

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——

春日 偉 知 郎

目 次

- §1. 問題点の指摘
- §2. 簡素化法立法までの経緯
 - Z P O 委員会の審議 —
 - I. 適時の提出
 - II. 時機に後れた提出
- §3. 判例からみた問題点と学説の対応
 - I. 弁明事由の証明責任
 - II. 却下の要件としての訴訟の解決の「遅延」
 - III. 失権規定の合憲性について
 - IV. 失権規定の適用回避のための「控訴審への逃避」
 - V. まとめ
- §4. 簡素化法による訴訟構造の変更

§ 1. 問題点の指摘

適正かつ迅速な裁判は、民事訴訟の理想である¹⁾。民事訴訟理論の歴史は、この彼岸を此岸のものとする努力の道程であつたし、現在および将来にわたつ

1. 菊井維大・村松俊夫・全訂民事訴訟法 I 787頁。

てその歩みを止めるわけにはゆかないであろう。

ところで実体的正義に合致する適正な裁判のためには訴訟審理を十分に尽す必要があるが、他面、遅延のない迅速な裁判のためには訴訟資料のすみやかな提出が不可欠である。現行民事訴訟法は、こうした理念を現実化するため、一方で随時提出主義（137条）を、他方でその制約としての時機に後れた攻撃防禦方法の却下（139条）を規律している。この両者は、一見相矛盾する制度であるように思えるが、このいずれか一方のみが欠けても、適正かつ迅速な裁判の実現は遠退くであろう。それゆえ、現実の訴訟に内在するこのような二つの要請の緊張関係の中で、妥当な調和点を探し求めてゆかなければならない。

ところで、この点を廻り、1977年7月1日より施行された西ドイツの簡素化法²⁾は、一つの試みを断行した。すなわち、訴訟資料のすみやかな提出により、訴訟審理の集中とひきしめとを図ろうとする方向を明確に打ち出したのである。立法者はこれにより、従来ややもすると放恣に流れやすい当事者の訴訟運営を徹底して改善しようと試みたわけである。従って、裁判の「適正」と「迅速性」との均衡点をあえて後者に移行させる、との立法者の意図が明らかにされたわけであり、結果的には、迅速な訴訟という目標のために、当事者の権能の制限もやむなし、という立場をとったと考えられる。

さて、簡素化法のこうした主眼は、次のような諸規定を介して実行に移されている。すなわち、一般的訴訟促進義務を導入し（§ 282ZPO）、これを具体化するために、当事者の時機に後れた攻撃防禦方法を却下すること（§ 296 ZPO）、およびこれを控訴審においても貫くため控訴審における更新禁止（§ 528 ZPO）を打ち出したのである。

2 Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren, BGBl. 1976 I 3281 これについて, Bender-Belz-Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungs-Novelle und vor dem Familiengericht (1977); 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—簡素化法(1977年7月1日施行)を中心として」(上), (下)判タ352号23頁以下, 同353号34頁以下, 宮崎公男・岡久幸治「西ドイツの簡素化法およびシュトウットガルト方式について—我が国の民訴実務における活用のために—」(1), (2)判時917号3頁以下, 同918号3頁以下, 大喜多啓光「西ドイツ簡素化法及び同法実施状況の一面」(上), (下)判タ392号12頁以下, 同394号6頁以下に詳しい。

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

まず、これらの規定を掲げることとする³⁾。

282条（適時の提出）

(1) 各当事者は、口頭弁論において、訴訟状態に応じ注意深くかつ手続の促進を配慮した訴訟進行に合致するよう、適時にその攻撃防禦方法を、とりわけ主張、否認、抗弁、抗弁権、証拠方法および証拠抗弁を提出せねばならぬ。

296条（攻撃防禦方法の却下）

(1) 裁定期間（273条2項1号、275条1項1文・3項・4項、276条1項2文・3項、277条）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従い、その提出を許可することが訴訟の解決を遅延せしめずまたは当事者が遅延について十分な弁明をなした場合に限り、許可される。

(2) 282条1項に違反して適時に提出されず、または282条2項に違反して適時に通知されなかった攻撃防禦方法は、その提出を許可することが裁判所の自由な心証に従い、訴訟の解決を遅延せしめかつその遅延が重大な怠慢に基づく場合には、これを却下することができる。

(3) 被告が放棄することのできる訴の適法性に関する責問が時機に後れたものである場合には、被告が遅延を十分に弁明した場合に限り、これを許可することができる。

(4) 第1項および第3項の場合には、裁判所の求めにより弁明事由を疎明しなければならぬ。

528条（新たな提出）

(1) 第一審において裁定期間（273条2項1号、275条1項1文・3項・4項、276条1項2文、3項、277条）に違反して適時に提出されなかった新たな攻撃防禦方法は、裁判所の自由な心証に従い、その提出を許可することが訴訟の解決を遅延せしめずまたは当事者が遅延について十分な弁明を

3 木川・吉野・前掲論文判タ353号47、48頁に翻訳がなされており、本稿であえて訳文を掲げることに躊躇したが、読者の便宜を考え、掲げさせていただいた。木川、吉野両先生の御寛容をお願いする次第である。

なした場合に限り許可される。弁明事由は、裁判所の求めにより疎明されねばならぬ。

(2) 第一審において 282 条 1 項に違反して適時に提出されずまたは 282 条 2 項に違反して適時に通知されなかった攻撃防禦方法は、その提出を許可することが裁判所の自由な心証に従い、訴訟の解決を遅延せしめず、あるいは当事者の第一審における提出が重大な怠慢によるものでない場合に限り、これを許可することができる。

(3) 第一審において適正に却下された攻撃防禦方法は、排除ずみのままとされる。

以上が主要な関連条文であるが、旧法と比較して、新法の特徴を素描しておこう⁴⁾。全体として、裁定期間を幅広く導入し、時機に後れた攻撃防禦方法の失権を強化した結果、失権者が敗訴の危険を負担する可能性は著しく高くなったといえる。①まず、旧法は却下を裁判所の裁量としていた (Kann 規定) が、新法はこれを必要的却下に改め、②また、却下要件のうち故意または重大な過失を新法は軽過失で足るとし、③ 296 条の法文上、免責事由の証明責任は攻撃防禦方法を適時に提出しなかった者が負担することになった⁵⁾。④更に、こうしたことを控訴審でも貫くため、528 条 3 項では、第一審で適正に却下された攻撃防禦方法は控訴審においても排除ずみとされることとなった。

ところで、以上のような特徴をもつ失権強化規定に対しては、当事者の手続保障を後退せしめ、ひいては裁判内容の正当性、実体的正義を著しく阻害することになるのではないか、という危惧がいだかれている⁶⁾。現に、後に検討する裁判例や学説は、主としてこのような問題に関連している。そこで、本稿では、手続保障と裁判内容の正当性確保という視角から、簡素化法の強化された失権規定を廻る解釈問題を検討してみようとする。

なお、こうした問題に関して、従来、主として簡素化法の制度的側面から研

4 この点について、石川明「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」末川先生追悼論集法と権利 3・119頁参照。

5 この点につき問題があることについては、§3. I 参照。

6 Dieter Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93, S 237 ff. (1980) はこうしたことを随所で指摘している。

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

究が行なわれ、またその成果が発表されている⁷⁾。こうした方法は、簡素化法が提示した訴訟政策全般を問題とする巨視的アプローチに最も有効であろう。だが、実際に個々の訴訟に直面して、簡素化法の制度を使用する際には、こうした視点と並んで、これらの規定に孕まれている解釈上の問題を検討する必要もあると思われる。そこで、本稿では、こうした点に留意し、具体的事案とその処理にあたった裁判例を基にした考察を行なうことにする。

以下、第2章では、ZPO 委員会の審議過程を通して新法の成立過程を詳らかにし、簡素化法の諸規定が、訴訟の促進と手続保障とのいずれに重きを置こうとしていたかを眺めてみる。第3章では、裁判例を紹介しつつ、解釈学上の問題点を析出する。また、ひきつづき右の問題点に対する学説の対応を検討する。第4章では、簡素化法による手続構造の変更をライボルトに依拠しつつ叙述し、簡素化法の評価にかえようとする。

§2. 簡素化法立法までの経緯

—ZPO 委員会の審議—

簡素化法立法に至る経緯については、既に、木川統一郎博士が、その著『比較民事訴訟政策の研究』（とくに1頁乃至145頁）において詳細な研究を発表しておられる。従って、筆者はこれに依拠しつつ、なお、失権規定に関するZPO 委員会の審議について紹介、検討を加えれば足りると考える¹⁾。この点に焦点を絞り眺めてみよう。初めに適時の提出について、次いで時機に後れた提出についてとりあげる。

結論的には、ZPO 委員会の審議の成果は、前者では一般的訴訟促進義務を規律した282条（適時の提出）に、後者では時機に後れた攻撃防禦方法の却下

7 前掲註2)の諸論文。更に、木川・比較民事訴訟政策の研究、とりわけ1乃至168頁は、筆者がこの問題に関して研究を進める上で不可欠であり、多大な御教示を賜わった。

1 以下の叙述は、Bundesministerium der Justiz, Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht (1977), S. 49 ff. に基づいたものである。

を規律した 296 条, 528 条に結実した。

I. 適時の提出²⁾

これについて、委員会は、訴訟の特定の段階において何が提出されねばならぬかに関する特別な規定を設けないこととした。何が適時の提出であり、何が時機に後れた提出であるかは、個々の事案に則してのみ判断せられることであるから、一般条項でしかその判断基準を設定できない、と考えたからである。

適時の提出に関しては、①当事者に訴訟の各段階で主張しうるもの全てを提出する義務を負わせるという方式（併合主義—スイスの諸立法）—従って、補助的に主張可能な請求原因も抗弁も全て提出する義務がある。一と、②被告が補助的な抗弁をとりあえず簡略な方式で提出し、裁判所の求めに応じて詳細に述べるという方式とが検討された。しかし、これらは、①被告のみを厳格な要求に服せしめ、Chancengleichheit に反する、②提出に関する当事者の処分可能性を過度に制限することになる、という理由で否定された。加えて、③併合主義は、あとになって不必要と判明するものまでも提出を強制することになり不当である、とされた。

そこで委員会は、次のような見解に達した。すなわち、当事者は、可能なもの（das Mögliche）ではなく、必要なもの（das Notwendige）、すなわち訴訟の各段階に応じて当事者に提出が期待されるものを提出すべきである、とした。従って、当事者は訴訟を注意深く追行し、手続の促進に配慮することが必要である。またこれに従って、当事者がその攻撃防禦方法を提出する時点が定まることになる。すなわち訴訟状態からして何ら提出のきっかけを与えられていないものについては、当事者に提出を要求しえないし、合理的な訴訟戦術を当事者から奪い取ることもできない。それゆえ、委員会は、注意深く、かつ手続の促進を配慮した訴訟追行がなされるならば、その訴訟状態に応じて当事者に期待されるはずの適時な提出を行なわねばならぬ、という定式を選んだ。

2 Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 50 ff.

II. 時機に後れた提出³⁾

この点に関しては、委員会は次のような前提から出発した。すなわち、適時の提出に関する規定は、怠慢な訴訟追行に対する効果的な制裁を裁判所に与える規定によって担保されねばならない。訴訟罰 (Prozeßstrafe) や費用負担 (Kostennachteil) は適切な手段ではない。怠慢な当事者に実体法上の不利益が課せられる場合にのみ、訴訟促進義務を履行することが期待される。訴訟を遅延させる当事者がそうした不利益を甘受せねばならぬことは、何ら正義に反しない。このような前提を出発点としている。

そこで、答弁期間の徒過と時機に遅れた提出の却下とに分けてみてみよう。

1. 答弁期間の徒過

委員会は、これについて、民事裁判権改革準備委員会の提案⁴⁾を祖上に載せて検討を行なった。その提案とは、被告の答弁期日の徒過に対して、訴が適法である限り原告の申立に基づいて書面手続による欠席判決という制裁を課する、というものである。右提案は、訴に対して適時に答弁しなかった被告には、訴が完全に適法な場合、書面手続中の *Ausschlußurteil* によりその申立通りの判決を言渡す、とするものである。なお、被告が自己の責に帰すべからざる事由により期間を徒過した場合は、この判決に対して元の状態の回復が認められ、期間の徒過がなかったり、訴が適法でなかった場合は、控訴が認められる。

しかし、委員会は、こうした提案に反対の立場をとり、欠席判決中に実質的な解決があるとは考えなかった。その理由は、まず、期間の徒過と、期間を徒過してはいないが不十分な答弁しか行っていない場合とがはっきりと区別されないという点にある。答弁がなされない場合は欠席判決がなされるのに対し、不十分な答弁に対しては時機に後れた提出の却下によって対処がなされるなら両者間で均衡を失し、不当な結果になってしまう。とりわけ、この種の規定には両当事者の機会均等を害する危険がある。そうでなくとも、被告は訴訟の開

3 Bericht, S. 52 ff.

4 Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit; これに関しては、法曹会・ドイツ民事裁判制度改正準備委員会報告参照。

始時点で原告よりも不利な状況にある。なぜなら、原告は自分の考えでいつ自分の請求権を裁判上主張するかを決定するのに反し、被告はその予想をたてにくい状況にあるからである。それゆえ、訴訟の開始段階において被告を厳しく取り扱う処置は、訴訟促進のために不適切な手段であり、更にこれに匹敵する原告の徒過に対する制裁は存在せず、不適法な訴を書面手続中で直ちに却下してしまうことはないからである。

従って委員会は、答弁の懈怠や不適切な答弁については特別なサンクションをもうけるべきでない、との結論に達した。

2. 時機に後れた提出の却下

これについては、委員会は次のように考えた。すなわち、現行(旧)279条は訴訟促進の効果的な手段となりえない。それは Kann 規定であり、従って訴訟遅延を回避するため時機に後れた提出を却下するのか、それとも真の事実関係に合致しない要件事実をよしとしないため、実体的正義を優先させ時機に後れた提出をなおも斟酌するのかを裁判所の判断に委ねている。多くの裁判官は後者に優先権を与え、自分のした裁判の存立にとり確実な道を選ぶであろう。279条を適用しないことは、上告理由とはなりえない。また、279条の傾向を認める裁判官も、その適用に足踏みしがちである。なぜなら、時機に後れた提出の却下によって、その審級だけを早期に終結させられるだけで、紛争全体としては長期化する可能性が大きいからである。蓋し、控訴審では529条2項2文に従って、時機に後れた提出は、第一審が正当に却下した場合であっても、控訴審手続の解決を遅延せしめない限り斟酌せられねばならないからである。従って、第一審における279条の適用はしばしば無価値となり、とりわけ272条bを手助けして、控訴審が時機に後れた提出を斟酌したとしても第一回期日でおお裁判可能な場合にはそうである。更にとりわけ279条は訴訟促進のために十分な手段とならない。なぜなら、その適用は、あまりにも多くの証明困難な要件に結びつけられているからである(客観的な訴訟遅延、訴訟遅延の意図、重大な怠慢)、と。

委員会は、以上のように考え、訴訟促進のための有効な手段を得るためには、

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

次のような可能性がある—これらを併列させることも考えられる—、とした⁵⁾。

- ① Kann 規定を Muß 規定に改めること。
- ② 単純な帰責事由の存在を要件として時機に後れた提出を却下すること。
- ③ 客観的訴訟遅延という要件をなくすること。
- ④ 第一審で正当に却下された提出を控訴審で排除すること。

そして、委員会はこうした可能性について各々検討をした。その結果を示すことにする。

a) 第一審について

① 279 条を単なる Kann 規定として存続させることは 適当と思われぬ。訴訟の解決機能が優先権をうるか、それとも実体的正義の実現が優先権をうるかは、基本的な意味をもつ問題である。その判断を裁判所の裁量に委ねることはできない。裁判所がいずれの立場に立つかにより訴訟の勝敗がちがってくる実務の処理の相異は疑問である。むしろ、平等原則を配慮した統一的な訴訟実務のためには、こうした牴触は立法者によって解決せられるほうが望ましい。以上のことから、立法者の判断は、時機に後れた提出を原則として却下する、とのほうに軍配をあげねばならぬ。

② 「重大な怠慢」は確定が困難であり、「遅延の意図」はまれにしか確定されない。訴訟上の注意義務の著しい違反が問題となる場合に初めて、訴訟上の過失が訴訟の結果に対し意味をもつわけではない。そんなことは正義の命ずるところではない。過失の程度が低くても、怠慢な当事者の相手方に早期の判決、従って勝訴を認めることができる。更に怠慢な訴訟追行は一般的な弊害に至る。裁判所の時間や労力を不必要に費させるため、司法を不具にし、両当事者が注意深く追行している他の訴訟をも遅延させてしまう。こうした観点からして、当事者に単純な過失が認められるなら却下をしてもかまわない。そうした規定は、訴訟遅延に対する有効な手段を裁判所に与えることになろう（当事者に過度に厳格となるのではないかという危惧には及ばない。）。

③ 「訴訟の遅延」だけが時機に後れた提出の却下を正当化する、という原

5 前掲の諸規定と比較せよ。

則の帰結として裁判所が 272 条 b の処分により遅延を防止しえた場合には、却下は不当と考えられている。これに対しては、遅延の確定は個々の場合不確定であり、判例は高度な要求をしすぎる、との反論がなされている。これについて委員会は、時機に後れた提出が紛争の解決を遅延せしめはしないが、しかし適時の提出があったならより早期に裁判を可能とする場合についても却下するか否かを論じた。しかしながら、訴訟を遅延せしめないような提出を却下することは、当事者に純然たる「罰則」を加える結果になってしまうと考えた。そこで、時機に後れた提出によって生ずる遅延だけが、提出の却下を、従って実体法に合致しない裁判に甘んずることを正当化するという結論に達した⁶⁾。

④ 個別的にみた場合、単純な過失を要件として時機に後れた提出の却下を認める規定は、怠慢な訴訟進行に対する正当なサンクションをこえた厳格さをもたらす可能性をもつ。例えば、訴訟進行につき特に重大な過失があったわけではないのに、致命的な敗訴をもたらす場合が考えられる。委員会は、そうした場合裁判所に不当な厳格性を回避する可能性がなければならぬ、と考えた。もっとも、実際と合致しない要件事実に基づいて裁判がなされる可能性があるからといって、厳格すぎるというわけではない。なぜなら、怠慢な訴訟進行のこうした厳格な効果は、法律が訴訟の促進的解決を旨とした以上、あえて甘受せねばならぬものだからである。その場合、格別に厳格になるのは当然である。だがその場合でも、当事者の利益が相互に考慮される。とりわけ、怠慢な当事者の過失がどの程度上回っているかとか、従来どんな訴訟進行がなされたかとか、却下はいかなる結果を伴うかとか、それが紛争に対しどのような意味を持つかとか、既にどの程度訴訟が長期化しているかとか、訴訟の早期終結についての相手方の利益はどのくらい大きいとか、ということが問題となる。

こうした審議をもとに委員会は、従来の 279 条を 280 条によって置き換えることを提案した⁷⁾。

280条

6 判例がこれと異なる見解であることについて、§ 3. II. 参照。

7 これらの諸規定については、木川・比較民事訴訟政策の研究 6 頁以下に邦訳が掲載されており、それを参照させていただいた。

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

- (1) 278条および279条1項・2項に違反し適時に提出されなかった攻撃防禦方法は、それを許可すると紛争の解決を遅延せしめ、かつ当事者が遅延を十分弁明しないときは、却下される。
- (2) 裁判所が弁明事由につき証明を必要と考えたときは、疎明をもって足りる。
- (3) 却下は、それが著しく厳格になる場合には認められない。その場合、特に、懈怠当事者にとっての紛争の意義、右当事者の過失の重大性、相手方の利益を斟酌すべし。

b) 第二審について

委員会は、草案278条、279条、280条の規定は、控訴審における提出の許容性についても及ばねばならぬと考えた。そして、以下の三つの場合について検討した。すなわち、攻撃防禦方法が、

- ①第一審で時機に後れて提出された場合 (§§ 278, 279 E)。
- ②第一審では提出されなかったけれども、草案278条、279条によれば第一審で提出されねばならなかった場合。
- ③控訴審で妥当する規定によって、控訴審手続で時機に後れて提出されたとされる場合。

①の場合について

第一審で時機に後れて提出された攻撃防禦方法を控訴審で斟酌することが許されるなら、第一審の適時提出規定は無意味となる。確かに、草案280条の規定は第一審を促進させるであろうが、しかし、当事者が第一審で却下された提出を控訴審で再度提出するチャンスを利用するなら、訴訟は全体としては遅延してしまう。それゆえ、第一審裁判所が正当に却下した攻撃防禦方法は控訴審手続では排除すみのままとされねばならぬ。また、当事者が弁明の必要性を知っていたり、あるいは知りえた場合には、第一審で弁明がなされなかった以上、第二審でも弁明を許さない。

更に、委員会は、第一審で不当にも却下せられなかった攻撃防禦方法についても同様のことが妥当せねばならぬと考えた。第一審裁判所が草案280条によって本来却下せねばならなかった提出を斟酌してしまった場合、この提出が控

訴審でも斟酌せられるとすべきではない。怠慢であった当事者の相手方は、時機に後れた提出が却下せられた場合のみならず、本来却下せられねばならなかった場合にもまた、そうした時機に後れた提出の排除を求める権利を有する。

これに反して、第一審で不当にも却下せられてしまった攻撃防禦方法は許容される。控訴審は、第一審の裁判を全ての観点（遅延、十分な弁明、著しい厳格性）から検討し、却下が不当とみなされる場合には、それを訂正する状況になければならない。その際、草案 280 条 3 項の裁判の検討について特に問題が生ずる。すなわち、却下をしても著しく厳格（besondere Härte）となるわけではないと判断した第一審の裁判に対して異議は出されなかったが、控訴審の訴訟状態に従うなら提出の却下は不当である、という場合が考えられる。こうした場合、控訴裁判所は攻撃防禦方法を許容すべきである。

委員会は、新 527 条でこれらの場合を規律するよう提案した⁸⁾。

527条

280条により第一審で却下された攻撃防禦方法は、その排除が事後とくに厳格となる場合をのぞき、排除ずみのままとする。

②の場合について

第一審で時機に後れて提出された攻撃防禦方法が控訴審でも排斥されるのなら、同じことは、草案 278 条、279 条 1 項・2 項により攻撃防禦方法が第一審で既にわかっていながら、そこでは提出されなかった場合—有責—にもあてはまる。そうでなければ、草案 280 条により第一審で却下されたはずの提出が、第二審で許容されてしまうからである。当事者が特定の攻撃防禦方法を提出しないことは、時機に後れた提出以上に重大な訴訟促進義務違反である。もっとも、当事者が控訴審で初めて攻撃防禦方法を提出した場合、時機に後れたことの弁明 (§ 280 Abs. 1, 2 E) 並びに却下が不当に酷なものである (§ 280 Abs. 2 E) ということを主張する可能性は開かれていなければならない。

③の場合について

控訴審において新たな攻撃防禦方法の提出が許されるには、第一審について

8 註 7 参照。

と同様のことが妥当せねばならぬ。すなわち、提出は適時なものでなければならない。これについて基準となるものは、まず、草案 279 条の一般的訴訟促進義務であり、これは第二審においても妥当する。また委員会は、一答弁期間に対応して一控訴答弁期間 (Frist zur Berufungserwiderung) を導入すべきである、と提案した。こうした被控訴人の答弁については草案 278 条 4 項が準用される (§ 520 Abs. 2 E)。最後に、控訴理由書の内容に関する 519 条の要件も斟酌せられる。従って、控訴理由書ないしは控訴答弁書中で既に記載されていなければならなかったり、あるいは草案 279 条 1 項・2 項の準用により控訴審中でより早期に主張されるはずの提出は、控訴審で適時なものとはいえない。

以上のことから、委員会は、新 528 条を提案した。

以上の諸点が ZPO 委員会で審議され、究極的には先に示した簡素化法の諸規定へと結晶したわけである。しかし、この過程で既に、失権強化の反作用としての実体的正義に対する目隠しが懸念されていたことは否定しがたい。章を改めて、裁判例において顕在化してきたこうした問題点を明らかにし、その解釈上の解決をさぐってみよう。

§ 3. 判例からみた問題点と学説の対応

近時、簡素化法 296 条、528 条に関連した連邦通常裁判所 (BGH) の判決および連邦憲法裁判所 (BVerfG) の裁判が相当数公表されている。そこでの問題点を要約してみると、概ね、次の三点に帰着する。

第一は、時機に後れた提出により訴訟の解決の「遅延」が生ずるためにその提出を却下する場合、そこでの「遅延」をどのような基準で判断するかという問題である。これについては学説上二つの相対立する見解があるが、判例では一貫して、一方の見解に与するとの判断が示されている。

第二は、296 条および 528 条の失権規定が基本法に違反しないか否かという問題であり、特に従来は法的審問請求権を規律した基本法 103 条との関係で議論されたが、この点に関する連邦憲法裁判所の判断は、むしろ基本法 3 条 1 項の平等原則からこの問題にアプローチしている。

第三は、528条3項に関連するものである。すなわち、その文言によれば、第一審で正当に却下された攻撃防禦方法は、控訴審におけるその許可が訴訟を遅延させるか否かに関係なく、排除ずみのままとされる。これに反し、第一審でそもそも提出されなかったものは、528条1項・2項により、控訴審でのその許可が訴訟を遅延せしめる場合にのみ失権せしめられる。従って、528条3項の適用を回避しようとする場合、第一審で時機に後れたため失権の可能性ある提出をその審級ではさしひかえて提出せず、控訴審まで持ち越し、そこで初めて提出するという逃げ道が考えられるわけである。

以上の三つの主要な問題点が判例から伺えるけれども、なおそのほかに、第四の問題として、最近学説上、296条1項および3項の当事者の弁明事由（帰責事由の不存在）の証明責任の分配が問題とされている。

以下では、これら四点について考察するが、叙述の都合上、第四の問題をまず扱い、次いで順次第一乃至第三の問題を検討することにする。

I. 弁明事由の証明責任

296条1項および3項の弁明事由（帰責事由の不存在）の証明責任に関しては、学説は概ね、時機に後れた攻撃防禦方法の提出当事者（弁明事由を主張する者）がこれを負担すると解している¹⁾。すなわち、右証明がノン・リケットの状態にとどまる以上、それは時機に後れた攻撃防禦方法の提出当事者の不利益に判断され、従って裁判所は、遅延につき当事者の弁明が奏効していないことをもって提出を却下できる、と考えている。

これはおそらく、伝統的な規範説の考え方²⁾に従ったものと思われる。すなわち、規範説は、法律の文言が除外事由を規律している場合（「当事者が遅延につき十分な弁明をなした場合に限り、提出を許可する。」）、この事由につい

1 Zöller-Stephan, Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. §. 296 Ann. II 2, IV 1 (S. 714 f.); Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., § 296 Ann. 3 C (S. 513); Hans H. Bischof, Der Zivilprozeß nach der Vereinfachungs novelle (1980), Rdnr. 168 (S. 108 f.)

2 この点に関しては、Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl. S. 98 ff.; 倉田卓次 訳・ローゼンベルグ 証明責任論（第四版）111頁以下参照。

てはそれを自己の有利に援用するものが証明責任を負うとしているからである。

しかし、ベンダー・ベルツ・ヴァクス³⁾は、当初から、こうした通説的見解と異なる考えを主張している。これによれば、懈怠当事者は、帰責事由の不存在について *Darlegungslast* を負うが、しかしながら、—ZPO 296 条 1 項の文言に反して—帰責事由不存在の *Beweislast* はこの当事者に負わされていない、とする。

また、ライポルト⁴⁾も、証明責任が明示的に規律されている場合を除き、その分配は、誤判の危険性を出来るだけ低減するという実質的根拠に則して定められねばならぬという立場⁵⁾から、通説的見解に反対する。すなわち、ライポルトは次のように述べる。

「失権の要件が充足されているか否か不明の場合、当事者の提出を許可する方向で裁判がなされねばならない。証明責任分配は、誤判の危険性を配慮せねばならないからである。ZPO により失権せしめられるはずの陳述がなお裁判所に聴き入れられた場合に比べ、提出を不当に却下し、従って法的審問を制限した場合には、憲法上問題がある。296 条 1 項および 3 項の場合、当事者が遅延を十分弁明したということを条件に提出の許可を認めているが、そうだとすると、誤判の危険性を避ける方向での証明責任規則は一見法律に矛盾するようと思われる。しかし、私見によれば、法律の文言形式は必ずしも一定の証明責任規則を導くものではない。法律の措辞が一定の証明責任規則を導くのは、それが証明責任規範を黙示的に表現していると解される場合に限られている。従って、ここでは、(証明責任規範が明白な場合とは異なり) 解釈の余地があり、憲法上の評価が斟酌されうる。296 条 1 項および 3 項の定式は、言葉の完全な意味での証明責任を当事者に負わせるものではない。このことは 296 条 4 項の

3 Bender-Belz-Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht, S. 48.

4 Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93, S. 245 f.

5 Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S. 49; なお, Gerhard Reinecke, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, S. 55 ff. (本書の紹介として, 春日・民事訴訟雑誌24 255頁以下, 特に260頁) 参照。

示すところである。296条4項によれば、裁判所は、弁明事由の疎明を要求することができる(Kann)。すなわち、裁判所は、特別な証明なくしても、当事者の提出を措信することができるのである。また、疎明で足りるということとは、ZPO286条1項の事実主張の正当性に関する完全な確証は必要でない、ということを明らかに意味している。従って、権利保護に親しむ解釈がなされるわけである。確かに当事者は、弁明を明らかにするに必要な事実主張をせねばならぬ。その際、裁判所はその釈明義務によって援助せねばならぬが、しかし、職権で事実関係を探知する必要はない。提出された事実が弁明のために十分なものであり、陳述自体ないしは(疎明という形ちでの)証明の努力が确实なものであれば、たとえ弁明事由につき特に高度な蓋然性がなくとも、当事者の提出は許可される⁶⁾。」と。

なお、296条2項の場合、却下は当事者の重大な怠慢の完全な証明を必要とし、もしその事実が存否不明であれば、当事者に不利な判断がなされる⁷⁾。これはいうまでもないことである。

以上のように学説は対立しているが、この点について、木川博士は次のような鋭い指摘をされておられる⁸⁾。すなわち、実際に簡素化法施行後の西ドイツの裁判実務をみると、当事者は弁明を頻ぱんに繰り返し、しかもそれが、裁判期間の終了間際に行なわれている。その結果、296条の失権規定はその本来の効果を削減されてしまっており、尻り抜けとなっている。従って当事者の提出を許可する方向に弁明が逆用されてしまっており、皮肉なことに当事者の遅延手段として悪用されかねないのである、と。加えて、右の弁明事由は疎明で足りるから、証明責任を云々する余地は実質的に無い、と。

既に見たライポルトの考え方と、この木川博士の指摘とから推して、296条については、厳格な意味での証明責任よりもむしろ緩和された証明責任—しかも弁明は自由な証明(Freibeweis)でよい—と捉えれば足り、296条の規定の

6 Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZJP 93, S. 245 f.

7 Leipold, a. a. O., S. 246.

8 この部分は、簡素化法研究会(木川統一郎、中村英郎、石川明、石渡哲、春日偉知郎)で、筆者が、木川博士より直接伺ったことを記した。

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

措辞とは反対に、弁明事由の存否不明の場合当事者に有利に提出を許可する方向で解すべきものとする。もっとも木川博士の指摘される濫用に対してはZPO 282条等で別途対策が必要であろう。

II. 却下の要件としての訴訟の解決の「遅延 (Verzögerung)」

時機に後れた攻撃防禦方法の却下の要件として、右提出を許可したことにより訴訟の解決が「遅延」することが挙げられている。だが、この訴訟の解決の「遅延」を判断する基準が何であるかについては学説上争いがある¹⁾。

訴訟の遅延＝提出を許可した場合の訴訟期間の延長は、

(a) その提出を却下した場合の訴訟の期間、あるいは

(b) 当事者がその提出を適時に提出したと仮定した場合の訴訟の期間、

のいずれか一方との比較によって決められる²⁾。

(a)を比較の基準とするならば、提出を許可した場合の訴訟係属の期間を、却下した場合のそれと比較し、前者が後者より長ければ、時機に後れた提出の許可により訴訟の「遅延」があったと判断される。また、(b)を比較の基準とするならば、提出を許可した場合の訴訟係属の期間と、提出が適時になされたと仮定して必要となったであろう訴訟係属の期間とを比較し、前者が後者より長ければ訴訟の「遅延」があったと判断される。前者の見解を主張するのは、ドイブナー³⁾、フランツキー⁴⁾、ハルトマン⁵⁾などであり、これに対し、後者の見解を主張するのはブツオ⁶⁾である。

これに関して、最近、BGHは、まず296条に関して(a)の立場に立つことを

1 この点を廻っては、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52巻4号61頁以下、同「ドイツ民事訴訟法関係新判例紹介(9)」判タ389号38頁に詳しい。

2 Bischof, Der Zivilprozeß nach der Vereinfachungs-Novelle, S. 107 f.

3 Deubner, Zurückweisung verspäteten Vorbringens nach der Vereinfachungs-Novelle, NJW 1977, S. 923.

4 Franzki, Die Vereinfachungs-Novelle und ihre bisherige Bewährung in der Verfahrenswirklichkeit, NJW 1979, S. 13.

5 Hartmann, Ein Jahr Vereinfachungs-Novelle, NJW 1978, 1461.

6 Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, 9. Aufl. S. 512 f.

明らかにし、次いで528条についてもこの立場を踏襲した。そして、ごく最近も、この立場が確認されている。従って、判例は(a)の立場を採用したことに固まったものと考えられる。これらの経緯を眺めてみよう。

1. 判例

まず、ZPO 296条に関して、訴訟の解決の「遅延」の判断基準は、当該攻撃防禦方法の提出を許可する場合と却下する場合とにおける事後の訴訟係属期間の比較によるべきであり、当該攻撃防禦方法の提出が適時になされたであろう場合における全体としての訴訟の係属期間との比較によるのではないとした判決がある。

①BGH 1979年7月12日判決⁷⁾

<事実関係>

住宅所有者組合の管理人である原告は、被告たる住宅所有者に対して瑕疵の修復の立替金を訴求した。1977年10月12日に地裁は被告に訴状を送達し、口頭弁論期日を11月29日とし、3週間以内に訴えに対し答弁せよとした。だが、被告は11月29日の期日に出頭しなかったため、欠席判決が言渡された。1977年12月2日に被告は故障の申立をしたが、その理由を付さなかった。裁判所は1977年12月14日に、時機に後れた故障の理由申立は却下されるとの効果 (§ 340 III 3, 4 ZPO) を教示し、欠席判決を送達した。被告は、12月28日に経過する故障期間内に故障の理由を申立なかった。1978年1月5日になって初めて、被告は故障理由書を提出した。地裁は、この書面を時機に後れたものとし、斟酌せず、1月17日の口頭弁論に基づいて、2月14日に判決により先の欠席判決を維持した。被告の控訴により、高裁は2月14日の判決を破棄し、事件を地裁に差戻した。

原告の上告により地裁の判決が回復された。

<理由>

7 BGHZ 75, 138=NJW 1979, 1988=ZfP 93, 182=JR 1980, 111.; Anm. v. Schneider, NJW 1979, 2614; Anm. v. Alfred Walchshöfer, ZfP 93, 182; Anm. v. H.-J. Bronsch, JR 1980, 111.

なお、以下では、判決理由は要約した形で紹介し、番号等も適宜変更した。

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

1 控訴審裁判所は、以下のような見解をとっている。すなわち、地裁は、故障についての時機に後れた理由書を斟酌せねばならなかった。二重の期間徒過であっても直ちに時機に後れた提出を許可しないというわけではない。本件では提出の許可は紛争の解決を遅延させるものではなかった。つまり、遅延が生ずるか否かは、時機に後れた提出を許可しなかった場合の訴訟の期間と適時に事実の提出がなされたならば（仮定的訴訟経過）要するであろう訴訟の期間との比較によって決せられる。この基準によるならば、時機に後れた故障の理由書によって紛争解決の遅延は何ら発生していない。……以上が控訴審裁判所の見解である。

しかし、控訴審裁判所の見解とは異なり、遅延は仮定的な訴訟経過に従って判断されるのではなく、事実提出を許可した場合にそれを却下したとき以上に紛争が長期化するか否かに従って判断される。

a) BGH は、ZPO 旧 279 条 1 項、529 条 2 項に関してこうした判断をしており、判例は固定している。

b) 1977年7月1日に施行された簡素化法は、遅延の概念や基準について従来の法を変更しなかった。簡素化法は、訴訟促進のため、時機に後れた提出を許可しないとした。提出の許可が紛争の解決を遅延するか否かの判断は、裁判所の自由な心証に委ねられている。つまり一面で失権要件の存在に関する争いを限定し、他面で実体的に正しい裁判の発見という目標を手続の集中という目標よりも前面にでることのないように制限を加えたのである。立法者は、手続促進の利益の要請である時機に後れた提出の却下が実体的に正しい裁判を妨害するかもしれぬということを知っていながら、あえてこれを犠牲に供した。

c) ZPO 新 296 条 1 項は、時機に後れた攻撃防禦方法の許可が、それを判断する時点で、紛争の解決を遅延せしめるかを基準としたのであり、適時の提出があったとしても法的紛争がより迅速に解決することはないか否かを基準としたのではない。そうした仮定的な審査は、訴訟促進という法の目的に反するであろう。従って、紛争解決の遅延は、時機に後れた提出の時点における紛争の状態に従ってのみ判断される。

d) 勿論、時機に後れた攻撃防禦方法が裁判所に適時に提出され、口頭弁論

の準備の際に斟酌可能であるなら、裁判長あるいは受命裁判官は紛争解決の遅延を回避するために、ZPO 273条2項による準備処分が可能か否か、そしてその必要があるか否かを調査せねばならぬ。重大な提出の遅延について十分な弁明がなされていない場合、裁判所は、必要とされる準備処分を適時命ずる義務 (§ 273 I 1 ZPO) から免れる。ZPO 296条1項は、遅延について弁明を行わないことに対する制裁規定ではなく、訴訟の促進にのみ奉仕するものである。遅延が受訴裁判所に期待可能な処分によってなお回復可能であるときは、時機に後れた提出は許可される。しかし、準備処分が遅延を挽回しえない場合には、遅延につき十分な弁明がなされない限り、時機に後れた提出は許されない。

2 従って原判決は破棄される。当民事部は、ZPO 565条3項1号に従い、自判する。

a) 故障理由書(答弁書)の斟酌は、原告が主張する瑕疵についての鑑定を取り寄せを必要とした。被告の挙げる証人が1978年1月17日の弁論においてなお尋問可能であったとしても、それまでに右の鑑定は提出不可能であった。従って、防禦方法の遅延はZPO 273条2項による処分によって挽回不可能であった。防禦方法の許可は紛争の解決を遅延せしめる。

b) 被告の主張する遅延理由は、弁明にはならない。

また、ZPO 528条の訴訟の解決の「遅延」の判断基準について、前掲判決に従った判決がある。本判決では、もう一点、528条は、法的審問請求権を規律した基本法103条に違反しないし、更に特に基本法3条1項の平等原則にも違反しない、との判断がなされている。この点もあわせて紹介しておこう。

②BGH 1980年1月31日判決⁸⁾

〈事実関係〉

1976年に原告は被告のために煙突工事をした。1977年11月2日に、原告は、未払の報酬およびその利息3071マルクについて Vollstreckungsbescheid を得た。被告は、工事に瑕疵があり、修理を求めている、との異議を申立てた。19

8 NJW 1980, 945=JZ 1980, 322; Anm. v. Schneider, NJW 1980, 945.

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

78年2月2日に訴状が被告に送達され、送達後三週間の不変期間内に裁判所に完全な答弁書を提出するよう命ぜられた。そして、それには期間徒過の効果 (§ 296 ZPO) について注意書が付されていた。三週間の期間が経過した後、1978年3月16日に被告は1978年5月2日の口頭弁論の呼出しを受けた。1978年3月29日に提出した答弁書で、被告は、原告の工事に多数の瑕疵があったとして留置権を主張し、鑑定あるいは検証を求めた。地裁の単独判事は、1978年3月30日に原告に答弁書を送付し、「期日のため」に再答弁書の提出を命じた。1978年4月28日に提出された書面で原告は、被告が主張する瑕疵の存在に反論をし、あわせて被告が答弁期日を徒過したとの異議を申立た。

地裁は、被告の提出 (Vorbringen) を時機に後れたものとして却下し、Vollstreckungsbescheid を支持した。被告の控訴は棄却された。上告棄却。

〈理由〉

控訴審裁判所は、以下のように判断した。すなわち、被告が工事の瑕疵を理由として未払報酬を留置する権限はないとした。加えて、ZPO 528条3項により第2審では、原告の提出は時機に後れたものとして排除ずみのままとされる。地裁が ZPO 296条1項により原告の提出を時機に後れたものとして却下したのは、正当である。この提出を斟酌したなら、第1審における紛争の解決が遅延したであろう。こうした原審の理由づけに反対する上告理由は根拠がない、と。

I

1 答弁書における被告の提出は時機に後れたものである。なぜなら、その答弁書は、ZPO 697条3項により地裁が定めた答弁期間の経過後に初めて提出されているからである。更に、遅延について弁明もなされていない。これらのことからして、上告は理由がない。

2 紛争の解決が遅延せしめられるか否かは、時機に後れた提出を許可することによってその提出を却下した場合よりも紛争がより長期化するか否かによってのみ評価される。適時の提出があったときと提出が遅延したときとで紛争の期間が同じだということは問題にならない。既に当第7民事部は、第6民事部 (NJW 1979, 2109) にならい、1979年7月12日判決 (BGHZ 75, 138=NJW

1978, 1988) においてこの旨を判決している。当民事部判決 (BGHZ 75, 138 = NJW 1979, 1988) の言渡後に公表された、これに反する 高裁判決および シュナイダーの批判的な評釈 (N JW 1979, 2614) は、当民事部の見解を変更するまでに至らない。

a) もちろん, ZPO 旧 279 条 1 項, 同 529 条 2 項とは異なり, ZPO 新 296 条, 528 条によれば, 懈怠当事者の過責のみならず, 時機に後れたことに伴う紛争の遅延もまた裁判所の自由な心証に従って判断される。立法者は, 失権の要件 (Präklusionsvoraussetzungen) の存否を廻る争いをこれによって限定しようとした。手続の集中を理由に, 実体的に正しい裁判の発見の必要性が必要以上に強く制限されるべきではない。だが, このことから, 立法者は, 遅延を判断する仮定的な基準 (hypothetischer Verzögerungsmaßstab) を採用しようとした, と考えることはできない。そうした意図は法律中に表わされていない。

b) 新しい訴訟法は, 「要件を欠いている (voraussetzungslos)」と考えることはできない。むしろ, 新しい訴訟法には, 従来の実務に対して手続を簡素化し, 迅速化しようという意図が存する。時機に後れた提出の却下に関する諸規定もまたこの目標によって強化される。それゆえ, 明確でありかつ立法者が明らかに意図した ZPO 296 条の規律に対する反論として, 時機に後れた提出を却下した場合, 適時に提出があった場合に予想されるよりもより早期に第一審の紛争が終結せしめられる (いわゆる過剰促進 Überbeschleunigung), ということを主張することはできない。立法者は, 場合により, 時機に後れた提出の却下は実体的に満足のゆかない訴訟の結果を惹起しようということを甘受したのである。控訴審裁判所は, 時機を逸したり期間を徒過したために請求権を喪失することは, 実体法にも訴訟法にも背反するわけではない, と指摘しているが, これは正当である。

3 もちろん, 重要な提出の遅延につき当事者の弁明がないからといって, 裁判所の義務が免除されるわけではない。すなわち, 必要な準備手続を適時に履行しめ, 当事者が適時にかつ完全に陳述する (§ 273 I ZPO) ようにする義務から裁判所を解放するわけではない。〔従って〕攻撃防禦方法が時機に後れ

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

ていても、口頭弁論の準備段階でまだ斟酌可能であるならば、紛争の解決の遅延回避のため ZPO 273 条 2 項による準備手続をなすか否かが検討される。裁判所に期待しうる処置により遅延が緩和されうるならば、その時機に後れた提出は却下されることを許されない (BGHZ 75, 138=NJW 1978)。

上告理由は次のように主張する。すなわち、地裁は、1978年3月29日の書面提出後も、その中で被告により証人として挙げられている建築技師を1978年5月2日の口頭弁論に召喚し、工事の瑕疵についての鑑定をなした。しかもその場合、時期に後れた提出を斟酌しても、この口頭弁論の終結の際に紛争は裁判に熟した、と。一しかしこの点は正当でない。

a) 被告の訴訟代理人は1978年3月30日に裁判官に提出された1978年3月29日付の書面によって訴状に対する答弁を行っておらず、わずかに故障 (Einspruch) を理由づけているにすぎない。期間を定めかつ法的教示を付した訴状が被告に対し1978年2月2日に既に送達されていたのに、彼はそれを訴訟代理人にみせなかったという事実が認められる。従って、地裁は、その時点までに提出された二つの書面に基づいて紛争の事実関係について明確に認識することはできなかった。

b) 地裁は、原告が故障理由に対して主張をする十分な機会をもたない前に、証人を呼び出したり鑑定人に鑑定を命ずる必要はなかった。従ってまた、地裁が、弁論期日までの時間があまりに短いため準備手続がもはや有効でない、と考えたのは妥当である。とりわけ、鑑定人の鑑定はもはやできない、と考えたことは妥当である。結局、地裁による ZPO 296 条 1 項の適用に誤りは認められない。

II

第一審において正当に却下された被告の防禦の提出 (Verteidigungsvorbringen) は、第二審においても排除されたままである (§ 528 III ZPO)。

1 ZPO 528 条 3 項による排除— 1 項および 2 項による不許可とは異なる— は、時機に後れた提出の許可が第二審における紛争解決を遅延せしめるということを要件としていない (BGH, NJW 1979, 2109)。このことは、この規定の文言からも目的からも明らかである。第一審で時機に後れたとして正当に却下

された主張が、それにもかかわらず控訴審で再度斟酌されねばならぬとするなら、第一審裁判所による時機に後れた攻撃防禦方法の却下は無意味になってしまい、手続の促進的効果は無にされ、証拠提出は一つの審級から別の審級に移行せしめられてしまうであろう。第一審における時機に後れた提出の却下に関する規定が、最終的に効果をそこなわれることのないようにするには、第一審で正当になされた却下については、第二審においても却下ずみのままとされねばならぬ。

2 ZPO 528 条 3 項による攻撃防禦方法の終局的排除は、基本法に違反しない。

a) 当事者が第一審において自己に有利な全ての点につき事実を述べる機会を有したのに、自己の責に帰すべき事由によってそれを怠った場合には、立法者が失権規定を通じて上訴手続の促進化を目ざすことは、法的審問請求権 (Art. 103 I GG) に抵触しない (BVerfGE 36, 92 [98]=NJW 1974, 133)。

b) 基本法 3 条 1 項の平等原則もまた、528 条 3 項によって侵害されてはいない。

aa) 控訴審をそれ独自でみた場合には、時機に後れた提出について不平等な取扱いがあったと言える場合もある。しかしながら、控訴審を独立してみることは許されない。控訴審は新たな訴訟ではなく、統審的な訴訟であり、第一審の当事者の提出はそのまま意味を持ち、第一審での多くの結果が控訴審でも効果を持続している (vgl. §§ 512 a, 531 bis 533 ZPO)。それゆえ、時機に後れた特定の提出の許可あるいは却下について手続全体の中で一回だけ裁判がなされる、と立法者が規定したことは憲法に抵触するものではない。適時に提出されなかった攻撃防禦方法であっても、その斟酌が初めての提出の時点において紛争の解決を遅延せしめず、あるいは遅延について十分な弁明がなされた場合 (§§ 296 I, II, 528 I, II ZPO) には常に許可される。更に、攻撃防禦方法が時機に後れて初めて提出された審級の裁判所が、それについて裁判をするのである。控訴審におけるすべての時機に後れた提出の平等的取扱は、基本法 3 条 1 項によって要求されているわけではない。第一審判決が合法的に下される限り、立法者がそれに対して時機に後れた攻撃防禦方法の排除力を付与するこ

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

とは、何ら拒まれていない。ZPO 528条 3項は、第一審における手続の集中に関する諸規定を補充するものである。その規定は、第一審裁判所によってなされた手続促進のための処置を維持する力を強調している。グルンスキーは、「従前の法状態に比し、第一審の価値が著しく増した」と述べており、「法典編纂の手落ち」であると言う者は誰もいない（但しハルトマンは誤ってそう言っている。NJW 1978, 1464）。

bb) ZPO 528条 1項・2項を3項と比較してみると、同一の事実関係が異なって規律されているのではなく、異なる事実関係がその特性に応じて規律されている、ということが明らかになる。確かに、一方の訴訟当事者が攻撃防禦方法を時機に後れて提出し、裁判所の裁判の用に供したという点で、これら3つの条項は共通している。しかしながら、第3項の場合、懈怠した当事者は第一審において既に時機に後れた提出の不許可に関する裁判を受けており、その当事者は控訴裁判所によってその適法性を再審査させることができる、というものである。これに対して、第1項および第2項の場合には、当事者がその攻撃防禦方法を控訴審において初めて提出したのであり、その許可に関しては、第一審におけるそれと本質的に何ら変るところがないわけである（ZPO 528条 2項の規準は、ZPO 296条のそれよりもやや厳しい。）。この差異は、「第一審での」（„*alters*“）提出は新たな提出と同様に取り扱われるのではなく、第二審で再度なされた提出が第一審で正当に却下されたものか否かについてのみ審査されるということにより顧慮されるわけだが、こうしたことは何ら不適切なことでも恣意的なことでもない。立法者が、新しい提出と再度なされた提出（§ 529 II ZPO a. F.）とを平等に取り扱う従来やり方を変更することは、憲法上何ら否定されていない。

cc) もちろん、時機に後れた提出を手段として、なお審問を受けるチャンスは、場合によって第一審におけるよりも第二審におけるほうがより大きい。控訴理由書中で新たに提出された証拠方法を斟酌しても、控訴審判決の遅延をもたらさないという可能性は、第一審の終結時に新たに証拠方法が提出される場合よりもずっと高い（vgl. Deubner, NJW 1978, 355 f.）。このことはとりわけ、控訴理由書と口頭弁論との時間の間隔が、通常、第一審における訴提起

と口頭弁論とのそれよりもはるかに長いということのために起る。そこで当事者は、第一審では却下されることを懸念して自己に有利な提出を留保し、控訴審で初めて提出することになるが、そうした当事者は、ZPO 97条2項の費用の危険のみならず、ZPO 528条1項あるいは2項による不許可の危険をも負うことになる。全体として、時機に後れた提出により控訴審でなお審問されるというチャンスは、その時の訴訟の状況と控訴審裁判所の自由な心証に依存する。そうしたチャンスは、個々の場合の事情に応じて様々である。しかしながら、基本法上の平等的取扱いの要請に対する違反は存在しない。

dd) 第一審において提出が可能であり、かつそうせねばならなかったが、提出されなかった攻撃防禦方法は、もちろんそれが紛争の解決を遅延せしめない場合には、控訴審においてなお許容されねばならない。こうした結果に対しては、論文中で多くの「反論」唱えられている。これについての理由は次の点に存する。すなわち、たとえ不完全な当事者の主張をもとに既に判決が下されたとしても、完全な主張がなされたなら別の判決になるであろうから、法律は、第一審において提出を怠った当事者を第二審において第1審よりも不利に取り扱うことはしないのである、という点である。しかしながら、控訴審裁判所により528条1項・2項が広く適用される場合、第一審における訴訟促進義務の意識的な違反はもうけものになるが、このことは、ZPO 528条3項を平等原則に反する不適切な規定と評価することにはなりえない。

III

結局、本件では ZPO 528 条 3 項の適用は憲法上も手続法上も瑕疵はない。

更に、「遅延」の判断基準として、前掲 BGH 1980年1月31日判決を確認した BGH 1980年4月17日判決⁹⁾がある。なおこの判決では、失権期間の裁定が有効であるためには期間裁定処分の認証謄本の送達が必要であり、これを欠く場合は、期間徒過を理由とする提出の却下は無効となるとしている点も注意を要する。

9 NJW 1980, 1960

2. 学説

(1)さて、この点に関して(a)説に立つドイブナー¹⁰⁾は、当事者の遅延が非難され、却下をうけるのは、当事者が訴訟において提出を行なうのに十分な機会を有していた場合に限られるのだから、時機に後れて提出をした当事者の不利になる遅延概念の特定は、法的審問請求権の保障(Art. 103 I GG)とは関係ないとし、結局、立法者が(a)、(b)いずれの立場を選択したかにより決められるとする。そして、法律の文言である「紛争の解決(Erledigung des Rechtsstreits)」は、遅延判断の対象が具体的な形ちの紛争であり、適時の提出があったことを仮定した形ちでの紛争ではないことを明示している以上、仮定的な訴訟経過が比較の対象とされねばならぬ必然性はない、とする。

また、①判決を評釈したヴァルフシェーファー¹¹⁾は、296条の文言からはいずれの見解が正しいかは判定できないが、「その規定の意味と目的とは、BGHが主張する見解(a)説)に与することは明白である。ZPO条は手続の促進を目的としている。このことは、とりわけ、その規定が遅延という事実のみに関係していることから明らかである。遅延事由を廻って弁論が行なわれるべきではないし、とりわけこのことを廻って証拠調が認められるべきでもない。だからこそ、遅延は—ZPO 296条1項・2項が明示している如く—裁判所により自由な心証に従って確定されうる、としているのである。そうした簡潔な確定は、時機に後れた提出がなされた時点での紛争の状態だけを評価する場合にのみ可能である。」とし、(a)説を支持する。

(2)他方、(b)説の主張者は、手続の集中のために、実体的に正しい裁判の発見という目標を制限することはできぬ、との立場から、(a)説による過剰促進(Überbeschleunigung)を懸念する。すなわち、提出の却下によって、適時の提出があった場合よりもより早期に訴訟が終了してしまう可能性が生ずる、とする。これについて、②判決の評釈者であるシュナイダー¹²⁾は、(b)説の根拠

10 Deubner, Die Praxis der Zurückweisung verspäteten Vorbringens, NJW 1979, 337

11 Alfred Walchshöfer, ZfP 93, 185.

12 Schneider, NJW 1979, 2614.

は、真実と正義を追求する点にある、とし、例えば、被告がその書面を期間内に適時に提出した場合であっても特別な証拠調が不可避であるのに、(a)説によれば、期間徒過を理由として、訴訟が期間を遵守した場合よりもより早期に終結せしめられてしまう、とし、その結果の不当性および誤判の危険性を指摘する。

更に、ライボルト¹³⁾は、訴訟促進義務の本質は、当事者の行為に帰せしめられうる訴訟の遅延を回避する点にあるのだから、「当事者がその提出を可能な限り早期に提出せねばならず、かつ期間の不遵守が遅延を惹起する潜在的可能性をもちうるがゆえに、違反行為に対して刑罰が課せられるということの意味しない。この意味でも憲法上の法的審問請求権の優位は斟酌されて然るべきであり、義務に反する権利行使によって一権利行使自体によってではなく一重大な遅延が発生した場合にのみ制約が加えられる」とする。その結果、当然(b)説に立つわけだが、これはまた、296条1項・2項の文言および成立史にも矛盾しないとする。なぜなら、(a)説は旧規定も(a)説を採っていたことを一つの根拠としているが、旧規定では過剰促進は、第一審の裁判官の裁量によってなお回避可能だったからであり、しかも、期間裁定による失権はとくに簡素化法により著しく強化されたのだから、旧法との連続性は絶ち切られる、とする。

(3)こうした批判に対して、ドイプナー¹⁴⁾は再反論を行なう。すなわち、確かに、時機に後れた提出が主要期日中でおお斟酌可能であるにもかかわらず、早期第1回期日中で既に却下され、裁判がなされてしまうような過剰促進は、訴訟が簡素化法の基本構想以上に早期に終了せしめられ、問題である。しかしながら、こうした過剰促進は、発生する遅延の重大性を通して、一定の範囲に限定、チェックすることが可能である。すなわち右の事例のような場合、紛争解決の遅延が著しいとみなすことはそもそもできないのである。なぜなら、こうした手続の長期化は法規を逸脱していないからである。従って、著しい遅延とは、時機に後れた提出が主要期日においても斟酌不可能であり、278条4項の新期日を必要とする場合に初めて発生する。以上がドイプナーの再反論である。

13 Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZJP 93, S. 249 ff.

14 Deubner, a. a. O., NJW 1979, 340.

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

なお、ヴァルフシェーファー¹⁵⁾は、手続の促進は、実体的に正しい裁判をあえて犠牲に供したるのであるとし、こうした代償なくしては、再三にわたる民事訴訟の促進要求は達成されない、としている。

(4)こうして両説を比較してみると、結局、遅延の判断基準の問題は、(a)説を採用した場合に起る過剰促進の回避にその焦点が絞られてくる。だが、ドイブナーが主張する如く、(a)説も結果的には、過剰促進を回避する方向を打ち出しているのであり、究極的には訴訟促進義務を訴訟の迅速化に向けられた当事者の積極的義務と捉えるか、それとも遅延禁止という抑制された義務—従って実体的正義を優先させる—と捉えるかという理念的対立を残しつつ、現状の処理に落ち着くのではないかと推測する。

Ⅲ. 失権規定の合憲性について

訴訟当事者は、憲法上、国家の裁判所による権利保護を求める権利および法的審問を求める権利を有している（前者は法治国原理に、後者は基本法 103 条 1 項に基礎をもつ。）。ところが、簡素化法の失権規定は、当事者がその訴訟促進義務に違反して攻撃防禦方法を時機に後れて提出した場合、その却下を命じている。これは、当事者にとって、権利保護の制約を意味することになる。そこで、簡素化法によるこうした制約が、憲法の指導理念に反しないか否かが問題となってくる¹⁾。

1. 判例

この点を廻っては、最近、旧規定 529 条 2 項に関して連邦憲法裁判所の 1979 年 5 月 22 日²⁾ 判決が公刊されている。そして、これによれば、時機に後れた提出であっても紛争の解決を遅延せしめないものである以上、その却下は当事者の法的審問請求を侵害すると判示されている。本稿では、新法の状況を紹介する意味で、被告の提出（相殺の抗弁）を 296 条 1 項により時機に後れたものと

15 Walchshöfer, ZZP 93, 182.

1 この点について、石川「西独新民訴法 528 条 3 項の問題点—簡素化法による時機に後れた攻撃防禦方法却下の側面—」手続法の理論と実践吉川大二郎博士追悼論集上巻 151 頁以下（特に 160 頁以下）に詳しい。

2 BVerfG, Urt. v. 22. 5. 1979, NJW 1980, 277.

して却下したのは、法的審問請求権違反を問題とするまでもなく、基本法3条1項による平等原則違反にあたるとした決定をみとめることにす。

③BVerfG 1980年4月29日決定³⁾

〈事実関係〉

原告が被告に対し490マルクの督促命令を得たが、被告の異議があったので、原告は次のように請求原因を主張した。すなわち、原告と被告の雇主とは業務協定を結び報酬の分割を約束していた。そして原告が第三者からフォト・コピーを購入する際、被告はその仲介をし報酬(リベート)980マルクをえた。従って、その半額の支払を求める、と。

これに対し被告は請求の棄却を求め、原告と被告の雇主との協定は解除済みであると主張した。またあとから、右報酬(リベート)は、本来被告の雇主に帰属すべきものであるが、被告は雇主に対し雇傭関係から生じた反対債権を有しており、これと相殺した、と主張した。

区裁判所は、被告に対し490マルクの支払を命じた。その理由は次のようであった。フォトコピーの売主に対する報酬請求権は被告の雇主に帰属し、被告の雇主は原告に490マルクの額の債権を譲渡するという合意をしている。ところが被告が報酬全部を受領してしまったのであるから、原告はBGB 398条、305条によりこの報酬の半分を被告に要求することができる、と。

これに対して、被告の相殺の主張は何ら理由がない。相殺は時機に後れてなされたので、裁判所がこれを斟酌することはできない (§§ 275 I, 277 II, 296 I ZPO)。被告は彼の反対債権を答弁書中で既に substantiieren すべきであったが、これを行っていない。また被告はその遅延について弁明もしなかった。仮りに右主張を斟酌するとすると、更に証拠調が必要となるので、紛争の解決も遅延せしめられる、と。

右判決の破棄差戻を求めて憲法訴訟願がなされたというのが本件である。

〈理由〉

被告によって主張された相殺の抗弁を却下したことは、基本法に合致しない。

3 NJW 1980, 1737, Anm. v. Deubner, NJW 1980, 1945.

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

1 立法者が民事訴訟において、手続法上当事者の時機に後れた提出を法的紛争のひきしめと促進のために却下する可能性をひらたことは、何ら憲法上疑う余地のないところである。法的審問の原則もそうした規律に反対してはいない。

基本法 103 条 1 項は、訴訟当事者が裁判の基礎となる事実関係について陳述する機会を持つ権利を原則として付与している。当事者の陳述を知るのみならず、裁判にあたりそれを顧慮するという裁判所の義務がこれに対応している。しかし、法的審問の基本権は、形式法あるいは実体法の諸原則に基づいて当事者の主張の全部または一部を無視する裁判に対する保護を保証しているわけではない。従って、民事訴訟の促進の目的に奉仕する手続規定、すなわち手続を支配する訴訟原則を顧慮し、当事者のためにその法的地位に応じて訴訟のなかで応訴期間を定め、その徒過に対し、それが紛争の解決を遅延せしめる場合、時機に後れた提出の却下という効果を結びつけている手続規定については、憲法上原則として何ら疑問はない。もちろん、そうした規定の適用は、当事者が事実提出につき十分な機会を与えられたが、その機会を自からの責任で利用せず徒過してしまったということを前提としている。法的審問請求権はこれで十分である。

ZPO 296 条 1 項の失権規定は、右の考量を基礎としている。その規定の適用は、全ての手続関与者に包括的な提出が可能であったことを前提としている。従って、ZPO 296 条 1 項は基本法 103 条 1 項に合致している。

2 この失権規定の明らかに法的に誤った適用があったか否か、およびこれによる裁判が憲法の保障する法的審問請求権の侵害にあたるか否か、並びに如何なる事件でそうしたことが認められるかについては、ここでは立ち入らない。なぜなら、基本法 3 条 1 項との関係で既に本件判決は維持しえぬからである。異議申立人（被告）が平等原則違反を明示的に非難していないとしても、連邦憲法裁判所は、職権でこの点に審理を拡張することを認められて然るべきである。

a) 一般的平等原則は、基本法 3 条 1 項により、判例と直接妥当している法とを拘束する。民事訴訟では、一般的平等原則は、裁判官の面前での当事者の

訴訟上の地位の等価値性を保障し、実体的正義のために裁判官による法適用の平等を要請する。この憲法上の義務は、実体法の解釈および適用の場面のみならず、手続法の取り扱いについてもあてはまる。手続法は、合法的で正しい裁判を超えて、更に公平な裁判の成立に奉仕するものである。

b) 簡単な実体法や形式法の解釈および適用は、原則として右のことを損なうことなく、管轄裁判所の事件で行なわれている。連邦憲法裁判所は、通常裁判所の確定判決を一般的な内容にわたって事後審査する職責を負わない。このことは、当裁判所がくりかえし述べてきたところである。連邦憲法裁判所は、上告審裁判所と同じ活動ををするのではない。それゆえ、法適用に誤りがあり、裁判所の裁判により平等原則が侵害されたとしても、連邦憲法裁判所がこれに対し憲法上コントロールをすることはない。むしろ、法適用の誤りが、基本法を支配している思想の理性的な評価からみて非合理的であり、従ってそれが実質から乖離した考量に基づいているとの結論が浮び上がってくる場合でなければ、コントロールをすることはない。

3 区裁判決の拠り所となっている考え、すなわち被告の提出は ZPO 296条 1項に従って却下されねばならないとの考えは、恣意的である。区裁判決は、基本法を支配し、民事訴訟にも妥当する価値観や思想に優先しうる根拠を何ら挙げていない。失権規定の適用は、基本法 3条 1項にもとづく被告の基本権を侵害しており、また同時に憲法上の法治国原則と公正な手続の原則を侵害している。

a) ZPO 296条 1項は、特定の攻撃防禦方法を訴訟に提出する 限界時点を定めることを裁判所に委ねるという方法により、民事訴訟における当事者の義務を正確に規定している。その規律は、手続のひきしめと促進とに寄与し、耐えがたい訴訟の長期化に対抗すべきものである。従って、裁判官は、訴訟の初めに既に被告に対し答弁期間を定め (§ 275 I 1 ZPO)、更に訴訟を進行するための処置を通じて当事者に対し全ての訴訟資料を適時に裁判所に提出せしめ、包括的で適切な弁論期日の準備の可能性をもたらす。被告に課せられる答弁についていかなる要求がもり込まれるかは、ZPO 277条 1項中で規定されている。これによると、被告は、「訴訟状態上注意深くかつ手続の経過を配慮した訴訟

追行に合致する範囲で自己の防禦方法を提出しなければならない。」このことから、事件と何らかの関係のあるあらゆる視点というわけではなく、訴訟の経過においてあるいは重要となるであろうものについて、訴訟であらかじめ提出しておかねばならない、ということになる。事件に必要な不適切な訴訟資料の拡大は紛争の遅延をもたらし、本来の争点が曇らされ、立法者の目標が損なわれかねない。そのほか、当事者が特定の視点を当座は主張せず、訴訟が進んだ段階まであるいは裁判所の要求があるまでその提出をひかえることができるという賛成に値する理由も認められる。当事者の訴訟促進義務は、訴訟戦術の放棄を強制するわけではなく、はじめから遅延を目的とする訴訟行為のみを阻止すべきである。

b) 被告は反対債権に対する有効な相殺の要件を答弁書中で既に *substantiëren* しておかねばならなかったとの区裁の見解は、成立史を通じても確認される上記の手続法規の解釈と合致しない。

原告が被告の雇主から報酬の協定に基づく請求権を譲り受けたということは、訴においてごくわずかにしか主張されていない。こうした事実関係からして、譲渡された権利をも根拠として原告に対して請求権を行使しようとしている、と「被告が」予想することはむづかしい。それゆえ被告は、問題の契約を原告と締結したという点に限定して反駁をしたわけである。手続法上、被告は、原告によって主張された事実関係を被告自身の側から補充し、更に主張を行なうという契機をもたなかった。そして、そうであればあるほど、原告によって後から提出され、しかもごく補充的にのみ提出されたような請求原因の変更があったとみることは、ますます根拠薄弱である。つまり、ZPO 263条により被告が同意し、あるいは裁判所がそれを適切だとした場合のみ許される訴の変更とはみれないのである。しかし、実際には、被告は、原告との契約上の報酬協定の否認にのみ限定していたわけではない。すなわち、原告が被告の雇主より請求権を譲り受けたとの原告の抗弁は、訴訟状態に応じた被告の法的地位の防禦の必要性を上回るものであり、被告は事実に則した陳述の追加が必要であった。しかしながら、(被告の期間内に提出された) 答弁書はそのほかに第三者である彼の雇主に帰属する報酬を彼が受領したという自白を含んでおり、補充

的に証拠申立において、これによって生ずる被告に対する雇主の債権を彼の雇主に対する債権によって相殺した、と主張している。従って、277条1項の要件に合致していない（被告の）不十分な答弁および訴訟追行があったとはいえない。

こうした状況の下では、原告がその後の訴訟の過程においても、彼の最初の実事主張や法的観点に固執し、証拠調が部分的に行われ、被告による防禦方法の提出の詳しい substantiierung が行なわれた後に初めて請求原因を「ごく補充的に (äußerst hilfswiese)」「雇主より」譲渡された権利に基礎づけている点に鑑み、被告の提出を時機に後れたものとして却下することは理解し難いものと思われる。いかなる視点からも、手続法上の失権規定を顧慮したこのような基礎に立つ区裁の考量およびその結論に対する実質的に十分かつ明白な根拠は見い出されない。被告の提出および相殺の抗弁の排斥は、むしろ客観的にみて恣意的であり、被告に不利益を及ぼすと同時に、裁判手続の関係者全員を平等に取り扱うという憲法により裁判所に課せられた義務の違反となる。この点で、区裁の裁判は基本法3条1項に牴触する。

2. 学説

これに関する学説の一端として、ライポルト⁴⁾の主張するところを要約しておくことにする。

ライポルトは、審問権は、裁判手続の形成にとってミニマムな保障ではなく、その中心的な憲法原理であるとの立場から、簡素化法の失権規定による訴訟当事者の権利保護の制約は、憲法上の指導理念との関連で解釈されねばならない、とする。

そこで、こうした視点から次のように主張する。すなわち、簡素化法の訴訟促進義務は、二次的なもの、権利保護請求権の行使の際の付随義務として理解されることが肝腎である。憲法により、原則はあくまで当事者の提出を斟酌することであり、当事者が自己に期待される訴訟上の注意を怠ってその提出を引き延したために訴訟を遅延せしめた場合に限り、失権は憲法上是認されうる

4 Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZJP 93, 242 ff.

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

のである。ZPO 中ではこうした原則・例外関係はほとんど認められておらず、当事者の審問権が前面に出ることなど明示されていない。ZPO は、当事者に対し、あまりに多くの義務—真実義務、完全義務、説明義務、出頭義務、費用義務—を背負わせすぎるが、第一次的には、当事者による義務の履行ではなく、権利の行使を主眼とすべきであるのである、と。

そして、失権規定の違憲性について次のように述べる。すなわち、確かに基本法は、効果的な権利保護のために、訴訟の遅延から相手方を守ることをも要請の一つとしている。従って、失権規定は、基本法 103 条 1 項に違反するとは考えられない。だがしかし、そうした目的を達成するためには多くの方法があり、そのうちのいくつかのものは憲法上疑問の余地がないけれども、失権については憲法上警告が発せられている。何よりも、当事者の陳述の完全な斟酌と結合した訴訟の促進を達成するよう試みられるべきである。従って、過度な失権規定は、基本法 103 条に違反する可能性がある。以上のように述べ、最後に連邦憲法裁判所の判断につき、次のように言及する。

連邦憲法裁判所は、法的審問請求権は当事者の事実提出を形式法あるいは実体法を基にして全面的にあるいは部分的に無親している裁判からの保護を保証するものではない、としているが、このことは、立法者がかつてに失権を規定することができる、ということの意味しない。連邦憲法裁判所は、失権規定の評価にあたり、法的審問権に注意が払われているか否かを検討している。また、失権規定の誤まった適用は法的審問請求権の侵害となり、憲法訴願が認められる、と。

IV. 失権規定の適用回避のための「控訴審への逃避」

既に述べたように、528 条 3 項は、第一審で正当に却下された提出を控訴審でも排除ずみのままとしている反面、第一審で提出されなかったものについては 528 条 1 項、2 項による提出の余地を残している。そこで、当事者は、528 条 3 項の適用回避のために、第一審で却下のおそれある提出についてはこれを提出せず、控訴審まで持ちこし、そこで初めて提出するという戦術をとるため、結果的に、528 条 3 項による控訴強制 (Berufungszwang) という現象が起

てくる¹⁾。

1. 判例

まず判例をみてみよう。この判決は、①裁判所に期待可能な準備処分によって当事者の提出の遅延を挽回しうるか否か、という点と、②528条3項が基本法の一般平等原則（3条1項）に反しないか否か、という点とが主として問題となっているものではあるが、③最後に、本節で問題としている「控訴審への逃避 (Flucht in die Berufungsinstanz)」を問題としている点で興味深い。他に適切な判例がないので、これを紹介することとする。

④BGH 1980年2月13日判決²⁾

〈事実関係〉

原告は被告に1976年5月に鋼鉄製ラジエーターを供給した。被告は代金支払のために1976年8月20日に支払期の到来する手形を送付したが、原告はそれを返送した。そして被告に対し代金支払請求訴訟を提起した。被告は、召喚状中の出頭命令にもかかわらず訴に応答せず、ニュルンベルク地裁が指定した1977年7月13日の口頭弁論期日に出席しなかった。地裁は申立に従い欠席判決を言渡した。8月5日になされた欠席判決—ZPO 340条3項に従って期間徒過の効果が付される—送達の前に、被告は故障を申立てた。そこで裁判長は、故障および本案の口頭弁論のために期日を10月26日水曜日とし、8月12日に被告の訴訟代理人に送達された呼出状中で被告に再度 ZPO 340条3項の効果を教示した。9月26日付の被告の故障理由書は、10月21日の金曜日にニュルンベルク司法省の共同郵便受けに到達した。この中で被告は請求棄却の理由として、4パーセント割引の手形による支払が8日以内になされる、との合意があったと主張し、証人Rと文書の提出を申出た。右のほか、その後原告は支払約束に同意せず、ラジエーターの供給をやめたので、被告は填補購入を余儀なくされ、超過支出をしてしまったと主張した。そこで被告は、この損害賠償請求権をもって原告の

1. この点について、石川「西独新民訴訟法528条3項の問題点」手続法の理論と実践上巻151頁以下（特に155頁以下）に詳しい。なお、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217頁以下参照。

2. NJW 1980, 1102, Anm. v. Schneider, MDR 1980, 487.. なお、②判決の理由（II 2 b) cc)）も参照せよ。

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

訴求債権と相殺をすとした。

地裁は、この提出を時期に後れたものとして却下し、欠席判決を維持した。これに対し被告が控訴し、右提出の却下に反論した。とりわけ被告は、時機に後れた提出の弁明として、次のように主張した。すなわち、呼出状中の ZPO 340 条 3 項の指示はよく見えなかった。加えて、被告の主たる住所から市外の弁護士に連絡せねばならなかったため、情報連絡が困難な状況にあった。その結果、連絡が適時になされなかった、と。そして被告は第一審の提出をくりかえし、更に填補購入によって生じた損害のみならず、ラジエターの暇庇および原告の供給遅延による損害も発生していると主張した。それについて、被告は、証人 R のほか、更に新たに証人 W および P 並びに文書の提出と鑑定を申立てた。

高裁は地裁の判決を取消し、ZPO 539 条に従い地裁に差戻した。原告の上告により破棄差戻。

<理由>

1 原審は、1977年10月21日に提出された書面中の提出の斟酌は紛争の遅延をもたらさない、と考えたが、これを反駁する上告は理由がある。

1977年10月21日に到達した故障理由書中の提出は時機に後れたものであった。地裁は、結論においてこの提出を認めておらず、正当である。7月13日の欠席判決は8月5日に被告に送達されたのであるから、故障は ZPO 339 条 1 項、340 条 3 項に従い 8 月 19 日までに理由づけられねばならなかったが、このことは地裁の指示にもかかわらずなされなかった。しかし、故障理由書の提出期間の徒過は、ZPO 296 条 1 項の要件の下でのみ、提出の不許可を生ぜしめることができる。従って、その提出の斟酌が紛争の解決を遅延せしめるか否かが問題である。

BGH 第 7 民事部は、紛争解決の遅延が発生したか否かの問題は、時機に後れた提出があった時点での訴訟の状態に従って判断される、とした (BGHZ 75, 138 = NJW 1979, 1988. BGH, NJW 1980, 945)。これとは異なる見解によれば (vgl. insb. Schneider, NJW 1979, 2614 m. w. Nachw.), 右の問題は、適時の提出があったことを仮定して訴訟がどのような経過を辿ったかということに従って判断される。だが、本件ではいずれの見解によっても紛争解決

の遅延は明らかである。

勿論、時機に後れた攻撃防禦方法が口頭弁論の準備段階で斟酌可能であり、従って裁判所に期待できる準備処分により当事者の提出の遅延を挽回しうるような場合には、紛争解決の遅延ありとはいえない（BGHZ 75, 138=NJW 1979, 1988）。

けれども、ZPO 273条2項4号による準備処分によって、すなわち10月26日の期日に証人を呼出すことによって証拠申出の遅延を挽回することは、地裁に期待できなかった。10月21日の金曜日にニュルンベルク司法省の共同郵便受けに届いた故障理由書は、まずニュルンベルク地裁の第4商事部の事務部に回付されねばならなかった。10月26日水曜日の期日にRを証人として呼出す命令を発する前に裁判長はその書面を知り、その証拠申出の重要性を確認せねばならなかった。裁判所がRの呼出を命じた場合、事務部はその呼出状を作成、投函せねばならぬ。これら全てのために3日間ではなく、2日間—10月21日の金曜日および24日の月曜日があてられた。そして10月25日の火曜日に初めて発送された呼出状は、通常の郵便事情の下でも、期日に彼が出席できるような適時に到達することはありえない。郵便事務や裁判所の通常の作業過程では、とりわけ大都市の商事部の通常の記録回付にあっては、10月21日中に到着した書面がその日のうちに第四商事部の事務部から更にその裁判長に到達するなどということは考えられない。……原審もまた、商事部の裁判長が、初めて証人の呼出を命ずることが可能となったのは、10月24日の月曜日だとしている。またこの日にRの呼出を命じたとしても、事務部がRの呼出状を同日のうちに作成し、投函すると考えることは、裁判所の通常の事務に合致しない。裁判長が通常の事務の過程で呼出を命じたとしても、事務部は証人の呼出状を直ちに作成するよう指示されない。

確かに、当事者の提出の遅延を通常の事務の過程の中で可能な命令によって取り戻すことは、裁判所に期待されるどころである。しかしながら、当事者の時機に後れた提出を回復するために緊急の命令（Eilanordnung）を発することを裁判所に期待することはできない。従って、地裁は、被告の故障理由書中の証拠申出に関する時機に後れた主張を斟酌する必要はなかった。

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

以上のことから、原告と合意したとされる支払方法および被告により主張されている填補購入による損害に関する被告の提出を地裁は時機に後れたものとして正当に却下したと認められる。第一審において時機に後れて提出された被告の防禦方法の排斥は、ZPO 528条 3 項に従い終局的なものである。

2 学説の一部によって主張されている見解 (Lampenscherf, MDR 1978, 365; Franzki, DRiZ 1977, 166 und NJW 1979, 13; OLG Düsseldorf, NJW 1979 1719; a. A. Dengler, NJW 1980, 163) とは反対に、ZPO 528条 3 項は憲法に違反しない (BGH NJW 1980, 945)。

a) 時機に後れた提出の失権が、第一審で十分な主張の機会を与えられていた限り、控訴審で法的審問請求権を侵害しないということは、ZPO 旧 529 条に関して連邦憲法裁判所の既に判断したところである。ZPO 旧 528 条は、これに反する評価のよりどころとならない。

b) aa) 一般的平等原則 (Art. 3 I GG) から導かれる平等的取扱いの要請に対する違反もまた存在しない。基本法 3 条は、本質的に等しい事実関係についてのみ平等的取扱いを要求している。当民事部は、ZPO 528条 1 項および 2 項の規律対象と第 3 項のそれとが本質的に同一であるか否かについて疑問をもっている。528 条第 1 項および 2 項は、控訴審において初めて提出されたけれども、それが時機に後れている場合の取扱いを規律している。これに対して、第 3 項は、第一審で既に主張され、裁判所が時機に後れたとして却下したものを第二審で再度くりかえし提出しているものに関係している。このことは、OLGMünchen. (MDR 1978, 1028), OLG Celle (NJW 1979, 377), 更には Dengler (NJW 1980, 163) との重要なちがいである。他面、一つの紛争は審級によって時間的に分断された段階に細分化されてはいるが、しかし一つの終局判決に向けられているのだから、時機に後れた提出は原則として控訴審においても等しく斟酌のチャンスを持たねばならず、こうした理由から ZPO 528 条の事実関係を等しいものとみなすという立場からするなら、528 条 1 項, 2 項と第 3 項とで事実関係は同一だといえることになる。Lampenscherf, Franzki, OLG Düsseldorf はこうした見解から出発している。

bb) 実質的な区別は、ZPO 296 条と 528 条において一体として規律されて

いる法規の（憲法上疑問の余地のない）目的から明らかになる。立法者は一既に述べたように一、これらの規定によって、民事訴訟のひきしめと促進とを達成するために当事者に強制を加えようとした。この目的は、二つの事実審における時機に後れた提出に対する裁判所の同種の反作用を定めることになる。すなわち、その反作用は一方で ZPO 296 条 1 項、2 項において、また他方で ZPO 528 条 1 項、2 項において対応する内容をもつ法律となった。第一審において言渡された不許可あるいは却下が無意味になるべきでないとするならば、必然的に、一度排斥された攻撃防禦方法は控訴審においても排除ずみのままとされねばならぬ。それゆえ、右のことは、控訴審で遅延が認められない場合でも ZPO 528 条 3 項により實際上支持しうるのである。

cc) 右の規定は、学説中でしばしば懸念されているように一多くの事例において一、手続の遅延にかからないようにする目的で、時機に後れた提出を第二審で初めて提出し、第一審ではこの時機に後れた提出をわざと留保するということを惹起する。しかし、このことは、ZPO 528 条 3 項の規定をして、手続の促進をはかることを不適切にしてしまうわけではない。攻撃防禦方法を意識的に留保する当事者は、ZPO 528 条 1 項および 2 項の規律の面から費用の危険 (§ 97 II ZPO) のみならず訴訟危険をも負うことになる。

dd) こうした規律が合目的であり実質的であるか否か一判例および学説上疑問視されている一は、憲法上の問題ではなく、立法者にのみ委ねられた問題である。

2. 学説

右の判決は、ZPO 528 条 3 項の適用は回避できても、同条第 1 項、2 項の適用がある以上は、控訴審で初めて提出を行なった当事者に費用の危険という制裁が課されるから、結局、第一審での提出の促進剤になるという考え方に立っている。

だが、これに対してもライポルト³⁾は検討を加えている。ここでは、ドイブ

3 Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZJP 93, 252 ff.

ナー⁴⁾の提案する裁判所による許可を条件とする提出 (das Vorbringen unter Vorbehalt der Zulassung durch das Gericht) を中心に議論が進められている。すなわち、

「裁判所がその提出を許可することを条件として第一審に提出させる、という打開策が主張されているが、それは適切ではない。そうした条件は、許可を条件とする第一審への提出という訴訟行為が、提出の不許可の場合には有効とならない (nicht gelten) ということの意味する。—これは、当事者の側からすれば、敗訴を回避するために一般的に望ましいトリックである。しかしながら、当事者は、有効な訴訟行為もせずに (ohne wirksame Prozeßhandlung) 自己の陳述に関して何らかの裁判所の判断を求める権利をもたないのだから、こうした面からすると、右の打開策は認め難い。一瞥しただけでむこうみずの構成だとわかるものを採用しようということ自体、528条3項の規定がいかん正義に反しているかわかるであろう。その規定は、時機に後れ、第二審で初めて提出された攻撃防禦方法と対比して、時機に後れたが、第一審で提出された訴訟資料の恣意的な差別扱いを孕んでおり、その限りで、一般的な平等原則に反する。とりわけ、提出が遅延を惹起しない場合であっても、更にはその提出が争われない場合であっても、なおかつ失権させられてしまうことは、法制度全体の目的からして、正当とは思われない。手続の促進により手続の遅延が阻止され、従って権利保護の時間的効率が助成される場合に限って、権利保護請求権や法的審問請求権は、手続促進という視点から制限を受けるのである。こうした具体的な目標を欠く失権は、憲法の許容するところではない。従って、ラムベンシエルフやデュッセルドルフ高裁がいうように、528条3項は憲法に合致しないものとみなされるが、それは基本法3条1項の違反のみならず、権利保護請求権および法的審問請求権 (Art. 20 Abs. 3, Art. 103 Abs. 1 GG) 違反ともなる。それゆえ、528条1項、2項から手続の遅延の要件を削除することにより憲法違反を除去しようとするのもまた不可能である⁵⁾。」と。そし

4 Deubner, Berufungszwang durch Verfahrensbeschleunigung, NJW 1978, 355.

また、石渡・前掲判タ 389号39頁参照。

5 Leipold, a. a. O., ZJP 93, 252 f.

て、結局、528条1項・2項を類推し、手続の遅延という要件を第3項に付け加えるという憲法に適した解釈することが、可能な道であると結んでいる。

V. まとめ

四つの解釈学上の問題点を通覧して感じられることは、これらの問題の解決には、究極のところ、訴訟促進義務をどのような性質のものとして理解するかということにより、対応の仕方も異なってくるという点である。そしてまた、これは、冒頭で述べたように、実体的正義をある程度犠牲にしても迅速な裁判を選ぶのか、それとも遅延したとしても実体的正義に適った裁判を選ぶのか、あるいはまた両者の調和点に立つ裁判を選択するかの問題に帰着するであろう。

訴訟促進義務は、手続の時間的側面のみを顧慮したものであり、訴訟を促進する積極的行為義務としてではなく、訴訟の遅延禁止（Verzögerungsverbot des Prozesses）を意味するにすぎぬと解するならば¹⁾、それは権利行使に付随する二次的義務にすぎず、失権というサンクションは抑制された形ちでしか作用しないことになるであろう。

これに対し、訴訟促進義務を実体的正義に優先するものと解するならば、失権というサンクションが前面に出て積極的な形ちで及んでくる。

われわれとしては、こうした両極の間で振り子運動をしている西ドイツの判例、学説の現状を分析、検討し、その落ち着く先を見極める必要があると考える。

§ 4. 訴訟構造の変更

a) 最後に、新法による改革は、民事訴訟の構造全体に、すなわちその法政策的実行に如何なる影響を及ぼすかという問題がある。ライポルト¹⁾に依拠しつつ、この点を検討してみよう。その際、簡素化法全体の評価を試みるのではなく、訴訟促進義務および強化された失権が訴訟構造上どのような意義を持つ

1) Leipold, a. a. O., ZJP 93, 240

1) Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien nud richterliche Verantwortung, ZJP 93, S. 237 ff.

かという面から考察してみよう。主として、一括提出主義 (Eventualmaxime) の再生に焦点を絞ることにする。

ライポルトは、訴訟促進義務および強化された失権によって、今日再び一括提出主義が採用されたことになるのか否かを問題にしている。その際、彼は、まず、一括提出主義の本質的内容を明らかにしているのので、それを一瞥しておこう。ライポルトによれば、「一括提出主義は、手元にある 攻撃防禦方法が実際に訴訟で問題となるか否かに関係なく、同時にかつ可能な限り早期に提出する義務をその中心としている。一括提出主義は、初めの提出の結果をさしあたり待つというようなことを禁ずる。従って、例えば証明が奏効したか否かを見極めてから、裁判所に新たな事実や証拠方法を提出するなどは禁じられる。一括提出主義は、訴訟を様々な段階毎に区切り、これらをつなぎ合わせるわけである。その場合、特定種類の提出全体が、そのために用意されている訴訟の段階で提出されることが必要である²⁾。」とする。しかし、彼によれば、これが一括提出主義の唯一の重要な側面ではない。「一つの審級の手続全体がそうした段階に分断されない場合であっても、訴訟法は、原則として全ての攻撃防禦方法を訴訟の開始時に、あるいはそれについて裁定された期間内に同時に提出すべきことを要求することができる³⁾。」とする。

ところで、このような内容を持つ一括提出主義は、CPO の起草の際に否定された。そして、これにかえて、口頭主義に訴訟促進的効果を期待し、更にこれと並んで、例えば中間判決や一部判決というものを通じて手続を構造化するということが期待が賭けられた。だが、ライポルトは、一括提出主義からの完全な離脱はこれによって成就されなかった、とする。そして、簡素化法については、完全な一括提出主義にかえて、集中主義 (Konzentrationsmaxime) が採用されたのである、とする。しかしながら、これと一括提出主義とのちがいが

2 Leipold, a. a. O., S. 257. なおこの点について, Gerhard J. Dahlmanns, Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert, S. 21 は、一括提出主義とは、特定種類の訴訟行為のために書面期間によって区切られた段階毎に訴訟を分割するものである、としている。

3 Leipold, a. a. O., S. 257.

は、漸次的なものにすぎず、従って一パウア^{3a)}が明らかにした如く一、一括提出主義をCPO起者草の如く悪魔として恐れることはない、とする。そして、「一括提出主義によって訴訟資料が不必要なまでに氾濫するという危険については十分強調されてきた。だが、立法者が、一括提出の強制により手続促進を期待する場合、手続の一部分においてのみ遅延をもたらすこうした危険（訴訟資料の氾濫）を甘受することは、当然のことであろう⁴⁾。」と言う。

以上のことから、ライポルトは、「法律が、ZPO 282条1項において当事者に対し訴訟状態に応じ、注意深く、かつ訴訟の促進を配慮した訴訟進行に合致するよう適時にその攻撃防禦方法を提出することを要求している場合、これにより一定の範囲で一括提出主義を承認したのである⁵⁾。」とする。

b) それでは一体、このような、一括提出主義は、実際の訴訟においてどのような帰結をもたらすのであろうか。これについて、例えば、原告が複数の相互に関連しあう請求原因およびそれに関して手元にある証拠方法を訴訟の開始時に一括して同時に提出せねばならぬか否か、また被告は複数の抗弁・契約締結時の行為無能力、相殺、履行、免除など一並びに手元にある証拠を同時に提出せねばならぬか否か、それとも当事者はその訴訟資料に順序をつけ、第一次的提出の結果、とりわけ初めに提出した証拠の奏効をみきわめることができるのか否か、という実際的問題を考えてみよう。この問題を廻り連邦議会での興味ある意見対立があったので、これを眺めてみよう⁶⁾。

連邦議会の法律委員会は、ZPO 282条1項を一括提出主義への回帰としてとらえることに反対であった。そのことは、「法律委員会の報告および提案⁷⁾」中に示されている。すなわち、そこでは、「同一の請求権について複数の攻撃防禦方法が関係している場合、当事者が事件および争点の状況に従いこれらの攻

3a) パウアの提案については、Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung in Prozeß (紹介として上田徹一郎「フリッツ・パウアー著、訴訟における口頭弁論集中への道」法と政治18巻3号539頁以下)を参照。

4) Leipold, a. a. O., S. 258.

5) Leipold, a. a. O., S. 259.

6) Leipold, a. a. O., S. 259.

7) Bericht und Antrag des Rechtsausschusses, BT-Drucks 7/5250 S. 4. 9. 36.

撃防禦方法がその権利追行あるいは防禦のために十分と考えることを許される限り、提出を一個に限定することができる（傍点筆者⁸⁾。」と述べているのである。

これに対し連邦参議院は、この箇所に異議を唱えた。なぜなら、これによって法律の関心事—つまり訴訟促進義務の強調—が希釈化されてしまい、当事者が再び裁判所に対して「点滴の如き」提出をするようになるのではないかという危惧があったからである。確かに、連邦参議院もまた、個別的事案において当事者が個々の攻撃防禦方法の提出に限定することを認めねばならぬ場合があると考えた。しかしながら、これは例外的であらねばならぬとしている。

結局、両院の協議による議決で、282条1項2文が再び削除され、連邦議会議会および連邦参議院がこれに同意したのである。こうした成立史および282条1項の文言からみて、なお法律委員会が希望した結果を完全に法律中に解釈として読み込もうとすることは、方法論上許されないであろう。このようにライボルト⁹⁾は評価する。

c) こうした経緯を踏まえ、ライボルトは次のように言う。「法律委員会によって提示された二つの事例のうち的一方は、少なくとも、法律委員会が意図したものとは異なって判断される。すなわち、被告は、請求権の成立の否認あるいは履行の主張が奏効しないとわかった時点ではじめて時効を主張することを認められない。この事例からして、一括提出主義への傾斜は、当事者が訴訟資料に順序をつけ、一定の序列に従い裁判所に提出する可能性をいかに制約しているかがわかるであろう。

法律委員会が示した第二の事例は、一方の当事者が相手方にとりとくに侮辱的な事実の提出を留保し、別な事実主張によって目的に到達しようとする権能

8 BT-Drucks 7/5250 S. 36 によれば、282条1項2文は、以下のようにであった。

Beziehen sich auf denselben Anspruch mehrere selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel, so kann die Partei sich auf das Vorbringen einzelner beschränken, solange sie nach dem Sach und Streitstand davon ausgehen darf, daß diese Angriff- oder Verteidigungsmittel für ihre Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung ausreichen.

9 Leipold, a. a. O., S. 260.

があるか否かという問題に関するものである。ここでは、こうした事実の追加的提出を許可してもよいであろう。事実の暫定的な留保が相手方の高次元の利益（不必要な危険からの保護）に役立つ場合は、訴訟促進義務違反は認められない。

そうした例外を別として、しかしながら、282条1項およびそれに匹敵する他の諸規定の文言が、訴訟戦術上の考慮から、既に提出可能であった提出をおくれた訴訟段階で提出する余地をどの程度認めるべきかは、明らかになっていない。そうした処置が訴訟遅延をもたらす以上、当事者は原則として却下を甘受せねばならぬ¹⁰⁾。」と。このようにライポルトは主張する。

更に、ライポルトは、訴訟資料のはんらん危険を解消する解決策の不当なことを指摘する。すなわちその方法とは次山の攻撃防禦方法のうち、被告の考えによれば最も確実なもの（*das liquideste*）だけをまず *substantiieren* しておき、他のものは失権の回避のために、当初は挙示するに止めるという方法であり、同様に、原告はその反駁書面において（*in Replik*）確かに全ての攻撃防禦方法を挙示せねばならぬが、しかし当初はそうしたもののうちで最も確実だと思われるものだけを *substantiieren* する必要があるとするやり方である。しかし、これについてライポルトは次のように批判する。

すなわち、「この方法は、裁判所が可能な限り早期に判決に到達するために、裁判所の考えに従って最も有効な攻撃防禦方法を探すことを妨害してしまう。攻撃防禦方法の『挙示』のみからでは、裁判所は、提出が見込のあるものであるか否かを予測しえないのである¹¹⁾」と。

d) 以上のことから、ライポルトは次のように結んでいる。

「これらにもかかわらず、今日でも最も厳密な意味での一括提出主義の妥当を否定しうるとするなら、それは訴訟促進義務の内容からではなくして、そのサンクションの形態から生ずるものである。つまり、厳格な一括提出主義の場合、提出は、それについて予定されている時点の後になされたことについて十分な弁明がなかったというだけで既に却下されねばならぬはずである。しかし、法

10 Leipold, a. a. O., S. 260.

11 Leipold, a. a. O., S. 261.

時機に後れた攻撃防禦方法の却下

律は—ZPO 296条 3 項の放棄しうる責問を除き—今日でもなお、時機に後れた提出の許可が訴訟の遅延を惹起する場合にのみ却下を行なっている。こうしたサンクションの面から説明されるにすぎない¹²⁾。」と。

更に、訴訟資料の収集の領域では、もはやかつての口頭主義の優位は後退し、新法では書面主義がますます強化されている、とする。

本研究については、民事訴訟法学会の吉川基金より援助を戴いた。吉川大二郎先生の御冥福をお祈りするとともに、三ヶ月章先生をはじめとする関係諸先生にお礼申し上げます。

また、簡素化法研究会の木川統一郎、中村英郎、石川明、石渡哲の各先生より多くの御教示をいただいた。ここに感謝申し上げます。

12 Leipold, a. a. O., S. 262.

* 本稿脱稿後、木川統一郎・森勇訳「カール・フィルシング・ドイツ連邦共和国における民事訴訟促進法の実務における実施状況」比較法雑誌14巻2号に接した。

(1980年11月20日脱稿)