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

Title	西ドイツ民訴法における一当事者による訴訟終了宣言について
Sub Title	Die einseitige Erledigungserklärung in der Bundesrepublik Deutschland
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.7 (1982. 7) ,p.1- 37
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19820728-0001

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.

西ドイツ民訴法における一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　法的性質論についての諸説の検討
四　個別的問題について
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）は訴訟終了宣言について規定している。[1] 私は従来この規定やこの制度について研究をしてきた。すなわち、この規定の成立の経過については「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」という論文で明らかにした。[2] またこの規定の意味については「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」という論文で論じたところである。[3] そして、訴訟終了宣言と日本法との関係やこの制度についての日本での評価については、「訴訟終了宣言」という小論で述べた。[4] 本稿はこれら一連の研究に続くものである。そこで本論文の意味は、従来の論稿で留保したり全く論じなかつた問題をはじめて取り扱うということにあるといえる。もちろんかような私事のみに意味があるわけではない。従前わが国では訴訟終了宣言、特に一当事者による訴訟終了宣言[5]については必ずしも十分研究がなされていないように思えるから、本論稿を従前の研究に加えることは少なからず意味があると思う。[6] これに対して、「実益がないから関心がなく、研究が十分おこなわれていないのは当然である」との見解も考えられる。しかし、今日この研究が十分でないまま放置することを許さないような状況にあるように思える。たとえば、近時佐上助教授は訴訟費用の負担問題について訴訟の経過や当事者の交渉過程から考えていくべきであると問題提起をおこなつているが、[7] 私見によれば佐上助教授のかような問題提起に対する一つの解答がこの訴訟終了宣言制度であると思うのである。[8] 訴訟終了宣言の制度の視点から佐上助教授の問題提起に答えていく必要があろう。また従前この制度について消極的であつた鈴木忠一氏が「民事訴訟に於ける当事者自治の限界と実務上の問題」という最近の論文の中でこの制度を取り上げ、実務でこの制度の働く場面があることを示唆していることも注目される。[9] 鈴木氏のかような問題提起に対しても考える必要があろう。

かくして、本稿が決して単に個人的関心だけの自己満足的な論文でないことは明らかではないかと思う。ところで本稿と私の従前の論稿との間にはかなりの年月が経過している。従前の論稿について現在の私は、引用の文献や私見の展開についていくつかの不満をもつていて修正や加筆したい点があるが、基本的には支持できるのでそれについてはいずれ訴訟終了宣言の制度についての研究を纒める時におこない、本稿では従前の論稿の検討はしない。また訴訟終了宣言制度と日本法との関連や日本法の下での意義については、これらの論稿で繰り返し述べてきたところなので本稿本文では省略する。[10]

このような意図の下に本稿は次のような方法で問題を考察する。ドイツの代表的な教科書の記述を基準として設定し(二)、それに基づいて私なりに問題を把握し私見を構成してみる(三)。そして主要な問題について私の見解(私の支持した学説)の帰結を考える(四)。これによつて制度の概観と問題の所在が明らかになるのではないかと思う。既にこの問題についてはドイツでは夥しい文献があり、それらをすべて詳細に把握することは非常に困難であるし細部の議論の考察は問題の所在の理解につき不明確なものにすると思われる。そもそもわが国では制度自体の当否が当面の問題であるから、それを問題としないドイツの議論の細部にわたる把握よりも大局的理解の方が重要と思うからである。

(1) § 91 a ZPO

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

両当事者が本格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ない。

この訳文は定訳ではない。他の方の訳文については拙稿・法学研究五〇巻一二号三四一頁注1に掲げたのでそれを参照されたい。また訳語についても定訳がない。訳語として従来主張されたものについては拙稿・法学研究四九巻二号二六頁注2に掲げたのでそれを参照して戴きたい。なお最近のドイツ民訴法については石川明教授の翻訳がある(法務資料四四〇号〔昭和五七年〕)。

(2) 法学研究四九巻二号一八頁以下、三号六一頁以下〔昭和五一年〕。

(3) 法学研究五〇巻一二号三三九頁以下〔昭和五二年〕。

(4) 民事訴訟法の争点(ジュリスト)一六頁以下〔昭和五四年〕。

(5) Die beiderseitige Erledigungserklärung については「双方的終結宣言」とか「双方的本案終了の表示」と訳し、Die einseitige Erledigungserklärung については「一方的終結宣言」とか「一方的本案終了の表示」と訳すのが一般的な訳である。しかし、私はドイツ語に拘泥せず、これらに

ついては主体を明らかにする意味と、法文である九一条aの die Parteien を両当事者と訳した関係で前稿（注3）から「両当事者による終了宣言」と「一当事者による終了宣言」という用語を使用している。後述の四の⑥で明らかなように私は被告の申立てによる訴訟終了宣言を認めないから、正確には原告による訴訟終了宣言ということである。

（6）一当事者による訴訟終了宣言について説明ないし言及する日本語の文献としては私の調べた限りでは次のようなものがある。

松浦馨「訴訟完結の宣言による訴訟の終了」ドイツ判例百選一五二頁以下（昭和四四年）。松本博之「本案終了の表示について」法学雑誌一九巻二号九六頁以下（昭和四七年）。柏木邦良「訴訟要件と訴訟内紛争」民事訴訟雑誌一九号一三〇頁以下（昭和四八年）。ゲルハルト・リュケ（石川明）「本案終結宣言について」法学研究四九巻二号五頁以下（昭和五〇年）。なおこれは Lüke, Zur Erledigung der Hauptsache, Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, 1975, S. 323 ff. の翻訳であり、石川明訳『ドイツ手続法の諸問題』（昭和五四年刊行）の六七頁以下に収められている。

訴訟終了宣言一般についての日本語の文献については拙稿・法学研究四九巻二号二六頁注3、同・五〇巻一二号三四一頁注8参照。

これらの論稿のうち日本法の下での一当事者による訴訟終了宣言についてのあり方について言及しているのは柏木論文であり、他の論稿はドイツでの議論の紹介ないしは批評である。ところが柏木論文はドイツでの議論を紹介していない。つまり、ドイツでの議論を整理した上で日本法の下での制度のあり方について述べた論稿はないようである。そこで本稿はこの間隙を埋めるものとしても評価されるのではないかと思う。あるいはまたこの問題についての本格的な論文であるリュケ論文の日本語訳の意義を明らかにするのではないかと思う。

（7）佐上善和「訴訟費用の負担」法学セミナー三二五号五八頁以下（昭和五七年）。

（8）私は訴訟費用の負担をいかに合理的に決定すべきかということから訴訟終了宣言の制度は出発したと考えている（法学研究四九巻三号六〇頁以下、特に七〇頁以下参照）。

（9）新・実務民事訴訟講座第一巻八五頁以下（昭和五六年）に収められている「民事訴訟に於ける当事者自治の限界と実務上の問題」という論文である。鈴木氏は、この論文でドイツ民訴法九一条aの規定を紹介した理由として「実務で訴訟上の和解が成立したとき、『当事者の合意により和解が成立した。その内容を調書に記載しないことを合意する』という形式の調書の作成を求められた経験があるからである」と述べている（一〇二頁）。なお鈴木論文では一当事者による訴訟終了宣言については省略されている（一〇一頁）。

もつとも鈴木氏は別の論稿（「非訟事件に於ける手続の終了と受継」新・実務民訴講座第八巻三一頁以下（昭和五六年））ではこの制度に批判的である。「本案の終了による手続の終了」という項目の中で「我が非訟法上本案終了の裁判は可能か」という問題について次のように述べている。

「我が非訟法でも本案の終了を来たし、費用の裁判が残るのが理論的には肯定し得ると言ひ得るであらう。しかし、本案終了の裁判を制度として規定してゐない我が国に於いては、純粋に理論に従つて本案終了の裁判をすることは出来ないといふのが穏当であらう。殊に我が国では費用負担の裁判に関連して、この制度を認むべしとする要求が極めて乏しいからである。若し理論上実行し得るといふ立場を取つても、ドイツの実務とは異なつて、一般的には、『本案は云々の理由によつて終了した。手続費用は云々の負担とする』といふ趣旨を主文に掲げるべきであらうが、実定法上斯る形式の裁判が無条件に是認されるか否かはやはり問題であり、訴の取下又は訴訟上の和解の効力について争のある場合等に、本案終了の裁判を為し得るのと同様に必要

性があると言い得るかは疑問である。勿論、本案終了の事実は、たとへ当事者間に争なく、双方から陳述されても、我が非訟法上はそれが裁判所を拘束する効力はない。裁判所はその陳述に拘らず事実の調査を為すべきである。

我が国の実務では、本案終了に当る事実が認められれば申立を理由なしとして棄却の裁判と費用の裁判をしてゐるのが一般だらうと思はれる。また本案終了が認められる場合には、申立の取下によつて事件を終了させてゐる場合もあると思はれる、筆者が本案終了の制度を紹介したのは、非訟事件に於ける当事者の死亡・資格喪失が本案終了を来たし、従つて手続の受継の原因とならない場合の多いことを指摘することは、実務上も無益ではないと信ずると共に、手続の受継の検討にも役立つと思つたからに外ならない」(五八頁)。

ここでは鈴木氏は条文がないことと、費用負担の裁判に関連してこの制度を認むべしとの要求が極めて乏しいことを終了宣言が認められない理由としてあげているが、これらについての私の考えは次の注10で述べる。

(10) 訴訟終了宣言の制度と日本法との関係やこの制度の問題点について従前述べなかったことをこの機会に付言しておく。

訴訟終了宣言の制度は、訴訟費用の負担の問題で大きな実益がある制度である。訴訟費用の負担の問題は従前はそれほど重視されていなかったが、弁護士強制主義を採用していないわが国においても弁護士費用を訴訟費用に算入する傾向に伴い、今日重要な問題になりつつあることは否定できないことと思われる(佐上・前掲書六一頁、新堂・民訴法第二版六一〇頁以下それぞれ参照)。したがって訴訟費用の負担をいかに合理的に決めるかの問題は十分に考えておく必要があるといえよう。この場合これについて先行するドイツにおいて問題解決策としてつくりあげられた訴訟終了宣言の制度は大いに役立つと思う。従前のわが国の訴訟終了宣言についての消極説は現行法の規定で十分であると主張するのであるが、当事者の手続保障の必要が強調されている昨今において、訴訟費用だからといつて裁判所のイニシアチブが強い現行の訴訟費用負担に関する規定のみでカバーできると解し、それによって処理しようとするのは問題であると思う(従前の論争については拙稿・民訴法の争点一六六頁以下参照)。

さらに重要な点は、訴訟費用の問題だけでこの制度をみるべきではないということである(前掲書・争点一六七頁)。このことはドイツの教科書、体系書が、ZPO九一条aが訴訟費用の箇所の条文でありながら、この条文やこの制度についてはそれぞれ当事者による訴訟の終了という体系的箇所で述べていることから明らかである。日本法上どういう意味があるかというと、端的にいうならば当事者の意思の尊重になるということと、紛争解決方法の多様化の一つとして位置づけられるということであると思う。

当事者の意思の尊重ということで考えねばならないことは、わが国においては「『訴の取下』も一部の当事者には不名誉と意識される。従って争いが意味を失っている場合に、(再訴の防止等の実益以外に面子の点から)訴の取下の代りに和解を選ぶことがある」といわれていることである(太田知行=穂積忠夫「訴訟上の和解」法社会学講座六巻一一九頁)。つまり実質的には訴えの取下げが外形的に和解の型をとっているということである。あるいは既述の鈴木氏の設例(前注9参照)もこういう場合の事例であろう。このことはこういう場合に既存の当事者による訴訟終了の制度では十分対応できないことを物語るものである。確かにこの場合に当事者のかかる不名誉という感覚や敗訴意識が問題であるということはできよう。しかし、果して一笑に付してよいだろうか。かかる意識があることが現実であるなら、それに答えるべく理論を構成すべきであると思う。当事者の多様な考えを既存の制度にふさわしいか否かで強引に分類する姿勢は、真の当事者の意思の尊重ではあるまい。

西ドイツ民訴法における一当事者による訴訟終了宣言について

当事者の意思については控訴審における請求の減縮という事例ではあるが、東京控訴院判昭和九年九月二九日法律新聞三七八九号（昭一〇・一・三〇）四頁以下は次のような興味ある分析をしているので紹介する。

「当院は右減縮せられたる部分に付ては審判を為さず蓋訴訟を創始したる当事者に於て訴訟の一部の目的を遂げたる旨を述べ之に伴ふ請求の一部の減縮を為したる場合に相手方に於て之に合意し若くは之に対し異議を止めざるときは訴は爾後訴訟費用の点を除き其の減縮せられたる部分に付き当然に消滅し裁判所は此の部分に付き審判を為すことを要せず又之を為さんとするも能はざるところにして若し既に請求に対する判決ありたる後其の一部を右の趣旨に於て減縮したる場合に在りては該請求部分に付き当然に訴訟係属の離脱を来し右判決は此の部分に付き当然に其の効力を喪失すべきを以てなり

叙上訴の目的を遂げたる旨の陳述に伴ふ請求の一部の減縮は其の効果の一部に於て請求の一部の放棄若くは請求の一部に関する訴訟上の和解又は訴の一部の取下に相類するところありと雖も似て非なるもの固より之を同一視することを得ず即請求の一部の放棄は其の部分に付き請求者自ら訴の理由なきを認むるもの又請求の一部に関する訴訟上の和解は其の部分に付当事者が合意を以て訴訟物たる係争関係を互譲解決するものにして孰れも之が調書に記載せらるゝときは其の部分に付確定判決ありたると同様の効力を有するに至るべく訴の一部の取下は其の部分に付私権保護の要求を撤回するものにして訴訟係属は其の部分に付当初に遡りて消滅するものとする反之前掲減縮に在りては当事者は互譲解決を為すものにあらざるは勿論請求の理由なきを認むるものにあらず又私権保護の要求を撤回するものにあらずして既に訴訟の目的を遂げたるの結果として訴訟係属の離脱を来すものなること前説示の如くなるを見れば経庭自ら明なるものと謂ふべし従ふて訴訟費用の負担に付きても前掲減縮の場合は他の三者と其軌を異にす顧ふに訴訟費用は法律に特別規定の存する場合の外之を分別することを得ず不可分の一体を為すものにして請求の一部の放棄若くは請求の一部に関する訴訟上の和解の場合に付之を分別すべき規定なきを以て是等の一部分のみに関する訴訟費用なるものを分別に由なく而も之を分別することなくして右の場合に民事訴訟法第百四条を適用することの到底不可能なるを見れば之を一部敗訴の場合に準じ残余の請求に付裁判を為すに当り訴訟費用の全部に亘り審判するの外なきものとす然るに前示減縮の場合に在りては訴訟費用の点に関しては依然訴訟は係属するものなるが故に其の訴訟費用の全部に亘り審判することを要するものと謂ふべく其然る所以は訴訟費用不可分の原則に基くものにあらざること本案請求の全部が訴訟の目的を遂げたるがため減縮せれたる場合と雖も尚訴訟費用の全部に亘り審判を要するに徴し明白なり而して被控訴銀行の為したる請求の減縮が前説示の如くなる以上前示弁済の為されざる限り控訴人は本訴請求の全部に亘り敗訴すべかりしことを窺ひ得るところなるが故に訴訟費用は全部控訴人をして之を負担せしむべきものとす従つて第一審判決中其の一部は前示の如く其の効力を失ひたるに拘らず訴訟費用を全部控訴人に負担せしめたるは結局相当にして今其変更の要を見ず

前叙の次第なるを以て本件控訴は其の理由なきが故に之を棄却すべきものとし民事訴訟法第八十九条第九十六条百九十六条第一項に則り主文の如く判決したり」（原文中の旧漢字体は今日の漢字体に書き改めた。また本判例は法律新聞の判例特報欄に掲載されているために引用部分には全部傍点が付されているのであるが、本稿に必要な部分にそれを留めて他は全て削除した）。

なおこれに先立つ東京控訴院判昭和九年七月二三日法律新聞三七四八号（昭九・九・三〇）四頁以下も同趣旨のことを述べている。この七月の判例も本文の九月の判例も東京控訴院第七民事部の判決だからである。七月の判例は裁判長岩松三郎判事、高橋静一判事、山村仁判事の合議体であり、九月の判例は山村仁判事にかわって梶村敏樹判事が加わっている。七月の判例でなく九月の判例を掲げたのは文章としては九月の判例の方がわかりやすいから

である（判決を書くにしても七月の判例を基礎にして書いたと思う）。なお裁判長が岩松三郎判事であることは注目されてよいであろう。

さて請求の減縮についてこの判例のように考えるのがよいかは別にして、この判例は訴えの取下げや訴訟上の和解や請求の放棄・認諾でもない場合に訴訟が終了することがありうることを詳論している点に注目すべきである。もっとも判例の後半の部分から明らかなようにこの判例は訴訟費用の点を問題としているので、訴訟終了効や当事者訴訟行為としての意味についての検討がなされていないのは残念である。しかし、この判例の考えが今日でいう両当事者による訴訟終了宣言に該当すると理解しても誤りではないと思う。かような判例の存在と判例のような見解があることは記憶せられるべきことである。

かような判例とは別に人事訴訟手続法一三条（二六条は一三条を準用）に規定されている和諧は、「夫婦または養親子が和合して婚姻関係または縁組関係を従来どおり維持し離婚または離縁訴訟を終了させる趣旨の合意」と解せられているが（市川四郎・民事法学辞典下巻二一三八頁）、これは訴訟終了宣言と解すべきであろう（兼子・条解民訴法二六七頁参照）。かくして訴訟終了宣言の制度は決してわが国の実定法や判例とは無縁ではないといえるであろう。

さらに学説は解釈上訴訟目的達成による訴訟終了を認めているのでそれとの関連を考えてみよう。代表的な例としては「離婚または離縁訴訟の係属中、当事者の一方が死亡したり、あるいは子の嫡出否認の訴（民七七五、子に直系卑属がないとき）または相続人廃除の訴における被告である子の死亡、または芸術家の被告に対し、その作品の制作を訴求する場合に、訴訟係属中被告が死亡した場合等」があげられる（斎藤編・注解民訴法(2)七二頁以下〔桜田勝義〕。その他に菊井＝村松・全訂民訴法Ⅰ五七一頁以下、中野＝松浦＝鈴木編・民訴法講義補訂版三四七頁以下、梅本吉彦・ジュリスト法学教室一九号一二二頁参照。なお非訟事件に関しては鈴木・前掲講座八巻五七頁参照）。このような場合には判決で訴訟終了宣言がなされるであろう（前注9の鈴木氏によれば一般に請求棄却が訴えの取下げで処理されるとのことである）。これは正に将来に向つての訴訟終了であつて、訴えの取下げのような遡及的消滅ではない筈である。具体例として最近の判例を挙げれば東京地判昭和五五年一月二九日判例時報九八六号八九頁がある。これは不法行為損害賠償請求事件において被告が死亡し、その法定相続人全員が相続を放棄してしまつたという事案につき、被告の相続財産がないことを自ら認定した上で訴訟を承継すべき者がいないとして、主文で「一、本件訴訟は被告が昭和五二年一二月二二日死亡したことにより終了した。二、訴訟費用は原告の負担とする。」と述べている。このような取り扱いが実体法的に妥当なものかは別にして、本判決が原告の請求棄却と同一視して直接民訴法八九条を適用して原告に訴訟費用の負担を命じているのは、民訴法一〇四条との関連で問題ではないかと思う。訴訟費用負担の問題が現行法上その適用法条が必ずしも明らかでない一つの例として興味ある事例でもある。しかも一方的に原告に訴訟費用を負担させるのもこういう場合いたしかたないことなのだろうかという疑問もある。いずれにせよこのように訴訟の存在の基礎がなくなる場合で本案判決を下す意味がなくなつた場合、当事者の申立の有無に関係なく訴訟は終了するということである。当事者の訴訟行為により終了する場合ではないということで確かに終了宣言が問題とする事例とは異なるが、目的達成による訴訟終了という点では共通性があり、かような終了方法が解釈上認められているのであるから、それを一歩進めて当事者の申立てによる訴訟終了宣言による終了をこの場合を含めて一般的に認めてもそれほど奇異なことではないと思う。

次に訴訟終了宣言の制度と訴えの取下げの制度との相違を考えておく必要がある。訴えの取下げで十分であるとの反論が考えられるからである。訴え

の取下げとの相違点として重要なことは、一つには訴訟係属が訴えの取下げの場合は遡及的に消滅するのに、終了宣言の場合は遡及的に消滅しないということである。Baur, Bemerkungen zu einigen atypischen Prozesslagen, Festschrift für Liebmann, S. 112はこの理由から、物の引渡し請求訴訟で被告が訴訟係属中にその物を毀損したので、原告が引渡請求に代えて損害賠償請求（BGB九八九条）に請求を変更した場合は（ZPO二六四条三号により被告の同意を要しないでできる）、当初の申立てに関しては訴えの取下げではなく本案終了であると説いている。さらにもう一つの相違点として重要なことは、終了事由発生以前の訴えは適法で且つ理由を具備していたということが訴えの取下げでは問題にならないが、訴訟終了宣言では問題となるということである。確かに両当事者による終了宣言の場合は、ドイツの通説によれば終了事由の有無を要件としていないから、終了事由発生以前の訴訟の状況について裁判所の判断はなされないことになり、この点で訴えの取下げと同じである。しかしてこの点について当事者間に争いが生じた場合、すなわち一当事者による訴訟終了宣言の場合は、裁判所によつてこの点が判断されることになる。この場合にその判決が実体判決か否か、あるいはその判決の効力は何かといった点で問題として残るにしても、ドイツの判例や多数説の見解によれば裁判所の判断によつて終了事由発生前の訴えの適法性と理由具備性の判断を通して原告の申立ての当否が判断されることになる。いずれにせよ訴訟終了宣言の制度では、訴訟終了前の訴訟の状況について裁判所の判断がなされうる可能性があるということは注目すべきである。問題は、かような判断は終了宣言をした原告に対して単に敗訴でないという意識をもたせるしか意味がないのかということである。この点についてはハープシャイトが力説したところであるが（Habscheid, Der gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, JZ 1963, 631）、ZPO九四五条を挙げることができよう。ZPO九四五条は「〔損害賠償義務 Schadensersatzpflicht〕仮差押え若しくは仮処分の命令(Anordung)が当初より不当なことが明らかなとき又は命ぜられた処分（Maßregel）が第九二六条二項若しくは第九四二条第三項に基づいて取り消されたときは、命令を得た当事者は、命ぜられた処分の執行によつて又は相手方が執行を免れるために若しくは処分の取消しを得るために担保を立てたことによつて生じた損害を相手方に賠償する義務を負う。」（傍点筆者）と規定しているが（訳文は中野貞一郎・ドイツ強制執行法八六頁）、この規定の要件として当然従前の訴訟の状況が問題となるのではないかと思う（かかる発想を批判するのは松本・前掲書一〇五頁）。もつともこの規定に該当するような規定は日本法にはないではないかという疑問があろう。しかしZPO九四五条の趣旨は日本民訴法一九八条二項を類推するのが妥当であるとの説が有力であるから（斎藤編・注解民訴法(3)二九五頁〔小室直人〕、石川明・判タ四四三号四九号）、全く日本法と無関係とはいえないと思う。この制度のメリットとなる具体例については既に述べたことがあるので省略する（拙稿・法学研究四九巻二号二八頁注8参照）。

最後に訴訟終了宣言の制度の問題点を指摘しておく。それは敗色濃厚な状態になつた原告がこの制度に逃げ込むことも考えられるからである。また終了事由の存在について争いがなく、単に終了事由発生以前の訴えが適法で且つ理由を具備していたか否かが争点となつているとしたならば、何のための紛争であるかということが問題になろう。本案は終了しているのに訴訟終了宣言についての紛争が残ることは正に本末転倒であるからである。これは終了宣言を考える場合に対応を留意すべき重要な点である。しかし、私は要件を厳格にする一方で、終了宣言をめぐる紛争について裁判所の判決の効力を強化することによつて克服できるのではないかと思う。あるいは新たな制度を認めることは必ずそれに伴う仕事の負担増、紛争の発生を覚悟しなければならないから、その点についての対応方法を考える必要もあろう。しかし、訴訟を終了させるということであるから、果して仕事の負担が増加すると

は断言できないし、このためには訴訟終了宣言についての要件、効果を明確にすれば無用の紛争は生じないことになろう。また和解や訴えの取下げや請求の放棄・認諾とてもその行為後に、その行為における瑕疵の有無をめぐつて訴訟終了効が生じているか否かが後に紛争となるのであるから、なにも訴訟終了宣言だけの問題ではない。

このようなことから、私はわが国においては訴訟終了宣言の制度は直接の条文がなくとも当事者処分権主義により訴訟終了における当事者訴訟行為の一つとして、理論的に認められる基礎が十分あるということができるのではないかと思う。さらに理由を挙げれば訴訟終了行為について法に規定したものに限られると解する根拠はないからである。民事訴訟においてシュロッサーが刑訴法上の「疑わしきは被告人の有利に（in dubio pro reo）」をまねて、「疑わしきは自由のために（in dubio pro libertate）」との命題をたてたことは有名である（Schlosser, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, 1968）。これについては私は既に紹介したことがあるし（民訴雑誌一六号三八一頁以下）、最近では石川教授がこの命題を評価し説明しているので（判例タイムズ四三六号二頁）、ここでは説明を省略するが、これは法典に規定がないことから直ちに当事者自治を消極的に評価してはならないことを論証した上での命題ではないかと思う。法典は訴訟終了宣言というような型で処分権主義がより充実するということを知らなかつたのであり、ここで訴訟終了宣言を説くことは解釈によってそれを補充するということである。

二　問題の所在

一　終了宣言が両当事者によつてなされるのではなく一当事者によつてのみなされた場合の問題である。たとえば、原告が終了宣言をしたが、被告が訴えは当初より不適法あるいは理由がないとして異議を述べたというような場合である。一般に一方的訴訟終了宣言といわれるものである。[11] この場合は終了宣言を認めるのがよいのかそれとも棄却判決をするのがよいのかが問題になる。被告の請求棄却判決を受ける利益と原告の終了宣言によつて得られる利益をどのように調整するかの問題である。ドイツでもこの問題については立法がないことなのでその対応に学説、判例とも苦しんでいる。この場合に考えねばならぬことは一当事者の終了宣言の法的性質論である。法的性質論は、一当事者による終了宣言において生じる問題の解決の基準となるからである。法的性質論はその意味で、この問題点についての解決の結論の妥当性と理論的整合性との緊張関係において把握されるべき問題である。法的性質論の実益が問題とされる昨今の状況であるが、法的性質論はこの問題

の最も基本的で且つ基礎的な問題であることの地位は失わないと思う。そこで訴訟終了宣言についてのドイツでの法的性質論から、訴訟終了宣言についての理論構成や考え方を学ぶ必要がある。法的性質論との関連で答えられるべき問題としては次のような問題がある。換言するならば以下に紹介する学説はこの問題にそれぞれ答えているということができる。すなわち法的性質論を理解するうえでも法的性質論を構成する場合でも忘れてはならない問題ということができよう。

1　従前の訴訟の訴訟係属の消滅は、いつ、いかなる理由により生じるのか。

2　一当事者による訴訟終了宣言は、いわゆる与効的行為か取効的行為か。

3　終了判決は本案判決なのか、訴訟判決なのか。

二

ところでドイツではこの法的性質論については、多種多様な見解が主張されている。ここではローゼンベルク＝シュワープの最新の体系書[12]を参考にして諸説の対立を概観し、それを手掛りにして、わが国において訴訟終了宣言を考える場合の理論構成を探究してみようと思う。ローゼンベルク＝シュワープを参考にするのはこの本が教科書・注釈書類の中でこの問題についての今日の学説の状況について一番詳しく整理しているからである。教科書・注釈書類を基準にしたのはドイツの学説の評価について誤った判断をすることがすくないであろうと思ったからである。しかし、ローゼンベルク＝シュワープの体系書の記述が優れているといっても、訴訟終了宣言に関するシュワープの見解は、ドイツでは必ずしも多数説ではないということには注意しなければならない。つまり体系書の記述は概要を知るには便利であるが、そこでのシュワープの立論に単純に賛成することは危険であるということである。なお前稿（注3参照）の両当事者による訴訟終了宣言の場合はローゼンベルク＝シュワープの当該箇所は全訳したが、次に訳出する一当事者の訴訟終了の場合は第四項の「手続と裁判」と第五項の「訴訟費用の裁判」の部分は省略した。この部分はこの本の一当事者の訴訟終了宣言についての記述の約半分を占めるものであるが、ここで述べられていることはシュワープの法的性質論に従った場合のその具体的な展開であつて、シュワ

ープの見解に従わないとなるとそれほど意味のあるものと思えないからである。また両当事者の終了宣言の場合と異なり一方的訴訟終了宣言についてはシュワープには論文があり、[13] ローゼンベルク＝シュワープの記述は基本的にはこの論文に基づいている点は注意すべきであろう。

このようなことからドイツでの問題状況を理解するために以下ではローゼンベルク＝シュワープ・民訴法一三版（一九八一年）の第一三三章第三節「一方的訴訟終了宣言」の第一項から第三項までを訳出する（七八八頁から七九〇頁）。第四項、第五項は既に述べたような理由で省略する。原典の注の部分は脚注方式であるが、引用文献の注が主であるので訳文では読みやすくするため当該文章の最後に括弧書きで挿入した。そこで原典の本文中の括弧書きとの区別が問題となるが、本文中の括弧書きの場合は（　）とした。引用文献の表題は注では省略されているので訳文もそのままとして注の量が多くならないようにしたが、同書七八五頁の文献一欄を参照すれば論文の表題等は明らかになるようになつている。

単に一当事者のみが本案の終了を宣言し相手方が終了に反対し本案の裁判を求めるということがしばしば生じる。いわゆる一方的終了宣言の法的性質と訴訟におけるその取扱いについては種々な見解が非常に相違している。

一　種々な見解　多くの論者は一方的終了宣言の中に訴えの取下げをみているが、他の者は放棄を認めようとしており、最後に訴え変更説もまた広く流布している。

(a)　二六九条による訴えの取下げは存在しない。二六九条三項中段に規定されている原告に訴訟費用を過重に負担させることは、原告が理由のある訴えであるが後になつてその根拠がなくなる訴えを提起した場合は衡平〔原則〕と矛盾する。さらに訴えは被告の同意なしには二六九条一項によれば単に本案について被告の口頭弁論までしか取下げることができない。しかしその後終了事実が生じる場合は被告が同意しないとそのことをまた考慮しなければならない。ブロマイヤーBlomeyer (Zivilprozeßrecht. §64 I；さらに JuS 1962. 213) とポーレ Phole (Festschrift für Maridakis, S. 452; 同様 Stein-Jonds-Leipold. 20. Aufl., §91a Rdnr. 39) はこの理由から被告の同意に依存すべきでないところの二六九条に対して特別な訴えの取下げを一方的終了宣言の中にみている（同趣旨 Baur, Festschrift für Lie-

bmann, 1979. S. 115. しかし立法論である)。しかし、かような修正された訴えの取下げに対しても、客観的な終了事由が確証されない場合は両当事者の利益にならないにもかかわらず、かかる見解によれば訴訟は終了するという異論が述べられる。しかし、訴えの取下げを終了事実に依存させようとするならば、条件づけられてはならず、またその理由具備性を審査されないという与効的行為の法的性質に矛盾することになる。

(b) 提起された請求に対する原告の放棄を認めることは（Kisch, Recht 1924. 1）一方的終了宣言には正しくない。それは原告に対する放棄判決を導くし、この場合にも原告は訴訟費用を負担しなければならないという結果になる。さらに原告の要求が訴え提起後の訴訟外の客観的な終了事由によつて根拠がなくなつた場合、請求を放棄することは原告の意思に相応しない。この場合に放棄は極端すぎるしそれはまた原告に訴訟状況が要求している以上の負担を負わせることである。

(c) 最後にしかし、一方的終了宣言に訴えの変更をみることも（例えば Habscheid, Feststschrift für Lent, S. 167 ff. und JZ 1963. 625f.; Putzo, Anm. zu BGH, NJW 1965, 537 in NJW 1965, 1018; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2, Aufl., 1974, S. 111; Lüke, Festschrift für Friedrich Weber, 1975, S. 327 ff.; Mössner, NJW 1970, 175; OLG Saarbrücken, NJW 1967, 2212 mit abl. Amm. von Deubner, NJW 1968, 848; OLG Düsseldort, JMBl, NRW 1968, 190.）適切でない。かかる見解は終了宣言の本質を否定する。訴訟の終了を宣言するものは同時に提起された請求に何かが生じたという主張を提起する。彼は請求を変更するのでなく反対に「従前の」請求に関する裁判を望む。「従前の」請求が終了しているか否かが当事者が争つている問題である。この問題についての裁判は、しかし、請求がなお訴訟の対象であることを前提とする。即ち裁判所が、事件はいまだ終了していないと確定するならば、実際のところこれによつて、提起せられた請求がいまだ存在し、対象たることを失つていないということである。

二　終了宣言の法的性質　かように終了宣言の法的性質のために訴えの取下げ、放棄そして訴えの変更が問題にならないならば解決としては、終了宣言はドイツ民訴法の一つの独立の制度であるということになる（Schwab, ZZP 72, 133; Deubner, JuS 1962, 205 ff.; M. Wolf, Gerichtliches Verfahrensrecht, 1978, S. 263; Bruns, Zivilprozeßrecht, 2, Aufl., 1979, S. 201; Zeiss, Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., 1980, S. 180. この意味に BGH 57, 224 und BGH, MDR 1974, 567 の裁判も解釈されうる)。終了宣言は終了それ自体を生じさせるのでなく、それについての《すなわち第一節の意味での客観的終了事実の存在についての》裁判を裁判所に委ねる。終了宣言は従つて裁判所に向けられた申立て（申立てとして構成することに対しては Bruns, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1979, S. 134.）の形式において一つの訴訟上の取効的行為である。この申立てはしかし訴えの申立ての場合に問題となるような固有の訴訟上の請求を含むのでなく提起された訴訟上の請求に

関係しそれについての特別な《下記第四項参照》裁判所の裁判を要求するものである。

裁判所が終了ゆえに主張された請求について理由を具備していると判断しない場合のための予備的な終了宣言は不適法である《BGH, NJW 1967, 564. 別の見解は OLG Schleswig, NJW 1973, 1933》。かかる終了宣言は裁判所がそれ《終了宣言》を理由があると判断するという条件に理解されよう。かかる条件に申立ては当然依存することはない。〔訳者注—この段落の部分は原文では細字になつている〕

三　被告の終了宣言　終了宣言は訴えの変更を意味せずまた訴えの取下げや訴えの放棄とも考えられないから、被告も訴訟終了を宣言することができ、これによつて終了の確認の申立てをおこなうことができる(Schwab, ZZP 72, 104, さらに abl. Amm. zu BGH, ZZP 74, 210; Göppinger, aaO, S. 77; BFH 118, 521.)。この見解はもちろん争われている（否定説 Habscheid, Festschrift für Lent, S. 170; さらに JZ 1963, 624; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 91a Rdnr. 50; Thomas-Putzo, 11, Aufl., § 91a Anm. 8; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2, Aufl., 1974. S. 119; Lüke, Feststschrift für Friedrich Weber, 1975, S. 330; Gorski, DStR 1977, 660.)。もちろん原告よりも被告が訴訟の終了を宣言するのは非常にまれであるということは正しい。

(11)　ところで一当事者の訴訟終了宣言について考察する場合に両当事者による終了宣言の場合と一当事者による場合をどう理解したらよいのかを考えてみる必要があると思う。前稿と本稿との関係が明らかになるし、終了宣言の問題点も整理されると思うからである。これについては私は両当事者による訴訟終了宣言の制度の場合と、一当事者による訴訟終了宣言の制度の場合とをそれぞれ区別して考える必要があると思う。従来私はこの点について必ずしも明確な考えを示さなかつたが、考えてみると両者は分離できるものであるし、分離して考察した方が無用の混乱が防げると思う。その理由の第一はドイツ法のZPO九一条aは正に両当事者による訴訟終了宣言についてのみ規定して、一当事者による訴訟終了宣言については規定していないからである。もつともドイツの判例、学説でも一当事者による訴訟終了宣言について認められないとする学説や判例は今日のところみあたらないが、人によつてはその適法性を慣習法に求めるように、そもそも一当事者による訴訟終了宣言の場合はその適法性の論証が必要になると思われる。そこで法文がないことから、一当事者による訴訟終了宣言は許されないと考えることも可能であると思う。この点両当事者による訴訟終了宣言の場合は、ドイツ法では明文の規定からその適法性と訴訟終了効を有することは異論のないこととされている。要するにドイツでは立法上両者の取り扱われている状況が違うのである。

理由の第二は後述するようにドイツでのこの制度についての議論をみてみると、これら二つの制度の関係は共通性というより異質性が強いのである。もちろん、これら二つの制度について統一理論で説明する立場もあるし、二つの共通性を取り出しそれを先ず説明する教科書、注釈書も多い。しかし、後の本文で紹介するローゼンベルク＝シューワープの体系書に代表されるように終了事由のみを冒頭に配して、その他は二つの制度に分けてそれぞれ説

明するというものもあるし（一三版七八五頁以下）、冒頭に共通事項の説明を置いてある教科書、注釈書にしても両者の要件・効果等についてはそれぞれ各論として扱つているのである。私の理解した限り両当事者による場合と一当事者による場合の要件や審理の進め方、判決の下し方、訴訟費用の判断の仕方は異なるのであり、後訴への影響等といった重要問題について両者の間には共通性がないとの理解に立つ学説の方が多数のように思われる。

第三の理由は民訴法の一般理論からしても、訴訟当事者間に争いがない場合と争いがある場合では全くその置かれている状況が異なり、その対処方法や理論構成は異なるのは当然と思えるからである。一当事者による訴訟終了宣言は両当事者による終了宣言の場合の一つの変型とみることも可能であるが（両当事者による訴訟終了宣言のみを認めたとしても、当事者の一方が異議を述べた場合はどうするのかという問題は生じるであろうが）、既に述べたようにそれぞれの制度の立脚点は異なると理解すべきではないかと思う。終了事実の存否は終了宣言の要件ではないとする両当事者の終了宣言は、わが国においては当事者処分権主義の中でいかに位置づけるかの問題とみるべきであるのに対し、終了事実を要件とする一当事者の終了宣言の場合は、終了前の適法で且つ理由を具備していた訴訟状況をどう評価するのかの問題としてもみるべきであると思う。

(12) Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 13. Aufl., 1981.

(13) Schwab, Die einseitige Erledigungserklärung, ZZP 72, 127.

三　法的性質論についての諸説の検討

このローゼンベルク＝シュワープの記述から明らかなことは、法的性質論の代表的なものとしては特殊な訴え取下げ説、放棄説、訴え変更説があり、ローゼンベルク＝シュワープはそのいずれにも組せず、ドイツ民訴法上の独立の制度と解する立場であるということである。以下では簡単に各説の内容と各説が有する問題点を考察した上で自分の考えを構成してみようと思う。

① **特殊な訴え取下げ説**(14) (Die Theorie der privilegierten Klagerücknahme)　この説は特殊な訴えの取下げと解する立場である。そこでこの説によれば訴えの取下げとの立場から訴訟は本案判決なくして終了するということ、新たな訴えの提起（いわゆる再訴）は許されるということ、そして訴訟終了宣言は与効的行為であるということ等の帰結が得られることになる。なお、ローゼンベルク＝シュワープでふれられていないが、ベルンハルト(15)やクヒンケ(16)もこの説に親近性をもつているのではな

いかと思う。またローゼンベルク＝シュワープではポーレの注の中で述べられているがライポルト[17]がこの立場である点は注目すべきであろう。この説は両当事者による終了宣言と一当事者による終了宣言を統一的に理解しようとするものである点に特色がある。

問題は通常の訴えの取下げに対する特殊性であるが、当初適法且つ理由具備をしていた訴えが訴訟中に不適法また理由を具備しなくなつたことを要件にすることである。さらにこの終了宣言が有効であつた場合にはブロマイヤーによれば訴訟費用については訴えの取下げについての規定が適用されずに、ＺＰＯ九三条の法原則[18]から被告が負担するということになる。

この説に対して既に訳出したようにローゼンベルク＝シュワープは与効的行為でありながら条件を付し、しかもそれの審査を裁判所がおこなうのは与効的行為と矛盾すると指摘している。正当な批判であると思う。そもそも紛争の争点は、従前の訴えの適法性と理由具備性の有無という点であるにもかかわらず、この説はそれを直視しないのである。また被告が従前の訴訟について棄却判決という本案判決を望んでいるにもかかわらず、それを無視するのも問題である。確かに、当事者訴訟行為として既存のものの中で一番類似しているものを把握した点と両当事者による終了宣言と一当事者による終了宣言とを統一的に理解しようとした点は理解できないではないが、紛争の実体の把握とそれに適した解決方法という点で形式的すぎるのではないかと思う。考え方としては正統派と評すべきであろうが、私は賛成できない。

② **放棄説**（Die Verzichtstheorie）　この説は両当事者による訴訟終了宣言を原告の訴訟上の請求の放棄と被告の棄却判決を求めることの放棄と解することから出発し、一当事者による訴訟終了宣言は原告の請求の放棄の一種であると解する立場である。[19] ローゼンベルク＝シュワープはキッシュの説を採り上げてそれを批判しているが、問題はローゼンベルク＝シュワープで採り上げられていない近時の新しい説ではないかと思う。リンダッハー[20]は、詳細な利益状況の分析から一方的終了宣言は訴訟費用の点についての特殊な訴えの放棄であるとしている。また訴え放棄説についてはグルンスキーは法律に一番適合

していると評している。[21]

この説に対しては、ローゼンベルク＝シュワープと共に原告が通例かような意思をもたないのではないかという疑念が生じる。さらにリュケは次のようにいう。[22]「すなわち、放棄判決は被告がその申立をなした場合にのみなされうるのである。しかしながら被告は、しばしば紛争に適つた判決に関心をもちたがつてＺＰＯ三〇六条に要求された特別な申立をなさないであろうから、右申立がなされるかは確実ではない（ここではＺＰＯ三〇六条が「ＺＰＯ三〇七条とも同様に」特別な申立を考えていることから出発する）。さらに原告が訴を提起せざるを得なくされたときに限り訴訟費用の被告負担が問題になる。裁判所は、訴が終結原因たる事実の発生にいたるまで適法であり理由があつたか否かをＺＰＯ九三条を類推適用して訴訟費用確定裁判のために審理しなければならないことを、それは意味している。この解決は争に適つた本案裁判という結果になる解決に対しては、すくなくとも時間と労力の浪費という点からみればなんの利益もない」。ドイツ法上、かような点で支持できないが、日本法においても、この説は訴訟費用の点に目をうばわれＺＰＯ九三条との調和のみを考えた点で支持できないと思う。

③　訴え変更説（Die Klageänderungstheorie）　この説によれば訟訴終了宣言によつて原告は当初の訴えを、「当初適法且つ理由具備している訴えが終了事実の発生により不適法または理由を具備しなくなつた」旨の確認の申立てに変更することであると説く。ハープシャイトはかかる当初の訴えから確認の申立てへの移行を訴の変更と考え、それはＺＰＯ二六八条二号により適法なものとしている。[23] つまり原告は終了の申立てにより当初の適法で且つ理由具備せる訴えが終了事実の発生より不適法または理由を具備しなくなつた旨の裁判所による確認を求めるということである。[24] このことは一当事者による終了宣言は取効的行為であり、それに対しての裁判は本案判決ということになる。

この説はローゼンベルク＝シュワープの記述では明確にそのドイツ法上の評価が述べられていないが、混迷する一当事者による訴訟終了宣言の法的性質論における判例、学説のうちの最も有力な説であると思う。[25] 日本流にいえば判例の有力説で

あり、学説の通説ないし多数説というのではないかと思う。この説に対する問題点については後の私見のところで述べたいと思う。私は基本的にこの説が正しいと思うし、支持したいと思うからである。

なおウルマーは過去の法律関係の確認との批判に対する解答の意味で確認の対象について、「当初適法且つ理由具備の訴えが不適法または理由不備になつた」のではなく、「原告主張の権利または法律関係が本案終了事由発生まで存在していたこと」であるとしている。つまりハープシャイトが旧請求の却下または棄却判決と同じことをねらつて確認の対象を考えているのに対して、ウルマーは確認の利益を費用償還請求権との関係で基礎づけるためかような主張をしている訳である。(26)

④ シュワープの見解　シュワープは一当事者による終了宣言についてのローゼンベルク＝シュワープの記述から既に明らかなように、訴え変更説に反対して既存の制度では説明できない一つの独立した制度であると考えている。それは当初の請求は依然として訴訟係属していて裁判を待つていると解するからである。そして終了宣言の申立ての裁判は、理由具備について判断する前に訴えの適法性について審査するような意味での裁判であると位置づける。終了宣言が有効である場合は裁判所は本案の終了を終局判決で確認しなければならないが、これは訴訟判決である。請求そのものの裁判でないからである。しかしこの判決で提起された請求が訴訟中に訴訟対象でなくなつたということが既判力で確定され、この既判力は従前の訴訟物についての新たな訴訟（いわゆる再訴）に対して効力を有するとシュワープは説く。(27) このことはこの種の判決に既判力をシュワープは肯定するということである。要するに一方的終了宣言は取効的行為であり、終了宣言についての裁判は訴訟判決であり、判決により訴訟係属は消滅するということである。

なおドウブナーはシュワープと同じ立場であるが、シュワープが訴えが当初適法でかつ理由具備していたことに関係なく、終了事由の発生をその終了宣言の要件にしているのに対して、訴え変更説と同じく当初に訴えが適法でかつ理由具備していたことを終了宣言の適法要件としている点でシュワープと異なる。(28)

このシュワープの説に対してはブロマイヤーがいつているように、この種の判決効理論は一般民訴法体系と完全に調和しないということができる。[29] たとえ訴訟判決に既判力を認めるにしても再訴を禁止するのは訴訟上の請求についての裁判でなければならないからである。それは正しく訴訟判決でなく本案判決である筈である。つまりシュワープは、問題は従前の訴えに関する紛争であると把握する点で訴え変更説とは同じであり、その点は高く評価すべきであるが、それを敢えて訴え変更説のように訴訟物として把握しない点に彼の理論の特色がある。つまり中間の争いと解するのであり、それは訴訟判決と棄却判決の二つの方法のいずれかで処理すると考えているからである。訴え変更説がそもそも訴訟物構成が可能なのか、訴えの変更は許されるのかという問題を有しているのに対し、これを回避したため逆に既判力の場面で問題を残しているといえよう。このために再訴禁止の既判力の説明で困難さに直面している。リュケもまた一方的終了宣言はその一部は見せかけだけの問題であるとして、シュワープ説は現存の法律状態にあわないと批判している。[30]

⑤　その他の説　ローゼンベルク＝シュワープに掲げられている説が代表的なものであるが、その他の説のうち主なものをみてみよう。

ゲッピンガーは訴訟継続を終了判決によつて終了させる訴訟上の形成権が原告に与えられると説く。[31] つまり一当事者による終了宣言とは、訴訟係属の将来に向つての終了を判決によつて生じさせるための申立てである。もつとも判決の既判力は終了事由に生じず、訴訟物の訴訟係属が将来に向つて終了するという点にのみ生じるという。要するに実質争点は旧請求に関するものではないとして、特殊な訴え取下げ説や訴訟係属終了説と基本的には同じ立場に立ちながら、終了効の発生原因を形成判決に求めている点に特色がある。かような視点そのものは問題であるが、さらにこの説は当初の訴えの適法性と理由具備性を要件としていないので、その点について疑問がある。

メットマンは、被告が棄却判決を望んでいることに対して、それを認めない権利保護の必要性（Rechtsschutzbedürfnis）が

ありや否やで問題をみている。[32] しかし問題は棄却判決の申立てにではなく、あくまでも訴えについて裁判がなされるべきであるから、一つの見解にすぎないというべきである。

⑥ **私の考え** 既に明らかにしたように、この問題については訴え変更説が妥当なものであると思う。それは、日本法においてこの説を中心にして問題を考えるべきであるということでもある。以下その理由を述べてみよう。既にみたようにこの問題についてドイツで厳しい見解の対立をみるのは、終了宣言の目的や終了宣言をめぐる紛争の把握について共通の理解がないからである。私は当事者による終了宣言の問題は実質的には訴訟費用の分担をめぐる争いであるが、現象的には既に終了原因発生により消滅した請求の従前の適法性や理由具備性をめぐる争いであると思う。訴訟費用の分担につき公平な判断をするとなると、原告に訴訟費用を負担させない場合とは消滅前に請求が適法で理由を具備していたことが必要とされると思うからである。そしてこの点について裁判所が判断することによって関連する紛争を一挙に解決することを一当事者による終了宣言の制度はねらつているものであると思う。

つまり訴訟費用の問題のために、終了原因によつて消滅した請求が紛争対象になるといつてもよいと思う。このことは確かに本末転倒といわれるかもしれないが、[33] 単に訴訟の結果だけでなく訴訟の経過になるべく応じて訴訟費用の分担を決めなければ不合理、不公平であるとするならばいたしかたないことである。なぜならば、訴訟費用の問題は当該訴訟で付随的に判断がなされねばならないという要請がある。これは、訴訟費用のために別の訴訟が用意されるとするなら、その訴訟の訴訟費用はさらに別の訴訟を考えねばならず、いわば訴訟の無限化になるということを避けるためでもある。また、別の訴訟で問題になるのは結局当該訴訟の訴訟状況や訴訟活動であるから、それならば当該訴訟で判断するのが一番合理的であるからである。かかる要請に応じるならば、訴訟費用のために審理がなされねばならないのは当然である。そして訴訟費用分担決定について結果責任主義が原則であるから、かかる要請から訴訟の勝敗と結びつけて審理がなされなければならないので

ある。[34] つまり本案に関する裁判がなされねばならないということである。このように訴訟費用の問題は付随的に裁判されねばならないことと、勝敗の結果と結びつくような判断がなされねばならないことから、私は訴訟費用の問題が本案の問題をひきこむのは当然に思えるのである。勿論、問題は終了事由の有無であつて、終了事由の存在が認められればＺＰＯ九一条ａが適用されるべきであるとする考えもある。しかしそれは正に両当事者による終了宣言と一当事者による終了宣言との相違を無視するものであり、同時に訴訟費用についての原則は九一条であつて、ＺＰＯ九一条ａは特別な場合の規定であることをも無視しているものといわなければならない。なぜならばＺＰＯ九一条ａは終了事由の存在とは関係なく、両当事者が一致したか否かが適用の要件であるからである。

このように解するならば終了宣言に対する批判としての本末転倒論は誤りといわなければならない。しかし単に一当事者による終了宣言を訴訟費用の問題とみる説も誤りであるといわなければならない。訴訟費用のためとはいえ、またたとえ終了事由の有無が争点であるにしても、一当事者による終了宣言の場合従前の請求の状況につき何らかの判断がなされるからである。訴訟費用の問題であると共に一種の本案のための問題でもあることを無視してはならないと思う。一当事者による終了宣言の場合は諸説があるが、いずれにせよ裁判所は従前の請求についてその状況を判断しなければならないのであるから、単なる訴訟係属の終了を目的とするのではなく、再訴禁止効やその他の効力がこの終了宣言についての裁判所の裁判に生じるとする説を基本とすべきである。もちろん判決の効力が単に広ければ良いというのではない。終了の有無や従前の請求について適法性、理由具備性が実質上争点となり裁判所が裁判したことを考えると、かかる判断に既判力を認めないのはおかしいと思うからである。

かくして私は、再訴禁止を考えるシュワープやハープシャイトの説が基本的に正しいと思う。しかし、シュワープについては既に④で述べたような批判があり、それは正当なものと思うのでシュワープ説はそのままでは日本法には通用しないも

のと思われる。シュワープはドイツ法の混乱の状況からもはや既存の理論では説明できないという点から出発している。しかし日本法としては、そもそも一般民訴法理論と全く不調和な理論よりも、既存の理論の修正ということと、単なる訴訟費用の問題ではなく、本案の問題でもあるとしてこの問題を考えた方が説得力があると思う。このようなことから私は訴え変更説が正しいと思う。なお訴え変更説の特色としていえるのは、従前の訴えの適法性、理由具備性につき終了事由発生時点まで確認されるという点である。この点については、正に終了宣言とは関係なく議論することが可能ではないかと思う。例えば、既に松本助教授が行政処分取消訴訟における取消対象の消滅の問題で議論しているし、[35] 梅本助教授も松本説を受けて決議取消訴訟で議論を展開していることが注目される。[36] しかし、両氏とも一般的に終了宣言を問題としている訳ではない。松本論文は行政事件という特殊な問題であり、梅本助教授も判例解説ということもあつて必ずしも十分議論が展開していないように思える。

問題はドイツでの終了宣言そのものの一般的導入が、解釈論として可能かということである。より具体的にいうならば、訴え変更説を基調として日本で一当事者の終了宣言を解釈論として説くことは可能かということである。訴え変更の制度はわが国では現行民訴法において各国の立法の傾向に従いドイツ法と同じく、否それ以上に訴え変更禁止原則から許容原則に変更したものであるから、訴え変更それ自体の適否というよりも訴え変更説のように従前の適法で且つ理由を具備していた訴えが不適法または理由がなくなつたとの確認の申立てが許されるかということが問題となる。またドイツでの訴え変更説対する批判は克服できるのかということである。訴え変更説に対する問題点については、ローゼンベルク＝シュワープの記述から明らかなように、第一にかような訴えの変更が一般民訴理論から許されるかということである。そして第二には、訴え変更説は結局のところ従前の訴えが適法で理由を具備していたとの確認というが、これは正しく過去の法律関係の確認であり、確認の利益がないのではないかということである。

第一の問題については既に述べたようにハープシャイトをはじめとしてこの説の論者はドイツ法上の訴えの変更に関する条文を根拠にその適法性を説明しているが、その説明は当然ＺＰＯを根拠とするまで、条文構成が異なる日本法にそのまま通用するとは思えない。しかし、これらの議論は日本民訴法二三二条の「請求の基礎」に吸収されるといつてよく、日本法ではドイツ法よりも問題にならないように思える。リュケは「多くの学者にとつて最大の困難は（給付訴訟の場合における）、給付の申立から確認の申立への移行を訴訟上いかに正当化するかという点に存する」と述べているが、[37] 日本法でもつきつめて考えてみると、一般の訴えの変更とは異質なものであるから、この指摘は正しい。一般理論とスムーズに調和するならば、そもそもこういう問題はおこらなかつた筈である。諸説の対立は要するに自説が一般の理論とどれほど不調和ではないということの証明の競争でもあるように思える。私はこの⑥の冒頭に述べたようなこの制度についての理解を前提にするならば、この訴え変更説への批判は致命的には思えないのである。つまり一言でいえば――開き直るような言い方になるが――特殊な問題であるから一般の訴え変更理論と調和しないのは当然であると思うのである。これは暴論であつて理論ではないというかもしれないが、たとえば任意的当事者変更の特殊行為説にみられるように、特殊ということ自体はそれほど珍しいものではない。[38] 特殊といいつつ訴え変更説というのは特殊な訴えの変更であるが、基本は訴えの変更にあると思うからである。なぜ特殊か、どこが特殊かということになるが、既に述べたように訴訟費用のために従前の請求についての判断が必要となり、そのことが請求についての紛争を変型させて存在させているという構造に由来するものであるという点である。

訴え変更説に対する第二の問題である過去の法律関係の確認ではないかという点についてであるが、判断対象が過去の法律関係になるのもそれが訴訟費用判断のために必要であるからである。そして判断が過去の法律関係であつても実質的に判断する必要があり判断されたのであるならば、それに既判力を生じさせた方がよいと考えるのである。わが国でも過去の法律関係であるといつて直ちに不適法視する説は今日ではすくないと思う。訴えの利益はそもそも裁判所が判断するための前

提条件であつて、終了宣言のように従前の適法性と理由具備性を要件としてそれの存否が終了宣言を認めるか否かを決めるとする構造と解するならば既に判断した内容について訴えの利益なしと考えて裁判所の判断内容に何等の効力を認めない方が問題である。また従前の請求を確認請求に変更することであるが、訴訟費用の負担を決める判断基準がかような過去の請求の当否であり、その判断を裁判所に求める以上当然なことのように思える。あるいはその場合に手続保障が十分でないから訴えの変更とした上で既判力を生じさせるのは問題であるとの反論も考えられる。しかし、判断すべきことは従前の本案の請求の変型したものであるから手続保障は不十分とはいえない。それならば、そもそも従前の訴えの終了事由発生前の適法性や理由具備性を終了宣言で要件とするのが問題であるという疑問が生じるであろう。しかし、ことの出発点は終了事由の発生がなければ本来なら勝訴者として訴訟費用の負担を負うことはなかつた者をいかに救済するかということであるから、この要件は動かせないのである（なお、この点については次の四の②を参照）。そこでこの点の判断をしなければならないのであるから、かかる確認の申立てに旧来の請求は変更されねばならないのである。被告の同意なしに旧来の請求の訴訟係属は消滅するのかという点は問題であろうが、旧来の請求につきその不存在を新請求は包含していると解せるのであるから、被告にとつて不利であるとはいえない。被告にとつては仮に原告の主張が正しくそれが裁判所に認められても、本案については、棄却判決に等しいものが得られるから（再訴がされないから）、被告には問題はないといえる。

ドイツでは既に、述べたようにＺＰＯ二六四条二号か三号か、すなわち、申立ての縮減か、あるいは事情の変更かで議論があるが、このような状況はどちらともいえるのであつて、あえてそのうちのどれかという風に明らかにする必要はないように思う。ＺＰＯ二六四条相当の規定を有していないわが国の場合、特殊な訴えの変更というのでよいのではないかと思う。[39] 紛争の争点を直接に訴訟物として構成して姿勢は実際的でわかりやすく評価すべきではないかと思う。また被告が訴訟費用のために態々訴訟を長びかせたくないと思うならば、被告は原告の終了宣言に同意すればよいのである。両当事者によ

る終了宣言として即座に訴訟は終了するからである。

かような理解に立つならば、問題は結局は冒頭で述べたような構造を有している一当事者の終了宣言を認めるか否かである。訴訟費用のため態々かような一種の確認の申立てを認める必要はないという考えもあろう。[40] しかし、単に訴訟費用のためでなく従前の請求についての判断がなされる点に注目しなければならないであろう。後訴にとつて意味があり、単に訴訟費用の問題だけではないことについては既に（本稿前注10）述べたところである。私は訴訟終了について当事者主導による方法の多様化をはかる意味で、また当事者の意思を尊重していくという意味で一当事者による訴訟終了宣言の考えをわが国に導入することは特に問題がなければ認めてやつてもよいのではないかと思う。これは解釈論としては非常に乱暴な議論だと思うが、ドイツ法の歴史をみても立法によつて解決したという問題ではないように思う。[41] また既述の通りドイツでは一当事者による終了宣言の問題を解釈によつて発展させたという事実がこれを物語るものであろう。確かに訴訟費用を問題とするドイツでは終了宣言の問題は切実な問題であり、わが国とその基盤を異にするであろう。しかし訴訟費用の点を除いても、当該紛争につき終了原因が発生した場合に、訴えの取下げか請求棄却かの二つのうちの二者択一というのは問題ではないかと思う。訴えの取下げであれば被告の同意が必要とされた上に当該紛争について原則として再訴の可能性を残すものであるし、単に請求棄却であれば原告に終了事由発生がなければ勝訴判決を得られたような場合は、一般人の感覚として割り切れなさを感じるであろう。原告の単なる棄却判決や訴えの取下げでは困るという要請と、被告の請求棄却を求めるという要請との調和を求めるならば、ドイツの訴え変更説にならい、訴えが終了事由発生以前までは適法であり且つ理由を具備していた旨の原告の確認の申立てを認めればよいのではないかと思う。かような申立ては勿論常に認められるというものでなく、原告の終了宣言につき被告が異議を申立てたことによつて両当事者による終了宣言が成立しない場合である。この場合は被告が棄却判決を望んでいるか、あるいは訴訟費用につき有利な裁判を望んでいると思う。そうであるならば、この点を争点

として訴訟で結着をつけるという意味でかような申立てが認められるべきであろう。確かにこの点について「被告が異議を唱えてくれたため原告が請求が当初理由を有したことの確認の利益を得るということが、いかに不自然かを考えてみてもハープシャイトの立場の根拠はない」との批判があるが、[42] 訴えの利益なるものは当事者間に紛争があつて生じるものであつて終了宣言について紛争が生じていることを考えれば必ずしも不適当とは思えない。訴えの利益は当該紛争にとつて有効かつ適切な解決方法である以上認められるべきであろう。このような主張をすると、適当な立法論ではないとの批判があろうが、しかし、ドイツ法を準拠とした主張であり、ドイツでも既述の通りこまかい差異を除けば多くの支持を得ているのである。むしろ訴訟費用の問題がわが国で将来重要視されるようになれば一層ここでの終了宣言の問題は注目されるようになろう。あるいは問題を個別的に考えて事情に応じて確認の利益を認めればよいのであつて、一律に問題を考えるべきではないとも考えられる。しかしかような考えをするならば問題は個別具体的になり、結局基準が明確でなくなると思う。問題は一括してかような確認の申立てへの変更を認めるか否かではないかと思う。

確かに終了宣言を認めた場合問題点がない訳ではない。しかし、当事者の側からみると、被告にとつては実質的には請求棄却判決が与えられたに等しく再び訴えが提起されることもないし、原告も終了事由発生前の訴えの適法性と理由具備性が確認されることは、決して不当なものではない。むしろ当事者にとつては終了方法の多様化であり、選択の余地の拡大であり、プラスである。しかもこの方法をとりたくなければ、終了宣言をしなければよいのである。問題はむしろ裁判所の側にある。しかし裁判所は終結原因をいずれにしろ判断しなければならず、その過程で従前の請求について判断すればよいから一概に負担が生じるとはいえないと思う。むしろ当該紛争について既判力による終了が生じることは、後の当該紛争について関連する紛争の再燃可能性を遮断する上でプラスともいえよう。既判力を考えずに既になされた訴訟の審理がそのまま繰り返されるような事態は不合理である。さらに、裁判所が訴訟費用の裁判をする場合にも、このような制度を考えると判断

が容易になろう。本案についての判断をすればいわば自動的に決まってくる訳で、裁量の余地がすくなくこれこそ正に訴訟費用負担者決定についての結果責任説に最も調和するものである。

このような理由で、私は訴え変更説を基本として、わが国においてこの終了宣言を理論として導入すべきだと思う。そして、それは実定法規が特にかような解釈を否定しているとは思えないので解釈論としても可能ではないかと思う。

(14) 一般に直訳的に特権的訴え取下げ説と訳されているので（松浦・前掲書一五三頁、松本・前掲書九八頁）、前稿（法研五〇巻一二号三四三頁、三四八頁等）ではそれに従ったが、内容的には特殊な訴え取下げであるので伊東乾教授の助言もあり「特殊な訴えの取下げ」と改訳する。特権的という言葉がドイツで使用されるのは訴訟費用の負担は原告の負担とするとの訴え取下げに関する条項が適用されないという点で特権と解するからと思われる。

(15) Bernhard, ZPR, 3. Aufl., §41 Ⅳ2. (S.260).

(16) Schönke-Kuchinke, ZPR, 9. Aufl., §71. Ⅳ (S.320).

(17) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20. Aufl., S. 354.

(18) ZPO九三条は「被告がその挙動によって訴えの提起を誘発したのではなく、被告がただちに請求を認諾するときは、訴訟費用は原告の負担とする」という規定である（訳文は石川・前掲書法務資料三八頁による）。これは原因主義 Veranlassungsprinzip といわれる。誘発（Veranlassung）の有無が訴訟費用の負担の決め手となるからである。そこでドイツでの判例・通説によれば法文とは逆の場合、すなわち原告の請求が訴訟の途中で原告の行為によらないで理由がなくなつた場合（たとえば被告の弁済）、原告が直ちに請求に理由なきことを認めたならば本案について原告敗訴にもかかわらず訴訟費用は被告の負担となるとする。ブロマイヤーは訴訟終了宣言についてこの原則で訴訟費用の負担を決めるべきであると主張する。(Blomyer ZPR, 315; Gundprobleme der Erledigung der Hauptsache, JuS 1962, 213)。なおポーレは九一条により被告負担であるとする（Pohle, Zur rechtlichen Bedeutung der Erledigungserklärung nach deutschem Zivilprozeßrecht, Festschrift für Maridakis, S. 456)。訴訟続行について敗けたのは被告であり、終了事由の発生がなければ被告が敗訴したであろうからであるとその理由を説く。

ZPO九三条に相当する条文はわが国では存在しないが九〇条を根拠にその趣旨は解釈上認められている（斎藤編・注解民訴法(2)二四頁、二六頁等（小室））。

(19) 両当事者による訴訟終了宣言における放棄説については拙稿・法研五〇巻一二号三四八頁参照。

(20) Lindacher, Der Meinungsstreit zur einseitigen Erledigungserklärung, Juristische Analysen 1970, S. 687f.

(21) Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrecht 2. Aufl., S. 112. しかし、グルンスキー自身は訴え変更説と思われる（aaO., S.111)。

(22) Lüke, aaO., S. 328. 訳文は石川訳による（諸問題七三頁）。

(23) Habscheid, Der Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache, Festschrift für Lent, S. 167. なおＺＰＯ二六八条二号とは現行二六四条二号のことで、請求の原因の変更なき場合で本案または付帯請求につき申立てを拡張し又は制限することは訴えの変更にはならない旨規定している（正式な条文については石川・法務資料八九頁参照）。この規定の意味は訴えの変更の要件に関係なく訴えの変更ができるということである。訴えの変更の要件についてはＺＰＯ二六三条参照。

(24) 松本・前掲書九七頁に詳しい紹介がある。

(25) ローゼンベルク＝シュワープの注の部分をみてもこのことは推測される。しかし Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., S. 354 は訴え変更説を die überwiegende Ansicht として紹介している。ローゼンベルク＝シュワープでの紹介されていないものをあげれば OLG Zwibrücken NJW 68, 110, OLG München NJW 75, 2021 LG Essen NJW 72, 294. LG Nürnberg-Fürtrth NJW 74, 2007 の判例と、E. Schumann JuS 66, 26, Ostendorf DRiZ 73. 387 の学説を掲げている。また Beuermann, DRiZ 1978 78, 312（これはBaumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 40. Aufl., S. 229 で諸説の対立状況を報告するものとして掲げてある論説であるが）は訴え変更説を die (wohl) herrschende Meinung として紹介している。

なお松浦・前掲書一五三頁は特殊な訴え取下説を「判例学説上…多数説のようである」といつているが、今日では必ずしも適当ではないように思う。同様に松本・法学雑誌一九巻三・四号二四六頁は「…訴え変更説は、一般の支持を得ることができなかつた」と述べているが、これは誤解されるおそれがあるように思う。

(26) Ulmer, Die einseitige Erledigungserklärung und der Erledigsantrag. MDR 1965, S. 976 ff. 松本・前掲書九七頁に紹介がある。なおウルマーはＺＰＯ二六八条〔現行二六四条〕三号をもつて訴えの変更の適法を考えている。三号は「訴えの原因を変更することなく、後に発生した事情変更のゆえに、最初請求した目的物又は利益を請求するときは訴えの変更があつたものとはしない」旨の規定である（訳は石川・法務資料八九頁による）。この規定からすると訴えの変更ではないとの疑問が生じようが、訴えの変更の要件に関係なく訴えの変更ができるということである。

(27) 詳しくは訳出していない第四項と前注13で紹介した論文参照。

(28) Deubner, Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, JuS 1962. S. 209 f.

(29) Blomeyer, Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, JuS 1962, S. 214.

(30) リュケは「当事者による終了宣言の問題について「一つの見せかけの問題（eine Scheinproblematik）にすぎない」とし、「特に一方的終結宣言については、その表現が誤つており、且つそれはそれに対する裁判所の積極的判断が訴訟係属を終了させる現行法上適法な申立であるといえる（人はなお終結の申立（Erledigungsantrag）」なる語のみを使用すべきである。これにより「特に認められた訴の取下」という方向での誤つた結論は防止される）。以上ですでに再度立法者を登場させる原因が失われた」として、その論文の最後を結んでいるのは非常に我々にとつて興味あることである（Lüke, aaO, S. 335. 石川訳・諸問題八一頁。訳文は石川訳による）。

(31) Göppinegr, Die Erledigung des Rechtsstreit in der Hauptsache, 1958, S. 148 ff. なお、松本、前掲書九九頁に紹介がある。

(32) von Mettmann, Der Grundsatz der Prozeßökonomie in Zivilprozeß (1970) S. 154 ff. 棄却判決申立説 (Die Klageabweisungsantrags-theorie) ともいうことができよう (Lindacher, JurA 1970, 693)。このような視点で問題を把握するものとして BAG NJW 62, 125 や BVerwG 31, 318, Walshshöfer ZZP 90, 189 がある (Baumbach-Lauterbach-Hartman, ZPO, 40. Aufl., S.223.)。

(33) 松本・前掲書一〇五頁。

(34) 訴訟費用の分担者をいかにして決めるかという問題について、今日の立法は刑罰説、損害賠償説、付随給付説を克服して結果責任説に到達した（この経過については詳しくは拙稿・本誌四九巻三号七〇頁以下参照）。結果責任説をとりながら、結果だけではなく経過も重視しなければならないという要請はある意味では正に矛盾している。しかし、かかる要請は実質的正義のためには無視できないから、結果責任説の合理性を基礎として、できるだけ合理的な解決方法が求められねばならない。

(35) 松本博之「行政処分取消訴訟における取消対象の消滅と訴えの利益」法学雑誌一九巻三・四号二二九頁以下〔昭和四八年〕。

(36) 梅本吉彦「判批（最判昭和四九年九月二六日民集二八巻六号一二八三頁）」ジュリスト五九〇号一二六頁〔昭和五〇年〕。

(37) Lüke, aaO., S. 330. 石川訳では諸問題七六頁。

(38) 任意的当事者変更について日本とドイツの最近の状況については拙稿「控訴審における任意的当事者の変更（LG Koblenz MDR 1980, 408f.）」判例タイムズ四六〇号六〇頁以下参照。

(39) リュケは訴え変更についての一般理論から従前の給付の申立ては訴えの取下げ、訴えの排斥又はその他の方法は終結されねばならないという見解は誤りであると説く。そして「訴の変更は訴訟物の変更を意味する。それが適法であるならばそれは以後本来の訴が新しい形で裁判されなければならないという結果を導く。旧訴訟物は新訴訟物に移行したのである。そのことによつて、旧訴の訴訟係属の余地は失われている。したがつて、旧申立がなんらかの形で終結されなければならないとはいえない」と述べている (Lüke, aaO., S. 331. 石川訳・諸問題七六頁。訳文は石川訳による)。

なお、リュケは二六八条（現行二六四条）の要件は充足されないとして二六四条（現行二六三条）でその適法性を説明している (Lüke, aaO., S. 332. 石川訳・諸問題七七頁)。

問題は判決の既判力であるが、これについてリュケは、訴え変更説による帰結を次のように述べている。「終結の発生にいたるまで適法且つ理由具備せる訴が終結したとの確認に既判力が生じる。それにより同時に訴が本案終結の原因となつた事実の発生時点にいたるまで適法であり理由を具備していたことも確定される。形式的確定力発生後、旧訴が繰返されるとするならば、旧訴は既判力にふれることになる。それは不適法として却下されなければならない（したがつて Habscheid, JZ 1963, 625 の見解は正当であることが立証される。反対説をとるものとして A. Blomeyer, JuS 1962, 214 がある。彼は、訴が当初から理由を具備しているのは単に判決の要素であるにすぎないとの理由づけ、且ついかなる本案裁判も存在しないという固有の正当化をしている。彼にしたがうのは Grunsky, S. 100.)。既判力のこの範囲だけが、裁判所が場合によつては訴の本来の理由具備性に関する証拠を取上げたことを正当化する（その結果として A. Blomeyer, JuS 1962. 214 及び Stein-Jonas-Pohle, §91a Anm. Ⅲ 3 は終結せる訴の繰返しを認める。これに反して Schwab, ZZP 72, 136 は一貫性を欠きしたがつて A. Blomeyer a. a. O. の批判が正当である)。裁判所が本来不適法であり又は

理由がないことにより終結の確定を拒否した場合、この取上げられた裁判理由に既判力が生じる。原告が訴を新たに提起した場合、この訴は既判力に抵触する（同説 Habscheid, JZ 1963, 626）。したがつて裁判所が本案は終結していないがゆえに終結の確定を拒否し、原告が給付判決の申立をしなかつた場合（同説 Habscheid, JZ 1963, 626）、原告の権利は確定されたものとするのが一貫している」（Lüke, aaO., S. 331. 石川訳・諸問題七九頁以下。訳文は石川訳による）。

(40) 柏木・前掲書は「例えば前掲の契約解除の場合（契約の履行を請求している間に解除原因が発生して契約を解除した場合）に解除権の発生につき被告が争っている場合を考えられたい（これに対し被告が債務の本旨に従った履行をしたと主張し、原告がこれを争っている場合は、被告の抗弁が問題となっているにすぎず、ここでの問題ではない（片面的事件完結の申立は原告のみが行いうるところである）」（一四七頁注123）とした上で、「例えば、裁判所は原告の事件完結の申立に理由がある場合には『本件訴訟は事件完結によって終了した』と宣言すべきであるが、これは本案の問題ではないから例えば被告の取下（類似行為）に対する同意は不要であると――容易に――いうことができ、またこの宣言（判決）も訴訟判決の性質をもつことを明確にしうるといってよいのである」と述べている（一四八頁注124）。

わが国で終了宣言が認められるとするならば、この柏木氏のような考え方がわかりやすく有力になるように思う。しかし、私は既に述べたような理由で訴え変更説を支持する。

(41) 拙稿・法研四九巻三号九一頁以下参照。

(42) 松本・前掲書（法学雑誌一九巻二号）一〇六頁。

四　個別的問題について

法的性質論とそれに伴う効果の問題については三で述べた。すなわち、私が支持する訴え変更説によれば一当事者による終了宣言は取効的行為であり、旧来の請求は訴えの変更により新たな確認の訴えになり（旧来の請求はその限りで消滅する）、本案判決によって訴訟係属は消滅するということであった。そこで、以下ではその他の主要な問題について訴え変更説による帰結を順次考察してみようと思う。

なお個々の問題について考察する前に、判例について一言私の考えを述べておこうと思う。判例は法的性質論についてどのように解しているのか、あるいは実務の状況はどうなのかということは既にみたように学説が鋭く対立している状況においては一番興味のある問題である。ところが、これが必ずしも明らかではないのである。いろいろ判例があり、判例の傾向

とか判例の主流とかというような把握が困難である。[43] そこで前稿と同様に判例の紹介・分析は省略する。ただ以下の個々の問題について体系書・注釈書で判例の主流が明らかである場合は判例の考えとして紹介するに留める。

① **適法性**　一当事者による訴訟終了宣言について、グルンスキーは適法性を問題とし、それを慣習法上認められるものであるとする。[44] 通説は既にみたように適法性の問題については肯定説を当然の前提としているので、グルンスキーは異説ということになろうが、問題提起として評価する必要があろう。確かにドイツ法上実定法上の根拠がないのであるから、彼の問題提起は考慮すべき問題ということになろう。もつとも、私は既に三の⑥で述べたようにこの制度の必要性と既存の理論に適合することから適法性が肯定できるのではないかと思う。ただ彼が結論において慣習法上認められるものと判断している点は注目すべきであろう。これはわが国の境界確定の訴えを想起させるものであり、わが実務において条文の根拠がなくとも終了宣言の必要性と合理性が認められる場合に、判例として根づくことを暗示しているように思える。

② **要件**　私は既に一方的終了宣言にあつては、従前の訴えが適法で且つ理由を具備していたことが必要であると説いた。問題の出発点がここにあるからである。これに対して、単に終了事由を要件にする考え[45]や、被告が個々の場合に却下や棄却の判決を受けるべき利益を有しない限り本案終了事由の存在のみで足りるとする考えがある。[46] しかし、通説、判例は私見と同じ立場である。[47] シュワープが通説を支持しないのは、終了事由の他に従前の訴えについて適法性や理由具備性を審査することは無用な訴訟を迅速に終了させるとする制度の趣旨に反すると解するからである。[48] それ故に彼は訴訟費用分担の判断について、一方的終了宣言の場合でもＺＰＯ九一条ａを根拠にする。[49] しかし、彼のこの考え方には賛成できない。

考えなくてはならないことは、被告との関係である。終了事由の原因は被告側にその責任がある場合もあるが、そうでない場合もある。にもかかわらず、終了原因発生によつて全て九一条ａになるというのは不当である。被告の棄却ないし却下の判決を求める権利を無視してはならない。[50] また安易な要件はこの制度の濫用につながるであろう。つまり、敗訴判決を避

けるために、終了宣言を利用する原告も考えられるからである。

③ **予備的終了宣言の申立て**　これは原告が予備的に終了宣言をし、被告が異議を述べる場合の問題である。本案の申立てを主位申立てにし、終了宣言の申立てを予備的にする場合と、逆に終了宣言の申立てを主位申立てにし、本案の申立てを予備的にする場合がある。終了宣言の要件が②で述べたように従前の訴えの適法性と理由具備性であるとするならば、かような申立ては特に裁判所や相手方に余計な負担をかけるものではないから一般に認められている。要件をかように解さないシュワープは、そこで許されないと説く。[51]

ところで私が支持する訴え変更説によれば、予備的に本案の申立てをし、主位的に終了宣言の申立てをする場合、裁判所が終了宣言の申立てを棄却した場合は旧請求について裁判をすることになる。反対に裁判所が終了宣言を認めた場合は、旧請求は終了したものとみなされる。[52] これに対してリュケは次のようにいう。[53]「裁判所が訴は当初から理由具備していることを確認していたが、しかし原告が主張した事実が立証されないとか、裁判所がこの事実の法律状態に及ぼす影響につき原告とは異つて判断するがゆえに、終結を否定する場合に問題がある。ここでは裁判所が当初の訴の申立に立戻り、したがつて被告を敗訴させることが許されるか否かが問題になる。この問題は肯定されえない。たとえ当初の訴の申立が補助的申立として維持されるとの理由をもつてしても、肯定されない（Habscheid, JZ 1963, 631 は別の見解をとる）。むしろ原告は、その終結確定の申立によつて、被告敗訴を明らかに放棄したのである。彼はこの点で危険をも負担しなければならないのである。更に補助的申立の範囲は主たる申立をこえることになるであろう。裁判所が本案が終結していないと確定したならば、訴を排斥しなければならない。給付命令はＺＰＯ三〇八条のゆえにすでに排除される。原告は誤つた申立を定立したのである。被告が無制限に訴の排斥を申立てたときは、これは問題にならない。被告がたしかに単に終結を確定しないよう申立てたにすぎないときは、その申立のうちに認諾をみることができるかもしれない。彼がそもそもいかなる申立も定立しない場合に

は、欠席判決を考えるべきであるし、あるいはＺＰＯ九一条ａの意味における双方的終結宣言が考えられるべきである。裁判所はＺＰＯ一三九条により被告をして適当な申立の定立をさせるようにする状態にあるから、実際上の困難は生じえない。裁判所が本案が終結したとは判断しないという危険を原告が排除したいならば、彼は本来の訴の申立を主たる申立として維持し、終結宣言の申立を補助的に定立しなければならない。かかる申立の定立に疑問をさしはさむ余地はない（Göppinger, S. 64 も同説）」。

ハープシャイトをとるか、リュケをとるか難しい問題である。確かに原告のことを考えればハープシャイトということになろうし、裁判所にしても依然として訴えが適当で理由があるとの心証を得ているにもかかわらず、訴えの却下をしなければならないのも釈然としないであろう。しかしこれでは原告を優遇しすぎであり、被告とのバランスとこの制度の原告側の濫用を防止するということを考えればリュケ説が正しいように思う。[54]

④　訴訟費用の裁判　これは既に述べたようにＺＰＯ九一条によるのであつて、ＺＰＯ九一条ａによるものではない。これについてはＺＰＯ九一条ａによるとの説もあるが、[55] 訴え変更説によれば本案について判決が下されるのであるから、その判断によつて裁判所は機械的に訴訟費用の負担を決めればよいのである。[56] ＺＰＯ九一条ａ説の根拠は終了宣言では勝敗が生じないからであるとしたり、訴訟費用の問題について簡易迅速な判断ができるからであるとしているが、かかる見解はＺＰＯ九一条ａは両当事者による訴訟終了宣言の場合だけの規定であることを忘れているといわなければならない。ＺＰＯ九一条ａは、当事者間で裁判所によつて簡易迅速な方法で訴訟費用について裁判されることについての意思の合致があるからこそ適用されるものであつて、終了事由の存在が裁判所によつて認められたからといつて適用されるべきでないからである。

日本法では変更された請求についての判断により八九条によつて本案の敗訴者に負担させることになる。

⑤　被告による訴訟終了宣言の申立て　ローゼンベルク＝シュワープの記述から明らかなように（本稿二の訳文の3参照）、こ

の問題についての肯定説は少数説であるし、肯定説自身かような事例が生じるのは非常に少ないことを認めている。肯定説の根拠はシュワープによれば、原告の請求に対して被告が終了宣言をしたが、原告は被告の主張に疑いをもつている場合である。この場合に裁判所が単に終了事実の存在のみを判断して、終了事由発生前までは理由を具備していた訴えに対して棄却判決を下すことは原告にとつて不公平であるという。つまり原告の立場とすれば、被告の終了宣言は単なる棄却を求めているのではなく、真の終了宣言であるということが必要であるというのである。[57] 要するにシュワープのこの説の前提には、一当事者の終了宣言は独自の制度であり、原告であれ被告であれ制度の利用はできるものであるということと、終了宣言の要件は終了事実の発生でよいとする考えがある。そもそもこの点が問題であるが、訴訟物について処分権限を有さない被告がかような申立てができるとするのがおかしい。訴え変更説によれば、訴えの変更は原告のおこなうものであるから当然許されない。通説、判例とも否定説である。[58]

⑥ **上告審における訴訟終了宣言**　訴え変更説の場合に一番問題となるのは、上告審でも許されるのかということである。訴えの変更は上告審で一般に許されないから、原則として一当事者による終了宣言は訴え変更説によるならば許されないといわれている。[59] この点は他の説によれば積極説は簡単に導くことができる。判例も肯定する。[60] 終了宣言の制度の目的からすると上告審でも終了宣言は許されるとしなければならないだけに訴え変更説にはこの点で問題があるといえる。しかし、一当事者による終了宣言は単なる訴えの変更ではなく訴訟の終了を招来するところの特別の訴えの変更であると思うから、かかる帰結には疑問を有する。特別な訴えの変更であるとして場合によつては上告審でも認めてもよいのではないかと思う。もつともそれではなんのための訴え変更説か、単なる便宜論ではないかとの批判を受けるであろう。

⑦ **訴訟係属発生前の終了宣言**　訴状提出後、訴状送達前に一当事者による終了宣言は許されるかの問題である。これを肯定する説もあるが、[61] 私は、その必要も感じられないし、解釈論として採用できないのではないかと思う。ドイツでも両当事

者による終了宣言の場合はともかく、一当事者による終了宣言の場合は許されないとする説が一般的のように思える。(62)

(43) ドイツでも一当事者による訴訟終了宣言の法的性質についての判例の分析は十分おこなわれていないようである。もっともリンダッハーはその論文の中で上級裁判所の判例という節を設けているが、二一頁の論文の中でたつた一頁である。彼はハープシャイトの訴え変更説を明白に支持した OLG Saarbrücken OLGZ 1967. 181 のようには連邦上級裁判所は態度を明らかにしていないとし、連邦上級審の判例は中立的であるといつている (Lindacher,JurA 1970, 698)。判例においては今日において訴え変更説が有力と思うが（前注25参照）、私のみた限りでは学説の厳しい対立状況を反映して統一的な方向というものはないからである。最新のバウムバッハの注釈書 (Baumbach-Lauterbach-Alberts-Hartmann, ZPO, 40. Aufl., 1982)も「実務においても統一的見解はいまだ完成されていない」と述べている（二二九頁。なお九一条aは Hartmann の担当)。そうなると実務では各裁判所が自由に訴訟終了宣言の法的性質について判断していることであり、実際上混乱は生じていないのかという疑問が生じる。しかし、そうではないようである。その理由のひとつは判例というものは個別具体的な判断であるから、積極的にある説を支持することを表明する必要はなく、仮に積極的にある説を支持しても判例が訴訟終了宣言のすべての問題をその説の立場で貫徹するということにならないしその必要もないからであると思う。つまり判例の意味は当該具体的な事件を離れては意味がないからであると思う。そこでその制度全体からみると判例は統一性を欠くようになつたとしてもある意味では当然なことのように思える。このことは任意的当事者の変更についてのドイツの判例を概観して感じたことでもある（前注38参照)。第二の理由として判例は具体的事案の結論の妥当性が問題となるから、判例がある結論を採用した時にそのことはその結論を支持する学説すべてから支持されるから、判例が明確にある学説を支持したと表明しない場合はその判例はそれぞれの学説に有利に判断されることになる。このことはその結論を導かない学説を排斥したという意味しかなく、いわば消極的な立場の表明ということである。第三には訴訟終了宣言についていえば確かに諸説の対立は厳しいものがあるが具体的な問題に対する帰結はそれほど対立的でないということに注目する必要はある。たとえば再訴禁止が働くか否か、既判力は生じるか否かという問題は理論的には重要であるが、現実にそのような事例がないならば判例は生じる筈はなく、実際上それほど生じるという場合でもないように思える。そうであるなら実務上は既判力の有無は争点にならないということができよう。終了宣言の要件につき通説的見解が確立し（四の②参照)、訴訟終了宣言の効果として訴訟終了効が生じる点に異論がない限り、制度の運用上問題はないのである。確かに訴訟費用の負担を決める場合にＺＰＯ九一条か、九三条か、九一条aかという問題はあろうが、これも具体的結論ではそれほどの差異をもたらすものではないと思う。以上の理由で私は判例は法的性質論で何説をとるかということはそれほど重要ではないと思う。

(44) Grunsky, Grundlagen, S.112. なお Mössner, NJW 1970, S.176.

(45) Schwab, ZZP 72, 129; Rosenberg-Schwab, ZPR, S.786.

(46) 一部の判例理論である。詳しくは Grunsky, Grundlagen, S.113 の注47参照。

(47) 文献及び判例については Grunsky, Grundlagen, S.113 の注45、Rosenberg-Schwab, ZPR, S.786 の注2参照。シュワープの記述からシュワー

プと同じような見解の判例や学説もすくなくないことがわかるが、BGHは一貫してシュワープ説に賛成していない。

(48) Schwab, ZZP 72, S. 129.

(49) Schwab, ZZP 72, S. 140; Rosenberg-Schwab, ZPR, S.792.

(50) この点を通説は強調する（Grunsky, Grundlagen S.113）。なお松本・前掲書（法学雑誌一九巻二号）一〇〇頁参照。

(51) Rosenberg-Schwab, ZPR S.790（本稿二の訳文参照）。

(52) Habscheid, JZ 1963, S. 631; Mössner, NJW 1970, S. 177.

(53) Lüke, aaO, S. 333 f. 訳文は石川・諸問題七八頁以下。

(54) キオンは裁判所が本案終了の予備的申立てを認容し終了宣言をしようとするならば、本案についての主位申立てについては、ハープシャイトによれば訴えを却下することになろうが（Habscheid, Festschrift für Lent. S.173）、これは終了の趣旨、目的を正当に評価していないことを明らかにするものであると批判する（Kion, Eventualauer hältnis im Zivilprozeß, 1971, S. 97f.）。なお Schwab, ZZP 72, 130 ff. は、そもそも旧請求とならんで新たな請求を定立することが問題であるとする）。指摘する点は確かに一理あるようであるが、結局は制度の理解についての見解の相違であり、訴え変更説の致命的な問題ではないと思う。

なお訴訟終了宣言を主位申立てとし従前の訴えを副位申立てをした場合に裁判所が終了していないと判断したならば本案について訴えを却下すべきでなく、審理判断をすべしとのBGHの判例（NJW 1965, 152）について松浦教授の解説がある（ドイツ判例百選一五二頁以下）。

(55) Schwab, ZZP 72, 140; Rosenberg- Schwab, ZPR, S.792.

(56) リュケ（Lüke, aaO, S. 334 f. 石川訳・諸問題八〇頁）は次のようにいう。「費用確定裁判はもつぱらZPO九一条によつてなされる。ZPO九一条aは適用されない。したがつて裁判所は妥当な裁量により費用を配分する可能性はない。その結果は単純である。すなわち訴が当初より不適法又は理由がなかつたとの理由で、あるいは終結が否定されたという理由で、訴が排斥されるならば、原告が訴訟費用を負担しなければならない。これに反して法的紛争が終結されたことが確定されたならば、被告が訴訟費用を負担すべきである」（注部分は省略した。訳文は石川訳）。

(57) Schwab, ZZP 72, S. 104.

(58) Grunsky, Grundlagen, S. 119 f.

(59) Thomas-Putzo, ZPO, 11. Aufl., 1981, S.207; Putzo, NJW 65, S. 1018.

(60) BGH, NJW 1965, 537; BGH MDR 76, 568=ZZP 90, 185.

(61) Mössner, NJW 1970, 177 ff.; Deubner, Jus 1962, 207 ff. und 210 ff.

(62) Stein-Jonas-Leipold, ZPO, 20 Aufl., S.344; Thomas-Putzo, ZPO, 11 Aufl., S.200; Zöller-Vollkommer, ZPO, 13 Aufl., S.412. 近時認めていこうとする動きもない訳ではない（これについては Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 40. Aufl., S.229 f. 参照）。

五　おわりに

本稿において私は一当事者による訴訟終了宣言についてその問題とするところを概観し、強引と粗雑との批判を承知の上で私なりの見解を纏めてみた。この問題について単にドイツ法の紹介に終らせたくなかつたからである。ところで従前の論稿でも本稿でもいかなる場合が終了宣言が問題となる事例かということについては具体的には明らかにしなかつたので、ローゼンベルク＝シュワープによりドイツでの例の主なものをあげてみよう。(63)

被告の弁済（RG 130, 394; BGH, NJW 1954, 1038）、訴訟開始後に発生したか（RG 57, 385）あるいは取得した債権による相殺（OLG Neustadt, MDR 1957, 685）、離婚訴訟での宥和の通知（OLG München, MDR 1792, 869）、訴訟外の和解（OLG Düsseldorf, JW 1924, 1622）、強制和議の締結（RG HRR 1928, 682）、係争物件の破滅または喪失、商号権侵害を理由とする不作為訴訟中に当該商号権が消滅する場合、取消しが求められた契約、解除が求められた賃貸借契約、特許権等が訴訟中に時間の経過により消滅する場合（RG 20, 430. RG JW 1900, 857 und 1922, 1450）、取消しの訴えが破産が強制和議により取消されたことにより意味がなくなつた場合（RG 58, 414）、当事者が死亡して訴訟物が相続されない場合、訴訟要件が訴訟中になくなる場合（BGH 37, 142 なお同書七八七頁注6参照）、法律改正による場合（これについての判例等はかなりある。詳しくは同書七八七頁注3参照）等である。

なお単に執行回避のために支払われた場合は終了事由にはならない（BGH, WM 1977, 1307; OLG Nürnberg, OLGZ 1973, 39）。

これらは代表的なものであるので、ドイツではその他の例が多く紹介されている。結局のところ、ドイツの例を参考にしつつ抽象的には訴訟中に訴訟の終了事由が発生し、そのことに対して訴えの取下げや請求棄却で満足しない原告のための制度であることを考えて適用される事例と適用される領域を決めていくことになろう。(64)

最後に民事訴訟法学の今後のあり方との関連で一言述べておこう。私は民事訴訟法学の向うべき方向として訴訟における

当事者の地位の強化の方向での理論構成と、一般の人に理解され信頼されるような方向での訴訟理論の構築があるのではないかと思う。そこで例えば判決理由中の判断をめぐる学界の動きに対して、このような視点から私なりに答をだしたのが、拙稿「黙示による中間確認の訴え」であつた。(65)

終了宣言の問題もこのような視点での問題提起である。本来ならば正当であつた訴訟での権利主張が、終了事由発生により訴えの取下げか請求棄却判決というあたかも不当な訴求をして敗訴したかのような結着をみるのでよいのかということである。つまりかかる帰結は訴訟法学者だけの自己満足であつて、一般の人の理解と信頼を得られないのではないかという問題提起である。そしてこれに対して、当事者の主導による新しい解決方法があるのではないかというのが本稿での主張であつた。本稿での主張は当事者の地位の強化や一般の人に信頼されるような理論の一つとして評価されるのではないかと思う。

(63) Rosenberg-Schwab, ZPR, S. 786 f.

(64) この点について柏木氏は「例えば被告が原告の請求を理由ありとして弁済をしたり、訴訟係属後に得た債権をもつて相殺したりする場合のほか、引渡しを求めていた目的物が訴訟中に滅失した場合、契約の履行を請求している間に解除原因が発生して契約を解除した場合、原告がそれに依存して請求原因を構成していた法令が改廃されたり、依拠していた最高裁判例が全面的に変更された場合、さらにまた抽出して行つていたモデル訴訟(第一次訴訟)につき裁判上の和解が成立した場合などを考えられたい」と述べている(前掲書一四七頁注119)。

なお判決手続以外にどのような手続に適用されるかについては Baumbach-Lauterbach-Hartmann, aaO., S. 229 に要領よく纏められている。

(65) 法学研究五三巻一二号一八一頁以下。なお一八九頁参照。

(付記) 本研究については昭和五六年度慶應義塾学事振興資金による研究補助を受けた。