

研究ノート

裁判及び和解によらない訴訟の終了に関する諸問題

勅使川原 和彦

一 はじめに

旧法下でいろいろな箇所にわずかな内容の規定が設けられていた「訴えの取下げ」「和解」「請求の放棄又は認諾」という「裁判によらない訴訟の完結」事由は、1998年1月1日施行の民事訴訟法（平成8・6・26公布、法律第109号）において、第五章として、独立の章立てが与えられた。裁判によらずに訴訟が終了する、という観点から法典上もわかりやすくまとめられたもので、近年の学説の大勢にしたがった改正であったことは、周知の通りである⁽¹⁾。本稿では、このうち「和解」を除いた、費用規定では同じ取扱いを受ける（民訴73条参照）第1審における訴訟の終了事由に関する諸問題を取り上げ⁽²⁾、若干の試論を試みたい⁽³⁾。

(1) 法務省民事局参事官室編『一問一答 新民事訴訟法』（商事法務研究会、1996）299頁以下、竹下守夫ほか編『研究会 新民事訴訟法（ジュリ増刊1999.11）』（有斐閣、1999）336頁[柳田幸三発言]。

(2) 本稿では、歴史的な議論を最低限踏まえつつ、個々のなそうした議論の詳細はむしろ先達の説き明かしたところに任せることにする。岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編（第3巻）』（有斐閣、1959）168頁以下、木川統一郎「請求の拋棄・認諾」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座（第3巻）』（有斐閣、1955）797頁以下等参照。なお本稿は、筆者がミュンヘン大学比較法研究所において在外研究中の期間に執筆しているものであり、一応の用意はしたものや邦語文献については網羅しきことはできなかった点、予め御宥恕を賜りたい。また比較的大きな改正を経たばかりのドイツ民訴法（ZPO）の文献の引用に際しては、2002年1月1日の改正法（この改正の経緯と概観については、勅使川原和彦「2001-2002 ドイツ民事訴訟法改正について」早法77巻3号207頁以下参照。本稿との関係では、当事者への手続的ケアとして、ZPO 139条での裁判官の教示義務が従前よりさらに強化された点が注目される）の施行後に出版された最新の文献で、執筆時に入手できたものを比較的優先して紹介するよう意識した。

(3) 本稿はもともと『実務民訴講座（第三期）』（日本評論社、公刊日は本稿執筆時点で未定）のために準備したものであるが、同『講座』の紙幅の制限を超えて考察を行なった事柄が、ある程度の分量となったため、研究ノートの形で現時点での試論を書き留めておく趣意

今日では、前述のような新たな章立てが、当事者による「自主的紛争終結行為」としての統一的取扱いを寓意している、という見解が有力である⁽⁴⁾。これらの終結事由が、裁判所の裁判によらずに当事者の行為を起点として訴訟を終結させる点に共通性があることは確かであり、現在では講学上、処分権主義の発露と説明されることも争いのないところである。

そこでは、漠然と言われる「処分権主義」ないし当事者支配がどこまでを射程とするのか（起点となる当事者の行為がどのような効果をもつのか、その当事者の行為に対して裁判所は何をしなければならないのか）、という点がまず問題として設定される。その前に横たわるのが、訴訟の終了に向けた起点となる当事者の行為の性質論である。すなわち、訴えの取下げが当事者による「意思表示」だとされることには今日争いが無いが⁽⁵⁾、請求の放棄・認諾行為の性質決定には議論がある。従前支配的だった見解によれば⁽⁶⁾、請求の放棄・認諾行為とは、原告が訴訟物である権利関係についての訴訟上の主張を維持しない、あるいは被告が原告のかかる主張に理由のあることを承認する旨を裁判所に陳述することで、それは単なる「観念の通知」であって「意思表示」ではない、とされた⁽⁷⁾。これに対し、むしろ現在では多数説といってよい考え方は、（捉える内容に若干の差異はあるものの）これを訴訟終了などの法律効果の発生を目的とする「意思表示」と解している⁽⁸⁾。訴訟終了などの効果意思を要しない、とすると、裁判機関が調書記載し

によるものである。したがって、記述の重なる範囲がある点もまた、ご容赦を希いたい。

- (4) 河野正憲「裁判によらない訴訟の終了」松本博之＝宮崎公夫編『講座新民事訴訟法Ⅱ』（弘文堂、1999）377頁以下参照（とくに385頁註（5）において、裁判によらない訴訟終結事由の講学上の取扱いの変遷が簡潔に概観されている）。
- (5) 新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（5）』（有斐閣、1998）315頁〔梅本吉彦〕、小室直人＝賀集唱編『基本法コンメンタール 新民事訴訟法 2（別冊法学セミナー No.156）』（日本評論社、1998）258頁〔松本博之〕等。訴え取下げの合意については、後述の如くまた別の議論がある。
- (6) 現在の代表的なものとして、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法 [I] 補訂版』（日本評論社、1993）1336、1338頁参照。
- (7) 「観念の通知」説ほかの議論は、つとに細野長良『民事訴訟法要義（第2巻）』（巖松堂書店、改訂8版、1930）542頁以下、並びに、木川・前掲注（2）802頁以下に詳しい。以降の文献では、さしたる根拠を掲げずに放棄・認諾行為を「観念の通知」とのみ説明するものが多い。ドイツ法では、*Arens, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß*, 1968, S. 215 ff. に詳細な検討がある（Arensの結論は「意思表示」説）。
- (8) 岩松＝兼子編・前掲注（2）172頁、新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、1998）314頁、松本博之「請求の放棄・認諾と意思の瑕疵」法雑31巻1号167頁（1984）172頁、河野正憲『当事者行為の法的構造』（弘文堂、1988）252頁以下（なお同教授執筆の、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』（有斐閣、1998）327頁、小室＝賀集編・前掲注（5）『基本法コン

なければならないのは職務上の（官署としての）義務だ（民訴規67条1項1号）と説明できても、根元的に、放棄・認諾により何故に裁判所の実体的審判が排除「されなければならない」のかがうまく説明できない⁽⁹⁾（法が当事者支配を認め、裁判所は進んで審理する必要をなくし直ちに判決をなすに熟する⁽¹⁰⁾、とか、当事者の自認する法律関係が多くの場合真実に合致するとの想定に基づき訴訟物たる権利関係の存否を確定する効果を法が認めたのだ⁽¹¹⁾、と解したところで、いずれの根拠も法が実体的審判を排除しても「差し支えない⁽¹²⁾」と考える理由になるにすぎない）。法が、裁判所による実体的審判を強制的に排除して陳述内容に応じた調書記載を職務とし、訴訟終了効等を付与したのは、そうした当事者の意思に対応する効果を前提し、当事者支配（Parteiherrschaft）をそこまで認めている、と考えた方がより素直である。やはり本稿でも、現在の学説の主流の到達点である「意思表示」説を是と

× 新民事訴訟法2』271頁、河野・前掲注（4）『講座新民訴II』391頁以下も同じ）、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義〔第三版〕』（有斐閣、1995）384, 386頁〔松浦馨〕（請求に理由があるかないかなど不分明でも、又は理由の有無を逆に認識していても、認諾・放棄は有効になしうる、として「請求に理由あり（又は、なし）」という内容の「観念の表示」説に反対する）、伊藤眞『民事訴訟法〔補訂版〕』（有斐閣、2000）396頁、裁判所書記官研修所監修『民事訴訟法講義案』（司法協会、1999）197頁等。なおすでに中野貞一郎「請求認諾と訴訟要件・既判力」『民事訴訟法の論点I』（判例タイムズ社、1994）207頁は、法律行為説として「意思表示」説を通説とみる。

（9） なお、Arens, aaO. (Fn. 6), S. 214 ff.; 松本・前掲注（8）（法雑）172頁参照。

（10） 加藤正治『民事訴訟法要論』（有斐閣、1946）306頁。なお細野・前掲注（7）544頁は、自白同様、弁論主義の効果として「観念の通知」により訴訟が終了すると考える。裁判上の自白の延長線上に「放棄・認諾」を置き、弁論主義を介在させるこの見解は、裁判所拘束力じたいはよく説明できるものであるが、しかし私はこの考え方を採らない。なぜなら、裁判上の自白においては、なるほど自白の法効果が当事者の認識や意欲と別に生じること理由に「事実が真実である」との陳述＝「観念の通知」説が通説である（菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法〔II〕』（日本評論社、1989）394頁）が、請求の放棄・認諾は、むしろ権利自白（これは裁判所の判断を必ずしも排除しないので、「裁判所拘束力」は説明が難しくなる）の延長上に捉える方が精確ともいえようし（菊井＝村松・前掲注（6）『全訂民訴I』1338頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986）710頁〔竹下守夫〕参照）、かつまた、訴訟物たる権利関係についての当事者の放棄・認諾の陳述は、その実体的な法律状態の真実性とは（主観的にも客観的にも）無関係に、ただ訴訟終了効への効果意思のみを以てしてもなされうるからである。なお、菊井維大『民事訴訟法（下）』（弘文堂、補正版、1968）378頁は、請求の放棄・認諾は法律上の効果の発生を欲する効果意思を要件としないうとして（かつてのドイツの学説にも同様の批判がある。木川・前掲注（2）803頁以下）、意思表示（訴訟法律行為）説を批判するが、これは要件ないし効果意思の捉え方の問題である。

（11） 中島弘道『日本民事訴訟法』（松華堂書店、1934）959頁以下参照。

（12） 三ヶ月章『民事訴訟法〔第三版〕』（弘文堂、1992）502頁。

する。

付随して（従来はむしろこちらが議論の中心だったのであるが）、放棄・認諾行為が、全体として、純然たる訴訟行為であるのか、実体行為であるのか、あるいは訴訟行為の中に実体行為たる側面を読み込める（あるいは読み込むべきな）のか、という議論があった。ドイツでは現在までに、訴訟行為説で判例・学説とも帰一しているとみてよいとされるが⁽¹³⁾、我が国でも圧倒的通説・判例は、訴訟行為説とみてよいであろう⁽¹⁴⁾。請求の放棄・認諾行為自体は、例えば請求の実際の存否にかかわりなくいわゆる「平和を買う」ために等、実体法上の処分行為を直接意図せずに訴訟終了等の訴訟法上の効果のみを欲する場合にも行なわれるが⁽¹⁵⁾、それを効果意思とみる「意思表示」説は、（債務の承認のような「実体関係の変動」を裁判所が公証すると解する）実体行為説と相容れない。

問題は、放棄・認諾の要件を裁判所が承認し、調書記載の上で実体法上の処分を結果的に伴ったのと同じになる場合に、それをもって放棄・認諾の性質に結びつけることが可能ないし必要かである⁽¹⁶⁾。思うに、結果的に実体法の処分が伴うものであっても（またそれを当事者が未必的に認識してはいても）、あえてそれを訴訟上行なわれる放棄・認諾行為の訴訟法による規範的評価に織り込むことは必要ではない。また、訴訟上の放棄・認諾行為が結果的に実体法上の債務の承認を帰結することがありうるとしても、和解の如く私法上の契約を必ず前提するわけでもなくその効果意思を常に実体法上の効果にも向けられたものと解するの myös

(13) Vgl. *Arens/Lüke*, Zivilprozeßrecht, 5. Aufl., 1992, S. 173.; *Rosenberg/Schwab/Gothwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., 1993, S. 796 f. u. 799.; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, 27. Aufl., 2002, S. 191. 連邦通常最高裁 (BGH) の判例としては、BGH Urt. vom 27. 05. 1981, BGHZ 80, 389 = NJW 1981, 2193 が現在でも指導的である。

(14) 判例は、大判昭19・3・14民集23巻155頁以降、訴訟行為説に立ったと言われる（斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法〔第2版〕（5）』（新日本法規、1991）199頁〔斎藤秀夫＝渡部吉隆＝小室直人〕）。実体行為説（私法行為説）を採るのは、石川明『訴訟行為の研究』（酒井書店、1971）149頁以下。この見解によると消極的確認訴訟や他人間の権利関係の確認訴訟等における請求の認諾の説明が困難になる、という批判がすでにある。

(15) Vgl. *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957, S. 145.

(16) 性質論の中に取り込んで、訴訟行為と実体行為の階層構造をみる代表的見解として、中村宗雄「私法行為と訴訟行為」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座（第2巻）』（有斐閣、1954）309頁以下、木川・前掲注（2）805頁以下、中村英郎『民事訴訟理論の諸問題（民事訴訟論集3巻）』（成文堂、1975）173頁以下（講学上一般に、両性説に区分される）。また、実体行為と訴訟行為の併有として併存説を説くのは、兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』706頁〔竹下〕、鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997）498頁〔山本和彦〕。

や技巧的に過ぎ、あるいは、放棄・認諾においても和解のように実体関係の規律の意思が当事者の行為の核心である、とも言い難い（なお、どちらかといえば、後述する利用状況を見てもわかるとおり、放棄・認諾をする当事者においては実体関係の規律に対しては積極的な意思というより消極的・間接的な意思であって、積極的な規律意思そのものは「訴訟の終了」に向けられているのが実態、と思われる）。放棄・認諾行為じたいとしては、通説・判例である訴訟行為説が支持されてよい⁽¹⁷⁾。

そうすると、当事者の「意思表示」であるとして争いのない「訴えの取下げ」と、「請求の放棄・認諾」は、当事者の訴訟法律行為（訴訟上の意思表示に由来する）として、その効果意思として裁判によらない訴訟の終了を表明している点で、共通の性質を有するということになる。こうした当事者のイニシアティブによる訴訟終了行為については、後に、各別に見ていくことにする。

なお、裁判によらない訴訟の終結事由の現時の利用状況を、確認しておく。平成12年度司法統計年報によれば、地裁第1審通常訴訟事件既済事件総数158779件のうち、終局区分別で、「取下げ」は21823件（13.74%）、「放棄」は173件（0.11%）、「認諾」は1334件（0.84%）と、取下げを除き、利用率は極めて低い（ちなみに「和解」は50779件で31.98%、「対席判決」は49204件で30.99%を占める）。

なぜ請求の放棄・認諾の利用率が低いのかといえ、一つには、紛争が訴訟にまで発展していながら相手方の言い分をまるまる認めるようなケースがそもそも少ないことはもちろんである（放棄はもともと少ないであろうし、実務上多い請求の減縮ないし「一部放棄（通説は、訴えの一部取下げ、と解する）」は終局区分別統計として現れず、認諾も実務上は一部認諾も多く⁽¹⁸⁾、この点も統計には現れない）が、他面において、当事者が訴訟に勝ち目のないことに気づき「ギブアップ」している

(17) 通説たる訴訟行為説を、（認諾についてだが）中野・前掲注（8）『論点I』207頁は「請求認諾は、訴訟上の請求に対する被告の裁判所に対する一方的な意思表示（法律上の陳述）であり、私法上の処分行為と結びつくことがありえないわけではないが、両者は、相手方も対象も要件も方式も効果も、すべて異なるので、別個に判断するのが当然である」と簡潔明瞭にまとめる。

(18) ドイツでも同様のようである（vgl. Arens/Lüke, aaO. (Fn. 13), S. 172.）。「訴え取下げ」についても、本稿執筆時に入手できた最新の統計として、例えば筆者の現在いるバイエルン州の統計局発行のバイエルン州年鑑2001年版（Statistisches Jahrbuch für Bayern 2001）によれば、バイエルン州1999年度の民事事件（家事事件除く）第1審既済総数179914件（区裁判所）・58657件（地方裁判所）のうち、訴えの取下げによる終局事件数は、各々28959件（約16%）・6921件（約12%）と、日本とはほぼ同様である（放棄・認諾は、欠席判決・放棄判決・認諾判決の「非争訟的判決」でひとまとめにされており、独立の値が抽出できなかった）。同様に連邦全体でも、2000年度の家事除く民事事件第1審既済総数1478992件

ているケースでも、放棄・認諾を直ちには經由せず、別の処理が実務上選ばれていることがあるからであろう。例えば、とくに認諾にあたるケース（被告ギブアップ）では、被告が期日を欠席して擬制自白による本案判決⁽¹⁹⁾、特にいわゆる調書判決（民訴254条1項1号）が用いられるケースも多く、放棄のありそうな場面（原告ギブアップ）では、当事者が単に訴訟追行をしないか、「取下げ」を裁判所側が勧告することも少なくない。後者では被告が取下げに不同意の場合にはじめて、効力を説明して、訴訟を終了したい原告には放棄を選ばせる、という道筋である（つまり、ここで当事者が殊更に放棄・認諾を選択するとき、それは直接には「いち早い訴訟終了効」を欲してのことだと思えなくもない）。

二 訴訟の終了に向けた当事者の訴訟行為における意思の瑕疵とその救済

1 制度的背景

請求の放棄・認諾、訴えの取下げ（被告の「同意」も同様）が、共通に、当事者のイニシアティブによる訴訟終了を目的とする訴訟法律行為だとして、その意思表示に瑕疵がある場合、民法の意思表示規定の類推適用が可能か否かは、長く議論が分かれていた。

一般に当事者の訴訟行為における意思の瑕疵については、法に明文の規定がないにもかかわらず、手続の安定の要請から原則として顧慮されない、とされるのが一般であった（先達に倣い、意思の瑕疵不顧慮原則、と呼ぶ）。この問題については、ドイツでは、今日でも（賛否はともかく）依然として代表的文献の一つとして紹介される Arens 教授の有名な教授資格取得論文によるまとまった考察（個々の訴訟行為について具体的利益衡量から「錯誤」を含め意思の瑕疵の顧慮を説く）があり⁽²⁰⁾、我が国でも、「訴訟行為における意思の瑕疵不顧慮原則」を批判した、松本教授や河野教授による詳細な考察がある⁽²¹⁾。本稿で扱おうとするテーマで

（区裁）・392063件（地裁）のうち、取下げによる終局事件数は、区裁・地裁各々226176件（約15%）・49689件（約13%）であった（Statistisches Bundesamt, Fachserie 10/Reihe 2, Rechtspflege: Gerichte und Staatsanwaltschaften. による）。

(19) 鈴木＝青山編・前掲注 (16)『注釈民訴 (4)』497頁 [山本 (和)] (他に、請求の趣旨を否認しながら請求原因事実をすべて認め、分割払いによる和解を別途求めるといった対応が多いことが指摘されている。なお放棄につき、同・504頁)。

(20) Arens, aaO. (Fn. 7). 我が国での紹介・批評として、柏木邦良「アーレンツ『当事者の訴訟行為における意思の欠缺』について」北園 6 卷 1 号181頁以下が詳細。

(21) 松本博之「当事者の訴訟行為と意思の瑕疵」竹下守夫＝石川明編『講座民事訴訟 (4)』(弘文堂、1985) 383頁以下、河野・前掲注 (8)『当事者行為の法的構造』155頁以下。これらの論文で紹介されているドイツの議論状況は、本稿のテーマに関する限り、今日でもほぼ

ある「取下げ」「放棄」「認諾」に論述を絞ると、民法の意思表示規定の類推に消極的なドイツ民訴法学説と判例においては、今日でも、取下げや放棄・認諾のように相手方が一定の法的地位を獲得する拘束的（nicht frei widerruflich）撤回自由でない）訴訟行為について、意思の瑕疵がある場合、手続の安定の要請を理由に、いわゆる再審事由（原状回復事由＝ZPO 580条4号「可罰的行為」）の手続内（前倒し）顧慮の場面でのみ例外的に「撤回」を認め、かつまた訴訟行為全般において民法の意思表示規定（の類推）による「取消し」を一切認めないのが一般である⁽²²⁾。

妥当する。

- (22) ドイツ法では放棄・認諾の場合、正確には、放棄判決・認諾判決の言渡しまで撤回を認め、言渡し後は控訴により、控訴判決後は原状回復の訴え（ZPO 580条4号にいわゆる「可罰的行為」）に起因する判決を覆す再審の一種）により、救済を図る。放棄・認諾につき、BGH判例は自白の撤回規定（ZPO 290条）の類推適用はないとする（認諾につき、BGHZ 80, 389 [393]（前掲注（13））。学説上は争いあるも通説は否定）。Vgl. Thomas/Putzo, ZPO 24. Aufl., 2002, S. 15 f. [Putzo] u. 618 [Reichold]; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 60. Aufl., 2002, S. 1202 [Hartmann]; Zöllner, ZPO 23. Aufl., 2002, S. 878 [Vollkommer]（相手方の同意を得れば判決の言渡しまで撤回可とする）; Jauernig, aaO. (Fn. 13), S. 125（明らかな誤記や計算ミス等の明白な見落としにのみ「訂正」を認める。後述の「明白な意思の欠缺の法理」参照）; Musielak, ZPO 3. Aufl., 2002, S. 804 [Musiak]（同旨、Lüke/Wax, Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., 2000, S. 1991 u. 2000 [Musiak]）。代表的判例では、BGHZ 80, 389（前掲注（13））が、通常の撤回はもちろん BGB 119条・123条の類推適用を否定して取消しも認めず、ただいわゆる再審事由の手続内顧慮による撤回だけを認める。また改正法施行前の文献では、Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 13), S. 360 f. u. 796（相手方の同意のある場合も撤回を認めるが、錯誤者による（反）真実性の証明はなされえないとして ZPO 290条の類推はやはり否定する）; もちろん Arens/Lüke, aaO. (Fn. 13), S. 159 f. は、かかる場合に取消しまで認めるべきであると説いている（この教科書を引き難いだ Lüke, Zivilprozeßrecht, 7. Aufl., 1999でも同じ）。

訴え取下げの場合も、放棄・認諾とほぼ同様である。Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aaO., S. 1019 [Hartmann]; Zöllner, aaO., S. 777 [Greger]（相手方の同意があっても撤回不可とする）; Musielak, aaO., S. 679 f. [Foerste]（例外的に再審事由の手続内顧慮のほか、撤回への被告の同意がありかつ訴訟手続がまだ完全に止まっていなければ撤回可とする。また、訴訟手続が完全に止まっていなければ被告が取下げに同意するまで撤回可とするのは、Lüke/Wax, aaO., S. 1635 [Lüke]）; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 13), S. 758（やはり撤回について相手方の同意ある場合にも撤回可とする）。

なお意思表示の瑕疵による取消しは、訴訟行為全般に認められないとされるが、ドイツの通説・判例は、「明白（offenbar）な意思の欠缺の法理」により、すなわち誤記・言い間違い・見落としなどで表示だけの誤りであることが明白で相手方が真意を認識したか認識しうべき場合の意思の欠缺については、いくつかの限られた救済（その批判につき、vgl. Arens,

翻って我が国では、放棄「判決」・認諾「判決」の制度を採らず⁽²³⁾、また終局判決後の訴え取下げに再訴禁止効を有する点でドイツの制度と事情を異にし、放棄・認諾における上訴による意思の瑕疵の救済、訴え取下げにおける再訴提起の自由において、ドイツより制約が大きいため、意思の瑕疵の救済の必要性に差異を認めうる⁽²⁴⁾。また瑕疵の救済を不要とするほどの手続的なケアが訴訟手続中で確保されていれば、救済の幅は狭くてもよいが（その意味で手続的なケア（の有無）と事後的な救済（の必要性）はトレード・オフの関係にあるとも言える⁽²⁵⁾）、この点についても例えば、ドイツ法では、弁護士強制が採られている地裁以上の手続では、当事者の自律的紛争解決といえど、こうした放棄・認諾（かつまた訴え取下げ）についても弁護士強制のもとでのみ行なわれるのが原則、という判例実務であり学説上も争いをみない⁽²⁶⁾。近時のZPO改正により裁判所の教示義務も

aaO. (Fn. 7), S. 53 ff. 我が国では、松本・前掲注 (21)『講座民訴 (4)』298頁以下に詳しい) を用意している (なお、Zöller, aaO., S. 555 [Greger] は “echte Willensmängel” と表現する。また特に、Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO., S. 360 参照。比較的近時のBGH判例として、BGH NJW 1988, 2540 [BFH Urt. vom 07. 11. 2000も同判決を確認する]がある) とされ、取下げ・放棄・認諾との関係で言えば、明白な言い間違いや書き間違いをした錯誤者の表示の是正を許し、あるいは相手方の明白な可罰的行為による訴訟行為には再審（原状回復）事由の手続内顧慮としての「撤回」を認める、ということがその範疇に含まれうる（なお、Zöllerのコンメンタール以外では、表示の是正のみを「明白な意思の欠缺法理」による救済とし、再審事由の手続内顧慮による撤回と区別してカテゴライズする場合も少なくない。「明白」の意味を、「相手方の認識可能性（ないし認識すべき責任）」と同視する場合には、Zöllerのカテゴライズの方が簡明であろうか）。我が国でも、「表示の錯誤」（誤記・誤談の類い）が明白な場合にはこれで救済可能であろうが、しかし、上訴の欠落のため、調書記載までの短い間の撤回に限られる。

(23) 認諾につき、中野・前掲注 (8)『論点 I』205頁参照。現行法では、放棄・認諾において「判決」制度をもたないため、上訴によって当事者の放棄・認諾行為（陳述）に対する裁判所の審査の可否を当事者が争う手段を持たず、かつドイツ法に比較して「撤回」可能な時間的範囲が極端に狭まる（放棄・認諾の陳述から調書記載まで）。

(24) 松本・前掲注 (21)『講座民訴 (4)』285頁、河野・前掲注 (8)『当事者行為の法的構造』201頁参照。

(25) 「訴訟行為」が私法上の意思の瑕疵規定の適用をみないことの理由として、裁判所の面前での厳格な手続に依っていることを挙げるのは一般的である（例えば、中野ほか編・前掲注 (8)『新民事訴訟法講義』216頁 [池田辰夫] 参照）。ただし、裁判外での意思決定が多くを占める当事者の訴訟行為では、裁判所の面前における手続がすべての瑕疵をコントロールできるわけではない。

(26) BGH判例として、放棄につき、BGH Urt. vom 16. 6. 1987, NJW 1988, 210（認諾につき、BGH Urt. vom 9. 11. 1994, BGHZ 127, 368 [377] が、同判決を援用）。コンメンタールでは、Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, aaO. (Fn. 22), S. 1019, 1203 u. 1205 [Hartmann] 等多数。なお軽微な民事通常事件を扱う区裁判所 (Amtsgericht) での

一段と強められているし、弁護士の付いた場面では、当事者の意思の瑕疵を問える範囲は相対的に小さくなろうから⁽²⁷⁾、そうした制度を前提に語られる救済の幅も狭くなっていることに留意する必要がある。また、訴え取下げでも、前述のように、我が国ではドイツ法と異なり終局判決後の再訴禁止効があるため、再訴が自由なのだから意思の瑕疵の顧慮は必要性がない（また改めて再訴すればよい）、という意思の瑕疵不顧慮を実質的に支える根拠は⁽²⁸⁾、（再訴禁止を厳格に捉える限りでは）終局判決前までの取下げにしか有効ではない。

すでに最二小判昭46・6・25（民集25巻4号640頁）以降、刑事上罰すべき他人の行為によって訴えの取下げをした場合にはそれを争って期日指定の申立てををするという取扱い（再審事由の手続内顧慮）は、実務上確立しているとされる⁽²⁹⁾。判例実務の、こうした当事者の訴訟行為に関する意思の瑕疵不顧慮原則の「例外」的取扱いは、最一小判昭44・9・18（民集23巻9号1675頁）と併せて「訴訟手続を組成する一連の訴訟手続の一環として行なわれる」行為ではない訴訟行為には、民法の意思表示規定の類推適用が認められうる、ということで一般化された講学上の理解になっている⁽³⁰⁾。本稿のテーマであるような訴訟終了事由に関

手続では、認諾・放棄・取下げについても弁護士強制は採られない。当事者自身で行なうこうした訴訟行為のほうが意思の瑕疵を生じる機会は増えようが、金額の低い事件しか賭けられていないために対応する手続保障もそれに見合うレベルまで下がることになる。もっとも裁判所の教示義務（釈明義務、ZPO 139条）は、弁護士のつかない当事者訴訟では手厚くなるという解釈が一般であるので（vgl. Jauernig, aaO. (Fn. 13), S. 91 ff.）、弁護士費用を支払うとコスト的に見合わない事件では、弁護士によるケアに代えて、裁判所によってある程度法律知識上のケアを受けられるという法政策的な選択であろう。

(27) Schwab, Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozeßrechtswissenschaft, JS 1976, S. 71 では、放棄・認諾が弁護士訴訟によらしめられているが故に、“ius est scriptum vigilantibus”の原則が妥当し、錯誤による取消しの必要性が存しない、と説く。

(28) ただし、Arensの見解においては、再訴自由すなわち「被告が原告の再訴を拒めない」という点は、原告の意思の瑕疵を顧慮して旧訴を続行させても被告の利益を手続的に何ら害しない、という「意思の瑕疵顧慮説」の重要な根拠になる。Arens, aaO. (Fn. 7), S. 122 f.

(29) 竹下ほか編・前掲注（1）『研究会』339頁【柳田発言】参照。学説の流れも同様である（新堂＝福永編・前掲注（5）『注釈民訴（5）』341頁【梅本】参照）。

(30) 中野・前掲注（8）『論点Ⅰ』211頁。また、仄聞するところでは、自白（の撤回）法理の請求認諾への類推に消極的なドイツと異なり、我が国の実務では類推に必ずしも否定的ともいいきれないようである（古くそのような判例もある。朝鮮高等法院大10年2月25日新聞1841号4048頁）。なお「無効」「取消し」といった効果に関する用語については、松本博之「刑事上罰すべき他人の行為によってなされた訴の取下の効力（新判例評釈）」判タ267号（1971）81頁以下や新堂幸司『判例民事訴訟法』（弘文堂、1994）352頁参照。いずれも効力の趣及的除去の主張ということの意味する点で言葉の問題にすぎない、という新堂説に従い、本稿では、さしあたり民法上の用法にそのまま従っておく。

わる訴訟行為では、そのあとに訴訟行為がまた幾重にも積み重なるような「一連の訴訟手続の一環」というわけではないから、一定限度で民法の意思表示規定の類推適用が許される、という理解になる⁽³¹⁾。意思の瑕疵の救済に関しては、再審事由の法意を類推し、期日を再開させて旧訴を復活させる取扱いの限りでは（また、再訴禁止効の適用にも比較的寛容である限りでは）、ドイツ法での扱いと、実質的にはさほど差異はないようにも思える。比較法制度的な意味でわが国で問題が先鋭になるのは、弁護士がつかず、裁判所からの教示も多くを望めない場面で、「錯誤」について、ドイツの判例・通説と同様に意思の瑕疵の救済を原則的には否定して、法に素人の当事者にも比較的厳しく意思の無謬を要求すべきか、という点になるであろう。

2 意思の瑕疵を顧慮する必要性の有無と範囲

(1) さて、当事者の訴訟行為についていわゆる表示説に則り、撤回不能な訴訟行為についても意思の瑕疵の顧慮を認めない場合、民法と異なり意思の瑕疵の規定を欠くこと、再審事由の手続内顧慮による救済があること、手続の安定性の要請、訴訟遅延の危険といったものが主な根拠である⁽³²⁾。意思の瑕疵に関する規定を欠くという形式的理由は、実質的な必要性に基づく解釈論で克服されうするためひとまず考察の埒外に置けるが、その他の事由について問題点を収斂させながら、以下に考察を試みたい。

再審事由の手続内顧慮という便法が抱える理論的な問題点はすでに内外の文献

(31) この意味で、我が国では、「意思は訴訟行為の構成要素ではないから」意思の瑕疵は問題にならない、という古典的な理解は払拭されていると見られようか。少なくとも取下げや認諾・放棄といった意思表示の性質を有する訴訟行為（伊藤・前掲注（8）268頁）については、意思を構成要素として把握しうる余地がある（その顧慮の程度は別論）。ドイツでも、Arens 以外に、例えば、Arens の所説には結論的に反対する Schwab も、意思と表示は共に訴訟行為の構成要素とみる（Schwab, aaO. (Fn. 27), S. 71）。

なるほど裁判所に対する訴訟上の行為それ自体を取り出すなら、裁判所が詐欺・強迫をしたり錯誤原因を与えたりすることはほとんど考えられず（賀集唱「訴訟行為論に関する実務上の問題点」民訴20号（1974）161頁）、また訴訟行為としての意思表示における意思形成そのものは概して裁判所外で行なわれるものであるが、ここでの意思形成時に生じる瑕疵の救済が、取引行為に関する民法の規定の類推的な顧慮（もちろん民法の規定背景には裁判所と訴訟行為者との間の利益調整などはもとと含まれていないので、直接適用ではありえない）を排除するものではない。裁判所と訴訟行為者たる一方当事者との関係だけで見た場合でも、この一方当事者が第三者（ここでは相手方当事者も含む）により詐欺・強迫を受けた場合や、それに準じた行為に起因する錯誤は問題としえないわけではないのである。むろん稀ではあっても、裁判所に対する表示上の錯誤も考えられないわけではない。

(32) Arens, aaO. (Fn. 7), S. 20 ff.

が指摘済みであるので⁽³³⁾、ここに繰り返すのは避けるが、問題点はともかく判例（前掲・最二小判昭和46・6・25）のように、民訴法338条1項5号にいわゆる可罰的行為についてその「法意」を類推して「自白」以外に対象を広げ、かつ同条2号の要件である有罪確定裁判を要求しない見解に立ったとして、「意思の瑕疵不顧慮原則+例外的な再審事由の手續内顧慮」論（従前の通説でもある）と、「意思の瑕疵顧慮」論（近時の多数説）とで結論的に救済範囲が食い違いうるのは、第一に、刑法上の詐欺・恐喝・脅迫との要件の差異がある民法上の詐欺・強迫、第二に、刑法上犯罪を構成しないため再審事由による顧慮が理論的に難しいと考えられるものの、意思の瑕疵の救済が問われる事案として最も頻度の高い「錯誤」のケースである⁽³⁴⁾。これらは、訴訟行為としての意思表示の瑕疵の救済に関し、意思の瑕疵の勘案範囲について（訴訟法＝再審法の援用する）刑法上の要件に拠るのか、あるいはより緩やかに民法の要件に依拠するのかの問題であると同時に、救済の範囲・難易を再審法的な厳格さを以て画定するのか、あるいは民法・取引法上のレベルで広く認めるのか、という問題を前面に出した二重構造にもなっている。

(2) 第一のケースについては、従前からある救済が可能か否かの議論と併せて、民法上の意思表示の瑕疵の救済と同等のレベルでの救済が、訴訟（法律）行為における意思表示に必要なか改めて吟味されなければならない。すなわち、判例通説同様、有罪裁判の確定まで要求しなくても、犯罪行為にあたる程度の「明らか」な可罰的行為による瑕疵の例外的救済（再審法理の利用—厳格な手続的安定性のレベル）を以て足るとすべきか、あるいは民法同様レベルの瑕疵の救済が必要とされるべきかである⁽³⁵⁾。

(33) 特に、Arens, aaO. (Fn. 7), S. 70 ff.; 柏木邦良「訴訟行為と意思の瑕疵」続判例展望（別冊ジュリ39号、1973）205頁以下、松本・前掲注（21）『講座民訴（4）』300頁以下、河野・前掲注（8）『当事者行為の法的構造』182頁以下。

(34) 松本・前掲注（21）『講座民訴（4）』304頁以下。なお裁判所に対してなされる訴訟行為では、いわゆる意思の瑕疵のうち、心裡留保・通謀虚偽表示は問題とされえない（同・289頁）。

(35) なお Schwab, aaO. (Fn. 27), S. 71参照。Schwabの指摘では、第一に民法では自由なる法交通における両当事者の利益を衡量して意思説と表示説の中間をとっているが、訴訟法では訴訟法律関係が裁判所との間にも成立している点で民法とは事情を異にし、第二に可及的速やかに正しい判決に導くべき責任を両当事者と裁判所は負っているが、訴訟行為の瑕疵を訴訟法の要件の不充足から問うのは極めて簡明であるのに比して、意思の瑕疵に基づく取消に理由があるか否かの判断は、「訴訟内訴訟」になってしまい訴訟遅延をもたらす、という点で Arens を批判し、民法同様の意思の瑕疵の救済を訴訟法に持ち込むことに疑問を呈する。Schwabの指摘はそれ自体正しいものを含んでいるが、裁判所（ないしその背景にある潜在的利用者の利益＝公益）との関係を考慮に入れた上で、特に弁護士強制を知らない我

「手続の安定（訴訟手続内の法的安定性）」という意味で言えば、訴えの取下げや請求の放棄・認諾は、訴訟の終了事由でそのあとに手続が積み重なることはないとはいえ、他面、訴訟による（訴訟後の・手続外の）規律も含めた「法的安定性」の観点からは、訴訟の終了事由だからこそ、両当事者間では、その結果が直ちに、実体上も最終的に両当事者間を規律していくものとなる⁽³⁶⁾。その意思表示に起因する結果の重要性は、実体上の係争関係を最終的に「決着」すべき訴訟の場であることを鑑みれば、極めて高いものと言わざるをえず、翻ってこれら訴訟終了事由に連なる行為の覆滅の必要性は相対的に低下せざるをえない⁽³⁷⁾。取下げなどの（裁判外で行なわれる）意思決定そのものが実体法上の取引行為に近いから実体法上の意思表示規定を類推せよ、という根拠だけでは、そうした意思表示の結果の覆滅についての民法同様の可能性は導けても、その必要性を説明し尽くしてはいない。なるほど、放棄・認諾あるいは再訴禁止効を伴う訴えの取下げによって、事実上実体権の処分を伴うことになること⁽³⁸⁾は全くその通りであるが、実体上の取引関係と異なり、紛争の最終的決着は、当該訴訟じしんが担っているのが大原則であり⁽³⁹⁾、「取引の安全」というレベルでの権利義務の帰属の安定性（ないし覆滅可能性）以上に民事訴訟制度による権利義務の帰属の「最終確定」という考慮を重視すべき点は、やはり看過できない。

が国の制度では、なお民法より限られた範囲で救済の必要性は考えられるように思う。

(36) 訴訟終了後の係争物に対する新たな法律行為について、つとに、松本・前掲注(21)『講座民訴(4)』288頁の指摘がある（同旨、新堂＝福永編・前掲注(5)『注釈民訴(5)』340頁[梅本]）。また言うまでもなく、取下げには民法149条のような実体的効果も付随する。

(37) なお再訴禁止効を生じない訴えの取下げは、再訴の可能性ゆえに、瑕疵救済の「必要性」じたいは相対的に低い（ただし、昭和46年の最判事案は、再訴禁止効が否定されるような人事訴訟であった）。むしろそれに同意（これも同様に訴訟行為的意思表示と考えるが）を与えた被告に対する救済を考えるべきことになるが、これには本文に述べた、放棄・認諾・取下げ行為と同じことがあてはまる（なお、被告の同意と原告の意思表示の瑕疵の取扱いを同様に考えてよいか、という点につき、新堂＝福永編・前掲注(5)『注釈民訴(5)』341頁以下[梅本]参照）。

(38) 河野・前掲注(8)『当事者行為の法的構造』202頁、新堂・前掲注(8)『新民事訴訟法』316頁参照。

(39) ここでいう最終決着性は、訴訟の確定的な終結による実体上の規律まで含めて考えられる。したがって、終局判決前の（相手方の同意を得た）「訴え取下げ」であっても、いったん終結した訴訟を前提に、相手方当事者は実体的な権利関係の処分をするものとみるべきで、再訴可能性含みではあっても、再訴の手間隙を取下げ当事者に負担させたうえのことであるし、実際に取下げをするにあっては一応の理由がある（つまり実際に再訴に及ぶのは少ない）のが通常であるから、Arensの見解（注(28)参照）に反して、再訴可能な取下げの場合であっても、利益衡量上「旧訴続行」は直ちに帰結されず、「最終決着性」の要請がやはり重視されるべきである。

そうした「最終決着性」、すなわち訴訟後の実体関係の（当事者間における事実上の）規律まで含めた法的安定性の要請にもかかわらず、訴訟の終了に向けた当事者の訴訟行為によりいったん発生した効力を覆すべき必要性は、やはり第一には、たとえ裁判所に対してなされる訴訟行為といえど、かつまた、いかな当事者の自律的な訴訟終了的行為といえど、詐欺・強迫などの可罰的な行為結果を（その是正が表意当事者から合理的範囲で求められているのに）司法⁽⁴⁰⁾として追認し、それに起因する実体的規律で「法的安定性」を確立することになってしまう事態は望ましくない、という点に求められるべきであろう（なお相手方当事者との関係では、こうしたケースではもとより相手方当事者に保護すべき「手続上の利益（すなわち最終的決着性への信頼）」は存しない）。これは公正な裁判の要請に資するものとして司法の制度内在的要請でもあり（認諾・放棄では上訴による瑕疵の是正の機会も失われてしまっていることも考え併せたい⁽⁴¹⁾）、この理は、第三者からの詐欺・強迫の場合でもかわらない。また、こうした限りでの最終決着性の要請は、意思の瑕疵が顧慮されるとしても、それを無制限たらしめることも民法におけると同じまで緩やかにすることもなく、瑕疵が顧慮される対象範囲・救済の主張方法ないし期間において、後述するような一定の手続上合理的な範囲設定を必然的にもたらしことになる。

そうした意味での「当事者の訴訟行為における意思の瑕疵顧慮」の必要性を前提とすると、従前の通説・判例の方向性自体は、当事者の自律的解決と裁判による解決を区別して前者に意思の瑕疵の救済の余地を認め、しかも取引行為におけるほど緩やかには安定性・決着性を放棄しないという意味では、一応納得のいく

(40) なお、ここで裁判所が担う「公益性」は、一般的な公益の保護者としての司法、といった意味合いの他に、司法リソースが有限であることを前提に、裁判所の背後にある潜在的訴訟利用者の利益（利用機会）の保護も含んでいる。本文にいう「最終決着性」は二つの要素に分解でき、裁判所との関係では「公益（裁判所の背景にある潜在的利用者・制度設営者の利益）」の保護（特定の当事者の意思の瑕疵を救済することによる「別の潜在的当事者の手続利用機会の喪失」、からの保護）を考慮要因とするのに対して、相手方当事者との関係では、いったん得た有利な手続的地位と最終決着への信頼の保護が主たる考慮要因となる、ということである。

したがって、「相手方当事者」の最終決着性への信頼という手続的「利益」は、両当事者双方共の錯誤（双方共通錯誤・双方非共通錯誤）のケースでは信頼の基礎を失い、その利益の「喪失」を顧慮しうけれども、対裁判所（ないし背後の潜在的利用者）との利益バランスとしては、このような双方当事者の情報収集失敗ケースで、本文に述べたような司法制度内在的な要請が双方当事者の救済の根拠として働くかはなお検討を要するところである。

(41) なお、古く認諾判決制度を採っていた時代に、錯誤による「取消」を認め、控訴審で認諾の効力を争うことができるとした判例もある（大判大4・12・28民録21輯2312頁）。

ものではありうる。そこでは民法上と同レベルまでいかなくとも、具体的には、可罰的行為の認定にあたり確定刑事判決はおろか刑事上の厳格な立証が要求されているわけでもないために、基準の不明確さに難を残しながらも、またその故に、弾力的な運用を考えうることにとなる。訴訟行為における意思の瑕疵の判断につき、いわば「訴訟内訴訟 (Prozess im Prozess)」として手続遅延をもたらすという点については、従前の通説・判例も、再審事由の手続内顧慮の限度までは譲歩している。特に前掲昭和46年最判のように、再審事由の手続内顧慮にあたって刑事の「確定判決」を要求しない (告訴の提起すら不要とする) 立場では、確定判決という明確な指標による手続遅延の限界設定はとうに打ち捨てられていることになるが、実質的に刑事上の詐欺・脅迫ではなく民事上の詐欺・強迫としての要件で足りる、とするところまで救済のハードルを下げているかは不明瞭である⁽⁴²⁾。したがって従前の通説・判例がそこまで救済範囲を広げていないとも断言はできないのではあるが、この点は、近時の多数説のように、民事上の詐欺・強迫の範囲で救済すべきものとしてよいであろう⁽⁴³⁾。すでに再審事由の法意を (再審の訴えの本来の要件よりも緩やかな要件で、準再審的に) 顧慮するという段階で、必要な当事者の救済と公正な裁判に資する限りで、確定裁判による法的安定性と手続遅延の「タガ」を外した以上、そこで甘受すべき民事手続の遅延については、民事裁判所による刑法上の詐欺・脅迫罪たりうる可罰的行為の判断と民法

(42) 前掲昭和46年最判における、「明らかに」刑事上罰すべき他人の行為、という判示からは、民訴法338条 (旧420条) 2項を再審の訴えの適法要件としながら可罰行為の認定を慎重にしている、という見方がある (新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅰ (別冊ジュリ114号)』(1992) 167頁 [大須賀虔 参照])。仮にここで、「明らかに」というのが、慎重な認定ということよりも訴訟内訴訟による手続遅延防止を視野においてのことだとみても、しかしこの最判事案では、告訴すら不要と判示しており、結局、その「詐欺・脅迫等」の行為の存否につき判断手続にのせたうえで、刑事上の立証も要しない程度で「明らかに」詐欺・脅迫等の行為にあたると判断する場合をいうことになる。が、要件論を除いて、それが民事上の「詐欺・強迫」とどの範囲・程度で具体的に異なるのかはやはり不明瞭である。さらにまた、再審規定の法文上は刑事上の詐欺罪・脅迫罪の要件に依ることになるが、「法意に照らし」すでに再審要件のいくつかを外した類推による民事的救済が、民事上の詐欺・強迫をあくまで排除するものともいえないように思われる。東京高判昭54・10・8判タ402号78頁は、詐欺として訴え取下げの取消しを認めているが、刑事法のレベルで明らかに可罰的といえるかは微妙なケースと思える。

(43) 極端な事案では、かつて有名な「津の隣人訴訟」(津地判昭58・2・25判時1083号125頁)があった。不特定多数の匿名の非難の電話や手紙が殺到し、両当事者が訴えを取り下げ、またそれに同意をせざるをえなくなり、法務省が人権擁護の声明を出したケースである。「脅迫」罪としての可罰性には異論もありうるかもしれないが、「強迫」に基づく民事上の救済は考えられよう。

上の詐欺・強迫の判断とで、その遅延の長さにおいても、必要性においても変わるところはないからである。このように再審事由の手續内顧慮が民法上の詐欺・強迫を含みえたとして、訴訟経済を根拠とする⁽⁴⁴⁾、この解釈経路は（近時の多数説が説くように）迂遠ではある。ただ、たとえ「法意」の類推とはいえ、可能な限り法的な根拠から出発しようとする解釈態度においては、理論的整合性はともかく救済の実を上げられれば可とできなくはない。

(3) 問題は第二の「錯誤」のケースである。可罰的行為たりえない「錯誤」を、再審事由の「法意」から類推するのはいかにも無理があるし⁽⁴⁵⁾、この「錯誤」のケースにつき、当事者の救済を図る必要性は、詐欺・強迫に比して（「不」可罰性の裏返し、可罰行為に起因しない意思の瑕疵として）低くみられうるからである。再審法においては、「錯誤」までは、再審を以てしても救済すべき必要なしという政策判断だったのであって、それを現代における一種の「法の欠缺」とみるためにはなお一段の必要性が確証されなければならない。しかしここでもまた、「実体法上の権利関係を処分する結果となるから取引行為の延長として」取引行為同様に錯誤を顧慮すべきだ⁽⁴⁶⁾ というだけでは、上述のように訴訟の最終決着性の観点を鑑みると、必要性の説明には不十分である。

また、訴訟行為の性格から、裁判所との関係では次のことにも留意を要する。すなわち、一方当事者（表意者）の訴訟行為としての意思表示を、名宛人である裁判所からみると、詐欺・強迫では、裁判所による表意者たる一方当事者への詐欺・強迫は問題にならなくとも、（形式的には表意者外の、相手方当事者を含む）第三者からの詐欺・強迫も意思の瑕疵救済の検討対象となりうる。これは訴訟法上も再審事由の一つとなっていることから、司法制度として、直接は裁判所に対する訴訟行為であっても表意者の救済を行なうという意図は窺える。問題はやは

(44) 「確定判決後ですら再審で顧慮されうるのだから、上訴で顧慮すべし」というドイツ流の衡量論は、（認諾判決・放棄判決制度を持たず上訴がありえないため「撤回」可能な時間的範囲がほとんどない）我が国現行法上の放棄・認諾においてはそのままは妥当せず、再審に準じた訴えで当事者保護を考えることになる。取下げ同様、訴訟がいったん「終了」したあとで、期日指定申立て等の方法により、結果的に旧訴を復活させるという救済がここでの議論の前提である。したがって我が国では、再審事由の手續内顧慮という用語より例えば「前倒し顧慮」（まだ再審の訴えが認められるかどうかかわからない。柏木・前掲注（20）215頁参照）といった用語のほうが適切ではないかとも思うが、ここでは汎用的な用語に従っておく。

(45) 高松高判昭37・5・8判時307号27頁は、罰すべき他人の行為による錯誤に基づく取下げないし同意の無効に含みを残す。再審事由に厳しく救済を限定するドイツ法の（学説はともかく）判例実務より踏み込んだ救済たりうるのは、まさにこの「錯誤」の場面と思われる。

(46) 松本・前掲注（21）『講座民訴（4）』312頁参照。

り、錯誤の場合で、裁判所に対する表示上の錯誤と内容の錯誤は、裁判所の面前における手続を前提にした考慮を忘れるわけにはいかないし（ただ動機の形成自体は裁判外でなされるのが通例）、錯誤自体、裁判所の関与による惹起はほとんど考えがたいために、第三者（裁判所から見ると形式的には表意当事者ではないという意味での相手方当事者をも含む）との関係の中で生じた錯誤により、有限の司法リソースとしての裁判所との関係でも表意者が保護されるべきか否か、という問題が横たわる。

これらを考慮した上でもやはり、刑事的な意味で可罰行為とまでいいきれない、民事的な信義則違背の程度の限りでも、手続を遂行する両当事者間で相手方当事者の信義則違背的な行為に起因して生じてしまった、表意当事者の真意に基づかない規律を、表意者の合理的な（＝当事者間でもこれを顧慮するのが公平にかなう）信義則違背の状態の訂正要求がありながら最終的・確定的な規律として放置することは、司法制度として望ましくなく、その限りで司法はその資源を用いる、ということは言えるであろう。地裁以上の手続で弁護士強制を採るドイツ法と比較すると、素人当事者の「錯誤」が生じやすく、また訂正の機会も前述のように限られることを見る限りでは、我が国の制度における「錯誤」の事後的な救済の必要性は低くはない。

以上の点からすると、裁判所との関係性、当事者の自律的行為性および最終決着性にもかかわらず、「錯誤」を理由にいったんなされた訴訟行為を覆すべき必要性を認めうるのは、こうした、訴訟上の信義則（民訴 2 条、信義誠実訴訟進行義務）に反し相手方が当該訴訟行為の有効なることを主張することが許されないと解される場面、例えば詐欺とは評価しえないまでも相手方による訴訟状態の不当形成、と評価しうるようなケース（相手方自らが直接間接に表意者に錯誤を惹起したか、重要な役割を果たしたような事案）が、司法が救済にのりだすべき限界であるように思われる⁽⁴⁷⁾。

(47) 松本・前掲注(8)（法雑）177頁以下及び前掲注(21)『講座民訴（4）』313頁以下は、相手方が自己の行為で錯誤を生ぜしめた場合の他、相手方の認識可能性があれば足りる、とする。そこでは錯誤の厳格な認定により相手方の不利益を防止すべき旨が併せて説かれていたが、ただ、裁判所（ないしその背後にある潜在的な他の当事者の利用機会利益）との関係性を無視すべきでない訴訟行為において、少なくとも表意者たる当事者に重過失もない（民 96 条 3 項参照）と言えるためには、相手方により錯誤が惹起されたか、誤信に至る動機の形成に相手方が関与したようなケースに限られてくるのではなかろうか。例えば「和解契約が成立したと思ったので訴えを取り下げたが和解は成立しなかった場合」（新堂・前掲注(8)『新民事訴訟法』307頁の掲げる例）でも、単に原告が勘違いしていた程度では駄目で、相手方の欺罔的な行為がなければ、表意者の重過失は免れないであろう。ちなみに、古く大判昭 13・12・28 評論 28 卷民訴 261 頁は、相手方の誤信を誘うような態度に起因する訴え取下げに錯

ただしここで、「内容の錯誤（表示行為の意義に関する錯誤）」に関しては、裁判所の手続的ケアと事後の救済をトレードオフにできる余地がある。訴訟法上の「効果」に関する意思と表示意思との食い違いは、効果に関する裁判所の説明で、ある程度回避可能だからである。例えば本来は訴えの取下げをする意思で、効果は同じだと誤解して「請求を放棄する」と陳述した場合、裁判所による真意の確認作業（当事者が全く無知の素人ならば、効果の説明等も含め）がなされており⁽⁴⁸⁾、かかる真意の確認（内容の誤認識が判ればその訂正作業）の結果の意思表示であるならば、あるいはまた、訴訟代理人たる弁護士の陳述であるならば、対裁判所との関係では事後の救済の必要性は概して存しない（表意者の側に少なくとも重過失を問いうる）。かかる真意の確認が稀になされておらず、かつ、本人訴訟であった場合の扱いのみが救済対象たりうる。

また、「表示上の錯誤」については、前述した「明白な意思の欠缺」法理による訂正のほかには、誤記・誤談は最終決着性の観点からは自己責任の範疇にとどめられる。

さらに、「動機の錯誤」については、周知の通り民法学説はすでに、（合意主義

誤無効を認めており、また、訴えの取下げが真意に基づかないものとして無効とされた東京地判昭63・8・29判時1314号68頁の事案は、老齢病身の原告の無知に乘じ、被告が甘言を弄して取下げ書を取り付けたものである。また、東京高判昭54・10・8（前掲注（42））は、訴え取下げの意思表示に要素の錯誤は認められないが相手方の詐欺によるものだとし、取消しを認めている（この事案は、詐欺の場合と、相手方の欺罔の態度による錯誤の区別が微妙でありうることを示してもいえると思われる）。なお、被告とすべき者を誤った場合を救済する行訴法15条の法意に照らして錯誤により訴え取下げの無効（当事者の変更）を認めた裁判例に、福岡地久留米支判昭52・3・15判タ362号292頁がある。

なお、他に、検討されるべきは、錯誤として顧慮されうる対象である。認諾や放棄における錯誤は、もし裁判所がそれを顧慮するならば、単なる言いがかりかもしれない錯誤の主張があっただけで、請求の理由の有無について少なくとも並行的に調査しなければならない、それこそ認諾や放棄によって遮断されるべきことなのであって、顧慮が許されない、という批判（Jauernig, aaO. (Fn. 13), S. 191.）がすでに存する。ただ既に指摘があるように、例えば「（相手方の示唆によって）転付金請求に対して転付命令は有効であると信じ、認諾した後」、命令が実は無効であることが判明したような場合には、被告は原告の請求の理由の有無に立ち入ることなく、錯誤を主張・立証できるし、相手方の錯誤惹起への関与の主張・立証も同様である。前記の批判は請求の理由具備性に関する錯誤に対しては妥当なものでありうるが、ここではひとまず請求の理由の有無にタッチしない錯誤の主張のみが許されるものと解しておけば足りよう（松本・前掲注（8）（法雑）184頁以下参照）。

(48) 竹下ほか編・前掲注（1）『研究会』361頁〔柳田発言〕では、認諾という言葉を使ったから直ちに認諾で手続を終わらせるという取り扱いはしておらず、認諾の効果を説明して真意を十分に確認している、と実務状況が述べられており、通常は問題が生じないものとみられる。もっともそこでは、動機の確認作業などは期待されるべきものではない。

に基づく信頼主義に基づくかという観点の差はあるが)表意者の決定的動機に関する相手方の認識事情を前提とした「動機の錯誤」にも無効を認めうるという(ほぼ)共通認識に到達している⁽⁴⁹⁾。この点、前述のごとく裁判所による救済の前提条件が満たされる(相手方の信義則違背と評価されうるような)場面では、すでに当事者間の利益衡量としても、誤った決定的動機を引き出した相手方の保護はいずれにせよ問題にならない。裁判所は、裁判所外でなされた動機の形成にはそれが法廷の場で顕出されない限り手続的なケアは与えようがない(また、そもそも顕出されてもどの範囲と程度で教示の対象になるかは疑問ではある)ため、上記のように是正が望ましい場面では「動機の錯誤」には事後的な救済を与えるより他ない。

なお、以上の限りで錯誤が顧慮されるならば、裁判上の自白の撤回法理の類推はすでに実質的にも必要がない⁽⁵⁰⁾。

(4) 以上に述べた救済は、再訴が可能な訴え取下げにおいてはその必要性を失い、再訴によらしめるべきことになる⁽⁵¹⁾。瑕疵ある意思表示をした原告による

(49) 山本敏三『民法講義 I 総則』(有斐閣、2001) 156頁以下に優れた整理がある。

(50) 自白撤回法理の類推に対する批判については、松本・前掲注(8)(法雑) 186頁以下参照。

なお、バランス論からすると、自白よりも放棄・認諾のほうが重大な結果をもたらすのに、自白撤回法理の類推(むしろ要件を緩和した類推)がないのは表意者に酷ではないか、という議論もできないわけではない。バランス論だけにフォーカスすると、表意者保護だけを見たバランス論では(とくに表意者に対する手続的ケアが薄い場面では)上述のような議論も可能だが、しかし訴訟結果の安定性に対するバランス論(裁判所を通した公益、相手方の信頼という利益)を考えれば、やはり自白の撤回法理の類推の必要はもととない、ともいえることになろう。その点自白の撤回法理の類推を認めないドイツ連邦通常最高裁(BGH)は、表意当事者にリスクを負わせた(要するに結果の重大性をわかったうえで当事者が利用すべき)制度と考えているのだ、と評価されている(vgl. Schwab, Probleme der Prozesshandlungslehre, in: FS Baumgärtel, 1990, S. 505)。ただ、これは本文で述べたようなドイツ流の手続的ケアが前提とされての結論であることは、再度付言しておく。

(51) 河野・前掲注(8)『当事者行為の法的構造』204頁は、取り下げた場合の費用負担を常に原告に負わせるのが衡平に合致するかも疑問点に挙げて、旧訴復活の必要性を説く。確かに、被告による何らかの動機付け行為があった(そのために、例えば、債務の任意支払の口約束があったと誤信した)ので取り下げた、というケースは考えられる。しかし、取下げの場合に原告費用負担が原則と考えられている(民訴73条による61条の準用)にしても、事情により被告の費用負担を命じることが排除されているわけではなく(同じく62条ないし64条の準用)、この点は費用負担のレベルで処理すべきもので、そこから旧訴復活を説くのはやや短絡に過ぎよう。なお現実には、計算の煩雑さ故に民訴73条の手続が使われるのは稀であるため、現状では原告負担原則といっても通常以上に大きな不利益にはならない。なお、最近、請求の放棄についてであるが、請求の放棄により訴訟が完結した場合の訴訟費用につい

取下げ後の時効中断効の維持（民149条参照）の問題については、後述四4(1)を参照されたいが、結論的には、取り下げられた訴えに催告の効果（民153条）を認めて中断効の維持が可能であり、この点でも再訴によらせることで不都合はない。

また、再訴が禁止される終局判決後の訴え取下げについては、この終局判決の存在を足がかりに、上訴によって取下げの無効が主張できないかが検討される（なお訴訟終了宣言判決が出ていれば、それも訴訟判決の一種として上訴が可能である⁽⁵²⁾）。この場合、上訴によって上訴審で無効を主張するほかはない、とするのが多数説であるが⁽⁵³⁾、判決前ならば期日指定申立てをして取下げ無効を争えることとのバランスからみて、賛成したい。詐欺・強迫によって無効を主張する場合には、別訴によるならば後述のように再審期間に倣い30日以内に申し立てられる一方、上訴によれば2週間となるが、取下げ原告の選択に委ねれば足りる（ただし、いったん上訴したならば、取下げの無効の当否について確定的な判断が得られるため、もはや別訴で無効を主張する権利保護の利益を失う）。

3 意思の瑕疵の顧慮の主張が許される期間とその主張方法

(1) 意思の瑕疵を理由とする「訴え取下げ」「請求の放棄・認諾」の無効・取消しの主張は、相手方の同意がない限りは、別訴（無効確認訴訟⁽⁵⁴⁾・請求異議訴訟等）により、その認容判決の確定をまって、期日指定の申立てによる旧訴の続行を認める扱いを原則と考える⁽⁵⁵⁾。無効であることを前倒しに是認して、準再審的に、無効が主張に過ぎない段階から旧訴を復活させることを原則とすると、既

て、訴訟の進行経過、当事者の衡平の観点等から、各自の負担とされた事例（東地決平11・4・19判タ1015号274頁）もある。

ちなみにドイツ民訴法では、2001年の改正で、ZPO 269条3項第2文・第3文にも改正があり、和解で費用負担について約束があった場合や、訴訟係属前に被告の行為により請求理由が消滅した場合などの訴え取下げで、費用を被告負担とする道を開くことを明文化した（vgl. Die Begründung im Regierungsentwurf ZPO-RG, BT-Drucks. 14/4722, S. 80 f.）。なお後掲注（125）参照。

(52) 岩松＝兼子編・前掲注（2）159頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 [新版]』（有斐閣、2000）669頁参照。

(53) 小山昇『民事訴訟法 [五訂版]』（青林書院、1989）224頁、新堂・前掲注（8）『新民事訴訟法』313頁、兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』879頁以下〔竹下〕参照。

(54) いうまでもなく調書自体の無効確認は、口頭弁論等の手続以外でなされた等、調書記載に至る手続に瑕疵があった場合に限られ、ここでは公正証書遺言無効確認訴訟などと同様、調書に記載された「内容」たる取下げ・認諾・放棄の無効確認訴訟、を意味する。

(55) 鈴木＝青山編・前掲注（16）『注釈民訴（4）』500頁・503頁以下・506頁と併せ492頁以下〔山本（和）〕に賛成する。

判力を否定する立場では問題が少ないが、制限的にでも既判力を肯定する立場では、せっかく認めた既判力による確定をあまりにも容易に緩めすぎる結果となるという批判もありえよう⁽⁵⁶⁾。また無効・取消しが単なる「主張」に過ぎない段階でいったん終結した旧訴を復活させることは、先述したような最終決着性の観点からは理屈としては筋が通りにくい⁽⁵⁷⁾。ここでは、例えば敗訴が濃厚になった被告による認諾とその後の意思の瑕疵主張による旧訴の事実上の蒸し返し(意思の瑕疵の有無と旧訴に関する並行審理)といった戦略的利用を極力遮るべき点、いわゆる「動機の錯誤」のケースで、許される錯誤の主張を旧訴の請求の理由の存否の主張と極力切り離すべき点で、別訴によることを原則にする方がより効果的かつ安全であると思われる⁽⁵⁸⁾。

(2) 次に検討されるべきは、意思の瑕疵の主張期間である。すでに、意思表示の取消権の消滅時効(民126条)の類推、上訴期間(民訴285条・313条)の類推、再審期間(民訴342条)の類推が検討されている⁽⁵⁹⁾。意思の瑕疵が主張できる期間はすなわち潜在的には最終的に決着していないことになる期間でもあり、民事訴訟制度の担う最終決着性の要請からは、相手方の手続的利益の点で一般の取引

(56) 既判力は判決の形成に対する異議を許さないという側面も有するので(河野・前掲注(8)『当事者行為の法的構造』251頁、高橋・前掲注(52)668頁参照)、たとえ制限的既判力説が、放棄・認諾行為の当事者自律性を理由としてこの側面を緩め、無効主張を許すものだとしても、当初から放棄認諾の「無効」(調書が「既判力を有しない」こと)を前提とした手続を採ることを原則とするならば、それはやはり既判力否定説に実質内容的に近似する考え方になると思われる。

(57) 潜在的利用者の利用機会という公益に対する関係では、期日指定に依るのと別訴に依るのとで他者の手続利用機会の喪失について差異はなく、相手方当事者の最終決着に対する信頼との衡量の問題になるので、相手方が同意した場合には、期日指定申立てに依っても差し支えない。なお、訴訟経済上は、期日指定申立てによる旧訴復活と和解無効確認の別訴とで、適正迅速な処理としてどちらが優位かは一概には決しがたいとする指摘がある(賀集・前掲注(31)157頁以下参照)。

(58) 訴訟終結前に訴え取下げの効力に争いがあった場合は、訴訟係属の有無を決める問題として、裁判所は必ず期日指定申立てを受けて審査するというのが、判例(大判昭8・7・11民集12巻2040頁)・通説(新堂・前掲注(8)『新民事訴訟法』313頁、伊藤・前掲注(8)395頁等)である。「旧訴」の復活・続行では、取下げ・認諾・放棄の無効や取消しが、「主張」の段階で確定しないまま前提とされるわけであるが、その無効や取消しの審査と並行的に、旧訴の審理が行なわれてしまえば、意図的な蒸し返しが実質的に達せられてしまう。それを避けるなら、期日指定申立てを原則とする論では、期日指定申立ての適法性審査を旧訴の本案の審査の前に行なうことが前提となる。

(59) 松本・前掲注(8)(法雑)179頁以下、河野・前掲注(8)『当事者行為の法的構造』210頁以下参照。共に、詐欺・強迫・錯誤の無効・取消しの主張期間を再審期間に倣うことを説く(新堂・前掲注(30)『判例民事訴訟法』357頁も同旨か)。

行為における動的安全の場面より厳格に考えられねばならない。その点、一般の取引行為を前提とした民法の取消権の消滅時効では長すぎる。認諾・放棄「判決」から調書制度への転換に際して、後述するように沿革的には「判決代用物」が意図されていたということからは、欠けてしまった上訴手段の代替物として、2週間という期間の類推という議論は受け入れにくいものではない（もっともそれでも控訴審以降での「撤回」機会は代替されないが）。ただ、最終決着したはずの訴訟の覆滅が、詐欺・強迫の結果による規律を被害当事者からは是正が求められていながら司法として追認し確定させるのが望ましくない、という点にあるのだとすれば、その点と前訴手続終了による法的安定性の点とを衡量した再審制度に範を採るほうが論理的である。ここでは準再審的な機能が求められていることもあり、詐欺を知りまたは強迫が止んだ後から30日以内という再審期間の類推を支持したい。

錯誤については、最終決着への手続的信頼を放棄させるべき相手方の帰責性は詐欺・強迫より一般には低く、再審事由に錯誤が含まれないことからみても、「再審期間」の設定の利益衡量の秤にここでの「錯誤」ケースを調和的に載せることができるか否か、また錯誤に気づかなければ潜在的な法的「不」安定が長引いてしまう再審期間（民訴342条2項。最長5年間）ほどのプレミアムを与えるべきか⁽⁶⁰⁾は微妙なところでもある。しかし、その惹起に相手方による信義則違背的な関与があり表意者本人に重過失がなかった場合には、詐欺事案との区別も微妙であり、やはり詐欺・強迫に準じて考えることが一応妥当、としておきたい。

4 訴訟終了につながる当事者の訴訟行為における手続的意思の瑕疵理論

以上を要するに、訴訟終了につながる当事者の訴訟行為に実体法上の意思の瑕疵規定の類推を認める、といった場合に、多岐に渡って取引行為におけるより厳格な限定が付されることが明らかになった。

おそらく手続法に意思の瑕疵に関する規定がない（我が国では自白の撤回すら再審法の類推による）ために「手続的意思表示」の瑕疵理論という考え方に抵抗があるものと思われるが、ここでの議論は、民法の意思の瑕疵理論の類推の際の訴訟法的な「制約」を受けた理論の集約であり、個別的利益衡量による民法理論の類推と言っても、「手続的意思表示」の瑕疵を訴訟法規範として解釈上議論する、と言っても、単に言葉の使い方の問題のように思う。本節では（もちろん当事者の訴訟行為全般を対象としたものではないが）議論の叩き台として、裁判所に向け

(60) 松本・前掲注(8)(法雑)179頁以下は、正当にも錯誤に気づくべき時点を厳格に扱うことを説く。

られた「訴訟行為であっても」訴訟法規範が適正な裁判のために要請する「手続的意思表示の瑕疵の救済」は存しうる、という視点で、小括をしておきたい。

本稿で対象としているのは、裁判及び和解によらない訴訟の完結につながる訴訟行為に限っているが、そこではさしあたり、実体法上の取引行為における規制と異なる範囲について、以下の特徴が抽出される⁽⁶¹⁾。

- ・民事訴訟制度内在的な「最終決着性」の要請が存在する。
- ・裁判所に対する意思表示のため、心裡留保、通謀虚偽表示は含まれない。
- ・錯誤においては、その成立が厳しく認定される。本稿の立場では、相手方による信義則違背的な錯誤への関与の場合のみ、錯誤無効が顧慮されうる。
- ・実際の有用性はともかく、効果に「撤回」が含まれる⁽⁶²⁾。
- ・意思の瑕疵の救済は、手続的ケアとトレードオフになりうる。第一に、裁判所による入念な真意の確認作業を経たことや代理人弁護士が付くことで、意思の瑕疵の認定は厳格になる。第二に、再訴が可能な訴え取下げの場合のように、前訴での決着をあえて覆滅しなくとも他に瑕疵の是正が可能な手続が利用できる場合には、訴訟終了を覆滅する必要性を欠く。
- ・意思の瑕疵の救済を主張できる期間についても、司法制度の担う公益と救済との調整から、再審期間に倣った限定が付される。

三 請求の認諾・放棄に関する諸問題

定義や一般的説明は教科書等に任せ、本稿では、「脆弱」⁽⁶³⁾と評され、現時点では論究が盛んとは言えない放棄・認諾に関する現在の解釈論上、依然として議論となっている内のいくつかを、沿革や母法ドイツ法改正後の最近の状況も併せ見ながら、なお拾い上げて扱うことにする。

(61) 本文に掲げた他にも、当事者間で瑕疵の救済が認められた場合の第三者保護における差異が考えられる。瑕疵ある意思による訴訟行為の事案でも、裁判所の公的な手続を経由するため、善意の第三者との関係では、訴訟手続による最終的規律への第三者の「信頼」を保護すべき程度は高くなる反面、表意者に厳しく重過失（民95但書参照）が認定され、第三者保護を免れるための表意者の「無重過失」要件論は事実上意義を大幅に縮小されるものと解される。

(62) もともと訴訟行為は基本的には撤回自由であるが、訴訟終了事由に連なるここでの訴訟行為は相手方に一定の有利な手続法的地位を与え、撤回は原則許されない訴訟行為と解されており、にもかかわらず意思の瑕疵の救済のために特別に撤回が認められうる（なお松本・前掲注（8）（法雑）172頁参照）。

(63) 中野・前掲注（8）『論点Ⅰ』189頁。

1 放棄・認諾の系譜

まず現行の放棄・認諾の規定に至る系譜を必要な限度で簡単に振り返っておく⁽⁶⁴⁾。ドイツ法を継受した（大正改正前の）旧規定は「放棄判決・認諾判決」を採っているが、これをさらにさかのぼると⁽⁶⁵⁾、母法であるドイツ民訴訟法（1877年のCPO）制定期に「判決」制度を採るか「調書（+執行力）」制度を採るかの議論があり、結果、「判決」制度を採ったのは、認諾判決の場合、既判力による訴訟の蒸し返しの防止と債務名義としての内容的明確性の確保の二点にメリットを見たからであったことが、すでに知られている。

これを翻訳継受した我が国の明治23年公布の旧民事訴訟法229条では、放棄・認諾に際して、放棄・認諾行為に加え、相手方による訴訟上の申立てによって放棄判決・認諾判決を下すことを規定していた。これは周知の通り、大正15年改正

(64) ここでの記述は、要を得たまとめである中野・前掲注（8）『論点I』189頁以下に大きく依っている。

(65) ローマ法及びドイツ民訴訟法制定までの系譜は、つとに河野・前掲注（8）『当事者行為の法的構造』244頁以下が主に Savigny の記述にしたがっての紹介がある。

この点、Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, 1996, S. 270 ff. によると、そもそもローマ法時代の認諾（*confessio in iure*）は（なおローマ法における *confessio* は認諾と自白の両方で用いられ、区別は微妙である。AaO., S. 366 u. 590）、Magistrat（Gerichtsmagistrat 裁判所政務官、法務官）の面前で、被告が原告に対して明示的に認諾を陳述するもの（*in iure confiteri*）とされており、*confessus pro iudicato*（判決債務者としての認諾者）の原則に則って、判決と等位に置かれた。この原則は十二表法に従い、認諾に基づいて一定の条件の下で執行を可能にするものであり、判決のように当事者間に権利を形づくり、裁判官を認諾の内容に拘束させる（これは認諾された権利が真実でなくても同じである）。認諾の表示が裁判所に対してではなく相手方当事者に対するものである点を除けば、現在の「認諾」制度の特徴を備えている（ところで、ローマ法学者たちは、認諾を、独立の処分行為としては捉えておらず、せいぜい実体法上の反射的効力が訴訟上の拘束力から引き出されるにすぎないとしていた。AaO., S. 273.）。なお、方式訴訟（*Formularverfahren*）では、Prätor（法務（長）官）ないし他の *Gerichtsmagistrat* の面前での現在でいう当事者適格や訴えの利益、その他の訴訟要件の審査のための当事者尋問の際に、和解的解決の意思が Prätor に判明したら、Prätor はいわば調停人として作業を始め、原告に放棄を、被告に認諾を促し、あるいは両当事者に和解（*transactio*）を勧誘する（AaO., S. 241.）。

一方当事者の表示により、裁判官の裁判が求められる領域の外側に紛争を置く、というこうした仕組みそのものは、（調書記載ではなく）両当事者の実質的な意思の合致じたいに認諾の効力発生の根拠をおこうとする、近時の有力説のルーツでもあって、またいわば一種の先祖帰りだともいえる。この後、ローマ法をも継受しているドイツ民訴訟法においては、必ずしも当事者の放棄・認諾行為だけでは紛争の終結に直結せず、「当事者による自主的紛争解決手段」という面は強くは意識されなかったようである（河野・前掲注（8）『当事者行為の法的構造』246頁、247頁）。

で、現行のような「調書」制度に変更されるのであるが、その際、判決によることをやめて調書に記載して訴訟手続を終結するということにしたので、その調書に記載した放棄認諾はどういう効力を有するかを規定する必要があり⁽⁶⁶⁾、あるいは、放棄認諾の場合に別に判決をする必要もないのでその趣旨を調書に取ってその確定判決の効力を付与することが便宜である⁽⁶⁷⁾、とされたことが立法史料から明らかになっている。すなわち、

「[理由] 現行法第二百二十九條ニ依レハ拋棄又ハ認諾ニ基キ判決ヲ為スヘキモノトスレトモ斯ル場合ニ於テハ特ニ判決ヲ為スノ要ナキヲ以テ裁判上ノ和解ト同シク之ヲ調書ニ記載シ確定判決ト同一ノ効力ヲ有スルモノト為シタリ」⁽⁶⁸⁾

ということであり、さらに、大正改正前の旧法で、申立てにより判決をするということになっていたが申立てがなかった場合の処理で議論が分かれていたのを、大正15年改正法では、判決がなくとも調書に放棄認諾を記載すればその調書が判決と同一の効力あるものとして、既判力・執行力ともにあることとして、旧法の欠点を補った、と解説されていた⁽⁶⁹⁾。この大正改正に対しては、上訴制度の欠落による様々な問題点や調書記載の訴訟経済上の効果を疑問視して、立法論上の強い批判があり認諾判決・放棄判決の復活が主張されていたが⁽⁷⁰⁾、先般の平成改正でも効果に関連する改正は行なわれなかった⁽⁷¹⁾。

2 放棄・認諾の効力論～放棄・認諾調書と「確定判決と同一の効力」(民訴267条)

(1) 以上のような改正の経緯をみると、大正改正当時、ここでいう確定判決と同一の効力が、執行力や形成力はもちろん、既判力をも指していたことは明らか

(66) 「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録」松本博之ほか編『民事訴訟法 [大正改正編]

(3) 日本立法資料全集 12」(信山社、1993) 所収383頁 [松岡義正発言]。

(67) 「第五十一回帝国議会議事訴訟法改正法律案委員会速記録」松本博之ほか編『民事訴訟法 [大正改正編]」(4) 日本立法資料全集 13」(信山社、1993) 所収465頁 [政府委員・池田寅二郎発言]。

(68) 「民事訴訟法中改正法律案理由書」松本ほか編・前掲注 (67)『日本立法資料全集 13』所収193頁。

(69) 加藤正治『改正民事訴訟法案概説』(有斐閣、1937) 63頁以下。

(70) 三ヶ月・前掲注 (12) 506頁以下、中野・前掲注 (8)『論点 I』192頁以下、鈴木=青山編・前掲注 (16)『注釈民訴 (4)』473頁 [山本 (和)] 等。

(71) 法改正の議論過程では、外国での執行を可能ならしめるための認諾判決・認諾決定の構想や、調書の記載内容に明白な誤謬があった場合の更正決定や更正調書といった考え方も検討されたが、実現しなかった。法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続の検討課題 (別冊 NBL no.23)』(商事法務研究会、1996) 49頁以下参照。

である。しかし、請求放棄・認諾でいわゆる「判決代用物」論⁽⁷²⁾に則って、当事者が自律的に訴訟終了を目的とした訴訟行為について、確定判決と同様の公権的判断による「既判力」を以て意思の瑕疵に基づく無効・取消しの主張を機械的に封じようとする見解は、実体からも遠く、今日ではあまり支持を得ていないものと思われる。現在の議論の中心は、意思の瑕疵に基づく無効主張を許す場合に、明文に反し既判力を否定するか（いわゆる既判力否定説）、既判力を一定限度で肯定しながら実体上の瑕疵に基づく無効主張を許すか（いわゆる制限的既判力説）にある。私見は、制限的既判力説に与する。実体的判断でなくとも裁判所が一定の要件の具備を審査した上で、当事者の陳述を調書に記載させただけで確定判決と同一の効力を付与する仕組みは、実体的判断を伴う判決と同じではないが手続的な公権的判断を伴うその限りで手続上の拘束力を当然に認めうるものであり、公権的判断・司法権の作用の結果としての調書記載内容に手続法的な拘束力を認めるという枠組みは維持されている⁽⁷³⁾。実体法上の権利関係の存否の主張に関わる公権的判断が排除され、当事者支配がその限りで認められていること自体は、一切の手続的拘束力を排除することにもつながらなければ⁽⁷⁴⁾、逆に全面的に認めることも帰結しない。既判力否定説からする制限的既判力説への批判（既判力の否定と実質的に異ならない、とか既判力の観念に矛盾するといった）に対する反批判についても、すでにほぼ語り尽くされたところなので、ここでは再論す

(72) 三ヶ月・前掲注(12) 504頁参照。ちなみに、判決代用物といっても、諸法においては評価は様々である。例えば、最判平10・6・16（裁判集民188号675頁）は、「地方自治法242条の2第7項にいう勝訴には請求の認諾がされた場合が含まれる」とし、国税不服審判では、「請求の認諾は、国税通則法第23条第2項第1号に規定する『判決』に該当しない」とされた事案（平12.7.31裁決、裁決事例集 No.60 15頁）もある。

(73) 伊藤・前掲注(8) 402頁、中野・前掲注(8)『論点I』198頁、204頁参照。

(74) 河野・前掲注(8)『当事者行為の法的構造』243頁以下は、「確定判決と同一の効力」が生じる基礎を当事者の自律的意思による放棄・認諾行為そのものにみて、既判力を否定する。しかし、中野・前掲注(8)『論点I』204頁が適切に指摘するように、放棄・認諾行為に無効がありうることで、調書の記載に既判力が認められるかどうかは、区別して考えられねばならない。また既判力否定説によると、敗訴判決必至の当事者による既判力の潜脱の恐れを生じる、という問題がある。松本・前掲注(8)（法雑）173頁以下や中野・前掲注(8)『論点I』203頁以下が鋭く指摘するところであり、さらに戸根住夫「請求の放棄・認諾に関する現行法上の問題点」民商106巻3号（1992）284頁以下は、既判力否定説を採ると、原審で請求棄却判決を受けた原告が、上訴したうえで、請求を放棄し、既判力による不利益を免れるという奸策を許す結果となる点も指摘する。なお、放棄調書に既判力を認めた判例として大判昭19・3・14民集23巻165頁、放棄ないし認諾の無効の主張を認める下級審裁判例として東京高判昭41・10・13下民17巻9号=10号962頁、東京高決昭42・4・21下民18巻3号=4号407頁がある。

る必要をみない⁽⁷⁵⁾。

(2) なお、「訴訟終了効」にも関連する問題として、つぎのような債務名義の問題がある。

客観的併合や通常共同訴訟において、あるいは数量的に可分な 1 個の請求の一部についての放棄・認諾も許される⁽⁷⁶⁾が、実務や通説では、それが上訴審で行

(75) さしあたり、鈴木＝青山編・前掲注 (16)『注釈民訴 (4)』502頁以下と併せ、486頁以下 [山本 (和)] と中野・前掲注 (8)『論点 I』204頁以下、並びにこれらに引用掲記される文献参照。

なお、最近、高橋・前掲注 (52) 668頁以下が、既判力の作用を、「判決主文の判断と矛盾する主張を許さないという側面」と「判決の形成についての攻撃を許さないという側面」とに「分解」して、請求の放棄・認諾では当事者の意思・陳述によるものとして後者の側面が外され、既判力の潜脱を防ぐために前者を認めるのが、制限的既判力説であると分析したうえで、「分解」を時期尚早として、既判力否定説を採る。「確定判決＝実体上＋手続上の公権的判断＝既判力による一般的確定（再審による限定的覆滅）」という枠組みに対し、「放棄・認諾調書＝当事者の自律的意思表示＋手続上の公権的判断＝既判力による制限的確定（再審よりは広い覆滅）」というようにパラメータを動かした制限的既判力説を「次元が異なる」ものとするのである。私は、既判力概念・再審概念を固定しながらも、それによる手続上の拘束力をいったん全否定しつつ、実体行為の織り込みを媒介に、そこで形成されたと見る実体関係を手続面に投影し返して、ようやく不可争性を確保する（民事訴訟制度に期待される最終決着性からすると迂遠な）考え方は、その効力の依って立つ基礎の差異から手続上の拘束力のいわばグラデーション（効力の濃淡）を直截に認めていく考え方を支持したい。裁判所の実体的判断が外された部分についての争いについて、出訴の途を確保する（なお菊井＝村松・前掲注 (6)『全訂民訴 [I]』1331頁参照）ために、既判力を全否定する必要はなく、その限りでのみ無効主張を認めることで必要にして充分である。

(76) ここでいう「一部放棄」については、実務上「請求の減縮」という表現で行なわれることが多いが、文字通り請求の放棄の効果を原則的に認める見解（兼子ほか・前掲注 (10)『条解民訴』871頁 [竹下]）もある一方、判例（最判昭27・12・25民集6巻12号1255頁、最判昭28・12・8裁判集民11号145頁）・通説は、原則として訴えの一部取下げと解している（鈴木＝青山編・前掲注 (16)『注釈民訴 (4)』504頁 [山本 (和)] 参照）。理由のないことを自認しているのが明らかであれば「一部放棄」で問題ないが、意思不明な場合、実態から見て表意当事者により有利な取下げと解した方が適切なことが多いことによる。一部請求を認めない立場からは、給付命令の上限を画する特殊の訴訟行為とされる（伊藤・前掲注 (8) 391頁参照）。

関連して問題となるのは、いわゆる請求の制限付認諾・放棄の場合である。認諾・放棄では、訴訟終了の効果の発生は意思表示の段階で明確でないと、相手方としてもそれを前提に行うことができるかが不明で不安定な地位におかれる（当該訴訟関係の証拠書類などを廃棄してよい等）ため、条件を付すことは許されないのが原則である（鈴木＝青山編・前掲注 (16)『注釈民訴 (4)』499および505頁 [山本 (和)] は、例外的に、特に必要性が強く相手方の地位の不安定を重視する必要があるれば条件を認める余地がある、とする）。同時履行や履行期未到来の抗弁を留保しつつ認諾をすることについては、ドイツの通説ではここでも認諾

なわれた場合にはその限度で訴訟が終了し下級審判決が当然に失効する、とされる⁽⁷⁷⁾。特に一部放棄（請求の減縮）の場合において、残余部分について原判決を変更すべき理由がないとき、上訴棄却の判決をすることになるが、その後確定すると、強制執行で実現されるべき給付内容が表現されていない下級審判決が債務名義となってしまう。この場合、執行分付与の段階で調整（書記官が原判決と放棄（認諾）調書を対照して、失効した部分につき執行文を付与する）すべきか、上訴審自ら原判決を変更する形で内容を明示すべきかについて争いがある⁽⁷⁸⁾。訴えの一部取下げにおいても同じ問題は生じうるが、この場合、執行段階における被控訴人側の不利益を避けるために、判決主文を変更するのが多くの実務慣行とされる⁽⁷⁹⁾。債務名義を明確化するのには受訴裁判所の職責でもあると考えられるので、放棄・認諾の場合にも上訴審自ら主文を変更する実務慣行に賛成する。

(3) さらに放棄・認諾による原判決の当然失効論による弊害として、例えば原判決の仮執行宣言に基づき自己の財産につき差押登記をされた被告が、直ちに控訴して当該財産を第三者に譲渡後に控訴審で請求認諾をすることにより、既存の差押登記を債務名義の失効により抹消せしめ、財産の移転により認諾調書による差押えも不可能ならしめるといった、原審敗訴当事者による濫用的認諾の恐れも、併せて指摘されている⁽⁸⁰⁾。

この点、原判決の「当然」失効を疑問視し、あたかも（原審敗訴当事者の上訴審での放棄・認諾では「上訴棄却」の主文となるという前提で）放棄・認諾判決が言い渡されて確定したかのような効果を生ずるとみると説く学説がある⁽⁸¹⁾。が、こ

判決をすることが認められているが、我が国では否定されるのが一般である（兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』705頁〔竹下〕）。条件の成否が原告自身の行為にかからしめられているときは、原告の地位の不安定は等閑視できようが、一般には条件設定そのものへの原告の手続的利益保護のために（認諾では原告の同意は要件ではないし、判決でないため上訴で争うこともできない）、やはり放棄・認諾での条件付けは許されないものと解する。ただし、訴訟費用の負担についての認諾の有無は別論である（岩松＝兼子編・前掲注（2）170頁）。

(77) 菊井＝村松・前掲注（6）『全訂民訴 [I]』1336頁、裁判所書記官研修所監・前掲注（8）199頁、鈴木＝青山編・前掲注（16）『注釈民訴（4）』501頁以下〔山本（和）〕参照。判例は、放棄の事案として、大判昭12・12・24民集16巻2045頁、大判昭14・4・7民集18巻319頁、「請求の減縮」事案として最判昭24・11・8民集3巻11号495頁（一審判決を維持し単に控訴棄却とする）がある。

(78) 斎藤ほか編・前掲注（14）『注解民訴 [第2版]（5）』205頁以下〔斎藤＝渡部＝小室〕参照。

(79) 菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法 [III] 第2版（全訂版）』（日本評論社、1986）146頁以下、伊藤・前掲注（8）635頁参照。判例として、最判昭45・12・4判時618号35頁。

(80) 戸根・前掲注（74）286頁以下に詳しい。

(81) 戸根・前掲注（74）285頁以下（もっとも、現行法の解釈論としては苦しいことは自認

こでの濫用的認諾は、現行法上の無理のない解釈としては、認定に困難を伴っているものではあっても、権利濫用による認諾無効を考えるのが素直であるようにみえる⁽⁸²⁾。ドイツ法においては、敗訴当事者による上訴審での放棄・認諾で「上訴棄却」という主文になるので⁽⁸³⁾、原判決の当然失効とはならないが、我が国の認諾（放棄）調書制度で同じ解釈は難しいとも思われるからである。というのも、民訴法267条にいう「確定判決と同一の効力」が調書の記載において発生しているとみられ、控訴棄却判決の場合のように原判決のほうが確定するわけではないためである⁽⁸⁴⁾。

ここで、「当事者が放棄・認諾をしている限度で国家に対する権利保護要求は無意義に帰し、申立てがなかったものとみられるのが当然であるから、原判決は当然失効する」ということが原判決当然失効論の根拠⁽⁸⁵⁾であるなら、訴えの取下げと異なり訴訟係属が遡及的に失われるわけではないのであるから、放棄・認諾の限度ではあっても申立てを当初に遡って無かったものとする、というまでの必要性が疑われることは確かである。認諾・放棄の内容が原判決の結論と矛盾する範囲でのみ、原判決が失効する⁽⁸⁶⁾と考えるならば、放棄・認諾調書の「確定判決と同一の効力」の範囲を画定する際、原告の本案の申立てを併せて解釈することになるが、そこでは、認諾・放棄の内容は原判決の結論と矛盾する限りで原

されており、放棄・認諾判決を復活させる立法措置が望ましいとする)。

(82) 考えられる諸方策については、前掲戸根論文のほか、鈴木=青山編・前掲注(16)『注釈民訴(4)』502頁以下[山本(和)]参照。

(83) 戸根・前掲注(74) 288頁。なおミュンヘンのドイツ人弁護士に確かめたところ、現在でも同様であった。

(84) ただし、ドイツでの放棄判決・認諾判決制度においても、裁判所側が行なうことは、判決書以外は我が国の放棄認諾の場合と変わりなく、実体審査は排除され、訴訟要件を審査し、調書に記載(ZPO 160条3項1号・162条)する。その判決すらも裁判所労働力節減のために簡易な形式がとられ、放棄判決・認諾判決と表示した上で、事実と理由の記載は不要であり(外国で承認を求めたりすることが予定される場合は例外)、一件書類にある訴状の正本ないし謄本(および添付書類)への記載を以て本来の形式の判決に代えることができる(ZPO 313b条)。認諾(放棄)判決の解釈は、専ら訴状、とりわけ請求の趣旨と認諾の陳述内容に従ってなされる(Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 13), S. 795.)。原審での敗訴当事者により上訴審で放棄・認諾がなされた場合でも同じである(ZPO 313b条は、現在では同540条2項で控訴判決においても準用される)。結果、日本法で調書記載しかなされない場合と、現行ドイツ法での上訴審での認諾・放棄の結果(文書に表象された状態)は、主文以外にさして実質的な差はない(その「主文」も、原告の申立て認容の際には主文で訴状を引用する。ZPO 313b条2項4文)。

(85) 木川・前掲注(2) 816頁。

(86) 斎藤ほか編・前掲注(14)『注解民訴[第2版](5)』205頁[斎藤=渡部=小室]。

判決の上にいわば「上書き」されて、確定判決と同一の効力を有するに至ると読み込む余地もあるように思う⁽⁸⁷⁾。執行の面でも、上記の「一部放棄」の場合に、調書と原判決を対照して債務名義を明確化する作業と大差はないであろう。いうまでもなく仮執行宣言は、その宣言または本案判決を変更する判決の言渡しによりその限度で効力を失うものであるから（民訴260条）、訴えの取下げと異なり訴訟係属が遡及的に消滅するわけではない認諾で、原判決が全面的に失効したとみて、原判決と同じ給付内容を表現している調書にもかかわらず「本案判決に変更があった」と解さなければならぬとすればやはり不合理であり、法律家の理屈倒れの感は否めない。

3 一方的意思表示としての放棄・認諾

被告の請求棄却の申立てがない場合に放棄を認めると、既判力を肯定する立場では、既判力の双面性から、例えば賃借権不存在確認訴訟を提起して被告が請求棄却の申立てをする前に請求放棄をすることで後の賃料請求訴訟で被告の「目的物件を賃借していない」との抗弁を未然に防げることになっておかしい、という指摘がある。請求の放棄・認諾が、大正15年改正で放棄判決・認諾判決制度を当事者の一方的な意思表示によるものとしたことから生じうる問題なので、現行法の解釈としては無理としながらも相手方の同意を要件とするか、放棄・認諾判決制度を復活させる立法が望ましいというものである⁽⁸⁸⁾。すなわち、この点、ドイツ法や大正15年改正前の我が国の旧民訴法における放棄判決・認諾判決のもとでは、放棄・認諾の陳述に加えて、相手方の放棄判決・認諾判決を求める訴訟上の申立てが要件とされていたために、こうした問題は起きなかった、というのであるが、その理解の前提には、些か誤認があるように思う。

すなわち、ドイツ民訴法（ZPO）306条は、本案の申立て（Sachantrag）の形で、被告の請求棄却の申立てをしていることを放棄判決の要件としているのであって、法文上特別に訴訟上の申立ては要求されていない。この放棄判決の要件における「請求棄却を求める申立て」が、本案の申立てか訴訟上の申立てかについ

(87) 場面は異なるが、請求の一部放棄（一部減縮）で、原判決の一部が取り消されてその部分の請求が棄却された場合に、1審と控訴審双方の判決が債務名義になる、という従来の通説とされる見解（菊井＝村松・前掲注（79）『全訂民訴 [III]』147頁参照）も、一種の「上書き」論に等しいのではないと思われる。なお、古くは、調書が上訴審の確定判決に代わるにすぎないとする見解もあり（木川・前掲注（2）816頁を参照）、その見解でも、ここでの認諾で仮執行宣言の付された本案判決に「変更があった」とは見られないことになる。

(88) 戸根・前掲注（74）277頁以下。

ては争いもあるところであったが、ドイツ民訴法の2001年改正では、認諾 (ZPO 307条) について、認諾判決を求める訴訟上の申立ての要件 (「申立てにより (auf Antrag)」) が削除されたことで、また306条の法文を変更しなかった理由から本本案の申立てであることが確認されることとなった。すなわち、改正理由書によれば、認諾については、それまで判例・学説上⁽⁸⁹⁾、原告が本案の申立てをしていればさらに特別な訴訟上の申立てをしなくても認諾判決を下してよい、とされてきたが、それを追認するかたちでの法改正であり、放棄については、法文がすでに本案の申立ての形で棄却を申し立てることを要求しているので、訴訟上の申立て要件を削除するということはそもそも不要である、というのである⁽⁹⁰⁾。したがって、認諾においても放棄においても、当該本案判決を得るための、「訴訟上の申立て」としての「認諾判決・放棄判決を求める申立て」は不要であるが、認諾については原告が請求認容を求める申立て、放棄については被告が請求棄却の申立て (本案の申立て) をしていることが前提となっている⁽⁹¹⁾。事柄は、放棄・認諾「判決」制度を採るか否かの問題ではないことはもはや明らかである。

ただ本案の申立て (反対申立て) としての被告の請求棄却の申立てが必要的とはみなされないため、仮に我が国において、放棄について請求棄却の申立てがあることを要件としないならば、前記の批判は至当なものである。しかしながら、請求放棄の申立てがあるまでは請求の放棄は認められないとする考え方⁽⁹²⁾は、

(89) 2002年1月1日以前のドイツ民訴法における認諾において、原告が本案の申立てをしているならば、原告の特別な訴訟上の申立てでは必要とせずに認諾判決を下す、とする判例 (BGH Urt. vom 8. 10. 1953, BGHZ 10, 333. なお同判決の判旨が放棄にも妥当すると判示するのが BGH Urt. vom 21. 12. 1967, BGHZ 49, 213)・学説は、この場合「当事者は争訟的判決を言い渡されるべき権利保護の利益を欠く」ということをその理由としていた (vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 84)。

(90) Vgl. BT-Drucks. 14/4722 S. 84.; Zöller, aaO. (Fn. 22), S. 880 [Vollkommer].

(91) したがって戸根・前掲注 (74) 282頁の Pagenstecher 批判は、当を得ないものと思われる。

(92) 木川・前掲注 (2) 814頁、斎藤ほか編・前掲注 (14)『注解民訴 [第2版] (5)』202頁 [斎藤=渡部=小室]、兼子ほか・前掲注 (10)『条解民訴』710頁 [竹下]、新堂・前掲注 (8)『新民事訴訟法』319頁。関連して、放棄と認諾が競合した場合、認諾が優先する、とされるが (反対、菊井=村松・前掲注 (6)『全訂民訴 [I]』1340頁)、請求認容の申立てとその反対申立ては等価であるから、単に先に放棄なり認諾なりがなされている方を訴訟終了行為として優先することを原則 (結論同旨、伊藤・前掲注 (8) 399頁) とすればよい。ここでは、被告が請求棄却申立てをする前に原告の請求を争わず認諾を行なえば、そのあとで原告が放棄をしても認諾が基本的に優先することになる。

古くは上述のような既判力の盗用を防ぐ目的を持っていたが⁽⁹³⁾、当事者の「自律的」紛争解決行為であるという制度観を前提とすれば、むしろ当然に導かれる帰結と言えるものではなからうか。認諾では、訴訟がそもそも原告の権利主張の当否を判断するものであるために、被告の認諾の意思表示がなされれば、当事者間の訴訟終了への意思は合致する。当事者間の「自律的」紛争解決を説く際に問題となるのは、やはり請求放棄の場面であり、相手方からの請求棄却の申立てのないまま原告が一方的に「放棄」の陳述をしても、その意思表示は、「請求の当否について無条件に相手方の主張を認める」意思表示ではないのであって、単に独りよがりに「請求に理由がないことを自認する」だけのものとなる。しかし、放棄・認諾における請求の当否についての審判排除効が、当事者「間」の訴訟終了に向けた「自律的な」意思を尊重し当事者支配を認めることに由来する、と考えるならば、放棄・認諾行為そのものが一方的意思表示で足りると制度設計されたのは、ドイツ法の最近の展開をみても窺えるとおおり、最低限すでに本案の申立て（および反対申立て）が先行するという前提においてであった、という理解が可能であろう⁽⁹⁴⁾。

4 放棄・認諾の要件論

(1) 訴訟要件の具備・審査

放棄・認諾が訴訟行為であるとして、一つの訴訟制度たる認諾・放棄固有の訴訟要件（有効要件＝当事者の実在、訴訟能力、権利保護の資格等。また特に民訴32・55条の関係で訴訟代理人について訴訟代理権のあること）が必要とされることは争いが無いが、それ以上に、「判決代用物」として本案判決に必要な訴訟要件すべてを

(93) それゆえに伊藤・前掲注（8）399頁は、訴訟上の信義則で既判力の援用を否定すれば足りる、として「請求棄却申立て」を不要とする。菊井＝村松・前掲注（6）『全訂民訴Ⅰ』1337頁もまた、理由は明らかでないが「請求棄却申立て」を不要とする。

(94) もちろんここでの「自律」なるものは、個々の認諾・放棄行為に対する逐次的な同意を意味しないのであり、その限りでは限界がある（本稿が意識的に「当事者のイニシアチヴによる」訴訟の終了という記述も若干試みた所以である）。しかし、私的自治による解決の、手続への反映である処分権主義においても、「相手方の主張」ならば一方的に認めても相手方の手続的利益を害さない、という程度の「法政策的判断」を含めて、当事者「相互」の意思による規律が前提されているものと考えられる。その限りで、両当事者間における「自律」的、という言葉を放棄・認諾にも用いておく。

なお最近、訴訟上の信義則によって、請求認諾され強制執行までいったん行なわれた訴訟が不適法却下になった興味深い事例がある。すなわち、被告会社の元支配人が原告に指示して訴状作成・送達を元支配人宛に行ない、被告会社の関与を排除したまま第1回口頭弁論期日に請求認諾して債務名義を取得、債権差押えの強制執行がなされたが、その後被告会社の

要求する⁽⁹⁵⁾かどうかについては議論がある。古くより、訴訟要件を欠いた不適法が補正されない限り口頭弁論を経ずに訴えを却下しうる以上、訴えがたまたま口頭弁論を経て放棄・認諾に至ったからといって放棄・認諾を許すのは公平を失うとして、訴えの適法要件を要求する見解⁽⁹⁶⁾があり、他方、本案判決と異なり、当事者の意思に基づく自主的紛争解決であるから抗弁事項のような被告の利益保護を目的とする訴訟要件や、訴えの利益や当事者適格のように当該訴訟による紛争解決の実効性確保のための訴訟要件は具備を要しないとする有力説⁽⁹⁷⁾がある。「判決代用物」論の当否はともかく、当事者間で真に自律的に紛争解決を目指している場合に、実体関係につき公権的判断がなされるために必要とされる訴訟要件について、放棄・認諾で実体関係につき判断を排除される裁判所が割って入り、当該訴訟要件を欠くからと訴えを却下する判決を下すことには、必要性も見いだされないし、論理的でも効率的でもない。

(2) 訴訟物たる権利関係の自由処分可能性

請求の放棄・認諾は、私人間の利益紛争を訴訟上でもできる限り自主的・自律的紛争に委ねようというものであるから、その係争利益が当事者の自由な処分を許すものであることが前提とされることには、ほぼ争いはない。第三者に不利益を及ぼすなど、自由な処分が許されない係争利益についての「放棄」「認諾」の陳述は、たんに終局判決の判断材料の一つとなるにすぎない（したがって必要的共同訴訟における共同訴訟人の一部の「放棄」・「認諾」は弁論の全趣旨として勘案されるにすぎない⁽⁹⁸⁾）。この点まず問題とされるのは人事訴訟である。

婚姻・養子縁組の維持のために片面的職権探知主義（人訴14条・26条）が採られ、認諾が明文で排除（人訴10条1項後段・26条）されていることから、当事者の処分権は制限されていると一般に考えられ、ただこれらの身分関係を維持するこ

請求異議の訴えが認容・確定されたため、原告の期日指定申立てを受けて、信義則違反（訴権の濫用）として本訴が不適法却下になった裁判例である（東京地判平13・3・27判タ1071号248頁）。ここではそもそも、真の当事者間に訴訟（終了）への意思の合致はない。

(95) 本案判決と同様の解決をもたらすことを理由にすべての訴訟要件を要求するのが通説・判例（確認の利益につき、最判昭28・10・15民集7巻10号1083頁、最判昭30・9・30民集9巻10号1491頁）である。

(96) 加藤・前掲注（10）『民事訴訟法要論』309頁。

(97) ニュアンスの差はあるが、新堂・前掲注（8）『新民事訴訟法』317頁以下、兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』708頁〔竹下〕、小山昇ほか編『演習民事訴訟法（下）』（青林書院新社、1973）17頁以下〔鈴木重勝〕。河野・前掲注（8）『当事者行為の法的構造』227頁以下等。

(98) 独立当事者参加の場合の一当事者による「放棄」「認諾」でも同じである。鈴木＝青山編・前掲注（16）『注釈民訴（4）』498頁〔山本（和）〕。

とになる「放棄」は許される⁽⁹⁹⁾とされる。婚姻維持がキリスト教的婚姻観に由来しており⁽¹⁰⁰⁾我が国でそのまま通用させるのが妥当かには疑問もあり、協議離婚・離縁が認められていることから法が認諾を否定していることを疑問視する見解⁽¹⁰¹⁾も少なくないが、身分訴訟では既判力が第三者に拡張されることから、そのような第三者における不可争効の発生を当事者意思に委ねることは疑問として（協議離婚では事後的に効力を争える）、認諾をやはり否定する見解⁽¹⁰²⁾も登場している。問題は、やはり相手方の逐次的な同意を得ずに一方的に離婚請求の放棄が可能である点にある。被告の請求棄却の申立て（訴訟開始時点での放棄への一種の同意）を前提にするにしても、婚姻関係のもつれは訴訟の迫行によっても深刻化しうる⁽¹⁰³⁾ものであること（相手方からの離婚請求が再度可能だとはいえ、この種の事件では再訴に対する心理的抵抗・経済的負担の問題は残る）からすると、また、少なくとも予備的に（離婚請求認容を条件とした）相手方から財産分与の申立てがなされている場合には、本訴請求の放棄によるその失効が意図される場合（特に下級審で相手方の財産分与請求が認容されてから控訴して放棄するような場合）もありうることからすると、いったん訴えが提起されたら訴訟による解決を原告（相手

(99) 最判平6・2・10民集48巻2号388頁。永井博史「人事訴訟における請求の放棄の許容性」近法42巻1号（1994）25頁以下参照。

なお離婚取消または離縁取消しの訴えの場合には放棄によって当該関係の解消状態が維持されることになるために放棄が許されないと多数説は解している（なお実体的真実発見が強く要請され双面的職権探知主義を採る親子関係事件（人訴31条2項）では、すべての場合に請求放棄が許されない、とされるのが一般的である）。山木戸克己『人事訴訟手続法』（有斐閣、1958）124頁、中野ほか編・前掲注（8）『民事訴訟法講義〔第三版〕』391頁〔松浦、伊藤・前掲注（8）397頁等参照。近時では、同様の趣旨から婚姻無効確認訴訟での不起訴合意および請求放棄を認めた裁判例もある（仙台高判平5・7・29判時1514号90頁。反対の見解として、兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』710頁〔竹下〕、鈴木＝青山編・前掲注（16）『注釈民訴（4）』505頁〔山本（和）〕〕。

(100) 斎藤ほか編・前掲注（14）『注解民訴〔第2版〕（5）』211頁〔斎藤＝渡部＝小室〕。また離婚法において最高裁も法制審の議論も破綻主義化を強めてきていることを理由に、婚姻継続のために請求の放棄を認める、という論理を疑問視するものとして、野田愛子「離婚請求訴訟における請求の放棄の許否」（最判平6・2・10（前掲注（99））の判批）私法判例リマックス1995（下）93頁以下。

(101) 三ヶ月章『民事訴訟法〔法律学全集〕』（有斐閣、1959）156頁、兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』708頁〔竹下〕、伊藤・前掲注（8）397頁。なお「当事者双方は協議離婚の届け出することに同意する」という形で事実上、調停・和解は行なわれている。

(102) 鈴木＝青山編・前掲注（16）『注釈民訴（4）』499頁〔山本（和）〕。

(103) 再訴禁止効の問題についてはあるが、新堂・前掲注（8）『新民事訴訟法』312頁、「継続の身分関係は、起訴に至らしめる状況が時とともに微妙に変化するのが通常」と指摘している。起訴に至らしめる状況のみならず訴訟進行中にも両当事者の状況は変化しうる。

方にはすでに認諾が許されない)に押しつけても不当ではない場面も考えられる。ここでの「公益」が、カトリシズムの婚姻維持観ではなく、破綻主義を前提に財産の面で相手方配偶者(とくに妻)の保護の要請を主として含むものに容許しているとすれば、それは当事者の同意の有無にかかわらずパターンリスティックに強制されるものではなく、可能ならば保護の対象者の逐次的な同意にかからしめるべきことは十分に理由がある、と考えられる(現状ではそうした枠組みをもたない以上、離婚法規範の要請する保護の対象者に有利に、離婚請求の放棄は一律に許されない方向で考えることになろう)。また離婚請求の放棄を認めなくても訴訟維持の押しつけを嫌う原告には訴えの取下げが可能であり(後述四3(1)参照)、そこでは相手方の同意も要件に含まれてくるし、再訴禁止も人事訴訟では効力を生じないと解されるから、我が国では離婚請求の放棄は、認諾と共に認められないものと解して良いのではなからうか⁽¹⁰⁴⁾。

同様に形成訴訟で判決効が第三者に拡張される、会社関係訴訟⁽¹⁰⁵⁾や行政事件訴訟でもまた、係争利益が当該当事者の自由な処分権に属しないとみられる認諾は認められていない。会社関係訴訟では、既判力が第三者に拡張されるのは請求認容判決のみで、身分関係の判決の対世効と異なり、棄却判決は対世効を持たない⁽¹⁰⁶⁾ので、係争利益が当該当事者の自由な処分権に属すると解される限りで放棄は許されるものと解される⁽¹⁰⁷⁾。また行政事件訴訟では、処分または裁決の無

(104) 野田・前掲注(100)96頁の結論に賛成する。

(105) 会社の合併無効や設立無効および設立取消し訴訟(商104条・109条・136条・141条・142条)、株主総会決議の取消しや不存在・無効確認訴訟(商247条・252条)、新株発行無効訴訟(商280条ノ15・同16、なお新株発行不存在確認訴訟も本条に準じる。最判平9・1・28民集51巻1号40頁参照)、株式会社解散請求訴訟(商406条ノ2。鳥取地判昭42・4・25判タ218号219頁)などが例として挙げられる。裁判所の全く介入できないところで当事者の恣意により原告の勝訴確定判決と同一の効力が生じれば、訴えの方法によらしめた立法趣旨を潜脱し、対世効によって拘束される第三者にも不利益を及ぼす恐れがあるためである(斎藤ほか編・前掲注(14)『注解民訴[第2版](5)』199頁[斎藤=渡部=小室])。これに対し、伊藤・前掲注(8)398頁は、第三者利益保護の手段確保を前提としつつ、認諾も認める。

(106) 中野ほか編・前掲注(8)『新民事訴訟法講義』416頁[伊藤眞]。

(107) 斎藤ほか編・前掲注(14)『注解民訴[第2版](5)』200頁[斎藤=渡部=小室]。株主代表訴訟のように、会社の権利実現の性格をもつ訴訟の場合、提訴株主が会社の権利の処分に自由な処分権を有するとはいえないので、放棄や和解は許されないと解されていた(伊藤・前掲注(8)398頁参照。なお、代位訴訟での代位債権者の放棄も同様に解される)。しかし、2001年末の商法改正により、和解を認めることを前提とした手続が明文で認められることになった。これによると、提訴株主の会社に対する訴訟告知義務(商268条3項)と、会社による株主代表訴訟の提起に関する公告ないし株主に対する通知義務がある(同4項)ため、他の株主にも訴訟参加を促す最低限の手続保障ができており、また、詐害再審の規定

効確認訴訟の判決の効力は、行訴法32条1項の準用が排除されているが（行訴38条）、取消判決の効力と同様に第三者にも画一的に及ぶというのが判例⁽¹⁰⁸⁾である。行訴法では、職権探知主義の範囲も部分的（職権証拠調べ。行訴24条・38条）といえ、当事者から処分権が完全に奪われたものと解する必要もなく、行政庁の処分または裁決の取消・無効訴訟では、会社関係訴訟同様、請求の放棄が原告の形成権不存在確認と同じ結果になる限りでは、放棄を認めて差し支えない（実際になされることがあるかはともかく）ものと思われる⁽¹⁰⁹⁾。

つぎに、法の知らないもの（物権法定主義に反する等）、公序良俗違反、不法原因、強行法規違反の権利関係を対象とする放棄・認諾の成立についても、争いがある。裁判所の実体審理の全面的排除を理由に、請求自体の存在は許される（原因事実が法律上「請求権」の発生を許さないにすぎない）として、不法原因給付や強行法規違反のケースについて積極説に立つ少数説もあるが⁽¹¹⁰⁾、これら権利の裁判上の行使と強制的実現に国家が手を貸し、最終的秩序として確立させるのは、法秩序の基本に反し、司法として望ましくない。訴訟上で認諾をすれば実体法上の性格が洗い流されて公序良俗違反も問われないという特性を認諾に与えるのはやはり行き過ぎである⁽¹¹¹⁾。消極説に立つ多数説⁽¹¹²⁾に賛成する。訴状の記載に

（商268条ノ3）も明定されている。詐欺再審に準じて和解（ひいては放棄の）無効確認訴訟まで認められるのであれば、第三者保護としては充分であるとも考えられ、提訴株主の処分権の枠内に属するとして放棄も許されるものと解されよう。なお後述（四3（1））参照。

(108) 最判昭42・3・14民集21巻2号312頁。もっとも行訴法32条の趣旨は、原告に対する関係で処分が取り消された効果を第三者も争えなくなるということとどまり、当該行政庁の行為がすべての人に対する関係でも取り消されたことを意味するわけではなく（東京地決昭40・4・22行例集16巻4号708頁）、処分・裁決取消訴訟の請求棄却判決の効力も形成要件たる違法性の不存在の確定にとどまる。なお、抗告訴訟で被告たる行政庁に処分の撤回権限がある限りで認諾を認める見解も有力である。兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』709頁〔竹下〕、小山ほか編・前掲注（97）21頁以下〔鈴木（重）〕。また当事者訴訟や住民訴訟でも、当事者の処分権が認められる限りで認諾が許されるという見解が民訴法学者では根強い。園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』（有斐閣、1989）127頁〔春日偉知郎〕、鈴木＝青山編・前掲注（16）『注釈民訴（4）』499頁〔山本（和）〕参照。

(109) なお積極説として園部編・前掲注（108）127頁〔春日〕、消極説として南博方編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、1987）234頁〔大島崇志〕参照。

(110) 古く兼子一『新修民事訴訟法体系』（酒井書店、1956）300頁、中田淳一『民事訴訟法講義 上』（有信堂、1954）154頁、近時では小山昇『民事訴訟法〔五訂版〕』（青林書院、1989）438頁。

(111) なお谷口安平『口述民事訴訟法』（成文堂、1987）464頁参照。

(112) 兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』707頁〔竹下〕、斎藤ほか編・前掲注（14）『注解民訴〔第2版〕（5）』200頁〔斎藤＝渡部＝小室〕200頁、鈴木＝青山編・前掲注（16）『注釈民訴（4）』499頁〔山本（和）〕等参照。

貸金であっても賭博金であることが判明すれば、裁判所は認諾の調書記載を命じるべきではないし、わからないまま調書が作成されても請求異議によって争うことができる。なお、主張自体理由がなく失当である請求についての認諾も、これを否定した判例（大判昭9・11・17民集13巻2291頁）があるが、訴訟物たる権利関係のための要件事実の主張が欠けても、訴訟物に対する判断だけで認諾の許否は決められるため、認諾は許されると解される⁽¹¹³⁾。

5 書面による請求の放棄・認諾（民訴266条2項）

平成改正前の旧法下では、請求の認諾・放棄をする旨の書面を提出した当事者が口頭弁論期日に出頭しない場合の取り扱いについて、陳述擬制（旧民訴138条、現行民訴158条）を媒介に、認諾・放棄を成立させることができるか、という議論があった⁽¹¹⁴⁾。当事者がかかる書面を提出するとき、あえて期日に出頭して権利主張をするということにはならないので、その意思が確実であるならば、口頭主義を貫かずとも放棄・認諾の陳述のためだけに出席する手間を省くメリットを認め、訴訟終了効を認めるということで、積極説を採り立法的な解決を図ったのが民訴法266条2項である⁽¹¹⁵⁾。書面から放棄や認諾の意思が一義的に明らかでない場面があるために、当然に「みなす」擬制ではなく、受訴裁判所（ないし受命裁判官・受託裁判官）の判断（当事者の真意の認定・確認）を挟んで、請求の放棄または認諾の陳述があったものとみなすことが「できる」とされたが⁽¹¹⁶⁾、当事者の真意に基づいていることが自律的な紛争の決着の前提であるから、書面に記載された当事者の意思を十分に酌み取る確認作業は不可欠である。意思に疑問があれば、擬制認諾（放棄）の成立を認めず、擬制自白（民訴159条）によるいわゆる欠席判決をしたほうが妥当な場合もあろうし、期日の続行も考慮されねばならない⁽¹¹⁷⁾。なお、民訴法266条1項で、口頭弁論期日・弁論準備手続期日に加え、和解期日でも放棄・認諾が可能であることが明定されており（なお放棄・認諾の口頭での陳述は、民訴規則95条2項により進行協議期日でも可能だが、書面による擬制

(113) 伊藤・前掲注（8）398頁。

(114) 従前は、期日での口頭での陳述を調書に記載するというのが法定の方式であり、また陳述擬制は事実主張レベルの問題として機能するという立場から、書面による擬制を消極に解するのが多数説（斎藤ほか編・前掲注（14）『注解民訴〔第2版〕（5）』203頁〔斎藤＝渡部＝小室〕参照）であり、また実務であったようである。裁判所書記官研修所監・前掲注（8）199頁。

(115) 法務省民事局参事官室編・前掲注（1）『一問一答』313頁以下。

(116) 竹下ほか編・前掲注（1）『研究会』361頁以下。

(117) 裁判所書記官研修所監・前掲注（8）199頁では、期日前準備（民訴規61条、民訴149条1項）による対応で進行の円滑を確保すべき旨も説かれる。

は同期日には含まれない⁽¹¹⁸⁾）、第1回期日でなくとも⁽¹¹⁹⁾、この書面による擬制は可能である。

認諾・放棄書面を提出した当事者だけでなく相手方も欠席した、当事者双方不出頭の場合に、放棄・認諾書面を陳述擬制できるかについては、本項の趣旨は相手方の出頭の有無にかかわらないうえ（もともと相手方不出頭でも、裁判所に対する一方的意思表示である放棄・認諾の陳述は可能）、当該期日では陳述擬制以上の訴訟行為はなされないことから、積極説⁽¹²⁰⁾に賛成する。

四 訴えの取下げに関する諸問題

1 訴えの取下げに至る諸相

訴えの取下げは、審判要求の撤回であって、訴えそのものが初めから係属しなかったことになる（民訴262条1項）から、請求の放棄・認諾と異なり、当事者が自由に処分できない権利についての訴えの取下げも本来的には禁じられるところではない⁽¹²¹⁾。訴えの取下げは、勝訴の見込みが変わったり、証拠調べをしてみたら見込み薄になったり、勝訴しても被告の資力が低く執行しても労力損・費用倒れになることがわかったり⁽¹²²⁾、あるいは裁判外で被告の任意弁済があったり、また和解や調停⁽¹²³⁾、示談が調ったり、といった諸事情を背景に⁽¹²⁴⁾、前述したように統計上少なくない数で利用されている。費用上のメリットとしては、我が国では、最初にすべき口頭弁論の期日終了前であれば、手数料が約半額になる（民訴費9条3項1号）。第2回期日以降の取下げでは、実際の利用はともかく法

(118) 訴訟資料的なものの提出が予定されていない進行協議期日の性格から、このようになった。最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』（司法協会、1997）216頁。

(119) もっとも原告の請求の定立が前提であるから、最初の口頭弁論期日で訴状が陳述された後で、認諾は可能である。伊藤・前掲注（8）399頁参照。放棄についても、本稿の立場は請求棄却の申立てを前提とするので、被告によるこの申立てがなされた後に可能ということになる。

(120) 裁判所書記官研修所監・前掲注（8）199頁。

(121) 菊井＝村松・前掲注（10）『全訂民訴 [II]』214頁参照。実体法上、第三者に効力を及ぼしうる場合は別論である。

(122) *Arens/Lüke*, aaO. (Fn. 13), S. 177.

(123) 職権による付調停（家審19条1項。同18条2項の場合にも類推してよいと解される。斎藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判法 [改訂]』（青林書院、1992）720頁 [石田敏明]）の場合は、調停の成立および家審法23・24条の審判の確定により訴え取下げが擬制されるが、その他の場合は調停成立を理由とした訴えの取下げが必要と解される（山木戸克己＝小山昇『人事訴訟手続法 家事審判法 調停法・仲裁法』（有斐閣、1958）135頁）。

(124) なお、新堂＝福永編・前掲注（5）『注釈民訴（5）』316頁 [梅本] 参照。

文上は、費用の分担の可能性がある（民訴73条2項）にとどまる。取下げのできる期間としては、「訴え」の取下げであることからすると、原則として訴え提起後、ということになる。訴状の送達前に、訴えの誘因となった事情が消滅して「取下げ」をした場合、被告にいわゆる訴訟費用につながるコストは生じていないが、被告の未払い等の事情によって訴え提起を余儀なくされていた原告に生じた費用の問題や、被告に訴状が到達していない間の裁判所の取扱い、一応理論的な問題たりうる。ドイツでは、裁判長が送達と期日指定の放棄という訴訟行為が否かを明らかにすべきだとする見解もある⁽¹²⁵⁾。訴訟係属が生じていないのに訴訟係属の消滅というのも一見おかしいようにもみえるが、法文は「初めから係属していなかったものとみなす」と言っているにすぎず、我が国では、この場合をも訴え取下げと解するのが一般的である⁽¹²⁶⁾。

ともあれ、訴えの取下げは、平成改正後、口頭弁論期日・弁論準備手続期日に加え和解期日（「口頭弁論等の期日」）においてなされることになった（民訴261条3項ただし書はそれを前提としその趣旨を明示した規定⁽¹²⁷⁾）が、目立つのは、取下げ

(125) Zöller, aaO. (Fn. 22), S. 777 [Greger]. 我が国でも、実質的には「訴状を取り戻す」との意思表示、と解している見解はある（菊井＝村松・前掲注（10）『全訂民訴 II』222頁、兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』876頁 [竹下]。特に、新堂＝福永編・前掲注（5）『注釈民訴（5）』333頁 [梅本] は、明確に「訴状の取戻請求と解すべき」とする）。いずれにしても、取下げ書面の副本はおろか訴状も送達の必要はなくなる。

(126) 菊井＝村松・前掲注（10）『全訂民訴 II』218頁、小室＝賀集編・前掲注（5）『基本法コンメ 新民事訴訟法 2』260頁 [松本]。裁判例としては、名古屋地決昭36・2・15下民12巻2号291頁。旧法下でも、訴状送達前では「取下ノ書面」を相手方に送達する必要はないとされていた（旧民訴236条3項）。訴えの取下げの効果にいわゆる訴えの「初めから」の係属不発生を *Anhängigkeit*（訴え提起・訴状提出の段階）の不発生を含むものと解し、*Rechts-hängigkeit* は生じていないが、訴えの取下げによって *Anhängigkeit* が遡及的に消滅したと考えれば足りる。

ドイツでも2001年改正で、訴訟係属前の取下げをも包含しうる（精確には「訴訟係属前に訴え提起の契機が消滅し遅滞なく訴えを取り下げた場合」）費用分担裁定の規定を新設して、常に原告の費用負担となるのを避けられるようにした（ZPO 269条3項3文）。ドイツでは、訴えの取下げに再訴禁止効がなく専ら費用の問題となるのであるが、実体法上の費用償還請求権を、新たな訴訟手続を必要とせず解決してしまうという改正である（BT-Drucks. 14/4722, S. 81）。我が国では、訴え取下げは敗訴者（民訴61条）と同視されるものの民訴法62条により不必要な行為分を被告の負担とすることができる（兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』882頁 [竹下] 参照）。ただ実際には、民訴法73条の申立てそのものがほとんど行なわれないこともあって、どんなに訴え提起の原因を、また送達前の訴え取下げの原因を、被告が作出しようと、費用は表向きには原告が負担するのが通例である。

(127) 当事者の便宜の考慮と裁判所・裁判官の面前で行なうのは他の期日と変わらないとして、和解期日においても取下げが可能とされた。法務省民事局参事官室編・前掲注（1）

書面の送達の場合と取下げへの同意擬制の場合における、手続の簡易迅速化である。

2 訴えの取下げの書面送達の簡素化と同意擬制期間の短縮

民訴法261条4項は、訴えの取下げ書面（ないし期日に口頭での取下げがあった場合には当該期日調書の謄本）の相手方への送達を、常に行なうのではなく、相手方の同意を要する場合（民訴261条2項本文）にのみ行なうものとした（この場合、民訴規則162条2項により相手方へは書記官の通知のみがいく。なおまた同規則4条の適用がある）。相手方の同意を要せず取下げの効力が発生する場面では、送達によってもはや訴訟法上の効果はなんら生じないため手続費用の節約からこうなったものである。ドイツ民訴法の2001年改正でも、ZPO 269条2項3文で、「取下げの書面は、被告の同意が取下げの有効性に必要なときは、被告に送達しなければならない」ということで、原則不送達に変更された。我が民訴法は、母法にわずかに先んじての改正だったわけであるが、同じく日独で相次いで新しく規定された、一定期間経過後の同意擬制のやり方には、興味深い差異がある。

すなわち、訴えの取下げに対して相手方が異議を述べない場合においてその同意を擬制すべき期間は、旧法では3ヶ月であった⁽¹²⁸⁾。現行法では、これが送達から2週間とされたが、これは奇しくも2001年改正でドイツ民訴法（ZPO 269条2項4文）が新しく規定した期間と同じである。ただし、我が国では、上訴期間と比較して必要以上に長く手続の遅滞を招くから、という理由であるが、ドイツ法では原状回復の期間（ZPO 234条）の長さに対応して、過失なく訴えの取下げに異議を述べるのを妨げられた被告が原状回復できる期間に比肩しうものにするという立法理由である。そのためこれには前提があって、2週間の不変期間の後の同意擬制は、「異議を述べない結果どうなるかを予め教示されていた」場合という要件が付き、当事者に帰責を認めうこうした前提を満たして初めて効果を生じることになっている。法律に無知な素人当事者にとっては、むしろ手続の教示を受けて異議を述べるか否かを放置することの問題性を意識する契機ともなるわけである。我が国の実務では、取下げ書面の送達時にも特に文書による教示などはなされないようであるが、3ヶ月から2週間への同意擬制のための期間（不

『一問一答』303頁。

(128) 旧ZPO 263条には、同意擬制の規定はなく、裁判所実務は、督促状（代理人のついていない当事者の場合には法律状態の解説を付して）を送付して同意を促すほかなかった。また素人当事者の場合には、本来は異議がないのに法律に対する無知、あるいは過失が、往々にして異議の放置の原因になっている、というのが現状認識であった（vgl. BT-Drucks. 14/4722, S. 80）。

同意権喪失期間)の大幅な短縮であり、素人当事者の手続保障のために、問答無用の同意擬制よりもある程度の教示を必要とすべきではないかと思われる⁽¹²⁹⁾。

3 訴え取下げの要件論

(1) 訴えの取下げの自由処分性

訴えの取下げを当事者の自由な処分の対象としうるかについては争いもあるが、訴えの提起が基本的に自由なと同様、基本的には前述の通り処分権の有無にかかわらず自由なものと解される⁽¹³⁰⁾。訴えの提起ないし訴訟係属に基づき実体法上の効力がいったん発生してしかも遡及的に消滅することにより、実体法上・訴訟法上第三者に不利益を及ぼさない限り、訴訟法上有効と考えてはならない理由はない。また人事訴訟では、請求放棄が認められないとされる場合に再訴を禁止すれば事実上放棄を認めたのと変わらない結果になる、として終局判決後の取下げについても再訴禁止効(民訴262条2項)を認めないのが多数説⁽¹³¹⁾であるが、取下げによって公益の保護の対象者に不利益が及ばないことを前提として、公益の見地から処分権がないとされる権利に関する訴えでも、取下げ自体は自由と一般に考えられている⁽¹³²⁾。

(129) 訴え取下げに対する同意にも、意思の瑕疵の救済論は妥当すると解されるが、手続的ケアのないところでは救済の必要性が高まる。こうした救済に依らなくても、法定期間の伸長(民訴96条)につき、争いがあるが期間満了後の伸長を認める見解(菊井=村松・前掲注(6)『全訂民訴(I)』1038頁。これを前提とする判例として、最判昭43・5・2民集22巻5号1110頁)に立てば、事情を汲んだ対処が可能であろう。なお訴訟行為の追完(民訴97条)は、法律で特に「不変期間」と定められた期間についてのみ許されるというのが我が国の判例(最判昭33・10・17民集12巻14号3161頁)・通説(菊井=村松・前掲注(6)『全訂民訴(I)』1044頁等。なお兼子ほか・前掲注(10)『条解民訴』394・406頁[竹下]は、法定期間経過後の伸長ではなく、追完の類推を主張する)である。

(130) したがって不適法な訴えでも取下げは可能とされる。もちろん、取下げを制限する要件が法定されている(類推含む)場合は別論である。例えば、破産法197条12号の権利の放棄に準じて、破産管財人による破産財団に属する訴訟の取下げは同様の手続によるべきとされる(新堂=福永編・前掲注(5)『注釈民訴(5)』327頁[梅本]参照)。ちなみに民事再生法32条や会社更生法44条は、各々の手続開始申立ての手続開始後の取下げに一定の制限を加えており、関係人の利益に影響する場合には、手続開始申立ての自由と取下げの自由は必ずしもリンクしないことが窺える。

(131) 菊井=村松・前掲注(10)『全訂民訴[II]』232頁、永井・前掲注(99)44頁以下参照。

(132) 子の認知請求訴訟について、大判昭14・5・20民集18巻547頁は、取下げ自体は自由とみるものの再訴禁止効は肯定している。基本的に訴えの取下げは、処分権がなくとも、本人のみがそれによる不利益を被る限りは認められるべきであるが、処分権の制限がパターンリスティックな本人の保護に由来する公益に基づく場合には、その公益を訴訟上本人の手で捨て去ることはできないであろう。訴えの取下げによって実体法上子の認知請求権は失われない

近時問題とされるのは、株主代表訴訟における取下げの可否である。会社の権利の処分となるような請求の放棄や和解はできないが、取下げについては別段の制限がないというのが会社法上、通説とされていた⁽¹³³⁾ ため、濫用的なケースが問題とされていた。この懸念を共有しながらも、民訴法学者の法解釈もおおむね取下げ容認に立つようであった⁽¹³⁴⁾。そのような状況下で、つい最近、商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律（平成13年12月12日法律149号）による改正商法において、和解手続のあることが明定された（商268条5・6項）。これによると、提訴株主の会社に対する訴訟告知義務（商268条3項）、および会社による株主代表訴訟の提起に関する公告ないし株主に対する通知義務（同4項）があるため、他の株主にも訴訟参加を促す最低限の手続保障（「和解」手続の公告・通知義務規定はない）は整っており、また、詐害再審の規定（商268条ノ3）も明定されている。ここで、濫用的な訴え取下げとそれに対する同意について、詐害再審の趣旨から、終局判決後の訴え取下げについて再訴禁止効を否定する（具体的には「同一の訴え」要件で勘案し再度の訴えの利益を認める。後述四4(2)参照）のであれば、会社や他の株主に対する手続保障が前提されるものといえ、すでに訴え取下げを許さないとする理由は希薄化したものと思われる。

関連して、選定当事者が選定者全員のための訴えを正当な理由なく取り下げた場合でも、選定当事者の場合には、選定者がこの者にそのようなものとして訴訟追行を「授権」したという前提があると考えられ、基本的には取下げも自由と解される（受任義務違反による損害賠償責任といった、選定者と選定当事者間の私法上の責任の問題となる⁽¹³⁵⁾）。

固有必要的共同訴訟で共同訴訟人の一人における取下げは、共同原告の一部に

が、再訴禁止効が生じれば、公益の趣旨が手続上実質的に失われる可能性もある。したがって、再訴禁止効を認めるならば、終局判決後の訴え取下げは認められないものと解すべきであるが、私見はこの点多数説に従い再訴禁止効を認めないので、取下げ自由でよい。なお、兼子ほか・前掲注（10）『条解民訴』886頁、新堂＝福永編・前掲注（5）『注釈民訴（5）』361頁〔梅本〕参照。

(133) 新谷勝「株主代表訴訟の取下げとその問題点」銀行法務21 No. 530（1997）41頁参照。

(134) 高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解」商事法務1368号（1994）79頁、池田辰夫「株主代表訴訟における和解」小林秀之＝近藤光男編『株主代表訴訟大系』（弘文堂、1996）250頁、新堂＝福永編・前掲注（5）『注釈民訴（5）』326頁〔梅本〕参照。

(135) 訴え取下げや請求認諾・放棄、和解を制限する選定行為は、制限部分が無効とされ、無制限の選定として効力を生じる。最判昭43・8・27判時534号48頁、小室直人＝賀集唱編『基本法コンメンタール 新民事訴訟法1（別冊法学セミナー No.152）』（日本評論社、1997）80頁〔松本博之〕参照。

よるものも、共同被告の一部に対するものも、合一確定の必要を根拠に否定するのが確立された判例であり、通説である⁽¹³⁶⁾。訴え提起自体も一部ではできないことに対応して、いずれも否定されるとみるのが素直である。ただ、全員の同意を得れば共同被告の一部に対する訴えの取下げも有効・適法と解する余地がないわけではない（大判昭14・4・18民集18巻460頁参照）が、一部に対する訴えの取下げを有効としても、残余の当事者に対する訴えが不適法却下ということになる以上、請求棄却判決を得られなくなるのが残余の被告のデメリットになりうることを考えると、わざわざそう解することにメリットは見いだされない。

(2) 被告の同意と訴え取下げの合意

訴えの取下げは、訴訟の係属する裁判所に取下げ書を提出してなすのが原則であるが（民訴263条3項本文）、口頭弁論期日・弁論準備手続期日に加え、和解期日にも、口頭ですることでもできる（同項ただし書。なお民訴規則95条2項により、進行協議期日でも可能であり、民訴法261条4項・5項が準用される）。取下げの効力発生要件として被告の同意を要する場合（民訴261条2項）では、取下げが取下げ書でなされればその書面の副本（民訴規162条1項）、期日に口頭でなされれば（かつそのとき被告が出頭していなければ）その期日の調書の謄本を、被告に送達して、それ以上の準備を不要とできることを知らせ、また被告に同意の有無を考慮させる機会を与えなければならない（民訴261条4項）。こうして送達されると、取下げ意思を了知しながら明確な応答をしないということで、訴訟手続の遅滞を避けるためとして、2週間で同意が擬制される（民訴261条5項。前述四2参照）。同意を要する場合では、同意書の提出または期日の同意の陳述がなされた時点で取下げの効力が発生し、いったん同意を拒絶したら、取下げの効力を流動的にはできないか

(136) 共同訴訟人の一部による訴え取下げについて、最判昭46・10・7民集25巻7号885頁、一部に対する取下げについて、最判平6・1・25民集48巻1号41頁。後者の判批に、この問題に関する議論が詳細である（池田辰夫「本件判批」平成6年度重要判例解説・ジュリ臨増1068号（1995）126頁、高田裕成「本件判批」私法判例リマックス1995（上）144頁）。なお独立当事者参加（民訴47条）がなされた後で原告が訴えを取り下げる場合には、民訴法40条の準用があることや参加人も本訴の維持に利害関係があることから、被告のみならず参加人の同意を必要とするのが判例（最判昭60・3・15判時1168号66頁）・通説（新堂＝福永編・前掲注（5）『注釈民訴（5）』335頁〔梅本〕参照）である。ただし当事者の一方だけを相手方とする片面参加の場合には、参加人の同意は必要性を欠くであろう。

ドイツ法では、必要的共同訴訟を訴訟法上の理由に基づくもの（類似必要的共同訴訟）と実体法上の理由に基づくもの（固有必要的共同訴訟）とに分けるのが一般的だが、両者とも許され他のものに対する不適法却下につながるだけとする見解（おそらく通説。vgl. Musielak, aaO. (Fn. 22), S. 166 [Weth]）と、共同訴訟人の一人の取下げは前者では可能だが後者では許されない、とする見解（vgl. Jauernig, aaO. (Fn. 13), S. 335; Zöller, aaO. (Fn. 22), S. 254 [Vollkommer]）とが争っている。

ら（意思の瑕疵が顧慮される場合を除き）撤回の自由はなく、同意拒絶を撤回して再度同意しても取下げの効力は生じないとされる（最判昭41・1・21民集20巻1号94頁）。

訴えの取下げも一方当事者による裁判所に対する一方的意思表示であるから、当事者双方が連名で訴えの取下げ書を裁判所に提出したときも、原告の取下げ書と被告の同意書の合体したものと解される⁽¹³⁷⁾。このようなケースは、裁判外で訴え取下げの合意がなされた場合の一場面ということにもなるが、この効力を否定する見解は現在ではもはやない（古く上訴の取下げにつき、大判大12・3・10民集2巻92頁は私法上も無効とした）。問題は、訴え取下げの合意が裁判外でなされ、この合意に反して、原告が訴えを取り下げなかったときに生じる。

ここでいわゆる私法行為説（訴訟を取り下げるという私法上の契約によって、権利保護の利益が喪失し、以て相手方はこれを抗弁として提出し認められることで、合意を無視して提起された訴えを不適法却下せしめると考える。最判昭44・10・17民集23巻10号1825頁参照）と訴訟契約説（かかる合意を、訴訟係属の消滅という効果を意思表示の内容とする訴訟契約であり、契約の存在を訴訟上主張立証することで訴訟係属は消滅し、裁判所は訴訟終了宣言判決を行なうものとする）の対立⁽¹³⁸⁾は、合意の存在を認めれば合意に反した訴訟の維持を許さない点、訴え取下げの合意の存在について訴訟上で主張を要求する点、民訴法262条2項の類推適用を肯定する点では結論に差はない。不適法却下判決か、（訴訟係属の遡及的消滅効を伴う）訴訟終了宣言判決か、というのが最終的な帰結の現象面で認められうる差である。この点、「訴え取下げ」の合意をした当事者が最終的に目指していた効果は、訴え取下げの、すなわち訴訟係属の遡及的消滅であると見るべきであろうから、不適法却下という最終結果は、当事者の意図からはややピント外れの感は否めない。

この点、裁判外の何らかの合意の中で、請求放棄ではなく訴え取下げの合意を選択した原告の意思を推し量れば、訴え取下げの合意が原告に「訴えを取り下げる」義務を課しているとみるのは当然である。それが私法上の義務であるなら、意思表示を求める債権の執行（民414条2項ただし書）と同様に、強制的実現としては、訴えを取り下げるという意思表示が「原告は訴えを取り下げよ」という給付判決の確定と同時に意思表示に基づく法律効果が発生する（民執173条）、と解

(137) 菊井＝村松・前掲注(10)『全訂民訴 [II]』215頁参照。

(138) さしあたり、兼子ほか・前掲注(10)『条解民訴』872頁以下〔竹下〕、西澤宗英「訴訟上の契約」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点 [第3版]』（有斐閣、1998）174頁参照。両説において微妙なヴァリエーションが存在し、また私法契約と訴訟契約が併存するとみる説（伊藤・前掲注(8) 389頁）や、法的性質決定から効果を演繹すべきでないとする説（新堂＝福永編・前掲注(5)『注釈民訴(5)』321頁〔梅本〕）もある。

されてもよさそうである⁽¹³⁹⁾が、判例・多数説は「権利保護の利益の喪失」というパラメータを用いて、訴訟の維持が「不適法」になるとして不適法却下判決を導き、「訴えの取下げ」(訴訟係属の遡及的消滅)とは別種の効果を演繹している。しかし和解等の裁判外の合意の中で、『何らかの条件(例えば被告の反対履行)』が満たされたなら訴えを取り下げる」という合意がなされた場合⁽¹⁴⁰⁾、原告が「何らかの条件」が満たされていないと見え、当該訴訟(例えば被告の何らかの反対履行を求める給付訴訟)を維持したとしても、権利保護の利益の問題とするのが必ずしも適切であるとは限らないであろう。私見も、訴え取下げの合意の直接の効果は、裁判所への訴えの取下げの意思表示(ただし訴訟行為)の義務づけであり、それは裁判外の私法上の契約から生じる義務であると考えることが妥当である⁽¹⁴¹⁾。しかし「権利保護の利益」構成が必ずしも常に適切であるわけではないとも思われるため、ここで、試みに「権利保護利益喪失」論に頼らない思考実験を行なってみる。まず民法414条2項ただし書の類推により、取下げの訴訟的意思表示を求める反訴(別訴)を認容し取下げを命じる給付判決の確定(認諾も考えられ、その場合は認諾調書の成立)と同時に、通常の訴え取下げと同一の効力を発生すると考える構成⁽¹⁴²⁾を前提とする。その場合に(相殺の自働債権の反訴による主張と相殺の抗弁の関係のように)必ずしも反訴によることを要せず、現在の訴訟で、相手方を一種の「敗訴」(ここでは訴訟係属の消滅であるが)に導く

(139) 古く河本喜与之「訴取下の契約」志林40巻3号(1938)284頁の説くところである。

(140) 被告の反対給付の履行にかからしめるといった停止条件付きの合意も許される。兼子ほか・前掲注(10)『条解民訴』875頁以下[竹下]。

(141) この点は、訴訟行為説が「取下げ意思表示の義務づけではなく訴訟終了効こそが取下げ合意の効果意思」とであるとみる(竹下守夫「訴取下契約」立教2号(1961)65頁)のとお水掛け論に近いが、訴え取下げ行為としての訴訟的意思表示の、その効果意思が訴訟終了効なのであって、裁判外の取下げ契約が直接義務づけているのは、あくまで取下げ行為を行なうことだと思われる。ただし、当事者の意図が究極的に訴訟終了効を目指していることは訴訟行為説の言うとおりであって、不適法却下を招来する私法行為説は、その導く効果がピントはずれの感否めないし、262条2項の準用を合理的に説明できないという批判も甘受せざるを得ない(取下げ合意後、取下げ以前に判決が下され、上訴によってこれが争われた場合、いくら判決理由で取下げ合意によることが明確であったとしても「訴え却下」判決をもって「判決後の取下げ」と同視するのは論理的に飛躍があるし、訴え却下判決では訴訟係属は消滅しない)であろう。

(142) これに対し、竹下・前掲注(141)67頁以下は、別訴での訴え取下げの意思表示を命じる確定判決が原告の維持している本訴に影響すれば、手続の安定が害されるという。ここではしかし、訴え取下げの有効性に争いがある場合と同程度の「不安定」にすぎないものと思われる。ただ「別訴」であるとそれが重複訴訟の禁止の趣旨に触れる可能性も考えられなくはないので、ここでは一応反訴を念頭に置いておく。

「抗弁」として取下げの合意の存在を主張・立証すれば足りるものと解し、訴えの取下げの有効性に関する争いがあった場合に準じて、訴え取下げの意思表示をすべき義務が確認されれば、訴訟終了宣言判決⁽¹⁴³⁾を行なう（いわば、原告が維持していた訴訟で、相手方の取下げ意思表示を求める請求権の存在が確認されると、原告の訴えの訴訟係属が遡及的に消滅する。原告の訴えを不適法にするのではない）、と考える余地はあるように思われる。訴え取下げの合意を私法行為と解しながら、最終的效果として訴訟終了宣言判決に結びつける一試論である。

4 訴え取下げの効果論

(1) 訴訟係属の遡及的消滅と訴え提起の実体法上の効果の帰趨

訴え取下げの効果の第一の訴訟法上の効果は、訴訟係属の遡及的消滅であるが（民訴262条1項）、その他訴え提起（民訴147条参照）に法が与えた、出訴期間（民201条・234条等）遵守の効力や、時効中断効（民147条1号）も、訴えの最初に遡って生じなかったものとされる（時効中断について民149条）。

意思の瑕疵の顧慮を認める場合に、訴え取下げ後の時効中断効の維持ができないかについて議論があるが、ドイツ民法（BGB）のように⁽¹⁴⁴⁾、訴え提起による

(143) 厳密に言えば、判決の確定（意思表示の擬制についての法定条件）を条件に、確定時点で訴え取下げの効果が生じる一種の条件付判決である。なお、「条件成就まで訴訟行為が行なわれて成就すればそれまでの行為が無駄になる」から停止条件付取下げは無効（菊井＝村松・前掲注（10）『全訂民訴 II』217頁。なお一般に期限や条件付の取下げが許されないことにつき、最判昭50・2・14金法754号29頁参照）という理屈は、ここではあてはまらない。ひとつにはこれが発生が確実な法定の事実の到来にかからしめている、ということもあるが（訴えの交換的変更で、新請求の提起の適法なことを法定条件とする旧訴の取下げと新請求の提起とみることが、手続の安定を害さないとされるのと、大差ないであろう）、終局判決後の訴え取下げの有効性に争いがあるときの判断は上訴でも許されるのであるから（菊井＝村松・同224頁）、その限りでの手続の「不」安定さや「徒労」は通常取下げと同じことである。効果の発生と確定力の発生が一致する点で、通常取下げによる訴訟終了宣言判決（取下げの陳述時ないし相手方の同意時に効果発生）と異なるが、確定と同時に確定的効果が生じるという意味では通常判決と変わらないので、手続の安定が確定力の発生を以て語られるのであれば、その限りでもやはり「手続の安定」への影響は同じことであろう。

(144) 最近の債務法の大改正によって（Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001, BGBl. I S. 3138）、時効のための期間進行が振り出しに戻る「時効の中断」は、基本的に、時効完成の単なる猶予である「時効の停止（Hemmung）」に置き換えられた。旧 BGB 209条の文言上では、訴え提起によっていったん時効が中断しても、中断効を失って当初より進行した時効期間が、訴訟手続の終結前にすでに満了してしまいうるので債権者の保護に欠けるとみられたために、旧法は211条以下で手続の間は中断が持続するという諸規定を置いたが、そうした性質は「停止」そのものだとされたから（vgl. Die Begründung im Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040,

時効の停止 (BGB 203条) が訴えの取下げ後 6 ヶ月後に終了する (BGB 204条) ため、6 ヶ月以内に再訴すれば中断効 (現行ドイツ法では「停止」効) を維持できる、というシステムが日本の解釈論上採れれば、問題はない。この点、我が国でもすでに、取り下げられた訴えに催告 (民153) の効果を認め、取下げ後 6 ヶ月以内に無効等を主張すれば旧訴提起時の時効中断の効力を維持できるとする説が通説的に主張されているが⁽¹⁴⁵⁾、妥当である。

なお判例は、前訴の訴訟物たる権利関係と請求原因事実が重なり合う後訴請求が引き続く場合、前訴の取下げによる時効中断効は消滅しないとしており⁽¹⁴⁶⁾、権利主張の内容が同一である限りは時効の中断の効力は維持されるべきであるから、もとより正当である。

また、形成権が訴訟手続上抗弁として行使された場合、訴えの取下げによってそれは影響を受けるか、という問題がある。訴えの取下げ (による訴訟係属の遡及的消滅) は一度発生した私法上の効力に影響を及ぼさないのか、あるいは、取り下げる当事者の意思はすべての効果をなかった状態に戻すことにありとして、訴えの取下げにより私法上の効果は消滅すると解するか、の対立である⁽¹⁴⁷⁾。形成権行使が私法行為として相手方に対しなされている点と、訴訟行為としての

S. 112 f.) である。訴えの取下げによって時効中断の効力を生じなくなっても 6 ヶ月以内に再訴すれば前訴の提起時に遡って中断効を生じる、という従前の BGB 212条は削除された。改正後の現行法によれば、訴えの提起によって開始された時効の停止 (BGB 204条1項1号) は、確定判決や訴えの取下げなどの訴訟終了の後 6 ヶ月を経過すると終了するが (同2号第1文)、この間に当事者の一方がさらなる訴訟手続を行なえば停止は改めて開始する (同2号第3文)。

(145) 柏木邦良『昭和46年度重要判例解説 (ジュリスト臨時増刊)』ジュリ509号 (1972) 102頁、新堂・前掲注 (30)『判例民事訴訟法』356頁、兼子ほか・前掲注 (10)『条解民訴』877頁 [竹下]、河野・前掲注 (8)『当事者行為の法的構造』211頁以下。すでに民法学では通説と言って良いかと思われる。なお、民法153条にいう裁判上の催告の効力は、訴訟係属中は持続し、「6 ヶ月」の期間が進行するのは訴訟終了時から、というのが通説・判例 [最大判昭38・10・30民集17巻 9号1252頁] である。遠藤浩編『基本法コンメンタール 民法総則 [第五版] (別冊法学セミナー No.166)』(日本評論社、2000) 238頁 [稲本洋之助=新井敦志] 参照。なお破産申立ての取下げについて、破産手続における権利行使の意思表示を以て催告としての時効中断効を認めた判例に、最一判昭45・9・10民集24巻10号1389頁がある。

(146) 調停成立による取下げにつき大判昭18・6・29民集22巻557頁、境界確定の訴えを同一土地の所有権確認の訴えへの交換的変更 [判例 (最判昭32・2・28民集11巻 2号374頁)・通説は、旧訴の取下げまたは請求放棄と、新請求の追加の組み合わせと解する] につき最判昭38・1・18民集17巻 1号 1頁、重複起訴解消のための前訴の取下げにつき最判昭50・11・28民集29巻10号1797頁参照。

(147) さしあたり、菊井=村松・前掲注 (10)『全訂民訴 [II]』228頁、三上威彦「訴訟における形成権行使」青山=伊藤編『民事訴訟法の争点 [第3版]』(有斐閣、1998) 176頁以下。

「形成権行使の陳述」が裁判所になされている以上、この名宛人を異にする二つの行為の性質を想定しないわけにはいかない。私法行為として有効な形成権行使がなければ、訴訟上の陳述も効果を生じないといえるが、ただ反面、訴訟上形成権行使の陳述が失効する際には、私法上も効果を撤回するという意思、あるいは裁判所の判断を受けるときのみ司法上の効果が発生するという条件を付しているという意思が、意思解釈上認められることがあるのも確かである。したがって、ここでは、当事者の合理的意思解釈として、訴えの取下げにより私法上の効果をどうしたかったとみるのが妥当か（効果意思の合理的解釈）、また当該行為の特性から私法上の効力の消長についてどちらを原則とみるべきかという判断に帰着する⁽¹⁴⁸⁾。判例は、催告（大判大2・6・19民録19輯463頁）、調停の申立て（による催告）と調停の取下げ（最判昭35・12・9民集14巻13号3020頁）、解除権行使（大判昭8・1・24法学2巻9号1129頁）で、訴え取下げによっては私法上の効力に影響がないとしており、相殺については私法上の効果も消滅するとしている（大判昭9・7・11法学4巻2号227頁）。自分の権利を犠牲に供する場合（相殺や建物買取請求権）では私法上の効果残存は望まないのが通例だが、それ以外は効果に影響しない、と基本的には言えるであろうが、個々具体的な意思解釈によることになる。

（2）再訴の禁止

民訴法262条2項が終局判決後の再訴禁止を規定している趣旨について、裁判所が本案判決まで作成して紛争解決の規律を図ったにもかかわらず、これを失効させて徒労に帰せしめたことに対する制裁的趣旨（取下げ濫用防止）であるか、紛争を蒸し返して訴訟制度をもてあそび裁判所の負担も無駄に増加させることを許さない趣旨（再訴濫用防止）であるか、あるいは、上記に加え、訴えを取り下げた当事者の自己責任を問い、取下げに同意して本案判決以外の紛争解決の規律に従いこれを信頼した被告を、再び同じ紛争に巻き込むことは公平に反するので許さないとする趣旨か（当事者公平説）、について議論がある⁽¹⁴⁹⁾。判例（最判昭52・7・19民集31巻4号693頁）は、取下げ濫用防止が「趣旨」で再訴濫用防止を「目的」とするという、最初の二つの濫用防止説を意識した判示になっているが、ここでの問題は結局、再訴がどのような場合に禁止されるべきかに収斂される。

(148) 中野ほか編・前掲注（8）『新民事訴訟法講義』219頁〔池田〕参照。新併存説と呼ばれる、最近の多数説と言え。本文中で述べた二つはそのうちの「撤回説」「条件説」と呼ばれる。

(149) 角森正雄「訴えの取下げと再訴の禁止」新堂幸司ほか編『中野貞一郎先生古稀祝賀・判例民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣、1995）35頁以下参照。規定の沿革について山田明美「判決言渡し後の訴えの取下げと再訴禁止」神奈川大学大学院法学研究論集7号（1997）62頁以下参照。

公権的利益を強調して同一事件の再訴は一律に濫用であるという立場に立たない限り、上記のいずれの趣旨に解しても、当事者・訴訟物たる権利関係の同一という要件を備えただけではならず、再訴の提起を正当ならしめる新たな利益または必要性が存するときは、再訴は民訴法262条2項にいわゆる「同一の訴え」とはみなされない（最判昭52・7・19民集31巻4号693頁参照）ことになる。そこでは、再訴の新たな利益ないし必要性の基準の広狭の問題であることがわかる。

もともと取下げをめぐる裁判所と両当事者との訴訟法律関係の中では、裁判所との関係では、有限の司法リソースとしての裁判所の背後に控える潜在的利用者や裁判所を支えるタックスペイヤーの利益という公益を考えざるをえないし、相手方当事者との関係では、相手方の決着への信頼を保護すべき必要性がある、ということが、欠くべからざる考慮要因である。しかし、終局判決の有無でこれらの考慮要因が大きく差を来すことはないから、基本的には再訴は自由なものと設計されている（すでに相手方の同意要件もある）訴えの取下げにおいては、重大にこれらの考慮要因に不利益を来す再訴でなければ、判決後の取下げであっても、本来的には再訴禁止効は限局的に適用されてしかるべきと思われる。ただ、「262条2項の要件」の下での取下げは再訴が禁止される、ということに対しての相手方の決着への信頼はありうるので、再訴にあたってそれがそうした信頼利益を害するものではなく、また司法リソースの浪費ではないという合理的理由の存在を、解釈上濫用への歯止めとして要求する必要は残っている、ということであろう。

5 当事者双方の不出頭に基づく訴え取下げの擬制（休止満了）

(1) 当事者の双方が口頭弁論もしくは弁論準備手続に出頭せず、または弁論もしくは申述をしないで退廷・退席（弁論準備手続は法廷で行なわれる必要がないため「退廷」という用語を用いない）をした場合、1ヶ月以内に期日指定の申立てをしないときは、訴えの取下げが擬制される（民訴263条前段⁽¹⁵⁰⁾）。欠席によって裁判をするに熟しない状態が継続されると弁論を終結するわけにもいかず、司法リソースが熱意のない当事者に浪費されるため、平成改正前の旧民訴法238条では3ヶ月、大正改正前の旧々民訴法188条では1年が放置期間の限度であったが、時代を経て時間的価値観の変容に伴い、懈怠当事者から有限の司法リソースを解放しうべき期間は短くなっている。旧々民訴法188条が、当事者間での合意による「休止」を認め、口頭弁論期日に当事者双方が出頭しない場合に訴訟手続を

(150) 規定の趣旨につき、新堂=福永編・前掲注(5)『注釈民訴(5)』363頁〔原強〕(旧238条の注釈)参照。

「休止」することを定めていたのを改め、大正改正では「休止」の観念を廃したが、実務上、双方欠席を放っておいて単なる「追って指定」になってしまう代わりに、旧々法のように「休止」扱いにして取下げの擬制に至ることを「休止満了」と称している。従来から、両当事者が3ヶ月以内に期日指定申立てと欠席を繰り返し、事実上休止を合意したのと同じになってしまうために、何らかの対策が求められており⁽¹⁵¹⁾、1942年施行の戦時民事特別法（1946年廃止）8条ノ2本文では、2回連続不出頭（または弁論・陳述をしない退廷）の場合は直ちに訴えの取下げあるものとみなしていた。

(2) 先般の平成改正では、この戦時民事特別法8条ノ2本文と似た対策が導入された。すなわち、当事者双方の口頭弁論の期日等への連続して2回不出頭（または弁論・申述をしない退廷・退席）で、直ちに訴えの取下げを擬制することとしたのである（民訴263条後段）。裁判所に対する訴訟上の信義則の現れと評価されるが、第2回目の期日の欠席に正当な理由があったときの取扱いが問題になる⁽¹⁵²⁾。

我が国の現行法では、期日の原状回復の制度（ドイツではZPO 233条以下）は、破産法（288条）にしかなく、しかもここでの取下げ擬制は「2回連続欠席」という客観的事実に法が与えたみなし効果であるため、当事者の帰責を判断要因に挟むことが解釈上困難である。追完は不変期間の徒過が必要なため、前段はともかく⁽¹⁵³⁾後段では解釈論としてこれを認めるのは難しい。前述した戦時民事特別法8条ノ2には現行破産法288条と同趣旨のただし書きがあり、

「但し当事者が其ノ責ニ帰スベカラザル事由ニ因リ最終ノ期日ニ出頭スルコト能ハザリシ場合ニ於テ其ノ事由ノ止ミタル後一週間ノ不変期間内ニ期日指定ノ申立ヲ為シタルトキハ此ノ限リニ在ラズ」

として救済が図られていた。現行法の解釈論としては、第1審では再度訴えを起こさせ、時効中断効や出訴期間遵守の効力は前訴の提起に「催告」としての効果をも認める解釈で維持し、上訴審（民訴292条2項で同273条の準用がある。ただし「控訴」の取下げ扱いとなる）では上訴期間の徒過を介して上訴の追完（民訴97条）の類推を認めていく解釈で、正当な理由のある場合の救済を図る、と考えておくのが無難ということになろうか⁽¹⁵⁴⁾。

(151) 新堂＝福永編・前掲注（5）『注釈民訴（5）』364頁以下〔原〕参照。

(152) この問題につき、竹下ほか編・前掲注（1）『研究会』337頁以下が詳しい。

(153) 263条前段の「一月」の期間は不変期間ではなく期日指定申立ての追完は許されない、というのが判例（旧法下「三月」につき、最決昭35・6・13民集14巻8号1323頁等）である。なお追完の類推ないし法定期間の伸長の議論については、前掲注（129）参照。

(154) 竹下ほか編・前掲注（1）『研究会』339頁参照。また、最近、原告が「正当な理由な

民訴法263条後段の規定の新設によって、同じく平成改正で新設された民訴法244条の判決との関係も問題になる。この新設規定じたいが、民訴法263条後段のような対策ができなかったときの判例（最判昭41・11・22民集20巻9号1914頁）の考え方（訴訟追行の意思がないと認める場合に、弁論を終結して終局判決を行なう）を明文で採用したものであるから、263条後段の要件が整う場合にはその限りで244条の適用がないのが原則、とみる余地もある。終局判決より訴えの取下げ擬制のほうが当事者に有利だということもあろうし、263条後段は「みなすことができる（例・266条2項）」ではなく「みなす」規定であること、263条の懈怠期間が短縮されたことによる判決の成熟性の問題からする244条適用の躊躇、ということもそうした見方を後押しする。ただ規定上必ずしも互いを排斥するものではないから、事案に即して相当性があるとき（例えば取下げ擬制のあとの再訴での懈怠の繰返しなど）は、244条の適用が選択が許されないとはいえないであろう。

なおまた、263条後段ではカバーされない、不連続な欠席の場合も問題となる。旧法下で、休止を繰返し、再度の期日指定申立てをしたケースで、期日指定申立て権の濫用（権利濫用により申立て却下）とした裁判例があるが、こうした場合にも訴え取下げ擬制を導きうる、とする見解もある⁽¹⁵⁵⁾。しかし、「2回連続」不出頭を以て訴訟追行の懈怠の徴表（いわば最も明白な「不熱心」）と枠付けして当然に取下げをみなすのが263条後段の規定である以上、この要件に含められない場面での同規定の適用は問題である。この規定が少なくとも爾後「2回連続では欠席できない」という行為規範として働くことが含意されて新設されている以上、1回おきの欠席の連続のような脱法的な懈怠には、従前通り信義則（民訴2条）のような一般条項による対応となってもやむを得ないと思われる。このようなケースで、仮に、訴え取下げ擬制を図るにしても、当然の「みなし」ではなく、事情を汲んだものとならざるを得ないのであって、作業としては信義則違背的な懈怠行為と認定できるか否かの問題に帰着しよう。ただ効果としては、不適法却下よりも取下げ擬制の方が穏当であることもありうる点が判断を難しくする。263条後段の適用を潔癖に排除して、2回連続欠席の場合よりも、1回おき欠席の連続等のケースの個々の具体的事情が「懈怠度」が高い場合にのみ、一般

く」連続二期日にわたって弁論準備期日を欠席した場合において、訴えの取下げが擬制され、原告からの期日指定の申立てに対し、訴訟終了の判決をした下級審裁判例（津地判平12・9・7判タ1080号226頁）が報告されている。「正当な理由」を民訴法263条後段適用の不文要件として織り込んでいるとも読めるが、本条項が、訴訟上の信義則に由来するものなら、当事者に信義則違背を問えない（帰責事由のない）場合は、適用の基礎を欠くという解釈も成り立つ余地があるように思われる。

(155) 中野ほか編・前掲注(8)『新民事訴訟法講義』228頁〔池田〕。

条項による却下を行なう、ということにするか、あるいは、事情により取下げ擬制と却下を使い分けることを認め、懈怠度が2回連続欠席と同等程度と判断する場合にも、263条後段の法意を類推するという形で取下げを擬制しうるか、は判断に悩むところであるが、一応従前通り、すなわち前者の解釈を採っておきたい。

五 結びに代えて

本稿では、かなり多様な論点を雑駁に概観してみたが、若干の思考実験も含まれ、今後の入念な再検討は必至であって、その意味で本稿は文字通りの「研究ノート」である。今後この分野を考えるにあたっては、この「ノート」から出発して、諸賢のご批判を仰ぎ、より深めた考察を行なえれば、と考えている。

（於・ミュンヘン 2002. 09. 21.）