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

Title	ドイツ民事訴訟法における一方的訴訟終了宣言について(二)
Sub Title	Die einseitige Erledigungserklärung in der deutschen Zivilprozessordnung (2)
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2008
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.81, No.8 (2008. 8) ,p.1- 51
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20080828-0001

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.

ドイツ民事訴訟法における一方的訴訟終了宣言について（二）

坂原正夫

一　はじめに
1　本稿の目的
2　参考文献について
3　参照条文
二　一方的訴訟終了宣言の概要
1　日本における具体的な事例
2　ドイツにおける具体的な事例
3　ドイツの事例の対処方法の検討
A　既存の制度の問題点
B　個々の事例の問題点
C　訴訟費用の裁判手続
D　一方的訴訟終了宣言の場合
……（以上八十一巻七号）
三　一方的訴訟終了宣言の法的性質について
1　法的性質論の意味
2　諸説の対立状況の概要
A　主な学説の状況
B　その他の学説
C　学説史の概観
3　諸説の内容とその評価
A　特別な（特権的な）訴えの取下げ説
a　内容
b　評価
B　特別な（特権的な）請求の放棄説
a　内容
b　評価
C　中間紛争説
a　内容
b　評価
D　訴えの変更説

a　内容
b　評価
E　訴訟上の形成行為説
a　内容
b　評価
4　近時の学説の状況
A　訴えの変更説に対する批判
B　中間紛争説の台頭
a　アスマン（Assmann）の見解
b　リンダッハー（Lindacher）の見解
c　エル・ガヤール（El-Gayar）の見解
C　訴訟経済重視の学説の展開
a　グルンスキー（Grunsky）の見解
b　ヨスト＝ズンダーマン（Jost=Sundermann）の見解
c　ボゲノ（Vogeno）の見解
D　評価
5　対立の構図と評価の視点
A　諸説の対立の構図
B　日本法からの評価の視点
a　当事者の手続保障
b　結果責任主義の重視と本案の対象
c　本末転倒論の問題点
d　訴訟費用限定説の問題点
……（以上本号）
四　ドイツにおける個別具体的な問題
1　法的性質論と個別具体的な問題
2　一方的訴訟終了宣言の手続の流れ
A　一方的訴訟終了宣言までの手続
B　一方的訴訟終了宣言後の手続
3　個別具体的な問題
A　一方的訴訟終了宣言の適法性
B　訴訟物と裁判の内容
C　訴訟費用の裁判
D　時間的な制約
E　被告による一方的訴訟終了宣言
F　予備的な一方的訴訟終了宣言
a　現在の学説の状況
b　具体的な事例
c　適法説の根拠
d　不適法説の根拠
e　私見の立場
G　一部の訴訟終了と一方的訴訟終了宣言
a　被告が同意する場合
b　被告が同意しない場合
……（以上八十一巻九号）
五　日本における一方的訴訟終了宣言
1　解釈論の根拠
A　法の一般原則からの演繹
B　訴えの取下げとの共存
C　日本とドイツの訴訟費用の規定の異同
D　母法ドイツ法からの継受
2　日本の制度の概要

3　克服すべき問題
A　訴えの変更の適法性
B　過去の法律関係の確認
C　被告の不利益
六　おわりに
1　本稿の主張の要約
2　新たな展開を求めて
……（以上八十一巻十号）

三　一方的訴訟終了宣言の法的性質について

1　法的性質論の意味

訴訟の終了事由が発生したが、終了事由の発生の原因や終了事由発生前の原告の勝訴の可能性をめぐって当事者間に争いが存在する場合、裁判所はこの争いを解決するために裁判をしなければならない。この場合の裁判の方法について論じるのが、一方的訴訟終了宣言の問題である。双方的訴訟終了宣言の場合は、最初に制度の概要として要件と効果について述べたが（拙稿・⑱〔双方的〕一六頁以下）、一方的訴訟終了宣言の場合は法的性質論から始めなければならない。なぜならば一方的訴訟終了宣言については、双方的訴訟終了宣言を規定したＺＰＯ九一条ａのような立法が存在しないからである。すなわち、双方的訴訟終了宣言の場合はＺＰＯ九一条ａによって要件と効果が規定されているからそれに基づいて制度を考えればよいが、一方的訴訟終了宣言の場合は全く立法がないために、一方的訴訟終了宣言の要件と効果は法的性質論から理論的に導くしか方法がない。法的性質論こそが、訴訟において解決を迫られた問題に直面した場合に解決の指標を提供するものである。

しかし日本においては、法的性質論から一方的訴訟終了宣言の要件と効果を考察するだけでは十分ではない。このような考察方法はドイツにおいて妥当するものであって、これがそのまま日本には通用しないからである。なぜならば、日本法は一方的訴訟終了宣言を含めて、訴訟終了宣言の制度をそもそも知らないからである。一方

的訴訟終了宣言の法的性質論を論じる以前にあるいは並行して、一方的訴訟終了宣言の日本法における意味を具体的に明らかにすることが必要である。それには一方的訴訟終了宣言の本質を理解することが不可欠である。そこで法的性質に関するドイツの議論を通じて、一方的訴訟終了宣言の本質を把握することが重要な作業になる。つまり、ドイツの法的性質論から単に要件と効果を考えるだけでなく、一方的訴訟終了宣言の本質を理解して、日本法の視点から日本における一方的訴訟終了宣言の在り方も考察しなければならない。

このような理由からドイツの一方的訴訟終了宣言の法的性質論を考察するが、法的性質論は決して単に抽象的に考察してはならない。具体的な問題に対して法的性質論が妥当な解決策を導くことができるか否かが重要である。法的性質論は具体的な問題を解決するための指針を与えるものであるからである。このことは具体的な解決策から法的性質論を導くことを排除するものではない。法的性質論には演繹的な方法と帰納的な方法のそれぞれの検証が必要であり、そのようなことを通して法的性質論を考えるべきである。そこで考えるべき具体的な問題として、左記のような問題をドイツの議論を参考に設定してみた。実はドイツの法的性質論は、このような具体的な問題の解決を得るために論じられてきたという経緯があるからである。

① 従前の訴訟の訴訟係属の消滅は、いつ、いかなる理由によって生じるのか。

② 一方的訴訟終了宣言の後の訴訟の訴訟物は何か。

③ 裁判所が下す終局判決は、本案判決なのか、訴訟判決なのか。

④ 一方的訴訟終了宣言は、いわゆる与効的訴訟行為なのか、取効的訴訟行為なのか。

2 諸説の対立状況の概要

現在、ドイツでは法的性質論はあまり重視されていない。それは判例・通説が確立しているからである。した

がって、現在の教科書、体系書、注釈書等の文献において、法的性質論を独立した項目として取り上げていないものが多い。取り上げているとしても、記述が数行であったり、あるいは注の中で簡単にしか述べていないものが目立つ。[17] 換言すれば、法的性質論を独立したテーマで挙げているのは、大コンメンタールや分厚い体系書に限られている。[18] それにもかかわらず、ここで過去の諸説を取り上げて考察する理由は、それらが一方的訴訟終了宣言の制度を理解し評価するための判断材料を提供してくれるからである。実は昔（一九六〇年代）は、現在のような状況ではなかった。当時は一方的訴訟終了宣言の法的性質論は多種多様に展開していて、概観することも困難な状況であった。[19] このことは、今日の判例・通説が多くの他の学説との論争を経て形成されたことを意味する。したがって、通説が形成される過程で排除された過去の学説の内容を検討することは、一方的訴訟終了宣言を多角的に考察することになるし、正にそれによって、あるべき一方的訴訟終了宣言の内容とその本質を知ることができる。

なお以下のAとBでは、3で取り上げる学説の順序の意味を述べる。また同時にそれが体系的な分類に基づくものであることを明らかにする。Cは、それ以外の学説を3の学説とは異なった視点で考察する理由を述べるものである。

A　主な学説の状況

一方的訴訟終了宣言の本質を理解するために、過去の代表的な学説について、それぞれの内容と問題点を概観する。[20] 取り上げる学説は、主に現在の教科書、体系書、注釈書等において挙げられている学説である。現時点において一方的訴訟終了宣言の制度を理解するためには、このような学説の選択が一番効率的であり、有益であるからである。取り上げる学説の順序には意味がある。それぞれの内容に応じて学説を分類し、その分類を考慮

して順序を決めたからである。学説の分類に際しては、訴訟行為の分類として一般に広く利用されている与効的訴訟行為と取効的訴訟行為に区別する方法を使用する。[21] なぜならば、一方的訴訟終了宣言についてどのような理解をしたとしても、一方的訴訟終了宣言が当事者の訴訟行為であることは否定できないからである。次に、分類の順序を決める尺度は、当該学説が既存の制度に基礎を置くか否かということである。法に直接規定されていない事項に関して法を適用する場合は、先ず既存の制度の規定を類推して行うということが法の解釈の大原則であるからである。既存の制度を基本として一方的訴訟終了宣言を考える場合、既存の制度とは当事者による訴訟終了行為であり、それは与効的訴訟行為であるからである。このような理由から、与効的訴訟行為と考える学説を取効的訴訟行為と考える学説に先立って取り上げる。つまり、既に述べたように3で取り上げる学説の順序は順不同ではなく、学説の理論的な分類の意味も有している。

かくして本稿が最初に取り上げる学説は、一方的訴訟終了宣言を与効的訴訟行為と考える学説である。そして既存の制度として訴えの取下げと考えるか、それとも請求の放棄と考えるかで、学説はさらに分化する。すなわち、訴えの取下げ、請求の放棄を基礎にして、それぞれの特別な（特権的な）ものと主張する学説である。3のA説は「特別な（特権的な）訴えの取下げ説」であり、3のB説は「特別な（特権的な）請求の放棄説」である。[22] 両者の違いは基本となる訴訟行為が異なることではあるが、訴えの取下げと請求の放棄の主たる違いは再訴が既判力によって禁止されるか否かであるから、一方的訴訟終了宣言が訴訟費用の問題であることを重視したのがA説であり、一方的訴訟終了宣言が行われた訴訟の再燃を防止することを重視したのがB説ということもできる。

次に、一方的訴訟終了宣言は取効的訴訟行為であるとの学説がある。一方的訴訟終了宣言は当事者間で訴訟の終了の原因と訴訟費用の負担をめぐって争いがあり、それを裁判所の裁判によって解決する制度である。そこでこの学説は裁判所の裁判に着目して、一方的訴訟終了宣言は取効的訴訟行為であると考えるのである。そして裁

判所の裁判である判決の理解をめぐって、学説はさらに分化する。訴訟判決説と本案判決説の対立である。訴訟判決説は一方的訴訟終了宣言において裁判所が行う裁判は訴訟判決であり、従来の訴訟の訴訟物についての判断ではないと説く。換言すれば、訴訟の対象は訴訟物の判断の前提である中間の紛争であるから、3のC説は「中間紛争説」と言われる。C説はさらに、従来の訴訟の再訴は裁判の効力によって遮断されると主張する。ところがこの主張は既存の理論とは調和しない。一般に既判力は本案である訴訟物についての判断に生じ、それによって再訴が遮断されると考えられているからである。そこでC説は、一方的訴訟終了宣言は独自な制度であると考えることによって、調和しない理由を説明する。

これに対して本案判決説は、一方的訴訟終了宣言についての裁判所の判断は本案判決であると説く。しかし、従前の訴訟物についての本案判決であるとするならば、訴訟終了事由の発生によって請求棄却判決にならざるをえないから、それを避けるためには本案の対象を変更する必要がある。そこで訴えの変更によって従前の訴訟物は新しい訴訟物に変わると主張する。これは訴訟行為としては訴えの変更になるので、3のD説は「訴えの変更説」と言われる。

B　その他の学説

今日において一般に取り上げられている学説は、前述のようにA～Dの各説であり、それぞれは一方的訴訟終了宣言の制度の特色を表している。しかし、一方的訴訟終了宣言の在り方を考える場合に、これらだけでは十分ではない。これら以外にも多種多様な見解が一方的訴訟終了宣言をめぐって主張されてきたからである。そこで本稿では、その他の学説については、主張された年代に注目して取り扱いを区別することにする。A～Dの各説と同年代のものは、それらと親近性のあるものだけを取り上げる。A～Dの各説との違いや支持されなかった理

由を考察することは、一方的訴訟終了宣言の在り方を考える場合に参考になるからである。

これに対して比較的最近主張された学説はすべて取り上げ、4として独立した項目にまとめることにした。これらの学説は、その出発点は通説に対抗するためであったので、現時点での通説の問題点を明らかにするとともに、通説の今後の運命を占う材料を提供するからである。その意味で最近の学説は重要である。このような理由から本稿では諸説をその主張された年代によって区別し、通説が確立する前の学説であれば、通説の特色を明らかにするために3においてA～Dの各説とともに考察し、通説が確立した後の学説であれば、通説の分析のために4において3の学説とは別に考察する。

なお、3においてA～Dの各説とともに考察するE説について若干の説明をしておく。E説として「訴訟上の形成行為説」を取り上げるが、その理由は、この説は右の諸説（A～Dの各説）の折衷的な見解と位置づけることができるからである。すなわち、E説は一方的訴訟終了宣言は取効的訴訟行為であるとし、その裁判は本案判決であると説くが、しかし、判決によって訴訟係属が消滅すると説くことから、既判力は訴訟係属が将来に向かって消滅することに生じると主張する。この点において、訴訟物について既判力が生じると説くD説と異なる。またE説は訴訟係属の消滅に着目するが、この点においてA説に親近性が感じられる。このようにその主張は興味のあるところであるが、今日顧みられないのはその主張に理論的な大きな欠点があるからである。一方的訴訟終了宣言の制度を考える場合、この欠点が反面教師として意味を有することになるであろう。

C　学説史の概観

ところで、これら諸説（A～Eの各説）がドイツで最初に主張された年代を見てみると、おおよそ一九五〇年代後半から一九六〇年代後半の約一〇年間ということに気がつく。それはいわば諸説の対立の時代（比喩的にい

えば群雄割拠の戦国時代）ということができる。そこでこれ以降が判例・通説が確立していく時代（比喩的にいえば天下統一への時代）ということであり、この競争から一躍躍り出て判例・通説の地位を獲得したのは、D説の「訴えの変更説」である。つまり、現在は訴えの変更説の天下であり、他の諸説は競合する学説というより、通説である訴えの変更説を際立たせるための学説といっても過言ではない。

このような学説の展開状況を見ると、我が国の「当事者の確定」の議論の状況に似ていることに気がつく。[23] すなわち、当事者の確定に関して当初は意思説、行動説、表示説の争いがあったが、その中から表示説が圧倒的な支持を得て大勝利を獲得した。そして今日では意思説、行動説は表示説に対抗する学説というよりは、表示説の特色と利点を説明するために使われる学説である。ところで表示説が現在の通説であるにしても、現時点においては表示説に対して様々な見解が対抗的に主張されていることは、看過できない。例えば、適格説、併用説、規範分類説、確定機能縮小説、紛争主体特定責任説、新行動説等の諸説が、表示説に対抗して展開している。これらは意思説、行動説のように表示説の特色を示す学説ではなく、表示説の問題点を明らかにするとともに、当事者の確定についての今後の議論の方向を占ううえで、その判断材料を提供する学説である。その意味で表示説は、決して他の説を全く寄せつけないという程の確固たる地位にあるということでもない。

このような学説の状況は、ドイツの一方的訴訟終了宣言の法的性質論においても同様である。4で述べるように訴えの変更説に対しては、今日ではエアランゲン学派ともいうべき中間紛争説が有力に展開していて、通説の訴えの変更説に代わるような勢いが感じられる。正に今後の学説の展開を暗示している。このことと前述の当事者の確定における学説の状況を考えると、通説が確立した後の学説の展開はどの分野でも同じような状況になるということである。通説の有する宿命を如実に表している。通説が確立した場合はその後に主張された学説の分析が重要であり、それによってより本質的な理解が深まる。そうであるならば、一方的訴訟終了宣言の問題にお

いて通説が形成されるまでの学説だけを検討するのでは片手落ちであり、その後の学説の検討が必要である。それゆえに本稿では3において通説が形成されるまでの学説を検討し、4においては通説の問題点を提起し、通説に果敢に挑戦する学説について考察する。前項Bにおいて、「……諸説をその主張された年代によって区別し、通説が確立する前の学説であれば、通説の特色を明らかにするために3においてA～Dの各説とともに考察し、通説が確立した後の学説であれば、通説の分析のために4において3の学説とは別に考察する。」と述べたのも、このような認識に基づく。

3　諸説の内容とその評価

A　特別な（特権的な）訴えの取下げ説

a　内容

この説は、一方的訴訟終了宣言は特別な訴えの取下げと解する見解である。すなわち、この説は一定の要件の存在が認められると、通常の訴えの取下げとは異なり、被告の同意なしに取下げの効果（訴訟終了効）が発生し、訴えの取下げの場合の訴訟費用は原告が負担する旨の規定が適用されないと説く。[24] それゆえに「特別な訴えの取下げ説」とか、原告にとって有利な訴えの取下げなので、〔原告の〕「特権的な訴えの取下げ説」（Die Theorie der privilegierten Klagerücknahme）等と言われている。さらにこの説の特色は、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理解しようとする点にある。すなわち、一方的に原告が訴訟終了を宣言したときに、被告がそれに同意した場合は双方的訴訟終了宣言であり、被告が同意しなかった場合が一方的訴訟終了宣言であると考える。

この説による一方的訴訟終了宣言の効果は、原告は訴訟費用を負担しないということであるが、それ以外の効

果は、原則として通常の訴えの取下げと同じである。一方的訴訟終了宣言の実質は、訴えの取下げと考えるからである。すなわち、この説によって一方的訴訟終了宣言の効果として主張されていることは、第一に、一方的訴訟終了宣言は与効的訴訟行為である。第二に、訴訟は本案判決なくして終了する。訴訟係属は当事者の訴訟行為によって消滅する。第三に、同一請求の新たな訴えの提起（いわゆる再訴）は訴訟物に既判力が生じないから、原則として許される。

ところで要件については、見解の対立がある。ポーレは原告が主張するように、本案が終了したということの確定で十分であると説く（Pohle(A), S. 427ff.）。これに対してブロマイヤーは、終了事実の発生だけでなく訴えの適法性と理由具備性が必要であると説く（Blomeyer(D), §64; ders.(A), Jus 1962, S. 212ff.）。両者の対立は訴訟費用の裁判の基準に関しても見られる。ポーレは訴訟費用の敗訴者負担の原則を定めたＺＰＯ九一条で処理すると説く。これに対してブロマイヤーは、例外規定であるＺＰＯ九三条が準用されると説く。なおＺＰＯ九三条は、被告が即時に認諾した場合は勝訴した原告が訴訟費用を負担することを規定しているが、安易な訴えの提起を戒める意味も有している。

ところで一方的訴訟終了宣言が有効でなかった場合は訴訟は続行されるが、この判断は中間判決（ＺＰＯ三〇三条）で行うか、あるいは終局判決（ＺＰＯ三〇〇条）の理由中において示される。この場合の訴訟費用は、原告がＺＰＯ九一条によって負担する。なおポーレは被告の棄却判決を受ける権利を重視して、被告が当初（終了事由発生前）の請求について、既判力ある裁判を取得できるようにしなければならないということも説いている。[25]

b　評価

訴訟終了宣言の問題の出発点は、訴えの取下げの場合に訴訟費用の負担が原告であるとする規定の適用の回避

である。そのことを考えると、この規定の適用を排除するだけのことであるから、訴えの取下げを基本に考える説明は簡明で分かりやすい。さらに訴訟終了事由が発生しているから訴訟係属を早急に消滅させることが望ましいとなると、単に原告の一方的な行為によってそのような効果が生じる訴えの取下げが、既存の制度の中では一番適している。請求の放棄・認諾による終了の場合は、その行為の他に、ドイツでは放棄判決や認諾判決（ＺＰＯ三〇六条・三〇七条）が必要であるし、日本では調書への記載（民訴法二六七条）が必要とされているからである。

問題は、通常の訴えの取下げに対する訴訟終了宣言の特殊性である。すなわち、当初適法で且つ理由を具備していた訴えが、訴訟中に不適法また理由を具備しなくなったことを要件とすることである。このことは、与効的訴訟行為といいながら一定の要件の存在を条件とし、しかもその審査を裁判所が行うということである。しかし、これらは与効的訴訟行為と相入れない。したがってこのような批判を受けないためには、与効的訴訟行為ではなくて取効的訴訟行為であるとするか、あるいは与効的訴訟行為の有効性の裁判の獲得を目指した申立てであると構成せざるをえない。さらに問題なのは、被告が請求棄却判決を望んでいて、その点の争いについて裁判所が判断を示しても、その裁判に再訴を遮断する効力（既判力）が生じないことである。

もっともこの再訴の問題については、訴えの取下げ説でも再訴禁止という妥当な結論を導くことはできるとの反論がなされている。すなわちブロマイヤーは、裁判所の判断は訴訟判決ではなくて本案判決であり、その既判力が再訴を遮断すると説いている。[26] あるいはライポルトは前提問題についても、この場合に既判力が生じると説いている（Stein/Leipold(C), a. a. 0.(Nr. 24), Rn 44ff.）。しかし、訴訟物に関する判断でないにもかかわらず訴訟物についての存否の判断に既判力が生じるとするのは、既判力に関する一般の理論と調和しない。[27]

B　特別な（特権的な）請求の放棄説

a　内容

この説は一方的訴訟終了宣言は特別な請求の放棄と解する見解であるが、先ず双方的訴訟終了宣言の理解から出発する。すなわち、双方的訴訟終了宣言とは原告の訴訟上の請求の放棄と被告の棄却判決を求めることの放棄とが合体したものであると解し、一方的訴訟終了宣言は原告の請求の放棄の一種であると考える。[28] 通常の請求の放棄の場合は放棄判決によって請求が棄却され、原告が訴訟費用を負担することになっているが、それとは異なり、この場合は原告の訴訟費用の負担を規定したＺＰＯ九一条ではなくて、ＺＰＯ九一条ａが適用されると説く。また即時認諾の場合の訴訟費用は、原告の負担とする旨を定めたＺＰＯ九三条も類推適用されると説く。通常の請求の放棄と異なり、原告が必ず訴訟費用を負担するものではないから、「特別な請求の放棄説」とか、あるいは原告にとっては特権であるから「特権的」と修飾されて、「特権的な請求の放棄説」（Die Theorie des privilegierten Klageverzichts）等と言われる。

ところでＺＰＯ九一条ａが成立する以前、すなわち訴訟終了宣言に関する規定が存在しない第二次世界大戦以前のドイツにおいては、訴訟終了宣言を請求の放棄と位置づける説が有力であった。[29] 請求の放棄は原告が請求に理由がないことを自ら認めることではあるが、それは請求に理由がない状態を法的に示すものに他ならない。しかも、請求の放棄はＺＰＯ三〇六条に規定されているから、条文上の根拠を有している制度である。さらに請求の放棄はドイツでは放棄判決がなされるから（日本でも確定判決と同様な効果を有することから）、棄却判決に等しい効果を有している。その結果、訴訟終了宣言による訴訟終了効の発生や再訴が禁止されることの説明は容易である。

しかし、戦後のドイツでは、当初はこの説は顧みられることはなかった。一方的訴訟終了宣言の場合は当事者

間で訴訟費用や終了に関して争いがあり、それは訴えの放棄とは状況をかなり異にするし、訴訟費用の負担については通常の訴えの放棄とは異なって扱うとする理由が必ずしも明快でなかったからである。第二次世界大戦後に、原告と被告の利益状況の詳細な分析から装いを新たにした放棄説を主張したのはリンダッハーである。[30] 彼は従来の放棄説のように一方的訴訟終了宣言を単に本案についての請求の放棄として考えるのではなく、訴訟費用の点についての特殊な請求の放棄として構成した。彼が請求の放棄説にこだわったのは、訴訟終了効の発生と再訴の禁止の効果を得るためである。すなわち、ドイツ法では請求の放棄に対して放棄判決が下されるから（ＺＰＯ三〇六条）、請求の放棄は本案判決によって訴訟を終了させることである。しかも放棄判決に既判力が生じることになっているから、既判力によって再訴が禁止される。この結果、特別な訴えの取下げ説は再訴を禁止しないということで批判されたが、特別な請求の放棄説はそのような批判を受けることはない。

b　評価

この説の一番の問題点は、特別な請求の放棄として処理するための要件を裁判所が審理するという構造である。これは正に特別な訴えの取下げ説と同じ構造であり、それに対する批判、すなわち、裁判の審理に依存するということは与効的訴訟行為と相容れないという批判は、そのままこの説にも通用する。また請求の放棄ということになると、訴訟要件が消滅した場合はどのような手続で処理するのかという問題が発生する。さらに請求の放棄ということで裁判所の審査権がなくなると、原告の意思の誤りがあるのか否かを確認する機会がなくなるという点も考える必要がある。

この説は訴訟費用の裁判において、即時認諾の場合は原告が訴訟費用を負担すると規定しているＺＰＯ九三条の類推適用があると主張しているが、その要件の存否はどのようにして判断されるのかということが問題になる。

もし訴訟費用の裁判でありながら従前の請求の当否を考慮するとなると、その点に関しては訴訟物と構成せざるをえなくなるから裁判手続は複雑になり、手続を簡略化することは困難である。また放棄判決は被告の申立てによってなされるものであるから、被告が原告に有利な放棄判決の申立てをするとは考えられない。[31]

C　中間紛争説

a　内容

この説は一方的訴訟終了宣言について、既存の制度では説明できない一つの独立した制度であると考える見解である。裁判所が一方的訴訟終了宣言の要件を審理し裁判するという構造は、与効的訴訟行為として当事者による訴えの取下げや請求の放棄では説明することは困難である。しかし、そうであるからといって取効的訴訟行為として本案の対象として考えるのも、訴訟は終了事由が発生していることを考慮すると支持できないと説く。そこで本案（実体）判決を説く訴えの変更説に反対して、当初の請求は変更されることなく依然として訴訟係属した状態にあると考え、一方的終了宣言の裁判は通常の本案の裁判の前段階のものであり、例えば訴えの適法性について判断する裁判のようなものであると位置づける。[32] このように一方的訴訟終了宣言の裁判は中間の紛争を解決するための裁判と位置づけることから、「中間紛争説」（Die Zwischenstreitstheorie）と言われている。

この説によれば、一方的終了宣言が有効である場合は、裁判所は本案の終了を終局判決で確認しなければならないが、これは訴訟判決である。請求そのものの裁判ではないからである。しかし、再訴は禁止される。それは、この訴訟判決によって、従前の請求が訴訟中に訴訟対象でなくなったということが既判力で確定され、この既判力は従前の訴訟物についての新たな訴訟（いわゆる再訴）に対して効力を有するからである。このことはこの種の判決に、請求についての判断の既判力を肯定するということでもある。

要するに、一方的訴訟終了宣言は取効的訴訟行為であり、裁判は訴訟判決ではあるが、訴訟係属を消滅させ、再訴を禁止する効力を有していると説く。取効的訴訟行為という点では訴えの変更説と同じであるが、違いは訴えの変更説が一方的訴訟終了宣言について本案の訴訟物として本案判決で処理するのに対して、この説は中間の争いとして訴訟判決として位置づける点にある。なお要件については意見の対立がある。単に終了事由の発生だけでよいと考えるか（シュヴァープ＝Schwab (A)）、それとも訴えは当初から適法でかつ理由を具備していたことまでも必要とするか（ドウブナー＝Deubner (A)）という対立である。

b　評価

この説に対しては、この種の判決効論は一般民事訴訟法体系と完全に調和しないという批判がなされている。たとえ訴訟判決に既判力を認めるにしても、再訴を禁止するのは訴訟上の請求についての本案の裁判でなければならないからである。それでは、なぜこの説は訴訟判決に固執して本案判決と考えないのか。この説は一方的訴訟終了宣言では訴訟物は従前のままで変わらないし、一方的訴訟終了宣言の要件は本案の訴訟物には構成できないと考えるからである。さらに本案判決と考える訴えの変更説には、訴えの変更の許容性に問題があると考えたからである。しかし、このような問題点を回避するために本案判決ではなく訴訟判決であると説いたことで、この説は再訴禁止の既判力の説明で苦慮することになった[33]。

D　訴えの変更説

a　内容

この説は、訴訟終了宣言は従前の訴えを確認の訴えへ変更する申立てであると考える見解である。新たに訴訟

物になった確認の訴えの内容は、「当初適法でかつ理由を具備していた訴えが、終了事由の発生により不適法または理由を具備しなくなった」ことである。これは本案の対象の変更であり、本案の対象の変更は訴えの変更と言われるから、「訴えの変更説」（Die Klageänderungstheorie）との名称が付されている。[34] 訴えの変更は裁判所の本案判決を求める行為であるから、この説によれば一方的訴訟終了宣言は取効的訴訟行為であり、裁判は本案判決ということになる。他の説と異なり、従前の訴えの適法性・理由具備性を紛争の核心と考え、それを訴訟物として把握した点に特色がある。

この説はこのように訴えの変更として法律構成をするために、再訴禁止の問題は本案判決の既判力によって容易に説明することができる。しかし、訴訟費用の判断のために新たな訴訟物を設定し、訴訟を続行させることは問題である。いわゆる手続が重くなり妥当性を欠くから、本末転倒ではないかという批判を受けることになる。また、そもそもこのような訴えの変更は適法なのか、このような確認の訴えは適法なのかということも、従来の民事訴訟法の理論からすれば問題である。そこで例えば、ウルマーは過去の法律関係の確認との批判に対する解答の意味で、確認の対象について「当初適法でかつ理由を具備していた訴えが、不適法または理由不備になった」のではなく、「原告主張の権利または法律関係が、本案終了事由発生まで存在していたこと」であると主張する（Ulmer (A), S. 977f.）。つまりウルマーは、確認の利益を費用償還請求権との関係で基礎づけるためにこのような主張をしている。しかし、この主張は訴えの変更説の中で支持を得ていない。訴えの変更説の主流は、旧請求の却下または棄却判決と同じ結果が得られるように、「当初適法でかつ理由を具備していた訴えが、不適法または理由不備になった」ことが確認の対象であると説いているからである。

ところでドナウやメスナーは、訴えの変更説に類似する独自な見解を展開している。訴えの変更説とは異なり中間紛争説のように従前の請求が持続すると説きながら、一方的訴訟終了宣言の中に、訴えの変更説が説いてい

るような本案に関する確認の申立てが含まれていると主張する。[35] 本案に関する確認の申立てという点では訴えの変更説と類似するが、訴えの変更ではないとして従前の訴訟物が併存していると説く点で、訴えの変更説と異なる。訴えの変更説は従前の訴訟物は消滅して併存しないと説くからである。それゆえにこの説は終了事由は発生していないとして、従来の訴訟を続行させる必要がある場合を想定した見解である。この説の場合は従来の訴訟を復活させることは、従前の訴訟物は持続していると考えるので容易である。しかし、反対に終了事由が発生して訴訟が終了する場合は、従前の訴訟物の消滅の説明に苦慮することになる（El-Gayar (B), S. 79）。

b　評価

訴訟の終了事由発生により請求は理由がなくなったが、それに関して原告に責任がない場合は訴訟費用は被告が負担すべきであるというのが、訴訟終了宣言の出発点である。この説はこの問題の出発点を的確に把握し、それに相応しい効果と要件を訴えの変更という既存の制度に接合させて構成したものである。この説によれば、訴訟物は紛争の実態に即しているし、訴訟物についての判断を通して紛争の再燃を既判力で遮断させる点で機能的である。このようなことと、既存の制度と一番調和していることから多くの支持を得て、この説は今日の判例・通説の地位を獲得した。

この説の問題点は、次の4の「近時の学説の状況」の箇所で詳論するが、この説に対しては次のようなことが当初から問題点として指摘されていた。第一に、訴えの変更によって新たに訴訟物となった権利関係は、そもそも確認の対象になるのか、あるいは確認の利益があるのか。第二に、このような訴えの変更が許されるのか、許されるとした場合の根拠は何か、訴えの変更によって変更前の訴えを常に消滅させるのがよいのか。[36] 第三に、訴えの変更は原告のみが行う訴訟行為であるから、訴えの変更説によれば一方的訴訟終了宣言は原告しか許されず、

被告が一方的訴訟終了宣言をすることができないのは不公平ではないか。あるいは被告に一方的訴訟終了宣言を認めるならば紛争は妥当に解決されるから、訴えの変更に固執する理由はないのではないか。[37]

E　訴訟上の形成行為説

a　内容

ゲッピンガーは、訴訟終了宣言の制度とは、原告に対して訴訟係属を判決によって終了させる訴訟上の形成権を付与するものと考える。[38] したがって、この説によれば、一方的訴訟終了宣言とは判決によって訴訟係属を将来に向かって終了させるための申立てである。そこで一方的訴訟終了宣言によって直ちに実体法上の権利関係の変動が生じるものではないが、原告の申立てに基づく判決によって訴訟係属の消滅という形成効果が発生することになるので、この説は「訴訟上の形成行為説」（Die Theorie des prozessualen Gestaltungsakts）と言われる。このように考えることから、一方的訴訟終了宣言は取効的訴訟行為であり、裁判は本案判決である。この点に関しては訴えの変更説（D）と同じであるが、判決の既判力は訴訟物に生じることはなく、従来の訴訟の訴訟係属が将来に向かって終了するということに生じると説く点で、訴えの変更説と異なる。また従前の訴訟物を変更しない点では中間紛争説（C）と同じであるが、訴訟係属の終了に力点を置く点で、特別な訴えの取下げ説（A）に近接する。

b　評価

この学説は諸説とそれぞれ類似した面を有しているので、法的性質論をめぐる論争を止揚し、従来の学説を統合して新たな学説を構築しようとする意気込みが感じられる。しかし、問題は形成権という構成である。確かに

訴訟終了効の根拠を判決の効力に求める点は、当事者による訴訟終了行為として構成するよりも、紛争の実態を率直に把握していて分かりやすい。しかし、形成効の発生を形成判決に求めるならば、その根拠として形成権が必要となる。ところが形成権は法が個別的に規定している権利であり（numerus clausus）、請求権のように一般的に認められるものではないから、法に規定されていない形成権の説明は説得力を欠く。また従来の請求に関する判断に既判力を否定した結果、原告の再訴から被告を保護することができない点も問題である。そもそも既判力は請求についての判断に生じるものであるが、訴訟終了効について既判力が生じると説く点も問題である。[39]

なおペッファーはこのような批判を意識して、訴訟係属を終了させる判決という考えに立脚しつつも、原告の形成権についても既判力が生じると説いている（Pfeffer (B), S. 114ff.）。これは原告による再訴から被告を防御するためであるが、この見解について、エル・ガヤールは「訴えの変更説と訴訟上の形成行為説の組合せ説」と分類し（前注(19)の(a)、Ⅵの3）、ボゲノは「訴訟上の形成行為説」と分類する（前注(19)の(b)、Bの2）。すなわち、両者ともゲッピンガーとは別の見解としている。問題はこのように理解しても、この訴訟の訴訟物に関して生じる既判力が原告の権利の不存在について及ぶのかということである。及ぼすことができないのであれば、原告の権利の不存在に既判力が生じるということは単なる前提問題に既判力を生じさせることになるから、その点で疑問が残る（El-Gayar (B), S. 81）。

4　近時の学説の状況

既に2Cの「学説史の概観」で述べたように、一方的訴訟終了宣言の法的性質論について代表的な学説は、一九六〇年代までに登場した。ということは七〇年代の初めには、今日の基本的な学説がほぼ出揃ったということである。七〇年代、八〇年代は特に新たな学説の動きを見ることはできず、この間は諸説が支持者の獲得に切磋

琢磨した時代である。こうした中から訴えの変更説が頭角を現し、しだいに支持者を広げ、ついに八〇年代に至って通説の地位を確立した。ところが九〇年代になると、訴えの変更説に対する批判が少しずつ展開されるようになった。この新しい動きは、訴えの変更説の問題点を従来の説を修正し、統合することによって克服しようとした点に特色が見られる。このような動きから分かることは、訴えの変更説が現時点でも圧倒的に支持されているとしても、学界の底流においては通説に反対する見解がしだいに増加しているということである。この状況は看過してはならないであろう。この新しい流れの中に、一方的訴訟終了宣言の向かうべき方向やあるべき姿を看取することができるからである。もっとも、それら諸説が現時点において学界で広く認められていないことも事実である。したがって新しい学説について過大視することは危険であり、あくまでも新たな視点で一方的訴訟終了宣言を考えるために利用すべきである。このようなことから新しい学説の通説に対する批判の内容（A）と、新しい学説の個々の内容（B）を簡潔にまとめて、それらの意味を考えることにする（C）。

A　訴えの変更説に対する批判

エル・ガヤールは一九九七年に刊行された大部な博士論文において、一方的訴訟終了宣言について詳論している。この本が大部なのは、『民事訴訟・労働訴訟・行政訴訟における原告の一方的訴訟終了宣言』という題名から明らかなように、民事訴訟における原告の一方的訴訟終了宣言だけをテーマとしているのではなく、行政事件訴訟と労働事件訴訟における原告の一方的訴訟終了宣言も考察の対象としているからである。この本の中で彼が一方的訴訟終了宣言の法的性質論に関する学説をどのように分類し整理したかは既に前注(19)において紹介したが、彼は学説の分類において取り上げた訴えの変更説に対しては、次のような批判を展開した（El-Gayar (B), S. 36ff.)。

第一に、訴えの変更説による訴えの変更は不適法である。なぜならば、ＺＰＯ二六三条と二六四条は訴えの変更が認められる要件を規定しているが、訴えの変更説が主張する訴えの変更の場合、これらに該当しないからである。もっともこのような批判に対して、訴えの変更の要件は法定されたもの以外に慣習的に広く認められてきたという反論があるかもしれない。しかし、それは単に必要性の強調であって、それだけでは訴えの変更説が説く訴えの変更が適法であるとの根拠としては十分でない。

第二に、訴えの変更説による確認の訴えの申立ては、確認の訴えの適法要件を定めたＺＰＯ二五六条一項に反する。すなわち、同条項は、証書真否確認の訴えを除いて訴えの対象は法律関係であることと、即時確定の利益が必要であることを規定している。ところが訴えの変更説による新たな確認の訴えの実質は、事実の確認かあるいは過去の法律関係の確認である。したがって訴えの変更説が説く確認の訴えは、法律が規定している確認の訴えが適法であるための要件を満たしていない。さらに消極的確認の訴えは、通常は被告の権利の不存在の確認を原告が求めるものであり、原告に差し迫った確認の必要性が求められる。すなわち即時確定の利益である。ところが一方的訴訟終了宣言の場合に訴えの変更説が説く確認の訴えには、そのようなものは認められない。なぜならば、それは原告が終了事由の発生後にそれによって自らの権利が消滅したこと（自らの権利の不存在）の確認を求めるものであり、そこには差し迫った確認の必要性は存在しないからである。

第三に、訴えの変更説は原告の一方的訴訟終了宣言が認められる場合を前提に考えた見解であり、そうでない場合の訴訟手続の説明は曖昧である。すなわち訴えの変更説は、原告の主張が認められる場合は訴えの変更によって当初適法で理由を具備していた訴えが、訴訟終了事由の発生により不適法あるいは理由がなくなったことが確認されたときであると説明している。しかし、原告の主張に反して訴えが適法で請求に理由があった場合は、原告の一方的訴訟終了宣言の申立ては棄却せざるをえない。問題は、そのような場合に訴訟はどうなるのかとい

うことである。当初の訴えが復活すると考えざるをえないが、訴えの変更によって一度消滅した当初の訴えがなぜ復活するのかということについての説明は納得のいくものではない。

第四に、当初から訴えが不適法であったり、理由を欠いていた場合の取り扱いも、訴えの変更説による説明は同様に十分ではない。このような場合は単に原告の一方的訴訟終了宣言の申立てを棄却することになるが、それだけでよいのかという問題である。具体的には従前の請求は一体どうなるのか、従前の請求についての判断に既判力は生じるのかという問題である。これらの問題に対する訴えの変更説の説明は曖昧であり、説得力に欠ける。なぜならば、訴えの変更説はこのような事態を十分に考慮することなく、単に終了事由の発生の時点まで、訴えが当初から適法であり理由を具備していたことを終了宣言の要件としているからである。要するに、訴えの変更説は結論の妥当性を優先するあまり、原告の請求の不存在に既判力が生じなければならないという必要性を強調したものである。正に理論の脆弱性を露呈している。

B　中間紛争説の台頭

通説である訴えの変更説に対抗して様々な見解が主張されたが、中間紛争説を基礎とした学説の数が目立つ。そこでそれらについて中間紛争説の台頭という表題のもとに、次のようにまとめてみた。取り上げた順序は、それぞれの学説の発表順である。

a　アスマン（Assmann）の見解

アスマンが、一九九〇年に刊行されたシュヴァープ教授のための古稀祝賀記念論文集の中に収められている論文において主張した見解である。[40] 論文は主に一方的訴訟終了宣言の法的性質論を論じたものであるが、論文の題

名は「一方的訴訟終了宣言」というものである（Assmann (A), S. 179ff.）。

彼女は、一方的訴訟終了宣言は特別な訴えの取下げ説のように、訴訟係属の終了を招来する与効的訴訟行為であると説く。しかし、他方では、一方的訴訟終了宣言はドイツ民事訴訟法の特別の制度であると解して中間紛争説に従う。そしてその結果、訴訟費用の裁判においてＺＰＯ九一条ａの類推適用を主張する。つまり、この見解は一方的訴訟終了宣言は与効的訴訟行為であるとの前提に立ちながら、中間紛争説の主張を取り込んだものである。換言すれば、特別な訴えの取下げ説と中間紛争説の融合を狙ったものと評価することができる。このようなことから、この見解によれば、一方的訴訟終了宣言の要件の存否についての裁判所の判断は本案判決ではなく訴訟判決であり、単に確認的な作用を有するにすぎないということになる。

ところでこの見解が一方的訴訟終了宣言のための要件として重視することは、訴訟物の基礎にある法律状態を変化させて訴訟の終了を招来させる事実が訴えの提起後に生じたということである。したがってこの点の審理が重要になるが、被告が原告の訴訟終了宣言に同意した場合、すなわち双方的訴訟終了宣言の場合は、この事実の有無は審理されることはない。なぜならば被告の同意は一方的訴訟終了宣言の要件についての裁判所の審判権を奪うものであり、それは当事者の処分権に基づくものであるからである。被告が同意しない場合、すなわち一方的訴訟終了宣言の場合は、当事者の処分権主義が働くことはないから、この点について裁判所の裁判が必要である。

裁判は本案判決でないことから訴訟物について既判力は生ぜず、同一訴訟物による再訴は既判力では遮断されない。しかし、そうであるにしても常に再訴が許されるということではない。被告は原告の再訴には訴えの利益が存在しないと主張して、再訴を認めないことは可能である。そこで被告は既判力による再訴の遮断を望む場合は、被告の方で消極的な確認の訴えを提起することが必要である。

結論として彼女が強調することは、一方的訴訟終了宣言においてはＺＰＯ九一条ａが類推適用されるということである。その理由としてＺＰＯ九一条ａと一方的訴訟終了宣言の近似性をあげ、訴訟経済の視点からＺＰＯ九一条ａによる簡易な手続の必要性を力説する。

しかし結論はともかく、この説が再訴の禁止は訴えの利益がないとして処理するということは、特別な訴えの取下げ説と同じであり、同説が有する問題点にこの説も直面することになる。そして、与効的訴訟行為と判決の関係についての問題は解消されていないと評せざるをえない（El-Gayar (B), S. 81ff.）。

ｂ　リンダッハー（Lindacher）の見解

リンダッハーは、最初は特別な請求の放棄説（３Ｂ）を主張した。しかし、前注(30)で述べたように、一九九二年に刊行された大部な注釈書において中間紛争説を支持し、改説した。彼はこの注釈書においてＺＰＯ九一条ａを担当したが、一方的訴訟終了宣言の法的性質については学説の対立する状況を簡単に述べた後に、私見として中間紛争説の支持を表明し、それに立脚した独自の見解を展開した（MK/Lindacher (C), § 91a Rn 91ff.）。

彼は一方的訴訟終了宣言の法的性質論については中間紛争説を支持するが、それをそのまま信奉するのではない。すなわち、一方的訴訟終了宣言の適否を判断する裁判所の判断である判決には、本案の終了を招来する形成的効果が生じると説く。彼がこのような構成を主張する理由は、これによって訴訟物たる請求が現時点において不適法あるいは理由不備であるという裁判所の判断に対して、既判力を生じさせようとするためである。正にこの点が彼の見解の特色である。このことから、彼が中間紛争説と形成行為説を統合しようとする思いを読み取ることができる。

しかし、彼のこのような主張には問題がある。なぜならば、このような法的構成においてなされた形成判決の場合に、果たして従前の訴訟物についての判断に既判力が及ぶのかという疑問が生じるからである。従来このような主張は見当たらないだけに、この点の論証が必要である。換言すれば、もし既判力が及ぶというのであれば、それは単なる前提問題に既判力を生じさせることになるのではないかとの疑問である（El-Gayar (B), S. 80）。

c　エル・ガヤール（El-Gayar）の見解

エル・ガヤールが、一九九七年にエアランゲン＝ニュルンベルク大学において承認された博士論文において主張した見解である（El-Gayar (B), S. 187ff.）。なおこの博士論文については既に前注(19)で詳細に紹介したように、フォルコンマー教授の指導のもとに執筆されたものであり、翌年の一九九八年に同大学法学部編集のエアランゲン法学研究叢書第四七巻として刊行された[41]。

彼は、一方的訴訟終了宣言は訴訟手続を続行するか否かの中間の紛争であると考える。そこで一方的訴訟終了宣言は本案の終了が生じたとの確認を求める申立てであるが、それは既存の制度にない独自な申立てである。つまり、本案の申立てではなく訴訟上の申立てであるが、裁判所の判決を求めるので、それは取効的訴訟行為である。裁判所が本案の終了を確認すると、本案の訴訟は終了し手続も終了するが、訴訟物についての裁判がなされることはない。その意味では判決は訴訟判決ではあるが、しかし、終了事由が存在する場合は請求についての裁判と同様に、訴えが不適法であること、あるいは理由不備であることが既判力で確認され、同一訴訟物の再訴を禁止するように既判力が拡張的に作用する。そこで被告が再訴の全面的な遮断を望む場合は、消極的な確認の訴えを提起することになる。

ところでこの見解によれば、一方的訴訟終了宣言が裁判所によって認められるための要件は、訴訟中に訴えを

不適法ないし理由を不備にする事実が発生したということだけである。換言すれば、終了事由発生の時点で原告が勝訴する可能性の存在は必要ない。また訴訟の終了が認められると、ＺＰＯ九一条ａによって訴訟費用の裁判がなされる。訴訟の終了が認められない場合は、中間判決によってそのことを明らかにして訴訟を続行する。この場合の訴訟費用の裁判は、終局判決においてＺＰＯ九一条を適用して、訴訟費用の敗訴者負担の原則に立ち返って行う。

この見解は一方的訴訟終了宣言についての裁判の対象は従前の訴訟物ではないとしながらも、既判力は従前の請求に拡張されると説く。この説明は一般的な既判力論との整合性で問題がある。なぜならば、一般に広く支持されている既判力理論によれば、法律の規定により（ＺＰＯ三二二条一項、民訴法一一四条一項）、判決理由中の判断に既判力は生じることはないので、裁判対象である訴訟物を超えて既判力が拡張されることはないからである。つまり、このことと、裁判対象でない請求にも既判力が及ぶとの彼の説明は相容れない。そもそも訴えの変更説が従前の請求に固執し、それに関する確認の訴えへの変更を主張するのは、この既判力理論との整合性に配慮したからである。

もちろん彼は前記の既判力理論と矛盾するものではないと説明するが、既判力理論を改変しない以上、その説明は技巧的な印象を受ける。彼がそのような説明をせざるをえないのは、中間紛争説に立脚するからである。問題は、この学説が前提としている中間紛争という事態の把握にある。

Ｃ　訴訟経済重視の学説の展開

訴えの変更説によれば、一方的訴訟終了宣言は本案の問題と考えることから、手続はいわゆる重くなり、費用と時間がかかる。しかし、そもそも一方的訴訟終了宣言の問題は、訴訟費用の負担をどうするかの問題であって

本案の問題でない。しかも、訴訟終了宣言は手続の簡素化と訴訟経済のための制度である。そのように考えれば、一方的訴訟終了宣言には重い手続は不要であり、訴訟経済を重視して手続は簡素化すべきである。このような観点から訴えの変更説に対抗していくつかの学説が主張されたが、問題はその根拠とする条文である。

グルンスキーが注目したのは、ＺＰＯ九三条である（a）。この規定は被告が即時に認諾した場合は原告が訴訟費用を負担するというものであり、それはこのような場合は原告は訴えを提起すべきでなかったから、不要な訴えを提起した原告が訴訟費用を負担すべきであるという考えに基づく。なおＺＰＯ九三条は日本では明治二三年の民事訴訟法（いわゆる旧々民訴法）七四条がそのまま継受したが、大正一五年の民事訴訟法（いわゆる旧民訴法）九〇条の抽象化された条文に取り込まれ、それが現在の民事訴訟法六二条に引き継がれたものである。

双方的訴訟終了宣言を規定するＺＰＯ九一条ａに着目したのが、ヨストとズンダーマンの連名による論文（b）と、ボゲノの博士論文（c）である。前者は訴訟経済の要請から、手続の簡素化と訴訟経済を考慮した規定であるＺＰＯ九一条ａが類推されると説き、後者は一方的訴訟終了宣言と双方的訴訟終了宣言の同質性に着目して、ＺＰＯ九一条ａの類推を強調する。

ａ　グルンスキー（Grunsky）の見解

グルンスキーは、一九九〇年に刊行された論文において一方的訴訟終了宣言の法的性質論についての多様な学説の展開は異常であり、それは訴訟費用の裁判を本案の裁判に連動させた点に問題があるとする（Grunsky (A), S. 165ff.）。そこで一方的訴訟終了宣言の場合、両者の連動性を否定して、単純な訴訟費用の問題と考えるべきであるとして、次のような主張を展開した。(42)

ＺＰＯ九一条一項により訴訟費用は敗訴者が負担することになっているので、一般に訴訟費用の裁判の内容と

本案の裁判の内容とは連動している。しかし、ＺＰＯ九三条・九四条等は勝訴者に一定の要件のもとで訴訟費用の負担を課しているから、法は連動しない場合も認めている。問題は法が規定していない場面で、この連動を断ち切ることができるかということである。訴えの変更説は複雑な構成の形式論であり、迂遠な解決方法で全く合理性がない。これに対して当該訴訟の訴訟費用の裁判で処理すれば、債務名義は簡単に得られるし、手続は単純である。本案と訴訟費用の裁判の連動性は絶対的な原則ではなく、訴訟終了宣言の申立ては訴訟費用裁判の申立てと考えればよい。

訴訟費用の裁判は本案の裁判に連動させず、訴えが終了事由発生まで適法で理由を具備していたならば、訴訟費用は被告負担として棄却判決を下すべきである。ＺＰＯ二六九条の訴えの取下げの規定は、被告が棄却判決を得る利益を有していることを示している。一方的訴訟終了宣言の裁判の既判力については、通説は訴えが終了事由発生まで適法で理由を具備していたことに既判力が生じると考えているが、このように広く既判力を認めることはない。現在の権利関係の存否に関して既判力が生じれば十分である。既判力の範囲を制限すれば誤判の可能性が少なくなる。

b　ヨスト＝ズンダーマン（Jost = Sundermann）の見解

ヨストとズンダーマンの両氏が連名で、一九九二年に民事訴訟雑誌に掲載した論文の中で主張した見解である（Jost/Sundermann (A), S. 275ff.）。彼らは一方的訴訟終了宣言は取効的訴訟行為と考えるが、訴訟経済という視点を強調し、大要次のような論理で、いわゆる手続の軽量化論を展開する。

訴訟終了宣言において裁判所は勝訴の可能性によって訴訟費用の負担者を決めるが、裁判所は原告・被告のいずれが勝訴の可能性を有していたかというような抽象的な問題を明らかにする権限は有していない。一方的訴訟

終了宣言の問題は、訴訟の終了事由を裁判所が確認することができた場合、当初の請求について被告が有している既判力ある棄却判決を得る権利が消滅するということだけである。このようなことから、裁判所は単に終了事由の存否を判断するためにだけ審理を行うように、その権限は制約されている。当初の請求に既判力が拡張されることはいずれにしても意味がなく、被告は消極的確認の訴えを提起して同一紛争の再燃を防止することができるだけである。

終了宣言を認める裁判所の判決は訴訟上の形成判決であるが、しかし、条文に規定されていないという点や、既判力の作用の仕方において通常の形成判決とは異なる。したがって一方的訴訟終了宣言は既成の制度との類似性を求めるものではなく、独自の民事訴訟上の制度と考えるべきである。同一訴えの繰り返しから被告を保護するという必要性と、訴訟経済という観点から、主張された請求権は消滅したということについて既判力が生じる。訴訟費用の裁判はＺＰＯ九一条ａを類推して行う。

c　ボゲノ（Vogeno）の見解

ボゲノについては、前注(19)で詳しく紹介したが、彼は一九九六年に刊行された博士論文において、立法の欠缺と訴訟経済という視点から、訴えの取下げ説に立脚しつつそれを修正することによって、次のような見解を主張した（Vogeno (B), S. 120ff.）。一方的訴訟終了宣言においては、公平で妥当な訴訟費用の裁判というよりも、利害関係に即して早期に訴訟を終了させることを重視すべきである。そこで訴訟の終了事由が発生した場合、当初の訴訟の目的はそれにより意味がなくなったから、早急に訴訟係属は消滅すべきである。そのためには、訴訟係属は裁判所の裁判ではなく当事者の行為によって遡及的に消滅させる必要がある。そうなると、当事者の行為は与効的訴訟行為と考えざるをえない。

このように考えると、一方的訴訟終了宣言は双方的訴訟終了宣言と近接することになるから、一方的訴訟終了宣言は訴えの取下げを基本として考えることが必要であり、このことはＺＰＯ九一条ａにおいて表れている立法者の意思に相応するし、当事者の利益に最も適している。一方的訴訟終了宣言の要件として考えるべきことは、原告の主張が訴訟の終了事由の発生までいわゆる有理性が存在していたことと、それを喪失させる終了事由が発生したことだけである。換言すれば、当初の訴えについての適法性や理由具備性は一方的訴訟終了宣言の要件ではないし、裁判所の審理はあくまでも前述した要件の有無について行われる。

ところでＺＰＯ二六九条三項三段（二〇〇二年の改正前の規定。現行法では同条四項）によれば、訴えの取下げによって発生する効果について、裁判所は当事者の申立てにより決定で告知しなければならないとなっている。そこで一方的訴訟終了宣言の裁判はこれを類推して、その裁判において訴訟が終了した旨を確認的に宣言する。そして訴訟費用の裁判はＺＰＯ九一条ａによってなされる。訴訟終了宣言のために立法者が用意したこの規定が、一方的訴訟終了宣言において否定される理由はないからである。それによって訴訟費用の裁判において、訴訟経済と原告と被告を同等に扱うという武器対等の原則は共に顧慮されることになる。

Ｄ　評　価

このような動きは、訴えの変更説による手続処理が訴訟終了宣言の制度の目的に合致していないとの批判に基づいている。すなわち、訴訟終了宣言の問題は訴訟費用の負担の問題であり、訴訟費用の問題は簡素な手続で処理すべきであるという主張である。またＺＰＯ九一条ａは双方的訴訟終了宣言の規定であるが、訴訟費用の問題として略式手続で処理することを具体的に規定しているから、一方的訴訟終了宣言においても訴訟経済の観点から、それを参考にして簡素な手続で処理すべきであり、いわばＺＰＯ九一条ａの創設の出発点に戻るべきである

との主張でもある。一方的訴訟終了宣言において考えるべき核心は訴訟物それ自体の紛争ではなく、訴訟手続を続行すべきか否かの問題であるとの認識に基づく。このように訴えの変更説に対する批判は実体判決説に対する批判という形で現れ、訴訟判決説や中間紛争説の復活という形で具現化する。

確かにこのような主張は説得力がある。訴訟費用の問題にもかかわらず本案と同じような手続で処理するのは、いたずらに手続を重くし複雑にする。正に訴えの変更説は本末転倒論といわざるをえない。しかし、それならば、同一紛争の再燃の防止（再訴の禁止）や、訴訟終了宣言をめぐる実質的な争点に対する当事者の手続保障ということに関して、これらの見解による対応は納得のいくものであろうか。これらの見解の説明を見てみると、その説明は成功しているとはいいがたく、分かりづらい。その原因は、再訴の禁止や当事者の手続保障という要請は、これらの見解が目的としている手続の簡素化や訴訟の効率化と相容れないからである。すなわち、同一紛争が再熱することを防止すること（再訴の禁止）を完全に行おうとするならば、既判力を発動せざるをえないし、既判力を生じさせるためには当事者の手続保障が必要である。あるいは既判力による再訴の禁止という構成をとらないにしても、一方的訴訟終了宣言の裁判手続において当事者が手続に参加することを十分に保障しようとするならば（当事者の手続保障）、手続はいわゆる重厚にならざるをえない。ところがこれらの見解は一方的訴訟終了宣言を中間紛争と把握して、簡素な手続で処理しようとする。一方的訴訟終了宣言の制度の目的である手続の簡素化と訴訟の効率化に相反するとして再訴の禁止や当事者の手続保障の要請を否定したり無視したりすれば、ことは簡単である。しかし、そこまでは割り切らないし、そのような決断はしない。これらの要請と自らの法的性質論との調和を模索するから、その対応は一般理論と整合せず、分かりづらいものになる。

これに対して、訴えの変更説の説明の方が簡明である。例えば、再訴に関しては実質な争点を訴訟物とするから、従前の請求に関する紛争が当事者間の最大の争点となる。すなわち、従前の請求は適法であったか、理由を

具備していたか、現時点で請求は理由がないかという当事者間の争点が、一方的訴訟終了宣言の裁判手続を通して裁判所によって判断される。それらが訴訟物であるからこそ、当事者は当該裁判手続には積極的に参加できるような手続の保障がなされている。一方的訴訟終了宣言が認められた場合は、訴訟物についての裁判所の判断は旧請求の不存在についても含むとされているから、その判断に既判力が生じて再訴を遮断するという説明になる。

このように考えてみると、いくつかのことに気がつく。そしてそこにこの問題を解決する重要な手掛かりがあるように思う。第一に、ある一つの学説だけで一方的訴訟終了宣言の手続上のすべての問題を解決しようとすること自体が無理な話であるということである。いかなる学説も常に何らかの問題を抱えているからである。第二に、ある学説に対して手続上の細かい問題を取り上げて批判しても、それはその学説にとって致命的な欠陥にはならないということである。ある学説が細かい手続上の問題の取り扱いに苦慮したとしても、それよりも一方的訴訟終了宣言の制度の目的からそれに相応しい価値を強調し、それを理論の中核に置くことが重要である。目的の達成こそが理論にとって最重要課題であるからである。したがって、理論を評価する場合は枝葉末節な問題と重要な問題とを区別し、枝葉末節なことに拘泥することなく、また本末転倒にならないように注意する必要がある。結局のところ、これらを通じて学ぶべきことは、一方的訴訟終了宣言の法的性質論に関する諸学説の中から支持すべき学説を選択する場合には、個々の問題点の説明や理論的な整合性の優劣だけで学説を評価することはできないということである。評価する際に重視すべき基準は、その学説が一方的訴訟終了宣言において重視し優先している価値が、一方的訴訟終了宣言の制度の目的に合致しているか否かということである。

学説において選択が迫られている価値を具体的にいうならば、訴訟経済か同一紛争の再燃防止か、当事者の手続保障かそれとも簡素な手続か（いわゆる重い手続か、あるいは軽い手続か）ということである。この判断は時代や国に大いに左右されるであろう。一方的訴訟終了宣言の制度に求められるものが時代や国によって異なるから

である。その意味から一方的訴訟終了宣言において優先されるべき価値は常に時代や国によって変動するものであり、それを把握することが重要である。すなわち、永遠に変わらない価値の発見ということではない。したがって我々が考えるべきことは、現在の日本において一方的訴訟終了宣言の問題を考える場合に、いかなる価値を選択するのが妥当であるかということである。

5　対立の構図と評価の視点

このようなドイツの学説の状況から日本法は何を学ぶべきかというのが、本稿のメインテーマである。そこでドイツの一方的訴訟終了宣言の法的性質論においていずれの学説が妥当であるかという問題を論じることよりも、ドイツの判例・通説の内容とそれを支えている理由を探求し、そこに日本法との接点を見つけることが重要である。そのためには学説の対立の原因と構図を分析し（A）、それに基づいて日本法の視点で一方的訴訟終了宣言の法的性質論を評価することが必要である（B）。

A　諸説の対立の構図

一方的訴訟終了宣言の法的性質論において多様な学説が展開する原因は、一方的訴訟終了宣言をめぐる問題の解決に当たって重視すべき事項が学説によって異なるからである。学説の分岐点となる問題は、次のようにまとめることができる。①一方的訴訟終了宣言は当該訴訟の訴訟費用の問題だけを考えればよいのか否か、それだけではなく当該訴訟（紛争）が再燃することを防止することも考慮する必要があるのか否か。②一方的訴訟終了宣言の訴訟費用の裁判においては、本案の裁判の内容と連動させる必要があるのか否か。すなわち、訴訟費用の裁判は本案の裁判の内容に連動するのが一般的な原則であるから、この原則をここでも通用させるのか否かという

ことである。③連動を肯定した場合は、連動する本案の裁判の内容はどのように考えるべきか。また連動させるべき判断対象は何か。この問題が設定されるのは、次のような事情に基づく。当該訴訟は終了事由が発生したことにより、請求の理由がなくなり訴えは棄却される。この請求棄却の判断に訴訟費用の判断を連動させるならば、訴訟費用は原告が負担することになる。原告の訴訟費用の負担を回避するのが一方的訴訟終了宣言の問題であったことを想起するならば、この帰結は妥当性を欠く。そこで一方で原告が訴訟費用を負担しないという結論を維持しながら、他方で訴訟費用の裁判は本案の判断に連動させるとするならば、請求棄却の本案の裁判の内容を変える必要が生じる。

これらの事項をどのように考えるかによって、その学説の内容と法的性質論が決まってくるが、これらの事項の中で一番重要なことは、②の訴訟費用の裁判の内容と本案の裁判の内容の連動性をどのように考えるかである。民訴法六一条は「訴訟費用は、敗訴の当事者の負担とする。」と規定しているが（ドイツではＺＰＯ九一条一項）、訴訟費用の裁判は、このように原則として本案で敗訴という結果に依存しているからである（結果責任主義）。そこで問題は、一方的訴訟終了宣言もこのような連動性という訴訟構造を重視して解決するのか否かということである。すなわち、一方的訴訟終了宣言の問題とは実質的には訴訟費用の分担をめぐる争いであるが、連動性を重視すると、訴訟費用の裁判においても既に終了事由の発生により消滅した請求に関する裁判が重要な意味を持ってくる。連動性こそが一方的訴訟終了宣言の問題を複雑にする原因である。それゆえに、４Ｃａで紹介したようにグルンスキーは、この連動性を否定して本案の問題を考慮することなく訴訟費用の裁判だけを独自に行えば、一方的訴訟終了宣言の問題は単純に処理できるとの見解を展開した。

しかし、彼のこの見解は多くの支持を得ることはなかった。[43] この事実は連動性は簡単には否定できないということと、連動性を中核にして一方的訴訟終了宣言の問題を考えざるをえないということを明らかにしている。そ

して既述のように、連動性とは敗訴という結果によって敗訴者が訴訟費用を負担することであり、これは結果責任主義に基づく。(44) そこで訴訟費用の負担の原則は結果責任主義であるということに立脚しながら、本案の裁判の結果に訴訟費用の裁判を依存させ、さらに当該訴訟の再燃を防止するとなると、公平な訴訟費用の負担を目指して裁判所が本案で判断すべきことは、「消滅前の請求が適法であり理由を具備していた場合は、原告に訴訟費用の負担を課さない。」ということになる。

このような構造であるがゆえに、訴訟費用の点に着目すれば、訴訟終了効の発生の説明に力点を置くことになるし、請求に関して裁判がなされるにしても、所詮、それは終了効発生のための中間の争いの裁判と理解することになる。これに対して、請求に関して当事者が争い、それについて裁判がなされるという点に注目すれば、その裁判は請求に関する裁判にほかならないとして、それを実体裁判と把握することになる。その結果、訴訟終了効は判決に付随する効果にすぎないということになる。そしてこのような裁判所の判断を重視すれば、一方的訴訟終了宣言は取効的訴訟行為ということになるが、裁判所の判断よりも当事者の行為が重要であると考えれば、一方的訴訟終了宣言は与効的訴訟行為ということになる。

ところでこのように考えるならば、三の1で提起した問題の解答を導くことができる。三の1では一方的訴訟終了宣言の具体的な問題として、次のような問題を指摘した。①従前の訴訟の訴訟係属の消滅は、いつ、いかなる理由によって生じるのか。②一方的訴訟終了宣言の後の訴訟の訴訟物は何か。③裁判所が下す終局判決は、本案判決なのか、訴訟判決なのか。④一方的訴訟終了宣言は、いわゆる与効的訴訟行為なのか、取効的訴訟行為なのか。これらの問題の解答は、前述のように考えると、そこで提示されている視点のいずれかを選ぶことになり、自然に得られることになる。そして、これらの解答を統合するのが法的性質論である。このような理解に基づき、次に日本法の視点で一方的訴訟終了宣言の法的性質論を考えることにする。

B　日本法からの評価の視点

一方的訴訟終了宣言については多様な議論がドイツにおいて展開されたが、議論の背後にあるそれぞれの論者の価値判断を探求することが重要である。それによって日本法の立場を理解し、日本法の問題点を浮き彫りにすることができるからである。そしてさらに重要なことは、浮き彫りになった問題点の解消方法を一方的訴訟終了宣言の議論から学ぶことである。日本法の問題点とその解決策を訴訟終了宣言を通して具体的に提示することが、訴訟終了宣言の制度の研究の究極の目的であり、訴訟終了宣言を日本法において生かすことになるからである。

a　当事者の手続保障

ドイツの議論から浮かび上がってくることは、訴訟費用の問題であっても、訴訟費用の負担者を決める判断基準は明確でなければならないことと、訴訟費用の裁判に当事者が参加することが保障されなければならないということである。これは最近の我が国で使用されている言葉で簡潔に表すならば、「手続の透明性の確保」ということである。そして手続の透明性の確保とは、より具体的には当事者の手続保障である。ドイツの一方的訴訟終了宣言の議論の背後にあるものは、当事者の手続保障の問題であり、訴訟終了宣言が制度として定着していない日本においては、一方的訴訟終了宣言の問題は手続保障の問題であるという認識を持つことが重要である。すなわち、訴訟費用の問題であっても裁判である以上、裁判は当事者を納得させることができるような正当な手続でなされなければならず、裁判の正当性を担保するために当事者の手続保障が重要であるという考えである。そこでこのような認識に基づいて日本の制度を見てみると、問題点が浮き彫りになってくる。

日本では訴訟終了宣言が問題になる事例は、訴えの取下げによって処理すれば足りると一般に考えられている。[45] 訴えの取下げの場合の訴訟費用の裁判は、裁判所が決定で行うことになっている（民訴法七三条一項）。こ

れは訴訟費用は裁判所の裁量によって処理するということであり、裁判所に問題解決の主導権を与えるという方法である。しかし、この方法では利害関係者の手続関与が十分に保障されていない。これでは当事者を納得させることは困難である。そこで、この方法は制限的に考えるべきである。すなわち、当事者間に紛争が存在していない場合にのみ、この方法の妥当性が認められると考えるべきであろう。我が国の訴えの取下げという方法は双方的訴訟終了宣言の事例が適しているのであって、当事者の間に訴訟の終了に関して紛争がある場合は、この方法では無理がある。そこで裁判所の裁量に頼らない別途な方策を用意する必要がある。いわゆる手続の透明性が十分に確保されているものである。すなわち、判断の基準が明確であることと、判断手続において当事者の手続が保障されていることが必要である。

b　結果責任主義の重視と本案の対象

このようなことから裁判所の裁量ではなくて当事者参加による裁判手続の構築が必要であるが、その場合にどのように手続をデザインすべきであろうか。訴訟費用の負担者決定の原則は、今日ではAで述べたように結果責任主義が原則であるから、この場合の判断基準についても、この原則に依拠すべきである。原則の適用は単純明快な指針になるし、個別的に例外を設けるという方法は訴訟費用負担者決定の基準の運用を複雑にすると危惧されるからである。(46) この原則を適用するということは、本案の判断と訴訟費用の負担者の判断を連動させることである。そして連動を生じさせるような本案の内容というと、訴訟終了宣言が問題となるような事例において、原告が勝訴するように考えるということになる。すなわち、当初適法で理由を具備していた訴えが終了事由の発生により訴訟の続行が無意味になった場合において、原告が勝訴するような本案を考えることである。具体的には、次のような確認を本案の内容にすることである。「終了事由発生前まで訴え（請求）が適法で理由を具備してい

た。終了事由の発生により訴えが不適法ないしは理由がなくなった。」

本案の内容をこのように考えるならば、これは当事者の手続保障という点でも優れている。実質的な争点が本案になり、その点に関して当事者は主張・立証する機会が十分に保障されるからである。問題はこのような本案と従前の請求の内容との関係であり、従前の請求の運命である。新請求は従前の請求の過去と現在の状況を内容とするから、旧請求は新請求に統合されたと考えることができる。そして統合と考えるならば、従前の請求を裁判対象から外せるし、従前の訴訟資料はそのまま利用できる。現在の請求の状況も裁判対象になるから、その判断に既判力が生じることによって再訴を禁止することができる。こうしてみると、諸説の中では訴えの変更説が制度の目的に対して手続が素直で分かりやすく、当事者参加の手続、手続の透明性という点でも優れていると思う。

c　本末転倒論の問題点

訴えの変更説を支持した場合、問題は訴訟費用の問題のために、終了事由の発生によって消滅した請求が、再び紛争対象になるということである。確かにこれは本末転倒といわれるかもしれないが、結果責任主義の原則に依拠しながら訴訟の結果に応じて訴訟費用の負担者を決めなければならない以上、いたしかたないことである。なぜならば、訴訟費用の問題は当該訴訟で付随的に判断がなされなければならないという要請があるからである。もし訴訟費用のために別の訴訟が必要となると、その訴訟の訴訟費用はさらに別の訴訟を考えなければならなくなって、極論すればいわば訴訟が無限になってしまうからである。また別の訴訟を考えたとしても、従前の訴訟の状況や訴訟活動が争点になるから、それならば当該訴訟で判断するのが一番合理的である。このようなことから、訴訟費用のために従来の訴訟は続行されなければならないと考えるのは、自然の成り行きである。

これに対して、判断すべきことは終了事由の有無であって、終了事由の存在が認められればＺＰＯ九一条ａが適用されるべきであるとする考えがある。しかし、それは正に両当事者による訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言との相違を無視するものであり、同時に訴訟費用についての原則はＺＰＯ九一条であるということと、ＺＰＯ九一条ａは特別な場合の規定であることをも看過したものである。なぜならばＺＰＯ九一条ａは終了事由の存在とは関係なく、両当事者が一致したか否かがその適用の要件であるからである。

ｄ　訴訟費用限定説の問題点

このような理由から訴えの変更説に対して本末転倒という批判は誤りと評せざるをえないが、しかし、一方的訴訟終了宣言を単に訴訟費用の問題として済ませる考えも誤りである。訴訟費用のためとはいえ、またたとえ終了事由の有無が争点であるにしても、一方的訴訟終了宣言では裁判所によって従前の請求の状況につき何らかの判断がなされるからである。この点に注目して従前の請求に関して原告が再び訴えを提起する可能性があることを認識するならば、その再訴を防ぐために従前の請求についての判断に既判力を生じさせるべきである。もちろん、必要があるから既判力を肯定するというのではない。既判力を肯定するだけの十分な手続的な基礎が存在するからである。すなわち、一方的訴訟終了宣言では訴えの変更説でなくとも多くの説は、裁判所は従前の請求の現在の状況を判断することになっているからである。しかも、それが当事者間の最大の争点であると考えられるから、当事者の訴訟活動は十分に期待できる。判決の効力の及ぶ範囲は単に広ければ良いというものではないが、この場合に既判力を認めない方がおかしい。

そこで一方的訴訟終了宣言について裁判がなされる場合は、再訴を禁止する判決の効力（再訴禁止効）を考えるべきである。問題は再訴禁止効の根拠である。結論を先取りすれば、それは本案の既判力として位置づけるべ

きである。いわゆる中間紛争説のような構成やあるいは訴訟判決ということで説明することは、日本では技巧的で分かりづらいからである。しかも、そもそもそのような構成では、一般的な既判力理論との不調和が目立つからでもある。

このように日本において一方的訴訟終了宣言を考える場合は、単に訴訟費用の問題に止めるのではなく、本案の再訴禁止の問題も考慮すべきである。これに対して、訴訟終了宣言の問題は、単に訴訟費用の裁判で処理できるから訴訟終了宣言の制度は不要であるとの立場が通説である。しかし、この立場は通常の訴訟費用の裁判の背後に本案の裁判が存在し、それが訴訟費用の裁判の正当性を担保しているということを看過している。一方的訴訟終了宣言の事例の場合には訴訟終了事由の発生前に行われていた訴訟では、原告は敗訴判決を受ける理由がないから本案の裁判はなされるべきではない。そうなると、一方的訴訟終了宣言の事例について通常の訴訟費用の裁判によって対応できると主張した場合、本案の裁判を欠くから訴訟費用の裁判の正当性についてその根拠を示していないことになる。なぜならば、訴訟費用の裁判は原則として本案の裁判がなされることを前提に、その本案の裁判の手続を利用して行うことによって手続の正当性を根拠づけているからである。[47] したがって、本案の裁判がない場合に訴訟費用の裁判について正当性を確保するためには、訴訟費用の裁判に先行する本案の裁判がなされるように法的な構成を考えるか、あるいは訴訟費用の裁判手続において本案の裁判のような当事者の手続保障を認めることが必要である。訴えの変更説に基づいた一方的訴訟終了宣言によって処理する方法は、前者の立場である。

(17) Zöller/Vollkommer(C), 91a Rn 34; MK/Lindacher(C), §91a Rn76; Zeiss/Schreiber(D), Rn 504.

(18) Musielak(D), Rn 272; Rosenberg/Gottwald(D), §130 III 3; Schilken(D), Rn 637; Stein/Bork(C), §91a Rn 47.

(19) 一方的訴訟終了宣言の法的性質については、双方的訴訟終了宣言に比べて学説ははるかに多様である。二つの博士論文を利用して、その状況を概観してみると、次のようになる。取り上げた博士論文は最近のものとは言い難いが、実は一方的訴訟終了宣言を直接の論文のテーマにした博士論文でドイツにおいて公刊されたものというと、これらが一番新しいものではないかと思う。

なお訴訟終了宣言に関する最近の博士論文としては、二〇〇五年に刊行されたディットフルトとヴェスターマイヤーのものがあるが（拙稿・⑱〔双方的〕五頁）、前者はオーストリア法との比較法研究であり、後者は他の訴訟法との比較研究である。これらは従来あまり注目されていない事項をテーマにしたものであり、新たな分野を開拓したと評することができる。

(a) エル・ガヤール（El-Gayar (B)）の分類

一九九八年に刊行されたエル・ガヤールの博士論文による学説の分類である。彼が取り上げた学説を取り上げた順序に従い、主唱者名とともに挙げれば、次のようになる。ところでエル・ガヤールの博士論文は、一九九七年にエアランゲン＝ニュルンベルク大学において審査され合格したものであり、序文ではフォルコンマー（Vollkommer）教授に対して謝辞が述べられている。なおこの博士論文は一九九八年に同大学法学部の編集による法学研究叢書の第四七巻として公刊された。訴訟終了宣言に関する博士論文としては一九五八年のゲッピンガーの博士論文以来の大作であり、しかも、叢書として刊行されたことからも明らかなように、単に学位取得を目指した通常の博士論文と異なり、教授資格論文に匹敵するようなものである。判例・学説が詳細に整理されていて、最近の議論の状況を知るには大変に便利な本である。付言すると、訴訟終了宣言についての博士論文の多くは単に印刷されただけであるが、本書のように市販された博士論文は少ない。なお、訴訟終了宣言に関する教授資格論文は、未だに執筆されていない。

Ⅰ 訴えの変更説（ハープシャイト Habscheid）

Ⅱ 中間紛争説（シュヴァープ Schwab）

Ⅲ 訴訟上の形成行為説（ゲッピンガー Göppinger）

Ⅳ 特別な（特権的な）訴えの取下げ説（A・ブロマイヤー A. Blomeyer）

Ⅴ 特別な（特権的な）請求の放棄説（グルンスキー Grunsky）

Ⅵ　折衷説（諸説の組合せ説）

1　訴えの変更説と中間紛争説の組合せ説（ドナウ／モスネイヤー　Donau/Mössner）

2　中間紛争説と訴訟上の形成行為説の組合せ説（リンダッハー　Lindacher）

3　訴えの変更説と訴訟上の形成行為説の組合せ説（ペッファー　Pfeffer）

4　中間紛争説と特別な（特権的な）訴えの取下げ説の組合せ説（アスマン　Assmann）

5　訴え棄却の申立て説（ポーレ　Pohle）

(b)　ボゲノ（Vogeno (B)）の分類

一九九六年に刊行されたボゲノの博士論文による学説の分類は、次のようなものである。エル・ガヤールが学説を訴訟行為の視点から並列させたのに対して、ボゲノは訴訟上の効果に着目して分類している。この本が取り上げた学説を取り上げた順序に従って挙げれば、次のようになる。なお（　）内は、それに相当するエル・ガヤールの学説分類の番号である。

なおボゲノの博士論文はケルン大学の博士論文であり、序文ではプリュッテング（Prütting）教授に対して謝辞が述べられている。エル・ガヤールの論文に比べて、正直なところ見劣りがする。エル・ガヤールの論文では文献一覧においてボゲノの論文を挙げていないが、執筆時に参照できなかったという時間的な制約のためか、それとも消極的な評価のためなのかは私には分からない。

A　訴訟係属終了説

1　特別な（特権的な）訴えの取下げ説（Ⅳ）

2　特別な（特権的な）請求の放棄説（Ⅴ）

3　与効的訴訟行為説（Ⅵ4）

4　その他の学説

B　訴訟上の形成行為説

1　ゲッピンガーの見解（Ⅲ）

2　ペッファーの見解（Ⅵ3）

C　中間紛争説
　1　シュヴァープの見解（Ⅱ）
　2　その他の中間紛争説
D　実体裁判説
　1　訴えの変更説（Ⅰ）
　2　その他の訴えの変更説
　3　訴え棄却の申立て説（Ⅵ5）

(20)　一九八二年に発表した一方的訴訟終了宣言に関する旧稿（拙稿・④〔一当事者〕）は、ドイツの一方的訴訟終了宣言の法的性質論の現状について、一九八一年に公刊された Rosenberg/Schwab, ZPR 13. Aufl. における記述（S. 788f.）をそのまま翻訳して紹介した（同一一頁以下）。なおこの本は一三版であるが、Rosenberg/Schwab/Gottwald (D) は一六版である。

(21)　訴訟行為の分類において、ドイツではゴルドシュミットが提唱した Erwirkungshandlung と Bewirkungshandlung の区別が広く利用されている（三ケ月章『民事訴訟法』（法律学全集）二六八頁注2〔有斐閣、一九五九年〕）。日本ではこれらのドイツ語に対して様々な訳語が提唱されたが（例えば、作因行為と作用行為、効力を求める行為と効力を生ぜしめる行為、目的的訴訟行為と非目的的訴訟行為等）、三ケ月博士が提案された「取効的訴訟行為」と「与効的訴訟行為」の言葉とともに（三ケ月・前掲書二六八頁注1）、この分類が今日定着したように思う。なぜならば、この分類は次のような体系書で使用されているからである。例えば、伊藤眞『民事訴訟法〔第三版三訂版〕』二八七頁（有斐閣、二〇〇八年）、上田徹一郎『民事訴訟法〔第五版〕』二八六頁以下（法学書院、二〇〇七年）、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第二版補訂二版〕』二四〇頁以下〔池田辰夫〕（有斐閣、二〇〇八年）、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第五版〕』一二一頁以下（弘文堂、二〇〇八年）等。

これに対して、この分類の問題点を詳細に論じているのが新堂幸司博士である（『民事訴訟法〔第三版補正版〕』三八四頁以下〔弘文堂、二〇〇五年〕）。また梅本吉彦教授はこの分類に関して、「当事者の訴訟に関する行為を裁判所の判断を介するか否かを基準にして分類するのは、当事者の意思に合致するとはいえず、訴訟法の理念にもそぐわな

い。」と批判する（『民事訴訟法［第三版］』四四九頁注1〔信山社、二〇〇七年〕）。

なお松浦馨博士は一九六九年に発表された訴訟終了宣言に関するドイツの判例の解説において、「特権的訴の取下げであるとする説」が判例学説上多数説のようであるとされ、この説は訴訟完結宣言は Erwirkungshandlung ではなく、Bewirkungshandlung であると考えていると紹介している（松浦・一五三頁）。

(22) 本稿において学説を指示する場合は、目次で使用した数字とアルファベットで表記することにする。これによって、当該学説について記述した箇所を探すことも容易になると思う。

(23) 当事者の確定に関する学説の状況については、拙稿「当事者の確定―新行動説の提唱―」石川明先生古稀祝賀『現代社会における民事手続法の展開・下巻』一七六頁以下（商事法務、二〇〇二年）に詳論したことがある。以下の本文の記述はこれに基づく。

(24) Blomeyer(D), §64; ders.(A), Jus 1962, S. 212ff.; Pohle(A), S. 427ff.; Stein/Leipold(C), §91a Rn 39ff.; Schönke/Kuchinke(D), §71III-VI. なお Stein/Leipold は、参考文献（一の2）の「C　注釈書」に記載されているものではない。参考文献として挙げたものは二二版（二〇〇四年）であるが、ここで引用したのは、二〇版（一九七七年）である。二二版はボルク（Bork）が訴えの変更説を説いている。

上記文献の他に、El-Gayar(B), S. 62 Fn 448 は立法論として、Baur(A), FS Liebmann I, S. 109, 115f. を挙げる。

(25) 被告の棄却判決を取得する権利に着目したポーレの学説は、請求棄却申立て説（Die Klageabweisungsantragstheorie）としても分類される（El-Gayar(B), S. 82ff., Vogeno(B), S. 25f.）。請求棄却申立て説の主唱者としては、メッテンハイムが有名である（Mettenheim(B), S. 156ff.）。この説はもともと請求に理由がなければ請求は棄却されるのであるから、訴訟終了宣言は被告の請求棄却判決を求める権利を奪うものであると考える立場である。そのような理解から、被告のこのような権利を認めないことが妥当であるか否かの観点から、一方的訴訟終了宣言を考えるべきであると主張する。

この点に関してはポーレとメッテンハイムに意見の違いは見られないが、一方的訴訟終了宣言の行為の法的な性格に関しては見解の対立がある。すなわち、ポーレは一方的訴訟終了宣言を特別な訴えの取下げ説に従い与効的訴訟行為と考えるのに対して、メッテンハイムは取効的訴訟行為と考える。ただし、一方的訴訟終了宣言に関する裁判は訴

訟判決であり、従前の訴訟の訴訟物に関して既判力が生じないと解する点では、両者は一致する。なおボーレの説は、前注(19)では訴え棄却の申立て説（ⓐのⅥ5）となっているが、前注(24)で述べたように、一般的には「特別な（特権的な）訴えの取下げ説」として分類される。それは、彼は一方的訴訟終了宣言を与効的訴訟行為と考えるからである。

いずれにしてもこの説は多数の支持を得ることができなかったが、次のようなことが問題点として指摘された（拙稿・④〔一当事者〕一九頁、El-Gayar(B), S. 83f.）。第一に、この説によれば、裁判の対象は被告の棄却判決の申立てということになるが、このような見解は通常の訴訟構造と調和しない。なぜならば、民事裁判の対象を決めるのは、あくまでも原告の訴えであるからである。第二に、この説の場合、従前の訴訟の訴訟係属の終了は裁判によるのか、それとも当事者の訴訟行為によるのか、その説明は十分ではない。

(26) Blomeyer(D), §64 I3b は、再訴禁止の問題について改説後の主張である。彼は初版での説明と雑誌の論文（A. Blomeyer(A), Jus）の主張を、このように軌道修正した。

(27) 拙稿・④〔一当事者〕一五頁で同様なことを述べたことがある。なお El-Gayar(B), S. 62ff. は豊富な文献を駆使して、この説の問題点を詳細にまとめている。

(28) Nikisch(D), §66 III 2 が特別な請求の放棄説を主張したことは有名であるが、その後、Grunsky(D), §12III1; ders.(A), FS Schwab, S. 165, 176ff.; Lindacher(A), S. 705ff. 等も同様な見解を述べている。なお J. Blomeyer(A), S. 2752ff.; Haubelt(A), S. 192ff.; Temming(B), S. 192ff. も同様な立場と考えられる。

(29) 一八七七年のドイツ民事訴訟法が成立した後から第一次世界大戦前までの間、ドイツではこの問題は様々に議論されてきた。それらの学説の概要については、拙稿・①〔生成〕三号九〇頁以下にまとめたことがある。例えば、二〇世紀の初頭においてこの説を主張した代表的な学者は、Hellwig(D), S. 758 や Kisch(A), S. 1ff. である。二〇世紀の中期においては、Goldschmidt(D), S. 414 や Nikisch(D), §66 III2 を挙げることができる。

(30) Lindacher(A), S. 705ff. これはリンダッハーが一九七〇年に発表した論文である。しかし、現在、彼はこの説を主張（維持）していない。彼は一九九二年に刊行されたミュンヘナーコンメンタールの初版においてＺＰＯ九一条 a を担当したが、その中では自説として、Cで述べる中間紛争説を主張している（MK/Lindacher(C), §91a Rn 91ff.）。

つまり改説ということである。なおこの注釈書は、参考文献（一の2）では現行の版である三版（二〇〇八年）を挙げている。

(31) 旧稿においてもこの説の問題点を述べたが（拙稿・④〔一当事者〕一五頁以下）、それは主に一九八一年に刊行されたRosenberg/Schwab, ZPR 13. Aufl., S. 788ff. とLüke(A), S. 328（石川・翻訳七三頁）を参考にしてまとめたものであった。今回はさらにEl-Gayar(B), S. 74ff. を参考にした。

(32) この説に分類される文献は、論文としてはSchwab(A), S. 127ff.; Deubner(A), Jus 62, S. 205ff. があり、判例研究としてはDeubner(A), NJW 68, S. 848 ;ders., NJW 69, S. 796f.; Walchshöfer(A), ZZP 79, S. 296 ff.; ders., ZZP 90, S. 186ff. 等がある。注釈書ではAK/Röhl(C), §91a Rn 36があり、体系書ではBruns(D), Rn 147ff.; Rosenberg/Schwab, ZPR, 14. Aufl., 1986, §133; Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), §130 Rn 34; Schilken(D), Rn 637; Zeiss(D), Rn 503ff. 等がある。

なおエル・ガヤールは、Müller-Tochtermann(A), JR 58, S. 250ff.; ders., NJW 58, S. 1761ff.; Gamm(A), S. 715ff. はこの説であるとする。さらに、MK/Lindacher(C), §91a Rn 87ff.もこの説に近いとするが（El-Gayar(B), S. 46 Fn 311）、これはリンダッハーの改説後の学説である（前注(30)参照）。

なお最新のドイツの民事訴訟雑誌は（ZZP Bd. 121(2008), S. 3）、その冒頭において編集者と出版社の連名で、シュヴァープ教授の逝去を報じ、教授に対して謝意と哀悼の意を表明している。それによれば、教授は二〇〇八年一月一七日に逝去されたとのことである。八七歳であった。教授の業績として、一九五四年に公刊された教授資格論文の訴訟物論と、レオ・ローゼンベルクを引き継ぎ、民事訴訟法の大部な体系書の版を重ねたことが述べられている。

(33) 旧稿ではA. Blomeyer(A), Jus 62, S. 214とLüke(A), S. 335f.（石川・翻訳八一頁）を引用してこの説の問題点を述べたが（拙稿・④〔一当事者〕一八頁）、El-Gayar(B), S. 51ff. は主にHabscheid(A) やStahnecker(B) を引用して批判をまとめている。

(34) かつての訴えの変更説の問題点を解消させるとともに、新たに理論的な基礎を提供して、この説に対して今日の判例・通説としての地位を獲得させたのは、Habscheid(A) の功績である（FS Lent, S. 166ff.; ders., JZ 63, S. 624ff.）。この説が通説と言われるのは、論文、注釈書、体系書等にこの説の支持者を多く見るからである。例えば、論文とし

ては、Lüke(A), S. 323ff.; Ansorge(B), S. 131ff.; Furtner(A), S. 249ff.; Kannengießer(B), S. 56f.; Ostendorf(A), S. 387ff.; Schiller(B), S. 202ff.; Schumann(A), S. 26f.; Stahnecker(B), S. 129ff. 等がある。

注釈書としては、Musielak/Wolst(C), §91a Rn 29; Stein/Bork(C), §91a Rn 47; Thomas/Hüßtege(C), §91a Rn 32; Wieczorek/Schütze(C), §91a Rn 22; Zimmermann(C), §91a Rn 21; Zöller/Vollkommer(C), §91a Rn 34 等がある。

体系書としては、Jauernig(D), §42 VI 2; Lüke(D), Rn 247; Schellhammer(D), Rn 1720; Schlosser(D), Rn 144 等を挙げることができる。

なお El-Gayar(B), S. 31 Fn 184 は、さらに Brox(A), S. 292ff.; AK/Röhl(C), §91a Rn36a もこの説に近いとしているが、本稿では AK/Röhl(C) は中間紛争説に分類した（前注(32)参照）。

(35) Donau(A), S. 169ff.; Mössner(A), S. 175ff. この他の文献については、El-Gayar(B), S. 78 Fn 573 に詳しい。なおこの学説についてエル・ガヤールは「折衷説（諸説の組合せ説）」の中の、「訴えの変更説と中間紛争説の組合せ説」として分類する（前注(19)の(a)、Ⅵの1）。

(36) 訴えの変更説の問題点は、拙稿・④〔一当事者〕一九頁以下で述べたことがあるし、松本・九七頁も詳論している。これらは今日でもそのまま通用する。というのは二〇〇七年に刊行された最新の体系書における訴えの変更説に対する批判において、同様なことが述べられているからである（Musielak(D), Rn 273）。なお、この本は一方的訴訟終了宣言の法的性質論について論じている数少ない体系書である。この本が訴えの変更説に対する批判を展開しているのは、著者ムジラークが自説として中間紛争説を主張しているからである。もっとも、法的性質論が重要視されていない今日の状況を受けて、ムジラークは一方的訴訟終了宣言の法的性質論は実務においては過大に評価されてはならないと付言している。

ところで訴えの変更説は今日では通説であるがゆえに、エル・ガヤールは豊富な文献を駆使してこの説の問題点を詳論するが（El-Gayar(B), S. 36ff.）、それについては4で紹介する。

(37) ムジラークが被告による一方的訴訟終了宣言を認めるべきであるとして、挙げた例は次のようなものである（Musielak(D), Rn 273）。Yの主張がXの名誉を侵害したとして、XはYの主張の撤回を求めて訴えを提起した。ところがYはXが訴えを提起した後に、その主張を撤回して訴訟の終了を宣言した。これに対して原告Xは被告Yの主

張の撤回は十分でないとして、これを争っている。ムジラークはこの問題の解答は法的性質論に依存するとしたうえで、訴えの変更説では対応できないと批判して、中間紛争説の妥当性を主張する。

(38) Göppinger(B), S. 148ff. なおこの説については、旧稿で述べたことがある（拙稿・④〔一当事者〕一八頁）。また松本博之教授も詳しく説明している（松本・九九頁）。

(39) さらにエル・ガヤールは、この説の一方的訴訟終了宣言の内容が不明確である点を指摘する（El-Gayar(B), S. 58ff.）。例えば、原告が従前の訴えが不要になったことを宣言することは、訴訟係属の終了の申立てに他ならないから、不要ではないかと指摘する。また本案の申立てとするか否かの区別の基準や申立てを訴えの変更に準じて処理するのも、根拠が十分でないと批判している。

(40) シュヴァープ教授の古稀祝賀記念論文集は、一九九〇年に編者と出版社を異にして二冊刊行されている（詳細は拙稿・⑧〔近時〕八一頁注18）。大変に興味深いことは、それぞれに一方的訴訟終了宣言に関する論文が収められていることである。すなわち、エアランゲン＝ニュルンベルク大学関係者の記念論文集の方にはアスマンの論文が、一般の研究者の記念論文集の方にはグルンスキーの論文が収められている。

なおアスマンの執筆時の身分は記念論文集の執筆者紹介によれば、エアランゲン＝ニュルンベルク大学の民事法と民事訴訟法の研究所の助手である。

(41) エル・ガヤールが博士論文を取得したエアランゲン＝ニュルンベルク大学に注目する必要がある。前注(40)で述べたように、アスマンはそこの研究所の助手であり、彼女の論文はエアランゲン＝ニュルンベルク大学のシュヴァープ教授の古稀祝賀記念論文集に掲載されたものである。アスマンが論文を献呈したシュヴァープは長い間、同大学の教授であったし、学部長、学長という要職を歴任された。そして中間紛争説を最初に主張した学者であった（三3C）。さらに、エル・ガヤールが一方的訴訟終了宣言の博士論文を提出し博士号を取得したのは、この大学である。このような事実から同大学と中間紛争説とは密接な関係があるように思う。換言すれば中間紛争説の主唱者はエアランゲン学派ということもできるのではないかと思う。なおシュヴァープ教授が本年（二〇〇八年）一月一七日に逝去されたことについては、前注(32)で述べた。

(42) グルンスキーのこの論文については、その大要を紹介し（拙稿・⑧〔近時〕七四頁以下）、批判したことがある

（同七六頁以下）。そしてその際にこの論文で彼が主張した見解について、「訴訟費用裁判説」と命名した（同七五頁）。

ところでエル・ガヤールやボゲノは、グルンスキーが訴訟費用の裁判に際してＺＰＯ九三条の即時認諾の際の原告の訴訟費用負担の規定を類推して、原告が訴訟終了事由の発生後に即時に請求の放棄をした場合は被告が訴訟費用を負担すると主張していることに着目して、グルンスキーの見解を「特別な（特権的な）請求の放棄説」（３Ｂ）と位置づけている（前注(19)参照）。本稿もそれらと同様に、グルンスキーを「特別な請求の放棄説」と分類し、その根拠として本論文と一九七四年に刊行された彼の体系書の記述を挙げた（前注(28)参照）。しかし、グルンスキーはこの論文において、一方的訴訟終了宣言は与効的訴訟行為であるとか、請求の放棄であるということを直接主張しているわけではない。彼の主張の力点は、本案の裁判と訴訟費用の裁判の連動性を否定して、単純に訴訟費用の裁判として一方的訴訟終了宣言を考えるところにある。したがって、この論文をグルンスキーの見解として、ここで特に取り上げた。

なおグルンスキーはこの論文において、「国際的比較において一方的訴訟終了宣言は単に『ドイツ訴訟法の怪物（Monstrum）』と表現することができる」と述べ、さらに「外国の研究者にこの制度の意味を説明しようと試みた者は、我々がこの問題に関して無駄な努力をしていることを知ることになる」とも述べている（Grunsky(A), S. 170 Fn 17）。

(43) エル・ガヤールはシュターネッカーの論文（Stahnecker(B), S. 85）を引用し、訴訟費用の裁判の基準は何かという問題を投げかけて、グルンスキーの見解を批判している。訴訟費用の裁判において決め手となるのは本案の訴訟物についての判断にならざるをえず、そうであるならば、訴訟費用の裁判と本案の裁判との関係を切断しても訴訟経済上のメリットはないというものである（El-Gayar(B), S. 77f.）。なお私見はさらにこの制度の歴史的生成過程から考察して、両者の関係を切断するのは制度の歴史的な流れ（展開）に反するとして、グルンスキーの学説（訴訟費用裁判説）を批判した（拙稿・⑧〔近時〕七六頁以下）。それはエル・ガヤールの批判の六年前である。

ところでグルンスキーはこの論文の最後において、自説はあくまでも概要を説いたものであり、より詳細な論証が必要であると述べているが、今後それを行う予定はないようである（Grunsky(A), S. 179）。

(44) 結果責任主義の展開と訴訟終了宣言との関係については、拙稿・⑥〔訴訟係属〕二六頁以下、同・⑬〔沿革〕七

○頁で略述した。結果責任主義の生成の歴史については同・①〔生成〕三号七○頁以下、同・⑩〔立法〕八三頁以下で論じたことがある。ドイツの民事訴訟法改正作業において結果責任説の堅持が強調されていることについては、同・⑥〔訴訟係属〕二一頁以下で述べた。

(45) 日本における訴訟終了宣言に関する議論については、石渡・三一四頁以下、荒木・二六四頁以下にまとめられている。私自身もこれらの論稿に先立って議論の争点をまとめたことがある（拙稿・③〔争点〕一六六頁以下）。しかし、これらの論稿は一番新しいものであっても一○年前のものであり、今日においてはいささか古いとの印象は否定できない。そこで最近本誌において、日本の訴訟終了宣言についての議論を総括して、解釈論として具体的に訴訟終了宣言の主張を展開させたのが、「日本の訴訟終了宣言について」という論稿である（同・⑲〔日本〕一七頁以下）。

この論稿は訴訟終了宣言を日本に導入することに消極的な立場と積極的な立場を詳しく紹介し、それぞれの論拠を検討し問題点を指摘したものである。そのうえで、この論文において解釈論として訴訟終了宣言を日本において導入することの道筋を論証し、一方的訴訟終了宣言の重要性を強調した。なお訴訟費用の問題は日本においてはとかく軽視されるが、訴訟費用の問題は訴権論や訴訟促進に関係するものであり、軽視してはならないと主張したことがある（同・⑧〔近時〕八三頁以下）。

(46) 日本においては、訴訟費用の負担者を決める結果責任主義を緩和して問題を解決すべきであるとの見解（兼子一『条解民事訴訟法上』二六六頁〔弘文堂、一九五五年〕）が有力であるが（拙稿・⑲〔日本〕二六頁）、そのような見解は裁判の判断基準を曖昧にして、場当たり的な裁判になる可能性が高く、裁判の公平さや正当性の点で賛成できない（同三二頁以下）。

(47) 確かに訴訟費用の裁判手続においては当事者の手続保障について直接規定されていないが、それは訴訟費用の裁判において当事者の手続保障が不要であるということではない。訴訟費用の裁判は本案の裁判に連動し、本案の裁判には当事者の手続への参加が保障されているから、訴訟費用の裁判の裁判手続に当事者の手続保障は不要なのである（拙稿・⑲〔日本〕二九頁以下）。