慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

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	1999
year	
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.

3 2

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 民訴法七三条一項の「第一審裁判所」の沿革とその問題点3 立法資料、論文、法律、草案等の引用について2 研究対象の限定と研究方法 1 問題の所在と本稿の目的

はじめに

- 今回の改正理由の説明とそれに対する疑問

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

旧民訴法一〇四条一項の立法者意思

民訴法七三条の問題点の克服の方法…………………………………(七二巻八号)今回の改正の問題点

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一〇二条

三 民訴法七三条一項の「申立て」の沿革とその問題点

起案会・仮決定案九条と決定案八七条

起草委員会の第一案・決議案九二条

4

29

3 明治三六年草案九一条・九三条に対する各界の意見四 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

草案の変遷が示唆するものをの後の展開をなる・仮決定案─条と決定案八○条との後の展開を表している。

2. 民斥去七三条上ドイソの斥公冬了1. 私見のまとめと資料的記述の索引おわりに

5 沿革史研究と立法資料全集…………………………………(以上本号) 民訴法七三条とドイツの訴訟終了宣言との連結

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

四

き継いできたのかを考えてみよう。ところで七三条二項は旧一○四条二項に由来するものであるが、この規定が 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、六二条は六一条の例外規定という関係にあるからで ある。そこで、六一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」の訴訟費用の裁判(決定)手続に準用されるが、以下では特に六一条と六二条の準用を取り上げる。 七三条二項により「六一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 に承継され

てい

思う。 六二条の前身である旧九○条が形成されたかを探求し(4~6)、旧九○条の問題点を考えてみようと思う(7)。 理由は七三条一項の場合と全く同様に、 登場したのは既に述べたように は六二条の淵源もここにあり、 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 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。 (三の3)、起案会・仮決定案であり、 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 明治三六年草案にはない 条項であ その

テッヒョー草案と比べてみると、(%) そして第二章は「第一節 九〇年)の民訴法の冒頭の部分の項目を挙げれば、「第一編 1 おいて、 条を挙げたのは、 11 ヒ輔佐人、第五節 が目につく。 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、 明治二三年の民訴法 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、 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 この規定が旧九〇条前段 訴訟費用、 気の場合 訴訟能力、 第六節 かような体系に大きな違いは見られないが、 第二節 保証、 (現行法六二条前段) 第七節 共同訴訟人、 訴訟上ノ救助」に分かれている。この法典の前身である 第三節 総則、第一章 に相当する規定であり、 第三者ノ訴訟参加、 裁判所、第二章 条文の構成や表現の点で多少の違 旧 第四 九〇条の形成過程 節 明治二三年 当事者」である。 現行法六四条 訴訟代理人及 迺

実務ではこの例外規

七四条でその例外を規定してい

たが、

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、

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、

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 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 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 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 Ì 、原告若クハ被告ニ同

第七十四条 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 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

明治三六年草案九一条・九三条

為リタルニ拘ハラス其負担ニ帰ス

2

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 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、 にすることもないし、 原告が負担するとの前記の結論は妥当性を欠く。しかし、 と当然の帰結であるにしても、 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、 治二三年の民訴法では、 まして問題の提起が上告審となると、 例えば、 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、 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、 法規に忠実であろうとすると、そのようなことを問題 紛争の実態に注目するよりも法適用の当否に重点 いずれの場合でも訴訟費用は七二条により あるい 原 は裁判所 告の 要 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。こ

をしなかったし、特別な方法を講じることもなかった。(8) 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

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権利ノ伸張又ハ防御ニ必要

ナリシモノニ限リ之ヲ弁済スヘシ

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、

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

掲載は省略

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

条・九三条についての意見は次のようなものであった。

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

民事訴訟法改正案修正意見類聚

訴訟費用ノ節中ニ左ノ趣旨ノ規定ヲ設クルコトリョ言言を

「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

第七二条(改第九一条)

33

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)(松江区)(知覧区) (岡山弁

第七四条(改第九三条

改正案中ニ左ノ趣旨ノ規定ヲ加フル コト

二敗訴ヲ言渡ス場合ニハ訴訟費用ハ被告之ヲ負指スヘシ」(広島控訴)(秋田地方)(神戸地方) (大阪地方) (高知地方、 同区) (京都地方、同区)(福井地方、管内各区)(鳥取地方〔、〕同検事局)(小松区、大 (甲府地方、

被告ノ不当ナル行為カ訴提起ノ原因トナリ旦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

聖寺区) (鳥原区) (姫路区) (白河区) (大阪弁) (京都弁) (甲府弁) (長野弁) (広島弁)

訴提起後ニ生シタル事由ニ依リ原告若クハ被告 ノ敗訴ニ帰シタルトキハ勝訴者ニ訴訟費用ヲ負担セシムル趣旨

規定ヲ設クルコト(広島地方、

同検事局、

同区)

ŋ 衡平の観念から、 に対する対策が立法上求められたのは当然であった。 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。 訟費用の負担に関しては、 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、 そこには明治二三年の民訴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。 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 明治二三年の民訴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。 訴訟中に訴訟の目的が喪失した場合の 換言すれば、 これらの意見は 早速これ

正

4

民事訴訟法改正起草委員会での審議

開催し、 発点であった。 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 n ○日の第五八回委員会では明治三六年草案九一条が議論され、 細に議論されている。 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会で詳 を担当することになり、 たが、 このような意見の表明を受けて、 勝訴者ニ費用ヲ負担セシムル規定ヲ設クル必要ナキヤ その中で鈴木委員が 明治三六年草案について検討を開始した等については、 もっとも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。 委員総会、 「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 明治 主査委員会、 四 四年 二九一 起草委員会等が組織され、 年 例 五月に法律取調委員会第二 へハ強制執行ニ付キ第三者ノ異議ノ訴ノ提起後債権者 問題が提起された。そこでは種々な問題が議論 既に述べたところである(三の3)。 起草委員会は五月五日に第 部 約二週間 が 民 事 訴 前 訟 その の五 法 丰 П 0 う如 よう が出 月 目

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」 させた。 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 て鈴木委員は、 明がなされた後で、 \負担の規定を九一条においてまとめるか否かという問題も議論された。 四日の六二回目の委員会は、 五月二二日、 これに対して全員が賛成したために、委員会の決議としては、「(決議) 第六一回委員会において九一条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 「之等ノ問題ハ総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、 横田幹事は債務者に遅滞の責任があった場合はこの条文の適用はないと述べた。これに対し この鈴木委員が提出した「起第四十二号」が議論された。 同日に九三条も審議され条文の趣旨説 本条 ということになった。(頭) ノ如キ すなわち議題は 規定ヲ設 「但別ニ被告ノ所 クルコ 訴 Ŧi. ٢

(その理由は1で述べる)、立法資料全集の当該箇所の全文を掲載する。

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 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っても重要であると思うので(罒) .訴訟費用ハ被告之ヲ負担スヘシ」という規定である。五月二四日の第六二回委員会では次のような議論(®) が ハトキ 展開

(横田委員) 山 内幹事) ニ入ラサルヘシ 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 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 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 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 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権衡ヲ得サルニ非スヤ 債権者ノ請求アリテ初メテ債務者カ遅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 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ー歩ヲ進メ被告

(山内幹事) 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 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 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

(横田委員) 然

(鈴木委員 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 如ク損害賠償 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 ノ請求ニ換へ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 ノ請求ニ換フル コト · ヲ 得 ル モノニシテ此

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

至リタル 場合ニ限リ必要ナルヘシ

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条ノ如キ趣旨ノ規定ヲ設クルヲ可 ŀ ・セス

鈴木委員 ハ原告カ敗訴シタルトキト雖モ事情ニ従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ママ

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)

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

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

(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譲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

(岩田嘱託 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 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 ハヘシ

(齋藤委員) 趣意ハ結局改正案第二百三十一条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) 部ヲ負担セシムルコトヲ得ト修正シテハ如何 被告ノ所為ニ因り原告カ敗訴 シタル場合ニ於テハ裁判所 ハ事情ニ従ヒ被告ヲシテ訴訟費用 ノ全部又ハー

(決議) (齋藤委員) 鈴木委員ノ修正説ヲ採用シ本案可決但文章ハ再考スル 賛成スルモ尚外国 ノ立法例ヲ取調フル 必要アリ

コト

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 事者に保障されるのかが、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、 断することになるが、 由 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 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。 どのような理論構成によって裁判所に課すか 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ないという義務を 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、 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 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。 ついては、1で考察する。第一に注目すべき点は、 四条)からすると、 「があるということは、 この起草委員会の議論の中で、 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 「裁判所はもはや請求に理由があっ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。 訴訟費用の裁判のためだけに、請求に理由があったか否かを判断しなければならない 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、 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 が問題である。 提案者の「原告の請求の正当なることを前提とする」とい 提案(起第四二号)にしても、 それをめぐる委員会 原告の請求に理 当事者の申 ζj 新たに判 くつ . の か う あ

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

この問題は財産上の負担であるから明

(鈴木委員)

が主張された点である必要であるという意見

(齋藤委員)

(②)。 これ 第二に注目すべき点は、

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。

らは、 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 うことになる。 を安易に拡張して解釈したり、 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。 訴訟費用 の 負担から原告を救済する場合、 趣旨を忖度して解釈するというような 敗訴者負担という結果責任主義に対して、 かような立法に対して、 (類推や拡張) 解釈は慎むべきであるとい 安易な方法として危 単に抽 象的

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、 述べられたということである (③)。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。 は考えているにしても、 続保障なしの不当の裁判という不満が残るであろう。 を提示すことなく、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、 このために訴訟費用を増加させるという意見 に対する訴訟費用の裁判の付随性の原則に抵触して、 第三に注目すべき点は、このような規定を設けた場合に、 それは問題の先送りであり、上策ではあるまい。 (横田委員)やそのような弊害の存在を認める意見 その点で合理性を欠くことになる。 確かに即時抗告できるから、 弁済や相殺以外の理由で証拠調べ等が必要であり、 この問題も解決が困難であるが、 新たな本案訴訟と同じであり、 それなりに当事者の手続保障 負担を課せられた方には手 かといって十分な根 (鈴木委員) が 本案 本案 が

告ヲシテ訴訟費用 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、 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、 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、「事情ニ従 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 その場の委員会全体の雰囲気のように思う。 記録から感じられることは、 たことである()()) <u>4</u> 問 題 つまり、 ヒ被 n

が妥当かもしれない。

責任を緩和するということだけを決め、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 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

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、それを調査することは当時の状況からは困難 と思う。 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)、 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、立法調査 既にドイツで

5 起案会・仮決定案一条と決定案八○条

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。

する。 言ということになろう。 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 又ハ相手方ノ権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 の民訴法の七三条二項に関した議論がなされているが、そこでは「一々列記スルハ繁雑ナルヲ以テ之ヲ約言シテ あるが、 で消えて、代わって一条但書に「裁判所ハ事情ニ従ヒ勝訴者ヲシテ其権利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナラサル費用 (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と、 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 というのは、 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 九三条や鈴木提案を審議した同日に、 抽象的な規定に問題があるとの指摘がありながら、 明治三六年草案の九二条但書の かような抽象的な規定にした理由で 九一条の但書と九三条が仮決定案 「事情」と明治二三年

フ広キ文字ニ改メタル理由ノーナルヘシ」とも言われているからである。 (型) 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、 「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』 卜云 また

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従ヒ勝訴者ヲシテ其権利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナラサル費用 又ハ相手方ノ権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「相手方ノ権利」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

同

はなく、最終段階の第五案で再び修正されている (三の6)。 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 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、 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、 この変更は次の

起案会・決定案 (起草委員会議案)

行為ニ付テノ費用又ハ訴訟ノ程度ニ於テ相手方ノ権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ー 訴訟費用ハ敗訴者ノ負担トス但裁判所ハ事情ニ従ヒ勝訴者ヲシテ其権利ノ伸張若クハ防御ニ必要ナラサル

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

メントは省略する

の修正 二条の前身である九○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 が行われているが、 第四案、第五案・議会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 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

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。(E) 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 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 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 九一条但書、 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 れた。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(㎡) 起案会・仮決定案と同じである。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、 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 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○条と条数のみが変更された。 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 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

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(ºº)

第三は九○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、

したことである。

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

することにしたためではないかと思う。 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」 生シタル訴訟費用」であるのに対して、 文言だけを見ると、 n 同 様に はそれぞれに「行為ニ因リテ生シタル訴訟」という文言が 「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」 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 起案会・決定案の方は 第五案はその後何ら修正されることなく、 「費用」 「行為ニ付テノ費用」である。 の削除であるが、 の前に挿入されたということである。 に変更したことである。 民事訴訟費用法の改正で対応 そのまま法律になった。 なお但書の 行 つまり、 為ニ因 「但シ [リテ

7 草案の変遷が示唆するも

たが 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、(空) 改正起草委員会の議論 推測したり、 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 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、ここでの議論に挙げられた事例 項が議論されているだけであるから、 しろ規範の内容は旧九○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。 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○条の立法過程における各種草案の (5 6) (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 それらは主に立法上の技術的な表現の問題であり、 (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 重要視することに疑問を抱く人が多いかもしれない。 訴訟終了宣言に関して言えば、 法文と直接関係が すなわちここでの議論 しかし、 ない 民事 現在公開 とは ・えず た事 わ が n

)条の後段に集約され、

九○条の内実を形成していると考えることができる。

ら、 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 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。 64 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、 委員会の議論の中で問題になったのは、 簡潔にまとめると、 点である。重要なことは、 委員会での指摘 委員会の結論は、 (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な 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って 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)、 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 要件とその認定 σ

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。 からである。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(煌) 条が立法された後に学説の対立が生じたのも、また九○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 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

事訴訟法原論、 告カ本法八十九条 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 訴訟法ニ在リテハ被告直チニ原告ノ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 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 松岡博士は、 ゾヰフヘルド氏著獨逸民事訴訟法注釈第一巻参照)」と述べた(松岡義正 旧九〇条の解釈のために明治二三年の民訴法の七四条を取り上げ 〔現行法六一条相当〕 ノ規定ニ従ヒ訴訟費用ヲ負担スヘキモノナレハナリ (法文は四 『新民事訴訟法注釈第三巻』 (ヘルビヒ氏著獨逸民 の1参照)、 這 旧 正 民事 原 原 四

4で注目したことを

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。

命

|ス可キモノトス」(一一九頁以下)|と述べている。

展開 タ 正 三条の場合)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 六八頁、 決カ不必要ト為リタル場合」を例として挙げて、 合でも、 と説く(四六九頁)。 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○条は る場合の前提となる要件であるというものである。 'n 当ナリト認メタルトキハ被告ハ 1 させてい 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。〔 〕 清水書店、 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、 したがって、 九三二年)。 要するに、 旧九〇条を準用する旧一〇四条二項の場合(現行法で言えば六二条を準用する七 〔ニの誤りか〕 博士の 訴訟費用ヲ負担セシムル裁判ヲ為スコトヲ要シ不当ナリト認メ 「裁判所ハ原告ノ訴カ其ノ提起ノ当時正当ナルヤ否ヤヲ調 主張 そこで訴訟費用の裁判においても、 は、 被告が即 時 に認諾し原告に訴訟費用 「事情ニ従ヒ」と規定したのである は筆者の加筆)という主張 原告の訴えが これが旧九○条を適用 を負担させ 「適法ニシ す

理由ナキニ至リ原告 典上被告カ直ニ認諾シテ原告カ本案ノ勝訴ヲ得タル場合ヲノミ指称スルコトハ文理解釈上毫モ疑ナキ所ナレハナ 「〔松岡博士は〕 もっとも松岡博士の挙げた例のような場合 於テ権利 と批判してい れに対して細野博士は、 ノ伸張トシテ必要ナリシモノト認メラレ 之レ る (七四条) ^敗訴シタル場合」)については、 (細野長良 明治二三年の民訴法の七四条は旧九○条前段に承継されたものであるとの考えで、 ヲ改正スル必要アリト論スル 『民事訴訟法要義第五巻』 (「訴ノ提起当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 細野 ル ル 一一九頁注 ١ 博 キ 土 モ は単に、 同氏 原告ノ敗訴ニ拘ラス被告ニ対シ訴訟費用 (松岡) 「原告カ訴ヲ提起シ 巖松堂、 第三巻四六八頁) 一九三七年。 タル 正当ニアラス蓋 コト は筆者の加 カ当 ノ状な 筆)。 シ法

0)

両

け ٤ 題はこの場合どのようにして調査するかである。 張 由 わ 13 滩 る当 張 ち は矛盾するように見える。 0 か といい が 訴 有無を問 たとえ即 事 立 明 訟 著の地 いう疑問が 費 確で合理 証する機会が保障されていない以上、 .者の対立をどのように考えたらよいであろうか。 角 時 0) わないことを考えると、このことと請求の認諾の後に請 位 抗告が当事者に認めら が生じる。 裁判は元来は独立して行うものでない に比 一的であるにしても、 べて、 反対に裁判所が簡単な調査で処理するならば、 手続保障 しかし訴訟費用を負担させるための それを判断する手続面での問題は解決されていない n は不十分のように思う。 てい るにしても、 訴訟費用の負担を命じられる当事者にとっては、 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 (付随的 また口 先ず松岡博士 このようなことを考えると、 な裁判である) 頭弁論が É のであるから、 求 の の主張であるが、 当事者の手続保障 任意であ 理 由 という原則 0) 有 れ保障さ 直ちに矛盾とは言 無を調査するとい と調 ように思うが、 判 n が 求 和 断 7 間 する対 本案の手 題になる。 しな Ų 諾 るにしても 「えな う博 のでは 松岡博 主 や す なる 判 K 0 な 間 断 お な 主

0 ĹĴ が 適 LJ 裁判 う あ 甮 n 0 次 面 に ば 0) か 細野 要件 とい だから当然であるとの反論 が ょ あ LJ るにしても、 .. の うと、 7博士の 0 記述 は、 か 分 は抽象的であり、 そうではない。 主張を考えてみよう。 旧 か 5 九〇条の適用に な これでは判 į, からであ 博 が なあるか 際 る。 土 断 具体的な要件となると明らかでなく、 一の見解 基 して細野説 例 松岡博士 準 えば、 ŧ が にも問 L 曖 眛 n 松岡 で手 にお な 0 題 主張 ζj 博 が 続 いて要件であるの が に問 が 士: あると言わざるをえない。 訴 が į, 訟費用 説 .題があるというのであ わ ゆ 64 る不 たところ の裁判といえども、 透明 か 裁判所は具体的 否 Ó になるように思う。 か 「原告 は 明ら とい の請 ń かでない。 ば 訴訟費用償還請 求 う Ó 細 が に何をどの 野 適法であ は この 博 博 裁判 士 士 点 0) の は 所 ŋ ように IΗ 主 求権 訴 0) 且 九 裁 訟 つ が とい 費用 量 判 条 理 Œ ع Ħ 断 \mathcal{O} L

士

か

6

は手

続

E

つ

4

7

0 説明

ĺ

な

ŲΔ

請

Ó

認

は

求

Ó

理

昧になる。 に 64 判で得られた訴訟資料が、 判決による終了の場合、 ° 1 う私法上の金 よって手続 るからである。 判 つまり訴 断基 たがって適正 準 IE. 訟費用 の明 銭 に判 の簡素化が正当化されるが、 債 確 断 このように判決による訴訟終了の場合の訴訟費用 務 基準 さという点では松岡説よりも後退してい 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 な裁判が求められるし、 が裁判されると考えられるのであるから、 訴訟費用の裁判の手続 Ò 明 本案の裁判と密接な関係がある訴訟費用の裁判に、 確 化と手続の透明性が求 七三条の場合に本案の裁判との関係を切断するとなると、 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 が問題にならない められるが、 る 通常の金銭の支払いを求める事件と異なる点は のは、 その点の説明 0 裁判 手続保障が十分に施されてい は 本案手続の資料の そのまま利用されることになって は細野説 に お ίJ 利用 ても見ら この な る本案の裁 ればならな 61 ń 点 うこと ただ な 曖

たは防 続的 断基準として、 はどうであろう は 続 手続と本案の手続との 0 な問 ず 条による六二条の準用で十分であると説いてい 透明性に欠けることになる。 のような状況は、 御 れにしても七三条がうまく機能することは期待できないと思うが、 題は、 のために不必要な訴訟行為、 か。 もはや今日では解消されたというのであろうか。 松岡博士のように、 旧 関係 七三条による訴訟費 九○条に関してであるが、 が問題になるし、 つまりどちらにしても、 具体的に原告の請 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、 角 要件を細野 の裁判手 「裁判所がこの裁量権を行使するにあたっては る。 続 求 松岡 博 が適法であり且つ理 0) 間 七三条の手続に問題があることを示してい 士のように抽象的 題の 細野の 両博 所 在を明 士の対立から六○年 両博士の対立やそこから明ら 訴 6 亩 訟終了宣言につい にすると、 かにしてい があることを要件とすると、 判断基準 るように思う。 以上を経 て消 が 権 それによっ た現 曖 か 極 利 昧になり手 になっ 的 る 0 な 在 裁 伸 通 判 0 その れで 状 0 は 判

生じた費用が他のものと区別することができ、

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、 四四頁 松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ 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 る 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′ あることを考えると、 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、 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 〔旧九○条〕が適用されるときは、 (斎藤秀夫ほか編著 (奈良次郎)、有斐閣、 『注解民事訴訟法(3) 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。 〔補訂版〕』 五八八頁、 一九九二年。〔 〕は筆者の加筆〕。これらは正に旧九○条が十分に機能していない 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、 [第二期版]』三五頁以下 (小室直人=宮本聖司)、第一法規、一 日本評論社、 一九九三年)。あるい いずれも現在の我が国を代表する権威ある注釈書で あながち誇張した表現ではないようにも思う。 は 「終局判決に 『注釈民事訴訟法(2)』 訴訟費用を個 おい (菊井維大= したがってこ 九九一年)。 て、 々に Щ

況は、 でもなけれ ざるをえない。 因 の方が受け入 ではない 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、 松岡説 ば かと思う。 n が やすいことと、 細野説が自らの問題点を克服したからでもない。 - 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、 即時認諾の訴訟費用の負担の問題で、 あるいは細野説が大部な体系書の中の記述であり、 本 稿 が指摘したような立法過程 請求の適法性と理由具備性を取り上げない今日の学説 この間に議論の進展は全く見られ での 旧九〇条の法文が抽象的であることから細 議 論 4 それ 松岡説が注釈書の中 (1) は細野説が松岡説を撃破した が 注 一目され なかったことが の記述ということ なかったと言 野説 の状 わ

n

が現在の状況である。

かつ考慮に値する程度の額でなければならない」と述べられて

つ も関係してい 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、(ほ) 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

もっぱら注釈書で論じられたことが物語ってい

的·制 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 たのでは 準を提示したが、 ち七三条が承継した旧一○四条やその二項が準用する六二条の前身である旧九○条の立法者は、 九○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を挙げたい。 しているからである。 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 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、 た状況を考えると、 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。 ると、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(※) に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 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 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なく、 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、 それ 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 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、 が機能するような手続を十分に考えることなく、 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 手続問題はい 訴訟終了宣言との役割分担も視野に入れ 訴訟終了宣言は七三条と六二条準 委ねられた事柄を履行するため 具体的には七三条と六二条 わば先送りして解 実体的 旧 一〇四条や旧 な判 が充実 す な

在

ね

わ

では、

問題は決して解決されないのである。

る。 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、 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 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 過程を追体験することによって、 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 |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 六二条の前身である旧九○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 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、 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 解釈論としての訴訟終了 先ず立法者の思考 した

- $\widehat{94}$ る必要のないことを説いている。 は不要であると主張している (一の1参照)。 最後の項目は 鈴木・前掲注 (5) <u>19</u> 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 九三九頁以下は、 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、 旧九〇条 (六二条相当) 後段について五項目に分けて説 Į, j てい 訴訟終了宣言 、るが、 その
- 95 検討するのは、 を個々的に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○条〕 で述べる。また旧九○条や旧一○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 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 七三条二項は六二条を準用することを規定しているが、 本条 〔旧九○条〕が適用されるときには、訴訟費用全部を勝訴当事者に負担させることに止まり、 〔旧〕一〇四条、 〔旧〕九○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 どのように準用されるかについては、 の適用により、 個々的に訴訟費用 最近の注釈書等で 訴訟費用

場合で運用基準が異なるのはおかしい。 といい 加 が生じたのは、 ってよい」(引用 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、 立法に問題があるように思う。 は上田徹 郎ほか編 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 『注釈民事訴訟法(2)』 四四四頁 (奈良次郎)、 有斐閣、 適用する場合と準用する 九九二年。 は筆者

 $\widehat{96}$ 規定である。 支弁猶予」である。 テッ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。 明治二三年の民訴法は、 共同訴訟、 第一編は「裁判所」、第二編は「訴訟人」である。 第三章 明治一九年 (一八六六年) 訴訟参加、 第四章 訴訟代人、 のテッヒョー 第五章 第二編は七章に分かれていて、 草案にその原型を見ることができる。 訴訟費用、 第六章 保証、 第一章 第七章 九八条はその冒頭の 訴 訴訟能力、 訟費用 考 ま

テッヒョー草案(訴訟法草案

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 第九十八条 ①原被告ハ弁償請求ノ権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 ノ為メ其申立ニ因リ若クハ ラ支出 裁判 以可 所 ノ職 シ 権

第九十九条 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 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権利

ノ伸

:暢若クハ

保護

二必

同

本

一稿と

要ナリト認ムルモノニ限リ対手人ノ費用ヲ弁償ス可

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

第百 弁償ス可シ費用ノ種類及ヒ其額ハ別段ノ法律規則ニ依 (一部勝訴 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、 ル 大部 なの

は 直接関係がないので省略 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 原告 其訴訟費

ヲ負担ス可シ

には、

被上告人が上告審で争うのは不当であり、

被上告人は認諾したのだから訴訟費用は全て被上告人が支払え、

いうものである

97 とは、 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。 既二消滅セシ上ハ、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。 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 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、 れている判決とその評釈を読んでの印象である。それは大審院明治二六年 14 たものである。 新井正三郎 認諾判決を規定した二二九条の認諾を指すのであって、 『民事訴訟法判例論評』三〇六頁以下 (自治館出版) 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 弁論において認諾しても七二条二項の適用はない すなわち七二条二項が敗訴の原告として扱う認諾 被上告人は上告状の送達前に「自己ノ任意ヲ以テ (三版、 (一八九三年) 二月二日 一九〇〇年]、 初版は一八九六年) の判決であ に紹 具体的

事情があろ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。 立法を当然の前提としていて、 に履行した点で、一般の事例と異なる。 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。 当否を判断するものであること、 ように思う。 おても、 は判旨賛成であり、上告人が被上告人に対して争うことは不当であるとして上告しているのは自己矛盾であり、 すべてであり、 大審院は次の理由で上告を棄却し、 それについて判決も評釈も理解を示していない点が問題である。 確かにそのとおりである。 なお明治四 詳細 が不明なので裁判の当否は軽々に判断できないが、 二年 (一九〇九年) 批判的に考察していないからであろう。 被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 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、 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 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 頃から大正二年(二九一三年)頃にかけて、 そもそも訴えの取下げの場合に、 この点が判決でも評論でも看過され 両者において苦渋の選択が見られない このような問題に 事案は前記に紹介したこと 本件では勝訴者 形式的にも法適用 どのような おける法 判決 るのに が のは、 任

98 る あることを示している。民訴甲第一 用 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 訟法修正案」は明治二三年の民訴法の影響が見られる。 17 ○条二項が消えるとともに、 のは、 がないから、 の負担を個別に規定しているので、それに倣ったということではないかと思う。 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 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 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 文言もかなり違っている。 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、 修正案八〇条二項 しかし、「民訴甲第一号」では修正案に比べると、 (明治二三年の民訴法の七二条二項) また挙げられている参照条文が多 文言に大きな違 修正案八 「民事訴 が削除

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○七頁注27)。

民事訴訟法修正案 (それぞれ条文の頭に、 八十条には「現七十二条」、八十一条には 「現七十三条」、 八十一条には 現

七十四条」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権利伸張又ハ権利防御ニ必要ナルモ 限

第八十一条 ②訴訟中ニ訴ヲ取下ケ、 (一部勝訴一 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 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 事者 三同

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

原告

民訴甲第一号

之ヲ負担ス

第八十七条 御ニ必要ナリシモノニ限リ之ヲ弁済スヘシ 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権利 ノ伸張又

現七二、独九一、二七一、三項、 墺四一、仏一三○、一九二、三三八、四○一、四○三、 四七〇 セ

防

ルビヤ六五、ベルヌ四八、三二九

第八十八条 〔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

訴訟費用ハ原告之ヲ負担スヘシ

(参照) 現七四、独九三、墺四五

る。) 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

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リ之ヲ弁済スヘシ

訴訟費用ハ原告之ヲ負担スヘシ

第九十条

第九十二条 第九十一条 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 〔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

99 の説明等については三の2と注(51)参照。 「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○巻〔資料二〕一六九頁。この資料

100 法令修正意見類聚追加 六頁以下。 「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・立法資料全集四五巻 この資料の説明等については三の2と注(53) (明治四五年七月印刷)」松本ほか・立法資料全集四五巻〔資料四三〕 参照。 なおこの資料の追加資料として があるが 「民事訴訟法及附 〔資料四二〕 (三の2と注 五. 属

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○日)」松本ほか・立法資料全集一○巻〔資料一八九〕 四

(⑪) この時の議論については、注(8)において紹介した。

54

108

判例は、

- 103 「改正案第九三条ニ付キ(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○巻〔資料一九五〕 四
- 105 104 表題は「起第四十二号 「起第四」 「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○巻〔資料一九八〕四 二号—明治四五年五月二四日 民事訴訟法改正委員会問題 鈴木委員提出」 明治四十五年五月廿四日 松本ほか・立法資料全集一〇巻 鈴木委員提出」というものである。 〔資料四六〕三〇二頁。
- 106 したこととも関係する。 「の7で論じる。 松岡・前掲注 <u>17</u> 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。 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 この問題は で指摘

一三頁以下。

- 107 九九七年)、鈴木正裕ほか編『注釈民事訴訟法⑷』三二八頁以下〔高橋宏志〕(有斐閣、一九九七年)参照 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 一九九八年)等は本案の審理順序については、 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 理由中の判断に既判力が生じないことを理由に、 『民事訴訟法』二七一頁 原則として裁判所が (有斐閣
- 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)。 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)

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

109 0) 一三」五九○頁に、 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 欄に記載されている。 編第二章)」松本ほか・立法資料全集一○巻〔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 「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)」 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 すなわち「九十三条 可決 (第五十二回)」との記述の後に、「本節中ニ左 松本ほか・立法資料全集一〇巻 ノ如キ規定ヲ設ク

ル

ることを考えると、意図的に変更したのかもしれない。

「被告ノ行為ニ因リ」となっている。 事訴訟法改正起草委員会決議 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 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。 (第九二回─大正三年六月二二日)」松本ほか・立法資料全集一○巻 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 ただしここでは 〔資料四五三〕

- 110 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 責任主義の不備が指摘され、 か (内外出版印刷、 は私には分からなかった。 一八七七年 一九一四年〕、『民事訴訟法の諸問題』六四○頁〔有斐閣、 (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)。 一九五五年〕)、この論考がいつ頃書かれたの (『民事訴訟法論文集』 一三四頁 その数年後に既 なお)雉本朗
- $\widehat{\mathbb{I}}$ 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、 **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。** 坂原・生成(一)五三頁以下で詳論してい
- 112 「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

〔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。

ことである。 か・立法資料全集一〇巻〔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 一○巻〔資料一八九〕四○二頁以下)、五月一七日((「改正案第九一条ニ付キ(第六○回-明治四五年五月一七日)」松本ほ 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、 松本ほか・立法資料全集一〇巻〔資料一九三〕四〇八頁以下)と議論されている。 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)」 また記録によれば、 他の条文と比べて異例な 松本ほか・立法資料全集 同時に九三条

可決されたり、鈴木提案(起第四二号、

注 (14) 参照)

が議論されて (注 (島) 参照)、決議されている (注

109

掲載されている(三五頁)。

113

「民事訴訟法改正起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〕 三三頁以

照 治四五年七月)」松本ほか・立法資料全集一〇巻〔資料四一九〕五九五頁)。 松本ほか・立法資料全集一〇巻〔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 のに対して、九一条に関しては「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 (第一号—明治四四年五月~明 第一

明治二三年の民訴法

ス

第七十三条 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 ①当事者ノ各方一分ハ勝訴ト為リー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

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サリシトキ又ハ判事の意見、 事者ノ一方ニ訴訟費用ノ全部ヲ負担セシムルコルヲ得 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サリシトキハ当 鑑定人

114 下 五 六五頁。 「民事訴訟法改正起案会決定案(四一○条まで)(起草委員会議案)」松本ほか・立法資料全集一一巻 なお前掲注 (13) に挙げた 「民事訴訟法改正起案会決定案第一編総則 (仮決定案)」〔資料四七三〕 〔資料四七 にも

115 会議事速記録第一一回 民事訴訟法改正調査委員会において、 立法資料全集一一巻 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 第一案・決議案の八○条については「民事訴訟法改正起草委員会決議案 松本ほか・立法資料全集一一巻〔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 (大正一一年四月一八日)」松本ほか・立法資料全集一二巻〔資料五八九〕一五一頁以下)。 〔資料四七八〕一五〇頁。 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 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)」松本ほか 立法資料全集 П

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 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御に必要なりしもので せぬが、 すと相手方の権利の伸張若くは防御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必要では 相手方の権利の伸張若くは防御に必要なりし費用、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 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、 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 規定の趣意を此所へ簡単に集めた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 八十三条は是は現行法のいろ〳〵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、 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 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 ありま

116す」(「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第五○回(大正一四年六月九日)」松本ほか・立法資料全集一三巻 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 ス但シ其費用ハ裁判所カ権利ノ伸張又ハ防御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 それは此八十三条の但 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 とについては、 云ふやうなことにしな まする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、 「民事訴訟法改正案 松岡委員が大正一四年六月九日の第五○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 !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 (た?) (第二案)」松本ほか・立法資料全集一一巻 1, 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 〔資料四八一〕二五〇頁。なお二条に分割したこ 〔資料六二八〕

たと云ふことになるのであります」。

第二案・議場用

第八十三条ノニ 第八十三条 訴訟費用ハ敗訴者ノ負担トス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 裁判所 ハ事情ニ従ヒ勝訴者ヲシテ其権利 ノ伸張若クハ防御ニ必要ナラサル費用又 ヘハ訴訟 程度

「民事訴訟法案(第三案)(大正一三年九月)」松本ほか・立法資料全集一一巻〔資料四八二〕二九一頁。 ニ於テ相手方ノ権利 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

117

第八十五条 第三案(それぞれ条文の頭に「(八三)」との記載がある。) 訴訟費用ハ敗訴者ノ負担トス但シ其ノ費用 ハ権利 ノ伸張又ハ防御ニ必要ナリト

第八十六条 相手方ノ権利 裁判所ハ事情ニ従ヒ勝訴者ヲシテ其ノ権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 ノ伸張若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

認ムル

ルモノニ

限

ル

118 「改正民事訴訟法案 (第四案) (大正一四年一 ○月印刷)」松本ほか・立法資料全集一一巻 (資料四九九)

第四家

頁

第八十九条 第三案の八十五条と同じ。

第九十条 第三案の八十六条と同じ。

119 「民事訴訟法中改正法律案(議会提出・第五案)」 第八十九条 第五案・議会提出 訴訟費用ハ敗訴 ノ当事者ノ負担トス 松本ほか・立法資料全集一一巻〔資料五〇〇〕四〇八頁以下。

第九十条 訴訟費用又ハ訴訟ノ程度ニ於テ相手方ノ権利 裁判所ハ事情ニ従ヒ勝訴ノ当事者ヲシテ其ノ権利 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 ノ伸張若ハ防御ニ必要ナラサル行為ニ因リテ生 シ

120 民事訴訟費用法の改正案の中に、 全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトヲ得 第一条の 「訴訟費用 ハ を 「訴訟費用 ハ権利 ノ伸張又ハ防御ニ必要ナル ラ限 度

依り又実際の必要に基くものであることは訴訟法学者 法律第六一号で、 正法律(大正一五年四月二四日法律第六三号)正文」松本ほか・立法資料全集一一巻〔資料五七○〕五四三頁。 中改正法律案外九件委員会議録(速記)第一回」松本ほか・立法資料全集一四巻〔資料六七二〕 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 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、 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、〔「〕 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会議事速記録第四号」松本ほか・立法資料全集一四巻 分ラヌヤウニ書イテアルノデアリマスカラ、 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、 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 立法資料全集──巻〔資料五四七〕四八○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。 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 全集一一巻〔資料五四六〕 ノ計算方法ノコトヲ言ッテ居ルノデアルカ、或ハ判決ノ中ニ書クベキコトヲ言ッテ居ルノデアルカ、 なおこの草案八九条但書の削除について、 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 一一〇頁以下、 に改める、 そしてこの改正はそのまま法律になり、 施行法が六二号)。 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 引用文は一一一頁)。 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 衆議院では森田政府委員が改正理由 山内博士は八九条但書には 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 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 ō 誰 でもが 承知せる所である」 (「民事訴訟費用法中改正法律案理由書」 松本ほか 「微妙な意味」があり、 (前記文言の挿入) について、「訴訟費用 (議会提出・活版)」 最後に「現行法ハ其費用額確定決定 (前掲注 四四〇頁以下、 $\widehat{20}$ 「極めて深き理由に 松本ほか・立法資料 一七六頁) チヨツト意味ガ 改正ヲ要スル なお民訴法は 引用文は四 貴族院で

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

[2] 新たに付言すれば、 頁」松本ほか・立法資料全集一四巻〔資料六五七〕一四七頁である。 訟法中改正法律案外一件第一読会─大正一五年三月一○日衆議院議事速記録第二六号六七七頁・六九六頁~七二三 法中改正法律施行法案)」松本ほか・立法資料全集一三巻〔資料六四○〕二四九頁であり、 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、 際の法文が確認できるということである。 帝国議会での審議の様子については、 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、 八九条・九〇条について貴族院は、 かつて述べたことがあるのでそれに譲る 「民事訴訟法中改正法律案外一 (坂原 ·生成 (一)四四頁以下)。 衆議院の場合は 民事訴訟 「民事訴

集一一巻〔資料五六八〕五○六頁=松本ほか・立法資料全集一四巻 よる八九条・九○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」 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) 〔資料五六八〕四六〇頁。 松本ほか・立法資料全集一三巻 正文」 松本ほか ζj わゆる立法理由書に · 立 法資料全

第八十九条 訴訟費用ハ敗訴ノ当事者ノ負担トス

六三九〕一六九頁)。

(理由) 七十二条第一項ト同趣旨ナリ 本条ハ訴訟費用 裁判所 ハ事情ニ従ヒ勝訴 ノ負担 二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 ノ当事者ヲシテ其ノ権利ノ伸張若ハ防御ニ必要ナラサル コト 行為ニ因リテ ヲ定ム現行法第 生

全部又ハー ル訴訟費用又ハ訴訟ノ程度ニ於テ相手方ノ権利ノ伸張若ハ 部ヲ負担セシムルコトヲ得 防御ニ必要ナリ シ行為ニ因リテ生シタル訴訟費用

雖具体的ニ観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 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 抑モ勝訴者ノ主張シタル攻撃防御ノ方法ハ勝訴 ノ結果ヨリ見テ総テ必要ナリシモノト云フへ ノ結果ヨリ見 キ カ 如

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二ノ場合ニ於ケル攻撃防御ノ方法ニ因リテ生シタ 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 ヲ得サリシモノナキニ非ス例へ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メ同 . 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 いと思っている。 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 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 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。 るいは見落としがないとしても、 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っている。 関東大震災、東京大空襲、 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。 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

123 旧九〇条後段と相殺についての最近 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)。 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、 (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 相殺の場合が挙げられている 121 なお

124 は、 要件に関する論争については注 (95)で指摘したこともある。 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

125 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、 『判例民事訴訟法上巻』 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、 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、 そこでは

所 られているからである。 の自 由 得ないであろう」旨も述べている。 **一裁量によるものであることも影響して、** 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えない 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

よれば、 頁 だろうか、誇張はないのか、三○年後の今も半信半疑である」と述べている。 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 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 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。 筑摩書房、一九八七年)。この話を紹介した倉田氏は続けて、「訴訟費用の負担の主文について、訴訟物についての 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 倉田卓次元裁判官に

126 る」と述べている(『裁判官と学者の間』二五八頁、有斐閣、 一五二頁、 が最高裁判決の補足意見の中で、 (坂原・判例一一五頁以下)。それは最一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 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、 既に注(2)において、 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 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、 訴訟費用の裁判が安易になされてはならないと述べ、 一九九三年)。 刑事訴訟法でも同様であると思われる。 問題を提起したことがある 訴訟費用 (判例時報 に関心がないこと 一二九〇号

127 ているとみることは決して誇張ではない。 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 有斐閣、 随分前の話であるが、 法律学全集、 一九五九年)。「〔訴訟費用が敗訴者負担でなく、 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 中略 訴訟に対する当事者の真率さは敗訴費用負担の原 当事者の各自の負担という現状は〕元来あるべき訴訟 則 がきびしく 原因をなし

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)。

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

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」((̄) 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。 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

五 おわりに

したい。 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 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 終了宣言と日本法の七三条との連結が可能なのかが問題になる。最後にこの点を考えてみようと思う(2)。 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 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

ては、 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、 である。 なお本稿は主に民訴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 事項別の索引形式にまとめてみた (1の⑤)。 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、 本稿とは別に独立して利用できるものについ 客観的な事実の記述として、本稿での私見の

1 私見のまとめと資料的記述の索

- 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)。 を旧一○四条における判例・通説が主張した終了時の裁判所を変えて、第一 (1)準 旧 |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 (一の一)。しかし、七三条は管轄裁判| 法時代にお (J ては、 訴訟終了宣言の 制度は、 旧一〇四条二項 (七三条二項相当) による旧 審の裁判所と規定したので、 九〇条 従前 所
- <u>5</u> てい とは別 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立てをした場合は、七三条 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、 (2) たことは、 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 七三条の管轄裁判所は第一審裁判所であるというのは、 な取り扱 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 V 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 旧法の立法者の意思に合致するものであると言わ 七三条は当事者が n
- じたが、 権方式から当事 (3)れて旧 方式から、 七三条一 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、 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。 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 項 条が誕生したが の前身である旧 者の申立て方式に修正したことである (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 一〇四条一 項の形成過程を見てみると、 (\(\equiv 0 3\))° この際に本案の裁判からの さらに訴訟費用の額 第一に明治二三年の民訴法 裁判の場合の基準を準用しただけで は分離され の確定手続と合体さ 乖離が必然的 の負担者法定 (三の2)、 た (三の に 生

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○条の形成過程を見てみると、

- 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 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 題を先送りしたような旧九○条が立法された(四の5・6)。立法後に旧九○条の要件について議論が生じたが、 (四の4)、それらを十分に反映させることなく問
- 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。 その原因の一端はこのような立法過程にある。また旧一○四条二項による旧九○条の準用という方法 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1)。

(七三条二

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 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 (5)を考え、事項ごとに索引形式で左記にまとめてみた。 ある法条については法文を引用したり、 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 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

Ι 法文

(a) テッヒョー草案

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

66

当初は先ず敗訴者責任主義の継受であった

七二条〔四の1〕、七三条 [注 (11)]、 七四条 [四の1]、八四条 注 <u>14</u>

(c) 明治三六年草案

九一条 [四の2]、九三条 [四の2]、一〇二条 [三の1]

(d) 旧法 (大正一五年改正法)

八九条〔注(凹)〕、九〇条〔注(凹)〕、一〇四条〔注(7)〕

旧法(大正一五年改正法)の立法理由書

Π

八九条〔注(凹)〕、九〇条〔注 (121)]、一〇四条 注 (74)]、「第三章 訴訟費用 第一 節

訴訟

旧法成立に至るまでの法文の変遷

費用

ノ負担」〔注

75

III

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 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、 軸に改正の動きを考察すべきであると考えるからである。 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 *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 前段階は草案の公表で改正作業の目的が達 この草

(a) 旧一〇四条につい

も→を付した。

〔三の1〕→起案会・仮決定案九条〔三の3〕→起案会・決定案八七条〔三の3〕→第一案・決議 民訴甲第一号九八条 注 <u>48</u> →民事訴訟法案一○一条 注 <u>49</u> →明治三六年草案一〇二条

IV 旧法のその他の法文の変遷についての記述

案・議会提出一○四条 案・議場用九六条 案九二条 (三の4) 注 →起草委員会案九五条 (74)〕→第三案九九条 〔注(74)〕→議会での審議 注 〔注(74)〕→第四案一○四条 (74)〕→第一案·議案九六条 〔注(75)〕→旧一○四条正文と立法理 注 注 7<u>4</u> →第五 →第二 由 注

74

明治三六年草案一〇二条に対する各界の意見は \equiv 0 2同条に関する比較法研究につい ては

注 (68) 〜注 (71)

旧八九条・九〇条について

(b)

草委員会案八三条 訟法案九〇条・九二条 民事訴訟法修正案八○条・八二条 [四の5]→起案会・決定案八○条[四の5]→第一案・決議案八○条[四の6*)] 〔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 注 98 注 →明治三六年草案九一条・九三条〔四の2〕→起案会・仮決定 (9)〕→民訴甲第一号八七条・八九条 注 98 <u>98</u> →民事訴

→起

案・議会提出八九条・九○条〔注 条ノ二〔注 116 →第三案八五条・八六条〔注 (⑪)〕→議会での審議 (Ⅲ)〕→第四案一○四条〔注 注 <u>121</u> →旧八九条・九○条の正文と 118 *〕→第五

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 回 [の 3]

なお明治二三年の民訴法七四条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、 同一条に集約された (四の5) (a)

旧一〇四条の管轄裁判所について

注 (71)

 $\begin{bmatrix} \vdots \\ 0 \\ 2 \\ \vdots \\ 3 \end{bmatrix}$

(b)

ハンガリー民事訴訟法について

判例・学説の状況立法者の意思(

〔注 〔14〕、

注

<u>19</u>

(c)

大正一五年法改正に伴う民事訴訟費用法一

条の改正

注

<u>120</u>

成立の経緯につい概要と四二四条

て 注

<u>70</u>

注 69

VI (c) (c) (b) (d) (b) (a) (d) (a) その他の資料的な記述 草案成立の経緯についての記述 和解 旧法の草案作成過程での比較法研究について 明治三六年草案公刊後の審議経過 明治三六年草案に対する各界の意見 明治三六年草案の成立の経緯 訴訟費用について独立の上訴を禁じる規定 請求の放棄・認諾の規定 訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担に関する規定 の場合の訴訟費用の負担に関する規定 注 (83) (三 の 1) 三 の 3 (三の<u>2</u>) 注 注 注 <u>22</u> **65** 、注 <u>68</u> 注

> (66)、 注

> 85 <u>...</u>

69

2 民訴法七三条とドイツの訴訟終了宣言との連結

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 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、 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 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。 6 議論の後に、八対三の多数決で否決された。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(以) 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 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 (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 ある。 勝

たのである。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。(w) 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貫かれていく姿を如実にみることができると述べて 草案作成委員会での議論について、争点決定(Litiscontestation)という観念からの脱却と、 とを否定したものではなく、六二条のような規定を設けることについて、 にあるものではない。 いる。結果責任主義は日本法でも原則としてそれを認め、そのうえでの議論であるから、ドイツ法と異なる状況(®) 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 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 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 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 例外が一般化することを理由 訴訟費用敗訴 に反対

お

続と当事

者の手続保障を両立させることは難しい

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。

からである。

そうなると、

当事者間で訴訟費用をめぐっ

なぜならば簡

て争い

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、

に日 法とドイツ法とは決して対立するものではない。 あった ではなかった。 本法 (四の5)。このようにしてみると、 は 旧 九○条に見られるように抽象化した規定を設けたが、 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、 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 両者の違いは日本法には七三条・六二条という規定 それは内容を一 個別規定を統合化・抽象化したも 般化して拡張するため か があり、 \exists 本

みはなく、 L 出すのは、 しふさわし に争う場合は、これでは手続を進める指針がない 続規定を欠いているからである。 の七三条・六二条方式の場合は、 イツ法にはそのような規定がないというだけである。 って独占的 ていないことである(四の1)。しかもその原因は制度に内在しているだけに、 そこで規定があるということは、 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 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、 立法者の意思に反すると言うかもしれない。しかし、 V 排他的 手続を構築することが考えられる。 に処理する妥当性を欠いている。 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 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 それで処理すべきであるということであるから、 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 į そもそも当事者の手続保障の要請に十分対応できない もちろん七三条・六二条方式を改良して前述の欠陥 問題は七三条・六二条方式が現実に十分に機能 (四の1)。これでは七三条・六二条 今後も事態が改善される見込 訴訟終了宣 言 一の制 度 を持 を是正 によ 日本

そこで

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。

そこで七三条・六二条方式にこのような限界があると考え、 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 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、 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、 限界の外は法の欠缺であり、そのような場面では判 (四の4の①、 いたずらに手続を複雑にするであろう。 四の7)、本案の裁判と連動させな

宣言に関して当事者間に争いがある場合は、 のであるから、 そのような考察も規定もしなかっただけである。 方法を排斥するほど、 主義による不公平な結論の修正であるから、 処理するかは、 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 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、 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。 当事者に選択させればよい。 独占的で排他的とは思えない。 本案の裁判によって決着させようとするものである。 (B) 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 六二条の沿革から明らかなことは、 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 当時、 立法者は訴訟終了宣言の制度を知らなか それはそのままにして、 六二条の立法の趣旨は結果責任 その方が簡単で合理的 それは訴 この説 それと並 つ たか 訟終了 の魅 の解決 力 列

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

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。

訴訟費用の裁判で併せて解決しようとする点も評価

決による終了の場合のように合体させ、

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、

から、 とは既に述べたところである(二の5)。 七三条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 て把握するのは当然であるし、 訴訟費用の裁判であっても、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 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。 すべきである。もっともこのような点については反対の評価もあり、 つであり、 ドイツ法での一方的訴訟終了宣言の議論は、 それを判断して裁判しなければならないのであるから、従前の請求に何らかの加工をして訴訟物とし 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 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、 終了事由発生で本案について裁判する必要 しかし、

3 沿革史研究と立法資料全集

過程で今日問題となってい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……資料からは不明 越えることのないままに 想定しなければならないと考えた。そして、その状況は簡単に覆されることはないとも思った。全く推測 が発掘されるとは予想もしていなかった。 (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 したがって資料が不十分であっても当面の資料だけで立法者の意思を の域を

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

なければならなくなった。それは立法資料全集によって、立法者の考えをかなり詳細に正確に把握することが可 は問題解決を行ったというより問題の棚上げではなかったか……」と。この記述は本稿によって完全に否定され

このことはとりもなおさず十分に考え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

って、

その重要性を改めて認識した。

立法者の考えを探求してその問題点を認識し、 ると考えるのは、 立法者は問題点を遺漏なく指摘し、 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。 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。 種々な思いをめぐらしていた それを解釈論に生かすべきであると思う。 (四の4)。 我々だけが問題の解決に悩 本稿の沿革史研究によ すなわ んで

研究の労を省くことになるのではないかと思っている。 『凡百の論文より……よほど学会(界)のために役立(つ)』といった有難い評価と暖かい激励をいただ」 たからである。 のことを実感した。 うであるが である。 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、 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。 である」と述べられているが(一九九五年二月一○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 大いに活用され、 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 改めて大いに感謝する次第である。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、(ダ) 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、 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』、 (平成五年六月一○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 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 にお 本稿の資料的な部分について事項索引を作成したが (1の⑤)、そのようなことに触発され 11 て展開 した私見に賛同されないにしても、 この部分だけの利用は可能であり、 また今後の立法作業 本稿は立法資料全集 本稿作成過程 0 きい 今後の いたそ 幸い 本稿

法

修正をする必要はないと考えている。

- 128 staaten, Bd 3, Hannover, 1863, S.873 ff. く述べられている。 民事訴訟雑誌二五号二九頁以下(一九七九年)の中の「三 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、 イドの基本問題』一七六頁以下(財団法人法律扶助協会、 ているが、 Protocolle der Kommission zur Berathung einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundes-中野貞 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 委員会での審議の様子は、 一九九二年)に簡潔にまとめられている。なおドイツ民訴法 ドイツ帝国民事訴訟法の成立前史」(四七頁以下)に詳し 鈴木正裕「上告理由としての訴訟法違反―史的考察 坂原・生成(二)七六頁以下に詳しく述べられ
- 129 中野 • 前揭注 (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 注 む限り、 説が判例・通説の地位を確立する以前から、 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。 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。 (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。 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、 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。 私は一貫してこの説を支持してきたが、 拙稿 「西ドイツ民訴法における一当事者による訴 エル・ガヤール博士の論文を読 そのため過去の論考に大きな 近時の状況は、 なおドイツ語であ 拙稿 訴え変更 訴訟
- 132 注 (39) で述べた。日本法の場合は四の4の①、 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裁判の基準になることについては 四の7等で述べた。
- 133 坂原・生成(一)五〇頁。
- 134 一○四条一項について、明治二三年の民訴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(4)で詳 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

lΗ

お 論した。

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。 案との二通りの表記が見られるが(例えば松本・経過(一)一一頁)、その説明がほしいところである。 はなかったかと思う。これについては注(8)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 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 なお戦前においても、仁 もっともこの

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

また利用者として希望を述べるならば、立法資料全集一一巻所収「民訴法条対照」

井田 案」と表記している。 ·前揭注 (70)六○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

(関連資料四四)

の説明に