

Title	民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言 (二)
Sub Title	Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des §73 jap. ZPO und die Erledigung der Hauptsache in Japan (2)
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.9 (1999. 9) ,p.19- 69
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19990928-0019

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.

民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言(二)

坂 原 正 夫

- 一 はじめに
 - 1 問題の所在と本稿の目的
 - 2 研究対象の限定と研究方法
 - 3 立法資料、論文、法律、草案等の引用について
- 二 民訴法七三条一項の「第一審裁判所」の沿革とその問題点
 - 1 今回の改正理由の説明とそれに対する疑問
 - 2 旧民訴法一〇四条の立法者意思についての参事官室の見解に対する疑問
 - 3 旧民訴法一〇四条一項の立法者意思
 - 4 今回の改正の問題点
 - 5 民訴法七三条の問題点の克服の方法……………(七二巻八号)
- 三 民訴法七三条一項の「申立て」の沿革とその問題点
 - 1 明治三六年草案一〇二条
 - 2 明治三六年草案一〇二条に対する各界の意見
 - 3 起案会・仮決定案九条と決定案八七条
 - 4 起草委員会の第一案・決議案九二条

- 5 その後の展開
- 6 草案の変遷が示唆するもの……………(以上本号)
- 四 民訴法七三条二項による六二条準用の沿革とその問題点
 - 1 明治三年の民訴法の場合
 - 2 明治三六年草案九一条・九三条
 - 3 明治三六年草案九一条・九三条に対する各界の意見
 - 4 民事訴訟法改正起草委員会での審議
 - 5 起案会・仮決定案一条と決定案八〇条
 - 6 その後の展開
 - 7 草案の変遷が示唆するもの
- 五 おわりに
 - 1 私見のまとめと資料的記述の索引
 - 2 民訴法七三条とドイツの訴訟終了宣言との連結
 - 3 沿革史研究と立法資料全集……………(七二卷一〇号)

三 民訴法七三条一項の「申立て」の沿革とその問題点

七三条が規定する第一審裁判所による訴訟費用の裁判手続には問題があり、この手続の適用に限界があるということを指摘したが(二の4・5)、そのような事態が発生した原因については、論証を留保したうえで、七三条が承継した旧一〇四条の管轄裁判所の規定の文言が、手続規定の変更に応じて適切に修正されてこなかったためではないかと述べた(二の3)。この判断が正しければ、旧一〇四条の手続は全体として意識的に整序さ

れることなく、個々の文言の修正によって形成されたということになるであろう。さらには個々の文言の変化に伴う制度の変容に、旧一〇四條の具体的な手続規定が十分に対応しなかったということをも意味するであろう。問題はこのような判断や理解が正しいか否かである。正しいとなると、それは七三條の手続の限界と問題点を明らかにし、七三條の理解や解釈にとつて重要な役割を担うことになるからである。そのようなことから、旧一〇四條の形成に伴う問題点を探求することは、七三條の解釈論の前提作業として必要欠くべからざる作業である。そこで、以下では関係する立法資料を基に、旧一〇四條一項の「申立て」の沿革を尋ね、具体的な手続規定の変遷をたどりながら、旧一〇四條の形成過程とその問題点を考察してみようと思う。

1 明治三六年草案一〇二條

旧一〇四條の形成過程を探求し、手続規定がどのように変貌してきたのかを考察するためには、その出発点の問題になる。旧一〇四條の淵源は何かという問題でもある。本稿の冒頭でも指摘したが(一)の2の③、それは明治三六年(一九〇三年)の(旧)法典調査会の民事訴訟法案の一〇二條であると考えられる。その理由は、この條文の文言と旧一〇四條の文言が一見して類似していることから明らかであるが、立法資料からは旧一〇四條の草案は明治三六年草案を叩き台にして形成された経緯が分かる。⁽⁴⁾これより前に淵源をたどらないのは、明治二三年の民法の規定に旧一〇四條に相当する條文を見ることができないからである。つまり旧一〇四條は大正一五年の改正法の新設條文である。⁽⁵⁾

なお明治三六年草案も一朝にして完成したものではなく、その前にいくつかの素案や検討案が存在するから、本来ならそれらまで遡つて考察する必要がある。しかし、それらには注目するが、それらは明治三六年草案に集

約されたと考えることにして、特に独立した考察の対象とはしない。⁽⁴³⁾したがって明治三六年草案を基軸に、旧一〇四条の形成過程を考察することにする。⁽⁴⁴⁾すなわち旧一〇四条の原型は明治三六年草案の形成過程で誕生し、それが明治三六年草案一〇二条となり、それがさらに検討されて、しだいに旧一〇四条に形成されていったと認識している。明治三六年草案の一〇二条の内容は次のとおりである。⁽⁴⁵⁾

明治三六年草案（明治三六年の（旧）法典調査会案）

第一百二条 ①訴訟力裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ職権ヲ以テ訴訟費用ノ裁判ヲ為スヘシ

②前項ノ裁判ハ口頭弁論ヲ經スシテ之ヲ為スコトヲ得

③決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得

この草案の形成過程と、その間に検討された各種の草案の関係を略述すれば、次のとおりである。⁽⁴⁶⁾明治二八年（二八九年）二月に司法省に民事訴訟法調査委員会が設置され、翌年の年初めから仕事を開始した。委員会は裁判所、検事局、弁護士会等から寄せられた修正意見を参考に民事訴訟法の改正を審議して、明治三二年（二八九年）頃に完成させたものが「民事訴訟法修正案」である。⁽⁴⁷⁾この案を法典調査会第二部委員が修正を加えて明治三三年（二九〇〇年）夏頃に完成させ、同年九月一日に法典調査会第二部委員に配布したのが「民訴甲第一号」である。⁽⁴⁸⁾内容的に見て明治三六年草案に極めて近く、その直前の案と思われるのが「民事訴訟法案（法典調査会第二部起草）」である。⁽⁴⁹⁾

これらの草案においては、旧一〇四条相当の規定が初めて登場するのは、「民訴甲第一号」の九八条である。したがって、これが旧一〇四条一項の淵源ということになると思う。そしてこの九八条は次の段階の草案である「民事訴訟法案（法典調査会第二部起草）」の一〇一条に引き継がれ、明治三六年草案の一〇二条に結実した。こ

れら三者の文言にはそれぞれ微妙な差異が見られるが、構造的には差異は認められないので、構造的な変化はな
く同一と考⁽⁵⁰⁾える。

ところで明治三六年草案の一〇二条一項は、「裁判所ハ職権ヲ以テ訴訟費用ノ裁判ヲ為スヘシ」ということであるから、現行法七三条の「申立てにより、第一審裁判所は決定で訴訟費用の負担を命じ……なければならぬ」と比較してみると、既に二で述べた裁判所についての文言の違いは別にすれば、前者は「職権による裁判」、後者は「当事者の申立てによる裁判」という点で、異なることが分かる。なお前者の「裁判ヲ為ス」と、後者の「決定で命じる」という点も両者の相違点ではあるが、これについては明治三六年草案では、二項で「前項ノ裁判ハ口頭弁論ヲ経スシテ之ヲ為スコトヲ得」となっているから、両者の間に実質的には相違はない。結局、両者の違いは「職権による裁判」か、「当事者の申立てによる裁判」かであり、そのことは明治三六年草案一〇二条の「職権による裁判」が、その後の改正作業の中で「当事者の申立てによる裁判」に変わったことを意味する。それでは、それが、いつ、どの段階で変わったのかというと、約一二年後に法律取調委員会の起案会が作業を開始して作成したところの「仮決定案」においてである。これは明治三六年草案の次の段階の草案に位置するものであるから、明治三六年草案で誕生した旧一〇四条の原型は、次のステップに位置する仮決定案で最初の転換点を迎えたということになる。

2 明治三六年草案一〇二条に対する各界の意見

明治三六年草案に対して各地の裁判所、検事局、弁護士会等に意見照会がなされた。その年月日は不明であるが、草案公刊の前後、すなわち明治三六年(一九〇三年)前後と言われている。そして寄せられた意見をまとめ

たものが、「民事訴訟法改正案修正意見類聚（明治三六年）」である。この刊行年も明らかではないが、明治四五年（一九一二年）頃と言われている⁽⁵¹⁾。この前年に法律取調委員会の民事訴訟法の改正の審議が開始されたことを考えると、そこで利用するために印刷されたもののように思う。一〇二条について次のような意見が掲載されている⁽⁵²⁾。

民事訴訟法改正案修正意見類聚

第二百一条第一項中「職権」ノ二字ヲ「申立」ト改ム

（古荘、岐阜所長、同検事正、岡山所長、新瀉弁、長崎弁、広島所長、甲府弁、和歌山所長、高松所長、佐賀所長、同検事正、秋田検事正、山口所長、根室弁）〔読点は筆者の加筆。原文は空欄〕

第二百一条ノ全文ヲ左ノ如ク修正ス

「訴訟カ消滅シタルトキハ費用ハ当事者ノ各自弁トス」

（山形所長）

現行法文ヲ改ムルノ必要ナシ

（水戸弁）

第一項ヲ左ノ如キ趣旨ニ変更ノコト

「訴訟ヲ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ必要ナル場合ニ於テハ職権ヲ以テ訴訟費用ノ裁判ヲ為スヘシ」

（甲府所長）

第一項中「職権ヲ以テ」ナル文字ヲ「申立ニヨリ」ト改メ其裁判ヲ求ムル申立ハ訴訟完結後一ヶ月内ニ之ヲ為スヘキ旨ノ規定ヲ設クルコト

（長崎院長）

第二百二条中職権規定ヲ申立規定ニ変更シ其申立ニ関スル期間ヲ定メ仍ホ費用ノ負担ニ付法令ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク
外裁判所ヲシテ事情ヲ斟酌シテ相当ノ裁判ヲ為サシムル旨ノ規定ヲ設ケンコトヲ冀望ス

(大阪院長)

第二項中「職権ヲ以テ」ヲ「申立ニ因リ」ニ改メ第一項ノ次ニ左ノ一項ヲ加ヘ案第二項中「前項」ヲ「第一項」ト改ム

「前項ノ申立ハ完結ヨリ一週内ニ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ為スコトヲ要ス」

(広島検事長)

本条ヲ削除スルヲ可トス

(札幌所長)

さらに明治四四年(一九一一年)に、司法省は民事訴訟法及び附属法令に關して意見照会をしている。これに對して寄せられた意見をまとめたものとして「民事訴訟法及附属法令修正意見類聚(明治四五年六月印刷)」があるが、一〇二条に關しては次のような意見が掲載されている。⁽³³⁾「民事訴訟法改正案修正意見類聚」と同じように、法律取調委員会で利用するために印刷されたもののように思う。なお「民事訴訟法及附属法令修正意見類聚追加(明治四五年七月印刷)」という資料がある。遅れて到着した意見をまとめたものと思われるが、一〇二条に關しては意見は掲載されていない。⁽³⁴⁾

民事訴訟法及附属法令修正意見類聚

- 一 現行法中ニ本条ノ如キ規定ヲ設クルコト(東京控訴)(豊岡区)(松江區)
- 二 本条第一項中「職権ヲ以テ」トアルヲ「申立ニ因リ」ト改ムルコト(高松地方)

これらから分かることは、第一に職権による裁判でなく、申立てによる裁判にすべしという意見が圧倒的に多いことである。第二は申立てに時間的な制約が考えられているということである。具体的に提案されている期限

は完結後一週間、一ヶ月である。その他に注目すべき点は、原則は申立てであるが、必要な場合は職権でも裁判できるとの折衷案が提案されていることである。さらに「裁判所ヲシテ事情ヲ斟酌シテ相当ノ裁判ヲ為サシムル旨ノ規定ヲ設ケンコトヲ冀望ス」という意見も大変に興味がある。訴訟終了宣言を規定する Z P O 九一条 a は「両当事者が本案について終了を宣言した場合に、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つて決定で裁判をする」旨の規定であるが、それを想起させるからである。

それぞれの提案に理由が記載されていないので、提案の根拠は推測するしかないが、かように多数の多様な意見が寄せられたということは、裁判によらない訴訟の終了について、明治二三年の民訴法が訴訟費用の負担の裁判の規定を有していないことと、そのような裁判なしに処理するには、負担を定めた規定が十分でないこと⁽⁵⁵⁾に対する不満の表れではないかと思う。したがって、立法当局が一〇二条のような規定の立法は必要と考えるのも当然である。その場合になぜ職権による裁判が立案されたのかは、現時点では判断するための資料がないので推測の域を出ないが、職権による裁判という方法は、通常の判決による終了の場合の規定がそのまま利用できるというメリットがあるからではないだろうか。これに対して右のように実務からの多数の反対に遭遇した。その理由も推測の域は出ないが、裁判所関係者が多いことから、職権よつて裁判所の責任を増やしたくないというのが本音ではないかと思う。いずれにしてもこの場合、明治三六年草案の起草者は当然としても、それに対しての意見表明者も、訴訟を担当した裁判所が扱うという点では共通の認識があつたと考えるべきである。そうであるからこそ、意見表明者は申立てに時間的な制約を課すことや、事情による裁判を提案したのである。

このようなことから、一〇二条相当の規定を設けること、その場合は当事者の申立てによる立案が求められることになつたのではないかと思う。しかしながら、「民事訴訟法改正起草委員会審議録」によれば、明治四五年

(二九一二年)七月一二日の第六五回民事訴訟法起草委員会で一〇二条について審議されているが、そのようなことは全く話題にもなっていない。記録を読むと、和解、請求の放棄・認諾の適用に若干の議論が見られるが、三項の即時抗告を認めるか否かの議論がメインのように思える。この点の議論は3の最後に紹介するが、この日の結論は「本条ハ人事訴訟及ヒ取下ヲ審議スルトキ迄テ留保ノコト」であつた。⁵⁷⁾ その後の審議の内容に関する資料は、残念ながら立法資料全集からは探し出すことはできなかった。

3 起案会・仮決定案九条と決定案八七条

明治三十六年(一九〇三年)に(旧)法典調査会の民訴法改正案、すなわち明治三十六年草案が公表された。ところが作成した法典調査会が同年に廃止されたために、これ以上この草案が進展することはなかったが、改正作業そのものは頓挫したわけではなかった。その後の改正作業の経過を略述すれば、次のとおりである。⁵⁸⁾ 明治四〇年(二九〇七年)四月一九日に設置された法律取調委員会は、明治四四年(二九一一年)五月に民事訴訟法の審議に着手した。法律取調委員会第二部が民事訴訟法を担当し、当初は委員総会、主査委員会、起草委員会という構成であった。すなわち法律取調委員会の下に主査委員によって構成される主査委員会、主査委員の中から指名された起草委員からなる起草委員会が設置された。そして起草委員会が起稿した原案を主査委員会が検討し、議決するといふ審議方法がとられた。第一回起草委員会は明治四四年(一九一二年)五月五日に開催され、大正三年(二九一四年)六月二日まで一〇九回の審議を行い立法事項を決定したが、そこでは明治三十六年草案も検討・審議された。第一回主査委員会は明治四四年(一九一一年)六月二日に開催されたが、第二回目はその後かなりの期間が経過した大正三年(一九一四年)十一月一日であり、最終の第一〇回は大正四年(一九一五年)二月一

七日であった。委員総会は大正四年（一九一五年）六月一六日より七月一四日まで五回開催された。

このような経過の後で、大正四年（一九一五年）三月八日の第一一二回起草委員会において法文を起草することが決定し、そのために起案会が設けられ、第一回起案会は同年同月一二日に開催された。その後、起案会は大正八年（一九一九年）六月二三日まで二〇二回開催された。ところが翌月の七月九日に、改正作業を統括していた法律取調委員会が、官制改革で突然廃止されてしまった。しかし、改正作業は中断されることはなかった。直ちに同月一八日に司法省に民事訴訟法改正調査委員会が設けられ、第一回の民事訴訟法改正調査委員会委員総会は同年九月二三日に開催され、従前の改正作業を引き継ぐことが確認された。そして翌月の一〇月一日に第一回の民事訴訟法改正起草委員会が、一〇日には第一回の民事訴訟法改正調査委員会起案会がそれぞれ開催された。

さて法律取調委員会廃止前の起案会で作成されたものが、「民事訴訟法改正起案会決定案第一編総則（仮決定案）」である。⁽⁵⁹⁾ 大正四年（一九一五年）三月一二日から大正八年（一九一九年）六月二三日の間に起草したものとされているが、明治三六年草案の次の段階の草案と位置づけることができる。訴訟費用の第九条が旧一〇四條（現行法七三条）に相当する規定であり、大正五年（一九一六年）五月から六月頃に印刷されたものである。⁽⁶⁰⁾

起案会・仮決定案

第九条 ①訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ裁判ヲ為ス此場合ニ於テハ第一条乃至第六条ノ規定ヲ準用ス

②前項ノ裁判ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得

仮決定案は明治三六年草案を基にしたと思われるが、明治三六年草案一〇二条と仮決定案九条を比較してみると、文言の違いは別にして構造的には次の二つの違い（変化）⁽⁶¹⁾を見ることができ、第一の変化は、職権による

裁判が当事者の申立てによって行われることになった点である。第二の変化は、前者では裁判のための判断基準が示されていなかったが、後者、仮決定案では準用という形で示されることになった点である。この二つの変化は現象的には二つであるが、両者は一体のものとして理解すべきである。当事者の申立てによる裁判ということは、終了前の手続との切斷を意味すると思うからである。職権による場合は、終了前に訴訟を担当していた裁判所が従前の状況を考慮して判断することを想定していると思うが、当事者の申立てによるということは、申立てがない場合を考えざるをえず、その場合は手続は終了したとして処理し、申立てがあつた時点で新たな裁判が行われると考えることが自然であるからである。そこで仮決定案は新たな裁判手続が必要になると考え、裁判の規準を準用ということて明示したように思う。このような理解に立つならば、仮決定案に対する疑問点は、どのようにして準用規定を働かせるのかということである。すなわち判断材料の収集方法の問題であり、従来の訴訟経過をどのようにして裁判所は獲得するのかという問題である。当然、決定手続において訴訟費用に関する新たな訴訟の展開は考えていないと思う。そうであるならば、裁判所が判断に際して利用するものは従前に本案の審理において獲得した広義の訴訟資料であり、それを前提として考えざるをえないということである。そこで仮決定案は、従前の本案の資料の利用を認めた規定がない点で手続的には問題があるにしても、訴訟の終了まで担当していた裁判所が訴訟費用の問題を処理すれば、事実上は本案の審理の訴訟資料の利用は可能になると考えたのではないかと思う。すなわち仮決定案では、その裁判所は終了事由発生直前の受訴裁判所（終了時裁判所）であるということ、当然のこととして考えられていたように思う。しかし厳密に考えれば、裁判所が勝手に本案の資料を利用してよいのかという手続上の問題は残る。これが申立て方式を採用した場合の問題点であり、かような問題は現行法七三条まで連続と続いている。

この仮決定案が、決定案では次のように変更したことが、「民事訴訟法改正起案会決定案・起草委員会議案」で知ることができる。これは大正四年（一九一五年）五月から大正九年（一九二〇年）七月の間に仮決定案に検討を加えて作成されたもので、起草委員会の審議の対象になったものであるが、訴訟費用の裁判手続を考えるうえで興味深いものがある。八七条は次のとおりであるが、大正五年（一九一六年）九月頃に印刷されたものであるか。⁽⁶³⁾

起案会・決定案

第八十七条 ①訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ裁判ヲ為ス此場合

ニ於テハ第八十条乃至第八十四条ノ規定ヲ準用ス

②前項ノ裁判ニ対シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

仮決定案と決定案との違いは第二項であり、両者がいわば正反対なのが注目される。現行法七三条から見ると七三条は仮決定案の立場を採用しているから、元に戻ったということになろう（正確には後述の起草委員会案から戻った）。このような大きな振幅の理由はどこにあるのだろうか。この時の議論ではないが、2の最後に紹介した明治四五年（一九一二年）七月一二日の第六五回民事訴訟法起草委員会における議論が、この問題についての立法者の判断を推測させる有力な参考資料になるように思う。⁽⁶⁴⁾そこでは明治三六年草案一〇二条について審議されたが、三項の即時抗告ができるとする規定は削除すべしと説いたのが齋藤委員であった。山内幹事がそれに同調するが、齋藤委員の削除の理由は、訴訟費用の裁判に対して独立して上訴できないとすることと、「権衡ヲ失スルノミナラス不必要ナリ」ということにある。これに対して鈴木委員は本案の裁判がないのであるから、上訴を認めても問題はないと反論した。横田委員も、本案の裁判について上訴がないのに、訴訟費用の裁判の上訴を

認めると本案を審議する結果になるから、訴訟費用の上訴は認められないが、「本条ハ本案ニ無関係ナルヲ以テ差支ナシ」と述べている。

この議論は、訴訟が裁判及び和解によらないで終了した場合でも、訴訟費用の裁判手続は本案の裁判に付随するものと考えるべきであるとする意見と、訴訟は既に終了しているから、訴訟費用の裁判手続は本案の手続とは独立した手続と考えるべきであるとする意見の対立ではないかと思う。訴訟費用の裁判が本案に付随する点に注目するならば、独立した上訴は認めないことになるが、そうでなければ、この裁判で不利な判断を受ける当事者に対して、手続保障の観点から上訴を認めるべきであるということになる。

ところで明治三六年草案一〇一条は「訴訟費用ノ裁判ニ対シテハ本案ノ裁判ニ対シ上訴ノ提起アリタルトキニ限り不服ヲ申立ツルコトヲ得」というものであるが、これについて斎藤委員は、一〇二条三項を残すならばこの一〇一条の上訴は無条件に認めるべきであると述べている。⁽⁶⁵⁾これは裁判で終了する場合とそうでない場合とを区別する必要はないし、訴訟費用の裁判のためだけの上訴は認めないとの原則は厳守すべきであると主張しているように思える。これに対して横田、鈴木の両委員は、裁判による終了とそうでない場合の違いに注目すべきであるし、後者の場合は本案の裁判は存在しないから、訴訟費用の裁判は十分な審理がなされていないとの主張のよう⁽⁶⁶⁾に思う。横田委員は「改正案(一〇一条のこと)ニ於テハ訴訟費用ノ決定カ自由ナルヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル場合ヲ拡張スル必要アリ」(一)は筆者の加筆)とも述べている。

このように、訴訟費用の裁判に独立した上訴を認めるか否かの問題は、訴訟費用の裁判の本案の裁判に対する付随関係をどのように理解するか、訴訟費用の裁判の審理は十分なのかといったことに関係している。したがって仮決定案と決定案との違いの結論は、これらにおいていずれかを選択した結果であると思うので、立法者の意

思を考察する場合は、この選択に際して決定的な要因を探求することが重要になる。しかし、実はこのような見解の対立が生じることに、そもそも問題があるように思う。それは訴訟費用の裁判手続が不明であるということである。仮決定案や決定案で裁判において準用すべき条文は明示したが、手続については単に決定手続というだけである。訴訟費用の裁判手続において、本案の問題はどのように位置づけられるかは不明であつて、手続がいわば感覚的に経験的に議論されているように思う。そうであるからこそ、その時々で本案との関係についての判断が異なるのであろう。つまりこれは、訴訟費用の裁判が本案の裁判とは別に行われるとした場合に、常に生じる問題である。換言すれば、訴訟費用の裁判において透明で見える手続が求められる場合には、本案手続との関係を明確にすることが求められるのである。

4 起草委員会の第一案・決議案九二条

起案会・決定案については大正五年（一九一六年）九月から大正九年（一九二〇年）一〇月までの間に、法律取調委員会の起草委員会が、大正八年（一九一九年）にそれが廃止された後は民事訴訟法改正調査委員会の起草委員会が審議した。それによって作成されたのが「第一案・決議案」である。その九二条が現行法七三条に相当する規定であり、次のようなものである。資料の説明によれば「第一編第三章第一節 訴訟費用ノ負担」の印刷日は大正六年（一九一七年）一月二三日である。⁽⁶⁷⁾

第一案・決議案（民事訴訟法改正起草委員会決議案・第一案）

第九十二条 訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用額ヲ定メテ其負担ヲ命スヘシ此場合ニ於テハ第八十条乃至第八十四条及ヒ前二条ノ規定ヲ準用ス

起案会・決定案と起草委員会の第一案・決議案を比べてみると、第一に項数が違う。二項構成が一項になった。しかし、これは不服を認めないことの帰結であり、起案会・決定案八七条の二項が削除されたにしても、表現の問題であり内容的な変更はない。第二に文言が違う。前者は「裁判所ハ……訴訟費用ノ裁判ヲ為ス」であるのに対して、後者は「訴訟費用額ヲ定メテ其負担ヲ命スヘシ」ということである。これは次の変更とともに、重要な変更である。第三に、文言の比較だけでは分からないことではあるが、それぞれの条文の体系的な位置が異なる。すなわち、前者は訴訟費用に関する条文の中では大体、中ごろに位置するが(八〇条ないし九二条の中の八七条)、後者では最後の方(八〇条ないし九五条の中の九二条)である。このような違いは、起草委員会で起案会・決定案が審議された結果生じたものであるが、職権から申立ての転換を第一の転換点とするならば、これは第二の転換点である。

第二の転換内容は前記の文言の違いが示すように、本条に基づいて行う裁判が訴訟費用の負担の裁判だけでなく、併せて訴訟費用の額も裁判するようになるというものである。しかも、「裁判所ハ……訴訟費用額ヲ定メテ其負担ヲ命スヘシ」で、額を定めることが負担の裁判よりも先行するような文言である。体系的な位置の変動もこれに連動したもので、起案会・決定案の場合は費用の負担の裁判であるから、訴訟費用の額の確定の手続を定めた規定に前置していたが、第一案・決議案では額も併せて裁判することになったので、額確定の手続の後に置かれることになり、額確定の手続規定である「前二条」が準用されている。つまり、第一案・決議案において、訴訟費用の負担を定める裁判に額確定の手続が付加され、合体したということである。

この転換の理由であるが、立案者が裁判による終了の場合とは異なる点に注目したからではないかと思う。あるいは3の最後に紹介したかつての鈴木、横田意見の復活とも考えられるが、この案はさらにそれを進めて、裁

判による終了の違いを強調して、額の裁判手続までも一気に行うとする点に特色を有している。そもそも裁判による終了でも、負担の裁判と額の確定の裁判とは一緒に行うとするのが原則であると考えれば、このような転換は当然かもしれない。ところで立案者にこのような体系的な大きな転換を促す誘因を与えたのは、当時最新のハンガリーの新民事訴訟法典ではないかと思う。直接これを証明する資料はないが、立法資料全集の中に「民法対照」という、改正案と当時の現行法（明治三十三年の民法）と諸外国の民法の法条を比較した一覧表があり、明治三十六年草案の一〇二条に相応するものとして、ハンガリー民事訴訟法四二四条を挙げているからである。⁽⁶⁹⁾ このハンガリー民法は明治四四年（一九一一年）に公布された、当時としては立法者が参照しえた最新の立法であり、その邦訳は大正二年（一九一三年）一二月に印刷されたものであるから、その四二四条を第一案・決議案において参照することは十分可能である。もっともそれでは反対に、なぜ起案会・仮決定案や起案会・決定案では参照されなかったのかということになるが、起案会の段階では比較法的な考察まで手が回らなかったのではないかと思う。比較法的考察においてドイツ法、オーストリア法に相当の条文を見つけないことができなかった立案者が、最新のハンガリー民法に相当の規定を見たとき、それを参考にするのは自然の成り行きのように思う。⁽⁷⁰⁾

このように考えると、第一案・決議案が即時抗告について考慮しない点は説明がつく。すなわち、この第一案・決議案九二条は訴訟費用の額の確定の手続において即時抗告が認められていにもかかわらず（八九条三項）、この条項を準用していないが、それはハンガリー民法にはそのような規定はないからである。訴訟費用の額の確定の手続における即時抗告の規定が今日のように準用されるようになるのは、次の段階の草案である起草委員会案になってからであるが、それはこの段階ではハンガリー法に倣って額の確定手続と一体にすることだ

けで精一杯で、それ以上の検討をする余裕がなかったからではないかと思う。またこの第一案・決議案九二条は、従前の草案(起案会・仮決定案や起案会・決定案)と同様に、裁判による終了の場合の訴訟費用の負担者を決めるための法条を準用し、それを活用するための手続について決定手続としているが、これはハンガリー法もそのようになっている。そもそもハンガリー法は法文を読む限り、訴訟費用の問題に対しては早期の解決を考えていて、当事者の手続保障はあまり考慮していないように見える。そうであるならば、訴訟促進と最新の民訴法典作成が求められている立法担当者が、ハンガリー法に疑うこともなく支持し、それをそのまま参考にして起案するのは当然ではないだろうか。もともとハンガリー法は裁判による終了とそうでない終了を区別していないように見えるし、しかも手続が職権でなされるから、日本の場合とは異なる。したがってそのままでは日本では通用しないのであるが、それを立法者が気がついていたのかは不明である。おそらく考慮しなかったと推測するが、それはそのような必要性を感じなかったということではないかと思う。ところで裁判による訴訟終了における訴訟費用の負担の規定を準用する場合、その手続はどのように行うのかという問題がある。この点については既に二の3で紹介した松岡委員の説明のように、立案者は従前の裁判所がこの裁判を担当すれば、判断資料は事実上簡単に得られると考え、負担の裁判については判断基準の準用だけの対応で済ませて、手続的な配慮は全く行わなかったように思う。換言すれば、従前の本案の手続を担当した裁判所が訴訟費用の裁判を担当すれば、問題は生じないと考えたようである。この方法は精緻な立法を必要としないというメリットがあるが、しかしそれでは、「訴訟費用の裁判は本案の訴訟とは関係がない、しかし、本案に関する裁判を利用する」ということになるし、裁判官の私知による裁判で問題である。このようなことから、終了した訴訟の資料を訴訟費用の裁判に利用することは、理論的には説明できないように思うが、この点についての配慮はこの案からは見えてこない。もともとこれ

は、職権を廃して当事者の申立てにしたことよって派生した問題であり、今回の転換による問題ではない。当事者の申立てによる裁判への転換を、「職権ヲ以テ」を「申立ニ因リ」にだけで済ませた立法者は、このような問題意識を有していなかったのであろう。

なお、裁判による終了の場合は訴訟費用の裁判が遅れると本案の終了も遅れるから、負担の裁判と額確定の裁判を分けて本案の早期の終了を考える必要があるけれども、裁判によらない終了の場合は本案は既に終了しているのでそのような心配はない。⁽⁷²⁾そこで時間をかけて十分に審理を行えばよいとも考えられるが、しかし、それでは場合によっては本案を再審理することになり、訴訟費用裁判の本案の裁判に対する付随性の原則に反するようになる。すなわち新たに十分に審理すれば済むということではない。要するに、第一案・決議案においても、裁判所は終了事由発生に至るまでの事情をどのような手続で知ることになるのかという問題は、依然として未解決である。

5 その後の展開

「第一案・決議案」のその後の一般的な展開は、次のとおりである。⁽⁷³⁾「第一案・決議案」はさらに修正されて、「起草委員会案」が作成された。さらに検討が加えられて、民事訴訟法改正調査委員会委員総会に提出され、審議の対象になったのが「第一案・議案」である。委員総会は大正一〇年(一九二一年)一月一日から大正一二年(一九一三年)五月一日まで四四回開催された。同月八日から翌年七月中旬まで起草委員会は委員総会での意見の整理を行い、委員総会の再開に備えて、「第一案・議案」に赤字で修正箇所を書き加えた「第二案・議場用」と、それを案の中に取り込んだ「第三案」を作成した。「第三案」は大正一三年(一九二四年)九月に作成さ

れ、大正一四年(一九二五年)四月二三日に再開された委員総会に提出された。委員総会は同年七月二四日まで、法案全部について審議を終了した。九月二二日に第一一〇回起草委員会は法案整理の結果を審議し、一〇月一五日には民事訴訟法改正調査委員会総会が起草委員会の整理結果を審議して、民事訴訟法改正案を確定させた。これが「第四案」であり、起草委員会の修正決議や委員総会の審議に基づき、「第三案」を修正して完成させたものである。そして「第四案」を法制局が整理して、大正一五年二月二日の第五一回帝國議會に提出したのが「第五案」である。⁽⁷⁴⁾

このような流れの中で、4の「第一案・決議案」の九二条は、「起草委員会案」では九五条、「第一案・議案」では九六条、「第二案・議場用」では九六条、「第三案」では九九条、「第四案」と「第五案」では一〇四条と、⁽⁷⁵⁾条数、項数、表現(語句)等を少しずつ変えたが、旧一〇四条一項の手続的な構造には大きな変化は見られない。⁽⁷⁶⁾ただ手続的な観点から注目すべき点は、既に3の最後に述べたことではあるが、起草委員会案で九二条三項が準用されるようになったことである。これは現行法七三二条二項が七一条七項を準用していることに等しいから、換言すれば、現行法のこの準用は「起草委員会草案」に起源があるということになるし、さらに一連の立法過程の流れの中で見ると、「起案会・仮決定案」に戻ったということになる。⁽⁷⁶⁾なお現行法七三二条二項が準用するこれ以外の手続的な規定(七一条二項ないし七項)は、訴訟費用の額の確定手続の規定なので、ここではその沿革を探求しないが、旧一〇四条二項が旧一〇〇条二項(現民事訴訟規則二四條相当)を準用したのは、旧一〇一条と旧一〇二条の準用のように負担の裁判手続と額確定手続との合体と同時になされたのではなく、旧一〇〇条三項の即時抗告の規定の準用を決めた次の草案の段階、すなわち「第一案・議案」においてであったことは指摘しておきたい。負担の裁判手続と額確定手続の合体が周到に準備されたものではなく、合体した手続において

徐々に額確定手続の方に重心を移していくことを示しているように思えるからである。

草案における規定の文言的な変遷以外に、さらに審議記録から次のような議論があったことが分かる。大正二年（一九一三年）五月一日の第四五回民事訴訟法改正調査委員会総会の後に起草委員会⁽⁷⁷⁾で検討し、大正一四年（一九二五年）六月九日の第五〇回の委員会にその結果を報告していることであるが、当事者の申立てに時間的な制限を課す必要があるのかということと、費用負担について規定を設ける必要があるかということである。いずれも起草委員会の結論は消極的であったが、その理由は前者については、「当事者は利害関係上適當の時期に申立をすることであるから殊更に之を規定する必要はあるまい」ということであつた。後者については「結局八十三条の準用で以て事が足りはしないかと云ふこと⁽⁷⁹⁾」であつた。このことはどのような意味があるのだろうか。いずれも穩当な結論と思うが、前者について言えば、既に二の二の第一二回民事訴訟法改正調査委員会の席上、岡委員の申立て主義の採用の趣旨説明に対する岡野委員の質問で浮上した問題であるとも言えるし、明治三六年草案に対する各界の意見の中でも指摘された問題である。時間的な制約を設けると、制約に反した場合はどのような事態になるのかということを考えなければならぬので、時間的な制約を設けないことは当事者の良識に委ねるといふのは、確かに妥當な決断と言えるであろう。しかし、時間的な制約を設けないとなると、当事者の申立てが終了事由発生からかなり遅れてなされる場合をも考えねばならず、そのような場合であれば従前の訴訟との関係は疎遠になり、負担の裁判手続が額の確定手続のように単に記録によって裁判することになつていくように思う⁽⁸⁰⁾。つまり申立てに時間的な制約を設けないことは、記録による裁判を想定することになり、そうなれば適切な裁判所は、記録を保管する第一審裁判所ということになるように思う⁽⁸¹⁾。

次に後者の費用負担の規定の問題であるが、裁判による終了の場合の訴訟費用の負担を判断する規定の準用の

他に、なぜこのような議論がなされるかという点、裁判による終了の場合の訴訟費用の処理方法との違いが強調されたことによる結果ではないかと思う。さらに次のような二つの事情が考えられる。一つは、明治二三年の民法に於いても、明治三六年草案、すなわち(旧)法典調査会案にしても、訴え取下げについて取下げをした原告を敗訴者としていたから、⁽⁸²⁾このような規定を設ける必要があるかということである。他の一つは、請求の放棄・認諾について判決を下すことを廃止する議論の中で、訴訟費用の裁判が問題になって来たということである。すなわち和解のように調書記載をもって確定判決と同一の効果を付与するか否かの議論の中で、訴訟費用が問題となった。⁽⁸³⁾しかし、このような事情があるにしても、負担の裁判基準は同一であらねばならないということ、規定するにしても裁判で終了しない場合を統合して規定するのか(例えば明治二三年の民法七二条二項)、あるいは個別的に規定するのか(例えば明治三六年草案の二三八条二項)で、判断が迷うところであること、⁽⁸⁴⁾準用によっても同じ結論が得られること等で、規定するのを断念したのではないかと思う。⁽⁸⁵⁾

しかし、このように裁判による終了とは違う面を注視したとはいえず、負担者についての規定を設けるか否かという問題が主たるテーマであったために、そもそも準用規定が裁判による場合と同様に働くのか、働かせるための工夫は必要なのかという点は全く考察されることはなかった。それは前記のような審議から推察すると、当然働くとの考えが前提に立っていたことと、立法者が法文を機能的に考察するよりも体系的に整序することに関心を持っていたからではないかと思う。

6 草案の変遷が示唆するもの

現行法七三条の前身である旧一〇四条の手續規定の形成過程を概観してみたが、明治三六年草案を出発点とし

のために(3の1・2)、明治二三年の民訴法の立法的な態度が問題になる。明治三六年草案以降の展開と比較してみると、これは裁判不要方式(負担者法定方式)ではないかと思う。すなわち、裁判なしに負担額確定の手続に接続するものであり、その意味で裁判不要という立場である。そのようなことが許されるのは、負担者が法定されているからである。⁽⁸⁶⁾しかし、この方式であると、法定された負担者に訴訟費用を負担させることが妥当でない場合が問題になる。⁽⁸⁷⁾妥当でない結論を回避することが求められるが、他方では訴訟費用敗訴者負担の原則も考えねばならない。そこでこのような事態に対応する方法として、個々の状況を斟酌して裁判所が負担者を決めるという裁判方式が考えられた。これが明治三六年草案の出発点であった。

さてこの後の展開を含めて、既述の法文の変遷のまとめを兼ねて訴訟費用裁判の体系的な変遷を整理すると、本記述の最後に示したIのようにまとめることができる。それをさらに問題の処理方法という視点で分類したのが、IIである。そしてIとIIを基にして、訴訟費用の処理方法の変遷を明治二三年の民訴法から現行法までたどれば、次のようになる。第一段階は(1)から(2)(AからB)、第二段階は(2)から(3)(a)(BからC)、第三段階は(3)(a)から(3)(b)(CからD)、第四段階は(3)(b)から(3)(a)(DからE)ということになる。これから分かることは次のようなことである。旧一〇四条はいくつかの転換を経て形成されたこと、転換の度にいくつかの期待や要望が取り込まれたこと、それが時を異にしてなされた結果、取り込みが体系的に整序されているとは限らないこと、それらが解釈に当たって問題発生の原因の一つになりうること等である。以下ではこのような問題意識と草案変遷の概観を利用して、既に述べた各草案についての記述の要約を兼ねながら、現行法下において各草案の有する意味について考えてみようと思う。

第一段階は、訴訟費用の負担の裁判について裁判不要方式(負担者法定方式)から職権による裁判方式への転

換であつた(A↓B||①)↓②、三の1)。その場合の裁判手続が問題になるが、明治三六年草案一〇二條は訴訟費用の裁判の本案の裁判に対する付随性の原則を考慮して、本案の従前の裁判手続と資料を利用するために、職権による裁判方式を採用した。職権による裁判ということで、負担者を決める判断基準は、裁判による終了の場合の基準がそのまま使用できると考えていたように思う。というのは同條は単に決定による裁判手続だけしか規定していないからである。このような転換は、結果的にはドイツ法系の処理方法との決別を意味する。すなわち、立法者が意図したことかは不明であるが、日本法独自の道を歩み始めたということである。しかし、決別したとはいえ、そもそも完全な制度というものが無い以上、日本法に問題があれば、たとえ独自の道を歩んでいるとはいえ、その補修は同じ法系のドイツ法に求めるべきである。そのためには両者の関係や接点を考える必要がある。職権による裁判手続の採用は、そのような問題を提起しているように思う。具体的には言うならば、手続規定がないに等しい職権による裁判手続の採用は、当事者が訴訟費用の点で本格的に争わないことを前提にしている。したがって当事者が争うような事態に対応することは無理である。この場合は、そのようなことを想定しているドイツの一方的訴訟終了宣言の制度で穴を埋めるべきであるということである(四)。また争いが無い場合でも、両当事者が希望する場合は、現行法七三條二項が準用する規定が十分に機能しその目的が達成されるように、七三條一項が規定した第一審の裁判所とは異なるにしても、終了時の裁判所が、ドイツの双方的訴訟終了宣言の制度を参考にして、終了時の状況を勘案して裁判すべきであると思う(三の5)。というのは、裁判によらない訴訟終了の場合の訴訟費用の問題の解決を考える場合、訴訟費用の裁判は本案訴訟に付随するという原則と、訴訟費用敗訴者負担の原則を支持し維持する以上、これらに基づいて展開されたドイツ法の成果を利用するのが一番効率的であると考ええるからである。

第二段階は訴訟費用の負担の裁判について、職権による裁判方式から当事者の申立てによる裁判方式への転換である（B↓C⁽⁸²⁾↓(3)(a)、三の3）。この転換は実務の要望に基づいたものである（三の2）。というのは裁判方式それ自体については問題はなかったが、職権による裁判という点は非常に評判が悪かった。これを受けて明治三六年草案一〇二条の職権による裁判は、当事者の申立てによる裁判に変更するとともに、その場合の裁判には裁判による終了の場合の判断基準の規定を準用するという方法（起案会・仮決定案九条、同・決定案八七条）が考案された。⁽⁸⁸⁾この転換は処分権主義に相応するものであり、⁽⁸⁹⁾当事者にイニシアチブを与えた点は評価できるが、この方法は手続的問題があるように思う。すなわち訴訟費用の裁判をどのように行うのかということである。確かに本案が終了した以上、本案訴訟が続行することはないが、いわば後始末のために手続は続行していると思う。⁽⁹⁰⁾問題はその手続と訴訟費用の裁判手続との関係であり、一種の断絶が生じるように思う。というのは、当事者の申立てによって訴訟費用の裁判がなされるとするならば、申立てがなされない事態を考えると、従前の手続はとにかく終結すると考えるのが素直で分かりやすいと思うからである。もちろん、手続は終了しておらず単に停止して、申立てによって条件成就で復活するということも考えられるが、それでは手続の終了はいつになっても確定しないし、またそのような考え方は技巧的で分かりづらい。このように考えるならば、申立てによって新たな訴訟費用の裁判手続が開始すると考えざるをえない。そうなる⁽⁹¹⁾と訴訟費用の裁判で考慮する必要のある従前の訴訟の経過や状況は、訴訟記録によって裁判所は知ることになる。あるいは十分な審理を考えて口頭弁論を開くならば、本案の審理の重複にならないのかという危惧が生じることになる。申立て方式の採用によるこのような疑問は、この後の立法が申立て方式に立脚している以上、今日まで続いていると考えるべきである。

第三段階は当事者の申立てによる裁判方式に立脚したうえで、負担額の確定手続をも含める手続への転換であ

る(C↓DⅡ(3)(a)↓(3)(b)、三の4)。額の確定も一緒に行うことになったために、この方式が立法された後に、訴訟記録を保管している裁判所と、訴訟費用の負担を決め額を確定する裁判を行う裁判所との関係が問題として浮上した(二)。訴訟記録を保管している裁判所、具体的には第一審の裁判所が担当裁判所としてふさわしいのではないという問題である。しかし、訴訟費用の負担の裁判手続と額の確定手続とが合体した手続であっても、額の確定の手続が単に事務的に処理できる事項であることを考えると、負担の裁判の方が重要であるし、この点での手続を常に考慮しなければならない⁽⁹²⁾。そのようなことから負担の裁判手続において額確定の場合に必要な訴訟記録を重視するのは疑問であるし、それでは負担の裁判である面に曇りが生じてしまう。旧一〇四条一項の裁判所について、当時の判例・通説が記録の保管場所の裁判所ではなく、終了事由時の事情を知り得る終了事由発生時の裁判所であると主張したが、それはこの手続は単なる額の確定手続とは異なるという認識のもとに、従前の裁判手続の結果が少しでも生かせるような配慮であったと理解することができる⁽⁹³⁾。すなわち管轄裁判所の問題として把握して、同一裁判所による事実上の手続の連続を意図したものである。申立て方式の手続的な問題を、このような形で克服しようとした点は評価すべきであるし、今後においても参考にすべきであると思う。

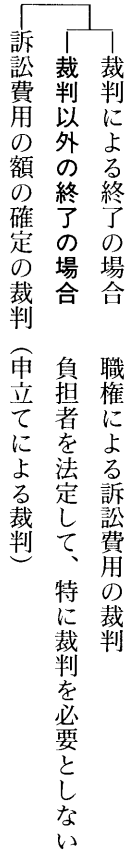
第四段階は当事者の申立てによる裁判方式に立脚したうえで、負担額の確定手続との合体から分離への転換である(D↓EⅡ(3)(b)↓(3)(a)、一の2)。変遷の歴史から見ると、元に戻ったようなものであるが、記録の保管を重視した点で、過去の草案(起案会・仮決定案、同・決定案)の場合と異なる。今回のこのような転換は、裁判所と裁判所書記官との職務の分担が原因であるが、負担の裁判の管轄裁判所を第一審の裁判所と定めたことは、この規定の変遷過程での問題点を考慮することなく、記録による裁判を当然の前提にして、その便宜を考慮した結果と思われる。確かに管轄裁判所の問題は技術的な問題のようにも思えるが、裁判する側の視点での手続の合理化

という姿勢は問題である。結果的に新法七三条は旧一〇四条の下の判例・通説の意図した事実上の手続の連続という見解を否定したことになり、このような手続の連続性という観点からの批判を受けることになると思う(二の4)。

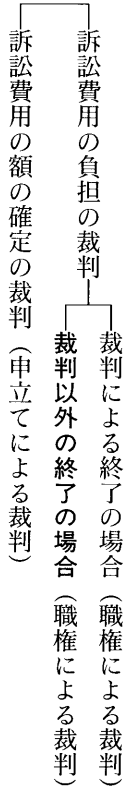
I 裁判以外の終了の場合の訴訟費用の裁判の立法形式の変遷

A 裁判不要方式(負担者法定方式) (明治二三年の民訴法)

* 負担者が決まっているから特別な裁判は必要ない。



B 職権による裁判方式 (明治三六年草案)



C 当事者の申立てによる裁判方式で、訴訟費用の負担と額の裁判の分離型

(起案会・仮決定案、起案会・決定案)



「訴訟費用の額の確定の処分（申立てによる処分）」

II 裁判以外の終了の場合の訴訟費用の裁判についての分類

- (1) 裁判不要方式 A
- (2) 職権による裁判方式 B
- (3) 申立てによる裁判方式
 - (a) 負担の裁判方式 C・E
 - (b) 負担と額の裁判方式 D

(41) 明治三十六年の（旧）法典調査会の民事訴訟法改正案は、松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料一〕三一頁以下に掲載されている（資料説明は同一頁）。この案の成立過程や内容の概要については、染野・裁判制度二五二頁以下、松本・成立三頁以下等に詳しく説かれている。問題は、この草案と大正一五年の法改正との関係である。松本教授は「旧法典調査会案の改正作業全体の中の位置づけの問題は今後の研究に留保したい」としているが（松本・成立二四頁注 8）、この明治三十六年草案一〇二条について言えば、草案が公刊されてから約九年後の明治四五年（一九一二年）七月一二日の第六五回民事訴訟法改正起草委員会で審議されている（改正案第一〇二条二付キ）松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料二〇八〕四二四頁以下）。法典調査会の廃止後に民事訴訟法改正を担当した民事訴訟法改正起草委員会の検討課題の一つが、この明治三十六年草案であったから（松本・経過（一）四頁以下、同・成立一三三頁）、このことは当然のことかもしれないが、この明治三十六年草案は次の段階の草案の作成に重要な役割を果たしたと考えるべきで、その意味で旧一〇四条に繋がっていると思う。また三の 2 で述べるように、この草案に対する実務各界の意見の多くが、職

権による裁判から当事者の申立てによる裁判への修正を求めているので、それが草案一〇二条の転換の契機になったとも考えられる。この草案は「法典調査会の廃止によって宙に浮いたような形になったけれども」(松本・成立二三頁)、草案一〇二条は旧一〇四条の形成のために大きな役割を演じた。

なお「新民事訴訟法起草委員の一員たりし」山内確三郎博士は、明治三六年草案から旧民法成立の過程について、次のように述べている(引用句は「新法の二大目的」法曹会雑誌八巻二二号五五頁、一九三〇年)。「一たび明治三十五年の交、成案を得たりと雖、此の案は独逸民事訴訟法其の儘の規定であつて、而して独逸訴訟法は其の本国に於てすら非難百出の有様であつたのである。之が為一たび出来た成案も兎角香しからず思はれ、帝國議會に提出せらるるに至らず、当局は唯之を社会に公表するに止め、再び改案の必要を認むるに至り、爾來二十年の歲月の間、慎重審議の結果、成立したのが則ち新法である」(前掲書五六頁)。ところで、大正一五年改正法の施行当時の司法省民事局長の長島毅氏は、司法省に入ったのが大正五年の暮であつたが、次のように当時の起案会や山内幹事の様子を回想している(「醉雲莊物語」法曹会雑誌八巻二二号五六頁以下、一九三〇年)。「起案会では法典調査会で脱稿した改正草案の活版摺を基礎とし、それに朱筆を入れて案を作つたものである。起案会には司法省幹事が出席することになつて居り山内さんは小委員であつたが、起案会に出席して案を作られたものである、法典調査会の案を基礎として条の順序を取り換へたり、一ケ条を二ケ条にし二ケ条を一ケ条にしたり、但書を第二項にしたり……、丸でシンコ細工をしてゐる様であり、植木イジリをして居る様である」と。さらにその姿は「ご隠居さんが日ナタボツコリをしながら盆栽の枝を切つたり……してゐる時の様に」とも述べている。

(42) 旧一〇四条と明治二三年の民法との関係については、注(14)で述べたが、三の6の冒頭でも述べる。

(43) 明治三六年草案が作成される過程と関係する資料の所在等については、松本教授が詳論しているが(松本・成立三頁)、本稿は『日本立法資料全集』に掲載された資料に限定して考察するので、立法資料全集に掲載されていない資料の探索については、後日の研究に委ねたいと思う。その理由は、本稿の主たる目的は、旧一〇四条の沿革を考察して現行法七三条の意味を考える点にあるからである。立法者が描いた手続構想を探索し、それがどのように転換・

変貌して現行法七三条に引き継がれていったのかを概観するが、それは法制史的研究のためではなく七三条の解釈のためである。このためには立法資料全集の資料で十分であると思うし、枝葉末節な議論に深入りして「木を見て森を見ず」になることをおそれるからである。個々の細かい資料による補強は、いずれ機会を得て行いたいと思っている。

(44) このようなことから明治三六年草案に関しては、「司法省に設置された民事訴訟法調査委員会が明治三二年頃に作成した民事訴訟法改正案である」（松本・成立一四頁）ところの「民事訴訟法修正案」に遡って（松本ほか・立法資料全集四三卷（資料二）一二五頁以下）、それを出発点として考察する。もつとも旧一〇四条の原型は、この草案において見ることはできない。

(45) 「民事訴訟法改正案―旧法典調査会案（明治三六年）」松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料一）四四頁。

(46) 明治三六年草案、すなわち（旧）法典調査会案の成立過程については、坂原・生成（一）四一頁に略述したが、染野・裁判制度二五二頁以下、松本・成立三頁以下に詳しく説かれている。なお法典調査会規則、法典調査会規程、委員の任免等に関しては「改正民事訴訟法案審議の沿革」法曹会雑誌八卷一二号四四〇頁以下（一九三〇年）に、公布順に掲載されている。

(47) 「民事訴訟法修正案」は松本ほか・立法資料全集四三卷（資料二）一二五頁以下に収められている（資料説明は松本・成立一四頁）。この資料についての本稿の記述は、この資料説明に基づく。なお注（44）において述べたことであるが、この案においては旧一〇四条の原型を見ることはできない（一三六頁以下）。つまり旧一〇四条の原型はこの案の次の案である「民訴甲第一号」において初めて登場する。その位置は、この案で言えば、訴訟費用に関する八〇条ないし九四条において、九〇条と九一条の間である（一三七頁）。

(48) 「民訴甲第一号」は松本ほか・立法資料全集四三卷（資料三）一九七頁以下に収められている（資料説明は松本・成立一四頁）。この資料についての本稿の記述は、この資料説明に基づく。なおこの案の九八条において、旧一〇四条の原型を見ることができる（二二一頁）。なおこの案については注（14）で述べたことがある。

民訴甲第一号（明治三十三年九月一日配布）

第九十八條 ①裁判所ハ訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタル場合ニ於テハ職權ヲ以テ訴訟費用ニ付キ決定ヲ為ス
ヘシ此決定ハ口頭弁論ヲ經スシテ之ヲ為スコトヲ得

②前項ノ決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得

(49) 「民事訴訟法案(法典調査会第二部起草)」は松本ほか・立法資料全集四五卷(資料四一)三頁以下に収められて
いる(資料説明は松本・成立一六頁)。この資料についての本稿の記述は、この資料説明による。

民事訴訟法案(法典調査会第二部起草)

第一百條 ①裁判所ハ訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ職權ヲ以テ訴訟費用ニ付キ決定ヲ為スヘシ此決
定ハ口頭弁論ヲ經スシテ之ヲ為スコトヲ得

②前項ノ決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得

(50) 「民事訴訟法案(法典調査会第二部起草)」の一〇一條と「民訴甲第一号」の九八條の法文を比べてみると、後者
の「完結シタル場合」が「完結シタルトキハ」に変更されている。次に「民事訴訟法案(法典調査会第二部起草)」と
明治三六年草案一〇二條とを比べてみると、前者の「裁判所ハ訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ」が、後者
では「訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ……」に変更している。同様に前者の「訴訟費用ニ付キ決
定ヲ為スヘシ」が、後者では「訴訟費用ノ裁判ヲ為スヘシ」に変更している。さらに前者の「此決定ハ口頭弁論ヲ經
スシテ之ヲ為スコトヲ得」は、後者では独立して第二項となったが(従前の第二項が第三項になった)、「前項の裁判ハ
口頭弁論ヲ經スシテ之ヲ為スコトヲ得」ということで、文言の変更はない。このような違いがあるにしても、職權に
基づく裁判であること、訴訟費用の裁判であること、裁判に当たって基準が法定されていないこと等は同じである。

(51) 「民事訴訟法改正案修正意見類聚(明治三六年)」松本ほか・立法資料全集一〇卷(資料二)一四七頁以下(資料
説明は松本・経過(一)一一頁以下、同・成立九頁)。本稿のこの資料についての記述は、この説明に基づく。

(52) 「民事訴訟法改正案修正意見類聚(明治三六年)」松本ほか・立法資料全集一〇卷(資料二)一七一頁以下。なお
一〇二條の項目ではないが、訴訟費用一般の項目において、一〇二條を削除すべきであるとの意見がある(鹿児島所

長、一六九頁以下)。あるいは訴えの取下げの訴訟費用の負担について、訴え取下げの箇所ではなく訴訟費用の箇所に規定すべきとの意見もある(岡山検、金沢弁、一七〇頁)。要するにこれらの主張は、明治三年の民訴法に戻せということではないかと思う。

(53) 「民事訴訟法及附属法令修正意見類聚(明治四五年六月印刷)」「松本ほか・立法資料全集四五卷〔資料四二〕」一三九頁以下(説明は松本・成立一六頁)。一〇二条に関しては一五七頁。

(54) 「民事訴訟法及附属法令修正意見類聚追加(明治四五年七月印刷)」「松本ほか・立法資料全集四五卷〔資料四三〕」三四六頁以下。訴訟費用に関しては三四七頁。

(55) 訴訟が裁判によらないで終了した場合の訴訟費用について、明治三年の民訴法は七二条二項が規定していた。なお七二条については四の1に掲載した。またその基になったテッヒョー草案九九条は注(96)に挙げてある。

(56) 民事訴訟法改正起草委員会については3の冒頭に略述した。明治三六年草案一〇二条についての審議は、「改正案第一〇二条二付キ(第六五回明治四五年七月二日)」「松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料二〇八〕」四二四頁以下。この資料の説明は松本・経過(一)一二頁参照。なおこの資料については注(41)でも言及した。

(57) 委員会のこの結論は、次の資料にも記載されている。一つは「民事訴訟法改正起草委員会決議案(第一編第二章)」で、松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料三六一〕五六〇頁以下に収められている。その五六六頁に「第二百一条 人事訴訟手続及ヒ取下ニ関スル規定ヲ審議スルマテ留保(第五十四回)」と記載されている。他の一つは「民事訴訟法改正起草委員会留保事項(第一号―明治四四年五月―明治四五年七月)」で松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料四一九〕五九三頁以下に収められている。その五九五頁には「改百二条 人訴及ヒ取下ニ関スル規定ヲ議スルマテ留保」と記載されている。これらの資料については松本・経過(一)一三頁において説明されている。

なお民事訴訟法改正主査委員会日誌の中に大正三年(一九一四年)一月三〇日の第四回主査委員会記録があり、その中に興味ある発言が見られる。請求の放棄・認諾判決の制度を廃止して調書にすることが議論されたが(注(83)参照)、そこで訴訟費用が問題になった。議論の最後に山内委員が、「旧法典調査会ノ案ニハ職権ヲ以テ裁判ヲ

為ストアリ併カシ或ハ現行法ノ如ク為スヲ可トスルカ之ハ後日ノ問題ト為スコトヲ望ム」と述べて、締め括っている
 (松本ほか・立法資料全集一〇巻(資料四六二) 六四九頁)。

(58) 以下本文の改正経過についての記述は、松本・経過(一) 四頁以下に基づく。すなわち松本教授の研究の成果を本稿に必要な限度で要約し、利用したものである。なお松本・経過(一) 四頁は、第一回起草委員会について明治四五年とあるが、前後の記述の内容から明治四四年の誤りではないかと思う。法律取調委員会の組織についての詳細は、明治四〇年(一九〇七年) 四月一九日に公布・施行された「法律取調委員会規則(勅令一三三三号)」において決められている(この規則は「改正民事訴訟法審議の沿革」法曹会雑誌八巻二二四六頁以下(一九三〇年)に掲載されている)。審議方法については、「法律取調委員会議事規則」が明治四〇年一〇月二三日に法律取調委員会委員総会において議決されている(内容は前掲書四六三頁に掲載されている。なお委員の任免等に関しても四六一頁以下に掲載されている)。

(59) 「民事訴訟法改正起草案会決定案第一編総則(仮決定案)」 松本ほか・立法資料全集一一巻(資料四七三) 二三頁以下。資料説明は松本・経過(二) 一二頁以下。

(60) 松本ほか・立法資料全集一一巻(資料四七三) 三五頁。なおこの資料ではこの後に訴訟費用の担保、訴訟上の救助と続くが(三七頁以下)、「第一編第三章第二節 訴訟費用ノ担保」に関しては、「大正五年六月二三日印刷」、「大正五年七月一三日印刷(起草案会第二次決定案)」、「大正五年七月一七日印刷」と記載されている。「第一編第三章第三節 訴訟上ノ救助」については、「大正五年七月一九日印刷」、「大正五年七月二〇日印刷」、「大正五年八月一日印刷(起草案会第二次決定案)」と記載されている。このようなことから推測すると、「第一節 訴訟費用ノ負担」に関する仮決定案や第二次決定案にはこのような印刷日が記載されていないが、大正五年五月から六月にかけて印刷されたのではないかと思う。

(61) 明治三六年草案が三項構成に対して、仮決定案は二項構成という違いがあるものの、訴訟費用の裁判に対して即時抗告ができる点は同じである。また前者は訴訟費用の裁判は口頭弁論を経ないで行えると規定しているが、後者は決定手続で行うとしている。この点は文言の違いであって、内容的には違いはない。なお仮決定案九条と旧一〇四条

正文の法文を比べてみると、正文は「訴訟費用ノ額ヲ定メ且其負担ヲ命スルコトヲ要ス」であるが、この案では「訴訟費用ノ裁判ヲ為ス」になっている。正文の「前条ノ場合ヲ除ク外」と「参加又ハ之ニ付テノ異議ノ取下アリタルトキ亦同シ」がない。

(62) 「民事訴訟法改正起案会決定案(四一〇条まで)(起草委員会議案)」松本ほか・立法資料全集一一卷〔資料四七五〕五六頁以下。資料説明は松本・経過(二)一三頁。

(63) 松本ほか・立法資料全集一一卷〔資料四七五〕六五頁。なおこの部分は注(60)で紹介した仮決定案が掲載されている。「民事訴訟法改正起案会決定案第一編総則(仮決定案)」にも「起案会第二決定案」として掲載されている(松本ほか・立法資料全集一一卷〔資料四七三〕三六頁)。またこの部分は「第一編第三章 訴訟費用 第一節 訴訟費用ノ負担」という表題の付されたものであるが、これに続く「第一編第三章第二節 訴訟費用ノ担保、第三節 訴訟上ノ救助」については、「大正五年一〇月九日印刷」と記載されている。

(64) 既に注(56)に記載したが、民事訴訟法改正起草委員会審議録である「改正案第一〇二条二付キ」松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料二〇八〕四二四頁以下。この資料の説明は松本・経過(一)一二頁参照。なおこの資料については注(41)でも言及した。以下の本文で発言内容を紹介する委員は、審議録では姓だけしか記載されていない。委員名一覧によって判断すれば(松本・経過(二)一六頁以下)、齋藤委員とは齋藤十一郎、山内幹事とは山内確三郎、横田委員とは横田五郎、鈴木委員とは鈴木喜三郎の各氏ではないかと思う。そしてこの一覧によれば各氏とも時期によって役職名は異にするも、この後も民事訴訟法改正作業に深く関係していたことが分かる。

(65) 明治四五年七月一二日の第六五回民事訴訟法改正起草委員会審議録である「改正案第一〇一条二付キ」松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料二〇七〕四二四頁。この問題についての委員会の決議は、「民事訴訟法改正起草委員会決議(第六〇回―大正元年一月二〇日)」松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料四二二〕五九六頁以下に掲載されている。この後の一〇一条の運命については注(85)で述べる。

(66) 審議録・前掲注(65)四二四頁。なお既に本文で紹介したように、齋藤委員は一〇二条三項に反対して、起案

会・決定案九条三項のように即時抗告を否定する説を主張したが、それに山内幹事は賛成した(審議録・前掲注(64)四二五頁)。ところで山内幹事は後年、起案会の主任になっている(松本・経過(一)五頁)。このような山内博士のポストの移動に伴い、博士のイニシアチブによって、仮決定案が決定案のように修正されたと考えられることができるかもしれない。

(67) 「民事訴訟法改正起草委員会決議案(第一案)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四七六)一〇一頁以下。資料説明は松本・経過(二)一三頁以下。なお第二節の「訴訟費用ノ担保」は同じく大正六年(一九一七年)一月三日に印刷され、第三節の「訴訟上ノ救助」は同年二月一日である。これらの日付と、注(60)と(63)に記載した日付とを対照することによって、七三条相当の規定が起案会・仮決定案、起案会・決定案、起草委員会の第一案・決議案においてそれぞれいつ頃確定したかについて、年月日を断定することは無理にしても、年と月程度を決めることは可能なように思う。

(68) この「民法法条対照」は、松本ほか・立法資料全集一一卷(関連資料四四)六六六頁以下に掲載されているが(明治三六年草案一〇二条の項目については六七三頁)、実はこの資料には単に改正案とだけ記載されていて、明治三六年草案の対照表とは書かれていない。さらにこの資料についての説明は次のようなものであり、「改正案」が何であるかについては言及していない。「改正案の条文と旧法(当時の現行法)、ドイツ法、オーストリア法、フランス法、イタリヤ法、清国法などの外国法の条文との対照を条文のナンバーで示す表である。『池田真二郎関係文書』では、『民法法条対照、池田幹事』として整理されている」(松本・経過(二)二〇頁)。この表の改正案は何を指すのかが問題であるが、明治三六年草案であると考えられる。その理由は、この表において現行法(明治三年の民法)と記載されている欄を基準とし、その八四条の前後の条文に相応する改正案の法条(具体的には一〇一条ないし一〇五条)を各種の草案の法条と比較してみると、明治三六年草案とは正に符号するが、他の案では適合しないからである。

なおこの資料はいつ頃作成されたのかということが問題になる。新ハンガリー民法の日本語訳が印刷されたのが大正二年(一九一三年)二月であるが(匈牙利民法訴訟法(大正二年二月印刷))松本ほか・立法資料全集四六卷(関

連資料七) 四二四頁以下)、対照表作成のために印刷用の原稿を使用したとは考えられないから、法典の印刷日以降ということではないかと思う。そして対照表が明治三六草案を改正案として、それを基軸とした法条対照であることからして、この対照表は起草委員会の初期の段階で使用されたのではないかと思う。具体的には大正五年(一九一六年)九月に法律取調委員会の起草委員会は起案会決議案の検討を開始したので、そのための資料ではないかと推測する。

(69) ハンガリー民法四二四条の当時の邦訳は、次のとおりである(「匈牙利民事訴訟法(大正二年二月印刷)」松本ほか・立法資料全集四六卷(関連資料七)五〇九頁以下)。なお四二四条は「第三章 第一審裁判所ニ於ケル訴訟手続」の「第一六節 訴訟費用」の冒頭の条文である。また訴え取下げの場合の訴訟費用の負担については、訴えの取下げの規定の中で定めている点でドイツ法と同じであるが(ハンガリー民法一八六条二項)、但書で例外を規定している点でドイツ法と異なる。請求の放棄・認諾については、ドイツ法と同じく判決制度である(ハンガリー民法三九〇条)。また訴訟費用の裁判について独立した上訴を認めないことを規定している(ハンガリー民法五一三条。日本の現行法二八二条相当)。体系的にはドイツ法と異なるが、ドイツ民法と類似した内容を持った規定は少なくない。

匈牙利民事訴訟法(一九一一年)

第四百二十四条 裁判所ハ終局判決及ヒ自己ニ係属スル手続ヲ終結スル決定ニ於テ職權ヲ以テ訴訟費用ノ負担

ニ関スル裁判ヲ為スコトヲ要ス

此他ノ裁判ニ於テハ負担スヘキ費用カ事件ニ関スル終局ノ裁判ニ関係ナクシテ生シ又ハ判決アリタル後ニ生シタル場合ニ限り費用ノ負担ニ関スル裁判ヲ為スコトヲ要ス

費用ノ額ハ猶計算スルコトヲ要スル手数料ヲ除クノ外負担ヲ命スル裁判ニ於テ数字ヲ以テ確定スルコトヲ要ス
 当事者カ手続ノ進行中ニ其費用ヲ計算セス又ハ証明セサリシトキハ裁判所ハ費用額ヲ確定スルカ為メ終結シタル手続ヨリ知ルコトヲ得ヘキ事項ニ限り斟酌ス後ニ至リ為シタル計算ハ之ヲ許サス又下級審ニ於テ懈怠シタル計算ハ上級審ニ於テ追完スルコトヲ得ス

(70) 「匈牙利民事訴訟法(大正二年二月印刷)」松本ほか・立法資料全集四六卷(関連資料七)四二四頁のこの資料

の前書(説明)によれば、次のとおりである。ハンガリーでは一八六八年に制定された民訴法の法典は一八八一年、一八九三年等の改正によって対応してきたが、一八九三年に新民訴法の制定を決意し、起草に早速取りかかった。草案は一九〇二年、一九〇七年に議会に提出されたが、政治的な理由で立法に至らず、一九一〇年に些少の修正を施して再度提出。同年一月二八日に下院で可決され、上院も一月二〇日に可決した。そして「千九百十一年法律第一号として公布シタリ、是即匈牙利新民訴法ナリ、同法施行期ハ未タ確定セスト雖モ千九百十四年ヨリ施行セラルルモノノ如シ」。なお仁井田益太郎「新民訴法施行に付ての感想」、『法曹会雑誌八巻一二号六一頁(一九三〇年)』は、「訴訟遅滞の弊害に対する非難の声が漸次烈しく為り又此弊害を救ふ点に於て新き試を為した奥大利民事訴訟法及匈牙利民事訴訟法等が出来て、訴訟遅滞の弊害を救ふべき根本的修正を我民事訴訟法に加ふるの氣運が激成せられ斯る修正を主たる眼目として民事訴訟法の根本主義に大斧鉞を加へた新民訴訴訟法が出来たのである」と述べている。

(71) この「民訴法条対照」はその資料説明が述べているように(注(68)参照)、諸外国の民訴法の法条が挙げられている。法条が記載されるべき欄に挙げられている国を日本の欄に近い順に挙げれば、ドイツ、オーストリア、フランス、ハンガリー、イタリア、清国、韓国である。ただしフランス、イタリアはほとんど空欄に近く、六七八頁以下にフランスは四箇所、イタリアは七箇所、関係する条数が記載されているにすぎない。さて明治三六年草案の一〇二条の欄では、ハンガリー法四二四条以外では、清国法一三二条・一三三条と韓国法七〇条・七三条が挙げられているが、現行法(明治三年の民訴法)の欄とその他の国の欄は、何も記載されていない。すなわち、既述のような理由からフランス、イタリアは前後の法条と同様に空欄になっているが、ドイツ、オーストリアの欄は他の法条の場合と異なり珍しく何も記載されていない。なおイタリアとフランスがほとんど空欄なのは、邦訳の出版が遅いことが理由ではなく、法系が異なるから参照する意味がないと考えたからではないかと思う。以下に記載したように両国の邦訳の印刷された年が、フランスの場合は明治四四年、イタリアの場合は大正三年と違いすぎるからである。

立法資料全集には、比較法研究のため印刷された資料として次のものが収められているが、これによればハンガリー民訴法が当時としては最新の法典であることが分かる。ドイツ民訴法は一八九八年五月一七日発布・一九〇九年六

月一日一部修正のものを、明治四四年(一九一一年)六月印刷(「独逸民事訴訟法」松本ほか・立法資料全集四五卷(関連資料一)三五九頁以下)。フランス民法は一八〇六年四月二四日布告のものを、明治四四年(一九一一年)七月印刷(「仏国民事訴訟法」松本ほか・立法資料全集四六卷(関連資料二)三頁以下)。オーストリア民法は一八九五年八月一日発布のものを、明治四四年(一九一一年)六月印刷(「澳国民事訴訟法」松本ほか・立法資料全集四六卷(関連資料三)一二二頁以下)。オーストリア司法裁判管轄法は公布・施行の年は不明であるが、明治四四年(一九一一年)七月印刷(「澳国司法裁判管轄法」松本ほか・立法資料全集四六卷(関連資料四)二四〇頁以下)。ベルギー民法は公布・施行の年は資料から不明であるが、明治四四年(一九一一年)七月印刷(「白耳義国民事訴訟法(管轄ニ関スル規定ノ部)」松本ほか・立法資料全集四六卷(関連資料五)二六六頁以下)。イタリア民法は一八六五年六月二五日公布・一八六六年一月一日施行のものを、大正三年(一九一四年)六月印刷(「伊太利王国民事訴訟法」松本ほか・立法資料全集四六卷(関連資料六)二七一頁以下)。ハンガリー民法は一九一一年公布のものを、大正二年(一九一三年)一二月印刷(「匈牙利民事訴訟法」松本ほか・立法資料全集四六卷(関連資料七)五〇九頁以下、前掲注(70)参照)。鈴木玄之助「新民事訴訟法の受胎より出産まで」法曹会雑誌八卷一二号四八五頁(一九三〇年)は、「独、仏、奥、伊、匈、白等の外国法も翻訳の上印刷に付し参考資料と為したのであります」と述べている。

なおこれらの資料の説明は一括して松本・成立二七頁にあり、「民事訴訟法改正案の策定のさいに参考にされた」と述べられている。準備手続制度については、染野博士はオーストリア法が研究され、改正案で採用されたと述べている(裁判制度二八五頁)。

(72) 菊井維大『民事訴訟法』現代法学全集一七卷六八頁以下(日本評論社、一九二九年)が、このように法文において額が先行する理由を説いている。

(73) 以下の本文において各草案の変遷について略述するが、これは松本・経過(一)七頁以下、同(二)一三頁以下の記述を本稿の論述に必要な限りで、適宜に要約したものである。なお松本ほか・立法資料全集一五巻の法文変遷表を見ると(二〇頁)、旧一〇四条に至るまでの各草案に相当する規定の条数が一覽できるようになっている。

(74) 現行法七三条に相当するそれぞれの草案の法文は次のとおりであるが、参考のために草案の到達点としての旧一〇四条正文と、いわゆる理由書に記載された立法理由を最後に掲げた。

起草委員会案(民事訴訟法改正案(起草委員会案)) 松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四七八)一五二頁、資料説明は松本・経過(二)一四頁。

第九十五条 訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ額ヲ定メ其負担ヲ命スルコトヲ要ス此場合ニ於テハ第八十三条乃至第八十七条、第九十二条第三項及ヒ前二条ノ規定ヲ準用ス

第一案・議案(民事訴訟法改正案(第一案・議案)) 松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四七九)一九〇頁、資料説明は松本・経過(二)一四頁以下。

第九十六条 ①前条ノ場合ヲ除ク外訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ額ヲ定メ且其負担ヲ命スルコトヲ要ス

②第八十三条乃至第八十七条、第九十二条第三項、第九十三条及ヒ第九十四条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

第二案・議場用(民事訴訟法改正案(第二案)) 松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四八一)二五一頁、資料説明は松本・経過(二)一五頁以下。

第九十六条 第一案・議案九六条と同じ。

第三案(民事訴訟法案(第三案))(大正一三年九月) 松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四八二)二九三頁、資料説明は松本・経過(二)一六頁。なお条文の頭に「(九六)」との記載がある。

第九十九条 ①前条ノ場合ヲ除クノ外訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ額ヲ定メ且其ノ負担ヲ命スルコトヲ要ス

②第八十五条乃至第九十条、第九十五条第二項第三項、第九十六条及第九十七条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用

ス

正文に比べて、「参加又ハ之二付テノ異議ノ取下アリタルトキ亦同シ」がない。

④ 第四案（改正民事訴訟法案（第四案）（大正一四年一〇月印刷） 松本ほか・立法資料全集一巻（資料四九九）三六八頁、資料説明は松本・経過（二）一八頁。

⑤ 第四百四条 ① 前条ノ場合ヲ除クノ外訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ額ヲ定メ且其ノ負担ヲ命スルコトヲ要ス

⑥ ② 第八十九条乃至第九十四条、第百条第二項第三項、第百一条及第百二条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス
 ⑦ 第五案・議会提出（民事訴訟法中改正法律案） 松本ほか・立法資料全集一巻（資料五〇〇）四一〇頁、資料説明は松本・経過（二）一八頁以下。

⑧ 第四百四条 ① 前条ノ場合ヲ除クノ外訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ額ヲ定メ且其ノ負担ヲ命スルコトヲ要ス参加又ハ之二付テノ異議ノ取下アリタルトキ亦同シ

⑨ ② 第八十九条乃至第九十四条、第百条第二項第三項、第百一条及第百二条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス
 ⑩ 民事訴訟法中改正法律正文（松本ほか・立法資料全集一巻（資料五六八）五〇八頁、同一四巻（資料五六八一）四六二頁）

⑪ 第四百四条 ① 前条ノ場合ヲ除クノ外訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ額ヲ定メ且其ノ負担ヲ命スルコトヲ要ス参加又ハ之二付テノ異議ノ取下アリタルトキ亦同シ

⑫ ② 第八十九条乃至第九十四条、第百条第二項第三項、第百一条及第百二条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス
 いわゆる理由書は一〇四条について次のように述べている（松本ほか・立法資料全集一三巻（資料六三九）一七二頁以下）。

「訴ノ取下、請求ノ放棄、認諾等ノ事由ニ依リ訴訟カ終了シタル場合ニ於テモ当事者ノ負担スヘキ訴訟費用ノ額ハ第八十九条乃至第九十四条、第百条第二項第三項及第百二条ノ趣旨ニ準拠シテ之ヲ定ムルヲ相当トス本条ハ其ノ

趣旨ヲ規定ス」

(75) 旧一〇四条正文とそれぞれの案を比較して、準用条文を除いて語句等の相違点に注意し、どの段階でどのような変更がなされたかを考えてみると、次のようなことが分かる。(1)「参加又ハ之ニ付テノ異議ノ取下アリタルトキ亦同シ」は第五案で加わった。(2)第三案で送り仮名が正文のように修正された。第三案が正文と同じく、「其ノ負担」・「及」となっているのに対して、第二案・議場用以前の案では「其負担」と「及ヒ」であり、送り仮名を異にしているからである。(3)起草委員会案において、前段階の第一案・決議案の「訴訟費用ノ額ヲ定メテ且其負担ヲ命スヘシ」が、「訴訟費用ノ額ヲ定メ且其負担ヲ命スルコトヲ要ス」に変更になった。(4)第一案・議案において、前段階の草案の一項構成から二項構成に変更した。

この他に貴族院、衆議院での読会における改正案があり、それは表現を若干異にしている。貴族院については、「民事訴訟法中改正法律案外一件第一読会」大正一五年二月一五日貴族院議事速記録二一号一九五頁以下「松本ほか・立法資料全集一三巻〔資料六四〇〕二二九頁以下、その二五〇頁以下。これによれば、一項二文は「参加又ハ之ニ付テ〔ノ〕異議ノ取下アリタルトキ亦同シ」であり、立法資料全集によれば、「〔ノ〕」は誤記訂正とのことである(Ⅹ頁)。衆議院については、「民事訴訟法中改正法律案外一件第一読会」大正一五年三月一〇日衆議院議事速記録二六号六七七頁・六九六く七二三頁「松本ほか・立法資料全集一四巻〔資料六五七〕一三七頁以下、その一四八頁。一〇四条一項二文は誤記訂正との指摘はないものの、正文は「之ニ付テノ」であるのに、「ノ」が抜けて「之ニ付テ」となっている。なお帝国議会での審議の様子については、かつて述べたことがあるので、それに譲る(坂原・生成(一)四四頁以下)。

かくして旧一〇四条は誕生したが、それは訴訟費用の額と負担について裁判する手続であった。これは大正一五年法の「第一編総則 第三章訴訟費用 第一節 訴訟費用ノ負担」の改正の要目でもあった。いわゆる理由書は次のように述べている。「……本節ニ於テ現行法ヲ改正シタル主要ナル点ハ現行法ハ当事者ノ負担スヘキ訴訟費用ノ額ハ常ニ訴訟費用確定決定ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノト為シタレトモ訴訟費用ノ負担ヲ命スル裁判ニ於テ之カ額ヲ決定シ得ル場

合アルヲ以テ本案ニ於テハスル場合ニ於テハ直ニ其ノ額ヲ定メ得ルモノト為シ手續ヲ簡略ニシタルコト及和解ノ場合其ノ他訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタル場合ニ於テ適當ナル標準ニ依リ訴訟費用ノ額ヲ定メ其ノ負担ヲ命スル裁判ヲ為スノ手續ヲ規定シタルコト等ノ点ナリ。山内・前掲注(20)一八七頁は、「是れは一に手續の簡易を尚ぶ立法の趣旨の一の発現である」と述べている。

(76) 「民事訴訟法改正起草委員会決議第一案ニ対スル起案会修正案(起草委員会第二読会議案)」松本ほか・立法資料全集 一卷(資料四七七)一四〇頁は、次のようなものである。

第九十二中「第八十四条」ノ下ニ、「第八十九条第三項」ヲ加フ

なお資料説明は松本・経過(二)一四頁にあるが、それによれば「大正八・一・一〇整理印刷」との記載がある。起草委員会案の内容は注(74)、起案会・仮決定案については三の3に挙げてある。

(77) 「民事訴訟法改正修正問題(起草委員会再審議問題)」松本ほか・立法資料全集 一卷(資料四八〇)二二四頁リ同 一二卷四六二頁の九六条の項目。資料説明は松本・経過(二)一五頁。九六条については次の二点が問題であった。

一 申立ヲ為シ得ヘキ時期ニ付キ制限的規定ヲ設クルノ要ナキヤ

二 訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタル場合ニ於ケル訴訟費用ノ負担ニ付キ規定ヲ設クルノ要ナキヤ

(78) 「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第五〇回(大正一四年六月九日)」松本ほか・立法資料全集 一三卷(資料六二八)三四頁の松岡義正委員の説明。

(79) 引用は松岡委員が改正調査委員会において、起草委員会での検討結果を報告した速記録からの抜粋である(議事速記録・前掲注(78)三四頁)。

(80) 松岡博士は旧一〇四条の一項の裁判所について第一審裁判所説を説いているが(注(17)と(18)参照)、申立ての時刻について、次のように論じている。法律の規定がなく、訴訟記録の保存期間中は何時でも申立ては可能であるが、保存期間を経過すると、「訴訟費用ノ関係不判明ニ属スルヲ以テ申立ヲ為スコトナカルヘシ」(前掲注(17)五二二頁)。記録の保存期間が問題になるような申立ては考えられなくはないが、ほとんどありえない話のように思う。申立

ての時間的な制約をはずしたことが、終了直後の申立てを考へることなく、無限に可能な申立てをどの時点で断ち切るかの問題に関心が移ってしまったことを示すものである。なお杉原¹¹脇¹²菊地¹³・前掲注(18)一四七頁は、費用償還請求権は私法上の金銭債権であるから、請求権を行使できるときから起算して一〇年で消滅するが(民法一六七条)、額の確定手続においては実体法上の権利消滅事由は斟酌できないと説く。

(81) 請求の放棄・認諾判決の廃止の議論において(注(83)参照)、記録の保存について議論されている。横田委員は、「再訴されて一事不再理の問題が生じた場合、記録を利用しないと判断できないことがあるから、判決を廃止して調査にする場合、書類保存規定を考慮する必要がある」旨の問題を提起し、このために記録を永久保存するというようなことを行うとすると、不便ではないかという主張を展開している。これに対して山内委員は、「書類保存規定は小なる問題で、和解の場合でも同じ状況にありながら問題になっていないのであるから、ここで議論する必要はない」旨の反論をしている。これに対して横田委員は、「立法はこの点まで考へるべきである」と述べている。これは大正三年一月三〇日の第四回主査委員会の議論である(松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料四六二〕六四九頁。資料説明は松本・経過(一)一三頁)。

(82) 明治二三年の民訴法の七二条二項は訴えを取り下げた場合、訴訟費用の負担に関して敗訴者とする旨を規定していた。これはテッヒョー草案九九条二項に基づくものである。ZPOが訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担者は原告である旨の規定を、訴えの取下げの条文のところに規定したとは異なり、これを規定したテッヒョー草案九九条二項は、訴訟費用の項目の条文である(法文は注(96)参照)。明治二三年の民訴法はこれに従ったのである(法文は四の1参照)。

これに対して明治三六年草案は条数からも明らかなように、訴えの取下げの訴訟費用についての規定をZPOに倣い訴えの取下げに移動させた。すなわち二三八条二項であり、「訴ヲ取下ケタル原告ハ訴訟費用ヲ負担スヘシ」であった。草案に先立つ「民事訴訟法案(法典調査会第二部起草)」(注(49)参照)の二三四条も同様な規定である。しかし、それ以前の「民訴甲第一号」(注(48)参照)となると、この箇所は記載されていないこともあって不明である。ただそ

の前に位置する「民事訴訟法修正案」(注(47)参照)は、明治三年の民訴法と同様に、訴訟費用についての八〇条二項が訴え取下げについても規定していたために、訴え取下げの二〇八条には訴訟費用の負担の規定は見られない。なおこの草案二〇八条は明治二三年の民訴法の一八九条をそのまま踏襲したのではなく、明治二三年の民訴法が規定していた訴訟費用の支払を受けるまで、被告は応訴を拒絶することができるとの旨の規定を削除しているが、これは、「民事訴訟法案(法典調査会第二部起草)二三四条三項として復活し、明治三六年草案二三八条三項に引き継がれている。要するにこのような動きから分かることは、この問題に関する限り、明治三六年草案はドイツ法(ZPO)に回帰したということである。

しかしこれに対して、「民事訴訟法改正意見類聚」(注(52)参照)によれば、裁判所は被告の申立てにより一定期間内に前訴の訴訟費用を弁済すべきことを原告に命じるべしとの意見が提案されていた(古荘)、訴訟費用の部に入れるべきであるとの指摘(秋田検事正、佐賀所長、検事正)や、削除との意見(金沢弁)があつて(二〇二頁)、賛成意見は見られない。このようなことが理由ではないかと思われるが、訴え取下げについての「起案会・決定案」(注(62)参照)の一八九条では、明治三六年草案の二三六条二項に相当する条文を見ることができない(立法資料全集の「起案会・仮決定案」には、訴えの取下げ規定は掲載されていない)。これ以降もこのような態度はもはや変わることはなかった。すなわち「第一案・決議案」の二〇二条、「起草委員会案」の一八九条、「第一案・議案」の一八九条、「第二案・議場用」の一八九条、「第三案」の二三二条、「第四案」の二三六条、「第五案」の二三六条等も同様である。それがそのまま引き継がれ、今日に至っている(二二六条)。

なお明治三六年草案二三八条三項は、「訴ヲ取下ケタル原告カ更ニ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ前訴訟ノ費用ノ弁済ヲ受クルマテ本案ノ弁論ヲ拒ムコトヲ得」という規定であり、これも起案会・決定案で削除されたが、この削除の理由は二項の削除に影響しているのかもしれない。二項の削除の理由について、大正十一年九月二十六日の第二三回の民事訴訟法改正調査委員会において、松岡委員は次のように説明している(「民事訴訟法改正調査議事速記録」松本ほか・立法資料全集二巻(資料六〇一)二五七頁)。これは防訴抗弁であるが、「動もすると訴訟を遅延する虞があるから之を許

さない」。さらに訴えの取下げに被告の同意を要件としていながら、同意しておいてかような抗弁を認めることは、「被告に付ては少し行過ぎる」し、「穩当であるまい」。

(83) 周知のごとく大正一五年の改正は明治二三年の民訴法の放棄判決・認諾判決の制度を廃止したが、この間の経緯を略述すれば次のようになる。明治二三年の民訴法二二九条は請求の放棄判決と認諾判決を規定していたが、明治三六年草案はこれを踏襲して二五八条は請求の放棄判決、二五九条は認諾判決を規定した。草案に先立つ「民事訴訟法案(法典調査会第二部起草)」(注(49)参照)の二五四条、二五五条も同様であった。「民訴甲第一号」(注(48)参照)は当該箇所が掲載されていないこともあって不明であるが、「民事訴訟法修正案」(注(47)参照)は三五二条に放棄判決と認諾判決を規定した(「参看」として、「現二二九、独二七七、二七八、墺四一〇、四一一、丁二五一」と記載されている)。しかし、これに対して、「民事訴訟法改正修正意見類聚」(注(52)参照)によれば、「申立アレハ判決ヲ為シ申立ナケレハ訴訟ハ完結スト改ムルヲ可トス」(大審院長、水戸弁、長崎弁)との意見が寄せられている(二〇四頁)。

このようなことから、大正三年六月二二日の第九二回の民事訴訟法起草委員会決議は「第八六回決議 請求ノ放棄クハ認諾アリタルトキハ之ヲ調書ニ記載シ判決ヲ為ササルコトスルコト」となっている(松本ほか・立法資料全集一〇卷(資料四五三)六一三頁以下、その六一六頁。資料説明は松本・経過(一)一三頁である。なお八六回は大正三年五月一日である)。ところで起草委員会が主査委員会の決議を求める事項を取りまとして主査委員会に提出した文書に「議民乙第一号 民事訴訟法改正ニ関スル問題」というものがある(松本ほか・立法資料全集一〇卷(資料四五四)六一九頁以下、その六一九頁。資料説明は松本・経過(一)一三頁である)、前記決議を受けてその第一〇項目は「請求ノ放棄又ハ認諾アリタルトキハ之ヲ調書ニ記載シ放棄判決又ハ認諾判決ヲ為ササルコトトシ其調書ハ和解調書ト共ニ確定判決ト同一ノ効力ヲ有スヘキモノトスヘキヤ」となっている。

大正三年一月三〇日の第四回主査委員会は、この問題を議論している(松本ほか・立法資料全集一〇卷(資料四六二)六四〇頁以下、その六四九頁。松本・経過(一)一三頁)。長島委員が判決を廃止した場合、「訴訟費用ハ如何ニスルヤ」と質問したのに対して、小山委員が「其レハ訴訟費用ノ所ニ規定ヲ設クル考ナリ調書ニ基キ確定決定ヲ求メシムル趣意

ナリ」と答えている。長島委員は再度、「私が問題にしているのは現行法(明治二三年の民訴法)七二条二項のことであり、現在、判決でなしている訴訟費用の裁判は調査ではどうするのか」という趣旨の質問をしている。これに対して小山委員は「費用ノミニ付キ裁判ハ為サス訴訟費用ノ所ニ其負担者ヲ規定スル考ナリ」と答えている。議論の最後に山内委員が、「旧法典調査会ノ案ニハ職権ヲ以テ裁判ヲ為ストアリ併カシ或ハ現行法ノ如ク為スヲ可トスルカ之レハ後日ノ問題ト為スコトヲ望ム」と述べて、締め括っている。このようなやりとりの後で、放棄判決・認諾判決の制度の廃止については、富井委員長は「別ニ反对者ナキヲ以テ原案可決ト為ス旨ヲ宣告ス」る。またこれを総会に提出すべきかについては「諮リタルニ一同提出ノ必要ナシト述ヘ総会ニ提出セサルコトニ決定ス」る。

請求の放棄・認諾について判決を止めて和解と合体させて、それを記載した調査に確定判決と同等の効力を付与する旨を規定した法文の原型を見ることができ、起草委員会案三二六条である。「起案会・仮決定案」、「起案会・決定案」(注(62)参照)、「第一案・決議案」等では、該当する条文が掲載されていないからである。起草委員会案三二六条は「第一案・議案」の三二六条、「第二案・議場用」の三二六条、「第三案」の一九九条、「第四案」の二〇三条、「第五案」の二〇三条等に引き継がれ、今日に至っている(二二六七条)。

(84) 裁判による訴訟終了の場合とそうでない場合の訴訟費用の負担に関する規定を統一的に規定するか否かについては、起草委員会において議論がなされている。明治四五年五月二二日の第六一回の起草委員会においてであり、明治三六年草案の九一条に関連してである。九一条は、「敗訴シタル当事者ハ訴訟費用ヲ負担スヘシ但相手方カ支出シタル訴訟費用ハ其権利ノ伸張又ハ防御ニ必要ナリシモノニ限り之ヲ弁済スヘシ」という規定であり、内容的には現行法六一条・六二条に相当するものである。換言すれば、それらの原型とも言えるものである。

ここでの議論の中心は訴訟費用の当事者の負担と国家との関係であったが、議論の最後に斎藤委員が、「尚ホ訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキノ訴訟費用負担ニ関スル規定(一〇二、一一五、二三八、四四三等)ハ本条ニ纏ムヘキヤ」と問題を提起する。横田幹事が「本条ニ纏ムルヲ可トス」と述べ、さらに「改二三八ノ二ニハ改九一ノ但書ナシ、二三八ノ二ニモ但書必要ナルヘシ」と付言する。山内幹事は「本条ノ『但』ハ如何。但トアレハ『此限ニ在ラス』ト

結ヒタシ。然ラハ『但シ』ハ此処ニ不適當ナリ」と述べ(句読点は筆者)、池田幹事は「現行法第七十二条ノ書キ方ヲ寧ロ可トス」と述べた。このよう議論の結果は、「本案ニ関スル起草ヲ山内幹事ニ依頼スルコトニ決シ又訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキノ訴訟費用負担ニ関スル規定ヲ本案ニ纏ムヘキヤハ留保スルコトニ決ス」であつた(改正案第九一条ニ付キ(第六一回)明治四五年五月二二日)「松本ほか・立法資料全集一〇卷(資料一九三)四一一頁」。なお右の記録の中の二三八ノ二とは明治三六年草案の二三八条二項の意味であらう。この規定については、注(82)に挙げてある。

(85) 現行法二八二条の前身である旧三六一一条は明治二三年の民訴法の八二条、明治三六年草案一〇一条に由来するものであり(この法文については、三の3の後半で述べた)、旧三六一一条の立法の過程の中でその所在を訴訟費用の箇所から控訴の箇所に移動したものである。このような変更は「文字の修正に過ぎない」のであり(松岡委員の委員総会での趣旨説明。「民事訴訟法改正調査委員會議事速記録第三八回(大正一二年二月二〇日)」。松本ほか・立法資料全集一二卷(資料六一六)三九八頁)、いわゆる理由書は、明治二三年の民訴法と「其ノ趣旨ヲ同シクス」と述べている(松本ほか・立法資料全集一三卷(資料六三九)二二二頁)。同様なことは、大正一五年(一九二六年)二月二五日の帝國議會の貴族院での池田委員の説明においても(松本ほか・立法資料全集一四卷(資料六五〇)四頁以下)、同年三月一六日の衆議院での森田委員の説明においても(松本ほか・立法資料全集一四卷(資料六六)三二四頁以下)、述べられている。

興味あることは、大正一二年(一九二三年)三月二七日の委員総会において、上告審手続においてこの規定を準用する旨の規定について議論が生じたことである。現行法三一三条の前身である旧三九六条は、草案段階では「上告審ノ訴訟手続ハ別段ノ定メアル場合ヲ除ク外前章ノ規定ヲ準用ス」というものであつたが、これで十分ではないかという議論である(「民事訴訟法改正調査委員會議事速記録第四一回(大正一二年三月二七日)」。松本ほか・立法資料全集二二卷(資料六一九)四二二頁以下)。原嘉道委員、松本丞治委員のこのような質問や意見に対して、松岡委員は「手続と云ふより寧ろ上告の要件であります」と答えているが(四二二頁)、しかし、一般的な準用規定では拡張しすぎて対応できるのか疑問があつたので、独立させたと述べている(四二二頁)。これに対して、それならば疑問がある事項は全て書くべきではないかとの見解が主張されたが、再考してみるということで議論は終わっている。ここでは法文の内容ではな

く法文の表現の仕方、すなわち規定したいと思う法の内容をどのように正確に表現するかが問題になっている。ところでこの議論の結論をその後の立法で見ると、法典には個別準用規定はなく、法は一般的規定の準用で済ませている。このことは、立法者がかような立場に立ったということであろう。すなわち立法者は事例を一般化してそれを準用するという方法で、条文を体系的に整序していこうする姿勢が読み取れる。なお松本蒸治二委員については、松本・速記録五頁に簡単な説明がある。

(86) 明治二八年(一八九五年)二月に民事訴訟法調査委員が任命され、翌年から明治二三年の民訴法の問題点の調査・検討や修正案作成の作業が開始されたが(松本・成立三頁)、その委員の一人であった今村信行判事はその著書において、明治二三年の民訴法の考え方を次のように述べている。なお今村判事については、松本・成立五頁注7に簡単な紹介がある。また富谷銈太郎「明治二十三年の民訴法律第二十九号民事訴訟法実施に就て」法曹会雑誌八卷一・二号四六頁(一九三〇年、著者には「前大審院長」との肩書きが付されている)は、今村信行について次のように述べている。「最初の草案は独逸国人(テツヒオー?)に依り、独逸文を以て記稿せるものにして、日本語草案は故今村信行、本多康直二氏の協力に依り成立したることは法曹間周知の事実とす、而して今村氏は永年裁判實務に従事し其實務に熟練し、殊に斯法の研究者なりしは、其著者(民事訴訟法注解)に依るも明白なりし如きは、当時の斯法案作成の適任者なるは言を俟たず」。

今村信行『民事訴訟法註解上巻』二〇二頁(明治大学出版部講法会、(増訂三版)一九〇六年)は八四条の説明において、「第七十二条第二項即ち訴ノ取下、請求ノ放棄、相手方ノ請求ノ認諾及ヒ上訴ノ取下ノ場合ニ於テハ放棄又ハ認諾ニ付キ第二百二十九条ノ規定ニ從ヒ判決ヲ為ス場合ヲ除クノ外執行シ得ヘキ裁判存在セスト雖モ右等ノ訴訟費用ヲ負擔ス可キ者ハ第七十二条第二項ノ規定ニ依リ確定シ費用義務者ニ付キ疑及ヒ争ヲ生セサルヲ以テ右ノ費用額確定ノ申請ニ付キ執行シ得ヘキ裁判ノ存在スルコトヲ必要トセス是レ即チ右ノ場合ヲ例外トシタル所以ナリ」と述べている(二〇二頁)。図書館が所蔵していたのが増訂三版であり、初版本は見えていないが、内容的に見て改説はないと思うので、このように明治二三年の民訴法について理解されていたと思う。七二条の条文については四の1、八四条の条文につ

いては注(14)に挙げてある。

なおこの問題について明治三三年の民訴法に関する次の著作を調べたが、残念ながら適当な記述を探すことはできなかった。宮城浩藏『民事訴訟法正義』(明治法律学校講法会内新法註釈会、一八九二年、(六版)の復刊、日本立法資料全集別巻六五、信山社、一九九六年)、江木衷『民事訴訟法原論』(有斐閣、一八九三年)、高木豊三『民事訴訟法論綱』(明治法律学校出版部、(訂正一〇版)、一九〇二年、初版は一八九六年)、仁井田益太郎『民事訴訟法要論上巻』(有斐閣、一九〇七年)、東京控訴院判事神谷健夫校閲、自治館編集局編集『民事訴訟法解義』(自治館出版、一九一七年)、仁井田益太郎『民事訴訟法要論一斑全』(有斐閣、一九一九年)、仁井田益太郎『民事訴訟法大綱全』(有斐閣、(三版)、一九二〇年、初版一九一八年)。さらにこの他に次の著作も参照したが、同様な結果であった。司法省藏『独逸民事訴訟法積義第一巻』(一八八八年)、伊藤悌治講述『民事訴訟法論・自第老編至第五編』(不詳、高木豊三校閲・宮田四八、瀨田忠三郎合訳『独逸帝国大審院民事訴訟法判例』(法曹会出版、一八九五年)、ウィルツブルク大学教授ドクトル・ロタール、ゾキイフェルト氏原著、石渡敏一、富谷銈太郎、河村讓三郎、前田孝階訳述『独逸帝国民事訴訟法同施行条令註釈』(法曹会出版、一八九九年)。

(87) 明治三六年草案に対する各界の意見の中に見ることができし(四の3参照)、既に大審院判例においても問題が生じていたように思う(後注(97)参照)。

(88) 染野義信博士は、明治三六年草案に対する一般から寄せられた意見について、「意見の内容が後の法律取調委員会の起草作業にかなりの影響を及ぼしたことは確かである」と述べ、このような意見は明治三三年の民訴法の訴訟制度の矛盾を感じとりはじめていることを示していると指摘している(裁判制度二六一頁)。さらに博士は「民事訴訟法改正作業の第一段階は、法典調査会案の成立で以って終わったが、これに対する反響は、その後の立法経過の中に形を変えて引き継がれることになったのである」と述べている(裁判制度二六二頁)。これら一連の博士の言葉は、本稿で考察したところの明治三六年草案とそれに対する意見が、現行法七三条の前身である旧一〇四条に対して果たした役割を評価する場合、そのまま妥当する。

(89) 旧一〇四条の申立てについて、「訴訟費用の裁判を求めないという消極的な面の処分権を認める趣旨と解される」(福嶋登「訴訟費用の範囲」鈴木忠一ほか監修『実務民事訴訟法講座2』一四三頁、日本評論社、一九六九年)との意見があるが、「裁判費用に付き国家が当事者より取立つべきものある場合には、裁判所は当事者の申立を俟たず職権を以ても其の裁判費用に付き裁判し得るものと解する」との意見もある(中野峯夫「訴訟費用の裁判(一)」法曹会雑誌八卷一〇号三八頁以下、一九三〇年。なお原文の傍点は省略)。

(90) 訴訟事由発生の判決によって終了宣言をする場合の訴訟関係について、河本喜與之「吾現行法に於ける判決に依らざる訴訟の完結(一・二元)」法曹会雑誌九卷二号四四頁(一九三二年)は、ドイツの訴訟終了宣言の論文を注で引用して(Grosse, Die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil, 1907, S.115)、「従来の訴訟主体並に裁判所間に再現せらるゝ関係を内容とするところの訴訟関係消滅後の余効(Nachwirkung)と考えねばならないであらう」と述べている。なおグロッツェの論文は、ベルリン大学に提出した博士論文であり、鈴木・前掲注(19)九三二頁も引用している。もつともドイツでは、今日引用されることはない。

(91) 「訴えの取下者に、費用の負担を命ずる決定をする際、其の取下をするに至つた事情を考慮すべきか」という問いに対して、上野ほか・前掲注(19)四〇二頁以下の研究の結果は、「取下の事情は、考慮する必要はない」というものである。その理由として、取下げは原則として旧九〇条(現行法六二条相当)に当たらないから、訴訟費用は原告の負担であると説く。また被告が敗訴を予想して和解したために訴えを取り下げたというような場合は、原告が全部負担するのは妥当性を欠くが、「現行法上かような訴訟外の事情を調査する権限は、裁判所に与えられていないから、止むを得ないであらう」と述べている(四〇二頁)。

(92) 鈴木判事は、旧一〇四条の管轄裁判所は第一審の受訴裁判所ではなく、当該訴訟終了当時その訴えが係属した裁判所であると主張し、その理由の一つとして、「一〇四条が多分に負担を定める裁判たる性質を有する点にその理由を求むべきであらう」と述べている(前掲注(19)九五二頁)。正に一〇四条においては負担の裁判という面を重視すべきである。

(93) 旧一〇四条の管轄裁判所に関する判例と学説の状況については、注(19)で詳論した。なお現実には裁判所の構成が変わったにしても、本来の裁判所と同一の裁判所であるという建前を維持することが、訴訟費用の裁判の正当性を担保するものと思う。