

# 文書の証拠調べ

## 一付 Leo Rosenberg の生涯と業績一

遠 藤 功

### 目次

- I はじめに
- II 書証の手續
- III 書証の認否・文書の成立の真正・文書の形式的証拠力・実質的証拠力
- IV 文書の成立の真正についての自白の問題
- V 文書の成立の真正
- VI 文書の成立の真正についての審理
- VII ドイツ民法437条1項・440条2項の推定の法的性質
- VIII 日本の学説
- IX 筆者の関心
- X Leo Rosenberg の生涯と業績

### I はじめに

1 書証・文書 書証とは、民事訴訟においては文書を証拠方法として閲覧し、その記載内容を証拠資料として取得するための証拠調べである。

文書には、作成者の意思や認識・判断等が、通常の意味あるいは取り決められた記号によって表現されている。

文書の提出・送付は、民事訴訟では原本、正本又は認証のある謄本でしなければならない（民訴規143条1項）が、裁判所はそれにもかかわらず原本の提出を命じ、又は送付させることができる（同条2項）。写し（コピー）であっても、挙証者の意思によって原本として提出された、いわゆる手続上の原本の場合には、真の原本と同一の証拠能力が認められる。

証拠の申出は、証明すべき事実を特定してしなければならない（民訴180条。以下「民訴」は省略）。書証の申出は、①挙証者が自ら所持する文書を提出するか、又は、②文書の所持者である相手方又は第三者が文書の提出義務を負うときには、その所持者に対する文書提出命令の発令を裁判所に求める方法（219条後段・221条，民訴規140条），若しくは、③文書の所持者が任意に提出する見込みがある場合に、文書送付の嘱託の申立てをする方法（226条本文）による。①の場合、期日で行う必要がある（最判昭和37・9・21民集16巻9号2052頁）。②と③の方法による場合は、期日外でもすることができる（180条2項）。

書証における証明の対象は、文書の内容であり、表見証明の場合と異なり、第一次的な文書の外見のみに限られるものではない。

ドイツ民事訴訟法においても、民事訴訟で果たす文書の証拠としての確実性の高さを認識・評価し、そのため、書証の意義・重要性は、明確で強固な証拠法則をあらかじめ定めていることに示される。自由心証に関するドイツ民訴286条の規定は、その第2項において、裁判所は、民訴法に規定する場合にかぎり、法定の証拠法則に拘束される、と定めている。証拠法則の例としては、ドイツ民訴139条4項3文、165条、314条、415条及至418条等書面・文書に関する規定に多く法定証拠法則が見られる<sup>1)</sup>。この点については後述する。

2 文書の証拠（明）力 ある文書が証明事項たる事実に関する裁判所の心証に寄与する能力・程度をいう。文書の証拠調べとしての書証は、証拠力および証拠価値を明らかにする手続であるが、作成者の意思・認識・判断等を記載する証拠方法である文書の性質から、第一に、記載内容が真に作成者の意思等を顕出したものであるかどうかを確認し、第二に、その意思等内容の真実性、すなわち証明事項に関する心証形成への寄与度を確認する必要がある。前者が形式的証拠力、後者が実質的証拠力の問題である。

---

<sup>1)</sup> Jauernig/Hess Zivilprozessrecht 30. Aufl. 2011 S. 222f.

3 書証の重要性 書証では、基本的にその対象となる文書の記載内容において作成時の作成者の意思や認識が固定されており、また、通常、その証拠調べにあまり時間をかけずに容易に行うことができる。それゆえ、書証は、民事訴訟において事案解明にとって実際、重要な証拠調べの方法となり、訴訟の勝敗を決する証拠資料を得ることが多い。書証の特徴として、文書が、検証によらない別個の証拠方法とされていること、文書が常に何人かの判断、認識、意思等を表現していること、したがって、挙証者において文書の作成者とされる者が真にその文書を作成したのか、その成立の真否がまず問題となること、真正の場合には処分証書では作成者の法律行為が直接的に証明できること、報告証書では作成時の作成者の認識・判断が確定できることのため、他の証拠にくらべて要証事実の認定に格段の好都合性をもっていること等の事由が存在するからである。

4 文書成立の真正 私文書成立の真正の推定に関する規定（228条4項）の性質を、日本の通説・判例は、いわゆる2段の推定が重疊的に働く法定証拠法則と解している。これに対して、ドイツの通説は、内国公文書真正・私文書の真正に関する推定規定（ドイツ民訴437条1項・440条2項）について、法律上の推定と解している。法定証拠規定と解するのはLeo Rosenbergで、通説を鋭く批判する。日本でも、有力説は、ドイツの通説と同じく、228条4項の推定について法律上の推定と解している。この問題は後述する。

書証の認否・文書成立の真正について自白の拘束力を認めるか否かの問題があり、最近では、肯定説が優勢と言われる。この問題は、背景には、弁論主義と自由心証主義とのコンフリクト（対立）がある。訴訟観にもよるが、どのように解決するべきであろうか。

5 書証に関する規定の取引や日常生活への影響 文書の証拠としての役割は、日常生活の面でも、大きい。署名、ハンコ、印影などは実生活に密接に関連した領域をなし、市民の日常生活の在り方に影響を与える。たとえば、朝日新聞2003年5月9日（金）14版34面〔「印鑑万能」でトラブル続発 民事訴訟法条文削除へ動き 議員連盟〕という記事を参照されたい。ただし、

筆者は、削除への動きが現在どのような状況にあるかは把握していない。

最判昭和39年5月12日民集18巻4号597頁は、印影の一致を証明することによって、押印の真正が推定され、その押印の真正から旧民訴326条・現228条4項によりさらに文書の成立の真正が推定されるという、いわゆる「2段の推定」に従い反証のない限り私文書の成立の真正の推定を受けることができ成立の真正が証明されることを判示した。この判例は、法社会学に造詣の深い研究者によって、「その後の訴訟実務に与えた影響は大きく、ことに契約書や手形、遺言書等のいわゆる処分証書の場合にはその成立が認められたときには特段の事情がない限りは当該法律行為の存在が認められることが多いだけに、契約型訴訟、手形訴訟、相続関係訴訟等においてこの判例の占める意義は重要で、実社会での慣行と訴訟における当事者間の立証の公平を考えると、その基本姿勢は支持されるべきである。」と、評価されている<sup>2)</sup>。

## II 書証の手続

(1) 書証の対象 書証とは、前述したように、裁判所が文書を読み取ってそれに記載されている作成者の意思・認識・判断等を事実認定の証拠資料とするための証拠調べをいう<sup>3)</sup>。対象となる記載内容を内包している文書は真正に成立した、形式的証拠力を有するものでなければならない。文書とは、文字または記号（暗号・電信符号等）によって、作成名義人の意思、判断、認識等を表現している有形物をいう（紙に限らず、木、皮、石、金属などにもなされる）。文字または記号をもって一定の意味を表現し、後の証拠にし

---

<sup>2)</sup> 菅原郁夫・民訴判例百選II〔新法対応補正版〕1998年 133事件解説。なお、近藤隆司・民訴判例百選第4版 2010年 71事件解説参照。

<sup>3)</sup> 従来、意思、判断、認識、感情等を一括して思想と呼んでいた。「思想」とは、ドイツ民法の教科書やコンメンタールで文書の定義に際して用いられる Verkörperung eines Gedankens (Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht 17. Aufl. 2010 S. 673 等) の der Gedanke を和訳したものである。これは、ドイツ語のミス・リーディングな訳語であると指摘されている。高橋『重点講義民事訴訟法 下 第2版』2012年（以下、高橋・重点下）131頁注135参照。

ようとする物件、たとえば、割符、下足札、道標、図面（境界図、設計図等）、写真、商品見本、検査済みマーク等は、まとまった意思や認識を表現するものとはいえないので、文書とは区別されるが、そこに表現される意味・内容を証拠とする場合には、準文書として書証の手続による（231条）。

(2) 慣用的表現　なお、書証の対象となる文書を指して、実務の慣用として書証ということがある。規55条2項も、「書証の写し」という用語を用いている。これは、後述するように、文書が本来の意味での書証の対象となる場合と検証の対象となる場合があるので、検証の対象となる文書と区別するために書証の対象となる文書を書証と呼ぶようになったのである<sup>4)</sup>。

(3) 検証　以上に対して、文書の存在自体を証拠とする場合の証拠調べは記載内容を取り調べるわけではないので、検証という。検証には、文書が偽造されたことを立証するために当該偽造文書を提出する場合、手形の裏書の連続を立証するためにその手形を提出する場合（352条1項の書証に含まれる）、筆跡・印影の対照のために文書を提出する場合（229条1項）等がある。また、書証の対象として文書が提出された場合でも、用紙の種類や筆記方法等が問題となることも多く、このような場合は検証としての性質も有す

---

<sup>4)</sup> 「書証」が、文書を対象とする証拠調べ手続とその対象となる文書を指して使用されていることについて、両方の意味があることを認識しながら、書証という慣行的な用語法でよいとする見解（高橋宏志『重点下』131頁注134、伊藤滋夫「書証に関する2、3の問題（上）」判タ752号15頁（1991年）、門口正人編代 福田剛久／金井康雄／難波孝一編『民事証拠法大系4巻各論II書証（以下、大系）』難波孝一4頁以下（2007年初版4刷））と訴訟法本来の用語法に従い区別するべきという見解（倉田卓次『民事実務と証明論』161頁（2008年））がある。書証は、国語辞典では、広辞苑第6版1412頁「民事訴訟上、文書の内容を証拠資料とするための証拠調べ。刑事訴訟上、証拠書類と証拠物たる書面をいう。」、明鏡国語辞典第2版851頁「裁判で、文書に記載されている内容を証拠資料とすること。」、岩波国語辞典第7版新版719頁「裁判で、書面に述べてある事柄を証拠とすること。」、新明解国語辞典第7版738頁「（裁判などで）書面の内容を証拠資料とすること。」とある。有斐閣・法律用語辞典第4版は、「民事訴訟においては、証拠方法である文書の記載内容である思想、趣旨を証拠資料とするための証拠調べをいう。刑事訴訟では、文書の記載内容である思想、趣旨を証拠資料とする証拠方法をいい、証拠物たる書面と証拠書類の区別がある。」とする。なお、酒井幸・ジュリ1306号2頁。

ることになる。

#### (4) 処分証書と報告文書

(ア) 処分証書とは、意思表示その他の法律行為が行われたことを記載している文書である。公法上の法律行為が記載された公文書としては、判決書、行政処分の告知書等がこれに当たる（ただし、判決書は報告文書と解される場合がある）。私法行為が記載された文書としては、手形、小切手、遺言書、契約書の契約条項、解約告知書、内容証明郵便による催告等がある。遺言書を公証人が作成する場合等、私法行為が公文書でなされることもある。

処分証書については、成立の真正が認められれば、記載内容となっている法律行為の存在が認定されることになる。すなわち、実質的証拠力を有し、他の証拠資料等を斟酌して判断される報告証書より証明力が直接的である。したがって、実務上は、成立の真正が認められた処分証書については、特段の事情のないかぎり、一応その記載どおりの事実を認めるべきであり、特段の事情を示すことなく、記載内容と抵触する事実を認定することは、往々にして経験則違背として破棄差し戻された例が見られる<sup>5)</sup>。

#### (イ) 報告文書

文書作成者の見聞、意見、認識、判断、感想等が記載されている文書が報告文書である。例としては、戸籍簿、登記簿、領収証、商業帳簿、調書等の公文書、手紙、診断書、診療録、陳述書等である。ただし、領収証は弁済が準法律行為と解されていることから、処分証書とする見解もある。

真正の成立が認められた報告文書は、作成者が、作成時に一定の事項について、一定の意見なり判断なりを持っていたことが確定するので、証言に対する報告文書の長所とされる<sup>6)</sup>。証言が現在の判断であることが多いのに対し、文字によって、過去の一定時点で作成者がどのような意見、判断をもつ

<sup>5)</sup> 最判昭和42・12・21裁集民89号457頁，最判昭和45・11・26裁集民101号565頁，最判昭和47・3・2裁集民105号225頁。

<sup>6)</sup> 大系・難波孝一 14頁，伊藤滋夫 『事実認定の基礎』2002年初版第5刷 34頁，岩松三郎／兼子一編・法律実務講座(3) 1961年 86頁（以下，法律実務），近藤完爾『証拠の証明力』民事訴訟法学会編・民訴講座2巻 1954年 599頁，同・民訴論考III29頁。

ていたかが、動かすことのできない形で顕出され認定できるからである。

実質的証拠力が高いと考えられている報告証書としては、公証人による確定日付、公務員によって作成された正本・謄本の証明文、当該行為当時に作成された領収書（証）、納品書、当該日付の日の日記又は手帳の作成者の行動を記載した日記帳又は手帳等がある<sup>7)</sup>。

### Ⅲ 書証の認否・文書の成立の真正・形式的証拠力・実質的証拠力

(1) 書証の認否 人証等文書以外の証拠方法では、人定尋問等でその形式的証拠力の有無を比較的容易に判断できるのに対して、書証の場合は、文書そのものが作成名義人と真の作成者との同一性を語ることがないから、その成立の真否が、訴訟手続のなかで問われる。文書は、その成立が真正であることを挙証者は証明しなければならない（228条1項）。そのため、書証の申出にあたっては、文書の提出と同時に挙証者から必ず作成者についての事実上の主張がなされていなければならないし、裁判所は、相手方にそれについて弁論、答弁をさせなければならない（反証の機会を与えないと、審理不盡となる。後述参照）。これが、書証の認否・成立の認否というものである。文書の提出の際、上記の事実主張が明白になされていない場合でも、通常、文書に作成名義人の記載があり、挙証者がこの者を作成者なりと主張する意思であるから、作成者について黙示の主張があると見ることができる。作成名義人の表示のない文書又は文書上の作成名義人と異なる者を作成者と主張して文書を提出する場合は、作成者について明示の事実上の主張を伴うことを要し、成立の認否も、またこの主張に対するものでなければならない。このように、事実認定では、文書の成立の認否を先行させる<sup>8)</sup>。

(2) 文書の証拠力 書証は、文書に表現されている作成者の意思・判断・認識等を証拠資料として、要証事実の証明をする証拠調べであるから、文書の証拠力を検討するにはまず、その文書が、挙証者が作成者であると主

<sup>7)</sup> 大系4巻・難波孝一 14頁。

<sup>8)</sup> 司法研修所編『民事訴訟における事実認定』 2008年第1版第2刷 75頁以下。

張する特定者の意思に基づいて作成されたこと、すなわち、文書の成立の真正が要求される。通説によれば、文書が真正に成立し、挙証者の主張する作成者の意思・認識が表現されていると認められる場合、その文書は形式的証拠力があるという。書証は、作成者の文書に表現された意思・判断・認識等を証拠資料とするものであるから、文書が作成者の意思に基づいて作成されたものであることが、文書の意味内容を議論するうえで前提となると考えられるためである。

挙証者は書証の申出をする場合には、文書の作成者が誰であるかを特定して主張しなければならず<sup>9)</sup>、文書の作成者とは、さしあたり、挙証者が当該文書の作成者であるとその名をあげて指定した者をいう。

文書に形式的証拠力があるとしても、当然に記載内容が真実であるということにはならない<sup>10)</sup>。

形式的証拠力の認められた文書が、要証事実を証明するのに役立つ効果、すなわち文書の記載内容の証拠としての価値を実質的証拠力という。

(3) 文書成立に真正についての自白 文書（成立）の真正についての自白は、裁判所を拘束しないとするのが判例である<sup>11)</sup>。学説では、肯定説が有力になってきている。後述。

(4) 文書の成立の真正は、証書真否確認の訴え（134条）によっても確定できる。しかし、文書の成立が認められても、それによって証明しようとする法律関係がなお争いを残すような場合や当該訴訟において審判すれば足りる、訴訟代理権を証する書面の確認の場合等は、証書真否確認の訴えの利益は否定される<sup>12)</sup>。

---

<sup>9)</sup> 岩松三郎・兼子一編『法律実務講座(4)』261頁以下（1961年）。

<sup>10)</sup> 最判昭和25・2・28民集4巻2号75頁。

<sup>11)</sup> 最判昭和52・4・15民集31巻3号371頁，最判昭和55・4・22判時969号53頁）。なお，最判昭和28・10・15民集7巻10号1083頁。

<sup>12)</sup> 最判昭和28・10・15民集7巻10号1083頁，最判昭和30・5・20民集9巻6号718頁（草野芳郎・民訴判例百選3版 35事件解説参照）。



#### Ⅳ 文書の成立の真正についての自白の問題

文書の成立の真正についての自白は補助事実に関する自白に属する。

(1) 判例 判例は、かつては自白の拘束力を認め、その自白の撤回について、主要事実の場合と同様に、相手方の同意や、反真実及び錯誤の立証を要件としてのみ認めるのが大勢であった<sup>13)</sup>。その後、判例は、文書の成立の真正についての自白は裁判所を拘束しないことを明らかにする<sup>14)</sup>。

(2) 学説 学説は見解が分かれている。

A説は、文書の成立の真正についての自白に裁判所を拘束する効力を認めることはできないと解する<sup>15)</sup>。したがって、自白した当事者の撤回を制限する意味もないと主張する。

B説は、成立真正の自白に、主要事実についての自白と同様に裁判所に対する拘束力を認める<sup>16)</sup>。自白の撤回を、撤回要件を満たせば認める。当初は、文書の成立の真正の自白は、裁判所を拘束しないが、裁判所が自白事実を基礎として判決できる効果を生じさせるので、当事者に対する拘束力が肯定される結果、又は証拠によって認定した別の補助事実に基づいて自白と異なった認定を可能としながら、徐々に、自白の裁判所に対する拘束力を認めるレ

<sup>13)</sup> 大判大正13・3・3民集3巻105頁，大判昭和2・11・5新聞2777号16頁，大判昭和2・12・27新聞2836号9頁，大判昭和5・11・15新聞3205号6頁，広島高判昭和31・12・18下民集7巻12号3699頁，札幌地判昭和42・1・13判時493号49頁，東京地判昭和48・4・18判時720号72頁など。ただし，大判明治43・11・5新聞683号27頁，東京地判昭和31・12・3下民集7巻12号3528頁，東京高判昭和51・7・20判時839号76頁は反対。

<sup>14)</sup> 最判昭和52・4・15民集31巻3号371頁，最判昭和55・4・22判時968号53頁。

<sup>15)</sup> 伊藤滋夫「書証に関する2，3の問題」判タ753号20頁，河野信夫「文書の真否」鈴木忠一／三ヶ月章監修 新実務民事訴訟講座(2)1981年213頁，竹下守夫「裁判上の自白」民商44巻3号1961年447頁，伊藤眞・民事訴訟法第4版2011年338頁。

<sup>16)</sup> 坂原正夫「裁判上の自白法理の適用範囲」新堂幸司編代講座民訴⑥1984年169頁，春日偉知郎・民事証拠法論集1995年164頁，松本博之・民事自白法一判例・学説の再検討1994年97頁，松本博之＝上野榮男・民事訴訟法第7版2012年309頁，高橋宏志・重点上第2版2011年488頁，小林秀之・新証拠法第2版2003年237頁，兼子一原著 松浦馨ほか・条解民事訴訟法第2版2011年〔松浦馨／加藤新太郎〕1035頁，三木浩一／笠井正俊／垣内秀介／菱田雄郷・民事訴訟法2013年232頁。

ールが敷かれた。ドイツ法では、B説が通説といわれている<sup>17)</sup>。B説の中では、禁反言と自己責任の観点からの探究もある。自白の当事者に対する拘束を認めるが、裁判所に対する拘束を認めない立場にたつと、自白に基づいて裁判所は自由心証により成立の真正を認定できる。さらに、自白者の自己責任・禁反言をより重視すれば、成立の真正の推定を覆させるのみに限らず、自白者に文書成立の不真正を証明させるか、又は自白の撤回要件の充足を証明させる審理方法が考えられる。

B説の論拠は以下になる。すなわち、①代理権の存否を証明するキーポイントとなる文書の成立の真正は、証書真否確認の訴え（134条）等を考えても、認諾・放棄の対象となり（ただし、注11）の判例）、単なる補助事実とは言え難く、処分証書の場合はなおさら主要事実に比するべき、あるいはそれに準じるべきものであること、②したがって、真正について自白がある以上、それを念頭において裁判所と相手方が訴訟進行を予定し、訴訟行為を実施するので、自白を信頼して段階的に積み上げられた訴訟状態が崩されてしまうことの防止が必要なこと、また、③自白の撤回が自由に許されると、相手方は文書の真正をあらためて証明しなければならないのに、自白の撤回の、157条・157条の2による制限は理論上可能であるとしても、同条の現実の適用状況からすれば実効的でなく、長時間経過後の自白の撤回により、自白の存在を信頼した挙証者に証拠の散逸等不測の損害を与えるので、主要事実の場合と同様に、自白の拘束力を認めたくえて、自白者の救済のため自白の撤回を認めその要件として、自白が真実に反すること及び錯誤によってなされたことの証明、あるいは撤回の要件を一つにしぼり、反真実又は錯誤の証明がある場合に撤回が許されるべきであることを、を主張している。

これに対して、A説は以下のような論拠に立脚する。すなわち、①文書の成立の真正が文書の形式的証拠力に関する補助事実であり、主要事実と異なり補助事実には弁論主義の適用がなく、真正についての自白に拘束力がみと

<sup>17)</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, ib. (Fußnote 3) S. 625. 陳述義務の規定（ドイツ民法訴訟法399条文書の真正に関してと138条事実に関して）を根拠とする。

められないこと、②文書の成立の真正についての自白が裁判所を拘束するとすれば、その自白は形式的証拠力を根拠づけるだけではなく、その文書が処分証書の場合には、直接作成者が記載した法律行為をしたことが証明されたことを意味し、また、代理権の存否が主要事実として争われている場合委任状の成立の真正についての自白が裁判所を拘束するとすれば、代理権の存在が証明されたことを意味し、結果的に実質的証拠力の判断も拘束されることになって、主要事実についての裁判所の認定と法的判断が制約され、裁判所の自由心証が侵害されること、そして、③裁判における真実発見のために自由心証主義が採用されているのであるから、主要事実争いがある以上、その存否の判断は真実に合致してなされるべきであり、そのために文書の成立に関する事実は、裁判所の自由な心証によって客観的事実のとおり確定されることが要請されること、を論拠として主張する。A説のもとでは、自白としての拘束力を否定しても、裁判所は、文書の成立について自白のあったことを認定の資料に供しえないのではなく、弁論の全趣旨として参酌するし、とくに、認定の資料にしないときに、自白した当事者の相手方に対して不意打ちにならないように配慮をするべきとされ、いったんなした自白を撤回することも弁論の全趣旨として考慮するべきとされる。当事者間に成立について争いのないことを基礎に弁論の全趣旨に基づく自由心証の結果、文書の真正が認められることになりうる<sup>17a)</sup>。

(3) 当面の判断 文書の成立の真正は、文書の形式的証拠力の決め手となり、他の補助事実とは位置付けが異なり、処分証書については、文書上の法律行為を作成者が行ったことが直接的に証明される。したがって、その自白は主要事実の自白に匹敵するものとして、裁判所および当事者に対する拘束力を認めるべきである。一方、報告証書の形式的証拠力や、報告証書・処分証書を問わず実質的証拠力については原則として自白の効果は否定してよいであろう。また、どのような状況で自白がなされたか、たとえば弁護士が

<sup>17a)</sup> 山本克己「間接事実についての自白」法学教室283号 2004年 73頁。

付いてその助言や相談のもとになされたか等を考慮すべきである。弁護士強制主義のもとでは、成立の真正についての自白の拘束力を認めても支障は少なく、あとは通常、自白の撤回の問題として取り扱うことになる。

## V 文書の成立の真正

(1) 検真 文書の成立について争いがあれば、文書が真正に成立した旨を主張する挙証者は文書の成立を証明しなければならない。その証明手続を検真という(228条～230条)。真否の審理手続においては、主張・証明責任が観念されるし、勿論、自由心証主義が原則的に、妥当する。審理に際しては、手形訴訟や少額訴訟の場合を除き(352条・371条)、あらゆる証拠方法を用いることができる。

成立の真否の認定では、他の文書上の筆跡又は印影と対照することも認められる(229条1項)。文書上の筆跡又は印影との対照のために、裁判所は申立てにより相手方又は第三者に対してその所持する対照用の文書・物件の提出を命じ(229条2項)、相手方に文字の手記を命じることもできる(229条3項)。文書の存在自体を証拠とする場合は、性質上検証であり、それに該当する存在であれば足り、だれの判断・意思・認識等の表現であるかは問われないので<sup>18)</sup>、形式的証拠力はあらためて問題とならない。

文書の成立の真正を、当事者が故意又は重大な過失によって真実に反して争うと過料の制裁を受ける(331条)。

(2) 推定規定 文書については、挙証者の側でその成立の真正を証明しなければならない(228条1項)。文書の成立の真正に関して推定規定が存在する。文書は、その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したものと認めるべきときは、真正に成立した公文書と推定される(228条2項)。公文書の真否について疑いがあれば、裁判所は職権で当該官公署へ問合せをすることができる(228条3項)。私文書は、本人又はその代理人の署名又は押印があ

---

<sup>18)</sup> 東京高判平成23・9・28金法1943号126頁。

るときは、真正に成立したものと推定される（228条4項）。署名には記名・代筆も含む。文書の成立の真否は、筆跡等の対照による証明を用いることもできる（229条）。判例は、私文書について作成名義人の印影が同人の印章によって顕出されたものであるときは、反証のない限り、その印影は本人の意思に基づいて顕出されたものと事実上推定するのを相当とするから、228条4項により、その文書全体が真正に成立したものと推定するべきであると解している<sup>19)</sup>。すなわち、私文書については、本人又は代理人の署名又は押印があるときは、文書全体が真正に成立したものと推定される（228条4項）。この規定は、文書上の本人又は代理人の署名又は押印が本人又は代理人の意思に基づく当該文書の作成を意味している蓋然性が高いという経験則に依拠する。判例も、押印について、本人又は代理人の意思に基づくことを必要としている<sup>20)</sup>。したがって、押印によって私文書が真正に成立したと推定されるのは本人又は代理人の意思に基づいて押印がなされた場合である。

(3) 2段の推定 さらに、押印について、判例は、私文書中の印影が本人又は代理人の印章により顕出された事実が認定される場合には、反証がない限り、当該印影は本人又は代理人の意思に基づいて成立したものと推定す

<sup>19)</sup> 最判昭和39・5・12民集18巻4号597頁，最判昭和43・6・21判時526号55頁，最判昭和50・6・12判時783号106頁等。以上の判例は、法定証拠法則説に立つ。なお、最（一小）判昭和47・10・12金法668号38頁は、印影が本人の印章により顕出されたものであることに当事者間に争いが無い場合には、反証のない限り、その印影は本人の意思に基づいて顕出されたものと事実上推定すべきであって、その結果民訴旧326条（現行228条4項）により、文書全体が真正に成立したものと法律上の推定を受けることは当裁判所の判例とするところである（最（三小）判昭和39・5・12民集18巻4号597頁），と判示する。また、東京高判昭和37・12・22下民集13巻12号2530頁は旧326条（現行228条4項）の推定を法律上の推定と解している。最（一小）判昭和47・10・12は、2段の推定を用いることで、引用する最（三小）判昭和39・5・12民集18巻4号597頁と同じ軌道に乗るが、最（三小）判昭和47・10・12が当該条文の推定を法律上の推定と明言していることが注目を引く。この点について、松本／上野・7版474頁注167）、坂原・民商97巻3号414頁、船越・注71）549頁の叙述参照。推定事実についての推定効の覆滅方法を除けば、法定証拠法則の内容をなす推定の適用法の理解について通説と有力説との間に本質的な差異がないので、如上の判示になる可能性が考えられる。

<sup>20)</sup> 最判昭和38・11・15裁判集民69号243頁。

るのを相当とした（第1段の推定）。その結果、228条4項の「署名又は押印があるとき」との要件を満たし、文書全体が真正に成立したものと重疊的に推定される（第2段の推定）ことになる<sup>21)</sup>。本人の印章は本人が大切に保管し、使用するもので、他人が勝手に使用するのは特段の事情のない限り、通常有り得ないという日常の経験則に基づくものである。このような経験則が及ぶのは、実印に限らず、認め印にもほぼあてはまるとして、多数説は、認め印についても228条4項の推定を肯定する<sup>22)</sup>。印影の成立についての推定は、わが国の印章尊重の慣行を背景に、「印章と同一の印影→本人等の意思に基づく押印の推定→文書の成立の真正の推定」という2段の推定が働くとして肯定される。これは、自署である署名については、筆跡が作成名義人のそれと一致すれば、一応その意思を推定してよいが、とくに、印影が作成名義人のそれと一致するだけでは足りず、押印が作成名義人の意思に基づくものであることを証明しなければならないとすると、その証明は簡単ではない。そのため、判例・通説は、経験則を活用し、反証のない限り印影は本人等の意思に基づくものとして228条4項の推定規定の適用を計る<sup>23)</sup>。

ただし、真正が推定されるのは、文書の成立についてであって、その記載内容が真実であると推定されるものではない<sup>24)</sup>。

<sup>21)</sup> 加藤新太郎「文書成立の真正の認定」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（1995年）575頁、須藤典明「文書成立の真正の推定」伊藤眞・加藤新太郎編『判例から学ぶ』民事事務認定（2006年）56頁、司法研修所編『民事訴訟における事実認定 2008年1版2刷 93頁、大系4巻難波孝一11頁及び石井浩43頁、新堂幸司編『高橋宏志／加藤新太郎編・実務民事訴訟講座 [第3期] 2012年信濃孝一／岡田伸太252頁、河村浩「民事裁判の基礎理論・事実判断の構造分析—事実認定論とはどのような考え方か—上・中・下」判時2176号3頁、2177号13頁、2179号3頁（以上、2013年）、とくに2179号6頁、最近の教科書による適用例は、川嶋四郎・民事訴訟法2013年558頁。

<sup>22)</sup> 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕『新民事訴訟法講義第2版補訂2版（春日偉知郎）』（2008年）328頁、伊藤眞『民事訴訟法第4版』（2011年）401頁、高橋宏志『重点下』130頁、三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷『前注16』311頁、秋山幹夫ほか・コンメンタール民事訴訟法Ⅳ（2011年）512頁。ただし、倉田卓次『民事実務と証明論』190頁は、少なくとも実印の場合という限定を付すべきであるとする。

<sup>23)</sup> 最判昭和50・6・12判時783号106頁。なお河村・前注21)判時2179号13頁注（66）。

(4) 「228条4項の推定の性質」 判例・通説によれば、228条4項の推定規定は、いわゆる一応の心証に代わる意義をもち、実体法規における法律上の推定（民186条等）と異なり、立証責任を転換させない一種の法定証拠法則を定めたもので、挙証者は作成過程について積極的証明を要せず、裁判所が証拠を要しないでその文書全体の成立の真正を認めることが許され、むしろ、それを争う相手方が反証（間接反証と解されている）を挙げたとき、初めて挙証者はその反証の効果を消滅させ、又は減殺するため証明活動をしなければならない、と解されている。相手方は、反証を挙げて文書の成立について裁判所に疑いを抱かせれば、228条による推定を覆すことができ、反対事実としての文書成立の不真正の証明までを要しない。法律上の推定であれば、疑いを抱かせる程度では推定効を覆すことはできず、本証が必要であるとす<sup>25)</sup>。通説の法定証拠法則説は以上のように理論付ける。

(5) 推定が破られる場合<sup>26)</sup> 2段の推定のうち、判例・通説によって経験則に裏打ちされた事実上の推定とされる1段目の推定は、相手方が印章が本人又は代理人の意思に基づいて押捺されたものでない事情を反証として挙げることであれば推定は破られる。印章は、真正の推定をうけるには、印鑑登録されている実印のみをいうものではないが、当該名義人の印章であることを要し、名義人が他の者と共有、共用している印章では足りない<sup>27)</sup>。同様に、印章を預託していた場合<sup>28)</sup>、印章を盗まれた場合<sup>29)</sup>、第三者が自由に

<sup>24)</sup> 最判昭和27・10・21民集6巻9号841頁。

<sup>25)</sup> 前掲注21)の文献参照。

<sup>26)</sup> 坂原正夫「戦後証拠法判例研究 私文書の検真と真正の推定（1～5完）」民商97巻2号218頁、3号389頁（以上、1987年）、4号522頁、5号668頁、6号833頁（以上、1988年）及び加藤新太郎「文書成立の真正の認定」『中野貞一郎先生古稀祝賀 判例民事訴訟法の理論（上）』575頁（1995年）に詳細な分析がなされ、教示を受けた。最近の判例評釈文献として、下村真美「保証契約書の保証人欄の押印部分の印影が保証人名義の実印によって顕出されたものである場合に保証契約の成立が否定された事例」（東京高判平成23・9・28金法1943号126頁）私法判例リマークス46（2013上）122頁参照。

<sup>27)</sup> 最判昭和50・6・12判時783号106頁。

<sup>28)</sup> 最判昭和47・10・12金法668号38頁。

<sup>29)</sup> 大阪高判昭和40・12・15金法434号8頁。

印章を使用できる場合<sup>30)</sup>、押捺のある文書が作成されたことが不自然である場合<sup>31)</sup>等には、第1段の事実上の推定が妨げられる。また、死因贈与を証するとして提出された書面に、書面の署名および指印に疑問な点があり、その記載内容に不自然な点がある場合には、成立の真正は認められない<sup>32)</sup>。

署名または印影のある用紙が悪用され、または署名者・押印者の委託外の事項をそれに記入した文書であるとか、あるいは後日改ざんされたものであることの疑いを生ぜしめる程度の証明がなされれば、推定は覆る。この場合、後日勝手に挿入、訂正、削除された部分、又は時によっては文書全体について成立真正の推定は働かない。前述のように、印章の紛失・盗難の事実は、反証として推定を妨げる。一方、文書の内容を吟味せずに署名し、判を押した場合、文章を読まなかったというだけでは反証として有効でないし、自己の権利義務に関する事項を記載した書面に署名押印した者は、特段の事情のない限り、その書面の記載内容を了解してこれに署名押印したものとみるのが相当である<sup>33)</sup>。契約書の内容について説明を受けずに逆に隠されたままに署名・押印を迫られ、内容を十分に読む時間的余裕が与えられない等の事情があつて、その契約条項や内容について認識することができなかったことは反証となりうる限界ケースであろう<sup>34)</sup>。

保証書の保証人欄の押印部分の印影が保証名義人の実印によって顕出されたものである場合であっても、当該保証書が作成された当時、当該実印は保証名義人の夫に預けられていたものであつて、保証名義人の当時の収入額、夫との関係が良好でなかったこと等に照らすと、夫が金融機関から融資を受けるにあつて保証人になった過去があるからといって、保証名義人が保証契約を締結する意思があつたことまで推認することはできないので、判示の

---

<sup>30)</sup> 最判昭和45・9・8裁判集民100号415頁。

<sup>31)</sup> 最判平成5・7・20判時1508号18頁。

<sup>32)</sup> 東京地判昭和53・12・13判タ394号114頁。

<sup>33)</sup> 最判昭和38・7・30裁判集民67号141頁。

<sup>34)</sup> 東京地判平成19・8・24(判例雑誌未搭載)は、本文中で述べた場合について、成立の真正を否定する。



事実関係のもとにおいては、当該保証書に係る保証契約の成立を認めることはできない<sup>35)</sup>。

ただし、遺産分割協議書の成立が争われたが、同協議書の作成前後の事実経過・内容等に照らし、相続人の一人が他の相続人の態度に不満を持っていたことなどが認められるとしても、推定を覆すには足りない、とされる<sup>36)</sup>。

さらに、推定が破られる例としては、保証契約書に関して、他人による押印がなされた場合<sup>37)</sup>、使用目的を偽って実印が借り出された場合<sup>38)</sup>、家族による署名代行や実印の冒用の場合<sup>39)</sup>、無権代理人が本人の実印に酷似した印章を偽造し署名代行の方法により作成した場合<sup>40)</sup>、契約者がくも膜下出血による後遺症により判断能力が減退していた場合<sup>41)</sup>、契約者に虚偽の事実を述べたうえ文書の題名や本文を隠したまま署名をさせ、他人が契約者の実印を押印した場合<sup>42)</sup>、等がある。

その他の例としては、次のものがある。

老人性痴呆で79歳の高齢者が連帯債務者としてローン契約者、抵当権設定契約証書上に署名、押印をしたことから、特段の事情がない限り、右各契約書は真正に成立したものと推認するべきであるところ、本件各契約当時の右高齢者の年齢、右ローンの使途、右高齢者が右各契約書作成の状況、右高齢者の症状、日常生活における言動等の諸事情を考慮し、右高齢者が右各契約書に署名押印をした当時、痴呆のため判断能力が著しく低下しており、少なくとも本件各契約書等の法律関係を理解する能力を有していたとは認められず、右署名が右高齢者の判断能力の欠如を利用した強制のもとに行われたも

---

35) 東京高判平成23・9・28金法1943号126頁。

36) 最判平23・11・24判時2161号21頁。

37) 大阪地判昭和60・4・19判タ565号127頁。

38) 東京高判昭和61・4・17金法1134号46頁。

39) 東京高判昭和61・8・28金法1160号35頁。

40) 東京高判平成元・11・30金法1266号34頁。

41) 東京地判平成10・5・11判時1659号66頁。

42) 東京地判平成19・8・24。判例雑誌未掲載。

のと推認するのが合理的であり、右各契約書の成立の推定が妨げられる十分な事由があり、本件各契約締結の意思能力に多大な疑問があり、右各契約の成立を認めるには足りないというべきである<sup>43)</sup>。

セクハラ行為を受けたという電子記録たるメールを証拠資料として採用する場合、それが作成者自身によって作成され、かつ、改ざんされていないか確認する必要があるところ、提出されたメールには変更を加えた跡があり、その提供者も加害者とされる者を糾弾する側の支持者であったことから、そのメールについて改ざんされていないとは断定できないとされる<sup>44)</sup>。

(6) 推定を覆す反証として十分でないとされた場合 反証が、推定を覆すには十分ではないとされたのは次の場合である。署名押印したのは同居の家族であるが、詳細な認定事実から連帯保証契約の成立を認めた場合<sup>45)</sup>、保証契約の締結に際して保証人から銀行の用意した包括保証約定書に署名押印がされて差し入れられているときにその約定書の文言通り包括保証契約の成立が認められた場合<sup>46)</sup>、会社代表者が署名押印を会社の従業員に代行させ、また、代表者の妻の署名押印については、妻から承諾を得ていた代表者の指示で従業員が保証約定書の署名押印を代行した場合<sup>47)</sup>、包括根保証の契約書

---

<sup>43)</sup> 東京地判平成10・10・26金法1548号39頁。

<sup>44)</sup> 大阪高判平成21・5・15判タ1313号271頁。

<sup>45)</sup> 東京高判昭和61・2・25金法1136号41頁。

<sup>46)</sup> 大阪地判平成14・1・29金判1146号35頁は次のように判示する。

保証契約の締結に際して、保証人から銀行の用意した包括保証約定書2通に署名押印がされて差し入れられている場合において、そのうち1通には、保証人がみずから署名押印しているので、その成立の真正が推定される。また、もう1通には、保証人において、当該約定書の記載内容を確認し、契約後、保証契約の解除をめぐって、銀行から、既発生債務については保証契約を解除しえないが、一定時点以降の債務については、保証人に責任を負わせないよう配慮されている。そればかりでなく、その後も、銀行から、保証人が提供した物的担保については、登記の抹消を受けたが、保証については、その解除に応じられなかったなど判示の事実関係の下においては、当該銀行では、個別の保証契約書を準備していなかったため、個別の保証契約の締結に際しても、銀行取引約定書及び包括保証約定書が差し入れられていたときであっても、当該保証契約は、その差し入れられた約定書の文言どおり包括保証契約であると認めるのが相当である。

の真正成立を認めたが、信義則上保証額を制限した場合<sup>48)</sup>、包括根保証契約書の真正成立に関する第1段の推定を妨げる反証としては足りないとしたが、信義則上保証額を制限した場合<sup>49)</sup>、反証不足で契約書の真正成立を認めた場合<sup>50)</sup>、ローン契約書および保証依頼書上の債務者名義の印影と当該名義人が作成した他の文書上の印影が同一であること、当該名義人がローン口座を利用したりしてローン契約の当事者として行動していること等から、当該名義人の意思に基づき上記各文書が作成されたと推認でき、当該名義人によるローン契約締結及び保証委託の事実が認められた場合<sup>51)</sup>、等がある。

## VI 文書の成立の真正についての審理

(1) 審理 挙証者の相手方が文書の成立を争わないときは、文書の成立の真正は証明不要である。

文書の成立の真正が争われた場合、とくに、文書成立の真正が訴訟の帰趨を決するときには、成立の真正を争う側の当事者に反証提出の機会を与え、審理を尽くすことが必要である。また、控訴審が文書成立の真正について第一審と異なる判断をする場合には適切な釈明権の行使が求められることが多い<sup>52)</sup>。なお、争いのない限り文書の成立の真正及びその理由は判決書の必要

---

<sup>47)</sup> 東京地判平成16・8・31金判1226号34頁は次のように判示する。

金融機関の取引先会社に対する貸付金債務につき、同社の連帯保証人になったという代表者およびその妻が保証の事実を否認するが、代表者については、金銭消費貸借契約書の連帯保証人欄の署名押印を会社の従業員に代行させ、貸付手形の連帯保証人欄および保証約定書に自ら署名したうえ、押印を従業員に代行させたものであって、また、代理人の妻に対する関係でも、妻から承諾を得ていた代表者の指示で従業員が保証約定書の署名押印を代行したものであって、いずれも当該各貸付けに係る連帯保証契約の成立が認められるから、金融機関の貸付金請求は、取引先会社に対する請求を含め、理由がある。

<sup>48)</sup> 札幌地判平成17・9・16金判1226号26頁。

<sup>49)</sup> 東京地判平成17・10・31金法1767号37頁。

<sup>50)</sup> 東京地判平成19・7・23判例集未登載。

<sup>51)</sup> 東京地判平成23・7・28金法1948号111頁。

<sup>52)</sup> 大系4各論II 石井浩 29頁、最判平成8・2・22判時1559号46頁。

的記載事項ではない（最判平成9・5・30判時1605号42頁）。

(2) 自由心証主義 文書の成立の真正については、裁判所は自由心証主義（247条）によって審理・判断する。法定証拠規定説では、当該規定の要件が充足すれば当該証拠法則を適用することになり自由心証への一応の拘束がある。証拠方法に関して制限はなく、証人尋問、当事者尋問も用いることができる。文書や筆跡等の対照によって文書の成立の真正を証明することができる（229条）。文書の成立の真正について相手方が不知の陳述をすることは、文書（の作成）が相手方自身の行為でも相手方自身の知覚の対象でもなかった（事実該当する）場合にのみ許されると解すべきである。相手方が理由を明示しないで否認したり（規145条参照）、知覚対象であった文書成立に関する事実について不知の陳述をしたときは、その成立の真正を推認する資料となりうる<sup>53)</sup>。

(3) 経験則 自由心証主義の内在的制約として、事実認定は、経験則・論理法則に従うことを要し、これを保障するため民訴法も判決理由において、事実認定の理由を説明することを要求している（253条1項3号）。

ただ、証拠の取捨の理由、弁論の全趣旨の内容が、当事者及び上級審に自ずから明らかな場合には、個別的・具体的説明を必要とせず、また当該間接事実による主要事実の推認が一般経験則上通常の事例と目される場合は、その推認の理由を説明することを要しない<sup>54)</sup>。

証拠の取捨は、裁判官の自由心証に委ねられているので、採否の理由をいちいち示す必要はない<sup>55)</sup>。

しかし、上述の一般経験則上通常の事例と目される場合でない事実認定を

---

<sup>53)</sup> 条解2版（2011年） 新堂幸司／上原敏夫 952頁，秋山幹夫ほか・コンメンタール民事訴訟法Ⅲ第2版（2008年）367頁，大判昭和10・7・9民集14巻1309頁。なお，陳述義務に関するドイツ民法439条及び138条参照。

<sup>54)</sup> 条解2版（2011年） 竹下守夫 1383頁。

<sup>55)</sup> 最判昭和25・2・28民集4巻2号75頁，最判昭和32・6・11民集11巻6号1030頁，最判昭和56・11・13判時1024号55頁，岩松三郎・民事裁判の研究 1961年再版 171頁，条解2版（2011年） 竹下守夫／上原敏夫 1405頁。

した場合に、証拠取捨の理由、弁論の全趣旨、間接事実による主要事実の推認等につき、個別的・具体的説明を要するにもかかわらず、それをしなかったときは、事実認定が経験則に従ってなされなかったことになり、自由心証主義の内在的制約を逸脱した違法があるとされ、あるいはいわゆる斟酌の自由性により、すなわち、裁判所の証拠の取捨に関する裁量の結果が事態に対し完全に妥当しないような場合にあって、それが経験則ないし条理にてらして必ずしも肯定しえないものでない以上、当然には違法視することはできないので、当該事実認定は経験則に従ってなされたと見うるが、253条1項3号の要求する理由を欠き違法とされることになる<sup>56)</sup>。証拠を取捨して認定した事実が社会事象として経験則上通常の事態といえない場合にはそのような認定の根拠理由を明示するべきであろう<sup>57)</sup>。文書についてその記載及び体裁から特別の事情のないかぎり、その記載どおりの事実を認めるべき場合に、なんら首肯するに足る理由を示すことなく、それを排斥するのは理由不備の違法があると解される。たとえば、係争土地が原告のものであることをうかがわせる金銭出納を記入した帳簿を格別の理由を示さずに排斥したことは理由不備の違法がある<sup>58)</sup>。

(4) 反証提出の機会の保障 文書成立の真否を争う当事者に対して反証提出の機会を与えることは手続保障の観点から重要であり、これを欠くときは審理不尽の違法があるとされる。具体例としては、口頭の約束でしたと述べていた挙証者（原告）が、金銭借用証書を控訴審の最終口頭弁論期日で初めて提出し、他の証拠や弁論の全趣旨からも成立の真正が疑わしい場合に、文書の真正の成立について（文書が名義人の意思に基づいて作成されたか）十分な審理がなされないとき、又は、名義人が1年を通じて出かせぎのため文書作成時不在が常態であるのに、文書作成当時名義人が自宅に在宅であつ

<sup>56)</sup> 岩松三郎・民事裁判の研究168頁（1961年）参照。

<sup>57)</sup> 近藤完爾・倉田卓次／住吉博編 民事訴訟論考Ⅲ（1978年）105頁、石川「判決書の簡素化」判タ495号16頁、条解2版 竹下／上原 1405頁。

<sup>58)</sup> 最判昭和32・10・31民集11巻10号1779頁一文書と反対の事実を認定した例。

たか、また名義人が留守宅の妻に押印を指示した何らかの事情があったか等について審査せず、文書の作成が名義人の意思に基づくかについて審理しない場合に、真正の推定をすることは審理不尽、理由不備の違法ありとして破棄される<sup>59)</sup>。

(5) 経験則と事実推定 印章と同一の印影→押印の真正の推定→文書の真正の推定という2段の推定の適用により、挙証者は文書上の印影が作成名義人の印章と一致することを証明すれば、判例法理による事実上の推定と法定証拠法則による推定が重疊的になされ、文書の真正な成立が証明されたことになる。しかし、第1段目の推定のもとになる、人は自分の印章をみだりに他人に使わせることはしないという経験則は、これまで観察したようにさほど蓋然性の高いものではない。印章の共用、印章の第三者への預託、印章の紛失・盗用等の事実が反証によって示されれば、第1段目の判例法理による事実上の推定は、もはや働かなくなる。また、通説・判例によると、法定証拠法則とされる第2段目の推定を成り立たせる、人は簡単には自分の印判を文書に押さないものであるという経験則も、白紙に又は文書の内容を確認せず若しくはできずに押印したという事態が起りやすい状況にあったことが反証によって示されれば、適用されず、法定証拠法則とされる文書自体が作成者の意思に基づいて作成されたという推定は覆る。2段の推定は、強力なツールではあるが、それを過信することは危険である<sup>60)</sup>。

(6) ローゼンベルクの学説 Die Beweislast 4. Aufl. 1956 の倉田卓次訳に依拠する<sup>61)</sup>。「法律上の事実推定の効力について、経験則を事実上の推定とか生活の推定とか名付け、そうすることで、これを法律上の推定に近寄せようとする説がある。そのせいで法律上の推定を『経験則の法律化』とか『法則たる経験則』とか称するものがでてくる。しかし、このような命名は、

<sup>59)</sup> 前者の場合、最判昭和45・10・30判時611号34頁、最判平成5・12・7判時1510号14頁。後者の、最三小〔一部差戻し〕平成元年(ワ)1626号平5・7・20判決は、瀧澤泉「最高裁判事判決の実情(2)——平成五年度」判時1508号18頁に紹介されている。

<sup>60)</sup> 須藤典明・前注21) 58頁、三木ほか・前注16) 311頁。

<sup>61)</sup> ローゼンベルク『証明責任』全訂版・倉田卓次訳(復刻版)2003年252頁以下。

法律上の事実推定を根本的に誤解していることを示すにすぎない。けだし、生活経験は、立法者にとって、せいぜい法律上の推定を設ける動機であったにすぎず、決してその内容となったものではない。そして生活経験などには関係なく、合目的性の、あるいは、その他の衡量こそが法律上の事実推定を設けるについて決定的な意義を有したことが少なくないのである。

経験則と法律上の推定との差異が示されるのは、何よりもまず、その効果においてである。裁判官は、経験則を用いて、自由な心証により、確定事実から争いある主張事実の真実性を推論する。つまり、この主張は証明されたものとみなされるのである。そこで、その効果として、他の当事者は、反証をあげることは自由であるが、当事者尋問の主役に訴えることはできない（ドイツ民訴445条2項）、また、この際の裁判官の作業は、事実認定であって、上告審の判断を受けることがない（旧ドイツ民訴561条2項、現行ドイツ民訴559条2項、筆者注）。ところが、推定された事実の方は、裁判官はこれを証明なしに判決の基礎とするのである。推定の要件から推定事実の存在を推論するのは裁判官ではない、法律上既にそうなっているのである。だから、法律上の推定を反対事実を証明して反駁するのは、反証ではなく、本証であり、当事者尋問を用いることもできる（ドイツ民訴292条2文。1文は法律上の推定には反対事実の証明を許す）。また、法律上の推定に基づいて裁判する際の裁判官の作業は法の適用であり、従って上告が許される。要するに、経験則と法律上の推定とは全く別物で相互に共通するところはない。

事実を推定するのは裁判官ではなく、法律なのであって、法律上の推定に基づいた推定事実を参酌する場合、これは事実認定ではなく法適用なのである。推定事実は、証明されたものとしてではなく、証明なしに判決の基礎とされるのである。推定は、推定事実の証明と確定とを無用ならしめるのである。」と、ローゼンバルクは説く。

## Ⅶ ドイツ民訴法437条1項・440条2項の推定の法的性質

### (1) 法定証拠規定説

多数の学者によって現在も圧倒的に支持されている通説・法定推定説に反対して、法定証拠規定説を提唱したローゼンベルクの理論付けを見てみる。

即ち、「法律上の事実推定とは、ある法律効果の構成要件要素として必要な事実の存在を、構成要件とは無関係なある事由から推論するところの法規のことである。従って、推定の要件事実（いわゆる推定基盤）は、常に、問題の法律効果の構成要件の枠外に存する事由でなければならないが、推定の効果とはかかる一構成要件要素の存在を推論することなのである<sup>62)</sup>。」

「事実主張が証明された場合これに対しては反証が可能であり、しかも裁判官の心中にその主張の真実性に対する疑念を新たに起させただけでもう反証は成功したことになる。証明されたものと認められたところの推定の出発点たる事実に対しても反証をあげることはできる。しかし、推定事実自体に対しては、反対事実の証明のみが許される（ドイツ民訴292条1文）のであって、これは本証であるから、推定事実が真実でないことにつき裁判官に完全な確信を持たせるまでなされなければならないのである<sup>63)</sup>。」「反証のためには当事者尋問という手段は用いえない（ドイツ民訴445条2項）ので、裁判官が証明——反証はこれをぐらつかせようと狙うのであるが——ありと見るのが、自由心証によるのであろうと、法定の証拠法則の結果であらうと、何も違いはない、ということになる（通説である）。ところが、推定事実の反対事実については、当事者尋問を許すとの明文の規定があるのだ（ドイツ民訴292条2文）。

この292条2文こそ、法律上の事実推定がそんなものでないことの証しなのだ。『規則コソ法ヨリ取り出サルベシ！』である。

従って、法律上の事実推定は証拠法則ではない。証拠法則とは、『一定の証拠方法に一定の証拠価値を付与することを裁判官に命ずる——または、禁止する——法規』（シュタイン＝ヨナス＝シエンケ）であるとか、『ある証明がなされると直ちに法律的強制によって裁判官の心証とされる推論について

---

<sup>62)</sup> 倉田訳・前掲 242頁以下。

<sup>63)</sup> 倉田訳・前掲 264頁。



の規定』(フェルスター=カン)とか言われるが、こういう諸定義は推定にはちっともあてはまるものではない。証拠法則というのは、例えば民訴法415条及至418条(現行法では416条aの追加がある、筆者注)がそれであるが、ある証拠方法の証拠価値あるいはある証拠原因の証明力を、一定の立証命題には無関係に、つまりあらゆる立証命題に対して、確定する規定であるのがその特徴である。ところが、法律上の事実推定は、『証明主題』つまり推定事実なしには、全然考えることができないものである。

その結果、ドイツ民訴法437条1項、440条2項にいわゆる『推定』は、学説のすべてがこれを推定と認めているのに反して、推定ではないことになる。そして、また——これも、私(ローゼンベルク、筆者注)だけがこの説を採っているわけなのだが——文書の不真正を証するための当事者尋問は許されないことになる(民訴445条2項)。これに反し、ドイツ民訴法167条2項(旧規定、筆者注)は真正の事実推定である。

こうして、裁判官は、推定事実そのものに関しては、反対事実の証明がなされていない限り、自由心証を用いる誘因も機会も持たない。その範囲においては、裁判官は、『具体的法律判断』すなわちあてはめからも解放されているのである<sup>64)</sup>。」と、構成する。

## (2) ローゼンベルク説に対するライポルト博士の批判

「ローゼンベルクは、内国公文書の真正の推定規定であるドイツ民訴法437条1項と私文書の真正の推定に関する440条2項の規定を法定証拠規定と解する。その理由は、これらの規定が法律上の推定と異なって特定の証明対象(主題)に関連するものではないことにあるとする。しかし、これは納得できるものではない。推定される特定の事実は証明力の前提要件として重要であるところの文書の真正である。」と、批判する<sup>65)</sup>。

## (3) ドイツにおける学説の状況を確認しておく。

「法定証拠規定は、ドイツ民訴法に規定する場合に限り裁判所を拘束する

---

<sup>64)</sup> 倉田訳・前掲 265頁以下。

(ドイツ民訴法286条2項)。

法定証拠規定は、証拠方法の制限を含み、ただ、法律が確定効発生のために必要とする要件(前提)が満たされるかぎり、裁判官の自由心証を考慮することなしに事実の主張の真実又は不真実の確定に導く。

これに対して、事実の証明の必要を除外する法規範は、法定証拠規定ではない。法定証拠規定の例としては次のものがある。弁論調書の証明力(ドイツ民訴法165条2文)、判決書の法律要件事実の証明力(ドイツ民訴法314条)、弁護士から弁護士への送達の際の受領書・送達証明書の証明力(ドイツ民訴法195条2項)、表示に関する公文書の証明力(ドイツ民訴法415条)、私文書の証明力(ドイツ民訴法416条)、電子的公文書の表示に関する証明力(ドイツ民訴法416条a)、職務上の命令、処分又は決定に関する公文書の証明力(ドイツ民訴法417条)、ドイツ民訴法415条、417条に掲げる内容とは異なる内容を有する公文書の証明力(ドイツ民訴法418条)、外国公文書の真正の証明(ドイツ民訴法438条2項)、他に送達の際の受領書の証明力(ドイツ民訴法174条4項)等の規定がある<sup>65)</sup>。なお以上、ドイツ民訴法437条1項及び440条2項が例示されていないことに注意。

日本の228条4項の私文書の成立の真正に関する推定規定に相応するドイツ民訴法440条2項「署名の真正が確定しているとき又は文書上の筆跡が公証人により認証されているときは、その署名若しくはその筆跡のある書面は、真正であるとの推定を受ける。」法務大臣官房司法法制部編・ドイツ民事訴訟法典2011年11月22日現在114頁、三上=春日訳による)の規定の署名にか

<sup>65)</sup> St/J Leipold ZPO 22. Aufl. Bd.5. 2006 § 437Anm.1 (S.768)。また、Müncher Kommentar ZPO 4. Aufl. Bd.2 (Schreiber) S.239. (2012), St/J Leipold Kommentar zur ZPO 22. Aufl., Bd.5 S.768, S.782. (2006), Wiczorek/Schütze/Ahrens ZPO 3. Aufl. II 3/2 SS.758,768. (2010), Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 71. Aufl., 2013, SS. 1643, 1647, Musielak (Huber) ZPO Kommentar, 5. Aufl., 2007 SS.1228, 1230, Prütting/Gehrlein (Preuß) ZPO, 2.Aufl. 2010 SS.1168f., 1171f.は、いずれも法律上の推定説を前提とする。

<sup>66)</sup> Thomas/Putzo ZPO 33Aufl. 2012 S.513, Rosenberg/Schwab/Gottowald Zivilprozessrecht 17. Aufl. (2010) S. 633. 参照。

かる部分を法定証拠規定と解することに対しては、ドイツの通説は、反対で、法律上の推定規定と解している。審理では、反対事実の証明は、許され、当事者尋問の申立ても含めてあらゆる証拠方法を用いることができる。

日本のように印章の押捺はないので手書きによる署名に推定効を認める。文書が作成名義人によって作成された、又は作成名義人の意思によって作成されたということを推定する。

法律上の事実推定とは、法文上、法律効果の法律要件要素として必要な事実（推定事実）の存在を、法律要件とは別個の事実（前提事実）から推論することが定められているところの推定のことをいう。この場合、相手方は前提事実に対して反証するか、推定事実の不存在を証明する必要に迫られる。推定事実の存在は権利主張者が証明責任を負うが、不存在の証明について裁判所の確信が必要として本証を要求する多数説では、証明責任の転換があると解される。そのため、不存在の証明がない場合疑わしくとも推定事実を認定せよというのでは自由心証への不当な干渉となる。その防止策としては、証明の公平等総合的に考察し、①当該の場合を法律上の推定と解さないこと、②法律上の推定でも推定事実の証明責任は権利主張者が負うので、相手方は反証で足りるとすることが考えられる。②の方法が秀れている。

## VIII 日本の学説

### (1) 兼子一博士の学説

「推定規定による推定内容は事実上の推定としても成り立ちうるが、これのみに止まるならば、裁判官の自由心証に任せれば足り、法律上の推定を経験則の法規化ないしは懲憑の法定として考えることは正当ではない。挙証責任の分配の法則などと同様に公平の要求、合目的的考慮、正義感情などに出ざるものである。法律上の事実推定は一定法規（条）の要件事実の代りに他の事実を以て証明主題と為さしめるものである。ただ他の法規の要件と直接無関係な、したがってまた如何なる法規（条）を適用するに当たっても問題となりうる事実について推定を設けている場合は、事実認定に際し、裁判官

の自由心証に対する一応の拘束としての法定証拠法則（を定めた規定）と見るべきである。」と、説かれる<sup>67)</sup>。

## (2) 日本の通説の構成

法律上の推定には、事実推定（民186条2項・619条1項・629条12項・772条1項、手20条2項、破15条等）と権利推定（民188条・229条・250条・762条2項等）がある。法が推定の概念を用いている場合でも、法定意思解釈、暫定真実、法定証拠法則等本来の法律上の推定に該当しないことも多い。法律上の事実推定とされるためには、推定事実が特定の法律効果の構成要件事実であること、及び前提事実に基づいて形成されるのが、推定事実についての裁判所の確信であることの2つが必要である、と解されている<sup>68)</sup>。法律上の推定は、しばしば経験則の法規化であるといわれるが、前提事実と推定事実との間に高度の経験則が作用するものであれば、事実上の推定で十分であり、法律上の推定規定を設ける理由に乏しい。一応の経験則が存在する民186条2項、民772条1項等は、必ずしも高度の経験則が働く関係が存在するとは言えない。立法者は、経験則を含め政策目的等幾つかの要素を考慮して推定規定を設けた<sup>69)</sup>。

法定証拠法則は、裁判所が一定の事実を認定する際に、その根拠とするべき事実が法定される場合をいう（民訴228条2項・4項）。これは、前述の2段の推定のうち2段目の推定についてであり、自由心証主義の例外をなすものである。法が推定という用語を用いているにもかかわらず、法律上の推定とは、次の2点で区別される。①推定される事実が、実体法の法律要件事実ではない。②したがって、推定事実についての証明責任及びその転換を考える余地がなく、相手方は推定を覆すために本証の必要がなく、反証で足りる、という2点である。そして、民訴228条2項・4項のように、事実上の推定

<sup>67)</sup> 兼子一「推定の本質及び効果について」（初出1937年）民事法研究第1巻（1950年）295頁以下、309頁、317頁以下。

<sup>68)</sup> 伊藤・民事訴訟法第4版 2011年 360頁。

<sup>69)</sup> 伊藤・注68) 259頁。

を裁判官の心証形成についての規範命題化したという点では、たとえ反証によって覆されるものであっても法定証拠法則の意味がある、と解されている<sup>70)</sup> (V(2)~(4), VIII(4)参照)。

### (3) 法律上の推定説

通説は、228条4項にいう推定は実体法上の法律要件事実を推定するものでないという理由で、法律上の推定を定めたものでなく、いわゆる法定証拠規定だと解しているが、法律上の推定を実体法上の法律要件要素に限定しなければならない必然性は見当たらず、正当でなく、法律上の(事実)推定と解するべきである、と松本博之教授や坂原正夫教授によって説かれている。もちろん、前述のライポルト博士の説示するように、推定事実は文書の真正であり、この法律上の推定の前提事実は、本人または代理人の署名または印影の真正であり、これにつき争いがある場合には証明を要する。「通説・判例は、印影の真正につき、文書上の印影が本人または代理人の印章により顕出されている場合には、その印影は本人または代理人の意思に基づき顕出されたものと反証がない限り、事実上推定すべきものとし、ここでも証明の軽減をはかっている。法定証拠法則は本来、裁判官に自由心証による事実判断を止めさせ、その法則通りの事実確定をする義務を負わせるものであるのに、このように、反証によって覆されるのでは、法定証拠法則は、その名に値しない」とし、また、法定証拠法則が反証により覆るものであっても事実上の推定を規範命題化・明文化したものとして意味があるとの反論に対しては、「経験則を基礎にするのは法定証拠法則に限らないし、そう解すると、なくて済む規定となる。」と、法律上の推定説は批判を展開する<sup>71)</sup>。

<sup>70)</sup> 伊藤・注68) 400頁、大系4巻 石井浩 40頁、司法研修所編・前注21) 同所、新堂編代・前注21) 同所、加藤哲夫・民訴判例百選第3版80事件解説、近藤隆司・前注2)、下村真美・前注26) 参照。

<sup>71)</sup> 松本・証明責任の分配(新版)1996年 177頁、松本/上野・前注16) 474頁、坂原正夫「私文書の検真の推定(2)」民商97巻3号389頁、413頁(1997)、斎藤秀夫・民事訴訟法概論新版308頁(1982年・初出1969)、船越隆司・実体法秩序と証明責任545頁(1996)、なお、岩松三郎・前掲研究138頁、143頁注39(1961年版・初出1950)。

(4) まとめ

(ア) 実務の実情 「現在の実務では、2段の推定のうち、第1段目の推定が破れるか否かについて争われるケース（文書に押印したことを認めた上で内容が違うという争いではなく、そもそも文書に押印していないという争い）が殆どであるから、(228条4項による)2段目の推定の性質を論じる実益はないし（実務では、白紙に押印しただけとか、自分の知らない事項が記載されているなどと主張された、稀な場合にだけ、2段目の推定が争われる）、第1線の裁判官の多くは、事実認定の手法として2段の推定をそれほど重視してはいないのが実情ではないか。そうであるとすれば、2段の推定に過大な期待をかけることは禁物である。」と、認識されている<sup>72)</sup>。その上で、理論と実務を架橋させるものとして、実務の面から次のように説かれる。すなわち、ここでの推定の性質に関して、法律上の事実推定説が法定証拠法則説に対して単なる反証により推定が覆るようなものは法定証拠法則の名に値しないと批判することに対しては、事実上の推定を裁判官の心証形成についての規範命題化したという点では、たとえ反証によって覆られるものであっても法定証拠法則としての意味はあるとの反論が成立するとする<sup>73)</sup>。一方、「228条4項の推定を法定証拠法則と説く通説の理論構成は誤りであるが反証により推定が覆るとの結論は妥当である。」とする太田勝造教授の見解（注釈民訴法(7)153頁、178頁）を援用しながら、「実務的な感覚からしても、相手方の反証が成功し、文書全体の成立の真正が疑われるのに、推定を覆すために、本証でなければならぬとする法律上の推定説によれば、真実に反することまでの証明がないからといって、当該文書を真正なものとして扱わねばならないということになり、裁判官の自由心証を過度に制約することになりかねず、したがって、法定証拠法則説が妥当であろう。」としている<sup>73)</sup>。

<sup>72)</sup> 須藤典明・前注21) 56頁、58頁。

<sup>73)</sup> 前注70) の文献、とくに、大系4巻40頁と司法研修所編・前注21) 93頁。大系4巻各論II 石井浩40頁以下、司法研修所編・前注21) 93頁以下、及び河村・前注21) 判時2179号6頁以下は、2段の推定の適用と展開を詳細に論究する。

実務（の实情）は、228条4項の推定の問題が、第1段目の事実上の推定、経験則に問題が集中していることによって、自由心証を重んじ制約を少なくし、妥当な法発見のため法定証拠法則説を換骨奪胎している。

(イ) 学説の集約 このような状況において、228条4項の推定規定に関する学説の集約として、高橋宏志教授は、「[2段の推定]のうち第2段の「推定」に関して、通説は法定証拠法則と解しており、この推定を覆すには、この推定を怪しませる程度の心証を起こさせる反証で足りるとする。文書全体の成立の真正につき真偽不明に持ち込めば、証明ありとしないというのである。真の法律上の事実推定説では、文書全体の成立の真正が証明度に達していない場合にも、証明責任が転換されているのであるから、証明ありとすることになる。前提事実（本人がその意思で押印行為をした）は証明されたがそれは文書の一部であり、反対証明活動があつて文書全体の成立の真正は証明度に達していないという場合をどちらの責任とするかという問題で先鋭化するが、処分証書の強い実質的証拠力を考えると、通説の方が落ち着きがよいように思われる（一部については真正という認定になる。文書に後に加筆があつたらしいというケースでは、後の加筆らしい部分は真正でないときれる）。注釈民訴(7)178頁（太田勝造執筆）も結論同旨であるが、これを法定証拠法則としてではなく、証明度と解明度が低く設定され軽減されているからだと説明する。そういう説明もありえよう<sup>74)</sup>。],と説かれる。

心証度とは、証明主題の真実性についての裁判官の心証の程度である。証明度とは、証明主題を真であると認定するために最低限必要な心証度の基準である（証明主題の蓋然性）。ある証明主題を認定するには、当該証明主題についての審理が十分になされ、かつ、心証度が証明度を超過していることが必要である。前者の要件は、認定のために必要とされる解明度（審理を尽くした程度のこと。審理結果の確実性とも呼ぶ）を当該訴訟の解明度を超過していることと言い換えることができる。

---

<sup>74)</sup> 高橋・重点下（2012年）134頁。

現在の学説の状況としては、法定証拠法則説の理論構成は誤りと評されるような問題を含み、全面的には受け入れることはできないが、反証により推定が覆ることを認める通説の実質的価値判断と判例の審理および判断の実質は、妥当である、と把握される<sup>75)</sup>。有力説の、通説・判例に対する学問的批判的寄与が評価され、より秀れた理論形成への貢献が肯定されている。

## IX 筆者の関心

本来なら、なお、詳細に書証に関する問題や228条4項の推定について探究するべきであると考えられるのに、筆者は、なぜ、どうしてローゼンベルクが圧倒的な通説に対して法定証拠規定説を提唱したのか、その事情と理由を知りたいという欲求にかられてしまった。

それがあって、信大民事法研究会（2012・12・14）において、「レオ・ローゼンベルクの生涯と業績」という題で報告させてもらった。

Dr. Gräfe の“Leo Rosenberg—Leben und Wirken (1879—1963), Berlin 2011”に基づいての報告である。ただ、筆者は現在になっても前記の疑問に対する解答を見出すことができていない。

ローゼンベルクには署名に特別な思い入れが存したのかもしれない。また、法律上の推定説が推定事実の不存在ないし反対事実の証明に本証を要求することが招く自由心証への不自然・不当な干渉を防ぎたかったのであろうか。筆者には、分からない。

署名（又は押印）が真実か否かは事実問題であり、上告審の判断事項ではない（ドイツ民訴法256条1項・559条2項・日本民訴法134条・321条参照）。経験則の問題は事実問題とし、文書の署名を意思（表示）の解釈の問題として上告に到る裁判所の任務と、ローゼンベルクは解している。ドイツ民訴法437条1項・440条2項の推定を法律上の推定と解して通説はその法規の解釈

---

<sup>75)</sup> 高橋・注74), 吉村／小島編・注釈民訴(7)太田勝造153頁, 178頁, 司法研修所編・注21) 13頁, 注70) の文献・同所。なお, 三木浩一「確率的証明と訴訟上の心証形成」慶応義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集・法律学科篇1990年637頁参照。



適用に関する問題として上告可能性の途を開く。現在、日独双方において高度な蓋然性・必然性を伴う経験則違反は上告理由となりうると解されている<sup>76)</sup>。前述のように、ローゼンベルクは、裁判官は経験則を用いて、自由な心証により、確定事実から争いある主張事実の真实性を推論するが、この際の裁判官の作業は事実認定であって、上告審の判断を受けることはない、と述べている。兼子博士も1938年に同様に「尚経験法則は法規と異なり訴訟に於ける事実判断の資料であるから、之が認定も事実審裁判官の専権に属し、随って常識の属する法則の無知無理解に基かぬ限り、之が違背ある旨を上告理由と為し得ぬものと云うべきであろう」とされ、また、意思表示の解釈は法律的评价の問題として上告可能性を肯定している<sup>77)</sup>。

そして、伊藤眞教授が2008年に、破棄判決の拘束力は、325条3項後文にもかかわらず事実上の判断については及ばない、と説いていること<sup>78)</sup>から、法定証拠法則（規定）説は首尾が合い、多様性を帯びる現実のなかで、理念を貫くことができると考えられる。

当初の関心に立ち帰り、ローゼンベルクの生涯と業績をたどってゆく。

## X Leo Rosenberg 生涯と業績について箇条書き的に整理してみる<sup>79)</sup>

### 第1部 Leo Rosenberg の生涯<sup>80)</sup>

#### 1 誕生・幼少期から青少年時代：1879年—1896年

- ・1879年1月7日 当時プロイセンの地方小都市 Fraustadt に生まれる。  
Fraustadt は現在ポーランド領。ポーランド名：Wschowa。
- ・父親：タバコ・葉巻工場所有者・経営者（Rosenberg の祖父も商人）

<sup>76)</sup> 経験則と上告の問題に関して、中野貞一郎・過失の推認（増補版）55頁（1987年）、小室直人・民事訴訟法論集（中）95頁（1995年）、松本／上野・前掲7版803頁（2012）、後藤勇・続民事裁判における経験則30頁（2005年）。学説・判例の詳細は、杉山悦子「経験則違反と上告・上告受理申立て」民訴判例百選第4版242頁（2010年）参照。

<sup>77)</sup> 兼子一『民事訴訟法概論』（1938年）281頁，500頁，同・新修体系1956年244頁。

<sup>78)</sup> 伊藤眞『小島武司先生古稀祝賀 民事司法の法理と政策 上巻』3頁以下，12頁（2008年）。ドイツ民訴563条は破棄の基礎となる法的判断に拘束力を認める。

- ・1896年 Rosenberg 17歳 飛び級にてAbitur 終了
  - ・Gymnasium zu Fraustadt における高校卒業（大学入学）資格試験科目：ドイツ語の論文，ラテン語への翻訳，ギリシア語からの翻訳，ヘブライ語からの翻訳，フランス語からの翻訳，ヘブライ語作文及び数学
- 2 大学生時代，博士号の学位取得及び法学者準備勤務時代<sup>81)</sup>

(1) 大学生時代

1) Grossherzoglich Badischen Albert-Ludwigs Universität zu Freiburg im Breisgau (フライブルク大学) 入学：

1896年 夏学期（4月—9月）。

聴講科目及び担当者：ローマ法制史 Fridolion Eisele

ドイツ法制史 Konrad Cosack

法（律）学百科全書 Konrad Cosack

2) フライブルク大学の夏学期を終えると，München 大学にて2学期間就学：1896年/97年冬学期，1897年夏学期。

聴講科目は十分には明らかでないが，聴講した科目の担当教授は，

---

<sup>79)</sup> Dr. Ulrike Gräfe, Leo Rosenberg — Leben und Wirken (1879—1963) Schriften zur Rechtsgeschichte Heft 154 Duncker & Humblot・Berlin 2011 による。この書物は，2009年 Dr. Gräfe の Dissertation としてライプツィヒ大学法学部によって受理された。指導教授は，Prof. Dr. Bernd Rüdiger Kern，第2審査員は，Prof. Dr. Ekkehard Becker-Eberhard がつとめた。後者の Becker-Eberhard 教授は，Rosenberg Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts 9. Aufl. 1961 の強制執行の部分を受け継いだ改訂12版を，Gaul 教授，Schilken 教授と共同執筆している。Gaul/Schilken/Becker-Eberhard Zwangsvollstreckungsrecht 12. Aufl. 2010 Verlag C.H. Beck München がそれである。

<sup>80)</sup> なお，信州大学民事法研究会（2012年12月14日・金）において，Dr. Gräfe の前掲書をもとに，“Leo Rosenberg — 生涯と業績” の題で，筆者は研究報告をした。そこで，信州大学の法学系の教員の方々や長野県弁護士会の方から有意義な教示をかたじけなくした。それを契機に，より強くローゼンベルクがなぜ法律上の推定と解する圧倒的通説に対して，法定証拠規定説を唱えたのかを探究したいと思うようになった。日本で，法定証拠法則説を唱えた兼一博士の学説は，現在も通説の位置を保持している。日独のこの違いも探究したいと考えた。さしあたり，坂原・前掲民商97巻3号417頁注(7)参照。

<sup>81)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 21ff.

ゼミナールや演習科目を含めて、von Amira, von Beckmann, Birkmeyer, Grueber, Hellmann, L. Seuffert 及び von Sicherer である。

3) そのあと、Breslau（現在ポーランド南西部の都市 Wroclaw）に移り、

① Universität Breslau プレスラウ大学に学生登録 1897年/1898年  
1897年11月6日（冬学期）から3学期就学：

② 1898年 聴講した教授・科目名

Ernst Beling 国際法，刑法，刑訴法など

Felix Dahn ドイツ私法—BGB の考察と共に

Klaus Benneke 強制執行法，破産法

Siegfried Brie ドイツ帝国及びプロイセン国法，行政法

Rudolf Leonhard 民事法実務演習 BGB に関して

Paul Jörs ローマ法大全解釈演習

Ernst Heymann (Privatdozent) 商法実務演習

Otto Fischer 強制執行法・破産法を除外する裁判所構成法を含む民事訴訟法

③ フライブルク，ミュンヘン，プレスラウ通算6学期修了後

1899年6月10日 プレスラウ国王高等裁判所での第1回法律家試験及びプレスラウ大学法学部の口頭試験を受験。1899年6月17日合格発表。最短で大学生活終了。

しかし、プレスラウ大学評議会は、6ゼメスター3年間の教育では、法律家・法学者としての基礎教育準備期間が不足と反対した。しかし Rosenberg が天賦の才に恵まれ、また勤勉精励に法律学の勉強に取り組んでいることを教授達は一致して認めていたので、修了。

3 プレスラウ大学において証明責任に関する研究により博士号取得

(1) 1898年7月14日 プレスラウ大学に Rosenberg は博士号学位取得試験志願者の資格を獲得するため、“Beweislast auf dem BGB” についての基盤研究を提出した。Rosenberg は学生時代からすでに、第3ゼメ

スターのころから Beweislast に興味を抱いていた。

(2) Beweislast の問題

これは、民事訴訟法の歴史が幕を開けてからずっと続いていて、法規範の実際的な適用に関して決定的な役割を演じている。19世紀においては問題の根底が究められず、解明されないままであった。

BGBの1896年公布、1900年1月1日施行があり、民法典に基づく Beweislast の理論の研究が待望されていた。ちなみにミュンヘン大学の Lothar Seuffert 教授は、大学に Beweislast の研究を懸賞問題とするべきことを提案し、実施している。この懸賞に、Rosenbergのほか、R. Hermann Beckh, Hugo Kress も応じている。

(3) 博士号試験受験資格の取得

1898年7月19日 Feliz Dahn 教授の推薦の弁により、Rosenberg はその資格を教授会満場一致で承認される。第1回国家試験の前であるにもかかわらず、教授達は Rosenberg の才能と勤勉精励を認め、Rosenberg が試験を最上の成績で合格することを信じ合っていた。

(4) 1900年12月1日 magna cum laude の評価で博士号取得 (21歳)。

Dissertation: Die Beweislast nach der CPO und dem BGB, Berlin, 1900. 当時、Rosenberg は王立 LG・Landgericht で修習生として働いていた。1956年 Die Beweislast 4版。1965年第5版 (没後)

4 Posen での法律家準備期の勤務—修習生<sup>82)</sup>

1899年7月10日—1900年4月12日 王立 Posen Landgericht

1900年4月13日—1900年5月12日 王立 Lissa LG

1900年5月13日—1900年末 王立 Posen LG

この当時の著作

1. Der Verzug des Gläubigers: in Iherings Jahrbüchern 1901  
債権者の遅滞

---

<sup>82)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 25f.

2. Zur Lehre vom sogenannten qualifizierten Geständnisse : ACP 1903

いわゆる擬制自白の学説について

5 弁護士としての活動<sup>83)</sup>

1904年5月19日 ベルリンに於いて大・法律家国家試験に合格。

1904年9月半ば、Leipzig 在 Dr. h. c. Julius Haber 弁護士のところで、  
弁護士業務に従事。

J. Haber は、評判が高く、Leipzig に存した RG・Reichsgericht 帝国  
最高裁判所での弁護士活動を認められている。彼は、1909年から1918年  
の間、ドイツ弁護士会の会長を勤め、弁護士の指導者として尊敬される。  
RG の弁護士資格所有者は社会的評価が高い。

Rosenberg も RG の弁護士資格の承認を RG の係官から伝えられるが、  
Rosenberg は大学での研究の道を選び、1904/05年 Universität Berlin  
において法制史と哲学の聴講生となる。

第2部 Göttingen における学問研究生活の始まり<sup>84)</sup> 1905—1912年

1 (1) Habilitation 教授資格論文及び最初の講義

Rosenberg, Stellvertretung im Prozess, 1909, 300頁 (訴訟におけ  
る代理)。August-Universität zu Göttingen に提出。

(2) 1906年1月22日 教授許可の資格を取得 27歳 *venia docendi*

Julius von Gierke の後継者として、1906年帝国保険法の私講師と  
なる。講義担当科目は、「帝国労働者保険法」と「民法、債務関係に  
関する対話」。当時のゲッチンゲン大学は保険法のメッカ。

(3) 1906/07年 民法及び民事訴訟法について任期制限なしの *venia*  
*docendi*・教授許可の資格 を取得する。

(4) 1907/08年冬学期

「ローマ法の法源についての言語的指導」の講義を担当。

2 洗礼、結婚及び講義科目

---

<sup>83)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 26f.

<sup>84)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 27ff.

洗礼については省略

1909年8月4日 Hedwig Peter と結婚

1911年5月2日 社会法及び労働者保険法担当（精神及び授業に関する問題担当省大臣の要請）。

同省によって、ローゼンベルクは教育職としての業績について、すなわちゲッチンゲン大学での教育・学術活動が非常に優れたものと評価された。債務関係、親族・相続、民法総論、物権法、民事訴訟法、民事法事例演習、ローマ民事訴訟法、民法総則を担当。

### 第3部 偉大な創造の時代<sup>85)</sup> ゴーセン大学

#### 1 Uni. Gießen (1607年創立) への招聘

1912年4月1日 Rosenberg 33歳の時

准教授 法学部

担当科目：民訴法、ローマ法及び民法

年俸：2,500マルク、年金能力増俸300マルク

他に、Hans Albrecht Fischer の後継者としてのローマ法初歩演習の年給500マルク

Hessische Landes - Uni. Gießen は、大都会の学生あふれる大学—たとえば、ベルリン大学、ミュンヘン大学、ライプツィヒ大学とは異なり、ヘッセン出身の、将来もヘッセンに就職し、定住することを希望する学生が多く入学している。当初、法学部は300名の学生と5講座。

Gießen の、Rosenberg が来校する前の著名な法学者

Rudolf von Jhering, Heinrich Musaeus, Ferdinand Regelsberger, Heinrich Siegel, Adolf Merkel, Herrmann Seuffert, Franz von Liszt, Reinhard Frank, Ernst Beling, Oskar Bülow, Lothar Seuffert, Konrad Hellwig

#### 2 第一次世界大戦中 (1914—1918年) の Rosenberg の活動<sup>86)</sup>

---

<sup>85)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 34ff.

<sup>86)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 37ff.

(1) Gießen 大学の Klima・雰囲気・人的組織的な環境も含めての環境

1914年7月に大学内に、学長の下に「戦争委員会」が設置され、動員に備えた。しかし、Gießen 大学は、第一次大戦中、政治的ないしは党派的な意見の表明を控えていた。

学生、職員が動員されるなかで、1914年10月30日に第1回の「戦争学期」が開始。学生や職員の動員が多数だったため、大学の閉校ないしは停止の問題に直面したが、大学はなんとか持ちこたえる。当時、多くの授業・講義が担当教授の自宅で行われ、Rosenberg も自宅で講義・授業をした。

(2) 戦争に対する教授達の意見・反応

意見・反応は分かれた。Rosenberg は、Gießen 大学の大半の私講師達と共に、1914年10月の「ドイツ帝国の大学教員声明」に署名した。この声明は、対イギリスを念頭に、ドイツにおける軍隊、国民及び学問の統一を要請していた。教員達は3つに分かれた。1917年には、29名の教授が愛国党に属し、19名の教員達が戦争目的としての併合論に反対し、第3のグループは前2者のいずれにも与しなかった。

Rosenberg には、1912、1916及び1920年に子供（達）が生まれている。

Rosenberg は、謙虚で慎み深い感じを抱かせる大学の、学問的・立地的・人的その他を含めての環境に幸せを感じていると言明している。

大学も Rosenberg の学問上の要求及び計画を十分に支援していた。

Rosenberg は、Gießen 大学において大都市の大学の大量操業・マスプロ教育には無い、充実した学問・教育活動及び営為に欠くことのできないほっとする時間と、じっくりともものを見る時間を持てたのである。なお、第一次大戦に反対する Rosenberg 個人の意見表明は見出されていない。

(3) 戦争半ば、1916年7月8日法学部 Gesamtsenat による Ordinarius 正教授任命の決議がなされた。

1916年10月1日付発令、年俸5,000マルク、地域手当150マルク。

Rosenberg は専門家として、後世、民事訴訟法と結合した民法学者又は、民法的な考え方を持った若しくは民法的な立場の民事訴訟法学者と呼ばれるようになるが、その素地に一層磨きがかけられた時期である。

(4) 戦争を題材とした執筆等の活動

① Die Einfluß des Krieges auf Lieferungsverträge, insbesondere über Einfuhrwaren の論文

供給（引渡/納入/納品）契約への戦争の影響とりわけ輸出品について 14のハンブルク商品協会が法的状態の不確実性に基づいて、戦争中、海外の国々からの輸入品に関する売買契約の処理のための指導原則を定めた。Rosenberg は、その指導原則を要約して採りあげ、その原則を尊重することと拡大の必要性を説いている。

② オーバーヘッセンの家畜取引連合会座長（1916年から）

ギーセン農民評議会の設立（1918年11月13日） いわゆる11月革命が起きる。Rosenberg は、ギーセンの多数の教授達と共に社会主義と労働組合に対して anti であったといわれる。

(5) 大学後援会

1918年2月21日、ヘッセン中央政府の財政を含めて諸々の援助が乏しく、ギーセン大学は自らの存立のために後援会を立ち上げた。ギーセン大学後援会は、戦争4年目にもかかわらず、600名の会員と600,000マルクの資本金を有するに至る。

Rosenberg は、講演・広報委員ののち、後援会の理事となる。

(6) Bonn 大学及び Greifswald 大学への招聘<sup>87)</sup>

しかし、これらの招聘に対して、Hessen 中央政府は、1924年、Rosenberg が Bonn 大学に就職しないようにするため、年俸7,218Goldmark と年金受給資格取得までの準備金を年390Goldmark と高くする

---

<sup>87)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 42f.



ことを提示。Rosenberg 受諾。同じく、Greifswald 大学からの招聘に応じさせないため、州中央政府は、Rosenberg に年金受給資格取得までの準備金を年825Goldmark とする旨の提案をし、Rosenberg 受諾。

(7) Rosenberg の講義・授業活動<sup>88)</sup>

42学期間ゲーセン大学で勤める。

① 講義・授業等実施科目

民事訴訟法、裁判所構成法、破産法のち強制執行法を含む、物権法、民法総則、債務関係法、ローマ法史及びローマ法体系、法学入門、ドイツ民法綱要（非法律家のため）

② 授業の評価・評判

教室は聴講者の学問探究と知的関心による緊張感で満たされる。Rosenberg は冗談を言ったり、ポーズをとったりすることが殆ど無いが、聴講者達は、Rosenberg の講義に心を奪われ、熱心に傾聴した。至高の学問の講義者として尊敬され信頼されていた。事物・対象（学問の）への献身と熱意はすべての人々を感動させた。試験はとても厳しかった。しかし、Rosenberg は、学生たちをたびたび自宅に招待し、小さな宴会を催したり、食事を共にしていた。

また、やる気のある学生、見込みのある学生には情熱をもって精神的にそれぞれに最適のアドバイスを与えた。Eduard Bötticher や Karl Engisch などにも援助している。

Engisch の言：Rosenberg の講義は、klar, sicher, konzentriert und eindringlich. 対象の意義について深遠な考察と卓逸した説得力を有している。講義は明晰、确实、集中、深い造詣に満たされていた。

③ 授業

授業時間は午後と夕方。演習 Übung とゼミは夕方（夕食後）。ただし、土曜日の演習は午後。内容は、例えば、演習において、訴訟要

---

<sup>88)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 43ff.

件の意義についての解説等を行った。

3 ドイツ民事訴訟法担当者（教授許可資格者）学会<sup>89)</sup>

Rosenberg — 民訴法専門家同士の対話や会議が必要として、上記の学会を創立。

第1回 1920年7月 Würzburg

参加者：Adolf Wach, James Goldschmidt, Heinrich Lehmann,  
Friedrich Lent, Friedlich Stein, Richard Schmidt,  
Guido Kisch, Paul Oertmann, Hans Walsmann,  
Franz Klein (Österreich)

第2回 1923年4月23/24日 Frankfurt am Main

Rosenberg の講演：定められている証拠規定は民訴法にとってお  
すすめか。

参加者一同は証明責任に関する根本的規範はおすすめでないと一致  
したが、個別の証明責任の問題については、立法当局があらゆる観点  
から考察し、手当をしているので合目的的である、と結論づけられた。

第3回 1924年 Jena

テーマ：手続の統一、強化および迅速化

第4回 1925年 München

テーマ：上訴制度及び民事訴訟法の国家試験科目からの排除など民事  
訴訟法軽視問題の検討と批判

学会の結論：民事訴訟法を第1回国家試験の基本科目とすること。

第5回 1926年 Berlin

テーマ：破産回避の和議法草案及び婚姻手続の改革

第6回 1928年10月27—29日 Wien

51名の会員

テーマ：訴訟改革。ドイツとオーストリアにおいて同一の民事訴訟法

---

<sup>89)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 47ff.

法典は可能か。

第7回 そして、さしあたり第2次大戦前、最後の会議

1932年9月16/17日 Darmstadt

Rosenberg の講演：民事訴訟法草案における強制執行

債権者・債務者双方のための強制執行となること、及び、債権者の処分権主義の制限（執行申立てのみに処分権を認める）を明快に力強く論じ、満場の喝采をあびる。支払督促手続では異議を述べられていない債権者にできるだけ早期に執行（債務）名義を獲得しやすくすることも提案する。当時のドイツの社会情勢を反映し、債務者の保護を訴え、ひろく言えば国民を貧富の格差や窮乏から救おうとする気持が窺われる。

#### 4 職業上のハイライト<sup>90)</sup>

(1) Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1927, Verlag von Otto Liebmann, Berlin を出版。48歳。訴権論，訴訟物論，既判力論等魅力的。この本によって急速にドイツ民事訴訟法学のトップに立つ。1961年に第9版。

(2) ゴーセン大学学長就任 1927年10月1日

① すでに、法学部長 1919/20, 1926/27。

② 1928年6月30日 大学組合の10周年記念式典。大学組合より61,000マルクの寄付を受ける。

③ 国家社会主義ドイツ学生同盟の台頭 同盟は、

1929年、一般学生委員会の選挙で36.9%の票を獲得。

1931年、多数を制する。「アカデミックな職業従事者のユダヤ人化に対する闘争」を宣言。

#### 第4部 Uni. Leipzig 時代<sup>91)</sup> 1932-1934年

ライプツィヒ大学の歴史と帝国裁判所 (Reichsgericht 1879年設立)

<sup>90)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 52f.

<sup>91)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 56ff.

ライプツィヒ大学（ザクセン州、1409年設立）とRG・帝国裁判所の関係は緊密。RGとの関係では、大学間では、ライプツィヒ大学が1番の位置を占めた。ライプツィヒ大学は19世紀に抜群の名声を得た。

Ernst Otto Stobbe, Karl Bindung, Bernhard Windscheid, Adolf Wach, Rudolf Sohm などの著名な教授達を同大学が獲得。

Rosenberg については、当時のザクセン州文化省や当時最優秀のライプツィヒ大学が民訴学者として輝かしい業績を上げた Rosenberg に、ライプツィヒ大学への招聘で報いるためである。

Rosenberg の年俸：ギーゼン大学 13,317RM84

ライプツィヒ大学 18,000RM+10,000RM

## 第5部 国家社会主義による追及・迫害<sup>92)</sup>

### 1 どの大学でも、NSDStB が一般学生委員会の多数を握る。

これに対する抵抗もムダな抵抗とされ（歴史学者 W. Goetz の見方）、Weimar 共和国が遠去かってしまう。

1933年 緊急処置 (Sofortmaßnahmen)

教授達に反対する国家社会主義者の学生達の台頭

- ① 授業ボイコット Rosenberg の授業も少なからず妨害を受ける。
- ② ユダヤ教信者やユダヤ人教授の休職・一時解雇、正当な理由なしの理不尽な解職が行われる。

### 2 職業官吏制度・公務員の原状回復法の適用

(das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentams vom 7. April 1933. 以下BBGと表記)

Hitler が発した法律で、非アーリア人及び、彼にとって政治的に信用できないなど不愉快な学者達を公職から追放したり、退職させるための法的根拠を与える。ユダヤ人の公職からの追放が行われる。Hindenburg (1847—1934。第一次世界大戦ドイツ参謀総長、1925—1934大統領)は、

---

<sup>92)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 60ff.

戦争で被害を被ったユダヤ人兵士やその家族を追放したり迫害したりするのは、耐え難いとして、Hitler に手紙を書いた。しかし、Hitler は拒否。

### 3 Rosenberg への迫害

① Rosenberg の助手 SA Nazi の突撃隊員と  
SS Nazi の親衛隊員。

② Rosenberug が§ 6 BBG により退職させられる。1934年4月5日。55歳。

- ・民訴法の価値は刑法のそれより低い、と判断される。
- ・年金 844.45RM (毎月)
- ・学術かつ執筆活動の停止 1933—1945年
- ・1934年8月1日より、ライプツィヒ大学での Rosenberg の講義・授業の停止  
担当していた講義科目：物権法，相続法，民法総則，ドイツ民訴法・強制執行法，民訴演習2コマ
- ・ホロコーストのなかでのふたりの姉の殺害<sup>93)</sup>。

### 第6部 学問・教育生活への復帰<sup>94)</sup> 1946—1952年

ライプツィヒ及びミュンヘン大学において正教授への復職 1951年  
1950年 ZZP の復刊 第64巻～  
1963年12月18日 ミュンヘンで85歳の誕生日目前で死去。

### 第7部 業績<sup>95)</sup>——多くにわたるが、今回信州大学民事法研究会で取り上げたもの——日本法への強い影響

#### 1 民事訴訟法教科書

- ・ Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald が判決手続を受け継ぐ。  
現在17版，2011年。

---

<sup>93)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 89f.

<sup>94)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 90ff.

<sup>95)</sup> Gräfe, a. a. O., S. 126ff.

- ・ Hans Friedhelm Gaul, Eberhard Schilken, Ekkehard Becker-Eberhard, Panajotta Lakkis が強制執行法を受け継ぐ。現在12版，2010年。

## 2 証明責任論

Normetheorie 規範説・法律要件分類説の樹立<sup>96)</sup>

- ① 権利根拠規定
- ② 権利障害（障碍）規定
- ③ 権利消滅規定
- ①と②の区別

結局は，実質的考慮，内在的原理，内在的考慮を重要な要素として，法解釈の方法で解決する。その際，①給付義務違反か単なる保護義務違反か，②取引の安全，取引の簡便・合理性確保，③一定の職業危険・企業危険についての責任，④その他実体法規が意図する目的，⑤一定事情の例外的性格等の観点を考慮すべきであるとする。また，要件事実の存在を擬制する証明責任特別法則として判例による形成を否定しない。

## 3 具体的問題—— Rosenberg に深く関係する問題のひとつをとりあげる。

公文書成立の真正 ドイツ民訴437条1項及び私文書成立の真正の推定ドイツ民訴440条2項について法定証拠規定説を，圧倒的に支配的学説である法律上の推定説に対して，提唱する。

Rosenberg は，法律上の事実推定は一定法規（条）の要件事実の代りに他の事実を以て Beweisthema・証明主題と為さしめるものであるとなし，ただ他の法規の要件と直接無関係な，したがってまた如何なる法規（条）を適用するに当たっても問題となりうる事実について推定を設けている場合は，事実認定に際し，裁判官の自由心証に対する一応の拘束としての Gesetzliche Beweisregel・法定証拠規定と見るべきである，とする。

---

<sup>96)</sup> P. Gottwald, Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, Festschrift für Rolf Stürmer zum 70. Geburtstag 2013 S. 301ff によれば，訴訟上の制度が提唱者たる学者の名前と結び付けて，即ちローゼンベルクの規範説というように唱えられるのは稀な出来事であり，まさしくローゼンベルクは希有な存在と述べられている。

Rosenberg が法定証拠規定と解した意図は、筆者には解明できていない。

Rosenberg は、証明責任と関係なしに、契約当事者に等しく妥当する解釈をなすことこそ裁判所の職務である、と考える。

同様に、署名（や押印）によって、私文書が真正に成立したと推定されるのは、それらが本人の意思に基づいてなされた場合だけであり、意思（表示）の解釈は、経験則が働くところであるが、究極、裁判所の職務で、証明責任の問題ではないとする。

なお、邦語の文献として、三ヶ月章「ローゼンベルク」民事法学辞典下1960年 2190頁参照。

ローゼンベルクに関するドイツ語の主な文献としては次のものがある。

- Bruno Rimmelspacher: *Rosenberg, Leo*. In: *Neue Deutsche Biographie* (NDB). Band 22, Duncker & Humblot, Berlin 2005, ISBN 3-428-11203-2, S. 64 (Digitalisat).
- Karl-Heinz Schwab: *Leo Rosenberg*. In: *Juristen im Portrait. Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten. Festschrift zum 225jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck*. München: Beck, 1988 ISBN 3-406-33196-3, S. 650-656
- Karl-Heinz Schwab: *Leo Rosenberg. Der große Prozeßualist*. In: Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz, Michael Stolleis (Hrsg.): *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*. C.H. Beck, München 1993, ISBN 340636960X, S. 667-675.
- Gräfe, Ulrike: *Leo Rosenberg: Leben und Wirken (1879-1963)*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. 402 S. ISBN 3-428-13271-8 (本稿で紹介)。