オーストリア民事訴訟法と訴訟終了宣言

坂 原 正 夫

オーストリア民事訴訟法と訴訟終了宣言

- 一 はじめに
- 二 デイットフルトの見解について
 - 1 ドイツ民事訴訟法の状況についての認識
 - A 双方的訴訟終了宣言
 - B 一方的訴訟終了宣言
 - C 訴訟係属発生前の終了事由の発生
 - D 訴訟費用
 - 2 オーストリア民事訴訟法の状況についての認識
 - A 双方的訴訟終了宣言
 - B 一方的訴訟終了宣言
 - C 訴訟係属発生前の終了事由の発生
 - D 訴訟費用
 - 3 自説の展開
 - A 双方的訴訟終了宣言
 - B 一方的訴訟終了宣言
 - C 訴訟終了事由の発生とその後の裁判手続
- 三 デイットフルトの見解の検討
 - 1 ドイツの博士論文である意味
 - 2 日本において注目すべきこと
 - 3 立法論と解釈論
 - 4 中間紛争説に対する批判
- 四 おわりに

一 はじめに

ドイツの訴訟終了宣言の議論とオーストリア民事訴訟法との関係に注目して、それについての研究を発表したのは、一九七六年のことであった。⁽¹⁾その時のオーストリア法に対する私の認識は次のようなものであった。オーストリアでは訴訟終了宣言に関して関心が低く、そのためオーストリア民事訴訟法の対応方法は理論的に不明な点が多く、ドイツ法に比べると不十分であり、そのような状態は二〇世紀初頭のドイツの状況を想起させるものである。

次に、ドイツの訴訟終了宣言とオーストリア民事訴訟法との関係についての研究を発表したのは、二〇年後の一九九六年のことであった。⁽²⁾この時の私の認識は、オーストリアではドイツの訴訟終了宣言に対して関心が高まったというものであった。オーストリア法には法の欠缺があり、それを補充するためにドイツの議論を参考にし、オーストリア法の対応を考えるべきであるという議論がなされていた。一九八九年にツェダー (Zeder) は、「訴訟費用への請求の減縮」という論文を発表して問題を提起した。彼は、オーストリアで伝統的な対応策である「請求の減縮」という方法は、ドイツの一方的訴訟終了宣言における訴えの変更説に倣い、終了事由の発生までは請求が適法でかつ理由を具備していたことの確認の訴えと理解すべきであると主張した。⁽³⁾これに対してビトリンスキ (Bydlinski) は、実務の観点からツェダーの見解を激しく攻撃した。⁽⁴⁾この論争について、私は支持者の数からするとビトリンスキが勝利したと、この論争はドイツの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と特別な訴えの取下げ説の争いに他ならないと分析した (前掲注(2)六五〇頁注25)。そして、訴訟終了宣言について規定のないオーストリアにおいてツェダーが問題を提起し、このような論争がなされたことは、同様な状況にある日本においては注目すべきことであり、ドイツの訴えの変更説に基

づく制度を日本に導入することを主張している私見の強い味方であると結論づけた（前掲注(2)六四七頁以下）。

その後のオーストリアの状況はそれほど変わっていないように見えるが、第二の拙稿の公刊から九年を経た二〇〇五年に、ディットフルト (Dittfurth) の「本案の終了—ドイツ民事訴訟法とオーストリア民事訴訟法の比較法的研究—」という博士論文がドイツで公刊された。⁽⁶⁾ 前記のツェダーとビトリンスキの見解は雑誌において発表されたものであるから、これは正に本格的な体系的な研究書の登場といえることができる。そこでディットフルトの博士論文の内容を検証して、現在のオーストリア民事訴訟法と訴訟終了宣言について考察してみようというのが本稿の執筆の動機である。

- (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（一・完）」本誌四九卷三号九九頁以下（一九七六年）。
- (2) 拙稿「オーストリア民事訴訟法とスイス民事訴訟法における訴訟終了宣言について」『民事訴訟法学の新たな展開』中村英郎教授古稀祝賀上巻六三九頁以下（成文堂、一九九六年）。
- (3) Zeder, Fritz, Die „Klageinschränkung auf Kosten“, RZ 1989, S. 55ff. 及び Österreichische Richterzeitung の略号である。
- (4) Bydlnski, Michael, Klageinschränkung auf Kosten oder auf Feststellung? Eine Erweiterung, RZ 1989, S. 131ff., S. 157ff.
- (5) ビトリンスキは、自説をオーストリア民事訴訟法の訴訟費用に関する大著の中で繰り返した。Bydlnski, Michael, Der Kostenersatz im Zivilprozess : Grundfragen des Kostenrechts und praktische Anwendung, 1992, S. 194.

しかし、注目すべきはツェダーとビトリンスキの論争の七年後、ブライハ (Breycha) がツェダー説擁護の論文を發表した⁽⁷⁾のである (Breycha, Otto, Replik zum Thema Klageinschränkung auf Kosten, RZ 1996, S. 126 ff.)。

私見はツエダー説を紹介し評価したものであるが、時を同じくして(一九九六年)、オーストリアでブライハもツエダー説の擁護を主張したことは興味あることである。ブライハの論文はビトリンスキのツエダー批判に対して、ツエダーに代わって逐一詳細に反論したものである。参考までにビトリンスキのツエダー批判とブライハのツエダー擁護の概要を紹介する。

ビトリンスキのツエダー批判の内容は、次のようなものである(前掲注(2)六四六頁以下の要旨)。「ツエダーの問題提起は理論の深化という点で評価するが、実務的な観点から見た場合、問題が多すぎる。すなわち、ツエダー説は実務では現実に対応できない説であり、次のような点が問題である。第一は、訴訟中に終了事由が発生して、訴訟費用の裁判のために従前の給付の訴えから確認の訴えに訴えを変更する場合、この二つの訴えの勝敗はどのように考えるのか。前者は原告の敗訴、後者は原告の勝訴と考えるのか。もしそのように考えるのなら、それは一部勝訴ということになり、訴訟費用の裁判に馴染まないことになる。第二は、このような訴えの変更により、本案の訴訟物の価格の増大を招かないか。第三は、裁判において訴訟終了事由が当事者の主張した時点以前に既に生じていた場合は、一部勝訴と考えるのか否か。また、この場合の訴訟費用の裁判はどうなるのか。第四は、一部弁済の場合はこのように処理するのか。第五は、ツエダーは訴訟費用賠償請求権の公法的性格を強調したり、その権利の発生の時点を裁判所の判決の形成的効果と考えたりしているが、それが問題であるし、訴訟費用の裁判の本案の裁判に対する付随性の理解についても一般的でない。」

これに対してブライハは、次のように反論してツエダー説を擁護する。「ビトリンスキの第一の批判は、訴えの変更に伴う訴訟費用の決め方に関するものであるが、一万シリング請求訴訟中に被告がその半分を支払ったため、原告が訴えを五千シリングに制限した場合と同じように考えれば問題ない。訴えを制限した時点の前後で手続を二段階に分けて、前者については原告の勝訴を擬制して考えて処理すればよい。第二の批判は、訴訟物の価額の増加に対するものであるが、これはツエダーだけの問題ではない。例えば元本と利息の支払請求訴訟で、元本よりも利息の方が金額が大きい場合に、訴えを利息に制限した場合も同様な問題がある。元利金請求訴訟では訴訟物の価額計算に利息請求の金額は算入されないことになっているからである(裁判管轄法五四条二項、日本民訴法九条二項に相当)。第三の批判は、終了を主張した時点以前に終了事由が発生していた場合の処理を問うものであるが、原告負担で処理すれ

ばよい。第四の批判は、一部終了の場合の処理の問題であるが、ツェター固有の問題ではなく、他の場合と同様に処理すればよい。第五の批判は、訴訟費用請求権の法的性質論であるが、私法的な性格を強調するのであれば、他の私法上の権利と異なっており扱われる、すなわち本案の判断に依存して処理される手続は説明できない。また法は訴訟費用請求権の存否の判断が判決主文の判断と連動しない場合を規定しているが（四四条、四八条）日本民訴法六二条・六三条に相当）、判決主文と判決理由の判断が一体となっており訴訟費用請求権の要件をなしているものであり、このような関係の説明はツェター説の方が実用的であり理論的である。」

(9) Ditturth, Jo Christine von, Die Erledigung der Hauptsache—eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und österreichischen Zivilprozessrecht—, 2005.

この論文は、二〇〇四年にミュンスター大学 (die Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster) で承認された博士論文を刊行したものである。序文によれば、Klicka, Thomas 教授と Schermaier, Martin 教授に謝辞が述べられており、前者が指導教授であり、後者が第二審査員とのことである。指導教授のクリチカ教授については、後注(14)で述べる。なお謝辞は続いて、刊行に至るまで援助してくれた両親と夫に対してもなされており（旧姓は Schnatmeyer）、本書は両親に献呈されている。

本書の最後に書かれている二〇〇四年二月付けの著者自身による履歴書 (Curriculum Vitae) によれば、著者の経歴は次のようなものである。一九七三年一月一日にドイツのノルトライン・ヴェストファーレン (Nordrhein-Westfalen) 州のヘルホルト (Herford) で生まれ、そこで育つ。博士論文を提出した前記のミュンスター大学とスイスのローザンヌ大学 (Université de Lausanne) で法学を学ぶ。司法修習のために、同州のビーレフェルト (Bielefeld) の地方裁判所地区に移り、スパイヤヤー (Speyer) の行政大学やオーストラリアのシドニーの弁護士事務所所で研修を受ける。外国での様々な経験は法学の知識を豊富にするとともに、比較法研究の博士論文を執筆する切っ掛けになった。二〇〇三年一月以降、同州のデュッセルドルフ (Düsseldorf) 地方上級裁判所地区の裁判官である。

二 デイットフルトの見解について

博士論文の「本案の終了―ドイツ民事訴訟法とオーストリア民事訴訟法の比較的研究―」において、著者デイットフルトは先ずドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の現状を整理し、次にオーストリア民事訴訟法の現状についてまとめている。そして両者の比較をして総括し、立法案を提案する。目次を翻訳して具体的に示すと、本論文は次のような構成である。第一編「はじめに」(二頁〜四頁)、第二編「ドイツ法の状況」(五頁〜八〇頁)、第三編「オーストリア法の状況」(八一頁〜一五八頁)、第四編「法の比較」(一五九頁〜二三七頁)、第五編「総括と立法提案」(二三八頁〜二四二頁)、付録としての図表⁽⁷⁾(二四三頁〜二四六頁)、略語一覧(二四七頁)、文献一覧(二四九頁〜二六六頁)。

この中で日本の研究者にとって参考となる項目は、第二編、第三編、第五編である。そこでそれぞれの内容について、著者のまとめを参考にして概観し、著者の見解を簡単にまとめみると次のようになる。1が第二編、2が第三編、3・4が第五編の内容の概要である。それぞれの表題は著者によるものではなく、私の理解に基づき、適当と思われる表題を私の独断で付した。ただし、1と2のA〜Dの表題は、著者がまとめの際に使用した表題に近いものである。

1 ドイツ民事訴訟法の状況についての認識

A 双方的訴訟終了宣言

双方的訴訟終了宣言については、ドイツ民事訴訟法第九一条 a (以下では、ZPO九一条 a と表記する) は明確に一義的に規定している。⁽⁸⁾ ドイツ法はこの規定を導入することによって、昔のドイツ民事訴訟法に存在していた

法律の欠缺を補充した。この規定は訴訟経済を重視して手続を形成させるものである。この規定により訴訟費用を当事者に公平に分配して負担させるならば、それは訴訟費用の負担のリスクを正しく分配することになる。この規定の意味と目的並びに立法者の意思は、一方的訴訟終了宣言の場合にも考慮されなければならない。

B 一方的訴訟終了宣言

一方的訴訟終了宣言の場合は、ドイツ民事訴訟法においては規定されていない。しかし、この法律状態に対しては法の規制が必要であるし、問題が生じたときの対策を考える必要がある。なぜならば、現状の法の規制では訴訟終了宣言が問題となるような状況に対して十分な解決にはならないからである。そこで通説・判例による問題の解決策（いわゆる訴えの変更説による手続）は、より簡素化されなければならない。またその方法は、双方向的訴訟終了宣言を規定しているZPO九一条aの利益状況や準則に適合するものでなければならない。通説は訴訟の終了に関する確認の申立ての法的性質は訴えの変更として分類することから出発し、それによって一方的訴訟終了宣言を取効的訴訟行為として性格づける。しかし、それでは当事者の利益に反するし、訴訟物概念とも相容れない。

実質的な観点から、通説は当初の訴えの見込みは完全に審理されなければならないと説く。しかし、このような範囲で審理を行うことに意味があるとは思えないし、少数説が説くように現在の本案の終了の確定だけに限定されるというのも疑問である。さらに本案の終了についての裁判は確認判決の形式においてなされ、それに無条件に既判力を生じさせるということが必要なのかは十分に考えなければならない。結局、本案の終了の際の訴訟費用の裁判は、ZPO九一条aの基準によって行うならば実質に即した判断であり、公平な解決をもたらすことになる。

C 訴訟係属発生前の終了事由の発生

通説・判例によれば訴訟係属の発生によって初めて本案の終了を認めることになるが、それでは訴訟費用の裁判に不公平さが生じる。通説・判例は納得のいく解決策を示せていない。手続の早期の時点において手続を終了させる事由が発生した場合、手続の処理は、従前の法律状態を考慮して単純化しなければならない。また通説のように訴訟終了宣言には訴訟係属の発生が必要との立場は訴訟経済の原則と当事者の利益に相応しないから、改革を必要とする。民事訴訟法第二六九条第三項第三段（以下では、ZPO二六九条三項三段と表記する）は新しい法の規制であるが、訴訟終了宣言による処理ではなく、訴えの取下げの方法において処理するというものである。この規定の背後にある訴訟経済を重視する立法者の意思は、この問題をより議論する場合において考慮されなければならぬ。訴状提出より前に手続終了事由が発生した場合は、訴えの取下げと訴訟終了宣言との統一的な解決という観点から、よく考える必要がある。

D 訴訟費用

訴訟費用は訴訟前の手続費用と同様に、ドイツ法によれば私法的な性質をもって成立する。それらは訴訟法的な訴訟費用賠償請求権によって——場合によっては、しかし、実体法上の損害賠償請求の方法においても——実現される。訴訟に関して支出された費用が訴訟前の手続費用なのか、それとも訴訟費用なのかということが問題になる。その支出が訴訟回避のための費用であったのか、それとも訴訟の準備のための費用であったのかに応じて決めることになる。

2 オーストリア民事訴訟法の状況についての認識

A 双方的訴訟終了宣言

当事者双方によって一致して本案の終了が述べられた場合について、オーストリア民事訴訟法はドイツのZPO九一条aのような規定を有していない。オーストリアの学説によれば、双方的訴訟終了宣言のように当事者が訴訟の終了について意見が一致した場合は、訴訟は訴訟費用をめぐる争いに転じ、訴訟外で当事者は訴訟費用について合意し、そのうえで訴訟手続の休止について合意をしたと考えるか、あるいは原告が訴えの取下げをしたと解する。しかし、このような当事者の意思解釈による解決方法は当事者にとって曖昧であり、法的安定性と法的明確性という点で十分なものではない。それゆえに処理手続の明確化と簡素化のために、オーストリア民事訴訟法において双方的訴訟終了宣言についての立法による規制が好ましい。

B 一方的訴訟終了宣言

訴訟の終了について当事者の間で争われる、いわゆる一方的な訴訟終了宣言の場合も、オーストリア民事訴訟法においては法の欠缺がある。この場合は、請求の放棄を含むいは含まない訴えの取下げによって処理されるようにはなっているが、決して相応しい解決方法ではない。オーストリアの判例・通説によれば、訴訟終了について当事者間で争われている場合はドイツの一方的な訴訟終了宣言に相当するものであり、それは特別な訴えの取下げである。したがって、オーストリアの一方的訴訟終了宣言は与効的訴訟行為として分類されている。しかし、これに対して確認の訴えと考える学説があり、それは正にドイツの判例・通説が説く訴えの変更説と広範囲に相応する。この説によれば、訴えに当初から勝訴の見込みがあったか否かが完全に審理されることになるので、オーストリア法においてもドイツ法と同様に、勝訴の見込みという実体的な場面での審理を簡素化する必要がある。

ドイツと違ってオーストリアにおいて特に争われているのは、一方的訴訟終了宣言に関する裁判と上訴の方法をめぐってである。これに関してオーストリアの判例は、首尾一貫しない方法を採用している。すなわち、判決に

よって裁判するが、抗告 (Rekurs) のみを適法な上訴として許すと説いているからである。裁判の形式とそれに対する不服申立ての方法は出来る限り連係すべきである。結局のところ、一方的訴訟終了宣言の問題において重要なことは、問題は訴訟費用をめぐる争いにすぎないという認識であり、このことは没却してはならない。

C 訴訟係属発生前の終了事由の発生

オーストリア民事訴訟法によれば、裁判所に訴状が提出されれば訴訟法律関係が成立すると考えられ、この時点以降の訴訟終了宣言は適法とされる。正に訴状の提出の時点が訴訟終了宣言が可能な一番早い時点である。しかし、オーストリア法においても、訴訟経済の観点からオーストリア民法四五条の法思想に依拠して、この時点より前の訴訟終了事由の発生の問題を考える必要がある⁽¹⁰⁾。

D 訴訟費用

オーストリア判例と通説によれば、訴訟費用請求権は公法的な性質のものとして分類され、そのための特別な手続によって権利は実現される。訴訟係属が発生する前の費用は、後に訴訟が成立したか否かに応じて決められる。しかし、このような区分は少数説の批判によれば、はなはだ一方的であり、柔軟な対応が取りにくい。それゆえに、少なくとも訴訟費用請求権の私法的性格が、一般民法典 (ABGB) 一三三三条三項の新しい規制を背景に認められなければならない。

3 自説の展開

A 双方的訴訟終了宣言

ドイツ民事訴訟法において立法化されている双方的訴訟終了宣言の制度は、オーストリア民事訴訟法に導入されるべきである。オーストリアの場合、立法がなされていないのは意識して立法をしなかったのではなく、この

問題に対して適切に対応する手続の必要を理解しなかったからである。ドイツでの双方的訴訟終了宣言の制度が有効であることはドイツにおいて実証されているし、ZPO九一条aによる問題解決は訴訟費用に関して利害が対立する当事者間において裁判所による妥当な判断を導く。したがってドイツの双方的訴訟終了宣言をオーストリアに導入すれば、オーストリアにおいては訴訟の終了に関して今まで以上に法的安定性と法的明確性を得ることができる。双方的訴訟終了宣言は両当事者の共同処分に基づいて訴訟経済を考慮した訴訟の終了の制度ではあるが、制度の根幹は訴訟費用の問題であるということを明確にするために、新しい立法は体系的にはオーストリア民事訴訟法の訴訟費用の規定の内に配置されるべきである。

B 一方的訴訟終了宣言

原告の一方的訴訟終了宣言に関しては、オーストリア民事訴訟法はドイツ民事訴訟法と同様に、法に規定がなく法の欠缺の状態にある。一方的訴訟終了宣言はその法的性質によれば、特別な与効的訴訟行為である（いわゆる特別な与効的訴訟行為説）。そしてその法的な性格は訴えの取下げに近いから、オーストリアにおいて同様に考えられているのは適切な対応である。これはドイツの通説である訴えの変更説とは異なる学説であるが、そもそも訴えの変更説のように取効的訴訟行為と考えるのは正しくない。取効的訴訟行為と考えるならば、ドイツでもオーストリアでも訴訟物概念と合致しないからである。また一方的訴訟終了宣言を訴えの変更説によって訴えが変更されたと考えた場合、従前の訴訟の連続という形でなされる裁判は原告の主張に相応しくないし、被告の利益を保護するという観点からも妥当なものではない。そもそも訴えの変更は、請求の内容を実体法上の訴訟費用賠償請求権に明らかに変える場合に、例外的に認められるにすぎない。

特別な与効的訴訟行為という形式でなされる一方的訴訟終了宣言の場合、その有効要件は、訴えを不適法あるいは理由なしという状態にさせる終了事実が発生したということである。これは、訴訟行為のための一般

的な要件の存在とともに、一方的訴訟終了宣言に必要な要件である。もっとも、この場合は被告が消極的な確認の訴え（反訴）を提起しない限りという条件付きである。一方的訴訟終了宣言を与効的訴訟行為と考えると、有効な与効的訴訟行為の効果として、訴訟物についての裁判なしに訴訟は終了することになる。訴えにおいてなされた権利保護を求める申立ては、意味を失ったからである。

C 訴訟終了事由の発生とその後の裁判手続

訴訟を終了させる事実が発生した場合、それによって訴訟が進行するか否かが決まるから、裁判所は終了事実の発生の有無について中間紛争処理手続によって審理する。適法性や理由具備性の有無の審理の問題とは別である。ここではあくまでも紛争終了事由の発生の有無が問題である。この手続において重要なことは、訴訟を終了させる事実が発生したか否かであり、当初の訴えにおいて勝訴の見込みがあつたか否かは重要ではない。すなわち、裁判所が審理すべき対象は終了事実の発生の有無であり、この点に限定される（裁判対象限定説）。

したがって、このような見解はドイツでもオーストリアでも通説が主張している裁判所の審理する範囲と、それに伴う手続の内容を著しく制限することになる。しかし、それは訴訟経済の観点から相応しいし、ZPO九一条aの立法者の意思に合致し、ZPO九一条aが規定している制度と調和する。一方的訴訟終了宣言の中間紛争説による訴訟の処理は、いたずらに訴訟当事者の権利を制約することのない実用的な解決を目指すものである。なお訴えの取下げの場合、取下げに際して一般には被告の同意が必要であるが、このことが一方的訴訟終了宣言の場合、不要ということにはならない。なぜならば、被告が原告の訴訟は終了したとの主張に同意しないとなると一方的訴訟終了宣言であり、裁判所は終了事実について審理することになるから、被告は原告の主張に同意しないことによって、訴訟から脱退したいと思っている原告の行動を阻止することができるからである。

ところで、被告が訴訟終了事由の発生前の訴訟における法的な状態について確認を求めたい場合、被告がそれ

に対して法的ないし正当な利益を有している限り、被告は同じ訴訟において消極的な確認の訴えを提起することができる。それによって訴訟終了宣言による訴訟終了効の発生を阻止することができるし、従前の訴えが勝訴の見込みを有していたことについて、裁判所の判断を求めることもできる。

D 訴訟終了宣言に関する裁判

本案が事実上終了し原告が一方的訴訟終了宣言をした場合に、被告が消極的な確認の訴えを提起しなかったならば、裁判所は訴訟終了の事実について審理し、終了の事実が確認されたならば訴訟の終了を宣言する。ここでは当初の訴えの適法性や理由具備性についての確認は行われることはない（訴訟の一回性の原則）。しかし、オーストリア民事訴訟法において訴訟終了宣言は特別な訴えの取下げ後であると解されているから、そのことから再訴は禁止される。オーストリア法によれば、訴えの取下げ後の再訴は原則として禁止されているからである。⁽¹¹⁾これに対してドイツ民事訴訟法では訴えの取下げ後の再訴は禁止されていないが、ドイツでは再訴が常に自由であるということではない。信義誠実の原則から禁止される場合があるからである。

ところでこの裁判はZPO九一条a一項、二六九条四項、オーストリア民訴法二三七条三項三段等からすると、確認的な決定である。この決定は訴訟物について裁判をしていないから、既判力が生じることはない。この決定に対してはZPO九一条a二項一段と二六九条五項一段を根拠に即時抗告が許されるから、それによってこの決定は取り消されることがある。オーストリア法の場合は通常の抗告によって同様な結果が招来する。

当事者の訴訟費用の負担を決める裁判において考慮されるのは、訴訟終了事由の発生までに存在した本案における勝訴の見込みである。これはZPO九一条aの類推によるものであるが、しかし、個々の事例において、ドイツないしオーストリアの訴訟費用に関する他の規定、例えばZPO九三条dないしオーストリア民訴法四五条が、訴訟費用の裁判において考慮されることはある。⁽¹²⁾

E 手続の展開と被告による消極的な確認の訴え

裁判所が中間の紛争の処理手続において、訴訟終了宣言に必要な要件、すなわち与効的訴訟行為のためにBで挙げた要件が存在しないと判断した場合、特に本案が事実上終了していないと確認した場合は、特別な申立てを必要とすることなく当初の訴訟は続行する。そして裁判所は中間紛争についての判断は中間判決によって、あるいは終局判決の理由において裁判する。被告が消極的な確認の反訴を提起した場合に、被告が反訴に対して正当な訴えの利益をもっていれば、訴訟は同様に続行する。この場合の反訴の裁判は、訴訟終了宣言という理由から特別な扱いをすることはない。この裁判には完全な既判力が生じるし、この裁判に対して控訴を提起することができる。この反訴の訴訟費用の裁判は、敗訴者が訴訟費用を負担すると規定しているZPO九一条以下ないしオーストリア民法四〇条以下の規定により、一般の原則通り終局判決においてなされる。

F 訴額の内容と上訴審での訴訟終了宣言

訴訟終了宣言の申立てがなされた場合、訴額はこの時点までに生じた裁判上と裁判外の費用の総額になる。訴訟費用は一方的訴訟終了宣言によって被告が負担すべきであると原告は考えるから、この場合の訴額は、原告の訴訟費用について主張する利益を意味する。それゆえに、オーストリアの通説のように、新たな訴額を零と評価することはない。

上訴審における訴訟終了宣言は、疑いもなく適法である。

G 訴訟係属発生前の訴訟終了宣言

訴状提出時から訴状の送達の間訴訟終了宣言をすることは可能である。ドイツ民事訴訟法においても、オーストリア民事訴訟法と同じように、訴状送達の時点からではなく訴状提出の段階から一定の訴訟法律関係が存在すると考えるからである。このように考えているオーストリア法において、特に問題が生じていないことに注目

すべきである。さらに訴状提出前に訴訟終了事由が発生した場合、例えば、被告の履行を知らないで原告が訴状を提出した場合でも、ZPO九一条aによる訴訟終了宣言は適法である。

この場合を適法とするのは、このような問題を訴えの取下げで処理することを規定したZPO二六九条三項三段という新しい制度の後押しがある。さらに訴訟終了宣言において必要な「本案の終了」は、訴え提起の動機がなくなったという観点から拡張的に解釈されるべきである。しかし、それはあくまでも訴訟終了宣言の規定の範囲内において行われるべきであり、訴えの取下げを迂回するために行われるべきではない。オーストリアにおいては民法四五条を根拠にして、訴訟経済と武器平等の原則により同様なことが通用する。

H 訴訟費用と訴訟費用賠償請求権

訴訟費用を請求する権利は公法上の権利として分類されるべきではない。私法的な要素をも有しているし、法的な性質に関しては私法と公法の間的位置にある。ところで訴訟に関して支出した費用を訴訟費用として考えるか否かを判断する場合、その区別の基準はオーストリアにおいても支出を決めた当事者の意思の内容によってなされるべきである。すなわち、その支出が訴訟の準備のためであれば訴訟費用に含まれるが、訴訟を回避するための支出であれば、訴訟前の費用として扱うことになる。このような考えはドイツ法と同じであり、ドイツにおいて実践されている区別の基準は利益的にバランスのとれた正当な方法であるということである。

特にヨーロッパ法という観点からは、オーストリア民事訴訟法においても、それに合わせるために、訴訟費用請求権の法的性質については柔軟な対応が必要である。またオーストリア法において訴訟前の費用は損害賠償として請求できることが保障されなければならない。そこでオーストリア法は、訴訟前の費用を損害賠償として請求できることを一般民法典は一三三三条三項において規定して、これを容認した。これによって、オーストリアにおいても訴訟前の費用と訴訟費用の請求権の法的性質は、少なくとも私法的なものと分類することができるし、

そのように理解しなければならぬ。

Ⅰ 訴訟終了宣言の意味と標準化

訴訟の終了事由が発生した際のドイツとオーストリアの訴訟の終了方法を比較してみると、ドイツの訴訟終了宣言は単に公平な訴訟費用の裁判を導くだけでなく、当事者間の利益のバランスを考慮した当事者による訴訟終了の制度であることが分かる。訴訟終了宣言に関する私見は、単にドイツだけに通用するものではなく他国に移すことができる理論的な基礎に基づいている。また訴訟における当事者の利益状況にも適合している。すなわち、訴訟終了宣言の制度は単に原告の利益や意思に相応するものではなく、武器平等原則の意味において被告を保護することや、司法制度や公共の利益にも配慮している。なお司法制度や公共の利益が求めていることは、訴訟経済、訴訟費用の公平な分配、手続費用の軽減である。

さらに ZPO 九一条 a が規定している双方的訴訟終了宣言は、他国の制度に移すことできるような普遍的なものであり、簡易迅速な処理手続としてバランスのよい制度であることに着目する必要がある。またこの規範において表現されているドイツの立法者の意思は、オーストリア法へも移すことができるという点も考慮されなければならない。

訴訟終了宣言の問題について様々な議論がある以上、より一層の法秩序の安定性と統一性のために、ここで展開した私見によって訴訟終了宣言についての最低限の立法をする必要がある、そのことは両国の法秩序において重要な意味があるように思う。¹³⁾

4 立法提言

このような論述を経て著者デイトフルトが到達した結論は、次のような規定をオーストリア民事訴訟法に新

たに導入すべきであるという立法論である。その立法論の内容は、訴訟終了宣言については双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言とに区別して、それぞれに次のような具体的な規定を新たに設けるといものである。

A 双方的訴訟終了宣言

オーストリア民事訴訟法の四三条 a として、次のような規定を設けるべきであるというものである。なおこの案は ZPO 九一条 a をシンプルにしたものであり、それは当面オーストリアにとって必要のないものを削って、双方的訴訟終了宣言の基本構造を条文化したものである。そのことから明らかなのは、この案は ZPO 九一条 a と文言や規定の仕方が異なるが、それは ZPO 九一条 a を批判的に継受するということではないということである。

オーストリア民事訴訟法第四三条 a

I 両当事者が本案の訴訟が終了した旨を宣言したときは、裁判所は手続費用について、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。

II この裁判に対しては即時抗告をすることができる。

§43a öZPO

I Haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten des Verfahrens unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss.

II Gegen die Entscheidung findet der Rekurs statt.

B 一方的訴訟終了宣言

ドイツ民事訴訟法は一方的訴訟終了宣言について規定を有していないので、一方的訴訟終了宣言についてはドイツとオーストリアのそれぞれに、新たな規定を設けるべきであるというものである。なお第二項第四段において、「(オーストリア民法四三条 a)」としたが、これは左記の原文をそのまま翻訳したからである。しかし、括弧の前のドイツ法の場合と比較すれば、「二項」という文字が欠落したミスプリントであるのは明らかである。すなわち、正しくは「(オーストリア民法四三条 a 二項)」である。

ドイツ民事訴訟法第九一条 b、オーストリア民事訴訟法第四三条 b

I 原告が本案の訴訟が終了した旨を宣言したときは、被告が消極的な確認の訴えを提起しない場合、裁判所は中間紛争手続において事実上の終了の有無についてのみ審理する。

II 本案が事実上終了した場合は、訴訟は直ちに終了する。裁判所は決定によって、訴訟は本案において終了した旨を確認する。訴訟費用の裁判は Z P O 九一条 a (オーストリア民法四三条 a) によりなされる。Z P O 九一条 a 二項 (オーストリア民法四三条 a) は準用する。

III 訴状を送達する理由が訴訟係属発生前に消滅し、それにより事件について遅滞なく訴訟の終了が宣言された場合、訴訟費用支払義務は Z P O 九一条 a (オーストリア民法四三条 a) により定まる。

§ 91b dZPO / § 43b öZPO

I Erklärt lediglich der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt, so hat das Gericht nur die tatsächliche Erledigung in einem Zwischenstreitverfahren zu überprüfen, sofern der Beklagte nicht eine negative Feststellungsklage erhebt.

II Bei tatsächlicher Erledigung der Hauptsache endet der Rechtsstreit unmittelbar. Das Gericht stellt in diesem Fall durch deklaratorischen Beschluss fest, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist. Die Kostenentscheidung ergeht nach § 91a I dZPO / § 43a öZPO, § 91a II dZPO / § 43a öZPO gilt entsprechend.

III Ist der Anlass zur Einreichung der Klage zu einem Zeitpunkt vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Sache daraufhin unverzüglich für erledigt erklärt, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht nach § 91a dZPO / § 43a öZPO.

(7) これは、ドイツとオーストリアにおける①学説の対立状況、②裁判の範囲、③手続の流れについて、それぞれ一つの図にまとめたもの。それぞれの内容をより詳しく述べれば、次のようになる。①形式的要件としての法的性質論の対立状況、②実質的要件としての裁判の範囲に関する学説の状況、③原告の訴訟終了宣言に対する被告の態度に応じた手続の展開と適用される法条。

(8) ZPO九一条aは次のような規定である(私訳)。なおローマ数字は項を、丸中数字は段を示す。

「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。」

(9) ZPO二六九条三項は次のような規定である(私訳)。なおローマ数字は項を、丸中数字は段を示す。

「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していない限り、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。」

(10) オーストリア民法四四五条は、法務大臣官房司法法制調査部編『オーストリア民事訴訟法典——一九九五年三月一日五五現在——』（法務資料四五六号）二六頁（一九九七年）によれば、次のような規定である。なおドイツ民事訴訟法では九三条が同様な規定であり、日本の民法六二条はこのような趣旨も含んでいると解されている。

「訴えの提起が被告の行動に起因するものでなく、かつ、被告が訴えにおいて主張されている請求を第一回期日に直ちに認諾したときは、訴訟費用は原告の負担とする。原告は、開始された裁判手続により被告に生じた費用についても償還しなければならない。」

(11) オーストリア民法二三七条四項は、「取下げのあった訴えは、その取下げに際して主張していた請求を放棄しなかった場合には、改めて提起することができる。」という規定である（『オーストリア民事訴訟法典』前掲注(10)八六頁）。これによれば訴えの取下げ後の再訴は可能であるように読めるが、反対解釈によれば請求の放棄を伴った訴えの取下げの場合は再訴はできないということである。オーストリアでは訴訟終了事由の発生により原告が請求を訴訟費用に減縮した場合、そのような行為は請求の放棄を伴う訴えの取下げと解釈されているから（拙稿・前掲注(2)六四四頁）、訴訟終了事由の発生による訴えの取下げの場合は、再訴は禁止されるといってよいことである。

(12) ZPO 九三条 d は、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——』八七頁（法律文化社、二〇〇六年）によれば、次のように翻訳されている。ただし、訳文中の「二六九条三項」は二〇〇一年の民事訴訟改革法によって、「二六九条三項二段」に改正されている。なおオーストリア民法四五条の訳文は、前注(10)に掲載した。

「請求を受けた当事者が、彼がその収入及び財産について通知する義務に従わず、または不完全にしか従わなかったことにより、法定の扶養義務に関する手続が開始する原因を与えたときは、手続の費用は、ドイツ民法九一条九三 a 条、二六九条三項の規定とは異なり、公平な裁量に従いその全部または一部を彼に負担せられうる。」

(13) 博士論文の冒頭に著者(ディットフルト)は両親へ献呈すると書いているが、その下に、ニーチェの『人間的、あまりに人間的。自由精神のための書、第一巻』四一頁(一九〇三年、ライプツヒ)を引用している。私が調べたところ、これは同書のアフォリズム番号二三の中の一節である。この本の初版は一八七九年であるから、なぜ一九〇三年版を引用したのかは分からない。また、なぜこの箇所を引用したのかもよく分からない。そもそもこのアフォリズム番号二三でのニーチェの主張は私には理解しにくい、著者が引用した理由は多少は推測できる。博士論文のテーマはドイツ法とオーストリア法の比較法研究であるから、比較法の研究の重要性をニーチェの言葉で強調したかったのではないかと思う。

ところで慶應義塾大学図書館でニーチェの日本語訳を調べたが、たまたま手に取ることができたのは次のものであった。生田長江訳『ニーチェ全集3』四四頁以下(日本評論社、一九三五年)。なお解説は同『ニーチェ全集4』四四七頁以下(一九三五年)、池尾健一訳『ニーチェ全集5』四四頁以下(理想社、一九七九年)。解説は同書四四一頁以下。なおこの本は普及版で、最初は一九六四年に刊行されたようである、浅井真男訳『ニーチェ全集6』五〇頁以下(白水社、一九八〇年)。解説は同『ニーチェ全集7』四五三頁以下(一九八〇年)。いずれの翻訳も日本語は難解であるが、これらの翻訳の中から一つ選ぶとなると、私は池尾訳を選択する。比較的分かりやすいのと、私の理解からすると内容的に一番適切と思うからである。参考までに池尾訳を左記に挙げる。なお『内』がディットフルトが引用した箇所である。

「比較の時代。——人々が因習に縛られなくなっているほど、それだけ動機の内面的運動が大きくなり、それだけにそれに応じてまた外面的な不安定・人間の入り乱れた奔流・もろもろの企ての多声音楽も大きくなる。一つの場所に自分や子孫を縛りつけるような厳しい強制が、だれに対して今なお存在しているか? およそなにか厳しく縛るものがだれに対してまだ存在しているか? あらゆる種類の芸術様式が並列的に模造されるが、あらゆる段階や種類の道徳・風習・文化もまたそうである。——このような時代は、そこでさまざまな世界観・風習・文化が比較され並列的に体験されることによって、独自の意義を得る、こんなことは、以前、どの文化の勢力も地方に局限されていたころには、あらゆる種類の芸術の様式が場所や時代に束縛されていたので、可能とはならなかった。『今や美学的感情が増大したので、それが、比較に身をさらしているかよりも多くの形式の間で究極的な断定をくだすであろう、それは

大部分の形式を——つまりその美学的感情によって斥けられるあらゆる形式を——死滅させるであろう。同様に今や高級な倫理の諸形式や諸慣習の間でも一つの選択が行なわれるであろう、この倫理の目標は低級な倫理の没落以外にありえない。』比較の時代だ！これが時代の誇りである——しかし当然のことながら時代の悩みでもある。この悩みを恐れまい！むしろわれわれは、時代がわれわれに提出する課題をできるだけ大きく考えよう、かくてこそ後世がそのためにわれわれを祝福するであろう——閉鎖的な独自の民族文化からも比較の文化からも同様に超え出ていると自覚しながら、しかし二種類の文化を敬慕にあたいる古代の遺物として感謝の念で回顧するような後世が。』

三 デイットフルトの見解の検討

1 ドイツの博士論文である意味

オーストリア民事訴訟法における訴訟終了宣言の問題を考える場合に、デイットフルトの博士論文は貴重な文献であることは間違いない。しかし、それは私の勝手な思い込みではないかという意見があるかもしれない。なぜならば、次のような疑問が生じることは否定できないからである。この論文はオーストリアで書かれたものではないし、オーストリアの大学で審査された博士論文ではない。つまりオーストリアの大学で通用する博士論文なのか、あるいはオーストリアの学界で評価される論文なのかという疑問である。譬えていうならば、日本において日本語でドイツ民事訴訟法の改正案を提案した場合に、それをドイツ語に翻訳すればドイツの学会でそのまま通用し、評価されるのかという問題である。これは当然な疑問と思われるので、この疑問に対しては説明が必要である。

この疑問の解答を得るために指導教授の略歴と業績を大学のホームページで調べてみたところ、この疑念は完全に払拭された。というのは確かに本論文が審査されたのはドイツのノルトライン・ヴェストファーレン州のミ

ユンスター大学であるが、本論文の指導教授のクリチカ教授はウィーン生まれで、比較法に関心を持ち、オーストリア法に関して多くの業績を残している教授であるからである。¹⁴特に注目したのは、オーストリアでは民事訴訟法についての最大のコンメンタールであるファッシングの大コンメンタールにおいて、教授が二三五条を執筆していることである。¹⁵オーストリア民法法二三五条は訴えの変更を規定した条文であるが、オーストリア民事訴訟法の注釈書の多くは、この条文の注釈の中で訴訟終了宣言を記述する場合が多い。つまり、このようなことから、この論文はオーストリア民事訴訟法の専門家で訴訟終了宣言の問題についても造詣の深い教授の指導を受けて完成したものであるということが出来る。そのことは、本論文の内容についてはオーストリアにおいても十分通用することを示すものである。

ところでこの博士論文がオーストリアで書かれたものではないことは、日本から見ると決してマイナス要因ではない。この論文はドイツ民事訴訟法の立場からオーストリア民事訴訟法を観察したものであり、ドイツとオーストリアとを比較して論じているから、それをそのまま日本で利用すれば、自前で法制度を比較するという困難な作業をしないで済むからである。¹⁶ただ多少問題があるとすれば、この論文はドイツの訴訟終了宣言の制度を所与の前提として、ドイツの訴訟終了宣言についての議論に強く影響を受けていることである。したがってこの論文を参考にしてオーストリアの訴訟終了宣言を考察する場合、この点に十分考慮する必要がある。このような理由から冒頭で述べたように、この論文はオーストリア民事訴訟法における訴訟終了宣言の問題を考える場合の貴重な文献である。

2 日本において注目すべきこと

日本の視点から本論文において注目しなければならない点は、第一に、本論文のオーストリアの訴訟終了宣言

の現状についての記述と、従来の日本の（私の）研究の内容が、学説の認識等において違いがあるかということである。もし違いがあるとすれば、その原因を探求していずれが正しいかを見極め、従来の日本の研究に間違いがあればそれを修正する必要がある。例えば、オーストリアの一方的訴訟終了宣言の法的性質論の通説はドイツの特別な訴えの取下げ説を想起させると説いたことがあるが（拙稿・前掲注（2）六四八頁）、このような状況認識の当否が問題になる。本論文はそれが間違っていないことを明らかにしている（二二B）。

次に一九九六年の前稿では、一方的訴訟終了宣言の法的性質論においてドイツの判例・通説の訴えの変更説に依拠したツエダー説を取り上げたが（拙稿・前掲注（2）六四四頁以下）、この説についての評価はどうか。前稿においてツエダー説を取り上げたときは、この説は多くの支持を得ることはできず少数説であると述べたが、前記のように本論文は、現在のオーストリアの一方的訴訟終了宣言の法的性質論の通説は特別な訴えの取下げ説であると述べていることから、状況に変化はなく、前稿の記述は現在でも通用するということである。それならば、そもそもツエダー説を取り上げたことは意味がないのではないかという疑問が生じるかもしれない。しかし、本論文において、被告による消極的な確認の訴えが論じられていることは（二3B・3E・4B）、反訴と本訴との違いがあるにしても、確認の訴えを説いたツエダー説の影響と見るべきであり、ドイツの一方的訴訟終了宣言の訴えの変更説が、オーストリアの訴訟終了宣言の問題を考える場合に無視できないことを物語っている。

第二に注目すべきことは、本論文の主張が立法論ということである。日本に訴訟終了宣言を導入するためには、本論文の主張に対して分析や評価をすることが重要である。同じドイツ法系とはいえ、日本、ドイツ、オーストリアの民事訴訟法はかなりの部分で異なるし、司法制度や民事訴訟法を取り巻く環境が違うから、本論文の主張がそのまま日本で通用するわけではない。それゆえに違いを乗り越えて、日本法において参考にすべきことや通用することを抽出する作業が必要である。このようなことを意識したうえで日本の訴訟終了宣言論から本論文を

見た場合、本論文の主張が解釈論ではなく、立法論であることは問題である。日本の訴訟終了宣言に関して、以前に立法論として主張したこともあったが、それは新たな制度の創設という立法論ではなく、解釈論として可能なものであるが、確認的な意味での条文の創設を説いたものである。さらに最近では解釈論として訴訟終了宣言論を展開している⁽¹⁸⁾。そこで次のような疑問が浮上してくる。日本民事訴訟法もオーストリア民事訴訟法も訴訟終了宣言についての規定を有していないが、オーストリアでは本論文が訴訟終了宣言について立法論を説いたのであるならば、日本でも解釈論ではなく立法論なのではないか、日本の解釈論は誤りではないかという疑問である。これについては、3で論じることにする。

第三に注目すべき点は、本論文の一方的訴訟終了宣言についての主張である。本論文においてデイトフルトは、一方的訴訟終了宣言の法的性質論においていわゆる中間紛争説を支持し(二一B)、その観点からオーストリアにおいて中間紛争説による立法論を展開している(二四B)。この立場は私見と異なる。私見はツエダー説を支持し(拙稿・前掲注(2)六四七頁以下)、ドイツの一方的訴訟終了宣言の法的性質論において訴えの変更説に賛成しているからである⁽¹⁹⁾。つまり私見の立場からは、デイトフルトの見解はどのように理解したらよいのかということが問題になる。中間紛争説に対する批判は、4で論じることにする。

なお同様に、現在のオーストリアの通説は特別な訴えの取下げ説であることも問題になる(二二B)。さらに、特別な訴えの取下げ説は我が国の通説である訴訟終了宣言否定説と同じようなものではないかという問題がある。我が国の通説は訴訟終了宣言を否定して訴えの取下げで処理できると説いているから(拙稿・前掲注(18)二二頁以下)、特別か否かの違いがあるにしても、訴えの取下げという点では同じであるからである。しかし、特別な訴えの取下げ説は支持できない理由は既に述べたことがあるし(拙稿・前掲注(19)二二頁以下)、我が国の通説の問題点も指摘したことがあるので(拙稿・前掲注(18)二七頁以下)、これらについて論じることが本稿では省略する。

3 立法論と解釈論

立法論は解釈論が無理な場合に主張されるものであるから、立法論の提案は解釈論では無理であるという主張も含まれている。確かに一般的にはそうであるけれども、ドイツフルトの場合に、そうであるとは限らないように思う。なぜならば、彼女は法の明確化を重視しているので(二二A、二三A)、彼女の立法論は自らの解釈論を成文化するための立法論と解することができるからである。あるいは彼女は、一方的訴訟終了宣言の場合、オーストリアでは特別な訴えの取下げ説が通説であるから、ここで解釈論を展開させてもインパクトは大きくなく、立法論の方が注目されると考えたのかもしれない。このように考えると、立法論としての提案はオーストリア法においては建設的である。したがって立法論として説かれたとしても、それは解釈論を否定したことはない。法の欠缺の補充は立法によるとは限らないし、そもそも法に欠缺がある場合は、その補充は先ず解釈による可能性を探求するのが王道であるから、法の欠缺を理由に立法論を展開するのは、やや性急との印象を受ける。したがって、ドイツフルトが立法論を主張したからといって、訴訟終了宣言についての日本での解釈論が否定されることにはならない。

さらに、日本の場合には訴訟終了宣言の立法論は現実的ではない。日本では立法に時間がかかることから、立法よりも法の解釈によって現実的に対応することが多い。したがって、いきおい立法論は軽視されるか無視されるかの傾向にある。しかも、訴訟終了宣言の問題は早急に立法的な解決が求められているような問題ではないから、政府提案の形でもまた議員立法という形でも、立法化される状況には全くない。おそらく将来も状況が変化するとは考えられないし、民事訴訟法の改正の際に立法がなされる可能性も零に等しい。このような状況において立法論を主張することは建設的ではない。すなわち立法論は現実的で最良の対策ではないから、解釈論として主張することが重要である。

結局のところ、デイトフルトが訴訟終了宣言に関してオーストリアにおいて立法論を展開したとしても、それは私見に対する批判にはならないし、むしろ訴訟終了宣言についての問題状況を明らかにしたという点において、彼女の見解は日本において理解され評価されるべきである。なお彼女の立法論の内容であるが、日本の場合は訴えの取下げの際に、訴訟費用の裁判所が裁量によって行うことになっているから（日本民訴法七三条、六二条）、この制度を必要に応じて改良すれば、双方的訴訟終了宣言の立法については日本では必要ない。換言すれば、日本の現在の制度を廃止しない限り、双方的訴訟終了宣言の立法は無理である。これに対して一方的訴訟終了宣言の場合は、日本法に対応する制度がないので、解釈論によって一方的訴訟終了宣言を認めるべきである（拙稿・前掲注（18）四三頁以下）。

4 中間紛争説に対する批判

本論文はドイツの一方的訴訟終了宣言の法的性質論について訴えの変更説を批判し（二一B）、中間紛争説による処理を説いて（二三C）、それに基づく立法案を提案する（二四B）。しかし、訴えの変更説に対する批判は十分ではない。批判の内容は、訴えの変更説によると訴訟物概念と相容れないことと、被告の保護が十分でないことであるが、いずれも形式論であり、訴えの変更説の致命的な批判にはなっていない。それよりも、中間紛争説の方が問題が多いように思う（拙稿・前掲注（19）一五頁以下）。

中間紛争説は、終了宣言の裁判は通常の裁判における理由具備性を判断する前段階のもので、訴えの適法性について審理する裁判のようなものであると位置づける。このように一方的訴訟終了宣言の裁判は中間の紛争を解決するための裁判と位置づけることから、中間紛争説と命名されている。この説によれば終了宣言が有効である場合は、裁判所は本案の終了を終局判決で確認しなければならないが、これは訴訟判決である。請求そのものの

裁判ではないからである。しかし、再訴は禁止される。それは、この訴訟判決によって、従前の請求が訴訟中に訴訟対象でなくなつたということが既判力で確定され、この既判力は従前の訴訟物についての新たな訴訟（いわゆる再訴）に対して、効力を有するからである。このことは、この種の判決に請求についての判断の既判力を肯定するということもある。

しかし、このような判決効論は一般民事訴訟法体系と完全に調和しない。たとえ訴訟判決に既判力を認めるにしても、再訴を禁止するのは訴訟上の請求についての本案の裁判でなければならぬからである。それではなぜ、この説は訴訟判決に固執して本案判決と考えないのか。それはこの説は一方的訴訟終了宣言では訴訟物は従前のままで変わらないし、一方的訴訟終了宣言の要件は本案の訴訟物には構成できないと考えるからである。さらに本案判決と考える訴えの変更説には、訴えの変更の許容性に問題があると考えたからである。しかし、このような問題を回避するために本案判決ではなく訴訟判決であると説いたために、この説は再訴禁止の既判力の説明で苦慮することになる。

そこでデイトフルトは、被告による確認の訴えという構成をとる（二 3 B・4 B）。しかし、訴えを提起するか否かを被告の態度に依存させるよりも、訴えの変更説によって原告が確認の訴えを提起しなければならぬとして、常に請求に関して既判力が生じるという構成の方が、紛争の効率的解決という点でも理論の平明さという点でも優れている。そもそも被告の訴えの提起という構成をとること自体、訴訟終了宣言をめぐる紛争が中間紛争説では対応できないことを意味するものであるし、紛争の性格が単なる中間紛争でないことを示している。一方的訴訟終了宣言は訴えの変更説によって考えるべきである（拙稿・前掲注（19）三四頁以下、同・前掲注（18）四三頁以下）。

(14) クリチカ教授 (Klicka, Thomas) についてミュンスター大学のホームページによれば、次のようなことが掲載されている。なおクリチカという教授の日本語の表記であるが、『アルファベットから引く外国語人名よみ方字典』二八〇頁(日外アソシエーツ株式会社、二〇〇三年)を参考にした。

一九六三年にウィーンで生まれる。一九八八年に博士学位、一九九四年に教授資格をそれぞれ取得(取得した大学名は記載されていない)。一九九六年からミュンスター大学の民法、民事訴訟法、比較法の教授。重点的な研究領域は民事訴訟法、手続法と民法との結び付き、比較法である。公刊物としては、次のものがある。

Bestimmtheit des Klagebegehrens, 1988; Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht, 1995; Das gerichtliche Verfahren in Sozialrechtssachen, in: Tumandl, System des öst. Sozialversicherungsrechts, 1994; Keine Teilklage bei Schmerzensgeld?, ÖSZ 1991, 435; Kommentierung des Sachenrechts (§§ 285-363, 365-430) in: Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB.

(15) Fasching, Hans W. / Konecny, Andreas (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band 3, 2. Aufl., Wien 2004.

なお一九九六年の前稿のオーストリアの訴訟終了宣言の研究の際に、この初版を利用したが(拙稿・前掲注)②(六四三頁)、その時に、この注釈書について「今日ではかなり古いとの印象は否定できないが、オーストリアでは未だこれに代わるものが刊行されていない」と述べたことがある(同六四九頁注10)。初版は一九五九年から一九七二年にかけて刊行されたものであるからである。

(16) スイスの訴訟終了宣言について研究した際には、一九九七年にベルン大学で承認され、同年にスイス法叢書の一冊として刊行されたフェリックス・アドール著『訴訟の無意味化—ドイツの法的状況を考慮したスイス民事訴訟法における訴訟終了宣言の研究』を参考にした(Addor, Felix, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Eine Untersuchung zur Erledigung des Streitgegenstandes im schweizerischen Zivilprozessrecht unter Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, 1997. 拙稿「スイス民事訴訟法と訴訟終了宣言」本誌七八卷二号一九頁以下[二〇〇五年])。しかし、この本は比較法的な視点で書かれたものではなく、あくまでもスイス法の問題をドイツ法を参考に考察したものである。したがってその本の内容はそのまま日本法では参考にならないために、本の記述の中

から比較法的な視点で日本法が学ぶべきことを抽出するという作業が必要であり、それが結構大変な仕事であった(同一二六頁以下)。

(17) 拙稿「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―』七八頁以下(信山社、一九九五年)。

(18) 拙稿「日本の訴訟終了宣言について」本誌八〇巻一二号四二頁以下(二〇〇七年)。

(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(二)」本誌八一巻八号三四頁以下(二〇〇八年)。

四 おわりに

本稿で主に考察したのは、ドイツフルトが提起した双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言の問題である。⁽²⁰⁾ これらは総論的な問題であり、これ以外にも彼女は様々な問題を提起した。すなわち、訴訟係属前の訴訟終了の問題(二一C・二C・3G)、裁判の手続と対象の問題(二3C)、訴訟終了宣言についての裁判の問題(二3D)、上訴審と訴訟終了宣言の問題(二3F)、訴訟費用の法的性質の問題(二1D・2D・3H)等である。これらはいわば各論的な問題なので、訴訟終了宣言の各論の問題を考察する際に論じるつもりである。

ところで彼女は、訴訟終了宣言に関してドイツとオーストリアの制度を比較したことによって、訴訟終了宣言について次のように高い評価を下している。訴訟終了宣言の制度は訴訟費用について公平な裁判を実現するものであり、当事者の利益状況に即した適切な処理をするものである。さらに訴訟経済、簡易迅速な処理という面でも公共の利益に込えている(二3I)。私見は従来からこの制度をこのような観点で評価し、解釈論として日本への訴訟終了宣言の導入を主張しているが(拙稿・前掲注18)四二頁以下)、正に本論文は私見の強い見方である。換言すれば、訴訟終了宣言は普遍的な制度ということもできるように思う。

さらに本論文の意味は、訴訟終了宣言の研究に有益であるだけにとどまらない。本論文で展開されたディットフルトの訴訟終了宣言の制度の比較の方法は、今後の外国の制度を参考に日本での解釈論を展開する場合に有益である。すなわち、それは次のようにまとめることができる。先ず参考とすべき制度の内容をできるだけ客観的に把握する。次に、それに該当する日本の制度をまとめる。そのうえで、外国の制度と日本の制度を比較して、外国の制度の長所が日本で生かせるかを検討する。その場合、外国の制度の立法理由、外国の制度の機能の現実を調べることも重要であり、それらは移入が可能か否かを定める判断材料になる。要するに外国法研究は単に外国法の内容の紹介だけではなく、このような方法によって、解釈論として日本法に生かせるように努めるべきである。

(20) ディットフルトのこの論文がオーストリアで評価されたかということとは、興味あることである。そこで左記の最近のオーストリアの注釈書を見たが、残念ながら取り上げられていない。もっともこれらは、いずれも小コメントである。また、これらを見た限りでは、オーストリアの訴訟終了宣言の問題状況に変化は見られなかった。Klauser, Alexander/ Kodek, Georg E. (Hrsg.), *Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung*, 16. Aufl., Wien 2006; Rechberger, Walter H. (Hrsg.), *Kommentar zur ZPO*, 3. Aufl., Wien 2006.