

民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言(一)

坂 原 正 夫

- 一 はじめに
 - 1 問題の所在と本稿の目的
 - 2 研究対象の限定と研究方法
 - 3 立法資料、論文、法律、草案等の引用について
- 二 民訴法七三条一項の「第一審裁判所」の沿革とその問題点
 - 1 今回の改正理由の説明とそれに対する疑問
 - 2 旧民訴法一〇四条の立法者意思についての参事官室の見解に対する疑問
 - 3 旧民訴法一〇四条一項の立法者意思
 - 4 今回の改正の問題点
 - 5 民訴法七三条の問題点の克服の方法……………(以上本号)
- 三 民訴法七三条一項の「申立て」の沿革とその問題点
 - 1 明治三六年草案一〇二条
 - 2 明治三六年草案一〇二条に対する各界の意見
 - 3 起案会・仮決定案九条と決定案八七条
 - 4 起草委員会の第一案・決議案九二条

5	その後の展開	
6	草案の変遷が示唆するもの……………	(七二卷九号)
四	民訴法七三条二項による六二条準用の沿革とその問題点	
1	明治三年の民訴法の場合	
2	明治三六年草案九一条・九三条	
3	明治三六年草案九一条・九三条に対する各界の意見	
4	民事訴訟法改正起草委員会での審議	
5	起案会・仮決定案一条と決定案八〇条	
6	その後の展開	
7	草案の変遷が示唆するもの	
五	おわりに	
1	私見のまとめと資料的記述の索引	
2	民訴法七三条とドイツの訴訟終了宣言との連結	
3	沿革史研究と立法資料全集……………	(七二卷一〇号)

一 はじめに

1 問題の所在と本稿の目的

ドイツ法の訴訟終了宣言についての考え方が、日本において解釈論として認められるかという点については議論があるが、通説は否定的である。⁽¹⁾ その理由の一つは、訴え取下げの場合の訴訟費用の負担者を決める場合に、民事訴訟法第七三条二項により同六二条が準用されるから、妥当な解決が得られるという点にある(以下では民事訴訟法の条文は、「民事訴訟法」と「第」を省略する)。すなわち通説は、訴訟終了宣言が問題にする事例はこれ

によって解決されるから、わざわざ訴訟終了宣言という制度を持ち出す必要はないと説いている。条文を根拠にした立論は非常に説得力があり、通説の強い支柱になっている。⁽²⁾しかし、七三条による六二条準用によって、訴訟終了宣言が問題にするような事例について、本当に妥当な解決が得られるのであろうかという、疑問が残る。⁽³⁾それは、この手続に問題があるからである。そこでそもそも訴訟終了宣言が問題にするような事例を、立法者がどのように処理しようと考えたのかを考察してみる必要がある。七三条による六二条準用という方法とその限界が、具体的に明らかになるからである。そして、それによってまた訴訟終了宣言との比較が容易になり、両者の関係も明らかになる。すなわち七三条二項による六二条準用という方法は、訴訟終了宣言の問題を完全にカバーするものなのか、それとも補完の関係にあるのかということが明らかになる。またこのような作業によって、通説は立法者の意思を正確に把握していたか否かということも明らかになるであろう。これも立法者の意思を探求する作業において、看過しえない利点でもある。

このような問題意識をもって七三条の沿革を尋ね、訴訟終了宣言に関して新たな解釈論の構築を目指してみようというのが本稿の目的であるが、訴訟終了宣言に関して我が国の立法者の意思の探求という作業は、かつて私自身行ったことがある。⁽⁴⁾しかし、それは七三条が継受したところの旧一〇四条のものであるし(本稿では現行法施行以前に通用していた民訴法の条文をこのように表記する)、しかも二〇年以上も前のものである。すなわち、『日本近代立法資料叢書』(商事法務研究会)や『日本立法資料全集』(信山社)が公刊される以前のものであり、使用した立法資料は今日の視点からみると十分なものではなかった。そこで本稿は新民訴法が施行されたことを契機に、これらの最新の資料を利用して旧稿を点検し、その補充と補強を試みようという意味もある。しかし、今更二〇年以上も前の私の旧稿を取り出す人もいないであろうし、新しい資料の出現で立法者の意思の理解につい

ては旧稿と見解を異にする点もあるので、旧稿の補遺という形はとらないことにした。そこで本稿は旧稿との重複はさけて、新資料を中心にして独立の論文としてまとめた。旧稿はあくまでも過去の参考文献の一つとして扱う。

2 研究対象の限定と研究方法

訴訟終了宣言の問題は単に訴訟費用の問題に尽きるものではないが、本稿では七三条の沿革から考えてみようと思うので、訴訟終了宣言の問題を訴訟費用の視点で考察する⁽⁵⁾。また訴訟終了宣言の観点から七三条の沿革を考察しようとするので、七三条のすべての項目の沿革を考察するものではなく、訴訟終了宣言と関係のある部分の沿革の考察に限定する。ところで七三条は旧一〇四条を修正して継受したので、その点を考慮して本研究の対象は、具体的に言えば次のようになる。

① 七三条において加わった事項は、一項では「その裁判所の書記官はその決定が執行力を生じた後にその負担の額を定めなければならない」である。これは今般の改正において、裁判所書記官が訴訟費用の額を定めることにしたことに伴う改正である。同様の理由から、七三条二項には「同条〔七一条〕第二項及び第三項の規定は前項の申立てに関する裁判所書記官の処分について、同条第四項から第七項までの規定はその処分に対する異議の申立てについて準用する」⁽⁶⁾（「は筆者の加筆」という文言が挿入された）。しかし、この改正は訴訟終了宣言の問題と関係がないので、本稿の考察の対象から外す。

② 七三条の「申立てにより、第一審裁判所は決定で訴訟費用の負担を命じ……なければならない」は、旧一〇四条の「裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ訴訟費用ノ額ヲ定メ且其ノ負担ヲ命スルコトヲ要ス」に基づくものであ

るが、「額を定める」ことが①で述べたような理由から、裁判所から裁判所書記官の権限に移行した点を除けば、管轄裁判所の規定の文言が裁判所から第一審裁判所になった点に新旧の違いがある。訴訟終了宣言は終了事由が発生した時の裁判所が行うのであるから、七三条が管轄裁判所を第一審の裁判所にしたということは、訴訟終了宣言による処理方法と管轄裁判所を異にする改正でもある。すなわち旧一〇四条の管轄裁判所について、判例・通説は訴訟終了時に事件が係属している裁判所と解していたので、管轄裁判所の点では訴訟終了宣言との違いはなかった。今回のこの改正は訴訟終了宣言の観点からみると、その意味で重要な改正である。改正までの経緯とその問題点については、二で考察する。

③ 既に述べたように七三条の「申立てにより」は、旧一〇四条の「申立ニ因リ」に基づくものであり、「申立て」に関しては今回は改正はなかった。ところが、旧一〇四条のそもそもの起点である明治三十六年(一九〇三年)の(旧)法典調査会の草案では、この箇所は「職権ヲ以テ」であった。訴訟終了宣言の視点からは、この変更は重要な意味があると思うので、この変更は何を意味するのか、解釈論としてはどのように理解すべきかを考えてみようと思う。この問題は今般の改正の問題ではないが、旧一〇四条の成立過程の考察を通じて、七三条の手続の限界や問題点が明らかになると思うからである。これが三のテーマである。

④ 訴訟終了宣言で問題となるのは、既に述べたように七三条二項によって六二条が準用されることである。訴訟費用の裁判の判断基準について七三条二項は「第六十一条から第六十六条まで……の規定は前項の申立てについての決定について……準用する」であるが、これは旧一〇四条の「第八十九条乃至第九十四条……ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス」に基づくものである。準用される六一条は旧八九条、六二条は旧九〇条、六三条は旧九一条、六四条は旧九二条、六五条は旧九三条、六六条は旧九四条にそれぞれ相当するから、準用される条数の変

更はあるものの、新旧の条文の内容には実質的な変更（改正）はない。つまり裁判所が訴訟費用の負担を決める場合に、判断基準となる規定に関して変更はないということである。⁽⁷⁾したがって六二条の内容は、これに相当する旧九〇条の沿革によって明らかになる。ところで訴訟終了宣言が問題とするような事例については、六一条・六二条に相当する旧八九条・旧九〇条の審議過程で議論が見られる。そこで、この議論をどのように理解し評価するかが、六二条の解釈において重要になってくる。これによって訴訟終了宣言が問題とする事例についての立法者の理解や対処方法が明らかになり、六二条の限界を把握することが可能になると思うからである。この問題は四で考察する。

3 立法資料、論文、法律、草案等の引用について

本稿で比較的確り返し引用する立法資料、論文、法律、草案等については、左記の略号により表記する。既に述べたように現行民事訴訟法の条文には法律の名前を付さない。大正一五年の改正法による民事訴訟法の条文には冒頭に「旧」を付す。明治二三年の民事訴訟法の場合は「明治二三年の民訴法」とする。旧法については当時の通常の六法を、明治二三年の民訴法については『旧法令集』（有斐閣、一九六八年）を利用したので、それぞれの出典の記載は省略する。文献と草案については、左記の略号で表記し、これ以外のは、最初に引用する場合は詳細に記載し、その後はその箇所を「前掲」で示す。

草案については、松本・経過（二）〔略号一覽参照〕一二頁以下を利用して簡単な説明を付したり、あるいは説明をしている箇所を明らかにした。日本立法資料全集以外の資料については、その旨を付言した。ところで大正一五年（一九二六年）の法改正に関しては、各種草案の資料が日本立法資料全集に掲載されているが、混同を避

ける意味でそれぞれに識別のための略称が付されている。本稿の引用の際には、それぞれの草案の名称や略称は、原則として日本立法資料全集のそれに従ったが、場合によっては、より分かりやすくするために、語句の順序を変えたものもある。なお略称は草案それ自体に付されているものではなく、池田文書の書類綴りの表紙に記載されているものである(松本・経過(二)(略号一覽参照)一二頁)。各委員会の成立の経過や役割分担については、松本・経過(一)(略号一覽参照)四頁以下で詳しく述べられているが、本稿ではそれを利用して三の3で略述した。

法文や文献の引用に際しては、原則として原文のいわゆる旧字体の漢字は常用漢字に改めたが、個々にそのことは断っていない。法文には項番号はついていないが、本稿で表記する場合は見やすいように、①②……と項番号を付した。正確に把握する必要がある場合は、原典を参照していただきたいと思う。なお片仮名表記や送り仮名等は原文のままとした。

〔略号一覽〕

立法資料

松本ほか・立法資料全集一〇巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法(大正改正編)(1)』日本立法資料

全集一〇巻(信山社、一九九三年)

松本ほか・立法資料全集一一巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法(大正改正編)(2)』日本立法資料

全集一一巻(信山社、一九九三年)

松本ほか・立法資料全集一二巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(3)』日本立法資料

松本ほか・立法資料全集一三巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(4)』日本立法資料

松本ほか・立法資料全集一四巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(5)』日本立法資料

松本ほか・立法資料全集一五巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(全五巻) 総索引』

松本ほか・立法資料全集四三巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法〔明治三六年草案〕(1)』日本立法

松本ほか・立法資料全集四四巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法〔明治三六年草案〕(2)』日本立法

松本ほか・立法資料全集四五巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法〔明治三六年草案〕(3)』日本立法

松本ほか・立法資料全集四六巻

松本博之Ⅱ河野正憲Ⅱ徳田和幸編著『民事訴訟法〔明治三六年草案〕(4)』日本立法

論 文 (五十音順)

坂原・生成 (一)

坂原正夫「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)」

坂原・生成 (二)

坂原正夫「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)」

坂原・判例

完」法学研究四九卷三号六一頁以下(一九七六年)
坂原正夫「訴訟終了宣言と我が国の判例」法学研究六九卷二号九四頁以下(一九九六年)

染野・裁判制度

染野義信『近代的転換における裁判制度』(勁草書房、一九八八年)

松本・経過(一)

松本博之「民事訴訟法(大正一五年)改正の経過」松本ほか・立法資料全集一〇巻一頁以下

松本・経過(二)

松本博之「民事訴訟法(大正一五年)改正の経過(その二)」松本ほか・立法資料全集一一巻一頁以下

松本・成立

松本博之「民事訴訟法(明治三六年法典調査会案)の成立」松本ほか・立法資料全集四三巻一頁以下

松本・速記録

松本博之「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録について」松本ほか・立法資料全集一二巻三頁以下

草案と旧法(作成あるいは制定された順)

テツヒョー草案

明治一九年(一八八六年)六月にテツヒョーが山田顕義司法大臣に提出したもので、独文のものと日本文のものがある。本稿では『訴訟法案』という表題が付された日本文のものを使用。草案の成立経過やその有する意味等については、染野・裁判制度二二頁以下に詳しく述べられている。

明治三十三年の民訴法

明治三十三年(一八九〇年)四月二二日に法律第二九号として公布され、翌年の一月一日より施行された。大正一五年(一九二六年)四月二四日に法律第六一号として公布され、昭和四年(一九二九年)一〇月一日に施行された「民事訴訟法中改

明治三十六年草案

正法律」によって、第一編から第五編までが全面的な改正を受け、その部分についてはその役目を終える。松本ほか・立法資料全集四三卷〔資料一〕二二頁以下に収められている。この法律の成立経過については、染野・裁判制度二二三頁以下に詳しく述べられている。

明治三十六年（一九〇三年）に法典調査会が公表した草案である。本稿では『民事訴訟法案』と表題が付されたものを使用した（活版印刷されているが、刊行年、刊行者不明）。なお一般に「旧法典調査会案」と表示されることが多いが、単に「法典調査会案」と表示されることもあり、表記に統一性が見られない（松本・経過（二）一一頁、染野・裁判制度二四七頁以下参照）。松本ほか・立法資料全集では「民事訴訟法改正案―旧法典調査会案（明治三十六年）」という表題が付されて、一〇卷〔資料一〕三一頁以下に収められている。この草案の成立過程やその有する意味については、本稿の三の1で略述するが、染野・裁判制度二四二頁以下、松本・成立三頁以下、松本・経過（一）一一頁等に詳しい。

起案会・仮決定案

「民事訴訟法改正起案会決定案第一編総則（仮決定案）」松本ほか・立法資料全集一卷〔資料四七三〕二二三頁以下。草案の成立過程やその有する意味については、本稿の三の3で略述する。

起案会・決定案

「民事訴訟法改正起案会決定案（四一〇条まで）（起草委員会議案）」松本ほか・立法資料全集一卷〔資料四七五〕五六頁以下。この草案については、松本・経過（二）一三頁に説明があるが、草案の成立過程やその有する意味については、本稿の三の3で略述する。

第一案・決議案

起草委員会案

第一案・議案

第二案・議場用

第三案

第四案

「民事訴訟法改正起草委員会決議案(第一案)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四七六)一〇一頁以下。大正五年九月から大正九年一〇月までの間に、「起案会・決定案」に順次修正を加えて作成したものである。この草案については松本・経過(二)一三頁以下に説明があるが、この草案の成立過程やその有する意味については、本稿の三の4で略述する。

「民事訴訟法改正案(起草委員会案)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四七八)一四三頁以下。この草案については松本・経過(二)一四頁以下に説明がある。なお本稿三の5参照。

「民事訴訟法改正案(第一案・議案)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四七九)一八〇頁以下。民事訴訟法改正調査委員会の委員総会に提出され審議の対象になったもので、松本・経過(二)一四頁以下に説明がある。なお本稿三の5参照。

「民事訴訟法改正案(第二案)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四八一)二四一頁以下。大正一四年四月二三日の委員総会に配布したもので、松本・経過(二)一五頁以下に説明がある。本稿三の5参照。

「民事訴訟法案(第三案)(大正一三年九月)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四八二)二八一頁以下。起草委員会において再審議に基づき作成されたもので、委員総会に提出された。委員総会では大正一四年四月から七月まで審議された。松本・経過(二)一六頁以下に説明がある。本稿三の5参照。

「改正民事訴訟法案(第四案)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四九九)三五

第五案・議会提出

旧

八頁以下。起草委員会の修正決議、委員総会の審議結果に基づき、第二案・第三案を修正して大正一四年一〇月一五日に完成した民事訴訟法改正調査委員会の改正案である。松本・経過(二)一八頁に説明がある。本稿三の5参照。

「民事訴訟法中改正法律案」松本ほか・立法資料全集一一巻(資料五〇〇)三九九頁以下。法制局が作成し、大正一五年二月一二日第五一回帝國議會に提出されたものである。松本・経過(二)一八頁以下に説明がある。本稿三の5参照。

大正一五年(一九二六年)四月二四日に法律第六一号として公布され、昭和四年(一九二九年)一〇月一日に施行された「民事訴訟法中改正法律」による民事訴訟法である。平成八年(一九九六年)六月二六日に法律第一〇九号として公布され、平成一〇年(一九九八年)一月一日に施行された「民事訴訟法」がこれに替わる。松本ほか・立法資料全集では「民事訴訟法中改正法律(大正一五年四月二四日法律第六一号)正文」という表題が付されて、一一巻(資料五六八)四九六頁以下、一四卷四五一頁以下(再録)に収められている。なおいわゆる立法理由書は「民事訴訟法中改正法律案理由書」という表題で、一三巻(資料六三九)一四七頁以下に収められている。

(1) 訴訟終了宣言に関する今日の我が国の学界の状況については、荒木隆男「訴訟終了宣言」青山善充ほか編・民事訴訟法の争点「第三版」二六四頁以下(ジュリスト増刊、一九九八年)に適確にまとめられている。通説を構成する文献については、これに挙げられているので、本稿では省略する。

(2) 通説が訴訟終了宣言について消極的な態度をとる主たる理由は、七三条による六二条の準用で解決できるという

点にあるが、その他の理由としては、一般に次のようなことが言われている(荒木・前掲注(1)二六五頁。石渡哲「訴訟終了宣言」三ヶ月章ほか編・民事訴訟法の争点(新版)三一四頁以下、ジュリスト増刊、一九八八年)。^①結果において、積極説と消極説との間に重大な差異がないこと、^②訴訟費用の裁判は、書面審理のほかに口頭弁論や審尋によっても判断材料の収集が可能であるから、十分な審理ができること、^③ドイツで訴訟終了宣言をめぐる判例・学説等に錯綜と混乱が見られ、日本でも同様な事態が予想されるから、デメリットの方が大きいこと、^④訴訟費用に弁護士費用が算入されていないから、一般に訴訟費用に対しては関心が薄く、精緻な理論を構築する必要は感じられないこと。

しかしながら、仮に差異がないにしても(①)、判断手続と判断基準の明確さという点で、七三条による六二条準用では問題が残る。口頭弁論による審理が可能であるにしても(②)、その手続が当事者に必ずしも保障されているわけではないし、現実には口頭弁論が開催されているかは疑問である。またドイツの判例・学説が錯綜・混乱していると指摘しているが(③)、それは現象面であり、ドイツでは既に通説・判例が確立しているから、処理手続は確立している、特に実務が困っているわけではない。そもそも学説で激しい議論があるとしても、実務で混乱が見られないことは訴訟物論争で経験済みであり、むしろ論争は訴訟法理論を深化させるから望ましいというべきであろう。さらに弁護士費用を訴訟費用に算入させ、敗訴者に負担させようという動きがあるから(「民訴費用制度研究会報告書」(平成九年一月三一日)「NBL六一一」号六七頁以下、一九九七年)、今後は訴訟費用に対する関心は薄い(④)という状況が続くのではなく、高まる一方であろう。

このようなことから、消極説の七三条による六二条準用以外の理由については納得できないが、これは消極説の積極説批判が正しくないということであり、消極説それ自体に対する批判ではない。消極説の一番の問題は、消極説が説く七三条による六二条準用という手続の内容にある。本稿が七三条の沿革を問題にする理由はここにある。

なお中山幸二教授は訴訟終了宣言について、「訴訟係属の関係、訴え取下げとの役割分担、両当事者の合意による訴訟終了の概念、不当提訴または不当応訴と不法行為の成立可能性、言いがかり訴訟の予防等の、訴訟法学上の基礎的問題にかかわる重要な論点であると受け止めている」(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」法学研究六九巻九号二二四頁、一九九六年）。中山教授がこのように的確に指摘されているように、訴訟終了宣言の問題は訴訟法学の基礎理論と深く関係している。ドイツでいわばあらゆる学者を巻き込んで訴訟終了宣言の問題が議論されたが、それは弁護士強制主義により弁護士費用が訴訟費用に算入されているので、訴訟費用に関心があるということだけではないうに思う。

(3) 坂原・判例(3の略号一覽参照) 九四頁以下において詳しく論じている。

(4) 坂原・生成(一)(3の略号一覽参照) 三〇頁以下において詳しく論じている。この論文は表題が示すようにドイツの制度の生成過程を論じたものであるが、ドイツの制度の特色を浮き彫りにするために、我が国の訴訟費用の規定の沿革も考察したものである。その意味で我が国の規定の沿革をたどることはメインテーマではなかったが、その作業は一応の評価を得たように思う(金子宏直『民事訴訟費用負担の原則』二七一頁注4、勁草書房、一九九八年)。

(5) 消極説が通説の地位を獲得したのは、兼子一『条解民事訴訟法上』二六六頁以下(弘文堂、一九五五年)によるところが大きであるが、博士は「費用の問題のかかる特別の訴訟完結事由を認める必要はな(い)」と述べている。これは、訴訟費用以外では訴訟終了宣言は認められるという意味か不明であるが、訴訟終了宣言は費用の問題だけではない。その根拠として、ドイツの体系書においては今日では一般に、訴訟終了宣言は訴えの取下げや和解、請求の認諾・放棄と並んで、「当事者による訴訟終了」の項目に分類されて論じられていることを挙げることができる。もともと訴訟終了宣言を規定した唯一の条文であるZPO九一条aは、訴訟費用の敗訴者負担を定めたZPO九一条(日本民訴法六一一条相当)の後に挿入されたもので、訴訟費用の規定の中に存在する。つまり訴訟終了宣言は今日では、訴訟終了事由の問題であるとともに訴訟費用の問題であり、どちらか一方だけで済むというものではないということである。

(6) 今回の改正によって、訴訟費用の負担の割合は裁判所が、額は裁判所書記官が定めることになったが、額を定めるについて準用される規定は、それに伴う技術的なもので大きな変更(改正)は見られない。すなわち旧一〇四条二項では「第百条第二項第三項、第百一条及第百二条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス」となっていたが、旧一〇〇条

一項は七一条一項、旧一〇〇条二項は民事訴訟規則二四条二項、旧一〇〇条三項は七一条七項、旧一〇一条は民事訴訟規則二五条、旧一〇二条は七一条二項にそれぞれ相当し、七三条二項は七一条二項、三項、七項を準用する。これ以外に準用される七一条三項ないし六項は、裁判所書記官が負担額を定める手続に関する規定であり、さらに民事訴訟規則二四条一項、同二七条によれば、各申立てについて書面を要求しているが、これらもまた技術的な手続規定である。

(7) 七三条と旧一〇四条の法文を比較した場合、この他にも文言に多少の変更が見られるものがあるが、内容的には変更がない。すなわち七三条一項の「訴訟が裁判及び和解によらないで完結したとき」は、旧一〇四条の「前条ノ場合ヲ除ク外訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタルトキ」に相当する。また七三条一項の「補助参加の申出の取下げ又は補助参加についての異議の取下げがあった場合も、同様とする」は、旧一〇四条の「参加又ハ之ニ付テノ異議ノ取下アリタルトキ亦同シ」に相当する。

二 民訴法七三条一項の「第一審裁判所」の沿革とその問題点

1 今回の改正理由の説明とそれに対する疑問

平成八年法律第一〇九号の民事訴訟法により、「訴訟が裁判及び和解によらないで完結したとき」、当事者の求めに応じて訴訟費用の負担を決める裁判所は第一審の裁判所ということになった(七三条一項)。旧一〇四条は単に「裁判所」とだけ規定していたから、裁判所を第一審裁判所に改めたということは、より具体的に裁判所について規定したことになる。この改正理由について、次のような説明がなされている。

法務省民事局参事官室編『一問一答 新民事訴訟法』七三頁(商事法務研究会、一九九六年)

「旧法第一〇四条では、管轄裁判所が必ずしも明らかではなく、解釈も分かれていました。立法者は、第一審裁判所と考えていたようですが、現実には訴訟の審理をしていた裁判所が訴訟費用の負担およびその額を定めるのが適当であることを理由に、訴訟がその終了時に係属していた裁判所と解する見解もありました。しかし、第七三条の申立てについては申立時期の制限がありませんから、裁判官の異動等により、同条の申立てがあつた時点において裁判所を構成する裁判官と現実には訴訟の審理を担当していた裁判官とが一致するとは限らず、この場合には、審理に関与していない裁判官が記録に基づいて裁判をすることになります。したがって、訴訟がその終了時に係属していた裁判所を管轄裁判所とする合理性は乏しいように思われます。むしろ、訴訟が裁判や和解で完結した場合と同様に、訴訟がどの審級で完結したかにかかわらず、第一審裁判所が訴訟費用の負担の裁判をし、その裁判所の裁判所書記官がその負担の額を定めるところとした方がわかりやすく、しかも、現実の訴訟記録の所在や旧法の立法者の意思にも合致すると考えられます。そこで、新法では、第一審裁判所が訴訟費用の負担の裁判をし、その裁判所の裁判所書記官が訴訟費用額の確定処分をするものとした。」

この説明は七三条の管轄裁判所の問題を考えるうえで重要である。この説明以外に現在のところ、七三条の管轄裁判所に関して旧一〇四条の規定に修正を施した理由を述べている文献を見ることができないし、この説明が立法者の意思や立法の理由を推測させるからである。すなわちこの説明は今回の立法作業を支えた法務省民事局参事官室によって、立法の解説としてなされたものであり、単なる第三者の立法の解説とは趣きを異にするからである。

この説明に対して二つの疑問がある。一つは旧法一〇四条の立法者の意思のことを述べている箇所である。すなわち旧一〇四条の立法者の意思をどのように解してよいのかという疑問である。もう一つの疑問は、今回の改正が従前の判例・通説の立場を否定したにもかかわらず、それについて何らの言及がなされていない点である。

立法は従前の判例・通説に拘束されることはないにしても、それを否定するような改正を行う場合は、それらが提起してきたことに対して十分に配慮すべきではないかということである。具体的に言うならば、今回の立法によつて否定された見解が判例・通説であることについて触れることなく、単なる一見解にすぎないというように位置づけ(「……と解する見解もありました」)、それについて「合理性は乏しいように思われます」として済ませてよいのかということである。

そもそも今回の改正において、七三条の管轄裁判所の問題は重要視されなかったように思う。もちろん、審議会内部では種々な議論があったとは思いますが、公刊された資料ではそれが見えてこない。すなわち平成三年(一九九一年)に公表された法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する検討事項』、同『民事訴訟手続に関する検討事項補足説明』、平成五年(一九九三年)の同『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』、同『民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明』等では、この問題は全く触れられていない。したがって、これらしか見ていない者にとっては、七三条の管轄裁判所の改正は、平成八年(一九九六年)に法務大臣に答申された「民事訴訟手続に関する改正要綱」の「第九の一の3の(一)」において、突然登場したように見える。参考までに該当する箇所を挙げれば、次のとおりである。「2〔和解〕の場合を除き、訴訟が裁判によらないで完結したときは、第一審の裁判所は決定で訴訟費用の負担を命じ、その裁判所の裁判所書記官はその決定が執行力を生じた後にその負担の額を定めなければならないものとする。補助参加の申出の取下げ又は補助参加についての異議の取下げがあった場合も、同様とするものとする。」(一)は筆者の加筆)。七三条の法文と大差なく(法文の「申立てにより」の文言がないが)、これだけでは管轄裁判所の規定の改正の理由は明らかにならない。

このようにこの問題は改正過程のいわゆる検討事項、要綱試案等では全く問題にならなかったことではあるし、

立法によって決着がついた事項ではあるが、前記のような二つの疑問点があるので、以下ではこれらの点について、この参事官室の見解を題材にして考察し、七三条一項の管轄裁判所の規定の限界を考えてみようと思う。具体的には次のような順序で問題を考察してみようと思う。第一は、管轄裁判所に關する旧一〇四条の立法者の意思を探求し、七三条はそれに合致するか否かを検討し、今回の改正が旧法を単に承継したのか、それとも旧法を改正したのかを明らかにする(2・3)。第二は、旧一〇四条において判例・通説は、上級審で訴訟が裁判や和解以外で終了した場合の訴訟費用の裁判を行う裁判所は、当該上級審の裁判所であると考えていたので、このような判例・通説を継承しない七三条は、どのような限界を有しているかを考えてみる(4)。第三は、これらの検討の結果から七三条は管轄裁判所を第一審の裁判所と規定したが、あらゆる場合にこれが妥当するのか、別の方法で処理することは許されないのかという問題を考えてみる(5)。なお以下では七三条のような立場を「第一審裁判所説」と表記し、旧一〇四条における判例・通説の見解を「終了時裁判所説」と表記する。第一審裁判所説に対する用語としては、上級審裁判所説の方が適切のように思えるが、終了した時の裁判所ということになれば、一審で終了した場合は一審の裁判所を含めることができ、汎用性があると考えたからである。また法文は「完結」という用語を使用しているが、今日では「完結」よりも「終了」の方が一般的な用語であるし、訴訟終了宣言という用語との関係も考えて、完結時裁判所説ではなく終了時裁判所説とすることにした⁽¹⁾。

2 旧民訴法一〇四条の立法者意思についての参事官室の見解に対する疑問

参事官室の見解によれば、七三条が管轄裁判所を第一審の裁判所と規定したのは、「旧法の立法者の意思に合致する」というのであるが、この点に疑問を感じる。以下にその理由を述べるが、そもそもなぜ新法が規定した

管轄裁判所について、それが旧法の立法者の意思に合致するか否かにこだわるのかというと、訴訟終了宣言が問題にするような事例について、旧一〇四条の立法者の考えていた処理方法が、今回のこの改正によって変容すると考えるからである。

旧一〇四条の立法者の意思は第一審の裁判所であるという見解に疑問があるのは、第一に、旧一〇四条の立法過程で述べられた趣旨説明等において、管轄裁判所に関して明確な説明を見ることができなかったからである。

すなわち、大正一四年(一九二五年)六月九日の第五〇回民事訴訟法改正調査委員会において、松岡義正委員は旧一〇四条の前身である、いわゆる第二案の九六条の趣旨を説明している。⁽¹²⁾ また大正一五(一九二六年)年二月

二二日の帝國議会の貴族院の特別委員会(貴族院民事訴訟法中改正法律案外一件特別委員小委員会)において、池田寅二郎政府委員は旧一〇四条の趣旨を説明している。⁽¹³⁾ ところが両氏とも説明の中で管轄裁判所については一言も

述べていないし、したがって管轄裁判所が第一審の裁判所とは言っていないのである。もっとも、これ以外に資料があり、それが参事官室の見解の根拠になったのかもしれないが、『一問一答 新民事訴訟法』という本の性

格上根拠が示されていないので、残念ながら発見することはできなかった。⁽¹⁴⁾ それならば前記の趣旨説明で言及されて

いないことを根拠に、直ちに参事官室の見解を否定することもできないのではないか、参事官室の見解が正しいのではないかという反論が予想される。しかし、次に述べるように状況証拠からは、参事官室の見解が正しいとすることを導き出すことはできないように思う。

第二の理由は、松岡義正起草委員は、大正一一年(一九二二年)四月二五日の第二回民事訴訟法改正調査委員会において、岡野敬次郎委員の質問に答える中で、旧一〇四条の前身であるいわゆる第一案・議案の九六条の趣旨を次のように述べているが、これは明らかに第一審裁判所説ではなく訴訟終了時裁判所説であるからである。⁽¹⁵⁾

「此九十六条の申立云々と云ふことは之は自分の考として申上げます、之は付帶的申立に因ると云ふ意味に解釈して居る、何年経つても申立が出来ると云ふ意味には取らない、本来訴訟が裁判に因らずして完結したときでも訴訟費用の問題が起れば、職権を以て調査す可きであるが（一）併しながら實際上は此訴訟費用に付いても裁判外に取決めをして事件が落着して居るだろう、裁判所が職権を以て立入つて訴訟費用の問題に喙を容れることは出来ない、併しながら当事者が其場合に付帶的申立をするると裁判所は直に其訴訟費用の問題に付いて裁判をする、斯う云ふことに解して居ります、さうして此九十二条の場合はそれは第一審の裁判所と云ふことになつて居りまして九十六条の場合には唯其裁判所となつて居る、此裁判所はそれはどう云ふ裁判所であるかと云ふと此訴の取下があつた、放棄があつた、認諾があつた、さう云ふことのあつた裁判所を云ふ、それであるから第一審裁判所と掲げなかつたのだらうと信じる、之は前申す通り私の意見として申上げるのでありますから或いは違つて居るかも知れない、……」。

この発言は従来は知られてはいたが、立法者の考えとして把握されずあまり重要視されていなかった。⁽¹⁶⁾ その理由は、この発言の冒頭に、博士は「自分の考として申上げます」と述べ、最後に「私の意見として申上げるのでありますから或いは違つて居るかも知れない」と結んでいるからである（引用に際して現代表記に改めた）。正にこれでは起草委員の公式的な説明というよりは松岡博士の私見であり、立法者の意見ではないと考えざるをえないであろう。さらに右の博士の説明が立法者の意見であるとして理解されないのは、博士が昭和七年（一九三二年）に公刊した自らの注釈書において、右の説明とは反対に、第一審裁判所説を主張しているからである。博士は「裁判所ニ付テハ法律上別段ノ規定ナシト雖第一審ノ受訴裁判所ナリト解スヘキモノトス蓋此ノ裁判所ハ訴訟記録ヲ保存シ訴訟費用ノ裁判ヲ為スニ付最も便利ナル地位ニ在ルヲ以テナリ」と述べている。⁽¹⁷⁾

しかし、私見とはいえ、公の席上の起草委員の説明である。直接この条文を起草していないにしても、起草委

員の一人として条文の趣旨は理解していたはずであり、調査委員会の一般の委員の発言とは異なるだけの重みがあるように思う。また確かに限られた資料ではあるが、既に挙げた一連の公刊された資料や立法資料全集等では、これ以降は管轄裁判所について全く議論がされていないようだが、この点も注目すべきである。つまり委員会は松岡委員のこの説明に納得し、それを前提に議論が進展したのではないかと思うからである。このように考えると、立法者の見解は終了時裁判所説であるということも十分に成立するし、むしろこの方が可能性が大きい。それでは、博士はなぜ後年(約十年後)、態度を改めたのかということが問題になろう。それは、発言当時に想定したようには当事者の申立てが行われなかったからではないだろうか。そもそも当事者による申立てが少ないうえに、訴訟終了後に当事者が直ちに申し立てることもなかったのではないかと推測する。そこで博士はそのことを考慮し、訴訟記録の利用しやすい裁判所は記録を保存している裁判所であるとして、訴訟費用の裁判制度の運営の利便さを考え、第一審裁判所説を採用したのではないかと思う。つまり、委員会での発言した時と注釈書を執筆した時とで見解を異にするのは、想定した事例が異なるのと、新たに訴訟記録の保存という視点で考えたから、当然かもしれない。しかし、だからといって立法者の見解が第一審裁判所であるということではない。むしろこのように博士が見解を変更したという事態は、次の3で述べるように、立法者の中で管轄裁判所について適任とする裁判所の考えが変化した⁽¹⁸⁾が、そのことを文言で決着をつけないまま、立法がなされたことを物語るように思う。

第三の理由は、この問題について論じている文献の中に、立法者の意思に言及しているものがないということである。⁽¹⁹⁾つまり立法者の意思は右の参事官室の説明に初めて登場したものであり、それだけに参事官室の見解は唐突に思える。旧一〇四条の管轄裁判所に関する立法者意思についての新資料が提示されたり、既存の資料の新

たな読み方が教示されて、それが納得のいくものであれば、このような私見は直ちに訂正するつもりである。

3 旧民訴法一〇四条一項の立法者意思

それでは旧一〇四条の立法者意思はどのようなものと考えたらよいだろうか。既に注(18)で概略を述べ、三で詳論するが、次のように考えている。旧一〇四条が当初想定した管轄裁判所は、職権による裁判ということもあって、当然訴訟が完結した時点での裁判所(終了時裁判所説)であった。職権から当事者の申立てに変更されたが、それは当事者が直ちに申立てをする場合を考えていた。しかし、当事者の申立てについて時間的な制約を規定しないことに決めたことから、遅れた申立てが許されることになった。そういう場合を想定して適切な裁判所を検討すべきであったにもかかわらず、審議時間の関係でそれを行わなかった。したがって当初の法文を修正することもなく、そのままで立法化されて、適切な裁判所の選択が解釈に委ねられることになった。なぜこのような曖昧さを残したまま立法がなされたのかというと、明治三十六年のいわゆる(旧)法典調査会草案が、種々な検討を経て修正されて旧一〇四条に結実していく過程において、時間的に制約されない当事者の申立てを要件とした結果、管轄裁判所について目的を別にする二つの原理が、一つの同じ条文の中に調整されることなく取り入れられたためではないかと思う。⁽²⁰⁾すなわち、一つは訴訟資料を保管している裁判所が適切であるとする原理であり、他は従前の本案の訴訟の審理をそのまま利用できる裁判所が適切であるとする原理である。この点の詳細は次の三、四で考えてみようと思う。

ところでこのように考えるならば、立法者が第一審裁判所説であるとする見解は可能ではあるが、それが立法者の見解であると断定したり、立法者意思は終了時裁判所説ではないと決めつけることはできないように思う。

確かに参事官室の見解の根拠となる資料を見ない限り、参事官室の見解が誤りであるとは言えないが、現在の時点では右のような理由から、旧一〇四条の立法者の意思は第一審の裁判所であるとする参事官室の見解に賛成できない。しかしながら、このような参事官室の見解とは反対に、判例は他の条文との比較から、終了時裁判所説は「民事訴訟法第百四条ノ明定スルトコナリ」と説くが(大審院決定昭和一四年五月三日民集一三卷五四二頁)、この見解にも賛成できない。一連の立法関係資料の中でそのような議論を見ることができなかったうえに、この問題について言えば、条文の文言や構造は決定的な意味を有していないからである。すなわち判例は、旧一〇四条二項は旧一〇〇条二項、三項を準用して一項を準用していないのは、旧一〇四条の裁判所は第一審の裁判所ではないからであると説いている⁽²¹⁾。しかし、旧一〇四条二項は根拠にならないと思う。同じように旧一〇〇条一項を除外して二項、三項だけを準用する旧一〇三条の場合は、管轄裁判所は第一審の受訴裁判所と解すべきであるからである。つまり旧一〇三条、旧一〇四条で旧一〇〇条一項を準用しないのは、旧一〇三条前段、旧一〇四条一項において、それぞれ旧一〇〇条一項に相当する条項が備わっているからである⁽²²⁾。

4 今回の改正の問題点

旧一〇四条の立法者意思をこのように理解するならば、今回の改正は旧一〇四条が解決せずに残した問題を決着させて、学説の対立を解消させた点で大いに評価することができる。しかし、他方、今回の改正が旧一〇四条における判例・通説とは異なった立場を選択したことは、新たな問題を残したように思う⁽²³⁾。以下では今回の改正の問題点を具体的に述べてみようと思うが、それは立法論的に七三条を批判するためのものではなく、あくまでも今後の新たな解釈論を展開させるためである。すなわち解釈論の基礎的な作業として、七三条の限界領域を明

らかにしようというものである。

今回の改正において七三条が第一審裁判所説を選択した理由は、1で紹介した参事官室の見解によれば、「訴訟がどの審級で完結したかにかかわらず、第一審裁判所が訴訟費用の負担の裁判をし、その裁判所の裁判所書記官がその負担の額を定めることとした方がわかりやすく、しかも、現実の訴訟記録の所在や旧法の立法者意思にも合致する」ということである。立法者の意思に合致するという説明は2で述べたように疑問ではあるが、その点を除けば、この説明が述べるように、第一審裁判所とする管轄は固定的で分かりやすいことは確かである。また記録を利用して裁判することになるから、裁判するうえでも大変に便利である。さらに参事官室の説明は、反対説である終了時裁判所説の問題点を指摘しているが、これまた説得力がある。すなわち「第七三条の申立てについては申立時期の制限がありませんから、裁判官の異動等により、同条の申立てがあつた時点において裁判所を構成する裁判官と現実には訴訟の審理を担当していた裁判官とが一致するとは限らず、この場合には、審理に關与していない裁判官が記録に基づいて裁判をすることになります。したがって、訴訟がその終了時に係属していた裁判所を管轄裁判所とする合理性は乏しいように思われます」という批判である。

しかしながら、これらの説明は従来第一審裁判所説が説いてきたことであり、特に目新しい主張ではないし、今回新たに浮上したこともない。つまりこれだけでは従来、判例や通説が提起してきた第一審裁判所説に対する批判や反論に答えたことにはならない。すなわち、判例・通説はこのような主張を十分に認識したうえで、次のような主張を展開していた。⁽²⁵⁾ ①記録の所在を重視するならば、記録が上級審に在る場合は上級審が裁判すべきである。②上級審の裁判では記録の利用という点や裁判官が移動によって替わってしまう点で問題になるというが、それならばいわゆる裁判の脱漏の場合(二五八条)の処理も第一審の裁判所で行うべきではないだろうか。

③記録の利用ということからすると、確かに便宜の点では第一審の裁判所に比べると上級審の裁判所の方が劣るにしても、上級審でも記録を取り寄せれば済むし、旧一〇四条の裁判は迅速さが求められるわけではないから問題はな^い。④訴訟が第二審係属中に参加を取り下げた場合、訴訟記録が第一審の受訴裁判所に保存されるまでは一〇四条の申立てができないのは不合理である。⑤訴訟費用の額というように記録によって技術的な計算をする場合は、記録が保存されている裁判所である第一審の裁判所は適しているが、訴訟費用の負担の裁判のように、従前の訴訟の事情を考慮して判断する場合は終了時の裁判所が適している。考えるべき視点は、負担の裁判をするのに適した裁判所であるか否かということであって、記録によって額を判断する裁判所(裁判所書記官)を問題にしているのではない。

これらの主張はそれぞれともなものであるが、これらの主張から、新法の第一審裁判所説による裁判の重要な問題点を二つ読み取ることができる。⁽²⁶⁾それは新法の処理方法に問題を提起し、七三条の解釈において看過しえない問題を提供しているように思う。第一は、当事者が訴訟終了と同時に七三条の申立てをした場合、それでも第一審裁判所が処理するの^かということである。すなわち2で紹介した松岡博士の説明のように、例えば七三条の当事者の申立てが、訴え取下げの申立てに付帯的になされた場合である。第二は、訴訟費用の負担の裁判は、その訴訟の事情を知りうる立場の裁判所、すなわち終了直前の訴訟を担当していた裁判所が担当すべきではないかということである。換言すれば、事件終了直前まで担当していた裁判所でない、別の新たな裁判所が単に記録だけで終了に至った事情を把握して、七三条二項に基づいて準用される六二条以下を基準にして、当事者の訴訟費用の負担について適切な判断をすることができるのかという危惧である。訴訟費用の負担の裁判と訴訟費用の額の裁判とを同列に扱うことに問題はないのだろうかということでもある。

この点については、前記参事官室の説明にしても、従前の第一審裁判所説にしても、日数がかなり経ってから当事者が申立てをする事態を想定し、それを前提に立論を展開しているように思うが、次のような解答が予想される。第一の点に関しては、そのようなことは希有な事例であり、仮にあったとしても、第一審の裁判所は必要ならば口頭弁論を開催して、当事者の主張を十分に聞けば済む問題である。第二の点に関しては、第一のような事例で問題になるのであって、この場合は既述のように丁寧に裁判をすれば済むし、それ以外の場合（かなり時間を経て当事者が申し立てた場合）は、事件との関係は希薄になっているのであるから、どの裁判所で裁判をしても結果に影響は生じない。確かに答えはその通りではあるが、第一審の裁判所が口頭弁論を開催したり、審尋をすることは可能であっても（八七条）、それは必ず行わなければならないことではないから、当事者からすれば手続保障はないと言わざるをえない。またもし本格的に口頭弁論手続によって訴訟費用の裁判を行うならば、場合によっては既に終了した本案の再審理になりかねず、二度手間であり、制度としては合理性を欠くし、新たな問題を招来すると思う。

今回の訴訟費用に関する改正は、現実を考えて手続を合理化するというものであると思うし、七三条の裁判所について言えば、管轄裁判所が分かりやすく、訴訟費用の負担と金額の確定を申し立てる当事者にとっても、担当機関が裁判所と裁判所書記官と違うにもかかわらず、申立て書面が一枚でよいとすることも可能になるから、正に合理的でもある。さらに申立てが非常に少ないことを考えれば、申立てがあることを想定した手続よりも、後で申立てが出てきた場合を考え、保存してある記録の利用という観点で管轄裁判所を考えるとこの方法は当然なことかもしれない。正に参事官室の見解のとおりである。しかし、今回の訴訟費用に関する改正が、申立てが現実利用されていないからといって、裁判の妥当性よりも裁判の便宜性を強調してなされたとするならば、そ

れは大いに問題があるように思う。訴訟費用の問題が、今後重要になっていくことを考えると、立法においては現実を単に追従し肯定するのではなく、ある程度将来を見通すことが必要のように思うからである。⁽²⁹⁾また訴訟記録の保管場所の問題は「一片の事務的理由」ではないにしても、手続は裁判の妥当性と裁判への信頼を保障するものでなければならず、そのような価値が裁判の便宜よりも優先されなければならないと思うからである。⁽³¹⁾

訴訟終了時の裁判所では、記録利用という点で「実益を犠牲にするほかに、殆んど実質的には何物も付加し得ない」との批判があるが、単に裁判する側の実益を優先する姿勢こそが問題であると言わざるをえない。正に裁判の妥当性を欠く手続では、裁判の姿勢、手続の在り方が問われるように思う。なおこのような主張は決して奇異なことではない。いわゆる検討事項に対して表明された各界の意見にも同じような見解を見ることができからである。いわゆる検討事項の第九の1の(一)は、注(27)で紹介したように「訴訟費用の負担の裁判は、本案の裁判が確定し、又はこれによって執行力が生じた後、申立てにより職権で、別途に行うものとする考え方」というものであったが、この考え方に対して各界の反応は、「賛成の意見も複数の団体等から寄せられたが、反対の意見が大多数であった」⁽³²⁾。検討事項で議論されたテーマは、判決による訴訟の終了の場合の訴訟費用の裁判であるから、本問題と同列に扱うことはできないにしても、本案の裁判と訴訟費用の裁判を行うとする検討事項で提案された考えを、七三条は反映させたものと考えすることは可能であるし、訴訟費用の裁判は、訴訟終了事由発生時の裁判所が担当するか否かという点や手続の信頼性という点では共通性があり、本問題についても妥当することは少なくないと思う。紹介された反対意見を見ると、⁽³⁵⁾各界の意見が危惧したのは、便宜を重視して妥当性を欠いた訴訟費用の裁判がなされることであり、そのような結果をもたらす手続ではないかと思う。このような意見のためか、それとも単に反対意見が大多数であったためか、先の検討事項の考え方は要綱試案で

消えてしまったが、この経緯は尊重されるべきである。すなわち判決による訴訟終了の場合の訴訟費用の裁判を、本案の裁判とは別に行うとする検討事項の提案が、立法を検討する過程で消滅したことも想起して、そこで述べられた各界の反対意見の趣旨が七三条のような訴訟終了の場合に活かされる方途を考えるべきであると思う。

このように七三条が規定する第一審裁判所説は、当事者が早期に申立てをした場合に問題があるし、二項で準用する六二条が十分に利用できるのかという裁判の妥当性についても疑念があるが、このことは、訴訟終了宣言に消極的な通説がその理由として主張する七三条による六二条準用という方法に疑問を提示することになった。なぜならば、訴訟終了宣言に消極的な通説は、その根拠として七三条による処理と訴訟終了宣言の処理とは差異はないとするが、今回の改正で差異が拡大することになったからである。すなわち従来の通説・判例の立場であれば、担当する裁判所は訴訟終了宣言の場合と違いがないから、その主張も一応の説得力があるが、今回の改正では裁判所を異にすることになり、七三条による裁判で六二条以下の準用がうまく働かないことが危惧されるからである。換言すれば、新法は結果として訴訟終了宣言を認める余地を残し、訴訟終了宣言の必要性を増加させた⁽³⁶⁾ということが出来る。それは新法が意図したことではなく、皮肉にも訴訟終了宣言について関心がなかったことによる結果であるように思う⁽³⁷⁾。

5 民訴法七三条の問題点の克服の方法

このような考察によって明らかになったことは、七三条は訴訟資料が第一審裁判所に存在し、しかも当事者がかなり遅くなって申立てをする場合を想定しているということであり、したがって当事者が早期に（訴訟の終了に近接して）申し立てた場合には、第一審裁判所が裁判を行う妥当性を欠くということである。七三条がこのよ

うな問題を有しているならば、このような問題が生じないように解釈で補うことが必要である。具体的には、当事者が訴訟終了と近接して申立てをした場合には、従前の判例・学説が提起した終了時裁判所説を考慮して、それを尊重する意味で、それに添って七三条とは異なった処理方法を考えるべきではないかと思う³⁸⁾。この限りで七三条の適用範囲は限定されるが、それはこの場合に適用するための合理的な基礎を欠くからである。さらに付言すれば七三条の制度は高度の公益性を要求するものではなく、当事者の求めに応じるための制度であるから、常に画一的に処理する規定とは思えないし、任意訴訟禁止が通用する合理性もない。当事者が従前の受訴裁判所（終了時裁判所）での裁判を望んだ場合は、その希望が優先されるべきである。しかも、この手続の方が裁判の迅速という点でメリットがあるし、裁判の妥当性という点でも合理的である。さらに、当事者の希望に応じた手続を用意することは、当事者のための制度の趣旨に添うことになるし、当事者に手続選択を認めることは、七三条の手続に妥当性を付与する点で大きなメリットがある。つまり七三条以外の手続がありながら、それを当事者が選択しなかった以上、七三条の第一審裁判所による手続に承服すべきであるという論理が成立するからである。

このようなことから、当事者が早期に（訴訟の終了に近接して）申し立てた場合には、七三条とは別の扱いにすべきであると思うが、その手続が問題になる。この場合は訴訟終了宣言として処理すべきである。訴訟終了宣言の問題とは正にこのような事態を想定した手続であるからである。そうなると訴訟終了宣言と七三条の処理とが並立し、手続の選択において混乱や複雑化が懸念されるかもしれない。しかし、裁判所は訴訟の当事者が終了を申し立てた場合に、訴訟費用の問題について早期に申立てをするか否かを問い合わせれば簡単に済む問題である⁴⁰⁾。またその際に、事後の手続について説明すれば混乱は生じないし、より適切で妥当な解決が得られるであろう。

(8) したがって、小林秀之、土橋晴子、畑宏樹「民事訴訟法改正検討事項・改正要綱試案・現行法対照表」別冊判例タイムズ一三三二頁以下（一九九四年）、小林秀之、高田ありさ「民事訴訟法改正検討事項・改正要綱試案・要綱対照表」判例タイムズ九〇〇号一二六頁以下（一九九六年）、小林秀之監修「検討事項・要綱試案・改正要綱案・新法対照表」三宅省三ほか編『新民事訴訟法体系―理論と実務―第四巻』四〇四頁（青林書院、一九九七年）等では、七三条の基になった旧一〇四条や要綱の「第九の一の3の（一）」の対照を見ることができない。

(9) 当然のことであるが、この問題は青山善充ほか「研究会・新民事訴訟法をめぐって（第六回）」ジュリスト一一〇九号一一四頁以下（一九九七年）でも触れられていないし、また訴訟費用に関する改正について論じている高中正彦「訴訟費用の負担と確定手続」三宅省三ほか編『新民事訴訟法体系―理論と実務―第一巻』二二三頁以下（青林書院、一九九七年）、畑宏樹「訴訟費用」小林秀之編『新民事訴訟法の解説』九九頁以下（新日本法規出版、一九九七年）等でも取り上げられていない。

(10) この『一問一答 新民事訴訟法』は法務省民事局参事官室が編集し公刊したが、法務省の公式的な見解というより、立法作業を支えた参事官の見解のように思う。その意味では担当箇所を執筆された方の個人的な見解と思うが、このような見解が立法において重要な役割を演じたことは否定できないと思う。また立法理由書が公刊されていない現段階では、この見解でしか立法理由を知る材料がないように思うので、その重要性を示す意味で『一問一答』の見解という表記でなく、参事官室の見解と表記することにした。

(11) 吉川・後掲注（14）一四四頁は、上級裁判所説と表記している。なお法文の「完結」という用語は、大正一五年（一九二六年）二月二三日の貴族院の審議において、目新しいということで質問が行われている（大正一五年二月二二日貴族院民事訴訟法中改正法律案外一件特別委員小委員會議事速記録第三号）松本ほか・立法資料全集二三卷（資料六四六）四〇三頁以下）。

(12) 「民事訴訟法改正調査委員會議事速記録第五〇回（大正一四年六月九日）」松本ほか・立法資料全集一三卷（資料六二八）三四頁、坂原・生成（一）四三頁以下。なお第二案の法文については、注（74）に挙げてある。

(13) 「大正一五年二月二日貴族院民事訴訟法中改正法律案外一件特別委員小委員会議事速記録第三号」松本ほか・立法資料全集一三卷(資料六四六)四〇〇頁、坂原・生成(一)四四頁以下。

(14) 旧一〇四条の管轄裁判所の問題を論じている文献は多くはないが(詳細は注(19)参照)、立法者について言及したものは見ることはできなかった。もともと菊井維大「判批」判例民事手続法一二頁(一九五一年)Ⅱ判例民事法昭和一四年度一三〇頁(一九四一年)は、「沿革的には(旧民訴八四条二項参照)原審の考へ方(第一審裁判所説)に傾きつつも、判旨の結論(終了時裁判所説)は正当なりとなさざるを得ない」と述べて(一)は原文のまま、(二)は筆者の加筆、明治二三年の民訴法の流れから見ると、第一審裁判所と解することができることを示唆しているように思う。また黒川眞前「判批」法学新報四九卷一〇号一三二頁(一九三九年)、吉川大二郎「判批」民商法雑誌一〇卷四号一四一頁(一九三九年)は、民事訴訟法改正調査委員会における松岡義正起草委員の管轄裁判所についての説明を、立法者の見解としてではなく、事件終了時裁判所説を説く学説の一つとして紹介している。なおここに挙げた判例研究は、終了時裁判所説を説く大決昭和一四年五月三日民集一三卷五四二頁の判例研究である。

ところで菊井博士が引用した明治二三年の民訴法八四条は次のような規定であり、同条二項で引用されている七二条二項は「訴えの取下げ、請求の放棄・認諾の場合は敗訴の扱いをする」旨の規定である(以下本注に限り、明治二三年の民訴法の条文に関しては条数の前に何も付さない)。七二条の法文は四の1に挙げてある。

明治二三年の民訴法八四条

第八十四条 ① 弁済ス可キ費用額ノ確定ハ申請ニ因リ訴訟ノ第一審ニ繫属シタル裁判所ノ決定ヲ以テ為ス

② 申請ハ第七十二条第二項又ハ上訴取下ノ場合ヲ除ク外執行シ得ヘキ裁判ニ依ルトキニ限り之ヲ為スコトヲ得

③ 申請ハ口頭ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得

④ 申請ニハ費用計算書、相手方ニ付与ス可キ計算書ノ謄本及ヒ各個費用額ノ疎明ニ必要ナル証書ヲ添付ス可シ

さて菊井博士の右の示唆から、次のようなことが考えられる。すなわち旧一〇四条はその前身である明治二三年の

民訴法八四条を承継したものであり、八四条は第一審裁判所を管轄裁判所と規定していたから、旧一〇四条の立法者意思は第一審裁判所であるとする見解である。確かにこれを裏づけるように、「民事訴訟法第一編乃至第五編新旧法条対照（大正一五年二月二五日）」松本ほか・立法資料全集一巻（関連資料四三）六五七頁は、旧一〇四条一項については八四条一項二項を、二項については七二条二項、七四条、七七条を挙げている。なおこの資料であるが、記載された日付は民事訴訟法中改正法律案が帝国議会で審議されていた時期であり、資料の出典は池田寅二郎関係文書とのことである（松本・経過（二）二〇頁）。さらにこの対照表と同様な見解は、法文変遷表に見ることができる。すなわち大正一五年の改正に關して、立法資料全集の総索引の巻に「法文変遷表」という便利な表が作成されているが、この表も同様なことを記載している（松本ほか・立法資料全集一五巻二〇頁）。

しかし、このような見解には直ちに賛成できない。八四条は確かに管轄裁判所として第一審の裁判所を規定しているが、これは訴訟費用の額を確定するための手続規定であり、その管轄裁判所が第一審裁判所であると規定しているにすぎないからである。ところが旧一〇四条の場合は、額だけでなく訴訟費用の負担も判断する手続である。それゆえに八四条には負担を裁判する場合の基準を規定していないが、旧一〇四条は二項で裁判する場合の基準として、準用する条文を規定している。また「法文対照」や「法文変遷表」では旧一〇四条二項に相当する条文として、七二条二項、七四条、七七条等を挙げているが、これは旧一〇四条が、明治二三年の民訴法において散在していたこれらの規定をまとめて準用することにしたということを意味し、これが大正一五年の改正の眼目の一つであった。つまり八四条の場合は、訴訟費用の負担は既に決まっています、ここでは実質的な負担の裁判をしないことを前提にした手続である。これに対して旧一〇四条は額と負担を裁判する手続であり、したがって両者は手続の目的を異にしている、同一には論じられない。手続の目的が違い、裁判所が判断する場合の方法をも異にする以上、旧一〇四条は八四条の手続を改造したり、修正したと考えるよりも、新たに額と負担の裁判手続を創設したと考えるべきである（詳しくは三の4参照）。もっとも旧一〇四条の訴訟費用の額の確定手続の面だけを見ると、八四条と関係していることは確かであるが、しかしそれをもって、旧一〇四条の全部が八四条と関係すると思われるのは誤りであり、それでは旧一〇四条

が有する他の機能、すなわち負担の裁判という面を看過してしまうことになる。

このような私見を裏づけるように、明治三六年草案(いわゆる(旧)法典調査会草案)の先駆けとなった「民訴甲第一号(明治三三年九月一日配布)」という資料においては、旧一〇四条の基になったと思われる九八条について、参照条文として何も記載されていない(松本ほか・立法資料全集四三巻(資料三)二二一頁、法文は注(48)に挙げてある)。ところが八四条は、旧一〇〇条の基になったと思われる「民訴甲第一号」の一〇〇条において、参照条文として冒頭に挙げられている。すなわち「(参照)現八四、独一〇四、仏五四三」と記載されている(同書二二一頁)。参照の意味は参照したということなのか、比較せよということなのか不明であるが、案は現行法(明治三三年の民訴法)八四条、ドイツ法一〇四条、フランス法五四三条に関係し、これらを参考にしたという意味であろう。このことは、九八条は参照すべきものがなかったということの意味するが、明治三三年の民訴法の裁判によらない訴訟終了の場合の訴訟費用の負担についての処理方法を想起するならば、当然のことのように思う。すなわち明治三三年の民訴法は訴訟費用の負担者を法定し、負担者を決める裁判を経ることなしに、直ちに額の確定手続と接続するという裁判不要方式(負担者法定方式)であったから(詳しくは三の6参照)、明治三六年草案の一〇二条の先駆けになった「民訴甲第一号」の九八条の職権による裁判ということは、正に新たな制度の創設であった。

このことを補強する意味で、立法資料全集の中の関連資料に収められている「民訴法条対照」について付言しておく。これは明治三六年草案と現行法(明治三三年の民訴法)と各国の民訴法の法条を対照した一覧表であるが(注(68)参照)、草案一〇二条の現行法の欄は何も記載されていない(注(71)参照)。なお「民訴甲第一号」という資料であるが、明治三三年夏ごろ完成し、同年九月一日に法典調査会第二部の委員に配布され、以後の第二部民事訴訟法委員会の叩き台とされたものである(松本・成立一五頁)。ところで、この資料に先立つものとして「民事訴訟法修正案」があるが(松本ほか・立法資料全集四三巻(資料二)一三八頁、「民訴甲第一号」の一〇〇条に相当する九二条には、頭注として「現第八十四条」と記載されている。「民訴甲第一号」の後の資料である「民事訴訟法案(法典調査会第二部起草)」では、「民訴甲第一号」の一〇〇条に相当する一〇三条には頭注として「八四」と記載されているが、

旧一〇四条（「民訴甲第一号」では九八条）に相当する一〇一条には、何も記載されていない。これらのことから明らかに、八四条は旧一〇〇条に引き継がれたと考えるべきである。なお、「民訴甲第一号」九八条は注（48）、「民事訴訟法案（法典調査会第二部起草）」一〇一条は注（49）に掲載してある。「民事訴訟法修正案」については注（44）と（47）を参照。

このように「新旧法条対照」や「法文変遷表」と異なる見解が生じる事態は、要するに旧一〇四条は二つの系譜を持つて示すものである。すなわち負担の裁判に関する方は新たに創設されたものであり、額の確定に関する手続の方は明治二三年の民訴法の八四条に関係するというのである。したがって、「新旧法条対照」や「法文変遷表」に八四条が挙げられているが、それが参照条文や系譜条文のすべてという意味ではなく、八四条の前に空欄があると考えるべきである。そして現行法七三条は額の確定を書記官の仕事に委譲したことから明らかのように、額の裁判よりも負担の裁判の方が重要であるから、旧一〇四条の手続的な構造を考える場合は、額の確定手続よりも負担の裁判の面に注目すべきであると思う。私見と趣旨と思われる文献は、鈴木玄之助『新旧対照民事訴訟法』五〇頁（清水書店、一九二六年）である。著者は、「十数年の間民事訴訟法の改正の仕事に関係してゐた」（長島毅民事局長による序文四頁）人である。この本は旧一〇四条に対照する明治二三年の民訴法の条文としては、単に七二条二項、七四条、七七条を挙げて、八四条は挙げていない。八四条は、旧一〇〇条一項、二項の前身としている（四四頁、二六八頁）。

（15）「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第一二回（大正二一年四月二五日）」松本ほか・立法資料全集一二巻（資料五九〇）一六六頁以下。「ハ」は立法資料全集の編者の加筆。なお第一案・議案の九六条は注（74）に挙げてある。また松岡博士については松本・速記録六頁、岡野博士については同・四頁以下に、簡単な紹介がある。

（16）従来の学説は注（14）で紹介したように、松岡委員の発言は個人的な意見として理解し、立法者の意思とは把握していない。

（17）松岡義正『新民事訴訟法釈義第三巻』五二二頁（清水書店、一九三二年）。なお松岡博士は、「民事訴訟法の改正

の趣旨」法曹会雑誌八一巻一二号六七頁(一九三〇年)において、「新民事訴訟法実施に至るまでに新民事訴訟法小注釈を公にし其研究に資せんと図りしか中途にして大患に罹り目的を達することを得ざりしは寔に遺憾の極なり」と述べている。

(18) 旧一〇四条の成立過程を見てみると(三で詳論する)、裁判所という文言は当初からは全く変化はないが、議論により適任と思われる裁判所が自然と(意識されることなく)変化しように思う。すなわち、旧一〇四条は当初の案では裁判が職権でなされると規定されていたが、それを当事者の申立てによることに変更し、さらにその申立てについて時間的に制限をしないことになった。これに应じて、裁判するのに適任の裁判所が、終了時の裁判所から記録保存の裁判所に变化していったのではないか。このような認識に立つならば、一〇四条の規定する裁判所が立法の過程で内容的に変化したと考えることができる。

そもそも松岡博士の発言には審級の問題や訴訟記録の保存という視点が抜けてしまったが、委員の質問に即座に答えるためにいたしかたなかったように思う。しかし、そのようなことは実は技術的な問題であり、この問題について、当事者が終了の申立てと同時に(博士の言葉を借りれば付带的に)、費用負担の裁判を求める事例をとくに基本事例として考えたのは、この制度の本質をそのように理解していたからではないだろうか。ただ松岡博士は後年になって理念的な事例や理論的な視点ではなく、現実的な視点から第一審裁判所説の方が優れていると判断されて、注釈書ではこの説で執筆されたのではないかと推測する。注釈書では自らの見解の改説や終了時裁判所説への言及がないが、それはこのようなことを裏づけるものではないかと思う。発言当時と本執筆時は、実は方法論も異なっただろう。

(19) 旧一〇四条の管轄裁判所の問題について、訴訟が終了した時点で事件が係属していた裁判所であると説くのが判例であるが(大決昭和一四年五月三日民集一三巻五四二頁)、関心が薄いテーマであることもあって、学説でこの問題を論じているものは多くはない。学説をその説く内容によって分類すると次のようになるが、注(14)で指摘したような記述以外に、立法者意思に言及したものは一つもない。なお以下の文献一覧は、この問題についての代表的な文献をほぼ網羅したのではないかと思うが、若干の見落としがあるかもしれない。

判例と同様に終了時裁判所説を説くのは、次の通りである（公刊順）。中島弘道『日本民事訴訟法第一編』九九八頁以下（松華堂書店、一九三四年）、菊井・前掲注（14）民事手続法七頁以下（民法一五五頁以下、黒川・前掲注（14）一二七頁以下、上野金造ほか（裁判所書記官研修所研修員）『民事訴訟における訴訟費用の研究』七〇頁、四四一頁以下（最高裁判所事務総局・訟廷執務資料五号、一九五四年）、鈴木忠一「訴訟費用の裁判」民事訴訟講座第三卷九五頁（有斐閣、一九五五年）、杉原圭三「協定義」菊地農『民事訴訟における訴訟費用等の研究』（昭和四八年度書記官実務研究報告書二二巻二号）一四八頁（法曹会、一九七六年）、鈴木正裕ほか『注釈民事訴訟法』一六〇頁（井上治典）（有斐閣、一九八五年）、兼子一ほか『条解民事訴訟法』二七六頁（新堂幸司）（有斐閣、一九八六年）、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ（補訂版Ⅱ四版）』六四八頁以下（日本評論社、一九九三年）、上田徹一郎ほか編『注釈民事訴訟法（2）』四九九頁（東松文雄）（有斐閣、一九九二年）、斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法（3）』一〇四頁（桜田勝義）宮本聖司・小室直人（第一法規、一九九一年）、小室直人・賀集唱編『基本法コンメンタール・民事訴訟法Ⅰ（第四版）』一四六頁（福嶋登）（日本評論社、一九九二年）、谷口安平・井上正三編『新・判例コンメンタール民事訴訟法Ⅱ』五五頁（山内八郎）（三省堂、一九九三年）。なお兼子一編『判例民事訴訟法上巻』（酒井書店、一九六二年）は判例を肯定的に引用。

第一審裁判所説を説くのは、松岡・前掲注（17）五二頁、細野長良『民事訴訟法要義第五巻』一六〇頁（巖松堂、一九三七年）、吉川・前掲注（14）一四〇頁以下である。また司法省民事局編『新民事訴訟法に関する協議要旨類纂』法曹会雑誌八巻一二号二七七頁（一九三〇年）によると、昭和四年（一九二九年）九月二日の第一回新潟地方裁判所司法事務協議会の決議もこの立場である。これは管内の判検事及び弁護士との決議である（前掲書二四三頁。なお上野ほか・前掲四四三頁は新潟地裁決定と表記しているが誤りであろう）。ところで寺澤音一編『新民事訴訟法学説・判例総覧上巻』一一五九頁（法文社、一九三三年）は松岡・前掲書しか挙げていないが、この時点では他の体系書等でこの問題が議論されていないことを物語るように思う。

ところで判例であるが、上野ほか・前掲四四二頁以下は終了時裁判所説として前記大審院判例の他に、東京高裁昭

和二十六年(一九五一年)六月二七日決定と宇都宮地裁昭和二十六年四月二日決定を挙げ、原文を掲載して紹介している。ただし公刊されていない判例ということなのであろうか、掲載誌名は記載されていない。決定日時と内容からして、兩判例は審級の上下の関係があるのかもしれない。注目すべきことは、東京高裁決定は、第一審裁判所に提起された場合は管轄違いとして旧三一条(現一六条)一項が準用されるから、移送すべきであると説いているのに対して、宇都宮地裁決定は訴訟事件の移送の規定は準用されないとし、申立てを却下している点である。

なお第一審裁判所説と終了時裁判所説の対立の止揚を考えたと思われる説がある。前野順一『民事訴訟法論(第一編総則)』四一五頁(松華堂、一九三七年)は、次のように説く。「理論上第一〇〇条第一項に従はざるものとしたので……原則として此の裁判所〔訴訟完結当時係属せし裁判所〕が管轄裁判所たるべきものと解する。然しながら記録が受訴裁判所に存する場合に於ては之を特に事件完結当時の裁判所に送付するの必要と、負担を定める上に於て此の裁判所を便宜とする必要がないから明文なきも第一〇〇条第一項を設けたる精神に従ひ記録の存する裁判所管轄するものと解するを妥当とする」。また細野学説について、菊井・前掲注(14)民事手続法九頁民事法一二七頁は、上級審に記録がある間は上級審にも申立てができる。「ものの如く」とであると指摘する。これらによれば管轄裁判所は記録の存在する裁判所ということになるが、これでは管轄の有無が外部からは分かりづらいし、記録の移動中の場合は管轄権はどのように説明するのとも問題である。実質的な妥当性を志向している点は評価できるにしても、そもそも記録の利用の便宜だけで管轄裁判所を考える点で、この説には賛成できない。

(20) 松岡博士と同じく起草委員であった山内確三郎博士は、旧一〇四条二項について「是れは当然のことであるが、第九十五条及第九十六条及第九十七条の規定を準用しなかつたのは或は誤りであるとも云へる」と指摘している。さらに山内博士は、「第九十五条の準用を脱したのは法文の体裁から軽き非難を免れない。但し解釈上此の点に關して疑を生ずべくも考えられないから深く尤める必要はないが、立法事業は余程精細なる審査を遂げた場合に於ても此の種の粗漏を生ずることあることを当局に注意し度いと考へ茲に一言を費やす次第である」とも述べている(『民事訴訟法の改正』一九六頁、法律新報社、一九二九年)。なお付言すると、この山内博士の主張、すなわち旧一〇四条二項が

旧九五条等の準用を欠落したのは立法の過誤との見解に対しては、中島・前掲注(19)九九八頁注一は、「妥当ナラサル解釈ヲ生スル虞アリ」と批判している。なお山内博士については、松本・速記録六頁に簡単な紹介がある。

(21) 同趣旨を説くものとしては、中島・前掲注(19)九九八頁以下、鈴木忠・前掲注(19)九五二頁、菊井・前掲注(19)九九八頁、上田ほか・前掲注(19)四九九頁、齋藤ほか・前掲注(19)一〇四頁等がある。ただし菊井・前掲注(19)九九八頁は、積極的な理由として旧一〇四二項を挙げているのではなく、「理由にもなる」というようなやや消極的な姿勢が感じられる。

(22) この判例を研究した菊井・前掲注(14) 民事手続法一二頁(「判例民事法」一三〇頁以下)、黒川・前掲注(14) 三二頁以下は判旨の結論に賛成するが、この点で判例を批判する。同じく判例研究である吉川・前掲注(14) 一四二頁は判旨に反対であるが、この点が反対理由の一つである。近時の学説の状況であるが、杉原ほか・前掲注(19) 一四八頁、上田ほか・前掲注(19) 注釈民訴法(東松) 四九三頁等は、旧一〇三条は旧一〇〇条一項を準用していないが、管轄裁判所は第一審の裁判所であると説く。なお和解の場合の訴訟費用の裁判手続(旧一〇三条) が登場したのは、第一案・議案であり(松本ほか・立法資料全集(資料四七九) 一九〇頁)、その時は旧一〇〇条一項相当(第一審裁判所を管轄裁判所とする)の規定を準用していた(正確には旧一〇〇条相当の規定をすべて準用していた)。これを外したのは第五案になってからである(松本ほか・立法資料全集(資料五〇〇) 四一〇頁)。最終段階での修正であるから、立法技術的なことが理由のように思う。当然のことであるから、準用することもないということが旧一〇〇条一項を準用しない理由ではないかと推測する。あるいは旧一〇四条の後から登場したこともあって、旧一〇四条の立法形式に合わせたとも考えられる。

(23) この問題に関する代表的な学説の状況は注(19)においてほぼ網羅的に紹介したと思うが、それに基づき終了時裁判所説は通説であると判断した。これに対して通説ではなくて単に多数説にすぎないのではないかという意見があるかもしれない。しかし、戦後の文献では第一審裁判所説を説くものがないことに注目すべきである。また吉川博士を除いて、第一審裁判所説を説く松岡、細野の両博士とも反対の説に言及していないが、自説を主張する際に反対説

を意識したのか多少気になるところである。松岡博士については2で述べたように、反対説を容認すると解することは可能であるし、細野説は注(19)で述べたように、曖昧な点が指摘されている。そうすると、吉川博士のみが純粋な第一審裁判所説ということになるが、博士は訴訟が終了した上級審において、当事者が直ちに申立てをするような場合を考慮していない。

(24) 第一審裁判所説を説くのは、既に注(19)で紹介したように松岡、吉川、細野の三博士であるが、その根拠を詳論するのは吉川博士である(前掲注(14)一四二頁以下)。その説く内容は参事官室の見解と概ね同じであるが、反対説を批判して、裁判官の構成が変化しない場合でも「判事の記憶の減退することは自明である」とも述べている(一四三頁)。松岡博士の見解については2で紹介したことに尽きる。細野説は松岡説とほぼ同じであるが、問題点が指摘されていることについては、注(19)で紹介した。

(25) 通説の文献については注(19)において紹介し、終了時裁判所説が通説である理由は注(23)において説いたが、終了時裁判所説の根拠を理論的に詳論するのは、注(14)で紹介した菊井博士であり、博士の見解の中に通説の根拠はすべて挙げられている。以下に通説の根拠をまとめたが、博士の主張を新法の視点から多少の修正を施し、私なりの解釈でまとめたものである。なお訴訟費用の裁判の脱漏に関しては、大正一二年二月六日の第三六回民事訴訟法改正調査委員会で簡単に述べられている(「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第三六回(大正一二年二月六日)」松本ほか・立法資料全集一二巻(資料六一四)三七二頁)。

(26) 通説はこの一連の主張において、当事者が遅く申立てをしたために記録が第一審の裁判所で保管されていたとしても、記録を取り寄せれば済むことであるとして、終了時の裁判所が訴訟費用の裁判を担当したとしても特に問題がないことを明らかにしている(③)。第一審裁判所説が絶対的なものでないことを示す意味で、看過してはならない点であろう。なお立法は従前の判例・通説に拘束されることはないにしても、それと異なる立法をする場合には、判例・通説が支持された理由については十分検討し、判例・通説が提起した問題については、対案等を提示して解答する必要があるように思う。

(27) いわゆる検討事項の第九の二の 1 の (一) は、「訴訟費用の負担の裁判は、本案の裁判が確定し、又はこれに執行力が生じた後、申立てにより又は職権で、別途に行うものとするとの考え方」というものであった(法務省民事局参事官室『民事訴訟手続に関する検討事項』五一頁、一九九一年)。この提案は次の要綱試案では消えてしまったが、その提案の趣旨は、訴訟費用の負担を定めて判決書に記載するだけでも相当煩雑な作業を必要とする場合があることや、「実務では、訴訟費用の負担を定める裁判において額までは定めない扱いが採られているが、訴訟費用額確定決定の申立てがなされることは極めて少ないのが実情である」こと等を考慮したものであった(法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する検討事項補足説明』五〇頁、一九九一年。柳田幸三「始関正光」下田文男「小川秀樹」『民事訴訟手続に関する検討事項』の解説(4) NBL四九三号二二頁、一九九二年)。この趣旨説明のように、今回の訴訟費用の改正の基本は大幅な改正ではなく、現実を直視しそれを裁判する側の立場に立つて合理的なものにするというものであったように思う。なお引用した検討事項、補足説明は、法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続の検討課題—民事訴訟手続に関する検討事項とその補足説明』(別冊 NBL二三号、一九九一年)に収められており、それぞれの頁数は原本の頁数と同じである。

(28) 法務省民事局参事官室編『一問一答 新民事訴訟法』七三頁(商事法務研究会、一九九六年)、高中・前掲注(9)二二七頁。

(29) 制度が利用されていないことが問題であったが、「訴訟費用額の確定決定がほとんど用いらなかった要因として、その算定手続の煩雑さといった点も挙げられており、この点については今後の改正によっても何ら変わることはない」(畑・前掲注(9)一〇〇頁)。また「申立て手数料の低額化・定額化、弁護士費用の訴訟費用化が立法過程においては検討されていたが、結局今回民事訴訟法改正においては見送られた形」(同・一〇二頁以下)になり、今後の問題として残された。

(30) 判例の大決昭和十四年五月三日民集一三卷五四二頁の本文は、「原決定の取消し・原審への差戻し」であった。ということは原審が第一審裁判所説ということである。この原審の判断に対して、再抗告理由は終了時裁判所説に立

って、記録の所在を「一片の事務的理由」として非難した。

(31) 民事訴訟制度の目的について種々な見解が主張されて議論が錯綜しているが、私は紛争の法的解決説を發展させて、民事訴訟の目的は権利希求者を援助するものでなければならぬと考えている(『民事訴訟制度の目的について』という論文を一九九九年二月に、伊東乾先生喜寿記念論文集『現代法の理論と実践』に寄稿)。したがって裁判の妥当性や当事者の手続保障という価値は、民事訴訟法の他の価値に優先するものと考ええる。なおこのような理由から弁論主義については、その権利性を再確認すべきであると考えている(拙稿「弁論主義・試論」『民事紛争をめぐる法的諸問題』白川和雄先生古稀記念一四八頁以下、信山社、一九九九年)。

(32) 吉川・前掲注(14)一四四頁。なおこれに先立って吉川博士は、「一〇四条の場合には(裁判所が事情を知っているという)この妥当性は記録所在といふ便宜の要請にその地位を譲るべきである」(「」は筆者の加筆)とか、一〇四条の事例では、「訴訟完結直前の裁判所に訴訟費用の負担の裁判を為さしめる妥当性はよほど希薄となる反面において、前示便宜の要請は増大される」とも説いている(一四三頁)。

(33) 提案に至った理由の一端については、注(27)で述べた。詳しくはそこで引用されている文献参照。

(34) 柳田幸三「始関正光」小川秀樹『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要』五三頁(一九九三年)。これは法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正試案―試案とその補足説明、検討事項に対する各界意見の概要』別冊NBL二七号(一九九四年)に収められている。原典はNBL五二一号三五頁である。

(35) 紹介された反対意見の内容であるが、「反対意見の理由としては、①訴訟費用の負担およびその割合は、本案に対する判断と密接に関連するので、本案の裁判とは別に行なうものとする、訴訟費用の負担について、的確な判断がされなくなるおそれがある、②本案で勝訴した当事者にとって二度手間になり、現在よりもさらに訴訟費用額確定の申立が少なくなるおそれがある、③訴訟費用の負担の裁判をする裁判官が新たに記録を検討し直さなければならず、裁判所にとっても二度手間になる、④訴訟費用の負担の裁判は、裁判官にとってそれほど負担になるものではなく、改正の必要性に乏しいなどがあげられていた」とのことである(引用は注(34)に挙げた文献である)。これらの意見

をどのように考えるべきかは、今後の一つの課題のように思う。

(36) 通説の状況については、荒木・前掲注(1)二六四頁以下に適確にまとめられているが、通説を構成している文献は、荒木教授のこの論考を除いてすべて旧法時代のものである。したがって新法においてもその態度を維持されるかは不明であるが、荒木教授は今回の改正を承知したうえで、旧法下の通説を支持されるので、通説を構成する他の研究者も態度を変えることはないように思う。荒木教授はわざわざ訴訟終了宣言を認めるほどの結論を左右するものではないとして、今回の改正を重要なものとは考えていない。

(37) 池田辰夫教授は、訴訟終了宣言の問題について、「今次改正においてあまり議論さなかつた論点でもある」と述べているが(「学界回顧・民事訴訟法(一九九五年)」法律時報六七卷一三号一四七頁、一九九五年)、弁護士費用の訴訟費用への算入問題が先送りされたこともあって(注(29)参照)、立法過程でほとんど考慮されることはなかつたと推測する。

(38) もっとも場合によって処理方法を変えらるゝと、例えば、管轄裁判所をある時点の前後で区別したり、あるいは記録を保持している裁判所を管轄裁判所とすることも考えられるし、その方が妥当かもしれない。注(19)の最後に紹介した、前野順一判事の考え方や細野博士の考え方がこのような立場ではないかと思う。しかし注(19)でも述べたこともあるが、かような方法では管轄裁判所が画一的に決まらない点で妥当性を欠く。すなわち技巧的すぎるし、かような区別が常に妥当するかは疑問である。しかも記録の所在は外から見えないだけに、それで管轄を決めるのは問題である。またあるべき所在地と現実の所在地がずれた場合は、新たな問題が派生するから、立法としては無理である。旧一〇四条において当事者の申立てについて時間的な制限を設けなかつた理由も、このような判断からではないかと想像する。

(39) 荒木教授は、訴訟終了宣言という考え方をしなくとも訴訟終了宣言が提起した問題は解決できると主張され、根拠としてグルンスキー教授の論考を引用される(前掲注(1)二六五頁)。すなわち荒木教授は、「訴えの取下げにつき被告の同意が得られず、訴訟が続行され、請求棄却または訴え却下の判決を受ける場合も、原告は訴訟終了事由の

存在等を明らかにすることにより訴訟費用の負担を免れうるし、被告は、訴えの理由の有無、適否につき口頭弁論終結時を基準として既判力をもって確定される請求棄却または訴え却下の判決を求める権利を有している (Grunsky, Grenzen des Gleichlaufs von Hauptsache- und Kostenentscheidung, Festschrift für Schwab zum 70. Geburtstag, 1990, S. 165 参照)」と説くのである。

問題は、この手続はどのような根拠で、どのような原理で行われるのかということではないかと思う。通常の民事訴訟理論によれば、終了事由が発生した場合、それが主張・立証されれば、裁判所はその事由が理由に関係しているのであれば棄却、訴訟要件に関係しているのであれば却下の判断を下すべきであり、訴えの理由の有無、訴えの適否、終了事由の発生の経緯等については裁判する必要はないと思うからである。換言すれば、何を根拠に裁判所は判断をしなければならぬのであろうかという質問である。なおグルンスキー教授の論文について、賛成できないことは既に述べたところであるが (坂原正夫「訴訟終了宣言の近時の問題」民事訴訟雑誌三八号七六頁以下、一九九二年)、グルンスキー教授の論文については、近時、エル・ガヤール博士がエアランゲン大学法学叢書として刊行された博士論文の中で批判している (El-Gayar, Michael, Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers im Zivil-, Arb- und Verwaltungsgeschäftsprozess, 1998, S. 77f.; Erlanger juristische Abhandlungen, Bd. 47; Erlangen-Nürnberg, Univ., Diss., 1997)。エル・ガヤール博士はシュターネッカー博士の博士論文を引用して (Stahnecker, Thomas, Die einseitige Erledigungserklärung im Zivil-, und Verwaltungsprozess, 1994 S. 86; Tübingen, Univ., Diss., 1994)、「大要次のような批判を展開している。本案との関係を切断して訴訟費用だけで裁判するとなると、それだけで適切な訴訟費用の裁判ができるのだろうか。何を基準に裁判するのであろうか。基準は結局のところ訴訟物についての判断にならざるをえないのではなからうか。そうであるならば、グルンスキー教授が主張するような訴訟経済上のメリットはない。」

なおこの他にも訴訟終了宣言の導入に対する批判が種々なされているが、その内容とそれに対する反論は、既に注(2)で述べたところである。

(40) 終了時裁判所説を説く中島博士は、「裁判ノ申立ハ成ルヘク速カニ之ヲ為スヘク裁判所モ其〔記録〕ノ返送前当

事者ニ右申立ヲ為スヤ否ヤヲ問合ハスヲ可トス」と述べている(前掲注(19)九九九頁注一。(一)は筆者の加筆)。この点をとらえて、吉川博士は「自説から当然生ずべき不便を自認せられてゐる」と批判し、このような不便を避けるのが第一審裁判所説であると説いている(吉川・前掲注(14)一四四頁)。しかし、当事者は判決によらないで訴訟を終了させようとする場合には、訴訟費用のことも考えて終了させるべきであり、後になってから訴訟費用の裁判を申し立てるのは、当事者の方に問題があると言うべきではないかと思う。