日本の訴訟終了宣言について

坂原正夫

一　はじめに
　1　本稿の意味
　2　学説の状況
　3　本稿の構成
二　消極説の根拠と問題点
　1　消極説の根拠
　2　消極説の問題点
三　積極説の根拠と問題点
　1　積極説の根拠
　2　積極説の問題点
四　訴訟終了宣言論の新たな展開
　1　解釈論としての訴訟終了宣言の必要性
　2　訴訟終了宣言の具体的な内容
　3　解釈論の根拠
五　おわりに

一　はじめに

1　本稿の意味

訴訟終了宣言について研究しているが、ここ数年は外国法の研究に専念してきた。訴訟終了宣言に関しては日本では特に目立った動きは見られないのに対して[1]、外国では大きな動きがあったからである。例えば、ドイツでは重要な法の改正が二度もなされたし、オーストリアやスイスにおいては本格的な博士論文が刊行されるようになった。外国のこのような動きに注目してその分析を行ってきたが、それが一段落したので[2]、その成果を参考にして日本の現状を批判的に考察しようというのが本稿の狙いである。

もっとも、「日本では特に目立った動きがないのであれば、日本法については従前の論稿で十分であり、新しく考察する必要はない」との疑問が生じるかもしれない。確かに訴訟終了宣言については石渡哲教授や荒木隆男教授の論稿があり、これらによって日本法の現状と問題点は明らかであるし、これらの論稿に付加するものはないと言える[3]。しかし、これらの論稿は訴訟終了宣言について消極的な立場で書かれていて、積極的な評価をする私見とは立場を異にする。私見からするとこれらの論稿の存在は都合が悪い。なぜならば、もし正面から反論をしないとその主張を認めたように誤解されるかもしれないからである。それにもかかわらず、従来それを行ってこなかった。これらの論稿は約二〇年前と一〇年前のものであることを考えると、今まで反論しなかったのは私の怠慢に他ならないが[4]、反論が容易ではないという事情もあった。今回、日本法の訴訟終了宣言について論じることになったのは、外国法を研究してこれらの論稿に対して反論する材料を獲得したからである。本稿において旧稿の引用が多いのはそのためである。

なお旧稿は訴訟終了宣言の比較法や歴史を論じたものであるが、単にそれだけではなく常にその時々の日本に

おける訴訟終了宣言の有する意味を意識して、訴訟終了宣言の必要性と具体的な内容も明らかにしてきた。そこで本稿は、旧稿で個々に論じたそれらについてまとめるという意味もある。

2　学説の状況

①　学説の変遷

訴訟終了宣言については、戦前において既に雉本朗造博士によって紹介されたことがあったが、当時のドイツの実務の事例を簡単に述べたもので、紹介の域を越えるものではなかった。(5) 単なる制度の紹介ではなく明確に消極的な評価を下したのは、二で述べるように一九五五年（昭和三〇年）の兼子一博士の『条解民事訴訟法』と、同年に刊行された民事訴訟講座の鈴木忠一判事の訴訟費用に関する論稿である。兼子博士と鈴木判事という学界と実務のそれぞれの大家の意見だけに、訴訟終了宣言は日本おいて必要ないとする消極的な評価が我が国において定着した。しかし、一九七〇年（昭和四五年）頃になってこの制度を積極的に評価する意見が相次いで主張され、訴訟終了宣言の評価をめぐって議論が活発になったが、議論は平行線に終わり、新たな展開を見ることなく対立状況がそのまま残ってしまった。そのため研究者の関心が薄れ、一九七〇年代の状況のままで今日に至っている。

②　学説の内容

訴訟終了宣言をめぐる我が国の学説はこのように形成されたが、それぞれの主張をその説く内容によって区別するならば、訴訟終了宣言について消極的な評価を下す消極説と、反対に積極的に評価する積極説とに分けることができる。消極説は訴訟終了宣言は日本法では訴えの取下げで十分に対応できるから、単にドイツ民事訴訟法の一つの制度として理解するだけでよいとする見解である。これに対して積極説は日本において訴訟終了宣言の

趣旨を積極的に評価して、日本の訴訟においても活用すべきであるとする見解である。

①で述べたように我が国では消極説から出発したこともあって、当初から現在に至るまで消極説が通説である。しかし、積極説も有力であり、積極説は少数説であるとは断定できない。積極説は通説に対して有力な反対説というのが正当な評価ではないかと思う。なお私見は積極説であるが、ほとんどの積極説は具体的な解釈論として訴訟終了宣言論を展開しているわけではないので、具体的に解釈論としてこの制度を考える私見とは同じではない。換言すれば、日本の訴訟終了宣言論を解釈論か立法論かという視点で見ると、我が国の学説は消極説も積極説も訴訟終了宣言は立法論であるとする点では同じである。したがって我が国の学説の現状はこの問題に関する論争の新たな段階として、解釈論としての訴訟終了宣言論の登場が期待されているということになる。

3　本稿の構成

このような学説の状況を受けて、本稿は先ず消極説の根拠を明らかにして、それを検討することによって、消極説からの積極説に対する批判に反論する。これは消極説の問題点を明らかにすることでもある（二）。次に、従来の積極説の内容と問題点を述べる。これは積極説の新たな展開のための準備作業であり、私見と従来の積極説の違いを浮き彫りにするための前提作業でもある（三）。最後に、私見として具体的な解釈論を主張する（四）。これは訴訟終了宣言は日本法において積極的に利用されるべきであるという年来の主張の集大成でもある。

なお本稿では日本の民事訴訟法は「民訴法」、ドイツの民事訴訟法は「ＺＰＯ」の略称を使用する。また原文を引用するに際して、原文の漢字の旧字体は常用漢字に改めた。

（1）　訴訟終了宣言と密接な関係がある弁護士費用敗訴者負担の制度を導入する法案が国会に上程されたということは、

日本の訴訟終了宣言論に対して新たな動きがあったと見るべきかもしれない。すなわち、弁護士費用を訴訟の敗訴者に負担させるための「民事訴訟費用等に関する法律の一部を改正する法律案」は平成一六年三月二日に内閣から国会に提出され（第一五九回国会提出閣法第六九号）、四月五日に衆議院の法務委員会に付託された。しかし、この法案は会期末に継続審議に付されることなく、会期の終了とともに平成一六年一二月三日に衆議院で廃案になってしまった。このことと、現時点では導入の見通しが立っていないことを考えると、法案の国会上程を新たな動きと見るのは困難である。

もっとも法案が国会に提出されたということは、弁護士費用敗訴者負担の制度の必要性が日本においても理論面や政策面で認知されたということを意味する。したがって、日本の訴訟終了宣言をめぐる議論は新たな展開を迎える時期にきていると思う。なぜならば弁護士費用敗訴者負担の制度が日本で採用されていないことを理由に、通説は訴訟終了宣言の制度を消極的に解してきたからである。

(2) 外国法研究の成果として、次のような論稿を発表した。「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」本誌七六巻八号一頁以下（二〇〇三年）、「スイス民事訴訟法と訴訟終了宣言」本誌七八巻二号一頁以下（二〇〇五年）、「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」本誌七九巻二号一頁以下（二〇〇六年）、「ドイツ民事訴訟法第九一条aの双方的訴訟終了宣言について（一）（二・完）」本誌七九巻八号一頁以下、九号二七頁以下（二〇〇六年）。

なお本稿においてこれらの論文を引用する場合は、論文を特定するために、従来使用した論文の略称を本稿でも使用することにし、付記する。その略称を前記の論文の順に述べるならば、〔法改正〇二〕、〔スイス〕、〔法改正〇四〕、〔双方的〕である。

(3) 石渡哲「訴訟終了宣言」三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔新版〕（＝二版）』（ジュリスト増刊）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＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔三版〕』（ジュリスト増刊）二六四頁以下（一九九八年）。

なお三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔初版〕』（ジュリスト増刊、一九七九年）の「訴訟終了宣言」は、私が執筆した（一六六頁以下）。

（4）石渡教授の論稿（前掲注(3)）に対して、「私見への批判に対しては、別の機会を得て答えるつもりである」と述べたことがあった（拙稿「訴訟終了宣言と訴訟係属」本誌六一巻一〇号五二頁〔一九八八年〕）。

（5）雉本朗造「訴訟行為論」『民事訴訟法論文集』一三四頁の註一八（内外出版印刷株式会社、一九二八年）。この博士の論稿は『民事訴訟法の諸問題』（有斐閣、一九五五年）にも収められている（六四〇頁の註一八）。博士は、被告が本案だけを認諾した場合や、原告が被告の認諾に対して認諾判決を求めなかった場合について論じ、裁判所は訴訟費用の負担に関してのみ審理及び裁判すべきであると主張した。博士は註において次のような説明をされた。なおこの論稿は雑誌に掲載されたものでなく、単独で出版されたためか、論文集には付録として収められ、刊行年は記載されていない。

「独逸帝国裁判所ノ実際ニ於テハ、問題ノ如キ場合ニハ……『本案請求ハ解決セラレタリ、訴訟費用ハ被告ノ負担トス』(„die Hauptsache wird für erledigt erklärt") ト云フカ如キ主文ヲ為スノ例アリ。……『請求棄却』ノ主文ヲ為スヘシトスレハ、『訴訟費用ハ原告ノ負担トス』トノ裁判ヲ為スヘキカ如キ嫌アルカ故ニ、之ヲ避クルカ為メニ案出セラレタル主文ナリ。」

二　消極説の根拠と問題点

1　消極説の根拠

例えば、金銭の支払いを求める訴訟中に被告が弁済した場合、ドイツでは訴えの取下げではなく訴訟終了宣言によって訴訟は終了する。訴えの取下げの場合、原則として原告が訴訟費用を負担することになっているからである（ＺＰＯ二六九条三項二段）。もし訴えの取下げをしないで訴訟を続行したり、あるいは弁済を受領したことで訴え提起の目的が達成されたとして期日に欠席したりすれば、請求が棄却されて、訴訟費用は原告が敗訴者として負担することになる（ＺＰＯ九一条一項一段）。この不合理を解消するために訴えの取下げでもなく、請求棄

却でもない訴訟終了の制度が必要ということになる。さらにその制度によれば、訴訟費用は被告が負担するとの判断がなされなければならない。冒頭の事例の場合、被告が訴訟前に弁済していれば訴訟をする必要がなく、訴訟費用を原告が負担するのは公平でないからである。そしてこれらの要請に応えるために、ドイツでは訴訟終了宣言の制度が創設された。

訴訟終了宣言の制度の出発点が、このように訴えの取下げにおいて原告が訴訟費用を負担すると規定されていることにあるならば、訴えの取下げでも被告に訴訟費用を負担させることができれば、わざわざ新たな制度を創設して対応する必要はない。日本の消極説は正にこの点に着目した。日本では訴えの取下げにおいて、原告が訴訟費用を負担するという規定はないからである。消極説はこのような認識に立って、訴訟終了宣言の制度が処理する問題は訴えの取下げ（民訴法二六一条）で十分に対応できると主張する。その根拠をより詳しく見れば、次の①～⑤にまとめることができる。なお当然なことであるが、消極説に反対して積極説を説く場合は、これらすべての消極説の主張に反論する必要がある。

① 訴えの取下げで十分

訴えの取下げによって訴訟は終了させることができるし、訴訟費用の問題は民訴法七三条と六二条によって被告に負担させることができるから、訴えの取下げで十分に対応できる。したがって訴訟終了宣言は必要ない。これが通説の基本的な考えであるが、このことを初めて主張したのは、兼子一博士と鈴木忠一判事であった。両氏とも期せずして一九五五年に刊行された別々の本の中で、ともに訴訟終了宣言の制度について消極的な判断を下したが、その理由は訴えの取下げで十分であるというものであった。兼子博士は次のように述べている（『条解民事訴訟法（上）』二六六頁以下〔弘文堂、一九五五年〕）。「わが法においては……訴取下の場合にも、九〇条を準用する趣旨が表われているから、費用の点のためにかかる特別な訴訟完結事由を認める必要はなく、期日におい

て当事者が訴訟終了の合意をする場合も、原告の訴取下と被告のこれに対する同意と或は費用の点の和解を包含する行為と取扱えばよい。離婚訴訟における和諧（人訴一三参照）も、その一種である。」

鈴木判事も、同様な主張を述べている。「我民訴法の下に於ては九〇条の解釈により、又一〇四条の規定の適用により特に独逸における『本案終了』の理論を援用する必要は乏しい。」（「訴訟費用の裁判」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座』第三巻九四一頁以下〔有斐閣、一九五五年〕）(6)。

なお両氏が引用している九〇条と一〇四条は平成八年の民訴法の改正前（旧民訴法＝大正一五年の民訴法）の規定であり、現行法の六二条と七三条に相当するものである。換言すれば、現行法の六二条は旧九〇条を、七三条は旧一〇四条をそれぞれ引き継いだものである。したがって、現在では両氏の考えは六二条と七三条で十分対応できると説く見解ということになる。

この見解は内容が明快であり、しかも両氏とも学界と実務においてそれぞれ強い影響力を有していたこともあって、広く支持され、このような消極説は正に通説の起源となった(7)。

②　訴訟費用の裁判による処理

訴訟で負けた場合はその訴訟費用は敗訴者が負担することになっている（民訴法六一条）。これは本案の判断に連動して訴訟費用の裁判がなされることと、訴訟費用の裁判のために特別な訴訟手続が用意されていないことを意味する。しかし、本案の裁判の敗訴者が常に訴訟費用を負担するということではない。常にそうではなく、勝訴者が負担する場合も定められているからである（民訴法六二条）。このことは、訴訟費用の負担者と本案の勝敗とが連動するとは限らないことを意味する(8)。

例えば、被告の弁済によって訴えを取り下げざるをえなくなった原告が、訴訟費用は被告が負担すべきであると考えたならば、そのような主張を訴訟費用の負担者を決める裁判において行い、六一条でなく六二条が適用さ

れるように努めることである。被告がそれに対して異論があるならば、その裁判において争うことである。裁判所は当事者が互いに争う場合はそれぞれの主張・立証を聞いて判断する（石渡・前掲注(3)三一五頁）。七三条の手続においても、口頭弁論または審尋により資料を収集する機会が用意されている（荒木・前掲注(3)二六五頁）。したがって、訴訟終了宣言による処理と七三条と六二条の準用による処理とでは目立った差異が生じないから、わざわざ訴訟終了宣言を考える必要はない（荒木・前掲注(3)二六五頁）。要するに、訴訟費用の裁判は本案の手続とは別に整備されているから、訴訟費用の負担の問題は本案に関係なく独自に判断すればよく、そのための手続も現行法で十分である。

③　関心の薄さ

一般に訴訟費用に関心が薄いから、訴訟終了宣言を導入する実益がない。日本ではドイツと異なり、弁護士費用が訴訟費用に算入されていないから訴訟費用の額がそれほど大きくならず、訴訟費用の回収は手間暇をかけても割りが合わない。手間暇をかけてどうしても回収することでもないから、当事者も代理人も一般に訴訟費用について関心が薄い。さらに勝訴者としても訴訟から早期に離脱したいという心情もあり、勝訴しても訴訟終了後に相手方に訴訟費用を請求することは少なく、したがってわざわざ七三条の申立てをすることも少ない（石渡・前掲注(3)三一五頁）。このような状況から、訴訟終了宣言のような議論をする必要性は感じられない。訴訟終了宣言のような精緻な理論を展開させたところで、そもそも日本では訴訟費用の裁判が利用されていないのであるから、この制度を日本で導入すべきと言われても実感がわかない。

④　ドイツの学説の混乱

ドイツでは訴訟終了宣言の法的性質をめぐって学説は錯綜している(9)。そこで訴訟終了宣言の制度をこのまま無批判的にドイツから日本に持ち込めば、日本の実務において混乱が生じるのは明らかである。しかも、制度が立

法として条文化されていない以上、日本で導入した場合に要件と効果をめぐって学説で争いが生じるのは必定である。このようなことを考えると、日本で訴訟終了宣言を導入することはプラス面よりもはるかにマイナス面が多い（石渡・前掲注(3)三一五頁、荒木・前掲注(3)二六五頁）。

⑤ 訴訟費用裁判の柔軟な対応

訴訟終了宣言が取り上げられるのは、訴訟費用の裁判において負担義務の有無についての判断があまりにも形式的になされることに原因がある。そこで訴訟費用の裁判においては、負担義務の判断は形式的に判断するのではなく、柔軟にすればよい。

兼子博士は前掲書（①）において、次のように述べている（二六六頁以下）。「独の判例及び通説は、訴取下の場合の原告の費用負担義務を厳格に解し、そのために生じる不衡平を救済するため、原告は訴訟中に請求がその必要又は理由を缺くに至った場合には、訴訟完結の宣言（Erledigungserklärung）をすることができ、これに被告が同意すれば、訴訟の終了を来たすが、これは、審判要求の撤回ではなく、訴訟が目的を失ったとの主張であって、訴訟費用はむしろ被告が負担する結果となる場合と説く。又もし被告がこれに同意しない場合でも裁判所はこの宣言を理由ありとするときは、終局判決をもって訴訟完結を宣言すべきであるとする。」

博士のこの記述からは、訴訟終了宣言は、「原告の費用負担義務を厳格に解し、そのために生じる不衡平を救済するため」の制度ということになるが、その当否は別にして、このような理解は次のようなことを示唆している。すなわち、原告の費用負担義務を厳格に解さなければ、そのために不衡平は生じないから、訴訟終了宣言は不要になるということである。換言すれば、訴えの取下げの場合の訴訟費用は原則として原告が負担するというのではなく、訴訟費用の負担は裁判所が裁量によって決めれば、訴訟終了宣言は不要である。

2　消極説の問題点

訴訟終了宣言の制度は我が国では不要であるとする主張はそれぞれもっともなものはあるが、しかし、訴訟終了宣言を否定する根拠としては十分ではない。以下ではそれぞれの主張に対する疑問や反対の理由をまとめてみたが、丸中数字は消極説の論拠の丸中数字に対応している。なお消極説の主張を批判しても、それだけでは積極説の妥当性を論証したことにはならないから、積極説は訴訟終了宣言についてより具体的に明らかにする必要がある。

①　訴えの取下げでは不十分

訴えの提起とは自らの法的な見解が正当であると主張することであるから、それを取り下げることは権利主張の放棄であり、それは自らの主張が正当でないことを認めることに等しい。そうであるならば、訴えの取下げは実質的には敗訴である。それだからこそ、ドイツでは敗訴者と同様に原告が訴訟費用を負担すると規定した（ZPO二六九条三項二段）。問題はこれとは反対の場合も、訴えの取下げで処理することが妥当かということである。例えば、支払請求訴訟中に被告が弁済した場合である。これは訴訟終了宣言を必要とする典型的な例である。この場合は原告の主張が正当であったにもかかわらず、それを認めた被告の弁済という行為によって原告は訴訟を続行する意味を失ったのである。この場合に請求棄却判決や訴えの取下げで処理するならば、原告は敗訴者と誤解されやすい(10)。

そこで、誤解されても訴訟の目的は達成されたのであるから構わないと考えるかということである。これは判決によらないで当事者の行為によって訴訟を終了させる場合は、終了させる（訴訟係属を消滅させる）ことが重要であり、訴訟の実質的な勝敗や訴訟が終了に至る原因を考慮する必要はないと考えるものである。いわば訴訟法上の訴訟終了効だけを考えるもので、訴訟運営の効率を重視した見解である。これに対して、実体法の研究者

や一般人はそうは考えないで、次のように考えると思う。被告が訴訟中に弁済したために訴訟を続行する必要がなくなった場合と、勝訴の見込みがないので訴訟を止める場合とは区別する必要があり、訴えの取下げは後者を想定した制度であるから、前者までもこれで処理するのはおかしい。訴えの取下げではなく、実質的な勝訴者が明らかになるような新たな訴訟終了のための制度を考えるべきある。

訴訟終了宣言はこのような要望に応じる制度である。そもそも法律学においては自らの専門性を強調するよりも、他の分野の研究者や一般人の意見に耳を傾けることは重要である。妥当な結論は何かが分かるとともに、妥当な結果を新たな理論によって基礎付けることができるからである。[11] 例えば、争点効理論や信義則論を挙げることができる。判決理由中の判断には既判力が生じることがないから（民訴法一一四条一項）、訴訟物が異なれば実質的に同じ訴えであっても再訴は可能である。しかし、この帰結はどうしてもおかしいし承服できないとして、前記理論が主張されるようになった。すなわち、素朴な疑問に判例と理論が即応したものである。判決理由中の判断に既判力が生じないから判決理由中の判断は全く意味がないとは言えないのと同様に、単に訴訟が終了すればよいから、その原因や訴えに理由があったか否かは無視してよいということにはならない。

そうであるならば、訴訟の終了に至る経緯が重要であり、それに相応しい終了方法が選ばれるべきである。訴訟の効率性を重視して、手続において訴えに理由があった場合とそうでない場合とを区別しないのは問題である。したがって、訴訟の途中で終了事由が発生した場合と当初から理由がない場合とで手続を区別して考えるべきである。そこで訴訟終了事由の発生時点の訴訟の勝敗の状況に従って訴訟を終了させる方法を考えると、原告が実質的な敗訴の場合は訴えの取下げ、実質的な勝訴の場合は訴訟終了宣言で処理するということになる。

なお訴えの取下げと訴訟終了宣言を比較した場合、訴訟係属の消滅する時点や再訴禁止効の有無に関して差異が生じると思うが、生じないとする見解も可能である。[12] これらの問題は前述の両者の差異、すなわち訴訟終了宣

言は訴えに理由があった場合の訴訟の終了方法であるのに対して、訴えの取下げはそうではない場合の訴訟の終了方法であるという違いから比べると、当面はそれほど重要視することではないので、詳論はここでは省略する。

② **訴訟費用の裁判の問題点**

訴えの取下げの場合の訴訟費用の裁判手続は十分ではない。確かに七三条や六二条が、訴えの取下げの場合の訴訟費用の裁判について規定している。しかし、この規定では現実に十分に機能しないと思う。それは機能しない原因が制度に内在しているからである。なぜならば、六二条は終局判決をする場合の規定であり、判決によらない場合にこの規定を発動させるには無理がある。すなわち、訴訟費用の裁判において六二条を発動させるための裁判資料は終局判決をする過程で十分に確保することは可能であり、裁判所は六二条の要件を簡単に把握できることを想定している。ところが七三条の場合はそうではない。裁判を担当するのは従来の裁判所ではなく第一審の裁判所であるから、従来の訴訟の経緯を十分に把握できるとはいえない[13]。そもそも訴訟外で生じた訴訟の終了事由の発生について、裁判所が認識する方法が規定されていない。

当事者にとっても、訴訟費用の負担について本格的に争う場合は、手続保障は十分ではない。そのための手続が法定されていないからである。あくまでも裁判所の裁量によって審尋なり口頭弁論が開かれるにすぎない。したがって訴訟の終了事由が発生した後に、訴訟費用の裁判のために口頭弁論が開催されたということは聞いたことがない。それでは口頭弁論が常に開催されればよいかというと、そういうものでもない。訴訟費用の裁判は本案の裁判に連動することによって手続を簡素化しているが、その要請に反することになるからである。そもそも本案の問題と連動させないで独立の裁判手続を考え、簡素な訴訟手続で当事者の手続保障を確保するということは非常に困難な話である。なぜならば、簡素な手続と当事者の手続保障は二者択一の関係にあるからである。

そうなると手続保障が確保されている本案の裁判と連動させ、そこでの結果を利用する方法で対応せざるをえ

ないのではないかと思う。まして六二条の適用の前提要件として、原告の請求が適法でかつ理由を具備していることを必要とするならば、本案の裁判と連動させないことは効率的ではないし、独立した手続を本案並みに構築することはいたずらに手続を複雑にするであろう。そこで七三条・六二条による方式には限界があると考え、限界の外は法の欠缺であり、そのような場面では訴訟終了宣言によって対処すべきである。解釈論としては、七三条・六二条の方式は他の解決方法を排斥するほど独占的で排他的とは思えないから、それと並列的にそれを補完するものとして訴訟終了宣言を認めれば済むことである。[14] 具体的には当事者間に争いがある場合は、一方的訴訟終了宣言で処理することである。それによって終了事由の発生前の訴えが適法でかつ理由を具備していたか否かも判断されるから、訴えの取下げ以上の効果も有することになり、正に①で述べたように訴えの取下げでは紛争解決機能が十分でない。

③ 訴訟費用に対する当事者の関心

訴訟終了宣言は訴訟費用のためだけの制度ではなく、理由のある訴えが終了事由の発生によって訴訟を続行することができなくなった場合に、名誉ある撤退を可能にする制度である。このことは既に①で述べたことである。その意味で訴訟終了宣言を考える実益があるが、訴訟費用の問題も今日では軽視できない状況にある。確かに現在、弁護士費用が訴訟費用に算入されていないので訴訟費用の額は多くはない。そこで、訴訟費用の回収のための手続の手間を考えると勝訴しても敗訴者に請求することはなく、その意味で関心が薄いのは消極説が指摘したとおりである。しかし、既に（前注(1)で）述べたように廃案になったとはいえ、そのような法案が国会で審議されたということは関心が高まってきたというべきである。

また国家が成熟して法治主義が定着した現時点においては、法による解決が社会に浸透し、自らの権利を訴訟を通じて主張しようとする人々が増えている。昨今のこのような状況を見ると、人々が訴訟費用に対して関心を

向けるようになるのは時間の問題である。今後は訴訟費用の問題に対して人々の関心が高まることは十分に予想される。このような社会の動きに注目するならば、訴訟費用の裁判は本案に比べれば付随的なものであり、主に裁判所の裁量的な判断で決まるとしても、当事者は無関心ではいられないであろう。したがって訴訟費用の裁判は大雑把なもので許されるものではない。今後は手続の透明性が強調され、裁判の理由が注目されるようになるであろう。そうであるならば、訴訟費用の裁判においても精緻な手続と明快な理論による裏付けが必要である。(15)

これに答えるのが訴訟終了宣言の制度であるが、手続は当事者の手続保障という面もあるから、当事者間で終了に争いがない場合は、手続は簡素でよい。つまり常に精緻な手続が必要なわけではなく、訴訟終了宣言は当事者間に争いがある場合は一方的訴訟終了宣言、争いがない場合は双方的訴訟終了宣言というように区別して対応すべきである。(16)

④ ドイツでの判例・通説の確立

訴訟終了宣言に関してドイツの判例・学説が錯綜していることは確かである。しかし、だからとって実務の混乱が生じているわけではないし、訴訟終了宣言の制度を廃止すべしとする意見が主張されているということでもない。むしろ双方的訴訟終了宣言を規定するZPO九一条aの最近の改正の動きを見ると、改正は双方的訴訟終了宣言の適用領域を拡大させようとしていることが分かる。ドイツから目を転じてドイツ法系のオーストリア、スイスの民事訴訟法の学説の動向を見てみると、両国において訴訟終了宣言の制度は注目されていることが分かる。(17)

学説が錯綜しているように見えるのは現象面であり、ドイツでは既に通説・判例が確立しているから、実務上の処理手続は確立していて、実務が困っているわけではない。学説で激しい議論があるとしても、実務で混乱が見られないことは有名な訴訟物論争で経験済みのことである。むしろ論争は訴訟法理論を深化させるから、望まし

いというべきであろう。[18] そもそも論争が存在することは、いかに訴訟終了宣言が重要であるかを物語るものである。

⑤ 結果責任主義の厳格な適用

訴訟費用はなぜ敗訴者が負担するのかという問題がある。ローマ法やドイツ普通法での論争から得られた結論は結果責任であり、敗訴の原因は問わないというものである。もし結果責任でなく原因を問い行為責任を問うことになれば、勝訴者は敗訴者の故意・過失を立証しなければならないから、それは簡単なことではない。つまり勝訴者は訴訟に勝っても、訴訟費用は敗訴者から取れないことになり、勝訴者の自己負担ということになるが、これが不当であると結果責任主義は考える。[19] このような理由から結果責任主義が原則として採用されたが、しかし、この原則によれば問題は生じないかというと、そうではない。訴訟終了宣言が問題にする事例、例えば金銭支払請求訴訟で被告の弁済による訴訟の終了では、結果責任主義によれば訴訟費用の負担者は形式的な訴訟の結果に依存するから、実質的な勝訴者であっても訴訟を終了せざるをえない原告が訴訟費用を負担することになり、不当な結果になる。

そこでこの問題を解決するために登場したのが、訴訟終了宣言の制度である。訴訟の終了事由の発生前に原告の訴えに理由があった場合は、原告を敗訴者として扱わないというものである。それに対して被告が争わない場合は双方的訴訟終了宣言として、裁判所が従来の訴訟の経過を参考に裁量によって訴訟費用の負担者や負担の割合を決める。被告が争えば、一方的訴訟終了宣言として原告の主張の当否を判断し、その結果によって訴訟費用の負担者や負担の割合を決めるというものである。このような処理方法は結果責任主義の原則を堅持しつつ、妥当な結論を追求するものと見ることができる。

確かに結果責任主義を緩和することによっても、不合理な方法は回避できる。しかし、ドイツではそのような

意見は見られない。[20] そのような方法はそもそも原則に反するし、原則を緩和することによって原則が修正されるならば、判断基準は曖昧になり事件ごとに恣意的な判断がなされることになるからである。その意味でも結果責任主義を堅持すべきであるとドイツでは考えられている。要するに緩和説は場当たり的になりやすく、法の基本理念である公平性を保つことはできない点で問題である。

なお日本とドイツとの訴訟費用の規定の条文構成の違いから、ドイツの議論は日本に通用しないとの意見が考えられるが、日本法がドイツ法と異なった条文になったのは、ドイツ法との決別ではなく、立法に際して表現の簡素化・集約化したためであり、規範内容はドイツ法と異なるものではない。[21] したがって、結果責任主義のドイツ法と異なった日本独自の原則を立法化したものではない。

(6) 鈴木判事はその後も同様な主張を繰り返した。鈴木忠一「民事訴訟に於ける当事者自治の限界と実務上の問題」『新・実務民事訴訟講座第一巻』一〇一頁以下（一九八一年）、同「非訟事件に於ける手続の終了と受継」『新・実務民事訴訟講座第八巻』五八頁以下（一八九一年）。

(7) 同趣旨を説くものとしては次の学説がある。斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(2)』七六頁以下〔桜田勝義〕（第一法規、一九七一年）、石川明「債権執行における第三債務者の陳述義務について」『ドイツ強制執行法研究』一一七頁注21（成文堂、一九七七年。なお初出は法曹時報二八巻八号二三頁注21、一九七六年）、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(3)〔第二版〕』一〇二頁以下〔桜田勝義＝宮本聖司＝小室直人〕（第一法規、一九九一年）、兼子一ほか著『条解民事訴訟法』二七四頁〔新堂幸司〕（弘文堂、一九八六年）、石渡・前掲注(3)三一五頁、荒木・前掲注(3)二六五頁等。

(8) ドイツにおいて本案の判断と訴訟費用の裁判との連動性に対して批判を展開したのは、一九九〇年のグルンスキーの論文である。論文の内容を紹介し、それに反論したのが、拙稿「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）である。

（9）双方的訴訟終了宣言の法的性質については、拙稿「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）、同・前掲注（2）〔双方的（二・完）〕において詳しく紹介し、論じたことがある。一方的訴訟終了宣言の法的性質については、拙稿「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）において錯綜している状況を詳しく報告し、支持すべき学説を明らかにしたことがある。なお本稿においてこれらの論文を引用する場合は、論文を特定するために、最初の論文は〔両当事者〕、最後の論文は〔一当事者〕と付記する。

（10）日本においては、一部の当事者は訴えの取下げを不名誉と意識され、訴えの取下げの代わりに和解が利用される場合があるとのことである（拙稿・前掲注（9）〔一当事者〕五頁注10）。

なお訴えの取下げの訴訟費用の裁判を行う場合に、訴えの取下げに至った事情は考慮しないで、訴えを取り下げた者に負担させるという実務の研究報告がある。これについては、拙稿「西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について（一）」本誌四九巻二号二九頁注13（一九七六年）で述べたことがある。

（11）訴訟法理論からすれば当然の帰結であるが、実体法の研究者からは疑問が述べられる事例としては、訴訟中の訴えの利益の喪失の事例がある。具体的には、五月一日のメーデーに皇居前広場の使用の許可を求めたところ、不許可の処分を受けたために、その取消しを求めて訴えを提起したところ、訴訟中に五月一日が経過した場合、この訴訟はどうなるのかという問題である。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は、訴えの利益がなくなったとして原告の請求を棄却した原審の処理を是認し、上告を棄却した。有名な事件であったために、多数の判例研究が今日まで発表されたが、訴訟法上の原則からすれば当然の帰結であることを承知のうえで、実体判断をすべきであったとの意見が少なからず表明された。最高裁も事前にそのような意見が予想されたからであろうか、判決理由において括弧書きで実体判断を述べている。なお原審の判断は現在の判例・通説の見解によれば請求棄却ではなく、訴えの却下であるが、当時の実務は訴権論における権利保護請求権説の影響を受けて、訴えの利益がない場合も請求棄却であった。

訴えの利益が消滅したならば、訴えは却下されるのは当然の帰結ではあるが、場合によっては実体判断をした方がしないよりもメリットが少なくない場合が存在する。そうであるならば、そのような場合は既存の制度や理論で対応

するのではなく、新たな制度や理論を考えるべきである。この問題の解答として、訴訟終了宣言による処理を前記判例についての判例研究において具体的に主張したことがある（「最高裁民事訴訟法事例判例研究」本誌六四巻六号一四六頁以下〔一九九一年〕）。そこでは実体法学者の意見を紹介したうえで、訴訟終了宣言の制度の必要性と具体的な適用状況を述べた。この他の同様な事例について、具体的に紹介したことがある（拙稿・前掲注(10)二八頁注8）。

なおドイツでは訴訟終了宣言は単に訴訟費用の問題であるとする論文が見られるが（例えば、前注(8)のグルンスキーの論文）、他方、そのような論調に反対する論文もある。すなわち、訴訟終了宣言は単に訴訟費用の問題ではなく、争いになった実体法上の権利について訴訟において確認することを強調する論文である。Prüttung,Hanns / Wesser, Sabine, Die Erledigung des Rechtsstreits: nicht nur ein Kostenproblem, ZZP 116(2003), 267ff.

(12) 訴訟終了宣言と訴えの取下げとの違いについては、拙稿・前掲注(9)〔両当事者〕三五九頁以下で言及し、同〔一当事者〕七頁以下、同・前掲注(2)〔双方的（二・完）〕五〇頁以下等で詳しく論じたことがある。

(13) 七三条一項は、訴えの取下げの場合の訴訟費用の裁判は第一審の裁判所が行うと規定している。これは現行法において新しく規定されたものであるが、この立法の経緯については、「民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言（一）」本誌七二巻八号一五頁以下（一九九九年）で詳論した。

(14) 七三条・六二条による方式の問題点とそれを補完するための一方的訴訟終了宣言については、拙稿「民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言（三・完）」本誌七二巻一〇号七一頁以下（一九九九年）で詳論したことがある。

(15) 訴訟費用の裁判は十分でないと実務家が注意を喚起しているが、それについては拙稿「訴訟終了宣言と我が国の判例」本誌六九巻二号一一九頁注31（一九九六年）で述べたことがある。なお最高裁の刑事事件の判決ではあるが、伊藤正巳裁判官は訴訟費用の裁判がともすれば安易になされているとして、裁量権を逸脱してはならないと警告的な補足意見を書いている（同一一五頁以下）。

(16) 訴訟終了宣言を論じる場合に、一方的訴訟終了宣言と双方的訴訟終了宣言を区別することが必要である。消極説が訴訟終了宣言はわが国では必要ないと主張する場合に想定しているのは双方的訴訟終了宣言であり、私見が訴えの取下げで対応できないと主張しているのは一方的訴訟終了宣言である（拙稿・前掲注(2)〔法改正〇四〕三〇頁、同・前掲注(14)七一頁以下）。

(17) ドイツ法系のオーストリアやスイスの民訴法と訴訟終了宣言との関係については、拙稿「西ドイツ民事訴訟法における訴訟終了宣言の制度の生成について（二・完）」本誌四九巻三号九五頁以下（一九七六年）、同「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上巻六三九頁以下（成文堂、一九九六年）で論じたことがある。最近のスイスの学説や立法状況については、拙稿・前掲注(2)〔スイス〕において論じた。なお本注の論文を本稿で引用する場合は、論文を特定するために、第一番目の論文は〔生成〕」と付記する。

(18) 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捉えた民事訴訟上の問題はないとまで言い切っている。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（Becker-Eberhard, Ekkehard, Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 273)。

(19) ドイツにおいて結果責任主義が確立していく過程については、拙稿・前掲注(17)〔生成〕が詳論する。詳論を要約したものとしては、同「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―』八三頁以下（信山社、一九九五年）がある。私見以外の文献としては、中野貞一郎「ドイツにおける訴訟費用敗訴者負担制度について」財団法人法律扶助協会四〇年記念誌編集委員会『リーガル・エイドの基本問題』（創立四〇周年記念論文集）一七五頁以下（一九九二年）がある。

(20) 一九七七年に連邦司法省の民事訴訟法委員会は民事訴訟法の改正に関する報告書を公表しているが、そこでは結果責任主義を堅持する旨が述べられている（拙稿・前掲注(4)二一頁以下）。

(21) 日本法の訴訟費用敗訴者負担の原則に対する例外規定の変遷については、拙稿・前掲注(10)三〇頁以下が詳論する。審議過程とその意味については、同・前掲注(14)三四頁以下が詳論する。

三　積極説の根拠と問題点

1　積極説の根拠

ドイツの訴訟終了宣言の制度については、日本においては類似した制度が存在しないこともあって、従来はあまりその内容が詳しく紹介されることはなかった。しかし、訴訟終了宣言について紹介しながら、この制度のプラスの面に注目すべきであるという見解が登場した。訴訟終了宣言についてのメリットとして挙げられた事項を整理してみると、次のようにまとめることができる。これらが積極説の根拠ということになろう。

①　訴訟費用の公正な裁判

松浦馨教授は訴訟終了宣言について、訴訟費用の裁判がより公正に行われるようになると評価する。[22]「そもそも訴の取下のためには被告の同意が必要であり、かりに同意が得られて訴の取下があったとしても〔民訴法〕八九条〔現行法六一条〕が原則として働き、九〇条〔現行法六二条〕などは例外的規定としてその挙証責任は原告にあるとみなければならぬのではなかろうか。請求棄却または訴却下の判決の場合にも九〇条などが原告救済のために働きうることはドイツとても同じであるが、訴訟完結宣言の場合には、もっぱらVeranlassungsprinzipと裁判官の公正な考量により全く平等に原告被告間に訴訟費用が分配される点に大きな意味がある。」（〔　〕は筆者の加筆）。

②　民訴法六二条適用の基礎の提供

松本博之教授は訴訟終了宣言の研究の意味について、民訴法九〇条（現行法六二条）の積極的な適用の基礎を与えるとして、次のように主張する。[23]「どの訴訟行為が権利の伸長または防御に必要であったか否かの必要性の限界の識別が容易でないため、この規定の適用はあまりないとされるほか、本条後段の適用をみた判例……にお

いても、右の必要性の限界が区々になっていることが指摘できるのである。さらに民訴法九〇条〔現行法六二条〕は、実質的に著しく衡平に反しない限り、勝訴当事者に訴訟費用の負担を命ずるか否かを裁判所の裁量に委ねていると解されている……。以上の指摘によって民訴九〇条は〔訴訟終了宣言を研究する〕本稿の妨げとはならないことが明らかになったと考える。むしろ本稿は本条の積極的適用のための基礎をも与えようとするものである。」（〔 〕は筆者の加筆）。

なお私はドイツ法と日本法の比較法的考察や歴史的発展の経過から、裁判の裁量の余地を少なくする点でドイツ法は優れているという意見を述べ、より積極的に訴訟終了宣言を評価したことがある（拙稿・前掲注(17)〔生成〕一一一頁）。

③ 訴訟費用裁判の充実

柏木博士は、訴訟の終了事由が訴訟中に発生した場合に、訴えの取下げをしないと敗訴になるということ自体が問題であると指摘する[21]。「……原告は理由のある訴を提起したにもかかわらず事実上やらずものがなの訴の取下を強要されるし、また取下の動機を明確にしておかないと訴訟費用を負担させられることにもなり、ひいては裁判所がその動機について被告の言分を確め、また事前に慮って確認しておく必要も生じよう。また、裁判所が、訴の取下または原告敗訴という外見から、機械的に訴訟費用の原告負担を命ずるおそれがないではなく、この場合には抗告を申立てなければならないということにもなるであろう。従って、――我国でも上述の場合には、『事件完結の申立』を認め、裁判所がその場で民事訴訟法第一〇四条〔現行法七三条に相当〕を適正妥当に適用するための資料を収集できるものと解すべきであると考える。」（〔 〕は筆者の加筆）。

なお裁判所が資料収集ができるとしても、当事者の提出した資料に限られるので、結果的に当事者がイニシアチブを有することになり、当事者の手続保障が充実すると言えるのではないかと思う。

④　訴訟の迅速な処理

遠藤教授は学生向けの演習問題として、訴訟終了宣言による解決が相応しい具体的な事例を挙げて、この場合、「裁判所はどのように手続を進めるべきか。」という設問を作成した[25]。そして設問の解説において、ドイツ法の訴訟終了宣言による解決の方法を説明し、「弁護士費用の訴訟費用への算入と敗訴者負担が現実味をもって語られる現況では、本案完結表明〔訴訟終了宣言〕は訴訟の完結〔終了〕の一場合として検討を要しよう。」（〔　〕は筆者の加筆）と、訴訟終了宣言の重要性を指摘している。そして解説の最後に、訴訟終了宣言のメリットとして次のように述べている。

「この制度により、訴訟の迅速な処理と、訴訟費用の負担の明確化と訴えを提起する必要のあった原告側が敗訴するという不合理から救済されることなど、プラス材料が多く伴われる。」

⑤　他の場面への応用

中山幸二教授は今後の訴訟終了宣言の日本における意味について、他の場面で応用できるとして、次のように述べている[26]。先ず、「……いわゆる『第三の波』の提示する紛争解決観〔判決による完結的紛争解決観からの脱皮〕の影響により、訴えの取下げや請求の放棄など当事者による訴訟終了の場合の動機や経緯の考慮が今後比重を増し、これらとの関係でも訴訟終了宣言が議論の対象となるであろうと予測する。」。そして具体的には、次のような項目と訴訟終了宣言との関係を挙げる。すなわち、訴訟終了宣言は「……訴訟係属との関係、訴え取下げとの役割分担、両当事者の合意による訴訟終了の概念、不当提訴または不当応訴と不法行為の成立可能性、言いがかり訴訟の予防等の、訴訟法学上の基礎的問題にかかわる重要な論点であると受け止めている」。

2　積極説の問題点

第一に、それぞれの主張は訴訟終了宣言が日本において必要とする決定的なものではない。消極説の石川明教授は積極説の主張に対して、次のような問題点を指摘している（石川・前掲注(7)一一七頁。なお〔　〕は筆者の加筆）。

訴訟費用の裁判が公正に行われるとの主張（①）に対しては、「〔民訴法〕九〇条〔現行法六二条〕後段は Veranlassungsprinzip を規定するといえるし、九〇条の場合裁判官の公正な裁量がなされるのであろう点を考えれば、必ずしも……消極説をとっても不都合はないように思われる。」。終了宣言は民訴法六二条（旧九〇条）の運用に有効であるとの考え（②）に対しては、「この制度の仲介なしに九〇条の適用を理由づけることができるのであれば、九〇条の存在はこの制度を導入するについてブレーキになるというべきではないだろうか。」と述べる。そして裁判の裁量という点に対しては、「九〇条の場合裁判所の裁量がなんの資料もなく恣意的になされるとはいえないであろうし、ＺＰＯ九〇条にあっても裁判官は『妥当な裁量』により訴訟費用の負担を決するのであるから、この制度の導入について積極説をとるか消極説をとるかにより訴訟費用の負担に関する限り結果的に重大な相違が生じるとは考えられない。」と疑問を提示する（なおＺＰＯ九〇条は九一条ａの誤記か）。

なお教授は積極説を完全に否定するものではなく、積極説の進むべき道として次のような方向を示唆している。

「この制度の導入の可否は、訴訟費用分担の問題との関係においてではなく、むしろ訴訟終了原因としての適否との関連で検討すべきものではないかと考える」。そして「〔③の柏木論文〕が、そもそもこのような場合に訴の取下をしないと敗訴になるということ自体疑問であるとしている点は注目すべきである。」

第二に、それぞれの主張は訴訟終了宣言が日本で導入された場合のメリットを述べているのであって、日本に訴訟終了宣言を導入する道筋が明らかでない。すなわち積極説の訴訟終了宣言の制度の導入が望ましいとの主張

は理解できても、積極説は解釈論として導入が可能であることを明らかにし、その道筋を明らかにしないならば、説得力に欠ける。もちろん訴訟終了宣言を積極的に評価することが立法論であっても意味がないことはない。しかし、立法論というのであれば、そのような立法が簡単に実現できるとは思えないし、解釈論でない以上、日本の具体的な問題の解決に影響を与えることはないということで、議論の実益という点で疑問である。要するに積極説は解釈論としての道筋を明らかにして、日本法で訴訟終了宣言が活動する場面をより具体的に提示しなければならない。

(22) 松浦馨「訴訟完結の宣言による訴訟終了」『ドイツ判例百選』別冊ジュリスト二三号一五三頁（一九六九年）。

(23) 松本博之「本案終了の表示（Erledigungserklärung in der Hauptsahe）について」法学雑誌一九巻二号八九頁以下（一九七二年）。

(24) 柏木邦良『民事訴訟法への視点―ドイツ民訴法管見―』（柏木邦良著作類纂第二巻）三〇頁注2（リンバック有限会社、一九九二年）。なお初出は「西ドイツ民事訴訟法学の現況(2)」ジュリスト四七〇号一二五頁注2（一九七一年）である。

(25) 遠藤功「演習民事訴訟法」法学教室二七四号一五六頁（二〇〇三年）。

(26) 中山幸二「紹介と批評・中野貞一郎＝石川明編『ゲルハルト・リュケ教授退官記念・民事手続法の改革』」本誌六九巻九号二一四頁（一九九六年）。

四　訴訟終了宣言論の新たな展開

1　解釈論としての訴訟終了宣言の必要性

消極説と積極説の対立の構図から、訴訟終了宣言の概要と日本法における問題点が明らかになった。私見は積極説を支持し、それをさらに展開させようとするものである。そこで第一に取り組まなければならないことは、消極説からの積極説に対する批判に対して解答することである。しかし、この解答は既に二の2の「消極説の問題点」で行った。項目の題名の「問題点」の意味は、消極説の積極説批判の論拠には問題があるということであり、この項目において消極説の積極説批判の根拠が十分でないことを消極説の主張の順序に従って明らかにした。すなわち、これは消極説からの批判に対する積極説側の解答であると同時に、消極説の根拠は十分ではないという主張でもある。なぜならば消極説の最大の論拠は積極説の根拠が十分でないということであるから、それを否定することは消極説に対する最大の批判になるからである。

第二に取り組むべき課題は、積極説の問題点の解消である。これについては次のように考える。消極説である石川教授の積極説に対する批判や問題点の指摘はもっともなことである。しかし、それは消極説に不都合がないということであって、消極説が積極説と比較して妥当であるということではない。その意味で積極説にとって致命的な批判ではない。したがって積極説にとって現在の一番の問題は、具体的な解釈論の構築である。換言すれば、現在は外国の制度の紹介ともいうべき最初の段階を終えて、次の段階に進まなければならない時である。単に抽象的に日本における訴訟終了宣言の制度の当否について論じるのではなく、日本法において具体的に訴訟終了宣言について論じ、解釈論に影響を与えることが必要である。

2　訴訟終了宣言の具体的な内容

訴訟終了宣言が問題にする典型的な事例は、支払請求訴訟中に被告が弁済したというものである。抽象的に言うならば、訴訟の終了事由が発生した時点までは原告の請求には理由が存在し、終了事由の発生を原因に請求棄却判決がなされるのが不当であると思われるような事例である。通説は訴えの取下げによって処理できると説くが（二の1①）、それは適当ではない（二の2①）。

①　双方的訴訟終了宣言

訴訟終了宣言による解決方法を具体的に述べれば、次のようになる。[27] 訴訟終了の事由が発生し原告が訴訟を続行する意味がなくなった場合、原告は一方的に訴訟の終了を宣言する。被告がこれに対して異議を申し立てなければ、裁判所は双方的訴訟終了宣言として訴訟を終了させる手続を行う。[28] 具体的にはドイツの双方的訴訟終了宣言に倣い、次のような取扱いをする。[29] 原告が訴訟の終了を主張し、被告が同意した場合は、双方的訴訟終了宣言として裁判所は従来の訴訟の経過（事実状態と訴訟状態）を考慮して、訴訟費用について公平な裁量によって決定で裁判する。[30] 双方的訴訟終了宣言の効果に関してはドイツでは再訴禁止効の有無について議論があるが、私見は肯定説を支持する。[31]

②　一方的訴訟終了宣言

原告の訴訟終了宣言に対して被告が異議を述べた場合は、一方的訴訟終了宣言として扱う。[32] すなわち、原告の訴訟終了宣言の主張が正しいか否かの裁判を行う。具体的には、ドイツの判例・通説である訴えの変更説を参考にして処理する。そこで原告の訴訟終了宣言の申立ては、訴えの変更の申立てと解釈する。[33] それは旧来の訴訟物から新たな確認の訴えに変更がなされたということであり、その確認の対象は、「訴訟終了事由の発生時点まで訴えは適法で理由を具備していたこと」である。この新しい請求について、裁判所は主文で請求認容か棄却かの

判決を行う。主文の判断に応じて通常の裁判と同様に訴訟費用の負担者を定め、併せて訴訟費用の裁判も同時に行う。この結果、原告の主張が認められれば、訴訟費用は被告が原則として全額負担することになり、当初の請求の存在も併せて確認されるから、それについて既判力が生じ、事件が再燃することはない。原告の主張が認められない場合は、原告の請求は棄却され訴訟費用は原告の負担となる。そしてそれは当初の訴えは理由を具備していなかったことでもあるから、当初の請求に関しても、その不存在が既判力で確定される。したがって訴え変更前の訴訟が再燃することもない。

③　既存の制度との関係

訴訟終了宣言と従来の方法である訴えの取下げとの関係であるが、一方が他方を排斥するというような排他的・独占的なものではなく[34]、両者は併存するものであり、いずれを利用するかはその時々に当事者が選択すればよいと考える。その理由は第一に、訴訟終了宣言による解決がいかに優れていたとしても、法律が訴えの取下げによる処理方法を規定している以上、訴訟終了宣言がそれを押し退けることはできないからである。したがって、訴訟終了宣言は従来の方法を補完・補充する意味で併存するものである。もっとも補完・補充の意味は従来の方法が優先するという意味ではない。すなわち、従来の方法が利用できない場合に初めて訴訟終了宣言が利用できるという意味ではない。訴訟終了事由の発生に伴う訴訟の終了方法が、訴えの取下げだけであることを補完・補充するという意味である。

第二に、当事者の選択に委ねることは、個々の事案ごとに相応しい方法によって問題解決ができることになるからである[35]。このことは、既存の制度と訴訟終了宣言との競争を意味し、訴訟終了宣言の利用が多くなれば、訴訟終了宣言が次第に日本において認知され定着することになる。なお本来ならば訴訟終了宣言によって解決しなければならないと考える訴訟を、従前の方法で処理することを否定しないのは、従前の方法が法律に規定されて

いるからだけではない。新たな制度の導入においては、急激な変更を避け、利用の実績を重ねて次第に日本法に浸透させることが、制度の定着にとって一番効率的な方法と思うからである。(36)

3　解釈論の根拠

ドイツ法に倣い訴訟終了宣言の手続を解釈論として述べた場合、日本法に条文の根拠がない以上、立法論であって、具体的な事案の解決に役立たないとの批判が予想される。これに対しては次のように考えている。解釈論の根拠と言うこともできる。

第一に、条文のないことについて述べることが直ちに立法論になるわけではない。訴訟物論に代表されるように、理論の基礎を民訴法の規定に置いていないものも少なくない。そもそも学説で議論している多くの問題は、法にその解決方法が直接規定されていない。規定がない以上、法の原点に立ち戻って公平で妥当な解決を探求することになるが、それはあくまでも解釈論である。訴訟終了宣言は正にこのような問題であり、日本法には規定が存在しないが、現行制度をよりよく維持するための解釈論である。そのようなことから、立法論とは明白に立法者の意思に反する場合か、現行制度の根幹に相容れないか、それを棄損するような解決案ということになる。

そもそもドイツでは訴訟終了宣言は条文がない時代でも解釈論として議論されてきた。(37)すなわち、双方的訴訟終了宣言を規定するＺＰＯ九一条ａが導入されたから議論された問題ではない。しかもドイツにおいて訴訟終了宣言に関係する条文は従前の議論を集約したＺＰＯ九一条ａだけであり、最も議論がある一方的訴訟終了宣言については今だに規定が用意されていない。このようなドイツの議論の経過を見るならば、訴訟終了宣言の問題は具体的な条文の有無に関係のない問題であることは明らかである。したがって日本に訴訟終了宣言に関する条文がないからといって、日本における訴訟終了宣言の問題は解釈論として成立しないということにはならない。

第二に、日本法の規定によって訴訟終了宣言の問題が処理できるとしても、それとは異なって訴訟終了宣言論を主張することが直ちに立法論になるわけではない。日本の立法過程を考察すると、訴訟終了宣言のようなことは全く議論されていない[38]。このことは法の欠缺と考えることができるし、あるいは日本の立法者はこの問題を解釈に委ねたと解することができる。そうであるならば、法の解釈によってこの欠缺の部分を埋めるのは当然である。したがって、日本法の規定によって訴訟終了宣言の問題が処理できるとしても、それは立法者の意思というよりは、単なる一つの解決策の提示にすぎない。立法者の意思を理由に他の解決案を排除することはできないし、他の解決案が立法者の意思に反するとして非難することもできない。要は日本法の規定によって処理する方法と訴訟終了宣言によって処理する方法とでは、どちらが問題解決策として優れているかということである。

第三に、日本民訴法はドイツ民訴法を継受したが、そのような関係であれば、ドイツ民訴法の訴訟終了宣言は日本民訴法においてそのまま通用する素地がある。我が国の民訴法の問題でドイツの学説や判例が引用されることは決して珍しいことではないが、それは理論的な議論であれば、ドイツの学説がそのまま日本で通用する素地があるからである。訴訟終了宣言の問題も同様であり、母法であるドイツ法の議論であるから、それを参考に問題解決案を主張したとしても、制度の根幹に相反するものではなく、解釈論である。

なお日本法の訴訟費用の裁判に関する規定はドイツ法と異なった条文構成になっているから、ドイツ法と日本法との間には断絶があり、そのまま通用する素地はないとの批判があるかもしれないが、それは正しくない。日本法はドイツ法と条文構成や条文の文言で違いがあるが、二2⑤の最後で述べたように、それはドイツ法と決別したためではないからである。日本法はドイツ法の個別具体的な規定の仕方の真意を探求することなく、個別的な規定を抽象化してもその内容は変わらないと考えて、抽象的な規定にしたからである。その意味でドイツ法と日本法の違いは単に表現の差異であり、規定している内容が異なっているわけではない[39]。

(27) 訴訟終了宣言について規定を有しない日本法において訴訟終了宣言を解釈論として主張する場合は、次のような手順が必要である。先ず、現行法の対応が不十分で、法に欠缺があることを明確にする。そして次に、その欠缺を補充するために、訴訟終了宣言が一番有効な手段であることを論証する。そして最後に、訴訟を終了させる原告の意思は訴えの取下げに固執するものではなく、訴訟終了宣言を利用するものであると解釈できるような方法を提示する。このような手順を経れば、訴訟終了宣言は立法論でなく解釈論として通用すると思う。このような解釈論の詳細は、拙稿・前掲注(2)〔双方的（二・完）〕五四頁以下に譲る。

(28) 訴訟終了宣言は双方的訴訟終了宣言と一方的訴訟終了宣言とに区別することについては、拙稿・前掲注(2)〔双方的（二・完）〕五一頁以下、同〔法改正〇四年〕二八頁等で述べた。

(29) ドイツの双方的訴訟終了宣言の手続については、拙稿・前掲注(2)〔双方的（一）〕二〇頁以下に詳しい。日本の場合の双方的訴訟終了宣言の手続については、同〔双方的（二・完）〕五六頁以下で述べたことがある。

(30) 日本における（双方的）訴訟終了宣言の場合の裁判書については、鈴木忠一判事が論じている（前掲注(6)八巻五八頁）。これについての私見は、前掲注(2)〔双方的（二・完）〕五七頁以下で述べた。

(31) ドイツの双方的訴訟終了宣言の効果としての再訴禁止効については、拙稿・前掲注(2)〔双方的（一）〕二二頁以下で述べた。なお再訴禁止効の問題は、同・前掲注(9)〔両当事者〕三五三頁以下でも論じている。

(32) 日本では訴訟終了宣言は訴えの取下げでカバーできると説かれているが（一1①）、それは双方的訴訟終了宣言を想定してそのような主張をしているのであって、一方的訴訟終了宣言は考慮されていない。一方的訴訟終了宣言は当事者間に訴訟の終了をめぐって争いがある場合にその争いを解決するための制度であり、これは訴えの取下げではカバーできない。換言すれば、訴えの取下げによる方法において欠落した問題が一方的訴訟終了宣言の問題であるということになる。要するに当事者間に訴訟の終了をめぐって争いがある場合は法の欠缺であり、その欠缺を埋めるために一方的訴訟終了宣言を解釈論として導入すべきである（拙稿・前掲注(14)七一頁以下）。

(33) 一方的訴訟終了宣言の法的性質論については、拙稿・前掲注(9)〔一当事者〕一四頁以下で述べたことがある。訴えの変更説は、紛争対象をそのまま訴訟の対象として当事者の手続保障を充実させ、既判力による紛争の再燃を防止するので、諸説を検討した結果、この説が結論の妥当性と理論的整合性の観点から総合的に判断して一番優れてい

る（同一九頁以下）。

(34) ドイツでは訴訟係属前の訴えの取下げの場合に、訴訟費用は裁判所が裁量によって判断することができると規定されているが（ＺＰＯ二六九条三項三段）、それは排他的・独占的な規定なのか、それとも原告は他の方法を選択することができるのかについて議論がある（拙稿・前掲注(2)〔法改正〇四〕四八頁）。

(35) 双方的訴訟終了宣言は当事者間で訴訟の終了については争いがなく、訴訟費用の判断だけを裁判所の裁量によって行う手続である。手続における当事者の手続保障は、訴訟終了についての当事者間の同意で代替されるので考える必要はなく、軽い手続である。これに対して一方的訴訟終了宣言は、当事者間で訴訟の終了について争いがある場合の手続である。訴訟手続でその争いを解決する必要があるので、当事者の手続保障を充実させなければならず、いわゆる重い手続である。当事者はこのような認識に基づいて、相応しい手続を選択することになる（拙稿・前掲注(2)〔双方的（二・完）〕五一頁以下、同〔法改正〇四〕二八頁）。

(36) 訴えの交換的変更や任意的当事者変更の法的な性質の問題についての学説の変遷は、興味あることを示している。これらの場合、学説は先ず既存の条文や制度による解答を説く。しかし、それが十分でないことが分かると、既存の条文や制度を離れて独自の制度として理解し、新たな学説が登場する。訴訟終了宣言の場合もそれと同じであり、いずれ既存の制度に代わって訴訟終了宣言が利用されることになるであろう。

(37) ドイツにおける訴訟終了宣言の生成の過程については、拙稿・前掲注(17)〔生成〕六一頁以下で詳論したことがある。

(38) 日本の関係する条文の成立過程については、拙稿・前掲注(14)二九頁以下で考察したことがある。

(39) 日本法の条文の変遷についての文献は、前注(21)で述べた。

五　おわりに

本稿での主張をまとめると、次のようになる。日本において訴訟終了宣言について消極的に考える見解がある

が、その根拠は必ずしも説得力のあるものではない（二）。積極的に評価する見解があるが、訴訟終了宣言のメリットを述べているだけで、具体的に解釈論として日本で通用するか否かは検証してない（三）。そこで私見は解釈論として[40]、日本においても訴訟中に訴訟終了事由が発生した場合の訴訟の終了は、訴訟終了宣言によって行うべきであると主張するものである（四）。

具体的には手続は次のように展開する（四の2）。原告の訴訟終了宣言に対する被告の異議の有無によって、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とに区別する。双方的訴訟終了宣言の場合は両当事者による訴訟終了を招来する行為と理解して、裁判所は単に訴訟費用の裁判だけを行う。一方的訴訟終了宣言の場合は原告の終了宣言の主張が正しいか否か、すなわち訴えは訴訟終了事由の発生前までは適法で理由を具備していたとの主張の当否を、裁判所が本案の問題として判断する。裁判所の判決によって訴訟が終了する点では、通常の訴訟の場合と異なることはない。判決主文での判断によって原告の勝敗が決まり、それに応じて訴訟費用の負担者が決まり、訴訟費用の裁判がなされる。そして請求の内容をなす原告の債権の存否は既判力で確定する。なお双方的訴訟終了宣言にも一方的訴訟終了宣言にも再訴禁止効を働かせるのは紛争解決機能を充実させるものであり、前者は当事者の処分権主義に基づき、後者は本案判決の既判力に根拠を有する。

なおドイツ民訴法は二〇〇二年の大改正に際して、訴えの取下げの規定（ＺＰＯ二六九条三項三段）において、双方的訴訟終了宣言の場合と同様な規定を設けた[41]。すなわち、訴えの取下げの場合に訴訟費用の裁判は裁判所の裁量によって行うというものであり、一見すると日本法のような規定である[42]。あたかもドイツ法が日本法に接近したかのように見える。しかし、そのように考えるのは誤りである。この規定と日本法との異なる点に注意しなければならない。この規定が適用されるのは訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合であるが、訴訟終了宣言が問題にしているのは訴訟係属後に訴訟終了事由が発生した場合である。ＺＰＯ二六九条三項三段が規定してい

る場合は、訴訟係属発生前の訴訟の終了という特殊な事例であって、訴訟中に訴訟終了事由が発生した場合ではないことに注意する必要がある。そのように区別した理由は、訴訟係属前に訴訟終了事由が発生した場合には訴訟になる前であるから、簡単な手続で迅速に処理しようとしたことにある。その意味でこの規定の適用範囲は限定的であり、訴訟係属後の場合にまで拡張されてはならない(43)。ところが日本法にはこのような配慮が見られない。これが正に日本法の問題点であり、このドイツの規定は日本法との親近性を示すものではなく、反対に日本法の問題点を明らかにしている。

(40) 訴訟終了宣言について立法論としてその導入を主張して立法私案を明らかにしたことがあるが（拙稿・前掲注(19)九六頁以下）、訴訟終了宣言は解釈論として直ちに認知されるのは困難であると思ったからである。したがって立法論として特別な主張や条文を創設したものではなく、私見の解釈論を条文化したものである。

(41) この規定の立法理由やドイツの学界の反応については、拙稿・前掲注(2)〔法改正〇二〕一九頁以下、二九頁以下で詳論した。

(42) この規定の日本法での理解の仕方と評価については、拙稿・前掲注(2)〔法改正〇二〕三九頁以下、同〔法改正〇四〕四五頁以下等で詳論した。

(43) ドイツの学説が強調するところである（拙稿・前掲注(2)〔法改正〇二〕三四頁）。