慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	西ドイツ簡素化法施行後における更新権の制限 : 西ドイツ民訴法(ZPO) 五二八条の問題点
Sub Title	Die Einschränkung des Novenrechts im deutschen Zivilprozeß (nach § 528 ZPO)
Author	石渡, 哲(Ishiwata, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1988
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.6 (1988. 6) ,p.80- 113
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880628-0080

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.

法学研究61巻6号（'88：6）

研究ノート

西ドイツ簡素化法施行後における更新権の制限

——西ドイツ民訴法（ZPO）五二八条の問題点——

石渡哲

一　はじめに
二　ZPO五二八条三項の問題点
三　ZPO五二八条三項の合憲性
(一)　平等条項（GG三条一項）との関係
(二)　審問請求権（GG一〇三条一項）との関係
(三)　権利保護請求権・法治国家の原理（Anspruch auf Rechtsschutz, Rechtsstaatsprinzip—GG一〇条三項）との関係
(四)　司法行為請求権（Justizgewährungsanspruch GG一四条・二条）との関係
(五)　法律の規定の合憲・違憲性とその解釈
四　第一審における失権の回避策
(一)　試験的提出および許容を条件とする提出
(二)　控訴への逃避
(三)　欠席への逃避
(四)　反訴等への逃避
五　控訴審における再提出と新提出の取扱いの同一化を試みる解釈論
(一)　失権の可能性の拡大による同一化
(二)　失権の可能性の縮小による同一化
六　その他の問題点
七　まとめと私見
(一)　ZPO五二八条三項の解釈上の問題に関する私見
(二)　更新権制限に関する立法政策論

一　はじめに

現在、私は、更新権をいかなる限度で制限すべきか、さらに、控訴審の構造はいかにあるべきかという、立法政策上の問題を検討している。

ところで、西ドイツでは、周知のように、一九七六年にいわゆる「簡素化法（Vereinfachungsnovelle）」による民訴法の大改正が行われた[1]（施行は、一九七七年）。改正された重要な点の一つに、訴訟促進のための時機に後れた攻撃防禦方法の失権の強化がある。この強化は、第一審、控訴審の双方において行われたが、控訴審における右強化は、更新権の制限の強化を意味する。しかし、この点に関する簡素化法の規定、すなわちＺＰＯ（ドイツ民訴）五二八条には大きな欠陥があるため、学説はしばしば立法者を批判し、また、判例・実務も同条をめぐって生じる問題の処理に苦慮している。

そこで、更新権の制限に関するわが国の立法政策論を論じるにあたっても、西ドイツの現行の制度を批判的に参酌し、かつ、西ドイツの学説・判例を参照することが、有意義であると思われる。しかし、ＺＰＯ五二八条をめぐって生じる問題は多岐にわたるとともに、これに関する文献や判例も非常に多数あるため、西ドイツの学説・判例の整理のためだけでも、かなりの紙幅が必要になる。そこで、私は、まずこの部分だけを独立した論稿として発表することにした。わが国の立法政策論は、後日あらためて発表したい、と考えている。

なお、西ドイツ法の問題点を指摘し、かつこれについての学説・判例を紹介する文献は、わが国でもすでにいくつか公刊されている[2]。しかし、西ドイツでは、その後も新たな問題が生じ、また、新しい学説・判例が出現している。本稿では、すでに紹介ずみのものも含めて、西ドイツの学説・判例中重要なものをできる限り数多く取り上げることにしたい[3]。

(1)　簡素化法を紹介する文献は、わが国でも多数公刊されている。たとえば、木川統一郎・訴訟促進政策の新展開（一九八七年）一頁以下（同書の該当部分は、初め、木川統一郎＝吉野正三郎「西ドイツにおける民事訴訟促進政策の動向(上)(下)」判タ三五二号〈一九七七年〉・三五三号〈一九七八年〉として発表された）、石川明「西独における民訴簡易化法と訴訟上の和解」法学研究五〇巻一二号（一九七七年）一五五頁以下、春日偉知郎「時機に後れた攻撃防禦方法の却下――西ドイツ簡素化法（Vereinfachungsnovelle）の問題点」独協法学一五号（一九八〇年）一九頁以下。吉村徳重「訴訟促進と弁論の充実・活性化―西ドイツ簡素化法の理想と現実―」刑事法学の諸相(下)（井上正治博士還暦祝賀）（一九八三年）三〇一頁以下。

(2)　春日・前掲論文五三頁以下、石川明「西独新民訴法五二八条三項の問題点―簡素化法による時機に後れた攻撃防御方法却下の一側面―」手続法の理論と実践(上)（吉川大二郎博士追悼論集）（一九八〇年）一五一頁以下。判例の紹介としては、以下のものがある。石渡哲「ドイツ民事訴訟法関係新判例紹介(3)」判タ三七四号（一九七九年）四〇頁以下、同「同(9)」判タ三八九号（一九七九年）三八頁

以下、同「(29)」判タ四四一号（一九八一年）五五頁以下、石川明「ドイツ民事訴訟法関係新判例紹介(14)」判タ四〇三号（一九八〇年）五五頁以下、永井博史「ドイツ民事訴訟法関係新判例紹介(37)」判タ四五九号（一九八二年）四六頁以下。

(3) 以下、本稿において関連する西ドイツ法の条文は、とくに本稿のテーマと直接に関連する若干の重要なものを除いて、日本語訳は掲げない。訳文については、ドイツ民事訴訟法典（法務資料四四〇号）を参照せられたい。

二　ZPO五二八条三項の問題点

問題点を明らかにするために、まず、控訴審における攻撃防禦方法の失権に関する、簡素化法施行前の規定と同法施行後の規定を対比したい。(4)

改正前	改正後（現行法）
ZPO旧第五二九条　①当事者は、第一審において主張しなかった攻撃防禦方法、とくに新たな事実および証拠方法を提出することができる。 ②第一審で主張することができ、かつ、それを斟酌しても、（控訴審における―筆者）訴訟の完結を遅延させる虞れのない攻撃防禦方法、証拠方法および証拠抗弁は、裁判所の自由な心証により、当事者が第一審において訴訟引延しの意図なく、かつ重大な過失によることもなく提出しなかった場合に限り、これを許さなければならない。	第五二七条　攻撃防禦方法が、第五一九条または第五二〇条第二項により適時に提出されなかった場合には、第二九六条第一項、第四項を準用する。 第五二八条　①第一審において、そのために裁定された期間（第二七三条第二項第一号、第二七五条第一項第一文、第三項、第四項、第二七六条第一項第二文、第三項、第二七七条）内に提出されなかった新しい攻撃防禦方法は、それを許すことが、裁判所の自由な心証により訴訟の完結を遅延させないであろう場合、または、当事者が（提出の―筆者）時機に後れたことにつき、十分に弁明した場合に限り、これを許さなければならない。免責事由は、裁判所の求めがあれば、これを疎明しなければならない。 ②第一審において、第二八二条第一項に違反して適時に提出さ

（第五二九条②の続き）この規定は、第一審において第二七九条、第二七九条a、第二八三条二項により却下された提出にも、これを準用する。

③第二項前段の規定は、控訴人が控訴審において主張することを許されている提出を、第五一九条の規定に反して控訴理由書において通告しなかった場合にも、準用される。

④・⑤ 省略

れなかった、または第二八二条第二項に違反して適時に通知されなかった新たな攻撃防禦方法は、それを許すことが、裁判所の自由な心証により訴訟の完結を遅延させないであろう場合、または、当事者の第一審におけるその不提出につき重大な過失がなかった場合に限り、これを許さなければならない。

③第一審において適法に却下された攻撃防禦方法は、排斥される。

問題となるのは、次の点である。第一審で時機に後れたとして却下された攻撃防禦方法が、控訴審で再度提出された場合には、ZPO五二八条三項が適用される。同規定によると、当該攻撃防禦方法は、第一審での却下が正当である限り、控訴審でも排斥される。その際、当該攻撃防禦方法の斟酌が控訴審の手続を遅延させるか否かは、――少なくとも文理上は――問題にならない。したがって、第一審での却下は、決定的な不利益を当事者に及ぼすといえる。他方、控訴審で初めて提出された攻撃防禦方法には、まずZPO五二七条が適用されるが、同条により却下を免れるもの（控訴理由中、ないし裁判所が裁定した提出期間中に提出された控訴答弁書中で提出された攻撃防禦方法）には、同五二八条一項・二項が適用される。[5] 五二八条一項は、第一審で提出のための期間が定められていた場合を、同条二項はそうでない場合を規定しているが、いずれの場合も、当該攻撃防禦方法の斟酌により（控訴審の）手続が遅延することが、却下の要件になっている。時機に後れて提出された攻撃防禦方法であっても、必ずしも常に訴訟の完結を遅延させるとは限らない。とくに、控訴審の冒頭で攻撃防禦方法が提出された場合には、遅延の発生が回避され、したがって当該攻撃防禦方法が失権を免れる可能性が大きい。そこで、攻撃防禦方法を第一審で時機に後れて提出し、これが却下された場合の方が、攻撃防禦方法をより後の時点である控訴審で提出した場合に比べて、当事者

がより不利益に扱われるという、奇妙な結果になってしまう。

このような規定の不均衡は、一方で、その合憲性に対する疑念を生じさせる。他方、簡素化法により第一審での失権も従来以上に厳しいものになった[6]という事情も加わって、第一審での失権を回避するためのいくつかのテクニックが、文献において提案されたり、判例において問題になっている。

ZPO五二八条三項が、第一審で却下された攻撃防禦方法を控訴審でも排斥している点につき、立法者は、そうしなければ、手続の集中と促進のために第一審で執られた措置が無益なものになってしまうからである、と説明している[7]。そして立法者は、かような更新権の制限により、攻撃防禦方法が第一審で汲み尽され、訴訟の重点が控訴審に置かれることに歯止めを掛けることができる、と考えていた[8]。

なお、立法者がかように、訴訟の重点が控訴審に移行することを防止しようとしたのは、西ドイツの実務ではもともと第一審軽視ないし控訴指向の傾向が強かったことも、その一因である、との指摘もある[9]。

しかしながら、立法者の意図の達成は、前述の第一審での失権の回避策が行われることにより、妨げられる[10]。そこで、ZPO五二八条は、しばしば、失敗した立法例である、との烙印を押されている[11]。

ちなみに、第一審で却下され控訴審で再度提出された攻撃防禦方法と、控訴審で初めて提出された攻撃防禦方法の双方につき、ともに訴訟の完結の遅延を失権の要件とするか、あるいは、いずれについてもこれを失権の要件からはずすならば、規定の不均衡は生じない。簡素化法施行前においては、前者の立場が採用されていた（新提出につき、ZPO旧五二九条二項前段、再度の提出につき、同項後段）。他方、簡素化法制定に至る過程で公表された、一九七〇年の「民事訴訟法改正草案（Entwurf eines Gesetzes zur Änderug der Zivilprozeßordnung von 1970）」においては、草案起草者は後者の方向をうち出した（同草案五二七条一項と二項を対比せられたい）[12]。この起草者の態度には、――それに賛成すべきか否かは、別として――一貫性があったといえる。しかし、草案による失権および更新権の制限の強化に対しては、各方面から強い批判が提起された[13]。簡素化法による更新権の制限規定、すなわち現行ZPO五二八条各項は、起草者とこれに対する批判論の妥協の産物であったといえよう。しかし、妥協の結果がえてしてそうであるように、現行規定は、立法の目的の達成のために十分に機能しないばかりか、むしろその障碍にさえなっているのである。

以下では、ZPO五二八条三項の合憲性をめぐる議論（三）、これまでに論じられた第一審における失権の回避策（四）、ZPO五二八条一項・二項と三項の不均衡を解消するために提案されている解釈論（五）、その他の問題点（六）を紹介し、最後に、ZPO五二八条のもつ問題点についての私見を簡略に記す（七）ことにしたい。

(4) 改正前の条文の訳については、斎藤常三郎＝小野木常（中野貞一郎補遺）・現代外国法典叢書・独逸民事訴訟法Ⅱを、改正後の条文の訳については、前掲ドイツ民訴法典（前注一(3)）を参考にした。

(5) Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO 44. Aufl., 1986, §528 Anm. 3.

(6) 簡素化法の施行前と施行後の第一審の失権規定を対比すると、以下のようである。

改正前においては、攻撃防禦方法の却下は裁判所の裁量に任されていた（裁量的却下）。また、当該攻撃防禦方法を取り上げると訴訟が遅延すること、ないし、提出が時機に後れたことが、当事者の訴訟引延しの故意ないし重大な過失によることが、却下の要件になっていた（ZPO旧二七九条）。

改正後の条文は次のようである。

第二九六条 ①その提出のために定められた期間（第二七三条第二項第一号、第二七五条第一項第一文、第三項、第四項、第二七六条第一項第二文、第三項、第二七七条）の経過後に初めて提出された攻撃防禦方法は、裁判所の自由な心証によりそれを許すことが訴訟の完結を遅延させないであろう場合、又は（提出が―筆者）時機に後れたことにつき当事者が十分に弁明した場合に限り、これを許す。

②第二八二条第一項に反して適時に提出されない、又は第二八二条第二項に反して適時に通知されない攻撃防禦方法は、それを認めることが裁判所の自由な心証により訴訟の完結を遅延させるであろう場合、又は（提出が―筆者）時機に後れたことが重大な過失による場合は、これを却下することができる。

③（略）

④第一項及び第三項の場合に、免責事由は、裁判所の求めにより

これを疎明しなければならない。

すなわち攻撃防禦方法提出のための期間が定められ、同期間経過後に提出がなされた場合には、裁判所は必ず攻撃防禦方法を却下しなければならず、裁量の余地はない（必要的却下）。もとより、当該攻撃防禦方法を取り上げても、訴訟が遅延しないであろう場合、または、当事者が時機に後れたことにつき十分に弁明した場合には、当事者は却下を免れる（ZPO二九六条一項・四項）。しかし、当事者の軽過失が、却下の要件とされている点、および、弁明事由の存在については、攻撃防禦方法を提出した当事者に疎明責任が負わされている（通説）点が、旧法と異なる。一方、提出のための期間は裁定されなかったが、一般的訴訟促進義務（ZPO二八二条一項・二項）に違反して適時に提出されなかった、ないし通知されなかった攻撃防禦方法の却下は、裁判所の裁量に任されている。また、訴訟の完結の遅延と重大な過失が却下の要件になっている（ZPO二九六条二項）。

(7) BT Dr. 7/2729, S. 90; BT Dr. 7/5250, S. 5.

連邦通常裁判所の判例の中にも、この点を強調しているものがある。BGHZ, 76, 133, 137＝NJW 1980, 945 mit Anm. E. Schneider＝JZ 1980, 322＝MDR 1980, 393; BGH, NJW 1980, 1102, 1104＝JuS 1980, 915＝MDR 1980, 487 mit Anm. E. Schneider.

(8) BT Dr. 7/2729, S. 41

(9) ペーター・ギレス＝井上正三＝小島武司「簡素化法と民事訴訟手続の集中―審級制度の再検討―」判タ五四〇号（一九八五年）三六頁。

(10) Wolf, ZZP 94(1981), 310, 316; ギレス＝井上＝小島・前掲三六―七頁。

(11) ZPO五二八条、とくに同条三項は次のように酷評されている。「二重の観点において誤っている（verfehlt）」Bender/Belz/Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht, 1977, Rdnr. 178.

「大変な誤謬（grober Mißbegriff）」Deubner, NJW 1978, 355;「失敗した（mißlungen）五二八条三項」ders., NJW 1979, 337, 344.

「立法上の大失敗」（grobe gesetzgeberische Fehlleistung）」Franzki, NJW 1979, 13;「失権規定は奇妙で馬鹿げた結果をもたらした」ders., DRiZ 1979, 161.

「簡素化法の弱点（Schwachstelle）」Hartmann, NJW 1978, 1463, 1464.

ZPO五二八条一項・二項と三項の差異は「奇異な結果をもたらす（…führt zu dem befremden Ergebnis）」Lampenscherf, MDR 1978, 365.

「五二八条三項は、いかに正義感覚（Gerechtigkeitsempfinden）に反するか」Leipold, ZZP 93 (1980), 237, 253.

「五二八条三項の文言どおりの適用の結果は、馬鹿げたこと（Unvernünftigkeit）である」E. Schneider, MDR 1978, 969, 970;「全く誤っている（schlechthin verfehlt）」ders., NJW 1980, 948.

「立法上の誤謬（der gesetzgeberische Mißbegriff）」Wieczorek/Rössler, ZPO 2. Aufl. (1981), §528 D; Zöller/Schneider, ZPO 14. Aufl. (1984), §528 Rdnr. 31.

「明らかに失敗した立法例」石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点（前注一(2)）一六四頁、同、前掲ドイツ民訴法関係新判例紹介(14)（前注一(2)）五七頁。

(12) 一九七〇年草案の該当する条文の訳文を掲げる。

第五二六条　攻撃防禦方法が第五一九条又は第五二〇条第二項に反して適時に提出されなかった場合には、第二八〇条第一項、第三項を準用する。

第五二七条　①新たな攻撃防禦方法にして第二六一条a第一項第二文、第二七四条第二項第一号、第二七五条乃至第二七八条に反して、第一審において適時に提出されなかったものは、当事者が（提出の―筆者）時機に後れたことを十分に弁明した場合に限り、これを許さなければならない。弁明事由は、裁判所の求めがあれば、これを疎明しなければならない。

②第一審において却下された攻撃防禦方法は、排斥されたままとする。

一九七〇年草案の内容については、木川統一郎「西ドイツ一九七〇年民訴法改正草案の訴訟政策的評価」比較民事訴訟政策の研究（一九七二年）三一頁以下（初出、比較法雑誌六巻三・四号〈一九七一年〉）にその紹介がある。

また、西ドイツでは、一九七〇年草案に先行して一九六七年にも民事訴訟法改正草案が公表されていた。一九六七年草案については、木川統一郎「失権立法と手続の段階化―ドイツ・フランスにおける民訴法改正の動向―」比較民事訴訟政策の研究一頁以下（初出、「訴訟促進のための具体的諸方策とその評価」実務民事訴訟講座(1)〈一九六七年〉）にその紹介がある。

(13) 一九七〇年草案に対する各方面からの批判については、木川・前掲西ドイツ一九七〇年民訴改正草案の訴訟政策的評価五七頁以下、春日・前掲論文（前注一(1)）二三頁以下参照。

三　ZPO五二八三項の合憲性

ZPO五二八条三項の合憲性との関連では、これまで学説・判例において、①同規定と平等条項（法の下の平等）との関係、②審問請求権との関係、③権利保護請求権ないし法治国家の原理との関係、④司法行為請求権との関係が問題とされてきた。

(一)　平等条項（GG三条一項）との関係

控訴審で新たに提出された攻撃防禦方法については、ZPO五二八条一項・二項が手続の遅延を失権の要件としているのに対して、第一審で正当に却下された攻撃防禦方法については、同条三項が控訴審でも遅延の有無にかかわらず排斥していることをもって、ランペンシェルフおよびデュッセルドルフ高等裁判所の判例[14]は、GG（基本法）三条一項が規定する平等条項（法の下の平等）に抵触する、と解している。GG三条一項は、理由のない差別的扱いを禁止しており、正当で合理的な理由があれば差別的扱いも許されるが、ZPO五二八条一項・二項と三項の間の扱いの差異には、合理的な理由がない、というのである。その他、若干の学説[15]がZPO五二八条三項の平等条項への適合性を疑問視している[16]。ちなみに、わが国でも、石川明教授が、ZPO五二八条三項はGG三条一項に違反する、と明言しておられる[17]。

しかし、通説・判例は、ZPO五二八条三項はGG三条一項に違反しない、と解している[18]。その理由として、――学説中には、必ずしも十分な理由を示していないものもあるが――以下のことが考えられている。主たる理由は、ZPO五二八条三項と一項・二項とでは規定の対象が異なる、ということである。すなわち、五二八条三項においては、いったん却下された攻撃防禦方法の再度の提出が、一項・二項においては、新たな攻撃防禦方法の提出が対象になっている、というのである[19]。そのほか、両者の異なる扱いは、訴訟の促進（第一審の手続の集中）を目的としており、合理的な理由がある、すなわち、第一審で正当に却下された攻撃防禦方法が控訴審で許容されると、第一審が行った訴訟促進のための措置が無意味になるという点をも、理由として挙げている学説・判例がある[20]。

ただし、これらの学説・判例の中には、一方でZPO五二八条三項の合憲性を認めながら、他方で同規定の適用範囲の制限、換言すれば、縮小解釈を提案するものがある。詳細は後述する（五(二)）が、相当数のものが、控訴審で争われなくなった提出への同規定の適用を否定している[21]。

ライポルトは、ZPO五二八条三項は、これを文言どおりに解釈すれば、GG三条一項、および次項以下で取り上げるGG二〇条三項・一〇三条一項に違反し、違憲である、とまで言いながら、ZPO五二八条三項においても、同条一項・二項を類推適用して、訴訟の遅延を失権の要件に加えることにより、合

憲とみなすことができる、と述べている。[22]

(二) 審問請求権（GG一〇三条一項）との関係

通説・判例は、ZPO五二八条三項は、GG一〇三条一項が[23]保障する審問請求権を侵害するものではない、と解している。その理由として――学説中には、必ずしも十分な理由を示していないものもあるが――、ZPO五二八条三項が適用される攻撃防禦方法は、第一審において提出の機会があったものであるから、その排斥は審問請求権の侵害にならない、ということが[24]挙げられている。ZPO五二八条三項は平等条項に違反する、と主張するランベンシェルフも、同規定は審問請求権を侵害してはいない、と解している。[25]

ライポルトは、ZPO五二八条三項と審問請求権の関係につき、以下のように述べている。すなわち、訴訟促進の観点から審問請求権を制限できるのは、そうすることによって訴訟の遅延を防止できる場合に限られる。ZPO五二八条三項は、訴訟の遅延を失権の要件にしていないので、同規定は、これを文言どおりに解釈するならば、審問請求権を侵害する。しかし、ZPO五二八条三項においても、同条一項・二項の類推適用により、遅延を失権の要件に加えることによって、合憲とみなすことができる、と。[26]

ちなみに、わが国では、石川明教授が、ZPO五二八条三項は審問請求権を侵害する、と述べておられる。[27]

(三) 権利保護請求権・法治国家の原理（Anspruch auf Rechtsschutz, Rechtsstaatsprinzip―GG二〇条三項）との関係

ライポルトは、前述のように、ZPO五二八条は、これを文言どおりに解釈すれば違憲であるが、訴訟の遅延を失権の要件に加える解釈により、合憲と解している。その際彼は、憲法上の条項として、平等条項、審問請求権とならんで、権利保護請求権を挙げており、その条文としては、GG二〇条三項を提示している。[28]

また、カルヴァイトも、ZPO五二八条三項の合憲性との関連で、GG二〇条三項を取り上げて、以下のように述べている。すなわち、「五二八条三項の排斥継続効（Ausschlußfortwirkung第一審での失権の効果が控訴審でも継続すること―筆者）は、GG二〇条三項の法治国家の原理、およびそこから導き出される権利保護の保障に、原則として適合する」。しかし、控訴審で争われなくなった提出を斟酌しないことは、GG二〇条三項に違反する、と。[29]

(四) 司法行為請求権（Justizgewährungsanspruch GG一四条・二条）との関係

ヴォルフは、失権規定一般について次のように述べている。失権規定の合憲性に関しては、審問請求権とならんで、効果的な権利保護を求める請求権としての司法行為請求権をも問題に

しなければならない。原告側の司法行為請求権は、私権（財産権）を保障するGG一四条から、被告側のそれは、不当な権利侵害からの保護（人格権）を保障するGG二条から引き出される。しかし、失権規定は、以下の理由により、司法行為請求権を侵害するものではない。すなわち、原告側についていえば、失権規定はGG一四条一項後段にいわゆる権利の内容と限界を定める法律規定である。また権利の社会的義務性（Sozialpflichtigkeit des Eigentums GG一四条二項）に基づき、権利者も適時の提出を義務付けられている。被告側についていえば、失権規定は、GG二条一項の制限の範囲内である、という理由である。[30]

(五) 法律の規定の合憲・違憲性とその解釈

前述のように、西ドイツの通説・判例は、ZPO五二八条三項の合憲性を肯定しているが、その中の相当数のものが、同規定の実際の適用にあたっては、これを制限的に解釈すべきである、と解している。

最も強力に制限的解釈の必要性を強調しているのは、ライポルトであろう。彼は、すでに度々引用したように、ZPO五二八条三項は、これを文言どおりに解釈すれば、違憲である、と述べている。ライポルトは、基本法と法律の規定の解釈の関係につき、基本的には以下のように考えている。すなわち、法律の規定につき複数の解釈が可能であり、疑わしい場合には、基本法の規定に最も強い効力を付与する解釈を選ばなければならない、と。[31] 失権規定の解釈については、彼は、「憲法は、失権規定を制限的に解釈することにより、同規定から訴訟を促進する効果を奪うことを、要求してはいない。しかし憲法は、この強力な武器につき慎重で注意深い取扱いを要求している」、と述べている。[32]

ZPO五二八条三項は、文言どおりの解釈によれば、審問請求権を侵害するとの、ライポルトの見解に対して、ヴォルフは、ライポルトは権利行使の義務性を考慮していない、と批判している。[33] しかし、そのヴォルフも、平等条項との関係では、ZPO五二八条三項の適用の結果は好ましくなく、また、好ましくない結果を避けるのが、法適用の使命である、と述べている。[34]

E・シュナイダーも、ZPO五二八条三項の規定を文言どおりに解釈する者は、裁判官を立法者の過誤と能力の欠如に縛り付けることになるが、しかし、法律は基本法と調和する解釈が可能であり、かつ、そう解釈しても法律が意義を有するなら、違憲でない、と述べている。[35] ほぼ同様のことを、ベンダー＝ベルツ＝ヴァックスの簡素化法の解説書[36]およびカルヴァイトの学位請求論文[37]も述べている。ただし、ZPO五二八条三項の適用範囲の解釈による制限の具体的な仕方は、これらの学説の間で完全に一致しているわけではない。この点の詳細は、後に紹介する（五(二)）。

他方、ランペンシェルフは、前述のように、ZPO五二八条三項は平等条項に違反する、と解しているが、彼はその際、同

規定の文言が明白であるため、解釈によってこれを合憲とすることはできない、と主張している。[38]

いずれにせよ、ZPO五二八条三項を合憲であると解しうるとしても、この規定が非合理的なものであることは、否定できない。連邦通常裁判所のある判例は、同規定の合憲性を肯定するにあたり、次のように述べている。「立法者によりZPO五二八条中に置かれた規定は、不合目的的であると評価されるかもしれない。しかしながら、法律の規定の不合目的性は、なおその違憲性を基礎付けるものではない」。[39] この判例も、その傍論において、ZPO五二八条三項の制限的解釈を提唱している。

(14) Lampenscherf, MDR 1978, 365, 367.

(15) OLG Düsseldorf, NJW 1979, 1719, 1720.

(16) Franzki, DRiZ 1977, 161, 166; Lüke, JuS 1981, 503, 506.

(17) 石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点（前注一(2)）一六一—二頁。

(18) 学説としては、以下のものを挙げることができる。Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO（前注二(5)）§528 Anm. 4; Bender/Belz/Wax, aaO（前注二(11)）Rdnr. 178; Dengler, NJW 1980, 163f.; Jauernig, Zivilprozeßrecht 21. Aufl., 1985, §73 V; Kallweit, Die Prozeßförderungspflicht der Parteien und die Präklusion verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß nach der Vereinfachungsnovelle vom 3. 12. 1976, 1983, S. 167 f.; Leipold, ZZP 93(1980), 237, 253 f.; E. Schneider, MDR 1978, 969, 972; Strohs, JA 1981, 457, 462; Wolf, ZZP 94 (1981), 310, 311. ただし、これらのうち、Bender/Belz/Wax; Kallweit; Leipold; E. Schneider; Wolf の学説については、本節(四)参照。

また、Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 14. Aufl., 1986, §140 IV 2c; Thomas/Putzo, ZPO 14. Aufl., 1986, §528 Anm. 3c は、憲法上の個々の条項（平等条項や審問請求権の保障など）を挙げずに、包括的に、ZPO五二八条三項は違憲でない、と述べている。E. Schneider, NJW 1980, 948 も同様。

判例としては、以下のものを挙げることができる。BVerfGE 55, 72, 90f. = NJW 1981, 271 = MDR 1981, 290 = ZZP 94, 339; BGHZ 76, 133, 138f. = NJW 1980, 945 mit Anm. E. Schneider = JZ 1980, 322=MDR 1980, 393; BGH, NJW 1980, 1102, 1104 = JuS 1980, 914 = MDR 1980, 487 mit Anm. E. Schneider; OLG München, OLGZ 1979, 109, 110 = MDR 1978, 1028; OLG Celle, NJW 1979, 377.

(19) 学説では、前注(18)に引用したもののうち、Kallweit; Wolf がこの旨を述べており、Dengler もこれと同旨といえよう。前注(18)に列挙した判例も、この点を理由として挙げている。

(20) Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4; BVerfGE 55, 72, 92; BGH, NJW 1980, 1102, 1104; OLG München OLGZ 1979, 109, 110.

(21) 学説・判例は後注五(99)に引用される。

(22) Leipold, ZZP 93(1980), 237, 253 f.

(23) 学説としては、以下のものを挙げることができる。Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4; Jauernig, aaO, §73 V; Kallweit, aaO, S. 167; E. Schneider, MDR 1978, 969, 972; Waldner, NJW 1984, 2925; Wolf, ZZP 94, 310, 311. なお、Rosenberg/Schwab, aaO; Thomas/Putzo, aaO; E. Schneider, NJW 1980, 948 については、前注(18)を参照されたい。

判例としては、以下のものを挙げることができる。BVerfGE 55, 72, 93ff.; BGHZ 76, 133, 138; BGH, NJW 1980, 1102, 1104; OLG München, OLGZ 1979, 109, 110.

(24) 学説では、前注(23)に引用したもののうち、Kallweit; Waldner; Wolf がこの旨を述べている。前注(23)に列挙した判例もこの点を理由として挙げている。

(25) Lampenscherf, MDR 1978, 365, 367.

(26) Leipold, ZZP 93, 237, 253 f.

(27) 石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点一六一頁、同・前掲ドイツ民訴法関係新判例紹介(14)(前注一(2))五七頁。

(28) Leipold, ZZP 93, 237, 253 f.

(29) Kallweit, aaO, S. 168 f.

(30) Wolf, ZZP 94, 310, 311 f.

(31) Leipold, ZZP 97 (1984), 395, 397.

(32) Leipold, ZZP 97, 395, 398.

(33) Wolf, ZZP 94, 310, 311. そのほか、Waldner, NJW 1984, 2925 も、ライポルトの見解を批判している。

(34) Wolf, ZZP 94, 310, 312 f.

(35) E. Schneider, MDR 1978, 969, 972; vgl. ders., NJW 1980, 948.

(36) Bender/Belz/Wax, aaO, Rdnr. 178.

(37) Kallweit, aaO, S. 168 f.

(38) Lampenscherf, MDR 1978, 365, 367.

(39) BGHZ 76, 133, 141.

四　第一審における失権の回避策

第一審における失権の回避策として、これまで問題になったのは、①攻撃防禦方法の試験的提出および許容を条件とする提出、②控訴への逃避、③欠席への逃避、④反訴等への逃避である。これらのうち、①、②が、第一審で攻撃防禦方法が却下された場合に当事者が受けることになる、控訴審での却下の場合よりはるかに大きな不利益を回避するために、考え出されたものであることは、想像に難くない。これに対して③、④は、理論的には、右二つの場合の扱いの不均衡と必然的に結び付くものではない。すなわち、二つの場合の扱いの間に均衡が保たれているとしても、当事者がとにかく第一審で却下を免れようとして、③ないし④の策を執ることは、ありえないことではない。しかし、西ドイツの現行法制のように、二つの場合の扱いの間の不均衡が大きい法制度の下においては、第一審での却下を回避する実益がとくに大きいといえる。実際に、③、④が学説・判例上問題になったのは、実定法中に前記の不均衡が生じた簡素化法施行以降である。

(一)　試験的提出および許容を条件とする提出

ドイプナーは、簡素化法施行後早々に、ZPO五二八条三項の問題点を指摘し、その弊害の回避策として試験的提出および

許容を条件とする提出を提唱した。[40]

試験的提出とは、第一審で適時に提出されず、それゆえ却下される可能性のある攻撃防禦方法も、一応提出しておき、却下されることが確実になった時点で、これを撤回し、もって控訴審のために温存するという、テクニックである。これについてドイプナーは、次のように述べている。すなわち、裁判所は、却下を考慮したなら、当事者にその旨を教示し（ZPO一三九条一項）、提出が時機に後れたことについての弁明の機会を与えなければならない。したがってこの教示がなされれば、当事者には却下の予測がつく。ちなみに、右の教示なしになされる攻撃防禦方法の却下は違法であり、控訴審でこれが再度提出されれば、新提出とみられる。試験的提出の適法性の根拠としてドイプナーは、以下のとおり述べている。すなわち、攻撃防禦方法の撤回については、訴えの取下げの場合（ZPO二六九条）と異なり、相手方の同意を要件とする規定がない。また、民訴法が証人および鑑定人の放棄を認めていること（ZPO三九九条・四〇二条）、さらに、これを許さないと、次項で取り上げる控訴への逃避がなされること、である。[41]

許容を条件とする提出とは、文字どおり、攻撃防禦方法が許容されること、ないし却下されないことを条件とする、提出である。その適法性の根拠として、ドイプナーは以下のとおり述べている。第一に、これを認めても、手続上不安定は生じない。というのは、裁判所にとっては、条件付きの提出がなされた場合も、無条件の提出がなされた場合も、却下の要件の具備を審査しなければならず、要件が具備していれば、提出を取り上げないという点で、違いがない。また、相手方の地位が不当に不安定になることもない。なぜなら、攻撃防禦方法を提出した当事者は、どうせ相手方の同意なしにこれを取り下げることができるからである。第二に、許容を条件とする提出を認めても、ZPO五二八条三項の目的が害されないばかりか、むしろこれが達成されるということも、その適法性の根拠となる。すなわち、許容を条件とする提出が許されれば、第一審で結果的に却下されずにすむ提出が撤回されてしまうという事態が避けられるが、そのことは、事案解明のために与えられた可能性を完全に汲み尽すという目的に奉仕する、というのである。[42]

しかし、ドイプナーの二つの提案を支持する学説はほとんどない。[43] また、文献や判例中にも、これらが実務で行われていることを推認させるものは、見当らない。

試験的提出について、E・シュナイダーは、これを許容すると、確定的な陳述がなされる前に、実体法上の問題や証拠評価の疑問についての裁判所の意見をさぐり出すことを、当事者に許さなければならなくなる、と述べている。[44] ツェラーのコンメンタールは、裁判所は遅延の効果（Verzögerungswirkung）を最終的には判決中で判断する、と述べている。[45] その趣旨は、わが国で石川明教授が、（試験的提出は、それが認められるとしても）あらかじめ却下が一〇〇パーセント予測できるわけではないから、

当事者の不利益の回避策として不十分である、と述べておられるのと、同じであろう。また、リュケは、事実の提出の撤回は、裁判所がそれに関与したときから許されない、と述べている。[47]

そのほか、とくに明確な理由付けは欠くが、有力なコンメンタールや体系書の中にも、試験的提出の適法性を否定しているものがある。[48]

許容を条件とする提出の適法性も、多くの学説により否定されている。その理由は、かような条件は民訴法の認めるところでない、という点に求められている。[49][50]

(二) 控訴への逃避

繰り返し述べているように、第一審で正当に却下された攻撃防禦方法は、ZPO五二八条三項により、控訴審でも、訴訟の遅延の有無にかかわらず排斥されるのに対して、控訴審で初めて提出された攻撃防禦方法については、ZPO五二八条一項・二項により訴訟の遅延が失権の要件とされている。ここでいう「遅延」とは、訴訟全体の遅延ではなく、控訴審の手続の遅延である、と解されている。[51] ZPO五二八条が控訴審の手続に関する規定である（民訴法典中の「第二編上訴、第一章控訴」中に位置している）以上、かような解釈は正当である。仮に「遅延」を訴訟全体、つまり第一審と控訴審を一体とみた手続の遅延の意味に解することができるなら、本来ならば第一審で解決できた事件が、控訴審に持ち込まれた場合、それだけで手続の遅延ありという余地もある。しかし、「遅延」を控訴審の手続の遅延の意味に解さざるをえない以上、そうはいえない。

西ドイツでは、控訴提起から控訴審の口頭弁論までに相当長い期間が置かれる。ヴォルフは、平均的な負担を負っている裁判所では、右期間は約六ヶ月である、と述べている。[52] その間に、ZPO二七三条・三五八条aによる準備的措置をなすことが、裁判所に義務付けられており、この準備的措置により遅延が回避され、当事者が失権を免れる可能性がある。

そこで、第一審で却下の虞れのある攻撃防禦方法は、これを温存して、控訴を提起するというテクニックがありうることが、学説・判例においてしばしば指摘されている。[53] これを「控訴への逃避（Flucht in die Berufung）」という。

控訴への逃避が西ドイツで問題とされるのは、あるいはさらに、同国の実務において前述の第一審軽視ないし控訴指向の傾向が強いことにも、よるのであろう。もともと、簡素化法の立法者は、かような傾向に対処するために、控訴審での失権を強化すべく、ZPO五二八条を設けたのであるが、立法者の目的は、達成されなかったといえよう。[54]

前記の裁判所の準備的措置の範囲について、裁判所は、とにかく時機に後れた攻撃防禦方法でも取り上げることができるように、期日を先に延ばさなければならない、という考え方もありうる。[55] しかし学説上は一般に、裁判所はそこまでの義務を負っているわけではなく、準備的措置として期待可能なことをな

す義務を負っているに過ぎない、と解されている。[56] そして、控訴審での新提出がＺＰＯ五二八条一項・二項により却下される可能性のあることも、指摘されている。[57] 判例においても、時機に後れた攻撃防禦方法は、期待可能な準備的措置ないし通常の事務の過程における可能な指図（Anordnung）で遅延を防止できる場合には、却下を免れ、そうでない場合には、却下を免れえないと解するのが、一般的である。[58] そして、傍論中で、控訴審での新提出が却下される可能性は相当に大きい、と述べているものもある。[59] ただし、ヴォルフは、第一審で提出がなされなくても、控訴審で適時に提出がなされれば、原則として遅延は生じない、と述べている。[60]

控訴審での新提出により遅延が発生する可能性がどの程度のものであるかは、ＺＰＯ二七三条・三五八条ａにより裁判所に義務付けられる準備的措置の内容をいかに解するかという点、および、実際に裁判所が負っている事務量の大きさ、さらには、当該事件の事案が複雑であるか単純であるかにかかっており、一概には判断できない。ちなみに、たとえば、判例中には、在廷証人の取調べであっても、その結果別の証拠調べが必要になる場合には、それによって遅延が生じる、と判示しているものがある。[61]

また、時機に後れて控訴審で初めて申請され、適法に（それゆえ、遅延は生じないであろうとの、予測の下で）呼び出された証人が、期日に出頭せず、同証人を取り調べるためには、新期日が必要になる場合に、遅延が生じるか否かという点が、判例や学説において問題とされている。連邦通常裁判所の判例は、失権の要件としての遅延の発生を否定している。[62] また、これを支持する学説もある。[63] その理由は、この場合の遅延の発生は、提出が時機に後れたことに由来するものではない、という点に求められている。しかし、かような場合には、訴訟の遅延が生じるものとして、証人の申請を却下すべきであるとする、下級審判例および学説もある。[64] これらは、証人の欠席と遅延の発生の間に因果関係がある、と解している。したがってこれらの中には、証人が出頭できない原因が第一審当時から既に存在していたケースでは、例外的に遅延の発生を否定するものがある。[65]

なお、控訴への逃避に伴うリスクとして、第一審判決に基づく仮執行を受ける危険、および、このテクニックを利用した者が控訴審で勝訴しても、控訴手続の費用を負担させられること（ＺＰＯ九七条二項）を、指摘する学説・判例もある。[66] これに対して、ヴォルフは、これらは控訴への逃避を防止するための十分な威嚇にはならない、と述べている。[67]

（三）欠席への逃避

ドイツ法は、欠席判決の制度を有している（ＺＰＯ三三〇条以下）。欠席判決に対して欠席した当事者は、故障（Einspruch）を申し立てることができる（同三三八条）。故障の申立てにより、手続は欠席以前の状態に復する（遡及的効果。同三四二条）。一方、

ZPO三四〇条三項によると、当事者は、故障状において、訴訟の状態によれば、慎重で手続の促進を考慮した訴訟追行に適う限りにおいて、攻撃防禦方法を提出できる。

そこで、攻撃防禦方法が却下される虞れがある場合、当事者は、いったん欠席して欠席判決を下させ、これに対する故障を申し立て、故障状において当該攻撃防禦方法を提出するというテクニックが考えられる。これを「欠席への逃避（Flucht in die Säumnis）」という。

まず、このような提出が時機に後れたものであるか否かが、問題になる。通説・判例は、当該攻撃防禦方法が欠席の時点で提出されたとしても、もはや適時なものといえないであろう場合には、これが故障状で提出されても、適時なものとはいえない、と解している。[68] その根拠としては、ZPO三四二条の遡及的効果が援用されている。[69]

下級審判例中には、ZPO三四二条の遡及的効果のゆえに、欠席の時点で提出されれば、却下されたであろう攻撃防禦方法は、故障状において提出されたとしても、当然に却下される、という見解をとるものがある。[70] かような見解を前提にすれば、欠席への逃避が功を奏する余地はない。

しかし、故障状においてなされた提出が、たしかに適時なものではないとしても、それが却下されるためにはなお、それが訴訟を遅延させるものでなければならないはずである。したがって、遅延が生じるか否かが、検討されなければならない。

この点につき、通説および連邦通常裁判所の判例等は、次のように解している。すなわち、適法な故障申立てがあると、口頭弁論期日が実施される（ZPO三四一条a）が、裁判所は、その準備にあたり、ZPO二七三条により、期日懈怠の効果を除去するための準備的措置をなすことを、義務付けられている。その結果、訴訟の遅延が防止され、攻撃防禦方法が斟酌される可能性がある、と。[71]

この準備的措置に関して、下級審判例中には、裁判所は、時機に後れた提出の斟酌を可能ならしめるため、場合によっては、必要な証拠命令（Beweisanordnung）をなしうるよう、期日を十分な間隔を置いて指定すべき義務を負っている、と解しているものがある。[72]

しかし、かような見解は少数説であり、一般には次のように解されている。すなわち、裁判所には、懈怠の効果の除去のために、期待可能なことをなすことだけが、義務付けられており、裁判所がこの義務に適った努力をしても、なお、時間が足りないという場合には、裁判所は義務を尽したことになる、と。[73]

したがって、欠席への逃避は、時機に後れた提出が広範な、ないし時間のかかる証拠調べ（たとえば、鑑定）を必要とする場合には、役に立たない。[74] さらに、簡単な証拠テーマ（Beweisthema）のために一人の証人を申請する場合でも、相手方の対応次第で、遅延が生じることもある、といわれている。[75]

そのほか、故障申立て後の手続における失権規定の適用につ

き、特異な見解であるが、前述のＺＰＯ三四〇条三項は、時機に後れた攻撃防禦方法の却下を規定する同二九六条に対する特別法（lex specialis）であるという理由から、故障状中でなされた提出への二九六条の適用を否定する学説がある。[76]

いずれにせよ、ほとんどの学説・判例は、欠席への逃避により当事者が失権を免れる可能性を認めている。しかし、それらの中で若干の学説は、続行期日に当事者の一方が欠席した場合で、記録の状態による判決をなすための要件（ＺＰＯ三三一条a・二五一条a二項）が具備し、相手方がこれを申し立てたときは、欠席への逃避のテクニックを用いる余地はない、と述べている。[77] これらの学説によれば、失権の回避策として（確実に）役に立つのは、第一回期日への欠席だけである、ということになる。

なお、欠席への逃避を行った当事者は、保証のない仮執行（ＺＰＯ七〇八条二号）を受けるリスク、および費用の負担（同三四四条）のリスクを負うことも、指摘されている。[78] しかし他方、これらは、欠席への逃避に対する有効な歯止めにはならない、という指摘もある。[79]

（四）反訴等への逃避

連邦通常裁判所は、一九八〇年六月二六日の判決において、次のように判示した。[80] すなわち、失権規定は、法的紛争全体の遅延の防止を目的とするものであるから、紛争全体が判決に熟さない限り、失権の要件である訴訟の遅延は生じない。したがって、一部判決中で攻撃防禦方法を時機に後れたものとして却下することはできない。一部判決を規定するＺＰＯ三〇一条も、一部判決をしなければ、当事者が有していたであろう権限（攻撃防禦方法提出の権限のこと）を排斥するわけではない。かような見解は、原因判決によって攻撃防禦方法を却下する可能性を認めた、連邦通常裁判所の他の判例[81]とも矛盾しない、と。

さらに、連邦通常裁判所の一九八一年二月一二日の判決は、右の一九八〇年六月二六日の判例を前提にして、反訴が提起された場合につき、「本訴と反訴は、相互に関連性がなければならない（ＺＰＯ三三条一項）が、両者が提起されると、時機に後れた攻撃防禦方法は、本訴ないし反訴のみに関する一部判決によって、これを却下することは、許されない（傍点は、原文ではイタリック―筆者）」、と判示した。[82]

反訴は攻撃防禦方法ではないから、それ自体は時機に後れたものとして却下されることはなく、口頭弁論終結時までいつでも提起できる[83]（ただし、控訴審では、ＺＰＯ五三〇条一項の制限がある）。したがって、連邦通常裁判所の見解を前提にすれば、適時に提出されず、したがって失権の虞れのある防禦方法を、反訴提起とともに提出して、失権を免れるという被告のためのテクニックが、考えられる。これが「反訴への逃避（Flucht in die Widerklage）」である。

これらの判例は、有力なコンメンタールにより支持されてい

るが[84]、詳細な理論的根拠を示してこれらを支持したのは、カルヴァイトである。彼は次のように述べている。すなわち、立法者は、反訴および請求の主観的・客観的併合を認めることにより、複数の訴訟物を一つの訴訟で扱うことを、合目的的であるとみなした。複数の訴訟物が一つの訴訟に集約されたなら、その手続の完結も、すべての訴訟物を包括するものでなければならない。反訴への逃避は、控訴への逃避や欠席への逃避と同様に、立法上の評価に基づいて（aufgrund der gesetzgeberischen Wertung）、甘受しなければならない。また、これらの判例の見解に従えば、内容的に矛盾する判決を回避することができる[85]、と。

しかし、これらの判例に対しては、反対の見解を主張する学説も多数ある[86]。その理由は、一部判決も紛争の解決であるという解釈も、文理上不可能ではないこと、および、一部判決による却下を認めることが、簡素化法の趣旨にも適う、ということである[87]。そのほか、連邦通常裁判所の見解によって、矛盾する判決の回避が可能になるという、カルヴァイトの理由付けに対しては、失権規定は、もともと不当な判決の危険を甘受するものである、という反論もある[88]。

なお、被告にとって反訴への逃避が可能であるとすれば、原告も、請求の（追加的）変更をなすことにより、失権を免れることができる、という指摘がある[89]。これに対しては、請求の変更は、相手方の同意ないし、裁判所がこれを相当であると認めることが、要件とされている（ZPO二六三条）ので、被告側の反訴と原告側の請求の変更とは同一に論じえない、との反論もある[90]。

(40) Deubner, NJW 1978, 355ff.
(41) Deubner, NJW 1978, 355, 356; ders., NJW 1979, 337, 343.
(42) Deubner, NJW 1978, 355, 356f.
(43) わずかに、Messer, NJW 1978, 2559f. が、試験的提出および許容を条件とする提出が適法であることを前提に、議論を進めている。
(44) E. Schneider, MDR 1978, 969, 972.
(45) Zöller/Stephan, ZPO 14. Aufl., 1984, § 296 Rdnr. 19.
(46) 石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点（前注一（2））一六〇頁。
(47) Lüke, JuS 1981, 503, 506.
(48) Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO（前注二（15）），§ 528 Anm. 4A; Rosenberg/Schwab, aaO（前注二（18）），§ 140 IV 2c.
(49) Lüke, JuS 1981, 503, 506; Zöller/Stephan, aaO, § 296 Rdnr. 19. わが国では、石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点一六〇頁。

Leipold, ZZP 93 (1980), 237, 253 は、「当事者は、有効な訴訟行為なしに、その陳述につき（それが単に黙示的な場合も）何らかの裁判所の判断を求める権利はない」という理由を挙げている。Wolf, ZZP 94 (1981), 310, 313 Fußn. 10 は、ドイプナーのいう条件が、「許容を停止条件とするものなら、審理の陳述が裁判所になされないことになる。不許容を解除条件とするものなら、裁判所の裁判が、許されない方法で当事者の処分に委ねられることにな

る」という理由を示している。いずれも、要するに、攻撃防禦方法の提出に条件を付けることは、民訴法の許さないことであるということの趣旨であろう。

Kallweit, aaO（前注11（18）），201は、同じ理由から、許容を条件とする提出と試験的提出の双方の適法性を否定している。

(50) 前注（48）に引用した、Baumbach/Lauterbach/Albers; Rosenberg/Schwabは、許容を条件とする提出の適法性を——理由付けを欠くが——否定している。

(51) Hermisson, NJW 1983, 2229, 2233; Prütting/Weth, ZZP 98(1985), 131, 137 Fußn. 28; BGH, NJW 1979, 2109, 2110. また、「最初の提出の時点」（すなわち控訴審での提出の時点）で遅延が生じるか否かを問題にするBVerfGE 55, 72, 91 = NJW 1981, 271 = MDR 1981, 290 = ZZP 94, 339; BGHZ 76, 133, 138 = NJW 1980, 945 mit Anm. E. Schneider = JZ 1980, 322 = MDR 1980, 393も同旨であろう。

(52) Wolf, ZZP 94(1981), 310, 315.

(53) 学説としては、以下のものを挙げることができる。Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4; Bender/Belz/Wax, aaO（前注11（11）），Rdnr. 178; Deubner, NJW 1978, 355; ders., NJW 1979, 337, 343; Franzki, DRiZ 1977, 161, 166; ders., NJW 1979, 9, 13; Hermisson, NJW 1983 2229, 2233 f.; Kallweit, aaO, 198 ff.; Lampenscherf, MDR 1978, 365; Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 137; E. Schneider, NJW 1980, 948; Schwarz, JA 1984, 458, 463; Strohs, JA 1981, 457, 462; Wolf, ZZP 94, 310, 315.

判例としては、以下のものを挙げることができる。BVerfGE 55, 72, 92; BGHZ 75, 138, 142f. = NJW 1979, 1988 = JR 1980 111 mit Anm. Bronsch = ZZP 93, 182 mit Anm. Walchschöfer; BGHZ 76, 133, 140; BGH NJW 1980, 1102, 1105 = JuS 1980, 914 = MDR 1980, 487 mit Anm. E. Schneider.

(54) この点については、ギンス＝井上＝小島・前掲細案化法と民事訴訟手続の集中（前注11(9)）三六一七頁参照。

(55) 後述の欠席くの遅延の場合については、後注（72）に掲げる判例が本文で述べたような考え方をとっている。

(56) Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 137. そのほか、Deubner, NJW 1980, 294; Leipold, ZZP 93, 237, 247も同旨である。

(57) Kallweit, aaO, S. 201 f.; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2233 f.; Martin, DRiZ 1985, 344, 345; Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 138; Schwarz, JA 1984, 458, 463.

(58) BGHZ 75, 138, 142f.; BGH, NJW 1980, 1102, 1105; vgl. OLG Koblewz NJW 1979, 374.

(59) BGHZ, 76, 133, 136.

(60) Wolf, ZZP 94, 310, 314 ff.

(61) BGH NJW 1982, 1535, 1536; BGH, NJW 1983, 1495.

(62) BGH, NJW 1982, 2559, 2561 mit Anm. Deubner = MDR 1982, 1012.

(63) Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 136. ただし、後述の欠席くの遅延との関連で、この点を述べている。

(64) OLG Köln, MDR 1984, 675; LG Koblenz, NJW 1982, 289; Deubner, NJW 1982, 289; ders., NJW 1982, 2561; ders., JuS 1982, 175; Kallweit, aaO, S. 202 f.

(65) 前注（64）に挙げた学説のうち、Kallweit, aaO.

(66) Hermisson, NJW 1983, 2229, 2233 f.; Martins, DRiZ 1984, 344, 345; Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 138; Strohs, JA 1981,

462; BGHZ 76, 133, 140. ただし，シャムロークと連邦通常裁判所の判例は，費用の点にのみ言及している。

(67) Wolf, ZZP 94, 310, 316 Fußn. 24, 321.

(68) 学説としては，以下のものを挙げることができる。Deubner, NJW 1979, 337, 342; Fastrich, NJW 1979, 2598, 2599; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2232; Kallweit, aaO, S. 179; Leipold, ZZP 93, 237, 251; Lüke, JuS 1981, 503, 505; Messer, NJW 1978, 2559; Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 134; Rosenberg/Schwab, aaO, § 108 V 3c; Schwarz, JA 1984, 458, 463; Strohs, JA 1981, 457, 463; Zöller/Stephan, aaO, § 296 Rdnr. 17.

判例としては，以下のものを挙げることができる。BGHZ 76, 173, 177 = NJW 1980, 1105; BGH, NJW 1981, 286; LG Zweibrücken, MDR 1978, 941; LG Münster, NJW 1978, 2558 mit Anm. Messer.

(69) この点を詳細に論じているのは，前注(68)に引用した Kallweit, aaO である。そのほか，Deubner, NJW 1979, 337, 342. は，故意申立てに原状回復的効果がないことを，理由としている。

(70) OLG Zweibrücken, MDR 1979, 321; LG Münster, NJW 1978, 2558, 2559; LG Berlin, NJW 1979, 374; LG Freiburg, NJW 1980, 295; AG Wiesbaden (Deubner, NJW 1979, 342 Fußn. 35 からの引用). 学説では，Franzki, NJW 1979, 9, 13 が同旨であるとみてよかろう。LG Zweibrücken, MDR 1978, 941 は，当事者等参では，訴訟の混乱の発生を認めて，攻撃防御方法を却下したが，本文で述べられているような攻撃防御方法は常に当然に却下されるべきという趣旨ではない，と解される。

(71) 学説としては，以下のものを挙げることができる。Deubner, NJW 1979, 337, 342; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2232; Kallweit, aaO, S. 195ff.; Leipold, ZZP 93, 237, 251; Lüke, JuS 1981, 503, 505; Martins, DRiZ 1985, 344f.; Messer, NJW 1978, 2559; Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 134; Rosenberg/Schwab, aaO, § 108 V 3c; E. Schneider, MDR 1979, 710, 712; Schwarz, JA 1984, 458, 463; Strohs, JA 1981, 457, 463; Zöller/Stephan, aaO, § 296 Rdnr. 17.

判例としては，以下のものを挙げることができる。BGHZ 76, 173, 177f.; BGH NJW 1981, 286; OLG München, NJW 1979, 2619 = MDR 1980, 234; OLG Oldenburg, NJW 1979, 2618f.

(72) OLG Hamm, NJW 1980, 293f. mit Anm. Deubner.

(73) Deubner, NJW 1980, 294; Kallweit, aaO, S. 196f.; Martins, DRiZ 1985, 344f.; Schwarz, JA 1984, 458, 463; Strohs, JA 1981, 457, 463.

(74) Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 136; Schwarz, JA 1984, 458, 463.

(75) Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 136.

(76) Fastrich, NJW 1979, 2599, 2600.

(77) Deubner, NJW 1979, 337, 342f.; Fastrich, NJW 1979, 2598, 2600; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2232; Kallweit, aaO, S. 186; Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 136; E. Schneider, MDR 1979, 710, 713.

(78) Fastrich, NJW 1979, 2598, 2600; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2232; Kallweit, aaO, S, 187; Lüke, JuS 1981, 503, 505; Martins, DRiZ 1985, 344, 345; Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 137; Strohs, JA 1981, 457, 463.

(79) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 44. Aufl., 1986,

§342 Anm. 2.

(80) BGHZ 77, 306, 308f. = NJW 1980, 2355 mit Anm. Deubner = MDR 1980, 927. BGH, NJW 1986, 134, 135 も、これを引用し、支持している。

(81) BGH, MDR 1980, 50, 51.

(82) BGH, NJW 1981, 1217 = JZ 1981, 402.

(83) 詳細、とくに反訴の要件につき、vgl. Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 149f., 152ff.

(84) Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4C; Thomas/Putzo, aaO, §296 Anm. 2b; Zöller/Stephan, aaO, Rdnr. 12; Zöller/Vollkommer, aaO, §301 Rdnr. 5; Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 13

(85) Kallweit, aaO, S. 62ff., 65.

(86) Baumbach/Lauterbach/Hartmann, aaO, §301 Anm. 1; Deubner, NJW 1980, 2356; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2232; Martins, DRiZ 1985, 344, 345f.; Prütting/Weth, ZZP 98, 131, insbes. 140ff.; Rosenberg/Schwab, aaO, §69 II 1a.

(87) 前注（86）に列挙した学説のうち、Deubner; Prütting/Weth が詳細な理由付けを行なっている。

(88) Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 146.

(89) Hermisson, NJW 1983, 2229, 2232; Martins, DRiZ 1985, 344, 346. ただし、これらの学説は、かような逃げ道が可能である、と述べているわけではない。これらは、もともと、反訴への逃避も認めていない（前注（86））。しかし、仮に反訴への逃避が可能なら、原告にも類似の逃げ道があることになる。と述べているのである。

(90) Prütting/Weth, ZZP 98, 131, 158.

五、控訴審における再提出と新提出の取扱いの同一化を試みる解釈論

問題が、第一審で却下され控訴審で再度提出された攻撃防禦方法（再提出）と、控訴審で初めて提出された攻撃防禦方法（新提出）とで、規定の文理上失権の要件が異なることから、生じているのである以上、解釈により両者の要件の同一化を図ろうとする試みがなされるのも、自然の成り行きであるといえよう。かような試みは、これを二つに大別できる。第一は、新提出の失権の要件を再提出のそれに合わせる解釈論である。第二は、逆に、再提出の失権の要件を新提出のそれに合わせる解釈論である。訴訟の遅延が失権の要件になっていない再提出における方が、新提出におけるよりも、失権の可能性が大きいので、第一の解釈論は失権の可能性を拡大し、第二の解釈論は失権の可能性を縮小する試みであるといえる。

(一) 失権の可能性の拡大による同一化

1 グルンスキーは、一方で、第一審で却下された提出は、控訴審でそれを取り上げても、遅延が生じないであろう場合のみならず、むしろ訴訟を促進するであろう場合でも、排斥される、と主張している。同時に彼は、控訴への逃避を防止するため、控訴審での新提出の許否については、第一審（の裁判官）な

らどうするかが基準になる、と主張している。[91] したがって、グルンスキーの考えによれば、控訴審においては訴訟の遅延は、常に失権の要件からはずれる。

しかし、グルンスキーの見解は、いくつかの学説により批判されている。[92] 同説には文理上無理がある点、および、同説は裁判の適正を犠牲にし過ぎている点が、批判されている。

2 下級審の判例の中には、第一審でＺＰＯ二七三条二項一号（期間裁定）に違反して提出されず、控訴審で初めて提出された攻撃防禦方法に、同五二八条三項を適用したものがある。[93] 新提出についても遅延を失権の要件からはずす点で、グルンスキーの説と実質上同じである。しかし、通説および多数の判例はかような類推適用に反対し、ないしその採用を否定している。[94]

3 ヴォルフは、訴訟法上も、実体法上と同様に、不適法な権利行使（unzulässige Rechtsausübung）は権利の喪失（Verwirkung）を招くという、実体法と訴訟法を同一視する考え方に立ったうえで、攻撃防禦方法の提出が訴訟上の法律状態の権利濫用的利用（die rechtsmißbräuliche Ausnutzung der prozessualen Rechtslagen）である場合には、当該提出は、訴訟を遅延させるか否かに関係なく、顧慮されない、と解している。[95] 控訴審での新提出との関連では彼は、この理由から、次のようなケースにおいては攻撃防禦方法が、遅延の点を問題とせずに、失権する、と解している。すなわち、既に第一審で適時の提出が可能であった時点から、当事者の訴訟引延しの意図があった場合である。これに対して、提出が有責に時機に後れたが、当初は当事者に訴訟引延しの意図はなく（つまり、初めは過失によって提出が時機に後れたが）、後になって、当事者が控訴審まで攻撃防禦方法を温存する意図で提出をなさなかった場合は、必ずしも右のケースに当てはまらない。しかし、その場合でも、控訴が実質上当該提出だけにより理由付けられている場合には、控訴制度の目的外の利用のうちに濫用的態度が認められ、当該提出は、失権する、と解している。[96]

かような見解を批判して、カルヴァイトは、次のように述べている。すなわち、立法者がＺＰＯ五二八条一項・二項により提出を控訴審に留保するような戦術[97]を可能にしたのだから、それを権利濫用ということはできない[98]、と。

(二) 失権の可能性の縮小による同一化

(一)で紹介したように、失権の可能性を拡大する解釈論は少数説であり、その縮小すなわち、ＺＰＯ五二八条三項の縮小解釈を主張する見解が一般的である。なお、ＺＰＯ五二八条三項の合憲性を肯定する見解（通説・判例）の中にあっても、同規定を縮小解釈することを、合憲性肯定の前提とする見解があることは、既に述べた（三(一)(二)(ロ)）。

1 通説・判例は、第一審で正当に却下された提出でも、控訴審に至り相手方がこれを争わなければ、許容される、と解している。[99] その理由としては、立法者も、時機に後れた提出が相

手方に有利である場合を、考慮しておらず、この場合については法が欠缺しているということが挙げられている。[100] あるいは、相手方に有利な提出はそもそも失権の対象にならない、と述べる学説もある。[101]

これらの学説の中には、提出を許容する要件として、提出が争われなくなることと並んで、提出の許容が訴訟を遅延させないことを、挙げているものもある。[102] しかし、それは少数である。

ところで、「相手方が争わない」ということは、提出自体を認める（たとえば、事実上の主張を自白する）ということと、当該提出それ自体は争うが、それを取り上げる（それにつき弁論ないし証拠調べを行う）ことには異を唱えない、ということの両者を意味しうるが、通常は、前者が考えられているようである。しかし、E・シュナイダーは、両者いずれの場合にも、ZPO五二八条三項の適用は排除され、それゆえ、提出は許容される、と解している。[103] しかし、後者の場合の提出の許容に対しては、それは、ZPO五二八条三項の文言に抵触し、かつ、相手方に同意義務がない以上、根本的な解決にならない、という批判がある。[104] また、同規定は当事者の処分に服さない、という点からの批判もある。[105]

2 ベンダーは、右の通説の立場に立ったうえで、さらに、次のように、提出が許容されるべき場合の拡張を提案している。すなわち、相手方が真実義務に違反して当該提出を争っている場合には、そのための証拠調べを、そうすることが控訴審の手続を遅延させない限り、行わなければならず、遅延させる場合でも、証拠調べをなすことは可能である、と。[106]

この提案には、一方で有力な支持者もあるが、[107] これに反対の学説もある。[108]

3 ライポルトは、ZPO五二八条三項についても、同条一項、二項を類推適用して、訴訟の遅延を失権の要件に加えることによって、三項の憲法に適合する解釈が可能である、と主張している。[109] しかし、通説・判例はかような類推適用に反対し、ないしその採用を否定している。[110]

4 ヴォルフはじめ若干の学説は、第一審で却下された提出についても、原状回復事由（たとえば、当事者が後になって書証を発見したり、あるいは、これを利用できる状態になること。ZPO五八〇条七号b）がある場合には、当該提出は許容される、と主張している。[111]

5 さらに、ヴォルフは、新たな事実および紛争状態（Sach- und Streitstand）が生じ、第一審の訴訟状況とは無関係に新たな措置が必要になった場合にも、控訴審における再度の提出が許される、と主張している。具体例としては、①控訴裁判所が新たな法的観点のもとに、事実資料を重視するに至った場合、②請求の変更ないし拡張により、あらためて提出が重要になった場合、③相手方の新提出に対する反論に役立つ場合、等が挙げられている。[112]

6 デングラーは、第一審で提出（原語は、Vorbringen であ

るが、事実主張や抗弁の提出が考えられているようである）が却下され、これが控訴審で新たな書証とともに提出された場合、これを新提出とみて、ZPO五二八条三項の適用を排斥することを、提案している。[113] しかし、この提案に対しては、反対説が主張されている。[114]

(91) Grunsky, JZ 1977, 201, 206.

(92) Dengler, NJW 1980, 163, Deubner, NJW 1979, 337, 344 Fußn. 45; E. Schneider, MDR 1978, 969, 971; ders., NJW 1980, 948. わが国では、石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点（前注二（2））一五九頁。

(93) OLG Frankfurt, MDR 1980, 943f.

(94) 学説としては、以下のものを挙げることができる。Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO（前注二（5）），§528 Anm. 4A; Kallweit, aaO（前注三（28）），S. 200; Rosenberg/Schwab, aaO（前注三（28）），§140 IV 2c Fußn. 53; Thomas/Putzo, aaO（前注三（28）），§528 Anm. 3c; Zöller/Schneider, aaO（前注二（11）），Rdnr. 29.

判例としては、BGH, NJW 1979, 2109, 2110=JZ 1979, 645=MDR 1979, 1012; BGH NJW 1981, 1218=MDR 1981, 838 を挙げることができる。

(95) Wolf, ZZP 94 (1981), 310, 318ff.

(96) Wolf, ZZP 94, 310, 320ff.

(97) Kallweit, aaO, S. 200.

(98) そのほか、Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 5 も、ヴォルフに反対している。

(99) 学説としては、以下のものを挙げることができる。Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4A; Bender/Belz/Wax, aaO（前注二（11）），Rdnr. 178; Dengler, NJW 1980, 163, 164; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2230, 2233; Jauernig, aaO（前注三（28）），§73 V; Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2c; E. Schneider, MDR 1978, 969, 972f.; ders., NJW 1980, 948（ただし、E・シュナイダーを通説の中に数え入れることには、本文で後に述べるように、若干注意すべき点がある）; Strohs, JA 1981, 457, 462; Thomas/Putzo, aaO, §528 Anm. 3a; Wieczorek/Rössler, aaO（前注二（11）），§528 D; Wolf, ZZP 94, 310, 325f.; Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 34, 35.

判例としては、BGHZ 76, 133, 141=NJW 1980, 945 mit Anm. E. Schneider=JZ 1980, 322=MDR 1980, 393; LG Freiburg, MDR 1982, 762 を挙げることができる。

(100) Bender/Belz/Wax, aaO, Rdnr. 178; E. Schneider, MDR 1978, 969, 972f.

(101) Wolf, ZZP 94, 310, 326.

(102) Dengler, NJW 1980, 163, 164; E. Schneider, MDR 1978, 969, 973. ただし、E・シュナイダーは、相手方が争う意思のない旨を表明したときには、控訴裁判所は遅延防止義務を負う、とも述べている。

(103) E. Schneider, MDR 1978, 969, 972f.; Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 34, 35.

(104) Deubner, NJW 1979, 337, 344. わが国では、石渡・前掲ドイツ民訴法関係判例紹介(9)（前注一（2））三九頁、石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点一五九頁。

(105) Kallweit, aaO, S. 170, Fußn. 66.

(106) Bender/Belz/Wax, aaO, Rdnr. 179.
(107) Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2c.
(108) Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4A; E. Schneider, MDR 1978, 969, 971.
(109) Leipold, ZZP 93 (1980), 237, 253 f.
(110) 学説としては、以下のものを挙げることができる。Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2c; E. Schneider, MDR 1978, 969, 973; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl., 1977, §528 Anm. IV (Rdnr. 11); Wolf, ZZP 94, 310, 326 Fußn. 65; Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 30.
判例としては、BGHZ 76, 133, 137, OLG Celle NJW 1979, 377 がある。
ちなみにわが国では、石渡・前掲ドイツ民訴法関係新判例紹介(9)三九―四〇頁（ただし、本稿七(7)3参照）、石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点一六〇頁が、再提出へのＺＰＯ五二八条一項の適用を否定している。
(111) Wolf, ZZP 94, 310, 326; Baumbach/Lauterbach/Albers aaO, §528 Anm. 4A; Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2c.
(112) Wolf, ZZP 94, 310, 326 f. Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4A も、ヴォルフを引用し、同じ趣旨を述べている。
(113) Dengler, NJW 1980, 163, 164.
(114) Kallweit, aaO, S. 169 Fußn. 63.

六　その他の問題点

1　ＺＰＯ五二八条三項の適用範囲については、以下の(1)乃至(5)の各点が問題になりうるが、これらにつき見解の対立はほとんどない。

(1)　五二八条三項は、文理上、「第一審において適法に却下された（……zurückgewiesen worden sind）攻撃防禦方法」を適用の対象にしている。一方、第一審での失権規定であるＺＰＯ二九六条においては、その二項（一般的訴訟促進義務違反の場合）は、「攻撃防禦方法は、……却下することができる（können zurückgewiesen werden）」、という文言であるが、一項（裁定された提出期間の懈怠の場合）および三項（訴えの適法性に関する放棄可能な責問の場合）は、「……の場合に限り、これを許す（……sind nur zuzulassen, wenn……）」、という文言である。つまり、二九六条一項・三項においては、「却下（zurückweisen, zurückgewiesen）」という文言は使われていない（二九六条一項・二項の訳文は、二注(6)に掲げられている）。しかし、二九六条一項により失権した攻撃防禦方法にも、ＺＰＯ五二八条三項が適用されることについては、疑いは持たれていない。[115]

(2)　攻撃防禦方法が口頭弁論終結後に提出されたが、弁論の再開が拒否され（ＺＰＯ一五六条参照）、ＺＰＯ二九六条aにより当該攻撃防禦方法が許容されなかった場合には、攻撃防禦方法の

却下がなされたとはいえない。したがって、同じ攻撃防禦方法が控訴審で提出されれば、これには、ZPO五二八条三項ではなく、同条一項・二項が適用される。[116]

(3) 第一審で証人尋問が、ZPO三七九条により要求される予納金の不払いを理由に実施されなかった場合には、同二九六条による却下がなされたとはいえない。したがって、控訴審で同じ証人尋問が申し立てられたなら、これには、ZPO五二八条三項は適用されない。[117]

(4) 第一審裁判所が、請求に関する提出(Klagevorbringen)を、首尾一貫性を欠くものとして退け、予備的に同提出が時機に後れたものであると判示した場合、同提出にはZPO五二八条三項の適用はない、とする判例がある。[118] ちなみに、私見によれば、第一審の措置は不適切である。首尾一貫性の欠如が明らかな場合、裁判所は、誤解と混乱を避けるため、判決理由中で提出が時機に後れているか否かについて言及すべきではない。

(5) 控訴審における相殺の抗弁については、ZPO五三〇条二項が規定しているので、同五二八条の適用はない。[119]

2 第一審裁判所が攻撃防禦方法をZPO二九六条一項により却下し、控訴裁判所は、同規定による却下の要件は満たされていないが、同条二項による却下は可能であるとみた場合、控訴裁判所が第一審の却下を維持できるか否かについては、見解が分れている(二九六条一項・二項の訳文は、二注(6)に掲げられている)。通説・判例は、控訴審は第一審の却下を維持できない、と解している。[120] その理由は、ZPO二九六条二項により却下するか否かは、裁判所の裁量に委ねられているが、この裁量権は第一審のみが行使しうるものである、という点に求められている。しかし、この場合、第一審での却下は控訴審でも維持されるという少数説もある。[121]

3 控訴審で許容されるべき提出のために証人が申請された場合、ZPO五二八条三項により排斥されるべき提出のためにこの証人を尋問できるか否かについては、消極説[122]が多数説であるが、積極説[123]もある。

なお、(それ自体は失権に服さない)証明の対象につき、第一審である証人が申請されたが、時機に後れたものとして却下された場合、同じ証明の対象のために控訴審で別の証人が申請されたときは、別の証人は、新たな攻撃防禦方法であり、ZPO五二八条三項よってこれが排斥されることはない、と解されている。[124]

4 ZPO五二八条三項は、「第一審において適法に却下された攻撃防禦方法」に適用される。第一審での却下が適法であったか否かは、攻撃防禦方法の提出が時機に後れたことについての弁明事由の有無(ZPO二九六条一項)ないし重大な過失の有無(同条二項)にかかっている。当事者が第一審では十分な弁明をなさず、控訴審でこれをなした場合、換言すれば、控訴審に至って初めて、弁明事由の存在が明らかになった場合、控訴裁判所は第一審の却下を不適法とみるべきか否かが、問題に

なる。

この問題については、第一審での却下がＺＰＯ二九六条一項による場合と同条二項による場合とを分けて検討すべきである、と指摘されている[125]（二九六条一項・二項の訳文は、二注（6）に掲げられている）。

まず、第一審での却下がＺＰＯ二九六条一項により行われた場合につき、通説・判例は、控訴審は、第一審で十分な弁明がなされたか否かのみを、審査し、控訴審でなされた弁明を取り上げてはならない、と解している[126]。これに反対の見解は、少数説である[127]。

通説・判例の総てが明確な理由付けを行っているわけではないが、弁明事由の主張の評価については、第一に第一審が権限をもつこと、および、ＺＰＯ二九六条一項の文言が、「時機に後れたことにつき当事者が十分に弁明した場合に限り、これを許す」とあることが、理由とされている[128]。すなわち、同規定は、客観的に弁明事由があることを、攻撃防禦方法許容の要件としているのではなく、弁明がなされることを、その要件としている、というのである。

ただし、通説中には第一審では弁明事由を提出できない客観的事情があった場合には、例外的に控訴審での弁明事由の提出を許容すべきである、と解しているものがある[129]。その理由は、そうすることが、審問請求権の保障に適う、ということである[130][131]。

次に、第一審での却下がＺＰＯ二九六条二項により行われた場合には、当事者は控訴審においても、重大な過失の存在を否定する事由を主張できる、と解されている[132]。

5　控訴裁判所が、第一審の却下を不当である、と判断した場合、同裁判所は、却下された攻撃防禦方法を斟酌することができるが、事件を第一審に差し戻すことも可能である、と解されている[133]。差戻しが可能なのは、第一審判決がＺＰＯ二九六条の重大な違反に基づいている(auf einer wesentlichen Verletzung des §296) 場合である[134]。

第一審が攻撃防禦方法を却下し、控訴審もＺＰＯ五二八条三項により失権の効果を維持したが、上告審が第一審の却下を不適法とみた場合には、上告審は事件を第一審に差し戻すことになる[135]。

6　第一審が却下すべき攻撃防禦方法を違法に許容してしまった場合には、控訴審はもはやこれを却下することができない、という点は、西ドイツでは、学説・判例上ほとんど争いがない[136][137]。

また、簡素化法施行前の判例であるが、控訴審が却下すべき攻撃防禦方法（このケースでは証拠方法）を違法に許容したことは、上告理由にならない、と判示しているものがある[138]。

(115) Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO (前注11 (5)), § 528 Anm. 4A; Kallweit, aaO (前注11 (18)), S. 161; Rosenberg/Schwab, aaO (前注11 (22)), § 140 IV 2c.

(116) Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, § 528 Anm. 4A; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2234; Lüke, JuS 1981, 503, 505;

Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2c Fußn. 49; Strohs, JA 1981, 457, 462; Thomas/Putzo, aaO (前注三 (一八)), §528 Anm. 3d; Zöller/Schneider, aaO (前注二一 (一一)). §528 Rdnr. 32; BGH, NJW 1979, 2109=JZ 1979, 645=MDR 1979, 1012.

(117) Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4A; Lüke, JuS 1981, 503, 505; Strohs, JA 1981, 457, 462; Thomas/Putzo, aaO, §528 Anm. 3d; Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 32; BGH. NJW 1980, 343, 344=MDR 1980, 225; BGH NJW 1982, 2559, 2560 mit Anm. Deubner=MDR 1982, 1102. BVerfG, NJW 1985, 1150, 1151 も同じ趣旨を述べている。

(118) BGHZ 94, 195, 212f.=NJW 1985, 1539=MDR 1985, 754.

(119) たとえば、Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2.

(120) 学説としては、以下のものを挙げることができる。Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4Bc; Deubner, NJW 1981, 2255f.; Kallweit, aaO, S, 164f.; Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2c; Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 32.

判例としては、BGH, NJW 1981, 2255 mit Anm. Deubner=JZ 1981, 351=JR 1981, 375 mit Anm. Grundmann=MDR 1981, 752; OLG Hamburg, NJW 1979, 376=MDR 1979, 147 がある。

(121) Stein/Jonas/Grunsky, aaO (前注五 (一〇)), §528 Rdnr. 11; Thomas/Putzo, aaO, §528 Anm. 3a; KG, MDR 1981, 853.

(122) Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4C; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2233; Strohs, JA 1981, 457, 462; Thomas/Putzo, aaO, §528 Anm. 3a; BGH NJW 1980, 1102, 1104=JuS 1980, 914=MDR 1980 487 mit Anm. E. Schneider. シュトロースは、書証についても同じことがいえる、と述べている。

(123) E. Schneider, MDR 1980, 489; Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 36; OLG Hamm, MDR 1979, 148.

(124) Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 36.

(125) Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2c; BGH, NJW 1986, 134, 135=MDR 1985, 403.

(126) 学説としては、以下のものを挙げることができる。Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4B; Deubner, NJW 1979, 337, 339; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2233; Kallweit, aaO, S. 162f.; Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2c; E. Schneider, MDR 1978, 969, 970; Strohs, JA 1981, 457, 462; Wieczorek/Rössler, aaO (前注二一 (一一)), §528 Anm. D; Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 30.

判例としては、以下のものを挙げることができる。BGH, NJW 1980, 1102, 1104; OLG Frankfurt, NJW 1979, 375 (v. 17, 10. 1978); LG Paderborn, NJW 1978, 381; LG Frankfurt, NJW 1979, 2111, 2112. BGH, NJW 1986, 134 f. は、ZPO二九六条二項の適用が問題になったケースであるが、その基礎には通説と同様の考え方がある、といえよう。

なお、Thomas/Putzo, aaO, §528 Anm. 3. は、一方で、「……二九六条一項の場合、当事者が時機に後れたことを第一審で弁明したか否かが、決定的なのではなく、控訴裁判所の現在の観点から十分に弁明されているか否かが、決定的である」と述べているので、通説とは異なる見解のように解される。しかし、同コンメンタールは、そのすぐ後で、「それ（弁明のこと―筆者）を新しい弁明事由でないというのは、当事者が新しい弁明事由を、法的審問にもかかわらず、第一審では提出できなかった場合に限られる」とも述べているので、通説と同旨と解する余地も、ないではないようである。も

なみに、Kallweit, aaO, S. 162 Fußn. 42 は、Thomas/Putzo の見解を通説と同旨とみている。他方、BGH, NJW 1980, 1102, 1104; LG Frankfurt, NJW 1979, 2111, 2112 は、Thomas/Putzo の見解を通説に対する反対説とみている。E. Schneider, MDR 1978, 970 も、同様に解しているが、ただし彼は同時に Thomas/Putzo も、通説と同旨の LG Paderborn NJW 1978, 381 も、実際の結果において大差ない、と述べている。

(127) 反対説としては、通説と同旨の LG Paderborn の判例を批判する Weil, JR 1978, 494 f. を挙げうる。そのほか、前注（126）で紹介したように、Thomas/Putzo の見解も――断言はできないが――反対説に数えられよう。

(128) 前注（126）に列挙した学説のうち、Deubner; E. Schneider がこのことを明言している。

(129) 前注（126）に列挙した学説のうち、Baumbach/Lauterbach/Albers; Deubner; Kallweit; E. Schneider; Wieczorek/Rössler; Zöller/Schneider. また Thomas/Putzo もこれに加えることができようか。判例では、ZPO二九六条二項の適用が問題になったケースについてであるが、BGH, NJW 1986, 134 f. が同様の考え方に基づいているといえる。

(130) Deubner; E. Schneider がかような理由付けを行っている。そのほか、vgl. BGH, NJW 1986, 134, 135.

(131) 私はかつて、ドイツ法の解釈論として、本文で述べたような例外は認められない、と述べた。石渡・前掲ドイツ民訴法関係新判例紹介(3)（前注一（2））四一頁。しかし、現在は、審問請求権の保障の観点から、かような例外を認めるべきである、と考えている。

(132) Rosenberg/Schwab, aaO, §140 IV 2c; BGH, NJW 1986, 134, 135.

(133) Grunsky, JZ 1977, 201, 206; Thomas/Putzo, aaO, §528 Anm. 3b; わが国では、石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点（前注一（α））一五三―四頁。vgl. Hermisson, NJW 1983, 2229, 2234.

(134) Thomas/Putzo, aaO, §528 Anm. 3b; 石川・前掲西独新民訴法五二八条三項の問題点一五三―四頁。

(135) 連邦通常裁判所は、たとえば、BGH, NJW 1980, 1167; BGH NJW 1981, 2255 mit Anm. Deubner=JZ 1981, 351=JR 1981, 375 mit Anm. Grundmann=MDR 1981, 752 においてかような措置をとった。

(136) 学説では、以下のものがこのことを明言している。Baumbach/Lauterbach/Albers, aaO, §528 Anm. 4C; Bender/Belz/Wax, aaO, Rdnr. 85; Deubner, NJW 1977, 921, 925; ders., NJW 1981, 930; Grunsky, JZ 1977, 201, 206; Hermisson, NJW 1983, 2229, 2234; Rosenberg/Schwab, aaO, §69 II 6; Stein/Jonas/Grunsky, aaO, §528 Rdnr. 12; Strohs, JA 1981, 457, 461; Wieczorek/Rössler, aaO, §528 Anm. D; Zöller/Schneider, aaO, §528 Rdnr. 33.

判例としては、以下のものがある。BGH, NJW 1981, 928; KG, VersR 1978, 140; OLG Köln, NJW 1980, 2361, 2362; LG Freiburg, NJW 1980, 295.

(137) わが国の解釈論では、第一審が攻撃防禦方法を違法に許容したことに対して、提出者の相手方は不服を申し立てることができる、という見解が一般的である。ただし、私はかような考えに反対である。詳細については、石渡哲「時機に後れた攻撃防禦方法の却下(中)――現行失権規定の解釈論を中心として――」判タ五五一号（一九八五年）四二―三頁参照。

(138) BGH, NJW 1960, 100, 101.

七　まとめと私見

以上において、ZPO五二八条三項をめぐる問題点とそれに対する西ドイツの学説・判例の対応を紹介することができた、と思う。本節では、これらに関する私見を述べたい。その際、まず同規定の解釈・運用上の問題に言及する(一)。しかし、この点は、わが国の失権規定の解釈論や運用論に直接かかわりがないので、細かい問題には立ち入らず、とくに重要な点につき手短かに私見を述べるに留める。次いで、われわれが更新権の制限に関する立法政策論を論じる際に、西ドイツ法を他山の石として学ぶべきことを指摘したい(二)。わが国でも、更新権の制限の仕方、さらには控訴審の構造のあり方を、立法政策上の問題として検討することの必要性が有力な学説によって強調されているので、[139] この指摘はおそらく有用なものと思われる。

(一)　ZPO五二八条三項の解釈上の問題に関する私見

1　ZPO五二八条三項の合憲性との関連で問題になる基本法上の条項のうち重要なのは、平等条項(GG三条一項)と審問請求権の保障(同一〇三条一項)である。私は、西ドイツの通説・判例と同様に、ZPO五二八条三項の合憲性は肯定される、と解している。

その理由であるが、同規定が審問請求権を侵害するものではないという点については、西ドイツの通説・判例の理由付け(本稿三(一)参照)をそのまま援用したい。

ZPO五二八条三項が平等条項に違反しないという点については、通説・判例の理由付け(本稿三(一)参照)は、必ずしも十分に説得力があるとはいえない。私は、合憲性肯定論をさらに次のような理由付けでもって補強したい。すなわち、たしかに、ZPO五二八条の下では、第一審で攻撃防禦方法を提出しこれを却下された当事者が、攻撃防禦方法を控訴審のために温存した当事者に比較して、不利益な扱いを受けることは、否定できない。しかし、当事者には一応、いずれの挙に出るかの自由があるから、前者の場合の不利益を回避することも可能であった、ということである。

もとより、後者の仕方は、前者の仕方に比べてより一層不誠実なものであり、道義的に決して好ましいものではない。それはまた、訴訟制度の効率的運営を妨げるものでもある。したがって、ZPO五二八条三項の合憲性が肯定されるといっても、同規定はギリギリのところでかろうじて合憲であるというに過ぎない。かつ、同規定が立法政策的にみて極めて妥当性を欠くものであることは、否定しうべくもない。

2　第一審における失権の回避策のうち、ドイプナーの提唱にかかる、試験的提出と許容を条件とする提出の適法性は、否定すべきである。その理由としては、私見と同旨の西ドイツの

学説の理由付け（本稿四(一)参照）を援用したい。

控訴への逃避と欠席への逃避は、西ドイツ法の解釈論としては、認めざるをえないであろう。

反訴等への逃避は、許されない。その理由としては、私見と同旨の（したがって、この点で連邦通常裁判所の判例に反対する）西ドイツの学説の理由付け（本稿四(四)参照）を援用したい。

3　法の規定は、その目的から、文理上の意味よりも狭く（縮小解釈）ないし広く（拡張解釈）解釈されうるものである。この観点からすると、ＺＰＯ五二八条三項は縮小解釈されてしかるべきである。

まず、西ドイツの通説、判例が認めているように（本稿五(二)1参照）、第一審で正当に却下された攻撃防禦方法でも、控訴審で相手方がこれを争わなくなった場合には、ＺＰＯ五二八条三項の適用を排除することが、考えられよう。

また、控訴審の手続を遅延させない攻撃防禦方法についても、――通説、判例は文理上無理であるという理由から反対しているが（本稿五(二)3参照）――ＺＰＯ五二八条三項の適用を排除すべきである。なぜなら、失権規定の目的が遅延の防止にある以上、遅延を生じさせない攻撃防禦方法にこれを適用することは、その趣旨を逸脱しているからである。

かつて私は、ここに述べたような縮小解釈は、西ドイツ法の解釈論としては、採用できない、と主張した。[140] その理由は、第一に、かような解釈が文理上無理であること、第二に、かような解釈をしても、問題が根本的に解決されないということであった。しかし、第一の理由が必ずしも成り立たないことは、先に述べたとおりである。第二の理由について、私は現在では次のように考えている。規定の解釈が問題の根本的解決をもたらさないのは、常に必ずしもその解釈が誤りだからではなく、規定自体の欠陥によることもありうる。規定の欠陥が大きい場合、欠陥から生じる弊害を部分的にしか除去できないからといって、当然にその解釈が誤りであると考えるべきではなかろう。そこで私は、以前の自説をここで改めたい。

(二)　更新権制限に関する立法政策論

更新権制限に関する西ドイツの現行法の欠陥は、繰り返し指摘したように、第一審で却下され控訴審で再度提出された攻撃防禦方法においては、訴訟の遅延が失権の要件とされていないのに対して、控訴審で初めて提出された攻撃防禦方法においては、訴訟の遅延が失権の要件になっていることに、その原因がある。したがって、この欠陥を回避するためには、二種類の提出の失権の要件の間に差異を設けないことが必要である。具体的には、双方のいずれにおいても、訴訟の遅延を失権の要件にするか、あるいは、これを要件からはずすかの、いずれかにするしかない。

いずれの仕方が妥当であるかという問題は、裁判の適正と訴訟の促進の二つの要請をいかに調和すべきかという問題、およ

び、失権規定の目的をどう考えるべきかという問題とも、関連がある。しかし、この点を検討するためには、さらに、控訴審における攻撃防禦方法提出の実態、右提出が控訴審判決に及ぼす影響（第一審判決の取り消しをもたらす可能性の大きさ）、さらには、国民一般ならびに弁護士が控訴制度につきどのような意識をもっているかというような、訴訟実務ないし社会一般の実態をも考慮しなければならない。それらは、各国の伝統や国民性により異なる。したがって、前述の問題に対する解答も、それぞれの国情に応じて異なるはずである。

わが国では、右に述べた実態調査はいまだ行われていないので、[14] ここでは、憶測に基づく論述をなすに留まらざるをえない。さしあたり私は、前記二種類の攻撃防禦方法のいずれについても、訴訟の遅延を失権の要件にすべきである、と考えている。その理由は、以下のとおりである。

第一に、訴訟においては裁判の適正が最も重要な要請である、ということである。もとより、訴訟促進も重要な要請であり、怠慢な、ないし訴訟の引延しを図る当事者に対して、裁判所には、断固たる措置を執る勇気も、ときには必要である。そして失権規定は、そもそも場合によっては、実体的に不当な判決の甘受を要求するものでもあるということも、一方で忘れてはならない。しかし、少なくとも、訴訟の遅延が生じないであろう場合にまで、攻撃防禦方法を却下してしまうことは、失権規定の目的が訴訟遅延の防止にあるということからすれば、妥当でない。

第二に、控訴審での提出につき、訴訟の遅延を失権の要件にするなら、たしかに、簡素化法の立法者が指摘したように、訴訟の重点が控訴審に移り、第一審が軽視されるという事態は、理論的には生じうる。しかし、少なくともわが国では、訴訟の当事者になるだけでも、大多数の人（自然人のみならず法人も含む）にとって、経済的な面のみならず、心理的にも相当に大きな負担になるものと、推測される。したがって、訴訟の解決を控訴審にまで持ち越そうと画策する者が、そう多くいるとは思えない。この点において、わが国の実情は、控訴指向、第一審軽視の傾向が強いといわれている西ドイツの実情[15]とは、おおいに異なるのではなかろうか。それゆえ、わが国で立法政策論を論じるにあたっては、訴訟の重点の控訴審への移行ないし第一審軽視の風潮の発生を、過度に恐れる必要はないものと思われる。

もとより、当事者が攻撃防禦方法を控訴審のために温存するという事態も、稀には起るであろう。しかしそれは、控訴制度を設ける以上、ある程度やむをえないものである。

しかも、かような事態のうち極端なケース、すなわち、当事者が、専ら第一審で却下された、ないし提出すれば却下されたであろう攻撃防禦方法の提出の場を設けるためだけに、控訴を提起したというケースでは、控訴審の手続を行うだけで、失権の要件である訴訟の遅延の発生が認められることになる。

もっとも、この点は、日本法とドイツ法とでは事情が異なる。

すなわち、わが国の失権規定である民訴法一三九条は、民訴法典中の総則編に置かれている。したがって、同条一項にいわゆる訴訟の完結の「遅延」とは、第一審の手続と控訴審の手続とを一体と考えて、その遅延であると解することができる。ところが、ドイツ民訴法は、第一審の手続と控訴審の手続の双方につき、それぞれ別個に失権規定を有している（第一審での失権規定はZPO二九六条、控訴審での失権規定は同五二七条・五二八条）。したがって、控訴審での失権規定が失権の要件とする訴訟の遅延は、控訴審の手続の遅延と解するしかない（西ドイツでもそのように解されていることは、本稿四(二)で述べた）。そこで、前述のような極端なケースにおいても、控訴の提起だけで、失権の要件である訴訟の遅延が生じるとは必ずしもいえないのである。

この点を考慮すると、ドイツ民訴法のように、失権規定を、第一審の手続に関する規定と控訴審の手続に関する規定の中に分けて置くよりも、まず総則編中にこれを置いたうえで、とくに必要が認められる点については、控訴審の手続に関する規定中に特則を設ける方が、賢明であるといえよう。

かような特則としては、たとえば、控訴審においては――第一審におけるのと異なり――、提出が時機に後れたことにつき、重過失ではなく軽過失を失権の要件にすることや、提出が時機に後れたことについての弁明事由の証明ないし疎明責任を、提出をなした当事者に負わせることなどが、考慮されるに値いするであろう。

(139) 体系書において、たとえば、三ケ月章・民訴法（法律学全集）（一九五九年）三四五―六頁、新堂幸司・民訴法〔第二版〕（一九八一年）三二八―九頁が、控訴審での提出に対する制限の強化を示唆している。また控訴審の構造のあり方については、以前から、中田淳一「控訴審における更新権について」訴訟及び仲裁の法理（一九五三年）二一七頁以下（初出、私法六号〈一九五二年〉）、同「控訴審の構造」民訴講座(3)（一九五五年）八六七頁以下のようなすぐれた研究があるが、最近では、木川統一郎弁護士が、訴訟促進政策に関するその精力的な研究の一環として、この問題についても積極的に発言をしておられる。木川統一郎「控訴事後審制――ウィーン地裁・高裁の状況」比較民事訴訟政策の研究（一九七二年）一七一頁以下（初出、法学新報七五巻一号・二号〈一九六八年〉）。

(140) 石渡・前掲ドイツ民訴法関係新判例紹介(9)（前注一（2））三九―四〇頁。

(141) 西ドイツでは、控訴審での提出の実態をコンピューターを駆使して調査した成果として"Baumgärtel/Hohmann, Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (zweite Instanz), 1972"が公刊されている。また、同書のいわば姉妹編として、第一審に関する調査の成果も公刊されている。Baumgärtel/Mes, Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (erste Instanz).

(142) ギレス＝井上＝小島・前掲簡素化法と民事訴訟手続の集中（前注二（9））三六頁。

〈追記〉本稿で引用したドイツ語の文献のうち、以下のものは、その翻訳がわが国で公刊されている。

Liepold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980), 237 ff.＝ディーター・ライ

ボルド（染野義信＝森勇訳）「当事者の訴訟促進義務と裁判官の責任」日本大学法学紀要二五巻（一九八三年）一〇九頁以下。

Lüke, Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß, JuS 1981, 503 ff. ＝ゲルハルト・リュケ（永井博史訳）「民事訴訟における時機に後れた提出の却下」法学研究五四巻一一号（一九八一年）一〇三頁以下。

本稿の執筆にあたっては、西ドイツ・ザールラント大学のゲルハルト・リュケ教授およびケルン大学のハンス・プリュッティング教授から種々の御教示をいただいた。記して感謝申し上げる。

一九八七年一一月三〇日

An dieser Stelle möchte ich Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Gerhard Lüke, Saarbrücken, und Herrn Professor Dr. Hans Prütting, Köln, die mir bei dieser Arbeit gütigst viele Hilfe geleistet haben, meinen herzlichen Dank aussprechen.

a. o. Prof. Dr. Satoshi Ishiwata

〈補記〉 本稿の脱稿と初校までの間に〈追記〉に記した、ディーター・ライボルド（染野義信＝森勇訳）「当事者の訴訟促進義務と裁判官の責任」を収録する、西独民事訴訟法の現在（日本比較法研究所翻訳叢書二二）（一九八八年）が公刊された。