

## 裁判上の自白における不利益要件について

——大判昭和8・2・9民集12巻397頁は敗訴可能性説の根拠となりうるか——

二 羽 和 彦\*

はじめに

- I 「不利益」な陳述
  - II 大判昭和8・2・9民集12巻397頁の検討
  - III 敗訴可能性についての理解
- まとめに代えて
- 

はじめに

裁判上の自白とは、一般に、当事者がその訴訟の口頭弁論または弁論準備手続において、相手方の主張と一致する自己に不利益な事実の陳述であると定義されるところ<sup>1)</sup>、その成立要件<sup>2)</sup>については、とりわけ「自白の対象」<sup>3)</sup>および「不利益」をめぐって争いがある。本稿は、後者の「不利益」要件に関する考え方のひとつである、いわゆる「敗訴可能性説」を取り上げ、大判昭和8・2・9民集12巻397頁の検討を通して、そこにある「敗訴可能性」の内容を探ることを目的とする。

---

\* 中央大学法科大学院教授

## I 「不利益」な陳述

### 1. 「不利益」についての考え方

裁判上の自白が成立するためには、伝統的に「自己に不利益な陳述であること」が必要であると解されている。しかし、どのような基準でもって不利益であると判断するのかについては、周知のとおり、古くから考え方の対立がある。その第1の考え方は、自己にとって不利益な事実とは、相手方が証明責任を負う事実のことを意味するというものである（証明責任説）<sup>4)</sup>。これに対し、第2の考え方は、その事実に基づく判決が陳述者にとって全部敗訴または一部敗訴をもたらすものであれば足りるものとするものである（敗訴可能性説）<sup>5)</sup>。さらに、第3の考え方として、そもそも不利益という要件を不要とするもの<sup>6)</sup>がある。

### 2. 違いが生ずる場合

上述の証明責任説と敗訴可能性説に着目すると、そのいずれに基づくかによって違いが生ずる場合については3つの類型があると考えられる<sup>7)</sup>。すなわち、証明責任説では「相手方が証明責任を負う事実」にのみ自白の成立を認め「自己が証明責任を負う事実」については自白の成立を認めないが<sup>8)</sup>、敗訴可能性説では「自己が証明責任を負う事実」の不存在についても自白の成立を認める（第1類型）。また、「自己と相手方がともに証明責任を負う事実」について、証明責任説では一方の当事者にしか自白は成立しないが<sup>9)</sup>、敗訴可能性説では双方の当事者に自白の成立を認めることになる<sup>10)</sup>（第2類型）。さらに、敗訴可能性説のなかには、以下にみるとおり、「自己が証明責任を負う事実」についても自白の成立を認める見解がある<sup>11)</sup>（第3類型）。このうち、第1類型については、証明責任説と敗訴可能性説とが伝統的に激しく対立してきたところである。また、第2類型については、近年の文献で意識的に取り上げられ、詳しく論じられている問題である。これに対し、第3類型については、これまで、証明責任説と敗訴可能性とで異った取り扱いとなる独自の類型として意識的に取り上げられ、論じられたことはなかったように思われる。本稿では、この第3類型までもが「敗訴可能性説」がいていたところの「敗訴可能性」に含まれるのか、おそらく第3類型の自白の成立まで認めることは不

利益性を不要とする考え方の半歩手前にまでいたっていることを意味するのではないか、という点について考えてみたい。

### 3. 自白の成否が問題となる事例

敗訴可能性説に基づいても、相手方が証明責任を負う事実（の存在）について陳述の一致があった場合には、当該事実について証明責任を負っていない当事者に自白が成立する。この限りにおいて、敗訴可能性説の帰結は、証明責任説のそれと異なるところがない。証明責任説と敗訴可能性説のいずれによるかによって違いが生ずるのは、以下のような場合である。

まず、敗訴可能性説は、自己が証明責任を負う事実の不存在について自白の成立を認める（第1類型）<sup>12)</sup>。たとえば、①要物契約の成立を主張しながら物の引渡ししなかったことを陳述する場合<sup>13)</sup>、②書面をもって締結すべき契約に基づく請求をしながら自ら口頭でなされた旨を陳述する場合<sup>14)</sup>、③貸金返還請求訴訟で、被告が金銭の交付を受けていないと主張し、原告がその事実を認めると陳述した場合<sup>15)</sup>、④売買代金請求訴訟で、原告がまだ代金の交付（弁済）を受けていないと主張し、被告がこれを認めると陳述した場合<sup>16)</sup>などである。

また、敗訴可能性説は、自己と相手方がともに証明責任を負う事実<sup>17)</sup>について、双方の当事者に自白の成立を認める（第2類型）<sup>18)</sup>。たとえば、ある事実が請求原因事実と抗弁事実の双方を構成するものに自白が成立する例として、⑤「平成20年2月1日に提起された貸金返還請求訴訟において、原告が平成8年4月1日に1か月後の返済を約して金銭を授受したと主張した場合」、被告がこの請求原因事実を援用したうえで消滅時効を主張すれば、「平成8年4月1日に1か月後の返済を約して金銭を授受した」という抗弁事実の一部（消滅時効の起算点が平成8年4月1日の1か月後であること）について原告に自白が成立することを認める<sup>19)</sup>。抗弁事実と再抗弁事実の双方を構成するものに自白が成立する例として、⑥「100万円の貸金返還請求訴訟において、原告はみずから10万円については被告の一部弁済があることを自認した。被告がこれを援用したところ、原告が今度は10万円の一部弁済が有効ゆえ、残額90万円について時効の中断があると主張した」という場合、消滅時効の中断事由たる債務の承認としての一部弁済について被告に自白が成立することを認める<sup>20)</sup>。

さらに、敗訴可能性説を採る見解のなかには、自己が証明責任を負う事実についても自白の成立を認める（第3類型）ものがある。その例としては、⑦「所有権確認請求の

原告がはじめ、目的物件は先代 A の所有に属し、原告はこれを相続したと主張し、被告が、A が生前被告に売り渡したと主張したのち、原告が前言をひるがえして、原告は B から買受けたと主張した<sup>21)</sup>場合に、「目的物件は先代 A の所有に属していたこと」について原告に自白が成立するというものである。

#### 4. 3つの類型の異同

具体的な検討に入る前に、上述の3つの類型の異同をまとめておきたい。

敗訴可能性説に基づく3つの類型は、「自己が証明責任を負う事実」に関するものであるという点で共通する。しかし、第1類型では「自己が証明責任を負う事実」の不存在に関するもの、第2類型は「相手方も証明責任を負う事実」の存在に関するもの、第3類型は「自己が証明責任を負う事実」の存在に関するものであり、それぞれ独自性を有する。すなわち、第2類型と異なり、第1類型と第3類型はともに「自己のみが証明責任を負う事実」に関するものであるが、第1類型はその不存在に関するものであるのに対し、第3類型はその存在に関するものである。第1類型は「自己が証明責任を負う事実」の不存在に関するものであるのに対し、第2類型と第3類型はともに「自己が証明責任を負う事実」の存在に関するものである。

また、第1類型は（相手方の出方をみるまでもなく）その陳述の当初から陳述者にとって不利益であるのに対し、第2類型と第3類型は「その陳述の当初は陳述者に不利益でなかった事実がその後不利益な事実となる」<sup>22)</sup>ものである。ただし、第2類型では「相手方が新たな事実を主張し、その主張事実との関係からすると、陳述者にとって不利益となる」のに対し、第3類型では「陳述者が新たな主張をし、その新たな主張との関係からすると、さきに陳述した事実が陳述者にとって不利益になる」という違いがある。

## II 大判昭和8・2・9民集12巻397頁の検討

### 1. 第3類型が登場するに至った背景

請求原因事実や抗弁事実が別個独立なものとして複数存在する場合には、本来、それらを同時または異時に選択的に主張することは珍しいことでなく、また、そのうちのひとつを他のものに交換することも許容されるはずである。それにもかかわらず、第3類

型を提唱する見解が登場したのは、自己が証明責任を負う事実について自白の成立を認めた大判昭和8・2・9民集12巻397頁の存在がきわめて大きいと考える。

以下では、この大判昭和8・2・9民集12巻397頁における「事実の概要」<sup>23)</sup>とその「判断内容」をまずみてみることにする。

## 2. 大判昭和8・2・9民集12巻397頁

### (1) 事実の概要

#### ア. 登場人物

判決文から読み取ることができる限りにおいて、本件における登場人物を時系列で示すと、以下のとおりである。

- 1) Pの家(本家)から、Q(女)が分家<sup>24)</sup>。A(男)が入夫し、戸主となる。
- 2) AとQの間にB(男)とD(男)が誕生。
- 3) 1883年(明治16年)、Aが隠居<sup>25)</sup>し、Bが家督相続<sup>26)</sup>。
- 4) B(男)とC(女)とは夫婦。
- 5) BはX(男)の実父、CはXの戸籍上の実母(実は嫡母)。
- 6) 1887年(明治20年)、AがDを伴って分家。
- 7) 1904年(明治37年)、Aが死亡し、Dが家督相続(ただし、本件三筆の土地のうち、A名義となっている二筆の土地については、Dが家督相続を理由とする所有権移転登記の後、Bが売買を理由とする所有権移転登記。甲土地については、Bが自己名義の保存登記)。
- 8) 1919年(大正8年)8月、Bが死亡し、Xが家督相続。
- 9) 1919年(大正8年)12月、親族会においてRがXの特別代理人に選任され、Cに対して本件三筆の土地を売却(本件三筆の土地につき、Cが売買を理由とする所有権移転登記)。
- 10) 1922年(大正11年)5月、Cが分家し、親族会においてDが未成年者Xの後見人に選任される。
- 11) 1922年(大正11年)7月、Cが死亡し、親族会においてY(女)が家督相続人に選定され、家督相続(本件三筆の土地につき、Yが家督相続を理由とする所有権移転登記)。

#### イ. 事実関係

X(原告・被控訴人・上告人)はY(被告・控訴人・被上告人)を相手どって甲土地を含む三筆の土地の所有権確認と所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを提起し、その

理由として以下のとおり主張した。すなわち、本件土地はもと A〔X の先々代〕の所有に属し、1883 年（明治 16 年）、A の隠居により B〔X の先代〕が家督相続したものであり、このうちの甲土地については仮にもと A の所有でないとしても、1902 年（明治 35 年）までの間に<sup>27)</sup>、B が他より買得したものであり、1919 年（大正 8 年）8 月、B の死亡により X がこれを家督相続した<sup>28)</sup>。ところが、1919 年（大正 8 年）12 月、X の未成年中に親族会が特別代理人として R を選任し、これら三筆の土地を戸籍上 X の実母（実は嫡母）で親権者となっている C に譲渡登記をした<sup>29)</sup>。1922 年（大正 11 年）5 月に C は分家し、同年 7 月に死亡した結果、Y がその家督相続人として選任され<sup>30)</sup>、これら三筆の土地の登記名義人となっている。しかし、C は X の嫡母にすぎないから譲渡行為は X の後見監督人によってなされるべきであって<sup>31)</sup>、特別代理人を選任すべき場合でないから、この譲渡行為は無効であり、したがって C は所有権を取得しなかったのであるから、X がいまなお所有者であると主張した。これに対し、Y は、つぎのとおり答弁した。すなわち、これら三筆の土地はもと A の所有に属したが、1883 年（明治 16 年）、A は隠居するにあたりこれら三筆の土地を留保したうえで、1887 年（明治 20 年）、これら三筆の土地を携え D を伴って分家し、1904 年（明治 37 年）、A の死亡により D がこれらの家督相続した。ところが、B は、D の兵役召集中<sup>32)</sup>に D の印章を偽造して、A 名義であった二筆の土地について D 名義の相続登記をし、その後で B に譲渡した旨の登記をしたものであり、未登記であった甲土地については自己名義（B 名義）の保存登記をしたものであって、譲渡は無効であり、後に D がこれら三筆の土地を C に譲渡したのであるから、これを家督相続した Y が真正の所有者である、とした。第一審は、X の主張事実を認め<sup>33)</sup>、その請求をすべて認容したことから、Y が控訴した。

控訴審（原審）において、X は甲土地についての主張を改め、B はこれを A の隠居後、1887 年（明治 20 年）6 月までの間に<sup>34)</sup>、他より買い受けたとの「〔第一審における〕予備的主張」を「〔控訴審における〕主たる主張」とした<sup>35)</sup>。控訴審は、「X ハ原審ニ於ケル準備手續ニ於テ本件土地ハ A ノ所有ナリシ處同人ノ隠居ニ依ル家督相續ニ因リ B カ所有權ヲ取得シタルモノナル旨主張シ（……）當審ニ於テハ右不動産中甲土地ハ A ノ隠居後 B カ他ヨリ買受ケ所有權ヲ取得シタルモノナル旨其ノ主張ヲ變更スレトモ該土地ヲ A ノ隠居後ニ於テ B カ他ヨリ買受ケタリトノ事實ハ成立ニ争ナキ甲第十三號證ニ依ルモ之ヲ確認シ難ク其ノ他之ヲ認ムルニ足ル證據ナキノミナラス」と判示して、甲土地についての X の「主たる主張」を否定し、「Y ハ右 X ノ主張ノ變更ニ付テハ異議ヲ述ヘ原審準備手續ニ於テ X カ右甲土地ヲ A ニ於テ隠居前ヨリ所有シ居タル事實ヲ認メタル自白ヲ援用スルヲ以テ X 當新ニ於ケル右主張ノ變更（自白ノ取消）ハ許容セラレサルモ

ノト謂ハサルヘカラス」と解したうえで、「民法施行前ニ在リテハ隠居ニ因ル家督相續ノ場合ニ隠居者カ財産ノ幾部ヲ留保セントスルトキハ何等ノ方式ヲ必要トセサルモ相續人ニ對シ留保ノ意思表示（明示又ハ黙示）ヲ爲スコトヲ要シタルモノニシテ只隠居者ノ留保セサル公證記名ノ財産ハ必讓渡ノ公證ヲ受クヘク留保シタル財産ニ付テハ新ニ公證ヲ受クルコトヲ要セサリシモノトス從テ公證記名ノ財産ニシテ讓渡ノ公證ヲ經サルモノハ暗黙ニ留保ノ意思ヲ表示シタルモノト看做サレ相續人ニ承繼セサリシモノトス」として、Yの答弁事実を認め、原判決を取り消して、Xの請求を棄却した。これに対し、Xが上告した。

Xの上告理由は4点あり、そのひとつが原審は「右ノXノ事實上ノ主張ハ斷シテYノ主張ニ對スル自白ニアラス……Xノ第一審準備手續ニ於ケル『甲土地モAノ所有ニシテAノ隠居ニヨリBカ所有權ヲ取得シタリ然ラストスルモBカ他ヨリ買受ケタルモノナリ』トノ事實上ノ主張ハXノ所有權取得ノ沿革ヲ述フル爲メ自ラ主張シタル事實ニシテYノ主張ニ對シ之ヲ認メテ自白シタルモノニアラスYモ亦『甲土地ハAノ所有ナリシ』ト主張シタルコトハ相違ナキモ當事者カ各自自己ニ利益ナル事實ヲ主張シテ其ノ主張カ偶々一致スルコトアルモ之ヲ自白ト解スヘキモノニアラス若シ主張ノ一致ヲ以テ常ニ自白ナリトセハ一ノ事實カ原告カ被告ニ對スル自白トナルト共ニ被告カ原告ニ對スル自白トナル奇異ノ結果トナルヘシ自白トハ相手方ノ主張スル自己ニ不利益ナル事實ヲ認ムルコトニシテ相手方ノ主張以前ニ自白アルヘキ道理ナシ當事者ハ自己ノ主張シタル事實ハ請求ノ基礎ニ變更ナキ限り之ヲ變更スルノ自由ヲ有スルモノニシテ裁判所ニ於テ之ヲ許否シ得ヘキモノニアラス然ルニ原判決カ之ヲ自白ト解シ『其ノ事實ハ甲第十三號證ニ依ルモ之ヲ確認シ難ク其ノ他之ヲ認ムル證處ナシ』ト判示シ錯誤ノ證明ナシトシテXノ主張ノ變更ヲ許サスト判示シタルハ違法ナリ」との点であるが、これ以外の点はおそらく原審における事実の認定および証拠の取捨を非難するものであった。

## (2) 判 旨

大審院は上告を棄却した。その冒頭に掲げた判決要旨では、「被告ニ立證責任アル事實ヲ原告カ豫メ供述シタル後被告ニ於テ之ト一致スル事實ヲ主張シタルトキハ原告ノ供述ハコレヲ自白ト認ムヘキモノトス」とし、本件における自白に関しては、「然レトモ一方ノ當事者カ自發的ニ自己ニ不利益ナル供述ヲ爲シタル場合ト雖一旦相手方カ同一内容ノ供述ヲ爲シタル以上ハ今ヤ當該事實ノ真正ナルコトニ關シテハ當事者雙方ノ主張一致シタルモノト認ムベク相手方ハ之ニ依リ立證責任ヲ免除セラルヘキヲ以テ其ノ之ヲ陳ヘタル時期ノ前後ヲ問ハス之ヲ以テ不利益ナル供述ヲ爲シタル當事者ノ自白ト認ム可キ

モノナルカ故ニ原審カ相手方ニ異議アル場合ニ於テハ濫ニ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト爲シタルハ相當ニシテ論旨ハ其ノ理由ナシ」と判示した。

### 3. 隠居当時の法規

#### (1) 適用法規

すべての法律は、その効力が生じた時から以後に発生した事項についてだけ適用されるのが原則である（法律不遡及の原則<sup>36)</sup>。現行民法典（親族・相続に関しては、1898年（明治31年）6月21日法律第9号）は1898年（明治31年）7月16日に施行されたのであるから、その時以前に生じた事項については適用されないのを原則とする（民法施行法1条）。したがって、まず、本件においてAが隠居し、Bが家督相続した1883年（明治16年）当時の実体法規を知る必要がある。

これに対し、訴訟法規に関しては、旧法時の事件についても、なるべく画一的に新法を適用する方が合理的であり、実体法の場合のように既得権を動揺させ生活関係の安定を害するおそれがないことから、遡及を認めるのが原則である<sup>37)</sup>。したがって、本件判決が下された当時の訴訟法規を知る必要がある。

ただし、そこにおける法概念、たとえば証明責任規範は実体法上のものなのか手続法上のものなのかそれ自体が問題となる<sup>38)</sup>ことも含め、所有権移転の効力発生要件、それを公証することの意味、自白の成立要件など、明文の有無を問わず、判決時における法解釈のレベルに従うことになる。

#### (2) 実体法規

##### ア. 隠居と家督相続に関する法規

隠居とは、一般に、戸主が生前に家督を相続人に譲り、家督相続が始まることをいう。旧幕時代、武士階級や富裕な商工業者・農民を除けば、必ずしも長子単独相続は根付いておらず、家督相続という観念も多様な内容を含んだものだった、といわれる。

家督相続に関する法規については、明治政府がその成立当初<sup>39)</sup>に発した明治元年11月28日の沙汰<sup>40)</sup>のなかに見出すことができるが、これは堂上諸侯中下大夫のみを対象としたものであった。また、隠居と相続に関する初めての単独法規である1873年（明治6年）1月22日太政官布告第28号<sup>41)</sup>は、華士族を対象としたものだが、次三男または他人でも、当主の意思に従って相続させたいとして願い出たならば、聞き届けてもよい、としていた。しかし、同年7月22日太政官布告第263号<sup>42)</sup>では、「家督相続は必



ず惣領の男子たるべく」とされ、「ゆえなく順序を越えて相続いたす者」に対しては「相当の咎」を申し付けることとされた。

ところが、この時点で、平民については相続に関する法規が存在しなかったことから、この点がいくつかの県で問題とされ、明治政府に対する伺となって現れた。これらの伺に対し、明治政府は、当初、明治6年の太政官布告は「華士族のみの儀と相心得べきこと」と回答していたが、1875年（明治8年）5月15日の太政官指令<sup>43)</sup>によって、華士族を対象とした相続法規である明治6年の太政官布告を平民に対しても適用することを認めるに至った。

#### イ. A 隠居時における所有権移転に関する法規

本件の発端となったAの隠居時（1883年（明治16年））における不動産の所有権移転（物権変動とその公証）に関する法規についてみる。

まず、1872年（明治5年）2月15日、明治政府は、旧幕時代から続いていた地所永代売買の禁制を解く（太政官布告第50号<sup>44)</sup>）と同時に、近代的な地租制度を確立するための手段として「地券制度」を設けた（同年2月24日大蔵省達第25号<sup>45)</sup>）。地券は「地所持主たる確證」であり、売買、譲渡、代替わり、質地流込等によって持主が変更となる場合には地券の書換えが必要とされた（1874年（明治7年）10月3日太政官布告第104号<sup>46)</sup>）。その後、地券裏書の制度が導入され（1879年（明治12年）2月10日太政官布告第6号<sup>47)</sup>）、さらに奥書割印によることとなり（1880年（明治13年）11月30日太政官布告第52号<sup>48)</sup>）、やがて地券は廃止され（1889年（明治22年）3月22日法律第13号<sup>49)</sup>）、土地台帳規則が定められた（勅令第39号<sup>50)</sup>）。

地券制度の下では、まず、売買代金の受取証文があっても、地券の書換えがなければ、「其地所所有ノ權無之」とされ、反すれば罰金が科された（1874年（明治7年）10月3日太政官布告第104号）。本件に関してみると、とくに重要なものが、1875年（明治8年）6月18日太政官布告第106号<sup>51)</sup>および1875年（明治8年）10月9日太政官布告第153号<sup>52)</sup>である。すなわち、前者では、土地の売買において地券不申請に対する制裁としては買主に「地所所有ノ權無之」とされるにとどまるものとされ、地券書換えは土地所有権移転の効力発生要件となった。後者では、生前家督相続や遺贈による所有権の移転についても前者の手續によるものとされた<sup>53)</sup>。もっとも、司法省は、大審院その他の裁判所に対し、土地売買契約の確証があれば、地券を書き換えていなくとも、買主の所有権取得を売主およびその債権者に対抗できる旨通達しており（1877年（明治10年）7月7日司法省達丁49号<sup>54)</sup>）、司法省が対抗要件主義的な考え方<sup>55)</sup>を採っていたことを示

唆している<sup>56)</sup>。なお、登記法が制定されるのは、明治19年8月11日のことである<sup>57)</sup>。

### (3) 判決時の訴訟法規

#### ア. 裁判上の自白

判決当時の手続法は、いわゆる旧々旧民事訴訟法（1890年（明治23年）4月21日法律第29号、1891年（明治24年）1月1日施行）の改正法である旧民事訴訟法（1926年（大正15年）4月24日公布法律第61号、昭和4年10月1日施行）である。

旧々民事訴訟法の土台となったのが、いわゆるテヒョー草案（1886年（明治19年）6月<sup>58)</sup>）であり、そこでは「口頭審理ノ際又ハ受命裁判官若クハ受託裁判官ノ面前ニ於テ對手人自認シタル事實ナル事」については「原告若クハ被告ノ主張シタル事實ハ……證明ヲ要セサルモノトス」（263条3号）、「裁判所ニ於テ爲シタル自認ノ効力ハ對手人ノ出廷若クハ承諾ヲ要セサルモノトス」（265条1項）、「裁判所ニ於テ爲シタル自認ハ獨立ノ攻撃若クハ辯護ノ方法ヲ包含シタル主張ヲ附加スルモ之カ爲メ其効力ヲ失ハサルモノトス」（同条2項）、「裁判所ニ於テ爲シタル事實ノ承認ハ敷衍若クハ制限ノ主張ヲ附加スル場合ニ於テ之ヲ自認ト看做スヘキ程度ハ各種ノ状況ニ因リ之ヲ定ム可シ」（同条3項）、「裁判所ニ於テ爲シタル自認ハ事實ヲ誤認シ且事實ニ適當セサルコトヲ證明スル場合ヲ除ク外之ヲ取消スコトヲ得ス」（266条）、「初審裁判所ニ於テ爲シタル自認ハ終審裁判所ニ於テモ亦其効力アルモノトス」（470条）との定めがあった。

ところが、このテヒョー草案の文言を修正した「民事訴訟法草案」<sup>59)</sup> 263条は「民法草案第千三百十四條以下千三百二十五條マテ設定セラレシニ付キ」、同265条および266条は「民法草案第千三百六十三條以下千三百六十九條ニ定メアルヲ以テ」という理由で<sup>60)</sup>、民事訴訟法草案から削除された<sup>61)</sup>。その後、旧民法（法律第28号、1893年（明治26年）1月1日施行予定）は、旧々民事訴訟法（法律第29号、1891年（明治26年）1月1日施行）とともに、1890年（明治23年）3月27日に裁可され4月21日に公布されたものの、周知のごとく旧民法についてはいわゆる民法典論争が起こり<sup>62)</sup>、その施行が延期され<sup>63)</sup>、明治31年7月16日に廃止された。

その結果、旧民事訴訟法においては自白に関する規定が存在しないという事態が生じることとなり<sup>64)</sup>、その解決は立法に委ねられることとなった<sup>65)</sup>。その後、ドイツ法の影響がきわめて強い民事訴訟法改定草案がいくつも登場するが、これらは旧々民事訴訟法の改正に結びつかず、1926年（大正15年）に至ってようやく改正民事訴訟法（旧民事訴訟法）が成立した（同年4月24日公布法律61号）。そして、そこに盛り込まれた自白に関する条文は「裁判所ニ於テ當事者カ自白シタル事實及顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコト

ヲ要セス」(257条)のみである。その結果、自白の要件・効果等については、解釈の問題として残されることとなった。問題解決の方向性は大きくふたつに分かれ、一方は母法たるドイツ法に基づいて補って解釈するというものであり<sup>66)</sup>、他方はドイツ法とは異なった解釈論を展開するというものである<sup>67)</sup>。そして、敗訴可能性説は、まさにこの後者の途を歩んできたのではないかと考えられる。

ドイツ民事訴訟法は1876年12月22日に成立し1877年1月30日に公布されるが<sup>68)</sup>、その後20世紀初頭にかけて自白の法的性質について激論があり<sup>69)</sup>、このなかで今日的な自白法理の基本的枠組みができあがっていった。不利益要件において証明責任説が台頭するのも、まさにこの時代である<sup>70)</sup>。

#### イ. 証明責任

フランス法の影響の下に生まれた旧民法の第5編・証拠編には、証明責任に関する包括的な規定が置かれていた<sup>71)</sup>。その第1条は証明責任の分配を、第2条は証明責任の機能を定めていたが、「客観的または主観的証明責任」と「立証の必要」との区別が明確になされていなかった<sup>72)</sup>。ただし、この旧民法における証明責任の規定はその後大きな影響を与えることはなく、それとは別個に、ドイツ法の影響を強く受けた証明責任論がその後展開されることになる。

ドイツにおいて「客観的証明責任」が提唱されたのは、19世紀末のことである<sup>73)</sup>。これに対し、わが国で「客観的証明責任」の概念が明確に主張されるのは1910年代(大正の前半)であり<sup>74)</sup>、これが学説において一般的に受け入れられるのは1930年代(昭和10年代)に入ってからである<sup>75)</sup>。すなわち、大正の後半以降においても、「主観的証明責任」と「立証の必要」との区別さえ曖昧な時代が続いたといえる<sup>76)</sup>。また、証明責任の分配について規範説が学説上支配的になったのは1950年代のことであり<sup>77)</sup>、裁判実務に浸透するのはその後のことである<sup>78)</sup>。

### 4. 本判決の検討

#### (1) 本判定についての評価

##### ア. 判例要旨と判決内容の齟齬

本判決は、「被告ニ立証責任アル事實ヲ原告カ豫メ供述シタル後被告ニ於テ之ト一致スル事實ヲ主張シタルトキハ原告ノ供述ハコレヲ自白ト認ムヘキモノトス」との判決要旨を掲げている。この判決要旨は、まさに証明責任説に基づき、先行自白を認めるもの

である<sup>79)</sup>。しかし、本件は原告Xに証明責任がある「Aもと所有」についてXの主張が先行しYがこれと一致する陳述をした場合<sup>80)</sup>であり、そのことからすると、本判決の判決要旨として掲げる内容としてふさわしいものではない。

では、このような齟齬はなぜ生じたのであろうか。

原告Xは、本件土地の所有権確認と所有権移転登記の抹消登記手続を求める本件において、自己が本件土地について所有権を有すると主張する以上、自己がその所有権を取得した理由（請求原因事実）である「Aもと所有」および「A→B→X」という本件土地の所有権移転経路を主張立証する必要がある（しかし、原告Xには、Bが家督相続をしたときに地券書換えを行っていない等の弱みがある）。本件土地の「Aもと所有」と家督相続（一般承継）である「A→B」および「B→X」について争うつもりのない被告Yとしては、これを抗弁と解するか理由付き否認と解するかは別にして、生前家督相続である「A→B」の場面だけに限ってみれば、「Bの生前家督相続時を含め、それ以前に本件土地の所有権喪失の原因となるような事実、または、Aの特段の処分行為により本件土地が相続財産の範囲から逸失した事実」についての主張立証が迫られることになる<sup>81)</sup>。被告Yは、そのような意味をもつものとして「[Aもと所有を前提にして]Aが隠居するにあたり本件土地を留保した」と主張したのである。そして、このYが主張した事実は、争いある事実である。

これに対し、裁判所は、この時点における状況、すなわち裁判実務において「客観的証明責任」の概念はまだ定着しておらず、さらに「主観的証明責任」と「立証の必要」とが明確に区別されていなかったという状況を背景に、X・Yの双方が本件土地について自己に所有権があると主張する理由として、その所有権移転経路の共通の基点である「Aもと所有」を陳述し、Yはこれを前提として「Aが隠居するにあたり本件土地を留保した」という事実についての立証に成功している段階で、Xがその共通の基点を排斥してしまうことを不当と考え、YがA留保の事実について立証に成功するとXが敗訴してしまうことをもって、「Aもと所有」につき当事者間に陳述の一致があるという理由によりXに自白の成立を認めたものと推測される。

#### イ. 兼子博士の本件についての判例評釈

判例評釈においてこの判決を取り上げた兼子一博士<sup>82)</sup>は、「判旨が自白によって相手方が立証責任を免除されるとするのは、相手方が立証責任を負う事実を肯定する陳述のみが自白として成立するとの理論を前提とするように見えるが、……その対象となる不利益な事実とは、一般に判決理由として採用されれば自己に不利な判決を齎すものであ

れば足り、したがって相手方に立証責任ある事実を肯定する場合のみならず自己に立証責任ある事実を否定するような陳述も包含」されるとし、「本件においても、原告は本件物件につき自己の所有権を主張しているのであるから、その取得原因たる事実について自ら立証責任を負い、……被告が……原告の所有権者でないことについて立証責任を負うわけではない。故に、原告の主張事実が却って自己が所有権者であることを否定させる結果となったとしても、その事實は當然相手方の立証責任に属するものではなく、判旨の説明は立証責任と舉證の必要とを混同した嫌がある。」としつつ、「判旨は正当である。」とした。

しかし、原告Xの所有権取得事由である「Aもと所有」が「判決理由として採用されれば」、原則として原告Xに有利な判決がもたらされるはずであり、判旨を正当とする説明としてははなはだ不十分である。また、兼子博士自身、当事者間に陳述の一致がある「Aもと所有」とは異なる「Aが隠居するにあたり本件土地を留保したこと」（これは争いある事実であり、この事実が認定されるとXの敗訴がもたらされる）について「立証責任と舉證の必要とを混同した嫌がある」と指摘することにいささか躊躇を覚えているようである。

#### ウ. 兼子博士による敗訴可能性説についての定義の変更

兼子博士が初めて敗訴可能性説の採用を表明したのは、おそらく①1932年4月発表の「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」においてである<sup>83)</sup>。そこでは、「不利益の事實とは判決の基礎として其の採用せられた暁には其の当事者に不利な本案判決を齎らす可能性のある事実を指すものである。尤も必ずしも絶対に不利ではなく同時に自己の申立の一部に関しては有利な事実たり得る場合もあらうし、又陳述當時には不利でなくとも、其の後訴の變更等の訴訟状勢の變轉に因り、判決當時には不利な結果を齎らす事實も考へ得る。」と定義している。その数年後、②1935年4月に刊行された民事訴訟法講義案でも、「不利とは其の事實の採用が其の者に不利な判決を齎らすを謂ひ、必ずしも相手方に舉證責任ある事實に限らない（例へば自己に有利な事實を否定する陳述）。」と定義し<sup>84)</sup>、また、③1935年5月に発表された本件判例評釈においても、これと同様の定義（「不利益な事實とは、一般に判決理由として採用されれば自己に不利な判決を齎すものであれば足り、したがって相手方に立証責任ある事実を肯定する場合のみならず自己に立証責任ある事実を否定するような陳述も包含」する）を与えている<sup>85)</sup>。

ところが、④1937年9月刊行の民事訴訟法概論〔中冊〕では、「不利とは其の事實が認定されれば自己に不利な判決を生ずることを意味し必ずしも相手方が舉證責任を負ふ

事實に限らぬと解する（例へば動産の善意取得（民一九二）を主張するに當り自己の占有に過失ありし旨を陳述し、相手方に於て之を援用せるが如し。判例は相手方に舉證責任ある事實に限ると爲す。前掲判民昭和八年度三三（兼子）参照。）<sup>86)</sup>と定義しており、ここでは「その事實を判決の基礎とすると」という要素が外されている。また、⑤1954年に刊行された民事訴訟法体系においても、「不利とは、その事實に基き自分が全部又は一部敗訴になる可能性があることを指す。必ずしも、その事實の舉證責任が相手方にある場合に限られず（大判昭和八・二・九民集一二・三九七は舉證責任説を採る、兼子・判例七三参照）、自己が舉證責任を負う事實を自ら否定する陳述も自白となる（例えば、要物契約の成立を主張しながら、自ら物の引渡のなかったことを陳述する場合）。<sup>87)</sup>として、同じく「その事實を判決の基礎とすると」という要素を外した定義を維持している。

ここから推測できるのは、兼子博士は、大判昭和8・2・9民集12巻397頁についての判例評釈を契機として、不利益性に関する敗訴可能性について「その事實を判決の基礎とすると」という要素を外した定義づけを行うことによって、本件判決の帰結を正当化しようとしたのではないか、ということである（しかし、どのような理由からその不利益性をもたらされるのかについては、十分な説明がない）。そしてまた、ここで提唱された敗訴可能性についての定義が、自白成立の範囲をさらに広げていく嚆矢になったと思われる。

### Ⅲ 敗訴可能性についての理解

#### 1. 3種類の定義

現在、敗訴可能性説、あるいは、その「敗訴可能性」については、定義（または内容）が3種類存在しているように思われる。その第1は、伝統的な定義であり、「自己に証明責任がある事實を否定する陳述にも自白が成立する」というものである<sup>88)</sup>。第2は、兼子博士が上記①～③の文献で採用した定義であり、「自白者に証明責任がある場合でも、それが判決の基礎となることによって自白者に敗訴の可能性がある事實について自白が成立する」というものである<sup>89)</sup>。第3は、兼子博士が大判昭和8・2・9民集12巻397頁についての判例評釈を契機として上記④⑤の文献で採用した定義であり、「不利益は陳述者にとって敗訴をもたらす場合であれば足りる」とするものである<sup>90)</sup>。

もっとも、証明責任説との対立のなかで生み出されてきた、敗訴可能性説についての第1の定義と第2の定義は、強調しているところが異なるだけで、「たとえ自己に証明

責任がある事実であっても、その不存在が判決の基礎とされれば、その者に敗訴をもたらす可能性がある」という形でその双方の定義を融合したものが、おそらく伝統的に「敗訴可能性説」の内容としてイメージされてきたものであり、そこで前提とされていたのはおそらく上述した第1類型の自白だけであったものと思われる。しかし、第1の定義では「自己に証明責任がある事実を否定する陳述」(第1類型)について自白が成立することをうまく説明することができても、「自己と相手方がともに証明責任を負う事実」(第2類型)について自白が成立すること直接説明することが難しいことから、不利益性を「自己に証明責任がある事実を否定する陳述」に限定しない、第2の定義が有力化するに至ったものと考えられる<sup>91)</sup>。

ただし、この第2の定義をもってしても、「自己だけが証明責任を負う事実(の存在)」(第3類型)についてまで自白の成立を認めることはできない。そこに登場したのが、第3の定義である。第3の定義は、「当事者間で陳述が一致している事実をそのまま判決の基礎とする」ということに拘らず、不利益とは「当事者間で陳述が一致している事実」が何らかの意味で陳述者に「全部または一部敗訴をもたらす可能性」があれば足りるとするものである。したがって、この第3の定義はきわめて広い範囲で自白の成立を認める可能性を秘めているが(その射程がどこまで及ぶのかが明らかではない、ともいえる)、近年、多くの体系書において敗訴可能性説の定義として採用されているのはこの第3の定義である。

## 2. 第3の定義に基づく敗訴可能性

### (1) 敗訴可能性をもたらす理由

不利益とは「当事者間で陳述が一致している事実」が何らかの意味で陳述者に「全部または一部敗訴をもたらす可能性」があれば足りるとするのが、現在における敗訴可能性説がいうところの敗訴可能性の内容であると考えられる。以下では、敗訴可能性説について第3の定義を採用している学説が、「当事者間で陳述が一致している事実」がどのような理由で「全部または一部敗訴する可能性」をもたらすとしているのか(兼子博士が十分に説明していないところをどのように補っているのか)、とりわけ第3類型の自白についてどのように説明しているのかを検討する。

#### ア. 福永教授の見解

福永有利教授は、1985年(昭和60年)発表の総合判例研究において、一方で判例(大判昭和8・2・9民集12巻397頁を含む)は「間接事実についての自白も裁判上の自白とし

て拘束力を有すると考えられていたようである」としつつ<sup>92)</sup>、他方で「この大判昭和八年二月九日の事案は、当初 A の所有であったという陳述を、A 以外の者の所有でなかったという陳述とみて、その陳述につき原告の自白が成立したとみると、間接事実ではなく、主要事実についての自白に関する判例であるといえることができる」<sup>93)</sup>としている<sup>94)</sup>。

このような帰結を、福永教授は、まず「その主張の自由な撤回を許されないと主張する当事者の意識」<sup>95)</sup>を合理的に解釈したうえで、このような事案を第 1 類型の自白が成立する事案に変形することによって導いている<sup>96)</sup>。しかし、そもそも相手方の意識に基づいて陳述者が陳述した内容をどこまで拡張できるのか（常に拡張が可能なのか）、本件においては「A 以外の者の所有でなかった」という陳述を擬制しその陳述につき原告の自白が成立するとみることができるのか、については疑問が残る。

#### イ. 新堂教授の見解

新堂幸司教授は、大判昭和 8・2・9 民集 12 卷 397 頁をモデルとした例を用いて、「『A に帰属していた』との原告のさきの主張は、のちの陳述である『原告が B から買受けた』との原告が証明責任を負う事実を自ら否定する原告に不利な陳述となる」<sup>97)</sup>から自白が成立する、と説明している。

その陳述の時には陳述者にとって利益な事実（自己が証明責任を負う事実）であった（つまり、不利益な事実ではなかった）ものが、相手方がその陳述を援用したことから、陳述者が新たな事実を主張し、その新たな主張事実との関係からすると、当該事実が陳述者にとって（さきに陳述した自己が証明責任を負う〔相手方の陳述と一致する〕「事実 a」の存在が、あとに陳述した自己が証明責任を負う〔事実 a と両立しない〕事実 b の存在を否定し、その結果、自己の請求が間接的に成り立たなくなるという意味で）不利益になるという。しかし、原告が攻撃方法としてさきに提出していた請求原因事実（相手方はこれを援用）とは別個独立の請求原因事実をあとで追加しただけで、さきに提出していた請求原因事実について自白が成立したとの理由でその撤回の自由を制限してよいのか<sup>98)</sup>。とりわけ大判昭和 8・2・9 民集 12 卷 397 頁の事案では、第一審で本件土地の所有権取得について「A → B → X」の経路〔主位的〕と「第三者〔他〕 → X」の経路〔予備的〕とがすでに主張されており、当事者による主張の順位付けが原則として裁判所を拘束しないことを前提とするならば、控訴審で本件土地のうち甲土地について「予備的主張」と「主たる主張」との交換を制限する合理的理由が存在するのかがまず問われなければならない。



## ウ. 高橋教授の見解

高橋宏志教授も、大判昭和8・2・9民集12巻397頁をモデルとした例を前提にして、「同一建物の所有権を原告Xと被告Yが争っている訴訟において、XはA-B-Xの経路を、YはA-C-Yの経路〔本稿の表記では、A-D-C-Y〕を陳述した場合、Xが、後になって前々主を一致していたAではなく第三者Dであると陳述変更できるか……、自己の立証事項にも自白の成立を認める説（敗訴可能性説）ではA元所有につきXに自白が成立し得る」とするが、それは「証拠調べの結果A-C-Yの経路が証明されそうとなり、前々主をAとしておくことがXの敗訴可能性をもたらす」からであると説明する<sup>99)</sup>。

この説明は、本件判例の考え方をそのままトレースするものである。また、第2類型の自白の特徴である「相手方が新たな事実を主張し、その主張事実との関係からすると、陳述者にとって不利益となる」における「相手方の新たな主張事実」とあるところを「相手方の新たな主張事実についての立証」にまで拡張し、「その陳述当初は陳述者に不利益でなかった事実がその後不利益な事実となる」として、自白の成立を認めるものであると理解できる。しかし、そもそも第2類型の自白は「自己と相手方がともに証明責任を負う事実」を前提としており、「自己のみが証明責任を負う事実」にまで拡張するのは妥当でない。さらに、被告が抗弁事実の立証に成功すると常に原告に請求原因事実についての自白が成立することになってしまう。したがって、自白成否の判断（主張レベルの判断）にあたって、陳述者にとって利益か不利益かの判断基準として相手方の立証の程度まで取り込むことには躊躇を覚える。

## エ. 小林教授の見解

小林秀之教授は、最判昭和35・2・12民集14巻2号223頁<sup>100)</sup>についてであるが、「Yの占有権原を根拠づける抗弁の撤回と解すれば一見妥当に見えるが、使用貸借ならば返還時期の定めがない場合は使用収益をなすに足るべき期間経過後いつでも貸主のほうから返還請求できるので（民法597条2項参照）、Xが使用貸借を解約して返還請求をしたときには、使用貸借の主張はYにとって明らかに不利益である」と説明する<sup>101)</sup>。

小林教授の見解は、不利益性について、占有権原の抗弁としての使用貸借の抗弁と賃貸借の抗弁と優劣を考慮して判断している。しかし、勝訴をめざす被告としてはより強力な防御力をもつ方法を提出しようとするはずであり、その提出を拒むことは原則としてできないのではないか。さらに、複数存在する別個独立の請求原因事実または抗弁事実の優劣をどのような事例、どのような場合においても判断することが可能なのか、

疑問なしとしない。

## (2) 不利益性という意味の拡散

とりわけ第3類型の自白については、その不利益性を認めるにあたって種々の説明が存在する。少なくとも、①当事者の合理的な意識に基づいて、陳述者が明示的に陳述した事実（請求原因事実、抗弁事実など）以外の事実（さきに陳述したものと別個独立の請求原因事実、抗弁事実など）の不存在についても陳述の一致があったとみる見解〔自己が証明責任を負う事実を否定する陳述があったと擬制する、第1類型の自白の亜型〕、②陳述者がある事実を陳述した後に、相手方がこれを援用したうえで、陳述者が新たな事実を主張し、その新たな主張事実との関係からすると、先に陳述した事実が陳述者にとって不利益なものになるとするもの〔陳述者自らが矛盾した陳述をすることによって陳述者に不利益性をもたらすという、第1類型の自白の亜型〕、③陳述者がある事実を陳述した後に、相手方がこれを援用したうえで、新たな事実を主張し、その主張事実についての立証に基づくと、その陳述当初は陳述者に不利益でなかった事実がその後不利益な事実となるとして、自白の成立を認めるもの〔相手方の立証によって自己が主張した事実の不利益性が生ずる、第2類型の自白の亜型〕、④陳述者が主張した、別個独立に存在する複数の請求原因事実または抗弁事実についてそれぞれが導く法律効果を比較し、陳述者にとって相手方と陳述が一致している請求原因事実または抗弁事実より有利な法律効果をもたらす請求原因事実または抗弁事実に変更する場合において、相手方と陳述が一致している請求原因事実または抗弁事実の不利益性を認めるもの〔陳述者自らが先の陳述よりも有利な陳述をすることによって先の陳述の不利益性をもたらすという、独自の類型〕などがあり、その不利益性の内容についてまだ見解の一致をみていない。逆に、さらに混迷を深めている、との印象を受ける<sup>102)</sup>。

ただ、視点を変えると、とりわけ何らかの理由で「請求を理由づける事実」や「抗弁を理由づける事実」が否定され、全部または一部敗訴をもたらす場合であれば自白の成立を認めるということであり、そうだとすると、自白の成立にあたって不利益性（敗訴可能性）を求める意味がないのではないか、との疑問がわいてくる。

## 3. 不利益要件不要説との異同

第3類型の自白の成立まで視野に入れた敗訴可能性説と不利益要件不要説とは、広く自白の成立を認めるという点で共通するといえよう。ただし、前者は自白の成立の段階

を重視した「事前調整型」であり、後者は自白の撤回の段階を重視した「事後調整型」であるという違いがある。

すなわち、第3類型の自白の成立まで視野に入れた敗訴可能性説を採用する、たとえば新堂教授は、「この種の場合には、証明責任を負う当事者が首尾一貫しない主張を同時にしている場合（たとえば、書面をもって締結すべき契約に基づく請求をしながら同時に口頭でなされたと主張する場合）もあるから……、裁判所は釈明により、その事実を基礎にして判決をすることになってよいかどうかを当事者に確かめるべきである。」<sup>103)</sup>という。これに対し、不利益要件不要説は、第2類型の自白を前提にして<sup>104)</sup>、つぎのように主張する。敗訴可能性説に立った場合、「自白的陳述がなされた時点では、事実の不利益性は一義的に明白であるとは限らない。」<sup>105)</sup>しかし、そもそも自白事実が一方当事者に不利益であることはその事実が判決基礎になった場合の結果的現象にすぎないのである。そこでは、私益に対する裁判所の中立的立場、当事者の自己責任および訴訟経済を考慮して、「当事者間に一致した事実主張があれば裁判上の自白が成立し、その事実が判決の基礎になると解すれば足り」る。「自白撤回要件は自白事実が真実に反することの証明であるという立場から、当事者の利害の調整を図るべきである」とするものである。

ただし、第3類型の自白の成立まで視野に入れた敗訴可能性説については、第3類型の自白について適時に当事者の意思を確認することが可能なのであろうか、そもそもどの時点でこの意思確認を行えばよいのであろうか、疑問が残るところである。不利益要件不要説でも、第3類型の自白の成立を認めることになるが、複数存在する別個独立の、たとえば請求原因事実のひとつについて陳述の一致があれば、別の請求原因事実に変更するときには、後者の方を立証できれば前者は撤回されたことになるが、説明として迂遠であろう。また、この場合に「私益に対する裁判所の中立的立場、当事者の自己責任および訴訟経済」を持ち出すことが適切なのかも、問われなければならない。

## まとめに代えて

本稿では、自白の成立要件のひとつとされる「不利益」要件について、現時点における多数説といえる敗訴可能性説を取り上げ、そこにいう「敗訴可能性」の内容がどのようなものであるのかについて、まず、敗訴可能性説が自白の成立を認めている3つの類型を指摘した。そのうえで、敗訴可能性説がとくに第3類型の自白を認めるきっかけとなった大判昭和8・2・9民集12巻397頁を検討したが、この判決の判断は現在の視点

からすると不適切なものであり、先例とするにふさわしいものではなかったといえる。しかしながら、この判決を評釈した兼子博士は、これを契機にして、証明責任説からも従来の敗訴可能性からも肯定できないこの判決の結論を、敗訴可能性説の定義を変更することによって正当化したのである。

ここでまず問われなければならないのは、この判決の結論を正当化することが妥当なのかであったはずである。ところが、兼子博士による「判例の結論の正当化」が不十分であったことに起因して、その後の敗訴可能性説の論者は敗訴の可能性の精緻化（どのように正当化するか）を個別に進めることになってしまった。したがって、「なぜ正当化するのか」、「正当化することは妥当なのか」についてはいまだに問われないままである。

以上の検討に基づき、本稿における一応の結論を示しておく、かりに敗訴可能性説を採用するとしても、証明責任説との対立軸を維持するには、「自白者に証明責任がある場合でも、それが判決の基礎となることによって自白者に敗訴の可能性のある事実について自白が成立する」という第2の定義を採用すべきであり、敗訴の可能性が認められるのは、つまり自白の成立が認められるのは首尾一貫した主張が欠如する場合である第1類型および「自己と相手方がともに証明責任を負う事実」を前提として等価値陳述があった場合である第2類型までであろう。「不利益は陳述者にとって敗訴をもたらす場合であれば足りる」とする第3の定義を採用し、結局は相手方の立証の程度まで自白法理に取り込んで第3類型の自白の成立を認めることは、実質的には不利益要件を不要とするに等しい、というものである。

#### <追記>

本研究にあたっては、2015年度中央大学特別研究費の支給を受けた。

#### 注

- 1) たとえば、高橋宏志・重点講義民事訴訟法(上)475頁(有斐閣、第2版補訂版、2013年)参照。
- 2) 自白の成立要件としては、一般に、①事実としての陳述であること、②口頭弁論または弁論準備手続における弁論としての陳述であること、③相手方の主張との一致があること、④自己に不利益な陳述であること、が挙げられる(たとえば、高橋・前掲注1)475頁以下参照)。また、中野貞一郎ほか編・新民事訴訟法講義315頁〔春日偉知郎〕(有斐閣、第3版、2018年)、安西明子ほか・民事訴訟法100頁〔畑宏樹〕(有斐閣、第2版、2018年)などは、①と④を1つにまとめて、③口頭弁論または弁論準備手続における弁論としての陳述であること、⑤相手方の主張と一致した陳述であること、⑥自己に不利益な事実についての陳述であること、という3つを要件とする。とりわけ証明責任説を採用する場合には、後者の3要件に分類する立場の方が便宜であるように思われる。ちなみに、自白の成立時期について、証明責任説では、⑦相手方が自分にとって不利益な事実を主張し、自分がそれを認めたとき、⑧自分が自分にとって不利益な事実を陳述し、相

- 手方がそれを援用したとき、すなわち、両当事者の陳述が一致したとき、である。敗訴可能性説では、㉞①に加え、㉞②両当事者間に一致した陳述のある事実が事後的に自分にとって不利益になったときも、その時点で自白の成立を認める。なお、宇野聡「裁判上の自白の不可撤回性について」福永有利ほか編・民事訴訟法の史的展開〔鈴木正裕先生古稀祝賀〕433頁以下〔457頁以下〕（有斐閣、2002年）は、争点・証拠整理手続の段階にあっては、自白が成立する時点は当該手続の終結時である（当該手続が終了するまでは自白が成立しない）、とする。
- 3) ただし、本稿では、自白の対象として、主要事実のほか、間接事実や補助事実まで含むか、権利自白を認めるのかといった問題は取り上げない。
- 4) 証明責任説を採用するものとしては、菊井維大・民事訴訟法〔現代法律学全集38巻〕298頁（日本評論社、1931年）〔その後、敗訴可能性説に改める〕、竹野竹三郎・新民事訴訟法釋義（中）792頁（有斐閣、1931年）、河本喜與之・新訂民事訴訟法提要250頁（法文社、改訂3版、1951年）、岩松三郎・民事裁判の研究120頁（弘文堂、1961年）（初出「民事裁判における判断の限界（3完）」曹時5巻3号（1953年）111頁以下〔112頁〕）、三ヶ月章・民事訴訟法388頁（有斐閣、1959年）、岩松三郎ほか編・法律実務講座民事訴訟法第一審手続（3）24頁（有斐閣、1961年）、木川統一郎・比較民事訴訟政策の研究392頁（有斐閣、1972年）（初出「裁判上の自白の概念」伊東乾ほか編・法学演習講座（10）民事訴訟法357頁以下〔360頁〕（法学書院、1971年））、伊東乾・弁論主義122頁（学陽書房、1975年）、斎藤秀夫編著・注解民事訴訟法（4）386頁〔小室直人〕（第一法規出版、1975年）、村上博巳・証明責任の研究300頁（有斐閣、1975年）、坂原正夫「裁判上の自白法理と適用範囲」新堂幸司編集代表・講座民事訴訟（4）164頁注（8）（弘文堂、1985年）、斎藤秀夫ほか編・注解民事訴訟法（7）249頁〔小室直人＝吉野孝義〕（第一法規出版、第2版、1993年）、納谷廣美・講義民事訴訟法52頁（創成社、2004年）、柏木邦良・民事訴訟法要説202頁（リンパック、2005年）、門口正人編集代表・民事証拠法大系（1）137頁〔渡邊弘〕（青林書院、2007年）、梅本吉彦・民事訴訟法763頁（信山社、第4版、2009年）、賀集唱ほか編・基本法コンメンタール民事訴訟法（2）155頁〔高地茂世〕（日本評論社、第3版追補版、2012年）、伊藤真・民事訴訟法350頁（有斐閣、第5版、2016年）、石渡哲・民事訴訟法講義172頁（成文堂、2016年）、高田裕成ほか編・注釈民事訴訟法（4）76頁〔佐藤鉄男〕（有斐閣、2017年）、中野ほか編・前掲注2）315頁〔春日〕〔従前の敗訴可能性説から改める〕などがある（なお、中田淳一・訴訟と仲裁の法理85頁以下（有信堂、1953年）（初出「制限附自白について（一）（二）」論叢39巻4号（1938年）573頁以下、6号（1938年）925頁以下）も証明責任説を前提としていると思われる）。この考え方によれば、自己が証明責任を負う事実については自白が成立せず、ある事実について相手方と陳述が一致したとしても、原則として撤回が許される。なお、この証明責任説は、判断基準として明確であると評される一方、「証明責任の分配が争われることによって、証明責任説は、帰結（自白の成立）が左右されることになり、不安定さを抱え込む」（高橋・前掲注1）484頁）と指摘される。
- 5) ここに挙げた敗訴可能性説の定義（内容）は、後述する第3の定義である。しかし、これをどう定義づけるか、がそもそも問題となると考える。敗訴可能性説を採用するものとしては、兼子一・新修民事訴訟法体系246頁（酒井書店、1956年）、菊井維大・民事訴訟法講義（下）286頁（弘文堂、1955年）、小野木常ほか・民事訴訟法講義172頁（有斐閣、新版、1963年）、小山昇・民事訴訟法286頁（青林書院、1968年）、菊井維大・全訂民事訴訟法（下）292頁（青林書院、第2版、1969年）、石田穰・証拠法の再構成260頁（東京大学出版会、1980年）、斎藤秀夫・民事訴訟法概論267頁（有斐閣、新版、1982年）、林屋礼二・民事訴訟法概要246頁（有斐閣、1991年）、春日偉知郎・民事証拠法論集169頁（有斐閣、1995年）、山本和彦・民事訴訟法の基本問題162頁（判例タイムズ社、2002年）、小林秀之・新証拠法245頁（弘文堂、第2版、2003年）、河野憲一郎「民事自白法理の再検討（3・完）」一橋法学4巻3号（2005年）996頁、中野貞一郎ほか編・新民事訴訟法講義287頁〔春日偉知郎〕（有斐閣、第2版補訂2版、2008年）、河野正憲・民事訴訟法408頁（有斐閣、2009年）、秋山幹男ほか・コンメンタール民事訴訟法Ⅳ52頁（日本評論社、

2010年), 兼子一原著・条解民事訴訟法 1030 頁〔松浦馨=加藤新太郎〕(弘文堂, 第2版, 2011年), 新堂幸司・新民事訴訟法 583 頁(弘文堂, 第5版, 2011年), 高橋・前掲注1) 484 頁, 高橋宏志ほか編・実務民事訴訟講座〔第3期〕(4) 87 頁〔菱田雄郷〕(日本評論社, 2012年), 小島武司・民事訴訟法 448 頁(有斐閣, 2013年), 笠井正俊ほか編・新・コンメンタール民事訴訟法 766 頁〔山田文〕(日本評論社, 第2版, 2013年), 川嶋四郎・民事訴訟法 476 頁(日本評論社, 2013年), 山本弘ほか・民事訴訟法 187 頁〔山本弘〕(有斐閣, 第3版, 2018年) などがある。これに対し, 伊藤眞「証明を要しない事実」井上治典ほか・これからの民事訴訟法 131 頁以下(日本評論社, 1984年) では, 「敗訴可能性説…をとれば, たとえ自己の挙証責任に属する事実であっても, それによって自己の敗訴が導かれる場合には自白の成立が認められ, …。挙証責任説から敗訴可能性説に対してなされる批判は, まず, ある事実が一方当事者の不利になるかどうか必ずしも明らかでない場合があること, また, 自己の挙証責任に属する事実について不利な陳述をしているということは, その当事者が首尾一貫しない主張をしているにすぎないから, 自白として当事者を拘束するのは妥当でないことなどもあげられる。この批判に応じて, 敗訴可能性説は, たんなる首尾一貫しない主張にまで自白の成立を拡大するのではなく, 当事者が意図的にその主張を変更した場合にのみ自白の成立を認めるという。前者の例としては, 請求原因として書面による契約の不存在を主張しながら, 口頭による契約の締結を陳述する場合があげられ, 後者の例としては, 相続による所有権取得を主張していた原告が売買による取得に主張を改める場合があげられる。前者では, 口頭による契約の締結について自白の成立が否定され, 後者では, 相続について自白の可能性が肯定される。…証明責任説の立場では, 自白は, その相手方に挙証の負担を免れさせることを主眼としていた。これに対して, 敗訴可能性説の立場では, 挙証責任を負う当事者自身の負担を強化する結果となっている。…敗訴可能性説を徹底されれば, 法律的知識の十分でない本人当事者が予期しない自白の拘束力を受けたり, 主張の変更可能性が制限されることによって訴訟運営の弾力性が失われたりする。したがって, この立場でも, 一定の要件のもとにのみ自白の成立を認めたり, 自白の撤回可能性をゆるやかに考えようとする。」と指摘し, 敗訴可能性説には第1類型と第3類型の自白が存在することを示唆する。

- 6) 松本博之・民事自白法 13 頁以下〔32 頁〕(弘文堂, 1994年)(初出・「裁判上の自白法理の再検討」民訴雑誌 20 号(1974年) 67 頁以下〔84 頁以下〕, 田邊誠「法的判断に関する当事者の限界—権利自白を中心として」判タ 581 号(1968年) 78 頁, 松本博之ほか・民事訴訟法 331 頁〔松本博之〕(弘文堂, 第8版, 2015年), 三木浩一ほか・民事訴訟法 240 頁〔三木浩一〕(有斐閣, 第2版, 2015年) などがある。また, 田中和夫・立証責任判例の研究(厳松堂書店, 1953年) 5 頁, 池田辰夫「裁判上の自白」三ヶ月章ほか編・民事訴訟法演習(1) 243 頁(有斐閣, 新版, 1983年) は, 当事者間の陳述が一致すればよい, とする。

なお, 新堂幸司ほか編集代表・注釈民事訴訟法(6) 109 頁〔佐上善和〕(有斐閣, 1995年) は, 「自白の成立要件としては, 相手方が立証責任を負う事実を認める陳述であるが, そこで行われる不利益は敗訴の可能性とは直結せず, 相手方主張を認めることによってなお弁論を続行するためには, 抗弁を提出しなければならなくなるというにすぎない」という。また, 勅使川原和彦『弁論主義の第2テーゼ』と『裁判上の自白』小考(石川明ほか編・民事手続法の現代的機能 55 頁(信山社, 2014年) は, 「不要証効と審判排除効の2つの効果を問う場面では, 自白の成立につき『不利益』要件は必然ではない。ただ, 当事者のいずれに不可撤回効(『裁判上の自白』の当事者拘束力) 生じているかを判断するためには, いずれの当事者にとってその陳述が不利益であったかを確定する必要がある。当事者拘束力を, 裁判所拘束力と表裏一体と考える場面でも, 裁判所拘束力とは別個の根拠(相手方の信頼保護ないし禁反言)に基づいて認められる拘束力と考える場合(その場合でも, 禁反言の要件となる相手方の『信頼』保護の, その信頼の根拠として, 不要証効は前提となる)でも, どちらの当事者が撤回不可となるのか(自白者, すなわち自白となる陳述をした者は誰なのか)を識別する必要がある。その識別に, その陳述がどちらの当事者に『不利益』であったかという要件は, 基準としてよく機能する。また, 『撤回の帰責性』論からは, 撤回自由

- を破り撤回不可の効果を生じさせるために、不可撤回効の発生要件として不利益要件が必要になる。」と指摘する。これに対し、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 卷 3 号 (2003 年) 23 頁注 (23) は、「不利益要件は、自白の拘束力が及ぶ当事者を決定する (裁判所が意思確認の対象となる当事者を判断する) ための基準となる」という。
- 7) 以下では、当事者間で主要事実について陳述が一致していること (両当事者に陳述の一致があった場合に自白となる。両当事者の陳述の時間的先後を問わない) を前提とする。
  - 8) 三ヶ月章・民事訴訟法 426 頁 (弘文堂, 第 3 版, 1992 年) は、「首尾一貫しない主張をしている場合であるから…、このような場合は、むしろ裁判所が釈明し訂正すべきものを訂正することを期待するのが筋であり、自白の拘束力を認めるのは結果として不当である」という。
  - 9) 証明責任説では、当事者間で陳述の一致があればそこで一方の当事者に「不利益性」が生ずることになり、相手方の対応によって「不利益性」は変動しない。山本ほか・前掲注 5) 187 頁 [山本] など参照。
  - 10) 兼子原著・前掲注 5) 1029 頁 [松浦 = 加藤] は、「双方にとって不利な事実・不利たりうる事実の場合は、双方にとって自白となると解する」とする (同旨, 小林・前掲注 5) 243 頁)。これに対し、高橋・前掲注 1) 483 頁は、「敗訴可能性説…では、…それぞれの争点毎に自白が異別の当事者に生ずる、とするであろう」という。
  - 11) 新堂・前掲注 5) 583 頁, 松本・前掲注 6) 20 頁, 小林・前掲注 5) 244 頁, 加藤新太郎ほか編・新基本法コンメンタール民事訴訟法 (2) 15 頁～16 頁 [濱崎禄] (日本評論社, 2017 年) など参照。なお、この類型の存在の可能性について初めて言及したのは、福永有利「戦後証拠法判例研究・裁判上の自白 (一)」民商 91 卷 5 号 (1985 年) 798 頁以下であると思われる。
  - 12) 一般に、自己が証明責任を負う事実を自ら否定する陳述も自白となる、と表現される (兼子・前掲注 5) 246 頁参照)。この第 1 類型の自白は、一方の当事者が首尾一貫しない陳述をしている場合に生ずるものである。首尾一貫しない陳述が先行すれば、先行自白ということになる。証明責任説では、証明責任を負う当事者の主張が一貫性を欠くことから、主張自体失当である (主張の不存在) と考える。なお、自白の反真实性の証明だけで自白の撤回を認める見解においては、この類型の自白を認める実益はないことになる。高橋ほか編・前掲注 5) 92 頁注 (30) [菱田] 参照。
  - 13) 兼子・前掲注 5) 246 頁, 三ヶ月・前掲注 4) 388 頁など。原告が証明責任を負う請求原因事実を自ら否定する陳述をする場合であり、敗訴可能性説では「請求原因事実の不存在」について原告に自白が成立することになる。
  - 14) 三ヶ月・前掲注 4) 388 頁。これも、原告が証明責任を負う請求原因事実を原告自らが否定する陳述をする場合である。
  - 15) 門口編集代表・前掲注 4) 136 頁 [渡邊], 高橋ほか編・前掲注 5) 85 頁 [菱田]。原告が証明責任を負う請求原因事実 (消費貸借契約の成立要件である「金銭の交付」) について、被告が否認したところ、原告がこれを認める陳述をした場合であり、「金銭の交付の不存在」について原告に自白が成立する。
  - 16) 秋山ほか・前掲注 5) 52 頁。これは、被告が証明責任を負う抗弁事実 (売買代金請求権の消滅を根拠づける「弁済」) について、原告があらかじめ否認したところ、被告がこれを認める陳述をする場合であり、「弁済をしていない」という事実について被告に自白が成立する。また、高橋・前掲注 1) 488 頁注 (7) は、「債務者たる被告が弁済のなかったことをみずから認めつつ契約の成立を積極否認や抗弁で争うというような例では、弁済は被告が証明責任を負う事実であるが、弁済がなかったとする陳述を被告の自白として扱ってよいのではなかろうか。被告のこのような争い方には合理性があるからである」という。なお、加波真一「当事者に争いのない陳述の取扱いと証明不要効」名古屋大学法政論集 223 号 (2008 年) 93 頁以下 [97 頁] は、④の例において、主要事実の反対事実である「弁済されていない」という事実は間接事実にあたるとの理解を前提として、敗訴可能性の対応に疑問を呈する。
  - 17) 新堂ほか編集代表・前掲注 6) 102 頁 [佐上] は、「ある事実が請求原因事実であると同時に抗

- 弁をも基礎づけることは、普遍的にみられる」とし、笠井ほか編・前掲注5) 766頁〔山田〕「1つの事実が請求原因事実と抗弁事実の双方を構成する場合は少なくない」という。
- 18) この第2類型の自白の特徴は、その陳述の当時は陳述者にとって利益な事実（たとえば原告が証明責任を負う請求原因事実）であったが、相手方がその陳述を援用したうえで、新たな事実（たとえば被告が証明責任を負う抗弁事実）を主張し、相手方が新たに主張した事実との関係からすると、当該事実（請求原因事実と抗弁事実の双方を構成する事実）が陳述者にとって（相手方が証明責任を負う抗弁事実を認めたという意味で）不利益になるというところにある。これは、自己に利益な事実の主張をしたのもかかわらず、その事実は同時に相手方にとっても利益な事実である結果、いわゆる等価値陳述をしてしまったことになり、相手方がこれと一致する陳述をする場合には、相手方も証明責任を負う事実を基礎とすると相手方の請求または抗弁が直接的に成り立つことになることから、自白の成立を認めるものである。
- 19) 山本ほか・前掲注5) 187頁〔山本〕。すなわち、「同年月日に消費貸借契約が成立した事実」は陳述者たる原告にとって請求原因事実であるが、同時に、被告がこれを援用した上で消滅時効を主張すると原告の敗訴をもたらす抗弁事実の一部となる。この場合、敗訴可能性説は、原告による自白の成立を認め、被告がこの請求原因事実を援用した後、原告が契約の成立日は平成10年4月1日であったと主張を改めることは、自白の撤回にあたる。この場合、証明責任説では、原告による自白の成立を認めず、被告が請求原因事実を援用した後においても、原告が契約成立日を平成8年4月1日から平成10年4月1日に改めることを認めることになる。松村俊夫「裁判上の自白」中田淳一ほか編・民事訴訟法演習(1) 122頁(有斐閣, 1963年)、松本・前掲注6) 26頁、高橋・前掲注1) 483頁なども参照。
- 20) 松本・前掲注6) 26頁、高橋・前掲注1) 483頁。なお、このような例は、たとえば山田正三・改正民事訴訟法(4) 795頁以下(弘文堂書房, 1931年)などにおいてすでに取り上げられている。
- 21) 新堂幸司・民事訴訟法 360頁(筑摩書房, 1974年)、同・前掲注5) 583頁。松本・前掲注6) 20頁、小林・前掲注5) 244頁、加藤ほか編・前掲注11) 15頁～16頁〔濱崎〕も同旨。なお、伊藤・前掲注4) 350頁～351頁、長谷部由起子・民事訴訟法 200頁(岩波書店, 新版, 2017年)なども参照。
- 22) このような展開に着目して、「訴訟の経過に照らしてみると、ある事実が陳述者にとって不利益か否かは一義的に決まらない」(新堂幸司ほか編・民事訴訟法判例百選Ⅰ〔新法対応補正板〕(有斐閣, 1998年) 209頁〔田邊誠〕)とか、「敗訴可能性が訴訟の成行きに応じて変更する」(中野ほか編・注(4) 287頁〔春日])などと指摘される。
- 23) なお、本件の「事実の概要」については、兼子一「七三 先行自白と相手方の援用」同・判例民事訴訟法 214頁以下(弘文堂, 1950年)(初出「民事判例研究録 三三 自發的自白と相手方の援用」法協 53巻5号(1935年) 984頁以下)、我妻栄編集代表・民事訴訟法判例百選 100頁以下〔高島義郎〕(有斐閣, 1965年)、松本・前掲注6) 24頁注(33)、上原敏夫ほか・基本判例民事訴訟法 229頁以下(有斐閣, 第2版補訂版, 2010年)など参照。
- 24) 分家とは、ある家の家族がその属する家から分離して別にその家と同じ氏の一家を創設することである。
- 25) 隠居とは、戸主が生前においてその地位を家督相続人に承継させるための法律行為である。
- 26) 家督相続とは、戸主の法律上の地位の承継であって、その開始原因は、戸主権の喪失事実の発生である。家督相続の特色は、身分相続、財産相続、単独相続であるとともに、相続の生前開始を認めていることである。
- 27) Dが家督相続する時期(1904年(明治37年))の前であることを意識している。
- 28) 家督相続に関する条文は、以下のとおりである。なお、現行民法は、1896年(明治29年)に第1編～第3編公布(同年法律第89号)、1898年(明治31年)に第4編・第5編公布、1898年(明治31年)7月16日に全編が施行された(なお、第4編・第5編は、昭和22年法律第222号により根本的に改正)。



民法旧 725 条 左ニ掲ケタル者ハ之ヲ親族トス

- 一 六親等内ノ血族
- 二 配偶者
- 三 三親等内ノ姻族

旧 732 条 戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス〔第二項 略〕

旧 752 条 戸主ハ左ニ掲ケタル條件ノ具備スルニ非サレハ隠居ヲ爲スコトヲ得ス

- 一 満六十年以上ナルコト
- 二 完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲スコト

旧 964 条 家督相續ハ左ノ事由ニ因リテ開始ス

- 一 戸主ノ死亡、隠居又ハ国籍喪失
- 二 戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ
- 三 女戸主ノ入夫婚姻又ハ入夫ノ離婚

旧 986 条 家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス但前戸主ノ一身ニ專屬セルモノハ此ノ限ニ在ラス

29) 親族会に関する条文は、以下のとおりである。

民法旧 751 条 戸主カ其權利ヲ行フコト能ハサルトキハ親族會之ヲ行フ但戸主ニ対シテ親權ヲ行フ者又ハ其後見人アルトキハ此限ニ在ラス

旧 877 条 子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス

旧 888 条 親權ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ス〔第二項 略〕

旧 944 条 本法其他ノ法令ノ規定ニ依リ親族會ヲ開クヘキ場合ニ於テハ會議ヲ要スル事件ノ本人、戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、検事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ招集ス

旧 945 条 親族會員ハ三人以上トシ親族其他本人又ハ其家ニ縁故アル者ノ中ヨリ裁判所之ヲ選定ス〔第二項 略〕

なお、このような X の主張に対し、Y は、本文のとおり、「A は隠居にあたり本件土地を留保し、その後、これらの土地を携えて分家し、A の死亡により家督相続 D がこれらを取得し、A の死亡後、D は C に対してこれらを贈与し、C の死亡により家督相続人 Y がこれらを取得した」と主張すると同時に、「X の特別代理人が本件土地を C に売却した行為は違法でない」、「仮に手続において欠くところがあったとしても、1922 年（大正 11 年）、X の後見人 D がこの売却行為を追認したことによって、有効となった」と答弁している。

30) 家督相続人の選定に関する条文は、以下のとおりである。

民法旧 982 条 法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ父アルトキハ父、父アラサルトキ又ハ父カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ母、父母共ニアラサルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會ハ左ノ順序ニ従ヒ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス

- 第一 配偶者但家女ナルトキ
- 第二 兄弟
- 第三 姉妹
- 第四 第一號ニ該当セサル配偶者
- 第五 兄弟姉妹ノ直系卑屬

31) 嫡母に関する条文は、以下のとおりである。

民法旧 735 条 家族ノ庶子及ヒ私生児ハ戸主ノ同意アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス〔第二項および第三項 略〕

旧 878 条 繼父、繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ次章〔後見〕ノ規定ヲ準用ス

32) D は、日露戦争（1904 年（明治 37 年）2 月 8 日～1905 年（明治 38 年）9 月 5 日）の期間中に

召集され、不在であった。

- 33) 第一審は、民法施行前においても隠居の場合には、留保がない限り、家督相続人がすべて隠居者の財産を承継し、Aは本件土地について留保をしていないことから、Aの隠居によってBが甲土地を含む本件土地全部を相続した、とした。
- 34) 第一審では「1902年（明治35年）までの間に、Bが他より買得した」と主張していたところ、現行民法が1898年（明治31年）7月16日に施行されていることから、取得時効の完成を意識して、控訴審では「1887年（明治20年）6月までの間に、他より買い受けた」と主張を改めている。
- 35) これに対し、Yは、「A隠居当時の法律によれば、隠居は家名のみ当然相続人に移転するも、財産はしからず。すなわち、記名公証のある財産は隠居により当然相続人に移らず。けだし、1872年（明治5年）に地所の永代売買を許し、地券を発行し、これをもって地所所有の公証となしたるにより、地所の売買贈与にはその地券の書換えを要し、かつ、包括名義なる相続と特別名義なる売買贈与等との区別をなさず。隠居による家督相続はもと生存者間の相続であることをもって売買贈与と同視し、地所のごとき公証ある財産はその所有主隠居するといえども、その公証の書換えをしなければ、相続人に移らずと定められたるものなり（1875年（明治8年）第153号布告）。ゆえに、隠居の場合にも地券の書換えをしなければ、その地所の所有権は相続人に移らず。しかるに、本件係争の甲土地以外の土地は隠居前よりA名義にして隠居当時名義書換をなしたることなきをもって、隠居によりその所有権は相続人Bに移転したことはなく、また、甲土地は最初AがB名義をもって買い受けたものなれば、その所有権をBに移転するには、一旦B名義をA名義に変更したうえで公証をしてB名義としなければならない。しかるに、これをしなかったことをもってみれば、これもまた隠居により相続人Aに移転することなく、以上三筆ともA隠居のさい留保したること明らかなり」と主張し、また「Xが原審における準備手続において甲土地はAが隠居前より所有していたことを認めたる自白を援用する」とも答弁した。
- 36) たとえば、我妻榮・新訂民法総則（民法講義Ⅰ）23頁（岩波書店、1965年）など参照。
- 37) たとえば、兼子・前掲注5）57頁など参照。
- 38) 春日偉知郎・民事証拠法研究333頁以下（有斐閣、1991年）（初出「証明責任論の一視点—西ドイツ証明責任論からの示唆」判タ350号（1977年）97頁以下）など参照。
- 39) 明治初期における家督相続に関しては、前田正治「明治初年の相続法」中川善之助ほか編・家族問題と家族法Ⅳ（相続）108頁以下（酒井書店、1961年）など参照。
- 40) 1868年（明治元年）11月28日の堂上諸侯中下大夫にあてた沙汰第1001（行政官）は、以下のとおりである。
- 「一 年五十歳ニ至リ實子男子無之ハ本姓血紜相先撰養子可相願事  
但癡疾及事故ニ罹リ候輩ハ年齢ニ不拘可願出事  
一 父年五十歳ニ至リ嫡子年十七歳ニ及所勞等ニテ隠居ノ儀願出候ハ、家督相續御評議可有之事  
一 嫡子嫡孫自今年十五歳ニ至リ元服可致右年齢ニ不至トモ願ニ仍リ時宜之御詮議可有之事  
但武家ニテハ從來乗出シト唱候得共今般官武一途ニ被 仰出候ニ付テハ凡テ元服ト可相唱事  
一 出陣之儀ハ右年序ニ不拘各其器量次第御指揮可有之事  
但六十歳以上ハ出陣可爲勝手事  
右之通被 仰出候事」
- 41) 1873年（明治6年）1月22日太政官布告第28号は、以下のとおりである。
- 「今般華士族家督相續ノ儀ニ付左ノ通被相定候條此旨達候事  
總領ノ男子他ヘ養子ニ遣シ或ハ父ノ心底ニ不應縁故有之者ヘ厄介ニ遣シ其家ハ次三男或ハ他人ニテモ當主ノ存寄ヲ以テ相續願出候節ハ聞届不苦事  
幼少ニテ家督爲致候節ハ親戚又ハ他人ニテモ相當ノ者相撰後見可爲致事  
當主隠居致シ實子又ハ養子家督相續致シ候上其相續人多病或ハ不埒ノ儀有之歟又ハ病死致シ最前ノ隠居壯健ニテ再相續願出候節ハ聞届不苦事

但再相續人ト可稱事

當主壯年ナレトモ疾病其外無據事故有之養子致シ候處前當主疾病平愈又ハ事故相解候節再家督致シ右養子ハ實家へ立戻リ候歟又ハ當主他へ縁付候共雙方熟談ノ上願出候ハ、聞届不苦事  
 本家分家親戚等ノ内當主病死致シ跡子弟幼年並婦女子等ノ御死者ノ遺言又ハ其父母並重立候親戚及遺妻子熟談ノ上合家願出候ハ、聞届不苦事

父兄伯叔總テ目上ノ者子弟甥等ノ目下ノ家ヲ繼承スルトキハ相續人ト稱シ養子ト稱スヘカラス  
 當主死去跡嗣子無之婦女子ノミニテ已ヲ得サル事情アリ養子難致者ハ婦女子ノ相續差許從前ノ給祿可支給事

右之通候條華族ハ管轄廳ヨリ正院へ相伺士族ハ管轄廳ニ於テ聞届可申事 』

- 42) 1873年（明治6年）7月22日太政官布告第263号は、以下のとおりである。

「本年一月第二十八號布告華士族家督相續ノ儀御詮議ノ次第有之左ノ通第一章改正並ニ一章追加相成候條此旨華士族へ布告スヘキ事

第一章改正

家督相續ハ必總領ノ男子タル可シ若シ亡没或ハ癡篤疾等不得止ノ事故アレハ其事實ヲ詳ニシ次男三男又ハ女子江養子相續願出ツヘシ次男三男女子無之ノ者ハ血統ノ者ヲ以テ相續願出ツヘシ若シ故ナク順序ヲ越テ相續致ス者ハ相當ノ咎申付事

一章追加

婦女子相續ノ後ニ於テ夫ヲ迎へ又ハ養子致シ候ハ、直ニ其夫又ハ養子へ相續可相讓事 』

- 43) 1875年（明治8年）5月15日太政官指令第20および第25。

- 44) 1872年（明治5年）2月15日、明治政府は、太政官布告第50号を發し、「地所永代賣買ノ儀從來禁制ノ処自今四民共賣買致所持候儀被差許候事」として、土地売買の自由を認めた。明治初期の不動産法制については、鎌田薫「対抗問題と第三者」星野英一編集代表・民法講座（2）67頁以下（有斐閣、1984年）など参照。

- 45) 1872年（明治5年）2月24日、明治政府は、大藏省達第25号「地所賣買讓渡ニ付地券渡方規則」を發し、地券の發行に関する詳細を定めた。その省達第12においては、「爾後地券ヲ不申請密売致シ候者ハ其地所並代金共取揚可申事但致連印候村役人ハ地代金ノ三分通罰金可申付事（但書略）」として、土地の賣買讓渡にあたっては必ず地券の書換えを要すべきものとし、地券の交付を申請せず土地を密売買した者はその土地ならびに売買代金を没収される、とした。

- 46) 1874年（明治7年）10月3日、明治政府は、太政官布告第104号により、「地所賣買致シ候節代金受取ノ證文有之トモ地券申受ケサレハ買主ニ其地所所有ノ權無之候條規則ノ通地券書替申請ヘシ若シ地券ヲ申受スシテ後日發覺スル時ハ罰金トシテ證印稅 地券書替ノ證印稅 壹倍ヲ科スヘク此旨布告候事」として、地所取上げ等の制裁を廢し、書換えを行わせ証印稅を2倍とすべきことを定め、同日の太政官布告第133号において、「本年第四百號布告候ニ付テハ明治五年二月大藏省布達地券渡方規則第拾貳條自今廢シ候儀ト可心得此旨相達候事」とした。その後、1875年（明治8年）6月18日、太政官布告106号「明治七年十月第四百號布告左ノ通改正候條此旨布告候事 地所賣買致シ候節代金受取ノ證文有之共地券申受ケサレハ買主ニ其地所所有ノ權無之候條規則ノ通地券書替可申請事」により、証印稅を2倍とするとの罰金は廢止された。

- 47) 1879年（明治12年）2月10日、明治政府は、太政官布告第6号により、「地所賣買讓與等ノ節ハ總テ地券書換下ケ渡スヘキ成規ノ處自今其券狀餘白アルモノハ管轄廳ニ於テ其裏面へ確認ノ證ヲ記シテ下ケ渡スヘシ此旨布告候事但證印稅ノ儀ハ從前ノ通」とした。

- 48) 1880年（明治13年）11月30日、明治政府は、太政官布告第52号により、以下のとおり定めた。

「土地賣買讓渡規則別紙ノ通相定候條此旨布告候事

但明治八年六月第六號布告並同年十月第五百五十三號布告廢止候事

（別紙）

土地賣買讓渡規則

第一條 凡ソ所有ノ土地ヲ賣渡シ又ハ讓渡サント欲スル者ハ賣渡讓渡證文ニ地券ヲ添ヘ其地ノ

戸長役場ニ差出シ奥書割印ヲ受ケ之ヲ買受人又ハ譲受人ヘ附與スヘシ  
但一筆ノ土地ヲ分割シテ奥書割印ヲ受ケント欲スル者ハ其分界及坪數等ヲ詳記シタル圖面ヲ  
添エテ差出スヘシ

第二條 戸長役場ニ於テハ豫メ土地賣買讓渡奥書割印帳ヲ備置キ奥書割印ヲ請フモノアレハ地所  
質入書入奥書割印帳ヲ見合セ登記ナキニ於テハ 賣渡讓渡 證文ニ奥書割印ヲナスヘシ

第三條 買受人又ハ譲受人 賣渡讓渡 證文ヲ領收スルトキハ地券 書換裏書 願書ニ  
雙方連印ノ上地券ヲ添ヘ戸長役場を經テ管轄廳ヘ差出スヘシ

第四條 第一條ノ手續ヲ以テ其土地所有權ヲ移轉スルヲ得ト雖モ地租並地方稅ハ地券ニ記載  
セル姓名ノ者ヨリ之ヲ徵收スヘシ

但地券紛失ノ際下付願出ルモ亦地券ニ記載セル姓名ノ者タルヘシ

第五條 死亡者失踪者ノ家督相續若クハ遺産相續及ヒ離縁戶主ノ家督相續ニ由リ土地ヲ讓受ケ  
タル者ハ親族 親族ナキモノハ近隣ノ戶主 ト連印ノ上戸長役場ヲ經テ地券 書換裏書  
願書ヲ管轄廳ヘ差出スヘシ若シ家督相續又ハ遺産相續ノ日ヨリ六箇月以内ニ戸長役場迄之ヲ  
差出サ、ル者ハ證印稅五倍ノ科料ニ處ス

但本條期限内ニ地券 書換裏書 願書ヲ差出ス能ハサル事由アリテ之ヲ届出ル者ハ此  
限ニ在ラス 」

したがって、この段階では、地券は納税義務者がだれであるのかを示すだけのものになった。

49) 1889年(明治22年)3月22日法律第13号は、「地券ヲ廢シ地租ハ土地臺帳ニ登録シタル地價  
ニ依リ其記名者ヨリ之ヲ徵收ス」とした。

50) 1889年(明治22年)3月22日勅令第39号は、以下のとおり定める。

「土地臺帳規則

第一條 土地臺帳ハ地租ニ關スル事項ヲ登録ス

第二條 市ノ土地臺帳ハ府縣廳ニ於テ町村ノ土地臺帳ハ島廳郡役所ニ於テ之ヲ設ケ其事務ヲ  
取扱フヘシ

第三條 登記所ニ於テ土地所有ノ移轉及質入ノ登記ヲ爲シタルトキハ土地臺帳所管廳ニ通知  
スヘシ

第四條 土地臺帳ノ謄本ヲ要スル者ハ土地一筆ニ付金貳錢ノ割合ヲ以テ手数料ヲ納ムヘシ

第五條 地券ニ記載ノ事項異動ヲ生セサルモノハ其地券ヲ以テ前條ノ謄本ト看做スコトヲ得

第六條 本規則ニ關スル細則ハ大藏大臣之ヲ定ム

第七條 市制ノ施行ニ至ラサル土地ニ於テハ區ニ屬スル土地臺帳ハ區役所ニ於テ其取扱ヲ爲  
スヘシ 」

51) 1875年(明治8年)6月18日太政官布告第106号は、以下のとおりである。

「明治七年十月第百四號布告左ノ通改正候條此旨布告候事

地所賣買致シ候節代金受取之證文有之共地券申受ケサレハ買主ニ其地所所有ノ權無之候條  
規則ノ通地券書替可申請事」

なお、1880年(明治13年)11月30日太政官布告第52号の土地売買讓渡規則1条では、  
戸長による公証が物權變動の効力発生要件とされている。

52) 1875年(明治8年)10月9日太政官布告第153号は、以下のとおりである。

「家督相續或ハ贈遺等ニ由テ地所讓受候節地券書換手續左ノ通相定候條此旨布告候事

第一條

一 生存者ノ家督相續ニ由リ及ヒ總テノ贈遺 親族他人ニ拘ハラス生存及遺囑ノ贈遺ヲ伝 ニ  
由テ讓受タル地所ハ其地券書換不申受者ハ本年六月第百六號布告ニ據リ處分可致事

第二條

一 死亡者ノ跡家督相續ニ由テ讓受タル地所ハ其讓受タル日ヨリ滿六箇月ヲ過キ地券書換ヲ不  
申受者ハ其地券一通ニ付證印稅 地券書換證印稅 五倍ノ科金取立地券書換可相渡事

53) 所有權移轉については生前家督相續の場合も売買等の場合と同じ扱いを受けるとすれば、生前

家督相続に基づく所有権移転の効力発生においても、①家督相続とともに②地券書換えが必要となる（ドイツ民法（1896年公布，1900年施行）873条の定めと同様の取り扱い）。したがって、生前家督相続を主張する原告Xとしては、地券書換えの事実も主張しておかなければならないことになる。また、ドイツ民法891条1項（登記された権利についての積極的推定力）のように、地券名義人であることは地券記載の土地の所有権がその名義人に属することを推定することになろうし、同条2項（登記が抹消されている権利についての消極的推定力）のように、地券書換えがあれば（前）名義人には所有権が属していないことが推定されるであろう。

- 54) 1877年（明治10年）7月7日、司法省は、大審院その他の裁判所に対し、次のような伺があり、下記のとおり回答した旨を通達している。

「過般地所賣買契約等ノ儀ニ付甲號乙號ノ通り三重縣及ヒ熊谷裁判所ノ伺ニ因リ丙號ノ通り太政官へ上稟シ御裁可ノ上丁號戊號ノ通り及指令候條此段爲心得相達候事

甲號 〔略〕

乙號 〔略〕

丙號

太政官へ上申案

別紙三重縣及熊谷裁判所伺ノ趣ヲ案スルニ賣買ノ契約既ニ成リタル者ナレハ買主ハ其賣主ニ對シ地券ノ書替ヲ要求スルノ權アルヲ固ヨリ不俟言ナリ八年第六號ノ公布ヲ熟閱スルニ末段ノ結句規則ノ通地券書換可申請事ト明示セラレタル者ナレハ勿論賣買約束ノ成リタル上ハ其地券書換ノ訟求ヲ爲シ得ヘキヲ疑ハ容ル可カラサルナリ因テ左ノ通指令イタシ度存候得共爲念一應相伺候成

明治十年三月八日

司法卿大木喬任

右大臣岩倉具視殿

丁號

指令

三重縣裁判所

第一條 未タ地券ノ書替ナク共賣主ニ對シ既ニ買得ノ證アル者ニ付キ固ヨリ受理スヘキ事

第二條 伺ノ通

但書既ニ買得ルノ證アルヲ以テ地券書替又ハ地所受取ノ訴ヲナスモノハ受理スヘシ〔以下、略〕

第三條 〔略〕

戊號 〔略〕

實際、判例では、戸長による公証は不動産物権変動の第三者対抗要件であると解されていたようである（大判明治38・11・1民録11輯25巻1527頁，大判大正8・12・22民事判決抄録86巻20831頁参照）。もっとも、本件判決では、この指令の存在が忘却されていた可能性がある。

- 55) このような立場からは、現行法どおり、原告Xとしては、被相続人の本件土地についてのもとの所有と生前家督相続を主張すれば足りることになるであろう。
- 56) 福島正夫「舊登記法の制定とその意義（一）」法協57巻8号（1939年）1490頁など。なお、梅謙次郎「維新後不動産法」法協24巻3号（1906年）281頁「豈ニ一司法省丁號達ヲ以テ太政官ヨリ發シタル布告ヲ死文ニ歸セシムルコトヲ得ンヤ」との指摘がある。
- 57) 1886年（明治19年）8月11日法律第1号（官報8月13日）は、以下のとおりである。

「登記法

第一章 總則

第一條 地所建物船舶ノ賣買讓與質入書入ノ登記ヲ請ントスル者ハ本法ニ從ヒ地所建物ハ其所  
在ノ地船舶ハ其定繫場ノ登記所ニ登記ヲ請フ可シ

第二條～第五條 〔略〕

第六條 登記簿ニ登記ヲ爲サ、ル地所建物船舶ノ賣買讓與質入書入ハ第三者ニ對シ法律上其効  
ナキモノトス

第七條～第十三條 〔略〕

## 第二章 賣買讓與

第十四條 地所建物船舶ノ賣買讓與ニ付キ登記ヲ請フトキハ契約者雙方出頭シ其證書ヲ示ス可シ  
前項ノ場合ニ於テ其物件質入書入中ニ係ルトキハ買受人讓受人ニ於テ之ヲ了知セル旨ヲ申出  
其記入ヲ請フ可シ

第十五條 家督相續ニ因リ地所建物船舶ノ登記ヲ請フトキハ雙方出頭シ其證書ヲ示ス可シ  
死亡者失踪者若クハ離縁戸主ノ遺留シタル地所建物船舶ヲ相續スル者登記ヲ請フトキハ親囑  
又ハ親囑ナキトキハ近隣ノ戸主二名以上連署ノ書面ヲ差出シ且證明書類アルモノハ之ヲ示ス  
可シ

第十六條～第十九條 〔略〕

第二十條 地所船舶賣買讓與ノ登記ヲ受け地券鑑札ノ下付若クハ書換ヲ請ントスル者ハ登記所  
ヨリ登記済ノ證ヲ受ク可シ

## 第三章 質入書入

第二十一條～第二十四條 〔略〕

## 第四章 登記料及手数料

第二十五條 地所建物船舶ノ賣買ノ登記ニ付テハ其買受人左ノ賣買代價ノ區別ニ從ヒ每一件ニ  
其登記料ヲ納ム可シ 〔以下、略〕

第二十六條 地所建物船舶ノ讓與ノ登記ニ付テハ其讓渡人讓受人ニ於テ時價相當ノ價格ヲ定メ  
前條ニ掲クル金額ノ區別ニ從ヒ每一件ニ其讓受人ヨリ登記料ヲ納ム可シ

第二十七條～第二十八條 〔略〕

第二十九條 第十五條ノ登記ニ付テハ時價相當ノ價格ヲ定メ第二十五條ニ掲クル金額ノ區別ニ  
從ヒ每一件ニ其登記料ノ五分一ヲ納ム可シ但一件ニ付キ金五錢ヨリ下スコトヲ得ス

第三十條～第三十五條 〔略〕

## 第五章 罰則

第三十六條～第三十七條 〔略〕

## 附則

第三十八條 明治十年第二十八號布告船舶賣買書入質手續同十三年第五十二號布告土地賣買讓  
渡規則同十四年第三十號布告地券證印稅則其他從前ノ法律規則中本法ニ抵觸スルモノハ本法  
施行ノ日ヨリ廢止ス

第三十九條 〔略〕

第四十條 登記所ノ登記簿ニ未タ登記セサル地所建物船舶ニ付キ登記ヲ請フ者ハ地所建物ハ其  
所在地船舶ハ其定繫場ノ戸長ノ證書ヲ以テ其所有者タルコト及其物件ニ故障ナキコトヲ示ス  
可シ

第四十一條 本法ハ明治二十年二月一日ヨリ之ヲ施行ス 〕

- 58) テヒョー草案については、日本立法資料全集 193 卷民事訴訟法（明治編）（3）テヒョー草案Ⅲ 77 頁以下（信山社，2008 年）など参照。また、鈴木正裕・近代民事訴訟法史・日本 35 頁以下（有斐閣，2004 年）は、テヒョー民事訴訟法草案に対する批判が強く、これがそのまま旧民事訴訟法になったわけではないことを指摘する。ただし、旧民事訴訟法がドイツ法の強い影響の下に生まれたこと自体は間違いないであろう。なお、旧民事訴訟法にいたるまでの経緯については、染野義信・近代的轉換における裁判制度 128 頁以下（勁草書房，1988 年）（初出「わが国民民事訴訟法の近代化の過程」三ヶ月章編集代表・裁判と法〔菊井先生獻呈論集〕（上）493 頁以下（有斐閣，1967 年））、坂原正夫「権利自白論（1）」法学研究 43 卷 12 号（1970 年）2086 頁以下〔特に 2095 頁以下〕なども参照。
- 59) 民事訴訟法草案 263 条については、松本博之ほか編・日本立法資料全集 194 卷民事訴訟法（明治 23 年）（1）67 頁以下（信山社，2014 年）参照。
- 60) 旧民法（1890 年（明治 23 年）4 月 21 日公布法律第 28 号）証拠編第 1 部第 2 章第 2 節「口頭自白」では、以下のとおり定められることとなった。

〔 第二節 口頭自白 〕

第三十三條 口頭自白ハ一方ノ當事者ガ己レニ不利ナル權利上ノ結果ヲ生スルコト有ル可キ事實ニ付キ爲スモノナリ其自白ハ裁判上ノモノ有リ裁判外ノモノ有リ

第一款 裁判上ノ自白

第三十四條 裁判上ノ自白ハ自發ノモノ有リ又ハ民事訴訟法ニ規定シタル本人訊問ニ因リテ爲スモノ有リ

第三十五條 自白ハ其自白ニ繫ル權利ヲ處分スル能力ヲ有スル者ニ非サレハ有効ニ之ヲ爲スコトヲ得ス但法律上自白ノ證據ヲ禁シタル事實ニ非サルトキニ限ル

代理人ノ爲シタル自白ハ其管理行為ニ關スル外特別ノ委任ニ依リタルトキニ非サレハ有効ナラス但裁判上ノ代人ノ自白ト其陳述取消ノ方法及ヒ條件トニ關スル民事訴訟法ノ規定ヲ妨ケス

第三十六條 前條ニ從ヒテ爲シタル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爲シタル者ニ對シテ完全ノ證據ヲ爲ス

然レトモ其自白ハ事實ノ錯誤ノ爲メニ之ヲ言消スコトヲ得

第三十七條 自白ハ法律ノ錯誤ノ爲メニ之ヲ言消スコトヲ得ス

然レトモ相手方ノ權利ヲ直接又ハ間接ニ追認シタル者ハ其權利ノ原因及ヒ存續ヲ爭フ權能ヲ失ハス

第三十八條 複雑ナル自白ヲ援用セント欲スル者ハ陳述セラレタル數箇ノ事實ニ關シ其自白ヲ分ツコトヲ得ス但此等ノ事實カ相牽連シタルトキニ限ル

然レトモ主タル事實ヲ變更スル事實ノ主張ハ通常ノ證據方法ヲ以テ駁撃スルコトヲ得

第三十九條 裁判上ノ自白ノ効力ハ裁判所ノ管轄違カ公ノ秩序ニ關セサルモノタルトキハ其管轄違ニ因リテ無効ト爲ラス

反對ノ場合ニ於テハ自白ハ裁判外ノモノトシテノミ有効ナリ

第四十條 一方ノ當事者カ訴訟事件ノ或ル事實ノ存在ニ付キ陳述ス可キノ求ヲ受ケテ其事實ヲ爭ハサルニ因リ之ヲ追認シタリト看做ス場合ハ民事訴訟法ニ於テ之ヲ規定ス

第四十一條 一方ノ當事者カ廢疾其他ノ原因ニ由リテ語ルコトヲ得スト雖モ書面又ハ口答ヲ以テ裁判所ニ答フルコトヲ得ルニ於テハ裁判上ノ自白ノ規則ヲ之ニ適用ス

第二款 裁判外ノ自白

〔以下、略〕 〕

石田・前掲注5) 15頁は、高木豊三・民事訴訟法論網 531頁注(1)(明治大學出版部、訂正、1902年)[初版は1896年(明治29年)刊行]などを参酌し、旧民法・証拠編は「明治二〇年代において民事訴訟法上の解釈基準として参考とされた」と指摘する。なお、手許にある、東京専門學校(1882年(明治16年)～1902年(明治35年))発行の、伊藤悌治講述・證據編 第一部完(刊行年の表記なし)からすると、この時代の法律學校では旧民法を対象とした授業が行われていたようである。

- 61) 松本ほか編・前掲注59) 215頁以下参照。
- 62) ちなみに、貴族院と衆議院による二院制の第1回帝國議會在開会したのは1890年(明治23年)11月29日のことである。
- 63) 1892年(明治25年)11月22日裁可、同年11月24日公布法律第8号。
- 64) わずかにテヒョー草案470条をもとにした旧民事訴訟法418条「第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ亦其効力ヲ有ス」のみが残されることとなった(松本・前掲注6) 4頁)。  
 なお、雉本朗造「裁判上ノ自白ヲ論シテ大審院ノ最近決定ニ及フ」志林10巻10号(1908年)10頁以下は、「立法者カ疎漏ニシテ規定ヲ設クルヲ忘失シタルモノナルカト伝フニ然ラス。…現行民事訴訟法制定ノ際、立法者カ、特ニ此ノ規定ヲ削除シタルニ徴スルトキハ、遺忘ニ出テタルモノナリトスルハ、最モ當ラサル推測ナリ。サレハトテ、立法者ハ舊草案ニ規定スル所トハ全然反對ノ意見ヲ有シタリト伝ヒ、若シ自明ノ理ナリトシテ之ヲ承認シタルモノナリト伝フカ如キハ、何レモ確乎タル證據ヲ欠クモノナリト伝ハサル可カラス。妥當ト見ル可キ推定ハ、立法者ハ、裁

判上ノ自白ハ、勿論廣ク自白ノ性質及ヒ効力ニ關スル研究ハ、全ク之ヲ學説及ヒ實際ニ一任シタルモノト看ルニアラン。」と述べている。

65) その後、1895年(明治28年)12月21日、司法省は省内に「民事訴訟法調査委員会」を設置し、同調査委員会は1899年(明治32年)に草案「民事訴訟法修正案」(旧々民事訴訟法と異なり、ほぼ「ドイツ法の模倣」であったと評されている)を作成し、1899年(明治32年)3月18日に解散した。修正案における自白に関する規定は以下のとおりである(松本博之ほか編・日本法資料全集43民事訴訟法〔明治36年草案〕(1)125頁以下〔158頁以下〕(信山社、1994年))。

「第二百三十七條 當事者ノ主張スル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要ス但左ノ事實ハ此限リニ在ラス

第一 裁判所ニ於テ顯著ナル事實

第二 法律ニ於テ推定シタル事實

第三 相手方カ訴訟中辯論ニ於テ自白シタル事實

第四 相手方カ受命裁判官若クハ受託裁判官ノ面前ニ於テ自白シタル事實ニシテ調書ニ記載シタルモノ一切ノ事情ヲ斟酌シテ判斷シヘシ

第二百三十八條 裁判上ノ自白ニ獨立ナル攻撃防禦ノ方法ヲ附加シタルトキハ自白ノ効力ニ付キ裁判所ハ當事者カ相手方ノ主張シタル事實ヲ變更スヘキ陳述ヲ爲シタルトキハ其事實ヲ自白シタルモノト看做スヘキヤ否ヤニ付キ裁判所ハ一切ノ事情ヲ斟酌シテ判斷シヘシ

第二百三十九條 當事者カ相手方ノ主張シタル事實ヲ争ハサルトキ又ハ之ヲ知ラサル旨ノ陳述ヲ爲シタルトキハ其事實ヲ自白シタルモノト看做スヘキヤ否ヤニ付キ裁判所ハ一切ノ事情ヲ斟酌シテ判斷シヘシ

第二百四十條 當事者ハ裁判上ノ自白カ事實ニ反シ且錯誤ニ出テタルコトヲ證シタルトキニ限り其自白ヲ言消スコトヲ得」

他方、1893年(明治26年)3月25日、内閣は、施行延期が決まった民法・商法を新たに起草するために「法典調査会」を設置し、「法典調査会」は1899年(明治32年)3月9日に民法が公布されることで実質的にその役目を終えるが、その時点で「法典調査会」は改組され、その第二部が司法省「民事訴訟法調査委員会」の改正作業を引き継ぐこととなった。法典調査会では、1899年(明治32年)3月24日に司法大臣から送付を受けた「民事訴訟法修正案」を基礎として作成された「民訴甲第一号」が前提とされ、1900年(明治33年)9月19日から審議が開始されたが、1901年(明治34年)7月12日に中断された。その後の経緯は不明であるが、1903年(明治36年)に「旧法典調査会案」をとりまとめたものの(起草委員たちの極端なドイツ法志向に対して、施行10年余の経験をもつ旧々民事訴訟法になじんだ実務家たちから強い反発があったことにつき、鈴木・前掲注58)247頁参照)、法典調査会は1903年(明治36年)3月31日に解散となった。旧法典調査会案における自白に関する規定は以下のとおりである(松本博之ほか編・日本法資料全集10民事訴訟法〔大正改正編〕(1)31頁以下〔68頁以下〕(信山社、1993年))。

「 第五節 證據及ヒ證據調ノ總則

第三百十一條 當事者ハ自己ニ利益ナル事實上ノ主張ヲ證スヘシ

第三百十二條 裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス

第三百十三條 當事者カ口頭辯論ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ事實ヲ自白シタルトキハ相手方ハ其事實ヲ證スルコトヲ要セス

第三百十四條 自白ハ相手方ノ承諾ヲ要セスシテ其効力ヲ生ス

第三百十五條 當事者ハ自白カ眞實ニ適セス且錯誤ニ出テタルコトヲ證シタルトキ又ハ相手方ノ同意アリタルトキニ限り之ヲ取消スコトヲ得」

司法省は、1906年(明治39年)6月8日、省内に刑法や商法等の改正のための「法律取調委員会」を設置し、1911年(明治44年)4月11日には民事訴訟法の改正に取り組むこととなった。法律取調委員会では、旧法典調査委員会案や委員の提案に基づき改正作業が進められ、民事訴訟法改正案起草委員会案をまとめている途中、1933年(大正8年)7月9日に廃止されてしまう。



民事訴訟法改正案起草委員会案における自白に関する規定は以下のとおりである（松本博之ほか編・日本法資料全集11民事訴訟法〔大正改正編〕(2) 143頁以下〔163頁〕(信山社, 1993年))。

「 第三節 證據

第二百二十二條 裁判所ニ於テ當事者カ自白シタル事實及顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス 」

司法省は、1933年（大正8年）7月18日に民事訴訟法改正調査委員会を發足させた。同委員会は、法律取調委員会で起案した案をそのまま利用して継続審議を行い、1925年（大正14年）に改正草案を作成した。これが一部修正を受けて、1926年（大正15年）3月24日に旧々民事訴訟法の改正法として成立した（1926年（大正15年）4月24日公布、1929年（昭和4年）10月1日施行）。これが旧民事訴訟法である。

なお、1922年（大正11年）10月24日に開催された第26回民事訴訟法改正調査会の議事録速記録に、「第三節 證據」「第二百二十二條」について以下のやりとりがあり（松本博之ほか編・日本法資料全集12民事訴訟法〔大正改正編〕(3) 277頁以下（信山社, 1993年））、注目される。「○松岡義正君 …本案の二百二十二條は現行法の二百十八條に當る所でありまして、是に現行法に附加へるに當事者の自白したる事實と伝ふ文字を以てしたのであります、さうして此證することを要しない事實を茲で明かに致しました、…。

〔中略〕

○原嘉道君 自白したる事實は證することを要せずとありますが、之は現行法には別に斯う伝ふことはありませぬが之は何か書く必要がありますか。

○松岡義正君 之を書く必要は立證責任の問題に關係を有しますから、そこで自白した事實がありますれば〔、〕自分の相手方が自白すれば立證することはしないで宜い、立證責任の問題を解決する必要がある。

○原嘉道君 自白した事實に付ては立證は要らぬから自白した事實は證〔することを要〕せずと伝ふことを書く必要がありますか、明かに争のないことは爲さゞ〔自白した?〕るものと見做すと伝ふことがある、さう伝ふ規定から見ても争はぬものに立證責任のないことは當然のやうに思ふ、殊に斯う伝ふことを書くとは自白しなくても争はないようなことに關することも亦書かなければならぬやうになりはせぬか。

○山内確三郎君 それは法典調査會案の三百十三條にある。 」

- 66) 坂原・前掲注58) 2017頁付注(5)は、「雉本博士は、…大作、『訴訟行為論』（『民事訴訟法の諸問題』所収）では、『法理上ヨリ伝へハ』、裁判外の自白は、効力を認める見地を採るにかかわらず、『現行法ノ解釈トシテハ、Bethmann-Hollweg 以来ノ所説ニ從ヒ、又請求ノ認諾ニ關スル民訴第二二九條ノ規定ノ精神ニ參酌シ、前示ノ類推解釈カ現行法ノ法意ナリトシテ以下ノ説明ヲ試ムヘシ。換言スハ我訴訟法中ニ「口頭弁論ノ際、當事者ノ一方カ相手方ノ為シタル事実上ノ陳述ヲ自白シタルトキハ、裁判所ハ自白ニ基キ其ノ事實ヲ真ナリトシテ裁判スヘシ」ト伝ヘル規定存スルカ如クニ視テ以下ノ説明ヲ試ミントス。』と述べている（六五二頁）点である。このことは、自白について学説にまかせるといっても、やはり、そこには採るべき理論の流れのあることを予定しているのである。即ち、それはドイツ法の自白の考え方である。」と指摘する。
- 67) 松本・前掲注6) 9頁注(18) 参照。
- 68) その立法理由書では、裁判上の自白は、自白は権利処分であるという考え方（権利放棄説）を前提として、「証拠放棄によって惹起される権利処分」という自白法理（証拠放棄説）を採用した旨が表明されている（松本・前掲注6) 252頁注(133)）。
- 69) わが国においても、以下のとおり、同様の議論があった。すなわち、仁井田益太郎・民事訴訟法要論（上）241頁（有斐閣書房、再版、1907年）〔「當事者ハ辯論ヲ爲スニ當リ相手方ノ主張ニ係ル事實ニシテ自己ニ不利益ナルモノヲ裁判所ニ於テ認ルコトヲ承認スル旨ノ意思表示ヲ爲スルコトアリ此意思表示ハ即チ裁判上ノ自白ナリ」〕（ただし、同・民事訴訟法大綱180頁（有斐閣、1917年）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」としている）、山田・

前掲注 20) 794 頁〔裁判上ノ自白…トハ現在ノ訴訟ノ進行中口頭辯論ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ相手方カ利益ニ主張シタル事實ノ存否ヲ然リトスル陳述（相手方ノ陳述セル事實ノ自白）又ハ當事者カ自ラ不利益ナル事實ノ存否陳述シ相手方ニ於テ之レヲ援用シタル場合ニ於ケル不利益ナル事實上ノ陳述（自發的自白）ヲ伝フ〕、竹野竹三郎・新民事訴訟法釋義 792 頁（有斐閣、1931 年）〔「裁判上の自白とは當事者が裁判所の面前に於て相手方の主張したる自己に不利益なる事實を眞実と認むる陳述を謂ふ」〕、細野長良・民事訴訟法要義（3）111 頁（巖松堂書店、第 4 版、1933 年）〔「裁判上ノ自白ハ相手方ノ主張スル自己ニ不利益ナル事實ヲ眞実ナリトスル觀念表示…ナリ」〕、中島弘道・日本民事訴訟法 557 頁（松華堂書店、再版、1935 年）〔「裁判上ノ自白トハ相手方ノ主張スル事實ニシテ自己ニ不利益ナルモノヲ眞実ナリトスル訴訟上ノ觀念表示ナリ」〕、加藤正治・新法學全集民事訴訟法（3）203 頁（日本評論社、1938 年）〔「裁判上の自白…とは、繫屬せる當該訴訟の口頭辯論に於て、又は受命判事若は受託判事…の面前に於て當事者が相手方主張の自己に不利益なる事實を眞実なりと認むる陳述をいふ」〕、中村宗男・民事訴訟法講義 365 頁（敬文堂、1942 年）〔「裁判上の自白…とは、繫屬せる當該訴訟の口頭辯論に於て、又は受命判事若くは受託判事に對し、當事者の一方が自己に不利益なる事實を眞実なりとする陳述である」〕などは、不利益性を自白の成立要件のひとつとして挙げるものの、そこでの主たる自白の法的性質論（自白は意思表示か觀念の表示か）であり、ドイツ法学の強い影響を受けて、裁判上の自白は觀念の表示（眞実の表示）であるとの見解に収斂していったようである。自白の法的性質論については、松本・前掲注 6) 217 頁以下（弘文堂、1994 年）（初出・「19 世紀ドイツ普通法訴訟における民事自白法理」法学雑誌 18 卷 1 号（1974 年）1 頁以下）参照。

なお、菊井・前掲注 4) 332 頁、竹野・前掲注 4) などは、1931 年（昭和 6 年）刊行の時点で証明責任説の採用を表明している。

- 70) 兼子一・民事法研究（1）204 頁（酒井書店、1950 年）（初出「相手方の援用せざる當事者の自己に不利なる陳述」田中耕太郎編・法学協会 50 周年記念論文集第二部 641 頁〔646 頁〕（法学協会、1932 年）は、ドイツでは「此の不利益とは其の事實の舉證責任…を相手方が負擔するの意と解する説が可成多い」と指摘している。ちなみに、自白において証明責任説を採る、ローゼンベルク・証明責任論（判例タイムズ社、全訂版、1987 年）の原書・初版が刊行されたのは 1900 年（明治 33 年）、同第 2 版が刊行されたのは 1923 年（大正 12 年）のことである。

- 71) 旧民法（1890 年（明治 23 年）4 月 21 日公布法律第 28 号）証拠編では、以下のとおり定められることとなった。

「 第一部 證據

總則

第一條 有的又ハ無的ノ事實ヨリ利益ヲ得ンカ爲メ裁判上ニテ之ヲ主張スル者ハ其事實ヲ證スル責アリ

相手方ハ亦自己ニ對シテ證セラレタル事實ノ反對ヲ證シ或ハ其事實ノ効力ヲ減却セシムル事實トシテ主張スルモノヲ證スル責任アリ

第二條 自己ノ主張ノ全部又ハ一分ヲ法律ニ從ヒテ證セス又ハ判事カ證據ヲ査定スル權ノ自由ナル場合ニ於テ判事ニ此主張ノ心證ヲ起サシメサリシ原告若クハ被告ハ其證セサリシ點ニ付キ請求又ハ抗辯ニ於テ敗訴ス 」

- 72) 石田・前掲注 5) 10 頁以下。なお、本稿では、以下のことを前提とする。すなわち、ある事實の存否不明のときに、いずれか一方の當事者が、その事實を要件とした自分に有利な法律効果の發生が認められないことになるという危険または不利益のことを「客觀的証明責任」〔結果責任としての証明責任〕といい、弁論主義の下でいずれの當事者も争いある事實の証明にとって必要な証拠を提出しないとき、その事實が無証明（眞偽不明）となって不利益を受けることを望まない當事者が証拠を提出すべき責任を「主觀的証明責任」（抽象的証拠提出責任）〔行為責任としての証明責任〕という。両者は、どちらの當事者がそれを負擔するか（分配）が一致し、自由心証主義の枠内で訴訟手続の過程で裁判官の心証に応じて刻々変わりうる「立証の必要」と區別される。

- この三者の区別を強調するのは、三ヶ月・前掲注4) 406頁以下。
- 73) 三ヶ月・前掲注4) 406頁、高島義郎「主観的挙証責任と客観的証明責任」我妻栄編集代表・学説展望258頁(有斐閣、1964年)。なお、ローゼンベルク・前掲注70) 21頁以下なども参照。
- 74) 雫本朗造・民事訴訟法の諸問題194頁以下(有斐閣、1955年)(初出「舉証責任ノ分配」土方教授在職二十五年記念私法論集473頁以下(有斐閣書房、1917年))では、「舉証責任ナル觀念ハ、訴訟ノ裁判ヲ爲スニ付キ重要ナル事実ノ眞偽カ不明ナルコトヲ前提トス」「舉証責任ナル觀念ハ、舉証ノ必要從テ舉証作用ト區別スルコトヲ要ス」と指摘する。なお、ドイツ法学の強い影響を受けて、裁判上の自白の法的性質が觀念の表示(真実の表示)であるとの理解が支配的になるのも、この時期のことである。
- 75) 兼子一・民事訴訟法概論290頁(岩波書店、1937年)など参照。
- 76) 大判大正9・4・8民録26輯482頁などは、「立証の必要」を(主観的)「舉証責任」といつている。たとえば、昭和24年に刊行された、中島弘道・舉証責任の研究1頁以下(有斐閣、1949年)は、客観的証明責任を排斥し、主観的証明責任と立証の必要との区別を強調するが、これは少なくともその時点まで裁判実務において両者の区別が曖昧なまま使われていることを推測させる。これは同時に、本証と反証の区別も曖昧であることを意味する。
- 77) 兼子一「立証責任」民事訴訟法學會編・民事訴訟法講座(2)561頁以下(有斐閣、1954年)。石田・前掲注5)40頁以下参照。
- 78) 岩松ほか編・前掲注4)101頁以下。石田・前掲注5)43頁以下参照。
- 79) 大判昭和8・2・9民集12巻397頁の位置づけを手許にある体系書で確認すると、証明責任説を採る、三ヶ月・前掲注4)388頁〔判例は証明責任説を採ると説明し、本判決を引用〕、伊藤・前掲注4)350頁〔本判決は証明責任説を採ると説明〕、中野ほか編・前掲注2)315頁〔春日〕〔本判決を引用し、判例は、「一般論として証明責任説に立つとはいうものの、実際上は敗訴可能性説によっているとする評価も可能であったりして、いずれの説によっているかについて必ずしも明確でない」という〕、敗訴可能性説を採る、兼子・前掲注5)246頁〔本判決は証明責任説を採るとする〕、菊井・前掲注5)398頁〔本判決は証明責任説を採るとする〕、斎藤・前掲注5)268頁〔証明責任説を採る例として本判決を引用〕、新堂・前掲注5)583頁〔本判決は、「一般論として証明責任説をとるとくであるが、自白の成立を認める」と説明〕、小島・前掲注5)448頁〔判例は証明責任説を採るとして、本判決を引用〕、川嶋・前掲注5)476頁注(23)〔判例は一般論として証明責任説に立つとして、本判決を引用するが、「その評価には異論があり、不確かな状態である」と説明〕、不利益要件不要説を採る、三木ほか・前掲注6)240頁〔三木〕〔判例は、一般論として証明責任説を説く〕として、本判決を引用〕、不利益を撤回要件とする、河野正憲ほか・ブリエール民事訴訟法145頁〔勅使川原和彦〕(法律文化社、2010年)〔判例は一般に証明責任説を採っているとして、本判決を引用〕、両説を併記する、右田堯雄・民事訴訟法260頁(嵯峨野書院、改訂版、1986年)〔証明責任説を採るものとして、本判決を引用〕などである(ただし、私見では、本判決の事案を前提とすると、証明責任説の先例とすることも、敗訴可能性説の先例とすることも適切でない)。これに対し、証明責任説を採る、三ヶ月章・民事訴訟法426頁(弘文堂、第3版、1992年)、証明責任説のみを紹介する、小田司編・民事訴訟法125頁〔清水誠〕(弘文堂、第2版、2016年)、安西ほか・前掲注2)〔畑〕、敗訴可能性説を採る、小山・前掲注5)286頁、河野・前掲注5)403頁、不利益要件不要説を採る、松本ほか・前掲注6)331頁〔松本〕および上原敏夫ほか・民事訴訟法151頁〔池田辰夫〕(有斐閣、第7版、2017年)などは、本判決を先行自白の例としてのみ引用する(ただし、私見では、本判決の事案を前提とすると、先行自白の先例とすることも適切でない)。また、証明責任説を採る、柏木・前掲注4)202頁、敗訴可能性説を採る、林屋・前掲注5)246頁、山本ほか・前掲注5)187頁〔山本〕および谷口安平・口述民事訴訟218頁～223頁(成文堂、1987年)は本判決を引用していない。
- 80) 竹下守夫「裁判上の自白」民商44巻3号(1961年)444頁以下は、事案を「不動産の登記名義人Yを相手として、Xが自己が真の所有権者なりと主張して、登記抹消を請求した。Xは、第一

審で、係争不動産は元Aの所有に属し、A-B-Xと順次相続により所有権が移転したと主張。Yは相続の点を否認し、A-C-D-Yなる経路〔本稿の表記に改めれば、A-D-C-Yなる経路〕によりYが所有権を取得したと陳述。第二審で、Xは主張を改め、BはAより相続したのではなく他から買受け、Xはそれを相続したと述べた。しかし、二審判決は、Yが既に、元来Aの所有であったとのXの当初の主張を援用して、A-C-D-Y〔本稿の表記に改めれば、A-D-C-Y〕という移転経路を主張するに至った以上、XはYに異議ある限り濫りに当初の主張を変更しえないとし、大審院もこれを支持した。』とまとめたうえで、「しかし、Yの主張は、この訴訟では所謂積極否認であって抗弁ではないから、その内容をなす事実は間接事実にすぎない。従って、この判決は、間接事実の自白にも拘束力を認めたと帰する。」と位置づけ、同461頁では、この「事件は、挙証責任説をとるか、敗訴可能性説をとるかによって結果に差違を生ずる場合ではないのであり、その意味で、…判決が『立証責任云々』と述べているのは傍論なのである。」とする（しかし、本件においてYが主張したいことはBが相続した財産中にはAもと所有の本件土地が含まれていなかったということであり、生前の一般承継事由であるBの家督相続自体については争う意思がないと思われるし、実際に争っていない）。これに対し、小林・前掲注5) 244頁は、「大審院判決は、一般論として証明責任説に立っており、たとえば大判昭和八年二月九日（民集一二卷三九七頁）は、裁判上の自白により『相手方ハ之ニ依リ立証責任ヲ免除セラルベキ』と説いているが、実際の事案は右の所有権確認請求の事例に近いもので〔あ〕って、結論として裁判上の自白の成立を認めているため、証明責任説ではなく敗訴可能性説に立った結論になっている。」とし、同247頁注(13)で「…証明責任説か敗訴可能性説かで結果に差が生じなかった事案としているが、結果的に敗訴可能性説に立った判例と評価すべきであろう。」と指摘する。なお、松本・前掲注6) 24頁注(33)は、「本件においては、Yは自己の所有権の確認を求める反訴を提起し、その理由としてAへの所有権帰属の事実を主張しているのではないので、Aへの所有権帰属の事実Yの証明責任事項ではない。この事実はXの請求を理由あらしめる事実として、Xの証明責任事項である。…それゆえ、証明責任説によれば、Xの自白は成立しない。しかし、本件においてAへの所有権の帰属について自白が成立していると見る実益はあるであろう。それによってYの所有権取得の経路を明らかにすることが容易になるからである。」という（ただし、「Yの所有権取得の経路」とする必要はなく、「Aが隠居するにあたり本件土地を留保したのかどうか」を問題とすれば足りると考える）。

- 81) 最判昭和55・2・7民集34卷2号123頁は、「相続による特定財産の取得を主張する者は、(1)被相続人の右財産所有が争われているときは同人が生前その財産の所有権を取得した事実及び(2)自己が被相続人の死亡により同人の遺産を相続した事実の二つを主張立証すれば足り、(1)の事実が肯認される以上、その後被相続人の死亡時まで同人につき右財産の所有権喪失の原因となるような事実はなかったこと、及び被相続人の特段の処分行為により右財産が相続財産の範囲から逸出した事実もなかったことまで主張立証する責任はなく、これら後者の事実は、いずれも右相続人による財産の承継取得を争う者において抗弁としてこれを主張立証すべきものである。」と判示する。この考え方に基けば、「Aが隠居するにあたり本件土地を留保したこと」は抗弁事実になると解されよう。これに対し、大判昭和8・2・9民集12卷397頁は、「被相続人の死亡時〔隠居時を含む〕まで同人につき本件土地の所有権喪失の原因となるような事実はなかったこと、及び被相続人の特段の処分行為により本件土地が相続財産の範囲から逸出した事実もなかったこと」をも請求原因事実と解していたのではないかとも思われるが、抗弁と否認、本証と反証の区別が曖昧であった時代を前提とするとこれを論じても無意味であろう。
- 82) 兼子・前掲注23) 214頁以下。なお、我妻編集代表・前掲注23) 101頁〔高島〕は、「YがXの先行自白の援用によって免除されたのは、単に敗訴をさけるために証拠を提出して主張事実を証明すべき挙証の必用にすぎない。しかしこの意味の挙証の必要を挙証責任と呼んだこともあり（主観的挙証責任）、判例も古くはこの用例にしたがっていたから…、この判例もこれと同様の立場にあるとすれば挙証責任説に属するといえるわけである。」という。

- 83) 兼子・前掲注70) 204頁。
- 84) 兼子一・民事訴訟法講義案 223頁(兼子一, 1935年)。
- 85) 兼子・前掲注23) 215頁。
- 86) 兼子・前掲注75) 284頁。
- 87) 兼子・前掲注5) 246頁(初出の, 民事訴訟法体系は, 1954年刊行)。なお, 兼子一・條解民事訴訟法(上) 713頁以下(弘文堂, 改訂, 1955年)は, 「不利とはその事実が認定されると訴訟が全部又は一部敗訴となる可能性のある場合であればよい。必ずしもその事実の舉證責任が相手方にある場合には限らず, 本来自己が舉證責任のある事実を否定する陳述もまた自白となると解する。例えば要物契約を主張しながら, 自ら物の引渡のなかったことを陳述する場合の如し。」とし, 兼子・前掲注75) 284頁の定義と兼子・前掲注5) 246頁の定義との中間的な形態をとっている。
- 88) 三ヶ月・前掲注4) 388頁, 小山・前掲注5) 286頁, 秋山ほか・前掲注5) 52頁, 賀集ほか編・前掲注4) 155頁[高地], 中野ほか編・前掲注2) 313頁[春日]などがある。これらの文献は, 証明責任説との違いをとくに意識するものであろう。
- 89) 菊井・前掲注5) 292頁, 斎藤編著・前掲注4) 386頁[小室], 斎藤・前掲注5) 267頁, 林屋・前掲注5) 246頁, 斎藤ほか編・前掲注4) 249頁[小室=吉野], 梅本・前掲注4) 763頁, 河野・前掲注5) 408頁, 小島・前掲注5) 448頁, 松本ほか・前掲注6) 331頁[松本]などがある。これらの文献のうち, とくに近年のものは, 第3類型の自白成立の可能性を排斥していると理解することもできよう。
- 90) 門口編集代表・前掲注4) 137頁[渡邊], 高橋ほか編・前掲注5) 87頁[菱田], 伊藤・前掲注4) 350頁, 兼子一原著・前掲注5) 1030頁[松浦=加藤], 新堂・前掲注5) 583頁, 高橋・前掲注1) 484頁, 川嶋・前掲注5) 476頁, 三木ほか・前掲注6) 240頁[三木], 笠井ほか編・新・前掲注5) 766頁[山田]などがある。
- 91) 兼子・前掲注70) 230頁以下, 235頁は, 第2類型自白成立を想定しているように思われる。
- 92) 福永・前掲注11) 781頁。
- 93) 福永・前掲注11) 788頁。
- 94) 福永・前掲注11) 804頁以下参照。ただし, 「予約完結の意思表示にもとづくという主張は, それがある以上その他の根拠はないとの主張を包含」する, 「X・Y間の使用貸借があるという主張は, A・Y間の賃貸借はないという主張を含む」というように解釈できるのは複数の可能性が存在する場合であり, 一物一権主義が支配する場合にはそのような解釈による説明は困難である。すなわち, 「Aの所有であった」は同時に「A以外の者の所有でなかった」ということを意味し, 「A以外の者の所有でなかった」という陳述を擬制するまでもなく, 「Aの所有であった」という陳述につき被告に自白の成立があったとすべきである。または, 福永教授の考え方からすると, 「[Aが所有した本件土地を相続により取得した]という取得経路以外のものはないとの主張を包含する」と解すべきことにならうか。
- 95) 福永・前掲注11) 805頁。
- 96) ただし, 福永・前掲注11) 798頁では, 自己に不利益な事実の意味について「『その事実に基き自分が全部又は一部敗訴になる可能性がある場合』であればよい」見解が敗訴可能性説であるとしている。これは第3の定義を採用するものである。
- 97) 新堂・前掲注21) 360頁。ただし, 「Aに帰属していた」との事実がXが証明責任を負うものであるから, 敗訴可能性説によっても, 両当事者の陳述が一致した時点でYに自白が成立しているはずであるが, この点について言及がない。また, 「原告がBから買受けた」と主張した時点で, 「Aに帰属していた」との事実につきXに自白が成立するとされるが, このことによってYの自白が影響を受けるのかどうかについても説明がない。さらに, Xは自己の自白を撤回することができるのか, できるのだとすると, 「真実に反する」ことにつき何を主張立証すればよいのか, は明らかでない。なお, 「自白を当該訴訟ではその事実を争わない旨の意思と捉える新堂説を延長していけば, 不利益事実の先行陳述においては争わない旨の意思まで本当にあるのか不明確であり,

相手方の援用のあった段階でその意思を再確認する必要があるとすること、裏から言えば、相手方援用後直ちに撤回した場合には撤回を認める…と理論構成する余地が生ずる。これは厳密には先行自白否定論であると評される(高橋・前掲注1) 482頁)。また、「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」が自白の効果を正当化するのであり、「通常、相手方と一致した陳述が弁論においてなされれば、そのような意思があるものと一般的に推論できるから、そのような陳述を自白の外形としてとらえている」(新堂・前掲注5) 582頁注(1)という立場を徹底すれば、陳述一致不要説に至りかねない(陳述一致不要説については、松本・前掲注6) 34頁以下参照)。ちなみに、伊東俊明「自白」法教242号(2000年)28頁は、「争わない」という当事者の意思を重視して自白の成立を認める考え方では、陳述一致要件は重要でない、という。

- 98) そもそも、ある主張をし、それとは別個独立の主張を仮定的〔予備的〕に主張した場合、両者は相排斥する関係にあるが、同格のはずである。
- 99) 高橋・前掲注1) 490頁注(15)。ただし、これに続けて、「このような証拠調べの結果を斟酌することまで敗訴可能性説は問うていたのだろうか」と疑問を呈するとともに、「けれども、このような場合にも、自白の成立を認める説が多い。兼子・判例214頁、新堂583頁(ただし、裁判所は当事者の意思を確かめるべきであるとする)、小林・証拠242頁、ほか。」という。
- 100) 原告Xが本件建物を訴外Aから買い受けたとして被告Yを相手どってその明渡しを求めたのに対し、被告Yははじめ使用貸借の存在を主張し、原告Xが建物の使用関係は使用貸借であって賃貸借であることは否認すると述べ、その後、被告Yが建物の前所有者Aとの間に賃貸借が存在し、原告Xがこれを承継するものであると主張するにいたったという事案において、最判昭和35・2・12民集14巻2号223頁は、「自白とは、自己に不利な事実の陳述をいうのであるから、以上の如き訴訟の経過に照らすと、本件において自白というべきものは、原審の判示した如くYの『本件家屋の占有は使用貸借に基くものである』との陳述ではなく、Xのなした『使用貸借の事実を認める』との陳述であり、その結果、Yとしては、使用貸借の事実については、立証を要しなくなったものにほかならない。したがって、Yが右主張を撤回し、新たに賃貸借の主張をするにいたったとすれば、立証を要しない主張を立証を要する主張に変更したにとどまり、これをいわゆる自白の取消ということとはできない」と判示した。この判決に対して、福永・前掲注11) 804頁は、「X・Y間の使用貸借があるという主張は、A・Y間の賃貸借はないという主張を含むものであると解されるとすれば、その限りにおいて自白と解される」とし(なお、同808頁以下も参照のこと)、新堂ほか編・前掲注22) 209頁〔田邊〕は、「使用貸借契約の存在という事実は、家屋の占有権原を示すという意味では、Xにとって不利な事実としてXの自白とされているが、Xが当該契約の終了を理由に明渡しを求める場合には…、Yに不利な事実としてYの自白と解される(この点では、権利自白の問題である…。)」とする。また、新堂ほか編集代表・前掲注6) 108頁以下〔佐上〕は、「この事案が事実審において、使用貸借契約の終了を原因とする家屋の返還請求とも所有権に基づく無権限者に対する明渡請求のいずれであったか判然としないと指摘されている…。請求原因をどうみるかによって、被告の主張が自白とも抗弁ともなりうるのである。このことは原告の請求原因をはじめから固定的に考えてはならないことを教えている。訴訟経過の中で、相手方の立証責任を負う事実を認めている限りにおいて自白が成立し、自白者は抗弁を提出する負担を負う。しかし、相手方が請求原因を変え主張を組み替えてくると従来の自白は、抗弁に転化することもある」と指摘する。
- 101) 小林・前掲注5) 242頁。
- 102) 伊藤・前掲注4) 351頁は、第3類型の自白を前提として、敗訴可能性説について「当事者が自己の証明責任に属する事項について、いったん特定の実事を主張しながら、後にそれと矛盾する事実を主張するときに、先に主張された事実が当該当事者の敗訴につながる可能性がある点をとらえて、不利益な事実として自白の成立を認めるところに、この考え方の特徴がある」とし、「有利な事実か不利益な事実かが一義的に確定できないところに問題があ」としつつ、注(215)にお

いては、第2類型の自白を例として引用する。また、第1類型の自白を想定していると思われるが、「実質的にも、矛盾した陳述をしているにすぎない当事者に対して、自白にもとづく拘束力を課してよいかどうかという疑問もある。」と指摘する。

- 103) 新堂・前掲注5) 583頁。高橋・前掲注1) 484頁，小林・前掲注5) 245頁以下も同旨。また，福永・前掲注11) 805頁も，このような調整を肯定していると思われる。
- 104) 松本・前掲注6) 26頁以下。ここで前提とされているのは，第2類型の自白に属する，⑤と⑥の例である。なお，同20頁の記述からすると，第3類型の自白をも視野に入れての立論であることを窺うことができる。
- 105) 松本ほか・前掲注6)〔松本〕331頁。

### ● Summary

Some scholars believe a confession necessarily results in the loss of a case, based on a 1933 decision of the Daishinin, the predecessor to today's Supreme Court. From the perspective of today, however, this judgment was inappropriate. Professor Kaneko expressed the opinion that it was correct, and his followers have continued to do so. However, this simply means that its validity has been assumed without being called into question. Consequently, I think it is wrong to treat this judgment as a precedent.