

二〇〇一年行政事件訴訟法草案と訴訟終了宣言

坂 原 正 夫

一 はじめに

1 二〇〇一年行政事件訴訟法草案と訴訟終了宣言

2 本稿の考察の方法と目的

3 考察内容の限定

草案・法令名等の略号について

参考文献一覧と略称について

二 草案一六〇条二項について

1 用語と規定の仕方について

① 「解決」という条文見出し

② 「法的紛争」という用語

③ 「解決」という用語

④ 「法的紛争が本案につき解決されたとき」という要件

2 民事訴訟法との調整について

① 民法七三三との関係

② 民法六二二条等との関係

3 民事訴訟法の準用について

① 民事訴訟法の準用の問題点

② 準用する条文の当否

(a) 民法六一一条の除外

(b) 民法六七条

(c) 民法六八条

(d) 民法六九条・七〇条

三 草案八二条と提案理由における訴訟終了宣言について

1 草案八二条一項三号の問題点

2 草案八八条の提案理由の問題点

3 草案一五六条の提案理由の問題点

① 法的紛争の訴訟係属

② 訴訟終了宣言

③ 草案一六〇条二項の適用

四 おわりに

一 はじめに

1 二〇〇一年行政事件訴訟法草案と訴訟終了宣言

二一世紀の最初の年という記念すべき年の初めに、木村弘之亮教授は本誌の巻頭論文として「二〇〇一年行政事件訴訟法草案」を発表された（「二〇〇一年行政事件訴訟法の草案と概説」（二・二・完）本誌七四卷一号一頁以下、二号二九頁以下）。それは、「日本国民は『失われし権利の回復』を行政法の分野において強力に推進する必要がある」という理由からである（本誌七四卷一号一頁）。そして草案の内容を説明するために、「草案の提案理由」を発表して、草案の意味を詳細に明らかにされた（「二〇〇一年行政事件訴訟法草案の提案理由」（二・二・完）本誌七四卷四号二七頁以下、五号四三頁以下⁽¹⁾）。

自らの行政事件訴訟法草案と提案理由の公表に合わせて、木村教授は、一九五七年のドイツ行政裁判所法草案とその理由書（政府提案理由書）の翻訳を発表された。すなわち、木村弘之亮^{||}山本敬生訳「一九五七年ドイツ行政裁判所法草案—政府提案（BT-Dr 3/55 S.1）」であり（本誌七四卷二号七三頁以下）、木村弘之亮訳「一九五七年ドイツ行政裁判所法草案に係る政府提案理由書」である（本誌七四卷三号七三頁以下）。さらに教授は現行ドイツ行政裁判所法の翻訳をされた。すなわち木村弘之亮訳「一九九八年ドイツ行政裁判所法（BGBl. 1998 I S. 2600, 2608）」である（本誌七四卷六号一一九頁以下）。これらの翻訳は、「二〇〇一年行政事件訴訟法草案を作成する準備作業の一つとして」の役割を担ったようである（木村^{||}山本訳の「後記」の冒頭の言葉、本誌七四卷二号一七頁）。

木村教授のエネルギーシユな活動には、ただただ驚くばかりである。この目を見張るような研究活動の原動力は、教授が「国民は、憲法を具現化する行政法を理論構築し、憲法上保障された基本権及び各種の権利を行政法

のレベルにおいても享受し、従って行政事件訴訟法上もその権利保護を請求しえてしかるべきであろう」(本誌七四卷二号三頁)と考えたことに起因するように思う。そのような情熱から、教授はこの草案に種々な提言や新しい工夫を施している。すなわち、この草案は「このような目的を実現しうる道具となりうるよう、様々な制度を装備している」(本誌七四卷一号三頁)のである。様々な制度の例として、具体的には一二項目を挙げられた(注(1)で紹介した本の「はしがき」では一一項目)。しかし、そこに挙げられていないものの、この草案が一六〇条二項において、「訴訟終了宣言」について規定したことは、大変興味深いことであるし、今後の民事訴訟法のあるべき姿を考えるうえでも重要なことである。私は民事訴訟法の分野ではあるが、通説に抗して長い間、日本の民事訴訟法において訴訟終了宣言を導入すべきであると主張してきた。そこで民事訴訟法草案ではなく行政事件訴訟法草案であることは残念ではあるが、日本において草案という形であれ、訴訟終了宣言の制度が取り込まれたということは、長年、孤立無援の戦いをしてきた者にとって、主張が認知されたという意味で、誠に慶賀すべきことである。正に心強い味方の出現である⁽²⁾。

しかしながら残念なことに、草案一六〇条二項は木村教授が私見に共鳴したことによって作成されたものではない。教授が草案の中に訴訟終了宣言の規定を設けたのは、ドイツ行政裁判所法の訴訟終了宣言に関する規定を評価されたからである。二で述べることであるが、この点について、すなわち、草案が訴訟終了宣言の制度を導入したことについては、教授は何らの説明をしていない。このことと、前述の教授の強調した項目の中に訴訟終了宣言の制度が挙げられていないことを併せて考えると、教授は訴訟終了宣言の制度をそれほど重要視しなかったのではないかと思う。しかし、訴訟終了宣言の制度の導入は、当事者のインシアチブによって訴訟を終了させる行為を新たに設けるものであり、結果的には違法な行政処分を当事者によって確認する手段を増やすものである⁽³⁾。正に訴訟法において当事者の権限を強化・拡張するものであると評価しなければならないと思う。そのよ

うなことから、訴訟終了宣言を規定している草案一六〇条二項に注目する必要がある。

2 本稿の考察の方法と目的

訴訟終了宣言の制度が草案に取り込まれたことは大変に喜ばしいことではあるが、行政事件訴訟法（行政訴訟法）における訴訟終了宣言の制度を研究していない者にとつては、それに関する提案理由の説明がないこともあって、草案が描いている訴訟終了宣言の内容には分かりづらく、理解しにくい点も少なくない。そのようなことから、提案のような規定で果たして訴訟終了宣言の制度が十分効果を発揮するのかという危惧の念を払拭することができない。そこで先ず、草案一六〇条二項の規定の仕方や内容について、私なりに疑問をまとめてみようと思う（二）。次に、他の条文や提案理由における訴訟終了宣言の記述についても、検討してみようと思う（三）。前述のように木村教授は、草案が一六〇条二項において訴訟終了宣言について規定したことに關しては何らの説明はしていないが、提案理由の他の箇所においては断片的に語っている。したがって、それによって教授の訴訟終了宣言についての考えを推測することができからである。

本稿の目的は、このような作業によって草案が規定する訴訟終了宣言の制度の問題点を明らかにするとともに、同時に草案に触発されて、それに導かれて、自らの訴訟終了宣言についての見解や研究を検証してみようということにある。この点に關して、草案の枝葉末節な点をとらえて草案を批判し、聖域なき改革を目指す木村教授の努力や熱意に水をさすものであるとの非難があるかもしれない。確かに、草案の訴訟終了宣言についての疑問や批判は、私の誤解、誤読、杞憂に基づくものであるかもしれない。しかし、そうであったとしても、草案にとつて決してマイナスということにはならないと思う。疑問点を払拭して私の批判を退けるならば、草案の訴訟終了宣言の制度はより確固たる地位を得ることになると思うからである。実験によって妥当性が論証できない以上、

検討と批判を通じて論証や理論の発展が行われなければならない。あるいは多少とも私の意見に正しいものがあれば、それは今後の行政事件訴訟法の立法に際して参考にすればよいことである。このようなことから、いずれにしても本稿の考察は、草案にとっても、私自身の訴訟終了宣言の研究にとっても無駄なことではないと信じる。批判や討論を通じて学問は発展するからである。

3 考察内容の限定

考察に先立ち、若干の説明とお断わりをしておく。第一は、草案一六〇条二項と訴訟終了宣言の関係である。ここまでの記述において、草案一六〇条二項を訴訟終了宣言の制度と述べたが、草案の条文の見出しにおいてもまた提案理由においても、実は木村教授はそのようなことは一切述べていない。それにもかかわらず、本稿で訴訟終了宣言の制度と表示するのは、次のような理由に基づく。二の冒頭で述べることであるが、草案一六〇条はドイツの行政裁判所法一六一一条に酷似しているから、それに基づいていることは確かである。この規定や制度は日本語でどのように表現されているかという点、「本案の解決」、「本案の終了宣言」、「本案終了の表示」等⁽⁴⁾がある。これに対して、本稿で訴訟終了宣言と表示するのは、この規定はドイツ民事訴訟法九一条aに由来し（条文の内容は二の1の④に掲載）、制度のルーツは民事訴訟法であるから、民事訴訟法での表記を優先すべきである⁽⁵⁾と考えるからである。日本の民事訴訟法学では、例えば『民事訴訟法の争点』（ジュリスト増刊）では初版から最近の三版まで「訴訟終了宣言」が用いられているので、この用語が一般的ではないかと思う。

第二は、本稿はあくまでもドイツ民事訴訟法九一条aの研究を基に、日本民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の導入を提唱してきた者から見た行政事件訴訟法における訴訟終了宣言についての考察である。行政事件訴訟法について研究をしたことのない、いわば門外漢の私がこのような論文を発表するのは、訴訟終了宣言の制度

の有する特異性である。すなわち草案一七一条は特別な規定がない場合に民事訴訟法を準用すべきことを定めているが、それを根拠に行政事件訴訟法について発言するのではない。既に述べたように、ドイツ行政裁判所法の訴訟終了宣言はドイツ民事訴訟法に由来するという事情がある。この点は草案理由書が明言するところである。⁽⁷⁾

この点を根拠に、ドイツでも行政裁判所法の訴訟終了宣言はドイツの民事訴訟法の議論の影響を強く受けていて、民事訴訟法と行政裁判所法とは条文の文言に大きな違いがあるにもかかわらず、目的が同じであるとして両者は同じように一般に議論されている。⁽⁸⁾つまり、専門が分化されて、それぞれの理論が精緻されている今日の学問状況において、訴訟終了宣言についてはどのような法分野であれ、民事訴訟法学者の出番の余地が、多少とも留意されている。確かに日頃全く研究していない領域について論文を発表することは、研究者としては無責任で不謹慎な態度であり、学問に対する冒瀆かもしれない。しかし、ドイツ民事訴訟法の訴訟終了宣言について長い間研究してきた者としては、行政事件訴訟法という日頃研究していない分野であっても、従前のドイツ民事訴訟法九一条aについての研究の成果に基づいて積極的に発言する資格があるように思うし、学問の発展を考えると発言する必要があるように思う。なお付言するが、ドイツ民事訴訟法の訴訟終了宣言の制度が、ドイツにおいて民事訴訟法以外の訴訟法や手続法にいかにも伝播していったか、オーストリア、スイスにどのように影響を与えたかについては、かつて述べたことがある。⁽⁹⁾

第三は、本稿で利用する行政事件訴訟法についての文献である。ドイツ民事訴訟法九一条aについては、最新のドイツ語の文献(オーストリア、スイスを含む)や日本語の文献は、できる限り目を通して内容を把握し、自らの尺度で評価を下すことを常に心掛けているが、行政法や行政事件訴訟法についてはほとんど目にすることなく、全くの素人といってよい。それではどのようにして文献を選択したのかというと、慶應義塾大学の図書館と最高裁判所の図書館の開架式の書庫に行って、そこで本稿に利用できそうな文献を選んだのである。したがって、ど

のような本が配置されているか不明であるし、配置されていた本でも、その時に誰かが利用していてその場所になければ、見ることはできなかったということである。これでは文献の選択としては不十分であるというより、不適切であることは十分承知している。しかし、本稿は行政事件訴訟法における訴訟終了宣言について論じるものではなく、木村教授の草案の訴訟終了宣言について問題提起するものであり、問題提起を補強する意味で日本とドイツの行政事件訴訟法関係の文献を引用するので、文献が完璧でなくとも、許されるのではないかと思う。また「二〇〇一年行政事件訴訟法草案」に対する問題提起である以上、二〇〇一年中に行うべきであると思つた。そこで本稿での文献引用に完全性を求めるよりも早急に発言することの方が重要であると考え、本稿執筆をすべのの仕事に優先させた。本稿で利用した文献を整理すると、次のようにまとめることができる。

草案・法令名等の略号について

草案 木村教授の「二〇〇一年行政事件訴訟法草案」

提案理由 木村教授の「二〇〇一年行政事件訴訟法草案の提案理由」

行訴法 日本の行政事件訴訟法

民訴法 日本の民事訴訟法

ドイツ行裁法 ドイツの行政裁判所法（VWGGO）

ドイツ民訴法 ドイツの民事訴訟法（ZPO）

参考文献一覧と略称について

本稿の執筆に際して参考にした主な文献を事項別に分類したものである。本稿の主眼は行政訴訟における訴訟終了宣言の問題であるので、Bの「ドイツ行政裁判所法に関する日本語の文献」には、ドイツ行裁法に関する一般的な文献の

他に、ドイツ行裁法における訴訟終了宣言についての文献が含まれている。また日本の訴訟終了宣言に関する文献は私の論考だけであり、これ以外の文献は、必要に応じてそれぞれの注において引用した。私の論文を特別扱いしているようであるが、訴訟終了宣言に関する日本語の論文となると、私の論文一覧とかなり重複するという事情がある(注(2)に石渡教授と荒木教授の「訴訟終了宣言」に関する論考を挙げたが、それぞれの参考文献欄を参照)。

これらの文献を引用する場合は、個々の文献の末尾の()の内のゴチックで表記した略称を使用する。共著等で執筆者が分かるものは、略称の後に「」を使用して、執筆者を表記した。

A 木村弘之亮教授の業績一覧

論 説

①木村弘之亮「二〇〇一年行政事件訴訟法の草案と概説(一)(二・完)」本誌七四卷一号一頁以下、二号二九頁以下(二〇〇一年)〔草案〕

②木村弘之亮「二〇〇一年行政事件訴訟法草案の提案理由(一)(二・完)」本誌七四卷四号二七頁以下、五号四三頁以下(二〇〇一年)〔提案理由〕

資 料

①木村弘之亮⇨山本敬生訳「一九五七年ドイツ行政裁判所法草案—政府提案(BT-Dr 3/55 S. 1)」本誌七四卷二七号三頁以下(二〇〇一年)〔木村⇨山本・草案訳〕

②木村弘之亮訳「一九五七年ドイツ行政裁判所法草案に係る政府提案理由書」本誌七四卷三三三頁以下(二〇〇一年)〔木村・理由書訳〕

③木村弘之亮訳「一九九八年ドイツ行政裁判所法(BGBI. 1998 I S. 2600, 2608)」本誌七四卷六号一一九頁以下(二〇〇一年)〔木村・行裁法訳〕

単行本

『二〇〇一年行政事件訴訟法草案』(信山社、二〇〇一年)〔単行本〕

B ドイツ行政裁判所法に関する日本語の文献（著者名の五十音順）

最高裁判所事務総局行政局『ドイツ連邦共和国行政裁判所法草案』（行政裁判資料二〇号、一九五六年）〔五三年草案〕

高根義三郎「不適法宣言」同『行政訴訟の研究』一四一頁以下（一粒社、一九五七年）〔高根〕

松本博之「本案終了の表示（Erledigungserklärung in der Hauptsache）について」法学雑誌一九卷二号一〇二頁以下（一九七二年）〔松本・本案〕

松本博之「行政処分取消訴訟における取消対象の消滅と訴えの利益」法学雑誌一九卷三・四号二二九頁以下（一九七三年）〔松本・取消〕

南博方訳「西ドイツ行政裁判所法」南博方編『注釈行政事件訴訟法』四〇六頁以下（有斐閣、一九七二年）〔南・訳〕

南博方⇨高橋滋共訳「西ドイツ行政裁判所法」南博方編『条解行政事件訴訟法』一〇〇〇頁以下（弘文堂、一九八七年）〔南⇨高橋・訳〕

宮田三郎「ドイツ行政裁判所法」同著『行政訴訟法』三二〇頁以下（信山社、一九九八年）〔宮田・訳〕

八木良一⇨福井章代『ドイツにおける行政裁判制度の研究』（⇨司法研究報告書五一輯一号、法曹会、二〇〇〇年）〔八木⇨福井〕

C ドイツ行政裁判所法に関するドイツの文献（著者名のアルファベット順）

El-Gayar, Michael, Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsgerichtsprozeß, 1998 [El-Gayar]

Eyermann, Erich / Fröhler, Ludwig, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 11. Aufl., 2000 [Eyermann]

Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., 2000 [Hufen]

Kopp, Ferdinand O. / Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 12. Aufl., 2000 [Kopp/Schenke]

- Redeker, Konrad / von Oertzen, Hans-Joachim / Redeker, Martin, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 12. Aufl., 1997 [Redeker/v. Oertzen]
- Schmitt Glaeser, Walter / Horn, Hans-Detlef, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl., 2000 [Schmitt Glaeser/Horn]
- Schoch, Friedrich/Schmidt-Abmann, Eberhard/Pietzner, Rainer, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stand Mai 1997 [Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner]
- D 日本の行政事件訴訟法に関する文献 (著者・編者名の五十音順)
 行政事件訴訟実務研究会『行政事件訴訟の実務』(三協法規出版、一九九七年)〔研究会〕
 園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』(有斐閣、一九八九年)〔注解行訴訟法〕
 高根義三郎『行政訴訟の研究』(一粒社、一九五七年)〔高根〕
 竹田讓『訴訟費用の裁判』渡部吉隆ほか編『行政事件訴訟法大系』(西神田編集室、一九八五年)〔竹田〕
 中込秀樹Ⅱ市村陽典Ⅱ綿引万里子Ⅱ深山卓也『行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』司法研究報告書四五輯
 二号(司法研修所、一九九五年)〔実務研究〕
 南博方編『注釈行政事件訴訟法』(有斐閣、一九七二年)〔注釈行訴訟法〕
 南博方編『条解行政事件訴訟法』(弘文堂、一九八七年)〔条解行訴訟法〕
 宮田三郎『行政訴訟法』(信山社、一九九八年)〔宮田〕
 渡部吉隆著(園部逸夫補訂)『行政訴訟の法理論』(一粒社、一九九八年)〔渡部〕
 渡部吉隆著Ⅱ園部逸夫編『行政事件訴訟法体系』(西神田編集室、一九八五年)〔渡部ほか編・体系〕
- E 訴訟終了宣言に関する私の研究成果一覧(発表順)
- 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 「西ドイツ民訴法九一条aの両当事者による訴訟終了宣言について」本誌五〇巻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」三ヶ月章ほか編『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 「西ドイツ民訴法における一当事者による訴訟終了宣言について」本誌五五巻七号一頁以下（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」本誌六一巻一〇号一頁以下（一九八八年）〔訴訟係属〕
- ⑦ 「判例研究（最大判昭和二八年一月二三日民集七巻一三号一五六一頁）」本誌六四巻六号一四一頁以下（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||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」本誌六九巻二号八三頁以下（一九九六年）〔判例〕
- ⑫ 「オーストリア民訴法とスイス民訴法における訴訟終了宣言について」鈴木重勝ほか三名編『民事訴訟法学の新たな展開』中村英郎教授古稀祝賀記念論文集上巻六三九頁以下（成文堂、一九九六年）〔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〕

(1) 木村教授は本誌に掲載された「二〇〇一年行政事件訴訟法の草案と概説」と「草案の提案理由」等をまとめて、『二〇〇一年行政事件訴訟法草案』（信山社、二〇〇一年）という著作を刊行された。このような場合は「草案」や「提案理由」を引用する場合、一般には本の方を使用するように思う。それは、雑誌掲載後に判明した誤植や不適切な表現について修正が施されたものが、本として出版されるからである。すなわち本の方が内容的に新しいし、より正確であるからである。

ところが、「草案」に関して、本誌七四巻五号一一五頁以下に「表現と用語」の補正が掲載された。内容的にもかなり大胆な補正であり、量的にも三九箇所に及ぶものであるが、この補正は本では三分の一度しかなされていない。本誌に補正が掲載される前に本が刊行されたようであり、補正されただけ本誌の方が内容的に新しいように思えるのである。このようなわけで、本稿では本誌の方を使用する。ただし、前記の「表現と用語」の補正の一覧には挙げられていないが、本誌と本とで記述が異なる箇所があり、その場合は、本誌だけの引用では不十分なので、本の方も引用した。

なお草案が補正されれば、提案理由の記述もそれに合わせて補正されるべきであると思うが、それは現時点では完全にはなされていないように思う。そもそも提案理由そのものに関する補正は本誌ではなされていないが、本誌と本とで提案理由の記述が一致しない箇所がある。これは本で本誌の提案理由の記述を補正するという意味かもしれない。そうであるならば、前記の引用についての趣旨からすると、草案については本誌を、提案理由については本を引用すべきかもしれない。しかし、本稿執筆に際して参照したものの大部分には違いがないので、提案理由も草案と同様に本誌の方を使用する。そうでないと、本稿の読者に本稿自体が統一がとれていないような印象を与えるし、読者も本誌以外に本も用意しなければならず、煩瑣である。本誌と本の記述の違いは個別に指摘し、それぞれについて私見を述べることにする。

(2) 訴訟終了宣言に関する私の研究成果は、後掲の「参考文献一覧と略称について」の参考文献Eに発表順にまとめられている。訴訟終了宣言に関する私見の評価については、『民事訴訟法の争点』（ジュリスト増刊）で知ることができる。すなわち、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（一九八八年）、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（一九九八年）であるが、いず

れも私見に批判的である。なお『民事訴訟法の争点』の初版（三月月章ほか編、一九七九年）の「訴訟終了宣言」は、私が執筆した（参考文献Eの③）。

(3) 訴訟終了宣言について具体的な事例をもって説明する必要があるが、ドイツの民事訴訟法の判例については、後掲の参考文献Eの⑤（ドイツ判例）や⑥（訴訟係属）において、日本の民事訴訟法の判例については⑦（判研）や⑩（判例）において、それぞれ述べたことがあるのでそれらに譲り、ここでは省略する。なお⑦は行政訴訟に関係するものである。これはメーデーのための皇居外苑使用申請拒否処分取消しを求める有名な最高裁の判例（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）を取り上げ、訴訟終了宣言の観点から論じたものである。この判例では使用を求めた五月一日以降の訴訟の訴えの利益の有無が問題となり、最高裁大法廷は訴えの利益は消滅したと判断した。行政訴訟ではこの事件のように、処分後の事情の変化が訴えの利益に影響を与える場合が少なくない。そのため処分後の事情の変化と訴訟に関する判例の数は多いし、学説上大いに議論のあるところである（後掲の参考文献Dの略称で表記するが、例えば注釈行訴法「小高剛」一一七頁以下、条解行訴法「前田順司」四〇九頁以下、注釈行訴法「泉徳治」一七五頁以下、実務研究一一二頁以下、渡部一五三頁以下等）。この問題は一般に違法確認訴訟として議論されるが（前記文献に加えて、例えば高根一四一頁以下、参考文献Bの松本・取消二二九頁以下等）、訴訟の続行か判決による訴訟の終了かという二者択一ではなく、判決による訴訟の終了以外に原告の主張を認めるような形での訴訟の終了方法が考えられるべきである。それは一方では無用な訴訟を無くすことになるし、他方では原告は実質的な救済や利益を得ることができると思うからである。このようなことは訴訟終了宣言によって達成されるのではないかと思う。

(4) 「本案の解決」は宮田教授の訳である（後掲書（参考文献B）宮田・訳三七一頁）。「本案の終了宣言」は八木判事と福井判事補の訳である（後掲書（参考文献B）八木・福井二六三頁以下）。「本案終了の表示」は松本教授の訳である（後掲書（参考文献B）松本・本案一〇二頁以下）。「本案の解決」はErlösung der Hauptsacheの直訳であり、「本案の終了宣言」や「本案終了の表示」は内容を考えた訳のように思う。

なおドイツ行政裁判所法一六一条二項は一九五七年草案一五八条に由来するが、その草案一五八条の翻訳に、木村教授は「本案の解決」という見出しを付けている（本誌七四卷二号一二頁、三号一二五頁）。しかし、ドイツ行政

裁判所法一六一条二項の翻訳の見出しは「解決」か(本誌七四卷六号一七〇頁。本文での表記)、あるいは「事件の解決」である(二二三頁。目次での表記)。つまり、教授は用語を統一していない。

(5) 『民事訴訟法の争点』の「訴訟終了宣言」については、前注(2)で述べた。

(6) 二〇〇一年行政事件訴訟法草案第一七一条は次のようなものである(本誌七四卷二七二頁)。なお提案理由は掲載されていない(本誌七四卷五号一一五頁)。

第一七一条(民事訴訟法及び裁判所法の準用)

この法律が手続に関する規定を定め、かつ、民事訴訟手続と行政訴訟手続の性質が基本的に相違するため準用を禁じる場合を除いて、裁判所法、民事訴訟法、民事執行法、民事訴訟費用等に関する法律及び民事保全法並びに民事訴訟規則の規定を準用しなければならない。

(7) 現行ドイツ行政裁判所法一六一条二項は一九五七年草案一五八条に由来すると前注(4)で述べたが、一九五七年草案一五八条の理由書は民事訴訟法九一条aを取り入れたと明言している。一九五七年草案一五八条については、木村山本訳があり(本誌七四卷二二二頁)、その立法理由は木村訳がある(本誌七四卷三二二五頁)。なお一九五七年草案一五八条は一九五三年草案一五八条であり、両者の間に変更はない。一九五三年草案については最高裁判所事務総局行政局の翻訳があり、訴訟終了宣言に関する一五八条とその立法理由が翻訳されている(条文は後掲書〔参考文献B〕五三年草案七一頁、立法理由は同一六二頁)。ドイツ行政裁判所法における訴訟終了宣言の草案段階からの変遷の経緯については、坂原・後掲書〔参考文献Eの①〕生成二二六二頁以下参照。

(8) 後掲の参考文献Cの El-Gayar, S. 25ff. この本はエアランゲン大学の法学叢書として刊行されただけあって、質量とも優れた博士論文である。この本のように、民事訴訟法だけでなく行政裁判所法等の他の訴訟法の訴訟終了宣言についても一緒に論じることは、ドイツの博士論文では決して珍しいことではない。例えば、Stahnecker の博士論文(坂原・後掲書〔参考文献Eの③〕沿革八号四三頁注39参照)。

なお本稿を執筆するに際して利用したドイツの文献は、後掲の参考文献Cにまとめてある。例えば、Hufen, S. 612ff. や Schmitt Glaeser/Horn S. 299ff. を読んだが、前者は典型的な終了事由をまとめたうえで本文の内容について述べているので、制度の概要を知るには便利である。後者は判例・学説の内容を簡潔にまとめているので、問題

に対する議論の概要を簡単に知ることができる。これらから分かったことは、大枠について言えば、民事訴訟法の訴訟終了宣言の議論と大差ないということである。すなわち、訴訟終了宣言を双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言に区別して、それぞれ要件や法的性質が論じられている。訴訟終了宣言の問題については、民事訴訟法の訴訟終了宣言の議論が原則として通用する。このことはドイツ行政裁判所法の注釈書の訴訟終了宣言に関する文献一覧を見て、民事訴訟法の訴訟終了宣言の文献がかなり挙げられていることから明らかである。例えば、Kopp/Schenke, S. 1622 & Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner [Clausung], § 161 S. 1 等参照。

(9) ドイツ民事訴訟法の訴訟終了宣言が、ドイツの他の訴訟法や手続法へいかに伝播したかについては、坂原・後掲書(参考文献Eの①)生成二号六二頁以下。民事訴訟法ではあるが、オーストリアやスイスにおける訴訟終了宣言のドイツ法の影響については、坂原・後掲書(参考文献Eの①)生成三号九六頁以下、坂原・後掲書(参考文献Eの②)ドイツ法系六三九頁以下参照。

二 草案一六〇条二項について

草案一六〇条はドイツ行裁判法一六一条を参照したものと思われる。法文の構造と内容が酷似しているからである。しかし、草案がドイツ行裁判法に依拠していることについては、草案の概説(草案一号一頁以下)や提案理由の総論の部分(提案理由四号二七頁以下)では述べられていない。また概説や提案理由の説明においても文献の引用は一切ないので、依拠したものについては推測せざるをえない。この点に関しては、木村教授は単行本では、「本草案は、一九九八年ドイツ行政裁判所法を参照して、日本の問題状況を抜本的に解決し得るようにさらに工夫を加えている。聖域は設けられていない。同時に、裁判の実行可能性をも重視している」(単行本の「はしがき」xvii頁)と述べている。また教授はドイツ行裁判法の一九五七年草案の翻訳の後記において、一九五七年草案とその理由書の翻訳は、「二〇〇一年行政事件訴訟法草案を作成する準備作業の一つ」(木村・山本・草案訳一一七

頁)であると述べている。また現行ドイツ行裁法の翻訳の「後記」においても、教授は次のように述べている。「日本で行政事件訴訟法が多くの批判を向けられている諸問題のうち、重要な項目は、すでにドイツ行政裁判所法において解決済みであり、極めて比較検討するに値する。欧州連合の構成諸国のうちドイツ行政裁判所法が、もっともその国民の権利保護に役立っているとの、定評がある。拙稿『二〇〇一年行政事件訴訟法草案』(法学研究七四巻一号、二号)は、日本での問題解決を図るに当たり、右の行政裁判所法を大いに参考としている」(木村・行裁法訳一七三頁以下)。

このようなことから、前記の私の推測は誤りではないと思う。このような認識のもとに、以下では草案一六〇条二項を分析、検討してみよう。なお、学術雑誌に「資料」ではなく「論説」として発表する場合、たとえ草案や提案理由であっても私見を述べる以上、読者が推測という作業をしないで済むように、読者のことを考慮して依拠した条文や参考文献を表示し、さらに可能ならばそれらとの違いを明らかにしてほしかったと思う。草案一六〇条とその提案理由は、次のとおりである。

草案第一六〇条〔費用裁判・解決・不作為の訴え〕(草案二号六七頁以下)

① 裁判所は、判決において、又は手続がその他の方法により完結したときは決定で、費用について裁判をしなければならない。

② 法的紛争が本案につき解決されたときは、裁判所は、第一一条第一項第四文の場合を除くほか、決定で、費用について、衡平な裁量により、裁判をする。従前の事実状態及び紛争状態を斟酌しなければならない。この場合に、民事訴訟法第六二条から第七〇条までの規定を準用する。

③ 第六八条の場合において、原告が訴えの提起前に被告の決定を期待できたときは、費用は常に被告の負担に帰する。草案第一六〇条〔費用裁判・解決・不作為の訴え〕の提案理由(提案理由五号一〇六頁以下)

第一六一条第一項は、係属中の独立の手続を終結する裁判所の基本的な裁判(判決、決定)について、次のことを定めている。すなわち、裁判所は職権により同時に費用および場合によっては訴訟代理人の裁判外の費用(第一六一条第三項)を裁判しなければならぬ。「」は、単行本二三三頁に合わせて筆者加筆。

この条文は、判決により終結する手続のほかに、例えば、第七二条第五項、第一二二条、第九六条第二項または第三八条、第三九条による独立の決定手続にも適用される。また、原則として係属中の事件に関する決定手続にも適用される。さらには、原則として係属中の事件に関する終局裁判のない手続、例えば訴えの取下げ(第八八条第二項)による手続の終了の場合にも、この条文は適用される。控訴の取下(第一二六条第二項)または上告(第一四一条第二項)の取下げ、双方による解決宣言(第一六〇条第二項)にも第一六〇条第一項は適用される。これに対して、この条文は、和解による手続の終結には原則として適用されない。

参考までに、ドイツ行裁法一六一条とその日本語訳も掲げる。

ドイツ行裁法第一六一条

§ 161 VwGO

- (1) Das Gericht hat im Urteil oder, wenn das Verfahren in anderer Weise beendet worden ist, durch Beschluß über die Kosten zu entscheiden.
- (2) Ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, so entscheidet das Gericht außer in den Fällen des § 113 Abs.1 Satz 4 nach billigem Ermessen über die Kosten des Verfahrens durch Beschluß; der bisherige Sach- und Streitstand ist zu berücksichtigen.
- (3) In den Fällen des § 75 fallen die Kosten stets dem Beklagten zur Last, wenn der Kläger mit seiner Bescheidung vor Klageerhebung rechnen durfte.

木村教授の訳 (木村・行裁法訳一七〇頁)

ドイツ行裁法第一六一条 (費用裁判・解決・不作為の訴え)

① 裁判所は、判決において、又は手続がその他の方法で終結したときは決定で、費用について裁判をしなければならぬ。

② 法的紛争の本案が解決されたときは、裁判所は、第一一三条第一項第四文の場合を除くほか、衡平な裁量により、決定で、手続の費用について裁判をする。従前の事実状態及び紛争状態を斟酌しなければならない。

③ 第七条の場合において、原告が訴えの提起前に被告の決断を期待することができたであろうときは、費用は常に被告の負担に帰する。

〔南教授の訳 (南・訳四三二頁)、南教授と高橋教授の訳 (南Ⅱ高橋・訳一〇二六頁。南訳と基本的には同じであるが、違いは「」で表記した)〕

ドイツ行裁法第一六一条 (費用裁判・本案の解決)

① 裁判所は、判決において、または手続がその他の方法で終了したときは決定で、費用につき「」裁判をしなければならぬ。

② 訴訟の本案が解決されたときは、裁判所は、第一一三条第一項第四段の場合を除くほか、決定で、手続の費用につき「」公正な裁量により「」裁判をする。従前の事実状態および訴訟状態を参酌しなければならない。

③ 第七条の場合において、原告が訴えの提起前に被告の決定を期待することができるときは、費用はつねに「常に」被告の負担に帰する。

宮田教授の訳 (宮田・訳三七一頁)

ドイツ行裁法第一六一条 (費用裁判、本案の解決)

① 裁判所は、判決において、または手続がその他の方法で終了したときは、決定により費用につき、裁判をしなければならぬ。

② 訴訟の本案が解決されたときは、裁判所は、第一一三条第一項第四段の場合を除くほか、決定により、手続の費用につき、公正な裁量により、裁判をする。従前の事実状態および訴訟状態を考慮しなければならない。

③ 第七五条の場合において、原告が訴えの提起前に被告の決定を期待することができるときは、費用は常に被告の負担となる。

1 用語と規定の仕方について

草案一六〇条二項は草案の他の条項と同様に、具体的な法文であり、規定すべき法の内容や要綱を述べたものではない。そこで規範の内容を考える前に、法文として草案の表現が適切であるか否かが、先ず検討されなければならぬ。

① 「解決」という条文見出し

草案一六〇条の条文見出しは、「費用裁判・解決・不作為の訴え」である。木村教授のドイツ行裁法一六一条の翻訳の見出しは「費用裁判・解決・不作為の訴え」であり、それを草案一六〇条そのまま引き継いでいる。ところがドイツ行裁法一六一条の見出しは、従来の訳では「費用裁判・本案の解決」である。ドイツの注釈書では「Kostenentscheidung, Erledigung der Hauptsache」(Redeker/v.Oertzen, S. 876; Eyermann [Jörg Schmidt], S. 1329; Schoch /Schmidt-Albmann/Pietzner [Clausng], § 161, S. 1) か、あるいは「Kostenentscheidung der Hauptsache」(Kopp/Schenke, S. 1622) である。草案一六〇条はそれぞれの項に見出しをつけた点で、他のものと異なる。しかし、他の多くの文献が「不作為の訴え」という見出しを付していないのは、何らかの理由があるのかもしれない。なお三項の訳文では、他の訳が「決定」としているのに対して、木村教授は「決断」としている。本稿は二項の訴訟終了宣言についてだけ問題にするので、ここではこのような違いがあることだけの指摘

に止める。

さて、本稿が問題にする訴訟終了宣言を規定した二項の見出しが適切かという点、そうではないと思う。二項の見出しは「解決」であるが、これだけでは何のことであるのか理解できないと思うからであり、それでは見出しとして意味をなさないと思う。もつとも、この点は「本案の」が抜けた誤植かもしれない¹⁰⁾。ただそうだと提案理由までも、「解決」となっていることが説明できない。誤植ではなく、原稿のミスかもしれない。そこで「解決」は、従来の訳のような「本案の解決」ということかもしれない。しかし、これでも私は十分ではないと考える。③で述べるように「解決」という言葉に、反対するからである。一の3で述べたように日本の民事訴訟法では種々な用語が提案されたが、訴訟終了宣言という用語が一般に使用されていることに注目すべきである¹¹⁾。あるいは民事訴訟法とは関係なく行政事件訴訟法の独自の概念として、「解決」が必要なかもしれない。しかし、必ずしもそうとはいえないのは、ドイツ行裁法の研究報告書は、「本案の終了宣言」(八木||福井二六三頁)とか「本案終了宣言」(八木||福井四二二頁)という表現をしているからである。これらの方が「本案の解決」よりも適切であると思う。

なお単行本では、条文見出しに対応して「解決」を事項索引の項目としているが(単行本二四五頁。索引が表示する七〇頁は七一頁の誤りと思う)、前述のようにドイツ行裁法一六一条についての従来の翻訳の状況やドイツ行裁判制度の研究報告書からしても、疑問である。「訴訟終了宣言」はともかく、少なくとも「本案の解決」を索引項目にすべきであったと思う。

② 「法的紛争」という用語

草案は「法的紛争」という用語を使用している。しかし、法文ではあまり目にしたことのない用語である。行政法や行政事件訴訟法については分からないが、民事訴訟法典では使用してこなかったように思う。民事訴訟法

典ではこのような場合は、一般に「訴訟」という用語を使用するからである。例えば、民訴法七三条は「訴訟が裁判及び和解によらないで完結したときは」であり、第二編第五章は「裁判によらない訴訟の完結」である。さらにドイツ行裁判法一六一条二項の前記の従来訳は「訴訟」であるし、松本教授の訳でも「訴訟が本案において終了したときは」で、訴訟である。⁽¹²⁾ また一九五三年草案一五八条の訳も「訴訟の本案が解決されたときは」(五年草案七二頁)で、これも訴訟である。ドイツ民訴法九一条aの翻訳においても、Rechtsstreitについて法的紛争という訳は見たことがない。すべて「訴訟」である。⁽¹³⁾

このような状況において、草案があえて「法的紛争」という用語を使用した理由は明らかではないが、既述のようにドイツ行裁判法一六一条二項の翻訳(木村・行裁判法訳一七〇頁)をそのまま使用したからではないかと思う。このドイツ行裁判法一六一条二項の翻訳は、一九五七年のドイツ行裁判法草案一五八条の訳(木村・山本・草案訳一二二頁)を基にしたものと思われる。前者と後者の違いは、単に法文が引用する条文の違いにすぎないからである(前者では第一一三条、後者では第一一四条である)。訴訟といういわば「定訳」に反して、ここにおいて法的紛争と訳す必要があったのかは疑問である。というのは、ここでは法文自体が意味不明になるし、そもそも法的紛争では内容があまりにも漠然としているからである。⁽¹⁴⁾ いずれにしても、このような状況なので、木村教授は提案理由で、「法的紛争」を使用した理由を説明すべきではなかったかと思う。

もっとも教授は「法的紛争」に固執しているようでもない。草案三一条一項について(草案一号二二頁)、当初は「移送決定の確定後、その法的紛争は、決定で表示された裁判所への書類の到達と同時に係属する。訴訟係属の効力は依然としてそのままである」であった。これを後に、「移送の裁判が確定したときは、訴訟は、初めから移送を受けた裁判所に係属していたものとみなす」と補正されたからである(提案理由五号一一六頁。ただし単行本一〇頁は補正されていない)。しかし、同様な使われ方をしている「法的紛争」がすべて「訴訟」に補正され

るということでもない。この三一条の後の四二条(草案一号二七頁)、四五条(草案一号二九頁)等では補正されていないからである。教授が法的紛争と訴訟をどのように区別して使用しているのか不明なので断定できないが、草案一六〇条条二項に關していうならば、このような状況から「法的紛争」が「訴訟」に補正される可能性が全くないわけではないように思う。

③ 「解決」という用語

「解決」という用語も、訴訟の終了について民事訴訟法や民事訴訟法学ではあまり見たことがない。民事訴訟法典では、「完結」である。草案一六〇条条二項に近接する規定ということで、②で紹介した例を再び使用するが、民訴法七三条は「訴訟が裁判及び和解によらないで完結したときは」であり、第二編第五章は「裁判によらない訴訟の完結」である。体系書では一般に「終了」を使用している。例えば、新堂幸司『新民事訴訟法(第二版)』三〇一頁以下(弘文堂、二〇〇二年)は「第三編第二章第三節 当事者の意思による訴訟の終了」であり、伊藤眞『民事訴訟法(補訂版)』三八七頁以下(有斐閣、二〇〇〇年)は「第六章 訴訟の終了」である。また中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義(補訂版)』三二七頁以下(有斐閣、二〇〇一年)は「第四編 訴訟の終了」である。したがって、ドイツ民訴法九一条aの翻訳についても、完結や終了が用いられている⁽¹⁵⁾。宮田教授も、ドイツ行政法一六一条二項について「訴訟の本案が解決されたときは」と解決と訳されているが(宮田・訳三七一頁)、自らの行政訴訟法の体系的な記述では「第五篇 行政訴訟の終了」となっていて、終了を使用している(宮田・二六一頁以下)。

行政事件訴訟法の場合、訴訟の終了だけではないから、それよりも広い概念である解決を使用しているようにも思えるし、Erlidigungを「了」と訳すことのためにためらいがあるのかもしれない。しかし、内容的には訴訟の終了ではないかと思う。そもそも木村教授も提案理由において、「判決によるほか、訴訟は、訴えの取下げ(第八八

条)、上訴の取下げ、本案解決についての全会一致での意思表示(第一五七条)によって、または裁判上の和解(第一〇三条)によって終了することができる(提案理由五号五三頁。傍点筆者。なお引用の一五七条に問題があることについては、三の2参照。)として、訴訟終了宣言による訴訟の終了を述べている。このように解決か、完結か、終了かで争いがあるが、いずれにしても法文作成時には、行政事件訴訟法と民事訴訟法との間で用語の統一がなされなければならないであろう。なお Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner [Clausing], § 161, S.5 は他の注釈書と異なり、二項について Erledigung という表題を付して注釈している。これは条文見出しとは違うことを意味するが、「客観的な訴訟の終了」(die Erledigung der Hauptsache als objektiven Ereignis)と「当事者の訴訟行為による訴訟の終了」(die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache als besonderer Form der Verlaufsbeendigung durch prozessuale Erklärungen der Beteiligten)とを区別すべきことを強調するためであると思う。

④ 「法的紛争が本案につき解決されたとき」という要件

用語の問題はともかく、より重要な問題は、この法文の当否である。この法文からドイツ行裁法の訴訟終了宣言の要件を読み出すことは困難であると思うからである。少なくとも提案理由にこの規定の趣旨や目的が書かれていれば、その趣旨にしたがってこの規定の意味を考えることはできたかもしれない。しかし、提案理由は沈黙しているから、法文を素直に読むしかないが、そうなると、例えば請求の放棄・認諾、和解、訴えの取下げ、判決による終了もこれに該当すると解する余地がある。これでは草案一六〇条二項の適用において混乱が生じることとは明らかである。したがって、草案一六〇条二項は「法的紛争が本案につき解決されたとき」というような漠然とした内容を規定するのではなく、訴訟の終了について厳密な要件を定めた規定にすべきである。つまりそのような文言を修正するか、あるいは新たに要件や概念を規定する条文を別に設けるべきである。

そもそもドイツ行裁法一六一条二項を翻訳して、それをそのまま日本に移入するのは無理であると考える。それでは、なぜドイツ法ではこのような規定で許されるのか。それは、ドイツではドイツ民訴法九一条 a が双方向的訴訟終了宣言について規定しているからである。しかも一の 3 で指摘したように、ドイツ行裁法の理由書で、行裁法の訴訟終了宣言はドイツ民訴法九一条 a を導入したものであると明記されている。⁽¹⁶⁾ ドイツ行裁法の場合に条文が簡潔であっても全く支障がないのは、ドイツ民訴法九一条 a が背後に存在しているからである。ところが日本ではドイツ民訴法九一条 a のような規定は存在せず、ドイツと状況が大いに異なっている。このような状況においては、ドイツ行裁法一六一条二項のような立法では不十分である。もっとも、草案一六〇条二項の立法の際に、ドイツ民訴法九一条 a のような規定を日本の民訴法に設ければ話は別である。もしそうであるならば、そのような案を一六〇条二項とともに、提示すべきであった。しかし、草案一六〇条二項のために、わざわざ民訴法にドイツ民訴法九一条 a 相当の規定を設けるといふのは現実的な案ではない。なぜならば、日本の民訴法の通説は訴えの取下げで十分であり、訴訟終了宣言は必要ないと考えているので、そのような立法が簡単に承認される⁽¹⁷⁾とは思わないからである。なお参考までに、ドイツ民訴法九一条 a とその代表的な日本語訳を挙げる。

§ 91a ZPO

(1) Haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluß. Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen.

(2) Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt. Vor der Entscheidung über die Beschwerde

ist der Gegner zu hören.

ドイツ民訴法の翻訳として、一般に広く利用されている石川明・三上威彦『ドイツ民事訴訟法典（一九九一年一月一〇日現在）』三五頁（『法務資料第四五〇号、法曹会、一九九三年』の訳は、次のとおりである。¹⁸⁾

ドイツ民訴法第九一条 a（本案の終了宣言（Erledigung der Hauptsache）の場合における費用）

① 当事者が口頭弁論において又は書面を提出して若しくは事務課の調査に記載することで訴訟を本案につき終了させる旨宣言したときは、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、妥当な裁量により決定をもって裁判する。この裁判は口頭弁論を経ないことができる。

② この裁判に対しては即時抗告をなすことができる。抗告についての裁判の前には相手方を審尋することを要する。

2 民事訴訟法との調整について

行政事件訴訟法が民事訴訟法に全く関係なく立法されるのではない場合、すなわち民事訴訟法に依拠したり、民事訴訟法を準用したりして民事訴訟法を利用する場合は、民事訴訟法との調整が重要であり、慎重な対応が必要と思われる。これは決して民事訴訟法の優位性を主張するものではない。そうしないと法の適用をめぐって混乱が生じることは目に見えているからである。同様な理由から、民事訴訟法と行政事件訴訟法において用語を統一することが求められる。¹⁹⁾

① 民訴法七三条との関係

前述のごとく（1の④）、日本の民訴法の通説は、訴えの取下げの場合、民訴法七三条二項によって「民事訴訟法第六一条から第六六条まで及び第七一条第七項の規定」が準用されるから、訴訟終了宣言は日本では必要ないと主張し、訴訟終了宣言に対して消極的である。²⁰⁾ このことは現行の行訴法でもそのまま通用するであろう。なぜな

らば、訴訟費用の負担に関しては行訴法に規定がないから、「民事訴訟の例による」(行訴法七条) ことになるからである。つまり注(17)で述べたように、民訴法の議論が原則としてそのまま適用する。具体的にいうならば、行政事件訴訟で訴えが取り下げられた場合、民訴法七三条が適用され民訴法六一条等が準用されることになるが、そうなると、草案一六〇条二項の訴訟終了宣言の場合と同じ結果になる。現行法で同じような結果が得られるのであれば、草案一六〇条二項は必要ないとの批判が当然生じるであろう。そこで草案のような立法をする場合は、先ず提案理由において、民事訴訟法学の通説に反対して訴訟終了宣言を立法する意味を明らかにする必要があるように思う。

これに対して、立法は現状を打破するものであるから、既存の制度に執着する必要はないとの考えがある。そこで草案一六〇条二項は、訴え取下げによる民訴法七三条の適用・六一条等の準用という民訴法の処理方法を否定した新たな制度の創設の先駆けとして理解すべきかもしれない。また民訴法において訴訟終了宣言の制度を創設すべきであるという、行訴法から民訴法への改革を促すシグナルとして評価すべきかもしれない。さらに言うならば、日本民訴法のような訴訟の終了方法を知らないドイツ行裁判法やドイツ民訴法を参考にして作成された草案一六〇条二項は、従来の日本の方法を否定して、ドイツ行裁判法やドイツ民訴法と同じような訴訟終了宣言による処理に向かうものと考えることができる。木村教授は日本で問題とされているもの多くは、「すでにドイツ行政裁判所法において解決済み」であると認識されているが(木村・行裁判法訳一七三頁)、そのようなことから、草案一六〇条二項が作成されたのかもしれない。このようなことからすると、訴え取下げによる民訴法七三条の適用・六一条等の準用という民訴法の処理方法は考慮する必要はないし、訴訟終了宣言に関する日本の通説に敬意を払うこともないということになる。

しかしながら、そのような意図を読み取ることができたとしても、草案の訴訟終了宣言の制度がうまく機能す

るかという点、大いに疑問がある。草案一六二条二項が民訴法七三条の準用を規定しているからである。草案一六二条は次のような規定である（草案二号六八頁）。

草案第一六二条（費用の確定）

- ① 第一審裁判所の裁判所書記官は、申立てにより、償還すべき費用の額を確定する。
- ② 費用の確定手続には、民事訴訟法第七一条から第七四条までの規定を準用する。

問題は民訴法七三条の準用の意味である。訴えの取下げの場合に民訴法七三条が全面的に適用されるとなると、既述のような六一一条等の準用による処理方法を残存させたことになり、ドイツ法の訴訟終了宣言と日本の訴訟終了宣言否定説を結合させたことになる。つまり、類似した制度の併存であり、両制度の機能の分担等の調整問題が浮上する。それならば民訴法七三条の準用は全面的な準用でなく、単に裁判所書記官による訴訟費用の確定手続だけの準用であるということが当然考えられる。しかし、そうなると、それは民訴法七一条の準用で済むことであるから、そもそも民訴法七三条を準用する必要はないのではないかという疑問が生じる。このように考えると、一六二条二項で七三条を準用することは新たな問題を生じさせるといわざるをえない。しかしながら、このような問題があるにもかかわらず、草案一六二条の提案理由は、単に「当事者相互の関係で償還される費用の確定は、裁判所の費用裁判に基づいて、裁判所書記官の費用確定決定で、おこなわれる」（提案理由五号一〇九頁）と述べるだけであって、準用規定の説明は全くない。

なお付言するが、草案一六二条二項では民訴法七三条の準用だけが問題ではない。訴訟終了宣言の問題ではないが、草案が民訴法と十分な調整をしていないことを示す意味で、指摘しておく。すなわち草案一六二条二項は民訴法七二条を準用しているが、これも問題である。草案一五九条は和解の場合の訴訟費用の負担を規定したものであるが、その二項も民訴法七二条を準用しているからである。草案一五九条は次のような規定である（草案

二号六七頁)。

草案第一五九条 (和解の場合の負担)

- ① 当事者が法的紛争を裁判所において和解をした場合において、当事者が和解の費用又は裁判費用の負担について特別の定めをしなかったときは、裁判費用は、各自が折半して負担する。裁判外の費用は、当事者が各自負担する。
- ② 和解の場合の費用額の確定手続については、民事訴訟法第七二条を準用する。

この草案一五九条二項の民訴法七二条準用と草案一六二条二項の民訴法七二条準用は重複であり、一方は不要ではないかと思う。

また草案一六二条二項は民訴法七一条を準用しているが、このことと草案一六三条との関係も問題である。草案一六三条は次のような規定である(草案二号六八頁)。

草案第一六三条 (費用確定の異議の申立)

当事者は、償還すべき費用の額の確定に対して、不服を申立てることができる。第一五一条の規定を準用する。

この内容が民訴法七一条と類似しているから重複しているように思えるが、放置できないのは、準用する草案一五一条によれば、「知るに至った日から二週間以内」(草案二号六四頁以下)に不服を申し立てることになっている点である。これは、草案一六二条二項が準用する民訴法七一条四項の「その告知を受けた日から一週間の不変期間内になければならない」と衝突する。したがって民訴法七一条四項は準用されないとということかもしれないが、そうであるならば、草案一六二条二項においてそのように規定すべきであって、単に民訴法七一条の準用を規定するのは問題である。それでは民訴法七一条四項を準用しなければよいかというと、民訴法では異議申立期間が一週間であるにもかかわらず、行訴法が二週間と規定してよいのかということが問題になる。行訴法だけを特別にする理由はないように思う。ドイツ行裁法一六五条二項(二五一条の準用を規定)は草案と同様に二

週間と規定しているが、それはドイツ民訴法と対峙するものではなく、ドイツ民訴法に合わせて規定されていると解すべきである（ドイツ民訴法一〇四条・五七七条二項参照）。そうなるとドイツ行裁法の二週間は、日本では日本民訴法に合わせて一週間に修正する必要がある。したがって、草案が日本民訴法と異なつて規定することには、問題があるように思う。

このようなことから、草案は民訴法との関係について十分な考察がなされていないとの印象を受ける。草案一六二条二項で民訴法を準用する以上、具体的な準用の内容を明らかにするとともに、準用に伴う問題について説明し解答する義務があるように思う。したがって草案一六二条二項の内容は不完全な規定であり、それぞれの準用する民訴法の規定について再検討すべきである。その際に民訴法七三条については全部の準用を認めて、訴え取下げの場合に民訴法六一条等を準用するという方法を存置させるのか、それとも完全に排除して訴訟終了宣言制度一本にするのか、明確な態度決定をする必要がある。存置させるのであれば、さらに訴訟終了宣言の制度との機能の分担、調整について手当てが必要である。もし民訴法七三条の準用を認めず民訴法の従来の方法を否定するのであれば、行訴法と民訴法との違いは放置するのか、それとも民訴法に対して改革を求めるのかという問題について、態度を明らかにすべきである。

② 民訴法六二条等との関係

民訴法六一条に相当する規定は、草案一五四条一項の「敗訴の当事者が、費用を負担する」に見ることができ。しかし、草案一五四条以下には民訴法六二条等のような例外規定を見ることができない。ここに、草案は民訴法六二条等を排除したのか否かという問題が浮上する。すなわち民訴法六二条等のような規定がないことは、草案はそのような規定を排斥したと考えるのか、それとも草案一七一条の民訴法の準用原則からして、準用を禁じる規定が存在しないことを根拠に、民訴法六二条等の規定は行訴法に準用されると考えるのかという問題であ

る。この問題について、草案は前者の立場のように思われる。すなわち草案はドイツ法に倣い、訴訟費用の負担者決定に関して結果責任説を厳格に考える立場であり、訴訟費用の裁判といえども、日本法のように裁判所の裁量を安易に認めない立法であるように思う。草案一五四条一項の原則に対して、民訴法六二条等のような例外規定が全く用意されていないからである。さらにドイツ民訴法で訴訟終了宣言の制度が確立した理由の一つは、訴え取下げの場合に、取り下げた者に対して、費用負担を定めた規定の存在であったことを想起する必要がある。⁽²¹⁾

これは、訴訟費用の負担は結果責任を厳格に適用すべきであるとの厳格適用説に基づくものであり、ドイツ行裁判法一五五條二項とドイツ民訴法二六九條三項二段はこのことを規定している。これに対して、ドイツ行裁判法一六一条二項とドイツ民訴法九一条 a は訴訟終了宣言を規定して、限定的に裁判所の裁量を認め、このような厳格適用説を修正・補完している。⁽²²⁾ 草案一五五條二項もドイツ行裁判法一五五條二項に倣い、日本民訴法と異なり厳格適用説を規定し、草案一六〇條二項で訴訟終了宣言を規定している。このようなことから、草案はドイツ民訴法やドイツ行裁判法のように、結果責任の厳格適用説と言わざるをえない。

これに対して、日本の民訴法は訴訟費用の裁判について結果責任を緩和する立法であり、民訴法六二条等に見られるように裁判所の裁量を広く認めるものである。⁽²³⁾ したがって訴訟費用に関する限り、訴訟終了宣言はそれほど必要はないという通説の主張にもっとな点がある。このようにみえてくると、草案の原理と民訴法の原理とは対立関係にあり、民訴法は草案を補充するものにはならない。草案は自らの原理に反する民訴法の規定を排除するのが本来の姿である。具体的にいうならば、民訴法六二条等は草案と対立するものであり、この規定を草案が取り込むことは草案の原理に反するのではないかと思う。

ところが草案は一六〇條二項後段で民訴法六二条等の準用を規定している。この姿勢が問題である。準用を認めることは、草案の原理である厳格適用説を否定することではないかと思うからである。確かにドイツ民訴法も

ドイツ行裁法も、訴訟終了宣言の制度によって公平な裁判という裁判所の裁量によって裁判がなされる。現象的には、これらのドイツ法と日本民法とは類似性があるが、公平な裁判を行う場面が異なるし、立脚している原理は、結果責任の厳格適用説と緩和適用説というように大きく異なる。草案が六二条等を準用することは問題処理の原理・原則を不透明にし、実務に混乱を生じさせるように思えてならない。この点は看過できない重要なことである。

なお結果責任について、厳格適用説と緩和適用説との問題であるが、緩和適用説は、理論的には自らの立場を否定することになる危険性を有しているし、結果責任の歴史的展開をみれば歴史の流れに逆行するように思う⁽²⁴⁾。さらにそれぞれの立法過程をみても、ドイツ民法は厳しい議論の対立の結果、多数決で厳格適用説が決まったのに対して、日本の場合は、いわば議論を棚上げして裁判所に預けるということ⁽²⁵⁾で緩和適用説を採ったのであり、日本では本格的に問題を考えることがなかったから採用できた説であって、決して世界に誇れる制度ではない。緩和適用説自体、今後問われることになると思う⁽²⁵⁾。そのようなことから、草案一六〇条二項は再検討すべきであると思う。

3 民事訴訟法の準用について

① 民事訴訟法の準用の問題点

草案一六〇条二項はドイツ行裁法一六一條二項と異なり、民法六二条から七〇条までの規定を準用している。結果責任の原則を不透明にするという原理的な問題は2で述べたし、準用している条文の当否は②で検討するので、ここではそれら以外の視点で、民法の規定を準用することの当否を考えてみよう。このような方式はドイツの訴訟終了宣言の制度にない独自の制度の創設であり、ドイツ行裁法に追従することなく日本の状況を考慮し

た立法ということになる。正に草案の最新性と改革を志向した意気込みが感じられる。しかし、このような規定の仕方には次のような疑問がある。

第一に、形式論であるが、草案一六〇条二項では、裁判所はどのように裁判してよいか迷ってしまうと思う。なぜならば草案は、前段では「裁判所は、…：衡平な裁量により、裁判をする」として、裁判所に対して、訴訟法に拘束されることなく、自由に裁判することを認めている。これに対して、後段では「この場合に、民事訴訟法第六二条から第七〇条までの規定を準用する」と規定していて、訴訟法の規定に従って裁判することを命じて、裁判所の自由を認めていないからである。これでは、「本草案は、…：裁判の実行可能性をも重視している」(単行本の「はしがき」^{xvii}頁)とは思えない。

具体的には、裁判所が訴訟費用の負担を決める場合、裁判の根拠として準用条文を示す必要があるのか、それとも示す必要がないのかが問題になる。前段を適用すると不要であり、後段なら必要と思われるが、そうであるならば、裁判所は後段を適用しないようにすると思う。そうすると、後段の規定を設けた趣旨は不明になってしまう。いずれにしても、草案のままであると立法趣旨は理解しにくいし、本条項の適用をめぐって混乱が生じる。後段の趣旨を活かすならば、前段の「衡平な裁量により」を削除すべきであるし、前段の「衡平な裁量により」を活かすならば、後段をすべて削除して、民法の規定の準用を排除すべきである。

第二に、実質論であるが、前段と後段は重複であり、どちらか一方は不要ではないかという疑問である。形式的には両者は対立しているように見えるが、例えば、民法六二条等は裁判所の裁量を広く認めているので、これらを準用するということは、「衡平な裁量により、裁判をする」ことと、結果的には同じではないかという疑問である。そうであるならば、前段の「衡平な裁量により、裁判をする」ことと、後段において民法六二条・六三条等を準用することは重複であり、どちらか一方でも、裁判所の裁量によって訴訟費用の負担について妥当

な解決が得られるように思う。あるいは「衡平な裁量により、裁判をする」を具体化したのが、後段の民訴法六二条・六三条等の準用であるとも考えられる。そうであるならば、わざわざ「衡平な裁量により、裁判をする」と規定する必要はないであろう。あるいは前段と後段で適用領域が異なり、両者によって隙間をカバーしているとも考えられる。それならば、どのような隙間があるのか、明らかにすべきである。すなわち、ドイツ行裁法と草案の訴訟終了宣言の制度とはどのような違いがあるのかということ、なぜドイツ行裁法とは異なり、民訴法六二条のような裁判所の裁量を定めた規定を準用するのかということ、なぜドイツ行裁法とは異なり、民訴法

第三に、草案はその依拠したドイツ行裁法一六一一条二項の立法趣旨に反しないかということである。一の3や二の1④で指摘したように、ドイツ行裁法一六一一条二項はドイツ行裁法草案一五八条に由来するが、その立法趣旨は手続の簡素化による訴訟の促進である。すなわち、一九五三年草案の理由は「民事訴訟法九一条aのきわめて合理的な規律（前の裁判所の手続の簡略化に関する第三次命令第四条）がとり入れられている。この規律は、裁判所における著しい労力の節約をもたらす。第一一四条第一項第四段の場合は、除外せざるをえなかった。ただし、この場合には、本案の判決を言い渡さなければならぬから」と述べている（五三年草案一六二頁）。一九五七年草案の理由は、「本規定は、民事訴訟法九一条aのきわめて合目的な規定（裁判所手続の簡略化に関する旧第三次行政命令第四条）が借用されている。これは、裁判所の負担を著しく削減している。第一一四条第一項第四文のケースは、例外としなければならなかった。なぜならば、この場合は本案判決が下されなければならないからである」と述べている（木村・理由書訳一二五頁²⁶）。これに対して民訴法の規定の準用は、裁判所を民訴法の規定に拘束し、通常の裁判と同じような処理を命じることであるから、これでは手続の簡素化にならないし、裁判所の負担や労力の軽減にならない。

第四に、果たして準用によって本当に訴訟費用の裁判は可能なかという疑問である。これは草案に限らず、

準用説の問題点であるが、準用する規定は判決による訴訟の終了の場合に訴訟費用の負担を定める規定である。判決による訴訟の終了の場合、裁判所は本案の判断に必要な資料は入手しているから、それを基に民法六二条・六三条等を適用する場合の判断材料は容易に得ることができる。しかし、判決によらない訴訟の終了の場合に、どのような手続で、どのようにして判断材料を得るのであるか。まして当事者間で訴訟が終了してしまうと、裁判所は準用条文を働かせるだけの判断資料を獲得するのは困難なように思う。そもそもこのような問題があるからこそ、ドイツ行裁法一六一一条二項、ドイツ民法九一条a等はドイツ民法の規定の準用ではなく、裁判所の裁量に委ねたと考えられる。ただその場合に全くの裁量でなく、従前の訴訟の状況を考慮することを求めたが、その方法は裁判所の自由に任せただから、特に裁判所は負担にならない。草案一六〇条二項もそれ考えたからこそ、前段にドイツ行裁法一六一一条のような規定を配置したとも考えられる。しかし、そうであるならば、前段だけで訴訟費用の問題は処理できることになるから、後段で民法を準用する意味はなくなる。これでは正に準用規定の存在意義を否定することになるから、準用の根拠を前段に求めることは困難である。草案は準用の意味とその効用を明らかにする必要がある。

第五に、民法六二条等を準用する原則が不明である点が問題である。すなわち、なぜ草案一六〇条二項の訴訟終了宣言の場合にのみ民法六二条等は準用されるのかという素朴な疑問である。換言すれば草案一五四条・一五五条等には、なぜ民法六二条等は準用されないのかということである。この疑問は次のような、さらなる疑問へ発展する。請求の放棄・認諾（民法二六六条・二六七条）については、草案は一五六条で即時認諾について規定しているが、それ以外は規定していない。草案は民法と異なり、放棄判決を考えているようであるが（提案理由五号一〇四頁は「放棄判決……にも準用できる」と述べ、放棄判決制度を前提にしている）、通常の請求の放棄・認諾の場合は民法六二条等の準用はあるのかということである。これに対して、民法六二条等の準用

(適用)の原理・原則が不明であると、適切な対応は困難なように思う。また原理・原則の説明なしに訴訟終了宣言について単に民訴法六二条等を準用するのであれば、二の②①で述べたことではあるが、これは民訴法七三条の適用と変わりない。すなわち、民訴法七三条の文言は「訴訟が裁判及び和解によらないで完結したときは」というものであるから、それをそのまま利用すれば、草案一六〇条二項がなくても、民訴法七三条によって処理できるのではないかという疑問が生じる。そうになると、正に民訴法六二条等の準用は、訴訟終了宣言の否定に必要な要因を胚胎しているように思える。

なおドイツ民訴法であれば、民訴法六二条等のような規定は存在しないから、結果責任の厳格適用という原則によって処理される。日本民訴法の場合は民訴法六二条等の準用という方法を通して、結果責任を緩和する原則で処理される。それぞれ原則は明確であり、個々の規定もそれぞれ原則に基づいて規定されている。ところが、草案は一六〇条二項で日本民訴法の緩和適用説を採用し、その他の規定ではドイツ民訴法やドイツ行政法の厳格適用説を採用しているようにみえる。その意味で新たな方向を模索した立法試案ということができるが、原則の使い分けがうまくいくか疑問である。二の②②で述べたことではあるが、民訴法六二条等の準用は結果責任を厳格に適用するという草案の原則を否定することに働くように思う。したがって民訴法の準用を認め、そのように処理すればするほど、訴訟費用に関する限り訴訟終了宣言を否定する方向に進み、草案一六〇条二項前段の規定を空洞化させることになるように思う。したがって草案が自らの原理を否定しない以上、準用規定を置かない方がドイツ行政法と同じ立場であり、同じ方向を歩むということで分かりやすいし、原理的に明快なように思う。行訴法については調べていないのでわからないが、民訴法に限っていうならば、訴訟終了宣言はオーストリア、スイス等でも議論されている。しかし、草案のような立法は見られないし、またそのよう立法論も未だ登場したこともない。⁽²⁷⁾

② 準用する条文の当否

草案のような民訴法の規定を準用するという方法には、①で述べたような問題があり、そのような立法には反対であるが、仮に準用する立場に立ったとしても、草案が準用を指示している個々の条文には問題がある。民訴法六一条を準用しないのは問題であるし、民訴法六七条から七〇条までの準用は適当ではない。準用するならば、民訴法七三条二項を参考に、民訴法六一条から六六条までを準用すべきである。

(a) 民訴法六一条の除外

先ず草案が民訴法六一条を排除した理由は理解しにくい。訴訟費用の負担を定める原則規定は六一条であり、六二条等は例外規定である。原則規定の六一条と例外規定である六二条・六三条等は一体であり、これによって裁判所の裁量の幅が生じる。また例外規定は原則規定があるから意味があるはずである。ところが例外規定だけの準用となると、原則規定をそのまま適用しようとする場合、すなわち判決の場合の敗訴者に相当する者に、全面的に訴訟費用を負担させようとする場合、裁判所はどの条項を根拠に裁判することになるのである。既述のように民訴法七三条の場合は二項で、「第六一条から六六条まで及び七一条七項の規定」の準用を定めていることからしても、草案が六一条の準用を除いたのはおかしいと思う。あるいはこの場合は草案一五四条一項が当然に適用(準用)されると考えるのであろうか。しかし、そうなる草案が民訴法六八条を準用していることの説明がつかなくなる。草案一五九条は民訴法六八条と同趣旨の規定であるから、準用は必要ないということになるからである。

(b) 民訴法六七条

次に草案の民訴法六二条から七〇条までの準用を検討してみる。草案の準用と民訴法七三条二項とを比べた場合、民訴法六二条から六六条まで準用している点で、両者は同じである。違う点は、前者が後者よりも、さらに

民訴法六七条から七〇条までを準用している点である。そこで民訴法六七条から七〇条までの準用は本当に必要なのだろうかという疑問が浮上する。先ず民訴法六七条であるが、一項は「事件を完結する裁判において」であり、二項は「上級裁判所が本案の裁判を変更する場合」であり、いずれも裁判による終了を念頭に置いた規定である。この規定が訴訟終了宣言のように裁判によらない訴訟の終了の場合に、どのように準用されるのか疑問である。そこで当事者の申立てによらないで、職権で裁判がなされなければならないという趣旨で準用することが考えられる。しかし、そのようなことは草案一六〇条一項が規定しているし、そもそも提案理由も「双方による解決宣言（第一六〇条第二項）にも第一六〇条第一項は適用される」（提案理由五号一〇七頁）と述べているので、民訴法六七条の準用の必要性は全く感じられない。

(c) 民訴法六八条

この準用も理解に苦しむ。民訴法六八条は和解の場合であり、これは草案一五九条と同趣旨の規定である。もし準用するならば、草案一五九条を準用すべきではないかと思う。もともと、訴訟終了宣言の場合に和解の規定を準用する必要があるのかは疑問である。どのような場合を想定して、この規定が準用されるのであろうかは明らかではないし、訴訟終了宣言と和解とはどのような接点があるのかも、理解しにくい。その意味からしても一六〇条二項について提案理由が書かれていないのは残念であるし、草案が本誌や単行本で提案されている以上、何らかの方法で、この規定の準用の意味を明らかにすべきではないかと思う。

(d) 民訴法六九条・七〇条

民訴法六九条は法定代理人等が無益な訴訟費用を生じさせた場合に、その者に費用の償還を求めることを定めた規定である。これはかなり異例な事態を想定した規定であって、一般的なものではない。準用したところで、実際に発動されることがあるのか疑問である。ほとんどないようにも思う。また仮に必要とされる事態が生じた

場合、法文で準用していないとしても、草案一七一条による準用は可能であろう。そうであるならば、草案一六〇条二項で準用を明記する必要があるのかという疑念は払拭できないし、そもそも訴訟終了宣言に限ってこの規定を準用する趣旨は理解できない。

さらに問題は民訴法七〇条の準用である。民訴法七〇条は「前条第二項に規定する場合において、裁判所が訴えを却下したときは」と規定して、訴えの却下を前提とし、それを要件としている。訴えの棄却や却下ということがあるにない当事者の行為による訴訟終了の場合に、この規定をどのように準用するのか、これも説明がないので、理解することが困難である。

こうなると、草案一六〇条二項は訴訟終了宣言の規定ではなく、判決を含めた訴訟の終了を定めた規定と考えるべきなのかもしれない。そのようにも考えられなくはない。文言に反しないし、何もドイツ行裁法を模倣する必要はないからである。ただそうなると、前段の「衡平な裁量により、裁判をする」との説明に窮するのと、次で述べるように、提案理由における訴訟終了宣言に関する記述と明らかに矛盾する。提案理由は草案一六〇条二項の箇所では全く説明をしていないが、その他の箇所ではドイツの注釈書と同趣旨の主張や記述をしているからである。

(10) ドイツ行裁法一六一一条二項は一九五七年草案一五八条に由来するが、この草案と理由書を翻訳された木村教授は、一五八条の条文の見出しについては「本案の解決」と訳している。(木村・山本・草案訳一一二頁、木村・理由書訳一二五頁)。しかし、前注(4)で述べたように、教授はドイツ行裁法一六一一条二項の条文見出しについては、なぜか「解決」か(木村・行裁法訳一七〇頁)、あるいは「事件の解決」と変更している(木村・行裁法訳一二三頁)。

(11) ドイツ行裁法の訴訟終了宣言について、種々な表現があることは前注(4)で述べたが、ドイツ民訴法九一条 a に ついても、種々な訳が発表されている。訳の違いとそれぞれの問題点を詳細に論じたものが、坂原・翻訳六頁以下で

ある。この制度を表現する日本語としてはどのようなものがあるか、またそれらの使用状況についても具体的に詳しく報じている(一七頁注13)。

(12) 松本・本案一〇二頁。なお松本教授は、ドイツ行裁法一六一条二項の訴訟終了宣言と、ドイツ民訴法九一条aとの内容の違いを略述している。

(13) 坂原・翻訳八頁以下は、ドイツ民訴法九一条aについて、九つの日本語訳を紹介している。

(14) 最二小判平一二・三・二四民集五四卷三号一一二六頁は、和解について特別な委任を受けた弁護士和解権の範囲について判示したものであるが、判決理由で「一連の紛争に起因する」との表現をしている。これに対して八田卓也・法学教室二四二号一五九頁(二〇〇〇年)は、紛争概念の曖昧さについて問題提起をしている。

なお民訴法改正において、不当な合意管轄から消費者を守るために、合意管轄の主体について制約しようとする試みがなされたが、明確・適切に規定することが困難との事情で改正が見送られた経緯がある。このように法律で規定する場合には精密さが必要である。合意管轄と法文の定義の問題に関しては、山本克己「消費者契約法と民事手続法」ジュリスト一二〇〇号一〇六頁以下(二〇〇一年)、坂原正夫「民事訴訟法改正における管轄について」本誌六八巻一二号六六頁以下(一九九五年)参照。

(15) どのようにに翻訳されているかについては、坂原・翻訳八頁以下に詳しい。

(16) ドイツ行裁法草案一五八条はドイツ民訴法九一条aを導入したものであることについては、政府提案理由書に明記されている(五三年草案一六二頁、五七年草案については木村・理由書訳一二五頁)。なお草案の理由書では括弧を付けて、ドイツ民訴法九一条aの由来を示している。その内容は、五三年草案の訳は「前の裁判所の手続の簡略化に関する第三次命令第四条」であり、木村訳は「裁判所手続の簡略化に関する旧第三次行政命令第四条」である。これは日本の民訴法の文献では、一般に一九四二年の第三簡素化令第四条と表記されるものである。つまり、ドイツ行裁法一六一条二項の沿革をたどるならば、同条項は一九四二年の第三簡素化令第四条を起点として、ドイツ民訴法九一条a、ドイツ行裁法草案一五八条を經由して形成されたことが分かる。ドイツ行裁法の訴訟終了宣言の沿革については、かつて坂原・生成二号六二頁以下に述べたことがあるが、最近ではEl-Gayar, S. 25ff. が述べている。

(17) 学説の状況と通説の内容については、『民事訴訟法の争点』の「訴訟終了宣言」の項目にまとめられている。す

なわち、坂原・争点一六六頁以下、石渡・前掲注(2)三一四頁以下、荒木・前掲注(2)二六四頁以下である。

なお民訴法の訴訟終了宣言の議論は、行訴法九条の「民事訴訟の例による」を根拠に、そのまま日本の行訴法でも適用すると思う。なぜならば、訴訟終了宣言についての議論は見ることはできなかったが、行訴法における訴えの取下げについての学説によれば(注解行訴法「春日偉知郎」一七七頁、研究会二八二頁以下等)、民訴法の議論が原則的に通用するからである。また訴訟費用の負担に関しても、訴え取下げの場合は原則としては原告が全部負担すべきであるが(竹田四〇〇頁)、例外的に事情により民訴法六二条の準用により被告が負担すべき場合があることが説かれている(注釈行訴法「小杉丈夫」三二七頁、注解行訴法「太田幸夫」四四四頁等)。要するに、訴訟終了宣言について民訴法の通説は、そのまま行訴法においても通説である。

このようなことからして、木村教授の草案一六〇条二項は、正に行訴法における通説に挑戦する規定である。その意味で通説のどこを問題にして、それをどのように改革していくのかは、大いに興味のあるところであるが、残念なことに単に草案として一六〇条二項を提示するだけで、その提案理由は述べられていない。もっとも、三で述べるように、教授は訴訟終了宣言について全く述べていないわけではない。一六〇条二項以外の箇所では提案理由において訴訟終了宣言について若干述べているが、そこからはドイツの訴訟終了宣言の内容を垣間見ることができ、日本における訴訟終了宣言のデザインが見えてこない。

(18) これ以外にも種々な訳がある。詳細は坂原・翻訳九頁以下。ただし荒木・前掲注(2)二六四頁は最近の論文のため、坂原・翻訳では挙げられていない。ところで本文に挙げた翻訳に関しては、「当事者」ではなくて、「両当事者」あるいは「当事者双方」ではないかと思う(坂原・翻訳一三頁以下)。die Parteienが複数であることと、この規定はドイツでは一般に双方向的訴訟終了宣言についての規定であって、一方的訴訟終了宣言の場合には適用がないと考えられているからである。一方的訴訟終了宣言の場合に適用があるという学説がないわけではないが、その場合は本条の適用でなく本条の類推ではないかと思う。また「妥当な」という訳については、他の訳では「公平な」という言葉が使用されている。

(19) 例えば、草案九一条は手続の中断(草案二四〇頁)、草案九八条は口頭弁論主義(同四三頁)、草案一九九条は判決の実質的既判力(同五〇頁)をそれぞれ規定し、それらを条文見出しとして使用している。しかし、今日の民事

訴訟法学ではこれらの用語は使用していないように思う。それぞれ、中止、口頭弁論の必要、実質的確定力（既判力）が使われているからである。内容的にはほぼ同じと思われるので、用語の調整、統一は立法に当たっては最初になすべき仕事のように思う。

なお伊東乾『弁論主義』三六頁以下（学陽書房、一九七五年）は、「弁論主義」と「口頭弁論の必要」の違いを詳論するものであるが、口頭弁論主義の呼称は「避けたがよい」（三六頁）と述べている。そして、「他には然るべき名称がない以上、……口頭弁論の必要、と呼ぶほかない」（三七頁）と説いている。このようなことからであろうか、民訴法八七条の見出しは、「口頭弁論の必要」である。

(20) 民訴法七三条と六二条の沿革の概要については、坂原・生成二号三〇頁以下で述べたことがあるが、詳細に論じているのは、七三条については坂原・沿革八号一五頁以下、六二条については坂原・沿革一〇号三〇頁以下である。七三条と訴訟終了宣言の関係については、坂原・沿革一〇号七〇頁以下参照。ところで日本の民訴法において訴訟終了宣言を肯定する場合、七三条との関係が問題になる。機能の分担として考え、七三条の隙間を明らかにして、それを補充するものとして訴訟終了宣言を位置付けるべきであろう。

(21) ドイツ民訴法二六九条三項二段の「訴え取下げの場合に原告が訴訟費用を負担する」旨の規定と訴訟終了宣言との関係については、坂原・近時六九頁以下参照。なおドイツ民訴法二六九条三項二段について、坂原・近時七〇頁二行目では三段となっているが、これはドイツの論文の翻訳の一節であるからである。二段が費用負担者を規定し、それを受けて三段が手続を規定しているので、いずれも引用の間違いではないが、費用負担を問題にするのであれば二段の方がよい。

(22) 訴訟終了宣言はローマ法に起源があるのではなく、ドイツ民訴法において生成された制度である。ドイツ民訴法が、訴訟費用の負担を決める原則として、ローマ法の結果責任説を採用したために発展した（坂原・生成三〇六頁以下、同・立法八三頁以下参照）。結果責任説の問題点を克服する方法として訴訟終了宣言は考案されたが、敗訴者は勝訴者（相手方）の弁護士費用まで負担しなければならないという制度と密接な関係がある。訴訟費用の問題が本案の問題と同様に当事者にとっては切実な問題であり、訴訟費用の裁判といえども疎かにできないからである（坂原・訴訟係属一頁以下）。

- (23) 日本民訴法の場合、結果責任説の例外規定を抽象化した点で、ドイツ民訴法と異なる(坂原・判例一〇三頁以下)。
- (24) ドイツ普通法時代における問題状況の歴史的な展開については、かつて述べたことがある(坂原・生成三号七〇頁以下、同・立法八三頁以下)。最新の文献では El-Gayar, S. 13ff. が述べている。
- (25) 日本では立法に際して、ドイツの議論を無視したわけではないが、審議に十分な時間をかけるだけの余裕がなかったことで、議論を裁判官の裁量ということで棚上げしてしまったという事情がある(坂原・沿革一〇号三五頁以下)。それで済んだのは、日本では原則として訴訟費用に弁護士費用が含まれないから、訴訟費用の問題に無関心であるという事情がある。しかし、判例を調べてみると、訴訟終了宣言に関する判例は存在するし(坂原・判例八八頁以下)、関心を持っている当事者もいないわけではない(坂原・判例九四頁以下)。既に司法制度審議会から弁護士費用敗訴者負担の原則の導入が提案された以上、従前のままで安閑としていられないことだけは確かである。
- (26) ドイツ行裁法草案一五八条(ドイツ行裁法一六一条二項の草案)の一九五三年の理由書の内容と、一九五七年の理由書の内容は同一である(坂原・生成二号六三頁)。本文では違いが見られるが、それは翻訳の違いによる。
- (27) 訴訟終了宣言に関する比較法的な研究については、既に注(9)で述べた。なおスイスは連邦国家なので、各州ごとに民事訴訟法典を有している。連邦民事訴訟法と同様に訴訟終了宣言について規定を有している州は少なくない。スイスの立法の状況については、アドールの博士論文が詳細である。この論文は最新の文献のため、坂原・ドイツ法系六五一頁以下では取り上げていない。Addor, Felix, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Eine Untersuchung zur Erledigung des Streitgegenstandes im schweizerischen Zivilprozessrecht unter Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 600), 1997, S. 31ff. なお彼自身、立法論を展開している(S. 267f.)。

三 草案八二条と提案理由における訴訟終了宣言について

訴訟終了宣言を規定した草案一六〇条二項について、その説明を提案理由に見ることができないが、草案や提案理由において訴訟終了宣言が全く述べられていないというわけではない。草案八二条は裁判長の裁判権限を規定したものであるが、その一項三号は訴訟終了宣言を規定した草案一六〇条二項を前提にしていると思われる。草案八八条は訴えの取下げについての規定であるが、その提案理由の冒頭において訴訟終了宣言が言及されている。草案一〇三条は和解に関する規定であるが、その提案理由で訴訟終了宣言が挙げられている。草案一五六条は即時認諾の場合に原告の訴訟費用の負担を定めた規定であるが、その提案理由の最後に、訴訟終了宣言は比較的詳しく述べられている。すなわち、訴訟終了宣言は草案一五六条ではなく、草案一六〇条二項が適用されるということである。また草案一六〇条一項の提案理由では、「……双方による解決宣言（第一六〇条第二項）にも第一六〇条第一項は適用される」と述べられている。

このように草案一六〇条二項以外にも、草案や提案理由に訴訟終了宣言は登場するが、散在しているために、完全にピックアップできなかったかとなると自信がない。これら以外にも訴訟終了宣言について言及している箇所があるかもしれない。なお既に述べたように（二の①）、単行本には索引があるが、「解決」という項目だけで、「訴訟終了宣言」、「本案の終了」、「本案の解決」という項目はない。また提案理由の中に訴訟終了宣言に関して「本案解決についての全会一致での意思表示」、「全会一致による解決宣言」、「双方による解決宣言」、「本案の解決宣言」等の用語が使われているが、これらも索引には挙げられていない。

以下ではこれらの記述のすべてについて（問題のある項目だけに限定しないで）、主に民訴法の訴訟終了宣言の観点から、内容の可否を検討してみよう。ただし草案一〇三条と草案一六〇条一項に関する提案理由の記述は特

に問題がないので独立した項目とはしないが、用語に問題があるので、その点は2において指摘する。

ところでドイツ行裁法一一三条一項四段は、違法確認の訴えについて、問題が解決された後でも訴えの利益を認める規定である。問題の解決により訴訟の終了事由が発生しても、訴えが直ちに不適法にならないという点で、訴訟終了宣言と異なる面があるにしても、過去の行為の違法性を問題にするという点では共通性がある。そこで両者の関係が問題になり、訴訟終了宣言を定めたドイツ行裁法一六一条二項は、同法一一三条一項四段の適用を除いている。しかし、それで問題が解決されたわけではなく、両者の関係が問題になる。例えば、当事者が単に訴訟終了事由の発生を述べて過去の違法性の確認の申立てをした場合に、ドイツ行裁法一一三条一項四段の申立てなのか、ドイツ行裁法一六一条二項の申立てなのか問題になるであろう。⁽²⁸⁾ 私見は訴訟終了宣言は訴訟費用の問題に尽きるものではなく、終了事由発生後もなお従前の法主張の正当性を確認する制度であると考え、理論的には訴訟終了宣言とドイツ行裁法一一三条一項四段との関係の問題は、重要であると考え、提案理由がこの点について何ら言及していないのは、木村教授が訴訟終了宣言の問題をマイナーな問題として評価している以上、いたしかたない面があるにしても残念である。提案理由は既述のように、即時認諾に関する原告の訴訟費用の負担を規定した草案一五六条において訴訟終了宣言について言及しているが、それよりも草案一一一条において訴訟終了宣言について述べてほしかったと思う。その意味からしても、草案一一一条(ドイツ行裁法一一三条相当)と草案一六〇条(ドイツ行裁法一六一条相当)の提案理由で、ドイツ行裁法一一三条一項四段に相当する規定を取り上げない対応には、疑問を感じる。

1 草案八二条一項三号の問題点

草案八二条は次のような規定である。

草案第八二条（裁判長の裁判）（草案二二号三六頁以下。なお第二号は提案理由五号一一八頁により補正されたもの。また単行本の見出しは「準備手続における裁判」である）

① 裁判長は、準備手続において裁判をするとき、次に掲げる事項について、裁判をする。

一 手続の停止及び休止について。

二 和解又は訴えの取下げについて。

三 本案における法的紛争が解決した場合。

四 訴額について。

五 費用について。

② 当事者の承諾を得て、裁判長は部に代わるその他の場所でも裁判をすることができる。

③ 受命裁判官が任命される場合、この者は裁判長に代わって裁判をする。

この一項三号の「本案における法的紛争が解決した場合」という規定の趣旨は、訴訟終了宣言がなされた場合に裁判長が裁判することができるというものであるが、一方的訴訟終了宣言の場合は適用はないと思われる。一方的訴訟終了宣言の場合は、終了をめぐって当事者間に深刻な争いがあり、本条が規定してのような付随的な問題ではないからである。本条と類似した規定をドイツ行裁法八七条aに見ることができるが、多くの注釈書は双方向的終了宣言の場合と明言している。⁽²⁹⁾ そうであるならば、「双方向的訴訟終了宣言の場合」というような規定にした方がよいのではないだろうか。ドイツ行裁法に倣う必要はないと思う。

草案八二条一項三号は草案一六〇条二項を前提にした規定と思われるが、草案一六〇条二項は「法的紛争が本案につき解決されたときは」であり、草案八二条一項三号は「本案における法的紛争が解決した場合」である。なぜか両者は表現を異にする。本来は一致すべきであると思うので、この不一致は理解できない。あるいは両者の表現の違いは規範内容に差異のあることを表しているのかもしれないが、どのような違いが生じるのかは分か

らない。草案一六〇条二項の文言や規定の仕方に問題があることについては、二の1④で述べたが、多少の表現の違いがあるとはいえ、草案八二条一項三号も同様な批判は免れない。草案八二条一項三号はこのような問題を有しているが、その点は別にして、冒頭で述べた理由から双方的訴訟終了宣言の場合と限定したとしても、裁判長は何を行うのが問題になる。この点はドイツでは、訴訟費用の裁判だけでなく、訴訟の終了や既になされた裁判の無効を確認する裁判なのか議論があるようである (Kopp/Schenke, S. 988)。したがって、せっかく日本で新たな立法を作成するのであるならば、この点は解釈に委ねるのではなく、草案八二条一項三号に明記すべきではないかと思う。そこで訴訟費用の裁判というのであれば、草案八二条と同様な規定であるドイツ民法三九九条二項に倣い、「第九一条 a による訴訟費用 (über die Kosten des Rechtsstreits nach § 91a)」(六号) という規定も考えられる。訴訟終了宣言の規定は新設であるから、本条の「本案における法的紛争が解決した場合」を見て、直ちに草案一六〇条二項を思い出すことは困難であると思う。そうであるならば、ドイツ民法のように条文で示した方が分かりやすいであろう。またドイツ行裁法九二条三項(草案八八条三項相当)のような裁判であれば、そのような文言にすべきではないかと思う。

なお本稿のテーマと直接には関係ないが、そもそも草案八二条は問題のある条文である。一号の「停止」は民法の「中止」ではないかと思う。なぜならば、中断による手続の停止は裁判を必要としないから、停止の裁判とは中止の裁判に他ならないからである。本条が依拠したと思われるドイツ行裁法八七条 a 一項一号は中断と訳されているが(木村・行裁法訳一四九頁)、このような理由から疑問である。⁽³⁰⁾二号は補正前は「訴えの取下げの場合には、当該主張された請求の放棄又は当該請求の認諾について」であった。単行本の草案はこの文言のままであり(単行本三八頁)、補正後に発表されたドイツ行裁法八七条 a 一項二号の翻訳も、なぜかこの文言が使用されている(木村・行裁法訳一四九頁)。この文言は理解できない内容である。訴えが取り下げられた場合、それが請

求の放棄になるのか否かを判断するということなのであろうか。しかし、そうであるとしても「当該請求の認諾」というのはどういうことを想定しているのかが分からない。これについては宮田教授の訳によれば、「訴えの取下げ、主張した請求の放棄または請求」というものである（宮田・訳三四三頁）。宮田訳の「または請求」は「または請求の認諾」ではないかと思うが、その点は別にすれば、宮田訳の方が分かりやすいし、妥当なように思う。ドイツでも宮田訳のように解されている（Eyermann [Geiger], S. 744）。また宮田訳は「Bei」を訳していないが、これも妥当である。翻訳の当否は別にしても、柱書に「について」がある以上、「場合」や「について」は重複ではないかと思うからである。表現の問題であるが、同様な理由から、草案八二条一項一号・四号・五号の「について (über)」も不要であると思う。

ところで補正したことによって第二号の内容は一応理解できるようになったが、和解について裁判するということは、分かりづらい。いかなる裁判をするのか明らかでないし、ここで和解について規定すると、草案一〇三条（ドイツ行裁法一〇六条相当）の和解の規定との関係が問題になると思うからである（ドイツ行裁法八七条a一項二号は、前述のように和解について規定していないことを想起すべきである）。あるいは和解の費用の裁判かもしれないが、それならば五号の解釈の問題である（Kopp/Schenke, S. 989）。

第二項の「部に代わるその他の場所でも」は、明らかに問題である。翻訳では「K部又はS部に代わるその他の場所でも」となっているが（木村・行裁法訳一四九頁）、この規定の意味は「第一項に規定された事項以外に關しても、部に代わって」ではないかと思うからである（宮田・訳三四三頁は、「裁判長は、部の代わりにも、裁判することができる」である）。また第三項は受命裁判官になっているが、これは自身の翻訳に依拠したと思われる（木村・行裁法訳一四九頁）。そうであるならば、これまた問題である。ドイツ行裁法は、例えば一〇六条に見られるように「Beauftragter Richter」や「Berichterstatter」を区別して使用しているが、木村教授の訳によれば、

両者を区別することなく、ともに受命裁判官と訳している(木村・行裁法訳一五四頁)。Berichterstatter は、日本では従来、一般に「裁判長が指定する裁判官(報道官)」とか(宮田・訳三四〇頁)、「主任(報告)裁判官」(ペルンド・ゲッツェ『独和法律辞典』四九頁(成文堂、一九九三年))等に翻訳されているが、これを単に受命裁判官と訳すと、ドイツでの Berichterstatter 制度の趣旨が伝わらないと思うからである。したがって、これらの訳を利用すれば、草案八二条三項は「主任(報告)裁判官が任命されたときは」となるかもしれない。

2 草案八八条の提案理由の問題点

草案八八条は訴えの取下げについて規定しているが、この条文についての提案理由の冒頭は次のようなものである。

草案第八八条 (訴えの取下げ) の提案理由 (提案理由五号五三頁)

判決によるほか、訴訟は、訴えの取下げ(第八八条)、上訴の取下げ、本案解決についての全会一致での意思表示(第一五七条)によってまたは裁判上の和解(第一〇三条)によって終了することができる。

訴訟の終了における当事者の処分権として、訴訟終了宣言を位置付けているが、その内容は異論のないことであるし、問題はない。疑問なのは、「本案解決についての全会一致での意思表示(第一五七条)」という表現である。というのは、草案一〇三条の提案理由では「本案の解決宣言」である(提案理由五号六三頁)。さらに草案五六条の提案理由では「全会一致による解決宣言」という表現がでてくる(提案理由五号一〇四頁)。また草案一六〇条の提案理由では「双方による解決宣言(第一六〇条第二項)」である(提案理由五号一〇七頁)。これらは同じことなのか、それとも違うことなのか。同じであれば、なぜ用語が統一されていないのか。違うのであれば、どのような違いがあるのかという疑問が生じる。そもそも訴訟で全会一致ということはどのような事態をいうの

であろうか。さらに草案一五六条の提案理由では「解決宣言が一方的になされるとき」（提案理由五号一〇四頁）という表現がでてくる。これと前記の用語との関係はどのように理解したらよいのであろうか。さらには草案八二条一項三号の「本案における法的紛争が解決した場合」や、草案一六〇条二項の「法的紛争が本案につき解決されたときは」という文言と、前記の種々な用語との関係も問題になる。すなわち、この規定と前記の訴訟終了宣言についての種々の用語とは、どのような関係になるのだろうかという問題である。正に疑問が尽きないが、読む人が読めば分かるのであれば、かような指摘は余計なお世話かもしれない。しかし、状況に応じて表現を変えて豊富な表現が求められる文学的な作品とは異なり、法学においては概念・定義は重要であり、それを具体化した用語も統一性が必要ではないかと思う。

例えば、草案一〇三条の提案理由は、「判決、訴えの取下げ、本案の解決宣言のほか、手続は裁判上の和解の締結によっても、終了することができる」（提案理由五号六三頁）というものである。これは草案八八条の提案理由と同趣旨を説いていると思うが、草案一〇三条の方では「本案の解決宣言」であり、草案八八条の方では「本案解決についての全会一致での意思表示」である。両者が同じ内容であれば、「本案の解決宣言」とは、双方向的訴訟終了宣言のことであり、一方的訴訟終了宣言で訴訟は終了しないということになる。違うとなれば、草案一〇三条の方の「本案の解決宣言」は一方的訴訟終了宣言を含むと解することになるから、一方的訴訟終了宣言でも訴訟は終了するということになる。ただそうなると、草案八八条と一〇三条とでは、なぜ訴訟終了宣言についての説明を異にするのが問題になる。これは、単に表現の問題ではなく、制度の理解と位置付けに問題があると思う。訴訟終了宣言の制度を日本でどのようにデザインするかは、実際の効用からしても理論的にも非常に興味のあるところであるが、提案理由のこれらの断片的な記述からは、それが浮かび上がってこないことは残念である。

次の疑問は、なぜ「本案解決についての全会一致での意思表示」で草案一五七条を指示しているのかということである。確かに草案一五七条においても訴訟終了宣言は問題になる。しかし、訴訟終了宣言について規定しているのは、二で述べたように草案一六〇条二項である。そのようなことからか、単行本では草案一五七条ではなく、「第一六〇条第二項」となっている(二七〇頁)。したがって単行本に合わせて条数を補正する必要があるが、それだけでは不十分なように思う。というのは草案八八条と同趣旨の規定はドイツ行裁法九二条であるが、コッブルシェンケの注釈書は提案理由と全く同じことを述べながら、双方的訴訟終了宣言に関してはドイツ行裁法一六一條(草案一六〇條相当)の注釈を指示しているからである(Kopp/Schenke, S. 1025)。すなわち、この注釈書は参照条文として、訴えの取下げに関してドイツ行裁法九二條(草案八八條相当)を、和解に関してはドイツ行裁法一〇六條(草案一〇三條相当)を、提案理由のように括弧を使ってそれぞれ指示しているが、双方的訴訟終了宣言に関しては前記のように直接条文を指示していない。双方的訴訟終了宣言について、訴えの取下げや和解の場合と異なり条文そのものを挙げていないのは、条文の文言から双方的訴訟終了宣言を読み取ることができないから、注釈(説明)を指示したものであろう。提案理由も双方的訴訟終了宣言に関して条文を指示するのではなく、説明すべきであったと思う。

なおこの注釈書はドイツ行裁法一〇六條の注釈において、前述の草案一〇三條の提案理由と同様な記述をしている。すなわち、ドイツ行裁法九二條の場合は双方的訴訟終了宣言を挙げたが、ドイツ行裁法一〇六條では単に訴訟終了宣言となっているし、訴訟の終了事由の説明に条文を指示していない(Kopp/Schenke, S. 1120)。提案理由と異なるのは、注釈書が一〇六條の記述の後で、ドイツ行裁法九二條の説明を指示している点である。これによって注釈書はドイツ行裁法九二條とドイツ行裁法一〇六條での説明の違いを調整していると思う。これに対して提案理由は、前述のように草案八八條と草案一〇三條での訴訟終了事由の説明の違いを放置したままである。

3 草案一五六条の提案理由の問題点

草案一五六条とその提案理由は次のようなものである。この規定はドイツ行政裁判法一五六条を参考にしたようである。内容が酷似するからである。

草案第一五六条（即時認諾の場合の費用負担義務）（草案二号六六頁以下）

被告が、その者の態度により訴えの提起を誘発したのではない場合において、被告がただちに請求を認諾するときは、訴訟費用は、原告の負担に帰する。

草案第一五六条（即時認諾の場合の費用負担義務）の提案理由（提案理由五号一〇四頁以下）

この条文は、被告が、訴えを誘発したのではなく、当該求められた給付（最広義）をなす用意があり、かつそのうえ原告の請求を即時に認諾する場合には、その被告に費用負担を課さないように保護している。

必要要件（訴えを誘発しないことおよび即時認諾）は、重疊的にみたされなければならない。すなわち、例えば、訴え提起の誘因があらかじめいずれにせよ存在していたときは、即時認諾だけでは、必要要件は具備されない。その他、第一五六条の適用要件は、当事者が訴訟物の処分権をもっていないこと、したがって認諾もできなかったであろうことである。第一五六条は、即時の訴え放棄の場合にも準用しうる。

第一五六条からは間接的に次のことも明らかになる。原告（ないし申立人）があらかじめ所轄行政庁に相応の申立てをしたが成果の無かった場合、またはあらかじめ被告（ないし申立人）と申し合わせて解決できなかった場合には、その原告（ないし申立人）はいずれにせよ通常は権利保護の利益を否認されることはない。

第一五六条は、放棄判決（第一〇四条、第一七一条、民事訴訟法第二六六条第一項）にも準用できる。その他にも、第七二条第五項、第七三条第三項および第一二一条による独立の申立手続にも準用できる。

被告が申請または不服申立てを期間内に認容しないことによる、取消および義務づけの訴えについては、第一六〇条第三項の特別規定が通常第一五六条の適用を排斥している。

法的紛争がすでに訴訟係属したことがあり、かつその後に、全会一致による解決宣言、または解決宣言が一方的になされるときは、本案解決についての裁判所の確認によって、終了した場合には、訴訟類型(もしくは、申立手続の場合には申立類型)を問わず、第一五六条は適用できない。この場合には、費用は第一六〇条第二項により裁判をしなればならない。

繰り返し述べたように、提案理由では訴訟終了宣言を規定した草案一六〇条二項については特に述べられていないが、この草案一五六条では提案理由の最後に、次のように比較的詳しく訴訟終了宣言について述べられている。すなわち、「法的紛争がすでに訴訟係属したことがあり、かつその後に、全会一致による解決宣言、または解決宣言が一方的になされるときは、本案解決についての裁判所の確認によって、終了した場合には、訴訟類型(もしくは、申立手続の場合には申立類型)を問わず、第一五六条は適用できない。この場合には、費用は第一六〇条第二項により裁判をしなればならない」という説明である。しかし、なぜここで訴訟終了宣言について突然、かような説明がなされなければならないのかは、理解しにくい。草案一五六条と草案一六〇条二項が規定している要件は全く異なるから、草案一五六条が適用されなくて、草案一六〇条二項によって裁判するということは、いわば当然のことであり、ここでわざわざそのような説明をする必要は感じられないからである。必要があるとすれば、草案一五六条の有力な適用説が存在する場合である。したがって、先ず草案一五六条の適用説を紹介すべきである。コップ＝シェンケの注釈書は、提案理由と同趣旨の主張を展開しているが (Kopp/Schenke, S. 1614)、草案一五六条に相当するドイツ行裁法一五六条においては、適用説と不適用説について、判例は二分し、学説においても有力な適用説が存在することを述べている。⁽³¹⁾ ドイツとは状況が異なるとはいえ、草案一五六条がドイツ行裁法一五六条を参考にしたものであるならば、提案理由では先ず適用説の存在を説明したうえで、適用説を採用しない理由を述べるべきであろう。またドイツの場合、このような対立は解釈に委ねざるをえないが、

草案が不適用説の立場に立つならば、当初から適用の有無をめぐる紛糾が生じないような立法上の工夫をして、このような対立を止揚すべきではないかと思う。あるいは法文に表せないから、提案理由でわざわざ不適用説を述べたのかもしれないが、そうであるならば、その趣旨を明らかにするためにも、適用説について言及すべきであつたと思う。

なお木村教授は、訴訟終了宣言の場合は草案一五六条は適用されないと説いているが、訴訟終了宣言を規定している草案一六〇条二項は、それに相当するドイツ行裁法一六一条二項と異なり、民訴法六二条の準用を定めている。つまり、訴訟終了宣言の場合、民訴法六二条が準用されるということになるが、民訴法六二条はドイツ行裁法一五六条、ドイツ民訴法九三条等の規定の内容を包含している規定と解すべきであるから、民訴法六二条の準用は草案一五六条の適用説に他ならないように思う。したがって、教授の草案一五六条の不適用説は、ドイツにおけるドイツ行裁法一五六条の不適用説と異なり民訴法六二条が準用されるから、草案一五六条は適用されなという説かもしれない。しかし、そうなると、ドイツ行裁法での不適用説の主張の趣旨が活かされなくなるかもしれないし、草案一五六条がありながら、なぜそれを排除して民訴法六二条が準用されるのかという点で疑問が残る。

① 法的紛争の訴訟係属

次に草案一六〇条二項の適用の問題を考えてみよう。先ず問題なのは、この説明の内容である。この文章が理解しにくいのは、「法的紛争がすでに訴訟係属したことがあり」とは、一体どういうことなのか分からないからである。現在、訴訟係属がないという意味にも解せられるが、そうではない。訴訟係属がなければ、訴訟の終了は問題にならないからである。つまり訴訟が終了していないこと（訴訟係属中であること）は、訴訟終了宣言の問題を考へる場合は当然の前提である。わざわざ要件として述べる必要はないように思う。この点については、

ドイツ民法では訴訟係属の発生以前に訴訟終了宣言が許されるかという問題が議論されているので、それを意識しての記述なのであるか。すなわち、ドイツ民法では訴訟終了宣言はいつの時点から許されるのかをめぐって議論があり、重要な争点になっているし、立法による解決も提案されている⁽³³⁾。しかし、ドイツ民法のこの議論は、訴訟係属の発生時点を訴状送達時と解したうえで、訴え提起時から訴状送達時までの間に訴訟終了宣言が許されるかというものである。換言すれば、*rechtshängig* だけでなく、*abhängig* においても訴訟終了宣言は許されるかという問題である。訴訟係属の発生に関しては、ドイツ民法二六一条一項は訴えの提起によって生じると規定し、訴えの提起に関しては、ドイツ民法二五三条一項は書面の送達によりなされると規定しているからである。これに対してドイツ行裁判法九〇条はドイツ民法二六一条一項と同様に、訴えの提起により訴訟係属は発生すると規定しているが(木村・行裁判法一五〇頁)、ドイツ行裁判法八一条一項は訴えの提起については、書面により裁判所に提起しなければならないと規定している(木村・行裁判法一四七頁)、ドイツ民法の規定と異なる。したがってドイツ行裁判法では前記ドイツ民法の議論は不要である。ドイツ行裁判法八一条に依拠したものが草案七五条(草案二号三三頁)であり、ドイツ行裁判法九〇条に依拠したものが草案八六条(草案二号三八頁)であるので、このドイツ行裁判法の議論はそのまま草案にも通用する。そうであるならば、ますます「法的紛争がすでに訴訟係属したことがあり」ということは不要ではないか思う。

そこで草案一五六条に相当するドイツ行裁判法一五六条について、コップ・シェンケの注釈書の記述を見てみると、提案理由の主張と同様な次のような主張を見ることが出来る(Kopp/Schenke, S. 1614)。なお引用は最新版の頁数を表記したが、この記述は最新版に加筆されたものではなく、旧版からの記述を引き継いだものである。

wenn der Rechtsstreit bereits streitig anhängig war und nachträglich durch übereinstimmende Erledigungserklärungen bzw. bei nur einseitiger Erledigungserklärung, durch gerichtliche Feststellung der

Hauptsacheerledigung (s 20 zu § 161) beendet wurde.

違う点は、「wenn der Rechtsstreit bereits streitig anhängig war und …」と述べている点であり、単に訴訟係属が発生したのではなく、「streitig anhängig」としている点である。コップシエンケも訴訟終了宣言についてドイツ行裁法一五六条の不適用説を主張しているが、その当否は別にして、その要件は、「訴え提起後に直ちに認諾がなされたのではなく、訴え提起の段階から争われていた場合」というものと思われる。これならば理解できるし、妥当なように思う。したがって、提案理由の「法的紛争がすでに訴訟係属したことがあり」との要件は、このように解すべきではないかと思う。そうでなければ無意味であるから、要件として外すべきである。

② 訴訟終了宣言

次の要件も分かりにくい。すなわち「かつその後」に、全会一致による解決宣言、または解決宣言が一方的になされるときは、本案解決についての裁判所の確認によって、終了した場合」という要件であるが、内容が理解できていないと分かりにくい。前記ドイツの注釈書の記述を参考にして考えれば、この要件は「かつその後」に、全会一致による解決宣言によって、終了した場合」と、「かつその後」に、解決宣言が一方的になされるときは、本案解決についての裁判所の確認によって、終了した場合」という二つの場合に分解することができる。すなわち前者は双方向的訴訟終了宣言による訴訟の終了の場合であり、後者は一方的訴訟終了宣言の場合を述べたものである。分かりにくい原因は、二つの異なったものを一つにまとめたからではないかと思う。

一方的訴訟終了宣言についての要件である「解決宣言が一方的になされるときは、本案解決についての裁判所の確認によって、終了した場合には」は、一見問題は感じられない。しかし、「ときは」はどこに係るのかよく分からない。またこの文章であると、一方的終了宣言において、「本案解決についての裁判所の確認」以外にも、訴訟を終了させる事由があり、その場合は草案一五六条が適用されるとの印象を与える。一方的訴訟終了宣言の

場合は、当事者の行為による訴訟の終了と考えるのか、それとも判決による訴訟の終了と考えるのか、ドイツ民訴法では議論されている。⁽³⁴⁾ 訴訟終了効の発生の根拠の問題であるが、いずれにしても現象的には、裁判所の訴訟の終了を確認する裁判によって訴訟は終了する。したがって、一方的終了宣言によって訴訟が終了した場合と訴訟の終了を確認する裁判によって訴訟が終了した場合とは同じことではないかと思う。この点に関して前記のコップルシェンケの注釈書の記述は、「一方的訴訟終了宣言のときに限られる裁判所の訴訟の終了の確認によって訴訟が終了した場合」と述べているが、この方が正確で分かりやすいように思う。表現の問題であると同時に、訴訟終了宣言の制度の理解の問題でもあるが、そもそもドイツ行裁法の注釈書の記述に固執する必要はないのかもしれない。

③ 草案一六〇条二項の適用

次の問題は、「この場合には、費用は第一六〇条第二項により裁判をしなければならぬ」という最後の文章であり、草案一六〇条二項を適用するという結論である。これは訴訟終了宣言の場合、すなわち、双方的訴訟終了宣言の場合でも、一方的訴訟終了宣言の場合でも、草案一六〇条二項が適用されるという意味である。双方的終了宣言の場合は草案一六〇条二項が想定しているから、草案一六〇条二項が適用されるのは当然である。問題は一方的訴訟終了宣言の場合である。この場合に草案一六〇条二項を適用させることには疑問がある。

第一の疑問は、提案理由も、一方的訴訟終了宣言の場合は「裁判所の確認によって、終了した場合」と述べているように、この場合は裁判所の裁判によって訴訟が終了することである。裁判による終了ならば、裁判による終了の場合の規定を適用すべきはないかと思う。具体的には草案一五四条一項（草案二号六六頁。ドイツ行裁法一五四条一項相当）を適用するのが筋であって、草案一六〇条二項を根拠に安易に裁判所の裁量によって裁判すべきでないと思うからである。そもそも裁判による終了ならば、本案の判断とともに訴訟費用の負担者を判断する

ことは容易であり、特に手続を遅らせる心配もない。

第二の疑問は、草案の立場はドイツでは少数説であるということである。確かにコップ・シェンケは提案理由と同様に、訴訟終了宣言の規定（ドイツ行裁法一六一条二項）の適用を説いている（Kopp/Schenke, S. 1614）。しかし、エル・ガヤールの見解によれば、このような見解はドイツ行裁法のかつての判例理論ではあるものの、今日の判例理論ではないし、学説でも少数説とのことである。⁽³⁵⁾ そうであるならば、提案理由はドイツの判例・通説の見解に対峙するものである。ドイツの議論とはいえ、その判例・通説を否定する見解を日本の草案で採用する場合、提案理由にその理由を説くべきであるし、既に述べた疑問に答えたいうえで（疑問はドイツの判例・通説の根拠でもあるが）、草案一五四条一項（ドイツ行裁法一五四条一項相当）の適用を説く見解に対する批判を展開すべきであると思う。そもそもこの問題は、一方的訴訟終了宣言の法的性質論と密接な関係がある。単に草案一六〇条二項の適用という結論を述べるのではなく、その根拠になった一方的訴訟終了宣言についての自らの法的性質論を明らかにすべきである。

第三の疑問は、ドイツでのこのような解釈論の対立状況を考えると、それに対して特に何らの立法的な手当てをしていない草案が、なぜ提案理由で少数説を表明することができるのかということである。少数説の立場に立つならば、草案の中に、ドイツでの判例・通説を採用しない旨の規定を設けるべきであった。そうでないと提案理由の一方的訴訟終了宣言に関する立場は、ドイツの一つの解釈論の支持の表明であって、草案の提案理由にはならないのではないかと思う。

第四の疑問は、一方的訴訟終了宣言の場合に「裁判所は、……費用について、衡平な裁量により、裁判をする」（草案一六〇条二項）という結論を採ると、それは国民の権利回復を標榜する草案の姿勢（草案一号一頁以下、単行本の「はしがき」v頁以下）とは、相容れないのではないかということである。すなわち、当事者間に争いが

あり、それについて裁判がなされた以上、訴訟費用の問題とはいえ、通常の訴訟と同じように扱うべきであって、それを裁判所の裁量に委ねることは手続を不透明なものにするように思う。正に訴訟の非訟化であり、当事者の手続上の権利を曖昧にし、当事者権の縮小につながる。これでは国民の権利回復を推進させることにはならない。確かにドイツの場合、草案と同様な主張が見られるが、その主張の根底には、権利意識過剰との認識のもとに、裁判の効率化があるように思う。ドイツと状況を異にし、そのような段階に達していない日本では、裁量による裁判を求めるのは問題が多いし、国民の間に権利意識を向上させることにはならないであろう。

ところで草案一六〇条二項はドイツ行裁判法一六一條二項と異なり、日本民訴法六二条から七〇条までの裁判による終了規定を準用している。そこでドイツ行裁判法とは状況が異なり、前記の批判は当たらないとの反論が予想される。日本の民訴法の規定の準用が問題であることは二の2で述べたが、それは別にしても、草案は日本民訴法六一條を準用していない。これでは草案一五四條一項（ドイツ行裁判法一五四條一項相当）の適用説に代替することとはできない。

なお本稿とは直接には関係ないが、草案一五六條の提案理由において、「第一五六條は、放棄判決（第一〇四條、第一七一條、民事訴訟法二六六條第一項）にも準用できる」と述べているが、これも理解しにくい。というのは、草案一七一條を根拠に民訴法二六六條一項を準用するということは、草案は放棄判決制度の手続を民訴法に委ねるという意味であると思うが、日本民訴法はドイツ民訴法三〇六條と異なり放棄判決制度ではないから、民訴法二六六條一項を準用したからといって放棄判決制度が機能するはずがないと考えるからである。明治三三年の民訴法は二二九條でドイツ法に倣って放棄判決という制度を有していたが、大正一五年の民訴法では二〇三條で放棄判決制度を廃止してしまったからである。平成八年の民訴法の制定過程では検討事項として認諾判決の³⁶⁾制度が挙げられ、少なからず賛成を得たが、要綱試案では姿を消して、立法として結実することはなかった。つ

まり日本の民訴法では放棄判決は認めていないし、消極的である。したがって提案理由のような意見は、ドイツでは当然通用するが、日本では通用しないのではないかと思う。

もちろん、草案で放棄判決制度を創設するのであれば別であるが、参照を指示した条文だけで放棄判決制度が日本で認められるとするならば、疑問である。なぜならば、草案一〇四条だけでは手続規定を欠くから、少なくともドイツ行裁法が根拠にしているドイツ民訴法の請求の放棄と放棄判決との関係を規定したドイツ民訴法三〇六条程度の条文は、草案に必要であると思うからである。さらに既述のように(三の1)、木村教授は草案八二条一項二号を補正したが、これは放棄判決制度と矛盾するように思う。補正によって裁判長が口頭弁論の準備手続で請求の放棄の裁判をすることを認める(ドイツ行裁法の)規定を排斥したが、これは裁判長が口頭弁論の準備手続で請求の放棄について裁判をすることを認めないことを意味するし、これによって請求の放棄の文言が草案から消えて、草案は放棄について何ら規定を有しないことになったと思うからである。

(28) ドイツ行裁法一一三条一項四段と訴訟終了宣言については、松本・取消二二九頁以下、松本・本案一〇二頁以下、八木川福井二六六頁等で述べられている。なおドイツでは、例えば Kopp/Schenke, S. 1227; Redeker/v. Oertzen, S. 645 u. 685 等も述べられている。

(26) 例えば Eymann [Geiger], S. 745; Kopp/Schenke, S. 988; Redeker/v. Oertzen, S. 560; Schoch/Schmidt -Abmann/Pietzner [Orloff], S. 8 等である。つまり、異論はなごうに思う。

(30) 草案には中断に関する規定が多いが(例えば、三八条四項、四三条一項、九一条等)、それも中止ではないかと思う。なお、草案九一条については、前注(19)において指摘した。木村教授が中断とするのは、ドイツ行裁法の翻訳で、このような場合を中断と翻訳するからであろう。例えば、ドイツ行裁法四七条四項(木村・行裁法訳一三三頁)、同五一一条一項(同1三五頁)、同九四条(同1五二頁)等。しかし、従来の翻訳はこのような場合、中止と訳している(例えば、南・訳四二二頁、宮田・訳三二二頁、同三二五頁、同三四六頁以下等)。それにもかかわらず、あえて中断と訳す理由は明らかではない。

(31) コップ・シエンケはわざわざ注を付して、説明している (Kopp/Schenke, S. 1614 Anm. 3)。この問題については、Eyer mann [Rennert], S. 1320; Redeker/v. Oertzen, S. 871 等も参照。なお松本・本案一〇三頁は、ドイツ行裁法の注釈書を引用しながら、当初理由があった訴えが後に不適法あるいは理由不備になった場合、直ちに訴訟終了宣言をすれば、ドイツ行裁法一五六条の即時認諾の規定が類推されると説く。

(32) 民訴法六二条は大正一五年の民訴法九〇条を引き継いだものであるが、この旧民訴法九〇条とドイツ民訴法との関係については、坂原・生成二号三八頁以下、同・沿革一〇号二九頁以下に詳論したことがある。すなわち、ドイツ民訴法九二条乃至九七条は、テッヒョー草案一〇一条乃至一〇六条、明治二三年の民訴法の七四条乃至七六条、明治三六年の民訴法草案の九二条乃至九六条等にそれぞれ引き継がれたが、大正一五年の民訴法の作成過程において一つの条文に集約され、旧民訴法九〇条が成立したのである。その結果訴訟費用の負担について、結果責任説に基づく敗訴者負担の原則の例外を抽象的な規定にした日本の民訴法と、あくまでも例外規定は個別具体的に規定するドイツ民訴法との立場の違いが生じた。

このような経緯からすると、ドイツ民訴法九三条は明治二三年の民訴法七四条に継受され、それが旧民訴法九〇条に包含されてしまったことになる (坂原・近時八一頁注 21 参照)。一方ドイツ行裁法一五六条は、内容からしてドイツ民訴法九三条を引き継いだと思うので、本文で述べたように民訴法六二条はドイツ民訴法九三条、ドイツ行裁法一五六条を含むものであると考える。なおドイツ行裁法の注釈書は、ドイツ行裁法一五六条の注釈の冒頭にドイツ民訴法九三条の参照を指示しているが (Eyer mann [Rennert], S. 1320; Kopp/Schenke, S. 1614; Redeker/v. Oertzen, S. 870)、理由書は一五六条に関しては一切述べていない。すなわち、ドイツ行裁法一五六条の前身である一九五三年草案一五三条や一九五七年草案一五三条については、立法理由は書かれていない (五三年草案一六一頁、木村・理由書訳一二五頁)。

(33) 訴訟終了宣言と訴訟係属との問題の詳細は、坂原・訴訟係属一頁以下。ここでは、訴状送達前の訴訟終了宣言の問題に関する一九八四年二月二〇日の連邦参議院の意見書についても紹介している (一八頁以下)。

(34) 一方的訴訟終了宣言において下される裁判は、本案判決なのかそれとも訴訟判決なのか等の裁判の性質をめぐる議論は、一方的訴訟終了宣言の法的性質論に関係してくる。これについては、松本・本案九六頁以下、坂原・一当事

者一〇頁以下等で述べられている。

(35) El-Gayar, S. 100ff. もともとエル・ガヤール自身、一六一条二項適用説を説いてくる (El-Gayar, S. 218ff.)。ここに彼の博士論文の特色がある。なお単にそのためではないと思うが、コップ・シエンケは、エル・ガヤールのこの博士論文を一六一条の注釈の冒頭の参考文献欄に挙げている (Kopp/Schenke, S. 1622)。なおコップ・シエンケは、本文で紹介したようにドイツ行裁法一五六条の注釈では当然のごとく断定的に一六一条適用説を述べているが、ドイツ行裁法一六一条の注釈においては、反対説である通説を紹介しながら、自説の根拠を述べている (Kopp/Schenke, S. 1638)。

(36) 現民訴法 (平成八年の民訴法) の草案作成の過程において、認諾判決制度が検討された。すなわち、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』五〇頁 (第八の二の2) (一九九一年)、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』四九頁 (第八の二の1) (一九九一年) が提案した。そして柳田幸三 || 始関正光 || 小川秀樹「民事訴訟手続に関する検討事項に関する各界意見の概要」五二頁 (|| NBL五二〇号五〇頁 (一九九三年)) によれば、この提案に対しては「寄せられた意見の圧倒的多数意見が賛成意見であった」。しかしながら、この案は法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』(一九九三年) には盛り込まれなかった。その理由については、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要綱試案」の解説 (3) NBL五四一号二二頁注2 (一九九四年) 参照。

(37) 例えば、Eyermann [Rennert], S. 1320; Kopp/Schenke, S. 1614; Redeker/v. Oertzen, S. 871 等は「ドイツ行裁法一五六条の注釈において提案理由と同様に、一五六条は放棄判決に準用されると述べている。ドイツでは異論のないところであるが、即時認諾のこのような規定が請求の放棄にも適用されるということは、訴訟終了宣言の制度の生成の歴史に関係がある (坂原・生成三号七九頁以下)。また一方的訴訟終了宣言の法的性質論と無関係ではない (坂原・一当事者一四頁以下)。

四 おわりに

草案が訴訟終了宣言を導入した点は高く評価するものであるが、二で述べたような理由から、草案一六〇条二項のような条文では、その目的は十分に発揮できないのではないかと思う。また三で述べたように、草案の他の条文での訴訟終了宣言に関する規定の仕方には疑問があるし、提案理由における訴訟終了宣言の説明にも直ちに賛成できない。このような私見に対して、独断と偏見に満ち溢れていて建設的なものではないとか、学問の発展を阻害し、積極的な制度改革に逆行するものであるとの批判があろう。しかし、批判のない学問は発展しない。草案や提案理由が学問的な成果である以上、検証が必要であり、それらはいかなる批判にも耐えられるものでなければならぬ。本稿の冒頭でも述べたように、私見に誤りがあれば、木村教授や読者に変更申し訳ないことであるが、しかし、それは結果的に草案や提案理由が有する意味や価値を大いに高めることになるから、決して本稿は行政事件訴訟法の制定に関して無駄なものではないと信じる。

人の業績を批判することは簡単である。批判は重要であるとはいうものの、批判する以上は対案を提示する責任がある。しかし、対案の提示は難しい。無責任ではあるが正直なところ、行政事件訴訟法にどのような訴訟終了宣言の制度を導入してよいのか分からない。ドイツ民法九一条 a の研究者としては、発言できるのは問題点の指摘だけである。行政法や行政事件訴訟法を研究していない私には、残念ながら対案は提示できないし、単なる思いつきの提案では、過去の業績に対して失礼であると思う。ただ一案として考えられることは、既に述べたように(二の1④)、ドイツ民法九一条 a に範を求めるという方法である。あるいは草案のようにドイツ行裁法一六一条二項を基本とするというのであれば、日本の行政事件訴訟法の訴訟終了宣言の規定はドイツ行裁法一六一条二項のような規定として、日本民法においてドイツ民法九一条 a のような規定を設けるという方法も

考えられる。いずれにしても、これらの方法によってドイツ法の訴訟終了宣言の制度を採用すると、ドイツの判例・学説の蓄積が簡単に日本でも利用できるというメリットがある。

しかし、ドイツ行裁法を翻案という形で導入する方法には直ちに賛成できない。単に条文の移入は、ドイツにおいて蓄積された判例・学説が利用できる反面、三の3で一端を示したように、ドイツの訴訟終了宣言の制度が有している問題点や対立状況をそのまま取り込むことになるからである。この点は三の3に関して言えば、提案理由は深刻な対立状況にある問題について一方的に自らの立場を表明しているだけであり、樂觀的過ぎると思う。したがって訴訟終了宣言について立法する場合は、行政事件訴訟法であれ民事訴訟法であれ、訴訟終了宣言の制度を支えている事情や背景を分析し、そのうえで制度の有している問題点をすべて洗い出し、それを直視して問題点の解消を考える必要がある。すなわち導入する場合は、少なくともドイツ法の問題点を解消させる手段や装置を付属させてから導入すべきである。二一世紀における日本での新しい立法は世界に注視されるだけに、このような作業はどうしても必要である。このような視点から考えてみると、ドイツ行裁法においてもドイツ民訴法と同様に一方的訴訟終了宣言について議論が錯綜しているから、ドイツ民訴法九一条aのような双方的訴訟終了宣言を規定するよりも、ドイツ法にない一方的訴訟終了宣言についての規定を置くべきではないかとも思う。また草案の提案理由が述べていなかったため、本稿では議論しなかったが、そもそも何のために訴訟終了宣言を導入するのが問題である。訴訟費用だけの問題ではないとすると、訴訟費用の箇所に規定を置くことがよいのかも考えてみる必要がある。⁽¹¹⁾

(38) ドイツ行裁法についての最近の日本における研究は、事件処理の実情から見たドイツ行政裁判制度の特色として、「訴えの取下げ・本案終了宣言・和解等による処理」を挙げて、これらが「訴訟終了事由として重大な役割を果たし

しており、裁判所の負担軽減に貢献している」(八木川福井四二三頁)と述べている。そしてこの研究は、訴訟終了宣言については次のように分析している。「行政行為が期限到来等によって解決し、訴訟を進行する権利保護の必要性が消滅した場合に、原告が敗訴の明らかな判決を求めたり、続行確認訴訟の申立てを行ったりせず、本案終了宣言を選択するのが通常である」。それは「高額で、訴訟の終了事由によって額を異にする裁判費用、弁護士費用の法定制と訴訟費用への組入等、訴訟費用制度」に原因がある(八木川福井四二二頁)。

訴訟終了宣言の制度と訴訟費用との関係についてのこの分析は、正しい(坂原・訴訟係属二頁以下)。訴訟費用が重要視されていない日本の現状において、私人は訴訟終了宣言の問題は訴訟費用の問題に尽きるものではないと説いてきたが(坂原・争点一六七頁、同・近時七三頁以下、同・訴訟係属四二頁以下等)、それは訴訟終了宣言が訴訟費用の問題と密接な関係にあることを否定するものではない。いずれにしても、日本で弁護士費用の法定化や訴訟費用への組入等の改正を行った場合、ドイツの状況からして、訴訟費用の観点から訴訟終了宣言の制度が必要になることは確かである。このような認識から訴訟終了宣言について、より一層の研究が必要であると思う。

(39) ドイツ行裁法の訴訟終了宣言の研究は、「一方的終了宣言の取扱については、見解の対立が著しい」と述べている(八木川福井二六五頁)。これはドイツ民法と同じ状況である。ドイツ民法の場合、その原因は一方的訴訟終了宣言については規定がないということ(立法の欠缺)に原因がある。そのため、ドイツにおいても立法論が主張されている(坂原・訴訟係属三六頁注46、同・立法一〇〇頁注27等参照)。ドイツ行裁法での訴訟終了宣言についての見解の対立の原因が立法の欠缺にあるならば、日本での立法は一方的訴訟終了宣言における見解の対立の解消を目指すべきである。

(40) 訴訟終了宣言の問題は条文が訴訟費用の箇所に配置されていることもあって、主に訴訟費用の負担者決定の問題として理解されている。そして一方的訴訟終了宣言について言えば、本案が終了しているにもかかわらず、訴訟費用のためだけに訴訟を続行する必要があるのかという疑問から、訴訟終了宣言を訴訟費用の裁判の簡素化という点で考える見解が、最近ドイツ民法法において有力になってきた(坂原・近時七五頁以下、同・翻訳二五頁注28)。しかしながら、理論的には訴訟終了宣言は訴えの取下げのような当事者の訴訟終了行為であるし、特に一方的訴訟終了宣言では訴えの適法性、理由具備性が問題になるから、訴訟費用の問題だけではない。さらに紛争の再燃の防止の方策

(再訴禁止効)も重要な問題である。再訴禁止効を考えると、訴訟物が問題になる。もつともこのような議論は民事訴訟だけのものであって、行政事件訴訟では通用しないかもしれない。しかし、エル・ガヤールはドイツ行裁法の一方的訴訟終了宣言について、裁判は訴訟物についてなされるものではないから本案判決ではないとしながらも判決は訴訟物についてなされたのと同様に、訴訟物についての再訴禁止効を有するとの見解を明らかにした。さらに訴訟費用の裁判は、訴訟終了宣言を規定したドイツ行裁法一六一条二項によって行うというものである (El-Gayar, S. 200ff.)。ドイツ行裁法でもドイツ民法と同様な問題があることが分かるのと、本案の問題か訴訟費用の問題かで理論構成に苦悩している姿が見えてくる。

(41) 私見は日本の現状においても訴訟終了宣言を肯定して、日本の民法の解釈論として訴訟終了宣言を展開しているが、立法論も主張している (坂原・立法九四頁以下)。私の立法試案はドイツ法の翻案という形をとらない。すなわち一方的訴訟終了宣言について、ドイツの判例・通説の訴え変更説に立脚し、訴えの利益の拡充規定を設けるべきであるというものである。ドイツの議論から訴訟終了宣言について規定する場合、双方的訴訟終了宣言よりも一方的訴訟終了宣言の方が重要であると認識したからである。換言すれば、双方的訴訟終了宣言については規定しないということであり、規定を訴訟費用のところに配置しないということである。これはドイツ民法九一条aと大いに異なる。ドイツ民法九一条aは双方的訴訟終了宣言についての規定であり、それは訴訟費用の箇所に配置されているからである。

なお私見はドイツの判例・通説に依拠するが、それに追従するというでもない。一方的訴訟終了宣言において訴え変更説がドイツの判例・通説の立場であるが、私見は訴え変更説が判例・通説になる以前から、この説を支持していたからである (坂原・立法八〇頁)。