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

Title	二〇〇二年施行のドイツ民事訴訟法の改正と訴訟終了宣言
Sub Title	Klagerücknahme und Erledigungserklärung nach dem ZPO-Reformgesetz in der Bundesrepublik Deutschland
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2003
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.8 (2003. 8) ,p.1- 56
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20030828-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

二〇〇二年施行のドイツ民事訴訟法の改正と訴訟終了宣言

坂原正夫

一　はじめに
1　訴訟終了宣言の必要性
2　ドイツ民事訴訟法の改正と訴訟終了宣言
3　本稿で使用した文献等について
法令名等の略語について
参考文献一覧と略称について
二　ドイツ民事訴訟法第九一条aの改正について
1　従来の規定（旧ドイツ民事訴訟法第九一条a）
2　改正点
3　現行法の内容（ドイツ民事訴訟法第九一条a）
4　改正理由
(a)　第一項の改正について
(b)　第二項の改正について
三　ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段の改正について
1　従来の規定（旧ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項）
2　改正点
3　現行法の内容（ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項）
4　改正理由
四　ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段に関するドイツでの反応について
1　理論的な問題
(a)　訴えの取下げと訴訟係属との関係
(b)　体系的な位置
2　「遅滞ない訴えの取下げ」という要件
3　運用上の問題として公平な裁判に対する危惧
4　適用する場面の拡張
(a)　訴え提起前への類推適用
(b)　訴訟係属後への類推適用

5　別訴としての確認の訴えに対する影響
6　訴訟終了宣言の制度に対する影響
(a)　双方的訴訟終了宣言の場合
(b)　一方的訴訟終了宣言の場合
五　ドイツ民事訴訟法の改正と日本の訴訟終了宣言
1　注目すべき論点とそれが示唆するもの
(a)　新規定の適用領域の限定性
(b)　補完制度の必要性
(c)　訴訟終了宣言の将来
2　日本が改正法から学ぶべきこと
(a)　訴えの取下げという方法の限界
(b)　補完性から別制度の必要性
(c)　日本の訴訟終了宣言の将来
3　日本の学界に対する影響
六　おわりに
1　本稿の主張のまとめ
2　司法制度改革の動き

一　はじめに

1　訴訟終了宣言の必要性

最近、遠藤功教授は月刊・法学教室二七四号（二〇〇三年七月号）一五六頁において、次のような問題を提示し、その解説を行った。

「Xはその隣人Yに対して、将来、夜間ステレオの音量が屋外にもれないようにすることを求めて訴えを提起した。Yは、いままでステレオを夜間高い音でかけたことがあるかと争った。係争中にYが引っ越してしまったため、Xは口頭弁論において本案が完結したと表明した。これに対してYは、訴えの却下または請求の棄却を求めた。裁判所はどのように手続を進めるべきか。…ポイント◆①訴訟終了原因。②訴訟費用の負担。③本案完結表明・訴訟終了宣言の検討。」

これはいわゆる訴訟終了宣言の問題である。訴訟終了宣言の問題は、『民事訴訟法の争点』が刊行される度に毎回取り上げられてきた問題ではあるが、[1] 最近では私の論稿を別にすれば、ほとんど論じられることはなかった。[2] このような状況において、遠藤教授は右のように、学生向けの演習問題という形で訴訟終了宣言の問題を取り上

げられたのである。このことが意味することは、訴訟終了宣言の問題が議論される状況になったということであり、時代の要請によりようやく表舞台に登場したということである。換言すれば、我が国の訴訟終了宣言の問題が制度の紹介の段階から、実現に向けた新たな段階を迎えたということである。

遠藤教授は、次のように語っている。「弁護士費用の訴訟費用への算入と敗訴者負担が現実味をもって語られる現況では、本案完結表明は訴訟の完結の一場合として検討を要しよう。この制度により、訴訟の迅速な処理と、訴訟費用の負担の明確化と訴えを提起する必要のあった原告側が敗訴するという不合理から救済されることなど、プラス材料が多く伴われる」（同一五六頁）。

2　ドイツ民事訴訟法の改正と訴訟終了宣言

このような日本の状況ではあるが、訴訟終了宣言の制度を創設したドイツでも大きな動きが見られた。それは法の改正である。すなわち、二〇〇二年一月一日に施行された民訴法の改正法は、訴訟終了宣言に関する規定である九一条aと、訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担に関する二六九条三項三段について、大幅な修正を行った。[3] 本稿では後者の改正を重視するが、それはドイツで訴訟終了宣言の制度が創設されたのは、ドイツ民訴法が訴えの取下げの場合に訴訟費用の負担者は原告であると規定するためであったことを想起するからである。[4] すなわち法の改正によって、訴えの取下げの場合は原告が常に訴訟費用を負担するということが通用しなくなるならば、訴訟終了宣言の制度を創設した根拠が揺らぎ、制度の必要性が弱まるように思うからである。さらにこれらの規定の改正は、今後の訴訟終了宣言の制度に関する日本の議論に少なからず影響を与えると考えざるをえない。なぜならば、この改正の内容は、訴えの取下げにおいて一定の場合に、裁判所の裁量によって費用負担者を決めようというものであるから、現象的には日本の制度に接近したようにも見えるからである。[5] すなわち日本法

では訴えの取下げの場合に訴訟費用の負担者について、ドイツのように原告負担と明記されておらず、裁判所の裁量によって決めることになっているからである（日本民訴法七三条・六二条）[6]。したがって、このようなことから、今回のドイツの法改正によって日本の制度の先見性と妥当性は証明されたとする見解が今後主張されるかもしれない。さらにまた日本の通説が今回のドイツの法改正を取り上げ、自らの根拠をより一層強化させるとも十分考えられる。なぜならば日本の通説は日本民訴法七三条・六二条を根拠に、訴訟終了宣言の制度を消極的に評価するからである[7]。

このようなことから現在早急に求められていることは、今回のドイツにおける法改正の内容を分析し、日本の訴訟終了宣言論に対する影響を考察し、前述のような考えの当否を検討しなければならないということである。要するに、今回の法改正は、日本で訴訟終了宣言を議論する場合に無視できない重要な意味を有しているということである。そこで本稿は、先ずドイツの訴訟終了宣言に関係する条文の改正の内容とその理由について、資料を翻訳して詳細に紹介する（二・三）。次に改正の問題点と今後への影響を把握するために、ドイツの学界における改正法と訴訟終了宣言論についての議論の状況を概観する（四）。最後に、これらの作業を基に、今回のドイツの法改正の日本法における意味を考えてみようと思う（五）。

3　本稿で使用した文献等について

本稿で使用した法令名等の略号と文献を整理すると、次のようになる。

法令名等の略語について

［改正法］ドイツの「二〇〇一年七月二七日民事訴訟の改革に関する法律」のことである。Gesetz zur Reform des Zivilprozesses（Zivilprozessreformgesetz—ZPO-RG）vom 27. Juli 2001, BGBl.I S.1887, geändert durch Art.5

Abs.1a des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl.I S.3138.

＊この改正法の施行日は二〇〇二年一月一日である。しかし、民事訴訟法の規定の中で二〇〇一年六月二五日の送達改正法によって改正されたものは、二〇〇二年七月一日から施行された。本稿が取り上げる第九一条a、第二六九条第三項第三段は二〇〇二年一月一日から施行された。

［改正理由］ 改正法草案が連邦政府によって連邦議会に提出された際の理由書のことである。Begründung der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/4722. これは参考文献一覧のBに挙げた立法資料集（ZPO-Reform, Rimmelspacher）の中に収められている。

［民訴法］ 特に断りがない場合はドイツ民事訴訟法（ZPO）のことである。すなわち、一八七七年一月三〇日公布、一八七九年一〇月一日施行で、一九五〇年九月一二日のいわゆる統一回復法の公布条文に基づく民事訴訟法のことである。日本の民事訴訟法の場合は、日本民訴法という略称を使用した。

［条数について］ 見出しや、改正条文・立法理由等の翻訳に際しては条数に第を付し、それ以外の本文や注においては一般の例に倣い、第を省略した。

参考文献一覧と略称について

1　本稿の執筆に際して参考にした文献を事項別・発表形態別に分類したものである。欧文の文献（A～E）は著者の姓名のアルファベット順、和文の文献（F・G）は姓名の五十音順である。拙稿の場合（H）は発表順である。

2　これらの文献を本稿で引用する場合、欧文の文献（A～E）と拙稿（H）は、それぞれの文献の末尾の〔　〕の内のゴシックで表記した略称を使用する。和文の文献（F・G）は、著者の姓名を略称として使用する。

3　欧文の著者の表記は、原語ではなく片仮名を使用した。片仮名表記は私の推測によるもので、実際にドイツでそのように発音されているのか、また日本でこのように表記されているのかは確認していない。

4　欧文の主要文献については、著者が日本で十分に知られていない場合、著者の紹介を兼ねて、論文等に記載されている職業の日本語訳を文献の表記の最後に付した。その理由は、論文がどういう立場で書かれたのかが一応推測できるからである。すなわち、著者の見解は日頃の経験に影響されることが多いと考えられるから、著者が現在、大学教

授なのか、裁判官なのか、弁護士なのか、行政官なのかということは、論文の立場を知る際に有益であると思う。

5　Aは本稿のテーマに直接関係すると思われる文献である。これはドイツ語の法律学文献情報誌 Karlsruher Juristische Bibliographie, Systematischer Nachweis neuer Bücher und Aufsätze in monatlicher Folge aus Recht・Staat・Gesellschaft を利用して、選び出したものである（二〇〇三年六号まで参照した）。文献は網羅するように努めたが、最新のドイツの文献を探索するという作業なので、完璧かと言われると自信はない。しかも原則として二〇〇三年七月一日現在、慶應義塾大学図書館で読むことのできたものという制約がある。もっとも、私の推測であるが、ここに挙げた論文以外にしばらくは（少なくとも一年は）新たな文献は発表されないように思う。二番煎じを避け、これらの文献が提示した問題とは別に新たな問題を提起するような論文の発表は困難であると思うからである。換言すれば、しばらくはAは、本論文のテーマに関する文献を網羅的に挙げている文献表として通用すると思う。

6　Bの改正法に関する論文は、二〇〇二年一月一日施行のドイツ民訴法の改正法に関する文献の中から、本稿のテーマである訴訟終了宣言や、訴え取下げの訴訟費用の負担について言及している文献を選び出したものである。すなわち、これらの項目について言及していないものは除いてあるので、改正法に関する文献を網羅したものではない。なおBに挙げた文献の一部については、勅使川原・後掲F二〇八頁注2、二〇九頁注3に詳しい説明があるので、文献の内容、価値、編者等の説明はそれらに譲る。

7　Cの注釈書、Dの教科書・体系書は、二〇〇二年一月一日施行のドイツ民訴法の改正法に基づいて出版されたものに限定した。したがって二〇〇二年一月以降に出版されたものである。有名な注釈書、教科書・体系書にもかかわらず、文献表に挙げられていないのは、本稿執筆に際して新民訴法の版を見ることができなかったからである。

8　Eのその他の文献とは、一般の学術論文では絶対に引用されないような、実務の手引きや司法試験受験参考書類である。しかし、これらは私の経験によれば、理論の対立状況を実用性という観点から簡潔に整理していて、日本からドイツの実務の実情の一端を知るのに便利な本である。

9　F・G・Hについては、それぞれの項目で説明する。

A　本稿のテーマに直接関係する論文

Bonifacio, Michael, Klagerücknahme und Erledigungserklärung nach der Zivilprozessreform, MDR 2002, 499ff.〔Bonifacio〕ボニファシオ、区裁判所判事、法学博士
Elzer, Oliver, Einseitige Erledigterklärung vor Rechtshängigkeit nach dem ZPO-Reformgesetz, NJW 2002, 2006ff.〔Elzer〕エルツァー、区裁判所判事、連邦首相官房へ出向中、法学博士
Schneider, Egon, Die Kostenregelung der Klagerücknahme nach neuem Recht—Eine kritische Analyse—JurBüro 2002, 509ff.〔Schneider〕シュナイダー、弁護士、法学博士
Timme, Michael, Die »Erledigung« des Rechtsstreits zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit nach der Neufassung des § 269 ZPO, JA 2000, 224ff.〔Timme〕ティーメ、研究所員、法学博士

B　改正法に関する主要な文献

Hannich, Rolf / Meyer-Seitz, Christian / Engers, Martin, ZPO-Reform, Einführung-Texte-Materialien, 2001〔ZPO-Reform〕勅使川原・後掲F二〇八頁注2の解説参照
Hannich, Rolf / Meyer-Seitz, Christian, ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, 2002〔ZPO-Reform 2002〕勅使川原・後掲F二〇八頁注2の解説参照
Hannich, Rolf / Meyer-Seitz, Christian / Engers, Martin, Das neue Zivilprozessrecht, Synoptische Textausgabe mit einer Einführung, 2.Aufl., 2002〔Das neue ZPR〕勅使川原・後掲F二〇八頁注2の解説参照
Hartmann, Peter, Zivilprozess 2001/2002: Hunderte wichtiger Änderungen, NJW 2001, 2577ff.〔Hartmann〕
Kroiß, Ludwig, Das neue Zivilprozeßrecht, 2001〔Kroiß〕
Musielak, Hans-Joachim, Reform des Zivilprozesses, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz-ZPO-RG), NJW 2000, 2769ff.〔Musielak〕
Oberheim, Rainer, Die Reform des Zivilprozesses, Synoptische Gegenüberstellung des alten und des neuen Rechts mit erläuternder Einführung, 2001〔Oberheim〕
Rimmelspacher, Bruno, Zivilprozessreform 2002, 2002〔Rimmelspacher〕勅使川原・後掲F二〇九頁注3の解説参

照

C　新法の注釈書

Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, 61.Aufl., 2003 〔Baumbach/Lauterbach〕

Lüke, Gerhard / Wax, Peter, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze, 2.Aufl., 2002 〔MünchKomm〕

Musielak, Hans-Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3.Aufl., 2002 〔Musielak, Komm〕

Thomas, Heinz / Putzo, Hans / Reichold, Klaus / Hüßtege, Rainer, Zivilprozessordnung, 25.Aufl., 2003 〔Thomas/Putzo〕

Zimmermann, Walter, Zivilprozeßordnung, 6.Aufl., 2002 〔Zimmermann〕

Zöller, Richard / Geimer, Reinhold / Herget, Kurt / Creger, Reinhard / Philippi, Peter / Gummer, Peter / Stöber, Kurt / Vollkommer, Max, Zivilprozessordnung, 23.Aufl., 2002 〔Zöller〕

D　新法の教科書・体系書

Jauernig, Othmar, Zivilprozeßrecht, 27.Aufl., 2002 〔Jauernig〕

Lüke, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 8.Aufl., 2003 〔W. Lüke〕

Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 6.Aufl., 2002 〔Musielak, Grund〕

Schilken, Eberhard, Zivilprozessrecht, 4.Aufl., 2002 〔Schilken〕

E　その他の文献

Crückeberg, Harald, Zivilprozeßrecht, Anwaltliche Prozeßführung in der ersten Instanz, 2.Aufl., 2002 〔Crückeberg〕

Knöringer, Dieter, Die Assessorklausur im Zivilprozess, Das Zivilprozessurteil, Hauptgebiete des Zivilprozesses, Klausurtechnik, 9.Aufl., 2002〔Knöringer〕
Michalski, Lutz, Zivilprozessrecht, Strukturen-Zusammenhäge, Definitionen-Übersichten-Skizzen, mit Fällen und Lösungen, 2.Aufl., 2003〔Michalski〕
Pantle, Norbert / Kreissl, Stephan, Die Praxis des Zivilprozesses, 3.Aufl., 2002〔Pantle/Kreissl〕
Schellhammer, Kurt, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, Ein Leitfaden für Referendare und junge Praktiker mit Fällen und einer Musterakte, 14.Aufl., 2002〔Schellhammer〕

F　ドイツ民事訴訟法の改正に関する日本語の文献

最近のドイツ民訴法の改正の経緯・内容等については、勅使川原・後掲書が詳細である。もっとも詳細な論稿ではあるが、訴訟終了宣言については報じられていない。このことは訴訟終了宣言に関する改正が改正法のメインではなかったということと、今回の改正が大規模なものであったからである。

片野三郎「〈資料〉ドイツ新民事訴訟法典（二〇〇二年）―上訴部分―」愛知大学法学部法経論集一六一号一頁以下（二〇〇三年）
ゴットバルト〔ペーター〕（出口雅久＝本間学訳）「ドイツにおける民事司法改革への努力」立命館法学二七七号（＝二〇〇一年三号）三〇一頁以下（二〇〇一年）
シルケン〔エーベルハルト〕（松本博之訳）「ドイツ民事訴訟における上訴改革計画の重点」法学雑誌（大阪市立大学）四八巻二号三九頁以下（二〇〇一年）
ゼンガー〔インゴ〕（石崎誠也訳）「ドイツ民事訴訟法の改革プラン」法政理論（新潟大学）三四巻一・二号一二三頁以下（二〇〇一年）
出口雅久「民事訴訟における第一審強化策―ドイツ連邦司法省民事訴訟法改正草案を素材として―」吉村徳重先生古稀記念論文集『弁論と証拠調べの理論と実践』五四頁以下（法律文化社、二〇〇二年）
勅使川原和彦「二〇〇一―二〇〇二ドイツ民事訴訟法改正について」早稲田法学七七巻三号二〇七頁以下（二〇〇二

年）

G　訴訟終了宣言に関する日本語の主要な文献（拙稿を除く）

日本語の文献で訴訟終了宣言について言及しているものは少なくないが、ここでは拙稿以外で、論文のテーマとして訴訟終了宣言を挙げている文献のみを挙げる。

荒木隆男「訴訟終了宣言」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第三版〕』（ジュリスト増刊）二六四頁以下（一九九八年）

石渡哲「訴訟終了宣言」三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔新版（＝二版）〕』（ジュリスト増刊）三一四頁以下（一九八八年）

松浦馨「訴訟完結の宣言による訴訟の終了」『ドイツ判例百選』（＝別冊ジュリスト二三号）一五二頁以下（一九六九年）

松本博之「本案終了の表示（Erledigungserklärung in der Hauptsache）について」法学雑誌（大阪市立大学）一九巻二号八八頁以下（一九七二年）

リュケ〔ゲルハルト〕（石川明訳）「本案の終結宣言について」『ドイツ手続法の諸問題』六七頁以下（成文堂、一九七九年。初出は本誌四九巻二号一頁以下〔一九七五年〕）

H　訴訟終了宣言に関して私が発表した論稿の一覧（発表順）

①「西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について（一）（二・完）」本誌四九巻二号一八頁以下、三号六一頁以下（一九七六年）〔生成〕

②「西ドイツ民訴法九一条aの両当事者による訴訟終了宣言について」本誌五〇巻一二号三三九頁以下（一九七七年）〔両当事者〕

③「訴訟終了宣言」三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔初版〕』（ジュリスト増刊）一六六頁以下（一九七九年）〔争点〕

④「西ドイツ民訴法における一当事者による訴訟終了宣言について」本誌五五巻七号一頁以下（一九八二年）〔**一当事者**〕
⑤「訴訟終了宣言に関する判例（BGH, Urteil v.8.12.1981, NJW 1982, 767; BGH Beschluß v.8.12.1981, NJW 1982, 768）の解説」判例タイムズ四九七号六八頁以下（一九八三年）〔**ドイツ判例**〕
⑥「訴訟終了宣言と訴訟係属」本誌六一巻一〇号一頁以下（一九八八年）〔**訴訟係属**〕
⑦「判例研究（最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁）」本誌六四巻六号一四一頁以下（一九九一年）〔**判研**〕
⑧「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）〔**近時**〕
⑨「ドイツ民事訴訟法九一条aの翻訳について」教養論叢九六号一頁以下（一九九四年）〔**翻訳**〕
⑩「訴訟終了宣言の日本における立法化について」中野貞一郎＝石川明編『民事手続法の改革―ゲルハルト・リュケ教授退官記念―』七八頁以下（信山社、一九九五年）〔**立法**〕
⑪「訴訟終了宣言と我が国の判例」本誌六九巻二号八三頁以下（一九九六年）〔**判例**〕
⑫「オーストリア民訴法とスイス民訴法における訴訟終了宣言について」鈴木重勝＝櫻井孝一＝中村雅麿編『民事訴訟法学の新たな展開』中村英郎教授古稀祝賀記念論文集上巻六三九頁以下（成文堂、一九九六年）〔**ドイツ法系**〕
⑬「民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言（一）（二）（三・完）」本誌七二巻八号一頁以下、九号一九頁以下、一〇号二九頁以下（一九九九年）〔**沿革**〕
⑭「二〇〇一年行政事件訴訟法草案と訴訟終了宣言」本誌七四巻一一号一頁以下（二〇〇一年）〔**行訴法**〕＊この草案は公のものではなく、木村弘之亮教授の私案であり、拙稿は草案一六〇条二項を批判的に分析したもの。

（1）『民事訴訟法の争点』（ジュリスト増刊）において訴訟終了宣言に関しては、次のような論稿が発表された。坂原・3のH争点一六六頁以下（一九七九年）、石渡・3のG三一四頁以下（一九八八年）、荒木・3のG二六四頁以下（一九九八年）。なお石渡教授、荒木教授とも日本における訴訟終了宣言の制度については消極的であり、私見に対しても批判的である。

（2）訴訟終了宣言について、私は今までに数多くの論稿を発表してきた。それらについては、3のHに、発表順にまとめてある。これと、前注(1)の各論稿で挙げられた参考文献とを対比すれば、訴訟終了宣言に関する日本の文献の状況について、本文において述べたことが正しいことが分かる。

（3）最近のドイツにおける民訴法の改正の経緯や個々の内容等については、既に日本でも少なからず論稿が紹介されている。私の入手した日本語の文献については、3のFにまとめてある。これらの中では勅使川論文が非常に詳細であるが、訴訟終了宣言の改正については報じていない。これは勅使川論文が不十分であるということではない。ドイツでも同様な状況であり、改正の内容を報じる文献で、訴訟終了宣言に関する改正について言及しているものは少ない。要するに今回のドイツにおける民訴法の改正は大規模なものであったが、訴訟終了宣言に関する条文の改正は、今回の改正法のメインではなくマイナーな問題であったということである。

（4）ドイツ民訴法二六九条三項二段は今回の改正に関係なく、「訴え取下げの場合、訴訟費用は原告が負担する」旨を規定している。これは訴訟費用の負担者を決める原則としてドイツ民訴法はローマ法の結果責任説を採用し、それを純粋に貫いたからである（坂原・3のH生成三号六一頁以下、立法八三頁以下参照）。しかし、そのために不都合な結果が生じることがある。例えば、被告が弁済したために、原告が訴えを取り下げた場合である。この場合でもこの規定によって、訴訟費用は原告が負担することになるからである。この不都合な結果を回避するために訴訟終了宣言の制度が創設され（坂原・3のH近時六九頁以下）、ドイツ民訴法九一条aの誕生に至った（坂原・3のH生成二号五三頁以下）。このように訴訟終了宣言の制度はローマ法に起源があるような普遍的な制度ではなく、二〇世紀になってドイツ民訴法において生成された制度である。なお後注(13)参照。

ところで制度生成の背後に、ドイツでは弁護士費用が訴訟費用に含まれるため訴訟費用の負担の問題は疎かにできないという事情があることを看過してはならない。日本では弁護士費用を訴訟費用に算入していないので、訴訟費用の裁判は現在ではそれほど切実な問題になっていないが、司法制度の改革の一環として訴訟費用敗訴者負担の原則が強化されたり、弁護士費用が訴訟費用に算入されるようなことになると、訴訟費用の問題は本案の問題と同様に当事者にとっては重要な問題になり、訴訟費用の裁判といえども疎かにできなくなる（坂原・3の掲H訴訟係属一頁以下）。

なおドイツ行政裁判所法一六一条二項はドイツ民訴法九一条aを継受しているが（坂原・3のH行訴法六頁、二四頁）、ドイツでは訴訟終了宣言の制度はこのように他の訴訟法や手続法においても広く利用されている（坂原・3のH生成二号六二頁以下）。オーストリアやスイスにおいても近年、訴訟終了宣言の制度は注目されている（坂原・3のH生成三号九六頁以下、ドイツ法系六三九頁以下、行訴法四二頁注27）。

(5) もっともドイツでは民訴法二六九条三項三段と訴訟終了宣言の関係については、現時点では一般には注目されていない。単に技術的な改正と考えられているようである。例えば、二〇〇二年一〇月二日に慶應義塾大学民事訴訟法研究会において、ボルク（ラインハルト）教授は「二〇〇二年の民事訴訟法改正」というテーマで講演された（通訳は三上威彦教授）。ボルク教授は訴え取下げの改正について述べ、本稿が取り上げる民訴法二六九条三項三段についても説明された。講演とその後の質疑応答を聴いて感じたことは、教授は従来の懸案事項を立法によって解決したという認識であり、単純に手続的な問題として把握しておられるということであった。したがって、訴訟終了宣言の制度に対する影響という問題設定に対しては消極的であったように思う。しかし。前注(3)でも述べたように、これは訴訟終了宣言の問題が改正のメインテーマではなかったことに起因していると思う。すなわち民訴法二六九条三項三段と訴訟終了宣言の関係という問題設定に対して消極的な評価を下しているのではないように思う。というのは四で報告するように、この問題についてメインテーマとする論稿が発表されているからである。この問題は、ドイツではこれから本格的に議論されるようになるであろう。

(6) 日本民訴法七三条と六二条の沿革の概要については、坂原・3のH生成二号三〇頁以下で述べたことがある。詳細については七三条に関しては坂原・3のH沿革八号一五頁以下、六二条に関しては沿革一〇号三〇頁以下でそれぞれ論じている。日本ではこれらの立法に際して、ドイツの議論を無視したわけではないが、審議に十分な時間をかけるだけの余裕がなかった。その結果、日本では議論を裁判官の裁量ということで棚上げしてしまった（坂原・3のH沿革一〇号三五頁以下）。この点に関して問題提起されることもなく棚上げで済んだのは、日本では原則として訴訟費用に弁護士費用が含まれないから、当事者は訴訟費用の問題に無関心であるという事情があった。遠藤教授が指摘されたように、訴訟費用に関する改正が「現実味をもって語られる現況」では、訴訟終了宣言は単に異国の制度の問題として認識するだけでは済まされない状況にある。

なお日本において訴訟終了宣言を肯定する場合、日本民訴法七三条との関係が問題になる。訴えの取下げと訴訟終了宣言の制度とはそれぞれ機能を分担するとして考え、七三条が担当していない隙間を明らかにして、それを補完するものとして訴訟終了宣言の制度を位置付けるべきであろう。七三条と訴訟終了宣言の関係については、坂原・3のH沿革一〇号七〇頁以下参照。

ところで日本法の場合、訴訟費用の負担者を決める原則である結果責任説の例外規定を抽象化した点で、例外を個別具体的に規定しているドイツ法と異なるが（坂原・3のH判例一〇三頁以下）、結果責任説に立つ以上は理論的にはドイツ法の方が正しい（坂原・3のH訴訟係属二二頁以下、生成二号四五頁以下、立法八三頁以下）。もっとも日本の場合は前述のように議論を棚上げしてしまったから、ドイツ法と対峙する立場と考えるべきではないのかもしれない。

(7) 学説の状況と通説の内容については、注(1)で述べた『民事訴訟法の争点』の「訴訟終了宣言」の項目にまとめられている。すなわち、坂原・3のH争点一六六頁以下、石渡・3のG三一四頁以下、荒木・3のG二六四頁以下である。

二　ドイツ民事訴訟法第九一条aの改正について

九一条aは訴訟終了宣言について規定している唯一の条文であり、双方的訴訟終了宣言について規定している。[8] 換言すれば、ドイツ民訴法は一方的訴訟終了宣言についての規定を有していないということである。[9] そのため一方的訴訟終了宣言については法の欠缺ともいえる状態であり、昔から一方的訴訟終了宣言についての立法が求められていた。[10] しかしながら今回の改正法は、それに応えるものではなかった。今回の改正は他の制度の改正に伴う調整にとどまり、訴訟終了宣言の制度自体の改正ではない。したがって、今回の九一条aの改正はかなりの文言が改正されたが、主に手続的・技術的なことで、訴訟終了宣言の制度にそれほど大きな影響を与えるものでは

ないと思う。重要なのはむしろ、次の三で述べる二六九条三項三段の改正である。

さて以下で九一条aの改正の内容について、1従来の規定、2改正点、3新規定（現行法）、4改正理由（立法理由）の順に報告する。2の改正点は私が作成したものであるが、それ以外は改正新旧規定対照一覧表（Oberheim, S.42; Das neu ZPR, S.70; Kroiß, S.144）や、立法関係資料の中から九一条aに関するものを選び出して（ZPO-Reform, S.157; Rimmelspacher, S.133）、翻訳したものである。条文の日本語への翻訳については、従来公表されている種々な訳を参考にして翻訳した。[11] もっとも、若干の語句に関しては従来の訳と違いがあるものの、特にそれに意味があるということではない。なおローマ数字は項、丸中数字は段を示す。また従来の規定と新規定（現行法）において、ゴシックで表示した部分が今回の改正点である。

ところでリンメルスパッハーの資料集には連邦議会の法務委員会での決定内容（これが改正法になった）と、当初の草案との対照表が掲載されている（Rimmelspacher, S.3ff.）。それによれば当初の草案の個々の条文が、法務委員会においてどのように修正されたのかが具体的に容易に分かる。九一条aは修正されることなく、原案がそのまま承認された（Rimmelspacher, S.7）。また改正理由とは別に、改正点や改正理由を説明したものもある（ZPO-Reform 2002 [Schwartze], S.15; MünchKomm [Lindacher], S.30f; Kroiß, S.116）。

1　従来の規定（旧ドイツ民事訴訟法第九一条a）

I　①両当事者が口頭弁論において又は書面の提出により若しくは事務課の調書に記載することにより、本案の訴訟が終了した旨を宣言したときは、裁判所は訴訟費用について、従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量により決定で裁判をする。**②この裁判は口頭弁論を経ないですることができる。**

II　①この裁判に対しては即時抗告をすることができる。②抗告について裁判する前に相手方を審尋しなければ

ならない。

§91a ZPO a.F.

I ① Haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluß. ② Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen.

II ① Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt. ② Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.

2 改正点

(a) 1（旧法）の一項二段（I②）の「この裁判は口頭弁論を経ないですることができる。Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen.」は削除。

(b) 1（旧法）の二項に新二段（3のII②）として、次のような新規定が置かれる。「本案の価額が第五一一条に規定した額を超えない場合は、この限りではない。Dies gilt nicht, wenn der Streitwert der Hauptsache den in §511 genannten Betrag nicht übersteigt.」

(c) 1（旧法）の二項二段（II②）は、新二項三段（3のII③）とする。

3 現行法の内容（ドイツ民事訴訟法第九一条a）

I 両当事者が口頭弁論において又は書面の提出により若しくは事務課の調書に記載することにより、本案の訴

訟が終了した旨を宣言したときは、裁判所は訴訟費用について、従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量により決定で裁判をする。

II ①この裁判に対しては即時抗告をすることができる。②**本案の価額が第五一一条に規定した額を超えない場合は、この限りではない。**③抗告について裁判する前に相手方を審尋しなければならない。

§ 91a ZPO n.F.

I Haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluß.

II ① Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. ② Dies gilt nicht, wenn der Streitwert der Hauptsache den in § 511 genannten Betrag nicht übersteigt. ③ Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.

4 改正理由（［ ］は筆者の加筆）

(a) 第一項の改正について

改正案は、判決でない裁判の場合の任意的口頭弁論について、草案第一二四条第四項において新たな一般的な規定を置くという変更を行った。これに伴い第九一条a第一項第二段の規定、すなわち、本案が終了した場合の訴訟費用の裁判は、口頭弁論を経ないですることができるという規定を削除をした。

(b) 第二項の改正について

この改正は、「民事裁判手続並びに非訟事件手続の簡素化についての法律」の改正案の第一条第三号における提案を採用した。

訴訟が両当事者の訴訟終了宣言によって本案において終了した場合、裁判所はもはや訴訟費用についてだけ裁判しなければならない。終了宣言がなされると本案についての争いは終了し、もはや本案については争うことはできなくなるから、従来第九一条a第二項は「訴訟費用の裁判は［本案に付帯する裁判ではあるが、上訴が許されるのに］相当な付帯裁判として、即時抗告によって争うことができる」旨を規定していた。この抗告が適法であるために第五六七条第二項前段が規定する抗告の対象の価額のほかに、控訴対象の価額をも充足しなければならないか否かについては、現在法律は明確には規定していない。判例の一部は集中審理原理を適用して、この問題を肯定している。

第九一条a第二項第一段の改正によって、この判例は法律上の根拠を明白に有することになった。訴訟費用の裁判に対する抗告は、これによれば本案の価額が裁判の時点において草案第五一一条の控訴の対象の新価額（六〇〇ユーロ）を超える場合にのみ、許されるということである。

（8）双方的訴訟終了宣言については、坂原・両当事者三三九頁以下参照。
（9）一方的訴訟終了宣言については、坂原・一当事者一頁以下参照。
（10）ドイツにおける立法論の状況については、坂原・訴訟係属一七頁以下、同・立法八八頁以下参照。
（11）ドイツ民訴法九一条aについての従前の訳については、坂原・翻訳七頁以下で論じている（なお坂原・行訴法四〇頁注18参照）。

三　ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段の改正について

二六九条三項三段は後に述べるように、訴訟係属前に訴訟終了原因が発生した場合、原告は訴えの取下げによって手続を終了させることができることと、従前の訴訟費用の負担は裁判所が裁量によって決める旨を規定している。この規定は旧法の規定の修正というものではなく、この度の改正法によって新設された規定である。[12] このようなことから、この規定（二六九条三項三段）を以下では単に新規定と表示することとする。

さて新規定は日本で訴訟終了宣言を議論する場合に重要な規定であると考えるので、本稿の中心に置いて考察するが（四・五）、新規定に注目する理由は次の通りである。

第一に、新規定の時間的な制約を定めた要件を無視すれば、新規定は日本民訴法が規定する方法と近似するからである。訴えの取下げと裁判所の裁量による訴訟費用の裁判という新規定の訴訟の終了方法は、日本民訴法が規定する方法と近似している。その結果、新規定をめぐるドイツの議論は、日本法においても直接的に役立つと思う。

第二に、新規定も訴訟終了宣言の制度も、制度目的は同じであると考えられるからである。両者とも訴訟の終了事由発生に伴う訴訟の終了方法と訴訟費用の負担の裁判手続を規定しているものであり、合理的な訴訟の終了と妥当な訴訟費用の裁判を目指すという点では、目的は同じであると考えられる。そこで新規定と訴訟終了宣言との関係についてドイツにおける議論を参考に両者の異同を考察すれば、訴訟終了宣言の機能や問題点が浮かび上がってくる。[13] それによって訴えの取下げと訴訟終了宣言との相互の関係も明らかになり、両者の代替性や補完性、両者の機能の分担を考えることができる。このような考察は訴えの取下げの規定しか有していない日本法においては、日本法の問題状況を認識するために有益である。

第三に、新規定が訴訟終了宣言と並存されてドイツで設けられたからである。新規定と訴訟終了宣言は既述のように同じ目的を有するものであるが、それが並存するということは、日本において訴訟終了宣言を論じる場合に、訴えの取下げか訴訟終了宣言かという二者択一的に問題を設定すべきではないことを示唆している。すなわち日本でも訴えの取下げとは別に訴訟終了宣言が必要ではないかと思う。このことは、日本の状況における訴えの取下げと訴訟終了宣言の関係は、新規定をめぐるドイツの議論を参考に考察されなければならないということを意味する。この問題は五において考察することとし、ここではこのような問題点を指摘するにとどめる。

第四に、新規定が取り扱う問題は、訴訟終了宣言論の中で従来議論されてきたからである。すなわち訴訟終了宣言においては、訴訟係属の発生前に訴訟終了宣言ができるかという問題が大いに議論されたからである。[14] 訴訟の終了を宣言するためには、理論的には事件が訴訟中であることが必要である。訴訟中とは一般に訴訟係属中のことをいい、訴訟係属が発生していなければ訴訟は成立しておらず、したがって論理的には訴訟の終了は考えられないからである。[15] しかし、訴訟係属前でも訴状が裁判所に提出されれば、そのための訴訟費用は発生するから、その訴訟費用は誰が負担するのかという問題は訴訟係属前であっても存在する。特に訴訟係属発生前に訴訟する必要がなくなったならば、残務整理として訴訟費用の問題は早急に解決されなければならない。しかも、訴え提起を誘発した原因が被告にある場合、訴えの取下げという理由だけで、原告が一方的に負担するということでは妥当性を欠く。このような状況は訴訟係属後の訴訟終了宣言が処理する問題と全く同じである。要するに、訴訟係属発生前の訴訟終了宣言の問題は理論的には訴訟終了宣言が担当すべき問題ではないが、問題状況は訴訟終了宣言が担当する事例と同じであり、このような場合はどのように処理すべきかということである。理論を優先させるべきか、それとも結果の妥当性を追求すべきかで、判例・学説において種々な解答が主張されていて、実際の運用をめぐって正に混沌とした状態であった。[16] そこで実務では立法による解決を期待していた。[17]

新規定はこれに応えるもので、訴訟終了宣言ではなく訴えの取下げとして位置付け、訴訟費用の負担については裁判所の裁量によって処理するというものである。訴訟終了宣言による解決を否定したが、裁量による裁判は双方的訴訟終了宣言を規定している九一条aの方法を借用したものである。いわば訴えの取下げと双方的訴訟終了宣言を合体させたようなものである。この規定の有する問題点については、四においてドイツの議論を紹介しながら考えることにする。そして日本法上の意味については、五で述べることとする。

以下では二六九条三項三段の改正の内容について、二の例に倣い、1従来の規定、2改正点、3新規定（現行法）、4改正理由（立法理由）の順に報告する。2の改正点は私が作成したものであるが、それ以外は改正新旧規定対照一覧表（Oberheim, S.74f; Das neu ZPR, S.144f; Kroiß, S.156f.）や、立法関係資料の中から新規定に関するものを選び出して（ZPO-Reform, S.248f; Rimmelspacher, S.145f.）、翻訳したものである。条文の日本語への翻訳については、従来公表されている種々な訳を参考にして翻訳した。[18] もっとも、若干の語句に関しては従来の訳と違いがあるものの、特にそれに意味があるということではない。なおローマ数字は項、丸中数字は段を示す。また従来の規定と新規定（現行法）において、ゴシックで表示した部分が今回の改正点である。

ところでリンメルスパッハーの資料集には連邦議会の法務委員会での決定内容（これが改正法になった）と、当初の草案との対照表が掲載されている（Rimmelspacher, S.3ff.）。それによれば当初の草案の個々の条文が、法務委員会においてどのように修正されたのかが具体的に容易に分かる。新規定は修正されることなく、原案がそのまま承認された（Rimmelspacher, S.15f.）。また改正理由とは別に、改正点や改正理由を説明したものもある（ZPO-Reform 2002 [Engers], S.52f; MünchKomm [G. Lüke], S.154; kroiß, S.120f.）。

1　従来の規定（旧ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項）

Ⅲ ①訴えの取下げにより、訴訟は係属しなかったものとみなし、既に下されたが未だ確定していない判決は、明示的な取消しを必要とすることなくその効力を失う。②原告は、訴訟費用につき判決が既に確定していないか、あるいは被告が負担すべきであるとされていない限り、訴訟費用を負担する義務を負う。③申立てにより第一段及び第二段に規定されている効果は、決定をもって告知しなければならない。④この決定は口頭弁論を経ないですることができる。⑤決定に対しては即時抗告をすることができる。

§ 269 Abs.3 S.3 ZPO a.F.

Ⅲ ① Wird die Klage zurückgenommen, so ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen; ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf. ② Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist oder sie dem Beklagten aufzuerlegen sind. ③ Auf Antrag sind die in Satz 1 und 2 bezeichneten Wirkungen durch Beschluss auszusprechen. ④ Der Beschluss bedarf keiner mündlichen Verhandlung. ⑤ Er unterliegt der sofortigen Beschwerde.

2 改正点

(a) 1（旧法）の二段（②）の「被告が dem Beklagten」の後に、「他の理由により aus einem anderen Grund」が挿入されて、3（新法）の二段（②）になる。

(b) 1（旧法）の二段（②）の後に、3（新法）の三段（③）として、次のような新規定が置かれる。「訴えを提起する原因が訴訟係属前に消滅し、その結果訴えが遅滞なく取り下げられた場合、訴訟費用の負担義務は従来の事実状態及び訴訟状態を考慮して公平な裁量によって決められる。Ist der Anlass zur Einreichung der Klage

vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Klage daraufhin unverzüglich zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen.」

(c) 1（旧法）の三段（③）の「申立てにより第一段及び第二段に規定されている効果は、決定をもって告知しなければならない。Auf Antrag sind die in Satz 1 und 2 bezeichneten Wirkungen durch Beschluss auszusprechen.」は削除。これに相当する規定は、新法二六九条四項である。すなわち新法四項は、旧法三項三段（1のⅢ③）の規定を表現を変えて引き継いでいて、実質的な内容は変わっていないように思う。

(d) 1（旧法）の四段（④）の「この決定は口頭弁論を経ないですることができる。Der Beschluss bedarf keiner mündlichen Verhandlung.」は削除。新法一二八条四項に一般的な規定が置かれたためである。

(e) 1（旧法）の五段（⑤）の「決定に対しては即時抗告をすることができる。Er unterliegt der sofortigen Beschwerde.」は削除。これに相当する規定は新法二六九条五項である。新法五項は今回の控訴手続の改正に合わせて、規定が詳細である。

3　現行法の内容（ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項）

Ⅲ　①訴えの取下げにより、訴訟は係属しなかったものとみなし、既に下されたが未だ確定していない判決は、明示的な取消しを必要とすることなくその効力を失う。②原告は、訴訟費用につき判決が既に確定していないか、あるいは被告が他の理由により負担すべきであるとされていない限り、訴訟費用を負担する義務を負う。③訴えを提起する原因が訴訟係属前に消滅し、その結果訴えが遅滞なく取り下げられた場合、訴訟費用の負担義務は従来の事実状態及び訴訟状態を考慮して公平な裁量によって決められる。

§ 269 Abs.3 S.3 ZPO n.F.

III ① Wird die Klage zurückgenommen, so ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen; ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf. ② Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist oder sie dem Beklagten aus einem anderen Grund aufzuerlegen sind. ③ Ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Klage daraufhin unverzüglich zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen.

4　**改正理由**（文中のゴシックは原文に基づく。［　］は筆者の加筆）

第三項は訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担義務について、一部を新たに規定する。**第一段**は文字通りそのまま、**第二段**は実質的に、それぞれ今までの第二六九条第三項第一段第二段に相当する。草案第三項第二段によれば、原告は――従来と同様に――訴え取下げの効果として、訴訟費用についての判断に既判力が生じていない場合、または被告に訴訟費用を負担する義務が課せられている場合を除いて、訴訟費用を負担しなければならない。一九九八年四月八日の官報第一部六六六頁の未成年の子供の養育の統一化のための法律（子供養育法［Kind-UG］）の第三条によって、既に被告の負担とする訴訟費用の裁判が可能であるという例外が認められるようになった後で、草案第二段は次のような場合、原告に訴訟費用の負担を課すことができないことを明らかにしている。それは判例によって従来から既に認められた例外事例の一つが存在する場合であり、例えば被告が裁判外の和解で訴訟費用を負担する義務を負っている場合、被告が予め訴訟費用の賠償を有効に放棄した場合、または原告が

有効な訴え取下げがなされなかったと正当にも主張する場合である（これについてはThomas/Putzo, ZPO, 22. Aufl., § 269 Rn.15 ; Zöller/Greger, ZPO, 21.Aufl., § 269 Rn.18a）。

第三段は、訴訟係属前という従来判例によって例外的な要件として認められていない状態において訴えの原因が消滅した場合、その訴訟費用の賠償という従来法律が明確には把握していない事例を規定している。これは双方的訴訟終了宣言の場合の利益状況と実質的に近接しているので、この場合の訴訟費用の賠償［について］は第九一条aの法律効果と一致させる。

現行法によれば、訴えを取り下げた原告は、被告が訴えを誘発し、原告がこの訴え提起の原因がなくなった後に直ちに取下げを表明した場合でも、実体的な訴訟費用賠償請求権があるにもかかわらず、訴訟費用を負担することが法律によって義務付けられている。確かに原告は現行法によれば、訴訟の終了を宣言することができる。しかし、事実状態及び訴訟状態を考慮して公平な裁量によって訴訟費用の分担を決めることを可能にする第九一条aによる裁判は、被告が同様に訴訟終了宣言を表明した場合にのみ行うことができる。被告が［原告の］訴訟終了宣言に同意しなかった場合、［一方的訴訟終了宣言であり、それを一方的訴訟終了宣言について判例・通説によって訴えの変更と解するならば（訴えの変更説）］、確かに適法に変更された訴えは判例によれば理由不備であり、それを根拠に原告は［敗訴の当事者が訴訟費用を負担する旨を規定する］第九一条によって訴訟費用を負担しなければならない。なぜならば最上級審の判例と通説によれば、本案の終了の確認を求める訴えの変更は、当初から適法で理由を具備していた訴えが、訴訟係属後に生じた事実によって不適法あるいは理由不備になった場合にのみ奏功するからである。特に、訴え提起の原因が――例えば、訴求された金額が支払われたことによって――訴状の提出と訴状の送達との間、したがって訴訟係属前に消滅した場合には、そうはならない（BGHZ 83 S.12, 14 m.w.N.; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 21.Aufl., § 91a, Rn.11 m.w.N）。原告は、被告の訴訟費用の負担義務の

確認を求めることに申立てを変えることによっても、このような結果を回避することは現状ではできない。なぜならば訴訟費用の損害額を計算することが可能であるから、この場合に［確認の訴えに即時確定の利益が必要であることを規定する］第二五六条の確認の利益が［単に被告の訴訟費用の負担義務の確認を求めることに］、認められるかは疑問であるからである。損害額の計算は実務によって複雑なものとみなされているので、通例は訴えの取下げがなされ、そして原告は――例えば遅滞を原因として――実体的な訴訟費用賠償請求権が生じる場合、それらについて個々の訴訟追行に頼らざるをえない。これは訴訟経済の理由から満足できるものではない。

第三項第三段における新しい規定は、新たな手続を必要とすることなしに、実体法上の訴訟費用償還請求権を考慮することを可能にする。訴訟係属前に訴えを提起するための原因が消滅し、原告がそれによって遅滞なく訴えを取り下げた場合は、原告は従来の自動的に訴訟費用の分担が決まる方法を使用しないことができる。なお訴訟費用の負担義務は事実状態及び訴訟状態を考慮して公平な裁量によって決まる。申立てに基づいてこれら［第三項によって生じる効果］については、裁判所が裁判する（草案第四項を参照）。

(12) 後の改正点で述べていることであるが、二六九条三項三段は新設された規定ではあるが、新設に際して三段が新たに設けられたものではない。旧法にも三段はあったが、全く別の内容の規定であった。今後、ドイツの文献、判例において二六九条三項三段を見た場合、それは旧法の規定なのか、それとも新法の規定なのかに注意する必要がある。もっとも内容が全く異なるので、間違うことはないかもしれない。なお旧二六九条三項三段は修正・整序されて、新法の二六九条四項に移行した。すなわち、改正法によって消滅していない。

(13) 訴えの取下げと訴訟終了宣言とは、注(4)で述べたように、密接な関係がある。ドイツでは訴えの取下げの場合の訴訟費用は原告が負担するという規定（二六九条三項二段）があるため、この規定の適用を回避するために、訴えの取下げとは別に訴訟終了宣言の制度が創設された。すなわち、ドイツ民訴法は訴訟の終了を生じさせる既存の当事

者の訴訟行為（訴えの取下げ、訴訟上の和解、請求の放棄・認諾）とは別に、原告が敗訴判決を受けたり訴訟費用を負担することのないような新たな当事者の訴訟行為による訴訟終了制度を創設した。これが訴訟終了宣言の制度である。

このような制度創設の経緯から明らかなことは、訴訟終了宣言は訴えの取下げの場合に、訴訟費用は原告が負担するという原則を堅持することを前提にして創設された制度であるということである。それではなぜドイツ民訴法はこの原則に対する例外規定を設け、それによって被告に訴訟費用を負担させるという日本法のような方法を採らなかったのかという疑問が生じる。それはドイツでは、訴訟費用負担者を決める原則である結果責任説を重視したからである。結果責任説によれば結果が重要であり、結果に至る過程は考慮しないから、例えば、被告の弁済による原告の訴えの取下げのような場合でも、例外として扱うのはこの原理に反すると考えるからである。そのようなことから、一九七七年の民事訴訟法委員会報告書は、この原則を今後とも堅持すべきであると述べている（坂原・訴訟係属二一頁以下）。もちろん、ドイツ民訴法に例外規定が全くないということではない。存在しないのは日本民訴法六二条のような抽象的・一般的な例外規定である。個別具体的に（追加的に）規定されている例外規定は少なくない（例えば、ドイツ民訴法九三条a以下参照）。これは結果責任説を考慮して、具体的で明確な基準によって処理できるように配慮して、裁量的な判断を極力排しているからである。

ところが新規定は、一定の要件のもとで訴えの取下げにおける原告負担の原則を放棄している。これは従来の結果責任説の堅持の流れからすると異質なものであり、限定的とはいえ訴訟終了宣言の制度を利用することなく、訴えの取下げによっても被告に訴訟費用を負担させることができることを提示したことに他ならない。かくして新規定の導入によって、新規定と従来の原則とをいかに矛盾なく説明するかという新たな問題が浮上すると同時に、結果責任説の当否や訴訟終了宣言の存在意義が問われることになった。

(14) これはドイツ民訴法では、一般に「訴訟係属前の一方的訴訟終了宣言」というテーマのもとで議論されてきた問題である。問題自体は「民訴法の基本的な解決困難な問題（die Standardprobleme）」といわれていた（Timme, S.224）。この問題について論じている日本語の論文は、坂原・訴訟係属一頁以下である。この論文は一九八八年に発表したものであるが、引用文献が古いにしても、問題状況や構造に大きな変化がないので、今回の新法の施行直前

（二〇〇一年一二月三一日）まではそのまま通用すると思っている。

なお「訴訟係属前と双方的訴訟終了宣言」という問題が設定されていないのは、双方的訴訟終了宣言の場合は両当事者の一致した終了宣言が要件であり、そのことから双方的訴訟終了宣言は処分権主義に基づくと一般に解されているからである。すなわち、裁判所は当事者の主張に拘束されて、当事者が主張した事実の真偽を審判することはできないから、訴訟終了の事実の有無は問題にならず、したがって終了事実の発生時点も時間的な制約を受けないと考えられているからである。

(15) 訴訟係属前の一方的訴訟終了宣言を否定する見解が強調する点である。ボニファシオはこのような見解を通説と評しているが、注の中では連邦通常裁判所の一九八二年一月一五日判決（BGHZ 83, 12＝NJW 1982, 1598＝MDR 1982, 657＝JZ 1982, 336）のみを挙げているだけである（Bonifacio, S.499, Fn.3）。この判例については坂原・訴訟係属一四頁以下が詳細に紹介している。

なおボニファシオは、新法はこの判例に単に依存しただけであり、そのような姿勢が問題であるとして、問題点を具体的に指摘する（Bonifacio, S.499）。

(16) 新法以前の判例・学説の状況については、それぞれの論稿が略述している（Bonifacio, S.499; Elzer, S, 2006; Schneider, 509; Timme, S.224f.）。なお坂原・訴訟係属一頁以下は発表当時（一九八八年）のドイツの判例理論、法改正の動き、学説の状況を詳細に報じている。この論文の今日的な意味については注(14)で述べたが、今回の新法の施行直前（二〇〇一年一二月三一日）まではそのまま通用すると思っている。

(17) エルツァーは、今回の立法は一九七七年の民事訴訟法委員会報告書（Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht Bonn 1977, S.306）の提案に倣ったと述べている（Elzer, S.2006, Fn 8.）。なおこの一九七七年の民事訴訟法委員会報告書の中の訴訟費用に関係する部分、特に訴訟係属前の訴求債権の満足については、以前に詳細に報告したことがある（坂原・訴訟係属二一頁以下）。

(18) 参考にした翻訳は、斎藤常三郎＝中田淳一『独逸民事訴訟法〔I〕』（＝現代外国法典叢書10）三九七頁以下（斎藤訳）と六七三頁以下（中田訳）（有斐閣、一九五五年、復刊版）（原典の旧字体を新字体に修正して表記）、法務大臣官房司法法制調査部編（石川明＝三上威彦訳）『ドイツ民事訴訟法典―一九九一年一一月一〇日現在―』（＝法務資

料四五〇号）八二頁以下（法曹会、一九九三年）、『各国民事訴訟法参照条文』（日本立法資料全集別巻34）四〇〇頁〔高田裕成〕（信山社、一九九五年）である。もっとも斎藤訳も中田訳も二六九条ではなく、その前身である二七一条の翻訳である。なおある文言について、斎藤訳は「訴訟費用ニ関シテ既ニ確定ノ言渡ノ存セザル限リ」（三九八頁）であり、石川＝三上訳では「訴訟費用につき既に確定判決が下されていない限りにおいて」（八三頁）となっている。これに対して中田訳は「訴訟ノ費用ハ、之ニ付既ニ確定シタル裁判ナキ限リ」（六七四頁）であり、高田訳も同様な訳である。裁判が確定することを考ると、中田訳や高田訳の方が適切である。

四　ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段に関するドイツでの反応について

二六九条三項三段という条文の内容（三の3）、改正理由（三の4）、訴訟終了宣言との関係や日本における訴訟終了宣言論への影響等（三の冒頭）については、既に述べたところである。そこでこの規定が今後の日本の訴訟終了宣言論にどのような影響を与えるかが考察されなければならないが、それは五で行うこととして、ここでは準備作業として、先ずこの規定が現在ドイツでどのように理解されているかを調べてみようと思う（以下では、三と同様にこの二六九条三項三段を単に新規定と表示する）。

調査の方法であるが、新規定に関しては、本稿の一の参考文献Aに挙げたようにドイツでは既にいくつかの論文が発表されているので、これらを利用してどのような議論がなされているかを調べ、それを私なりに事項別にまとめてみた。[19] なお体系書や注釈書においても新規定の問題点を詳しく指摘するものがあるが、それは珍しいことである。多くは新規定ということもあって単に条文の文言をそのまま繰り返した程度の説明で済ませていて、本稿にはあまり参考にならなかった。[20]

調査項目の中で特に重視したのは、新規定と訴訟終了宣言の制度との関係についての見解である。なぜならば

日本法は訴えの取下げの規定しか有していないから、日本ではそれだけで十分なのか否かが正に問題になっているからである。その解答には三の冒頭で第三の理由として指摘したことではあるが、ドイツの新規定をめぐる議論が大いに参考になる。さらにいえば、ドイツの議論は大きな示唆を与えてくれるだけでなく、日本の議論にそのまま通用することが少なくないように思う。

1　理論的な問題

(a)　訴えの取下げと訴訟係属との関係

訴えの取下げとは訴訟係属の発生を前提にすると考えるならば、新規定は訴訟係属発生前の訴えの取下げを認めることになるから、新規定と訴えの取下げとの関係が問題になる。すなわち、訴訟係属発生前の訴えの取下げは正確には訴えの取下げではなく、訴えの取下げに類似したものではないかということである。[21] この点を問題とする判例が報告されているが、[22] 問題にしないとの見解が有力である。議論する実益はないし、そもそも理論的な要請を越えた問題であると解するからである（MünchKomm［G.Lüke］, § 269 Rdnr.4 = S.154）。もっともこの問題について立法者は十分に考えていなかったようであり、必ずしも明確ではない（Hartmann, S.2585）。今後は訴えの取下げについて、新たな概念構成が必要かもしれない（Baumbach/Lauterbach［Hartmann］, § 269 Rdnr.39 = S.992）。このような理論的な問題があるにしても、実務は問題解決のための処理方法が法律によって明定されたとして、新規定を歓迎している（Hartmann, S.2585; Musielak, Komm［Wolst］, § 91a Rdnr.38 = S.283）。

このような議論から見えてくることは、新規定の訴えの取下げは訴えの取下げに準じたものと考えるか、それとも訴えの取下げの概念を変えるかという問題である。これは、いわゆる法的性質論の問題である。すなわち説明の仕方の優劣を競う問題であり、結論が左右されることではないように思う。

(b) 体系的な位置

訴訟係属発生前、すなわち訴状送達前に訴えを提起する原因が消滅した場合、原告はいかに負担を少なくして手続から撤退するかということになる。そのために議論されているのが、訴訟係属発生前における訴訟終了宣言の問題であった。この問題の解決のために今回の立法が取った方法は、訴えの取下げの規定の改正ということであった。これに対して、ボニファシオは鋭く批判する（Bonifacio, S.499f.）。彼の見解は、法律の体系からすれば訴えの取下げではなく、訴状提出から訴状送達の間の訴訟終了宣言の問題であり、その問題に対応するためには、九一条bとして新設すべきではなかったかというものである。従来の議論の経過と新規定の手続が九一条aと類似している点を根拠にする。さらに訴えの取下げにおいて規定することは訴えの取下げと訴訟終了宣言の境界が曖昧になり、実務で混乱すると指摘する。これは、訴訟終了宣言と訴えの取下げとの関係を考慮して立法がなされなかった点に起因し、そもそも今回の改正法が一方的訴訟終了宣言についての規定を設けなかった点が問題であるとする。

2 「遅滞ない訴えの取下げ」という要件

訴えの取下げに際して遅滞ないことが求められているが、このことをシュナイダーは、大要次のように厳しく批判する（Schneider, S.509f.）。この要件は不明確であるし、そもそも遅滞でないことや原告に過失がないことが要件なのかと問題を提起する。もしそうだとすると、これらについて証拠調べが必要になるのではないか。もし必要になると、訴訟経済の観点から公平な裁判で簡易迅速に処理しようとすることと矛盾するのではないか。裁判所が訴えの取下げのための期間を設定するという方法も考えられるが、かような方法は法律に規定されていない。そもそも思慮を欠いた立法であり、削除すべきであるというものである。

次に新規定による訴えの取下げの場合、遅滞のない訴えに限定されるのかは立法資料から明らかではないが、訴えの取下げが遅滞した場合、訴訟費用は誰が負担するのかという問題がある。訴え取下げの場合、訴訟費用は原告負担とする原則に立ち返って原告負担というのでは妥当性を欠く。ではどのような解決がよいかというと、シュナイダーの見解は立法そのものを否定しているから必ずしも明快ではない。実体法上の訴訟費用償還請求権を利用するようである。これに対してエルツァーの見解は明快である（Elzer, S. 2008）。遅滞によって生じた費用のみを原告が負担すべきであって、それ以外は被告が負担すべきであると説いている。この見解は望ましい結論ではあるが、どのように法文を操作して導きだせるのかは明らかではない。

ところで簡単な注釈書であるが、チンメルマンは、遅滞なくとは被告に新たな訴訟費用の負担を生じさせないことであるとして、民法一二一条の場合のように解してはならないと説いている（Zimmermann, § 269 Rdnr.18 = S.487）。これに対してクネリンガーは遅くとも第一回期日であると述べている（Knöringer, S.178）。なおこのような制限的な要件は改正理由書から明らかでなく、いつどのような段階でこのような要件が付加されたのかは明らかでない（ZPO-Reform 2002 [Engers], § 269 Rdnr.11 = S.53）ともいわれている。

3　運用上の問題として公平な裁判に対する危惧

エルツァーは法が規定している裁判手続に対して、次のような危惧を表明している（Elzer, S. 2007）。裁判所が訴訟費用の負担者を決めるに際して、法律的に判断が困難な事例の場合、新規定によれば従来の事実状態及び訴訟状態を考慮してということになるが、それでは簡単な調査で判断されることになる。しかも裁量的な判断となると、判断内容は費用の折半かお互いの費用の相殺ということになりはしないかと。また事実に関して争われた場合、簡単な審理で裁判所は確信を持って判断できるのかと問い、確信が持てないからといって十分な審理を

行うことは、「従来の事実状態及び訴訟状態を考慮して」裁判することにはならない。そうなると十分な審理はできないから、結局のところ訴訟費用の折半かお互いの費用の相殺という安易な判断がなされるのではないか。

さらに彼は終了の有無について当事者間での争いを問題にして、次のように説く。新規定は原告の主張によれば訴訟係属前に終了が生じた事例を想定しているから、当事者間で終了に関して争いがあれば、裁判所は裁量による公平な裁判の前に終了の存否について判断しなければならない。そして裁判所が積極的に終了の事実を確認した場合に、裁判所は原告が希望したところの裁量による公平な裁判をすることができる。となると、終了の確定のために、裁判所は終了の有無について証拠調べをすることになる。終了の事実の有無が訴えの取下げの適法要件となると、新規定は裁判所と当事者にとって本当にメリットがあるのか疑問である。

4　適用する場面の拡張

(a)　訴え提起前への類推適用

訴状提出前に訴えを提起する根拠がなくなった場合に、新規定が適用されるかという問題がある。エルツァーは、この問題について次のように説いている（Elzer, S.2008）。条文の文言からすると適用されそうであるが、立法者は訴状提出から訴状送達の間、いわゆる Änhangigikeit の間だけを考えていたようである。しかし、それ以前においても問題状況は同じであるから、新規定が準用されるべきである。シュナイダーはこの問題は立法者の看過した問題ではあるが、エルツァーに賛成して本条が適用か類推されるべきであると説く（Schneider, S. 510）。そして具体的な事例として、次のような例を挙げる。原告が訴状を裁判所に提出した日に、被告によって問題となっていた金額が原告の銀行口座に入金された場合。被告が、問題となっていた金額を原告の弁護士に連絡せずに原告に送金したため、原告の弁護士は送金を知らないまま訴状を提出した場合。なおフォルステは、立

法目的から訴え提起前に終了事由が発生した場合にも新規定の適用を肯定する（Musielak, Komm［Foerste］, § 269 Rdnr.13 = S.683）。

(b) 訴訟係属後への類推適用

ボニファシオは、訴訟係属後の終了の場合に新規定は準用されるかという問題を提起して、それを肯定する（Bonifacio, S.500）。その根拠は必ずしも明快ではないが、立法者が連邦通常裁判所の判例を考慮しなければならないと思った点にあるとする。また訴訟係属発生後に準用しても、訴えの取下げには二六九条二項一段によって被告の同意が必要になるから、自ずと限界があるとも述べている。シュナイダーも同様に、本規定の訴訟係属発生後への類推適用を肯定する（Schneider, S.510）。そして、口頭弁論前までは訴えの取下げは被告の同意なしに単独でできるが、口頭弁論後は被告の同意が必要であることは当然であると付言する。

しかしながら、このような適用拡張説に対しては、学者は反対である。[23] ムジラークは、訴訟係属後への準用説の根拠である法の欠缺について、そのようなものではないと説く（Musielak, Grund Rn 275, S.172）。その理由として、立法者は単に訴状提出から訴状送達までの間の問題に限定して規定しようとしたものであり、従来の論争に決着を付けるべく周到に実施したものであると述べている。シルケンは、訴えの取下げの場合の訴訟費用負担の原則を考えれば、かような拡張は問題にならないと拡張説を手厳しく批判する（Schilken, S.329 Fn.3; S.333 Fn.24）。

5 別訴としての確認の訴えに対する影響

訴訟係属発生前に被告の行動によって（例えば債務の弁済）、訴えを提起する必要がなくなった場合、もし新規定がなかったとしたならば、訴訟費用の負担を回避するためには原告は訴えを変更して、被告が訴訟費用を負担

する義務がある旨の確認を求める訴えを提起する必要がある。この場合に、なぜ新訴の提起というような新たな負担を原告がしなければならないかというと、訴えの取下げという簡単な方法が利用できないからである。すなわち、新規定がない場合は、訴えの取下げによる訴訟費用の負担者は原告であるとする原則がそのまま適用されるから、原告は訴えの取下げでは訴訟費用の負担を回避することができないのである。

そこで新規定の導入によって訴えの取下げという方法が可能になると、次のような新たな問題が登場する。従来の方法である確認の訴えは今後も認められるのか、より正確にいえば、新規定は最も適切な方法であるとしてもはや確認の利益は認められないのかという問題である。新規定による方法が従前の確認の訴えによる方法を完全にカバーするものであれば、確認の利益はないということになる。つまり新規定に基づく裁量による裁判で、原告は訴訟費用の負担から完全に解放されるのかということでもある。この問題に対して、エルツァーは次のように答える（Elzer, S.2007）。公平な裁判の結論が比較的確実に予測されるものであるならば、すなわち公平な裁量に従い従前の事実状態及び訴訟状態を考慮することによって、誰が訴訟費用を負担するかが明らかであるならば、原告による確認の訴えは訴訟経済に反し、権利保護の必要性を有しない。これに反して裁判所が困難な法律問題に解答せざるをえない場合、または訴訟結果を予測するためには証拠調べが必要である場合は、原告は訴訟費用のために確認の訴えを続行することが可能でなければならない。これは被告に訴訟費用を負担させるための可能性を原告に与えるだけであって、被告に不当な負担を課すものではない。

このようなエルツァーの区分方法に対して、シュナイダーは反対する（Schneider, S.510）。これでは訴えの取下げの方法が複雑になるというのがその理由である。そしてさらに、複雑な規制は、訴えの取下げの運用においては、エルツァーの期待に反して裁判所の裁量判断に依存することになるとも指摘する。しかし、シュナイダーは確認の訴えを否定するのではなく、むしろ必要であることを強調する。原告は訴えの取下げをしようと思って

いるが、しばしば裁判所の公平な裁判に危惧の念を抱いている場合があることを指摘する。すなわち公平な裁判として、裁判所が訴訟費用を半々にしたり、あるいはお互いの負担した費用を相殺するというように処理する傾向があるから、新規定による処理を望まない意思を表明できる機会や、新規定による処理方法に対抗する手段が原告に与えられなければならない。その方法は種々あるが、それらによって原告は保護されるべき利益を有しているというのである。

クリュッケベルクは、訴訟費用償還請求権の存否の判断に証拠調べが必要な場合は、原告は新規定による裁判では有利な判断を期待できないとし、旧法と同じように訴えの変更によるべきであると説いている（Crückeberg, Rdnr.427 = S.142）。

6　訴訟終了宣言の制度に対する影響

(a)　双方的訴訟終了宣言の場合

新規定が取り扱う問題は、従来は訴訟終了宣言の問題として議論されてきた。またそこでは、訴訟終了宣言の制度を利用して解決すべしとの見解も主張されていた。このような経緯を考えれば、新規定は訴訟終了宣言に対して少なからずの影響を与えるということは容易に想像できる。具体的な影響についてボニファシオは、九一条aが規定する双方的訴訟終了宣言の活動範囲が狭くなると指摘して、次のようにその理由を論じる（Bonifacio, S.500）。彼が理由として挙げるのは、訴えの取下げと双方的訴訟終了宣言とを比べた場合の訴えの取下げの身軽さである。すなわち訴えの取下げは単独の訴訟行為であるが、双方的訴訟終了宣言の場合は被告の同意を必要とする。そこで原告が訴訟費用について裁判所の裁量的な裁判を求める場合に、訴えの取下げを選択するならば被告の同意なしに単独でできるが、双方的訴訟終了宣言の場合は被告の同意を必要とする。被告の同意という要件

が加算されたからといって、双方的訴訟終了宣言の場合に訴えの取下げと違った効果が生じるものではない。そうであるならば、原告はわざわざ双方的訴訟終了宣言を利用することはない。なお被告は棄却判決を得るための権利を有しているが、その権利を保護するために、九一条aは被告の同意を要件としているとする意見が考えられる。しかし新規定によれば、原告は一方的に訴えの取下げによって裁量的な裁判を得られるのであるから、かような被告の棄却申立権は保護されていない。ボニファシオは、このように新規定によって、双方的訴訟終了宣言は将来余計な制度になるとの結論に達する。

(b) 一方的訴訟終了宣言の場合

ボニファシオは、双方的訴訟終了宣言の将来については悲観的であるが、一方的訴訟終了宣言についてはその存在意義を認め、次のように説く（Bonifacio, S.499）。新規定の裁判所による裁量的な裁判では満足できるとは限らないし、いかなる裁量がなされうるか予測できない。場合によっては事実が争われるから、それに対応するとなると、新規定は簡単な手続とはいえない。また新規定の「遅滞ない訴えの取下げ」という要件は曖昧であり、これでは原告が求める効果の発生は不確実になり、新規定によって一方的訴訟終了宣言を代替することはできない。シェルハンマーも次のように同趣旨を説いている。新規定による裁判によって原告が訴訟費用の負担を免れるという保障はない。換言すれば訴訟費用は被告の負担とするとの裁判を請求することはできないし、一方的訴訟終了宣言は実体法上の訴訟費用償還請求権が存在する以上、その実現のためには依然としてよりよい方法である（Schellhammer, Rdnr.407 = S.256）。

ところで一方的に訴訟の終了が表明された場合に、その意思表示の解釈が問題になる。一方的訴訟終了宣言なのか、それとも訴えの取下げなのかということである。フォルコンマーは、表意者の利益という観点で原則として訴えの取下げと解すべきであると説いて、次のような見解を展開させる（Zöller [Vollkommer], § 91a Rdnr.42

= S.360)。新規定によって終了事実の確定は問題にならなくなるし、新規定は双方的訴訟終了宣言の簡素化という意味も有してくるから、一方的訴訟終了宣言と双方的訴訟終了宣言は法的な効果の面で同化するようになる。

(19) 新設条文ということから、ドイツでは現在は問題提起の段階であり、議論をまとめている文献を見ることができなかった。したがって以下の整理は私の理解と見解によるものであり、私の誤読、誤解の可能性を完全に否定することはできない。なおドイツの文献に引用されている論文については、引用されている内容と私見の理解とを比較して私見の理解を検証したが、多くの論文は注に引用されている程度で、そのような検証作業はできなかった。

(20) 多くの体系書や注釈書では、新規定に関して単に条文の文言を説明する程度で済ませていて、問題を深く考察しようとする姿勢が見られない。しかし、それは新規定はあまり重要ではないとか、新規定は問題視することなくそのまま受け入れればよいという態度の表明ではないように思う。今回の法改正は大幅なため、他の重要な改正事項に比べて重要性が低い本問題については、現時点では十分に検討する余裕がないのではないかと思う。

(21) 日本では訴訟係属と訴えの取下げとの関係について訴訟係属発生（訴状送達）前の訴え取下げ書の提出は、訴状の取戻請求との見解が主張されている（兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』八七六頁〔竹下守夫〕（有斐閣、一九八六年）、新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』三三三頁〔梅本吉彦〕（有斐閣、一九九八年）、梅本吉彦『民事訴訟法』九三二頁（信山社、二〇〇二年）等）。これに対して名古屋地決昭和三六年二月一五日下民集一二巻二号二九一頁は、訴えの取下げとして扱った。

(22) W. Lüke, Rn 242 = S.245 は、LG Münster NJW-RR 2002, 1221 を報告している。

(23) 否定説のムジラークはパッサウ大学の教授、シルケンはボン大学の教授である。なお一の3の参考文献一覧のAで紹介したことではあるが、肯定説のボニファシオは区裁判所の裁判官、シュナイダーは弁護士である。

五　ドイツ民事訴訟法の改正と日本の訴訟終了宣言

新しいドイツ民訴法二六九条三項三段（以下では単に新規定と表記する）をめぐるドイツでの議論を概観したが、それによって新規定に関する種々な問題点が浮かび上がってきた。重要なことは、そこから日本法は何を学ぶかということである。そこでそのような観点から議論を整理し、重要な論点を選別し、それについて日本法上の意味を考えてみようと思う。[24] なお論文の著者は概して新法に対して批判的であることは、新法を冷静に観察するために注意しておく必要があるかもしれない。[25]

1　注目すべき論点とそれが示唆するもの

(a)　新規定の適用領域の限定性

四において報告した種々な論点の中から注目すべき論点を挙げるならば、新規定は訴訟係属発生後にも類推されるか否かの問題（4(b)）である。なぜならば、もしこれが肯定されれば、この規定は訴訟係属の発生の前後に関係なく適用されることになり、それは訴えの取下げと訴訟費用の裁判は裁判所の裁量によるという日本法の立場に非常に近似するからである。日本法に近似するということは、次のような効果を招来する。第一に、終了事由の発生による訴訟の終了の問題に関して、ドイツ民訴法は今回の改正で日本民訴法と同じ立場に立ったと言うことが可能になる。第二に、訴えの取下げの制度だけで十分であると強調してきた日本の通説にとって、新規定が有力な味方になる。しかし、このように事態が展開することはないと思う。その理由は、前提となるドイツの学説、すなわち、訴訟係属発生後にも新規定の適用を肯定する説（以下では単に拡張説と表記する）には疑問があり、学説として存在していることは認めるが、その主張を考慮する必要はないと考えるからである。当然、ドイ

ツで多数の支持を得ることはないと思う。以下、拡張説の問題点を述べ、拡張説批判の理由を明らかにする。

第一に、拡張説は新規定の立法経過（三の冒頭の第四の理由）、改正理由（三の4）からすれば、立法者の考えに反する。既に紹介したところであるが（四の4(b)、拡張説は厳しい批判を受けている。それは立法過程における議論を無視したからである。ムジラークの批判は当然であり、シルケンが「肯定説は問題にならない」と酷評したのも当然のように思う。この点だけでも拡張説は致命的であり、将来においても多数説には決してならないと思う。

第二に、拡張説による手続は正当性と妥当性を欠く。拡張説と新規定が手続を借用した九一条aとを比較した場合に、拡張説には正当性と妥当性を根拠づけるものが欠落している。九一条aは簡易な手続による裁量的な裁判手続を規定しているが、それは通常の訴訟手続を適用しないことを意味し、例外的な手続であることを示している。このような手続がなぜ妥当性と正当性を有するかというと、訴訟の終了について両当事者が一致したことを要件としているからである。すなわち、手続が当事者の意思（処分権主義）に基づいて行われるように構成されているからである。[26] したがって、訴訟の終了に争いがない場合は九一条aの双方的訴訟終了宣言として訴訟費用の裁判は裁量によって行われるが、当事者間に争いがあれば裁量的な裁判は許されず、一方的訴訟終了宣言として訴訟が続行され、その中で訴訟費用の問題は処理される。このような手続構造を考えると、拡張説が単に当事者の一方が単独で裁量による裁判を求めることができると説くのは、妥当性を欠くと言わざるをえないし、一般的に認められるとは思えない。

第三に、拡張説の結果は従来のドイツの立法の流れと調和しない。訴訟費用を負担する者は、敗訴という結果責任に基づくとする結果責任説は訴訟法の大原則であるが、問題はこの原則の例外をどのように規定するかである。すなわち結果責任説を形式的に適用すると不当な結果が生じる場合があるが（例えば、給付訴訟中に被告が請

求を履行した場合)、これをいかにして回避するかということである。日本法は例えば六二条のように例外を一般化・抽象化した規定を設けているが、ドイツ法はこのような方法ではない。ドイツでは、例えば九三条a～dに代表されるように、例外を必要に応じて個別具体的に規定してきた。[27] これは結果責任説を純粋に貫いて、判断が恣意的にならないように、また例外規定が拡張されないように原則と例外の区別を明確にし、画一的に処理できるようにしたからである。従来のこのような立法の流れからすると、今回の改正による新規定はそれらとは異なり、裁判所の裁量に委ねるということで、いわば例外を一般化したようなものであり、この点で従来の立法の流れとは調和しない。

このように考えると、新規定を従来の流れと体系的に整合させるためには、新規定と従来の規定の適用領域を分けて、両者の活動範囲を区別する必要がある。なぜならば適用領域を異にして両者の活動範囲が交わることがないならば、両者の体系的な整合性が求められることはないからである。すなわち両者が調和しなくとも、両者の立脚している原理が異なっても、理論的には問題がない。そうなると、新規定の適用領域は訴訟係属前に限定しなければならず、新規定は訴訟係属発生後に通用することはないということである。したがって新規定が日本の通説の味方になることはないと思う。要するに新規定は限定された範囲においてのみ妥当性と正当性を有する手続であり、その範囲でしか通用しないと考えるべきである。これは**新規定の特殊性・限定性**に注目するほかないということである。さらにそれによって従来の議論が止揚されるように思える。新規定が問題にしてきたことは、従来一方的訴訟終了宣言において大いに議論されてきた問題である。それを新規定は訴えの取下げで処理するというのであるから、立法に批判する者が少なくないように思われる。しかし、議論が錯綜して実務で立法による解決が求められていたことを考えると、今回の立法は訴訟経済の点から妥当であると評価し、新規定の特殊性・限定性を強調し、他の問題に波及させないならば、懸案問題は解決したと考えることは可能なように思う。

(b) 補完制度の必要性

新規定をめぐる論点において(四)、重要な項目は、運用上の問題として公平な裁判に対する危惧（3）、費用負担者を決める確認の訴えに対する影響（5）、一方的訴訟終了宣言に対する影響（6(b)）等である。運用上の問題として公平な裁判に対する危惧（3）とは、裁量による裁判において、ともすれば足して二で割るような折半的な判断がなされたり、当事者は自ら負担した訴訟費用は相手方に請求しないというようなことが行われることである。費用負担者を決める確認の訴え（5）や、一方的訴訟終了宣言に対する影響（6(b)）の議論から明らかになったことは、裁量による裁判で不利益になると考える当事者に別の方法を用意する必要があるということである。すなわち当事者が裁量による裁判を望まない場合には、通常の裁判手続が利用できるようにしておく必要があり、当事者に選択させる機会を与えなければならないということである。したがって訴訟費用という付随的な問題であるからとか、訴訟係属発生前という段階であるからということだけでは、**新規定の特殊性・限定性**の説明としては十分ではない。換言すれば、当事者の手続保障を確保しておくことが求められるということである。我が国ではかようなことは全く考えられていないので、これらの議論は我が国のシステムに対して反省を迫るものであるし、対応策を示唆するものである。

(c) 訴訟終了宣言の将来

新規定の導入によって訴訟終了宣言の制度は影響を受けるとする指摘（6）に注目しなければならない。日本において訴訟終了宣言の制度をドイツの制度を参考に設計する場合に、現在のドイツの制度の実情だけ考慮するのでは不十分で、新規定導入によってドイツの制度の運営がどのように変化するかを予測する必要があると思うからである。

さて、新規定によって訴訟終了宣言はどうなるかというと、双方的訴訟終了宣言の利用が少なくなること、双

方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言が同化していくこと、一方的訴訟終了宣言の存在意義は存続することなどが主張されている。それぞれの主張の当否は検証されなければならないが、双方的訴訟終了宣言の利用が少なくなるという主張に注目する必要がある。訴え取下げと裁判所の裁量による訴訟費用の裁判という方法が、限定的であれ導入されると双方的訴訟終了宣言の利用は少なくなるということは、現在の日本の状況を説明するのに便利な視点を提供するように思うからである。具体的にいうならば、日本の通説は訴えの取下げで十分であるとしているが、それは双方的訴訟終了宣言の場合に通用することではないかということである。換言すれば、訴えの取下げで十分に対応できるのは双方的訴訟終了宣言の場合であって、一方的訴訟終了宣言の場合は訴えの取下げでは十分でないということである。考えてみると、日本での訴訟終了宣言の制度に関する従来の（通説による）説明は、多くは九一条aを挙げて、一方的訴訟終了宣言について言及していないように思うが、そのような説明と訴え取下げで十分であるとする見解は正に符合する。

そこで一方的訴訟終了宣言については新規定が導入されても注目する必要があるし、そのことは次の2(b)の新規定の補完制度の必要性にも相応するものである。一方的訴訟終了宣言こそが、ドイツでも日本でも重要であるということである。[28]

2　日本が改正法から学ぶべきこと

(a)　訴えの取下げという方法の限界

新規定をめぐるドイツの議論を通じて新規定の意味や問題が明らかになってきたが、そのことから日本法へのメッセージを読み取る必要がある。新規定は既に何度も述べたように訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合、訴えの取下げで手続を終結させ、それまでの訴訟費用の負担は裁判所の裁量的裁判で処理することを定めている。

1(a)において明らかになったことは、この手続の特殊性・限定性である。一般に訴訟事件の手続原則は法による裁判であり、非訟事件の手続原則が裁量的な裁判である。このことを考えると、訴訟費用とはいえ裁量による裁判が訴訟において行われるということは異例のことである。それ故に新規定の手続は特別な制度であると認識し、限定的な制度と理解することが必要である。このことは訴えの取下げと裁量による裁判という方式がドイツでは特殊なものであり、限定的に利用されるということを意味する。そこから、日本の制度の限界と妥当性が見えてくる。すなわち、新規定と日本の制度に親近性があるとすれば、訴訟係属前の訴えの取下げである。この範囲で親近性があるということは、これ以外では異なるということに他ならないし、その場合はドイツでは訴えの取下げという方法ではないということである。このように考えると、日本の方法が妥当性を有するのは、実は新規定の範囲内ではないかという疑念が生じてくる。このような視点から日本の制度の見直しが必要である。新規定と日本の制度との親近性は、日本の制度が国際的に認められたと解すべきでなく、反対に日本の制度の限界が浮き彫りになったと解すべきある。新規定の妥当性の根拠を併せて探求する必要があるかもしれない。[29]

(b) 補完性から別制度の必要性

訴えの取下げと裁判所の裁量による訴訟費用の裁判という方式の妥当性の領域が明らかになった場合、問題は妥当性を欠いた範囲ではどのような手当てが必要なのかということになる。ドイツでは新規定の手続と並存して、訴えの変更による確認の訴えとか、一方的訴訟終了宣言の制度が挙げられている（1(b)）。このことは、新規定のような裁量による裁判という方法を導入する場合には、当事者の手続保障を担保するための補完手続が必要であるということを示唆しているように思う。そうであるならば、日本においては訴えの取下げで十分であるという主張は問題があり、少なくとも訴訟の終了について当事者間に争いがある場合には訴えの取下げ以外に、当事者の手続保障を考慮した手続を配置する必要がある。ドイツの議論から補完制度を学ぶべきであり、補完制度の

具体的な内容を考えるべきではないかと思う。

このようなことから、訴えの取下げの補完制度として、一方的訴訟終了宣言の制度を考えるべきである。これは年来の私の意見でもある。[30] 問題解決には訴えの取下げで十分であるという見解は間違いであるが、訴えの取下げの方法を完全に否定するのも誤りである。要は訴えの取下げと訴訟終了宣言のそれぞれの制度の特色と限界を考えた役割の分担である。これこそが日本の訴訟終了宣言論の今後の課題である。

(c) 日本の訴訟終了宣言の将来

本稿の冒頭の遠藤教授の指摘したことに戻れば、司法制度の改革に伴い弁護士費用の訴訟費用への算入、訴訟費用敗訴者負担制度の徹底等が日本でも実施されれば、終了宣言の制度は必然的に考慮せざるをえなくなる。仮にそうでなくとも、このようなことが意識され訴訟費用や訴訟の勝敗の意味について当事者の関心が増大すれば、訴訟終了宣言の制度によって処理せざるをえなくなると思う。過去の日本の判例の事案を調べてみれば、訴訟終了宣言の制度を考慮して処理した方が合理的と思われる事例は少なくないからである。[31] 当時は関心が低かったのである。

新規定は一見すると、訴えの取下げという点で日本法に接近したように見えるが、それは決して日本法の現状を肯定するものではない。もし日本法がこのドイツの新規定の特殊性・限定性を看過すれば、それは皮相的に現象を見て、新規定が発信しているメッセージを読み違えることになる。既に述べたように新規定の特殊性・限定性に着目し、新規定は日本法の現状の問題点を指摘しているものと理解しなければならない。新規定はその意味で、日本における訴訟終了宣言を積極的に肯定する見解に対する追風である。

3 日本の学界に対する影響

新規定と日本法との関係について、いくつかの見解が考えられる。すなわち既に述べたように、訴訟終了宣言について通説である消極説の味方になるとの説（消極説味方論）と、通説に反対する積極説の追風になるとの説（積極説追風論）である。そして消極説味方論は誤りで、積極説追風論が正しいというのが私見である。しかし、冷静に考えてみると、新規定は日本の従来の議論に対して関係なく、その立場は中立であるという説も考えられる（無色中立論）。なぜならば、新規定は日本の議論を意識して立法されたものではないし、日本の従来の説からはそれぞれ都合のよい理解や評価が可能であるからである。そのようなことを考えると、無色中立論が穏当な結論かもしれない。いずれにしても、現段階では新法ということもあって十分な資料がないので、しばらくはドイツの状況を観察する必要がある。すなわち新規定に関するドイツの判例や学説によって新規定の定着の状況や新たな問題点を観察し、その意味を分析していく必要がある。そしてそのうえで日本において具体的な事例に訴訟終了宣言論を適用して、積極的に訴訟終了宣言について発言していくべきである。新規定の導入を契機に、日本では訴訟終了宣言についての議論は各論に向かうべきある。

なお新法の評価は前記のように分かれるにしても、それは新たな事態に対する態度表明ということであり、従来の日本の訴訟終了宣言の議論が新法によって修正が迫られるということではない。なぜならば、新規定は一般的な制度の改正ではなく、特別な事例に対応するために限定的な制度を新たに導入したものであるからである（新規定の特殊性・限定性）。もちろんドイツでも新規定によって従来の議論が影響を受けるとは考えられていないことは、四で見た通りである。したがって日本での訴訟終了宣言についての従来の議論は、そのまま通用すると考える。ただし、このように従前の議論に直接の影響がないとしても、ドイツで条文が改正された点は認識しておく必要があるし、新規定の評価として消極説味方論か積極説追風論なのか、無色中立論なのかは態度表明する必要がある。

(24) 四で紹介したドイツでの議論を整理すると、次のようになる。当面考慮する必要ない論点としては、訴えの取下げと訴訟係属との関係（1(a)、体系的な位置（1(b)、「遅滞のない訴えの取下げ」という要件（2)、訴え提起前への類推適用（4(a)）等がある。これらは、それほど重要なものとは感じられないからである。例えば、訴訟係属の発生前、訴状送達前の訴えの撤回は訴えの取下げかという議論であるが（1(a)、ドイツでも実益がないと評されているように、意味のある議論ではない。訴えの取下げでなくとも、訴えの取下げに準じて考えれば済むからである。

体系的な位置の問題としては（1(b)、新規定の条文上の位置として、訴えの取下げの二六九条ではなく双方的訴訟終了宣言の九一条aの後に、九一条bとして規定すべきであったとか、二六九条では実務は混乱するとか指摘されている（1(b)。なお実務の混乱ということについては、さらに次のような意見も主張されている。新規定の方法は複雑な問題を有しており、それに対して法律が十分答えていないから、正に問いに対して問いを投げ掛けたようなものである（Schneider, S.509)。

しかし、このような批判はすべて立法論であり、今後の日本でこのような立法をする場合に多少参考になる程度のものである。もっとも日本では訴えの取下げと裁判所の裁量による訴訟費用の裁判という方法が採用されているので、ある意味ではドイツに先立って立法済みであり、日本の今後の立法において参考になることもないように思う。あるいは新規定が日本法に類似している範囲で、かような批判は日本の通説批判として役立つかもしれない。しかし、従来から通説を批判してきた者にとっては（例えば、坂原・沿革一〇号七一頁以下、同・行訴法三三頁以下等)、当然のような指摘であり、新鮮味に欠ける。さらに付言すれば、このような立法批判は特定の論者が論文でしか発表していないので、このような意見がドイツの学界の多数意見であるということではないように思う。この意見を重視するのは危険である。

「遅滞のない訴えの取下げ」という要件は（2)、ドイツでは重要な問題であり、この内容を具体的に解明することは正に今後の問題である。「遅滞のない」ということについて種々な学説・判例が展開することが予想されるが、しかし、訴えの取下げにおいてこのようなことを要件としていない日本法にとっては、現段階では直接役立つことはない。

訴え提起前への類推適用の問題であるが（4(a)）、ドイツでは肯定説が多数説になるように推測される。訴えの提起前における紛争の終了と、立法者が念頭に置いた訴えの提起と訴状送達の間における終了とは問題状況は同じであり、両者を区別する合理性が感じられないからである。このような議論は日本では現時点では行われないと思うが、日本において訴訟費用の負担が当事者にとって重要な意味を有するようになると、訴えの提起前の終了に伴う訴訟費用の負担の問題は無関心ではいられなくなる。その場合にドイツのこの議論は有益である。

(25) シュナイダーは一貫して新法に批判的である。例えば本稿では利用しなかったが、題名からして新法に批判的なことが明らかな論稿としては、Schneider, Die missglückte ZPO-Reform, NJW 2001, 3756ff. がある。ところで彼は、本稿で利用した論文の最後に、次のようなことを述べている。新法によって民事訴訟は分かりやすくなるし、効率的で市民の身近なものになるというような間違った標語のもとに、他の多くの新法の規定と同様に、新二六九条は走りだしている。旧二六九条をそのまま継受した方がよかった。新法は数多くの問題を投げ掛けたので、実務にとって新規定と結び付いた長所を見ることは全くできない（Schneider, S.511）。

(26) この場合に両当事者の意思の合致の法的性質に関しては、訴訟上の合意なのか、訴訟上の合致した意思表示なのか等で種々な議論が展開しているが、双方的訴訟終了宣言が有している裁判所の審判を排除するという効果は処分権主義に基づくという点では異論がない（坂原・両当事者三四二頁以下。古い文献ではあるが、現在においても原則として通用する）。

(27) 坂原・沿革一〇号七〇頁以下。Timme, S.226f. は、Thomas-Puzo, ZPO, 22.Aufl., 1999, Rdnr.15（=S.508）を引用しながら、例外事例の一般化の流れを指摘している。なお今回の立法の当初の出発点である一九七七年の民事訴訟法委員会報告書では、訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合は、訴訟費用を原告が負担するのは妥当性を欠くから、被告に負担させるべきであるということであり、裁量的な裁判によって決めるということではなかった（坂原・訴訟係属二三頁以下）。

(28) 坂原・立法九六頁以下の私案は、このような問題意識と認識のもとで作成されたものである。同様な理由から、グルンスキー教授が主張した訴訟終了宣言論は、訴訟終了宣言は単に訴訟費用の問題にすぎないとする訴訟費用裁判説であり、訴訟終了宣言の有する訴訟物についての確認的な判断機能を看過していると、批判したこともある（坂

原・近時七七頁以下）。

(29) 新規定の制度が特殊性・限定性であるとしても、手続の正当性・妥当性の根拠を探求することは、日本の制度の問題点を客観的に理解するために有益である。例えば、新規定が手続を借用した九一条aの場合、既に指摘したように（1(a)、当事者の意思の合致（処分権主義）が裁量による裁判という特別な手続を正当化させている。新規定の場合は、訴えの取下げという処分権主義に根拠を有する訴訟行為であることに注目し、それを根拠とすることが考えられる。日本法はこの立場であると解することができるが、新規定は訴えの取下げ全般ではなく、訴訟係属発生前というように時間的に制約しているから、ドイツでは訴えの取下げということだけでは根拠として十分ではないということであろう。

そこで新規定の特殊性に注目すると、第一に、訴訟費用の裁判の特殊性ということが浮上してくる。訴訟費用の裁判の非独立性・付随性である。例えば、訴訟費用の裁判に対しては独立した控訴は認められない（民訴法九九条一項。日本民訴法でいえば二八二条が、このことを規定している）。これは訴訟費用の本案に対する付随性を考慮したものである。訴訟費用の問題は本案の付随的な問題であり、独立して追求すべきことではないから、本問題のような残務整理の場合に、通常の手続で処理する合理性はない。通常の方法を利用すれば、本末転倒と評されることになる。

第二は、時間的な制約である。すなわち、新規定の適用範囲は訴訟係属前の段階という正に訴訟の初期の段階に限られる。ここでの問題は不十分な訴訟資料で判断するか、それとも必要な資料の収集を行うのかということになる。後者の必要な資料を収集するという方法は紛争が終了し本案の訴訟が行われないことを考えると、これも本末転倒である。そこで前者の不十分な訴訟資料に基づく裁判ということになるが、そうすると裁量による裁判ということにならざるをえない。すなわち時間的な制約、不十分な資料による裁判が、手続の非訟化を正当なものにするということができる。

このように考えると、訴訟費用の裁判の付随性と新規定の時間的な制約だけで、裁量による裁判を正当化することができるように見える。そうであるとすると、日本の場合も事情は同じであると考えられるから、日本の制度は問題ないということになる。したがって新規定は日本法の立場を補強したことになる。しかし、そう考えてはならない。ドイツの場合はこれら二つの他に、別手続が並存されていることに注目する必要がある。すなわち、それによって当

事者が手続を選択できるようになっているということである。日本の民訴法でも特別手続は同様な構造になっている。例えば民訴法では手形訴訟・小切手訴訟、少額訴訟、督促手続等の特別手続が規定されているが、これらの手続において通常の訴訟手続を簡略化できるのは、通常の訴訟手続の利用が選択できるようになっているからである。このことがこれら手続の正当性・妥当性を根拠づけている。そうであるならば、本問題のような訴訟費用の裁判手続は特別手続のような規定がないにしても、他の特別手続と同様に通常手続の選択の余地を認めておく必要があるように思う。日本の場合、通説は訴えの取下げの場合の訴訟費用の裁量的な裁判の正当性・妥当性は、訴えの取下げで十分に説明できると考えているのかもしれない。しかし、ドイツの議論を参考にドイツの制度と比較すれば、それだけでは不十分であることがわかる。ドイツに倣い、訴えの取下げとは別に訴訟終了宣言のような別制度の配置が考えられなければならない。新規定と日本法とは近似しているが、それぞれ制度の背後にあるものが異なっていることに注目しなければならない。すなわちドイツ法の背後にある手続構造に注目し、それが新規定の手続の正当性・妥当性の根拠になっていることを認識しなければならない。

(30) 坂原・沿革一〇号四九頁以下は、日本民訴法七三条・六二条準用という方法の間隙を埋めるための具体的な解釈論を展開する。

(31) 日本の判例について訴訟終了宣言の観点から詳細に分析したものとして、坂原・判例八三頁以下がある。これは総合判例研究であるが、個別的な判例研究としては坂原・判研一四一頁以下がある。これは最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁を、訴訟終了宣言の観点から評論したものである。なおドイツの判例については、坂原・ドイツ判例六八頁以下、坂原・訴訟係属一四頁以下が、それぞれ連邦通常裁判所（日本の最高裁に相当）の訴訟終了宣言に関する有名な判例の判決理由を翻訳して、詳細に紹介している。

六　おわりに

1　本稿の主張のまとめ

本稿の主張をまとめると、次のようになる。二〇〇二年一月一日に施行されたドイツ民訴法改正法によって、ドイツ民訴法は大幅に改正された。双方的訴訟終了宣言について規定する九一条aも改正されたが（二）、それは制度自体に関する改正というよりも、他の制度が改正されたことに伴うものであった。このため訴訟終了宣言について、有用か否か、導入すべきか否か、解釈論として可能か否か等の総論的な問題が議論されているにすぎない我が国においては、この改正は重要な意味を有するものではない。今回の改正の中で日本の訴訟終了宣言についての議論において重要なものは、訴えの取下げに関する二六九条三項の改正であり、特に三項三段の新設規定である。この新規定は訴訟終了宣言の制度が問題にする事例を訴訟係属前とはいえ、訴えの取下げと裁判所の裁量による訴訟費用の裁判という方法で処理することを明らかにしたものであり、日本の処理方法と類似するからである（三）。そこで新規定の意味を探求するために、新規定をめぐるドイツの議論を概観し整理してみた（四）。その結果得られたことは、主に次の三つにまとめることができる（五）。

第一に、新規定は訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合に、訴えの取下げと裁判所の裁量による訴訟費用の裁判という方法で処理することを規定したものであるから、新規定の働く場面はかなり限定されているということである。したがって、この点が訴えの取下げですべて処理している日本法と異なる。この違いは大きな意味があると考える。つまりドイツ法において限定的にしか利用されないということは、限定された範囲でしかこの方法は妥当性を有しないということではないかと思うからである。そのように理解するならば、日本法は訴えの取下げという方法で十分であるとする見解は、訴えの取下げという方法について無批判的に利用しているということになろう。日本法の方法の限界と問題点が、今回のドイツの法改正とそれをめぐる議論を通じて明らかになった。

第二に、ドイツの制度には訴えの取下げだけではなく、それを補完する制度が認められているということであ

る。このことから、訴訟終了宣言の制度と訴えの取下げの制度の役割分担が明らかになった。このようなことから日本の方法、すなわち訴えの取下げによって訴訟を終了させ、訴訟費用については裁判所による裁量的な裁判で行うという方法の限界を考え、この方法によってカバーできない領域や代替できない問題があることを認識し、一方的訴訟終了宣言によって対応することが必要である。

第三に、新規定の訴訟終了宣言への影響は否定できないが、それは主に双方的訴訟終了宣言についてである。一方的訴訟終了宣言については、反対にその重要性は高まったように思う。その意味では今回の改正は、日本の訴訟終了宣言を積極的に評価する説に対する追風と考える。かくして日本の今後の訴訟終了宣言についての議論においては、一方的訴訟終了宣言について要件・効果を明らかにしたうえで適用領域を明確にし、訴えの取下げと訴訟終了宣言の制度との役割分担を考えることである。このようなことから、日本においては訴訟終了宣言を認めるか否かの総論の時代は終わり、各論の時期に入ったと考えるべきである。

2　司法制度改革の動き

本稿の冒頭（一の1）で紹介したように、遠藤教授は「弁護士費用の訴訟費用への算入と敗訴者負担が現実味をもって語られる現況では、本案完結表明は訴訟の完結の一場合として検討を要しよう」と述べられた。遠藤教授が述べられた「現実味」を具体的に示すふさわしい文書を左記に挙げて、本稿を閉じることとする。これは平成一五年七月二九日付けの司法制度改革推進本部事務局から、法学部長宛ての意見募集の依頼の文書の一部である。この文書には、左記のように、日本で導入が予定されている「弁護士報酬の敗訴者負担」の制度の内容の概要と、導入のためのスケジュールが書かれている。訴訟終了宣言が日本民訴法にとって不可欠な制度になる日は近い。

「……平成一四年三月一九日に司法制度改革推進計画が閣議決定され、その中で『弁護士報酬の敗訴者負担の取扱い』について、不当に訴えの提起を萎縮させないよう、敗訴者負担を導入しない訴訟の範囲及びその取扱いの在り方、敗訴者に負担させる場合に負担させるべき額の定め方等制度設計について検討した上で、一定の要件の下に弁護士報酬の一部を訴訟に必要な費用と認めて敗訴者に負担させることができる制度を導入することとし、遅くとも平成一六年通常国会に所要の法案を提出することとされております。現在、司法制度改革推進本部事務局においては、司法アクセス検討会を開催して、この課題について必要な検討を行っております。

司法アクセス検討会では、これまでの検討会における検討の結果を踏まえて、より具体的な検討に入ることを予定しておりますが、今後の検討に資するため、広く国民の皆様の御意見を伺い、この課題について国民の皆様にどのような御意見があるかを把握させていただく必要があると考え、七月二九日から九月一日までの間、意見募集を行うこととし、『弁護士報酬の敗訴者負担の取扱い』に関する様々な論点について御意見をお寄せいただくこととといたしました。……」。

追　記

校正の段階において若干の文献を新たに見ることができたので、それらを一の3の「参考文献一覧と略称について」のそれぞれの項目に追加するとともに、内容を簡単に紹介し、本稿の補充としたい。なお以下で「新規定」とは、本稿の三・四で述べた民訴法二六九条三項三段のことである。

① Aの「本稿のテーマに直接関係する論文」の項目に、次の論文を追加する。

Luckey, Jan, Alles erledigt? §§ 91a, 269 ZPO nach der Zivilprozessreform, ProzRB 2002, 24ff. (ProzRB = Der Prozess-Rechtsberater)

論文の題名（「すべてが解決された?」）から推測されるように、この論文は新規定の問題点を具体的に指摘して、新規定を批判している。批判に際しては、ボニファシオやエルツァーの論文を注で引用していることから、この論文は先

行する批判的な意見をまとめたものであるとの印象を受ける。そのようなことから、新規定の批判に関しては論文の独自な見解というものはそれ程感じられない。したがって、この論文によって本稿の内容について修正する必要はないと考える。

もっとも、この論文の新規定批判において印象に残った点がないということではない。次のような記述が印象に残っている。第一は、「訴えの取下げと訴訟終了宣言が渾然一体化するので、いかなる行為がなされたのかを判定する手続が問題になる」との指摘である（Luckey, S. 28）。第二は、「新規定は訴訟の終了を決して単純化したものではなく、むしろ訴えの取下げをより問題のあるものにしてしまったということかもしれない」という、論文の最後の締め括りの文章である（Luckey, S. 28）。

なお著者について、「Richter Jan Luckey, LL. M., Köln」と書かれている。この意味はケルン在住の裁判官で、アメリカで法学修士を取得した者ということではないかと思う。LL. M. は一般に法学修士と訳されているが、ロースクールを卒業してから一年ないし二年の課程を経て、授与される学位のようである。

ところでこの論文の存在を知ったのは、一の3の「参考文献一覧と略称について」の冒頭の説明の5で述べたＫＪＢの最新号（二〇〇三年七号）によってである。なお論文掲載誌についてであるが、慶應義塾大学図書館で調べてもらったところ、昨年ドイツで創刊されたもので、日本では所蔵している図書館はないとのことであった。早速、図書館を通じてドイツから論文のコピーを取り寄せて読んだ次第である。

② Ｂの「改正法に関する主要な文献」の項目に、次の論文を追加する。

Münch, Joachim, Die „neue“ ZPO: bedeutende Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahrensrecht (Teil 1), DStR 2002, 85ff. (DStR = Deutsches Steuerrecht)

この論文を挙げたのは、新規定に関して、次のような記述に注目したからである。「これは民訴法九三条の立法の目的（Gedanken）を原告側のために利用するものであり、いわば一種の九一条ａの双方的訴訟終了宣言のようにみせかけている（fingieren）」（Münch, S. 93）。すなわちこの論文は訴えの取下げと双方的訴訟終了宣言との関係を簡潔に指

摘するとともに、双方的訴訟終了宣言がいずれ新規定にとって代わられるかもしれないことを暗示しているようにも思える。なお民訴法九三条の立法の目的については、坂原・生成三号七八頁以下に詳しい（同趣旨のドイツ行政裁判所法の規定に関しては坂原・行訴法五一頁以下参照）。ところで右記の論文は全体の中の前半の部分であり、第一部として総論と第一審手続を扱っている。後半の第二部は主に救済手続や上訴を扱っていて、次号に掲載されている。筆者は、ゲッチンゲン大学の教授である。

③　Dの「新法の教科書・体系書」の項目に、次の論文を追加する。

Baur, Fritz／Grunsky, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 11, Aufl., 2003

グルンスキーは、訴訟終了宣言の制度については単に訴訟費用の問題として考え、一方的訴訟終了宣言の場合は判例・通説が説いている訴えの変更説のように手続を重くするのでなく、制度は簡潔に手続は軽く考えるべきであるという論文を発表している（坂原・近時七四頁以下）。そのためか新規定に関して、問題点が広く解消されたというように好意的に記述しているが、訴状提出前に終了事由が発生した場合に新規定を類推適用させることには反対である（Baur/Grunsky, S. 128）。新規定は訴状提出後に訴えの原因が消滅した場合の規定であると考えるからである。しかし、理論を重視する立場から、新規定に関して次のような問題を提起する（Baur/Grunsky, S. 125）。訴訟係属前の訴えの取下げということには疑問であり、それは単に送達がなされず有効な訴えの提起がなされなかったということである。このことと新規定との関係は不明である。新規定を空転させないようにするならば、訴訟係属前の訴えの取下げを認めるか、あるいは終了事由が発生したにもかかわらずなされた送達を有効とし、その後においても遅滞なくという要件に触れることなしに、原告に対して訴えを取り下げることができるということを認めなければならないであろう。

このグルンスキーの見解は確かに訴えの取下げの概念に対して忠実であるが、問題設定がやや形式的に思える。既に述べたように（四の1(a)）、理論的な要請を越えた問題と考え、訴訟係属前の訴えの取下げを認めれば済むように思う。

④　Eの「その他の文献」の項目に、次の論文を追加する。

König, Renate von, Zivilprozess-und Kostenrecht: Praxiskurzlehrbuch, 2002

この本の題名から新規定について新たな視点からの記述を期待したが、条文の文言以上のことは述べていない。

⑤　Fの「ドイツ民事訴訟の改正に関する日本語の文献」の項目に、次の論文を追加する。

吉田元子「文章提出義務に関するドイツ民事訴訟法の最新動向」上智法学論集四五巻四号一五一頁以下（二〇〇二年）

吉田元子「文章作成者の破綻と現所持者への提出命令」南山法学二七巻一号一〇七頁以下、一一九頁以下（二〇〇三年）