

# 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)

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
      - ..... (以上本号)
- 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 (Asmann) 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
- 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
    - ..... (以上八十一卷八号)
- 2 一方的訴訟終了宣言の手續の流れ
  - A 一方的訴訟終了宣言までの手續
  - B 一方的訴訟終了宣言後の手續
- 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
- ..... (以上八十一卷九号)
- 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	六	おわりに
A	訴えの変更の適法性	1	本稿の主張の要約
B	過去の法律関係の確認	2	新たな展開を求めて
C	被告の不利益	.....	..... (以上八十一卷十号)

## 一 はじめに

### 1 本稿の目的

今から約二五年ほど前に、「西ドイツ民法における一当事者による訴訟終了宣言について」という論文を発表したことがある(本誌五五卷七号一頁以下〔一九八二年〕<sup>(1)</sup>)。本稿はそれとテーマが同じであり、そのことから本稿はその全面的な改訂版といえるべきかもしれない。論文執筆の目的や私見の立場は旧稿と変わっていないからである。しかし、旧稿との接点は単にそれだけである。本稿において旧稿の文章をそのまま使うことはなく、あくまでもドイツと日本の現状を注視し、参考文献も最新の注釈書や体系書を利用して、今日的な問題意識や視点を持って本稿を執筆した。その結果、論題も構成も旧稿とは全く異なったものになってしまった。その意味で本稿は旧稿の改訂版ではなく、実質的には新たに書き下ろした論文である。

そこで問題となるのは、なぜ今このような論文を発表するのかということである。第一の理由は、一昨年、「ドイツ民事訴訟法第九一条aの双方向的訴訟終了宣言について(二)(二・完)」(本誌七九卷八号一頁以下、九号二七頁以下〔二〇〇六年〕)という論文を発表したからである。ドイツ民事訴訟法の訴訟終了宣言は、ドイツでは一般に双方向的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言に区別して論じられるから、双方向的訴訟終了宣言について論文を発表した以上、一方的訴訟終了宣言についても論文を発表する義務がある。それゆえに本稿は一方的訴訟終了宣言

についての手続的な諸問題を法的性質論を基礎において考察するものではあるが、一昨年発表した双方向的訴訟終了宣言に関する論文の続きという意味も有している。

ところで双方向的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言の区別であるが、原告が訴訟終了宣言をし、被告がそれに対して異議を述べない場合が双方向的訴訟終了宣言であり、異議を述べない場合が一方的訴訟終了宣言である。そしてドイツ民事訴訟法第九一条 a (ZPO 九一条 a) が規定しているのが双方向的訴訟終了宣言であり、規定がないのが一方的訴訟終了宣言である。なお本稿においてドイツ民事訴訟法の条文を引用する場合は、前記のように ZPO と条数で表記する。<sup>(2)</sup>

第二の理由は、半田吉信教授が最近公刊された『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—』(法律文化社、二〇〇六年)においてドイツの訴訟終了宣言の説明があり、その中の一方的訴訟終了宣言についての記述に対して疑問を感じたからである。<sup>(3)</sup> ドイツの訴訟終了宣言の制度について長い間研究してきた者としては、この著書の説明において疑問な点を明らかにするとともに、一方的訴訟終了宣言について正確な理解を提供する義務があるように思った。そこで疑問とする点とその理由、私見による対案については、「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」<sup>(4)</sup> 教養論叢一二八号五三頁以下(二〇〇八年)という論文にまとめて、最近発表した。本稿はそれに続くものとして、一方的訴訟終了宣言についてドイツの議論の現状を報告するとともに、それを日本においてどのように受けとめるべきかを論じるものである。もともと、このような意気込みに対しては、訴訟終了宣言の制度について日本の民事訴訟法学界において関心が払われていない現状を考えると、一方的な思い込みであるとの批判があるかもしれない。そもそも論じること自体の意味が問われるかもしれない。しかし、前記のように日本の民法学者の著書や注<sup>(3)</sup>で紹介したように、私法学会の学会報告(その基になった論文)等において訴訟終了宣言が取り上げられていることを考えると、訴

訟終了宣言の研究は決して無意味なことではないし、日本の民事訴訟法学者としては日本の実体法学者に対して、この制度を説明する責任があると思う。

第三の理由は、旧稿はあまりにも古すぎるからである。当然のことであるが、ドイツの学界の状況は二五年前と異なるから、今日では旧稿はそのまま通用しない。しかし、一方的訴訟終了宣言についての論文という点、日本では一番新しいのが旧稿である。つまり一方的訴訟終了宣言について述べるとなると、旧稿を引用せざるをえない状況である。また訴訟終了宣言の制度に否定的な立場の人であっても、旧稿はドイツ民事訴訟法の一方的訴訟終了宣言についてドイツの学界の状況を知るためには便利であったと思う。そこで旧稿を発表した者としては、最新の状況に応じて、一方的訴訟終了宣言について新たに執筆する必要があると感じていた。

このような理由から本稿はドイツの一方的訴訟終了宣言について考察し、日本の訴訟終了宣言について論じるものである。具体的には次のような項目と順序で行う。なお双方向的訴訟終了宣言の場合は要件と効果を法的性質論に先行して論じたが、本稿ではその順序を逆にした。それは双方向的訴訟終了宣言の場合はZPO九一条aにおいて要件と効果が規定されているのに対して、一方的訴訟終了宣言の場合は規定がないからである。すなわち、法律に規定されていない要件と効果を定めるものは法的性質論であるから、法的性質論を先ず論じる必要がある。最初に、制度の概要を紹介する(二)。次に一方的訴訟終了宣言の法的性質論を論じる。これはいわば総論である(三)。総論で得られた法的性質論に基づいて、具体的な手続上の諸問題の解決策を考える。これは各論に該当する(四)。最後に一方的訴訟終了宣言の日本法における意味を考える(五)。なお本稿が、私の訴訟終了宣言の研究全体から見た場合にどのように位置づけられるかについては、2の1の付記2に記載した。

## 2 参考文献について

本稿執筆に際して参考にした文献を発表の形態別に分類してまとめた。形態別にしたのは文献一覧を見る場合に、単なる人名のアルファベット順よりも便利であると思ったからである。しかし、文献一覧は同時に文献引用の際の略称の一覧でもあるので、形態別の分類では引用文献を調べる場合に、引用文献の人名を形態別に探さなければならぬという欠点がある。そこで本稿では文献引用で略称を使用する場合には、その後に形態別分類に使用したアルファベットを加えて、その所在を明らかにした。なおドイツ語の文献収集の方法と、文献の配列と引用の際の表記方法については左記に記載した。

### ドイツ語の文献収集の方法

ドイツの最新の文献を知るために、常にドイツ語の法律学文献情報誌 (KJB=Karlsruher Juristische Bibliographie, Systematischer Nachweis neuer Bücher und Aufsätze in monatlicher Folge aus Recht · Staat · Gesellschaft) を読んでいるが、本稿のメインテーマである一方的訴訟終了宣言の法的な性質の問題に関するものは、最近ではほとんど見ることがない。その理由は、この問題についてドイツでは議論が成熟して判例と通説が確立していて、もはや新たな見解を展開する余地がほとんど望めないからではないかと思う。

本稿で引用した文献の発表年が古いのは、このような事情による。したがって、参考文献の収集は最近の体系書、注釈書、博士論文等を参考にして選び出した。特に参考になったのは最近の博士論文であった。体系書や注釈書よりも問題の状況を詳しくまとめているからである。

### 文献の配列と引用の際の表記方法

ドイツ語の文献の配列は、著者あるいは編者（以下では著者等と略す）の姓名のアルファベット順であり、これらの文献を本稿で引用する場合の略称は、既述のように原則として著者等の姓と形態別分類のアルファベットで示す。共著等の場合は一般の例による。なおドイツの著者等を日本語で表記する場合は片仮名を使用した方が、この片仮名表記は日

外アンシエーツ『アルファベットから引く外国人名よみ方字典』(二〇〇三年)を参考に私の推測によるものである。ドイツにおいてそのように発音されているのか、あるいは日本においてそのように表記されているのかは確認していない。なおRnはRandnummerのことである。

日本語の文献の配列は、著者等の姓名の五十音順である。日本語の文献を引用する場合は著者等の姓名だけとし、分類項目を示すアルファベットは使用しない。文献一覧で日本語の文献を探すことは簡単だからである。拙稿は日に発表順にまとめてある。拙稿を引用する場合は、他の日本語の文献と同様な理由から、丸中数字と略称で示す。

#### A 論文

- Assmann, Dorothea, Die einseitige Erledigungserklärung, in: Erlanger Festschrift für K.H. Schwab zum 70. Geburtstag am 22. 02. 90, S. 179ff, Erlangen 1990
- Baur, Fritz, Bemerkungen zu einigen atypischen Prozeßlagen, in : Festschrift für Enrico Tullio Liebmann, Band I, S. 109ff, Maland 1979
- Becker-Eberhard, Ekkehard, Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, S. 273ff., München 2000
- Blomeyer, Arwed, Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, Jus 1962, S. 212ff.
- Blomeyer, Jürgen, Die Schuldtilgung durch den Beklagten nach Einreichung der Klage als Kostensproblem, NJW 1982, S. 2750ff.
- Brox, Hans, Zur Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, JA 1983, S. 289ff.
- Deubner, Karl Günther, Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache, Jus 1962, S. 205ff.
- Deubner, Karl Günther, Anmerkung zu OLG Saarbrücken, Urteil vom 21. 12. 1966-1 U 106/66, NJW 1968, S. 848ff.

- Deubner, Karl Günther, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07. 11. 1968 – 8 ZR 72/66, NJW 1969, S. 796f.
- Donau, Helmut, Die nicht-erledigte Hauptsache, JR 1956, S. 169ff.
- Furter, Georg, Die Erledigung der Hauptsache im ersten Rechtszug, JR 1961, S. 249ff.
- Gamm, Otto Friedrich von, Die Erledigung der Hauptsache, MDR 1956, S. 715ff.
- Grunsky, Wolfgang, Grenzen des Gleichlaufs von Hauptsache- und Kostenentscheidung, in: Festschrift für K. H. Schwab zum 70. Geburtstag, S. 165ff., München 1990
- Habscheid, Walter J., Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache, in: Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, S. 153ff., Berlin, München 1957
- Habscheid, Walter J., Der gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, JZ 1963, S. 579ff., 624ff.
- Haubelt, Horst, »Erledigung der Hauptsache« vor Rechtshängigkeit ?, ZZP 89. Band (1976), S. 192ff.
- Jost, Fritz / Sundermann, Werner, Reduzierung des Verfahrensaufwandes nach der einseitigen Erledigungserklärung, — Zum Verzicht auf die Prüfung der ursprünglichen Erfolgsaussichten des Begehrens — ZZP 105. Band (1992), S. 261ff.
- Kisch, Wilhelm, Klageverzicht und Erledigung der Hauptsache, Das Recht 1924, S. 1ff.
- Lindacher, Walter F., Der Meinungsstreit zur „einseitigen Erledigungserklärung“, JurA 1970, S. 687ff.
- Lilke, Gerhard, Zur Erledigung der Hauptsache, in : Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, S. 323ff., Berlin, New York 1975
- Mössner, Jörg Manfred, Die einseitige Erklärung der Erledigung der Hauptsache, NJW 1970, S. 175ff.
- Müller-Tochtermann, Die Erledigung des Rechtsstreits nach Erledigung der Hauptsache, NJW 1958, S. 1761ff.
- Müller-Tochtermann, Über die Rechtsnatur der einseitigen Erledigungserklärung, JR 1958, S. 250ff.



- Ostendorf, Heribert, Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, DRiZ 1973, S. 387ff.
- Pohle, Rudolf, Zur rechtlichen Bedeutung der Erledigungserklärung nach deutschem Zivilprozeßrecht, in : Festschrift für Georgion Maridakis, Band II, S. 427ff., Athen 1963
- Schumann, Ekkehard, Der praktische Fall – Die abredewidrige Erledigungserklärung, Jus 1966, S. 26ff.
- Schwab, Karl Heinz, Die einseitige Erledigungserklärung, ZZP 72, Band(1959), S.127ff.
- Ulmer, Klaus, Die einseitige Erledigungserklärung und der Erledigungsantrag, MDR 1963, S. 974ff.
- Walchshöfer, Alfred, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25. 11. 1964–5 ZR 187/62, ZZP 79, Band(1966), S. 296ff.
- Walchshöfer, Alfred, Anmerkung zur BGH, Urteil vom 03. 02. 1976–6 ZR 23/72, ZZP 90, Band(1977), S. 186ff.

□ 参考文献・博士論文

- Ansorge, Thomas, W., Die einseitige Erledigungserklärung im Zivilprozeß, Diss., Bonn 1972
- El-Gayar, Michael, Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsgerichtsprozeß, Diss., Erlangen-Nürnberg 1998
- Dittrich, Jo Christine von, Die Erledigung der Hauptsache—eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und österreichischen Zivilprozeßrecht—, Diss., Münster (Westfalen) 2005
- Göppinger, Horst, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, Diss., Tübingen 1958
- Kannengießer, Ulrich, Der Antrag, die Hauptsache für erledigt zu erklären, Diss., Würzburg 1971
- Mettenheim, Christoph von, Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß, Berlin 1970
- Pfeffer, Christiane, Die einseitige Erledigungserklärung im Zivilprozeß, Diss., Gießen 1985
- Schiller, Klaus-Volker, Klageerneuerung nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache im Zivilprozeß, Diss., Bonn 1979

- Shen, Kuan-Ling, Die Erledigung der Hauptsache als verfahrensrechtliches Institut zwischen Dispositionsmaxime und Kostenrecht, Diss., Heidelberg 1999
- Stahnecker, Thomas, Die einseitige Erledigungserklärung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, Diss., Tübingen 1994
- Temming, Gerd, Der Einfluß der Erledigungserklärung auf die Rechtshängigkeit, Diss., Frankfurt 1972
- Vogno, Thomas, Die einseitige Erledigungserklärung im Zivilprozeß, Diss., Köln 1996
- Westemeier, 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, Diss., München 2005

◎ 参考文献

- Baumbach, Adolf (Begr.)/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, 66. Aufl., 2008, zit.: Baumbach/[Bearbeiter]
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl., 2008, zit.: Musielak/[Bearbeiter]
- Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Handkommentar, 2. Aufl., 2007, zit.: Saenger/[Bearbeiter]
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, 22. Aufl., 2004, zit.: Stein/[Bearbeiter]
- Thomas, Heinz (Begr.)/Putzo, Hans/Reichold, Klaus/Hüfßege, Rainer, Zivilprozessordnung, 29. Aufl., 2008, zit.: Thomas/[Bearbeiter]
- Rauscher, Thomas / Wax, Peter / Wenzel, Joachim (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1,

3. Aufl., 2008; zit.: MK/[Bearbeiter]  
Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung, 1. Aufl., 1987, zit.: AK/[Bearbeiter]  
Wieczorek, Bernhard (Begr.) / Schütze, Rolf (Hrsg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Band  
1/2, 3. Aufl., 1994  
Zimmermann, Walter, Zivilprozessordnung, 8. Aufl., 2008  
Zöllner, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung, 26. Aufl., 2007, zit.: Zöllner/[Bearbeiter]

□ 参考文献・雑誌論文

- Baur, Fritz / Grunsky, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 12. Aufl., 2005  
Blomeyer, Arwed, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1985  
Bruns, Rudolf, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1979  
Goldschmidt, James, Zivilprozessrecht, 1. Aufl., 1929  
Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974  
Hellwig, Konrad, System des Deutschen Zivilprozessrechts (Erster Teil), 1. Aufl., 1912  
Jauernig, Othmar, Zivilprozessrecht, 29. Aufl., 2007  
Lütke, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., 2006  
Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 9. Aufl., 2007  
Nikisch, Arthur, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1952  
Rosenberg, Leo (Begr.) / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004  
Schellhammer, Kurt, Zivilprozess, Gesetz-Praxis-Fälle, 12. Aufl., 2007  
Schilken, Eberhard, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2002

- Schlösser, Peter, Zivilprozessrecht I – Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., 1991
- Schönke, Adolf / Kuchinke, Kurt, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., 1969
- Zeiss, Walter/ Schreiber, Klaus, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 2003
- 三 入 正 書 ・ 櫻 岡 書 ・ 秋 篠 書
- Crückeberg, Harald, Zivilprozessrecht : Anwaltliche Prozeßführung in der ersten Instanz, 2. Aufl., 2002
- Förschler, Hermann (Begr.) / Förschler, Peter, Der Zivilprozess, Ein Lehrbuch für die Praxis mit Aktenfall, 6. Aufl., 2004
- Gehrlein, Markus, Zivilprozessrecht, Ein Leitaden für Ausbildung und Praxis, 2003
- Gotwald, Uwe, ZPO – Lexikon, ABC der ZPO, Arbeits- und Beratungshilfen, 2005
- Knöringer, Dieter, Die Assessor Klausur im Zivilprozess : Das Zivilprozessurteil, Hauptgebiete des Zivilprozesses, Klausurtechnik, 12. Aufl., 2008
- Michalski, Lutz, Zivilprozessrecht, Strukturen – Zusammenhänge – Definitionen – Übersichten – Skizzen, mit Fällen und Lösungen, 2. Aufl., 2003
- Oberheim, Rainer, Zivilprozessrecht für Referendare 6. Aufl., 2004
- Pantle, Norbert/Kreisls, Stephan, Die Praxis des Zivilprozesses, 4. Aufl., 2007
- Prechtel, Günter, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Praxis, ZAP Nr. 1 vom 3. 1. 2007 (Fach 13: S.1391ff.)
- Pukall, Friedrich, Der Zivilprozess in der Praxis, 6. Aufl., 2006
- Schellhammer, Kurt, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, Ein Leitaden für Referendare und junge Praktiker mit Fällen und einer Musterakte, 14. Aufl., 2002
- Schneider, Egon, Die Klage im Zivilprozess, 3. Aufl., 2007

Schrader, Siegfried (Begr.) / Steinert, Karl-Friedrich / Theede, Kai-Uwe, Zivilprozess, Handbuch der Rechtspraxis, Band 1a, 2004

Schwab, Martin, Grundzüge des Zivilprozessrechts, 2005

Tempel, Otto/Theimer, Clemens / Theimer, Anette, Mustertexte zum Zivilprozess, Band I, Erkenntnisverfahren erster Instanz, 6. Aufl., 2006

## F 日本語の論文

荒木隆男「訴訟終了宣言」青山善充Ⅱ伊藤眞編『民事訴訟法の争点(第三版)』(ジュリスト増刊)二六四頁以下(一九九八年)

石川明「債権執行における第三債務者の陳述義務について」『ドイツ強制執行法研究』一一七頁注21(成文堂、一九七七年)。なお初出は法曹時報二八巻八号二三頁注21、一九七六年

石渡哲「訴訟終了宣言」三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点(新版)』(ジュリスト増刊)三三四頁以下(一九九八年)

遠藤功「演習民事訴訟法」法学教室二七四号一五六頁(二〇〇三年)

柏木邦良「民事訴訟法への視点―ドイツ民法管見―」(柏木邦良著作類纂第二巻)三〇頁注2(リンパック有会社、一九九二年)。なお初出は「西ドイツ民事訴訟法学の現況(2)」ジュリスト四七〇号一二五頁注2(一九七一年)

榎本朗造「訴訟行為論」『民事訴訟法論文集』一三四頁註(一八)(内外出版印刷株式会社、一九二八年)。この博士の論稿は『民事訴訟法の諸問題』(有斐閣、一九五五年)にも収められている(六四〇頁註(一八))

鈴木忠一「訴訟費用の裁判」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第三巻』九四〇頁以下(一九五五年)

鈴木忠一「民事訴訟に於ける当事者自治の限界と実務上の問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座第一巻』一〇一頁以下(一九八一年)

鈴木忠一「非訟事件に於ける手続の終了と受継」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座第八卷』五八頁以下  
(一九八一年)

中野貞一郎「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) 一七五頁以下(法律扶助協会、一九九二年)

中山幸二「紹介と批評・中野貞一郎」石川明編『ゲルハルト・リュケ教授退官記念・民事手続法の改革』本誌六九卷  
九号二二四頁(一九九六年)

松浦馨「訴訟完結の宣言による訴訟終了」『ドイツ判例百選』別冊ジュリスト二二号一五二頁以下(一九六九年)

松本博之「本案終了の表示 (Erledigungserklärung in der Hauptsache) に(こ)つ」法学雑誌一九卷二号八九頁以下  
(一九七二年)

G・リュケ(石川明訳)「本案の終結宣言について」石川明訳『ドイツ手続法の諸問題』六七頁以下(成文堂、一九七  
九年。なお初出は、本誌四九卷二号五頁以下(一九七五年))

## G 日本語の注釈書

\*これらは旧民訴法の注釈書である。現在の民訴法の注釈書において、訴訟終了宣言について言及しているものはな  
いと思う。

兼子一『条解民事訴訟法上』二六六頁(弘文堂、一九五五年)

兼子一ほか著『条解民事訴訟法』二七四頁(新堂幸司)(弘文堂、一九八六年)

斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(2)』七六頁以下(桜田勝義)(第一法規、一九七一年)

斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(3)』第二版』一〇二頁(桜田勝義)宮本聖司「小室直人」(第一法規、一九九一年)

上田徹一郎「井上治典編」『注釈民事訴訟法(2)』四〇九頁(奈良次郎)(有斐閣、一九九二年)

上田徹一郎「井上治典編」『注釈民事訴訟法(2)』四九四頁(東松文雄)(有斐閣、一九九二年)

H 訴訟終了宣言に関して私が発表した論稿の一覧(発表順)

本稿でこれらの拙稿を引用する場合は、それぞれに対して付した番号と末尾の「」の略称で表記する。

- ① 「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) 本誌四九卷二号一八頁以下、三号六一頁以下(一九七六年)〔生成〕
- ② 「西ドイツ民法九一条aの両当事者による訴訟終了宣言について」本誌五〇卷一二号三三九頁以下(一九七七年)〔両当事者〕
- ③ 「訴訟終了宣言」三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点(初版)』(ジュリスト増刊)一六六頁以下(一九七九年)〔争点〕
- ④ 「西ドイツ民法における一当事者による訴訟終了宣言について」本誌五五卷七号一頁以下(一九八二年)〔一当事者〕
- ⑤ 「訴訟終了宣言に関する判例 (BGH, Urteil v. 8. 12. 1981, NJW 1982, 767; BGH Beschluss v. 8. 12. 1981, NJW 1982, 768) の解説」判例タイムズ四九七号六八頁以下(一九八三年)〔ドイツ判例〕
- ⑥ 「訴訟終了宣言と訴訟係属」本誌六一卷一〇号一頁以下(一九八八年)〔訴訟係属〕
- ⑦ 「判例研究(最大判昭和二八年二月二三日民集七卷一三号一五六一頁)」本誌六四卷六号一四一頁以下(一九九一年)〔判研〕
- ⑧ 「訴訟終了宣言の近時の問題」民事訴訟雑誌三八号六九頁以下(一九九二年)〔近時〕
- ⑨ 「ドイツ民事訴訟法九一条aの翻訳について」教養論叢九六号一頁以下(一九九四年)〔翻訳〕
- ⑩ 「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Ⅱ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—』七八頁以下(信山社、一九九五年)〔立法〕
- ⑪ 「訴訟終了宣言と我が国の判例」本誌六九卷二号八三頁以下(一九九六年)〔判例〕

- ⑫ 「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）〔ドイツ法系〕
- ⑬ 「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〕
- ⑭ 「二〇〇一年行政事件訴訟法草案と訴訟終了宣言」本誌七四巻一一号一頁以下（二〇〇一年）〔行訴訟〕 \*この草案は公のものではなく、木村弘之亮教授の私案であり、拙稿はこの草案一六〇条二項を批判的に分析したもの。
- ⑮ 「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」本誌七六巻八号一頁以下（二〇〇三年）〔法改正〇二〕
- ⑯ 「スイス民事訴訟法と訴訟終了宣言」本誌七八巻二号一頁以下（二〇〇五年）〔スイス〕
- ⑰ 「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」本誌七九巻二号一頁以下（二〇〇六年）〔法改正〇四〕
- ⑱ 「ドイツ民事訴訟法九一条 a の双方向的訴訟終了宣言について（一）（二・完）」本誌七九巻八号一頁以下、九号二七頁以下（二〇〇六年）〔双方向的〕
- ⑲ 「日本の訴訟終了宣言について」本誌八〇巻一二号一七頁以下（二〇〇七年）〔日本〕
- ⑳ 「ドイツ民事訴訟法九一条 a のドイツ語の注釈書の読み方について」教養論叢一二八号五三頁以下（二〇〇八年）〔読み方〕 \*これは半田吉信教授の ZPO 九一条 a の解説についてドイツの注釈書の読み方に問題があるとして、批判的に分析したもの。

### Ⅰ 拙稿の体系的な分類

本稿と従来行ってきた私の研究との関係を明らかにするために、Hの拙稿の一覧を体系的に分類すると、次のようになる。

なお拙稿の体系的な分類ではあるが、現在、日本ではほとんど訴訟終了宣言について研究がなされていない状況なので、日本における訴訟終了宣言に関する事項別の参考文献の一覧という意味もある。



拙稿は文献一覧の番号と「」の略称とで表記するが、左記の事項別分類では文献の頁数が文献一覧の頁数と同じ場合は頁数は表記しない。換言すれば、「」の後に号数や頁数が表記されているものは、文献一覧の論文の特定の箇所であるということである。

## I ドイツの訴訟終了宣言

### (a) 制度生成の歴史

- (1) 一八七七年のドイツ民事訴訟法成立前後の状況 ①〔生成〕三号六二頁以下
  - (2) ドイツ民事訴訟法九一条 a の成立の過程 ①〔生成〕二号五三頁以下
- (b) 現在の運用状況

- (1) 当事者間に争いが無い場合(双方向的訴訟終了宣言)ドイツ民事訴訟法九一条 a ②〔両当事者〕、⑱〔双方向的〕、⑳〔読み方〕
  - (2) 当事者間に争いがある場合(一方的訴訟終了宣言) ④〔一当事者〕
  - (3) 具体的な適用状況 ⑤〔ドイツ判例〕、⑥〔訴訟係属〕二頁以下と一四頁以下、⑳〔読み方〕八〇頁以下
  - (4) 近時の学説の動向 ⑧〔近時〕、⑮〔法改正〇二〕二九頁以下、⑰〔法改正〇四〕二二頁以下
- (c) 適用領域の拡大 ①〔生成〕二号六二頁以下、⑥〔訴訟係属〕
- (d) 立法の動向 ⑥〔訴訟係属〕一七頁以下、⑮〔法改正〇二〕、⑰〔法改正〇四〕
- (e) その他

- (1) 注釈書の読み方 ⑳〔読み方〕

## II 日本の訴訟終了宣言論

### (a) 日本法の沿革

- (1) ドイツ民事訴訟法の継受とその後の変遷 ①〔生成〕二号三〇頁以下

- (2) 民事訴訟法七三条の沿革 ⑬〔沿革〕八号・九号
  - (3) 民事訴訟法六二条の沿革 ⑬〔沿革〕一〇号
  - (b) 現在の状況
    - (1) 学説の状況 ③〔争点〕、⑯〔日本〕
    - (2) 具体的な適用事例 ⑦〔判研〕、⑪〔判例〕
  - (c) 立法論 ⑩〔立法〕、⑭〔行訴法〕
  - (d) 翻訳語(用語)の当否と用語の使用例一覧 ⑨〔翻訳〕
- III 訴訟終了宣言の比較法的考察
- (a) オーストリア民事訴訟法 ①〔生成〕三号九六頁以下、⑫〔ドイツ法系〕六四二頁以下
  - (b) スイス民事訴訟法 ①〔生成〕三号一〇五頁以下、⑫〔ドイツ法系〕六五一頁以下、⑯〔スイス〕

付記

1 事項別の参考文献

拙稿以外の日本語の文献については、拙稿のそれぞれの項目において引用しているので、拙稿の注や文献欄を参照して頂きたい。日本語の文献は少ないので、網羅したつもりである。

2 本稿の体系的な位置

この分類によって本稿の体系的な位置を示せば、本稿はⅠ(b)(2)に属するものであり、本稿の四はⅠ(b)(3)、五はⅡ(b)(1)にそれぞれ関係する。

3 参照条文

左記のドイツ民事訴訟法の条文において、ローマ数字は項を、丸中数字は段を示す。なおこれらの条文は最新

の改正に基づくために、日本では未だ訳文が発表されていないように思う。したがって、左記の条文はすべて訳である。

ZPO九一条 a

I ①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、従前の事実状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。②被告が原告の終了宣言に対して、書面の送達から二週間の不変期間内に異議を述べない場合、被告がそれに先立ちその効果について説明を受けていたならば、同様とする。

II ①この裁判に対しては即時抗告をすることができる。②本案の価額が第五一条に規定した額を超えない場合は、この限りではない。③抗告について裁判する前に相手方を審尋しなければならない。

ZPO二六九条三項

III ①訴えの取下げにより訴訟は係属しなかったものとみなし、既に下されたが未だ確定していない判決は、明示的な取消しを必要とすることなくその効力を失う。②原告は、訴訟費用につき判決が既に確定していないか、あるいは被告が他の理由により負担すべきであるとされていらない限り、訴訟費用を負担する義務を負う。③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。

(一) この論文は、次の2の参考文献の目にも挙げてある。そこで本稿でこの論文を引用する場合は、「前掲」ではなく、その番号と略称を使用する。すなわち、この論文は引用に際しては、「拙稿・④〔二当事者〕頁数」で表記す

る。なお日に挙げられている論文の参照を指示する場合は、同様とする。

- (2) ドイツ民事訴訟法第九一条 a を ZPO 九一条 a と表記したが、ドイツでは一般に「§91 a ZPO」と書かれている。このドイツの表記を日本語で表現する場合には、「ZPO 九一条 a」と、「ZPO 九一条 a」という表記がある。ドイツの条文の通称枝番号の表記方法としてはそれぞれに一長一短があり、そのことを反映して、いずれが多数の支持を得ているかは決めがたい状況にあるが、私見は後者の立場である。その理由については、拙稿・⑳「読み方」五八頁注 2 において述べた。

- (3) この本において、半田教授は訴訟終了宣言について三箇所述べている。頁数順に示せば、一方的訴訟終了宣言と段階訴訟 (ZPO 二五四条) については七頁以下、ZPO 九一条と九一条 a との関係については一〇頁、ZPO 九一条 a と訴訟費用の裁判については七八頁以下である。

ところで、この本の奥付に記載された刊行日は二〇〇六年 (平成一八年) 一〇月二〇日であるが、同じ月の八日に大阪市立大学において開催された日本私法学会の個別報告も訴訟終了宣言の研究において興味あるものであった。初日の個別報告の第一部会の第一報告者は大阪大学の田中宏治助教授 (当時) であり、テーマは「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」というものであった。報告において二〇〇三年二月三日のブラウンシュヴァイク高等裁判所 (Ⅱ上級地方裁判所 OLG) の決定が取り上げられた。この決定は ZPO 九一条 a に基づいたものであり、この決定に至るまでの訴訟経過は訴訟終了宣言の利用方法を具体的に示すものであった。この決定の意味については詳論したことがある (拙稿・⑱「双方向的」九号六二頁以下)。このような実体法において重要な判例を訴訟の経過から観察する場合には、訴訟終了宣言についての正確な知識が必要である。

(4) この論文は、次の 2 の参考文献の日にも挙げてある。なおこの教養論叢は井田三夫先生、坂口尚史先生、中島茂夫先生の退職記念号であり、この論文はこれらの先生に献呈したものである。

## 二 一方的訴訟終了宣言の概要

一方的訴訟終了宣言は日本法が直接規定している制度ではないこともあって、一般に関心が薄く、広く知られ

ていない。このような現状を考慮すると、一方的訴訟終了宣言はどのような具体的な事例における紛争を、どのような手続によって解決することを目指している制度なのかについて、説明する必要がある。そこで一方的訴訟終了宣言の構造について考察する前に、それがどのような制度であるのかを具体的に簡単にまとめておく。単に一方的訴訟終了宣言について論じるだけでは、比較法的な関心からの研究は別にして、日本において研究を行う意味は一般に理解されることはないと思うからである。先ず具体的に現実に即した事例で、一方的訴訟終了宣言の重要性を明らかにすることが必要である。

そのような理由から、先ず、今日の日本では一方的訴訟終了宣言のためにどのような事例が想定されるのか、そして一方的訴訟終了宣言は、その事例をどのようにして解決するのかを概観する(1)。次に、ドイツでは一方的訴訟終了宣言は、具体的にどのような事例を解決するための制度として考えられているのかを調べてみる(2)。そしてそのうえで、ドイツで一方的訴訟終了宣言の制度によって解決される紛争は、日本の既存の制度で十分に対応できるのか否か、一方的訴訟終了宣言の処理方法が優れているのか否かを検討する(3)。

### 1 日本における具体的な事例

日本法において過去の裁判例から一方的訴訟終了宣言が問題になるような事例を挙げることは可能であるが、過去の事例の場合、実際に生じた事例ではあるにしても、それらが今日の状況に相応しい事例かという点、そうとは限らない<sup>(5)</sup>。そこで今日の事例が重要であるが、遠藤功教授は次のような事例を挙げて、現在の日本において一方的訴訟終了宣言が具体的に問題になることを明らかにした(遠藤・一五六頁)。誠に適切な事例なので、ここではそれを引用する。

「Xはその隣人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。

Yは、いままでステレオを夜間高い音でかけたことがあるかと争った。係争中にYが引越してしまったため、Xは口頭弁論において本案が完結したと表明した。これに対してYは、訴えの却下または請求の棄却を求めた。裁判所はどのように手続を進めるべきか。」

そして遠藤教授はこの設例の解答として、一方的訴訟終了宣言による手続の展開を具体的に次のように明らかにしている。ところで遠藤教授は説明において「訴訟完結申立て」とか「本案完結表明」と述べているが、これらの用語の意味は「訴訟終了宣言」と同じであり、単なる表現の違いである。<sup>6)</sup>

「ドイツ民法上の制度であるが、以下それに沿って考察し、紹介したい。YもXに同意するならば、裁判所は両当事者の申立てに拘束され、訴訟完結を宣言する判決と平等負担の訴訟費用の裁判をして落着である。しかし、設問でYはXが敗訴（訴え却下または請求棄却）することを見越しているため、Xの訴訟完結申立てに同意することはないだろう。双方当事者の本案完結表明によって訴訟完結を裁判所が認める制度は、ドイツ民法九一条aが明文で定め、一方当事者の申立てのそれについては通説・判例が一定の要件（訴訟完結事由の発生と、その発生時まで訴えが適法かつ請求に理由があること）の下に認めている。設問では、Xは一方的に本案の完結を表明した。この表明・申立ての有効性（当事者訴訟行為として）は承認される。口頭弁論において申立てがなされているので、この法的状況では裁判所は訴訟が完結という事態（象）の発生まで適法、かつ請求が理由具備であったかを確定しなければならない。請求の理由具備性は、XがYによってその生活が違法に侵害されるという心配・不安があるか否かに係っている。この不安は、Yが過去にステレオの音量をあまりに上げていた事実があれば、認められよう。しかし、このことに関して両当事者は争っているのだから、裁判所は相応する証拠調べをして明らかにしなければならない。裁判所が消極的結論に達すれば、Xの請求は訴訟費用の負担を義務づけられて棄却される。この場合Xの完結表明は効果が無い。反対に裁判所が訴えの適法性と請求の理由具備性を認めた場合は、訴訟係属後の完結事態の発生次第となる。事態発生は、係争中のYの引越しによって将来的な侵害の不安が消え去ったので争いが無い。裁判所はそれゆえ終局判決によって本案が完結したことを確認しなければならぬ。この場合訴訟費用はYが負担させられることになる。」

遠藤教授の右の説明は適切であり、付言することは全くない。本稿が遠藤教授のこの説明を全文引用した第一の理由は、本稿がテーマとする内容を説明するのに、この説明は最も適しているからである。第二の理由は、本稿はこの説明をさらに発展させるものと位置づけることができるからである。すなわち、本稿が取り上げる事柄は教授が述べていないことであり、教授の説明に対してなぜそのような説明になるのかということについて、本稿はその理由を尋ねることである。<sup>(7)</sup>そこで本稿のテーマについては教授の前記説明と関連させて述べるならば、次のようになる。教授はドイツの判例・通説の要件を前提に説明しているが、本稿では先ずドイツの判例・通説の内容、形成過程、反対説の現状等について考察する。その成果に基づいて、一方的訴訟終了宣言の日本法における意味を検討する。

なお教授は一方的訴訟終了宣言の効果として訴訟費用について述べているが、それが導かれるためには、それに先行して考察すべき重要な問題がある。例えば、訴訟終了効の発生の根拠の問題、裁判所が一方的訴訟終了宣言について行う裁判は本案判決なのかそれとも訴訟判決なのかの問題、判決に既判力が生じるのか否かの問題、既判力が生じる場合はいかなる事項に既判力は生じるのかの問題である。これらの問題の解答は教授の説明の根拠になるものであり、本稿はこれらの問題についても詳しく考察する。

## 2 ドイツにおける具体的な事例

一方的訴訟終了宣言はどのような事例においてなされるのかという点、ドイツの裁判例を見れば一目瞭然である。しかし、裁判例は膨大であり、その中から適切なものを選択することは大変な作業である。さらにドイツの裁判例の中には日本法にないドイツ法特有の法律問題に關したものや、日本法と類似した（日本法が継受した）法制度であっても、事件そのものが日本では起こらないと思われるものが少なくない。すなわち、ドイツの裁判

例であるからといって、それが直ちに日本において一方的訴訟終了宣言を理解するのに適切な事例になるわけではない。<sup>(8)</sup>

そこでここでは裁判例ではなく、ドイツの最近の教科書や実務の案内書において一方的訴訟終了宣言の説明のために使用されている事例に注目することにした。その中から日本でも実際に問題になるような事例を選び、その主なものを次にまとめてみた。<sup>(9)</sup> 挙げた順序は特に意味はないが、強いていえば事例として比較的適切と思われる順である。

(a) 賃借人 Y は借りた家に備え付けてある暖房器具の故障を理由に、家賃はその分だけ減額されるべきであると考えた。そこで減額分は一月分の家賃に相当するとして、一月分の家賃を支払わなかった。これに対して賃借人 X は Y に対して、家賃の支払いを求めて訴えを提起した。この訴訟中に、被告 Y は家賃の翌月分を目的を定めず支払ったところ、原告 X は訴求分の家賃として清算して、訴訟の終了を宣言した。被告 Y は、訴求債権はもとも存在していなかったから清算できず、したがって訴訟は終了することはできないと考えて、X の訴訟終了宣言に異議を述べた (Oberheim (E), §29 Rn 13)。

(b) X は Y に対して、売買代金七千ユーロの支払いを求めて訴えを提起した。一月一日付けのこの訴状は一月一四日に裁判所に届き、一月二〇日に被告 Y に送達された。ところが被告 Y は一月一六日に代金支払いのための送金手続を行い、代金は一月二二日に原告 X の口座に入金された。口頭弁論のための早期第一回期日において、原告 X は訴訟の終了を宣言した。これに対して被告 Y は、適時に代金は支払ったとして、X の訴えは最初から理由がないとして請求棄却の申立てをした (Schellhammer (D), §33 Vor Rn 1716 = Fall 4)。

(c) Y は X に対して、売買契約の債務不履行を理由に損害賠償請求権を有していると主張していた。これに対して X は Y の主張を争い、Y がその主張を繰り返すので、Y に対して前記債務の不存在の確認の訴えを提起した。



この訴訟中に被告Yが原告Xに対して、前記請求権に基づく給付の訴えを提起した。前訴は後訴が提起されたことによって訴えの利益が消滅し不適法になるために、前訴の原告Xは訴訟の終了宣言をしたが、前訴の被告Yはそもそも訴えに理由がないとして争った (Lütke (D), §21 II Fall 2)。

(d) XがYに対して支払い請求の訴えを提起した。被告Yは管轄違いの抗弁を提出し、さらに原告Xは債権をZに譲渡して自分は権利者でないと主張した。裁判所は証拠調べの結果、被告Yの主張が正しいと判断した。原告Xは訴訟の終了を宣言したが、被告Yはそれを争い、請求棄却の判決を求めた (Zeiss (D), Rn 494)。

### 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

訴訟を終了させる事由が2に挙げた事例のように発生した場合、訴訟は直ちに自動的に終了することはない。訴訟を終了させるためには、当事者の一定の行為かあるいは裁判所の判決が必要である。前者であれば、日本の民事訴訟法が規定している制度としては訴えの取下げ (民法二六一条・二六二条)、訴訟上の和解、請求の放棄・認諾 (民法二六六条・二六七条) である。しかし、これらは、2の事例の場合には適切ではない。これらは、原告と被告の間に争いがない場合の訴訟の終了方法であるからである。すなわち、2の事例のように当事者の間に終了をめぐる争いがある場合は、被告はあくまでも請求棄却を主張するであろうし、原告は自らの正当性を主張して請求棄却の判決に反対するからである。したがって2の事例の場合は当事者間で訴訟の終了について意見の一致を見ることはなく、当事者の行為による訴訟の終了をもたらす制度では、その前提を欠いて対応できない。

それでは後者の裁判所の終局判決 (民法二四三条一項) による解決で対応できるのかというと、この方法も

適当ではない。なぜならば、この方法によれば結果は請求棄却（あるいは訴え却下）であり、これは原告を満足させるものではないからである。原告は、次のように主張するであろう。「訴えは当初から適法で理由を具備していたが、訴訟の終了という事態を招来させたのは被告である。にもかかわらず、訴え却下か請求棄却という原告敗訴の判決は不当である。訴訟は終了するとはいえ、原告の訴えは正当なものであった」と。この原告の主張は理解できるし説得力があるが、しかし、現在の訴訟の構造からすると、原告はこのような結果を甘受せざるをえない。なぜならば、現在の訴訟は口頭弁論終結時における訴訟物を構成する権利・義務もしくは法律関係の存否によって判決の内容を決めるからである。すなわち、裁判するに際して訴訟中の実体法上の変動を問題とせず、当初から請求に理由がない場合と訴訟中に理由がなくなった場合とを区別しないからである。

このことから明らかなのは、紛争の実態に関係なく既存の制度で対応するには無理があるということである。当事者の意思に相応しいものではないし、紛争が完全に解決されず残存するからである。紛争の実態に即応した新たな制度で対応することが必要である。そもそも口頭弁論終結時における権利・義務もしくは法律関係の存否だけを考慮して裁判するという訴訟構造は、一番効率的な紛争処理方法として形成されたものである。そのことを想起するならば、単に効率性を重視した解決だけでは本当の紛争の解決にはならないということである。既存の制度の限界を認識し、単なる当座の紛争の解決ではなく、将来の紛争の再発を防止するものかといった解決の質を重要視することが必要である。そうになると、多様な紛争を画一的に一律に処理するのではなく、個々の紛争の実態に目を向けて、それぞれに相応しい紛争解決を考慮することのできる訴訟構造の構築を目指すべきであろう。

## B 個々の事例の問題点

日本の既存の制度によって2の事例を処理すると何が問題になるのか、事例ごとに具体的な問題点を見てみよう。Aの「既存の制度の問題点」はいわば総論であり、一般的に問題点を考察した結果は、「既存の制度は2のような事例の処理を想定していないから、2の事例を適切に処理することは難しい」というものであった。そこで本項は各論として、具体的な事例に即して既存の制度の解決策の問題点を考える。

(a)においては、XとYとは訴え提起当時の立場がYの家賃の支払いによって完全に逆転した。訴訟を続行したいと思っているのが被告のYであり、直ちに終了したいと思っているのが原告のXである。Yの家賃の支払いがあったと主張しているのが原告のXであり、家賃の支払いではないと主張しているのが被告のYである。このような事態は教壇例でもなければ、希有なことでもなく、日本でも日常的に起こりうることである。<sup>(10)</sup>しかし、紛争が解決されていないのであるから、訴えの取下げでは対応できない。さりとて訴訟を続行させるとなると、大変に奇妙な訴訟になる。なぜならば原告は支払いを認めているからこれ以上訴訟をする意思はないし、被告は家賃支払いを理由にした請求棄却を望んでいないからである。つまり、従前の訴訟物では対応できない。新たな紛争対象を把握する必要がある。

(b)においては、訴訟の開始時に被告Yの履行(支払い)がなされたという点では争いが無い。したがって、訴訟物たる支払請求権は消滅したから、裁判所は請求棄却判決をすべきであるが、それでは原告Xの敗訴ということになり、原告の主張に理由があったことを考えると妥当性を欠く。そこで訴えの取下げということになるが、被告が取下げに同意しない場合も考えられるし、被告が同意したとしても、原告は訴訟費用の負担から解放されるわけではない。訴訟費用を負担すべき者は裁判所の裁量によって裁判されるから、被告が負担するとは限らないからである。正に被告が適時に履行したのか否かが最大の争点であり、これがこの問題の解決の決め手になる。

そうであるならば、この紛争の解決は従前の訴訟（訴訟物）では対応できない。なぜならば、従前の訴訟では単に履行がなされたか否かが争点であり、訴訟物もそのように構成されているからである。さりとて、当事者間の最大の争点が適時な履行か否かであるにもかかわらず、訴訟費用の裁判においてこの新たな争点を無視して裁判所が一方的に裁判をすることは、たとえ訴訟費用の裁判の特殊性を強調したとしても、妥当性を欠く。

(c)においては、後訴が提起されたことによって前訴が不適法になることが問題である。前訴の原告Xにとっては、自ら提起した訴訟が無意味になるからである。そのことは正にXにとって不利益なことであるし、不当なことである。しかし、前訴は後訴によって意味を失うような程度の意味しか有しないか、あるいは後訴の提起を促すための意味しか有していないと考えることもできる。そうであるならば、訴訟中に不適法になるということは、それほど重要視することではない。<sup>(1)</sup>問題は前訴の原告Xが前訴において却下判決を受ける場合に、その訴訟の訴訟費用をXが負担せざるをえないのかということである。すなわち、Xの訴えの提起はYによって生じた事態であるから、Yに責任はないのかということである。この問題を解決するためには、当事者間で争いがある以上、新たな訴訟によって解決する必要がある。なぜならば従来からの訴訟手続によって得られた資料を利用して判断できる問題ではないからである。このような場合、裁判所の裁量によって裁判するのは無理である。

(d)においては、Xが請求棄却判決を受けるのはやむをえないように思う。なぜならばXが敗訴判決を受けるのは、Xの事前の調査が不十分であり、自らの主張を立証することができなかったことに原因があるからである。もしこの事例のような場合にも訴訟終了宣言が許されるとなると、事前の調査や準備が不十分なまま訴えを提起した原告が、それが露呈すると、請求棄却判決を避けるために訴訟終了宣言を利用することが予想される。訴訟終了宣言の制度は、準備不足の訴えを容認するようなことに使われてはならない。問題は訴訟費用の負担を逃れるために訴訟終了宣言を利用したのか否かを、どのようにして判断するかということである。その意味で(d)の事

例は事例としては必ずしも適切ではないが、ただ実務の現場においてこのような事例 (d) と、そうでない事例 (a)(b)(c) との区別をどのように行うべきかという問題を提起している。

### C 訴訟費用の裁判手続

このように (a)(b)(c)(d) はそれぞれ問題を有しているが、反対の意見も考えられる。日本とドイツの訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担の制度の違いを強調して、日本ではドイツのように A・B で述べたような問題は生じないとする見解である。すなわち、ドイツでは訴訟係属後に訴訟終了事由が発生し、原告が訴えを取り下げた場合は、原告が訴訟費用を負担することになっているのに対して (ZPO 二六九条三項二段)、日本では訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担者は裁判所が裁量によって決めるからである (民訴法七三条二項による六二条の準用)。そこでこれらの事例の場合、訴えの取下げ (民訴法二六一一条以下) によって訴訟を終了させ、訴訟費用は裁判所の裁量によって処理するという方法が最適であるという見解である。その理由は、第一に、訴訟費用のための訴訟をする必要がないから一番効率的であること、第二に、裁判所は従前の訴訟経過に基づいて裁量によって判断するので、その判断は手続的に正当性が担保されているし、判断内容も信頼できることである。

もっともな意見であり非常に説得力があるが、しかし問題は、この見解には裁判所が訴訟費用の裁判を行う場合の裁判手続についての考察が欠落していることである。すなわち、どのような手続で裁判所は裁判資料を収集し、どのような基準で裁判するのが明らかでない。これに対して、この見解は民訴法六一一条以下に規定されていると反論するであろう。しかし、これらの規定は、訴訟費用の裁判手続は原則として終局判決に付随してなされる裁判手続であることを規定していて、本案判決がなされることを前提としている。だからこそ訴訟費用の裁判は本案手続に連動した付随手続であり、訴訟費用のために特別な手続が存在する必要はない。本案の手続が訴

訟費用の裁判手続を代替して、それが訴訟費用の裁判手続の正当性を保障している。つまり、訴訟費用の裁判には原則として本案の裁判が必要である。もちろん、それを必要としない場合として和解（民訴法六八条）と、「訴訟が裁判及び和解によらないで完結したとき」（民訴法七三条）を規定しているが、前者から明らかなように、これらの規定は当事者間に訴訟費用やその後の手続に関して紛争が存在しないことを想定している。ところが2の(a)(b)(c)(d)は紛争が残存していて、このような場合ではない。したがって紛争が残存している場合は、訴えの取下げのように本案判決がなされず、しかも訴訟費用やその後の手続に関して当事者間に紛争がないことを前提にしている手続は適していない。

本案の問題が訴訟の終了事由の発生によって消滅したならば、訴訟費用は付随的な問題ではありえない。訴訟費用の問題は新たに独立した紛争として、本案に代わるものとして把握する必要がある。すなわち、本案の影に隠れていたものが、隠れていた本案の終了とともに登場したと考えるべきである。訴訟が終了した場合の訴訟費用の問題はこのようなものと同理解し、自らの権利は自らで守るという大原則に立ち返って、この場合の訴訟手続を考える必要がある。もちろん、すべての場合に訴訟手続が必要ということではない。当事者間で争いがなければ、訴訟手続が省略できるのは私的自治の原則から当然である。紛争が残存しながらも訴訟手続を省略する手続が、正に問題なのである。

#### D 一方的訴訟終了宣言の場合

この問題に対応するために、ドイツ民事訴訟法は約一〇〇年をかけ、紆余曲折を経ながら訴訟終了宣言の制度を構築した<sup>(12)</sup>。この制度は訴訟中に訴訟の終了事由が発生した場合、終了事由の発生に至る経緯に注目し、それを考慮して訴訟費用の負担者を決めて訴訟を終了させるものである。したがって、2の事例はドイツではこの制度

によって処理することになる。具体的には手続は次のように展開する。訴訟終了事由が発生した場合、原告は一方的に訴訟終了宣言を行う。これに対して被告が異議を述べないならば、双方的訴訟終了宣言として訴訟は終了する。訴訟終了効が発生するのは、訴えの取下げと同様に処分権主義に基づくと考えられているからである。すなわち被告が異議を述べないということは、訴訟の終了について当事者間で合意あるいは意思の一致が見られたということであり、当事者のそのような意思を尊重するということである。そして訴訟費用の負担については、裁判所がZPO九一条aに基づいて、従前の訴訟の経過を考慮して公平な裁量によって決定で決める。<sup>(13)</sup>これが双方的訴訟終了宣言の手続である。

被告が原告の訴訟終了宣言に対して異議を述べた場合は、裁判所は原告の主張の当否を裁判によって判断することになる。この場合は原告の一方的な訴訟終了宣言にすぎないから一方的訴訟終了宣言といわれる。裁判所は何について、どのような手続で裁判を行うのが問題になる。双方的訴訟終了宣言の場合はZPO九一条aが規定しているため、訴訟終了宣言の手続に関してはこの規定が解答しているが、一方的訴訟終了宣言の場合は規定が存在しないために、一方的訴訟終了宣言の法的性質論から考察するしか方法がない。<sup>(14)</sup>具体的な手続は、1で紹介したように遠藤教授が説明したことなので、ここではそれ以外のことについて付言しておく。教授の説明は、一方的訴訟終了宣言の法的性質論についてのドイツの判例・通説である訴えの変更説に依拠している。それは一方的訴訟終了宣言は「訴えの変更」であるとして、従前の訴えは新たな訴えに変更されたと理解することである。すなわち、従前の訴えが終了事由発生までは適法で理由を具備していたことの確認を求める訴えへの変更である。原告の主張が認められれば請求は認容され、訴訟費用は敗訴者負担の原則(ZPO九一条)により、敗訴者である被告が負担することになる。併せて請求権の消滅が判断され、その不存在が既判力で確定し、同一紛争の再燃は既判力によって遮断される。

ところで日本では、訴訟終了宣言はともすれば単に訴訟費用の問題と理解されがちである<sup>(15)</sup>。これはこの制度の生成の歴史と関係がある。ドイツでは訴えの取下げの場合は、Cで述べたように原則として訴訟費用は原告が負担しなければならないと規定されているので(ZPO二六九条三項二段)、訴訟終了宣言の議論はこの規定の適用を回避する目的で出発したからである。したがってこのような制度の出発点を考えるならば、訴訟終了宣言は訴訟費用の問題であると考えerことは決して誤りではない。しかし、訴訟終了宣言は訴訟費用の問題に止まらない。すなわちドイツでは訴訟終了宣言は訴訟費用の問題から出発したが、しだいに議論は、訴訟中に発生した訴訟終了事由に対応する新たな制度として、訴訟終了宣言をいかに位置づけるかということが発展してきたからである。それゆえに単に訴訟費用の問題の解決のための制度として見るのは適切ではない。訴訟終了宣言の制度の生成の過程は、紛争解決の効率性から紛争解決の質的向上を目指したものと理解し、そのような視点で評価すべきである。そうでなければ、ドイツで訴訟終了宣言についておびただしい議論がなされてきた理由は、訴訟終了宣言が訴訟費用という切実な問題に関係しているとはいえ、訴訟費用の問題だけでは説明がつかない<sup>(16)</sup>。

(5) 日本の公刊された裁判例の中から訴訟終了宣言による解決に適したものを選び、訴訟終了宣言による解決の方が既存の制度を利用した解決よりも適切であることを論じたことがある(拙稿・⑩〔判例〕八三頁以下)。

(6) 訴訟終了宣言の制度はドイツ法上の制度であるために、この制度については日本ではいろいろな表記がなされている。原因は日本語に翻訳する場合に、定訳が存在しないからである。どのような表記がなされているのかを調べたことがある(拙稿・⑨〔翻訳〕一七頁注13)。

(7) 遠藤教授が述べていないことを本稿が取り上げ、教授の説明の理由を問うということは、教授の説明が不十分であるという意味ではない。教授の説明は執筆の分量が制限されている学生向けの演習問題の解説であり、本稿のようなテーマについて記述しないのは当然であり、そのことは適切な方法である。演習問題の解説は詳細に説明するより



も、学生に対してテーマに関心を持たせることが重要であるからである。関心を持った学生に対しては、参考文献を手掛かりに自ら探求させることも教育的な配慮からは必要である。

(8) 一方的訴訟終了宣言に関するドイツの有名な判決をドイツ語の一言一句まで拘泥して原文通りに翻訳したことがあるが(拙稿・⑤「ドイツ判例」六八頁以下、同・⑥「訴訟係属」一五頁以下)、事案はドイツ固有の問題であり、日本では生じないような事案であった。それではなぜそのような翻訳をしたのかというと、判決理由において展開された判例理論がドイツでは有名であり、それを正確に日本に紹介し、検討することは有益であると確信したからである。

(9) 本文に例として挙げた事案は、原文を直訳したものではない。原文はドイツの法曹のために書かれたものであり、原文を忠実に訳したのでは、日本の法曹が理解するのは困難ではないかと思つた。そこで一読して容易に理解できるように、原文にない言葉をかなり加筆した。しかし、そのことを正確に論文の中で表記すると煩雑になって読みづらくなるので、加筆部分は特に明示していない。このようなことから、ここに挙げた事例はドイツの事案の翻訳でない。日本流に原文を修正したことから、翻案といふべきかもしれない。

(10) この事例は、日本では一般に「相手方が援用しない自己に不利益な事実の陳述」として議論されている問題と類似する。判例としては最一小判昭和四一年九月八日民集二〇巻七号一三一四頁、最一小判平成九年七月一七日判例時報一六一四号七二頁Ⅱ判例タイムズ九五〇号一一三頁がある。

なおこれらの判例は重要なため『民事訴訟法判例百選』に取り上げられている。前者は続百選五一事件(吉村徳重教授担当、別冊ジュリスト三六号一八頁以下(一九七二年))、二版七七事件(林淳教授担当、別冊ジュリスト七六号一七六頁以下(一九八二年))、百選Ⅰ(新法対応補正版)一〇八事件(河野正憲教授担当、別冊ジュリスト一四五号二一八頁以下(一九九八年))であり、後者は三版五八事件(畑瑞穂教授担当、別冊ジュリスト一六九号一二〇頁以下(二〇〇三年))である。

(11) 債務不存在の確認の訴えに対して、被告が同一の債権に基づく給付の別訴を提起した場合、前訴の債務不存在の確認の訴えは、訴えの利益を欠いて不適法になる。前訴は後訴によってその目的が達成されるから、訴訟を続行する意味がなくなるからである。この結論はともかく、問題はその根拠と説明である。いわゆる重複訴訟の禁止(民訴法

一四二条) どのように説明するかということになるが、これについては、高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』一一五頁以下(有斐閣、二〇〇五)が詳論する。

ところで前訴が不適法になるということは、前訴の原告の敗訴を意味する。そうなることと訴訟費用は敗訴の原告が負担することになるが、これは妥当かということが問題になる。訴えが不適法になった原因は、被告が後になってから訴えを提起したことにあるからである。このような場合は訴訟費用を原告が負担すべきでないと考えると、訴訟終了宣言の問題になる。それゆえにハーブシャイトはスイスの訴訟終了宣言について説明する場合に、このような例を挙げてゐる(拙稿・⑫〔ドイツ法系〕六五六頁)。

(12) 訴訟終了宣言の制度は、訴訟費用の敗訴者負担の原則と密接な関係がある。この原則の淵源はローマ法にあるが、この原則を墨守して単に訴訟の勝敗によって訴訟費用の負担者を決めるように規定したのが、一八七七年のドイツ民事訴訟法である。例えば、この立法によれば、訴訟中に被告が原告の主張を認めて請求を履行した場合の訴訟費用は原告が負担することになる。実質的には原告の勝訴ではあるが、被告の履行により原告の請求は理由がなくなり、原告は請求棄却判決を受けることになるからである。また原告が訴えを取り下げても同様である。ドイツ民事訴訟法は訴えの取下げは敗訴と考へ、訴訟費用は原告が負担すると規定しているからである(ZPO二六九条三項一段)。この結論はいかにも妥当性を欠くが、ドイツ民事訴訟法は何らの手当をすることはなかった。訴訟終了宣言の制度は、

この時の立法の不備を補うものである(拙稿・①〔生成〕三三七二頁以下)。

(13) 訴訟終了宣言についての実定法上の規定はZPO九一条aであるが、これは双方向的訴訟終了宣言についての規定である。この規定の日本語訳は、一の3に挙げてある。ドイツ語の原文は、最新の論文に挙げてある(拙稿・⑱〔双方向的〕一四頁注5)。なお最近の改正とその理由については、既に紹介した(拙稿・⑮〔法改正〇二〕一四頁以下、同・⑰〔法改正〇四〕一四頁以下)。

ところでこの規定については、日本では最近、実体法学者が言及しているが(前注(3)参照)、その説明は必ずしも十分ではなく、訴訟法的な解説を付加する必要がある。そこで、ドイツの注釈書の読み方について論じたことがある(拙稿・⑳〔読み方〕五三頁以下)。

(14) 一方的訴訟終了宣言の法的性質論は、条文に代わって一方的訴訟終了宣言の要件と効果や手続を規定するもので

ある。その意味で法的性質論は重要であり、そもそも法的性質は何によって決めるのかということが問題である。本稿は正にこのような問題意識に基づき、一方的訴訟終了宣言の法的性質論をメインテーマに一方的訴訟終了宣言の手續の展開について考察し、日本法における一方的訴訟終了宣言の具体的な手續を考察するものである。

(15) 日本の通説は訴訟費用の問題と考えるが(拙稿・19「日本」一二二頁以下)、そうではないことはしばしば論じてきた(同七頁以下)。その過程において、日本における訴訟終了宣言についての論争とその評価を行った(同四二頁以下)。

(16) ドイツでは一方的訴訟終了宣言について、今日まで非常に多くの議論がなされてきた。その理由は、解決を迫られた具体的な問題に直面した法学者や裁判官が、規定が存在しないことから、法文に依存することなく自由な立場で、具体的な解決策をすみやかに提示することが求められたという状況があるのではないかと思う。

さらに付言するならば、この問題の解答に際して、原理・原則に立ち返って、法文に拘束されることなく自由に制度をデザインすることは自己の民事訴訟制度に対する見解を具体化することに他ならず、そこに研究者は魅了されたからではないかと思う。このような理解からベッカー・エーバーハルトの主張に賛同して、彼の言葉を引用したことがある(拙稿・17「法改正〇四」三〇頁注22)。ベッカー・エーバーハルトは、正当な訴訟物理論の獲得のために努力したことを別にすれば、一八七九年の帝国民事訴訟法の施行以来、訴訟終了宣言ほど人々を非常に心捉えた民事訴訟の問題の出現はないとまで言い切っている(Becker-Eberhard(A), S. 273)。