

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(三)
Sub Title	Die einseitige Erledigungserklärung in der deutschen Zivilprozessordnung (3)
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.9 (2008. 9) ,p.1- 42
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20080928-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20080928-0001</a>

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 (三)

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
      - ..... (以上八十一卷七号)
- 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
- ..... (以上八十一卷八号)
- 1 ドイツにおける個別具体的な問題
  - 2 一方的訴訟終了宣言の学説の状況
    - 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
      - A 法的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

..... (以上八十一卷十号)

#### 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

一方的訴訟終了宣言の法的性質をめぐる学説の状況を概観したが、法的性質論は一方的訴訟終了宣言に関する個別具体的な問題に対して解決策を提示するものでなければならぬ。個別具体的な問題は、法的性質論からの演繹によって解決の指針や内容が決まるからである。もしそうでなければ法的性質論の存在理由はないし、法的性質論を論じる意味もない。そもそも個別具体的な問題を法的性質論によって解決するという手法は、法解釈の方法として一般的に広く行われており、基軸となる訴訟行為についての法規制から具体的な問題の解決策を演繹して導いている。以下の個別具体的な問題の考察はこの方法に従ったものであり、一方的訴訟終了宣言のために独自の方法を使用するものではないし、特別な論証を行うものでもない。

そこで一方的訴訟終了宣言の内容や要件の問題は、法的性質論から解答を導かねばならない。一方的訴訟終了宣言の法的性質は訴えの変更であるとの訴えの変更説によれば、訴えの変更の要件を考えることによって解答を得ることになる。さらに一方的訴訟終了宣言の個別具体的な問題としては、次のような基本的な問題がある。一方的訴訟終了宣言の適法性(3A)、訴訟物と裁判の内容(3B)、訴訟費用の裁判(3C)、時間的な制約(3D)、被告による一方的訴訟終了宣言(3E)等である。これらの問題も訴えの変更説によれば、訴えの変更を基本と

して考えることになる。

なお右の表題だけでは分かりづらいものについて、若干の説明をしておく。訴訟費用の裁判(3C)とは、訴訟費用の裁判において適用される条文の問題、すなわち、一方的訴訟終了宣言における訴訟費用の裁判において適用される条文は、訴訟費用の敗訴者負担を定めたZPO九一条か、それとも裁判所が裁量によって決める同九一条aかという問題である。時間的な制約(3D)とは、一方的訴訟終了宣言の始期と終期のことであり、始期としては訴訟係属発生前に一方的訴訟終了宣言が許されるのかという問題であり、終期としては上告審で一方的訴訟終了宣言は許されるのかという問題である。被告による一方的訴訟終了宣言(3E)とは、被告は一方的訴訟終了宣言をすることができるとか否かという問題である。

これ以外に重要な問題としては、予備的な一方的訴訟終了宣言(3F)、すなわち予備的に一方的訴訟終了宣言をすることが許されるのかという問題と、一部の訴訟終了と一方的訴訟終了宣言(3G)、すなわち部分的な訴訟の終了を宣言することは認められるのかという問題がある。これらの問題と基本的な問題との違いは、基本的な問題が一方的訴訟終了宣言の一般的な場面で生じるのに対して、これらの問題は特別な場面で発生するということである。すなわち、一方的訴訟終了宣言の内容を理解するのに最低限必要な事項か否かということである。さらに、これらの問題は一方的訴訟終了宣言の法的性質論と関係が希薄であるということも、違いとして指摘することができる。すなわち、これらの問題は一方的訴訟終了宣言の法的性質論によって解答することは可能ではあるが、それだけでは説得力が十分でない。むしろ法的性質論とは別な観点、例えば当事者間の公平性とか、制度運営の必要性というような観点で解決策を考えるべき問題である。つまり、当然のことではあるが、すべての個別具体的な問題が法的性質論だけで解決できるわけではないということである。

こうして考えてみると、結局のところ、法的性質論は万能ではないが、しかし、多くの個別具体的な問題の解

決のための基準としては有効であり、決して無意味な理論ではないということである。しかし、演繹的方法に安住したり、単に盲従することであってはならない。個別具体的な問題の解決策は、その内容の妥当性が重要であるからである。なぜならば、具体的な結果の妥当性を理論的に根拠づけるのが法的性質論であり、法的性質論は結果の妥当性に後行するからである。そこで、もし演繹的な方法で得られた内容が妥当性を欠いた場合は、その内容は個別具体的な問題の解決策とすべきではない。個別具体的な問題の解決策としては結果の妥当性を優先すべきであり、妥当性を欠いた内容を導きだした演繹論の基点である法的性質論については必要な修正を施すべきである。

以下ではこのような方法論によってドイツの代表的な個別具体的な問題について概観して、一方的訴訟終了宣言の法的性質論の意味の確認と、一方的訴訟終了宣言についての理解を深めることにする。ただし概観する法的性質論は通説が支持している訴えの変更説だけとする。確かにすべての法的性質論の具体的な事例における展開を見ることは重要ではあるが、日本においてドイツの制度を概観する場合は、そのような詳細な考察は効率的ではないし、意味があるとは思えないからである。重要なことは制度の概要を認識し、日本法における制度設計に役立てることである。そこで法的性質論としてはドイツの通説である訴えの変更説を土台とし、概観する個別具体的な問題は基本的問題と、日本法を意識して日本法の観点から興味ある問題に限定した。考察の順序であるが、まず一方的訴訟終了宣言の具体的な手続の流れを概観する(2)。次に個別具体的な問題について、問題の重要性の順に従い、訴えの変更説からの解決策の展開を見ることにする(3)。<sup>48)</sup>

ところでドイツの判例がいかなる法的性質論を支持しているかという点、個々の判例を詳細に検討しなければ答えられない問題であるが、ドイツの注釈書や博士論文の記述から判例の法的性質論について調べてみると、判例も訴えの変更説であるといつてよいのではないかと思う。<sup>49)</sup> このことも本稿が訴えの変更説だけで個別具体的な

問題を考察する理由である。

## 2 一方的訴訟終了宣言のの流れ

訴訟終了事由が発生し原告が一方的訴訟終了宣言を行った場合、その後の訴訟手続の流れについて、主として時間的経過に従い、双方向的訴訟終了宣言を含めてまとめると、次のようになる

### A 一方的訴訟終了宣言までの手続

訴訟終了事由が発生した場合、訴訟はそれによって直ちに終了するわけではないし、原告が訴訟の終了を宣言すれば、直ちに訴訟終了効が発生するものでもない。いくつかの段階を経て、判決によって一方的訴訟終了宣言の効果が発生する。訴えの変更説によって手続の流れを概観してみよう<sup>50)</sup>。

- ① 訴訟終了事由が発生し、このまま訴訟を続行する意味がなくなった。
- ② 原告は訴訟終了宣言をするか、しないかを決める。訴訟終了宣言をしない場合は、訴訟を終了させるために訴えの取下げ（ZPO二六九条）か、請求の放棄（ZPO三〇六条）のいずれかを選択する。もし原告が何もしなければ、裁判所は訴えを却下するか、請求を棄却する。
- ③ 原告が訴訟終了宣言をし、被告がそれに対して同意した場合、あるいは異議を述べない場合は、双方向的訴訟終了宣言である。この場合は訴訟費用の負担者は、裁判所が従前の事実状態と訴訟状態を考慮して、公平な裁量により、決定によって決める（ZPO九一条a）。裁判所は仮執行宣言を付すことはないし、本案についての裁判も行わない。
- ④ 原告の訴訟終了宣言に対して被告が同意しないか、あるいは異議を述べた場合は、原告の訴訟終了宣言は一

方的訴訟終了宣言である。

#### B 一方的訴訟終了宣言後の手続

訴えの変更説は一方的訴訟終了宣言の法的性質は訴えの変更と考えるので、一方的訴訟終了宣言は訴えの変更に関する規定を基準にして、次のような展開になる。裁判所は新たな本案の問題として、「当初の訴えは終了事由発生まで、適法であったか否か」を判断することになる。そこで訴訟上は、このような判断がなされるような訴えが従来の訴えに代わって新たに提起されたと考えることになる。

⑤ 裁判所は新たな確認の訴えへの訴えの変更が適法であるか否かを判断する。適法であれば次の段階に進むが、不適法であれば一方的訴訟終了宣言はA②の訴訟終了宣言をしない場合と同じである。すなわち、訴えの取下げか請求の放棄になる。なおこの訴えの変更が適法であることについては、3Aで考察する。

⑥ 裁判所はこの新たな確認の訴えが、確認の利益を有するか否かを判断する。確認の利益は原則として肯定される。なぜならば、当事者間に以下の⑦⑧のような紛争があり、その紛争を解決するための確認の訴えであるからである。

⑦ 裁判所は、「当初の訴えは終了事由発生まで、適法であったか否か」を判断する。肯定できるのであれば、次の段階に進む。否定する場合は、裁判所は請求を棄却し、訴訟費用は原告の負担とする（ZPO九一条）。否定する場合に棄却判決を行う理由は、訴えの変更説によれば、前記判断事項は本案の審判対象であり、認容判決をするための実的要件であるからである。なおこの場合は棄却判決ではあるが、仮執行宣言を付す（ZPO七〇八条以下）。訴訟費用についての裁判によって訴訟費用を負担する者が決まったから、その者に対する執行を保障するためである。

⑧ 裁判所は、「当初の訴えは終了事由発生まで、理由を具備していたか否か」を判断する。肯定できるのであるれば、次の段階に進む。否定する場合は、⑦と同じ展開になる。すなわち裁判所は請求を棄却し、訴訟費用は原告の負担とし、仮執行宣言を付す。その理由は、ここで判断すべき事項は⑦の場合と同様に、本案の審判対象であり、認容判決をするための実体的要件であるからである。

⑨ 裁判所は、「当初の訴えは訴訟係属後に訴訟外の事実により不適法になったか、それとも理由が消滅したのか」を判断する。肯定できるのであれば、判決の正文は、「本案は終了した」、あるいは「本案の終了を確認する。」というものである。訴訟費用は ZPO 九一条か、あるいは同九二条によって被告の負担とする。一方的訴訟終了宣言が認められたということは、訴訟費用は被告が負担するとの原告の主張が認められたことであり、被告の敗訴に他ならないからである。否定する場合は、原告の一方的訴訟終了宣言は認められないことであり、裁判所は請求を棄却する。訴訟費用は原告の負担とする (ZPO 九一条)。前者の場合でも後者の場合でも、判決には仮執行宣言が付される。

### 3 個別具体的な問題

一方的訴訟終了宣言をめぐる個別具体的な問題の中から主要なものを選び、順不同ではなく問題の重要性の順に従い、訴えの変更説からの解決策の展開を概観する。なお重要性は理論的に重要であることと、論理的に先行して考える必要があるか否かによって判断した。

#### A 一方的訴訟終了宣言の適法性

訴えの変更説によれば、一方的訴訟終了宣言は訴えの変更であるから、一方的訴訟終了宣言の適法要件は訴え

の変更の適法要件で考えることになる。訴えの変更とは訴訟中に新たな訴えを提起することであるから、先ず、新訴提起のための一般的な要件を備える必要がある。すなわち、訴状に記載することが求められている事項（訴状の必要的記載事項）は準備書面に記載し、申立てはそれに基づいて口頭弁論において原則として朗読しなければならぬ（ZPO二九七条）。なおこの場合の訴訟係属の発生時点は、口頭弁論において申立てが主張された時または申立てを記載した（訴状の必要的な記載事項が書かれた）書面が送達された時である（ZPO二六一一条二項）。

次に、一方的訴訟終了宣言は、従前の訴えを新しい訴えに変更するための要件を備えなければならない。しかし、一方的訴訟終了宣言は典型的な訴えの変更ではないから、訴えの変更の規定を要件としてそのまま適用するのは妥当性を欠く。一方的訴訟終了宣言のためには解釈論としての条文の操作による論証が必要である。そこで、一般に挙げられるのがZPO二六四条二号である。この規定は、「請求の原因を変更することなく、本案の申立てや付帯の申立てを拡張または減縮する場合は訴えの変更とはみなさない」という趣旨の規定である。「訴えの変更とはみなさない」という規定が訴えの変更の適法性を根拠づけるということは、一見矛盾しているようであるが、そうではない。ドイツ民事訴訟法の訴えの変更の要件に注目する必要がある。ドイツ民事訴訟法では訴えの変更が許されるために必要な要件は、被告が同意するか、あるいは裁判所が訴えの変更を相当と判断した場合である（ZPO二六三条）。換言すれば、訴えの変更の許否は被告に依存しているのであり、日本のように「請求の基礎に変更がない限り」（民法一四三条一項本文）という一定の客観的な要件の存在によって原告に訴えの変更が許されるというものではない。一方的訴訟終了宣言の場合は、被告は訴訟終了に伴う訴訟費用の負担は原告であるとして争っているのであるから、被告が訴えの変更に同意することはありえない。それゆえに「訴えの変更とはみなさない」という文言の意味は、それらが単に訴えの変更ではないということではなく、訴えの変更についての前記の規定の適用を受けないという意味である。換言すれば、このような訴えの変更は当然許されると

いうことに他ならない。例えば、給付の訴えをそれに関する確認の訴えに変更する場合に、ZPO二六四条二号はそのような訴えの変更を適法とする根拠になる条文である。したがって、訴えの変更説は一方的訴訟終了宣言の適法性の根拠をZPO二六四条二号に求めるのである。<sup>(51)</sup>

なお日本の訴えの変更の要件について付言しておく。ドイツの民事訴訟法をモデルにした明治二三年(二八九〇年)の民事訴訟法第一九六条は、現在のZPO二六四条と同様な趣旨の規定であり、訴えの変更に関する規定の一つであった。注目すべきは、その冒頭の文言である。それは、「原告カ訴ノ原因ヲ変更セスシテ左ノ諸件ヲ為ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス」というものである。つまり、現在のZPO二六四条は前記のように「訴えの変更とはみなさない」であるのに対して、明治二三年の民法一九六条は「被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス」という文言であった。これは次のような規定の仕方に基づく。明治二三年の民法一九六条の前条は、権利拘束(訴訟係属)の効果として原告に訴えの原因を変更する権利を認めないことと、被告が変更した訴えに対して本案の口頭弁論前に異議を述べない場合はこの限りではないという趣旨の規定であった(一九五条二項三号)。この規定と一九六条から分かることは、訴えの変更は原則として認めないということと、一九六条がその例外を規定したということである。この立法態度は規定の仕方は異なるが、実質的には当時のドイツ民事訴訟法と同じである。ところがドイツではその後、前述のように訴えの変更が許される要件として、被告の同意の他に、新たに「裁判所が相当と判断すること」を加えることとした(ZPO二六三条)。これは訴えの変更について、原則禁止から大幅な許容へと方向を転換したことを意味する。そこで大正一五年の民法二二三二条は、それをさらに発展させ、「裁判所の相当との判断」という裁判所の裁量に委ねるのではなく、「請求の基礎に変更がない限り」という客観的な基準を訴えの変更のための要件とし、これが現在の民法一四三条に引き継がれた。

## B 訴訟物と裁判の内容

訴訟終了宣言は、すでに述べたように、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って不適法な訴え、あるいは理由のない訴えになった場合の原告を救済するための制度である。したがって、原告が救済されるためには、原告がこのような状況にあるということが認められなければならない。原告のこの主張に対して、被告が同意するか異議を述べない場合が双方向的訴訟終了宣言である。被告が原告の主張を争う場合が一方的訴訟終了宣言であり、この場合の被告の主張は、訴えは当初から不適法であった、あるいは理由を具備していなかったというものである。これは原告の主張と真つ向から対決するものであり、原告と被告の間の最大の争点は、訴えは当初から適法で理由を具備していたか否かということである。それゆえに、この争点が本案の対象でなければならぬ。新たな本案の対象がそのようなものであるならば、そのように従前の訴えを変更する必要がある(三三D参照)。

このように訴えの変更説は、当事者間の最大の争点を訴訟物に据えることを根拠に、訴訟の終了事由が発生した従来の訴訟の訴訟物に代えて新しい訴訟物を構築する。具体的には、終了事由の発生前まで訴えは適法であり(2B⑦)、理由を具備していた(2B⑧)ということと、終了事由の発生により不適法あるいは理由不備になった(2B⑨)ということの確認を求める訴えである。裁判所がこの訴えを認める場合は、判決主文は、「本案は終了した。」あるいは「本案の終了を確認する。」ということになる(2B⑨前半)。反対に訴えを認めない場合は、裁判所は判決で(新たな)請求を棄却することになる(2B⑨後半)。棄却する理由が(訴えの変更前の)訴えが当初から不適法あるいは理由を欠いていたということであれば、当初の請求の不存在が既判力で確認される。すなわち、訴えの変更前の訴えが再び提起される場合は、この既判力で遮断される。

### C 訴訟費用の裁判

訴えの変更説によれば、新たな訴えについて本案の裁判がなされることになる。そこで訴訟費用の裁判は一般の原則に従い、この本案の判断の結果に連動して行われる。すなわち、訴訟費用は敗訴者が敗訴という結果に基づき負担する（ZPO九一条）。これは妥当な結論である。なぜならば、原告が勝訴した場合は、訴訟費用は被告が負担すべきであるとして原告は一方的訴訟終了宣言を行い、その主張が認められたということであるから、訴訟費用は被告の負担になり、訴訟費用の敗訴者負担の原則と一致するからである。原告が敗訴した場合は、正に反対に原告が訴訟費用を負担することになる。その根拠は原告の敗訴という結果であり、これは原告が訴訟費用を負担すべきであるとの被告の主張が認められたことに他ならない。

ところで一方的訴訟終了宣言の場合の訴訟費用の裁判の適用条文はZPO九一条でなくて、ZPO九一条aであるとの見解もありうる。一方的訴訟終了宣言の法的性質論として訴えの変更説を採用せず、例えば、中間紛争説（三三C）のように一方的訴訟終了宣言とはZPO九一条aの適用の有無をめぐる争いであると解する場合である。したがって一方的訴訟終了宣言の場合に、ZPO九一条aが適用されると考えること自体は誤りとはいえない。しかし、日本の文献においてドイツの一方的訴訟終了宣言の場合に訴訟費用の裁判においてZPO九一条aが適用されると記述しているものがあるが、それは正しくない<sup>(52)</sup>。一方的訴訟終了宣言の法的性質論として中間紛争説（三三C）を根拠にそのようなことを述べているのではないし、訴えの変更説を批判してそのようなことを主張しているのではないと思われるからである。

そもそも日本の文献において一方的訴訟終了宣言の訴訟費用に関してZPO九一条aを挙げている場合、一方的訴訟終了宣言とZPO九一条aとの関係について誤解していることが多い。誤解が生じる原因については次のように分析しているが、分析結果は、日本において一方的訴訟終了宣言についてZPO九一条aを安易に引用し

たり参照を指示することは妥当ではないという私見の根拠でもある。誤解される原因として第一に考えられることは、ZPO九一条aは一方的訴訟終了宣言についても規定している条文との思い込みがある。すなわち、一方的訴訟終了宣言も訴訟終了宣言であるから、一方的訴訟終了宣言においても双方向的訴訟終了宣言の規定であるZPO九一条aが適用されると考えるのかもしれない。しかし、ZPO九一条aは双方向的訴訟終了宣言の規定であって、訴訟終了宣言に関する一般的な規定ではない。もちろん、前述のようにドイツにおいて一方的訴訟終了宣言の場合にZPO九一条aの適用を説く見解はあるから、一方的訴訟終了宣言においてZPO九一条aが適用されると日本で説いたからといって、直ちに誤りであるとは断言できない。しかし、問題は日本においてZPO九一条aの適用が説かれる場合に、なぜZPO九一条aが適用されるのかという根拠については、説明がなされていないことである。

第二に考えられる原因は、ドイツの法的性質論の判例・通説の見解が訴えの変更説であることを考慮しないことにある。訴えの変更説によれば、一方的訴訟終了宣言においては本案判決がなされるから、訴訟費用の裁判は通常の裁判と同じく、主文の判断に依存することになる。そうであれば、ZPO九一条aが適用される余地はない。理論はその内容が重要であって支持者の数ではないといえ、その通りであるが、しかし、判例・通説を考慮しないということは許されることではなく、それが誤りであると思うのであれば、理由をもって批判をすべきである。すなわち、少なくともドイツの判例・通説が説いている訴えの変更説を批判したうえで、ZPO九一条aの適用を説くべきである。

第三に考えられる原因は、ドイツの注釈書が一方的訴訟終了宣言についてZPO九一条aの注釈において説明していることから、一方的訴訟終了宣言はZPO九一条aが適用されると理解してしまうことである。確かにドイツの注釈書は一方的訴訟終了宣言について記述する場合、ZPO九一条aの注釈の中で行っている。しかし、

それは Z P O 九一条 a 以外に適当な場所がないからである。すなわち、一方的訴訟終了宣言は法に規定されていないために、注釈書においてどの条文で扱うかが問題になる。一方的訴訟終了宣言を扱う箇所としては、双方向的訴訟終了宣言を規定した Z P O 九一条 a が一番相応しいから Z P O 九一条 a において説明がなされるが、それは Z P O 九一条 a が一方的訴訟終了宣言において適用されるという意味ではない。なお注釈書の執筆者は、一方的訴訟終了宣言については注釈書の Z P O 九一条 a の中の記述を参照するように指示する場合が少なくない。ところが日本の Z P O 九一条 a 適用説は、それを Z P O 九一条 a そのものの参照と誤解するようである。

#### D 時間的な制約

訴えの変更説によれば、一方的訴訟終了宣言は訴訟中の新訴の提起であるから、訴訟係属後になされなければならない。しかし、訴訟係属前においても訴訟終了事由が発生した場合は、それまでの手続費用の分担は、双方向的訴訟終了宣言のように裁判所の裁量によって行うことが望ましいことは否定できない。そこで判例・通説の訴えの変更説に反対して、理論的な面からではなく、必要性から訴訟係属前でも一方的訴訟終了宣言を肯定する説があった。<sup>(53)</sup>しかし、今日では Z P O 二六九条三項三段が新設されたために、このような便法は必要なくなった。すなわち、Z P O 九一条 a の類推という手法ではなく、訴えの取下げで処理し、訴訟費用の裁判は Z P O 九一条 a と同様な方法で行うということである。<sup>(54)</sup>したがって訴訟係属前に終了事由が発生した場合は一方的訴訟終了宣言を考える必要がなく、一方的訴訟終了宣言が許されるのは、あくまでも訴訟係属後に訴訟終了事由が発生した場合ということである。

訴訟係属後であれば、時間的な制約を受けないということではない。換言すれば、一方的訴訟終了宣言は訴訟係属が終了するまでならば原則として許されるということではない。訴えの変更は新訴の提起であり上告審では

許されないから、訴えの変更説によれば、一方的訴訟終了宣言は上告審では許されないと云わざるをえない。しかし、上告審においても訴訟終了事由が発生した場合は、原告の訴訟費用の負担を解放するためには訴訟終了宣言による処理が望ましいし、そもそもこの制度の由来や目的を考えると、上告審における一方的訴訟終了宣言を排斥する理由もない。そこで上告審で一方的訴訟終了宣言を認めるならば、そのことと訴えの変更説との関係が問題になる。訴えの変更説を支持して上告審での一方的訴訟終了宣言を認めると、上告審では訴えの変更は認められないとする原則と抵触するからである。そこで旧稿では、法的性質論において訴えの変更説ではなく「他の説によれば、肯定説は容易に導きだせるから、一方的訴訟終了宣言と上告審の問題は訴えの変更説の弱いところである。事態の特殊性に着目して、訴えの変更説でも特別な訴えの変更であると解して肯定できるのではないか」という趣旨を述べた<sup>(55)</sup>。現在では、法的性質論を論じることなく必要性から肯定する立場が多数説のようであるし、判例の立場である。しかし、そうはいつても上告審は法律審であつて事実審ではないから、訴えの変更が許されるにしても、事実に関して争いが無い場合に限られることになる<sup>(56)</sup>。

#### E 被告による一方的訴訟終了宣言

訴訟終了宣言の制度は訴訟費用の負担に関する結果責任主義による帰結を是正するものであると解するならば、一方的訴訟終了宣言は原告だけに許されるものではないはずである。被告による一方的訴訟終了宣言も認められるべきである。しかし、この問題について一方的訴訟終了宣言の法的性質論で訴えの変更説に立つならば、被告による一方的訴訟終了宣言は不適法とする否定説になる。訴えの変更は原告のみが許されるものであつて、被告は訴えを変更することはできないからである。しかし、訴えの変更説の支持者だけが否定説になるということではない。

一方的訴訟終了宣言の法的性質論において訴えの取下げ（ZPO 二六九条、民訴法二六一一条以下）や、請求の放棄（ZPO 三〇六条、民訴法二六六条以下）との近似性を説いても、否定説になる。これらの行為はすべて原告の訴訟行為であるからである。また、否定説は処分権主義によっても根拠づけることができる。当事者の訴訟行為によって訴訟を終了させるとなると、訴えの取下げや請求の放棄ということになるが、これらの制度を支えているのが処分権主義であるからである。もともと、処分権主義を根拠にする制度は訴えの取下げや請求の放棄に限らない。被告の訴訟行為である請求の認諾（ZPO 三〇七条、民訴法二六六条以下）も処分権主義によって支えられている。それゆえに処分権主義だけを根拠に肯定説が完全に否定されることはないが、この問題を一方的訴訟終了宣言の法的性質論と関係させるならば、肯定説は少数説にならざるをえない。<sup>(57)</sup>

この問題に関しては旧稿では訴えの変更説の立場から、肯定説を批判して判例・通説は否定説であると述べ、少数説としてシュヴァープの説を紹介した。<sup>(58)</sup> 彼は法的性質論として中間紛争説の創始者であるが、彼が肯定説を説いたのは法的性質論と無関係ではない。彼は一方的訴訟終了宣言とは中間の紛争であり、一方的訴訟終了宣言が認められるための要件は終了事由の存在であると説いたが、そのことの帰結として、一方的訴訟終了宣言は原告に限定される必要はないと主張した。もし原告が訴訟終了事由の発生までに訴えが適法で理由を具備していた場合に、被告が終了事由を主張したからといって直ちに棄却判決が下されるのは合理性を欠くと主張する。しかし、彼自身もこのような事例は少ないことは認めている。

このように肯定説の論拠が十分でないこともあって、学説の状況は二五年以上経た今日でも変化はない。否定説が判例であり、「圧倒的な通説」(die ganz herrschende Auffassung)<sup>(59)</sup>である。もともとそうであるからといって、肯定説が消滅したわけではない。二〇〇〇年に公刊されたゼーンの博士論文は肯定説を展開している。<sup>(60)</sup> 彼女は根拠として、利益衡量と当事者の機会平等原則を挙げる。原告との利益状況を比較すると、被告にも一方的訴訟終

了宣言は認められるべきであるし、原告だけに一方的訴訟終了宣言が認められるのは不合理であるというものである。しかし、否定説の理論的な根拠を批判することもなく、単に利益衡量を根拠とするだけでは説得力に欠ける。したがって賛同する者はいないようであるが、ただ注目すべきことは、一方的訴訟終了宣言の法的性質論に關係のない立論であるということである。このことは一方的訴訟終了宣言の法的性質論だけでは決まらないことを示唆するからである。そのようなことからか、中間紛争説を支持する論者でも、創始者シュヴァーアの肯定説には賛成することなく否定説を主張している。<sup>(61)</sup>

注意すべきことは、被告による一方的訴訟終了宣言は許されないとしても、それは双方的訴訟終了宣言の先行的なものとして許されるということである。<sup>(62)</sup> それは譬えていうと、先行(的) 自白のようなものである。自白とは通常は相手方が主張した自己の不利な事実を争わないことであるが、先行自白とはその順序が逆な場合である。すなわち、自白する者の相手方が自白する者にとって不利な事実を主張する前に、自白する者が自らにとって不利な事実を主張し、その後で相手方がそれを援用する場合である。通常の自白とは正に順序が逆ではあるが、実質的に当事者間にはその事実について争いがないから、この場合でも自白としての効力は発生すると一般に説かれている。そこで、被告の一方的訴訟終了宣言もこれと同じように考えることができる。一般に双方的訴訟終了宣言は原告が一方的訴訟終了宣言をし、被告が同意するか異議を述べないことであるが、被告による一方的訴訟終了宣言とはその順序が逆で、原告による一方的訴訟終了宣言に対する被告の同意を先行的に行ったもの(双方的訴訟終了宣言の先行的なもの)と理解することである。すなわち被告が先ず一方的訴訟終了宣言をし、原告が後に一方的訴訟終了宣言をするということである。このような場合は、当事者間で訴訟の終了に関して争いが生じないから双方的訴訟終了宣言は有効である。そうであるならば、被告の一方的訴訟終了宣言は原告の一方的訴訟終了宣言に対する同意を先行して行ったということと、それによって原告の一方的訴訟終了

宣言を促すということの二つの意味を有するものと解すべきである。

このように被告の一方的訴訟終了宣言は先行的な双方向的訴訟終了宣言として解することによって許されることになるが、それは時には請求の認諾という意味もある。あるいは単に請求の棄却を求める意味で、被告が一方的訴訟終了宣言を行うこともあるかもしれない。したがって裁判所は被告の一方的訴訟終了宣言に対して一律に不適法として扱うのは問題である。具体的な場面では裁判所は釈明権を行使して、被告の真意を探求したり、適切な法的観点を指摘することが必要である。<sup>63)</sup>

#### F 予備的な一方的訴訟終了宣言

この問題は旧稿でも取り上げて当時の学説の状況を紹介したが、<sup>64)</sup>その内容は現在ではあまり役に立たない。学説の状況が変化したからである。そこでこの問題については学説の状況の変化に注意しながら、旧稿とは関係なく現在のドイツの学界の状況を把握し、それに基づいて私見をまとめてみようと思う。

##### a 現在の学説の状況

現在の学説の状況と旧稿当時のそれとを比較して分かることは、第一に、法的性質論を根拠にした解答が少なくなったことである。これは訴えの変更説が判例・通説の座を獲得し、法的性質論をめぐる論争が少なくなったことに起因する。訴えの変更説によれば、一方的訴訟終了宣言は訴えの変更という新たな訴訟物を設定することであるから、従前の訴訟物と新たに設定された訴訟物との関係が問題になる。その場合に両者の関係は予備的なか否かということであり、単に訴えの変更説を支持しただけでは問題の解答にはならない。問題解決のための指針も法的性質論から得ることはできない。旧稿では訴訟終了宣言を主位的な申立てにし、予備的に本案の申立

てをすることについて、不適法説のリュケの見解を紹介したが、彼は適法説では原告を殊更優遇することになるし、訴訟終了宣言が原告によって濫用されるおそれがあるとして、適法説のハーブシャイトの見解を批判した。<sup>(65)</sup> リュケもハーブシャイトも法的性質論では訴えの変更説であることを考えると、このことは訴えの変更説では問題を解決することはできないということを示すものである。

しかし、法的性質論がこの問題に関係がないかという点、そういうことでもない。例えば、中間紛争説によれば一方的訴訟終了宣言はあくまでも中間の紛争であつて新たな訴訟物を設定するものではないから、従前の訴訟物との関係は問題にならず、そもそもこのような問題自体が設定されることはない。旧稿で紹介したシュヴァープの学説は、このことを示している。彼は不適法説であるが、その理由として、一方的訴訟終了宣言の法的性質論として自身が主張した中間紛争説を挙げているからである。<sup>(66)</sup> そして法的性質論を理由にこの問題の解答を考へるといふ手法は、現在ではエル・ガヤールに受け継がれている。もつとも、エル・ガヤールは法的性質論からの適法説批判だけでなく、さらに別の理由から適法説批判を展開させている。すなわち、彼は適法説は理論構成の不備があることと、適法説によつて一方的訴訟終了宣言の予備的申立てを適法として認めるだけの必要性が十分に説明されていないことを理由として述べている。<sup>(67)</sup> 要するに、現在では法的性質論だけでは問題を解決することは困難であるということである。

第二に、現在と旧稿当時の学説の状況を比較して分かることは、問題となる場面がより限定されたということである。訴えの変更説によつて従来の訴訟の訴訟物と新たな訴訟終了宣言による訴訟物との関係は予備的であると考えらるならば、どちらが主たる請求で、どちらが従たる請求かが問題になるが、旧稿当時はこの両者が区別されることなく、予備的な一方的訴訟終了宣言の問題として議論されていた。<sup>(68)</sup> ところが今日では、訴訟終了宣言を主たる請求とし、従前の訴訟物を従たる請求とする場合については、その適法性は問題にならない。ほとんど

の学説はこの場合を適法としているからである。<sup>(69)</sup> したがって、今日において問題になるのは、従前の訴訟物を主たる請求とし、訴訟終了宣言を従たる請求とする組合せが適法か否かということである。これについては今日の学説は適法説と不適法説とで二分しているが、不適法説の方が多数説のように思う。

#### b 具体的な事例

現在の学説の状況のもとで以下では問題を限定し、従前の訴訟物を主請求にして訴訟終了宣言を予備的に併合する訴えの形態(組合せ)が適法か否かを考えることにする。そもそもなぜこのような問題が議論されるかというと、訴訟終了宣言において終了事由の発生が不確実な場合があるからである。訴訟終了宣言を論じる場合、例えば、支払い請求訴訟中に被告が弁済した場合というような典型例を挙げて、訴訟終了事由が発生したことを前提にしばしば議論するが、実際の事件では必ずしもそのような場合とは限らない。訴訟終了事由の発生が不確かな場合がある。そのような例として注釈書等で一般に挙げられているのは、次のような事例である。<sup>(70)</sup>

Xが不正競争防止法違反のYの違法行為を止めさせるために、Yに対して不作為の訴えを提起したところ、Yは営業を廃止した。そこで原告Xは被告Yの営業の廃止によりYに対する不作為の訴えは意味がなくなつたと考え、一方的訴訟終了宣言を行おうと思つている。ところがその時点において原告Xが、裁判所がYは違法行為を繰り返すおそれがあると判断するかもしれないと思う場合である。この場合は、訴訟終了事由の発生は不確かかということになる。

この事例において裁判所が被告Yは違法行為を繰り返すおそれがあると判断すると、従来の訴訟の請求は認容されるべきであり、一方的訴訟終了宣言は認められることはない。しかし、訴えの変更説によれば、そのようなことにはならない。すなわち、一方的訴訟終了宣言が認められないからとって、従来の訴訟の請求が認容される

ことはない。なぜならば、従来の訴訟の請求は訴えの変更説によれば一方的訴訟終了宣言によって消滅しているからである。この帰結は原告Xにとっては一方的訴訟終了宣言を行う場合のリスクが大きいことを意味する。また本来なら従来の訴訟の請求は認容されるべきであることを考えると、この結論は妥当性を欠く。そこで不当な結論を回避し、このようなリスクを原告Xに負わせないためには、従前の訴訟物の請求を残存させて、一方的訴訟終了宣言に予備的に併合させることである。このような訴えの併合であれば、一方的訴訟終了宣言が認められない場合は、予備的な従来の訴訟の請求が認容されることは可能になる。既述のように、一方的訴訟終了宣言を主請求にして従来の訴訟の請求を予備的に併合させることについては、今日の学説は問題にしていないが、それはこのようにその結論が妥当性を有しているからであろう。

ところで原告Xには、被告Yが営業を廃止しても不正競争防止法違反の違法行為を繰り返すおそれがないと思えない場合はどうなるであろうか。この場合は、XはYの営業の廃止により直ちに一方的訴訟終了宣言をするのではない。XはYの不正競争防止法違反の行為を止めさせる訴えを維持するであろう。しかし、裁判所はそのようなXの主張を認めるとは限らない。すなわち裁判所は、Yは営業を廃止したから不正競争防止法違反の行為を繰り返すおそれがないと判断することも十分考えられる。裁判所がそのように判断した場合は、裁判所は従前の訴えを棄却することになる。しかし、裁判所がそのように判断するのであれば、原告XとしてはYの営業廃止により訴訟は終了したのであるから、敗訴による訴訟費用の負担は被告Yが負担すべきであるとして一方的訴訟終了宣言をするであろう。そこでこのような原告Xの一方的訴訟終了宣言を認めるべきであると考えたと、それはXに予備的な一方的訴訟終了宣言を認めることに他ならない。すなわち、原告Xは全面的な敗訴を避けるためには、単に従来の訴訟を維持するだけでなく、従来の訴訟の敗訴の場合に備えて、予備的に訴訟終了宣言を行うこととなる。もっとも、被告Yはあくまでも請求棄却に固執するかもしれない。しかし、裁判所がYの営業廃止に

よる訴訟の終了を確認する場合は、被告 Y としては原告 X の一方的訴訟終了宣言を認めざるをえない。<sup>(7)</sup> このように考えれば、予備的な一方的訴訟終了宣言の申立ては適法ということになる。

なお不正競争防止法違反というような特別法の例ではなく、通常の訴訟の場合の例としては、次のような訴訟上の相殺の例が考えられる。<sup>(72)</sup> 被告が訴訟係属後に生じた債権によって相殺を主張した場合である。相殺が認められて請求が棄却される場合、このような相殺は原告にとっては訴えの提起時に予想できないことである。しかも、相殺によって原告の請求権は消滅させられる。このような相殺は、金銭支払請求訴訟の係属中に被告が弁済したため訴訟終了宣言が認められる典型的な例と同じように評価することができる。そうであるならば、このような相殺がなされた場合、それに対抗するためには原告は相手方の債権の存在を否定しながらも、裁判所が被告の反対債権を認めて相殺によって請求棄却をする場合に備えて、それを回避するために一方的訴訟終了宣言を予備的に行う必要がある。

### c 適法説の根拠

もし原告が一方的訴訟終了宣言を予備的に行うことが認められないとすると、b において述べたように、訴訟終了事由の発生が不確かな場合は裁判所の判断や最終的な結果を予測することが困難であるにもかかわらず、原告に対して、当初の訴えをそのまま維持するか、それとも訴訟終了宣言をするかの二者択一の選択を迫ることになる。そしてもし原告がその選択を誤ると、原告に大きな不利益が生じる。例えば、一方的訴訟終了宣言が認められる場合に原告が一方的訴訟終了宣言をしないと、原告は棄却判決を受けることになる。また原告は認容判決を受けられる場合に一方的訴訟終了宣言をすれば、原告は認容判決を得ることはできなくなる。そこで予備的に一方的訴訟終了宣言を行うことは許されると考える適法説は、このような事情があるにもかかわらず原告に二者

択一の手続選択を迫ることは、合理的な理由がなく不当であると考える。<sup>(73)</sup> そしてそのような原告のリスクを緩和させるために、一方的訴訟終了宣言の予備的申立てを認めるべきであると説く。

これに對して、このような申立てを認めることは原告を殊更優遇することになるのではないかという批判が、不適法説よりなされる。しかし、適法説は訴訟当事者の武器平等の原則、すなわち当事者を訴訟上平等に扱うという原則により、被告にもそのような申立てを認めれば原告を優遇することにはならないと反論する。すなわち、被告は請求棄却の申立てをするとともに、それが認められない場合に備えて予備的に一方的訴訟終了宣言の申立てができる<sup>(74)</sup>と説く。

#### d 不適法説の根拠

適法説が主に原告の利益を考慮しているのに對して、不適法説は理論的な面から適法説を批判する。具体的には、不適法説は次のような理由で適法説を攻撃する。<sup>(74)</sup>

第一に、適法説は原告は棄却判決を回避するために一方的訴訟終了宣言を予備的に行うと説くが、棄却判決の回避のために裁判所の棄却の判断を待つて一方的訴訟終了宣言について審理するというのは、一見すると矛盾しているようであり、分かりづらい。この批判をより具体的に述べれば、次のようなものである。一方的訴訟終了宣言が従来の訴訟に予備的に併合された場合、当初の訴えが主たる請求であることを意味する。主たる請求は予備的な請求に先行して審理されることから、当初の訴えが一方的訴訟終了宣言よりも先行して判断されることになる。つまり、主たる請求が認容されない場合に、初めて一方的訴訟終了宣言の可否が審理されることになる。このことは、予備的という条件付きの一方的訴訟終了宣言とは、当初の請求について裁判所の棄却の判断を待つて一方的訴訟終了宣言の可否が審理されるものであるということの意味する。すなわち、一方的訴訟終了宣言の

ための条件が裁判所の棄却判断であり、これでは実質的には棄却判決に等しく、棄却判決を回避することにならない。

第二に、適法説が強調する原告を訴訟費用負担のリスクから解放することは、予備的な一方的訴訟終了宣言を認めなくても、他の方法によっても達成できる。すなわち、リスク回避のために殊更、予備的な一方的訴訟終了宣言を認める必要はない。他の方法とはZPO九六条(民法六二条に相当)の適用である。この規定によれば、勝訴者であっても無益な訴訟活動をした場合は訴訟費用を負担しなければならないから、原告が棄却判決を受けたとしても、常に訴訟費用を負担するとは限らない。もっとも、この規定が適用されると、一方的訴訟終了宣言と従来の訴えとが併存していた場合に、例えば、訴訟終了の事実認められないとして当初の訴えが裁判されて原告が勝訴すると、原告は無益な訴訟活動を理由に、一方的訴訟終了宣言の方の訴訟費用は負担することになるかもしれない。しかし、訴訟費用の裁判に際して適用される訴訟費用の負担に関するこの規定は裁量規定であり、裁判所の裁量によって訴訟費用の負担者が決まる。したがって、この場合に常に原告が訴訟費用を負担しなければならないということではない。要するに訴訟費用の負担は裁判所の裁量に委ねられているのであり、原告のリスクの回避はこれで十分である。

第三に、原告の主請求において原告の主張が認められない場合(従前の訴えが棄却される場合)、裁判所が予備的に併合された一方的訴訟終了宣言について判断しようとしても、それについては訴えの利益は認められない。すなわち、裁判所は一方的訴訟終了宣言を扱うことはできない。裁判所が原告の主たる請求について認められないと判断した場合は、当初の訴えにおいて原告が敗訴したことである。それは、そのような形で紛争が決着したことを意味する。そうであるならば、一方的訴訟終了宣言によって有利な裁判を求めることは、実質的には従来の訴訟の繰り返しに等しく、そのような訴訟は認められるものではない。訴訟が認められないということは、訴

訟法的には訴えの利益がないということであるから、一方的訴訟終了宣言を予備的に申し立てることは不適法である。

第四に、適法説が前提としている訴えの変更説は正しくない。一方的訴訟終了宣言の法的性質論から考えると、予備的な一方的訴訟終了宣言は認められない。訴えの変更説によって一方的訴訟終了宣言は新たな紛争（訴え）と理解することに問題がある。そのように理解するからこそ、一方的訴訟終了宣言がなされると、新たな訴訟物が設定されることにより従来の訴訟の訴訟物との関係が問題になり、両者の関係として予備的に一方的訴訟終了宣言を併合することが許されるか否かが議論されることになる。もし、一方的訴訟終了宣言が訴訟物に関係しないものであれば、従来の訴訟と一方的訴訟終了宣言との関係は問題にならない。そもそも一方的訴訟終了宣言は訴訟物をめぐる紛争ではないし、訴訟物に関係するものではない。あくまでも中間的な紛争にすぎない。したがって、予備的な一方的訴訟終了宣言の許否という問題は生じない。

#### e 私見の立場

適法説は理論というよりは原告の利益を考慮したものであり、不適法説は従来の理論との整合性を考慮したものである。その意味で両者の対立は噛み合わないから、それぞれの批判は必ずしも相手に対して致命的なものとなっていない。例えば、不適法説の主張は理論的にはもっともなものであるが、原告の訴訟費用の負担を軽減するという訴訟終了宣言の目的を考えると、この問題で理論を強調することは形式的すぎるとの印象は否定できない。適法説からすれば、特殊な状況にもかかわらず一般的な理論を引き合いに出すのは適切ではないと考えるから、問題の状況に応じて理論の方を修正すべきであるとの反論が予想される。したがって、両者の対立点は次のように理解すべきである。適法説が説く原告のリスク負担を回避することが適当であるか否か、適当であるとし

てもそれを達成するための方法として、一方的訴訟終了宣言の予備的申立てを認めることが適切であるか否かということである。正に問題解決の鍵はここにあり、検討すべきことは結論の当否であり、不適法説が主張する一般的な民事訴訟法理論との整合性ということとはあまり重要ではない。

このように学説の対立状況を理解して、原告の利益をどこまで考慮するかという観点で問題を考えるならば、適法説は原告の利益の保護を強調することから、一方的訴訟終了宣言が原告によって濫用されるおそれがあり、それが問題である。これに対して、不適法説であっても、直ちにこれによって原告が不利益を受けるものではないし、当初の訴えを予備的に維持すれば原告のリスクは回避できるから、一方的訴訟終了宣言を予備的に申し立てることを認めなければ原告の利益は守れないということにはならない。このような理由から、この問題では不適法説を支持する。なお旧稿も原告の一方的訴訟終了宣言の制度の濫用を理由に、不適法説を支持した。<sup>(75)</sup>

さらに不適法説を支持する理由は、多数説が一方的訴訟終了宣言を主たる請求に、従来の訴訟の訴訟物を予備的にする場合が適法であるとして、不適法説はバランスがよいと思えるからである。今日の多数説は a の最後で述べたように、当初の訴訟の訴訟物と新たな訴訟終了宣言による訴訟物との関係について、訴訟終了宣言を主として従前の訴訟物を従とする場合と、従前の訴訟物を主として訴訟終了宣言を従とする場合とを区別して、前者は適法であるが、後者は不適法と説く。このような結論は、原告の利益を考慮するか否かというように二者択一的に考えてきた問題に対して、両者の中間の着地点を解答として考えたものであり、全面的に認めるか否かの見解のバランスを考慮した考えと評価することができる。なおこのような視点でこの問題を分析している文献はドイツでは見当たらないが、不適法説のこのようなバランスのよさが今日のドイツで不適法説が多く支持を得ている理由ではないかと推察する。

G 一部の訴訟終了と一方的訴訟終了宣言

訴訟の一部についてだけ、訴訟終了宣言をすることが許されるかという問題である。日本でドイツの訴訟終了宣言の制度の状況について報じる場合や、訴訟終了宣言について論じる場合は、実は訴訟物全体について訴訟事由が発生した事例を想定していた。ドイツの体系書や教科書における主たる議論もそのような状況であったから、このことは非難されることではないし、当然なことである。しかし、実際の訴訟で訴訟終了宣言が問題になる場合、訴訟事由の発生が必ずしも訴訟物全体に生じるとは限らない。訴訟の終了が訴訟物の一部にしか生じないことも十分ありうることであるし、ドイツでも日本でも一部請求訴訟が広く認められている現状からすると、推測であって統計的な数字に基づくものではないが、そのような場合の方が多くとも考えられる。このように考えるならば、訴訟の一部についての訴訟終了宣言の問題は実務においては重要な問題である。そこでこの問題は一方的訴訟終了宣言の法的性質論とは関係がないにしても、ドイツの実務における一方的訴訟終了宣言の姿を知るために、取り上げることにした。

a 被告が同意する場合

この問題の具体的な事例としては、次のような事案が紹介されている。<sup>(76)</sup>

交通事故の被害者であるXは加害者であるYに対して、一四〇万円の損害金の支払を求めて損害賠償請求訴訟を提起した。ところが訴状送達後に、被告Yが加入している保険会社Aが原告Xに対して無条件で一〇〇万円を支払った。そこで原告Xは最初の期日前に、この金額(一〇〇万円)について訴訟終了宣言を行った。

この事案において、被告Yが原告Xの一方的訴訟終了宣言に対して同意するか、あるいは異議を述べない場合と、そうでない場合を区別する必要がある。前者の場合は当該金額に関して双方向的訴訟終了宣言が成立する。後

者の場合は一方的訴訟終了宣言であり、これはbにおいて論じる。AがXに支払った一〇〇万円という金額は訴訟物の一部であるから、この部分は双方的訴訟終了宣言による訴訟の一部終了ということである。すなわち、終了するのはA保険会社が支払った一〇〇万円である。したがって、残額(四〇万円)について訴訟は続行する。すなわち、裁判所は残額について証拠調べをして、それに基づいて裁判をしなければならぬ。その結果、例えば残額が満額認められると、事件を終了させる判決の正文は次のようなものになる。<sup>(17)</sup>

「一 被告は原告に対して四〇万円を支払え。

二 訴訟費用は被告の負担とする。

三 この判決は原告が……万円の担保を提供するときは執行することができる。」

b 被告が同意しない場合

前述のaの事案において、被告Yが原告Xの一方的訴訟終了宣言に対して異議を述べる場合が一方的訴訟終了宣言における一部終了の問題である。<sup>(18)</sup> この場合は訴訟は続行し、原告が主張した損害額(訴訟物)全体である一四〇万円について証拠調べがなされる。ここにおいて重要なことは、訴訟物の数である。一方的訴訟終了宣言の各論の問題を考察する場合に前提とした法的性質論の訴えの変更説によれば、双方的訴訟終了宣言の場合と異なり訴訟物が二つになるということである。すなわち、一方的訴訟終了宣言の対象である一〇〇万円の部分の訴訟物と、その残額である四〇万の部分の訴訟物の二つである。訴えの変更説によれば一方的訴訟終了宣言は訴えの変更であり、それは新たな確認の訴えであるからである。

訴訟物が二つになると、それらの審理について順番が問題になる。もつとも終了した部分が法的に完全に独立したものであれば、二つの訴訟物についての審理の順番はそれほど問題にならない。法的に独立したものであれ

ば、一方の審理が他方の審理に影響を与えるものではないからである。ところがここでの事案のような数量的な一部の終了の場合には、事情は異なる。この場合は一方と他方との関係は単に数量的に一部と残部という関係にすぎず、法律上も事実上も同じ原因に基づく請求であるからである。すなわち、二つの訴訟物の審理は大部分が重複する。このような場合は終了宣言をしない部分から審理を始めるべきである。なぜならば、原告が一方的訴訟終了宣言をした部分については双方的訴訟終了宣言と異なり裁判所は審理をする必要があるが、一方的訴訟終了宣言をしていない部分は一方的訴訟終了宣言をした部分に先行して審理がなされているからである。つまり、これをそのまま続行させ、一方的訴訟終了宣言がなされた部分の裁判に利用するのが効率的である。さらに付言すれば、このような審理方法を採用するならば、一方的訴訟終了宣言をした部分を審理する場合には、審理すべき事項は少ないということである。すなわち、新たに審理すべき事項は訴訟の終了事由が訴訟係属後に発生したか否かということぐらいである。

このように考えると、訴訟の一部終了と一方的訴訟終了宣言の問題は、殊更に問題の特性を強調して個別的に考える必要はない。この問題は数量の一部と残部という点においてはいわゆる一部請求の問題と類似性があり、一部と残部とが同一の手続で処理されるという点では、相互に密接な関係を有する単純併合の訴えと考えることができるからである。そこでそれぞれの処理方法を参考にこの問題の手続や処理方法を考えれば、この問題の解決は比較的簡単である。いわゆる一部請求の場合は一部と残部とはそれぞれ別個の訴訟物であり、一部についての裁判の既判力が残部の裁判に及ぶことはないといふ一般に広く説かれている。しかし、一部についての裁判は理由中の判断であっても、事実上は残部の裁判に影響を及ぼすことは否定できないということも併せて説かれている。このようなことから導かれることは、本事案においても一部の終了した部分と他の部分とを区別して、それぞれ別々の裁判を行うということである。そして相互に密接な関係を有する単純併合の訴えということから導かれる

ことは、併合された請求の審理は重複を避けて効率的な裁判を行うことと、単純併合の訴えであっても安易に弁論を分離して併合を解消するようなことはしないことである。したがって、このようなこと以外の審理の方法は、通常の訴訟物全部について終了事由が発生した場合と同じである。<sup>(79)</sup>

なおこの訴訟の一部の終了と一方的訴訟終了宣言の問題は数量の分割に伴う訴訟手続の問題であり、一方的訴訟終了宣言の法的性質論とは直接の関係はないが、全く関係がないということでもない。クニリンガーの解説によれば、訴訟費用の額の計算方法に争いが生じた場合、一方的訴訟終了宣言を訴えの変更と考えるか否かで、結果的に差異が生じるとのことである。しかし、本稿の目的は一方的訴訟終了宣言に関する具体的な問題を概観することにあるので、このような細かい議論の考察は省略し、問題の存在の指摘だけに止める。<sup>(80)</sup>

さて裁判所は証拠調べを実施したところ、原告の主張通りに一四〇万円の損害が認められたとする。この場合の判決主文は次のようになる。<sup>(81)</sup>

「一 被告は原告に対して四〇万円を支払え。

原告のその余の請求についての訴訟は終了した。

二 訴訟費用は被告の負担とする。

三 この判決は原告が……万円の担保を提供するときは執行することができる。」

(48) 一方的訴訟終了宣言における各論的な問題については、かつて論じたことがある(拙稿・④「一当事者」二九頁以下)。旧稿を読み直してみると、予備的な一方的訴訟終了宣言の問題(3F)を除いて、今日の状況と当時の状況との間に大きな変化があるようには見えない。したがって旧稿で取り上げなかった一部の訴訟終了と一方的訴訟終了宣言の問題(3G)と、状況の変化が見られた予備的な一方的訴訟終了宣言の問題(3F)以外の項目に関しては引

用した文献は今日から見れば古いが、それらは基本的な文献であり、今日でも使えるので、以下では基本的な文献の引用は旧稿に譲り、本稿では原則として省略する。なお旧稿も訴えの変更説に従ったものなので、旧稿の各論の記述は原則として今日でも通用すると考えている。

ところで一方的訴訟終了宣言の個別具体的な(各論の)問題について、それぞれ項目ごとに訴えの変更説による解答をまとめているのは、Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), §130 Rn. 23-31である。個別具体的な問題に対する訴えの変更説からの帰結を概観するのに便利である。もともと、著者ゴットヴァルトが支持している法的性質論は訴えの変更説(三三D)ではなく、中間紛争説(三三C)である。

(49) 判例が何説であるとか、通説が何説であるということは、現行法の具体的な内容を知るうえで重要なことであるが、それが常に明確であるとは限らない。人によって認識を異にするからであり、その根拠も各自の感覚的なものに基づく場合が少なくないからである。そもそも客観的な資料に基づいて、判例・通説を決めること自体が無理なことかもしれない。特に判例の場合は、判例理論が何であるかを断定するのは困難である。判例自らが法的性質論を述べていることは少なく、多くは問題解決策を述べているにすぎないからである。すなわち、判例の具体的な解決策から判例の法的性質論を推論する場合が多いからである。しかし、そうであるからといって、ある問題についての判例・通説の立場が分からないでは済まない。裁判においては判例・通説を基準にして問題が処理される公算が強いし、それゆえに判例・通説は実務において法曹の行動指針になっているからである。つまり判例・通説は裁判規範であると同時に現在の法曹の行為規範という面も有している。

さて一方的訴訟終了宣言の法的性質論についてドイツの判例の立場であるが、先ず判例の意味が問題になる。ここでの判例とは連邦通常裁判所(BGH)の判例であり、ドイツの通常の民事事件の頂点に立つ裁判所の判例のことである。次に判例を認識する方法であるが、本稿では最近の博士論文を利用して判例理論を把握することにした。一番信頼のおける文献であると考ええるからである。このような方法によって得られた結論は、判例理論は訴えの変更説であるということである。

判例理論を把握するために利用した博士論文は、既に前注(19)で紹介した一九九六年に刊行されたボゲノの博士論文と、一九九八年に刊行されたエル・ガヤールの博士論文である。これらによれば、一方的訴訟終了宣言の法的性質

に関する判例の態度は、訴えの変更説のようである (Vogeno(B), S. 48ff.; El-Gayar(B), S. 84ff.)。確かにボゲノもエル・ガヤールも、「判例の態度は明確ではないし、判例は態度決定を避けている」と述べていて、判例は訴えの変更説であると断定していない。しかし、ボゲノは判例は訴えの変更説であると解することができるかと述べているし、エル・ガヤールも判例の主流は訴えの変更説と考えられると指摘している。したがって、訴えの変更説と考えるべき判例が多くあり、有力であるということは否定できない事実である。さらにエル・ガヤールは、下級審判例は訴えの変更説であると述べている。このようなことから本稿では現時点においては、判例は訴えの変更説であると考えることにした。

ところで、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訴訟終了宣言に関する博士論文については以前に紹介したことがあるが(拙稿・<sup>18</sup>「双方的」五頁)、ディットフルトは、判例はハーブシャイトの訴えの変更説であると述べている (Ditfurth(B), S. 31)。ところがヴェスターマイヤーは、判例の訴えの変更説は訴えの変更の規定をそのまま基準としていないと述べている (Westemeier(B), S. 250f.)。彼はその根拠として、判例は一方的訴訟終了宣言によって従前の訴訟物は制約されるとしながら、訴えの変更の規定をそのまま適用させない旨を指摘する。

なお判例の詳細を知るには、注釈書や大部な体系書を見れば済むことであるが、これらは個別具体的に判例を分類していることもあって、詳しく見て大局的に判例を知るには不便である。Lüke(D)はコンパクトな教科書であり、判例を厳選し、それを引用して一方的訴訟終了宣言を説明しているので (Ra 247)、代表的な判例を知るのに便利である。

(50) 手続の展開に関しては、次の文献を参考にした。Knöringer(E), §11 II; Oberheim(E), §29 Schema 29.1; Schellhammer(D), Bild 63-64. なお前二者は、ドイツの司法修習生に対して行われる最終の国家司法試験のための受験参考書である。ドイツの司法試験では筆記試験でも口述試験でも事例問題について具体的な解決策が問われるから、これらの本は具体的な事例を挙げて、その処理方法を詳細に説いている。

一方的訴訟終了宣言に関する具体的な問題の解決策については、これらの本は訴えの変更説に基づいて記述している。ドイツでは訴えの変更説が判例・通説であるから、当然といえば当然な話である。ここが学者の本と受験参考書

との違いであり、これらの受験参考書は実務においても訴えの変更説が定着していることと、当分この状態が続くことを示している。受験参考書を論文に引用することに對して後ろめたさを感じるが、大局的に制度の概要と実務の運用の実態を知るには体系書や注釈書よりも便利である。

なお以下の本文の記述においては前記の本を参考にしたが、広く一般的に知られていることや認められていることに関しては、具体的に頁数を表記することは煩雑になるので省略する。同趣旨を説いているドイツの文献の引用も同様とする。そもそも本稿のような論文であっても、前述のような一般的な事柄についての記述は、根拠となった文献と当該頁数を明らかにしなくても許されるのではないかと思う。さらに具体的な問題に言及している文献は少なくともいから、それらをすべて挙げるとなると詳細にならざるをえないし、ドイツの注釈書や体系書を見れば直ちに分かるという事情もある。

ところで当然なことではあるが、訴えの変更説を支持しない場合は個別具体的な問題の結論が同じでも理由づけは異なるし、そもそも結論それ自体も異なることもある。これらについても検討すべきではあるが、その当否は正に法的性質論の問題であり、必ずしも個別具体的な場面で考察することでもない。ドイツの判例・通説が訴えの変更説であるという状況において、それ以外の法的性質論で個別具体的な問題を考察することは制度の理解を混乱させることになると思うので、本稿では省略する。

(51) 初期の訴えの変更説に對しては、そのような訴えの変更は不合法であると批判された。そのために、訴えの変更説に對しては適法性を論証することが急務の課題であった。訴えの変更説を基礎づけたハープシャイトがその論文において力点を置いたのもこの問題であり、本文で述べたような論理で適法性を論証した(拙稿・④「一当事者」一六頁)。

(52) 例えば、半田吉信教授はZPO二五四条が規定している段階訴訟において一方的訴訟終了宣言がなされる場合を述べて、ZPO九一条aの参照を指示している(『弁護士報酬敗訴者負担制度の比較研究—ドイツの敗訴者負担原則と日本の裁判実務—』七頁以下〔法律文化社、二〇〇六年〕)。しかし、ZPO九一条aの参照を指示したのは、ドイツの注釈書の記述を誤解したからではないかと思う。一方的訴訟終了宣言は条文に規定されていないために、ドイツの注釈書は一方的訴訟終了宣言の説明は双方向的訴訟終了宣言について規定しているZPO九一条aの箇所で行うこと

になっている。そこで注釈書の著者は、一方的訴訟終了宣言のある問題に関する説明を読者に参照してもらいたい場合は、その表記は ZPO 九一条 a とその箇所の項目番号で示すことになっている。このような事情を理解していないことが、半田教授が ZPO 九一条 a の参照を指示した原因ではないかと思う(拙稿・⑳「読み方」八三頁以下)。

同様な例は、木村弘之亮教授のドイツ行政裁判所法の双方的訴訟終了宣言についての解説(本誌七四卷五号五三頁)においても見ることがができる。ドイツ行政裁判所法一六一条は ZPO 九一条 a を引き継いだものであるが(拙稿・①「生成」一五二頁以下)、条文の文言は ZPO 九一条 a とは異なる。すなわち、ドイツ行政裁判所法一六一条は「訴訟が終了した場合」であり、ZPO 九一条 a のように「両当事者が訴訟の終了を宣言した場合」ではない。これは民事訴訟と行政訴訟の違いによるものと推測するが、ドイツ行政裁判所法一六一条の文言だけでは双方的訴訟終了宣言の要件を読み取ることは困難である。そのためドイツ行政裁判所法の注釈書は、訴訟終了宣言の要件に関してドイツ行政裁判所法の条文の参照ではなく、ドイツ行政裁判所法一六一条の注釈の記述の参照を指示している(拙稿・⑭「行訴法」五〇頁)。これを木村教授はドイツ行政裁判所法一六一条の参照と誤解したようである。

このような観点から木村弘之亮教授の論稿の記述(本誌七四卷五号五三頁)に対して、疑問を述べたことがある(拙稿・⑭「行訴法」五〇頁)。なお木村教授の論稿とは「二〇〇一年行政事件訴訟法の草案と概説(一)(二・完)」本誌七四卷一頁以下、二号二九頁以下(二〇〇一年)と、その内容を明らかにするための「二〇〇一年行政事件訴訟法草案の提案理由(一)(二・完)」本誌七四卷四号二七頁以下、五号四三頁以下(二〇〇一年)のことである。

(53) 訴訟終了宣言は文字通り訴訟の終了を前提にするが、訴訟の終了は訴訟が存在していることを当然の前提にする。訴訟とは法的には一般に訴訟係属の発生によって生じると考えられているから、訴訟係属前の訴訟終了宣言は認められないというのが模範解答である。しかし、訴訟の成立に関係なく、一度開始された手続の費用は誰かが負担しなければならぬから、その手続が終了することについて被告に責任がある場合は、被告に費用負担を負わせるべきである。そうなると、訴訟終了宣言は訴訟係属後に訴訟終了事由が発生した場合の訴訟の終了を念頭に置いたものであっても、手続終了に伴う費用を被告に負担させるために発展してきた制度であるから、訴訟係属前でも訴訟終了宣言が許されるべきであるということになる。なおこの問題については、一九八八年当時のドイツの状況を詳論したことがある(拙稿・⑥「訴訟係属」三六頁以下)。

(54) 訴状の提出から訴状の送達までの訴訟係属発生前に訴訟終了事由が発生した場合、訴えを誘発した原因が被告にあったとしても、原告が訴えを取り下げた場合は訴訟費用は原告が負担することになっているが、被告が原告の提訴に対して直ちに履行した場合を考えると、このような場合にまで原告が訴訟費用を負担することは不当である。このような場合は、原告に無用な訴訟を提起させたのは被告であるから、訴訟費用は被告が負担すべきである。そこでこのような場合に対応するために、一九七七年の民事訴訟法委員会報告書に立法案が提案されていた(拙稿・⑥〔訴訟係属〕二二頁以下)。それは次のようなものであった。訴えが取り下げられた場合、原告が訴訟費用を負担するという規定(当時のZPO二七一条二項、現在のZPO二六九条三項二段に相当)の後に、「被告が自己の行為によって訴状の提出の原因を与えたならば、訴訟係属前にその原因が除去され、それに基づく訴えが即時に取り下げられた場合、被告は訴訟費用を負担しなければならない。裁判所はこれについて申立てに基づき決定で裁判する。三項四段及び五段を準用する。」(私訳)という規定を挿入するというものである。

二〇〇一年の民事訴訟法の改正法はこれに依って、訴えの取下げの場合は原則として訴訟費用は原告が負担すると規定の後に、ZPO二六九条三項三段として、一定の要件のもとに裁判所が裁量によって訴訟費用の負担義務について決める旨の規定を新たに創設した(改正法の施行は二〇〇二年一月一日)。これは前記の立法案をそのまま受け入れたものではなく、それをいわば修正したようなものである。この法改正によって、訴訟係属発生前に訴訟終了事由が発生した場合は、訴訟終了宣言ではなく訴えの取下げによって問題が処理されることになった。なおZPO二六九条三項三段は裁判所の裁量によって訴訟費用の負担者を決めるといふ文言ではあるが、実質は前記立法案と同様に、訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合は、訴訟費用は原則として被告が負担するということであろう。この規定の立法理由と学界の反応については、詳論したことがある(拙稿・⑮〔法改正〇二〕一九頁以下)。

ところでこの規定は二〇〇四年に改正されて、現在は本稿(一)の1の3に掲載した規定である。二〇〇四年の改正の内容とその意味については、詳論したことがある(拙稿・⑰〔法改正〇四〕一八頁以下)。

(55) 拙稿・④〔一当事者〕三三頁。なおここにおいて訴えの変更説では否定説になると述べた文献として、Thomas/Putzo, ZPO, 11. Aufl., 1981, S. 207 及 Putzo, NJW 1965, S. 1018ff. を挙げた。

(56) Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), §130 Rn 29. 及び著者ロットヴァルトがこのような主張をしているので

はない。彼はあくまでも訴えの変更説の帰結を述べているだけである。彼は次に述べるように訴えの変更説を支持しないが、一方的訴訟終了宣言と上告審の問題に関しては訴えの変更説と同様に消極的である。すなわち、彼は訴訟終了の事実に関して争いがないことが必要であるとし、その理由として、訴訟終了の事実の争いは上告審で審理することのできる手続進行のための適法性に関するものではないことを挙げる。

このように考えるのは、彼は一方的訴訟終了宣言の法的性質論において中間紛争説を支持するからである(三三C)。彼は訴訟終了の事実の争いは中間紛争であり、中間紛争は上告審では審理できないと考える(§130 Rn 36)。そのうえで上訴審の訴訟終了宣言の問題と上訴の終了とは区別すべきであると指摘する。後者も適法であり、後者は特に被告側で生じると述べている(§130 Rn 45)。具体例として次のような場合を挙げている。被告が上訴審において上訴によって求めた目的が達成できないために訴訟費用を負担しないで訴訟を終了させたいが、即時認諾(ZPO九三条)を利用することができない場合である。

(57) ゲッピンガーは、一方的訴訟終了宣言の法的性質論において、「訴訟上の形成行為説」(二三E)を主張することから、彼はこの問題では肯定説を展開する(Göppinger(B), S. 77ff.)。

(58) 拙稿・④〔「当事者」三三頁以下。なお旧稿が少数説であるシュヴァープの見解を取り上げたのは、旧稿はRosenberg/Schwab/Gotwald(D)の旧版である三三版(一九八一年)の彼の訴訟終了宣言に関する記述を利用したからである。すなわち、旧稿は論述の手法として、ドイツの問題状況を簡潔に報告するために、論文の冒頭にこの大部な体系書における一方的訴訟終了宣言に関する記述を翻訳し、それを先ず掲載した。そしてその内容を説明しながら、自説をまとめるという方法を取った。この本の著者シュヴァープは、自身の学説を当然に取り上げ正当性を主張しているので、旧稿もそれに応じて彼の説について紹介し、訴えの変更説の観点から彼の見解を批判した。

なおこの大部な体系書は、九版(一九六一年)までがローゼンベルクが単独で執筆したものである。一九六三年に彼が亡くなったために、一〇版(一九六九年)から一四版(一九八六年)まではシュヴァープが執筆し、一五版(一九九三年)以降はゴットヴァルトが執筆している。

(59) 引用句はMusielak/Wolst(C), §91a Rn 49. もっとも、ここにおいて執筆者ヴォルストは、被告の一方的訴訟終了宣言は棄却の申立てと評価することができる」と述べている。

- (60) Shen(B), S. 82ff. なおこの論文の著者の氏名が通常のドイツ人の姓名と異なっているのは、著者は台湾(中華民国)からの留学生であるからである。すなわち、氏名の漢字の音読をローマ字で表記したからではないかと推測する。本に書かれている著者の経歴によれば、次のようなものである。彼女は一九九一年に台湾大学で学士号を、一九九四年に修士号を取得し、台湾で弁護士として活動した。その後一九九五年にドイツ交換奉仕会(DAAD)の奨学金を得て、ハイデルベルク大学に留学した。そしてヘーゼマイヤー(Häsemeyer)教授の指導のもとに、一九九九年にこの博士論文を完成させた。
- (61) Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), §130 Rn 38. シュヴァープを引き継いでローゼンベルクの高名な体系書を執筆したゴットヴァルトではあるが、シュヴァープの肯定説は受け入れなかった。その根拠として、彼は訴訟物は原告が決定することを挙げる。それを理由に彼は、被告は訴訟が終了したか否かを確定させる権利を有しないと説いている。
- (62) 否定説が強調するところでもある。例えば、前注(55)のヴォルスト(Musielak/Wolst(C), §91a Rn 49)や、前注(61)のゴットヴァルト(Rosenberg/Schwab/Gottwald(D), §130 Rn 38)が述べている。同様な主張は、訴えの変更説から否定説を主張したボルク(Stein/Bork(C), §91a Rn 59)にも見られる。
- (63) Baumbach/Hartmann(C), §91a Rn 189ff. なおこの中で、ハルトマンは被告の一方的訴訟終了宣言に関して、「被告が一方的訴訟終了宣言を行ったにもかかわらず、原告が従来の本案の申立てをそのまま維持することは実務では珍しいことではない」旨を述べている(Rn 189)。
- (64) 拙稿・④「二当事者」三二頁以下。旧稿は先ず、シュヴァープが法的性質論から一方的訴訟終了宣言の予備的申立ては不適法であると説いていることを紹介した(Rosenberg/Schwab, Zivilprosessrecht, 13. Aufl., 1981 S. 790)。次に紹介したのは、法的性質論では訴えの変更説を説くリュケの見解である(Liike(A), S. 333. 石川訳・諸問題七八頁以下)。リュケは一方的訴訟終了宣言が終了の事実が確認されないと認められない場合は、当初の訴えを予備的に維持したとしても当初の訴えを認容して被告を敗訴にすべきでないと主張した。この点において、法的性質論で同じく訴えの変更説を説くハーブシャイトと見解を異にする(Habscheid(A), JZ 1963, S. 351)。そこで旧稿は、両者は対立すると理解したうえで(後注(65)参照)、ハーブシャイトの見解は原告を優遇することになるので賛成できな

いとして、リュケ説を支持した(同三二頁)。

(65) 拙稿・④〔「当事者」三二頁以下。なお厳密にいうならば、リュケの論文は一方的訴訟終了宣言の予備的主張の適否を直接論じているものではない(前注(64)参照)。リュケが問題にしたのは、当初の訴えが適法で理由を具備していたが、終了事由の発生について原告が証明できなかった場合や、法律状態の見解の違いで一方的訴訟終了宣言を裁判所が認めなかった場合の従来からの訴えの取り扱いである。彼はこの問題について、当初の訴えを予備的に維持したとしても、当初の訴えは認容すべきでない」と主張した。旧稿は、彼がこの問題において従来からの訴えを否定したことに着目して、彼の見解は一方的訴訟終了宣言の予備的申立ての問題については不適法説であると理解した(同三三頁)。

(66) 拙稿・④〔「当事者」三一頁。なおこの問題について、ローゼンベルク・リュヴァープの体系書(前注(58)参照)におけるリュヴァープの見解(前注(64)参照)は翻訳したことがある(同三三頁)。

(67) El-Gayar(B), S. 232f. なおフォルコンマーは、訴えの変更説の帰結として、時には一方的訴訟終了宣言の予備的申立ては可能であると考えられると述べている(Zoller/Volkmer(C), §91a Rn 35)。そのうえで、彼はこの記述の後で不適法説を説いている。そこで彼(すなわち、この注釈書)の立場は適法説なのか、不適法説なのか問題になる。文献によって彼の立場を適法説として分類するものもあれば、不適法説であるとしているものがあるからである。しかし、彼は一方的訴訟終了宣言の予備的申立てについて、「時として可能である」と述べていることからすると、適法説ではなく不適法説ではないかと思う。

(68) 旧稿においては、一方的訴訟終了宣言と従来からの訴えの併合関係に関する当時のドイツの学説の状況について、前者を主に後者を従にしても、反対に後者を主に前者を従にしても、いずれの場合でも裁判所や相手方に余計な負担をかけるものではないから、一般に認められていると述べた(拙稿・④〔「当事者」三一頁)。

(69) エル・ガヤールは、当初の訴えを予備的に維持することを適法とするのは法的性質論とは関係がなく、全く支配的(ganz überlegend)な見解であると述べている(El-Gayar(B), S. 232 Fn 1609)。

なおリュケ(前注(64)参照)は、一方的訴訟終了宣言と従来からの訴えの併合関係について、前者を主に後者を従にした場合は不適法であるが、反対に後者を主に前者を従にした場合は適法であるとの立場である(拙稿・④〔「当事者」三一頁以下)。なお現在の学説の多数説はこの立場とは正反対である。

- (70) 次の文献が、一方的訴訟終了宣言と当初の訴えとの関係が問題になるような具体的な事例を挙げている。Zöller/Vollkommer(C), §91a Rn 35; Oberheim(E), §29 Rn 42-43.
- (71) このような手続の展開については、Oberheim(E), §29 Rn 43 の記述による。
- (72) 典型的な例として相殺の場合を挙げるのは、エル・ガヤールである (ElGayar(B), S. 232)。フォルコンマーは具体的な事例として相殺の事例のほかに、不作為を求める訴えにおいて被告の違反行為の繰り返しのおそれなくした場合を挙げる (Zöller/Vollkommer(C), §91a Rn 35)。
- (73) Oberheim(E), §29 Rn 43 の記述を参考にした。なおハルトマンやヒューステゲはこの立場であるが、その理由は述べていない (Baumbach/Hartmann(C), §91a Rn 76; Thomas/Hüfstege(C), §91a Rn 32)。
- (74) ElGayar(B), S. 233; Zöller/Vollkommer(C), §91a Rn 35. なおエル・ガヤールは自説の根拠として、本文で述べた不適法説の理由の第二、第三、第四を挙げ、フォルコンマーは第一と第二を挙げている。
- (75) 拙稿・④(「一当事者」)三二頁。なお予備的に一方的訴訟終了宣言をすることが許されるか否かの議論は、単に訴訟終了宣言の問題にとどまらず、一般的に条件付き訴えの問題を考える場合に参考になるように思う。すなわち、この問題の議論の経緯を見ると、次のようにまとめることができるからである。適法説は原告の便宜を強調し、不適法説は訴えに条件を付すことの問題点を指摘したが、その対立の解消点(いわゆる軟着陸する地点、あるいは落とし所)は、原告の便宜は他の制度でカバーできるところに着目したことであった。すなわち適法説でなければならぬという必要性はないという認識であった。これによって不適法説は多数の支持を得たが、そこから見えてくることは、条件付き訴えにおいて単に原告の利益や便宜の強調だけでは危ういということと、他の制度でカバーする方が問題が少ないということである。
- ところで我が国において条件付き訴えの許否の問題というと、訴えの主観的予備的併合の許否の問題が古典的な争点であり有名である。具体的には、複数の被告に対して順位を付して同時に訴えを提起することが許されるかという問題である。例えば、土地工作物の瑕疵による損害賠償を請求する場合に、先ず土地の占有者を、次に所有者を訴えることである(民法七一七条参照)。あるいは代理人と契約したが、無権代理の疑いが否定できないので本人と代理人を共同して訴え、先ず契約を締結した相手方を訴え、もしそれが無権代理を理由に認められない場合に備えて、相

手側の代理人の責任も同時に予備的に訴えることである(民法一一七条参照)。いずれの事例でも、原告は二人を別々に訴えるよりも、二人に対する訴えを予備的に併合した方がいずれか一方で勝訴することが期待できる。しかしながら、予備的被告の地位が不安定で、予備的被告が訴訟上不利である点が問題である。なぜならば、予備的被告は主請求が認容された場合は請求棄却判決を得ることができないから、原告による再訴に対して既判力で対抗できないからである。また事件が上訴された場合に、この訴訟は通常共同訴訟であると解する以上は、上訴審で事件について統一的な判断がなされる保障がない点も問題である。要するに訴えの主観的予備的併合の訴えの問題とは、原告の両被告に対する敗訴の危険性を回避するためにそのような形態の訴えを認めるべきか、それとも予備的被告の地位の不安定さを考慮して認めるべきではないかということである。

このような問題を解消させるために、訴えの主観的予備的併合の許否に関して今日までに多様な見解が主張されている。すなわち、この制度によって訴えの主観的予備的併合の訴えが対応する事例は処理できると考えるならば、訴えの主観的予備的併合という形態を認める必要はなくなるからである。このような議論の経緯は、予備的な一方的訴訟終了宣言に関する議論の経緯と類似している。すなわち、両者とも、原告の便宜を考えて認めるべきか否かという点と、原告の便宜を考慮するにしても他の制度でカバーできるか否かということが主要争点であるからである。かなり強引な論法とは思いますが、予備的な一方的訴訟終了宣言の問題に関するドイツの議論を本注の冒頭で述べたように一般化して参考にすれば、訴えの主観的予備的併合は許されないとすることになる。この訴えを認めなくても、「同時審判の申出のある共同訴訟」(民法四一条)制度で十分カバーできると考えることができるからである。

(76) Knöringer(E), §11 III 1 の冒頭に挙げてある例を参考にした。あくまでも参考であり、この事案を翻訳したものはない。日本での訴訟終了宣言を意識して事案を簡略にし、人物の表記、金額等も日本の事案の説明での一般的な表記に従い修正した。

(77) Knöringer(E), §11 III 1(III) の最後に挙げてある終局判決の本文の例を参考にして、日本の場合の判決本文を考えてみた。なお双方の訴訟終了宣言によって訴訟が終了した場合、そのことはドイツでは判決本文に記載しない。訴訟は当事者の訴訟行為によって終了したからであり、裁判所の判決によって終了したものではないからである。理

論的には日本でも同様に考えるべきである。しかし、日本では訴訟終了宣言の制度が十分に理解されていないことを考えると、当分の間、確認的な意味で本文に記載することとが考えられる。両者の中間をとって、判決理由に記載すべきであるという意見を、拙稿・⑱「双方的」五七頁以下で論じたことがある。

ところで右のクニリンガーの解説は判決本文の第二項として、被告に訴訟費用の負担を命じている。その根拠として彼は、訴訟費用敗訴者負担を定めたZPO九一条(民法六一条に相当)と、双方的訴訟終了宣言を規定したZPO九一条aを挙げている。これはZPO九一条が残額訴訟の訴訟費用負担の根拠となる条文であり、ZPO九一条aが双方的訴訟終了宣言のそれとであろう。なお注目すべきことは、この事実で被告に訴訟費用の全部を負担させるということである。これはZPO九一条aを適用して裁判所の裁量によって訴訟費用を決めるにしも、事案のような場合は全面的に被告が訴訟費用を負担するということを意味する。

またこの判決は第三項で仮執行宣言をしているが、解説はその根拠としてZPO七〇一条前段と後段を挙げている。これは日本民法法二五九条一項に相当する規定である。

(78) Knöringer(E), §11 III 2 の冒頭に挙げてある事例を参考にした。なお一部の訴訟の終了と一方的訴訟終了宣言の手続的な問題については、Knöringer(E), §11 III 2 が詳しく説明している。以下の本文での手続についての記述はこの説明を参考にしてまとめたものである。

(79) ハルトマンは一部の終了の効果は完全な訴訟終了の場合と同じであると述べ、それゆえに原告が一方的訴訟終了宣言をした場合と被告がした場合とで区別して考察しなければならないと主張する (Baumbach/Hartmann(C), §91a Rn 204)。被告の一方的訴訟終了宣言の場合は、原告の一方的訴訟終了宣言を促すための先行的な双方的訴訟終了宣言(3E)と解するからである。これに対してフォルコンマーは、一部の終了であっても全部の訴訟費用について、訴訟費用敗訴者負担を定めたZPO九一条(民法六一条に相当)によって裁判しなければならぬと述べている (Zöller/Vollkommer(C), §91a Rn 57)。訴訟費用の裁判は上訴との関係で、一部を分離独立させることはできないことを理由にする。

(80) Knöringer(E), §11 III 2 Anmerkungen(D)。この解説は訴えの変更説に基づく学説として Stein/Bork(C), §91a Rn 56を挙げて、それに反対する学説として Musielak/Wolst(C), §91a Rn 55を挙げている。

(81) Knöringer(E), §11 III 2(III) の最後に挙げてある終局判決の主文の例を参考にして、日本の場合の判決主文を考えてみた。なおこの解説は判決主文の第一項については、Thomas/Hülstege(C), §91a Rn 45 を指示し、第二項の参照条文として訴訟費用敗訴者負担を定めた ZPO 九一条(民訴法六一一条に相当)を挙げる。第三項は仮執行を宣言しているが、解説はその根拠として ZPO 七〇一条前段と後段を挙げている。これは日本民訴法二五九条一項に相当する規定である。