

民事自白法理の再検討(1)*

河野 憲一郎**

- I 序
- II わが国の判例・学説の状況と本稿の基本視角（以上本号）
- III 裁判上の自白の構造論の成立と展開
- IV 新たな構造論に基づく問題解決の試み
- V 結語

I 序

弁論主義が妥当する民事訴訟手続では、裁判所による事実審理の範囲は、一方当事者が行なった事実主張とこれに対する相手方の認否によって決定される。一方当事者の事実上の主張は、相手方当事者がこれを争った場合には、証拠による事実認定がなされる。これに対して、認めた場合に、最終的に争いがなければ、裁判所による事実認定が排除される。このとき自己に不利益な陳述を行った当事者との関係では裁判上の自白が成立し、当該事実は当事者間の争点から除外されることになる（争点減縮機能）。

ところで、審理の充実・促進は、実務上の大きな関心事の一つであり、そのため的手段として争点整理の重要性が強調されている。そうだとすると、裁判上の自白が実務にとって有する意味はきわめて大きく、個別のケースでこれを適用するにあたっては、どのような場合に裁判上の自白が成立し、また、どのような場合に、どのような手続を経て、裁判上の自白を撤回することが認められるかといった判断枠組みが明確であることが望まれる。

それにもかかわらず、わが民事訴訟法は、裁判上の自白について十分な実定法

【一橋法学】（一橋大学大学院法学研究科）第4巻第1号2005年3月 ISSN 1347-0388

※ 本稿は、筆者が、1999年1月に一橋大学に提出した「裁判上の自白と当事者の意思——オスカー＝ビューローの自白理論の批判的検討」と題する修士論文に大幅な修正を加えたものである。

※※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

上の規定を有しているわけではない。現行法が用意している最も重要な規定と言っても、「裁判所において当事者が自白した事実……は、証明することを要しない」(179条)というものにすぎない。つまり、法は、一定内容の裁判上の自白という制度(その概念・要件・効果)を当然の前提とした上で、法律効果の一部について規定を置くにとどめているのである。また、一旦成立した自白についても、一定の場合にはその撤回を認めるべきであり、この点については異論をみないが、それにもかかわらず、法は、その撤回の手續(特に、撤回要件)について、全く規定を置いていない。かくして、裁判上の自白をいかなる制度として理解し、適用するかは、もっぱら解釈に委ねられることとなる。

こうした状況の下で、わが国の判例および通説は、裁判上の自白の成立要件、効力、及び撤回要件についてより詳細な規定を置いているドイツ民事訴訟法(以下、「ZPO」という)の自白規定に倣い、これを「解釈」によって継受してきた。また、ドイツ法上も十分な規定がなく、解釈上争いのある点については、ドイツ法の下での解釈論を参考にした上で、わが国の解釈論を展開するという態度をとってきた。それは、概ね次のようなものである。すなわち、(i)裁判上の自白が成立するためには、両当事者の一致する陳述のうちで、不利益な事実の陳述であることが必要であり、これによって、「主張」と「自白」が区別される。(ii)裁判上の自白は、裁判所を拘束するとともに、自白者自身を拘束する。その際、通説は、裁判上の自白の裁判所に対する拘束力を弁論主義によって説明し、当事者自身に対する拘束力を禁反言によって説明する。(iii)さらに、一旦成立した裁判上の自白も一定の場合には撤回することが可能であり、そのためには、反真実と錯誤の二段の証明が必要である。

しかし、通説のごとく裁判上の自白の拘束力の根拠をそれぞれ弁論主義と禁反言に求めたとしても、これによって裁判上の自白がそもそもどのような制度なのかということが明らかになるわけではない。また、裁判上の自白の争点減縮機能に鑑みるならば、裁判上の自白の成否、あるいは、撤回の許否がきわめて重要な問題であることについては冒頭で述べたが、弁論主義、あるいは、禁反言と言ったところで個別の事件の解決にとって有用な指針が出てくるわけでもない。

先に見たように、法は、裁判上の自白についてたしかに十分な規定を置いては

いないが、それにもかかわらず、一定の「裁判上の自白」概念を前提とし、その上で効力（の一部）につき定めているということに鑑みるならば、むしろ「裁判上の自白」の（本質ないし）機能に即して解釈論が展開されるべきではないだろうか。すなわち、法は、一定内容の裁判上の自白という制度を当然の前提とした上で、裁判上の自白には、裁判所による事実認定を排除するという効力が与えられていることを規定している。これは、裁判外の自白が、手続形成とは無関係に、いわば一種の「証拠」として機能しているにすぎないことと比較して好対照をなしている。裁判上の自白は、「主張」段階の問題であって「証拠」の問題ではない。加えて、裁判上の自白の成否・撤回の許否という問題は、端的に言って、訴訟における当事者行為の規制の問題である。そうだとすると、裁判上の自白制度の法的規律を考えるにあたっては、徹底して主張過程における当事者の行為の法的規律の問題として争点減縮機能を中心に据えつつ論じるのが、首尾一貫した態度であるように思われる。しかしながら、通説の説明にはこうした視点が欠落していたのではなかろうか。さらに、平成8年の民事訴訟法改正は、争点整理手続を充実させ、当事者の主張を十分に整理し、証明すべき事実を明らかにした上で集中的に証拠調べを行なうという立場を前面に押し出した（182条）。このように争点を十分に整理したうえで、証明すべき事実について、集中的な証拠調べを実施するということは、「主張」と「立証」を手続構造上も明確に区別することを意味している。以上のような状況に照らしてみると、判例・通説による自白論は再検討を要するものと思われる。

こうした問題関心の下、本稿では、裁判上の自白を主張過程における当事者行為の規制の問題の一環として徹底して位置付け、(i)裁判上の自白はどのような場合に成立するのか、(ii)一旦自白が成立すれば、裁判所的事实認定が排除され、しかも、自白当事者自身も自らの自白に拘束されることになるが、これら両者の効力の関係並びにその根拠は何か、あるいは、(iii)一旦成立した自白の撤回手続ではいかなる撤回要件が審理され、また、そうした撤回紛争には、本案の紛争との関係でどのような位置付けを与えられるのかといった諸問題について明確な方向性を示すことを心がけたい。

以下では、次のような順序で問題の検討を行なう。

まずはじめに、従来のわが国の判例と学説の状況に立ち返り、その問題点と本稿における分析の基本視角を明らかにする(Ⅱ)。次いで、ドイツにおける裁判上の自白の構造論がどのように成立し、展開してきたのかを見てみたい(Ⅲ)。これは、ドイツ法の訴訟手続の構造がわが国のそれと基本的には同じであること、ドイツ法でも、わが国と同様、裁判外の自白と裁判上の自白の効力が区別されており、しかも、それが、普通訴訟法期の学説によって、次第に明らかにされたという事情があるため、その時期の議論を参照することによって、有益な手がかりが引き出されると考えられることによる。以上を踏まえた上でわが国での問題解決に向けての検討を行い(Ⅳ)、結びとしたい(Ⅴ)。

Ⅱ わが国の判例・学説の状況と本稿の基本視角

はじめに研究の出発点として、わが国の判例・学説の状況を見たうえで、本稿の基本視角を明らかにしておきたい。もっとも、わが国の民事自白法理はきわめて多くを大正期に形成された判例に負っているため、判例による自白法理の形成に至るまでの過程がどのようなものであったかをまずもって確認しておく必要がある。

そこで、以下では、まず、こうした「前史」を見たうえで1、現在の判例・通説の状況とこれに対する批判説が提起した問題点および解決の試みを明らかにし2、これらの作業を通じて、Ⅲ以下での検討を進めるための視点を得ることにはしたい3。

1 日本民事自白法「前史」

(1) 明治民事訴訟法における規定の欠缺とその理由

わが民事訴訟法は、裁判上の自白制度の具体的内容についての規定を置いていない。しかもわが国最初の近代的民事訴訟法典である明治民事訴訟法(明治23年3月21日法律第29号)は、今日の179条に対応する規定すら置いていなかった。ただし、そこには裁判上の自白に関する規定が全く置かれていなかったというわけではない¹⁾。

【明治民事訴訟法418条】

「第一審ニ於テ為シタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ亦効力ヲ有ス」

それでは、なぜ、裁判上の自白の具体的内容についても、「効力」についても全く規定を置いていない明治民事訴訟法が、このような規定を置いていたのだろうか。

それは、明治民事訴訟法と並行して実施される予定であった旧民法典（明治23年4月21日法律第28号）がその証拠編中に、裁判上の自白に関する規定（34条以下）と裁判外の自白に関する規定（42条以下）を有していたことと関連する²⁾。こうした規定の存在を前提として、民事訴訟法典中には規定が置かれなかったのである。

【旧民法証拠編36条】

「①（裁判上ノ）……自白ヲ相手方ノ受諾シ又ハ之ヲ裁判所ニ於テ認メタルトキハ其自白ハ之ヲ為シタル者ニ對シテ完全ノ証拠ヲ為ス（傍点筆者）」

② 然レトモ其自白ハ事実ノ錯誤ノ為メニ之ヲ言消スコトヲ得」

【同43条】

「① 裁判上ノ自白ノ有効ナル為メ要スル能力、其証拠力、其言消及ヒ其不可分ニ關スル前数条ノ規定ハ裁判外ノ自白ニ之ヲ適用ス（傍点筆者）」

ここで注目すべきは、旧民法が裁判上の自白の効力につき、「完全ノ証拠ヲ為ス」と定めていることである³⁾。これは、フランス民法の自白制度の影響を受けたものであり、裁判上の自白を「証拠」として位置付けるものであった⁴⁾。しかも、同法は、裁判上の自白を「証拠」として位置付けることを前提に、裁判外の自白についても、裁判上の自白と同様の効力を認める立場を採っていた。

1) 以下の明治民事訴訟法及び旧民法証拠編の自白規定は、我妻榮編『旧法令集』（有斐閣、1968年）による。
2) 裁判上の自白規定の沿革については、松本博之『民事自白法』（弘文堂、1994年）2頁以下、坂原正夫「権利自白論（一）」法学研究（慶大）43巻12号（1979年）2095頁以下に詳しい。

ただ、周知のごとく、旧民法典は、「法典論争」の結果、施行されることはなかった⁵⁾。そうして、新たに起草された民法草案は、ドイツ法に倣って証拠編を置くことをしなかった。その結果、自白制度そのものに関する規定が全く存在しないにもかかわらず、一定の裁判上の自白制度の存在を前提とした規定が置かれるという事態を生じさせることとなった。かくして、裁判上の自白の具体的内容に関する規定はなく、自白法理の適用に際して、解釈による法形成の余地が広く存在していたのである。

(2) 判例による自白法理の形成と学説の対応

① 判例法理が形成される以前の状況：明治期

以上のような状況の下で、明治民事訴訟法制定直後の代表的な註釈書は、旧民法の規定するような自白制度を前提として、解釈論を展開してきた。例えば、本田康直氏と今村信行氏の共著による註釈書は、裁判上の自白は（旧）民法に規定されている証拠の一つであって、自白をした者に対しては完全の証拠をなすと述べている⁶⁾。また、フランス法に造詣の深い宮城浩蔵氏の註釈書も、（裁判上の）

3) 【参照条文】

フランス民法第1354条〔自白の種類〕

一方の当事者に対して向けられた自白は、裁判外のもの、又は裁判上のものである。

同第1356条〔裁判上の自白〕

① 裁判上の自白は、裁判所で当事者又は特別権限をもった代理人が行う陳述である。

② 裁判上の自白は、それを行った者に対して完全な証明力を有する。

③ 〔略〕

④ 裁判上の自白は、撤回することができない。ただし、それが事実の錯誤の結果であったことを証明する場合には、その限りでない。裁判上の自白は、法律の錯誤を口実として撤回することができない。

法務大臣官房司法法制調査部編（稲本洋之助訳）『フランス民法典』（1982年）125頁を参考にした。

- 4) 旧民法の自白規定の立法趣旨・比較法的位置付けの詳細については、なお、十分な検討がなされる必要がある。とはいえ、さしあたって、旧民法の自白規定がフランス民法の影響を受けたものであること、また、旧民法もフランス民法典も裁判上の自白を「証拠」として位置付けていたことの二点は、例えば、次の資料によって確認できるのではないか。星野英一監修『ボアソナード氏起稿再閲修正民法草案註釈』（雄松堂出版、復刻版、2001年）189頁。なお、坂原・前掲注2）2098頁。

自白は最も有力な証拠であると述べている⁷⁾。さらに、明治期の古い大審院判決の中にも、この趣旨の理解を前提としていると思われるものが見られた⁸⁾。

② 判例による自白法理の形成：大正期

ところが、次第に判例は、旧民法とは異なる自白理論を展開することになる⁹⁾。すなわち、裁判上の自白と裁判外の自白の効力を区別し、裁判上の自白の効力として、自白せられた事実は、何らの証拠を要せずにただちに判決の基礎としなければならないという効力（立証排除効）を認める一方で¹⁰⁾、裁判外の自白には、このような効力は認めず、裁判所の自由心証に服するものとした¹¹⁾。また、裁判上の自白の撤回に当たっては、反真実・錯誤の証明という撤回要件を要求する¹²⁾。

このことは、裁判上の自白たると裁判外の自白たるとを問わず「完全ノ証拠ヲ為ス」とする旧民法証拠編の自白法理が完全に否定され、ZPO288条以下の規定と同様の自白法理が採用されたことを意味していた。

そこで、ZPO288条以下の規定を簡単に見ておこう¹³⁾。

-
- 5) 明治25年の第3回帝国議会において施行の無期延期が議決され、結局施行されないうままに明治29年法律第89号によって廃止された（明治31年7月16日）。
 - 6) 本田康直＝今村信行『民事訴訟法註解』（講法會、1890年／信山社、2000年復刻）1215頁。
 - 7) 宮城浩蔵『民事訴訟法正義〔上〕』（新法註釈会、第6版、1892年／信山社、1996年復刻）1180頁。
 - 8) 例えば、大審院明治29年1月11日民録2輯1巻12頁は、「自白ハ元來裁判所ニ於テ之ヲ為シタルトキハ之ヲ為シタル者ニ対シテ完全ナル証拠力ヲ有ス」と述べている（ただし、傍論）。
 - 9) 裁判上の自白に関する判例法理については、以下の論稿によって詳細に分析・検討がなされており、本稿もこれらに負うところが多い。竹下守夫「裁判上の自白（判例総合研究）」民商44巻3号（1961年）442頁、柏木邦良「裁判上の自白の撤回について」司法研修所創立十五周年記念論文集上巻（1962年）306頁以下、福永有利「裁判上の自白（一）～（三・完）」民商91巻5号（1985年）776頁、92巻1号（1985年）76頁、92巻2号（1985年）161頁。
 - 10) 大判明治37年10月29日民録10輯1370頁（傍論）、大判明治44年12月13日民録17輯784頁、大判大正4年9月29日民録21輯1520頁。
 - 11) 大判大正2年9月20日民録19輯20巻704号。本判決に疑問を投げかけるものとして、雉本朗造『判例批評録〔第一巻〕』（内外出版、再版、1921年）220頁。
 - 12) 大判大正4年9月29日民録21輯1520頁、大判大正11年2月20日民集1巻52頁。古くは、錯誤のみを撤回要件とする判例も見られた。これについては、柏木・前掲注9）307頁以下に詳しい。
 - 13) 以下の規定については、石川明『ドイツ民事訴訟法典』法務資料450号（1992年）によった。

【ドイツ民事訴訟法第288条〔裁判上の自白〕】

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

② 裁判上の自白の効力についてはその承諾を必要としない。」

【同第290条〔自白の撤回〕】

「撤回は、撤回する当事者が、自白が真実に合致せずかつそれが錯誤にいでたることを証明するときに限り、裁判上の自白の効力に影響する。この場合自白はその効力を失う。」

ZPO288条は、裁判上の自白がなされた事実は「証明を必要としない」と定めている。ここに「証明を必要としない」とは、裁判上の自白がなされた事実は、それが真実に合致するか否かを審査することなく、そのまま判決の基礎にしなければならないというものとして理解されている（裁判所の認定権の制約）¹⁴⁾。つまり、事実が自白されることによって、当該事実について証拠による事実認定の問題が排除されるのであって、自白が証拠（法定証拠）をなしており、それが裁判所に認定を強要するというわけではない。

また、一旦裁判上の自白が成立すると、自白当事者は自由にこれを撤回することが許されなくなるが、反真実・錯誤を証明することによって、自白を失効させることは可能である旨をZPO290条は定めている。

以上のような自白法理を判例は採用したのである。こうした判例の採る自白法理は、先に見てきたように、旧民法典がフランス民法の自白制度の影響の下に裁

14) *Stein-Jonas-Leipold*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., 1996, §288 III, Rdnr. 19 (「真実審査の排除」と表現している), *Pritting*, Münchner Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, 1992 §288 V Rdnr. 31. このような裁判上の自白の立証排除効の存在を明らかにしたのは、普通訴訟法期の訴訟法学者ベートマン=ホルヴェークであった。ドイツにおいてもベートマン=ホルヴェーク以前の自白理論は、裁判上の自白、裁判外の自白いずれを問わず「証拠」として位置づけていた。これについては、Ⅲで詳述する。

判上の自白を「証拠」の一種として位置付けてきたのとは異なって（以下、こうした立場を「フランス法的な自白法理」と呼ぶ）、ドイツ法と同様にこれを「証拠以前」の問題、すなわち、「主張」段階の問題として位置付けるものであった（以下、こうした立場を「ドイツ法的な自白法理」と呼ぶ）。

③ 学説の対応：大正期

大正期に入ると学説上もまた裁判上の自白にZPO288条と同様の効力を認めようとする立場が完全に支配的となる。すなわち、大正期の学説は、裁判上の自白と裁判外の自白を区別して¹⁵⁾、前者には、裁判所の事実認定権の排除を認め、後者にはそのような効力を認めないとの立場を一致して採ることになる¹⁶⁾。

そこで、裁判上の自白が、裁判外の自白とは異なり、裁判所による事実認定を制約する効力を有するとすれば、その根拠が問題となってくる。これにつき、大正期の学説は、裁判上の自白の法的性質を観念の表示（ないし、真実表示）と理解することを前提に、裁判所に対する拘束力の根拠を弁論主義に求めた¹⁷⁾。もっとも、これ以外の説明もありえないわけではなく、例えば、明治期において既に「ドイツ法的な自白法理」を採るべきことを主張していた高木豊三氏は、裁判上の自白を、事実確定の意思表示であると理解し、それは処分行為であるがゆえに、裁判所を拘束する¹⁸⁾と述べていた¹⁹⁾。しかし、大正期の学説の多くは、このように裁判上の自白の法的性質をもって意思表示と理解する立場を否定したため、そ

15) 仁井田益太郎『民事訴訟法大綱』（1917年）180頁以下、岩田一郎『民事訴訟法原論』（明治大学出版部、第13版、1917年）275頁。

16) このことを推認させるのが、雫本朗造「訴訟行為論」同『民事訴訟法論文集』（内外出版、1928年）158頁〔さらに、同『民事訴訟法の諸問題』（有斐閣、1955年）684頁にも所収〕であり、同書は、「我国ノ学説及ヒ判例ニ於テモ、『裁判上ノ自白ハ証拠ヲ要セサルノ効力ヲ生スルニ拘ハラズ、裁判外ノ自白ハ証拠原因タルニ過キス』トスルノ点ニ付キテハ何ラノ異論ナキカ如シ（傍点筆者）」と述べている。本論文は、著者の死後昭和3年に『民事訴訟法論文集』によってはじめて公刊されたもののため、その執筆年は必ずしも明らかではないものの、雫本博士が自白論の研究をされていた時期の判例・学説においては、裁判上の自白と裁判外の自白の効力を区別し、裁判上の自白には、主張事実についての証拠調べを排除する効力を認める「ドイツ法的な自白法理」が既に完全な趨勢を占めていた状況がうかがわせる。

17) 雫本・前掲注16) 176頁、山田正三「判批」同『判例批評民事訴訟法〔第二巻〕』（弘文堂、1925年）626頁〔初出法学論叢12巻2号（1924年）123頁〕、加藤正治『民事訴訟法判例批評集〔第一巻〕』（有斐閣、1926年）245頁。

れにもなって、立証排除効の根拠が、弁論主義に求められることとなったのである。こうした議論の背景には、「当時の」ドイツの議論の影響を看取することができる²⁰⁾。いずれにせよ、もはやこの時期にあっては、ZPO288条に倣って、裁判上の自白に立証排除効を認めようとする点について争いはなかった。

以上に対して、自白の撤回に関しては、事情は異なり、反真実・錯誤の二段の証明という判例（およびZPO290条）の撤回要件が一致して受け容れられたというわけではない。すなわち、古く明治期に「ドイツ法的な自白理解」を採るべきことを主張した見解は、裁判上の自白の法的性質を意思表示とすることから、撤回に際しては錯誤の証明のみを要求したし²¹⁾、また、その後は、これを否定するかのよう、相手方の承諾がある場合や刑事上罰すべき他人の行為に基づいて自白がなされた場合にはこれを取り消すことができるが、錯誤を理由に自白を取り消すことはできないという見解が有力な論者によって唱えられた²²⁾。

-
- 18) 高木豊三『民事訴訟法論綱』（講法會、1895年—96年／信山社、1999年復刻）618頁。刊行年からも明らかとなっており、高木氏が本書を執筆した段階では、旧民法は、施行を延期されていたものの、未だ廃止には至っていなかったものであり（前掲注5）参照）、先に見た本田＝今村・前掲注6）や宮城・前掲注7）とほぼ同時期に、ドイツ法的な自白論を意識的に展開していた点は大変興味深い。同書は、「自白ハ証拠ニ非ス」（358頁）、あるいは、「（裁判上の）自白ハ我民法（旧民法のこと——筆者。）謂フ所ノ如キ証拠方法ニ非ス（民、証、第12条第2）」（619頁）と明言していた。
 - 19) そのほか、岩田・前掲注15）275頁以下も必ずしも明確ではないが、同趣旨であろう。すなわち、「自白トハ相手方ノ主張スル事実ニシテ自己ノ権利上ニ不利益ナルモノヲ真実ナルトスルコトヲ承認スル旨ノ裁判所ニ対スル意思表示ナリ（もっとも、続けて「裁判上ノモノト裁判外ノモノトアリ（傍点筆者）とも述べている）」として、裁判上の自白が意思表示であることを明らかにしたうえで、自白の効力につき論ずるに際して、「裁判上ノ自白ハ攻撃若シクハ防禦方法ノ放棄ナリ。……裁判上ノ自白ハ裁判所ヲ羈束ス」と述べている。
 - 20) いわゆる裁判上の自白の法的性質をめぐるドイツの議論状況については、後述する。Ⅲ 3. (2)及び(3)①。
 - 21) 高木・前掲注18）619頁、岩田・前掲注15）277頁。
 - 22) 仁井田益太郎『民事訴訟法要論上巻』（1907年）243頁。ちなみに、仁井田博士の体系書としては、同書のほか、前掲注15）『大綱』がある。1907年に刊行された『要論』では、「裁判上ノ自白ハ当事者ノ一方カ自己ニ利益ナル事実ヲ主張シタル後ニ至リ他ノ一方カ裁判所ノ之ヲ認ムルコトヲ承認スル意思ヲ表示スルニ依リテ成立スルヲ通常トス」と述べて、意思表示説を採っているのに対して（242頁）、『大綱』では、「裁判上ノ自白ハ意思表示ニ非ス。一ノ事実上ノ陳述ナリ」と述べ、意思表示説を放棄している（180頁）。しかし、いずれにせよ、撤回要件についての見解の変更はない。

こうした中であって、大正期に展開した反真実・錯誤の証明という判例の撤回法理を積極的に理論付けようとしたのは、加藤正治博士であった。加藤博士は、次のような議論を展開している²³⁾。

すなわち、裁判上の自白は、裁判所をしてただちに自白された事実を確定させ、他の証拠を不要とするが、その根拠は、およそ当事者が自己に不利益な事実を真実として裁判所で陳述する以上、これは客観的に見てもほとんどの場合、真実に合致するというに求められる。したがって、もし万一自白事実が誤っていて真実に合致しないことの証明があるときは、本来であればその取消を許すべきはずなのであるが、「自白者の自己責任」と「訴訟経済」の見地から、自白事実が真実に合致しないことの証明のほかに、それが錯誤によって惹き起されたものであることの証明を必要とするのである、と。

以上のような加藤博士の議論は、ZPO290条が、明文で、「自白が真実に合致せずかつそれが錯誤にいでたることを証明するときに限り」裁判上の自白の撤回を許すとしていることが前提としてあるように思われ、純理論的とはいえ²⁴⁾、ただちに異論なく受け容れられるような説得力をもつものではなかった。そのため、裁判上の自白（就中、その法的性質論）に関するドイツの学説を参照しつつ、相手方の承諾がある場合や刑事上罰すべき他人の行為に基づいて自白がなされた場合のみ自白の撤回を認める見解を依然支持する論者もあつた²⁵⁾、反真実の証明のみで裁判上の自白の撤回を認める見解も主張されていた²⁶⁾。反真実・錯誤の証明という撤回要件論が、解釈論として定着を見るのは、旧民事訴訟法の制定後、それも戦後に入ってからのことのようである²⁷⁾。

④ 自白の立証排除効に関する規定（＝旧民事訴訟法257条）の新設

大正15年の民事訴訟法改正に際して、「裁判所ニ於テ当事者カ自白シタ事実…

23) 加藤・前掲注17) 236頁、252頁。

24) 裁判上の自白が、真実に合致しなかった場合にも、なお、反真実の証明のみでは撤回が許されないとされるが、それを根拠づけるためにいわれる、「自白者の自己責任」や「訴訟経済」というのがいかなるものなのか、必ずしも明らかではない。

25) 山田・前掲注17) 624頁。

26) 雉本・前掲注16) 185頁以下、細野長良『民事訴訟法要義〔第三卷〕』（巖松堂、1931年）117頁。

…ハ之ヲ証スルコトヲ要セス」(257条)との規定が置かれた。たしかに、これは大正期に入って確立された判例・学説の取り扱いを確認したものにすぎない。しかし、他方で、本規定が置かれたことによって、旧民法証拠編が定めていたような「フランス法的な自白法理」が、立法上も葬り去られたことの意義は決して小さくはないだろう²⁷⁾。

これに対して、裁判上の自白の撤回要件に関する規定は置かれなかった。しかし、戦後、反真実・錯誤という撤回要件が学説上も定着し、その結果、ZPO288条及び290条と同様の裁判上の自白法理が日本法の下でも完全に妥当することが判例・通説によって承認されたのである。

2 判例・学説の状況

(1) 判例・通説とその問題点

① 判例・通説の概略

判例・通説²⁸⁾は、次のように整理できる。

(a) 定義 代表的文献によれば、裁判上の自白は、「当事者が、その訴訟の

-
- 27) 兼子理論一般が通説化する頃からであろう。ちなみに、兼子博士は、既に昭和4年の段階で、この加藤説に賛同されていた。曰く、《私は独法の認める所(=ZPO 290条——筆者)は事実認定上の自白の証拠としての実質的価値と訴訟経済の原則及弁論主義に於ける当事者の自己責任を調和したもものとして裁判上の自白の性質如何に関わらず……我法の下に於いても採用して然るべきものと思ふ》、と。兼子一「判批」法協47巻9号(1929年)1614頁〔判民昭和3年度79事件394頁〕。
- 28) もっとも、本条が置かれた趣旨について、当時十分には論じられていなかったようである。すなわち、「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第26回(大正11年10月24日)」(松本=河野=徳田編『日本立法資料全集11・民事訴訟法〔大正改正編〕(3)』(信山社、1993年)279頁)の松岡義正委員の説明によれば、「立証責任」の問題を解決するためにこの規定を置く必要があると述べているにとどまり、それ以上に踏み込んだ言及は行なっていない。また、長島毅=森田豊次郎『改正民事訴訟法解釈』(清水書店、1930年)304頁は、裁判所において当事者が自白した事実は裁判所に顕著な事実と同じく立証を要しないのであるから、その趣旨を明白にしたものである、と述べている。
- 29) ここで通説として特に念頭に置いているのは、兼子一『新修 民事訴訟法体系』(酒井書店、増補版、1965年)245頁以下、三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣、1959年)387頁以下、小山昇『民事訴訟法』(青林書院、第5版、1889年)318頁以下である。今日基本的にこの立場を採用していると見うるのは、上田徹一郎『民事訴訟法』(法学書院、第4版、2004年)352頁以下、中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕『新民事訴訟法講義』(有斐閣、第2版、2004年)277頁以下(春日偉知郎執筆)。

口頭弁論又は準備手続においてする、相手方の主張と一致する自己に不利益な事実の陳述」と定義される³⁰⁾。裁判上の自白と裁判外の自白の区別であるが、前者は、「その訴訟の口頭弁論又は〔弁論〕準備手続」において、裁判所に対してなされるものであって、これ以外の場所でなされた自白は、裁判外の自白ということになる。裁判上の自白と裁判外の自白は、効力において区別される。

(b) 成立 (i)裁判上の自白が成立するためには、「両当事者の陳述の一致」が必要である。一方当事者の事実に関する主張がなされ、相手方がこれを認めるのが一般であり、ZPO288条も主としてこの場合を念頭において規定を置いている。しかし、ドイツ法の通説は、主張と自白の時間的先後は問わないとし、わが国の判例・通説も不利益な事実の陳述が先行する場合であっても、相手方の援用によって、有効な裁判上の自白が成立するとする。この場合、相手方が援用があるまでは未だ有効な裁判上の自白は成立しておらず、撤回は自由であるが³¹⁾、相手方が援用したあとは、有効な裁判上の自白が成立し、撤回が制限されることになる³²⁾。

(ii)また、「不利益な陳述」のみが自白の成立対象である。したがって、陳述の一致があった場合に、自白したとされるのは、不利益な陳述を行った側の当事者のみである。相手方は、単に主張を行なっているにすぎないから、陳述の一致があったとしても、彼の側からこれを撤回することは許される。この不利益要件の具体的内容に関しては、「相手方が証明責任を負う事実を指す」とする見解（証明責任説）³³⁾と、さらに広く「判決の基礎として採用されたならばその当事者に不利な本案判決をもたらす可能性のある事実を指す」とする見解（敗訴可能性説）³⁴⁾とが対立する。判例は、一般論としては、証明責任説を採るものようであるが³⁵⁾、学説は、敗訴可能性説を採る者が少なくない³⁶⁾。

30) 兼子・前掲注29) 245頁。

31) 大判昭和11年6月9日民集15巻1328頁。

32) 大判昭和8年9月12日民集12巻21号2139頁。

33) 三ヶ月・前掲注29) 388頁、同『民事訴訟法』（弘文堂、1992年）427頁、岩松三郎「民事裁判における判断の限界」法曹時報5巻3号112頁。そのほか、谷口安平＝福永有利編『注釈民事訴訟法(6)』（有斐閣、1995年）109頁（佐上善和執筆）、伊藤真『民事訴訟法』（有斐閣、第3版、2004年）306頁。

(c) 効力 (i)裁判上の自白は裁判所を拘束し、自白がなされた事実については証拠調べを排除する効力を有する(179条)。(ii)また、自白は自白当事者自身をも拘束する。両者の関係について、判例は十分な説明をなしていない。通説の立場も必ずしも明確に述べられているわけではないが、一般には、裁判上の自白が成立すると、その時点において立証排除効が生じるとともに³⁷⁾、その結果、自白当事者自身もまた、自白に拘束され、以後の攻撃防御方法の提出が制限されることになるとの理解が暗黙の前提とされているようである。これに対して、擬制自白の場合、立証排除効の基準時は、口頭弁論終結時であり、また、不可撤回効は発生しないので、時機に後れた攻撃防御方法にあたらぬ限り自由に撤回できる。裁判上の自白の拘束力の関係につき、法的根拠としては、通説は、一旦自白が成立すれば、その事実について裁判所の認定が排除されるのは(立証排除効)弁論主義に基づくのであり、当事者に対する拘束力(不可撤回効)が生ずるのは、紛争解決の過程で一旦争いのないことにしておきながら、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、禁反言を認めるのが当然であると説明する。

(d) 撤回 一旦裁判上の自白が成立しても、常に撤回が排除されるわけではない。

-
- 34) 兼子・前掲注29) 246頁、小山・前掲注29) 320頁、斎藤秀夫『民事訴訟法概論』(有斐閣、新版、1982年) 267頁、菊井維大=村松俊夫『全訂民事訴訟法 II』(日本評論社、1989年) 399頁、上田・前掲注29) 356頁、中野編・前掲注29) 278頁以下、春日偉知郎「裁判上の自白——間接事実及び補助事実の自白を中心として」『民事証拠法論集』(有斐閣、1995年) 167頁以下、林屋礼二『新民事訴訟法概要』(有斐閣、第2版、2004年) 300頁。
- 35) これに対する評価については、例えば、竹下・前掲注9) 460頁。
- 36) 敗訴可能性説は、兼子一博士の昭和7年の論文(兼子「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」同『民事法研究』(酒井書店、1940年) 204頁〔初出・法学協会50周年記念論文集(1932年)〕)以来、わが国の学説上きわめて有力に主張されている。兼子博士は、この見解の着想を、*Sobernheim, Das ungünstige Parteivorbringen als Urteilsgrundlage im Zivilprozess, 1916* からえられた。ちなみに、ドイツでは、証明責任説が圧倒的な通説のようである。*Rosenberg=Schwab=Gottwalt, Zivilprozessrecht, 16 Aufl., 2004, S. 757 ff. Stein-Jonas-Leipold, a. a. O. (Anm. 14), §288 II, Rdnr. 9, Pritting, a. a. O. (Anm. 14), Rdnr. 19.*
- 37) このことを明言するのは、小山・前掲注29) 323頁、新堂幸司『新民事訴訟法』(弘文堂、第3版、2004年) 497頁、谷口安平『口述民事訴訟法』(成文堂、1987年) 218頁。

まず、自白の撤回にあたって撤回の申立てが必要かどうかの問題となりうる。わが国の判例は、古くから暗黙の撤回申立て、擬制的撤回申立てを認める態度が散見される。学説は、この問題について述べているものはほとんどなく、通説がどのように考えているのか必ずしも詳らかではないが、通説に属する論者の中には、こうした判例の態度への批判³⁸⁾がある。

自白の撤回は、相手方が撤回に同意した場合に許されるほか、反真実・錯誤の証明がなされた場合にも許される。ここで、反真実と錯誤はそれぞれ独立の証明対象とされているようである（「二段の証明」）³⁹⁾。学説は、この場合に撤回が許されるのは、禁反言の趣旨に反しないからである、と説明する⁴⁰⁾。判例は、撤回に際しては、反真実の証明によって錯誤が推定されるとする⁴¹⁾。しかし、これに対して、学説上は、反真実の証明によって錯誤が推定されるとする判例の立場には、賛否評価が分かれる⁴²⁾。

② 問題点

以上判例・通説を整理したが、ここでの整理からある程度推測がつくように、判例・通説といっても、ZPOの自白規定と同様の自白法理を「解釈」によって継受するという点について一致があるほかは、自白の成立や撤回の問題について、必ずしも見解の一致があるわけではない。しかも、解釈上、ここで述べたような結論が、当然に出てくるかどうかとも疑わしいように思われる。

まず、第一に、判例・通説によれば、裁判上の自白が成立するのは、「不利益な陳述」をおこなった当事者のみであって、相手方は自由に撤回することができ

38) 三ヶ月章「判批」『判例民事訴訟法』（弘文堂、1974年）243頁。

39) 大正期の判例については、前注12) 参照。

40) 自白の当事者への拘束力の根拠が禁反言によるのは、兼子・前掲注29) 248頁、小山・前掲注29) 321頁以下、菊井＝村松・前掲注34) 401頁、小林秀之『新証拠法』（日本評論社、第2版、2003年）222頁、上田・前掲注29) 353頁、中野編・前掲注29) 280頁。

41) 最判昭和25年7月11日民集4巻7号316頁。

42) 厳格に錯誤の証明を要求する説として、兼子・前掲注29) 248頁、三ヶ月・前掲注36) 243頁、菊井＝村松・前掲注34) 403頁。これに対して、反真実の証明があれば、錯誤が推定されるとする見解としては、岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座 民事訴訟 第一審手続(3)』（有斐閣、復刻版、1984年）39頁（注9）（初版は、1961年）、竹下・前掲注9) 477頁。後者の見解によれば、裁判上の自白の不可撤回性はその限度で解除されていることとなる。

る、とされていた。しかし、そもそも、なぜ、裁判上の自白は、不利益な事実についてのみ成立するののかについての十分な説明はなされていないのではないか。判例は、裁判上の自白が、本来、自白者に不利益な事実について生じることを当然の前提としているようであり、特段の説明を行っていない。これは、そもそも当事者が自己に不利益な事実を認める陳述を一般に「自白」と呼ぶことからそのように考えているのかもしれない⁴³⁾。そうだとすると、ここでは証拠として機能する裁判外の自白との共通性が問題になっていると見ることができ、その意味で、裁判上の自白それ自体にも証拠的な要素が取り込まれていることとなる。しかし、裁判上の自白は「主張」段階の問題であるから、もし証拠としての要素を含むとするならば、その理由がさらに説明がなされなくてはならないであろう。これに対して、わが国ではじめて不利益要件の具体的内容について論じた兼子一博士は、証明責任説ではなくて、敗訴可能性説を採るべき理由として、裁判上の自白が証拠調べを排除し、しかも、撤回を封じることから、自己が証明責任を負担しない事実であっても、裁判上の自白が成立すると論じた。しかし、このような兼子博士の説明も不利益要件の必要性について具体的な手がかりを与えるものではない。というのも、博士は、「当事者の責任」を重いものとし、「訴訟上の虚偽を防止しようとする」のであれば、たとえ、自己に有利な事実であっても、相手方がこれを認めている限り、任意にこれの撤回を許さないとすることも考慮に値するが、「通説に従って」不利益要件を残すとされたにすぎないからである⁴⁴⁾。自白の不可撤回効との関係で不利益要件の具体的内容を決めるとするならば、それ以前に、不可撤回効との関係で、不利益要件の必要性も説明する必要があると、考えられるが、このような作業は棚上げされているのである。

第二に、裁判上の自白の撤回要件論についても問題がある。すなわち、判例・

43) 例えば、三ヶ月・前掲注29) 387頁、上田・前掲注29) 352頁による自白一般定義への言及は、こうした理解を暗示させる。

44) 兼子・前掲注36) 205頁注(8)。ここで言われる「通説」の内容は必ずしも明らかではないが、加藤説(前掲注17)に続く本文参照などを念頭に置いているのであろうか。兼子博士自身、前注27)で見たように、裁判上の自白の「証拠としての実質的価値」をも考慮しているの、あるいは、不利益要件は、こうした「証拠としての実質的価値」との関係で残されているのかもしれないが、必ずしも詳らかではない。

通説によれば、裁判上の自白の撤回には、反真実・錯誤の二段の証明が必要であった。そこで問題となるのが、反真実の証明による錯誤の推定を認めることの当否である。判例は、これを認めるが、通説は、この点の取り扱いについて、見解が分かれていた。そうだとすると、ここでも、いかなる撤回要件を充足すれば「禁反言（自己責任）」の趣旨に反しないかは必ずしも明らかではないというべきであろう。

第三に、以上のことから、そもそも裁判上の自白の当事者に対する拘束力の根拠が、禁反言とされていることが妥当であるか否かが問題となる。通説は、裁判上の自白が成立すると、その時点で立証排除効が発生し、それゆえ、事後一般的に攻撃防禦方法の提出が遮断されるものと考えているようである。前述の不利益要件に関する議論であれ、撤回要件に関する議論であれ、このことを当然の前提として議論していたとみるべきであろう。しかし、本来、禁反言とは、(i)当事者が一定の態度をとり、後にこれと矛盾する訴訟行為をしようとする場合において、(ii)相手方がこの先行の態度を信頼し、これに基づいてすでに自己の法的地位を決めたときに、(iii)こうした矛盾した後行行為の効力をそのまま認めたのでは、先行行為を信頼した相手方の利益を不当に害する結果となるといった要件が存在する場合に、後行行為を不適法としあるいはその効力を否認するものである⁴⁵⁾。当事者の事実上の陳述が一致した場合に、不利益な陳述を行なったものに当然に不可撤回効を認め、これを撤回するに際して、反真実錯誤の証明を要求するというのは、禁反言ではない。結局、通説は「禁反言」を援用することによって裁判上の自白を当事者の行為規制の観点から論じる外観をとってはいるものの、その実質においてはそうではなく、自白の証拠としての実質的価値や審理の混乱・遅延の防止といった訴訟政策上の要請を大きく取り込んでいるのである。

裁判上の自白の成立要件であれ、撤回要件であれ、その基準が明確ではないとするならば通説による裁判上の自白の構造理解（立証排除効と不可撤回効の相互の関係の理解）の問題性が批判されてしかるべきではないか。判例・通説による裁判上の自白の成否・撤回の許否に関する基準の不明確性を批判し、より明確な

45) 中野貞一郎「民事訴訟における禁反言」同『過失の推認』（弘文堂、1978年）180頁以下。

基準を追求したのが、以下に述べる諸学説である。

(2) 当事者行為の規制という観点前面に押し出す解釈論

① 松本博之教授の見解

通説批判の嚆矢となったのは、「裁判上の自白法理の再検討」と題する松本博之教授の論文であった。以下、その骨子を述べる。

まず、自白の成立につき、従来の判例・学説が、陳述の一致と事実の不利益性を要求していたことに反省を迫り、自白当事者に一義的に不利益であることを要せず、当事者間において一致した事実陳述があれば自白が成立するものとする。これは、具体的訴訟においては、訴訟の進展に応じて、同一の事実陳述が有利な陳述になりもすれば、逆に不利益な事実陳述にもなりえ、結局、ある事実が不利益な事実であるか、有利な事実であるかが、必ずしも一義的に決まるわけではないということによる⁴⁶⁾。これによれば、一方当事者の陳述は、相手方当事者がこれを自己に有利と考えて援用したという、いわゆる先行自白の場合、両当事者にとって裁判上の自白となり、したがって、いずれの当事者であっても、これを撤回しようとするれば、撤回要件の証明が必要となる。

そこで、自白の撤回であるが、無条件の自白の撤回は許されず、自白事実が真実に反することの証明責任を自白当事者が負うものとする。ここでは、通説とは異なり、錯誤の証明は要求されず、反真実の証明という通説よりも緩やかな要件の下で、自白の撤回が許されている。

以上のような松本教授の自白理論は、裁判上の自白の成立を比較的緩やかに認めるとともに、その撤回も反真実の証明という比較的緩やかな要件の下で認めるものということができる⁴⁷⁾。

② 池田辰夫教授の見解

池田辰夫教授も、松本説と同様に、裁判上の自白の成立という段階では、当事者間で主張が一致しているということだけで足りるとする⁴⁸⁾。

しかし、池田教授は撤回の局面では松本説とは異なる展開を見せている。すなわち、池田教授は、松本説が撤回の局面で一律に反真実の証明を課すことを自己

46) 松本・前掲注2) 26頁以下。

責任を空洞化させるものとして批判し⁴⁹⁾、裁判上の自白の撤回に当たっては、「相手方の主張を自認した時点において、自白者が正しく認否をなしうる客観的な状況にあったか否か、それに相手方が信頼するのがもっともといえる事情にあるかどうか」といった考慮が必要であるとする⁵⁰⁾。ここで池田教授の言う「自己責任」とは、松本教授とは異なり、《当事者が自らの主体的な意思活動に基づいて訴訟手続を遂行した以上、その結果については、自らが選択した行為の結果なのであるから、その責任を問われても仕方ない、ということ》である⁵¹⁾。

以上のような池田教授の自白理論の特徴は、次の点にある。すなわち、第一に、通説と同様に、禁反言を持ち出しつつも、これとは異なる禁反言要件を具体化している点である。たしかに、禁反言の理解としては、通説よりも、池田教授の理解の方が正しいのかもしれない。もっとも、通説の主たる関心は、ZPO290条をわが国の解釈論として継受する点にあったと見るべきであって、禁反言要件の具体化にはなかつたと思われるから、その意味では、池田教授とはそもそもの問題関心にズレがあったと見るべきであろう。第二に、池田教授が、松本教授とは異なる形で自己責任を理解された点である。ただ、ここでいわれている自己責任と

47) なお、松本教授の自白理論は、旧民事訴訟法の下で提唱されたものであったが、当時は争点整理が十分になされず、事実の有利・不利が十分明らかにならないケースが決して少なくはなかつたと思われる。このような訴訟の現状においては、有利不利を問うことなく当事者間の陳述の一致のみで広く裁判上の自白の成立を認め、反真実のみの証明という要件によって裁判上の自白の撤回を認めるという考えもかなりの説得力をもつものであったと言えよう。しかしながら、現行民事訴訟法は、争点整理を強く要求するとともに、そのための裁判所の積極的訴訟関与（民事訴訟法2条）をも要求しているのであるから、こうした訴訟手続と有利・不利問わず当事者の陳述の一致のみによって裁判上の自白の成立を認め、さらに、一律に反真実の証明によって裁判上の自白の撤回を認める立場が整合的かどうかをさらに検討する必要があるように思われる。松本教授は、現行法の下でも従前の見解を維持しているが（松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』（弘文堂、第3版、2003年）235頁以下）、以上述べた点についての検討はなされていない。

48) 池田辰夫「裁判上の自白」三ヶ月＝中野＝竹下編『新版・民事訴訟法演習Ⅰ』（有斐閣、1983年）242頁以下。

49) 池田辰夫「訴訟進行行為における自己責任——裁判上の自白撤回法理について」同『新世代の民事裁判』（信山社、1996年）162頁以下〔初出・法教40号（1984年）21頁〕。

50) 池田・前掲注49）168頁以下。

51) 池田・前掲注49）160頁。

は、むしろ、自白が当事者が自らの意思で事実を証明不要としたこととの関連において自己責任が問題とされているようである⁵²⁾。そうだとすると、次に見る新堂説等に近づいてくる⁵³⁾。ただし、池田説では当事者の意思は、自白成立段階ではしんしゃくされず、あくまでも撤回の局面でのみしんしゃくされるとみるのであろう。

③ 新堂幸司教授の見解

松本説、池田説が裁判上の自白が成立するためには当事者の陳述の一致のみで十分であって、当該事実の不利益性は問題としないとしたのに対して、これとは別の基準、すなわち、当事者の意思を重視する見解も現われる。こうした見解の嚆矢は新堂幸司教授である。

新堂説は、自白の内容をそのまま裁判の基礎にしなければならないという効果を正当化するの、あくまでも自白によって不利益を受ける当事者の、その事実を認めて争わないとの意思であり、その撤回が許されないのは、その意思を信頼して行動した相手方の保護のためである、と指摘した上で⁵⁴⁾、たとえば、いかなる場合に自白が成立するか、自白につき錯誤があったかどうかの問題になる場合には、つねに、自白者に右のような意思があったとみるのが合理的かどうかが問われ、そのうえで、そのような自白者の意思にどれだけの法的効果を付与すべきかが問われることとなる、と論じる。

以上のような新堂教授の自白理論の特徴は、当事者の争わない旨の意思を前面に押し出した点にある。しかも、こうした議論を「自白行為の性質」の下に論じており⁵⁵⁾、このことは古くは有力に唱えられていた自白の法的性質を意思表示ととらえる見解が、新堂説出現の当時には既に克服されたものとしてとらえられて

52) 松本・前掲注2) 56頁。

53) 松本・前掲注2) 55頁以下は、①自白の審判権排除効はそれ自体絶対的なものとは言い難い、②論者は、自白当事者が自らの意思で事実を証明不要にしたこととの関連において自己責任を問題にするように思われるが、このような捉え方は自白が、当該事実を判決の基礎とすることを求める自白当事者の意図と適合しない、③自己責任限界説の掲げる自白撤回要件はあまりに抽象的であり、具体的問題の解決に役立つか疑問である、と批判する。

54) 新堂・前掲注37) 492頁。新堂教授は、同『民事訴訟法』（筑摩書房、1974年）358頁において既にこの立場を表明していた。

いた点に鑑みると、きわめて画期的なことであった。しかし、具体的問題の解決については、解釈論としてやや徹底を欠くと思われる点もないわけではない。一例は、当事者がみずから進んで不利益な陳述をした場合（いわゆる先行自白の場合）に、相手方が援用すれば裁判上の自白となり、相手方が援用する前に撤回すれば自白となる余地がないとする点である。「争わない意思」を前面に押し出す新堂説では、いかなる場合に自白が成立するかは、当事者の「意思」を基準に決めるべきものとされていたはずであり、そうだとすれば、なぜ、先行自白の場合に、有効な裁判上の自白の成否が、相手方の援用という「意思」外在的な要素によって決せられるのが必ずしも明らかではないということになってこよう。

④ 高橋宏志教授の見解

次いで新堂説を受けて、より精緻な解釈論を展開したのは、高橋宏志教授であった⁵⁶⁾。

高橋教授は、自白の法的性質については新堂説と同様に意思的要素を入れるべきとする。その理由として、訴訟においてその事実の占める位置の重要性を考え、エネルギーを費やすのは賢明でないと判断する場合に自白がされることをも射程に入れ、包含範囲の広いものとして自白理論を考えるには、意思を重視するのが相当である点を指摘する⁵⁷⁾。

その上で、裁判上の自白の成立要件の問題につき、高橋教授は先行自白否定説をとる。その理由として、不利益な事実のみずから陳述する場合には、それが当該訴訟の中でどのような意味を持つかをよく認識していないことも少なくなく、それにもかかわらず、相手方から援用があれば、直ちに自白となり撤回が許されなくなるというのでは先行自白当事者に対して揚げ足を取られたような感覚ないし不意を打たれた感覚を与えかねないことを挙げる⁵⁸⁾。かくて、不利益陳述の先

55) 新堂・前掲注37) 392頁注(1)。わが国でも古く明治期には、裁判上の自白を意思表示とする見解が主張されていたが（例えば、前掲注18)の高木豊三氏の見解）、その後、大正期に入って、雉本朗造「裁判上の自白の撤回」同【判例批評録第一巻】（有斐閣、1917年）356頁が、自白の法的性質を観念の表示であるとした辺りから、意思表示説は主張されなくなってきている。その象徴的な例は、仁井田益太郎博士である。前注22) 参照。

56) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法』（有斐閣、新版、2000年）401頁以下。

57) 高橋・前掲注56) 402頁。

行陳述があった場合には、争わない意思が本当にあるのか不明確であり、相手方の援用があった段階で——具体的には釈明権を通じて——その意思を再確認し、相手方援用後ただちに撤回がなされた場合には、自白を不成立とする⁵⁸⁾。これに対して、一度自白が成立した後は、自白の撤回の問題として取り扱い、撤回要件の証明を要求する⁵⁹⁾。

そこで、自白の撤回・取消しについてであるが、意思を中核に考える観点から、錯誤説による。ただ、錯誤の立証は容易でないという現実も考慮し、「錯誤立証の代替物として反真実の証明を要求するという方便も、実践的には理解できないではな」く、その意味で、反真実から錯誤を推認するという判例の立場も是認できないではないとするが、「錯誤を本来の要件とする以上、いきなり反真実の証明に入らせるのではなく、錯誤を自白者に主張（かつ疎明程度は）させ（要するに、なぜ自白をしたのかの事情を明らかにさせ）たうえて、反真実の立証に入らせるという運用が望ましい」とする⁶⁰⁾。

以上のような高橋教授の自白理論は、前述の新堂説を展開して、自白の成立、撤回の問題について、具体的な、しかも、きわめて興味深い解釈論を展開したものとすることができる。先行自白否定説は、わが国の従来 of 学説に対する鋭い問題提起であったといえよう。また、撤回要件としては、原則として錯誤を要求しつつも、反真実の証明にも一定の余地を認めており、実務的な配慮として大変興味深い。もっとも、裁判上の自白の不可撤回効（攻撃防御方法の排除効）の位置づけは、必ずしも十分に明らかにされているとは言いがたい。すなわち、一方で、自白を当該訴訟ではその事実を争わないとする意思を中核に考える見地から、錯誤を本来の撤回要件とされていることからすれば⁶¹⁾、自白の不可撤回効の根拠も争わないとする当事者の意思に基づくことになりそうであるが、この点を明言していないし、他方で、裁判上の自白の不可撤回効の背景には、自白が証拠調べを不要にして裁判所を拘束すること（弁論主義）があり、その機能の確保のために

58) 高橋・前掲注56) 404頁。

59) 高橋・前掲注56) 405頁。

60) 高橋・前掲注56) 410頁注(6)。

61) 高橋・前掲注56) 421頁。

62) 高橋・前掲注56) 421頁。

当事者への拘束力があるとの理解を示唆しているからである⁶³⁾。したがって、不可撤回効の根拠が、当事者の意思なのか、立証排除効の確保なのか、その両者に関連するのかが、十分に明らかにはされていないというべきである。

⑤ 山本和彦教授の見解

さらに、近時、自白の法的性質を意思表示としてとらえる注目すべき見解は、山本和彦教授のそれである⁶⁴⁾。山本和彦教授は、現行法のもとの争点中心の審理手続においては、自白についての新たな意義づけの必要があることを強調し、早期に提出された資料をもとに行なわれる争点および証拠の整理手続における争点の減縮作業の中核をなすものとして、自白制度を位置付ける。そして、そのような自白の働きの実質に着目すれば、争点の排除に関する当事者の明確な意思表示として自白を位置付けるのがその実質に適用するものであるとする。以上のような基本認識を前提として、次のような解釈論を展開している。

まず、裁判上の自白の成立につき、争点排除の意思表示を重視する見地から、当該事実の意義の十分な認識に基づき争点から排除する意思が認められるか否かを基準とすべきであり、したがって、先行自白否定論を正当なものとする。また、自白の成立する事実については、相手方が証明責任を負う事実に限るとする証明責任説と当該事実が認められることによって自己が敗訴する事実を広く言うとする敗訴可能性説の対立があるが、自白者が証明責任を負う事実であっても、これを争点から排除することを一旦決断した以上、その意思に拘束力を認めるのが相当であるという⁶⁵⁾。

成立した自白の効力の解除の問題については、これを自白の撤回ではなく、自白の無効の問題として位置付ける。当該事項を争点とはしない意思に欠缺がある以上、訴訟における法的安定を重視するとしても、それを通用させることができないことをその理由とする。無効要件としても民法95条を基本的に類推することができ、例えば自白当事者の側に重過失がある場合には、無効は主張できないと

63) 高橋・前掲注56) 417頁注(19)。

64) 山本和彦「裁判上の自白」『民事訴訟法の基本問題』(判例タイムズ社、2002年) 151頁以下〔初出・判タ1035号(2000年) 61頁以下〕。

65) 山本・前掲注64) 162頁。

する⁶⁶⁾。

さらに、注目すべきは、錯誤その他の意思の瑕疵に基づく自白の無効は認められるが、実践的にはそのような事態の発生自体を可及的に防止することを第一に考えるべきである、として自白過程を適確な情報に基づいた透明なものにしていくという手続的規律の方向が模索されるべきだとする点である。具体的には、準備書面の陳述レベルでの事実主張（陳述）の一致があったからといって自白の成立が認められるわけではなく、自白が成立することを前提とした意思の確認が裁判所によってなされることが必要となるとし、結局、争点および証拠の整理のプロセスにおいて当該事実の有する意義等について十分な認識を伴ってなされる陳述だけが自白としての効力を認められるとする。

以上のような山本教授の自白理論は、裁判上の自白を意識的に争点整理と関連付けて理解し、しかもこれと裁判上の自白の意思的な側面を結び付けた点⁶⁷⁾、裁判上の自白の意思表示的な側面を重視し、殊に、効力の解除を撤回ではなくて、無効の問題として位置付けた点、さらには、自白の無効の主張がなされることを可及的に防止すべく、自白成立段階での手続的規制の方向を模索することによって錯誤等の付随的争いによる訴訟遅延を防止すべきことを力説される点に特色がある。

3 本稿の基本視角

以上の学説の展開から、次のように言うことができる。

判例・通説は、ZPOの規定する自白規定と同様の自白法理を「解釈」によって継受しようというものであったが、そこからさらに進んで、自白の成立や撤回の問題について必ずしも意見の一致があるわけではない。通説は、なぜ不利益な事実についてのみ裁判上の自白が成立するのか、撤回に際してはいかなる要件が充足される必要があるのかについて明確な説明をなしえていない。このことの原因

66) 山本・前掲注64) 170頁。

67) 裁判上の自白が成立するとその時点で攻撃防禦方法の提出が制約されること（不可撤回効）と争点整理とを結びつけるという発想は、既に、伊藤・前掲注33)の初版（1998年）294頁に見られる。なお、山本・前掲注64) 154頁。

因は、裁判上の自白の拘束力を裁判所に対するそれと当事者自身のそれに分け、前者を弁論主義、後者を禁反言によって説明する通説の裁判上の自白の構造理解にあるように思われる⁶⁸⁾。

そこで、裁判上の自白の成立につき、基準を明確化しようとする諸学説が展開された。それは、大きく二つの傾向に分かれる。

第一は、陳述の一致があれば、両当事者に有効な自白が成立し、自白の成立には不利益要件はそもそも必要ではないとする立場である（以下、「陳述一致説」という⁶⁹⁾。これによれば、いずれの当事者にも陳述の一致が成立することになるので、結果的に、自白成立段階で当事者の自白意思は問題とされないことになる。

第二は、当事者の自白意思を重視する立場である（以下、「自白意思説」という⁷⁰⁾。この見解は、不利な陳述をするときには、有利な陳述をするときよりも慎重に判断するはずだということに注目して、不利益な事実であることを要求する⁷¹⁾。そこでは、不利益性が、当事者の帰責性、ないし、自白意思を判断する基準とされ、こうした当事者の自白意思は釈明権の行使によって確認される。この見解によれば、撤回要件の問題についても当事者の意思の瑕疵という観点から錯誤の証明という撤回要件が帰結される。

これらの見解は、先に見たように、通説が禁反言に言及しつつも、その具体的規律においては、禁反言による規律を徹底していないとは異なって、当事者の行為規制を中心に押し出す点において共通性がある。しかし、その予定している

68) 本稿Ⅱ. 2. (1)②。

69) 本稿Ⅱ. 2. (2)①及び②。

70) 本稿Ⅱ. 2. (2)③から⑤。なお、自白当事者の「意思」を重視する見解としては、ここに挙げたもののほかに、宇野聡「裁判上の自白の不可撤回について」『民事訴訟法の史的展開 鈴木正裕先生古稀祝賀』（有斐閣、2002年）444頁以下、伊東俊明「民事訴訟における自白の撤回の規律について」横浜国際経済法学11巻3号（2003年）1頁以下がある。これらの見解は、裁判上の自白の成否の問題については、対象とされていないため、ここでは採り上げてはいない。なお、宇野論文は、自白が成立する時点を、争点および証拠の整理手続の終結時とし、伊東論文は、錯誤要件とは異なる撤回要件を論ずるなど独自の展開を見せており、ここで挙げた「自白意思説」の枠組みとは、様相を異にするようにも思われる。

71) 高橋・前掲注56) 411頁注(9)。

自白制度の法的構造を大きく異にしていると思われる。まず、陳述一致説によれば、従来の通説が前提としてきた、裁判上の自白は、成立と同時に当事者に対する拘束力を持ち、それゆえ撤回できないとの理解は否定され、自白という行為それ自体は何ら当事者に対する拘束力を有しておらず（そもそも主張と変わらない）、陳述の一致があったがゆえに、撤回の段階で一定の負担を課せられると考えることになる。こうした負担として、反真実の証明、禁反言要件のいずれによるべきかについては争いのあるところであった。

これに対して、自白意思説では、構造は法律行為と（ほぼ）同じであり、自白という行為によって当事者に対する拘束力が生じ、（動機の）錯誤を立証して撤回することが許される。拘束力が原則で、例外的に許されるとする点では、通説と同じ構造であるが、ここでは、そうした構造が当事者の自白意思によって基礎づけられている。

弁論主義は、主張が出尽くした後で、裁判所の判断の範囲を決めるものであるのに対して（結果責任）、裁判上の自白においては、その成立によって、証明免除効が発生するかどうか、さらに、撤回を許容することによって、相手方に生じた証明免除効を覆えすことを認めてよいかどうかが問題となっているのであり（行為責任）、ここでは、手続過程における当事者行為の法的規律、より具体的にいえば、主張段階における当事者行為の法的規律が問題になっているとみることができる⁷²⁾。裁判上の自白における当事者の行為規制としての側面を前面に押し出す点において、陳述一致説なり、自白意思説は、方向性として支持される。しかし、そこから一步踏み込んで、裁判上の自白それ自体が当事者に拘束力を有するののかどうかについて、理解の食い違いがあるのである。また、これに関連して、立証排除効と不可撤回効の関連性いかに改めて問題となってくるように思われる。このことは、裁判上の自白論が立証排除効の位置付けも含めて、主張過程に

72) これを弁論主義の問題とは切り離して当事者行為の法的規律の問題と見るべきか、判決段階の弁論主義の問題と区別して新たに構成される審理段階における弁論主義の問題と見るべきかについて議論は分かれるであろうが、この問題についての深入りは本稿では避けたい。いずれにせよ、裁判上の自白の法的規律の問題は、従来弁論主義の問題の中核に位置付けられてきた判決段階における弁論主義の問題とは、性格を異にしているとするべきであろう。

おける当事者の行為規制の観点から再検討されなければならないことを意味しているのではなかろうか。主張過程における行為規制の問題として、なぜ、裁判上の自白という制度が存在するのかを改めて問いなおし、そこから、裁判上の自白をめぐる具体的解釈論を検討してゆく必要があるように思われる。その際、裁判上の自白と裁判外の自白の効力が区別されるに至ったのは、ドイツ普通訴訟法期であることに鑑みるならば、裁判上の自白をめぐるドイツの学説史が普通訴訟法期の議論に遡って再検討されなくてはなるまい。

普通訴訟法期の学説史については、松本教授の先駆的かつ詳細な研究があり⁷³⁾、この研究以来、ドイツ普通訴訟法上の裁判上の自白の撤回要件としての錯誤は、同時提出主義による失権からの回復のための手続に関わるものだとする理解が定着した観がある。しかし、錯誤という撤回要件が同時提出主義の帰結かという点もいま一度検討を要するのではないだろうか。というのも、この問題を検討された松本教授自身が、普通訴訟法期の学者サヴィニーには（同時提出主義という）ドイツ普通訴訟の手続構造を顧慮するという態度が全く見られない、と述べているからである⁷⁴⁾。サヴィニーの自白理論は、ちょうどドイツにおいて裁判外の自白と裁判上の効力の区別が明らかにされてきたものの、いまだこうした区別の区別が支配的地位を有していたとは言い難い時期において唱えられたものであり、それゆえ、彼の学説が、その後の学説、さらには、立法にどのような影響を及ぼしたのかをより慎重に判断する必要があるのではないかと思われる。そして、サヴィニー説の学説史的な位置付けいかんによっては、松本説とは異なり、裁判上の自白の立証排除効と不可撤回効とを表裏一体のものとして理解する余地も出てくる。もし、こうした理解が可能となるならば、今日の自白意思説と同様に、当事者は自らが処分を行なったがゆえに、それに拘束され、例外的に、錯誤の証明によって撤回されるという理解にもなりそうである。これと関連して、ドイツ普通訴訟法において妥当した（原状回復手続による）自白撤回要件としての錯誤の証明の位置付けも問題となってくるし、今日のZPO290条が「反真実」と並んで

73) 松本博之「19世紀ドイツ普通訴訟法における民事自白法理」同・前掲注2) 217頁以下。

74) 松本・前掲注2) 261頁。

要求する「錯誤」要件の位置づけも問題となつてこよう。さらには、こうした議論との関連で、今日のドイツ及びわが国の自白理論に大きな影響を与えたとされる、自白意思説を批判したビューローの自白理論の位置付けも問題となつてくるであろう。

以上のような基本視角にもとづいて、ドイツにおける議論の展開が再検討されなくてはならない。(以下次号)