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

Title	〔下級審民訴事例研究五〇〕 一 弁論準備手続を経て人証調べが終了した後の新たな攻撃防御方法の提出が時機に後れたものであるとして却下された事例 (東京地裁平成一一年一二月一〇日判決) 二 課税処分の法的根拠に関する被告の主位的主張が時機に後れたものとの嫌いは否めないものの「これにより訴訟の完結を遅延させることとなる」 (民事訴訟法一五七条一項) ものとは認められないとされた事例 (東京地裁平成一三年一一月九日判決)
Sub Title	
Author	芳賀, 雅顯(Haga, Masaaki) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2003
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.3 (2003. 3) ,p.132- 147
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20030328-0132

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.

〔下級審民訴事例研究五〇〕

一　弁論準備手続を経て人証調べが終了した後の新たな攻撃防御方法の提出が時機に後れたものであるとして却下された事例

東京地裁平成一一年一二月一〇日判決（東京地裁平成一〇（ワ）五六四四号）損害賠償請求事件、判例タイムズ一〇七九号三〇一頁（控訴棄却、確定）（以下では事例一として表記する）

二　課税処分の法的根拠に関する被告の主位的主張が時機に後れたものとの嫌いは否めないものの「これにより訴訟の完結を遅延させることとなる」（民事訴訟法一五七条一項）ものとは認められないとされた事例

東京地裁平成一三年一一月九日判決（東京地裁平成一二（行ウ）六九号）法人税更正処分等取消請求事件、判例時報一七八四号四五頁、判例タイムズ一〇九二号八六頁、金融・商事判例一一三三号三五頁（控訴）（以下では事例二として表記する）

〔事例一の事実および判旨〕

（事実）

原告ら（X_1、X_2）は、被告建築会社（Y）からマンションを購入し、その洋室1および洋室2について被告と防音工事の請負契約を締結した。しかし、原告らは、被告の防音工事は契約で定めた水準に達していないとして、被告に対して、修理に要する費用の分につき損害賠償を求めて訴えを提起した。原告らの当初の主張によると、原・被告間で締結された防音請負契約は大建工業株式会社の防音基準等級にいうS防音（遮音性能五〇ないし五五デシベル）であったが、本件工事ではそれが達成されていないことから、同室を演奏用練習室として使用することができず、新たに

防音工事をし直さなければならないと主張した。これに対して、被告は、原告らがプロの演奏家としてコンサートのための練習などで使用することなどを被告に告げなかったことから、本件の防音工事請負契約はA防音（遮音性能四〇ないし四五デシベル）であったとし、その基準を満たしていると主張した。その後、原告らは、防音構造を怠った部分が存在する、もしくはA防音が確保されていない部分が存在するとの主張をしたが、被告は、原告らのこの主張は、弁論準備手続が終結し、証人尋問や当事者尋問の後になされたから時機に後れた攻撃防御方法の提出に該当し、却下されるべきであると主張した。

（判旨）

裁判所は、以下のように述べて、時機に後れた攻撃防御方法に該当するとした。「原告らが、当初、本件訴訟で主張した本件防音工事の問題点は、被告との間で大建工業株式会社の防音基準等級にいうS防音の工事を行うべき契約が成立していたところ、同水準に従った工事がなされていないというものであり、右主張に沿って弁論準備手続において争点が整理され、原告甲野花子、当時の被告担当者B、同C及び同Dの各人証の調べが行われた。しかるに、原告らは、各尋問終了後、洋室1及び洋室2の防音性能を業者を使って簡易測定したところ、開口部における防音性能が被告が主張するA防音の性能も達していなかったことが判明し、さらに明らかに防音工事を行っていない箇所が発見されたとして、本件防音工事の瑕疵の主張を新たに追加した。

しかし、右新主張は、本件防音工事契約で定められた防音程度がいかなるものであったかという、それまでの契約の解釈の問題とは質的に異なるものであり、原告らは既に訴状の段階で甲五（大建工業株式会社による騒音測定結果）を引用して、A防音の性能基準すら達していないとも主張していたところ、最終的に右契約の解釈の問題に本訴訟の争点が集約されたものである。しかも、原告らが指摘する防音性能の調査は簡易測定によるものであるから、今後、さらに規格に沿った正式な測定を行う必要がある上、右簡易測定結果は、原告らがJIS　A―一四一七に準拠した騒音測定性能結果であるとして訴え提起と同時に提出した右大建工業株式会社による騒音測定結果と異なる内容のものである。そこで、原告らの新たな主張について審理をするとなると、原告らにおいて新たに正式な測定を行った結果を踏まえ、大建工業株式会社の騒音測定結果との相違が検討の対象になることが考えられる。また、原告らは、

本件防音工事がS防音程度との主張が認められないことに備えて、本件防音工事に手抜き工事があったと主張して、個別の瑕疵を主張しているが、右による損害賠償額は、本件防音工事を一からやり直すことを前提として算出した原告らの被告に対する損害賠償額とは異なることが予想され、新たにその立証を要することになるものと考えられる。

以上によれば、原告らの新たな主張は、原告らの重大な過失により時機に遅れて提出された攻撃防御方法であり、これを審理することにより訴訟の完結を遅延するものであるということができる。よって、民事訴訟法一五七条一項によりこれを却下する。」

〔事例二の事実および判旨〕

（事実）

原告は、平成三年九月四日にオランダに一〇〇％出資の訴外A社を設立した。出資金総額は、現物出資（株式、受入価額一五億四四〇〇万円）および現金出資（一億六〇〇万円）合わせて一六億五〇〇〇万円に対して、発行された株式は額面一株当たり一〇〇〇ギルダーの株式二〇〇株であった。額面金額合計の二〇万ギルダー（約一五〇〇万円）を超える出資額は、A社において全額を資本準備金として処理された。原告は、平成一〇年に改正される前の法人税法五一条に基づき、現物出資について、帳簿価額から出資したものとして、発行された株式の額面を超える部分の出資金額を圧縮記帳した。

原告の筆頭株主であった訴外B社は、平成七年二月一三日にオランダに訴外C社を設立した。

原告は、平成七年二月一三日に訴外A社の株主総会で、同社が額面一〇〇〇ギルダーの新株三〇〇〇株を発行し、これを三〇三万三〇三ギルダー（一株当たり一〇一〇・一ギルダー）で訴外C社に割り当てる決議を行った。この増資により、原告が訴外A社に対して有する株式の保有割合は、一〇〇％から六・二五％となった。

原告は、平成七年九月期の法人税について、所得金額〇円、納付すべき税額を土地譲渡の関する二億六四九四万二三〇〇円とする確定申告をし、納付した。これに対し、被告は、C社への割当決議をした当時のA社株式の資産価値は一株二三四万六二五二・五五ギルダーであったのに、原告は一株一〇一〇・一ギルダーで新株三〇〇〇株をC社に割り当てたことから、原告が有していたA社株の資産二七二億九六三〇万二二一九円は一七億一七〇三万五九三四円に減少したことになるので、差額の二五五億七九二六万六

二八五円相当は対価なしに移転しているので原告からC社への寄附にあたると認定し、原告に対して更正処分等を行った。原告は、これらの処分の取消しを求めて訴えを提起した。被告は、当初、法人税法一三二条を根拠に更正処分の適法性を主張していたが、第五回の口頭弁論終了後になって初めて法人税法二二条二項の適用を主位的に主張し、従来の主張を予備的なものにした。原告は、口頭弁論終結予定の一七日前に更正処分の法的根拠を変更する主張は時機に後れており、却下されるべきであると主張した。

（判旨）

裁判所は、つぎのように述べて、被告の主張は時機に後れた攻撃防御方法に該当しないと判断した。「本件において、被告は、平成一三年五月一四日の本件第五回口頭弁論期日の後である同年七月一三日、当裁判所に対して第六準備書面を提出し、同準備書面の内容を、同年七月三〇日の本件第六回口頭弁論期日において陳述することにより、初めて前記主位的請求を主張するとともに、従前の主張を予備的主張とし、同期日において本件の弁論が終結に至ったことは当裁判所に顕著な事実であって、被告の主位的主張がされた客観的な時機が本件の弁論終結日に近接した日であることからすれば、当審における審理の最終局面において初めて主位的主張がされたという点において、時機に遅れた（原文ママ）ものとの嫌いは否めない。しかも、本件処分は、原告に対して新たに一〇〇億円を超える多額の税金の納付を命ずる非常に重大な処分であって、原告の状況からするとその死命を制しかねないものであるから、被告としては事前に慎重にも慎重を期した上でなすべきであるにもかかわらず、既に処分から二年半余りが経過した後に、単なる予備的主張の追加にとどまらず主位的主張自体を全く新たなものに変更する形で新たな主張がされたことは、処分前の検討がはなはだ不十分であったことを示すものであって、そのこと自体は被告の職責に悖るものといわざるを得ない。

しかしながら、被告の同主張は、同年三月一九日の本件第四回口頭弁論期日における当裁判所の被告に対する求釈明を契機として主張されたものであること、同主張の基礎となる事実関係については従前被告が主張していた法一三二条の適用に関する主張に包含されるものであって、法律構成に関する新たな主張であること、したがって、本件においては、新たな主張がされたために新たな証拠調べを必要とするものではなかったこと、これに対して原告が速やかな対応をしたことによって、結果的にみても、上記のと

おり被告の主位的主張の記載された準備書面が陳述された本件第六回口頭弁論期日において本件の弁論が終結されており、原告代理人らに多大の負担をかけたことはともかくとして、本件訴訟の進行を遅延させるには至らなかったことの各事実も当裁判所に顕著な事実であり、これらの事情にかんがみれば、被告の主位的主張については、民事訴訟法一五七条一項が時機に遅れた（原文ママ）攻撃防御方法の却下の要件として定める『これにより訴訟の完結を遅延させることとなる』ものとは認められないというべきである。」

〔評釈〕 事例一、事例二のそれぞれにつき判旨結論に賛成する。

一　本判決の意義

事例一、事例二のそれぞれの判決は、攻撃防御方法の提出について適時提出主義の採用を明言した現行民事訴訟法下において、時機に後れた攻撃防御方法（民訴法一五七条）に該当するか否かについて判断を下した事例である。事例一は弁論準備手続終了後の新主張が時機に後れた攻撃防御として却下されたケースであり、また事例二では弁論終結間際に提出された攻撃防御方法が却下されなかったものの、時機に後れたものとみなさなかった理由を裁判所は比較的詳細に述べている。

随時提出主義を採用したとされる旧法下においては（ただし、この点については議論がある）[1]、時機に後れた攻撃防御方法の却下に関する旧一三九条が十分その機能を果たしきれなかったことは、かねてから指摘されてきたところである[2]。他方、現行法の立法過程でも、迅速で充実した手続進行を促すために、時機に後れた攻撃防御方法が提出された際の扱いをめぐって激しく議論がなされてきた[3]。このように、民事訴訟における攻撃防御方法の提出とその制限に関しては従来から議論がある中で下された本判決は、今後の実務の在り方にも影響を及ぼすものと考えられる[4]。

二　現行法における時機に後れた攻撃防御

現行法における時機に後れた攻撃防御方法の却下の要件それ自体は、旧法下におけるものと変わりがない。すなわち、①時機に後れたこと、②時機に後れたことにつき故意または重大な過失があること、③訴訟の完結を遅延させること、が必要となる（一五七条一項）。第一の要件である「時機に後れたこと」、は訴訟の進行状況に応じて個別具体的に定まるとされるが、一五六条では攻撃防御方法を「適切な時期」に提出しなければならないとしており、一五七

条は「時機に後れて」提出された攻撃防御方法は却下されるとしていることから、一五六条の「時期」と一五七条の「時機」の関係が問題になる。この点について、立法担当者は両者を概念的に区別している。すなわち、「第一五六条の適時提出主義の規定は、当事者に理想的な攻撃防御方法の提出を訓示的に義務付けたものであるのに対して、第一五七条は攻撃防御方法を却下する場合についての規定ですので、『適切な時期』から相当程度後れて提出した攻撃防御方法が『時機に後れて提出した攻撃又は防御の方法』になる」とされる。[5] 第二の要件は、「時機に後れたことにつき故意または重大な過失があること」、である。この要件を充たしているかどうかは、本人の法的知識の程度や、本人訴訟か弁護士訴訟かといった事情に左右される。[6] 後述の②のケース（東京地判平成一二年一二月二〇日）は、六名の弁護士が関与していることを理由に、相殺権の行使が時機に後れて提出されたことについて重過失があったことを肯定した事件である。第三の要件は、「訴訟の完結を遅延させること」、である。通説によると、攻撃防御方法を却下した場合に見込まれる訴訟完結時点と審理した場合に見込まれる訴訟完結時点とを比較した結果、審理をすることによって訴訟の完結が遅れるか否かにより決まる（絶対的遅延概念）。[7] しかし、新たな攻撃防御方法が主張されても、従前の証拠調べの結果だけで審理が可能な場合には遅延させたことにはならない。[8] 後掲③の裁判例（大阪地判平成一三年一月二二日）は、この問題に関する事例である。また、当該期日で即時に調べることが可能な証拠（たとえば、在廷証人の尋問）を調べても訴訟の完結を遅延させないと説かれる。[9] 後掲⑤の裁判例（東京地判平成一三年七月一七日）はこの点に関係する事案である。

では、争点整理手続終了後の攻撃防御方法の提出については、どのような議論がなされているのであろうか。この点については様々な意見が表明されているが、分類は必ずしも容易ではない。ここでは、便宜的に次のような立場に分けておく。[10] まず、争点整理手続終了後に攻撃防御方法を提出した場合に、提出者側が説明義務を果たさなかったときのサンクションが直接は規定されていないとして、弁論の全趣旨という形で裁判官の心証形成に影響を与えるほか、故意または重過失を認定する際の資料となるとする見解がある。[11] この見解は、新たな攻撃防御方法の提出を却下することについて、比較的慎重な立場であるといえる。[12] つぎに、原則として時機に後れた攻撃防御方法に該当し、攻撃防御方法の提出者側が説明義務を果たさなかった場合には、相

手側は故意・重過失を立証する資料として用いることで、当該攻撃防御方法の却下を申し立てることができるとする見解がある。[13] 第三に、特段の事情が認められない限り時機に後れたものとみなされ（第一の要件）、攻撃防御方法が後れて提出されたことについて合理的理由がないと重過失が推定される（第二の要件）との見解がある。[14] 最後の立場は、時機に後れた攻撃防御方法に該当するとして却下することに比較的寛容であるといえる。

三　民訴法一五七条の適用が問題となった裁判例

本件の具体的検討に入る前に、現行法下において時機に後れた攻撃防御方法の却下が問題となった裁判例として、どのような事例があるのかをみておく。なお、民事訴訟法附則第一一条により、新法施行時に係属している訴訟における攻撃防御方法の提出については、従前の例によるとされている。[15]

・肯定例[16]

①東京高判平成一二年三月一四日金融・商事判例一〇九二号七頁、判例タイムズ一〇二八号二九五頁

（事案）

訴外Aと被告Yとの間で建築請負契約が締結された後に、建物がYに引き渡されたところ、Aに対して債務名義を取得していた原告Xは、AがYに対して有する代金債権について差押命令を得た後にYを相手に取立訴訟を提起した。これに対してYは、工事に瑕疵があることを理由に、瑕疵が修補されるまでは代金の支払いを拒絶するとした。本件は、第三回口頭弁論期日で弁論準備手続に付され、五回にわたり弁論準備手続が実施された後に、第四回口頭弁論期日で弁論準備手続の結果が陳述され、人証の証拠調べに入った。しかし、Yは第四回口頭弁論になって、新たに工事の瑕疵があることを主張した。これに対して、Xは、Yの新主張は時機に後れた攻撃防御方法に該当し、却下されるべきであると主張した。

（裁判所の判断）

原審（東京地判平成一一年九月二九日金融・商事判例一〇九二号一〇頁、判例タイムズ一〇二八号二九八頁）は、以下のように述べて時機に後れた攻撃防御方法に該当するとした。すなわち、問題となった瑕疵は「本訴提起前から判明していたというにもかかわらず、本件において、弁論準備手続が行われて争点整理手続がされ、集中証拠調べが終了した後に初めて主張されたものである」。そして、「この主張に係る瑕疵の内容殊に設計の瑕疵の内容は、具体的に十分に特定されているとはいえないから、まずその具体

的特定をする必要があり、その上で、特定されたものの立証があるかどうか、その立証されたものがそもそも工事の瑕疵といい得るかどうか、瑕疵といい得るとしてその損害額はいくらと評価すべきかをめぐって、相当の期間にわたる審理を要することが明らかであ」るので、「民訴法一五七条により却下すべきである」とした。控訴審も、この点についての原審の判断を維持した。

②東京地判平成一二年一二月二〇日金融・商事判例一一一五号五〇頁

（事案）

被告Y銀行は、訴外B社への融資に関連して、いわゆる経営指導念書をB社の母体会社である訴外A社から差し入れさせた。その後、BはAが営業を休止したことにより（後に破産）、倒産した。そこで、Aの破産管財人XがYに対して、Aの預金債権の一部の支払いを求めたところ、Yは前記念書によりBへの融資に際して保証契約などが成立しているので、これらの請求権とAの預金債権とを相殺をすると主張した。その後、Yは、集中証拠調べが終了した後に、AはYに対して簿外債務の存在を知らせる義務があったのに怠り、YにBへの融資を行わせたことから損害を被ったのでXに対して不法行為に基づく損害賠償請求権を取得したとし、これにより預金債権と相殺すると主張した。

（裁判所の判断）

裁判所は以下のように述べて、相殺権の主張は時機に後れた攻撃防御方法であるとした。すなわち、「この訴え提起時から右集中証拠調べを実施した口頭弁論期日までの間、原、被告双方は本件念書の法的効力（争点一）を唯一の争点として主張、立証活動を展開してきたものであり、被告から新たな主張が追加される様子は全くなかった。こうした審理経過を踏まえて、当裁判所は集中証拠調べを実施し」、集中証拠調べによって十分な主張立証が尽くされたので、次回の口頭弁論期日で弁論を終結することを確認し、期日を指定した。ところが、期日の直前になって、Yは不法行為債権による相殺という新主張を展開した。これに対して、裁判所は「原告側の反証活動の保障といった観点からすると、なお慎重な審理を経なければならない」とした上で、「適時提出主義（民訴法一五六条）ないし訴訟上の信義則（同法二条）の観点からすると、共通の争点認識を醸成して集中証拠調べまで了している本件においては、時機に後れたものである」し、「訴訟を遅延させることもまた明らか」であるとした。そして、重過失の有無については、「被告は、既に第一回口頭弁論期日から、六名の弁護

士に訴訟委任して訴訟追行していたことからすると、本件新主張の提出が時機に後れたことについて、被告には重大な過失があったといわざるを得ない」とした。

・否定例

③大阪地判平成一三年一月二二日判例タイムズ一〇八五号二三五頁

（事案）

ダイビングツアーの参加者（訴外A）が、海洋ダイビング中に死亡した事件で、Aの遺族（Xら）がツアー会社など（Y_1からY_3）を相手に損害賠償を請求した。この訴訟中に、インストラクター（Y_3）の過失に関して、Xが、Y_3にはAが「初心者であることを認識し、……ダイビングを中止させる等の処置をとる義務があったのに、これを怠」ったと主張したのに対し、Yらは時機に後れた攻撃防御方法であるとして却下を求めた。

（裁判所の判断）

裁判所は、原告らによる「右主張の当否を判断するために新たな証拠調べは必要なく、これにより訴訟の完結を遅延することとなるとは認められないから、この点についての被告らの主張は理由がない」とした。

他の否定例として、④大阪高判平成一三年三月六日労働判例八一八号七三頁[17]、⑤東京地判平成一三年七月一七日労働判例八一六号六三頁[18]、⑥大阪高判平成一三年八月三〇日労働判例八一六号二三頁[19]がある。

四　従来の裁判例と本件の関係

まず、否定例についてみてみると、控訴審で時機に後れた攻撃防御方法にあたると主張したものの、既に原審において当事者が当該攻撃防御方法を主張していたとされた前記⑥のケース（大阪高判平成一三年八月三〇日）を除いて、前記③のケース（大阪地判平成一三年一月二二日）、④のケース（大阪高判平成一三年三月六日）、および⑤のケース（東京地判平成一三年七月一七日）では、裁判所は、いずれも攻撃防御方法の主張を認めることによって訴訟の完結を遅延させることはないとして（つまり、二で紹介した第三の要件を欠くとして）、一五七条の適用を否定している。これは、時機に後れたという第一の要件、そして時機に後れたことについての当事者の故意・重過失を問題にする第二の要件の判断に比べて、第三の要件の存否は判断が容易であることが考えられる。すなわち、第一の要件が充たされるか否かの判断に際しては事案の総合的考慮が必要になるし、また第二の要件は主観的要件と捉えられているのに対して[20]、第三の要件は現在提出された攻撃防御方法を

審理することと、提出を認めない場合とを比べて遅延するか否かを判断すれば足りることから、判断が比較的容易であると考えられるからである。評釈対象である事例二（否定例）についても、裁判所は同様に第三要件の検討を中心に行っている。

つぎに、肯定例についてみてみると前記①のケース（東京高判平成一二年三月一四日）では、争点整理手続がなされ集中証拠調べが終了した後に、被告が訴え提起前から存在を知っていた瑕疵の主張をした場合には、その審理に相当期間を要することから時機に後れた攻撃防御方法に該当するとしている。また、前記②のケース（東京地判平成一二年一二月二〇日）では、原・被告間で唯一の争点について主張立証がなされ集中証拠調べを実施し、裁判所が指定した最終口頭弁論期日の直前に被告が新主張を展開した場合に、裁判所は、(i) 適時提出主義ないし訴訟上の信義則の観点からは、集中証拠調べを終えているので時機に後れている、(ii) 新主張の審理を進めることは訴訟の完結を遅延させる、(iii) 被告は第一回の口頭弁論から六名の弁護士に訴訟委任をしていることから、新主張の提出が時機に後れていることについて、被告に重過失があるとした。これら①②のケースでは、いずれも争点整理手続を経て集中証拠調べをなした後に提出した新主張について一五七条の適用を認めている。本件の評釈の対象である事例一（肯定例）も、同様に弁論準備手続を経て人証調べが終了した後の新主張の提出について、一五七条の適用を認めている。しかし、その際、いずれの事例でも攻撃防御方法の提出者側が、どの程度、後れて提出した理由を説明したのかは明らかではない。

五　検討

先に確認したように、最終口頭弁論間際に新主張をなしたものの時機に後れた攻撃防御方法ではないとした事例二では、裁判所は、従前の裁判例と同様に第三要件の検討を行っている。すなわち、裁判所は、被告の主張は時機に後れた感が否めないとしながらも、「訴訟の完結を遅延させることとなる」とは認められないとして一五七条の適用を否定している。そして、その理由として、(i) 被告の主張は裁判所が被告になした求釈明を契機としたものであること、(ii) 被告の新主張の基礎となる事実関係は従前の主張に包含されるので、新たな証拠調べをする必要がないこと、(iii) 原告が迅速に対応したこと、を挙げている。しかし、第二番目の理由として挙げられている、新主張の提出を認めたとしても新たな証拠調べをする必要がないと

いう点は、従来の裁判例[21]や学説[22]において、「訴訟の完結を遅延させること」にはならない事情として挙げられており、この理由だけで第三の要件の存在を否定する決定的要素といえる。その意味で他の理由は補助的な事情として位置づけることができるが、理由の第一番目に挙げている裁判所の求釈明を契機に被告の新主張が提出されたというのは、むしろ「時機に後れた攻撃防御方法の提出が被告の故意・重過失による」という第二の要件を否定する事情に関係するものと思われ、裁判所が第三の要件で扱っている点については若干疑問が残る。

つぎに、肯定例である事例一について検討する。このケースは、当初の争点は原告と被告会社との間で締結されたマンションの防音工事契約はS防音なのかそれともA防音なのかという問題であったが、争点整理手続終了後になって原告がA防音すら確保されていないなどとして新たな主張をした事案である。裁判所は、新主張は従来の主張とは質的に異なるものであり、騒音測定のやり直しや損害賠償額の算定に関する新たな立証を要することから、原告の重大な過失により時機に後れて提出された攻撃防御方法であり、訴訟の完結を遅延させるとして、却下した。しかし、裁判所は、争点整理手続終了後の攻撃防御方法の提出と一五七条の適用関係について明確にしてはいない。とくに、原告が時機に後れた攻撃防御方法の提出をしたことについて説明をしたのか否か、仮に説明がなされたとしてどの程度のものだったのか、それに対して裁判所はどのような判断をしたのかなどについて、明らかではない。もし新主張をした当事者による説明がなされなかった、または不十分であったとするならば、裁判所の結論自体は正当であったと考えられるが、私は次のような構成によるべきであると考える。すなわち、争点整理手続終了後に攻撃防御方法を提出した場合には、時機に後れたという第一の要件が充たされるとともに当事者の故意・重過失という第二の要件が推定されると考え、一五七条の適用がありうるとする見解である[23]（新主張を認めることにより新たな証拠調べを必要とするときには、当然、訴訟の完結を遅延させることになり、第三の要件を充足することになる）。このように解することによって、争点整理手続という段階が時機に後れた攻撃防御方法との関係で、明確な判断時期として機能することになるとともに[24]、旧一三九条における攻撃防御方法却下の要件について客観性が問題視されてきたにもかかわらず[25]、条文の文言をそのまま引き継いでしまった現行法一五七条の主観的要件（故意・重過失）の判断をより容易に

する意味で好ましいと考えられるからである。また、個々の事案で時機に後れた攻撃防御方法を提出せざるを得なかったことについての正当化事由（事案の特殊性）は、求説明権の行使と説明義務が果たされたか否かという問題として扱われるべきである。[26] そして、新主張を提出した当事者が説明義務を果たした場合には、時機に後れて攻撃防御方法を提出したことについて「当事者の故意・重過失によるものであること」という要件を欠くことになると考えられる。しかし、新主張を提出された側の当事者が求説明権を行使しないこともありうる。そのときでも、提出者側が説明義務を果たさなかったと認定して一五七条が適用されることはありうる。[27] ところで、この提出者の故意・重過失という要件は、旧法下においては積極的に証明されることを要すると解されていた。[28] また、現行法においてもこのことが妥当すると明言する見解もあり、[29] 争点整理手続終了後の攻撃防御方法の提出が故意・重過失の判断資料として用いられると述べるに止まる立場も、[30] 同様の理解を前提にしているものと考えられる。しかし、攻撃防御方法の提出者側の主観的事情を相手方が証明することには多くの場合困難を伴い、むしろ提出者側で故意・重過失の不存在を証明させる方が公平にかなうといえる。そして、このことは攻撃防御方法を提出した当事者が負う、時機に後れて提出したことについての説明義務（一六七条、一七四条、一七八条）によっても根拠づけられると考えられる。したがって、提出者側が説明義務を果たさなくとも攻撃防御方法の却下を逃れるとすることは妥当ではなく、むしろ故意・重過失が推定され不利益に扱われると解すべきであろう。

以上のことから、事例一、事例二のそれぞれについて判旨結論に賛成する。[31]

（1）旧一三九条における攻撃防御方法の提出は適時提出主義であったと理解する見解として、井上治典・実践民事訴訟法九八頁（有斐閣、二〇〇二年）、内田武吉「随時提出主義」民事訴訟法の争点二一三頁（有斐閣、新版、一九八八年）、大須賀虔「適時提出主義」民事訴訟法の争点一六九頁（有斐閣、第三版、一九九八年）、鈴木重勝「口頭弁論における攻撃防禦」三ケ月章ほか編・新版民事訴訟法演習Ⅰ一九〇頁（有斐閣、一九八三年）、竹下守夫＝伊藤眞編・注釈民事訴訟法（三）一八頁（伊藤眞）（有斐閣、一九九三年）、三木浩一「適時提出主義」法学教室一九二号二三頁（一九九六年）。なお、兼子一・新修民事訴訟法大系二三〇頁（酒井書店、増補版、一九六五年）では、随時提出主義の説明の箇所で、当事者は審理の進行程度に応じ

て弁論の焦点を調節し、「適時に訴訟資料を提出」すれば必要にして充分である旨を説く。

時機に後れた攻撃防御方法に関する旧法下での議論は、たとえば、石渡哲「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」法学研究五二巻四号六一頁（一九七九年）、石渡哲「時機に後れた相殺の抗弁と訴訟促進」民事訴訟雑誌二七号二一頁（一九八一年）、石渡哲「時機に後れた攻撃防禦方法の失権（上・中・下）」判例タイムズ五四三号三〇頁、五五一号一八頁、五五八号六六頁（一九八五年）、石渡哲「時機に後れた攻撃防禦方法の却下――失権規定の歴史およびその理論的根拠を中心として――」防衛大学校紀要五六輯社会科学分冊七頁（一九八八年）、石渡哲「民事訴訟における時機に後れた攻撃防禦方法の失権の根拠」法学研究六八巻一二号二七三頁（一九九五年）、春日偉知郎「時機に後れた攻撃防禦方法の却下――西ドイツ簡素化法の問題点――」獨協法学一五号一九頁（一九八〇年）、紺谷浩司「西ドイツ抗告手続における時機に後れた攻撃防禦方法の却下と審問請求権の保障について」広島法学七巻一号一三頁（一九八三年）などを参照。

(2) 石川明「民事訴訟における真実」判例タイムズ八七二号四頁（一九九五年）、岩松三郎＝兼子一編・法律実務講座（三）五三頁（有斐閣、一九五九年）、菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法〔Ⅰ〕九〇八頁（日本評論社、補訂版、一九九三年）、斎藤秀夫・民事訴訟法概論二一七頁（有斐閣、新版、一九八二年）、佐藤彰一「適時提出主義・争点整理手続」法学セミナー五四一号二九頁（二〇〇〇年）、新堂幸司・新民事訴訟法四〇五頁（弘文堂、第二版、二〇〇一年）、三ケ月章・民事訴訟法三四四頁（有斐閣、一九五九年）など。

(3) たとえば、我妻学「攻撃防御方法の提出時期の規制」ジュリスト一〇二八号八六頁（一九九三年）などを参照。

(4) 立法担当者は、弁論準備手続終了後の攻撃防御方法の提出が直ちに却下に結びつくものではないとした上で、実務による適切な解決に委ねるべきであるとの理解を示していた。竹下守夫ほか編集代表・研究会新民事訴訟法一五六頁〔柳田幸三発言〕（有斐閣、一九九九年）。

(5) 法務省民事局参事官室編・一問一答新民事訴訟法一五八頁（商事法務研究会、一九九六年）、竹下ほか編集代表・前掲注(4)一五三頁〔柳田幸三発言〕。

(6) 梅本吉彦・民事訴訟法五四八頁（信山社、二〇〇二年）、兼子一ほか・条解民事訴訟法三五三頁〔新堂幸司〕（弘文堂、一九八六年）。

(7) 伊藤眞・民事訴訟法二四五頁（有斐閣、補訂第二版、二〇〇二年）、竹下＝伊藤編・前掲注(1)二八四頁〔山本克己〕。

(8) 斎藤秀夫ほか編・〔第二版〕注解民事訴訟法（三）五〇三頁〔斎藤秀夫＝井上繁規＝小室直人〕（第一法規、一九九一年）、竹下＝伊藤編・前掲注(1)二八五頁〔山本克己〕。

(9) 上田徹一郎・民事訴訟法二五八頁（法学書院、第三版、二〇〇一年）、兼子ほか・前掲注(6)三五四頁〔新堂幸司〕。

(10) 他の箇所で引用している文献の他に、たとえば、北尾哲郎「適時提出主義③」三宅省三ほか編・新民事訴訟法大系（二）四四〇頁（青林書院、一九九七年）、小林秀之編・新民事訴訟法の解説一六八頁〔山本浩美〕（新日本法規、一九九七年）、滝井繁男「攻撃防御方法の提出時期」滝井繁男ほか編・論点新民事訴訟法二二八頁（判例タイムズ社、一九九八年）、中田昭孝「適時提出主義②」三宅省三ほか編・新民事訴訟法大系（二）四二二頁（青林書院、一九九七年）、難波孝一「訴訟当事者の役割」塚原朋一ほか編・新民事訴訟法の理論と実務（上）二〇一頁（ぎょうせい、一九九七年）、三宅省三「民事訴訟法改正の経緯と主要な改正事項」三宅省三ほか編・新民事訴訟法大系（一）一二頁（青林書院、一九九七年）なども参照。

(11) 永井博史「適時提出主義」鈴木重勝＝上田徹一郎編・基本問題セミナー民事訴訟法一九七頁（一粒社、一九九八年）、山本和彦「弁論準備手続」ジュリスト一〇九八号五九頁（一九九六年）。

(12) なお、訴訟が発展的性質を有することから、時機に後れた攻撃防御方法として却下するに際しては十分に慎重であるべきことを強調するのは、秋山幹男「訴状・答弁書・準備書面の記載事項と攻撃防御方法の提出時期」竹下守夫＝今井功編・講座新民事訴訟法Ⅰ二六四頁（弘文堂、一九九八年）。

(13) 法務省民事局参事官室編・前掲注(5)一八四頁。松本博之＝上野泰男・民事訴訟法二五七頁（弘文堂、第二版、二〇〇一年）もこの立場に近いといえようか。

(14) 伊藤・前掲注(7)二四四頁。この見解に近い立場と考えられる文献としては、上原敏夫「弁論準備手続」竹下守夫＝今井功編・講座新民事訴訟法Ⅰ三三一頁（弘文堂、一九九八年）、小室直人ほか編・基本法コンメンタール新民事訴訟法（二）七七頁〔上村明広〕（日本評論社、一九九八年）、吉村徳重ほか編・講義民事訴訟法一九一頁〔坂原正夫〕（青林書院、二〇〇一年）。

(15) 本条の趣旨は、攻撃防御方法の提出について随時提出主義から適時提出主義へ変更されたことにより、訴訟当事者の主張立証計画に混乱を来さないようにすることにあるとされる。法務省民事局参事官室編・前掲注(5)四九三頁。

(16) 他に、大阪高判平成一二年一一月八日を挙げることができるが、本評釈脱稿時点では未だ公刊を確認することが

できていないので取り上げないこととする。同判決の評釈としては、松澤智「判批」ジュリスト一二一〇号二二四頁（二〇〇一年）がある。

(17) 原審は、大阪地判平成一二年六月三〇日労働判例七九三号四九頁。託児所をフランチャイズ経営する被告が、保育施設の新規開設を見込んで原告らに就職の勧誘をしたが、最終的に雇用しないことになったことに対して、原告らは、解雇権の濫用を理由に損害賠償請求などを主張し、また予備的に賃金支払請求を主張した事案。被告は、予備的主張は時機に後れた攻撃防御にあたるとしたが、裁判所は、「この請求によって審理に遅延が生じたとは認められない」として、一五七条の適用を否定した。

(18) 事案は、元看護婦の原告が病院を相手に、自分の退職金および同じ病院に勤務していた亡夫の退職金の相続分の支払いを求めて訴訟を提起した事件である。被告は、給与規定により原告の退職金の減額を主張したが、原告は時機に後れた攻撃防御方法であり却下されるべきであるとした。裁判所は、被告の「主張及び各書証はいずれも、第四回口頭弁論期日に提出されたものであり、本件は同期日において弁論を終結したから、同主張及び各書証の提出によって本件訴訟の完結が遅延したということはできず、よって、これらを却下するのは相当ではない」とした。

(19) 原審は、大阪地判平成一二年二月二八日労働判例七八一号四三頁。従業員（原告）が勤務先の企業（被告）の給与規定の変更につき、新給与規定の無効と旧給与規定の効力の確認を求める訴訟を提起した。被告は、賃金制度改訂の高度の必要性があったこととの関係で、被告の本業である化学部門の収支が赤字になっており、新しい会社運営のシステムが必要であると主張したが、原告は、化学部門が赤字である旨の主張は時機に後れた攻撃防御方法であると主張した。裁判所は、被控訴人は原審でも同様の主張をしていたとして、一五七条の適用を否定した。

(20) この要件は、旧法下において、裁判官が時機に後れた攻撃防御方法の却下を躊躇する原因の一つとして批判をあびていた。参照、三ケ月・前掲注(2)三四五頁。

(21) ③のケース（大阪地判平成一三年一月二二日判例タイムズ一〇八五号二三五頁）、および⑤のケース（東京地判平成一三年七月一七日労働判例八一六号六三頁）。

(22) 上田・前掲注(9)二五八頁、兼子ほか・前掲注(6)三五四頁〔新堂幸司〕、斎藤ほか編・前掲注(8)五〇三頁〔斎藤秀夫＝井上繁規＝小室直人〕、竹下＝伊藤編・前掲注(1)二八五頁〔山本克己〕。

(23) 伊藤・前掲注(7)二四五頁、勅使川原和彦「適時提出主義①」三宅省三ほか編・新民事訴訟法大系四〇五頁（二）（青林書院、一九九七年）。

(24) 参照、竹下ほか編集代表・前掲注(4)一五五頁〔伊藤

眞発言)。

(25) 三ヶ月・前掲注(2)三四五頁。

(26) この求説明権と説明義務は、両当事者が共通の争点認識を形成して手続を進めてきたことから生ずる相手方当事者に対する信頼関係に基礎を置くものといえ、二条か定める訴訟上の信義則の発現といえる。法務省民事局参事官室編・前掲注(5)一八四頁、三木・前掲注(1)二三頁。参照、中野貞一郎ほか編・新民事訴訟法講義二四頁〔中野貞一郎〕(有斐閣、補訂版、二〇〇〇年)。なお旧法下においても、中野教授、山木戸教授は、時機に後れた攻撃防御方法の却下を信義則違反として位置づけておられた。中野貞一郎・訴訟関係と訴訟行為七五頁(弘文堂、一九六六年)、山木戸克己・民事訴訟法論集七九頁(有斐閣、一九九〇年)。もっとも、一五七条による攻撃防御方法の却下の規制原理に当事者間の信義則が大きな役割を果たすことは否定できないが、訴訟促進に向けた公益的要素も依然として残っていると見るべきであろう。吉村ほか編・前掲注(14)一九一頁〔坂原正夫〕。

(27) 結論同旨、上原・前掲注(14)三三七頁。たたし、この点について上原教授は、一五七条による却下は説明義務違反を要件とするものではないことを理由とされる。

(28) 大判昭和一二年六月二日民集一六巻一一号六八三頁、兼子ほか・前掲注(6)三五四頁〔新堂幸司〕、菊井＝村松・前掲注(2)九一〇頁。

(29) 梅本・前掲注(6)五四九頁。

(30) 前掲注(11)および(13)を参照。

(31) なお、私法上の形成権の行使と時機に後れた攻撃防御方法の関係について、相手方がこれに同意して審理を望むときには、却下すべきでないとの議論がある。しかし、この問題は本評釈の議論の枠を越えるものであるので、論じないこととする。この問題については、稲葉一人「時機に後れた攻撃防御方法の却下」法学教室二二一号二七頁(一九九九年)、小林秀之「建物収去土地明渡訴訟と建物買取請求権の行使」金融法務事情一二八七号一六頁(一九九一年)、高田裕成「争点および証拠の整理手続終了後の新たな攻撃防御方法の提出」民事訴訟法の史的展開三八一頁(有斐閣、二〇〇二年)、廣尾勝彰「判解」民事訴訟法判例百選Ⅰ一九〇頁(有斐閣、新法対応補正版、一九九八年)などを参照。

芳賀　雅顯