

Title	ドイツ民事訴訟法第九一条 a の双方向的訴訟終了宣言について(一)
Sub Title	Die beiderseitige erledigungserklärung nach§91a ZPO (1)
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2006
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.79, No.8 (2006. 8) ,p.1- 24
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20060828-0001

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.

ドイツ民事訴訟法第九一条aの 双方的訴訟終了宣言について(一)

坂 原 正 夫

- 一 はしめに
 - 1 本稿の意味
 - 2 参考文献について
 - 二 双方的訴訟終了宣言の制度の概要
 - 1 ZPO九一条aについて
 - 2 双方的訴訟終了宣言の適用事例
 - 三 双方的訴訟終了宣言の要件と効果
 - 1 双方的訴訟終了宣言の要件
 - A 訴訟終了事由
 - B 訴訟係属
 - C 被告の同意
 - D 一般の訴訟行為の要件
 - 2 双方的訴訟終了宣言の効果と手続の展開
 - A 訴訟終了効
 - 四 双方的訴訟終了宣言の法的性質論
 - 1 法的性質論の意味
 - A 特別な(特権的な)訴えの取下げ説
 - B 訴訟上の合意説
 - C 二重の放棄説
 - D 訴訟上の意思の合致説
 - E 確実性と最終性による説
 - 2 諸説の状況とそれぞれの問題点
 - A 特別な(特権的な)訴えの取下げ説
 - B 訴訟上の合意説
 - C 二重の放棄説
 - D 訴訟上の意思の合致説
 - E 確実性と最終性による説
- (……………以上本号)

の状況を見てみると、ここ数年のZPOの大幅な改正作業が一段落し、本稿のテーマであるZPO九一条aの法文も定着したように思う。⁽¹⁾

第二の理由は、ドイツでも日本でも、この問題を取り巻く状況が当時（約三〇年前）と異なったことである。ドイツではZPO二六九条三段の創設によって、訴訟係属前の双方的訴訟終了宣言は終焉を迎えると言われている。⁽²⁾ 日本では、訴訟終了宣言と密接な関係がある弁護士費用敗訴者負担の制度を導入する法案が国会に上程された。⁽³⁾ もっとも日本ではこの法案は衆議院で廃案になり、⁽⁴⁾ 導入の見通しが立っていないが、法案が国会に提出されたということは、弁護士費用敗訴者負担の制度の必要性が日本においても一般的に認知されたということである。このことは、日本における訴訟終了宣言の制度の今後の展開に大きな弾みになる。なぜならば、弁護士費用敗訴者負担の制度が日本で実施されていないことを理由に、通説は訴訟終了宣言の制度を消極的に解してきたからである。

第三の理由は、ドイツの学界の変化である。当然のことであるが、ドイツの学界の状況は三〇年前と異なるから、今日ではドイツの状況についての旧稿の記述はそのまま通用しない。訴訟終了宣言の制度に否定的な立場の人であっても、旧稿はZPO九一条aや双方的訴訟終了宣言について、ドイツでの学説の状況を知るのに便利であったと思うので、ドイツの学説については最新の状況に応じて改訂しておく必要があるだろう。

このような理由から、本稿はZPO九一条aの双方的訴訟終了宣言について考察するものである。先ず、制度の概要を紹介し（二）、次に双方的訴訟終了宣言の要件と効果について考察する（三）。そして法的性質を論じ（四）、最後に双方的訴訟終了宣言の日本法における意味を考える（五・六）というものである。

2 参考文献について

本稿執筆に際して参考にした文献は、左記のように発表の形態別に分類してまとめた。形態別にしたのは文献一覧を見る場合に、単なる著者名のアルファベット順や五十音順よりも便利であると思ったからである。しかし、文献一覧は文献引用の際にも使用するので、形態別の分類では引用文献を調べる場合に引用文献の著者名を形態別に探さなければならないという欠点がある。そこで本稿では文献引用に際しては、著者名の後に形態別分類に使用したアルファベットを加えることにして、その所在を明らかにした。

(a) 文献収集の方法

ドイツの最新の文献を知るために、常にドイツの法律学文献情報誌 (KJB = Karlsruher Juristische Bibliographie, Systematischer Nachweis neuer Bücher und Aufsätze in monatlicher Folge aus Recht · Staat · Gesellschaft) を読んでいるが、本稿のメインである双方向的訴訟終了宣言の法的な性質の問題に関するものは、最近では全く見ることがない。過去三〇年以上、遡っても同様である。その理由は、この問題についてドイツでは議論が成熟して通説が確立しているために、もはや新たな見解を展開する余地がほとんど望めないからではないかと思う。

本稿で引用した文献の発表年が古いのは、このような事情による。したがって、参考文献はドイツの最近の体系書、注釈書、博士論文等を参考にして選び出した。特に参考になったのは最近の博士論文であった。体系書や注釈書よりも問題の状況を詳しくまとめているからである。

(b) 文献の配列と表記

ドイツ語の文献の配列は著者あるいは編者（以下では著者等と略す）の姓名のアルファベット順であり、これらの文献を本稿で引用する場合は、既述のように原則として著者等の姓と形態別分類のアルファベットで示す。共著等の場合は一般の例による。なお著者等を日本語で表記する場合は片仮名を使用したか、片仮名表記は私の推測によるもので、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。なお *Rn* は *Randnummer* のことである。

日本語の文献の場合は著者等の姓名の五十音順であり、引用に際してはドイツ語の場合と同様とする。

(c) デイットフルト (Ditfurth) とヴェスタターマイヤー (Westermeyer) について

最近公刊されたデイットフルトとヴェスタターマイヤーの博士論文について、若干説明しておく。これらは本稿のテーマと同じ問題を扱っているわけではないが、論文の中で双方的訴訟終了宣言について論述している箇所があるので、双方的訴訟終了宣言についての現在の状況を知るために利用した。

デイットフルトの本は、二〇〇四年にミュンスター大学で承認された博士論文を刊行したものである。序文によれば、Klicka, Thomas 教授と Schnernaier, Martin 教授に謝辞が述べられており、前者が指導教授であり、後者が第二審査員とのことである。いずれもどのような経歴の方だか、私は知らない。

ヴェスタターマイヤーの本には、二〇〇三年にミュンヘン大学で承認された博士論文であるとしか表記されていない。そこで慶應義塾大学三田メディアセンターパブリックサービス担当(レファレンス)の森嶋桃子氏に調べてもらったところ、同大学法学部のウェブサイト (http://www.jura.uni-muenchen.de/studium/pruefung/diss/Wise_2003-04.doc) に掲載されているとのことであった。それによれば、担当教授は Hassold, Gerhard 教授と Rimmelspacher, Bruno 教授であり、口述試験は二〇〇三年二月三日に行われたと記載されている。森嶋氏によれば、それぞれの教授の紹介が同大学法学部のウェブサイトでなされているとのことである。しかし、Hassold 教授については「Prof. em」(定年退職した教授)としか記載されていない (<http://www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/Is/hassold>)。Rimmelspacher 教授については経歴、主要業績が掲載されている (<http://www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/Is/rimmelspacher>)。もともと Rimmelspacher 教授についてはその業績は日本では広く知られているので、ここで紹介するまでもない。なお最近、私自身、教授の判例批評を紹介したことがある(拙稿「既判力の標準時後の取消権の行使について」民事訴訟雑誌五二号二五頁注8(二〇〇六年))。

A 論文

Becker-Eberhard, Ekkehard, Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III (Hrsg. Schmidt, Karsten), 2000, S. 273ff.

- Deckenbrock, Christian / Dötsch, Wolfgang, Das Ende der übereinstimmenden Erledigungserklärung bei Erledigung vor Rechtshängigkeit, ProZRB 2004, 47ff.
- Daubner, Karl Günther, Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, JuS 1962, 205ff.
- Donau, Helmut, Die nicht-erledigte Hauptsache—Ein Beitrag zur Frage nach der Rechtsnatur der Erledigungserklärung, JR 1956, 169ff.
- Donau, Helmut, Zur Rechtslage bei Streit über die Erledigung der Hauptsache (einseitige Erledigungserklärung), MDR 1957, 524ff.
- Habscheid, Walter J., Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache, Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, S. 153ff., 1957
- Habscheid, Walter J., Der gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, JZ 1963, 579ff., 624ff.
- Kisch, Wilhelm, Klageverzicht und Erledigung der Hauptsache, Recht 1924, 1ff.
- Müller-Tochtermann, Die Erledigung des Rechtsstreits nach Erledigung der Hauptsache, NJW 1958, 1761ff.
- Müller-Tochtermann, Über die Rechtsnatur der einseitigen Erledigungserklärung, JR 1958, 250ff.
- Müller-Tochtermann, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache außerhalb des Zivilprozesses, NJW 1959, 421ff.
- Pohle, Rudolf, Zur rechtlichen Bedeutung der Erledigungserklärung nach deutschem Zivilprozessrecht, Festschrift für Georgion Maridakis, Band II, S. 427ff., 1963

田 澤仁孝、櫻井龍久

Ditfurth, Jo Christine von, Die Erledigung der Hauptsache —eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und österreichischen Zivilprozessrecht—, 2005

Göppinger, Horst, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, 1958

Temming, Gerd, Der Einfluß der Erledigungserklärung auf die Rechtshängigkeit, 1972
Westemeier, Georg, Die Erledigung der Hauptsache im Deutschen Verfahrensrecht. Eine vergleichende Darstellung des Prozeßinstituts der Hauptsacheerledigung vornehmlich im Zivil- und Verwaltungsprozeß unter Berücksichtigung der Arbeitsgerichtsbarkeit, der Finanzgerichtsordnung und der Verfahrensordnung für Freiwillige Gerichtsbarkeit, zugleich ein Beitrag zur Weiterentwicklung der systematischen Einordnung eines Zwischenstreits, 2005

C 判例書

Baumbach, Adolf(Begr.)/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, 64. Aufl., 2006
Lüke, Gerhard/Wax, Peter(Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 2. Aufl., 2000
Musielak, Hans-Joachim(Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., 2005
Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Handkommentar, 2006
Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Begr.)/Berger, Christian/Bork, Reinhard/Brehm, Wolfgang/Grunsky, Wolfgang/Leipold, Dieter/Münzberg, Wolfgang/Oberhammer, Paul/Roth, Herbert/Schlösser, Peter/Wagner, Gerhard, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Band 2, 2004
Thomas, Heinz(Begr.)/Putzo, Hans/Reichold, Klaus/Hübke, Rainer, Zivilprozessordnung, 27. Aufl., 2005
Zimmermann, Walter, Zivilprozessordnung, 7. Aufl., 2006
Zöllner, Richard(Begr.)/Geimer, Reinhold/Heißler, Hans-Joachim/Greger, Reinhard/Philippi, Peter/Gümmer, Peter/Stöber, Kurt/Herget, Kurt/Vollkommer, Max, Zivilprozessordnung, 25. Aufl., 2005

D 体系書・教科書

Hellwig, Konrad, System des Deutschen Zivilprozeßrechts (Erster Teil), 1. Aufl., 1912

- Jauernig, Othmar, Zivilprozessrecht, 27. Aufl., 2002
- Litke, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., 2006
- Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 8. Aufl., 2005
- Nikisch, Arthur, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1952
- Paulus, Christoph G, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2003
- Rosenberg, Leo(Begr.) / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004
- Schellhammer, Kurt, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, 11. Aufl., 2004
- Schilken, Eberhard, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2002
- Zeiss, Walter/ Schreiber, Klaus, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 2003
- 三 入門書・演習書・案例書
- Crückeberg, Harald, Zivilprozessrecht: Anwaltliche Prozeßführung in der ersten Instanz, 2. Aufl., 2002
- Förschler, Hermann (Begr.) / Förschler, Peter, Der Zivilprozess, Lehrbuch für die Praxis mit Aktenfall, 2004
- Gehrlein, Markus, Zivilprozessrecht, Ein Leitfaden für Ausbildung und Praxis, 2003
- Gottwald, Uwe, ZPO-Lexikon, ABC der ZPO, Arbeits- und Beratungshilfe, 2005
- Kniringer, Dieter, Die Assessor Klausur im Zivilprozess: Das Zivilprozessurteil, Hauptgebiete des Zivilprozesses, Klausurtechnik, 11. Aufl., 2005
- Michalski, Lutz, Zivilprozessrecht, Strukturen-Zusammenhänge-Definitionen-Übersichten-Skizzen, mit Fällen und Lösungen, 2. Aufl., 2003
- Oberheim, Rainer, Zivilprozessrecht für Referendare 6. Aufl., 2004
- Pantle, Norbert/Kreissl, Stephan, Die Praxis des Zivilprozesses, 3. Aufl., 2002
- Pukall, Friedrich, Der Zivilprozess in der Praxis, 6. Aufl., 2006
- Schellhammer, Kurt, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, Ein Leitfaden für Referendare und junge Praktiker

mit Fällen und einer Musterakte. 14. Aufl., 2002

Schrader, Siegfried (Begr.) / Steinert, Karl-Friedrich / Theede, Kai-Uwe. Zivilprozess, Handbuch der Rechtspraxis, Band 1a, 2004

Schwab, Martin, Grundzüge des Zivilprozessrechts, 2005

F 日本語の論文

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」三ヶ月章・青山善充編『民事訴訟法の争点(新版(二二版))』(ジュリスト増刊)三一四頁以下(一九八八年)

坂原正夫「西ドイツ民法九一条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)

坂原正夫「訴訟終了宣言」三ヶ月章・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)

鈴木忠一「訴訟費用の裁判」『民事訴訟法講座第三卷』九四〇頁以下(有斐閣、一九五五年)

鈴木忠一「民事訴訟に於ける当事者自治の限界と実務上の問題」『新・実務民事訴訟講座第一卷』一〇一頁以下(日本評論社、一九八一年)

鈴木忠一「非訟事件に於ける手続の終了と受継」『新・実務民事訴訟講座第八卷』五八頁以下(日本評論社、一九八一年)
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)一九卷

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。初出は本誌四九卷二頁以下(一九七五年))

G 日本語の注釈書

* これらは旧民訴法の注釈書である。現在の民訴法の注釈書において、訴訟終了宣言や双方的訴訟終了宣言について言及しているものはないと思う。

上田徹一郎 井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』四〇九頁以下(奈良次郎)(有斐閣、一九九二年)

上田徹一郎 井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』四九四頁以下(東松文雄)(有斐閣、一九九二年)

兼子一『条解民事訴訟法上』二六六頁以下(弘文堂、一九五五年)

兼子一ほか著『条解民事訴訟法』二七四頁(新堂幸司)(弘文堂、一九八六年)

斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(2)』七六頁以下(桜田勝義)(第一法規出版、一九七一年)

斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(3)』(第二版)』一〇〇頁以下(桜田勝義 宮本聖司 小室直人)(第一法規出版、一九九一年)

(1) 最近のZPOの改正と訴訟終了宣言との関係については、既に論じたところである。いわゆる二〇〇一年の民事訴訟改革法による改正について論じたのは、「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」本誌七六卷八号一頁以下(二〇〇三年)である。司法改革法による改正について論じたのは、「二〇〇四年施行のドイツ民事訴訟法の改正と訴訟終了宣言」本誌七九卷二号一頁以下(二〇〇六年)である。

なお訴訟終了宣言についての拙稿の一覧については、後者(七九卷二号)一三頁注7、それらを体系的に整理したものは五頁以下にまとめてある。

(2) Deekenbrock/Dötsch(A), S. 47ff. なおZPO二六九条三項三段と訴訟終了宣言との関係については、拙稿・前掲注(1)七六卷八号三六頁以下で論じ、同・七九卷二号三九頁以下で説明している。

(3) 弁護士費用を訴訟の敗訴者に負担させる「民事訴訟費用等に関する法律の一部を改正する法律案」は平成一六年三月二日に内閣から国会に提出され(第一五九回国会提出閣法第六九号)、四月五日に衆議院の法務委員会に付託された。

(4) 前注で述べた「民事訴訟費用等に関する法律の一部を改正する法律案」は継続審議に付されることがなく、会期の

「終了とともに平成一六年一月三日に廃案になった。

二 双方的訴訟終了宣言の制度の概要

双方的訴訟終了宣言が想定している状況とは、「訴訟終了事由が発生して、訴訟を続行する必要がない」という点では両当事者に争いがなく、両者は意見が一致している場合である。この場合の訴訟の終了方法を規定したのが Z P O 九一条 a である。Z P O 九一条 a が重点を置いているのは、訴訟費用の負担を決める方法とその基準である。なぜならばこのような状況における当事者の最大の関心時は、本案の問題というよりは従来の訴訟費用の負担の問題であるからである。以下ではこのようなことを確認する意味で、Z P O 九一条 a の内容、訴訟終了事由、具体的な適用事例等を概観する。

1 Z P O 九一条 a について

Z P O 九一条 a は次のような条文であり、双方的訴訟終了宣言について規定したものである。⁽⁵⁾ なおローマ数字は項を、丸中数字は段を表す。

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 被告が原告の終了宣言に対して、書面の送達から二週間の不変期間内に異議を述べない場合、被告がそれに先立ちその効果について説明を受けていたならば、同様とする。

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。

この規定について若干の説明が必要である。第一は、双方向的訴訟終了宣言の要件である「両当事者が本案の訴訟の終了を宣言した」ということの意味である。⁽⁶⁾これは原告が一方的に訴訟の終了を宣言したのではなく、原告と相手方である被告とが訴訟の終了を宣言したということである。しかし、これは結果的にそのようになった場合を法文にしたものであり、実際に当事者がそれぞれ訴訟終了宣言をしたり、両当事者が共に訴訟の終了を宣言するというのではない。すなわち、実際は原告が一方的に訴訟終了宣言をしたことに対して、被告が同意したり異議を述べないことによって、訴訟の終了について原告と被告との間に争いがなくなつたということである。⁽⁷⁾これが双方向的訴訟終了宣言の内容であり、法が規定した双方向的訴訟終了宣言の重要な要件である。したがって、原告が一方的に訴訟終了宣言をしたことに対して、被告が反対した場合⁽⁸⁾は一方的訴訟終了宣言である。これについてはドイツ法は規定を有していないため、この場合の⁽⁹⁾手続や法的な問題を理論的に体系的に処理する方法をめぐってドイツの判例と学説は錯綜している。

第二は、「訴訟の終了」という内容である。これは訴訟を続行する意味がなくなつたということであり、そのような事態が生じた理由は多岐にわたる。例えば、典型的な事例は訴訟物たる請求権の訴訟中の満足である。具体的には、請求債権が被告によって履行あるいは相殺によって消滅した場合である。あるいはある物の引渡し訴訟において、当該物件が原告に引き渡されたか、当該物件が消滅した場合である。もちろん、訴訟を終了させる事由は本案の問題に限定されない。訴訟要件の消滅も訴訟の終了を招来するから、これに含まれる。典型的な事例は訴えの利益や訴訟能力が訴訟中に喪失した場合である。この他に法律状態の変更、裁判外の和解等によって訴訟が終了するならば、この場合にも Z P O 九一条 a は適用される。

第三は、本条による訴訟費用の決め方である。本条は裁判所の裁量によって決めると規定しているが、これは訴訟の結果(勝敗)によって決めるとする通常の場合とは大いに異なる。その理由は、ZPO九一条aが適用される場面で、通常の例に従い訴訟費用の負担を訴訟の結果によって決めるとなると、不当で不合理なことになるからである。例えば、金銭支払請求訴訟において請求債権が被告によって履行され訴訟が終了した場合、被告の履行により実質的には原告の勝訴であるにもかかわらず、形式的(現象的)には原告の請求の理由がなくなるから原告の敗訴であり、したがって訴訟費用は原告の負担ということになるからである。これを避けるために、訴訟費用の負担者を決めるために訴訟を続行させるといことが考えられるが、本案が終了しているのに訴訟費用のためだけの訴訟の続行はいかにも本末転倒という印象は否定できない。

ところで訴訟費用の問題に関して、双方的訴訟終了宣言の場合と一方的訴訟終了宣言の場合の違いにも注意しておく必要がある。一般に訴訟終了宣言は当事者による訴訟終了のための制度として位置付けられるが、それだけでなく訴訟費用の問題でもある。そもそも訴訟終了宣言の制度は、既存の制度では訴訟費用の問題が適切に処理できないとして発展した制度である。⁽⁸⁾ 双方的訴訟終了宣言の場合は、訴訟の終了という面よりは訴訟費用の負担の問題の方が重要である。これに対して一方的訴訟終了宣言の場合は、訴訟費用の問題よりも訴訟の終了の問題の方が重要である。ここでは訴訟の終了について当事者間に争いがあり、それについて裁判所が判断すれば、その内容に連動して訴訟費用の負担者を決められるからである。

2 双方的訴訟終了宣言の適用事例

ZPO九一条aが適用される場合は既に述べたように両当事者が訴訟の終了で一致した場合であるが、具体的には次のような事例がドイツの教科書等で一般に挙げられている。すなわちドイツではこのような場合にZPO

九一条 a を適用して、双方向的訴訟終了宣言として処理している。なお左記の例では、X は原告を、Y は被告をそれぞれ意味する。

- (a) X が Y に対して支払い請求の訴えを提起した。Y が訴訟中に弁済し、X と Y とが紛争が終了したことについて意見が一致した (Jaernig(D), § 42 VI 1)。
- (b) X が Y に対して支払い請求の訴えを提起した。Y は争い請求棄却を申し立てた。証拠調べの後で、Y はもはや勝訴を得ることに自信がなくなったので、訴求された金額を X に支払った (Lüke(D), § 21 II)。
- (c) X が Y に対して支払い請求の訴えを提起した。Y は管轄違いの抗弁を提出し、さらに X は債権を Z に譲渡して権利者でないと主張した。裁判所は証拠調べの結果、Y の主張が正しいと判断した。当事者は訴訟の長期化にうんざりして、訴訟を終了させることで意見が一致した (Zeiss/Schreiber(D), Rn 494)。
- (d) X は Y に対して何度となく支払いを督促したにもかかわらず、Y は一向に支払わないので訴えを提起したところ、Y が訴訟中をやっと支払った。両当事者はこれ以上訴訟を続けないことで意見が一致した (Oberheim(E), § 29 Rn 4)。

ところで日本において双方向的訴訟終了宣言を論じる場合に注意しなくてはならないことは、単にドイツの双方向的訴訟終了宣言の制度の報告であってはならないということである。日本法の視点での問題意識が重要である。すなわち、日本においてドイツの双方向的訴訟終了宣言の考え方を利用して処理をすることが、合理的で妥当であることを具体的に論証することである。そしてさらに、ドイツの双方向的訴訟終了宣言の制度で処理する事例は、日本では既存の当事者の訴訟行為によって訴訟の終了を生じさせる制度、すなわち訴えの取下げ (民訴法二六一条・二六二条)、訴訟上の和解、請求の放棄および認諾 (民訴法二六六条・二六七条) では十分に処理できないということを明らかにする必要がある。このような検討をするためにも、右記の事例は活用されなければならない。

(5) 原文は次のようなものである。

§ 91a ZPO

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 Dasselbe gilt, wenn der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Frist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist.

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.

(6) ZPO九一条aについては今までにいろいろ日本語に訳されてきたが、「die Parteien」をめぐって様々な訳がある。具体的には、当事者、両当事者、当事者双方、当事者(複数)という訳語である。このような状況において、両当事者かあるいは当事者双方という訳にすべきであると説いたことがある(拙稿「ドイツ民事訴訟法九一条aの翻訳について」教養論叢九六号一五頁(一九九四年))。要は本文で述べるように、訴訟の終了事由が発生した場合の原告の訴訟終了宣言に対して、被告が同意したり異議を述べない場合をいかに日本語に表現するのが妥当なのかという問題である。

(7) 被告の一方的訴訟終了宣言は認められないというのがドイツの判例・通説の見解である。これは一方的訴訟終了宣言の法的性質が訴えの変更であるという判例・通説の当然の帰結である。訴えの変更は原告だけの行為であって、被告が許されるものではないからである。

(8) 訴訟終了宣言の制度の生成の歴史については、拙稿「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)が詳細である。

三 双方的訴訟終了宣言の要件と効果

双方的訴訟終了宣言として認められるための要件、換言すれば Z P O 九一条 a が適用されるための要件と、適法な双方的訴訟終了宣言によって生じる法的な効果について、今日の判例・通説の見解をまとめておく。⁹⁾これらは双方的訴訟終了宣言を理解する場合に必要とされる基本的な知識であり、その法的な性質を考究する場合の出発点になるからである。すなわち制度を理解するための法的性質論とは、制度利用の要件と効果を体系的に説明するための議論である。

ところで既に見たように、双方的訴訟終了宣言の制度は両当事者間で訴訟の終了について争いが無い場合に、それまでの訴訟費用の負担者を裁判所の裁量という簡易な手続で決めて、直ちに訴訟を終了させる制度である。そうであるならば、この制度の主たる効果は簡易な訴訟費用の裁判と訴訟終了効の発生ということになる。Z P O 九一条 a はこのことを必ずしも明記しているものではないが、制度の目的から法文をそのように解釈する必要がある。

次にこのような法的な効果を発生させるための要件であるが、それは正に Z P O 九一条 a が規定している。すなわち両当事者の訴訟終了宣言であるが、その方法は期日における両当事者による宣言だけではない。Z P O 九一条 a は両当事者がその旨の書面を提出する方法や、両当事者がその旨を事務課の調査に記載する方法等も認められている。しかし、これだけではない。制度の目的から当然必要とされる要件は、しばしば法文に明記されていないからである。もっとも制度目的からは演繹されるが、別の民訴法の原理から要件としては否定されるものもある。

このような概観に基づき、以下では双方的訴訟終了宣言の主要な要件と効果について考察する。しかし、本稿の記述が双方的訴訟終了宣言の要件や効果についてのすべてではない。主要なものに限定した理由は、本稿の目的は単にドイツの双方的訴訟終了宣言を紹介することではなく、それを日本法へ導入することが可能かを検討するものであるからである。日本での制度の展開を念頭に置いて、当面日本で問題となるであろう項目についてだけ考究する。詳細はドイツの文献に譲る。もっとも、ドイツでも本稿で取り上げた項目以外は、特別な研究論文を除いて一般に取り上げられることはないので、本稿が網羅的に論じていないとしても直ちに不完全なものとは断定できない。制度を概観するには、本稿の項目だけで十分である。

1 双方的訴訟終了宣言の要件

A 訴訟終了事由

訴訟終了事由の存在は、通説によれば双方的訴訟終了宣言のために必要ではない。つまり訴訟終了事由の存在は、双方的訴訟終了宣言の要件ではない。にもかかわらず、この項目を冒頭に挙げたのは、訴訟終了事由の存在が要件として不要であることが、双方的訴訟終了宣言の特質を表しているからである。そもそも双方的訴訟終了宣言によって訴訟が終了するのは、双方的訴訟終了宣言が処分権主義に基づくからである。これは終局判決(民法二四三条一項)によらない訴訟の終了の場合と同じである。したがって日本で双方的訴訟終了宣言が認められた場合は、それは訴えの取下げ(民法二六一条・二六二条)、訴訟上の和解、請求の放棄および認諾(民法二六六条・二六七条)という制度と同じようにところに体系的には位置づけられる。双方的訴訟終了宣言が処分権主義に基づくということとは、双方的訴訟終了宣言は裁判所から審判権を奪うことである。そこで、裁判所は訴訟の終了事由の有無について審理することができない。したがって訴訟の終了事由の存在は双方的訴訟終了宣言

の要件ではない。つまり訴訟の終了事由が発生していなくとも、双方的訴訟終了宣言は適法である。この点が一方的訴訟終了宣言と違うところである。要件はこのように制度の根拠や目的からも導かれる。

なおこのような見解に対してかつて反対説が主張されたこともあったが、現在では反対説は全く忘れられていく。反対説は双方的訴訟終了宣言には訴訟終了事由の存在が必要であると主張しているが、訴えの取下げにはその理由が必要ないことを考えると、双方的訴訟終了宣言についてだけ理由を必要とするというのは説得力がない。またここで訴訟の終了事由の存在を双方的訴訟終了宣言の要件とすると、訴訟終了手続の簡素化という ZPO 九一条 a の本来の目的が見失われる¹⁰⁾。

B 訴訟係属

双方的訴訟終了宣言によって訴訟終了効が発生する。双方的訴訟終了宣言は処分権主義に基づき、処分権主義は裁判所の裁判する権限を奪うからである。訴訟終了効は訴訟係属を前提にするから、訴訟係属の発生が必要である。したがって訴訟係属の発生前には双方的訴訟終了宣言は許されないし、訴えの取下げ後の訴訟終了宣言も訴訟係属が既に消滅しているから、同様に許されない。もともとこのような見解を形式論として批判して、双方的訴訟終了宣言は訴訟係属の発生時点（訴状送達時）からではなく、訴状提出時から許されるとの見解がかつて主張されたことがあった。¹¹⁾

注意すべきことは、訴訟終了事由の発生時点と、双方的訴訟終了宣言を行う時点とを混同しないことである。前者は双方的訴訟終了宣言の場合は重視されない。A で述べたように終了事由そのものが要件とされていないからである。したがって双方的訴訟終了宣言の場合、終了事由の発生の時点が訴訟係属前であっても問題はないが、それは理論的に言えることであって、実際は訴訟の終了事由が訴訟係属前に発生した場合に双方的訴訟終了宣言が行われることはない。なぜならば、二〇〇二年一月一日施行された民事訴訟改革法に基づいて導入された ZP

〇二六九条三項三段が、この場合に利用されるからである。⁽¹²⁾ すなわち、この規定によれば、訴訟係属前に終了事由が発生した場合、訴えの取下げによって手続を終了させることができるとし、その場合の従前の手続費用の負担者を決める方法はZPO九一条aと全く同じ方法で、裁判所の裁量によって決めるとしているからである。

なお訴訟係属前の終了事由の発生に際して双方的訴訟終了宣言が利用されないことについては、デッケンブロック等は「訴訟係属前の手続終了における双方的訴訟終了宣言の終焉」と題する論文で、ZPO二六九条三項三段とZPO九一条aとの関係を論じて明らかにしている。この論文において彼らは、「ZPO二六九条三項三段の導入により、∴双方的訴訟終了宣言は可能ではあるが、もはや利用される事例は考えられない」と述べている。⁽¹³⁾

C 被告の同意

双方的訴訟終了宣言は通常は原告の宣言に対して被告が同意するか、あるいは異議を申し立てないという形態であるが、それだけではない。両当事者が一致して本案の裁判を希望しないと考えられるか否かが問題であるから、終了を宣言する当事者の順序は問わない。すなわち最初に終了を宣言するのが被告で、次に原告という順序であってもかまわない。被告の同意の意思は異議を申し立てないことも含まれるから、意思表示の解釈が問題となる。意思表示の解釈に際して、双方的訴訟終了宣言を望んでいると判断する基準は、訴訟費用を負担する意思がないということだけで十分である。もし原告が訴訟費用を負担するつもりならば、訴えの取下げになる。被告が棄却判決の申立てを維持している場合は、被告は裁判の取得を固執しているから終了宣言にならない。意思の表示(宣言)の方法や場所については、ZPO九一条aが期日での宣言、書面の提出、事務課の調書の記載等を規定している。

なお二〇〇四年九月一日施行の改正により、ZPO九一条a一項一段が双方的訴訟終了宣言の要件とする被告の同意について、それを擬制する規定が新たに第二段として追加された。すなわち、被告が原告の訴訟終了宣言

についての書面の送達を受けてから二週間以内に異議を述べない場合は、双方向的訴訟終了宣言が成立する旨の規定である。被告が異議を述べないということが、直ちに原告の訴訟終了宣言に同意するという意味ではないから、手順を踏んで同意を擬制しようというものである。そうでないと、被告の意思を確認するためにわざわざ期日を設定する必要があるし、設定したとしても異議を述べなかった被告が出席するとは思えないからである。そこで被告の意思の確認の手續を不要にするために、第二段として擬制規定が設けられた。⁽¹⁴⁾

D 一般の訴訟行為の要件

訴訟終了宣言は訴訟行為であるから、一般の訴訟行為について要求される要件が必要になる。また一般の訴訟行為が服する訴訟法の原則に従う。例えば、被告が同意する前であれば、原告は終了宣言を自由に取り消すことができる。しかし、被告が原告の訴訟終了宣言に同意した場合は、原告の訴訟終了宣言に再審事由（例えば、ZPO 五八〇条二号・四号・七号等）が存在する場合にのみ、原告は訴訟終了宣言を取り消すことができる。

2 双方向的訴訟終了宣言の効果と手續の展開

A 訴訟終了効

自動的に訴訟終了効が発生するので、裁判所が訴訟の終了を確認したり表明する必要はない。訴訟は双方向的訴訟終了宣言によって終了し、それ以上に進展しない。そこで証拠調べが既に決められていたとしても実施されることはない。問題は具体的にどの程度までは許されるかであるが、個別的に考えざるをえない。訴訟終了効の発生によって従前の訴訟法上の効果に対する影響が問題になる。これについては ZPO 九一条 a は規定していないし、他に直接規定しているものもない。そこで訴えの取下げの規定を類推して考えることになる。例えば、既になされた未確定な裁判は効力を失う（ZPO 二六九条三項一段の類推）。この場合裁判所は当事者の申立てにより、

確認的な決定によってそれを明らかにすることができる (ZPO 二六九条四項の類推)。

B 訴訟費用の裁判

イ 手続

従来の訴訟費用について、口頭弁論を経ないで決定によって裁判されなければならない (ZPO 一二八条⁽¹⁵⁾四項)。この裁判は即時抗告をすることができるから (ZPO 九一条 a 二項一段)、債務名義になる (ZPO 七九四一条一項三号)。そこで裁判は書面によらなければならないが、裁判書の形式について直接の規定はない。この裁判は即時抗告の対象になるので、それを考えたと裁判書は判決書に準じた形式が必要である。⁽¹⁶⁾ 具体的にいうと、主文は訴訟費用の判断に制限され、双方的訴訟終了宣言が主文で確認されることはない。

この裁判の理由において、訴訟費用の負担の判断に関係することが述べられる。両当事者が訴訟費用の負担について自分に有利な申立てをしているからである。訴訟費用の負担を決める理由において、終了前の本案の判断や双方的訴訟終了宣言が述べられる。ZPO 九一条 a 一項一段は、「従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して」訴訟費用の負担を決めると規定しているからである。従前の訴訟の状況を述べる範囲内で、本案の申立てについての裁判の状況が判断される。

ロ 判断基準

従前の事実状態と訴訟状態を考慮して、公平な裁量によって判断する (ZPO 九一条 a 一項一段)。この場合に訴訟費用の負担者を決める方法は、もし双方的訴訟終了宣言がなかったとしたら負担するであろうと十分に予測される者を仮定して、その者を負担者とするということである。しかし、仮定によってすべて決まるというものでもない。ZPO 九三条以下に示されている公平原理もここで適用される。事実の確認のために簡易な調査でも行わないが、重要な法律問題については判断がなされなければならない。

ハ 訴訟物の価格

双方的訴訟終了宣言が行われる前は両当事者は本案について争い、終了宣言後は訴訟費用の負担をめぐる争うことになるから、二つの訴訟物の価額が存在する。すなわち、訴訟終了宣言の前までは本案の訴訟物の価額が訴訟額の基準になる。ところが終了宣言の後では訴訟費用のみが問題になるから、訴訟費用の価額が訴訟額の基準になり、この額に変更される。かような変更が生じても管轄が変更することはない。訴訟額は起訴の時を標準とするからである（ZPO 二六一条三項二号）。上訴の際の訴訟額の基準は当事者が訴訟費用を争っているのであるから、原則として訴訟費用の価額になる。

C 上訴

訴訟費用の裁判に対して即時抗告が許される（ZPO 九一条 a 二項一段）。注意すべきことは訴訟物の価額である。訴訟費用の上訴については二〇〇ユーロを超えることが要求されているから（ZPO 五六七条二項）、その要件を満たさなければならないが、さらに従前の本案の訴訟物の価額が六〇〇ユーロを超えること（ZPO 五一条二項二号）も必要である（ZPO 九一条 a 二項二段）。なぜならば訴訟終了宣言がない場合は訴訟費用の裁判は本案との関係で上訴できるから（ZPO 九九条一項）、これも上訴の適法要件である。

D 再訴

双方的訴訟終了宣言によって訴訟が終了した後で、原告が同一訴訟物について再訴をした場合、それは既判力の観点からは適法である。双方的訴訟終了宣言には本案について既判力を有する裁判は存在しないからである。しかし、常に無条件で再訴が可能ということではない。信義則違反（ドイツ民法二四二条）で再訴は許されない場合がある。すなわち、再訴は訴訟終了宣言行為と矛盾する行為とみなされる場合である。相手方は双方的訴訟終了宣言によって事件が終了したと思っているから、そのような法的状態に対する相手方の信頼は保護されな

ればならない。そもそも再訴がこのような理由で許されないということは、既判力による再訴禁止ではないから、再訴を正当化する事情が双方的訴訟終了宣言の後に発生した場合(17)は再訴が許されることになる。

なお再訴の禁止を当事者の合意に求める説があるが、それは双方的訴訟終了宣言の法的性質をそのように解するからである。四で述べるように、再訴禁止効をどのように説明するかが法的性質論の重要な争点の一つである。

(9) 以下の本文の各項目の内容は、一の2で挙げた参考文献を利用してまとめたものである。これらはそれぞれ判例・通説の見解でもあり、ドイツでは当然のこととして一般に説かれていて、特に議論があるわけではない。そこで、それぞれの内容について個々に文献を表示することは煩雑になるので省略する。

(10) 本稿の1で述べた旧稿において反対説を取り上げ、このような理由で批判したことがある(三五六頁以下)。

(11) 訴訟係属と訴訟終了宣言との関係を詳論したのが、拙稿「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)である。双方的訴訟終了宣言と訴訟係属については注(8)(九頁以下)で詳論した。

(12) ZPO二六九条三段を新設した理由については、拙稿・前掲注(1)七六巻八号一九頁以下で紹介し、この規定が訴訟終了宣言の制度において有する意味について述べたことがある(三六頁以下)。なおこの規定は二〇〇四年九月一日施行のZPO改正によって当初の文言が修正されたり、一文が新たに挿入されたりした。その内容と理由については、同・前掲注(1)七九巻二号三〇頁以下で述べている。

(13) Deckenbrock/Dötsch(A), S. 50. なおZPO二六九条三段の導入が双方的訴訟終了宣言に与える影響については、拙稿・前掲注(1)七六巻八号三六頁以下で、ドイツの学説を紹介して詳しく述べたことがある。

(14) この規定が新設された理由については、拙稿・前掲注(1)七九巻二号一四頁以下で詳しく紹介し、この改正の意味を述べたことがある(二四頁以下)。

(15) 二〇〇二年一月一日施行のZPOの改正がなされる前までは、この内容はZPO九一条a一項二段が規定していた。この改正によって一般的な規定としてZPO一八条四項が創設されたために、それと同趣旨を規定していたZPO九一条a一項二段が削除された。この改正については、拙稿・前掲注(1)七六巻八号一七頁以下で紹介したこと

がある。

- (16) 以下の本文での手続的な記述は、Knöringer (E), § 11 I 3; Oberheim (E), § 29 Rn 8 の記述を参考にした。
- (17) 再訴の問題に関する最近の判例・学説の状況については、Becker-Eberhard (A), S. 284ff. が詳しい。