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(四・完)
Sub Title	Die einseitige Erledigungserklärung in der deutschen Zivilprozessordnung (4.Ende)
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.10 (2008. 10) ,p.1- 35
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20081028-0001

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（四・完）

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
……（以上八十一巻八号）
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
……（以上本号）

五　日本における一方的訴訟終了宣言

ドイツの一方的訴訟終了宣言に関する議論を概観したが、それは単に母法であるドイツ民事訴訟法の制度の現状を認識したり、比較法としての知識を得るためだけのものではない。究極の目的はドイツの議論を参考にして、解釈論として日本における一方的訴訟終了宣言の姿を具体的に明らかにすることである。もっとも訴訟終了宣言が一般的に認められていない日本においては、先ず訴訟終了宣言の制度の当否が検討されるべきであり、それを抜きにして日本における一方的訴訟終了宣言を具体的に詳しく論じることは意味がないかもしれない。しかし、日本の訴訟終了宣言論の現状は、訴訟終了宣言について必要か否かを一般的に議論する段階ではなく、必要性を認めたうえで、より具体的に議論を展開すべき段階にあると思う。(82)

もっともこのような日本の訴訟終了宣言の議論の現状認識に対しては、「未だ具体的に議論すべき段階に至っていない」という反対意見が予想される。しかし、反対意見に与したとしても、日本の訴訟終了宣言について一般論ではなく、具体的に議論することには反対しないものと思われる。具体的な場面での問題について、その解答を検討することなく一般的に法制度の当否を論じることは意味がないからである。そこでここでは日本に一方的訴訟終了宣言を導入することを抽象的に主張するのではなく、解釈論として可能である日本の訴訟終了宣言の概要（デザイン）を具体的に明らかにしようと思う。今後の日本における訴訟終了宣言の制度の導入のための問

題提起であり、検討課題の提示でもある。

以下では次のような順序で、日本における一方的訴訟終了宣言の姿をより具体的に考察する。この場合、立法論ではなく解釈論として日本における一方的訴訟終了宣言を主張するので、一方的訴訟終了宣言の内容の考察に先立ち、先ず解釈論の根拠を明らかにする（1）。そのうえで日本の一方的訴訟終了宣言の具体的な内容を素描する（2）。そして最後に、日本の一方的訴訟終了宣言において理論的に克服すべき問題点を指摘し、それに対する解答を行う（3）。

これが本稿の日本の一方的訴訟終了宣言論の概要であるが、これは四で述べたようなドイツの一方的訴訟終了宣言のような各論というものではない。具体的に一方的訴訟終了宣言を提示するといっても、あくまでも日本に訴訟終了宣言の制度を導入することを目的に、導入した場合の具体的な姿を素描するものである。ところで本稿の三・四において概観したドイツの状況が示していることは、もし日本で訴訟終了宣言の制度を導入した場合、それに伴い様々な問題が発生するということである。このことは当然に予想しなければならないが、それに対する対策は本稿で紹介したドイツの学説の見解が参考になると思う。したがって一方的訴訟終了宣言の導入に伴い問題が発生することは否定しないが、それへの対応についてはドイツの議論が参考になるという理由で、楽観している。むしろ重要なことは、問題が発生することを恐れて一方的訴訟終了宣言の導入に消極的にならないことである。三・四でのドイツの議論をどのように日本の訴訟終了宣言論に活用するかについては、今後の課題としたい。

1　解釈論の根拠

日本の民事訴訟法はドイツ民事訴訟法に依拠し、多くの制度を継受したとはいえ、両者は内容的に全く同じで

はない。したがって、ドイツ民事訴訟法の制度であるからといって、それについてのドイツの議論が常に直ちに日本民事訴訟法に有効であるとは限らない。訴訟終了宣言の場合は、ドイツと日本とでは立法状況と立法を取り巻く環境が違う。例えば、ドイツでは訴訟終了宣言に関して立法はあるが、日本には立法がない。また訴訟終了宣言の主たる狙いは訴訟費用の合理的な負担であるが、日本ではドイツのような弁護士費用は敗訴者が負担するという原則を採用していない。[83] このことは、ドイツの訴訟終了宣言をめぐる議論が直ちに日本では通用しないことを物語っている。したがってドイツの訴訟終了宣言を日本で通用させるためには、何よりも先ず解釈論として訴訟終了宣言が日本で可能であることを論証する必要がある。すなわち、解釈論としての訴訟終了宣言論を阻む障害を取り除くとともに、この制度を必要とする理由を積極的に明らかにすることである。これこそが解釈論の基礎を示すことに他ならない。これによって日本において訴訟終了宣言の必要性を主張することができる。したがって、ここでの解釈論の根拠とは、ドイツの訴訟終了宣言を日本のそれに適切に転換させるための、いわば変換機のようなものである。

ところで日本の民事訴訟において訴訟中に訴訟を終了させる事由が発生した場合、当該訴訟の終了は裁判所が終局判決で処理するか、あるいは原告が訴えの取下げによって行うことになっている。この場合に原告は、「終了事由が発生したとしても、それは自己の主張が間違っていたことではないし、自己の主張は依然として正当である」と主張すると思う。そうであるとすれば、原告は訴えの却下判決や請求棄却判決を受容することはないであろう。つまり、この場合に原告の取る方法は訴えの取下げである。[84] そこで日本法において一方的訴訟終了宣言を解釈論として主張する場合は、訴訟終了宣言について日本に規定がないことに加えて、訴えの取下げとの関係をどのように考えるかが重要な問題である。さらに注目すべきことは、訴訟費用の負担に関する日本法の規定が裁判所の裁量的な判断を可能にして、個別具体的な事例に弾力的に運営できるようになっている点である。これ

が訴訟終了宣言の不要論の根拠になっているからである。[85] したがって日本で一方的訴訟終了宣言を説く場合は、これらの問題について、先ず解答することが必要になる。

A　法の一般原則からの演繹

日本法には訴訟終了宣言に関する規定が存在しない。それにもかかわらず、ドイツ法に倣い訴訟終了宣言の制度を解釈論として日本において展開させることは可能なのであろうか。答えはイエスである。つまり、条文のないことは訴訟終了宣言論を否定する根拠にはならない。[86] 第一に、訴訟物論に代表されるように、理論の基礎を民事訴訟法の規定に置いていない場合が少なくないからである。そもそも学説で議論されている多くの問題は、法にその解決方法が直接規定されていない。規定がない以上、法の原点に立ち戻って公平で妥当な解決策を探究するしか方法がない。その解決策は解釈論であって立法論ではない。訴訟終了宣言は正にこのような問題であり、日本においてドイツの訴訟終了宣言の制度による紛争処理を主張することは、日本法には規定が存在しないとはいえ、現行制度をよりよく維持するための解釈論である。

第二に、ドイツでは訴訟終了宣言は条文がない時代でも、解釈論として議論されてきたからである。[87] すなわち、一九五〇年に双方的訴訟終了宣言を規定するＺＰＯ九一条ａが民事訴訟法に導入されたが、これによってドイツで初めて訴訟終了宣言が議論されたのではない。そもそもこの条文は新たに創設された規定というよりも、従来の議論を集約した規定である。しかも、本稿のテーマである一方的訴訟終了宣言については、未だにドイツでは規定が用意されていない。このようなドイツの状況から、訴訟終了宣言の問題は具体的な条文の有無に関係のない問題であることは明らかである。したがって日本に訴訟終了宣言に関する条文がないからといって、日本における訴訟終了宣言の問題は解釈論として成立しないということにはならない。

B　訴えの取下げとの共存

日本では訴えの取下げで対応できるから、日本の訴訟終了宣言は「屋下に屋を架す」ではないかという批判がある。しかし、訴えの取下げによって訴訟終了宣言の問題が完全に処理できるわけではない。訴えが取り下げられた場合、訴訟費用の裁判は裁判所の裁量によって行うことになっているが（民訴法七三条）、裁判に必要な裁判資料を得るための具体的な手続規定は存在しないし、当事者の意見を聴く機会も設定されていないからである。おそらくこれは、このような問題は一切無視して裁判所にすべてを一任したということかもしれない。しかし、当事者の手続保障が重視される昨今の民事訴訟法理論からすると、当事者間に紛争が生じている場合にはそのような見解は是認できるものではないし、一任するだけの根拠が不十分である。

ところで訴訟終了宣言は訴訟の終了に際して当事者が手続に参加することを保障するものであるから、訴訟終了宣言を取り込むことは前述のような訴えの取下げの有する問題点や不十分さを補完することになる。そこで訴訟終了宣言は訴えの取下げの存在を理由に排斥するのではなく、訴えの取下げと共存させるべきである。さらに訴訟終了宣言を訴えの取下げと共存させる理由として、次のようなことを付言することができる。

第一に、日本の立法過程を考察すると、訴訟終了宣言のようなことは全く議論されていないからである。[88] 正に法の欠缺であり、日本の立法者はこの問題を解釈に委ねたと解することができる。そうであるならば、法の解釈によってこの欠缺の部分を埋めるのは当然である。したがって、訴えの取下げ以外の他の解決策を立法者の意思に反するとして非難することはできない。特に一方的訴訟終了宣言が扱う問題は、訴えの取下げでは処理できない事項である。[89]

第二に、ドイツでは訴えの取下げと訴訟終了宣言は共存しているからである。そもそもドイツでは、訴えの取下げでは対応できないとして訴訟終了宣言の制度が創設されたのであり、両者は機能と役割を分担している。こ

のことは日本において訴えの取下げだけで対応することは、訴えの取下げに過重な負担を課すことを暗示している。

C　日本とドイツの訴訟費用の規定の異同

日本法の訴訟費用の裁判に関する規定は、裁判所の裁量によって裁判ができるように、判断基準となる条文が抽象的になっている。つまり日本法では個別具体的な事件に適切な対応ができるが、ドイツでは硬直的な規定のためにそのようなことはできない。例えば、日本法では訴えの取下げの場合に被告に訴訟費用を負担させることは可能であるが、ドイツ法では訴えの取下げの場合は原告が訴訟費用を負担するように規定されている。そこで、そのような硬直的なドイツ法の規定であるからこそ訴訟終了宣言はドイツで発展した制度であり、日本ではそうでないから訴訟終了宣言の制度は不要であるとの見解がある。[90] つまり、日本法はドイツ法とは異なった条文構成になっている点において、日本法とドイツ法との間には断絶があり、ドイツ法の訴訟終了宣言を導入する素地は日本法にはないとの意見である。

条文に根拠を有するこの意見は説得力はあるが、正しくない。確かに日本法は訴訟費用の負担に関してドイツ法と条文構成や条文の文言で違いがある。しかし、それは日本法がドイツ法と決別し、ドイツ法とは別の原理に立脚して、ドイツ法とは異なった文言にしたわけではない。日本法とドイツ法との違いは、単に表現の違いだけである。日本の立法者はドイツ法が個別具体的に規定した真意を探究することなく、個別的な規定を一般的に抽象化してもその内容は変わらないと考えて、条文を整序し抽象的な規定に集約したにすぎない。その意味でドイツ法と日本法とは規定の表現に違いがあるにしても、規定している規範の内容は同じであり、異なっているわけでない。[91]

もっとも、そのような立法の経緯は関係ないとの反論もあろう。日本の規定の文言が抽象的である以上、訴訟費用の裁判において裁判所は裁量によって個別具体的に適切に判断できるから、それで十分であるという見解である。しかし、個別具体的な状況に対応して裁量によって裁判するということは、訴訟費用の負担を決める原則が結果責任主義であることと矛盾する。訴訟費用の負担を決める原則は敗訴という結果責任であり（民訴法六一条）、訴訟費用の負担は個別具体的な状況によって決めるものではない。[92] 原則に反するような解釈は理論的には許されないし、そもそも個別具体的な状況をどのような手続で裁判所は把握するのかが問題である。[93] そのような手続を有していないということは、個別具体的な判断を予定していないと考えるべきであろう。

D　母法ドイツ法からの継受

日本民事訴訟法はドイツ民事訴訟法を継受したが、そのような関係であれば、ドイツ民事訴訟法の訴訟終了宣言は日本民事訴訟法においてそのまま通用する素地がある。我が国の民事訴訟法の問題でドイツの学説や判例が引用されることは決して珍しいことではないが、それは理論的な議論であれば、ドイツの学説がそのまま日本で通用する素地があるからである。訴訟終了宣言の問題も同様であり、母法ドイツ法の議論であるから、それを参考に問題解決のための案を主張したとしても、制度の根幹と相反するものでない限り、解釈論である。[94]

ところでドイツでは二〇〇二年の民事訴訟法の大改正に際して、訴えの取下げの規定（ＺＰＯ二六九条三項三段）において、双方的訴訟終了宣言を規定したＺＰＯ九一条ａと同様な規定を設けた。[95] すなわち、訴えの取下げの場合に訴訟費用の裁判は裁判所の裁量によって行うというものである。これは一見すると日本法のような規定である。あたかもドイツ法が日本法に接近したようであり、日本法の立場の妥当性をドイツ法が肯定したように見える。

しかし、そのように考えるのは誤りである。[96] この規定と日本法との異なる点に注意しなければならない。この規定が適用されるのは訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合である。ところが訴訟終了宣言が問題にしているのは、訴訟係属後に訴訟終了事由が発生した場合である。つまり、新設されたＺＰＯ二六九条三項三段は、訴訟係属発生前の手続の終了という特殊な事例を処理する規定であって、訴訟中に訴訟終了事由が発生した場合でないことに注意する必要がある。そのように区別した理由は、訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合には訴訟になる前であるから、簡単な手続で迅速に処理することを考えたからである。その意味でこの規定は特殊な場合のための限定的なものであり、訴訟係属後に終了事由が発生した場合にまで拡張されてはならない。ところが日本法にはこのような配慮は全く見られない。訴えの取下げの場合の訴訟費用の裁判については、訴訟係属の前後に関係なく裁判所の裁量に委ねている。これが正に日本法の問題点であり、ドイツ法のこの規定は日本法との親近性を示すものではなく、反対に日本法の問題点を明らかにしたと解すべきである。

2　日本の制度の概要

日本の訴訟終了宣言の内容や手続は、ドイツの場合と同じように考えるべきである。日本民事訴訟法の母法であるドイツ民事訴訟法の制度をそのまま日本に移入するならば、拒絶反応は少なく、無理なく既存の制度と調和するからである。その意味で一番効率的である。さらに今後の日本の訴訟終了宣言の運営を考える場合、ドイツにおいて長い間の試行錯誤によって蓄積・形成された制度運営の様々なノウハウがそのまま利用できるという点でも効率的である。日本の訴訟終了宣言の手続は、具体的には次のようなものと考える。そしてこれが現時点での、日本における一方的訴訟終了宣言の私見の内容でもある。[97]

訴訟の終了事由が発生したために、原告において訴訟を続行する意味や必要がなくなった場合、原告は訴訟が

終了する原因は被告にあり、従前の訴訟費用は自己が負担すべきでないと考えるならば、原告は訴えの取下げではなく訴訟終了宣言を行う。これに対して、被告は原告の訴訟終了宣言をそのまま認める場合もあろう。この場合は双方的訴訟終了宣言である。しかし、原告の訴訟終了宣言を認めないにしても、これ以上訴訟は続行したくないし、訴訟費用に関しても争いたくないと考えるならば、被告は原告の訴訟終了宣言に異議を述べないであろう。この場合も双方的訴訟終了宣言である。(98)

これに対して、原告の訴訟終了宣言について被告が争う場合が一方的訴訟終了宣言である。被告は訴訟の終了の原因を招来したのは原告であり、訴訟費用は原告が負担すべきであるとか、あるいは原告の訴訟終了宣言は偽装であり、敗訴を回避するためのものであるとか考えるかもしれない。この場合は、被告は原告の訴訟終了宣言に対して積極的に争うであろう。仮に積極的に争わないにしても、被告は原告の訴訟終了宣言に対して単に異議を述べるだけのこともあろう。このような場合も一方的訴訟終了宣言である。

このように先ず原告の訴訟終了宣言に対する被告の異議の有無によって、訴訟終了宣言を双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言に区別する。双方的訴訟終了宣言の場合は訴訟終了宣言は両当事者による訴訟の終了を招来する行為と理解して、裁判所は単に訴訟費用の裁判だけを行う。なお双方的訴訟終了宣言にも再訴禁止効が働く。それは紛争解決機能を充実させるものであり、当事者の処分権主義に根拠を有する。(99)

一方的訴訟終了宣言の場合は、裁判所が原告の訴訟終了宣言の主張が正しいか、それとも原告の主張に賛成しない被告の主張が正しいかを裁判し、それによって訴訟手続を終了させる。原告の訴訟終了宣言の具体的な内容は、ドイツの判例・通説である訴えの変更説に依拠して考える。そこで原告の訴訟終了宣言の申立ては、訴えの変更の申立てとして処理する。すなわち、訴訟中に原告が訴訟終了宣言を行った場合、原告が従前の訴訟物から新たな確認の訴えに訴えを変更するものと考える。原告が新たに求める訴えの内容は、「訴訟終了事由の発生時

点まで訴えは適法で理由を具備していた」ということの確認である。この新しい請求について、裁判所は主文においてその当否を判断する。すなわち、訴えが適法で原告の主張が正しければ、請求認容判決である。そうでなければ、請求棄却判決になる。

この主文の判断に連動させて訴訟費用の裁判を行う。このように判決主文の内容に連動させるという方法は、一方的訴訟終了宣言の場合だけの特別なものではなく、通常の裁判と同様である。すなわち、原告の主張が認められれば、訴訟費用は被告が原則として全額負担することになる。さらに原告の訴訟終了宣言が認容されたということは、当初の請求が訴訟終了事由の発生により消滅し基準時において存在しないことが確認されたことであるから、当初の請求は既判力の基準時である事実審の口頭弁論終結時に存在していないことが既判力で確定される。したがって事件は再燃することはない。原告の主張が認められない場合は、原告の請求は棄却されて、訴訟費用は原告の負担となる。そしてそれは当初の訴えは理由を具備していなかったことを意味するから、当初の請求に関しても、その不存在が既判力で確定される。したがって原告の新しい請求が認められてもそうでなくても、いずれにしても訴えの変更前の紛争が再燃することはない。(100)

3　克服すべき問題

ドイツの一方的訴訟終了宣言をドイツの判例・通説の訴えの変更説に依拠して、解釈論として日本民事訴訟法に導入すべきであると説き、その内容の概要を述べたが、そのようなことだけで直ちにドイツの一方的訴訟終了宣言が日本へ導入されるものではない。ドイツの訴えの変更説と日本法との整合性が検討されなければならないし、ドイツの訴えの変更説と日本法との調和が論証されなければならない。このことはドイツの一方的訴訟終了宣言を日本に導入する場合に越えなければならないハードルである。ハードルを越えるためには、克服すべき問

題に対して答えなければならない。そこでどのような克服すべき問題があるかということになるが、次のような課題にまとめることができる。

第一の課題は、ドイツの訴えの変更説のような訴えの変更が日本法で可能なのかということである。一方的訴訟終了宣言は訴えの変更説によれば、訴えの変更の申立てということになるが、そのような訴えの変更は日本法において適法なのかということである。なぜならば、訴えの変更説によれば、新請求は従前の適法で且つ理由を具備していた訴えが、（自らの行為とは関係のない）訴訟終了事由の発生により不適法または理由がなくなったということの確認の申立てであり、従前の請求をこのような請求に変更することは、一般の訴えの変更とはかなり異質なものであるからである。

第二の課題は、ドイツの訴えの変更説によって新たに提起される確認の訴えは、日本法において適法なのかということである。既述のように、新請求は従前の適法で且つ理由を具備していた訴えが、（自らの行為とは関係のない）訴訟終了事由の発生により不適法または理由がなくなったということの確認の申立てである。これは正にいわゆる過去の法律関係の確認であり、確認の利益がないのではないかという疑問が生じるからである。過去の法律関係の確認の訴えは、今日ではいわゆる「権利保護の資格」の問題ではないと解されているから、一律に確認の利益が否定されることはないが、「権利保護の利益（必要）」の問題であることは確かなことである。それゆえに、この訴えに確認の利益が存在するということを明らかにしなければならない。

第三の課題は、被告の利益が一方的訴訟終了宣言において保護されるのかということである。訴訟終了宣言は原告が訴訟費用において生じる不利益を回避するために考えられた制度である。とすれば一方的訴訟終了宣言を認めることは既存の制度による原告の待遇に比べて原告を優遇することであり、それは結果的に被告の既得権益を害することになりはしないかという疑問が生じる。あるいは場合によっては原告と被告の利益バランスを乱す

ことになりかねないようにも思える。このような疑問は当然解消されなければならない。すなわち、この制度によって被告が不利に扱われたり、被告の利益が侵害されたりすることのないことが明らかにされなければならない。

これらの課題については、以下のＡＢＣで順次考えることにする。

Ａ　訴えの変更の適法性

ドイツでは訴えの変更の適法性については、その根拠条文とその解釈をめぐって議論があるが[101]、日本では訴えの変更について規定する民訴法一四三条の解釈の問題になる。すなわち、一四三条一項は訴えの変更が認められる要件として、本文は①「請求の基礎に変更がない限り＝請求の基礎の同一性」と②「口頭弁論の終結に至るまで」を、ただし書きは③「著しく訴訟手続を遅滞させないこと」を規定している。これらの要件の中で一方的訴訟終了宣言の場合に問題になるのは①である。②③は一方的訴訟終了宣言だけの特有の問題ではないからである。

そこで考えるべきことは、「従前の適法で且つ理由を具備していた訴えが、（自らの行為とは関係のない）訴訟終了事由の発生により不適法または理由がなくなった」との確認の申立てが、従前の請求における請求の基礎と同一であるか否かということである。この問題に解答する場合、理論的には先ず請求の基礎の概念を明らかにすることである。しかし、それは効率的な方法ではない。なぜならば、請求の基礎については学説は多様に展開していて、請求の基礎の内容を決めることは簡単ではないからである[102]。請求の基礎概念に固執しない理由は、単にそれだけではない。いかなる説を支持しようが、一方的訴訟終了宣言の場合は、請求の基礎は同一であるという結論になるからである[103]。つまり、請求の基礎の内容に関係なく請求の基礎は同一であるから、請求の基礎を論じる意味がないということである。

それではなぜ請求の基礎の同一性が肯定されるのかというと、一方的訴訟終了宣言の場合、新請求は旧請求がいわば変容したものであり、実質的に考察すれば両者は同一といえるほどの密接な関係にあるからである。したがって請求の基礎の同一性を判断するために諸説がそれぞれ判断基準として重要な視点を主張しているが、いかなる学説によっても請求の基礎の同一性は肯定されるからである。すなわち、経済的な利益という観点からも、訴訟資料という観点からも、請求の背後にある法律関係という観点からも、請求の基礎の同一性は肯定される。このことはドイツ法よりも一方的訴訟終了宣言の適法性の論証が簡単であることを意味するが、それは正に、訴えの変更の適法要件が請求の基礎概念によって緩和されたという訴えの変更の制度の沿革や目的に符合する。[104]

かくして問題は請求の基礎概念にあるのではない。問題は一方的訴訟終了宣言が訴えの変更であると解した場合に、新請求が異質な内容であるということである。新請求は「終了事由発生時点まで旧訴訟物に関する原告の主張の正当性の確認」であり、このような請求を訴訟の対象にすることは民事訴訟法が全く予想もしていなかったことである。正にこのような新請求の内容が、訴訟物として適当であるか否かが問題となる。この問題については消極的に判断する理由はない。確認の対象は原則として制約がないし、確認の訴えの適否を決めるのは確認の利益の有無であるからである。しかも、紛争解決のために訴訟物をそのように解するから、確認の利益も肯定される。そもそも、訴訟費用の負担者は訴訟の勝敗によって決めるという結果責任主義の原則を維持して当事者の手続保障を考慮すると、新請求のような内容を訴訟物とせざるをえない。

このようなことから、新請求は内容的に問題はないと考えるが、さらに直前の訴訟の訴訟資料を利用して審理の効率を考えると、手続としては訴えの変更が最適であり、最善の方策である。したがって、一方的訴訟終了宣言は訴えの変更であるとして訴えの変更に関する規定を適用させると考えても、あるいは通常の訴えの変更ではなく特別な訴えの変更であると考えて、単に訴えの変更の手続を借用すると考えても問題はない。いずれを取る

かは理論が決める問題であり、いずれの場合でも訴えの変更手続で処理することになるからである。[105]

B　過去の法律関係の確認

訴えの変更説の説く新請求、すなわち確認の請求に対しては、過去の法律関係の確認であり不適法ではないかという問題がある。しかし、過去の法律関係であるから直ちに不適法になるのではなく、個々の状況において実質的に確認の利益を考察するのが今日の一般的な見解である。[106] すなわち、権利保護の資格の問題ではなく、権利保護の利益の問題として位置づけるべきであると一般的に理解されている。このことから、過去の法律関係の確認ということが訴えの変更説にとって致命的な欠陥ではないことは明らかである。

問題は一方的訴訟終了宣言を訴えの変更説によって新請求の確認の訴えと考えた場合に、実質的な訴えの利益が存在するかということである。確かに訴訟費用の判断のために過去の法律関係の確認を訴訟物としているが、それは正に現在の紛争を適切に解決するためである。[107] しかもそれは訴訟費用の裁判のためだけの効果しか有していないということではない。訴えの変更説によれば、従前の請求の不存在について既判力が生じ再訴が防止される。換言すれば、現在の紛争をこのような形で処理する点にも意味がある。これに対して従前の請求は直接の訴訟物ではないから、当事者の手続保障が十分でないとの反論も考えられる。しかし、判断すべき内容は従前の本案の請求が変容したものであり、従前の本案の請求に等しいから、手続保障は不十分ということはありえない。訴訟費用の判断のためとはいえ、従前の紛争に関する請求についての判断が本案と同じように判断されるから、従前の請求の判断に既判力が生じるのは当然であると考える。

なお原告の訴訟終了宣言は、被告が異議を述べない場合は双方的訴訟終了宣言であり、被告が異議を述べる場合は一方的訴訟終了宣言である。このことは一方的訴訟終了宣言の新請求の確認の訴えは、被告が異議を述べる

ことによって結果的に確認の利益を得ることになる。このような構造は不自然であるとの批判がある。[108] 確かに原告が訴訟終了宣言の申立てをした時には被告の態度は不明であるから、その時点では確認の利益があるとは限らない。しかし、終了事由発生前の訴訟の経緯から判断すれば被告が異議を述べる可能性があり、紛争が十分に予想されるから、確認の利益は肯定されると考える。もし被告が異議を述べなければ双方的訴訟終了宣言であり、訴えの変更は生じないから確認の利益を論じる必要はなく、そのまま訴訟は終了する。この場合に、当初の訴訟終了宣言に確認の利益を肯定しても問題はないし実害もない。例えば、即時に被告が請求の認諾をしたからといっても、訴えが不適法にならないが、その場合と同じである。なおこのように考えて確認の利益を肯定しなくても、一方的訴訟終了宣言になってから新訴が提起され訴えが変更されるのであるから、その時点で訴えの利益が生じると考えることもできる。

C　被告の不利益

一方的訴訟終了宣言によって被告に生じる不利益としては、次のようなことが考えられる。①本案の終了事由が発生していて、本来なら直ちに訴訟が終了すべきであるにもかかわらず、訴訟が続行すること。②本来なら得られるべき本案の棄却判決を得ることができなくなること。③本来なら原告が負担すべき訴訟費用を負担すること。しかし、これらは被告の不利益として理解すべきではない。そもそも訴訟終了宣言は訴訟の終了事由の発生によって原告が訴訟費用を負担するのが妥当ではなく、それを是正しようとするための制度である。そうであるならば、原告の不利益が是正されることによって、結果的に被告が不利益を受ける（例えば、訴訟費用を負担する）ことになっても、それは原告の不利益が是正された結果である。

このように考えると、被告に不利益が生じるとはいえないから、③は理由にはならない。そして訴訟費用に関

して争いがある以上、本案の問題ではないにしても訴訟によって決着をつけるしか方法がないから、訴訟は続行せざるをえない。とすれば、訴訟の続行を問題にする①も、説得力がない。また旧請求についてはその不存在の主張を新請求は包含していると解することができるから、旧請求の訴訟係属が消滅しても旧請求については裁判所の判断は示される（裁判される）ことになる。したがって被告の棄却判決を得る権利が侵害されることにはならず、被告にとって不利ではない。しかも、仮に原告の一方的訴訟終了宣言の主張が裁判所によって認められたとしても、旧請求については一方的訴訟終了宣言の既判力によって再訴が禁止されるから、被告にとっては結果的に棄却判決を得たことと同じである。かくして②も被告が不利との根拠にはならない。

確かに終了事由が発生しているにもかかわらず、原告が訴訟費用の負担を免れるために被告が原告の訴訟に付き合わざるをえなくなるということは、被告の負担である。その点を考えると、①はもっともな主張のようにみえる。しかし、被告は訴訟を長びかせたくないと思うならば、原告の終了宣言に同意して双方的訴訟終了宣言によって訴訟を終了させることができる。つまり、被告の主導で訴訟を終了させることができるから、被告の意思に反して常に訴訟が続行するということではない。しかも、双方的訴訟終了宣言においてはＺＰＯ九一条ａが適用されて裁判所が裁量によって判断するから、被告が一方的に不利な内容の裁判を受けることもない。また原告の訴えが当初から不適法であったり理由を具備していなかった場合には、被告は原告の訴訟終了宣言に反対して、原告の主張を原告の一方的訴訟終了宣言とすることができる。それによって、被告は原告の主張が当初から理由のないものであったと主張して裁判所によって認められれば、原告の請求の不存在を既判力で確定させることができる。さらにこの場合は被告は訴訟費用の負担をしなくてもよいことから、被告にとってさらにプラスである。

想定される被告の不利益（①②③）をこのように個々に検討してみると、一方的訴訟終了宣言によって被告が特に不利益になるということはない。したがって、被告の不利益を理由に一方的訴訟終了宣言は認められないと

いうことにはならないし、一方的訴訟終了宣言の訴えの変更説に支障が生じることもない。

(82) 昨年末に刊行された本誌の加藤久雄教授退職記念号において、私は「日本の訴訟終了宣言について」という論文を発表した（拙稿・⑲〔日本〕一七頁以下）。この論文は本稿に先立つものであり、日本の訴訟終了宣言について一般的に論じたものである。

この論文において先ず第一に行ったことは、日本における従来の訴訟終了宣言をめぐる論争を整理し、それぞれの見解の問題点と今日において論じるべきテーマを明らかにしたことである。訴訟終了宣言を消極的に評価する見解（消極説）の説く理由は根拠として不十分であるが、反対説である積極的に評価する見解（積極説）にも問題がある。積極説の問題点は、具体的な解釈論を提示していないことである。そこで次にこの論文において行ったことは、積極説の問題点を克服するために、立法論ではなく解釈論として日本において訴訟終了宣言が可能であることを論証したことである。そして論文の最後にまとめとして述べたことは、日本の双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言について、それぞれの（私見による）制度の概要である。

(83) 訴訟終了宣言と密接な関係がある弁護士費用敗訴者負担の制度を導入する法案が、国会に上程されたことがある。すなわち、弁護士費用を訴訟の敗訴者に負担させるための「民事訴訟費用等に関する法律の一部を改正する法律案」（第一五九回国会提出閣法第六九号）である。平成一六年三月二日に内閣から国会に提出され、四月五日に衆議院の法務委員会に付託された。しかし、制度導入に対しては弁護士会を中心にした反対が強く、この法案は会期末に継続審議に付されることなく、会期の終了とともに同年一二月三日に衆議院で廃案になってしまった。現時点では導入の見通しが立っていない。

しかし、法案が国会に提出されただけでも、弁護士費用敗訴者負担の制度の必要性が日本において理論面や政策面で認知されたと考えるべきであろう。このことによって、日本の訴訟終了宣言論は新たな展開を迎えたといえる。なぜならば弁護士費用敗訴者負担の制度が日本で採用されていないことを理由に、通説は訴訟終了宣言の制度を消極的に解してきたからである。

(84) 訴訟終了宣言が提起した問題は訴えの取下げで十分に対応できるというのが、日本で訴訟終了宣言を消極的に評

価する学説の根拠である（拙稿・⑲〔日本〕二三頁以下）。これに対して、私見は、これは根拠として不十分であると批判する（同二七頁以下）。

(85) 訴訟費用の裁判を弾力的に行えば訴訟終了宣言の問題は処理できるというのが、日本で訴訟終了宣言を消極的に評価する学説の根拠である（拙稿・⑲〔日本〕二四頁以下、二六頁以下）。これに対して、私見は日本の訴訟費用の裁判の仕方に問題があると批判する（同二九頁以下、三二頁以下）。

(86) このことについては、詳論したことがある（拙稿・⑲〔日本〕四五頁以下）。

(87) ドイツにおける訴訟終了宣言の生成の過程については、以前に詳論したことがある（拙稿・①〔生成〕三号六一頁以下）。

(88) 日本の関係する条文の成立過程については、拙稿・⑬〔沿革〕一〇号二九頁以下で考察したことがある。

(89) 日本では訴訟終了宣言は訴えの取下げでカバーできると説かれているが（拙稿・⑲〔日本〕二三頁以下）、それは双方的訴訟終了宣言を想定してそのような主張をしているのであって、一方的訴訟終了宣言は考慮されていない。当事者間に訴訟の終了をめぐって争いがある場合に、その争いを解決するための制度が一方的訴訟終了宣言であり、これは訴えの取下げではカバーできない。換言すれば、訴えの取下げによる方法において欠落した問題が一方的訴訟終了宣言の問題であるということになる。そこで、その欠落を埋めるために、一方的訴訟終了宣言を解釈論として導入すべきであると主張したことがある（拙稿・⑬〔沿革〕一〇号七一頁以下、同・⑲〔日本〕四七頁注32）。

(90) 兼子一博士の見解であるが（拙稿・⑲〔日本〕二六頁）、博士の見解は、ドイツにおいて結果責任主義が厳格に適用されている理由についての考察が欠けている（同・三二頁以下）。

(91) ドイツ法は訴訟費用敗訴者負担の原則の例外を個別に規定したが、日本法は例外を個別具体的でなく抽象的に規定した。それはドイツ法からの決別ではなく、規定の整序という意味であった（拙稿・①〔生成〕二号四〇頁以下、同・⑬〔沿革〕一〇号七〇頁以下）。

(92) 一八七七年のドイツ民事訴訟法に大きな影響を与えたとされる、いわゆる一八六六年のハノバー草案の審議の過程において、この問題は審議されている。このことはドイツでも注目されていないが、草案の審議記録の索引を丹念に調べて発見した。記録によれば、一八六三年二月四日にハノバーで行われたドイツ連邦草案の審議の過程で、訴訟

費用の裁判において当該訴訟の個別事情を考慮するか否かで審議は紛糾した。多数決の結果、当該訴訟の個別事情を考慮して訴訟費用の裁判を行うとの提案は否決された（拙稿・①〔生成〕二号七六頁以下）。つまり、ドイツであれ日本であれ、現行法の規定はこのような経過から作られたものであり、訴訟費用の裁判において個別事情を考慮して裁判するという見解を排斥したうえに形成されたものである。

現在のドイツの学説はこのような立法の経緯を考慮していないが、日本のような訴訟費用の裁判において個別事情を考慮するとの立場が立法や解釈において過去になされたことはない。その理由は、実質的に考察した場合に結果責任主義を厳格に維持することが重要であると考えるからであろう。そしてさらに、結果責任主義は個別事情を考慮する見解と相容れないという理解に基づくからであろう。

日本法において個別事情を考慮すべきであるとの見解は、このようなドイツの状況を考慮していない点で、説得力に欠ける。

(93) そもそも訴えの取下げの場合、裁判所は原告が訴えを取り下げた理由や取り下げた時の当事者間の紛争の状況について正確に知ることができない。当事者においても、訴えの取下げの場合の訴訟費用の裁判において、自己の見解を主張する機会は保障されていない。なぜならば、これらに対応するための手続を定めた規定が民事訴訟法に存在しないからである。もちろん、民事訴訟法に規定がなくても不文法として存在することはありうる。しかし、そのような手続についての判例は存在しないし、そのような手続を主張している学説も出現したことはない。

(94) このことは以前にも強調したことである（拙稿・⑲〔日本〕四六頁）。ところで訴訟終了宣言について立法論としてその導入を主張して、立法私案を明らかにしたことがある（拙稿・⑩〔立法〕九六頁以下）。しかし、それは決して解釈論としての訴訟終了宣言を否定したものではない。訴訟終了宣言を解釈論として主張しても、直ちに日本において認知される状況にはないとの判断に基づき、立法論としての訴訟終了宣言の制度を明らかにしたが、そこにおいて特別な主張や条文を創設したものではない。すなわち、私見の解釈論を確認するために条文化したものである。なおその時の立法私案はドイツ法とは異なり、双方的訴訟終了宣言ではなく、一方的訴訟終了宣言を訴訟終了宣言の基本として規定したものである。そのように一方的訴訟終了宣言を基本とするとの考え方や、訴えの変更説に基づく私案の内容は、今もそのまま通用すると思っている。

(95) この規定の立法理由やドイツの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、二九頁以下）。

(96) ZPO二六九条三項三段について日本法における理解の仕方と評価については、詳論したことがある（拙稿・⑮〔法改正〇二〕三九頁以下、同・⑰〔法改正〇四〕四四頁以下等）。

(97) 日本の一方的訴訟終了宣言の手続については、その概要を述べたことがある（拙稿・⑲〔日本〕四三頁以下、四九頁等）。

(98) 日本における双方的訴訟終了宣言については、その概要と議論の状況について述べたことがある（拙稿・⑱〔双方的〕四五頁以下）。

(99) ドイツ民事訴訟法における双方的訴訟終了宣言と再訴禁止の問題について報告したことがある（拙稿・⑱〔双方的〕二二頁以下）。そのうえで日本法の双方的訴訟終了宣言について、再訴禁止効が働くと主張した（同五七頁）。

(100) 日本の一方的訴訟終了宣言は訴えの取下げを排斥するものではなく、それと共存するものであり（1B）、ドイツの訴えの変更説に準拠して構築すべきである（拙稿・⑬〔沿革〕一〇号七一頁以下）。その結果は本文で述べたような手続になるが、この概要は以前にも述べたことがある（同・⑲〔日本〕四三頁以下、四九頁等）。

(101) 一方的訴訟終了宣言の法的性質論として訴えの変更説は当初から主張されていたが、最初から多くの支持を得た学説ではなかった。正にこれらの問題がネックになっていたからである。これらの問題に対して説得力のある解答を与え問題を克服したのが、ハープシャイトやリュケの論文である（三3D参照。ドイツの議論については拙稿・④〔一当事者〕一六頁）。

なおハープシャイトといえば、シュヴァープとの間の訴訟物論争が有名であるが、この一方的訴訟終了宣言でも両者の間で論争が行われた。現在のドイツの訴訟物論の通説である二肢説の基礎を与えたのはハープシャイトの訴訟物論であるが、一方的訴訟終了宣言も同様である。

(102) 諸説の状況については、例えば、梅本吉彦『民事訴訟法　第三版』七三二頁以下（信山社、二〇〇七年）に簡潔にまとめられている。このような状況は、この条文ができた時からである。例えば岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座　民事訴訟　第一審手続(1)　復刊版（旧民事訴訟編　第二巻）』二一八頁（有斐閣、一九五八年初版、一九八四年

復刊）は、次のように述べている。「請求の基礎という術語は、現行民事訴訟法の起草者の創作によるもので、ドイツ、オーストリー等の民事訴訟法においても存在しない概念であるため、その解釈については、立法当初から学説も一致せず、その後の判例の態度にも必ずしも一貫性を欠く。」

(103) そもそも請求の基礎に関して諸説の対立はあるが、実際の事案においては、一般に、「いずれの説によっても大きい差は生じないであろう。」（岩松＝兼子編・前掲注(102)二一九頁）と言われている。つまり請求の基礎概念をめぐる学説の対立は、実務において不都合な事態を生じさせていないということである。そのことが、この問題に関する学界の関心の低さを示す理由ではないかと思う。

(104) 歴史的に見て訴えの変更の要件が緩和される傾向に関しては、例えば次のような文献が述べている。菊井維大「訴えの変更」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座　第一巻』一八八頁以下（有斐閣、一九五四年）、小室直人「訴えの変更」中田淳一＝三ケ月章編『民事訴訟法演習Ⅰ　判決手続(1)』二六四頁（有斐閣、一九六三年）等。

(105) 例えば、任意的当事者の変更の法的性質論において特殊行為説が有力であるが、それは特殊な状況には特殊な理論を考えるということである。このことから明らかなように、特別な訴えの変更という発想自体はそれほど独自なものではない（拙稿・④〔一当事者〕一二二頁）。

(106) 例えば、高橋宏志『重点講義　民事訴訟法　上』三三〇頁以下（有斐閣、二〇〇五年）、梅本・前掲注(102)三六二頁以下。

(107) 新堂幸司『新民事訴訟法　第四版』二六四頁（弘文堂、二〇〇八年）は、「現在の原告の法律的地位を民事訴訟によって保護すべき場合であるにもかかわらず、その保護手段として、過去の事実または法律関係の存否を確認すること以外に有効・適切な手段が見当たらないときにも、やはり確認の利益を認むべきである」と述べている。

(108) 松本教授はこのような観点から、訴えの変更説の確認の利益を批判する（松本・一〇六頁）。このような見解に対しては、反論したことがある（拙稿・④〔一当事者〕二五頁）。

六　おわりに

1　本稿の主張の要約

本論文の構成は目次から明らかなように、一般の分類表記によれば目次の漢数字は章に相当するものであり、算用数字は節に相当するものである。そこで本稿の漢数字ごとに、その内容を簡潔にまとめてみた。すなわち、一・二は本誌七号、三は八号、四は九号、五は本号の要約である。（　）の中の数字やアルファベットは目次のそれを示す。

一　本稿は双方的訴訟終了宣言についての研究（拙稿・⑱〔双方的〕）の続きである。しかし、単にそれだけでない。最近、日本の実体法の研究者において訴訟終了宣言について言及する論稿があり、訴訟終了宣言について正確な情報を提供する必要が感じられる。

二　一方的訴訟終了宣言が問題となるような具体的な事例として、次のようなものが挙げられている（1）。Xが隣人Yに対して、将来、夜間ステレオの音量が屋外にもれないようにすることを求めて訴えを提起した。これに対してYは今までそのようなことはないと争ったが、係争中に引っ越してしまった。この場合に訴訟はどのようにして終了するのか。訴訟手続はどのように進めるべきか。

ドイツでは次のような事例が教科書等で挙げられている（2）。Xの家賃支払請求訴訟において被告Yが支払ったのは訴求された月の家賃なのか、それとも別の月の家賃なのかが争われた場合。Xの金銭支払請求訴訟において被告Yの弁済が訴えの提起直前に適時になされたか否かが争われた場合。Xが債務不存在の訴えを提起したところ、被告Yが給付の訴えを提起したためにXの訴えは訴えの利益が消滅して不適法になった。そこでXはYの訴えの提起前まではXの訴えは正当であったと主張したところ、YはXの訴えは最初から理由がなかったと主

張して争いが生じた場合。

これらの問題を処理する場合、既存の制度では無理がある（3A・B・C）。日本の通説によれば、Xは訴えの取下げ（民訴法二六一条以下）によって訴訟を終了させることになるが、これでは訴訟費用はXが負担することになると思うし（民訴法七三条）、Xの訴えが正当であったか否かは判断されないことになるからである。そもそも訴えの取下げは、当事者間で終了に関して争いがないことを前提にした制度であるから、当事者間に争いがある場合は当事者の手続保障の観点から相応しくない。そこで裁判所の判断で処理する方法が考えられるが、この方法も問題である。この場合はXの訴えは訴訟中に理由がなくなったとはいえ、口頭弁論終結時には理由がないから、裁判所が判断するとなると、その判断はXの請求棄却になる。これはXが求めていることとは反対の帰結である。あるいは訴訟費用の裁判と本案の裁判を連動させないことによって、訴訟費用について本案の判断に関係なく適切に判断するということも考えられる。しかし、この場合は訴訟費用の裁判はどのようにして行うのかは不明である。日本でもドイツでも民事訴訟法は本案の裁判が行われることを前提に訴訟費用の裁判の方法を規定しているから、訴訟費用の裁判を単独で行う場合の規定は十分ではない。

既存の制度では十分に対応できないとして、ドイツでは訴訟終了宣言の制度を創設し、発展させてきた（3D）。原告の一方的な訴訟終了宣言に対して被告が争わなければ双方的訴訟終了宣言であり、ZPO九一条aが規定している。これによれば、裁判所は従前の訴訟状態を考慮して決定で訴訟費用の負担者を決める。これは訴えの取下げと似ているために、日本では訴えの取下げで十分に対応できるとして、訴訟終了宣言の不要論が主張されている。しかし、問題は被告が原告の主張を争った場合である。これはドイツでは双方的訴訟終了宣言ではなく、一方的訴訟終了宣言として別個に扱われる。本稿はこの一方的訴訟終了宣言を論じるものである。

三　一方的訴訟終了宣言の内容と手続については、その法的性質をいかに理解するかによって決まる（1・2）。

法的性質論について現在のドイツの判例・通説は訴えの変更説である。そこでこの説が形成されるまでの経過と（3）、最近の対抗する学説を考察する（4）。学説としては特別な訴えの取下げ説（3A）、特別な請求の放棄説（3B）、中間紛争説（3C）、訴えの変更説（3D）、訴訟上の形成行為説（3E）等が主張された。それぞれ一長一短を持っているが、論争を通じて大方の支持を得たのが訴えの変更説であった。

訴えの変更説の問題点は、終了事由の発生により訴訟が終了しているのに、訴訟費用の裁判のために本案訴訟を続行させることである。すなわち、軽い問題に重い手続というアンバランスである（4A）。そこで近年では中間紛争説を発展させた学説（4B）や、訴訟経済を重視する学説が有力に主張されるようになった（4C）。しかし、そのような諸説は現在に至るまで訴えの変更説を通説の座から引きずり降ろすことには成功していない。その理由は、この問題は新しい学説が説くように単に訴訟費用をめぐる争いでもなければ、訴訟経済の観点から効率的に考えれば解決できるというものでもないからである。すなわち、従前の本案の訴訟物が提示した紛争について終局的な解決をも視野に入れなければならない（5A）。このように本案の紛争の終局的な解決と理解するならば、日本においては一方的訴訟終了宣言を考える場合、当該紛争の解決のための当事者の手続保障という観点から評価すべきである（5B）。

四　一方的訴訟終了宣言に関して生起する個別具体的な問題については、法的性質論の訴えの変更説を支持する場合は、訴えの変更に関する規定や準則を参考に解決することになる（1）。その手続は原告の一方的訴訟終了宣言によって始まる。被告が同意すれば双方的訴訟終了宣言であり、手続はこれで終了する。被告が同意しない場合は一方的訴訟終了宣言であり、裁判所は必要な要件を具備しているか否かを調べ、その当否を判断する（2）。

一方的訴訟終了宣言について理論的に問題となるのは、訴訟終了効の発生の根拠、裁判所の判断の対象の理解、

再訴禁止効の有無である。訴えの変更説が多くの支持を得ているということは、これらの問題についての説明が他の説に比べて一番よいということである。

理論的な問題ではなく手続的な問題としては、主に次のような問題がある。適法の要件とは何か（3A）。裁判所が判断する場合の判断の対象は何か、その判断にはいかなる効力が生じるのか（3B）。訴訟費用の裁判の方法とは何か（3C）。一方的訴訟終了宣言はどのような時間的な制約を受けるのか、具体的には上告審でも許されるのか（3D）。被告による一方的訴訟終了宣言は許されるのか（3E）。予備的に一方的訴訟終了宣言の申立てをすることは許されるのか（3F）。一部の訴訟終了の場合に一方的訴訟終了宣言は許されるのか（3G）。これらの問題については訴えの変更に準じて処理する場合（3A～E）と、法的性質論とは無関係に処理しなければならない場合（3F・G）がある。なおドイツでは、近時注目されているのは後者の問題である。前者の問題は法的性質論が関係する問題であるため、判例・通説が訴えの変更説である以上、議論は活発でないからである。

五　日本において訴訟終了宣言を解釈論として導入することは可能である。規定の有無に関係がないし（1A）、訴えの取下げによる処理を否定するものではなく、訴訟終了宣言は訴えの取下げと共存すると考えるからである（1B）。もっとも、導入に際してドイツとの事情の違いに注目する必要がある（1C）。特に、二〇〇二年の民訴法の改正で創設されたZPO二六九条三項三段についての正確な理解が重要である（1D）。日本の訴訟終了宣言の具体的な手続の展開は、ドイツの場合に準じることになる（2）。

さらに克服すべき問題としては、一方的訴訟終了宣言の要件の有無を裁判所で調べる場合の手続の問題がある。そのような要件を訴訟物にした場合、その訴訟物を新たな訴えとして訴えの変更をすることが果たして許されるのかという問題である。換言すれば、訴えの変更の適法性の問題である（3A）。あるいは要件として訴えの変

更説のように、訴訟終了事由の発生時点まで訴えは適法であり訴えには理由があったということが必要であるとされた場合、この確認は過去の法律関係の確認である。そこで、過去の法律関係の確認は認められないという民事訴訟法の一般原則と抵触しないとの論証が必要である（3B）。また訴えの変更は原告だけにしか認められないし、一方的訴訟終了宣言は原告だけに許されるとなると、それでは被告が不利になるのではないか、民事訴訟法の一般原則である武器平等原則に反するのではないかということが問題になる。この問題に対する解答が必要である（3C）。

2　新たな展開を求めて

本稿の結びとして、先ず今後の一方的訴訟終了宣言に関するドイツの議論の動向と注目すべき点について、私見をまとめてみる（①）。次に、今後の日本における一方的訴訟終了宣言の意味や位置づけについて考えてみようと思う（②）。

①　今後のドイツの一方的訴訟終了宣言の展開を考えるうえで重要な役割を演じるのは、ZPO二六九条三項三段の適用範囲の拡張あるいは類推の限界という問題である。二〇〇二年に施行された民事訴訟法の改正によって導入されたZPO二六九条三項三段は、訴訟係属前に終了事由が発生した場合の訴えの取下げについて、訴訟費用の裁判は裁判所が従前の状況を考慮して公平な裁量によって行う旨を規定している。正に訴訟経済を重視し、簡易な手続による迅速な解決を目指した立法である。[109] そこで訴えの変更説による一方的訴訟終了宣言の手続は重いと批判する立場は、この規定の適用範囲を拡大して一方的訴訟終了宣言の守備範囲を侵食し、そのことによって一方的訴訟終了宣言の手続の軽量化を考えるかもしれない。[110] 法的性質論によって手続の軽量化を目指す方法が正攻法だとすれば、この規定を類推して一方的訴訟終了宣言が働く場面を縮小させるという方法は、いわばこの

規定を橋頭堡にした迂回作戦である。もっとも、この規定の拡張解釈や類推解釈に関してドイツの学界では批判的な意見が少なくないから、このような方法（侵食）が簡単に認められるとは思わない。[111] しかし、その説く主張の目的は紛争の迅速な解決や訴訟経済であるから、それに反対することはなかなか困難である。そうなると当分の間、ドイツでは当事者の手続保障が重要であるとする見解と、訴訟経済を優先する見解との綱引きになると思われる。

そこでそのようなドイツの状況から日本が学ぶべきことは、訴訟経済と手続保障という訴訟法において優先順位を付すことが困難ないわば価値の相克の問題を、いかにして克服するかということである。[112] しかし、この場合に注意しなければならないことは、両国の環境や歴史の違いである。未だに弁護士費用は訴訟費用に含まれておらず、これから本格的に一方的訴訟終了宣言の導入を考える日本と、弁護士強制主義と弁護士費用敗訴者負担の原則を採用して、一方的訴訟終了宣言論が深化しているドイツでは、一方的訴訟終了宣言の意味は自ずと異なってくる。したがって、ドイツの議論が直ちに日本に通用することはない。ドイツの議論を参考にする場合は、両国のおかれている状況の異同に注意しながら、ドイツの議論が日本において通用するように何らかの手当てが必要である。そのように理解したうえで日本では、当面は訴訟経済よりも手続保障を重視すべきである。具体的にはドイツでは手続保障がどのように考慮されているか、また訴訟経済からの批判をどのように排斥しているかを注視し、それを参考にすべきである。すなわち、手続保障を優先する理論を学ぶべきである。[113] なぜならば、近年の日本の民事訴訟法学は、法的安定性を重視する時代から個人の権利を重視する時代になってきたと考えられるからである。

② 日本においては訴訟終了宣言の制度は理解はされているが、導入については多くの賛成を得ていない。[114] そこで先ず、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言が共に解釈論として認められなければならない。既存の制度

と共存し、既存の制度では十分にカバーできない問題に対して、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言を働かせれば、解釈論として問題ないと思っている。(115)

そのようになれば、当事者の主導による訴訟終了の方法が増えることになり、それだけ事件に即した適切な解決を導くことができるようになる。例えば、訴訟中に訴訟の終了事由が発生したときの対応策が訴えの取下げか請求棄却かの二者択一では、終了事由発生がなければ原告が勝訴判決を得られたような場合は、一般人の感覚として割り切れなさを感じるであろう。なぜならば、訴えの取下げは原告の主張の撤回であり、請求棄却は原告の主張に理由がないことであり、共に原告の敗訴を意味するからである。そこでこの場合には、原告は実質的には自らが勝訴者であるから棄却判決や訴えの取下げでは困ると考えるであろう。他方、被告は原告の訴えは当初は理由があったにしても現時点では理由がなくなったのであるから、あくまでも原告の請求の棄却を求めるであろう。そこでこの両者の対立を調和させることが必要となる。その調和を求めるならば、両者の主張が裁判で決着できるように配慮すべきである。そうなると一方的訴訟終了宣言を認めるべきであるということになるが、仮にそれが認められないのであれば、ドイツの一方的訴訟終了宣言の法的性質論の訴えの変更説にならい、一方的訴訟終了宣言として、訴えが終了事由発生までは適法であり且つ理由を具備していた旨の原告の確認の申立てを認めるべきである。

このことは、さらに従来の民事訴訟法理論に反省を迫るものである。なぜならば権利保護を求める原告の要求に対して、口頭弁論終結時の権利関係の存否の判断を基準として請求認容か棄却かを決めるというのが民事訴訟法の基本的な考え方であるからである。すなわち、この考え方を否定することになるからである。さらにまた、それは当初から権利がなかった場合と訴訟の途中から権利が消滅した場合とを区別することになる。もっとも従来の考えを否定して、新たに前述のように訴訟終了事由の発生時点まで理由を具備していたか否かについても判

断するようになると、裁判所はそれについてさらに審理をしなければならないから、その負担が問題になる。しかし、裁判所としても終了原因をいずれにしても判断しなければならず、その過程で従前の請求について判断すればよいから、一概に負担が生じるとはいえない。むしろ当該紛争についての判断に既判力が生じることは、後の当該紛争について関連する紛争の再燃の可能性を遮断するから、制度的な利益という観点からしても（公の利益という観点からしても）、手続が重くなって裁判所の負担が多少生じても、それを十分に正当化するものがある。

次に訴訟終了宣言は、訴訟費用の問題と密接な関係がある。ドイツで訴訟終了宣言の制度が発展した主たる要因は、訴訟費用の負担の問題であったからである。そこで訴訟費用の問題が日本においても今以上に重視されるようになれば、訴訟終了宣言は必然的に今以上に重要な役割を演じることになる。我が国において訴訟費用が重視されるためには、弁護士費用を訴訟費用に含め、敗訴者が負担する制度を導入することである。しかし、これは簡単な話ではない。そのための法の改正が頓挫したからである。[116] したがって、訴訟終了宣言は弁護士費用敗訴者負担の原則を前提にしている議論ではあるが、当面はそれに依存することなく訴訟終了宣言論を展開する必要がある。そのことが弁護士費用敗訴者負担の原則の我が国への導入を側面から援助することになるかもしれない。

しかし、このような状況にあるからといって、弁護士費用敗訴者負担の原則の導入の問題について傍観的であってよいということではない。訴訟終了宣言の理論をより深化させるためにも、民事司法制度をより充実させるためにも、早急に弁護士費用敗訴者負担の原則を導入すべきである。この制度を導入した方が、メリットが大きいからである。すなわち、濫訴を防止し、個々の訴訟活動を充実させることになるからである。それによって個々の訴訟が迅速に処理されるし、訴訟制度が効率的に運営されることになる。もちろん、反対意見にも耳を傾けなければならない。改正が頓挫した理由は弁護士を中心に反対が強かったからであるが、その理由は次のようなものであった。弁護士費用敗訴者負担の原則を導入すると、正当な権利者であっても敗訴の場合に訴訟費用が増

大することを考えて訴えの提起を躊躇せざるをえないということである。すなわち、大企業や行政官庁を相手にした公害訴訟、薬害訴訟、行政訴訟が萎縮するとも言われている。しかし、このような問題点は、片面的な導入や例外事例を設ければ克服することは可能であり、決定的な反対の理由にはならない。そこでさらに一層の適正な裁判と訴訟制度の効率的な運営を目指して、弁護士強制主義も導入すべきである。すなわち、今後の我が国において求められている民事司法の改革は、第一段階は弁護士費用敗訴者負担の原則の導入であり、第二段階は弁護士強制主義の導入である。これらは訴訟終了宣言の理論の深化と充実とともに、実現に向けて努力する必要がある。

(109) ZPO二六九条三項三段が立法されるまでの経緯や立法の目的等については、前注(54)で述べた。

(110) ZPO二六九条三項三段がどのように活用されるかということに関して、例えば、いわゆる段階の訴え（ZPO二五四条）においてZPO二六九条三項三段の類推が認められるかという問題がある。最近の多くの注釈書は、これを肯定する（拙稿・⑳〔読み方〕九二頁（三二七頁）注25）。

さらに最近では、取立訴訟における第三債務者の陳述義務違反の責任の問題について、ZPO二六九条三項三段の類推を認めるべきであるとの見解が主張されるようになった。これは第三債務者の陳述義務違反により、無用な取立訴訟を提起してしまった場合の原告の救済方法の問題である。第三債務者の陳述義務違反がZPO八四〇条二項二段（日本の民事執行法一四七条二項相当）に該当するにしても、それを別訴で主張するのは迂遠な方法である。そこでドイツでは一方的訴訟終了宣言による方法が有力に主張されていたが、ザウアーエシッヒは、「第三債務者の不十分なあるいは遅れた陳述がなされた場合の民事訴訟法第二六九条三項二段または三段の類推適用」（民事訴訟雑誌一一九巻四号四六三頁以下〔二〇〇六年〕）という論文において、この場合にZPO二六九条三項二段三段を類推適用すべきであると主張する（Saueressig, Christian, Die analoge Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 order 3 ZPO bei mangelhafter oder verspäteter Drittschuldnererklärung, ZZP Bd. 119(2006), S. 463ff.）。すなわち、この論題だけで

はこの論文の内容は分かりづらいが、この論文において彼が主張したことは、不奏効の取立訴訟においてはその原因が第三債務者の不十分なあるいは遅れた陳述に基づくならば、原告は訴えの取下げをすべきであり、その際の訴訟費用の裁判はＺＰＯ二六九条三項二段三段を類推適用すべきであるというものである。

もっとも、判例や多くの学説はザウアーエシッヒのようには考えていない。なぜならば、段階訴訟の問題とこの問題は状況を異にすると考えるからである。そしてこの問題に関してＺＰＯ二六九条三項三段の類推解釈を行うことには懐疑的であり、消極的である。その主たる理由は、敗訴の原告が訴訟費用を負担するのが原則であり、それに対する例外規定の拡張は許されないということである。またこの問題に関しては、例えばＺＰＯ九三条ｄのように立法に規定されていないということである。

ザウアーエシッヒの主張の当否や学界での反応は別にしても、一方的訴訟終了宣言の守備範囲が侵食される傾向にあることを示す一例として理解すべきであろう。この問題に関しては、拙稿「不奏効に終わった取立訴訟と訴訟終了宣言について」（『民事司法の法理と政策上巻』（小島武司先生古稀記念論文集）四二七頁以下（二〇〇八年）において詳論した。

(111) ＺＰＯ二六九条三項三段の創設に関する学界の反応については、拙稿・⑮〔法改正〇二〕二九頁以下（特に三四頁）で述べたことがある。なお二〇〇四年施行の民事訴訟法の改正で、この規定は当初の文言が削除されたり新たな字句が加わったりしたが、その意味や学界の反応については、拙稿・⑰〔法改正〇四〕三〇頁以下で述べたことがある。

(112) ＺＰＯ二六九条三項三段の創設の日本法における意味については、拙稿・⑮〔法改正〇二〕三九頁以下で論じたことがある。またこの規定は二〇〇四年施行の民事訴訟法の改正で改正されが、この改正の日本法における意味については、拙稿・⑰〔法改正〇四〕三四頁以下、四四頁以下で述べたことがある。

(113) ドイツでは二〇〇五年三月一日のブランデンブルク上級地方裁判所の決定は、ＺＰＯ二六九条三項三段は憲法違反であるとの判断をしている。この規定は原告に有利な制度であるから、いわゆる武器平等原則に反するものであり、それは連邦憲法第三条が定める法の前の平等の原則に違反するというものである。これに対して二〇〇五年一〇月六日の連邦通常裁判所の決定はこの決定を取り消し、違憲論を否定して合憲論を展開した。下級審と上級審の対立であ

るが、これは訴訟経済と手続保障の綱引きと考えることができる。

この綱引きは最上級審の合憲論で決着がついたように見えるが、しかし、その後に下級審の判断を支持する論文が登場したこともあり、今後の展開が注目される。すなわち、それはマルセル・ダリボーの「ＺＰＯ二六九条三項三段による訴訟費用の手続における憲法違反のリスクの分配」（民事訴訟雑誌一一九巻三号三三一頁以下〔二〇〇六年〕）という論文である（Dalibor, Marcel, Verfassungswidrige Risikoverteilung im Kostenverfahren nach § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO, ZZP Bd. 119(2006), S. 331ff.）。この論文において、彼は連邦通常裁判所の合憲論を厳しく批判している。なおＺＰＯ二六九条三項三段が違憲であるか否かのドイツの論争については、近く公刊される慶應義塾創立一五〇年記念論文集の拙稿「訴訟経済と手続保障―ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段についての違憲論争が示唆するもの―」が詳しい。

(114) 日本の訴訟終了宣言論の現状については、拙稿・⑲〔日本〕一七頁以下で述べたことがある。

(115) 日本において訴訟終了宣言を解釈論として構築することが可能であることについては、本稿（本号）の五1や拙稿・⑲〔日本〕四二頁以下で詳論した。なおこの論文の概要については、前注(82)で述べた。

(116) 既に前注(83)で述べたように、弁護士費用敗訴者負担を定めた法案は平成一六年三月二日に内閣から衆議院に提出されたが、同年一二月三日に衆議院で廃案となった。

追　記

一方的訴訟終了宣言の法的性質論における有力説である中間紛争説の創始者のシュヴァープ（名誉）教授が本年一月に逝去されたことと、ドイツ民事訴訟雑誌一二八巻一号の冒頭に編者（ライポルドとシュトルナー）と出版社（カール・ハイマンス）の連名による追悼文が掲載され、前号まで編者であった同教授に対する追悼と教授の功績を讃えたことは既に述べたことである（本稿（二）本誌八一巻八号四七頁注32）。

ところで同誌は引き続いて次号（二号）の冒頭に、ゴットヴァルト教授の追悼文を掲載している。ゴットヴァルト教授はローゼンベルク＝シュヴァープの名前で有名な体系書の執筆を引き継いだことで知られている（これは本稿に

おいて、Rosenberg/Schwab/Gottwald(D) として表記した体系書のことである。本稿（一）の一２Ｄ（本誌八一巻七号一一頁）に記載されている）。追悼文においてゴットヴァルト教授はシュヴァープ教授の業績について具体的に挙げて、この偉大な学者の逝去を悼んでいる（〔通し頁表記〕一三五頁以下）。ゴットヴァルト教授はシュヴァープ教授のの一方的訴訟終了宣言の法的性質論を取り上げているので（一三五頁以下）、左記にその部分を訳出する。なお追悼文ということもあって、ゴットヴァルト教授の記述は簡潔である。そのため、そのまま翻訳したのでは日本の読者にとっては理解しにくいと思われるので、読者が通読できるように私見による説明を加筆し、加筆部分は〔　〕で表記した。

「一九五九年に彼は一方的訴訟終了宣言について、実質的な中間紛争として理解すべきであることを提案した（民事訴訟雑誌七二巻一二七頁以下〔これは本稿において、Schwab(A) として表記した論文である。本稿（一）の一２Ａ（本誌八一巻七号九頁）に記載されている。論文の内容については、本稿（二）の三３Ｃで記述した〕）。〔この問題について〕通説〔の訴えの変更説〕は原告の訴訟終了宣言について、それに対する被告の対応によって〔双方的〕訴訟終了宣言として解釈するか、あるいは訴えの変更として解釈する。そして訴えの変更と解釈する場合は従前の〔訴訟物に関する原告の〕申立てについては〔訴えの変更によって消滅するのではなく、訴訟終了宣言が認められなかった場合の保障のために〕追加的な予備的な申立てとして、設定されなければならないとする。これに対してシュヴァープの着想が導いた解決策は、〔通説による前記のような複雑な法律構成ではなく、〕理路整然として完成された平易なものであり、訴訟費用の公平な分担の実現を考慮した徹頭徹尾〔訴えの変更説よりも〕より妥当なものである。」