

スイス民事訴訟法と訴訟終了宣言

坂原正夫

スイス民事訴訟法と訴訟終了宣言

- 一 はじめに
- 1 問題の提起
- 2 従来の研究と本稿との関係
- 3 旧稿と本稿との関係
- 4 本稿執筆に際して使用した文献等について
- 二 スイスにおける立法と学説の状況
- 1 連邦民訴法第七十二条
- 2 訴訟の無意味化とその原因
- 3 訴訟終了の裁判と訴訟費用の負担
- 三 アドールの訴訟終了宣言論について
- 1 アドールの本の概要
- 2 アトールの理論の概要
- C　B　A 基礎論
- 訴訟の無意味化の要件
- 訴訟の無意味化の効果
- 四 D 具体的な立法の提言
- 1 日本において注目すべき点
- 2 スイスの訴訟終了宣言論の意味
- 3 アドール論文から見えてくるもの
- 五 おわりに
- 1 統一民訴法のための仮草案第九八条第二項について
- 2 仮草案と訴訟終了宣言
- 3 立法の動向と本稿の意味

一 はじめに

1 問題の提起

金銭支払請求訴訟において訴訟中に被告が原告に対して請求された金額の全部を支払ったならば、当事者にとっても裁判所にとつても訴訟を続行する必要はなくなる。訴訟の目的が達成されたからである。しかし、訴訟が必要でなくなつたとしても、それで直ちに訴訟が終了するものではない。訴訟を終了させるためには裁判所あるいは当事者の一定の行為が必要である。前者であれば終局判決（民訴法二四三条一項）、後者であれば訴えの取下げ（民訴法二六一条・二六二条）ということになる。もちろん、当事者による訴訟終了行為については訴えの取下げの他に、訴訟上の和解、請求の放棄・認諾があるが（民訴法二六六条・二六七条）、支払いという行為はこれらとは結び付きにくいから、設例の場合はこれらによる訴訟の終了は適切ではない。

問題は、訴訟を終了させるために、終局判決や訴えの取下げで十分かということである。訴訟の終了事由の発生によって訴訟をすみやかに終了させなければならないが、その方法が問題である。判決による訴訟の終了の方法として終局判決を挙げたが、この方法は適当ではない。なぜならば、この方法によると、請求棄却判決による訴訟の終了ということになるからである。被告が原告の主張を認めて弁済したにもかかわらず、訴訟法的には被告の弁済によって原告の請求権は消滅し、請求権の存在を根拠にした原告の請求は理由がなくなると理解せざるをえないからである。つまり、実質的には被告の弁済という被告の完敗（原告の全面勝訴）であるにもかかわらず、原告敗訴を意味する請求棄却判決による終了というのは問題である。このようにならざるをえないのは現在の訴訟の構造に起因する。すなわち、現在の訴訟法理論によれば、当初から請求に理由がなかつた場合と訴訟中に理由がなくなつた場合とを区別することなく、口頭弁論終結時の権利・義務もしくは法律関係の有無のみで請

求の当否を判断するからである。したがつて、この場合に終局判決による訴訟の終了が不都合であるということは、現在の訴訟の構造それ自体に問題があるということもできるし、この訴訟構造を前提にする限り、請求棄却判決による訴訟の終了は甘受しなければならないということである。

そこで訴えの取下げという方法が浮上する。原告は被告の弁済によつて満足したのであるから、訴えを取り下げればよいという考え方である。この方法は現在の通説の説くものであり、妥当な見解であるが、問題がないわけではない。⁽¹⁾ 第一に、訴えの取下げは原告による訴訟の終了行為であり、訴訟の終了に際して紛争が生じることを想定していない。冒頭の設例は単純な教壇例であるが、実際の事件は複雑である。例えば、訴訟終了事由の発生の有無、訴訟終了事由発生に際しての当事者の責任の有無、請求が終了事由発生まで理由があつたのか、それとも当初から理由がなかつたのか等で争いが生じることがある。このような争いに、訴えの取下げは対応できない。第二に、訴えの取下げ後に同じ紛争が再燃した場合、訴えの取下げが定めている対応策は十分ではない。確かに訴えの取下げの場合、再訴禁止効が規定されているが（民訴法二六二条二項）、それは判決後の訴えの取下げの場合であり、再訴禁止効が常に生じるのでない。第三に、訴えの取下げでは、終了した訴訟の訴訟費用の負担を決める手続が十分でない。訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担は裁判所の裁量によつて決めるが（民訴法七三条）、原則は訴えの取下げの場合は原告が負担することになる（民訴法七三条二項による六一条の準用）と思うからである。これは冒頭の設例の場合に、実質的な敗訴者が被告であることを考えると不当な結論である。訴訟費用は敗訴の当事者が負担するという原則（民訴法六一条）に反するからである。もちろん、裁判所は裁量によつて訴訟費用の負担者と負担の割合を決めることになつてゐるから、冒頭の設例の場合は民訴法六一条の準用ではなく、六二条の準用によつて被告の負担とすればよいとの反論が考えられる。しかし、問題は訴えの取下げの場合に、裁判所は訴えの取下げに至つた理由や六二条の要件の存在をどのようにして調べるのかということであ

る。そのような手続は規定されていない。

このように終局判決や訴えの取下げによる訴訟の終了には問題がある。そこでこれらの問題を克服するために、ドイツでは約一〇〇年かけて、紆余曲折を経ながら訴訟終了宣言の規定が作られ（ドイツ民訴法九一条a）、訴えの取下げとは異なる訴訟終了宣言という新たな制度が創設された。⁽²⁾ 現在のドイツの通説的な見解によれば、訴訟の終了に関する当事者間で争いがある場合と争いがない場合に分けて、前者は一方的訴訟終了宣言として判決による訴訟の終了、後者は双方的訴訟終了宣言として当事者間の合意あるいは意思の一一致による訴訟の終了ということで処理している。後者はドイツ民訴法九一条aが規定するもので、訴えの取下げに類似するので日本法と比較して大差ないが、前者は日本法にはない制度なので、この一方的訴訟終了宣言の制度の評価が日本においては問題になる。これについては既に論じてきたことなので（4のG参照）、それらに譲る。また従来の訴訟終了宣言に関する日本語の文献は、本稿の文献一覧（4のF）にまとめてある。

さてこのような状況において本稿が論じるのは、同じ問題、すなわち訴訟中に訴訟終了事由が発生した場合の処理方法について、イスラムではどのように考えられているのかということである。イスラムについての調査・分析の目的は、イスラムの解決策の検討を通じてこの問題の解答に普遍的な原理というものが存在するのか否かを考え、日本とドイツとの対立的な状況の意味を探求するところにある。その結果を踏まえて、日本法のあるべき姿を提示したいと思っている。なおイスラムは連邦国家であり、現時点では統一民訴法が存在しないので、イスラム民訴法と一括して表現することには問題がある。正確には本稿で考察するのは主として、連邦民訴法とドイツ法系のチューリッヒ民訴法である。

2 従来の研究と本稿との関係

訴訟終了宣言研究における本稿の体系的な位置付けと從来の拙稿との接点を明らかにするために、從前の拙稿を事項別に整理してみると次のようになる。從前の拙稿の一覧ということではあるが、現在、日本ではほとんど研究がなされていない状況なので、訴訟終了宣言に関する参考文献の事項別の一覧という意味もある。なお拙稿は文献一覧（⁴のG）の番号と文献末尾の「」の略称で表記するが、左記の分類では、文献の頁数が文献一覧の頁数と同じ場合は、頁数は表示しない。換言すれば、「」の後に頁数が表記されているものは、文献一覧の頁数とは異なるということである。また拙稿以外の文献については、拙稿において網羅していると思うので（そうでないものについては、注において明らかにした）、拙稿のそれぞれの文献欄を参照して頂きたい。

この分類によつて本稿を位置付けるならば、本稿はIII(b)に属するものであり、文献としては拙稿の①〔生成〕三号一〇五頁以下と⑫〔ドイツ法系〕六五一頁以下があるということである。なお本稿が論じる問題についての日本語の文献は、拙稿以外にはないようだ。

I ドイツの訴訟終了宣言

(a) 制度生成の歴史

- (1) 一八七七年のドイツ民訴法成立前後の状況 ①〔生成〕三号
- (2) ドイツ民訴法九一条aの成立の過程 ①〔生成〕二号五三頁以下
- (b) 現在の運用状況
 - (1) 当事者間に争いがある場合（一方的訴訟終了宣言） ④〔一当事者〕
 - (2) 当事者間に争いがない場合（双方の訴訟終了宣言） ②〔両当事者〕
 - (3) 具体的な適用状況⁽³⁾ ⑤〔ドイツ判例〕、⑥〔訴訟係属〕二頁以下と一四頁以下
- (4) 近時の学説の動向 ⑧〔近時〕、⑯〔法改正〇二〕二九頁以下

- (c) 適用領域の拡大 ①「生成」二号六二頁以下、⑥「訴訟係属」
 (d) 立法の動向 ⑯「法改正○一二」

II 日本の訴訟終了宣言

(a) 日本法の沿革

- (1) ドイツ民訴法の繼受とその後の変遷 ①「生成」二号三〇頁以下
 (2) 民訴法七三条の沿革 ⑬「沿革」八号・九号
 (3) 民訴法六二条の沿革 ⑬「沿革」一〇号

(b) 現在の状況

- (1) 学説の状況 ③「争点」
 (2) 具体的な適用事例⁽⁴⁾ ⑦「判研」、⑪「判例」

(c) 立法論 ⑩「立法」、⑭「行訴法」

(d) 翻訳語（用語）の当否と用語の使用例一覧 ⑨「翻訳」

III 訴訟終了事由発生と訴訟の終了（訴訟終了宣言の比較法的考察）

- (a) オーストリア民訴法 ①「生成」三号九六頁以下、⑫「ドイツ法系」六四二頁以下
 (b) スイス民訴法 ①「生成」三号一〇五頁以下、⑫「ドイツ法系」六五一頁以下

3 旧稿と本稿との関係

2 で述べたように、一連の拙稿においては本稿と同じ問題意識で書かれたものが既に二つあるが（①「生成」三号一〇五頁以下、⑫「ドイツ法系」六五一頁以下）、ここに新たに本稿を執筆する理由を明らかにしておかなければ

ばならない。本稿執筆の理由は、旧稿は現時点では十分でなく、そのままでは通用しないからである。すなわち、第一に、旧稿は時間的にみて古すぎる。旧稿は一九七六年と一九九六年に公表されたものであるが、前者はおよそ二〇年前のものであり、後者でも一〇年になろうとしている。「十年一昔」という言葉があるが、後者でも現時点からみれば昔のものである。第二に、現時点でスイスの訴訟終了宣言の問題を論じる場合に看過することが許されない重要な博士論文が、旧稿では参照されていない。それはこの博士論文は、旧稿を発表した一年後（一九九七年）にベルンで公刊されたからである。

そこで本稿はこの博士論文の概要を紹介するとともに、日本法においてその意味を考えてみようと思う。先ずこの博士論文を理解するために、必要なスイスの状況を簡単にまとめる（一）。そしてこの博士論文の内容を紹介し、日本法の視点で注目すべき点を考察する（二）。そのうえで、この論文とスイス法から日本法において参考とすべき事項を抽出する（四）。最後に最近のスイスの民訴法改正草案の状況について言及する（五の2）。

4 本稿執筆に際して使用した文献等について

本稿で使用した法令名等の略語や文献を整理するとい、次のようになる。

法令名等の略語について

[連邦民訴法] スイス連邦民事訴訟法 BZP (Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273)

一九四七年一二月四日公布、一九四八年七月一日施行。注意すべしとは、この法律は原則として一般の民事事件に適用されるものではないということである。一般的民事事件は州の裁判所が担当し、州の民事訴訟法が適用される。つまり連邦民事訴訟法は、連邦の裁判所が担当する一定の限られた事件にだけ適用される。

〔仮草案〕 専門家委員会は二〇〇三年に発表されたスイス統一民事訴訟法の仮草案 (Vorentwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozeßordnung vom Juni 2003)。

スイスでは各州はそれぞれ独自の民事訴訟法を持っていて、その数は二六である。そりや統一民事訴訟法の制定はスイスの長年の課題であったが、なかなか実現しなかった。むしろが最近、統一民事訴訟法の制定の動きが活発になってきた。二〇〇三年にそのための仮草案が発表された。

なお仮草案は後掲 (D) の Meier & Sutter-Somm / Hasenböhler の本に付録として掲載されている。またインターネットでも見ることができる (www.bj.admin.ch/themen/v-zivilp/intro-d.htm)。

〔説明書〕 仮草案とともに公表された仮草案の説明書 (Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission 2003)。

本稿を執筆するに際しては、インターネットを利用して入手した。

〔民訴法〕 日本の現行の民事訴訟法 (平成八年法律第一〇九号)。

〔条数について〕 見出しや法文の翻訳に際しては条数に第を付し、それ以外の本文や注においては一般の例に倣い、第を省略した。

参考文献一覧と略称について

- 1 本稿の執筆に際して参考にした文献を事項別と公刊形態別に分類したものである。欧文の文献 (A～D) は著者・編者の姓名のアルファベット順、和文の文献 (E・F) は姓名の五十音順である。拙稿の場合 (G) は発表年順である。
- 2 スイスの民訴法に関する体系書・教科書 (B) と注釈書 (C) は慶應義塾図書館の所蔵のものであり、図書館の検索システムを利用して探し出したものである。したがって、これ以外に参照すべきものがあるか否か、またこれらが最新版であるか否かは調べていない。
- 3 これらの文献を本稿で引用する場合、著者・編者名のみで引用する。拙稿については番号と文献末尾の〔 〕の略称で表記する。

A 本稿のテーマに直接関係する文献

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

Göppinger, Horst, Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nach österreichischem und schweizerischem Recht, rechtsvergleichende Betrachtungen, ZZP 70(1957), 304ff.

Völki, Regula, Die Kostentragung der Parteien im kantonalen Zivilprozess der Schweiz, Diss., 1934

Walder, Hans Ulrich, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischen Recht, 1966

B スイスの民訴法に関する体系書・教科書

- Guldener, Max, Das Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., 1979

Habscheid, Walther J, Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen unter Mitarbeit von Stephen Berti, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 1990

Kummer, Max, Grundriss des Zivilprozeßrechts, Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und Bundes, 4. Aufl., 1984

Vogel, Oscar / Spühler, Karl, Grundriss des Zivilprozeßrechts und des internationalen Zivilprozeßrechts der Schweiz, 7. Aufl., 2001

Walder-Richli, Hans Ulrich, Zivilprozeßrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., 1996

C スイスの民訴法に関する注釈書

- Bühler, Alfred / Edelmann, Andreas / Killer, Albert, Kommentar zur aargauischen Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., 1998

Leuch, Georg / Marbach, Omar / Kellerhals, Fraz, Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, Kommentar
(ohne Vollstreckungsrecht) samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 4. Aufl., 1995
Frank, Richard / Sträuli, Hans / Messer, Georg, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozeßordnung, 3. Aufl.,
1997

□ 傴擻繫ニ闇ハヌベ體

Meier, Isaak, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozeßordnung, Überblick mit Kritik und Änderungsvorschlägen, 2003
Spühler, Karl (Hrsg.), Die neue Schweizerische Zivilprozeßordnung, 2003
Sutter-Somm, Thomas (Hrsg.) / Hasenböhler, Franz (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozeßordnung, Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, 2003

■ 近時ニシテ民訴法ニ闇ハヌベ體

林道晴「スイスの民事訴訟—連邦裁判所、チューリッヒ州及びベルン州の実務を中心ニシテ—(上)(中)(下)」法曹時報四六巻一二号二頁以下(一九九四年)、四七巻一號二七頁以下、二号二七頁以下(一九九五年)。
なおこの論稿は後に『ヨーロッパにおける民事訴訟の実情(上)』一五二頁以下(法曹会、一九九八年)に収められた。

■ 訴訟終了宣言ニ闇ハヌベ體の用紙な文献(拙稿を除く)

日本語の文献で訴訟終了宣言について言及しているものは少なくないが、いわば拙稿以外で、論文のテーマとして訴訟終了宣言を扱つたる文献のみを挙げる。訴訟終了宣言について言及する文献の一覧は、⑨〔翻訳〕九頁注13にまとめである。

荒木隆男「訴訟終了宣言」青山善充=伊藤真編『民事訴訟法の争点〔第11版〕』(バカリズム増刊) 164頁以下(一九

九八年)

石渡哲「訴訟終了宣言」三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点〔新版（＝1版）〕』（ジャーリスト増刊）三一四頁以下（一九八八年）

松浦馨「訴訟完結の宣言による訴訟の終了」『ドイツ判例百選』（＝別冊ジャーリスト111号）一五一頁以下（一九六九年）
松本博之「本案終了の表示 (Erlägungserklärung in der Haupsache) について」法学雑誌（大阪市立大学）一九
卷二号八八頁以下（一九七一年）
リュケ〔ゲルハルト〕（石川明訳）「本案の終結宣言について」『ドイツ手続法の諸問題』六七頁以下（成文堂、一九七
九年。初出は本誌四九卷二号一頁以下〔一九七五年〕）

G 訴訟終了宣言に関する私が発表した論稿の一覧（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」（1）（1・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」本誌五〇卷一二号三三九頁以下（一九七七年）
〔両当事者〕
- ③ 「訴訟終了宣言」三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点〔初版〕』（ジャーリスト増刊）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」本誌五五卷七号一頁以下（一九八一年）〔一当事
者〕
- ⑤ 「訴訟終了宣言に関する判例 (BGH, Urteil v.8.12.1981, NJW 1982, 767; BGH Beschluss v.8.12.1981, NJW 1982,
768) の解説」判例タイムズ四九七号六八頁以下（一九八三年）〔ドイツ判例〕
- ⑥ 「訴訟終了宣言と訴訟係属」本誌六一卷一〇号一頁以下（一九八八年）〔訴訟係属〕
- ⑦ 「判例研究（最大判昭和二八年一二月二三日民集七卷二三号一五六一頁）」本誌六四卷六号一四一頁以下（一九九一
年）〔判研〕

- (8) 「訴訟終了宣言の近時の問題」民事訴訟雑誌三八号六九頁以下（一九九二年）〔近時〕
- (9) 「ドイツ民事訴訟法九一条aの翻訳について」教養論叢九六号一頁以下（一九九四年）〔翻訳〕
- (10) 「訴訟終了宣言の日本における立法化について」中野貞一郎・石川明編『民事手続法の改革—ゲルハルト・リュケ教授退官記念』七八頁以下（信山社、一九九五年）〔立法〕
- (11) 「訴訟終了宣言と我が国の判例」本誌六九卷二号八三頁以下（一九九六年）〔判例〕
- (12) 「オーストリア民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・櫻井孝一・中村雅磨編『民事訴訟法學の新たな展開』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）」本誌七二卷八号一頁以下、九号一九頁以下、一〇号二九頁以下（一九九九年）〔沿革〕
- (14) 「二〇〇一年行政事件訴訟法草案と訴訟終了宣言」本誌七四卷一号一頁以下（二〇〇一年）〔行訴法〕*この草案は公のものではなく、木村弘之亮教授の私案であり、拙稿はこの草案一六〇条二項を批判的に分析したもの。
- (15) 「二〇〇二年施行のドイツ民事訴訟法の改正と訴訟終了宣言」本誌七六卷八号一頁以下（二〇〇三年）〔法改正〇二〕
- (1) 日本における訴訟終了宣言をめぐる議論の概要については、③〔争点〕一六六頁以下、石渡・三一四頁以下、荒木・二六四頁以下にそれぞれまとめられている。③〔争点〕は一九七九年、石渡教授は一九八八年、荒木教授は一九九八年に発表されたものなので、発表された時期の学界の状況が分かる。石渡教授、荒木教授とも日本における訴訟終了宣言の制度の導入には消極的であり、私見に対し批判的である。なお本稿における文献表記の方法については、一の4の「参考文献一覧と略称について」の3に記載した。
- (2) ドイツの訴訟終了宣言に関する文献については、次の2にまとめてある。なお二〇〇四年八月三一日現在のドイツ民事訴訟法第九一条aは、次のような規定である。なおローマ数字は項を、丸中数字は段を示すために筆者が付したものである。

I 両当事者が口頭弁論において又は書面の提出により若しくは事務課の調書に記載する限りにより、本案の訴訟が終了した旨を宣言したときは、裁判所は訴訟費用について、従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量により決定で裁判をす。

II ①の裁判に対しては即時抗告をすることができる。②本案の価額が第五一一条に規定した額を超えない場合は、抗告の限りではない。③抗告について裁判する前に相手方を審尋しなければならない。

§ 91a ZPO

I 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 Streitandes nach billigem Ermessen durch Beschluss.

II ① Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. ② Dies gilt nicht, wenn der Streitwert der Hauptsache den in § 511 genannten Betrag nicht übersteigt. ③ Vor der Entscheidung über die Beschwerde ist der Gegner zu hören.

以上の条文は翌日の九月一日に施行された司法改革法による改正された (Fölsch, Peter, ZPO-Änderungen durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz 2004, MDR 2004, 1029 ff.)。改正の内容は、第一項に新たに第二段ふう規定を設けるのである。それは原告が訴訟の終了を宣言したが、それに対して二週間以内に被告が異議を述べない場合は、本条を適用するところである (Fölsch, S. 1032)。この改正は、取扱いが不明確であったことを立法によって明確にしたにすぎず、現状の実務の肯定であり、訴訟終了宣言の制度の適用領域の拡大と評価すべきものと思ふ。残念なことに現時点では、私はドイツで刊行された最新の注釈書を手にすることができないため、改正の内容を正確に理解できない。本稿においてはこの二〇〇四年の改正は重要ではないので、改正前の規定を挙げ、二〇〇四年改正に関する最新の注釈書を入手した後に、機会を得て論じるつもりである。

(3) 松浦・一五二頁以下。

(4) 遠藤功教授は次のような事例を挙げて、問題解決策の解説を行つた（法学教室一七四号一五六頁〔二〇〇三年〕）。

「Xはその隣人Yに対して、将来、夜間ステレオの音量が屋外にもれないようになるとすることを求めて訴えを提起した。Yは、今までステレオを夜間高い音でかけたことがあるかと争つた。係争中にYが引っ越してしまつたため、Xは口頭弁論において本案が完結したと表明した。これに対してYは、訴えの却下または請求の棄却を求めた。裁判所はどういう手続を進めるべきか。」

二 スイスにおける立法と学説の状況

1 連邦民訴法第七二条

スイスは連邦国家 (Eidgenossenschaft) であり、連邦法 (Bundesgesetz) と州法 (Kantonsrecht) が並存している⁽⁵⁾。そこでスイスでは本稿の問題、すなわち訴訟の目的達成による訴訟の終了の取扱いという問題は、連邦法とそれぞれの州の民訴法⁽⁶⁾とに考える必要がある。しかし、州の民訴法は二六あるので、個々の州法ごとに考察することは無理であるし、非効率もある。ここでは連邦法の規定を中心に、スイスでの訴訟の終了の方法との問題点を概観する⁽⁷⁾。そこで関係する規定を連邦民訴法に求めると、七二条に見ることができる。連邦民訴法七二条は次のようないくつかの規定である⁽⁸⁾。

連邦民事訴訟法

第九章 判決によらない訴訟の終了

第七二条 訴訟がその意味を失つた場合、あるいは法的利益を欠いて同様な事態が生じた場合、裁判所は両当事者の申立てにより、当事者の弁論なしに直ちに訴訟の終了を宣言し、訴訟費用については、終了原因発生前の状況に基づき

簡略な理由をもって裁判する。

BZP (Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273)

Neunter Titel: Erledigung des Rechtsstreites ohne Urteil

Art. 72 Wird ein Rechtsstreit gegenstandslos oder fällt er mangels rechtlichen Interesses dahin, so erklärt ihn das Gericht nach Vernehmlassung der Parteien ohne weitere Parteiverhandlung als erledigt und entscheidet mit summarischer Begründung über die Prozesskosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes.

この規定で注目すべきことは、ドイツ民訴法九一条aとの親近性である。条文の文言・構造・内容等を比較してみると、両者の類似性に気が付く。それで両者は単に表現の違いのようにも思えるが、しかし、両者の要件の違いに注目しなければならない。ドイツ民訴法九一条aは終了そのものを要件化せず、訴訟の終了に関して当事者に争いがないことを要件としているのに対し、連邦民訴法七二条では客観的な要件として、「訴訟がその意味を失った場合、あるいは法的利益を欠いて同様な事態が生じた場合」と規定している。スイスでは、この要件を規定していないドイツの議論はそのまま通用しないことこうことであり、この要件をめぐる議論はスイス独自の問題ということになる。

なお連邦民訴法では、ドイツ民訴法二六九条三項二段が規定しているような「訴えの取下げの場合の訴訟費用は原告の負担とする」という趣旨の規定がないことにも注目する必要がある。日本法もスイス法と同様な状況であるからである。ドイツでは民訴法二六九条三項二段が存在するので訴訟終了宣言の制度が発達し、そのような規定のない日本では訴訟終了宣言の制度は不要であるとの見解があるが、スイスでの状況、すなわち連邦民訴法七二条の存在は、そのような見解は成り立たないとを意味する。

2 訴訟の無意味化とその原因

訴訟の無意味化という言葉は日本では一般に使われていないので、戸惑う人が少くないようだ。これは法文の「gegenstandlos」の訳語であり、その意味は訴訟を続行する必要性がなくなつたということである。翻訳では「訴訟の無意味化」と表現したが、決してこの訳語に満足しているわけではない。内容を正確に表現すると長文になるし、法律的な用語を使用すると誤解されるおそれがあるので、とりあえず「訴訟の無意味化」という表現にした。⁽¹⁰⁾ 正に消極的な選択であった。要するにスイスの訴訟終了宣言の問題とは、この「訴訟の無意味化」の問題ということである。ところで、ドイツの高名な民訴法学者であるハープシャイトはドイツとスイスの両大学の教授を兼務した関係で、スイス民訴法に関して大部な体系書を公刊したが、その中で彼はこの問題について立法が十分でないことや、それにもかかわらず学説でほとんど論じられていないこと等を指摘している。⁽¹¹⁾ 「(ドイツ法系)六五五頁」つまり、この問題については、スイスの学説に多くを期待できないということである。なお本稿では訴訟の無意味化と訴訟終了宣言の問題は内容的には同じであると解して、スイスの訴訟の無意味化についての議論を訴訟終了宣言論として表示することにする。

スイスの学説において議論があるのは、終了事由についてである。例えば、金銭支払請求訴訟において被告が弁済した場合のように、単に終了事由が発生したというだけでなく、終了事由の発生に被告の行為が介在していることが必要であると考えるか否かということである。いわゆる主観的な要件の有無をめぐる論争である。消極説によれば、終了事由が発生した以上、早期に訴訟を終了させなければならないので、終了事由の発生の原因は訴訟費用の負担を決める段階で考慮すればよいと考えるが、積極説によれば訴訟を終了させるか否かの最初の段階で、発生の原因を考慮すべきであると考える。ハープシャイトはこの問題については、議論の状況を報告しているだけで自らの態度は表明していない。その理由であるが、ドイツ民訴法の訴訟終了宣言についての彼の立場

からすると（④）〔一当事者〕一六頁以下）、議論そのものを消極的に解しているからではないかと推測する。

3 訴訟終了の裁判と訴訟費用の負担

訴訟終了効を発生させるのは本案判決か終了決定かという議論があるが、ハープシャイトは終了事由によつて訴訟判決か本案判決かに分かれるとしている（⑫〔ドイツ法系〕六五六頁）。訴訟要件が欠けて訴訟が終了する場合は訴訟判決であり、請求の理由がなくなつて訴訟が終了する場合は本案判決であるとする。これは、ハープシャイトがドイツの学者であることを考えると、ドイツの訴訟終了宣言の制度からイスの制度を見た場合の帰結と考へるべきであろう。

有力な州であるチューリッヒ民訴法の場合は、訴訟が無意味化した場合に訴訟費用を負担する者は裁判所の裁量によって決める⁽¹¹⁾。そこで問題は、その場合の訴訟費用の分担を決める基準である。これについては、終了事由が発生しなかつた場合の訴訟の勝敗を予測することや、訴訟を誘発した原因がいずれの当事者にあるのかといったことが説かれている。ハープシャイトも訴訟が終了しなければ勝訴したと思われる当事者が、訴訟費用を負担するのは正当でないと説く（⑫〔ドイツ法系〕六五七頁）。そしてさらに論を進めて、適法要件、例えば権利保護の利益の消滅を理由に訴訟の意味がなくなつた場合は、裁判所は仮に訴訟終了事由が発生しなかつたならば、訴えは理由をも具備していたであろうか否かについて審理すべきであると説いている。これは訴えの理由がなかつたならば、原告が訴訟費用を負担するのが公平であると考えるからである。彼がドイツの一方的訴訟終了宣言について訴え変更説を最初に展開した学者であることを想起すれば、当然の主張といわなければならぬ⁽¹²⁾。

（5）連邦法と州法との関係については、⑫〔ドイツ法系〕六五九頁注28で述べたことがある。

(6) Habschied, XLVff. やは、州の民訴法の法源として二十六の州の民訴法を挙げているが、これは尋常な数ではない。

(7) 一で述べたことであるが、二は三で論じる博士論文の内容を理解し評価を行うために、必要最小限の知識を旧稿(①「生成」三号一〇五頁以下、⑫「ドイツ法系」六五一頁以下)を基に簡潔にまとめたものである。より詳しい内容やそれぞれの記述の基になつた文献については、これらに譲る。

(8) この条文については、かつて①「生成」三号一〇六頁、⑫「ドイツ法系」六五一頁等で説明した。本稿を執筆するに際して、スイス連邦法についてインターネットを利用して調べたところ、二〇〇五年一月末現在、この条文に関しては改正ではなく、このまま通用している。なお本文に挙げた翻訳は⑫「ドイツ法系」六五一頁によるものであり、①「生成」三号一〇六頁の訳文と異なる。これは前者によつて実質的に後者を修正したものである。具体的にいうならば、「当事者」を「両当事者」に、「訴訟がその根拠を失う」を「訴訟がその意味を失つた」に修正した。「当事者」か「両当事者」かについては、⑨「翻訳」一三頁以下で論じた。「訴訟がその根拠を失う」ではなくて「訴訟がその意味を失つた」にした理由については、後注(10)で説明する。

(9) ドイツ民訴法九一条aの日本語訳は、前注(2)に挙げてある。

(10) *gegenstandslos*を無意味化と訳した理由については、⑫「ドイツ法系」六五九頁注31で述べたが、その内容は次のようなものである。

山田景『ドイツ法律用語辞典』二五七頁（改訂増補版、一九九三年）は、*gegenstandslos*について、「無効になる。規律する対象がなくなつたために効力を失うこと」をいふと説明している。そこで訳語としては「無効」が考えられるが、しかし、訴訟の無効といふと、訴訟それ自体が無効のよつて誤解を与えるやすい。すなわち、*gegenstandslos*は請求に理由がなくなつたり、あるいは訴えが不適法になることをいふのであって、訴訟それ自体が無効になるということではない。そこで「根拠がなくなる」という訳語も考えたが、根拠といふ言葉は訴えの理由と誤解されやすく、訴えの利益の喪失のように訴訟要件の消滅も含むから、根拠や理由がなくなるという訳語は好ましくない。あるいは訴訟中に訴訟終了事由が発生した場合であるから、訴訟の終了という訳語も考えられる。しかし、*gegenstandslos*は訴訟終了を意味するが、この訳語である*Erledigung des Streites*（訴訟の終了）と区別がつかなくななる。そり

であえて法律用語に類似した言葉を選ばないで、前に「無」、後に「化」という漢字と、それらに結合しやすい語として「意味」という言葉を選び、*gegenstandslos* の訳語を「無意味化」とした。

- (11) チューリッヒ民訴法一八八条二項は訴訟の終了について規定し、六五条はその場合の訴訟費用の裁判を規定している。すなわち前者は、「本案の終了の裁判は判決によるが、それ以外の訴訟の終了の場合特に訴訟要件の欠缺、訴えの取下げ、請求の認諾、和解、訴訟の無意味化の場合は、決定または命令による」旨の規定である。後者は、「訴訟が無意味になった場合、あるいは訴えにおいて法的利益が消滅した場合、裁判所は裁量によつて訴訟費用の裁判をなす」旨の規定である。(12) [ドイツ法系] 六六〇頁注36)。
- (12) 一方的訴訟終了宣言についてのハープシャイトの訴え変更説については、④〔一当事者〕一六頁以下で述べた。

三 アドールの訴訟終了宣言論について

1 アドールの本の概要

スイスでは訴訟終了宣言に関連する条文があるにしても、訴訟終了宣言について、従来本格的に論じられることはなかつた。このことは参考文献がないことであり、簡単な記述の体系書を頼りに訴訟終了宣言について自らまとめなければならないということでもある。⁽¹³⁾ この作業は心もとないものであつたが、一九八六年にハープシャイト (Walther J. Habscheid) のスイス民訴法の体系書が出版され、多少楽になつた。ドイツ法の視点から書かれたために理解しやすく、頼もしく感じられた。しかし、体系書のために限界がある。問題についての学説と判例の概説であり、様々な視点から詳しく論じるものではないし、自らの立場を鮮明に表明するものではないからである。その点で不満が残るものであった。

ところが朗報というべきであろう。一九九七年にスイス・ベルンで訴訟終了宣言について大部な博士論文が公

刊された。Addor, Felix, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits. Eine Untersuchung zur Erledigung des Streitgegenstandes im schweizerischen Zivilprozessrecht unter Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, 1997 やある。⁽¹⁷⁾ 日本語に翻訳すれば、フェリックス・アドール著『訴訟の無意味化—イーツの法的状況を考慮したスイス民事訴訟法における訴訟終了宣言の研究』である。この本はスイス法叢書六〇〇号 (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 600) として公刊された。この本の序文によれば、同年三月にベルン大学法経学部において承認された博士論文であり、序文の謝辞から推測すると、指導教授はベルン大学のバルター教授 (Gerhard Walter) である。本に記されている肩書きによれば、著者は弁護士 (Fürsprecher) である。

この本は A5 判よりも一回り大きいもので、本文が二六八頁、序文・目次・文献一覧等が四七頁という構成である。ドイツの訴訟終了宣言に関する博士論文をいろいろ読んだ経験からすると、かなり大部な本である。副題が示すように、本書はドイツの訴訟終了宣言の学説を参考に（詳細に引用して）、スイスの訴訟の無意味化という現象（ドイツ法ならば訴訟終了宣言論）を分析したものであり、本書によってスイスの現在の状況と問題点を容易に知ることができる。もつとも本が大部な理由は、スイスで問題が理論的に錯綜しているからではない。訴訟終了宣言のあらゆる問題を詳細に取り上げているからであり、正にスイスの訴訟終了宣言についての百科事典の趣がある。このような百科事典的な本が刊行されたということは、訴訟終了宣言が従来スイスでは議論されてこなかつたことを物語るものであるが、同時に、近年においてはそのようなままでは済まれない状況にあるということも意味するであろう。⁽¹⁸⁾

この本の刊行によって、日本におけるスイスの訴訟終了宣言の研究の事情は一変した。この本の豊富な文献の引用による論述は、従来のスイス法研究の問題点、すなわち文献がない、各州の状況が不明である等の問題点を

ことごとく解消せるものであり、スイスでの状況を具体的に鮮明に把握することが容易になったからである。また博士論文であるために、問題意識が鮮明であり、記述が理論的に整理されており、その主張の当否は別にしても分かりやすい。またドイツ法の文献を縦横に駆使してスイスの問題を解決しようとするものであるから、ドイツ法と比較する者にとっては、大変に便利な本である。このような理由から、次にこの本の内容を彼自身の要約を参考にして紹介し（2）、この本の提起した問題を日本法の視点から考えてみようと思う（3）。

2 アドールの理論の概要

本書は一般的な項目の整理方法と異なるので、紹介に際しては項目の構成を示す用語は直訳した。大項目はA～Dであり、その下に中項目の部と章がある。もつともBは部を三編に分け、Dは結論で中項目はない。そして部と章の順序を示す数字（序数詞）は大項目の中で完結させないで、本書全体で連続させている。

A 基礎論

まず第一部は「基礎論」として、問題の所在と現状を次のようにまとめる（七頁～三三頁）。物の引渡し請求訴訟中に当該物件が消滅した場合や、金銭支払請求訴訟中に被告が弁済した場合、請求は理由がなくなる。判決内容は判決時の請求の状況で決まり、それによって訴訟費用の負担者が決まる。この場合は請求の理由がなくなるから、原告が訴訟費用を負担する。このような結果は好ましいものではないから、それを回避するためにどのような方法で対応すべきかを考察しておかなければならぬ（第一章「問題の所在」。七頁～九頁）。

訴訟を行なう意味が失われるということは、終局判決以前に訴訟終了事由が発生したということである。訴訟の無意味化は当事者の意思とは無関係に、請求の理由が消滅した場合または訴えの利益が喪失した場合に生じる。このような場合には、裁判所は訴訟を終了させ、訴訟費用の裁判をする（第二章「立法・学説・判例の状況」）。

一〇頁—三三頁)。

B 訴訟の無意味化の要件

次に第二部は「訴訟の無意味化の要件」ということで、訴訟の終了について次のような分析を行う(三五頁—一五五頁)。第一編は「客観的要件」であり、訴訟進行の意味が喪失する場合について考察する(三五頁—一三七頁)。訴訟の無意味化を理解するためには、訴訟物を軸として理解するのがよい。訴訟物は原告によって求められた権利保護の目標であり、法的な要求と訴えの原因によつて特定される。訴訟の無意味化の原因は訴訟物の終了ということであり、訴訟物の終了とは手続中に訴えの原因が変更することによつて、当初求めていた権利保護の目標が訴訟的にはもはや達成できないことである。それは訴訟係属中の訴訟物の内容が空になるということである。すなわち訴訟物は消滅するのはではなく、原告が訴えを取下げるかあるいは判決が確定するまで、空のままで存続する(第三章「原因」三六—六三頁)。

訴訟中に客観的な終了事実が訴訟外で発生すると、訴えは意味がなくなる。実体法的な対象が消滅すると訴えの理由がなくなる(実体的な無意味化)。権利保護の利益が消滅すると、訴えが不適法になる(形式的な無意味化)。しかし、訴えが後から理由がなくなつたとか、単に権利保護の利益が喪失したとかというようなことは、手続の終了にとつて重要でない。基準になるのは訴訟物が訴え提起後に訴訟外の終了事実の発生によつて確定的に終了したということだけである(第四章「終了事由」六四頁—一一一頁)。終了事実は訴訟のそれぞれの段階で生じるが、訴訟が成立し訴訟物が確定して初めて訴訟の無意味化は生じる。そして訴訟が消滅するのは最上級審の終局判決であるから、訴状の提出後から最上級審の最終の本案判決の言渡しの間の終了事実の発生が重要ということになる(第五章「終了の時点」一二二頁—一三七頁)。

次に第二編は「主観的要件」として、当事者の意思を考察する。当事者の意思は無意味化にとつて重要ではな

い（一三八頁—一五四頁）。訴訟終了時の当事者の意思は、訴訟費用の負担の問題でのみ考慮すれば足りる（第六章「終了原因の発生と当事者の意思の意味」。一三八頁—一四一頁）。訴訟追行と本案判決の取得に対する当事者の利益の喪失が、主観的要件である。そして終了事実の発生（客観的要件）が確定されたならば、裁判所は両当事者の権利保護の利益が欠けていると考えてもよい。しかし、当事者の一方が権利保護の利益を有していることを証明した場合は、訴訟は無意味化することはない。このように客観的要件と主観的要件が満たされて初めて、訴訟の無意味化が生じる（第七章「訴訟の続行と判決のための利益」。一四二頁—一五四頁）。

要件論のまとめとして訴訟の無意味化を定義すれば、次のようになる。訴訟の無意味化は、訴訟手続の経過において紛争が訴訟外において終了したことによつて生じる。紛争が終了したということは、訴状提出後に生じた客観的な事実によつて請求の原因が変更し訴えの理由がなくなつたことによつて生じる。あるいは権利保護の利益が確定的に喪失する場合にも生じる（第三編は「第二部の要約」であり、第八章「訴訟の無意味化の定義」である。一五五頁）。

C 訴訟の無意味化の効果

第三部は「訴訟の無意味化の効果」という表題のもとで、効果論を展開する（一五七頁—二六三頁）。事実の存否の調査は職権によってではなく、当事者の申立てにより行う。終了事実の発生によつて、その後の手続について当事者は三つの可能性を有する。すなわち終了事実の発生を申述すること、訴訟終了を主張すること、そして終了宣言の申立てである。当事者が終了事実を申述することによつて、裁判所は事実上終了している訴訟を終わらせることができる。当事者の終了の主張は默示の終了宣言の申立てであり、終了宣言の申立ては取効的行為である。被告が再訴をおそれて訴訟中に生じた訴訟障害事由の確定を望んだ場合、原告はさらに裁判の終了決定の申立てを行う。これは訴訟上の形成の申立てである。両当事者が一致して終了の申立てをした場合、裁判所は終

了事実について調査することなく、終了を宣言しなければならない（第九章「訴訟の無意味化の訴訟への影響」。一五八頁—一五六頁）。

裁判所は申立てにより終了事実について顧慮しなければならないし、その事実の存在を確信した場合は終了宣言をする必要がある。裁判所が疑いを持ち、当事者にも意見の一致がない場合は、終了事実の存否について調査しなければならず、必要ならば証拠調べを行う。訴えが当初から理由がない場合は調査を止め訴えを棄却する。裁判所は訴訟の無意味化を確信した場合、訴訟の終了を宣言するが、終了事実の発生までに訴えが適法で理由があるか否かは調べない。訴訟の終了が明らかでない場合、訴訟は続行する（第一〇章「裁判所によるさらなる処置」。一九七頁—二二五頁）。

裁判所の終了の裁判によって、訴訟追行の意味を喪失した訴訟は終結する。この裁判は特殊な形成裁判である。裁判所は終了の裁判の際に訴訟費用の負担と額の裁判をしなければならない。この裁判は次のような三つの基準に従つて行われる。①いずれの当事者が訴訟を誘発したか。②いずれの当事者が訴訟の無意味化を惹起させたか。③もし訴えが無意味にならなかつた場合、敗訴者は誰になつたであろうか。これらを重畳的に考慮する。裁判所は必要な調査を簡略な方法で行う。基礎資料は、終了事由発生時点の訴訟記録と從前の当事者の弁論である。訴訟費用に関しては、証拠調べは行わない（第一一章「訴訟の終了」。二二六頁—二三六頁）。

訴訟の無意味化を原因として下された訴訟終了の裁判には当事者間に訴訟上の形能力が発生し、言渡しによって当該裁判所を拘束する。それが通常の上訴手続において取り消されない状態になつた場合は、形式的確定力が生じる。また既判力も生じるが、既判力の範囲は訴訟が無意味になつたことに限定される。終了裁判の基礎にある関係が事後に変更された場合にのみ再訴は許される（第一二章「訴訟の無意味化による訴訟終了の効果」。二三七頁—二四七頁）。

終了の裁判は通常の終局裁判であり、州レベルでは判決の場合と同様な上訴や再審が許されるであろう。連邦レベルでは上訴、再審、憲法上の抗告等が許される。訴訟費用の負担についてだけ、あるいは額についての判断に異議がある場合、終了の裁判に対し上訴をしなければならない。あるいは法に規定があれば、直接訴訟費用の裁判に対して上訴を提起しなければならない。州裁判所の最終的な訴訟費用の裁判に対して、憲法上の権利の侵害を理由に連邦憲法裁判所に異議の申立てができる。

訴訟がその意味を失ったにもかかわらず判決が下された場合、本案判決の要件を有しているか、あるいは訴えが初めから理由を具備していたならば、当事者はその判決に対して異議を申し立てることができる（第一三章「終了裁判の取消しの可能性」二四八頁—二六三頁）。

D 具体的な立法の提言

最後に本書の結論として、訴訟の無意味化の要件と効果をまとめたうえで（二六五頁—二六七頁）、次のような立法論を主張する（二六七頁以下）。これは解釈論として無理なので立法論として主張するというのではなく、疑義を無くすことと、立法がない州に立法を求めるという意味である。

(a) 「訴訟の終了」の章に、「訴訟の無意味化」として、次のような条文を加える。

- ① 訴状提出後に裁判外の事実の発生により、訴えの理由がなくなつた場合は訴えにおいて法判断を求めるための法的利益が消滅した場合、裁判所は当事者の意見を聞いて訴訟が無意味になつたものとして訴訟を終了させる。
- ② 当事者は訴訟の無意味化を理由に、訴訟の終了を申し立てることができる。
- ③ 両当事者が一致して終了を申し立てた場合、裁判所はさらに審理することなく訴訟を終了させる。
- ④ 終了の裁判に対しては控訴することができる。

(b) 「訴訟費用」の章に、「訴訟の無意味化の場合の訴訟費用」として、次のような条文を加える。

- (1) 訴訟が無意味になつた場合、裁判所は裁判所費用と当事者費用について裁量で裁判する。
- (2) 訴訟費用の裁判に対しても、本案のさらなる審理がふさわしいであろうと思われる場合、当初の訴訟費用の額が少なくとも八千スイスフランであるときは、控訴を提起することができる。

(c) 「裁判の効力」の章に、「既判力」として、次のような条文を加える。

訴訟の無意味化を理由にした終了の裁判は、無意味化の確定に関してのみ既判力が生じる。

3 日本において注目すべき点

既に指摘したように、本書はスイスの訴訟終了宣言についての辞典である。個々の問題について、著者は州の民訴法の条文、判例、学説等を豊富に引用して考察している。本書で展開している著者の主張の当否は考えなければならないが、それよりも重要な作業は、このスイスの訴訟終了宣言論から、ドイツの訴訟終了宣言論において普遍的なこと（学ぶべきことは何かということ）を把握することである。スイス民訴法はドイツ法系の民訴法とはいえ、歴史、文化、法制度を異にするから、スイスとドイツの訴訟終了宣言論を比較してその異同に注目すれば、訴訟終了宣言の本質的なこととそうでないことが見えてくるはずである。それによって得られた本質的なものを基礎に、日本の訴訟終了宣言論は構築されなければならないと思う。

このような視点から考えると、彼の次のような見解に注目すべきである。特に彼の訴訟終了宣言論が集約されている立法論が重要である。第一に、立法において、一方的訴訟終了宣言を基本としている（D(a)の中で、②が③に先行している）。第二に、終了裁判に確認的な要素を認めて、既判力を肯定している（Cの第二二章とD(c)）。第三に、一方的訴訟終了宣言の法的性質論において、ドイツの判例・通説の訴え変更説を退け、特殊形成訴訟説

を展開している（Cの第二二章）。第四に、訴訟費用の負担を決める裁判において、当事者の訴訟の無意味化に対する責任を重要な基準にしている（Cの第一一章）。

これらの点はドイツの通説と異なるが、それはスイス特有の状況に起因することなのか。また立法論としての主張ということは、解釈論としては無理ということではないのか。このようなスイスの状況は、日本法にどのような意味があるのか等の疑問が生じる。これらについては次の四の1で考察するが、結論を述べれば、訴え変更に関する立法状況に違いがあることと、訴訟費用の負担で結果責任説を直ちに持ち出さないことに、主たる原因があるようと思う。後者について具体的にいうならば、今日のドイツ訴訟終了宣言論は、結果責任説と不法活動責任説の対立の中から形成されてきたが⁽¹⁸⁾、スイスではそのような歴史的な展開に注目することなく、ドイツ法が排斥した主観的因素を残存させている。つまりスイスでは過去の展開にとらわれることなく、現実の問題解決を重視しているように思う。

(13) 全くないということではないが、古い文献のためにあまり参考にならなかつたということである。一九七六年にスイスの訴訟終了宣言論について論じた時は（①）「生成」三号一二〇五頁以下）、その時に参考にしたのは、一九五七年のドイツのゲッピングナー（Horst Göppinger）の論文と、一九三四年のスイスのフェルキイ（Regula Völki）の博士論文であった。一九九六年に再度論じた時は（⑫）「ドイツ法系」六五一頁以下）、訴訟終了宣言について比較的詳しく述べていた一九九〇年のハーブシャイトの体系書が参考になつた点を除けば、文献の状況はほとんど変わつていなかつた。

(14) この本については、二〇〇一年に発表した訴訟終了宣言の研究の中で述べたことがある（⑭）「行訴法」四二頁注27)。

(15) 序文の謝辞には他の教授の名前も挙がっているが、民訴法の学者ではないようである。またこの本の最後に追記として、著者は序文で挙げた教授以外の多数の人々に感謝を述べている。

(16) この本の文献一覧表は詳細であるが、挙げられている文献の多くはドイツの訴訟終了宣言の文献であり、スイスの文献については表題から見る限り、直接、訴訟終了宣言について論じているものではないようだ。アドールも本書の序文において、訴訟の無意味化（訴訟終了宣言）の意味、要件、効果について、従来スイスでは深く論じられてこなかったと書いている。

(17) スイスでの訴訟終了宣言の利用状況について直接の資料はないが、アドールは四つの州の統計から（三一頁以下）、スイスでの近年の全終了事由の約四パーセントと推計している（三三頁）。参考までにドイツの場合を見てみると、双方的訴訟終了宣言による終了として、一九八九年に簡易裁判所（Amtsgericht）が二パーセント、地方裁判所（Landgericht）第一審では一・五パーセントという数字が報告されている（Rosenberg / Schwab / Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 15. Aufl., 1993, S. 778）。一九九〇年では簡易裁判所が二・六パーセント、地方裁判所が一・三パーセントである（Rosenberg / Schwab / Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., 2004, S. 906）。

(18) 訴訟費用負担を決める原則としての結果責任説と不法活動責任説については、①〔生成〕三号七〇頁以下、⑩〔立法〕八三頁以下で論じたことがある。また訴訟費用の負担の問題は、弁護士費用敗訴者負担の原則と密接な関係がある。弁護士費用敗訴者負担の原則によって敗訴者が勝訴者の弁護士費用まで負担するとなると、本案の問題以上に訴訟費用の問題は当事者にとって重大な問題である（⑥〔訴訟係属〕一頁以下）。

四 スイスの訴訟終了宣言論の意味

1 アドール論文から見えてくるもの

スイスにおいて訴訟終了宣言についてドイツとは異なった議論がなされているということは、訴訟終了宣言の制度を考える場合にドイツの議論が絶対的なものでないことを示すものであり、時代により国により訴訟終了宣

言の在り方が異なることを明らかにしている。したがって重要なことは、現象の違いに目を奪われることなく制度の本質の把握に努めることであり、差異よりも同質性に注目すべきである。既に三の3で、アドールの論文において注目すべき点を四つ挙げたので、以下ではそれぞれについて、その意味を日本法の視点から考えてみよう。

第一に、彼の立法論である。訴訟終了宣言についての立法は、スイスでもドイツでも双方的訴訟終了宣言の場合だけを規定している。これに対して彼の立法論は一方的な訴訟終了宣言をも規定し、しかも具体的な条文ではそれを双方的訴訟終了宣言に先行して規定している。この意味であるが、スイスでは訴訟終了宣言について規定を有する連邦法や州法が存在するから、彼の主張は訴訟終了宣言を既に認知している立法を整序したように思える。しかし、そう考えるべきではないと思う。スイスでは訴訟終了宣言について規定を有していない州が多く、それを考へると彼の立法論は規定のない州を考慮したものというべきである。すなわち、今後新たに訴訟終了宣言について規定する場合の具体的な条文を提示したと考えるべきである。さらに彼は、一方的と双方的の両訴訟終了宣言を併せて規定し、双方的訴訟終了宣言を一方的訴訟終了宣言の特殊な場合と位置付けるべきであるとの提案をしているが、それは正当なものと評すべきである。一方的訴訟終了宣言がメインであるからである。すなわち双方的訴訟終了宣言の場合は処分権主義に根拠を置くものであり、当事者の自治に委ねれば済むからそれほど問題は生じない。しかし、一方的訴訟終了宣言の場合は当事者間に終了をめぐつて紛争が存在するから、その処理方法が正に問題である。事態は早急に解決しなければならないし、解決に当たつて無用の混乱を避けるための規律が必要である。そこで立法は一方的訴訟終了宣言を基本に考えるべきである。⁽¹⁹⁾

第二に、訴訟終了宣言の既判力の問題である。彼は訴訟終了宣言の裁判に既判力を肯定しているが、それは正当な判断である。訴訟の終了をめぐつて争いがあり、それについて裁判所が判断したならば、その判断に拘束力を与えて同じ紛争が再燃しないように防止すべきであると考えるからである。問題はその法的構成である。拘束

力は既判力として、この場合に既判力が生じるとした構成が一番、単純で明快である。すなわち紛争の再燃防止として、従前の訴訟物について既判力を生じさせるように構成することである。したがつて一方的訴訟終了宣言についての裁判の訴訟物は、紛争の再燃防止の観点から考へることになる。そもそもその裁判の訴訟物と既判力の正当性の根拠（当事者の手続保障）を一括して考へるのが、一方的訴訟終了宣言の法的性質論であるから、訴訟終了宣言の既判力の問題は、法的性質論に展開していく。結局のところ、訴訟終了宣言の既判力の問題は、彼の一方的訴訟終了宣言の法的性質論の当否の問題に帰着する。彼の一方的訴訟終了宣言の法的性質論については次に述べるが、結論を先に述べれば、彼の法的性質論と訴訟終了宣言に既判力を肯定することとは、うまく対応できないないように思ふ。

第三に、彼の一方的訴訟終了宣言についての法的性質論である。⁽²⁰⁾ 彼はドイツの判例・通説の訴え変更説に反対して、特殊形成訴訟説を主張している。これは、訴え変更説によつて一方的訴訟終了宣言を理解することが普遍的でないことを示唆している。のこと自体は評価すべきであるが、このことから直ちに、一方的訴訟終了宣言の法的性質論としてドイツの訴え変更説が正当でないとは断定してはならないであろう。彼が訴え変更説を支持しなかつたのは、訴え変更の制度がスイスはドイツと異なつているために、ドイツの訴え変更説が説くようにはスイスでは訴えの変更ができないと考えたからである。したがつて、彼の主張を根拠に特殊形成訴訟説が普遍性を有すると解すべきではない。そもそも彼の一方的訴訟終了宣言の法的性質論は既判力の説明が十分ではないと思う。彼は訴訟係属を消滅させる形成力を基本とする特殊形成訴訟説を説く一方で、旧来の訴訟物に関する裁判所の判断に対しては既判力を肯定する。しかし、一般的な既判力論によれば、旧来の訴訟物に関する裁判所の判断は、判決理由中の判断であるから既判力が生じないというべきであつて、既判力を肯定する彼の主張とは正反対である。彼の主張が一般的な既判力論の帰結と異なるのは、先ず紛争の再燃防止のために旧来の訴訟物に関する

る判断に既判力が必要と考えるからである。したがつて、そのための説明は一般的な既判力論とは異なる特別なものであり、そのものが一般性を有するかは疑問である。すなわち、彼の見解は特殊なものと断定せざるをえない。

第四に、訴訟費用負担を決める原則についてである。⁽²¹⁾ スイス法は訴訟費用の裁判の判断基準においてドイツ法と異なり、当事者の主観的な要素を重視している。このような問題について、従来日本では議論してこなかつただけに、スイス法のような考え方について検討しておく必要がある。さらに手続保障という視点で見るならば、当事者の主観的な要素を重視しつつ、その判断が裁判所の裁量によつてなされるということは問題があるようと思ふ。当事者の主観的な要素という判断が困難な問題について、裁判所の裁量による判断ということで、当事者を納得させることができるのかということである。結局のところ、訴訟費用負担を決める裁判の基準について、客観的な要素を重視するドイツ法を採用するか、主観的な要素を重視するスイス法を採用するかということになるが、それによって訴訟物の構成が異なつてくるから、一方的訴訟終了宣言の法的性質論も影響を受けるということになると注目する必要がある。日本はドイツ法を継承したことや、ドイツ法の原則がローマ法以来の長い間の試行錯誤のうえに形成されたことを考えると、スイス法の裁判基準には直ちに賛成できない。

このようにアドールの見解において注目すべき点について日本法の立場で考えてみると、彼の見解に直ちに賛成するのは困難である。もつともこのことは彼の理論に問題があるということではない。日本法から見て賛成できないということである。日本においてはスイスの状況に注目すべきであり、スイスの状況がドイツとは異なつた見解を導き出したと考へるべきである。スイスの従前の判例・学説との状況から考へると、それらとの調和ということから、彼の見解は妥当な理論であると思う。要するに日本ではスイスの状況を認識したうえで、彼の理論を学ぶ必要がある。したがつてアドールの一方的訴訟終了宣言の法的性質論については、ドイツの

訴え変更説を基本（理念型）とし、その変容したものとして位置付けるべきではないかと思う。

2 日本の訴訟終了宣言論において参考にすべきこと

スイスの場合、訴訟費用の裁判の基準がドイツのように客観的・定型的ではなく、主観的因素が重要な意味を有していることもある。裁判官の裁量によって訴訟費用の裁判がなされる。⁽²²⁾ それにもかかわらず訴訟終了宣言についての規定は存在するし、アドールのような訴訟終了宣言論が展開している。このことは、訴訟費用の裁判を彈力的に裁量によって行うということと訴訟終了宣言は、無関係であることを意味する。換言すれば、スイスでは裁量的な裁判で訴訟終了宣言を代替していないということであるし、裁量的な裁判による解決が訴訟終了宣言の問題のための切札ではないことを示している。ところで日本の場合、訴訟終了宣言の問題は民訴法七三条によつて処理するが、この方法は民訴法六二条等の準用により裁判所の裁量により弾力的に訴訟費用の裁判を行つてある。⁽²³⁾ この裁判所の裁量的判断を強調して日本の通説は訴訟終了宣言の不要を説くが、スイスの場合はそうではない。すなわち裁判所の裁量によつて訴訟費用の負担を決めるという点で日本法はスイス法と親近性があるが、スイスでは日本の通説と異なり訴訟終了宣言を認めていた。この点に注目すべきであろう。

- (19) 日本における立法論については、⑩〔立法〕九二頁以下で論じた。
- (20) アドールは第九章第三節Bにおいて〔三の2のC〕特殊形成訴訟説について詳論する (Addor, S. 171ff.)。なお一方的訴訟終了宣言の法的性質論については、④〔当事者〕一頁以下で論じたことがある。
- (21) 訴訟費用の負担を決める原則のローマ法からの歴史的な変遷については、①〔生成〕三号七〇頁以下、⑩〔立法〕八三頁以下等で述べた。なお前注(18)で関連したいいについて述べた。
- (22) アドールは第一一章第二節Bで論じる (Addor, S. 277ff.)。なおこれに関しては、本稿三の2のCと、三の3の

第四項目でも述べた。

(23) 日本の通説は日本における訴訟終了宣言を否定する根拠の一つとして、民訴法七三条とその二項に基づく六二条準用を挙げる。すなわち、これらによる裁判所の裁量の方法が訴訟終了宣言に代替するから、訴訟終了宣言は日本では不要であると主張する。しかし、これらの条文の沿革を尋ねると、この方法の問題点が浮かび上がってくる。⁽¹³⁾〔沿革〕は、民訴法七三条と六三条の沿革を尋ね、そこから日本の通説に対する問題点を指摘したものである。

五 おわりに

スイスは既に述べたように各州⁽¹⁾とに民訴法を有するので、連邦民訴法とは別に二六の民訴法が存在する。これは州を越えた交流が拡大すればするほど、大変に不便な事態である。そのためには常に統一民訴法の成立の必要性が叫ばれてきたが、その成立の道程は簡単ではなく、今までに具体的に結実することはなかつた。⁽²⁴⁾ところが最近、大きな進展が見られ、統一民訴法の成立という悲願の達成がかなり現実味を帯びてきた。⁽²⁵⁾二〇〇三年六月に発表された、統一民訴法典の草案作成のための専門家委員会による仮草案がそれである。⁽²⁶⁾ (Vorentwurf der Expertenkommission für eine Schweizerische Zivilprozessordnung vom Juni 2003)^o そりで、この仮草案を訴訟終了宣言の観点から考察し、本稿の「おわり」へした。

1 統一民訴法のための仮草案第九八条第二項について

仮草案は、四編構成で三九五条の本則と、関連する一六の法律についての改廃を規定している附則から成り立っている。この草案から本稿で論じた問題に関する規定を探してみると、第九八条第二項である。この規定は仮草案の第一編「総則（Allgemeine Bestimmungen）」の中にある。第一編の第七章は「訴訟費用と訴訟救助

(Prozesskosten und unentgeltliche Prozessführung)」である。この第一節は「訴訟費用の負担」(Verteilung der Prozesskosten)である。この第一節は第九四条乃至第1011条によって構成されている。

第九八条は次のとく規定である。

Art. 98 Verteilung nach Ermessen

1 Die Prozesskosten werden nach Ermessen verteilt werden, wenn:

- a. die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Beifügung des Anspruchs schwierig war;
- b. die klagende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war;
- c. andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen;
- d. eine Vertretung des Kindes angeordnet worden ist.

2 Wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben, so entscheidet das Gericht über die Prozesskosten nach Ermessen, sofern dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.

この規定の見出しは「裁量による訴訟費用の負担」であるが、この規定は前条の原則規定に対する例外規定と位置付けられるものである。すなわち、仮草案は九七条において訴訟費用は敗訴の当事者が負担するという原則を規定し、九八条は九七条の原則が適用されない場合を規定している。この規定の第二項が訴訟の終了（訴訟の無意味化）に関するものであり、「手続が無意味になり消滅する場合」、裁判所は訴訟費用についてこの法律に別に規定されていない限り、裁量によつて裁判をする。」である。

一項と二項の異同であるが、裁量によつて負担を決めるにいへば両者は一致している。しかし、一項は單に

「訴訟費用は次に掲げる場合、裁量によつて負担を決める」として、四つの場合を挙げているが、二項は「裁判所が裁量によつて裁判する」と規定していくと、裁判所の裁量による裁判が明記されている。つまりこれが訴訟の無意味化の場合、一項に集約されなかつた理由と思われる。もつとも裁判所の裁量による裁判といつても、これと二の1の連邦民訴法七二条とを比べてみると、仮草案の方がかなり簡略化されていることが分かる。連邦法では規定されていた「両当事者の申立てによる」とか、「裁判に当たつて從前の訴訟の状態を考慮する」という文言が欠落しているからである。さらにアドールの立法論からみれば、この規定には彼の主張は全く生かされていない。なおこの規定の「この法律に別に規定されていない限り」であるが、私はこの法律に別に規定されている箇所を見つけることができなかつた。

2 仮草案と訴訟終了宣言

仮草案で訴訟終了宣言に関する規定が簡略化されたことは、どのように理解したらよいであろうか。これは本稿で議論したことの意味を否定するようにも見えるから、本稿にとつて重要な問題である。しかも、条文の文言だけでこの規定を理解すると、裁判所の裁量によつて問題を処理するというのであるから、日本法と同じような立法と解することができる。果たして仮草案は日本法に接近したのであろうか。この問題については、仮草案は従来の議論を否定するために条文の文言を簡略化したのではないと考えるべきである。換言すれば、仮草案はそれとは反対に従来の議論をそのまま認めて、要件・効果についての詳細は学説・判例に委ねたために簡略にしたと解すべきである。なぜならば、仮草案の説明書によれば、この規定について次のような説明がなされているからである。⁽²⁷⁾

「訴訟が終了した場合の訴訟費用の負担を決める裁判において考慮されなければならないのは、いずれの当事者が訴え提

起の誘因を与えたか、訴訟が終了しない場合はいずれの当事者が勝訴したのであろうか、訴訟終了の原因を発生させたのはいずれの当事者か等である。この場合に両当事者は審尋されるのは当然である」。

なお当事者の審尋に関しては、緑の党が次のような意見を述べている。⁽²⁸⁾

「裁判所は当事者を審尋して初めて訴訟費用について裁判するができるというように規定すべきである。確かに仮草案四八条によれば、当事者は審問請求権を有するとなっているから、ここでかような規定は不要かもしれないが、念のためにここで再度明確にしておくべきである。」

このような仮草案の説明や緑の党の意見からは、仮草案が訴訟の終了（訴訟の無意味化）に関して従来の議論を否定しているようには読めない。むしろ、従来の議論がそのまま反映されていることは明らかである。⁽²⁹⁾ それは、なぜ仮草案は条文を簡略にしたのかということが問題になろう。それは連邦国家という特別な事情ではないかと推測する。すなわち、各州が承認できることを考える必要があり、そうであるならば各州の最大公約数でまとめるしかない。さらに同様な理由から、仮草案は特定の国家や州の影響を受けていないような配慮も必要である。⁽³⁰⁾ となると、詳細な規定は無理である。そもそも仮草案は本則三九五条で、通常の判決手続法の他に、執行、仲裁、調停、特別訴訟手続等についても規定している。日本の民訴法（判決手続法）が略式訴訟手続を含むとはい、本則だけで四〇五条であることからしても、仮草案がいかに簡略な規定であるかは明白である。

3 立法の動向と本稿の意味

仮草案を見ると、訴訟終了宣言に関しては従来の議論とは異なるような立法がなされるようと思える。しかし、それは表面的な見方であって、立法は規範の内容の詳細については判例・学説に委ねたものであり、実質は従来の議論の延長線上にあると考えるべきである。したがつて本稿で述べたことは、そのような立法の動きにも影響

スイスにおける統一民訴法をしのぐ論文が出現するまでの間は、そのまま通用する。

- (24) スイスにおける統一民訴法の制定の動向には、既に一九七六年の①（生成）三号一〇五頁で掲載してある。
- (25) 今後の立法の作業予定によれば、統一民訴法は二〇一〇年の施行を考えているようである（Pressemitteilung vom 15.09.2004, Eidg. Justiz- und Polizeidepartement）。なおこの資料は、インターネットで公開されている（www.bj.admin.ch/themen/v-zivilp/intro-d.htm），入手した。
- (26) 仮草案は Meier, S. 107ff. Sutter-Somm / Hasenböhler, S. 131ff. 等において全文を見る事ができる。なおインターネットや公開されてもいる（前注(25)参照），それによつても入手できる。
- (27) Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommision, Juni 2003, S. 56. なおいれはインターネットや資料として公開されたものから（前注(25)参照）入手した。
- (28) Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2004, S. 289. なおいれはインターネットや資料として公開されたものから（前注(25)参照）入手した。
- (29) 前述の仮草案の説明や緑の党の意見以外に、仮草案九八条について言及している文献を見る限りではになかった。すなわち、仮草案の個々の問題点を挙げて仮草案について論じている文献としては、参考文献欄に挙げた Meier, Spühler, Sutter-Somm / Hasenböhler 等があるが、これらにおいては訴訟費用の分担、訴訟の無意味化、訴訟終了宣言等は扱われてこない。
- (30) 仮草案の説明書は、仮草案は外国や州の民訴法をモデルにするのではなく、独自なものとして作成されたと述べてある（Bericht, a.a.O. (Nr. 27), S. 14）。