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訴訟費用敗訴者負担の原則に関する結果責任説の歴史的な展開の素描
Sub Title	Die historische Entwicklung der sog. Erfolgstheorie ab Inkrafttreten der Civilprozeβordnung vom 30. 1. 1877 bis 1942
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.1 (2009. 1) ,p.1- 20
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20090128-0001

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訴訟費用敗訴者負担の原則に関する結果責任説の歴史的な展開の素描

坂原正夫

一　はじめに
二　「結果無価値責任説ないし原因主義」について
三　不法活動責任説と結果責任説の対立
四　一九四二年の第三簡素化令第四条第一項と結果責任説
五　おわりに

一　はじめに

日本の民事訴訟法第六一条（以下、民訴法六一条と表記する）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。この規定の目的は何か、敗訴者に訴訟費用を負担させる根拠は何かという問題は重要である。その解答は、個々の訴訟において訴訟費用の負担者を決める場合の指針になるからである。この問題の解答を得

るためには歴史に学び、学説史の帰結から解答を獲得すべきである。それぞれの時代の学説はその時代の要請に応じた最適な解答を提示したものではあるが、常に次の時代の学説によって批判され、その座を譲り渡し永続することはない。学説の歴史はこの繰り返しであり、現在の学説は過去の学説に対する批判を克服したうえに形成されたものである。そういう意味で学説史は理論の壮大な実験場と見ることができるし、多少オーバーに表現すれば、現在の学説は人間の叡知の結晶ということもできる。

さて、日本の民事訴訟法の規定の多くはドイツ民事訴訟法を継受しており、民訴法六一条もその一例である。(1) 民訴法六一条はドイツ民事訴訟法第九一条に淵源を有する。ところで、一八七七年のドイツ民事訴訟法はドイツ普通法時代の民事訴訟法を継受し、ドイツ普通法時代の民事訴訟法の淵源はローマ法に遡る。このような認識に基づき、訴訟費用敗訴者負担の原則に関してローマ法から一八七七年のドイツ民事訴訟法に至るまでの歴史的な経過を研究したことがある。(2) そこで得られた結論は、次のようなものであった。

「ローマ法では刑罰説、損害賠償説、付随給付説、結果責任説等が主張されたが、多くの論争を経てローマ法の後期において勝利した学説は結果責任説であった。これがドイツ普通法時代の民事訴訟法に継受され、一八七七年のドイツ民事訴訟法の規定に引き継がれた。」

この見解は今でも維持できると思っているが、訴訟終了宣言の制度の生成の研究において関連したテーマとして論じたものであるため、この問題の歴史的考察は主に一八七七年のドイツ民事訴訟法に至るまでで終わっており、その後の学説の展開については数行程度しか述べられていない。その意味で前稿は歴史的な展開を概観するにしても、十分なものではない。そこで本稿は一八七七年のドイツ民事訴訟法以降の学説をたどり、結果責任説の展開の状況を概観し、そのことから何を学ぶべきかを考えてみようというものである。つまり本稿は前稿の歴史的な研究の続きである。

ところで半田吉信教授が二〇〇六年に刊行された著書の中で、「ドイツにおける訴訟上の費用負担の論拠」というテーマのもとに、様々な学説を紹介している。[3] そのため本稿は半田教授の詳論の繰り返しではないかという疑問が生じるかもしれない。しかし、私見は半田教授の説明とは見解を異にするものであるし、そもそも教授の説明には賛成できないことが少なくない。そこで本稿では先ず、なぜ半田教授の詳論に反対するのかを明らかにする必要がある（二）。そのうえで、私見による学説の状況の概観を報告し（三）、それが現在のＺＰＯ九一条ａの基になった一九四二年の第三簡素化令第四条第一項による立法にどのように反映されたかを考察してみる（四）。これによって今日のＺＰＯ九一条ａの解釈や一方的訴訟終了宣言についての理解が一層深まると思うからである（五）。なお現行ドイツ民事訴訟法の条文は前記のように、ＺＰＯと条数で表記する。

（1）　日本の民事訴訟法の訴訟費用の負担に関する規定の沿革については、次に挙げた論文の様々な箇所で述べている。なお本稿において一度引用した拙稿を再び引用する際に、同じ注の中に複数の論文が挙げられている場合は、論文を特定するために、従来使用してきた論文の略称を本稿でも使用することとし、それはそれぞれの刊行年の後に〔　〕で付記した。

明治初期から明治二三年の民事訴訟法までについては、拙稿「訴訟終了宣言の近時の問題」民事訴訟雑誌三八号八三頁以下（一九九二年）〔近時〕である。これ以降の大正一五年の民事訴訟法の改正までについては、同「西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について（一）」本誌四九巻二号三〇頁以下（一九七六年）〔生成〕である。なお特に民訴法七三条について詳細にその沿革を探求したのは、同「民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言（一）（二）（三・完）」本誌七二巻八号一頁以下、九号一九頁以下、一〇号二九頁以下（一九九九年）〔沿革〕である。

ところで金子宏直教授は拙稿〔生成〕（後掲注（2）〔生成〕も含む）での私見について、「わが国の訴訟費用の負担に関する規定の問題点を沿革に遡り詳細に検討している。」と述べている（『民事訴訟費用の負担原則』二七一頁注4

（勁草書房、一九九八年）。

（2）ドイツ普通法時代の訴訟費用の敗訴者負担の原則については、拙稿「西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について（二・完）」本誌四九巻三号七〇頁以下（一九七六年）〔生成〕で詳しく述べた。なお同「訴訟終了宣言の日本における立法化について」中野貞一郎＝石川明編『民事手続法の改革―ゲルハルト・リュケ教授退官記念―』八三頁以下（信山社、一九九五年）〔立法〕は、これを要約したものである。

ところで中野貞一郎博士は、「ドイツ民事訴訟法（一八七七年）における訴訟費用敗訴者負担の原則の形成についても、曲折があった。」と述べている（「ドイツにおける訴訟費用敗訴者負担制度について」財団法人法律扶助協会四〇周年記念誌編集委員会『リーガル・エイドの基本問題』（創立四〇周年記念論文集）一七五頁〔法律扶助協会、一九九二年〕）。そして拙稿〔生成〕について、「精細な言及があり、本稿の記述も、これに負う。」と述べている（一八〇頁注2）。金子教授は拙稿〔生成〕（前掲注（1）〔生成〕も含む）について、「敗訴者負担の原則に関する学説の歴史的発展について詳細に論じている。」（前掲注（1）二七一頁注6）と述べている。

（3）半田吉信『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―』二一頁以下（法律文化社、二〇〇六年）。

二「結果無価値責任説ないし原因主義」について

半田教授は、訴訟費用は誰が負担するのかという問題について、「一九世紀には敗訴者に結果責任として勝訴者の支出した訴訟費用を負担させることを認める考え方と敗訴者が無謀にも訴訟を起こし、または応訴した場合、すなわち、敗訴者に訴訟提起または応訴につき過失があった場合にのみ勝訴者の支出した費用の負担を認める考え方の対立があったが、一九世紀末の民事訴訟立法では、前者の立場で統一されたことは前記の如くである。」と述べて、結果責任説の勝利を述べている（前掲注（3）二一頁）。

そして次に教授は、「どういう理由で弁護士費用の負担も含む一般的な訴訟費用敗訴者負担の立場が立法上採り入れられたのであろうか。今日までに論じられたその論拠に関する議論を以下に紹介しよう。」として、ドイツにおける訴訟上の費用負担の原則に関する学説について、次のような名称を付して詳細に説明する（前掲注(3)二一～二七頁。丸中数字は筆者が付したものである）。

①自力救済禁止の代償とする説、②無条件の訴え提起可能性の代償とする説、③濫訴の抑止または訴訟の抑制に根拠を求める説、④古い不法責任の理論、⑤結果無価値責任説ないし原因主義。

ここで問題なのは、教授の説明が非常に分かりづらいことである。それは引用されている文献の公刊年が様々であるため、これらの諸説は現在でも主張されている学説なのか、それとも過去に主張された学説なのかが必ずしも明らかではないからである。また、それぞれの学説の関係についての記述も不十分なように思う。注に挙げられている文献から推測すると、①②③は今日の学説のようであるが、④は過去の学説のようである。⑤は歴史的な展開を記述していて他の説に比べて詳しいが、結果無価値責任説と原因主義の内容やそれぞれの関係について理解するのは、教授の説明だけでは困難である。そもそも学説の名称の意味や由来の説明もないことも、理解を難しくしている原因である。結局のところ、教授の説明だけではドイツにおける訴訟上の費用負担の原則について、どのように理解したらよいのか、私にはよく分からない。(4)

しかし、教授の説明が単に私にはよく理解できないということが問題なのではない。教授のこの説明において、結果責任説が記述されていないことが問題なのである。なぜならば、既に述べたように、私はドイツにおける訴訟上の費用負担の原則の歴史的な変遷を研究したことがあるが、その時の私見の結論は結果責任説がドイツにおいて確立したというものであったからである。この点については冒頭で紹介したように、半田教授もそのような認識を有しているから、決して私だけの独断的な見解ではない。そこで、右の教授の学説の説明を読む場合は、

結果責任説はどうなったのか、私の以前の説明は教授のこれらの説明と矛盾するのかということを考えなければならないことになる。

そのようなことから教授の説明を検討してみると、教授の学説の表記に原因の一端があるというのが私の見解である。⑤の「結果無価値責任説ないし原因主義」という見出しからは、この説は結果責任説を否定しているような印象を受ける。しかし、実際はそうではない。「結果無価値責任説ないし原因主義」は、「無益な訴訟遂行責任説ないし起因者責任説」と表記すべきものではないかと思うからである。教授が命名した「結果無価値責任説ないし原因主義」は、教授が参考にしたドイツの本を誤って理解したことに原因があると思う。教授が参考にしたドイツの文献は、Becker-Eberhard, Ekkehard, Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche—Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis zwischen materiell-rechtlichem und prozessualem Kostenerstattungsanspruch—, 1985 である。なぜ断定的に言えるかというと、半田教授の記述（前掲注(3)二二〜二六頁）の中に、このベッカー・エーバーハルトの記述（二三〜二七頁）と同じ内容のものが見られるからである。教授の説明はこの本を利用したことは明らかである。(5)

それではなぜ、教授の「結果無価値責任説ないし原因主義」が問題なのかというと、これは、「Die Lehre von der Erfolglosigkeits- bzw. Veranlassungshaftung」の訳と思うが、「Erfolglosigkeit」は独和辞典で見ると「結果無価値」という訳はなく、不成功とか不首尾という訳語が載っているからである。さらに、例えばＺＰＯ九六条の条文見出しは、「Kosten erfolgloser Angriffs- oder Verteidigungsmittel」であるが、その意味は「無益な攻撃防御方法の費用」であり、日本の民訴法六二条に相当する規定である。また「Veranlassungshaftung」も原因主義ではおかしいが、これについては以前に指摘したことがあるので、(6) ここでは省略する。

要するに、「結果無価値責任説ないし原因主義」では、結果責任ではないような印象を与えることと、結果責

任説との連続性が表示されないことが問題である。なぜならば「Erfolglosigkeit」を文字通り成功しなかったとか、不首尾に終わったことと理解するならば、「Die Lehre von der Erfolglosigkeitshaftung」は敗訴という結果に対する責任ということも含めることができると思うからである。すなわち、結果無価値責任というよりは無益な訴訟を遂行した責任と解すべきではないかと思う。したがって、教授の⑤の「結果無価値責任説ないし原因主義」は、「無益な訴訟遂行責任説ないし起因者責任説」と表記すべきである。敗訴は無益の訴訟遂行の結果と解することができるが、無益な訴訟遂行をしても敗訴とは限らないから、無益な訴訟遂行責任説は単に敗訴という結果に対する責任を説いているものではない。しかし、無益という結果に注目している点で結果責任説を否定しているものではない。その意味で、無益な訴訟遂行責任説は結果責任説の新たに発展した学説と理解することができる。そのように考えるならば、従来の私の説明と教授の「結果無価値責任説ないし原因主義」での説明（ベッカー・エーバーハルトの記述）とは矛盾するものではなく連続することになり、この問題を考える場合にそれぞれの説明とも必要なものということになる。(7)

ところで、ヴェスターマイヤー（Westermeier）はこの問題に関する今日の通説について、「結果責任説の基礎のうえに、起因者責任説を主張している」と述べている。(8) そこで彼は訴訟上の訴訟費用の賠償費用責任の根拠は無益な訴訟遂行をしたことであり、それによって当事者は訴訟費用を負担するとする。そしてさらに、訴訟の終了が訴訟の相手方の誘因がなく発生した場合でも、原告敗訴の場合は原告が、原告勝訴の場合は被告が起因者であり負担者であると述べている。このような見解は単純な結果責任でもなければ、また単純な起因者責任でもないことを示すものであろう。そのことは、起因者責任説は結果責任説の発展したものと位置づけることができるということであり、前記の私見の理解が大枠において誤っていないことを意味するであろう。

このように「結果無価値責任説ないし原因主義」を「無益な訴訟遂行責任説ないし起因者責任説」と理解した

うえで、次に一八七七年のドイツ民事訴訟法以降の学説の展開を素描してみよう。

（4）教授の説明の中に、次のような文章がある。「ヘルヴィッヒは、一九一二年に、原告に敗訴の場合に責任を負わせるのを、誤った法律上の風聞の定立の中に存する客観的、訴訟手続的違法性と定式化した。」（前掲注（3）二三頁）。この文章の意味は、私には理解できない。

（5）前注で引用した文章が難解なのは、ドイツ語の文章を翻訳し、それに固執したからではないかと思う。また教授の説明の中で、「法的紛争」という言葉が出てくるが（前掲注（3）二五頁）、これは「Rechtsstreit」を「法的紛争」と理解したからではないかと思う。法的紛争ではあまりにも漠然としていて分かりづらい。そのためか民事訴訟法学では、「Rechtsstreit」は一般に「訴訟」と訳されている。

（6）半田教授の原因主義については、次のように述べたことがある（拙稿「ドイツ民事訴訟法第九一条 a のドイツ語の注釈書の読み方について」教養論叢一二八号六八頁以下〔二〇〇八年〕）。

「……『原因主義』という用語が気になる。ドイツ語の『das Veranlassungsprinzip』については、……金子宏直教授は著書『民事訴訟費用の負担原則』二四六頁（勁草書房、一九九八年）において、『起因者責任（一種の結果責任）（Veranlassungsprinzip）という特別な責任』という説明をしている。簡単な説明ではあるが、この説明によれば、『das Veranlassungsprinzip』とは責任の所在は原因ではなく起因者としていることと、責任は結果責任であることが分かる。したがってこのような理解が正しいとすれば、半田教授のように単に『原因主義』と表すのは、いささか問題があるように思う。起因者か原因かはともかく、結果責任の一種であることは原因主義という言葉からは見えてこないからである。そのようなことから、半田教授は原因主義について説明をするか、あるいは前記金子説に対する自らの見解を明らかにすべきであったように思う。なお半田教授は前記金子教授の説明については全く触れられていないが、金子教授の本をしばしば引用している（例えば、二頁注1、一二頁注26、二〇頁注16、二六頁注2・4、二七頁注6等）。」

（7）拙稿・前掲注（1）〔生成〕、同・前掲注（2）〔生成〕は一九七六年に発表したものである。これに対してベッカー・エーバーハルトの本は一九八五年に刊行されたものであり、それは前記拙稿の約九年後のことである。つまりこ

の本は拙稿執筆時に参照できなかった。

(8) Westermeier, Georg, Die Erledigung der Hauptsache im Deutschen Verfahrensrecht —Eine vergleichende Darstellung des Prozeßinstituts der Hauptsacheerledigung vornehmlich im Zivil- und Verwaltungsprozeß unter Berücksichtigung der Arbeitsgerichtsbarkeit, der Finanzgerichtsordnung und der Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, zugleich ein Beitrag zur Weiterentwicklung der systematischen Einordnung eines Zwischenstreits—, 2005, S.173.

この本は二〇〇三年にミュンヘン大学で承認された博士論文である。指導教授等については、拙稿「ドイツ民事訴訟法第九一条aの双方的訴訟終了宣言について（一）」本誌七九巻八号五頁（二〇〇六年）において述べた。

三　不法活動責任説と結果責任説の対立

1　当初の取組み

一八七七年のドイツ民事訴訟法は、八七条（ZPO九一条）において敗訴者負担の原則を規定するとともに、[9] 訴えの取下げの場合は無条件で原告の訴訟費用を定め（二四三条三項、ZPO二六九条三項）、結果責任説の採用を明らかにしている。[10] 注目すべきことは、結果責任説の例外ともいえる規定が設けられたことである。すなわち八九条（ZPO九三条）であり、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旨を規定している。もっともこの規定の出発点が確認の訴えの濫訴の防止にあったことを考えると、[11] 結果責任の例外的な規定ではあるが、かなり限定的な規定であり、一般的な例外規定と位置づけるのは問題があるかもしれない。いずれにしても例外的な規定はこれだけで、訴訟終了宣言が問題とする事例、すなわち訴訟中の被告の弁済に代表されるような場合に対応する規定は設けられなかった。これは判決や訴訟の結果こそが訴訟費用の負担者を決める基準である

という原則を建てることを重視し、個々の問題は切り捨てざるをえないと立法者が判断したからではないかと思う。

このような立法の結果、訴訟の途中まで適法でかつ理由のあった訴えについての訴訟費用は、常に原告が負担することになり、被告の弁済により訴訟が終了する場合は不公平な結果を招来することになった。それは現象的には法の欠缺と映るから、このような不公平な事態を回避することが法典の成立した直後から問題になり、その解決は学説・判例に委ねられた。その場限りの一時的な解決ではなく、結果責任の例外の体系的・理論的構築が求められた。具体的には次のような問題であった。「訴状送達前、すなわち訴訟係属前に被告が弁済した場合、あるいは認諾した場合、この訴訟費用は誰が負担するのか」。この場合に原則を適用すれば、訴訟費用は原告が負担することになるが、これではあまりにも不合理である。そもそも救済はできないとの意見もあったが、様々な解決策が提案された。[12] 特別な訴えで救済を求めることができるとの説、訴訟費用についてのみ従前の訴訟を続行すべしとの説、ＺＰＯ九三条の類推が可能であるとの説等である。最も有力な見解は、訴訟費用に訴えが減縮されると考える説であった。すなわち、新たな訴えが従前の訴えに密接な関係がある場合は、訴えの変更が常に許されるとの規定（現行法で言えばＺＰＯ二六四条で、同条はそのような場合を具体的に列挙しているが、その二号ないし三号に相当するということ）を根拠にした訴えの変更説である。この場合、従前の訴訟費用を本案として主張するか、あるいは本案判決を望まないで単に訴訟費用の裁判を申し立てるかで説は分かれる。なお両当事者が終了について争わなかった場合については、終了事実の発生を裁判所が調査すべきか否かについては議論があった。

学説・判例は個別的に終了事実の分析を進める一方、判決によらない訴訟終了の体系化のために、このような事態を、訴訟終了を生じさせる訴訟行為との関連で見てみようという方法に関心が集まった。そこで右のような特別な訴えの変更と考える説に対して、特別な請求の放棄と考え、現行法で言えばＺＰＯ九三条の類推を考える

見解が主張された。この他にも様々な学説が登場し、成文の法規がないために考えられる可能性がすべて考察された感があった。一般的な傾向としては、単なる訴訟費用の問題としてではなく、訴訟終了を招来する一つの独立の訴訟行為として考える方向が模索された。

2　不法活動責任説と結果責任説

訴訟費用の裁判において敗訴者でなく勝訴者に訴訟費用を負担させるために、訴訟費用の賠償責任の本質を当事者が不法（Unrecht）に争ったという点に求める学説が登場した（Unrechtstheorie）。これが不法活動責任説である。[13] 具体的には、本案の終了事実の発生により本案判決を下すことはできないから、本案について判決がなされた場合を想定して、その場合の判決が訴訟費用の裁判にとって決定的になるという見解である。したがってこの考え方から導きだされることは、訴訟費用の裁判にとって重要なのは勝訴の見込みであり、具体的には訴え提起時から終了事由の発生まで、訴えが適法でかつ理由を具備していたということである。また被告が原告の訴えの提起に誘因を与えたか否かということも重要になる。

これに対して結果責任説（Erfolgstheorie）からは、原告が訴訟費用を負担するのは、訴えで追求した目標が獲得できなかった場合であるとの反論が提起された。勝訴の見込みは関係ないし、ＺＰＯ九一条の結果責任は全く形式的・画一的に決められるものであって、実体的な正当性とは無関係であることや、訴訟費用の裁判の基準時はあくまでも口頭弁論終結時であることが強調された。つまり不法活動責任説との対立点は、訴えの当初からの勝訴の見込みを要件とするか否かということである。

このような論争を受けて判例も当初は様々な見解を表明したが、しだいに判例は不法活動責任説が主流になった。一方、学説においても不法活動責任説が主流となり、不法活動責任説は通説的な地位を獲得した。ところで、

この説と結果責任説との違いは、終了事由が偶然発生した場合に生じる。結果責任説では、当初の訴えが適法でかつ理由を具備していたか否かを問わないから、終了事由が偶然生じた場合は（例えば、法の改正や終了事実が偶発的に発生した場合等）、原告の目的が達成されないから原告が訴訟費用を負担することになる。これに対して不法活動責任説では、訴えが適法でかつ理由を具備していたことが基準になるから、そのような場合であれば、終了事由の内容に関係なく被告が訴訟費用を負担することになる。原告はこの場合、勝訴判決を獲得したはずであるからである。換言すれば、相手方の行為（例えば、被告の弁済）によって終了が生じた場合は、両説とも結論を同じくする。不法活動責任説であれば訴えが適法でかつ理由を具備していたことを根拠にするであろうし、結果責任説であれば目的が達成されたことを根拠にするであろう。(14)

(9) 一八七七年のドイツ民事訴訟法の第三次草案（一八七四年）の敗訴者負担の原則を定めた八五条（一八七七年の民訴法八七条と同趣旨）の内容と、その立法理由については、中野・前掲注(2)一七八頁以下に詳細に述べられている。

(10) ZPO二六九条三項二段は、訴えの取下げの場合は原告が訴訟費用を負担することを定めているが、この規定の沿革については拙稿・前掲注(2)〔生成〕八五頁以下に詳しい。

(11) ZPO九三条は、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ことを定めているが、この規定の沿革については拙稿・前掲注(2)〔生成〕七九頁以下に詳しい。

(12) この間の学説・判例の展開の概要については拙稿・前掲注(2)〔生成〕九一頁以下で述べ、同・前掲注(2)〔立法〕八六頁以下でも述べたが、参考にしたのは、Göppinger, Horst, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, 1958, S. 20ff. であった。

ところで訴訟費用の敗訴者負担の原則に関する歴史的展開は、しばしば訴訟終了宣言の歴史の中で述べられるが、そもそも訴訟終了宣言の歴史に言及する論文は、非常に少ない。解釈論と関係ないと考えるからである。しかし、

Smid, Stefan, Verfahren und Kriterien der Kostenentscheidung nach § 91a ZPO — Zugleich ein Versuch der historischen Rekonstruktion der Problemstellung — ZZP 97. Band(1984), S.245ff. という大部な論文が発表されて以来、博士論文において言及するものが現れてきた。それが左記の博士論文である。

Stahnecker, Thomas, Die einseitige Erledigungserklärung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, Diss., Tübingen 1994

El-Gayar, Michael, Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers im Zivil—, Arbeits- und Verwaltungsgerichtsprozeß, Diss., Erlangen-Nürnberg 1998

本稿は Stahnecker, S. 29ff. と El-Gayar, S.14ff. を参考にしてまとめた。個々の学説を主張する文献については、これらの博士論文に譲る。

(13) 不法活動責任説と表示したが、不法責任説では意味が不明であるし、不法行為責任説では民法の不法行為と誤解されるからである。学説・判例の分類は、El-Gayar, a.a.O.(Nr.12), S. 14ff. が簡潔で概要を把握するのに便利である。この時代の判例について独立した項目を設けて比較的詳しく述べているのは、Stahnecker, a.a.O.(Nr.12), S. 30ff. である。それぞれの学説について文献を詳しく紹介しているのは、Westermeier, a.a.O.(Nr.8), S.172 である。

(14) 両説の違いについて、このようにまとめるのは Stahnecker, a.a.O.(Nr.12), S.45 である。

四　一九四二年の第三簡素化令第四条第一項と結果責任説

1　立法の内容と意味

戦時体制下のドイツでは一九四二年五月一六日に第三簡素化令が公布され、六月一日に施行された。[15] この命令は五章一五条から成り、裁判所構成法（この命令の第一章の第一条が規定）、民事司法法と訴訟費用法（この命令の第二章の第二条ないし第八条が規定）を簡素化するための命令である（この命令の第三章の第九条ないし第一二条と第

四章の第一三条・一四条は特別地域に対する規定で、第五章第一五条は施行期日を定めている）。その四条一項は次のような規定である。

両当事者が本案の訴訟が終了した旨を宣言したときは、裁判所は訴訟費用について従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量により裁判する。裁判は決定で行い、異議申立ては認めない。

Haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß und ist unanfechtbar.

この規定が現在のＺＰＯ九一条ａに引き継がれたものであり、その意味でＺＰＯ九一条ａを理解するうえで、この規定の趣旨を問うことは重要である。

この規定の内容は法文に書かれていることに尽きるが、さらに次のような意味をも読み取らなければならない。[16] 第一に、この規定は双方的終了宣言に関する規定であり、一方的終了宣言については規定していない。つまり、双方的訴訟終了宣言は法律で規制し、一方的訴訟終了宣言は解釈に委ねるということである。その結果、これ以降、判例・学説とも意識して両者を区別して論じることになった。第二は、訴訟費用の裁判が判決でなく、決定でなされるということである。従来の判例・通説は、訴訟終了宣言について本案の問題を訴訟費用の問題に変更する一種の訴えの変更と考えていたから、裁判は本案と同様に判決で行う必要があったが、本条により訴訟費用の裁判は判決ではなく、決定で行うということになった。第三に、本条は裁判官の裁量による訴訟手続の簡素化である。それを支えるのは両当事者の一致した訴訟行為であり、処分権主義に基づくということである。

2　結果責任説との関係

本条は「従前の事実状態及び訴訟状態（der bisherige Sach- und Streitstand）を考慮して」と規定しているが、これは不法活動責任説を引き継いだものと解することができる。というのは終了事由発生までに勝訴の見込みのあること、すなわち訴えが適法でかつ理由を具備していることが、訴訟費用の裁判の重要な基準であることを示しているからである。しかし、そうであるからといって、不法活動責任説に完全に基づいた立法であるということでもない。というのは、本条では「公平な裁量により裁判する」ということになっていて、前記要件について特に審理がなされないからである。もし不法活動責任説であれば、従前の訴訟は訴訟費用の裁判に限定されて続行され、証拠調べ等の審理が行われるはずである。そうならなかったのは本条が戦時体制による手続の簡略化の要請に基づく立法であり、特殊な状況下における訴訟であったからである。

ところで訴訟費用の裁判のために、証拠調べをしないで裁判所が裁量で裁判するという規定と同様な趣旨の規定を、一八六六年のハノーバー草案七四条二項に見ることができる。[17] この規定は結果責任説に基づくものであるから、本条の「公平な裁量により裁判する」という部分は、結果責任説に基づくとも言えなくはないと思う。しかし、本条において結果責任説が加味されていると考えるか否かについては、実益のある議論ではない。いずれにしても本条による双方的訴訟終了宣言の場合、勝訴の見込みについて審理することはないからである。これに対して一方的訴訟終了宣言については、未だ立法的に決着がついていないから、不法活動責任説か結果責任説かの問題が今日まで残されている。さらに一方的訴訟終了宣言の場合は、両説の対立は訴訟費用の裁判で問題になるよりも、終了宣言の裁判の場面で発現する点に注意する必要がある。ここでは本案の終了が先ず問題になり、訴訟費用の裁判はそれに付随するものと把握されるからである。かくして一方的訴訟終了宣言の場合、不法活動責任説による勝訴の見込みの判断と結果責任説による審理をしないということの調和が求められることになろう。

(15) Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege und des Kostenrechts (Dritte Vereinfachungsverordnung—3. VereinfV). Vom 16. Mai 1942. Reichsgesetzblatt, Jahrgang 1942, Teil I, Nr. 54 (Tag der Ausgabe: 20. Mai 1942), S. 333f.

一九四二年五月は、電撃的なポーランド侵攻（一九三九年九月一日）から二年半が過ぎ、突然のソ連への侵入（一九四一年六月二二日）から一年目を迎えようとしている時期である。一気に叩いてソ連を制圧するとの目論みが失敗し、戦勝気分が消え、戦線はいたるところで膠着状態になり、ドイツ帝国に陰りが見えてきた時期である。翌月の六月二八日にドイツは第二次夏期大攻勢をかけるが、翌年一月にスターリングラードで大敗北を受け、もはや立ち直ることはなかった。無条件降伏（帝国の崩壊）が一九四四年五月七日であることを考えると、第三簡素化令は正に帝国崩壊への序奏というべきかもしれない。なお日本において戦争遂行のため、「陪審法ノ停止ニ関スル法律」（昭和一八年法律第八八号）が公布され即日施行されたのは、一九四三年四月一日である。

(16) 本条については拙稿・前掲注(1)〔生成〕五四頁以下、El-Gayar, a.a.O.(Nr.12), S. 18ff. 参照。本条に関する文献については、これらに挙げられている。なお本条二項は、「民訴法九九条二項及び三項は廃止する」旨の規定である。この意味は、認諾判決においてなされた訴訟費用の裁判と、本案の裁判がない訴訟費用のみの裁判に対して独立の上訴が認められていたが（前者を九九条二項が、後者を三項が規定）、それを廃止するということである。本条一項が規定する訴訟終了宣言の訴訟費用の裁判も上訴が認められないが、これは二項の処置に整合させたということである。このような場合に上訴を認めないのは問題であるが、これが正に戦時の特別な措置ということである。したがって戦後、本条二項は承継されなかったし、承継された訴訟終了宣言の制度を規定した一項にしても上訴を認めるように改正された。ただし旧条項がそのまま復活したというわけではない。一九五〇年のいわゆる統一回復法は一度廃止した民訴法九九条二項を修正したうえで復活させたが、三項の復活はなかった。

(17) ハノーバー草案と結果責任説との関係については、拙稿・前掲注(2)〔生成〕七六頁以下で詳論した。

五　おわりに

一八七七年の民事訴訟法以降の結果責任説をめぐるドイツの学説を調べるために、訴訟終了宣言に関する博士論文を利用して、不法活動責任説と結果責任説の対立と展開の状況を概観した。問題はこれによって何が得られたかということである。そこでこの学説の歴史的な展開から学ぶべきことについて私見をまとめて、本稿の結びとしたい。

第一に、一方的訴訟終了宣言の法的性質論における訴えの変更説の妥当性をより根拠づけたことである。訴えの変更説は今日のドイツの通説・判例の立場であり、[18] 私見は日本でもこの見解に基づいて訴訟終了宣言を考えるべきであるというものであるが、[19] 結果責任説をめぐる学説の展開は訴えの変更説の妥当性をより示すものであり、ドイツの通説・判例の立場や私見の根拠を一層強固にすると思う。訴えの変更説によれば、一方的訴訟終了宣言によって、従前の訴えが訴訟終了事由の発生まで適法でかつ理由を具備していたことの確認の訴えに変更される。そしてこの確認の訴えについての裁判の結果によって、一方的訴訟終了宣言が認められるか否かが決まる。換言すれば、訴訟終了事由の発生まで訴えが適法でかつ理由を具備していたことが、一方的訴訟終了宣言が認められるために必要ということである。このことは訴訟活動が正当であったことを意味するから、訴訟費用の負担の根拠については、正に不法活動責任説に立脚しているといえる。しかし、そうであるからといって、訴えの変更説は不法活動責任説に立脚しているということでもない。なぜならば、訴えの変更説は前記要件は新たな訴えの対象として訴訟物と構成し、本案の判断の結果をダイレクトに訴訟費用の裁判に反映させているからである。すなわち、前記の要件を欠けば敗訴者として訴訟費用を負担することになる。これは、結果責任説でも説明できることを意味する。結局のところ、訴えの変更説の訴訟費用負担の根拠は、不法活動責任説でも結果責任説でも妥当

するということである。このことは、訴えの変更説はいずれの見解でも妥当するということである。それは正しく、訴えの変更説は訴訟費用の負担の根拠に関して強固な基盤を有していることに他ならない。

第二に、訴えの変更説において訴訟物の構成によって不法活動責任説と結果責任説との対立が解消するということは、訴訟費用の負担の根拠をめぐる議論は説明の問題であることを示す一方で、他方、両説の融合の可能性を示すものである。例えば、不法な活動であったがゆえに敗訴という結果が招来したということは、敗訴という結果は不法な活動によるものであると考えることができるからである。両説はいわば視点の違い、表現の違いということになる。つまり、結果や不法活動の内容の理解によっては、両説を統一的に融合的に考えることができる。そのことは両説のそれぞれが有する長所をより生かすことに繋がる。例えば、結果責任説によれば、訴訟費用の裁判は本案の結論に連動して行えばよく、その手続は簡単であるし勝訴者の保護になる。しかし、そのようにして得られた結果の妥当性はしばしば問題を残すことになる。一方、不法活動責任説によれば、結果の妥当性の説明には適しているが、訴訟費用の裁判手続において不法活動であったか否かを審理せざるをえなくなり、その手続はいわゆる重くなる危険性を有している。そこで両説が融合すれば、手続は簡単でしかも結果の妥当性を導くことが可能になる。このような考えは問題はあるにしても、両者を殊更に対立的に把握するよりも建設的である。[20]

第三に、このような結果責任説と不法活動責任説との融合から見えてくるものは、結果責任説の発展したものという理解である。そう考えると、結果責任説を規定した法律の目的と整合するし、訴訟費用の裁判において負担者を決める場合に、単に訴訟の結果に形式的・画一的に依存することもなくなる。ただし訴訟費用の裁判において弾力的な判断をすることが可能になるが、それによって基準が不明確になり、訴訟が遅延するようなことになれば問題かもしれない。しかし、そもそも立法が結果責任説を採用したのは、訴訟費用の負担者を決める場合

に当事者の主観的な態様（故意・過失）を問題にしないということであり、それは訴訟費用をめぐって新たな紛争の発生を防止するためや、勝訴者の訴訟費用の回収を容易にするためであった。[21] したがって結果責任説と不法活動責任説の融合という考えは、当事者の主観的な態様を考慮しない限り立法の目的に反するものではないし、結果責任の原則と矛盾するものでもない。したがって融合的に考えれば、訴訟費用の負担者を決める場合に、単に訴訟の結果に依拠するのではなく、それに至る過程に注目することも可能であり、より妥当な訴訟費用の裁判ができることになる。このような見解を発展的結果責任説として結果責任説の延長線上で理解するならば、訴訟費用を負担する根拠について一元的に理解することができるとともに、訴訟費用の裁判において結果の妥当性を得ることが容易になるのでないかと思う。[22]

（18）ドイツの一方的訴訟終了宣言の法的性質論については、拙稿「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）」本誌八一巻八号一頁以下（二〇〇八年）に詳しい。訴えの変更説の内容と評価に関しては同一六頁以下、訴えの変更説に対する批判については同二一頁以下、訴えの変更説が妥当すると判断する理由については同三四頁以下において、それぞれ述べている。

なお訴えの変更説がドイツの通説であるとする根拠については、同四七頁注34で説明している。訴えの変更説がドイツの判例であるとする根拠については、拙稿「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）」本誌八一巻九号三一頁注49（二〇〇八年）で述べている。

（19）拙稿「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）」本誌八一巻一〇号一頁以下（二〇〇八年）。

（20）本稿二で紹介したベッカー・エーバーハルトは、訴訟費用の負担に関するほとんどの規制は起因者責任説を基本として説明できるし、また不法活動責任説を基本としても説明できるとして、両者の関係を考察している（Becker-Eberhard, a. a. O.(Kapitel 2), S. 22ff.）。

ヴェスターマイヤーは、現在では結果責任説は起因者責任説の形に展開していると理解したうえで、不法活動責任説と結果責任説は対立するものではなく、相互に関係することを論じている（Westermeier, a. a. O. (Nr. 8), S. 172 f.）。

(21) ドイツ民事訴訟法における訴訟費用敗訴者負担の原則の立法の経過は、拙稿・前掲注（2）〔生成〕七〇頁以下に詳しい。ところでドイツの立法経緯を詳細に観察された中野博士は、「訴訟費用敗訴者負担の原則の基本的把握として、行為責任主義が捨てられ結果責任主義が貫かれていくのを如実にみることができる。」と述べている（中野・前掲注（2）一七七頁）。

(22) ヴェスターマイヤーは結果責任説について、今日では起因者責任説の形で主張されていると述べている（Westermeier, a. a. O. (Nr. 8), S. 172, Fn. 259）。ベッカー・エーバーハルトは、起因者責任説によって無益な訴訟活動に基づいた訴訟費用の負担（ＺＰＯ九三条、九四条、九五条、三四四条）だけでなく、訴訟に敗訴したことに基づく訴訟費用の負担（ＺＰＯ九一条）も説明できると説いている（Becker-Eberhard, a. a. O. (Kapitel 2), S. 25）。このことは、ドウブナーがヘルビッヒの体系書や戦前のドイツの判例を引用して強調したことでもある（Deubner, Karl Günther, Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, JuS 1962 ,S.207, Fn.17）。

なおこのような理解によれば、半田教授の「結果無価値責任説ないし原因主義」に対して提案した「無益な訴訟遂行責任説ないし起因者責任説」（本稿の二）は、「発展的結果責任説ないし起因者責任説」ということになる。