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

石渡哲

一　はじめに
二　失権規定の根拠、目的ないし性質に関する従来の見解
(一)　失権を刑罰の一種とみる見解
(二)　失権を訴訟遅延の防止策とみる見解（通説的見解）
(三)　失権を実体法上の権利行使に対する制限とみる見解
(四)　失権と審問請求権および手続保障との関係
三　失権規定の根拠に関する石川明教授の見解
四　私見
五　おわりに

一　はじめに

実務上、時機に後れた攻撃防禦方法の却下を規定する民訴法一三九条一項、および、準備手続において提出されな

かった攻撃防禦方法の失権を規定する同法二五五条一項が適用されることは極めて稀であり、裁判所は却下の権能をほとんど行使していないが、それは、裁判官が裁判の適正を訴訟制度に向けられた要請のうち最優先の要請と考えているためである、とよくいわれている。(1) 私もまた、裁判所による却下の権能の過度の行使は、あってはならないことと考えている——もっとも、現状ではその虞は事実上皆無であるが——。しかしながらそれでは、時機に後れた攻撃防禦方法の却下には意義がないのかといえば、私はそうは考えない。この点については、一方で立法論においても解釈論においても却下の要件を厳格に設けるべきであるが、他方でこの要件が満たされた場合、裁判所は却下の権能の行使を躊躇すべきでない、というのが私の基本的な立場である。この立場からすれば、現在の学説および実務の双方が失権規定の適用にあまりに消極的なのは、問題であるように私には思われる。

もっとも、前述のように、攻撃防禦方法の失権が裁判の適正を害する可能性があり、かつ、裁判の適正が最優先の要請であるとすれば、裁判所が失権規定の適用に消極的であることに、理由がないとはいえない。そこで、失権規定に、本来発揮すべき機能を発揮させるために、そしてまた、発揮すべきでない機能が発揮されることを抑制するためにも、時機に後れた攻撃防禦方法の失権はなぜ正当であるのかという点、換言すれば、失権の根拠を明らかにすることが必要である。私自身もこの必要性を認識してはいたが、それについての明確な自説を確立することができずにいた。

そうしたなかで、恩師石川明教授は、最近発表された論稿(2)において、失権の根拠につき独自のそして核心を突いた見解を表明された。私も、石川教授の見解に基本的に賛成であり、かつ、この論稿に接して、教授の見解を前提にしてはじめて時機に後れた攻撃防禦方法の失権は正当化され得るものと、考えるようになった。ただし、石川教授の論稿は比較的簡潔なものであるので、私は本稿において教授の所説を参照しながら、時機に後れた攻撃防禦方法の失権の根拠をより詳細に論じさせていただくことにする。

なお、本論に入るに先立ちあらかじめ以下の諸点をお断りしておきたい。第一に、本稿は時機に後れた攻撃防禦方法の失権の根拠を明らかにすることを目的とするものであり、現行失権規定の解釈論上の個別問題の検討を目的とするものでも、[3] 立方論として、具体的にいかなる失権規定を設けるべきかを論じるものでもない。第二に、私は既に発表した論稿[4]において、時機に後れた攻撃防禦方法の失権の根拠について検討したことがある。しかしそこでの私の見解は、本稿二(二)で紹介する従来の通説的な考え方を出るものではなかった。本稿をもって旧稿での見解を撤回させていただくことにする。第三に、本稿で以下において「失権」という場合、その意味するところは、原則として時機に後れた攻撃防禦方法の失権に限定されるものとする。ただし、前後の文脈から明かな場合には、とくに断らずにその他の意味に使うこともある。

(1) このことを指摘する文献は多数あるが、たとえば、シンポジウム「民事訴訟の促進について」民訴三〇号一三二頁以下〈三宅弘人〉(一九八四年)、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法3』四九一頁〈斎藤秀夫＝井上繁規＝小室直人〉(第一法規、第二版、一九九一年)(以下では、「注解民訴3」と表記する)。

(2) 石川明「民事訴訟における真実－民訴改正・失権と関連して－」判タ八七二号四頁以下(一九九五年)。

(3) 石渡哲「時機に後れた攻撃防禦方法の失権(上)(中)(下)－現行失権規定の解釈論を中心として－」判タ五四三号三〇頁以下、五五一号一八頁以下、五五八号六六頁以下(いずれも、一九八五年)において私は既に、現行失権規定の解釈論上の問題点をほぼ網羅的に検討した。本文で次に述べるように、私は、本稿をもって失権規定の根拠に関する従来の私見を改めるので、それに応じて解釈論上の問題点の中にも見解を改めなければならないことがあるであろう。いずれ、右の論稿における見解を修正する論稿を発表したいと考えている。

(4) 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根拠を中心として－」防衛大学校紀要(社会科学編)五六輯七頁以下(一九八八年)。

二　失権規定の根拠、目的ないし性質に関する従来の見解

(一)　失権を刑罰の一種とみる見解

失権が怠慢な、ないし訴訟の引き延ばしを図る当事者に対する刑罰(Poena Praeclusi)であるかという点は、普通法時代には問題になっていたが、現在では失権を刑罰とみる考え方はほぼ克服されたとみていいであろう。(5)

ただし、最近でも、失権について言及する際に、「手続罰(Verfahrensstrafe)」(6)とか、本来刑罰と同義である「ペナルティー」(7)という言葉が使われることがある。また、ドイツの簡素化法は周知のように、当事者の訴訟促進義務を定め、これに違反して時機に後れて提出された攻撃防禦方法の失権を強化したが、立法資料において失権はこの義務違反に対する「制裁(サンクション)」の体系である(System der Sanktionen gegen eine Verletzung dieser Pflichten)、と説明されている。(9)「サンクション」という言葉はわが国の学説の中でも使われることがある。(10)「制裁(サンクション)」もその意味するところは本来刑罰に近い。しかし、ここでこれらの言葉が使われているのは、失権が当事者に不利益を及ぼすことに注目したためであって、失権が厳密な意味での刑罰としての性質を持っていると考えられたためではないであろう。

(二)　失権を訴訟遅延の防止策とみる見解(通説的見解)

1　失権を訴訟の促進のためのないし遅延の防止のための方策の一つであるとみるのが、現在の通説であるといえよう。(11)ドイツにおいて簡素化法の立法者も、失権の強化を訴訟の引き締めと促進のためである、と説明している。(12)

通説については、以下の点を確認しておきたい。

第一に、通説は、もともと失権は随時提出主義の訴訟の弊害であるいわゆる雨だれ式提出による訴訟遅延を防止す

るための手段であるが、裁判の適正を、換言すれば真実の発見を害することがあり得る、と考えていることである。[13]通説を支持する多くの学説が、失権規定ないし失権制度は裁判の適正と訴訟の促進の調和を図るものである、という趣旨のことを述べているのも、そのためである。[14]また、ここでいう「真実」とは、訴訟外の客観的真実のことであることにも、注目すべきである。

第二に、訴訟遅延防止のために失権が果たす機能としては、次の二つが考えられる。一つは、提出された攻撃防禦方法を取り上げないことにより、差し迫った訴訟の遅延を生じさせないという機能である。他は、当事者に失権に対する恐れから間接強制的に攻撃防禦方法を早期に提出させることにより、遅延を予防するという機能である。[15]さしあたり、前者を「具体的遅延排除機能」、後者を「間接強制機能」と呼ぶことにする。多くの文献において、失権が間接強制機能を果たし得ることが指摘されているが、[16]具体的遅延排除機能についてはあまり言及されることがない。もっとも、それは、失権が具体的遅延排除機能を果たすことがないと考えられているからではなく、これを果たすことは当然のことと考えられるため、わざわざ言及されないのであろう。

2　通説のように、失権規定が裁判の適正と訴訟の促進との調和を図るものであるとの立場に立つならば、現実の実務においてまさにそうであるように、裁判所は失権の権能の行使につき消極的にならざるを得ないであろう。それは、一つには、裁判の適正を重視する裁判官のメンタリティー、および、失権により敗訴するであろう当事者に対する同情を禁じ得ない人情にもよる。しかし、そのほかに次のようなこともいえる。裁判の適正については、裁判所の確定した事実と訴訟外の客観的真実とが一致したことをもって適正と考える立場を前提とする限り(私は、後述のように、この前提を採らないが)、裁判は適正であるかないかのいずれかである。つまりこれは正しいか間違っているかの問題である。それに対して、訴訟の遅延は程度あるいは比較の問題である。そうであるとすれば、裁判官は不適正な裁判をする危険を犯してまで、遅延の防止のために失権の権能を行使する気にはならないものと思われる。

次に、失権が訴訟遅延のために果たす機能として考えられることのうち、間接強制機能に期待を寄せてはならない——もっとも、現実に、実務家がこれに期待を寄せることはまずないであろうが——。なぜなら、かかる期待は、当事者に失権に対する恐れをいだかせることを重視する考え方につながり、それゆえ、現実の遅延発生の有無にかかわらず攻撃防禦方法を失権させるような規定の立法につながるからである。かような過度の失権は受け入れられるものではない。

(三) 失権を実体法上の権利行使に対する制限とみる見解

ドイツでは、ヘンケルら[17]が、わが国では吉村徳重教授[18]が以下のような見解を主張されている。すなわち、民事訴訟は、その目的が本来当事者間の利益の調整であるから、私法上の取引過程を規律する規範と無関係でないところ、私法規範も、適時の権利行使が期待されながらそれがなされなかったときに、権利の喪失(失権)を規定する場合があることから、時機に後れた攻撃防禦方法の失権を正当化しようとする見解である。

しかし、この見解は、国家的制度である民事訴訟を取引過程と同じ平面で捉えている点に問題がある。訴訟関係は公法上の関係であり、取引関係は私法上の関係であって、両者は異質である。たしかに民事訴訟制度は、基本的に個人の自由な処分が許される私法上の権利・法律関係をめぐる紛争の解決のための制度である。また、後述のように、私見によれば、民事判決は訴訟外の客観的真実に基づいて権利・法律関係を確定するものではなく、訴訟における真実は法定の手続に従って形成されるものと考えるべきである。したがって民事訴訟手続と私法上の取引過程の間には類似点が存在し得ることは否定できない。それゆえにまた私法上の規範が民事訴訟手続に類推適用されるべき事態もあり得る。しかしそれは、異質ではあるが類似点があるからであって、両者が同質であるということではない。かくして私は、失権を実体私法上の権利行使に対する制限とみて、これを正当化する見解には賛成できない[19]。

㈣ 失権と審問請求権および手続保障との関係

1 ドイツでは、失権がボン基本法（GG）一〇三条一項の保障する審問請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）[20]を侵害しないかということが論じられている。

審問請求権の内容については以下のとおり説明されている。「手続関係人はそれぞれ、申立てをし、事実主張をもってそれを理由付け、必要な証拠方法を申し出る権利を有する。また、事実から引き出される法的見解を陳述することもできる。訴訟の相手方は、それらを了知し、自己の見解を述べる権利を有する。……基本法一〇三条一項は、裁判所に対し、訴訟関係人の陳述を了知して検討し、申し出られた証拠を原則として取り調べ、提示された法的見解には、それらが明らかに不当または問題外でないかぎり、取り組んで対決することを義務付ける。」[21]

わが国の憲法には審問請求権を保障する明文規定はないが、解釈上これを肯認することができる。[22]そこで、わが国でも、失権規定が審問請求権を侵害するか否かを検討する必要がある。この点について、ドイツでは、失権規定は、当事者が自分にとって重要な点につき意見を述べる十分な機会（ausreichende Gelegenheit）を持ちながらこれを擁護し得る理由なしに懈怠したか、それを有責に行使せずに消滅させた場合には、審問請求権侵害にならないという考え方が有力な学説および判例によって採られている。[23]これに対して、ドイブナーは、審問請求権の侵害がなかったといえるためには、抽象的に右の機会があるだけでは足りず、関与者が陳述のための可能性と契機を認識し得る状況でなければならない、と主張している。[24]審問請求権の保障を実効性のあるものとするためには、ドイブナーのような解釈を採るべきであろう。しかし、有力説、判例のいう「十分な機会」とは、実はドイブナーの考えているような意味であると解する余地もありそうに思われる。もしそう考えることができるならば、両者の間に違いはないであろう。いずれにせよ、当事者が陳述ないし提出のための具体的に十分な機会を持っていた場合には、失権は審問請求権の侵害にならない。

ちなみに、ドイツでは裁判所が失権規定の解釈、適用を誤った場合、それによって不利益な裁判をなされた当事者は審問請求権の侵害を理由に、憲法裁判所に救済を求めることができるかが、問題になっている。失権規定の解釈、適用の誤りは単なる法律の解釈、適用の誤りであることを理由にこの問題を消極的に考える立場もある。しかし私はかつて、ドイツ法の解釈論として、法律の解釈、適用の誤りでも、その結果憲法が保障する基本権が侵害された場合には、憲法裁判所への救済を求めることが認められるべきである、との見解を表明した。[25] 私は現在でもこの見解を維持したいと考えている。しかし、ドイツではその後もこの問題に関する判例が多数出ており、学説も進展しているので、いずれこの問題を再検討する機会を持ちたいと考えている。[26]

2　わが国では、失権規定について、それが手続保障に反するのではないかということが問題になり得る。以下では、中野貞一郎教授の所説[27]に従いつつ失権規定と手続保障の関係を検討する。手続保障には、裁判所へのアクセスという意味での手続保障と裁判手続内での手続保障とがある。審問請求権については後者との関連が問題になる。ドイツでは、裁判所が審問の機会を与えずに裁判するという国家による審問請求権侵害において、私人の国家に対する権利として審問請求権を位置付け、その侵害に対する救済が論じられている。これに対してわが国の手続保障論は、紛争解決における審判官の役割を極端なまでに消極化して捉える。裁判手続と訴訟前の当事者間の交渉過程との連続性を強調し、当事者間に十分な訴訟活動を展開させるための手続ルールを探求していくという方向が採られている。[28] そこでは、国家と当事者との関係における審問請求権の侵害に対する救済というアプローチはほとんど前面に出てこない。民事訴訟手続が、単に当事者間の交渉の場ではなく、公的な紛争解決のための制度であるとすれば、[29] そこにおける失権の可否については、憲法上の審問請求権侵害の有無のみを問題にすれば足りるであろう。[30]

(5)　ドイツにおいて以下の学説、判例が失権は刑罰でないことを明言している。ディーター・ライポルド(染野義信＝森勇訳)「当事者の訴訟促進義務と裁判官の責任」ペーター・アレンス＝小島武司編『西独民事訴訟法の現在』一八〇頁(中央大学出版

部、一九八八年。これは、Leipold, ZZP 93(1980), 237ff. の邦訳である。本稿で以下においてこの論文を引用する際には、この邦訳を引用する)。Deubner, NJW 1979, 337, 339; Fastrich, NJW 1979, 2598f.; Wolf, JZ 1983, 312; BGHZ, 75, 138, 143=NJW 1979, 1988; BGHZ, 98, 368, 374=NJW 1987, 500=JZ 1987, 416 mit Anm. Wolf. Poena Praeculsi については、vgl. Otto, Präklusion, 1970, S. 140.

(6) LG Freiburg, NJW 1980, 295.

(7) 「民訴改正『要綱試案の検討』(2)」判タ八七六号四四頁〈加藤新太郎〉(一九九五年)。

(8) 簡素化法についてのわが国の文献は極めて多数あり、ここでは、一部のもののみを挙げておく。木川統一郎「西ドイツにおける民事訴訟促進政策の動向—簡素化法(一九七七年七月一日施行)を中心として」『訴訟促進政策の新展開』一頁以下(日本評論社、一九八七年。初出、判タ三五二号〈一九七七年〉、三五三号〈一九七八年〉、吉野正三郎教授と共著)、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御方法の却下について」民商七八巻臨時増刊号(3)(末川先生追悼論集)一一九頁以下(一九七八年)、宮崎公男=岡久幸治「西ドイツ簡素化法およびシュトゥットガルト方式について—わが国の民事実務における活用のために—(一)・(二)」判時九一七号三頁以下、九一八号三頁以下(一九七九年)、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」独協法学一五号一九頁以下(一九八〇年)、カール・ドイブナー(木川統一郎=坂本恵三訳)「簡素化法実施後における民事訴訟実務の展開」判タ四七四号一四頁以下(一九八二年)、ハラルド・ブーム(木川統一郎=森勇訳)「簡素化法の民事訴訟実務に与えた影響」判タ四七四号二六頁以下、吉村徳重「訴訟促進と弁論の活性化—西ドイツ簡素化法の理想と現実—」『刑事法学の諸相(下)井上正治博士還暦記念論文集』三〇一頁以下(有斐閣、一九八三年)、吉野正三郎「簡素化法による失権制度の構造と問題点」『西ドイツ民事訴訟法の現在』一八五頁以下(成文堂、一九九〇年。初出、立命館法学一九二号〈一九八七年〉)、同「簡素化法による改正の成果と展望」同書二一五頁以下(初出、ジュリ九一四号〈一九八八年〉)。なお、司法研修所編『ドイツにおける簡素化法施行後の民事訴訟の運営』一八四頁以下(法曹会、一九九五年)に簡素化法に関して日本で公刊された文献の網羅的リストが収録されている。Vgl. auch BT Drucks. 7/2729 S. 38.

(9) BT. Drucks. 7/5250 S. 4. ライポルド・前掲注(5)一七九頁もこの説明をそのまま援用している。Vgl. auch BT Drucks. 7/2729 S. 38.

(10) 竹下守夫=伊藤眞編『注釈民事訴訟法(3)』二六八頁〈山本克己〉(有斐閣、一九九三年)(以下では、「注釈民訴3」と

表記する)。

(11) わが国ではたとえば、糸賀悌治「民事訴訟法第百三十九条の運用に就いて」法曹会雑誌一二巻二号四五頁(一九三四年)、三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』三四三頁(有斐閣、一九五九年)、同『民事訴訟法(法律学講座双書)』三八四頁(弘文堂、第三版、一九九二年)、兼子一『民事訴訟法体系』二三一頁(酒井書店、増訂版、一九六五年)、菊井維大＝楠本安雄『攻撃防禦方法の提出(総合判例研究叢書・民事訴訟法8)』九七頁(有斐閣、一九六五年)、栗田陸雄「随時提出主義」『民事訴訟法の争点』二〇七頁(有斐閣、旧版、一九七九年)、兼子一ほか『条解民事訴訟法』三五二―三五三頁〈新堂幸司〉(弘文堂、新版、一九八六年)、菊井維大＝村松俊夫『民事訴訟法I』七八七頁(日本評論社、全訂・追補版、一九八四年)、若林安雄「訴訟手続の時間的規制の主な問題点」近法三二巻四号二頁(一九八四年)、内田武吉「随時提出主義」『民事訴訟法の争点』二一二頁(有斐閣、新版、一九八八年)、新堂幸司『民事訴訟法』三二七頁(弘文堂、第二版補正版、一九九〇年)、注解民訴3三一二頁〈斎藤秀夫＝加藤新太郎＝小室直人〉、四九一頁〈斉藤＝井上＝小室〉。石渡・前掲注(4)時機に後れた攻撃防禦方法の却下二四頁も通説と同じ見解を表明していた。

ドイツでは、たとえば、Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 52. Aufl., 1994, § 296 Rdnr. 2; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl., 1987, § 296 Rdnr. 1; Zöller/Greger, ZPO 19. Aufl., 1995, § 296 Rdnr 1; Wolf JZ 1983, 312. 判例でこのことを判示しているものとして、たとえば、BGHZ 75, 138, 143＝NJW 1979, 1988; BGHZ 98, 368, 374＝NJW 1987, 500＝JZ 1987, 416. mit Anm Wolf.

(12) BT Drucks. 7/2729, S. 38 f.

ただし、Grunsky, JZ 1977, 201 は、簡素化法の立法者は当初、訴訟促進のために失権の強化を図ったが、やがて、訴訟遅延の原因は提出の遅れにあるのではなく、手続構造の脆弱さにあると認識を変えた、と述べている。

(13) 糸賀・前掲注(11)六三頁、ライポルド・前掲注(5)一七六頁、一八二頁、前掲注(1)シンポジウム一三三頁〈三宅〉、注解民訴3四九一頁〈斎藤＝井上＝小室〉、Baumbach/Lauterbach/Hartmann, aaO., § 296 Rdnr. 2.真相を知りたいが、「鞭としての失権規定」が必要であるという、倉田卓次氏の　発言も同じ趣旨である。「民訴改正『要綱試案の検討』(2)」判タ八七六号二七頁〈倉田卓次〉。

(14) 注解民訴3四九一頁〈斎藤＝井上＝小室〉。春日・前掲注(8)二〇頁も同様のことを述べている。

これと異なり、中野貞一郎教授は、「裁判の適正と迅速という縦横の理念の間で『黄金分割』が求められるのである」と述

べておられる。同「民事裁判と憲法」『民事手続の現在問題』一九頁（判例タイムズ社、一九八九年。初出『講座民事訴訟1』一九八四年）。縦と横は、真正面から衝突するものではないので、中野教授は、裁判の適正と迅速の二要請は完全に対立するものとは考えておられないのであろう。

(15) 山本克己助教授が、失権規定は直接に審理期間の短縮をもたらし、間接に早期の提出を促すと述べておられるのは、この趣旨であろう。注釈民訴3二七〇―二七一頁〈山本〉。

(16) 前掲注(1)シンポジウム一一三頁〈石川明〉、霧島甲一「民事訴訟における失権とその根拠」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』三六〇頁（有斐閣、一九八八年。初出、法教三五号〈一九八三年〉）、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法7』九四頁以下〈林屋礼二＝中田昭孝〉（第一法規、第二版、一九九三年）。訴訟の促進のために失権による「外圧をかけておくことは、それなりに実際上の効果を持つ」という、中野貞一郎教授の発言も同じ趣旨であろう。座談会「民事訴訟における審理の充実と促進」民商一〇〇巻六号八六頁〈中野貞一郎〉。そのほか、更新の禁止、すなわち、控訴審での提出の制限についてであるが、石渡哲「民事訴訟法の改正と控訴審の審理構造―事後審、覆審、続審の長短およびそれぞれの採用の適否―」『民事手続法の改革（ゲルハルト・リュケ教授退官記念）』一三三―一三四頁参照（信山社、一九九五年）。

(17) Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, SS. 93 ff., 112 ff.; Wolf, ZZP 94 (1981), 310, 318 ff.

(18) 吉村・前掲注(8)三二四頁以下。ただし、前掲注(1)シンポジウム一七三頁〈吉村徳重〉参照。そのほか、吉村徳重「西ドイツにおける各種訴訟促進案とその問題点」法政三六巻二―六号二二三頁以下（一九七〇年）参照。

(19) ライポルド・前掲注(5)一八一頁以下、吉野・前掲注(8)簡素化法における失権制度の構造と問題点二一二頁以下も、これらの見解を批判している。

(20) 中野・前掲注(14)二一頁注(20)は、「審尋請求権」の訳語が正確であると、述べている。本稿では一応より一般に使われている「審問請求権」の語を使うことにする。

(21) Lüke/Walchshöfer, Münchner Kommentar zur ZPO, 1992, Einleitung Rdnr. 122, 123(Lüke). 訳文は、中野貞一郎「憲法と民事訴訟法―ゲルハルト・リュケ教授の所説に即して―」『民事手続法の改革（ゲルハルト・リュケ教授退官記念）』八頁（信山社、一九九五年）による。Lüke/Walchshöfer, aaO., § 296 Rdnr. 10(Prütting) にも同様な説明がなされており、かつ、これと同旨の判例が提示されている。

(22) その理由付けとしては、中野・前掲注(14)民事裁判と憲法一四頁、同・前掲注(21)憲法と民事訴訟法一三頁を援用する。

(23) Lüke/Walchshöfer, aaO., § 296 Rdnr. 12 (Prütting). 非常に多数あるドイツの判例は同書に引用されている。そのほか以下の文献も、失権規定は合憲である、と述べている。Baumbach/Lauterbach/Hartmann, aaO, § 296 Rdnr. 24 ff.; Stein/Jonas/Leipold, aaO., § 296 Rdnr. 8 ff.; Zöller/Greger, aaO., § 296 Rdnr. 2.

(24) Deubner, NJW 1980, 1946.

(25) 石渡哲「ドイツ民事訴訟法関係判例紹介34」判タ四五二号七四頁(一九八一年)。なお、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」広法七巻一号一三頁以下参照。

(26) この問題については、vgl. Lüke/Walchshöfer, aaO., § 296 Rdnr. 23 ff (Prütting). 同書にはこの問題をめぐる多数の判例も引用されている。

(27) 中野・前掲注(21)憲法と民事訴訟法一三一一四頁。

(28) 井上治典「手続保障の第三の波」『民事手続論』四六頁以下(有斐閣、一九九三年。初出、法教二八号、二九号〈一九八三年〉)。

(29) 私は既に、民事訴訟手続をそのように解すべきであることを論じているので繰り返さない。石渡・前掲注(16)民事訴訟法の改正と控訴審の審理構造一四一頁。次の学説も手続保障論に対する疑問を提起している。中野貞一郎「医療過誤訴訟の手続問題—最近における民事訴訟理論の動き」『民事手続の現在問題』一三五頁以下(初出、「医療過誤訴訟について」法教一六号〈一九八二年〉)。

(30) 私は、旧稿で失権の理論的根拠を論じた際、失権は手続保障との関連でも問題ない、と述べた。石渡・前掲注(4)時機に後れた攻撃防禦方法の却下二七頁。しかし、本文で述べたように、本稿では、この点は論じない。

三　失権規定の根拠に関する石川明教授の見解

失権規定の根拠に関する石川明教授の見解を要約すると以下のようになる。(31) まず石川教授は、弁論主義を真実発見の手段ではなく自由主義的国家観に基づくものであるとの考えを前提にして、当事者は訴訟においても私的自治の原則に基づいて法律関係、事実関係を自由に形成することができる反面、攻撃防禦方法の不提出または失権による不利

益を負わなければならない、とされる。それは、自由に伴う自己責任の原則である。客観的真実の発見の要請は、自由な実体形成ないし自己責任の原則ゆえに後退する。ただし、両当事者の事実上ならびに法律上の主張が対立した場合には、客観的真実発見の要請が出てくる。この点で弁論主義は真実発見の要請に奉仕する面も持つ。自己責任の原則からすると、裁判所は失権規定の適用にもう少し積極的になってもいい。ただし、真実発見の要請を無視してもいいというわけではないから、失権の過度の強化も問題である。

(31) 石川・前掲注(2)民事訴訟における真実四頁以下。

四 私 見

1 石川明教授の見解に従い、私は、当事者は民事訴訟において法律関係、事実関係を私的自治と自己責任の原則により形成する自由を有し、同時に責任を負うものと考える。したがって、訴訟における真実は、訴訟外の客観的真実ではなく、法定の手続に従って形成されるものである。もちろん、基本的には両者は乖離してはならない。しかし、当事者の怠慢やときには訴訟引き延ばしの悪意により生じる手続の遅滞を排除することは、合理的である。つまり、失権規定には、失権の要件が適切に規定されている限り、合理性がある。攻撃防禦方法がかような合理的な失権規定の定める要件を満たしている場合には、これを失権させたうえで確定された事実が、民事訴訟における真実であるといえる。そうであるとすれば、その場合には、失権は裁判の適正を害したことにならない。

ただし、右に、怠慢、悪意による遅延の排除が合理的であるといったが、はたしてそういえるのか、疑問の余地がなくはない。この合理性を訴訟促進に関する公益から肯定しようとする考え方がある(32)。公益の概念は曖昧であるが、従来訴訟の促進に関する公益というと、とかく、訴訟の効率化による司法権の威信が考えられがちであった(33)。しかし、

公益ないし国家の利益のために個人の自由や権利が犠牲にされることは、国民主権の憲法下では認められない。[34] しかし、当事者の怠慢ないし悪意により裁判所が時間や労力をロスすることにより他の多くの事件にその悪影響が及ぶことが、とくに紛争の多発している社会では、あり得る。[35] その結果民事訴訟制度を利用しようとする多くの個人の利益が害される。そこで、公益の意義を現実の社会で相互に対立することのありうる個人の利益の調和した状態と解するならば——ただし、それは従来の公益概念とは異なるものであるかも知れない——、公益に基づいて失権を正当化することができよう。[36] なお最近、伊藤眞教授が、訴訟制度が財政的に国民の負担(税金)によって賄われていることから、私人の利益だけを優先するわけにはいかない旨を述べておられる[37]ことにも、注目すべきであろう。

さらにまた、失権については公益のみならず相手方の利益も考えなければ、衡平でない。つまり相手方は紛争の早期解決についての利益を有している。[38] また、不当に遅れた権利保護は権利保護の拒絶に等しいことからすれば、訴訟の遅延は財産権不可侵の原則(憲二九条一項)に反することにもなり得る。[39] 一方の当事者の怠慢や悪意により訴訟が遅延することの防止を裁判所が漫然と怠れば、当事者間の衡平は損なわれる。ここにも、失権の根拠がある。[40]

2　私は決して失権の過度の強化を主張するわけではないが、以上の私の基本的立場に立って失権に関する立法論および解釈論を展開した場合、学説、および実務における従来の一般的な考え方によるよりは失権を強化することになろう。そこで失権の強化に対して予想される、あるいは現に提起されている反論に対して自説を防禦しておきたい。

まず、失権について頻繁にいわれるのは、失権を恐れる当事者が無用の訴訟資料まで提出し、それにより手続がかえって遅延するのではないかということである。[41] この批判に対して、木川統一郎弁護士は、訴訟の初期の段階とくに冒頭で訴訟資料が氾濫するほどに集まることのほうが、訴訟促進にとって望ましい、と主張されている。[42] たしかに早期に訴訟資料が提出されることが望ましいということはいえる。しかし、それにも限度があり、全く的をはずれた訴訟資料が大量に提出されれば手続は混乱しかつ遅延するであろう。

当事者が弁護士によって代理されている場合には、かような事態は回避できるであろうが、本人訴訟において失権を強化すると右の弊害が起こるか、あるいは、失権により重要な訴訟資料が却下される事態が頻繁に生じる危険が大きい。したがって、立法論として失権をどの程度強化すべきかは、弁護士強制が実現できるか否かにもかかっている。現実に近い将来におけるその実現が望み得ない以上、私も、失権の強化には限度があると考えている。

3　失権の強化は、当事者の訴訟の結果についての不満の原因になり得ることから、問題とされることがある。(43)

たしかに、訴訟の結果についてできるだけ当事者が不満を抱かないようにすることは、重要である。しかし、敗訴当事者に全く不満を抱かせないようにすることは、不可能である。むしろ重要なことは、敗訴当事者の不満を最小限に抑えると同時に、利害関係を持たない中立的第三者の納得を得るような訴訟運営がなされることであろう。その点からすると、一方当事者の怠慢ないし悪意によって訴訟が遅延することこそ、中立的第三者の納得を得られないのではないだろうか。

また、私見は、前述のように、民事訴訟における真実は訴訟において形成される真実であると考えるが、それでも、かかる真実が客観的真実と乖離することに対しては、中立的第三者が疑問を抱くかもしれない。しかし、裁判所と当事者（訴訟代理人を含む）との協力により、審理が充実するならば、誠実な当事者の訴訟においては、ほとんどの場合真実発見に必要な攻撃防禦方法は適時に提出され、したがって失権の要件が適切に規定されている限り、これを満たす攻撃防禦方法は真実発見のために役立たないということになろう。そうなれば、失権に対する第三者の疑念もあまり生じないものと思われる。ただしそのことは、失権が行われるためには、弁論の充実が前提条件になるということでもある。

さらに、当事者の不満を考えるならば、遅延が生じる場合、これを生じさせた当事者の相手側当事者がいだくであろう不満も考えなければならないはずである。

4 失権はまたそれをめぐる派生的な紛争やそれに伴う上訴を引き起こし、訴訟促進に反するという批判がある。[44] たしかに、失権を強化した簡素化法施行後のドイツで失権規定の解釈、適用をめぐる判例が法律雑誌に多数登場したことからも分かるように、失権は派生的な紛争を引き起こす可能性をはらんでいる。とくに、失権規定の改正後しばらくの間混乱が生じることは十分に予想されることである。しかし、規定が明解で合理的である限り、混乱がいつまでも続くということはないであろう。

5 最後に、訴訟代理人である弁護士の過誤により攻撃防禦方法が失権した当事者の不利益が問題になる。これを当事者に負わせるのは気の毒なようでもあり、また、かかる当事者が弁護士を相手取って弁護過誤による損害賠償請求訴訟を提起することも困難であるといわれている。なぜなら、第一に、失権がなければ訴訟の結果が変わっていたであろうとの立証が困難であり、第二に、弁護士は通常弁護過誤訴訟の原告側代理人になることを嫌うものと推測されるからである。[45]

たしかに、弁護士の責任を追求することに事実上上記のような困難があることは否定できない。しかし、弁護士の過誤によって権利を失った依頼人は、この弁護士に対する損害賠償請求権を持つはずである。弁護士の職業倫理上、およそ弁護士の職にあるものは、この者の権利保護のために弁護過誤訴訟におけるその訴訟代理人になることをためらってはならない。

(32) たとえば、Habscheid, ZZP 81 (1968), 175, 193 は、迅速な訴訟に関する公益は、真実発見に関する私益に優先する、と述べている。

(33) 染野義信「訴訟の進行に対する法規制の本質—訴訟促進規制の性格と発展について—」『裁判法理論の展開』一〇〇—一〇一頁(勁草書房、一九七九年。初出、民事法学の諸問題〈一九五八年〉)、同「訴訟促進規制の本質」同書一一三頁(初出、法時三〇巻一一号〈一九五八年〉)参照。

(34) 吉村・前掲注(18)西ドイツにおける各種訴訟促進案とその問題点二二九頁、注釈民訴3二六九—二七〇頁〈山本〉。

(35) 染野・前掲注(33)訴訟の進行に対する法規制の本質八一頁以下参照。

(36) 注釈民訴3二七〇頁参照〈山本〉。

(37) 伊藤眞「争点整理手続再論」『民事裁判の充実と促進(木川統一郎博士古稀祝賀)上巻』四二七頁(判例タイムズ社、一九九四年)。

(38) このことは、ドイツの立法者も指摘している。『ドイツ民事裁判制度改正準備委員会報告』後編一〇九頁(法曹会。同書は、Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 1969 の邦訳である)。

(39) 中野・前掲(14)民事裁判と憲法一八頁。

(40) 既に、豊泉貫太郎「判批」法研四一巻一二号九八頁注(三)(一九六八年)が失権規定の根拠は公益性にではなく、当事者間の平等(衡平と言い換えてもよかろう)にある、と主張している。

(41) たとえば、注釈民訴3二七一頁〈山本〉、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」法研五四巻一一号一一一頁(一九八一年)など、枚挙にいとまがない。

(42) 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』二九頁注(51)(有斐閣、一九七二年、初出、「訴訟促進のための具体的諸方策とその評価」『実務民事訴訟法講座第一巻』〈一九六九年〉、同「西ドイツ一九七〇年民訴法改正草案の訴訟政策的評価」同書六五頁以下(初出、比較法雑誌六巻三・四号〈一九七一年〉)。

(43) 吉村・前掲注(8)訴訟促進と弁論の活性化三三五頁、注釈民訴3二七一頁〈山本〉、山本和彦『民事訴訟審理構造論』三六八頁(信山社、一九九五年。本書は、形式的には既発表の論文を収録する論文集であるが、実質はモノグラフである。該当部分の初出は、「訴訟法律関係の契約的構成—裁判所と当事者の『審理契約』を中心に(1)(2完)」法学五五巻一号、二号〈一九九一年〉)。前掲注(1)シンポジウム「民事訴訟の促進について」一七二頁〈河野正憲〉参照。

(44) 前掲注(7)民訴改正「要綱試案の検討」(2)三七頁、四五頁〈池田辰夫〉。

(45) 注釈民訴3二七二頁〈山本〉、ライポルド・前掲注(5)一九八—一九九頁。

五　おわりに

本稿で私は失権の根拠について、石川明教授の御論稿から御示唆を受けながら、検討した。失権については、これまでにもいくつかの角度から数編の拙ない論稿を発表してきた(46)。しかし、失権の根拠についての確たる自説を持ちえないままに検討を続けていた。今後、本稿で披瀝した考え方を前提にして、これまでの検討の結果を見直し、失権規定をめぐる具体的な問題につき解釈論および立法論を展開したいと考えている。

石川明先生には、これまでの御学恩に衷心より感謝申し上げますとともに、慶應義塾大学御退職後もなお不肖の弟子への御鞭撻を賜りたく、お願い申し上げます。

(46)　本稿ですでに引用したもののほかに、「時機に後れた相殺の抗弁と訴訟促進」民訴二七号二一頁以下（一九八一年）、「西ドイツ簡素化法施行後における更新権の制限について―西ドイツ民訴法（ＺＰＯ）五二八条の問題点―」法研六一巻六号八〇頁（一九八八年）など。