

# 1. 「顕著ナル事実」か否かは事実問題か 2. 「顕著ナル事実」の反証の不採用と上告理由：請求異議事件（最判昭和25.7.14）

坂原，正夫  
慶應義塾大学法学部

七戸，克彦  
慶應義塾大学法学部

<https://hdl.handle.net/2324/6281>

---

出版情報：法學研究. 56 (12), pp.86-95, 1983-12. 慶應義塾大学法学研究会  
バージョン：  
権利関係：



昭二五六 (最高民集四卷  
八号三五三頁)

一 「顯著ナル事実」か否かは事実問題か

二 「顯著ナル事実」の反証の不採用と上告理由

請求異議事件(昭二五・七・一四第二小法廷判決)

X(原告・控訴人・上诉人)は、かねてから訴外Aより本件建物を賃借していたところ、Y(被告・被控訴人・被上诉人)がAからこの建物を買受け、Xに対し右賃貸借契約の解除を申入れ、建物明渡の訴を提起した。裁判所はこれを職権で借家調停に付し、昭和二十一年二月二十三日右調停は成立した。その内容は、XはYに対し本件建物を昭和二十二年五月末日限り明渡すこと、Xが右期限までに明渡すことが不能な場合には、

同年一二月末日までXYが右建物に同居し、この場合Xはその階上を使用すること、というものである。Yは右調停の最終的期限である昭和二年一二月末に、昭和三年早々右調停調書に基づいて強制執行する旨をXに通知した。これに対しXは、調停調書に対する請求異議の訴を提起したが、一・二審ともX敗訴。

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

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

## 判例研究

### 判旨に反対。

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

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

「公知の事実」か否かに関する裁判所の判断につき、当事者は上告審に不服申立をなしうるか。本判決は、民訴旧二二八条に関する大審院判例を踏襲し、顯著（公知の事実）か否かは事実問題で上告適法の理由とならない、と判示したもので、爾後この点につき直接争われた事案がないため、今日に至るまで先例的価値を有する判例と目される。

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

まず、本条の効果に関していえば、それが以下の異なる二つの側面において位置づけられることが特徴的である。即ち、第一に、条文の効果の側面から見れば、本条は、当事者に争いのある事実につき例外的に証拠調を省略するという純然たる手続進行上の規定として把握しうる。手続進行に関する規定である以上、本条の適用判断は裁判所の訴訟指揮権の内容に属し、本来当事者の処分を許さないものと解さざるを得ない。これに対し第二に、判決三段論法の構造的側面からみれば、本条は、裁判官の訴訟外の既知を例外的に事実認定過程に取込むものとして、三段論法の小前提に還元される形で理解しうる。言い換えれば、本条は、証拠調手続そのものに代替する事実認定の手続として位置づけられ、証拠資料に代わって顯著性（公知性）が事実の存在を推認させる資料となつていてと捉えることができる。つまり公知性は、事実の存在にとつて証拠資料・間接事実と同じ地位に立つのである。<sup>(8)</sup>かかる本条の効果の二重の意味が、第一に顯著性（公知性）の有無の判断に関して、一方は手続進

行上の規定であるが故に当事者の関与を許さずとし、他方は事実の存在を推認せしめるもの故に当事者の処分を認める、という差で現われ、また、第二に上告可能性に関して、一方は訴訟法規違背として端的に上告可能性を認め、他方は事実認定の過程に属するが故に原則として上告理由とならないという理解の仕方となつて現われるものと考えられる。第一の問題の収束のためには、本条が適用される場合と証拠資料・間接事実として公知性の主張・立証がなされる場合の相違を明確化し、本条適用に際して、後者と同一の処理をすることが本条の機能からみて実質的に妥当か、という点から考慮する必要がある。第二点については、本条が不当に適用された後の段階での救済の必要性を裁判官の私知禁止の要請から勘案するとともに、救済方法の法的構成において他の領域との斉合性が保たれなければならぬ。

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

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

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

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

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

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

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

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

(イ) 公知性の確信は、裁判所が事実の存否の証拠調を行なうかどうか

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

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

なる。ただし、これは本条の適用に関してであり、裁判官に訴訟外の既知についての確信がない場合、間接事実として公知性を主張し証明することは、無論認められる。

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

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

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

(イ) 事実の存在に關する証明の証拠調をどうかは、裁判所がその申出にどの程度の価値を認めるかに係つており、これを必ずしも採用しなくともよいのは、通常の場合と同様である。<sup>(28)</sup> また、事実の存在（公知性ではない）について確信に至つた経路も、これに対する反証不採用の理由も、開示する必要はない。公知性こそが確信の理由だからである。本件においては、裁判所がXの鑑定申請に価値を見出さなかつたということであり、判旨のうちこの部分に關する判断は結論としては正当である。

(ロ) これに対して、本条を適用した場合に公知性の確信に至つた経路を判決理由中に開示しなければならぬかについては争いがあ

る。公知性は間接事実・証拠資料と同じ地位に立つからこれに關する理由開示の必要はないともいえるが、公知性は裁判官の訴訟外の既知に対し正当性を担保するものであり、また前述のようにその判断に当事者の関与する余地はないのであるから、私知に基づいて裁判を行なつていないことを当事者が納得できる程度で公知性の根拠を開示することが望ましい。<sup>(30)</sup> またこのことから、開示の範囲は、公知と確信するにつき通常人の思惟に照らして合理的判断がなされていることを推知しうる程度で良く、裁判官の個人的な公知性の確信獲得過程を微細にわたつて開示する必要はない。<sup>(31)</sup>

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

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

禁止の原則が貫徹されず、当事者に酷な結果をもたらすこととなる。

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

(イ) 事実問題と解する以上、公知性の判断自体について上告は認められないから、公知性の確信につき経験則違背があるとの構成を採るか、あるいは判決の理由不備・理由齟齬に基づく上告理由(三九五条一項六号)として構成することになる。<sup>(34)</sup>前者は、客観的な公知性の心証度を不当に低く解したという意味で、公知の解釈・適用違背と変わるところはない。後者は、理由不備・理由齟齬の理解の仕方

にもよるが、事実の存在を推認させる公知性について、判決理由中のの開示を要求することを前提とするのであろう。

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

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

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

本件で公知とされた借家難ではないという事実は、通常公知性を有するような性質をもつとはいえないが、しかし、観念的には、いかなる事柄でも公知性を帯有する可能性はないとは限らない。公知となるような事実の外延は時と場所によつて異なるから、明確な輪郭を設定することは不可能であり、個別・具体的に判断せざるを得ない。<sup>39)</sup>従つて破棄事由となるかの基準は、もし当該下級審が公知性を事実の存在についての唯一の証拠資料・間接事実として用いたな

らば、確信の程度にまで至ることが不合理か否か、というべきであろう。<sup>40)</sup>公知性については上告適法の理由とならないとした本判決は、事案の結論としては妥当としても、裁判官の私知排除の保障として、かかる点につき判断する理論的余地を認めるべきであり、その意味で判旨には賛成できない。

なお本件評釈として、兼子一・星野英一・判民昭二五一一一六〇、菊井維大・判タ五一一二(判例民事手続法一六二)、高根義三郎・新報五八一一一七一、中田淳一・民商三二一一三五五(民事訴訟判例研究一一一)がある。

- (1) 以上の説明に争いはない。本文の表現は三ヶ月章・民事訴訟法(有斐閣・法律学全集)三九四頁、小山昇・民事訴訟法〔三訂版〕三三二頁に依つた。
- (2) 岩松三郎二編・法律実務講座(4)(第一審手続③)一一頁。
- (3) 小室直人「裁判所に顕著な事実」(民法三〇卷)(中村遼磨論文集)八四頁。
- (4) 判例は全て原審の公知の判断に対する不服申立を棄却しているが、その中には一見して不当な不服申立といえるものが散見される。
- (5) Selter, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, Festschrift für Baur, 1981, S. 523 ff. なお、本文三参照。
- (6) いずれも公知の事実に関する。大判明治三五・九・一九民録八一八―一〇、大判明治四〇・五・二二民録一三・五三三、大判大正一一三・二・五民集三一五二六。
- (7) なお最判昭二八・九・一一裁判集民九一九〇一は、顕著な事実と認められたことが錯誤に基づくとの上告理由に対し事実認定を非難するものと

判例研究

九四 (二〇六)

した。

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

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

(10) 弁論主義の例外と考える説として、W. Bernhart, Die Aufklärung des Sachverhalts in Zivilprozess, Festschrift für Rosenberg, 1949, S. 22 ff.; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 13. Aufl., S. 678. 三ヶ月・前掲書一五九頁。

(11) Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung, 40. Aufl., S. 718; Wiczorek, Zivilprozessordnung u. Nebengesetze, 2. Aufl., 2. Bd., S. 61. 小室・注(3)引用の論文八五頁、同・注解民事訴訟法(3)四二二頁、新堂幸司・民事訴訟法〔第二版〕三六六頁。判例も同旨、民事旧二二八条につき大判明治三六・六・一七民録九一七四二、大判大正九・六・九新聞一七四一七。

(12) 三ヶ月・前掲書三九二頁。

(13) 伊東乾・弁論主義一〇九—一〇頁。

(14) 兼子・民事訴訟法体系二四八頁、伊東・前掲書一四八頁、前掲実務講座(4)一一五頁。反対、三ヶ月・前掲書三九二頁、新堂・前掲書三六三頁、小室・注解民事訴訟(3)三九六—七頁。

(15) 前掲実務講座(4)一三四頁、中野貞一郎「松浦馨」鈴木正裕編・民事訴訟法講義〔補正版〕二九二頁。

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

(17) 前掲実務講座(4)一三四頁、前掲民法講義三九二頁。

(18) 前掲実務講座(4)一四頁。

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

(20) 前掲実務講座(4)一四頁。

(21) 斎藤秀夫・民事訴訟法概論〔新版〕二七三頁、同・注解民事訴訟(3)三四一頁、小山・前掲書三三二—三三頁。

(22) 前掲実務講座(4)一四五頁。

(23) Stein-Jonas-Pohle, a. a. O., S. 1188. 前掲実務講座(4)一五五頁。

(24) 菊井維大「村松英夫・全訂民事訴訟Ⅱ二四一頁、前掲実務講座(4)一五五頁。

(25) 通説。三ヶ月・前掲書三九五頁、兼子・体系二五〇頁、新堂・前掲書三六六頁、小山・前掲書三三三頁、Rosenberg-Schwab, a. a. O., S. 679; Stein-Jonas-Pohle, a. a. O., S. 1188.

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

(27) 注(6)(7)(11)に掲げた判例の他、最判昭和二九・五・二五民集八一—九五〇も同様。

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

(29) 三ヶ月・前掲書三九五頁、前掲実務講座(4)一三三頁。

(30) 三ヶ月・前掲書三九五頁、新堂・前掲書三六六頁。反対、判例、菊

井村松・前掲書二四〇頁、前掲実務講座(4)一三頁。

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

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

(33) 斎藤「顯著な事実」菊井編・全訂民事訴訟法(下)一〇九頁、同・前掲民訴法概論二九一—三〇〇頁。

(34) 兼子・星野・本文中引用の評釈一六四—一五頁。

(35) 田中和夫・新版証憑法〔増補三版〕三九—四〇頁。

(36) 小室・注(3)引用の論文九一—二頁。

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

(38) この他、両視点の折衷的見解として、(i)三ヶ月・前掲書三九五頁は、「公知であると主張されても公知でない」とされるときは、法的三段論法の小前提に還元される」が、「その下位の三段論法(公知の事実とみるべきか否か)では今度は公知なる概念が大前提として機能し」、「その限度では公知の事実の訴訟法上の取扱において(たとえは上告の適合)再び経験法則の取扱に接近する」とされる。経験則違背に準じて上告可能性を構成する趣旨であろう。(ii)新堂・前掲書三六六頁は、同書を用いつつ「公知と認定するに至つた経路が常識人によつて一応納得できる程度のものであることを要する。そうでなければ、適法な事実の確定といえず(四〇三条参照)、その限度では判決の法令違背として上告審の

審査を受ける」とされる。なお同書三四五—六頁によれば、本問題を経験則違背の問題とし、経験則違背を三九四条を根拠条文に一八五条の違背ではなく「判決の法令違背」として構成される。(iii)小山・前掲書三二二—三頁は、「公知であるか否かには一定の基準がある」と、この基準は事実認識の基準であつて、「公知の事実を証明を要しない事実とする(法的評価の)基準とは区別されるべきである」とされる。この説に立つて、前者は事実問題、後者は法律問題と解することにならう。(Zrosenbergschwab, a. a. O., S. 679; Zöllner, a. a. O., S. 799; Wiczorek, a. a. O., S. 64; Stein-Jonas-Pohle, a. a. O., S. 1188. 小室・注解民訴(3)四一三頁は、「顯著な事実の存在の確定は、事実審の専権に属する事実問題であるが、顯著の概念の誤解は法律問題として上告理由となるとする。顯著の概念の誤解とは、即ち本条の解釈・適用の違背であるから、本条違背を法令違背(三九四条)として構成することになる。この説は、公知か否かは法律問題であるとする説と同じものとならう。

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

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

坂原正夫・七戸克彦