

變更しうる點で、裁判上の自白と異つてゐる。もつとも、法律効果の陳述が、同時に、その基礎たる事實關係の陳述をも包含すると認められるかぎり、裁判上の自白となることがありうる。

三(性質) 自白の性質については、意思表示説と觀念通知説との對立がある。前説にあつては、自白が當事者および裁判所を拘束する點を根據として、あるいは自白をば「相手方の學證責任を免除し自己の防禦權を拋棄する意思表示」と説き、あるいはこれを「自白事實を眞實であるとして裁判の基礎に採用を申立てる意思表示」と説く。しかし、自白の拘束力は辯論主義の反射たるにすぎないから、これを根據として自白の性質を説くことは妥當でないばかりでなく、自白者において、その不利益を欲し、もしくは之を意識してなしたか否かにより、法的効果を異にするのでは、訴訟の安定を害する。故に、後説に従い、自白は「ある事實を眞實なりとする觀念ないし經驗の表白」と解すべきである。

四(識別) 裁判上の自白と、裁判外の自白および權利自白との關係については、すでに述べた。それはまた擬制自白(相手方の主張事實を明かに争わないため、自白したものとみなされる場合——一四〇)と區別されねばならない。

## 第二 自白の効果

一(自白の効力) 辯論主義の行われる事件および事項の範圍では、自白は、裁判所および當事者を拘束

し、その効力は上級審にも及ぶのである(三七九)。

二(裁判所に對する拘束力) 裁判所は、自白事實を、證據を用いずして裁判の基礎となすべく、その眞否を判断する職責も權限もない(二五七)。蓋し、民事訴訟の解決の結果には、國家が直接の痛痒を感じないし、また事實關係は當事者自身が最もよく知つてゐるのを常とするから、争のない事實は眞實と取扱つて大過なく、また之により訴訟を迅速に處理しうるからである。

三(當事者に對する拘束力) 當事者は、一旦自白すると、爾後自白事實に反する主張をなし得なくなる。これ辯論主義において、當事者が自己の責任で訴訟資料の提出にあたるべきことに基き、禁反言を認めたものである。ただし、つぎのとき場合には、その拘束力を排除し、自白の撤回が認められる。

- (1) 相手方の同意ある場合。
  - (2) 自白の内容が眞實に反し、且つ錯誤に基く旨の證明のあつた場合(判例)。
  - (3) 自白が刑事上罰すべき他人の行爲、例えば詐欺・強迫等のためになされた場合(四二〇を参照)。
  - (4) 訴訟代理人の自白に際し、本人が遅滞なく取消した場合(八四)。
- 四(効力の不發生) 辯論主義の行われぬ範圍では、自白は、その効力を生ぜず、單に證據資料の一にすぎない。



- (1) 職權調査主義の行われる事件の範圍、例えば人事訴訟事件等では、自白の効力を認めない（人訴一〇一・二六・三二）。蓋し、事實の眞否認定が公益に關するからである。
- (2) 職權調査事項についても、同様である。
- (3) 裁判所に顯著な事實は、之を證するを要せず、當然裁判所を拘束するから（二五七）、自白の効力は斯る事實にも及ばないものと解せられる。

#### 問題〔四四〕 舉證責任を論ず。（昭六・行政）

##### 一 舉證責任の觀念

##### 二 舉證責任の分配

#### 第一 舉證責任の觀念

一（意義） 舉證責任とは、訴訟上、具体的な法律効果の發生または不發生を判斷するに必要な事實が、存否いずれにも確定され得なかつた場合に、その存否が自己に不利益に假定され、従つて、法律上不利な判斷を蒙らねばならぬ、一方當事者の不利益を云い、立證責任とも呼ばれる。

二（根據） すべて裁判は、具体的事實に對する法規の適用という形でなされるものであるから、裁判の

前提として、事實的基礎が確定されねばならないのであり、その確定は證據に基いてなされるべきものであるが、訴訟に現われる證據資料には自ずから限度があるから、一切の資料を以てしても、なお主要事實の存否につき、積極消極いずれにも裁判所の心證が形成されない状態の生ずることは免れ得ない。しかも、もし之に藉口して、事件につき判決をなさず放置するならば、當事者間の紛争は永久に解決されず、法律生活の安定は望み得ないこととなる。そこで、こうした主要事實存否不明の場合において、いずれの當事者に不利に判斷すべきかの基準として舉證責任が問題とせられるわけである。

三（識別） 舉證責任は、まず、主張責任と區別されねばならぬ。主張責任は、主要事實の存否につき、當事者の主張が辯論にあらわれなかつた場合に、そのことによる不利益をいずれの當事者がうけるか、の問題であるから、證據の如何とは關係がない。主張責任と立證責任とは、通常、同様の原則で分配せられるが、常に一致するわけではないのである。舉證責任は、また、舉證の必要、または利益と區別せられる。蓋し、前者は個々の訴訟を超越した抽象的な法則の問題であるに反し、後者は、現實の訴訟における具体的な訴訟状態において、いずれの當事者が證據を出さないと、事實上不利な認定をうける結果を招くか、という問題だからである。

#### 第二 舉證責任の分配



一（意義） 舉證責任の分配とは、前述のごとく、主要事實の存否が、積極消極いずれとも確定され得なかつた場合において、該事實の存否を、いずれの當事者に不利益に假定すべきかについての定めを云う。

二（性質） 舉證責任の分配は、法規が、對等な當事者間の紛争に對し、裁判規範として作用することに由來するもので、必らずしも辯論主義の歸結ではない。固より、辯論主義によれば、證據もまた當事者の提出に俟つものであるから、當事者は自己に有利な事實に關して證據を提出しないと、その事實が不明と認められる可能性は、職權探知主義におけるより大であるが、舉證責任の問題は、本來的には、いずれかの當事者が提出したか又は職權によつたかと關係なく、訴訟にあらわれた一切の資料を以てしても、裁判所が當該事實の存否いすれにも確信を得ぬ場合に生ずるのであるから、職權探知主義のもとにおいても、生じうるのである。

三（準據法） 舉證責任分配の法則は、實體法規の適用の方法を規定する點で、訴訟法規と云うべきであるが、その實際の作用からは、各實體規定の内容と密接な關係にたつているので、實體法（民・商法）の解釋として、之に準據して論ぜられるのが常である。而して、その解釋の基準は、訴訟上の衡平の要求、事物の蓋然性および法の所期する實體的理想等に求めらるべきである。而して、この法則は、各法規につき抽象的に定まり、公益的規定であるとされている。

四（分配の法則） 一般的には、各當事者が、自己に有利な法規適用の前提要件、すなわち自己の主張する法律効果發生の法律要件を構成する事實につき、舉證責任を負擔するものとされている。分説すると、次のごとくなる。なお、これは、いずれの當事者が原告となるかには關係がない。

(1) ある法律効果の發生を主張する當事者は、その効果に適用すべき實體的原則規定の構成要件たる事實につき、舉證責任を負う。それが、積極的事實であると、消極的事實であるとを問わない。

(2) 法律効果の發生の障碍（例えば錯誤、瑕疵ある意思表示等）、または一旦發生した効果の變更消滅（例えば辨濟消滅時効等）を主張する者は、それらの事實について、舉證責任を負う。

(3) 例外規定の適用を主張する者は、例外規定の要件事實につき、舉證責任を負う。例外規定は、通常但書または別項として規定されている。例えば、民法第四百二十四條における本文は原則で、但書は例外規定である。従つて、債權者取消權の成立を主張する者は、原則たる本文の要件事實についてのみ舉證責任を負い、但書の適用は、之を主張する者において、舉證責任を負擔するのである。

(4) 法律に推定ある場合は、事實の推定については、相手方において反對事實の舉證責任を負うべく（舉證責任の轉換——例えば民法第一八六條）、權利の推定については（例えば民一八八）、反對の權利狀態を主張し、之に伴う事實の立證を要するのである。



問題〔四五〕 文書の證據能力及び證據力を説明すべし。(昭八・行政)

一 底 説

二 文書の證據能力

三 文書の證據力

第一 序 説

一 (文書) 訴訟法上、文書の語には、廣狹二義があり、廣義には、各人の覺知しうる記號により、思想を表示する一切のものを云い、證徴のために作られた割符・界標等をも包含する(三三二)。これに反し、狹義では、紙片・帳簿・布帛その他のものに、文字その他の符號を以て何等かの思想を表示したものを云う。名刺・門札のときは、思想を表示していないから、文書でないが、例えば、獸皮の上に盲者の點字を以て省略的の記載がされてあつても、何等かの思想を表示してあるかぎり、文書である。たとえ文書の形態を具えていても、その記載内容が證據となるのでなく、その性質状態、例えば筆蹟・紙質等が證據となるものは、文書でなく、檢證物である。

二 (證據能力) 文書の證據能力とは、文書の、書證の目的となり得べき資格、すなわち適法に之を取調べて事實認定の用に供し得る適格を云う。抽象的證據力とも呼ぶ。

三 (證據力) 文書の證據力とは、文書が書證として立證の目的を達し得べき價值、換言すれば、その取調によつて得べき資料が、要證事實の認定に寄與し得る効果を云う。證據能力が抽象的な能力(資格)の問題であるに對し、證據力は、これを前提とした具体的な證明力(證據價值)の問題である。

第二 文書の證據能力

一 (通説) 自由心證主義をとる現行法のもとにおいては、いかなる文書といえども證據能力を有する。證據に供し得ない文書というものはない。これが、今日の通説である。従つて舉證者自ら作成した文書や證人または鑑定人による證據方法を回避する目的で、第三者により作成された文書といえども、ただ證據力を薄弱ならしめることあるにとどまり、證據能力に逕庭はないとされるのである。

二 (異説) これに反し、一部の學説では、文書が民事訴訟法で定められた他の證據方法を回避して、その補充的作用をなさしめるために作成利用されるときは、斯る文書には、法律上、證據能力が認められない、とする。この説によると、前例のごとき文書には、證據能力が認められないこととなる。通常、訴訟提起後私人の作成した證明書に、證據能力なしと云われるのは、このことである。もつとも官公吏その他私人が職務上當然作成すべき文書は、たとえ證明書でも、證據能力を有するものと説かれている。

第三 文書の證據力



一（種類） 文書の證據力については、形式的證據力と實質的證據力とを區別して考えなければならぬ。

二（形式的證據力） 文書の形式的證據力とは當該文書が、舉證者によつて主張される特定人の思想（意思・感想・見聞等）の表現であると認められることを云う。すなわち、第一に舉證者の主張する作成者が眞實その文書を作成したこと（成立の眞正）であり、第二に作成者が思想表現の意識を以て作成したことである。この要件を欠くものは、形式的證據力を欠くものとして、舉證者主張の證據方法たる價値を失うのである。

(1) 文書の形式的證據力について、當事者間に争があるときは、一般の規定に従い、立證を要し、その判定は、原則として、裁判所の自由判断に委ねられる。當事者または代理人が、故意または重大な過失により、眞實に反して文書の成立を争つたときは、過料の制裁を受ける（三三一）。

(2) 文書自体の方式および趣旨から、一見公文書と認むべきときは、その成立の眞正が推定されるから之を争う相手方において、反證をあげべきである（三三二・三三四）。もつとも、疑があるときは、裁判所が、職權を以て當該官署に問合わすを妨げない（三三三）。

(3) 私文書の眞正は、舉證者側で證明する必要があるが（三三五）、その文書に記された署名または捺印が、作成者と主張された者（またはその代理人）のものである點を證明すれば、一應眞正な文書との推定

を受けるから（三二六）、爾後は、相手方において、それにも拘らず本文はその者の意思に基き作成されたものでない點につき反證をあげなければならぬ。なお、これらの證明のためには、一般の證據方法によるほか、第三二七條以下にも規定がある。

三（實質的證據力） 文書の實質的證據力とは、文書の證據としての實質的價値、すなわち、それが證明事項の證明に役立つる効果を云う。實質的證據力は形式的證據力を前提とするものであるが、後者をそなえていても、前者を欠くときは、結局、證據としての價値を失うわけである。

(1) 實質的證據力の有無・程度は、原則として、裁判所の自由心證に委ねられている（一八五）。

(2) 處分證書が眞正であれば、作成者がその記載内容の法的行爲をした事實が、直接證明される。もつとも、その行爲の解釋や、法律上の効力は、さらに他の事情を斟酌して、定める必要がある。

(3) 報告證書の實質的證據力は、作成者の身分・職業・性格・作成の目的・時期・記載事實の性質・記載の方法・体裁等を斟酌して、定められねばならない。

○問題「四六」現行の審級制度を説明し且つ批評せよ。（昭二二・行政）



## 二 審級制度の現状

### 三 審級制度の批判

#### 第一 審級制度の觀念

一 (意義) 審級とは、訴訟事件を、異なる階級の裁判所をして反覆審判せしめる場合の、裁判所間の審判の順序上下の關係を云い、審級制度とは、審級に關する法律制度を云う。

二 (本質) 審級制度の本質は、通常、次の二點にあるものとされている。

(1) 事案の適正な解決 すべて裁判は、實體的眞實を發見し、これに正しい法的判断を與えて、事案の適正な解決を圖ることを目的とするものであるが、裁判官といえども不完全な人間であるばかりでなく、訴訟資料も完全に出つくすとかぎらないから、ときに解決が適正を欠くことあるをまぬがれがたい。しかし、それでは、當事者の利益を害するばかりでなく、かえつて裁判の權威を失墜する結果ともなる。そこで、同一事項を一遍の審判で終らしめずに、異なる裁判所に、または異なる手續で反覆審判させて、生ずべき過誤をできるだけ少くしようとするものである。

(2) 法令解釋の統一 すべて裁判官は、獨立してその職權を失い、憲法および法律に拘束され (憲七六)、また當該事件に關する上級裁判所の裁判における判断に拘束される (裁四) ほか、何ものにも拘束

されない。しかし、その結果、各裁判所間において、法令の解釋につき矛盾があるとすれば、法律生活の安定をおびやかすことともなる。そこで、審級制度を設け、上訴を機會にあらゆる事件が唯一の最高裁判所における終局的裁判を受け得ることとすれば、裁判による法令の公權的解釋が統一せられ、右のごとき弊をさけ得るのである。

三 (準據法) 民事訴訟における審級制度については、裁判所法と民事訴訟法とに規定されている。

#### 第二 審級制度の現状

一 (概観) 現行の審級制度は、原則として、三審制度によつてゐる。しかし、例外的に、四審制となることがあり、また二審制をとる場合もある。

二 (第一審) 第一審は、通常、簡易裁判所または地方裁判所である。

(1) 簡易裁判所 訴訟の目的の價額が五千圓を超えない請求の第一審は、簡易裁判所である (裁一三I)。行政處分の取消または變更の請求は、のぞかれる。支拂命令の發布は、訴額にかかわらず、簡易裁判所の管轄であるが (四三一)、適法な異議の申立があると、訴額により、事件が地方裁判所に移される (四四二)。

(2) 地方裁判所 訴額が五千圓を超える請求、または行政處分の取消または變更の請求の第一審は、地



方裁判所である(裁二四一)。

(3) 東京高等裁判所 公正取引委員會の審決に對する不服の訴(獨禁七七)、特許標準局の抗告審判の審決に對する訴、中央海難審判所の審決に對する訴の第一審は、東京高等裁判所である。

三(第二審) 簡易裁判所の判決・決定・命令に對する控訴・抗告については、地方裁判所(合議制)が第二審として審判し(裁二四二・三・二六三)、地方裁判所が第一審としてした判決・決定に對する控訴・抗告については、高等裁判所が、第二審として審判する(裁一六一・二)。控訴審は續審で、原判決を事實的及び法律的方面より審査する。不控訴合意の場合には、控訴が許されないし(三六〇I但)、訴訟の目的を遅延せしめる目的のみを以てする控訴については、制裁金納付命令の制裁がある(三八四ノ二)。東京高等裁判所が第一審としてした判決に對する上告については、最高裁判所が第二審として審判する(三九三)。

四(第三審) 地方裁判所の第二審判決(および簡易裁判所の第一審判決)に對する上告、ならびに地方裁判所の決定、命令に對する通常の再抗告については、高等裁判所が第三審として審判し、高等裁判所の第二審判決(および地方裁判所の第一審判決)に對する上告については、最高裁判所が、第三審として審判する(裁七・一六二・三、民訴三九三)。高等裁判所が上告裁判所である場合に、一定の事由があるときは、事件が最高裁判所に移送せられる(四〇六ノ二)。上告審は法律審で、原判決を法律的方面から審査するも

のである。不相当上告に對する制裁については、前段述べたところと同じ(三九六)。上告審の判決に對しては、その判決が法令に違背することを、理由とする場合にかぎり、さらに異議の申立をすることができ(四〇九ノ四)。

五(特別審) 高等裁判所が上告審としてした判決に對しては、その判決において、法律・命令・規則または處分が憲法に適合するか否かにつきなした判断の不当なことを理由とするときにかぎり、最高裁判所に、特別上告することができるし(四〇九ノ二)、決定・命令の同様な判断に對しては、最高裁判所に特別抗告することができる(四一九ノ二I)。

### 第三 審級制度の批判

一 審級制度の決定に際し、法は、矛盾する利益の對立の前に立たされる。すなわち、適正な事案の解決という點からすれば、審級の多いことが望ましいけれども、それは訴訟の迅速經濟的な處理を妨げることとなるし、また法令解釋の統一という點からは、すべての事件の最終審を唯一の最高裁判所に集中することが理想であるけれども、それは、その負擔を不当に重からしめて、本來の任務遂行に支障を生ぜしめる結果となる。したがつて、その利益の調節に、審級制度決定の主眼がおかるべきである。

二 右の觀點からすれば、現行の審級制度については、さしあたり、次の諸點が注目せられる。



- (1) 事實審に二審級を設けたことは、すぎたものがあるのではないか。ことに直接審理主義を徹底させ、新民訴のもとにおいては、不當に訴訟を遅延せしめるおそれがある。新刑訴が、事實審を原則として二審制としていることも、参酌せらるべきである。
- (2) 右に關して、不當上訴に對する制裁を設けたことは、制度として適切であるが、それが、實際にどこまで運用せられるかは、なお疑問である。
- (3) 一定の事件について、高等裁判所を上告審としていることは、憲法裁判所たる最高裁判所の負擔を軽くする意味においては好ましいが、法令解釋の統一という點からみて、若干の疑問が残される。移送制度(四〇六ノ二)の適切な運用に俟たなくてはなるまい。
- (4) 上告審の判決に對して、さらに異議の申立を許したことは、判決の確定を何時までも長びかすものであつて、適當であるとは思われない。

問題「四七」上訴提起の効力を説明すべし。(昭二・五二)

副題 控訴提起の効力(効果)を説明すべし。(昭一〇・五二、昭一八・司法)

一 總説

二 控訴提起の効力

三 上告提起の効力

四 抗告提起の効力

第一 總説

一 (上訴の概念) 上訴とは、不利益な裁判を受けた当事者が、その確定前において、上級裁判所に對しその裁判の取消または變更を求め不服申立の方法を云う。

二 (上訴の種類) 上訴には、次の三種がある。

(1) 控訴 控訴は、第一審の終局判決に對する上訴で、第一審判決の當否、すなわち事實の認定および法令適用の當否につき、控訴審の判断を求めものである。

(2) 上告 上告は、原則として、控訴審の終局判決に對する上訴で、控訴審判決の法令適用の違背を理由として、上告審の判断を求めものである。これを普通上告という。これに對し、高等裁判所が上告審としてなした終局判決、または舊行政裁判所の事件についてなした終局判決に對し、法律・命令・規則、または處分が、憲法に適合するかどうかについてなした判断を不當として、最高裁判所にその取消または變更を求め上告を、特別上告と呼ぶ(四〇九ノ二)。



(3) 抗告 抗告は、判決以外の裁判、すなわち決定命令に對する上訴である。抗告には、通常抗告と即時抗告(四一五)と特別抗告(四一九ノ二)とがある。

三(上訴提起の効力) 上訴のうち、控訴と上告については、その提起の効力が原則として、同様であるが、抗告提起の効力は、前二者と異つてゐる。

#### 第二 控訴提起の効力

一(概説) 適式の控訴の提起があるときは、第一審判決の確定を遮断し、且つ事件が控訴審に移審する効力を生ずる。前者を遮断的効力と云い、後者を移審的効力とよぶ。

二(遮断的効力) 控訴が控訴期間内になされたときは、原判決の全部につき、確定を遮断する(四九八)。従つてまた、假執行の宣言の附せられていないかぎり、判決は、その執行力の發生も妨げられる。

(1) 控訴が不法として却下されると、この効力は遡及的に消滅するが、それまでの間は、判決が確定しないものとして取扱われる。

(2) 原判決の一部につき不服申立がなされた場合でも、その全部の確定を遮断する。蓋し、控訴人は、控訴審の口頭辯論終結に至るまで、何時でも控訴申立の範圍を擴張し得るし、被控訴人も、附帯控訴により、その敗訴の部分につき、不服を主張しうるからである(三七二)。

(3) 裁判所が數個の訴の併合を命じた場合、および本訴と反訴と併合審理された場合における、遮断的効力の範圍については、學說上争があるが、一個の判決を以て裁判せられるかぎり、併合原因を問わず、各請求につき、遮断的効力を生ずると解するのが通説である。

(4) 普通の共同訴訟においては、一人の控訴は、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない(六一)。しかし、必要的共同訴訟にあつては、一人が控訴すると、全員につき確定を遮断する。

一(移審的効力) 控訴の提起により、訴訟事件が、第一審を離脱して、控訴審に繫屬することとなる。この範圍は、遮断的効力の範圍と同様、原則として、第一審判決の全部に及ぶ。もつとも、控訴審における辯論は、控訴申立の範圍に限られ(三七七I)、また控訴審は、不服申立の限度においてのみ、原判決の変更をなしうるにすぎない(三八五)。控訴が適法でなくても、移審の効力を生ずることは勿論である。

#### 第三 上告提起の効力

一(普通上告) 普通上告提起の効力は、控訴提起の効力と同様で、遮断的効力と移審的効力とを有する。

二(特別上告) 特別上告は、移審的効力のみを有し、遮断的効力は、これを有しない(四九八)。

#### 第四 抗告提起の効力

一(普通抗告) 普通抗告提起の効力は、羈束力、排除と移審的効力とである。



(1) 羈束力の排除 抗告により、原裁判所（または裁判長）に對する裁判の羈束力が排除される。すなわち原裁判所へ抗告が提起された場合、および抗告裁判所が事件を原裁判所へ送付した場合には（四一六一）、原裁判所（または裁判長）は、自ら抗告の當否を審査し、いわゆる再度の考案の上、もし之を理由ありと認めれば、その裁判を更正（取消）し得る（四一七一）。これ訴訟經濟の目的に出たものである。

(2) 移審的効力 適式の抗告の提起があると、原裁判の對象たる事項は、抗告審へ移審される。もつとも、抗告裁判所は、再度の考案のため、事件を原裁判所へ送付することができる（四一六二）。原裁判所が更正の必要なしと認めるときは、意見を附して抗告裁判所へ送付し、これにより抗告審へ移審する。

(3) 遮斷的効力 通常抗告には、その提起の時期につき不變期間の定めがなく、従つて遮斷的効力を有しない。もつとも、抗告裁判所または原裁判所もしくは裁判官は、抗告について決定があるまで、原裁判の執行の停止その他必要の假處分を命じることができる（四一八一）。

二（即時抗告） 即時抗告には、羈束力排除の効力と、移審的効力のあるほか、遮斷的効力と執行停止の効力を有する。すなわち、即時抗告が一定の不變期間内に提起されると（四一五）、原裁判の確定が遮斷されるとともに、一旦發生した執行力が停止せられる（四一八一）。もつとも、個々の執行行為としての裁判に對する即時抗告（五五八）は、この効力を有しないとするのが通説である。

三（特別抗告） 特別抗告は、移審的効力のみを有する。抗告裁判所または原裁判所もしくは裁判官が、原裁判の執行の停止その他必要な假の處分を命じ得ることは、普通抗告の場合と同じ（四一九ノ三）。

問題〔四八〕 民事訴訟法第三百六十條を説明すべし。（昭二二・司法）

一 總 說

二 控訴の對象たる判決

三 控訴をしない旨の合意

第一 總 說

一 民事訴訟法第三百六十條は、如何なる判決に對して控訴をなすことができるかということと、控訴をしない旨の合意の方式・効力等について、規定したものである。

二 この規定は、今次の改正により、かなり重要な修正をうけた。その修正は、右のうち、主として、不控訴合意についてであつて、從來、それは、判決言渡の前後を問はず、また上告をなす權利を留保すると否とにかかわらず（舊三六〇Ⅰ）、廣く認められていたが、改正法では、判決言渡後にかぎり、且つ上告をなす權利を留保してなす場合にかぎられることとなつた。



## 第二 控訴の對象たる判決

- 一 控訴は、地方裁判所が第一審としてなした終局判決、または簡易裁判所の終局判決に對して、これをなすことができる（三六〇I）。
- 二 控訴の對象となるのは、第一に、終局判決にかぎられる。中間判決や、決定命令に對しては、獨立に控訴することができず、終局判決とともに、控訴裁判所の判斷をうけることがあり得るだけである。終局判決の一部について控訴することもできるが、控訴費用の裁判のみに對しては、獨立に控訴をすることができない（三六一）。
- 三 終局判決のうち、簡易裁判所の終局判決と、地方裁判所が第一審としてなした終局判決に對してのみ控訴をなすことが許される。前者に對する控訴は、地方裁判所に（裁二四）、後者に對する控訴は、高等裁判所になすべきである（裁一六）。改正法が、舊法のように、廣く控訴は第一審の終局判決に對してなし得る旨規定しなかつたのは、第一審の終局判決のうち、上告のみ許されて、控訴の許されないものができたからである。例えば、獨占禁止法による公正取引委員會の審決に對する不服の訴（獨禁七七）、特許標準局の特許事件の抗告審判の審決に對する訴、中央海難審判所の審決に對する訴訟は、いずれも東京高等裁判所が第一審として裁判權を有するが、これに對しては、控訴が許されぬのである。

四 第一審において、全部勝訴した判決に對して、控訴を許すかについては、學説が分れているが、これを否定するのが判例である。判決理由中の判斷 服があつても、原則として、控訴を許さない。これに反し、訴却下の判決に對しては、原告のみならず、請求棄却を申立てた被告も、控訴することができるのである。

## 第三 控訴をしない旨の合意

一（性質） 控訴をしない旨の合意とは、特定の訴訟において、互に控訴をしないことを約する訴訟法上の合意である。その法律上の性質については、學説が分れているが、直接訴訟法上の効果を目的とする點で、訴訟法上の合意と解するのが正當である。従つて、私法上の契約と同時に締結されても、必ずしもこれと運命を共にせず、その要件・効果は、訴訟法規によつて定まる。もつとも、意思表示に關する民法の規定が準用される餘地は少くない。

## 二（要件） 實質的要件つきのごとし。

(1) 終局判決言渡後になされたものであること。舊法のもとでは、判決言渡前でも、不控訴合意ができるものときれていた。従つて、この場合には、それは、當事者の上訴權の發生を妨げる効力を有した。しかし、改正法は、不控訴合意を判決言渡後にかぎつたから、判決言渡前になしたそれは、無効である。



(2) 當事者双方ともに控訴しない旨の合意であること。一方だけが控訴しない旨の合意は、許されない。  
(3) 上告をなす権利を留保していること、舊法のもとでは、不控訴合意は、上告をなす権利を留保してなしてもよく、留保せずになしてもよいこととなつていた(舊三六〇Ⅱ)。改正法は、この様な合意を、事實關係について争がなく、法律上の點だけについて争がある場合にのみ認むべきものとするためから常に上告をなす権利を留保してなすべきものと定めている(三六〇Ⅰ但書)。従つて、それを留保せずになした不控訴合意は、無効である。

三(方式) 控訴をしない旨の合意は、書面を以てしなければ、その効力がない(三六〇Ⅰ・二五Ⅰ)。

四(効力) 適法な合意があるときは、控訴権が同時に消滅し、當事者双方とも控訴をすることができなくなる。もし控訴すれば、控訴は不合法として却下せられる。もつとも、上告の権利は留保されているから、判決は、上告期間が経過するまで、確定しないのである。

問題「四九」非法律家を民事裁判に關與させることの可否、並びに若し可とするれば

その方法と限度とに付て述べよ。(昭二一・行政)

#### 一 素人關與の現代的意義

#### 二 素人關與の現行制度

##### 第一 素人關與の現代的意義

一(序) 非法律家、すなわち素人を、民事訴訟に關與せしめることの可否、そうした制度の現代的意義は、裁判の形式および内容の両面から、觀察せらるべきように思われる。

二(裁判形式の民主化) まず裁判形式の方面より見ると、非法律家すなわち一般民衆の裁判への關與は裁判形式の民主化という目標に捧げらるべきものであつて、從來の官僚的司法機構に對する、民主主義的改革を意味する。蓋し、民主主義國家においては、主權は國民にあり(憲一)、國政は、すべて、國民の嚴肅な信託によるものであつて、その權威は國民に由來するのであり(憲法前文)、その理は司法においても異なるところがない。されば、裁判官そのものも、窮極的には、國民により選定さるべきは勿論として、さらに、國民が、その國民たるの資格にもとずいて、直接裁判に關與する道を開くならば、裁判形式の民主化は、一應、最も徹底した形をとれるものとも云えるのである。

三(裁判内容の常識化) つぎに裁判内容の方面より見ると、非法律家の裁判への關與は、裁判内容の常識化を意味する。蓋し、裁判官の裁判は法律による裁判であるが、これがため却つて法理論に拘束されて實際の結論に妥當を欠く場合が、必らずしも少くない。ことに、社會の變革期においては、法の改正がこ



れに伴わないために、法の一本調子な適用が、かえつて社會の現實にそぐわない結果をもたらすことも、少くないばかりでなく、裁判官のいわゆる「世間知らず」が、この傾向をさらに助長していかないものでもない。民事裁判は、決して、法律家の論理を満足すべきための遊戯であるべきでなく、社會における私的紛争の現實的な解決方法であるべきだとすれば、裁判は、論理の精緻より、むしろ結論の妥當をこそ期せらるべきであり、こうした見地から、社會の實情に精通し且つ常識圓滿な非法律家の裁判への關與が要請されるのである。

## 第二 素人關與の現行制度

一（概観） 民事裁判に非法律家の關與を認めている現行制度としては、三種のものが區別せられ得るであろう。第一は、裁判官そのものを非法律家から選ぶ制度であつて、最高裁判所および簡易裁判所に、これを見る。第二は、裁判官のほかに非法律家を關與せしめる制度であつて、簡易裁判所および家事審判所に、これを見る。第三は、廣義の裁判制度としての調停制度における素人關與主義である。

二（素人裁判官） 非法律家を裁判官に任命する制度は、わが國では、新憲法となつてから、はじめて認められたものである。すなわち、最高裁判所裁判官のうち、少くとも十人は純然たる法律家であるが（裁判四一）、その他の裁判官は、單に法律の素養さえあれば足り、必らずしも、いわゆる法律家であることを要

しない。また、簡易裁判所判事は、廣く非法律家よりも任命し得ることとなつている（裁判四五）。蓋し、簡易裁判所は、最も社會の實生活に接觸した事件を取扱う點より、また最高裁判所は、その裁判に廣い視野と高い識見とが特に要請せられる點より、ともに非法律家の關與が妥當と考えられたものである。

三（素人關與） 裁判官のほかに、非法律家を裁判に關與せしめる制度としては、簡易裁判所の司法委員と家事審判所の參與員とがある。前者は、裁判所が必要ありと認めるとき、和解の補助をしたり、審理に立合つて意見を述べたりするものであり（三五八ノ四）、後者は、家事審判の場合、常に立ち合つて、意見を述べるものであるが（家事審判法三一）、ともに、その意見に法律的拘束力はない。簡易裁判所の扱う少額事件や、家事審判所の扱う家庭事件において、法律の形式的理論による解決よりも、常識に合致した解決が、特に望ましい點より、設けられた制度である。

四（調停への素人關與） 調停手續も、廣義では、裁判手續の一種と云えるであろう。而して、調停は、本來、法律による一刀兩斷的な解決をさけ、具体的に妥當な解決をもたらそうとするものであるから、それは、本質的に、非法律家が關與するに適するものであり、むしろ、その點にこそ調停の存在意義があるわけである。されば、家事調停をはじめ、借地借家・商事・小作・金錢債務等すべての調停制度において非法律家が調停委員として参加することを、豫定しているのである（家事審判法三一・借地借家調停法一六一



・商事調停法二・小作調停法二九Ⅱ・金銭債務臨時調停法四。

五（批判） 以上のごとき現行制度は、冒頭に掲げた素人關與の現代的意義よりして、いずれも是認せらるべきものであろう。ただ、ここに一言すべきは、一般の裁判について、裁判官のほかに、非法律家の參與を認め、然もその意見に法律的効力を附與する制度、例えば陪審制度のごときを、民事裁判についても認むべきか、の點についてである。而して、これは、民事裁判の技術性よりして、否定せらるべきものであり、この點に非法律家の關與の限界を劃するのが至當と思われるのである。

（註）本問については、出題當時と、やや客觀事情が異つてゐるので、解答が、問題との間に、多少のズレのあることを諒とされたい。

問題「五〇」終戦後に於ける民事訴訟法改正の概要を述べよ。

一 總説

二 各種基本原則の徹底強化

三 變更判決制度の採用

四 審級制度・上訴制度の改正

五 簡易裁判所の手續

六 其他の改正

第一 總説

一（概観） 終戦後に於ける民事訴訟法の改正は、形式的には、新憲法および裁判所法の施行に伴い、裁判所の機能および機構に一大變革がもたらされたことに基くものであり、實質的には、民主主義思想の導入に伴い、民事訴訟の分野においても、大陸流の訴訟形式より英米流の訴訟形式への變革が、待望せられることとなつたのによるものと云えよう。而して、新憲法施行と同時に、とりあえず、昭和二十二年法律第七十五號「日本國憲法の施行に伴う民事訴訟法の應急的措置に関する法律」が制定されたが、今回、やや根本的な改正として、昭和二十三年法律第四百十九號「民事訴訟法の一部を改正する法律」の施行（昭和二十四年一月一日）を見ることとなつた。もつとも、法律と最高裁判所規則との關係の問題は未解決のまま残されているのであり、民事訴訟法の根本的な改正は、近い將來に豫想せられるのである。

二（特殊法域） 舊憲法時における行政裁判の廢止に伴い、行政廳の違法な處分の取消または變更に係る訴訟その他公法上の權利關係に関する訴訟も、司法裁判所で取扱ふこととなり、民訴應急措置法は、これについて規定していたが、今回、昭和二十三年法律第八十一號「行政事件訴訟特例法」が施行され、い



ゆる行政事件は、特殊の法的規整の対象となつた。もつとも、同法に規定なきがら、民事訴訟法の定めるところによることとなつていたので、その意味では、行政事件も一種の民事訴訟と云えよう。また、家庭に関する事件の審判については、昭和二十二年法律第五十二號「家事審判法」が制定せられ、特殊の法的規整の対象となつていたのである。

### 三(改正點) 固有の民事訴訟法域における改正の要點は、

- (1) 民事訴訟における各種基本原則を更に徹底強化せしめたこと。
- (2) 判決言渡後これを言渡裁判所が變更し得る制度を採用したこと。
- (3) 審級制度・上訴制度を改正したこと。
- (4) 簡易裁判所の審判につき簡易の手續を規定したこと。
- (5) その他の技術的改正、の五點に分けて見ることができよう。以下その概要を簡単に述べる。

### 第二 各種基本原則の徹底強化

一(辯論主義) 舊法に於ける職權證據調の制度(舊二六一)は、辯論主義の原則よりすれば異例であるので、廢止されるとともに、證人の訊問は、まずその訊問の申出をした當事者自らが訊問することとし、證據の當事者提出の觀念を徹底させた。ただ、改正法も、當事者訊問・鑑定等、例外的に職權證據調を許

### 二(直接審理主義) 裁判官の更迭があつた場合において、従前訊問をなした證人につき當事者が更に訊問の申出をしたときは——舊法のごとき審理の更新というやり方では足らず——裁判所は、必ずその證人を訊問すべきものとして(一八七Ⅱ)、直接審理主義を徹底した。この理は、證據保全の手續において訊問された證人についても、採用されている(三五ノ二)。

三(公開主義) 訴訟記録の閲覧は、何人もこれを請求しうるものとして(一五二)、辯論の公開主義を徹底した。

四(口頭辯論主義) 口頭辯論を経ないで訴を却下する若干の場合において、判決前必ず原告を審訊すべしとしたことや(一四Ⅰ・二〇Ⅱ・三八Ⅲ)、當事者が口頭辯論期日に出頭しなかつた場合擬制自由の規定の適用ありとしながら(この點は、従來も判例法として認められたところである)、公示送達による呼出を受けた當事者には右規定の適用なしとしたこと(この點に改正の要點がある)は、廣い意味で、口頭辯論主義の補強と云えよう。

### 第三 變更判決制度の採用

従來、決定等については、原裁判所に再度の考案の機會が與えられていたに反し、判決は、一旦言渡さ



れたかぎり、言渡裁判所をも羈束して、判決の更正（一九四）・補充（一九五）のほか、判決の変更は許されなかつたが、新法は、米法の制度にならない、判決に法令違反のある場合にかぎり、言渡後一週間内に、原裁判所が、變更判決をなしうるものとして（一九三ノ二）、無用の上訴をなからしめることとした。

#### 第四 審級制度、上訴制度の改正

一（審級制度） 新憲法下における最高裁判所の地位と職能とにかんがみ、輕易な事件（簡易裁判所が第一審の裁判権を有する事件）の上告審を、高等裁判所の管轄として（裁一六）、最高裁判所の負擔の軽減をはかるとともに、この種事件についても、最高裁判所の定める事由があるときは事件を之に移送することを要する（四〇六ノ二）ばかりでなく、法律等の違憲性が問題となつていくかぎり、常に、最高裁判所に特別上告（抗告）しうるものとしている（四〇九ノ二・四一九ノ二）。

二（上訴権の擴張） 従來上訴を許さなかつたある種の裁判に、これを許すこととしたこと（三三）、上告判決に異議の申立ができたものとしたこと（四〇九ノ四）は、上訴権の擴張としてあぐべきであり、なお、不控訴合意が、判決言渡後、上告をなす権利を留保した上でのみ認められること（三六〇I但）も、広い意味では、ここにあげられよう。

三（上訴権の制限） 上訴人が、訴訟の完結を遅延せしめる目的のみを以て、上訴を提起したものと認め

るときは、上訴裁判所は、一定の制裁金を納付せしめ得る（三八四ノ二・三九六）。これ不當上訴を制限する目的に出たものである。

#### 第五 簡易裁判所の手續

簡易裁判所に於いては、簡易な手續により、迅速に紛議を解決すべきものであるから（三五二）、呼出方法（三五六ノ二）・調書の記載法（三五八ノ二）が簡易化されているほか、口頭辯論期日に於ける辯論懈怠の場合についての規定を、續行期日にも適用あるものとし、なお證人・鑑定人の訊問に代え、書面の提出による方法を許している（三五八ノ三）。さらに、簡易裁判所では、審理または和解に、司法委員が關與しうることとなつていくこと（三五八ノ四以下）、移送に關し特例のあること（三〇・三一ノ二）も忘れてはならぬのである。

#### 第六 其の他の改正

右に述べた以外の主要なる改正としては、第一に、準備手續制度の任意化（二九四）、第二に、證人に對する制裁の強化（二七七ノ二・二九三）、第三に差押禁止範圍の變更（六一八）、をあげれば足りるのである。そのほかは、主として表現の修正、金額の變更、他の法規の改正に伴う字句の改正にすぎぬのである。

（註）本解答は、改正の要點を簡單にまとめることを主眼として書いた。それぞれの詳細は、各問題の解答につき、見られたい。





新刊

國家試験問題集

B6一六〇頁  
送價七〇〇圓

昭和二十四年度版

昭和二十三年度問題收録、東大京大法學部

試験問題、高試験備試験問題登載

最近刊 (十月下旬刊)

19新刑事訴訟法

B6三〇〇頁  
定價一五〇圓

今回全面的に改正された民主的な新刑事訴訟法の解答書、舊法と對比して新法の特色が明白に示されてゐる。

書庫

昭和二十三年十一月五日 印刷  
昭和二十三年十一月十日 發行

定價百二十圓

著者 高等試験 研究会

代表 五十嵐正雄

發行者 增 永 勇 二

京都市上京區北山四丁目十一

京都市下京區烏丸五條下ル

印刷者 國際文化協會

(上京區內)

京都市上京區北山四丁目十一

發行所 高文社

電話 上三五八七番

販賣所 京都市中京區富小路九太町(裁判所)角

配給元 日本出版配給會社

國家試験研究叢書

(書留料二〇圓加算願います)

- 1 新憲法五十題 (既刊) 定價送共 七〇圓
- 2 民法全篇五十題 (既刊) 定價送共 七〇圓
- 3 民法總則解答 (既刊) 定價送共 九〇圓
- 4 物權法解答
- 5 擔保物權解答
- 6 債權總論解答 (近刊)
- 7 債權各論解答 (近刊)
- 8 新親族法解答 (既刊) 定價送共 九五圓
- 9 新相續法解答 (既刊) 定價送共 一〇〇圓
- 10 新刑法解答 (既刊) 定價送共 一〇〇圓
- 11 行政法五十題 (近刊) 品切  
國家試験問題集24年度(新刊)定價送共 八〇圓
- 12 國際法五十題 (近刊)
- 13 商法總則商行爲
- 14 會社法解答 (既刊) 定價送共 一〇〇圓
- 15 手形小切手法
- 16 海商保險解答
- 17 民事訴訟法解答 (既刊) 定價送共 一三〇圓
- 18 破產法解答
- 19 刑事訴訟法解答 (近刊) 豫價 一五〇圓
- 20 刑事政策
- 21 經濟學解答 (既刊) 定價送共 七〇圓
- 新六法全書(行政篇) (既刊) 定價送共 一三〇圓
- 新六法全書(司法篇) (既刊) 定價送共 二六〇圓



24

西家規條

一	...	...
二	...	...
三	...	...
四	...	...
五	...	...
六	...	...
七	...	...
八	...	...
九	...	...
十	...	...
十一	...	...
十二	...	...
十三	...	...
十四	...	...
十五	...	...
十六	...	...
十七	...	...
十八	...	...
十九	...	...
二十	...	...



終