

Title	訴訟経済と手続き保障：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
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 民事手続法： 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.69- 97
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88454276-00000006-0069

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.

訴訟經濟と手續保障

——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——

坂原正夫

- 一 はじめに
- 二 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段
をめぐる判例の違憲論争
- 三 訴訟経済と手続保障
- 四 おわりに

一 はじめに

1 本稿の目的

一九七六年にドイツの訴訟終了宣言の制度の生成の過程について研究を発表したが、それ以来、今日まで訴訟終了宣言の研究を行ってきた。この間に発表した論稿は二一を数えるまでになった。⁽¹⁾これらは主にドイツ民事訴訟法の訴訟終了宣言についての学説の状況や立法の動向等を紹介しながら、日本の訴訟終了宣言について論じてきたものであるが、オーストリアの民事訴訟法やスイスの民事訴訟法の視点で論じたこともあった。⁽²⁾また日本における訴訟終了宣言に関する議論を総括したものもある。⁽³⁾これらの一連の研究を通して到達した結論の一つは、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言のそれぞれの役割は、手続の簡素化とその正当性のための手続保障という観点から考える必要があるということである。⁽⁴⁾換言すれば、訴訟終了宣言の問題は、近年我が国の民事訴訟法学で盛んに注目されている手続保障という考えと密接な関係があるということである。このように考えるならば、訴訟終了宣言の研究は単に訴訟終了宣言という制度の在り方を考えるだけでなく、さらに手続の簡素化がどこまで許されるかという問題を考えるうえで格好の材料を提供することになる。そこでこのような理解を確実にするために、本稿は訴訟終了宣言についての議論を題材にして、手続の簡素化が許される限界と手続保障の關係について考察するものである。これが本稿の目的であり、このような趣旨を明らかにするために、論文の表題は一般的な問題との関連性を示すものとし、副題を付してテーマを限定するとともに、訴訟終了宣言に関する研究の一端であることを明らかにした。

ところで、訴訟終了宣言について手続の簡素化とその正当性のための手続保障の問題であると把握することは、従来にない新しい見解である。なぜならば、今まで我が国においてはこのような観点で議論されたことはなかつ

たからである。すなわち、我が国では訴訟終了宣言は単に訴訟費用の問題として議論されたり、あるいは法律に規定されていない訴訟の終了を招来する当事者の訴訟行為としてしか理解されてこなかったからである。⁶⁾そこで従来の議論と私見との関係が問題になるが、私見は従来の議論を否定するものではない。私見は、訴訟終了宣言は単に訴訟費用の問題や訴訟の終了を招来する当事者の訴訟行為として理解するだけではなく、手続の簡素化が許される限界と手続保障の問題であると把握する必要があるということである。さらに付言すれば、今日の我が国の民事訴訟法においては手続保障の概念が重視されるようになってきたが、そのような状況においては、訴訟終了宣言は手続の簡素化が許される限界や訴訟経済と手続保障の調整という問題を内在していると認識し、そこから訴訟法上の原則を抽出することが重要であるということである。

2 最近の訴訟終了宣言論の動き

ところでこのような問題を提起するならば、問題の重要性は理解できても、なぜそのような重要なことが従来看過されてきたのかという疑問に対して解答する必要がある。答えは簡単である。ひとところに比べて日本では訴訟終了宣言に対して関心が薄くなったこともあって、最近ではほとんど訴訟終了宣言について議論がなされないからである。⁷⁾したがって、このような私見については、ほとんど注目されることはなかった。そうであるならば、訴訟終了宣言の制度の発祥の地のドイツではどうなのかという疑問が生じるかもしれない。我が国で従来看過されてきたのは、ドイツでも議論がなされていないからではないか。もしドイツで議論されていないとするならば、前記のような私見に対しては独断であり偏見ではないかとの批判が予想される。

この答えは単純ではない。従来はそのような認識はなかったが、最近、認識されるようになってきたというのが答えである。自国の制度の特色は他の国の制度と比較して分かることであるが、ドイツでは訴訟終了宣言は所

与の前提として議論して比較法的な関心がないことから、正面から手続の簡素化が許される限界や訴訟経済と手続保障の調整ということで議論されることはなかった。しかし、二〇〇二年に施行されたドイツ民事訴訟法の改正法によって、ドイツの状況は一変した。改正法によって創設されたドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段が問題を提起することとなった（以下では、この規定はZPO二六九条三項三段と表記する）。この規定は、訴訟係属前に原告が訴えを取り下げた場合、裁判所は双方的訴訟終了宣言を規定するドイツ民事訴訟法第九一条aに倣い、裁判所の裁量によって訴訟費用の裁判をするというものである（以下では、この規定はZPO九一条aと表記する）。このことは訴訟の迅速化のための手続の簡略化であり、ZPO九一条aの規定と類似する点では訴訟終了宣言の拡張ともいえる。しかし、反面この規定の創設によって双方的訴訟終了宣言の果たすべき役割は縮小するとの意見もあり、立法として適切なものであったか否かという論争を引き起こした⁽⁸⁾。しかし、立法者は批判に動じることなく、この改正の趣旨をより徹底させるために、二〇〇四年施行の民事訴訟法の改正法によって、さらなる修正を行った⁽⁹⁾。

ここに至って下級審とはいえ、次の3で述べるように、このような立法は憲法違反であるとの判断をする判例が出現した。このことは、手続の簡素化と裁判所の裁量による裁判は、どこまで、どのような方法によって許容できるのかといった問題の提起に他ならない。換言すれば、訴訟の促進と訴訟経済を錦の御旗にして訴訟手続の簡素化と裁量による裁判が立法によって創設されたが、それは憲法によって保障されている裁判に関する原則や訴訟法上の原則に反するものではないのか、また反しないまでも、本当に立法として妥当性を有しているのかということがある。

ところでこのように述べると、この改正はドイツの国内問題のように見えるが、実はそうではない。日本においても決して対岸の出来事ではなく、重要な意味を有している。なぜならば、日本の民事訴訟法第七三条（以下

では、民訴法七三条と表記する)はZPO二六九条三項三段に類似する規定であり、日本の通説は民訴法七三条が存在するから訴訟終了宣言は不要であると説いているからである。⁽¹⁰⁾もしドイツでこのZPO二六九条三項三段が違憲であるとか、あるいは妥当性を欠く立法法であるということによって弾劾されるようなことになれば、それはとりもなおさず民訴法七三条の妥当性が問われることになるかと解することは十分に可能になるからである。

3 本稿の構成

ところで最近ドイツにおいて、ZPO二六九条三項三段をめぐってその正当性を問題にする判例が出現した。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である。その理由は、この規定は訴訟経済を優先したために原告と被告とを手続的には対等に扱わず、原告を一方的に優遇している。すなわち、これは憲法三条一項と一九条四項に違反するというものである。この裁判所の見解はドイツ憲法の規定の解釈の問題ではあるが、この判断は民事訴訟法学の用語でいえば、ZPO二六九条三項三段は武器平等原則に反するということになる。これに対して連邦通常裁判所は、二〇〇五年一月六日の決定において前記下級審の決定を取り消して、合憲との判断を下した。その理由は、ZPO二六九条三項三段は武器平等原則に反しないというものである。この判断は訴訟経済と手続保障の在り方を考える場合の要点を示しているので、非常に興味あるものである。

そこで本稿は違憲論のブランデンブルク上級地方裁判所の決定と合憲論の連邦通常裁判所の決定を取り上げ、それぞれの立論を考察しながら(二)、手続の簡素化が許される限界や訴訟経済と手続保障の調整という問題を考えてみようと思う(三)。なおこの判例を契機に、ZPO二六九条三項三段は違憲であるとの論文がドイツ民事訴訟雑誌一一九卷三号(二〇〇六年)に掲載されたので、この違憲論も考察する(三の二)。なお判例であれ論文であれ、違憲論は訴訟終了宣言の問題を考えるうえで、非常に示唆に富むものである。なぜならば、違憲論の

核心は、原告の都合によって訴えの取下げがなされ、原告の主張に基づいて従前の手続の費用の裁判が裁判所の裁量によって行われるのは、被告からみれば不公平であるということであり、これは日本の制度（民訴法七三条）に対する痛烈な批判に他ならないからである。しかも違憲論は、訴訟係属前に手続終了事由が発生した場合や裁判が訴訟費用に関するものであるというような特別な事情を考慮しても、そのような裁判を正当化することはできないという主張である。これは日本の判例・通説が説く訴えの取下げによる訴訟の終了方法を批判することになる。訴訟終了宣言について長い間研究してきた者としては、違憲論は私見に対する力強い味方になるように思う。

- (1) 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）（二・完）」法学研究四九卷二号一八頁以下、三〇六頁以下（一九七六年）。
- (2) 訴訟終了宣言に関して発表した論稿は一覧できるように最新の研究論文の参考文献欄において、発表順と内容別分類にまとめてある（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（一）」法学研究八一巻七号一五頁以下（二〇〇八年））。
- (3) 拙稿・前掲注（一）三〇九頁以下、拙稿「オーストリア民法とスイス民法における訴訟終了宣言について」鈴木重勝・櫻井孝一・中村雅磨編『民事訴訟法学の新たな展開』（中村英郎教授古稀祝賀記念論文集上巻）六三九頁以下（成文堂、一九九六年）、同「スイス民事訴訟法と訴訟終了宣言」法学研究七八巻二号一頁以下（二〇〇五年）。
- (4) 拙稿「日本の訴訟終了宣言について」法学研究八〇巻二二号一七頁以下（二〇〇七年）。
- (5) 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（二）（二・完）」法学研究七九巻九号五一頁以下（二〇〇六年）。
- (6) 我が国においては、訴訟終了宣言について消極的な評価を行う立場は訴訟費用の裁判の面に注目し、積極的な評価を行う

立場は訴訟の終了を招来する当事者の訴訟行為の面に注目する（拙稿・前掲注（4）二二二頁以下）。

（7） いわゆるジュリスト増刊の『民事訴訟法の争点』において、訴訟終了宣言は最初から三四連続して取り上げられてきた。すなわち、初版は拙稿である（三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点（初版）』一六六頁以下（一九七九年））。二版は石渡哲教授が担当された（三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点（新版）』三一四頁以下（一九八八年））。三版は荒木隆男教授が担当された（青山善充Ⅱ伊藤眞編『民事訴訟法の争点（三版）』二六四頁以下（一九九八年））。しかし、来年（二〇〇九年）に刊行予定の四版では、訴訟終了宣言は取り上げられていない。

（8） ZPO二六九条三段の内容と立法の目的については、拙稿「二〇〇二年施行のドイツ民事訴訟法の改正と訴訟終了宣言」法学研究七六巻八号一九頁以下（二〇〇三年）に詳しい。学界の反応についてもまとめてある（同二九頁以下）。

（9） 二〇〇四年施行の改正法によるZPO二六九条三段の修正の内容と立法理由については、拙稿「二〇〇四年施行のドイツ民事訴訟法の改正と訴訟終了宣言」法学研究七九巻二号一八頁以下（二〇〇六年）に詳しい。

（10） 新設されたZPO二六九条三段が民法七三条に類似するということは、これは一見すると、ドイツ民事訴訟法が日本民事訴訟法に歩み寄ったようにも見える。そして、もしそのような見解が正しいならば、民法七三条は立法として適切であるということもZPO二六九条三段が補強することになる。しかし、そうではなく反対に、ZPO二六九条三段は民法七三条の問題点を浮かび上がらせたというのが私見である（拙稿・前掲注（8）三九頁以下）。ZPO二六九条三段は訴訟係属前と限定しているのに対して、民法七三条はそのような限定がないからである。つまり、ドイツの立法者は訴訟費用の裁判といえども、裁判所の裁量による判断は認められないと考えたからこそ、訴訟係属前に訴訟を維持することのできない事由が発生した場合にしか裁判所の裁量による裁判は正当性がないと判断し、そのように条文の中で明確に限定したのである。

二 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段をめぐる判例の違憲論争

1 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段と第九一条a第一項第一段の内容

ZPO二六九条は訴えの取下げに関する規定であり、その第三項は訴えの取下げの効果を規定している。第三項は三つの内容から構成されている。第一段は訴えの取下げにより訴訟は係属しなかったものとみなすということと、確定していない判決は自動的に失効するということを規定している。第二段は訴訟費用は原則として原告が負担することを規定している。そして第三段は左記のような規定である。この内容と類似しているのが、双方向的訴訟終了宣言を規定しているZPO九一条a一項一段である。両者の異同が分かるように、ZPO九一条a一項一段も左記に掲げる。

なおドイツ民事訴訟法の条文は日本では既にいくつか翻訳されているが、これらの条文は最近改正されたこともあって、翻訳を見つけないことができなかった。したがって左記の訳文は私訳であり、一般に認められている訳文というものではない。

ZPO二六九条三項三段

「訴えを提起する原因が訴訟係属前に消滅し、その結果訴えが取り下げられた場合、訴訟費用の負担義務は従前の事実態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量によって決められる。訴えが送達されなかった場合も同様とする。」

ZPO九一条a一項一段

「両当事者が口頭弁論において又は書面の提出により若しくは事務課の調書に記載することにより、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、従前の事実態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量により

決定で裁判をする。」

両者を対比して分かることは、それぞれの訴訟費用の裁判が酷似していることである。両者の違いは、ZPO二六九条三項三段の方は訴えの取下げであるから、訴えの取下げという原告の一方的な行為によってこの規定が適用されるのに対して、ZPO九一条aの方は両当事者（原告と被告）の一致した訴訟終了宣言が要件になっていて、原告の一方的な行為だけではこの規定は適用されないという点である。

2 違憲とする判例

既に一の3で述べたように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二六九条三項三段について憲法に違反すると判断した。⁽¹¹⁾ 事件は不正競争防止法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) に関するものであるが、事件に適用される法規ではなく民事訴訟法の規定が違憲ということなので、違憲の判断は事件の内容と直接の関係はない。⁽¹²⁾ ところで裁判所が憲法違反として挙げた憲法条項は、ドイツ連邦共和国憲法三一条一項と一九条四項である。前者は法のもとの平等を定めた規定であり、⁽¹³⁾ 後者は裁判を受ける権利を定めた規定である。⁽¹⁴⁾ ZPO二六九条三項三段が違憲であると考えるのは、同条項は訴えの取下げという原告の一方的な訴訟活動に基づく裁判を規定し原告を優遇しているから、憲法の平等原則に反すると理解するからである。さらに本件判例は、そのことは被告の訴訟活動が認められないことであり、それは被告の裁判を受ける権利の侵害に他ならないと考える。

(一) 違憲判断の論理

さて本件判例が違憲と判断した理由を見てみると、次のような論理で構成されている。⁽¹⁵⁾ なおこれは決定理由の

中の文章をそのまま直訳したのではなく、決定理由が挙げている論拠を要約したものである。要約に際しては、本稿の読者が日本人であることを考慮して、原文の文章から裁判所の真意を忖度し、それを分かりやすく表現することにした。その結果、原文の文章を大胆に大幅に修正することになった。丸中数字は便宜的に筆者が付したものである。

①憲法三条一項は平等原則を定めているが、ZPO二六九条三項三段はこの原則に反する。なぜならば、被告の同意なしに原告が訴えを取り下げるだけで、一方的に裁判所が「訴訟費用の負担義務は従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量によって決める」ことになるからである。この文言はZPO九一条aを模範にしたものであるが、文言がZPO九一条aと同じである以上、ZPO九一条aのようにZPO二六九条三項三段は解釈されなければならない。②ZPO九一条aが規定していることは、両当事者が一致して訴訟の終了を宣言した場合（双方向的訴訟終了宣言）、事実状態及び訴訟状態のみが訴訟費用の裁判の判断基準であるということ、証拠調べによるさらなる事案の解明は行わないということである。③有理性がある原告の主張と重要な答弁が存在する場合、一般に裁判所は誤ることなく次のように公平な裁量による裁判を行う。すなわち、裁判所は訴訟中に行われた必要な証拠調べの明らかな結果に基づき、お互いの訴訟費用はそれぞれに負担させるか、あるいは裁判所は争点となった重要な事実に関して証明ができる蓋然性に応じて、訴訟費用を原告と被告に分担させる。④このようなことから、ZPO九一条aにおいては裁判官の裁量は全く問題にならない。⑤両当事者が一致して訴訟終了宣言をする場合、それは訴訟上において行うことになっているから、訴訟法律関係が成立していることが必要である。訴訟法律関係の範囲において、被告は訴訟費用の裁判に関与することができる。すなわち、訴訟費用の裁判において判断の基礎となる事件の事実状態と訴訟状態に対して、自らの見解を主張することによって影響を与えることができる。ここにおいて、被告は次のようなことを決めることができる。原告によって表明された

一方的な訴訟終了宣言に賛成して、これ以上の事実の解明を行うことを放棄するか否か、あるいは原告の一方的な訴訟終了宣言に反対して事実の解明を行うようにするか否かである。⑥この場合、被告は弁護士が担当する訴訟において保護されている。終了の意思を表示することによって生じる法的な効果について、十分に理解することのできる弁護士によって訴訟終了宣言はなされなければならないからである。⑦訴状の送達を欠いて未だ訴訟が成立していない（訴訟係属が発生していない）場合において、訴訟係属の発生を必要とする訴訟法理論に反して当事者は一致した訴訟終了宣言（双方向的訴訟終了宣言）を行うことができるとしても、被告は次のような場合に限り、少なくとも保護される。被告が原告の訴訟終了宣言に自らの自由な意思によって賛成し、訴訟費用に関する裁判所の裁量による裁判に服する場合である。⑧ところがZPO二六九条三項三段は、ZPO九一条aと異なる。被告にはこの手続に対して、この種の影響力を行使することが認められていない。この手続においては、原告は訴えの取下げによって一方的に訴訟費用の裁判を裁判所の裁量に委ねることができる。訴状送達の前、すなわち訴訟係属発生前では、相手方である被告はこのようなことはできない。さらに被告は訴訟費用の負担を回避するために、自己に有利な主張や証拠を提出することもできない。このようにZPO二六九条三項三段の手続においては原告は優遇されるが、相手方である被告は不利に扱われる。これは、憲法三条一項に由来する訴訟当事者は手続において同じ機会が与えられなければならないとする平等原則に反する。⑨ZPO二六九条三項三段の手続は、憲法一九条四項にも違反する。その理由は、この手続において被告の訴訟活動が保障されていないからである。もし被告が訴訟活動によって自らに有利な成果を得ようとしても、被告はそのような活動は認められていないから、訴訟費用は被告の負担としないとする裁判を獲得することはできない。即時抗告の道が開かれていなくても、被告ができることは被告に不利な訴訟費用の裁判について、単に正当な裁量に基づいたか否かを調べさせることだけである。

(二) 違憲判断から学ぶべき事項

ZPO二六九条三項三段が違憲規定であるか否かはドイツ民事訴訟法にとつては重要事項であるが、それはドイツ国内の問題であるし、本稿で憲法問題を論じることも適切ではない。ましてこの違憲判断を行ったブランデンブルク上級地方裁判所の決定は、後述のように(3)、連邦通常裁判所によつて取り消されているから、ドイツでも裁判所の違憲判断は法的には意味がないというべきかもしれない。しかし、法的には意味がないとはいえず、この違憲判断は手続における関係者の手続関与の重要性を指摘し、手続によつて形成される判断内容を正当化するための手続の在り方等を論じている点で、我が国において効率性重視の手続における当事者の手続保障を考える場合に、有益な視点を提供する。このようなことから、右の違憲判断において示された理由の中から手続保障という視点から見ると重要なものを取り上げ、それをより一般化して手続保障の在り方としてまとめれば、次のようなことになる。

- (a) ZPO九一条aの手続は裁量による裁判を規定しているが、両当事者の意見が一致しない限り手続が開始されることはなく、被告の立場は保護されているので問題ない(②)④。すなわち、原告の一方的な都合で裁量による裁判がなされるのではなく、被告は原告の一方的訴訟終了宣言に対して賛否を表明することによつて、裁量による裁判を受け入れるか否かを決めることができる。このような手続開始要件が重要である。(⑤)⑦。
- (b) 裁量による裁判といつても裁判所が勝手な裁判をするわけではないから、裁判資料の収集が重要である。裁判資料の収集の手続に当事者を平等に関与させ裁判に必要な資料を収集すれば、適正で公平な裁判を行うことができる(③)⑤。
- (c) 手続の効率性や訴訟経済を重視して原告のみの考えで一方的に開始された手続であっても、被告がその手

続を是認するか否かを自由に選択することができるのであれば、被告は自らの利益を守ることができるから、このような手続も適法である(⑤)~(⑧)。

(d) 効率性や訴訟経済を重視する手続においても、関係者を手続に関与させる機会を設けないと、国民の裁判を受ける権利を否定することになる(⑨)。

3 合憲とする判例

二〇〇五年一〇月六日の連邦通常裁判所の決定は、ZPO二六九条三項三段の規定は合憲であるとの判断を示した。⁽¹⁶⁾ 事件は2と同様に不正競争防止法に関するものであり、⁽¹⁷⁾ ブランデンブルク上級地方裁判所の決定を取り消したが、取り消された決定は2の決定ではない。⁽¹⁸⁾

(一) 合憲判断の論理

本件決定がZPO二六九条三項三段を合憲とする理由は、次のようなものである。2においても述べたことであるが、これは決定理由の中の文章をそのまま直訳したのではなく、決定理由が挙げている論拠を要約したものである。要約に際しては、本稿の読者が日本人であることを考慮して、原文の文章から裁判所の真意を付度し、それを分かりやすく表現することにした。その結果、原文の文章を大胆に修正することになった。丸中数字は便宜的に筆者が付したものである。

⑩訴えが訴状送達前に取り下げられた場合にもZPO二六九条三項三段の規定が適用されることについては、当裁判所は是認しているし、最近の立法によってそれを認める文言が付加され決着を見た。したがってこの場合も、公平な裁量によって訴訟費用を負担する義務は決まる。この場合の訴訟費用とは、送達後に訴えが取り下げられた場合に賠償するであろうと思われる費用と理解しなければならない。⑪確かに、ZPO二六九条三項三段の

手続の場合においては、訴訟終了宣言がなされた場合と異なり、被告はそれに賛成するか反対するかを選択することができない。⑫それゆえに被告はZPO二六九条三項三段の事例の場合、次のような手続のいずれも選択することができない。一方は、ZPO九一条a（あるいはZPO二六九条三項三段の準用）により従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量により訴訟費用について裁判をする手続である。他方は、本案の訴訟を——たとえ訴えが変更された場合であっても——継続し、それゆえに場合によっては当初の訴えの根拠について——ZPO九一条aの事例とは異なり——完全な証拠調べを行う手続である。⑬しかし、ZPO二六九条三項三段の場合、恣意的に被告を不利に扱うものではないし、憲法一九条四項は権利保護を保障しているが、それに反して被告の権利保護を否定するものではない。⑭訴えられた者が裁判を求めることになるが、被告はZPO二六九条三項三段の場合にも審問請求権を有している。それにより——原則的にZPO九一条aの事例と異なり——被告の事実主張とそれを支えるために援用される証拠方法は事物の本性により、それらが今まで主張されなかつたという理由で、裁判において無視されてはならない。⑮さらに次のことが付言される。原告はZPO二六九条三項三段の場合、ZPO二六九条三項二段の原則とは異なつて被告が訴訟費用を負担する裁判を求めることになる。それゆえに——ZPO九一条aの事例と異なつて——、原告は原則規定によると、自らが訴訟費用を負担せざるをえないことになるが、それでは公平な裁量による裁判とはいえないことを説明し、証明しなければならぬ。

（二）合憲判断が指摘する視点

連邦通常裁判所は下級審の判断を否定するために、違憲論に対する批判を展開する。違憲論は、ZPO二六九条三項三段には被告がその手続に従うか、あるいは別の手続で訴訟を続行するかを選択する余地がないことを問題にするが（⑧⑪⑫）、それは違憲の論拠にならないと反論する。反論の中から手続保障の在り方を考えるうえで重要と思われる視点をより一般化してまとめれば、次のようなことになる。

- (e) ZPO二六九条三項三段に関しては判例や立法によって認められた制度であり、全く問題がない(10)。
- (f) ZPO二六九条三項三段は原告を特別に優遇しているものでもなければ、被告を不当に扱っているものでもない(13)。
- (g) 被告は手続に参加し、自らが負担すべき訴訟費用を軽減するために、当該手続において訴訟活動することが認められている(14)。
- (h) 原告は単に訴えの取下げをすればよいということではない。訴訟費用を負担することの回避や軽減のために努力しなければならないし、公平な裁量によって原則規定の適用を排除する理由が明らかであることを説明しなければならない(15)。
- (i) ZPO二六九条三項三段とZPO九一条aとは状況が異なるから、比較すべきものではない(14)(15)。
- (11) この判例はユリスオンラインによって入手した。一般の判例掲載誌や判例集において、この判例がどのように掲載されているのかは調べていない。ユリスオンラインによれば、本件判例が掲載されたのはOLGR Brandenburg 2005, 559である。なおダリポー・後掲注(23)は、NOZ 2005, 2248も挙げている(三三一頁冒頭の注)。
- (12) 裁判所はZPO二六九条三項三段は憲法違反であると判断したが、抽象的な法規の違憲を問題としているにしても、具体的な事件の経過とは全く関係がないということでもない。なぜならば、事件を処理する手続が不当であると批判しているからである。またZPO二六九条三項三段が関係する事件とはどのようなものであるかを知っておくことは、この問題の理解を容易にすると思われるので、事件の経過について簡単に紹介しておく。
- YはXに対して、宣伝用のピラによる不正な競争行為の禁止を要求し、さらに当該ピラによって得られた売上げについて詳細な情報の提供を求めた。これに対して、XはYに特に事前に警告することなく、Yはそのようなことを要求する権利を有していないということの確認を求める訴えを提起した。ところが、訴状送達前に被告Yは情報提供の要求を放棄した。原告Xは

それを受け入れて訴えを取り下げた。地方裁判所は被告Yに対して、訴状と訴訟費用を被告Yが負担することを求める原告Xの書面とを訴訟費用の申立てとして送達した。

(13) ドイツ連邦共和国憲法三条一項は、次のような規定である（高田敏『初宿正典編訳』『ドイツ憲法集』〔第五版〕二一四頁〔信山社、二〇〇七年〕）。

第三条（法の前の平等、男女同権、差別的取扱いの禁止）第一項

「すべての人は法の前に平等である。」

(14) ドイツ連邦共和国憲法一九条四項は、次のような規定である（高田『初宿・前掲注（13）』二二二頁）。

第一九条（基本権の制限とその限界、法人の基本権享有主体性、基本権侵害の法的救済）第四項

「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途が開かれている。他の（機関の）管轄が認められない限りにおいて、通常裁判所への出訴の途が与えられている。第一〇条第二項第二文は（これによって）影響を受けない。」

(15) この判例はZPO二六九条三項三段は違憲であると判断しているが、違憲でないにしてもZPO二六九条三項三段が訴状送達前に適用されてはならないとの判断も示している。その理由は、訴訟係属発生前には訴えは存在せず、存在しない訴えの取下げはできないということにある。またZPO二六九条三項三段は従来の訴訟の状況を考慮して裁判所は訴訟費用の負担者を決めるとしているが、同様な理由から、訴状送達前には従来の訴訟が存在しないのであるからできないと主張する。

なおZPO二六九条三項三段が訴状送達前に適用されないとの判断は、本件判例の判示事項でもある。そしてこの点の記述は憲法違反との記述に比べて量的には倍程度あり、内容的にも詳細である。その理由は、当時はこの問題は実務での大きな争点であったからである。すなわち、ZPO二六九条三項三段が訴状送達前に適用されるか否かについては、この規定が導入された直後から問題になり、二〇〇四年の改正前における実務での大きな争点の一つであった。本件判例のような適用を否定する判例より肯定する判例の方が多数であったこともあって、二〇〇四年の改正法は適用を肯定する立場を支持し、そのことを法文に明定することによって、実務での不統一な取り扱いを終息させた。すなわち、二〇〇四年の改正法は法文の最後に、「訴えが送達されなかった場合も同様とする。」との一文を挿入して、適用肯定説を明らかにした。この間の経緯については、拙稿・前掲注（9）三九頁以下において詳しく述べたことがある。なお本件判例が違憲判断の理由を述べている中で、訴訟法律

関係を重視したり(⑤)、訴訟係属の発生にこだわっている(⑦)のは、適用否定説であるからである。

(16) この判例はユリスオンラインによって入手した。一般の判例掲載誌や判例集において、この判例がどのように掲載されているのかは調べていない。ユリスオンラインによれば、次のような雑誌に本件判例が掲載された。NSW ZPO §29; Magazindienst 2006, 15-16; BGHReport 2006,132-133; WRP 2006, 106-107; GRUR 2006, 168-169; AGS 2006, 90-91; NJW 2006, 775-776; MDR 2006, 830-831.

(17) 二の2で紹介したブランデンブルク上級地方裁判所の決定の事件とは内容的に若干異なる事件であるが、事件の構図は同じである。事件は不正競争防止法違反に関するものであり、XとYは競争者である。競争の内容は決定理由からは明らかでないが、XはYがXに対して商品の売上げ代金の開示を要求することは根拠がないとして、Yはそのようなことを求める権利を有しないとの確認の訴えを提起した。ところがその訴状が被告Yに送達される前に原告Xは訴えを取り下げ、ZPO二六九条三項三段を根拠に訴訟費用は被告Yが負担すべきであると申立てを行った。

原告Xが訴えを直ちに下げた理由は、次のようなものである。YはXとの話合いの中で、問題のピラによって売り上げた情報をXに求めた。そしてXがYの求めに応じないならば、Yは訴えによって開示を求めると主張した。そこでXはYにはそのような権利がないことの確認を求め訴えを提起したところ、Yは直ちにそのような主張を取り止めた。

第一審の地方裁判所は、被告が訴訟費用を負担すべきであると判断した。そこで被告は上級地方裁判所に即時抗告を行った。これに対する上級地方裁判所の判断が、ZPO二六九条三項三段は憲法違反というものである。

(18) この判例はブランデンブルク上級地方裁判所の決定を取り消したものであるが、取り消された決定は二の2で紹介した決定ではないことは事件番号から明らかである。しかし、決定がなされた日は同じであり、担当した裁判所の部も同じである。しかも、事件の当事者の氏名は不明であるにしても、両事件とも原告も被告もドイツ語の表記から女性であることが分かる。したがって事件は別であるが、同一紛争なのかもしれない。いずれにしても類似した二つの事件がブランデンブルク上級地方裁判所において、同じ日に同じ部で同じ理由で判断が示されたが、一方のみがブランデンブルク上級地方裁判所の決定として公表された。そして公表されない方の決定を取り扱ったのが、連邦通常裁判所の本件判例である。

三 訴訟経済と手続保障

1 ドイツの判例の違憲論争の評価

ZPO二六九条三項三段は違憲か合憲かでブランデンブルク上級地方裁判所の判断(二の2)と連邦通常裁判所の判断(二の3)は対立したが、判例は合憲の立場で決着をみた。ドイツの連邦通常裁判所は我が国の最高裁判所と同様にドイツの通常事件の最上級審の裁判所であるから、その判断は我が国の最高裁判所の判例と同様に、いわゆる判例としての意味を有している。しかし、そのことから直ちに、連邦通常裁判所の判断が我が国の民事訴訟法学の手続保障論において有用であるということにはならない。むしろ日本の手続保障論にとっては、ZPO二六九条三項三段がなぜ違憲なのかということの方が興味がある。違憲か合憲かはドイツの問題であるが、日本の民事訴訟法学にとって一番の関心事は、手続保障という観点から、手続の公正さが疑われた原因は何かという¹⁹⁾ことであり、連邦通常裁判所の判断はこの疑念を払拭できたのかということである。

そこで、違憲とする判例を違憲論、合憲とする判例を合憲論として、それぞれの根拠について検討してみる。違憲論は、ZPO二六九条三項三段が規定する制度は、原告だけで一方的に手続が進行することを問題にする。そして、被告に通常の訴訟手続が選択できるように配慮すべきであると説く(c)。あるいは、被告が当該手続に参加できるように工夫することが重要であるとする(b・d)。

これに対する合憲論の反論は、極めて形式的である。過去の判例や立法を引用して、判例との連続性や実定法を根拠にしているだけである(e)。しかし、違憲論は判例や実定法の実質的な妥当性を問題にしているのだから、反論としては十分ではない。そこで合憲論の根拠として多少実質的な理由を探してみると、被告も訴訟活動ができると主張している(g)。しかし、その根拠は実定法の条文ではなくて、「事物の本性(Natur der

Sache)」であり、これでは被告は自らに手続に参加する権利があると気がつかないであろう。仮に気がついて手続参加の申立てをしたとしても、条文に規定されていない以上、参加が認められるとは限らないから、被告が手続に関与できるとする根拠にはならない。また被告が参加できなくても原告に主張・立証責任があるから、原告に一方的に有利な判断がなされることにはならないと反論するが(h)、これも根拠としては薄弱であるし、被告が手続に関与しない理由にはならない。そもそも手続参加の意味は、両当事者が平等に手続に参加して判断内容の正当性を担保することにあるから、当事者の一方のみの手続でも問題はないということは、手続そのものを否定することになるであろう。²⁰⁾

こうして見ると、合憲論の根拠は納得できるものではないが、それはある意味ではいたしかたないようにも思う。なぜならばZPO二六九条三項三段の立法目的は訴訟経済であるから、手続保障を軽視せざるをえないのは当然である。いわゆる軽い手続にならざるをえない。訴訟経済と重い手続とは相反することであり、手続保障を強調する違憲論を満足させる解答は無理である。むしろ重要なことは、合憲論が手続保障の重要性を否定していない点である。対立点は実質的に被告の訴訟上の地位が保障されているか否かということである。つまり、訴訟経済か手続保障かの問題は二者択一の選択を迫るような価値の対立の問題ではなく、訴訟経済を強調した場合に最低限どの程度の手続保障が必要かということである。ZPO二六九条三項三段は、違憲論によればその限界を踏み越えた立法であり、合憲論によれば踏み止まった立法ということである。

問題は限界であるが、それは法に求められる絶対的な価値が決めることになる。そのことからブランデンブルク上級地方裁判所が、ドイツ憲法三条一項の法の前の平等を根拠にしたのは正当なものと評価できる。ZPO二六九条三項三段の手続において被告は手続の外に放置されたままになるが、そのような差別は手続的には不合理であり、訴訟経済だけで正当化できるものではない。このように考えると違憲論の方が説得力があり、違憲論か

ら学ぶべき事項（二の2）⁽²¹⁾を、我が国の手続保障論において吸収すべきである。

2 ダリボーの違憲論について

ところでZPO二六九条三段について、ブランデンブルク上級地方裁判所の判断（二の2）と連邦通常裁判所の判断（二の3）は対立するが、それぞれの問題点を指摘したうえで違憲論を展開したのはマルセル・ダリボーである。⁽²²⁾彼は「ZPO二六九条三段による訴訟費用の裁判手続における憲法違反のリスクの分配」⁽²³⁾（ドイツ民事訴訟雑誌一一九卷三号三三一頁以下（二〇〇六年））という論文を発表して、ZPO二六九条三段という立法と、それを是認した連邦通常裁判所の判断を厳しく批判した。

この論文は違憲論の立場なので、判例の違憲論をより詳細に展開しているが、しかし、それについて全面的に賛成しているわけではない。判例の違憲論はZPO二六九条三段は憲法一九条四項違反としているが（二の2）⁽²⁴⁾、彼はこの条文は適切ではなく、憲法一〇三条一項違反であるとしている。また判例の違憲論は憲法三条一項違反を根拠にするが、彼はそれを否定するわけではないが武器平等原則違反として違憲論を展開する。さて、彼の違憲論の要点は次のようなものである。

（一） 違憲論の内容

訴訟費用は誰が負担するののかというリスクは実体法の原則に即してバランスよく配分され、武器平等原則がそれを支持している。ところがZPO二六九条三段による訴訟費用の手続は、そのようになっていない。訴えの取下げは原告の一方的な行為であり、ZPO二六九条三段の場合は被告の同意が必要ないから、原告によって裁判のための資料が形成されることになる。これは従来の民事訴訟法学の訴訟手続の考えに反し、当事者の訴訟上の地位の空洞化である。それゆえに憲法の規定を根拠に是正する必要がある。

憲法が訴訟法の立法者に命じていることは武器平等原則であり、合理的な理由なしに訴訟当事者を訴訟手続において差別してはならないということである。ZPO二六九条三段の場合、被告には防御する方法がないし、原告の一方的な行為によって裁判資料が形成される。つまりZPO二六九条三段の手続は原告主導の手続であり、原告に有利な構造になっている。これは憲法一九条四項が規定する基本権の侵害というよりは、国民を立法権から保護する意味で憲法一〇三条一項違反と理解すべきである。裁判には当事者から話を聞くということと、当事者を平等に扱おうということが必要である。両者は違った原理であるから、それぞれの趣旨が手続において具現化されなければならない。特に訴訟費用の手続のような付随的な手続においては、審問を受けるといよりは具体的な訴訟活動を保障する武器平等原則が重要である。

実体法上の権利義務については、当事者の対等な訴訟活動を保障した訴訟手続によって判断されることになっている。ところがZPO二六九条三段の場合はそのようになっていない。訴訟法は実体法を超えることにはできないから、実体法上の権利義務を判断する訴訟手続が守られなければならない。確かにZPO九一条aは裁判所の裁量による裁判手続であり、通常の訴訟手続とは異なる。しかし、ZPO九一条aの場合には、その裁判手続の開始は被告の同意を要件としているので、手続上は両当事者は平等であり、その点において憲法上疑義はない。訴訟経済は訴訟手続において重要な視点であるが、あくまでも憲法が許容する範囲内でのことであり、訴訟法の原理・原則に服するものである。訴訟法が必要としている手続の簡素化であり、その廃止ではない。訴訟経済を優先させる場合は、簡素化される手続に対する補償が必要である。そこでZPO二六九条三段の場合には民法のリスクの分配の原則に反するが、請求異議の訴え(ZPO七六七条)で補償されているという見解がある。これは、被告は意に反して訴えを提起しなければならないから、正しくない。

ところで、ZPO二六九条三段を憲法に適合させる方法が考えられる。裁判所が訴訟の終了を確定した場

合に、ZPO二六九条三項三段の裁判は許されるとの考えである。しかし、そのような見解は訴えの取下げが原告の一方的な訴訟終了行為であることに反するし、手続が重くなって、原告にパンの代わりに石を与えるようなものである。あるいはZPO二六九条三項三段の要件が通常の手続で確定された場合、裁量による裁判が許容されるということも考えられる。しかし、証拠調べが必要ならば、訴訟経済という立法の目的に反するし、そのような条件を課すことは条文の文言を無視することになる。あるいは原告が訴えの変更により訴訟費用に関する訴えを併存させるということも考えられる。しかし、これは原告が決めることであり、被告の地位の向上にはならない。あるいはZPO二六九条三項三段の場合は訴状の送達や訴訟係属の発生は重要ではなくなったが、それに応じて訴訟係属の定義を変更すればよいとの意見もあろう。しかし、そのような見解は、これらが訴訟において重要であるとしてきた伝統的な民事訴訟法学の理論と調和しない。

結局のところ、ZPO二六九条三項三段の手続を正当化するのには困難であり、憲法違反である。憲法裁判所の判断を仰ぐべきであるが、ZPO九一条aの手続を参考にして憲法に適合するようにすべきである。被告が望まない場合はZPO二六九条三項三段の裁量による裁判は許されるが、被告が希望しない場合は原告は訴えの変更をして、通常の訴訟手続において訴訟費用の裁判をすべきである。

（二） 評価すべき点

ダリポーの違憲論を紹介したが、判例と立法が合憲論である以上、ZPO二六九条三項三段の裁量による裁判を批判する場合は、彼はより具体的な例を挙げて問題点を提示すべきであったように思う。具体的に論じていないわけではないが、全体としては議論が抽象的であり、別の見解の存在の可能性を残した点で説得力にやや欠けるとの印象を受ける。しかし、彼の立論の中には日本において手続保障の問題を考える場合に参考にすべき点が少ない。次のような点を評価すべきであると思う。

- (j) 訴訟経済と手続保障は対立するものでなく、訴訟経済は手続保障に劣後するものである。訴訟経済を理由に裁判所の判断を正当化するための手続において、訴訟法の原理・原則が軽視されてはならない。
- (k) 実体法上の権利は通常の訴訟手続で判断されるべきである。手続保障を考える場合に裁判を受ける権利という面だけで見るとはならず、武器平等原則の観点から対立当事者の訴訟法上の地位が同等であるかに注意する必要がある。

(l) 当事者の地位がアンバランスな手続の場合は、当事者の一方の申立てだけで手続が開始されてはならず、相手方の当事者の同意が必要である。それによって武器平等原則違反を回避できる。

(m) 訴訟終了宣言の制度は、訴訟経済を重視して裁判所の裁量による裁判制度を導入する場合に参考になる。

3 訴訟経済と手続保障

ZPO二六九条三項三段をめぐるドイツの違憲論、合憲論から見えてくるものは、判例や立法機関が支持したとしても、立法された内容が正当化されるものではなく、法の根源に立ち返った検証が必要であるということである。さらにこの議論は我が国における手続保障論にとって参考とすべき点が少なくない。我が国では手続保障が論じられる場合、ややもすれば抽象的であり、具体的な手続で議論されることが少ないからである。このドイツの武器平等の原則をめぐる議論から参考とすべき点を抽出するならば、次のようなことになる。このような観点から手続保障は議論すべきであるというのが、本稿の結論である。

第一に、訴訟経済を重視する手続を設計する場合やそのような手続を運営する場合、単に当事者の手続参加だけでなく、当事者対等原則、武器平等原則も考慮しなければならない (b)(j)(k)。それらは、訴訟手続において譲れない原則ということである。またしばしば差別が生じていることに気がつかないことがある。

第二に、当事者平等原則から見てアンバランスな手続な場合は、それを補うことが必要であり、その方法は当事者に手続を選択する権利を認めるか (c)、手続を進める要件として当事者の同意を考へるべきである (a)(1)。訴訟手続において譲れない原則があるにしても、手続上の不均衡は当事者の主体性を尊重することによつて是正される。

第三に、訴訟終了宣言の制度は、訴訟手続において訴訟経済と手続保障を考へる場合に有益である (a)(m)。訴訟終了宣言は、当事者間で争いのない場合はZPO九一条aが規定する双方的訴訟終了宣言であり、簡易な手続である。そうでなく当事者間で争いのある場合はZPO九一条aが規定する双方的訴訟終了宣言であり、簡易な手続である。いずれの手続を選択するかは、被告が原告の訴訟終了宣言を争うか否かで決まることから、被告の手続に対する権利は保障されている。

(19) 二〇〇四年にZPO二六九条三項三段は改正されて、訴状の送達がない場合でもこの規定が適用されることが明文化された。これは実務での訴状の送達を必要とする必要説と必要としない不要説との論争や判例の不統一を、立法が不要説で決着させたということである。このことに関して、次のように述べたことがある(拙稿・前掲注(9) 四二頁)。今回の違憲論と合憲論との論争は、この予言が的中したということである。

「立法目的が手続の簡素化や効率化にあり、そのためにこの規定が創設された経緯からすると、本規定の発動に訴状の送達は必要でないというのは、その当否は別にして立法の当然の帰結のように思えるが、それが唯一の答えでない点に法の解釈の難しさがある。実質的な正義や公平といった観点からの検証も必要であり、送達必要説の存立の基盤はそこにある。単に立法の目的や理由だけでは反論にならないのかもしれない。」

(20) ところで連邦通常裁判所の判例はその根拠として、⑭についてはZöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., §91a Rdn. 26を、⑮についてはZöller/Greger, a. a. o., §269 Rdn. 18eの参照を指示している。しかし、ダリボー・後掲注(23) 三四〇頁注23は、判例が挙

けた^⑮に関する文献については、証拠調べに全く言及していないと批判している。

- (21) ZPO二六九条三項三段の立法の目的が訴訟経済にある点については異論はない。拙稿・前掲注(8)二五頁以下、同・前掲注(9)一二頁以下、四三頁。ダリボーも立法の目的が訴訟経済であることを前提に議論している(後掲注(23)三三三頁、三四〇頁以下、三四三頁、三四五頁等)。

- (22) Dalbor, Marcelの日本語の表記は、ダリボー・マルセルとした。これは日外アソシエーツ株式会社編『アルファベットから引く外国人名よみ方字典』によって一番出現頻度の多いとされたカナ表記に基づく(同一二三頁、三三三頁(二〇〇三年、紀国屋書店発売))。なお彼は掲載誌の執筆者紹介によれば、グライフスヴァルト大学 (Universität Greifswald) の研究員 (Wissenschaftlicher Mitarbeiter) である。グライフスヴァルトは Mecklenburg-Vorpommern 州にあり、バルト海に臨む学都である。
- (23) Dalbor, Marcel, Verfassungswidrige Risikoverteilung im Kostenverfahren nach §269 Abs. 3 Satz 3 ZPO, ZJP 119, Band (2006), S. 331ff.

- (24) ドイツ連邦共和国憲法一〇三条一項は、次のような規定である(高田^⑯初宿・前掲注(13)二七三頁)。

第一〇三条(法律上の審問・遡及的刑法・二重処罰の禁止) 第一項

「裁判所においては、何人も、法律上の審問を請求する権利を有する。」

四 おわりに

ZPO二六九条三項三段は二〇〇四年に司法現代化法によって改正されたが、改正の経緯については詳しく報じたことがある。そしてこの改正の日本における意味について、次のように述べた。⁽²⁵⁾「手続の正当性の担保、相手側の手続保障、それらと手続の効率性をどのように調和させるのかという問題は民事訴訟法学の永遠のテーマであるが、今回の改正はそれに対する一つの実験という意味があるように思う。この実験の検証の結果は、日本

法に重要な示唆を与えるものと思われる。この規定のドイツの運用状況については、その意味で目が離せない。」
 このような認識からすると、下級審とはいえ違憲とする判例の出現や違憲論の論文が発表されたことに驚くこととはないが、正直なところ、ドイツのこのような事態は予想外の展開である。なお予想外といえば、ドイツで訴訟経済と手続保障という問題を考える場合に、訴訟終了宣言の制度が重要な制度であると認識されるようになったことである。文献を通してドイツの議論を長い間観察してきたが、ドイツでは現実に生起する問題の解決に追われて、制度を客観的に観察し分析することが十分でないように感じていたからである。もともと外国人である私にとっては、この制度の本質を把握することが重要であるので、訴訟終了宣言の制度が訴訟手続の保障に配慮しているということは従来機会あるごとに述べてきた。⁽²⁶⁾ 本稿を執筆するに際して同様な趣旨を述べている判例や論文を目にして、自らの認識が間違っていないなかつたことを確信した。

ところで我が国の最近の手続保障論によれば、具体的な問題において実質的な手続保障が求められるようになってきた。⁽²⁷⁾ また訴訟手続において当事者の主体性がいかに重要であるかということが再確認されてきている。⁽²⁸⁾ このような現在の状況からすると、三の3で提示した手続保障を考える場合の重要な視点は、具体的な事例によってその有用性を論証する必要がある。それによって最近の学界の新しい動きの驥尾に付すことができればと思っている。しかしながら、紙幅の関係で本稿ではそれは許されないもので、これは後日の課題としたい。

なお後日において論じたいことは、「手続保障と当事者の意見」というテーマである。日本の民事訴訟法においては、手続の開始要件として当事者の意見を聞くことを規定している条文は少なくない。また意見を聞く方法も多様である。例えば、当事者の意見の聴取（九二条の二第二項・第二項、一三三条の四第一項、一五六条の二、一六八条、一七〇条三項、一七五条）、当事者双方との協議（一四七条の三第一項・第四項）、当事者に異議のないこと（二九五条四号、二〇五条）、当事者の同意（九二条の二第三項）等である。これらについて、手続保障や武器平等

原則の観点から適切であるか否かを検討する必要があるように思う。

また訴訟終了宣言の関係では、訴えの取下げの場合の被告の同意(二六一条二項)についても、新たな視点で再考する必要があるように思う。すなわち、訴えの取下げの被告の同意は訴訟費用の裁判の正当性の根拠になるのか、そこには裁判所の裁量に委ねる被告の意思も含まれているのかということである。単に訴訟の終了に同意するだけであつて、そのようなことまで同意しているとは思えないからである。またドイツでは訴訟係属前の訴えの取下げの場合に、裁判所の裁量による訴訟費用の裁判手続をめぐつて違憲論が登場したことを想起すると、日本の訴えの取下げの場合に問題がないとはいえないと思う。⁽²⁹⁾

(25) 拙稿・前掲注(9)四五頁。なおこの改正と、この規定から日本が学ぶべきことについて詳しく考察したことがある(同四四頁以下)。その際に、訴訟係属前の訴訟法上の問題を議論するために、「訴訟係属」とは別に「準訴訟係属」という概念が必要であると主張した(同五八頁以下)。ダリポーは訴訟係属前の訴えの取下げが既存の理論と調和しないことを強調したが(三の2^(一)の最後から2番目の段落)、私見は既存理論との調和ではなく、新たな概念を創設して対応すべきであるという意見である。なお私見はダリポーと同じ年に発表した論文で述べたものであるが、刊行月日からすると私の方が若干早かつたようである。

(26) 拙稿「民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言(三・完)」法学研究七二巻一〇号七三頁以下(一九九九年)、同・前掲注(5)五一頁以下、同・前掲注(9)二八頁、同・前掲注(4)四八頁注35等。

(27) 山本和彦「手続保障再考―実質的手続保障と迅速訴訟手続―」河野正憲・伊藤眞・高橋宏志編『民事紛争と手続理論の現在』(井上治典先生追悼論文集)一四六頁以下(法律文化社、二〇〇八年)。

(28) 中島弘雅「いま民事裁判に求められているもの―「審理の充実・迅速化」から「わかりやすく満足・納得のいく民事訴訟」へ―」河野正憲・伊藤眞・高橋宏志編『民事紛争と手続理論の現在』(井上治典先生追悼論文集)九三頁以下(法律文化社、二

〇〇八年）。

(29) デッケンブロックとデエツチェはZPO二六九条三段が新設された時からこの規定に注目して、この規定に関する問題について、連名で論稿を次々と発表している（代表的なものは、拙稿・前掲注（9）七頁以下に挙げてある）。執筆者紹介によれば、活動拠点はケルンであり、デッケンブロックは大学の研究員であるとともに判事補であり、デエツチェは裁判官である。このことから、彼らの見解は自らの実務の経験に基づいているということができる。

ところで彼らはブランデンブルク上級地方裁判所の判決について、判決直後に次のように述べている（Deckenbrock, Christian / Dösch, Wolfgang, Aktuelle Probleme rund um §269 Abs. 3 S. 3 ZPO, ProZRB 2005, S. 274ff.）。「訴訟費用について不利な裁判がなされるおそれがある場合は、事情によってはこのブランデンブルク上級地方裁判所の裁判を参照するように示すことは、正当な防御手段になるであろう……」。

この論稿が発表されたのは、連邦通常裁判所の合憲判決の前であることに注目する必要がある。彼等はこの文章に先立って、ブランデンブルク上級地方裁判所が判決理由において単に憲法違反との判断を示しただけで、憲法違反のための手続を開始しなかったことに対して疑念を述べている。それはZPO二六九条三段の手続において憲法一〇三条に基づいて被告に法的審問請求権が認められ、被告の権利は広範に守られているから手続に問題はないとの合憲論に対して納得していないからである。そして、より詳細な議論の展開を待つほかはないと述べている。彼らには合憲論の連邦通常裁判所の判決が予想され、それに対して予め問題を提起したように思える。

日本において訴訟終了宣言を否定し訴えの取下げで対応しようとする場合は、彼らの言葉に耳を傾け、訴訟費用の裁判は裁判所の裁量によるものであるにしても、ZPO二六九条三段の手続に関するドイツの違憲論を参照して、判断内容の正当性を担保する手続を構築する必要がある。このような手続に代替するものが訴訟終了宣言の制度ではないかと思う。