

Title	時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」の概念について
Sub Title	Über den Begriff der Verspätung der Erledigung des Rechtsstreits als Voraussetzung der Zurückweisung verspäteten Angriffs- und Verteidigungsmittels
Author	石渡, 哲 (Ishiwata, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1979
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.52, No.4 (1979. 4) ,p.61- 73
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19790415-0061">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19790415-0061</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」の概念について

石 渡 哲

- 一 はじめに
- 二 「遅延」の判断の基準
- 三 わずかな遅延
- 四 主張責任
- 五 若干の具体例による補遺

### 一 はじめに

民事訴訟において攻撃・防禦方法は次の三つの要件が具備すると却下される。一、その提出が時機に後れていること。二、時機に後れたことにつき提出した当事者が有責であること。三、その攻撃または防禦方法を許容すると、すなわち斟酌すると、訴訟の完結が遅延すること（訴訟の完結とは審級の終了であり、したがって終局判決を下すことである）。これら三つのことが却下の要件であるということは、

時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」の概念について

わが国においても、また一九七七年七月一日に施行された「裁判所の手続の簡素化および促進のための法律（Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren）」（以下では「簡素化法」と略称する）により改正された現行ZPO（民訴法）のもとにおける西ドイツにおいても、あるいは改正前のZPOのもとにおけるドイツにおいても、原則として妥当する（日本民訴一三九条一項。改正後のZPO二九六条一項、二項、五二八条一項、二項。改正前のZPO二七九条一項、五二九条二項）。もとより細かい——しかし実

務上重要な——点について右の各法制の間には相違点がある。例えば、これ等の要件が備わつた場合、裁判所は必ず該攻撃・防禦方法を却下しなければならない(却下強制)のか、あるいは、却下するか否かについて、なお裁判所に裁量の余地がある(裁量却下)のか、第二の要件に関して時機に後れたことが単なる過失による場合でも却下されるのか、あるいは訴訟を遅延させる意図または重大な過失(怠慢)による場合にのみ却下されるのか、さらには、免責事由の存在につき提出した当事者に挙証ないし疏明責任を負わせるのか、といった点で違いがある(最後の点に関して例えば、日本民訴二五五条一項但書および改正後のZPO二九六条一項参照)。また、改正後のZPO二九六条三項によれば、被告が放棄しうる、訴の適法性に関する責問(Rügen)が時機に後れて提出された場合、たとえその斟酌が訴訟の完結を遅延させることにならなくても、責問は却下される。<sup>(1)</sup>この点はしかし失権規定にあつては例外である。いずれにせよ、裁判所が攻撃・防禦方法を却下するためには、原則として右に挙げた三つの要件の具備が認められなくてはならない。

筆者は、現在時機に後れた攻撃・防禦方法の却下および訴訟促進一般について研究を進めているが、小稿においてはその一つの段階として第三の要件について検討を行うことにする。その際、当該攻撃または防禦方法を斟酌することにより、訴訟の完結が遅延するか否かについての判断の基準が何であるかという問題に検討の重点が置かれる<sup>(二)</sup>。この点については西ドイツにおいて従来から判例の間に二つの異なる考え方が見られたが、簡素化法施行を契機と

して発表された実務家による論文の間でも論争が行われている。小稿においてはこれら西ドイツでの判例・学説を参照したうえで、私見を表明したい。

ただし、筆者は現在西ドイツに留学中であり、日本の文献としては手もとにある極わずかなものを参照しうるのみである。その点で小稿は不十分なものである。しかし、ここで扱うテーマはおそらくわが国では従来あまり論じられていなかったものと推測されるので、不備な点は後日補うこととして、ひとまず小稿を発表する次第である。

なお、本稿において以後特にことわらない場合、ZPOの条文の数字は簡素化法施行後のものである。同法施行前の数字については「ZPO旧〇〇条」と表記する。

(1) この点については vgl. Putzo, Die Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 4f.

## 二 「遅延」の判断の基準

時機に後れた攻撃または防禦方法を斟酌する(取り上げる)ことにより訴訟の完結が遅延するか否かを決定する基準が何であるかについては、二つの見解が対立している。一方の見解によると当該攻撃・防禦方法を斟酌しない場合の訴訟係属の期間が基準となる。この見解によると斟酌する場合の訴訟係属の期間と斟酌しない場合のそれとを比較し、前者が後者より長ければ、時機に後れた提出の斟酌により訴訟の完結は遅延すると判断される(以下ではこの説を「不斟酌

酌の場合との比較説」という)。これに對立する見解によると、攻撃・防禦方法が適時に提出されていけば、必要となつたであらう訴訟係属の期間が基準となる。この見解によると、時機に後れた提出を斟酌する場合の訴訟係属の期間と、提出が適時になされていた場合必要となると思われるそれとを比較し、前者が後者より長いと考えられるときに、訴訟の完結は遅延すると判断される（以下ではこの説を「適時の提出の場合との比較説」という）。不斟酌の場合との比較説を主張するのはドイブナー判事であり、わが国においても石川教授が簡素化法を紹介する論文のなかでこの説に賛成しておられる。西ドイツの判例中にも連邦通常判所の判例をはじめとしてこれを採用するものがある。適時の提出の場合との比較説はクネーリンガー判事の論文とトーマス・ブツォーのコメントールにおいて主張されており、高等裁判所の判例のなかでこれによるものが三件見出し出される（ただし、判例はいずれの見解によるものも、簡素化法施行前のZPOによるものである）。

これら二つの見解の相違を明かにするために、いずれの見解によるかで実際の結論に違いが生じる場合、および生じない場合の具体例をいくつか挙げてみよう。

例1 両当事者は既に適時に攻撃・防禦方法を提出していた。その後になつて、口頭弁論期日において、またはその直前に一方の当事者がさらに新たな提出を行つた。適時に提出されていた攻撃・防禦方法の審理だけであれば訴訟は一回の口頭弁論で判決に熟したであらうが、時機

時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」

の概念について

に後れた提出を斟酌するためには、さらに（少くとも）もう一回弁論を開かなければならない。しかし、当該攻撃または防禦方法の審理は非常に困難で長時間を要するものであるため、たとえこれが適時に提出されていたとしても、もう一回の弁論が必要であると裁所は考えている。この場合、不斟酌の場合との比較説によれば、訴訟の完結は遅延するものと認められる。したがつて他の要件が備われば（以下の諸例においても、特にことわらないが、他の要件が備わっていることを前提にする）、当該提出は却下される。しかし適時の提出の場合との比較説によれば訴訟の完結は遅延するとは認められず、当該提出は却下されない。

例2 時機に後れて証人が申請された。この証人は口頭弁論期日においては訊問され得なかつた。しかし適時に提出されていた攻撃・防禦方法の審理だけでも一回の口頭弁論ではやりきることができず、いずれにしても、もう一回弁論を開かなければならない。且つ、裁判所はこの証人の訊問を含めて必要な審理は次回の弁論ですべてやりきれぬものと見通している。この場合は、いずれの見解によつても訴訟の完結の遅延は生ぜず、したがつて証人訊問が行われう（ただし、不斟酌の場合との比較説によると、例外的に遅延の生じる場合がある。次の例3である）。

例3 （例2の続き）次回の弁論期日において当該証人が欠席した。その他の攻撃・防禦方法に関する審理は終了し、もう一度弁論を開くとすれば、証人訊問だけが行われることになる。この場合、不斟酌の場合との比較説によると、証人訊問は訴訟の完結を遅延せしめるものとみられ、証人の申請は却下される。しかし適時の提出の場合との比較説によれば遅延は生じない。ただし証人の欠席は、その指名が適時に行われたか否かとは関係がないからである。

時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」

六四 (三八八)

例4 証人が時機に後れて弁論期日において申請されたが、同証人が期日に在廷しており、ただちに訊問が行われうる場合、いずれの見解によつても、遅延は生じない。

(なお注)4)で事案と判旨を紹介した、BGH NJW 1974, 862. も両説のいずれによるかで遅延が生じるか否かにつき結論が異なる事案である。

不斟酌の場合との比較説は二つの根拠をあげている。第一に条文上適時の提出の場合との比較説はとれないということである。もし立法者が適時の提出の場合の訴訟係属の期間の長さとの比較を考えていたなら、却下の規定においてかような比較が命じられていたはずであるが、実際にはそうなつていない、と主張されている<sup>(8)</sup>。第二に、適時の提出の場合との比較説によると、裁判所は適時に提出がなされた場合の訴訟の長さ、したがつて仮定上の訴訟の長さ、を確定することが必要となるが、この確定のためには余計な時間が必要となる、ということである。それは訴訟促進という失権規定の目的および特に簡素化法の立法者の意図に反する、というのである<sup>(9)</sup>。

一方、適時の提出の場合との比較説の根拠は、同説が適正な裁判の要請にかなうということである<sup>(10)</sup>。特に、クネーリンガーは、適正な裁判の要請が手続の促進に優先することは、簡素化法のもとでも変らないと述べている<sup>(11)</sup>。同説からはまた、不斟酌の場合との比較説の第一の根拠に対して、条文は適時の提出の場合との比較を排斥するものではない、との反論がなされている<sup>(12)</sup>。また、不斟酌の場合との比較説の第二の根拠に対してクネーリンガーは、訴訟が遅延する

の概念について

か否かは裁判所の自由な心証 (freie Überzeugung) によつて決められるので、仮定的な訴訟係属の期間も余計な時間をとらずに確定される、と主張している(例えばZPO二九六条一項は、時機に後れた「攻撃および防禦方法は、裁判所の自由な心証により、その提出を許すことが訴訟を遅延させるおそれなく……場合に限り、許すことができる」と規定している。失権に関するZPOのその他の規定も同様に、遅延するか否かの判断を裁判所の自由な心証によらしめている。ZPO二九六条二項、五二八条一項、二項)。クネーリンガーによれば、自由な心証とは証拠に基づき判断の負担から裁判所を解放するものである<sup>(13)</sup>。

そこで両説の正当性を検討しよう。私はドイツ法の解釈論としても日本法の解釈論としても不斟酌の場合との比較説には賛成できず、結論としては適時の提出の場合との比較説が正しいものと考えている。しかし現在までに行われた同説の根拠付けには理論的になお不十分な点があると思う。そこで以下では前説を批判し、また後説の根拠付けを補充する。

まず不斟酌の場合との比較説の挙げる第一の根拠は、適時の提出の場合との比較説から反論されているように、決定的ではない。ドイツ法上失権を規定するいずれの条文も、少くとも明示的には、適時の提出の場合との比較を排斥していない。たしかに条文は不斟酌の場合との比較を排斥してもいいが、またいずれの比較方法を命じているわけでもない。したがつて条文の文言はいずれの説にとつても根拠とはならない。このことは日本法においても同様である。

ここで扱っている問題にとつて決定的なのはむしろ失権規定の存

在の目的と、この目的によつて制約を受ける同規定の機能の範囲である。失権規定の目的が訴訟の促進という点にあることはいうまでもないが、訴訟の促進と適正な裁判というしばしば両立しえない二つの要請をどのように調和させるかは非常に困難な問題である。<sup>(14)</sup> 少くとも、単純にどちらか一方が他方に完全に優先するといふものではない。それゆえ、適時の提出の場合との比較説が自説の根拠付けのために「適正な裁判の要請」の「手続の促進の要請」に対する優先を援用していることには、問題がないわけではない。ただし失権規定の基礎には本来、訴訟促進のために適正な裁判の要請を後退させてもやむを得ない、という考えがあるからである。

右に掲げた二つの要請をどのように調和させるかという、一般の問題の解明は小稿の目的とするところではないが、ここで扱われている問題の解決のために必要な範囲で二つの要請の関係について述べるとすれば、次のようになる。すなわち、失権規定の目的は訴訟の促進という点にあるが、ここでいう「促進」とは遅延の防止を意味するに留まるべきであり、その範囲を越えて本来の訴訟係属の期間を適正な裁判を犠牲にしてまでさらに短縮することは、失権規定の使命を逸脱するものである。ここで本来の訴訟係属の期間とは、当事者が注意深く訴訟の促進に留意して訴訟を行った場合の、訴訟係属の期間である。かような観点からはまさに、適時の提出の場合との比較説の正当性が導かれる。特にドイプナーは一方で、「時機に後れた提出の排斥はそれぞれの手続の遅延を防止するものであつて、怠慢や不従順に対する罰ではない」、と述べながら、<sup>(15)</sup> 他方で不斟酌の

場合との比較説を主張しているが、ここにいわゆる手続遅延を私見のごとく解するならば、彼の見解は不可解である。

ただし、たしかに、不斟酌の場合との比較説が指摘しているように、適時に攻撃・防禦方法が提出されたであろう場合の訴訟係属の期間、すなわち仮定的期間、の確定に時間がかかる、という事態はありうる。この指摘に対しては、前述のごとく、適時の提出の場合との比較説からは、現行ZPOの失権規定によれば、訴訟の完結の遅延については裁判所の自由な心証で判定されるから、かような懸念は不要である、との反論がなされている。日本民訴法中の失権規定（日本民訴一三九条一項、二五五条一項）は、この点について裁判所の自由な心証によらしめる、との明文を欠いている。しかし、この点は訴訟物たる権利又は法律関係の存否の判断に必要な事実ではないから、日本民訴法の解釈論としてもそれは裁判所の自由な心証により判断されるべきものと考えられる。確かに自由な心証の故に、多くの場合、裁判所は遅延の問題について直ちに判断を下しうるであらう。しかしながら自由な心証によつてもなお、裁判所が即座に判断しかねる場合もありうる。したがつて、単に自由な心証を援用するのみでは、前述の懸念は完全に払拭されえない。

しかし私はそれでもなお理論的には適時の提出の場合との比較説が正しいと考える。その理由は次のとおりである。時機に後れた提出の斟酌により訴訟の完結が遅延するか否かの判断を裁判所が直ちには下しえず、そのために余計な時間が必要となる場合——まさに不斟酌の場合との比較説の主張者が懸念している場合——には、す

時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」の概念について

		私見	反対説
a	(斟酌の場合の訴訟係属の期間) = (適時の提出の場合の訴訟係属の期間) = (不斟酌の場合の訴訟係属の期間)	斟酌	斟酌
b	(斟酌の場合の訴訟係属の期間) > (不斟酌の場合の訴訟係属の期間)	斟酌	却下
c	(斟酌の場合の訴訟係属の期間) = (適時の提出の場合の訴訟係属の期間) ≥ (不斟酌の場合の訴訟係属の期間)	斟酌	却下
d	(斟酌の場合の訴訟係属の期間) > (適時の提出の場合の訴訟係属の期間) であり且つ、 (斟酌の場合の訴訟係属の期間) > (不斟酌の場合の訴訟係属の期間)	却下	却下
e	(斟酌の場合の訴訟係属の期間) ≥ (適時の提出の場合の訴訟係属の期間) であり且つ、 (斟酌の場合の訴訟係属の期間) ≥ (不斟酌の場合の訴訟係属の期間)	却下	却下
f	(斟酌の場合の訴訟係属の期間) ≥ (適時の提出の場合の訴訟係属の期間) であり且つ (斟酌の場合の訴訟係属の期間) > (不斟酌の場合の訴訟係属の期間)	却下	却下

でにそれだけで適時の提出の場合との比較説によつても、遅延は生じるものと解されるからである。けだし、もし適時に提出がなされていたなら、裁判所はそもそもかような判断をしないですんだからである。反対説が前述の懸念を指摘したのは、同説がこの点を看過したためと思われる。

そこで、私見(補充された適時の提出の場合との比較説)によると、いかなる場合に時機に後れた攻撃・防禦方法は訴訟の完結を遅延せしめるものと認められ、したがつて(他の要件も備われば)却下されるかを、上の表で明かにし、かつ反対説(不斟酌の場合との比較説)によつた場合と対比しよう(この表で(×)Ⅱ(△)は、×の場合の訴訟係属の期間と△の場合のそれとが、同じであることが、裁判所にとつて即座に判明することを示す。(×)Ⅰ(△)は、×の場合の訴訟係属の期間が△の場合のそれより長いことが、裁判所にとつて即座に判明することを意味する。(×)Ⅳ(△)は、×の場合の訴訟係属の期間が△の場合のそれと比べて同じであるか、あるいはより長いか、裁判所が即座に判断しえないことを意味する。例えば、cの場合は、時機に後れた攻撃・防禦方法を斟酌する場合の訴訟係属の期間と、これが

適時に提出されていた場合のそれが同じであることは、即座に判明するが、この期間と、当該攻撃・防禦方法を却下した場合の訴訟係属の期間を比較すると、同じなのか、前者が後者より長いのか、直ちには裁判所が判断しかねる場合である。

前の頁の図に示されているように、適時の提出の場合との比較説によるのと不斟酌の場合との比較説によるのとで、実際上の違いは結局bとcの場合にのみ生じる。実務においてはbとcの場合はあまり起らないかもしれない。しかし、少くともドイツの判例において「訴訟結の完結の遅延」の概念が問題となつてゐることからも、それを論じることが意義のあることと思われる。

なお、立法論としては、誤解を避けるために、失権規定において遅延の比較の基準を明記すべきであり、その際私見によれば、適時の提出の場合との比較を命じるべきである。またわが国においても、ZPOにならぬ、遅延が生じるか否かの判断は裁判所の自由な心証によるべきことが、明記されるべきである。

(1) Deubner, Zurückweisung verspäteten Vorbringens nach der Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 923. 同判事はたゞ簡素化法施行前での見解を表明してゐた。Ders., Anm. zu BGH, NJW 1974, 862, NJW 1974, 1385f.

(2) 石川「西独における民訴簡易化法と時機に後れた攻撃・防禦方法の却下について」『法と権利』3「(民商法雑誌臨時増刊号③)一二六頁。

(3) BGH, NJW 1974, 862; BGH, WM 1977, 928f.; OLG Köln, NJW 1973, 1847f.

時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」の概念について

(4) ただしBGH, NJW 1974, 862が不斟酌の場合との比較説によつてゐるということは、直ちには読みとりにくい。その判決要旨は、「新たな事実上の主張が訴訟の完結を遅延せしめるか否かは、ただその提出の時点で訴訟の状態に従つて判断される。このことは、たとえこの提出が前審において裁判所の相違した法の見解のゆえに斟酌されなかつたであろう場合にも、妥当する」といふものであるが、その意味は、事実関係が分らないと、理解しにくい。

本件では控訴審にいたつてはじめて原告(控訴人・上告人)側が行つた事実上の主張を控訴裁判所がZPO旧五二九条二項一段により却下し、この却下の正当性が上告審で問題となつた。ZPO旧五二九条二項一段は、「新たな攻撃・防禦方法および証拠方法と証拠抗弁(Beweisreden)」にして、第一審においてその主張が可能であり、且つその斟酌が訴訟の完結を遅延せしめるであろうものは、裁判所の自由な心証により当事者が第一審で提出を訴訟引き延しの意図によることも、重大な過失による(aus grober Nachlässigkeit)ともなくして行わなかつた場合にのみ許される」と規定していた。本件においてははもつばら右の主張を斟酌することによつて訴訟の完結が遅延するか否かが問題となつた。その際本件においては特殊な事情がある。それは、第一審裁判所と控訴審裁判所とで本事実に関する法の見解が相違してゐたため、仮に問題となつてゐる主張を原告(控訴人・上告人)側が第一審で行つたとしても、第一審裁判所はそのために証拠をとりたてなかつた可能性がある、ということである。換言すれば、当該主張は第一審の見解によると事件の解決を左右するものではなく、仮に当事者がその主張を行つたとしても、第一審では問題とされなかつた可能性がある、ということである。この点を連邦通常裁判所は断言してゐないが、その可能性を認めてゐる。かような事情のもとで上告人である



時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」の概念について

六八 (三九二)

原告側の上告理由中での主張は次のようなものである。すなわち「控訴審裁判所によりZPO(旧一筆者)五二九条二項にしたがつて却下された原告の提出はそれを許した場合でも、訴訟の完結を遅延せしめなかつた」。「ZPO(旧一筆者)五二九条二項の範囲においては、特定の提出を第一審手続で行わないことが訴訟の完結を全体として(Insgesamt 原文イタリック——筆者)遅延せしめるか否かが問題である」と。この主張もまたそれだけでは理解し難いが、右に述べた本件事案をも考慮すれば、上告人の主張の趣旨は次のようなものであつたと推測される。すなわち、本件では当該主張がたとえ第一審で行われたとしても、裁判所はこれを取り上げなかつたであらうから、第一審で主張を行つたとしても、控訴審にいたつてはじめて主張を行つても結果において変わりはなかつたはずである。それはいずれにしても控訴審ではじめて斟酌されたはずだということである。

判旨がかような上告理由に答え、これを退けるものであるとすると、先に引用した判決要旨中、「訴訟の完結を遅延せしめるか否かは、ただその提出の時点での訴訟の状態に従つて判断される」という部分は、実際に主張がなされた時点以外の時点で主張がなされた場合のことを考慮するのは、無用である、との趣旨に解釈される。なかなづぐ判旨は——事案や上告人の主張を知つたうえでないと読みとりにくい。第一審で主張がなされた場合の訴訟の期間との比較が無用であることを強調しているものと解される。かような理解が正しいとすれば、本件においては上告人が適時の提出の場合との比較説によるべきことを主張したのに対して、連邦通常裁判所が不斟酌の場合との比較説に従つて事件を処理したものと見ることができる。

したがつて不斟酌の場合との比較説の主張者であるドイブナー判事が本件評釈において、本件の具体的結論は不当であると述べながら

も、判決要旨となつた命題そのものは正しいと評価しているのは(Deubner, NJW 1974, 1385f.)<sup>6)</sup>論理が一貫している。これに対して、クネーリンガー判事は、ドイブナーが本件を不斟酌の場合との比較説をとるものと解していることを、批判してゐる(Kröninger, Der Begriff der Verzögerung nach der Vereinfachungsstelle, NJW 1977, 2337.)<sup>7)</sup>が、それは本件事案を十分に理解してゐないことによるものと思われる。またトーマス・フツォーのコメントールが適時の提出の場合との比較説を採用しながら、本件を何の異論も唱えずに引用してゐるのも(Thomas-Pitzko, ZPO 10. Aufl. (1976), §296 Anm. 2 a.)<sup>8)</sup>論理的に矛盾である。

適時の提出の場合との比較説を前提とすれば、本件においては問題となつた主張が第一審で行われたとしても、取り上げられなかつたであらうという可能性が、もし現実のものであるならば、訴訟の完結の遅延は生じないと解されたはずである(上告理由はまさにこのことを主張している)。したがつて上告審である連邦通常裁判所は右の可能性があることを認めているいじよう、それが現実のものであるか否かを判断しなければならなかつたはずである。そして、これが肯定されれば、事件を原審に差し戻さなければならぬことになる。

一方、不斟酌の場合との比較説を前提としても、まさにドイブナーが批判しているように(Deubner, NJW 1974, 1385f.)<sup>9)</sup>連邦通常裁判所の本件に対する処置には問題がある。たしかにこの説を前提にすれば、訴訟の完結の遅延は認められる。しかし前述の可能性が現実のものであれば、原告が第一審で当該主張を行わなかつたことにつき訴訟引き延しの意図はもとより、重大な過失も認定されないであらう。けだし第一審裁判所ですら控訴審裁判所と異なる法的外見をとつたのであるから、当事者側が控訴審裁判所の法的外見によれば必要と

なる主張を第一審で行わなかつたことは、とうてい重大な過失に基づくものとは考えられないからである。さらに、仮に第一審裁判所が、当該主張は事件の解決のために不要であると考へ、訴訟促進のため当事者にかような不要な提出を思い留まらせるべく訴訟指揮を行つていたとしたならば、この主張の第一審での提出は不可能でずらあつたといえる。いずれにせよ本件におけるは前述の可能性が現実のものであれば、ZPO旧五二九条二項による却下のための要件は欠けてゐた。したがつて上告審裁判所は、前述の可能性が現実のものであるか否かを確定しなければならなかつたはずである。もつとも上告理由においては訴訟遅延の点のみが問題とされており、上告人は自己に訴訟引延しの意図も重大な過失もないこと、ないし第一審では主張が可能でなかつたことは、主張してないようである。しかし、後に論じるごとく(本稿「四」)この点は当事者の主張がなくても、裁判所は顧慮すべきであらう。

- (5) Knöringer, Der Begriff der Verzögerung nach der Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 2337.
- (6) Thomas-Putzo, ZPO 10. Aufl. (1978), §296 Anm. 2 a.
- (7) OLG Celle, NJW 1953, 1676; OLG München, NJW 1975, 2023f.; OLG Nürnberg, MDR 1975, 849.
- (8) Deubner, NJW 1974, 1385; Ders., NJW 1977, 923. 石川・前掲論文(注(5))一三六頁。
- (9) (8) 同(5)。
- (10) Knöringer, a. a. O. (註(5)), S. 2337; Thomas-Putzo, a. a. O. (註(6)), §296 Anm. 2 a.
- (11) Knöringer, a. a. O., S. 2337.
- (12) Thomas-Putzo, a. a. O., §296 Anm. 2 a. の主張は第一〇版

時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」

から付け加えられたものである。

- (13) Knöringer, a. a. O., S. 2337.
- (14) もつとも訴訟促進の要請と適正な裁判の要請は常に対立するものではなく、前者が後者に奉仕する場合もある。ただし、訴訟が迅速に行われれば、証拠方法は、散逸する前に審理されうるであらうし、証人も記憶がうすれる前に訊問されうるからである。
- (15) Deubner, NJW 1977, 923.

### 三 わずかな遅延

時機に後れた攻撃・防禦方法を斟酌することにより、訴訟がわずかに遅延しただけでも、却下の要件の一つである「訴訟の完結の遅延」が生じたといえるのか、あるいは、そういえるためには、わずかな遅延ではならず、相当なまたは重大な遅延が生じなければならぬのか、という点は検討の余地がある。ただし、例えば、時機に後れて弁論において申請された証人がたまたま在廷して、直ちに訊問される場合には、同一期日の口頭弁論の時間は長びくが、誰もこれによつて訴訟が遅延したとは考えないであらう。したがつて「遅延」として考えられうるのは、口頭弁論の延期が必要になるか、弁論期日が少くとももう一回必要になるか、判決言渡し期日が先に延びることである。

ZPOの失権条項においては、簡素化法施行の前後を問わず、遅延が生じることが却下の要件であると規定されるのみで、相当なまたは重大な遅延が要件であるとは明記されていない(ZPO二九六条一項、二項、五二八条一項、二項。ZPO旧二七九条一項、二項、五二九条二

項)、わが国の民法において総則中の失権規定である一三九条は、ZPOと同様、単に遅延が生じることが却下の要件である、と規定しているのみである。しかし日本民法二五五一条一項は、準備書面に不記載の事項は、「著ク訴訟ヲ遅滞セシメサルトキ」には、口頭弁論で主張しようと規定している。

私は、前述のごとく(本稿二三)、訴訟促進と適正な裁判の二つの要請は単純に一方が他方に優先するものではなく、双方を調和させるべきものと考えているので、時機に後れた攻撃・防禦方法却下の要件としてはわずかな遅延ではならず、相当な遅延でなければならぬ、と考える(「遅延」の概念の縮小解釈)。何が相当かは事件の重大性をも考慮して決めるべきである。

私見のように、時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件としての「遅延」とは相当な遅延である、と解することに對してはいくつかの反論が予想される。

第一に次のような批判が考えられる。かように解すると、遅延するか否かの判断が結局は裁判官の主観に左右されることになる。また、同じく期日が一回余計に必要な場合でも、期日と期日の間にどれだけ日数がかかるかはおのおの裁判所の事情により異なるということもあり、遅延すると判断されたり、遅延しないと判断されることがありうる。したがって私見を前提とすると法的安定性が害される。さらに、実体的真実に反する裁判を回避しようとする裁判官は、遅延が生じて、それを「相当」な遅延でないとみなして、却下の権能を行使せず、その結果失権規定が機能しなくなる危険がある、と

の批判が考えられる。かような批判は確かに成り立ちうる。しかしそもそも時機に後れた攻撃・防禦方法の却下は訴訟促進のための重要な手段ではあるが、主たる手段ではないはずである。訴訟促進のために裁判所はまず何よりも準備義務、積明義務を履行しなくてはならず、失権はあくまで補助的手段のはずである。この考えは簡素化法の基礎にもある<sup>(1)</sup>。そして、わずかな訴訟係属期間の短縮を獲得するために、裁判の適正を犠牲にすることがはたして妥当といえるかということを考えると、右のごとき危険にもかかわらず、私見のような解釈をとらざるを得ないものと思われる。

第二に、当事者が攻撃・防禦方法を時機に後れて少しずつ、いわば点滴のように、提出し、その一つ一つのすべてはわずかな遅延しか生ぜしめないが、それぞれの遅延を合計すると重大なものになるという場合も、私見のような解釈によれば裁判所はすべての攻撃または防禦方法を斟酌せざるを得ないことになり、その結果著しい遅延をきたすことになる、という反論も考えられる。しかし、かような事態は理論上ありえても現実には稀であろう。そして仮にそういうことが起れば、私見によつても時機に後れてなされた提出の全体が相当な遅滞を引き起こすものとみて、あるいは攻撃・防禦権の濫用とみなして当該攻撃・防禦方法を却下することができる。

第三に、ドイツ法上とはもかく、日本法においては、前述のごとく日本民法二五五一条一項が準備書面に不記載の事実について著しい遅滞が生じること、不斟酌(却下)の要件としていることから、その反対解釈として、単に「訴訟ノ完結ヲ遅延セシムルヘキモノト認め

タルトキハ」却下すると規定している、一般規定である民訴一三九条一項においては、わずかな遅延も却下の要件になると解さざるを得ない、との反論も考えられる。しかし日本民訴二五五条一項の文言が同一三九条一項について私見のような解釈を論理必然的に排斥するものとは考えられない。ただし立法論としては一三九条においても単に「遅延セシムヘキ……」と規定するのではなく、相当な遅延が却下の要件であることを明記すべきである。

ちなみに比較的最近の、しかし簡素化法施行前の、ニュルンベルク高裁の判例<sup>(2)</sup>は、真実発見が訴訟促進に優先するとの理由から、期日のわずかな延期は遅延にはならない、と判示している。また、トーマス・プッツォーのコメント<sup>(3)</sup>においては、ただちに判決を言い渡しうるかわりに言渡しの日をもうけることは遅延にはならないと述べられている。これらの基礎にも、わずかな遅延は失権の要件としての遅延にはならない、との考え方があられるものと思われる。

(1) この点につきグルンスキーは簡素化法の解説において、法改革の重点は当初、当事者に適時の提出をなさしめるために、時機に後れた攻撃・防禦方法の失権を強化することにあつたが、その後訴訟遅延の本来的原因が手続構造の他の弱点にあるという認識が生じたと述べている。彼はさらにこの認識の変化においてはシュトゥットガルト・モデルが大きな役割をはたしたと指摘している (Grunsky, Die Strafraftung des Verfahrens durch Vereinfachungsnevelle, JZ 1977, 201)。

(2) OLG Nürnberg, MDR 1975, 849.

(3) Thomas-Putzo, a. a. O. (1)・注(9), §296 Anm. 2 c.

時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」

#### 四 主張責任

既に述べたように(本稿「二」)、攻撃・防禦方法が時機に後れたものとして却下されるためには、原則として三つの要件が具備していなければならない。そこで下級審で自己の提出が却下された当事者が、三つの要件のうちいずれかが欠けているため却下が違法であることを理由として上訴する場合がある。その場合、もし当事者が具備していなかつたと主張する要件は具備していたが、その他の要件が実は備わつていなかった、と上級審裁判所が判断したら、同裁判所はいかに処置すべきであろうか。例えば、当事者はもつぱら、当該主張を斟酌しても訴訟の完結は遅延しないであろうと主張したのに対して、上級審裁判所はこの主張は是認されないが、当事者は提出が時機に後れたことについて有責ではないと判断した場合である。

この場合に、上級審裁判所が下級審での却下を違法とみなし、それに基づいて裁判することは、利益変更禁止(日本民訴三八五条 ZPO 五三六条)から問題であるとの考えも、成り立つ余地はある。しかし上訴人はとにかく下級審での却下が違法であることを申し立てている。ただ、彼は却下が違法であることの理由付けとして、真の理由を主張せず、誤つた理由を主張したのである。したがつて却下を不当と解することは、上訴人の申立の範囲内のことといえる。さらにまた、却下は日本、ドイツのいずれの現行法によつても、必ずしも相手方当事者の申立によらなくても職権でなされうる(日

時機に後れた攻撃・防禦方法の却下の要件である「訴訟の完結の遅延」

七二 (三九六)

本民訴一三九条一項はそう明記している。同二五五条一項およびZPO二九六条一項、二項、五二八条一項、二項は明記していないが、そう解されるのであるから、これとの均衡上却下のための要件が備わっていないことについても提出者は主張責任を負っていないと解すべきである。

以上の論述を要するに、上級審裁判所は、当事者が主張していない理由から下級審での却下が不当であると解される場合にも、却下が不当であることに基<sup>(1)</sup>づいて裁判すべきである。

(一) この点から BGH NJW 1974, 863 が問題のある判例であることは、既に指摘した(本稿「二・注(4)」)。

## 五 若干の具体例による補遺

「訴訟の完結の遅延」についてはなお論じ残した問題もある。比較的最近のドイツの判例にあらわれた問題等をもとに補充を行おう。

1 BGH, MDR 1969, 643 によると、却下の要件が備わつていれば、裁判所がたとえZPO旧二七二条bに基<sup>(1)</sup>づく弁論の準備のために提出を命じた証拠であつても却下される。

2 BGH, NJW 1974, 1512f. は、控訴審になつてはじめて申請された証人の訊問が期日においてなされず、したがつて訴訟の完結は遅延するとして、証人申請を却下した原審に対して、証人(訊問)申請をはじめから不可能にするような手続のやり方をしておいて、これを許さないとすれば、裁判所に義務違反ありといえると判

の概念について

示して、事案を原審に差し戻している。

3 OLG Nürnberg, NJW 1972, 2274f. は、時機に後れて口頭弁論直前に行われた攻撃・防禦方法の提出も相手方がそれに対して弁論すれば、却下しえない、と判示している。同判例の基礎には、却下のための要件が備わつていても、相手方は却下(による利益)を放棄しうるとともに、相手方の弁論があれば、相手方は却下を放棄したものの(斟酌に同意したもの)と擬制される、との考え方があるものと推測される。本件では訴訟の完結の遅延の概念が問題となつているわけではないが、便宜上ここで本判例を検討しておこう。

第一に、はたして相手方が却下を放棄しうることが問題である。確かに却下による利益は直接的、第一義的には相手方に帰する。しかし裁判所は却下することにより無駄に使われないですんだ時間とエネルギーを他の訴訟事件にふりあてることができるのであるから、却下は公益にも間接的ながら強く奉仕するものである。したがつて相手方は却下(による利益)を放棄しえないと解すべきである。却下がドイツ法においても日本法においても職権で行われることから、そう解される(本判決が下された時点で効力をもつていたZPO旧二七九条一項、二項によつてもそう解される)。

第二に、仮に相手方が却下を放棄しうるとしても、相手方が弁論したことから放棄を擬制すべきではない。相手方には、裁判所が当該提出を却下するか否かは、直ちには断定しえない場合もありうる。たとい相手方が当該提出は却下されるであろうと予想した場合でも、一応反論する必要がある。けだし、そうしないといつて

当該提出は取り上げられ、そこで後から相手方がこれに対する弁論をしたところ、これは時機に後れたものとして却下される、という事態が生じているからである。

(一) トーマス・Pützのコメントールでは、本件が遅延の生じた場合として引用されている(Thomas-Pütz, a. a. O. (11・注(20)), §296 Anm. 2 c.)。しかし、本来遅延が生じるのだが、相手方の反論によつてこれが生じなくなるといふことはありえない。

(後記) 「はじめに」でもおこなつたように筆者は現在西ドイッテ留学中である。筆者はザールラント大学において、ゲルハルト・リュッケ教授の指導のもとに、西ドイッテにおいて一九七七年七月一日から施行されたいわゆる民訴簡素化法を中心に訴訟促進の問題を研究している。小稿で扱われているのは、訴訟促進という大きなテーマの中にあつていさゝか枝葉末節の問題ではあるが、私の研究の一端としてまとめたものである。私の研究の根幹の部分は今後さらに時間をかけて発表して行く所存である。なお指導を賜つてゐるゲルハルト・リュッケ教授およびザールラント大学に留学の機会を与えて下さつたアレクサンダー・フォン・フンホルト財団にここで深謝の意を表したい。 一九七九年二月一日

Diesen Aufsatz, „Über den Begriff der Verspätung der Er-

ledigung des Rechtsstreits als Voraussetzung der Zurückweisung verspäteten Angriffs- und Verteidigungsmittels“, habe ich in der Bundesrepublik Deutschland unter Leitung Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Gerhard Lütke, in Saarbrücken, fertig gemacht. Ich möchte an dieser Stelle Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Lütke sowie der Alexander von Humboldt-Stiftung, die mir die Gelegenheit gibt, in der Universität des Saarlandes zu arbeiten, meinen herzlichsten Dank aussprechen.

den 1. 2. 1979.

Doz. Dr. Satoshi Ishiwata

(追記) 脱稿後、次の学説、判例が不斟酌の場合との比較説を採用してこのことを発見した。Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO 37, Aufl. (1979), §296 Anm. 2 C a; Hartmann, Ein Jahr Vereinfachungsnovelle, NJW 1978, 1461; Francki, Die Vereinfachungsnovelle und ihre bisherige Bewährung in der Verfahrenswirksamkeit, NJW 1979, 13; OLG Celle, NdsRPf. 1978, 210 (ただしFrancki, a. a. O. からの引用)。その結果ドイッテでは私見と異なる不斟酌の場合との比較説が多数説の地位を得たとはいへよう。