慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

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(二・完)
Sub Title	Die Entstehungsgeschichte der Erledigung der hauptsache in der Bundesrepublik Deutschland (2・end)
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.3 (1976. 3) ,p.61- 113
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19760315-0061

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・完）

坂原正夫

一　はじめに
二　ZPO九一条aについて……以上前号
三　一九世紀後半のドイツ民訴法典成立時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　立法者意思について
④　ZPO九三条の系譜
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

三　一九世紀後半のドイツ民訴法典成立時における問題状況について

ここでは、なぜ訴訟終了宣言の制度が戦時立法ということで民訴法に付着したのか、そもそもの民訴法ではなぜ制度化しなかつたのか、従つてこの制度は民訴法とどういう関係なのかということについて考えてみようと思う。①②が立法以前の問題状況であり、③④⑤が立法者の問題に対する態度についてである。[1][2]

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

以下では、ドイツ民訴法制定当時に一般にこの問題がどのように考えられていたかを概観してみようと思う。

記述の前に若干のおことわりを述べたい。第一に、ここでの問題は訴訟終了宣言の一般論でなく、貸金返還訴訟中に被告が弁済した場合その訴訟はどうなるかという問題に限定した点である。[3]第二点は、私は以下で Freisprechung と Verurtheilung という言葉を使うが、これは今日でいう請求棄却、請求認容の意味と思つてまちがいない。ヴェッツェル[4]（Wetzell）の記述（五五二～五五三頁）を見てもそれらの内容については詳しい説明があるも、要するに今日の請求認容、請求棄却にほかならないように思えるからである。なお、ザヴィニー（Savigny）[5]は「被告の Freisprechung は全く原告の棄却と同じ意味であり、それは単に否定的内容をもつているにすぎない。被告に属する権利の承認はそこには全く含まれえないのである。Freisprechung と Verurtheilung の重要かつ有効な区別は、次のように表現される。Verurteilung からは、原告は彼が必要とする将来のために訴も抗弁 Exception も導く ableiten ことができるのに対し、Freisprechung それ自体から被告のためには訴ではなく、単に Exception のみしか起因しないのである」（一二二〇頁～三三頁）といつている。

第三点は litis contestatio, Litiscontestation についてである。争点決定と一般に訳されている。[6]その内容というと一

般にはeiner formaler Prozeßvertrag（仲裁契約）と解されているが、[7]必ずしも異説がない訳ではない。[8]この問題は深く研究されねばならないが、それ自体大きな問題であるし本稿とは直接関係がないので、注に引用した一般的文献に譲りここでは省略する。[9]

イ、判決以外の訴訟終了

さて、レナウド（Lenaud）[10]は大略次のような記述をしている。

「言葉の意味での狭義の訴訟の終了は、通常は争訟関係の確認的既判力ある裁判ないしは請求認容判決の執行（Vollstreckung des condemnatorischen Urteils）によって生じる。更に請求棄却の判決（die absolutorische Sachentscheidung）は時間に制限されうる。

しかし、訴訟は通常以外の方法で終了する。

㈠　裁判上の和解によって。

㈡　対立当事者が一人に帰することによって。

㈢　裁判上の訴訟の放棄（causae renuntiatio）によって。両当事者の一致的陳述によってなされようが原告によってなされようがそれはどうでもよい。原告による一方的な場合には、無条件かつ全面的請求を志向する場合のみいかなる訴訟の段階でもなされ、それが裁判所の記録へ提出されるや否や訴訟を棄却的、既判力ある宣言的判決の形で終了させる。かかる理由から、原告は訴訟費用について責任を負う。

これに反して、訴訟は裁判外の和解や裁判外の放棄や裁判外の宣誓でも、また訴訟の目的物の滅失や訴訟時効Proceßverjährungによっても終了しない（nicht aufheben）。なぜならばこの後者によっても訴権（action）は消滅するが、これは抗弁的方法で生じ、それ故に被告は棄却判決を要求する権利をもつにすぎない。[11]」

このことからわかることは、訴訟中いかなる事態が生じても、原則として判決がなされうるということである。例外、即ち判決によらずして訴訟が終了する場合として、両当事者の一致的な訴訟の放棄と原告の一方的な訴訟の放棄があるということである。

ロ、判決による訴訟終了の場合

ヴェッツェル[12]はこの点につき更に詳述する。

「いかなる終局判決も先行の争点決定 Litiscontestation（以下単にLCと略す―筆者注）なしには考えられない。……他方、L、Cは一度なされると、通例終局判決の結果に終る。なぜなら、主張された訴権(Klagrecht)が証明されえるなら原告は被告敗訴の請求をもつのであり、反対の場合には被告は原告の敗訴の請求（absolution ab actiore）をもつからである。この点において、たとえL、Cによって成立した原告の請求（Anspruch）がなんらかの方法で、例えば支払（Acceptilation）、目的物の偶然の消滅（zufälligen Untergangs des Streitobjekts）、和解（Vergleich）等で消滅することによっても何等変らないのである。なぜなら、被告はこの新しい防禦原因を彼の敗訴判決を避けるため、あらかじめ提出して防禦しなければならないからである。

若干の例においてのみ判決それ自体が不可能になる。即ち、第一に対立当事者（Pateirollen）が一人に帰する場合、次に最終の裁判所の行為より四〇年経過する場合、第三には当事者が一致の申立により終局判決を放棄する場合である。この放棄がいかなる誘因によってなされるか、支払、和解、免除またはその他のものであるとか、或いはそれが Klagrecht それ自体に関するのか、または単にその審級（従前の手続）のみに関する、即ち新たな訴の提起の余地があるとかいったことは、裁判官にとってはどうでもよいことである。これに対して一方的になされる放棄、即ち一当事者による訴訟続行を望まない旨の陳述は決して同じ効果をもたない。このことは、原告が完全に満足した後に訴訟を放棄することができるというよりは、履行された支払故にその免訴（Absolution）を求めることができるという被告を考えれば明らかである。原告によって

かかる「一方的訴訟放棄の」陳述がその審級の放棄に制限されている場合、被告からL、Cによって一度理由づけられた完全なAbsolution と費用賠償の請求権を奪うことはほとんど不可能であろう。それが同時に Klagrecht を含む場合はその例で、被告の完全な Absolution の要求を流動的 (liquide) に置くことができるが、しかし、少なくとも費用賠償請求を排斥することはできない。」

ここで更に明らかなことは、判決がなされる場合は判決時の請求の存否が決定的であり[13]まさに Freisprechung か Verurtheilung の二者択一でしかないということである。[14]

ハ、被告の認諾

しかし、イ以外に全く例外がなかつた訳ではない。即ち、被告による今日でいう認諾がなされた場合である。ヴェッツェルはいう「実務はなるほどかかる自認 Geständnis の場合、『被告の自認で訴訟は打ち切りdaß es bei dem Eingeständniß des Bewenden behalte』というふうにまとめられるのを常とする判決 (Sentenz) を発することを許す。しかしそれは創設的 decisiv ではなく単に確認 declaratorisch である」(一一六〜一一七頁)。即ち、それは決して被告敗訴判決 (kondemnatorisches Urteil) でもなければ免訴の判決(absolutorisches Urteil) でもなく、単にその生じた訴訟終了のみを確認する裁判 Entscheidung である。しかし、これによつて執行ができたのである。[15]

ニ、判例

学説の大略を知つたので、次に当時の判例をみてみよう。一八四五年三月のベルリン法学部の判決は、大略次のような議論をしている。[16]

「被告が訴訟中に履行した場合、たとえ訴提時または Litiscontestation 時を考えれば Verurtheilung 受けるであろうとも omnia judicia sunt absolutoria (争点決定後被告が原告に満足を与える時は被告は常に免訴の判決を得る) の原則により終局判決で彼は Freispre-

chung を受けるというのが一般的、実質的法原則 ein anerkennter materieller Rechtssatz である。なぜなら、被告もまたようやく後になつて生じた延期抗弁（dilatorische Einrede）を Litiscontestation 後でも提出して防禦することは妨げられないからである。

しかし、この原則と既に当事者権 Parteirechte の平等からして、被告は訴提起時に理由がある延期抗弁（dilatorische Einrede）が訴訟経過に満期になつたことによる成就の再抗弁によつて消滅した場合には、敗訴の判決を受けなければならない。ここに、特に訴訟中に条件が成就した場合や終局判決前に期日が到来した場合の早すぎる訴の抗弁が属する……。」

この判決は、既に述べた学説とほぼ同じ考え方に立つているのは明らかである。この判決では、実は既に紹介した以外の学説を引用しているのであるから[17]（繁雑になるので紹介は省略した）、普通法においてはかような考え方が一般的であつたと考えて誤りないであろう[18]。

なお、判決の引用した omnia judicia sunt absolutoria の原則こそが、この問題についてのローマ法の考え方であつた。即ち、古いローマ法（Proculianer）では Litiscontestation 時が決定的意味をもつていたのであるが、この考えが次第にくずれ Sabinianer によつてこの omnia judicia sunt absolutoria の原則が立てられ、Justinian によつてこの原則が認められたものである。詳しくは注引用の文献に譲り、ここでは省略する[19]。

ホ、訴訟費用

最後に訴訟費用について考察してみよう。ヴェッツェルはこの点、大略次のように説いている（五六八頁～五七〇頁の要旨）

「原告の敗訴それ自体は、訴訟費用に関して訴訟の経過中に初めて支払がなされた場合には決定的ではない。この場合二つの事例に区別される。被告がL、C後支払つた場合は彼は本案においてなるほど Freisprechung されるが、しかし支払によつて彼は原告の権利を認めるのであるから、〔訴訟費用については〕賠償されない費用を理由に Verurteilung される。これに反して彼がL、C前に即座に支払の用意を陳述するならば、本案においては常に宣言的（declaratorische）な判

決（Sentenz）が発布されるが、費用に関しては一般にはそのようなことは生じない。被告が訴訟費用の賠償義務を負うのは、彼が遅滞等によつて訴訟を誘発した場合である。この場合の主張、立証責任は原告側にある。……

なお、L、C前に原告が支払受領を理由に訴を取下ると、彼はもはや被告の費用の点における Verurteilung を申立することはできない。

更に今日の実務は、費用額について判決において表現するのでなく（従つてライヒの法律に反して）、慣習的には費用賠償の Verurteilung はその規定（salva moderatiore）の留保の下になされる。」

レナウドも次のようにいう（七三六頁）。

「敗者が勝者に訴訟費用の賠償の判決を受けなければならないという原則は、しかし全く例外がないというものではない。

Ⅱ、他方、事情によつて勝者が敗者に訴訟費用賠償の判決を受けなければならない。

㈠ 当事者がその持続的に〔法廷の命令に〕不従順（beharrliche Ungehorsam）にもかかわらず勝訴する場合には、彼はその不従順が相手方に惹起せしめた特別の費用の賠償だけでなく、相手方に訴訟の全費用を賠償しなければならない。

㈡ 原告があらかじめ支払要求なしに訴訟をし、被告が即座にこの履行を申出し、一方原告は訟訴以前法的にはこの訴求が不可能であつた場合、この原告も本案で敗訴の被告の訴訟費用を賠償しなければならない。」

へ、まとめ

客観的観察のために多少冗漫とも思えるほどいろいろ引用、言及したが、以上のことからまとめると次のようになろう。

1、当事者が終局判決をえるとすれば、認容判決か棄却判決かの二者択一しかなく、それは判決時に理由の具備、不備によつて決まつた。

2、当事者が終局判決を望まないとすれば、両当事者一致して終局判決を放棄できるか、或いは被告の認諾という方法があつた。

3、訴訟費用の負担者は、形式的に本案の勝敗に依存するが、しかし反面、なるべく実質的正義にそうような努力がなされ、そのための類型化がなされた。

（1）訴訟終了宣言についての多くの論稿の中で、歴史について論述しているのはわずか Göppinger (Die Erledigung des Rechtsstreit in der Hauptsache, 1958)と Grosse (Die Erledigung des Rechtsstreit ohne Urteil, Diss., 1907) である。しかし彼等としてもたかだか数頁であり、それも単なる事実的記述に終つている。これは、訴訟終了宣言の制度は歴史的視点から考察する必要なしという意味で、ドイツの学説は完全に一致していることを意味していると思う。勿論、それはドイツ普通法と現行法との断絶を認識している結果と思われるが、しかし普通法から現行法への飛躍の跡を辿ることは決して無意味ではない。否、現在当面する混乱した状況の原因がどこに帰因するのかを客観的に知るために必要と思われる。私には今日問題が混乱し、学説において定説をみない状況は、この歴史的視点の欠如に思えるからである。

なお、訴訟終了宣言の制度に関して今日まで発表された Dissertation は筆者の調査では二九ある。Grosse, Göppinger はそれらのうちの二つということである。Dissertationの数は Jahresverzeichnis der deutschen Hochschulschriften, bearbeitet von den Deutschen Bücherei の一巻（一八八五年）から八一巻（一九六五）の事項索引を利用して計算した。従つて必ずしも完全とはいえないが（というのは編者は Dissentation の題名だけで形式的に分類したのであり、また時代によつて編者の分類方法が異なつているからである。従つて索引利用に際してはできるだけ多くの項目を参照した訳である）、しかし、かといつて不十分なものとはいえない（これだけの文献のリストをあげている文献はドイツでは今までにないようである）。八二巻（一九六六年）以降は事項索引がまだないので、これは Karsruher Juristische Bibliographie (K J B) を利用した。

（2）立法者の態度についてドイツで論述している文献はないようである。

（3）後に述べるように、この問題がローマ法以来の一つの大きな問題であつた。

（4）Wetzell, Georg Wilhelm: System des ordentlichen Civilprocesses, Dritte neubesserte und vermehrte Auflage, Leipzig 1878.

（5）Savigny, Friedrich Carl; System des heutigen römischen Rechts, Sechster Band, Berlin 1847.

（6）兼子一「実体法と訴訟法」一八頁。詳しくは船田享二「ローマ法第五巻」一四四頁以下。

（7）Rosenberg-Schwab, 10. Aufl., § 4 I a (S. 161).

（8）例えば最近の Seidl, Erwin: Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., (1971) S. 161 特に、Kaser, Max: Das römische Zivilprozeßrecht, 1966, S. 218 は詳述する。

（9）Savigny, a. a. O., S. 8, Wetzell, a. a. O., S. 114.

(10) Lenaud, Achilles: Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rucksicht auf die neuern Civilprozeßgesetzgebung, 2. Aufl., 1873, §75 (S. 194～196).

(11) 訴訟の目的物滅失によつて当然訴訟が終了するのではなく、訴訟費用賠償のため訴訟が続行されるということについては既にLindも述べているところである(Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 5. Aufl., 1838, S. 232)。この点については異論があり、例えば Bethmann-Hollweg (Der romische Zivilprozeß Ⅱ, 1865) は「訴訟は原告の側での弁済受領により消滅することは当然である」とする(五一七頁)。また Osterloch は「訴訟の目的の完全な破壊は、訴訟費用の点を除けば訴訟の消滅をもたらす」とする (Osterloch, Lehrbuch des gemeinen deutschen ordeutlichen civilprocesses, Bd. I, § 19, S. 34)。なお Grosse (前注1) にいわせれば Bethmann-Hollweg の説の根拠とする法源からは、かかる帰結はでてこないと批判する(八二頁、注二〇)。

(12) Wetzell, a. a. O., S. 549.

(13) 同趣旨として Windscheid=Kipp, Lehrbuch des Pandektenrecht, 9. Aufl., (1906) Bd. 1, S. 644.

(14) Wetzellは「終局判決は、従つて、申立または反対申立に応じて単に被告の Verurtheilung または Freisprechung においてのみ存在しえる」(五五二頁)のであり、「かくして被告の Freisprechung と Verurtheilung は、裁判官によつて争点決定後に生じる唯一の可能性である」(五五六頁)という。Savignyもまた種々な説明をした後に「ここでなされた研究から明らかなことは、判決の内容は単に二つしかもちえないということである。即ち、被告の Verurtheilung かまたは被告の Freisprechung かである。それ故に、原告の Verurtheilung はそこには生じることはないのである」(前掲書第六巻三二七頁)。

(15) Wetzell, a. a. O., S. 117, なお、Savigny (System des heutigen Romishen Rechts, Bd. 7. (1848), S. 46) は「被告が原告の請求を完全に認めると、判決 Urteil ではなくて単なる Agnitions resolut (承認の効果) が生じる。しかし、これは判決と同じように公布されそして執行にも適している。――これは、本質的には古典ローマの confessio in jure の取扱いである」という。

なお、Grosse, Göppingerは、これと今日の裁判上の終了宣言との間には一定の類似性があるとする。

(16) SA (Seufferts Archiv für Entscheidunger der obersten Gerichte in den deutschen Staaten), Bd. 19. Nr. 31, S. 53. ff. 事実関係はほとんどについていくらか省略されているのでよくわからないが、賃貸借契約に基づく訴 Pachtklage で、原告が自己の側の契約履行を主張しなかつたということで第二審で棄却を受けたため上訴した事件で、Jena OAG からベルリン法学部へ送られたものである。従つて、争点は双務契約に基づく訴の場合、原告は自己の側の契約履行を主張しなければならないかにあつたといえる。

この点に関して雑誌編集者の指示(五三頁)によれば、既にいくつかの先例がある。例えば、SA, Bd. 9, Nr. 333, S, 435 ff. は、Wolfenbütlel の OAG の一八二五年九月六日の判決であるが、売買契約の場合かかることは不要であり、被告のいわゆる今日でいう同時履行の抗弁は理由がないとしている。また、一八六三年六月一日のベルリン抗訴院 Obertribunal は「普通法で通用している同時提出主義 Eventualmaxime によれば、なるほど全ての防禦方法の提出は beistreiteinlassung の場合同時に命ぜられ、後からの抗弁は排斥される。しかしそれにもかかわらず、後になつて始め生じた

抗弁は後でも許される。失権効は単に既に存在し応訴 Streiteinlassung 時に被告に知られた異議のみに関係する」という判決をしている（SA, Bd. 17, Nr. 288, S. 451 ff.）。なお、ドイツ普通法の同時提出主義等、手続構造については松本博之「一九世紀ドイツ普通訴訟法における民事自白法理」（法学雑誌一八巻一号一頁、昭和四六年一〇月刊）に要領のよい説明がある（五一頁以下）。

(17) 判例によつて引用された学説ではないが、Windscheid=Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., (1906) Bd. 1, S. 614 Anm. 1 が強調したレーマー Romer の論文について一言述べておく。それは Römer, Robert; Das Erloschen des klagerischen Rechts nach der Einleitung des Prozesses in seinem Verhältnis zum Endurteil, Ein geschichtlicher und dogmatischer Beitrag zur Lohre von end Wirkungen des Prozesses auf das materiele Recht, Stuttgart, 1852 である。彼はその中で次のように述べている（一二四頁）。

「今日の普通法は我々の問題に関しては厳格なアクチオではないことからして厳格な取扱いをせず、この点でユスチニアヌスのローマ法と異なる。それ故に、今日では全ての訴に通用する原則は、訴権の消滅が訴訟遅延によつて生じたのでない限り、争点決定後に生じた〔訴の〕消滅原因は顧慮せられ、被告は Freisprechung されねばならない」。

もつともこの論文のローマ法の法源については厳しい批判がなされているが、その当否は残念ながら判断できない（Bekker, Dernburg: Kritische Zeitschrift fur die gesammte Rechtswissenschaft, Bd. 1 (Heidelberg, 1853) S. 253 ff. u. S. 259f. 1.)

(18) なお、前記 SA, Bd. 9 Nr. 333 と同じような判例として一八四六年、四九年の Cassel, OAG の実務報告（SA, Bd. 3, Nr. 39 u, Nr. 201）、一八四七年十月一五日 Wolfenbüttel, OAG (SA, Bd. 11, Nr. 138)、一八四八年の Wolfenbuttel, OAG (SA, Bd. 12, Nr, 141) がある。しかし、一八四二年二月一一日の Oberappellationsgericht は反対説である（SA, Bd. 8, Nr, 299)。

また一八八三年二月二〇日の RG (RGZ 8, 415=SA, Bd. 39, Nr. 148, S. 218) は訴訟中にはじめて満期になつたことは認容判決と矛盾しないとし、かかる見解はライヒス、ゲゼッツ以前も主流であり、ライヒスゲリヒトもこれに従つたとする。即ち、一八八〇年四月三〇日の RG (RG 1, 153=SA, Bd. 37, Nr. 151), 一八八一年七月八日の Braunschweg, OLG (SA, Bd. 37, 152). 一八八一年十月二二日の Cell, OLG の判決も同じ立場である。なおこの問題が普通法当時判例においていかに取扱われていたかは SA, Bd. 37, S. 219, Anm. 1に詳しいのでここでは省略する。

(19) Dernbung. a. a. O., S. 260, Savigny, Bd. 6, S. 61. 53, Grosse, S. 81, Windscheid=Kipp, S. 644. Anm. 2, Bethmann-Hollweg, S. 518, Römer S. 110. 50, 57, 108, Kaser, S. 226, 287. Kaser, Restitufre als Prozessgegenstand～Die Wirkungen der Litis Contestatio auf den Leistungsgegenstand in römischen Recht～2. Aufl., 1968 S. 106 ff insb S. 162 f.

日本語のものとしては船田・前掲書一八三頁、三二九頁が詳しい。

② 普通法における訴訟費用敗訴者負担の原則について

訴訟費用負担決定の原則として「敗訴者負担の原則」があることについては、異論をみないところである。即ち、古来か

らこの原則があつたといつても過言ではないように思われる。[1] 従つて、問題はこの原則の例外についてどのように考えるかということである。まさにこれこそが、古来からのこの問題の中心であつたといえよう。換言すればこの例外の規定の仕方、考え方の問題こそが訴訟費用の本質の問題――何故に敗訴者は訴訟費用を負担せねばならないのか――であつたからである。従つて、訴訟費用敗訴者負担の原則の根拠を尋ねること、或いは、実定法規の敗訴者負担の原則はいかなる根拠を有しているかを尋ねることが、負担者決定の問題を研究する場合に第一になされねばならないであろう。

そこで第一に、訴訟費用敗訴者負担の根拠を尋ねてみよう。この問題についての今日の学説は一致している。従つて対立状態はないのであるから、逆に論点がつかみにくいのである。例えば、鈴木氏は当然のこととして「費用償還請求権は訴訟関係より流出するが、この義務の根拠は、訴訟追行の不成功という結果に之を求むべきである。即ち原則として当事者の故意過失を要件とせず……、又違法な訴訟追行に対する刑罰乃至損害賠償の性質を有しない……。敗訴という客観的事実により費用を負担せしめられる原則は、法律政策的には軽卒無謀な訴の追行を防止する作用のあることは言う迄もない」と述べている。[2] この点に関しての記述のない体系書も多いから、[3] 論者によつて多少のニュアンスの違いはあつても、鈴木氏の既述の説明が今日の理論の到達したものということができよう。そして、メンガー(Menger)[4]、バルドナー(Waldner)[5]、レナウド(Lenaud)[6] の記述からすれば、かかる見解はすでに一九世紀後半に確立されたとみてまちがいないようである。[7]

では、一体いかなる経過でかかる定説が成立したのだろうか。以下では異説の内容とその問題点を考え、この問題を考えてみようと思う。

ところで、今日の定説が克服した当時の有力説、即ち今日からいえば異説であるが、これらは私見によれば、直接明確に主唱されたというものではなく、ローマ法源の解釈論として展開したものである。従つて正確に異説像を把握することは困難で、結局のところ、一九世紀中葉の学者達の理解による異説である点をおことわりしたい。即ち、この問題について比較的

詳しく論じまた論争したベーバー（Weber）[8]にしてもヘーネマン（Hennemann）[9]の論文にしても、つまるところその根拠はローマ法なのである。従つて、今日の結果説（Erfolgstheorie）はその内容もさることながら、かかる方法論的にもローマ法を脱脚し実質的根拠を求めた点にも大いに意義があるように思われる。

歴史的に概観すれば、既に一言したように普通法も古いローマ法も敗訴者の主観的状況（Gesinnung）を重視し、そこで彼の Verschuld の有無が費用負担の有無を左右したのである。従つてこの Verschuld を公法的即ち刑罰的側面から評価したのが刑罰説であり、私法的損害賠償的側面から評価したのが損害賠償説であるといえよう。しかし、Verschuld を強調することの理論的当否は別にしても、ポラーク（Pollak）[10]によれば経験的に不都合な結果を招いたという。即ち、実際上かかる取扱いは多くの場合費用について相殺がなされ、勝訴者が完全な意味での勝利を得ることは難しい（勝訴しても得た利益から訴訟費用については自己負担部分は差引かれるから）のであり、このことは結局権利者の訴訟への道を閉ざすことになり、更には債務者の権利濫用を増長する結果をもたらしたのであると彼は主張するのである。従つて考えられることは第一に、かかる実務上の経験によつて近代法は Verschuld を問題としない単なる結果責任説へ傾いたのではないかということである。更に、結果説以外の異説の理論的欠点について考えてみるならば、大略、次の点が指摘されたのである。[11]

1、刑罰説（Straftheorie）　この説は軽率な訴訟遂行に対する罰と考えるのであるが、それは訴訟費用の裁判が当事者の申立によらず、即ち弁論主義によらず、裁判官が職権で行うことから明らかであるとするのである。従つて、欠陥は次の点に求められる。

イ、訴訟遂行には決して違法性は存しない。なぜなら、それは自力救済禁止の当然の結果であり、万人に認められた法的保護 Rechtsschutz を得るための許された手段とみなければならないからである。

ロ、主観的違法の行為の証明は、非常に困難である。

ハ、実務の突然の変更（例えば判例変更）や複雑な事実問題や法律問題を持つ事件の場合は、例え不安定な状態で自己の権利を主張したと

しても Verschulder とはいえない。もしそうでないと、この場合起訴の自由を否定することになるであろう。

ニ、この説によつても、敗訴者たる行為者の死後相続人に対して請求しうるということは、刑罰の目的と矛盾するであろう。

ホ、この説によれば、不法行為能力なき精神病者の場合（例えば離婚訴訟）も、それにもかかわらず敗訴の場合負担しなければならないとする結論はでてこない筈である。

ヘ、職権によることと費用請求権の性質とは全く関係なく、職権によるのは単に裁判所費用に対する国家利益に関係するからにすぎない。

ト、勿論、個々の場合に刑罰と解しえないではない場合もありうるが、これをもつて敗訴者負担の原則は説明できない。それはまさしく、単に法律による特別規定と解すべきである。

2、損害賠償説（Schadenersatztheorie）　この説は民法上の規定の類推適用において一般原則にしたと考える。従つて、契約不履行と不法行為による損害賠償理論で説明する。しかし、以下の疑問がある。

イ、訴訟は相互の合意によつて成立するものではないし、両者間に契約は存在しないのであるから、不履行の結果とも把握できない。

ロ、不法行為による損害賠償義務と考えると、違法な行為（widerrechtliches Verhalten や schuldhaftes Verhalten）を要件とするが、これらは既に刑罰説に対して述べた批判がそのままあてはまり不適切である。

3、付随給付説（Nebenleistungstheorie）　この説は、訴訟費用の裁判は本案訴訟と同時に行われ、特に独自に審理される訳ではなく、後に独自の訴が排斥されるから、訴訟費用請求権の非独立性は明らかであるとする考えである。従つて本請求の付随給付であり、法的独自性を欠くものであるとする。しかし、次の欠陥がある。

イ、費用請求権は、債務者の実体法上の責任Haftungの拡張ではありえない。従つて、身分訴訟や確認訴訟のように実体法上のHaftungのない訴訟は、いかに説明するのか？　つまり Hauptleistung を欠いた場合の構成はどうなるのか。また、仮に実体的給付 Leistung が問題とされても、その主たる責任 Hauptsverpflichtung が有限責任にもかかわらず、訴訟費用負担の判決はそのために無限責任とされるのはなぜかといつた点である。

ロ、そうしてみると、費用請求権は決して付随的でなく、むしろ訴訟物とは独立して独自な義務と考えねばならない。例え Hauptsprozess に主張されるとしてもそれは、もしそうでないと独自に訴訟費用のための裁判をしなければならず、その訴訟の費用の裁判はそ

れとはまた別の訴訟で行なうという、いわば訴訟の無限化を防止するための合目的理由からだされたと考えるべきであろう。

このようなことによつて今日の通説である結果説が理論的にも、実際的にも正しいということになつた訳である。

このような学界の傾向は当時の立法に強く影響している。このことは各種の草案や立法にみることができる。即ち、一八六四年のバーデン（Baden）の民訴法[12]を除いて他の草案や立法はほとんど結果責任説を採用している。このことは勝訴者は一般に利益を受けるが、敗訴者は逆に不利益を受けることが多くなる訳である。そこで法にとつて重要なことは、結果責任説に立ちつついかに実質的正義との調和をはかつていくかである。[13]従つて、ＺＰＯ九一条という原則規定に対する例外規定はこのような努力のあらわれと評価すべきである。そこで注意すべきは、例外規定と原則規定を誤らないことであり例外規定に過大な期待をかけないことであろう。さもないと、何のために結果説を採用したのか不明になり主客転倒になりかねないからである。従つて、「問題は裁判所が適当に判断すればよい」ということではないことだけは確かであろう。

（1）もつともコーラーによれば（Kohler, J.: Prozeß als Rechtsverhaltnis, S. 81. Anm. 3）勝訴者といえども常に原告が訴訟費用をはらわねばならない東洋法があつたという。

ローマ法、カノン法、ゲルマン法における訴訟費用分割における敗訴者負担の原則についてはレナウド Lenaud が要領よく説明している(a. a. O., S. 734)。

（2）鈴木・前掲書（Ｉの①の注3）九三七頁。同趣旨を説くものとして小室直人・注解民訴法（斎藤編）(2)一一頁、菊井＝村松・民訴法Ｉ三〇八頁等がある。

（3）ドイツでも今日、この点に関して述べている体系書はすくない。Blomeyer, ZPR S. 738, Rosenberg, ZPR, 9. Aufl., S. 369. 等にこの点についての記述をみるが、他は全く問題としていない（Lent, Schonke-Kuchinke等）。従つて、いわゆる結果説が定説になつていて他説を全く意識していない。

もつとも Goldscmidt や Kohler あたりにさかのぼつて、彼等の記述をみると、多少、他説を意識して自説（結果説）の根拠づけをおこなつている。

ゴールドシュミットは「費用賠償請求権の法的根拠は戦争において戦争費用の支払請求権の唯一の法的根拠が勝利であるように、単に勝利である」とし、ZPO 九三条等は実体的法律関係によるものでなく、何等かの訴訟の部分状態によつて費用請求権がきまるのであるとする（Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 117 ff.）。コーラーも「勝訴者が訴訟費用の点において犠牲を払うことによつて勝利を得るとするなら、その勝利は勝利とはいえない」旨述べている(Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhaltnis, 1888, S. 18 ; Zivilprozeß und Konkursrecht, Enzyklopadie der Rechtswissenschaft in systemmatischer Berarbeitung Bd. 3, 1913, S. 339)。

(4) Menger, Die Lehre von Streitparteien im österreichischen Civilprozeß, Zeitschrift für das Privat-und offentliche Recht der Gegenwart, Bd. 7 (1880), S. 656, Anm. 2.

ここで、彼は古いローマ法やかつてのオーストリー実務は、訴訟費用負担につき刑罰説であったが、後期ローマ法は今日の法と同じく、単に訴訟の結果のみに依存させる結果説であると述べている。

(5) Waldner, Victor: Die Lehre von den Processkosten nach österreichischem Process-und Privatrecht, Mit Berücksichtigung der Civilprocessordnung für das Deutsche Reich, 1883. S. 3 ff. 彼はローマ法において訴訟費用負担について敗訴者負担の考え方として三説ありとする。

a、敗訴者が悪意 (claumniös, dolo, calpa lata) で争った場合負担させる。

b、敗訴者にすくない過失でも負担させる der mindere Schuldgrad eines Versehens (culpa levis)。

c、過失 Verschulden を全く考えず敗訴の効果として負担させる。

彼はaを刑罰説 (Straf-Theorie)、bを損害賠償説 (Schadenersatz-Theorie) とつける。cについては彼は言及しないが、Volki, Die Kostenfragung der Parteien in kantonalen Zivilprozess der Schweiz, Diss., 1934 はこれを結果説 (Erfolgstheorie) とする (S. 54)。そこで、私は以下この分類、この名称に従う。

なお最近のローマ民訴法の体系書である Kaser, Das römisiche Zivilprozessrecht, 1966, はローマ法について「かつては mutwillig を要件としていたが、後には Redlichkeit でも敗訴者負担になった」と述べている (五一九頁以下)。

(6) Lenaund. a. a. O., S. 735. 13. Aufl.

(7) Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 1838, 5. Aufl., § 119 (S. 152); Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen burgerlichen Processes, 1862, 13. Aufl., § 39(S. 77ff.) 等をみると、ドイツ普通法にあっては一九世紀前半までは、今日の結果責任的な考えでなく違法行為による責任という風に考えていたことがわかる。

(8) Weber, Über die Proceßkosten, derem Vergütung und Compensation, 1811, 5 Aufl.

(9) Hennemann, Beytrag zu der Rechts=Theorie von Erstattung der Proceß=Kosten, 1789.

(10) Pollak, Die Zivilprozeßkosten nach österreichischem Recht, Festschrift fur Adolf Wach Bd. 1 (1913) S. 137 (31).

(11) Volki a. a. O., S. 47 ff. を参考にまとめてみた。

(12) Die Neuen Justizgesetze fur das Großherzgothum Baden, 1864.

§ **169** Die Schuldigkeit der einen Partei, der andern die Prozeßkosten zu erstatten, wird nach den Grundsätzen uber die Pflicht zum Esatze eines widerrechtlich zugefügten Schadens beurtheilt.

§ **170** In der Regel ist der Besiegte schuldig, dem Sieger alle verursachten nothwendigen Kosten zu ersetzen.

(13) Pollak, a. a. O., S, 153 (S. 47).

③　立法者意思について

①で明らかになつたことは請求認容棄却を決める時点は訴提起時や争点決定時でなく基準時であるということであり、このことが正に論争を経て確立されたということである。いわば中間的な認容でもない棄却でもないという考え方は原則として生じなかつたという訳である。つまり民訴法典成立時は正に基準時という概念が確立された時代であつた。それが②でみた訴訟費用についての結果責任説の考え方と結びつき基準時での請求の当否の結果と訴訟費用の問題とが連動するようになつた訳である。

このような状況にあつて立法者はどのような考えであつたろうか。私は、一八六三年二月四日ハノバーで行われたドイツ連邦草案の第五九回委員会審議録の中に、これをみることができた。(1)この審議録は速記録でなく要旨をまとめたものであり、しかも発言者が匿名のために多少わかりづらいのであるが、発言順に必ずしも従わず箇条書風にまとめると、およそ次のようなやりとりがあつた。

草案七四条は次のような規定であり、まさに現行法ZPO九一条の土台となつた条文である

§74　Die in dem Rechtsstreit unterliegende Partei hat die durch denselben der Gegenpartei verursachten, zur zweckentsprechenden Verfolgung oder Vertheidigung des Rechts nothwendigen Kosten zu ersetzen.

Welche Kosten als nothwendig anzusehen, entscheidet das Gericht ohne Zulassung eines Beweisverfahrens nach seinem Ermessen.

Wegen Ersatzes der durch Zuziehung von Prozeßbevollmächtigten und Rechtsbeiständen entstandenen Kosten bleiben nähere Vorschriften den Gebührenordnungen vorbehalten.

この条文の後に次の条文を付加すべきか否かで議論がなされたのである。

§74a　Wenn der bestrittene Anspruch erst im Lauf der Verhandlung fällig wurde, oder die Abweisung des Klägers auf den Grund einer erst nach Behändigung der Klage entstandenen Einrede erfolgte, so ist dem Sieger der Ersatz

der vorher entstandenen Kosten aufzulegen.

争われている請求が弁論の経過中にはじめて満期になつた場合、或いは、原告の棄却が訴の提起後生じた抗弁によつてはじめて理由づけられた場合、従前生じた費用は勝訴者に課する。

提案者はその理由として、以下の点を強調した。

1　近時の訴訟費用の負担者決定についての立法傾向は大別して二つあり、一つはバーデン（Baden）の訴訟法の如く、[2] 民法上の損害賠償の原則を原則として個々の結論を裁判官に委ねる方法であり、他方は敗訴者負担の原則と同時に個々に例外規定をも設ける方法である。後者の方が長所があるから、七四条の例外としてこの規定をおくべきである。

2　ローマ法では簡単な規定しかおかず、裁判官に活動の余地を広く認め問題を処理した。しかし、本草案はローマ法的ではないから、七四条の例外をできるだけ規定すべきである。

3　そこで全ての例外を包摂した原則をたてるか、カズイステイク（Kasuistik）で完全であるかが問題である。フランス法では敗訴者負担の原則の例外規定は十分でなく、勝利者であつても場合によつては訴訟費用を負担しなければならないという原則に実務と学説がしばしば立ち返り、一連の例外を認めた。草案ではかかる例外についての一般規定がないのであるから、個々の例外規定をおくべきである。

これに対して、反対論としては次のことが主張された。

1　例外について一般原則の規定を設けるべきでない。各ラントにおいてもオーストリーにおいてもかような実例があるかは疑わしく、そもそも裁判官の裁量に委ねることは非常に問題がある。ローマ法にしても賛成論のようなものでなく、非常に形式的に厳格な規定であつた。確かにローマ法も後になつて緩やかなものになつたが、近時の傾向はフランス法のように裁判官の活動の余地を認めず、敗訴者負担の原則にほとんど例外を認めなかつた。本草案はこの立場にある。というのは、七五条は一見して七四条の例外のようにみえるが七四条と同じ立場であり、七四条の例外と見るべきでないからである。従つて、近時の傾向に反してローマ法に立ち返る本提案はおかしい。

2　提案は一つのカズイステイクであり、かかることはこの提案が無限に拡張され非常に危険である。七四条で提案された目的は達成される。なぜなら、権利の伸張、防禦に必要な費用(zweckentsprechenden Verfolgung und Vertheidigung des Rechts notwendigen Kosten)のみの賠償を命じているからである。従つてフランス法のように学説判例に委ねればよい。

3　この問題は普通法上の一大論争である訴訟中はじめて理由を具備した訴は、棄却か認容かの問題に決着をつけることになる。サヴィニー（Savigny）は棄却説（争点決定時を基準とする）であるが、実務の有力説は認容説である。提案は後者に立ち、実体的アクチオの問題である。

4　提案を認めたとしても、今度は逆に被告が以前満期の点について全く争わなかつた場合にも原告に全て訴訟費用を課するのは不公平である。提案を認めるとかえつて不公平が生じる場合があるのである。

5　提案の後段は Omnia judicia sunt absolutoria[3] の原則と一致して棄却説に立つているが、この場合被告に訴訟費用を負担させるといつても被告の抗弁事由発生以前の費用は負担させることはできない。なぜなら彼に責任がないからである。

これについて再反論として次のことが主張された。

1　七四条が原則であるならその例外は法律で明記しなければならない。七四条の「敗訴者は勝訴者の必要費用の賠償のみを命じられる」ということは、勝訴者は不必要な費用は賠償されないということだけで勝訴者が敗訴者に賠償のために支払を命ぜられるVerurte.lungということはでてこない。

2　フランスの学説と実務が法律の規定にもかかわらず例外を認めたことは、実は法律の不備の例証である。

3　実体的アクチオの問題も反論にならない。本提案は普通法の従来の実務の態度に添うものであり、同時に合目的性と公平という理由に合致する。既にバーデン訴訟法[2]やヘッセン草案[4]が採用しているところでもあり、本草案においても規定すべきである。

この議論の結果投票に付され、この提案は八対三で否決された。かくして、当初の立法者はいわば一刃両断的にこの問題について否定的であつたということができよう。ただその理由はこの議論が多岐にわたるため決定的な理由を見つけることはできないが、①②との関連で考えると結果責任説を純粋に貫くためであつたとみることは誤りではないと思う。しかし、だからといつて訴訟終了宣言の制度は当初の立法者の考えと対立すると断定するのは早計すぎる。というのはＺＰＯ九三条の存在をどう評価するかということである。なぜ例外規定である九三条ができたかである。そこで次にこの点について考えてみる必要がある。なお、今日ドイツではこういつた歴史的視点についての議論はない。ということは、問題は法制史家の

仕事であり解釈学者の仕事ではないとするドイツの学者の性格を物語るのであろうが、[5] 他面ではもはやこの点について議論しても実益はないし、問題はいかに合理的に公平に解決するかにあるという認識では疑問はないということを意味するのであろう。

(1) Protocolle der Kommission zur Berathung einer allgemeinen Civilprocefsordnung fur die deutschen Bundesstaaten, Bd 3, Hannover, 1863 S. 873 ff.
これは同審議録第二〇巻〔事項索引〕三三頁によつて発見したものである。同所でこの部分の指示しかしていないのであるから、これ以降この問題は再燃しなかつたものと思われる。
ドイツ民訴法の成立史を語る場合にはハノバー草案、プロイセン草案、北ドイツ連邦草案は決して無視しえない資料である。この点についてはヘルヴェック Hellweg が詳述強調するところである。彼はこれら草案類とドイツ民訴法とは切れ目のない鎖 ununterbrochene Kette で結ばれているという。
Hellweg, August, Geschichtlicher Rückblick uber die Entsteheung der deutschen Civilprozefsordnung. Acp Bd. 61(1878), S. 78ff.

(2) 三の②の注12に法文を掲げた。

(3) 三の①の注19を参照。

(4) 一八六七年のヘッセン草案はみることはできたが、一八六二年草案は残念ながらみることはできなかつた。一八六七年草案は一八六二年草案をハノーバー草案に従つて修正したものである。

(5) ドイツにおいては訴訟終了宣言について歴史的研究や比較法的研究は、ほとんどなされておらず、それも必ずしも満足すべきではないことはそれぞれの箇所で指摘した。(三の①の注1及び五の注1)。

④ ZPO九三条の系譜

現行ZPO九三条は次のような規定である。

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

外国法典叢書訳（一の①の注3）は次の通りである。

被告ガ其ノ挙動ニ因リ訴ノ提起ヲ誘発シタルニ非ザル場合ニ於テ、被告ガ直チニ請求ヲ認諾スルトキハ、訴訟費用ハ原告ノ負担ニ帰ス。

この規定が訴訟終了宣言の制度をめぐつて、ある有力な見解になつていることはよくしられている事実である。従つて以下ではこの規定の由来を考え、それをふまえた上でこの規定のもつ意味を考えてみようと思う。なお、この規定と同趣旨の規定は、東ドイツ（DDR）民訴法九三条、オーストリー民訴法四五条、ギリシア新民訴法四五条、旧日本民訴法七四条にそれぞれみるところである。

イ、草案八七条

現行ZPO九三条は旧法八九条であり、旧法八九条は、第一、第二、第三の各草案の八七条に基づくものである。草案八七条は次のような規定である。

§87　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 oder wenn er, ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, das Versäumnißurteil gegen sich ergehen laßt.

従つて、これから明らかなことは帝国議会の審議中に草案の後半「oder wenn er, ohne……läßt」の部分が削除されたということである。

この点について記録によれば、第一読会、第二読会とも削除を決めているのである。(1) その理由は一八七五年四月二八日の第七回委員会によれば、被告欠席の場合に被告が訴を誘発した旨の主張立証を原告に要求することは不当であるということである。(2) もつとも同年一〇月七日の第八三回委員会はこの点をめぐつて、草案原案にもどるべきであるという意見がだされ、委員会は紛糾するが結局、削除案が維持された。かような経過はこの条文における問題点はこの文言の当否にあつたということをあきらかにするものであり、この条文自体の一般原則について議論が全くなされなかつたことを物語るものである。そ

こで次に、この条文の立法理由を考慮しなければならない。第一次草案理由書（一八七一年）[3]、第三次草案理由書（一八七四年）[4]は次のように述べている。

1、九一条（草案では八五条）の原則に対して例外をなすこと（第一及び第三次草案）

2、正義と衡平を考慮したこと（第一次草案）。

3、確認の訴や請求の認諾の場合は、このような事態はすくなからず生じ、実際上の意味があること。（第一及び第三草案）

4、この原則は既にプロイセン一般訴訟法（AGO）のI 28 §4 によつて既に規定されていたこと（第三草案）。

5、プロイセン草案二二四条、北ドイツ連邦草案一九五条を一般化することによつて継受したこと（第三草案）。

かかる理由書で示された立法者の意思はこの条文の原型は既に法律として存在したこともあり、またいくつかの草案にも存在したということで、この草案に導入したということではなかろうか。そこで、次に、これらの草案とその理由書を調べなければならない。

ロ、北ドイツ連邦草案（一八七〇年）

草案一九五条[5]は確認の訴についての規定であり、その一項は訴の利益に関するものであり、その二項は訴訟費用についての規定である。従つて、これからわかることは訴訟費用の負担ということで無用の確認の訴の提起を防止することにその目的があるとみるべきであろう。かような考えは既に一八六四年のプロイセン草案にみることができる。

ハ、プロイセン草案（一八六四年）

草案二二四条[6]は確認の訴についての規定であり、その規定の趣旨はいわば給付の訴以外に確訴の訴が可能であることを規定したもので、一項ではその場合の要件を二項では訴訟費用を原告が負担する場合の要件を規定している。二項はやはり確認の訴の濫訴の防止のための規定と読むべきであろう。この規定について草案理由書[7]は、しかし、この点明言していなくて、

この規定はライン法も既に知っており、普通法にも矛盾しないものであり、それに従つたものであるということを言っているに過ぎず、二項については既にプロイセン法で実施されているといっている。[8] 要するに積極的に規定したというより、従来の規定を承継したというのがこの二四四条の立法理由なのであろう。

以上のような事実をふまえてZPO九三条の意味を考えてみよう。そこで注目すべきことは、ZPO九三条が当初確認の訴と併合して規定されていたことである。この規定のねらいは確認の訴の濫訴の防止にあつたとみることは決して誤りではあるまい。そうしてみるとこの規定が訴訟費用の所に設置され、それが公平、正義によるといつたところで本当のねらいは濫訴の防止であつたとみるべきではなかろうか。即ち、ZPO九三条が勝訴原告に負担させる場合のみを規定し、逆に被告勝訴の場合に被告に負担させることを規定していないのはこのような事情によるものと考えるべきであろう。

次に考えるべきことは、①②③で明らかになつた立法者の考えた訴訟費用負担者決定の原則である結果責任主義とZPO九三条との関連である。立法者の当初の意図は明らかにZPO九三条等の規定化には反対したと考えられることから、ZPO九三条の規定は実はそれら反対理由と衝突しない限定的例外なものといわなければならないと思う。そのようなことで九三条の要件は明確でなければならない。つまり、一般的に拡張が考えられるような要件というのはZPO九一条と矛盾しよう。そこでZPO九三条は濫訴防止という特殊例外的なものであるから、九一条と調和するというべきであろう。

このようなことからして、この規定の類推、拡張等の解釈は慎重になされるべきで、類推、拡張となる基盤を見誤つてはならないと思う。[9] しかし、このようにZPO九三条を評価したからといつてこの規定の訴訟費用面への影響を無視してはいけない。つまりこの規定はどのように解しようともZPO九一条の敗訴者負担の原則の例外をなすという事実は否定できないからである。ここで評価すべきは、ZPO九三条はZPO九一条の例外を拡張してより実質的な正義の追求を可能にする

足場を提供する点である。ただ注意すべきは、ZPO九三条はZPO九一条の例外の拡大の足場ということの意味である。これは勿論、九三条を類推解釈や拡張解釈をせよというのではない。つまり九三条の存在は他の類似の例についていわゆる「法の欠缺」ということを示す点にある。従ってこの場合は九三条によって解釈するのではなく原則に立ち返って処理するということである。しかし、このことは別に新しい発見ではない。というのは法制史や比較法に関心の薄いドイツの議論においても訴訟終了宣言について論ずる場合当然の前提としているように思えるからである。ただ制度の比較という点で我々にとって重要なことは、九三条は法の欠缺を存在させるという点に意味をもち、法の欠缺の処理方法は正に学問の発展に委ねたとみるべき点であろう。(10) しかもその処理方法は九一条の例外を裁判所の裁量に委ねたり、いたずらに例外を一般条項化してしまうというのではなく、あくまでも原則に立ち返ってその調和を求めたものというべきであろう。ところがわが国の場合敗訴者負担の原則の例外を一般条項化してしまって、かえって要件を曖昧にして実際上の適用を少なくしてしまったように思える。

このようにわが国の立場を考えてみると、既に述べたように旧民訴法以来訴取下について裁判所の裁量によって処理していこうとしている姿勢が読み取れるが、これは以上のような歴史的視点やZPO九一条aつにいての連邦議会の審議を考えると、ドイツの問題を別の方法で解決したというよりは棚上げしたというべきではないかという気がする。ここに我々はあらためてドイツ法が例外規定を一般的に整序しない意味や訴訟終了宣言の制度の理論化の努力を考えてみる必要があろう。

(1) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 2, S. 910 u. S, 1209.
(2) Hahn, a. a. O., S. 550.
(3) Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung, Berlin, 1871 S. 285.
(4) Entwurf einer Civil-prozeß-Ordnung fur das Deutsche Reiche mit Motiv, 1874, S. 436 (=Hahn, S. 199)
(5) 北ドイツ連邦草案九五条（一八七〇年）

Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund, Berlin 1870.

Erstes Buch allgemeine Bestimmungen

fünfzehter Titel Von der Klage und der Widerklage

§ **195** Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte das Recht desselben oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde sofort anerkennt, oder wenn er, ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, das Versaumnißurtheil gegen sich ergehen laßt.

(6) ドロイセン草案二二四条（一八六四年）

Entwurf einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat, 1864.

Erstes Buch Allgemeine Bestimmungen Zehnte Titel Von den Klagen und der Wirkungen ihrer Zustellung.

§ **224** Ein Anspruch kann im Wege der Klage auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung geltend gemacht werden, sofern der Kläger ein rechtliches Interesse dabei hat, daß der Anspruch durch das begehrte Urteil alsbald festgestellt wird. Insbesondere kann unter dieser Voraussetzung geklagt werden:

1. auf Anerkennung einer noch nicht falligen oder bedingten Forderung ;
2. auf Anerkennung der Rechtheit einer Privaturkunde.

Ist jedoch das Recht des Klägers vor Anstellung der Klage nicht durch Verzug oder in anderere Weise verletzt worden, so hat der Kläger die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers sofort anerkennt, oder wenn derselbe, ohne auf die Klage sich einzulassen ein Versäumnißurtheil wider sich ergehen läßt.

(7) Motive zu dem Entwurf einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat, Berlin 1864 S. 50.

(8) Allgemeine Gerichtsordnung für die Prußischen Staaten Erster Theil Prozeßordnung 1795, Berlin.

Achtundzwangzigster Titel Von exkutivischen Prozessen, und von der Klage aus einem Judikato.

§ **4** Auch wegen Aufnehmung der Klage, und wegen des ganzen fernern Verfahrens bei der Instruktion der Sache, finden hier eben die Vorschriften, welche in dem vorhergehenden Titel bei dem Wechselprozesse gegeben worden sind, Anwendung; nur unter

folgenden naheren Bestimmungen und Ausnahmen:

1) Aus Wechseln kann nur, wenn die Verfallzeit voruber ist, geklagt werden. Hingegen findet aus den Instrumenten §2. Nr. 1. 2. 3. 4. die exekutivische Klage auch noch vor der Verfallzeit zu dem Ende Staat, daß entweder der Beklagte seine Verbindlichkeit, zur Verfallzeit zu zahlen, nochmals gerichtlich anerkenne, oder zu dieser mit dem Ablaufe der Verfallzeit zu bestimmenden Zahlung durch den Richter verurteilt werde. Doch muß in einem solchen Fall, wenn der Beklagte seine Verbindlichkeit zur Zahlung mit der Verfallzeit pure anerkennt, und dieselbe zur gehörigen Zeit wirklich leistet, der Kläger demselben alle Kosten erstatten.

(9) Waldner（三の②の注5）は形式論理でこの九三条の適用範囲の拡大を述べている（八五頁）。本書が一八八三年のものであることを考えると立法後まもなく既に立法者の意図を離れての解釈がおこなわれたとみるべきであろう。もつとも Gerson, Lang はそれぞれ一八九四年に訴訟費用に関する規定は欠陥（欠缺）があると指摘している（本論文四の注11を参照）。

(10) Goppinger（三の①の注1）S. 17-18 は、問題の所在は立法者はわかつていたが、当時の学問水準では明確に立法によつて解決できなかつたと述べている。

⑤ ZPO二七一条三項の沿革について

ZPOはその二七一条三項において「Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist.」として訴取下者が訴訟費用を負担する旨規定している。そこでこの規定の淵源を概観してみよう。

これは一八五〇年のハノーバー訴訟法では一七四条第一項にみることができる。(1)

レオンハルトの注釈書(2)は専ら今日でいう訴訟係属の消滅や一方的に原告が被告の本案についての陳述前にできることについてであり、訴取下の場合の原告の訴訟費用負担の規定はいわば当然視している。この態度はいわゆる一八六六年のハノーバー草案に受け継がれ同草案二二〇条第三項は多少の字句の修正はあるも基本的姿勢は何等変化していない。(3)

次の一八七〇年の北ドイツ連邦草案では従前訴の取下については一ヶ条の規定にしていた体裁を各項を独立した条文に

し、しかも Abstand から Zuhücknahme と語句の変化があり法文も相当修正されているが、やはり基本姿勢は三七三条一項にはつきりとうちだしている。[4] なお、ハノバー草案で再訴について原告の費用賠償を単に要件としているが、この草案では今日の二七一条三項四項に相当するような規定になつており、いわば今日の再訴についての規定の原型になつている点は注目すべきであろう。

そして、これはいわゆる一八七〇年第一草案に引き継がれ、同草案二二一条は四項に分けて訴の取下について規定している。つまり同条三項四項は北ドイツ連邦草案三七三条とほぼ同じである。[5] 従つて、ここでもやはり原告負担の原則は少しも変つていないのである。理由書は単に費用の点に関しての（諸）規定は被告の応訴による煩を防ぐための規定であるとしか言つていないのである。[6]

さて、最終草案である第三草案では二三四条は第一草案の二二一条を受け継ぎ、その三項四項は全く同じである。従つてここでも、基本姿勢は変つていない。理由書は今度は「原告の訴訟費用賠償義務は被告の申立により判決により言い渡される旨の規定は九五条一項（現行九一条一項）の規定から必然的である」とする。[7] そして、この第三草案は議論らしい議論もなく[8]そのまま二四三条となつたのである。一八九八年改正法では単に二七一条に条文番号が変化し、実質的改正は受けなかつた。

一九三一年のいわゆる改正案では、この草案の目的である訴訟促進という制度的利益の強調を受けて、同草案二二七条は被告の同意権の濫用制限とならんで、費用裁判は口頭弁論なしの決定でなすこと、そしてこの決定は即時抗告に服することを規定し、更には四項に sofern ihm nicht das Armenrecht bewilligt war という制限をつけている点が注目される。[9]

さて、一九四三年のいわゆる第四簡素化令第三条により二七一条は改正を受ける訳であるが、[10] 我々の関心事の点についていえば、従前、原告の訴訟費用賠償義務の言渡は被告の申立により判決によつてなされる旨の規定が口頭弁論を必要としな

い決定によつてなされ、しかもそれに対しては上訴できない旨の規定に改正し同時に六一四条aを吸収し判決の失効についても規定した。

そして、一九五〇年のいわゆる統一回復法二条四三号(草案では二条四〇号)[11]で原則として二七一条三項の簡素化令の修正を承認し引き継いでいる。もつとも上訴できない点は戦時立法であつた故に、削除とし原告の義務の言渡と並んで判決無効になつた旨の言渡も決定手続でなしえる旨修正して今日に及んでいる。

なお、最近の改正草案である一九六七年の改正草案でも二七一条は二七五条に条文の番号が変つているが実質的変化はない(草案一条の二九。同草案一二〜一三頁。及び理由参照九一頁)[12]。

このように概観してみて明らかなことは、二七一条の沿革史では訴取下の場合の訴訟費用の訴取下者負担規定については全く問題とされていないということである。この点は民訴法の立法当時のラントの立法も同じ態度であり[13]、比較法的にかような立法例もあることから[14]、逆に日本法の一〇四条という態度こそ奇妙なものだということになろう。もつとも訴取下の場合に訴訟費用の負担者について規定をもたないのは一八六四年のバーデンの訴訟である[15]。しかし、同法は訴訟費用負担者決定につき結果説ではなく損害賠償説であることに注目すべきであろう[16]。つまり、日本法の態度は結果責任説にたつ限り、立法例がすくないということになろう。この点は考えるべきである。

(1) §271 I Der Abstand vom Processe bewirkt kraft des Gesetzes, daß die Sache in die Lage zurückversetzt wird, in welcher sie vor Erhebung der Klage befand, und verpflichtet daneben die den Abstand verlangende Partei, der Gegenpartei sämmtliche Kosten, soweit nicht daruber rechtskräftig bekannt worden, zu ersetzen.
これは草案を無修正したものであるが、理由書には訴訟費用の負担についての記述はない。

(2) A. Leonhardt, Die bürgerliche Proceßordnung und deren Nebengesetze, Bd. 2, 3. Aufl., 1861, S. 132-133.

(3) §220 III Der Abstand bewirkt kraft Gesetzes, daß die Sache in der Lage zurückversetzt wird, in welcher sie sich vor Erhebung

der Klage befand, und verpflichtet den Klager, dem Beklagten sämmtliche Kosten, soweit nicht darüber rechtskraftig erkannt ist, zu ersetzen. Erst nach Leistung dieses Ersatzes darf eine neue Klage angestellt werden.

(4) §373 I　Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Sie verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt war. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch ein Urtheil anzusprechen.

(5) §221 III Sie hat zun Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist, und verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht uber dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch ein Urtheil anzusprechen.

(6) Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung nebst Begrüngung, S. 310.

(7) Hahn. a. a. O., (三の④の注1) S. 263.

(8) Hahn, a. a. O., S. 586, 915, 1003, 1217.

(9) Entwurf einer Zivilprozeßordnung veroffentlicht durch das Reichtsjustizministerium, 1931. § 227 und S. 313.

(10) Verordnung zur weiteren Vereinfachung der burgerlichen Rechtspflege (Vierte Vereinfachungsverordnung-4. Vereinf. V.). Vom 12. Januar 1943, RGBl. I S. 7.

§3 Vereinfachung der Klagerücknahme

(1) §271 Abs. 2 und 3 der Zivilprozeßordnung erhalten folgende Fassung;

… Wird die Klage zurückgenommen, so ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ; ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos, ohne daß es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf. Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig uber sie erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Beschluß auszusprechen. Der Beschluß bedarf keiner mündlichen Verhandlung und ist unanfechtbar.

(2) §614a der Zivilprozeßordnung wird aufgehoben.

(11) 二の㊀の注2参照。

(12) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung. Stand 17. Nobember 1967. もっとも一九七〇年二月五日に連邦参議院に提出された際は二七一条については条文番号の改正もないままであった (Drucksache 82/70)。つまり全く改正なしである。

(13) プロイセン (Enwturf einer Prozeß-Ordnung in burgerlichen Rechtsstreitigkeiten fur den Preußischen Staat, 1864) ではその草案二三二条に規定していて、理由書 (Motiv, S. 52) は単に現行法 (A. G. O. Th 1. Tit 20 §21) に一致することしか書いていない。

ヘッセン (Entwurf einer Proceß=Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Hessen, insbesondere die Provinzen Starkenburg und Oberhessen, 1867) はその草案二九五条に規定しているが、これはくへくー草案二二〇条と全く同じである。

ビッテンベルク法 (Die Civilproceß=Ordnung für das königreich Wuttemburg, 1869) 三〇四条はバヘバー草案二二〇条二項を除いてそのまま受継いだものである。もっともこの三〇四条は草案三〇一条に由来するものであるが、理由書 (Die Motiv) や委員会の記録 (Commissionberichte) には取下者の訴訟費用負担についての記述はない。

バイエルン法四九八条 (Die Prozeßordnung in burgerlichen Rechtsstreitigkeiten fur Konigreich Bayern vom 29. April 1869) は多少の字句は異なるもバヘバー草案二二〇条と同じものである。

ザクセン草案二六八条 (Entwurf einer burgerlichen Prozeßordnung fur das konigreich Sachsen, 1865) は「Die Partei, welche ihrer Klage entsagt, oder sich dem Klaggesuche unterwirft, hat der Gegenpartei die Prozeßkosten zu erstatten」であり、草案五六九条に訴取下についての規定を置く。しかし、理由書からはこのように分離したこと及び訴取下者の訴訟費用負担の原則についての記述はみることができなかった。

(14) オーストリー民訴法は二三七条三項にドイツ民訴法と同じような規定をもつ。

ギリシア新民訴法 (Baumgärtel/Rammos Das griechische Zivilprozeß-Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, 1969) は三〇七・三〇八条において訴の取下を規定している。訴訟費用は一九〇条一項が放棄と共に、取下の場合について規定し、取下者負担を明らかにしている。

スイス連邦民訴法については本論文の五の②において紹介した。戦前の論文であるが Völki (三の①の注5) は各カントン (州) における訴取下の場合の訴訟費用の負担者決定の規定について詳しく述べている (一五三頁)。それによると、請求の放棄と同じく扱っている州が多い。しかし、いずれにせよ取下者負担の原則の規定は各州は有しているようである。

北欧の民訴法もドイツ法の影響を受けていることは否定できない (Per Eke lof, Wie man in Schweden Recht spricht, 1949, S. 53)。従ってフィンランド法 (Tauno Tirkkonen, Das Zivilprozessrecht Finnlands, 1958 S. 40) やデンマーク法 (Munch-Petersen, Der Zivilprozess Dänemals, 1932, S. 49) やスウェーデン法 (Gerhard Simon, Das Zivil-und Strafprozessgesetz Schwedens, 1953) に、それぞれ訴取下の場合に取下者負担の原則をみることは容易である。もっともスウェーデン法の一八節五条二項は「Wird ein Verfahren eingestellt, weil eine Partei ihre Klage zuruchgenommen hat ober ausgeblieben ist, so hat sie Rrozeßkosten des Gegners zu erstatten, wenn nicht besondere Umstände eine andere Regelung der Erstattungspflicht veranlassen.」として留保を付しているのは興味あることである。この法は一九四八年一月一日に施行されたものである。なお、同様に留保を有しているのは戦後のユーゴスラビア法である(Zivilprozessordnung der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien, Berichte des osteuropa-Instituts an der freien Universität Berlin, Heft 33, 1957)。即ち、同法一四七条一項は「Bei Rucknahme der Klage ist der Kläger verpflichtet, der Gegenpartei die Prozesskosten zu erstatten, es sei denn, dass die Klagerucknahme alsbald nach Erfulung der Klagforderung durch die beklagte Partei erfolgt ist.」というのである。

(15) 一八六四年の Baden 民訴法はその三一〇条が今日でいう訴の取下を規定しているが、その場合の訴訟費用についての規定を欠いている。もっとも、被告の同意のない訴の取下は放棄とみなすとしている (二項)。放棄については三〇九条が規定していて、同条によれば敗訴判決と同じ効果をもつこと (一項)、相手方に訴訟費用を賠償しなければならないことを規定している (二項)。しかし相手方の同意による放棄でしかも費用分担についてとりきめ

のない場合は、費用は各自の負担とみなすと規定している（三項）。このことはそもそも同法一六九条の費用分割原則が単なる結果責任説でないためと思う（三の②の注12を参照）。

（16）結果責任説、損害賠償説等については三の②に詳しい。

⑥ まとめ

①～②の問題状況の中で立法者は③④⑤の判断をした訳である。つまり基準時こそが判決にとつて重要であり（①）、判決なり訴訟の結果こそが訴訟費用の負担者を決めることになる（②）から、訴訟の途中の状況を考慮して訴訟費用の問題は考えるべきではない（③）。しかし場合によつては、即ち即時認諾に限つて勝訴者に訴訟費用を負担させるが（④）、しかし訴の取下の場合は例外なく取下者が訴訟費用を負担するものとする（⑤）というのであつた。かような立法者の態度は③と④をみると一貫しないともいえるし、ともかく立法者の価値判断は訴訟の途中まで理由のあつた訴についての処置については立法ミスとも思えるような不公平な結果であり、それは法の欠缺とも十分いえる状況であるといえるようなものである。統一的理論の確立が急務であり個々の問題を場合によつては切り捨てざるをえない当時の状況によると（①、②）いたしかたないことと思われるが、それだからこそ余計に法典が成立し一段落した後に次の四でみるように問題が発生した訳である。

四　ドイツ民訴法典成立以後の問題状況の概要

〔三〕で明らかになつたことは民訴法典自体、一見いわば矛盾したものをもつているということであつた。即ち、それは結果責任主義を採用しながら敗訴者の事情を考えるという態度である。従つてこれを矛盾したものと解さないこと、つまり一貫性あるものとして考えることが法典成立以後解釈学に委ねられた問題である。そこで日本訴法一〇四条がこのための一

つの解答といえるかもしれない。ただ、それにしてはこの一〇四条による解決は問題が残ることは既に述べたところであるし（1の②の5、三の⑤）後述するところでもある（五）。いずれにせよ、ドイツ民訴法はかようなわが民訴法一〇四条と同じような態度は採らなかつたのである。そしてその場合ドイツでは法の欠缺を埋めるということで立法論に等しくなるためか、あるいはいわば白地に絵を描くようなものになるためか、結論においてさえ相反する種々の理論が主張されたのである。それらの理論で共通していることは欠缺の存在という点の認識だけであつた。

そこでドイツではこの問題をいかに解決したのか概観してみよう。ただこの問題は歴史的問題であると共に現代的問題である点に注意しなければならない。というのはＺＰＯ九一条ａの存在があるからといつてこの条文が全ての解決を規律している訳ではなく、むしろこの規定は非常に例外的な場合の特殊規定とみるべきであるから、実のところ問題の大部分は判例と理論に委ねられているといつてよいからである。即ち、問題状況は法典成立直後と変つていないのである。従つてこの問題はこの制度をどのように解するかということであり、これは訴訟終了宣言の申立という訴訟行為の法的性質論といつてもよい。これについては別稿を考えているので本稿では制度の生成過程の大略を知る限りで簡単に記述するのに留める。従つて判例、学説を全て網羅した訳ではなく、多くの論稿によつて引用されている代表的なものに限定した。いずれこの部分は自らの資料収集によつて検証しようと思つている。(1)

法典成立後問題となつたのは「訴状送達前即ち訴訟係属前に被告が弁済した場合、あるいは認諾した場合、この訴訟費用は誰が負担するのか」といつた問題である。この場合、建前論としては訴訟費用は原告負担である。そこでこれではあまり不合理だというので問題が生じたのである。ある者はこれは特別な訴で救済を求めることができるとしたり、(2) ある者はそもそも救済はできないとしたりした。(3) 又、ある者は訴訟費用についてのみ従前の訴訟を続行すべしとも主張したり、(4) ある者はＺＰＯ九三条の類推が可能であると主張したりしたのである。(5) このように、一つの個別的問題について考えられる解決方法

がまさに全て主張された感を呈したのである。

このような個別的解決理論をより一般化したのがピッツァー Pfizer である。[6] 彼は訴訟費用の賠償責任の本質を、不法Unrechtに争つたという点に求めたのである。従つて本案について判決がなされた場合（本案終了事実の発生により実際は本案判決を下すことはできないのであるが）を想定して、その場合の判決が訴訟費用裁判にとつて決定的になると主張した訳である。この彼の考え方を延長させると、例えば、訴訟費用の裁判にとつて重要なのは訴提起時に訴が適法かつ理由具備かということになるし、[7] また被告が原告の訴の提起に誘因を与えたか（Anlaß zur Klageerhebung geben）否かということになる。[8] しかし、かような考え方は、結論は正しいとしてもＺＰＯの結果責任主義に正に反するのではないか、訴訟費用裁判の基準時はあくまでも口頭弁論終結時であるという批判も提出された。[9] この批判はさらに自己の主張の基礎に国家的経済的見地からの配慮を強調することもある。[10] このように議論は個別的問題の処理から一歩進んで一般的な訴訟費用賠償請求権の問題になつたのである。そうすると、今度は民訴法の一般原理との調和が問題となつたのである。

法の欠缺ということでは意見の一致の方向にあつた学説、判例は個別的に終了事実の分析なり、または一般的な判決によらない訴訟終了の体系化という作業とは別に、問題を訴訟行為との関連でみてみようという方法に関心があつまり、例えば、特殊な訴の変更[12]と考えたり、あるいは特殊な請求の放棄と考えＺＰＯ九三条の類推を考えたりする見解が有力になつてきた。[13] 同時に、被告の側に終了事実について以後審判を拒絶する抗弁が生じるといういわば被告の側からアプローチした見解も主張されるようになつた。[14] このように一般的な傾向は単なる訴訟費用の問題としてではなく、一つの独立の訴訟行為として認めていくということであつた。そして第二次大戦中に両当事者が一致して終了を申立てた場合が立法化されるにおよんで、この問題はその非嫡出性をもつて批難されるということはなくなり、いかにして嫡出性を与えるかということになつたといえよう。[15] 戦後の、そして今日もまだ決着をみない訴訟終了宣言の法的性質論が多岐にわたることと同時に、その内容が、

訴変更説、訴取下説、訴放棄説と既存の訴訟行為の中にその原型を求める見解とドイツ民訴法の独自の制度であるとする見解にわかれたり、あるいはこの行為はいわゆる与効的訴訟行為か取効的訴訟行為かについて見解がわかれたのも、実はこのような法典成立の事情とその後の判例、学説の流れに帰因すると断言できると思う。

このような状況において、これら学説の主張の中の問題解決内容の当否は別にしても、法典に欠缺があるという認識に基づいての問題提起は高く評価すべきものと思う。つまり、これら法典成立以後の学説、判例の動向を評価すべきであつて、それらの説く内容が相反すること、あるいはその説く内容がわが国での一〇四条による解決方法に比して複雑で実益がないと評価することは正に当面の現象的側面に目を奪われドイツの学説、判例の誤つた理解と評せざるをえない。即ち、ドイツ法の当面する問題状況を正当に評価した後にこの制度の当否を考えるべきであつてそれを怠つている通説は結論の当否を別にしても説得力を欠くといわざるをえないし、又その説く結論も既に述べたようにすこぶる怪しいものである。

なおここで注意すべきことはZPO六二八条の問題である。当時の理論はこの条文に相当影響を受けたのである。ところでZPO六二八条は

Stribt einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Urteils, so ist der Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt anzusehen. （斎藤＝小野木＝中野、外国法典叢書独逸民訴法Ⅱの訳では「判決ノ確定前配偶者ノ一方ガ死亡シタルトキハ訴訟ハ本案ニ関シ完結シタルモノトス」）という規定である。日本法には直接これに相当する規定はないが同じ結論をとるであろう。

さて、この規定は一八九八年の改正時に挿入されたもので、判例によつて促された改正といわれている。[16] この規定は法六四〇条によつて親子関係訴訟にも準用されるが、問題は他の事件にも類推されるかである。ZPO九一条aが存在せず、また訴訟終了宣言制度が理論的に十分発展しなかつた時はこの条文を一つのよりどころとしたり、あるいはこの条文を含めて判

決なき訴訟の体系化を試みる者が多かつたのである。しかし問題は全く別でこの六二八条と我々が問題とする訴訟終了宣言の制度とは直接関係なく、この六二八条と無関係に論じるのが今日の理論の到達したところであり、これは正しいものである。というのは、この六二八条は特殊すぎることと、この場合は弁論主義は関係なく裁判所が独自に終了時を調査するということで、正に当事者訴訟行為にならないからである。

以上により法の欠缺の補充とか正義の感情による解決とかいつておよそ法文とはかけはなれた所で問題が提起され、それに起因して種々の考えが提案されたという経過、原因は明らかになつたと思う。要するに条文の存在で制度が発生したというのではないし、また条文によつて完全に解決されたのでもなく正に当初の法典に既に内在した理論的な問題であり、そういう限りでは日本法自体にも回答を迫つている問題といえよう。そして、いまなおドイツでも定説がないということでは未解決な問題だということもあらためて注意しなければならない点である。

(1) Grunsky, Grundlagen 2. Aufl., S. 103. Anm. 1 は、文献は kaum noch ubersehbar という。まさにその通りで、判例まで含めるとおびただしい量である。文献、判例等の概要はDissertation をみると便利である。例えば Temmig, Der Einfluss der Erledigungserklarung auf die Rechtshängigkeit, 1972 等。ただ完全な文献表というものは私のみた限りないように思う。

(2) Ungenannte Verfasser, JW 1884, S. 190.

(3) OLG Stuttgart (vom 7. 6. 1883). ZZP. 9, 122=SA 40, 95; AGO Oppeln (vom 26. 9. 1889), ZZP 15, 399. なお、この問題は今日では、訴訟係属発生前の訴訟終了宣言として問題となつている。例えば Bucking, Hans-Jorgen; Zur Moglichkeit der Erledigung der Hauptsache vor Anhängigkeit des Verfahrens, ZZP 88, 307.

(4) Linckelmann, JW, 1884, S. 264.

(5) OLG. Karlsruhe (vom 2. 11. 1883) JW. 1884, S. 244.

(6) Pfizer, Zur Lehre von der Prozeßkostenersatzpflicht; Wer hat die Kosten zu tragen, wenn in der Hauptsache keine Entscheidung zu fallen ist? Gruch. Bd. 30 (1886), 98.

(7) RGE. Bd. 54. S. 39/40: Bd. 57 S. 385: Bd. 101, S. 104; Bd. 114 S. 232.

(8) Staub, Zwei Kostenfragen, JW 1886, S. 209.

(9) Mannherz, Die Entscheidung uber die Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, Gruch 49, (1905), S. 63.
(10) Gmelin, Prozeßkostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache, Recht 1907 S. 1290.
(11) Lang, Die wensentlichen Mangel der Deutschen Reichs=Civil=Prozeß=Ordnung und Vorschläge zu ihrer Revision, 1894, S. 29. Gerson, Die Erledigung des Klageanspruchs während des Prozesses ZZP. Bd. 19 (1894) S. 262.
(12) Lazarus, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozesse, Gruch, 52. (1908) S. 533.
(13) Hellwig, Anspruch und Klagerrnecht, 1924. S. 365, System I S. 758, Kisch, Klageverzicht und Erledigung der Hauptsache, Recht 1924 SP. 1.
(14) Kleinfeler, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2 Aufl., 1910 S. 487, 3. Aufl., 1925, S. 455.
(15) Grunsky, Grundlagen, 2. Auful., S. 112は両当事者による訴訟終了申立の場合はともかく、原告のみの訴訟終了の主張の場合は、そもそも解釈論としての適法性を論証しなければならないとする。そして適法性については、慣習法上認められた制度としてみなければならないであろうと説く。
(16) Motiv zu dem Entwurf eines Burgerlichen Gesetzesbuches für Deutsche Reiche, Band IV, Familienrecht 1888, S. 63. なお Goppinger, Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, 1958, S. 17 にも要領よい説明がある。

五　オーストリー法、スイス法における問題状況について

比較法的にこのドイツ法における訴訟終了宣言の制度は、どのように位置づけられるのであろうか。

以下では、いわゆるドイツ語圏ないしはドイツ法系の各国での状況をみて、この問題を考えてみようと思う。(1) 従つて、オーストリー法とスイス法が中心となろう。本来なら他の諸国をも考察対象とすべきであるが、筆者の能力の問題もさることながら、同じゲマイネスレヒトからそれぞれ発展し互いに影響しあつたドイツ、オーストリー、スイス法をみるのは、単に比較法的視点のみならず、法の歴史的展開過程が考察されて便利であると思つたのにほかならない。

(1) 訴訟終了宣言についての比較法的研究といえばオーストリー、スイスについてのゲッピンガーの論文（五の①の注1参照）とMuller, Rolf; Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, vergleichende dargestallt nach deutschem, franzosischem und englischem Recht,

Berlin 1939 の論文をみるだけである（後者は一九三九年ベルリン大学に提出された Dissertation で全六二頁のうち比較法的部分は二〇頁である）。なお三の①の注1参照。

① オーストリー法

ドイツ法系に属し、ドイツ民訴法と姉妹関係 Tochterverhältnis があるオーストリー民訴法において、ドイツ法において問題とされた訴訟終了宣言の問題は、一体存在するのであろうか、もしないとすれば、それはどのような手続で処理されているのであろうか、オーストリー法の問題解決法は、ドイツ法にどのような示唆を与えるであろうか、といつた一連の問に答えるべく、以下オーストリー民訴法での問題を考察してみる。(1)

1 訴を訴訟費用に制限するという方法—その性質—

オーストリー法は、ドイツ法と親密な関係があることは歴史的には明らかなことである。いわゆるドイツの第三簡素化令(2)はオーストリーにおいても効力を有し、その一二条第二項は、「第四条第一項は、訴の要求 Klagebegehren が訴訟費用 Kostenersatz に制限される場合準用される」というものであつた。(3) もつとも、この命令は一九四五年一〇月三日のオーストリー民事司法回復の処置についての法律により廃止され、一九三八年三月一三日の民訴法が若干の修正をもつて再び効力を有し今日に至つている。(4)

さて、この簡素化令の文言が如実に表しているように、オーストリー法ではドイツでの訴訟終了宣言の制度として問題とする事項は、このように訴の申立を訴訟費用に制限する方法で処理する訳である。この点は戦前から今日まで異論なく認められた方法である。勿論この申立の制限の法的性質、法的取扱いをめぐつて議論があるところである。(5)

なお、ドイツ民訴法六二八条(6)、九三条等(7)の訴訟終了宣言について関係のある条文と同趣旨の規定はオーストリー法にも存

在する。

さてそこで、例えば今日最も代表的かつ信頼しえるファシング（H. W. Fasching）の注釈書は大略次のように述べている。[8]

「原告の請求が履行された場合は、原告は従前の請求を訴訟費用の点にのみ縮減せざるをえない。彼が第一審の〔口頭〕弁論終結前にこれをしないならば、原告は請求の棄却と同時に被告に対して訴訟費用の賠償責任を負う」と。そして、ホルツハンマー（Holzhammer）[9]によれば「請求の制限は決して訴の変更ではなく、それは部分的な訴の取下であり、その原則に従う。それ故に、被告の同意がない場合は一部放棄ということになる。請求を訴訟費用に制限すること（本案終了）もこれらと何等かわることがない（この点争いがある）」とする。

そこで問題は、この場合かかる訴訟費用への制限とはいかなる意味と効力をもつかということである。[10]即ち、いかなる原則で規制されるか、そして再訴は可能かといった問題である。

〔A〕 前述のホルツハンマーの考えからすれば、[11]本案については訴の取下[12]か訴の放棄[13]があったことになろう。

〔B〕 この点スターゲル＝ミッヒルマイヤー（Stagel-Michlmayer）[14]によれば、これは二三五条四項[15]によって判断されるべきであって、訴の取下として判断されるべきでないとする。[16]

両説の差異を明らかにするため、それぞれの説にたってその効果を述べてみよう。なおこの点について詳述していないので、結局それぞれの説を筆者が延長させて考えてみた訳である。

イ、A説によれば訴取下の二三七条[17]によることになるから、それによれば、第一回口頭弁論期日までは被告の同意なしに（被告が欠席した場合は次回期日まで）訴の取下ができる。また、訴の取下と同時に請求を放棄すれば、被告の同意なしに口頭弁論終結時まで訴の取下はできる（二三七条一項）。従つて典型的な例、即ち、訴訟がある程度進行している途中で訴訟終了事実が発生した場合、この説では、被告の同意があれば訴の取下として従前の訴訟は取扱われることになる。このことは二三七条三

項の「訴取下は訴訟費用原告負担」の原則は事柄からして適用されないとともに、再訴は可能ということになる。被告が同意しなければ、訴の放棄を同時にすることによつて従前の本案を消滅させることになる。従つて、本案再訴はできないことになる。[18]

ロ、B説[19]によれば二三五条第四項を根拠とするから、訴の変更でなく、そしてまた訴の取下でもないとするから、何等原告はそれらの規制を受けず（例えば、被告の同意を要することなく）、自由に訴訟費用にのみ申立を制限することができる訳である。しかし、この説の問題点は、かかる解釈は決して二三五条四項から直接導かれるものでなく、いわゆる類推であるにもかかわらずその論拠が明確でないことである。[20]更に、この説の論者は原告の恣意を防ぐために、二三七条三項の規定は恣意によつては排除されない（即ち、恣意に申立を制限したら訴の取下と考える）というふうにいうが、[21]この恣意か否かの基準は曖昧だし、かかる規制原理についての説明もない。また、この説によれば本案の再訴は可能ということになろう。[22]

この問題について近時の判例はB説のようである。[23]A説、B説いずれにせよ、オーストリー法はドイツ法とは全く異なつた方法で問題を処理している訳である。

なお、訴訟費用に制限された訴は判決によつて裁判される。[24]これは抗告 Rekurs[25]によつて取消されうる（五五条）。この場合裁判の基準となるのは、原則として訴が効果を得たであろうかということである。[26]区裁判所 Bezirksgericht[27]での場合は簡易手続 Bagatellverfahren[28]で再審査され裁判される（四五三条二項）[29]が、この場合は上訴は許されない（例外は五〇一条）。[30]

2、オーストリー法に対する評価

以上の考察から明らかなように、ドイツ法での訴訟終了宣言の制度を知らないオーストリー法は日本法とはこれまた異なつた制度をもつているということができる。しかし、このオーストリーの制度もまたドイツ法の訴訟終了宣言制度と同じく

（あるいはそれ以上に）理論的にも実際的にも問題があるといわなければならないであろう。オーストリー法のかかる問題性の原因は、ドイツ法と同じく法の欠缺ということで、従前の理論との調和を考えず正義感情に基づき実務で必要に迫られて作られたということであると思う。[31] このことはドイツの訴訟終了宣言制度についての議論の紛糾を考えるとき、ドイツ法、オーストリー法の共通性が感じられはなはだ興味あることである。そしてまた、ドイツ、オーストリー民訴法典ともいわばその源は同じでありながら[32]この問題については全く別の道を歩み、従前全く両者の間に交渉がもたれていないということも興味のあることである。

こういつた事情はこの問題についての対応の仕方は唯一絶対ではないということを示すとともに、どの対応の仕方がよりベターかの選択の基準を与えるものである。既に述べたオーストリー法の対応の仕方は、理論的に不明な点が多く、ドイツ法にくらべると必ずしも十分でないように思える、それは恐らくあまり問題とされなかつたという事情によるものと思われ決して批難すべきことではない。ただその結果理論化というより妥当な結論をひきだすことを重視し、いわば一般条項による解決という感を与えるのである。更に言えば、このオーストリー法の状況は〔四〕でみた今世紀初頭のドイツの状況と等しいといつてよいように思う。

従つて、オーストリーでは対応方法の理論の深化は今後の課題になろう。そういう意味でたとえていうと、ドイツではその問題処理方法が既存の制度との調和を目指していわば訴訟終了宣言として認知され嫡出子と同じ地位を得ているのに対し、オーストリーでは何とかしなくてはならないという点では一致をみるもその取り扱いに苦慮していていまだに非嫡出子的地位にあるということができるのではないかと思う。ドイツ、オーストリーについての関係をこのようにみることは問題があるにせよ、ここで注目しなければならないことはオーストリー法においても「裁判官の裁量」ということで処理していないということであり、問題解決のためいろいろ努力しているという姿勢である。この点日本法の態度に反省を迫るものと

みなければならないと思う。

（1）使用文献については Rosenberg-Schwab, Holzhammer の文献案内を参考にした。判例と論文については Index der Rechtsmittel entscheidungen und des Schriftums (begründet von Hehenecker), 1946～1971 を利用した。

既にゲッピンガーは一九五七年に Goppinger, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nach österreichschem und schweizerischem Recht, rechtsvergleichende Betrachtungen, ZZP, Bd. 70, S. 304ff という論文を執筆している。これは本問題、即ち、オーストリー法と訴訟終了宣言の制度についての唯一の論文であると思うが、しかし今日からみれば批判されるべきものをもつている。使用した資料が古いということは当然にしても、ドイツ法にとつて意味づけがなされず単にいわゆる事実の報告に終始している点であり、さらに教科書、体系書のみで論文を参考にしていない点で誤りではないが不正確、不親切な記述に思えるのである。より重要な点はとにかく今日では彼の報告した学説なり判例なりの理論が通用しているかという点であると思う。

ホルツハンマーというのは Holzhammer, Richard; Österreichisches Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 1970. である。本書は今日のオーストリー民訴法を概観するには便利な本である。しかし個々の論点について単に見説ありとして文献引用がないのが不便である。彼が主として利用した文献は次のものであり、筆者もこれらを利用した。

Fashing, H. W; Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 4 Bände 1959–1969.

Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozeßgesetzen 2, Bände, 1897.

Petschek, G., and Stagel; Der österreichische Zivilprozeß, 1963.

Pollak; R; System des österreichischen Zivilprozeßrecht, 2. Aufl.,1932.

Sperl, H; Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, 1925–1930.

Stagel, F., und E. Michlmayr; Zivilprozeßordung und Jurisdiktionsnorm, 12. Aufl.,1960.

Wolf, K; Grundriß des osterreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., 1947.

Index の最近の編者は Rudolf Stohanzl, Gerhard Friedel, Peter Doralt, Edgar Biussi, Wolfgang Gassner の五氏である。これによつて調べたところ最近の論稿で興味あるものとして次のものがある。

Steiniger, Viktor; Kommentar zur Entscheidung des OGH v. 3. Feb. 1966, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht Bd. 2, 1967, S. 172ff.

Lambauer, Heimo; Die Klagseinschränkung auf Kostenersatz, Österreiche Juristen-Zeitung, Bd. 24, 1969, S. 169 ff.

Lorber, Hermenn; Die "Einschränkung des Klagebegehrens auf Kostenersatz", Juristishe Blätter Bd. 93, 1971, S. 612 ff.

判例については Stagel/Michlmayer が引用するもの以外に特にあがつたものはなかつた。

(2) 前述二の①参照。

(3) Dritter Abschinitt Sondervorschriften fur die bürgerliche Rechtspflege und das Kostenrecht in den Reichsgauen Wien, Karnten, Niederdonau, Oberdonau, Salzburg, Steinermark, Sudtland und Tirol-Vorarlberg (§9～§12)

§12 Sostige Vereinfachungen im Verfahren und ım Kostenrecht.

2. § 4 Abs. 1 ist entsprechend anzuwenden, wenn das Klagebegehren auf den Kostenersatz eingeschränkt wird.

ここでいう四条一項については前述二の①参照。

(4) Stagel-Michlmayer S. XXI.

(5) 申立がいつまでできるか申立には被告の同意が必要かといった点は法的性質論に関係する。訴の取下はオーストリー民訴法では上級審ではできないことに注意 (Holzhammer, S. 160)。

(6) ZPO六二八条に相当する条文はオーストリー法の次の規定である(Schuppich-Sporn Österreichisches Recht, 6. Aufl., 1968 Bd. 1, S. 2019による)。

Erste Eheverordnung; Verordnung zur Durchfuhrung und Ergänzung des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und Ehescheidung im Lande Österreich und im ubringen Reichsgebiet (Ehegesetz) vom 27. Juli 1938.

§ 81 Stribt einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Urteils, so ist der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen. Er kann nur mehr wegen der Verfahrenskosten fortgesetz werden. Ein bereits ergangenes Urteil ist wirkungslos.

この条文の解釈についてゲッビンガーが報告しているが(三一二頁以下)、本稿では直接関係ないので省略する。

(7) オーストリー民訴法四五条は次の通りである。

§45 Hat der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage nicht Veranlassung gegeben und den in der klage erhobenen Anspruch sofort bei der ersten Tagsatzung anerkannt, so fallen die Prozeßkosten dem Kläger zur Last. Er hat auch die dem Beklagten durch das eingeleitete gerichtliche Verfahren verursachten Kosten zu ersetzen.

司法省蔵版「和訳欧州各国民事訴訟法」(大正一五年・清水書店)による訳文を参考のため掲げる。

第四十五条 被告カ其行為ニ因リ訴訟ノ提起ヲ促カシタルニ非サル場合ニ於テ第一期日ニ於テ直チニ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ訴訟費用ハ原告ノ負担ニ帰ス原告ハ亦裁判上ノ手続ニ因リ被告ニ生シタル費用ヲ之ニ償還スルコトヲ要ス

この条文の解釈であるが、原告側への類推適用は許されない(Stagel-Michlmayer, Anm. 5 zu § 45 S. 428)。また原告が請求の放棄によって棄却された場合、たとえ被告がその行為によって訴を必要とした場合でも原告が費用を負担する。即ち、即時放棄の意味はないのである(Stagel-Michlmayer

Anm. D 11 zu §41, S. 415; Fashing, Anm. 2 zu §41, S. 314)°

(8) Anm. 2 zu §41 S. 314.

(9) S. 161 und S. 158.

(10) ゲッピンガーはこの点以下で述べるB説を基本としている (a. a. O., S. 306)°

(11) S. 158, 161.

(12) §237 1. Die Klage kann ohne Zustimmung des Beklagten nur bis zum Beginn der ersten Tagsatzung, wenn aber der Beklagte zu dieser nicht erscheint, auch noch bei der ersten Tagsatzung zuruckgenommen werden. Wenn gleichzeitig auf den Anspruch verzichet wird, kann die Klage ohne Zustimmung des Beklagten bis zum Schlusse der mündlichen Streitverhandlung zuruckgenommen werden.

2. Die Zurucknahme der Klage geschieht durch einen dem Beklagten zuzustellenden Schriftsatz oder durch eine bei der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklarung. Die Zustellung des Schriftsatzes erfolgt auf Grund einer Verfugung des Vorsitzenden ohne vorgängige Beschlußfassung des Senates.

3. Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, daß die Klage als nicht angebracht anzusehen ist und, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren, der Kläger dem Beklagten alle Prozeßkosten zu ersetzen hat, zu deren Tragung der Beklagte nicht bereits rechtskräftig verpflichtet erkannt wurde. Über den Antrag auf Zuerkennung des Kostenersatzes entscheidet der Senat durch Beschluß, wenn die Klage bei der mündlichen Verhandlung zuruckgenommen wird.Die Festsetzung des Kostenbetrages kann einem Senatsmitgliede ubertragen werden.

4. Die zurückgenommen Klage kann neuerlich angebracht werden, wenn nicht bei deren Zurucknahme auf den geltend gemachten Anspruch verzichtet wurde.

司法省版の訳文は次の通り。但し一項後段と三項後段は訳されていない。

第二百三十七条　訴ハ第一回期日ノ定マルマテ被告の同意ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得被告カ右期日ニ出頭セサルトキハ亦此期日ニ於テ訴ノ取下ヲ為スコトヲ得　後段は訴取下と同時に請求を放棄すれば被告の同意なしに口頭弁論終了時までできる旨の規定。

訴ノ取下ハ被告ニ送達ス可キ書面又ハ口頭弁論ニ於ケル陳述ヲ以テ之ヲ為ス書面ノ送達ハ予メ部ノ決定ヲ用イス部長ノ命令ヲ以テ之ヲ為ス

訴ノ取下ハ始メヨリ訴ナキモノト看做シ且被告ニ対シ其負担ニ関シ確定ノ言渡ノアルモノノ外原告ハ総テノ訴訟費用ヲ被告ニ償還ス可キ義務ヲ負フ効果ヲ生ス費用償還ノ裁判ニ付テノ申立ハ予メ口頭弁論ヲ経タル上部ノ決定ヲ以テ之ヲ為ス　後段は費用決定方法の規定。

取下ケタル訴ハ其取下ニ際シテ主張ノ請求ヲ放棄シタル場合ノ外更ニ之ヲ提起スルコトヲ得

(13) §394 1. Verzichtet der Kläger bei der ersten Tagsatzung oder bei der mündlichen Streitverhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist die Klage auf Antrag des Beklagten auf Grund des Verzichtes durch Urteil abzuweisen.

2. Bezieht sich der Verzicht nur auf einen von mehreren in der Klage geltend gemachten Anspruchen oder auf einen Teil eines Anspruches, so kann auf Grund des Verzichtes auf Antrag ein Teilurteil erlassen werden.

司法省版の訳は次の通り。

第三百九十四条　当事者カ第一期日又ハ口頭弁論期日ニ於テ其主張ニ係ル請求ヲ放棄シタルトキハ被告ノ申立ニ因リ其放棄ニ基キ判決ヲ以テ訴ヲ却下ス可シ

放棄カ一ノ訴ヲ以テ主張シタル数個ノ請求中ノ一箇ノミニ関シ又ハ一箇ノ請求ノ一部ノミニ関スルトキハ申立ニ因リ放棄ニ基キ一部判決ヲ為ス可シ

(14) E2 zu §235, S. 696.

(15) §235 1. Zu einer Änderung der bei Gericht überreichten Klage und namentlich zu einer Erweiterung des Klagebegehrens, durch welche die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes nicht ausgeschlossen wird, ist der Kläger vor Eintritt der Streitanhängigkeit stets berechtigt.

2. Nach Eintritt der Streitanhängigkeit bedarf er hiezu der Einwilligung des Gegners; diese Einwilligung ist als vorhanden anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne gegen die Abänderung Einwendungen zu erheben, über die abgeänderte Klage verhandelt.

3. Das Gericht Kann jedoch solche Änderung selbst nach Eintritt der Streitanhängigkeit und ungeachtet der Einwendung des Gegners zulassen, wenn aus der Änderung eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandluug nicht zu besorgen ist.

4. Als eine Änderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes die tatsächlichen Angaben der Klage und die in derselben angebotenen Beweise geändert, ergänzt, erläutert oder berichtigt werden, oder wenn, gleichfalls ohne Änderung des Klagegrundes, das Klagebegehren in der Hauptsache oder in Beziehung auf Nebenforderungen beschränkt oder statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.

前述司法省版の訳は次の通り。

第二百三十五条　当事者ハ訴訟係属ノ前ニ在ツテハ常ニ裁判所ニ提起シタル訴ヲ変更シ殊ニ訴ニ於テ為シタル要求ヲ拡張スル権アリ但之ニ因リ受訴裁判所ノ管轄ニ変更ナキトキニ限ル

訴訟係属ノ後ハ訴ノ変更ノ為メニ相手方ノ同意ヲ要ス被告カ変更ニ付キ異議ヲ申立テスシテ変更アリタル訴ニ付キ弁論ヲ為シタルトキハ同意ヲ為シタルモノト看做ス

訴ノ変更ノ為メ甚タシク弁論ヲ困難ナラシメ又ハ遅延セシムル虞ナキトキハ裁判所ハ訴訟係属ノ発生後ト雖モ相手方ノ異議ニ拘ハラスシテ訴ノ変更ヲ許

スコトヲ得

訴ノ原因ヲ変更セスシテ単ニ訴ノ事実上ノ陳述及ヒ之カ証拠方法ヲ変更シ、補充シ、釈明シ若クハ訂正スルトキ又ハ同シク訴ノ原因ヲ変更セスシテ主タル請求又ハ附帯請求ニ付キ訴ノ申立ヲ制限シ又ハ最初要求シタル物件ニ代ヘ他ノ物件若クハ利益ヲ要求スルトキハ之ヲ訴ノ変更ト看做サス

(16) そもそも訴を制限するという二三五条四項の場合はどういう場合で、しかも被告の同意を要するか否かという点について争いのある所である。この問題と訴を訴訟費用に制限する問題とは別であり、多くの場合、前者、即ち Klagseinschräkung の問題のみを論じている。Pollak, (S. 396 ff), Wolf (S. 20, 280), Steininger (S. 172), Petschel-Stagel (S. 209, S. 276), Fasching (Bd, Ⅱ. S. 141, 125) がそうであり、これらでは、我々の関心事については全く語っていないが、単に表面的形式的な記述で終っている。すこしさかのぼって Klein, Sperl をみても同じである (Klein, Vorlesung über die Praxis des Civilprozesses, 1900 S. 223～224)。

本稿では前者の問題については特に論じない。これについての学説、判例については Steininger が詳しい（一七四頁以下）。我々の関心事である後者の問題については Lambauer, Lorber の論稿に代表されるように現在では、訴訟費用に制限した場合、上訴方法との関係で判決でするのか決定でするのかというった問題が中心である。

(17) 前注12参照。

(18) 放棄は直接に訴訟を終了させるのではなく被告の申立によって裁判所が放棄判決をすることによってはじめて終了する。放棄判決がない場合は単に手続の休止のみが生じるだけである (Holzhammer S, 224. なお法三九四条（前注13）を参照）。訴取下と結びついた放棄で放棄判決がなされない場合はホルツハンマーによれば権利保護の利益 Rechtsschutzintersse が欠けて再訴ができない（一六〇頁）。

(19) Stagel/Michlmayer, S. 696 (E2 zu §235), S. 849 (2 zu §394).

(20) Göppinger, S. 306. Anm. 8, Lorber S. 613.

(21) Stagel-Michlmayer, S. 696. なお同趣旨として特にゲッピンガーは Georg Neumann, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 1927 をあげるが、当該箇所にかかる記述はないし、またありうるべき他の箇所にもないからゲッピンガーの誤りと思われる。

(22) Hans Schima; Die österreichische Zivilprozeßordnung im Lichte neuerer Prozeßtheorie, Festschrift zur funfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozeßordnung 1898–1948, S. 249ff. 〔260〕は被告の利益という点で訴取下と同じく被告の同意が必要と説く。

(23) 例えば① OLG Wien, 20. 5. 48 (2R 382) Ev. Bl 1948, Nr, 522 (ÖJZ 1948. S. 302).

② OLG Wien, 12. 10. 49 (5R 757; LGf. ZRS. Wien 40 Cg 167/48), Ev. Bl 1950, Nr. 96 (ÖJZ 1950, S. 93).

③ OLG Wien, 6. 12. 51 (2R1014/51; LGf ZRS. Wien 13Cg 224/50), Ev. Bl 1952, Nr, 69 (ÖJZ 1952, S, 104).

Ev Bl=Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidung

これらの判決の要旨についてはゲッピンガーが既に報告している（彼は Stagel-Michlmayer に基づいて判例を抽出したと思われる）。

これらの判例は原則として被告の同意なしに訴を費用請求に制限しうること（①）、あるいは原告の任意によつて二七三条三項を除外することはできないが例外的に被告の履行（②）や原告の責に帰すべからざる理由による事故に基づく目的物の滅失の場合（③）、二七三条三項の適用排除の効果をもつた費用に制限することが許されるとする。もつとも③の例の場合賠償請求権が問題とされる場合訴の変更をおこなうべきであるからこの場合には単なる訴の取下しかできないとする。しかし、これらにあつては残念ながらその理由については全く述べられていない。

(24) Stagel-Michlmayer, Anm. 1 zu § 55, Wolf, S. 20. しかし、Pollak S. 69, Fasching S. 378(§55)は決定とする。最近では Lambauer, Holzhammer S. 97, Lorber は判決説。

(25) Rekurs については五一四条以下に規定がある。ゲッピンガーはこれはドイツ法の Beschwerdeに相当するとする（三〇八頁注16）。

(26) Lambauer, S. 169, Ev Bl 1952. Nr. 69, Göppinger, S. 308.

(27) Bezirksgericht については四三一条以下に規定がある。ゲッピンガーはこれはドイツ法の Amtsgerichtに相当するとする。Bezirksgericht の管轄については Jurisdiktionsnorm (Gesetz v. 1 August 1895, RGBl Nr. 111, Über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zustandigkeit der ordentlichen Gerichte in bugerlichen Rechtssachen) の四九条、五二条、五三条を参照。

(28) 四四八条から四五三条において規定されている。訴訟物の価格が一〇〇〇シリングを超えない場合である。

(29) Stagel-Michlmayer, Anm. 1 zu §453 (S. 940). Holzhammer S. 252.

(30) Stagel-Michlmayer, Anm. 10 zu §517 (S. 1032). Holzhammer S. 252. なお Fashing S. 379 (§55) は表現は異なるも同趣旨と思われる。

(31) Lorber, a. a. O., S. 613. 彼は「正確には法に反している」ともいう。

(32) Holzhammer, a. a. O., S. 8.

② スイス法

スイスは周知の如く連邦国家 Eidgenossenschaft であり[1]、連邦法 Bundesgesetz と各州法 Kantonsrecht が並存している。この両者の関係については憲法六四条[2]、スイス民事法典六条[3]等に規定してある。民事訴訟法についていえば、憲法六四条三項[4]によりカントンの高権に属する訳である。ここにスイス特有の問題、即ち、統一民事訴訟法典の制定といつた問題が生じる訳である[5]。以下では、連邦民事訴訟法を考察してみる[6]。スイス新連邦民事訴訟法は一九四七年一二月四日に公布され、一九四八年七月一日に施行されたものであり[7]、一八五〇年一一月二二日の旧法にとつてかわつたものである[8]。

新法は旧法全二〇三条を更に小さくして一二章八七条にしたものであり、その第九章は「判決なき訴訟終了」と題して七

二条に訴訟終了宣言、七三条は和解、取下、放棄等について規定している。

さて、七二条は次のような規定である。[9]

Neunter Titel: Erledigung des Rechtsstreites ohne Urteil

Art. 72　Wird ein Rechtsstreit gegenstandslos oder fällt er mangels rechtlichen Interesses dahin, so erklärt ihn das Gericht nach Vernehmlassung der Parteien ohne weitere Parteiverhandlung als erledigt und entscheidet mit summarischer Begründung über die Prozesskosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes.

（七二条　訴訟がその根拠を失うか法的利益を欠いて同様な場合、裁判所は当事者の弁論なく直ちに当事者の申立により訴訟の終了を宣言し終了原因発生前の状況に基づいて訴訟費用について簡略な理由で裁判する。）

これについての解釈であるが、例として教科書[10]は次のようなことをあげている。a被告の後からの履行、b当事者の訴訟外での合意、c一身専属的請求で当事者の死亡、d訴訟対象物の毀損（但し、訴変更による損害賠償が提起されない限り）、e訴の利益の喪失、f訴によってその解消を求められていた権利（法律関係）が消滅した場合、g離婚の訴で一方当事者の死亡。

そして、この終了宣言であるが、グルデナー(Guldener)[11]によれば本案判決であり、そこには訴求された権利の不存在の確認があるとされる。もつとも、一般にそれが成立をしていたか否かは裁判する必要はないとする。この点クンマー（Kummer）[12]によれば決定 Abschreibungsbeschluss によるとする。この内容については、しかし語るところがない。また、裁判所の終了宣言をもつてはじめて効果が生じる（終了効果）とするが、この理論的説明はない。

この場合、それでは訴訟費用はどのようにして決められるのであろうか。

クンマーによれば、[13]終了決定（Erledigungsbeschluss）において費用裁判がなされ、この場合、実際には誰が訴訟の無意

味化につきより多くの見込（Prozessessaussichten）をもつていたか否かによつて訴訟費用を裁判所は決めるとする。グルデナー[14]によれば、裁判所の費用（Gerichtskosten）をいかなる当事者が負担するかは、裁判所の終局判決によつて裁判されねばならない。この場合の原則は、敗訴者が負担するということである。しかし完全勝訴者がいない場合は、敗訴の割合に応じて負担する。しかし、訴訟終了（Gegenstandlos）の場合は勝敗は問題にならない。この場合は一般的原則はなく、個々の事情によつて誰が訴を誘発したか、訴訟を訴訟終了（Gegenstandlos）にした原因がどの当事者に生じたか、仮定的に実質的な裁判がなされた場合いかなる結果が生じるであろうか等が考慮されるとする。

なお、連邦民事訴訟法六九条一項[15]は、訴訟費用については連邦司法機関に関する連邦法一五三条[16]、一五六条[17]、一五九条[18]によつて裁判所が職権によつて裁判すると規定している[19]。一五六条、一五九条の規定が一般的、抽象的であることからしてこの規定は、ゲッピンガー（Göppinger）[20]がいうように、裁判官に個々の事件において裁量によつて決めることを定めているとみるべきであろう。

このことは要するに、連邦民訴法二七条の訴の取下についての規定の中に訴訟費用についての規定を欠いていることからして訴取下の場合の訴訟費用の負担の決定は裁判所の裁量によるということになろう。ここに訴取下の場合にその訴訟費用は取下者の負担とするとか、又は訴の取下者は敗訴者とするという規定のない場合であつても（逆に言えば訴取下の場合の訴訟費用の負担者については裁判所の裁量によるという場合であつても）、訴訟終了宣言の制度は存在するという事実に注目しなければならない。

スイス法のこのような態度は、既に一の②の5で述べたことであるが我々が民訴法一〇四条の存在をもつて訴訟終了宣言の制度を不要とする場合に反省を迫るものであろう。従つて、ここでもまた通説の民訴法一〇四条を強調して訴訟終了宣言を不要とする見解は説得力を欠くといわなければならない。

（1）連邦憲法第一条によれば二二のカントンから構成されている。連邦憲法は次のものによった。
Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, mit den Anderungen bis 31. Dezember 1971.

（2）民訴法に関係する連邦憲法六四条の三項については注4参照。

（3）Art. 6　Die Kantone werden in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt.

（4）Art. 64　3. Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis anhin,

（5）実体法が連邦法で訴訟法が州法であることは、実体法と訴訟法の密接な関係からして現実には種々な困難な問題を生じさせる。これについては Guldener, Max: Bundesprivatrecht und Kantonales Zivilprozessrecht, Zeitschrift für Schwiezerisches Recht, Bd. 80 (102), 〔1961〕 S. 1 ff. が報告していることである。この報告をふまえて、Entwurf eines Bundesgesetz betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozeßverfahren an das Bundeszivilrechtができた訳である。この草案についての成立経過、草案の内容、その解説、草案作成上の基本方針等については Zeitschrift fur Schweizerisches Recht, Bd 89 (110) 〔1969〕 Heft 1 が報じている。この草案においては、しかし、訴訟終了宣言については触れられていない。ただ草案七四条は訴取下、認諾、和解は裁判官の終了宣言によってそれらは効力を有すると規定している。

（6）連邦民事訴訟法が適用される事件は連邦裁判所が唯一の審級である事件であり、具体的には連邦司法法 (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege) 四一条、四二条が規定している（連邦民訴法一条）。それによれば連邦が関係する事件や州憲法等により指定される事件や両当事者が州の代りに連邦で裁判することに合意し且つ二〇〇〇 Franken 以上の訴訟物である場合等とされている。
連邦裁判所については憲法一〇六条以下に規定がある。
なお連邦民事訴訟法は各州の民訴法の改正の際の手本となることは確かであろう。これについては Guldener, Max: Das schweizerische Zivilprozessrecht 1943—1948, Rabels Zeitschrift Bd. 16 (1951) S. 100.

（7）Bundesratsbeschluss vom 1. Mai 1947 (Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, 1948, S 507)。但しBundesrechtspflege S. 81 を利用し、直接はあたってはいない。

（8）新法は Bundesgesetz uber den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 という旧法は Bundesgesetz uber das Verfahren beim Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850 という。
新法については Bundesrechtspflege (stand am 1. September 1971) を利用した。旧法については Heusler, Andereas; Der Zivilprozess der Schweiz, 1923 (Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten Bd. 1); Fritzsche, Hans: Das Zivilprozeßrecht der Schweiz (Der Zivilprozess in den europänischen Staaten und ihren Kolonien, 1933); Krebs, W: Bundesprozessrecht, 1917 を利用した。
新法についての簡単な解説として Guldener a.a. O. （前注6）, Siegert, Karl, Grundlinien der Reform des Zivilprozessrechts in Nach-

kriegseuropa, prozessrechtliche Abhandlung Heft 20, S. 9. Roos, Zeitschrift fur schweizerisches Recht 1950, S. 458 等がある。しかし、訴訟終了宣言については一言も述べられていない。なおこの時点においてはグルデナー (Guldener) は「目下、スイス全領域の民事訴訟法統一は考えられていない」旨述べていた（一〇〇頁注一三）。

(9) スイスにおける訴訟終了宣言についての文献としてはゲッピンガー (Goppinger) の論文（前注五の①の注1）とヴァルターの論文 (Hans Ulrich Walder) の Prozeßerledigung ohne Anspruchsprüfung nach züricherischem Recht, 1966 がある。前者については連邦法のみで州法については何等言及していない点と、今日では資料がやや古いとの感をうける点に難点がある。後者は一九六三年のチューリッヒ大学へ提出された Habilitationsschrift であるが、広義の判決なき訴訟終了を全てあつかつたため訴訟終了宣言については教科書的説明の域を脱していない。

なお七二条の立法理由、成立経過等は幾分ながら調べられなかつたが、ただ旧法時代に全く問題となつていなかつた訳ではない。Volki によれば（三の②の注の5に掲げた論文の一五五頁以下）、Bern の民訴法二〇三条、Luzern の民訴法三〇四条、Neuenberg の民訴法三七三条がこれについての規定という（同書一五七頁）。従つて、七二条は新法で突然、作られた制度ではないと思う。Völki の論文は一九三四年に刊行された Dissertation (Zürich) であり、訴訟終了宣言の制度が問題となるような事例に対して当時のスイスの立法、判例の対応の仕方を要領よくまとめてある（同書一五七頁）。

(10) Kummer, Max: Grundriss des Zivilprozessrechts nach der Prozessordnung des Kantons Bern und des Bundes, 1970 S. 127 ff; Guldener, Max; Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1958. Ferner Supplement II hiezu (mitenthaltend Supplement I) von 1964 S. 172. 戦後の体系書というとこの二冊位ではないかと思う。

(11) a. a. O., S. 172. なお彼の初版（一九四七年、四八年）第一巻一四一頁はこれを訴訟判決として考えている。従つて改説した訳である。

(12) a. a. O., S. 128.

(13) a. a. O., S. 128.

(14) a. a. O., S. 376.

(15) Art. 69 Über die Prozesskosten entscheidet das Gericht von Amtes wegen nach Massgabe der Artikel 153, 156 und 159 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 uber die Organisation der Bundesrechtspflege.

(16) 裁判所費用の内容についての規定である。

(17) Bundesgesetz uber die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943.

Art. 156 1. Die Gerichtskosten werden in der Regel der vor Bundesgericht unterliegenden Partei auferlegt.

3. Hat keine Partei vollständig obgesiegt oder durfte sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen, so konnen die Kösten verhältnismässig verlegt werden.

6. Unnötige Kosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht.

（他の条項は特別の場合の規定なので省略）

(18) Art. 159　1. Mit dem Entscheid über die Streitsache selbst hat das Bundesgericht zu bestimmen, ob und in welchem Masse die Kosten der obsiegenden Partei von der unterliegenden zu ersetzen seien.

2. Die unterliegende Partei wird in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen;

3. Fällt der Entscheid nicht ausschliesslich zugunsten einer Partei aus oder durfte sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessfuhrung veranlasst sehen, so konnen die Kosten verhaltnismässig verteilt werden.

5. Artikel 156 Absätze 6 und 7 sind entsprechend anwendbar.

（他の条項は特別の場合の規定なので省略）

(19) Krebs（前注8）の本によれば旧法は民訴法の当事者の権利と義務の項の第二四条に訴訟費用分担の原則を規定した。

1. Die unterliegende Partei ist schuldig, der Siegenden alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen.

2. Wenn der Entscheid nicht ausschließlich zu Gunsten einer Partei ausfällt, sowie, wenn eine Partei selbst ihr ursprungliches Rechtsbegehren beschränkt hat, so können die Kosten verhältnismäßig verteilt werden.

(20) a. a. O., S. 316, Anm. 58.

六　まとめ

以上の考察から明らかなことは訴訟終了宣言の制度の発生原因はそもそも一八七七年のドイツ民訴法（CPO）に求めることができ、その限りではわが国の民訴法もドイツ民訴法がその後歩んだ道を歩む可能性があるといえよう。ところがわが国ではそのような道を歩まなかつたのである。それはなぜだろうか。それはドイツ民訴法の歩んだ訴訟終了宣言制度の確立への道を意識的に避けたというよりは、かかる道を歩む必要性を感じなかつたというべきであろう。即ち、弁護士費用が訴訟費用に算入されていないことで訴訟費用に関心がなかつたことによるのであろう。しかし、かかる発想は正しくないことは一の①で既に述べたことでもあるし、そもそもかかることではこの制度を否定する積極的理由にはならない。

そうしてみると、わが国の一〇四条による処理方法とこの制度の理論的優劣が問題となるであろう。これは日本及びドイツ以外のオーストリーやスイスとの関連でみると明らかである。即ち、スイス法ではわが国と同じような立場でも訴訟終了宣言制度を受け入れていることによりこの制度とわが国の立場が対立関係でないことを示し、オーストリー法では訴訟費用についてだけの訴訟を続行させることで当事者の言い分を十分聞く訳である。つまりドイツ法を含めてこれら諸国では裁判官の裁量による解決を原則としていないのである。近代法の歴史は裁判官の恣意と裁判の偶然性を避けるための努力であるとみるならば、わが国の立場が劣つていることは明らかである。

更にドイツ法の訴訟終了宣言の制度の立場を訴訟費用決定の原則についての歴史的な流れの中で位置づけるならば（三の②）それは正に流れに沿つて正当に評価できるのに対し、わが国の立場はいわばその流れを見失い右往左往しているようにみえるのである。結局のところ、わが国の立場は理論的理由よりも必要性がないという消極的理由で法の欠缺を「裁判官の裁量」によつていわば棚上げしたものとみるべきであろう。こういつた事情を考えずに単に一〇四条を根拠にする通説の立場は説得力を欠くと評せざるをえない。

かくして、この制度は解釈論としてわが国に導入すべきであるとの結論を得るのである。そこで問題は二つ残る。一つは「理論的にはともかくわが国で実益があるのか」という問題と、他の一つは「どのような形でこの制度を導入するのか」といつた問題である。

前者の問は次のような考えの上に成立すると思う。つまりこの制度の実質は訴訟費用の負担の問題であるとみるべきであり、そうであるなら何も特別な訴訟制度、訴訟行為を考える必要はなく、既存の訴訟費用についての手続を修正して処理すればよいという考え方である。しかし、訴訟費用だからといつて適当に簡易な手続でよいということはどこからも根拠づけられない。ただ一般には本案の審理で訴訟費用について判断するのに十分であるから特に訴訟費用についての手続が問題と

されないのであつて、本案が十分に審理されない場合は訴訟費用といえども十分な審理が行われるべきである。従つて特別な簡易な手続でカバーできるとは限らないのである。つまり既存の訴訟費用手続が十分機能しないからこそドイツでこの制度が生まれたとみるべきであろう。

そうすると、「訴訟費用の本案化」ではないかという疑問が生じよう。本案が既に終了しているのに訴訟費用のみの訴訟の続行であり主客転倒ではないかという反論である。しかしこの考え方もおかしい。この考え方の前提である実質的勝敗に関係なく、基準時で適法・不適法、理由具備・不備によつて請求の認容・棄却を考えるという考え方は反省されねばならない。基準時以前のことは考慮せず基準時で決着をつけるというのは一つの合理的な処理方法であるが、このため実質上の勝訴者が敗訴者になつたり、あるいは勝敗がつかないのに一方的に敗訴者になるというのは一般の法感情に反するのではないか。あえて一般の法感情に反すれば、それは訴訟法の孤立化を招くだけである。つまり、請求認容か棄却か二者択一になじまないものの類型を考えるべきであろう。審理途中で理由がなくなつたり不適法になつた訴を単に基準時に理由がないとして棄却する方法以外の処理方法が望まれるのであつて、そのような終了形態こそが一般常識にも相応し現実にも即応すると考えるべきであろう。そうであるならば、本案は既に棄却ということで結着をみているという考え方はでてこず、一般の棄却かそうでなければ終了しているかに区別して訴訟の終了を考えるべきではなかろうか。してみると決して訴訟費用のための本案が終了していないとみるべきでなく、事の実質に応じて終了が区別されることにより単なる棄却による終了という意味で終了していないということである。そしてそのことは、結果的には基準前のことを問題とすることで訴訟終了宣言の制度と既判力とを関連させる見解をとるならば既判力の拡張を意味するが、それは正に紛争解決能力の拡大になり決して不都合なことではあるまい。

後者はこの制度の本質論をなすものであり、既に約束したように本稿のテーマでなく別稿を用意しているのでそれに譲り、

ここでは留保したい。

以上により、訴訟終了宣言の制度が問題とする所は民訴法一〇四条により処理できるとする通説は根拠の弱いこと、従つて一〇四条がカバーしているのではなく法の欠缺として問題は残されているということを論証しえたと思う。

（昭和五〇年十月）

（付）　本研究については昭和四九年度慶應義塾学事振興資金による研究補助を受けた。