

Title	民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言 (三・完)
Sub Title	Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des §73 jap. ZPO und die Erledigung der Hauptsache in Japan (3 Teil, Schluß)
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.10 (1999. 10) ,p.29- 76
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991028-0029

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（三・完）

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 民事訴訟法七三条一項の「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 旧民事訴訟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 旧民事訴訟法一〇四条一項の立法者意思
 - 4 今回の改正の問題点
 - 5 民事訴訟法七三条の問題点の克服の方法……………（七二巻八号）
- 三 民事訴訟法七三条一項の「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……………(七一巻九号)
- 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 明治二三年の民訴法の場合
 - 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……………(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

七三条二項により「六一一条から六六条まで及び七一条七項」が「訴訟が裁判及び和解によらないで完結したとき」の訴訟費用の裁判(決定)手続に準用されるが、以下では特に六一一条と六二条の準用を取り上げる。訴訟終了宣言を論じる際に問題になる条文は、六二条後段であり、六二条は六一一条の例外規定という関係にあるからである。そこで、六一一条の原則と六二条の例外がどのように形成されてきたのか、その場合にどのような問題を引き継いできたのかを考えてみよう。⁽⁹⁵⁾ところで七三条二項は旧一〇四条二項に由来するものであるが、この規定が

登場したのは既に述べたように（三の3）、起案会・仮決定案であり、明治三六年草案にはない条項である。実は六二条の淵源もここにあり、明治三六年草案においては、六二条に相当する規定をみることはできない。その理由は七三条一項の場合と全く同様に、明治三六年草案に対する各界の意見が色濃く反映した結果であるように思う。以下ではこの点の事情を資料によって明らかにするとともに（1〜3）、どのような議論と経過によって六二条の前身である旧九〇条が形成されたかを探求し（4〜6）、旧九〇条の問題点を考えてみようと思う（7）。

1 明治二三年の民訴法の場合

訴訟費用の負担は民事訴訟法典のどのような位置に置かれていたかを明らかにするために、明治二三年（一八九〇年）の民訴法の冒頭の部分の項目を挙げれば、「第一編 総則、第一章 裁判所、第二章 当事者」である。そして第二章は「第一節 訴訟能力、第二節 共同訴訟人、第三節 第三者ノ訴訟参加、第四節 訴訟代理人及ヒ輔佐人、第五節 訴訟費用、第六節 保証、第七節 訴訟上ノ救助」に分かれている。この法典の前身であるテツヒョー草案と比べてみると、かような体系に大きな違いは見られないが、条文の構成や表現の点で多少の違いが目につく。なお明治二三年の民訴法七二条は第五章の冒頭の規定であるが、その次の七三条を飛ばして七四條を挙げたのは、この規定が旧九〇条前段（現行法六二条前段）に相当する規定であり、旧九〇条の形成過程において、この条文に吸収され消滅した条文であるからである。なお明治二三年の民訴法七三条は、現行法六四條に承継されている。

このように明治二三年の民訴法では七二条で敗訴者負担の原則を、七四條でその例外を規定していたが、この延長線上に位置する明治三六年草案九三条に対して多くの意見が寄せられたということは、実務ではこの例外規

定だけで対応できない事態が、実際には多く発生していたということを物語るものであろう。

明治二三年の民訴法七二条・七四条

第七十二条 ①敗訴ノ原告若クハ被告ハ訴訟ノ費用ヲ負担シ殊ニ訴訟ニ因リ生シタル費用ヲ相手方ニ弁済ス可シ但其費

用ハ裁判所ノ意見ニ於テ相当ナル権利伸張又ハ権利防御ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル

②訴訟中ニ訴ヲ取下ケ、請求ヲ放棄シ又ハ相手方ノ請求ヲ認諾スル原告若クハ被告ハ敗訴ノ原告若クハ被告ニ同シ

第七十三条 (一部勝訴一部敗訴の場合の規定であり、本稿と直接関係はないので、掲載は省略)

第七十四条 被告直チニ請求ヲ認諾シ且其作為ニ因リ訴ヲ起スニ至ラシメタルニ非サルトキハ訴訟費用ハ原告ノ勝訴ト
為リタルニ拘ハラス其負担ニ帰ス

2 明治三六年草案九一条・九三条

明治二三年の民訴法では、例えば、訴訟中に敗訴を予測した被告が訴訟費用の負担を免れるために、原告の要求を訴訟外で応じた場合に問題が生じる。この場合は訴訟の終了は原告が訴えを取り下げるか、あるいは裁判所が被告の主張に基づいて請求棄却の判決を下すかによって生じるが、いずれの場合でも訴訟費用は七二条により実質的には勝訴した原告が負担しなければならない。この結論は訴訟費用敗訴者負担の原則を形式的に適用すると当然の帰結であるにしても、訴訟費用を負担する根拠を問い、それによって敗訴者を実質的に把握するならば、原告が負担するとの前記の結論は妥当性を欠く。しかし、法規に忠実であろうとすると、そのようなことを問題にすることもないし、まして問題の提起が上告審となると、紛争の実態に注目するよりも法適用の当否に重点が置かれてしまう。したがって当初はこのような問題提起に対して、大審院はひややかに反応したように思う。⁽⁹⁷⁾

のような状況を反映して、明治三六年草案は、敗訴者が不当に訴訟費用を負担するようなことのないように配慮をしなかったし、特別な方法を講じることもなかった。⁽⁹⁸⁾

明治三六年草案九一条・九三条

第九十一条 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權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

第九十二条 (一部勝訴一部敗訴の場合の規定であり、本稿と直接関係はないので、掲載は省略)

第九十三条 被告カ其行為ニ因リ訴ヲ提起スルニ至ラシメタルニ非サル場合ニ於テ直チニ請求ヲ認諾シタルトキハ訴訟費用ハ原告之ヲ負担スヘシ

3 明治三六年草案九一条・九三条に対する各界の意見

明治三六年草案に対する意見照会に対して、各界から意見が表明されたことは既に述べたが（三の2）、九一条・九三条についての意見は次のようなものであった。

民事訴訟法改正案修正意見類聚⁽⁹⁹⁾

訴訟費用ノ節中ニ左ノ趣旨ノ規定ヲ設クルコト

「訴訟ノ目的カ滅失シタルカ為メ原告ニ敗訴ヲ言渡ス場合ニ於テハ事情ニ因リ被告ニ訴訟費用ヲ負担セシムルコトヲ得」

（高知所長、検事正）

民事訴訟法及付属法令修正意見類聚⁽¹⁰⁰⁾

第七二条（改第九一条）

本条中訴訟ノ勝敗ニ拘ラス裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ当事者ノ訴訟費用負担ノ割合ヲ定メ得ヘキ趣旨ノ規定ヲ設クルコト(長野地方、同検事局)(松江區)(知覽區)(岡山弁)

第七四條(改第九三條)

一 改正案中ニ左ノ趣旨ノ規定ヲ加フルコト

「被告ノ不当ナル行為カ訴提起ノ原因トナリ且訴訟係属中ノ被告ノ行為又ハ訴訟係属中ニ生シタル事由ニヨリ原告ニ敗訴ヲ言渡ス場合ニハ訴訟費用ハ被告之ヲ負擔スヘシ」(広島控訴)(秋田地方)(神戸地方)(甲府地方、同區)

(大阪地方)(高知地方、同區)(京都地方、同區)(福井地方、管内各區)(鳥取地方(一))同検事局(小松區、大聖寺區)(鳥原區)(姫路區)(白河區)(大阪弁)(京都弁)(甲府弁)(長野弁)(広島弁)

ニ 訴提起後ニ生シタル事由ニ依リ原告若クハ被告ノ敗訴ニ歸シタルトキハ勝訴者ニ訴訟費用ヲ負擔セシムル趣旨ノ規定ヲ設クルコト(広島地方、同検事局、同區)

このようにいわば現場から数多くの意見が表明されたということは、訴訟中に訴訟の目的が喪失した場合の訴訟費用の負担に関しては、明治二三年の民法や明治三六年草案の規定に問題があることを示すものである。正にそれらでは適切に対応することができないことが露呈したと言うこともできる。換言すれば、これらの意見は衡平の観点から、訴訟費用の敗訴者負担の原則と結果責任主義に基づく訴訟費用の裁判に対する疑問の表明であり、そこには明治二三年の民法や明治三六年草案が有する問題状況が凝縮されているとの感がある。早速これに対する対策が立法上求められたのは当然であった。

4 民事訴訟法改正起草委員会での審議

このような意見の表明を受けて、明治四四年（一九一二年）五月に法律取調委員会第二部が民事訴訟法の改正を担当することになり、委員總會、主査委員會、起草委員會等が組織され、起草委員會は五月五日に第一回目を開催し、明治三六年草案について検討を開始した等については、既に述べたところである（三の3）。そのような状況を反映して、この問題は明治四五年（一九一二年）五月二四日の第六二回民事訴訟法改正起草委員會で詳細に議論されている。もともとこの日に唐突にこの問題が浮上し議論されたわけではない。約二週間前の五月一日の第五八回委員會では明治三六年草案九一條が議論され、問題が提起された。そこでは種々な問題が議論されたが、その中で鈴木委員が「訴提起後ニ於ケル勝訴者ノ行為ニヨリテ相手方ニ敗訴ノ結果ヲ生シタルトキノ如キハ勝訴者ニ費用ヲ負担セシムル規定ヲ設クル必要ナキヤ（例ヘハ強制執行ニ付キ第三者ノ異議ノ訴ノ提起後債權者ニ於テ差押ヲ解放シ為メニ第三者ニ敗訴ノ結果ヲ生セシメタル場合ノ如シ）」と提案し、全員の賛成を得た。これが出發点であつた。⁽¹⁰⁾

五月二二日、第六一回委員會において九一條が引き続き議論され、裁判によらないで終了した場合の訴訟費用の負担の規定を九一條においてまとめるか否かという問題も議論された。⁽¹⁰⁾同日に九三条も審議され条文の趣旨説明がなされた後で、横田幹事は債務者に遅滞の責任があつた場合はこの条文の適用はないと述べた。これに対して鈴木委員は、「之等ノ問題ハ總テ解釈ニ任セテ可ナリ本条ハ原案ノ儘ニテ差支ナシ」と述べ、「但別ニ被告ノ所為ニ因リテ原告カ敗訴シタル場合ノ規定ヲ置ク必要アルヘシ」と、五月一〇日の問題提起から新たな提案に発展させた。これに対して全員が賛成したために、委員會の決議としては、「決議」本条ノ如キ規定ヲ設クルコトニ決シ被告ノ所為ニ因リテ原告カ敗訴シタル場合ノ規定ハ其立案ヲ鈴木委員ニ依頼ス」ということになつた。⁽¹⁰⁾五月二四日の六二回目の委員會は、この鈴木委員が提出した「起第四十二号」が議論された。すなわち議題は「訴訟

費用ニ関スル規定中ニ左ノ如キ規定ヲ設クヘキヤ」であり、その内容は「被告ノ行為ニ因リ原告敗訴シタルトキハ訴訟費用ハ被告之ヲ負担スヘシ」という規定である。⁽¹⁰⁾五月二四日の第六二回委員会では次のような議論が展開された。ここでの議論が六二条の解釈においても、また訴訟終了宣言の問題にとつても重要であると思うのである(その理由は7で述べる)、立法資料全集の当該箇所⁽¹¹⁾の全文を掲載する。

(山内幹事)

改正案第九十三条ノ場合ニ被告カ認諾シタルトキハ訴訟費用ハ原告ノ負担トナルヘキモ一步ヲ進メ被告カ弁済シタルトキハ本案ニ依リ被告ニ訴訟費用ヲ負担セシムルコトトナルハ彼是權衡ヲ得サルニ非スヤ

(横田委員)

債権者ノ請求アリテ初メテ債務者カ遲滞ニ付セラルヘキ債務ニ付キ原告ニ請求セス直チニ出訴シタルニ被告之ヲ認諾スレハ改正案第九十三条ニ依リ訴訟費用ハ原告ノ負担トナルヘキモ被告之ヲ弁済シタルトキハ却テ被告カ訴訟費用ヲ負担スルコトトナルハ不可ナリ又被告カ相殺ヲ為シタルトキモ同様ナリ特定物引渡ノ訴ノ場合ニ被告ハ目的物ヲ処分シタルトキハ目的物滅失ノ為メ原告敗訴スルニ至ルヘシ此場合モ本案ノ適用アルヘシ

尚本案ニ「被告ノ行為」トアルハ文字広汎ニ失スル嫌アリ被告ノ抗弁モ亦被告ノ行為ナリ蓋シ此ノ如キモノハ本案ニ入ラサルヘシ

(山内幹事)

相殺ハ訴訟中期限到来シ相殺ニ適シタルモノナルトキハ被告ニ訴訟費用ヲ負担セシムルコト不可ナキモ訴以前相殺ニ適シタルモノナルトキハ原告自ラ相殺シ得ルモノナルヲ以テ被告カ相殺ヲ為シタル結果原告敗訴シタル場合ノ如キハ原告ニ訴訟費用ヲ負担セシムルヲ相当トスヘシ

(横田委員)

然リ

(鈴木委員)

特定物引渡訴訟ニ於テ目的物滅失シタルトキハ原告ハ損害賠償ノ請求ニ換フルコトヲ得ルモノニシテ此ノ如ク損害賠償ノ請求ニ換ヘ得ルモノハ本案ニ入ラサルナリ被告ノ抗弁ハ無論本案ニ入ラス被告ノ行為ト云フ中ニハ訴訟行為ハ包含セサルナリ又本案ハ原告ノ請求ノ正当ナルコトヲ前提トスルモノナリ

相殺ハ訴訟上ニ於テ為スコトヲ許スナラハ之ヲ本案ニ入ルルヲ可トス

（池田幹事） 要之本問ハ原告ニ過失アル場合ハ必要ナク被告ニ過失アル場合即チ被告ノ所為ニ因リテ原告敗訴スルニ至リタル場合ニ限り必要ナルヘシ

（山内幹事） 訴訟費用負担ノ規定ヲ包括的ニ韓国民訴案第六十三條ノ如キ趣旨ノ規定ヲ設クルヲ可トセスヤ

（鈴木委員） ハ原告カ敗訴シタルトキト雖モ事情ニ從ヒ訴訟費用ハ被告ニ負担セシムルコトヲ得ト云フ趣旨ニシテハ如何

（齋藤委員） 不賛成ナリ財産上ノ負担ヲ定ムル規定ナルヲ以テ明確ニスルヲ可トス

（鈴木委員） 本案ノ如キ制裁的規定ハ或ハ詳細ニ規定スルヲ可トスヘシ

（横田委員） 本案ノ規定ヲ設クルトキハ弁済若クハ相殺ノ如キ明瞭ナルモノハ格別ナルモ然ラサルモノニ付テハ証拠調等調査ヲ為ス必要アリテ之カ為メ費用ヲ増加セシムルコトアルヘシ

（鈴木委員） 然リ其弊アルヘシ

（齋藤委員） 家屋明渡訴訟中被告カ家屋ヲ他人ニ讓渡シタルトキ其他目的物移転シタル場合ノ如キハ改正案第二百三十三條ノ規定アルヲ以テ差支ナキモ差押解除ノ訴訟中被告カ任意解除シタルトキハ疑問ナリ

（岩田囑託） 登録抹消事件ニ付テモ被告カ訴訟中任意抹消シタルトキモ問題起ルヘシ

（齋藤委員） 趣意ハ結局改正案第二百三十一條第三号ノ場合ヲ包含セサル被告ノ行為ト云フコトニナルヘシ

（鈴木委員及ヒ横田委員） 然リ

（鈴木委員） 被告ノ所為ニ因リ原告カ敗訴シタル場合ニ於テハ裁判所ハ事情ニ從ヒ被告ヲシテ訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得ト修正シテハ如何

（齋藤委員） 賛成スルモ尚外国ノ立法例ヲ取調フル必要アリ

（決議） 鈴木委員ノ修正說ヲ採用シ本案可決但文章ハ再考スルコト

この起草委員会の議論の中で、六二条の解釈や訴訟終了宣言の問題を考える場合に注目すべき点がいくつある。以下ではそれらを挙げながら、その理由や問題点を指摘してみようと思う。それらが有する今日的な意味については、7で考察する。第一に注目すべき点は、提案者の「原告の請求の正当なることを前提とする」という意見である(①)。この点は、ともすれば現在では見過ごされているように思うからである。しかし、どのようにして原告の請求が正当であることを判断するかについては、ここでの議論からは不明である。原告の請求に理由があるということは、終了事由発生前に本案審理において判断が済まされているとは限らないから、新たに判断することになるが、訴訟費用の裁判のためだけに、請求に理由があつたか否かを判断しなければならないのかということである。これでは本末転倒のように思うが、審理をするにしても、この点の審理はどのようにして当事者に保障されるのが、正に問題である。というのは原告の請求が終了事由発生によって理由が消滅した場合、そのような事実が裁判所に認められると、判決理由中の判断に既判力が生じないとする一般民事訴訟の原則(一四條)からすると、裁判所はもはや請求に理由があつたということについては審理する必要はないからである(18)。

にもかかわらず裁判所が審理しなければならないとするには、その裁判が職権で行われるにしても、当事者の申立てによって行われるにしても、それなりの理由づけが必要である。正に審理しなければならぬという義務をどのような理論構成によって裁判所に課すかが問題である。提案(起第四二号)にしても、それをめぐる委員会での議論にしても、これらの点についての考察が欠落しているように思う。

第二に注目すべき点は、この問題は財産上の負担であるから明確な規定が必要であるという意見(齋藤委員)や、制裁規定であるから詳細な規定をする必要があるという意見(鈴木委員)が主張された点である(②)。これ

らは、訴訟費用の負担から原告を救済する場合、敗訴者負担という結果責任主義に対して、単に抽象的に一般的な例外規定を設ければよいという姿勢を批判しているように思う。かような立法に対して、安易な方法として危惧の念を表明したものと考えられる。したがって、この点を現在の六二条の解釈に生かすとするならば、六二条を安易に拡張して解釈したり、趣旨を忖度して解釈するというような（類推や拡張）解釈は慎むべきであるということになる。⁽¹⁰⁾

第三に注目すべき点は、このような規定を設けた場合に、弁済や相殺以外の理由で証拠調べ等が必要であり、このために訴訟費用を増加させるという意見（横田委員）やそのような弊害の存在を認める意見（鈴木委員）が述べられたということである⁽¹¹⁾。これは訴訟費用の裁判の問題点を的確に指摘しているものである。本案が終了しているにもかかわらず訴訟費用の裁判のために慎重な審理を行えば、新たな本案訴訟と同じであり、本案に対する訴訟費用の裁判の付随性の原則に抵触して、その点で合理性を欠くことになる。かといって十分な根拠を提示することなく、裁判所が単に裁量というだけで訴訟費用の負担の裁判をすれば、負担を課せられた方には手続保障なしの不当の裁判という不満が残るであろう。確かに即時抗告できるから、それなりに当事者の手続保障は考えているにしても、それは問題の先送りであり、上策ではあるまい。この問題も解決が困難であるが、従前の本案の審理の結果を生かすような工夫で対応するしかないように思う。

第四に注目すべき点は、このようにいくつかの重要な問題が指摘されているにもかかわらず、「事情二從と被告ヲシテ訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得」ということで決着がついたことである⁽¹²⁾。これでは指摘された問題や議論はどうなるのかという素朴な疑問が生じるが、記録から感じられることは、問題があるにしても立法すべきであるというのが大方の意見であり、その場の委員会全体の雰囲気のように思う。つまり、

結果的には曖昧のまま問題を先送りしたとの印象を受ける。したがって、委員会は訴訟費用の負担について結果責任を緩和することだけを決め、指摘されたような問題の解決は将来の判例と学説に委ねたと解することが妥当かもしれない。

なお議論の最後に外国の立法例の調査が必要であるとの意見が述べられているが（齋藤委員）、既にドイツでは学説の一部においてこのような問題が提起されていたにしても、⁽¹⁰⁾それを調査することは当時の状況からは困難と思う。ましてドイツにおける立法は一九四二年の第三簡素化令四条がその嚆矢であることからして、⁽¹¹⁾立法調査は無理であり、参考になる国はなかったのではないかと思う。

5 起案会・仮決定案一条と決定案八〇条

このような議論を経て、起案会の仮決定案・決定案が作成されたことについては、既に述べたところである（三の3）。明治三六年草案九一条・九三条がどのように変貌したかという点、九一条の但書と九三条が仮決定案で消えて、代わって一条但書に「裁判所ハ事情ニ從ヒ勝訴者ヲシテ其權利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナラサル費用又ハ相手方ノ權利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナリシ費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得」が登場したことである。これは従前の議論からすると、九三条と鈴木提案（起第四二号問題）に基づく決議が合体してできた文言ということになる。抽象的な規定に問題があるとの指摘がありながら、かような抽象的な規定にした理由であるが、具体的に規定すると具体的な文言の解釈について議論が生じるので、それを避けたのではないかと想像する。というのは、九三条や鈴木提案を審議した同日に、明治三六年草案の九二条但書の「事情」と明治二三年の民法の七三条二項に關した議論がなされているが、そこでは「一々列記スルハ繁雜ナルヲ以テ之ヲ約言シテ

事情ト云ヒタルノミニシテ其内容ハ同一ナルヘシ現行法ヲ改正シタルモノニ非サルヘシ」と主張されたり、また「現行法ノ如ク一々列記スルトキハ其各場合ニ付キ種々ノ議論ヲ生スヘキニ付キ之ヲ避クルコトモ『事情』ト云フ広キ文字ニ改メタル理由ノ一ナルヘシ」とも言われているからである。⁽¹³⁾

起案会・仮決定案

第一条 訴訟費用ハ敗訴者ノ負担トス但裁判所ハ事情ニ從ヒ勝訴者ヲシテ其權利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナラサル費用又ハ相手方ノ權利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナリシ費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得

決定案は仮決定案の「相手方ノ權利」の前に、「訴訟ノ程度ニ於テ」という文言を加えている（これは正文まで引き継がれた）。さらに決定案では仮決定案の「必要ナラサル費用」を「必要ナラサル行為ニ付テノ費用」に、同様に「必要ナリシ費用」を「必要ナリシ行為ニ付テノ費用」に変更している。興味あることは、この変更は次の第一案・決議案では再度変更して、元の仮決定案に戻っていることである。しかし、この変更は確定的なものではなく、最終段階の第五案で再び修正されている（三の6）。

起案会・決定案（起草委員会議案）⁽¹⁴⁾

第八十条 訴訟費用ハ敗訴者ノ負担トス但裁判所ハ事情ニ從ヒ勝訴者ヲシテ其權利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナラサル行為ニ付テノ費用又ハ訴訟ノ程度ニ於テ相手方ノ權利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナリシ行為ニ付テノ費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得

6 その後の展開

起案会・決定案のその後であるが、草案は第一案・決議案、起草委員会案、第一案・議案、第二案・議場用、

第三案、第四案、第五案・議案提出と展開したことは既に述べたところである(三の4・5)。この間にいくつかの修正が行われているが、訴訟終了宣言の観点からはそれらは重要ではない。本稿は訴訟終了宣言の観点から六二条の前身である九〇条を考察するというのが目的であるから、これらの修正については内容の報告に止め、コメントは省略する。

起案会・決定案(起草委員会議題)のその後の変遷をたどれば、第一案・決議案では八〇条、起草委員会案では八三条、第一案・議案では八三条と条数の変更はあるものの、5で述べたように費用に関する文言については起案会・仮決定案と同じである⁽¹⁶⁾。つまり、この点の起案会・仮決定案の文言は起案会・決定案で修正されたが、起草委員会(第一案・決議案)で復活したということである。しかし、第二案においてかなり大幅な修正がなされた⁽¹⁶⁾。従前の八三条は本文と但書が分割されて、八三条と八三条ノ二という二つの条文に分けて規定された。すなわち従前の八三条但書が八三条ノ二に移行した。従前の本文は八三条に残ったが、八三条の但書として、新たに「但其費用ハ権利ノ伸張又ハ防御ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル」が挿入された。この但書は明治三六年草案九一条但書、明治二三年の民訴法の七二条但書を引き継いだものと思われる。したがって第三案では第二案の変更を受けて、内容は第二案のままであるが、条数が八五条・八六条と変更したのと、「但」が「但シ」に、「其費用」が「其ノ費用」に、「其権利」が「其ノ権利」に、「若クハ」が「若ハ」に送り仮名の修正が施された⁽¹⁷⁾。

第四案は第三案の内容をそのまま受け継いだが、八五条・八六条が八九条・九〇条と条数のみ⁽¹⁸⁾が変更された。この条数はその後変更されることなく立法化されたが、第五案では三つの修正がなされた。第一は八九条但書の削除である。第二は八九条の「敗訴者」を「敗訴ノ当事者」に、九〇条の「勝訴者」を「勝訴ノ当事者」に変更したことである。第三は九〇条の「必要ナラサル費用」を「必要ナラサル行為ニ因リテ生シタル訴訟費用」に、

同様に「必要ナリシ費用」を「必要ナリシ行為ニ因リテ生シタル訴訟費用」に変更したことである。つまり、これはそれぞれに「行為ニ因リテ生シタル訴訟」という文言が「費用」の前に挿入されたということである。この文言だけを見ると、起案会・決定案における修正に戻ったという印象を受けるが、第五案の方は「行為ニ因リテ生シタル訴訟費用」であるのに対して、起案会・決定案の方は「行為ニ付テノ費用」である。なお但書の「但シ其ノ費用ハ権利ノ伸張又ハ防御ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル」の削除であるが、民事訴訟費用法の改正で対応することにしたためではないかと思う。⁽¹²⁾ 第五案はその後何ら修正されることなく、そのまま法律になった。⁽¹³⁾

7 草案の変遷が示唆するもの

立法資料全集の資料を利用して六一条・六二条の前身である旧八九条・九〇条の立法過程における各種草案の法文の変遷や、それに関する議論の内容を概観したが、これによってこれらの条文に込められた立法者の考えを推測したり、その問題点を把握することが可能になったように思う。すなわち、文言の修正が幾度となく行われたが（5・6）、それらは主に立法上の技術的な表現の問題であり、訴訟終了宣言に関して言えば、民事訴訟法改正起草委員会の議論（4）が重要である。これに対して、委員会では明治三六年草案に関連して提案された事項が議論されているだけであるから、重要視することに疑問を抱く人が多いかもしれない。しかし、現在公開されている資料の中で実質的に議論しているものはこれしかないということと、⁽¹²⁾ ここでの議論に挙げられた事例が現行法六二条に相当する九〇条の立法理由で挙げられていることを考えると、⁽¹³⁾ 法文と直接関係がないとはいえず、むしろ規範の内容は旧九〇条に受け継がれたと考えるべきではないかと思っている。すなわちここでの議論が九〇条の後段に集約され、九〇条の内実を形成していると考えることができる。

そこでこのような認識のもとに、4で指摘した問題点と七三条との関係を考えてみよう。4で注目したことを簡潔にまとめると、委員会の結論は、提起された問題点の解決は判例・学説に委ねたというものであり(④)、委員会の議論の中で問題になったのは、明確な規定が必要であることと(②)、新たな証拠調べ等がなされないようにすること(③)であった。そして委員会の議論に対して問題点として指摘したことは、要件とその認定の問題であった(①)。制度をデザインしていく場合に基準の明確さや新たな手続的な負担は避けるべきであるから、委員会での指摘(②③)は正当であり、七三条の法解釈や制度をデザインする場合に考慮しなければならぬ点である。重要なことは、制度の要件とその認定の問題である(①)。確かに委員会では問題になつていないが、それだけに立法において見過ごされた点として考えねばならない事柄である。

なぜ問題にするのかというと、これは六二条の運用の成否に関係すると思うからであり、要件について旧九〇条が立法された後に学説の対立が生じたのも、また九〇条が十分に機能していないのもここに原因があると思うからである。^(四)以下これらについて詳論してみよう。先ず学説の対立であるが、これは松岡博士と細野博士の対立であり、細野博士が松岡博士の次のような見解を批判している。

松岡博士は、旧九〇条の解釈のために明治二三年の民法の七四条を取り上げ(法文は四の1参照)、「旧民事訴訟法ニ在リテハ被告直チニ原告ヲ請求ヲ認諾シ且ツ其ノ所為ニ因リテ訴ヲ起スニ至ラシメサルトキニ於ケル原告ノ起訴ニ因リテ生シタル訴訟費用ハ事情ノ如何ヲ問ハス勝訴ノ原告ニ之ヲ負担セシメタルカ如シト雖這ハ正当ナラス」と主張した。その理由として博士は、「原告ノ訴カ不適法ニシテ且理由ナキトキハ裁判所之ヲ棄却シ原告カ本法八十九条(現行法六一條相当)ノ規定ニ從ヒ訴訟費用ヲ負担スヘキモノナレハナリ(ヘルビヒ氏著獨逸民事訴訟法原論、ゾキフヘルド氏著獨逸民事訴訟法注釈第一卷参照)」と述べた(松岡義正『新民事訴訟法注釈第三卷』四

六八頁、清水書店、一九三二年）。要するに、博士の主張は、被告が即時に認諾し原告に訴訟費用を負担させる場合でも、原告の請求が適法で理由を具備していることが必要であるというものであり、これが旧九〇条を適用する場合の前提となる要件であるというものである。そこで訴訟費用の裁判においても、原告の訴えが「適法ニシテ且ツ理由アルヤ否ヤノ事情」の調査が必要であり、このために旧九〇条は「事情ニ從ヒ」と規定したのであると説く（四六九頁）。したがって、旧九〇条を準用する旧一〇四條二項の場合（現行法で言えば六二條を準用する七三條の場合）において、博士は「債務ノ弁済請求ノ訴ノ提起後被告ノ任意ノ弁済ニ因リテ本案訴訟完結シ為ニ判決力不必要ト為リタル場合」を例として挙げて、「裁判所ハ原告ノ訴カ其ノ提起ノ當時正當ナルヤ否ヤヲ調査シ正當ナリト認メタルトキハ被告ハ（二の誤りか）訴訟費用ヲ負担セシムル裁判ヲ為スコトヲ要シ不當ナリト認メタルトキハ原告ニ訴訟費用ヲ負担セシムル裁判ヲ為スコトヲ要ス」（五二三頁。「」は筆者の加筆）という主張を展開させている。

これに対して細野博士は、明治二三年の民訴法の七四條は旧九〇條前段に承継されたものであるとの考えで、「〔松岡博士は〕之レ〔七四條〕ヲ改正スル必要アリト論スルモ（同氏〔松岡〕第三卷四六八頁）正當ニアラス蓋シ法典上被告力直ニ認諾シテ原告カ本案ノ勝訴ヲ得タル場合ヲノミ指稱スルコトハ文理解釈上毫モ疑ナキ所ナレハナリ」と批判している（細野長良『民事訴訟法要義第五卷』一九一九頁注一、巖松堂、一九三七年。「」は筆者の加筆）。もともと松岡博士の挙げた例のような場合（「訴ノ提起當時訴ハ理由アリシモノナルモ爾後被告ノ行為ニ因リ遂ニ訴カ理由ナキニ至リ原告ノ敗訴シタル場合」）については、細野博士は単に、「原告カ訴ヲ提起シタルコトカ當然ノ狀態ニ於テ權利ノ伸張トシテ必要ナリシモノト認メラレルトキハ原告ノ敗訴ニ拘ラス被告ニ對シ訴訟費用ノ負担ヲ命ス可キモノトス」（二一九頁以下）と述べている。

この両者の対立をどのように考えたらいいであろうか。先ず松岡博士の主張であるが、請求の認諾は請求の理由の有無を問わないことを考えると、このことと請求の認諾の後に請求の理由の有無を調査するという博士の主張は矛盾するように見える。しかし訴訟費用を負担させるためのものであるから、直ちに矛盾とは言えない。問題はこの場合どのようにして調査するかである。訴訟費用の裁判のために本格的な本案の審理を行うことになる、訴訟費用の裁判は元来は独立して行うものでない（付随的な裁判である）という原則と調和しないのではないかとこの疑問が生じる。反対に裁判所が簡単な調査で処理するならば、当事者の手続保障が問題になる。すなわちたとえ即時抗告が当事者に認められているにしても、また口頭弁論が任意であれ保障されているにしても、主張・立証する機会が保障されていない以上、訴訟費用の負担を命じられる当事者にとつては、本案の手続における当事者の地位に比べて、手続保障は不十分の思う。このようなことを考えると、判断する対象や判断基準が明確で合理的であるにしても、それを判断する手続面での問題は解決されていないように思うが、松岡博士からは手続についての説明はない。

次に細野博士の主張を考えてみよう。松岡博士の主張に問題があるというのであれば、細野博士の主張が正しいのかというと、そうではない。博士の見解にも問題があると言わざるをえない。というのは博士の旧九〇条の適用の要件の記述は抽象的であり、具体的な要件となると明らかでなく、裁判所は具体的に何をどのように判断すればよいのか分からないからである。例えば、松岡博士が説いたところの「原告の請求が適法であり且つ理由があること」は、旧九〇条の適用に際して細野説において要件であるのか否かは明らかでない。裁判所の裁量という面があるにしても、これでは判断基準が曖昧で手続がいわゆる不透明になるように思う。この点は訴訟費用の裁判だから当然であるとの反論があるかもしれないが、訴訟費用の裁判といえども、訴訟費用償還請求権とい

う私法上の金銭債務が裁判されると考えられるのであるから、通常金銭の支払いを求める事件と異なる点はない。したがって適正な裁判が求められるし、利害関係者である当事者の手続保障も十分なものでなければならぬ。つまり訴訟費用の裁判であるとの理由だけで手続を簡素化し裁量で判断してよいというものではない。ただ判決による終了の場合、訴訟費用の裁判の手続が問題にならないのは、手続保障が十分に施されている本案の裁判で得られた訴訟資料が、本案の裁判と密接な関係がある訴訟費用の裁判に、そのまま利用されることになっているからである。このように判決による訴訟終了の場合の訴訟費用の裁判は、本案手続の資料の利用ということによって手続の簡素化が正当化されるが、七三條の場合に本案の裁判との関係を切断すると、この点が曖昧になる。正に判断基準の明確化と手続の透明性が求められるが、その点の説明は細野説においても見られないし、判断基準の明確さという点では松岡説よりも後退している。

このような状況は、七三條による訴訟費用の裁判手続の問題の所在を明らかにしているように思う。裁判の判断基準として、松岡博士のように、具体的に原告の請求が適法であり且つ理由があることを要件とすると、その手続と本案の手続との関係が問題になるし、要件を細野博士のように抽象的にすると、判断基準が曖昧になり手続の透明性に欠けることになる。つまりどちらにしても、七三條の手続に問題があることを示している。これではいずれにしても七三條がうまく機能することは期待できないと思うが、訴訟終了宣言について消極的な通説は、七三條による六二條の準用で十分であると説いている。松岡・細野の両博士の対立やそこから明らかになった手続的な問題は、もはや今日では解消されたというのであろうか。両博士の対立から六〇年以上を経た現在の状況はどうであろうか。旧九〇條に関してであるが、「裁判所がこの裁量権を行使するにあたっては、権利の伸張または防衛のために不必要な訴訟行為、または必要な訴訟行為であったことが客観的に明白であり、それによって

生じた費用が他のものと区別することができ、かつ考慮に値する程度の額でなければならぬ」と述べられている(斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法(3)〔第二期版〕』三五頁以下(小室直人・宮本聖司)、第一法規、一九九一年)。そして実際上はこの識別は容易でないので、「本条の適用はあまりなされない」と指摘されている(菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ〔補訂版〕』五八八頁、日本評論社、一九九三年)。あるいは「終局判決において、本条〔旧九〇条〕が適用されるときは、訴訟費用の全部を勝訴当事者に負担させることに止まり、訴訟費用を個々に検討して負担を決めるということはほとんどない」と指摘されている(上田徹一郎ほか編『注釈民事訴訟法(2)』四四四頁(奈良次郎)、有斐閣、一九九二年。「」は筆者の加筆)。これらは正に旧九〇条が十分に機能していないことを報告するものである。旧九〇条に関する記述とはいえ、いずれも現在の我が国を代表する権威ある注釈書であることを考えると、これらの記述は当然現行法の六二条の注釈書にも引き継がれると思われる。したがってこれらは六二条が十分機能しないことを暗示しているように思う。さらにこのような機能不全を根拠に旧九〇条、現行法六二条自体に制度的な欠陥があると指摘したとしても、あなたがち誇張した表現ではないように思う。これが現在の状況である。

このような現在の状況と両博士の対立の状況を比較すると、この間に議論の進展は全く見られなかったと言わざるをえない。即時認諾の訴訟費用の負担の問題で、請求の適法性と理由具備性を取り上げない今日の学説の状況は、松岡説が忘れられて細野説の方が支持されているように見えるが、それは細野説が松岡説を撃破したからでもなければ、細野説が自らの問題点を克服したからでもない。旧九〇条の法文が抽象的であることから細野説の方が受け入れやすいことと、本稿が指摘したような立法過程での議論(4の①)が注目されなかったことが原因ではないかと思う。あるいは細野説が大部な体系書の中の記述であり、松岡説が注釈書の中の記述ということ

も関係しているかもしれない。しかし、議論の停滞の最大の理由は、学界や実務が問題に関心を持つことはなかったし、停滞を打破する必要性を感じなかったからである。そのことはこの問題が論文や体系書では論じられず、もっぱら注釈書で論じられたことが物語っている。

弁護士費用が訴訟費用に算入されることが、単なる立法論からかなり現実味を帯びてきた昨今の状況を考えて⁽¹²⁶⁾、このような事態がこのまま放置されてよいわけではない。そもそもこのような事態が改善されることなくして、単に弁護士費用が訴訟費用に算入されるならば、弁護士費用の負担をめぐって新たな紛争を招来するだけである。そこで新法施行を契機に、このような状況を打開することが必要であろう。具体的には七三条と六二条を準用する訴訟費用の裁判の制度を棚上げすることが考えられる。従前これらが機能しないままに放置されてきた状況を考えると、七三条それ自体の改善に期待するのは無理なように思うからである。七三条の制度には内在的・制度的な限界があると認識して、七三条だけで対応するのではなく、訴訟終了宣言との役割分担も視野に入れた対策を志向すべきではないかと思う。ここで訴訟終了宣言を持ち出すのは、訴訟終了宣言は七三条と六二条準用という訴訟費用の処理方法の目的と一致するし、七三条と六二条準用という方法に比べて手続的な対応が充実しているからである。それでは立法論ではないかということになるが、解釈論の根拠としては、旧一〇四条や旧九〇条の沿革から七三条と六二条準用という方法には手続的な問題や空白があるということ挙げたい。すなわち七三条が承継した旧一〇四条やその二項が準用する六二条の前身である旧九〇条の立法者は、実体的な判断基準を提示したが、それが機能するような手続を十分に考えることなく、手続問題はいわば先送りして解釈に委ねたのではないかと考えるからである（三の6、四の4の④）。そうであるならば、委ねられた事柄を履行するため訴訟終了宣言の観点から七三条の制度を見直して、七三条や六二条が意図したことを実現するための手続を新

たに構築することは、解釈論としても許容されるのではないかと思う。このようなことから、先ず立法者の思考過程を迫体験することによって、問題解決の方向性を探求することが必要である。すなわち立法者のように本案の問題との関係に注目し(四の4の①)、立法者の懸念に注意しながら(四の4の②③)、立法者の意図した結果を招来するような方法を考えるべきである。立法者は思いつかなかったが、正に訴訟終了宣言は立法者が志向したものを満足させるものである。それは、そもそも訴訟終了宣言はドイツでこのような問題を解決するために形成されたものであることを考えると、当然の話かもしれない。このように考えるならば、解釈論としての訴訟終了宣言が現行法との接点を持つことができるし、また訴訟終了宣言を現行法の改善策として位置づけることができる。六二条の前身である旧九〇条が十分に機能しない以上、七三条二項によって六二条が準用されるというだけでは、問題は決して解決されないのである。

(94) 鈴木・前掲注(19)九三九頁以下は、旧九〇条(六二条相当)後段について五項目に分けて説いているが、最後の項目は「(5) Erledigung der Hauptsache」であり、ドイツの訴訟終了宣言の説明とそれを我が国で採用する必要のないことを説いている。なお我が国の通説は、七三条二項によって六二条が準用されるから、訴訟終了宣言は不要であると主張している(一の1参照)。

(95) 七三条二項は六二条を準用することを規定しているが、どのように準用されるかについては、最近の注釈書等ではあまり具体的に説明されていないように思う。要件をより具体化することが求められるが、この問題は詳しくは7で述べる。また旧九〇条や旧一〇四条の実務の適用(運用)状況に関して、次のように言われている。「終局判決において、本条(旧九〇条)が適用される場合には、訴訟費用全部を勝訴当事者に負担させることに止まり、訴訟費用を個々の検討して負担を決めるということはほとんどない。本条(旧九〇条)の適用により、個々の訴訟費用を検討するのは、(旧)一〇四条、(旧)九〇条による訴訟費用の負担および訴訟費用額決定の裁判の場合が非常に多い

といつてよい」（引用は上田徹一郎ほか編『注釈民事訴訟法』②「四四四頁（奈良次郎）、有斐閣、一九九二年。」）は筆者の加筆。なお四四七頁以下にも同趣旨の記述が見られる。合理的な理由がないにもかかわらず、適用する場合と準用する場合で運用基準が異なるのはおかしい。六二条の運用が曖昧で恣意的であるような感じを受けるが、このような事態が生じたのは、立法に問題があるように思う。

(96) 明治二三年の民訴法は、明治一九年（一八六六年）のテツヒョー草案にその原型を見ることができ、参考までにテツヒョー草案の内容を左記に挙げるが、訴訟費用の体系的な位置は次のようなものである。九八条はその冒頭の規定である。第一編は「裁判所」、第二編は「訴訟人」である。第二編は七章に分かれていて、「第一章 訴訟能力、第二章 共同訴訟、第三章 訴訟参加、第四章 訴訟代人、第五章 訴訟費用、第六章 保証、第七章 訴訟費用ノ支弁猶予」である。

テツヒョー草案（訴訟法草案）

第九十八条 ①原被告ハ弁償請求ノ權ヲ妨クルコトナクシテ各自其訴訟上ノ所為ヨリ生スル費用ヲ支出ス可シ

②原被告双方共同ニテ為シタル訴訟上所為ノ費用又ハ原被告双方ノ利益ノ為メ其申立ニ因リ若クハ裁判所ノ職權ヲ以テ為シタル訴訟上所為ノ費用ハ原被告双方ニテ之ヲ支出ス可シ

第九十九条 ①敗訴シタル原告若クハ被告ハ自己ノ訴訟費用ヲ負担シ且裁判所ニ於テ權利ノ伸暢若クハ保護ニ必要ナリト認ムルモノニ限リ対手人ノ費用ヲ弁償ス可シ

②訴訟中訴訟ヲ願下ケ若クハ請求ヲ放棄シ又ハ対手人ノ請求ヲ認諾シタル原告若クハ被告ハ前項ニ同シ

第一百条 弁償ス可シ費用ノ種類及ヒ其額ハ別段ノ法律規則ニ依ル

第一百一条 二部勝訴一部敗訴の場合の規定であり、明治二三年の民訴法の七三条の前身であるが、大部なものと、本稿とは直接関係がないので省略

第一百二条 被告原告ノ要求ヲ直チニ認諾シ且論争怠慢等ニ因リ訴訟ニ至ラシメタルニ非サル時ハ原告ハ其訴訟費用ヲ負担ス可シ

(97) 新井正三郎『民事訴訟法判例論評』三〇六頁以下(自治館出版、(三版、一九〇〇年)、初版は一八九六年)に紹介されている判決とその評釈を読んだ印象である。それは大審院明治二六年(二八九三年)二月二日の判決であり、七二条二項が規定している認諾の要件について判示したものである。すなわち七二条二項が敗訴の原告として扱ふ認諾とは、認諾判決を規定した二二九条の認諾を指すのであって、弁論において認諾しても七二条二項の適用はないと説いたものである。事案は後見解除要求事件で、明治二五年六月六日に宮城控訴院が言い渡した判決に対して上告されたものである。上告人は次のように主張した。上告状の提出後に、被告上告人は上告状の送達前に「自己ノ任意ヲ以テ既ニ後見ヲ解除シタル旨」を答弁した。そこで「其解除ノ事実ハ上告人ニ於テモ之ヲ承認シ」たから、「訴訟ノ目的既ニ消滅セシ上ハ、上告人ニ於テハ最早原判決ノ当否ヲ争フコトヲ得サルモノト信スル」というものである。具体的には、被告上告人が上告審で争うのは不当であり、被告上告人は認諾したのだから訴訟費用は全て被告上告人が支払え、というものである。

大審院は次の理由で上告を棄却し、前記のような判断を示した。上告審は訴訟の目的が消滅したとしても原判決の当否を判断するものであること、被告上告人は本院で認諾しないと明言していること等である。これに対する判例論評は判旨賛成であり、上告人が被告上告人に対して争うことは不当であると上告しているのは自己矛盾であり、上告を取り下げるべきであるし、訴訟費用の負担を免れるための議論ではないかというものである。形式的にも法適用においても、確かにそのとおりである。また一般には敗訴者の任意履行が問題になるのに対して、本件では勝訴者が任意に履行した点で、一般の事例と異なる。しかし、上告人が自己の費用負担の不当性について問題を提起しているのは、立法を当然の前提として、批判的に考察していない点からであろう。そもそも訴えの取下げの場合に、どのような事情があらうともすべて原告が訴訟費用を負担するという立法自体に問題があると思う。事案は前記に紹介したことがすべてであり、詳細が不明なので裁判の当否は軽々に判断できないが、この点が判決でも評論でも看過されているように思う。なお明治四二年(一九〇九年)頃から大正二年(一九一三年)頃にかけて、このような問題における法の

形式的適用の不当性を指摘して、法の不備を指摘する判例や論考が現れた（坂原・判例一〇七頁注27）。

(98) 明治三六年草案の成立過程を見てみると（使用した資料については、既に三の1において述べた）、当初の「民事訴訟法修正案」は明治二三年の民訴法の影響が見られる。しかし、「民訴甲第一号」では修正案に比べると、修正案八〇条二項が消えるとともに、文言もかなり違っている。修正案八〇条二項（明治二三年の民訴法の七二条二項）が削除された理由であるが、民訴甲第一号の八七条の参照条文として挙げられているドイツ法等が、訴えの取下げの訴訟費用の負担を個別に規定しているのので、それに倣ったということではないかと思う。また挙げられている参照条文が多いのは、八七条は敗訴者負担の原則を定めた規定であるからであり、この原則が各国の民訴法においても基本原理であることを示している。民訴甲第一号、民事訴訟法案、明治三六年草案では条数の変更はあっても、文言に大きな違いがないから、民訴甲第一号八七条・八九条が、そのまま明治三六年草案の九一条・九三条になったということになる。

民事訴訟法修正案（それぞれ条文の頭に、八十条には「現七十二條」、八十一条には「現七十三條」、八十一条には「現七十四條」との記載がある。）

第八十条 ①訴訟費用ハ敗訴シタル当事者之ヲ負担ス但其權利伸張又ハ權利防衛ニ必要ナルモノニ限ル

②訴訟中ニ訴ヲ取下ケ、請求ヲ放棄シ又ハ相手方ノ請求ヲ認諾スル当事者ハ敗訴シタル当事者ニ同シ

第八十一条 〔二部勝訴一部敗訴の場合の規定であり、本稿と直接関係はないので、掲載は省略〕

第八十二条 被告直チニ請求ヲ認諾シ且其行為ニ因リテ訴ヲ起スニ至ラシメタルニ非サルトキハ訴訟費用ハ原告之ヲ負担ス

民訴甲第一号

第八十七条 ①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權利ノ伸張又ハ防衛ニ必要ナリシモノニ限り之ヲ弁済スヘシ

（参照）現七二、独九一、二七一、三項、奥四一、仏一三〇、一九二、三三八、四〇一、四〇三、四七〇、セ

ルビヤ六五、ベルヌ四八、三二九

第八十八条 (二)部勝訴一部敗訴の場合の規定であり、本稿と直接関係はないので、掲載は省略)

第八十九条 被告カ其行為ニ因リテ訴ヲ起スニ至ラシメタルニ非サル場合ニ於テ直チニ請求ヲ認諾シタルトキハ訴訟費用ハ原告之ヲ負担スヘシ

(参照) 現九三、獨九三、奥四五

民事訴訟法案 (それぞれ条文の頭に、九十条には「七二」、九十一条には「七三」、九十二条には「七四」との記載がある。)

第九十条 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權利ノ伸張又ハ防衛ニ必要ナリシモノニ限り之ヲ弁済スヘシ

第九十一条 (二)部勝訴一部敗訴の場合の規定であり、本稿と直接関係はないので、掲載は省略)

第九十二条 被告カ其行為ニ因リテ訴ヲ提起スルニ至ラシメタルニ非サル場合ニ於テ直チニ請求ヲ認諾シタルトキハ訴訟費用ハ原告之ヲ負担スヘシ

(99) 「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〕一六九頁。この資料の説明等については三の2と注(51)参照。

(100) 「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〕一五六頁以下。この資料の説明等については三の2と注(53)参照。なおこの資料の追加資料として「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〕があるが(三の2と注(54)参照)、訴訟費用の項目には九一条・九三条については掲載されていない(三四七頁)。

(101) 「改正案第九一条ニ付キ (第五八回―明治四五年五月一〇日)」松本ほか・立法資料全集一〇卷〔資料一八九〕四〇三頁。

(102) この時の議論については、注(84)において紹介した。

- (103) 「改正案第九三条二付キ（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（資料一九五）四二頁。
- (104) 「起第四二号―明治四五年五月二四日 鈴木委員提出」松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料四六）三〇二頁。表題は「起第四十二号 民事訴訟法改正委員会問題 明治四十五年五月廿四日 鈴木委員提出」というものである。
- (105) 「起第四二号問題ニ付キ（第六二回―明治四五年五月二四日）」松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料一九八）四一三頁以下。
- (106) 松岡・前掲注（17）四六八頁、五二三頁も、鈴木委員と同趣旨のことを述べている。この問題は注（95）で指摘したことも関係する。なお細野・前掲注（19）一一九頁註一は松岡・四六八頁を取り上げ、批判する。この問題は四の7で論じる。
- (107) 例えば、新堂幸司『新民事訴訟法』三七二頁（弘文堂、一九九九年）、伊藤眞『民事訴訟法』二七一頁（有斐閣、一九九八年）等は本案の審理順序については、理由中の判断に既判力が生じないことを理由に、原則として裁判所が自由に決めることになっていると述べている。詳しくは高橋宏志『重点講義民事訴訟法』四三五頁以下（有斐閣、一九九七年）、鈴木正裕ほか編『注釈民事訴訟法（4）』三二八頁以下（高橋宏志）（有斐閣、一九九七年）参照。
- (108) 判例は、当初は明治二三年の民訴法のような規定方法について法の不備という認識は示さなかったが（注（97）参照）、後に至り結論の妥当性を重視して、次第に結果責任主義の原則を緩和させるために、旧九〇条（六二条相当）の拡張解釈や類推解釈で行うようになってきた（坂原・判例一〇三頁以下）。
- (109) 「民事訴訟法改正起草委員会決議（第五三回―明治四五年五月二四日）」松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料四一三）五九〇頁に、決議の内容が記載されている。なおこの決議の内容は、「民事訴訟法改正起草委員会決議案（第一編第二章）」松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料三六一）五六五頁にも掲載されているが、この資料では九三条の欄に記載されている。すなわち「九十三條 可決（第五十二回）」との記述の後に、「本節中二左ノ如キ規定ヲ設クルコト（第五十三回）」と記載されていて、決議の内容が掲載されている。また決議記録の一番最後に位置する「民

事訴訟法改正起草委員会決議（第九二回―大正三年六月二二日）松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料四五三）六一五頁にも、第五三回決議として掲載されている。これは最終的に確認したという意味であろう。ただしここでは「被告ノ行為ニ因リ」となっている。他の決議の記録がすべて「被告ノ所為ニ因リ」であるので、注目される。誤記か誤植かそれとも意図的な変更かは分からないが、その後の法文では所為ではなくて行為という言葉が使用されていることを考えると、意図的に変更したのかもしれない。

(II) 一八七七年（明治一〇年）に公布されたドイツ民事訴訟法は一八七九年に施行されたが、その数年後に既に結果責任主義の不備が指摘され、その解決策が学説によって種々探求された（坂原・生成（二）九一頁以下）。なお雉本朗造博士の「訴訟行為論」の中にドイツ大審院の訴訟終了宣言についての紹介があるが（『民事訴訟法論文集』一三四頁〔内外出版印刷、一九一四年〕、『民事訴訟法の諸問題』六四〇頁〔有斐閣、一九五五年〕）、この論考がいつ頃書かれたかは私には分からなかった。

(III) ZPO 九一条 a の前身はイギリス地区条令二条五号であり、その前身は一九四二年の第三簡素化令四条である。第三簡素化令四条がドイツ法においてどのように発展したかについては、坂原・生成（二）五三頁以下で詳論している。

(II) 「改正案第九二条但書ノ事情」ノ解釈ニ付キ（第六二回―明治四五年五月二四日）松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料一九七）四一三頁。ここで議論された法文は左に挙げる。

なお委員会では九一条の草案について三回も審議したが、決着がつかなかった。これは、他の条文と比べて異例なことである。すなわち五月一〇日（改正案第九一条ニ付キ（第五八回―明治四五年五月一〇日）松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料一八九）四〇二頁以下）、五月一七日（改正案第九一条ニ付キ（第六〇回―明治四五年五月一七日）松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料一九二）四〇八頁）、五月二二日（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）四〇八頁以下）と議論されている。また記録によれば、同時に九三条が可決されたり、鈴木提案（起第四二号、注（四）参照）が議論されて（注（四）参照）、決議されている（注（四）参

照）のに対して、九一條に關しては「延期」との記載が目につく（「民事訴訟法改正起草委員会決議案（第一編第二章）」松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料三六一）五六五頁、「民事訴訟法改正起草委員会留保事項（第一号―明治四四年五月〇日明治四五年七月）」松本ほか・立法資料全集一〇卷（資料四一九）五九五頁）。

明治二三年の民訴法

第七十三條 ①当事者ノ各方一分ハ勝訴ト為リ一分ハ敗訴ト為ルトキハ其費用ヲ相消シ又ハ割合ヲ以テ之ヲ分担ス可シ第一ノ場合ニ於テハ各当事者ハ其支出シタル費用ヲ自ラ負担シ他ノ一方ニ対シ弁済ヲ請求スルコトヲ得ス

②然レトモ裁判所ハ相手方ノ要求格外ニ過分ナルニ非ス且別段ノ費用ヲ生セザリシトキ又ハ判事ノ意見、鑑定人ノ鑑定若クハ相互ノ計算ニ因リ要求額ヲ定ムルニ非サレハ容易ニ過分ノ要求ヲ避クルコトヲ得ザリシトキハ當事者ノ一方ニ訴訟費用ノ全部ヲ負担セシムルコトヲ得

(113) 「民事訴訟法改正起案会決定案第一編總則（仮決定案）」松本ほか・立法資料全集一巻（資料四七三）三三頁以下。

(114) 「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・立法資料全集一巻（資料四七五）六五頁。なお前掲注（113）に挙げた「民事訴訟法改正起案会決定案第一編總則（仮決定案）」（資料四七三）にも掲載されている（三五頁）。

(115) 第一案・決議案の八〇条については「民事訴訟法改正起草委員会決議案（第一案）」松本ほか・立法資料全集一巻（資料四七六）一〇八頁。起草委員会案の八三条については「民事訴訟法改正案（起草委員会案）」松本ほか・立法資料全集一巻（資料四七八）一五〇頁。第一案・議案の八三条については「民事訴訟法改正案（第一案・議案）」松本ほか・立法資料全集一巻（資料四七九）一八九頁。なお大正一一年（一九二二年）四月一八日の第一一回民事訴訟法改正調査委員会において、松岡委員は八三条について次のように説明している（「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第一一回（大正一二年四月一八日）」松本ほか・立法資料全集二巻（資料五八九）一五一頁以下）。

「八十三条は是は現行法のいろ／＼の規定を締括りましてさうして斯う云ふ簡明の法文に直したのでありまして、現行法の規定で八十三条に該当するのは七十二条です、それからして七十四条、七十五条、七十六条、七十七条、此規定の趣意を此所へ簡単に集めたこと云ふことになるのであります、そこで比訴訟費用は敗訴者の負担とす、此敗訴者と云ふ中には第一審限りで負けた者ばかりでなくして上訴し以て敗訴した者と雖も此中に包含する(、)随つて七十二条、七十七条の規定も是に這入つて来るのであります、それから此八十三条で申上げて置くのは訴訟の程度に於て相手方の権利の伸張若くは防衛に必要なりし費用、是が新設であります、是は此行為の動機を標準として考へて見ますと相手方の権利の伸張若くは防衛に必要なりし費用となるけれども判決する方から考へると全然不要ではありませぬが、不要でもある、斯う云ふ費用を本来現行法の下に於きましては結局敗訴者に負担す(せしめ)ると云ふ趣意に帰著するのでありますけれども、それはどうも宜くあるまい、相手方の権利の伸張若くは防衛に必要なりしものであつたならば矢張り勝訴者に負担せしめることにした方が宜くはないか、期う云ふ考から致しまして此点は茲に附加へたと云ふことになるのであります」。

(116) 「民事訴訟法改正案(第二案)」松本ほか・立法資料全集一巻(資料四八一)二五〇頁。なお二条に分割したことにについては、松岡委員が大正一四年六月九日の第五〇回の民事訴訟法改正調査委員会において、多少意味が不明であるが、次のような説明をしている。「此八十三条に付いて申上げますが、此八十三条の問題として茲に掲げてありますのは之は我々共に於きまして研究の結果斯う云ふ風にした方が宜からうと云ふことに致した次第であります、それは此八十三条の但書の規定と云ふものは先づ之を別条としてさうして此八十三条は「訴訟費用ハ敗訴者ノ負担トス但シ其費用ハ裁判所カ権利ノ伸張又ハ防衛ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル」斯う云ふ規定に致しましてさうして現行法と同じやうにして訴訟費用は敗訴者の負担とすると云ふ趣旨の原則を置いて必ず其判決で以てそれを指示すると云ふやうなことにしな(た?)い、そこで此八十三条の但書以下の規定を別条としまして斯様に改めた次第であります」(「民事訴訟法改正調査委員會議事速記録第五〇回(大正一四年六月九日)」松本ほか・立法資料全集一三巻(資料六二八)三三頁)。

第二案・議場用

第八十三條 訴訟費用ハ敗訴者ノ負擔トス但其費用ハ權利ノ伸張又ハ防御ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル

第八十三條ノ二 裁判所ハ事情ニ從ヒ勝訴者ヲシテ其權利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナラサル費用又ハ訴訟ノ程度ニ於テ相手方ノ權利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナリシ費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシムルコトヲ得

(117) 「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）二一九一頁。

第三案（それぞれ条文の頭に「(八三)」との記載がある。）

第八十五條 訴訟費用ハ敗訴者ノ負擔トス但シ其ノ費用ハ權利ノ伸張又ハ防御ニ必要ナリト認ムルモノニ限ル

第八十六條 裁判所ハ事情ニ從ヒ勝訴者ヲシテ其ノ權利ノ伸張若ハ防御ニ必要ナラサル費用又ハ訴訟ノ程度ニ於テ相手方ノ權利ノ伸張若ハ防御ニ必要ナリシ費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシムルコトヲ得

(118) 「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・立法資料全集一一卷（資料四九九）三六七頁。

第四案

第八十九條 第三案の八十五條と同じ。

第九十條 第三案の八十六條と同じ。

(119) 「民事訴訟法中改正法律案（議會提出・第五案）」松本ほか・立法資料全集一一卷（資料五〇〇）四〇八頁以下。

第五案・議會提出

第八十九條 訴訟費用ハ敗訴ノ当事者ノ負擔トス

第九十條 裁判所ハ事情ニ從ヒ勝訴ノ当事者ヲシテ其ノ權利ノ伸張若ハ防御ニ必要ナラサル行為ニ因リテ生シタル訴訟費用又ハ訴訟ノ程度ニ於テ相手方ノ權利ノ伸張若ハ防御ニ必要ナリシ行為ニ因リテ生シタル訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシムルコトヲ得

(120) 民事訴訟費用法の改正案の中に、第一条の「訴訟費用ハ」を「訴訟費用ハ權利ノ伸張又ハ防御ニ必要ナルヲ限度

トシ」に改める、というものがあるからである（「民事訴訟費用法中改正法律案（議会提出・活版）」松本ほか・立法資料全集一巻（資料五四六）四七九頁）。この改正と削除された八九条但書の文言とが類似している点に注目すべきである。この改正について、理由書は改正案を一括して、単に「民事訴訟法ノ改正ニ伴ヒ民事訴訟費用法中改正ヲ要スルモノアリ是レ本案ヲ提出スル所以ナリ」と述べているに過ぎないが（「民事訴訟費用法中改正法律案理由書」松本ほか・立法資料全集一巻（資料五四七）四八〇頁）、帝国議会の審議の中で政府委員が改正の趣旨を説明している。貴族院では渡邊暢議員がこの一条の改正は不必要ではないかということで、改正の趣旨を質問したのに対して、長島毅政府委員は費用額確定の際の基準を示したものであると具体例を挙げて説明した後で、最後に「現行法ハ其費用額確定決定ノ計算方法ノコトヲ言ツテ居ルノデアルカ、或ハ判決ノ中ニ書クベキコトヲ言ツテ居ルノデアルカ、チヨツト意味ガ分ラヌヤウニ書イテアルノデアリマスカラ、其事ヲ截然区別スル為ニ書イタノデアリマス」と述べている（大正一五年三月五日貴族院民事訴訟法中改正法律案外十一件特別委員會議事速記録第四号）松本ほか・立法資料全集一四卷（資料六五四）一一〇頁以下、引用文は一一一頁）。衆議院では森田政府委員が改正理由（前記文言の挿入）について、「訴訟費用ヲ確定スル際ニ、所謂確定限定シマス際ニ、不必要ナル費用ハ此規定デ省クト云フ趣旨ヲ明ニスル為ニ、（「」）訴訟費用ハ権利ノ伸張又ハ防御ニ必要ナル限度ノ費用トシ」ト云フ文字ヲ加ヘタノデアリマス」と説明しているが、衆議院での主たる議論は弁護士費用が算入されるか否かということであった（大正一五年三月二四日衆議院民事訴訟費用法中改正法律案外九件委員會議録（速記）第一回）松本ほか・立法資料全集一四卷（資料六七二）四四〇頁以下、引用文は四四〇頁）。そしてこの改正はそのまま法律になり、民事訴訟法の改正法とともに同日に公布された（「民事訴訟費用法中改正法律（大正一五年四月二四日法律第六三三号）正文」松本ほか・立法資料全集一巻（資料五七〇）五四三頁。なお民訴法は法律第六一号で、施行法が六二号）。

なおこの草案八九条但書の削除について、山内博士は八九条但書には「微妙な意味」があり、「極めて深き理由に依り又實際の必要に基くものであることは訴訟法学者の誰でもが承知せる所である」（前掲注（20）一七六頁）として、その必要性を詳論し、当局が議会提出前に削除したことは「浅見者流の思慮なき修正であつた」（前掲注（20）一七八

頁）と厳しく批判している。

(12) 帝國議會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）。新たに付言すれば、審議の際の議事速記録に法案が掲載されており、それを立法資料全集で読むことができ、審議の際の法文が確認できるということである。八九条・九〇条について貴族院は、「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第一一号一九五―二三四頁（含）民事訴訟法中改正法律案、民事訴訟法中改正法律施行法案」松本ほか・立法資料全集一三卷（資料六四〇）二四九頁であり、衆議院の場合は「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第二六号六七頁・六九六頁―七二三頁」松本ほか・立法資料全集一四卷（資料六五七）一四七頁である。

なお正文については、「民事訴訟法中改正法律（大正一五年四月二四日法律第一号）正文」松本ほか・立法資料全集一巻（資料五六八）五〇六頁、松本ほか・立法資料全集一四卷（資料五六八）四六〇頁。いわゆる立法理由書による八九条・九〇条の理由は次のとおりである（「民事訴訟法中改正法律案理由書」松本ほか・立法資料全集一三卷（資料六三九）一六九頁）。

第八十九条 訴訟費用ハ敗訴ノ当事者ノ負担トス

（理由） 本条ハ訴訟費用ノ負担ニ関スル原則ニシテ敗訴者カ訴訟費用ヲ負担スヘキモノタルコトヲ定ム現行法第七十二条第一項ト同趣旨ナリ

第九十条 裁判所ハ事情ニ從ヒ勝訴ノ当事者ヲシテ其ノ權利ノ伸張若ハ防御ニ必要ナラサル行為ニ因リテ生シタル訴訟費用又ハ訴訟ノ程度ニ於テ相手方ノ權利ノ伸張若ハ防御ニ必要ナリシ行為ニ因リテ生シタル訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得

（理由） 抑モ勝訴者ノ主張シタル攻撃防御ノ方法ハ勝訴ノ結果ヨリ見テ總テ必要ナリシモノト云フヘキカ如シト雖具體的ニ觀察スルトキハ必ラスシモ無益ナルモノナシトセス又敗訴者ノ攻撃防御ノ方法ハ敗訴ノ結果ヨリ見レハ結局無益ニ帰シタルモノト云フヘキカ如シト難其ノ方法ヲ主張シタル当時ノ訴訟ノ程度ニ於テハ必要已ム

ヲ得サリシモノナキニ非ス例ヘハ債権ノ訴ニ於テ債権ヲ否認シタル被告カ原告ノ立証後ニ債権ノ存在ヲ認め同
 時ニ相殺ノ抗弁ヲ提出シテ勝訴トナリタル場合ニ於テハ債権立証ノ方法ハ被告カ債権ヲ否認シタル訴訟ノ程度
 ニ於ケル処置トシテハ必要ナル方法ト云ハサルヘカラス以上ニノ場合ニ於ケル攻撃防御ノ方法ニ因リテ生シタ
 ル費用ハ前条ノ原則ニ依リ敗訴ノ一事ヲ以テ悉ク之ヲ敗訴者ノ負担トスルハ相当ニ非サルヲ以テ本条ニ於テハ
 裁判所ハ事情ヲ考量シテ其ノ費用ノ全部又ハ一部ヲ勝訴者ニ負担セシムルコトヲ得ルモノトセリ

(122) もちろん私の見落としがあるかもしれない。この場合はご指摘、ご教示を得て修正していこうと思つている。あ
 るいは見落としがないとしても、立法資料全集に収められている資料以外に重要な資料が存在することも考えられる。
 今後新たな資料の公開があり、それが私見の修正を迫るものであれば、その都度必要な加除訂正をするつもりである。
 しかし、関東大震災、東京大空襲、敗戦による混乱等を考え、また松本、河野、徳田の三教授が渾身を込めて膨大な
 資料を整理し、その集大成として立法資料全集を刊行された偉業を考えると、これ以上の資料は当分公開されること
 はないと断言できるのではないかと思う。現時点では本文で述べたような私見を修正する事態は当分起こることはな
 いと思つている。

(123) 旧九〇条の立法理由書において九〇条後段が適用される事例としては、相殺の場合が挙げられている(注(121)
 参照)。民事訴訟法改正起草委員会では相殺については山内幹事、横田委員が議論している(4の審議記録参照)。なお
 旧九〇条後段と相殺についての最近(新法施行直前)の学説の状況については、坂原・判例八七頁注5で述べたこと
 がある。

(124) 要件に関する論争については注(106)で触れたことがあるし、旧九〇条の制度が十分機能していない点につい
 ては、注(95)で指摘したこともある。

(125) 旧九〇条が利用されない理由として、本文では要件に問題があると述べたが、この他の原因については、兼子一
 編『判例民事訴訟法上巻』三六四頁(酒井書店、一九六二年)が示唆しているように思う。すなわち、ここでは「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」趣旨のことが述べられているからである。また同書三五六頁は「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ないのもやむ得ないであろう」旨も述べている。

なお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、筑摩書房、一九八七年）。この話を紹介した倉田氏は続けて、「訴訟費用の負担の正文について、訴訟物についての判断ほど丁寧と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。

このように訴訟費用の問題が重要視されなかったことは、刑事訴訟法でも同様であると思われる。伊藤正己裁判官が最高裁判決の補足意見の中で、訴訟費用の裁判が安易になされてはならないと述べ、問題を提起したことがある（坂原・判例一一五頁以下）。それは最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（判例時報一一九〇号一五二頁、判例タイムズ六八一号一二五頁）であるが、後に伊藤裁判官は「一種の警告的な示唆を行った補足意見である」と述べている（『裁判官と学者の間』二五八頁、有斐閣、一九九三年）。

(126) 既に注(2)において、訴訟費用に弁護士費用を含める動きがあることを指摘して、訴訟費用に関心がないことを理由に訴訟終了宣言に消極的であること(4)は正しくないと述べた(4への反論)。

(127) 随分前の話であるが、三ヶ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』三五九頁、有斐閣、法律学全集、一九五九年）。「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こととみることには決して誇張ではない。「中略」訴訟に対する当事者の真率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わ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るべき点であると考える」(一)は筆者の加筆)。現在でもそのまま通用する発言であるが、それは事態が一向に改善されていないからである。改革に向けての努力が理論においても常に必要である。

五 おわりに

本稿の私見をまとめると次のようになるが(1)、これらは日本の制度の問題点の指摘でもある。問題点の克服方法として訴訟終了宣言の制度を参照すべきであるというのが私見であるが、そうなると当然ドイツ法の訴訟終了宣言と日本法の七三条との連結が可能なのが問題になる。最後にこの点を考えてみようと思う(2)。また本稿は立法資料全集を最大限利用して、日本において訴訟終了宣言が担ってきた問題がどのように考えられてきたのかを考察したものである。このような方法と立法資料全集について一言述べて(3)、本稿の締め括りとしたい。

なお本稿は主に民法七三条一項と六二条の沿革を、各草案の法文等の客観的な資料を駆使して考察したものである。引用した法文等は私見を論証するためのものではあるが、客観的な事実の記述として、本稿での私見の主張に関係なく単独で利用できるものと思う。そこで資料として、本稿とは別に独立して利用できるものについては、事項別の索引形式にまとめてみた(1の⑤)。

1 私見のまとめと資料的記述の索引

- (1) 旧法時代においては、訴訟終了宣言の制度は、旧一〇四條二項（七三條二項相当）による旧九〇條（六二條相当）準用という方法があるから必要ないというのが通説の見解であった（一の二）。しかし、七三條は管轄裁判所を旧一〇四條における判例・通説が主張した終了時の裁判所を変えて、第一審の裁判所と規定したので、従前の訴訟終了宣言についての通説が、自らの見解をそのまま維持できるかは疑問である（二の4）。
- (2) 七三條の管轄裁判所は第一審裁判所であるというのは、旧法の立法者の意思に合致するものであると言われているが（二の1）、そのような資料は見当たらない（二の2）。また新法が旧法下の判例・通説の立場を否定したことは、それらの主張を考慮しない点で問題がある。すなわち新法のように、本案訴訟との関係を切断して訴訟費用の裁判を行うという手続は合理的ではない（二の4）。この点の問題を克服するには、七三條は当事者が終了事由発生の直後に申し立てることを想定していないので、当事者がそのような申し立てをした場合は、七三條とは別な取り扱いが必要と思われる。すなわち訴訟終了宣言の制度の利用を積極的に考えるべきである（二の5）。
- (3) 七三條一項の前身である旧一〇四條一項の形成過程を見てみると、第一に明治二三年の民訴法の負担者法定方式から、明治三六年草案の裁判方式への転換がある（三の1）。第二の転換は各界の意見により（三の2）、職権方式から当事者の申立て方式に修正したことである（三の3）。この際に本案の裁判からの乖離が必然的に生じたが、判決による訴訟終了の場合の基準を準用することで対応した。さらに訴訟費用の額の確定手続と合体されて旧一〇四條が誕生したが（三の4）、今回の改正では書記官との職務の分担のために両者は分離された（三の5）。このように裁判による終了の場合とは異なる手続が形成されたが、裁判の場合の基準を準用しただけで、制度が十分機能するような手続的な考慮をすることはなかった（三の6）。

(4) 六二条の前身である旧九〇条の形成過程を見てみると、当初は先ず敗訴者責任主義の継受であった(四の1・2)。しかし、各界よりこの原則の適用の問題点が指摘され対策が求められたために(四の3)、立法による解決を考え、草案が提案されて種々な問題点が指摘されたが(四の4)、それらを十分に反映させることなく問題を先送りしたような旧九〇条が立法された(四の5・6)。立法後に旧九〇条の要件について議論が生じたが、その原因の一端はこのような立法過程にある。また旧一〇四条二項による旧九〇条の準用という方法(七三条二項による六二条準用)は現実には十分機能しなかったが、その原因はこのような立法に内在しているように思う。制度を動かすための手続の工夫が必要で、訴訟終了宣言の制度が考慮されるべきである(四の7)。

(5) 本稿は民訴法七三条一項と六二条の沿革を訴訟終了宣言の観点から考察したものであるが、そのために各草案の法文をかなり詳細に引用し、法文の変遷が簡単に把握できるようにした。またこれら以外にも本稿と関連がある法文については法文を引用したり、あるいは法文の変遷を考察した。これらは資料として本稿とは独立して利用することが可能と思われるが、散在しているので単独で利用する場合は不便である。そこで今後の利用の便を考え、事項ごとに索引形式で左記にまとめてみた。

I 法文

(a) テツヒョー草案

九八条〔注(96)〕、九九条〔注(96)〕、一〇〇条〔注(96)〕、一〇一条〔注(96)〕、一〇二条〔注(96)〕

(b) 明治二三年の民訴法

(c) 七二条〔四の1〕、七三条〔注（12）〕、七四條〔四の1〕、八四條〔注（14）〕
明治三六年草案

九一条〔四の2〕、九三條〔四の2〕、一〇二條〔三の1〕

(d) 旧法（大正一五年改正法）

八九條〔注（12）〕、九〇條〔注（12）〕、一〇四條〔注（74）〕

II 旧法（大正一五年改正法）の立法理由書

八九條〔注（12）〕、九〇條〔注（12）〕、一〇四條〔注（74）〕、第三章 訴訟費用 第一節 訴訟

費用ノ負担〔注（75）〕

III 旧法成立に至るまでの法文の変遷

*印は前段階の草案の法文と同文のため本稿では掲載していないことを示す。ただし第五案と正文とは法文が同じであっても、それぞれ掲載した。明治三六年草案をゴチック体にしたのは、この草案を軸に改正の動きを考察すべきであると考えからである。前段階は草案の公表で改正作業の目的が達成されたと考えられるし、改正担当機関も新たに設立されたので一応切断されると解せるが、この草案を土台にして改正作業が開始されたことを考えると、内容的には前後の連続がある。そこで前後とも↓を付した。

(a) 旧一〇四條について

民訴甲第一号九八條〔注（48）〕↓民事訴訟法案一〇一條〔注（49）〕↓明治三六年草案一〇二條

〔三の1〕↓起案会・仮決定案九條〔三の3〕↓起案会・決定案八七條〔三の3〕↓第一案・決議

案九二条〔三の4〕↓起草委員会案九五条〔注(74)〕↓第一案・議案九六条〔注(74)〕↓第二案・議場用九六条〔注(74)〕↓第三案九九条〔注(74)〕↓第四案一〇四條〔注(74)〕↓第五案・議會提出一〇四條〔注(74)〕↓議會での審議〔注(75)〕↓旧一〇四條正文と立法理由〔注(74)〕

明治三六年草案一〇二条に対する各界の意見は〔三の2〕、同条に関する比較法研究については〔注(68)〕、注(71)〕

(b) 旧八九条・九〇条について

民事訴訟法修正案八〇条・八二条〔注(98)〕↓民訴甲第一号八七条・八九条〔注(98)〕↓民事訴訟法案九〇条・九二条〔注(98)〕↓明治三六年草案九一条・九三条〔四の2〕↓起案会・仮決定案一条〔四の5〕↓起案会・決定案八〇条〔四の5〕↓第一案・決議案八〇条〔四の6*〕↓起草委員会案八三条〔四の6*〕↓第一案・議案八三条〔四の6*〕↓第二案・議場用八三条・八三条ノ二〔注(116)〕↓第三案八五条・八六条〔注(117)〕↓第四案一〇四條〔注(118)〕* ↓第五案・議會提出八九条・九〇条〔注(119)〕↓議會での審議〔注(121)〕↓旧八九条・九〇条の正文と立法理由〔注(121)〕

明治三六年草案九一条・九三条に対する各界の意見は〔四の3〕

なお明治二三年の民訴法七四條は明治三六年草案九三条に引き継がれたが、起案会・仮決定案にはそのままの形では引き継がれず、同一條に集約された〔四の5〕

IV 旧法のその他の法文の変遷についての記述

- (a) 訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担に関する規定〔注（82）〕
 - (b) 和解の場合の訴訟費用の負担に関する規定〔注（22）〕
 - (c) 請求の放棄・認諾の規定〔注（83）〕
 - (d) 訴訟費用について独立の上訴を禁じる規定〔注（65）、注（66）、注（85）〕
- V 草案成立の経緯についての記述
- (a) 明治三六年草案の成立の経緯〔三の1〕
 - (b) 明治三六年草案に対する各界の意見〔三の2〕
 - (c) 明治三六年草案公刊後の審議経過〔三の3〕
 - (d) 旧法の草案作成過程での比較法研究について〔注（68）、注（71）〕
- VI その他の資料的な記述
- (a) 旧一〇四條の管轄裁判所について
 - 立法者の意思〔二の2・3〕
 - 判例・学説の状況〔注（14）、注（19）〕
 - ハンガリー民事訴訟法について
 - 概要と四二四條〔注（69）〕
 - 成立の経緯について〔注（70）〕
 - (c) 大正一五年法改正に伴う民事訴訟費用法一條の改正〔注（120）〕

2 民訴法七三条とドイツの訴訟終了宣言との連結

ドイツ民事訴訟法の立法過程において、我が国の六二条のような規定の立法化が否定されたという事実がある。すなわち一八六三年二月四日に、ハノーバーで開催された第五九回ドイツ連邦民事訴訟法草案作成委員会において、「訴訟中に請求権の期限が到来した場合や訴え提起後に生じた抗弁によって訴えが棄却された場合には、勝訴者に訴訟費用を課すことができる」旨の規定を新たに設けるべきであるとの提案がなされた。この提案は激しい議論の後に、八対三の多数決で否決された⁽¹²⁸⁾。日本の委員会が審議した時が明治四五年（一九一二年）であるから（四の4）、約半世紀前ということになるが、多数決で否決された点で、採決を特に行うことなく可決された日本の場合と比べると、正に好対照である。このような事実に着目すると、日本とドイツとは別々の道を歩んだということになり、ドイツの制度と日本の制度とは接点がないように見える。

しかし、ここから直ちに日本法はドイツ法と決別したと考えるのは早計である。というのは、当時のドイツにおいては先ずローマ法との関係が主たる問題であり、ドイツの議論がそのまま直ちに日本に通用しないからである。すなわち日本の議論と単純には比較できないという事情がある。中野貞一郎教授は、このドイツ連邦民訴法草案作成委員会での議論について、争点決定 (Litscristation) という観念からの脱却と、訴訟費用敗訴者負担の原則において、行為責任主義が捨てられ結果責任主義が買かれていく姿を如実にみる事ができると述べている⁽¹²⁹⁾。結果責任主義は日本法でも原則としてそれを認め、そのうえで議論であるから、ドイツ法と異なる状況にあるものではない。またドイツで否定されたといってもその理由は、結果責任主義による不都合を回避することを否定したのではなく、六二条のような規定を設けることについて、例外が一般化することを理由に反対したのである⁽¹³⁰⁾。したがってドイツも日本も狙いは同じであり、ドイツ法と日本法とは対立するものではない。確か

に日本法は旧九〇条に見られるように抽象化した規定を設けたが、それは内容を一般化して拡張するためのものではなかった。すなわち個別規定の要件に関する議論を棚上げするため、個別規定を統合化・抽象化したものであった（四の5）。このようにしてみると、規範の内容ではなく規範の表現の問題と言えなくはないから、日本法とドイツ法とは決して対立するものではない。両者の違いは日本法には七三条・六二条という規定があり、ドイツ法にはそのような規定がないというだけである。

そこで規定があるということは、それで処理すべきであるということであるから、訴訟終了宣言の制度を持ち出すのは、立法者の意思に反すると言いかもしれない。しかし、問題は七三条・六二条方式が現実に十分に機能していないことである（四の7）。しかもその原因は制度に内在しているだけに、今後も事態が改善される見込みはなく、七三条・六二条方式を説くだけでは欠陥の放置と言わざるをえない。欠陥と考えるのは第一に、日本の七三条・六二条方式の場合は、裁判所は六二条の要件を簡単に把握できることを想定していて、そのための手続規定を欠いているからである。簡単に把握できる場合がないとは言わないが、当事者が訴訟費用ついて本格的に争う場合は、これでは手続を進める指針がないし、そもそも当事者の手続保障の要請に十分対応できない。第二に、要件自体についても問題があり、必ずしも要件が明快ではない（四の7）。これでは七三条・六二条によって独占的・排他的に処理する妥当性を欠いている。もちろん七三条・六二条方式を改良して前述の欠陥を是正しふさわしい手続を構築することが考えられる。しかし、本案の問題と連動させないで独立の裁判手続を考える一方で、他方簡素な訴訟手続で当事者の手続保障を確保することは非常に困難な話である。なぜならば簡素な手続と当事者の手続保障を両立させることは難しいからである。そうなると、当事者間で訴訟費用をめぐる争いが生じることを想定した手続が必要である。すなわち手続保障が確保されている本案の裁判と連動させ、そこで

の結果を利用する方法で対応せざるをえないのではないかと思う。まして六二条の適用の前提要件として、原告の請求が適法でかつ理由を具備していることが必要となるから(四の4の①、四の7)、本案の裁判と連動させないことは効率的ではないし、独立して手続を本案並みに構築することは、いたずらに手続を複雑にするであろう。そこで七三条・六二条方式にこのような限界があると考え、限界の外は法の欠缺であり、そのような場面では判例・学説に委ねたとも考えて対処すべきではないかと思う。

そのような状況であるならば、七三条・六二条方式にこだわることなく、それはそのままにして、それと並列的な制度としてドイツでの訴訟終了宣言の制度による対応を考えればよいのであって、その方が簡単に合理的なように思う。七三条があるからと言って、無理にそれですべてを処理する必要はない。並列した手続のどちらで処理するかは、当事者に選択させればよい。六二条の沿革から明らかなことは、六二条の立法の趣旨は結果責任主義による不公平な結論の修正であるから、それを達成すればよいのであって、七三条・六二条方式が他の解決方法を排斥するほど、独占的で排他的とは思えない。当時、立法者は訴訟終了宣言の制度を知らなかったから、そのような考察も規定もしなかっただけである。ドイツでは日本法のような規定がなくとも目的を達成しているのであるから、それを日本で解釈論として七三条・六二条方式と並列的に認めれば済むことである。

ところで一方的訴訟終了宣言の法的性質について、ドイツの判例・通説は訴え変更説である。それは訴訟終了宣言に関して当事者間に争いがある場合は、本案の裁判によって決着させようとするものである⁽¹³⁾。この説の魅力は、かかる争点を本案として考え、本案の問題と連動させることによって、本案の裁判と訴訟費用の裁判とを判決による終了の場合のように合体させ、訴訟費用の裁判手続において当事者の手続保障を充実させる点にある。また終了事由発生で本来なら不要な本案の紛争についても、訴訟費用の裁判で併せて解決しようとする点も評価

すべきである。もつともこのような点については反対の評価もあり、終了事由発生で本案について裁判する必要がないはずであるとか、実質は訴訟費用の裁判であるにもかかわらず手続が重くなるとの批判がある。しかし、訴訟費用の裁判であつても、訴えが適法で理由を具備していたことが訴訟費用の負担の裁判をする際の基準の一つであり、それを判断して裁判しなければならぬのであるから、従前の請求に何らかの加工をして訴訟物として把握するのは当然であるし、理論的にも簡明である。このような議論は日本でもそのまま通用するものであるから、ドイツ法での一方的訴訟終了宣言の議論は、日本法でも両当事者に争いがある場合は基本的に受け入れて、七三條と併存する制度を考えるべきであろう。当事者が争わない場合は、双方的終了宣言の場合と考えるべきことは既に述べたところである（二の5）。

3 沿革史研究と立法資料全集

かつてこの問題に関して日本の立法過程を調べたことがあるが、いわゆる（旧）法典調査会の資料以上のものが発掘されるとは予想もしていなかった。したがって資料が不十分であつても当面の資料だけで立法者の意思を想定しなければならぬと考へた。そして、その状況は簡単に覆されることはないとも思つた。全く推測の域を越えることのないままに（資料の裏付けのないままに）、立法者の意思について次のように述べた。「立法者が立法過程で今日問題となつてゐる訴訟終了宣言の制度をカバーする意図を有していたかというところ……資料からは不明である。このことはとりもなおさず十分に考へていなかったということにはなりはしないだろうか。……立法者は問題解決を行ったというより問題の棚上げではなかつたか……」⁽¹⁸⁾と。この記述は本稿によつて完全に否定されなければならぬ。それは立法資料全集によつて、立法者の考へをかなり詳細に把握することが可

能になり、それによれば立法者はこの問題についてかなり真剣に取り組んでいたと思えるからである。すなわち立法者は問題点を遺漏なく指摘し、種々な思いをめぐらしていた(四の4)。我々だけが問題の解決に悩んでいると考えるのは、大きな間違いである。時代の状況が違うにしても人間考えることに大きな違いがないと思った。立法者の考えを探索してその問題点を認識し、それを解釈論に生かすべきであると思う。本稿の沿革史研究によって、その重要性を改めて認識した。

立法資料全集の編者を代表して松本博之教授は、「この資料集が学界において、また今後の立法作業のさいに大いに活用され、民事訴訟法改正に対する先学の情熱と献身と労苦が無駄になることのないように期待するものである」と述べられているが(一九九五年二月一〇日の日付がある立法資料全集四六巻の「はしがき」、本稿は立法資料全集を大いに活用し、その作用を通して先学の情熱と献身と労苦を知ることになった。本稿は立法資料全集がなければ完成しなかったのであるから、松本博之、河野正憲、徳田和幸の三教授の全集の刊行のためのご尽力に、改めて大いに感謝する次第である。^(註)未だ立法資料全集を駆使した研究が公表されていないようなので、本稿が立法資料全集を利用した一例と評価され、それによって三教授のご努力に多少とも報いることになれば、幸いである。立法資料全集に対しては、「学界の第一人者の方々から『民訴学者の労を省くこと大なるものがある』、『凡百の論文より……よほど学会(界)のために役に立つ』といった有難い評価と暖かい激励をいただいた」¹⁾ であるが(平成五年六月一〇日の日付がある三教授連名の立法資料全集一二巻の「はしがき」、本稿作成過程でそのことを実感した。本稿の資料的な部分について事項索引を作成したが(一の5)、そのようなことに触発されたからである。本稿において展開した私見に賛同されなくても、この部分だけの利用は可能であり、今後の研究の労を省くことになるのではないかと思っている。

(128) Protocoll der Kommission zur Berathung einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Bd 3, Hannover, 1863, S.873 ff. 委員会での審議の様子は、坂原・生成(二)七六頁以下に詳しく述べられているが、中野貞一郎「ドイツにおける訴訟費用敗訴者負担制度について」財団法人法律扶助協会編『リーガル・エイドの基本問題』一七六頁以下（財団法人法律扶助協会、一九九二年）に簡潔にまとめられている。なおドイツ民法の成立過程において、この委員会が果たした役割については、鈴木正裕「上告理由としての訴訟法違反―史的考察」民事訴訟雑誌二五号二九頁以下（一九七九年）の中の「三 ドイツ帝国民事訴訟法の成立前史」（四七頁以下）に詳しく述べられている。

(129) 中野・前掲注(128)一七七頁。

(130) 坂原・生成(二)七七頁以下、中野・前掲注(128)一七七頁。

(131) 一方的訴訟終了宣言についてドイツの諸説の状況については、拙稿「西ドイツ民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（一九八二年）にまとめられている。近時の状況は、拙稿「訴訟終了宣言の近時の問題」民事訴訟雑誌三八号六九頁以下（一九九二年）に紹介されている。なおドイツ語であれば、注(39)で紹介したエル・ガヤール博士の論文が、ドイツの状況を詳細にまとめている最新のものである。訴え変更説が判例・通説の地位を確立する以前から、私は一貫してこの説を支持してきたが、エル・ガヤール博士の論文を読む限り、今日においてこの説が判例・通説の立場であるとの認識は誤りがないと思う。そのため過去の論考に大きな修正をする必要はないと考えている。

(132) ドイツ法において、訴えが適法で理由を具備していたことが訴訟費用の負担の基準になることについては注(39)で述べた。日本法の場合は四の4の①、四の7等で述べた。

(133) 坂原・生成(一)五〇頁。

(134) 立法資料全集に対しては大いに感謝しているが、立法資料全集の見解に対して全く異論がないわけではない。旧一〇四条一項について、明治三年の民法八四条を対照とする見解には反対である。これについては注(14)で詳

論した。また利用者として希望を述べたならば、立法資料全集二巻所収「民訴法条対照」〔関連資料四四〕の説明において単に改正案とあるが（松本・成立（二）二〇頁）、種々な改正案があることを考えるといかなる改正案を指すのか具体的に説明してほしかったと思う。もしそれが明治三六年の法典調査会案であるならば、その旨を付記すべきではなかったかと思う。これについては注（68）で述べた。また明治三六年草案について旧法典調査会案と法典調査会案との二通りの表記が見られるが（例えば松本・経過（二）一一頁）、その説明がほしいところである。もつともこの点は染野・裁判制度二四九頁以下も同様であり、二通りの表記は一般的なのかもしれない。なお戦前においても、仁井田・前掲注（70）六〇頁は「所謂法典調査会案」と表記し、鈴木・前掲注（71）四八五頁は「旧法典調査会の成案」と表記している。