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

Title	〔最高裁民訴事例研究 二一五〕自白の取消と錯誤
Sub Title	
Author	大内, 義三(Ouchi, Yoshizo) 坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 七戸, 克彦(Shichinohe, Katsuhiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1983
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.56, No.12 (1983. 12) ,p.80- 95
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19831228-0080

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.

れていたこと、Yは営業活動の中心となつて主な取引先である電電公社との取引に成功し、しかも、それが倒産間際まで続いていたことなどがうかがわれる。こうした事実を前提とすると、Bによつて手形の詐取が行われ、それに対応する不渡手形の振出、交付がなされたことについて、Yは取締役として払うべき注意義務を著しく欠いていたのではないかという疑いは残る。それにもかかわらず、判旨は、Yの任務懈怠は重大な過失によるものとは認められないとしたのであるから、判旨の文言には現われない事実の評価があつたのではないかと想像される。したがつて、ここで判旨の結論に直ちに反論するものではないが、A会社の経営の内容と規模からいうと、職務分担といつても目の届かない程のものではないし、経理関係書類といつてもそれほど複雑なものとも思われないから、Yに重大な過失がなかつたことをもう少し詳細に説明してあれば、一層、判旨の説得力が増したのではないかと考える。

付記　本件判旨については上柳克郎教授の判例研究があり（商事法務九三一号三六頁）、その結論に賛成されている。

高鳥　正夫

〔最高裁民訴事例研究二一五〕

昭二五5（最高民集四巻七号三一六頁）

自白の取消と錯誤

約束手形金請求事件（昭二五・七・一一第三小法廷判決）

Yは、Xに対して三万円の約束手形を振出したが、支払がなかつたので、XよりYに対して約束手形金三万円と遅延利息の支払を求めた事件である。

第一審において、Yは適式の呼出を受けたにも拘らず、口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他の準備書面をも提出しなかつた。このためXの主張通りの判決がなされた。

Yより控訴。Xは請求を拡張し、利息の起算日を二年遡らせた。

第二審で、Xは、当初次のように主張した。昭和二十年一月Yの懇請によつて、Xは、現金四万六千五百円(1)を貸与し、その見返りとして、Y振出の額面一万六千五百円及び三万円の小切手を各一通受け取つた。前者は同年二月中に支払を受けたが、後者についてはYの資金不足により不渡となる恐れがあつたので、Yからその支払資金三万円の貸与方を懇請され、右金員を貸与した。その際、Y振出額面金三万円の約束手形一通の交付を受け、その後同年五月二十日本件手形に切りかえられたと。

これに対して、Yは、本件手形を振出したことは認めたが、次のような事情を説明した。昭和一九年金沢市在住の人よりYに対して、砂糖売却の申入があつた。Yは、Xと共同してこれを転売して利益を得ようと考

え、資金としてお互いに四万六千五百円ずつ出資することにした。Xが出資したことを明らかにするために、Y振出の額面金三万円と金一万六千五百円の二通の先日附小切手をXに交付した。ところが、砂糖は禁制品であるため、右取引は経済違反に問われて没収され、荷受不能となつた。その後Xより小切手では面倒なので約束手形にしておきたいとの申出があつたので、Yは、額面金三万円の約束手形をXに渡した。そして、同年五月二十二日に右手形を切りかえたのが本件手形であると。

そして、以下の理由によつて、支払の義務はないと主張した。①砂糖の買入代金が、金沢市在住の売主から返還されていない。このため、Yが本件手形について支払う義務はない。②そうでないとしても、Xは闇売買の資金を出したものであるから、不法原因給付にあたり、返還を求めることはできない。従つて、支払義務はない。③仮に支払義務があつたとしても、既に支払済みであるにも拘らず、Xの手許に小切手が残つており、それが切りかえられて振出されたのが本件手形である。従つて、支払義務はない。

Xは、後になつて訂正し、XとY間には前記四万六千五百円の小切手の他にも資金の融通関係があり、問題の小切手は、砂糖買入資金の融通とは別個の資金原因に基づいて振出されたものであると主張した。

第二審は、証拠上、問題となつている三万円の小切手が、支払前の手残り小切手であると断ずるわけにはいかないとした。そして、「Xは、当初右三万円の小切手は、四万六千五百円の小切手の一部であると陳述し、その点ではYの主張事実を一部自白したような形でもあるが、右主張は証人の証言及びX本人の供述に照らし錯誤に出たものであることが明らかであるから、その撤回は有効である。」と判示して、Xの主張を全面的にとりいれた。

Yは上告し、次の三点を主張した。①訴訟上自白の撤回は、相手方がその自白を援用する以上、自白が錯誤に出たこと及びその取消を主張することの二事実があつて始めて、裁判所は自白の取消の適否を判断すべきで、表意者が取消を求めない場合に裁判所が取消の有効無効を判断すべきでない。原判決は、Xが撤回を申し出た事実がないのに撤回を誤つて有効とし、自白を判決の理由としなかつた違法がある。②自白の取消には少くとも錯誤に基づいたものであることが必要である。原判決は、Xの一部自白の取消について、ただ前に自白したことが、後に申立てたところと相違しただけで錯誤に基づく自白であると判断したのは違法である。③原判決は、訴訟行為の自白に関する取消について、その錯誤の有無の見解につき誤つた判断をした結果、判決全体の事実摘示と理由との間にくいちがいがある、と。

最高裁は、次のように判示して、上告を棄却した。

「(第一点について)論旨は、訴訟上自白の撤回は、相手方において其の自白を援用する以上其自白は錯誤に出でたること及び其取消を主張することの二事実があつて初めて裁判所は其の自白の取消の適否を判断すべきものであると主張する。しかし記録を調べてみるに、Xは所論三万円の小切手について従前の主張を撤回し之と相容れない事実を主張したことが明らかであるからXは右三万円の小切手について自白の取消を主張したものと解すべきは当然である。そして原審においては、Xが右三万円についての主張を撤回したのは錯誤に出でたるものであることが明らかであると認定して居り其の認定は相当であると認められるから、原審において自白の取消につき所論のように判断したことは当然であつて何等違法はない。」

「(第二点・第三点について)当事者の自白した事実が真実に合致しないことの証明がある以上その自白は錯誤に出たものと認めることができるから原審においてXの供述其他の資料によりXの自白を真実に合致しな

いものと認めた上之を錯誤に基くものと認定したことは違法とはいえない。論旨は独自の見解に基くものであるから採用し難い。」

判旨に反対である。

一、本件において、YがX主張の約束手形を振出したことについては両当事者間に争いはない。Xが後になつて自白を撤回しているが、どのような要件が備われば自白の撤回が認められるのかが、特に問題となつている。

ところで、裁判上の自白がなされると、証明の必要性がなくなる（民訴法二五七条）。「証スルコトヲ要セス」と規定しているが、裁判上自白された事実は、たとえ裁判所が証拠上別の心証を抱くに至つたとしても、そのまま裁判の基礎としなければならない。つまり、裁判所の認定権の制約と積極的な意味に解されている。(2)

他方、自白した当事者に対しても拘束力を有すると解されている。自白をすれば自らも拘束され、自白の撤回が自由に認められないことになる。これについて明文はないが、一旦争いのないことにしながら、後日前言をひるがえすことは、審理を混乱遅延させ、相手方に対しても不信な行動であるから、この禁反言を認めるのが当然だからである。(3)

しかし、いかなる場合であつても自白の撤回を認めないとすると、かえつて不合理であり、自白の撤回が認められる場合がある。判例・学説によつて、次の場合には自白の撤回が認められている。

(1)自白も事実上の陳述であるから、当事者本人は、訴訟代理人のした自白を適時の更正として取消すことができる（民訴法八四条）。

(2)相手方の同意がある場合。相手方の同意があれば、撤回を認めても禁反言の趣旨に反しないからである。

(3)相手方または第三者の刑事上罰すべき行為によつて自白させられた場合。民訴法四二〇条一項五号に該当するが、再審の訴えの提起を要求することは、当事者の救済として迂遠であり、訴訟経済にも反する。また、このような自白に当事者があくまで拘束されるというのは正義の理念に反するからである。(4)

二、以上の場合に自白の撤回が認められることについては問題はない。(5) この他にも、ドイツ民訴法（二九〇条）(6)に倣い、自白が真実に反し、且つ錯誤に基づいてされたものであることの証明があつた場合には撤回が認められている。本件は、この要件に関しての判例である。

ところで、裏書によつて被裏書人は手形上の権利者と推定され（手形法七七条一項一号、一六条一項一文）、自己が真実権利者である旨の証明をしなくても、手形上の権利を行使できる。しかし、本件ではXYは直接の当事者であるから、Yは原因関係の欠缺または瑕疵を理由にして、Xの請求を拒むことができる。(7) そこでYは、Xの出資は不法原因給付だから返還を求めることはできない、そうでないとしても既に支払い済みであると主張した。

これに対して、XはYが援用した後になつて陳述を改め、先行的自白を撤回している。

三、本判決は、この自白の撤回に関して、「当事者の自白した事実が真実に合致しないことの証明がある以上その自白は錯誤に出たも

のと認めることができる」と解している。この考え方によれば、実質的には錯誤に基づくことの立証を放棄していると思われる。[8][9][10]

この理論は、判例自身によって次のように理由づけられている。「裁判上ノ自白ニシテ真実ニ符合セサルモノナルコト明ナル以上ハ特別事情ノ存セサル限リ錯誤ニ基キ其ノ自白ヲ為シタルモノト推認スルヲ相当トス蓋何人ト雖真実ニ符合セサル事実ヲ事実ノ誤認ナクシテ之レヲ真実ナリト主張スルモノニアラサルヲ以テナリ」、と。[11]

この背景には、経験則上、自己に不利益な真実に反する事実を、錯誤によらずに陳述することはないであろう、従って、真実に反するとの証明があれば、その自白は錯誤に基づいてなされたものと思われ、錯誤について別段の証明は必要ないという認識がある。[12]

もっとも、反真実による錯誤の推定は、特別の事情があれば働かないと解されており、判例は、「錯誤」の立証を全く不要としているわけではない。この「特別の事情」があるとされたものとして、職業上（村役場の収入役）知っているのが当然と思われる事実に反する自白をした場合、[13] 弁護士が自分の行為について誤信してなした自白の撤回の場合、[14] 最近では、当事者の確定と法人格否認の法理の問題に関してではあるが、新旧両会社が実質的に同一であれば、信義則上、別の法人格であるとして自白を撤回することはできないとした判例がある。[15]

従来、判例は、この自白の撤回について、「反真実」と「錯誤」の二つの要件の証明をかなり厳格に要求していた。[16] 本判決は、「錯誤」の立証を緩和した初めての最高裁判所の判例である。もっとも、一般論としてではあるが、本判決後に「反真実」と「錯誤」を撤回の要件として掲げている判例がでており、[17] 判例の立場が確定しているわけではない。

四、学説は、次の三つに大別できる。

(1)「反真実」と「錯誤」の二段の証明を要求する見解（通説）。[18]

(2)本判決と同様に、「反真実」の証明だけで自白の撤回を認める見解（反真実証明説）。[19]

(3)逆に、「錯誤」の証明があれば自白の撤回を認める見解（錯誤証明説）。[20]

ところで、この自白の撤回に関しての諸見解が精神的支柱としているのは、ドイツ民訴法の条文である。わが国の民訴法典には規定がない。従って、この規定にとらわれず、もっと自由に解釈してもよいという指摘[21]はもっともである。そこで、この二つの要件について検討してみたい。

まず「反真実」についてであるが、確かに伊東教授が批判されるように、ここで真実の発見・確定が登場するのは、突然の異物の混入といえなくもない。[22] 相手方の同意がある場合であっても、それが真実に合致しているとは限らない。また、自白の拘束力は弁論主義に基づくものであって、[23] 真実の蓋然性に基づくものではない。それに、わが民訴法はドイツ民訴法と異なり、[24] 真実義務に関する規定はない。しかし、弁論主義をとったからといって、実体的真実に適った裁判という理想が放棄されているわけではない。[25] 従って、「反真実」という要件があっても不都合ではない。

伊東教授は、弁論主義を強調し、「錯誤」の証明だけでよいと解されているが、自白が錯誤に基づくものであっても、真実に反していないならば、撤回を認める必要はあるまい。[26]

次ぎに「錯誤」についてであるが、撤回を認めることは、自白者の責任解除であることを考えれば、この要件も必要である。また、もし「反真実」だけが要件だとすると、後に反真実の証明さえできればよいことになり、駆引きに利用される危険がある。[27] それに、相手方に不信な行為である。

これに対して「反真実」の証明だけで足りるとする論者は、時機に後れた攻撃防禦方法の却下の制度（民訴法一三九条一項）を積極的に運用するか、または、撤回者に訴訟費用の一部を負担させる（民訴法九〇条）ことで対処すべきであると主張している。[28]

しかし、時機に後れた攻撃防禦方法の却下の制度は、裁判官の裁量にまかせているところが少なくなく、裁判官はあまり適用したがらないといわれている。[29] また、訴訟費用の負担は判決確定後の一種の結果責任であり、訴訟中の自白の撤回についてはあまり効果的といえまい。それに、元来訴訟費用の取立が行われることは実際上甚しく少ない。[30]

結局、以上のことを考えれば、自白の撤回が認められるためには、自白の内容が真実に反すること、および自白が錯誤に基づいてなされたことの二つの要件について証明を必要とすると解すべきである。ただ、自白者が「反真実」を証明することは、結局、立証責任の転換を生じさせることになる。しかし、「反真実」の証明をすることはそれほど困難ではあるまい。[31] これに対して、「錯誤」の証明は内心のことであり、証明することは困難である。実際上自白の撤回を杜絶する結果になりかねない。判例（およびこれを支持する説）が「錯誤」の立証を緩和しているのは、このことを考慮したためと思われる。[32]

思うに、証明することが困難であることは認めるが、自白に一定の拘束力を認めている以上、その撤回にある程度厳格な要件を附することは当然のことではなかろうか。また、相手方たる当事者の立場を考えれば、簡単に自白の撤回が認められるようになってはならない。それに、撤回を認めるにあたって慎重な判断が望ましいといつた訴訟政策的な考慮からも厳格にすべきである。[33]

従って、たとえ本件手形が、Xの主張するように砂糖購入資金の融資と全く別の資金原因から振出されたことが真実であったとしても、Xとしては、さらに、自白が錯誤に基づいてなされたものであることを証明しなければならない。

(1) 中田＝三ケ月編・ケースブック民訴法一八七頁、小室編・判例演習講座民訴法二九八頁、菊井＝五十部編・民訴法基本判例集（第二版）四七五頁は、不思議なことに四万六千円と事実関係を説明している。ここでは最高裁判所民事判例集に従つた。

(2) 兼子・体系二四八頁。

(3) 兼子・体系二四八頁。

(4) 例えば詐欺によつて自白がなされた場合について、判例（昭和三三年三月七日民集一二巻三号四六九頁）がある。

ところで、裁判上の自白が刑事上罰すべき他人の行為によつてなされ

た場合、無効であるのか、取消しうるにすぎないのか争いがある。本判決はいずれの立場かはつきりしない。山口・民商三八巻六五一頁。

再審事由に該当するような場合であれば自白の拘束力は当然生じないという意味で無効と解すべきである。同旨、兼子・体系二四八頁、新堂・民訴法三六四頁、山口・前掲書六五二頁。もつとも、当事者が主張しなければこのような瑕疵は明らかにならないのであるから、両説に実際上の差異はなく、余り実益のある議論ではない。

(5) ドイツでも同様である。Vgl. Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, (13. Aufl., 1981) S. 676.

(6) Vgl. §290 ZPO „Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlaßt sei. In diesem Falle verliert das Geständnis seine Wirksamkeit."

(7) 鈴木・手形法小切手法二二〇頁。

(8) 民法では、従来、錯誤とは、表示から推断される意思（表示上の効果意思）と真意（内心的効果意思）とが一致しない意思表示であつて、その一致しないことを表意者自身が知らないものであると解されている。我妻・民法総則二九五頁。

これに対し、自白の効力は自白者の効果意思にかかるものではないから、この場合の錯誤とは、自白事実に関する法的、事実的な誤解をいう。中野・民商三二巻二五二頁、注釈民法(3)巻一九二頁。

ドイツでも同様であり、„Rechts-oder Tatsachenirrtum" と解されている。Vgl. Rosenberg-Schwab, aaO., S. 676.

(9) 代理人が自白をした場合は、錯誤の有無は代理人について決する。ドイツでも同様である。Vgl. Zeiss, Zivilprozeßrecht, (5. Aufl., 1982) S. 152.

(10) このような判例の考え方は、信義則に関するものではあるが、禁反言にあたる主張が許される理由として、真実に合致していることをあげている判例の立場（最判昭和四八年七月二〇日民集二七巻七号八九〇頁）とよく似ている。

(11) 大判昭和七年五月二八日法律新聞三四三五号一二頁。

(12) 福富・鈴木＝白川編ケーススタディ民訴法Ⅱ二一五頁。

(13) 大判昭和一五年一月二七日法律新聞四五三三号七頁。

(14) 大判昭和一六年一二月九日法学一一巻七二九頁。

(15) 最判昭和四八年一〇月二六日民集二七巻九号一二四〇頁。

(16) 「裁判上ノ自白ハ之ヲ取消スコトヲ得ザルヲ原則トシ、自白ヲ為シタル当事者ニ於テ自白ニ係ル事実ガ真正ノ事実ニ適合セズ且自白ガ錯誤ニ出デタルコトヲ証明シタル場合ニ限リ其ノ取消ヲ許スベキモノトス。従テ自白ニ係ル事実ガ真正ノ事実ニ適合セザルコトヲ証明シタルノミニシテ其ノ自白ガ錯誤ニ出タルコトヲ証明セザル限ハ、自白ノ取消ヲ許スベキモノニ非ズ。」（大判大正一一年二月二〇日民集一巻五二頁）。

(17) 最判昭和三五年二月一二日民集一四巻二号二二三頁。所有権に基づく家屋明渡請求事件で、自白の取消にあたらないと認められた事例である。

(18) 兼子・体系二四九頁、三ケ月・全集三九二頁、中田・民訴法講義上一三八頁、菊井＝村松Ⅱ二三八頁、小野木＝中野・民訴法講義二四四頁、高島・民訴百選一〇三頁。

(19) 竹下・「裁判上の自白」民商四四巻三号一一七頁、新堂・民訴法三六四頁、斎藤編・注解(4)巻四〇七頁、松本・「裁判上の自白法理の再検討」民訴雑二〇号九五頁、中野・前掲書二五三頁、福富・前掲書二一八頁。

(20) 伊東・「弁論主義」一四四頁、片山・飯倉編・演習ノート民訴法一二一頁。
(21) 中村・セミナー法学全集民訴法二二一頁。
(22) 伊東・前掲書一四一頁。
(23) 三ケ月・全集三九〇頁。
(24) ドイツ民訴法一三八条は、事実に関する陳述義務を規定している。
(25) 三ケ月・全集一五八頁。
(26) 同旨、小山・民訴法三二〇頁。
(27) 「不真実」であることを知りながら自白をした場合には撤回できない。兼子・条解七一八頁、Vgl. Jauernig, Zivilprozeßrecht, (19. Aufl., 1981) S. 145.
　しかし、内心のことであり後で真実を述べて撤回をする悪用の危険が大きい。また、この見解は、「錯誤」を撤回の要件とすることと矛盾しよう。
(28) 中野・前掲書二五三頁、竹下・前掲書一二〇頁注(5)、斎藤編・前掲書四〇七頁、松本・前掲書九五頁。
(29) 三ケ月・全集三四四頁。
(30) 三ケ月・全集三五八頁。
(31) 片山助教授は、「反真実の証明は立証責任の転換を生じ、自白者に必要以上の不利益を課すことになる。」と解されている。片山・前掲書一二一頁。確かに、何が真実であるのかがわからず、その証明が困難であることもありうる。しかし、証明が困難であることは「錯誤」の場合であつても同じことである。むしろ、内心のこと故に、錯誤に基づいて自白をしたことの証明の方がより難しいと思われる。「反真実」の証明だけをことさらとりあげ、「自白者に必要以上の不利益を課す」と解することは疑問である。

(32) 竹下教授は、「特別の事情」に関しての判例を検討し、「特別の事情の認定が恣意的になるのを警戒しさえすれば、現在の判例理論を支持してよい」と解されている。竹下・前掲書一一七頁。
　竹下教授が論文の中でとりあげている判例の結論については、私も賛成である。しかし、場合によつては、「特別の事情」があるのかどうかの判断に迷うこともあろう。
(33) 三ケ月教授は、「反真実」と「錯誤」の二段の証明を必要としながら、特に「錯誤」に関して運用上相当ゆるやかに解する必要があるとされている。三ケ月・全集三九二頁、同・「自白の不真実の証明と錯誤の推定」判例民訴法二四六頁。
　しかし、この考えでは、「反真実」の証明だけでよいとする見解と実質的にあまり変らないのではなかろうか。

大内　義三

昭二五6 (最高民集四巻八号三五三頁)

一 「顕著ナル事実」か否かは事実問題か
二 「顕著ナル事実」の反証の不採用と上告理由

請求異議事件(昭二五・七・一四第二小法廷判決)

X(原告・控訴人・上告人)は、かねてから訴外Aより本件建物を賃借していたところ、Y(被告・被控訴人・被上告人)がAからこの建物を買受け、Xに対し右賃貸借契約の解除を申入れ、建物明渡の訴を提起した。裁判所はこれを職権で借家調停に付し、昭和二一年一二月二三日右調停は成立した。その内容は、XはYに対し本件建物を昭和二二年五月末日限り明渡すこと、Xが右期限までに明渡すことが不能な場合には、

同年一二月末日までXYが右建物に同居し、この場合Xはその階上を使用すること、というものである。Yは右調停の最終的期限である昭和二二年一二月末に、昭和二三年早々右調停調書に基づいて強制執行する旨をXに通知した。これに対しXは、調停調書に対する請求異議の訴を提起したが、一・二審ともX敗訴。

そこでX上告。上告理由のうち判示事項に関するものは次の通りである。即ち、Xは原審において、調停成立後の借家事情の悪化には甚大なものがありいわゆる事情の変更があるといえるから、事情変更の原則に基づき、第一審口頭弁論期日において本件調停を取消した旨を主張し、「事情変更（借家難ナル事情）」の存在を立証するため鑑定を申請したところ、原審は、調停成立当時予想できなかつたほど住宅難が悪化しなかつたことは公知の事実である、として鑑定の申請を採用せずに口頭弁論を終結し、さらにXの弁論再開の申請につき裁判をしなかつた。以上のことは違法である、というものである。

最高裁は以下のように判示して上告棄却。「上告人が原審において事情変更の事実を立証するため鑑定を申請したこと及び原審がこれを採用しなかつたことは所論の通りである。しかしながら、原審は上告人がその存在を立証せんとした事情変更の事実が不存在であることが顕著な事実であると認定し、その故に鑑定の申請をしなかつたものと認められるのである。そして、或る事実が顕著であるかどうかは裁判所の判断すべき事実問題であるから、その判断の当否を争うことは上告適法の理由とならない。また顕著なる事実は証明を要しないのであるから、原審が前示鑑定を採用しなかつたことは当然で何等違法はない。また弁論を再開するかどうかは裁判所の専権に属し当事者の再開申請は単に裁判所の職権の発動を促すに過ぎないものである。従つて、再開申請に対しては何等の裁判を要しない。」

判例研究

判旨に反対。

一　ある事実が民訴法二五七条にいう「顕著な事実（公知の事実、裁判上知りえた事実）」であるならば、その事実は証明を要しない。法は、争いのある事実については、裁判官の私知を排し弁論の全趣旨及び証拠調の結果により（一八五条）、客観性の担保された経路を辿つてこれを認定することを要求するが、裁判官が明確に知りそのことは誰にとつても少しも疑問をさしはさまない程度に認識することのできる事実は、裁判所の判断の正当性が担保されているから、例外的に証拠による認定を要しないとしているのである。そして殊に本件で問題となつた公知の事実は、公知性が判断の客観性を担保するが故に、証明を要しないとされる。このことは逆にいえば、不要証性の効果を導くところの公知の事実であるためには、その存在の客観的な信憑性を担保していると見られうる程度の公知性を帯有していなければならない、ということである。[1] この顕著な事実に関する二五七条の規定は、現実には、単に情報の発達した今日においては裁判官の私知を完全に排除できないという消極的理由[2]を越えて、一見して無用な証拠調を省略することにより訴訟の迅速・経済に資すると[3]同時に、実質的にみて明らかに不合理な攻撃防禦方法を排除し、[4] また法形成によつて当事者を証明の負担から解放することにより当事者間の実質的公平を図る[5]（その意味では証明責任の転換や一応の推定に近い）という積極的機能を営む点で極めて重要である。

では、ある事実が、証拠によつて基礎づけられなくとも判断の客観性が担保されているといえる程度の公知性を有するか否か、即ち

「公知の事実」か否かに関する裁判所の判断につき、当事者は上告審に不服申立をなしうるか。本判決は、民訴旧二一八条に関する大審院判例[6]を踏襲し、顕著（公知の事実）か否かは事実問題で上告適法の理由とならない、と判示したもので、爾後この点につき直接争われた事案がないため[7]、今日に至るまで先例的価値を有する判例と目される。

二　右論点に立ち入る前に、まず、顕著な事実に関して二五七条が適用されるための要件及び効果を考察したい。

まず、本条の効果に関していえば、それが以下の異なる二つの側面において位置づけうることが特徴的である。即ち、第一に、条文の効果の側面から見るならば、本条は、当事者に争いのある事実につき例外的に証拠調を省略するという純然たる手続進行上の規定として把握しうる。手続進行に関する規定である以上、本条の適用判断は裁判所の訴訟指揮権の内容に属し、本来当事者の処分を許さないものと解さざるを得ない。これに対し第二に、判決三段論法の構造的側面からみれば、本条は、裁判官の訴訟外の既知を例外的に事実認定過程に取込むものとして、三段論法の小前提に還元される形で理解しうる。言い換えれば、本条は、証拠調手続そのものに代替する事実認定の手続として位置づけられ、証拠資料に代わつて顕著性（公知性）が事実の存在を推認させる資料となつていると捉えることができる。つまり公知性は、事実の存在にとつて証拠資料・間接事実と同じ地位に立つのである[8]。かかる本条の効果の二重の意味が、第一に顕著性（公知性）の有無の判断に関して、一方は手続進行上の規定であるが故に当事者の関与を許さずとし、他方は事実の存在を推認せしめるもの故に当事者の処分を認める、という差で現われ、また、第二に上告可能性に関して、一方は訴訟法規違背として端的に上告可能性を認め、他方は事実認定の過程に属するが故に原則として上告理由とならないという理解の仕方となつて現われるものと考えられる。第一の問題の収束のためには、本条が適用される場合と証拠資料・間接事実として公知性の主張・立証がなされる場合の相違を明確化し、本条適用に際して、後者と同一の処理をすることが本条の機能からみて実質的に妥当か、という点から考慮する必要がある。第二点については、本条が不当に適用された後の段階での救済の必要性を裁判官の私知禁止の要請から勘案するとともに、救済方法の法的構成において他の領域との斉合性が保たれなければならない。

この点に留意しつつ要件について考えてみると、本件で問題とされる公知の事実に関しては、次の要件を具備する場合にのみ例外的に証拠調が省略され、具備しない場合は原則に還つて証拠調に付さなければならない。

(1)　まず第一に、当事者に争いのある事実であることが前提となる。上述のように本条は本来証明を要すべき事実につき、裁判所の判断の客観性が確保されていることを理由に例外的に証明を不要とする趣旨だからである[9]。

(イ)　従つて、殊に主要事実に関して、事実の存在につき主張を要しないとする説があるが[10]、当事者の主張しない事実について「当事者

に争いのある事実」を前提とする本条が適用される余地はないと解される。[11] 反対説が憂慮するのは、両当事者が当該事実の存在を知らずに迂遠な争いを試みようとする場合や、相手方の不知に乗じてこの者を害する意図で敢えて主張を控えている場合、さらには訴訟外の第三者を害する目的で両当事者が通謀した場合等に、健全旦つ常識的な司法制度の運営の理念が損なわれる点である。[12] かかる指摘は適確であるが、仮に当事者の一方または双方が当該事実の存在を知らない場合は、本条が予定する社会の一員として有すべき知識をたまたま持ち合わせていなかつたといえるのであるから、必要に応じて合理的範囲で釈明し、また、仮に両当事者が当該事実を知りつつ主張を控えていることが裁判所に判明した場合には、訴訟制度の濫用ないし不誠実な訴訟追行を理由に訴を却下すれば足りると思われる。[13]

(ロ) また、事実の存在に関しての公知性に反する自白も同様に「当事者に争いのある事実」という本条適用の前提を欠くから、かかる自白は裁判所を拘束すると解される。[14] 常識を逸脱した当事者の自白は、(イ)と同様の弁論主義内の考慮によつて避けうるであろう。これに対して、争いのある事実が公知であるか否かに関する自白は、本条適用に関していえば裁判所を拘束しない。証拠調を行なうか否かについて、当事者の自白に裁判所が左右されるのは極めて煩瑣といえるからである。他方、本条適用についてではなく、事実の存在についての間接事実としての公知性に関する自白は、間接事実について自白の効力を認めるか否かにかかつている。

(2) 第二に、裁判官が訴訟外で既に当該事実を知り、かつその存在につき確信を有していることが前提となる。[15] この点において間接事実として公知性が判断される場合と大いに異なる。後者の場合には裁判官は訴訟内で初めて心証形成を行なつているのであつて、事実の存在に関する訴訟外での心証形成を公知性を理由に事実認定に取込む本条と区別されなければならない。

ある事実が客観的には公知であつたとしても、裁判官がこれを知らず、また知つていてもその存在につき確信がない限り、原則通り事実の存在に関する証明を要する。従つて、客観的には公知である事実に関して、裁判官がたまたま知識を有していなかつた場合に、当事者から公知であるとの主張がなされても本条適用には影響を及ぼさない。裁判官が知らない以上、裁判官の訴訟外の既知を例外的に利用するという本条の基礎を欠くからである。他方、かかる主張が事実の存在に関する間接事実として訴訟内の心証形成に資することは自由心証主義の当然の帰結である。[16]

(3) 以上の点を前提として、第三に、裁判所が該事実が公知であることにつき確信を有していなければならない。[17] 事実の存在に関する確信を有するのみで、公知性に関する確信を充足せずして当該事実を認定した場合は、いわゆる裁判官の私知となる。これと逆に、事実の存在につき確信に到らないが、公知性につき確信を有するという場合はあり得ない。本条の公知性は事実の存在を確信の程度まで推認させるものだからである。

(イ) 公知性の確信は、裁判所が事実の存否の証拠調を行なうかどう

かを検討する時までには生じていなければならない。他方、公知性は時間の経過に従つて変化する相対的なものであるが、要は事実認定の客観性が担保されていれば良いのであるから、当該事実の認定時に公知性を確信していれば足りる。[18] 従つて、事実の存否確定のための証拠調をする余地のない上告審が、自己の立場で公知性を確信して本条を適用することは、起こり得ない。[19]

(ロ) 本条適用に際して、裁判官が、事実の存在につき確信を有するが公知性につき心証度が確信の程度にまで到達しない場合に、公知性に関し当事者に証明の余地があるかについては争いがある。当該事実が公知ではない（従つて私知である）と確信する場合は、裁判官は、回避（四三条）するか、既知を黙秘しまたは表明して事実の存否に関する証拠調を行なうほかない。[20] これに対し公知とも私知とも確信のない場合には、公知であることの証明を肯定する見解が多い。[21] しかしながら、当事者双方が公知でないとする場合は当事者の証明の努力を期待し難いし、当事者の一方が公知であると主張しその挙証に努力しても証明が成功する保証はなく、証明が不成功に終わつた場合に改めて事実の存否に関する証拠調を行なわざるを得ないのは二度手間である。[22] 証拠調の要否の判断を証拠調の結果に係らしめるのは迂遠であり、また、かようにしてまで本来私知であるところの裁判官の訴訟外の既知を利用する必要も利点もない。本条の適用を当事者の行為に委ねると、前述した本条の機能が減殺されることとなろう。公知であることの証明の余地はないと解すべきである。[23] 証明の余地がない以上、公知であるとの主張もまた必要ないことになる。ただし、これは本条の適用に関してであり、裁判官に訴訟外の既知についての確信がない場合、間接事実として公知性を主張し証明することは、無論認められる。

(ハ) 他方、公知であるとして本条を適用した裁判所に対し、公知ではないとの反証は許されるとするのが通説である。[24] その理由は、本来公知の事実は反証を挙げうるものではないが、裁判官の既知の利用に対しこれを排斥し、正当性の担保された事実認定経路＝証拠調手続によることを要求する裁判所に向けられた（相手方にではない）攻撃として、裁判官の私知をそれが真実であるか否かを問わずに排除することの保障となり得るから、とされる。裁判官の私知排除の要請からこれは認められるべきであるが、しかし、かかる当事者の行為は、裁判所の本条の不当適用に対する責問権の行使というべきであり、本来の意味での反証ではない。本条の適用を求める公知であるとの主張は、本条不適用により証拠調という客観性の担保された手続に付されているから責問権の放棄・喪失にかかるが、逆に本条が要件不充足にも拘わらず不当に適用された場合には、私知排除の要請から放棄・喪失は認められない。

三　右に対し、証明責任を負うべき事実が顕著とされた場合、該事実の存在に対し不真実であるとの反証は、常に許される。[25] 同様に、証明責任を負うべき事実と反対事実が顕著であるとされた場合にも、該事実が真実であるとの証明は認められる。もつともこれは、本条適用により裁判官の訴訟外の心証形成が取込まれた結果、その後の当事者の事実の存在に関する証明の負担が事実上軽減され、あ

るいは加重された（本条適用により本来白紙であるべき訴訟内の心証形成にハンディが付された）ことに対応するものであつて、本条の適用それ自体には何ら影響を及ぼすものではない。[26] 即ちかかる証明は、通常の自由心証主義に基づく訴訟内の心証形成の場合に、裁判官が事実の存在を確信してもなお反証の余地があるのと同様であつて、その前提としての確信が訴訟外で形成されることに関する本条の問題ではない。本件Xの鑑定申請は、借家難ではないことの公知性自体に対する反証ではなくして、事情変更（借家難ナル事情）の存在についての本証であり、本条適用とは無関係である。一般には、判例が本条適用に関しての公知性そのものに対する反証の余地を認めていると解されているが、過去の大審院・最高裁判例の事案も事実の存否に関する証明が問題となつており、[27] これは本条適用後の純然たる自由心証主義の問題である。[28]

(イ) 事実の存在に関する証明の証拠調をするかどうかは、裁判所がその申出にどの程度の価値を認めるかに係つており、これを必ずしも採用しなくともよいのは、通常の場合と同様である。[29] また、事実の存在（公知性ではない）について確信に至つた経路も、これに対する反証不採用の理由も、開示する必要はない。公知性こそが確信の理由だからである。本件においては、裁判所がXの鑑定申請に価値を見出さなかつたということであり、判旨のうちこの部分に関する判断は結論としては正当である。

(ロ) これに対して、本条を適用した場合に公知性の確信に至つた経路を判決理由中に開示しなければならないかについては争いがある。公知性は間接事実・証拠資料と同じ地位に立つからこれに関する理由開示の必要はないともいえるが、公知性は裁判官の訴訟外の既知に対し正当性を担保するものであり、また前述のようにその判断に当事者の関与する余地はないのであるから、私知に基づいて裁判を行なつていないことを当事者が納得できる程度で公知性の根拠を開示することが望ましい。[30] またこのことから、開示の範囲は、公知と確信するにつき通常人の思惟に照らして合理的判断がなされていることを推知しうる程度で良く、裁判官の個人的な公知性の確信獲得過程を微細にわたつて開示する必要はない。[31]

四 以上縷縷述べたように、顕著な事実に関する本条は、裁判官の既知を判断の正当性が担保されている限りで利用するものであるから、本条適用に際しては、正当性が担保されているか（即ち本件でいえば、公知か否か）の判断に細心の注意が要求されることは勿論、本条が不当に適用された場合には、当事者に救済の途が与えられなければならない。

原審の訴訟手続中において当事者は、不真実との証明により、事実の存在に関する裁判官の訴訟外で形成された心証を揺るがす機会も、また公知でない旨の申立により、公知性の判断に対する再検討を喚起させる機会も有していた。しかしながら、裁判官が公知性の確信を有し、従つてまた事実の存在に関する確信も有しているが、公知性の概念を誤つて広く解しすぎた場合には問題が生ずる。かかる場合には、原審の手続中で該原審に自己の判断の自省を求めることは、事実上困難であり、上告可能性を認めないと、裁判官の私知

禁止の原則が貫徹されず、当事者に酷な結果をもたらすことになる。

右のような場合に上告可能性を承認する点で、学説は結論的には一致している。のみならず、公知性に関して上告審の審査は全く及ばない趣旨ともとれる判例も、委細検討してみれば、一定の範囲で上告理由となる余地を認めるものとも解し得るのである。[32] ところが、公知か否かは事実問題か法律問題か、という問いに対し、その説明の仕方で学説は多岐に分かれ、その結果、上告理由の法的構成（根拠条文）で違いが生じている。これは、先述したように、本条の効果の二重の意味について各説の視点が異なることに起因すると思われる。即ち、事実問題と解する説は、本条が証拠調手続に代替するものとして三段論法の小前提に位置づけられ、公知性は間接事実ないし証拠資料と同様、事実の存在を推認せしめるものとして事実認定の過程に還元されるという側面に着眼しているのであり、他方純然たる法律問題であるとする説は、訴訟法規たる本条の解釈・適用違背もまた、法令違背（三九四条）として上告審の審査に服する点に注目しているのである。

(イ)　事実問題と解する以上、公知性の判断自体について上告は認められないから、公知性の確信につき経験則違背があるとの構成を採るか、[33] あるいは判決の理由不備・理由齟齬に基づく上告理由（三九五条一項六号）として構成することになる。[34] 前者は、客観的な公知性の心証度を不当に低く解したという意味で、公知の解釈・適用違背と変わるところはない。後者は、理由不備・理由齟齬の理解の仕方にもよるが、事実の存在を推認させる公知性について、判決理由中での開示を要求することを前提とするのであろう。

(ロ)　これに対して法律問題説[35]は、公知性の判断に対する法令違背（三九四条）の上告可能性を一旦承認しておいて、「判決ニ影響ヲ及ボスコト明ナル」か否かで、現実に破棄事由となるかについて絞りをかけることになる。この説に対しては、上告審の不拘束――下級審が顕著であると判断したのを上告審が顕著ならずとも、また逆に、顕著ならずとして（かつ立証もないとして）真実と認めなかった事実を上告審が顕著なりと認定できる――との批判がある。[36] しかしながら、前述のように、証拠調手続に付すか否かに関する本条が、上告審に顕著か否かという観点から判断される余地はなく、上告審が審査するのは、下級審が顕著であるとした判断について下級審の時点において客観的に顕著であったか否かという点である。従ってこの説に立っても、原審が客観的には公知でない事実を公知であるとして本条を適用し証拠調を省略した場合、上告審は原審に対し、その事実を公知でないとして判断する（証拠調に付す）よう破棄差戻することになる。[37] 他方、公知性につき原審で現実に主張・立証がなされた場合、それは原審が事実の存在に関して訴訟内での心証形成のため、間接事実として公知性を判断したのであるから、本条適用とは無関係であり、本条の違背を理由とする上告はそもそも認められない。[38]

以上のように、本条の効果が二重の意味を有することが、間接事実として公知性が主張・立証され得ることと相俟って、公知か否か

は事実問題か法律問題かに関する複雑な争いを生み出していた。結論的にいえば、公知か否かの判断に対しては、二五七条の解釈・適用違背として法令違背（三九四条）を理由に上告可能性を認め、判決に明白・重大な影響を及ぼすかどうかを基準に現実に破棄事由となるか否かの絞りをかける理解の仕方が、思考経済上簡易であると思われる。その意味で、本条適用に際しての公知か否かの判断は純然たる法律問題と解すべく、公知性が事実認定の過程に位置づけられることは、判決への影響力に関する判断要素として考慮すればよいと考える。これは、いわゆる事実認定における手続法違背全般について敷衍しうるもので、当事者の主張しない事実の採用・自白の効力の誤認・証拠調手続の違法・経験則（自由心証主義）違背等も、これらを規定する手続法規の解釈・適用違背を理由に法律問題として法令違背（三九四条）の上告可能性を認めた上で、事実認定過程に属することを判決への影響力の側面から判断し、現実に破棄事由となるか否かを考えるのが、上告制度の素直な理解といえるのではあるまいか。結局この問題もまた、法と事実の峻別の困難に逢着する。

本件で公知とされた借家難ではないという事実は、通常公知性を有するような性質をもつとは言い難いが、しかし、観念的には、いかなる事柄でも公知性を帯有する可能性はないとは限らない。公知となるような事実の外延は時と場所によつて異なるから、明確な輪郭を設定することは不可能であり、個別・具体的に判断せざるを得ない。[39] 従つて破棄事由となるかの基準は、もし当該下級審が公知性を事実の存在についての唯一の証拠資料・間接事実として用いたならば、確信の程度にまで至ることが不合理か否か、というべきであろう。[40] 公知性については上告適法の理由とならないとした本判決は、事案の結論としては妥当としても、裁判官の私知排除の保障として、かかる点につき判断する理論的余地を認めるべきであり、その意味で判旨には賛成できない。

なお本件評釈として、兼子一＝星野英一・判民昭二五―一六〇、菊井維大・判タ五―一二（判例民事手続法一六一）、高根義三郎・新報五八―二―七一、中田淳一・民商三二―三―三五五（民事訴訟判例研究一一一）がある。

（1）以上の説明に争いはない。本文の表現は三ケ月章・民事訴訟法（有斐閣・法律学全集）三九四頁、小山昇・民事訴訟法（三訂版）三二二頁に依つた。

（2）岩松三郎＝兼子一編・法律実務講座(4)（第一審手続(3)）一二頁。

（3）小室直人「裁判所に顕著な事実」（早法三〇巻）（中村還暦論文集）八四頁。

（4）判例は全て原審の公知の判断に対する不服申立を棄却しているが、その中には一見して不当な不服申立といえるものが散見される。

（5）Seiter, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfestsfellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, Festschrift für Baur, 1981, S. 573 ff. なお、本文三参照。

（6）いずれも公知の事実に関する。大判明治三五・九・一九民録八―八―一〇、大判明治四〇・五・二一民録一三・五三三、大判大正一三・一二・五民集三―五二六。

（7）なお最判昭二八・九・一一裁判集民九―九〇一は、顕著な事実と認めたことが錯誤に基づくとの上告理由に対し事実認定を非難するものと

した。

(8) 以下では、公知とされた事実が主要事実であつた場合を念頭に間接事実の用語を用いる。もつとも、実際には本件のような一般条項の事案の他に、公知の事実が主要事実となる例は少ない。

(9) 形式的には、二五七条が「証拠」の章の下に置かれていることが根拠となる。

(10) 弁論主義の例外と考える説として、W. Bernhart, Die Aufklärung des Sachverhalts in Zivilprozeß, Festgabe für Rosenberg, 1949, S. 22 ff.; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., S. 678. 三ケ月・前掲書一五九頁。

(11) Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 40. Aufl., S. 718; Wieczorek, Zivilprozeßordnung u. Nebengesetze, 2. Aufl., 2. Bd., S. 61. 小室・注(3)引用の論文八五頁、同・注解民事訴訟法(3)四一二頁、新堂幸司・民事訴訟法〔第二版〕三六六頁。判例も同旨、民訴旧二一八条につき大判明治三六・六・一七民録九—七四二、大判大正九・六・九新聞一七四—一七。

(12) 三ケ月・前掲書三九一頁。

(13) 伊東乾・弁論主義一〇九—一〇頁。

(14) 兼子・民事訴訟法体系二四八頁、伊東・前掲書一四八頁、前掲実務講座(4)一一五頁。反対、三ケ月・前掲書三九一頁、新堂・前掲書三六三頁、小室・注解民訴(3)三九六—七頁。

(15) 前掲実務講座(4)一三—四頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・民事訴訟法講義〔補正版〕二九二項。

(16) Zöller, Zivilprozeßordnung, 13. Aufl., S. 799; Stein-Jonas-Pohle, Kommentar zum Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., 1 Bd., S. 1188.

(17) 前掲実務講座(4)一三—四頁、前掲民訴法講義二九二頁。

(18) 前掲実務講座(4)一四頁。

(19) 裁判上知り得た事実について最判昭和五七・三・三〇判時一〇三八—二八八は上告審の事実認定権を承認した。裁判上知り得た事実であることと特許事件の特殊性によるものと考えられる。小室・判評二八九—四一。

(20) 前掲実務講座(4)一四頁。

(21) 斎藤秀夫・民事訴訟法概論〔新版〕二七二頁、同・注解民訴(3)三四一頁、小山・前掲書三二二—三頁。

(22) 前掲実務講座(4)一四—五頁。

(23) Stein-Jonas-Pohle, a. a. O., S. 1188. 前掲実務講座(4)一五頁。

(24) 菊井維大＝村松英夫・全訂民事訴訟Ⅱ二四一頁、前掲実務講座(4)一五頁。

(25) 通説。三ケ月・前掲書三九五頁、兼子・体系二五〇頁、新堂・前掲書三六六頁、小山・前掲書三二三頁、Rosenberg-Schwab, a. a. O., S. 679; Stein-Jonas-Pohle, a. a. O., S. 1188.

(26) 従つて、本条を適用した場合には裁判所はその旨を表明し、爾後の当事者の事実の存否に関する証明の機会を保障するべきである。Kuchinke-Schönke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., S. 259; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., S. 418.

(27) 注(6)(7)(11)に掲げた判例の他、最判昭和二九・五・二五民集八—五—九五〇も同様。

(28) ドイツの通説（注(38)(iv)）が顕著な事実の存在の確定は事実問題であるとするのは、このことを指すと考えられる。

(29) 三ケ月・前掲書三九五頁、前掲実務講座(4)一三頁。

(30) 三ケ月・前掲書三九五頁、新堂・前掲書三六六頁。反対、判例、菊

井＝村松・前掲書二四〇頁、前掲実務講座(4)一三頁。

(31) もつとも、これを判決理由中に開示しないこと自体が判決を違法ならしめるか否かは、上告理由の法的構成にかかつている。

(32) 例えば、注(6)で挙げた大審院明治三五年判決は「物価騰貴ノ事実ヲ以テ裁判所ニ於テ顕著ナル事実ト認定シタルハ原院ノ職権内ニ於ケル適法ノ認定ナルヲ以テ原判決ニハ所論ノ如キ不法ナシ」（傍点筆者）としていることから、顕著か否かの判断が違法な場合には、何らかの形で上告可能性を認めるものと解せられなくもない。

(33) 斎藤「顕著な事実」菊井編・全訂民事訴訟法(下)一〇九頁、同・前掲民訴法概論二九九―三〇〇頁。

(34) 兼子＝星野・本文中引用の評釈一六四―五頁。

(35) 田中和夫・新版証拠法〔増補三版〕三九―四〇頁。

(36) 小室・注(3)引用の論文九一―二頁。

(37) これに対し、公知である事実を公知でないとして証拠調に付した場合は、責問権の喪失（二(3)(ハ)）に対応して破棄事由とはならない。判決に明白・重大な影響力を及ぼさないからである。

(38) この他、両視点の折衷的見解として、(i)三ケ月・前掲書三九五頁は、「公知であると主張されても公知でないとされるときは、法的三段論法の小前提に還元される」が、「その下位の三段論法（公知の事実とみるべきか否か）では今度は公知なる概念が大前提として機能し」、「その限度では公知の事実の訴訟法上の取扱において（たとえば上告の適否）再び経験法則の取扱に接近する」とされる。経験則違背に準じて上告可能性を構成する趣旨であろう。(ii)新堂・前掲書三六六頁は、同書を引用しつつ「公知と認定するに至つた経路が常識人によつて一応納得できる程度のものであることを要する。そうでなければ、適法な事実の確定といえず（四〇三条参照）、その限度では判決の法令違背として上告審の審査を受ける」とされる。なお同書三四五―六頁によれば、本問題を経験則違背の問題とし、経験則違背を三九四条を根拠条文に一八五条の違背ではなく「判決の法令違背」として構成される。(iii)小山・前掲書三二二―三頁は、「公知であるか否かには一定の基準があり」、この基準は事実認識の基準であつて、「公知の事実を証明を要しない事実とする（法的評価の）基準とは区別さるべきである」とされる。この説に立つと、前者は事実問題、後者は法律問題と解することになろう。(iv) Rosenberg-Schwab, a. a. O., S. 679 ; Zöller, a. a. O., S. 799 ; Wieczorek, a. a. O., S. 64 ; Stein-Jonas-Pohle, a. a. O., S. 1188. 小室・注解民訴(3)四一三頁は、顕著な事実の存在の確定は、事実審の専権に属する事実問題であるが、顕著の概念の誤解は法律問題として上告理由となるとする。顕著の概念の誤解とは、即ち本条の解釈・適用の違背であるから、本条違背を法令違背（三九四条）として構成することになる。この説は、公知か否かは法律問題であるとする説と同じものとなろう。

(39) これに対し、「公知として取扱われる事実には観念上おのずから限界があり、当該社会の共通知識として通用するに足るだけの明確な輪郭をもつたものでなければならない」とするは、中田・本文中に引用の評釈一一四頁。この点はむしろ、一般条項（事情変更の原則）の主要事実の問題及び上告可能性の問題に帰着する。

(40) 同旨、小室・注(3)に引用の論文九一頁、同・注解民訴(3)四一三頁。

坂原正夫・七戸克彦