

## 西ドイツにおける各種控訴促進案とその問題点

吉村, 徳重  
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1606>

---

出版情報 : 法政研究. 36 (2/6), pp.189-234, 1970-12-20. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 西ドイツにおける各種訴訟促進案と

## その問題点

吉村 徳重

- 一 序言
- 二 バウア案とシュトウツガルト・モデル
- 三 民訴改正準備委員会案と民訴改正草案
- 四 訴訟遅延の諸原因と訴訟促進案をめぐる基本的問題点
- 五 結語

### 一 序言

民事訴訟手続の遅延が重大な社会問題とされ、これを何とか解消しなければならぬといわれている点では、西ドイツでもわが国と異ならない。どのような場合に訴訟手続が遅延しているといえるかについては、人によってその基準を異にするが、西ドイツの訴訟遅延の状況は相当に深刻であって、ことに近年その事態は更に悪化しつつあるように見える。この事態が真剣に受けとられ、いろいろの対処策が考えられてきたことはもちろんである。とりわけ、一九六七年一月に西ドイツ司法省が、訴訟促進のための民事訴訟法改正草案を発表して、各方面の批判をあおいだこ

とを契機として、この問題が再び西ドイツの関係者間の議論の焦点となった。

この西ドイツの民訴改正草案の審議に大きな影響を与えているものに、シュトゥットガルト地裁において行われている集中審理の実験がある。<sup>(4)</sup> Stuttgarter Modell<sup>(4)</sup>といわれるこの手続は、一九六七年一月初頭から同地裁民事第二〇部のベンダ (Bender) 裁判長によって初められたが、現行のドイツ民訴法を活用して、迅速な訴訟審理を実現することに成功したために、各方面の注目をあび、<sup>(5)</sup> 西ドイツ各地の裁判所でも (ほぼ二〇の部にのぼる) これに従うものが現われてきた。

ここにいわゆるシュトゥットガルト・モデルと民訴改正草案とは、従来から西ドイツにおいて訴訟促進策として提案されてきた二つの典型を承継している。一つは、パウア教授の提案に初まるが、<sup>(6)</sup> 期日前に予め準備書面の交換を尽し、十分の準備を整えたるうえで主要弁論期日を開く方法である (予行手続前置方式)。他は、一九六一年の民訴改正準備委員会報告案に由来するものであって、<sup>(7)</sup> まず、第一回期日をできるだけ早く開くのを原則とし、ここで解決できない事件について更に準備を整えて、主要弁論期日を開く方法である (早期第一回期日方式)。シュトゥットガルト・モデルは前者を具体化し、民訴改正草案は後者を原則とするが、なお予行手続前置方式を選択する余地を認める折衷案となっている。

もちろん、訴訟遅延をもたらす原因は広範にわたっており、これが単に民訴法規の改正だけで解消されるものではないことはいうまでもない。シュトゥットガルト・モデルが集中審理を実現できたのも、当地の弁護士会の熱心な協力をえられるなど、いろいろの前提条件を備えてのことであった。従って、民訴改正草案のように、訴訟遅延の理由をもっぱら当事者が早めに訴訟資料を提出しない点にありとして、遅れた資料提出の排除を厳格にするよう民訴法を改正するだけで、訴訟促進を実現できるかについては、多くの反論がなされている。<sup>(8)</sup> 本稿は、訴訟促進方策をめぐっ

て、西ドイツに現われた最近の論争<sup>(9)</sup>を整理して、そこに含まれている基本的な問題点に及ぶことによって、同様に訴訟遅延現象に悩んでいるわが国における問題解決への視点を提供することを目的とする。

(1) 理想的審理期間の絶対的基準などありえず、たとえば、Vollkommer, Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen, ZfP 81, 102 (124) が紹介する従来からの各種の基準も、地裁についてだけでも、最長一カ年から最短三カ月と分れているが、標準的には六カ月を超えれば、すでに遅延と見るものが多い。

(2) 統計の示すところでは、地方裁判所では、判決までの審理期間が、六カ月以上にわたる事件が、一九五七年の五二パーセントから、次第に増加して一九六八年には六二パーセントになった。詳細には、六カ月以上審理期間を要した事件の割合(%)についての次表参照。

	1957	1961	1965	1967	1968
AG	24.7	28.7	32.5	34.3	38.3
LG	52.3	54.0	62.1	57.0	62.2

(3) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der ZPO (Stand: 17. November 1967) この民訴法改正第一草案の要点については、木川統一郎「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I一三九頁に簡単な紹介がある。一九七〇年一月二九日の最終草案については、柏木邦良「訴訟促進と西ドイツ民訴法改正の動き」ジュリスト四四九号九八頁に詳細な紹介がある。これらの改正草案の参照について、西ドイツの連邦司法省及びリュケ教授の御好意を得た。ここに深甚の謝意を表したい。

(4) この実務についても、木川統一郎「西ドイツ民訴法改正問題と三カ月裁判」ジュリスト四四六号八五頁、小山昇「事態がそのように惨めなところはどこにもない」ジュリスト四四九号九六頁に紹介がある。私は一九六九年六月、機会を得て数日にわたりこの実務を見学し、ベンダ裁判長初め民事第二〇部及び第二一部を構成する裁判官及び事件に関与していた弁護士数名から、この実務について話しを聞くことができた。ことにベンダ裁判長には、多数の資料の提供初めいろいろの御好意

をうけ、感謝に耐えない。ミンダ判事作成の多数の資料のうち、公版されたものとして、Bender, Die „Hauptverhandlung“ in Zivilsachen, DRiZ 1968, 163 ; Ders., Beschleunigt die Beschleunigungsnovelle, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1969, 58 があろ。

(5) 例えば、週刊誌『Spiegel』は二度にわたつてこの実務を取りあげ（『Der Spiegel』Nr. 34/1968, 27; Nr. 8/1970, 36）改正草案理由書も、第二次草案（Stand : 15, Juli 1969）以降はこの実務への対応を示すものを得なかつた。その後の改正問題に関する論評の殆んどがこの実務に触れてゐるといえる。

(6) Baur, Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess, 1966. 本書について、上田徹一郎「バウア著『訴訟における口頭弁論集中への道』」法と政治一八巻三号五五頁に詳細な紹介と論評がある。

(7) Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtbarkeit, 1961 ; 中務俊昌「弁論の準備と西独における論議」法学論叢七五巻四号一頁に委員会提案の紹介がある。

(8) vor allem, Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Ausschusses für Zivilprozess und Gerichtsverfassung des deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung, (27.9.1968) , Anwalt B. 1968, 334; H. Merkel, Gute oder schnelle Justiz, Anwalt B. 1969, 275; ferner vgl. auch Stötter, Lange Prozessdauer und ihre Ursachen, NJW 1968, 521 ; Lancelle, Umwelt und Recht — Richternacht oder Parteifreiheit, NJW, 1968, 1959 ; Redeker und Seeliger, Beschleunigung des Prozesses, ZRP 1969, 108, Bruns, Zur bevorstehenden Novellierung der Zivilprozessordnung, JZ 1969, 127

(9) 上掲のほか、民法改正草案やその他の訴訟促進方策を論じたものとして、Lauterbach, Konzentration oder Gleichwertigkeit der Terminen, JZ 1967, 137 ; Baumgärtel, Welche Anregungen vermag das neue griechische Zivilprozessgesetzbuch für die in Deutschland geplante Prozessbeschleunigung zu geben ? , ZZP 81, 6 ; Habscheid, Richternacht oder Parteifreiheit, ZZP 81, 176 ; Deubner, Über Massnahmen zur Beschleunigung des Zivilprozesses, ZZP 82, 257 ; Lorenz, Zur Reform des deutschen Zivilprozessrechts, JR 1968, 47 ; Haase, Randbemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung, JZ 1969, 419 ; Baur, Weitere Anregungen zur Beschleunigung der Zivilrechtspflege, JZ 1969, 482 参照。

## 二 バウア案とシュトゥットガルト・モデル——予行手続前置方式

一 バウア案 テュービンゲン大学のバウア教授が一九六五年一〇月にベルリン法律家協会で行った講演の中で提案したものである<sup>(1)</sup>。これがその前提として訴訟遅延の主な原因とみるのは、次のような事情である。すなわち、西ドイツ民事訴訟法のもとでは、当事者が小さく資料を提出し、裁判所も少しづつこれを知るにすぎないために、無駄な期日が繰返され、弁論期日の他に証拠調期日を開かざるをえないことになるという事情である。そこで、この実務を許している現行民法を改めて、弁論も証拠調も一回の主要弁論期日 (Hauptverhandlungstermin) で集中的に行うようにしなければならぬ。そのために、主要期日前に先行手続をおき、予め十分の準備を整えさせることとしたのである<sup>(2)</sup>。

先行手続は先行期日をもって完了するが、その前に三カ月を超えない期間内で準備書面の交換を行う。裁判所の釈明権はこの段階にも拡張され、当事者に対し提出期限を定め、解明すべき点を指示して、すべての申立、事実主張及び証拠の提出を尽させるようにする。当事者の資料提出を強制するために、答弁を怠った被告に対しては、先行手続内で欠席判決を言渡す。また、先行手続完了後の新しい資料提出は原則として排除され、ただ自己の過失によらずにこれを提出できなかったことを証明した場合に限り提出が認められるにすぎない。先行手続をしめくくる先行期日においては、訴訟要件について審理し判決（訴却下や移送）を下すが、更に、準備書面によって提出済みの当事者の主張、争点、証拠方法などを整理する。そのために、当事者本人の事情聴取 (Anhörung) もこの段階でみとめられる。先行期日では、当事者も裁判所も事実や証拠方法について十分の知識をうることになるので、和解を試みる最も適当な時期でもある。和解が成立せず、欠席、認諾又は放棄判決のいずれも問題にならないければ、裁判所は証拠決定

をすることになる。

そこで証拠調と口頭弁論を行う主要期日が指定されるが、この期日の中心となる証拠調がまず一挙に行われ、次いで当事者の最終弁論、裁判所の判決が続くことになる。期日の続行は原則としてみとめられないが、例外的にその必要がある場合には、一〇日以内に限られる。一〇日以内に続行できねば、証拠調をも含めて、すでに行われた主要期日をもう一回繰返さなければならぬとして、集中審理の間接的な強制が図られている。

バウア案の骨子は以上の通りである。時間的に期間の定められた先行手続での主張段階と、主要期日における証拠調段階とに手続が区別され、主要期日における新らしい主張を原則として排除する失権効を伴う点からみて、同時提出主義への復帰とみられる。<sup>(3)</sup> 随時提出主義をとる現行法からみれば、かなり思切った改革案である。一九六一年の民法改正準備委員会の報告書は、委員の一人であったバウアの主張と思われる同様の提案をかなり詳細に検討し、これによっては手続の改善は期待できないという多数意見を報告している。<sup>(4)</sup>

- (1) Baur, Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess, 1966参照。
- (2) Baur, a. a. O.(N.1), S. 13 は、この点で裁判官が事前の知識なしに主弁論にのぞみ、期日の準備の全責任を訴訟代理人が負うイギリス方式をとり得ない、とする。裁判所が事前に事実状態を知り期日の準備をも指導する裁判所主導型の従来  
の慣行を継承すべきであるという。
- (3) Vgl. Baur, a. a. O.(N.1), 17f.
- (4) Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtbarkeit, 1961, S. 197ff. 詳細な問題点については後述、先行手続方式の特質と問題点を参照。

二 シュトゥットガルト・モデル 一九六七年初頭からシュトゥットガルト地裁民事第二〇部において行われている

集中審理は、このパウア案を基礎として、これを具体化し迅速な訴訟処理に成功した。<sup>(5)</sup> もっとも、ここでは現行のドイツ民法を前提とし、これを十分に活用して集中審理を実現したわけであるから、法律改正を前提とするパウア案とはいくつかの点で異ってこざるをえない。しかし、主要期日前に準備書面交換を尽くして、準備を整えるという基本構造では共通である。そこでここでも後述のように主要期日までは十分の時間的な余裕をおく必要があるが、これはZPO二六一条と衝突する。同条によれば訴状送達後二週間の応訴期間を保障する限度でしか時間的ゆとりを認めていないからである。しかし、これは他方、同じZPO二七二条bが、「訴訟をできるだけ一回の弁論期日で解決するために、口頭弁論期日前に、適当と思われるあらゆる処置をとらねばならない」と規定すると矛盾する。裁判所は二週間余りの期間に同条二項に例示されているような<sup>(6)</sup>、弁論準備のための「あらゆる処置」をとれる筈がないからである。いずれか一方を遵守するためには他方を無視せざるをえない。ベンダ裁判長はZPO二七二条bを優先させ、同条を十分に活用して、シュトゥットガルト・モデルを作りあげたのである。<sup>(7)</sup>

シュトゥットガルト・モデルによる手続は、開始以来三年余りの経験に基づいて若干の改良を経ているが、大略次のような経過をとる。初めは、訴状<sup>(8)</sup>の受理後、裁判長が直ちに二カ月から二カ月半後の口頭弁論期日を定め、同時に三週間位の答弁書提出期間を裁定し、以後は報告裁判官(Berichterstatter—わが主任判事に近い)が準備書面交換手続を主宰した。<sup>(8)</sup> しかし現在行われている改良後の手続では、訴状の受理、答弁書(Klageerwiderung)再答弁書(Replik)の提出期間の設定とその受理手続はすべて書記局に委ねられ、裁判官の時間が節約される。<sup>(9)</sup> 書面交換手続が終った段階で初めて書類が報告判事(主任判事)に廻され、その報告の下に事前合議にかけられる。これにもとずき準備に必要な期間をおいて弁論期日が指定されるとともに、ZPO二七二条bにより期日のために必要な準備的処置が



とられることになる。すなわち、主任判事は当事者に対して、書面交換では不十分であった主張や証拠を、提出期間を定めて、補充するよう指示し、必要な証人や鑑定人を期日に呼出す。鑑定人には、鑑定事項を示して期日前に簡単な鑑定書の提出を依頼し、予め期日に出頭できることを確認しておく。双方の当事者本人を期日に呼出しておくことはとくに重要である。<sup>(10)</sup>

弁論期日は、請求の趣旨の陳述後、双方当事者本人の事情聴取によって開始される。当事者は関連ある出来事について詳細な説明を求められる。これによって、準備書面に現われた問題が解消してしまったり、新たな問題が生じたりする。多少とも事実関係に変更を生ずる場合が多いし、場合によっては新しい請求原因事実や抗弁事実を生ずることもある。裁判所は中間合議を行い、これらの点を整理したうえで、適当な場合には和解の提案をする。そうでなければ直ちに証拠調に入る。証人訊問が裁判官の主導によって行われることはわが国と対照的である。<sup>(11)</sup> 弁護人の訊問は補充的である。鑑定を要するときは、出廷している鑑定人に、提出済みの鑑定書の理由を詳しく口頭で聞くことになる。<sup>(12)</sup> 証拠調後再度の中間合議を聞くが、その結果、和解提案を理由つきで示し、あるいは暫定的な判決 (das vorläufige Urteil) を理由を付して説明する。<sup>(13)</sup> 和解提案が拒否されれば、双方代理人による最終弁論 (Plädoyer) が行われる。これは一種の控訴理由に近いので、裁判所は自己の見解の問題点を知ることができる。その結果、問題があれば再度合議し、在廷しない証人の訊問が必要となったりすれば、当事者に出来るだけ早い第二回期日を指定することになる。<sup>(14)</sup> 判決は原則として一週間後に言渡される。

シュトゥットガルト・モデルは、このようにして、バウア案の具体化に成功した。しかもベンダ判事の作った統計によれば、殆どどの事件を訴提起後平均三カ月以内で処理しているのである。<sup>(15)</sup> 一件書類が裁判官に渡されてから判決言渡に至るまで、実質的に裁判官自身が事件に関与する期間に限れば、現在では平均的には一カ月乃至一カ月半に短

縮されていることになり、裁判官の負担を軽減するところ大である。<sup>(16)</sup> 法改正によらずに現行ZPOの運用によってこれを可能にした背景には、単にベンダ判事の創意工夫に富んだ精力的かつ果敢な努力があっただけではなく、それ以外にもいくつかの前提条件が必要であった。<sup>(17)</sup>

第一に、シュトゥットガルト地裁民事第二〇部が初めからこの実験のための新件部として、未済の旧件をもたず<sup>(18)</sup>に発足したことである。同地裁民事第二一部も、一九六七年一月一日から同じ目的で新設された新件部であった。しかし、他の裁判所でも、この方式に従うものが増加しているし、この手続の採用の一般化が問題になってくると、現に係属中の未済事件の処理をいかにするかが、今後の重要な問題となる。

第二に、新しい手続開設にあたって、予め、手続に関与する弁護士に、手続の内容を詳細に説明して、弁護士側からの協力をうる<sup>(19)</sup>ことができたことである。ことに現行法上は、バウア案の提案するような、当事者や弁護士の協力を強制する規定（書面手続中の欠席判決や失権規定の強化）がないのだから、弁護士側の協力がなく、資料の提出期間や関係人の出頭が履行されないことになれば、直ちにこの実験は失敗することになる。ベンダ判事自身このことを認めて、実定法の根拠なしに行っているシュトゥットガルト・モデルを、‘Trapezakt ohne Netz’（安全網のない曲芸ブランコ）に等しい、という。彼がその実務経験を基礎にして提案している民訴改正のための、いわゆるベンダ草案の目的は、シュトゥットガルト・モデルを法規的に保障することであった。<sup>(20)</sup>

このベンダ草案の内容は、現在のシュトゥットガルト・モデルの手続経過を法規化し、若干の新らたな工夫を加えて、その実現を容易にしようとするものであった。まず、財産権上の請求については、裁判所は、再答弁書（Replik）提出後に期日を指定するシュトゥットガルト方式の他に、いわゆる早期第一回期日方式による手続を選択することができることにして（二五二条a）、争いのない事件や簡単な事件を早めに解決する途を開いた。この場合に、第一

回期日で終局判決に至らず、あるいは証拠決定を経て直ちに次回期日を指定できないときは、それぞれ二週間以上の提出期間を裁定する答弁書および再答弁書の交換手続に入ることになる(二五二条c)。他方、直ちに期日を指定しないシュトゥットガルト方式をとる場合には、被告はまず訴状受理後二週間内に応訴意思の有無を陳述しなければならず(Erklärungsfrist)、更に、二週間内に答弁書を提出しなければならない(Klagentgegenungsfrist)(二五二条p)。答弁の期間を二分することにより、被告が早目に弁護士に相談することを強制して、十分な準備を可能にする趣旨である。再答弁書提出後に、書記局から一件書類の送付をうけた裁判所は、事前合議を経て、必要な準備的処置とそのための期間をおいた弁論期日を定めることになる(二五二条i)。いずれの場合にも、これらの準備書面提出期間を守らせるために、ベンダ草案の予定している期間徒過に対する制裁は、書面手続における欠席判決(二五二条g)および相手方の主張の自認推定(後に争う場合には举证責任を負う―二五二条h)である。提出期間を徒過した主張を却下すべきことを裁判官に強制するのは、実体真実に反することになるとして、これをとらない点で、バウア案や後述の民訴改正案と異っていることに注目しなければならない。

- (5) Rolf Bender, Die „Hauptverhandlung“ in Zivilsachen, DRiZ 1968, 163ff. 木川統一郎「西ドイツ民訴法改正問題と三カ月裁判」、ジュリスト四四六号八五頁はこの内容を詳細に紹介している。ベンダ判事は、更に、この実務の実施状況や問題点について詳細な報告を作成し(A 4判タイプ印刷で三〇頁前後の報告書八部、以下 Benders Bericht Teil I—Teil VIIIと引用)、各方面にその採用を呼びかけている。ここでは残念ながら、一々その詳細に及ぶゆとりがない。
- (6) ZPO二七二条bは、わが民訴法一三一条(釈明処分)及び二六二条(調査嘱託)を、期日前に職権で実施するのに近い。木川、前掲(注5)、ジュリスト四四六号九五頁参照。
- (7) Bender, a. a. O. (N.5), 165; Der Spiegel 1967 Nr. 34, 28; Derselbe 1970 Nr. 8, 41; Benders Bericht, Teil II

“Ausblicke auf die Zivilprozessreform (Auf Grundlage der bei der 20. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart gemachten Erfahrungen)”

(8) Bender, a. a. O. (N.5), 164 ff. ; Benders Bericht, Teil I “Die ersten Ergebnisse eines Versuchs der 20. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart, nach der Zivilprozessordnung zu verfahren”

(9) Der Spiegel 1970 Nr. 8, S. 38ff. insb. 39. 小山昇「事態がそのように惨めなところはどこにもない」ジュリスト四四九号九四頁は本誌内容の詳細な紹介である。改められた主な点は準備書面手続であり、私の見学した時はすでにこの手続によっていた。後述のベンダ草案はこれに基づいて立案された。Bender, Bescheinigt die „Beschleunigungsnovelle“  
1, ZRP 1969, 58

(10) この当事者本人の出頭と事情聴取とは、訴訟促進にとって極めて有益であることが強調される。Der Spiegel 1970 Nr. 8, S. 38f. 小山・前掲(注9)九五頁参照。その詳細な検討が Benders Bericht, Teil II a. a. O.(N.7)にある。なお、木川・前掲(注5)、ジュリスト四四六号九四頁参照。

(11) 証人の供述調書作成について、西ドイツに一般的な裁判官による要約口述の方式(Richterdiktat)をとらず、関係人の同意の下、供述のままを録音した録音調書(Tonbandprotokoll)によっている。これによって弁論時間が四分の一に短縮され、弁論における速記官が全く不要になる。Bender, a. a. O.(N.5) DRiZ 1968, 166 木川・前掲(注5)、ジュリスト四四六号八七—八八頁。Vgl. Benders Bericht, Teil IV “Richterdiktat oder Tonband-Wortprotokoll”

(12) 和解提案があれば、当事者と弁護士は相談のため一時退廷する。一般的に同じ内容の判決が予測できるので、成立の可能性が多い、という弁護士の説明を開いた。

(13) これも録音され、後日殆んどそのまま判決内容に利用されることが多い。

(14) 実際上はこの事例は少い。やむを得ない場合には一週間か二週間後に開かれる。そうすれば裁判官の記憶が新鮮だから、新しく記録を調べ直す必要がない。

(15) Bender, a. a. O.(N.5) DRiZ 1968, 165 ; Der Spiegel 1970 Nr. 8, 36

(16) Vgl. Bender, a. a. O.(N.9) ZPR 1969, 59

(17) 以下に指摘する点以外にも、いくつかの有利な条件があった。まず、物的施設がこの部にとって有利に備っていた。判事

室、会議室、書記局、合議室を備えた法廷などが隣接しており、時間の節約ができたこと、録音設備が他の部より多く十分に備えられたこと。次いで、鑑定人を得ることが考えたより容易であったことなどである。 Vgl. Benders Bericht, Teil I (N. 8)

(18) Bender a. a. O. (N. 5), DRiZ 1968, 163, 166f.

(19) ドイツ弁護士協会の依頼で、一九六九年一月にシュトゥットガルト弁護士協会の行ったアンケート調査によれば、次の結果が報告されている。関与した弁護士平均80%はこの手続が弁護士にも有利であるとしてこれを支持している。

	支 持	中 間	不 支 持
10回以上の手続に関与した弁護士群	33 (85%)	2 (5%)	4 (10%)
3回～10回にわたり関与した弁護士群	60 (75%)	10 (13%)	9 (12%)
1 ～ 3回にわたり関与した弁護士群	65 (80%)	5 (6%)	11 (14%)

(20) Bender, a. a. O. (N. 9) ZRP 1969, 58 ; ベンダ判事は、一九六九年三月二日付で、"Der Entwurf einer Kurznovelle (mit Begründung)" (A 4 版タイプ印刷で一一頁の民訴改正草案と四四頁の理由書) を発表した。以下の説明はこれによるが括弧内の条文はベンダ草案の条文を示す。

### 三 先行手続前置方式の特質と問題点

このように、バウア案とシュトゥットガルト・モデルは、いくつかの点で異っているが、刑訴の Hauptverhandlungstermin に準じた主要弁論期日を行うために、その前に準備書面交換を中心とした先行手続をおく点で共通である。その結果、主要期日における一回限りの集中審理が実現し、現行実務において形骸化した直接主義、口頭主義が現実化されることになった。<sup>(21)</sup> ただ、訴訟手続は、時間的に期限の付された先行手続||主張段階とこれに続く口頭弁論手続||証拠調段階とに大きく二分されることになり、これは同時提出主義への

復帰に他ならない、とみられることになった。ことに先行手続終了後の新たな主張の排除を厳格にするパウア案ではこの特徴が顕著である。ここで指摘される問題点<sup>(22)</sup>は、この種手続の右のような特質に由来する。

(a) まず、これはある種の書面による準備手続を導入したことになって、失権を惧れる当事者が、重要でない事項についても書面交換を行い、書類が不当に拡大して訴訟を複雑にすることになる<sup>(23)</sup>。裁判所の釈明権によって指導できるとしても、書面手続において目的を達することは容易ではない。この危険を取除くためには、どうしても、先行手続で提出できなかった主張に対する失権効の制裁をゆるめることによって、ある程度当事者の危惧を除去せざるを得なくなってくる。ベンダ手続が、弁論期日における当事者の主張補正を可能にして、厳格な排除効をとらない所以であろう。

(b) 更に先行手続の時間的制約のあるところで、当事者が十分の準備を整えて主要期日にのぞめるか疑問である<sup>(24)</sup>。刑事訴訟の検察官のように公権力による捜査能力をもたず、しかも英米における程に事前の準備活動に熱心でない西ドイツ弁護士制度の下では、ことに複雑な事件について、三カ月内に十分な準備が整うとは考えられない。とすればベンダ手続におけるように、準備書面提出期間を延期する余地を認めるか、<sup>(25)</sup>さもなければ、準備の整わないまま主要期日のぞむかしかない。のみならず、事実の主張や証拠調の必要性は、相手方の陳述や証拠調の結果に強く左右されるのだから、主張段階と証拠調段階を厳格に区別するのは適当ではない。ここでも主張手続段階から裁判官の釈明権を活用して、当事者に必要な資料や証拠を出させ、必要と考えるすべての証人や鑑定人を職権で呼出しておくことが、この方式による対応策であろう。しかし、裁判所の釈明の前提となる知識も、双方の準備書面を基礎とするだけで限界がある（従って一方では必要なすべての証人や鑑定人の呼出を期待できず、他面、無駄な証人を呼出してその時間と労力及び当事者の無駄な費用を空費させることになる）。そこで当事者には、主要期日において証拠調の結果につ

いて十分に考慮して態度決定をするための事前の準備も時間的ゆとりもないことになりかねない。これでは当事者は陳述する機会を十分に保障されたことにならないのではないか、という基本的な疑問を生ずることになる。この点については、いわゆる審問請求権との関係で、更に章を改めて詳論する必要がある。(後述四(三)参照)

(c) 最後に、主要弁論期日前に、三カ月に及ぶ先行手続を前置することは、簡単に解決する事件についても、決着を遅らせることになる。<sup>(26)</sup> 早めの第一回期日で、欠席、放棄、認諾判決や和解などによって解決する事件が全事件の相当部分(簡裁で四分の一、地裁で六分の一)を占めることから、この批判は重要である。改正準備委員会報告案や民訴改正草案が、いわゆる早期の第一回期日方式を採用するのはこの論拠からである。ベンダ草案もまた、早めに第一回期日を指定する手続の選択権を裁判所に委ねることにしたのである。<sup>(27)</sup>

(21) Bender, a. a. O.(N.5), DRiZ 1968, 163 ; Baur, a. a. O.(N.1), 22, ことにベンダ判事は、判決に熟するまでの全手続を単独判事に委ねる南部ドイツの実務の下では、直接主義が全く無意味となっていることを強調する。 Vgl. Benders Bericht, Teil III : "Kollegial - oder Einzelrichtersystem?"

(22) 上田徹一郎「パウア著『訴訟における口頭弁論集中への道』」法と政治一八巻三号六二頁以下はパウア案の問題点を鋭く批判しているので、これを参照。

(23) Bericht der Kommission, (N.4), S. 197

(24) Bericht der Kommission (N.4), S. 197f. ; Stötter, Lange Prozessdauer und ihre Ursachen, NJW 1968, 521, 525f. ; Vollkommer, Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen, ZZP81, 102, 129f. が以下の疑問点を指摘する。 ferner Vgl. auch H. Merkel, Gute oder schnelle Justiz, Anwaltblatt 1969, 276, 286

(25) 改良後の Stuttgartar Modell (Der Spiegel 1970 Nr. 8, 39) 及びベンダ草案 Kurznovelle §252 c (2)参照。

(26) Bericht der Kommission(N.4), S. 200 ; Lauterbach, Konzentration oder Gleichwertigkeit der Terminen, JZ 1967, 137, 139

(27) Benders Kurznovelle §252a(2); Bender, a. a. O.(N.9), ZRP 1969, 59; 改良後の Stuttgarter Modell じゅ、被告が

二週間内に弁護人を選任しないときは、早期の第一回期日を指定して欠席判決ができるようにした。 Der Spiegel, 1970  
Nr. 8, 39

### 三 民訴改正準備委員会案と民訴改正草案——早期第一回期日方式

一 準備委員会案の概要 一九五五年に司法省に設置された民訴改正準備委員会は、一九六一年に報告書を提出した。<sup>(1)</sup> その多数意見は前章で説明した先行手続前置方式による手続を却けて、いわゆる早期第一回期日方式を提案した。すなわち、訴提起後できるだけ早く第一回期日を指定して、実質的に争いのない事件を早期に解決したうえで、答弁書提出期間を定める。答弁書提出後に第二回期日を指定して、そのための準備的処置をとることになる。その手続の概要は次の通りであろう。

訴状を受理した裁判所は、第一回の弁論期日を、応訴期間の経過予定時から二週間以内に指定する。この期日において先づ実質的に争のない事件が除かれるが、そうでない場合にも、訴訟資料について当事者の積明を聞くことにより、事案を解明するに必要な期間を定めることが可能になる。すでに被告の答弁書の提出があれば、この期日において証拠決定ができるが、そうでなければ裁判所は答弁書の提出期間を設定すべきである。この期間が徒過されたときには、被告の申立により、書面手続において欠席判決を言渡さなければならぬ。のみならず、設定された提出期間を徒過した当事者は、その遅延を十分に積明しない限り、後になって資料を提出することを排除される。答弁書が提出されれば、裁判所は第二回期日を指定するが、この期日準備のためにZPO二七二条bの規定を活用して準備的処置をとらねばならない。裁判所は、適切な事件では既に期日前に証拠決定をし、必要な証人や鑑定人を予め期日に呼出し、場合によっては、受命裁判官に証人尋問を命ずることができる。更に当事者に事件に関係するすべての書証を早



めに提出させるようにすべきである。こうして、事件をできるだけ第二期日で解決しようというわけである。

(1) Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtbarkeit, 1961, insb. SS. 178f., 194ff.  
 中務俊昌「弁論の準備と西独における論議」法学論叢七五巻四号一頁以下参照。

## 二 民訴改正草案の成立とその内容 民訴改正準備委員会の示した大綱を前提として、一九六四年に正式に民訴改

正委員会が設立され、とくに訴訟促進の問題を中心に審議を重ねた。そこで、一九六七年一月には第一次草案を示し、ついで一九六九年七月に第二次草案が発表され、更に、一九七〇年一月二十九日には、最終草案が西ドイツ連邦政府により採用されて政府草案となり、二月六日に連邦議会の審議に付されたといわれる。<sup>(2)</sup> この民訴改正草案が、改正の前提として訴訟遅延の主な原因としてみる事情は次の通りである。すなわち、まず、当事者が訴訟資料を不完全に、少しづつ、しかも時機に遅れて提出し、更には不必要な期日や期間の延期を申立てることによって訴訟を遅延させている。これは、当事者、弁護人の懈怠にもよるが、引延しの意図によることも多く、これに対しては相手方弁護人の側でも同業者意識から応じ易い。裁判官の方でも、当事者に主張や証拠を早く完全に出させるように、早くから訴訟資料を検討しようとはしない。このような事情が重なって、無駄な期日が繰返され訴訟遅延を来している。そこで民訴改正草案は、①口頭弁論の準備を十分にする。②遅れた攻撃防禦方法の却下を容易かつ確実にする。③期日の延期を困難にするという三つの目的をもって起案された。

I まず、弁論の準備がより適切に行われ弁論の集中を実現するために、改正草案のとった方策は、第一次案から第二次案を経て最終案に至って大きく変遷した。第一次草案ではいわゆる早期第一回期日方式をとり、そのうえで答弁書提出期間を定めて十分な弁論の準備を行おうとした。書面手続による欠席判決は認めないが、その他の点では準

備委員会報告の方式であった。しかし、これではベンダ方式による手続の余地はなくなる。その間に、ベンダ草案やこれを支持する弁護士会の意見などが影響を与えたことは明らかである。<sup>(3)</sup> 果せるかな、民訴改正草案は、第二次案に至り、ことに政府草案では明確に、財産権上の訴訟については、いわゆる早めの第一回期日方式によるか、あるいは準備書面交換前置の方式によるかを裁判所の選択に委ねることにしたのである。<sup>(4)</sup>

a 早めの第一回期日方式。まず、裁判所が適当とみとめた時には、早めの第一回期日を指定することができる（二一六条Ⅱ、二六〇条a、二六一条a）。非財産権上の訴訟については常に早めの第一回期日を指定する。この第一回期日は弁論の準備の他に、争いのない事件を片づける機能をもつ。認諾、欠席判決、訴取下、和解により解決できる事件がここで取除かれる。争いがあっても事件が簡単であれば、判決に熟することもありえよう。しかし、この期日で、被告が答弁をしないか、あるいは答弁が不十分な場合には、裁判所は少くとも二週間の余裕をもった答弁書提出期間を指定しなければならぬ（二七五条、二七六条Ⅰ）。また、訴状自体から答弁に要する期間が明らかなきは、第一回期日前でも、答弁書提出期間を定めることができる（二七四条Ⅱ1）。

この答弁書提出期間を守らせるための制裁として、民訴改正草案は、欠席判決をとらない。これは被告が全く答弁書を出さない場合にしか考えられず、形式的に答弁書を出しさえすれば、その不完全さを直ちに判断はできないから、制裁を免れるとせざるをえないからである。そこで、期間を徒過した答弁事項には失権効の制裁をみとめることにしたのである（二八〇条Ⅰ）。すなわち、期間を徒過した答弁事項については、これが訴訟を遅延させるものであれば、被告の方でこれが訴訟引延しの意図や重大な過失によるものではないことを証明した場合に限り、許容することができ。期間内に全く答弁のなかった場合だけでなく、答弁が内容的に不十分な場合にも作用することはいうまでもない。しかし、期間に遅れた答弁は、訴訟遅延を来す以上、原則的に却下が強制されるとなると、手続の最初の段階で

は問題にならない答弁事項までも提出しておかねばならぬことになって適切ではない。これでは一方、被告に過大な要求をすることになるし、他方、資料が不必要に増大して、却って訴訟を遅延させることにもなる。そこで、改正草案は、「被告が注意深くかつ訴訟促進に協力して訴訟追行をする場合には、訴訟状態に応じて期待されざるをえない限りにおいて」答弁事項を記載しなければならないことにしたのである（二七六条Ⅱ）。

b 準備書面交換前置方式。財産権上の訴訟については、早めの第一回期日が適当でないと考えられるときは、裁判長は、被告に対して、訴状送達後二週間以内に応訴意思の有無の返答を求めるとともに、少くとも二週間の余裕をもって、答弁書提出期間を定めることができる（二六一条aⅠ）。被告が応訴意思のない旨を返答し、あるいは期間内に返答しないときは、原告の申立により、書面手続上の欠席判決を言渡し（三三一条Ⅲ）、被告が認諾の意思を明らかにすれば、同じく申立により認諾判決ができる（三〇七条Ⅱ）。

被告がこの期間内に争う意思を表明したときは、裁判所は答弁書提出期間の経過を待たなければならないが、提出期間の経過後は直ちに弁論期日を指定しなければならない（二六一条aⅣ）。これは被告が答弁したかどうかにかかわらずない。期間内に提出されない答弁事項については、早期第一回期日方式による場合と同様に、失権効が生ずる（二八〇条Ⅰ）。被告の答弁があれば、これによって、更に原告の再答弁を要するかどうか、あるいはその他の準備的処置を要するかを考慮して期日指定がなされる。この期日指定により、一方、準備書面交換が限りなく続く危険が避けられ、他方、早期第一回期日方式による場合の第二回期日と同じ段階に至ることになる。

Ⅱ 一般的訴訟促進義務 民訴改正草案は、弁論準備のための答弁書提出期間が定められた場合の外にも、一般的に攻撃防禦方法の提出時期について基準を設定した。すなわち、当事者は、「注意深くかつ訴訟促進に協力して訴訟追行をする場合には、訴訟状態に応じて当然に期待せざるをえない」ような時期には、その攻撃防禦方法を提出しなけ

ればならない(二七七条)。つまり、随時提出主義を制限する基準を、このように一般条項的に表現したわけである。

この一般的訴訟促進義務が守られるようにするために、民訴改正草案は、この義務に違反して提出された攻撃防禦方法にも失権効を結びつけた(二八〇条I)。すなわち、促進義務違反の攻撃防禦方法は、これが訴訟を遅延させる場合には、提出の遅延が訴訟引延の意図や重大な過失によるものでないことを証明しない限り、却下されねばならない。失権効の要件を厳格化するとともに、これを義務規定として、裁判所の裁量を排除し、要件の存する以上必ず失権させることにしたわけである。

更に控訴審との関係で、もし一審で排斥された主張が控訴審で許されるならば、控訴事件が増大し、審理の重点が控訴審に移ることになる。そこで、一審で正当に排除された資料は、控訴審で訴訟遅延をもたらさなくとも、排斥されることにした(五二七条II)。

Ⅲ 延期の濫用を防止するために、延期を困難にすることが、改正案のもう一つの目的であった。そこで、十分に弁明のできない当事者の欠席や準備の不十分なこと、あるいは当事者の同意のあることは、延期申立の理由とならないことにした(二二七条I)。

(2) Bericht aus Bonn, Beschleunigungsnovelle, ZRP 1970, S. 68 によれば、この改正草案の基本方針は、連邦議会におけるすべての政党によって支持されているというから、若干の修正の下に成立が予想される。

(3) 第二次及び政府草案の理由書が、ベンダ方式による手続の余地を与えるためと明言していることから明らか。前述のベンダ草案と政府草案の内容的類似性を見よ。

(4) 以下の説明は民訴改正の政府草案とその理由書(A4判タイプ印刷二一三頁)によるが、括弧内の条文は政府草案の条文を示す。なお詳細には、柏木邦良「訴訟促進と西ドイツ民訴法改正の動き」ジュリスト四四九号九八頁以下参照。

## 三 早期第一回期日方式の特質と問題点

民訴改正草案は、準備書面交換手続を前置する道を開きはしたが、準備草案と共に、早期の第一回期日方式を原則としている（非財産事件についてはこの方式だけ）。そして、この方式において共通にいえることは、訴訟促進の有力な手段として、強力な失権効と結びついた答弁書提出期間を設定することにした点である。こうして、手続に段階的な区分を設けて、当事者の資料提出を促し、一回期日で処理できない事件についても審理の促進を図っているわけである。ことに提出期間に遅れた攻撃防禦方法の失権効を強化したことが、従来の手続に比べて顕著な特質である。遅れた攻撃防禦方法が訴訟を遅延させる以上、当事者の側で無過失を証明しない限り、却下を強制することにした点がこれである。民訴改正草案は、この場合、単に提出期間に遅れただけでなく、当事者の訴訟促進義務として提出の期待できる事項だけを却下するとして、同時提出主義への逆行を防ぼうとしている。しかし、準備委員会案と異なって、改正草案のいわゆる訴訟促進義務は、提出期間の設定された場合に限らず、一般条項的に法規化されるとともに、この一般的な促進義務違反の攻撃防禦方法にも、右の強化された失権効が結びつくことになった。したがって、この方式による手続の問題点も、この手続の右のような特質（提出期間の設定、失権効の強化、訴訟促進義務規定）との関連で指摘されることになる。

a 準備書面の提出期間を定めて、訴訟手続に段階的な区分を設けることが、訴訟促進に役立つことはいうまでもない。しかし問題は、この期間を守らせるために、どのような制裁を設けるかという点にある。期間徒過の攻撃防禦方法に対する失権効の強化が、この種手続に共通の方策であった。しかし、これでは、それぞれの手続段階では予期できないような資料まで提出しておかなければ、失権することになり不適切であることは、改正草案理由書も指摘した通りである。これは同時提出主義に加えられる批判と異ならないが、改正草案はこの難点を緩和するために、いわゆる訴訟促進義務を規定したのである。提出期間が定められている事項でも、この促進義務の要求する限度で提出し

ておけば足りることになるからである。しかし、ここに訴訟促進義務という概括的な規定をもち込むことは、後述するように、問題を更に複雑にすることになった。提出期間を徒過した攻撃防禦方法につき、更に促進義務の違反を問う限りでは、この規定はなお限定的な作用をもつに止まったであろう。しかし、改正草案は、訴訟促進義務を提出期間の定めのない攻撃防禦方法についても一般的に拡大して規定したために、この規定の提起する問題は更に深刻となった。

b 改正草案は、いわゆる一般的訴訟促進義務を規定し、この義務に違反するすべての攻撃防禦方法に厳格な失権効を結びつけたが、この点で準備委員会報告書を一步超えることになった。<sup>(5)</sup> すなわち、報告書におけるように、厳格な主観的要件による却下を、提出期間の裁定された特定の攻撃防禦方法に限定せず、一般的に広げたわけである。訴訟促進義務規定の提供する概括的な基準は、しかしながら、この際の問題解決にはならず、単に問題を置きかえたりすぎない。<sup>(6)</sup> すなわち、訴訟促進義務が概括的な規定に止まる以上、これが一定の手續段階においていかなる内容をもつか、具体的に検討されねばならない。具体的内容の義務に違反したかどうかは、当事者の責任にもとづいて初めて吟味できるものであり、これは現在でも当事者の過失の有無の判断において行われていることに他ならない。無過失の証明を当事者の負担としたことでは、問題は解決されていないこと明らかである。

このことは、いわゆる訴訟促進義務という一般条項的規定の要件が、概括的にすぎ、曖昧である点に問題のあることを示している。<sup>(7)</sup> この結果、促進義務違反の判断はもっぱら裁判官の裁量に委ねられることになり、手續に不明確性、不安定性をもたらすことになる。ことに、裁判所と当事者との間で訴訟状態の理解に食い違いがある場合などは、訴訟上附随的な問題に時間を費やさざるを得ないだけでなく、訴訟の要請する明確性や予測可能性も失われることになるだろう。

c 一般的促進義務の問題点は、義務違反の攻撃防禦方法の却下が強制される場合に (Musschriften)、更に倍加されることになる。まず、却下の義務がある以上、相手方に申立権を与えることになり、義務違反を理由に上訴することも許さるべきことになろう。<sup>(8)</sup> こうなれば、曖昧な促進義務の要件をめぐって、附随的な手続が増加し、却って訴訟遅延の原因となろう。更に、必要的却下規定のもつより重要な問題点は、実体真実を犠牲にしても、促進義務違反の主張を排除することが、裁判官に強制されることである。<sup>(9)</sup> 訴訟促進主義と実体的真実主義との関連は、民事訴訟の本質に連なる根本問題であって、前者による後者の制約の根拠と限界については章を改めて詳論しなければならぬ。

(5) Vgl. Bericht der Kommission(N.1), S. 206f.

(6) Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 113 以下の点の指摘がよむ。

(7) So z. B. Merkel, Gute oder schnelle Justiz, Anwaltblatt 1969, S. 281.

(8) Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Ausschusses für Zivilprozess und Gerichtsverfassung des deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung, Anwaltblatt 1968, 334 bes. 339.

(9) Merkel, a. a. O.(N.7), S. 281f.; Deutscher Anwaltverein, a. a. O.(N.8), SS. 375, 337; Bruns, Zur bevorstehenden Novellierung der Zivilprozessordnung, JZ 1969, 127(129).

#### 四 訴訟遅延の諸原因と訴訟促進案をめぐる基本的問題点

(一) 西ドイツにおいて、民事訴訟の促進策として具体的に提案され、更に現在もなお問題とされているいくつかの

典型の特質と問題点の概要は、以上によって明らかである。そこで訴訟遅延の主な原因とされているものは、何よりも、当事者の資料提出がこま切れであり、かつ、時機に遅れること、更には、不必要な期日延期を申立てることなどによって、訴訟引延しが図られ、無駄な期日が繰返されるといふことである。<sup>(1)</sup> 裁判所もまたこれらに安易に対応して、訴訟促進のために積極的に取組まない。このような事態に対処するためには、この結果を許している民事訴訟法を改正する必要があるといふのである。しかし、西ドイツにおける民事訴訟の遅延が、これら訴訟促進案の提案するいくつかの法規の改正だけによって解消しうるものかどうかについては、訴訟遅延の原因についての右の前提との関係でも、なお多くの問題が残されている。

元来、訴訟の審理期間を規定する要因としてはいろいろのものが考えられる。何よりも、訴訟は個々単独の現象ではなく集団現象であつて、受理される多数の事件を裁判官の間で分担して大量に処理しなければならない。一方で個々の訴訟には裁判官の一定の事務量と事務時間を要し、他方で、個々の裁判官の事務の量と時間には限りがあるとすれば、訴訟に要する審理期間は、受件数とこれを処理する裁判官の数との相関関係に規定されることになる。<sup>(2)</sup> 受件数に比べて裁判官の数が不足すれば、裁判官の負担加重となり、事件処理は停滞せざるをえない。この意味での裁判官の負担加重が唱えられて既に久しく、その間に相当の改善がなされたといわれるが、<sup>(3)</sup> なお、裁判官の負担軽減のための合理的な調整が要請されている点では、わが国におけると異ならない。<sup>(3)</sup> しかし、わが国におけるそれと顕著な対照を示すのは、裁判官の絶対数とその人口比である。一九六七年の統計によれば、西ドイツの裁判官数はすでに一二、六二〇名であつて、わが国のそれ(二、五八〇名)のほぼ五倍に達し、人口比においては一〇倍近いことになる。<sup>(4)</sup> それにも拘らず、裁判官の負担加重が問題になるのは、わが国とは比較にならない程に受件数が多いことを意味するが、<sup>(5)</sup> それに応じて更に裁判官数を増員することについては、むしろ抵抗が多い。<sup>(6)</sup> 西ドイツの裁判官の人口比は、これ



を他国と比較してみても、すでに限界に達しており、これ以上の増員は、現在でも問題のある裁判官の質を更に低下させることになる、という配慮からである。

一方では、裁判官の数を現状に止め（あるいは更に減少させ）るとともに、他方では、裁判官の負担を軽減し訴訟促進を図るためには、個々の事件に費される裁判官の事務量と時間を減少させる以外に方法はない。裁判官の個々の事件処理に要する事務量と時間は、まず、その事件の質、つまり事実関係の複雑さや適用さるべき法規の性質によって左右される。ついで、これを処理する裁判所の物的・人的設備や内部的事務配分の方法、更には、当事者、弁護士による訴訟準備活動や審理への協力活動の強弱などによって規定される。社会の進展につれて紛争を生ずる事実関係が複雑化してくることはいうまでもないが、これに適用される実体法規の変遷も、訴訟遅延に影響を与えている。すなわち、新しい立法政策の下に実体法上の法律要件が一般条項化する傾向がみられるが、これは関連する訴訟資料を限りなく拡大することを意味する。立法が厳格な要件規定を放棄して、その解決を裁判官の衡平的裁量判断に委ねることは、裁判官に事実関係の広範な吟味を要請し、裁判官の負担を益々増加させ、ひいては訴訟遅延の大きな原因をなしているといえる。<sup>(7)</sup> それにも拘らず、裁判官を増員せず、訴訟促進を図るとすれば、何ができるであろうか。

第一の方法として考えられることは、裁判所の物的設備を充実するとともに、裁判官の外に、事務局や裁判官補助官などの人的設備を拡充することによって、裁判官の負担している事務量の一部を軽減するという方向である。<sup>(8)</sup> これらのいわば司法行政上の設備の不完全さが、訴訟遅延の重大な理由となっていることを指摘するものは多い。<sup>(9)</sup> 物的設備としては、裁判官に未だ個室が確保されていないために、その事務能率を妨げていること、裁判に必要な文献設備が必ずしも十分に整備されていないことなどはその例である。また、事務局の構成が量的・質的に不十分であるために、迅速な訴訟行為ができない場合があるといわれる。裁判官の事務を補充する秘書 (Schreibkraft) にしても、行

政部門に比べれば貧弱であり、そのために証拠調書を永い間待たねばならなくなったり、判決の告知と言渡の間に時間的に間隔が生ずることになる。事務局の不備のために判決の言渡と送達との間に数カ月を要することもある。これらの不備を改めるだけでも事態は相当に改善される筈である。のみならず、ベンダ裁判所が実施しているような録音装置の活用や電話の十分な利用などは直ちに行いうることであり、<sup>(10)</sup>更には、コンピューターの導入や電気機械による目録作成など積極的な設備充実による裁判官の負担軽減の努力こそまずなされるべきである。

他の方法は、当事者及び弁護人に、十分な訴訟準備活動とこれに基づいた早めの資料提出を督促して、弁論を一挙に終らせ、無駄な期日の繰返しによる裁判官の事務労力と時間の空費を免れさせる方向である。前述の各種訴訟促進案、ことに民訴改正草案が、この最後の方向に添うものであることはいうまでもない。ただ、その方法として、準備書面提出期間の裁定と時機に遅れた攻撃防禦方法の原則的かつ強制的却下という民訴法規の変更だけで、十分であるかについては、なお疑問が残されているわけである。

- (1) z.B. Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtbarkeit, 1961, S. 178 ; Baur, Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess, 1966, S. 10ff.
- (2) So auch Vollkommer, Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen, ZZP 81, 113ff.
- (3) Bericht der Kommission (N.1), S. 416.
- (4) たとえば、ジュリスト年鑑一九七〇年版(ジュリスト四五四号)四七五頁参照。
- (5) この点を強調するものとして、畔上英治「西ドイツ民事訴訟の実際」(一)法曹時報一四卷九号七頁以下、齊藤秀夫「裁判官論」七七頁以下参照。
- (6) Bericht der Kommission (N.1), SS. 26f., 78.
- (7) So auch Vollkommer, a. a. O.(N.2), S. 117f. ; Stötter, Lange Prozessdauer und ihre Ursachen, NJW 21

(1968), 521f.

(8) これは、前掲 Bericht der Kommission (N.1), S. 416f. の目をついている方向でもあった。

(9) Bericht der Kommission (N.1), S. 416f. 以外にも、Redeker und Seeliger, Beschleunigung des Prozesses, ZRP

1969, 108 ; Stötter, a. a. O. (N.7), 524f. などがある。ここで指摘されている以下の諸点の外にも、期日の指定や証人(鑑定人)呼出しの前提とされている費用予納の制度が訴訟遅延の一因をなすとの指摘も多く、これを緩和することも要請される。

(10) ベンダ裁判所が、準備書面交換手続を書記局に委ねて、再答弁書提出後初めて一件書類を主任裁判官に廻す手続をとっていることも、裁判官の負担軽減に役立っている。

(二) もともと民訴改正草案が、随時提出主義を制限し、いわば適時提出主義(乃至緩和された同時提出主義)とも呼ぶべき訴訟法規の改正を図るのは、そこで訴訟遅延の主な原因とされている当事者の訴訟引延策を封じるという目的に出た側面が大きい。当事者の訴訟引延策によって訴訟遅延がもたらされているという理解は、改正草案理由書だけではなしに、例えばハープシャイドなどによっても強く唱えられている。<sup>(11)</sup> 敗訴しそうな被告は、手続を永びかすことによって、支払期間の猶予をかちとろうとする。勝訴しそうな原告側も、とくに弁護士間の同業者意識(Kollegialität)のために、被告側の遅延策に安易に応ずる傾向にあるというのである。しかしながら、この前提に対しては、これが事実の歪曲であって、実際上は当事者及び弁護士は共に訴訟の迅速な処理に利益をもち、自づから訴訟遅延を図ることはない、という実務家の反論が目立つ。<sup>(12)</sup> 敗訴しそうな被告でも、できるだけ早く裁判によって明確な結論をえて、将来の取引や投資の基準を確立することに利益をもつ。弁護士については、ことに弁護士報酬法定によって、その受けるべき報酬は審理期間や期日の繰返しにかかわりなく定められている。したがって、この支払をできるだけ早く受けるためには、訴訟が一気に解決することに最も利益をもっているのは弁護士に他ならない、というので

ある。

それにも拘らず、資料の提出が小さきみに遅れがちであり、期日の延期の申立が多いとすれば、これは弁護士側において、弁論集中のために事前に準備活動をする十分な態勢が備っていないことを意味するであろう。このことは、陪審制度との関係から集中審理を不可欠とする英米法における弁護士の十分な準備活動と対比して、しばしば指摘されてきた。<sup>13</sup>ここでは、英米におけるように、弁護士が予め事実資料の収集に努め、事前に証人に面接してその証言内容をろく取するような実務慣行はなく、ましてやこれを公的に担保する開示(discovery)や証言録取書(deposition)などの制度はみられない。証人の事前面接はむしろさしひえ、ただ依頼人の説明に基づいて弁論の準備をするのが一般である。こうして開かれた弁論期日において、相手方の新たな主張や証拠に接し、あるいは証拠調の結果、予期しなかった新しい主張や証拠の提出が必要となることは避けられないであろう。イギリスの同僚がすでに訴の準備のために集める資料を、ドイツの弁護士は証拠調の間に初めて手にすることになる。<sup>14</sup>このことはもちろん西ドイツに伝統的な弁護士制度の慣行に由来するものであって、にわか改められるとは期待できない。従って、このような制度上の基本的問題を看過して、遅れた資料提出を厳しく排除し、期日の延期を困難にすることだけによって、事態に対処しようとしても、果して実際上も訴訟促進の効果を導き出しうるかはなほだ疑わしいことになる。

しかし、問題はこれだけではない。更に次のような基本的な疑問点を提起することになったのである。すなわち、もし集中的弁論のための事前準備活動が制度的慣行的に十分に保障されないうままに、ただ遅れた攻撃防禦方法を排除する失権効の強化だけによって集中審理を強行しようとするれば、その結果、適正な判決の保障が失われることにならないであろうか。もともと、英米法における事前準備の徹底は、集中審理の結果生ずる不意打を避けるために要請されたものであった。今、十分な事前準備をぬきにして、弁論の集中だけを強行すれば、当事者は予測しない判決をう

けて、裁判上の審問をうける権利を侵害されることにならないであろうか。あるいは、必要な資料を排除して判決を言渡すことになれば、当事者は実体に即しない裁判を甘受せざるを得ないことにならないであろうか。裁判の適正と迅速とは民事訴訟において調和さるべき至上の理念であり、ここでも、訴訟促進主義と実体真実主義あるいは審問請求権ないしデュープロセスの保障との相互関係をどのように調整するかという問題として、解決が迫られているわけである。

(11) Habscheid, Richternmacht oder Parteifreiheit, ZJP 81, 177, 187f.

(12) z. B. Lancelle, Umwelt und Recht—Richternmacht oder Parteifreiheit, NJW 1968, 1959f. ; Merkel, Gute oder schnelle Justiz, Anwaltsblatt 1969, 276f.

(13) この点については Kaplan, von Mehren and Schaefer, Phases of German Civil Procedure, Harvard L. Rev. 71, 1199ff., 1471f. ; Cohn, Der englische Gerichtstag, 1965, S. 30ff. の比較法的観察は、それぞれアメリカおよびイギリスとの対比において、とくに有益である。 Dazu auch Vgl. Jacoby, Das Erforschungsverfahren im amerikanischen

Zivilprozess—Vorschläge für eine Reform der ZPO, ZJP 74, 145 bes. 160ff.

(14) So Stötter, a. a. O. (N.7), S. 523

(三) 適正な裁判のためには、まず、手続的に当事者の陳述する機会が十分に保障されていなければならない。このデュープロセスの保障は法治国家原理の要請であって、ことに西ドイツでは、ナチス時代の苦い経験にかんがみ、裁判所に審問を求める権利、つまり、審問請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) として憲法上の保障にまで高められたものである。<sup>(15)</sup> 訴訟における不意打の禁止はこの審問請求権の最も重要な機能の一つである。ことに重要なことは、この憲法上の保障が、十分に準備を整えたるまでの陳述と口頭弁論における不意打禁止という保障を含んでいる

とされる点である。<sup>(16)</sup> したがって、口頭弁論において新たな申立や事実が提出され、あるいは新しい証拠調が行われ、当事者が予期しなかった新しい事態に直面した場合には、その場で陳述の機会を与えただけでは十分ではなく、適切な時間的余裕をおいた後の期日における機会を与えなければならないことになる。この場合に期日の延期の申立を拒否することは審問請求権違反とされるわけである。

従来のドイツ民事訴訟において、口頭弁論における不意打の危険が、英米法におけるほどに重大な問題とされなかったのは、一回だけの期日による集中審理が行われなかったためであった。期日を重ねるうちに事案を解明して行けばよいのだから、当事者としても前もって弁論の準備を万全にしておく必要性は必ずしも存しない。裁判所外における当事者による事前の事実発見（discovery）の要請が現実的とならない理由の一半はここにあるというのが、ドイツ民事制度を観察した英米の学者の分析である。<sup>(17)</sup> 当事者は期日で明らかになった状況に対応し、あるいはそれに基く裁判所の釈明に応じて、新たな主張や証拠を次回期日までに準備すればよいからである。しかし、まさにこの点に訴訟が不当に永びく原因があることは、同じ観察者の指摘をまつまでもないところであった。

前述の西ドイツにおける各種の訴訟促進策が、まさにこの点を改めて、集中審理を実現しようとしていることはいうまでもない。しかしながら、その前提として、当事者や弁護人による事前の資料収集など活発な準備活動の行われる慣行もなく、これを担保する制度的な機構を整える手当も何らなされていない。このような条件のもとで、集中審理を強行しようとするならば、どのようにして当事者の不意打ちを防ぎ、審問請求権を保障することができる<sup>(18)</sup> であろうか。そこでは何よりも、裁判所の釈明権の行使を中心とする積極的な職権活動が、強調される。しかも、この裁判官の釈明活動をすべての手続段階、ことに弁論の準備段階においても活用しようとするのである。英米法の当事者主導型に対して、裁判所主導型による弁論準備活動といえることができる。

ここではもともと、英米法におけると異なり、裁判官はすでに弁論の準備段階から、積極的に一件書類を調べ、自づから準備を整えて弁論期日にのぞんできた<sup>(19)</sup>。いわゆる予行手続前置型の改革案は、すでに予行手続の段階から裁判官の積明権を活用して、その準備活動を更に徹底させることにしたのである。つまり、裁判官は当事者に対してすでに準備書面手続において心証を示し、主たる弁論期日前には必要な資料をすべて提出させるようにしようというわけである。また、裁判所が、予行期日において当事者本人から事情聴取をするというバウア案や、主要弁論期日前に考えうるすべての証人を職権によって呼出しておくというシュトウツガルト方式は、裁判所の積極的関与による準備活動の他の側面である。しかし、裁判所が積極的に事件についての心証をひれきして積明活動を行うといっても、自づから事件を調べるわけではなく、当事者の提出した訴状や答弁書に基づいて評価判断を下すにすぎないわけだから、そこには自づから限界がある。ことに、主要弁論期日で初めて当事者本人の事情聴取をするシュトウツガルト・モデルの経験によれば、準備書面によって示された事実や法律問題とは異った事情が陳述されることが多いといわれる<sup>(20)</sup>。この場合には、相手方弁護人はこれに即座に対応することを強制される。そうでなくても、一般的に、証拠調の結果、新しい事実の主張や証拠調が必要となることが多いわけであって、この場合には、予行手続では現われていない資料の補充的な提出を認めねばならないであろう。しかし、当事者が同じ期限内で、これらの状況に即応して新しい資料を提出することは、簡単な事件では問題ないとしても、複雑な事件では必ずしも容易ではない。もちろん、裁判所は弁論期日中にも積極的に事実及び法律問題あるいは証拠調の結果について心証をひれきし、ことにシュトウツガルト・モデルにおけるように当事者の最終弁論前には、予定する判決内容をその理由を付して予告することになれば、その限りで不意打判決を防ぐことはできる。しかし重要なことは前もって予測できなかった新たな訴訟状況が生じた場合に、これに対応して新たな事実や証拠を提出するための時間的なゆとりが、当事者側に与えら

れることである。もし、このような時間的なゆとりが否定され、即座の対応が強制されるとすれば、仮りに予め判決内容が示されたとしても、何ら審問請求権が保障されたことにはならないのである。<sup>(21)</sup>したがって、この意味で審問請求権を保障するための解決策は、二つの方向においてのみ考えることができる。一つは、英米法におけるように、当事者弁護人による開示や供述録取書などを含む十全な事前準備活動を制度的にも保障することによって、主要弁論期日における訴訟状況の進展を事前に予測できるようにしておくことである。<sup>(22)</sup>他は、ベンダ草案が予定しているように、厳格な失権効を認めず、必要な場合には次回期日を開く余地を認めておく方向である。第一の解決策が制度的に考慮されておらず、かつ考慮されたとしても、国情や伝統的慣行からその実現が危ぶまれるとすれば、第二の方向にしかその解決策は見出せないように思われる。

そこで、主要弁論期日における一回的集中弁論を必ずしも予定しない手続においても、原則として当事者の過失が明らかでなくとも（つまり、例外的に無過失の証明がない限り）、遅れた攻撃防禦方法を却下しなければならないとする厳格な失権効を認める場合には、なお同様のことが問題とされねばならない。例えば、提出期間内に出された答弁書に記載しなかった事項が、弁論期日における証拠調の結果、新たに必要となることが判明した場合にも、原則的にこれを提出できないとすれば、当事者の陳述を十分に保障することになるか疑問である。もとより、審問請求権は陳述の機会を与えることであって、提出期間を徒過した、あるいは時機に遅れた、攻撃防禦方法については、すでに提出する機会は与えられているのだから、これを排除することは審問請求権の侵害にはならないという考えもありうる。<sup>(23)</sup>しかし、この場合にも機会が与えられたというためには、その手続段階において当該攻撃防禦方法が訴訟の発展につれて重要になることが予期できた場合でなければなるまい。現行法が当事者の重過失を要件とするのは、この点の配慮によるといえる。準備委員会報告案や民訴改正草案が、答弁書提出期間を徒過した防禦方法については、過失



ありとはいえない場合（無過失の証明ができない場合）にも、これを排除するとしているのは、この意味において、審問請求権に違反する余地を残したことになるといわざるをえない。

そこで、民訴改正草案は、他方において、当事者は「注意深くかつ訴訟促進に協力して訴訟追行をする場合に、訴訟状態に応じて期待されざるを得ない限りにおいて」、攻撃防禦方法を提出する義務を負うという一般条項的な基準を設定した。従って、このような提出義務違反がない限りは、提出期間徒過後においても、あるいは一般的に提出期間の裁定されない場合でも、新たな資料を出すことができることになる。しかしながら、このような一般条項的な基準による提出義務の判断は、結局は裁判官の裁量に委ねられるわけであるから、当事者の側でその具体的な内容を予測することは難かしい。裁判所と当事者の間で訴訟状態についての評価が、食い違うような場合にはなおさらである。そこで、このような一般条項の規定だけで、当事者に十分に陳述を尽させたことになるかはお疑問である。陳述を保障するためには、裁判所は訴訟の進展につれ、その都度釈明権を行使して、主張、立証を促すことによって、一般的提出義務を具体化すべきであろう。つまり、特定事項について適切な提出期間を示した裁判所の具体的な指示にもかかわらず、攻撃防禦方法の提出が遅れた場合であれば、厳格な失権効を認めても審問請求権侵害にならない。裁判所主導型の西ドイツ民訴を前提とする限りは、ここではこのような解決の方向だけが考えられるように思われる。

(15) 西ドイツ基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) 一〇三条一項は、「各人は裁判所で法律上の審問を請求する権利を有する」と規定している。審問請求権の根拠については、これを法治国家原理に求めるだけではない、更に人間の尊厳に基づくとするのが一般である。Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Rn. 4f. zu §103 I; Röhl, Das rechtliche Gehör, NJW 1958, 1268; Winterfeld, Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs, NJW 1961,

- 849(851) ; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10 Aufl. (1969) §85 I ; a. A. Blomeyer, Zivilprozessrecht (1963) § 16 I 2 また、英米法のデュープロセス乃至適正手続との関連を指摘するものとして、Lerche, Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör," ZfP 78, 31 ; Arndt, Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 1959, 1301 参照。なお、審問請求権についてのわが国の文献として、手島孝「行政聴聞の法理」法政研究三三卷三一六号六二二頁、紺谷浩司「民事手続における審問請求権について」政経論叢一八卷一・二号五一頁以下、三・四号九二頁以下参照。
- (16) z. B. Maunz-Dürig, Rn. 65ff. zu §103 I GG, bes. Rn. 68 ; Blomeyer, Zivilprozessrecht, §16 II 5
- (17) Kaplan, von Mehren and Schaefer, op. cit., (N.19) p. 1471.
- (18) 裁判所の釈明権の行使が不意打を防ぐのに役立つことは従来から指摘されてきた。ただここから裁判所は事件についての法的見解を示し、当事者がこれにより必要な陳述を尽くすことができるようにすることを審問請求権の内容とするかについては争いがある。Kurch, Das rechtliche Gehör im Verfahren nach der Zivilprozessordnung, (1965) S. 133ff. は、例えば裁判所が法的見解を変更する場合などには、当事者に陳述の機会を与えるために、これを示すべきであるとする。Vgl. auch Zeuner, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Festschrift für Nipperdey I (1965) s. 1024 ff. bes. 1028 ; また、Arndt, Das rechtliche Gehör, NJW 1959, 6 ; ders., a. a. O.(N.15) NJW 1959, 1257 は、更に一般的に、裁判所と当事者とのいわゆる "Rechtsgespräch" をも要求する。これには反論が多い。Maunz-Dürig, Rn. 38 zu §103 I GG ; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, §83 III 3 ; Blomeyer, Zivilprozessrecht, §16 II 2 b.
- (19) 事件についての予備知識なしに弁論にのぞむことは、西ドイツの裁判官には義務違反と考えられるが、イギリスの同僚にとっては当然のことである。Cohn, a. a. O.(N.13) S. 32ff.
- (20) 前述三三四頁参照。Bender, Die "Hauptverhandlung," in Zivilsachen, DRiZ 1968, 164
- (21) Vollkommer, a. a. O. (N.2) S. 104, 108 ; Stötter, a. a. O. (N.7) S. 526 及び前注 (16) 引用の文献。
- (22) Vgl. Vollkommer, a. a. O. (N.2) S. 130,
- (23) Kurch, a. a. O. (N.18) S. 117ff,

(四) 裁判が適正であるといわれるためには、実体的にはこれが真実の実体法上の権利に適合するものであることが要請されよう。民訴改正草案は、いわゆる一般的訴訟促進義務に違反して提出された攻撃防禦方法は、原則的かつ必要に却下しなければならぬと規定するが、その結果、裁判官は自己の心証のうえでも、実体的私権と矛盾するかもしれない判決を言渡さざるを得ないことになる。民訴改正草案は、訴訟促進のために、民事訴訟の重大な目標である実体真実主義あるいは実体私権の実現を犠牲にした、という批判が強く唱えられている所以である。<sup>(24)</sup>民訴改正草案は、その第一草案理由書においては、このことを明らかに認め、かりに実体的な権利関係と矛盾することになっても、これは手続促進のために甘受されねばならないと説明した。ただ、この矛盾が当事者にとって余りに酷である場合には、促進義務に違反した攻撃防禦方法でも、これを却下することを不適法とする条項を設け、これにより事態を緩和しようとした。第一草案の中でも、とくに不人気であったこの点についての理由づけと緩和条項とは、第二次草案以来姿を消したが、これによって問題が解消したわけでないことはもちろんである。むしろ、緩和条項が削除されたために、当事者にとり「酷」な事態すら救済できなくなった。理由は、促進義務に「違反している当事者は、実体法上の不利益を蒙らざるをえない程度に司法を妨害していることになる」という説明だけを残している。しかしこれだけでは、かりに司法を妨害しているとしても、その結果、何故に実体法上の不利益を蒙ることになるかの論拠は全く不明である。

ハーブシャイドは、訴訟促進主義を実体的真実主義と対置して、手続促進のためには実体真実の侵害も甘受しなければならぬ、との主張を積極的に論拠づけようとする。<sup>(25)</sup>相互に対立する当事者の利益だけを考えた場合にも、手続の促進を目ざす側の利益を優位させるべきであるし、まして、法的平和の迅速な回復という公的利益の要請からも、実体真実主義は訴訟促進の要求に道を譲らねばならない。もともと、訴訟手続の進行を当事者の支配に委ねようとす

るのは、民事訴訟を私権の実現のための私的事象であるとする自由主義的訴訟観によるものであって、これは最早維持できない。民事訴訟の現代的理解によれば、これはとりわけ法的安定性、確実性を維持するという公的利益に奉仕すべき制度であって、この訴訟目的は、法的不確実性をもたらす紛争の迅速な解決を要請する。訴訟進行を当事者の自由に委ねれば、当事者に訴訟遅延策を許すことになり、このような公的利益の要請に反する。ハープシャイドは、ここから、訴訟促進策としての失権効の活用を主張し、これを認めるため、次のような一般的な基準を提案する。すなわち、当事者が一定の手続段階や特定事項について裁判官の裁定した提出期間を徒過した場合には、単純な懈怠だけで失権するが、そうではない一般的な促進義務違反の場合には、故意又は重大な過失ある場合にだけ、失権効を生ずるといのである。この基準は木川教授の採用されるところでもあるが、<sup>(26)</sup>ハープシャイドのように、訴訟促進を要請する公的利益が私権の保護を目的とする私的利益に優先するというだけでは、何故に右のようなところに限界線が引かれねばならないのか、一向に明らかではない。

民事訴訟理論において、訴訟法の実体法に対する独自性と優位性を強調する、いわゆる公法的訴訟法説が支配的となつてすでに久しい。<sup>(27)</sup>これによれば、訴訟法という公法的秩序によって私権も制限されねばならないが、これは実質的には、訴訟が国家制度であることからくる公的利益の要請するところである。しかし、私権の実現が国家制度を通じて行われることから、直ちに私権の制限を根拠づけることは早急にすぎる。成程、懈怠した当事者は、訴訟法上の失権効によって、私法上の権利を失うことがある。しかしその結果、これは直接相手方当事者の利益に帰するわけであって、ここでは何よりもまず、当事者間の利益不利益をいかに調整するかが問題になっていると解すべきである。国家の第一次的な利益ないし関心は、むしろ私人である当事者間の利害調整をいかに適正に行うかに存しなければならぬ。国家的な関心が、これを超えて、直接私権を制限する方向に向けられるならば、これは「私人の権利保護は、

国家社会に必要な限度においてのみ認められるにすぎない」という訴訟観に通じる危険性を含むことになる。<sup>(28)</sup> もちろん、訴訟の対象をなす私権が、当事者の自由な処分<sup>(29)</sup>に委ねられるとしても、これが当事者の恣意<sup>(30)</sup>を認めたものでないことはいうまでもない。このことは、実体私法におけると訴訟法におけるとで異なる。そこで、訴訟法による私権行使の制約についても、まず何よりも、実体私法上の権利行使の制約と共通の法理念による正当性の吟味がなされるべきである。

ヘンケルは、同様の認識に基づいて、訴訟法の実体法からの乖離を克服し、新らしく両者の統一的な理解を旨ざしている。<sup>(29)</sup> すなわち、ヘンケル理論によれば、民事訴訟は私人の権利行使の場であり、訴訟法規による私権行使の制約は、実体私法上の権利行使に付された制約と同視しうる限度においてのみ、その正当性を得る。当事者は訴訟上の懈怠の結果、訴訟法により私権を喪失すると同じ効果をうけることがあるが、この懈怠が当事者の意思に基づくものであれば、実体私法上の自由意思による権利処分の効果と異なる。これが当事者の意思によらず単なる懈怠による場合には、実体私法上の失効 (Verwirkung) 理論によって権利喪失を生ずる限度においてのみ、訴訟法上の失効もその正当性を得る。もともと私権処分の自由は、これを行使するかしないかの自由を含むが、これとても相手方の自由によって制約される。相手方においても、この権利について自由に対処できるためには、権利者の態度を信頼して自由に判断できることが前提となる。したがって、権利の行使されない状態がつづけば、相手方において、この権利はもはや行使されないものと信頼できる正当な理由をもつに至る。その結果、この時点以後は、この権利を行使することは信義則に反して認められない。<sup>(30)</sup> これは失効理論の基礎となる配慮であって、訴訟法においても実体法におけると同様に妥当しななければならない。<sup>(31)</sup> ただ、訴訟法上失効の結びつけられる期間が、実体私法上の失効理論の場合に比べてはるかに短いのは、訴訟においては当事者は定められた期間内にすべての手段を用いて権利を行

使すべきことを知っており、相手方においてもこのことを期待することが許されるからである。このように解すれば、訴訟法規も実体私法と共通の法理論による正当性をもつことになるが、その限りにおいては、訴訟法規による私権の制約も、もはや実体私法と矛盾するものではなくなるわけである。

時機に遅れた攻撃防禦方法却下の訴訟法規についても、同様の正当性が要求される。現行法は、攻撃防禦方法の提出時期について、一定の手続段階を設定せずに、一般的な規定に委ねた（ZPO二七八条I、二七九条）。このように行為の要件が具体化されず、単に訴訟を遅延させるといふ一般的要件によって却下されることになる、当事者の行為範囲は不当に制限されることになるので、法は主観的要件（遅延の意図又は重大な過失）を付加して、これを補正したわけである。これは、行為の要件が具体化されていない場合に、行為の自由と相手方の保護の必要性とを調整するために、実体私法上も一般的に用いられる法形式である。<sup>(32)</sup> 民訴改正草案は、これに対して、原則として主観的要件を要求せず（例外的に当事者側が故意又は重過失のないことを証明しない限り）、訴訟を遅延させる攻撃防禦方法を却下すべきことにしたが、そのためには当事者の行為要件の具体化が前提とされねばならないであろう。被告の答弁について、答弁書提出期間を裁定することは、答弁事項が相当の巾をもち特定されていない点で問題を残すが、<sup>(33)</sup> なおその限りで行為要件を具体化しているといえる。しかし、いわゆる一般的訴訟促進義務を規定して、一般条項的な要件を示しただけでは、結局はその判断を裁判官の裁量に委ねたことになり、当事者としては、いつまでにどのような内容の行為をすべきかを具体的に予測することが困難である。相手方においても、どのような場合にこのような期待が許されるかも明らかでない。もともと失効の要件としては、当事者に責任があることまでも要求はしないが、当事者が権利を主張するために彼に期待できるすべてのこと（alles ihm Zumutbare）をなした場合には失効を生じない。<sup>(34)</sup> つまり、当事者が期待できる行為を果していない場合にだけ、責任がなくとも失効が生じうるのだから、主観的

要件なしに攻撃防禦方法を却下すべきことを定める訴訟法規も、行為要件が具体化されているために、その行為を當事者に期待できる限りでのみ、正当性を取得することになる。このような考察を基礎として初めて、特定の事項について提出期間が裁定されている場合には厳格な失権効を認めうるが、一般的訴訟促進義務違反だけでは、遅れた主張を重過失なしに排除することはできない、という基準を導き出すことができる。従ってここでも、裁判所主導型のドイツ民訴を前提とする限りは、裁判所は訴訟のすべての段階においてその都度釈明権を行使して、具体的内容の主張立証を促し、行為要件を具体化することが必要になる。いわゆる一般的訴訟促進義務がこのような型で具体化された場合にのみ、この義務に違反する主張の厳格な排除を規定する訴訟法規も正当性をもつことになると思われ<sup>(35)</sup>。

このような意味と限度において、訴訟促進のための訴訟法規も、実体私法上の権利行使に対する形式的な障害ではなしに、実体私法からみても適正かつ正当性のある権利行使の限界にすぎないことになる。この意味では、権利はすべて適切な時期において行使さるべきものであって、不当に遅延する場合には、権利自体に影響せずにおかない<sup>(36)</sup>。

(24) Merkel, a. a. O. (N.12) S. 281f. ; Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme des Ausschusses für Zivilprozess und Gerichtsverfassung des deutschen Anwaltvereins, Anwaltsblatt 1968, 337 ; Bruns, Zur bevorstehenden Novellierung der Zivilprozessordnung, JZ 1969, 129 ; auch vgl. Lancelle, a. a. O. (N.12) S. 1960.

(25) Habscheid, a. a. O. (N.11), SS. 192f. ; 186ff.

(26) 木川統一郎「訴訟促進のための具体的諸方策とその評価」実務民訴講座Ⅰ一四九頁参照。

(27) いわゆる法秩序維持説として主張された。De Boor, Die Auflockerung des Zivilprozesses (1939), S.35 ; Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zur ZPO, 18 Aufl. Einl. C ; Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S. 11ff. の説によれば私

権保護は訴訟制度の目的である法秩序維持の結果にすぎず、独立の目的とはなりえない。しかし、最近の通説によれば、民訴の目的は私権の保護と共に法秩序維持乃至法的平和維持にあるとするようになった。Rosenberg-Schwab, Zivilprozess-

recht, 10 Aufl. (1969) §11III ; Stein-Jonas-Pohle, Kommentar zur ZPO, 19 Aufl. Einl. C ; Rimmelspacher, Zur Prüfung vom Amts wegen (1966) S.19 ; Bericht der Kommission(N.1), S. 168 この私権保護と法秩序維持を同列の目的とする見解によれば、私権保護を通じて法秩序が維持されることになるが、しかし、前者が後者に矛盾しない場合に限られることになる。 Vgl. Henckel, Prozessrecht und materielles Recht (1970) S.61

(28) So auch Henckel, a. a. O.(N.27) S. 60このナチス民訴理論の目的を説明するものとして、de Boor, a. a. O. (N.27), S. 35 の次の文章を参照すべきである。「われわれは訴訟を民族共同体への奉仕者、つまり法秩序維持の意味での司法と考える。：第一次的に個人の権利保護制度と見るのではなく、この権利保護が民族共同体にとって必要である限りにおいて、第二次的にこれをみとめるにすぎない」

(29) ヘンケルは、各種の訴訟目的観、ことにゴルドシュミットの既判力取得を中心にした訴訟自己目的説、ザウアやパウロウスキイの訴訟前権利未確定説、更には私権保護説、法秩序維持説を批判し、ことにゴルトシュミット以来顕著となった訴訟法を実体法から分離独立させる考え方を克服しようと努める。 Henckel, a. a. O. (N.27) S. 41ff. ; ders., Vom Gerechtigkeitwert verfahrensrechtlicher Normen (1966) S. 10ff.

(30) Soegel-Siebert, BGB 9 Aufl., Anm. 173ff. zu § 242 ; 失効理論の一般的な内容については、成富信夫「権利の自壊による失効の原則」(昭三二年)・山下正人「失効」民事法学辞典上巻七六一頁参照。

(31) この信義誠実原則の具体的適用例としての失効理論を訴訟法上も適用して、訴訟法上の権限喪失を認める判例や学説は従来から見られた。Soegel-Siebert, (N.30) Anm 206, 207 zu §242 ; Baumgärtel, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG, ZJP 67, 423 しかしここでは、BGB二四二条(信義誠実)の一般条項を訴訟法に導入して訴訟法の厳格さを緩和するためではなく、現存する訴訟法規の実体的正当性を根拠づける限度で、失効理論を用いるに止めたい。従って、失効理論によって訴訟法規を変えるのではなく、この趣旨を明らかにし、これを正しく解釈しようとするにすぎない。So auch Henckel, a. a. O. (N.27) S. 95f. もつと Henckel, S. 114ff. は失効理論の一般的適用を認めるが、これも具体的法規の解釈で推論できない欠缺がある場合に限定すべきことを強調する。

(32) 例えば、BGB八二六条は、良俗違反という一般条項的概念だけによっては行為要件が明確化されないために、行為者の故意を要件に加えて損害賠償を認めている。これに対して、BGB八二三条IIは具体的行為要件の例。



(33) ZPO二七九条aは、裁判所の特定した個々の事項についての積明期間であるために、行為要件は十分に具体化されているといえる。So Henckel, a. a. O. (N.27) S. 113 答弁事項というだけでは特定されないで、ここでも、後述のように積明権による具体化が要求されることになろう(後述注(35)参照)。

(34) これは実体法上の一般的要件とされる。Soegel-Siebert, (N.30), Anm 185 zu §242. これは訴訟法においても同様に要求される。Vgl. Baumgärtel, a. a. O. (N.31) S. 450.

(35) 従って、立法するについては、厳格な失権効の要件として、ZPO二七九条aのような、積明権による具体化を前提とする規定を設けるべきである。

(36) So auch Henckel, a. a. O. (N.27) S. 114.

## 五 結 語

(一) 訴訟遅延の現象が社会問題となり、これに対する国家的な促進対策が強調されるのは、これが個別的な訴訟の遅延ではなく、社会現象として日常的大量的に現われてきたためである。<sup>(1)</sup>これを放置したのでは、民事訴訟は市民間の紛争を解決するという本来の機能も果せず、市民社会を基盤とする国家は、その存立自体をおびやかされることになる。国家はその存立基盤である市民社会を維持保障するためには、迅速な紛争処理のために積極的に乗り出さざるをえない。民事訴訟における訴訟促進策が、国家的な要請を基礎としたいわゆる国家公法体系の支配的優位のもとに唱えられてきたのは、このような背景による。訴訟手続についていえば、これは当事者の主導的地位によって裁判所の役割の優位をみとめる職権主義の強調となって現われる。とりわけ訴訟進行についての当事者支配を排して、裁判所がこれを掌握する職権進行主義が確立されることになる。

ところで、本来民事訴訟が刑事訴訟などの他の手続と異なるのは、ここでは市民の自由な処分<sup>(2)</sup>に委ねられている私権

ないし個人的利益が争いの対象となっていることである。私の商品交換の法である近代的市民法の私的自治と契約自由の原則は、民事訴訟法においても処分権主義、弁論主義として貫徹され、訴訟物をなす私権についての処分やこれを認定するための資料の提供を当事者に委ねているわけである。しかし他面、民事訴訟が市民社会において生起する紛争を大量に解決する国家制度であるところから、裁判機構の基本をなす手続（裁判所の構成や専属管轄など）については劃一的な処理が要求され、個々の手続毎に当事者の任意の選択に委ねることは許されない。その限りで、民事訴訟も公法的な規律に従う側面をもつことはいうまでもない。ただ、この公法的規律が民事訴訟のいかなる領域に及ぶかは、立法当時の社会的背景によっても異なるし、歴史的にも変遷をたどってきたわけである。<sup>(2)</sup>

当事者進行主義から職権進行主義への変遷は、民事訴訟理論における公法理論の一般的優位を背景とするが、直接には、前述のように、訴訟遅延現象の日常化大量化への対処策としてであった。しかし、訴訟をいかに進めるかは、場合によっては、訴訟の対象をなす実体的私権の消長を直接左右することにもなり、この場面での職権主義がいかなる限度で支配するかは、民事訴訟の目的とも関連して重要な意味をもつことになる。つまり、民事訴訟において国家が積極的に関与するのは、もっぱら自由平等な市民間の私的利益を適正に調整するためであるのか、あるいはそうではなくて、むしろ国家的公的利益の要請により法的安定性を維持確保するためであるのかによって、この場面における職権主義の機能の仕方にも差異を生ずることになる。もし民事訴訟において、私的利益調整をこえて国家的目的を追求することになれば、これは私的利益を国家的必要に従属させるいわばナチスの発想に連なるものであり、私的所有を基調とする資本制社会の論理的前提とも矛盾することになる。市民は国家のためではなく、国家が市民のためにあるという市民社会の論理を貫くためには、国家が民事訴訟において市民間の私的利益を適正に調整するために奉仕することはけだし当然である。このような考察を前提とすれば、訴訟促進のために私権行使を制約する訴訟法

規も、自由平等な市民間を規律する実体私法における共通の法理念に基礎づけられる限りにおいて正当性をもつとするヘンケル理論は、市民社会における民事訴訟を規律する具体的基準を示すものとして、適切である。訴訟進行を掌る裁判所の職権活動も、したがって、自由な市民間の適正な利益調整を助けるためになされねばならない。さもないと、前述のように、国家による積極的な市民社会の維持保障のために登場した職権主義は、その存在理由を自づから否定することになる。

(二) 訴訟促進を目ざす訴訟法規が右の限度でしか正当性をもたないとすれば、提案されている訴訟法規の改正だけによって、日常的に大量化した訴訟遅延を解消できるかは甚だ疑わしい。ことに、ドイツ民訴のような裁判所主導型の弁論準備や審理手続の下では、当事者主導型の手続に比べて、裁判官の事務負担量が大きくなり、却って訴訟遅延の一因となっていること明らかである。<sup>(3)</sup> 前述の各種の訴訟促進案がこの裁判官の職権活動を弁論の準備段階をも含めて更に徹底しようとしていることは、ある意味では裁判官の負担を更に増加させる可能性を含んでいる。そこで、こゝでもやはり、当事者及び弁護人による主体的な事前の弁論準備活動が強調されなければならないし、ことに当事者側の主導性によって事前に事実関係を解明できる、何らかの制度的な工夫が考案されるべきである。<sup>(4)</sup> この点では、当事者が裁判所の助力を得て、相手方所有の文書の提出を強制し、更には、相手方や証人に対して事件についての質問状への解答を強制できる制度を提案するヤコビ教授の見解は示唆的である。<sup>(5)</sup> こうすれば、一方において、促進案の予定する弁論の準備段階における裁判所の釈明活動のための負担が一部軽減されることになる。他方、当事者の側でも必要な事実関係を事前に予測することができて、不意打の危険なしに集中審理が可能になると思われる。こうして、口頭弁論における事実関係の展開が前もって早めに予測できれば、その限りで、当事者は必要な事実や証拠を早く提出できるし、この場合に遅れて提出された資料を却下しても、審問請求権の侵害にはならず、実体法上も妥当な制約と

みられることは既に論じてきた通りである。

このことは、ことにわが国の民事訴訟において継続審理による訴訟促進を考える場合には極めて示唆的である。基本的にはドイツ型に近いとはいえ、戦後の改革により一部当事者主導型の手続(民訴二九四条の当事者による証人の交互尋問手続など)を導入し、弁護人の事前準備活動も次第に活潑になりつつあるといわれる。証人の事前面接なども西ドイツに比べればかなり一般化しているようである。この意味では、ドイツ的裁判所主導型と英米的当事者主導型の折衷型となったといえる。従って、この手続の下では、当事者の主体的活動とこれに対する裁判所の適切な指導によって訴訟促進を図る方向が指向されるべきであろう。この点で、前述の西ドイツにおける各種の訴訟促進案がどのように参照されるかは、にわかには決定できないが、現行法の下でも、例えば、答弁書の提出期間を裁定することはできるし(民訴二四三条)、いわゆる準備的口頭弁論期日を早めの第一回期日に活用することもできる。民訴法一三一条を活用すれば、裁判所は、この準備的口頭弁論や準備手続において当事者本人の出頭を求めて事情聴取をすることや当事者の所持する文書などの提出を求めることなど、ベンダ裁判所の活用したZPO二七二条bに類する処置もできる。しかし、ドイツ民訴におけるほどに裁判所の主導性が徹底していないわが国では、ことに当事者の主導性により予め訴訟外で事実関係を解明する制度を考案する必要性が、ドイツに比べてはるかに大きいといえる。もちろん、市民の経済的基盤の未成熟さや本人訴訟の問題など論ずべき多くの点は残されているが、裁判所の積極的な協力を前提とするヤコビ提案の限度であれば、わが国においても実現の可能性は大きい。わが国における準備手続制度活用の試みが、数度にわたって失敗してきた理由はいろいろと指摘されてきたが、当事者による事前の事実探知手続が欠けているのもその一因と考えられる。準備手続において証拠を整理しただけでは、必ずしも口頭弁論期日における証拠調の結果を予測することはできないから、不意打をうける余地も残る。この場合に、当事者による事前の事実

探知がなされておれば、厳格な失権効制裁（民訴二五五條）に対する關係人の抵抗と反撓も少くなるものと考えられる。

(三) 訴訟遅延の原因が多岐にわたることを思えば、このようにいくつかの訴訟法規を改めただけで、訴訟促進が実現できるかどうか疑わしいことは、既に論じた通りであり、これはわが国についても妥当する。制度の運命を左右するものは、これを運用する關係者であつて、法曹關係者の伝統的な慣行は、一片の法規の改正だけでは容易に改められないであろう。弁護士による事前準備活動にしても、これは社会の経済的基盤や弁護士組織の状況に規定される面も大きいわけであるから、将来に向つての徐々の変革を期待できるに止まる。しかし、国家が訴訟遅延現象を真剣に取りあげ、これを解明しようとするならば、訴訟法規の改正よりも、なお多くのなすべきことが残されている。西ドイツでも主張されているように、何よりも、裁判所の物的人的設備を充実拡大することが第一の方策であるように思われる。西ドイツについて前述したことの多くはわが国でもそのまま妥当しよう。ただここで特に注目すべきことは、前述の通り、わが国の裁判官の絶対数も人口比も、西ドイツのそれに比べると、はるかに劣っていることである。既に詳論したように、事件処理の遅速は、受件数と裁判官数の相関關係によつて決まるのだから、裁判官数を二倍にすれば、事件処理の速度も倍加するはずである。西ドイツに比べて事件数が少いことは、<sup>3)</sup>それだけ埋れた事件が裁判所を廻避していることを意味するだけであつて、現状維持の理由にはならない。裁判官を増員し訴訟遅延が解消すれば、受件数も増加すること間違いはない。わが国では、まず何よりも、裁判官数を飛躍的に増加することによつて、その加重負担を軽減して、訴訟促進を図るべきことは、誰の目にも明らかのように思われる。

(1) 江藤价泰「民事訴訟法」法律時報三七卷五号一三六頁（一三九頁）、染野義信「訴訟促進規制の本質」法律時報三〇卷一

一号一一頁（一二頁）参照。

- (2) 江藤价泰「民事訴訟における職権主義」法律時報四〇巻一号六二頁は、下からの市民革命の行われた国(英・仏)では當事者主義理念が貫徹し、上からの資本主義化の行われた国(独・日)では、職権主義理念が強調されると指摘する。この資本主義国家成立過程における社会構造の相異が、現在もなお、當事者主導型(英米)と裁判所主導型(独)の訴訟手続として根強く残っていることは、前述したところからも明らかである。
- (3) Vollkommer, Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen, ZZP 81, 102 bes. 113f., 116f. その極端な例が、一七九三年のプロシヤの民事訴訟法である。
- (4) このような主張をするものとして、Vollkommer, a. a. O. (N.3) S. 130; Jacoby, Das Erforschungsverfahren im amerikanischen Zivilprozess—Vorschläge für eine Reform der ZPO, ZZP 74, 145 bes. 160ff.; Baur, Weitere Anregungen zur Beschleunigung der Zivilrechtspflege, JZ 1969, 482f. 参照。Vgl. auch Bruns, Zur bevorstehenden Novellierung der Zivilprozessordnung, JZ 1969, 127ff.
- (5) Jacoby, a. a. O. (N.4) S. 164f. この提案については、中務俊昌「弁論の準備と西独における論議」法学論叢七五巻四号一頁、特に二頁以下に詳細な紹介がある。
- (6) この点について同じ方向で詳細な提案をされている、中務・前掲論文(注5)二六頁以下参照。
- (7) さしあたって、例えば、三ヶ月章「わが国準備手続制度の問題点」研究三巻一九一頁以下、同「民事訴訟法」三六四頁以下参照。
- (8) この点を強調する畔上英治「西ドイツ民事訴訟の実際」(法曹時報一四巻九号七頁以下参照)。

## 追記

本稿脱稿後、ここで取扱った問題を直接論じた以下の新しい文献を参照することができた。小山昇「シュトウツガルト方式口頭弁論見聞報告」ジュリスト四六三号一三〇頁、Henke, *Judicia perpetua oder: Warum Prozesse so lange dauern*, ZZP 83, 125; Strohm, *Gute Erfahrung mit dem "Stuttgarter Modell"*, ZRP 70,95; Sederlund-Treiber, *Auf kürzerem Wege zum Urteil*, ZRP 70, 121; Baumann und Fezer, *Kritische Anmerkungen zur*

Zivilprozessbeschleunigungsnovelle, ZRP 70, 127; dieselbe, Beschleunigung des Zivilprozesses, 1970; Sche-  
 ner, Sehenden Auges zum unrichtigen Urteil?, ZRP 70, 169 (「一々本文中に引用することはできないうが、その  
 間、民訴改正の政府草案を一部修正する、連邦参議院法務委員会案 (Empfehlungen des Rechtsausschusses  
 des Bundesrats) が成立したことを指摘しておく必要がある。」)