

Title	西ドイツ民訴法九一条aの両当事者による訴訟終了宣言について
Sub Title	Die beiseitige Erledigungserklärung nach §91a ZPO
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.12 (1977. 12) ,p.339- 360
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	五十巻記念論文集
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19771215-0339">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19771215-0339</a>

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.

# 西ドイツ民訴法九一条aの両当事者による 訴訟終了宣言について

坂 原 正 夫

- 一 はじめに
- 二 問題の所在
- 三 法的性質及び法的効果について
- 四 要件について
- 五 おわりに

## 一 はじめに

西ドイツ民訴法九一条ノ一（以下ではZPO九一条aと表記する）は次のような規定である。

### § 91 a ZPO

Haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten

西ドイツ民訴法九一条aの両当事者による訴訟終了宣言について

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.

両当事者が本案の訴訟が終了した旨宣言したときは、裁判所は訴訟費用について従前の事実状態及び紛争状態を顧慮しつつ公平な裁量によつて裁判する。この裁判は決定による。

此の裁判に対しては即時抗告をすることができる。抗告について裁判するにあたり、相手方を審訊しなければならぬ。<sup>(1)</sup>

本稿はこの規定について西ドイツにおいて主としてどのような議論がなされているかを紹介し、それら諸説を検討することによつてこの規定の意味を明らかにしてみたいと思う。なお論述に先だつて、三つの点についておことわりしておきたい。

第一の点は、本稿はいわゆる両当事者による訴訟終了宣言 (Die übereinstimmende Erledigungserklärung, Die beiderseitige Erledigungserklärung) をテーマとするのであり、一当事者による訴訟終了宣言 (Die einseitige Erledigungserklärung) については除いてあるという点である。ZPO九一条aは前者の問題についての規定であり、当事者間で訴訟の終了に関して争いが生じた場合 (例えば、原告は訴訟の終了事由発生時点まで訴は適法であり理由を具備していたといひ、被告は当初から理由のない訴であると主張する場合) については規定がなく、これを論ずるのが後者の問題である。この二つの問題とも一貫して考えるべきなのか、そもそも両者は異質の問題であると考えべきなのかは議論すべきところであるが、<sup>(2)</sup> いずれにせよ二つの問題は区別できるのであり、一般にもこの区別を前提にして問題の解答がなされている。

第二の点は本稿は両当事者による終了宣言の全ての問題を論ずるのではなく、法的性質論を扱うということである。即

ち、終了宣言は訴訟のいつの時点からいつの時点までの間におこなうことができるのかといった問題も論すべき大きなテーマであるが、一方的(一)当事者による)終了宣言の場合とを含めて独立のテーマとして考えることができるから本稿ではこの点の論述は省略した。本稿でテーマを法的性質論に限定したのは、それが全ての問題の出発点と思うからである。

第三の点は、この問題を議論することの実益についてである。この制度の歴史的な流れ及び比較法的な位置づけに関しては、「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」<sup>(4)</sup>という論文で既に明らかにしている。そこにおいて議論の実益についても、また従来の日本でのこの制度の評価についても、またこの制度に関する訳語についても述べたので、本稿ではこれらの問題については省略する。

なお本稿を執筆するにあたって利用した日本語の文献は次の論文である。<sup>(8)</sup>ドイツ語の文献は利用したことに注で明記したが、その場合の文献は代表的なものに留めた。

松本博之「本案終了の表示 (Erledigungserklärung in der Hauptsache) について」法学雑誌一九卷二号(一九七二年)九二頁以下  
ゲルハルト・リヒケ(石川明訳)「本案の終結宣言について」法学研究四九卷二号(一九七五年)一頁以下 (Zürcher Zeitschrift für Rechtswissenschaften, Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag 1975, S. 323ff.)

(1) 中田淳一「独逸民訴訟法」現代外国法典叢書(10)(一九五五年)六六二頁は「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従ヒ裁判ス。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。」という訳である。

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(別冊ジュリスト二二号)一九六九年)一五二頁は「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斟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。

松本博之「本案終了の表示について」後掲書九二頁は「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斟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。

西ドイツ民訴訟法九一条aの両当事者による訴訟終了宣言について

石川後掲リケ論文の翻訳一六頁は「当事者が本案の終結宣言をなしたときは、裁判所は従来の事実状態及び紛争状態を顧慮して相当な裁量により訴訟費用の裁判をなす。裁判は決定によりなされる。右裁判に対しては即時抗告を提起することができる。抗告に対する裁判をなすにあたり相手方を審訊しなければならない。」である。

(2) 後掲石川訳では双方的終結宣言と一方的終結宣言と訳し、後掲松本論文では双方的本案終了の表示と一方的本案終了の表示と訳す。なお被告による一方的終了宣言は認められるか否かは争いのあるところであるが、認めるとする説 (Schwab, Die einseitige Erledigungserklärung ZfP 72, 104; Rosenberg-Schwab, ZfP 12, Aufl., §33 III 3(S. 73f), Göppinger, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, 1968, S. 77) は少数説である。

(3) これについては一当事者による終了宣言について研究する時に考えるつもりである。

(4) 法学研究四九卷(一九七五年)二号一八頁以下、三号六一頁以下にそれぞれ掲載された。

(5) 前記拙稿二号二頁以下、三号二〇頁以下。

(6) 前記拙稿二号二六頁注3、二号二七頁注6、二号二九頁注14参照。

(7) 前記拙稿二号二六頁注2参照。

(8) 日本語の従来の文献については前記拙稿二号二六頁注3に掲げている。これ以後今日まで、この制度に言及した文献としては次のものがある。

中野||松浦||鈴木編「民事訴訟法講義」(一九七六年)三四八頁注1。

石川明「債権執行における第三債務者の陳述義務について」法曹時報二八卷八号(一九七六年)一頁以下、その二〇頁以下。

## 一一 問題の所在

訴訟の両当事者が訴訟の終了を宣言した場合、その訴訟は一体どうなるのだろうか。訴訟は終了したとした場合、再訴の可能性は認められているのだろうか。この二つの問題が両当事者による訴訟終了宣言を論ずる場合特に答えられねばならない問題であり、法的性質論によつて答えられる問題である。注意すべきことは、これら二つの問題について直接規定した条文は存在しないということである。もつとも前者即ち両当事者が終了宣言した場合の訴訟の運命についての問題は訴訟は終了すると条文を読むことでは学説に異論をみないのである。しかし、訴訟は終了する(訴訟終了効を有する)<sup>(10)</sup>という点では異論をみないのに対して、後者即ち再訴の問題では結論を異にし、しかもそれと関連して訴訟の終了に關しての説明の仕方即

ち、なに故に終了するのかといつたことについて（法的性質論）は全く意見を異にするという状況を生じさせているのである。要するにZPO九一条aの文言それ自体からは問題の解決は得られないのである。<sup>(1)</sup>以下ではこの二つの問題についてドイツの議論を紹介しながら、問題についてどのように理解すべきかを考えてみよう。

詳しい論述に先立つてこの問題についての概要と両当事者による訴訟終了宣言についての概要を知るために、ローゼンベルクIIシユワープの一二版（一九七七年）<sup>(2)</sup>の記述を紹介しておこう。なお傍点及びゴチは筆者が付したものであり、注は全で省略した。

#### 両当事者による訴訟終了宣言

一九七一年において全事件の約一パーセントが両当事者による訴訟終了宣言で終了した。

一 法的性質 九一条aによれば両当事者が訴訟の終了を宣言した場合には本案についての裁判所の裁判はなくなる。裁判所はこの場合は単に手続の費用についてのみ従前の事実状態及び紛争状態を顧慮して裁判しなければならぬ。両当事者による訴訟終了宣言は、それ故に、それ自体訴訟終了効を有する。上訴において終了が宣言された場合は、それ以前の判決は失効する。

両当事者による宣言がいかなる法的性質を有するかは文献において争われている。ハーブシャイトによれば、それによつて両当事者が訴訟物を処分し裁判所の裁判権限から訴訟物を引き上げるといつつの訴訟上の合意が存在するという。他の人々は、当事者の終了宣言は、訴訟上の意思の合致（prozessuale Einverständiserklärungen）であると考えている。結局のところ、原告の終了宣言は訴の放棄（Klagesverzicht）であり、被告の宣言は棄却判決を求めること（放棄であるという見解や、あるいは、終了宣言はそれについて被告の同意と結びついた特権的訴の取下（privilegierte Klagerücknahme）であるという見解も主張されている）。

同意すべき見解は、それによつて請求の訴訟係属を終了させる訴訟上の合意を終了宣言の中にみる見解である。意思の合致が存するとする見解は訴訟終了効（die prozessbeendende Wirkung）を十分説明することができない。訴訟係属は単に裁判所の裁判によるかあるいは当事者による与効的行為（Bewirkungshandlungen）によつてのみ終了することができる。しかし意思の合致は訴訟の終了を考慮した与効的行為を決して意味するものではない。三〇六条の意味での放棄も原告の宣言においては問題にならない。放棄判決が下されな

いからである。特権的な訴取下を認めることに対しては(同様に一種の修正された放棄に対しても)、法(Cas Gesetz)はかかるタイプの訴訟行為を知らない。そこで訴訟上の合意を認めることによつて満足な解決が得られるということになる。

訴訟上の合意を認めることは、裁判所は終了事由の存在を調べることができないうことを意味する。勿論、当事者が誤つて訴訟の終了をした場合は行為基礎(Geschäftsgrundlage)の欠落を主張することが許されなければならない。原状回復事由(Restitutionsgrund)が存在しない場合は取消は許されない。

二 要式 両当事者によつて終了宣言は口頭弁論において裁判所に対してなされなければならない。これに対して、両当事者が終了について明示的に宣言する必要はない。一方が終了を宣言し他方が争わないということでも十分である。両当事者がもはや単に訴訟費用についての裁判の申立をした時にも、そこに一致した終了宣言をみる事ができる。

三 訴訟費用の裁判 裁判所は訴訟費用について公平な裁量により裁判する。裁判に対しては費用法の一般原則が重要であり、特に従前の事実状態及び紛争状態は顧慮されなければならない。裁判は口頭弁論に基づき決定でおこなう。

四 本案について新たな訴は? 両当事者の終了宣言は訴訟上の合意であるから(前述一をみよ)、新たな訴は訴訟上の和解の締結と同様に、権利保護の必要性(Rechtsschutzbedürfniss)を欠き許されない。

(6) ノーベンシャートが指摘するところである。Habscheid, Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache, Festschrift für Lent, 1967, S. 154; ders., Der gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung des Rechtsstreit in der Hauptsache, JZ 1963, S. 579.

(9) Pohle, Zur rechtlichen Bedeutung der Erledigungserklärung nach deutschem Zivilprozessrecht, Festschrift für Maridakis, Bd. II, 1963, S. 431 は「本案についての宣言の効果について法律は何も語っていない。しかし、九一条aがこの場合に発せられるべき訴訟費用の裁判について詳しく規定しているという状況は意味のある沈黙であり、沈黙の中に、訴訟費用についてののみ裁判されるべきであった本案においてはもはや何もおこなわれないということ、特に裁判はなされないという法律の考えが表現されているということを意味する。しかし、いずれにしても、終了宣言によつて裁判はもはやなされないのであるからして、法律の沈黙を評価するといふ必ずしも全く確実であるとは限りなく逃げ道は必要はない」と述べている。同様に Schönlke-Kuchinke, ZPR, 9 Aufl., 1970, §71 I (S. 318) も九一条aは単に訴訟費用の(のみ)効果(die Auswirkungen)のみを規定しているのではないことを強調する。Temming, Der Einfluss der Erledigungserklärung auf die Rechtshängigkeit, 1972, Diss. (Frankfurt) S. 39 は「純客観的にみるならば九一条aは両当事者による訴訟終了宣言の場合の本案の訴訟係属終了に何事も語っていない。勿論、両当事者による終了宣言は本案の訴訟係属の終了を招来するということは既にこの法律による規定以前長い間、学説と判例において認められてきたものであ

る」と述べている。

(11) 従つてZPO九一条aの規定のない日本では即座にこの議論は実益はないということではできないと思う。

(12) Rosenberg-Schwab, ZPR. 12. Aufl. 1977, §133 II (S. 734ff.).

### 三 法的性質及び法的効果について

ここでの主たる問題は既に述べたように、両当事者による訴訟終了宣言はなに故に訴訟終了効を有するのかといった問題と、終了した訴訟の再訴は許されるのか否かの問題である。前述のローゼンベルクIIシュワープの解答は簡単である。両当事者による訴訟終了宣言はいわゆる訴訟上の合意であり、それにより終了効が発生するのであり、従つて、再訴は訴の利益を欠いて許されないというのである。しかし、前述のローゼンベルクIIシュワープの記述からも明らかのように、この考えは数多く主張されている見解の中の一つの見解にすぎない。即ち、意思の合致説、訴の放棄説、特権的訴の取下説等の存在を右の叙述の中からは容易に知ることはできる。そこで、以下では各説の主張を明らかにすると同時に、それに対する批判点を整理し、この問題に対する解決の努力をたどつてみたいと思う。そこに我々が学ぶべきものがあると思うからである。

1 今日の学説の対立状況以前について ここでは民訴法典成立以後ZPO九一条a成立以前の状況について概観してみよう。<sup>(13)</sup>問題は原告の責に帰すべからざる事由によつて訴訟の終了が生じた場合<sup>(14)</sup>(例えば被告の弁済、法の改正等)に訴の取下によらずして(ZPO二六九(従前二七一)条三項によれば訴の取下の場合は原告が訴訟費用を負担する旨規定している)、原告はいかにして訴訟を終了させるか(いかにして全面的な訴訟費用負担を原告は回避すべきか)ということである。これについての略述は既に前記拙稿でしたところであるので、ここではそれを利用してまとめてみよう。<sup>(15)</sup>



法典成立直後に問題となつたのは「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<sup>15</sup>としたり、ある者はそもそも救済はできないとしたりした。また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主張した。またある者は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。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 Pflaer である。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、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。しかし、かような考え方に對して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はないかという批判も提出された。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批判もある。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たり、例えば、特殊な訴の変更と考えたり、あるいは特殊な請求の放棄と考へ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。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った。このように一般的な傾向は單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。

では、なに故にこれらの理論は今日では過去のものとなつたのであろうか。訴取下説とは、訴の取下としての原告の終了宣言とそれに対する同意としての被告の終了宣言とを考へるのであるが、ZPO二六九（従前二七二）条第三項第二段の強行的な費用負担原則を回避することができない<sup>16</sup>ということ<sup>17</sup>で支持を得ることができなかった。また、特権的な訴の取下と並

んでのみ主張された原告敗訴であつても訴訟費用は被告の負担とする特別な棄却説 (Klagabweisung als befriedigt)<sup>(18)</sup> は普通法上の理論に立ち返るものとして排斥された<sup>(19)</sup>。放棄説というのは原告の終了宣言をZPO三〇六条の意味での放棄として考へ、被告の終了宣言を放棄判決を求めることの放棄と考へ、そしてZPO九三条の類推によつて処理するという考へである<sup>(20)</sup>。しかし、これも被告の放棄判決の放棄という構成は条文に根拠がないとして退けられたのである<sup>(21)</sup>。要するにこれら諸説は再生された放棄説については後述する——ゲッピンガー<sup>(22)</sup>がいうように、望まれる結果につき理論構成上問題があるとして学説、判例の支持を得ることができず消滅したのである。その結果、学界はこの問題についてもはや既制の当事者による訴訟終了を生じさせる訴訟行為理論では無理であるとして独自の訴訟行為としての把握という方向へ進んだのである。

## 2 今日の説の状況

- ① 訴訟上の合意説 (Die Theorie der prozessualen Vereinbarung) この説は両当事者による終了宣言は一種の訴訟上の合意であり、それは裁判所の訴訟物について裁判する権限を奪う当事者による一致した処分である<sup>(23)</sup>と考へるのである。従つてこの説によれば、訴訟係属の終了を生じさせるためには、裁判所に対して原則として両当事者によつて終了を通告することが必要となる。そしてかかる合意が訴訟係属の消滅を生じさせることができるのは、訴訟上の和解と同じであるとする。ただこの説では、原告の宣言は被告に対しての申込と解されるから、両者の合致がない場合は原告は第二回目として裁判所に対しての宣言をしなければならぬ訳である(これは一方的終了宣言の問題である)。なお再訴に関しては、被告の保護の観点から再訴は許されないとし、その根拠としてハーブシャイトによれば、訴訟係属消滅に向けられた合意によるというより、従来の請求についてもはや新しい訴訟をしないという追加的約束 (ein zusätzliches Versprechen)<sup>(23a)</sup> に基づくというのである<sup>(23b)</sup>。
- ② 訴訟上の意思の合致説 (Die Theorie der prozessualen Einverständniserklärung) この説は終了宣言を訴訟上の合意と

厳密に区別されなければならない訴訟上の合同行為 (Gesamtakt) の一種である訴訟上の意思の合致と考えるのである。従つて、行為の有効性は単に表示された意思の合致によるのではなく、それが裁判所へ到達した場合にのみ生じるとする。

(イ) 訴訟係属終了説 (Die Theorie der Rechtshängigkeitsbeendigung) 両当事者の終了宣言は単に訴訟係属の消滅という法的効果のみしか考えないとする説である。<sup>(24)</sup> 従つて、終了宣言は従前の訴訟物について裁判をおこなうことを放棄することであり、それは請求についての訴訟係属の消滅をもたらすべき二つの一方的訴訟行為の集合であるとする。そして同一請求の再訴は適法であるとする。結局のところ特別な訴の取下説といわれる由縁である。

(ロ) 二重の放棄説 (Die Theorie des doppelten Verzichts) この説は終了宣言を原告が訴訟上の請求を放棄し、被告が棄却判決を求めることを放棄すると考えるのである。問題は放棄の意味である。被告の同意により、なに故に訴訟係属が消滅するのかということである。そこで原告の宣言をZPO三〇六条の放棄と考えるのか、特別な放棄と考えるのかで見解は分かれる。前者の考え方がかつての放棄説であり、<sup>(25)</sup> 後者の考え方が近時の考え方である。<sup>(26)</sup> 後者の考えは放棄されるものは従前求められた本案判決であり、再訴は不適法であるとする。ドナウはそれを次のように論拠づける。「訴の取下はまさしく当該訴訟における本案判決の放棄であり、それは係属している請求の存在または不存在についていかなる陳述を含まない……。終了宣言はさらにこれを越えて訴訟上の請求はもはや存在しない旨の『認諾』と単に本案判決の放棄を含むものである。被告が原告の宣言に同意した場合はこれは将来においても拘束する。……結果としてこのことは当事者による一致の終了宣言に既判力類似の効力を与えることであり、このことは私見によれば問題の状況にふさわしいものである」と。<sup>(28)</sup>

(ハ) 特権的訴取下説 (Die Theorie der privilegierten Klagerücknahme) この説は原告の終了宣言は広い意味の訴の取下と考える説である。<sup>(29)</sup> この説によると、両当事者による終了宣言の場合は本案の訴訟係属の消滅は終了事由が實際存在するか否かにかかわらず消滅すべきであるのに対して、ここにおいて優越的な地位を与えられた終了宣言のための終了事由が存

在する場合は一方的な原告の宣言のみによつても訴訟係属は終了するという点にある<sup>(30)</sup>。即ち、この考え方は一方的終了宣言と両当事者による終了宣言を統一的に把握する点に特色がある。従つて、この点において既述の(1)の訴訟係属終了説と異なる。いずれにせよ再訴禁止効は有しな<sup>(31)</sup>い。

③ 確実性及び最終性による説 (Die Lehre der Offensichtlichkeit und Endgültigkeit) この説は従来の説が訴訟係属終了の根拠を直接に法によつて認められた当事者の意思に求めたのに対し、ZPO六一九条(従前の六二条に相当する)を考慮した事実上の視点を根拠にする<sup>(31)</sup>。六一九条は

Strich einer der Ehegatten, bevor das Urteil rechtskräftig ist, so ist das Verfahren in der Hauptsache als erledigt anzusehen.

(従前の六二八条の訳ではあるが斎藤II小野木II中野、外国法典叢書独逸民法II二三三頁の訳では「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テ完結シタルモノトス」という規定である。)

この根拠は本案の終了の確実性と最終性にあるという。従つて、この考え方が全て終了宣言の問題の根幹をなすとする。訴訟終了効は実体的終了が確実にしかも決定的に生じたことに基づくものである。そして両当事者による終了宣言の場合は、なるほど実質的終了が確実にしかも決定的に存在するわけではないが、本案の終了が確定的であるかのように当事者は行動するとする。そしてもはや争訟は存在せずして、裁判所もまた、本案の終了の確実性と最終性が存在することから出発することができる<sup>(32)</sup>と述べている。

3 諸説の検討 両当事者による訴訟終了宣言の法的性質について、即ち、法的効果及びその根拠については既に2でみたように諸説の対立をみるのである。かかる学説の対立はどこに原因があるのだろうか。また我々はこの状況から何を学ばべきであろうか。ここではこれらの間に答える前提作業としてこれら諸説に対する従来の批判を考えてみよう。

訴訟上の合意説に対する批判としては、ドゥブナーは次のようにいう<sup>(33)</sup>。「当事者は通例共通の交渉を原因としてではなく互

に無関係に終了を宣言するものである。さらに訴訟上の合意というものは一般に当事者間の法律関係形成を目的とするが両当事者の終了宣言の場合は当事者の関心はそこにあるのではない。両当事者はむしろ裁判所の権限を訴訟費用に制限しようとしているのであり、かかる目的設定（一方が全部の終了を宣言し、他方が一部の終了を宣言する場合は、合意は一致を欠くため成立しないであろう。しかし裁判所に対して部分的にその権限を制限する訴訟上の意思の合致は存在する）からして当事者の終了宣言は訴訟上の意思の合致とみるべきである」と。

訴訟係属終了説に対してはハーブシャイトを採用しよう<sup>34</sup>。彼は「訴の取下と両当事者による本案を終了した旨の宣言との法的効果の差異はどこにあるのか？ 答えは……単に一つでしかない。訴訟費用の点を除いては一般に存在しない！」として、所説は原告を訴訟費用の点で有利に扱う特別な意思の合致した訴の取下にはかならないときめつける。そしてその結果、再訴の問題で再訴を原則として許容し、被告が再訴を防止したければ単に訴の取下と同じく同意しなければよいとするのは、訴の取下と終了宣言とは利益状況が異なる点を無視しているのであり、この点で支持できないとする。

二重の放棄説に対しては、一般に次のような批判がなされている。放棄による訴訟係属の終了は放棄判決によつてなされる筈である（ZPO三〇六条）。しかし、放棄判決を求めるか否かは被告がイニシアチブをもっている。してみると、原告としては被告が放棄判決を得ることを放棄しない場合はどうなるのだろうか。原告敗訴ということになるのか、あるいは被告が放棄判決を求めることを放棄するという条件つけて、原告は放棄するということになるのだろうか。あるいは、この場合は被告の側で本案を求める訴の利益がなくなると構成するのだろうか。原告敗訴では終了宣言の制度の目的に合致しないし、そうでない構成となると三〇六条の放棄とは全く関係のないことではなからうか。しかしそこまでくると、今度は一般的な放棄と異なつた構成をとる必然性の論証が必要であろう。要するに、この説は原告の意思に相応しないし、放棄についての法律の規定とは全く離れるという点が難点とされるのである<sup>35</sup>。

特権的訴取下説に對しては、訴訟係屬終了説に對する批判がそのままではまるであらう。既述のように兩説とも兩当事者による終了宣言に關してはその説くところはかわりがないからである。

確實性及び最終性による説に對しては、ZPO六一九(従前六二八)条というのは一身專屬性の訴訟で一方当事者の死亡という特殊な場合であつて、これをもつて理由具備を欠いたことを理由にする全ての終了宣言を説明するのは困難であるということが批判にならう。また、ZPO三〇六条、三〇七条という放棄判決・認諾判決の制度と矛盾しないだらうか。これらの場合は放棄ないしは認諾それ自体では訴訟は終了せず、常に相手方の申立によつてなされる放棄判決、認諾判決によつて訴訟は終了する。ところが、これらは確實性と最終性という点では終了宣言の場合と全く同じである。なぜ區別するのだらうかということである。<sup>36)</sup>

さて、以上の批判に對して各説はそれぞれの立場から反論するであらう。問題はこれら議論のうちどれが本質的なものかということになるが、議論は平行線をたどるものと思われる。それは既にみたように、それぞれの立脚している基盤が異なるからである。なぜ異なるのかというと、訴訟は終了するという点では共通の基盤ともいふべき立法上の根拠をもつが、それ以外は全く法文に根拠がないからである。従つて、兩当事者による訴訟終了宣言の制度の効用を紛争解決の一段として重視すれば、再訴を禁止してここで紛争の再発を防ぐべく理論構成をするであらう。訴訟上の合意説の真意はここにあるように私には思える。ところが、兩当事者の訴訟終了宣言の場合の一般に考えられる当事者の意思を分析し、それによつて理論構成をするならば、既存の当事者による訴訟の終了制度(特に訴の取下)との比較において立論を展開するであらう。ここではその効果としては紛争の解決というよりは、訴訟費用の公平の分担ということに重点がおかれることにならう。特権的訴取下説乃至訴訟係屬終了説のねらいはここにあると思う。あるいは、前者はあるべき姿を重視しているのに對し、後者は既存の制度の調和を考えているといつてよいように思える。この中間に位置するのが二重の訴の放棄説であると思う。<sup>37)</sup>再訴を禁

止し、しかも特別な訴の放棄として構成していくからである。この説に対しての支持者が少ないのはあるいはこのような中間的な性格によるのではないだろうか。つまり、中間説の立場というものは、両方の説からその中途半端な性格が批判されるからである。このようにしてみると、議論がかみあう筈はない。一般にはこのような場合のためにこそ法文が共通の土俵になるのであるが、本問題については既述のように法文は何も語っていないのである。では一体、この法的性質についてはどう考えたらよいのであろうか。私は次のように考える。

4 私見 問題の解決はこの終了宣言の制度を民事訴訟制度においてどのように評価し位置づけるかということによつておこなわれるが、これはまさに従前のこの制度の発展過程を正確に把握することによつてなされると思う。それではこの制度の発展過程はどのように把握すべきなのだろうか。既に見たように、この制度は訴訟費用の公平な負担を貫徹させるということとその出発としているものであるが、しかし、その発展過程の第二段階として、当事者による訴訟終了の一形態として一つの独立した訴訟行為としての地位を確立したという点に注目すべきであろう。問題は単なる訴訟費用の問題というよりもかかる形態での訴訟終了はどこに意味があるのかという点に力点が移つたのではないかと思う。そうであるからこそ、従来の当事者による訴訟終了の制度である訴の取下、請求の放棄、和解等との比較がなされたのであり、この場合にこれらの修正という型で理論が従来構成されたのだと思う。まさに特権的訴取下説、二重の放棄説、訴訟上の合意説等がこれであつた。しかし、この態度には疑問がある。というのは従来は諸制度の修正であるならば結局のところ訴訟費用のための便法であり、ことは訴訟費用の分担に関する制度を修正するのが筋であると思うからである。つまり、訴訟費用についての現行法を回避するための単なる理論ということではないだろうか。確かに出発点はそこにあつたことは否定できないが、既に一つの当事者による訴訟終了制度としての道を歩んだ以上、さらにそれをより純化させることが必要ではないかと思う。即ち、訴訟費用の点での紛争の解決に役立つ側面は決して否定すべきではないが、訴訟即ち本案の終了という面に力点を置き、本

案の紛争解決のための機能という面で考えるべきではないかと思う。ここでは既存の当事者の終了を生じさせる諸制度に訴訟係属終了効の根拠を求めるというよりも、一步進めてそれら既存の諸制度の根底にある処分権主義と裁判所の紛争解決のための権限との緊張関係を紛争解決機能という点でとらえて新しい制度と把握することがより適切ではないかと思う。<sup>(38)</sup> 勿論、従前の学説が既存の制度を根拠にして理論を構成した意図もわからないではない。というのは私見のように考えるならばそれは全くの立法論かあるいは現行法体系に調和しないからであり、そのことは理屈はどうであれ結果がよければよいではないかということになりかねないからである。しかし、制度を固定しそのことによつてかえつて不調和があるとすれば、思い切つて従前の諸制度とは異なつた一つの独立の制度と考え、あえて既存の概念で彩色をする必要はないのではないかと思う。訴訟費用の分担の点で現行法は不備であるという認識がこの制度の第一段階とするならば、第二段階は当事者による訴訟終了の一つの制度であることであり、第三段階はこれは一つの特別な制度として位置づけるということである。この制度の発展の過程を位置づける訳である。従つてこのように考えることによつて、この法的性質の問題については望ましい法的効果は何かという問題が先行するのではないかと思う。そこで考えなくてはならない終了宣言の効果とはなにかと言うと、訴訟終了効を除いてはそれは再訴禁止効ではないかと思う。というのは終了宣言によつて当事者に自主的に訴訟終了効を付与したとするなら、やはり、再訴を禁止することによつて当事者の自主権に制約を課しているとみるべきだからである。<sup>(39)</sup> それは同時に訴の取下と違つた効果を付与すべきだということにならう。つまり法は当事者によつて訴訟の終了することを招来することを認めたことの反面、それによつて最終的な紛争の解決としたと考えるのである。このことは結論的には訴訟上の合意説、二重の放棄説と同じであらう。ただ、私は既に述べたように、だからといつてこれらの諸説のようにあえて構成しなくてもよいではないかと思うのである。<sup>(40)</sup> 終了宣言は処分権主義によつて終了が発生し、同時に再訴が禁止される制度であると考えるのである。従つて、これを利用する意思が両当事者にあればそれでよいと考えるのである。勿



論、かかる結論自体、訴訟係属終了説、特権的訴取下説の採るところではないし、同時に支配説の採るところでないと思われる。しかし、この再訴禁止の問題でも注意深くみてみると見解の対立が必ずしもあるとはいえないように思える。というのは、既に述べたようにここでの対立は法的性質論の帰結から生じているのであつて、必ずしも再訴禁止が望ましいか否かで議論しているとは思えないからである。例えば、グルンスキーは「訴はくり返すことができる。勿論個々の場合に終了宣言が実体的な権利の放棄を含んでいることはありうる。また事情によつては、終了宣言は訴を再びしないという約束を含むこともできる。この場合は新しい訴の見込はなくなる」と述べ、訴訟上の合意説以外でも再訴禁止を全く認めないということではないことを力説しているし、リュケ論文もこの種の合意はありえようが但し原則的ではないとして<sup>40)</sup>いる。結局のところ意思表示の解釈ということにならう。

こうしてみると両当事者の終了宣言の問題は法的効果の点からみると実際にそれほどの差が生じるわけではないように思える。結局のところ理論的な説明の差に帰着するのではなからうか。同様に他の法的効果の問題にも同じことがいえる。例えば訴の取下と同じように遡及的に訴訟係属は消滅するの<sup>41)</sup>か、あるいは既に下されたが<sup>42)</sup>いまだ確定していない判決は無効になるのかといった問題ではそれほど意見の対立はないように思える。実務にさほど混乱もなく、取扱について大方の意見の一致をみているといわれている<sup>43)</sup>のもこのようなためであろうと思う。確かに既にみたように数多くの見解の対立は、この制度の問題性を暗示しているかの如くである。つまり終了宣言の制度は、簡単に訴訟を終了させるものではないという印象の人に与えるものがある。しかし、私は対立点に注目するのではなくこのように一致する点に目を向けた方が得るところが大きいように思うのである。

(13) 民法典成立以前の状況については前記拙稿が詳しい。

(14) より具体的には前記拙稿二号二七頁注4を参照。

(15) 前記拙稿三号九一頁以下を利用した。

- (9) Ederheimer, Über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten bei Erledigung der Hauptsache nach Zustellung der Klage, ZJP 31, 1903, S. 61 ff. ins. S. 63.
- (17) Ederheimer, a. a. O., S. 66.
- (20) Eccius, Nachrichtliche Bemerkungen über eventuelle Anfechtung und Aufrechnung nach BGB, Gruch 42, 1898, S. 288.
- (21) Göppinger, Die Rechtsnatur des Erledigungsantrags, ACP 156, 1957, S. 475 mit FN13.
- (22) Hellwig, System des Deutschen Zivilprozessrechts. I Teil, 1912, S. 442, S. 630, S. 758; Kisch, Klageverzicht und Erledigung der Hauptsache, Recht 1924, Sp. 4. 兼ては大塚憲作博士『民法学』第4巻第1号1924年10月号, 1924, S. 260.
- (23) Temming, a. a. O., S. 44 mit FN 75 及びその註文に於ては『民法学』第4巻第1号1924年10月号, 1924, S. 260.
- (24) Göppinger, Der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, 1958, S. 22 ff.
- (25) Habscheid, Lent-Festschrift, S. 157ff. u. JZ 1963, 579 ff.
- (26(2)) Habschid, JZ 1963, 582.
- (27) Göppinger, a. a. O., S. 88 ff; Deubner, Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, Jus 1962, S. 208 ff.
- (28) 拙稿『参照』。
- (29) Donau, Die nicht-erledigte Hauptsache, JR 1956, S. 169 ff.; der, Zur Rechtslage bei Streit über die Erledigung der Hauptsache, MDR 1957, S. 525 ff.
- (30) Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, S. 109 及びその註文に於ては『民法学』第4巻第1号1924年10月号, 1924, S. 260 及び註文に於ては『民法学』第4巻第1号1924年10月号, 1924, S. 260.
- (31) Donau, JR 1956, S. 170.
- (32) Biomeyer, Zivilprozessrecht, 1963, §64II(S. 317 ff.); ders., Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, Jus 1962, 212; Pohle, Maridakis-Festschrift S. 430ff., 449 ff. Stein-Jonas-Pohle §91a II 4, III.
- (33) Biomeyer, Jus 1962, 213 f.; ders, §64 I (S. 312 ff.); Pohle, Stein-Jonas-Pohle, §91a III 3; ders. Maridakis-Festschrift, S. 449 u. 433.
- (34) Müller-Tochtermann; Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache außerhalb des Zivilprozesses, NJW 1959, 421 ff. 同著及び拙稿に於ては『Die Erledigung des Rechtsstreits nach Erledigung der Hauptsache』, NJW 1958, 1761ff.; Über die Rechtsnatur der einseitigen Erledigungserklärung, JR 1958, 250 及びその註文。
- (35) Müller-Tochtermann; NJW 1959, 422 und NJW 1958, 1762f. 同著 NJW 1959, 422 及びその註文に於ては『民法学』第4巻第1号1924年10月号, 1924, S. 260 及び註文に於ては『民法学』第4巻第1号1924年10月号, 1924, S. 260.

性は既判力を有する本案の終局を認める判決から認めらるべきである。

- (33) Doubnar, Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, Jus 1962, S. 205 ff.  
 (34) Habscheid, JZ 1963, 581.  
 (35) Temming, a. a. O., S. 48 ff. はこの点について要領よくまとめている。  
 (36) Temming, a. a. O., S. 52 ff. もこの点で最後の批判点に対しても恐らく Wolf, Das Anerkenntnis im Prozeßrecht, 1963, S. 19ff. からは異論があらう。ウォルフ論文については拙稿法学研究四三巻二二号九〇頁以下の紹介がある。  
 (37) Müller-Tochtermannの説は特異な説なので、考えから除外した。しいて考えれば合意説と同じグルノーに属するであらう。  
 (38) 一当事者による終了宣言の制度については Schwab, Die einseitige Erledigungserklärung, ZfP 72, 127 ff. はこれをドイツ民法上の特別な制度と把握している。  
 (39) Habscheid, JZ 1963, 581 ff. は、彼が再訴の禁止を説くのは、訴の取との比較において被告の保護のためであるとする。ならん前訴の主張に反する後訴の再訴は先行行為に矛盾した行為であるから許されないと説く。  
 (40) 例えば最近の Grunsky の前掲体系書にでもリッケ論文にしてリッケ論文にして諸説に対して態度決定をしていない。  
 (40-2) Grunsky, a. a. O., S. 110, リッケ論文(法研)四頁(原文三二六頁)。  
 (41) 冒頭のローゼンヘルクシシュワープの記述を参照せよ。ただしリッケ論文(前掲法研三頁)は既に存在する既判力のない判決の無効というのは不当であるとする(原文三二五頁)。  
 (42) Wiczorrek, ZPO, 2. Aufl., 1975, §91a.  
 (43) リッケ論文(法研)二頁(原文三二四頁)。

#### 四 要件について

要件についてはそれほど争われている訳ではない。両当事者による終了宣言の場合に終了事由の存在は必要か否かということが主たる問題である。つまり終了事由は終了宣言にあたって主張しなければならないのかという問題である。これについては通説は必要でないとしている。二で紹介したローゼンヘルクシシュワープの記述も従ってこれについては簡単な記述で終っている。<sup>(44)</sup> この根拠は一般には合目的性<sup>(45)</sup>と当事者処分権主義<sup>(46)</sup>に求められている。あるいは ZPO 九一条 a の文言に求める考えもある。即ち、同条は訴訟費用の裁判のための特別な尺度を単に終了宣言に結びつけているにすぎないとするのであ

る。<sup>(47)</sup>しかし、かかる考えに対して反対説がない訳ではない。問題の所在を明らかにする意味で反対説を紹介してみよう。

反対説はZPO九一条aは終了事由の申立を要求しているものであり、そうでない場合は原告の宣言は訴の取下として解釈すべきであると説く。訴の取下かそうでないかの解釈は裁判所の専権であり当事者は合意により排斥できないのであり、そもそもZPO九一条a自体終了宣言に必要な要件を規定していないが、むしろ適法で有効な終了宣言を前提としているのであるとも説く。そしてかように解さないとZPO二六九(従前二七一)条の回避を意味する新しい制度を作ることになりはしないかと主張するのである。さらにこの考えによればZPO二六四(従前二六八)条三号の類推適用が考えられるとするのである。<sup>(48)</sup>この条項によつて訴訟係属は終了するのであるから終了事由を申立てねばならないとする訳である。要するにこの説はあくまでも、既存の制度との調和の上に問題を考える訳であり、歴史的にはZPO九一条a成立以前——正確には一九四二年の第三簡素化令第四条以前——の考え方に連らなるものがあると思う。即ち、当時にあつては何故に事実上終了が生じていないにもかかわらず明文の規定に反して(訴の取下によらずして)、終了宣言が認められるのだろうかということが強くいわれていたからである。

通説と少数説についてその当否を考えた場合、やはり通説を支持したいと思う。確かにZPO九一条aそれ自体から答える問題ではないが、しかし、前節で述べたように終了宣言を当事者による訴訟終了を生じさせる一つの独立の制度と考えるならば、<sup>(49)</sup>かかる制度を利用するにあつてその当事者の動機は問われないのが一般的であるからである。つまり、訴の取下にあつてその理由は問われないと同様である。また一つの独立した制度と考へれば、ZPO二六四(従前二六八)条との調和もまた考慮する必要はない筈である。しかも、少数説のようにかかる要件を課すこと自体、手続の簡素化による訴訟の終了というこの制度本来の目的を見失うように思える。

なお、訴訟係属発生前に終了宣言は許されるのかということもよく議論される問題である。訴訟係属を消滅させるための

制度と解するならば訴訟係属がそもそも生じていない場合はその必要はないからである。従つて一般には許されないとするようである。しかし両当事者による終了宣言の場合は当事者処分権主義に基づいていることもあつて許されるとする説もかなり多い。<sup>(52)</sup>つまり被告が同意することによつて手続規定の遵守を放棄して手続に関与し訴訟法的関係が生ずると解するからである。

このように要件に関しては若干の問題はあるけれども、それほど厳しい対立がある訳でなく、通説が確立されていると云ふことが出来る。

(44) リュネ論文はローゼンブルク・シュワープの「本案が現実には終結したか否かの検討は余計な問題である」(§133 II 1 Fa. 6) の記述は、核心を欠いていないとして、「当事者の意思表示は形成的効果をもつ。それは与効的行為(Bewirkungshandlung)である。法は双方の締結宣言に訴訟係属の終了なる効果を与えた。この種の意思表示が存すれば、それにもかかわらず訴訟を進行し本案につき裁判する理由は裁判所に存しない。したがつて、本案が現実には終結したか否かも重要ではない。裁判所が意思表示に拘束されるのである。裁判所は正当性を検討することを否定される。したがつて、当事者がその意思表示において終結を本意なく(schlussig)主張している必要はない」(前掲法研三頁)と述べられている(原文三二五頁)。

(45) BGH 21, 298 (300)

(46) Pohle Maridakis-Festschrift S. 430, 442; Grunsky, a. a. O., S. 100.

(47) Bendix, Zur Frage der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, JW 1926, 781 に若干の點を主張された。

(48) Stein-Jonas-Pohle §91a II 1c.

(49) Göppinger, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, 1968, S. 90 ff; Bruns, Zivilprozessrecht, 1968, §27 IV 2a (S. 230) ユルビがマモンガーの見解を述べた。

(50) この規定によれば請求の原因を変更しない場合で訴の変更にならない場合として三号に「後日生じた事情の変更に基づいて、最初に請求したる物に代つて、他の物又は利益を求めらる」という旨を規定している。もつとマモンガーの場合、原告の終了宣言は取効的行為(Bewirkungshandlung)であり、被告の同意をまひつてはじめて与効的行為(Bewirkungshandlung)となる(§. 44, 47, 89)。

(51) この規定の沿革については拙稿法研四九卷二号五三頁以下参照。

(52) 与効的行為については前注44のリュネ論文を二で紹介したローゼンブルク・シュワープの記述参照。

(53) Deubner, a. a. O., S. 207; Grunsky, a. a. O., S. 107; Stein-Jonas-Pohle, ZPO §91a II 1a.

## 五 おわりに

以上においてドイツ民法九一条aの両当事者の訴訟終了宣言の制度の概要をみたのであるが、<sup>(53)</sup>まとめてみると次のようになろう。

1 訴訟において(訴訟係属中)両当事者が一致して終了を宣言した場合には訴訟は終了し(訴訟係属の消滅)、裁判所は訴訟費用について従来の事実状態及び紛争状態を顧慮して公平な裁判をする(ZPO九一条a)。

2 もつとも訴訟係属発生前においても(訴状提出後)、終了宣言できるとする説も少なくない。

3 両当事者が終了宣言後、同一訴訟物についての原告の再訴は許される。但し、許されないとする説もあるし、許されないとする説でも許されない場合の可能性を否定しない。

4 両当事者の終了宣言にあつては、終了事由を述べる必要はない。

5 終了宣言において訴訟係属の消滅は遡及しないが、しかし、いまだ確定しない判決は効力を失う、但し後者の場合反對説は存在する。

このような結果からみて、この制度について日本法の立場からみると当然でてくる問題は、訴の取下との類似である。既に見たように、ドイツではこの両当事者の終了宣言を訴の取下の一種とみる学説も少なくなかつた。従つて、わが国の通説はドイツ民法のように訴の取下の場合に原告に訴訟費用を負担させる旨の規定がないことや本案判決後の再訴禁止効を定めた規定(日本民法三三七条二項)の存在から、ドイツでのこの種の問題は日本では必要ないとしてきたのである。<sup>(54)</sup>しかし、訴の取下という制度はすでに昔からの制度でその効果は法律により確立されたものであるのに対し、既に見たようにこの制度自体固定的に考へるものではないので、訴の取下のもつ制度でカバーできない面をこの制度でカバーできる余地はある。

例えば、本判決後に限定することなく、全面的再訴禁止効と訴訟係属消滅が遡及しないことは訴の取下のもたない効果である。もつともドイツでは再訴可能とする説が多数であることは事実であるが、私は再訴禁止すべきと考える訳でこの点は既述した通りである。この点でドイツでの全面的再訴可能とする説に組すれば、わが国では本制度は訴の取下と異なつた効果をもつ制度ということにならう。さらに訴の取下でカバーできるとする考えに立つ場合に考えねばならないのは被告があくまでも訴の取下に同意しない場合は全てこの種の問題は請求棄却として処理してよいのかということである。即ちこれに一当事者による終了宣言の問題である。これこそ訴の取下によつてカバーできない面をはつきりともつて<sup>(55)</sup>いると思う。

確かに一当事者による訴訟終了宣言につき検討してみないと最終的な日本法上の評価はでないと思うが本制度を当事者処分権主義の拡充と紛争解決機能の充実ということに連るものと評価したいと思うのである。従つて本制度について通説とは異なり、私は積極的に評価するものである。

(53) Grunsky, a. a. O., S. 105 u. 107 は他の手続法について言及している。

(54) 前注6及び石川論文(前注8)二〇頁以下参照。

(55) 拙稿法学研究四九卷三号一二二頁参照。これについては非常に議論の多いところであるので既に本稿冒頭で述べたように別の機会に論じらるるつもりである。