

二〇〇四年施行のドイツ民事訴訟法の改正と 訴訟終了宣言

坂 原 正 夫

一 はじめに

- 1 本稿の目的と考察方法
- 2 従来の研究との関係
- 3 参考文献について

二 ドイツ民事訴訟法第九一条aの改正について

- 1 改正前の規定
 - 2 改正点
 - 3 改正後の規定（現行法）
 - 4 改正理由
- ### 三 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段の改正について
- 1 改正前の第三項
 - 2 第三項第三段の改正点
 - 3 改正後の第三項（現行法）
 - 4 改正理由

四 ドイツ民事訴訟法第九一条aの改正の意味について

- 1 改正前の状況
 - 2 ドイツにおける改正の意味
 - 3 日本における改正の意味
- ### 五 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段の「遅滞なく」という文言の削除の意味について
- 1 改正前の状況
 - 2 ドイツにおける改正の意味
 - 3 日本における改正の意味
- ### 六 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段に「訴えの送達がない場合も同様」との一文を挿入する意味について
- 1 改正前の状況
 - 2 ドイツにおける改正の意味
 - 3 日本における改正の意味

4 日本における本規定の意味
七 おわりに

1 私見の要約
2 残された問題

一 はじめに

1 本稿の目的と考察方法

日本において訴訟終了宣言について論じる場合、制度を創設したドイツの議論に注目せざるをえないが、とりわけドイツ民事訴訟法（以下ではZPOと表記する）の第九一条aの改正の動きには注目する必要がある（以下では見出しと改正理由を除いて、条文は第を省略する）。それは訴訟終了宣言の制度を規定した実定法の条文であるからである。すなわち、この条文は訴訟終了宣言に関するドイツの判例と学説の根幹をなすといっても過言ではない。ところが最近ではこの条文の他に、ZPO二六九条三項三段にも注目する必要がある。この規定は、二〇〇二年一月一日に施行された「二〇〇一年七月二七日の民事訴訟の改革に関する法律」（いわゆる民事訴訟改革法）に基づくZPOの改正によって新たに設けられた規定であり、⁽¹⁾「訴訟係属発生以前に訴えの取下げがなされた場合の訴訟費用の負担は、裁判所が従来の事実状態と訴訟状態を考慮して公平な裁量によって決める」という趣旨の規定である。

なぜ注目するのかというと、この規定はZPO九一条aと同様に、訴訟費用について裁判所の裁量によって裁判することを規定し、裁量の方法もZPO九一条aと全く同じであるからである。しかも、それぞれの条文の目的は、訴訟終了事由の発生による訴訟あるいは開始された手続の終了のためのものであり、それまでの訴訟費用の負担者を決めるための手続規定という点では同じである。異なる点はZPO九一条aが双方的訴訟終了宣言であるのに対して、ZPO二六九条三項三段の場合は訴えの取下げであるという点である。しかし、ZPO二六九

条三項三段が規定している事態は、この規定ができる前までは訴訟終了宣言論の中で論じられてきたし、⁽²⁾ 一方的訴訟終了宣言の法的性質に関して特別な訴えの取下げという学説も有力であることを考えると、⁽³⁾ 両者の違いは強調されてはならないであろう。ドイツでもZPO二六九条三項三段と訴訟終了宣言の関係は注目されていて、この規定によって訴訟終了宣言論は大きな影響を受けるとも指摘されている。⁽⁴⁾

さらに重要な点は、ZPO二六九条三項三段の内容は日本の民事訴訟法（以下では民訴法と表記する）七三条と類似しているということである。⁽⁵⁾ 確かにZPO二六九条三項三段の場合は、発動のための要件として「訴訟係属の発生前」という時間的な制約があるが、それを別にすれば、訴えの取下げの際に裁判所の裁量によって訴訟費用を処理するという点では、ZPO二六九条三項三段と日本の民訴法七三条とは同じである。このことはZPO二六九条三項三段についての議論は、直接的に日本の場合に参考になることを意味する。例えば、ドイツ法は裁量の方法を細かく規定しているので、そのような規定のない日本法においては具体的な手がかりとなり、直ちに役立つであろう。また、このような類似性に注目するならば、「訴訟係属の発生前」という時間的な制約のない日本の制度の問題点を浮き彫りにすることができるであろう。

ところでドイツでは二〇〇四年九月一日に第一司法現代化法（仮訳）が施行され、⁽⁶⁾ ZPOが改正された。これによって先の民事訴訟改革法によって改正された訴訟終了宣言に関する規定が、再び改正された。そこで本稿は、前述のような問題意識からZPO九一条aと二六九条三項三段の改正内容を調べ、それをめぐる学界の動向を注視し、今回の改正の意味を考えようというものである。具体的には先ず最初にZPO九一条aについて、改正の内容と改正理由を紹介する（二）。これによって改正の目的を知ることができる。次に同様な理由から、本稿のメインであるZPO二六九条三項三段の改正内容と改正理由を紹介する（三）。そうした準備作業をしたうえで、ZPO九一条aについて改正前の状況と改正後の内容をまとめ、今回の改正がドイツと日本のそれぞれにおいて

どのような意味を有するかを考えてみる(四)。ZPO 二六九条三項三段は二箇所において改正されたので、それぞれについて考察する。すなわち、「遅滞なく訴えを取り下げる」との要件が削除されたことの意味と(五)、「訴えについて送達がなされない場合でも本規定を適用する」との文言が追加されたことの意味である(六)。そして最後に、今回の改正に係ることなく残された重要問題と将来の課題について考えてみる(七)。

2 従来の研究との関係

訴訟終了宣言について長年にわたって研究し、様々な観点から多くの論稿を発表してきた。その数は既に一本を数え、本稿は一七番目のものである⁽⁷⁾。従来の論稿と本稿との関係を明らかにするために、注(7)で挙げた拙稿を体系的な分類に整理してみると、次のようになる。従前の拙稿の一覧ということがあるが、現在、日本では訴訟終了宣言について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事項別の参考文献の一覧という意味もある。この分類表によって本稿の意味と体系的な位置を示せば、本稿はⅠの(d)に属するものである。Ⅰの(d)に関しては既に⑮〔法改正〇二〕があり、それは本稿の先行研究である。

なお拙稿を引用する場合は注(7)の文献一覧の番号と末尾の「」の略称で表記するが、左記の分類表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。

ところで、日本で訴訟終了宣言を論じることの意味については既に何度も述べてきたので、本稿では省略する。最近では⑮〔スイス〕二頁以下で述べた。日本において今後生じるような事例については、遠藤功教授が雑誌「法学教室」二七四号(二〇〇三年七月号)一五六頁において演習問題として挙げている。それについては、⑮〔法改正〇二〕二頁で引用し、紹介している。

I ドイツの訴訟終了宣言

(a) 制度生成の歴史

(1) 一八七七年のドイツ民事訴訟法成立前後の状況 ①〔生成〕三号

(2) ドイツ民事訴訟法第九条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) 当事者間に争いが無い場合（双方的訴訟終了宣言） ②〔両当事者〕

(3) 具体的な適用状況 ⑤〔ドイツ判例〕、⑥〔訴訟係属〕二頁以下と一四頁以下

(4) 近時の学説の動向 ⑧〔近時〕、⑮〔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 ⑮〔法改正〇二〕

II 日本の訴訟終了宣言

(a) 日本法の沿革

(1) ドイツ民事訴訟法の継受とその後の変遷 ①〔生成〕二号三〇頁以下

(2) 民事訴訟法第七三条の沿革 ⑬〔沿革〕八号・九号

(3) 民事訴訟法第六二条の沿革 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 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 ドイツ法系の民事訴訟法における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) オーストリア民事訴訟法 ①〔生成〕三号九六頁以下、⑫〔ドイツ法系〕六四二頁以下
- (b) スイス民事訴訟法 ①〔生成〕三号一〇五頁以下、⑫〔ドイツ法系〕六五一頁以下、⑯〔スイス〕

3 参考文献について

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

左記の文献一覧についての注意事項

(a) 文献収集の方法

主にドイツ語の法律学文献情報誌 KJB = Karlsruher Juristische Bibliographie, Systematischer Nachweis neuer Bücher und Aufsätze in monatlicher Folge aus Recht-Staat-Gesellschaft を利用して、選り出したものである。訴訟終了宣言に関する文献は網羅するように努めたが、最新のドイツの文献を探索するという作業なので、完璧かと問われると自信はない。しかも原則として二〇〇六年二月一日現在、慶應義塾大学図書館で読むことのできたものという制約がある。しかし、最新のドイツの論文に挙げられている文献については常に再チェックしているので、文献一覧としてはかなりの信頼性があると考えている。

なお注意すべきことは、二〇〇四年の改正法に関する文献である。文献一覧で挙げたのは訴訟終了宣言に関する主要

なものであって、改正法のすべてではない。ドイツの研究者ですら、改正法に関する資料は多数あって見通すことができない状況にある旨を述べている (Deckenbrock/Dötsch (B, MDR), S.1214 Anm 1)。

(b) 文献の配列と表記

著者の姓名のアルファベット順であり、これらの文献を本稿で引用する場合の略称は、原則として著者の姓と形態別分類のアルファベットで示す。共著等の場合は一般の例によるが、執筆者は「」で示す。なお著者を日本語で表記する場合は片仮名を使用した¹⁾が、片仮名表記は私の推測によるもので、ドイツでそのように発音されているのか、また日本でこのように表記されているのかは確認していない。なお Rn は Randnummer のことである。

A ZPO 二六九条三項三段に関する二〇〇四年の改正法以前の論文

Bonifacio, Michael, Klagerücknahme und Erledigungserklärung nach der Zivilprozessreform, MDR 2002, 499ff.
Elzer, Oliver, Einseitige Erledigungserklärung vor Rechtshängigkeit nach dem ZPO-Reformgesetz, NJW 2002, 2006ff.

Hartmann, Peter, Zivilprozess 2001/2002: Hunderte wichtiger Änderungen, NJW 2001, 2577ff.

Luckey, Jan, Alles erledigt? §§ 91a, 269 ZPO nach der Zivilprozessreform, ProzeRB 2002, 24ff.

Schneider, Egon, Die Kostenregelung der Klagerücknahme nach neuem Recht-Eine kritische Analyse- JurBüro 2002, 509ff.

Timme, Michael, Die » Erledigung « des Rechtsstreits zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit nach der Neufassung des § 269 ZPO, JA 2000, 224ff.

B ZPO 二六九条三項三段に関する二〇〇四年の改正法や同草案に言及した論文

Deckenbrock, Christian/Dötsch, Wolfgang, Kostenersatztat nach § 269 Abs.3 S.3 ZPO bei Klagerücknahme vor Zustellung, JurBüro 2003, 568ff.

Deckenbrock, Christian/Dötsch, Wolfgang, Das Ende der übereinstimmenden Erledigungserklärung bei Er-

ledigung vor Rechtshängigkeit, ProzeßRB 2004, 47ff.

Deckenbrock, Christian/Dötsch, Wolfgang, JuMoG-Aktuelle Änderungen bei der Klagerücknahme gem. § 269 Abs.3 S.3 ZPO, MDR 2004, 1214ff.

Goebel, Frank-Michael, Die Auswirkungen des Justizmodernisierungsgesetzes auf den Zivilprozess erster Instanz, ProzeßRB 2004, 252ff.

Gottwald, Peter, Anmerkung zu einer Entscheidung von OLG Nürnberg über § 269 Abs.3 S.3 ZPO, FamRZ 2003, 1119f.

Ritter-Schmidt, Dorothea, Die Neuregelung des § 269 Abs.3 S.3 ZPO als Mittel der Prozessökonomie ? Festgabe für Olaf Werner zum 65. Geburtstag, Juristenausbildung als Leidenschaft, (Hrsg.Hanna/Roos/Saenger), 2004, S.169ff.

Schneider, Egon, Die neue ZPO-Risiken und Kontroversen-Neuregelungen bei der Klagerücknahme- ZAP 2003, 873f. = Fach 13, S.1221f.

Tegeder, Jörg, Die Klagerücknahme als „einseitige Hauptsachenerledigungserklärung“ NJW 2003, 3327ff.

○ 1100 民法の現代化と民法の機能

Fölsch, Peter, ZPO-Änderungen durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz 2004, MDR 2004, 1029ff.

Huber, Michael, Modernisierung der Justiz ? Anmerkungen zu dem die ZPO betreffenden Teil des beabsichtigten Justizmodernisierungsgesetzes, ZPR 2003, 268ff.

Knauer, Christoph/Wolf, Christian, Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch das erste Justizmodernisierungsgesetz - Teil 1: Änderungen der ZPO, NJW 2004, 2857ff.

Lange, Sonja/Müller, Christian, Justizmodernisierung und Justizbeschleunigung in Diskussion, ZRP 2003, 410ff.
Schneider, Egon, JuMoG-ZPO-Reform, 2. Akt, AnwBl 2003, 547ff.

□ 1100四年の改正法の施行直前の注釈書

Baumbach, Adolf (Begr.)/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, 61.Aufl., 2003

Lüke, Gerhard/Wax, Peter, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze, 2.Aufl., 2002

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3.Aufl., 2002

Thomas, Heinz (Begr.)/Putzo, Hans/Reichold, Klaus/Hübke, Rainer, Zivilprozessordnung, 25.Aufl., 2003

Zimmermann, Walter, Zivilprozessordnung, 6.Aufl., 2002

Zöller, Richard (Begr.)/Geimer, Reinhold/Herget, Kurt/Creger, Reinhard/Philippi, Peter/Gummer, Peter/Stöber, Kurt/Vollkommer, Max, Zivilprozessordnung, 23.Aufl., 2002

□ 1100四年の改正法と同様条に概説つての注釈書

Baumbach, Adolf (Begr.)/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung, 64.Aufl., 2006

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4.Aufl., 2005

Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Handkommentar, 2006

Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22.Aufl., Band 2 (2004)

Thomas, Heinz (Begr.)/Putzo, Hans/Reichold, Klaus/Hübke, Rainer, Zivilprozessordnung, 27. Aufl., 2005

Zimmermann, Walter, Zivilprozessordnung, 7.Aufl., 2006

Zöller, Richard (Begr.)/Geimer, Reinhold/Heißler, Hans-Joachim/Creger, Reinhard/Philippi, Peter/Gummer, Peter/Stöber, Kurt/Herget, Kurt/Vollkommer, Max, Zivilprozessordnung, 25.Aufl., 2005

㊦ 二〇〇四年の改正法の施行直前の体系書・教科書

- Jauernig, Othmar, Zivilprozeßrecht, 27.Aufl., 2002
Lüke, Wolfgang, Zivilprozessrecht, 8.Aufl., 2003
Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 6.Aufl., 2002
Rosenberg, Leo (Begr.)/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter Zivilprozessrecht, 16.Aufl., 2004
Schellhammer, Kurt, Zivilprpess, Gesetz-Praxis-Fälle, 11.Aufl., 2004
Schilken, Eberhard, Zivilprozessrecht, 4.Aufl., 2002
Zeiss, Walter/Schreiber, Klaus Zivilprozessrecht, 10.Aufl., 2003

㊧ 二〇〇四年の改正法や同草案に関する体系書・教科書

- Musielak, Hans-Joachim, Grundkurs ZPO, 8.Aufl., 2005

㊨ 二〇〇四年の改正法の施行直前の演習書・入門書・実務書

- Crückeberg, Harald, Zivilprozeßbrecht: Anwaltliche Prozeßführung in der ersten Instanz, 2.Aufl., 2002
Gehrlein, Markus, Zivilprozessrecht, Ein Leitaden für Ausbildung und Praxis, 2003
Knöringer, Dieter, Die Assessorklausur im Zivilprozess: Das Zivilprozessurteil, Hauptgebiete des Zivilprozesses, Klausurtechnik, 11.Aufl., 2005
Michalski, Lutz, Zivilprozessrecht, Strukturen-Zusammenhänge-Definitionen-Übersichten-Skizzen, mit Fällen und Lösungen, 2.Aufl., 2003
Oberheim, Rainer, Zivilprozessrecht für Referendare 6.Aufl., 2004
Pantle, Norbert/Kreisl, Stephan, Die Praxis des Zivilprozesses, 3.Aufl., 2002
Schellhammer, Kurt, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, Ein Leitaden für Referendare und junge Praktiker mit Fällen und einer Musterakte, 14.Aufl., 2002

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

一 1100冊の民法と民事訴訟法改正に関する演習書・入門書・素読書

Förschler, Hermann (Begr.)/Förschler, Peter, Der Zivilprozess, Lehrbuch für die Praxis mit Aktenfall, 2004
Gottwald, Uwe, ZPO-Lexikon, ABC der ZPO, Arbeits- und Beratungshilfe, 2005

Knöringer, Dieter, Die Assessorklausur im Zivilprozess: Das Zivilprozessurteil, Hauptgebiete des Zivilprozesses, Klausurtechnik, 11.Aufl., 2005

Schwab, Martin, Grundzüge des Zivilprozessrechts, 2005

二 民事訴訟法と民事訴訟法の関係

Becker-Eberhard, Ekkehard, Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band III(Hrsg.

Schmidt, Karsten), 2000, S. 273ff.

Fischer, Frank O., Ergänzung des § 91a ZPO durch Feststellungsklage auf Kostenersatzung ? MDR 2002, 1097ff.
Köhnen, Rainer/Köhnen, Liane, Zur Berechnung der Kostenentscheidung einer Klageänderung bei Erledigung

der Hauptsache vor Rechtshängigkeit, DrZ 1989, 289ff.

Kraft, Dennis, Zustimmung zur Erledigungserklärung durch Schweigen des säumigen Beklagten ? JA 2005, 288f.
Lindacher, Walter F., Wahnmöglichkeit des Klägers bei nachträglichen Entfall der Klageerfolgsaussicht ? JR

2005, 92ff.

Löhnig, Martin, Erledigung der Hauptsache, JA 2004,122ff.

Musielak, Hans-Joachim, Neue Fragen im Zivilverfahrensrecht, Jus 2002, 1205ff.

Prütting, Hanns/Wesser, Sabine, Die Erledigung des Rechtsstreits: nicht nur ein Kostenproblem, ZZP 116

(2003), 267ff.

Schur, Wolfgang, Klagerücknahme bei Erledigung vor Rechtshängigkeit und materiellrechtlicher Kostenersatzanspruch, KTS 65 (2004), 373ff.

Wolf, Christian, Rezension: Tomas/Putz, ZPO, 25. Aufl., 2003, ZZP 116 (2003), 523ff.

Wolf, Reinmar, Erledigung im Mahnverfahren, NJW 2003, 553ff.

K その他二〇〇四年の改正法や同草案に関する論文

Gehrlein, Markus, Erste Erfahrungen mit der reformierten ZPO-Erstinstanzliches Verfahren und Berufung, MDR 2003, 421ff.

Münch, Joachim, Die „neue“ ZPO: bedeutende Änderungen im Zivilgerichtlichen Verfahrensrecht (Teil 1), DSfR 2002, 85ff.

(1) Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz-ZPO-RG) vom 27. Juli 2001, BGBl. I S. 1887, なおこの法律による訴訟終了宣言について論じたのが、後注(7)の「⑮〔法改正〇一〕」である。すなわち、ZPO二六九条三項三段の規定と訴訟終了宣言との関係を述べて(一九頁以下)、その立法理由と立法後のドイツ学界の反応について詳論した(二四頁以下)。

(2) 訴訟係属と訴訟終了宣言との関係を論じたのが、後注(7)の「⑥〔訴訟係属〕」である。

(3) 一方的訴訟終了宣言の法的性質について論じたのが、後注(7)の「④〔一当事者〕」である。

(4) ZPO二六九条三項三段が訴訟終了宣言に与える影響については、後注(7)の「⑮〔法改正〇一〕」三六頁以下で詳論した。

(5) 日本の民訴法七三条の沿革について論じたのが、後注(7)の「⑬〔沿革〕」である。

(6) この法律の正式な名称は「Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz v. 24. 8. 2004 (BGBl. 2004 I, 2198)」である。一般的な名称は「das 1. Justizmodernisierungsgesetz」であり、略称は「das 1. JuMoG」である。法律の詳細な内容は「官報の発行元のサート (<http://www.bundesanzeiger.de/bgbll.htm>)」でも読むことができる。

本稿は官報ではなく、この方法を利用した。

(7) 訴訟終了宣言に関して私が発表した論稿を発表順に挙げると、次のようになる。なお本稿でこれらの拙稿を引用する場合は、それぞれに付した番号と末尾の「」の略称で表記する。

- ① 「西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について (一) (二・完)」本誌四九巻二号一八頁以下、三六頁以下 (一九七六年) (生成)
- ② 「西ドイツ民法九一条 a の両当事者による訴訟終了宣言について」本誌五〇巻二二号三三九頁以下 (一九七七年) (両当事者)
- ③ 「訴訟終了宣言」三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点 (初版)』(ジュリスト増刊) 一六六頁以下 (一九七九年) (争点)
- ④ 「西ドイツ民法における一当事者による訴訟終了宣言について」本誌五五巻七号一頁以下 (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 (最大判昭和二八年一二月二三日民集七巻一三号一五六一頁)」本誌六四巻六号一四二頁以下 (一九九一年) (判研)
- ⑧ 「訴訟終了宣言の近時の問題」民事訴訟雑誌三八号六九頁以下 (一九九二年) (近時)
- ⑨ 「ドイツ民事訴訟法九一条 a の翻訳について」教養論叢九六号一頁以下 (一九九四年) (翻訳)
- ⑩ 「訴訟終了宣言の日本における立法化について」中野貞一郎Ⅱ石川明編『民事手続法の改革』ゲルハルト・リュケ教授退官記念Ⅱ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」本誌六九巻二二号八三頁以下 (一九九六年) (判例)
- ⑫ 「オーストリア民法とスイス民法における訴訟終了宣言について」鈴木重勝Ⅱ櫻井孝一Ⅱ中村雅麿編『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中巻六三九頁以下 (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) 本誌七二卷八号二頁以下、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〕
- ⑯ 「スイス民事訴訟法と訴訟終了宣言」本誌七八卷二号一頁以下(二〇〇五年)〔スイス〕

二 ドイツ民事訴訟法第九一条aの改正について

既に述べたようにZPO九一条aに関する今回の改正は、二〇〇二年一月一日に施行された「二〇〇一年七月二七日の民事訴訟の改革に関する法律」に基づく改正をさらに一步発展させたものであり、前回の改正の延長線上に位置付けることができる。前回の改正について、「他の制度の改正に伴う調整にとどまり、訴訟終了宣言の制度自体の改正ではなかった。したがって、…九一条aの…かなりの文言が改正されたが、主に手続的・技術的なことで、訴訟終了宣言の制度にそれほど大きな影響を与えるものではない」(⑮〔法改正〇二一四頁以下〕)と述べたことがあるが、今回の改正に対しても、この評価がそのまま通用する。

なお本条に関しては経過規定が設けられている(第一司法現代化法二条一号)。それによれば、司法現代化法の施行期日(二〇〇四年九月一日)に訴訟中の事件については旧法を適用するということなのである。

さて以下では改正の内容について、1 改正前の規定、2 改正点、3 改正後の規定(現行法)、4 改正理由(立法理由)の順に報告する。これらは本稿のために自ら編集したもので、このようなものが公刊されているわけではない。1は改正直前の注釈書を利用した⁽⁸⁾。2は第一司法現代化法的一条四号に基づく。3は最新の注

釈書を利用した。⁽⁹⁾ 4は連邦政府が二〇〇三年九月二日に連邦議会に提出した司法現代化法の草案に付された理由書に基づく。⁽¹⁰⁾ すなわちこの理由書の関係箇所を翻訳したものであるが、翻訳に際してはかなりの語句を加えて、一読して内容が分かるように努めた。

なお条文の翻訳については、従来公表されている様々な訳を参照して、分かりやすい日本語にした。したがって、若干の語句に関しては従来の訳と違いがあるものの、特にそれに意味があるということではない。なおローマ数字は項、丸中数字は段を示す。また改正後の規定（現行法）において、ゴシックで表示した部分が今回の改正点である。

ところでこの規定の議会での審議の経過であるが、政府が二〇〇三年九月二日に連邦議会に提出した政府草案の内容と法律の内容が一致することから、九一条aは修正されることなく、原案がそのまま承認されたというこ
⁽¹¹⁾
とである。

1 改正前の規定

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ことにより、本案の訴訟が終了した旨を宣言したときは、裁判所は訴訟費用について、従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量により決定で裁判をする。

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

§ 91a ZPO a.F.

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 Streitstandes 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.

2 改正点

第一項の最後に次の一文を挿入する。その結果、従前の一項が一項一段になり、挿入された文章が一項二段になる。

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

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist.

3 改正後の規定（現行法）

I ①両当事者が口頭弁論において又は書面の提出により若しくは事務課の調書に記載することにより、本案の訴訟が終了した旨を宣言したときは、裁判所は訴訟費用について、従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公

平な裁量により決定で裁判をする。②被告が原告の終了宣言に対して、書面の送達から二週間の不変期間内に異議を述べない場合、被告がそれに先立ちその効果について説明を受けていたならば、同様とする。

II ①この裁判に対しては即時抗告をすることができる。②本案の価額が第五十一条に規定した額を超えない場合は、この限りではない。③抗告について裁判する前に相手方を審尋しなければならない。

§ 91a ZPO n.F.

I 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. ② Dasselbe gilt, wenn der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen seit der Zustellung des Schriftsatzes widerspricht, wenn der Beklagte zuvor auf diese Folge hingewiesen worden ist.

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.

4 改正理由

しばしば被告は裁判所に対して訴えについて一般に態度を示さないが、しかし、そのような態度にもかかわらず、訴状の送達後に求められた請求について履行することがある(例えば、明渡し of 訴えの場合)。この場合、原告は訴訟の終了を宣言する。これに対して被告が再び応答しない場合は、従来の法律のままであれば終了につい

て争いがあるものとして審理し、大部分は欠席判決になると思うが、終了を確認する判決をしなければならない。今回の改正はこの手続を簡素化するために、「先般の」ZPOの改正によって訴えの取下げのために第二六九条第二項第四段に既に導入された同意の擬制という法的思想を起用するものである。被告が送達された原告の終了宣言に対して態度を示さない場合、被告の同意が擬制される。この場合、裁判所は記録に書かれた状態を基に第九一条aの決定をすることができる。(欠席判決をするためであれ) 新たな期日はもはや必要がない。

- (8) Baumbach/Lauterbach (D), § 91a = S.307.
- (9) Baumbach/Lauterbach (E), § 91a = S.337.
- (10) BT-Drucks. 15/1508.17. の連邦議会提出印刷資料は、ドイツ連邦議会のサイト (<http://www.dip.bundes-tag.de/>) から入手した。
- (11) 連邦首相が連邦議会に改正法案を提出する際に、草案に連邦参議院の意見書 (BT-Drucks. 15/1508, 38ff.) とそれに対する政府の反論書 (BT-Drucks. 15/1508, 49ff.) を添付している。それらにはZPO九一条aは取り上げられていない。つまり連邦参議院で問題にならなかったということである。なお司法現代化法の審議に関する経過や関係資料については、フェルシュが詳しく述べている (Fölsch (C), S.1030)。またインターネットで連邦議会提出印刷資料を探す場合、サイトの検索機能を利用すると関係する連邦議会提出印刷資料の一覧を入手することができる。
- (12) ZPO二六九条二項四段とは、「訴えの取下げについて被告が二週間の不変期間内に異議を述べない場合に、被告がそれに先立ちこのことの説明を受けていたならば、訴えの取下げの同意があったものとみなす」旨の規定である。

三 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段の改正について

この規定の有する意味については既に一で述べたし、今回の改正の意味については後で詳論するので(五・六)、ここでは改正の内容についてだけ、二の例に倣い紹介する。作成に際して使用した資料は二と同じであ

るが、⁽¹³⁾ 2の改正点の②は政府草案ではなく、したがってこの改正についての改正理由は政府草案の理由書には掲載されていない。つまりこの②の改正は連邦議会において新たに加わった改正である。そこで4の改正理由の①は二と同じく政府草案の理由書に基づくが、②の改正理由は法務委員会での改正提案の報告書に基づく。⁽¹⁴⁾

1 改正前の第三項

III ①訴えの取下げにより、訴訟は係属しなかったものとみなし、既に下されたが未だ確定していない判決は、明示的な取消しを必要とすることなくその効力を失う。②原告は、訴訟費用につき判決が既に確定していないか、あるいは被告が他の理由により負担すべきであるとされていない限り、訴訟費用を負担する義務を負う。③訴えを提起する原因が訴訟係属前に消滅し、その結果訴えが遅滞なく取り下げられた場合、訴訟費用の負担義務は従来の事実状態及び訴訟状態を考慮して公平な裁量によって決められる。

§ 269 Abs.3 ZPO a.F.

III ① Wird die Klage zurückgenommen, so ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen; ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf. ② Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist oder sie dem Beklagten aus einem anderen Grund aufzuerlegen sind. ③ Ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Klage daraufhin unverzüglich zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen.

2 第三項第三段の改正点

- ① 「遅滞なく (unverzüglich)」の文言を削除する。
- ② 文末の点 (ピリオド) をセミコロンに変えて、次の文章を加える。
「訴えが送達されなかった場合も同様とする。」
dies gilt auch, wenn die Klage nicht zugestellt wurde.

3 改正後の第三項 (現行法)

III ① 訴えの取下げにより、訴訟は係属しなかったものとみなし、既に下されたが未だ確定していない判決は、明示的な取消しを必要とすることなくその効力を失う。② 原告は、訴訟費用につき判決が既に確定していないか、あるいは被告が他の理由により負担すべきであるとされていない限り、訴訟費用を負担する義務を負う。③ 訴えを提起する原因が訴訟係属前に消滅し、その結果訴えが取り下げられた場合、訴訟費用の負担義務は従来の事実状態及び訴訟状態を考慮して公平な裁量によって決められる。訴えが送達されなかった場合も同様とする。

§ 269 Abs.3 ZPO n.F.

III ① Wird die Klage zurückgenommen, so ist der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen; ein bereits ergangenes, noch nicht rechtskräftiges Urteil wird wirkungslos, ohne dass es seiner ausdrücklichen Aufhebung bedarf. ② Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt ist oder sie dem Beklagten aus einem anderen Grund aufzuerlegen sind. ③ Ist der Anlass zur Einreichung der Klage vor Rechtshängigkeit weggefallen und wird die Klage daraufhin zurückgenommen, so bestimmt sich die Kostentragungspflicht unter Berück-

sichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen; dies gilt auch, wenn die Klage nicht zugestellt wurde.

4 改正理由

① 「遅滞なく (unverzüglich)」の文言の削除について (政府草案理由書より)

二〇〇一年七月二七日の民事訴訟の改革に関する法律 (官報第一部一八八七頁) の第一条第一項第三四号bによれば、訴えを提起する理由が訴訟係属前に消滅し、原告が訴えの提起の理由が消滅した後に遅滞なく訴えを取り下げた場合、訴訟費用の負担義務は従来の事実状態と訴訟状態を考慮して、裁判所の公平な裁量によって決まる。この法律は訴訟係属前の訴えの取下げの場合に、弾力的で訴訟経済的に訴訟費用を定める第九一条aの方法を引き継いだものである。もちろん、訴えの取下げが遅滞なくなされるといふ条件付きである。

このような条件が必要であることは、第一三会期連邦議会における民事裁判手続と非訟事件手続の簡素化に関する法律の草案 (連邦議会第一三会期の議会提出印刷資料第六三九八号。その第一条第一三号) に由来する。それはこの新しい規制によって、特別に有利になっている原告が遅滞なく行為をするように原告を督促し、事件処理を遅らせないようにするという立法者の意思に基づくものであった。しかしながら、遅滞なく訴えを取り下げることができない場合に、納得のいく根拠が認められないにもかかわらず、訴訟経済的に事件を処理することができないという事態が生じた。訴訟費用の観点からも、遅滞のない行為が無条件に必要であるとは思われない。すなわち、原告が訴えを取り下げるのを遅らせ、それによって余分の費用が生じた場合 (例えば、被告側で弁護士を委託したことによって訴訟費用が加算された場合)、これは訴訟費用の裁判の範囲で公平な裁量によって考慮できるからである。それ故に制限的な特徴を示す「遅滞なく」は削除する。

② 「訴えが送達されなかった場合も同様とする。」との一文の挿入について（法務委員会の改正提案の報告書より）

法務委員会は、第二六九条第三項第三段の客観的な適用範囲を明確にすることを提案する。民事訴訟の改革に関する法律によって、裁判所は訴訟係属前に訴訟する理由がなくなつて取り下げられた訴えの訴訟費用については、公平な裁量により決定に基づき裁判する権限が与えられた。文献（Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 62. Aufl., § 269 Rn. 39; Zoller/Greger, ZPO, 24. Aufl., § 269 Rn. 8b; aa Münchener Kommentar-ZPO/Lüke, Aktualisierungsband ZPO-Reform, § 269 Rn. 4）と下級審の判例（KG MDR 2003, 712; OLG Nürnberg MDR 2003, 410; LG Nürnberg MDR 2003, 411; LG Münster NJW-RR 2002, 1221; aa OLG Schleswig SchlHA 2004, 31; OLG Dresden OLG-NL 2003, 164; OLG Köln NJW-RR 2003, 1571; LG Düsseldorf NJW-RR 2003, 213）それぞれの一部においては、この規定は訴えが送達される前に取り下げられた場合は適用されないとの見解が主張されている。その理由は、訴えの送達によって訴訟係属が発生し、当事者間に訴訟法律関係が基礎付けられた場合のみ第二六九条の意味の訴えの取下げは存在するというものである。それ故に第二六九条第三項第三段による裁判が考慮されるのは、次のような場合だけであるとする。訴訟を終了させる事実が発生し訴えを取り下げたが、未だ裁判所にその表示が到達する前に訴えの送達がなされた場合、あるいは訴えの取下げの表示が到達した後で（誤って）訴えの送達がなされた場合である。これに対して訴えの送達が行われた訴えの取下げの表示の到達する際になされていないか、あるいは遅れてもなされない場合は、第二六九条第三項第二段の原則規定により原告が訴訟費用を負担することになり、原告は単に新たな訴訟において原告の実体法上の訴訟費用の賠償請求権を主張することができるとすぎないという。

このような解釈は、民事訴訟改革法によって導入された第二六九条第三項第三段の新たな規定の基礎にある立

法者の目的に合致することは困難である。この規定は訴訟係属発生前に既に訴訟する理由がなくなった訴えについて訴訟経済的に迅速に処理することを促進しようとするものである。この規定の文言からも、またこの規定の意味や目的からも、さらにこの規定の生成の歴史からも、この規定が既に取り下げられた訴えの送達によって訴訟法関係が基礎付けられることを要件としているということを導きだすことはできない。むしろこの規範は、遅れて訴訟係属が発生した事例というようにその適用を限定しない場合にのみ、立法者によって求められた効果を完全に発揮させることができる。それ故にこのような修正が規定されることによって、第二六九条第三項第三段の文言において訴えの送達は要件ではないということが疑いもなく明確になった。

(13) 改正前の規定については、Baumbach/Lauterbach (D), § 269 = S.986 を利用した。改正後の規定については、Baumbach/Lauterbach (E), § 269 = S.1059 の誤りを訂正して (wird を wurde に代えて)、利用した。前注(11)で触れた連邦参議院の意見書と政府の反論書にはこの規定は取り上げられていない。つまりこの規定も連邦参議院で問題にならなかったということである。

(14) Bericht der Abgeordneten Christine Lambrecht, Hermann Bachmaier, Dr. Jürgen Gehb, Dr. Norbert Röttgen, Jerzy Montag und Rainer Funke, BT-Drucks. 15/3482, 16.

四 ドイツ民事訴訟法第九一条aの改正の意味について

原告が適法で理由を具備した訴えが終了事由が発生したために訴訟を続ける意味がなくなったと主張して、訴訟の終了を宣言(本案の終了を表示)した場合、被告がそれに同意すれば、双方的訴訟終了宣言である。この場合はZPO九一条aが適用されて、裁判所が従前の事実状態及び訴訟状態を考慮して、公平な裁量によって訴訟費用について決定で裁判を行い、訴訟は終了する。これに対して、被告が原告の訴えは当初から不適法であった

とか、あるいは理由がなかったとして原告の主張を争えば、一方的訴訟終了宣言である。この場合はドイツの判例・通説の訴えの変更説によれば、原告は従前の訴えを終了事由の発生までは訴えは適法で理由を具備していたとの確認の訴えに変更して、決着をつけることになる。

そこで問題は原告が訴訟の終了を宣言した場合、被告がそれに対して明確な態度を示さない場合である。すなわち、被告が同意するのか同意しないのか不明確な場合であり、具体的には被告が沈黙した場合、それをどのように取り扱うかが問題になる。原告の主張に同意して異議を申し立てないという意味での沈黙もあれば、同意するか争うかの態度を決めかねていて沈黙する場合もあるからである。したがってこの問題は異議を申し立てない被告の意思の解釈の問題に帰着する。その場合の対応方法の基準なり原則をどう考えるかということである。⁽¹⁵⁾

1 改正前の状況

連邦通常裁判所 (BGH) の判例や他の裁判所の判例の多くは同意として処理し、学説もそれを支持してきたようである。⁽¹⁶⁾ しかし、同意として扱うことには論理必然性はなく、そこには多分に訴訟を早急に終了させたいとの思惑もないわけではない。それ故にこのような多数説とは異なり、原告の訴訟終了宣言に対して、安易に被告の同意を認めることに反対する上級地方裁判所 (OLG) の判例が存在するし、そのような判例を支持する学説もある。⁽¹⁷⁾ なお本稿ではドイツの判例は引用しないこととした。日本の論文においてドイツの判例を利用するためのしっかりとした方法論を有していないこと、ドイツの判例を読んでまとめるための時間的な余裕がないこと、判例の状況は本稿で引用する論文、注釈書・体系書等を読めば簡単に知ることができること等が、その理由である。また本稿はあくまでもドイツでの理論的な展開を考察するものであって、ドイツにおける現実の紛争の実態を調査するものではないからである。というものの、ドイツでの問題の展開状況を精確に把握するためには、

判例を調べないのは不十分であると思うので、いずれ機会を設けて判例だけにテーマを絞った研究をしたいと思っている。

2 ドイツにおける改正の意味

このような状況においての今回の改正である。その目的は手続の簡素化のための同意の擬制である (Musielak [Wolst](E), §91a Rn 13 = S.371)。それはまた従来の個別的な対応に対して、統一的な基準の提供という意味もある (Förschler (I), Rn 1103 = S.457)。より具体的に言うならば、改正理由が説いているように (二の4)、「欠席判決によって終了するという手続を簡素にするため」ということである (Saenger[Gierl](E), §91a Rn 21 = S.180)。いずれにしても、結果的に訴訟終了宣言の適用領域を拡大させることになる (Knauer/Wolf (C), S.2857)。ただし、注意すべきことは、今回の改正は訴訟終了宣言における被告の沈黙のすべてを規制の対象にしたものではないということである。今回の改正の眼目は、原告が訴訟終了宣言を行ったという送達に対して反応しない(沈黙している)被告についてである。原告が被告の出席している法廷の口頭弁論において訴訟終了宣言を行った場合は、今回の改正とは関係はない⁽¹⁸⁾。

このような制約があるにしても、今回の改正は実務の慣例を成文化したようなものであるから、唐突な改正ではない⁽¹⁹⁾。しかも二〇〇一年の改正によって設けられたZPO二六九条二項四段に倣ったのであるから、ZPO九一条aの今回の改正は、二〇〇一年の改正の当然の帰結ともいえよう (Zöller[Vollkommer](E), §91a Rn 10 = S.360)。したがって私の見た限り、今回の改正に対して異論がなかったが、それも当然である。

3 日本における改正の意味

今回の改正について日本においてはどのような点に注目し、どのように評価すべきであろうか。第一に、今回の改正から分かることは、ドイツで訴訟終了宣言の活動範囲が着実に拡大しているということである。確かに今回の改正は実務での慣行の成文化という面もあるが、訴訟終了宣言の制度がドイツでは評価され実際に十分に機能していることを物語るものである。そうでなければ、このような改正がなされることはないであろう。このような訴訟終了宣言の制度の現状を注視するならば、我が国では訴訟終了宣言について直接の規定がないとはいえ、訴訟終了宣言の制度を積極的に評価すべきである。また訴訟終了宣言の制度は、日本では立法論であって解釈論としては無理であるとの立場に立ったとしても、少なくともドイツの議論の背後にある手続原理に関する考え方や問題の核心を理解して、ドイツの先行する成果を日本の同様な問題を考える際に役立てるべきである。すなわちドイツでの問題状況を日本の同様な問題に置き換えて、日本の問題の解決のためにドイツの議論を参考すべきである。

第二に、今回の改正から学ぶ点は、手続の簡素化と手続保障とのバランスの取り方である。確かに今回の改正の最大の狙いは手続の簡素化であり、効率化である。しかし、意思の擬制に際して十分な配慮がなされている点を看過してはならない。すなわち、意思の擬制に際して裁判所によって予め周知させることが求められているであり、「裁判所の指示は誤解のおそれのないものでなければならぬ」(Baumbach/Lauterbach/Hartmann)(E), § 91a Rn 97 = S.352) となっている。

ZPO 九一条 a と類似した規定が日本法にないので、この規定が依拠した ZPO 二六九条二項四段を取り上げて、意思の擬制の問題を考えてみる。ZPO 二六九条二項四段は既に述べたように、訴えの取下げの場合に有効要件としての被告の同意を擬制する規定である。⁽²⁰⁾ すなわち、訴えの取下げに被告が異議を述べない場合は、訴え

の取下げに同意したものとみなすという規定である。同様な規定は日本の民訴法二六一条五項に見ることができ。そして二週間以内に異議の申立てがない場合という要件は、ドイツ法も日本法も同じである。したがって日本この規定とZPO二六九条二項四段とを比較してみると、ドイツ法の特徴が分かる。ドイツ法が日本法と違う点は、ドイツ法ではそのような効果が発生することを被告に予め周知させることが求められていることである。したがってZPO二六九条二項四段に倣った今回のZPO九一条aの改正も、同様なことが求められている。

ドイツ法のこの規定は、考えてみれば当然のことを規定したものである。意思を擬制される者がそのことを知らないのは、どうしてもおかしいからである。擬制される前に本人は意思が擬制されることを知っている必要がある。ところが日本法ではそのようなことに対して手続的な配慮がない。当然のことと考えるからであろう。確かに多くの場合、擬制される者は擬制されることを承知しているであろう。しかし、常にそうであるとは断定できない。そうであるならば、本人が了解していない場合を想定し、それに対して事前の手続的な配慮が必要である。そのことをドイツ法は示している。日本では訴えの取下げの被告の同意について、黙示の同意が認められているが、⁽²¹⁾そうであればこそ、沈黙によって同意を擬制する場合は、ドイツ法のような手当てが必要であろう。さらに昨今ではより実質的な手続保障を強調されるようになってきたが、それに対応するためには解釈論としても立法論としても、意思の擬制に関してはドイツ法のような配慮がなされるべきである。

なお今回の改正とは直接関係がないが、訴訟終了宣言についてのドイツの議論に関連して付言しておきたいことがある。それは議論自体に注目する必要があるということである。ドイツでなぜ訴訟終了宣言について盛んに議論されているかというと、訴訟終了宣言は訴訟法の原理・原則を検証する絶好の試金石であるからである。したがって、訴訟終了宣言の制度をめぐるドイツの議論の背後にある訴訟法の原理や思想を学ぶべきである。訴訟終了宣言についてドイツでは、今日までにおびただしいほどの判例があり、数多くの論文が発表されてきた

(Lindacher (J), S.92)。それは一方的訴訟終了宣言という条文に規定されていない未解決の問題に対して実務が対応を迫られ、それを理論が後から追いかけたという構図である。⁽²²⁾このような事情から、学説の多くは妥当な結論を民事訴訟法の一般原理に立ち返って論証するという方法を採用した。もちろん、この方法は法律学一般に通用するものであり、訴訟終了宣言だけの問題ではないが、訴訟終了宣言論における議論は具体的な事例で展開しているだけに、説得力がある。したがって訴訟終了宣言の制度に対して消極的・懐疑的な立場の人であっても、訴訟終了宣言についてのドイツでの議論には学ぶべき点は少なくないと思う。

双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言の議論から、具体的には次のようなことが見えてくる。当事者間で争いのない場合とある場合とでは手続や取扱いにおいて区別すべきであるということである。すなわち前者は簡略な手続で、後者は精緻な手続ということである。当然といえば当然なことであるが、訴訟法の問題を考える場合に、このような視点に立った立論が必要であろう。⁽²³⁾訴訟終了宣言に関して日本の通説は消極的であるが、それは当事者間で争いのない場合について規定したZPO九一条aに目を奪われて、当事者間で争いのある場合についてのドイツの議論を軽視しているからではないかと思う。

(15) 従来の判例や学説については、Stein/Jonas[Bork](E), §91a Rn 17 (S.479) が、大コンメンタールの名前に相応しく詳しく述べている。相手方の黙示を同意として処理することに賛成する代表的な論文は、Elzer, Oliver, Aus der Praxis: Zustimmung durch Schweigen, Jus 2001, 70ff. べ、反対論の論拠を述べて批判を展開している。その批判の対象となった反対論の代表的な論文は、Mertins, Wolfgang, Die streitige Erledigung der Hauptsache vor Rechtshängigkeit und die Erledigung im Säumnisverfahren, DRiZ 1989, 281ff. (特にS. 288f.) べあ。

(16) この問題について述べている注釈書等は必ずしも明確に態度を表明しているものではないが、同意として処理すべしとの判例を挙げてこの問題を記述している態度から考えると、判例を肯定しているように思う。そのようなものとして、例えば次のような注釈書を挙げる事ができる。Gehrlein (H), Rn 44 = S.183; Stein/Jonas[Bork](E), §

91a Rn.17 = S.479; Zeiss (F), Rn 497 = S.191; Zimmermann (E), §91a Rn 3 = S.196.

(17) 例えば、次のような文献が、BGHの判例に反対するOLGの判例を引用している。Förschler (1), Rn 1103 = S.457; Musielak (F), Rn 263 = S.162; Musielak[Wolst](E), §91a Rn 13 = S.371; Rosenberg/Schwab/Cottwald (F), § 130 Rn 12 = S.907; Schrader/Steinet/Thiede (H), Rn 133 = S.223.

(18) 演習問題の解説であるが(Kraft (J), S.288)「クラフトは訴訟係属後の口頭弁論においてなされた訴訟終了宣言に対する被告の沈黙について、九一条aを適用するのではなく、欠席判決によって訴訟費用は被告の負担にすべきであると説いている。これは被告の沈黙を原告の訴訟終了宣言に対する被告の同意として扱わないから、双方的訴訟終了宣言は認められないということである。またそれは被告が争うことを意味するものでもないから、一方的訴訟終了宣言も認められないということでもある。

(19) 沈黙を同意として扱う実務について、デッケンブロック等は「確かに民法総則の沈黙の役割と比較すると、沈黙を同意として扱うことには疑念がないわけではないが、しかし、沈黙を同意として処理するという実務は妥当な結果を招いた」と述べて、そのことが今回の改正に結び付いたことを示唆している(Deckenbrock/Dötsch (B, Proz), S. 48)。

(20) ZPO二六九条二項四段の内容は前注(12)で述べた。この立法理由とその影響については、Münch (K), S.93に簡単な説明がある。

(21) 黙示の同意を認めるものとして、例えば、斎藤秀夫ほか編『(第2版) 注解民事訴訟法(6)』三八九頁以下〔渡部吉隆Ⅱ加茂紀久男Ⅱ西村宏一〕(第一法規出版、一九九三年)、新堂幸司Ⅱ福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』三四四頁以下〔梅本吉彦〕(有斐閣、一九九八年)等がある。なお前者は同趣旨の判例として、大審判大正一〇年二月二日民録二七輯三八一頁、同昭和一六年三月二六日民集二〇巻三六一頁、最判昭和四一年一月二一日民集二〇巻一号九四頁等を挙げている。

これに対して三ヶ月章博士は、「軽々に黙示の同意を認めるべきではあるまい」と説いて、「調書でとくに明確ならしめることが要求されているのだから、釈明して真意を確かめることが適当である」と述べている(『民事訴訟法』(法律学全集)四三二頁〔有斐閣、一九五九年〕)。このような三ヶ月博士の見解を考慮して、同意の擬制の問題を考

えてみると、ドイツ法のような裁判所の教示義務ということになるのではないかと思う。

(22) ベッカー・エーバーハルトは、正当な訴訟物理論の獲得のために努力したことを別にすれば、一八七九年の帝国民事訴訟法の施行以来、訴訟終了宣言ほど人々の心を非常に捉えた民事訴訟の問題の出現はないとまで言い切っている (Becker-Eberhard (1), § 273)。彼は続けて、訴訟終了宣言についての法規範は実務の産物であるとし、実務と理論との関係は訴訟物論争と好対照であるとも述べている。

(23) 手続が簡略化される双方的訴訟終了宣言について、ヤウアニツヒが「当事者に法的審問が与えられなければならない」と述べているが (Jaenicig (F), § 42 VI 1 = S.176)、当事者間に争いがなしとの判断に関する手続が重要であり、その手続保障が必要ということであろう。

五 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三段の「遅滞なく」という文言の削除の意味について

デッケンブロック等は ZPO 二六九条三段が発動される場合を、次のような事例を挙げて説明している。⁽²⁴⁾

二〇〇二年二月二日に原告は被告に対して、住宅の明渡しと滞納した賃料の支払い請求をした。二月二日に訴状は裁判所に届いた。二月六日に裁判所は原告に対して、裁判所費用の予納を命じた。ところが原告はその前日である二月二五日付けの書面で、訴えの取下げを表明して、ZPO 二六九条三段によって訴訟費用は被告に負担させるように申立てをした。この書面が裁判所に届いたのは三月四日であった。原告は訴えの取下げをした理由として、二月二四日に被告が滞納していた賃料を完済したことを述べている。

続けてデッケンブロック等は、「原告が訴状を提出した直後に訴えを取り下げるということはしばしば生じることであり、訴状が被告に送達される前に訴えが取り下げられるということは珍しいことではない。」と述べている。さらには、訴状の提出から送達までの間は、しばしば数週間かかるとも付言している。

そこで問題はこのような場合に、どのような手続で、どのような原則に基づき訴訟費用を負担する者を決めるのかということである。⁽²⁵⁾このような事態に対応するために、既に述べたように(二の1)、ドイツではZPO二六九条三項三段が二〇〇一年の民事訴訟改革法によって創設され、二〇〇二年一月一日に施行された。それは訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合は、訴訟終了宣言ではなくて、訴えの取下げで処理することを定めたものであるが、具体的な処理の方法はZPO九一条aの双方的訴訟終了宣言の場合と同じである。

今回の改正は、この規定の文言を創設から三年を待たず改正するというものである。改正点は先ず、「遅滞なく」という文言の削除であるが、それはこの規定が発動されるための要件である「訴えの取下げが遅滞なくされること」を不要にするものである。その理由は、この要件があるために訴えの取下げが遅滞してしまった場合は、本規定による処理ができないという点にある。それは結果の妥当性を欠くし、本規定の適用を除外する合理的な理由もない(三の4)。立法の目的が訴訟の終了を簡易な手続によって訴訟経済的に行うことであつたことからすると、これは正に制度設立の目的に反する。もつとも、このようなことは立法直後から指摘されて、批判されていた。そのことを想起すると、当初の制度設計が十分でなかったということであり、立法の失敗であつた。このようなことから、今回の改正の議論を検討することによって、同じような失敗を繰り返さないための教訓を得ることができる。

1 改正前の状況

そもそも遅滞のない訴えの取下げだけが本条の適用を受けるということ、すなわち、法文の「遅滞のない」という制限的な文言は、既に指摘したように立法当初から問題であつた。この規定の創設について論じた際に報告したことではあるが⁽¹⁵⁾(法改正〇二)三一頁)、シュナイダーは、大要次のように厳しく批判した(Schneider

(A), S.509f.)。この要件は不明確であるし、そもそも遅滞を問題にするならば原告の過失の有無が要件というのか。もしそうだとすると、これらについて証拠調べが必要になるのではないか。もし必要だとすると、訴訟経済の観点から公平な裁判で簡易・迅速に処理しようとした制度の趣旨と矛盾する。確かに裁判所が訴えの取下げのための期間を設定するという方法も考えられるが、そのような方法は法律に規定されていない。要するに思慮を欠いた立法であり、削除すべきである。

これ以外の問題点や、当時の学説の状況については既に述べたことがあるので(15〔法改正〇二〕三二頁)、そこで取り上げなかった文献の状況について概観してみよう。ローゼンベルクの体系書の一六版(二〇〇四年)は、前記のシュナイダーの見解を支持した(Rosenberg/Schwab/Gottwald(F), § 128 Rn 37 = S.888 Am 39)。シュナイダー自身、批判を緩めることはなかった。彼は「遅滞のない」との要件を削除するとの今回の改正の草案が発表されると(改正草案は二〇〇三年九月二日に連邦議会に提出された)、これは前回の立法者が曖昧な話を好んだことを物語るものであると述べ(Schneider (C), S.548)「民法の「遅滞なく」という用語との調整がない点が問題であり、問題は「遅滞なく」を要件とした軽率な立法であるから、施行までの間はこの要件は無視するのがベストである」と述べている(Schneider (B), S.1221)。テゲデアは、この「遅滞のない」との要件が、実務においてこの規定が十分に使用されなかった原因の一つであるとして(Tegeder (B), S.3327)「この文言に固執することは法の目的と意味に合致しないとして、シュナイダーと同様に、目的論的な解釈でこの要件を外す解釈論を主張する(S.3338)。ヴォルフは、この要件は訴訟費用を定める場合の要件であり、それを訴えの取下げの要件にしたこと自体が問題であると批判する(Wolf, R (J), S.557)。フーバーは、「遅滞のない」との要件は、実務に重大な問題を招来させる制限であると批判する(Huber (C), S.266)。

これに対して、この文言について多少とも評価する意見がないわけではない。この要件によって時には遅滞な

く訴えの取下げがなされるであろうし、訴状と訴えの取下げ書が同時に送達されるとの意見がある (Wolf, C (1), S.525)。あるいは今回の改正において、ZPO 二六九条三項三段の規定が独占的・排他的なものか否かを明確にしなかった点を問題にする観点から、この規定が独占的・排他的であってはならないとの主張を補強するために、今回の改正によって時間的な制約は外されるから訴訟が長引くであろうと心配している意見もある (Ritter-Schmidt (B), S.173)。もっともこれらは積極的な主張というよりも、別の主張を補強するために述べられたものである。

このように発表された論稿を見る限り、「遅滞のない」との要件に対しては非難の太合唱であり、この要件について積極的に擁護するものを見ることはできなかった。立法者がこの要件の削除に応じざるをえないのも当然であった。

2 ドイツにおける改正の意味

この要件を削除するという今回の改正は、これらの批判に応えたものであり、改正案は大いに歓迎すべきもの (Deckenbrock/Dötsch (B, MDR), S.1215) ということである。その結果、遅滞して訴えが取り下げられた場合の手続の処理の方法が弾力的になった。すなわち、その場合に訴訟費用の負担は裁判官の裁量によって決めることができるとする本条項の適用が可能になったからである。これによって裁判官は訴訟費用を原告か被告かのいずれかに負担させるという二者択一を迫られることはなくなり、裁量によって遅滞した原因に応じて訴訟費用の負担を決めることができるようになった (Deckenbrock/Dötsch (B, MDR), S.1216)。このことは今後、この規定の適用領域の拡大を意味する。したがって、考えるべきことは手続の簡素化・効率化という錦の御旗だけで全く問題は生じないのかということであり、問題が生じたときにそれを理由に押し切れるかということである。ここで

は「遅滞のない」との要件に関する議論を概観したが、そもそもこの規定それ自体に関しては六で見えるようにいろいろ論じられている。それは単に手続の簡素化・効率化だけでは対応できない問題があることを意味するものであるが、それについては六で考察する。

さて今回の改正によって、この規定から「遅滞なく」という文言が削除されることになったが、これは訴訟終了宣言に対してどのような影響を与えるであろうか。この規定の創設によって双方的訴訟終了宣言が使われなくなる (Bonifacio (A), S.500) と言われていることからすると、今回の改正はそれに向かってより一層そのような歩みを加速させることになる。⁽²⁶⁾ そのことは訴訟終了宣言という制度の必要性和意味を改めて考える切っかけになるであろうし、既存の制度である訴えの取下げ、訴えの変更等との機能の分担を考える必要に迫られることになるであろう。⁽²⁷⁾

3 日本における改正の意味

今回の改正によって双方的訴訟終了宣言の活動の場面が少なくなり、訴えの取下げの活動範囲が広くなるということは、日本における訴訟終了宣言の制度の不要論の有力な根拠になるかもしれない。さらに訴えの取下げの場合の訴訟費用の負担者を決めることを裁判官の裁量に委ねる日本法からすると、日本の立法は先見の明があったということになるかもしれない。しかし、そのような理解は正しくない。訴訟係属前という、そもそも訴訟というべきかが問題になるような場面で訴訟の終了事由が発生したならば、訴訟費用の問題は訴訟法の原理に従った方法ではなくて、効率的な簡易な手続で処理するというのがこの規定の趣旨であるからである。すなわち、非常に限られた場面での問題であり、日本のように訴えの取下げのすべてに適用するということではない⁽¹⁵⁾〔法改正〇二〕四一頁。しかも六で述べることであるが、ドイツでは裁判官の裁量による手続に対しては少な

らずの学者は危惧の念を抱いているのが実情であり、すべての学説が諸手を挙げてこの（ZPO二六九条三項三段の規定による）制度に賛成しているのではない。したがって、この規定は他の方法による訴訟費用の回収を排斥するものではないというのがドイツの通説的な見解である。すなわち、この規定は排他的・独占的なものではなく、他の制度との併存を許し、他の制度がこの制度を補完し補充しているというのが、この規定に関するドイツの一般的な理解である。換言すれば、この規定の制度を使用するか否かは、原告の選択に委ねられているのである。

ところで日本の場合はどうか。訴えの取下げの場合の訴訟費用を別訴で訴求するということは聞いたことがない。日本では裁判官の裁量による裁判で解決するという方法に対して疑念が表明されることはないし、訴訟費用について徹底して争うということもないからである。つまり問題意識がないから、問題に対する対応も十分に考えられていないのである。例えば、冒頭に示したようなドイツの事例は日本でも当然に起こりうるし、その場合に、原告が訴訟費用を被告に請求することもないとはいえない。そこで問題は、もし日本でも原告が訴訟係属前の訴訟費用について被告に請求し、それに対して被告が争う姿勢を示した場合、どうしたらよいのかということになる。これに対しては民法七三条は無力である。そのようなことを想定してないからである。したがって民法七三条があるからといって、あらゆる場面で対処できるというものではないし、問題が解決されるわけではない。当事者間で紛争が生じたら、ドイツの議論を参考に一方的訴訟終了宣言の制度で対応する必要がある。すなわち、民法七三条があるから訴訟終了宣言は不要であるということにはならないのである。これに対して、そのようなことは日本では希有なことであるとの批判がある。しかし、我が国では昨今、人々の権利意識が向上し、訴訟費用についても関心が高くなっている。この状況を考えると、訴訟費用を負担するのは納得がいけないと主張する原告が今後は数多く出てくると思うので、希有なこととして放置することはできなく

なるであろう。ドイツでの判例や学説の盛況は、今後の日本の状況を暗示している。

冒頭に述べたように、今回の改正の議論は訴訟終了宣言の問題だけに関係するものではない。それ以外にも有益な教訓を提供する。第一に学ぶべきことは、立法に際しては文言等について事前に十分な検討が必要ということである。「遅滞のないこと」という要件が、どのような理由で、どの段階で付加されたか不明であるから(15〔法改正〇二〕三二頁)、安易にこの文言が付加されたという事実是否定できないように思う。もちろん、だからといって慎重な検討によって制度の改革のための立法が遅れるようなことがあってはならないし、運用によって是正するという実験的な試みや試行錯誤的な発想も時には必要であろう。ただ今回のドイツの立法では、そのような場合ではなかったということであり、改正の目的を考えれば、正に不要な要件であった。

第二は、立法に問題があれば、迅速に対応すべきであるということである。今回のドイツの対応は迅速であった。司法の現代化ということで、訴訟法の検討がなされていた時期というグットタイミングであったにしても、問題の指摘に直ちに応じた立法当局者の態度は評価すべきである。一般論としては、次のようにまとめることができる。学説からの多くの批判を浴び、それが条文の文言に原因がある場合は、法の解釈によって対応するのではなく、立法者は果断に法の改正で対応すべきである。我が国では、法を改正すれば問題にならないことが法を改正しないために問題になり、判例・学説がそれに対して条文の補正解釈で処理するということがしばしば見られるが、これは司法制度全体から見ると非効率的な方法であり、是認できるものではない。裁判所も研究者も立法に任せて、その分のエネルギーは他の問題に振り向けるべきである。

第三は、目的論の重要性を再認識すべきであるということである。今回の短期間の改正という事態を招いたのは、確かに新しい制度の導入という面があったにしても、何のための制度なのかという問題意識が希薄だった点に原因がある。正に目的論的な考察が必要であったのに立法者が安易な当事者間のバランス論を展開して、遅滞

のない訴えの取下げを原告に要求したものと推測される。しかし、重要なことはこの規定を導入した目的がそれによって達成できるのか否かということであり、当事者間のバランスの取り方は二次的な問題である。さらに当事者間のバランスで求められていることは、一方的に原告のペースでこの規定が適用されることとのバランスである。そうであるならば、原告の遅滞を問題にするのではなく、被告の手續保障を考えるべきであったということになる。このようなことから、今回の改正は安易に利益衡量を行うことの危険性を示している。

第四は、手續の効率性は「遅滞のない行為」によって直ちに得られるのではないということである。迅速な訴訟や手續の効率性を追求する場合、しばしば当事者に遅滞のない行為を要求することになるが、今回の改正は、場合によってはそれが反対に遅滞を生じさせることがあるということを示している。安易に「遅滞のない行為」を求めることへの警鐘になろう。遅滞が生じた場合の対応と、遅滞の具体的な内容、行為者の責任、相手方の行為とのバランス、遅滞の有無の判断の方法等を総合的に検討する必要がある。

- (24) Deckenbrock/Dötsch (B. Jur.), S.568. この問題に関する他の具体的な例としては、後注(36)で Ritter-Schmidt の挙げた事例、後注(37)で近藤完爾氏の挙げた事例が参考になる。さらにはシュナイダーの挙げた事例(15)〔法改正〇二〕三三頁)も興味あるものである。

ところで古い判例ではあるが、かつてこの問題を論じた判決理由を翻訳して判例の意味を詳細に論じたことがあった(6)〔訴訟係属〕一四頁以下)。それは連邦通常裁判所一九八二年一月一五日判決民集八三卷一二頁であり、この判決理由もこの問題について具体的な事例を提供している。

なおこの判例は訴訟係属前においては訴訟終了宣言を認めないことを判示したものであるが、この判例の存在がZPO二六九条三項三段の立法を促したことについては、この規定の立法理由が明記している(15)〔法改正〇二〕二五頁)。したがって、今日でも注目すべき判例であることは、最近になっても(二〇〇四年)、この判例について詳細な判例解説(Löhnig (J.), S.122ff.) が公刊されたことからも明らかである。

(25) 訴訟係属前に訴訟が終了した場合の訴訟費用の計算方法を数式を利用して詳論したもの(「Köhen, Rainer/Köhen, Liane (J), S.289ff.」がある)。

(26) ZPO二六九条三項三段の創設がドイツの訴訟終了宣言の制度に与える影響は、決して少なくない。この点は立法当初から指摘されてきたことであるが(⑮〔法改正〇二〕三六頁以下)、今回の改正がそれに拍車をかけた。例えば、デッケンブロック等はその論題を「訴訟係属前の訴訟の終了における双方的訴訟終了宣言の終焉」という刺激的なものにして、「ZPO二六九条三項三段の導入により訴訟係属前における訴訟終了の場合に双方的訴訟終了宣言は可能ではあるが、もはやそれが利用される事例は考えられない」と述べている(Deckenbrock/Dötsch (B, Proz), S.50)。

(27) ドイツの司法修習生のための最終国家試験用の受験参考書においては、訴訟における被告の対応と訴えの取下げ、双方的訴訟終了宣言、一方的訴訟終了宣言との関係を図で示して、それぞれの制度の機能の分担を明らかにしているものがある(Oberheim (H), S.497)。あるいは時間的な経過と被告の同意の有無とを表にして、それぞれにおいて可能な訴訟行為を根拠条文とともに明らかにしているものもある(Löhning (J), S.125)。これらは実務家になるための最終試験に備えての勉強において、訴訟中に訴訟を終了させるような事由が発生した場合、訴訟手続の時間的な経過と被告の同意の有無との関係で、どのような行為によって訴訟を終了させるのが一番問題がないかを整理しておくようにとの受験指導であろう。換言すれば、類似した制度の異同について問うという問題が、受験生の法律家としての資質を判断するのに出題しやすいことである。

なおこれらの参考書は、ZPO二六九条三項三段については訴えの取下げの規定であるにもかかわらず、訴訟終了宣言の項目で説明している。この規定を体系的にはどこに配置するかというものは一つの問題であり、体系書や教科書を執筆する者が悩ましていると思うが、受験参考書が訴訟終了宣言の項目の中に入れているのは、その機能に注目したからであろうし、理解しやすいことであろう。

六 ドイツ民事訴訟法第二六九条第三項第三段に「訴えの送達がない場合も同様」との一文を挿入する意味について

改正前のZPO二六九条三項三段は、訴えを提起した理由が訴訟係属前に消滅し、遅滞なく訴えが取り下げられた場合に適用されることになっていた。今回の改正においては、「遅滞なく」との要件が削除されるとともに（五を参照）、「訴えの送達がない場合も同様とする。」という一文が挿入された。これは訴えについて送達がない場合でも本規定を適用するという意味であり、形式的にこの法文を読むと、本規定の適用範囲を広げるような印象を受ける。しかし、改正前の状況や改正の経緯を見ると、改正前からすでに多くの裁判所でこのような取扱いがなされていたし、学説も同様なことを主張していたので（後記の1参照）、今回の改正によって本規定の適用範囲が大幅に拡大し、この規定の利用が増大することではない。しかし、全くないということでもない。この取扱いに反対していた裁判所は、その態度を改めざるをえなくなるからである。その限りで、この規定の利用が増加する。いずれにしても、今回の改正は学説上の対立点を除去して、実務の指針を明らかにしたものであるが、それは従来の実務と学説の多数説の確認であり、追認である。

1 改正前の状況

判例・通説によれば、訴訟終了宣言の制度が利用できるのは、訴訟係属の発生後に訴訟終了事由が発生した場合である（⑥〔訴訟係属〕一四頁以下）。換言すれば、訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合は、訴訟終了宣言は利用できない。そこで一般に原告は被告に対して、被告に訴訟費用を負担する義務があるとの確認の訴えに従前の訴えを変更することになるが（後の4の第二を参照）、本案が終了しているにもかかわらず、訴訟費用に関

して本案と同様な手続が進行するというのは妥当性を欠く。しかも、そもそも確認の利益が認められるかは疑問であるし、損害額の計算は簡単ではない。⁽²⁸⁾しかし、そうであるからといって、この場合に原告が訴えを取り下げることはない。訴えの取下げの場合、原告が訴訟費用を負担すると規定されているからである。そこでこの問題を解消するために、民事訴訟手続の簡素化と効率化を目指した、いわゆる民事訴訟改革法が本規定を創設した⁽¹⁵⁾(法改正〇二)一九頁以下)。それは裁判所の裁量による裁判によって簡単に処理するために、訴えの取下げと訴訟終了宣言を規定したZPO九一条aとを結合させたようなものである⁽¹⁵⁾(法改正〇二)二五頁以下の立法理由が詳論する)。このような設立の経緯を考慮すると、この規定は訴訟係属前に終了事由が発生した場合に制限されることなく適用されるべきことになる。

しかし、問題は単純ではない。新しい制度はとかく既存の制度との調和が難しい。第一の問題は、訴訟係属の発生前と訴えの取下げとの関係である。原告が裁判所に訴状を提出したが、その送達前に訴訟終了事由が発生した場合に、原告が訴訟を断念するという行為は、正確には訴えの取下げではない。訴状が被告に送達される前は訴訟係属は発生せず、訴えは成立していないからである。つまりこの段階で原告が取り消す(取下げる)のは訴えではなくて、訴状の提出という行為である。したがって、この場合に原告が訴訟を断念しようとする行為は、訴状の取戻請求ということになる。⁽²⁹⁾しかし、そのように解したとしても、この場合について直接規律する規定がない以上は、同様な場合を規律している訴えの取下げの規定を類推して対応せざるをえない。したがって、訴えの取下げか訴状の取戻請求かということを真剣に議論しても、訴訟係属前の終了事由の発生の問題は規定適用か類推適用かということにすぎないから、結論は大差ないことになる。⁽³⁰⁾そうなると、そもそもかような原告の行為の法的性質について議論する実益があるのかということになる。このように考えれば、この問題はそれほど重要でなくなるが、棚上げ論のような印象は否定できない。

第二の問題は、今回の改正のように送達を必要としない場合、訴訟係属の有する理論的な意味との整合性が問題になる。訴訟係属によって訴訟法律関係が成立し、それによって当事者間の訴訟上の問題が処理されると解するならば、理論的には訴訟法律関係が成立していないのに、訴訟費用の問題が裁判によって処理できるということについては疑問が生じる (Deckenbrock/Dötsch (R. Jur.), S.570)。訴訟係属前の訴訟終了事由の発生という事態であっても、当事者間の訴訟費用の問題を処理する以上、訴訟係属が必要ではないかということである。すなわち、たとえ一瞬であっても訴訟係属の発生は必要ではないかという問題提起である。

第三の問題は、相手方である被告の手続保障との関係である。訴訟係属は訴状の送達によって生じるということ、それによって被告に対して訴訟が開始されたことを知らせることであり、被告に必要な対抗手段がとれるような機会を与えることである。そこで、もし訴訟係属は必要ないとして被告への訴状の送達を不要とすると、被告の手続保障はどのように考えるのかという問題が生じる。これが実は、送達の有無をめぐる問題の核心である。前述の原告の行為の法的な性質論や訴訟法律関係の成立の問題が観念的であるのに対して、この被告の手続保障の問題は現実的であり、この問題の処理手続の当否や正当性を問うものである。より具体的に述べれば、問題は訴えの取下げであれ、訴状取戻しであれ、そのような行為をするまでの訴訟費用の負担を決める基準と方法(手続)である。例えば、訴えの取下げであるとすると、訴訟費用の負担については原告と被告の両当事者が利害関係を有しているにもかかわらず、訴えの取下げという原告の一方的な行為だけで処理してよいのかというところが疑問点として浮上する。訴訟係属が発生していないとはいえず、訴訟費用を誰が負担するのかという問題において、原告の一方的な主張で裁判官の裁量によって決められるとするのは、被告の手続保障の点で適切ではないからである。

とすれば、訴訟係属の発生前であっても、あくまでも被告の手続保障を確保するために訴えについて被告への

送達を要求し、もし送達がない場合はこの Z P O 二六九条三項三段の規定は適用されない (Gehrlin (K), § 421) という送達必要説が形成される⁽³¹⁾。なお現実的な対応策としては、訴状と併せて訴えの取下げの書類の送達を行う (Deckenbrock/Dörsch (B, Jur), § 571) という同時送達説がある⁽³²⁾。訴訟係属の必要性の要請を満たすと同時に、早急な手続の終了を図るという考えである。訴訟係属の発生とほぼ同時に直ちに訴訟係属の消滅ということになるかもしれない。これに対して、送達を不要とする送達不要説は送達必要説を次のように批判する (Gottwald (B), § 1120)。送達必要説は立法目的や法文の文言に反する。そもそも立法者にとって重要なことは、この規定の適用領域を概念的に限界づけることではなくて、直面する問題に対する実用的な解答を提示することである。立法目的が手続の簡素化や効率化にあり、そのためにこの規定が創設された経緯からすると、本規定の発動に訴状の送達が必要でないというのは、その当否は別にして立法の当然の帰結のように思えるが、それが唯一の答えでない点に法の解釈の難しさがある。実質的な正義や公平といった観点からの検証も必要であり、送達必要説の存立の基盤はそこにある。単に立法の目的や理由だけでは反論にならないのかもしれない。

2 ドイツにおける改正の意味

このような送達不要説と送達必要説の対立状況の中での改正である。本改正がドイツでの今後の議論に与える影響や意味を考えてみよう。第一に言えることは、今回の改正によって従来の送達不要説と送達必要説の論争は一応の終止符を打ったということである。すなわち、本規定の適用に際しては、送達は不要ということが法文で明らかになり、本規定の適用範囲が明確になった (Knauer/Wolf (C), § 2858; Saenger/Saenger (E), § 269 Rn 39 = § 492)。これは送達不要説の立法上の勝利であり、これによって従来の論争は一応の決着を見た。

第二には、本規定の適用範囲が拡大する可能性が増したことである。本規定の適用をめぐって対立していた送

達の有無の問題が、今回の改正によって法文に根拠をもって解決されたが、これによって今後はこの法文を根拠に拡張解釈がなされるように思う。また今回の改正において本規定の立法理由が重要な役割を演じたことから(三)の4の改正理由を参照)、立法理由を根拠に適用範囲が今後拡大するように思う(Schwab (I), S.119)。具体的に述べれば、次のようなことである。本条の立法理由は訴訟理論よりも手続の簡素化と効率化を重視したものであり(15)(法改正〇二二五頁以下)、訴訟理論上の疑念をこの規定創設の目的で押し切ったようなものである。となれば、もし何らかの問題が発生した場合は、その解決策はこの規定の創設の目的を強調したものになるであろう。既に具体的な事例がある。本規定が訴状提出前の状態においても適用されるかという問題があるが、本規定の立法目的を強調して肯定する説が有力である⁽³³⁾。

第三には、本規定の解釈や運用において被告の手続保障が重視されることである。被告の手続保障は前述のごとく送達必要説が提起した問題であり、送達必要説であるならば送達によって被告の手続保障は満たされるから問題は生じないが、送達不要説の場合は被告の手続保障の確保が重要な課題となる。手続保障はいわゆる審問請求権と結び付き、ドイツ法上は重要な原則であるからである。したがって今回の改正によって送達不要説が規定されたということは、そのような条文のもとでは本規定の解釈や運用において被告の手続保障が強調される(Krauer/Wolf (C), S.285f; Musielak (J), S.120f; Musielak[Foerste] (E), § 269 Rn 13 = S.825; Wolf, C (J), S.524)。そこで例えば、訴えについて形式を問わない通告と指示が求められる(Zimmermann (E), § 269 Rn 18b = S.532)。あるいは同時送達説が主張される(Schwab (I), S.119)。

第四には、本改正は退場を迫った送達必要説を完全に駆逐することができなかったという事実である。つまり送達必要説の新たな展開に注目する必要がある。改正の第一の意味として、問題について「一応の終止符を打った」と述べたが、それは一応と留保したのである。改正によって問題が全面的に解決したのではないからである。

従前の対立状況は改正を契機に新たな展開を見たというのが正確な理解であろう。送達必要説の提起した問題、すなわち、訴状の不送達によって訴訟法律関係や訴訟係属を発生させなくてよいのかという疑問や、そのまま当事者間の訴訟費用の問題が処理できるのかという批判に対して、今回の改正は何らの解答をしていないからである。そのようなことから、訴訟経済の考慮に基づく本規定は、法治国家の原則から疑問があるとの見解がある (Zöller/Greger) (E), § 269 Rn 18e = S.799)。それは本規定による裁判が法定の形式的な基準ではなく、裁量による裁判に基づくことを理由にするものであり、訴訟係属のないままの訴訟費用の裁判がなされることも糾弾する。糾弾しないまでも、一般的な理論と調和しないことを指摘する見解もある (Baumbach/Lauterbach [Hartmann] (E), § 269 Rn 39 = S.1065)。これらの文献は以前は送達必要説を主張していたから、本改正後も基本的な態度の変更はないということであろう。なお第三に述べた被告の手續保障の重視ということは送達必要説の影響を受けたものであるが、送達必要説が手續保障の重視に変わったものと理解できなくはない。

3 日本における改正の意味

第一に、今回の改正は、日本において訴訟終了宣言論は不要であるとする日本の通説を勇気づけるかもしれない。今回の改正によってこの規定の適用範囲が明確になり、この規定の活動範囲がより広くなるということを述べた (2の第二点)。そのことは、この規定と訴訟終了宣言の制度との機能の分担がより鮮明になり、訴訟係属前においては訴訟終了宣言を利用することは少なくなる (Deckenbrock/Dötsch (B, Jur), S.571) ことを意味する。それは訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合、ドイツでは日本法の制度 (民訴法七三条) と同様に訴えの取下げによって当該手續を終了させることに他ならない。いわばドイツ法が日本法に接近することであり、日本における訴訟終了宣言の不要論を勇気づけるものである。しかし、そのような見方は正しくないことは五の3で述

べたところであるし、この規定がドイツで創設されたとしても訴訟終了宣言論が日本において必要であることは、既に詳細に論じたところである（⑮〔法改正〇二〕三九頁以下）。

第二に注目すべきことは、今回の改正の経緯である。それが手続の正当性を保障する手続保障と手続の効率性とのバランスを考える場合の問題点を浮き彫りにしているからである。そこに日本法が参考にすべきことがある。この規定が創設されてから本改正に至るまでの間、その適用をめぐる実務と学説において深刻な対立が生じたが、今回の改正はそれについて多数説を支持することを成文で明らかにして、問題を解決しようとするものである。その意味で今回の改正は新たな制度の創設でもなければ、立法の失敗の後始末ということでもない。しかし、この規定が導入された直後に実務や学説においてこのような深刻な対立が生じたということは、立法自体に問題が内在していることを示すものである。送達必要説は訴訟係属前に訴訟係属を前提にした訴えの取下げが許されるであろうかという問題を提起したが（①の第三）、それは手続の簡素化と効率化を優先させた立法に対して、理論的な反撃であり、根源的な問いかけである。それは同時に立法自体に内在している問題点を浮き彫りにした。このように見ると、今回の改正は新たな立法によってこの問いを再び押し切って封じてしまったという印象を受ける。手続の効率性を重視したことは明らかであるが、そのような立法目的が今回の改正によって達成できるのか、今回の立法によってどのような新たな問題が提起されるのかなど、大変に興味ある問題である。手続の正当性の担保、相手側の手続保障、それらと手続の効率性をどのように調和させるのかという問題は民事訴訟法学の永遠のテーマであるが、今回の改正はそれに対する一つの実験という意味があるように思う。この実験の検証の結果は、日本法に重要な示唆を与えるものと思われる。この規定のドイツの運用状況については、その意味で目が離せない。

第三に考えるべきことは、解釈論か立法論かという問題である。本改正は政府草案に基づくのではなく、連

邦議会の法務委員会の提案に基づくものである。日本で言えば、委員会での政府提案の修正ということではないかと思う。政府側がこの改正を提案しなかったのは、この問題は判例・学説に委ねることと十分であると判断したからではないかと推測する。そしてその判断を支えたのは、今回の改正の内容と同じである訴えの送達を不要とする送達不要説が、下級審の判例や学説において有力に主張されているという状況である。これに対して法務委員会が改正提案を行ったのは、司法現代化法の目的が ZPO の規定を見直して問題のある制度を修正するということであるから、この問題についてもこの際に立法によって決着を付けておくべきであると考えたからであろう。すなわち、改正理由(三の4の②)から推測される立法者の考えは、送達は不要とするとの立場であり、それを法文において明確にして反対説の成立の可能性を完全に否定した方が無用な議論をしなくて済むということである。さらに、この問題を判例・学説に委ねたままにして反対説の存続を放置すると、本規定を設けた意味が薄れるという立法者の危機意識も感じられる。このようなことから、司法の現代化のためには手続保障よりも手続の簡素化と効率化を優先するという立法者のメッセージも伝わってくる。

ところでこのように判例・学説に委ねるよりも立法によって解決するという方法は、魅力的である。無用な議論を省略して、そのための労力を他の問題に振り向けることができるからである。しかも法文を読めば、注釈書を利用しなくても、一般人にも理解できるということも民主主義国家にとって必要なことである。立法による解決ということを、今回の改正から日本は学ぶべきではないかと思う。

4 日本における本規定の意味

訴訟終了宣言論との関係はともかく、また訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合という限定的な場面ではあるにしても、ドイツの処理方法が日本法のそれと類似するということは、ドイツの議論がそのまま日本法にお

いて参考になるということである。例えば、日本の場合、民訴法七三条による裁判所の裁量の判断基準が必ずしも具体的ではないが、ドイツの本規定は日本法とは別の視点で要件化されていてより具体的であり、判断基準の透明化という点では日本法に有益である。さらに両国の類似性を強調して両者の関係を比喩的にいえば、ドイツでの新しい制度の創設という実験の結果が日本でも有効であり有益であるということになる。具体的にいえば、本規定についてドイツでの議論や問題点の指摘は、そのまま日本の民訴法七三条の問題点を浮き彫りにする。このような認識に基づき、一見すると日本法には無関係のように思われる1と2における議論や本規定をめぐる最近のドイツでの学説の対立状況が、日本法においてどのような意味があるかについて、最近のドイツの文献を参考に簡単に考察する。

第一に、訴状送達が必要か不要かのドイツでの議論は、日本でも議論されるべき問題である。日本では従来ほとんど議論されてこなかったが、それは訴訟費用の負担について金額が少ないこともあって、当事者も訴訟代理人も関心がなかったからである。権利意識が向上し、不合理なことに対してはあくまでも権利を主張する人々が確実に増加している昨今の状況からすると、将来もこのまま無関心の状態が続くとは到底思えない。そうであるならば、ドイツでの議論が日本でもなされるべきであろう。さらに人々が訴訟費用に関心を示した場合に、日本民訴法七三条の方法それ自体が問題になるであろう。すなわち、本規定の適用に関して訴状送達が必要か不要かの議論は当事者の手続保障をどうするのかというものであったから、そういうことに配慮していない日本民訴法七三条の方法が問われるであろう。当事者が裁判所の裁量によって(当事者の手続保障なしに)、訴訟費用を決めるという方法に満足しないということが十分に予想される。なぜならば、ドイツではこの規定による裁量による裁判について、リスクを伴う (Mitslak[Foerste](E), § 269 Rn 13 = S.825) と指摘されているからである。⁽³⁵⁾ 日本法も同様な問題があると考えるべきであろう。日本法ではドイツ法とは異なりこのようなことはありえないと断

定できる根拠や制度的な保障はどこにもない。リスクを伴わない制度設計が、日本では必要ということである。これに関しては日本では民訴法七三条の制度しか考慮していないように思えるが、そのことが問題である。ドイツの議論はそのことを示唆している。

第二に、本規定に関してドイツでは排他的・独占的规定可否かで議論されているが、この議論は日本においては民訴法七三条の制度の補完制度の設計に関する問題に活用すべきである。確かに今回の改正ではこの問題は取り上げられなかったし、将来も改正のテーマになるとは思わない。ドイツでは判例・学説において一定のコンセンサスができていたので、解釈論で十分に対応できると思うからである。しかし、だからといってこの議論が日本に関係ないというものではない。日本においては民訴法七三条をめぐって生じる諸問題を解決する際に活用する必要がある。その理由は次のとおりである。ドイツでは本規定による処理について、迅速ではあるが正しい判断がなされるとの保障がないことに危惧の念が表明されている。そして本規定は排他的・独占的なものではないとの見解が主張されている。⁽³⁶⁾そしてドイツでは、本規定による処理方法と、実体法上の請求権に基づく訴えに従前の訴えを変更するという方法とを比較して、前者は迅速ではあるが判断に対する信頼性に問題があり、後者は判断は信頼できるが費用と時間がかかるとまとめている。⁽³⁷⁾このことからさらに原告の利用する制度や手続の選択権へと議論は展開していくが、この議論は本規定が支える制度に対する補完制度とそれに伴う原告の制度利用の選択権の問題と理解することができ。そうであるならば、正にこの規定の排他的・独占的性格に関する議論は、そのまま日本の民訴法七三条を取り巻く諸問題の解決に役立つ。日本においても民訴法七三条の制度は完全なものではないとの認識と、それを補う制度を考えることが必要である。その際に競合した制度において生じる問題を解消するために、ドイツでの議論が当然参照されるべきである。

第三に、本規定に関して訴訟係属発生後には適用されてはならないと一般にドイツで説かれているが、これは

日本の民訴法七三条の問題点として理解すべきである。今回の改正は、本規定の適用範囲を明確にして今後の活動範囲を拡張する基礎を作ったが、本規定が訴訟係属発生後に拡張されることはない⁽³⁸⁾と一般に理解されている。

これは訴訟係属後にも訴えの取下げで対応する日本の民訴法七三条の方式は、ドイツでは評価されないことを意味する。そしてこの場合はドイツでは訴訟終了宣言によって対応する。そのことが意味することは、日本においても訴訟終了宣言制度が考慮されなければならないということである。日本の場合は七三条によって制度が規定されているから、訴訟終了宣言は考慮できないとの意見もあるかもしれないが、前述のように民訴法七三条の制度は完全なものではなく、それを補完するものとして訴訟終了宣言の制度を理解すべきである。ドイツの規定は日本の民訴法七三条に類似するが、単に両者の類似性に目を奪われることなく、ドイツの規定の特殊性・限定性に注目し、両者の異質性を明確に把握しなければならない⁽³⁹⁾。

(28) 関係する文献については、前注(25)で述べた。

(29) 訴えの取下げか訴状の取戻請求かの問題については、次のように述べたことがある(15)〔法改正〇二〕三八頁注21。日本では訴訟係属と訴えの取下げとの関係については、訴訟係属発生(訴状送達)前の訴え取下げ書の提出は、訴状の取戻請求との見解が主張されている(兼子一「松浦馨」新堂幸司「竹下守夫」条解民事訴訟法「八七六頁(竹下守夫)」(有斐閣、一九八六年)、新堂幸司「福永有利編」注釈民事訴訟法(5)「三三二頁(梅本吉彦)」(有斐閣、一九八八年)、梅本吉彦『民事訴訟法』九三三頁(信山社、二〇〇二年)等)。これに対して名古屋地決昭和三十六年二月一五日下民集一二卷二号二九一頁は、訴えの取下げとして扱った。

(30) 有力説は理論的な要請を越えた問題であると解していた(Lüke[G.Lüke](D), § 269 Rd 4 = S.154)。もちろん訴訟係属や訴状送達の問題について立法者は十分に考えていなかったようであり、必ずしも明確ではない(Hartmann(A), S.2585)。そのことがその後の議論の対立を生じさせた要因である。訴え取下げについて新たな概念構成が必要かもしれないとの指摘もある(Baumbach/Lauterbach/Hartmann)(D), § 269 Rn 39 = S.992)。このような理論的

な問題があるにしても、実務は問題解決のための処理方法が法律によって明定されたとして、新規定を歓迎した (Hartmann (A), S.2585; Musielak[Wolst] (D), § 91a Rdnr.38 = S.283)。実務で本規定が疑義の解消になると歓迎されたことが、今回の改正の原動力になったと推測される。

(31) 「送達必要説」という学説の名称は、この問題を論じるために私が本稿において命名したもので、ドイツでは名称は付されていない。この説に対抗する学説については、同様な理由で「送達不要説」と命名した。なお判例・学説における送達必要説と送達不要説の対立状況は今回の改正の改正理由 (三の 4) において述べられているので、それについて報告することは省略する。なお Rosenberg/Schwab/Gottwald (F), § 128 Rn 36 = S.888 はこの問題を簡潔にまとめているので、判例・学説の概要を知るのに便利である。

(32) 「同時送達説」という学説の名称は、この問題を論じるために私が本稿において命名したものである。ドイツでは名称は付されていない。そもそも学説を内容から分類すれば、この説は送達必要説の一種であり、独立した学説ではない。しかし、同時送達説という名称は、訴状と訴えの取下げ書を同時に送達すべしとの見解を簡潔に表示するために便利である。

なおこの説のメリットと問題点については、次のようなことが言われている (Deckenbrock/Dötsch (B, Jur), S. 370f)。メリットは訴訟係属の問題をクリアーさせることができるうえに、訴訟係属発生直後に訴えの取下げにより手続を終了させるから、余計な訴訟費用を支出しないで済むという点にある。問題点としては、訴訟費用のためにだけ訴訟係属を発生させることは理論的におかしいのではないかとすることである。つまり実質は、訴えの変更による処理方法と大差ないのではないかとすることである。

(33) 訴状提出前に訴えを提起する理由がなくなった場合に、この規定が適用されるかという問題については、この規定が設けられた理由から本規定の適用を肯定する見解がある (Musiak[Foerste] (D), § 269 Rdnr.13 = S.683; ders. (E), S.825)。同様な見解は、Rosenberg/Schwab/Gottwald (F), § 128 Rn 38 = S.888 にも見られる。もっとも Deckenbrock/Dötsch (B, Jur), S.573 は本規定の文言である「訴訟係属前 (Vor Rechshängigkeit)」から当然としたうえで、原告を保護すべき状況は訴状提出前後で変わりが無いことを根拠にする。

なおこの問題は、本規定が施行された直後に議論された。既に紹介したことはあるが (15) [法改正〇二] 三三頁

以下)、エルツァーは次のように説いた(Elzer (A), S.2008)。条文の文言からすると適用されそうであるが、立法者は訴状提出から訴状送達の間、いわゆる *Anhangigkeit* の間だけを考えていたようである。しかし、問題状況が同じであるから、この規定が準用されるべきである。シュナイターは、この問題は立法者の看過した問題ではあるが、エルツァーに賛成して本条が適用が類推されるべきであると説いた(Schneider (A), S.510)。そして適用されるべき具体的な場合として、次のような例を挙げる。原告が訴状を裁判所に提出した日に、被告によって振り込まれた金額が原告の銀行口座に入金された。被告が、原告の弁護士に連絡せずに原告に送金したため、原告の弁護士は送金を知らないで訴状を提出した。

(34) 本規定の創設が訴訟終了宣言の制度に対してどのような影響を与えるかは、訴訟終了宣言論において重要なテーマである。ドイツでの議論の状況については、双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言とに分けて述べたことがある(15)〔法改正〇二〕三六頁以下、なお五四頁以下も)。今回、最近の体系書・注釈書等を見たが、状況に変化はないように思う。

(35) 既に紹介したことがあるが(15)〔法改正〇二〕三二頁以下)、本規定が施行された直後にエルツァーは本規定による裁判に対して、次のような危惧を表明している(Elzer (A), S.2007)。裁判所は訴訟費用の負担者を決めるためには、法律的に判断が困難な事例の場合、従来の事実状態と訴訟状態を考慮するというと、簡単な調査で判断することになるし、裁量的な判断となると、それは折半かお互いの費用の相殺ということになりはしないか。また事実に関して争われた場合、簡単な審理で裁判所は確信を持って判断できるのかと問い、確信が持てないからといって十分な審理を行うことは、「従来の事実状態及び訴訟状態を考慮して」裁判することにふさわしくない。結局、折半かお互いの費用の相殺という安易な判断がなされるのではないか。

さらに彼は訴訟終了の有無について当事者間で争いのある場合を問題にして、次のように説く。新規定は原告の主張によれば訴訟係属前に訴訟終了の事由が発生した場合について規制しているから、当事者間で終了に関して争いがあれば、裁判所は裁量による公平な裁判の前に、終了の存否について判断しなければならない。そして裁判所が積極的に終了の事実を確認した場合に、原告が希望した裁量による公平な裁判をすることができるといふことになる。終了の確定のために裁判所は終了の有無について証拠調べをする必要がある。終了の事実の有無が訴えの取下げの適

法要件となると、新規定は裁判所と当事者にとって本当にメリットがあるのか疑問である。

(36) Ritter-Schmidt (B), S.169ff. は、弁護士経験から実務において訴訟費用の問題は重要であると指摘して、本規定は簡単な事案では使用できるが、複雑な事案では使用できないと述べている。そして、それぞれの制度で同じ結果が得られるとは限らないから、本規定のような略式手続とは別に、訴訟費用が請求できる制度が必要であると説く。そのうえで彼女は、そのことを法文で明記すべきであるとの立法論を主張する。

なお彼女は次のような事件を取り上げて、自説を展開した。それによってこの問題を具体的に考えることができるので、事件の概略を紹介しておく。それはマールブルク地方裁判所の判例であり、それについて彼女は、*JG Marburg, AZ: 5 S 122/03* と表記し、未だ確定していないと紹介している (*S.170 Anm.15*)。X は欠席判決で Y に対して金銭の支払いを命じられたが、欠席判決に対する異議申立て期間の間に、X と Y 間で支払い金額と支払方法についての和解が締結された。しかし、この和解による X の義務が履行されなかったため、Y は欠席判決に基づき、X に対して強制執行を行った。これに対して、X は異議の訴えを提起したところ、Y は訴えの送達前に強制執行の申立てを取り下げた。そこで X は異議の訴えにおいて訴えの変更を申し立て、訴訟費用の支払いを求めた。

第一審は本規定 (ZPO 二六九条三段) が排他的・独占的な規定であるとして、この規定が存在する以上この制度を利用すべきであって、X の訴えには訴えの利益がないとして、訴えを却下した。そこで X は控訴して、次のような主張を展開した。この規定は追加的な規定であり、利用を強制するようなものではない。X が訴訟費用について損害賠償を請求する実体法上の請求権を有している以上、ZPO 二六九条三段による方法と並んで、確認の訴えが給付の訴えが存続することは許されるはずである。それぞれの制度によって得られる結果が異なる以上、ZPO 二六九条三段による公平な裁判がすべての事件においてなされるというのはおかしい。さらに裁判所は、釈明権を行使しなければならなかったのにしなかった。これに対して Y は ZPO 二六九条三段の立法理由を根拠にして、次のような主張をした。ZPO 二六九条三段の要件が存在する以上、訴訟費用に関する確認の訴えや給付の訴えは許されない。ZPO 二六九条三段を理由にした訴えの変更も許されない。

控訴審である地方裁判所は第一審判決を取り消して、Y に対して X への訴訟費用の支払いを命じる判決をした。

(37) このように対比するのは Deckenbrock/Dötsch (B, Jur), S.571f. であるが、この問題について詳論するのは、

Schur (J), S.373ff. である。なお Goebel (B), S.254 は原告がこの規定の制度を利用しないで、別訴で実体法に基づいて訴訟費用を請求した場合は、たとえこの訴訟で勝訴しても、別訴の訴訟費用は原告が負担すべきであると述べている。この規定による方法を利用しなかった点を問題にするからである。Lindacher (J), S.92ff. は被告の態度に応じて、また時間的経過に応じて原告が利用することのできる制度を整理する。Musielak (J), S.1206 は訴えの取下げと訴えの変更を比較し、原告が選択できるようにすべきであると説いている。なおこのような状況について、Gottwald (I), S.447 は本規定は懸案の問題を解決したが、新たな問題を提起することになったと総括している。そしてこれらの問題は、ZPO 九一条 a の訴訟終了宣言に分類されるべきものであると付言している。

そこで例えば判断基準が不明確であるとの危惧から ZPO 九一条 a を利用したくない場合、訴えの変更で処理すべきであるとの見解や、別訴としての確認の訴えが許されるとの見解がある (Fischer (J), S.1089f.)。なお本規定が別訴としての確認の訴えに対する影響については、本規定の施行直後にドイツでは議論された (15) [法改正〇二] 三四頁以下)。これについて最近の体系書・注釈書等を概観したところ、この議論の状況に変化はないように思う。またこの場合の原告の申立てに関する書式については、Gottwald (I) S.338f. に掲載されている (付録の CD-ROM にも収められている)。さらに日本の場合に、補完制度の必要については、かつて述べたことがある (15) [法改正〇二] 四二頁)。

ところで非常に古い話ではあるが、この問題の核心を理解するのに近藤完爾氏の随筆が役に立つ。これは氏がドイツの法廷を見学した際に印象を述べたものであるが、かつて紹介したことがあるので (6) [訴訟係属] 二頁以下)、ここではポイントだけを述べる。氏は一九五九年に在外研究でドイツに滞在されドイツの実務を見学したが、当時の法廷の様子を二〇年後の随筆に書いておられる。見学したのは訴状送達前に被告が弁済した事件である。原告の訴訟代理人は直ちに訴訟費用の回収のために訴えの変更をしたが、これについて、近藤氏は「日本でなら訴の取下か請求の認諾で簡単に片付くところだが」と感想を述べている。さらに被告側との「活発な文書戦が展開されたが、弁論は一回で終決されていた。…起訴の誘因にどちらが有責かという争点について証拠調べをしないとは思いつつ訴訟指揮だというのが第一感であった」と述べている。重要な争点だから時間をかけて証拠調べをするか、それとも本案は終了して実質は訴訟費用の問題だから証拠調べをしないのかということであろう。近藤氏のこのような問題意

識から、本規定が対応している訴訟係属前の訴訟終了事由発生の問題は出発している(⑥「訴訟係属」四八頁以下)。(38) Gehnlein (K), S.421 は本規定が訴訟係属後に類推される余地は全くないとして、訴えの取下げはできず、訴訟終了宣言の申立てをするしかないと述べている。Rosenberg/Schwab/Gottwald (F), §128 Rn 39 = S.889 も、訴訟係属後は双方的訴訟終了宣言か本案の終了の確認の方法のみが開かれていると述べている。Musielak (J), S.1205 は法の欠缺も類推の基礎もないとし、立法資料を根拠にして本規定は限定された場合の立法であるとする。

これに対して Tegerder (B), S.3338 は、本規定は訴訟係属後に適用されないとしたうえで、そのことに合理性が認められないとして、次のような立法論を主張する。「訴えの理由が消滅し訴えがそれにより有効に取り下げられた場合、訴訟費用の負担義務は公平な裁量によって定める。」これは日本の民訴法七三条のような規定であるが、これによって ZPO 九一条 a は時代遅れになるであろうと付言している。

なおこの問題については、本規定が施行された直後の学界の状況の概要を次のように報告したことがある(⑮「法改正〇一二」三四頁)。*Bonifacio (A)*, S.500 は、訴訟係属後の終了の場合に新法は準用されるとし、その根拠として連邦通常裁判所の判例を考慮しなければならないとする。訴訟係属発生後に準用しても、訴えの取下げには二六九条二項一段によって被告の同意が必要になるから、自ずと限界があるとも述べている。*Schneider (A)*, S.510 も同様に肯定し、口頭弁論前までは訴えの取下げは被告の協力なしに単独でできるが、口頭弁論後は被告の同意が必要であることは当然であると付言する。

これに対して *Musielak (F)*, Rn 273 = S.172 は訴訟係属後への準用説の根拠である法の欠缺について、そのようなものではないと説く。その理由として、立法者は単に訴状提出から訴状送達までの間の問題に限定して規定しようとしたものであり、それを周到に最終的に実施したものであると述べている。*Schilken (F)*, S.329 Fn.3; S.333 Fn.32 は、訴えの取下げの場合の訴訟費用負担の原則を考えれば、かような拡張は問題にならないと、拡張説を手厳しく批判する。

(39) この規定の異質性と限定性については、詳論したことがあるので(⑮「法改正〇一二」三九頁以下)、それに譲る。

七 おわりに

ドイツでは二〇〇四年九月一日に第一司法現代化法が発効し、ZPOが改正された。本稿は先ず、この法改正によって訴訟終了宣言に関するZPO九一条aと、それに代替するものと位置付けられる同二六九条三項三段が、どのような理由で、どのように修正されたかについて、連邦議会の印刷資料に基づき詳細に明らかにした(二・三)。次に法改正による修正がドイツと日本でどのような意味を有するかについて、最近のドイツの文献を参考にして論じた(四・六)。本稿を終えるに当たって、今回の改正の日本法への影響について私見をまとめるとともに、残された問題について整理しておく。

1 私見の要約

先ず訴訟終了宣言論に対する今回の改正の影響と意味であるが、今回の改正は制度の根幹に関わる改正ではなく、いわば技術的な微調整的なものである。その意味で、今回の改正がドイツの訴訟終了宣言論に与える影響は必ずしも大きなものではないし、日本の訴訟終了宣言論に対する影響も小さい。もっとも本改正を契機にドイツでの訴訟終了宣言制度がより利用されやすくなったこと(四の2)や、訴訟終了宣言制度の機能を分担するZPO二六九条三項三段による訴えの取下げの制度の利用範囲が拡大することになったこと(五の2、六の2)には、注意する必要がある。しかし、このようにドイツにおいて訴えの取下げの利用範囲が拡大するからといって、訴えの取下げだけで十分であるとする我が国の通説の訴訟終了宣言不要論が正当化されることはない(五の3、六の3の第一)。

ところで本稿と同じような問題意識で執筆した論文が、二〇〇三年に発表した「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」(15〔法改正〇二〕)である。これは特にZPO二六九条三項三段の訴えの取下げに関してドイツで提起された問題と、それに対する学説の状況を詳細にまとめ、その制度創設の意義を論じたものである。そこにおけるドイツの状況に関する記述(15〔法改正〇二〕二九頁以下)の可否について、本稿を執筆するに際して利用した文献で検討した。その結果、現在でもほとんどそのまま通用することを確認した(五・六)。またドイツの状況と日本における訴訟終了宣言論との関係を考察して、ZPO二六九条三項三段の訴えの取下げの制度は日本において訴訟終了宣言の制度を不要にするものではないと論じたが(15〔法改正〇二〕三九頁以下)、この点も今回検討した結果、その主張は現在でもそのまま維持できる(五の3・六の3・4)。

次に、訴訟終了宣言に関すること以外で本稿において問題を提起したのは、次のようなことである。特定の限定的な問題の考察ではあるにしても、訴訟終了宣言についての今回の改正の内容を検討することによって、法の根幹的な問題を考える際に多くの有益な示唆を得ることができる。換言すれば、訴訟終了宣言に関する規定の今回の修正は、手続の簡素化と手続保障の在り方、法解釈と立法との関係、民事訴訟法における理論の果たすべき役割、目的論的な考察の重要性等の根幹的な問題について、考えるべき材料を提供するものである。さらに我々が学ぶべきことをより具体的に挙げれば、次のようにまとめることができる。

立法に関しては、法律要件(条文の文言)に問題があれば、立法によって迅速に処理すべきである(五の3の第二)。法制度を設計する際に法律要件については特に慎重に検討する必要がある(五の3の第一)、その場合には目的論的考察が重要である(五の3の第三)。立法の手法として判例・学説の解釈論に委ねるという方法があるが、司法資源の節約の意味からそのような方法ではなく、場合によっては立法による裁断が必要である(五の3の第二、六の3の第三)。

民事訴訟手続の在り方に関しては、手続の簡素化に際して、当事者の手続保障に配慮する方法として、裁判所

の説明責任を規定する方法がある（四の三の第二）。手続保障として送達は重要であるが、手続の簡素化のために代替方法を考えるべきである（六の三の第二）。当事者に遅滞ない行為を求めたとしても、手続が常に効率化するとは限らない（五の三の第四）。当事者間の紛争の有無によって手続の重さと軽さを考えるべきであり（四の三の付言）、事件処理には重い手続と軽い手続との補充が必要である。複数の制度を併存させる場合は、いずれの手続を利用するかは当事者の選択に委ねるべきである（六の四の第二）。

2 残された問題

デッケンブロック等は、今回のZPO二六九条三段の改正において残された問題として次の三つの事項を挙げて、それぞれについて論じている（Deckenbrock/Dösch (B. MDR), S.1216ff.）。第一は、訴状提出前における紛争終了事由の発生の問題である。第二は、訴訟費用確定のための訴えの変更の問題である。第三は、訴訟費用の裁判に対する当事者の申立ての問題である。第三の事項は従来問題になっていない事柄なので、若干の説明が必要である。ZPO二六九条四項によれば、同条三段三段の訴えの取下げによる訴訟費用の裁判には当事者の申立てが必要である。ところが処分権主義を定めたZPO三〇八条は、その二項において訴訟費用の裁判については当事者の申立ては不要であるとしている。そこで、この相反する関係をどのように考えるかという問題提起である。

彼等は第一の問題については、次のように説いている。この場合の訴訟費用は原告が負担するのが原則であるが、原告の過失なくして被告が履行した事実を知らなかった場合は、例外として被告が負担する。第二の問題については、次のように説いている。簡単な事件ではZPO二六九条三段の制度が利用されるが、複雑な事件の場合は、原告は民法上の請求権を基礎として、訴えの変更をして訴訟費用を被告に負担させるべきである。Z

P O 二六九条三項三段の制度を利用するか、訴えの変更で訴求するかは原告の選択に委ねられているが、被告に不利なことはない。被告においても原告と争わないことによって Z P O 二六九条三項三段の制度を選択できるからである。第三の問題については、次のような主張である。Z P O 二六九条三項三段を理由に原告に申立てを義務付けることはできないし、訴訟終了宣言についての Z P O 九一条 a の規定との比較からしても Z P O 三〇八条二項が適用されて申立ては不要であるはずである。しかし、Z P O 二六九条四項が規定されている以上、訴訟代理人はこの申立てをしておくべきである。

これらの問題はドイツ法においては確かに重要な意味を有しているが、訴訟終了宣言の制度が一般に認められていない日本法の状況では、民訴法七三条が Z P O 二六九条三項三段と類似性があるとはいえ、これらは枝葉末節的な問題である。ドイツで問題になっているということ、それに対する通説・判例の内容を認識するだけで十分である。それよりも日本法において注目すべきことは、この問題を通じて明らかになった訴訟係属の前段階の手續をどのように考えるかという問題である。この問題について結論を先取りして私見を述べれば、例えば、弁護士に事件を相談した時点から訴訟係属が発生するまでの間を「準訴訟係属」として、その間の法的な現象を理論的に把握し、そのうえで規律を考えるべきではないかと思う。もともとドイツでの議論を見る限り、ドイツでは民事訴訟法学の理論や単なる観念論を排除して、具体的に効果が期待できるように手續の効率化を何よりも優先しているとの印象を受ける。しかし、それはこの問題を否定しているのではなく、未だ十分には考えられておらず手付かずの状態のように思う。

最後に、「準訴訟係属」ということについて付言しておく。日本では平成一五年法律第一〇八号により、民訴法第一編総則において、一三二条の二以下の八箇条の条文で構成される「第六章 訴えの提起前における証拠の収集の処分等」が新たに設けられた。これは訴訟以前の段階の紛争解決のための制度や手續であり、いわば訴訟

手続の前倒しである。このような訴訟係属前の制度は、訴訟手続の効率化のためには今後も増加することはあっても減ることはないであろう。また「裁判外紛争解決手続の利用促進に関する法律」（平成一六年法律一五一号）の制定により、文字通り裁判外での紛争解決手続の利用が促進されるであろう。このように裁判手続以外の制度や手続が重要視されるようになった今こそ、訴訟係属前の状態を民事訴訟法学によって理論的に統一的に把握することが必要である。もちろん、このような事態に対処する方法として、訴訟係属の概念や訴訟係属の発生時点について、いわば当然視されてきた伝統的な通説的な見解を修正するということも考えられる。しかし、この方法では従来の概念が大幅に変わることになるので、大きな混乱が予想される。そこで従来の訴訟係属概念とは異なるが、それと全く異なるものではないということで、「準訴訟係属」という概念を定め、訴訟係属との異同に注意し、訴訟係属についての概念・効果を参考にして、理論的な把握と一般的な規律を考えるべきであろう。これは同時に手続の軽量化と効率化における手続保障の在り方を考えることでもある。今回の研究で触発されたものは、この「準訴訟係属」の問題であり、今後の研究課題としたい。

(40) 訴訟係属前の訴訟終了事由の発生についての第一の問題も、訴えの変更という方法や当事者の選択権についての第二の問題も、ZPO二六九条三段に関する主要な論点である。それぞれのドイツの学説の状況については、第一の訴訟係属前の問題に関しては前注(23)で、第二の訴えの変更や当事者の選択権の問題に関しては前注(37)で、それぞれ述べた。

追記

最近、日独法学界より「日独法学二二号」（二〇〇五年）が送付されてきた。そこにライター・ライポルド・キルステン・ヴェルビーク（福本知行訳）「二〇〇一年〜二〇〇三年のドイツにおける民事訴訟法の展開」が掲載されている。

る(一一七頁以下)。しかし、この論稿は本稿で扱った改正については述べられていない。メインは二〇〇二年施行の ZPO の改正であり、その意味では前稿(15)〔法改正〇二二〕の文献一覧の F (九頁以下)に加筆すべきものである。もっとも F の他の文献と同様に、訴訟終了宣言や訴えの取下げに関する改正については述べられていない。