

当事者の意思による訴訟終了・考(一)

— 処分権主義における当事者訴訟終了主義に関する若干の考察 —

川 嶋 四 郎

目次

一 はじめに

(一) 訴訟の終了と私的自治

—— 本稿の基本的な視角

(二) 処分権主義における当事者訴訟終了主義

(三) 当事者の意思による訴訟終了手続の特長

(四) 当事者の意思による訴訟終了手続の諸相

二 訴えの取下げと法的救済・考

(一) 訴えの取下げの意義と機能

(二) 訴え取下契約の効果

(三) 訴えの取下げの方式と要件(以上、本号)

一 はじめに

(一) 訴訟の終了と私的自治

——本稿の基本的な視角

日本民事訴訟法の特徴のひとつは、本来民事訴訟における当事者による法的救済の要求が裁判所による判決を求めて行われるものであるにもかかわらず、そのような裁判によらない訴訟の完結を正面から認めつつまとめて規定している点にあり、しかもそれは、さながら判決志向の傾向を、事案即応的で多様な救済手続へと裁判所が誘導することにも力を置くようにも思われる。民事訴訟の過程において、多様な法的救済手続のフォーラム創造は、それ自体に意義があり、現代社会における多様なニーズと行動パターンを有する当事者のニーズに鋭敏に反応する優れた紛争解決の受け皿として、利用者の期待を高めることになるであろう。それは、当事者の手による自己決定・自己救済の可能性を拡大するからである。

その手続が、民事訴訟法「第二編 第一審の訴訟手続」のなかの「第六章 裁判によらない訴訟の完結」に規定された諸手続である。その表題は、その前の章名である「判決」を受けた形式を取っているものの、要するに、「当事者の意思による訴訟の終了」のための諸手続を規定するのである。この第六章は、平成八年(一九九六年)の現行民事訴訟法において、新たに設けられた規定群からなる。⁽¹⁾

当事者の意思による訴訟の終了に関する一群の規定は、当事者の利便性の向上のために旧法の規定を再編し、いくつ

かの規定を創設する形式で設けられた。旧法では、これらの規定は、訴訟法中に点在する形式で規定されていた。すなわち、「訴えの取下げ」は、「第一審ノ訴訟手続」の編のなかの冒頭、「訴」のなかに規定されており（旧二三六条～二三八条）、「請求の放棄」、「請求の認諾」および「訴訟上の和解」は、和解勧誘がいつでもできる旨の規定が、「総則」の編、「訴訟手続」の章のなかの「口頭弁論」の節に規定され（旧一三二六条）、請求の放棄・認諾および訴訟上の和解が調書に記載された場合の効力に関する規定が、「訴訟手続」の章のなかの「裁判」の節に置かれていた（旧一〇三条）。これに対して、現行法における独立したひとつの章として、「裁判によらない訴訟の完結」という章のもとに、いったん開始した訴訟手続についても判決によることなく、当事者の意思に基づいて手続を終了させる諸行為（訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解）について、まとめて規定が置かれた（二六一條～二六七條）。以下、民事訴訟法の条文は、条数のみで示す。これらは、手続の流れに沿ったわかりやすい民事訴訟法規の創造が、立案担当者によって探求された結果でもある²⁾。いずれも訴訟当事者がその自律的な意思に基づいて、その権限と責任により、係属中の訴訟手続を終了させる行為であって、処分権主義が訴訟終了の局面で発現した手続である³⁾。

本章は、「判決」の章の後に規定が置かれていることから、民事訴訟判決手続の原則的な終了形態が判決であり、訴えの提起行為が、本来的には判決を求める訴訟行為であることを示しているように興味深い⁴⁾。その意味で、判決志向、判決中心的な伝統的発想に立ちつつも、現行民事訴訟法では、私的自治を涵養する訴訟終了形式を、ほぼ同様に尊重した規律が設けられたとも考えられるのである。

それには、一定の歴史を背景に多様な利害が交錯するが、本稿は、このような当事者の自己決定・自己責任・自己救済に基礎をおく訴訟の終了に関する諸手続について、トータルに全規律を見通しながら、当事者の意思自治を涵養すべき基本的な方向性を基調としつつ、当事者が適切な法的救済を獲得できるための訴訟終了の諸手続として考察を行いた

い。

(二) 処分権主義における当事者訴訟終了主義

私的自治の原則に基礎をおく処分権主義により、訴訟手続は、当事者の訴え提起によって開始する。これは、当事者手続開始主義とでも包括的に表現することができる。訴訟係属中には、被告も、反訴の形式で原告に対して訴えを提起することができる。裁判所は、当事者の訴え提起行為に対しては、原則として判決により応答する義務を負うが、すべての民事訴訟事件が、裁判(特に、判決)で終了しているわけではない。もとより、訴えは私人間の紛争について法的救済を求めて提訴されたものであるので、当事者の一方による一定の態度決定や当事者間における自主的な交渉等を通じて、判決によることなく紛争が終息し、それが民事訴訟過程に反映される場合も少なくない。しかも、それが、第三者の公権的判断としての判決よりも、後に述べるように、より望ましい場合もある。

民事訴訟事件は、もとより当事者間の私的な紛争であり、その事件をどのように終了させるかも、当事者の手に委ねられている。⁽⁵⁾ 私的自治の原則による自己決定原則の訴訟上の表現形式である処分権主義は、当事者の意思で訴訟を終わらせることができることを意味している。これが、処分権主義のなかの当事者手続終了主義である。

たとえば、本稿で論じる、訴えの取下げ(二六一条、二六三条)、請求の放棄・認諾(二六六条、二六七条)、訴訟上の和解(八九条、二六四条、二六五条、二六七条)、上訴権の放棄(二八四条、三一三条、三三一条)や、さらに、不控訴の合意(二八一条一項但書を参照)、上訴の取下げ(二九二条、三三三条、三三一条)などにより、当事者の意思で訴訟手続を一部省略したり終了させたりすることができる。⁽⁶⁾ これらはいずれも、裁判所の判決等といった職権による強制的な訴訟終了の原因ではなく、当事者の意思による訴訟の終了原因なのである。同時にこれらは、判決等の裁判所

による裁判と並ぶ「救済創造過程」の終了形態である。

これらのほかに、裁判によらずに訴訟が終了する場合は存在する。それは、民事訴訟における二当事者対立構造が消滅した場合である。たとえば、当事者の一方が死亡し相手方が訴訟の目的である権利関係を相続した場合、法人間の民事訴訟の係属中に一方当事者の法人が他方当事者の法人を吸収合併した場合、訴訟物が一身専属的なものでありその訴訟物の主体である当事者が死亡した場合、または、訴訟物の権利主体である当事者が死亡したもののその承継人が存在しない場合などには、訴訟は当然に終了する。これらの場合に、裁判所は、訴訟終了判決を行い、手続を終了させることになる。⁽⁷⁾

(三) 当事者の意思による訴訟終了手続の特長

このような当事者の手による自発的な訴訟終結による紛争解決手続の形態は、原告、被告および裁判所にとって、それぞれ一定の利益をもたらすことになる。⁽⁸⁾

まず、原告の利点としては、次のとおりである。すなわち、自己の提起した訴訟について、原告自らがその意思で一定の決着をつけることができることを意味しており（訴えの取下げ、請求の放棄、訴訟上の和解の場合）、これは、まさに自己決定・自己責任の現れである（ただし、訴えの取下げでは、相手方の同意が必要となる場合があり、訴訟上の和解では、相手方の同意が必要となる）。いずれも原告は、訴訟を続ける負担から、自らの手続選択により解放されることになる。ここでは、自己決定の手続を通じて、訴訟で求めた法的救済結果と同様のものが（裁判所の内外で）得られる場合もあれば、全く得られない場合もあるが、それもすべて自己決定・自己責任原則からの帰結である。これは、訴訟手続の終了原因が判決しかない場合と比較すれば、迅速かつ柔軟に法的救済が得られ（請求の認諾、訴訟上の和解

の場合等)、また、法的救済を自己の手で創造できかつ予見可能性も確保され(訴訟上の和解)、さらに、早期に紛争から解放されることもまた、可能になるのである(訴えの取下げ、請求の放棄、訴訟上の和解の場合)。被告・債務者による自発的な債務履行の可能性も増し、原告・債権者の執行負担が回避できる場合もある(訴訟上の和解の場合)。

次に、被告の利点は、次の点にある。すなわち、被告も、自己の意思または同意で、早期に訴訟手続から解放されることが可能となる(訴えの取下げへの同意、請求の認諾、訴訟上の和解の場合)。訴訟手続の終了原因が判決しかない場合と比較して、比較的迅速かつ柔軟に法的救済が得られ(請求の放棄、訴訟上の和解の場合)、また、法的救済を自己の手で創造できかつ予見可能性も確保され(訴訟上の和解の場合)、また、早期に紛争から解放されることが可能になるのである(訴えの取下げ、請求の認諾、訴訟上の和解の場合)。債務の履行にさいして、判決の場合よりも自発的に(場合により比較的気持ちよく)行為を実現することも可能となる(訴訟上の和解の場合)。

さらに、裁判所にとっても利点がある。すなわち、当事者の意思による訴訟の終了を認めることは、裁判所にとっても、当該事件についての審理判決の負担の回避によって、私的自治による解決困難な他の事件のために、即物的な表現であるが比喩的にはその「司法資源」を注入できることになる。裁判所は、判決で解決すべき事件に対して、より早期により多くの時間を割けることにより、そこでのより迅速で質の高い判決の形成機会も増加するであろう。裁判所という限られた司法資源の適切な配分と司法資源自体の規模の適正化にも貢献し得るのが、当事者の意思による訴訟の終了手続である。しかも、民事訴訟法という法的救済過程自体に、裁判所が、当事者の意思を重視した訴訟終了手続を設けていること自体、訴訟空間に当事者が利用しやすい雰囲気を作り出し、裁判所の信頼確保にもつながるのである。さらに、当事者の意思による訴訟終了とはいっても、その帰結について当事者が獲得した法的救済内容を、裁判所の関与を通じて確定的なものにできれば、裁判所の信頼度も一段と増すことになる。なお、裁判所における訴訟の終了局面で、

当事者がとることのできる手続選択肢の増加自体、本稿の基本的な視点からは、当事者に利益をもたらすと考えられるのである。

ただし、本来、裁判所の判決を通じて一定の規範的な指針を提供することが求められる民事訴訟事件においては、当事者の意思による訴訟の終了によって、そのような判断の機会が失われることにもなりかねないとの懸念も生じる。しかし、私的自治の支配する民事訴訟においては、そのこともまた当事者の自己決定・自己責任原則の発現であることから、やむを得ない面もある。それでも、裁判所の手続を通じたいわば「公共財 (public goods)」の形成結果として、訴訟上の和解内容などをめぐる情報の共有なども、望まれるであろう。⁽⁹⁾

(四) 当事者の意思による訴訟終了手続の諸相

一般に、不告不理の原則とも称される処分権主義は、訴訟の当事者に、法的救済過程の扉を開ける権限が与えられていることを意味し、同時に、法的救済過程の扉を閉じる権限も当事者に開かれる可能性を意味している。訴訟過程における申立拘束主義(二四六条)も含めて、これらの局面でも、裁判所は、当事者の意思を尊重しなければならぬのである。もつとも、訴訟の開始の場合に妥当する処分権主義と、訴訟の終了の場合のそれでは、異なる側面もある。それは、提訴後の場合には、すでに形成された、または、形成されつつある訴訟法律関係、つまり、訴訟における有利不利に関する当事者の一定の地位をどのように評価し保護するかも問題となるからである。これは、訴えの取下げの局面における相手方の同意の要件(二六一一条二項本文)や再訴禁止効(二六二条二項)に関わる問題である。

まず、訴えの取下げ(二六一一条一項)は、原告が、いったん提起した訴えを撤回する意思表示であり、原則として、その訴訟は、初めに遡って係属しなかつたものとみなされることになる(二六二一条一項)。もつとも、この訴えの取下

げの制度では、形成された当事者間の訴訟上の地位に配慮して（特に、被告〔反訴の場合は、反诉被告〕の利益に配慮して）、一定時期以降は、原告が相手方の同意を得る必要があり（二六一一条二項本文）、また、判決が言い渡された後の訴えの取下げについては、再訴禁止の規定（二六二条二項）を設けることで、訴えの取下げの形式による訴訟の終了手続に、後述のように、法的救済として一定の意義をもたせている。

次に、請求の放棄および請求の認諾（二六六条・二六七条）の制度も存在する。訴えの取下げは、手続を終了させることに主眼があり、実体的な関係形成を含めた法的救済内容の創造の担保は、（裁判外での救済実現による訴えの取下げの場合を除き）判決言渡し後における訴えの取下げの場合の再訴禁止効という手続法上の効果に限定されているが、これに対して、請求の放棄および請求の認諾と訴訟上の和解は、当事者の手による法的救済内容の直接的な形成（確定判決と同一の効力の付与。二六七条）を意味する。請求の放棄および請求の認諾が、一方当事者の訴訟行為であるのに対して、訴訟上の和解は、双方当事者の訴訟行為（訴訟上の合意）である。請求の放棄は、提起した訴えについて、原告が請求に理由がないことを自認して訴訟を終了させる行為であり、逆に、請求の認諾は、提起された訴えについて、被告が原告の請求に理由があることを自認して訴訟を終了させる行為である。いずれの場合も調書（放棄調書・認諾調書）が作成されることにより、訴訟が終了する（二六七条）。ただし、日本民事訴訟法の沿革に起因して、現在でも、後述のように、「判決代用」的な色彩が残っているとの評価も根強くみられる。なお、現行法は、「調書判決」の制度を導入したが、この制度とは全く別物である。）。

訴訟上の和解（八九条・二六四条・二六五条・二六七条）は、原告被告の双方が合意により民事紛争を調整的に解決しようとするものであり、訴訟手続中で行われることにより、判決に取って代わる終了形態である（なお、二七五条の「訴え提起前の和解」¹⁰もある）。この場合も、調書（和解調書）が作成されることにより、訴訟が終了する（二六七条）。

この場合にも、訴えの取下げとは異なり、当事者の手による法的救済内容の直接的な形成（確定判決と同一の効力。二六七条）が可能となる。判決と比較して訴訟上の和解には様々な利点もあり、近時、訴訟上の和解も頻繁に利用されている。

以下、訴えの取下げ、請求の放棄と請求の認諾、そして、訴訟上の和解の順に論じて行きたい。

* 本稿は、ほぼ同時期に執筆した、加藤新太郎・松下淳一編『新基本法コンメンタール・民事訴訟法2』における筆者の執筆部分と重複する部分があることをご海容願いたい。本稿は、その原稿を基礎としているが、紙幅等の制約のために大幅に割愛した部分なども含んだ新稿である。とりわけ、スタンダードで定評のあるコメントールゆえに、当事者の意思による「自助的救済」の可能性さえ秘めている諸規定ではあるが、筆を抑えて執筆した部分もあることから、私見については、本稿をご覧いただきたい。なお、時間的な制約などから、文献の引用は、必ずしも網羅的ではない。

(1) なお、本章は、当初第二編の第五章であったが、平成一五年（二〇〇三年）改正によって、第二章「計画審理」が追加されたことから、第六章に繰り下げられて現在に至っている。

(2) 法務省民事局参事官室編『二問一答・新民事訴訟法』二九九頁（商事法務研究会、一九九六年）を参照。つまり、「裁判によらないで訴訟が終了する」という観点から捉えて、まとめて規定を設けたほうがわかりやすい」ので、このような章を置いたとされる。竹下守夫・青山善充・伊藤眞編集代表『研究会・新民事訴訟法——立法・解釈・運用』三三六頁（柳田幸一発言）（有斐閣、一九九一年）参照。

(3) また、これとあわせて、直接には訴えの取下げ行為自体ではないものの、訴えの取下げが擬制される場合（二六三条）についても、便宜上この章に規定されている。これらは、このような規定が存在することがすでに法により告知されていることから、訴えの取下げの擬制とはされるもの、当事者のいわば消極的選択あるいは黙示的合意による訴えの取下げとも考えられる。さらに、訴訟上の和解の成立に、ヴァリエーションを与える規

当事者の意思による訴訟終了・考(一)

同志社法学 六九巻六号

一〇(一九二八)

定(二六四条・二六五条)も、本章には置かれている(さらに、民事訴訟規則「単に「規」と記す。三二条二項も参照)。

- (4) 現行民事訴訟法案の立案担当者は、「訴訟の完結事由の代表である『判決』の章の後ろに」本章を置いたとする。一問一答・前掲書注(2)三〇〇頁。なお、本章のタイトルは、旧一〇四条一項一四四条但書などで用いられていた「訴訟カ裁判ニ因ラスシテ完結シタル」を参考にしたとされる。同書同頁を参照。

- (5) たとえば、新堂幸司『民事訴訟法(第五版)』三四四頁(弘文堂、二〇一一年)、高橋宏志『重点講義・民事訴訟法(下・第二版補訂版)』一三三三頁(有斐閣、二〇一四年)、河野正憲『民事訴訟法』三二二頁(有斐閣、二〇〇九年)、小島武司『民事訴訟法』五五一頁(有斐閣、二〇一三年)、川嶋四郎『民事訴訟法』二五二頁(日本評論社、二〇一三年)などを参照。

- (6) ただし、二八一条一項但書自体は、上告をする権利を留保して控訴をしない旨の合意、すなわち飛越上告の合意に関する規定である。それゆえ、このような場合各には、訴訟手続自体は終了しないが、控訴審手続を省略することはできる。

- (7) 訴訟終了判決については、たとえば、川嶋四郎「和解による訴訟終了判決と不利益変更禁止の原則等について」同志社法学三九二号一頁、二九頁(二〇一七年)などを参照。

- (8) 以下については、川嶋・前掲書注(5)六〇三―六〇四頁も参照。

- (9) 川嶋四郎『差止救済過程の近未来展望』三四九頁(日本評論社、二〇〇六年)、同『公共訴訟の救済法理』二九二頁(有斐閣、二〇一六年)などを参照。

ちなみに、民事訴訟法における「公共財」については、一般に、長谷部由起子『民事訴訟法(第二版)』一一二頁(岩波書店、二〇一七年)、および、同「訴訟に要する費用の調達」同『変革の中の民事裁判』四五頁、五一頁(東京大学出版会、一九九八年)も参照。

- (10) この制度については、川嶋四郎「簡易裁判所における『訴え提起前の和解』へのアクセスに関する覚書」『民事手続法の現代的課題と理論的解明(徳田和幸教授古稀祝賀)』三二二頁(弘文堂、二〇一七年)などを参照。

二 訴えの取下げと法的救済・考

(一) 訴えの取下げの意義と機能

1 原告が訴えによる審理判断の要求を撤回する旨の裁判所に対する訴訟行為を、訴えの取下げという(二六一条)。反訴(一四六条)の場合は、被告・反訴原告による審理判断の要求を撤回する旨の訴訟行為が、訴え(反訴)の取下げである。これは、私的自治・自己決定の原則に基づく処分権主義の発現形態のひとつである。訴訟の終了局面における処分権主義のなかで、訴訟の開始局面における処分権主義と対応する形式で認められているのが、訴えの取下げであり、提訴の自由に対応して、訴えの取下げも、原則として自由に行うことができる。つまり、裁判所における法的救済を求める提訴行為を撤回する意思表示という意味をもつ。訴えの取下げにより、訴訟係属の効果が遡及的に消滅し、訴訟手続が終了することになる(二六二条一項)。このことは、有効な訴えの取下げがあれば、裁判所は、訴訟事件の審理を行うことができないことを意味する。それゆえに、訴えの取下げは、原則として当事者の一方的な意思表示による訴訟終了の一形態である。二六一条二項によって取下げの効果の発生に被告の同意を要する場合にも、訴えの取下げ自体は裁判所に対する一方的な意思表示であるとされているが、再訴禁止効の含意(二六二条二項)などを考えると、必ずしも一方的な意思表示とは言い切れず、「当事者間における特有の関係性のなかの将来規定的な意思表示」の場合も考えられるであろう。

原告は、訴えの提起から、第一審の係属中だけでなく上訴審の係属中でも、終局判決の確定時までは、原則として、訴えを自由に取り下げることができる。職権探知主義が採用され、請求の放棄が許されない事件であっても、訴えの取下げは可能である。訴訟係属の遡及的消滅という効果しか生じないからである。

2 訴えの取下げには、いくつかの救済面での利点がある。

この制度の存在により、訴訟当事者の自治的な紛争処理、すなわち自助的救済が可能になる。原告は、背景事情ともかく、自己の意思で訴訟手続を終わらせることができ、被告も、同意を通じて、自己の自由意思により訴訟手続から解放されることになる(本案について終局判決があった後に訴えが取り下げられた場合には、被告は、同一の訴えが提起されることから解放される。二六二条二項)。裁判所も、事件審理と判決書きの負担から解放され、いわゆる司法資源を、他の審理判断を必要とする事件に振り向けることが可能となる。

原告が訴えの取下げに至る事情は、多種多様である。たとえば、訴え提起後に、原告が、当該訴訟の訴訟物である権利関係(権利または法律関係)の満足を得たり、自己の主張する権利関係(権利または法律関係)の不存在を知ったり、証明の困難に直面したり、さらには、裁判外の和解が成立したことなど、様々な理由が考えられる。このような訴えの取下げに関する当事者の動機が、訴えの取下げの効果自体に関係するか否か、つまり、訴えの取下げの原因となった裁判外の和解契約に要素の錯誤があり、その契約が無効である場合に、訴えの取下げの効果に対して影響を及ぼすか否かについては、後述のように議論がある。

3 訴えの取下げは、上訴の取下げと異なる。

上訴人は、上訴審の終局判決があるまでの間、事件の記録のある裁判所に対する意思表示によって、上訴の取下げをすることができ(二九二条一項、規一七七条一項)。上訴の取下げは、上訴の申立ての撤回のみを意味するにすぎない点で、訴訟係属の効果全体として消滅させる訴えの取下げとは異なる。つまり、一方で、上訴審で訴えが取り下げられれば、すでに言い渡された判決の効力も消滅し、訴訟係属は適及的に消滅する(ただし、再訴禁止効が生じる。二六二条二項)。他方で、上訴の取下げがなされた場合には、上訴は初めから提起されなかったこととなり、原審判決(原

判決」が確定することになるのである（二九二条・三二三条）。控訴審の終局判決後は、控訴の取下げを行うことはできないが、訴えの取下げは可能である。

一般に、訴えの取下げが、提起した訴えを原告の意思表示により撤回し、上訴の取下げが、提起した上訴（二八一条以下）を上訴人の意思表示により撤回するという共通点もあることから、上訴の取下げには、訴えの取下げの方式および効果に関する規定が準用されている（二九二条二項・三二三条を参照）。ただし、控訴の取下げは、訴えの取下げとは異なり、原判決に影響を及ぼすことはなく、かつ被控訴人に不利になることはないので、その同意は不要である（それゆえ、二九二条二項は、一定の場合に相手方の同意を要するとする規定（二六一条二項）を準用していない）。控訴審の口頭弁論期日に両当事者とも欠席した場合には、訴えの取下げの規律に準じて、控訴の取下げが擬制される（二九二条二項による二六三条の準用）。

なお、上訴審において、相手方の同意を得て取下書が提出された場合に、それが訴えの取下げであるのか、それとも上訴の取下げがなされたのか不明な場合も想定できる。このような場合に、裁判所は、釈明権（二四九条）を行使して、その趣旨内容を明らかにしなければならないであろう。この点に関して当事者間に争いがある場合には、取下げをなすに至った事情を参酌して決すべきであるが、それでも不明なときには、表示者にとって不利益がより少ない（その訴訟行為により、全部または一部敗訴判決自体も消滅する。）訴えの取下げと解すべきであろう¹⁵⁾。

4 訴えの取下げは、請求の放棄とは異なる。

訴えの取下げは、確かに、判決による既判力などの判決効の通用力の発生を回避し、原告の意思表示により訴訟を終了させることを可能にするという点で、請求の放棄（二六六条・二六七条）と共通する面をもつ。しかし、訴えの取下げが、訴訟物についての審理判断の要求自体を撤回し、訴訟上の請求自体の判断に立ち入ることを回避する点で、原告

自らが訴訟上の請求が存在しないことを認める請求の放棄とは異なる。また、請求の放棄は、訴えの取下げとは異なり、訴訟係属を趣及的に消滅させることなく、調書に記載されることにより(規六七条一項一号)、確定判決と同一の効力を有することになる(二六七条)。さらに、訴えの取下げが、一定の場合には被告の同意を要する(二六一條二項本文)のに対し、請求の放棄には、相手方の同意を要しないのである。

ただし、訴訟係属中における請求金額の減縮のように、訴えの変更(二四三条)か、訴えの取下げか、または、請求の放棄かについて、議論の分かれる問題もある。判例は、これを訴えの一部取下げと解し、訴えの変更には当たらないと判示したが、学説上は、異論もみられる¹⁵⁾。

まず、通説は、訴えの一部取下げと考える説(一部取下げ説)であるが、請求の一部放棄と見る説(一部放棄説)、請求の趣旨に変更があるので、訴えの変更には該当するとする説(訴えの変更説)、給付目的の上限の変更であり、訴えの取下げにも訴えの変更にも該当しないものの、訴えの変更に準じて書面による説(訴えの変更準用説)などがある。いずれの見解であれ、何らかの書面(取下げ同意書、放棄調書、訴えの変更の書面、訴えの変更に準じた書面)が必要であり、被告の保護には役立つと考えられる。

しかし、本稿では、この場合に、被告の利益に対する配慮は不可欠なものの(例、場合により、債務不存在確認の訴えの提起の機会の保障等)、同質の救済内容の量的な減少要求にすぎず、特に訴えの変更とするには当たらず、訴えの変更の手續自体をとる必要はないと考えたい(救済内容変更説)。同質の救済内容の量的減少の要求は、単に訴状の訂正を通じて実現すればよく、被告の保護は、訴訟手續上、防御の機会の付与を通じて実現すべきであろう。

(二) 訴え取下契約の効果

1 裁判外で訴えの取下契約（訴え取下げの合意）がなされる場合がある⁽¹⁶⁾。また、裁判外の和解の条項のなかに、訴え取下げの合意が含まれている場合も同様である。原告が、それに基づいて、訴えの取下げの意思表示をした場合には、訴訟手続は終了する。

かつては、裁判外（訴訟外）の訴え取下契約の効力については、無効説が存在した⁽¹⁷⁾。この説は、民事訴訟における任意訴訟の禁止の原則を貫徹させて、訴訟契約は、民事訴訟法上に規定のあるものでなければ無効であるとの前提に立つ。そして、訴え取下契約の場合については、裁判外における合意の効力を有効と認める訴訟法上の規定がないこと、および、その種の合意には訴訟法上の強制手段がないことを理由に、裁判外の合意の効力を否定したのである。これによれば、被告は、契約違反の主張自体ができないことになる。

しかしながら、現在では、有効説が支配的である。法律実務上、たとえば、訴訟当事者間において、示談金や解決金等の支払いを条件として係属中の訴えの取下げを合意する場合のように、訴え取下契約が、私法上の契約と一体として締結されるのが一般的であり、しかも、私的自治の原則が支配する民事紛争解決手続の局面においては、原則として有効であることが認められている。そこで、この合意があるにもかかわらず、原告が訴えを取下げない場合が問題となる。

2 この問題をめぐっては、大きく分けて私法契約説（私法行為説）と訴訟契約説（訴訟行為説）とが対立する。

判例⁽¹⁸⁾は、私法契約説を採用している。私法契約説は、訴えの取下契約が、私法上の効果の発生を当事者が意図した私法契約であり、訴訟上直接に効力を生じるものではないものの、実法上の行為としては有効であり、これにより原告は、訴え取下行為を行う実法上の義務を負うとする。この実法上の義務違反が存在した場合の効果については、私

法契約説内において、やや考え方の対立が存在する。すなわち、原告が契約に反して取り下げない場合には、原告は損害賠償義務を負うだけでなく、合意によりすでに紛争が終了しているので、訴訟上そのことが主張され証明されれば、原告は訴えの利益を失い、訴えが不適法却下されるとする見解¹⁹⁾と、そのような契約に反して、なお訴訟を続行するような原告の態度は、信義則に反するので訴訟追行権を喪失することになり、被告の主張・証明に基づいて、裁判所が訴えの取下契約の存在を認めれば、裁判所は、訴え却下の判決をすべきであるとする見解²⁰⁾との対立が、それである。

これに対して、訴訟契約説は、訴えの取下契約は、当事者が直接的な訴訟上の効果の発生を意図した訴訟契約であるとする。これによれば、たとえば、その種の契約の存在が主張され証明されれば、原告の訴え取下行為があつた場合と同様に、訴訟係属の消滅という処分効果を直ちに認め、裁判所は、訴え取下契約による訴訟終了判決をすべきであるとする。²¹⁾

3 この議論については、次のように考えられるであろう。まず、当事者の意思自治を重視する本稿の立場からは、訴えの取下契約を締結する当事者の意思は、それにより直ちに訴訟も終了させることを意図していると考えられるので、訴訟契約説の考え方が、基本的に妥当であると考えられる。これ自体もまた、当事者の意思による訴訟の終了を法が認めた帰結とも考えられる。ただし、訴訟契約説については、原告の訴え取下義務を観念することと直接的効力とはやや矛盾する可能性(直接的効力が認められるのならば、訴え取下義務を観念する必要がないのではないかと考えられること)があり、訴え取下契約の認定による訴え却下判決を提言する見解²²⁾もみられる。

しかし、当事者の意思は、却下判決という帰結を得ることではなく、むしろ手続終了効自体を得ることであると考えられることから(却下判決の場合には、訴えが適法性を欠き却下されることを意味し、この訴訟判決の既判力が何かについても、事後的な解釈に委ねられることになると考えられるので)、裁判所が、訴え取下契約を認定すれば、直接的

な手続終了効を公権的に判断する訴訟終了判決を行うべきである。⁽²³⁾⁽²⁴⁾

なお、訴え取下契約の義務違反の場合に損害賠償責任が発生すること、および、直接的効力が認められても義務者が直接取り下げる場合も考えられ、それは取下義務の履行によると考えられることなどから、直接的効力と訴え取下義務とは、理論的にも両立し得ると考えられるであろう。

(三) 訴えの取下げの方式と要件

1 訴えの取下げの方式

まず、訴えの取下げには、一定の方式が必要になる。

①原告の行為 原告は、原則として、裁判所に対して訴えの取下げを記載した書面(取下書)を提出することにより、訴えの取下げを行う(二六一條三項本文)。これは、訴訟手続(訴訟係属)を終了させるという重大な効果を生じさせる訴訟行為であるので、原告の訴え取下げの意思を明確化するためである。ただし、例外として、訴えの取下げが口頭によって可能な場合もある。訴えの取下げ行為が、口頭弁論期日、弁論準備手続期日または和解期日でなされる場合には、本来的にその意思は明確であるので、口頭による訴えの取下げが認められている(二六一條三項但書。弁論兼和解・和解兼弁論の手続方式がよく用いられていたときには、そこで訴えの取下げも可能であったことから、和解期日でも可能とされたものである)。同様に、進行協議期日でも可能である(規九五條二項・三項)。訴えの取下げがなされた旨は、調書(取下調書)に記載される(規六七條)。

②被告の同意の方式 訴えの取下げが、その効力を発生するために、相手方の同意が必要になる場合(二六一條二項本文)には、裁判所は、訴えの取下げの書面(取下書)またはその調書(取下調書)の謄本を、相手方に送達しなけ

ればならない(二六一一条四項)。これに基づいて、相手方は、同意を与えるか否かについて判断する。同意は、確定的になされなければならず、同意に条件を付けることはできない。なお、判例²⁵⁾は、相手方がいったん同意を拒絶すれば、訴えの取下げは無効と確定し、後にこれを撤回し改めて同意しても、訴えの取下げの効力は生じないと判示するが、しかし、このような場合には、裁判所は、改めて原告に訴えの取下げの意思を確認し、その意思さえ確認できれば、訴えの取下げを認めても差し支えないであろう。

相手方は、訴えの取下げの書面または調書が送達された場合には、二週間以内に異議を述べなければ、訴えの取下げに同意したものとみなされる(二六一一条五項前段)。訴えの取下げが、口頭弁論等の期日に口頭でなされた場合において、相手方がその期日に出席したときは、訴えの取下げがあった日から、相手方がその期日に出席しなかったときは、書面または調書の送達があった日から二週間以内に相手方が異議を述べないときも、同様に訴えの取下げに同意したものとみなされる(二六一一条五項後段)。この二週間という回答期間が設けられたのは、訴えの取下げをめぐる関係を早期に確定させるためであり、取下げの同意とみなされるのは、その間の沈黙を黙示の同意とみなすのが合理的と考えられるからである。この回答期間は、旧法下では、三か月とされていたが、二週間の上訴期間と比較しても、必要以上に長く、そのために訴訟手続の遅滞を招くことになりかねない²⁶⁾と考えられたからである。

③当事者双方の欠席の場合における訴えの取下げの擬制 さらに、訴えの取下げに関しては、後述のように、当事者双方の欠席の場合に、それが擬制される場合がある(二六三三条)。

2 訴えの取下げの要件

訴えの取下げは、裁判所に対する原告による提訴行為を撤回する意思表示であり、訴訟行為であるので、訴訟行為と

して必要な要件を満たす必要がある。なお、この場合は、実体的な判断形成とは関わりがないので、訴訟要件の具備は不要である。

① 訴訟行為としての要件　まず、訴えの取下げには、原告の訴訟行為として、必要な要件が備わっている必要がある。原告には、訴訟能力が備わっていなければならず、訴えの取下げが訴訟代理人により行われる場合には、特別授権が必要となる（五五条二項二号）。つまり、被保佐人、被補助人、後見人その他の法定代理人や訴訟代理人が訴えの取下げをする場合には、訴えの取下げについて特別の授権が必要なのである（三三条二項一号・五五条二項二号）。なお、訴訟能力を欠く者または無権代理人が訴えを提起した場合には、追認があるまでの間は、原告が自ら訴えを取り下げることが²⁷⁾できる。

訴えの一部取下げも、可能である（二六二条一項）。たとえば、訴えの客観的併合の場合において、数個の請求（訴え）のなかの一部を取り下げたり、通常共同訴訟（三八条）の場合において、原告の一人が訴えの取下げを行ったり、被告の一人に対して訴えの取下げを行うことは、共同訴訟人独立の原則（三九条）から許される（必要的共同訴訟については、^④）。

訴えの取下げに条件を付すことはできない（ただし、訴えの交換的変更の場合〔旧請求に代えて新請求の審理判断を求める訴えの変更の場合〕は許される）。また、訴えの取下げに、理由は不要である。確かに、訴えの取下げの原因としては、様々なものが考えられる。たとえば、原告が提訴を誤りであったと考える場合、提訴後に被告から債務の弁済や代物弁済を受けたので訴訟を維持する必要がなくなつた場合、裁判外において当事者間で和解契約が締結されたので、その和解条項に盛り込まれた訴えの取下げの合意に従い取り下げる場合などである。しかし、理由のいかんを問わず、訴えの取下げが方式性を満たし、その要件を満たしている限り、それは有効である。

② 訴えの取下げの時期に関する要件 訴えの取下げは、訴えの提起から、判決の確定にいたるまで可能である(二六一条一項)。提訴後ならば、訴状が相手方に送達される前でも可能である。また、判決の確定まで可能であることから、訴訟事件が上訴審に係属している場合にも行うことができる。ただし、判決の確定時まで可能であるとはいっても、相手方が、本案について準備書面を提出し、弁論準備手続において申述をし、または口頭弁論において弁論をした後にあっては、相手方の同意を得る必要がある(二六一条二項本文)。被告が予備的には請求棄却判決を求めつつも、なお訴訟要件の欠缺を主張して訴え却下の申立てに固執している場合には、本案についての確定的な陳述はないと評価できることから、被告の同意は不要である⁽²⁸⁾。また、本案の終局判決後に訴えの取下げがなされた場合には、取下げをなした原告は、「同一の訴え」を提起することができなくなる(再訴禁止効。二二二条二項)という手続的な制約が課される。

なお、判決言渡後(特に、第一審判決後)の訴えの取下げについて、その判決に仮執行宣言(二五九条)が付されており、それに基づいてすでに強制執行が実施された後に、訴えが取り下げられた場合には、その原状回復の手続のためには、新たな訴訟手続を必要とすることになる。被告・債務者が原告・債権者に対して仮執行によって債権者に給付されたものの返還と仮執行による損害賠償との請求は、訴訟係属を前提とした規定である民事訴訟法二六〇条の手続を利用することができないからである。仮に、被告・債務者が、二六〇条の手続の利用を望む場合には、本訴の取下げに同意しないという選択を行えば足りるのであろう⁽²⁹⁾。

③ 相手方の同意の要件 訴えの取下げは、確かに、原告(反訴の場合は、被告)の裁判所に対する意思表示であり、判決によらないで訴訟手続を終了させる方法のひとつであるが、請求の放棄(二六六条・二六七条)とは異なり、手続上、実体関係に関する法的救済基準を提示することなく訴訟を終了させることになる。その結果、そのような手続を有効に選択した原告の利益はともかく、被告の従前の防衛活動が全く無駄になるおそれもある。そこで、相手方が、請求

棄却の本案判決を得ようとした後（相手方は自己に有利な本案判決を求めた後）には、相手方の同意がなければ、訴えの取下げの効果が生じないとの規律を設けて、相手方の保護が図られている。すなわち、訴えの取下げは、相手方が、本案について準備書面を提出し、弁論準備手続において申述をし、または口頭弁論をした後にあっては、相手方の同意を得なければ、その効果を生じない（二六一条二項本文）。ここでいう本案とは、訴訟物である訴訟上の請求に関する事項をいう。

独立当事者参加（四七条）がなされた後、本訴の原告が訴えを取り下げするには、参加人の同意を要するか否かが問題となる。まず一般に、参加人は、通常の訴えの場合と同様に、参加申出を取下げることが可能であり、本訴の原告または被告が参加人の請求に応訴した後の取下げには、その同意が必要となる（二六一条二項本文）。また、この参加申出後に、本訴原告も、自己の提起した訴えを取り下げることができる。

この場合に、本訴原告は、本訴被告の同意のほか、参加人の同意も得なければならないか否かについては、若干の議論がある⁽⁴⁰⁾。同意必要説と同意不要説が対立する。同意必要説が通説であり、判例⁽⁴¹⁾である。同意不要説は、当事者の自主的な紛争解決の利益を奪うのは過剰な牽制権の付与であるとするが、しかし、独立当事者参加訴訟における三者間の平等公平な地位の保障に力点をおくべきであるとする本稿の立場からは、合一確定の規律というプロセス保障の利益を失わせる訴えの取下げを二者間で行うことはできないと解したい。したがって、同意必要説が妥当である。この訴えの取下げにより、遡及的に本訴の訴訟係属が消滅することから、この本訴原告は、参加人と本訴被告との間でなされた判決の効力を受けることはない。

ただし、相手方が本案判決を得ようとした後でも、同意が不要となる場合もある。

まず、本訴の取下げがあった場合における反訴の取下げについては、相手方の同意は不要である（二六一条二項但書）。

次に、訴えの交換的変更の場合(旧請求に代えて新請求の審理判断を求める訴えの変更の場合)に、判例によれば、被告が、新請求に対して異議なく応訴すれば、旧請求の取下げに同意したものとみなされるとする。

さらに、訴えの取下げが擬制される場合(二六三条)にも、相手方の同意(積極的な同意)は不要である。

④ 訴えの取下げの許容性 請求の放棄が可能か否かについて議論がある形式的形成訴訟、人事訴訟、会社訴訟等においては、訴えの取下げができるか否かの問題がある。一般にいえば、これらの場合には、原告にとつての提訴の自由の反面として、訴えの取下げの許容性が肯定されている。これに対して、必要的共同訴訟においては、一方で、固有必要的共同訴訟では、否定されており、他方で、類似必要的共同訴訟においては、肯定されている。ともに合一確定の必要性が存在するものの、一人でも提訴が許されるか否かの関係から考えれば、このような異同が生じることは、十分に理解できるであろう。

ただし、必要的共同訴訟ではない場合であっても、訴えの取下げの規制が必要になる場合がある。民事訴訟において公益性や判決の第三者効が問題となる場合には、訴訟を、いわば不当な利益を搾取するための手段と化してはいけないので、訴訟外における秘密裏の和解を阻止するためにも、公益または第三者の利益に関わる訴訟手続については、裁判所の許可を通じた取下規制も行うべきであろう。この点に関しては、破産法一九条、民事再生法三二条、会社更生法二三条等も参照(なお、非訟六三条一項二文も参照)。

督促手続における支払督促に対する異議申立て(三九〇条・二九三条)を取り下げることができるか否かについては、旧法下から若干の議論がある。³⁶⁾ この問題に関して、旧法下の判例には、肯定したものがある。これに対して、学説には、一方で、仮執行宣言前の異議の取下げについては、事件が判決手続に移行した後、被告の一方的な行為によつて訴訟係属を消滅させるのはおかしく、異議申立てを繰り返すことは債権者を困らせることになるので否定し、他方で、仮執

行宣言後における異議の取下げについては、債務名義としての仮執行宣言付支払督促（民事執行法二二条四号）が残るので、肯定すべきであるとする見解がみられる。被告・債務者による取下げの可否という本来の訴えの取下げの問題とは様相を異にするが、そもそも債権者・原告は、支払督促の申立てによって本案の請求をしていると考えられることから、異議の取下げには、相手方すなわち債権者・原告の同意を必要とする³⁸と解すれば、同意の有無により、債権者・原告が手続の帰趨を決定することができ、当初から、異議の取下げを全く認めないという規制をする必要はないであろう。特に、仮執行宣言前の異議の取下げについては、それで仮執行宣言が付され債務名義を形成できる可能性が生じるので、債権者・原告にとっても、一方的に不利になることはないであろう。異議申立ての取下げを反復する行為に対しては、権利濫用や信義則の法理を用いて却下できるのではないかと考えられるからである。

(11) たとえば、賀集唱『松本博之』加藤新太郎編『基本法コンメンタール・民事訴訟法2（第三版追補版）』三二二頁（河野正憲執筆）（日本評論社、二〇一二年）など。

(12) 大判昭和十五年一〇月八日・法学一〇卷三四頁を参照。

(13) たとえば、斎藤秀夫『小室直人』西村宏二『林屋礼二編』注解民事訴訟法六（第二版）三三四頁（渡部吉隆』加茂紀久男』西村宏二執筆）（第一法規、一九九三年）、小室ほか編『基本法コメ』前掲注（11）三二二頁（河野正憲執筆）などを参照。

(14) 最小判昭和二十七年二月二五日・民集六卷二二号二二五五頁。

(15) たとえば、菊井維大『訴の変更』民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座（一）』一九頁（有斐閣、一九五四年）、中野貞一郎』松浦馨』鈴木正裕編『新民事訴訟法講義（第二版補訂二版）』五二二頁（栗田隆執筆）（有斐閣、二〇〇八年）、川嶋・前掲書注（5）七五一頁などを参照。

(16) 新堂・前掲書注（5）三四六頁注1、高橋・前掲書注（5）二八五頁、伊藤真『民事訴訟法（五版）』四六〇頁（有斐閣、二〇一六年）、上田徹一郎『民事訴訟法（第七版）』四四一頁、梅本吉彦『民事訴訟法（第四版）』九七五頁（信山社、二〇〇九）、松本博之』上野泰男『民事訴訟法（第八版）』五五二頁（弘文堂、二〇一五年）、菊井維大』村松俊夫原著・秋山幹男』伊藤真』加藤新太郎』高田裕成』福田剛久』山本和彦『コンメンタール民事訴訟法V』二五九頁（日本評論社、二〇一二年）、河野・前掲書注（5）三二七頁、小島・前掲書注（5）五五三頁、川嶋・前掲書注（5）六〇

当事者の意思による訴訟終了・考(一)

同志社法学 六九卷六号

二四 (一九四二)

六頁、長谷部・前掲書注(9)三〇〇頁など。

(17) たとえば、大判大正二二年三月一日・民集二卷九一頁などを参照。

(18) 最一小判昭和四四年一〇月一七日・民集三卷一〇号一八二五頁。なお、裁判外の和解と特別抗告手続の帰趨に関する判例(最一小決平成二三年

三月九日・民集六五卷二七三頁、これについては、川嶋四郎「判例批評」法学セミナー一九九一年(二〇二二年)の考え方も参照。

(19) 兼子一「体系民事訴訟法〔新増訂版〕」二九四頁(酒井書店一九六五年)、高藤秀夫「民事訴訟法概論〔新版〕」三三二頁(有斐閣、一九八二年)、

小山昇「民事訴訟法〔五訂版〕」二二八頁(青林書院、二〇〇一年)、小島・前掲書注(5)五五六頁など。

(20) 宮崎澄夫「訴えの取下げ」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座(三)』七八二頁(有斐閣、一九五五年)など。

(21) 三ヶ月章「民事訴訟法」四三五頁(有斐閣、一九五九年)、竹下守夫「訴取下契約」立教法字三号五〇頁(一九六一年)、中野貞一郎「松浦馨」鈴木

本正裕編『民事訴訟法講義〔第三版〕』三七七頁(河野正憲執筆)(有斐閣、一九九五年)など。

(22) 新堂・前掲書注(5)三四六頁注1。

(23) 一般には、川嶋・前掲論文注(7)二九頁を参照。

(24) ただし、訴訟終了判決の既判力が、手続終了効の存在について生じる(最一小判平成一七年一月三〇日・民集六九卷七号二二五四頁)とすると、

説明の仕方としてはともかく、訴え取下契約の存在(つまり、間接的に手続終了効が存在すること)を認める訴え却下判決とは、実質的には大差ないようにも思われる。この判例については、川嶋四郎「判例批評」判例評論六九九号二頁(判例時報二二三三号一四八頁)(二〇一七年)も参照。それでも、本文で述べたように、訴訟終了判決の方が、より直接的で明快であるとはいえるであろう。

(25) 最一小判昭和三七年四月六日・民集一六卷四号六八六頁。

(26) 一問一答・前掲書(2)三〇四頁、竹下ほか編・前掲書注(2)三三六頁(柳田幸三発言)。

(27) 菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法II』」二二八頁(日本評論社、一九八九年)。

(28) 東京高判平成八年九月二六日・判例時報一五八九号五六頁、三ヶ月・前掲書(21)四三〇頁、菊井「村松」前掲書(27)二二九頁など。

(29) 秋山ほか・前掲書注(16)二六二頁。

(30) 新堂・前掲書注(5)八四〇頁、高橋・前掲書注(5)五四〇頁、松本「上野」前掲書注(16)七九四頁、川嶋・前掲書注(5)八三三頁などを

参照。

(31) 最一小判昭和六〇年三月二五日・集民一四四号一七七頁・判例時報二一六八号六六頁。

- (32) 最一小判昭和四一年一月二日・民集二〇卷二九四頁。
- (33) 最一小判昭和四六年一〇月七日・民集二五卷七号八八五頁（原告側の固有必要的共同訴訟で否定）、最一小判平成六年一月二五日・民集四八卷一
号四一頁（被告側の固有必要的共同訴訟で否定）。
- (34) 川嶋・前掲書注（5）八〇八頁などを参照。
- (35) 川嶋・前掲書（『差止救済過程の近未来展望』）注（9）二二二頁、同・前掲書（『公共訴訟の救済法理』）注（9）二九一頁。
- (36) 兼子一『判例民事訴訟法』四四九頁（弘文堂、一九五〇年）、岩松三郎兼子一編『法律実務講座』二四三頁（有斐閣、一九五〇年）。
- (37) 大決昭和一〇年九月二三日・民集一四卷一六〇八頁。
- (38) なお、民事保全手続に本条の類推適用があるか否かについては、かつて議論があつたが、民事保全法一八条は、保全命令の申立ての取下げには、保全異議または保全取消しの申立て後であっても、債務者の同意を要しないことを明らかにした。

（未完）