

多数当事者訴訟における裁判上の自白

河野 憲一郎

目 次

- I. 序
- II. 裁判上の自白と訴訟当事者の手続的処分権
- III. 共同訴訟における裁判上の自白をめぐるいくつかの問題
- IV. 独立当事者参加訴訟と裁判上の自白
- V. 訴訟承継の場合における被承継人の裁判上の自白
- VI. 多数当事者訴訟から見た裁判上の自白の拘束力への視角
- VII. 結 語

I. 序

民事訴訟法は、一人の原告が一人の被告と対立する訴訟形態に加えて、一つの訴訟手続における原告又は被告の一方又は双方が複数であったり、あるいは既存の訴訟手続に参加人が関与したり、さらには異時的に新たな当事者が加入してくる訴訟形態を用意している。具体的には、共同訴訟、訴訟参加、当事者の交替の諸場合が、後者の形態に該当する。前者の形態のいわゆる個別訴訟において、当事者の一方が相手方のなした自己に不利な主張を認めた場合には、《裁判上の自白》が成立し、これによって裁判所の事実認定が排除されるとともに、自白当事者自身も自らの自白に拘束されて自由な撤回ができなくなる。こうした陳述は、後者の形態、すなわち多数当事者訴訟の場合でも問題となる。しかし、そこではまさに一つの手続に多数の当事者が関与することに特有の問題が出てくる。多数当事者訴訟における裁判上の自白の問題は、解釈論上の重

要問題であるにもかかわらず、従来それほど立ち入って論じられてはこなかった。こうした状況に大きな影響を及ぼしたのは、伝統的な通説に典型的にみられる方法論ではなかったかと思われる。すなわち、伝統的な見解は、個々の多数当事者訴訟形態の《構造》を明らかにし、そこから演繹的に個別問題についての法的帰結を引き出してきた。このような方法論に決定的な影響を及ぼしたのは、兼子一博士の議論であった。もっとも、そこで語られた《構造論》のもつ時代的な制約を見落としてはならない。まず、そもそもこうした《構造論》が提示されたのは旧法下においてのことであり、現行民事訴訟法の下では、法文の規定上ももはやそのままの形でこれが維持されているわけではない。例えば、独立当事者参加においては、改正によって片面参加が認められたため、これを三面訴訟とみる基盤は揺らいできている。次に、解釈論のレベルで見ても、従来から多数当事者訴訟における審理の規律については個々の論稿によって様々な問題提起がなされてきてはいたが、こうした段階からさらに一歩進んで、新堂幸司教授の体系書『新民事訴訟法』の第4版においては、諸論稿の問題提起を受けて、この分野での従来からの大幅な改説があった。多数当事者訴訟の分野では、伝統的な見解が新たな角度からの見直しを迫られている。

こうした状況を受けて、本稿では、多数当事者訴訟において当事者が行った裁判上の自白の問題について検討を加えることとしたい。この問題を検討するにあたっては、一方で《構造論》も重要ではあるが、しかし他方で、そこで問題となる《行為の規律原理》にも目を向ける必要があるように思われる。多数当事者訴訟における裁判上の自白という問題について、自白という行為の側面から従来の議論に光を当て直すことによって解釈論にとっての新たな知見を引き出すことが、本稿の課題である。

叙述の順序は、以下の通りである。はじめに共同訴訟に関する民訴法39条及び40条から問題へアプローチするための視点を明らかにした上で(Ⅱ)、共同訴訟(Ⅲ)、独立当事者参加(Ⅳ)、訴訟承継(Ⅴ)のそれぞれにおける裁判上の自白の問題を眺め、裁判上の自白の拘束力の根拠を再検討した上で(Ⅵ)、結びとしたい(Ⅶ)。

II. 裁判上の自白と訴訟当事者の手続的処分権

1. 多数当事者訴訟における審理の規律に関する法規定の状況

多数当事者訴訟における審理の規律について定めている基本的な規定は、民訴法39条および40条である。それによると、通常共同訴訟の場合、「共同訴訟人の一人の訴訟行為……は、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない」(39条)。これに対して、必要的共同訴訟の場合、「その一人の訴訟行為は、全員の利益においてのみその効力を生ずる」(40条1項)。以上の共同訴訟に関する規定は、独立当事者参加の場合にも重要な意味を持っている。独立当事者参加の場合に「第40条第1項……の規定は、……準用する」ものとされているからである(47条4項)。加えて、訴訟係属中に係争物が譲渡された場合、被承継人は47条にもとづいて参加し、又は41条1項および3項によって訴訟を引き受けることになる。

このように多数当事者訴訟全体にとって民訴法39条および40条が重要な意味をもつ。そこでは《訴訟行為の効力》という観点が法文上きわめて重要視されている。ただ、法文は簡単で、具体的な問題の解決は大幅に理論に委ねられている。したがって、当事者の《行為》を基軸に置きつつ、これらの規定を——準用等の場合も含めて——整序する理論的な視点が必要になってくるのである¹⁾。

1) 本稿の検討対象は、さしあたって「多数当事者訴訟における裁判上の自白」の問題に限定されているが、将来的には多数当事者訴訟法理全体の解明に向かいたいと考えている。こうした将来的な研究の方向性をも踏まえた場合に、本稿は、その問題関心を菱田雄郷「第三者による他人間訴訟への介入(一)(二・未完)」法協118巻1号(2001年)1頁以下、同119巻8号(2002年)1147頁以下と広く共有するように思われる。もっとも、菱田論文が、多数当事者訴訟全体の問題にアプローチするに当たり、「一旦独立当事者参加に視点を限定して一定の視角を得てから、多数当事者訴訟における他の領域をもその視角から眺めてみる」(118巻1号8頁以下)との戦略をとるのに対して、筆者は、この問題に《当事者の行為》の側面から光を当てるべきではないかと考えている。こうした観点から有用な道具立てと考えているのが、本稿において用いられる《手続的処分権》の観念である。

2. 裁判上の自白の《効力》をめぐる見解の対立

そこで、本稿では、当事者の《行為》としてこれらの手続で度々重要な意味をもつ裁判上の自白の多数当事者訴訟における取扱いについて検討したい。問題に立ち入る前に予め裁判上の自白がどのような《行為》なのかを確認しておこう²⁾。

裁判上の自白は、法律上は証拠に関する規定のはじめに定められているが、この裁判上の自白が立証段階の問題ではなく、主張段階の問題であることについて、全く異論はない。弁論主義が採られるところでは、裁判所は自白事実と反する事実を証拠によって認定することはできないことについては、学説上争いはないからである。一旦自白が成立すれば、その事実について裁判所の認定は排除されるし、自白者もこれに拘束されてこれに反する主張ができなくなる。

見解の対立は、その《法的性質論》を中心に展開している。通説は、防御権を放棄し、あるいは事実を真実として確定させる意思の表示ではなく、観念の表示であるという（観念の表示説）。これによると、内容として、事実を認め、これに基づいて判決されることに異議のないことが表現されていればよく、その事実が自己に不利益なことや自白の拘束力を意識してする必要はない、とされる³⁾。これに対して有力説は、裁判上の自白とは、《相手方の主張する自分

2) この問題について、筆者は若干の論稿を公にしている。拙稿「民事自白法理の再検討（1）～（3・完）」一橋法学4巻1号299頁以下、同2号475頁以下、同3号975頁以下（いずれも2005年）、同『法律上の陳述に対してなされた自白とその効力——「権利自白論」の再検討（1）（2・完）」商学討究57巻1号（2006年）209頁以下、同59巻1号（2008年）157頁以下。

3) ここで通説として念頭に置いているのは、加藤正治『新訂民事訴訟法要論』（有斐閣、第3版、1951年）229頁以下（特に230-231頁）、菊井維大『民事訴訟法（下）』（弘文堂、第5版、1962年）290頁以下（特に292頁）のほか、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』（青林書林、5訂版、1989年）318頁以下など。通説は、ドイツ民事訴訟法（ZPO）の自白規定に準じた解釈を採る。すなわち、裁判上の自白は、裁判所と当事者を拘束し、撤回要件について明文の規定はないが、ZPO290条にならって、自白が真実に反しかつ錯誤にもとづいてされたものであることを証明した場合は、これを許すものとする。なお、当事者間に一

に不利益な事実を争わない旨を表明する、弁論としての陳述》である、として意思的要素を強調する（自白意思説）⁴⁾。この見解は、自白の成立、自白の撤回さらには権利自白をめぐる議論において、通説とは異なる見方を展開することを可能にしている⁵⁾。

わが国において自白意思説が強調するのは、主としてこうした個別の《解釈論》レヴェルでの相違であった。しかし、観念の表示説と自白意思説の対立は、当事者の事実についての処分権を認めるか、そうでないかという根本的な点についての対立に結び付いている。裁判上の自白は、裁判所的事实認定を排除するが、それは通説によれば、あくまでも当事者の意思とは無関係に生じる法定の効果であり、《処分類似の効果》を認めたものというにすぎない。これに対して、裁判所的事实認定の排除の基礎に当事者の自白意思があるのだとすれば、裁判上の自白は、まさに当事者に事実認定を不要ならしめる《処分そのもの》を認めたものということになる。

3. 本稿の視点

筆者は、裁判上の自白の本質は当事者による争点減縮行為であるということ、沿革にさかのぼって明らかにした⁶⁾。このように、事実認定を不要ならしめる《処分そのもの》を認めた制度が裁判上の自白であるとするならば、その

致した陳述があれば、ただちに有効な裁判上の自白が成立するとの見解（松本博之『民事自白法』（弘文堂、1994年）26頁以下、池田辰夫「裁判上の自白」三ヶ月＝中野＝竹下編『民事訴訟法演習Ⅰ』（有斐閣、新版、1983年）242頁以下）も、撤回要件との関連など通説と対立する面はあるが、ここでの議論との関係では、通説と同じ立場に立つということができよう。これらの見解は、裁判上の自白の観念の表示たる性質をむしろ徹底したものと言いうる。

4) 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、第4版、2008年）508頁以下、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣、2005年）419頁。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）158頁〔初出・判タ1035号（2000年）61頁以下〕は、さらに一歩進めて、自白を争点排除に係る明確な意思表示として位置付ける。

5) 高橋・前掲注4）419頁以下。

6) 前掲注2）の拙稿参照。

前提として当事者には、訴訟手続において《手続的処分権》が認められていなければなるまい。かかる《手続的処分権》は、《実体法上の処分権》とは区別されるものである⁷⁾。本稿では従前に論じたところを受けて、《手続的処分権》という観念を中心軸としつつ、多数当事者訴訟における裁判上の自白の規律を論じる。これが本稿の視点である。

Ⅲ. 共同訴訟における裁判上の自白をめぐるいくつかの問題

1. 共同訴訟と当事者の手続的処分権

通常共同訴訟においては、各自相手方との間の訴訟を追行する相対的な関係を有するだけで、共同訴訟人相互の関係はない。したがって、共同訴訟人の一人の訴訟行為又はこれに対する相手方の訴訟行為は、当該共同訴訟人と相手方との間の訴訟について効力を有するだけであり、他の共同訴訟人の訴訟には何ら影響を及ぼさない。また、各自が請求の放棄・認諾や訴訟上の和解をすることができるし、裁判上の自白の効力も自白者の訴訟についてだけ裁判所の事実認定を排除することとなる。このように通常共同訴訟においては共同訴訟人独立の原則が妥当する（民訴法39条）。以上のような取り扱い、通常共同訴訟においては、便宜上同一の期日に手続が行われているにすぎず、判決が区々ばらばらになってもかまわないとされていることからして、当然のこととも言える。これに対して、必要的共同訴訟に関しては、事情は異なる。この場合、相手方と共同訴訟人全員の間の勝敗を一挙一律に定めなければならないから、判断資料を統一し、訴訟進行をそろえる必要があるからである。このことのために、日本法は、共同訴訟人の一人の訴訟行為は、全員の利益においてのみ効力がある（民訴法40条1項）、と定めているのである。

7) 《手続的な処分》の観念については、既に河野正憲「裁判によらない訴訟の終了」竹下守夫編集代表『講座新民事訴訟法Ⅱ』（弘文堂、1999年）381頁に当事者の訴訟終了行為との関係で言及がある。

こうした共同訴訟における訴訟行為の規律が、訴訟の基本原則とどのように結びついているのかに着目した場合、兼子博士の指摘は大変興味深い。博士は、(i)通常共同訴訟の場合につき、「当事者が紛争を自主的に解決できることを基礎とする弁論主義に基く自由と権能は、偶々他に共同訴訟人がいても、制限や干渉を受ける筋合いではないのであるから、ある共同訴訟人は請求の放棄、認諾、和解をすることによって、他の者の紛争と無関係に解決できるし、又共同訴訟人中のある者は自白に基き、他の者は自由心証による認定に基いて判決されることも、何ら矛盾と考えるに及ばない」とした上で⁸⁾、(ii)必要的共同訴訟において有利な行為は共同訴訟人の一人がしても全員のために効力が生じるとともに、反面不利な行為は全員がそろってしない限り本来の効力が生じるとされるのは、「全員に訴訟追行上終始一致した行動を要求するのは無理なので、……連合関係を認めて統一を図る」ものだという⁹⁾。

この説明には、いくつかの注意が必要であろう。第一に、通常共同訴訟における請求の放棄・認諾や訴訟上の和解を《弁論主義》によって説明している点である。ここで言うところの《弁論主義》は、広義のそれであり、《処分権主義》と同義と理解される。したがって、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解は、自由意思による処分行為ということになる。つまり、合一確定の必要のない通常共同訴訟の場合、こうした《自由意思による処分》は偶々他に共同訴訟人がいても、制限や干渉を受ける筋合いではないが、合一確定の必要がある場合には、全員でしないと効力を生じないということになる。しかしそうだとすると、第二に、裁判上の自白を《観念の表示》とすることとの関係が問題となる。裁判上の自白を《自由意思による処分》とみた方が、問題を整合的に解決できるようにも見えなくはない。

前述のごとく、《手続的処分権》という観念を中心軸としつつ問題を考えるのであれば、民訴法39条と40条とは両者相まって共同訴訟における《手続的処

8) 兼子・前掲注3)『体系』386頁。

9) 兼子・前掲注3)『体系』392頁以下。

分権》の行使態様について定めたものだということになる。すなわち、前者は《手続的処分権》の単独行使についての規定、後者はその共同行使についての規定ということになる。以下、こうした観点にもとづいて、共同訴訟における裁判上の自白をめぐる若干の問題を検討する。

2. 手続的処分権の共同行使と裁判上の自白の拘束力

先にみたように、民訴法40条の規定は、手続的処分権の共同行使について定めたものであるが、伝統的な見解は、これを《連合関係》によって説明してきた¹⁰⁾。そのうえで、共同訴訟人の一人のした自白は効力がないとの解釈を採っていた¹¹⁾。

これに対して、近時、高田裕成教授によって、類似必要的共同訴訟における合一確定の意義は、単に共同訴訟人間でその「足並みを揃える」ことにとどまるわけではなく、むしろ、そこに、他の共同訴訟人のした「不利益な」訴訟行為の効果は結果として否定されるという、牽制の契機を見いだすことができるとの指摘がなされている。その際、こうしたわが国の類似必要的共同訴訟に見られる牽制の契機は、「懈怠した共同訴訟人は、懈怠していない共同訴訟人によって代理されたとみなす」とする ZPO62条1項の規制の趣旨が、勤勉に行動する者、すなわち積極的に訴訟行為をする者は、他の共同訴訟人の「行為」によって不利益を受けるべきではなく、自己の権利保護機会を確保、貫徹することの可能な地位が保障される必要があることに求められているのと軌を一に

10) 例えば、兼子・前掲注3)『体系』393頁、三ヶ月・前掲注3)227頁、新堂・前掲注4)〔第3版補正版〕765頁、〔第4版〕792頁以下、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)』(有斐閣、補訂版、2006年)212頁注(10)、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版補訂2版、2008年)514頁(井上治典執筆)。

11) 例えば、兼子・前掲注3)『体系』393頁、三ヶ月・前掲注3)220頁、小山・前掲注3)493頁、新堂・前掲注4)209頁、高橋・前掲注10)209頁、伊藤眞『民事訴訟法』(有斐閣、第3版3訂版、2008年)597頁、松本博之=上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂、第5版、2008年)〔851〕以下(上野執筆)、上田・前掲注11)521頁、中野=松浦=鈴木・前掲注10)515頁(井上(治)執筆)など。

するとの理解の下、ドイツ法における裁判上の自白の取り扱いが「十分に魅力的なもの」であると評価されている。すなわち、ドイツの学説によれば、共同訴訟人の一人が、その他の者によって争われている全員について共通の事実を自白した場合、たしかに自白をした当の共同訴訟人についてはZPO290条による拘束力が生じる——自白の自由な撤回ができなくなる——が、他の共同訴訟人については事実は証明が必要である。また、統一的にその真実性が判断されなければならないが、この証明に際して自白は《徴表》として評価されうる、と説かれるのである¹²⁾。

高田教授が魅力的と評価するドイツの議論とわが国の通説との違いは、自白当事者に不可撤回効がかかるかどうかである。日本法では、審判権排除効は当然のこととして、不可撤回効も生じない。これに対して、ドイツの学説の言うところによれば、不可撤回効は生じるのである。ドイツの議論の特徴は、この場合の裁判上の自白にはZPO288条の拘束力は発生しないとしつつ、しかし、自白した一人の当事者との関係のみにおいて、ZPO290条による拘束力をかけることにある。

そもそもわが国とドイツにおける議論には、法規定の相違のほか¹³⁾、裁判

12) *Bork*, in Stein / Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl. 2002, §62 Rdnr. 33 のほか、*Hellwig*, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Bd.1, 1912, S. 343; *Rosenberg / Schwab / Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl. 2004, § 49 Rdnr. 44. なお、ここで述べられている自白の《徴表》としての評価については、裁判上の自白が、証拠方法ではないこととの関係が問題となってくるが、問題点の指摘にとどめておく（特に、*Hellwig* は、上記 System において《証拠原因 (Beweisgrund)》との表現を採っている）。

13) 日本法の沿革との関連でドイツ法にふれるのは、例えば、上田徹一郎＝井上治典『注釈民事訴訟法(2)』(有斐閣、1992年)72頁以下(徳田和幸執筆)。また、CPO59条(現ZPO62条)については、例えば、ゾイフェルト原著(石渡敏一＝富谷銈太郎＝河村譲三郎＝前田孝階訳述)『独逸帝国民事訴訟法同施行條例註釋(上)』(法曹会出版、1899年)293頁以下は、「立法の沿革に徴すれば……〔CPO〕第59条は、懈怠したる者を代理すべき推定又は擬制的訴訟委任を懈怠せざる者に付与したるに非ざること明〔らか〕なり。同条の真意は、一人の共同訴訟人が為したる訴訟行為は懈怠したる者、即ち行為を為さざる者をその訴訟上の懈怠の結果に対して防衛すと云ふに外ならず」と述べている。

上の自白の理解に関する見解の相違¹⁴⁾が大きく影響を及ぼしている。そこで、ひとまず議論をわが国の現行法に限定するとしてみた場合に、類似必要的共同訴訟において共同訴訟人間の利害の対立があるのは実際上の問題としてはたしかにその通りかもしれない。しかし、法は、類似必要的共同訴訟と固有必要的共同訴訟とを分けては規律していないし、また類似必要的共同訴訟においても、固有必要的共同訴訟におけると同じく、合一確定の必要があることが看過されてはならない。したがって、民訴法40条が、「全員に訴訟追行上終始一致した行動を要求するのは無理なので、……連合関係を認めて〔訴訟進行の〕統一を図」ったという通説の説明それ自体は誤りではない¹⁵⁾。同条は、固有必要的共同訴訟の場合のみならず、類似必要的共同訴訟の場合にも、合一確定の必要から訴訟資料の統一を図っているものであり、このことのために全員一致による《手続的処分》を要求しているとみるべきである¹⁶⁾。一人が勝手に自白をすることが許されないのも、それが《事実認定を不要ならしめる処分》であって、これによって裁判所に対する拘束力が生じるからである。

14) ドイツ法の議論は、裁判上の自白の法的性質を觀念の表示であるとし、処分行為とは見ない立場に立つものと思われる。

15) ただし、ここで言う《連合関係》とはあくまでも一種の比喩にすぎないというべきであり、そこに解釈論上の意味を見出すのは危険である。ちなみに、独立当事者参加のところで言われる《三者間の牽制関係》、訴訟承継のところで言われる《訴訟状態》、《生成中の既判力》についても、同種の危険性がつきまとっているように思われる。

16) 民訴法40条を39条の《特則》と位置付ける論者は、決して少なくはない。例えば、三ヶ月・前掲注2) 219頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲注10) 539頁(井上(治)執筆)。牽制の契機を強調する高田説は、これをさらに徹底するものということができよう。しかし、そうすると、本文で述べたように、個別訴訟や通常共同訴訟において認められた《手続的処分》が、なぜ制約されるのかを説明する必要がある。私見によれば、先に述べたように、39条は《手続的処分権》の単独行使についての規定であり、40条はその共同行使についての規定であり、両者相まって共同訴訟における《手続的処分権》の行使態様について定めたものであって、そもそも原則と特則ではないということになる。

3. 手続的処分権の単独行使と裁判上の自白の拘束力

(1) 通常共同訴訟における規律

民訴法40条の規律が働くのは合一確定の必要がある場合に限られるが、ここに合一確定とは、同一人に対する判決の効力の衝突を避けなければならない法律的要求のある場合を指す。したがって、単に論理上区々たる認定や判断が生じるはずがないというだけでは、合一確定が要求されるとはいえないし、原告にとって、数人の被告に対する請求が、目的手段の関係にあるため、全員に対して勝訴の判決を得ないと終局の目的が遂げられないということも、合一確定の要求を生じさせない。合一確定の必要がない以上、通常共同訴訟であり、共同訴訟人独立の原則が働く¹⁷⁾。つまり、その場合《手続的処分権》は単独で行使しうるし、その結果、判決が区々ばらばらになりうるのも当然のことだということになる。もっとも、そのような取り扱いの実体法論理的にみて矛盾した判決が下される余地をも内包しており、事件の解決内容という結果の面にもっばら着目した場合に、その妥当性がなお問題とされ得ないわけでもない。同時審判申出共同訴訟を素材にこの問題を考えてゆこう。

(2) 同時審判申出共同訴訟の特色と裁判上の自白の規律

同時審判申出共同訴訟とは、複数の被告に対する請求が実体法上両立しない関係にある場合に、両請求の間に実質的に強い関連性があることから、判断が区々になって敗訴することを避けたいとする原告の意思を尊重し、弁論および裁判を分離してはならないとする共同訴訟である（民訴法41条¹⁸⁾。ここでは弁論および裁判の分離の禁止以外に規定はないので、その他の規律は通常共同

17) 兼子・前掲注3)『体系』386頁、三ヶ月・前掲注3)212頁、214頁および216頁注(三)、小山・前掲注3)488頁、新堂・前掲注4)[第3版補正版]713頁以下、[第4版]740頁以下、高橋・前掲注10)250頁、松本=上野・前掲注11)653頁以下(上野執筆)、上田・前掲注11)521頁以下、中野=松浦=鈴木・前掲注10)529頁以下(井上(治)執筆)。

18) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』(社団法人商事法務研究会、1996年)58頁。

訴訟にほかならず、したがって、共同訴訟人独立の原則が働くということになる。その結果、統一的判断が保障されないことになる¹⁹⁾。原告XがY 1とY 2とを訴えているという場合に、(i)Y 2が自白をすれば、XはY 1に勝ち、Y 2にも勝つことが起こりうるし、(ii)Y 1とY 2の双方が自白することによって、Xが双方に勝訴することもありうるのである²⁰⁾。

こうした結論は、たしかに実体法論理的に見た場合には不自然ではあるが、一般的に、裁判上の自白が確定的に成立している以上、これをそのまま判決の基礎とすべきであり、したがって共同被告間で判決が区々ばらばらになりうるのは弁論主義の結果として当然であると説明されることとなろう。しかし、そうだとするならば、なぜ、ここでは訴訟法的な価値原理が実体法的な価値原理に優越しうるのかが明らかにされなければなるまい。上記の説明はこの点に十分に答えてはいない。

こうした結論は弁論主義の結果として説明すべきではなく、当事者の《手続的処分権》の行使の結果とみるべきではなからうか。このことは、訴訟法と実体法とで共通の価値原理、就中《私的自治の原則》が妥当していることを前提とし、そこでは裁判上の自白における当事者の自白意思が重要な意味をもってくこととなる。これに対して、通説である観念の表示説によるのであれば、当事者がどのような意思でも、事実を認め、これにもとづいて判決されることに異議のないことが表現されていれば、有効な裁判上の自白として取り扱って妨げないわけであるし、またその撤回に際しては、自白が真実に反しかつ錯誤に基づいてされたものであることが証明される必要があるということになった。しかし、実体法論的にみて統一的な判決がなされるべきこの種の訴訟においてあくまでも二次的な責任主体であるにすぎないY 2が自白をすると

19) また、一審限りでの審判の統一が保障されているにすぎず、同時に控訴がなされない限り、上級審での審判の統一も保障されない。

20) 竹下守夫＝青山善充＝伊藤眞編集代表『研究会新民事訴訟法』(有斐閣、1999年) 72頁以下(福田剛久発言)。以上のような取り扱いに対して異論を唱えるのは、高見進「同時審判の申出がある共同訴訟の取扱い」新堂幸司先生古稀『民事訴訟法理論の新たな構築〔上巻〕』(有斐閣、2001年) 673頁以下。

なれば、一般の通常共同訴訟以上に、当事者の自白する意図が重要な意味合いを持ってはこないだろうか。当事者としては事実が真実だと思って自白をすることもあろうが、訴訟が長引くことによる種々の不利益を考慮して自白をしていることもありえよう。このように見たときに、通説による自白の成立および撤回に関する規律は、かなり硬直したものではないかが、改めて問われなくてはなるまい。裁判所が釈明権を行使することによって、自白者の意思を確認する必要が大きいと言うべきであるし、錯誤の疎明によって裁判上の自白の撤回を容易に認めた方が良いと思われる。自白意思説の方が、柔軟な処理によって実体法論理的に矛盾のない統一的な判決を実現できる可能性は大きい。もちろんこのような柔軟な処理にもかかわらず、原告が双方当事者に勝訴することはなくはないであろうが、その場合は、結局、当事者の《自己決定》にもとづく《自己責任》の結果とみるべきであり、例えば、制度の不備の結果ではないということになる²¹⁾。

4. 小 括

民訴法39条は手続的処分権の単独行使を認めたものであり、これに対して民訴法40条は、合一確定の必要性があることに基づいて、手続的処分権の行使を全員の一致した行使に委ねたものである。同時審判申出共同訴訟に見られるように、実体法論理的に見て矛盾のない判断をしようとするならば、裁判所が積極的に釈明権を行使し、あるいは柔軟に自白の撤回を認めることで、自白をコントロールする必要が大きい。それにもかかわらず、矛盾判決が出たとしても、それは当事者による処分の結果であり、その意味で実体法と訴訟法で共通の評価が妥当するというところをも意味している。

21) 高橋・前掲注4) 285頁も、「これは当事者の処分(傍点——筆者)によるのであり、実質的には不当ではないと考えることができる」という。なお、裁判上の自白の審判権排除効の根拠は、直接的には、当事者の自白意思であり、弁論主義ではないとするのが私見である。これについては、後述する。IV.2参照。

Ⅳ. 独立当事者参加訴訟と裁判上の自白

1. 独立当事者参加訴訟の構造論

訴訟の結果によって権利が害されることを主張する第三者又は訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する第三者は、その訴訟の当事者の双方又は一方を相手方として、当事者としてその訴訟に参加することができる（民訴法47条1項）。

独立当事者参加の制度はドイツ法には存在せず、この訴訟の構造については争いがあったが、旧法の下では三面訴訟説が通説として確立していた。それによると、他人間に訴訟が係属する場合に、第三者が、その訴訟の原告および被告の双方に対抗して自己の請求についても同時に審判を求めるためにその訴訟手続に参加する訴訟形態であり、本訴の請求と参加人の双方に対する請求とが衝突する限度において、三者間に一個の紛争と化し、それを一挙に解決するための三当事者の三つ巴の訴訟形態が成立するとされる²²⁾。審判の規律については、必要的共同訴訟に関する民事訴訟法旧62条〔＝現40条1項から3項〕の規定が準用されることとなるが（旧71条＝現47条4項）、通説は、詐害防止参加でも権利主張参加でも、審判の規律は同じであるとして、特に区別はしない²³⁾。そして通説によると、このような準用がなされるのは、「請求の当否は、互いに衝突する限度では三者の紛争として、一挙に解決する必要があるため、審理の歩調をそろえ、共通の資料に基づいてしなければならない」からであり、したがって準用というのはむしろその裏の意味であって、「二当事者間の訴訟行為は、他の一人の不利益においては効力を生じない」ということである。そのため、被告が原告に対して認諾や自白をしても、参加人が頑張る限り効力を

22) 井上直三郎「民訴第七一条に依る参加訴訟の構造」同『破産・訴訟の基本問題』（有斐閣、1971年）35頁、兼子・前掲注3）『体系』412頁、三ヶ月・前掲注3）223頁など。

23) 新堂旧説もこの立場であった。新堂・前掲注4）〔第3版補正版〕765頁。

生じない、ということになる²⁴⁾。このことと関連して、「これは本来の必要的共同訴訟の場合のように、共同訴訟人間の《連合関係》からくるのではなく、むしろ三者間の《牽制関係》から、何事も二当事者間で他の一人当事者を除外して解決してしまうことのできないところに基くのである」とも説明されている²⁵⁾。ただし、ここでいう《牽制関係》も、必ずしも独立当事者参加における当事者の行為の規制法理を十分に明らかにするものではない。むしろ請求の認諾や裁判上の自白についての通説の上記結論も、前記三面訴訟説から「内容的に統一ある判決を保障する」という手続結果に着目して「定型的」に引き出されたものであったとみるべきである²⁶⁾。

ところで、通説である三面訴訟説は、判例においても確固たる地位を得るに至った。すなわち、最高裁は大法廷判決で「〔旧〕民訴法71条の参加（＝独立当事者参加——筆者）の制度は、同一の権利関係について、原被告および参加人の三者が互に相争う紛争を一の訴訟手続によって、一挙に矛盾なく解決しようとする訴訟形態であって、右三者を互に立、牽制しあう関係に置き、一の判決により訴訟の目的を全員につき合一にのみ確定することを目的とするものと解するのを相当とする。したがって、同条に基づく参加の申出は、常に原被告双方を相手方としなければならない、当事者の一方のみを相手方とすることは許されない」と判示したのである²⁷⁾。

しかし、皮肉なことに、同判決を契機として三面訴訟説の問題点が顕在化し、

24) 兼子・前掲注3)『体系』418頁、三ヶ月・前掲注3)228頁、小山・前掲注3)502頁、上田・前掲注11)552頁、伊藤・前掲注11)625頁、新堂・前掲注4)〔第3版補正版〕765頁。これに対して、松本＝上野・前掲注11)684頁（上野執筆）は、「自白も他の当事者に不利であることが多いと考えられる」とやや慎重な表現である。

25) 兼子・前掲注3)『体系』418頁。

26) これに対して、井上(治)教授は、通説によれば、「一人の当事者が他の当事者に対して自白をしても、いま一人の当事者には有利とはいえないので、自白は当該二当事者間でも効力を生じないと解されているようである」という（同『多数当事者訴訟の法理』（弘文堂、1981年）286頁）。しかし、少なくとも兼子説に関する限り、このように行為の具体的な規律にまで踏み込むものではなかったと思われる。

27) 最判昭和42年9月27日民集21巻7号1925号。

独立当事者参加訴訟の法構造そのものの意義が再検討されることとなった。というのも、参加申出人と当事者の一方との間に実質的に争いが無いときに、その者に対する請求の定立を強制することは、紛争の実情にそぐわないからである。また、実務上も、独立当事者参加の方式によるものとされている参加承継（旧民訴法73条）において、原被告の双方を相手方としなければ独立当事者参加をすることができずとすると、被承継人と参加人との間に承継につき争いが無い場合に両者が同一の訴訟代理人を選任した場合に、双方代理になるという弊害も生じる。これを受けて、平成民訴法改正では、当事者の一方のみを相手方として独立当事者参加をすること（片面参加ないし準独立当事者参加）が認められるに至ったのである²⁸⁾。

このような今日の状況の下においては、旧法下の通説である三面訴訟説という一定の法的構成から——例えば、裁判上の自白という——行為の規律を「定型的」に引き出すのではなく、より実質的な観点からの再検討が必要になってくるのではないだろうか。

2. 当事者間の手続的処分権の牽制手段としての独立当事者参加制度

独立当事者参加がなされた場合の審判の規律については、民訴法47条4項によって、必要的共同訴訟に関する40条の規定が準用されていた。ところで、上で論じたように、必要的共同訴訟における40条の規定の趣旨は、「相手方と共同訴訟人全員の間の勝敗を一挙一律に定めなければならないから、判断資料を統一し、訴訟進行をそろえる必要がある」という点にあり、そのことから共同訴訟人全員で《手続的処分権》を行使しなければならないものとしたものであった。これに対して、独立当事者参加の場合には、事情は異なる。なぜならば、この場合、原告・被告・参加人の間で論理的に矛盾のない1個の判決がなされなくてはならないものの、そのことは参加人が既存訴訟へ参加の形で入って

28) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（社団法人商事法務研究会、1996年）62頁以下。

ることによってはじめて保障されているにすぎないからである。このことから明らかなように、法は、統一的な判決そのものを重視しているのではなく、その関心はもっぱら他人間の判決から不利益が及ぶことの除去にあるのである²⁹⁾。

かくして、民訴法40条は、独立当事者参加の場合には意味合いが異なってくる。つまり、共同訴訟の場合には、合一確定の必要性と結びついて手続的処分権の共同行使を定めているわけであるが、独立当事者参加の場合には、本来の二当事者間の訴訟では認められていた手続的処分権が、参加がなされたことによって制約されるということの意味するのである。もっとも、こうした《手続的処分権に対する制約》はもっぱら参加がなされたことによるものであって、本訴の訴訟物に内在するものではないということが看過されてはならない³⁰⁾。

3. 裁判上の自白の取り扱い

以上のような《手続的処分権に対する制約》という観点に基づいて、独立当事者参加における裁判上の自白の取り扱いについて、より立ち入った検討を試みる。その際に、自白が参加前になされるケースと参加後になされるケースの2つがあることを指摘しておかなくてはならない。訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解の場合には、これらの行為がなされることによって訴訟が終了し、訴訟係属そのものが消滅してしまうため、二当事者間でこれらの行為がなされた後に、独立当事者参加がなされる余地はない。これに対して、裁判上の自白の場合には、事情は異なる。裁判上の自白が当事者間でなされたとしてもそれによって訴訟係属が消滅するわけではないので、参加後になされた自白のみならず、参加前になされた自白の取り扱いも問題となるのである³¹⁾。

29) 高橋・前掲注10) 366頁以下。

30) 上田＝井上(治)・前掲注13) 218頁(河野正憲執筆)。

31) 通常は両者の区別に論じていないものが多く、これらについては参加後の自白を念頭と置いているとみるべきであろう。明確に両者の区別を説くものとして、松本＝上野・前掲注11) 685頁(上野執筆)、遠藤賢治『事例演習民事訴訟法』(有斐閣、2008年)を参照。なお、高橋・前掲注10) 431頁注(10)。

(1) 参加後の自白

まず、参加人が、独立当事者参加によって手続に加入してきた後に、二者間、例えば原被告間で、自白がなされた場合の取り扱いを見てゆこう。

先に触れたように、通説、就中兼子理論は、三面訴訟説から「定型的」に自白の効力を否定するものであった。これに対して、今日では、請求の認諾だとか訴えの取下げだとかの個々の行為毎により踏み込んで検討する傾向が有力化してきている³²⁾。こうした角度から、裁判上の自白について従来よりも立ち入った検討を行なったのは井上治典教授と新堂教授であった。

井上(治)教授は、当該請求の当事者間で争いのない事実で、他の一者もその請求原因ないし主張事実からみて争っていないとみられる事実については、自白の効力を認める余地があることを指摘する³³⁾。二当事者間の自白が常に他の一者に不利益であるとは限らないし、仮りに他の一者に不利益な自白のみが効力を生じないとしても、法律要件との関係で一律に他の一者にとって有利か不利かを決めにくい場合もあるということが、その背景にはある。すなわち、訴訟の実際でも、例えばXのYに対する請求原因事実につきYが争うか、あるいはYが争わなくてもZの請求原因事実の主張との関連でZが矛盾する主張をしているなど、積極的に争いのある事実のみが、証拠調べの対象になることから、それはやはり、XY間の事実主張につきYの自白の効力を認める結果としてそうなるのではないかと指摘する。つまり、他の一者が積極的に争う事実についてのみ、自白の効力を制限すれば足りると言うのである。

しかし、井上(治)説の説くように裁判上の自白が成立するとすれば、これによって自白された事実について裁判所の実事認定権が確定的に排除されてしまうため、独立当事者参加の制度趣旨に反する結果となるのではないだろうか。

32) 井上(治)・前掲注26)『多数当事者訴訟の法理』284頁、兼子一=松浦馨=新堂幸司=竹下守夫『条解民事訴訟法』(弘文堂、1986年)204頁、上田=井上(治)・前掲注13)218頁(河野(正)執筆)、高橋・前掲注10)387頁以下。

33) 井上(治)・前掲注26)『多数当事者訴訟の法理』286頁。なお、井上(治)教授も自白を事実の報告としての訴訟行為ととらえている(同書・42頁)。いわゆる観念の表示説である。

むしろ二者間では事実についての一致があるにもかかわらず、それによる争点の減縮を認めず、裁判所は証拠調べをなしうるとするところに《手続的処分権に対する制約》の意味はあるとみるべきである。裁判上の自白の成立が認められないとしても、結論的に三者間で争いがないということはある。このような場合には、最終的には擬制自白が成立することとなる。

新堂教授は体系書の第4版において、よりラディカルに、詐害防止参加と権利主張参加とで審判の規律を区別する。すなわち、詐害防止参加の場合に、参加人が本訴訟の判決の効力を承認せざるを得ない立場にあるときには、詐害当事者による参加人に不利な行為は、参加人にとってのみならず、本訴訟の当事者間でも効力を生じないのに対し、参加人が本訴訟の判決の効力を受けない場合には、民訴法40条1項から3項は準用すべきではなく、したがって本訴訟の原告被告は、請求の放棄、認諾、訴訟上の和解はでき、また自白も原被告間では効力を認められるが、参加人には効力を生じないとする。これに対して、権利主張参加の場合には、二当事者間の訴訟行為は、他の一人に不利益をもたらす限り、参加人に対して効力を生じないが(40条1項の準用)、その二当事者間では効力を生じ、被告が自白した場合には、本訴請求の弁論を分離して審判することも考えられるとする³⁴⁾。

以上のような規律の背景には、詐害当事者と参加人は《(特殊な) 連合関係》にあるという意味で必要的共同訴訟に類似するのに対して、権利主張参加の場合には、相互に排斥関係(牽制関係)にあるとの見方がある³⁵⁾。しかし、こうした区別は一つのモデルの域を出ないように思われ、むしろ法文上は、詐害防止参加と権利主張参加とで審判の規律を区別することは予定されていない。加えて、かかる取り扱いを是認するとすれば、そもそも独立当事者参加制度を置いた意味が疑われることにもなってしまうだろう。

結局、当事者の行為に注目する近時の立場からしても、二当事者間での自白

34) 新堂・前掲注4)〔第4版〕792頁以下。

35) 新堂・前掲注4)〔第4版〕792頁以下。

は認められないということになる。裁判上の自白は争点の減縮に向けられた当事者の処分行為であるから、独立当事者参加後になされた自白の取り扱いもまたいかなる範囲において争点の減縮を認めるのが制度の趣旨に反しないかという観点から慎重に判断される必要がある。

(2) 参加前になされた自白

次に、参加人が、独立当事者参加によって手続に加入してくる前に、原被告間で自白がなされた場合の取り扱いを検討しよう。ここでは、二当事者間で本来有効になされた手続の処分に対しての牽制が問題となっている。

第一に問題とすべきは、二当事者間の訴訟でなされた裁判上の自白が、有効に成立しているとみるべきか否かである。参加人が参加をしてくるまでは、原被告間の訴訟はあくまでも通常の個別訴訟である以上、自白が有効に成立していることは当然である。したがって、参加人が登場しなかった場合、自白は裁判所と当事者を拘束するし、撤回手続による撤回が必要である。そこで第二に、参加人が登場した場合の取り扱いが問題となってくる。この場合、参加人によって、原被告間では有効に成立していた自白が、参加人にとって不利益なものであることが明らかにされたのであれば、失効させられることとなる³⁶⁾。

4. 小 括

独立当事者参加がなされた場合、本訴の当事者の自由な処分権限が制約されることとなる。しかしながら、これはもっぱら参加がなされたこと、したがっ

36) 高橋・前掲注10) 注431頁注(10)は、「独立当事者参加人は、参加の時点での訴訟状態(傍点——筆者)に拘束されるか。たとえば、旧来の当事者のした自白に拘束されるか。」という問題を提起した上で、「自白に拘束されて参加人に不利な統一的判決を出されては独立当事者参加の意味はなく、従って、独立当事者参加人は自白の拘束力を否定できると解すべきである」、という。しかし、いわゆる《訴訟状態》なる概念の解釈学上の有用性には疑問がある(後記V.4.参照)。むしろ問題は参加人が独立当事者参加をすることによって、当事者間では有効に成立していた裁判上の自白の拘束力が、原被告との関係においても解除されるかではないだろうか。

て本訴の訴訟物に内在するものではないということが看過されてはならない。そこでは、当事者の参加がなされた以上、合一確定の必要があり、裁判上の自白によって二者間で証拠調べを排除し、事実をそのまま確定させてしまうことが牽制という制度の趣旨に反するがゆえに、参加人が積極的に争わなかったとしても裁判上の自白の効力は否定されるのである。そのような自白があったとしても裁判所はこれを無視して証拠調べをしなくてはならないこと（職権探知主義）までを意味しているわけではない。最終的に争いがなければ、擬制自白の成立が認められる。結局、裁判上の自白の場合、自白成立時点で、裁判所の審査を確定的に排除することが、独立当事者参加制度の趣旨に反することが問題とされているのに対して、擬制自白の場合には判断の基準時が判決時であることから同様の問題は生じないのである。

参加前に当事者間で有効になされていた裁判上の自白も参加人に不利益なものであれば失効させられる。これと関連する問題として、次に、訴訟承継における被承継人の自白の問題を見ておこう。ここでは、係争物の譲渡の結果、参加承継がなされる場合には独立参加の規定によることとなる点に関連性がある。

V. 訴訟承継の場合における被承継人の裁判上の自白

1. 兼子博士の訴訟承継論

戦後の民事訴訟法学に大きな足跡を残し、「通説といわれるものの境界標を……大幅に移動せしめ、……学界における通説なるもの所在を……大きく再編成した」³⁷⁾兼子博士が、その処女論文である「訴訟承継論」を公表したのは、昭和6年（1931年）のことであった³⁸⁾。

37) 三ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察——兼子一著『実体法と訴訟法』の立場をめぐって」同『民事訴訟法研究〔第一巻〕』（有斐閣、1962年）251頁。

38) 兼子一「訴訟承継論（一）（二・完）」法協49巻1号1頁以下、同2号109頁以下（い

兼子博士によれば、従来訴訟の発展過程を形式的に考え、その主体の固定を当然視する結果、その変動は単に訴訟経済とか、原告の二重の訴訟提起の不便とかの公私益の便宜的・技術的な立場から例外的に認められるにすぎないとして、理論の問題ではなく、便宜の問題とされる傾向にあった。これに対して、訴訟承継の制度を訴訟の対象としての「争い」を中心としてより実質的にとらえ、その理論的基礎を探究し、その各場合、殊に訴訟物の譲渡との関連を考察し、かつその結果を実定法の解釈論としていかなる程度まで徹底せしめうるかを検討することを試みたのが、同論文である³⁹⁾。博士によれば、訴訟承継の本質は、「前当事者の訴訟上の地位の承継を意味し、訴訟状態換言すれば生成中の既判力（傍点——筆者）」をそのまま承継することにある⁴⁰⁾。このように《訴訟状態》の全面的承継を認めるため、弁論・証拠調べ・裁判（手続上の決定・命令だけではなく中間判決や前審の終局判決も含まれる）は、承継人と相手方との間でも効力を有することとなる。また、旧当事者提出した場合には時機に後れたものとして却下されるべき攻撃防御方法は承継人も提出することはできず⁴¹⁾、前当事者の裁判上の自白も、承継人たる新当事者が有効にこれを撤回しないかぎり、これに反する事実上の主張は有効になしえないということになる⁴²⁾。

以上のような兼子理論は、訴訟の係属中その訴訟の目的である権利の全部又は一部を譲り受けたことを主張して参加する場合について定めた、旧民訴法73条〔現49条〕および訴訟の目的である義務の全部又は一部を承継した場合の訴訟の引き受けについて定めた旧民訴法74条〔現50条〕条の規定から出発しつつも、当該規定に見られる《権利》《義務》という実体法的な思考を訴訟当事者の地位の移転に持ち込むことを排除し、「訴訟状態上の有利または不利な地位

づれも1931年)。なお、以下での引用は、同『民事法研究〔第一巻〕』（酒井書店、1950年）1頁以下による。

39) 兼子・前掲注38)「訴訟承継論」6頁以下。

40) 兼子・前掲注38)「訴訟承継論」45頁。さらに47頁もあわせて参照。

41) 兼子・前掲注38)「訴訟承継論」45頁。

42) 兼子・前掲注38)「訴訟承継論」46頁。

が承継される」との解釈理論を引き出すことによって⁴³⁾、規定の統一的な理解を可能にしたところにその偉大なる功績があった。現行法は、このような解釈を受けて、さらに《独立当事者参加の規定を訴訟の係属中その訴訟の目的である義務の全部又は一部を承継したことを主張する第三者の訴訟参加について、引受の規定を訴訟の係属中第三者がその訴訟の目的である権利の全部又は一部を譲り受けた場合について準用する》と規定している（民訴法51条）。

2. 批判説の台頭

兼子理論における一つの理論的支柱は、《訴訟の承継》と《訴訟状態の承継》がパラレルであるという前提であった。しかし、兼子博士にとっては当然の前提とされたこの《訴訟承継》と《訴訟状態の承継》がパラレルであるというテーゼに対しては、その後、疑問が投げかけられた⁴⁴⁾。当然承継の場合とは異なって、参加承継・引受承継の場合には被承継人と承継人の実体法上の地位に差異が認められることがあるので、その場合には訴訟状態への拘束も緩和されることがあるのではないか、というのである。そこで問題とされたのは、旧当事者が慎重に行う必要のなかった《訴訟行為の効果》に承継人が拘束されてよいかであった。

ここから今日では、訴訟承継と訴訟状態の承継を必ずしもパラレルに考える必要はないとの見解が有力である。こうした近時の有力な見解を徹底するのが、最近展開された新堂教授の新説である⁴⁵⁾。すなわち、訴訟参加または訴訟引

43) 兼子・前掲注38)「訴訟承継論」139頁以下。

44) 井上治典「訴訟引受についての手続上の問題点」同『多数当事者の訴訟』（信山社、1992年）、福永有利「参加承継と引受承継」三ヶ月章＝中野貞一郎＝竹下守夫編『新版・民事訴訟法演習2』（有斐閣、1983年）37頁（特に47頁）、上田＝井上（治）・前掲注13) 251～252頁、256～258頁（池田辰夫執筆）、飯倉一郎「係争物譲渡人の訴訟上の地位」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進（上）』352頁以下（判例タイムズ社、1994年）、加波真一「訴訟承継論覚書」撰南法学30号（2003年）1頁以下。

45) 新堂幸司『訴訟承継論よ、さようなら』新堂幸司＝山本和彦編『民事手続法と商事法務』（商事法務、2006年）355頁以下、新堂・前掲注4）〔第4版〕806頁。

受を許すかどうかの問題は、すでに進行している旧当事者間の紛争と、これに関連する旧当事者と参加人または引受人との間の紛争を一括して審判することが、審判の重複を避け、審判結果の統一性を維持できるかどうか、それとも手続の混乱を招かないかどうかという判断が要請されるものであり、これに対して、承継人が従前の訴訟状態を引き受けなければならないかの問題は、参加または引受人（新当事者）に関する新たな請求についてどのような手続保障を与えるかにかかわる判断が求められるのであって、2つの問題は切り離して考察すべきである、と明言する。そのうえで、訴訟参加・訴訟引受の申立てを許す範囲は緩やかに考えることができるのに対して、新当事者の手続保障にかかる後者の問題は、簡単に認めるわけにはいかず、承継人は、自らの権利についての当事者であり、新たな訴えを提起した当事者と同じ手続保障を与えられるのが当然である、と言うのである⁴⁶⁾。

兼子理論と批判説の対立点は、前者が、訴訟承継の問題と訴訟状態の承継の問題をパラレルに考えたのに対して、後者は、両者を切り離すことによって、より妥当な結論を導こうとしてきた点にある。それは、訴訟の承継があったときに被承継人の手続追行の結果（中間判決などを含む）をどこまで引き継がせるかに関係する。兼子理論が、訴訟承継の本質は、訴訟状態ないし生成中の既判力の承継であり、訴訟承継の問題と訴訟状態の承継の問題を切り離すことはできないとしたのに対して、新堂説は、被承継人の手続追行の結果を原則として引き継がないものとした。しかし、そのような解決はやはり相手方の保護に欠けると著しく、そもそも制度の趣旨そのものを完全に没却してしまわないだろうか。原則として、被承継人の手続追行の結果を原則として引き継ぐと考えるべきであるが、被承継人によって適切になされなかった《行為》は何らかの形で引き継ぎを否定すべきものとする。そこで問題とされたのが、被承継人による自白の承継人に対する拘束である。

46) 新堂・前掲注4)〔第4版〕815頁。

3. 被承継人による手続的処分と承継人への裁判上の自白の拘束力

被承継人の自白が承継人に対して拘束力を及ぼすのかの問題について、福永有利教授は次のような設例を挙げて、伝統理論の見直しを促した。建物所有者Yが、地主と称するXから、建物取去土地明渡請求を提起されたが、Yは借地権の抗弁が間違いなく成り立つと判断し、そうだとすると土地は誰のものであっても結論は同じだと考えてXの所有権につき自白(権利自白)をした場合、その訴訟の係属中にYから建物を譲り受け、引受承継させられたZは、無断譲渡であるからYの借地権にのみ依存していたのでは危険であり、Yの自白があるXの所有権を争うことはできないかというのが、それである。

訴訟承継と訴訟状態とをパラレルに解する伝統的な立場によれば、裁判上の自白は既に有効に成立したものとされ、錯誤の有無は被承継人を基準に判断されることになる。通常は、錯誤はなく、撤回はできないということになる。これに対して、訴訟承継と訴訟状態とをパラレルに解する必然性はないとする立場からは、観念の表示説を採りつつも、自白の撤回要件たる錯誤の有無については承継人について判断されるべきであり、承継人の自白の撤回可能性を残すべきである、との帰結がありえよう⁴⁷⁾。また、自白意思説からは、自白における争わない意思の見直しによる提案がされている⁴⁸⁾。いずれにしろ、いわば《微調整》⁴⁹⁾に終わっているのが現状である。

問題をより一般的に考えれば、ここでは問題がもっぱら《訴訟状態》の次元で論じられており、実は《行為の評価》という視点が抜け落ちていることが指摘されなければなるまい。そこで《行為》の実質的評価を可能ならしめる理論が求められる。

そもそも兼子博士の立論の出発点は、「訴訟は既判力を得んことを目的とす

47) 上北武男「当事者の交替」上田徹一郎＝福永有利編『講座民事訴訟③当事者』(弘文堂、1984年)312頁。続けて、括弧書きで、被承継人が反真実を認識しながら自白しても承継人はその自白に拘束されない、と述べている。

48) 高橋・前掲注10) 444頁以下。

49) 高橋・前掲注10) 444頁以下。

る手続で、而も此の既判力の实体は手続の進行と共に実体法と訴訟法、内容と形式との交渉の成果として、順次に形成されて来るのであって、訴訟は実質的に観察すれば、生成過程中の既判力 (die werdende Rechtskraft) そのものであると謂ひ得ると思ふ」との認識であった⁵⁰⁾。これは、既判力をもって訴訟の目的とするゴールドシュミットの立場とも軌を一にする⁵¹⁾。しかし、このような認識に対して、ヘンケルがその著書『訴訟法と実体法』においてゴールドシュミット説に投げかけた次のような批判が妥当しよう。すなわち、ここで訴訟の目的とされている既判力とは、訴訟上の効果であり、そうだとすると、結局は訴訟がそれ自体自己目的となり、あるいは——同じようなことだが——それ自体を超えた目的を持たないという結果になる。しかし、それによって訴訟規範の評価を得ることはほとんど不可能である、というのである⁵²⁾。ヘンケルは、このような訴訟規範の評価を可能にするために、訴訟を権利行使の場であると見た⁵³⁾。訴訟を当事者の権利の行使の場であるとみるヘンケル理論の基本的視点は、係争物の移転によってそれまでの当事者による権利行使の結果が新当事者に引き継がれることの根拠を考える場合にも合理的な視点を与えるのではないかと考えられる。かくて、《生成中の既判力》ないし《訴訟状態》に代わる訴訟承継の理論的位置づけを得ることができる。加えて、当事者の《行為》の実質の評価基準を導き出すことも可能になろう⁵⁴⁾。近時の学説は、承継人固有の攻撃防御方法の提出はそれまでの手続形成の状態いかんにかかわらず制約されることなくできることはもちろん、前主によって

50) 兼子・前掲注38)「訴訟承継論」34頁。兼子博士が訴訟承継論を論ずるにあたって依拠した《訴訟法律状態説》に対する批判として、三ヶ月・前掲注3) 147頁以下(特に、その149頁は訴訟承継との関係で注目すべき指摘を含む)。

51) 兼子・前掲注38)「訴訟承継論」35頁注38)。

52) *Henckel*, *Prozessrecht und materielles Recht*, 1970, S. 5 f. 本書の紹介として、文字浩「ヘンケル『訴訟法と実体法』」法学論叢87巻5号(1970年)74頁以下がある。

53) *Henckel*, a.a.O. (Anm. 53), S. 61 ff.

54) 河野正憲『当事者行為の法的構造』(弘文堂, 1988年)15頁も、「ヘンケルが、訴訟を権利行使の過程であるといったのも、訴訟過程を支配する実質的価値原理を明らかにする目的をもっていたからに他ならない」という。

承継人の利益が十分に反映されていない場合には、承継人に独自の立場から主張・立証の機会を与えるのが妥当であるとしているが⁵⁵⁾、この問題は、権利行使過程における当事者の《行為》の実質的評価の問題としてとらえられなくてはならない。

以上を前提に、被承継人による裁判上の自白の取り扱いを見ると、次のようになる。相手方と被承継人の中で裁判上の自白が成立しているとすれば、それは承継人が登場するまでは有効であることは当然である。しかし、承継人の登場後、承継人は自白の《無効》を主張できる場合があるとみるべきである。この場合、手続を不安定にしないために、裁判所が承継人の登場後自白の有効性を確認しておく必要性が大きくなっていく。かくて、ここでは裁判所の積極的な活動が重要な意味を持つてくる。その際に、包括承継のケースと特定承継のケースとでは区別が必要であろう。前者のケースで訴訟代理人がついている場合には、前当事者の訴訟代理人が相続人たる新当事者の訴訟代理人を引き継ぐわけであるから、同一訴訟代理人の陳述であるにもかかわらず、ただちに無効主張が認められてよいかどうかは、なお検討を要すると思われるからである。この場合は承継人の権利は正当に代理されていたものと考えてよいと思われる、その意味で、包括承継のケースの方が特定承継のケースよりも無効主張の余地は狭くなっていくのではないか。ただし、この場合であっても、更正権による処理の余地が当然に認められるべきことは言うまでもない。

4. 小 括

訴訟承継に関する従来の議論は、兼子理論にしろ、これに対する批判説にしろ、訴訟承継の結果、《訴訟状態》が引き受けられるということは当然のこととしていた。しかしながら、このような《訴訟状態》なるものを観念してみても、そこから《行為》の実質的評価基準が引き出されるわけではない。これ

55) 中野=松浦=鈴木・前掲注10) 589頁(井上(治)執筆)、松本=上野・前掲注11) 709頁以下(上野執筆)。

に対して、訴訟を権利行使の場ととらえるのであれば、これによって訴訟上の地位の承継を説明できるのみならず、《行為》の実質的な評価の基準も明らかになってくる。被承継人が行なった裁判上の自白による争点の減縮に対して承継人がどこまで拘束されるべきかは、このような行為の実質的な評価という観点からなされるべきである。

Ⅵ. 多数当事者訴訟から見た裁判上の自白の拘束力への視角

1. 多数当事者訴訟論と訴訟の基本原則

従来通説は、多数当事者訴訟における裁判上の自白の問題をそれほど立ち入って論じてきたわけではなかった。通説は、手続構造を決定した上で、審理の規律を引き出し、かかる規律をそのまま裁判上の自白にあてはめるというアプローチをとってきたのであり、そもそも請求の認諾、裁判上の自白等々の個別の訴訟行為に着目してきたわけではなかった。(i)共同訴訟の場面においては、民訴法39条と40条という法規定の存在と通常共同訴訟、類似必要的共同訴訟、固有必要的共同訴訟という合一確定の必要に着目したパッケージが決定的な位置を占めた。すなわち、通常共同訴訟の場合には、民訴法39条により各自が裁判上の自白によって裁判所の認定を排除することが許されたのに対して、必要的共同訴訟の場合には40条によって、《不利な行為》である裁判上の自白は、全員でなければその効力を生じないとされた。このことは、法規定の解釈として比較的容易に導き出され得るものであった。(ii)独立当事者参加の場合には、民訴法47条4項によって必要的共同訴訟の審理の規律が準用されるが、その趣旨は、三面訴訟説という構造論から《二当事者間の訴訟行為は、他の一人の不利益においては効力を生じない》と読み直しがなされ、そこから、例えば、被告が原告に対して自白をしても、参加人が争う限りその効力は生じないとの帰結が引き出された。(iii)訴訟承継がなされた場合には、訴訟状態ないし生成中の既判力がそのまま承継されるため、被承継人のなした裁判上の自白に承継人たる新当事者が拘束されるという帰結が引き出された。このように、いずれの場

合にあっても、個々の行為の具体的評価が行われたわけではなかった。

以上のような通説に対しては、次のような疑問がある。第一に、具体的な実務上の問題の処理のレベルでの疑問である。すなわち、《手続的処分権》の単独行使の認められた事案においても同時審判申出共同訴訟のような場合には裁判所が当事者の自白意思の確認という形でより積極的な役割を果たすべきであったし、訴訟承継がなされた場合には被承継人が行なった裁判上の自白の無効を承継人がより広く主張できる必要性があった。しかし、こうした処理の理論的整序は通説の立場からは必ずしも明確にはなしえない。これについては、既に述べたとおりである⁵⁶⁾。

第二は、より理論的なレベルでの疑問である。民事訴訟においては、審判対象の局面では処分権主義、判断資料の収集提出の局面では弁論主義が採られており、裁判上の自白が裁判所の事実認定を排除するのは、こうした弁論主義の一内容であると理解されている⁵⁷⁾。しかし、もしそうだとするならば、必要的共同訴訟や独立当事者参加において当事者の一人が裁判上の自白をすることが制約されていることと弁論主義との関係如何が問題となってくるのではなからうか。この点について、通説からは、《統一的な裁判を保障する必要性》があるというもっぱら政策的な理由以上のものは、明確に示されてはされていないように思われる。この関係については、一方で、多数当事者訴訟においては個別訴訟を前提に組み立てられた基本原則が《修正》されているのかどうか、そして、それはどのような理由にもとづくのか、という形での問題設定が可能である。しかしそれと並んで、訴訟の基本原則の内容について、一般に言われているところがはたして妥当かどうか、常に再検討されなくてはならない。

56) 前者につき、Ⅲ.3.(2)、後者につき、V.4。

57) いわゆる弁論主義の第二テーゼである。

2. 裁判上の自白と弁論主義の関係に関する再検討

(1) 裁判上の自白と擬制自白

検討に先立って確認しておく必要があるのは、裁判上の自白と擬制自白の関係である。法は、当事者間に争いのない事実については自白したものと擬制している（民訴法159条）。この意味するところは、争いのない事実については、証拠による認定が不要であり、裁判所はそれを裁判の基礎にしなければならないとの拘束力を受けるということである。この限りでは、擬制自白は、裁判上の自白と同一に取り扱われていると言えよう。しかし、擬制自白の場合には、争わないかどうかは口頭弁論終結時の状態で判断される点で裁判上の自白とは異なる⁵⁸⁾。それゆえに、自白の撤回を制限するという意味での当事者に対する拘束力もない。この意味において擬制自白は本来の裁判上の自白とは異なるのである。

必要的共同訴訟においてであれ、独立当事者参加においてであれ、一人が自白をすることによって争点の減縮をすることは制約されてはいたが、最終的にその点について争いがなかった場合に裁判所が擬制自白によって処理することは排除されていたわけではなかった。ここに、裁判上の自白と弁論主義の関係の再検討が必要となってくる。

(2) 裁判上の自白の拘束力の特質

一般に、裁判上の自白は弁論主義の一内容とされるが、このことは裁判上の自白が裁判所の事実認定を排除することを指して言われているものと思われる。しかし、裁判上の自白が裁判所の事実認定を排除することの直接的な根拠が弁論主義であるかどうかは、これまでの叙述からも暗示されるように、なお検討を要する。

58) 兼子・前掲注3)『体系』250頁、三ヶ月・前掲注3)393頁、小山・前掲注3)324頁、新堂・前掲注4)515頁、伊藤・前掲注11)315頁、松本=上野・前掲注11)288頁(松本執筆)、上田・前掲注11)361頁、中野=松浦=鈴木・前掲注10)295頁(春日偉知郎執筆)。

さて、既に別稿で述べたところであるが、裁判上の自白の拘束力の根拠を弁論主義に求める考え方に決定的な影響を及ぼしたのは、1899年に出されたビューローの大著『自白法』であった⁵⁹⁾。すなわち1877年のドイツ帝国民訴法(C.P.O.)の成立と前後して、裁判上の自白の効力を、防御権を放棄する意思あるいは事実を真実として確定する意思などによって説明する見解が支配的となっていたが、これに対して、ビューローは、放棄意思や確定意思といった意味での《(効果)意思》は裁判上の自白には帰属しえず、したがって、裁判上の自白の《法的性質》は意思表示でもなければ、処分でもないとした上で、当事者がいかなる意思で自白しようとも、裁判上の自白は有効に成立すると論じ(真実表示)、そこから裁判所に対する拘束力を「平地に波瀾を起こしてはならない」という私法事件に対する国家の立場(弁論主義)によって理由づけたのであった。それは以後のドイツにおける議論およびわが国の裁判上の自白に関して形成された通説にも決定的な影響を及ぼした。

以上のような裁判上の自白の《法的性質》は意思表示ではないとする見解は、裁判上の自白の背後に私法上の法律行為におけると同様の効果意思の表示がないことのみをとらえればたしかに正当であった。しかし問題は、このような私法上の意思表示との相違のみを強調することが、解釈論にとってどの程度有用性をもたらすかということである。裁判上の自白は、裁判上の自白は成立すると直ちに拘束力を生じ、これが擬制自白とは決定的に異なる点であったが、こうした拘束力は弁論主義によって説明できるのであろうか。また、裁判上の自白は、自白当事者自身をも拘束し、自由な撤回を排除するが、このことは果たして弁論主義から説明できるであろうか。弁論主義の下で問題とされているのは、裁判所と当事者との役割分担であり、当事者相互の役割分担の問題ではなかったことに改めて思いを至す必要があろう⁶⁰⁾。問題は裁判上の自白という

59) ビューローの自白論に関しては、拙稿・前掲注2)「民事自白法理の再検討(3・完)」975頁以下(特に、979頁以下)。

60) 近時、判決段階と審理段階の弁論主義を分けるという提案がなされているが(山本克己「弁論主義論のための予備的考察」民事訴訟雑誌39号(1993年)170頁、同「戦

行為の本質なり機能の面から解明されなくてはならない。

かくして、問題の解明のにとって重要な観点は、そもそも裁判上の自白は、なぜ、裁判外の自白とは異なり、成立すると同時に裁判所の事実認定を排除するのかという点である⁶¹⁾。それは、裁判上の自白が、主張段階での争点の減縮行為だからであった。このような構造を持つがゆえに、裁判外の自白と同様に事実を真実と認める旨を陳述したにすぎなかったとしても、裁判所の面前で自白がなされた場合には、裁判所の事実認定が排除されるのであった。当事者が事実を真実として陳述する中に、私法上の意思表示とは異なるにせよ、主張段階と立証段階とて構成される訴訟手続の構造からの帰結として、証拠調べを求めないという意思の契機が見出されるのである。かくて、裁判上の自白の審判権排除効の根拠は、直接的には、このような当事者の《意思》であって、弁論主義ではないというべきである。

裁判上の自白の拘束力の基礎に弁論主義にもとづく自己責任原理があることは否定すべくもない。しかし、裁判上の自白という行為による拘束力は、裁判所に対するそれも、当事者に対するそれも含めて、当事者の自白意思にその根拠があるとみるべきである。多数当事者訴訟においては、裁判上の自白の成立が否定される場合があるが、それは当事者の意思争点の減縮が当該訴訟手続の存在理由との関係で制約されているにすぎない。当事者間に争いがない事実について、裁判所がこれをそのまま事実として確定すべき点については、特に変容はなく、その意味で弁論主義は何ら変容されていないのである。

後ドイツにおける弁論主義論の展開 (一) ~ (三・未完) 法学論叢133巻1号 (1993年) 1頁, 134巻2巻1号1頁, 139巻5号 (1996年) 1頁を嚆矢とする。山本(和)・前掲注4) 141頁以下, 畑瑞穂「弁論主義とその周辺に関する覚書」新堂幸司先生古稀『民事訴訟法理論の新たな構築〔上巻〕』(有斐閣, 2001年) 71頁以下がこれにしたがう), それによっても当事者間の関係の規律は問題とはしえないのではなからうか。なお, 井上治典「手続保障の第三の波」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』(有斐閣, 1988年) 76頁以下 (98頁以下) は当事者間の役割分担の問題だとする。

61) これについては, 拙稿・前掲注2) 「民事自白法理の再検討 (3・完)」987頁以下を参照。

Ⅶ. 結 語

これまで多数当事者訴訟においてなされた自白の取り扱いの問題を《手続的処分権》という発想を中軸にして検討してきた。それは、一方で、各手続の《構造》理解の再検討を促すとともに、他方で、処分権主義・弁論主義という訴訟の基本原則多数当事者訴訟との関係を整序するにあたっての方向性をも明らかにした。その際に確認されたことは、裁判上の自白は、事実認定を不要とする当事者の処分であり、その拘束力の直接的な根拠は、弁論主義ではなくて、当事者の自白意思であるということである。このことは裏から言えば、訴訟手続においては、個別訴訟においてのみならず、多数当事者訴訟においても、処分権主義および弁論主義という訴訟の基本原則で規定されたところを超えて、より広く、私的自治の原則が価値基準として妥当しているということでもある。その意味において、当事者の行為は、訴訟法と実体法の双方において自己決定・自己責任という共通の価値評価に服する。

〔完〕

【訂正】

「多数当事者訴訟における裁判上の自白」商學討究59巻4号(2009年)の以下の箇所を訂正します。

- ・138頁注11)：(誤) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂, 第5版, 2008年) [851] 以下 (正) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂, 第5版, 2008年) 668頁以下 (特に670頁)
- ・156頁注53)：(誤) *Henckel, a.a.O.(Anm.53)* (正) *Henckel, a.a.O.(Anm.52)*
- ・162頁8行目以下：(誤) 主張段階と立証段階とて構成される (正) 主張段階と立証段階とで構成される
- ・162頁17行目：(誤) 当事者の意思争点の減縮 (正) 当事者の意思にもとづく争点の減縮
- ・163頁4行目以下：(誤) 訴訟の基本原則多数当事者訴訟との関係を (正) 訴訟の基本原則と多数当事者訴訟との関係を