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

Title	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(二・完)
Sub Title	Die beiderseitige erledigungserklärung nach§91a ZPO (2.Ende)
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.9 (2006. 9) ,p.27- 65
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20060928-0027

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（二・完）

坂原正夫

一　はじめに
　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
　　Ｂ　訴訟費用の裁判
　　イ　手続
　　ロ　判断基準
　　ハ　訴訟物の価格
　　Ｃ　上訴
　　Ｄ　再訴
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
　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

（……以上七九巻八号）

3　諸説の対立の構図
4　日本法からの評価の視点
五　日本法における双方的訴訟終了宣言
1　消極説の内容
2　消極説の問題点
3　訴えの取下げと双方的訴訟終了宣言の異同
4　双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言
六　おわりに
1　解釈論の道筋
A　法の欠缺
B　当事者の訴訟終了の意思の解釈
2　双方的訴訟終了宣言と裁判書　（……以上本号）

四　双方的訴訟終了宣言の法的性質論

ここで法的性質について論じることの意味は、双方的訴訟終了宣言の制度の本質を把握するためである（1）。本質を論じる場合に第一に考えなければならない問題は、何ゆえに双方的訴訟終了宣言によって訴訟は終了するのか、換言すれば双方的訴訟終了宣言が有する訴訟終了効の根拠は何かということである。そして次に考えなければならない問題は、双方的訴訟終了宣言によって終了した訴訟の再訴は許されるのかということである。これらが双方的訴訟終了宣言を理解するうえで最も重要な問題である。そこでこれらの問題について諸説の見解とそれに対する批判とを対比して、諸説の対立する原因を考察する（2）。それによって双方的訴訟終了宣言の本質が見えてくるからである。双方的訴訟終了宣言の本質を理解し、双方的訴訟終了宣言に関する議論において普遍的なものを把握することができれば、訴訟終了宣言に関する条文がない日本においても、日本法の双方的訴訟終了宣言を考えることができる（3）。

1　法的性質論の意味

本稿において双方的訴訟終了宣言の法的性質について論じるのは、ドイツの制度を日本に導入する場合に、法的性質論はその橋渡しになるからである。一般に法的性質論は既存の制度によって新しい制度を説明するための議論であるから、日本にないドイツの制度を議論する場合に、ドイツの法的性質論によって日本の既存の制度に置き換えて考えることができる。特に立法が整備されていない問題に対しては、既存の制度を利用して対応することができるか否かも、法的性質論を考察することによって探求することができる。またこのように法的性質論によって比較法的な考察をするということは、双方的訴訟終了宣言の本質を尋ねることになるから、本質論に繋がることになる。要するに法的性質を問うことは双方的訴訟終了宣言の本質を問うことである。そして法的性質論は、ドイツの訴訟終了宣言理論を日本法に転換させる場合の変換機の役割を担うものである。

そればかりではない。法的性質論は総論的な問題だけでなく、各論的な問題に対しても解答を提供するものである。双方的訴訟終了宣言は日本にない制度であるから、日本で議論する場合、第一段階は総論的な問題である。すなわち、それが日本において利用することができるかという問題と、利用した場合にどのようなメリットがあるかという問題である。そして第二段階が各論的な問題であり、導入を肯定した場合に手続上生起する具体的な問題に対して適切な解答が用意できるかということになる。これらの問題は制度の運用に関するものであるから、アドホックな（その場限りの）解答であってはならず、解答は体系的に、原理・原則に従ってなされなければならない。法的性質論は正にこのような各論的な問題に対しても威力を発揮し、明快な解答を提供する。そもそも法的性質論は比較法として利用されることを想定して立論されたものではなく、その本来の目的は各論的な問題に対して指針を提供することにあるからである。もっとも日本の現状は双方的訴訟終了宣言の個別具体的な問題を考察する段階ではなく、各論的な問題は将来の課題である。したがって今は、各論的な問題の解決の指針を提供する法的性質論を考えることで満足しなければならない。

このように日本法の視点からは双方的訴訟終了宣言の法的性質論は重要であり、それゆえに以下ではこれについて詳論するが、日本において法的性質について論じることに問題がないわけではない。なぜならば、法的性質論を重視することはドイツにおける状況と大いに異なるからである。すなわち現在ドイツでは双方的訴訟終了宣言の法的性質論は重要視されることなく、等閑視されている。例えば、教科書や注釈書の双方的訴訟終了宣言の説明において、法的性質論について述べていないものが少なくない[18]。大部な注釈書や体系書であっても数行で済ませていて、記述している方が珍しいというべきかもしれない[19]。そこでこの状況をどのように評価すべきかという問題が生じる。換言すれば、ドイツで等閑視されているということは、法的性質論は双方的訴訟終了宣言にとって元来重要なものではないのではないか、さらにドイツで重要視されていない法的性質論に重大な意味を持たせることは、それ自体が大きな誤りではないかという疑問である。

これらはもっともな疑問ではあるが、ドイツの状況が日本と異なるのは当然なことと考える。そもそも制度が成熟期にあるドイツと、これから制度の導入を検討しようとしている日本とでは、状況や環境が同じと考えることこそ問題である。両国の間の学説に違いがあるのは当然である。かつてドイツで法的性質論が華々しく議論されたことがあったが、日本はその当時のドイツの状況から出発しなければならない[20]。

ところでドイツの状況は制度の成熟期であると述べたが、それよりは理論の実用性や効率性の重視と表現した方がよいのかもしれない。現在のドイツの状況について概観するために、今日のドイツにおける訴訟終了宣言について発表された論文を見たが、二つの大きな流れがある。一つは議論の中心が総論的な理論的な問題から各論的な具体的な問題へ移ったという流れである。すなわち法的性質論の定着に伴い、各論の問題の深化が目指されている。他の流れは、訴訟終了宣言においてその有する訴訟の終了という効果の面よりも、訴訟費用の負担を決める手続面に注目し、訴訟終了宣言の手続の簡素化に力点を置く傾向である。これは複雑になった理論に対して

訴訟終了宣言の出発点である訴訟費用の負担者を簡易な手続で決めるということへの回帰現象と評することができる。またこのことは一方的訴訟終了宣言において、訴え変更説が判例・通説を形成したことと無関係ではない。いわば重い手続に対する反動であり、通説批判の新たな胎動が聞こえる。[21]

総論から各論へ、訴訟の終了よりも訴訟費用の問題へという状況を受けて、双方的訴訟終了宣言の議論において重視されたのは実践的な意味や理論の効用・効率である。法的性質論においていかなる説を採用しようとも、具体的な問題における結論に大きな差異が生じないならば議論する意味は少ない。また学説が対立状況にあるといっても通説と少数説の関係であり、学説が混沌としているのではなく集約されようとしている状況にある。そうであるならば、殊更、法的性質を論じる必要はない。法的性質論に消極的な評価を下す見解が登場しても不思議ではない。[22] しかし、このような状況はなにも双方的訴訟終了宣言だけの問題ではないし、ドイツだけの特有な問題でもない。日本でも同様に、一般に法的性質論や本質論は等閑視されているし、評判がよくない。[23] 問題はこのような風潮である。学問とは体系化であり、体系化にとって法的性質論や本質論は根幹をなすものであり、実益論や効率論の前提となる問題である。そうであるならば、先ず法的性質論や本質論について正面から向き合う必要があるし、そこから出発しなければならない。実益や効率を重視して、これらを軽視することは許されない。

2　諸説の状況とそれぞれの問題点

最近の注釈書・体系書の中で、この問題について比較的詳しく述べているのはムジラークである（Musielak (D), Rn 264－265)。詳しくといっても、学説の内容を数行で説明し他説の問題点を一行程度にまとめたものであり、全体で数行程度の説明よりは詳しいという意味である。彼は学説を四つ挙げているので、本稿は学説の分類と順序はそれに従い、以下のＡからＤにまとめた。参考にしたのはそれだけで、本稿のそれぞれの記述の内容

は彼のものと異なる。また彼はそれぞれの学説に名称を付していないが、名称がないと学説を特定するのに不便なので、本稿ではこれらの学説については過去にドイツや日本で使用された一般的な名称を付した。なお学説のEは今日ではほとんど顧みられることのないものであるが、他の説を理解したり双方的訴訟終了宣言の本質を理解するうえで有益なので、本稿で特に取り上げたものである。

A　特別な（特権的な）訴えの取下げ説

この説は、原告の訴訟終了宣言は広い意味の訴えの取下げと考える。[24] この説の特徴は、双方的訴訟終了宣言の場合は本案の訴訟係属の消滅は訴訟の終了事由が実際に存在するか否かにかかわらず生じるのに対して、訴訟の終了事由が存在する場合は、原告の宣言のみによっても一方的に訴訟係属は終了するという点にある。すなわち、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言とを統一的に把握する。この点において後述の訴訟上の意思の合致説（D）と異なるが、再訴禁止効は有しない点では同じである。特別な訴えの取下げ説（Die Theorie der besonderen Klagerücknahme）と命名されているのは一般の訴えの取下げと異なり、この場合の訴えの取下げは原告が訴訟費用を負担するとの規定の適用はないと説くからである。この点は訴えの取下げに比べて原告に有利であるから、特権的な訴えの取下げ説（Die Theorie der privilegierten Klagerücknahme）とも言われる。

この説の問題点は、双方的訴訟終了宣言と訴えの取下げにおける当事者の利害状況の違いを無視している点である。[25] また双方的訴訟終了宣言によって訴訟が終了した後で、原告が同じ訴えを繰り返した場合に、訴えの取下げ後の再訴は許されるとの理由で、それを適法とせざるをえない点でも問題である（Musielak(D), Rn 265)。

B　訴訟上の合意説

この説は両当事者による終了宣言、すなわち双方的訴訟終了宣言は一種の訴訟上の合意であり、それは裁判所の訴訟物について裁判する権限を奪う当事者による一致した処分であると考える。[26] それゆえに訴訟上の合意説

(Die Theorie der prozessualen Vereinbarung) と言われるが、その内容は次のようなものである。訴訟係属の終了を生じさせるためには、裁判所に対して原則として、両当事者が訴訟の終了を通告することが必要である。このような合意によって訴訟係属が消滅するのは、当事者の合意を本体とする訴訟上の和解が同様な効果を有していることによる。原告が訴訟終了宣言をした場合、それは被告に対しての申込みと解されるから、もし両者が合意に達しない場合は、原告は次の段階として裁判所に対して訴訟終了宣言をしなければならなくなる（これは一方的訴訟終了宣言の問題である）。再訴に関しては、この説は被告の保護の観点から再訴は許されないと説くが、その根拠としてハープシャイトは、従来の請求についてもはや新しい訴訟をしないという追加的な合意に基づくと説く。

この説に対する批判として、ドウブナーは次のように言う。[27]「当事者は通例、共通の交渉を原因としてではなく互いに無関係に終了を宣言するものである。さらに訴訟上の合意というものは一般に当事者間の法律関係の形成を目的とするが、双方的訴訟終了宣言の場合は当事者の関心はそこにあるのではない。両当事者はむしろ、裁判所の裁判する権限を訴訟費用の裁判に制限しようとしているのである。一方が本案の全部の終了を宣言し、他方が一部の終了を宣言する場合は、この説によれば合意は一致を欠くため成立しないであろうが、しかし裁判所に対しては部分的にその権限を制限する訴訟上の意思の合致は存在するから、当事者の終了宣言は訴訟上の意思の合致と見るべきである」。

Ｃ　二重の放棄説

この説は終了宣言を原告が訴訟上の請求を放棄し、被告が棄却判決を求めることを放棄すると考える。原告も被告もそれぞれの権利を放棄するので二重の放棄説（Die Theorie des doppelten Verzichts）と言われる。問題は放棄の意味である。被告の同意により、何ゆえに従前の訴訟の訴訟係属が消滅するのかということである。そこ

でこの説は原告の訴訟終了宣言をＺＰＯ三〇六条の請求の放棄と考えるのか、それともそれとは異なった特別な放棄と考えるのかで見解が分かれる。前者がかつての放棄説であり、[28] 後者が近時の考え方である。[29] 後者は放棄されるものは従前求められた本案判決であり、再訴は不適法であるとする。

ドナウは、それを次のように論拠づける。[30]「訴えの取下げは正しく当該訴訟における本案の放棄であるが、それは係属している請求の存在または不存在についていかなる陳述も含まない。ところが双方的訴訟終了宣言はさらにこれを越えて訴訟上の請求はもはや存在しない旨の『自認』と、それについての本案判決を求めることを放棄することを含むものである。被告が原告の宣言に同意した場合は、これは将来においても拘束する。…結果として、このことは当事者による双方的訴訟終了宣言に既判力類似の効力を与えることであり、私見によれば問題の状況にふさわしいものである」。

この説に対しては、一般に次のような批判がなされている。請求の放棄によって当該訴訟の訴訟係属は消滅するのではなく、訴訟の終了は放棄判決（ＺＰＯ三〇六条）によってなされるはずである。しかし、放棄判決を求めるか否かは被告がイニシアチブをもっている。そこで被告が放棄判決を求めることを放棄しない場合はどうなるのだろうか。原告敗訴ということになるのか。あるいは被告が放棄判決を求めることを放棄するということを条件づけて、原告は放棄するということになるのだろうか。あるいは、この場合は被告の側に本案を求める訴えの利益がなくなると構成するのだろうか。原告敗訴では双方的訴訟終了宣言の制度の目的に合致しないし、そうでない構成となるとＺＰＯ三〇六条の請求の放棄とは全く関係のないことになるのではなかろうか。しかし、ＺＰＯ三〇六条の放棄とは無関係な法構成になると、今度はＺＰＯ三〇六条が規定する一般的な請求の放棄と異なった構成をとる必然性の論証が必要であろう。要するに、この説は原告の意思に相応しないし、放棄についての法律の規定とは全く離れるという点が難点とされている。[31]

Ｄ　訴訟上の意思の合致説

この説は、双方的訴訟終了宣言を訴訟上の合意と厳密に区別されなければならない訴訟上の合同行為（Gesamtakt）の一種である訴訟上の意思の合致と考える。そこで訴訟上の意思の合致説（Die Theorie der prozessualen Einverständniserklärung）と言われるが、双方的訴訟終了宣言の有効性は単に表示された意思の合致によるのではなく、それが裁判所へ到達した場合にのみ生じるとする。当事者の意思の合意かそれとも一致かという点においてはこの説と訴訟上の合意説（Ｂ）とは大差ないが、この説は裁判所との関係の説明が訴訟上の合意説（Ｂ）よりも前述のように明快である。

なおこの説は訴訟係属終了説（Die Theorie der Rechtshängigkeitsbeendigung）と言われることもある。この説は双方的訴訟終了宣言の法的効果として、単に訴訟係属の消滅ということしか考えないからである。したがって、終了宣言は従前の訴訟物について裁判を行うことを放棄することであり、それは請求についての訴訟係属の消滅をもたらす原告と被告のそれぞれの一方的な意思表示が一致したからであるとする。[32] ムジラークは双方的訴訟終了宣言について、一方では特別な制度であると理解しなければならないと述べているが、他方では立法が不十分なので他の規定、特に訴えの取下げの規定が類推適応されると主張している（Musielak(D), Rn 265）。結局のところ、この説は特別な訴えの取下げ説（Ａ）ではないかと言われる由縁である。訴えの取下げの規定を類推適用するから、同一請求の再訴は適法ということになる。

この説に対して、ハープシャイトは次のように問題点を指摘している。[33] 訴えの取下げと双方的訴訟終了宣言との法的効果の差異はどこにあるのか？　答えは…単に一つでしかない。訴訟費用の点を除いては一般に存在しない！　所説は原告を訴訟費用の点で有利に扱う特別な意思の合致した訴えの取下げにほかならない。その結果、再訴を原則として許容し、被告が再訴を防止したければ単に訴えの取下げと同じく合意しなければよいとするの

は、訴えの取下げと終了宣言とは当事者の利益状況が異なるということを無視している。要するに特別な訴えの取下げ説（A）に対する批判がそのまま当てはまるであろう。

E　確実性と最終性による説

従来の説が訴訟係属終了の根拠を法によって認められた当事者の意思に求めたのに対し、この説はＺＰＯ六一九条を考慮した事実上の終了を根拠にする。この規定は婚姻訴訟において、判決の確定前に配偶者の一方が死亡した場合は、手続は本案において終了するというものである。この説によれば、この規定はこのような場合に手続が確実に最終的に終了するということを明らかにしたものであり、訴訟終了宣言の問題になる場合の原則を例示的に規定したものと理解する。すなわち訴訟終了効は当事者の意思に基づくものではなく、実体的な終了原因が確実にしかも最終的に生じたことに基づくと説く。[34] そこでこの説は確実性と最終性による説（Die Lehre der Offensichtlichkeit und Endgültigkeit）と言われる。双方的訴訟終了宣言の場合は、紛争が確実にしかも最終的に終了しているわけではないが、当事者は本案の終了が確定的であるかのように行動するから、当事者の間にはもはや紛争は存在しない。それゆえ裁判所もまた本案の終了について確実性と最終性が存在すると判断することができると述べている。[35]

この説に対する問題点は、ＺＰＯ六一九条を根拠にしていることである。ＺＰＯ六一九条が規定しているのは、婚姻訴訟という一身専属性に関する訴訟での一方当事者の死亡という特殊な場合である。すなわち、特殊な場合について規定したＺＰＯ六一九条を根拠に、請求の理由が消滅したことによって生じる一般的な訴訟の終了を説明するのは困難である。さらにまた、請求の放棄と放棄判決（ＺＰＯ三〇六条）や請求の認諾と認諾判決（ＺＰＯ三〇七条）との関係を考えるならば、この説が不十分であることが分かる。なぜならば、これらの場合は請求の放棄ないし請求の認諾それ自体では訴訟は終了せず、常に当事者の申立てによってなされる放棄判決、認諾判決

によって訴訟は終了するからである。すなわち、これらは確実性と最終性という点では終了宣言の場合と全く同じであるにもかかわらず、それだけでは訴訟は終了せず、さらに放棄判決や認諾判決を必要とするが、それが説明できない。[36]

3　諸説の対立の構図

このように諸説の対立があるが、法的効果の点から見ると実際にそれほどの差が生じるわけではない。例えば、訴えの取下げと同じように遡及的に訴訟係属は消滅するのか、あるいは既に下されたがいまだ確定していない判決は無効になるのかといった問題では意見の対立はない。実務にさほど混乱もなく、取扱いについて大方の意見の一致を見ているのもそのためである。

結局のところ諸説の対立は、双方的訴訟終了宣言のどこに力点を置いて法構成をするかに起因する。すなわち、双方的訴訟終了宣言の根底にある当事者の処分権に基づく行為を重視するのが訴訟上の合意説（B）であり、裁判所に対してなされる行為に注目するのが訴訟上の意思の合致説（D）である。既存の制度と比較して、請求の放棄に類似性を見るのが二重の放棄説（C）であり、訴えの取下げに類似性を見るのが特別な訴えの取下げ説（A）である。そして当事者の行為でなくて、訴訟の終了という面に注目するのが確実性と最終性による説（E）である。

これらは、双方的訴訟終了宣言の法現象とそのあるべき姿をどのように考えるかの違いである。具体的には既存の制度に対する態度において各説の差異が生じる。すなわち既存の制度（訴えの取下げ、請求の放棄）に依拠するのか、それとも新たな制度として位置づけるのかということである。さらに効果としては訴訟終了効だけで満足するのか、それ以外に再訴禁止効を付与するのかという点での考えの違いも、各説で差異が生じる原因とな

る。効果に対する議論は、双方的訴訟終了宣言の紛争解決能力についての評価の反映と見ることができる。

4　日本法からの評価の視点

これら諸説の当否を考えなければならないが、その場合に重要な視点は、日本が参考にすべきことは何か、それに適合した理論は何かということである。そのために第一に考えるべき視点は、日本にはＺＰＯ九一条ａに相当する規定がないという認識である。これは日本では訴訟終了宣言について根拠となる条文がないという点で弱みであるが、反対に条文に拘束されることなく純理論的に訴訟終了宣言の制度をデザインすることができるという長所でもある。このような認識から前記諸説の中から日本に適した理論を選択する場合、先ずＺＰＯ九一条ａの説明のためだけの理論は除かれる。日本にはＺＰＯ九一条ａに相当する規定がないから、この条文の説明に適したというだけの理論では、日本においては通用させることはできないからである。このような理由から、ドイツでは今日の多数説ではあるにしても、訴訟上の意思の合致説（Ｄ）には魅力がない。確かにこの説のように双方的訴訟終了宣言は当事者の意思の合致であると考えることは、当事者の意思に相応するものであるし自然であるが[37]、それはＺＰＯ九一条ａという制度があるからであり、日本で双方的訴訟終了宣言を考える場合は、条文がなくとも通用するものでなければならず、法文の背後にある双方的訴訟終了宣言の制度の根幹を説明するものでなければならない。さらに、双方的訴訟終了宣言の効果（訴訟終了効や再訴禁止効）の淵源を明らかにするものでなければならない。

第二に考えるべき視点は、既存の制度との間に一定の距離を置く理論でなければならないということである。なぜならば、そうでないと訴訟終了宣言の独自性を減少させるからである。すなわち既存の制度との親近性や類似性を強調すると、立法論でなく解釈論であることを印象づけるし、実定法に根拠をもつことで説得力を有する

が、反対にそれだけ訴訟終了宣言の必要性や独自性を弱めることになる。歴史的にこの制度の生成過程を見てみると、訴訟費用の問題から出発して、それが当事者による訴訟終了の行為の一つとして独自の地位を獲得するに至った大きな流れを見ることができる。[38] 理論はそのような流れの中で考える必要がある。すなわち、訴訟終了宣言は既存の制度とは違った制度であるとの認識が必要である。そのようなことから、二重の放棄説（C）、特別な訴えの取下げ説（A）に対しては消極的な評価をせざるをえない。

第三に考えるべき視点は、紛争解決能力を充実させることである。単に訴訟費用の問題でないとするならば、本案について紛争解決能力を高める必要がある。それゆえに訴訟終了効だけでは不十分である。具体的には再訴禁止効も付与して、双方的訴訟終了宣言が有する効果を高めるべきである。[39] この点に関しては、訴訟と異なり自主的紛争解決方法では当事者間で自主的に紛争を解決することに訴訟終了効の根拠があるから、当事者間で紛争が再燃すれば再訴で決着をつけ、既判力のような再訴禁止効を認めるべきではないとの批判が考えられる。この批判は、当事者の終了を招来させる訴訟行為の意思表示に瑕疵があった場合を問題にするものである。確かにこのような場合でも解決済みとして瑕疵の主張を認めないならば、妥当性を欠くし公平ではない。[40] しかし、再訴禁止効が既判力でないならば、再訴禁止効を認めてもこの批判は妥当しない。意思表示の瑕疵の主張を遮断するのは既判力であって、再訴禁止効ではないからである。なお再訴禁止効を認めるにしても、その根拠が問題になる。既述の理由から既判力は採用できないが、しかし、信義則というのも要件・効果という点で漠然としている。[41] 再訴しないという当事者の意思に根拠を求め、意思に瑕疵があれば民法の理論で処理するというのが正道である。この理由から既判力による二重の放棄説（C）と、再訴禁止効を信義則で説明する訴訟上の意思の合致説（D）には賛成できない。

第四に考えるべき視点は、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言との関係である。すなわち両者の差異を

どのように考えるかである。両者の違いは訴訟の終了に関しての当事者間の紛争の有無であり、双方的訴訟終了宣言は紛争がない場合であり、一方的訴訟終了宣言は紛争が存在する場合である。紛争がある以上は、訴訟手続によって終了させるべきである。換言すれば、一方的訴訟終了宣言の場合は当事者の手続保障が要求されるということであるが、双方的訴訟終了宣言の場合は、両当事者の自由な意思が当事者の手続保障を代替していて、その必要がないということである。[42] ところで確実性と最終性による説（E）は双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言の違いと統合的な観察の必要を指摘した点は評価できるが、ＺＰＯ六一九条のような事例まで取り込んで統合した結果、理論が形式化・抽象化し、手続保障の差異を看過した点で問題である。双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言は立脚している原理が異なる以上、統合よりも区別して考察した方が建設的である。このような理由から確実性と最終性による説（E）には賛成できない。

このような評価の結果、訴訟上の合意説（B）に注目し、それを参考に日本での双方的訴訟終了宣言を考えるべきであると思う。もっとも合意説を支持する場合、合意説に対するドウブナーの批判に答えなければならない。批判は双方的訴訟終了宣言は互いの意思の交換ではなく、裁判所に向けられた行為であるというものであった。確かに訴訟行為としてこのような性格は無視できないが、しかし、それは当事者の意思を訴訟手続に顕在化するための行為をとらえたものであり、重要なことは当事者が終了に関して合意したことによって終了効等の法的効果が発生するということである。既述のように、それによって法的効力の淵源が説明できるから、正に双方的訴訟終了宣言の本質は当事者の合意であり、現象的側面として裁判所に向けられたそれぞれの意思が合致したように見えるにすぎないのである。

（18） Baumbach/Hartmann(C), §91a; Saenger/Gierl(C), §91a; Thomas/Hüßtege(C), §91a; Zimmermann

(C), § 91a; Zöller/Vollkommer(C), § 91a は注釈書でありながら、双方的訴訟終了宣言の法的性質論の記述がない。体系書・教科書では Jauernig(D), § 42 VI; Lüke(D), § 21 II; Paulus(D), Rn 346; Schellhammer(D), § 33 が同様である。なおこのようなことから当然、入門書・演習書・実務書等で記述しているものはない。

(19) 例えば、Lüke＝MK/Lindacher(C), § 91a Rn 26; Stein/Jonas/Bork(C), § 91a Rn 44; Musielak(D), Rn 264-265; Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), § 130 Rn 9; Schilken(D), Rn 628; Zeiss/Schreiber(D), Rn 500 等が述べているが、ムジラーク以外の記述は簡単である。

(20) 本稿の一の1で述べた旧稿においては、ローゼンベルクの体系書の一二版（一九七七年）の双方的訴訟終了宣言についての記述を翻訳して、当時のドイツの状況を紹介した（三四三頁以下）。その冒頭は法的性質論であり、著者は詳論している（Rosenberg/Schwab, ZPR, 12. Aufl., 1977, § 132 II 1）。ところが最新版（Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), ZPR, 16. Aufl., 2004, § 132 II 1）では、著者が代わったという事情があるにしても、扱いは非常に小さくなった。

(21) 訴訟終了宣言に関するドイツの学界の新しい傾向については、拙稿・前掲注(6)二五頁注(28)において述べたことがある。そのような傾向を代表する論文を紹介して、それを批判したのが、拙稿「訴訟終了宣言の近時の問題」民事訴訟雑誌三八号六九頁以下（一九九二年）である。

(22) ヴォルストは、双方的訴訟終了宣言の法的性質についての理論的な論争には、実践的な意味は全くないと述べている（Musielak/Wolst(C), § 91a Rn 14）。

(23) 新堂幸司博士は、民事訴訟法学における本質論や性質論に対して懐疑的である。名著『新民事訴訟法』はそのような態度で書かれているように思う。様々な具体的な場面での記述からそのようなことを読み取ることができるが、一例としてここでは訴訟上の和解の性質論を取り上げることとする。この問題について他の問題の場合と同様に、博士は諸説を詳細に紹介し、学説の対立する原因を分析し、「しいてその性質を定めるとすれば」と断ったうえで自説を主張している。そして最後に「しかし、いずれにしても性質論自体は実益のある議論ではない」と述べている（『新民事訴訟法〔第三版補正版〕』三四五頁注(1)〔弘文堂、二〇〇五年〕）。博士が性質論に消極的な姿勢であることは明らかである。

ところで既判力の本質論に関して、その実益のないことが議論を衰退させたと分析し、そのうえで既判力本質論の復権を主張したのが、拙稿の「既判力について」である（拙著『民事訴訟法における既判力の研究』三六一頁以下〔法学研究会叢書、一九九三年。初出は一九九一年〕）。なお同様な問題として訴権論を挙げることができる。訴権は内容が空虚であり、単に説明のための理論であって権利として認める必要はないというのが訴権否定説であり、今日の有力な見解である。訴権否定説が通説の本案判決請求権説に対してその内容が空虚であると批判する点は正当であるが、具体的な訴訟において訴権論は実益がないとして訴権を否定するのは誤りである。そこで判決理由形成関与権説を展開し訴権論の復権を主張したのが、拙稿「訴権について」である（本誌七七巻一二号三四七頁以下〔二〇〇四年〕）。

(24) Pohle(A), FS Maridakis II, S. 430ff; Sein/Jonas/Leipold(C)(20. Aufl., 1977), §91a Rn 36; Sein/Jonas/Bork(C), §91a Rn 44. なおライポルドのものは文献一覧に挙げていないが、括弧で表記したように文献表のものの旧版である。

(25) Lüke＝MK/Lindcher(C), §91a Rn 27; Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), §132 II 1 は、訴えの取下げと双方的訴訟終了宣言との利益状況の違いを理由に、この説を批判する。

(26) Habscheid(A), FS Lent, S. 157ff; ders., JZ 1963, 579ff.; Rosenberg/Schwab(D)(14. Aufl., 1986), §133 II 1; Zeiss/Schreiber(D), Rn 500. なおシュヴァープのものは文献一覧に挙げていないが、括弧で表記したように文献表のものの旧版である。換言すれば、この本は一五版（一九九三年）からゴットヴァルトが執筆を担当することになったが、この説を承継しなかったということである。その理由については後注(37)で述べる。

(27) Deubner(A), Jus 1962, 205ff. の主張を、できるだけ原文に忠実にまとめたものである。

(28) 第二次世界大戦以前のドイツの有力説であった。例えば、Hellwig(D), S. 442, 630, 758; Kisch(A), Recht 1924, 4. である。ＺＰＯ九一条ａ成立後では Nikisch(D), §66 III が支持した。

(29) Donau(A), JR 1956, 169ff.; ders., MDR 1957, 525ff.

(30) Donau(A), JR 1956, 170 の主張を、できるだけ原文に忠実にまとめたものである。

(31) Temming(B), S. 48ff. の要約を参考にしてまとめた。

(32) Deubner(A), Jus 1962, 208ff.; Göppinger(B), S. 88ff.; Lüke＝MK/Lindcher(C), §91a Rn 26; Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), §132 II 1; Schilken(D), Rn 628. 日本語の文献では、リュケ（F）・六九頁以下。なお訴訟上の意思の合致説の中に訴訟係属終了説と二重の放棄説を含めて分類する学説がある（Lüke＝MK/Lindcher(C), §91a Rn 26）。

(33) Habscheid(A), JZ 1963, 581 の主張を、できるだけ原文に忠実にまとめたものである。

(34) この説は、Müller-Tochtermann(A)がNJW 1959, 421ff. で説いたものであるが、既に同様な主張はders., NJW 1958, 1761ff.; ders., JR 1958, 250ff. 等にも見られる。

(35) Müller-Tochtermann(A), NJW 1959, 422; ders., NJW 1958, 1762. なお一方的訴訟終了宣言の場合は、本案の終了を確認する判決の既判力によって確実性と最終性が明らかになると説いている（NJW 1959, 422）。

(36) Temming(B), S. 52ff. の要約を参考にしてまとめた。

(37) Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), §132 II 1は、旧版であるRosenberg/Schwab (14. Aufl., 1986), §133 II 1の訴訟上の合意説を改説したが、その理由はこの説の問題点として指摘していることから推察できる。すなわち、ゴットヴァルトはこの説に対して、双方的訴訟終了宣言を両当事者の訴訟上の合意と考えることは、両当事者の意思表示（終了宣言）は裁判所に対してなされなければならず、それが裁判所に到達するまでは訴訟は終了せずに係属しているという事実に妥当しないと批判している。この批判はこのような事実に即応して当事者の意思を考えるべきであるという主張でもあるが、訴訟上の合意説（B）はそうではないから、ゴットヴァルトはシュヴァープの見解を承継しなかったのであろう。要するにゴットヴァルトの見解は、当事者の意思は相手方ではなく裁判所に向けられたものであり、そのように考えることが当事者の意思にも相応し自然であるということではないかと思う。

(38) 訴訟終了宣言の制度の生成の歴史や理論の展開の概要については、拙稿・前掲注(8)に詳しい。

(39) 法に根拠がなく、解釈で勝手に法的な効力を創設できるのかという批判が考えられる。しかし、必ずしも特異な議論ではない。例えば、いわゆる確定判決の反射効や争点効が挙げられる。直接規定した条文がないにもかかわらず、紛争解決能力を高めるために理論として判決の付随的効力として肯定する学説が有力である。

さらに民訴法四八条の脱退者に対する判決の効力に関する議論も、興味のあることである。この規定は旧民訴法七

二条を引き継いだものであるが、旧民訴法七二条時代の議論において、判決効創設の重要性を見ることができるからである。すなわち議論は脱退者に及ぶ判決の効力とは参加的効力なのか、既判力なのか、それとも既判力と執行力なのかということである（秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦〔菊井維大＝村松俊夫原著〕『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第二版〕』四八六頁以下〔日本評論社、二〇〇六年〕）。今日では紛争解決機能の充実という観点から、三番目の既判力と執行力とする説が通説的な見解である。正に条文の文言よりも、制度の機能が重要であることを示唆している。

(40) 訴訟上の和解、請求の放棄および認諾に既判力があるか否かは議論のあるところであるが、最近では訴訟による解決と自主的解決の違いを強調して既判力を否定する見解が有力である（訴訟上の和解に関してではあるが、高橋宏志『重点講義　民事訴訟法上』六八四頁以下〔有斐閣、二〇〇五年〕）。

(41) 本稿の一の1で述べた旧稿においては、再訴禁止効を肯定することを主な理由に訴訟上の合意説を支持し、他の説においても再訴禁止効を全く排斥するものではないと指摘した（二五四頁）。すなわち、原則的に再訴が禁止されると考えるか、それとも再訴禁止の約束が当事者間でなされる場合もあるから再訴禁止は否定されないと考えるかの違いではないかと指摘した。

このような状況は基本的には変わりないが、最近のドイツの学説は訴訟上の意思の合致説（D）が通説であることから、訴訟上の合意説（B）のように、当事者の任意の合意を根拠に再訴禁止の可能性を肯定するのではなく、信義則（正確には禁反言、先行行為に矛盾する挙動禁止、das venire contra factum proprium -Verbot, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens）を根拠に再訴の禁止を説明している。Lüke＝MK/Lindcher(C), §91a Rn 42; Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), §132 II 4. 詳しくは Becker-Eberhard(A), S. 284ff.

(42) Westermeier(B), S. 95 は双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言との関係について、「volenti non fit iniuria（同意あれば被害なし）」の原則を持ち出して、一方的訴訟終了宣言で必要とされる要件が、双方的訴訟終了宣言の場合は被告の同意によって不要になるという関係であると説く。

五　日本法における双方的訴訟終了宣言

日本における双方的訴訟終了宣言の法的性質論は、ドイツの通説のＺＰＯ九一条ａに基づく訴訟上の意思の合致説（四２Ｄ）ではなく、処分権主義に基づく訴訟上の合意説（四２Ｂ）を土台にして制度設計をすべきであると説いたが、そもそも日本で訴訟終了宣言が認められるかが問題である。日本の通説は、訴訟終了宣言について必要ないという消極説であるからである。[43] そこで先ず消極説の論拠をまとめて（1）、その問題点を明らかにする（2）。次に消極説は最も重要な根拠として、訴訟終了宣言は訴えの取下げで対応できると強調するので、訴えの取下げと訴訟終了宣言との違いを考える（3）。最後に、日本においても訴訟終了宣言を論じる場合は、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言とを区別する必要性を考察し、双方的訴訟終了宣言の基本原理を究明する（4）。

なお、通説に反対して訴訟終了宣言を高く評価する積極説は少なくないが、ほとんどが一般的に訴訟終了宣言は有意義であると説くにとどまり、具体的な事例を利用して解釈論として訴訟終了宣言を説いているものではない。すなわち従前の積極説はいわば総論的に議論している段階であり、本稿のように議論の力点を各論的な問題にまで移行していない。本稿で積極説の文献を引用していないのは、このような理由による。

1　消極説の内容

訴訟終了宣言に関して、兼子一博士は参考文献Ｇに挙げた名著『条解民事訴訟法上』（弘文堂、一九五五年）において、次のように述べている（二六六頁以下）。なお引用に際しては原文を現代国語表記によって修正を施した。すなわち漢字は常用漢字に、促音は小書きに修正した。また〔　〕は現行法との関係を明らかにするために、筆

者が加筆したものである。

「独の判例及び通説は、訴取下の場合の原告の費用負担義務を厳格に解し、そのために生じる不衡平を救済するため、原告は訴訟中に請求がその必要又は理由を欠くに至った場合には、訴訟完結の宣言（Erledigungserklärung）をすることができ、これに被告が同意すれば、訴訟の終了を来たすが、これは、審判要求の撤回ではなく、訴訟が目的を失ったとの主張であって、訴訟費用はむしろ被告が負担する結果となる場合と説く。又もし被告がこれに同意しない場合でも裁判所はこの宣言を理由ありとするときは、終局判決をもって訴訟完結を宣言すべきであるとする。しかし、わが法においては、前述のように、訴取下の場合にも、九〇条〔現行民訴法六二条相当〕を準用する趣旨が〔一〇四条二項＝現行民訴法七三条二項において〕表われているから、費用の点のためにかかる特別な訴訟完結事由を認める必要はなく、期日において当事者が訴訟終了の合意をする場合も、原告の訴取下と被告のこれに対する同意と或は費用の点の和解を包含する行為と取扱えばよい。」

博士のこの見解は、日本の学界における訴訟終了宣言の制度についての評価に大きな影響を与えた。博士のこの見解によって、日本においては訴訟終了宣言の制度を消極的に評価する通説が形成されたからである。(44) したがって日本で訴訟終了宣言を論じる場合は、この博士の見解の検討から始めなければならない。ところで右の見解が通説の形成に寄与したのは、兼子博士が当時、実務でも学界でもその理論が高い評価を得て、大きな影響力を有していた学者であったことと決して無関係なことではないが、単にそれだけではなく、右の見解の中に訴訟終了宣言が日本において不要であるとの消極説の根拠が簡潔に完璧にまとめられていて、それが大きな説得力を持っていたことも看過してはならないことである。そこで、博士が右の見解の中で挙げた根拠が正当なものであるか否かを検証することは、同時に現在の日本の通説である訴訟終了宣言は日本では不要であるとする消極説の根拠を探求することでもある。

さて博士の右の見解から、次のような主張を読み取ることができる。①訴訟の終了事由が発生した場合、日本では訴えの取下げで十分に対応できる。訴えの取下げにおいても民訴法七三条二項によって六二条が準用されるからである。②訴訟費用のために「特別な訴訟完結事由」として、訴訟終了宣言を認める必要はない。③訴訟の終了の合意は、原告の訴えの取下げとそれに対する被告の同意とあるいは訴訟費用の点の和解を包含するものと解すればよい。④ドイツで訴訟終了宣言が議論されるのは、訴えの取下げの場合の原告の費用負担を厳格に解することに原因がある。

2　消極説の問題点

問題はこれらの主張が正当なものであるか否かということである。先ず日本の民訴法でも同様な結果が得られるとの主張であるが（①）、確かに日本の民訴法の訴えの取下げの規定と訴訟費用負担の規定の条文の操作によって、双方的訴訟終了宣言と同様な結論が得られるように思える。しかし、ドイツの議論を参考に日本法の手続の構造を見てみると、手続規定が十分でないことが分かる。すなわち、民訴法六二条が準用されるにしても、訴えの取下げにおいて六二条が働くために必要な要件事実を収集する手続が規定されていない。そもそも六二条は判決による訴訟の終了の場合の訴訟費用の規定であり、裁判所が本案の判断と同時に従前の訴訟の経過を参照して訴訟費用の負担について判断することを前提にした規定である。ところが民訴法七三条はそのような前提を欠いた当事者による訴訟の終了である訴えの取下げに対して、特別な手当てなしに六二条を準用している。したがって六二条を発動するために必要な事実関係を裁判所が把握することは困難であり、六二条は存在していても実際は発動されない公算が大きい。そのように考えると、六二条が準用されるとしてもドイツのような結果が得られるかというと、かなり疑問である。また訴訟費用の裁判に関して裁判所の裁量に委ねるという点で日本とドイ

ツでは非常に似ているが、ドイツの場合は裁判所の裁量による解決は厳格な規定の不都合さを解消させることと、手続の煩瑣を省略するためであるのに対して、日本の場合は最初から裁判所へ完全に任せた結果であり、同じ裁量であっても状況は正反対である。(45)

次に、訴訟費用のために訴訟終了宣言を認める必要はないとの主張であるが（②）、本稿においてＺＰＯ九一条ａについてのドイツの議論や双方的訴訟終了宣言の法的性質論を概観した結果、訴訟終了宣言は単に訴訟費用の問題でないことが分かる。双方的訴訟終了宣言は単に訴訟費用の問題ではないし、また訴えの取下げの問題ではないからである。例えば、双方的訴訟終了宣言に再訴を禁止する再訴禁止効を認めるか否かは議論があるにしても、肯定するならばこれは訴訟費用の問題ではないし、原則として再訴を認める訴えの取下げではカバーできない問題である。

さらに、訴訟の終了の合意は、原告の訴えの取下げとそれに対する被告の同意と考えればよいとの主張であるが（③）、当事者の多様な訴訟の終了についての対応策を訴えの取下げだけで処理してよいのかという疑問がある。訴えの取下げで満足できないからこそ当事者が訴訟の終了の合意をしたのであり、もし当事者が訴えの取下げでよいならば訴えの取下げをすべきであったということになる。問題は訴えの取下げと双方的訴訟終了宣言の異同ということになるが、ドイツの法的性質論の議論において特別な訴えの取下げ説（四２Ａ）の存在は単なる訴えの取下げでは対応できないことを物語るものである。訴えの取下げと双方的訴訟終了宣言の異同の問題は、３でさらに考察する。

最後に、訴訟終了宣言は訴えの取下げの場合の原告の費用負担を厳格に解することに原因があるとの主張であるが（④）、厳格ではなく緩やかにすれば問題はないとの主張とも解することができるし、さらには日本は緩やかな規定であるから、訴訟終了宣言は問題にならないとの主張が言外に込められているのかもしれない。しかし、

ローマ法以来の法の歴史から見えてくることは、結果責任主義に立脚し厳格に解すべきであるということであり、結果責任主義に立脚して緩やかに解するのは矛盾であるということである。[46]

このように博士の消極説の主張の根拠の①～④には賛成できないが、さらに問題がある。博士はドイツの訴訟終了宣言についての説明において、用語は付していないが、ドイツでは双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言とが区別されていることを述べている。しかし、①～④の訴訟終了宣言を否定する根拠は主に双方的訴訟終了宣言を念頭においたもので、一方的訴訟終了宣言については全く考慮していないように思う。換言すれば、博士は双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言との区別を無視し、一方的訴訟終了宣言についての問題を棚上げしたようにも思える。もっともここでは問題点を指摘するだけで、博士の説明に対して批判や非難をするつもりはない。なぜならば、双方的訴訟終了宣言を認めないのであれば、一方的訴訟終了宣言について言及する必要はないからである。さらに双方的訴訟終了宣言はＺＰＯ九一条ａが規定していて、ドイツの学説や判例に一定の共通の理解が見られるが、一方的訴訟終了宣言については当時も今も判例・学説は多様であり、数行でまとめられるような状況にないからである。もちろん博士が双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言を区別しないことを批判しないからといって、両者の区別は必要ないということでない。両者を区別して論じることは日本においても重要であり、一方的訴訟終了宣言を考慮しない消極説は問題である。双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言との関係については、４で述べることとする。

３　訴えの取下げと双方的訴訟終了宣言の異同

双方的訴訟終了宣言の効果は、自動的な訴訟の終了と訴訟費用が簡易な手続で裁判される点であるが、この点に注目するならば、訴訟終了宣言は訴訟費用の問題と考えることになる。法的性質論においてこれに注目したの

が特別な訴えの取下げ説（四２Ａ）や訴訟上の意思の合致説（四２Ｄ）であるが、これらの説は訴訟終了宣言は訴えの取下げ（民訴法二六一条以下）で十分であると説く日本の通説を補強することになるかもしれない。さらに日本の場合、ドイツ法と異なり訴えの取下げについて原告が訴訟費用を負担するとの規定がないから[47]、そのような規定の適用の排除を説くドイツの特別な訴えの取下げ説（四２Ａ）は日本の通説に相当するとも考えることができる。

しかし、それは正しくない。確かに双方的訴訟終了宣言と訴えの取下げとの類似性は否定できないし、双方的訴訟終了宣言が問題とするような事例は訴えの取下げで処理することはある程度は可能である。しかしながら、訴えの取下げでは十分に対応できない面があること、すなわち訴えの取下げでは手続保障に問題があることを指摘したい。双方的訴訟終了宣言では従前の受訴裁判所が担当するが（ＺＰＯ九一条ａ）、訴えの取下げの場合は第一審の裁判所である（民訴法七三条一項）。つまり担当裁判所が両者で異なる。このことの違いは決して無視できないと思う。双方的訴訟終了宣言の場合、裁量によって訴訟費用の負担者は簡易・迅速に裁判されるが、それは従来事件を担当していた裁判所が手続保障が十分な従前の本案訴訟の状況を基にして判断するからこそ、このような裁量による簡易な手続の正当性が担保される。ところが訴えの取下げの場合、その後の手続は理論的には従前の手続とは切断され、しかも裁判所を異にするから、その手続の審理の正当性の担保が問題になるであろう。すなわち、判決による訴訟終了の場合に訴訟費用の裁判の正当性は本案の裁判資料の流用によって担保されているから特に問題にならないが、訴えの取下げの場合はそのような担保がない。それならば訴えの取下げの場合にも口頭弁論を開いて訴訟費用の負担について慎重な手続で裁判すればよいということになろうが、訴訟費用のために口頭弁論を開くことが適当かというとそうとは言えないし、口頭弁論を開くか否かは裁判所が決めることであり、当事者に権利として保障されているものではなく、開かなくても違法ではない。

このように訴えの取下げでカバーできない部分がある以上、当事者に訴えの取下げ以外に訴訟を終了させる方法、すなわち訴訟終了宣言による終了を認めるべきである。これに対して立法論という批判があるかもしれないが、現行法に不備があるならばそれを補うのは解釈論である。また双方的訴訟終了宣言を当事者の合意と考えるから、日本法では法律に直接の根拠はないにしても、当事者の合意が一般に適法であることから、双方的訴訟終了宣言による終了を当事者が合意したと理解すれば、解釈論として通用する。

４　双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言

日本においてはＺＰＯ九一条ａに相当する規定は存在しないし、そもそも訴訟終了宣言自体が通説によって評価されていないから、ドイツの双方的訴訟終了宣言の議論は直接参考にすることはできない。しかしながら、そうであるからといって単に比較法的な意味しか有しないというのは誤りである。訴訟終了宣言については立法の有無に関係なく、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言との区別は重要であり、この区別によって訴訟終了宣言の問題は考察すべきである。なぜならば、訴訟は当事者間に紛争が存在することを前提にした手続であり、紛争がなくなった場合には別の手続や原理によって処理する必要があるからである。例えば訴訟の終了について、終局判決によって終了する場合とそうでない場合（訴えの取下げ、訴訟上の和解、請求の放棄および認諾等）とを区別し、後者は処分権主義に基づくと一般に説かれているが、これはこのような認識に基づく。

そこで双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言の区別も、これに相応するものであり、双方的訴訟終了宣言では当事者双方の終了についての意見の一致が前提となるから、紛争がないことを意味する。しかもそれが当事者の意思によって生じるから、簡易・迅速な手続の正当性を根拠づけることができる。これに対して一方的訴訟終了宣言の場合は終了について当事者間に紛争が存在することであり、その紛争の解決が当事者によって求めら

れるから、ここでの争訟的な性格は無視できない。このことから導き出されることは、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言とでは、手続にしても手続を指導する訴訟原理にしても、異にする必要があるということである。したがって日本においてはＺＰＯ九一条ａに相当する規定がないにしても、当事者間に訴訟の終了について争いがなく、残された主たる問題が訴訟費用である場合、訴えの取下げではなく、当事者の意思に基づいてドイツの双方的訴訟終了宣言を参考にした日本的な双方的訴訟終了宣言によって対応すべきである。このための解釈論としての道筋は、六の1で考察する。

(43) 日本における訴訟終了宣言に関する議論の状況については、石渡哲教授（F）、荒木隆男教授（F）の論稿によって、簡潔にしかも的確にまとめられている。

(44) 例えば、兼子一ほか著（G）・条解民訴法二七四頁〔新堂幸司〕、斎藤秀夫ほか編（G）・注解民訴法(3)一〇二頁〔桜田勝義＝宮本聖司＝小室直人〕等も同趣旨の主張をしている。なお訴訟終了宣言を消極的に解する通説の形成に影響を与えたのは本文で述べたように兼子博士であるが、より詳細に見ると、鈴木忠一判事の役割も決して無視できない。鈴木判事は訴訟終了宣言について、「九〇条〔現行民訴法六二条〕の解釈により、又一〇四条〔現行民訴法七三条〕の規定の適用により独逸に於ける『本案終了』の理論を援用する必要は乏しい。」と述べた（鈴木忠一（F）・民訴法講座九四一頁。〔　〕は筆者の加筆であり、原文の旧漢字は常用漢字に改めた）。

(45) 民訴法七三条と同条二項が準用する六二条のそれぞれの立法沿革を尋ね、日本での立法の経緯と日本法による解決方法がドイツの訴訟終了宣言と比較して構造的な欠陥を有していることを明らかにしたのが、拙稿「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）である。

(46) 民訴法六一条によって訴訟費用は敗訴者が負担することになっているが、これは結果責任説に基づくものである。訴訟費用の負担の問題について結果責任説が近代民訴法の原則として採用されたのは、壮大な歴史的な経験に基づく。すなわち、結果責任説は刑罰説、損害賠償説、付随給付説等の諸説に比べて一番妥当な結論を導き出し、それら諸説

に勝利したことによる。そもそも結果責任説は、それぞれの個別的な諸般の事情を考慮することなく訴訟の結果だけで決めるという立場であり、訴訟の結果に厳格に従うことで本領を発揮する。つまり、厳格な運用が正しいのであって、裁判所が結果の妥当性を考慮して緩やかに運用することが問題である。

緩やかな運用は、一見するとバランス感覚という点で穏当のように見えるが、手続の透明性という点で問題があり、妥当性を欠く。この問題については、拙稿・前掲注(8)三号七〇頁以下、同「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―』八三頁以下（信山社、一九九五年）で詳論したことがある。

(47) ＺＰＯは、訴えの取下げの場合に原告が訴訟費用を負担すると規定している（二六九条三項二段）。日本の場合はこのような規定は存在しないが、明治二三年の民訴法はこのような規定を有していた（七二条二項）。大正一五年の改正で、訴えの取下げの場合は原告が訴訟費用を負担するとの規定は姿を消したが、それはドイツ法と決別したということではなく、訴訟費用は敗訴者が負担するとの一般的な規定に融合させたからである。したがって、訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担者についてドイツ法との違いが殊更強調されてはならないが、問題は日本においては個別的な規定を一般的な規定に融合させた点にある。なぜならば結果責任主義の原則は結果だけを重視し、その形式的な適用によって恣意的な判断を排して、効率的に訴訟費用の負担者を決めるものであるからである。すなわち、例外を規定する場合はこのことを配慮して、個別具体的に規定することが求められる。これに対して例外を一般的な規定に融合させるならば、その一般的な規定の適用において個別的な事情を考慮して裁判所は判断せざるをえず、簡単に負担者を決めることができなくなり、結果責任主義の原則を曇らせることになる。この問題については、拙稿・前掲注(11)二一頁以下で詳論した。

六　おわりに

本稿はドイツの双方的訴訟終了宣言について、第一に、ＺＰＯ九一条ａを基に要件（三の1）や、効果と手続

（三の2）を調べ、制度の概要を把握した。第二に、それらを日本法へ導入するために、ドイツ法と日本法を結ぶ接点として双方的訴訟終了宣言の法的性質を考察した（四）。第三に、日本では訴訟終了宣言は必要ないとする消極説が通説であるので、その主張に根拠がないことをまとめ、双方的訴訟終了宣言を日本で受容するための素地の存在を明らかにした（五）。

このような作業の帰結として最後に、双方的訴訟終了宣言を日本でも導入するための具体的な方法を考察する。立法論ではなく解釈論として利用するための法解釈の道筋（1）と、裁判書の記載の方法（2）である。

1　解釈論の道筋

A　法の欠缺

日本において双方的訴訟終了宣言を利用する場合、先ず必要なことはドイツで双方的訴訟終了宣言が利用される事例（二の2）に対して、日本法の規定は十分でないと認識することである。その理由は、不十分な規定を埋めるための理論として双方的訴訟終了宣言を位置づけるためである。なぜ不十分なのかというと、訴訟中に訴訟終了事由が発生した場合の処理について、既存の制度では十分に対応できないからである。すなわち、請求の放棄（民訴法二六六条）は自己の請求に理由がないことを認めることであり、訴えの取下げ（民訴法二六二条）は判決を求めることの撤回であり、訴訟上の和解（民訴法二六六条）は互譲による解決を目指すものであり、訴訟の終了事由の発生の場合はこれらとは明らかに異なるからである。[48] さらに規定が十分でないことを示す根拠としては、日本民訴法の母法であるＺＰＯでは、立法の不備を理由に双方的訴訟終了宣言の制度を発展させたことを挙げることができる。[49] ドイツ法を継受した日本法は、ドイツのような欠陥を持っていないとは考えられない。日本では関心がなかったから立法の不備を認識しないままドイツ法を継受し、一部の学者を除いてドイツの訴訟終了

宣言の制度の発展に気がつかなかったということに過ぎない。

これに対して訴訟終了宣言に否定的な消極説は、民訴法七三条とその二項が準用する六二条が日本法の立法上の対案であると理解する。確かに日本では、訴訟費用の負担を定める方法に関してドイツ法と違いが見られる。原則に対する例外を個別具体的に規定するのがＺＰＯであり、六二条に見られるように例外を一般化・抽象化するのが日本民訴法である。[50] しかし、それはドイツとは異なった日本独自の法制を整備したからではない。個別具体的に規定したドイツ法の真意を理解することなく、個別具体的な規定は一般的・抽象的な規定に代替できるとして、主に条文の形式的整序の理由から条文の規定の方法を変えたに過ぎない。しかも七三条二項は単に六二条を準用しただけで済ませて六二条が働くための手当てを規定していないから、六二条が必要とされる場面で六二条が実際に働くという保障はない。なぜならば六二条は判決による訴訟の終了の場合の規定であり、本案の裁判に基づいて利用されることになっているが、七三条の場合は判決による訴訟の終了でなく本案の裁判の利用ができないのである（四の3）。正に不完全な構造である。そこで日本法の立場は、例えば公序良俗規定の判断と運用を裁判所に委ねたのと同様に、問題解決を裁判所の裁量に完全に委ねたと解することができる。しかし、そう解するにしても、それは決して裁判所の恣意的な判断を許すものではなく、客観的な基準による判断や運用が裁判所に求められるものである。したがって立法者は完全に委ねたのではなく、理論によって補充することを委ねたと解すべきである。このように理解するならば、私見はその補充するものが双方的訴訟終了宣言であり、当事者の意思の内容はこれによって判断すべきであるというものである。

このことは決して牽強付会なことではないし、むしろ自然なものというべきである。なぜならば母法であるドイツでは法の欠缺と認識して、既存の制度では対応できないとして訴訟終了宣言の制度を創設したのに対して、日本の立法者はそれに反対して訴えの取下げの制度を充実させたかというと、そうとは決して言えないからであ

る（四の3）。前述のように日本では関心がなかったから、制度に問題があることに気がつかなかったということに過ぎない。したがって立法の対応が十分でないということに気がついたならば、その欠陥を埋めるために先行する母法の経験と実績を利用することである。自ら一から考えるよりも、母法のドイツの成果を利用するのが合理的であり効率的である。母法であるが故に、そのままスムースに移入できるからである。すなわち、「木に竹を接ぐ」ということにはならないし、既存の制度になじみやすい。

B　当事者の訴訟終了の意思の解釈

このようなことから、実際の場面では、原告が訴訟の終了を主張し被告がそれに同意もしくは異議を述べない場合は、当事者はドイツの双方的訴訟終了宣言のような合意をしたと解して、日本でも双方的訴訟終了宣言として処理すべきである。もちろん、双方的訴訟終了宣言が現時点では十分に日本で知られていない以上、裁判所は双方的訴訟終了宣言について当事者に十分に教示や説明をして、そのように誘導する必要がある。これに対して当事者が裁判所の説明の前に、双方的訴訟終了宣言について十分承知していて、この制度を積極的に利用しようというのであれば、裁判所はそのまま認めるべきである。

この見解に対しては、当事者の意思を露骨に自らの主張の都合に合わせているとか、意思の解釈が恣意的であるとの批判があろう。しかし、当事者が双方的訴訟終了宣言の問題を認識すれば、双方的訴訟終了宣言のような行動をとるであろうことは、十分に予想されることである。なぜならば、それが当事者にとって一番有利であり合理的な行動であるからである。

ところで訴訟の終了に関する当事者の合意について、兼子博士は原告の訴えの取下げとそれに対する被告の同意と解すれば足りると述べている（五の1の③）。これは博士は当事者の実際の意思に関係なく、訴えの取下げによって当事者の目的が達成できると考え、そのように当事者の意思を解釈したからである。換言すれば、博士の

手法は制度の目的を基準とした当事者の意思の解釈という方法で当事者に制度を利用する意思があったと導くものであり、実際の当事者の意思がどのようなものであったかは考慮しないものである。私見の方法も正にこれと同じであり、基準とした制度が博士と異なるに過ぎない。博士と意見を異にする理由は、博士が訴えの取下げで対応できると主張しているが、それに賛成できないからである（五の2）。さらにこのような訴訟の終了には再訴の禁止効を付与し、将来の紛争の再発を防止することが紛争解決制度としては望ましいので、限定的な再訴禁止効を有しない訴えの取下げで対応するのは不十分である。そこで私見は訴えの取下げに固執することなく、双方的訴訟終了宣言によって期待される合理的な意思を基準に解釈すべきであるというものである。

結論として、日本においてもドイツの双方的訴訟終了宣言に倣い、次のような取扱いをすべきである。

原告が訴訟の終了を主張しそれに対して被告が同意した場合は双方的訴訟終了宣言として、裁判所は訴訟費用について、従前の訴訟の経過（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　双方的訴訟終了宣言と裁判書

鈴木忠一判事は、非訟事件手続ではあるが、訴訟終了宣言について次のように述べている（参考文献Ｆに挙げた「非訟事件に於ける手続の終了と受継」鈴木忠一＝三ケ月章監修『新・実務民事訴訟講座第八巻』五八頁〔日本評論社、一九八一年〕）。

「…我が非訟法でも本案の終了を来たし、費用の裁判が残るのが理論的には肯定し得ると言ひ得るであらう。しかし、本案終了の裁判を制度として規定してゐない我が国に於いては、純粋に理論に従って本案終了の裁判をすることは出来ないといふのが穏当であらう。殊に我が国では費用負担の裁判に関連して、この制度を認むべしとする要求が極め

て乏しいからである。若し理論上実行し得るといふ立場を取っても、ドイツの実務とは異なって、一般的には、『本案は云々の理由によって終了した。手続費用は云々の負担とする』といふ趣旨を主文に掲げるべきであらうが、実定法上斯る形式の裁判が無条件に是認されるか否かはやはり問題であり、訴の取下又は訴訟上の和解の効力について争のある場合等に、本案終了の裁判を為し得るのと同様に必要性があると言ひ得るかは疑問である。」

既に前注(44)において紹介したように鈴木判事は以前から消極説を説いているので、非訟事件手続においても当然のことであるが、その態度を変えてはいない。訴訟終了宣言という観点からは、非訟事件手続であっても訴訟手続であっても、取扱いを区別する必要はないからである。したがって判事のこの記述はそのまま訴訟手続にも通用するものとして、本稿では利用する。この記述で注目すべきことは、裁判所が訴訟終了宣言を認めた場合は、主文において本案が終了したことを記載すると主張していることである。もちろん、これは積極説を支援するための主張ではなく、このような主文の記載は法律上規定されていないから、積極説は支持できないというための主張である。従来、訴訟終了宣言に関する裁判書（判決書）については、日本ではそもそも訴訟終了宣言を認めるか否かが最大の争点であったために、ほとんど議論されてこなかっただけに、このような主張は貴重な意見である。

鈴木判事はわざわざ「ドイツの実務とは異なって」と断って、日本の場合に、主文に訴訟が終了した旨を記載しなければならないと述べている。この場合は双方的訴訟終了宣言を考えているのか、それとも一方的訴訟終了宣言を想定しているのか不明であるが、正にそのことが問題である。なぜならば、双方的訴訟終了宣言であれば当事者間に紛争がないのであるから、処分権主義に基づく当事者による訴訟終了として、訴えの取下げや請求の放棄等と同様に主文で終了について裁判所は判断する必要はないからである。これに対して、一方的訴訟終了宣

言の場合であれば当事者間に終了をめぐって争いがあるから、訴えの取下げ又は訴訟上の和解の効力について争いのある場合と同様に、裁判所は本案の終了の裁判を行う必要がある。つまり、裁判書（判決書）の主文において終了した旨の記載方法は、事案が双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言とでは異なる。そこで前記の判事の主張が、一方的訴訟終了宣言を想定してなされたものであれば正しいが、双方的訴訟終了宣言の場合も含めたものであれば妥当性を欠く。いずれにしても鈴木判事は、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言とを区別したうえで立論すべきであった（五の4）。

ドイツでは双方的訴訟終了宣言の場合、裁判所は決定で行うが（ＺＰＯ九一条ａ）、決定主文では単に訴訟費用の負担について述べ、訴訟が終了した旨は理由中に記載するようである。[51] 日本においてもこれを踏襲すればよい。わざわざ「ドイツの実務とは異な〔る〕」必要はない。もっとも現時点では日本においては規定がないから、決定主文に記載しても違法とはいえない。また規定がない以上、主文に訴訟が終了した旨を記載したからといって、それに何らかの法的な効果（例えば既判力）が生じることにはならない。このようなことから言えることは、主文に終了した旨を記載するメリットは従前の訴訟の帰趨が当事者に明瞭になるということである。そうであるならば、主文に記載した方が合理的なように思える。しかし、そうとは限らない。双方的訴訟終了宣言が処分権主義に基づく当事者の行為による訴訟の終了である以上、裁判所は審判権がないから理論的には主文に記載するのはおかしい。訴えの取下げの場合に何らの裁判がなされないが、それと同じでなくてはならない。ましてや当事者間にこの点に争いがないから、裁判所は本案については判断する必要はない。さらに主文に記載すると、その記載が何らかの法的な意味を有するとの誤解を与えるかもしれない。これらを総合的に判断すると、訴訟が終了した旨の記載は主文ではなく理由中にすべしということになる。

ところで鈴木判事は前記の文章において消極説を説いているが、積極説を完全に否定していない点は注目すべ

きである。積極説を支持しない理由としては必要性がないからとか、規定がない以上消極説が穏当であるとか述べているからである。これは必要性が認められれば積極説を採用するという意味にも理解できる。そうであるならば、訴訟終了宣言が日本で認められるか否かは、必要性の論証に係っているということになる。訴訟終了宣言の必要性は、既に述べたところである。(52)

(48) 東京控訴院判決昭和九年七月二三日法律新聞三七四八号六頁は貸金返還請求訴訟において、相殺の特約により訴訟中に訴求債権が順次消滅した事案である。東京控訴院判決昭和九年九月二九日法律新聞三七八九号四頁は、約束手形の支払請求訴訟の控訴審で一部の任意弁済がなされた事案である。このような事実から両事件とも請求の減縮がなされ、相手方が異議を述べなかったという事情がある。

これに対して両判決とも判決理由の中で、訴訟の目的達成による訴訟の離脱は、請求に理由がないことを認める請求の放棄でもなければ、私権保護の要求の撤回である訴えの取下げでもなく、また互譲解決を目指す訴訟上の和解でもないと述べ、これらとは別な新たな訴訟終了事由であるとの主張を展開している。

そこでこれらの判決は、ドイツの訴訟終了宣言の制度を参考にした裁判例と評価することができる。換言すれば当時ドイツにはＺＰＯ九一条ａは存在せず、訴訟終了宣言は学説と判例によって論じられていたが、それを担当裁判官は知っていたということになる。このことは問題解決のためにドイツの状況を調べるということであるから、その熱意と学識に驚かされるが、両事件とも担当裁判長が岩松三郎判事であることを考えると、得心のいくことであるし、当然のようにも思える。判事は実務家でありながらドイツの民事訴訟法に造詣の深い民事訴訟法学者であり、常に最新のドイツの文献を参考に判決を書いていたようである。若い時、私はしばしば最高裁判所の図書館を利用したことがあるが、ドイツ民訴法コーナーで岩松三郎氏寄贈と記載された本を多数手にしたことがある。これは岩松判事が最高裁判事を退職された折りに、従前使用されていた書籍を在任中に利用した図書館に寄贈されたということであろうか。

さてこれに対して正反対の判決が存在する。大阪地裁判決昭和四三年六月一七日判例タイムズ二二五号一九四頁は、

原告が裁判所の判決による終了宣言を求めたのに対して、裁判所は本件においてはその必要はなく、またこのような宣言をする規定も慣行もないとしてその主張を退け、訴訟要件を欠くことを理由に訴えを却下した。

このようなことから明らかなことは、訴訟終了宣言の問題は学説だけの問題ではなく、既に裁判所においても判断されていたということである。これらの裁判例は訴訟終了宣言の判例として評価できるのか、過去の判例の中で訴訟終了宣言として処理すべき事案はどのようなものがあるのか等については、拙稿「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）で述べたことがある。

(49) 訴訟終了宣言の問題は、ドイツでは一八七七年のＺＰＯの成立直後から既に法に不備がある（法に欠缺がある）として、議論されるようになった（拙稿・前掲注(8)三号九〇頁以下）。

(50) 民事訴訟法においては訴訟の敗訴者が訴訟費用を負担することになっているが（民訴法六一条）、これは結果責任説に基づく立法であり、日本とドイツとで異なっているわけではない（ＺＰＯ九一条一項一段）。異なっているのは、この原則に対する例外の規定の仕方である。ドイツでは例外を個別具体的に規定した。例えばＺＰＯ九三条は即時認諾した場合の訴訟費用は原告の負担とするとの規定であるが、現在ではこの規定のすぐ後に訴訟の種類に応じて詳細な規定がａからｄまで追加された。

これに対して日本では民訴法六二条に代表されるように、例外を一般化・抽象化して規定した。日本の立法者はこの違いは単なる表現の違いであって、実際上は差異はないと考えたようである（拙稿・前掲注(45)一〇号七〇頁以下）。なお結果責任主義については前注(46)で、ドイツ法が個別具体的な規定にこだわった理由については、前注(47)で述べた。

(51) Schrader/Steinert/Theede(E), Rn 135; Knöringer(E), § 11 I 3.

(52) 日本において訴訟終了宣言がいかに必要であるかということについては、例えば、拙稿・前掲注(8)二号四八頁・三号一一一頁、拙稿（F）・「訴訟終了宣言」一六六頁以下、拙稿・前掲注(21)六九頁以下等で繰り返し述べたことがある。最近では拙稿「スイス民事訴訟法と訴訟終了宣言」本誌七八巻二号二頁以下（二〇〇五年）で強調した。

追　記

本年一〇月八日と九日に、大阪市立大学において日本私法学会が開催された。初日は個別報告であったが、第一部会の第一報告は大阪大学の田中宏治助教授の「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」というものであった。最近のドイツの民法学の動向を学ぶつもりで部会に出席したが、報告の内容は本稿にとって非常に興味深いものであった。

田中助教授は、ドイツにおいては中古車売買と新車売買の中間に位置する新古車売買において新古車に瑕疵があった場合、代物請求できるか否かが民法上問題になったと報告された。そしてそれに関して二〇〇三年二月三日のブラウンシュヴァイク高等裁判所（ＯＬＧ）の決定が重要であるとして、それについて詳しく紹介した。この判例が学界に対して大きな影響を与えたからである。すなわち、田中助教授はドイツの学界においては「本事件（肯定説）とそれに続くカナーリス教授の論文（肯定説）が公表される前と後とでは情勢が変わり、以前は否定説が優勢であったけれども、現在は肯定説が多数説と考えてよいであろう」と述べている。[1]

私が注目したのは、上記の事件の訴訟経過である。事案は、田中助教授の報告によれば、新古車を購入したＸが、必要な装備がない（瑕疵があった）として売主Ｙに対して訴えを提起して、目的物の返還と引き換えに瑕疵のない代物車両の給付を求めたというものである。[2] この訴訟はその後に、次のように展開した。

「裁判上の和解が成立し、ＹはＸに七五〇ユーロ支払うことが合意されて、ブラウンシュヴァイク地方裁判所は訴訟費用負担について定めるド民訴九一条ａを根拠に、Ｘには代物請求権は無い、という理由で訴訟費用をＸに負担させる決定をした。この決定に対して、Ｘが即時抗告（ド民訴五六七条一項一号及び同法九一条ａ二項前段）を申し立て、Ｘには代物請求権がある、と主張した。ブラウンシュヴァイク高等裁判所はこれを認め、Ｙに訴訟費用を負担させることを決定した。つまり、Ｘの『特定物の代物請求権』を認めたのである。」

この訴訟経過の報告を聞いていて理解できなかったのは、突然にＺＰＯ九一条ａが訴訟費用の負担の根拠として登場したことである。[3] なぜならば、訴訟上の和解であれば、その場合の訴訟費用については、それについて定めたＺＰＯ九八条（日本民訴法六八条に相当する規定、換言すれば日本民訴法六八条が継受した規定）が適用されなければならないからである。[4] そこでレジュメの基になった論文でこの箇所を見てみると、そこには、より詳しく次のように記述されていた。

「裁判所の勧告に応じて裁判上の和解が成立し、ＹはＸに七五〇ユーロ支払うことが合意されて、裁判所は訴訟費用負担について定めるド民訴九一条ａに基づいて次のような理由で九三％をＸに七％をＹに負担させることを決定した。すなわち、Ｘには代物請求の形での完全履行請求権は無い、と言うのであった。」

しかし、この記述でもなぜ裁判所がＺＰＯ九一条ａに基づいて裁判したのか、理解できなかった。そこでこの裁判所の決定が掲載されている雑誌で、この事件の概要を読んでみると、このことについては次のように記述されていた。[5]

「裁判所の勧告に応じて両当事者は裁判上の和解によって、被告は一回で原告に七五〇ユーロ支払うことと、さらに裁判所がＺＰＯ九一条ａに基づき訴訟費用の裁判を行うことについて合意した。」

これによって私の疑問は氷解した。和解によって突然、ＺＰＯ九一条ａが適用されたのではなく、両当事者がＺＰＯ九一条ａの適用を望んだ和解をして、その結果、双方的訴訟終了宣言を行ったのである。すなわち、本案の紛争は訴訟上の和解によって終了したが、訴訟費用について争いが残り、その点の判断を裁判所の判断に委ねるために双方的訴訟終了宣言がなされたということである。したがって、判例掲載誌が「当事者が、裁判所がＺＰＯ九一条ａに基づき訴訟費用の裁判を行うことについて合意した」と述べていることの意味は、ＺＰＯ九八条（日本民訴法六八条相当）の適用を排して、双方的訴訟終了宣言によって終了することが当事者間で合意されたということではないかと思う。このように理解すると、そもそもこのような双方的訴訟終了宣言が許されるのかという疑問が浮上するが、ドイツの判例・通説[6]はＺＰＯ九八条の適用を排斥するとの当事者の合意を前提にこのような双方的訴訟終了宣言を適法としている。すなわち、本件では訴訟費用に関して裁判所に判断を委ねたことになるから、日本の民訴法二六五条が規定する裁判所等による和解条項の裁定という制度を想起させるが、ドイツではそのような制度がないこともあって、出発点が訴訟上の和解であっても和解の訴訟費用を裁判所の裁定に委ねる場合は、一般に双方的訴訟終了宣言の適用領域の問題として理解し、本件のように訴訟は双方的訴訟終了宣言の手続が展開する。[7]

さてこのように双方的訴訟終了宣言がなされたと解すれば、この事件の裁判所の決定には何らのＺＰＯの手続上の問題はない。判例掲載誌のコメントが実体法上の問題に終始しているのは当然である。そこでこの事件は、正にＺＰＯ九一条ａが適用される具体的な事例を提供していると言うことができる。そのような視点でこの事件は読まれるべきである。もし仮に問題があるとすれば、訴訟費用について裁判所の判断において示された実体法の解釈の有する意味である。

日本では訴訟費用に関心が薄いこともあるが、実体法上の重要な解釈判断が示されるのは本案の判断においてであって、訴訟費用の裁判で示されるとは一般に考えられないからである。日本ではそのような判例が存在するとは、寡聞にして知らない。しかも判断が決定手続で裁判官の裁量によってなされるということは、当事者が全力を傾注して争ったうえで示される一般の判例とはかなり異なる。そこで日本では、このような双方的訴訟終了宣言の手続でなされた裁判所の判断を判例として理解することに対して、違和感を感じる人が少なからずおられるのではないかと思う。

しかし、ドイツではこのようなことは全く問題になっていない。判例に関する理解が異なるのかもしれないが、双方的訴訟終了宣言は「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」と規定されていることに注目すべきである。これによって裁判所の裁量とはいえ、従前の訴訟手続の連続としてその延長線上に位置づけることができるからである。すなわち、裁判所の判断形成に当事者の主張を十分に反映させることができる手続構造になっていると解することができる。さらに双方的訴訟終了宣言の背後に一方的訴訟終了宣言が控えている点も重要である。当事者が自らの主張を貫きたい場合は、一方的訴訟終了宣言が利用できるようになっているからである。すなわち、当事者の手続保障の問題を発生させないことになっている。要するに日本の制度から見ると違和感があるが、手続の構造を子細に見れば、双方的訴訟終了宣言は判断の妥当性と効率性の調和が取れている制度と評価することができる。

ここに双方的訴訟終了宣言の特色がある。一見すると裁判所による訴訟費用についての裁量的な判断のように見えるが、その背後には訴訟手続との連続性と当事者の手続保障が存在する点で、双方的訴訟終了宣言は単なる訴訟費用の裁判ではない。したがって決して訴えの取下げではカバーできない独自な制度である。田中助教授が報告した事例は、双方的訴訟終了宣言の制度のメリットを具体的に示す事例としても理解すべきである。

(1) 引用は会場で配布されたレジュメの六頁。なお本文で引用した文章の「情勢が変わり」には、「一人の学者の一つの論文がこれほどの影響力を持つのか、と私は興奮した」という注が付されている。

(2) 田中・前掲注(1)五頁。

(3) 双方的訴訟終了宣言に対する地方裁判所の決定に対して、高等裁判所へ即時抗告がなされたとの手続の経過についての記述に問題はない。その通りであり、そのまま素直に理解できた。なおＺＰＯ九一条ａ（双方的訴訟終了宣

言）とその上訴については、本稿（一）の三２Ｃで述べた。

（4）田中宏治「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」民商法雑誌一三三巻一号二一頁（二〇〇五年）。

（5）田中助教授はこの判例の掲載誌について、前掲注(1)五頁注(14)、前掲注(4)三一頁注(53)のそれぞれにおいて、次のように記載している。NJW 2003,1053-1054 = JZ 2003, 863-864 = ZGS 2003, 156-158 = DAR 2003,75-76. 慶應義塾大学図書館にはＮＪＷとＪＺしか所蔵していないので、本稿執筆に際してはこれら二つを参照した。

（6）Schellhammer (D), Rn 1703; Zöller/Vollkommer (C), Rn 58; Musielak/Wolst (C), § 91a Rn 21; Baumbach/Hartmann(C), § 91a Rn 19.

（7）ドイツには裁判所等による和解条項の裁定という制度は存在しないが、そのようなドイツの状況については、吉田元子『裁判所等による和解条項の裁定』四五頁以下（成文堂、二〇〇三年）が詳細に論じている。