

Title	訴訟終了宣言と訴訟係属
Sub Title	Die Erledigung der Hauptsache vor Rechtshängigkeit
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1988
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.10 (1988. 10) ,p.1- 52
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19881028-0001

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.

訴訟終了宣言と訴訟係属

坂 原 正 夫

一 はじめに

- 1 近藤氏の問題提起
 - 2 訴訟係属前の訴訟終了事由の発生
 - 3 本稿の構成と主要文献について
- ## 二 西ドイツの判例理論と法改正の動き
- 1 連邦通常裁判所の判例
 - 2 連邦参議院の意見書
 - 3 民事訴訟法委員会の改正案
 - 4 評価と展望―日本法への示唆―

三 西ドイツの学説の状況

- 1 学説の概要
 - イ 訴え変更・新訴提起説
 - ロ 訴訟終了宣言説
 - ハ ZPO九三条根拠説
 - 2 評価と展望―訴訟終了宣言の本質―
- ## 四 おわりに
- 1 近藤氏の挙げた事例について
 - 2 訴訟終了宣言の日本の状況と将来の展望

一 はじめに

1 近藤氏の問題提起

訴訟費用の裁判というところが国ではほとんど論じられることはないが、六年ほど前に近藤完爾氏が雑誌・判例タイ

ムズの巻頭言「法と人生」の欄において「訴訟費用の裁判」という題名の論説を發表したことがある。⁽¹⁾氏はそこにおいて弁護士報酬を訴訟費用に組み入れた場合、「訴訟追行と事件処理の現実」にどのように影響するのか、その功罪をどの角度からどう評価したらよいかが大変難しい」と指摘された。具体的な事例として次のような西ドイツの裁判事情が紹介された。⁽²⁾

「ハンブルク地方裁判所に通い始めて間もなく珍しい事件に出会った。債務弁済と保証債務の一部不存在を理由とする訴額一ニ万マルクの抵当権設定登記抹消および抵当証券返還請求訴訟である。ところが、訴提起から訴状送達までの一週間の間に債権者から債務消滅の承認と抵当証券の返還がなされた。日本でなら訴の取下か請求認諾で簡単に片付くところだが、この原告代理人は時を移さず訴を変更して四六六・七七マルクの損害賠償を請求した。その内訳は、手数料法定額二七五マルク、裁判費用一七五マルク、登記簿抄本請求費一六・八〇マルク、取引税一一・〇七マルクのほか郵便電話料金など細かく計算してある。ドイツでは請求の即時認諾があった場合は、被告の態度が訴提起を決断させる誘因となった場合を除いて、勝訴原告が訴訟費用を全額負担させられるからである。それも、償還金額が僅少であれば大した問題でもあるまいが、法定額の弁護士手数料を含むとあってはこのような対策をとらざるを得なくなるわけである。

被告側も負けておらず、管轄連の抗弁のほか、被告側には訴提起のきっかけとなるような言動は全くないと主張し、これを唯一の争点として活潑な文書戦が展開されたが、弁論は一回で終結されていた。結果はどうなったか聞き洩らしたが、起訴の誘因にどちらが有責かという争点について証拠調をしないとは思いつつ訴訟指揮だというのが第一感であった。」

近藤氏はこの西ドイツの事例に対して、「実質において訴訟費用の裁判であることを考えて簡易迅速に処理するつもりであったのであろう」と推測される。そしてそうであるならば、「いわば後始末的な付帯の裁判であるから本案訴訟のように時間と費用を追加して審理することは好ましいことではない」から、「一応もつともな論理である」とする。しかし、「この事件は認諾判決で終るべき筋のものであるから、有責原因の有無を審査する資料が皆無に近いところに難点がある」との意見を述べられた。その上で、「このような訴訟現象はわが国では絶無に近いから最初は珍

しい事件と感じただけであるが、……弁護士手数料の訴訟費用化が随所に日本と違った問題を生んでいることに気付いて、彼我の長所と弱点とをどのように評価すべきかという難しい問題に関心を持たざるを得なくなった」として、前述のような問題点を指摘するのである。氏は最後にこの論説を「それにしても甲論乙駁の議論がもう少しあってもよさそうな気がしてならない」と結んでいる。論述の順序は異なるが（引用した文章は論説の中の順序に従っていないが）、以上が近藤氏の論説の概要である。

近藤氏の右の論説は、訴訟費用獲得のために原告が訴えの目的が達成された後で損害賠償請求に訴えを変更して訴訟費用を請求することがなされることの当否を問題にし、そのことについてのわが国の議論を求めていると解することができる。さらには訴えの変更による新訴が損害賠償の訴えではあるが、その実質は訴訟費用の裁判である場合の審理の方法についてもドイツでの方法が日本で妥当するであろうかとの問題を提起しているようにも思える。近藤氏の問題提起に対して今日までに何等かの意見が発表されたかという点、残念ながら私は寡聞してそのようなものを見ることができなかった。しかし、今日のわが国では弁護士費用は訴訟費用に算入されていないとはいえず、このような問題は考える必要はないという訳ではない。わが国における昨今の著しい国際化の進展と一般市民の権利意識の高揚を考えると、今後避けて通ることはできないと言わなければならない。つまり、前述のような事件がわが国で生じないとは断言できないし、近藤氏の問題提起が放置されてよいという訳にはいかないのである。少なくとも前記のような事件の処理法は考えておく必要がある。とは言ってもわが国では十分な実例がないと思うから（近藤氏は「絶無に近い」と述べている）、この問題の先進国であるドイツの状況が勢い気になるところである。氏の紹介した右の西ドイツの事例は、後述するように氏が視察された当時と異なり、その処理を巡って今日学界でかなり議論のある問題である。西ドイツでの今日の議論の方向を見極めながら、近藤氏の指摘した問題点を参考にして、わが国でのこの問題の対応を考えてみようと思う。かくして氏の問題提起に多少なりとも答えが得られるのではないかと思う。確かに、問

題は「大変難しいこと」であるし、「制度と実状とのちがいがからドイツでは当たり前なのが日本では納得されないこともありうる」し、「社会的効用をも勘案しなければならぬだけに、個々の法律家単独では手にあまる問題である」。しかし、かといって拱手傍観してよいというものでもない。果して本稿が氏の論説に対して答えたことになるのか、氏の論説の趣旨を少しでも発展させることができるのか疑問であるが、氏が言われるような論議の呼び水になればと思っている。

2 訴訟係属前の訴訟終了事由の発生

近藤氏の右に掲げた事例で想起するのは訴訟終了宣言の制度である。原告が訴訟費用の負担をしないで自ら訴訟を終了させるための制度となると、訴訟終了宣言の制度が考えられるからである。そもそもこの制度はこのようにするためにドイツで創設されたといえることができるし、⁽³⁾ 実際においてこのような場合に原告が訴訟費用の点で有利に訴訟を終了させるとなると、この方法しかないと思われる。また原告の訴訟終了宣言に被告が異議を述べない、あるいは同意した場合、即ちいわゆる両当事者による（双方的）訴訟終了宣言の場合であれば、⁽⁴⁾ 裁判所は従前の訴訟状況等を考慮して公平な裁量によって訴訟費用の分担を決めることができるから（ZPO九一条⁽⁵⁾）、前記事例のような場合に常に損害賠償への訴えの変更がなされるという訳ではない。むしろ原告は訴訟終了宣言をして被告の出入をみるということも考えられる。それでは、なぜ原告代理人は訴訟終了宣言をしなかったのであろうか。答えは簡単である。当時も今日も、判例・通説の見解に立つならば、このような事例においては「当事者の訴訟終了宣言は許されないと考えられているからである」。⁽⁶⁾ その理由は一般に訴訟終了宣言が認められるための要件の一つとして、訴えが不合法になるかあるいは訴えの内容である訴訟上の請求の理由がなくなるような訴訟終了事由の発生、即ち原告が訴えを維持する必要がなくなるような事実の発生は、訴訟係属の発生後でなければならぬと解されているからである。このようなことから明らかなように、この事例において訴訟終了宣言の制度を考えると、訴訟係属発生前に訴訟終了事由が発生し

た場合に訴訟終了宣言は許されるかという問題が生ずるのである。⁽⁷⁾ もっともこの問題は当事者の(一方的)訴訟終了宣言の場合に問題になるのであって、両当事者による(双方的)訴訟終了宣言の場合は問題にならない。両当事者による終了宣言の場合は処分権主義によって裁判所は終了事由の有無や終了事由の発生の時点を調べることはできないとされているから、これらを要件と解しても意味のないことであると説かれている。⁽⁸⁾

それではなぜここであえて訴訟終了宣言の制度を問題にするのかというと、それは近藤氏が論説の中で述べている。近藤氏は訴訟終了宣言の制度については言及されていないが、既に引用して示したように、この種の事件処理の手続の問題点を明らかにしているからである。近藤氏はこの事例について、原告の訴えの変更後の訴訟の実質は訴訟費用の負担を巡る争いで、ZPO九三条の「訴え提起の誘因をあたえない被告の即時認諾の場合の訴訟費用は原告負担」との原則から、争点は被告が訴え提起の誘因を与えたか否かの問題であるとしている。つまり本案の対象が訴えの変更により損害賠償請求に変わっても、実質は訴訟費用の裁判であり、「時間と費用を追加して審理することは好ましいことではない」からである。そこで一般の損害賠償事件とは異なり、事件処理に裁判所は「思い切った訴訟指揮」をせざるをえないし、その結果は「事件処理は法改正を先取りしたともいえる放胆さ」ということになる。「彼の地の気風からいえば極く当り前のことであるらしい」とはいえ、かような簡易迅速な処理が妥当するのは通常の損害賠償事件ではなく、訴訟費用を巡る紛争との理解に立つからであろう。そうであるならばそれに応じた理論構成が試みられるべきである。また簡易迅速に処理されることは可能とはいえ、訴えの変更による損害賠償による処理は理論的には明快ではあるが、この訴訟の本質が訴訟費用の裁判であるということを考えると、訴訟費用のためにのみ更に新たな裁判を続行させるといふ構造は、訴訟経済の点からも公平という視点からも合理的とは思えないのである。さらに、この種の事件では果して原告が訴訟費用を負担するのが公平なのかそれとも被告が負担すべきなのかは難しい問題であるが、原告の立場からすると、訴訟終了宣言の要件については訴訟係属の有無の点を除けば、訴訟終了事由の発生

の時点までに訴えが適法で且つ理由を具備していたことを主張・立証すればよいと解されているのであるから、訴訟終了宣言による訴訟費用負担からの解放の方が訴えの変更による損害賠償請求よりも簡単であるということになる。こうしてみると、近藤氏の挙げた事例は訴訟係属前（正確には訴状提出から訴状送達の間）の当事者の訴訟終了宣言の適否の問題に集約されることになるのである。

3 本稿の構成と主要文献について

訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合の当事者の訴訟終了宣言の適否の問題の検討は近藤氏の挙げた事例の処理の可否を考えることに留まらない。今後の訴訟終了宣言の制度がどのような方向に発展していくのかということをも明らかにすると思う。後述するようにこの問題について否定的な判例の見解に対しては連邦参議院は批判的な意見を表明しているし、学説も判例を契機に判例の解決策に反対する立場が有力になってきたからである。つまりこの問題は訴訟終了宣言の制度は今後どこに行くのかという問題と密接な関係があり、ここでの態度表明は訴訟終了宣言の制度の今後の行方を暗示することになると思うからである。そしてそのことは、さらにわが国の訴訟終了宣言の制度を考える場合に当事者による訴訟の終了に力点を置いて考えるのか、それとも訴訟費用の公平な分担の制度として評価するのか、あるいは両者の関係をどのように解したらよいのかという問題を考える場合に、重要な判断材料を提供するものと思う。¹⁰⁾ 本稿はこのようなことを念頭において執筆したものである。第一に判例、連邦参議院の意見書、連邦司法省の民事訴訟法委員会の改正試案等で問題に対するそれぞれの取組みをみてみよう。これらは単なる学説とは異なり、それ自身今日においても将来においても事実上のかんがりの影響力を有していると思うからである。そして第二に問題の判例の前後に発表された学説を考察することによって、学界の状況を把握しようと思う。そして最後にこれらの考察を通して前述の問題について出来る限り答えを考えてみようと思う。

ところで本稿のテーマは既に明らかのように、正確には「訴訟係属発生前に訴訟終了事由が発生した場合の当事者

の訴訟終了宣言の許否」ということになる。このテーマについての主要文献を参考までに左記に掲げる。これは同時に本稿での文献引用の際の略号表を兼ねるものである。文献表に教科書・体系書類を掲げていないのは、この問題について単に状況を略述しているに過ぎないからである。⁽¹¹⁾なお文献の最後の括弧内は著者の肩書であるが、著作物に書かれたものを単に転記したに過ぎない(現在の身分を示している訳ではない)。ドイツでは実務家と大学教授との兼職や相互の交流が多いとはいえ、実務家の見解なのか大学教授の見解なのか多少とも興味を覚えたから転記した訳である。

主要文献

一 註釈書

- Hartmann, Peter Baumbach - Lauterbach - Albers - Hartmann, Zivilprozessordnung, 46. Aufl., 1988. (Richter am Amtsgericht Lütbeck)
- Leipold, Dieter Stein - Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., 1978. (Prof. Dr., Erlangen)
- Röhl, Klaus F. Kommentar zur Zivilprozessordnung (Der Alternativkommentar), 1987. (Professor Dr., Bochum)
- Vollkommer, Max Zöllner, Zivilprozessordnung, 15. Aufl., 1987. (Prof. Dr., Erlangen, vorm. Vorsitzender Richter am Landgericht)

二 鑑 査

- Blomeyer, Jürgen Die Schuldtilgung durch den Beklagten nach Einreichung der Klage als Kostenproblem—Zugleich Bemerkungen zu BGH, NJW 1982, 1598—NJW 1982, 2750ff. (Professor Dr., München)
- Bücking, Hans-Jörg Zur Möglichkeit der Erledigung der Hauptsache vor Anhängigkeit des Verfahrens, ZZP 88 (1975), 307ff. (Rechtsreferendar, M. A., Regensburg)
- Hanbelt, Horst »Erledigung der Hauptsach« vor Rechtshängigkeit? ZZP 89 (1976), 192ff. (Assessor, Wiss. Assistent, Augsburg)
- Linke, Hartmut Die Erledigung der Hauptsache vor Rechtshängigkeit—Das Urteil des BGH v. 15. 1. 1982 und die

Folgerungen, JR 1984, 48f. (Dr., Bochum)

Mohr, Harmut
Erlidgendes Ereignis zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit, NJW 1974, 935 (Dr., Steinen/
Wiesental)

Rehnelt, Ekkehart
„Erlidigung der Hauptsache“ vor Anhängigkeit? NJW 1974, 344f. (Rechtsanwalt, Dr., München)

Rixecker, Roland
Die nicht erlidigende Erlidigungserklärung, ZNP 96 (1983), 505ff. (Richter am Landgericht Saar-
brücken)

Sanwald, Rüdiger
Übergang auf die Kostenklage nach „Erlidigung“ der Hauptsache vor Rechtshängigkeit, NJW 1985,
898ff. (Richter, Dr., Ludwigshurg)

Stöhr, Karlheinz
Neuer Weg bei der einseitigen Erlidigung vor Rechtshängigkeit? JR 1985, 490ff. (Richter am LG,
Bonn)

Weber, Theodor
Zur Kostenentscheidung bei Erlidigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit, DRiZ 1979,
243 ff. (Richter Dr., Kassel)

- (1) 判例タイムズ四七〇号一頁〔昭57 82〕。以下の本文の括弧内の文章はこれから引用したものである。なお〔昭57 82〕は刊行された年が昭和五七年で、それは一九八二年という意味である。引用文献の刊行年は本稿ではこのように表示する。
- (2) いつ頃の西ドイツの状況かという点、近藤氏はこれに先立ち別の巻頭言の中で「二〇年も前の異国での話が今の役に立つかどうかわからないが、それは読者に決めてもらうことにして書いてみる。その頃、私はハンブルク地方裁判所の視察を命ぜられて四ヶ月ほど滞在していた」と述べている(判例タイムズ四五七号一頁〔昭57 82〕)。氏の在外研究が行われたのは昭和三四年(一九五九年)であるから、この当時のドイツの状況ということになるが、氏の在外研究の成果は氏の論文集「民事訴訟論考第一巻」〔昭53 78〕に収められている。後に述べるように氏の紹介した事情は今日においても変わっていないように思う。
- (3) 拙稿「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」法学研究四九卷二号一八頁以下、三号六一頁以下〔昭51 76〕はこのための研究であった。
- (4) 両当事者による終了宣言については、拙稿「西ドイツ民法九一条aの両当事者による訴訟終了宣言について」法学研究五九卷七号一頁以下〔昭52 77〕で論じたことがある。なおこの用語(訳語)については同・三頁注5で論じた。またそもそも

も「終了宣言」という用語（訳語）については、前掲書（注3）二号二六頁注2で述べた。

(5) 石川明教授の「ドイツ民事訴訟法典」法務資料四四〇号三七頁（昭57Ⅱ82）の訳文は次の通りである。なお、訳文中の「当事者」というのは両当事者の意味であって、当事者の一方とか一当事者とか解してはいけない。原文は複数形（die Parteien）になっているからである。

ZPO九一条 a 「当事者が訴訟につき本案の終結宣言をしたときは、裁判所は訴訟費用について従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量により裁判する。この裁判は決定によりなされる。

この裁判に対しては即時抗告を申立ることができる。抗告については裁判前に相手方を審尋しなければならない。」

なお本稿ではドイツ民法法の条文を示す場合はZPOを付した。またドイツ法の条文の日本語訳を掲載することは本稿のよる論文では余計なことかもしれないが、日本の一般の法律家や学生にとっては日本の六法のように簡単にドイツの法典を座右に置くことは困難と思われるのと、先人の業績を明らかにする意味からも、当該条文に日本語訳がある場合は、その条文を本稿で最初に使用した箇所に日本語訳を注記した。

(6) 一当事者による訴訟終了宣言については、拙稿「西ドイツ民法法における一当事者による訴訟終了宣言について」法学研究五五巻七号一頁以下（昭57Ⅱ82）参照。

(7) 訴訟係属（Rechtshängigkeit）の発生の時点であるが、ZPO二六一条一項は「訴訟事件の訴訟係属は、訴えの提起により発生する」と規定し、同法二五三条一項は「訴えの提起は書面（訴状）の送達によりなされる」としている。要するにこの問題は訴状提出後・訴状送達前に訴訟終了事由が発生したことによって、適法で且つ理由を具備した訴えが訴訟の必要がなくなった場合の手続上の処理に関する問題である。なおドイツ法は訴状が裁判所に提出されて被告に送達する状態にある場合は、*rechtshängig* ではなくて *anhängig* であるというのであるから、*Anhängigkeit* における訴訟終了事由発生と訴訟終了宣言の問題という点とちがう。そして *Rechtshängigkeit* と *Anhängigkeit* は日本語に訳すとどちらも「係属」ということになる（山田晟・ドイツ法律用語辞典一九頁はZPO二六九条三項一段と日本民法法二二七条一項を比較する）。

ところで訴訟係属の発生の時点が訴状送達時ではなくて訴状提出時であると（行政裁判所法VwGO八一条、九〇条、財政裁判所法FGO六四条、六六条、社会裁判所法SGG九〇条、九四条参照）、訴訟係属前の訴訟終了事由発生に基づく訴訟終了宣言の適否の問題は生じないことになる。

(8) 「訴訟係属前の両当事者による訴訟終了宣言の問題」この場合に全く問題がないという訳ではない。訴訟係属前に訴えの

適法性または理由具備性を喪失させる事由が発生した場合にはZPO九一条aの文言が問題となる。同条一項(前注5参照)の「訴訟につき本案の終結」とか「従前の訴訟状態」という文言は訴訟係属を前提としているのではないかとということである。この点を重視すると、訴訟係属前の訴訟終了宣言は消極的に解せざるを得なくなる。

これに対して、ドゥブナー (Deubner, Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, Jus 1962, 205 (207)) は当時(一九六二年)の訴状送達時を重視する説を支配説として「ドゥブナーは当時の支配的見解であるとして」次のような注を書いている。RGZ 54, 37 (40); OLG Köln, JMBINRW 1960, 228; Förster-Kann, ZPO, 3. Aufl. (1913), § 91 Anm. 5; Wiezorek, ZPO, 1957, § 91a Anm. A II bl.; Rosenberg, § 79 III 4 (S. 366 unten, 367) m.w. Nachw.; Baumbach - Lauterbach, § 91a Anm. 3C)。このような見解は正しく形式論であり、それでは訴訟費用の負担は公平に決められず、原告としてこの問題を提起せざるをえず、それは正しく原告にとっても裁判所にとっても余計な負担であると説いた。この論文は恐らくこの問題を提起した最初の論文ではないかと思うが、ここでは彼はさらに本案の終了と訴訟の終了との区別を強調し、前者は実体権またはその実現の問題に関係する経過を前提とするが、一定の手続の段階を必要とするものではないとも主張する。かくして終了宣言にとって重要なことは、訴状提出時における訴えの適法性と理由具備性であるとの結論に達する。

ところでこの問題を論ずる場合に注意しなければならないことは、訴訟終了事由発生時の時点の問題と終了宣言を行う時点の問題を区別することである。従来、この点が曖昧であり議論に混乱がみられたからである (Vollkommer, ZPO, S. 351, 正式の文献名は本文の1の3に掲げた。以下同じ)。拙稿の記述もこの点は明瞭さを欠いている(注4掲記の論文三五七頁以下)。ここでの問題は前者であるが、両当事者による終了宣言の場合は訴訟係属でもよい、というのが通説的見解であり (Röhl, ZPO, S. 265)。今日の問題は、このまま適用することが可能か、即ち訴状提出前でも許されるかどうかである (Vollkommer, ZPO, S. 352, Hartmann, ZPO, S. 253)。後者については訴訟係属発生後というのが通説的見解であり (Röhl, ZPO, S. 265)。その理由として訴状の送達が必要とする実質的根拠はなく、被告が原告の終了宣言に同意することは何等かの方法で訴えの内容を知っていることであり、訴状送達の瑕疵は訴訟終了宣言の中で黙示による責問権の放棄によって治癒されると説く。同様に Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, S. 107 は、訴状送達前に両当事者が終了宣言をした場合には、訴訟係属に関する規定の遵守を放棄するにすぎない、従って結果的に両当事者による終了宣言は訴状送達前においても有効になると説く。

かような議論があるにせよ、今日では両当事者による訴訟終了宣言の場合には、訴訟係属前に訴訟終了事由が発生しても終了

宣言は許されるべきことについてはほとんど異論をみないといつてよい状況である（異論を含め、判例・学説の状況は、Becker - Eberhard, Grundlagen der Kostenersatzung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche - Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis zwischen materiel-rechtlichen und prozessualen Kostenersatzungsanspruch -, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 105, 1965, S. 256, Anm. 46 以下参照）。

判例も後掲（二のイ）の有名な判決の中是認してゐることから明らかであろう（BGHZ 83, 12 [4]）。この問題については動搖はみられない。ところで本文の記述ではその根拠として処分権主義を挙げたが、今日では提出主義 Beibringungsgrundsatz (ドイツでは弁論主義 Verhandlungsmaxime という言い方よりも、最近ではこの用語を使用することが多いように思う)によつて説明するのが有力のほうである (Becker - Eberhard, S. 260)。終了事由の発生時点は両当事者の終了した旨の陳述に拘束されて、裁判所は調査できないからであり、この拘束力は提出主義と考えるからである。

なおドウブナーは既に示したように、当時の支配説として訴訟係属発生時における訴えの適法性・理由具備性を問題とするものとして Rosenberg を挙げつゝ、Rosenberg の体系書を受け継いだ Rosenberg - Schwab の体系書は十一版までは「終了事由は訴えの訴訟係属 Rechtshängigkeit 後に生じなければならぬ」といつたが（11. Aufl., 1974, S. 702）、十二版からは「訴訟係属後 nach Rechtshängigkeit」を「訴状提出後 nach Anhängigkeit」に変更した（12. Aufl., 1977, S. 734）。今日に至つては（14. Aufl., 1986, S. 824）。

(9) 参考までに石川訳を掲げる。

ZPO 九三条「即時認諾における費用」 被告がその挙動によつ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。

(10) 私は注 3, 4, 6. に記載した論文のなかで、訴訟終了宣言の制度の生成の過程や西ドイツ学界におけるこの制度の理解の状況等を明らかにし、その上で日本における訴訟終了宣言について論じたことがあった。またシュリスト「民事訴訟法の争点」ではこの制度の日本の学界における評価を纏め、問題点を指摘したこともある（同一六六頁以下〔昭 54 Ⅱ 79〕）。それらを発表してからかなりの年月が経過したので、それらの改訂なりさらにはそれを発展させたり精緻化することが先決であつて、訴訟係属前の訴訟終了宣言というような個別的な問題を論じるのは順序が反対ではないかという批判があるかもしれない。訴訟係属前の訴訟終了宣言の問題は単なる個別問題ではないということとは本文で述べたところである。そこでなぜ改訂をしないのかという理由を述べれば、日本ではかなりの年月が経過した割りにほとんど状況には変化が見られず、ここでは従前の研究をそのまま進展させる必要は感じないのである。ところで西ドイツの状況はというと、制度自体の導入の可否が問題となつ

ている日本と異なり、現実に制度が動いているだけに訴訟終了宣言に関する論文や博士論文は毎年必ずいくつか発表されているし、判例も同様である。当時の西ドイツの状況と今日の状況とは確かに変化している。しかし、Rosenberg - Schwab, ZPR 14, Aufl., 1986, S. 823ff. 等の最近の体系書を大局的にみれば、この間にそれ程の大きい変化は感じられないのである。前記の拙稿は確かに古い資料に基づいているとはいえない（その意味では利用した文献の新しい版を利用して書き直す必要があることは確かであるが）、基本的な内容は今日でもそのまま通用するので、旧稿をここで書き直すこともないように思っている。

なお今日までの間に訴訟終了宣言に関して発表された博士論文や一般的論文の題名をみた限りでは（繁雑になるので、根拠となる資料をここでは明らかにしないが）、訴訟終了宣言の問題は一般民事訴訟法の分野では法的性質論ではなくて細かい手続上の問題が論じられ、その他の一般的な訴訟終了宣言の問題となると他の法領域における訴訟終了宣言の問題が取り上げられているように思う。ドイツでのこの制度と理論の成熟度を示すものではないだろうか。

(11) 主要な参考文献は注釈書をみれば済むことでわざわざ論文に列挙するまでもないとの批判があるろう。しかしこの問題についていえば、必ずしもそうとは言えないのである。注釈書は自己の見解に基づいて資料の選択をしているから、当然注釈書によって取り上げる文献の内容は異なるし、また同じ文献でもその理解や評価が異なる。中立的立場から主要な文献が一見して分かるというのではない。体系書や教科書は本文で述べたように十分ではないし、これについての直接の博士論文はないようである。確かに一当事者の訴訟終了宣言をテーマとした博士論文はあるが、この問題に関する記述となると簡単に文献の利用は十分とはいえない。そこで各注釈書と博士論文での利用されている状況を参考にして、それらに挙げられているものをできるだけ網羅して作成してみた。もっとも網羅的といってもすべての文献ということではなく、文献表に掲げる必要がないと思われるものは、例えば注8の文献のように単に注に記したこともある。

二 西ドイツの判例理論と法改正の動き

本稿で論じる問題は、訴訟係属前に訴訟終了事由が発生したことを理由にした原告の訴訟終了宣言に対して被告が同意しなかった場合、裁判所はどのように事件を処理すべきかという問題である。これは一般には、訴訟係属前の一当事者の訴訟終了宣言は許されるのかという問題として議論されている。この問題については連邦通常裁判所は消

極的に解している（1参照）。ところが連邦参議院は訴訟終了宣言に関するZPO九一条aについての改革案が連邦政府より提案されたところ、改正案に対する意見書において政府提案の改正草案には直接関係ないこの問題を取り上げ、この問題について立法の検討の必要を説いている（2参照）。このことは判例の結論に対する立法機関の不満とも解することもできるし、あるいは連邦参議院意見書においては、判例とは反対に積極的に考えるべきことが望ましいとの見解を示唆しているようにも解することができる。またそれに先立つ話になるが、民事訴訟法の改正を検討した連邦司法省の民事訴訟法委員会は、この問題に関して新しい視点から既に改革案を提案している（3参照）。これらの内容を以下では詳しくみてみようと思うが、その理由は、判例はこれによって現実には問題が処理されているから、現実の状況を認識するためにはその内容とその根拠を知る必要があると考えるからである。そして連邦参議院意見書と民事訴訟法委員会の改正案は、今後のドイツにおける訴訟終了宣言の制度の方向を知る上で、それぞれ重要な意味を有していると思うからである。かくして本章は西ドイツのこれらの内容を考察することによって訴訟終了宣言の制度を考えてみようというものである。ところで考察の順序であるが、それぞれが発表された年月日ではなく、法に対して有している重要さの度合によった。判例、立法機関の意見、専門委員会の意見という順序はそのためである。ただしそれぞれの内容をどのように受けとめるべきかについては、それぞれの箇所ではなくて本章の最後に纏めて考察する（4参照）。

なおこの問題は一般の訴訟終了宣言の場合と異なり、訴訟終了という面よりも訴訟費用の問題としての面が色濃く反映されることに注意する必要がある。訴訟中（訴訟係属発生後）の訴訟終了宣言の場合は訴訟係属の終了をどのように根拠付けるかについてが先ず第一に理論的に答えねばならない重大な問題であるが、訴訟係属前の訴訟終了宣言の問題では本案の紛争は既に終了していて、単に訴訟費用の問題だけが残っているという状況だからである。しかしながら、そうであるからといってここでの議論から訴訟終了宣言の問題は単に訴訟費用の問題であって、当事者

による訴訟終了の問題ではないと即断してはならない(その理由については三の2で述べる)。

1 連邦通常裁判所の判例

訴訟終了宣言と訴訟係属の問題について最上級審の判例として有名なのは連邦通常裁判所の一九八二年一月一五日民集(BGHZ)八三卷一二頁の判例である。⁽¹⁾この判例はこの問題を取り上げた注釈書において代表的な判例として挙げられているからであり、注釈書によってはこの判例しか掲げていないものもある。⁽²⁾さらにこの後に続いた連邦通常裁判所の判例はこの判例をこの問題に関連した連邦通常裁判所の確定的判例を發展させたものと位置付けている。⁽³⁾ここで西ドイツのこの問題に対する判例の考えを知るのに詳細に個々の判例を考察するのではなくて、この判例がドイツの判例を代表するものとしてこの判例のみで判例理論を理解してもそれほど問題はないように思う。⁽⁴⁾訴訟終了宣言の判例はわが国ではあまり紹介されていないので、⁽⁵⁾以下では事案の概要と判例の論理の展開を比較的詳しく紹介してみようと思う。なおこの判例は従前の下級審(上級地方裁判所、地方裁判所)の判例と学説を詳細に引用している。その態度は問題の最終決着を図ったようにも考えられる。またこの判例は消極説の根拠を明確に説くと同時に、積極説の説く理由を明らかにした上でそれには根拠がないとしている。つまりこの問題を考える場合にこの判例を読むことによってこの判例以前の状況に遡る必要がないほど、問題についての学説・判例の論点がこの判例において整理されている。このことはこの判例は論点整理として利用できると共に、この判例によって消極説を代表させることができるということである。この判例についての判例評釈が切っ掛けとなって、判例とは異なった見解が有力になったということは、この判例が争点と根拠を明確にしたことを物語っているのではないかと思う。⁽⁶⁾判例を支持するにせよ、批判するにせよ、この問題を考える場合の今日の出発点となる判例ということができる。そこで以下の紹介においては判例が()によって引用した過去の判例・学説はそのまま本稿の注に転載し、判例・学説の状況を知るために利用

できるようにした。⁽⁷⁾

最後に本稿とは直接関係がなく、また既に述べたことでもあるが（一の注⁸⁾、この判例のもう一つの意義について述べておく。それは本判決は従前の判例との結論の違いは事案が異なっていることにあるとし、それを明らかにするために、訴訟係属前の両当事者の訴訟終了宣言の場合の問題の処理について述べている点である。このことは訴訟係属前の両当事者の訴訟終了宣言の場合の従前の判例を是認することであるし、その場合の処理の仕方を改めて明らかにしたことである。その内容は通説と同じであるけれども、判例がこの時点でこの事例の中で確認した点は、決して軽視してはならないと思う。⁽⁸⁾

連邦通常裁判所民事第五部判決一九八二年一月一日民集（BGHZ）八三卷一一頁

〔判決要旨〕 原告の訴訟終了宣言によって判決で確定される本案の終了は、訴えが訴訟係属発生後に（不適法または）理由がなくなつたことを要件とする。

〔事案の概要〕 原告はある土地債務の債権者で、それについては被告のアウトフラッシング（Ausflüssung、土地所有権譲渡の物権的合意）に基づく仮登記に優先する登記を有していた。⁽⁹⁾この優先権に対して被告は仮処分の方法で異議の登記をした。そこで原告は一九七八年二月二八日に裁判所に訴状を提出して、被告に対して異議の抹消の同意を求めた。ところがこの不動産は強制競売されて一九七九年一月一日に落札がなされた。競売の条件によれば、登記簿用紙の第二欄と第三欄の権利は存続しないことになっていた。⁽¹⁰⁾即ち、登記上の原告の権利は消滅したということである。一九七九年一月二十九日に原告の抹消の許諾を求める訴状が被告に送達されたが、原告は本案が終了した旨の宣言をした。被告はこの訴訟終了宣言に異議を述べ、訴えの棄却を申し立てた。Arnsberg 地方裁判所は訴訟は本案において終了し、訴訟費用は被告の負担とする旨の判決を下した。Hann 上級地方裁判所は被告の控訴を棄却した。連邦通常裁判所は上告を認めて訴えを棄却した。

〔判決理由〕 控訴審裁判所は不法にも本案の終了が発生したと考えた。被告がこの事件と同じように原告の訴訟終了宣言に異議を申し立てた場合は、裁判所は控訴審裁判所が正当に把握しているように、訴えにおいて主張された請求がいわゆる終了とい

事態まで存在していたか否かを調べなければならぬ。訴えが(後から)不適法になったかあるいは理由を欠くに至ったか否か——それ故に本案が終了したか否か——についての当事者間に存在する争いは裁判所によって判決をもって裁判されなければならない⁽¹⁾。裁判所が訴えにおいて主張された請求が終了という事態まで存在していたことを確認した場合、本案は終了したの裁判がなされる。これに反して裁判所が訴えは不適法かまたは理由を欠いているとの結論に達したならば、終了は生じることはない。この場合は訴えは棄却されねばならない。

1 争いがあるのは、終了という事態が訴状提出後・送達前に生じた場合、本案が終了しそして裁判所によってこれが確認されるのか否かということである⁽²⁾。この問題については大部分は訴訟経済を理由にして、あるいはそれに加えてZPO二〇七条、二七〇条三項の根本思想を根柢にして、上級地方裁判所の判例と少数の文献が肯定している。しかし有力説は訴状送達前の本案の終了については未だ訴訟法律関係は存在せず本案を欠くという理由で可能なものとは考えていない⁽³⁾。

当裁判所はこの有力説に従う。訴訟が本案において終了したという確認は原告のみの訴訟終了宣言の場合、訴えが訴訟係属の発生後に不適法になったかあるいは理由を欠くに至ったかということを要件とする。これ以前は民事訴訟法が考えているところの訴訟は未だ存在しない⁽⁴⁾。訴状の送達によって初めて訴訟法律関係、当事者、訴訟物が決定される(ZPO二五三条、特に二項、二六一条)⁽⁵⁾。単なる係属(Aufhangigkeit)の段階では終了すべきいかなる「本案」も存在しない⁽⁶⁾。

ここにおいて主張された見解は当裁判所民事第三部の一九五六年七月一四日の判決(民集「BGHZ」二二卷二九八頁)と矛盾するものではない。それによれば、たとえ本案が訴状送達前ではあるが訴状提出後に終了したとしても、両当事者が本案について終了した旨を宣言した場合は、民法九一条aにより訴訟費用が裁判されるといふものである。ZPO九一条aによる訴訟費用の裁判の適法性は、単に両当事者が本案の終了を宣言したか否かに依存する。本案が実際に終了したかといつ終了したかということとは、恐らくは訴訟費用の裁判の内容を形成するための役割を演じることになるう。

2 訴状送達前の終了を肯定することを擁護するために提示される根拠は説得力を持たない。

単なる一当事者による終了宣言で、本案が終了したか否かが裁判され、それにしたがって終了が確認されるかあるいは訴えが棄却されるとするならば、この場合の訴訟費用の裁判は——両当事者の訴訟終了宣言による場合と異なり——個々に論じられたようにZPO九一条aに基づくものではなく、ZPO九一条によるものである⁽⁷⁾。単に本案で敗訴したということが民事訴訟上の訴訟費用負担義務の基礎である。訴状が提出された時点あるいは終了という事態が生じた時点での実体的権利状態に従って費用

負担者を決めることができるにしても、それは重要ではない。⁽²³⁾ 終了という事態が訴状提出後と訴状送達前之間に生じた場合にも訴訟による判決を通じて終了が確認されるならば、被告が訴訟費用を負担するように導かなければならないであろう。このことは、例えば被告は訴状が提出された時に既に自己の債務の履行を遅滞しているから、しばしば正当で公平であろう。しかし、そうとは限らない。遅滞の要件は、例えば終了という事態が訴状送達前に発生した場合であっても欠けていたかもしれないし、原告によって主張された実体的請求権の消滅が——本件のように——既に訴状提出の際に明らかに差し迫っていたかもしれないからである。しかし、このような場合においても、本案が——訴状送達前に——終了したとの確認がなされるならば、被告が訴訟費用を負担しなければならぬであろう。紛争はできる限り一つの手続きで完全に処理されるべしとの訴訟経済の原則は、⁽²⁴⁾ このことを正当化するものではない。ZPO二〇七条、二七〇条三項⁽²⁵⁾からも正当化のために何等の根拠も導くことはできない。なぜならばこの例外規定は原告が何等の影響も与えなかった事情によって生じる回復できない権利喪失から原告を保護しようとする規定だからである。しかしながら、訴状の提出後・送達前の終了という事態だけで、場合によって発生するところの当該訴えのために使われた訴訟費用についての賠償請求権が喪失することはない。そのような請求権については、原告が送達前に理由を欠くに至った訴えをそれに相応しく変更するか、さもなければ訴えの取下げ後に訴訟費用の賠償を求めて新しい訴えを提起するならば、実体法の関係する規定に従って民事訴訟法によってそのために任せられた手続において裁判されるのである。訴状送達前の終了を確認する場合にZPO九一条によってなされるべき訴訟費用の裁判では、それが個々の事例において実体的権利状態に相応することを保証することはできない。

3 一九七九年一月一五日の当該不動産の競売によって原告の土地債務は消滅した(ZVG II 強制競売強制管理法九一条一項⁽²⁶⁾)。これによって、原告の土地債務が優先することに対する被告の異議の取り消しを求めて原告によって主張され承諾請求権は、——もしそれがそもそも存続した場合——一九七九年一月一五日、即ち訴え提起前に消滅した。本案の終了はそれ故に発生しなかった。

2 連邦参議院の意見書

一九八四年四月に西ドイツのケルンでドイツ法系民事訴訟法担当者会議が行われたが、報告・討論が済んだあとに、連邦司法省のシュスター氏が「民事訴訟の領域における現時の計画に関する報告」を行ったことを会議に参加された

上田徹一郎教授が、民事訴訟雑誌三一号二三五頁〔昭60Ⅱ85〕と判例タイムズ五四一七頁以下〔昭60Ⅱ85〕において報告しておられる。特に後者は「西ドイツにおける民事訴訟法の改正の動向」という題名で、シュスター氏の報告に基づいて改正の内容を詳しく紹介したものである。その中で教授は訴訟終了宣言の改正については「本案の終了宣言 (Erlöschung der Hauptsache) により訴訟が終了する場合の訴訟費用の裁判につき、民事訴訟法九一条 a は、従来の事実状態と訴訟状態を考慮して公平な裁量により決定により裁判することができるとするが、その場合、口頭弁論なしでこの訴訟費用の裁判をすべきことを定めるべきだ」と提案されている。旨を報じている (判例タイムズ五四一七頁)。

本稿にとって重要なことは、この改正案が議会に提案されたときに連邦参議院が本稿のテーマに関して、前記の連邦通常裁判所の判例とは結果的に異なる意見表明をしていることである。これはこの問題が現実的に重要な意味を有していることの現れでもあるし、立法機関の意見表明は軽視できないので、以下ではこの点に焦点を当てて、この連邦参議院のこの問題に対する意見表明をみてみよう。なお本稿はこの訴訟終了宣言についての ZPO 九一条 a の改正案そのものとは直接関係がないが、改正案は今後の訴訟終了宣言の改正の方向を知る上で重要と思うので、本稿の範囲を多少越えるが、九一条 a の改正案についてもここで若干の紹介をしておこうと思う。もっとも九一条 a を含んだ改正法全体の目的や眼目については、教授のこれらの報告や法案理由書の総論の部分に譲り、ここでは省略する。

ところで問題の改正案 (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung und anderer Gesetze) は、一九八四年一月八日に政府によって連邦参議院に提案された⁽²⁶⁾。同年二月二〇日に連邦参議院は改正案に対する見解を明らかにした⁽²⁷⁾。政府はこの連邦参議院の意見書とそれに対する政府の見解を付して、一九八五年三月一八日に連邦衆議院に改正案を提出したが、改正案は会期中に成立せず廃案となった。しかし、与野党の見解の対立による廃案ではなく、改正案に対しては政治的対立はないから、いずれ再提案されて成立するであろうとのことである⁽²⁸⁾。従って廃案ではあるが、その事実はそのほど重視する必要がないように思う。いずれ改正案が成立するのではないかと思っているが、

現在のところ法律にはなっていない。以下では訴訟終了宣言に関するZPO九一条aの改正案とその理由、それに対する連邦参議院意見書につきその概要を紹介してみよう。なお注は私の説明であって、原文にはない。

〔ZPO九一条aの改正案〕 現行法の文言を次のように変更するというものである。① 一項の一段〔当事者が〕の後に、「口頭弁論においてあるいは書面の提出によって」という文言を挿入する。② 一項二段は「この裁判は口頭弁論なしに行うことができる。」とする。③ 二項一段の「裁判」という文言は「決定」という文言に変更する。⁽³⁾

〔改正理由〕 理由書は大意、次のように説いている。本案において終了した訴訟の九一条aに基づく訴訟費用の裁判は、簡素化と促進がなされなければならない。①の理由は以下の通りである。一八条二項、三項⁽⁴⁾の書面による例外的な事例を問題にしないならば、通説によると当事者は本案における訴訟終了を口頭弁論においてのみ宣言することができる。ところが訴訟費用の裁判のための口頭弁論が必要でないような場合にも弁論を必要とすると、当事者や裁判所に不要な負担を強いるし、手続の終結を遅らせることになる。当事者が書面によっても訴訟終了宣言することができることを認め、裁判所が口頭弁論を度外視することによって、それは避けられる。当事者は期日に訴訟終了宣言をすることで、訴訟費用負担についての口頭弁論を行うことができるのであるから、訴訟上の保護(der Rechtschutz)を侵害することはない。この改正案は当事者の一方が期日において訴訟終了宣言をし、相手方が書面で訴訟終了宣言することも許されると考えている。②は裁判所は訴訟費用の負担について口頭弁論なしに裁判することができるということである。③は一項の決定に対して即時抗告ができることを明らかにするためである。原則として一項の裁判は決定であるけれども(現行法は「この裁判は決定によりなされる。」となっている)、例外的に判決の中になされることがあり、この場合は即時抗告とは別の上訴が考えられるからである。なおこれら諸改正は労働裁判所の手続においても適用する。

〔連邦参議院の見解〕 この政府提案の改正案に対して連邦参議院の意見は三点に渡る。第一点は改正案に関するもので、次のようなものである。改正案①についてはさらに、「裁量」という文言の後に「決定によって」という文言を挿入すべきである。改正案②については政府草案のままでもよい。改正案③については政府草案は不要で改正の必要はない。要するに改正は書面による訴訟終了宣言と口頭弁論なしの裁判を導入することに限定すべきであるということである。その理由は、裁判の形式とそれに対する不服申し立て方法について、草案の考えは従来の原則を変更するものになるからである。九一条aに基づいて判決が下さ

れた場合（部分的訴訟終了宣言の問題）、それに対する上訴の問題は判例が発展させた実用的な原則で十分である。それよりも優れていることを明らかにしないで、わざわざ新たな問題を生じさせ、裁判所に負担を負わせるような改正はする必要はない。

第二点は本稿に関係する。連邦参議院意見書は「連邦政府に提案されることは、一当事者による訴訟終了宣言の場合に『終了事由』が訴状提出と訴状送達の間を生じた場合でも裁判による終了の確認を可能にするために、九一条aの改正がなされるべきか否かを引き続き立法手続の中で検討することである。」と述べている。

その理由は「連邦通常裁判所の判例によれば（BGHZ 83, 12）、裁判所は原告の一方的訴訟終了宣言の場合には、訴えが訴訟係属の発生後に不適法になったかあるいは理由を欠くに至った場合にのみ、本案の終了を確定することができる。それ故に、原告は『終了事由』が訴状提出と訴状送達の間を生じた場合は、係属している（*andhängig*）手続においては訴訟費用の裁判を求めることはできず、むしろ既に原告に生じた費用の賠償請求は別の訴えを提起して主張することを余儀なくされる。この場合に裁判所と当事者に生じる支出は避けられるように思う。このような事例に——少なくとも九一条aの準用という方法でも——本案の終了を許さないような訴訟法上の原則は認められない。既に現行法によって訴状の提出と訴状送達の間の本案の終了を認めた裁判所の判例は、検討される九一条aの適用範囲の拡張が実用的でもあることを証明している。」というものである。

第三点は第二点と同じく、改正手続きの中で九一条aについて検討すべきことの提案である。本案の終了がそれに相応しい事件の場合には、裁判所の書記課の調書においても終了宣言することができるような改正をするか否かを検討すべしというものである。その理由は、裁判所の実務においては、改正案をさらに進めて裁判所の書記課の調書作成のために訴訟終了宣言することを認める必要があるというものである。具体的な事例として、督促手続きで異議申し立てにより事件が地方裁判所に移行した後に債務者が請求された債権を支払った場合を挙げる。この場合は訴訟終了宣言をするためにのみわざわざ弁護士を依頼しなければならぬが、裁判所の書記課の調書において訴訟終了宣言することを認めるならば、当事者にとって費用節約という利益になると説いている。

〔政府の見解〕 連邦政府は連邦参議院意見書に対する反対意見書の中で、この連邦参議院の考えについて「連邦政府は連邦参議院の提案を引き続き立法手続の中で検討するであらう。」と述べている。

3 民事訴訟法委員会の改正案

一九六四年に連邦司法大臣によって連邦司法省の中に民事訴訟法委員会 (die Kommission für das Zivilprozessrecht) が設けられた⁽³⁵⁾。この委員会はそれに先立つこと三年前の一九六一年に連邦司法省内に設立されていた民事裁判制度改正準備委員会 (die Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit) が公表した報告書、即ちいわゆる民事裁判制度改正準備委員会報告書 (Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit)⁽³⁶⁾ を基に、いわば民事裁判制度改正準備委員会を引継ぐような形で、より具体的に民事訴訟法の改正について検討して、改正草案を作成した。その一部が叩き台となっていわゆる簡素化法として結実したことは、わが国では既に多くの文献が紹介しているところである⁽³⁸⁾。ところで民事訴訟法委員会は一九七七年三月に報告書、即ち民事訴訟法委員会報告書 (Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht) を公表した。この中には先に述べたように簡素化法で重要な役割を演じた有名な一九六七年の略称・促進法 (第一改正案) や一九七一年の第二改正案も巻末の資料の中に収められている。本稿で取り上げるのはこれらではなくて、報告書の中の「第二章 手続の費用」である。民事訴訟法改正委員会は第二章の中に「訴訟係属前の訴求債権の満足」という一項目を設けて、訴えの取下げに關する規定の中に新たな規定を設けることを提案している。この提案は学説の一部においてかなりの賛成と支持を得た点で注目すべきであるが、⁽³⁹⁾ それにもましてわが国の民事訴訟法の考え方からすれば、訴えの取下げにおいて原告ではなくて被告に訴訟費用を負担させる場合の要件を明らかにしたこの改正提案は、すこぶる興味のあるところである。見方によればこの改正提案はわが国の民事訴訟法の考え方に接近したようにもとれる。このことをどのように理解すべきかは今後わが国で訴訟終了宣言を考える場合に避けて通ることができない問題である。

民事訴訟法委員会報告書の第二章「手続の費用」は次のような構成になっている。A・結果責任主義、B・鑑定人に対しての立替 (Auslagen)、C・一部敗訴、D・本案の終了、E・上訴審における結果責任主義、F・訴訟係属前

の訴求債権の満足、G・共同訴訟の場合の訴訟費用賠償義務、H・訴訟費用確定の手続、I・改正案の提案、の九項目である。本稿にとって直接関係があるのは既に述べたように「F・訴訟係属前の訴求債権の満足」であるが、この問題を考えるには、そもそも訴訟費用の負担を決める原則や訴訟終了宣言についてのどのよう理解するかという問題も考察しなければならぬ。そこで以下ではF以外に前記項目の中でAとDについても委員会の見解を紹介してみよう。内容は非常に簡潔なもので、できるだけ要約しないで紹介するつもりである。なおIは単に検討結果は報告書の巻末の付録の草案に再現されている旨の記述だけであるが、本稿では指示された具体的な改正提案から本稿に必要な条項のみを取出し、それをIの項目のところで紹介する。また注は私の説明であって原文にはない。

〔A 結果責任主義〕 委員会の見解によれば九一条の結果責任主義は維持されるべきである。このことは、裁判所費用の無料化も国家による弁護士費用の引受や一般的な強制権利保護保険も導入しないことを前提にする。委員会においては一定の種類の訴訟に限って裁判所費用を無料にすること、あるいは当事者が経済的弱者の場合は訴訟額を引き下げるといような提案も支持を得ることはなかった。裁判所の入口は平等でなければならないということは、広範な「訴訟救助」によって保証されるべきである。これは第二六章を参照してほしい。

民事訴訟法の結果責任主義を廃止すべきか、あるいは少なくともそれを緩和するかについて考える場合に外国の訴訟法が参考になる。例えばオランダでは訴訟当事者に訴訟費用を分担させる場合は、裁判官に広い裁量権が与えられている。裁判官は賠償すべき額を判決の中で確定する。イギリスでは高等法院 (High Court) と控訴裁判所 (Court of Appeal) の裁判においては訴訟費用の裁判は手続の結果に相応してなされるが、しかし事件の状況によっては異なった訴訟費用の分担を導くことが可能である。イタリアも同様である。フランスでは各当事者は自己の弁護士費用を自分で負担しなければならない。日本も同様であるが、そこでは勿論裁判所が弁護士による当事者の代理を命じた場合は例外となっている。アメリカにおいてもカナダにおいても原則として訴訟費用の賠償は行われていない。そこではしばしばなされる成功報酬の合意によって、敗訴者は自己の弁護士に対して報酬支払い義務を免れることが多い。

これらの比較法的考察からは、委員会は結果責任主義を廃止するとの結論に至らなかった。それがドイツ訴訟法において正し

いことが確認されたからである。

委員会は例えば以下のような個々の事例で結果責任主義を緩和すること——たとえ単に可能性のみを認める規定 (Kann-Vorschrift) であっても——望ましいものとは考えていない。

——裁判が客観的に明らかでない権利状況の解明に基づく場合 (一九三一年草案の九五条⁽⁴²⁾のようなもの)

——立法者が意識的に白紙とした欠缺を裁判で埋める場合

——勝訴者の必要な証書の証拠調べが適時になされなかったかあるいは不完全に不明確になされた場合 (一九三一年草案の九五条のようなもの)

——勝訴者が本来なら回避されるべき証拠調べを招来した場合

——当事者が上級審において法律変更を理由に初めて敗訴する場合

〔D 本案の終了〕 委員会は、九一条 a の規定がその適用において数多くの問題を生じさせるけれども、まさしくその柔軟性故に原則として維持されるべきであるとの見解である。ただ比較的しばしば起こる事例である両当事者による部分的訴訟終了宣言の訴訟費用の裁判については修正が必要である。ここでは訴訟費用の裁判の統一性から終局判決において終了した部分の訴訟費用についても一緒に裁判されねばならない。本案の控訴と並んで、九一条 a による即時抗告による上訴が可能か否かは従来議論されていた。独立の上訴の必要は、特に本案で勝訴した者が、九一条 a による裁判を通して負担を課せられたと感じているか、あるいは訴求債権のうちで終了したと宣言された部分が優位にある場合明らかである。従って訴訟費用について終局判決で裁判される場合にも、改正案九一条 a 二項において即時抗告ができることが規定された。この独立の上訴の準用は改正案一〇一条二項 (従前の九九条二項) の認諾判決と改正案二七一条二項の訴えの取下げにおいて規定されている。

〔F 訴訟係属前の訴求債権の満足〕 委員会において法律による規定が必要と思われたのは、被告が原告の訴状の準備や提出につき原因を与えたが、訴訟係属の発生前の訴求債権の履行によって原告を満足させるといふ従来法律において規定されていない事例についてである。九三条とは反対のこの事例は法律では訴えの取下げとその効果に関する規定の中に置かれるべきである (現行法二七一条、促進法案二七五条)。被告が自己の行為によって訴状提出の原因を与えたが、訴訟係属前にこの原因が除去されて訴えが即時に取下げられた場合は、原告の申立てに基づき裁判所が決定で——また口頭弁論なしに——訴訟の費用は被告が負担するべしとの裁判をする。

〔I 改正提案〕① 九一条 a 二項は次のようにする。「この裁判に対しては即時抗告をすることができる。一部の訴訟終了においては、終局判決において訴訟費用の裁判がなされた場合にも即時抗告をすることができる。」

② 二七一条三項の六段に「九一条 a 二項二段を準用する。」を付加する。

③ 二七一条三項 a を挿入する。「被告が自己の行為によって訴状の提出の原因を与えたならば、訴訟係属前にその原因が除去されそれに基づき訴えが即時に取下げられた場合、被告は訴訟費用を負担しなければならない。裁判所はこれについては申立てに基づき決定で裁判をする。三項四段及び五段を準用する。」

4 評価と展望—日本法への示唆—

訴訟係属前の訴訟終了宣言の取扱いについて判例の考え方、立法機関の意見、改正案等を概観し、併せて訴訟終了宣言に関する今日の改正の動きを見た訳であるが、我々日本法を研究する立場から西ドイツの訴訟終了宣言の制度を観察し、そこから日本の訴訟終了宣言の制度を考える者としては、これらから単に西ドイツの事情を知ることを超えて訴訟終了宣言に関していくつかの重要で興味あることを読取ることができる。

第一に考えねばならないことは、これら三者三様の状況、即ち訴訟係属前の訴訟終了宣言の処理についての判例と連邦参議院意見書と民事訴訟法委員会の改正案はそれぞれ異なっているが、これをどのように解すべきであらうかという問題である。注意すべきことは民事訴訟法委員会の改正案で、それは訴訟終了宣言でなくて訴えの取下げにおける訴訟費用負担の規定の改正で対応すべきであるというのであるから、結論は訴訟終了宣言の否定である。判例は訴訟終了宣言を否定しているから、両者は表面的にはその内容は異なるし解釈論と立法論との違いがあるが、かような観点からみると、判例と民事訴訟法委員会の改正案は訴訟終了宣言否定という点で一致している。また連邦参議院意見書はその内容は確かに判例批判のようであるが、それは訴訟費用だけのための手続の簡素化の要望とみるべきであって、必ずしも訴訟係属前の訴訟終了宣言を積極的に考えていると読むべきではないように思う。その点では民事訴

訟法委員会の改正案は、時間的には前後が逆で話が合わないと思うが、連邦参議院意見書に答えるべく判例とは異なった解決案を提示している。そうしてみると三者の内容は異なっているとはいえ、総合的に見ると訴訟係属前の訴訟終了宣言の問題は消極説が正しいが、しかし、判例が対案として説いたところの実体法の損害賠償の法理による訴訟費用の処理という方法は、妥当性の点で問題があるということではないかと思う。このことは判例の解決策が今後必ずしも多数の学説から支持されるとは限らないということであり、この問題について学説が活躍する余地がかなりあるということをも意味するであろう。かくして敢えて大胆に結論的に言うならば、訴訟係属前に訴訟事由が発生した訴訟を処理するために、今後の解釈論に課せられた使命は訴訟終了宣言を否定した上で訴訟費用の負担者を決める場合の公平で合理的な基準の確立であり、その実施に当っての手続の簡素化を探求することである。そのことはここでの議論が単にドイツの訴訟終了宣言の一つの問題の解決に留まらず、それを超えて一般にそもそも訴訟終了宣言の在り方、本質を考えるのに格好の材料を提供してくれることを意味する。つまり単なるドイツ法の紹介ではなくて、わが国の訴訟終了宣言を考える場合の重要な判断資料になるということである。

第二に注目すべきことは、民事訴訟法委員会の改正案の内容と判例の考え方である。改正案は問題解決策として訴えの取下げで訴訟費用を被告に負担させる場合を要件化したものである。訴えの取下げで被告に訴訟費用を負担させることができるとした点で、日本法との親近性があり、この改正案のような場合は日本法でも同じ結論に達することができると思う。勿論、日本の場合は直接の規定はなく一〇四条による九〇条準用であり、その九〇条も規定の仕方は抽象的である。また日本の場合は訴訟係属の有無とは関係ない。これに対して改正案では訴訟係属前に被告に原因があった場合に限定されている。次に改正案でなくて解釈論として判例の見解をみた場合、訴訟終了宣言を否定して実体法の損害賠償に基づく訴えの変更や別訴という方法は、弁護士費用を実体法の損害賠償の法理で解決する現在の日本の制度と親近性がある⁽⁴⁵⁾。こうしてみると訴訟係属前の訴訟終了事由発生の場合の問題処理方法は訴訟終了宣言を

否定して訴えの取下げや実体法の損害賠償の法理で考えるということでは、日本法と同じような考えに立つことができる。このことから大胆に推論するならば、訴えの取下げで対応できるのは訴訟係属前のこの種の問題であるということを示唆しているように思う。つまり訴訟終了宣言を否定し、その場合は訴えの取下げによると説くわが国の訴訟終了宣言に関する通説的見解は、訴訟係属前の訴訟終了宣言の問題に妥当するのであって、訴訟係属発生後の終了事由が生じた場合は適切ではないということを示唆するように思う。そこでドイツの訴訟終了宣言がその適用範囲を縮小させ、訴訟終了宣言は単に訴訟費用の問題ではないとした点を評価して、それに呼応すべくわが国では訴訟終了宣言を認める領域を明らかにする必要があるように思う。

このような認識が正しいのか否かが問われると思うが、その論証はこの問題に関する学説を検討して行うことができるように思う。判例の考えが果して学説でどのように評価されているのか、問題があればその原因はどこにあるのかといった問題意識をもって学説を考察してみるならば、必然的に訴訟終了宣言の制度の本質を考えることにもなるからである。そこで次章でこの訴訟係属前の訴訟終了宣言についての問題に対する学説の展開を見ることによって、判例の安定性の問題や内容上の問題点、そして訴訟終了宣言の本質を考察してみようと思う。なお先に紹介した民事訴訟法委員会の報告書から今後の日本における訴訟終了宣言を考える場合に参考とすべき事柄を読むことができるので、ここでは簡単に次の二点を指摘しておきたい。第一は訴訟費用の負担者を決める原則である結果責任主義についての西ドイツの揺るぎなき自信である。民事訴訟法委員会の報告書を読む限り、確かに若干の比較法的考察をしているが、多少でも他国の利点を活かそうとの気持ちは全く感じられない。訴訟費用の分担を決める原則はいわば裁判制度の利用料金の決め方の問題の一面面と考えられ、その国の国民性や裁判制度の運営についての政策、訴訟制度の構造と密接な関係があり、簡単に他国の制度を真似ることは困難であるからかもしれない。もっともそうなるとドイツの議論がそのまま日本で通用しないことをも意味する。確かに制度の背後にある諸条件に目を向けなければならない

が、ただそうはいってもこの結果責任主義は日本の訴訟法の原則でもあるから、ドイツのこのような結果責任主義に対する考え方に無関心でいることはできないであろう。むしろ日本ではほとんど関心がなくこの問題についての判例や文献が少ないから、ドイツでの議論が問題の考察の材料にならざるをえないのである。いずれにしても結果責任主義の堅持というこのドイツの見解は、今後の日本民訴法八九条、九〇条、九一条の評価や運用に少なからず影響を与えると思う。第二に重要な点は、訴訟終了宣言の制度に対するこれまた西ドイツの自信である。民事訴訟法委員会の報告書は確かに訴訟終了宣言の制度が問題のある制度であることは指摘しているが、改正について具体的な提言となると、単なる技術的な問題を取り上げているのに過ぎない。そのことは現状を肯定することであり、しかもこのような議論しか行われなかったということは、将来においても一方的訴訟終了宣言についての要件や効果という制度の根幹に触れるものについては、立法はないということを物語っているように思う。⁽⁴⁶⁾要するに訴訟終了宣言の制度は、現在のように今後も判例と学説によって運営されるということである。このようなことは訴訟終了宣言について、わが国の法律に直接の規定がないから認められないとする見解の説得力を弱めることになろう。なおわが国では弁護士費用が訴訟費用に含まれないことから訴訟終了宣言についての関心が従来あまり高くはないが、しかし限定されているとはいえ、弁護士費用を敗訴者が負担する場合は次第に増加しているように思えるし、訴訟自体もひところに比べると社会的に注目を浴びて、その勝敗の結果がマスコミ等でかなり報道されるようになってきた。また権利意識の向上を示すような訴訟も少なからず見られるようになった。かような状況を考えると、訴訟中に不適法になったかあるいは理由具備を欠くに至った訴えと、当初からそもそも根拠のない訴えとを区別することなしに訴訟法の解釈論を展開することに對して、今後全く不満や批判が生じないとは思えない。その場合に参考になるのが訴訟終了宣言の制度であるから、ドイツでの訴訟終了宣言のこのような自信に満ちた評価は日本でも重視しなければならないであろう。

(一) この判例は NJW 1982, 1598; MDR 1982, 657; JZ 1982, 336 にも掲載されている。MDR は判例の一部の紹介であ

るが、他の NJW, JZ は事実の欄の記述と判例の掲載に当たりの体裁に、(判例研究では全く問題にならない)若干の差異があるのを別にすれば、本文に掲げた BGHZ と同じ内容である。なおこれらの雑誌はこの判例の掲載に当って特に解説やコメントを付けていない。

(2) 例えは Röhrl, ZPO, S. 274, Vollkommer, ZPO, S. 357f., Thomas - Putzo, Zivilprozessordnung, 15. Aufl., 1987, S. 216 は本判例のみを掲げる。Hartmann, ZPO, S. 254 は他の判例を掲げるが、連邦通常裁判所の判例としてはこの判例だけである。注釈書でもこの判例以前に公刊されたものであれば、当然この判例は挙げられていない。Leipold, ZPO, S. 344f. はこの例であるが、そこではそもそも判例としては若干の下級審の判例が挙げられているのに過ぎない。

(3) BGH, Urt. v. 6. 12. 1984 = NJW 1984, 588 = MDR 1985, 570 = Jus 1986, 737, この判例は確定的判例と判断した根拠となった連邦通常裁判所の判例について詳しく挙げているのと同時に、一九八二年判例とそれと先行し対立する MDR 1982, 571 = NJW 1982, 767 との関係を明確にした判例である。よって MDR 1982, 571 = NJW 1982, 767 は連邦通常裁判所の一九八一年二月八日の判決であるが、一当事者の終了宣言の要件として訴えが適法で理由を具備していたことはいつこの時点まで要求されるのかという問題について、一般には本文での判例を含めて終了という事態が発生した時点であると説いているにもかかわらず、この判例はそれについて一言も言及することなく終了宣言の時点であると述べていることが問題とされた。なぜ MDR 1982, 571 = NJW 1982, 767 と同じ点はまったく指摘していないか、後注5で述べるように私は事件と判例の内容等を紹介したことがある。なぜ Jus は判例そのものの掲載をなく、Schmidt, Karsten が事件を単純化して判例の意味を分りやすく説いているか。彼は MDR 1982, 571 = NJW 1982, 767 を「誤解を評している」。また Deutsche Rechtsprechung, Entscheidungszüge und Aufsatzhinweise für die juristische Praxis, IV Verfahrensrecht, 1982年判例を Blatt (409) 193ab として、一九八四年判例を Blatt (409) 220a として、それぞれの要点を紹介している。これらによれば一九八二年判例は Wertp. Mit 1982, Nr. 18 S. 519 として、一九八四年判例は Baur 1985, Heft 3, S. 353 に掲載されているものとされているが、私は確認していない。なぜ一九八二年判例や一九八四年判例に対して BGHZ 91, 127 を引用して判例の不統一を指摘するのは Jaernig, Zivilprozessrecht, 21. Aufl., 1985, S. 153 だけか。

(4) 近く出版のある Lexikon des Rechts - Zivilverfahrensrecht, Hrsg. von Hanns Prutting und Gerhard Lütke O Erlehdigung der Hauptsache の項目の記述を参照して (Lütke) 教授の「好意で読む」とか「きたが、その」のこの問題の説明は辞典という性格とは思いますが、支配説として消極説を説明し、文献としてはこの判例と前注掲記の判例のみを掲げている。ちなみに有力反対説としては Rosenbergr - Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 1986, §133 I を挙げている。実務・学説に対しては

の判例の影響力の強さについてはIIIの注19に述べる。また、LG Freiburg MDR 1984, 237 のようにこの判例に批判的な判例もあり、判例に対する批判からか E. Schneider のように弱い判例と表現している論稿もある (MDR 1981, 550)。

(5) 松浦馨「訴訟完結の宣言による訴訟の終了」ドイツ判例百選別冊ジュリスト二二二号一五二頁以下 (昭44 11 69) は、連邦通常裁判所の一九六五年五月六日 (NJW 65, 1597) の判例の紹介である。これは原告が第一次的に終了宣言を申し立てると同時に、二次的には請求認容 (および控訴棄却) の申立てをした場合、裁判所が終了していないと判断したならば、訴えを却下するのではなく本案の審理をすべきであると説いた判例である。拙稿「一 非財産権上の争訟の終了宣言、二 名誉保護事件における一方的終了宣言の訴訟物の価格」ドイツ民事訴訟法関係新判例紹介・判例タイムズ四九七号六八頁以下 (昭58 11 83) は連邦通常裁判所の一九八一年二月八日 (NJW 1982, 767f.) の判決と同一事件に関しての決定を紹介したものである。

(6) Blomeyer, Rixecker, Linke 等の論説参照。

(7) Rohl, ZPO, S. 274; Volkammer, ZPO, S. 358 はこの判例につき文献豊富として紹介しているが、文献はこの判例を参照すべきであるとの意味であらう。同様な記述は Smid の論文 (IIIの注27) の S. 322 にも見ることができ、なお、本件判例の紹介に限らず、本稿では独文資料の紹介においては、原文にできるだけ忠実に訳した場合は「」で表示した。それ以外は論理の展開が日本語で理解しやすいように努めた。完全な要約ではないが、遠まわしの表現は簡潔にし、細かい表現で理論にとって不要なものは省略した。同じ内容を別な言葉で表現したとしても、その差異は無視した。また日本語に訳した場合にそのままでは理解しにくい場合は、原文にない言葉を補充した。要するに原文そのものではないということ、それを個々に断ることなしに行ったということである。

(8) Lüke (前注4) やこの判例と反対の見解の Rosenberg - Schwab, ZPR 14, AufI, S. 825 Anm. 3 はこの判例を本文で述べた意味の判例として評価する。さらに後者は「一当事者による訴訟終了宣言で裁判所が終了を確認した場合の訴訟費用裁判の基準について自己の見解とは異なるものとして紹介している (S. 831 Anm. 39)」。これは著者が「一当事者による訴訟終了宣言の法的性質について判例・通説と異なる見解に立つことによる当然の帰結である。なお著者はこの判例についてはこのようなこと以外は別に取り上げていないようである。

(9) 土地債務とアフラスングについての説明は、山田晟・ドイツ法概論Ⅱ第三版二五〇頁以下、同・一九九頁 (昭62 11 87) に譲り、ここでは特に説明はしない。

(10) 登記簿用紙の第一欄は所有権に関するもの、第二欄は所有権、不動産担保権以外の権利 (用益権、地益権)、第三欄は不動産担保権が登記される (山田晟・ドイツ法律用語辞典一〇〇頁、一二四頁、四七九頁 (昭59 11 84))。

- (11) BGHZ 23, 333, 340; Senatsentscheidung vom 25. November 1964, V ZR 187/62, NJW 1965, 537; BGH Urteil vom 30. September 1968, VII ZR 37/68, LM ZPO § 91a Nr. 28 = NJW 1968, 2243.
- (12) 参考までに前記(1)の注5)の石川訳を掲げる。
- ZPO二〇七条「送達の適及効」① 申立てに添付した書面の送達を他の官庁又は公務員への囑託により又は公告によりなさんとする場合で、その申立てによりたまたま送達をなすときは、送達により期間を遵守し且つ消滅時効及び期間の経過が中断される場合にかぎり、送達の効力は、申立ての提出をもってすでに発生する。
- ② その送達が事務課の仲介によりなされるべき書面が、事務課に提出された後二週間の期間内に送達された場合、送達により不変期間を遵守するべきものとせらるべきであり、その提出とてなすに送達の効力が発生する。
- ZPO二七〇条「職権による送達」① 送達は別段の定めがなにかぎり職権によりこれをなす。
- ② 訴状及び事件の申立て (Sachanträge) 又は訴えの取下げを含む書面は別として、書面及び当事者のその他の陳述は、裁判所が送達を命じなにかぎり、特別な方式なしにこれを通知 (mitteilen) しなければならぬ。郵便による送付 (Übersendung durch Post) はあつては、当事者の住居が、同一郵便配達区 (Ortsstellverkehr) の範囲内にあるときは、当事者が自らに通知がなされた旨又はそれより後の時点に到達した旨を疎明しなにかぎり、郵便に付した翌日、すなわち勤務日第二日 (an dem zweiten Werktage) にその効力を生じらる。
- ③ 送達に於いて期間が遵守され又は時効が中断せられたときは、いつて送達がなされなかったかぎり、効力は申立ての提出又は陳述がなされた日の (mit der Einreichung oder Anbringung des Antrags oder der Erklärung) にて発生する。
- (21) z. B. OLG Hamburg MDR 1958, 174; OLG Düsseldorf MDR 1962, 137; OLG Köln JMBINRW 1971, 246; OLG München Bay VBI 1978, 676 = NJW 1979, 274; OLG Karlsruhe, Die Justiz 1979, 208; OLG Hamm MDR 1979, 941; LG Wuppertal MDR 1979, 941; OLG Hamm MDR 1980, 854; KG OLGZ 1980, 241.
- (14) z. B. Rosenberg/Schwab, ZPO 13. Aufl. § 133 I S. 768; Rehnelt NJW 1974, 344.
- (15) vgl. schon RGZ 54, 37, 39; OLG Celle OLGZ 65, 178; OLG München NJW 1966, 161 und NJW 1976, 973; OLG Hamm MDR 1979, 500; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 40. Aufl. § 91a Anm. A 2 b und c; Thomas/Putzo, ZPO 11. Aufl. § 91a Anm. 7a bb; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. § 91a Rdn. 11; Landsberg bei Gruchot Beiträge 36 (1892), 236; Lent NJW 1955, 1194 Anm. zu Nr. 13; Furrner JR 1961, 249; Schwab ZJP 72 (1959), 127; Ulmer, Die einschlägige Erklärung der Erledigung der Hauptsache und der Erledigungsantrag, Diss. Heidelberg 1961, 23f. ders. MDR

- 1963, 974; Ostendorf DRiZ 1973, 387; Bücking ZFP 88 (1975), 307, 314f. m. w. Nachw. zur h. M. auf Seite 308 Fußn. 7; Haubalt ZFP 89 (1976), 192; Weber DRiZ 1979, 243.
- (16) Landsberg bei Gruchot aaO, vgl. auch Lent aaO S. 1195.
- (17) 参考までに前記石川訳を掲げる。
- ZPO二五三条「訴状 (Klageschrift)」① 訴えの提起は書面 (訴状) の送達によりなされる。
- ② 訴状には以下の事項を記載しなければならない。
- 一 当事者及び裁判所の表示
- 二 起した請求の目的物及び原因の一定の開示並びに一定の申立て
- ③ 裁判所の管轄が訴訟物の価額により定まり且つ訴訟物が一定の金額 (Geldsumme) において成立していないときは、訴状にその価額をも掲げなければならないし、さらに事件を単独裁判官に委ねることについて反対の理由があるか否かについての表示も含まなければならない。
- ④ その他準備書面に關する一般の規定は訴状にもこれを準用する。
- ⑤ 送達を必要とする訴状並びに当事者の申立て又は陳述は、その送達又は通知に、必要とされる数の謄本を添付して書面により裁判所に提出しなければならない。
- ZPO二六一条「訴訟係属 (Rechtshängigkeit)」① 訴訟事件の訴訟係属は、訴えの提起により発生する。
- ② 訴えの進行中にはじめて提起される請求の訴訟係属は、当該請求が口頭弁論において主張され第二五三条第二項第二号の要件を具備した書面が送達されるときに発生する。
- ③ 訴訟係属は次の効力を有する。
- 一 訴訟係属が継続する間、当該訴訟事件はいずれの当事者によっても別に係属せしめられることを許さない。
- 二 裁判権の選択の適法性及び受訴裁判所の管轄はそれを発生させた事情の変更により影響されない。
- (18) Baumbach/Lauterbach, aaO § 91a Anm. 2a und 2c.
- (19) ZPO九一条 a の内容については、既に 1 の注 5 において明らかにしている。
- (20) z. B. OLG München NJW 1979, 274 und OLG Düsseldorf MDR 1962, 137.
- (21) 参考までに石川訳を掲げる。
- ZPO九一条「訴訟費用負担の原則と範囲」① 敗訴当事者は訴訟費用を負担しなければならない。殊に相手方に生じた費

用は相当の権利の伸張又は防御に必要なものにかぎり、これを償還しなければならない。費用の償還は、相手方の必要な旅行又は必要な期日の遵守により生じた時間の逸失に対する賠償をも含むものとし、これについては証人の補償に関する規定を準用する。

② 勝訴当事者の弁護士の手数料 (Gebühren) 及び立替金 (Auslage) はすべての訴訟においてこれを償還しなければならない。受訴裁判所において許可されない弁護士及び受訴裁判所の所在地に居住しない弁護士の旅費は、その関与が相当な権利の伸張又は防御に必要なものにかぎり、これを償還しなければならない。勝訴当事者は、受訴裁判所において許可された弁護士がその住所又は事務所を受訴裁判所又はこの裁判所の支部の所在地におかないことよって生じた増加費用 (Mehrkosten) は償還されない。複数の弁護士の費用は、一人の弁護士の費用を超過しないかぎりにおいて、又は弁護士の交替が必要であった場合に限り償還をしなければならない。自己の事件にあっては、弁護士は、訴訟代理人たる弁護士の費用及び立替金の償還として請求しえたであろう費用及び立替金の償還をうけることができる。

③ 第一項、第二項の意味における訴訟費用には、州の司法行政機関 (Landesjustizverwaltung) が設置した又は認可した示談機関 (Gütestelle) における示談手続 (Güterverfahren) に要した費用が含まれる。示談手続の終了から訴提起までに一年以上が経過したときはこの限りではない。

(22) BGHZ 23, 333, 340; 57, 224, 226; BGH Urt. v. 30. September 1968, VII ZR 37/68, aaO; BGH Urt. v. 7. November 1968, VII ZR 72/66, NJW 1969, 237.

(23) vgl. dazu auch Schneider, Der materielle Kostenersatzanspruch, MDR 1981, 353, 354.

(24) vgl. Mettenheim, Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozess, Berlin 1970 S. 91.

(25) vgl. dazu etwa OLG Hamburg MDR 1958, 174; OLG Köln JMBINRW 1971, 246, 247; KGOLGZ 1980, 241, 243; OLG Hamm MDR 1980, 854.

(26) 強制競売強制管理法 (Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung) については、中野貞一郎教授の翻訳があるので参考までに掲げる (法務大臣官房司法法制調査部編・ドイツ強制執行法・法務資料四二六号Ⅱ法曹会刊〔昭和50Ⅱ75〕)。

ZVG九一条「権利の消滅」競売条件に従い存続しない権利は、第九〇条第一項に定める要件の下に競売により消滅する。
② しかし、土地上の権利 (Recht an dem Grundstück) は、利害関係人と競売人との間で合意がされた場合において、配当期日にその陳述が両者の陳述が配当期日にそれ又は土地登記所が土地登記簿の更正 (Berichtigung) の嘱託を受ける

以前に公の認証ある証書により証明されたときは、存続する。

③ 第二項の場合においては、支払により決済されるべき最高価競買申出の部分は、合意がなかったとすれば権利者に帰すべき額だけ減縮する。そのほか、合意は、土地よりの権利者への弁済と同一の効力を有する。

(27) Stähr, JR 1985, 490.

(28) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 10. Wahlperiode, Drucksachen Band 316 10/3054, Anlage 1. S. 11f.

(29) Dokumentation Parlamentsspiegel Jahrestregister 28. Jahrgang (1985) S. 645.

(30) Bundesrat Drucksachen Jahrgang 1984, Band 11, 522/84; Deutscher Bundestag Drucksachen 10/3054, S. 1. なお同日のこの法案に対する連邦参議院の採決の状況、各州 (メンバー) のこの法律案に関する提案、それに対する州司法大臣の説明、連邦司法大臣の説明等は、Bundesrat Drucksachen 522/2/84, 522/3/84, Verhandlung des Bundesrat, Stenographischer Bericht 545, Sitzung am 20. Dezember 1984, S. 581C, 582B, 599D, 601A, 602B 並びに各メンバーの発言が、終了宣言を本稿のテーマに関していさげ全く問題となっていない。なお連邦参議院の意見書は、11月10日前の11月10日の法務委員会提案と異なり、11月10日の (Bundesrat Drucksachen 522/1/84)。

(31) Bundestag Drucksachen 10/3054 S. 1. 政府草案及び理由書は Anlage 1, 参議院意見書は Anlage 2, 参議院意見書に対する政府の異議は Anlage 3 及び 4。同日、法務委員会に付託された (Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 10. Wahlperiode, Stenographischer Berichte, Band 132, 132. Sitzung am 18. April 1985, S. 9856)。

(32) 一九八七年七月にリクナ (Lükke) 教授は法案の行方について伺ったところ、本文で述べたような話であった。

(33) Röhle, ZPO S. 259 にも改正案は掲載されているが、念のため左記のドイツ語の原文を掲げる。

§ 91a wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden nach dem Wort „Parteien“ die Worte „in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes“ eingefügt.

b) Absatz 1 Satz 2 wird wie folgt gefaßt:

„Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen.“

c) In Absatz 2 Satz 1 werden die Worte „die Entscheidung“ durch die Worte „den Beschluß“ ersetzt.

(34) 参考までに石川訳を掲げる。

ZPO 一二八条 (口頭主義の原則) ① 当事者は判決裁判所の面前において訴訟につき口頭により弁論をなすものとする。

② 訴訟状態が本質的に変更したときにかぎり撤回しうるにとどまる両当事者の同意があるときは、裁判所は口頭弁論を経ることなく裁判をすることができる。裁判所は、ただちに、書面を提出しうる時点及び判決言渡の期日を定める。当事者の同意から三ヶ月以上を経過したときは、口頭弁論を経ない裁判をすることは許されない。

③ 財産法上の請求に関する訴訟であって、弁護士による代理が要求されず、訴提起のとき訴訟物の価額が五〇〇DMを超えず、当事者の裁判所への出頭が著しく遠隔であることその他重大な事由から期待できないときは、裁判所は職権により書面により審理すべき旨を命じることができる。裁判所は第一文の命令により口頭弁論の終結に相当する時点及び判決言渡期日を定める。裁判所は訴訟状態が変更したために必要となったとき、これを変更することができる。裁判所は第三七七条第四項にしたがい、当事者の同意なくして手続を進めることができる。第一文の命令は、この命令の利益を受ける当事者の申立てがあるとき、あるいは当事者自身の出頭が事実状態解明のために不可欠であるとみられるときは、これを取消すなければならない。

(35) Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht, 1977, Vorwort, S. 21. なお委員の氏名等は S. 233ff.

(36) ⅴの委員会は一九五五年に設置された。Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 1961, Vorwort, S. 15.

(37) この報告書は「ドイツ民事裁判制度改正準備委員会報告」という題名で翻訳されている。法務資料三八七号ⅴ最高裁判所事務総局民事裁判資料八八号〔昭39ⅴ64〕、法務資料四〇五号ⅴ民事裁判資料九四号〔昭43ⅴ68〕。これらは合本され法曹会から出版された（昭45ⅴ70）。

(38) 例えば木川統一郎ⅴ吉野正三郎「西ドイツにおける民事訴訟促進政策の動向（上）―簡素化法（一九七七年七月一日施行）を中心として―」判例タイムズ三五二二頁以下〔昭52ⅴ77〕ⅴ木川統一郎「訴訟促進政策の新展開」二頁以下〔昭62ⅴ87〕、大喜多啓光「西ドイツ簡素化法及び同法実施状況の一面（上）」判例タイムズ三九二二頁以下〔昭54ⅴ79〕等。なお簡素化法に関するわが国の文献についてはさしあたり、拙訳・ハンス・ファッシング「ドイツ連邦共和国の簡素化法―オーストリア人からみたドイツ民事訴訟の改革」法学研究五六巻二号一〇七頁注2〔昭58ⅴ83〕に掲げられている。

なお委員会報告書全体の意味についてはマンフーント・ヴォルフ（春日偉知郎訳）「民事訴訟における発展傾向」ペーター・アーレンス編（小島武司編訳）『西独民事訴訟法の現在』一―三頁以下〔昭63ⅴ88〕で分析されている。

(39) Vollkommer, ZPO, S. 358; Weber, DRiZ 79, 245; Gottwald, Neue höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht, JZ 1983, 523〔526〕。

- (40) 訴訟費用の負担者を定める結果責任主義の沿革については拙稿・前掲書「一の注3」(二)七〇頁以下で論じている。
- (41) 強制権利保護保険の内容についてはさしあたりG・baumゲルテル、梅善夫訳「裁判の機会均等は、強制権利保護保険によるべきか、訴訟救助によるべきか」法学研究五一巻二七六頁以下〔昭53Ⅱ78〕が参照されるべきである。なお、西ドイツにおけるこの種の問題に関する法改正については、木川統一郎・吉野正三郎「法律相談と法律扶助—西ドイツ法律相談援助法を中心に—」判例タイムズ四七一号三九頁以下〔昭57Ⅱ82〕、中務俊昌「上北武男・茶之木美元・田辺誠「西独民事訴訟における訴訟費用扶助法」(約)民商法雑誌八九巻三号—九〇巻二号〔昭56Ⅱ59Ⅱ83—84〕及びそこで引用されている文献に詳しい。」(42) 参考までに司法資料一七八号〔昭8Ⅱ34〕の「一九三一年独逸新民事訴訟法草案並に説明書」の訳文を掲げる。なお訳文は必ずしも平易な日本語でないので原文を併せて掲げておく。

第九十五条(新規定)

裁判すべき法律問題に疑ありたりし故を以て、又は事情上勝訴の当事者に訴訟の目的を成す法律行為につき、証書を作成することを強ひ得べかりしにも拘らず勝訴の当事者が之を作成することを懈り、又は不完全若は不充分的証書の作成の因を与へたりし故を以て、敗訴の当事者に訴訟費用の全額を負担せしむることが不当と認めらるるときは、裁判所は勝訴の当事者をして訴訟費用の一分を負担せしむることを得。

Entwurf einer Zivilprozessordnung, Öffentlichlich durch das Reichsjustizministerium, 1931.

§ 95. Das Gericht kann der obsiegenden Partei einen Teil der Kosten auferlegen, wenn die Belastung der unterliegenden Partei mit sämtlichen Kosten deshalb unbillig erscheint, weil die zu entscheidende Rechtsfrage zweifelhaft war oder weil die obsiegende Partei es unterlassen hatte, über das den Gegenstand des Streits bildende Rechtsgeschäft eine Urkunde aufzunehmen, obwohl ihr das nach Lage der Umstände zuzunutzen war, oder eine unvollständige oder unklare Beurkundung veranlaßt hatte.

ところでなぜこの九五条を採用しないかということが問題となるが、結果責任主義に反するということであろう。それでは九五条の趣旨は一体どういうものであったのだろうかということになるが、これについては右の訳書二二頁以下、原書二九三頁以下に略述されている。

- (43) この点の指摘が2で紹介した改正草案の③の成立の原因になったものと推測する。しかし、③では従前の議論を克服するというよりも、新たな問題を生じさせるのではないかとというのが既にみたように連邦参議院の指摘であった。

- (44) これは当時の条文で、促進法(第一次草案)では二七五条、現行法では二六九条のことである。この間に内容の変更はな

い。要するに現行法二六条の改正案である。参考までに石川訳の二六九条を掲げる。

ZPO 二六九条「訴えの取下げ (Klagerücknahme)」① 訴えは、被告が本案について口頭弁論を開始するときまでにかぎり、被告の同意なくして取下げることができる。

② 訴えの取下げ、及びそれが取下げの効力に必要なかぎりにおいて被告の同意もまた、裁判所に対してこれを陳述しなければならぬ。訴えの取下げは、それが口頭弁論において陳述されないとときは、書面の提出による。

③ 訴えの取下げにより、訴訟は係属しなかつたものと看做される。すでに付与されたが未確定の判決は、明示的取消しを要することなく、失効する。訴訟費用につき既に確定した裁判のいかぎり原告は訴訟費用を負担する義務を負う。第一文及び第二文に記載した効果は決定によりこれを宣言しなければならぬ。決定は口頭弁論を経ずにこれをなすことができる。決定は即時抗告に服する。

④ 訴えが改めて提起されたときは、被告は費用の償還があるまで、応訴を拒むことができる。

(45) 弁護士費用の弁償の問題に関するわが国の文献については四の注6に掲げた。

(46) 訴訟終了宣言と立法については昔からいろいろ言われているが、最近において、訴訟終了宣言につき法律の規定が不備で立法がなされるべきであるとするのは Röhrl, ZPO, S. 279f. であり、立法に当っての具体的な案を提案しているのは Pfeifer, S. 202f. である (Pfeifer の論文については三の注8に掲げた)。確かに Röhrl が言うように、これだけの制度でありながら一当事者の訴訟終了宣言については全くその要件と効果について規定がないというのは問題である。しかし、Pfeifer の案が示すように立法案というのは自説を要約したようなものであるから、学説が厳しく対立している現状からすると、それらを統合した具体的な案を作成するのは非常に困難であると思う。

三 西ドイツの学説の状況

訴訟係属前の終了事由発生による一方的訴訟終了宣言について連邦通常裁判所の判例は消極的に解していることは既にみたところであるし、また判例の言によれば、それが学説においても多数説とのことであった。しかし、同時に前章での連邦参議院意見書が明らかにしたことは、かような結論が妥当でないということであった。注意しなければ

ならないことは、訴訟係属前の訴訟終了宣言につき消極説を採ったからといって、判例が問題解決策として述べたところの、そして本稿冒頭で引用した近藤氏の紹介した事例のような方法、即ち従前の訴訟費用のための損害賠償の訴えへ訴えの変更をするかあるいはそのための新訴を提起するという方法を支持するとは限らないことである。つまり、確かに消極説は多数説ではあるが、それは訴訟係属前の訴訟終了宣言を否定することであって、それでは否定した上でどのようにして問題を処理するのかということになると、民事訴訟法委員会の改正案が示すように問題解決のために種々な方法が主張されている。学説の状況を結論的に言えば、学説の対応は複雑であり多様である。このことはこの問題が非常に難しいことを示すと共に、解釈論において学説が具体的妥当な解決と理論的整合を模索しているということであろう。さらに同時にこのことは、訴訟係属前の訴訟終了宣言の問題が訴訟終了宣言が認められるか否かの限界事例であることを物語っているように思う。既に前章の最後に述べたようにこの問題に対する学説の展開を概観し、訴訟終了宣言で考えねばならない点はなにか、判例はどの程度の安定度を有しているのか、ここでの議論から何を学ぶべきか、訴訟終了宣言の制度の本質は何かといった問題を考えてみよう。

1 学説の概要

既に述べたように一当事者による訴訟係属前の訴訟終了宣言の問題については多種多様な学説がみられる。この問題に対する対応の方法について現実支持者、提唱者がいるか否かは別にして可能性として考えられる方法をも含めて挙げてみると、次のような方法がある。^①訴えの取下げ（ZPO二六九条）、^②棄却判決を覚悟した上で、しかし、被告の同意が得られるかもしれないと期待して訴訟終了宣言をする（被告が同意すれば双方向的訴訟終了宣言になる）、^③ZPO二二三条を根拠にして民法二八六条⁽³⁾（履行遅滞による損害賠償責任、日本民法四一五条相当）による訴訟費用の賠償請求の訴えに本来の訴訟を変更するか、あるいはこのような訴えを別訴として提起する。^④申立ての変更についての根

拠として前説と異なりZPO二六四条三号による、⑤額を決めないで被告の訴訟費用賠償責任を確認する訴えに訴えを変更する⁽⁷⁾、⑥訴状提出とその送達の間を終了事由が発生した場合でも、訴訟終了宣言を認める⁽⁸⁾、⑦訴状提出前に終了事由が発生した場合でも訴訟終了宣言を認める⁽⁹⁾、⑧訴えの取下げであるが、訴えの取下げの場合の訴訟費用は原告の負担とするとの規定(ZPO二六九条三項)は適用せず、即時認諾の場合の訴訟費用は原告の負担とするZPO九三条の反対形相として把握して、被告が訴え取下げの原因を誘発したか否かで訴訟費用の負担者を定める⁽¹⁰⁾。⑨請求の放棄であるが、訴訟費用の負担者は上述のようなZPO九三条の原理で処理する、⁽¹¹⁾⑩請求の棄却であるが訴訟費用の負担者は上述のZPO九三条の原理で処理する、というものである⁽¹²⁾。

これは単なる可能性の指摘であるので検討に値する学説を選択し、併せて合理的な基準で分類しなければならぬ。①はZPO二六九条三項により訴訟費用の負担が原告であることを考えると、例えば被告の履行による請求の理由が消滅した場合は正に問題で、原告負担との結論は不合理である。この場合の不合理を克服することがこの問題の出発点であるから、この見解は採用することはできない。現実にも主張者はいないよう、単にThomas - Putzoの指摘だけである⁽¹³⁾。②は両当事者による訴訟終了宣言(双方的訴訟終了宣言)が成立することを狙っての原告の訴訟終了宣言である。被告が二者択一的な判断を嫌ってこれに応じれば問題がないが、そうでなければ訴えは不適法になったかあるいは理由具備を欠くに至ったかで、現在はいずれにしても原告は訴えを維持することはできない(敗訴判決を受ける)。被告がこのような場合に同意することはあまりないように思うし、そもそも両当事者による訴訟終了宣言が成立するならば問題は生じないのであるから、検討する必要はない見解である。これまた現実にも主張者はおらず、単にThomas - Putzoの指摘だけである。③④⑤は訴え変更・新訴提起説として纏めることができる。判例はこの立場であるが、③か④かは判決文からは不明である。もっとも訴えの変更それ自体の適法性は承認されているから、③かあるいは④かということではここでは直接の問題ではないといえる。⑤は金額を定めないといい、訴え変更に伴う計算の困難さ

を克服する特別な見解である。⁽¹⁴⁾ ⑥⑦は訴訟係属前の訴訟終了宣言を認めるといふ点では意見の一致が見られる。⑧⑨⑩は要するに九三条を根拠にするという点で同じような見解として纏めてみることができると考案の対象となりうるのは、イ・訴え変更・新訴提起説（判例の立場）、ロ・訴訟終了宣言説、ハ・ZPO九三条根拠説といふことになる。それぞれについて論者の根拠と反対する側が指摘する問題点を纏めると次のようになる。⁽¹⁵⁾

イ 訴えの変更・新訴提起説

この説は一の1に掲げた近藤氏の報告事例から明らかなように、実務では当然のこととして扱われてきた説である。問題を訴訟法上の訴訟費用として考えるのではなく実体法上の損害賠償の法理で考えるといふのであるから、実体法と訴訟法の役割分担からして理論的には無理がなく、問題のない見解といふことができる。傍論とはいえ判例が訴訟係属前の訴訟終了宣言を否定して対案として提示したことは理解できることである。そして恐らくこの説が他の説に対して誇る点は、この解釈論としての調和のとれた無理のない理論といふことで、他の説に対しては——具体的には後述のそれぞれの説の箇所で指摘するが——解釈論として理論的に無理があるといふ批判を展開することになる。かつては訴訟係属前の訴訟終了宣言を否定すれば直ちにこの説が導きだされ、今日でも多くの支持者がいるのはこの理由ではないかと思う。⁽¹⁶⁾

しかしながら、理論的には整合性を誇れるにしてもこの説の問題点は民法の履行遅滞責任を根拠にするために、かかる要件に該当しない場合は当然に救済されないから、果して訴訟費用を相手方から獲得するのにこのような構成で十分かといふことである。⁽¹⁷⁾ また迂遠な解決方法という批判に対しては、別訴という方法であると確かに迂遠との批判が妥当するが別訴でなくて訴えの変更という方法であれば——訴えの変更がいかなる根拠で認められるかは、既にみたように③か④かで争いがあり、それ自体問題であるが——従前の訴訟の続きの中で訴訟費用の全部を訴求すればよいかから問題はないと反論する。しかし、従前の訴訟との連続を考えて訴えの変更という方法であっても、実際上はか

なり複雑な計算を伴うことは否定できない¹⁸⁾。それ故にかような方法では結果的に訴訟費用の訴求を断念させることになりかねないとの批判がある。さらにまた近藤氏が指摘したように訴えの変更と構成したとしても、実際は終了した訴訟の後始末である。その手続は簡素化されるべきなのにわざわざ本案として構成することも問題であるし、本案として構成しても実際はかなり大胆に簡素化された手続というのでは、形式と実態の不一致ということになる。たとえ訴えの変更という方法であっても、迂遠な方法という批判を完全に払拭することはできないように思う。

□ 訴訟終了宣言説

この説の根拠は訴訟終了宣言を訴訟費用の合理的負担者決定の手続と解するところにある。従ってこの考えを純粹に貫けば時間的制約はないことになるが、訴訟制度の構造と当事者の利益考量からして訴状提出時以降に訴訟終了事由が発生した場合に訴訟終了宣言は適法であり、それ以前の終了事由発生の場合は訴訟終了宣言は許されないというのが⑥であり、この立場が多数説である。これに対して訴状提出時という制約を設けないのが⑦であり、ある下級審判例を参考にしたといえ主張者以外に賛同者はいないようである¹⁹⁾。かような対立があるにしてもこの方法であれば既判力ある解決策が可能であり、そのことは新訴の提起を遮断するし、また証拠調べが行われないかあるいは制限されるから裁判所の負担は軽減されるというメリットがある。また民事訴訟法委員会の改正案はよいとしても、それは立法論である以上、解釈論として一番秀れているのは訴訟終了宣言の適用範囲の拡張であるとの主張もある²⁰⁾。

この説に対しては前記(二)の1)の判例が詳論したように、次のような種々な問題点が指摘されている²¹⁾。a. 訴訟法律関係は不成立で終了すべき訴訟は存在していない、b. 訴訟終了宣言で訴訟費用の負担者を決める場合のZPO九一条aの「従前の事実状態及び訴訟状態」は存在しない、c. ZPO二〇七条、二七〇条三項等は目的が異なるのであるから根拠にならない、d. この段階では二当事者対立関係にないのであるから、そのような関係にある場合と同じように取り扱うことはできない、e. 結果責任主義が原則であるから例外を拡張すべきでない、f. この段階で訴

訟終了宣言を認めることは、本来被告が負担すべきでない訴訟費用を被告が負担することになるから被告に不利である。g. 問題は単に訴訟経済の問題ではない、h. この場合に訴訟終了宣言による処理が好ましいとしても立法論である。i. 被告の請求棄却判決を得る利益を奪う、j. 証拠調べを十分にしないで本案の判断をするのは許されないし、さりとて証拠調べを十分にするのは訴訟費用の争いであるからこれまた許されない。

これらの諸批判に対してこの立場からの反論として、特に⑥説の論者は次のような点を強調する。訴訟係属の発生、即ち訴状送達の時点を基準にするのは、それは当事者が決めることのできる時点でなく、裁判所の都合で決められるという点で不合理である。新しく作られた訴訟法が提出時を訴訟係属発生の時点にしているのは、かような不合理の克服とみるべきである。²³ 訴訟係属前には訴訟物は存在しないというが、訴訟物を決めるのは原告であって、これは訴状提出時に決まるべきものであるから訴訟係属とは関係ない。訴訟終了宣言において訴訟法律関係が問題となるのは訴訟終了宣言のとき、即ち訴訟終了宣言について裁判する時点であって、訴訟終了事由発生の時点では問題にならない筈である。ZPO九一条aは確かに不十分な規定であるが、その思想は解釈で活かされるべきである。そもそもこの場合に保護されるべきなのは原告であって、被告ではない。また批判は種々いわれるが、特に不都合とされる批判はなにもないし、訴訟終了宣言をこの場合に認めないと原告が訴訟費用の点で不利である。

ハ ZPO九三条根拠説

この説は問題の事例は九三条の反対形相として把握するのが実体に即し、しかも条文に適合する解決であるとして次のように説く。従来この考えが批判されたのは九三条を例外規定としてその拡張、類推を禁止した解釈方法論に問題がある。²⁴ かような方法論における誤謬が訂正されなければならない。例外規定の一般化ではなくて例外規定を同様な事例に当て嵌めたということである。必要な証拠調べはできるし、原告の権利が存在したのか、被告が原告の訴え取下げや請求の放棄の誘因を与えたのかという点を調べるのであるから、それほどの負担にはならない。法文に規定

が存在するのであるから、判断基準は明確で正当な判断が下せる。確かに訴えは完成していないが、取下げられる程度には存在している。

問題点としては次のような点が指摘されている。⁽²⁵⁾ 被告が原告の訴訟終了宣言を拒否して原告に訴訟費用を負担させようとする場合は、被告の純然たる実体法上の履行行為が問題となるが、それとZPO九三条の訴訟上の請求の認諾とは同列に論じられない。訴えがそもそも適法であったかあるいは理由があったかというような調査や証拠の申立てと訴えの取下げや請求の放棄とは結びつかない。そもそもZPO九三条が類推できるための前提である法の欠缺が存在しない。

2 評価と展望―訴訟終了宣言の本質―

これらの諸説の中でどれが正しいかということを決めるのは本稿の目的でないが、これらの学説の論争から何を学ばべきであろうか。第一にこれらの諸説の対立の根本は、訴訟終了宣言の本質に関する理解とそれに基づく利益考量の違いにあることが分る。細部の問題よりも大局的に問題をみるべきであろう。第二にこれらの諸説の対立を整理すると、イ説とハ説は訴訟終了宣言を否定する点で一致し、イ説とロ説とはZPO九三条を利用しない点で一致することが分る。学説の当否はその支持者の人数で決まるものではないにしても、この二点は訴訟終了宣言の本質を考える上で重要である。訴訟終了宣言をこの場合に否定することの当否であるが、ロの訴訟終了宣言説に立って、その上で一当事者の法的性質に関して最有力説である訴え変更説によってその要件と効果を考えると、終了事由発生時点までの訴えが適法で理由があったという確認の訴えに従前の訴えを変更することになる。通常は従前の訴訟経過と資料からこのことはさほど問題にならないが、訴訟係属前の訴訟終了宣言の問題ではそういうことがないから、そもそもかような訴えの変更による確認が必要かということになる。またロの訴訟終了宣言説は訴訟終了宣言の制度につき訴訟

費用の問題の側面を強調している見解と思うが、そうであるなら例えば民事訴訟法委員会の改正案が示すように訴訟終了宣言でなくともよい訳で、訴訟終了宣言でなくてはならないとの必然性はないように思う。同じことはイの訴え変更説にもいえることで、訴訟終了宣言を否定したからといって全く訴訟法を離れて実体法の問題とするのは、理論的にはともかく具体的妥当性という点で問題がある。この説は訴訟終了宣言につき、訴訟終了宣言は単に訴訟費用の問題でなく文字通り訴訟の終了の問題であるとの認識に立っていると思うが、その点は賛成できても、具体的妥当性の点で疑問がある。つまり訴訟費用の問題であっても本案と構成して当事者に訴訟として争う道を認めた点で評価すべきであるし、訴訟終了宣言の本来の姿は単に訴訟費用の問題ではなくて訴訟終了にあるとした点は評価できるが、本来は付随的になされる訴訟費用を本案の問題とするのはいささか形式的過ぎるように思う。また消滅すべき本案がないとして訴訟係属前の訴訟終了宣言肯定説を批判しながら、他方でその問題は本案の問題として解決すべきだというのは、見方によれば矛盾しているとの批判も可能のように思う。そこで私にはこの説がいわば通説として長くその地位を保つとは思えないし、そのことから二の1の判例は連邦通常裁判所の確定的判例といえども、この点については傍論であり、安定性を有していないように思う⁽²⁶⁾。

こうしてみると、へのZPO九三条根拠説が残るが、この説はイ説とロ説を折衷させたとも解することができる。

訴訟費用の問題であるが訴訟終了宣言の問題ではなく、訴訟終了宣言の問題でないからといって実体法の問題ではないと考えているからである。つまり訴訟費用の問題として純粋に考え、しかも実定法にもその根拠があるとする点で機能的にも概念法学的にみても優れているといえる。しかし、この説の最大の欠点はZPO九三条が果してこの場合に使えるかという疑問である。既に指摘したようにイ説もロ説もこの点では一致して消極説であるのは、積極説は無理との認識があるからであろう。訴えの取下げの場合にZPO二六九条三項の訴訟費用原告負担の規定を同一法典の中で九三条を根拠にしてこの場合に適用しないと解釈論は、いかにも座りが悪いからである。それ故にこそ改正

案が提案されるのであるし、判例を批判した論者がこの説が認められないなら次善の策として訴え変更説を展開しているのであろう。⁽²⁸⁾ このようなドイツでの議論の当否はともかくとして、かような法制でない日本法の立場からすると、この説はそのまま採用することができるし、そもそも日本法が一〇四条で対応できる場合というのは、このような場合に限定されるのではないかとも思う。もっともイの訴え変更説もそのまま日本でも採用はできるが、具体的な運用ということになると既に記述したような問題を有しているから、理論的には全く問題がないにしてもこの説を採用することは得策ではなく、日本での採用には躊躇せざるを得ない。なおこのZPO九三条根拠説は前述の民事訴訟法委員会の改正案の先駆的な位置付けをすることができるし、前記の連邦参議院意見書の意図にも即応するのであるから、前記のような法解釈方法論としての問題があるにしても、改正案が実現するまでは解釈論として今後有力に展開していくものと私は推測している。

このような二、三での状況から、私は訴訟終了宣言は訴訟係属前の訴訟終了事由発生の場合には問題にすべきでなく、あくまでも訴訟中に訴訟終了事由発生の場合の訴訟終了方法として位置付けるべきであると考える。つまり訴訟終了宣言の本質は単に訴訟費用の問題ではなくて当事者による訴訟終了行為であり、当事者に多様な終了方法を提供するものとして解釈論として認められたものである。⁽²⁹⁾ そして原告の訴訟終了宣言について争いがあれば従前の本来の紛争を含めて判決でその当否を判断する。原告の主張が正しければ訴えが訴訟終了事由発生まで適法で且つ理由を具備していたことを既判力で確認し、原告の主張が終了事由発生の時点まで正当であったことを認める。即ち、原告の敗訴を意味する訴訟終了でないことを明らかにすると共に当該紛争の再発を防止すべきである。原告の訴訟終了宣言の主張が認められないならば請求を棄却すべきである。この点は既にかつて論じたことなのでかような結論のみに留める。

(1) 既に述べたように(一)の注11、この問題に対する学説を広く取り上げて一般的に整理した文献となるとThomas - Putzo,

ZPO 15. Aufl., S. 216 以外に見ることができなかった。しかし、これは小コンメンタルなので、分類は参考になるが、文献は必ずしも十分ではない。本稿ではこれをあくまでも参考として本稿の論述に応じて修正した。本稿の以下の学説の分類と分類された学説について Thomas - Putzo と異なるのはこの理由による。

(2) 石川訳を掲げる。

ZPO 二六三条〔訴えの変更 (Klageänderung)〕 訴訟係属の発生後で、被告が同意するか又は裁判所が相当であると認めるとき、訴えの変更が許される。

(3) 椿寿夫 Ⅱ 右近健男編『ドイツ債権法総論』〔昭 63 Ⅱ 88〕による BGB 二八六条の訳文は次の通りである (今西康人氏担当)。

BGB 二八六条〔遅滞による損害賠償〕 ①債務者は、債権者に対して遅滞によって生じた損害を賠償しなければならない。

②給付が遅滞により債権者の利益とならないときは、債権者は、給付を拒絶して不履行に基づく損害賠償を請求することができる。約定解除権に関する第三四六条から第三五六条までの規定は、この場合に準用する。

(4) Pulkall, Der Zivilprozess in der gerichtlichen Praxis, 1986, S. 142.

(5) 石川訳を掲げる。

ZPO 二六四条〔訴えの変更にあたらぬ場合〕 訴えの原因を変更することなく、

一 事実上又は法律上の申述 (Anführungen) を補充又は訂正するとき

二 本案における訴えの申立て又は付帯請求を拡張又は制限するとき

三 後に発生した事情変更のゆえに、最初請求した目的物にかえて、別の目的物又は利益を請求するとき
訴えの変更があつたものとはしない。

(6) Blomeyer, NJW 1982, 2750; Bruns, ZPR 2. Aufl., 1979, S. 201; Eberhard, ZPR u. ZwVVR, 1986, S. 44.

(7) Sannwald, NJW 1985, 898, 944; Hölzer, Hauptprobleme der Erledigung der Hauptsache, JurBüro 1982, 163 以下
うな立場のように思われる。

(8) これについては二の 1 の判例に文献が挙げられている (二の注 14 参照)。なお二の注 4 も参照されたし。それ以外では Pfeifer, Die einseitige Erledigungserklärung im Zivilprozess, 1985, S. 178ff. には Gießen 大学に一九八五年提出された博士論文及び (審判員は Meinhard Heinz, Eberhard Wieser 教授による)。

(9) Reinelt, NJW 1974, 344.

(10) Blomeyer, NJW 1982, 2750; Haubelt, ZRP 89, 194; Weber, DIZ 1979, 245; Stöhr, JR 1985, 490.

- (11) Blomeyer, NJW 1982, 2750.
- (12) E. Schneider, Problemfälle aus der Prozesspraxis, Der Prozess als „Arbeitsgemeinschaft“, MDR 1984, 548.
- (13) なる Rixecker, ZFP 96, 505 の見解は私は十分に理解できなかつたのである。 Hartmann, ZPO, S. 294 の要約を参照せよ。あるいは基本的にはこの立場かも知れない。
- (14) この点に関して Stöhr, JR 1985, 491f.; Vollkommer, ZPO, S. 358 はかかる確認は給付の訴えの準備にはならず、ZPO 一〇三条以下の訴訟費用の額確定手続を具体化せねばならぬと批判する。
- (15) それぞれの論者は他説を批判して自説を論証しているのみであるから、それぞれの説の問題点はその説を支持しない論者が指摘するところにある。それぞれの説の論拠や問題点についての細かい出典の明記は複雑になるので、以下の学説の説明では代表的なもののみを掲げる。またかような整理はドイツではなされていないので、これをもってドイツの状況という問題があるかも知れない。しかしながら、問題意識が異なるのであるから、この私の分類が全く誤りであるということではなからう。
- (16) Jauernig, ZPR 21. Aufl., 1985, S. 153; Pantle, Die Praxis des Zivilprozess 1987, S. 212; Zeiss, ZPR 6. Aufl., 1985, S. 181; Blomeyer, ZPR 2. Aufl., 1985, S. 335, Anm. 4; Schellhammer, ZPR 3. Aufl., 1987, S. 715 は判例を肯定的に用いている。判例と同じ考えをとりこんでいる。注釈書では Röhl や Hartmann の立場をとりこんで Mohr, NJW 1974, 935; Linke, JR 1984, 48 は判例の問題点を指摘するが、基本的には判例と同じ考え方をとる。なる Mohr は立法論として訴訟終了宣言説を評価している。
- (17) Blomeyer, NJW 1982, 2750; Rixecker, ZFP 96 (1983), 505; Stöhr, JR 1985, 491; Gottwald, JZ 1983, 523 [526f.]; Linke, JR 1984, 48 等の判例批判を纏めてみた。
- (18) 具体的な事例に数字を挙げて判例のような立場であると訴訟費用の計算が如何に不合理かということ強調するのは Weber, DRZ 1979, 243 である。裁判官とどういふところからかと思いが、具体的な数字を利用しての訴訟費用計算は説得力がある。ここの程度の具体的な事例が現実の姿を反映していると解することができるなら、ドイツでの訴訟費用の紛争が付加価値税を含めてどの程度の金額で争われているかを理解するのに便利である。また被告の強制執行に対しては実体的損害賠償請求権に基づく請求異議の訴えによる対抗方法の詳細を明らかにしている点でも有益な論文である。ただこの論文を読むと判例のような訴訟費用計算は複雑になり結果も妥当性を欠く帰結になるが、ドイツの訴訟費用の計算について十分な知識がないとはいえ、そもそも計算の出発点では論者とは別の考えも成り立つのではないかというのが私の印象である。
- (19) Reinelt が具体的な例として挙げた判例は OLG München Urt. 20. 2. 1973 である。論題から明らかかなように Reinelt

- を徹底的に批判したのはBücking, ZfP 88 (1975), 307 である。訴訟物が確定されない段階での訴訟終了宣言は理論的に不合理であること、利益考量、制度の沿革に反するを批判する。Hartmann, Thomas - Putzo, Röhl, Pfeifer 等は Bücking を引用。根拠として Reinalt を批判。
- (20) Vollkommer, ZfP, S. 358.
- (21) 判例の他に Hartmann, Röhl 等の批判をも参考にしている。
- (22) Pfeifer, aaO, KG JR 1980, 420 (Urt. v. 20. 12. 1979) を参考にしている。なお Pfeifer はかなり Haubelt を引用し、根拠としている。
- (23) 新しく作られた訴訟法の訴訟係属発生時点は訴状提出時であることについては、一の注アの最後で述べた。
- (24) Haubelt, Weber, Stöhr の論文を参考にしている。
- (25) J. Blomeyer, Röhl の論稿を参考に纏めてみた。
- (26) 判例のこの点の判断が傍論であることを明言するのは、Röhl である。また、E. Schneider, MDR 1984, 550 などの判例において訴訟費用の事案において基本的に説得力の弱い判例と表している。ただ注意すべきことは連邦通常裁判所の判例の事案である。一般に議論される事例は訴状提出後・訴訟係属前に被告が弁済をした場合であって、判例の事案と状況が異なる。そこで本稿で紹介した連邦通常裁判所の判例以後、この判例に反して訴訟終了宣言を認める下級審の判例として AG Wehlheim, MDR 1985, 148 (Urt. v. 24. 9. 1984) があるが、事案が仮処分であり判決理由では通常の訴えのような法的審問が保証されていなかったことが強調されている。事案が違うという点で訴訟終了宣言の肯定判例と見え、必ずしも連邦通常裁判所の判例に対立するというものではないとの解釈が成立するかもしれない。LG Freiburg, MDR 1984, 237 (Urt. v. 15. 11. 1983) は判決理由の論述の仕方とそこでの文献の記載から、連邦通常裁判所の判例に対して学説から批判が浴びせられたことを十分に理解した上でそれを受け入れた判例であることが明らかである。
- (27) この点を歴史的観点から鋭く批判するのは Smid, Verfahren und Kriterien der Kostenentscheidung nach 91a ZPO— Zugleich ein Versuch der historische Rekonstruktion der Problemstellung—, ZfP 97 (1984), 245 [312] 以下である。
- (28) Blomeyer, NJW 1982, 2750.
- (29) 労働事件という特殊な事例であるが、訴訟終了宣言が単に訴訟費用のためだけでなく、手続を敗訴という点で終了させたいからなることが珍しくなくと指摘するのは Lepke, Rechtsschutzinteresse, Antragsrücknahme und Erledigung der Hauptsache im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, ArbSozR 1975, S. 1990 以下である。

四 おわりに

ドイツの訴訟係属前の一方的訴訟終了宣言に関する議論は、訴訟終了宣言の適用限界の問題として訴訟終了宣言の本質を考えることができるとの認識の下に本稿はその概要を紹介し、その上でわが国の訴訟終了宣言について言及したものである。それ故に本稿の結論は日本において訴訟終了宣言を解釈論として認めるべきであるということであるから、特に目新しいものではない。またドイツの議論の紹介ということで資料的論文と評されるかもしれない。しかし、従来このような問題や議論は冒頭で紹介した近藤氏の論考以外に日本では紹介されていないようであるので、その意味で価値があると思えるし、ドイツの議論とわが国での処理方法の比較は、今後わが国でこの種の問題を考察する場合や訴訟終了宣言をどのように理解すべきかという問題を考える場合に役立つものと信じている。最後に冒頭に掲げた近藤氏の事例と最近のわが国の訴訟終了宣言の議論について若干のコメントを述べておこう。

1 近藤氏の挙げた事例について

近藤氏は、訴訟係属前の訴訟終了宣言の問題が典型的な事例とする訴状提出後・送達前の被告の弁済の場合につき、ドイツでは従前の訴訟の費用について支払いを求める訴えに訴えの変更がなされ、その新たな訴えはそれに関する十分な資料がないまま裁判所の大胆な訴訟指揮の下に審理されていることを報じたものである。氏は続けて、この訴訟は形式はともかく実質は訴訟費用の裁判であり、本来なら認諾判決で終わるべき事件の性質がこのような方法を正当化させる理由になっていると分析された。既に二、三のドイツにおける議論から明らかなのは、今日のドイツでの議論は正にこの点から出発しているのであり、ドイツの学説はこれを受けて実態に合わせた理論の展開を試みていくとやうことができる。その意味で本稿は近藤氏の認識と分析が正しかったことを明らかにし、併せて近藤氏の論考の

一部を多少なりとも発展させたものとして位置付けられるのではないかと思っている。なお日本では訴訟費用に弁護士費用が含まれていないから、近藤氏が述べているようにこの種の事件はほとんど起こらず、起こったとしてもドイツと事情が異なり三の2で述べたようには学説は展開せず、むしろドイツ連邦通常裁判所の判例のように弁護士費用は民法の損害賠償の法理を根拠にして、別訴によるか訴えの変更で訴求されることになるであろう。⁽¹⁾ そうなると本稿は単にドイツの状況の紹介であって日本の論文として意味がないとの批判が考えられるが、私は既に述べたように、本稿はこのような事例を通して日本の処理の限界と訴訟終了宣言の活躍する場面を明らかにしたものであるから、かような批判は成り立たないと思う。

2 訴訟終了宣言の日本の状況と将来の展望

最近では日本ではほとんど訴訟終了宣言について論じられることはないが、比較的最近刊行された注釈書のなかで新堂幸司教授は訴訟終了宣言について次のように論じている。⁽²⁾

「わが法においては、……訴取下の場合にも、九〇条を準用する趣旨が表われているから、費用の点のためにかかる特別な訴訟完結事由を認める必要はなく、期日において当事者が訴訟終了の合意をする場合も、原告の訴取下および被告のこれに対する同意、あるいはこれに加えて費用の点の和解を包含する行為として取扱えばよい(斎藤編(2)七六(桜田))。離婚訴訟における和諧(人訴一三参照)もその一種である。」

この立場は引用文献からも明らかなように、従来のわが国の通説である訴訟終了宣言について消極説を支持するものである。⁽³⁾ かつて私はこの立場を批判したので多少繰り返しになるが、この消極説の問題点を挙げておこう。この説は右にみたように、日本では訴え取下げに一〇四条を介して九〇条が準用されるから、訴訟終了宣言の必要性はないとする。そしてこれこそが消極説の最有力な根拠になっている。しかし、九〇条が訴え取下げに働くということは条

文の文言からは確かに可能ではあるが、そのような可能性は立法の沿革からは疑問である。即ち、立法者は訴訟費用敗訴者負担の原則に対する例外規定につき、ドイツ法の個別具体的規定方式を単に整序して一般規定化したに過ぎず、ドイツ法と対立するかドイツ法と異なるのかは全く意識していなかったとみるべきである。⁽⁴⁾ またかような沿革的理由に仮に従わないにしても、そもそも実務では訴え取下げに九〇条を準用して訴訟費用の負担者を決めることに対応できないのではないかと思う。⁽⁵⁾ 即ち、訴え取下げの場合はドイツ法と同じように取下げ者負担とせざるを得ないのでないかということである。取下げに至った事情ということは、本来は裁判所に分らないからである。これに対してそうであるならば裁判所は立法者の考えや実務の慣行といった過去の行掛りを棄て、訴え取下げの場合でも取下げに至る事情を調べるべきであるとの見解もあろう。しかし、それを行うならばその点に關しての当事者の利害が鮮明に對立することが考えられるのであるから、当事者の手続権を保障すべきであるし、そうならば訴訟終了宣言を認める方向に進むべきである。ところで本稿のように訴訟係属前の訴訟終了事由発生の場合に訴えの取下げで被告の訴訟費用負担を認める場合があるとすると、かような批判は私自身の説にも該当し、私見は矛盾しているとの批判もあろう。しかし、私見は訴訟係属後に訴訟終了事由が発生した場合は訴訟終了宣言で処理すべきであると説いているのであるから、これとワンセットとしてみるならば、状況の異なる場合を別異に処理するのは当然であるし、訴訟終了宣言が認められた場合は訴え取下げについての対応が異なるべきであるから、決して矛盾しているとは思わない。ドイツの議論から明らかのように、訴訟係属前の訴訟終了事由発生の場合には訴訟費用の負担者を決めることのみが問題で、それは簡潔な手続による早急な処理が要請されるのであるから、訴訟終了宣言を否定することが正当化されると考える。要するに一見すると結論は同じようにみえてもアプローチが異なるのである。なお新堂教授は慎重に「費用のためにかかる特別な訴訟完結事由を認める必要はな（い）」としているが、これは訴訟費用以外であれば訴訟終了宣言を認める余地を残したと解せないことはない。また教授は期日における当事者の訴訟終了の合意は「原告の訴えの取

下とこれに対する被告の同意、あるいはこれに加えて費用の点の和解を包含する行為として扱えばよい」とされるが、これは両当事者による訴訟終了宣言、即ち一般に双方的訴訟終了宣言といわれる場合である。そもそも当事者の合意は処分権主義に基づくものであり、それがどのような行為として評価されてもそれほど結果に差異は生じないから説明の問題といえるであろう。しかし訴訟終了宣言の本来の問題は両当事者の訴訟終了宣言、即ち双方的訴訟終了宣言の問題ではなくて、一当事者の訴訟終了宣言、即ち一方的訴訟終了宣言をどのように扱うべきかの問題であり、この点の紛争を当事者の主体的な手続関与で解決すべきか否かの問題ではないかと思う。それ故に訴訟終了宣言は既存の当事者による訴訟終了の制度に基づく行為で説明できるからそれで済むとは言えないのである。

確かに弁護士費用が訴訟費用に含まれていないから、訴訟終了宣言の問題は今のところそれ程切実な問題とは感じられていない。正に近藤氏が指摘したように弁護士費用を訴訟費用に算入した場合には必ず問題になるであろう。しかし、訴訟費用に弁護士費用が含まれないからといって、相手方から弁護士費用が取れないという訳ではないから、全く無関心でよいという訳ではない。そしてそれにもまして重要なことは訴え取下げは原告に敗北感を与えるから、そうでない訴訟終了宣言を評価すべきである。恐らく今後は訴訟法においては国民の権利意識の高揚と共に、訴訟終了事由発生の時点まで適法で理由のある訴えと当初から不適法あるいは理由のない訴えとを区別すべき必要が主張されるようになるのではないかと思う。それに応えるのが訴訟終了宣言の制度である。

(1) 大審判大正五年七月一五日民録二二輯一四〇九頁は訴え取下げの訴訟費用は別訴で相手方に損害賠償として請求できるとするが、学説は私法上の請求権とはいえず当該訴訟なり付随する決定手続で定めるべきで、別訴は許されないとする(兼子¹⁾松浦²⁾新堂³⁾竹下⁴⁾条解民訴法二五〇頁〔新堂幸司、昭61¹⁾86〕、斎藤編・注解民訴法(2)七七頁〔桜田勝義、昭46¹⁾71〕、その他の文献は桜田・同注32に詳しい)。もっとも形式的訴訟費用の範囲の償還請求権以外については問題は別で、この場合は形式的訴訟費用の請求と重複しない限り別訴で請求できると説いている(新堂・前掲書二五〇頁)。

(2) 新堂・前掲書(前注)二七四頁注1。

(3) わが国における訴訟終了宣言の評価を巡っての消極説と積極説の対立状況については拙稿・前掲書（一の注9）一六六頁に纏めてある。

(4) 日本民法九〇条、一〇四条の沿革については、私は既に拙稿・前掲書（一の注3）（一）三〇頁以下で論じている。

(5) 訴えの取下げの場合の訴訟費用負担者は実務ではどのようにして決められているかということについては、拙稿・前掲書（一の注3）（一）二九頁注13で報告した。

(6) 弁護士費用の弁償の問題についての最近の状況は、内田武吉「訴訟費用」小山〓中野〓松浦〓竹下編『演習民法一〇九頁（昭62〓87）』、新堂・前掲書二五〇頁以下等に纏められている。その他の重要な文献はこれらに掲げられている。なお弁護士費用は不法行為訴訟の場合はその損害の一部として請求することが判例・通説によって認められているので、今日の問題は債務不履行訴訟の場合である。これについては山本矩夫「債務不履行と弁護士費用の賠償」後藤〓山口編『展望判例法』九九頁以下（昭58〓83）、なお当初は判例タイムズ四六六号四九頁以下（昭57〓82）、小泉博嗣「債務不履行と弁護士費用の賠償」牧山〓山口編『民事実務研究第三巻』二五頁以下（昭58〓83）、なお当初は判例タイムズ四五二号四七頁以下（昭56〓81）等に詳しい。

本稿は小論ではあるが、完成させるまでかなりの時間と多くの方々のご援助とご協力を頂いた。一九八七年五月から七月にかけて西ドイツ・ザールラント大学に滞在し、そこで主に資料の収集を行った。滞在に当っては同大学リュケ教授（Prof. Dr. Dr. h. c. Gerhard Lütke）には一方ならぬお世話を頂き、また西ドイツの訴訟終了宣言一般についてご教示を受けた。また同教授の助手（当時）の Wilhelm Gerhards 氏、同大学に留学して同教授の下で民事訴訟法について研究している慶應義塾大学大学院学生河村好彦氏にも御協力を頂いた。ここに記してそれぞれの方々々に感謝を表したい。

追記 脱稿後初校までの間にジュリスト『民事訴訟法の争点（新版）』が公刊された（昭和六三年七月末日）。「訴訟終了宣言」については石渡哲助教授が担当された。これはわが国における終了宣言についての議論の状況と、この制度の問題点を知るのに有益な論稿である。石渡助教授の従前の私見への批判に対しては、別の機会を得て答えるつもりである。