士の見解、あるいは、今日のわが国の通説と同じような主張をみつけることは、さして困難なことではない。したがって、彼の見解に対する疑問、批判は、とりもなおさず、我々の通説への疑問、批判になるであろう。既にみたデムラー論文と比較しながら、ゾウベルンハイムの見解を考えてみよう。^(付録)

デムラー論文とこの彼の論文での権利自由論との共通点は、両者とも、権利自由の拘束力を事実自由のようにいわば確定的に考えていない点である。即ち、権利自由の撤回を簡単に認めている点である。異なる点は、デムラーにあつては、その撤回についての権限を全く当事者に認めているのに対し、ゾウベルンハイムにあつては、事実が裁判所の面前にあらわれない場合は、いわば当然のように、裁判所は、権利自由に拘束されないというのである。従つて、ゾウベルンハイムにあつては、権利自由が裁判所に対して拘束力をもつのは、単に、事実が裁判所の面前にあらわれない場合のみである。かかるゾウベルンハイムの見解の根底には、権利自由に拘束力を認めると、正しい裁判が保証されず、また裁判官の自由な判断にも大いなる制約を与えるということがあることは明らかである。従つて、彼への批判は、まさに、この点にある。第一に、権利自由に拘束力を認めることと、正しくない裁判とは、理論的、論理的必然性があるだろうか。これは経験的な判断であつて、普遍的妥当性をもつものではない。私見によれば、権利自由の内容と矛盾するような事実が裁判所に認定されること自体、おかしいのである。仮に、さような事態が生じたとしても、事実主張を優先させて、権利自由を撤回するか、あるいは権利自由を優先させるかは、当事者の自由にまかせるべきだと思ふ。もし、法判断は裁判所の専権で、事実提出は当事者の仕事ということを厳密に貫徹しなれば、事実のうらづけのない権利主張は一切不適法とし、そのことから権利自由を全く認めないという方が、一番すつきりするであろう。そうでなくて事実を提出するかしないかを当事者の自由に任せておいて、一旦、提出されればそれに関連する権利自由は意味がなくなるというのは、裁判所の権能を強調しすぎないだろうか。権利自由と矛盾する事実が認定されるということ自体が、病的、例外現象と考へ、裁判所は積明権を行使するなりし

て、当事者の真意をたしかめるべきだと思ふ。そして、權利自由の裁判所への拘束力の有無は当事者にまかせるべきだと思ふ。この点、ゾウベルンハイムの見解に反対して、デムラーの見解に賛成するしだいである。ただ、ゾウベルンハイムが、なぜかようなことを、いわざるをえなかつたかということを考えて、ゾウベルンハイムの見解の中に、正しいものがあることを認めざるをえない。確かに、あきらかに誤つてゐるという資料に基づいて、請求の当否を判断せよと命ずることは、裁判官に無理を強制することである。即ち、判断に利用する資料の個々の判断を拘束しておいて、自由に判断しろといつたところで、意味がないのである。即ち、このことは、ある争いある対象Aについて判断する場合、それを第一次的に理由づける $a_1 a_2 \dots$ についての判断を拘束してはならないということの意味するのである。しかし訴訟上はもう一つの原則がある。即ちAについて争いがなければ、 $a_1 a_2 \dots$ について判断してはならないという原則である。対象Aをどのように設定するか否かは、あくまでも当事者の自由であるからである。従つて、權利自由の対象が、いわゆる主要事実^{主要事実}に該当する場合、従つて、原則として、個々の事実に分解し、その当否を判断することは許されないのである。従つて、ゾウベルンハイムの議論は一面的といわざるをえないのである。従つて、また、デムラーの議論も、その限界づけが明らかでないという点で一面的である。なお、かように考えても、公序良俗に反するような權利自由については、処理できない。パウアが論じたように、これだけは、例外的なものと考えるべきと思ふ。

(25) 単に欧米の文献の紹介の時代は過ぎさつたといわれる今日の法学において、比較法的考察、あるいは歴史的考察は安易になされてはならないと思ふ。単に論文の飾りではあるまい。方法論についてはまだ明確なものをもつてゐるとはいいがたいが、私は、方法論として、次のように考えてゐる。民事訴訟制度の目的が紛争の法的解決にあると考える私は、同時に、この紛争の法的解決ということが、マックス・ヴェーバーのいう^{理想型}理想型になると考えてゐる。このことによつて、歴史的諸現象や地域的諸現象が体系的に把握しえると思つてゐるのである。即ち、当該社会において、民事訴訟制度、それに、それを動かす法曹人、それを規律する民事訴訟法等は、当該社会において明確、意識的に自覚されたか否とに、かかわらず、実に、この目的、即ち、紛争を法的に(正しく)解決するために、働いたのであり、それら諸現象は、かかる目的の発現形態と考えるからである。当該社会にとつて民事訴訟制度が予定する紛争とはどういふものをいうのであるか、またそこでの法的解決とはどういふことであるのかといつたことが問われなければならない。かかることによつ

てはじめて、歴史的あるいは比較法的考察が可能になると思う。自白論は、歴史的にローマに淵源を求められる古い歴史の所産でもあり、他方、現実の訴訟において訴訟促進機能を果たす重要な訴訟行為論でもある。従つて、当該訴訟における審理の諸原則とも、密接な関係をもっているものであり、かかる問題意識をもつてみると、結局のところ、かかる現実の本質までも見失うことになると思う。しかし、かような作業は、はつきりいつて非常に困難なものである。そこで一応かかる問題意識をもつて、現在のドイツの状況をみたのが本稿である。

なお、「紛争の法的解決」とは、より具体的にいへば、竹下教授のいわれる（前注21参照）、審理促進機能と審判の正しさの確保との調和であり、石川明教授のいう「正しさの要求と紛争解決の要求との調和」ということにならう（「訴訟上の和解の研究」〔昭和四一年〕一二四頁。教授のこの命題は、実は既判力の本質についていわれたものである。即ち次のようにいう。「訴訟は紛争の単なる解決制度に非ずして、法的解決制度である。紛争は法に適つて正しく解決されなければならない。充分な審理と正しい裁判が制度的に保障されているがゆえに裁判が通用力をもつことも否定できない。しかして紛争の法的解決という場合、法的（に正しい）と解決という二つの要求は相互に矛盾する。前者に時間的制約は設けられない。正しさの追求に時間的制約はない筈である。これに反して紛争の解決は判断の通用性を必要とするから時間的制約が論理上必然的に要求される。かくして既判力は裁判の正しさの要求と紛争解決の調和したところに成立する」）。

なお、自白の歴史的考察に関して、ディセルターチオンではあるが、次の記述は興味あるところである。Wilhelm Löffelmann (aus Paderborn) の KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG の法国家学部（法国家学博士の称号を得た）が一九二二年提出した「Ist das gerichtliche Geständnis ein Rechtsgeschäft?」三頁—四頁。

「デメリウス(Demelius)はローマの裁判所の自白についての理論に高い意味を与えた……。しかしこれに対して Wach が正当にも、異議を述べている。『今日の口頭訴訟において、訴訟は口頭訴訟であり、ローマの訴訟と同じような証拠順序主義(Eventualmaxime)や失権を伴う段階的進行(präklusivische Abschnitte)をとらないのであるから、ローマにおいてと同じような原則が全く自白にとつて標準にならなければならないと主張する者は、訴訟上の行為の形式と順序から、普通法上の訴訟とは異なつた自白についての見解が明らかになることを証明しなければならない。そのような証明は従来、いまだなされてない。それはまた、いかなる確かな方法でも、できないにちがいない。正当にも、Schulte はこの関係において、裁判上の自白の歴史的發展の叙述は特にこれによつて、法原則、法制度の発生起源的形成過程の遺物あるいはその部分が存在するか否かについて個々の場合に、決することが困難である以上、困難であると、述べている。裁判上の自白の發展の叙述はそれ故に、今日のドイツ民事訴訟法による裁判上の自白の法的性質についての確実な説明をもたらしむことはできないのであり、従つて Witmack, Möhring, Behnemann-Holweg も、裁判上の自白の性質についての歴史的發展の価値を否定したのであるから、なお一層、それについて無視することが許されるであらう。従つて我々は裁判上の自白の研究の場合、現在の関係、見解、特に、裁判上の自白に伴う効果並に我々の今日の訴訟を支配している原則を頼りとするのである」。

(26) これについては、井上直三郎「請求認諾序説」法学論叢二〇巻一号（昭和三年）四八—頁以下に依ることが大であつた。また、請求の認諾、あるいは自白についてのドイツの論文の多くが、その序章で述べるところでもあるが、confessio in iure, confessio in iudicio をどう理解し、それをどう現代法と結びつけるかというところは大いに問題があるところである。

(27) 竹下教授は、「自白の性質論は、実定法上の自白の解釈論をめぐつてと同時に、訴訟行為論一般との関連で論じられていたように思われる」(Vgl. Bülow: Vorwort zum Geständnisrecht) (前注3論文の一二四頁の注2)と述べている。

(28) Manfred Wolf: Das Anerkenntnis im Prozessrecht, 1969; Fritz Baur: Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozess, Festschrift für Eduard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, 1ff. (Herausgegeben von Karl August Böttgermann und Albrecht Zenner)

なお、フランスにおける権利自白については、江藤价泰教授の紹介がある(「法的自白に対する自白の効力の否定」フランス判例百選①エリスト別冊二五号)(一九六九年)一七八頁以下)。また、非常に簡単に、事実自白について、歴史的、比較法的に考察したものに Heinrich Nagel: Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess—Eine rechtsvergleichende—, 1967の九三—九七頁がある。さらに、最近、キリンブの新民事訴訟法典(一九六八年)が独文で紹介されているが、(Baumgarten/Ramos, Das griechische Zivilprozess-Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, 1969) 権利自白については直接規定していないようである(自白は三六八条、三六九条、三七〇条であり証拠調の中に規定されている。認諾については三二一条で規定されている。被告は訴によつて主張されている権利を ganz oder teil に認めることによつて認諾できる旨や、それによつて認諾が明白である行為によつて認諾は推定的になされる旨の規定は興味深い)。

(29) 前注9参照。

(30) 前注28参照。なお、ヴォルフのモノグラフィイについては、別に書評として紹介した所である(法学研究四三卷一一号九〇頁以下)。

(31) レントは注の中で、第一説については、Weismann, Witnack を第三説については、Re 10, 364; 32, 407; 35, 410; 58, 54 を第三説については、Helling, RGer. 67, 155, Kleineller を挙げている。なお、第一説と第三説は権利自白に効力を認めているが、第二説は一般的に効力を認めていないとも記しており、第一説か第三説かの区別は、本論文では必要がないとも述べている(七六頁)。さらに、以下では、消極説もわからないではないが、しかし、根拠があるとはいえないとか、釈明の必要を強調したり、認諾との違いとかを述べている(七七一—八〇頁)。なお、Rg 10, 364 (365) は、Savigny, System des heutigen römischen Rechts VII, 45 を引用している。なお、ヘルウィッヒ等の第三説が後述のデムラー説に近いのか、ゾウヘルンハイム説に近いのかも明らかでないように思える。

(32) 今日の代表的な教科書(体系書)、注釈書において、この点の記述を探してみた。みおとし、あるいは誤謬があるかもしれないが、原文中の注や、強調体、段落等は一切省略して訳出してみると、次の通りである。直訳というよりも、筆者理解による意訳といえよう。なお、自白についての箇所を中心にしたのは、ローゼンベルクに代表されるように、認諾の対象は請求それ自体に関するものという考えがあり、権利自白は認諾の所で、論じられていないからである。また紹介の順序は不同である。

A、教科書・体系書。

①ローゼンベルク＝シュワープ一〇版 (Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 1969) は、九版(一九六一年)とその記述は、かわりなく、次のように述べている。「自白せられるのは事実である。即ち、それ故に、適用されるべき法規の要件事実に属するところの外界や人間の精神生活の出来事や状

況である。そこで例えば、原因関係や証書の真正(例えば四三九条)、または先決的権利もしくは、法律関係の存否、例えば、承継(三三九条四項)である。しかし、当事者の行為によつて裁判官が規定されえないところの証拠結果の評価とか、事実の法的、技術的評価(包摂)は明白されえない、例えば、過失とか、自動車の所有者の地位とか、事実からの法的推論とかであり、それ故に、意思その他の陳述の解釈や経験則、法規も、明白されえない。(二〇版五七六頁、但し引用注省略、九版五四八頁)。なお、明白と口語との差異について、明白は、常に事実主張と先決的法律関係に関係し(この点九版六四三頁は裁判官の判断の小前提の要素と関係し、とある)、裁判官の法適用を不要にせず、訴排斥の主張とも調和するのに対し、後者は、直接、訴訟物に関係し、実質的の法適用を裁判官に認めない場合にのみ存在するものであると説く(一〇版五七六頁、六八九頁)。さらに、先決的法律関係を事実明白の対象とする点については初版(一九二七年)以来、かわりがないようである(筆者は一、二、三、四、六、七、八版しかみていない)。

②ヘルンハルト三版(Wolfgang Bernhardt, Das Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1968)は次のように述べている。「明白は単に事実に関係し、法律効果に関係しない、それ故に、明白には、明白された主張についての何等の処分を見ることができない。なぜなら、法律関係のみが処分されうるが、事実については処分されないからである。事実が、外的生活かまたは精神的生活に関係するか否かは問題ではない。法律概念を述べることが、その概念の基礎にある事実の明白を含めるような単純な性質である法律関係も、事実として評価される。例として、被告が、原告からその商品を買ったとか、請求された金額を貸金として受領したとか自認する場合である。」(二一六頁)。

③ブローイヤー(Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht, 1963)は、やや詳細に次のように述べている。「明白の対象は、二八八条一項によれば、主張せられた事実である。それを述べることが、それを個々の要素に分解することと等しくみえるところの単純な法律概念(売買、貸金)も、そのようなものとして評価される。所有権概念は、法的関係において全く確定である場合に、明白が、全く事実の面からその要点を把握している限りにおいてのみ、ここに加えられる。これに対して、乗用自動車の所有者の地位や解除は明白されえないところの法律概念として、とりあつかわれる。このことは、法律行為の解釈にも通用する(その明白が、当事者が思っていたことについてのみ生じない場合)。単純法律概念と、その要件事実要素の総体、即ち、あたかも、簡約した事実関係を、同等にあつかうことは、しかし、明白に親近性をもつ法的状態をすべてとりあつかっているのではない。むしろ——法律の文言を越えて——先決的法律関係も明白される。即ち、訴訟物として主張せられた法主張のために口語は許される。先決的法律関係は中間確認の訴……の場合、認諾に親近性をもつ。この場合、そのような法律関係は、明白の対象でもありえなければならない。この明白と口語とは、それが法律関係に制限され、裁判官を拘束するという点で共通である。両者の差異は、中間確認の訴による先決的法律関係の口語は、既判力ある確定になるのに対し、明白は、そこにおいてなされた訴訟に、その効力は制限されているという点にある。従つて、法律関係の明白は、これが訴訟物である場合、認諾であり、訴訟物に対して先決的である場合、明白である。」(三三六—三三七頁)。

④ブルンス(Rudolf Bruns, Zivilprozessrecht, 1968)は、次のように簡単に述べている。「単純な法律概念のもとに集約された事実集合(売買締結)は、この場合、事実集合 Tatsachensammlung」として、個々の事実を分解されることなしに、明白の対象となりうる。特に、単純な条件付き法律関係(所有権はこの関係にある)。(二五二頁)。

⑤レント＝ヤウエルニヒゴ一五版(Lent-Jaurenig, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1970)は、次のように述べている。「明白の対象は単に事実(事実主張)

であり、それ故に、經驗則、相手方の法主張は自白の対象でなく、それ故に、また、法規範の下での事実の包摂 (Substantion) とか、法的性質決定 (die rechtliche Qualifizierung) も自白の対象ではない、それ故に、権利に關係する自白は厳密には存在しない。そこから権利が導きだされる事実のみが自白の対象である。しかし、権利が、要件事実の一部であり (例えば、BGB 八三条の所有権)、この場合、一般的に認められた、例えば、売買とか、賃貸借とか、所有権とか、法律的概念が問題である限り、法律關係の存在は、それが、個々の法律的理由ある事実に分解する必要なくして、自白せられる。例えば、被告が、彼によつて損傷された物件は原告の「所有」であると自白したり、彼は原告から物を買つたと自白することである。支配説によると先決的法律關係……は、それが概念的に複雑であり、当事者間に評価が一致しない場合でも、自白できる……」(三四頁)。なお、この点について五版 (一九五三年) 一〇九頁や七版 (一九五七年) 一一〇頁のコメントの記述も同じである (他の版はみていない)。

⑥ ニキッシェニ版 (Arthur Nikisch, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1952) は次のように言う。「自白は法律によれば単に事実のみに關係し、請求それ自体や事実についての法的評価には關係しない——例えば、一定の行為において重大な解除原因がみとめられるか否かの問題には關係しない——抽象的法規や經驗則はむろん關係しない。しかし、事実の概念は、ここでは狭く解することは許されない。事実と同視されるものは、それによつて、事実上の経過または状況が、周知の法律概念によつて特色づけられるであろう場合の権利または法律關係である。例えば、被告が原告から機械を買つたまたは部屋を借りたというような主張がなされる場合である。それを越えて、事実自白についての規定は、自白が条件づけられた権利もしくは法律關係に關係し、請求それ自体に關係しない限り、法律自白に適用されねばならない。なぜなら、それによつて認諾 (三〇七条) と區別される自白の本質的特色は、認諾は請求それ自体を肯定するのに対して、請求を理由づけるために提示される個々の主張を自白するという点にある。それ故に、同じ陳述でも、その対象に従つて、自白または認諾となりうる。」(二六一頁—二六二頁)。

⑦ シェンケヒクヒンケ九版 (Schönke-Kuchinke, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., 1969) は、次のように述べている。「訴訟において自白に親近性をもつ事実主張として、通用しなければならないのは何かということとは、それについて裁判が求められたところの主張された法律効果 (訴訟物) と個々の主張との關係によつてのみ明らかになる。先決的法律關係も、場合によつては自白せられる」(二二七頁)。「自白は、勿論、先決的法律關係も属するところの請求原因にのみ關係するのに対し、認諾は、請求された具体的法律効果の主張に關係する」(三〇〇頁)。この点、八版と記述は異なっている (Schönke-Schölder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., 1966)。「裁判上、自白は当事者支配の発現であるから、その対象は単に事実でなければならぬ。しかし、ここでも、証拠の場合のように、一定の法的判断が事実と同置される。即ち、その判断が一般に知られた法律概念の下の従属を含んで、個々の場合にこの従属が決して疑いのない場合である。そこで例えば、貸金を交付するとか、売買契約、賃貸借契約が締結されたというような陳述である。」(二三六頁)。

⑧ ホッツ・ホトナー (Richard Holzhammer, Oesterreichisches Zivilprozessrecht, 1970) は、この点、次のように述べる。「権利が要件事実要素であり、この場合、一般的に知られた法律概念が問題である限りにおいて、権利または法律關係も、それらを個々の法的に理由づけられる事実に分解することなしに……、自白しうる。例として、被告は原告の物を買つたとか、原告の貸金を受け取つたと自白する場合である。」(一九五頁)。なお、彼は、認諾と自白との關係について、次のように述べている。①認諾は法律効果主張であり自白は事実主張である。②自白は、原告と被告共になしうるのに対し、認諾は被告のみ

である。③被告は原告の事実主張を全て認めても、訴が *schlüssig* でないとか、抗弁とかで請求棄却の要求はできない。④両者とも *Wissenserklärung* であり、*Willenserklärung* ではない。(一九六頁)。なお、オーストリー民法法は二六六条で自白について規定する。

⑤ホルマン・タムナー二版 (James Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., 1932) は「自白は、認諾と、事実に関係するという点で異なる。しかし、それは、条件的法律関係にも関係することがある(いわゆる権利自白)。(二〇五頁)と簡単に述べている。これについて「法律状態としての訴訟」(*Der Prozess als Rechtslage*, 1925) の中では(四九四頁の注二六〇)、先決的法律関係についてのみ法律自白が意味があるのは、訴要求 *Klageforderung* の抗弁と結びついた権利自白を顧慮すること、抗弁についての審理の際、当事者達と異なつた訴要求の法的判断にいたる必然的な自由を裁判官から奪うであらうからであると述べている。

* *de Boor-Erkel, Zivilprozessrecht*, 1961 *Bergerfurth, Der Zivilprozess*, 1968 には「これについての明確な記述はみあたらなかった。Hoche, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., 1961 は見ることができなかった」。

B. 註釈書

① *Baumbach-Lauterbach* 三〇版 (*Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung*, 30. Aufl., 1970) は「自白は事実に関係しなければならぬ。……法律的事実に自白は証拠調 *Beweiserhebung* と同じ範囲において及ぶ。それ故に、全く周知している単純な法律概念にも及ぶ。……RG, 35, 411。例えば、良俗の概念 *RG JW* 99, 768 や、純粹な判断評価 *BGH* 8, 235 または、法規や法律効果または経験則には及ばない、当事者は裁判所に、間接的に一定の法的判断を強制しえない。あらかじめ(先決的) 事實は自白に親しむやすい。そこで、貸主が、支払や明渡を訴求する場合に、支払請求権の認諾の中に遅滞事実の自白が存在する。」(二二〇頁)と述べ、「全く単純で、本当に熟知されている法律概念は個々の場合、証明事実になりうる。そこで、單純な売買(即席売買)や、注文すること *die Erteilung eines Auftrags* と述べ、「全く単純で、本当に熟知されている法律概念は個々の場合、証明事実になりうる。例えば、婚姻の破壊、天災とかは決して証明事実ではありえない。純粹な判断はまた、いわゆる技術的判断、即ち、特別な専門的知識によつて事件の経過から引きだされた結論、例えば、身体損傷による死とか支払停止とかである。これらにとつては、法律的判断と同じようなことが通用する。他の純粹な判断は訟訴上意味がない。」(五九三頁)と述べている。

② シュタイン・ヨーンナス一九版(後注36参照)は、次のように述べる。「……自白は、事實をその技術的、法律的表现において、その対象としえるのである。事實の正しい包摂が争われないとか、自白者の理解によつて保証されている場合、いわゆる技術的、法律的判断として生じうるのである。自白は、例えば、遺産相続人または遺留分権利者としての地位についての自白もあろう。……同じ要件の下に、法律関係としてのその法律的内容における事實の複合もまた、自白の対象を形成しうる。即ちそれについてともかく既判力ある確定が生じないところの条件付き法律関係である。これに対して、単に法律的または技術的評価のみが対象である自白、または、裁判官の裁判の排除の下に争いある事例においてこの評価を確定しようとする自白は、裁判官の地位との不調和として排除される。……証明の部分にならない事實評価を、当事者達は自白によつて排斥することができない。彼等が裁判所による事實評価を避けようとするならば、認諾がなされなければならない。しかし、これは、相手方によつて主張せられた法律効果の承認である。それは、決して事實自白を含まないし、その効果は、この法律効果が提出せられた事実から明らかになるか否かの法律的審判権を裁判官からとりあげるところにある……これに対して、当事者は、裁判所に、法律関係の自白によつて、その審判の法的基礎をおしつけることはできない。」(一一八一頁)。

③Thomas-Putzo 四版 (Thomas-Putzo, Zivilprozessordnung, 4. Aufl., 1970) は「自白は事実に関係するし……また、先決的法律関係 (例えば、承継) にも関係するが、しかし、純粋な価値判断、経験則、陳述の解釈、証拠評価等には関係しない。自白はある主張の真実の審判を裁判所から奪うのに対し、認諾は、訴訟上の請求、に関係し裁判所から法的審判[権]を奪う。」(三八〇頁)と述べている。

④Wiezorek 二版 (Wiezorek, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl., 1966) は、大注釈書の圧縮したものと見えて、要領よく判例を整理している。「自白のような陳述は事実に関係する。この事実の中に、判断を含む自白が存在する (Vgl. § 138 BIRa)。しかし、この中には常に Wollen の要素が欠けている (別見解 BGH NJW 62/1390)。自白は認諾が主張せられた法請求についての自認であり (RG JW 89/431)、自白は単に事実のみに関係するということではない。認諾と区別される。認諾は Wissensklärung ではなく意思表示である (それは自白を含まない、RG Seuff. 57/131)。事実についての判断も (§ 138 BIRa)、証書が真正であるという事実も、自白による (RGZ 97/162)。裁判所がどの程度、事実判断に関与することが許されるかという問題は、単に法律と要件事実から推測せらる。不可能な事実 (即ち、自然法則や経験法則に反する事実) は、顧慮されない (OLG HGZ 07 B 12)。純粋な法的判断はいずれの場合でも当事者の処分によって害されない、特に証拠(調)の結果の評価はそうである (Vgl. RG LZ 32/322 (325))。また、被告が、原告に自分から売買によって得られた特許からの権利が帰属する旨 (認諾することなしに)、自認する場合 (RGZ 161/243 (247))、あるいは、当事者達が、原告が一定の証明を提出する場合、請求は正当であると、一致して考えた場合 (RG JW 01/57) も、そうである。法的評価を付け加えることは、その他のなされる Wissensklärung には意味がない。自白は、その法的評価が誤っていた場合でも、通用する (RG JW 97/461)。単純な法律概念は、事実に属する (RG JW 12/357)。その限りでは、紛争は法律概念が問題ではない (RG JW 01/58)。これに対して、法律行為の解釈については、証書についての解釈について当事者達が一致して陳述しても、RG HRR 32/378 によって、意味のあるものとしてみられないとしても、このことは、その解釈に関する意思表示が問題である限りにおいてのみ認められる。しかし、彼等あるいは他人が考えたものを、当事者が単に Wissemäßig に述べようとする場合は、そうではない (RG N 8 288 (4)) (八六七—八六八頁)。

⑤Zöller 一〇版 (Zivilprozessordnung Kommentar, 10. Aufl., 1968) は「認諾 (§ 307) と放棄 (§ 306) は、訴訟上の請求それ自体に関係し、事実のみが自白される (RG 35, 411) には、単純な法律関係や法律概念も。しかし、法律自白の要件事実要素のみが、二八八条、二九〇条の効果を正当にも与えられる。なぜなら iura novit curia [裁判官は法を知る]である。」(二八九頁)と述べている。

⑥Hans W. Faeßling, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Lieferung 14 (1963), S. 239 f. は自白の対象については、事実と事実をえるための経験則であるとし、権利自白肯定説は曖昧である (事実自白ではないか) とする。

このように概観してみると、およそ、二つのタイプがあるように思える。一つは、端的に、先決的法律関係は事実自白の対象であるとするタイプである (ローゼンベルク、プロマイヤー、ニキッシェ)。他は、先決的法律関係のうち、熟知した法律概念、あるいは単純なものに限って、事実自白の対象となるとするものである (レント、ブルンス、ベルンホルト、シュタインリョーナス)。前者は、積極説のうちの事実自白説というべき、レントの分類でいえば、

第一説に該当するものであり、後者は、第二説、あるいは第三説ともいえるもので消極説といえようか。

(33) 判例については、通常の体系書に引用されているだけで、詳しい分析がなされていないようであり、レントの分類した時の状況とかわつていないようである。Wiesozek の *Großkommentar der Praxis* (1957), ZPO によつても、大体、判例が消極的態度のようであるということがわかるにすぎない(二巻四) 10頁以下、一巻 100頁以下)。要するに今後、詳しい判例研究が必要と思われる。なお、この大註釈書の圧縮版については訳出しておいた(前注32のBの④参照)。

(34) *Constantin Demler, Rechtsanwalt beim K. Landgericht Stuttgart, „Das gerichtliche Geständnis von Rechtsverhältnissen“.*

なお、わが国では既に、雄本博士も引用しているが(後注35)、簡単ではあるが的確に竹下教授によつて紹介されている(前注3の論文の九一頁、九二頁、九七頁注の2)。なお、本論文は法務図書館所蔵のものを利用した。この利用は同図書館福島小夜子夫人の御好意によるものであった、記して感謝の意を表する所である。

(35) 法務図書館の所蔵している自白、認諾に関するテイセルタチオンは大体今世紀初頭に発表されたテイセルタチオンであるが、その性格からとも思われるが、ほとんど、デムラー論文をあげているし、ヘルヴィヒも体系の中でとりあげている(System I, S. 436, S. 446, Anm. 52)。なお、雄本博士も(前注7)、一応、引用している(例えば、諸問題六三六頁の注二)。

さらに、あの有名な *Das Geständnisrecht* (一八九九年) を書いた *Oskar Bliow* は、その中でこのデムラー論文について、結論においてこの論文を支持する旨(二七〇頁の注一)、そして有能な論文であり(七頁の注一―八頁)、判例や文献も豊富であることも述べている(二七〇頁注一)。もつとも権利自白の撤回については反対している(二七二頁の注一)。

(36) *Stein-Jonas Kommentar zur ZPO, 19. Aufl., 1968, Lieferung 5, S. 1180 G 注一。* なお、*Pohle* を継ぎ、*Dieter Leopold* と *Ekkehard Schumann* がこの部分を執筆したらしい。

(37) ①の冒頭のカッコ内の記述から明らかのように、ここで、デムラーは、訴提起以前における訴状における事実の記載と、被告の応訴の態度によつて、理由づけを変更したことを区別して、このような視点から詳細に議論するのであるが、これは多分に、訴状の請求原因記載において理由記載説に立つているからと思われる。しかし、今日、同一識別説がほとんど定説と思われているのであるから(これについては、三月・民訴法一〇四頁注②参照)、デムラーの議論は不要に思える。そこで、このような視点からのデムラーの記述の紹介は省略した。もつとも、彼は結論的に識別説と理由記載説と、訴状において法律関係を事実に分解するか否かということとは問題は別であると述べているが(三二頁注の一)。

(38) デムラーは、プラントクの見解と自説との実質的な差異は、この点のみであると述べている(三三頁注一)。また事実と法との関係については、次のように述べている。「法律関係と事実との差異は、それがより流動的であり不明確であるけれども、存在する。その限りで、事実自白は、提出された事実が同時に、単純で素人にも理解しやすい法律的概念によつて抱括される場合には、法律自白を分離することは非常に困難である。……このような場合、外見上の法律主張は事実主張である(事実自白としての自白)。…なぜなら、問題の概念を熟知している原告が正しく、推論したということが認められるからである。その外見的不適法な推論は、それ故に、実際、簡略化された事実主張であり、法主張によつて、暗に、権利成立のための本質的な事実が提出されてい

るのである。被告が否定すれば、原告は、この暗に主張された事実のために証明しなければならぬ。この場合、即座に、原告が正しく推論したか否かも、明らかになる。否認によつて、それ故に、原告は裁判官に、彼の推論の正しいことを明らかにすることを余儀なくされる。」(三六—三七頁の注2の一節)。なお、デムラー説とフランク説の対立の状況については、August Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozesualen Anerkenntnis und Verzicht, 1903, S. 267 Anm. 4; S. 268 Anm. 2 を参照せよ。

(39) デムラーは「フランクの三〇頁1bの説明は、裁判官を拘束する自白の範囲を述べていない、むしろ、単に、争わないという陳述が、その拘束力を無視すれば、何に關係するかということのみを示すのである。なぜならば、法規の存在や、結論を引き出すことの正しさということは、裁判官を拘束する方法においては自白されべきでない、フランク自白、三三三頁に述べられているからである」といふ。なお、フランクとは、Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, 1887, Bd. II, 1891 § 217 2. Abs. 2.

(40) 自白の法的性質については、周知のように、今世紀の初頭まで、激しい議論が展開されていた。今日自白の法的性質については「私法行為の理論に従つて意思表示か觀念表示かを論ずる必要も実益もない……」(三ヶ月・民訴法三八九頁)といわれていることからして、この議論を詳しく紹介する必要はないと思われる。従つて、省略したいのである。なおわが国で、かかる議論を詳しく報告するものとして次の文献がある。雉本朗造「裁判上ノ自白ヲ論ンテ大審院ノ最近決定ニ及フ」(法学志林一巻八号(明治四二年)三七頁以下)、加藤正治「裁判上ノ自白ノ性質及ヒ其ノ取消」(民事訴訟法判例批評集第一巻(大正一五年刊)一三六頁以下)、雉本朗造「訴訟行為論」(前注7参照、諸問題六五七頁以下)、江口新「裁判上の自白」(法曹会雑誌五卷一一号(昭和二年)三四頁以下)、江口新「訴訟行為に於ける意思の問題」(法学新報四〇巻六号(昭和五年)八一頁の注の1)、エドガー・ジークリスト(長谷部茂吉訳)「民事訴訟に於ける証拠法上の根本問題」(司法資料二六五号(昭和十五年)二九四頁以下)。要するに、戦前の自白論は、自白の法的性質が、まさにその中心であつたことを物語るものであり、これは、ドイツの影響によるものであらう。なお、ドイツについては豊富な文献があるが、Bulow, Das Geständnisrecht (1899) が最も代表的であらう。Bernhardi, Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozess, JZ 1963, 245ff. は非常に簡単ではあるが、制度目的論と自白の法的性質論との関連を歴史的に述べている。また最近では、Peter Arens が Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess, 1968 び自白の法的性質の問題と自白の取消の問題との關係等について詳しく論じている(一九四頁以下)が、前述三ヶ月説と同趣旨が(二〇一頁)。

(41) これについては井上論文(前注26)を参照されたし。

(42) 竹下教授は次のように述べている。「日常法律概念を用いてなす陳述がある範囲において事実の陳述を含むものとして評価しうることは確かである。そして又、いづれにしろ、相手方が認めれば自白となるのである。これを事実上の陳述と言うか、法律効果の陳述と言うかは言葉の問題にすぎないと言えないこともない。しかし、相手方が否認した場合を考えると、いかにしてもこれを事実上の陳述と見ることが出来ないことは明らかである。何故なら、かかる陳述はそのままでは証明の対象となり得ないからである……。又、相手方が認めた場合でも、主張者が表象した事実と相手方が表象し眞実なりとした事実とが同一であるという保証はなく、両者の陳述が一致しているのは、端的な法律効果の存在そのものについてのみであるから、これを事実上の陳述と見て、又は事実上の陳述を含む範囲において、事実の自白が成立すると言うのは正確ではない。」(前注3の論文の九二頁)、なお前注38参照。

(43) 竹下教授は先決的法律關係を厳密に狭く解される(前注16参照)。

(44) これについては前注26参照。

(45) これを物語るように思えるのは、ソイフェルトの次の記述である。「裁判上の自白は事実に関係する。事実に対立するものを請求が形成する。請求が認められることができる。この場合、二七八条(筆者注)現行ZPO三〇七条)によつて手続がおこなわれる。請求が理由があるか否かについての全ての法的判断は排除される。この対立から、二二六一条(筆者注)現行ZPO二八八条)の意味の事実が請求の要件、それ故に、かかる前提として主張せられた法律関係を意味する。自白はそれ故に、原告が所有権者であるとか、地上権者であるとか、借地人であるとかという主張にも関連する。」(Seuffert, *Civilprozessordnung für das Deutsche Reich*, 1883, S. 333)。なお、普通法時代には、権利自白は認められていたということ、またその文献については、Hegler (前注26)の二六八頁の注を参照。また、*Freiherrn v. Canstein, Anerkennung und Geständnis*, ZPR. 1 (1879), S. 340, Anm. 120を、普通法時代、権利自白が事実自白と同じようにあつかわれていた旨、報告している。またZPOも同様に考えていたとも述べている(三三三頁)。

(46) 理由記載説、同一識別説、訴訟物論等の関係については三ヶ月教授の解説がある(民訴法一〇四頁以下の注)。

(47) この点を要領よく説明するものとして住吉博教授の「訴訟資料としての事実主張」(受験新報二〇巻三号三二頁以下、二〇巻五号(昭和四五年)二二頁以下)がある。

(48) 最近ドイツで、弁論主義、処分権主義の区別に疑問を投げかけているのは、グルンスキーである。理論的には可能だが、それは *Interessengerecht* であるか、というのが彼の出発点である。民事訴訟において事実資料の供給を当事者にまかせたのは、実体的法律関係に関与する者を、訴訟にひきこむことが、資料の正しさと完全性に対して保証をなすからだというのではなく(もしそうであるなら、婚姻訴訟や行政訴訟にも通用するはずである)、当事者達が裁判のために存する実体権について、任意に処分しえるからであると説き、当事者のうち一方が法律行為によつて、その実体権を失うか否か、あるいは訴訟において何等かの方法でそれを失うか否かということ、国家にはどうでもよいことであるとす。まさに同じことが、処分権主義の広い範囲にも通用するというのが彼の論調である(Wolfgang Grunsky: *Besprechung (Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., 1966), Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* Bd. 14(1967), S. 121)。なおこれに対立しているのがGerhard Lüke, *Grundsätze des Verwaltungsprozesses, Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre*, Jus. 1961, 41ff. である。またわが国では、小山昇教授は「当事者間に争いのない主要事実は証明を要せずして判決の基礎にすべきである」ということは、弁論主義の内容として説かれるのが普通であるが、処分権主義の延長のように思われる。すなわち、請求に関する処分権主義を請求を理由あらしめる主要事実に延長して適用した結果である。争いがなく、裁判所の判断を求めないところに介入すべからずという思想がその根底にあるからである。」(現代法律学全集22「民事訴訟法」(一九六八年)一三三八頁)と述べている。なお後注61参照。

(49) 最近、このことを述べる論文として、田尾桃二判事「主要事実と間接事実にかんする」二、三の疑問(兼子博士還暦記念「裁判法の諸問題中巻」(昭和四四年)二六九頁以下)がある。

(50) ヘルヴィヒは権利自白(広義)の取消についての認諾の中に事実自白が含まれている限り、その取消はZPO二一九〇条の事実自白の規定によつて処理せられ、そうでない場合は、全く自由に取消しができること述べて(System 1, S. 447)、全く自由な取消しを認めているデムラーと対立させている(System 1, S. 446)。しかし、デムラーも表見的権利自白は、事実自白であるという主張があるから(前注38参照)、結局、ヘルヴィヒとかわりないように思えるのだが。

なお、訴訟行為の撤回と取消とは区別すべきであるが、本稿では、大体において撤回という語を使用して、明確に区別していない。本稿の範囲ではその厳密に区別する必要を感じなかつたからである。区別等については、竹下守夫教授「訴訟行為の取消は認められるか」(法学教室一〇・昭和三六年・一三八頁以下)および、そこで引用されている文献参照。

- (51) 竹下教授は、兼子説、あるいはヘルヴィヒの中間説に対して、「これは当事者に対する拘束力は生じないが裁判所に対する拘束力は生ずるという趣旨かどうかは明らかではない」と述べている(前注3の論文の九二頁)。即ち、兼子説(体系一四六頁)からは、当事者は自由に取消せるとは読めないが、論文には(民事法研究一卷(二〇六頁)、自由に取消せると書いてある。

- (52) Fritz Baur, Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß, 1966 とか、Fritz Baur, Weitere Anregungen zur Beschleunigung der Zivilrechtspflege, JZ 1969, 482ff. を執筆してゐることは、あまりにも有名である。前者を紹介批評する論文は、上田徹一郎教授の「紹介・フリッツ・バウア著『訴訟における口頭弁論集中への道』法と政治一八巻(三)号(関西学院大学・一九六七年)五三九頁以下である。なお、最近の西ドイツでの民法改正の動きを、報告するものとして、柏木邦良教授「訴訟促進と西ドイツ民法改正の動き」(ジュリスト四四九号(一九七〇年)八頁以下)、木川統一郎教授、「西ドイツ民法改正問題と三ヶ月裁判」(ジュリスト四四六号(一九七〇年)八五頁以下)、小山昇教授「民事態がそのように惨めなところは、どこにもない」(ジュリスト四四九号(一九七〇年)九四頁以下)等がある。特に木川教授の論稿には、文献が豊富に引用されている。また最近では小山昇教授が、バウア教授の論稿と密接な関連があるいわゆるシネトウツガルト方式の審判状況の見聞を報告している(ジュリスト四六三号(一九七〇年)一三〇頁以下)。

- (53) ドイツ語の正式な論文名は前注28参照。

- (54) ローゼンベルクの学説については、前注32のAの①参照。バウアは、シュタイン・ヨーナスについても(前注32のBの②参照)、一方では法律関係の自白を認め、他方では認めないという点では、一体、その区別は可能なかと、批判している(二頁注5)。被告が彼は所有権者と自認するのは適法で、土地が被告へ譲渡されたのは有効であつたと自白するのは不適法なのだろうかともいっている。

- (55) Peter Schlosser, Einverständliches Parteinaheln im Zivilprozeß, 1968 のことであり、これには、拙稿の書評がある(民事訴訟雑誌一六号三六七頁以下)。なお、書評の内容については、訂正しようとは思わないが、若干の誤字があるのを、ここに訂正しておく。三六八頁下段一七行目、一八行目、マルクブルク大学→マールブルク大学(なお、彼はシュタイン・ヨーナスのコンメンタール一九版の編集者として活躍しており、それによつても現存。三七七頁上段四行目「また、著者は」↓「また、著者は」。「三八一頁注の3の「七一頁」↓「八一頁」。なお、本書はシュタイン・ヨーナスのコンメンタールの請求の認諾、放棄の参考文献欄にかかげられてゐる他、Volker Emmerich, Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge, ZRP, Bd. 82, S. 413, A. 2; Baumgärtel, Die Klage auf Vornahme, Widerruf oder Unterlassung einer Prozeßhandlung in einem bereits anhängigen Prozeß, Festschrift für Hans Schmitz, S. 42, A. 11; S. 51, A. 44; S. 54, A. 57, A. 58 を引用してゐる。最近、知つたことだが、彼の「デマテルナチオン」は「Der Grundsatz „keine Strafe ohne Schuld“ als Verfassungsnorm, Diss. Würzburg (Ungeedr.), 1961.」である。

(56) 例えば、ローゼンブルク・シュワープについては前注32のAの①参照。なおドイツの判例にも、みられる (BGH, I, 10, 1957, VI ZR 213/56, ZRP, 71 (1958), 95 ff.)。

(57) シュロツサーについても、かかることがいえることについては前に述べたことがある (拙稿民訴雑誌一六号三七頁。なお前注55参照)。なお三ヶ月教授は「近時の訴訟行為論は訴訟手続における個々の訴訟行為の機能に着眼し、そこから私法行為との本質及び取扱の差異を演繹しようとする傾向が有力である」とみてよい。概念的に私法行為か訴訟行為かを論じ、そこからその効果の差異を導き出して満足するよりも、個々の行為の機能の探究を先行せしめ、その定型を見出してそこに私法行為と異なつた扱を要請する根拠を探ることが訴訟行為論の意義に照して考えれば、重要であると考えられるから、こうした訴訟行為論における関心の推移は正しい志向をもつているといつてよい。「民訴法二六七頁注一」と述べている。小室直人教授はこの三ヶ月見解に対して「この基本的態度に異論はない。問題は個々の訴訟行為の解明にあるのだから、それらについて更に詳細な研究を期待したい」と述べている (大阪市大法学雑誌五卷四号 (昭和三四年) 一五一頁、書評「三ヶ月・民訴法」より)。

(58) 竹下教授は権利自由についてではあるが、「不当に当事者の利益を害することなく、又、裁判の適正をそこなうこともない範囲における訴訟資料の蒐集は、これを当事者の権限とすると同時に、そこにおける瑕疵は当事者の責任に帰せしめるのが法の趣旨である」と見ることが出来る」とし、さらに「実際に、必ず厳格な意味での事実の陳述を当事者に要求するとは不可能でもあり、又徒らに時間と労力を費すのみである。それ故にこそ、元來事實は生のまま主張されねばならぬ筈であるのに、一般には法律判断の結果という形で主張することが許されるのである……。他方、かかる法律判断の結果の主張が許されるのは、訴訟物たる請求の当否を裁判所が判断する妨げとならず、かつ、その不真實なることによる損失を当事者に帰せしめうる限度に限られる。」と主張する (前注3論文の九三頁)。

(付11) Franz Sobernheim (Gerichtssassessor), Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozess, 1916; § 23 Das Rechtsverständnis (S. 201~S. 206)。

(付12) 兼子博士は、ドイツの学説を次のように紹介している。「法律関係の存否も当然裁判上の自由の対象たり得ざるを為すは、例へば、Bilow Geständnisrecht S. 270f.; Hegler, S. 266f. 之に反し、自由の対象たらず」と為すは Förster-Kann § 288 4. b; Stein-Jonas § 288 II, 1. a; Sobernheim, S. 201f. 独立の判例には折衷的態度を採り、売買、贈与、所有権の如き簡單 (einfach) にして個々の事實に容易に分解し得る法律関係に限り自由し得ると為すのがある (Vgl. Sobernheim S. 202)。(民事法研究第一卷二〇七頁注一三。これは本稿冒頭で引用した博士の論文の中の一文の注である) Hegler にいつては注38、注40、Bilow にいつては注35を参照せよ。

(付13) 前注50、51をも参照。