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

Title	訴訟終了宣言と我が国の判例
Sub Title	Die Erledigungserklärung in der japanischen Rechtsprechung
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.2 (1996. 2) ,p.83- 122
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960228-0083

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.

訴訟終了宣言と我が国の判例

坂原正夫

一　はじめに
二　訴訟終了宣言についての判例
1　肯定的な判例
2　否定的な判例
3　判例の評価
三　訴訟終了事由の発生と民訴法九〇条
1　訴えの取下げと民訴法九〇条
イ　判例の状況
ロ　判例の評価
2　従前の本案の判断と民訴法九〇条
イ　判例の状況
ロ　判例の評価
3　事件の種類と民訴法九〇条
イ　執行解除による第三者異議の訴えの終了
ロ　弁済等による訴訟終了と民訴法九〇条
ハ　判例の評価
四　民訴法九〇条による解決方法の問題点とその克服の方向
1　民訴法九〇条の手続的問題
2　訴えの取下けの場合の訴訟費用を判断する裁判所
3　訴えの取下げと従前の訴訟との連続
4　民訴法一〇四条の一項と二項の関係
五　おわりに
1　訴訟費用の裁判について
2　本案の判断と訴訟終了宣言について
3　私見のまとめ

一　はじめに

訴訟終了宣言についての我が国の従来の議論は、主としてドイツにおいて発展したこの制度を我が国の民事訴訟法に取り入れるか否かというものであった。(1) それ故に議論された事例はともすれば抽象的事例であり、具体的事例、特に我が国の判例については十分な考察がなされてこなかったように思う。(2) これは訴訟終了宣言を消極的に評価するのが我が国の通説であるから、かような状況は当然のことなのかもしれない。(3) 消極説の責任ではなく、訴訟終了宣言を積極的に肯定する積極説の怠慢というべきかもしれない。しかし、積極説の一方的責任という訳ではなく、消極説の力が強く議論が具体的問題や判例の分析まで進展しなかったというのが本当の原因のように思う。もっとも原因がどうであれ、積極説に論証責任があり、積極説は具体的事例を通して消極説や判例の問題点を浮彫りにし、問題点を明らかにするとともに、積極的に訴訟終了宣言のメリットを説く責任があることには変わりがない。そして消極説はそれを受けて反対の論証をすべきである。

従来機会あるごとに訴訟終了宣言を肯定的に論じてきた私は、このような積極説の責任を痛感していたが、ドイツの状況の観察に追われて、なかなかこの問題に従事する余裕がなかった。ところが数年前に、私は我が国における訴訟終了宣言の問題を論じる機会に恵まれたことから、この問題を考察する必要を迫られ、その際に我が国の判例を調べたことがあった。(4) しかし、その時は時間の関係もあり、単に研究の一過程の中の資料として判例を概観しただけであり、その成果は論文の注の中で簡単に述べるつもりであった。ところが紙幅の関係でこの注の部分も削除せざるをえなくなり、結局、判例の概観については全く発表するに至らなかった。そこで、本稿はその時に発表を断念した研究を土台にして、新たな資料や視点で我が国の判例を訴訟終了宣言を肯定する立場から、より詳細に総合的に考察してみようと思うものである。

このようなことから本稿のテーマは明らかである。すなわち、本稿は我が国の判例を題材にして、訴訟終了宣言の問題を具体的に考え、通説の問題点を明らかにしてみようというものである。[5] これによって、従来の議論がより進展するであろうし、問題の所在が具体的に明らかになると思う。以下では、先ず訴訟終了宣言に関する我が国の判例の対応について探究し(二)、次に従来の判例の処理方法の問題点や、どのような事例が訴訟終了宣言に適するかを考え(三)、訴訟終了宣言を消極的に解する通説の根拠である民訴法九〇条の適用上の問題点を考察してみよう(四)。さらには訴訟中に訴訟の目的が達成された場合に(例えば貸金返還訴訟における被告の弁済)、請求棄却判決や訴え取下げという訴訟の終了の問題点についても、判例を題材に調べてみようと思う(五の2)。訴訟終了宣言の問題は訴訟費用の問題に尽きるものではなく、訴訟中に訴訟の目的が達成された場合の訴訟終了方法を問うことでもあるからである。[6]

(1) 今日の我が国における訴訟終了宣言に関する議論の状況は、石渡哲「訴訟終了宣言」三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点(新版)』三一四頁以下(昭六三)に要領よく纏められている。その後の状況を含めて、日本における訴訟終了宣言についての文献は、拙稿「ドイツ民事訴訟法九一条a翻訳について」教養論叢九六号一頁以下(平六)参照。ところで、およそ一昔前の状況であるが、私は「訴訟終了宣言」三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点(初版)』一六六頁以下(昭五四)において、我が国の訴訟終了宣言に関する学説の状況を述べたことがあるが、これと前記石渡教授の論考を比較すると、この間の日本における議論の展開や停滞が容易に分かる。

なお私の訴訟終了宣言についての研究論文の一覧は、後注(19)に纏めてある。

(2) 訴訟終了宣言に関する我が国の判例について言及する文献としては、鈴木忠一「訴訟費用の裁判」『民訴法講座(3)』九四一頁(昭三〇)、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(2)』七七頁(桜田勝義)(昭四六)、拙稿「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」法学研究五五巻七号五頁注10以下(昭五七)、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(3)[第2版]』一〇二頁(桜田勝義＝宮本聖司＝小室直人)(平三)等がある。これらはいずれも東京控判昭和九年七月二三日法律新聞三七四八号六頁と東京控判昭和九年九月二九日法律新聞三七八九号四頁の二件の判例に言及しているが、これらの判例については本稿の二で取り上げる。

この他に松本博之「本案終了の表示(Erledigungserklarung in der Hauptsahe)について」法学雑誌一九巻二号九〇頁注9(昭四七)、同「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・四号二四八頁以下(昭四八)を挙げることができる。また、最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁についての拙稿の判例研究は、訴訟終了宣言の観点から論じたものである(法学研究六四巻六号一四一頁以下(平三))である。

しかし、これらは問題点を指摘するという意味で判例を引用したに止まり、個々の判例を分析したものでもないし、従前の判例を網羅するものでも体系的に整理するものでもない。

(3) 通説が消極説であることとその根拠については、前注(1)に挙げた文献とそれらにおいて参考文献として挙げられている文献を参照。なお最近刊行されたために前注1の論考に挙げられていない文献としては、斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(3)〔第2版〕』一〇二頁(桜田勝義＝宮本聖司＝小室直人)(平三)、上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』四一〇頁(奈良次郎)(平四)がある。前者は「特別な訴訟終了宣言は必要ない」と説き、後者は「訴訟終了宣言の制度の導入を不要とする見解が強い」と述べている。

(4) 民事訴訟法施行百年は平成二年(一九九〇年)であったが、民事訴訟法学会はそれを記念した行事の一つとして、平成四年三月刊行の学会機関誌「民事訴訟雑誌三八号」において、「民事訴訟法施行百年によせて」という特集を企画した。私は執筆を求められたので、訴訟終了宣言をテーマとして選び、「訴訟終了宣言の近時の問題」という論文を発表した(六九頁以下)。しかし、これは紙幅の関係で、当初の完成した論文の一部を削除した上での発表であった。カットした部分は訴訟終了宣言の問題について我が国の判例がどのようなものであるかを論じたものであり、本稿はこのカットした原稿を基に新たに執筆した論文である。その意味で同論文七二頁注10や八〇頁注13で予告したものが本論文である。同論文の発表後直ちに本論文を執筆しなかったのは、論文発表時において問題になっていた民事訴訟法改正論議の動向を見極めたいと思ったからであるが、最近の民事訴訟法改正論議を見るかぎり、訴訟終了宣言は今回の民事訴訟法改正において取り上げられていないようである。

なお、「訴訟終了宣言の近時の問題」という論文は、ドイツのグルンスキー教授の最近の論考を紹介しながら、教授の見解は訴訟終了宣言をめぐる我が国の通説の見解と同じようなものであると位置付け、教授の見解も我が国の通説の見解も訴訟終了宣言の問題の歴史的展開という視点が欠けていると批判し、民事訴訟法施行百年によせて歴史的視点で問題を考察する重要性を説いたものである。訴訟終了宣言という耳慣れない問題ではあるが、この問題においても民事訴訟法に対する民事訴訟法学の姿勢が問われているということも、この論文で力説したところである。

(5) 判例は主に『判例体系』(第一法規出版)の民訴法九〇条、一〇四条を中心に訴訟費用の負担に関するものの中から選んだが、併せて判例検索のために利用できるものは利用した。例えば『民事判例集索引』(新日本法規)、兼子一編『判例民事訴訟法上巻』三六〇頁以下(酒井書店、昭三七)、村松俊夫ほか編『判例コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』(三省堂、昭五一)、谷口安平＝井上治典編『新・判例コンメンタール民事訴訟法2』(三省堂、平五)、判例年報昭和五五年度～平成六年度版(判例タイムズ四三二号～八六九号)等である。事案として選んだのは、訴訟終了宣言の代表的な事例である訴訟中に訴訟の目的が達成された訴訟や、あるいは達成が不可能になった場合の訴訟である。選び出された判例の具体的事案を見てみると、圧倒的に多いのは第三者異議の訴訟中に債権者が差押えを解除した場合と、行政事件で訴訟中に訴えの利益が喪失する場合である。このことは訴訟終了宣言はこの種の事件で問題になるということを意味するものであろう。ところで、判例は原則として最初は出典を含めて表示したが、その次からは出典は省略した。

なお相殺の抗弁と九〇条後段に関して学説上は議論があるが(学説の状況は菊井維大＝村松俊夫著『全訂民事訴訟法Ⅰ(補訂版)』五九二頁(第四版、平五)、斎藤編・前掲注(3)四四頁〔小室直人＝宮本聖司〕、上田＝井上編・前掲注(3)四四五頁〔奈良次郎〕等に詳しい)、判例としては公刊されていないので考察の対象から除く。もっとも、議論があるのは訴訟前に相殺適状にある債権の訴訟中の相殺の場合であり、訴訟中に相殺適状が生じ、被告が相殺をし原告が直ちに認める場合について九〇条後段が働くという点では争いはない。任意の弁済と同様に考えるからである。ドイツでも訴訟中に相殺適状になって相殺した場合は、終了事由として考えている(RG 57, 385 [Beshl. v. 12. 4. 1904], OLG Neustdt MDR 1957, 685 [Beschl. v. 13. 6. 1957])。

(6) この問題は拙稿・前掲注(4)民訴雑誌七七頁以下でも論じ、判例として㉓最二小判昭和二七年二月一五日民集六巻二号八八頁を挙げた。同・八八頁注29においては、㉜最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁も問題があることを示唆した。これらは言わば偶然に目に触れた事例であり、これらが全てではない。意図的に検索すれば、より多くの事例を見つけることができると思うが、訴訟終了宣言の問題に関係する判例は決して稀有なものではないことは確かである。

二　訴訟終了宣言についての判例

一般に訴訟終了宣言というと、ドイツにおける議論が紹介されて、日本での具体的事例について言及されることがないために、訴訟終了宣言について論じている判例は全くないように思われがちであるが、そうではなく三つの判例が存在している。そこでそれらの判例を分析し、その今日的意味を考察してみようと思う。

1　肯定的な判例

訴訟終了宣言について肯定的に論じている判例として、①東京控判昭和九年七月二三日法律新聞三七四八号六頁と、②東京控判昭和九年九月二九日法律新聞三七八九号四頁が一般に挙げられている。[7] しかし、この二つの判例が訴訟終了宣言を積極的に日本に導入すべきであるという積極説の根拠になるかというと疑問がない訳ではない。この二つの判例については注意すべきことが二つある。一つは判例の数の問題である。単純に二件と数えてはいけないのではないかと思う。[8] 確かに形式的には二つの判例ということになるが、二つの判例を比べてみると、いずれも東京控訴院第七民事部の判決であり、それぞれ担当された裁判官三人のうち二人までが同じであり(裁判長は両方とも岩松三郎氏である)、判決年月日から明らかなように、両者は二か月しか経っていないという事情がある。それ故に当然なことであるが、この二つの判例ともその立論の方法や記述の仕方は全く同じである。このような事情からすると、事件は別であり、判例が二つあるが、先例の数という点では判例が二つ存在するというよりも、実質的には一つと理解した方がよいように思う。

もう一つの注意すべきことは、この(二つの)判例を訴訟終了宣言に関する判例と直ちに理解してはならないということである。第一の理由は言葉の問題に過ぎないと思うからである。確かにこの判例は、訴訟中に被告が請求の一部

を任意弁済した場合について、請求の一部の放棄でも、訴えの取下げでも、和解でもないと指摘して、目的達成による訴訟からの離脱であると述べているから、それは新たな訴訟終了事由を認めているように読める。[9] また訴訟費用の裁判において、「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」と述べている点は、[10] ZPO九一条aによる処理を想起させるものである。またこのような場合は、ドイツでは訴訟の一部の終了宣言の問題として議論される問題である。[11] しかし、日本においてこのような場合になぜそのように解さねばならないのかというと、本判例の答えは従前の訴訟終了事由に該当しないからであるという説明だけである。すなわち、訴訟の目的達成による訴訟係属の離脱は、請求に理由がないことを認める請求の放棄とは異なるし、互譲解決を目指す和解とは異なる。また私権保護の要求の撤回である訴えの取下げとも異なると説くだけである。確かにこの指摘は正しいが、しかし、そのような違いがあっても、訴訟の目的達成を既存の当事者による訴訟終了制度に当てはめて考えることは可能であろうし、仮に当てはまらないとしても、既存の制度の特別なものとして修正して考えることもできる。例えば、「特別な請求の放棄」とか、「特別な訴えの取下げ」というようなことで説明する方法である。つまり、既存の制度によると不合理、不都合が生じるということを明らかにすることができない以上、単なる説明の当否の問題となり、説得力が弱いと言わざるをえない。

この判例を訴訟終了宣言の判例として理解することに疑問がある第二の理由は、この判例が次のように説いているからである。すなわち、この判例は請求の放棄、訴えの取下げ、和解と異なり、「離脱した部分についての訴訟費用に関しては依然として訴訟係属があり」、それ故に「裁判所は請求の全部についての訴訟費用の裁判を行う」と説きながら、他方では請求の一部について放棄、訴えの取下げ、和解等があっても、訴訟費用一体の原則から裁判所は請求の全部についての訴訟費用の裁判を行うと説いているのである。[12] つまり、このことは、請求の減縮があった場合に

はそれが請求の放棄、訴えの取下げ、和解等によって生じたか否かに関係なく、また訴訟費用一体の原則が適用されるか否かに関係なく、残部請求を判断する裁判所が全部の訴訟費用を裁判するということである。そうであるならば、わざわざ訴訟終了宣言について論じる必要はなく、その説明はいわゆる傍論である。要するにこの判例の訴訟終了宣言についての説明は、正に当時のドイツ法の訴訟終了宣言の制度に関する議論をそのまま日本に適用したということに過ぎないのである。

したがって、訴訟終了宣言について消極的評価を下す通説の側からこの判例を見ると、この二つの判例は訴訟終了宣言に関する判例ではなくて、「請求の減縮の場合(部分的に請求の放棄、訴えの取下げ、和解等の判決によらない訴訟終了が行われた場合)、残部請求について裁判する裁判所が全請求の訴訟費用を裁判するから、民訴法一〇四条の申立ては許されない」ことを明らかにした判例ということになるし、一般にはかように理解されている。[13] 前述のような判例の論理構造からすれば、訴訟終了宣言を積極的に是認する立場であっても、このような理解は一概に否定することはできないから、この判例をもって訴訟終了宣言を積極的に肯定することは困難である。その意味で訴訟終了宣言の制度を理解した判例という評価はできても、訴訟終了宣言の制度を我が国において積極的に根拠づける判例ということはできないと思う。なおこの判例が説いたところの一部が終了した訴訟の訴訟費用の裁判においては、今日では残部請求を判断する裁判所が全請求を判断するという見解に対しては、反対説が有力である。

2　否定的な判例

訴訟終了宣言について否定すべきことを説いたのは、③大阪地判昭和四三年六月一七日判例タイムズ二二五号一九四頁であるが(この判例は従来いずれの文献においても引用されたことがない)、その理由を次のように説いている。[14] (判例の事案については五の2で取り上げる)。

「ところで原告は予備的申立として、本件訴訟の終了宣言を求めているが、わが民事訴訟において終了宣言の認められるのは、例えば訴の取下、和解の成立、休止満了等により訴訟が終了した場合に訴訟の終了の有無につき争いのあるようなときであって、右以外の場合においては訴訟の終了を宣言する必要がなく、その旨の規定も慣行もないのであるが、これを本件についてみるに、既に本案の請求である本位的申立が訴訟要件を欠くため却下される運命にある以上訴訟の終了は自明であり、特にかゝる宣言をなす要をみないものといわなければならない。」

この判例が訴訟終了宣言を認めない理由は、「必要がなくその旨の規定も慣行もない」ことであるが、当時は訴訟終了宣言について積極説が説かれていない時代であることを考えると、裁判所実務としては当然の判断である。しかし、規定がないことや慣行がないことは、訴訟終了宣言制度がドイツで学説と判例によって生成されたことや、①②のような判例が存在することを考えると、積極的に訴訟終了宣言を排斥する根拠にはならない。また「訴訟終了は自明であり、特にかかる宣言をなす必要をみない」という記述からすると、訴訟終了宣言制度の目的や当事者の意図について十分な理解が欠けているように思う。当事者が訴訟終了宣言を求めたのは、単に訴訟の終了を宣言してもらうためでなく、自己の主張が終了事由発生の時点まで正当であったことを確認してもらうためであり、訴訟費用を相手側に負担させたいからである。もっとも、この判例の見解は当事者の予備的主張を排斥するために述べられたものであるから、正に傍論というべきであって、この部分が判例として意味を有するという訳ではない。

3　判例の評価

これら三件の判例を訴訟終了宣言の判例として考え、そこから直ちに訴訟終了宣言についての判例の傾向を読み取ることが許されるのかということが問題になる。数が少なく、二対一とはいえ相反する内容であることを考えると、これだけで判例を纏めることは正直なところ無理である。しかも、既に述べたように三件とも訴訟終了宣言の判例と

して位置づけることには疑問がない訳ではないし、今日ではこれら三件の判例は訴訟終了宣言の判例としては一般にほとんど注目されていないのである。そうすると、このような判例が存在していても、判例の訴訟終了宣言に関する態度は未定であって、態度決定は今後の問題と考えるべきではないかと思う。確かに、これらを除いた大部分の判例は訴訟終了宣言の制度からみてふさわしい事件であっても、当事者からの主張もないこともあって、訴訟終了宣言については論じることなく民訴法九〇条を根拠にこの問題を処理しているから、判例は通説と同様に訴訟終了宣言について否定的であると考えるべきかもしれない。しかし、それは訴訟終了宣言の理論が学説において十分に成熟していないからであって、判例において訴訟終了宣言の消極説が既に確立していると考えるべきではないと思う。まして今般の民事訴訟法の改正でこの問題が議論されていないということは、[15] 訴訟終了宣言の問題について立法者は将来の学説・判例に委ねたと考えるべきであって、ドイツでの訴訟終了宣言の制度の確立が学説と判例の展開に依存したことを考えると、我が国でも訴訟終了宣言の問題は立法論というよりは解釈論の問題というべきかもしれない。その意味で今後もこの制度のメリットと我が法制の問題点を明らかにする必要があろう。

(7) 訴訟終了宣言の視点からこれら二つの判例について言及する文献については、前注(2)に挙げた。

(8) この点は既に拙稿・前掲注(2)六頁注10においても指摘したことである。

(9) 法律新聞三七四八号四頁以下、同・三七八九号四頁以下。なお①は貸金返還請求事件であるが、訴求債権が相殺の特約により訴訟中に順次消滅していったという事案である。②は約束手形の支払請求事件であり、控訴審で一部任意に弁済がなされたという事案である。いずれもかような事実から請求の減縮がなされ、相手側が異議を述べなかったという事情がある。

(10) 引用は②(法律新聞三七八九号五頁)である。なお①においても同様な記述は見られるが、「弁済の為されざる限り」の代わりに、「相殺の特約存せざる限り」となっている(法律新聞三七四八号六頁)。

(11) ドイツで訴訟の一部の終了宣言の問題として議論されるということについては、BGHZ 40, 265 [Urt. v. 18. 11. 1963], KG MDR 1986, 241 [Urt. v. 20. 5. 1985] を参照。

(12) 法律新聞三七四八号六頁、同三七八九号五頁。

(13) これらの判例が説く民訴法一〇四条や訴訟費用不可分の原則に関する見解は、兼子一『条解民事訴訟法』二六八頁（昭三〇）、兼子一ほか著『条解民事訴訟法』二七四頁（〔新堂幸司〕、昭六一）、上田＝井上編・前掲注(3)四九六頁〔東松文雄〕、谷口＝井上編・前掲注(5)二一頁〔山内八郎〕等に見られるので、これらの判例は本文で述べたように、一般には理解されている。そこで斎藤編・前掲注(2)六三頁〔小室直人＝宮本聖司〕は、①を一部取下げの残部判決で訴訟費用について全部判断した判例として、②を請求の減縮の場合の判例として挙げている。同様に上田＝井上編・前掲注(3)四三一頁〔奈良次郎〕や谷口＝井上編・前掲注(5)二一頁〔山内八郎〕は、①を訴訟費用不可分の原則の判例として挙げている。福嶋登「訴訟費用の範囲」実務民訴講座二巻一四七頁注18（昭四四）は、共同訴訟における一部の共同訴訟人の訴訟の終了や当事者の脱退の場合の訴訟費用の裁判に関して、①②の判例を挙げているが、その意味は訴訟費用不可分の原則を明らかにした判例ということであろう。なお東京高判昭和五一年七月八日判例時報八三五号七六頁は、訴えの一部が取り下げられたり請求が減縮された場合は民訴法一〇四条の適用があるものとし、「終局判決では直接に判断の対象となった請求についてのみ訴訟の勝敗、訴訟追行の状況等を斟酌して訴訟費用の負担者及び負担の割合を決めれば足りるものというべきである」と判示して、①②とは反対の見解を明らかにしている。

(14) この判例の左記の部分は判例要旨に含まれていないから、果たして判例の検索で見付かるか疑問である。今回の判例研究においては関係する判例を全部読んだ結果、見付けることができた。なおこの事件の詳細は判例の掲載誌を見ても不明である。

(15) 民事訴訟法の改正の動きを伝えるものとして、法務省民事局参事官室『民事訴訟手続に関する検討事項』（平三）、同『民事訴訟手続に関する検討事項補足説明』（平三）、柳田幸三＝始関正光＝小川秀樹「『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要」ＮＢＬ五一二号乃至五二五号（平五）、法務省民事局参事官室『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』（平六）、同『民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明』（平六）、柳田幸三＝始関正光＝小川秀樹＝萩本修＝花村良一「『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』に対する各界意見の概要」ＮＢＬ五六一号乃至五七〇号（平七）等がある。なお訴訟終了宣言についての私の立法に対する提言は、後注(19)の⑧論文九二頁以下に詳しい。

三　訴訟終了事由の発生と民訴法九〇条

我が国において訴訟終了宣言の制度は不要と考える通説の根拠の一つは、民訴法九〇条(以下では単に九〇条と略す)の存在である。すなわち、これによって訴訟終了宣言の制度が提起した問題は処理できると考えるのである。そこで九〇条についての判例を題材に、九〇条による処理方法の問題点を考察してみようと思う。

1　訴えの取下げと民訴法九〇条

訴訟中に訴訟終了事由が発生した場合、その後の手続の終了と訴訟費用の問題を合理的に処理する方法として、ドイツで訴訟終了宣言が考案されたのであるが、我が国の通説はこのような場合は、訴えの取下げと民訴法一〇四条に基づく九〇条の準用で十分に対応できるとして、訴訟終了宣言の不要を説いている。そこで訴えの取下げの場合の九〇条について判例を見てみよう。

イ　判例の状況

訴えの取下げ後に訴訟費用の裁判で九〇条を論じた判例としては、④東京高決昭和三三年九月二四日判例時報一六九号一三頁＝東高民時報九巻九号一六四頁、⑤札幌高決昭和三四年九月一五日下民集一〇巻九号一九四二頁、⑥札幌高決昭和三九年一一月一二日高民集一七巻七号四八九頁、⑦東京地決昭和四四年六月一六日訟務月報一五巻一〇号一一三七頁(再抗告審決定は⑧東京高決昭和四四年一〇月三日訟務月報一五巻一〇号一一四〇頁)がある。

④⑤⑥は差押え解除による第三者異議訴訟の取下げの場合であり、⑦(⑧)は本案で和解が成立したことによる仮処分申請の取下げである。九〇条の適用を肯定したのが④⑥、否定したのが⑤⑦(⑧)である。取下げに当たって訴訟費用について各自負担との暗黙の了解があったか否かが争われ、肯定するのは⑦(⑧)であり、否定するのが④で

ある。なお⑤⑥はいずれも原審の判断と対立している。すなわち、⑤は原審が安易に九〇条を適用したことを批判し、訴訟費用は原則として訴えを取り下げた者が負担するのであるから、「原裁判所としては、当事者を審尋するなりしてから決定をなすべきであったと考える」と述べている。⑥は原審が相手方は起訴を挑発していないと判断したことを否定した。

ロ　判例の評価

このような状況から分かることは、第一に判例の数が少ないことであり、第二に少ないにもかかわらず判例の判断に統一性が見られないことである。判例の数の少ない原因を制度が十分に機能していないと考えるか否かは見解が分かれるところであろうが、一番の原因は訴訟費用に関心が薄く、訴訟費用をめぐって訴え取下げ後に深刻な紛争が生じなかったからと思われる。しかし注目すべきことは、訴訟費用について関心が薄いにもかかわらず、訴え取下げ後に訴訟費用をめぐって本格的に争われる事例が、このように判例の中に見られることである。近年の我が国の権利意識の高揚を考えると、今後は訴訟費用についての紛争は益々増加するように思う。それ故にこのように判断に統一性がない判例の存在は、現行法の解決方法が十分に機能していないことを物語るものであり、そのための対応策について十分に考えておく必要を説いているように思う。

そこで現行法の問題点であるが、それは既述のように判例の判断の統一性が見られないことである。これは基準なきに等しく、判断の予測を困難にすることであり、法制度としては困った事態である。裁判所の判断に統一性が見られない原因として、先ず考えられることは、個々の事案の特殊事情である。さらに訴訟費用の問題は裁判所の裁量の問題であることも考えられる。このようなことからすると、判例の判断の不統一は当然のように思える。しかし、⑤が原審の判断に対して批判していることから分かるように、判断の不統一な結果が生じたのは、個別の事情というよりは、九〇条の適用について裁判所の間に統一的な理解がないことに原因があるのではないかと思われる。さらに言

うならば、九〇条そのものが判断の不統一を生じさせるような要因を内在しているのかもしれないし、そもそも九〇条のような規定では訴訟費用についての判断の統一性を考えることは無理なのかもしれない。とはいえ、裁判所の判断の不統一という事態は早急に克服されなければならない。その方法として先ず考えられることは、判例の集積を待って判例を類型化したり分類したりして、客観的基準の発見に努めることであろう。しかし、既述のように判例の数が少ない現状ではこの方法は無理であり、結局のところ、判断基準が明確になるような手続的工夫が必要ということであろう。あえて言うならば、それが訴訟終了宣言の制度であり、判例の事案の場合に訴えの取下げでなく、訴訟終了宣言によって処理すれば、このような不統一にならなかったように思う。なお訴訟費用について各自が負担するとの暗黙の了解があったか否かが争われている事例(④⑦⑧)があるが、これは、訴訟終了宣言は訴えの取下げと訴訟費用についての和解が包含されていると解すれば足りるとする通説の立場(詳しくは四の三参照)に対して、多少の問題を提起しているように思う。すなわち、そのような擬制だけでは不十分で、裁判所の積極的な釈明が必要であるということを意味するものであろう。またそのことは手続そのものだけでは問題が処理されないことを暗示しているようにも思う。

2　従前の本案の判断と民訴法九〇条

九〇条について一般に説かれていることは、訴訟費用の裁判は、従前の訴訟の経過を考慮して裁判所が妥当な判断をすることを規定したものであるということである。しかし、現実にはそのようには機能していないようである。すなわち、九〇条は本案についての終局判決による訴訟の終了を想定した規定であるのに、終局判決のないままに訴訟が終了する場合や、終了事由発生を理由にする請求棄却判決の場合に、九〇条を適用することに問題があるように思う。

イ　判例の状況

九〇条の適用に際して、従前の請求に関する判断について論じている判例は四つある。⑨東京地判大正八年一一月二九日法律新聞一六六四号一八頁は、即時認諾の場合の訴訟費用は原告の負担とする旨の旧法七四条時代の判例であるが、第三者異議訴訟中に差押えが解除された場合の訴訟費用について、次のように述べている。「被告が訴訟中原告の請求を履行したる場合の如きにありては原告の訴は之が為め敗訴するも訴訟費用は却て之を被告の負担と為すべきを妥当とすれども此如きは民事訴訟法第七十四条に規定の反面より付度し得べき法意にして右法則を適用し得べき場合は前記第七十四条の場合と同様に被告が明かに原告の請求権の存在を認めたりと見る可き場合に限られ偶々被告をして原告の求むる所に適用すべき行為を為したりとするも其果して被告原告の請求権を認めて此に出でたるものなりや否や不明なるが如き場合にありては直ちに右法則を適用すべき限りにあらざるなり」。そして具体的事件の処理について、⑨は差押え解除の事実だけでは適用するには不十分であるが、しかし、「訴訟費用の負担者を定むるが為にのみ本案訴訟の黒白を分つべきことを命じたる規定なきが故に…原則に依り之を判定する外なきもの」として、訴訟費用は原告に負担を命じている。この⑨の見解は、現行法の下の⑩大阪地判昭和三〇年一一月二日下民集六巻一一号二三二三頁に引き継がれている。⑩は「九〇条が適用されるのは本案の審理過程で九〇条所定の特別な事情が認められる場合である」としている。なお⑪最二小判昭和二六年一二月二八日ジュリスト五号三九頁（事案不祥）は、「論旨は本訴においては当事者の負担する訴訟費用も莫大であるから当事者としては実体上の判断を受ける権利があるというのであるが所論のような訴訟費用を当事者のいずれが負担するかは請求に関する実体上の利益ではない。訴訟費用の負担のために実体上の判断をしなければならないというものではないから論旨は理由がない」と述べているが、⑨⑩と同様の立場であろう。

ところで、⑫大阪高判昭和四七年四月一七日判例タイムズ二八〇号二四〇頁＝判例時報六七九号二三頁は、注目す

べき判例である。これはXが所有権に基づいてYに対して所有権の抹消登記を求めた訴訟であるが、訴訟係属中に登記名義がYからAに移転し、AがXに対して売買契約を締結して代金を支払ったことが控訴審で判明した事件である。一審では原告が勝訴しているが、それは被告が訴えの取下げに同意せず、しかも当事者が法律関係の変動を主張しなかったためである。⑫は原判決を取消して請求を棄却し、一・二審の訴訟費用の三分の一をXの負担とした。その理由は、「原告敗訴の場合にも、敗訴の原因が訴訟係属中の権利関係の変動によるときには、訴提起当時の状況からすれば、訴の提起が原告の権利の伸張に必要な場合もありうるのであるから、訴訟費用の負担を定めるにあたっては、右権利関係変動前の状況に基づけば、原告の請求が正当であったかどうかを考慮してこれを決すべく、もし裁判所がその当否についての判断になお熟していないときには、訴訟に顕われた全資料を顧慮、綜合して、裁判所が公平の見地からの裁量によりこれを定めるのが民事訴訟法第八九条第九〇条の趣旨に合致するものと解せられ」ると説いている。

ロ　判例の評価

これらの判例から分かることは、九〇条の適用は終了事由が発生したと裁判所が認識した時点における本案の審理の状況に左右されることである。本案の審理状況は千差万別であるから、訴訟費用は誰が負担するかは一概に決まらないことは致し方ないとしても、例えば、一方に有利な証拠調べのみが行われて反証が行われていない段階に終了事由が発生した場合、終了時までの証拠調べの結果のみで厳格な判断をして処理することは、衡平でないと思う。九〇条が衡平の見地から作られた規定であることを考えると、⑨⑩のように一律に割り切って処理するのでなく、審理の内容や状況に応じた認定（双方的訴訟終了宣言の場合のZPO九一条a[16]の処理方法[17]）で対応したり、訴訟費用の判断に争いが生じるおそれがある場合の審理方法（一方的訴訟終了宣言[18]が対応する手続）は考えておく必要がある[19]。

正にこの問題を論じたのは⑫である。⑫の方法こそは訴訟終了宣言に関する唯一の条文であるZPO九一条aが規

定している方法を想起させるものである。もっともドイツ法は本案判決による訴訟終了の場合ではないし、要件として「両当事者が終了を宣言した場合」と規定している点は注意する必要がある。また⑫は根拠として単に「八九条、九〇条の趣旨に合致する」ことだけを挙げるが、対立すると思われる⑨⑩との関係について言及がない以上、やや強引な解釈との印象は否定できない。問題は九〇条をいたずらに拡張してつじつまを合わせようとする姿勢である。九〇条が手続的視点を欠いたまま立法されたとの認識の下に、法の欠缺を根拠に訴訟終了宣言の制度を考え、この種の問題について論理的に統一的な解決方法を志向すべきではないかと思う。したがって、⑫は終了宣言の必要を説いたものと評価し、本論文二で終了宣言を説いた判例として論じた判例とともに、訴訟終了宣言の基礎を提供する判例として位置付けるべきであろう。なお⑫の事案は通常は訴えの取下げで処理される事件であり、特別の事情のため控訴審で訴えが棄却されたのであるから、実質的には双方的訴訟終了宣言と類似し、ＺＰＯ九一条ａが適用される事例と考えることもできる。

3　事件の種類と民訴法九〇条

既に九〇条の問題点を見てみたが、訴訟終了宣言が問題になるような事例を判例で探すと、例えば、訴えの利益が消失した時点で請求に理由があり、それ故に本案は訴え却下（原告敗訴）にもかかわらず、被告が訴訟費用を負担するような場合である。このような処理をしている判例も少なくないが、それらはほとんど行政事件である。そこで民事事件の判例において終了宣言が問題となるような九〇条後段に関した事例を探してみると、第三者異議の訴えが提起された後に執行が解除された場合や、訴訟中の弁済がなされたことによる訴訟終了の事例を見ることができる。このような場合に訴訟費用について論じている判例が目につく。

イ　執行解除による第三者異議の訴えの終了

この場合は、訴えはその目的を失うから訴えは却下（棄却）される。[20] これは訴訟中に訴えの利益が消滅した一事例ということになるので、ドイツではこのような場合は、訴えの取下げや訴えの却下ではなく、訴訟終了宣言が利用される。すなわち、一方的訴訟終了宣言の場合であれば日本民訴法八九条に相当するＺＰＯ九一条によって、双方的訴訟終了宣言の場合であれば、それを規定しているＺＰＯ九一条ａによって、訴訟費用は裁判される。ＺＰＯ九一条ａによる衡平な裁判がなされる場合に、即時認諾について訴訟費用を原告に負担させる旨を規定しているＺＰＯ九三条が問題になると、執行債権者（第三者異議訴訟の被告）が訴えを惹起させたか否かが考慮されることになる。[21]

日本の場合は訴訟が続行された場合であれ、訴えが取り下げられた場合であれ、九〇条が問題になる。[22] このような場合に請求を棄却した事例としては、⑬大津地判大正四年一二月二五日法律新聞一〇七一号一四頁＝法律評論四巻民訴三二九頁、⑨東京地判大正八年一一月二九日、⑭東京区判大正一一年一月二七日法律評論一一巻民訴一〇三頁、⑮東京控判大正一四年三月二五日法律新報三九号一七頁、⑩大阪地判昭和三〇年一一月二日、⑯松山地判昭和三六年八月二三日判例時報二七七号二八頁等がある。訴えが取り下げられた場合については、既に述べた④東京高決昭和三三年九月二四日、⑤札幌高決昭和三四年九月一五日、⑥札幌高決昭和三九年一一月一二日がある。

これらの判例を結論から分類すると（括弧内は訴えが取り下げられた事例）、第三者異議の訴えの原告が負担すべきものとしたのは、⑨⑩⑭⑮⑯（⑤）であり、被告が負担すべきものとしたのは⑬（④⑥）である。⑤⑨⑩が原告負担とした理由は、原告の請求に理由があるとは現時点では判断できないからであり、⑭⑮は原告の主張に理由がないと判断したからである。⑯が原告負担とした理由は、原告は訴え提起時に訴訟終了を予想しえたと判断するからである。⑬が被告負担としたのは、不法な強制執行であると判断したからであるが、④は被告の「工場抵当法からして無効の差押えであるから提訴する必要がなかった」という主張に対して、それは認められるが、第三者異議が不要とは言え

ないと判断したうえで、訴え提起に至る事実の経過を詳しく述べることによって、被告の主張を却けた。⑥は原審の判断と異なり、被告に起訴の挑発があったと判断したから被告に負担を命じたものである。第三者異議の訴えの原告（訴えを取り下げた者）が負担する判例が多いのは、一般論として勝訴者（第三者異議の訴えの被告）が負担すべきことを述べても（この部分が判例体系等に掲載される）、実際の事件ではその命題の適用を認めていないからである。すなわち、⑨は訴訟中の履行の場合、⑭は即時認諾の場合、⑮は目的物が滅失した場合に第三者異議の訴えの被告（勝訴者）の訴訟費用負担を述べているが、当該訴訟では原告が負担すると判断している。

ロ　弁済等による訴訟終了と民訴法九〇条

九〇条後段の適用要件については、学説においても必ずしも見解の一致が見られる訳ではない。例えば鈴木忠一氏は被告の訴訟中の弁済事例について、この事実を「原告が争わないとき」に九〇条の適用があるとする。[23] これに対して細野長良博士は、「原告ハ直ニ之レニ因リテ自己ノ訴カ理由ナキニ帰シタルコトヲ認メタル」ことを要件とし、[24] 松岡義正博士は、この場合は「原告ノ訴カ其ノ提起ノ当時正当ナルヤ否ヤヲ調査シ正当ト認メタルトキ」と述べている。[25] これは旧民訴法七四条（ＺＰＯ九三条）を念頭に置いていることは明らかであるが、請求の理由の有無を訴訟費用の裁判で判断するのかが問題となろう。

必ずしも訴訟中の訴訟終了事由の発生という事案ではないが、類似した事例に関する判例を見てみると、例えば、⑰東京控判（裁判年月日不明、明治四三年（ナ）一五号）法律新聞六六五号（明治四三年九月一〇日号）一一頁は詐害行為取消訴訟であり、「当事者の一方が当初無益な攻撃防禦の方法を用いたが、その後に生じた事情のため勝訴した場合、右行為によって生じた費用を勝訴者に負担させることができる」旨を述べているが、当該事案では訴訟中の相手方の行為（弁済）によって敗訴になったことが重視されている。⑱東京区判大正二年一〇月二〇日法律評論二巻民訴二九四頁は、「義務者が訴訟係属後一年間請求を争った後裁判外で弁済したために勝訴したような場合は、認諾と同一視できるか

らこの者に訴訟費用の全部を負担させるのが相当である」旨を述べている。⑲東京控判大正一四年四月一三日法律評論一四巻民訴三八八頁は、「確認訴訟を提起した後に相手方が争ったが、結局請求を認めたため訴えの利益がないとして敗訴した場合は、訴訟費用を相手方にも分担させるのが相当である」と判断している。もっともこの判決の訴えの利益がなくなるとの判断には疑問があり、本案判決を下してもよいように思う。⑳東京区判昭和五年五月三一日法律新聞三一五七号一二頁は、「土地の賃貸人が賃借人の所有に係る建物の占有者を被告とし賃借人の賃料不払による契約解除を理由として土地の明渡請求をした場合、原告が勝訴しても被告に訴えの提起について責任がないから訴訟費用は自ら負担すべきである」とする。

ハ　判例の評価

従前の判例を含めて同じ訴訟類型に属するものという視点で纏めてみたが、判例の九〇条(旧法では七四条)適用の基準は種々なものがあり、判例の判断基準を統一的に考察することは困難であるように思う。この他にも既に紹介した判例について、事件の類似性という観点から比較してみると、⑯(松山地判昭和三六年八月二三日)の場合は法解釈が問題となるという点で、工場抵当法の法解釈が問題になった④(東京高決昭和三三年九月二四日)と比べてみると、両者の結論の差がどうして生じたのか不明であるし、⑯が訴外人の破産が予想されたことを理由に、訴訟費用を原告に負担させるのは原告に厳しい判断のように思う。また登記抹消事件である⑫(大阪高判昭和四七年四月一七日)と㉑東京地判昭和四五年四月七日ジュリスト四七二号七頁を、同じ登記抹消事件ということで比べてみると、本案の審理の進捗状況の違いなのか、対応の仕方が異なるように思う。すなわち、㉑は「原告主張の登記が現に抹消されている以上、原告が被告に対し右登記の抹消手続を求める請求は棄却されるべきであるが、右抹消登記手続は本訴提起に伴う予告登記完了後になされたものであるから、原告の本訴請求はその権利の伸張に必要なものと認め、訴訟費用は被告に負担させるのが相当である」と述べているが、これは訴訟終了事由である「抹消登記手続は本訴提起に伴う予告登記完

了後になされたものである」とすると、当然に被告が訴訟費用を負担しなければならないものであると理解してよいのかは不明である。同じ類型の事件において適用基準が必ずしも明快でないとなると、事件が異なれば適用基準の解明という作業は一層困難になるであろう。

さらに九〇条に関して問題なのは、九〇条を信義則的に一般化することである。㉒千葉地判昭和六〇年五月一〇日金融商事判例七二八号三五頁＝判例タイムズ五六二号一二三頁は、九〇条を抽象的な規定として考えている。この事件はいわゆる協力預金として預けた他人名義の定期預金について出捐者である会社の支払い請求を認めたものであるが、訴訟費用は勝訴の原告負担とした。この場合に判例は単に九〇条を引用しただけであるが、この事件は九〇条に規定した要件に直接該当しないから、自己の行動に起因して訴え提起をせざるをえなかった原告自身の責任を斟酌し、衡平の観念より九〇条を拡張して適用したということになろう。このようなことは、旧法七四条時代の判例であるが、⑨⑬⑰⑱⑲等においても見られる。[26] すなわち、事例が七四条そのものに該当しないために、これらの判例では七四条の「付度」とか「類推」とか「精神」とか「民訴法の精神」とかが述べられている。このような判例の流れが九〇条のような一般的、抽象的な規定の創設に繋がったものであると思うし、㉒のように九〇条を抽象化して適用する判例の出現の原因になったのだと思う。

九〇条をこのように信義則的に考えるならば、判断基準の探求は困難であり、判断の不統一は当然ということになるのかもしれない。しかし、このような状況には承服できないし、そもそも九〇条を信義則的に把握することが問題である。というのは、九〇条を信義則的に使用することは、訴訟費用は勝敗に関係なく衡平の見地から負担者を決めることであり、それは訴訟費用の負担は結果責任であるとする八九条の原則を無視することになるからである。もちろん、結果責任の原則の問題があるから原則の修正であるという考えもあろう。しかし、訴訟の結果でなく衡平を重視すると、訴訟費用負担の問題が新たな紛争となり、訴訟費用の負担は簡単には決まらないように思う。ＺＰＯは訴

訟費用敗訴者負担の原則の例外を九三条以下に個別的・具体的に規定し、決して例外を抽象的に規定していないが、それはそのような配慮があるからであろう。[27] つまり、結果責任主義の原則との調和を考えると、例外規定の一般化よりも個別化の方が合理的で妥当な結果が得られると考えたからであろう。日本法は従前の例外規定を統合し例外を一般的・抽象的に規定した結果、あたかも信義則のように一般化して使用することが可能になったため、九〇条の適用基準が不明確になったように思う。もっとも、これに対してZPO九一条aも一般的・抽象的規定ではないかとの反論があろう。しかし、これは双方的終了宣言の規定であって、この規定が働く場面は限定されているし、この規定の適用に関しては当事者の合意(あるいは意思の合致)が要件であることから、当事者はかような規定の適用を受けるか否かの選択権を有していると見ることができる。つまり終了宣言によると、当事者が終了事由の発生の有無や発生責任を争った場合は、既述のように訴訟で決めることになるから、当事者の手続は保障されるし、訴訟費用負担者決定の原則である結果責任主義は堅持される。争わない場合は、裁判所がZPO九一条aを参考にして裁量的に決めることになる。

九〇条に関する判例を概観しその問題点を見たが、一言で纏めると九〇条の適用基準が明確でなく、訴訟費用の裁判は透明性に欠けるというものである。九〇条は裁量的規定であるから、かような帰結は当然であるというかもしれないが、判例において判断基準が明確でないということは、裁判所にとっても当事者にとっても好ましいことではないし、そもそも裁量といっても裁判所が完全に自由に判断する訳ではない。結局のところ、2で述べたように類型化という作業によって基準の発見に努めるか、あるいは訴訟終了宣言による処理が必要のように思う。

(16) 双方的訴訟終了宣言については、拙稿「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」法学研究五〇巻一二号三三九頁(昭五二)参照。

(17) ZPO九一条aについては、拙稿「ドイツ民事訴訟法九一条aの翻訳について」教養論叢九六号一頁以下(平六)参照。

(18) 一方的訴訟終了宣言については、拙稿「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」法学研究五五巻七号一頁以下（昭五七）参照。

(19) 訴訟終了宣言に関する私の研究を発表順に挙げるならば、①「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」(a)法学研究四九巻二号一八頁以下、(b)三号六一頁以下（昭五一）、②「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」法学研究五〇巻一二号三三九頁（昭五二）、③「訴訟終了宣言」『民訴法の争点（旧版）』一六六頁以下（昭五三）、④「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」法学研究五五巻七号一頁以下（昭五七）、⑤「訴訟終了宣言と訴訟係属」法学研究六一巻一〇号一頁以下（昭六三）、⑥「訴訟終了宣言の近時の問題」民事訴訟雑誌三八号六九頁（平四）、⑦「ドイツ民事訴訟法九一条aの翻訳について」教養論叢九六号一頁以下（平六）、⑧「訴訟終了宣言の日本における立法化について」中野貞一郎＝石川明編『民事手続法の改革』七八頁以下（平七）がある。なおこの他に判例解説と判例研究がある。前者は訴訟終了宣言に関する判例（BGH, Urteil v. 8. 12. 1987, NJW 1982 767, BGH Beschl. v. 8. 12. 1981 NJW 1982 768）の解説であり（⑨判例タイムズ四九七号六八頁以下（昭五八））、後者は㉜最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁を訴訟終了宣言の観点から論じたもの（⑩法学研究六四巻六号一四一頁以下（平三））である。なお⑦は日本で従来公表された一一のZPO九一条aの翻訳を分類し、検討したものであるが、単にZPO九一条aの翻訳だけでなく、日本における訴訟終了宣言について言及した論考を、訴訟終了宣言の制度の翻訳という観点からも分類したものである。したがって、⑦は翻訳の問題だけではなく、訴訟終了宣言の日本における翻訳語を網羅しようと努めたものであり、訴訟終了宣言についての日本語の文献一覧としての意味も有している。

なお最近の訴訟終了宣言に関する我が国の学説の状況については、前注(1)、(3)参照。

(20) 中野貞一郎『民事執行法』二八三頁（二版、平三）、鈴木忠一＝三ケ月章編『注解民事執行法（1）』六七九頁（（鈴木忠一）昭五九）等。なお後者は、本来は却下であるが、「ただし我が国の実務では請求棄却の判決をしているのが普通のように思われる。」と述べている。

(21) ドイツでの手続の概要については、Rosenberg-Gaul-Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., 1987, S. 522 f. による。

(22) 鈴木・前掲注(20)六七九頁は、「訴訟費用の負担については民訴法九〇条の適用を考慮すべきである。」と注意を呼びかけている。この点に関して兼子博士は戦前のある判例研究において、「債権者が債務者の所有する物を差押えたことに対する第

三者異議の訴で、債権者が異議を認めて差押を解除すると、それまでの訴訟費用は民訴第九〇条により、勝訴の債権者をして負担させるべきであるとは必ずしも即断できない」とし、その理由として、「債権者の所持占有する物は一応その所有物と認めるのが当然であるから（民法一八八条）、単に第三者が異議を述べたからとて直ちに差押を解除すべき必要な」いことを挙げる（その根拠として執達吏職務細則五五条、五九条を指示）。そして、「むしろ第三者において訴訟前又は訴訟上において充分の証明方法を講じたに拘らず、債権者が差押の解除を肯じなかつた場合に始めて、起訴の挑発乃至は不必要な防禦をしたものとして、その後に解除しても訴訟費用を負担させられるに止まると解すべきである」と主張される（兼子一『判例民事訴訟法』四五八頁（昭二五）。そもそも博士は第三者異議の訴えの訴訟費用については、「敗訴者に負担させるのが通常であるが（民訴八九条）、債権者が債務者の占有・登記に信頼してその財産に対して執行を申立て、原告である第三者がその権利を証明して異議を述べ、他の財産へ執行させる機会を与えずに直ちに起訴した場合の如きは、債権者が起訴を誘発したといえないから、訴訟費用は、異議が理由ある場合においても、これを原告に負担させるのが衡平に合する（民訴九〇条、旧民訴七四条参照）。」とされる（兼子一『増補強制執行法』六三頁（昭三〇））。

なお奈良次郎教授は九〇条の注釈の中で、第三者異議訴訟中に差押えが解放され被告が勝訴した場合、判例が九〇条をどのように適用しているかを概観しているが、その結論として、「これをみれば、このような事案についての裁判実務はやや混沌とし、統一的な基準によっているとまでいえないようである」と述べている（上田＝井上編・前掲注(3)四四六頁〔奈良次郎〕）。なお訴訟終了宣言について教授は、「導入を不要とする見解が強い」と述べている（同・四一〇頁）。

(23) 鈴木忠一「訴訟費用の裁判」『民事訴訟法講座第三巻』九四〇頁（昭三〇）。

(24) 細野長良『民事訴訟法要義』一二〇頁（昭一二）。

(25) 松岡義正『新民事訴訟法注釈第三巻』五二三頁（昭七）。

(26) 現行民訴法九〇条は旧民訴法七四条を取り込んだ規定であり、旧民訴法七四条はＺＰＯ九三条を模範にしたものである。換言すれば、ＺＰＯ九三条は我が国では旧民訴法七四条を経由して九〇条に取り組まれていると言える（詳細は拙稿・前掲注(19)①(a)法研四九巻二号三七頁参照）。なおＺＰＯ九三条は旧民訴法七四条と同様な規定であり、被告が訴えを誘発しないにもかかわらず訴えが提起されたため、即時に認諾した場合は訴訟費用は原告が負担する旨を規定している。

(27) ドイツでは日本の九〇条のような規定の創設は全く考えていないし、結果責任主義の原則の維持に注意を払っている（詳細は拙稿・前掲注(19)⑤法研六一巻一〇号二二頁以下）。なおＺＰＯ九三条は、そもそもが確認訴訟の濫訴防止のために作ら

れた規定であることは注意しておく必要がある（詳細は拙稿・前掲注(19)①(a)法研四九巻二号三七頁参照）。

ところで日本でも旧法時代ではあるが、敗訴者負担の原則に対する例外規定は厳格に解釈すべきであるとの見解や判例が見られた。すなわち、「敗訴者が控訴中に任意にその義務を履行した結果、訴訟が意味を失い原判決を破棄するに至った場合、訴訟費用は誰が負担するのか」という問いに対して、「問題の事例が訴訟費用の敗訴者負担の原則に対する例外規定のいずれにも該当しない場合は、原則に復帰して敗訴者が負担することになる」との解答がなされ、「同趣旨判例」として東京控訴判明治四二年一〇月二八日法律新聞六一三号一二頁が挙げられている（法律評論二巻民訴一五六頁以下（大二））。解答者は続けて、「結論が不当であることは明らかであるが、法の不備なためいたしかたなく、民事訴訟法改正において注意すべき事項である」旨を述べている。同じ質問に対して、同様な理由で敗訴者負担を説いた板倉松太郎学士は、「常識的には勝訴者に負担させるべきであるが、訴訟法の解釈論としてはこれ以外の解答はない」趣旨のことを述べている（法学志林一五巻六号七八頁以下（大二））。これらの見解や判例によれば、⑱東京区判大正二年一〇月二〇日についての法律評論のコメントと同様に、⑱に反対ということになろう。換言すれば、⑱はこのような見解に対して反対を表明した判例ということになる。既に述べたようにその後の判例の展開から分かることは、⑱が支持され、それが現行法のような例外規定の集約化という法改正に結びついていったということである。かような現象は常識に合致することが訴訟法の理論よりも重視されたと表現することができるが、それはまた日本ではかくしてドイツ法のような見解の妥当性が忘れ去られてしまったということでもある。なお前記明治四二年一〇月二八日法律新聞六一三号一二頁の事案は、仮登記抹消請求事件で請求認容判決後に被告が抹消登記をしたうえで控訴した場合であり、正に設問のような事件であった。裁判所は原判決を取り消し被控訴人の請求を棄却し、訴訟費用は一・二審とも被控訴人（原告）の負担と判断した。

四　民訴法九〇条による解決方法の問題点とその克服の方向

九〇条に関する判例を概観したところ、問題点として九〇条の適用基準が明確でなく、訴訟費用の裁判は透明性に欠けるということが明らかになった。この問題点を克服する方法として、類型化という作業によって基準の発見に努めることが考えられるが、必ずしも十分な成果が期待できないことも判明した。そこで次に、かような一〇四条や九

○条による解決方法の問題点がなぜ発生するのかという原因を探求してみようと思う。原因を正確に把握したうえで、それに対する方法を考察することが問題解決の近道であるからである。

1　民訴法九〇条の手続的問題

九〇条は訴訟の判決による終了時に、本案の判断を参考にして訴訟費用を判断する方法である。訴訟費用の負担者を決める手続が特別に規定されていないことから明らかなように、九〇条は請求について判断がなされ、本案の審理と共に訴訟費用の裁判の判断材料が得られることを前提にした規定である。ところが訴訟終了事由が発生するのは常にそのような状況の下でとは限らない。そこで請求について判断ができていない段階に終了事由が発生した場合に問題が生じる。請求に理由があったと判断ができていないことを理由に、訴えは「権利の伸張若は防御に必要なりし行為」でないとして九〇条を適用しないのか、それとも従前の判断材料を最大限活用して九〇条を働かせるのかという問題である。既に三の2で見たように判例は分かれているが、前者はいかにも問題の切り捨ての感があり妥当ではないし、後者は九〇条の解釈として認められるかが問題である。これでは訴えの取下げと異なり当該訴訟で処理するにしても、九〇条を働かせることは困難であると言わざるをえない。

さらに問題なのは手続上の当事者の処遇である。当該訴訟で訴訟費用について判断するとしても、訴訟終了宣言によるならば、当事者は訴訟終了事由の存否や訴訟終了事由の発生時点での理由具備という点で争うか否かの選択権を有している。換言すれば、訴訟費用について、両当事者が裁判所に裁量的に判断してもらうための双方的訴訟終了宣言と、本案と同じような手続で判断してもらう一方的訴訟終了宣言とがあり、それは当事者が選択できることになっている。これに対して九〇条による方法では、当事者は訴えの取下げか本案続行のいずれかを選択することはできても、続行する場合の手続は裁判所の裁量的手続で行われる。この結果九〇条による方法は、本来なら区別して扱うべ

き事件にもかかわらず全て同じ手続で処理することになるから、争って決着をつけるのが妥当な事件（一方的訴訟終了宣言が考えている事件）が簡単に処理されたり、九〇条が信義則的に拡張使用されて九〇条の適用基準が曖昧になってしまうように思う（三の3のハ参照）。終了宣言が可能な事例で九〇条を論じる判例を見てみると、実際に九〇条を適用した事例が少ないことや、類似した事例で合理的理由がないにもかかわらず判断が異なったりしていることに気がつくが（三の3のイ、ロ参照）、これはこのような手続構造に起因しているように思う。したがって九〇条では訴訟終了宣言が提起した問題に答えられないし、また終了宣言と同じような効果が得られないように思う。かような事態は解消すべきであると思うが、九〇条の利用に関して類型化して適用基準を明確にするという困難な作業よりも、九〇条は手続的な配慮が十分でなく（終了宣言が問題にする事態を想定していないとして）、問題発生の原因は手続構造にあるとの認識に立って、終了宣言で処理することを考えるべきであるというのが私の意見である。

2　訴えの取下げの場合の訴訟費用を判断する裁判所

ＺＰＯ九一条ａによる訴訟終了宣言の場合は、その後の訴訟は従前の受訴裁判所が処理することになっているが、従前の訴訟の経過に基づいて訴訟費用の負担者を決めるのであるから、当然なことと言わなければならない。つまり、規定がない場合でも従前の裁判所が処理することは当然である。ところが日本法の訴えの取下げの場合は必ずしも明確でない。訴えの取下げにより訴訟は終了するという事情はあるにしても、従前の裁判所が従来の訴訟の経過を考察して訴訟費用の負担者を決めるとは明文で規定されていないからである。そこで第二審で訴えの取下げがあった場合に、一〇四条の申立ては第二審の裁判所になるのか、それとも第一審の裁判所かで争われている。[28]

議論があるということは、規定が十分でないことを示すものであるし、そもそも立法に問題があることを示すものであろう。判例・通説は従前の訴訟を担当した（第二審の）裁判所であるという見解であるが、その理由については見

解の対立が見られる。理由はともかく判例・通説に従い一〇四条の裁判所は従前の訴訟の裁判所であるという見解に立つならば、訴訟終了宣言の独自性を認める見解と結論は同じで大差ないから、訴訟終了宣言を認める必要はないと考えるかもしれない。しかし、必ずしもそうならないことがこの問題の議論を通じて明らかになる。

従前の裁判所であるとする理由については、判例・通説の中で一〇四条二項で一〇〇条一項を準用していないことを根拠にする説、一〇四条の制度目的から考える説、両者を根拠にする説の三つに分かれる。一〇四条二項を根拠とする説は大判昭和一四年五月三日民集一三巻五四二頁と一部の学説が説くところであり、判例の言葉を借りれば「民訴法一〇四条の明定するところなり」という見解である。すなわち、民訴法一〇四条二項は同法一〇〇条二項、三項を準用しているが、一項を準用していない。これは一〇四条の裁判所は第一審の裁判所でないからであると説く。これに対して有力説は一〇四条二項は解答にならないと説く。同じように一〇〇条一項を除外して二項三項だけを準用する一〇三条の場合は第一審の受訴裁判所と解すべきであるし、一〇三条、一〇四条で一〇〇条一項を準用しないのは一〇三条前段、一〇四条一項においてそれぞれ一〇〇条一項に相当する条項が備わっていると考えるからである。そこで、一〇四条の規定を根拠にしない多数説は実質論を展開する。すなわち、訴訟費用の負担者を決めるのは、従前の訴訟の経過を知っている裁判所が適切であるというのである。

しかし、一〇四条の裁判所の問題を実質論で考察するとなると、「そもそも一〇四条の管轄裁判所は訴訟記録を保存している第一審の受訴裁判所である」とする説と対立することになる。この説は記録を保存している第一審の受訴裁判所の方が判断しやすいのではないかと説くからである。対立点は次の二点に集約される。第一は一〇四条の申立ての記録が第一審に戻される前になされるのが一般的なのか、それとも第一審に戻されてからなされるのかということである。第二は記録の取り寄せは簡単であるから記録がどの裁判所にあるかは重要でないと考えるか、それとも従前の裁判所と言っても裁判官の交替もあろうし、裁判官自身も終了した事件について覚えていないということも十分

考えられるから、合理的でないと考えるかということである。いずれの見解が妥当であるかの問題は別にして、このような見解の対立から明らかになることは、判例・通説の限界である。すなわち、一〇四条の裁判所は従前の裁判所であるとの見解が妥当である場合とは、訴えの取下げと同時に、あるいはすみやかに一〇四条の申立てがなされた場合である。換言すれば、訴えの取下げの後に時間を置いて一〇四条の申立てがなされると、裁判所は従前の訴訟の経過を十分に把握することができないから、九〇条の準用を生かすことは困難である。

3　訴えの取下げと従前の訴訟との連続

九〇条の趣旨を生かす方法としては、両当事者によって訴訟終了宣言がなされた場合は、裁判所は訴訟終了を宣言し、同時に訴訟費用について裁判することが一番合理的な方法である。つまり、訴訟費用について当事者の申立てを必要とするという構造は、従前の手続が終了した後で、それとは別に訴訟費用の裁判がなされる手続構造である。したがって一〇四条の裁判所が従前の裁判所であって、手続資料が利用できるにしても、従前の訴訟の経過を訴訟費用の裁判に生かすためには、その裁判は従前の訴訟と接続してなされなければならない。そこで当事者から訴訟終了宣言がなされた場合に、既存の手続で処理するとなると、宣言の中に訴えの取下げとその同意の他に、一〇四条の申立てが含まれていると考える必要がある。すなわち、通説は訴訟終了宣言に関して、「訴訟費用については一〇四条が九〇条を準用しているから、期日において当事者が訴訟終了の合意をする場合も、原告の訴えの取下げおよび被告の同意、あるいはこれに加えて訴訟費用の和解を包含する行為として取り扱えばよい」と述べているが[29]、これだけでは不十分である。このような理解であると、訴訟費用について和解が包含されていない場合を考慮していないからである。そもそも和解が成立していたのであれば、処分権主義の原則から当事者の合意を尊重するから、その後の手続は合意に基づいて展開するので、それほど議論する必要はないであろう。

訴訟終了宣言の場合に、一〇四条の申立てが含まれると解するならば、既述のような手続二段階構造は克服し、手続の連続性が手続的に可能になる。つまり、そのような場合は常に裁判所が訴訟費用を判断することになる。そうであるならば、訴訟終了宣言の事例を既存の制度に無理に当てはめるよりも、訴訟終了宣言のような事例は一〇四条が想定していない場合であるから、一〇四条が適用されない独自の訴訟終了制度であると考えた方が単純明快である。換言すれば、当事者の申立てを介在することなく(一〇四条に関係なく)、職権で訴訟費用の裁判を当該訴訟手続内で行うべきである。確かに一〇四条の「訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ」という文言からすると、このような場合を全て一〇四条が規律しているように見える。しかし、訴訟終了宣言の事例を考慮して一〇四条の立法がなされたとは思えないことや、一〇四条の立法趣旨から一〇四条に取り込まれる事例に限界があることを考えると、他の方法を排除しているとは思えず、既存の制度に固執して「訴えの取下げと一〇四条の申立て」というような複合的行為に無理に当てはめて考える必要はないように思う。正に単一の行為と考えれば済むことであるし、訴えの交換的変更や任意的当事者変更について新訴の提起と旧訴の取下げと考える説に対して、旧訴との連続を考慮した独自な単一の行為であるとする説が有力であることを想起すべきである。

4　民訴法一〇四条の一項と二項の関係

一〇四条の限界というのは、一〇四条は九〇条を準用しているにもかかわらず、九〇条が働くための手続の連続性について配慮していないからである。一〇四条の立法経過を見てみると、一〇四条は当初は職権で作動することになっていたが、それが途中から当事者の申立てに修正された経緯がある。(30) これは裁判によらない訴訟の終了は裁判外で当事者が実際の負担を決めるから、職権で訴訟費用の裁判を行う必要がないとの判断に基づいたと言われている。しかしこの結果、訴訟費用の裁判の妥当性が失われたように思う。すなわち、訴訟費用の裁判は職権で当該訴訟におい

て判断するので妥当性を有していたが、本案と一体として裁判を行うという手続については考慮しないことになってしまった。つまり、一〇四条一項は、一律に職権で裁判する必要がないことを当事者の中立てに依存させることによって表したが、それによって従前の手続の連続性が切断されることの意味を立法者は気がつかなかったか、あるいはそれを過小評価したように思う。従前の訴訟手続とは別手続で訴訟費用の裁判ができるとの一〇四条の立法の態度は、結果責任に基づいて訴訟の結末のみで訴訟費用の負担者を決める場合や、訴訟記録のみで判断できることを念頭においたものである。つまり一項は右のように一〇四条の働く場面を限界づけたが、二項はそのようなこととは無関係に九〇条を準用して九〇条の趣旨が裁判によらない訴訟終了の場合に生かせるように規定された。したがってこのような一項と二項の間のずれに整合性を持たせるには、二項が単に形式的な規定であって実際には作用しないことを認めるか、あるいは反対に九〇条が働くために従前の手続の連続性を考慮した新たな手続を解釈によって展開させるかのいずれかが必要である。それにもかかわらず通説は、一〇四条は九〇条を準用しているから訴訟終了宣言は必要ないと説くのであるが、それは皮相的である。すなわち通説は前者の立場であり、九〇条が機能しないことを肯定するものである。それ故に単に九〇条が一〇四条で準用されているというのでは答えにならない。九〇条は八九条の例外を集約した規定であるから、それは抽象的・一般的規定であり、判決で訴訟が終了する場合を想定した規定である。この場合は裁判所は本案での審理状況を利用して訴訟費用の判断はできるが、一〇四条の場合はかような判断の基礎がない。一〇四条で九〇条が働くようにするためには、一〇四条二項が九〇条を準用した趣旨を広く解するほかない。すなわち、一〇四条二項が九〇条を準用したのは、裁判によらない訴訟終了の場合に九〇条の衡平という趣旨を生かすための規定であると解し、衡平が実現されるための手続は解釈にゆだねられたと考えるべきである。つまり、場合によっては九〇条の衡平の趣旨を生かす意味で、従前の訴訟手続と連動して訴訟費用の裁判がなされる手続を考えるべきであり、訴訟終了宣言の問題はこのように位置付けるべきである。既に見たような一〇四条の管轄裁判所につい

ての見解の対立は、実はそのような努力の表れと理解すべきであるかもしれない。すなわち、少数説は戦前の議論であって今日では全く主張されていないのは、通説によって一〇四条の立法の手続的な不完全さが自覚され解釈によって克服されたということであろう。しかし、それだけでは未だ不十分であり、手続的連続性を追求し九〇条の趣旨が生かせるように努めるべきである。

(28) 管轄裁判所は事件が完結した裁判所であるとする説が判例・通説である。判例は大決昭和一四年五月三日民集一三巻五四二頁であり、学説としては、例えば次の文献が同趣旨を説いている。菊井維大「判批（前掲大決）」『判例民事手続法』七頁以下（昭二六）＝『判例民事法』一二五頁以下（昭一六）、黒川眞前「判批（前掲大決）」法学新報四九巻一〇号一二七頁以下（昭一四）、鈴木・前掲注(23)九五一頁、兼子一ほか・前掲注(13)二七六頁〔新堂幸司〕、菊井＝村松・前掲注(5)五七三頁、上田＝井上編・前掲注(3)四九九頁〔東松文雄〕、斎藤編・前掲注(2)一〇四頁、小室直人＝賀集唱編『基本法コンメンタール・民事訴訟法1』一四六頁〔福嶋登〕（第四版・平四）。これに対して第一審の裁判所であると説くのは、松岡・前掲注(25)五二一頁、細野・前掲注(24)一六〇頁である。なお以下の本文のこの問題についての議論の内容はこれらの文献に負うが、この問題は本稿の直接のテーマではないので、個々の文献の表示は繁雑を避ける意味で省略する。

(29) 例えば、兼子・前掲注(13)二七四頁〔新堂幸司〕、斎藤編・前掲注(2)二版一〇二頁〔桜田勝義＝宮本聖司＝小室直人〕。

(30) いわゆる明治三六年の法典調査会の民事訴訟法改正案第一〇二条、大正一〇年の民事訴訟法改正調査委員会案第九六条等を参照。なおこれらの条文や立法者の考え等については、拙稿・前掲注(19)①(a)法研四九巻二号三六頁、四二頁、四四頁等において挙げてある。

五　おわりに

訴訟費用の負担者を判断する手続について、判例を題材にして訴訟終了宣言を肯定する立場から詳論したが、「何も訴訟費用の問題を事細かに議論する必要があるのか」とか、あるいは「訴訟終了宣言の問題と言っても、訴訟費用

の問題ではないか」という批判が十分に予想される。しかし、訴訟費用の問題だから裁判所の裁量に任せておけばよいということではないし、訴訟終了宣言の問題は訴訟費用の問題に尽きるものではない。以下ではこのような批判に対する反論の意味で、判例を利用して私の考えを敷衍してみようと思う。

1　訴訟費用の裁判について

訴訟費用の裁判の問題は、確かに従来はともすれば軽視されがちであった。[31] しかし、昨今の我が国の権利意識の向上は、このような状態をこのまま容認し放置しておかないように思う。**刑事訴訟法における訴訟費用の問題であるが、**伊藤正己裁判官は左記の補足意見を次のような意図の基に書かれたが、これは民事訴訟法においてもそのまま通用するところである。すなわち、伊藤裁判官は左記の補足意見執筆の動機について、「訴訟費用の負担の裁判は裁判所の裁量にゆだねられるところが広いが、それにもかかわらず、負担させることが裁量権の逸脱として違法になることもあるとして、一種の警告的な示唆を行った補足意見である。とくに本件が違法でないことの理由を具体的に示したことに意味があろう。刑事訴訟費用は刑の言渡しをうけた被告人が負担するのが当然であるとして、いささか安易に判断されているのではないかという憂慮がその基礎にあるが、これは無用の心配であろうか。」と述べているが、[32] このような心配は訴訟費用の裁判についての民事訴訟法の実務の状況に照らしてみると、決して他人事ではないように思う。

「訴訟費用の負担の裁判はすべて裁判所の裁量に委ねられており、その決するところに当不当の問題はあるにしても、違法かどうかの問題は存しないといえるか。私は、刑訴法一八一条但書に当たる場合のほかにも、刑を言い渡した被告人に対し、同条本文により訴訟費用を負担させることが違法となる場合がないとはいえないと考える。（東京高裁昭和二六年（う）第五五〇二号同二七年二月七日判決・高刑集五巻三号三二八頁参照）。問題は、どのような場合に違法となるか、その判断基準をどこに求め

るかである。刑を言い渡した被告人に対し、訴訟費用は被告人の不法な行為に基因するとして安易にその全部を負担せしめることは適当ではない。いかに被告人に不法性があるとしても審理に全く不要と認められる費用までも負担させるべきではあるまい。他方、訴訟費用が犯罪の結果として生じたものであって、被告人の責に帰すべき事由によるものと推定されるから、負担の可否を被告人の責の有無に絡めて厳密に検討することを裁判所に要求することはできないし、それは実務上も適切とはいえないであろう。私見によれば、抽象的な基準としては、当該事件の審理上必要と認められる処分のために要した費用であって、審理の経過とその結果からみて被告人に負担させるのが相当と考えられる費用は、被告人に負担させるというのが刑訴法一八一条一項の趣旨にかなうものと考えられる。そして、この基準に該当するかどうかの判断は、審判に当たった裁判所が最も適切になしうるものであるから、その決定は、当該裁判所の広い裁量権に委ねられているものというべきであり、総合的に判断してこの裁量権を逸脱したと認められる場合に負担を命じたときに、それが違法となると考えられる。[33]」

2　本案の判断と訴訟終了宣言について

左記の一群の判例は、裁判所が請求が終了事由発生の時点まで適法で理由を具備していたことを判断しているにもかかわらず、その判断を訴訟費用の裁判において行っている判例である。このことは、訴訟法の原則からすると特に問題にならないし、当然の帰結とも言える。一〇四条、九〇条による処理で十分であるとの見解も説くところであるが、この点を問題にしたい。訴訟費用の裁判で判断することができるならば、本案でその判断を行うように工夫すべきではないかと思うからである。判決理由の前半で原告の主張を全面的に排斥し、後半でその一部を認めることは違和感を覚えるし、そもそも訴訟中に不適法になったり、あるいは理由を失った訴訟と、初めから不適法あるいは理由のない訴えを同じに扱うことが問題である。等しくないものを等しく扱うことは正義、衡平という点から批判されよう。また国民感情からしても問題があるように思う。いたずらに旧来の訴訟法原則に固執する必要はないように思う。

㉓最二小判昭和二七年二月一五日民集六巻二号八八頁は、村議会議員除名決議の取消しを求める訴訟中に議員の任期が満了した場合に、訴えを却下して被告に訴訟費用の負担を命じているものであるが、この類型に属するものとして判例大系に登載されているものは行政事件が多い。例えば、㉔高松高判昭和三〇年四月三〇日高民集八巻三号二二一頁＝行裁例集六巻四号一一一四頁は、「行政事件訴訟特例法一一条一項によって請求を棄却する場合、訴訟費用を勝訴者に負担させることができる」と判示している。同条項は違法処分でも公共の福祉の観点から請求を棄却できる旨の規定であり、事件は知事の土地改良区の設立認可に関するものである。一審が単に請求を棄却したの対して、二審は同条項を使用して請求棄却したために九〇条が問題になった。③大阪地判昭和四三年六月一七日は事件の内容は不明であるが、「不作為の違法確認訴訟中に行政庁の処分がなされた結果、訴えが却下される場合でも、当該処分が通常必要と考えられる相当期間の経過後になされたときは、九〇条後段の適用がある」旨を判示している（この判例は訴訟終了宣言を否定した判例として既に二で紹介した）。同様な趣旨を説くものとして、㉕京都地判昭和四八年一二月一二日訟務月報二〇巻五号一二四頁があるが、これはメーデー集会で京都御苑使用許可申請に関するものである。類似したものとして、㉖名古屋高金沢支判昭和四六年九月二九日訟務月報一七巻一〇号一六二六頁＝判例時報六四六号一二頁がある。これは国立大学の医学部の学生がストに関係し、期末試験を受けられなかったことに関する事件であるが、「不作為の違法確認訴訟中行政庁の処分がなされた結果訴が却下される場合でも、その原因が行政庁側にあるときは、九〇条後段の適用がある。」と判示している。税務訴訟では、㉗大阪地判昭和四三年六月二四日訟務月報一四巻一二号一四二二頁は、「第一次更正処分取消訴訟中に第二次更正処分がなされた結果訴が利益を欠くものとして却下される場合には、九〇条後段の適用がある」旨を判示し、㉘横浜地判昭和五一年一一月二六日訟務月報二二巻一二号二九一二頁も、「更正処分および過小申告加算税賦課決定の取消訴訟中に更正処分および右賦課決定が取り消されたときは、本条後段の適用がある」旨を判示している。

行政事件以外となると、㉙東控判昭和九年二月一四日法律評論二三巻民訴一四四頁が、「登録実用新案権の存続期間が満了したために敗訴した場合、期間満了までの訴訟の程度において請求が理由あったとすれば、その時までに生じた訴訟費用は勝訴者に負担させるのが相当である。」と判示している。また商標権の専用使用権に基づく真正商品の輸入に対する差止請求権に関する事件で、並行輸入業者が内国商標権者を相手に請求権不存在確認の訴えを提起し一審で勝訴したところ、控訴審で控訴人の専用使用権設定契約が解除された場合について、㉚大阪高判昭和四六年八月六日判例タイムズ二六七号二四二頁は、原判決を取り消して被控訴人の請求を棄却した上で（訴訟費用の三分の二は勝訴の控訴人の負担としている）、「第一審で勝訴した被控訴人が、

控訴審の審判中における被控訴人側の事情変更により請求棄却の判決を受けるに至ったときは、被控訴人の訴の提起および維持は、権利の伸張または防御に必要な面がなかったとはいえない」旨を判示している。同様な事例として、㉛大阪高判昭和五三年一二月一三日判例タイムズ三八〇号一五一頁がある。㉛は重婚を理由とする後婚の取消訴訟で取消しを認めた一審判決に対する控訴審判決であるが、原判決の言渡日（昭和五三年七月一八日）の後（同年同月二七日）、後婚が協議離婚によって解消されたことを認め、原判決を取り消し訴えを却下し、訴訟費用は一審、二審とも控訴人の負担とした。

これらの事件では、当事者が望めば本案判決をして原告の請求に理由があった旨の確認をしてよいのではないかと思うし、そうでなくとも終了宣言をすることによって請求棄却判決は避けるべきである。㉚について桑田三郎教授は、「訴訟形式的には原審判決を取り消しながら実体法的にはその正しさを認めたものといえようか」と述べて、「そのような実体的判断にしても、それになんらの理由がふせられていないこと、あるいは、ただ漫然と専用使用権消滅の事実を認定するにとどまっているなどの点において、控訴審としてのその安易かつ消極的な態度が指摘されるべきであろう」と批判しているが（「真正商品の並行輸入と商標権の属地性」ジュリスト五〇〇号五八〇頁（昭四七））、批判されるべきは控訴審判決ではなく訴訟終了宣言を認めない訴訟法学説ではないかと思う。桑田教授の批判に答えられるのは訴訟終了宣言であるからである。同様な問題が実体法学者から指摘されたのは、有名な皇居外苑使用不許可処分取消請求事件（㉜最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁）である。[34]

3　私見のまとめ

本稿は多くの関連する判例を整理しながら、判例の現状を認識しつつその問題点を考察したものであるが、既に見たような問題点（三、四、五の1・2）があることが分かった。これらの問題を克服しようとするならば、訴訟終了宣言の制度に注目しなければならない。訴訟費用の問題とはいえ、最近の我が国の権利意識の向上とその育成を促す時代

の要請からも、また手続保障や当事者権というような観点からも今後問題になることは必定であり、前記問題点の放置は許されないであろう。もし終了宣言を認めると、訴訟上の和解、請求の放棄・認諾、訴えの取下げの他に、それらと並んで当事者による訴訟終了事由を一つ増やすことであり、これは当事者としては選択の幅が広がることにもなるし、裁判所としても事案処理の方法が一つ増えることにもなる。しかも、重要なことは終了宣言の問題は九〇条説の存在から明らかなように、従来裁判所がやってきたことの延長線上の問題であるから、その修正と位置付けられるものである。訴訟終了宣言を認めるということは、決して急激な制度の変革ではなく、軟着陸可能な改革であり、その意味で現状の改善というべきである。

(31) 訴訟費用の裁判が実務で軽視されていることについて、次のような実務家の証言がある。倉田卓次元裁判官によれば、民事訴訟法学者として令名の高かった岩松三郎裁判官は、「控訴審で見てると、控訴されてくる判決の九〇パーセントは訴訟費用の判断が間違ってるね」と語ったことがあるとのことである(倉田卓次『裁判官の戦後史』七四頁(昭六二))。この話を紹介した倉田氏は続けて、「訴訟費用の負担の主文について、訴訟物についての判断ほど丁寧に考えてないということは大方の裁判官に言えるであろうが、『九〇パーセントまでは間違い』はどうだろうか、誇張はないのか、三〇年後の今も半信半疑である。」と述べている。あるいは菊井=村松・前掲注(5)五八八頁は、民訴法九〇条は「実務上あまり適用されることがない」といい、兼子一編『判例民事訴訟法上巻』三六四頁(昭三七)は、「訴訟費用の負担の裁判において細かい考慮が払われていないし、それを非難できる実情でもない。九〇条の適用は、裁判所の自由裁量によるものであることも影響して、看過されやすいということも言い得るであろう」趣旨のことを述べ、同書三五六頁は「現行制度を前提にすると訴訟費用の裁判に多くの精力を費やしえないのもやむを得ないであろう」旨を述べている。

今から三六年以上も前になるが、三ケ月章博士は訴訟費用の問題の重要性を次のように強調された(『民事訴訟法』法律学全集、昭三四)。以来大きな変更が見られないのであるから現在でもそのまま通用する発言である。「〔訴訟費用が敗訴者負担でなく、当事者の各自の負担という現状は〕元来あるべき訴訟像を歪めて国民の前に投影して結果的に訴訟による権利の救済から国民を無意識的に遠ざけている一つの原因をなしているとみることは決して誇張ではない。〔中略〕訴訟に対する当事者の真率さは敗訴費用負担の原則がきびしく、又実効的に貫かれるときにのみ担保されるということは、不幸にして民事訴訟制

度の歴史の教えるところである。かくみてくれば訴訟費用の点に関する我が国の立法及び実務上の慣行は大きな欠陥をもち、健全な司法制度の運営という見地からは深甚の反省が加えられるべき点であると考える。」

(32) 伊藤正己『裁判官と学者の間』二五八頁(平五)。

(33) 最三小判昭和六三年九月二七日裁判集刑事二五〇号一三九頁(判例時報一二九〇号一五二頁＝判例タイムズ六八一号一二五頁)。本判決に関する判例解説等としては小林武・法学セミナー四一四号一〇一頁(平元)、白取祐司・法学セミナー四一六号一〇三頁(平元)、出田孝一・ジュリスト九二九号七八頁以下(平元)、白取祐司・判例評論三七〇号六五頁以下(平元)等がある。なお本判決の今日的評価については藤永幸治＝河上和雄＝中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法第二巻』八一六頁以下、八二四頁、八二七頁等〔仲家暢彦〕(平六)で知ることができる。またこの判例以前の刑事訴訟の訴訟費用に関する判例の状況については、大淵敏和「刑事手続における訴訟費用とその裁判」判例タイムズ六四六号二〇頁(昭六二)が詳しい。

ところで訴訟費用の負担者を決める刑事訴訟の原則であるが、「刑事訴訟においては民事訴訟におけるような…敗訴当事者の費用負担…の原則を容認できない」という見解がある(荒川正三郎「訴訟費用」法律実務講座刑事編第二巻三九四頁(昭二八))。しかし、これは敗訴の検察官に訴訟費用を負わせることができないということを根拠にした主張であって、立脚している原理が民事訴訟と異なるということを理由にしたものではない。刑事訴訟でも「原因主義、責任主義などが考えられる」(平場安治＝高田卓爾＝中武靖夫＝鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法上巻』五〇八頁〔平場安治〕(改訂増補、昭五二))のであるから、この訴訟費用の負担の問題については、むしろ刑事訴訟と民事訴訟との間に親近性が感じられる。そこで「原因主義ないし責任主義とみるべきかは別として、民事訴訟における敗訴者負担の原則に似ているといえなくもない」(松本時夫＝土元武司編『条解刑事訴訟法』二七五頁(増補補正版、昭六三))という見解も見られる。

(34) この判例については、かつて訴訟終了宣言の観点から判例批評したことがある(前掲注(19)⑩一四一頁以下)。

引用判例の一覧（判例番号順）

① 東京控判昭和九年七月二三日法律新聞三七四八号四頁
② 東京控判昭和九年九月二九日法律新聞三七八九号四頁
③ 大阪地判昭和四三年六月一七日判例タイムズ二二五号一九四頁
④ 東京高決昭和三三年九月二四日判例時報一六九号一三頁＝東高民時報九巻九号一六四頁
⑤ 札幌高決昭和三四年九月一五日下民集一〇巻九号一九四二頁
⑥ 札幌高決昭和三九年一一月一二日高民集一七巻七号四八九頁
⑦ 東京地決昭和四四年六月一六日訟務月報一五巻一〇号一一三七頁
⑧ 東京高決昭和四四年一〇月三日訟務月報一五巻一〇号一一四〇頁（⑦の再抗告審決定）
⑨ 東京地判大正八年一一月二九日法律新聞一六六四号一八頁
⑩ 大阪地判昭和三〇年一一月二日下民集六巻一一号二三二三頁
⑪ 最二小判昭和二六年一二月二八日ジュリスト五号三九頁
⑫ 大阪高判昭和四七年四月一七日判例タイムズ二八〇号二四〇頁＝判例時報六七九号二三頁
⑬ 大津地判大正四年一二月二五日法律新聞一〇七一号一四頁＝法律評論四巻民訴三二九頁
⑭ 東京区判大正一一年一月二七日法律評論一一巻民訴一〇三頁
⑮ 東京控判大正一四年三月二五日法律新報三九号一七頁
⑯ 松山地判昭和三六年八月二三日判例時報二七七号二八頁
⑰ 東京控判（裁判年月日不明、明治四三年（ナ）一五号）法律新聞六六五号（明治四三年九月一〇日号）一一頁
⑱ 東京区判大正二年一〇月二〇日法律評論二巻民訴二九四頁
⑲ 東京控判大正一四年四月一三日法律評論一四巻民訴三八八頁
⑳ 東京区判昭和五年五月三一日法律新聞三一五七号一二頁
㉑ 東京地判昭和四五年四月七日ジュリスト四七二号七頁
㉒ 千葉地判昭和六〇年五月一〇日金融商事判例七二八号三五頁＝判例タイムズ五六二号一二三頁
㉓ 最二小判昭和二七年二月一五日民集六巻二号八八頁
㉔ 高松高判昭和三〇年四月三〇日高民集八巻三号一二一頁＝行裁例集六巻四号一一一四頁
㉕ 京都地判昭和四八年一二月一二日訟務月報二〇巻五号一二四頁
㉖ 名古屋高金沢支判昭和四六年九月二九日訟務月報一七巻一〇号一六二六頁＝判例時報六四六号一二頁
㉗ 大阪地判昭和四三年六月二四日訟務月報一四巻一二号一四二二頁
㉘ 横浜地判昭和五一年一一月二六日訟務月報二二巻一二号二九一二頁
㉙ 東控判昭和九年二月一四日法律評論二三巻民訴一四四頁
㉚ 大阪高判昭和四六年八月六日判例タイムズ二六七号二四二頁
㉛ 大阪高判昭和五三年一二月一三日判例タイムズ三八〇号一五一頁
㉜ 最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁

なおこの他に、引用した判例は次のとおりである。東京控判明治四二年一〇月二八日法律新聞六一三号一二頁（注27）、大決昭和一四年五月三日民集一三巻五四二頁（注28）、東京高判昭和五一年七月八日判例時報八三五号七六頁（注13）、最三小判昭和六三年九月二七日裁判集刑事二五〇号一三九頁＝判例時報一二九〇号一五二頁＝判例タイムズ六八一号一二五頁（五の1、注33）。

引用判例の一覧（裁判年月日順）

東京控判明治四二年一〇月二八日法律新聞六一三号一二頁（注27）
東京控判（裁判年月日不明、明治四三年（ナ）一五号）法律新聞六六五号（明治四三年九月一〇日号）一一頁　⑰
東京区判大正二年一〇月二〇日法律評論二巻民訴二九四頁　⑱
大津地判大正四年一二月二五日法律新聞一〇七一号一四頁＝法律評論四巻民訴三二九頁　⑬
東京地判大正八年一一月二九日法律新聞一六六四号一八頁　⑨
東京区判大正一一年一月二七日法律評論一一巻民訴一〇三頁　⑭
東京控判大正一四年三月二五日法律新報三九号一七頁　⑮
東京控判大正一四年四月一三日法律評論一四巻民訴三八六頁　⑲
東京区判昭和五年五月三一日法律新聞三一五七号一二頁　⑳
東京控判昭和九年二月一四日法律評論二三巻民訴一四四頁　㉙
東京控判昭和九年七月二三日法律新聞三七四八号四頁　①
東京控判昭和九年九月二九日法律新聞三七八九号四頁　②
大決昭和一四年五月三日民集一三巻五四二頁（注28）
最二小判昭和二六年一二月二八日ジュリスト五号三九頁　⑪
最二小判昭和二七年二月一五日民集六巻二号八八頁　㉓
最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁　㉜
高松高判昭和三〇年四月三〇日高民集八巻三号二二一頁＝行裁例集六巻四号一一一四頁　㉔
大阪地判昭和三〇年一一月二日下民集六巻一一号二三二一三頁　⑩
東京高決昭和三三年九月二四日判例時報一六九号一三頁＝東高民時報九巻九号一六四頁　④
札幌高決昭和三四年九月一五日下民集一〇巻九号一九四二頁　⑤
松山地判昭和三六年八月二三日判例時報二七七号二八頁　⑯
札幌高決昭和三九年一一月一二日高民集一七巻七号四八九頁　⑥
大阪地判昭和四三年六月一七日判例タイムズ二二五号一九四頁　③
大阪地判昭和四三年六月二四日訟務月報一四巻一二号一四二二頁㉗
東京地決昭和四四年六月一六日訟務月報一五巻一〇号一一三七頁⑦
東京高決昭和四四年一〇月三日訟務月報一五巻一〇号一一四〇頁（⑦の再抗告審決定）　⑧
東京地判昭和四五年四月七日ジュリスト四七二号七頁　㉑
大阪高判昭和四六年八月六日判例タイムズ二六七号二四二頁　㉚
名古屋高金沢支判昭和四六年九月二九日訟務月報一七巻一〇号一六二六頁＝判例時報六四六号一二頁　㉖
大阪高判昭和四七年四月一七日判例タイムズ二八〇号二四〇頁＝判例時報六七九号二三頁　⑫
京都地判昭和四八年一二月一二日訟務月報二〇巻五号一二四頁　㉕
東京高判昭和五一年七月八日判例時報八三五号七六頁（注13）
横浜地判昭和五一年一一月二六日訟務月報二二巻一二号二九一二頁　㉘
大阪高判昭和五三年一二月一三日判例タイムズ三八〇号一五一頁㉛
千葉地判昭和六〇年五月一〇日金融商事判例七二八号三五頁＝判例タイムズ五六二号一二三頁　㉒
最三小判昭和六三年九月二七日裁判集刑事二五〇号一三九頁＝判例時報一二九〇号一五二頁＝判例タイムズ六八一号一二五頁（五の1、注33）