

| | |
|------------------|---|
| Title | 権利自白論(三・完) |
| Sub Title | Zur Lehre des Rechtsgeständnisses (3, end) |
| 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.2 (1971. 2) ,p.54- 78 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710215-0054 |

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(三・完)

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(以上四十三卷十二号)

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(法学研究四十三卷十二号)
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(以上前号)

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

四　まとめ並に私見

以上、不十分とは思われるが、現在の日本の学説の状況、現在のドイツの学説の状況および、そのもつ問題点を、それら今日の通説的見解からみれば、異端の学説を詳しく紹介することによつて、明らかにしえたと思う。そこでここでは、ドイツの種々の議論を参考にして、議論を展開しようと思う。即ち、基本的には、デムラー説に立ちながら、権利自白の認められる範囲を広く認めつつ、一方では当事者による撤回（取消）権行使を自由に認めることによつて、誤つた判断のなされるのを防ぐといつたことを原則的に、認めようと思うのである。そして、理論的純化のため、あるいは實際上、妥当な結論を導くために、ヴォルフの見解、パウアの見解、ゾウベルンハイムの見解等を利用して、デムラー説を今日的なものにしようと思うのである。そこで以下では、このような立場において私見（試論）を構成してみようと思う。

1　紛争なき所、裁判なしの原則

さて、ここで明らかにしておかねばならぬことは、実体法上の当事者の私的自治を十分考慮している現行民事訴訟法では、その反映として、たとえ法的主張であつても、当事者間に争いが無い場合、裁判所はそれに拘束されねばならないということである。この点の論証はパウアがおこなつた所であるし、ヴォルフもまた同様な立場である。⁽⁵⁹⁾問題は許容の範囲なのである。もし、拘束力を全く認めないとしたらどうであろうか。多少観点は異なるが、デムラーの指摘するように、公

平という点からも、合目的ということからも、おかしいというべきであろう。⁽⁶⁰⁾ 即ち、当事者は法主張を常に事実に分解しなければいけないといつてみたところで、どれだけ実効性があるか疑わしいのである。裁判所の審判が、当事者の判断よりも、正しいということがあつても、常にそうであるとは限らず、またその場合の正しいという意味も問題がある。要するに、法判断は全て裁判所の専権という前提がおかしいのである。いたずらに理念的に裁判所の職分を考えるのではなく、現実的、實際的に正しい判断が下せる範囲での裁判所の職分を考えることが必要である。パウアのいうように、まさに「紛争なき所、裁判なし」なのである。そして、かようにある範囲において裁判所の審判権を制限することは、逆にいえば、その範囲(審判権を排除した範囲)において、当事者は責任を負うことになる。かかることをとらえて、一般に私的自治の発現とか、弁論主義とか、あるいは処分権主義とか、という言い方をするようであるが、これらのうちどれかという多分に用語の問題に帰することになろう。要するに、一定の範囲において、当事者は自己の責任の下に、訴訟物以外の法律関係についても、その判断を裁判所に強要しうるのである。なおこの点、中間確認の訴にかかる法律関係はなりうる可能性を有し、そうなれば、認諾ということによつて、裁判所を拘束しうるといふ点を強調し、それをとらえて、かかることを理由づける論者もいる。論者のいわんとするところはわかるが(要するに、迂遠な方法でも、できるのだから、直接的に認めてもよいだろうということ)、しかし、確認の訴と認諾という問題をのこすように思われる(当事者に訴訟上争いがなければ、中間確認の訴もおこせないのではなからうかという疑問である)⁽⁶²⁾。

さて、問題は、かようなことは訴訟における当事者の合意論について一般的にいえても、はたして自白(広義)の場合にも通用するであろうかということである。当事者間の合意が必要であるといふのであれば、第一に意思表示が問題になるであろう。ところが今日、自白の法的性質について意思表示説をとるのは非常に少数者である。⁽⁶³⁾ この点、どう説明するかという問題である。

この点、次のように考える。そもそも、自白の法的性質について意思表示か、観念の通知かで争うことは意味がない。なぜなら、両方の場合がそれぞれありうるし⁽⁶⁴⁾（このことは経験的にどちらが多いかすくないかということになる）、また個人の内心のどのような点をとらえるかによつても、またそれぞれ成り立つからである（かつての放棄説や処分権説等の存在を想起せよ）。かくて、これらよりも高い次元に立つて（原点到立戻つて）、考えてみる必要がある。即ち、民事訴訟の制度目的から考えるべきであろう。民法の場合、意思表示が強調されるが、それとても、心理学的意思ではなく、意思の自由を指標価値とする制度的意思なのである。さて、民事訴訟制度の目的を紛争の法的解決にありという立場から考えてみるに、先ず、⁽⁶⁵⁾反対解釈的に紛争なき所、裁判なしということが、一応、導きだされるであろう。そしてこのことは、また、前述のパウア論文による経験的・現実的・考察と一致するところでもある。問題は、この場合、「紛争とは何か」、「解決とは何か」ということである。

これについては次に述べるが、要するに、極端にいえば当事者の内心がどうであろうとも、客観的に、ある点について紛争がなければ、その点について裁判所は裁判できないと考えるのである。裁判することは裁判所にとつては負担であり、当事者にとつては不測の事態を招来することになるからである。当事者間に合意が成立することは紛争がなくなつたことの最も典型的な一つの例である。そして、自白（広義）とは、まさに、このような紛争のないこと、なくなつたことを擬制する制度なのである。⁽⁶⁶⁾このように考えると、自白の法的性質をどう理解するかということとはあまり意味をもたない。重要なことは、紛争のないこと、なくなることとということとはどういふことなのかといつたことである。裁判所の専断的、恣意的判断を防ぐ意味においても、当事者に一定の効果の予測をさせる意味においても、明確に、この点について把握する必要がある。

さて、そこで、紛争のなくなつた、あるいは紛争のないということについて考えてみよう。問題を、(一) 紛争の対象について、(二) 紛争のなくなるといふことについて、(三) 紛争がなくなつたといふ場合のその効果について、の三つにわけて考

えてみよう。

(一)紛争の対象について。裁判所の審判権を排除しうる紛争の対象を問題としてしているのである。請求それ自体については問題がない。問題はそれとの関連で、どこまでかということである。従つて、先ず請求、訴訟物が特定されていることが前提となつている。請求(訴訟物)を特定するのは原告の権利・義務であり、訴訟物を当事者が処分できるのは、今日、自明の理とされている。このことを前提とし、訴訟が訴訟物の存否について争われるといわれるが、實際は主要事実の存否に依存しておこなわれていることを考えるならば、訴訟物の存否と論理必然の關係のある事実、法律關係は、請求の認諾・放棄等と同じく考えるべきだということにならう。即ち、訴訟物とそれを理由あらしめるものとの關係は紛争の全体と部分の關係をなすのである。要するに、一般に主要事実といわれるもののように、訴訟物の存否と論理必然の關係にある、訴訟物を理由あらしめる事実や法律關係が、ここでいう紛争対象なのである。従つて、かように解するとデムラー理論をほぼ含むであろうし、同時に、權利自白の適用される範圍も、いわゆる法規の法律要件要素ということである(ここにおいてヴォルフに親近性を感ずる)。明確に決るであらう。さて、かようなことから従つて、間接事實は、ここでいう紛争対象ではないということである。⁶⁷⁾裁判官が対象について判断するにあつて、判断の資料となるべきものを拘束させることは、場合によつては裁判官に不可能を強いることになるし、自由心証主義という今日の合理的なプリンシプルに反することになるからである。⁶⁸⁾もつとも、間接事實といつても、その存否が決定的に主要事実の存否を規定するようなものであるものを、このように考えてよいかということとは問題があるところである。主要事実、間接事實の區別が法規の法律要件に形式的に依存しているに對し、多分に不意打ち防止的色彩の濃い弁論主義が、かかる形式的な主要事実と間接事實の區別に依存しているのは直接的関連が感じられないからである。訴訟物と論理必然の關係にある請求を理由あらしめるのがここでいう紛争の対象であつたが、かかる定義をより実質的に、訴訟物の存否と実質的意味連関のある、請求を理由あらしめる事実や法律關係が、紛争対象であ

ると定義すれば、かような間接事実は、ここでいう紛争対象にはいることにならう。ことは、まさに、弁論主義、処分権主義の本質に迫るものである。ここでは、問題点の指摘だけで、解答は、後日の弁論主義、処分権主義の研究に譲る。

(二) 紛争のないこと、なくなつたことについて。紛争対象について裁判所が判断を提示することによつても、制度上、紛争はなくなることになる。解決がなされたのである。しかし、また、当事者が紛争対象について、合意が成立した場合にも、紛争がなくなつたというか、解決されたとかいうものである(既判力本質論におけるかつての実体法説は、この両者の区別を無視した点に誤りがあつた。ここでは後者の場合、即ち合意について考えてみる。和解、あるいは訴訟契約がそのもつとも典型的なものである。しかし、訴訟法は、種々の観点から、常に合意の存在のみをもつて、紛争の解決とは考えていない。即ち訴訟行為表見性の原則、常に紛争を予定しているところの対立二当事者存在の原則、合目的考慮等から、自由(広義)制度を、かかる紛争のないことを、擬制させる制度と考えるのである。訴の取下とその同意も、このような視点からみれば、当事者に紛争がなくなつたことの形態と考えられるであらう。

(三) 紛争のなくなつたことに対する訴訟法上の効果について。紛争がなくなつたことについて、種々の形態が考えられるが、問題は訴訟法上の効果がどのように、それに対して、生じるかである。しかし、この問題は一般的に答えられないであらう。それぞれ、紛争のなくなつたといわれる実体(解決内容)との関連、裁判所の関与の程度、当事者の意欲等を考慮して考えられるべきであらうが、共通していることは、裁判所の審判権を排除することである。差異点は、内容が確定的に決まるか(既判力)、あるいは、当該訴訟においての効力であり、しかも審判権排除の取消が自由であるかどうかといったことである。これらは既に述べたような種々な視点で考えられるべき問題で、一般的に述べられないように思える。

かくして以上のような(一)(二)(三)による考察によつて、当事者による紛争終了を招く訴訟行為は体系づけられなければならないといと考えるのである。

2 権利自由について

さて、次にこのような視点から、権利自由を考えてみようと思う。この場合の対象とは、請求を理由あらしめ、もしくは理由なからしめる法律関係であり、このことは、当該請求との関係においてのみ意味をもつものであるから、審判権排除効(解決内容の拘束力)は当該訴訟にのみ通用するというところで、必要かつ十分である。なおこのようなことから、請求(訴訟物)についての理解の相違によつて、実際上の範囲は異なつてくることは注意すべきである。⁽²⁾

イ、拘束力及びその撤回について

次に問題なのは、かように権利自由の効力を「紛争なき所、裁判なし」ということで、内容的拘束力を認めるにしても、その拘束力は当該訴訟において確定的であるべきか、それとも浮動的であるべきかといつたことである。合意の場合は、他日、一方がその合意に反したとしても、その合意の内容に応じた法的効果を招来せしめることは、合意した相手方保護の立場からも、またとにかく一旦、合意という意思表示の存在からも、何等不都合はない。招来せしめえぬ場合は、まさに例外的であり、この場合は、瑕疵ある意思表示によつてなされたのであり、「約束は守らなければならない *pacta sunt servanda*」の原則の前提たる、完全な意思表示の合致ということに欠けているからである。ところで、権利自由の場合、どうであろうか。かかる合意の理論は通用しない。当事者の一方的行為によつてなされるからである。一方的行為であることを考えれば、その撤回、取消しを、合意の場合以上に、認めてもよいはずである。ただその場合、かような一旦、成立した訴訟状態を、安易に変更せしめてよいかどうかという訴訟における手続形成の点から問題があるであろう。従つて訴訟行為において瑕疵があつた場合、従前の状態にもどすよりも責問権喪失の制度あるいは撤回自由の原則による方法が一定の場合、認められるのである。随時提出主義、あるいは権利自由の対象は請求を理由あらしめる一法律関係にすぎないということを考え

ば、瑕疵を問うことなく撤回自由として、即ち原則として取効的行為としての原理が働くと考えらるべきであらう。そして事実自由の場合には例外的に、撤回、取消を制限的に考えるべきものと思う。事実自由の場合のその理由は、事実を述べるといふことについて誤りがあるというものは、通常、ありえないであらうということと、それとの関連で事実は一つであつて、二つはありえないということ、さらには排除される証明内容の明確さ、に基づいているように思える。従つて、事実自由の撤回についての要件を考える場合、従前の手続形成によつて生じた状態が誤りであつたことを明らかにし、従前までと同じ進行状況にまで回復させる責任を撤回権者に課すれば十分である。事実自由の撤回の要件に相手方の同意があげられるが、このことは、自由の撤回と相手方保護とが結びついていることを示すとともに、撤回それ自体、容易になされうることをも意味するのであらう。なお一般には錯誤と真実の証明ということが要件としていわれているが、かような観点から考えるべきであらうと思われる。判例に要件緩和の傾向があるのも(三ヶ月・民訴法三九二頁)、かようなことではないだろうか。なお、ドイツではさらには真実義務との関連で、自由の撤回が考えられている点、注意する必要がある。しかし、ここでは省略する。事実自由については、かような問題があるが、権利自由については、かかる事実自由と異なり法的判断は誤る可能性があること、あるいは法的判断の可能性は必ずしも、一つとは限らないということ、あるいは母法たるドイツ民法の場合、実定法に撤回について規定がないこと等から、自由に撤回を認めるべきだと思ふ。なお、これらの点は、デムラーが論証したことでもある。そして、権利自由の内容が正しいか否かの判断は、撤回の自由を当事者に認めるといふことで、その責任を当事者に課することによつて、この点の責任を裁判所は負うことはないのである。この点は既に述べたバウア論文の論拠が援用できよう。なお、かように考えると、訴訟遅延になるとか、当事者の中に悪用する者がでてくるなどということがいわれるかもしれない。しかし、そもそも自由とは訴訟促進に役立つのであつて、撤回とは、要するに通常の訴訟の進行へ戻すことであるから、撤回が特に遅滞と労力負担を課するということはない。そして、特にひどい場合は、民法一三九条の時機

におくれた攻撃防禦方法として撤回、取消の主張を却下すればよいのだし、場合によつては信義則、権利濫用ということでもチェックすればよいのであろう。例外現象をことさら強調する必要はないと思う。「紛争なき所、裁判なし」との原則から考えても、権利自白の内容について当事者間に、撤回によつて、紛争が生じているのだから、裁判がおこなわれなければならないであらう。かようなことは、擬制自白の場合と類似するが、これは、そもそも、両者とも同一原則(「紛争なき所、裁判なし」)の上に立つているからである。事実自白は、既に述べたような理由から(事実の性格からして)、撤回は、権利自白や擬制自白のように容易には認められないのである。結局のところ、撤回の容易ではない事実自白の場合は、比較的慎重に自白がなされ、そうでなくて、撤回が容易である、権利自白の場合は、軽率に自白がなされるであらう。しかし、相手方においても、一応、かようなことを念頭においておけば(権利自白は撤回される場合があることを一応、考慮しておけば)、不意打ち的攻撃をうけることはすくないであらうし、そうであれば、裁判所の心証を害してまで、全くの理由なき、突然の権利自白の撤回ということはないのであろう。なお、ドイツでは、権利自白の撤回については、権利自白と事実自白を同一視する通説の立場ではZPO二九〇条によつて処理されることになる。この点、ヴォルフが認諾の取消しではあるが、アレンスを引用して原則的に、ZPO二九〇条の適用を排してBGB一一九条(錯誤)、同一二三条(詐欺・強迫)の規定の適用をもちだすのは興味深い。ヴォルフの場合、パウアやシュロツサーと同じように、その理論の大前提に、審理促進、訴訟経済といったことがあるからして、撤回の要件を緩和するといつても、私見のようにまでいかず、民法の原則でストップするのだと思う。かかる態度も一理あり、決して無視すべきではないが、その場合撤回は事実上、しにくいし、撤回の有効、無効について、場合によつては明確な審判がなされなければならないから、手続を複雑にするであらうと思われる。

次に問題となるのは、かように当事者に、自白についての拘束力の有無についてイニシアチブを与えた場合、裁判所は全くかような当事者の行為(主張)に拘束されるのだろうかということである。これについては、パウア論文が興味ある帰

結を導いている。即ち、彼は一方では広く、先決的法律關係の当事者の合意の拘束力を認めておきながら（場合によつては強行法の規定の範囲まで拡張させながら）、最後において、公序良俗違反は認められない（裁判所に対して拘束力がない）というのである。この点は次のように考へる。公序良俗違反についての自由は拘束力は否定しなければならぬ。この点は、消極説の主張が正しいものをもつているのである。⁷²⁾ただ消極説は、このことから、直ちに、全ての法判断は裁判所の専権であるとした所に誤りがあるといえよう。従つて、いわゆる公序良俗に反する法判断についての自由に限つては効力がないといふべきである。しかし、このことをあまり強調すると、権利自由の拘束力を否定的に考へることになるから注意すべきである。反倫理的なものや、例えば、物權法定主義に反する法律効果についての自由というように禁止される自由は限定的なものになると思う。要するに、あくまでも結果としてデムラー説に従つて考へるのがよいと思うのである。ただかように考へると、当事者に責任、負担を加重させた上での訴訟促進機能の重視ではないかと批判がされるであろう。しかし、判例でも、権利自由が否定された事例の多くは、当事者が取消なり撤回なりを主張した場合に、権利自由の拘束力はないと判断しているのであり、裁判所が突然に権利自由の拘束力をうけないと判断しているのは、すくないと思われのである。さらにドイツ法とは異なつて、本人訴訟が原則であるわが國の場合、裁判所の後見的な役割りが必要であることは、疑いがない。しかし、それは、事後に、拘束力がないということになされるのではなく、事前に、本人が権利自由を本當にしているのかどうかという釈明権行使によつてなされるべきであらう。私見は、一見、あまりも理想的な私人を考へているように思われるかもしれないが、法理論の筋としては、かような人間像をとらえるべきであり、現実の具体的な人間とのギャップは、訴訟の運用によつてなされるべきだと思ふ。ただ私見の場合、現実には裁判所が釈明権行使等をしなければ、訴訟は迅速化されるが、それと同時に、結果として誤る可能性が多くなるかもしれない。しかし、このような、裁判所の後見的行為に依存する仕方は、ゾウベルンハイム説（権利自由は裁判所に拘束力はないとする説）でも同じではなからうか。ゾウベルンハイム説でも、裁

判所が権利自由の内容に疑いがあつた場合、権利自由を無視できるといふのであつて、無視しなければならないとは、いつていまいように思えるからである。また、かように撤回を自由に認めるといふことは、結局無効と同じではないかという批判があるかもしれない。そもそも当初から自認行為はなく無効であれば、裁判所は裁判の基礎にできないから、無効原因を定型化することは、当事者を実質的に保護するということにはならないかといふのである。しかし、無効とするか取消(撤回)とするかは政策的な問題であり、理論的に一律にきまらないと思ふけれども、無効とすることによつて確かに、軽率者を保護することになると思ふが、しかし、無効なるが故に無効になつたことについての審理を常にしなければならぬといふよりは、それについてのイニシアチブを当事者に与えることの方が、審理を促進させると同時に、当事者の保護にもなるといふことで秀れていると思ふ。

ロ、事実自由との関連、その他について

次に問題となるのは、事実自由と権利自由の関係の問題である。即ち、通常は、事実↓権利↓請求の構成をとるから、権利自由した場合において、それに関した事実が主張・認定されなければ問題は無いが、もし、かように認定された事実と矛盾するような権利自由であつた場合どうであらうかといふことである。さらには、権利自由といつても、かかる対象の権利が非常に具体的であり、いわば事実を統合しているようなものであつた場合、権利自由を撤回しても、事実自由は存在するというのであらうかといふ問題である。第一の問題は、理論上は一応、考えられない。なぜなら、事実の主張・認定といふことは、権利自由が有効である限り、審判権排除といふことで違法であるからである。もつとも、当事者が権利自由の後、事実を主張するといふ場合、権利自由の撤回として考えられることは十分ありうる。ただ、自由者の相手方だつた場合、どうであらうか。従前のわが判例、通説の理論でいへば、裁判所は拘束されないから、その事実を権利自由とは別に考えてもよいといふことにならう。しかし、当事者に撤回権を認めるといふ構成に立つ以上は、裁判所は権利自由を拘束されるという

結論になると思う。さらには、かかる場合は訴訟物の変更を意味することになる場合もあろう。第二の問題については次のように考える。権利と事実ということが明確に峻別できるといふのであれば問題は無い。これは法哲学の問題と関連するが、両方の性格を有した、いわば二重に評価されるのが、現実の多くの法主張であり、事実主張ではないかと思われる。そう考えると、単に自白した場合、事実自白とも権利自白とも両方に解せられる場面が相当あるように思える。特に日常用語的法律概念で自白がなされる場合、そうであろう。かかる場合、どういふ点について自白がなされたか、釈明によつて明らかにしておくことが望ましいことは勿論だが、その点不明の場合は、請求↓権利↓事実ということで権利自白は事実自白を包括するという、上位性を考え、権利自白があつたと考えるべきであろう。もつとも、事実自白も、同時に成立する余地は十分ありうる。従つて、事実自白と考えられうるものは、一般の事実自白の撤回の法則が働く。例えば、契約の存在を認め弁済の抗弁を主張した被告は、契約の無効は、権利自白の撤回によつて主張しえるが、契約を構成している法的判断がはいらない事実が、権利自白する時に既に原告によつて主張されている限り、その点について事実自白があつたと考えられるから、この限りでいわゆる事実自白撤回の原則が働くと思う。

さらに問題になるのは、端的な法律効果の存否についてではなく、ある事実が要件事実⁽⁷⁴⁾に該当するか否かについての紛争と自白との関係である。また、一般的に法規の存在についての紛争と自白との関係も問題となりうるであろう。従前の説明によれば、これらの場合は、裁判の客観性を害するから許されないとか、そもそも法的判断は裁判所の専権であるから、自白は許されないとか、説かれるであろう。結論的に正しいし、この限度での理由づけならば、理由づけも、問題にならない。ただ、我々の従前の説明から問題をみるならば、これらは、自白の対象の要件に該当しないという説明にならう。即ち、我々の権利自白の対象要件は、要するに、請求（訴訟物）に直接的論理必然の関係にある、いわゆる主要事実該当の権利または法律関係であり、事実自白は、まさに、主要事実がその対象であるから、これらの問題（ある事実が要件事実⁽⁷⁵⁾に該当

するか否かについての自由と法規存否についての自由)は、この権利自由の対象要件に該当しないのである。またこれらを機能という点でみるならば、訴訟の促進に、直接的に関係しない点で、間接事実と同じであり、従つて、自由については、間接事実と同じようにとりあつかわれるとも、いえるであらう。

最後に、前に留保した問題について考えてみよう。私見では、権利自由と事実自由を区別するから、小前提の地位に立つといつて事実と法とを混同するという批判には(法学研究四三卷十二号二三頁①)、関係がない。また、私見では、請求とそれとの関連でいわゆる主要事実該当の法律関係に権利自由を認めるのであるから、原則として、「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」という曖昧なもの⁽⁷⁵⁾はとらない(同所②)。しかし、権利自由を認めることによつてかえつて訴訟は煩雑且つ不安定になるといふ批判(同所③)は、一理ある。しかし、権利自由の撤回による煩雑現象と、権利自由による訴訟促進現象とは、どちらを優先すべきかということ、私見では撤回現象を例外的と考える。さらに、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かといふ批判(同所④)も、一理ある。しかし、私見では、識別しえる場合は、権利自由と事実自由とにわけて考えるのであり、識別しえない場合は、権利自由と考えるから、問題はあるまい。また私見では、権利自由⁽⁷⁶⁾にそれ自体としての効力を認め、当事者に自由なる撤回権を認めるといふ構成をとるから、権利自由は結局は事実自由であるといふ批判(同所⑤)はうけない。さらに法的評価は裁判所の専権であるといふことからの権利自由批判論(同所⑥)には、パウア論文を援用することによつて、反論することができよう。さらにまた、従前の積極説に対して、その対象が狭いのではないかといふ批判があるが(同所⑦)、私見では、デムラー論文、ヴォルフ論文を援用することによつて、かかる批判は避けられると思う(かかる批判は、先決的法律関係という概念のとらえ方が従前の積極説と批判者とでくいちがうことによるように思えるのだが。前注16参照)。以上、私見では、従来の積極説に対する批判は、ことごとく、あてはまらないといふべきである。

ハ、まとめ

以上の私見をまとめると次のようになる。

- (一) 権利自白は、請求（訴訟物）の存否に直接的、論理必然的な関係にある法律関係についてなされた場合、裁判所に対して拘束力を持ち、当該法律関係につき裁判所の審判権を排除することになる。
- (二) この拘束力は、原則として何時にても、当事者は自白の撤回によつて排除することができる。
- (三) 公序良俗に反することが明白である場合、拘束力は否定される。
- (四) 具体的事実と密着した権利自白は、権利自白の撤回の場合、事実自白として拘束力もつことがある。
- (五) 法規の存在や事実の法規構成要件への該当か否かは、権利自白の対象にならない。請求（訴訟物）と端的な直接的関係ある、いわゆる主要事実相当の法律関係に限られる。

二、近時の判例概観

さて、最後にここでは、前に述べた見解の立場に立つて、判例をみてみようと思う。既に述べたことではあるが、権利自白についての判例研究については、竹下守夫教授のすばらしい総合的研究が今日、既になされている⁽⁷⁶⁾。従つて、ここでは、教授の利用した判例以後を重点に、今日、権利自白は下級審でどのように、あつかわれているかを報告してみようと思う⁽⁷⁷⁾。このことは、同時に、権利自白の問題が具体的な訴訟において、どのように処理されているかということの報告でもあり、また、今後、それらはどのように処理されねばならないかといったことにも関連するであろう⁽⁷⁸⁾。

私見とほぼ同じと思われるのは、大阪高判・昭和三七年一月二六日下民集一三卷一二号二六〇二頁であり、「権利自白がなされた場合には、弁論にあらわれた資料によつて当該権利取得が公序良俗に違反するものと認められる場合は格別、そうでない限りは仮りにその経過によればその権利取得の効果が生じない場合でも裁判所は右自白に拘束されてこれと異なる判断

をなし得ないものと考へる」と説く(二六〇四頁)。通説理論を忠実に説くのは、大阪高判・昭和三九年二月二十四日ジュリス ト三〇三号六頁である⁽⁷⁹⁾。

具体的事例で問題になるのは、第一に過失について自白が成立するかどうかである。宮崎地都城支部判・昭和三五年七月二八日判例タイムズ一〇八号九一頁は法律的価値判断に属するとして自白の成立を否定、神戸地判・昭和四一年七月一日判例タイムズ一九四号一五九頁⁽⁸¹⁾は、この点詳しく論じ、「本来の自白の対象とされる具体的事実そのものではない」が、「ただ専門的知識をもち具体的事実を熟知し、その事項の意義を正当に理解し、総括的結論として『過失』があつた旨陳述した場合、例外的に固有の自白としての効力を認めて差支えないというにすぎない」と説いている。なお、これと関連して、「甲・乙車の進行状況は被告……の過失の有無という主要事実に関し、……いわゆる間接事実に過ぎないのである」として、裁判所や当事者にかかる点の自白の拘束力を否定した判例もあるし(東京地判・昭和四四年四月二五日判例タイムズ二三五号二四七頁)、「過失相殺は、訴訟上裁判所の職権によりその裁量を以てなされるべきものと解されているけれども、当事者の処分を許さない性質のものとする必要もないから、有効な示談契約による場合その効力を認めて差支えない」という判例もある(大阪地判・昭和四五年三月二四日判例タイムズ二四七号三〇一頁)。さらに、不法行為における「得べかりし利益」について、一応自白の成立を認め、ただその数额が合理性を欠き算定根拠に疑問がある場合には裁判所は自白に拘束されないとする判例がある(この場合、擬制自白である点注意を要する。東京地判・昭和四〇年一〇月一八日下民集一六卷一〇号一五七〇頁)。

次に具体的事例で問題となるのは、所有権関係訴訟である。大阪地判・昭和三九年五月二十九日下民集一五卷五号一二五三頁は、「本訴請求たる本件土地明渡請求権の前提要件たる本件土地所有権帰属についての控訴人らの自白は、単純な権利概念の自白であつて、権利ないし法律関係の法的評価に関するものではないから、自白としての拘束力を有する」と説いているが、権利自白か、事実自白かは明らかではない。しかし、本件は自白の撤回の申述を民法一三九条の規定によつて却下

していることは興味深い。東京地判・昭和三八年一月二六日ジュリスト二九八号六頁は、所有権の存在を認める旨の自白は、権利自白であるから、後に所有権の存否について争うことはできるが、所有権取得の事実についての事実自白が含まれていると説く。これまた、私見と同じような見解で興味深い。東京地判・昭和四一年五月一三日ジュリスト三五七号七頁は単に「所有権を売買により取得したことを認めた場合、右自白はいわゆる権利自白に該当するから、相手方の異議の如何に拘らず任意にこれを撤回することができる」と説く。また前出の判例(注79)も、所有権の存否の自白は権利自白であるとし、取消しを認めている。東京高判・昭和三九年三月二六日判例タイムズ一六一号一六二頁は前出判例(注82)と同じく、所有権の存否の自白は権利自白であり取り消しは自由であるが、事実自白の部分もあると指摘している。所有権の存否ではないが、一時使用の賃貸借契約についての判例がある。東京高判・昭和四一年一月一八日判例タイムズ一九〇号一八〇頁は、一時使用の賃貸借契約であるか否かは自白の対象となるとし、自白にならないとして事実認定をした原判決を、自白の点については誤っているが、事実認定の結果が自白と同じであることから上告を棄却している。この原審と思われる横浜地判・昭和四〇年八月六日判例タイムズ一八五号一四七頁は一時使用の賃貸借契約の成立についての自白は法的判断であるから、拘束力はないとしつつも、裁判所の訴訟審理促進の必要から裁判所の職責に矛盾しない限度で、場合によっては裁判の基礎にしうると説く。かような理論構成は自白制度を裁判所の側からみている点で、当事者の立場に立つ私見と対立する。なお、東京高判・昭和三八年九月一六日下民集一四卷九号一八一四頁は賃貸借終了に基づく土地明渡訴訟の被告が賃貸借関係の成立を自白し、その後、これを地上権の設定であると主張を改めた場合、「本件土地を使用する権利を許容された事実関係は従前通り認めつつ、唯この事実関係に対する法律上の判断を改めてこれを地上権であると主張するのであるから、斯る法律上の推論の部分については、自白者に於いて特に故意又は不当な意図を以て自白した場合でない限り、これを自由に(即ち自白の撤回の要件の存否に関りなく)撤回し得るものと解するを相当とする」と説く。これは、まさに権利自白

論である。直接、権利自由と関係はないが、所有権関係訴訟と関連して、係争建物が相手方の築造に係ることを単に主張している場合は、所有権存在の自由にはならないが、事実自由になるとしている判例がある(東京高判・昭和四二年四月二四日判例時報四八八号六五頁)。

具体的事例で、以上のような分類に属さないものについて次にみてみよう。最判・昭和三五年一〇月一日ジュリスト二一七号二一五頁⁽⁸⁶⁾は協同月掛貯金会の法律的性格については、法律的陳述であるから自由は成立しないと説く。用語の問題と思われるが最高裁は権利自由という言葉を好まないようである(なお最判・昭和三〇年七月五日民集九卷九号九八五頁の判例(前注24の⑩)を参照)。例えば、最判・昭和三七年二月一三日判例時報二九二号一八頁も権利自由という言葉を使用せずに、前出の判例と同じく(前注24の⑩や前注86)、「当事者が法律的用語をもつて陳述しても、それが単なる法律上の陳述であるのみならず、同時に具体的な事実関係の表現として事実上の陳述たる意義をも含むものと解せられる場合には、その範囲で自由が成立することも可能であると解すべき」であるとし、建物が買受時、未完成であつたが、既に不動産化されていた旨の陳述に対し、陳述者の職業、法律的知識程度からして、かかる陳述中には『屋根および周壁を有し、土地に定着した一個の建造物』と認めうる状態にあつたことを前提とする事実上の陳述を包含するものと解せられるから、この趣旨の自由の成立を認められるとする。相殺に関して、相殺の合意があつたとの自白が、事実自由の撤回の要件によつて、撤回を認めた判例がある(大阪高判・昭和四二年四月六日金融法務事情四七五号二九頁、大阪高判・昭和三九年三月二六日判例時報三七八号二四頁は、相殺の抗弁に対し、和解による相殺の取消を主張した場合、「右合意による相殺取消の主張は必ずしも相殺の有効を前提とする趣旨のものとは認められないのみならず、一般に、かかる法律効果の自白はいわゆる権利自由であつて、当事者は何時でも右主張を取り消しうる性質のものである」と判示している。

なお、最後に、権利自由の問題ではないが当事者の処分権の範囲ということで、最近、離婚の訴においては請求の認諾も

許されるという判例がでてきたことを報告しておく（山形地判・昭和四五年三月二五日判例時報五九五号八八頁）。

以上、概観してみても、竹下分析の正しいのがわかる（前注21）と同時に、私見も、別に判例理論と異ならないことがわかる。ただ判例で注意しなければならないことは、自由の成否は、裁判所の訴訟指揮、釈明権行使、あるいは訴訟の進行状況等と密接不可分の関係があるので、単なる権利自由論を述べているからといって、それをそのまま判例理論だとするのは早計であろう。具体的紛争（訴訟）において、どうして、そのようにいうことがよいのか、また、権利自由をいわなければならぬ要因というものがあるかどうか等のきめのこまかい分析が必要であろう。大審院判例から（既に述べたことであるが、自由に関する規定を昭和四年まで、わが民事法はもたなかつたのである点、判例研究の重要性がとくにある）の詳細な分析が望まれる訳であるが（竹下論文においても判例理論の矛盾が指摘されていることからして）、これも後日の課題としたい。

以上で、本稿「権利自由論」は終る訳であるが、既に冒頭で述べたように、議論を後日に残した点もすくなくないし、一見、乱暴と思われる議論をしている所もあろう。拙稿に対する批判、教示等がなされ、それによつてこの問題の解明がより実質的になされることを期待するしだいである。

(59) バウアについては法学研究四四巻一五五頁以下、ヴォルフについては拙稿書評を参照（法学研究四三巻二二九頁以下）。

(60) デムラーについては法学研究四四巻一五二頁以下参照。

(61) 今日における弁論主義の内容、意義等については松浦整教授「処分権主義と弁論主義」法学教室四号（昭和三七年）七四頁以下、小山昇教授「弁論主義の評価と動向」ジュリスト学説展望（昭和三九年）二五六頁以下、及びそれらに引用されている文献参照。なお前注48も参照。「私有財産と個人の自由が保障される体制に於ては私的自治の原則が裁判外に於て妥当するのに対応して、処分権主義と弁論主義が裁判上妥当すべきである。処分権主義は訴訟の開始・閉止、訴訟物の特定、紛争の自主的解決などの面を通じて、弁論主義は事実認定の面を通じて、それぞれ私有財産または個人の自由を処分するに帰するからである」（松浦前掲七五頁）、とか「元来、弁論主義は民事裁判の対象とされる私権関係も支配している私法自治の精神に由来するものである。そして、私法自治の精神は、自由主義の基礎に立脚するものであり個人の自由を尊重すると同時にその行動に対する責任の負担を要求する」（岩松三郎氏「民事裁判と真実の発見」法律のひろば三巻二二号（昭和五年）八頁以下、その二二頁）とか説くのが通説であり、弁論主義は真実発見の一段である

とするのが、有力反対説(例えば三ヶ月・民訴法一五八頁)である。有力反対説の立場では弁論主義と処分権主義の区別を強調するが(三ヶ月・民訴法六一頁以下)、通説の立場ではあまり意味がないように思える。グルンスキーの指摘するところである(前注48)。なお、最近、小室直人教授は、「弁論主義の法構造——弁論権および当事者責任における試論——」(中田先生還暦記念「民事訴訟の理論(下)」(昭和四五年十月刊)一頁以下)という興味ある論文を発表した。自白の拘束力の淵源について従来の説明(小室・前掲書三頁注①)で従来の邦語文献の分類がなされているとは異なつた説明を主張している(前掲書七頁以下、特に八頁)。即ち、「弁論主義の内容のうち、主要事実が当事者が弁論において陳述したものに限られること、および係争事実を認定するための証拠は当事者の提出したものであることを要するということは、弁論権の消極面における効果ともみることができ、自白の裁判所拘束力は弁論権と結びつくものではない、というように考えられる。この意味において、ひとしく弁論主義の内容に含ましめるとしても、自白の裁判所拘束力は他の二者とはある程度性格を異にするものがあるというべきであろう。」という見解である(前掲書八頁)。なお、私見では、弁論主義、処分権主義とも、当事者の私的自治の発現と考え、その区別を、形式的、一般的にするのは意味がないように思える。自白の拘束力について言えば、弁論主義に基づくとか、処分権主義に基づくとかの議論よりも、当事者の私的自治の発現ということで、先ず規定し、次に、当事者による紛争解決機能ということに注目し、考えるべきであると思う。従つて、小室教授の指摘するように、従来の弁論主義の内容としていわれているもののそれぞれの関係については疑問をもつている。

(62) なおこの問題については三好達判事「確認訴訟における請求認諾の効果」(近藤・浅沼編「民事法の諸問題第一巻」(昭和四〇年刊)所収その一五〇頁以下)参照。

(63) ドイツでの学説の状況については、アレンス(前注40)の一九九頁注22参照。意思表示説は今日では、シュタイン・ヨナスの註釈書(一九版(前注36)一一八二頁である。日本については、前注40及び小室論文(前注61)七頁参照。なお、ジュリスト四七〇号一二八頁注(1)によれば、アレンス論文について柏木教授の紹介と批評があることである(脱稿後加筆)。

(64) 江口新(前注40論文)法学新報四〇巻六号八二頁註1。ジークリスト(前注40論文)二九六頁等参照。

(65) 伊東乾教授が特に主張する見解である。「民事訴訟の目的は、決して、ただ紛争の解決といふのみでは足りない。紛争の正しい解決こそ、訴訟の追求する目的である。当然すぎるかやうな事理を、紛争解決論者が否定する意図をもつと相像はしてゐない。恐らくは論者は言外には正しい解決たるべきことを予定して居られるであらう。……しかし、主観的意図は学説の内容とは見られない。……正しくない解決は始から理念的に訴訟でないといふ論理は、説明中のどこにも含まれてゐない。客観的には、紛争解決説は、紛争の単なる解決以上の何物をも訴訟目的として掲げるものではないと見るほかない。修正の要は回避しえぬと思はれる」(新版民事訴訟法研究三六五頁)。伊東教授が批判する紛争解決説とは「私法の維持が民事訴訟の目的であるのではない。私法の維持はむしろ民事訴訟において私法が適用された結果であり、民事訴訟の存在理由は私法以前に存するのである。また私権の保護が民事訴訟の目的であるのではない。私権の保護は、権利が民事訴訟を通じて認められた場合にそのような結果をさしていることである。訴訟において権利が認められなかつた場合においても、民事訴訟制度の目的は果たされているのである。」ということ、端的な紛争の解決を制度の目的と考えるのである(引用句は小山昇教授・民訴法四頁以下。同趣旨、兼子一博士・研究一卷四七五頁以下、同「実体法と訴訟法」一二頁以下、三ヶ月章教授・研究一卷二八〇頁以下、同・民訴

法六頁以下、小山昇教授・訴訟物論集二六頁以下、新堂幸司教授「訴訟物の再構成」法協七五卷一三頁以下。なお、新堂教授の「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」判例タイムズ二二二一七頁以下は改説か。かように批判された私法秩序維持説、権利保護説は、それぞれ次のように反論する。私法秩序維持説は「国は、その文化的任務をはたすため、当事者間の民事紛争の解決を通じて、これを手段として、私法法規の実効性を維持する目的をもつて民事訴訟制度を設けているのである。私は当事者間の民事紛争の解決は、民事訴訟制度自体の目的ではなく、私法法規の実効性維持の手段であると解するのである。」(斎藤秀夫教授・民法法概論六頁、同趣旨、同編・註解民法法(一)一頁、小室直人教授「訴訟の対象と既判力対象」法学雑誌九卷三二・四合併号三四九頁)とし、権利保護説は「民事訴訟制度は紛争の解決を目的とした制度ではない。もしそうであるなら、裁判所は紛争の解決に適した判決をなしうるよう規定が設けられているはずである。…原告が中間確認を訴求しないかぎり：裁判所は先決問題について判決できぬのである。否、制度目的を社会秩序の維持という公共性においてとらえるならば、判決を私人の恣意ともいふべき申立に依存させること自体：筋がとおらないのである。民法の各規定は、私権行使の自由という私法上の原理に乗つて出来上がつているのであつて、このことは、民事制度が権利保護を狙いとしていることの証拠である(こうまでもないが、だからといって訴権論として具体的訴権説が正しいということにはならぬ)。」と説くのである(木川統一郎教授「民事訴訟政策序説一八五頁以下)。これが、制度目的論のわが国の近状である。これら諸説を総合、止揚するものとして紛争の法的解決説が正しいと思う。詳論は伊東教授の論稿を引用し(「民法法研究所収」異説訴訟物論)、「訴訟に先立つ法」等、ここでは省略する。なお、この考えにも批判がある。伊東・民法法研究について小山昇教授の書評(法学研究四三巻四号(昭和四四年)二二三頁以下、その二二四頁以下)、あるいは、桜田勝義教授の書評(民商法六一巻三三三号(昭和四四年)一六六頁以下その一七〇頁)等がそれである。また、最近、ドイツでも、訴訟の目的論についての論文がでてゐる。Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AöP 168(1968), S. 27ff. Pawlowski, Aufgabe des Zivilprozesses ZfP, 80(1967), S. 345ff. Rimmelspacher, Zur Prüfung von Anis wegen im Zivilprozess, 1966, S. 10-22 等がそれである。従つて目的論自体、大きなテーマになると思われるので、ここでは省略し、他説の検討、批判への解答等は、後日の研究に譲る。

(66) 観点は多少異なるが、紛争の解決ということで告白を検討した論文は、池田浩一教授「民事訴訟における裁判上の告白について」(法学志林四九巻四号(昭和二七年)一頁以下)、同「裁判上の告白をめぐる諸問題」(綜合法学一卷四号(昭和三三年)五四頁以下)である。教授は、特に、紛争の解決というところで、告白の要件たる「自己に不利益な事実の陳述」の不利益を不要と主張したのである。権利自由については特に述べていない。またホルトマン(James Goldschmidt, ZPR, 2. Aufl, 1932, S. 105)が次のように述べていることと興味を感ずる。「それ故に、自己も意思表示、Willenserklärungでもなければ、観念の通知、Vorstellungsmittelungでもなく、それは意思の通知、Willenserklärungである。それは争う可能性、Bestreunungsmöglichkeitの放棄を意味する。自己には、争わない、即ち、争う可能性を無視すること、Verpassen が同置する(Nach)二三八条二項、勿論、実際の告白は、単なる争わないということ、Nichtbestreiten (二三八条二項)よりも、高められた効果、eine erhöhte Wirkung を有している。争うことは、いつでも取り戻すことができるのであるから、告白は客観的不真実と錯誤的、kausalen Irrtum の二つの報告の場合のみ、取り消すことができる。即ち、彼は、自己について当事者の主観的意思ではなく、客観的な争わないということと Nichtbestreiten を中心に考えているように思えるのである。また、前述井上論文(前注

26) が法制史的考察の結果として「請求の認諾なる言葉によりて示さるる状態は、被告の行為に由る争議の解決であり、請求の認諾なる行為は、争議を解決せしむる被告の行為として観念せられて来るのである」と述べているのも興味あることである(四九九頁)。

なお、擬制自由の規定(日本民法訴訟法一四〇条、ZPO二三八条)は、私見では、「紛争なき所、裁判なし」の原則の発現と考える。

(67) 間接事実について自由は成立しないことは、今日、通説、判例の立場である(竹下論文(前注3)八三頁以下、特に八五頁。文献等についてもここに詳し)。

(68) 同趣旨のことは、かつて述べたことがある(伊東乾||坂原正夫「最判昭和四一年四月二日民集二〇巻四号五四八頁」評釈、法学研究四〇巻一一二号(昭和四二年)一〇六頁以下の一〇九頁)。また、ソウベルンハイムについての私見を参照(前号七四頁)。

(69) 三ヶ月教授が「間接事実の機能を果す事実と、狭義ないし本来の意味での間接事実とは、やはり直接的に同視すべきではなく、前者の中にも、主要事実の論理を適用すべきものがあることは認めねばならぬし、とくに、間接事実の自由の特異性という問題を扱うに当つて、元来狙つていたものは、あくまでこの狭義ないし本来の間接事実——それ自体としては何等法規の構成要件事実をなすものではないが、經驗則の適用によつてそうした主要事実の存在が導き出されてくる事実——についてのみであつたのである(法協八四巻八号八八頁。最判昭和四一年九月一九日民集二〇巻七号一三九二頁の評釈において)という場合、結局は、このようなことをいつているのではなからうか。なお、最近、間接事実について論述したものと、村松俊夫教授「間接事実の意義と価値」上智法学論集一三巻二・三合併号(昭和四五年)三頁以下がある。その二二頁以下では三ヶ月説に反対している。

(70) ニキッシュ(前注32のAの⑥)の強調する所である。同じ陳述でも、自由の場合もあるし、認諾の場合もある(ニキッシュ・前掲書二六三頁では例示してある)。

(71) 取効的訴訟行為ということについては、前注22の後半参照。

(72) 認諾について「請求が事実上又は法律上不能な関係である場合(例えば法律の認めない物権の設定)、法律の禁止する事項又は公序良俗に反する事項を目的とする場合(例えば犯罪行為の要求)には認諾も成立し得ない(然し斯る場合抛棄は可能である)」といわれている(法律実務講座第三卷(昭和四四年)一七八頁)。また、訴の請求原因として主張される事実関係が法律違反又は公序良俗に反しても、之より引出される法律効果が、それ自体存在が許される場合については説がわかる(詳しくは前掲書一七八頁参照)。和解について、石川明教授は、訴の利益、裁判権の存在、請求適格、当事者適格などの具備されることを説く(「訴訟上の和解の研究」(昭和四一年)六四頁)。

(73) 本文のようなのは総括的事実の主張といわれる(鈴木前掲前注2論文の一三四頁、法律実務講座第三卷(昭和四四年)七〇頁)。さらには、主要事実が白紙条項的概念で規定されている場合がある。民法七〇九条の「過失」とか、七〇三条の「法律ノ原因ナクシテ」とかである。この場合、自由の対象となりうると思う(法律実務講座民訴編第二卷(昭和三三年)一一七頁。なお、これについては田尾論文(前注49)を参照せよ)。なお、多少、観点は異なるが、法主張とは、法と事実の合体と説くのは伊東乾教授である(例えば、民事訴訟法研究新版五頁)。

(74) 権利自由を論ずるにあつて、竹下教授は(一)法規の存在について、(二)ある事実が法規の構成要件事実該当するか否かについて、(三)端的な法

律効果の存在について、という風に権利自白の対象を三分する(前注3の論文の八八頁)。

これに対して Hegler (前注38論文の二六六頁以下)は、いわゆる権利自白(竹下分類の三)と、事実自白の法理に服する権利自白(事実上非常な密接した権利が対象となつて)と、抽象的、性格づけの権利自白(竹下分類二)との三に分けて考察する。そして従来はいまいであつたと指摘をする(二七一頁注1)。同様な分類は、Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Thatfrage, 1897, S. 93ff. にもみられるように思える。

(75) この批判は、現在の一部の学説にも通用するであろう(レント、ブルンス、ベルンハルト、シュタイン、ヨーナス等。前注32参照)。正当にもHeglerは(前注38論文の二六九頁注2(二六八頁からの続き))、かような単純か、単純でないかで自白を認めるか否かを区別することは、非常に恣意的判断にゆだねると、指摘している。

(76) 前注3の論文。前注21、23、24で、大略を紹介した。

(77) 竹下論文以後の判例で、通常民事事件での権利自白に関する判例を判例年報(判例タイムズ)を中心にまとめてみた。従つて、特許訴訟、行政訴訟での判例、竹下論文で扱かれていない判例は省略した(昭和四五年については判例時報六〇二号、判例タイムズについては二五二号まで一応目を通した)。

(78) 実際において権利自白は、所有権に関する訴訟で活躍することは既に、これについての実務家の論文で述べられていて一応目を通した。『所有権訴訟における立証責任』(実例法学全集民法上巻(昭和三八年)一六四頁以下所収)一六七頁、伊東秀郎判事「所有権に基づく明渡訴訟の問題点」(実務民訴講座第四巻(昭和四四年)一三三頁以下所収)二一九頁以下。

(79) 大阪高判・昭和三九年一月二四日・ジュリスト三〇三三六頁(昭三五年(ネ)一五五二号・建物収去、土地明渡控訴事件)

「本件土地が被控訴人の所有であることについて、控訴人らは原審において当初これを認め、後にこれを否認するに至つたことにつき、被控訴人は右は自白の撤回と異議があるというが、右自白は権利自白の域を出ないものであつて、元來権利自白は(1)その対象たる権利関係の存否の判断の基礎となる事実について主張も立証もない限り確定的であるが(2)このような事実が主張されると却つて裁判所がその事実を基いて法律判断をする義務を負い、権利自白も単なる法律上の意見に過ぎなくなる関係上、証拠上認定される主張事実からかような権利関係が否定される場合には、裁判所はこの権利自白に反する判断をすることも可能なのであつて、従つて(3)一旦権利自白が成立した後においても、事実自白と見得る部分を除き当事者はいつでも自由にこれを取消しうる。」

(80) 宮崎地都城支部・昭和五年七月二八日・判例タイムズ一〇八号九一頁(昭三三年(ワ)九六号、損害賠償請求事件)

「原告は、右カーブに差しかかつた自動車運転者は、そのカーブを完全に曲るため、警笛を吹鳴して通行人は勿論のこと大馬などに対する危害を避けるため警告を与えて減速し、何時でも急停車の処置をとりうる状態において事故を未然に防止して運転する注意義務があると主張し、被告会社は同義務のあることを認めているが、当裁判所はこのような注意義務の存否については、自白の対象にならないと考へる。何故ならば、『法益侵害の危険を回避すべき用心深い態度』である注意義務は、抽象的な態度ではなく、それぞれの社会環境において客観的に、法令ばかりか、条理、慣習などの共同生活上の社会規範

によつて規定される具体的な態度であつて、そのような具体的な態度の内容は、右法令や社会規範の法的解釈によつて得られる一つの法律的価値判断に属し、裁判上の自由の対象である具体的事実⁽⁷⁷⁾に属さないからである。しかし、当裁判所も、…原告主張のような注意義務があると解する」。

なお、本判決は、シュリスト二二一号三頁、判例時報二三五号三〇頁にも掲載されている。

(81) 神戸地判・昭和四一年七月一日・判例タイムズ一九四号・一九九頁(昭四〇年ハワ二四一号・損害賠償請求事件)

「ところで、被告は当初『訴外細井にある程度の過失があつた』旨陳述し、後にいたつて右陳述を撤回すると述べたのに対し、原告は、右陳述は自由であり、自由の撤回には異議があると主張するので、この点について判断する。『過失』は専門的知識を必要とする法律的概念であり、具体的事実に対して法律的判断を加えて得られた結論である。従つて、本来自由の対象とされる具体的事実そのものではないといふべきである。ただ専門的知識をもち具体的事実を熟知し、その事項の意義を正当に理解し、総合的結論として『過失』があつた旨陳述した場合、例外的に固有の自由としての効力を認めて差支ないといふにすぎない。そこで本件について考えるに、被告は、本件事故を起した運転者ではなく、具体的事実関係を熟知していたとは言えず、又専門的知識を有する弁護士等がいまだ関与していない段階での陳述であるから例外的に自由としての効力が認められる場合にも該当しない。そうすれば、『過失』があつた旨の陳述は、被告のその余の主張を判断するまでもなく、自由としての効力はないといふべきである。もつとも、かかる陳述があつたことを、民事訴訟法第一八五条にいう口頭弁論の全趣旨として斟酌しうることは別論である」。

(82) 東京地判・昭和三八年二月二六日・シュリスト二九八号六頁(昭三八年レ四一九号・土地所有権確認等控訴事件)

「右『相手方の所有であることを認める』旨の陳述は、権利自由であるから、その後相手方の所有権を争うことも許されることになるが、右権利自由の中には、『木件の土地は原告がその主張の年月日東京都より払下げを受け、その主張の年月日その所有権移転登記を受けた旨の原告主張事実に対する自由を包含していたものと認めるべく、この点の自由は事実に対する自由であるから、相手方の同意を得るか、又は右事実が真実に反し錯誤に基づくことが立証されない限り取り消すことが許されないものと解すべきである」。

(83) 東京高判・昭和三九年三月二六日・判例タイムズ六一一六二頁(昭三七年ネ二五五・一〇〇二・一〇〇三号・土地賃借権不存在確認 同附帯控訴 当事者参加事件)

「控訴人は原審における昭和三三年六月一日午前一〇時の第一回口頭弁論期日及び同年七月一日午前一〇時の第二回口頭弁論期日において援護会が国から本件宅地を昭和二八年三月四日の本件宅地払下契約により買受けたこと及び被控訴人等及び脱退被控訴人等が本件宅地の共有者であることを自由しながら、その後右自由を撤回したが被控訴人等及び参加人は右自由の撤回に異議を述べているので、右自由撤回が有効であるか、否かについて考えるに、自由の撤回が真実に反し、錯誤に基く場合の外許されないのは事実についての自由に関するのみであつて、権利状態に関する自由、いわゆる権利自由については右のごとき制限はないものと解すべきであるところ、控訴人において控訴人等が本件宅地の所有権者(共用者)であること及び脱退被控訴人等が本件宅地の共有者であつたことを認めながら、後にこれを争うに至つたのは権利自由の撤回に過ぎず、その撤回について事実の自由に関するような制限はないといふべきである。又自由は事実に関するのみ拘束力を有し、その法律効果にまで及ぶものではないから、本件宅地払下契約がなされた事実について

は自白の拘束力が及ぶが、本件宅地私下契約が有効であるか否か、及び本件宅地私下契約の効力阻却事由の主張を後になすことまで制限されるものではない、控訴人が原審においてなした錯誤その他本件宅地私下契約の効力阻却事由の主張をしたのは自白の撤回に当らなかつたものというべく、唯本件宅地私下契約が申込と承諾の不一致により、成立しなかつた旨の主張（原審における控訴人の主張はこの点において明確を欠くが、本件宅地私下契約が国と援護会との間に成立したことまで否認したものでなく、一応国と援護会との間に成立した本件宅地私下契約の無効事由を主張しているものと解するのが相当であるから、原審においては事実に関する自白の撤回はなかつたものというべきである。）のみが、事実に関する自白の撤回に当り、そのような自白の撤回は当審においてはじめて控訴人がしたものとすべきである。しかして右自白の撤回についても被控訴人等及び参加人が表示してなされたのに対し、国が援護会に当から、右自白の撤回の効力について検討するに、本件宅地私下契約における買受申込は買受人は援護会ではなく、同被控訴人であることを表示して右買受申込を承諾したことは控訴人も主張しないところであつて、被控訴人佐々木又信が真実の買受人は援護会ではなく、同被控訴人であることを表示して右買受申込をしたことは控訴人も主張しないところであり、かつ、かかる事実を認めるべく証拠は全く存在しないのであるから本件宅地私下契約においてはその契約の相手方に関する限り意思表示自体には何等の不一致も存在しなかつたものであつて、右不一致の存在を前提とする右自白の撤回は無効といわなければならない。従つて国と援護会との間に本件宅地私下契約が成立したこと（その契約が錯誤その他の理由により無効であるか、否かは別として）は当事者間に争いが無いものというべきである。

(84) 東京高判・昭和四一年一月一八日・判例タイムズ一九〇号一八〇頁（昭四〇年ツ）一三二一号・家屋収去土地明渡請求上告事件

「本件記録によれば、上告人らは第一審の第一回口頭弁論期日に、本件賃貸借契約が一時使用のためであることを認めていたのを、同第三回の口頭弁論期日に右陳述を撤回し、被告代理人は右撤回は自白の撤回であるとして異議を述べている。原判決の記載によれば、右撤回は自白の撤回に該当しないと認め、証拠に基づいて、本件賃貸借が一時使用のものであることを認定しているのである。原判決に掲記されている諸証拠によれば、右認定の事實は十分認めることができるし、右認定は経験則に反するものでもないから、原判決には上告人ら主張のような違法はなく、上告人等の援用する判例は本件に適切なものではない。しかしながら、土地の賃貸借契約が一時使用のものであるかどうかは、借地法に規定されているように、借地法の一部の規定の適用があるかどうかという法律上の効果に差異を生ずるのであるから、一時使用のものであるかどうかという事實は、いわゆる主要事実であつて自白の対象となり、その自白には裁判所も拘束されるのである。従つて、原審の本件賃貸借が一時使用のものであることを認めたことが自白でないとした右判断は、誤まつているといわなければならない。原審は上告人等の自白の撤回が有効かどうかについては、直接には判断していないが、原審が、適法に、本件賃貸借が一時使用のためであることを認定している以上、撤回の効力がないといわなければならない。そうであるから、自白の点について判断を誤つたかは、結局において主文の判断にはなんの影響はないといわなければならないから、上告人の主張も採用できない。」

(85) 横浜地判・昭和四〇年八月六日・判例タイムズ一八五号一四七頁（昭三九年）レ二三号・家屋収去土地明渡請求控訴事件

「被控訴人は控訴人が原審第一回口頭弁論期日において被控訴人の主張する一時使用の賃貸借契約の成立を認める旨陳述しながら、第三回口頭弁論期日において右陳述を撤回し本件賃貸借が一時使用のものであることを争うのは自白の撤回に該当するものとしてこれに異議を述べるので検討するに、いつた

い一時使用の貸借かどうかの判断は貸借成立の動機、目的、存続期間の長短、建物の構造、設置その他諸般の事情の総合による法的価値判断の問題であり、そしてかかる判断の基礎となるべき右のような諸事情はいわゆる間接事実と類する事項であるから、当事者がかかる諸事情の一部を自白したからといって、それに拘束されるいわれがなく、又かかる事実に基づく法的価値判断の結論について当事者が一致した陳述をしても、その陳述に拘束力を認むべき理由がない。ただかかる事項についても当事者間において終始争いがなく、而もこれと相矛盾する事実の立証活動を何らしめない場合に限り、裁判所は訴訟審理促進の必要から裁判所の職責に矛盾しない限度でそれについての審理を打ち切つて裁判の基礎として採用し、その誤りを敢えて争わなかつた当事者の責に帰しても違法でないというに過ぎないのであり、従つてかかる事項について一旦当事者が一致した陳述をした後においても争が生ずればかかる訴訟促進的処理は最早是認され得ないものである。

(86) 最判(三小)・昭和五年一月一日・ジュリスト二二七号二二五頁(昭三四年(オ)六五一号貸金請求事件)

「本件協同月掛貯金会が無尽業法にいう無尽にあたるかどうか、また同会が民法上の組合であるかどうかに関する当事者の陳述は、法律上の陳述であつて具体的事実に関する陳述ではないから、同貯金会が無尽業法にいう無尽講であつて任意組合たる性質を持つものであることについては、本件当事者間に争がないとしても、この点につき裁判上の自白が成立したということはできない。」なお、この判例は「講会の組織が組合であることについては当事者間に争いがないときは、裁判所は、その組織を審究するまでもなく組合として判断することができる」とする大審院の判例(大正七年七月八日民録二四輯一三五七頁)と調和するであらうか。

(昭和五年一月三日脱稿)

※ 本稿引用文献は大体、昭和五年八月末までに見ることのできた文献であるが、その後、発表されたものも、できるだけフォローした。

※ 本稿引用文献の所在については言えはデムラー(注34参照)、ヘグラ(注38参照)、カンスタイン(注45参照)、その他、古いデイスルタチオン(注25、注35参照)、が法務図書館であり、ゾウベルンハイム(注付11参照)、が一ツ橋大学図書館である。その他は、大体、慶應大学(図書館、研究室、法学部資料室)でみる事ができた。

※ 本研究は、昭和四五年度慶應義塾学事振興資金による研究補助を受けた。

※脱稿後、柏木邦良教授の「西ドイツ民事訴訟法学の現況(一)」ローゼンベルク・シュヴァープ『民事訴訟法』一〇訂版を通して」という論稿が発表された(ジュリスト四七〇号一七頁以下)。ところで、前号において私は、西ドイツにおける権利自白についての学説の状況を報告したのであるが(法学研究四四卷一七六頁注32)、私の報告した教科書、体系書、注釈書のそれ自体も今目的意味については述べなかつたところ、この柏木論稿が、これについて述べているところである(前掲書一八八―一九頁)。また、民事訴訟制度の目的論についての西ドイツの学説の状況については、ほとんど触れなかつたところ(本書七三頁注65)、これも柏木論稿が報告しているところである(前掲書一九一―二二頁)。