慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

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	2008
year	
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――

原 Œ.

坂

夫

四

三 訴訟経済と手続保障 をめぐる判例の違憲論争 一 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段 一はじめに おわりに

本稿の目的

はじめに

1

究の一端であることを明らかにした。 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 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、 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関 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 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はなく、さらに手続の簡素化が 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 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 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。これらの一連の研究を通して到達した結論の一つは、 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。また日本に 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 いう観点から考える必要があるということである。換言すれば、訴訟終了宣言の問題は、 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。これらは主にドイツ民事訴 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 近年我が国の民事訴訟 論文の表題

71

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っ

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、

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、 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 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、 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、 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 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。そこで 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 今日の我が

2 最近の訴訟終了宣言論の動き

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。

れてきたのは、ドイツでも議論がなされていなかったからではないか。もしドイツで議論されていないとするな 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 からである。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 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 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。ひところに比べて日本では訴 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、 ところでこのような問題を提起するならば、 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。 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 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

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○○四年施行の民事訴訟法の改正法によって、 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 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2PO二六九条三項三段と表記する)。この規定は、 与の前提として議論してい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 さらなる修正を行った。 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。しかし、立法者は批 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 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 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 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2PO九一条aと

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 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 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 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 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

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。 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。 なぜならば、日本の民事訴訟法第七三条 (以下

日本にお

違憲であるとか、あるいは妥当性を欠く立法であるということで弾劾されるようなことになれば、それはとりも 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。もしドイツでこのZPO二六九条三項三段が〔5〕 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

なおさず民訴法七三条の妥当性が問われることになると解することは十分に可能になるからである。

事訴訟雑誌一一九巻三号(二○○六年)に掲載されたので、この違憲論も考察する(三の2)。なお判例であれ論 考えてみようと思う(三)。なおこの判例を契機に、2PO二六九条三項三段は違憲であるとの論文がドイツ民 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 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。 の判断を下した。その理由は、2PO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 これに対して連邦通常裁判所は、二〇〇五年一〇月六日の決定において前記下級審の決定を取り消して、 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。 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 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 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、 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、 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 3 本稿の構成

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

なる。 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 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 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 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、 核心は、 訴訟終了宣言について長い間研究を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 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 これは日本の制度 (民訴法七三条)

- 三号六一頁以下 (一九七六年)。 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(一)(二・完)」法学研究四九卷二号一八頁以下、
- 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)」法学研究八一卷七号一五頁以下〔二〇〇八 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
- 3 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)。 勝=櫻井孝一=中村雅麿編『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) 拙稿・前掲注(1)三号九五頁以下、拙稿「オーストリア民訴法とスイス民訴法における訴訟終了宣言について」鈴木重 六三九頁以下(成文堂、
- 4 拙稿「日本の訴訟終了宣言について」法学研究八○巻一二号一七頁以下(二○○七年)。
- 5 年)。 「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・完)」法学研究七九巻九号五一頁以下(二〇〇六
- 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

- (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回連続して取り上げられてきた。 哲教授が担当された(三ケ月章=青山善充編『民事訴訟法の争点 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 初版は拙稿である(三ケ月章=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 (拙稿・前掲注 (4) 二二頁以下)。 〔新版〕』三一四頁以下〔一九八八年〕)。三版は荒木隆男教授
- (8) ZPO二六九条三項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 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)。

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。

が担当された(青山善充=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)

(9) 二〇〇四年施行の改正法による2PO二六九条三項三段の修正の内容と立法理由については、 拙稿「二○○四年施

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 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 費用の裁判といえども、 は訴訟係属前と限定しているのに対して、民訴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 民訴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)。2PO二六九条三項三段 あるということを2PO二六九条三項三段が補強することになる。しかし、そうではなく反対に、2PO二六九条三項三段は 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、民訴法七三条は立法として適切で 新設された2PO二六九条三項三段が民訴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 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

ある。

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

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

項一段も左記に掲げる 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 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 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 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 2PO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。

もあって、 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、 翻訳を見つける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、 これらの条文は最近改正されたこと 一般に認められている訳

乙PO二六九条三項三段

文というものではない。

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られる。訴えが送達されなかった場合も同様とする。 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

ZPO九一条a一項一段

了した旨を宣言したときは、 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、 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 本案の訴

決定で裁判をする。

適用されるのに対して、2PO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 二六九条三項三段の方は訴えの取下げであるから、 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。 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。 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 両者の違いは、 Z P O

2 違憲とする判例

て、

事件の内容と直接の関係はない。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 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 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。 定である。2PO二六九条三項三段が違憲であると考えるのは、 条一項と一九条四項である。前者は法のもとでの平等を定めた規定であり、後者は裁判を受ける権利を定めた規 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 三項三段について憲法に違反すると判断した。事件は不正競争防止法(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)に 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 同条項は訴えの取下げという原告の一方的な訴

違憲判断 断の論

ならないと考える

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。 なおこれは決定理由の

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。

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 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 の文章をそのまま直訳したものではなく、 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、

ものである

要である。 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。 行われた必要な証拠調べの明らかな結果に基づき、 する場合、 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。 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 の裁判において判 のようなことから、 た場合(双方的訴訟終了宣言)、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と、 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、 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 同意なしに原告が訴えを取り下げるだけで、 ①憲法三条一項は平等原則を定めているが、 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。 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。 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 2P〇九一条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 それは訴訟上において行うことになっているから、 一方的に裁判所が **ZPO二六九条三項三段はこの原則に反する。** お互いの訴訟費用はそれぞれに負担させるか、あるい ③有理性がある原告の主張と重要な答弁が存在 「訴訟費用の負担義務は従前の事実状態及び訴 両当事者が一致して訴訟の終了を宣言し 訴訟法律関係が成立していることが必 すなわち、 なぜならば、 裁判所は訴訟中に は裁判

原告によって表明された

な訴訟終了宣言に反対して事案の解明を行うようにするか否かである。

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、

⑥この場合、

被告は弁護士が担当する訴

あるい

は

原告の

が 手続は、 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 するために、 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。 限 当事者は一致した訴訟終了宣言(双方的訴訟終了宣言)を行うことができるとしても、 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。 るにしても である。 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 わち訴訟係属発生前では、 る裁判所の裁量による裁判に服する場合である。 訟において保護されている。 ないから、 成立していない 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、 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、 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 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、 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2PO二六九条三項三段の手続に 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 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。 (訴訟係属が発生していない)場合において、 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 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、 ⑧ところがZPO二六九条三項三段は、ZPO九一条aと異な 訴訟係属の発生を必要とする訴訟法理論に反して 被告はそのような活動 ⑦訴状の送達を欠いて未だ訴訟 即時抗告の道が開かれ 被告は次のような場合に 訴状送達の前、 十分に理解するこ 訴訟費用に関す は認めら すな てい 原

させることだけである

(5) (7)

うなことになる。 という視点から見て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、 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 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 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、手続によって形成される判断内容を正当化す 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、 ンブルク上級地方裁判所の決定は、 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 2P〇二六九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っては重要事項であるが、 後述のように(3)、連邦通常裁判所によって取り消されているから、 それはド 次のよ

違憲判断から学ぶべき事項

- よって、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 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 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 2P〇九一条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
- (c) (b) ことができる (③~⑤)。 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、 裁量による裁判といっ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。 適正で公平な裁判を行う
- 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

を受ける権利を否定することになる(⑨)。

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

3 合憲とする判例

したが、取り消された決定は2の決定ではない。(②) した。事件は2と同様に不正競争防止法に関するものであり、ブランデンブルク上級地方裁判所の決定を取り消 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

一 合憲判断の論理

字は便宜的に筆者が付したものである。 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 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、 あるが、これは決定理由の中の文章をそのまま直訳したものではなく、決定理由が挙げている論拠を要約したも 本件決定が2PO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

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 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 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 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、 合憲判断が指摘する視点

段 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、 う理由で、 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、 項三段の場合にも審問請求権を有している。それにより 告の権利保護を否定するものではない。 PO九一条aの事例とは異なり とえ訴えが変更された場合であっても 訴訟状態を考慮して、 手続の場合においては、 ることができない。 ゆえに 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 **ZPO二六九条三項二段の原則とは異なって被告が訴訟費用を負担する裁判を求めることになる。** 裁判において無視されてはならない。 −ZPO九一条aの事例と異なって──、 ⑫それゆえに被告はZPO二六九条三項三段の事例の場合、 一方は、2PO九一条a 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。 訴訟終了宣言がなされた場合と異なり、 -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 (4)訴えられた者が裁判を求めることになるが、 一継続し、 (あるいは2PO二六九条三項三段の準用)により従前の事実状態及び ⑮さらに次のことが付言される。 それゆえに場合によっては当初の訴えの根拠について 原告は原則規定によると、 原則的にZPO九一条aの事例と異なり 被告はそれに賛成するか反対するかを選択する それらが今まで主張されなかったとい 次のような手続の 自らが訴訟費用を負担せざるを 原告は2PO二六九条三項三 証明しなけれ 他方は、 被告は2PO二六九条三 本案の訴訟を いずれも選択す 被告の の場 ż た

で重要と思われる視点をより一般化してまとめれば、 題にするが 条三項三段には被告がその手続に従うか、 邦通常裁判所 (8) (11) (12) (12) は下 それは違憲の論拠にならないと反論する。 級審の判断を否定するために、 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 違憲論に対する批判を展開する。 次のようなことになる。 反論の中から手続保障の在り方を考えるうえ 違憲論は、 ZPO二六九

- (f) (e) 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 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) °
- (g) が 認められている 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、 (<u>14</u>) 当該手続において訴訟活動すること
- (h) 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 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
- (i) 明しなければならない 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 (<u>15</u>) (14) (15) °
- 11 ダリボー・後掲注(23)は、NJOZ 2005, 2248 も挙げている(三三一頁冒頭の注)。 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。 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
- 12 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。 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2PO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 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、

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 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 YはXに対して、宣伝用のビラによる不正な競争行為の禁止を要求し、さらに当該ビラによって得られた売上げについて詳

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、 の書面とを訴訟費用の申立てとして送達した。 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

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〕〕 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

「すべての人は法の前に平等である。」

14 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。 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 〔基本権の制限とその限界、法人の基本権享有主体性、 (高田=初宿・前掲注(13)二二二頁)。 基本権侵害の法的救済〕 他の〔機関の〕 管轄が認められて

いない限度において、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。」

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。 取下げはできないということにある。また2PO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 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 この判例は2PO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2PO二六九条三項三段が訴状

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、 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○○四年の改正法は法文の最後に、 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 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○○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 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 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、 なお2PO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 当時はこの問題は実務での大きな争

訴訟法律

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、

MDR 2006, 830-831

関係を重視したり <u>(</u> 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 Magazindienst 2006, 15-16; BGHReport 2006,132-133; WRP 2006, 106-107; GRUR 2006, 168-169; AGS 2006, 90-91; NJW 2006, 775-776 いるのかは調べていない。 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 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 §269

(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、 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は 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の申立てを行った。 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 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 事件の構 図

そのような権利がないことの確認を求める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。 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 原告Xが訴えを直ちに取り下げた理由は、次のようなものである。YはXとの話合いの中で、 問題のビラによって売り上げ

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 これ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。 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、 裁判所において、 定ではないことは事件番号から明らかである。 したがって事件は別であるが、 第一審の地方裁判所は、 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。 同じ日に同じ部で同じ理由で判断が示されたが、 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。 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 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。 連邦通常裁判所の本件判例である 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

三 訴訟経済と手続保障

ドイツの判例の違憲論争の評価

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 うことであり、 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 〇二六九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、 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、 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 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、 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 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。 連邦通常裁判所の判断が我が国の民事 () () () と連邦 例と同 の 通常 最高裁 Z P Н 判

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(⑸)。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(ゆ・⑷)。 違憲論は、2PO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。 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。

活動ができると主張している(g)。 るから、 を根拠にしているだけである(⑹)。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であ これに対する合憲論の反論は、 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 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 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

否定することになるであろう。

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、 Sache)」であり、 容の正当性を担保することにあるから、 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 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(⑸)、これも根拠としては薄弱であるし、 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、 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。 当事者の一方のみの手続でも問題はないということは、 仮に気がついて手 手続そのものを 被告が手

踏み越えた立法であり、 経済か手続保障かの 強調する違憲論を満足させる解答は無理である。 当然である。 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、 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、 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 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、 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 剖 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、 合憲論によれば踏み止まった立法ということである。 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 手続保障を軽視せざるをえないのは 訴訟経済を強調した場合に 違憲論によればその限界を

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、 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。 問題は限界であるが、 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、 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 Z P O —

ら学ぶべき事項(二の2二)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

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。 イッ民事訴訟雑誌―一九巻三号三三一頁以下〔二〇〇六年〕)という論文を発表して、ZPO二六九条三項三段とい(3) ボーである。彼は「ZPO二六九条三項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」(ド 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 ところで2PO二六九条三項三段について、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

2○⑨)、彼はこの条文は適切ではなく、憲法一○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(2) 賛成しているわけではない。 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。 この論文は違憲論の立場なので、 彼の違憲論の大要は次のようなものである。 判例の違憲論は2PO二六九条三項三段は憲法一九条四項違反としているが 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

(一) 違憲論の内容

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。 の取下げは原告の一方的な行為であり、ZPO二六九条三項三段の場合は被告の同意が必要ないから、 れを支持している。ところがZPO二六九条三項三段による訴訟費用の手続は、そのようになっていな 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、 訴訟費用は誰が負担する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 当事者の

あり、 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、審問を受けるというよりは 当事者を平等に扱うということが必要である。 法権から保護する意味で憲法一○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、 原告の一方的な行為によって裁判資料が形成される。 おいて差別してはならないということである。ZPO二六九条三項三段の場合、 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、 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、 両者は違った原理であるから、 つまりZPO二六九条三項三段の手続は原告主導の手続で 合理的な理由なしに訴訟当事者を訴訟手続に それぞれの趣旨が手続において具 被告には防御する方法がないし、 国民を立

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。

これは、 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。 を優先させる場合は、 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、 所の裁量による裁判手続であり、 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 ている。ところが2PO二六九条三項三段の場合はそのようになっていない。 原理・原則に服するものである。 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、 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 被告は **.意に反して訴えを提起しなければならないから、** 簡素化される手続に対する補償が必要である。そこでZPO二六九条三項三段の場合は民 通常の訴訟手続とは異なる。 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。 しかし、ZPO九一条aの場合は、その裁判手続 正しくない。 その点において憲法上疑義はない。 訴訟法は実体法を超えることはで 訴訟経済 訴訟法

ところで、

ZPO二六九条三項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

少なくない。

次のような点を評価すべきであると思う。

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。 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。 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 ものである。 告の一方的な訴訟終了行為であることに反するし、 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 れるということも考えられる。しかし、 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、 2PO二六九条三項三段の裁判は許されるとの考えである。 あるいは2PO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 証拠調べが必要ならば、 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 しかし、そのような見解は、これらが訴訟において 訴訟経済という立法の目的に反するし、そのよ しかし、そのような見解は訴えの取下げが原 それに

して、 だ場合はZPO二六九条三項三段の裁量による裁判は許されるが、 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。 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は困難であり、 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。 被告が希望しない場合は原告は訴えの変更を 憲法違反である。 憲法裁判 所

二 評価すべき点

るとの印象を受ける。 を批判する場合は、 いわけではないが、全体としては議論が抽象的であり、 ダリボーの違憲論を紹介したが、 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。 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 判例と立法が合憲論である以上、2PO二六九条三項三段の裁量による裁判 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 具体的に論じていな

する必要がある。

- (j)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。 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
- (k) いう面だけで見るのではなく、 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。 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 手続保障を考える場合に裁判を受ける権 利と
- (1)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。 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、
- (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。

訴訟経済と手続保障

3

点から手続保障は議論すべきであるというのが、 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、 が論じられる場合、ややもすれば抽象的であり、 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 としても、 ZPO二六九条三項三段をめぐるドイツの違憲論、 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 具体的な手続で議論されることが少ないからである。 本稿の結論である。 合憲論から見えてくるものは、 次のようなことになる。このような観 判例や立法機関が支持した このドイ

けではなく、 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。 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 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 $(b) \atop (j) \atop (k) \\ \circ$ それらは、 訴訟手続にお

される。 事者に手続を選択する権利を認めるか(ⓒ)、手続を進める要件として当事者の同意を考えるべきである(◉⑴)。 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って是正 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

する権利は保障されている。 続である。そうでなく当事者間で争いのある場合は一方的訴訟終了宣言であり、手続保障が十分な訴訟手続であ 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、 いずれの手続を選択するかは、 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える場合に有益である 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 $\widehat{(a)}$ 簡易な手 (m)

19 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 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。

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 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 目的や理由だけでは反論にならないのかもしれない。」

20 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○頁注23は、 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、 判例が挙 (15)につ

げた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。

(2) 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 三四〇頁以下、三四三頁、三四五頁等)。 前掲注(9)二二頁以下、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(3)三三三頁 (8) 二五頁以下、同

(23) Dalibor, Marcel, Verfassungswidrige Risikoverteilung im Kostenverfahren nach §269 Abs. 3 Satz 3 ZPO, ZZP 119. Band (2006), S. (22) Dalibor, 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。

24 第一〇三条 ドイツ連邦共和国憲法一〇三条一項は、 〔法律上の審問・遡及的刑法・二重処罰の禁止〕 次のような規定である(高田=初宿・ ·前揭注 (13) 二七三頁)。

|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。]

331ff

四 おわりに

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 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。「手続の正当性の担保、 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 ZPO二六九条三項三段は二○○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 相

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 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 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。」 論文を目にして、自らの認識が間違っていなかったことを確信した。 しているということは従来機会あるごとに述べてきた。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(含) 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。もっとも外国人である 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 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 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

ている。しかしながら、 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 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 ってきた。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。こ 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 紙幅の関係で本稿ではそれは許されないので、これは後日の課題としたい。

六八条、一七○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 も多様である。例えば、当事者の意見の聴取(九二条の二第一項・第二項、一三二条の四第一項、一五六条の二、一 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 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

(一九五条四号、二○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

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。

原則 するだけであって、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 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。 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 また訴訟終了宣言の関係では、 《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。 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、 単に訴訟の終了に同意 新たな視点で

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って違憲論が登場したことを想起すると、

- である。 である。なお私見はダリボ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ったよう 必要であると主張した(同五八頁以下)。ダリボ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⊖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 [四頁以下)。 拙稿· 前 揭注 その際に、 9 四五頁。 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 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
- (5) 五一頁以下、 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○号七三頁以下(一九九九年)、 同・前掲注(9)二八頁、 同・前掲注 4 四八頁注35等 同 前掲
- 27 山本和彦 (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)。 「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
- 28 へ―」河野正憲=伊藤眞=髙橋宏志編『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 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

〇〇八年)。

- 29) デッケンブロックとデェッチェは2PO二六九条三項三段が新設された時からこの規定に注目して、この規定に関する間 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。 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、デェッチェは裁判官である 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

御手段になるであろう……」。 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 Dötsch, 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 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.

対して予め問題を提起したように思える。 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 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 なかったことに対して疑念を述べている。それは2PO二六九条三項三段の手続において憲法一○三条に基づいて被告に法的 プ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 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、

判所の裁量によるものであるにしても、ZPO二六九条三項三段の手続に関するドイツの違憲論を参照して、 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こそが訴訟終了宣言の制度ではないかと思う。 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 判断内容の正当