

Title	西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について(一)
Sub Title	Die Entstehungsgeschichte der Erledigung der Hauptsache in der Bundesrepublik Deutschland (1)
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.2 (1976. 2) ,p.18- 70
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19760215-0018

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言

の制度の生成について(二)

坂 原 正 夫

一 はじめに

① 問題の所在

② 日本民訴法における訴訟費用敗訴者負担の原則に対する例外規定の生成について
ZPO九一条aについて

① 立法沿革について

② 他の訴訟法とZPO九一条aについて……以上本号

三 一九世紀後半のドイツ民訴法典成立期における問題状況について

① 普通法における「判決以外による訴訟終了」理論について

② 普通法における訴訟費用敗訴者負担の原則について

③ 立法者の意思について

④ ZPO九三条の沿革について

⑤ ZPO二七一条三項の沿革について

⑥ まとめ

四 ドイツ民訴法典成立以後の問題状況の概要

五 オーストリー法、スイス法における問題状況について

① オーストリー法

② スイス法

六 まとめ

一 はじめに

① 問題の所在

本論文は、西ドイツ民訴法九一条ノ一⁽¹⁾(以下ではZPO九一条aと表記する)に規定する「訴訟終了宣言の制度」⁽²⁾の生成過程を明らかにし、そのことを通してこの制度とわが民訴法との関連を考えてみようとする意図で書かれたものである。

そこで問題意識を明確にするため、先ず最初にこの制度についての現況が説明されねばならないであろう。しかしながら、一般にわれわれにとつて馴染みの薄い制度を正しく理解するには、実に歴史的な背景を知ることが先行するように思える。また、そもそも制度の現況報告自体独立した大きなテーマをなすものであり、簡単なものではない。そのような理由と、この制度について既にわが国では紹介がなされてる⁽³⁾ことを考え、以下では本稿に必要な範囲内の説明、即ち極簡単に本制度についてふれておくことにとどめる。

さて、ZPO九一条aは、訴訟のどんな場面で問題となるのであろうか。次の具体的な問題がその典型であろう。即ち、「貸金返還請求訴訟において、訴訟係属中に被告が原告に訴求金額全額を支払った場合、この訴訟はどうなるのか」といった問題である。即ち、本来なら勝訴すべき原告が、自己に責任なくして敗訴せざるをえない場合である。⁽⁴⁾こういった場合に、当事者にとつて関心があるのは、「(一)訴訟費用負担の問題、即ち、従前の訴訟費用を誰が支払うのか、(二)訴訟終了効はいかに

して発生するのか、(三)当該訴訟に既判力が生じるのか」といった問題ではないかと思う。

この問題については、弁護士費用が訴訟費用に算入されていないわが国の場合は、当事者はこのような場合、実際にはほとんど関心がないのではないかと疑問があろう。しかし、弁護士強制主義が望ましいとされ、「弁護士費用の敗訴者負担の原則」の実現が叫ばれている状況を考えると、決してこの問題は軽視しえないと思う。むしろ訴訟費用の面において、実体的にも手続的にも公正さが保証されることの方が、弁護士強制主義とか「弁護士費用敗訴者負担の原則」の導入に先行するものである。そういう意味でも、また、仮に小額であつてもわが国のように権利意識が十分でなく、またあつてもエゴイズムになりやすい風土の下では、法の正義の実現を常に考えるべきであるとするなら、この問題は、わが国ではまさに重要な問題であると思う。

更に、本設問に対しての疑問として、仮に当事者が関心があつたとしても、民訴訟八九条の例外として九〇条以下の規定があり、これで、この場合原告が敗訴判決を受けるか或いは訴の取下をしたとしても一〇四条により九〇条以下が準用されるから訴訟費用の負担は被告になるのであり、別に問題はないということがあげられるであらう。⁽⁶⁾従つて、原告としては請求棄却判決、訴取下、放棄、和解等種々とりうる行為のうち、それらの要件効果を比較して任意に選択すればよいというのであり、(二)、(三)も取り立てて問題とする必要なしということになる。

ところが、弁護士強制主義をとつているドイツでは、特に、訴訟費用の負担の問題は切実な問題である。この場合敗訴者負担が原則であるから、本問の場合どうなるのかといった点である。ドイツ法において訴の取下の場合訴訟費用は常に原告負担であるから(ZPO二七一条三項)、訴の取下も軽々しくできないことになる。⁽⁷⁾そこでドイツ法では、本設問に代表される原告に不合理な場合を避けるため「訴訟終了宣言の制度」があるといえる。即ち、この場合原告としては、自分は単なる敗訴者ではなく、訴訟が既に終了してしまつたと主張できる制度といつてもよい。従つて、当初から請求に理由のない訴と、

当初は理由があつたが訴訟の途中で理由がなくなつた場合とを區別して取り扱うべきだという考え方になる⁽⁸⁾。この場合、原告のかかる主張はいかなる要件の下に認められるのか、訴訟の途中というのはいつのか（訴訟係属発生時点か訴提起時か）、被告の方からのこの申立は認められないのか、被告が原告のかかる主張に賛成したらどうなるのか（これがZPO九一条aが規定している場合であり、この場合は、訴訟終了事由がたとえなくとも当事者の主張は認められるとするのが定説である）、被告が争つた場合、裁判所はどうするのか、裁判所のこれについての裁判はどのような性質のものか、この場合、既判力はどのようなのか、問題はまさに尽きないのである。これに対して答えを出すのが、この訴訟終了宣言（本案終了の表示）についての法的性質論である⁽⁹⁾。そして現在ドイツでは、既述の問に対して定説がないといつてよく、全ての問題に対して結論ですら相反する答が主張され、従つて法的性質論たるや、議論した学者の数に等しい程種々に主張されているのである。その原因の一つとして確実なことは、民訴法上、条文が九一条aしかなく、それも不十分なため共通の土俵がないからである。即ち、ZPO九一条aは既述のように、両当事者が終了につき一致した場合の規定であり、「終了」か「原告敗訴」かで原被告間に争いがある場合は全く規定がないのである。

さて、こうしてドイツ法のかかる状況をみると、わが国の方が優れているのではないかという見解が出されるであろう。即ちわが国にあつては、既に述べたように訴の取下にしてもZPO二七一条三項に対して一〇四条があり、具体的状況に対応できるようになっているのではないかということである⁽⁶⁾。

だが、しかし、かようなわが国の通説の立場に問題はないだろうか、ここで考えねばならぬことは、訴訟費用負担の原則は結果責任主義であり、この考え方は過失責任論を克服して形成されたものであるという点である⁽¹⁰⁾。即ち、わが民訴法の九〇条以下の規定自体がかつての過失責任主義の復活を考えていたのかという点である。しかし、旧民訴法が全くといつてよいほどドイツ民訴法と同じであつたことを考え、現行民訴法改正時に訴訟費用の負担につき議論らしい議論がなされていない

いことを考えると、この改正は体系的整序の改正であり言わば表現方法を変えてみたにすぎず、従つて根本思想はドイツ法と同じであるといえないだろうか。そうであるならば、実は九〇条以下を高く評価することは八九条と調和しないのではないかと云うことである。現実に九〇条以下の規定の利用が十分でないのは何を物語っているのであらうか。⁽¹¹⁾つまり、規定自体に無理があるのではないかという疑問である。そこでこの点について明らかにするためわが国の立法沿革を調べてみる必要がある。

次に、わが民訴法九〇条以下の規定で注意すべきことはそれらは全て裁判所の裁量によつてなされる点であらう。そもそも裁判官が訴訟費用の点に関してそれぞれの言分を聞いて正しい裁判をしてくれるか否かという問題もあるが、⁽¹²⁾正しい裁判をしてくれるにしても任せられた裁判官の方でも困るのではなからうか。特に訴の取下に至つては裁判所にその間の経違などわからないのではなからうか。⁽¹³⁾そうであるならばよいよ九〇条の働く余地はあるまい。そうなると、この場合ドイツ法のように当事者にイニシアチブを与える方法も決して不合理ではあるまい。むしろ必要ともいえよう。八九条以下の裁判所の裁量権は、訴訟費用の訴訟は実体的には結果責任であり責任の有無は容易にわかり、しかも本案と併合した言わば附随訴訟であることに基礎があるのではなからうか。従つて、訴訟の途中で終了事実の発生により訴訟が終了した場合、裁判所が具体的状況に応じて訴訟費用の負担を決めるとするならば、そもそもかような判断をする裁判所の裁量権なるものはその存在の基礎を欠くといえないだろうか。そうしてみるとわが国の「裁判所の裁量により具体的案件に応ずる処理方法」というのは、実は積極的な処理方法というよりも条文化できないための棚上げともいべきで、一種の法の欠缺を仮に補つてみるとみるべきではなからうかということになる。

このようにみても、必ずしも通説のように日本法の立場は問題ないとは言切れない。むしろ日本法の立場の問題点を直視しつつドイツのこの制度を客観的に考察してみる必要がある。⁽¹⁴⁾従つて、問題はかようなわが国の通説批判が正しいか

どうかを客観的な歴史的事実によつて検討することであらう。そして同時に行うべきことは、この訴訟終了宣言の制度がなぜドイツで生成されたのか、そしてその発生原因及び存続理由は正当なものであるかといった点の研究である。従つて本稿でのテーマは「この制度はいかなるものか」ではなく、「なぜ制度が発生したのか」である。つまり制度発生の必要性に日本法は答えているのかということであり、そういう意味でこの点に日本法とこの制度を結ぶ接点があると思う。

かくして本稿が取り上げる点は明らかである。第一に日本法の立法沿革を調べそれを評価することであり（一の②）、次にこの制度がなぜドイツ法で発生し、どういう発展の仕方をしたのかといった点である（二、三、四）。即ち、「二」ではZPO九一条aの生成につき、「三」ではCPO（ドイツ民訴訟）の立法者の考え方につき、「四」ではCPOからZPO九一条aに至るまでの経過につきそれぞれ考えてみることである。そして、最後に「五」ではこの制度はドイツ法圏であるオーストリーやスイスではどう評価されているのかといった点を考えてみようと思う。

こうした考察の後に、実は立法論にしろ解釈論にしろわが国でこの制度の導入の可否、可否が議論できるのだと思う。またかかる考察の結果は同時に錯綜したドイツでのこの制度を巡る議論のうち、どれが正しいのかといった点での判断基準ともなりうると思う。従つてこの制度の本質論については別稿に譲り、本稿では発生の史的側面のみをテーマとした次第である。

なお若干おことわりしておきたい。第一は本稿の目的からして訴訟終了宣言の制度を訴訟費用の問題としてのみ考えてしまいがちであるが、それは誤りであるということである。即ち、既に一言述べたことだが、この制度のねらいは今日不動の公式とも思える口頭弁論終結時に機械的に訴の適法か否か、理由が具備しているか否かによつて請求の棄却・認容を決めるという命題に反省を迫るものであるということである。この命題自体の意義は既判力との関係では確かに公式とも評せられるかもしれない。しかし、この命題によつては訴訟の実質的勝敗を裁判の本文に反映させることはできない。それでいいの

だろうかということである。つまりこの制度の考え方は訴訟の途中まで理由があつた訴と全く当初から理由のない訴を訴訟法上区別していくことであり、正に現在の訴訟理論への挑戦ということである。更に言えば、判決によらない訴訟終了効一般やそれらの効力を確認するためだされる終了宣言判決等について従来あまり議論がなされていないが、それらの問題に対しても訴訟終了宣言の制度の理論は示唆を与えらると思える点も無視できない。このようにこの制度は決して単に訴訟費用の負担者の公平の問題に尽きるのではなく、考えようによつては今日の一般訴訟理論の発展のため取り組みねばならない問題を提供するものであるという点は忘れてはならない。

第二の点は、訴訟終了宣言について一般に両当事者の申立による訴訟終了宣言と一当事者の申立による訴訟終了宣言とを区別する点をどう考えるかである。この区別は要するに終了事実の発生につき当事者間に争いがあつたか否か（争う方にしてみれば当初から理由のない訴であるという主張をすることである）ということである。問題が多いのは一当事者の申立による場合の方であるから（請求棄却を避ける逃げ道として利用されやすい面をもっていることも一因と思う）、このタイプを中心に考えてみようと思うが、本質を論じない本稿ではこの区別は必要ないと思う。従つて以下では特に区別していない点注意して頂きたい。

第三の点は本制度のドイツでの利用状況である。つまり本稿に対する批判として「この制度が現実利用されているのか否かがそもその研究の出発点であつて、法文上、理論上存在する制度であつても全く利用されていない制度を研究するのは意味がないではないか」という主張が考えられる。これに対しては、一つにはドイツでの文獻、判例が豊富なこと（例えば Rosenberg-Schwab, IIAud., S. 701, Grunsky, Grundlagen, 2. Aufl., S. 103 を参照せよ）によつて答えられるし（實際上必要なければドイツでも議論するはずがないから）、もう一つは次の資料によつて答えてみようと思う。即ちローゼンベルク・シュワーブ十一版七〇二頁は「一九七〇年全〔処理〕事件の約一パーセントが両当事者の申立による終了宣言によつて終了した」と述べているのであり、別表のザール州での数字は更にそれを裏づけるものであろう。事件の性質上この数字は少ないとみる

I. Instanz (第一審)

Amtsgerichte des Saarlandes区裁判所	1969年	1970年	1971年	1972年
insgesamt erledigte Sachen 総処理件数	11,326	11,085	11,285	11,264
davon nach § 91 a ZPO erledigt そのうち Z P O 91 条 a で処理した件数	129	172	204	206
=	1.1%	1.6%	1.8%	1.8%
Landgericht Saarbrücken 地方裁判所	1969年	1970年	1971年	1972年
insgesamt erledigte Sachen 総処理件数	5,744	51,417	5,254	5,983
davon nach § 91 a ZPO erledigt そのうち Z P O 91 条 a で処理した件数	31	26	33	41
=	0.5%	0.5%	0.6%	0.7%

本表はドイツ留学中にザール大学リュッケ教授にお願いして裁判所に問い合わせてもらったことにより得られた資料である。

Berufungsinstanz (控訴審)

Landgericht Saarbrücken 地方裁判所	1969年	1970年	1971年	1972年
insgesamt erledigte Sachen 総処理件数	651	747	605	598
davon nach § 91 a ZPO erledigte Sachen そのうち Z P O 91 条 a で処理した件数	7	8	3	5
=	1.1%	1.1%	0.5%	0.8%
Oberlandesgericht Saarbrücken 上級地方裁判所	1969年	1970年	1971年	1972年
insgesamt erledigte Sachen 総処理件数	796	886	899	921
davon nach § 91 a ZPO erledigte Sachen そのうち Z P O 91 条 a で処理した件数	7	7	3	4
=	0.9%	0.8%	0.3%	0.4%

べきではないと思う。なお、ローゼンベルクII シュワーブ 前掲書六八二頁は訴の取下に関して「訴の取下は比較的しばしば生じている。一九七〇年には区裁判所及び地方裁判所(Amtsgericht und Landgericht)において総事件の約一三パーセントが訴の取下によつて終了した」と述べている。

訴訟終了宣言の制度をもたない社会裁判所では一九七〇年に訴の取下によつて終了した事件は約四三パーセントである。⁽¹⁵⁾ 訴の取下が多いのは、一つには社会保障に関する事件という特殊なものと考えるべきであらう。

西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について

二六 (二六八)

- (1) 東ドイツ (DDR) については本論文の二の①の注11を参照せよ。またZPO九一条aの正文、訳文については本論文の二の①の冒頭を参照せよ。
(2) 「訳語の問題」ドイツ語でも *die Erledigung des Rechtsstreit, die Erledigung der Hauptsache, die Erledigung des Rechtsstreit in der Hauptsache* といろいろ表示されるこの制度について、わが国では紹介している文献は多くなく、しかもわが国に該当する制度がないという点で定訳というものが無い。従前の訳語としては次のようなものがある。

訴訟完結の宣言 (松浦、兼子)

「訴訟ないし」 本案終了宣言 (桜井、鈴木)

本案完結宣言 (中田、中野、斎藤) 中野貞一郎「リケ論文の訳文」民事訴訟の理論上巻 (一九六九年) 三四二頁。

訴訟終了宣言 (上北) 上北武男「グルンスキー論文紹介」民訴雑誌 一六号 (一九七〇年) 三四九頁。

本案終了の表示 (松本、伊東) 伊東乾「バウムゲルテル論文の訳文」小泉記念講座選書 一四号 (一九七三年) 八頁。

事件完結の申立 (柏木)

ここで出典を紹介しないものについては後注3を参照。

訳語について松本助教教授は、「当事者から裁判所に対する陳述であること、訴訟費用に対する本案であることに鑑み、敢て『本案終了の表示』と訳出した」と述べている (注3の文献二五六頁注1)。この点の指摘は正しいが、私は、制度としては訴訟終了宣言の制度と表示したい。本制度は、裁判所の裁判に依存するという点で裁判所の宣言という意味にしたいのであり、当事者訴訟行為としては、当事者がかような制度を利用するという点で「表示」でも「申立」でも「宣言」でもよいと思う。この制度の特異性を示すものとして、また、裁判所の裁判 (宣言) との関連で宣言という訳語も決しておかしではない。同様に「本案」という訴訟法用語よりも「訴訟」の方がわかり易いし、この制度自体の流動的性格を考えると必ずしも訴訟法的厳格な訳語は必要ないように思える。

(3) 「従来わが国での文献」

従来、わが国でこの制度について言及しているもの (筆者が目にしたもの) は、以下のものである。

中田淳一「独逸民訴法」現代外国法典叢書 (10) (一九五五年) 年六六二頁以下。

鈴木忠一「訴訟費用の裁判」民訴法講座 (一九五五年) 九四〇頁以下。

兼子一「一〇四条」条解民訴法上 (一九五五年) 二六六頁以下。

松浦肇「訴訟完結の宣言による訴訟の終了」ドイツ判例百選 (別冊シュリスト二二二号) 一九六九年 一五二頁以下。

桜田勝義「民訴法一〇四条」斎藤秀夫編・注解民訴法 (二) (一九七一年) 七六頁以下。

柏木邦良「西ドイツ民訴法の現況 (二)」シュリスト四七〇号 (一九七一年) 一二四頁以下。

松本博之「本案終了の表示について」法学雑誌 一九七二年 (一九七二年) 八八頁以下。

斎藤和夫「再審手続の訴訟物 (一)」法学研究四七巻七号 (一九七四年) 五一頁。

鈴木論文は訴訟費用に関連して言及したものであるし、中田説明はZPO九一条aについての説明、兼子、桜田説明は一〇四条との関連で言及、松浦説明はBGGHのこれについての判例の説明、柏木説明はドイツ論文との関連で言及、松本論文は現在のドイツの状況を説明した本格的なもの。なお、松本助教は「行政処分取消訴訟における取消対象の消滅と訴えの利益」法学雑誌一九卷三・四号（一九七三年）六〇八頁以下においても言及している。兼子、鈴木、桜田がこの制度を消極的に評価、松浦、柏木、松本、斎藤が積極的に評価。従つて最近注目されてきたといえる。なお消極説、積極説の根拠についてはそれぞれ後注の6及び14を参照。

(4) 訴の不適法または請求の理由がなくなることにつき、被告に原因がある場合とそうでない場合がある。前者の例としては、弁済、相殺、裁判外の和解等があるうし、後者の例としては、法律の改正、訴訟物の対象たる目的物の消滅、承継を許さざる訴訟物につき当事者の死亡等があるう。詳しくはRosenberg-Schwab II, Aufh. § 131 I (S. 701) 参照。

なお、いってながら問題を更に明らかにするために設問の逆の場合について考えてみよう。即ち、貸金返還請求訴訟で訴提起時ではいまだ期限未到来であつたが（即ち、その時点では請求棄却がまねがなかつたが）、訴訟中に期限が到来した場合である。即ち、本文設問は当初理由のあつた訴が訴訟の途中で理由がなくなつた場合であり、本設問は逆に当初理由のない訴が訴訟の途中で理由が生じた場合である。この場合は実は簡単である。独民訴法九三条旧日本民訴法七四条が規定するところであり、現行法日本法でもかかる法条が存在するか解釈がなされているからである。従つて、このことから本設問の場合は被告が直ちに認諾をすれば原告が訴訟費用を負担するということが導かれよう。なお、かかる帰結を是認するならば本文設問はこの逆の場合であり、従つてドイツ法上は九三条の反対解釈（類推解釈）により冒頭設問は処理できるのではないかという疑問が生じるかもしれない。当然な考えであり、このような視点に立脚したのが今世紀初頭の通説でありライヒスゲリヒトの判例でもあつた。最近ではGrunsky, Lindacherが説くところ（Grunsky, Grundlagen 2, Aufh. § 12 III 1 (S. 112); Lindacher, Der Meinungsstreit zur „einseitigen Erledigungserklärung“, Jur A 1970, S. 687 insb. S. 705）「か」この考え方には問題があることは本文文三の④で述べる。

(5) この問題に関しての文献は非常に多い。最近の問題状況及び参考文献については内田武吉「訴訟費用」（小山・松浦・中野・竹下編・演習民訴法上巻七六頁以下）、重山亨「弁護士報酬の問題点」（法律のひろば）昭和四九年三、四、六月号、桜田勝義「弁護士費用敗訴者負担の理論と実際」（判例弁護士法の研究）一四七頁以下に詳しいので、ここでは省略する。またわが国の立法の動向については「民事・刑事訴訟費用等に関する法律の解説」（内田恒久責任編集・法曹会）一三頁以下で明らかである。

なお弁護士費用敗訴者負担の原則のわが国に導入すべきか否かの議論と、後述の訴訟費用の負担者はどのようにして決めるか、即ち結果責任説か否かの議論（本文文三の②）が非常に似ている点注目すべきである。今日の通説である結果責任説の實質的な根拠と弁護士費用敗訴者負担の原則の根拠とが同じであるということは何を物語るのであらう。弁護士費用敗訴者負担の論争をこの点から考察するのも興味あることだと思ふ。

(6) 兼子博士は「わが法においては訴取下の場合には九〇条を準用する趣旨が表われているから、費用の点のためにかかる特別な訴訟完結事由を認める必要はなく、期日において当事者が訴訟終了の合意をする場合も、原告の訴取下と被告のこれに対する同意とあるいは費用の点の和解を包含する行為と取扱えばよい。離婚訴訟における和譜（人訴一三参照）もその一種である」（前注3の論文）とする。要するに博士はわが民訴法にZPO二七一条第三

項に相当する規定がなくしも一〇四条、九〇条が存在することにより、訴訟終了宣言の制度の必要性を否定する訳である。鈴木忠一氏、桜田勝義教授もほぼ同じ立場で消極説をとる。通説といえよう。

従つて細野長良博士も戦前既に「取下ノ事情ノ如何ニ依リ民事訴訟法第九十条ニ付全部ヲ準用ヲ生スルヤ勿論ニシテ法典カ訴ノ取下又ハ上訴ノ取下ニ付何等留保スル所ナク民事訴訟法第九十条以下ノ規定ヲ準用シタル所以ハ正ニ其趣旨ノアル所ヲ推知スルニ難カラサル所ナリトス」(民事訴訟法要義第五卷一三八頁)と述べるとともに「訴ノ提起當時訴ハ理由アリシモノナルモ爾後被告ノ行為ニ因リ遂ニ訴カ理由ナキニ至リ原告ノ敗訴シタル場合ニシテ原告カ訴ヲ提起シタルコトカ当然ノ状態ニ於テ權利ノ伸張トシテ必要ナリシモノト認メラルトキハ原告ノ敗訴ニ拘ラス被告ニ対シ訴訟費用ノ負担ヲ命ス可キモノトス」(一一九頁)としている。もつとも、この通説のいう取下についての事情を考慮することには疑問がある(注13参照)。

(7) この規定については、本論文三の⑤にその由来及び比較法的意味について述べた。

(8) わが国での並行輸入の問題であるが次のような例がある。A社の日本での商標専用使用者であるYを相手に、輸入業者Xが商品輸入販売差止請求権不存在確認請求の訴を提起し勝訴した。そこでYは控訴。控訴審で審理中にA社がYに対して専用使用権設定契約を解除し効果が発生した。控訴審裁判所は原判決は原審最終口頭弁論期日の時点においては正当であるとしつつも、原審の判決を取消す判決を下した(大阪高判、一九七一年八月六日、特許ニュース三〇九二号一頁)。

桑田三郎教授はこの一審判決を高く評価するのであるが(ジュリスト五〇〇号五七八頁以下)、二審判決に対しては「統審主義の建前上、訴訟論理的にはこのようにならざるをえないであらう。また、訴訟形式的には原審判決を取り消しながら、実体的にはその正しさを認めたものといえようか……。しかし、そのような実体的判断にしても、それになんらの理由がふれられていないこと、あるいはただ漫然と専用使用権消滅の事実を認定するにとどまっているなどの点において、控訴審としてのその安易かつ消極的な態度が指摘されるべきであらう」と批判的である(前掲書五八〇頁)。かかる批判は問題があるが、しかし現行訴訟法を批判する点で一考すべきものをもつていよう。

また最近の最判の中でも例をみることができよう。最判昭和四十九年九月二六日第一小法廷判決・民集二八巻六号二一八三頁は、「中小企業団体の組織に関する法律に基づく商工組合の創立総会における定款承認議決取消の訴の係属中に、右商工組合の設立が認可され、その設立登記がされたときは、特別の事情のないかぎり、右議決取消の訴は、訴の利益を欠くに至つたものと解すべきである」というのであるが、この場合原告の当初の訴に理由があつた場合は酷ではなからうか。この場合、単に却下ではなく訴訟終了宣言の制度を利用した解決方法があつたように思える。

(9) 松浦論文(前注3)、松本論文(前注3)が現在のドイツのこの制度の状況を報告している。特に法的性質については後者が詳しい。ドイツ語ではLindacher(前注4)がよい。

(10) 本論文三の②に詳述した。

(11) 菊井、村松・民訴法一三三頁、注解民訴法(2)(斎藤編、小室執筆)二二三頁。なお松本論文(前注3)八九頁参照。

(12) ドイツにあつては訴訟費用の裁判でも極力、裁判官の裁量の余地が働かないことに努めているようである。ZPO九一条aの審議経過(本論文二の①のハ)やZPO九一条に相当する規定の審議の経過(本論文三の③)がこのことを示している。法学の発展が正義の実現のためにより理論を精緻化する

ることあることを考えると、安易に裁判所の裁量に委ねることは正しくないとと思う。

(13) 「民事訴訟における訴訟費用の研究」 訟廷執務資料五号(一九五四年)四〇一頁は「訴の取下者に、費用の負担を命ずる決定をする際、其の取下をするに至つた事情を考慮すべきか。また、終局判決後訴の取下をした場合の費用負担は誰か」という問に対して、「取下の事情は、考慮する必要はないし、原則として、敗訴者と同視すべき取下者、即ち原告が負担者となる」と解答している。その理由は「旧民事訴訟法七二条二項は、訴を取下げた場合には、原告を敗訴者と同様に取扱う旨定めてあつたが、現行民事訴訟法は、この点については、はつきりした規定をおいていない。しかし、訴の取下によつて、始めから訴が係属しなかつたものとみなされる効力を生ずる(民訴二三七)。従つて訴提起から取下に至る迄の訴訟費用は、原則として原告のために無益であつたともいえるので、一般的に原告に負担せしめるのが妥当である。つまり民訴九〇条にいう、いはゆる権利の伸張または、防禦に必要とする行為に基づき生じたものというにあたらない。もつとも、訴訟手続が相当進し、証拠調べを経たところ、被告が自己の敗訴を予想するに至り、裁判所で原告と和解した、というような事情で、原告が訴を取下げたような場合においては、常に原告に訴訟費用の全部を負担させてよいかは疑問である。しかし、現行法上かような訴訟外の事情を調査する権限は、裁判所に与えられていないから、止むを得ないであらう。なお、終局判決後に訴の取下をした場合も、判決中の費用の裁判は失効するから、右いずれの場合でも、終局裁判以外の事由によつて訴訟事件が完結したものであり従つて民訴一〇四条による裁判を必要とする」というのである。

判例においても、従つて「訴の取下により訴訟が終了した場合の訴訟費用の負担者である敗訴の当事者に準すべき者とは、訴の取下をした原告をいい、訴取下當時の訴訟の段階において請求が理由のあるようにみえていたか否かを問わない(昭和三三年九月二四日東京高裁決定、判例時報一六九号一三頁)し、『訴取下によつて訴訟が完結した場合の訴訟費用の負担は、特段の事情がないときは訴を取り下げた者の負担と解すべきである』(昭和三四年九月一五日札幌高裁決定、下級民集一〇巻九号一九四二頁)といっている。もつとも『差押債権者が差押物件の所有者に対し、執行の取消を約しながら競売期日の直前までその取消をしなかつたため所有者が第三者異議の訴を提起したところ、競売期日に右の執行を取り消したため訴が取り下げられた場合には右訴の提起は権利の伸張もしくは防禦に必要な行為でなかつたといえない(昭和三九年一月一二日札幌高裁決定、高裁民集一七巻七号四八九頁)』という判例もある。

(14) 従来訴訟終了宣言の制度を積極的に評価する根拠は次のようなものであるが、歴史的、比較法的視点からのアプローチはなされていない。

松浦教授は「そもそも訴の取下のためには被告の同意が必要であり、かりに同意が得られて訴の取下があつたとしても、八九条が原則として働き、九〇条などは例外的規定としてその举证責任は原告にあるとみななければならぬのではなからうか。請求棄却または訴却下の判決の場合にも、九〇条などが原告救済のために働きうることはドイツとしても同じであるが、訴訟完結宣言の場合には、もつぱら *Veranlassungsprinzip* と裁判官の公正な考量により、全く平等に原告被告間に訴訟費用が分配される点に大きな意味がある。この制度はドイツ実務でかなり利用されていると聞くが、わが国としても一考に値する制度ではあるまいか」と主張する(前注3の論文一五二頁)。

九〇条に関して松本助教授は、この規定が実務上あまり適用されていないこと、また適用されてもその判断基準が明確でないことを指摘し、この問題について九〇条は何等ブレイキになるものでなく、かえつて九〇条の積極的適用のための基礎を与えようとするものであると主張する(前注3の論文九〇頁)。

柏木氏はわが民訴法にZPO二七一条三項がないこと、弁護士費用は訴訟費用に算入されないことにもよるが、しかし、そもそもこのような場合に訴の取下をしないと敗訴になるということ自体疑問であるとし、それでは原告が取下を強要されたり、場合によつては訴訟費用敗訴者負担の原則の機械的適用により訴訟費用の負担を命ぜられたりする可能性があること、あるいは訴取下にあたつてはその動機、それに対する被告の言い分を確かめ確認することを裁判所はしなければならないこと等の不都合があることを指摘し、「わが国でも……事件完結の申立てを認め、裁判所がその場で民訴法一〇四条を適正妥当適用するための資料を収集できるものと解すべきである」とする(前注3の論文一二四頁)。

これらの主張はそれぞれ説得力をもっているが、その主張の歴史的な位置づけ、理論的体系的整序が重要と思われる。利便でもつて導入した制度が結果的に木に竹を懸ぐことになり、かえつて種々な問題を生じさせている例はわが国では少なくないように思うからである。

(15) 社会裁判所法(SGG)については本論二の②のハに紹介した。数字は Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1972, VI. Rechtspflege, 4. Geschäftsfall bei den Gerichten, f. Sozialgerichte 1972 (S. 101) 以下。Klagenverfahren von den Sozialgerichten und Berufungsverfahren von den Landessozialgerichten における訴取下の数を裁判所が処理した訴の総数で割つたもの。

② 日本民訴法における訴訟費用敗訴者負担の原則に対する例外規定の生成について

ドイツ法上の訴訟終了宣言の制度とわが国との関連について、わが国では民訴法一〇四条があり同条二項が九〇条以下を準用していることからして結果的にも妥当なものが得られ、従つてこの条文が立法的にこの問題を解決しているというのが従来の通説であつた。要するにこの考え方の基礎はドイツ法上の訴訟終了宣言の問題は既にわが国では立法的には解決済みということである。しかしそれは果して正しいであろうか。ドイツ法と条文の体裁や文言が異なるからしてドイツ法と日本法とは問題状況が異なるというのは確かに説得的かもしれない。しかし条文の真の意味はその歴史的沿革と体系的位置づけにより規定されるとするならば、かかる方法による論証があつてはじめて通説の正しさが証明されるのであつて、単に条文の文言の比較という方法は現象的あるいは悪くいえば皮相的ということにならう。そこでドイツ法と日本法とは真にその立場は異なるのか、違つとすればどこか、あるいは単なる表現の差であつてその実質は同一であるかを調べてみよう。具体的にいへば、現行民訴法八九条、九〇条、九一条、九二条、一〇四条の系譜的考察ということになる。九三条以下を省略したのは八

九条乃至九二条がいわば費用負担者を定める原則的規定でありそれ以外は共同訴訟、参加、上訴等といったいわば特殊の状況に関する規定かあるいは費用確定の手續規定であるからである。

比較し歴史的變遷をみるための材料は次の通りである。

(イ) 現行ドイツ民訴法

(a) 明治一九年（一八八六年）のテッヒョー草案

(b) 明治二三年（一八九〇年）の旧民訴法

(c) 明治三六年（一九〇三年）の法典調査法の民訴法改正案

(d) 大正一〇年（一九二一年）民事訴訟法改正調査委員会案

(e) 現行法

以下ではこれらにおいて現行法八九条乃至九二条、一〇四条等に相当する規定をみてみよう（但し(e)の現行法は省略する）。

イ ドイツ民訴法

§91 ZPO Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

§92 ZPO Wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, so sind die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen. Sind die Kosten gegeneinander aufgehoben, so fallen die Gerichtskosten jeder Partei zur Hälfte zur Last.

Das Gericht kann der einen Partei die gesamten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei verhältnismäßig geringfügig war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat oder wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittlung durch Sachver-

ständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

§93 ZPO Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

§95 ZPO Die Partei, die einen Termin oder eine Frist versäumt, oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.

§96 ZPO Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Verteidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, die es geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

§278 Angriffs- und Verteidigungsmittel (Einreden, Widerklage, Repliken usw.) können bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, geltend gemacht werden.

Das Gericht hat, wenn durch das nachträgliche Vorbringen eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, der obsiegenden Partei, die nach freier richterlicher Überzeugung instande war, das Angriffs- oder Verteidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Prozeßkosten ganz oder teilweise aufzuerlegen.

外国法典業書の中田訳(一〇〇の注②)による訳文は左の如し。

第九一条

敗訴ノ当事者ハ訴訟ノ費用ヲ負担シ、殊ニ相手方ニ生ジタル費用ハ相当ナル権利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナルモノニ限り之ヲ弁償スルコトヲ要ス。……

第九二条

当事者ノ各方ガ一部ハ勝訴トナリ一部ハ敗訴トナルトキハ、其ノ費用ヲ相消シ又ハ割合ヲ以テ之ヲ負担スルモノトス。費用ヲ相消ストキハ裁判費用ハ半額ゾツ各当事者ノ負担ニ帰ス。

裁判所ハ相手方ノ過分ノ要求ガ割合ニ僅少ニシテ且格別ノ費用ヲ生ゼザリシトキ、又ハ相手方ノ要求額ガ裁判所ノ裁量ニ依ル決定、鑑定人ニ依ル査定若ハ相互ノ計算ニ懸ルモノナリシトキハ、当事者ノ一方ニ訴訟費用ノ全部ヲ負担セシムルコトヲ得。

第九三条

被告ガ其ノ舉動ニ因リ訴ノ提起ヲ誘発シタルニ非ザル場合ニ於テ、被告ガ直ニ請求ヲ認諾スルトキハ、訴訟費用ハ原告ノ負担ニ歸ス。
第九五條

期日若ハ期間ヲ懈怠シ、又ハ其ノ過失ニ因リ期日ノ變更、弁論ノ延期、弁論続行ノ為ニスル期日ノ指定若ハ期間ノ延長ヲ生ゼシメタル當事者ハ之ガ為シタル費用ヲ負担スベシ。

第九六條

無益ナル攻撃又ハ防禦ノ方法ノ費用ハ之ヲ主張シタル當事者ガ本案ニ於テ勝訴トナリタルトキト雖モ、此ノ者ヲシテ之ヲ負担セシムルコトヲ得。

第二七八條

攻撃又ハ防禦ノ方法（抗弁、反訴、再抗弁其ノ他）ハ、判決ニ接スル口頭弁論ノ終結ニ至ルマデ、之ヲ主張スルコトヲ得。

攻撃又ハ防禦ノ方法ノ時期ニ後レタル提出ニ因リ訴訟ノ完結ガ遅延シタルトキハ、裁判所ハ判事ノ自由ナル心証上、攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ適當ナル時期ニ於テ主張スルコトヲ得ベカリシ狀況ニ在リト認メタル勝訴者ニ、訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得。

ロ 明治一九年（一八八六年）のテッポウ草案

Art. 99 Die unterliegende Partei muss die von ihr aufgewendeten Kosten selbst tragen und dem obsiegenden Gegner die durch den Rechtsstreit verursachten Kosten erstatten, soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung notwendig waren.

Der unterliegen den Partei steht gleich die Partei, welche im Lauf des Rechtsstreits die Klage zurücknimmt, auf ihre Ansprüche verzichtet oder die Ansprüche des Gegners anerkennt.

Art. 101 Wenn jede Partei theilweise obsiegt, theilweise unterliegt, so sind nach dem Ermessen des Gerichts die Kosten entweder gegen einander aufzuheben oder verhältnismässig zu theilen. Im ersten Falle trägt jede Partei die von ihr aufgewendeten Kosten selbst und hat keine Partei gegen andere einen Anspruch auf Erstattung. Im letzteren

Falle legt das Gericht jeder Partei einen verhältnismässigen Theil der Prozesskosten auf.

Das Gericht kann jedoch ausnahmsweise der einen Partei die gesamten Prozesskosten auflegen, wenn die Zuforderung, mit welcher die andere Partei unterlegen ist, entweder eine verhältnismässig geringfügige war und keine besonderen Kosten verursacht hat, oder wenn sie deshalb nicht füglich vermieden werden konnte, weil der Betrag der zuzusprechenden Forderung von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Begutachtung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhing.

Art. 102 Dem Kläger fallen trotz seines Obsiegens die Prozesskosten zur Last, wenn der Verklagte den Anspruch desselben sofort anerkennt und auch vorher nicht durch Bestreiten oder Verzug zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hatte.

Art. 103 Jede Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt oder durch ihr Verschulden die Verlegung eines Termins, die Veragung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung, die Verlängerung einer Frist oder eine sonstige Verzögerung des Rechtsstreits veranlasst, muss die dadurch entstandenen besonderen Kosten ohne Rücksicht auf ihr schliessliches Unterliegen oder Obsiegen tragen.

Art. 105 Die besonderen Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs-oder Vertheidigungsmittels kann das Gericht nach seinem Ermessen derjenigen Partei, welche dasselbe geltend gemacht hat, trotz ihres Obsiegens in der Hauptsache auflegen.

Art. 236 Neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel können mit den aus den Bestimmungen der Art. 219 und 227 sich ergebenden Einschränkungen bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, zur Hauptsache geltend gemacht werden.

Das Gericht kann jedoch, wenn durch das nachträgliche Vorbringen die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, der obsiegenden Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung sich einer Verzögerung schuldig gemacht hat, die Prozesskosten ganz oder zum Theile auflegen.

ハ 明治三三年（一八九〇年）の旧民事訴訟法（明治三四年一月一日施行）

七二条 敗訴ノ原告若クハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負担シ殊ニ訴訟ニ因リ生シタル費用ヲ相手方ニ弁済ス可シ但其費用ハ裁判所ノ意見ニ於テ相当ナル權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル

訴訟中ニ訴ヲ取下ケ、請求ヲ拋棄シ又ハ相手方ノ請求ヲ認諾スル原告若クハ被告ハ敗訴ノ原告若クハ被告ニ同シ
七三条 当事者ノ各方一分ハ勝訴ト為リ一分ハ敗訴ト為ルトキハ其費用ヲ相消シ又ハ割合ヲ以テ之ヲ分担ス可シ第一ノ場合ニ於テハ各当事者ハ其支出シタル費用ヲ自ラ負担シ他ノ一方ニ対シ弁済ヲ請求スルコトヲ得ス

然レトモ裁判所ハ相手方ノ要求格外ニ過分ナルニ非ス且別段ノ費用ヲ生セサリントキ又ハ判事ノ意見、鑑定人ノ鑑定若クハ相互ノ計算ニ因リ要求額ヲ定ムルニ非サレハ容易ニ過分ノ要求ヲ避クルコトヲ得サリントキハ当事者ノ一方ニ訴訟費用ノ全部ヲ負担セシムルコトヲ得

七四条 被告直チニ請求ヲ認諾シ且其作為ニ因リ訴ヲ起スニ至ラシメタルニ非サルトキハ訴訟費用ハ原告ノ勝訴ト為リタルニ拘ハラス其負担ニ帰ス

七五条 期日若クハ期間ヲ懈怠シ又ハ自己ノ過失ニ因リ期日ノ變更、弁論ノ延期、弁論続行ノ為ニスル期日ノ指定、期間ノ延長其他訴訟ノ遲滞ヲ生セシメタル原告若クハ被告ハ本案ノ勝訴者ト為リタルニ拘ハラス此カ為ニ生シタル費用ヲ負担ス可シ

七六条 裁判所ハ無益ナル攻撃又ハ防禦ノ方法（証拠方法ヲ包含ス）ヲ主張シタル原告若クハ被告ヲシテ本案ノ勝訴者ト為リタルニ拘ハラス其方法ノ費用ヲ負担セシムルコトヲ得

ニ 明治三六年（一九〇三年）の法典調査会の民法改正案

九一条 敗訴シタル当事者ハ訴訟費用ヲ負担スヘシ但相手方カ支出シタル訴訟費用ハ其權利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナリシモノニ限り弁済スヘシ

九二条 当事者ノ双方カ一部ハ勝訴ト為リ一部ハ敗訴ト為リタルトキハ各其支出シタル訴訟費用ヲ負担シ又ハ割合ヲ以テ訴訟費用ヲ負担スヘシ但裁判所ハ事情ニ従ヒ当事者ノ一方ヲシテ訴訟費用ノ全部ヲ負担セシムルコトヲ得

九三条 被告カ其行為ニ因リ訴ヲ提起スルニ至ラシメタルニ非サル場合ニ於テ直チニ請求ヲ認諾シタルトキハ訴訟費用ハ原告之ヲ負担

西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について

スヘシ

九四条 期日若クハ期間ヲ懈怠シ又ハ自己ノ過失ニ因リ期日ノ変更、弁論ノ延期、弁論ノ続行若クハ期間ノ伸長ヲ為スニ至ラシメタル当事者ハ之ニ因リ生シタル費用ヲ負担スヘシ

九五条 裁判所ハ無益ナル攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ主張シタル当事者ヲシテ其費用ヲ負担セシムルコトヲ得

九六条 無益ナル上訴又ハ取下ケタル上訴ノ費用ハ上訴ヲ提起シタル当事者之ヲ負担スヘシ

裁判所ハ前審ニ於テ主張スルコトヲ得ヘカリシ攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ新ニ主張スルニ因リ勝訴シタル当事者ヲシテ上訴費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得

一〇二条 訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟費用ノ裁判ヲ為スヘシ

前項ノ裁判ハ口頭弁論ヲ經スシテ之ヲ為スコトヲ得

決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得

ホ 大正一〇年（一九二一年）の民事訴訟法改正調査委員会案

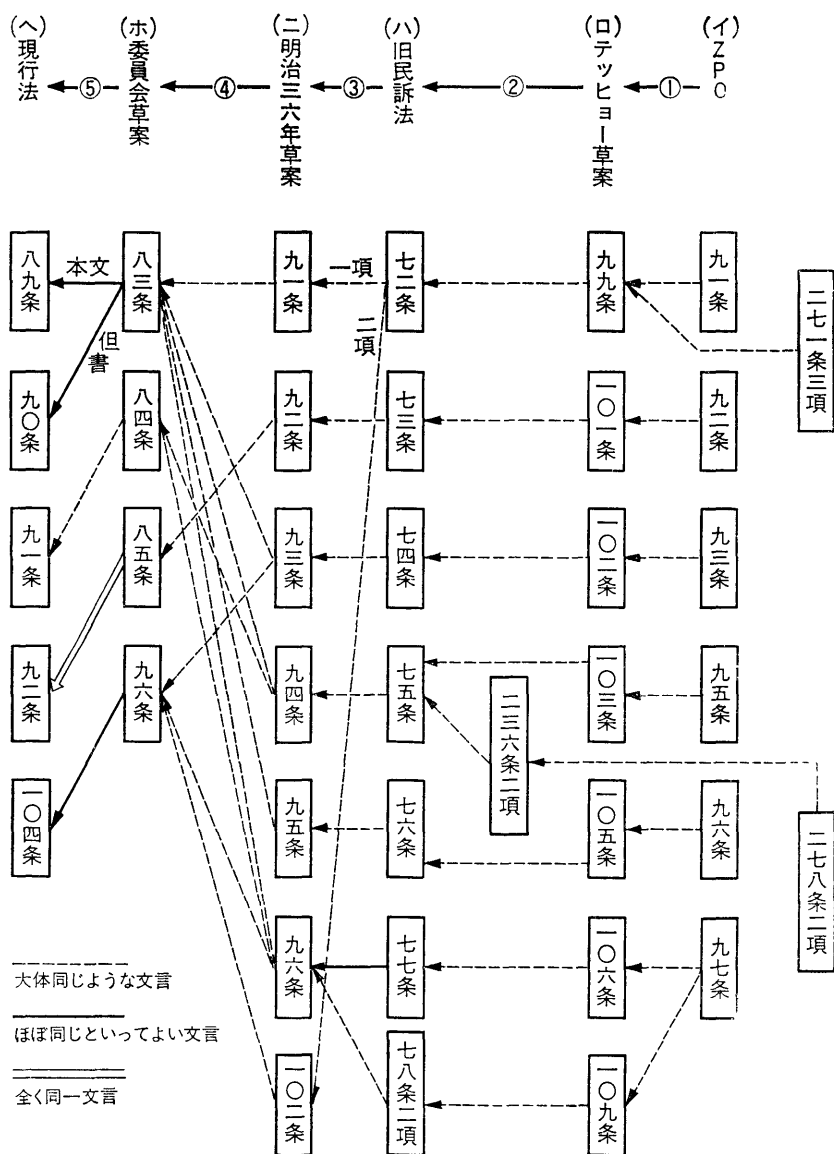
八三条 訴訟費用ハ敗訴者ノ負担トス但裁判所ハ事情ニ從ヒ勝訴者ヲシテ其權利ノ伸張若クハ防禦ニ必要ナラサル費用又ハ訴訟ノ程度ニ於テ相手方ノ權利ノ伸張若クハ防禦ニ必要ナリシ費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得（…の部分が現行法と異なる。×印の所に現行法では「行為ニ因リテ生シタル訴訟」が追加されている。）

八四条 裁判所ハ時機ニ後レタル攻撃又ハ防禦ノ方法ノ提出ニ因リテ勝訴シタル当事者ヲシテ遲滞ニ因リテ生シタル訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得

八五条 は現行法九二条と全く同一。

九六条 は現行法一〇四条と比して「参加又ハ之ニ付テノ異議ノ取下アリタルトキ亦同シ」が欠けている。二項の準用する条文番号は現行法と異なるも、その指示する規定は現行法と同じである。即ち、二項は現行法と同じである。

これらの条文の関係をいろいろな資料により図式化すると次のようになる。そこで問題は、この図式化が正しいかどうかで



あり、それによりドイツ法（ZPO）と現行法との間の脈絡があるかどうかを考えねばならない。以下この点をみてみよう。なお当時のドイツ法と現行ZPOとの流れも考えなくてはならないが、後述（三九頁）の改正点と条文の番号が異なつた点を除いて基本的にはかわつていないのである。

1 (i) ↓ (ii)

この流れをみるのは比較的簡単である。(i)、(ii)共に独文であるから特別な事情のない限りほとんど同じ文章である条文は(ii)は(i)に由来したと考えてさしつかえないと思うからである。勿論かような推定が許されるのは一般的に(ii)は(i)を基にしたということが今日定説⁽¹⁾になつてゐるからである。

ただその中で注意すべきは第一に(i)の二七一条三項が(ii)の九九条に吸収されたことである。これは(ii)（草案）においては訴訟費用の問題はなるべく訴訟費用の所にまとめるべきであるということにすぎないのではないかと憶測する。或いは訴取下の場合でも費用負担について弾力的な運営を考えて訴の取下をした原告負担と規定せず、これを敗訴者と擬制することにより勝訴者が負担する場合を規定した例外規定の適用の余地を考えたともある。資料がないのでこの点はどちらともとれるが、ただ後者の方が説得的である⁽²⁾。というのは、第一に旧民訴法が訴訟費用について全て訴訟費用の所にまとめた訳ではないからである。例えば判決手続だけでも一七七条三項、二六二条、二八八条、二九四条、三二一条、三三二条、三三八条、三三二条、三八六条、三八九条、三九二条、四九二条等に訴訟費用についての規定をみることができる。勿論これらは細則であるから当然このように分散しているのだともいえる。しかし、これらに該当する規定が現行民訴法からはほとんど消えてゐるのを考えると必ずしも細則であるからという理由ではないように思える。第二に考えられるのは、当時のドイツの状況を考えるとかような立法が無批判的に受け入れられる余地があることである。即ち、訴訟終了宣言制度の発展の誘因になつたと思われる判例がでたのが一八八三年（明治一六年）⁽³⁾であり、しかもモッセ、ルドルフ等の意見書等もこの点を問題とし

ていないことを考えると、ドイツ人もドイツ法の不備に気がついたのではなからうか。従つて、テッヒョーは当初の段階からドイツ法と異なつた立場をとつたと十分考えられる。第三にZPO二七八条二項をテッヒョー草案二三六条がそのまま受け入れ、ZPO二七一条三項をテッヒョー草案九九条二項に修正したのは訴訟費用についての体系的整序という点からすると一貫しないが、後者、即ち訴取下等における訴訟費用についてのみの修正という視点に立つ限り一応筋が通るように思える。表現の差が実質的な差か問題はあるにせよ、いずれにしても既に早い時期にドイツ法とは異なつた立法がこの点に関して生じたことは確かである。これを今日どのように考えるかは「まとめ」で考えてみようと思う。

第二の問題点は現行ZPO九一条と(四)の独文を比較してみると nach freien Ermessen des Gericht (裁判所の自由裁量) という言葉が現行ZPOにないことである。この語は(四)当時のドイツ民法には存在していたが、これは一九〇九年の改正の際削除されたものである。⁽⁵⁾しかし改正においてこの削除が重要な意味があつた訳ではない。当時の注釈書は削除の理由について、費用決定は書記官によつてなされること及び書記官は必要な支出であつたか否かは独自に判断しなければならぬことをあげている。もつともこの注釈書は続けて、書記官が自由裁量で処理するということを変更する訳ではないし、いつて客観的必要経費以外の訴訟費用の負担を命じることはないとしている。従つてドイツ法自体においても意味のある改正ではないし、日本民法一〇〇条以下とを比較しても日本法とドイツ法の差異を示すものではない。

第三の問題は(イ)と(ロ)の条文の対応の点である。即ち、一〇〇条、一〇四条、一〇七条、一〇八条の条文に該当する(イ)の条文はないのかということである。しかし、これは確かに興味ある問題であるが、考えるべきことは(イ)、(ロ)ではなく(イ)、(ロ)とするならばちょうど合う訳である。これをみても(ハ)の旧民法は(ロ)よりもドイツ民法訴訟に近づいたといえよう。⁽⁷⁾もつとも(イ)と(ハ)とを対応させた場合でも、ドイツ民法九四条の該当条文がないではないかというかもしれない。しかし、この九四条の規定はドイツ民法訴訟が訴訟の承継についてわが国とは異なつて当事者恒定主義を採用している点に基づくのであつて、わが

国とドイツ法との訴訟費用負担決定の体系の相違によるものではないのである。

以上により(i)↓(ii)の図式は問題ないと考える。

2 (ii)↓(i)

この間の経緯を略記すれば次のようである。⁽⁸⁾

明治一七年五月二日テッヒョーは伊藤博文に意見書を提出し草案作成の方法について建議した。それを受けてテッヒョーの原案を直ちに日本語に翻訳し訴訟法予備会議がそれを検討するという方法が採用された。これによつて明治一八年七月「テッヒョー訴訟規則原按」(日本語では「訴訟規則」)ができた。これを更に三好退蔵を委員長とした民事訴訟法取調委員会が約一六〇回の委員会での三回の読会により明治一九年六月「委員修正訴訟規則」を作り、これを基にいわゆる「テッヒョー草案」ができた(日本語では「訴訟法草案」)。この草案は更に法典調査会の中の法律取調委員会が明治二〇年一二月から翌二一年一〇月に五三回にわたり検討がなされ、ここで「民事訴訟法議按」↓「民事訴訟法調査案」↓「再調査案」という順に修正された草案ができそれが旧民訴法になつたものである。

既に1で述べたように(ii)、(i)をみるよりも(i)、(ii)をみた方が本稿の限りでは簡単である。それぞれの草案においてどのようにに訴訟費用が扱われたかという細かいことは省略するが、ここでの立法者の問題は専ら弁護士費用の取扱いをめぐるものであり本質的な議論はほとんどなされていなくてただけを報告しておこう。

問題は、従つて、何故にZPO二七八条二項に基づく草案二三六条二項が旧民訴法で削除されたかが問題である。これについては実は資料が不明であり推測の域をでない。即ち、明治二一年五月一二日の第一七回委員会では全く従前のままであり議論といへば「課スル」を「負ハシムル」の反訳に改めた点であり、従つて「修正民事訴訟法草案」「民事訴訟法再調査案」でもテッヒョー草案二三六条二項(ZPO二七八条二項に相当)は二〇六条二項として存在しているのである。従つてこれ以後この点について削除された訳であるが、これについては資料をみる事ができなかった。立法者はこれについては訴訟費用の所で処理できると判断したからではないかと思う。これは要するに例外規定の一般規定化現象であらう。なお、このこと

は草案一〇三条（旧民訴法七五条）に Z P O 九五条に比して eine sonstige Verzögerung des Rechtsstreits (veranlasst) という言葉が加えられていることから明らかであり当時の体系書においても吸収した解釈がなされている。⁽¹⁰⁾ もつとも⁽¹¹⁾の明治三六年草案ではこの言葉は削除されている。

3 (イ)↓(ニ)↓(ホ)

この間の経緯を略記すれば次の通りである。⁽¹¹⁾ 明治二八年二月に司法省に民事訴訟法調査委員会が設置され、三二年三月委員会は民事訴訟法修正案を成立させた。ところが翌三三年三月九日法典調査会は民事訴訟法の検討を開始した。これは正に右委員会の仕事をいはば続行したわけである。そして法典調査会は明治三六年にこの草案を発表した訳であるが、三六年四月に法典調査会そのものが廃止されてしまつて、いわば草案は宙に浮いてしまつた。明治四〇年法典調査会にかわる法律取調委員会が設置され、四四年五月民事訴訟法の検討を開始した。しかし仕事はなかなか進行せず、大正八年七月八日に法律取調委員会が廃止されてしまつた。そこで同月一日に司法省内に民事訴訟法改正調査委員会を設置し仕事を続行し、ようやく大正一〇年二月一日に⁽¹²⁾の委員会草案が完成した。

以上の経過の中で訴訟費用についての規定がどうなつたかであるが、法典調査会の資料には見当たらないし、民事訴訟法改正主査委員会日誌をみても議論はなされていない。従つて(イ)↓(ニ)の中で七二条二項が一〇二条になつたこと理由は不明である。そこで(イ)↓(ニ)でなく(イ)↓(ホ)をみるより仕方がないであろう。

これについては松岡義正氏の趣旨説明がある。即ち、大正一一年四月一八日の第一回民事訴訟法改正調査委員会での説明である。⁽¹²⁾

「此第三章の訴訟費用と題しまして現行法の訴訟費用と異なる所は現行法は訴訟費用と云ふ表題の下に於て訴訟費用の負担のみを定めたのでありますけれども本案では第一節訴訟費用の負担それから第二節訴訟費用の担保、第三節訴訟上の救助、斯う云ふやうに規定致しまして其点を整理したのであります、それから第一節訴訟費用の負担、此表題では特に此改めた大きな問題を説明致しますと本案では現行法と違ひまして此訴訟費用額を之を負担せしめる裁判中に定めると云ふ簡易手続を取つた、之は九十二条の訴訟費用の負担

を定むる裁判に於て其額を定めざるときは云々、斯う云ふ便法を設けたと云ふことが此第一節に於て特に申上げる所であります、それから八十三条は是は此現行法のいろ／＼の規定を縮括りましてさうして斯う云ふ簡明の法文に直したのであります、現行法の規定で八十三条に該当するのは七十二条です、それからして七十四条、七十五条、七十六条、七十七条、此規定の趣意を此所へ簡単に集めたと云ふことになるのであります、そこで此訴訟費用は敗訴者の負担とす、此敗訴者と云ふ中には第一審限りで負けた者ばかりでなくして上訴し以て敗訴した者と雖も此中に包含する随つて七十二条、七十七条の規定も是に這入つて来るのであります、それから此八十三条で申上げて置くのは訴訟の程度に於て相手方の権利の伸張若くは防禦に必要なりし費用、是が新設であります、是は此行爲の動機を標準として考へて見ますと相手方の権利の伸張若くは防禦に必要なりし費用となるけれども判決する方から考へると全然不必要ではありませぬが、不要でもある、斯う云ふ費用を本来現行法の下に於きましては結局敗訴者に負担すると云ふ趣意に帰著するのでありますけれども、それはどうも宜くあるまい、相手方の権利の伸張若くは防禦に必要なりしものであつたならば矢張り勝訴者に負担せしめることにした方が宜くはないか、斯う云ふ考から致しまして此点は茲に附加へたと云ふことになるのであります、それからして八十四条の規定は現行法の七十八条の第二項に該当する規定であります、現行法では前審に於て主張することを得べかりしと云ふことであつて甚だ狭いものになつて居りますけれども、此案ではそればかりには限らない、同一審に於て裁判する場合と雖も時機に後れた攻撃防禦の方法の提出に依つて勝訴になつた当事者は此遲滞に依つて生じた訴訟費用の全部又は一部を負担せしめる斯う云ふやうに扱めた、そこで現行法の前審に於てと云ふことは此案に規定されない所以であります。」

続いて現行法一〇四条の母体である草案九六条については次のように述べている。⁽¹³⁾

「……それから九六条は之は現行法の七十二条の第二項に當る規定でありまして訴訟が裁判に依らずして完結する場合、訴の取下とか認諾とか放棄と云ふことがありますから、それで完結をしたと云ふ場合には之をどうするか、事件は取下になつたり、それから放棄、認諾になつた場合は裁判所外に於て当事者は訴訟費用額を定めて訴訟が落着することが普通でありますけれども時としては本案丈けが終結した丈けで訴訟費用の問題に付ては落着しないで居る、斯う云ふ時には当事者の申立に因りまして裁判所は訴訟費用額を定める、さうして其負担迄も極めてやる、此負担を極めるのでありますから第二項の規定の必要と云ふものが出て来る所以であります、

……」

ここからわかることは、結局は矢印への経過があることを立法者は明言していることであり、ここでの改正が主として個別的例外規定の一般規定化であり、決して現行法の基本原理を変更させるものではないことであらう。もつともこの松岡氏の説明では旧民訴法七五条は草案八三条であり現行法九〇条というのであるが、改正に従事した鈴木玄之助氏の「新旧対照民事訴訟法」(大正一五年刊)によれば現行法九一条は旧法七五条としているし、改正理由書も「現行法第七十五条に相当ス」としている。

4 (ホ) ↓ (ハ)

この間の経緯を略述すれば次の通りである。⁽¹⁵⁾ 大正一〇年五月二五日に起草委員会案として決定した改正案は同年二月一日から改正調査委員会で審議され改正調査委員会は大正一二年五月一日にこの仕事を一応終了し問題を起草委員会に差戻した。改正調査委員会は
大正一四年四月二三日に再び仕事を開始し起草委員会の提案した修正条項を検討し大正一四年一〇月一五日にその仕事を終了している。これにより出来上った改正案を法制局が若干の字句の修正をして政府は翌大正一五年二月一二日貴族院に提出した。同年三月五日貴族院は可決し同月二三日衆議院は修正可決。二四日貴族院で衆議院の修正可決を承認。そして四月二四日公布された。

さてこの経過の中での修正であるが、委員会で改正された点は八三条但書を別条にしたことと八四条をより明確にした点である。

この点は大正一四年六月九日の第五〇回の委員会で松岡義正氏は次のように説明している。⁽¹⁶⁾

「此八十三条に付いて申し上げますが、此八十三条の問題として茲に掲げてありますのは之は我々共に於きまして研究の結果斯う云ふ風にした方が宜からうと云ふことに致した次第であります、それは此八十三条の但書の規定と云ふものは先づ之を別条としてさうして此八十三条は『訴訟費用ハ敗訴者ノ負担トス但シ其費用ハ裁判所カ權利ノ伸張又ハ防禦ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル』斯う云ふ規定に致しましてさうして現行法と同じやうにして訴訟費用は敗訴者の負担とすると云ふ趣旨の原則を置いて必ず其判決で以てそれを指示すると云ふやうなことにしない、そこで此八十三条の但書以下の規定を別条としまして斯様に改めた次第であります、それから次は八十四条であります、此八十四条の問題に付きましては此時機に後れたると云ふ意義を明瞭にする為め適当に改正する要はないか、

斯う云ふ問題がありまして、此問題に基いて我々が研究した結果其意義を明白ならしむるの規定を茲に設けた方が宜しいと云ふ所から致しまして八十四条を改正致しました、そこで茲に掲げてあるやうな規定と相成つた次第であります、……次は九十六条であります、九十六条には申立を為し得べき時期に付制限の規定を設くるの要なきや、此問題に付きましては我々共考へましたが、当事者は利害關係上適當の時期に申立をすることであるから殊更に之を規定する必要があるまいと云ふ所から致しまして此趣旨に副はぬことにしたのであります、それから此同じ条文で訴訟が裁判に因らずして完結したる場合に於ける訴訟費用の負担に付いて規定を設けるの必要はないかと云ふことでありますが、此問題に付きましては我々としては其趣旨に副はなかつた、それは結局八十三条の準用で以て事が足りはしないかと云ふことで斯様な趣旨に副はぬことにしたのであります、……」

しかし、この後に恐らく法制局で字句を修正したのであらう、国会に提出された案（即ち現行法と同文）とこの委員会案とは若干の語句の違いがある。だが基本的には変更をみなかつたのである。国会での説明では次のように問題としていないのである。

第五一回帝國議會貴族院特別委員會では政府委員池田寅一郎氏は次のようにこの問題について説明している。⁽¹⁷⁾

「訴訟費用の章に於きましては、訴訟費用の負担、それから訴訟費用の担保、訴訟上の救助、此三つの事柄を取纏めまして独立の一章と致したのであります、此点は現行法と變つた点で、そこで第一節には訴訟費用の負担のことを定めて居ります、負担の原則に付きましては、現行法と變はる所はないのでございます、唯、其適用の点に付きまして、多少の修正を加へましたに過ぎないのであります、唯、原則は即ち敗訴者が訴訟費用を負担すると云ふことに相成つて居ります、それを八十九条で表はして居ります、現行法の主義と同様でございます、唯、此勝訴は致ししても、其為しましたる訴訟行為の中、或は無用なものが茲にあると云ふことがないでもないのでありまして、さう云ふ無用な行為より生じましたものに付ては仮令勝訴は致ししても、それを直ちに敗訴者に全部負担せしむると云ふことは酷である」と云ふ所から、さう云ふものは事情に依りまして、勝訴者にもそれを負担せしむると云ふことの規定を設けましたのでございまして、是も現行法の主義と致しまする所と、主義に於ては變りがないのでございます、それでそれ等のことを書きましたのが九十条、九十一条等でございます、……それから、もう一つは、事件が裁判に依らずして完結する場合、即ち認諾するとか取下げをするとか云ふやうな場合に於きましては、別に裁判に依らないで其假で事件が完結すると云ふことに相成るのであります、

是は後に其箇条に参りまして御説明を致すのでございますが、兎に角、今度はさう云ふことを認めまして、其場合に訴訟費用の負担に付ては、どう云ふ風にして定めるかと云ふ問題が起るのでございまして、それを解決いたしまする為に第四百四条に依りまして、矢張り裁判所は申立に因り決定を以て其負担額を定め、且つ其負担を命ずると云ふことに相成るのでありまして、此場合に準則は矢張り八十九条以下の準則に準じて其事件の内容を見まして其負担者を決めると云ふことを定めた点でございます、大体、訴訟費用の負担と云ふことに付きまして、御説明申上げまする点は此等の事柄でございます、……」

衆議院においては、大正一五年三月九日に委員を任命し、同月一〇日に委員会で江木国務大臣が趣旨説明をし、審議を開始した。我々の關心ある問題については、同月一六日に審議が行われたが、ただここでの議論はほとんど弁護士費用は訴訟費用に入れるか否かの点であった。

ここでわかることは、要するに既に述べてきたように旧法の整序が改正の主眼ということである。なお改正理由書⁽¹⁹⁾においても旧法との関連をみる事ができる。例えば八九条については「本条ハ訴訟費用ノ負担ニ関スル原則ニシテ敗訴者カ訴訟費用ヲ負担スヘキモノタルコトヲ定ム現行法第七十二条第一項ト同趣旨ナリ」、九一条については「本条ハ勝訴者ト雖過失ニ因リテ訴訟ヲ遅延セシメタルトキハ之ニ因リテ生シタル費用ヲ負担スヘキモノタルコトヲ明ニシタルモノニシテ現行法第七十五条二項ニ相当ス」、九二条については「本案ハ一部勝訴ノ場合ニ於ケル訴訟費用ノ負担方法ヲ規定シタルモノニシテ現行法第七十三条ノ辞句ヲ修正シタルニ止マル」で、それぞれ旧法について言及している。

5 まとめ

以上の考察からわかることは、日本の流れは大局的にみればドイツ民訴法の訴訟費用敗訴者負担の原則に対する例外規定の個別規定方式を一般的規定方式に修正することであつたといふことができる。だからこそ、あまり議論らしい議論もなく、またドイツ法について言及することもなく修正されたのであろう。既に紹介した発言からみても立法者には単なる表現の差以上に原理・原則を変更する意識はないといつてよい。ただこのように結論を下しても二つの問題が残る。即ち、個別

規定方式と一般的規定方式は単なる表現の差かという問題と現行法一〇四条は一体どのようにドイツ法と関連するのであるかという問題である。

前者については次のように考える。ドイツ民訴法制定当時は正に訴訟費用敗訴者負担の原則についてかつての因果説による敗訴者保護から正当な権利者保護、即ち勝訴者保護として敗訴者の敗訴の結果だけを考える結果責任主義が定着しようとした時期である。そこで立法者は例外規定を多く設定したり、例外規定を一般規定化したりして例外が拡大され勝訴者が不利を受け、敗訴者の負担責任が結果責任であることについて異論をみない今日では状況は変り、いかに結果責任主義の不都合を修正していくかが問題である。そこでドイツでも不都合な結果を処理するにあたつて法の欠缺とか公平の観点ということを持ち出して⁽²¹⁾いるが、こういう議論は個別規定の背後に当然それらを統括する一般原則を予定したことの議論であろう。そうであるとするれば今日では個別規定方式と一般的規定方式とは単に表現の差といつてよいと思う。勿論、文理解釈からすれば差異は当然でくるが大差ないと思う。従つてことさら日独の差を強調するのではなく、結局のところ、現行の日独の訴訟費用負担者決定原則の規定はこれから検討する一〇四条の問題を除いては表現の差であつて実質的な差ではないといつてよいと思う。

第二の問題については次のように考える。既に1で述べたように旧民訴法の立法者の態度については考え方として二つある。④旧民訴法の立法者が訴取下者を敗訴者としたのは訴取下者が負担するとの規定とは異なり立法者はドイツ民訴法の効果を修正するという一定の意図もつていたという見解と、⑤単なる体系的整序で取り立てて問題とする必要はないとする見方である。そして1では④の方が説得的であると述べた訳である。ただ⑥の立場に立つて旧民訴法七七条二項は体系的整序で特に問題ないとしても現行法一〇四条は明確に敗訴者負担の原則に対する例外規定を準用しているのでドイツ法との差異

は歴然としている。そこで⑥の立場に立つと、③この一〇四条についてこれも体系的整序の規定にすぎないと言い切つてドイツ法と大差ないとするか、それとも④この一〇四条こそドイツ法との差異をあらわす規定だといつて通説と同じ結論をとるかの選択を迫られることになる。この場合③の考え方は牽強附会というべく、また④の考え方も既に紹介した旧法を改正したとする意識の少ない立法者の立場からすれば一〇四条で突然ドイツ法と訣別したとはどうしても考えられない。そうしてみると全体の流れからしても④説の方が率直な見方だということにならう。

そこで④説に立つてみると一〇四条は旧法七七条二項と明治三六年草案一〇二条を継受したということがいえるのではないかと思う。このことは既に紹介した立法者の見解もさることながら条文の体裁からして明らかだと思う。即ち、旧民訴法七七条二項は訴取下者等を敗訴者としてそれにより負担者とする旨の実体的規定であるのに対し、明治三六年草案ではこれとは逆に実体的規定なしに一〇二条でいわば手続規定だけを規定しているのである。そして一〇四条は一項で手続規定を、二項で判決による終了の場合の実体規定及び手続規定を準用している。こうしてみると一〇四条は実体的規定は旧民訴法から、手続的規定は明治三六年草案から継受し、それに体系的整序を加えたというのが妥当な考えではないかと思うからである。結局、解釈方法論として主観説（立法者意思説）に立とうが客観説に立とうが、解釈結果に差はないといつてよいと思う。

さて、このような立場に立つと問題になるのはドイツ法との差異である。どの点で実質上差異があるのかという問題である。これについては両者は対立するものではなく、そういう意味では実質上の差異はほとんどないのではないかと思う。つまり日本法はいわば問題についてドイツ法と対立するというのではなく、一応立法により形式的には解決しているようにみえるが実質的には広い意味の法の欠缺の一つであり、解釈による補充の余地を残しているとみるべきであると思うのである。その理由は日本法の立場はドイツ法と対立する一つの立場と思えないからである。確かに現行法一〇四条は訴の取下の場合

その訴訟費用の負担につき裁判所の裁量を認め具体的妥当な結果を考えていると一般に解されているが、これが全くの自由裁量でないことも異論のないことと思う。即ち、1において既に述べたが「裁判所の自由な裁量」という言葉、あるいは「裁判所は費用を勝訴者に負担せしむることを得」ということは法定要件に事実が該当するか否かの判断は自由であるということであつて、全く自由な基準で負担の割合を決めるということでないからである。また仮にそうでなく全く自由裁量とするとこれこそ恣意と偶然に結果を委ねることで近代法の原則に反するであらう。そこで問題はこの一〇四条（正確には八九条以下）の法定要件で弾力的な解決を得ることができるか、あるいは仮に弾力的な解決ができるとした場合にかような方法それ自体は問題ないと言い切れるかということになる。これらが肯定されるならば日本法の立場はドイツ法の立場に対立し独立しているといつてよく、そうでなければ一〇四条は単なる形式的、空白的規定ということにならう。これについては以下の理由で否定的に解せざるをえないのであり、前述結論に達せざるをえないのである。

第一に訴取下の場合に判決による訴訟終了の場合の訴訟費用の負担決定手続の準用が可能かということである。可能というのであれば態々明治三六年草案で旧民訴法七七条二項を一〇二条というふうに改正する必要はなかつたのではないかと思う。つまり、判決による終了の場合と区別する必要があつたのではないかと思う。理論的に考えても判決による終了の場合には裁判所は訴訟の経過を知っているから訴訟費用の負担を決める判断材料に事欠かないが、判決による終了でない場合は一体どうして判断のための材料を収集するのだろうか。だからといつてまさか判決手続によつて決める訳ではあるまい。もしそうであるならば別訴での訴訟費用の訴求と基本的には同じであり、法が訴訟費用について特別な簡易手続を認めたことの意味がなくなろう。このような配慮のためなのか、明治三六年草案一〇二条二項は「口頭弁論ヲ經スシテ之ヲ為スコトヲ得」としてあたかも口頭弁論に基づいてもよいような表現をしている。要するに判断材料収集の点につき判決による訴訟終了の場合の手続とは異なつた配慮が本来必要なのであるが、旧民訴法以来この点が欠けているように思う。そうすると正に

準用の基礎を欠くといわざるをえまい。まして判決による終了の場合でさえも八九条の原則に対する例外規定たる九〇条乃至九二条がほとんど働いていないとすることを聞くと、正に訴取下等において具体的判断が可能とするのは絶望的といつてよく、仮に現実において行われたとしたらそれこそ恣意と偶然を示すことになるであらう。⁽²³⁾

第二に考えなくてはならないことは通説のように一〇四条を強調する見解がドイツ民訴法の歴史の中で一度も主張されていないという冷厳な事実である。⁽²⁴⁾ドイツ法からの訣別がアンチドイツ法であれば、その見解はドイツ法の歴史の中にみられてもいいのではないかと思えるからである。それが全くないということは日本法がすばらしい発見をしたか、逆に考慮に値しない考え方のいずれかであらうが、果して前者と言い切れるだろうか。勿論オーストリー法もこのドイツの制度を知らないが、近年オーストリー法でも知らないことが問題視されてきたのは何を物語るものであらうか。⁽²⁵⁾通説の見解では日本法は孤立してしまふであらう。

第三には比較法的視点である。これについては(四)で詳述するところであるが、スイス連邦民事訴訟法の場合はその二七条、六九条で訴取下の場合は日本法的処理態度でありながら、訴訟終了宣言の制度についての規定をその七二条に有している。⁽²⁶⁾これは両者が対立するものではないし、まして一方が他方を包含するという関係でもないことを物語つてはいないだろう。日本民訴法一〇四条に過大な期待をする通説の態度はこれでも疑問視しなければならない。

第四に訴訟終了宣言についてのZPO九一条aの規定と日本民訴法一〇四条とを比較した場合の類似点についてである。つまり、類似こそあれ大差ないではないかといふことの当否である。決定手続で従前の訴訟状況を参考にし自由な裁量によつて訴訟費用を決めるといふ点では正に同じといつてよい。しかし決定的に異なる点はZPOの場合は両当事者の申立によるのに対し、日本法では単に当事者の申立による点である。つまり、ZPOの場合は手続上当事者は異議を申立てて争えることが予定されているのに対して、日本法ではその点については裁判所の費用決定に対して即時抗告が認められているのに

すぎず当事者がその判断内容に積極的に参加する方法がとられていないのである。これでは日本民訴法一〇四条が準用している規定は恣意的に運用されるか、逆に全く運用されないかになると思う。

第五に考えなくてはいけないのは敗訴者負担の原則の意味である。これは個々の状況を考えることなく敗訴という結果責任であることについては今日異論をみない。これは個々の具体的妥当性を考えることによる時間的ロスの防止ということもあるが、敗訴者が責任を免れることにより正当な権利者が訴訟費用を負担するというのはおかしいというところにこの原則の出発点がある。⁽²⁰⁾とすれば、そもそも例外規定をむやみに拡張し原則と例外との関係を曖昧にするのは疑問視されねばならない。つまり、例外は厳格に明確に規定され、そして適用されて意味があるということである。そうであるならばこれまた一〇四条を拡張させそれに期待する通説の態度は批判すべきではなかろうか。

第六に立法者の意識の点である。立法者が立法過程で今日問題となっている訴訟終了宣言の制度をカバーする意図を有していたかという点に既に述べた資料からは不明である。このことはとりもなおさず十分考えていなかったということになりはしないだろうか。つまり、母法ドイツ法との訣別にはあまりにも議論がなされず、立法資料からは既に紹介した^④、^⑤両説が成り立つ余地があるのは立法者が問題解決を行ったというより問題の棚上げではなかったかということである。勿論法解釈方法論で立法者意思説をとらなければこのような議論は全く意味がないが、一〇四条の実効性といった点からすればかような疑念がある以上はそれのもっている法の効力を弱めることだけは確かである。

このような理由からして一〇四条を根拠として訴訟終了宣言を否定する通説は説得的ではないと思う。そして、このことは前述のように日本法の立場を弱めるものであり日本法とドイツ法を対置させることを疑問視させるものである。つまり日本法はドイツ法によつてその内容を充実させる余地をもっているというべきである。従つてドイツの訴訟終了宣言の制度を日本法は拒絶するものではなく、また単に比較法的関心からこの制度は紹介されるものでもない。正にこの制度については

直接日本法の解釈論としてその当否が検討されねばならないというべきであらう。

(1) 兼子一「民事訴訟法の制定とテッキョー草案を中心として」(昭和十七年)研究第二卷一五頁、染野義信「わが国民民事訴訟法の近代化の過程」菊井猷呈論集・裁判と法上巻(昭和四二年)五四〇頁以下。

(2) 委員修正民事訴訟規則(この規則の資料としての意味については本文2に記した)第二編の一・二条二項に既に「訴訟中訴訟ヲ脱シ若クハ訴訟ヲ顯下ケ請求權ヲ拋棄シ又ハ対手人ノ請求ヲ認諾シタル原告若クハ被告ハ前項ニ同シ」とある。

なお旧民訴訟法一九八条第五項は訴取下の訴訟費用について「取下ケタル訴ヲ再ヒ起シタルトキハ被告ハ前訴訟費用ノ弁済ヲ受クルマテ応訴ヲ拒ムコトヲ得」と規定している。これはこの委員修正規則二三七条に由来している(旧民訴訟法一九八条の一項から四項までは委員修正規則の二三六条に由来している)。

従つて訴取下の場合の訴訟費用の原告負担については比較的早い時期に訴取下の規定の所から離れて訴訟費用についての規定の所に加えられたことがわかる。しかし、その理由については明らかではない。明治二年四月一三日第八回(法典調査会)法律取調委員会では旧民訴訟法七二条に該当する議案第七一条を審理しているが、この点は全く問題としていない(法典調査会民事訴訟法草案按議事筆記第三卷四九以下。立法者の議論を知るにはこの資料しかないように思える)。また、訴取下についての旧民訴訟法一九八条に該当する条文について審理したと思われる第一六回委員会(明治二年五月五日の第一五回委員会と五月一二日の第一七回委員会の間にあつた筈である)については記録がないのである。しかも、「モッセ氏訴訟法案」(独文)の七一条三項「*「オートールドルフ氏手記日本訴訟法案」*(独文。Bericht des Landrichters Rudolf über die Ergebnisse seiner Dienstreise von 13 ten Juli bis 15 ten August 1887)七三条二項も旧民訴訟法七二条二項と同文であり、このことからドイツ人もこれについては問題としていなかったことが窺える。

蛇足であるが前述旧民訴訟法一九八条第五項を現行法が削除した理由については松岡義正氏は「……此訴訟費用の弁済を受けるまで応訴を拒むことを得と云ふの現行法の二百六条の第六項に当る所の妨訴抗弁であります、此事が茲に規定してあるのであります。本案に於きまして之をして効力を生ぜしめる時は動もすると訴訟を遅延する虞があるから之を許さないことに致しました、それで訴訟費用の弁済を受けると云ふことを規定する必要が無くなつた、そのみならず仮令それが其理由ばかりではないかぬとしても苟くも訴を取げるに付ては被告の同意を必要として居るに拘らず同意して置いて新に訴訟費用の弁済を受けるときは云々、之は被告に付ては少し行過ぎる、斯う云ふ権利は同意して置きながら、あとで以て斯う云ふ抗弁を認めると云ふことは是は穩当ではあるまい、斯う云ふことで旁々末項と云ふものは削除したのであります……」と述べている(民事訴訟法改正調査委員会速記録「昭和四年司法省」四八二頁以下)。

(3) Die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 7. 6. 1883, ZNP 9 (1886), 122 = (gekürzt) SA40, 96. Püzer (本論文の四の注9)の論文は、この判例研究という型で書かれたものである。つまりこの判例は代表的な学説であるPüzer説の誘因となつたのである。

(4) 前注2を参照。

西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について

- (5) Gesetz betreffend die Änderungen der Gerichtsverfassungsgesetz, der Zivilprozeßordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 1. Juni 1909. Reichs-Gesetzblatt 11. Juni 1909, Nr. 3618.
- (6) Sydow = Busch = Kranz, ZPO, 15. Aufl., 1919, S. 123, (§ 91 Anm. 31.)
- (7) 染野前掲書五四〇頁は旧民法はテビヒョー草案と比較するとドイツ法に「そう接近していると述べている。教授はその理由として法典自体の体系的「質性の要請に基づくものとしている。
- (8) 兼子前掲書・向井健「民事訴訟法典編纂史点描―明治前半期における―」歴史教育一八卷八号五三頁以下に基づく。
- (9) 法典調査会民事訴訟法草案按議事筆記第四卷六八頁以下。
- (10) 今村信行「増訂再版・民事訴訟法註解上巻」(明治三十九年)一八三頁以下。
- (11) 染野義信「わが国民訴訟制度における転回点」中田還暦・民事訴訟の理論上(昭和四四年)一頁以下。
- (12) 前掲(注2)速記録二八〇頁以下。
- (13) 前掲書(注12)三〇八頁以下。
- (14) 民事訴訟法中改正法律案理由書(司法省・昭和四年)
- (15) 民事訴訟法改正調査委員会速記録、同(続)、第五一回帝國議會民事訴訟法改正法律案委員会速記録の三冊に基づく(いずれも昭和四年司法省刊)。
なお染野前掲書(前注11)はこれらの経過を要領よくまとめている。
- (16) 民事訴訟法改正調査委員会速記録(続)五八頁以下。
- (17) 議會速記録(前注15)二五二頁以下。
- (18) 議會速記録(前注15)六八七頁以下。
- (19) 前注14参照。
- (20) 詳しくは本論文の三の②。
- (21) 詳しくは本論文の四。
- (22) 一の①注11。
- (23) 一の①の注13及び注14の柏木説及び注3の松本論文九〇頁参照。
- (24) 詳しくは本論文の三の⑤。
- (25) 詳しくは本論文の五の①。
- (26) 詳しくは本論文の五の②。

二 ZPO 九一条 a について

① 立法沿革について

現行 ZPO 九一条 a は、訴訟終了宣言に関する民訴法上唯一の規定であり、その内容は以下の通りである。そこで、第一にこの規定の変遷を考察し、次にかかる変遷史をふまえた上で立法者の意図を考察しこの規定の意味を考えてみようと思う。

§ 91 a ZPO

Haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt. Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.

当事者が訴訟ノ本案ニ於ケル終了ヲ宣言シタルトキハ、裁判所ハ訴訟費用ニ付従前ノ訴訟状態ヲ斟酌シ公平ナル裁量ニ從ヒ裁判ス。此ノ裁判ハ決定ヲ以テ之ヲ為ス。

此ノ裁判ニ対シテハ即時抗告ヲ申立ツルコトヲ得。抗告ニ関スル裁判前ニ、相手方ヲ審訊スルコトヲ要ス。⁽¹⁾

ZPO 九一条 a は周知の如く、いわゆる統一回復法⁽²⁾（一九五〇年九月一二日西ドイツ連邦議会により制定。同法八条により、一九五〇年一〇月一日発効）によつて、民事訴訟法に追加されたものである。そして政府草案理由書によると、いわゆる第三簡素化令第四条が実務で実効をみたため、それを民訴法に挿入したとのことである。⁽³⁾従つて、先づ第三簡素化令第四条をみてみ

よう。
西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について

イ 第三簡素化令第四条

この命令は五章全一五条から成り、第一章(一条)が裁判所構成法、第二章(二―八条)が民事司法と費用法に関するものである。第三章(九―一二条)、第四章(一三―一四条)が特別地域に対する特別規定であり、第五章(一五条)が効力規定である。第一五条によれば、一九四二年六月一日に効力が発生したことになる。

さて、同法四条は以下の規定であり、現行法ZPO九一条aとは即時抗告を認めない(かかる費用決定の非取消性の)点で異なる訳である。この点、現行法ZPO九一条aの草案理由は、かかる上訴制限は純然たる戦時処置 *reine Kriegsmaßnahme* に基づくものであり、それは現在では除去されるからこの点は簡素化令を承継しないという。

Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege und des Kostenrechts (Dritte Vereinfachungsordnung) vom 16. Mai 1942 [Inkrafttreten: 1. Juni 1942, RGBl I S. 333]

§ 4 Haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß und ist unanfechtbar.

Die Vorschriften des 99 Abs. 2 und 3 der Zivilprozeßordnung werden aufgehoben.

では、この四条はいかなる理由で作られたのであろうか。この点については詳しい資料はないようである。ただ立法に参与したと思われるスタウド E. Staud 司法省参事官の本簡素化令の解説と、大審院の部長判事 Senatpräsident のヨナス Jonas の解説があり、それによつて立法者の意図は憶測することができる。なおゲルリッツ Görlitz はリーデングァー Riedinger の提言にこの第四条は相応したと述べているが、結果がたまたま合ったのを描えているのであり、実際そうだ

つたと断言する資料はないようである。それはともかくとして、われわれがZPO九一条aの立法者の意図を知るためには、このスタウド、ヨナス、リーデンガーの解説、論説が重要であると思われる。⁽⁹⁾ ZPO九一条aの草案理由書は、単に「この改革〔この四条による取扱い——筆者注〕は実務で確証された。それ故にこれは廃止されない。今や相応する規定が九一条aとして挿入されることから第三簡素化令第四条第一項は廃止するものとする。」⁽¹⁰⁾としかいつていないからである。

ロ イギリス地区条例第二条第五号

さて次に、簡素化令がいつまで効力をもっていたかという問題は、それ自体ドイツ占領地と連合国の法政策という点で興味ある問題であるし、事実上の効力停止と建前としての効力停止のギャップの問題という困難な問題でもある。しかし、本論と直接関係がないので政府草案理由書をそのまま引用すれば、アメリカ地区では統一回復法の審議中でも依然として効力を有しており、イギリス地区⁽¹⁰⁾では、これに反して、一九四八年一月二七日の条例第二条第五号によりこの政府草案と同じ規定が民法に追加されているのである。フランス地区では何等承継なく、この簡素化令第四条は廃止された。⁽¹¹⁾

かくして、九一条aのそもその源は第三簡素化令第四条であり、それがイギリス地区条例第二条第五号に引継がれ、そしてそれが今日の九一条aに引継がれたということは、何等疑念のないところである。そこで、このイギリス地区条例第二条第五号をみてみよう。

この規定は体裁の点でZPO九一条aと異なるも、実質的には同じである。されば草案理由書は、草案と同じ内容をもつた規定が、イギリス地区では二条五号により九一条aとして民法に挿入されたといういい方をしているのである。

Verordnung zur Änderung von Vorschrift auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege
und des Kostenrechts vom 27. Januar 1948 [Inkrafttreten: 1. April 1948, VOBl. S. 13]
Artikel 2 Änderung von Vorschriften der Zivilprozessordnung Die Zivilprozessordnung wird wie folgt geändert:...

西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度について

五六 (二九八)

5. Hinter §91 wirt folgende Vorschrift als §91a eingefügt:

„ 91a

Haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß.“

6. § 99 erhält folgende Absatz 2 :

„Ist die Hauptsache durch eine auf Grund eines Anerkenntnisses ausgesprochene Verurteilung erledigt, so findet gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt mit der Beschränkung des § 567 Abs. 2 sofortige Beschwerde statt. Das gleiche gilt von der im § 91a vorgesehenen Kostenentscheidung. Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.“

ハ 連邦議会での審議経過

連邦参議院、連邦議会の記録によると、大略次の経過を経て、この統一回復法は制定された。⁽²⁾

1. 一九五〇年一月二七日第一二回連邦参議院は、政府草案に対して基本法七六条二項により、一部修正案をもつて態度を表明した。⁽¹³⁾
2. 一九五〇年二月九日アデナウアー内閣は、⁽¹⁴⁾
(i) 政府草案と理由書、⁽¹⁴⁾
(ii) 連邦参議院での修正案(理由書付)、⁽¹⁴⁾
(iii) 連邦参議院の修正案に対する政府見解の三点を連邦議会に送付した。⁽¹⁵⁾
3. 一九五〇年三月一日第四三回連邦議会は、第一読会を行ない委員会に付託する。⁽¹⁵⁾
4. 一九五〇年七月一四日委員長、委員会の結果の口頭報告を行なう。⁽¹⁶⁾
5. 一九五〇年七月二六日第七九回連邦議会は第二読会を行なう。⁽¹⁷⁾
6. 一九五〇年七月二八日第八一回連邦議会は第三読会を行なう。⁽¹⁸⁾
7. 一九五〇年八月一日第三二回連邦参議院で三七対六で可決。⁽¹⁹⁾
8. 一九五〇年九月八日第八二回連邦議会は、連邦参議院の可決について報告。⁽²⁰⁾

10. 9. 一九五〇年九月一二日連邦議會可決。⁽²¹⁾
一九五〇年一〇月一日効力発生。⁽²²⁾

かかる経過の中で九一条 a はどのような変遷をみたかという、結論的に言えば左の政府草案がそのまま可決されたといえる。しかし、連邦議會で全く問題がなかつた訳ではない。即ち、Z P O 九一条 a についての政府草案は連邦参議院(1)で修正されず、また第一読会(3)、委員会(4)でも問題とされていないが、問題となつたのは第二読会(5)であり、ここでは次のような議論がなされ修正案が可決された。しかし、この修正案は第三読会(6)で再修正(即ち、政府草案に戻る)がなされたのである。そしてこれがそのまま維持されたのである。

Entwurf eines Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts

[Drucksache Nr. 530 Anlage 1.]

Artikel 2 Änderung der Zivilprozessordnung
Die Zivilprozessordnung wird wie folgt geändert:

11. Hinter §91 wird folgende Vorschrift als § 91a eingefügt:

„ 91a

Haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt. Vor Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.

この間の経緯は速記録からうかがい知ることができ、第二読会で、某代議士が草案の nach billigem Ermessen entscheiden を西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について

批判し、so entscheidet das Gericht über die Kosten durch Beschlussを修正案として提出した⁽²²⁾。この理由は、「裁判所の公平な裁量に基づく判断ということは裁判所の恣意を認めることになり、法の規定に反した裁判がなされることを意味する」ということである。更に、この草案のもとになったイギリス地区条例での弁護士実務で、この草案と同じような条文のため個人的に苦い経験をした旨も付言した。これに対して、即座に三人の代議士が賛意の発言をした。司法大臣は、これに対して「修正案では本案が終了していても費用裁判のために訴訟の続行がなされ、最後まで証拠によつて争うという全く意味のないことが起るであろう。確かに訴訟費用が高額な場合問題はあるが、裁判官は決して恣意で裁判するというのでなく、また裁判官もかかる権能を濫用するのではないから、訴訟経済の点からみてはしい」と発言。司法大臣の見解を補足するかのようになり、別の代議士は「修正案の意図している事例は一般に九八条で処理され、九八条が適用されない場合は希な事例である。この希な事例のための規定が九一条aである。裁判官に対して不信はあるが、それは九一条aの反対論拠にならない」とか、「高額訴訟で訴訟費用についての合意を忘れて訴訟を終了させる弁護士はナンセンスであり、一〇〇DMや五〇〇DMの訴訟の場合、更に訴訟の続行で訴訟費用を増加させるのはおかしいし、かかる事例は三五年の弁護士生活で経験したことはない」とか発言。また別の代議士は、「nach billigem Ermessenは民訴法にそぐわない」と発言。

かくして議論は平行線を辿り、unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandesは残すべきだという一種の妥協案も主張されるが、しかし投票の結果、当初の修正案が認められた。そしてこれが第二読会での九一条aについての決定である。

しかし翌々日の第三読会で、司法大臣はこの問題の再考（政府原案にもとること）を求めた。その根拠として、「九一条aは実務家や弁護士団体の一般的見解でもある。また、ライヒスゲリヒトの判例によれば、法改正による訴訟終了の場合も原告が原則として費用を負担せねばならないが、これは全く不公平である」旨述べた。これに対して、修正案提案者の某代議士が、「法改正による訴訟終了は希である。終了事例の多くは後からの履行による場合であり、この場合に裁判官を法の拘束から解放する根拠は全くない。また、法改正により訴訟中の訴訟に不公平が生じるならば、それは司法者の責任である」と発言。この直後に、賛成多数で司法大臣の提案が認められた。かくして政府草案が可決され現行法になったのである。

二 以上により明らかなことは、ZPO九一条aはもともといわゆる戦時立法でありながら戦後においても廃止されることなく明確な意図の下に存続したということである。確かに連邦議会の議論は裁判官不信という時代背景もあつて必ずしもス

トレートに承継が承認されたわけではないが、かような一連の流れは決して一時しのぎや場当りのものでないことを物語るものであらう。ということは、更にこの制度の根本思想、即ち、訴訟終了宣言事由にあたるような場合はZPO九一条や二七一条三項そのものの適用はできないということが立法以前にいわば自然法的に承認されていることを意味するのであらう。そして、既にこの立法当時から今日まで異論のないことは両当事者が一致して終了宣言の申立をしない場合、即ち、一当事者（これが原告のみか否かは争いがある）の終了宣言については立法はなされていないということである。⁽²⁴⁾ そのことは、そもそもZPO九一条aが一面的立法であり立法的には不備であること、即ち、立法化されていない部分は依然として解釈に委ねられているということである。このことは前記スタウド、ヨーンナスの解説も明言しているところである。つまりZPO九一条aは確かに訴訟終了宣言制度の規定であるが、この規定は制度の全てをカバーしているのではなく単に一部分のみをその射程範囲としているのであり、その範囲内での処理の仕方でも理論的に唯一絶対的に正しいというものではなく、そういった考慮よりもむしろ正に戦時における訴訟の簡素化という使命のために制定されたものである。従つて訴訟終了宣言の制度の問題は、このZPO九一条aによつて立法的に解決されたというものではないといえよう。戦中戦後のそれぞれの立法者の意識もこんなところにあつたのだと思う。従つて問題の多くを立法者は学説・判例に委ねたとみるべきである。そうでなければ四で略記する従前の判例・学説の大論争とこの立法との関係も説明がつかないのである。本条が戦時に突然立法化されたことは、本条には多くの問題の積み残しがあるとみる訳である。そこでZPO九一条aの存在をもつてこの制度が存在すると考えるのは誤りで、この制度は立法以前の解釈上の問題と考えるべきであらう。従つてドイツのこの制度自体決して確固とした法条による基盤を有している訳ではなく、流動的要素を多分に秘めていると考えるべきである。この原因については三、四で考えてみようと思うが、いずれにせよ、このことはわが国への導入にあたつてわが国の法改正を必ずしも必要としない反面、流動的なものの中で正しい制度像を把握することが必要ということになる。

翻つてわが国の立場をみると、形式的には既に述べたように解決しているが実質的にみて立法に欠缺がないと言い切れるかは疑問である。つまり、本来は訴訟費用といえども訴訟で決着をつけるべきなのを簡易な方法でその解決をはかっている訳であるとするなら、この訴訟費用についての手續においてもいわば通常の訴訟理論に対して例外的な規定を無定見に拡張することは許されないはずである。ところがドイツ法と比較してみてもわかることは、訴訟終了宣言が問題となる事例のような場合に当事者間に争いがあつたとしても日本法では裁判所の裁量でことを決することになっている。果してこの日本法の立場は正しいかどうかは疑問である。

そして更にZPO九一条aの成立事情から明らかなことは同条だけではこの制度は理解できないということであり、同条の背景について考察しなければならないことである。従つて、以下三、四で考えてみようと思う。つまり当初の立法者はZPO九一条aの追加立法を予測していなかつたのかどうか、あるいは従前この法文のない時に判例、学説はどのように考えていたのかといった点である。ただその前に②ではZPO九一条aがドイツ法大系の中でいかなる評価が与えられているかをみてみようと思う。

(1) 中田訳による(1)の①の注3。

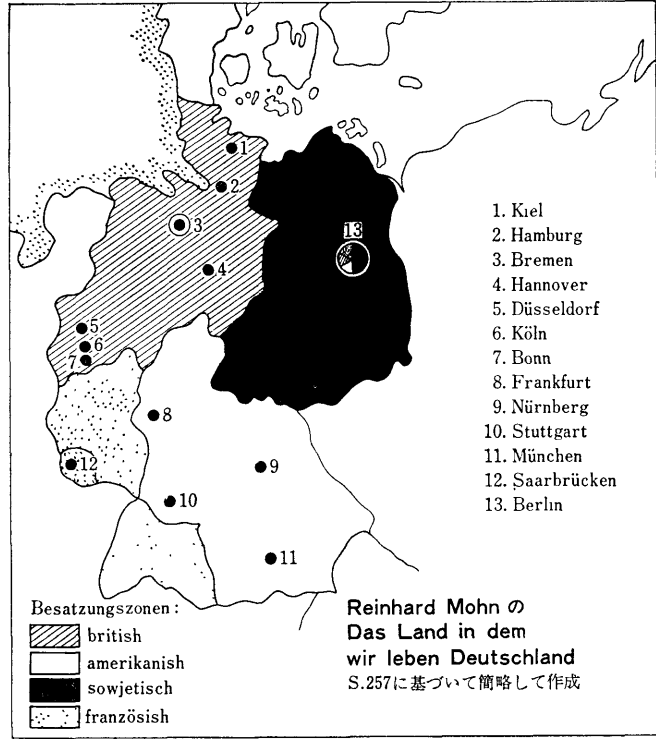
松浦訳(1)の①の注3)は「両当事者が訴訟が本案(ここで本案とは訴訟費用に対する意味でもちいる。以下同じ。)について完結した旨を宣言したときは、裁判所は訴訟費用につき従前の訴訟状態を参酌して公正な裁量にしたがつて裁判する。この裁判は決定による。」である。

松本訳(1)の①の注3)は「当事者双方が本案の訴訟が終了した旨表示したときは、裁判所はその時点までの事実状態および争訟状態を参酌して公平の裁量に従つて費用の裁判を行なう。この裁判は決定による。」である。

(2) Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts (vom 12. September 1950, BGBl. Teil. I S 455) 中田・前掲書(1)の①の注3)と Pohl, MDR 1950, S 643 などの法律に「この要領よく説明しよう」。

(3) Verhandlung des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, Drucksache Nr. 530 S. 14.

(4) 中田・前掲書はこの命令を要領よく説明している。



第四条は「fund ist unaufhebbar」なう句を削除して適用されることである。この点については中田・前掲書一六六三頁が既に報告していることである。

(12) 連邦参議院の報告は「Deutscher Bundestag Sitzungsbericht」で、連邦議会及びそのVerhandlung des Deutschen BundestagesのBericht
西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の生成について

(e) E. Stand, Vereinfachungen im Zivilprozeß, Zur 3. Vereinfachungs V, Deutsche Justiz 1942, 351ff.

(e) Martin Jonas, Die Dritte Vereinfachungsverordnung vom 16. Mai 1942 (RGBl I 333), Deutsches Recht 1942, 997ff.

(f) Gorlitz, A. Die Erledigung des Verwaltungstreits in der Hauptsache (Diss.), S. 21ff.

(g) Riedinger, Kostenentscheidung bei Anerkenntnis und Erledigung in der Hauptsache, JW 1933, S. 1750.

Görlich 及び Rieder の記述については、Riedinger の論及びRiedingerのScholtz, JW 1933, 2199 ; Vins, JW 1933, 2198 などを参照。

(e) 第一線の裁判官ノスタマヤン Asmussen の Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1965, 73 などから訴訟終了宣言の制度についての判例、学説の混乱が第一線裁判官を悩ませていることを説いたのが、彼自身の説の出発点をStaudの解説にならうということに興味をもちたのである。

(10) 上図参照。

(11) 今日の東マーン (DDR) の九一条は同様の規定をめぐってZivilprozeßordnung und andere prozeßrechtliche Bestimmungen, Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister, Herausgegeben vom Ministerium der Justiz, Berlin 1970, 8. Aufl., S. 33 であり、第三簡素化及び

と Drucksache を利用した。なお九一条 a 成立史については Goppinger, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, 1958 S. 171 頁以下に詳細がある。

- (13) Deutscher Bundestag, Sitzungsbericht S. 172 C. 特に S. 177 C. S. 182 C.
- (14) Verhandlung des Deutschen Bundestages I, Drucksache Nr. 530.
- (15) Bericht S. 1432 D 特に S. 1448 D~1449A.
- (16) Drucksache Nr. 1138.
- (17) Bericht S. 2866 C 特に九一条 a にについては S. 2898B から S. 2901A まで、決定内容については Drucksache Nr. 1246.
- (18) Bericht S. 3063 D 九一条 a にについては S. 3068 CD.
- (19) Sitzungsbericht S. 523 特に S. 527.
- (20) Bericht S. 3093 A.
- (21) BGBl Teil I S. 455 九一条 a にについては S. 469.
- (22) 前掲書 BGBl の五〇五頁の本法第八条第一項に基づく。なお同条第二項第二号で第三簡素化令が、第七〇号でイギリス地区条例がそれぞれ廃止された。
- (23) Drucksache Nr. 1246 S. 3.
- (24) 立法論は主張されているが、政府、議会とも立法しようとする動きは現在全くないようである。

② 他の訴訟法と ZPO 九一条 a について

ボン基本法下の西ドイツの司法制度は複合裁判権制度であり、通常の裁判所の他に特別な裁判所がある。そして、それぞれ独自の訴訟法を有している。即ち、行政裁判所法 (Verwaltungsgerichtsgesetz)、⁽¹⁾ 財政裁判所法 (Finanzgerichtsgesetz)、⁽²⁾ 社会裁判所法 (Sozialgerichtsgesetz)、労働裁判所法 (Arbeitsgerichtsgesetz) がこれである。これらの訴訟法において ZPO 九一条 a はどのような評価を受けているのか、概観してみよう。

Ⅰ 行政裁判所法 VWGO は一九六〇年一月二日にできたものであるが、その一六一条二項は ZPO 九一条 a を受け継いだものである。このことはその草案理由書が明言しているところである。⁽³⁾ 即ち、一九五三年四月一五日に連邦首相が連邦

議院に提出した草案の一五八条は、現行法一六一条二項であるが、その理由書は「民事訴訟法九一条a（かつての簡素化令四條）という、まさに合理的な規定が受け継がれる。それは特に、裁判所の仕事を簡略化するのである。一四一条一項四段の場合は、本案判決が下されるから除外されねばならない」旨述べている。⁽³⁾一九五七年二月五日に連邦議院に提出された時にも、条文の文言とその理由は何等修正されていない。⁽⁴⁾そして、これが現行法一六一条二項になつた訳である。一六一条二項は次のような条文である。⁽⁵⁾

Ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, so entscheidet das Gericht außer in den Fällen des §113 Abs. 1 Satz 4 nach billigem Ermessen über die Kosten des Verfahrens durch Beschluß, der bisherige Sach- und Streitstand ist zu berücksichtigen.

なお注意すべきは、本条でいう §113 Abs. 1 Satz 4 は理由書のいう一四一条一項四段を指すことであり、一六一条は訴訟費用裁判についての規定であり、一項、三項と本二項は直接関連がないことである。また法一五五条二項が

Wer einen Antrag, eine Klage, ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf zurücknimmt, hat die Kosten zu tragen.

「申立、訴、上訴、またはその他の異議を取下げた者は、訴訟費用を負担しなければならない」として、訴の取下につき原告の訴訟費用負担を決めている点も注目する必要がある。

口 財政裁判所法 FGO は一九六五年一〇月六日にできたものであるが、草案は既に一九五八年一月一〇日に議院に提出されている。⁽⁷⁾しかし、これは法律にならず、一九六三年八月二日に政府草案は連邦参議院の意見書、それに対する政府意見

書とともに連邦議會に再度提出された⁽⁸⁾。一次草案に比してこの二次草案は、既に実定法たる行政裁判所法との調整のあとがみられるが、しかし現行法一三八条一項に相應する規定はなく、二項に相應するものとして一二八条が存在していた。この草案一二八条は、一次草案では一一五条四項に相應するものである。要するに現行法一三八条一項の追加は議會でなされたのであり、連邦參議院も意見書では問題としていなかったのである。これが一九六五年六月九日の委員會報告書 *Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses* (12 Ausschuß) によつて、草案一二八条一項として現行法一三八条一項相應の規定を加え、従来の一二八条は若干の字句を訂正して一二八条二項としている⁽¹⁰⁾。その理由は「委員會での九三条の削除との関連で、この規定は行政裁判所一六一条第三項に相應する一項が追加されねばならない」ということである⁽¹¹⁾。そうすると草案九三条が問題となるが、草案九三条は「取消を求められた行政行為を行政庁が変更や撤回をしたということで、または求められた行政行為がなされたということと訴訟は終了したと当事者が表示したる時は、裁判所は訴訟を中止させる」旨の規定であり、それは「他の手続法においても訴訟終了の宣言の制度は単に訴訟費用の裁判との関連で規定されているから」ということで削除された⁽¹³⁾。

要するにこの間の経過から明らかなことは既に効力を有している行政裁判所法との調整のため、行政裁判所法一六一条二項と全く同一の字句である規定を財政裁判所法は取り入れたということである。そして、これは連邦參議院の反対を受けることなくそのまま法律となつたのである⁽¹⁴⁾。その規定は次の如し。

§138 Ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, so entscheidet das Gericht nach billigem Ermessen über Kosten des Verfahrens durch Beschluß; der bisherige Sach- und Streitstand ist zu berücksichtigen.

§135 Wer einen Antrag, eine Klage ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf zurücknimmt, hat die Kosten

zu tragen.

ハ 社会裁判所法 S G G は一九五八年八月二三日にできた法律であるが、その一〇二条は訴の取下につき次のように規定している。

§102 Der Kläger kann die Klage bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung zurücknehmen. Die Klagerücknahme erledigt den Rechtsstreit in der Hauptsache.

Auf Antrag ist diese Wirkung durch Beschluß auszusprechen und, soweit Kosten entstanden sind, über diese zu entscheiden.

原告は訴を口頭弁論終結に至るまで取下げることができる。訴の取下は訴訟を本案において終了させる。申立に基づきこの効果は決定によつて言渡され、そして訴訟費用が生じている限り、これについて裁判がなされる。

その場合の訴訟費用の負担については一九三条が規定している。即ち、その一項二項は次のような規定である（三項、四項は直接関連がないので省略）。

§193 Das Gericht hat im Urteil zu entscheiden, ob und in welchem Umfange die Beteiligten einander Kosten zu erstatten haben; es entscheidet auf Antrag durch Beschluß, wenn das Verfahren anderen beendet wird.

Kosten sind zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beteiligten.

裁判所は判決において、当事者が相互の訴訟費用を賠償せねばならないか、またはその額について裁判しなければならぬ。手続が他の方法において終了した場合には、申立により決定によつて裁判所は裁判を行なう。

訴訟費用は、相応なる権利の伸張または防禦に必要な当事者の費用である。

西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について

即ち、社会裁判所法は民訴法九一条aを導入していないのであり、他の裁判所法が直接であれ（VwGO、FGO）、間接であれ（ArbGG）導入していることと好対照をなすのである。しかし、SGGが特にZPO九一条a、に反発したというのではあるまい。SGGの立法経過をみると、ZPOとの未調整のまま単に旧法を継承したことに原因があるように思える。一九五三年五月一九日に連邦議会に提出された草案及び理由書によれば、⁽¹⁵⁾現行法一九三条は草案一四〇条に基づくのであり、現行法一〇二条は草案五〇条であることは明らかである。草案五〇条とは次の通りである、

§50 Der Kläger kann die Klage bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung zurücknehmen. Wird die Klage zurückgenommen, so gilt der Rechtsstreit als erledigt.

原告は訴を口頭弁論終結に至るまで取下げることができる。訴が取下げられた場合は、訴訟は終了したものとなる。

その理由は「訴の取下は社会裁判権の必要に即応して規定された（民訴法二七一条を参照せよ）」⁽¹⁶⁾というものである。また草案一四〇条はほぼ現行法一九三条と同じであるが、その理由は次の通りである。⁽¹⁷⁾「この規定は帝国年金法一六七〇条と等しいものである。民訴法九一条と反対に、法律により一方当事者が相手方に対して訴訟費用の賠償を求める請求権は存在しない。訴訟費用の調整は裁判所に委ねられている。それは原則として判決において、さもなければ決定によつてなされる。二項により賠償は相当なる費用に制限される。」と。

そこで一九二四年一月一日と一九一一年七月一九日の帝国年金法 Reichsversicherungsordnung をみると、次のような条文である（三項は省略する⁽¹⁸⁾）。

§1670 Bei der Verhandlung wird von Amts wegen geprüft, ob und in welchem Betrag die unterliegende Partei dem Gegner seine Kosten zu erstatten hat.

Die Höhe dieser Kosten wird im Urteil festgesetzt.

弁論の際、職権により敗訴者が相手方に訴訟費用につき賠償しなければならぬかどうか、またその額について審理される。

この訴訟費用の額は判決により確定される。

この一六七〇条は、実は一九一〇年三月一二日に帝國議會に提出された草案の一六三三条である⁽¹⁹⁾。その理由は「労働者年金のための仲裁裁判所の手續に関する勅令二一条が一六三三条の原型であつた⁽²⁰⁾」という。そこで一九〇〇年一〇月二二日の勅令であるが、これは Reichsgesetzblatt には内容が載つておらず、残念ながら調べることができなかった。

いずれにせよ、SGGの考え方はわが民訴法と同じような考え方であり、それは一九〇〇年にその源があり、当時としては訴訟終了宣言の制度について考え方がかたまつていないことからして、現在では結果としてZPOと異なつたといふべきであらう。しかし、SGGの規定では、ZPO九一条aを包含することは可能と思われることからして、未調整のまま放置されたと憶測する。日本法との関連で興味ある事実である。

二 労働裁判所法 ArbGGは一九五三年九月三日にできたものであるが、直接ZPO九一条aについて関連した条文はない。しかしこの法律自体、民訴法を大幅に準用している。即ち、四六条一項は同法二条二項一号乃至三号と三項にかがけられている民事争訟 (bürgerliche Rechtsstreitigkeiten) においては、民訴法の判決の手續が準用されるとしている。従つて、四六条二項は一審としての労働裁判所 Arbeitsgericht には民訴法の区裁判所 Amtsgericht についての規定が原則として準用されるとし、六四条二項は控訴審たるラント労働裁判所 Landes Arbeitsgericht の手續が原則として準用されるとしている。同様に七二条三項は上告審たる連邦労働裁判所 Bundesarbeitsgericht は原則として民訴法の五六六条a

を除いて準用されるとしている。抗告手続、再審手続については七八条一項、七九条が、それぞれ民訴法の規定を制限つきではあるが準用している。このように労働裁判所法は、民訴法を準用していることからしてZPO九一条aは特に問題とならない。即ち、結果的にZPO九一条aが働いているということであろう。

ホ 憲法裁判所法 Bundesverfassungsgerichts gesetz = BVerfGG にはZPO九一条a相当の規定もないし、裁判所も認めていないようである⁽²²⁾。

ヘ 非訟事件手続法 Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit = FGG にはZPO九一条aに該当する規定はないのであるが、学説、判例上かかる取扱いは認められている。さればベルマン (Johannes Bärmann) は次のようにいう。⁽²³⁾「訴訟終了宣言は職権開始事件や申立により開始される事件、更には抗告手続やその他の抗告においてと同様に全ての非訟事件を手続終結に導くことができる。この概念は民訴法(九一条a)と行政訴訟法(行政裁判所法一六一条)におけると同じ諸原理によつて広く規定される。ただ終了の効果と確定については手続の種類に応じて非訟事件において差異がある。」

あるいはカイデル＝ビンケラー (Theodor Keidel u. Karl Winkler) は次のようにいう。⁽²⁴⁾「民訴法九一条aは準用されないが、しかし裁判官は法的にも事実上も困難な事件につきその結論のために重要な全ての問題に関して詳しく調べ断念することができるという考え方や、そしてこの場合、法的に疑わしい手続上の結果をより詳細に判断することなく、公平な裁量によつて裁判することができるとする考え方はそこからひきだされる。詳しい調査は一三条aの一項前段の意味での費用を課すことに対して他の公平の理由が反対する場合、特に必要ないのである。これは特に家族事件に適切であろう。」⁽²⁵⁾かくして民訴法との関連でいえば、民訴法では処分権主義との関連で両当事者による訴訟終了宣言の場合、訴訟終了事実の存否に関係なく裁判所は終了宣言をするのに対し、FGGの場合どうなるのかといった問題がある。職権手続 Amtsver-

fahren の場合にはかかる当事者の裁判所に対する拘束力⁽²⁶⁾はないとされ、申立手続 Antragsverfahren の場合は真性訴訟事件 *echte Streitsache* にあつては拘束力があり、そうでない場合は拘束力なしとされる⁽²⁷⁾。

ト まとめ 以上イロハニホへの考察から明らかなことは、この ZPO 九一条 a の考え方がドイツ法の内に定着したということである。勿論導入していない訴訟法もあるが、それは積極的に否定したというより多分に未調整のままであるということであつて決してこの制度に異を唱える訳ではないと思う。してみると、この制度自体流動的なものをもっているが、この制度を動かしている思想そのものは決して動かされるものではなく一種の普遍的なものといつても過言ではないと思う。この点を我々は考えなくてはならないと思う。

- (1) 訳語については、山田晟「ドイツ法概論」八五頁以下を利用した。
 - (2) Deutscher Bundestag 1. Wahlperiode Drucksache Nr. 4278.
 - (3) a. a. O., S. 22.
 - (4) Deutscher Bundestag 3. Wahlperiode Drucksache Nr. 55, S. 20 u. S. 47.
 - (5) 松本論文(16④⑥注②)二六三頁以下はこの条文の訳文と意味について述べている。
 - (6) Hat sich der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat, aus, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.
- 松本論文二六四頁参照。
- (7) Deutscher Bundestag 3. Wahlperiode Drucksache Nr. 127.
 - (8) Deutscher Bundestag 4. Wahlperiode Drucksache Nr. 1446.
 - (9) a. a. O., Drucksache Nr. 3523.
 - (10) a. a. O., Drucksache Nr. 3523 S. 52.
 - (11) a. a. O., Drucksache Nr. 3523 S. 13.
 - (12) この規定は「次草案になじみかからず、このことを考慮して付加されたものである。」a. a. O., Drucksache Nr. 1446, S. 55.
 - (13) a. a. O., Drucksache Nr. 3523 S. 10.
 - (14) a. a. O., Drucksache Nr. 3739, Nr. 3755.

- (51) Deutscher Bundestag 1. Wahlperiode Drucksache Nr. 4357.
- (51) a. a. O., S. 28.
- (57) a. a. O., S. 33.
- (58) RGBI 1911, S. 509.; RGBI 1924, S. 948.
- (59) Reichstag Bd. 274, Drucksache Nr. 340, S. 269.
- (60) a. a. O., S. 501.
- (62) Nr. 2736 (S. 1031).
- (63) Rudiger Zuck 4 「Die Erledigung des Rechtsstreits im Verfassungsbeschwerde」 (ZZP Bd. 78, S. 323 ff) (1965年) という論文で、「連邦憲法裁判所が慣行により自由裁量権を有しているというものは周知のことである。連邦憲法裁判所は常にこの権限を要求してきた。結局のところ、明らかになっているのは訴訟終結宣言の問題は連邦憲法裁判所に慣行による調整が課せられているという点だけである」と述べている。
- (63) Johannes Bärmann, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, 1968, S. 135 (§18 IV)
- (67) Theodor Keidel und Karl Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10. Aufl., 1972, S. 374 (§13a-46).
- (68) 40 U d S 案に 40 U d S 19 2; Paul Jansen, FGG. 2. Aufl., 1969 Bd. 1 S. 428 (§19-37) を註して。
- (68) Jansen S. 428 (§19 Rdnr. 36); Keidel S. 567 (§20a Rdnr. 7); Bärmann S. 136 (§18 IV 2); Lent-Jaernig, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 5. Aufl., 1971 S. 135 (§22 II 5b aa).
- (75) Jansen S. 428 (§19 Rdnr. 36); Keidel S. 567 (§20a Rdnr. 7); Lent-Habscheid, S. 135 (§22 II 5b bb).