

口頭弁論 (その一)

勅使川原和彦  
荒木新五

I 適時提出主義

- 一 適時提出主義への歴史的経緯(勅使川原和彦)
- 二 新法における適時提出主義(勅使川原和彦)
  - 1 旧法との相違と「適時」の意義
  - 2 日本型「適時提出主義」違反とサンクション
  - 3 適時提出主義と、争点及び証拠の整理手続
  - 4 適時提出主義と説明義務、時機に後れた攻撃防御方法の却下
  - 5 控訴審と適時提出主義
- 三 旧法・随時提出主義と新法・適時提出主義の相違と実務的評価(荒木新五)

II 口頭弁論調書関係規定の改正(勅使川原和彦)

- 1 はじめに
  - 2 旧法「随時提出主義」の実情
  - 3 旧法は随時提出主義か
  - 4 おわりに  
└ 新法「適時提出主義」の展望と課題
- 一 口頭弁論調書関係規定の「規則」化
  - 二 調書の記載に代わる録音テープ等への記録
  - 三 調書の関係人等への読み聞かせ等(旧法一四六条一項)の廃止

## I 適時提出主義

（攻撃防御方法の提出時期）

第一五六条 攻撃又は防御の方法は、訴訟の進行状況に応じ適切な時期に提出しなければならない。

旧一三七条 攻撃又ハ防御ノ方法ハ別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外口頭弁論ノ終結ニ至ル迄之ヲ提出スルコトヲ得

（攻撃防御方法の却下）

第一五七条 当事者が故意又は重大な過失により時機に後れて提出した攻撃又は防御の方法については、これにより訴訟の完結を遅延させることとなると認めるときは、裁判所は、申立てにより又は職権で、却下の決定をすることができる。

2 攻撃又は防御の方法でその趣旨が明瞭でないものについて当事者が必要な釈明をせず、又は釈明をすべき期日に出頭しないときも、前項と同様とする。

旧一三九条 （文言上の変更は口語化のみ）

## 一 適時提出主義への歴史的経緯

(勅使川原和彦)

1 一九九六年六月二六日公布の新しい民事訴訟法によって、日本において民事訴訟法が誕生以来とりつづけていた「随時提出主義」の規定は「適時提出主義」に改められた。すなわち、「攻撃又は防御の方法は、訴訟の進行状況に応じ適切な時期に提出しなければならない」(新法一五六条)。この規定の文言の表現自体は、ドイツ民法(ZPO)二八二条一項に倣ったものであろうが、何故「適時」に提出することが要求されるのかの原理的な背景、そしてわが国ならではの事情はいかなるものであったのだろうか。

今次の改正により、とりわけZPO二七二・二七三条(手続促進・期日準備義務)にも比しうる新法二条、ZPO二八二条(攻撃防御方法の適時提出主義)に文言上も酷似する新法一五六条、そしてZPO二九六条二項(二八二条に反し時機に後れて提出された攻撃防御方法の却下)と同旨の新法一五七条によって、ドイツ民訴同様、当事者の一般的訴訟促進義務(allgemeine Prozeßförderungspflicht)を、日本法においても民訴法の条文に依拠して観念することが一応は可能になった(これまでは、憲法三二条から適時審判の保障を導き、当事者の訴訟上の信義則として訴訟促進義務が考えられていた)。しかしながら、単にそのこと自体を取り出しただけでは、単なる講学上の概念づけという枠を出るものではない。随時提出主義も適時提出主義も、それをとりまく民訴法上のシステムによって意義が全く異なるのである。訴訟遅延の歴史は繰り返されているが、その対策の不奏効を繰り返さないために、まず、当事者の提出に関する法制度上の建前の変遷を、簡略にでも理論史的に振り返っておくべきであろう。

2 周知のように、提出をなすべき順序に関する主義としては、法定序列主義（当事者の主張・証拠は法定の順序にしたがって提出されなければ効力を生じない）と自由序列主義（提出の順序をその目的を達する必要上自然に定まる順序に放任する）がある。法定序列主義は、内容上、証拠分離主義と同時提出主義に分けることができる。証拠分離主義とは、事実主張の段階と証拠調べの段階を完全に分離し、事実主張が全部完了した後で証拠調べ手続が行われ、そこでは当事者はもはや事実上の陳述をすることができなくなるという主義（現行法ではこれと反対に、同時の事実主張と結合させて証拠方法を申し出られる証拠結合主義が採られている）であり、同時提出主義とは、同一の目的を達すべき当事者の攻撃防御方法は、同時または可及的速やかな一定期間内に提出しなければならず、後になって提出しても無効とされる主義である。法定序列主義は、書面主義がとられていたドイツ普通法時代に、訴訟手続の遅延防止の必要から自然に発達したものであったといわれる（細野長良『民事訴訟法要義』第三卷（五版）三六頁）。しかし失権の厳格さから、訴訟資料が減り真実発見に適さないこと、あるいは逆に仮定的・予備的主張が増えて多くなる危険がある等の理由から、当時の自由主義思潮の中で一八〇六年のフランス民事訴訟法（公開主義・口頭主義・随時提出主義・証拠結合主義を採用した）に倣って、一八七七年のドイツ民事訴訟法（CPO）は、同時提出主義を排斥し、随時提出主義の採用を明文化したのである。CPOは、同時提出主義の排斥を鮮明にするために随時提出主義の規定を特に設けたのであるが、CPOをほぼ翻訳したものといつてよい明治二三年公布の旧民事訴訟法（以下、明治民訴という）では、そもそも同時提出主義の経験をもたず最初から口頭審理の法制を入れたわけであるから、口頭弁論における自由な攻撃防御方法の提出は自明のこととして明文規定を置く必要は必ずしもなかったといえようが（中村宗雄『改正民事訴訟法評釈』二二四頁参照）、二〇九条に明定された。

この段階で既に、自由序列主義から生ずる訴訟遅延の弊害は自覚されていたが、法規上の手当ては少なかつた。例えば、明治民訴二〇九条の後に、二一〇条で時機に後れた攻撃防御方法の却下（二一四条一項で証拠方法・証拠抗弁につき同条準用）が規定されている。ただ、却下対象が被告の提出に限られており、原告の申立てがなければ同条を適用できなかつた。また、当事者の提出に関する事後の失権効を伴う準備手続も、「計算事件、財産分別及びこれに類する訴訟」に限られ、準備手続を命ずるか否かも裁判所の裁量に委ねられていた（明治民訴二六六条以下）ため、その存在すら忘却されたような状態に至つた（野間繁「辯論の集中」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座』第二卷「四〇九頁」）。

明治民訴法施行後、数年のうちに訴訟遅延は顕在化した。当時は、遅延の原因が、輸入立法ゆえの手続煩瑣等、法制度それ自体の不備に求められ、「訴訟遅延ノ原因ト認ムベキ諸規定ヲ改メ、専ラ其円滑ナル進捗ト審理ノ適正トヲ図ル」（民事訴訟法中改正法律案理由書冒頭）ことを主眼とする大正一五年の改正に至る。

大正改正時の旧民事訴訟法（以下、大正民訴という）では、随時提出主義規定そのものは変更されなかつたが、同時に訴訟遅延の弊害防止を目的として、それをとりまくシステムに大きく二つの変更が加えられた。

その第一は、準備手続の原則化である。地方裁判所における訴訟は原則として受命判事による準備手続によらなければならぬものとされ（大正民訴二四九条）、明治民訴よりは広く例外が付されたものの、この準備手続には、当事者の提出に関する事後の失権効を伴う（大正民訴二五五条）。

第二は、時機に後れた攻撃防御方法の却下につき、却下対象が両当事者の提出に拡張され、また、当事者の申立

てをまたずに職権却下が可能になったことである。時機に後れた提出は被告に限らず原告からもなされうること、原告代理人から明治民訴二一〇条の申立てがなされることが、身内意識からかほとんどもなかつたことが、実質的な背景であつた（糸賀悌治「民事訴訟法第三百二十九條の運用に就いて」法曹会雜誌二〇卷一号四一頁以下）。

そのほか、訴訟費用についても、適当な時期より遅れた訴訟資料の提出のために要した訴訟費用の負担を後れた提出をした当事者に命じうることにした（大正民訴九一条）。

つまり同時提出主義の本質を「審理（および提出）の段階付けと各段階以後の提出の失権」ということにみるのであれば、大正改正の時点で、同時提出主義の規定にもかかわらず、それをとりまく法制度はある種の同時提出主義が採られたといえるのである。ただし、そこでの訴訟促進の要請は、専ら司法行政監督権者による下僚たる裁判官に対する官僚的な督励であつて、現場の裁判官には一種の抵抗感があつたといわれる（内藤頼博「訴訟促進の問題をめぐって」曹時二卷二〇号六四頁）。

この同時提出主義指向は、戦時中に鮮明になる。すなわち、昭和一七年施行の戦時民事特別法六条で、裁判所は攻撃防御方法の提出期間を定めることができ、期間経過後は裁判所の許可を得ない限り、提出を許さない旨が規定されたのである。もつとも大正改正以後、改正直後の数年を除き、準備手続が励行されていたことは少ない（この辺りの事情につき、野間・前掲四〇三頁以下参照）。その原因として、受命裁判官の能力不足、訴訟準備についての当事者の怠慢、それについての裁判所の寛大さ等が指摘され、ついに、裁判所法の改正で第一審が原則として単独制とされたのと併せて昭和二三年法律一四九号により大正民訴二四九条は改正され、準備手続は、合議体の場合の例

外的な手続として、その手続を経るかどうかも再び裁判所の裁量に委ねられた。

ところが、その二年後、連合国最高司令官の審判促進を命ずる指令を受け、また、アメリカ法の pretrial 手続の影響を受けて、再び訴訟促進のための改正が行われる（関根小郷「継続審理を中心とする民事訴訟法の改正と最高裁判所規則の制定」曹時三卷一号三八頁以下。なお同時期の東京高等裁判所訴訟手続準則につき、小山稔「民事訴訟制度改革の軌跡」自正四〇巻八号三七頁参照）。昭和二五年の改正民法自体としては、合議体のみならず単独体においても準備手続をなしうるようにし（旧法二四九条）、受命裁判官を準備手続裁判官とした（同二五〇条以下）だけであったが、特に最高裁による「民事訴訟の継続審理に関する規則」（いわゆる継続審理規則）が設けられ、その中で再び準備手続の原則義務化が図られた（継審規一〇条）。さらに準備手続裁判官には経験豊かな裁判官が要求され（同一二条三項）、最初の口頭弁論期日に準備手続に付したら即日準備手続をしなければならぬとされた（同二四條）。しかも弁護士の訴訟遅延行為に関する処置に関する規定までおかれたのである（同二五條）。規則上は、随時提出主義の働く余地はまた極めて少なくなったのである。しかし、現在までに指摘されているような準備手続の欠陥（問題点の詳細はさしあたり、石井良三「現行法上の随時提出主義の問題点」法教（二期）八号八九頁以下、三ヶ月章「我が国準備手続制度の問題点」『民事訴訟法研究三卷』一八九頁以下、上原敏夫「訴訟の準備と審理の充実」『講座民事訴訟（4）』一九一頁以下参照）から、やはり準備手続はあまり積極的には利用されなかった（継続審理の熱心な支持者である裁判官ですら、一六%しか準備手続に付きなかつたという例がある。古閑敏正「民事訴訟における継続審理」曹時四卷一―号四〇頁以下参照）。

そして昭和三二年、継続審理規則を受け継ぐ民事訴訟規則（旧規則）の制定に至って、またしても準備手続は、

繁雑な事件について裁判所の裁量で付されることになったのである。さらに、準備手続の欠陥のうち証拠調べと手続内裁判ができないという技術的な難点を改めるべく、新たに「準備的口頭弁論」制度が明示的に規定された（旧規則二六条。なお継続審理規則二四条も「準備的口頭弁論」という名称こそ使わなかったものの同趣旨を規定していた）ものの、新件部の失敗もあつてか、現在までやはり有効に利用されることはなかった。この規則は弁護士会との極めて密接な連絡のもとに制定されたという点で、従来の手続改正と異なる経緯を有するという裁判所側からの評価もあるが（関根小郷「民事訴訟規則について」曹時八卷四号五頁以下）、上からの訴訟促進の押しつけという弁護士側からの評価を免れることはできなかった（小山稔「わが国における民事訴訟促進方策の歩み」判タ六〇一号二二頁以下参照）。こうして、随時提出主義の規定は、（自由序列主義から生じる訴訟遅延という弊害の防止策としての）旧法一三九条・九一条の不利用によつて、事実上、無制限の提出許容システムの核となつたのである（もちろん、理念としては依然として「無制限の提出許容」は認められるものではなく、「随時提出」と呼ばずに「制限提出」ないし「適時提出」と呼称すべきだとする主張は以前からある。内田武吉「随時提出主義」民事訴訟法の争点〔新版〕二二三頁、鈴木重勝「口頭弁論における攻撃防禦」三ヶ月章ほか編『新版・民事訴訟法演習Ⅰ』一九〇頁等）。

3 以上を要するに、従来のがわ国における「提出」に関する法制度の変遷においては、随時提出主義の規定そのものは一度も変更されることなく、それを実質的には変更するような同時提出主義指向の制度が法規の建前上は再三選択されながら、しかし、実務上はある数年の期間を除き、訴訟促進が図られたという評価を得ることはできなかった、ということがわかる。



このことは、隨時提出主義が、時機に後れた提出の却下という失権効による制限の有名無実化によって、一貫して「後出し」許容の拠り所となつていたことを示しているのであろうか。もしそうであるなら、今次改正での「隨時提出主義」への転換は、それ自体で単なるお題目以上の實際的意義を有することになる。そうした面もないではなからうが、しかし、長い「後出し」許容の現実には、法制度の理論史的な評価とは別に厳然と存在し、条文一つの変更によってそれが変わるとは思われない。また、過去に何度も試みられた同時提出主義指向と決定的に異なるのは、改正過程での法曹関係各界からの意見交換もさることながら、内容的に、ある種の手續の段階化を図りながらも、失権主義を採用しなかつた（旧準備手續との比較でいえば失権主義は後退してきえている）ことである。失権強化という強圧的な制裁を選択しなかつた以上、やはり、同時提出主義のめざすものを実効あらしめるシステムの自覚的な構築が必要なのである（高橋宏志『新民事訴訟法論考』とくに二一八頁以下は、弁護士の訴訟の引き延ばしに対してとりわけ厳しい目を向ける）。

## 二 新法における適時提出主義

（勅使川原和彦）

### 1 旧法との相違と「適時」の意義

一五六条は、わが国民事訴訟法が制定以来、規定の上で採り続けてきた「隨時提出主義」を、「適時提出主義」へと転換したことを明らかにする規定である（もつともわが民訴訟法の隨時提出主義規定そのものは不変でも、提出をめ

ぐる法制度の建前上は、ある種の「同時提出主義」が何度も登場していることは前節で見たとおりである。すなわち、口頭弁論一体の原則から「口頭弁論ノ終結ニ至ル迄」第一審・控訴審を通じて攻撃防御方法を提出できるといふ随時提出主義は、「訴訟の進行状況に応じ適切な時期に」攻撃防御方法を提出しなければならず（すなわち少なくとも時間的な意味では口頭弁論の一体性の意義は消滅したことになる）、また控訴審でも、裁判長は当事者の意見を聴いた上で攻撃防御方法の提出等をすべき期間を裁定することができ（三〇一条一項）、この裁定期間経過後の提出等に際して当事者は、裁判所に対して期間内の提出等ができなかった理由を説明しなければならない（同二項）という枠組みでの、「適時提出主義」へと転換されたわけである。

ここで、適時提出主義の範疇に入るような改正点には、以下のものも含まれる。

まず、従前の準備手続に代わり、各種の争点整理手続が規定され（新法第二編第二章第三節）、それら争点整理手続を経た後に、その整理結果に反するような攻撃防御方法を提出するにあたっては、旧準備手続時代の失権効による制裁（旧法二五五条）が改められ、相手方の求めに応じての相手方への説明義務が課され（新法一六七、一七四、一七八条、控訴審につき二九八条二項。なお新法三〇一条二項の「説明義務」については後述）、失権そのものは、一般規定（新法一五七条。旧法一三九条に同じ）に委ねられることとなった。

さらに、旧法での準備書面提出期間の裁定（旧法二四三条二項）につき、答弁書と特定の事項に関する主張を記載した準備書面に加えて、特定の事項に関する証拠の申出についても提出期間の裁定（新法一六二条、新規則一三九条）が可能になった（なお書面による準備手続では、準備書面等の提出期間の裁定は必要的である。新法一七六条二項）。

なお、これら一連の「適時提出」指向のバックボーンとなりうる当事者の訴訟追行に関する信義誠実義務も、新

法二条で明文化された。

ところで、新法にいう「適時」の意義は、いかなるものであろうか。

「適正な裁判」は、訴訟制度にとって根本的な意義を有する目標であるが、その「適正」の意味するところは、真実発見だけではない。侵害された権利の保護・救済が、実効あるものでなければ「適正」とはいえないのであり、かつまた実社会における「実効性」については、「時間」という要因が占める割合は極めて大きい。極めて迅速に権利が回復される自力救済を原則的に取り上げた近代法治国家における司法制度が、無駄な時間を費やして有効な権利保護を与えられないならば、その制度とそれを支える諸機関の存在価値が疑われる (*F. Baur, Einige Bemerkungen über die »Zeit« im Zivilprozess, in: FS für G. Baumgärtel zum 70 Geburtstag, 1990, S. 1ff.* や中野貞一郎「司法改革の軌跡」中野貞一郎ほか編『三ヶ月先生古稀祝賀・民事手続法学の革新(上巻)』二四頁以下もまた、民事訴訟の世界において「時間」の意義を適切に把握すべきことを説く)。訴訟が遅ればその分権利の侵害は進み、いかに真実が発見されたとして勝訴者は「理に勝って利に負ける」ことになりうるのである。「時間」は無駄に費やされれば二度と回復できないものでもあり、理に勝てばそれで良しとするのは、多くの場合法律家の自己満足でしかないといえる。他方、一国の民事訴訟制度の紛争処理能力が、人的能力や物的設備の限界のために固定しているとすれば、一つの具体的事件で一人の不心得な当事者が訴訟手続を遅延させることの結果は、あたかもその者が民事訴訟を独占するかのようになり、他の国民の訴訟制度利用の効率を低下せしめる。一人ひとりの判決資料の提出時期の懈怠の集積は、その国の民事紛争解決機能のエネルギーをロスさせ、その質の問題にも波及する(鈴木重勝「口頭弁論

における攻撃防禦「三ヶ月章ほか編『新版・民事訴訟法演習Ⅰ』一八九頁以下）。司法機関とその利用者に使用を許されている「時間」は、適正・公平を維持する民事訴訟手続自体が必然的に要する時間である。弾劾証拠でもないのに書証の事前提出を怠り、証拠調べ当日に書証を提出して相手方に事前に閲読をさせないといったアンフェアネス（さらに、そこで公平を期して相手方の準備のためにもう一日日重ねなければならぬとすれば、その分の時間のロス）や、期日を一回「空転」させたり、実質のない期日にしてしまうことの「罪」の重さが従来以上に認識されなければならない。「適時」そのものの具体的な「時期」は訴訟の進行状況に応じ個別具体的に定まるものではあるが、その必要最小限度を超える非効率・不合理な時間の無駄を省くこと、すなわち懈怠の禁止が、今次改正民法が要求する「適時」の意味である。それを「訴訟促進義務」と名づけるとしても、過度に積極的に訴訟を促進すべき義務を意味しているわけではない（Vgl. *Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung*, ZJP 93 (1980), 237, 240）。以上のような「時間」の意義を法文上明確にした新法一五六条は、その限りでも理論的に積極評価すべき改正といえよう。

## 2 日本型「適時提出主義」違反とサンクション

ドイツで一九七六年簡素化法により導入された「適時提出主義」は、日本と比べ、種々の裁定期間・早期第一回期日・書面先行手続期日・答弁書提出期間といった「時機」に後れた場合、原則として当該提出を却下しなければならぬ（ZPO二九六条一項。同条二項と二八二条が、前述の通りわが国の新法一五七条・一五六条とほぼ同旨。なおZPO二八二条三項で訴えの適法性に関する責問については明示的に同時提出主義を採っている）という範囲で著しく厳

しい失権効が伴っている（しかし、この失権については近年、連法憲法裁判所や連邦通常最高裁判所で、主に憲法上の基本権たる法的審問請求権（Rechtliches Gehör）違反という理由で、あるいは「遅延」の認定のゆき過ぎを理由として、却下を違法とする判例が相次ぎ、揺り戻しが起きてくる。Vgl. MünchKomm-ZPO/Pflichting, 1992, § 296; BGH NJW 1992, 1965 und 1997, 2244 usw.）。

こうしたドイツ法上の同時提出主義的色彩の極めて強い「適時提出主義」とその後の多数の判例による揺り戻しをみる限り、失権効による強制は「適正な」裁判を受ける権利との関係で問題が残るし、「迅速な」裁判を受ける権利との関係でも「失権」を巡る争いを併発する点で、訴訟促進にとつて必ずしも最良の方法ではないという示唆も得られる。そしてまた前注でみたように、わが国の同時提出主義回帰型の法制度が実際に利用されなかった歴史（つい最近でも弁論兼和解が活用されたのは失権効がないことも理由の一つとされたし、また失権を恐れての不必要な提出による手続の膨張の危惧は常々指摘されてきた。）を顧みれば、今次改正のように失権主義を後退させつつ「適時提出主義」を宣言した選択は、それなりに納得できる面もある。

そうした新民訴訟法においては、文言上の変更は（現代語化を除き）なかった時機に後れた攻撃防御方法等の却下（新法一五七条）という「一般失権規定」が、（周知のように実際に適用が避けられる傾向はともかく）訴訟手続内の提出の失権効を一手に引き受けることになる。立法担当官の解説では、一五六条にいう適時提出主義での「適切な時期」と一五七条にいう「時機」とは、用語が異なるように意義も異なり、訓示的に義務づけた理想の「適切な時期」から相当遅れた提出が、「時機に後れた」提出と評価されるとしている（法務省民事局参事官室編『一問一答新民訴訟法』一五八頁）。そのため、適時提出主義の規定自体が、必ずしも一五七条の適用に直結するものと言え

るわけではないようだが（中野貞一郎『解説新民事訴訟法』三三頁。反対、石川明「新民事訴訟法は随時提出主義か」判タ九一二号五四頁以下）、とくに従来との変更を考えうる部分だけを取り出してみる。

- (1) 新民訴訟法において実質的な口頭弁論の機能を果たすことが期待されている争点整理手続を、裁判所・双方当事者が協力して追行して整理が完了した場合、整理結果に反するような提出につき、一五七条一項の「重過失」の認定に際し、適時提出「義務違反」の認定が理論的には容易化しうる。そこでは多くの場合、後れた提出をする当事者は、無重過失を証明しなければならない場合があることになる（菊井維大・村松俊夫「全訂民事訴訟法I「補訂版」九一〇頁以下）。また、争点整理手続を経ている以上、特段の事情がなければ「訴訟の完結を遅延させる」という評価もされやすくなる（少なくともこの意味で、争点整理手続や裁定期間といった、「理想的」でも「訓示的」でもない具体的かつ現実に設定された「時期」については、「時期」と「時機」のズレは極めて小さいものと解さねばならないであろう。前掲『一問一答 新民事訴訟法』一八四頁もまた、争点整理手続完了後に整理結果に反する提出をすることは原則として時機に後れた提出となる、とする。なお、東京弁護士会法友会新民事訴訟法実務研究会編『実践新民事訴訟法』一七五頁参照）。
- また、争点整理手続については、従来の準備手続時代の失権効に代わるサンクションとして説明義務がある。せっかく協力して行なった争点等の整理手続を徒らに無駄にしない、という趣旨である。当事者は、この説明義務が十分に果たされなければ、それを後れた提出をした相手方の故意・重過失の立証資料として用いることができる。

- (2) 新法一六二条による準備書面・証拠の申出等の裁定期間は、それ自体「適時」という評価を受ける。これを

一五七条一項による却下の類型化と評価する考え方もある（我妻学「攻撃防御方法の提出時期の規制」ジュリ一〇二八号八六頁）。ただし、立法担当官の説明する「時期」と「時機」のズレがこの場面でも妥当するものと考えられるならば、国税通則法一九九条・地方税法一九九条の一四とは必ずしも機能を同視できないことになる。

- (3) 前述のような「時期」と「時機」のズレを前提としても、「適切な時期」よりは遅れるが「時機に遅れた」とまではいえない場面では、新法六三三条による「適切な時期」に提出をしないことによる遅滞の場合の訴訟費用負担規定のより積極的な活用が期待される。六三三条の規定自体は旧法九一条から変化がないが、提出の遅滞と訴訟の遅滞との因果関係の認定の困難さから、従来この規定は活用されていなかった。しかし、とりわけ前記の(1)(2)の場面ではそうした因果関係が明白なものと評価される場面は多いであろうし、ここで要件とされる当事者の帰責事由とは、故意・過失ではなく客観的に遅滞の原因があれば足りると解されるうえ（上田徹一郎「井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』四四八頁以下「奈良次郎」）、適時提出主義の趣旨からしても、失権が強すぎると考えられる部分でのサンクションとして有効活用されるべきである。個々の具体的事件でも、時間を無駄にすることは経済的にも「損」につながるといえることが、少しでもより具体的に認識される必要がある（笠井正俊「民事訴訟における争点及び証拠の早期整理とディスクロージャー」論叢一四二巻五〇一六〇頁は、裁判所が当事者の訴訟追行の当否を判決で評価する、という側面を指摘する）。
- (4) 理論的な問題であるが、必要的記載事項（新法一三三三条二項）で、請求を理由あらしめる事実の具体的な記載が要求されることになり（新規則五三三条）、それが書かれていなければ新法一三七条一項によって裁判長が補正命令をし、それにも従わなければ同条二項で却下されることになる。従前の随時提出主義であれば、請求を

理由あらしめる事実が一つでも書いてあれば、あとは口頭弁論終結まで原則として自由に、請求を理由づける事実を追加・変更できるということになっていたはずである。しかし、適時提出主義の規定によって、そうしたことは原則的には許されないことになり、新法一三七条二項による却下との理論的な整合性がより図られることになる（鈴木重勝ほか「研究会」民事訴訟手続に関する検討事項」をめぐって（上）」登研五三二一・三六頁参照）。

### 3 適時提出主義と争点及び証拠の整理手続

内包する細かな問題点はともかく、今次改正は、「集中審理」をもって適正迅速な裁判の要請に応えようとしている。もし、集中審理に資するため「適時提出主義」にも意義を持たせ、役割を与えようとするなら（早期提出と自主的開示機能との関係につき、笠井・前掲二三二頁以下参照）、まずもって争点整理手続を踏む、ということが必要である。新法二条は、当事者の訴訟追行に関する信義誠実義務とならんで、裁判所に訴訟を公正・迅速に運ばせるべき努力義務が課されている。かつて準備手続が、それが法規上原則化されていた時代ですら、（当事者の懈怠が主な理由とされていたとはいえ）裁判所にそう積極的には選択されなかったこと（前節参照）を鑑みると、とにもかくにも今後裁判所が争点整理手続を事件に応じて適切に選択し、十分な準備をもってこれに臨むことがなければ、当事者の適時提出を云々する以前に、集中審理はありえない。そのうえで、当事者の十分な調査・準備（昭和二五年の継続審理規則二条に始まる当事者の調査義務は、旧規則四条を経て、今次改正後の民事訴訟規則でも、八五条に引き続き規定されている）が要求されるのである。争点整理手続は、旧来からの制度区別でいえば準備手続（弁論準備手



統・書面による準備手続」と弁論（準備的口頭弁論）に分けられるが、実際上は広義の弁論手続の中で実質的な口頭弁論の機能を果たすことが期待されており、そこに適時提出義務の適用がなければ意味がない（ZPO二八二条とは異なり、条文中に「口頭弁論において (in der mündlichen Verhandlung)」という文言がないのはそれを踏まえてのこととみることができ）。そこでは、いわば広義の適時提出として、集中的な証拠調べ手続の前に当事者が争点整理手続に誠実に応じ資料を提出すること、そして狭義の適時提出として、争点整理手続において、入念な調査に基づき、「適時」に資料を提出することが要求される。ただ、これまでも当事者の調査能力の限界は指摘されていたところであり（山田幸彦「民事訴訟法改正につき考えること」自正四三卷一二号一九頁以下等参照。なお弁護士事務所間の業務提携や専門家等とのネットワーク作りの意識はすでに現れている。東京弁護士会編『新民事訴訟法と弁護士業務（別冊NBL三九号）』一三二頁以下参照）、十分な資料の提出がなされるべく、争点整理手続内では一五七条の適用は緩やかに解されることが理想ではあろう。ただ、旧準備手続時代には、準備手続になると口頭弁論より当事者が提出を遅延することが相当ある、という指摘もあり（菊井||村松『全訂民事訴訟法II』三四八頁）、争点整理手続のいたずらな遅延による訴訟手続の完結の遅延は本末転倒であるから、裁判所の強圧的でない促しが期待されなければならぬ。この意味で、争点整理手続内での適時提出主義は、一五七条のサンクションから事実上解放されたような手続運営を意味するものとなるよう、裁判所と双方当事人・代理人が協調して心がけるべきであろう（かつても準備手続内の失権規定の不適用を説く見解は存した。例えば、石渡哲「時機に後れた攻撃防御方法の失権（下）」判タ五五八号八三頁参照）。

#### 4 適時提出主義と説明義務、時機に後れた攻撃防御方法の却下

争点・証拠の整理手続を経由して集中的な証拠調べを行い、もって直接主義・口頭主義に適う充実した審理を運営し、結果的に適正迅速な裁判を実現しようというのが、新法の期待である。そこでは、歴史的にみてもまずもって争点整理手続の円滑な遂行が前提となるわけであるが、旧法下の準備手続を争点整理手続としてある程度整序しつつ、失権主義は後退し、代わりに相手方に対する説明義務が置かれた。失権効強化（訴訟促進重視）論とペナルティ不要（実体的正義重視）論との妥協の産物ともいわれるこの説明義務が、いろいろと議論の余地のある部分である。

説明義務は、規定の上では（新法一六七・一七四・一七八条、二九八条二項で控訴審でも準用）、「相手方の求め」に応じ、「相手方に対し」、争点整理手続の終了前に提出できなかった理由を説明しなければならないというものである。

これが当事者の求説明権ないし詰問権という形を取っていることについては、前注でみたように、かつて時機に後れた提出の却下が「当事者の申立て」を必要としていたために、代理人の身内意識から利用されず、大正改正で「職権却下」が付け加わった経緯からすると、これだけでは、弁護士の「相身互い」的な意識から、申立てが避けられることになるのではないか、という危惧は（とりわけ単位弁護士会の規模の小さい地方では）拭いきれないところではある（加藤新太郎ほか「座談会・新民事訴訟法の下における弁護士会の活動」判タ九五三号二三頁では、三名の弁護士が、詰問権行使の際に「同業者の誼」が邪魔した経験と悲観的な予測とを、そうあつてはならないという積極的な姿勢と併せて述べている。もちろん、誠実な代理人による説明要求の慣行の形成は期待される。後節・荒木論文、および、青山善

充司会「座談会・新民事訴訟法をめぐって」[第一一回]「ジュリー一一七号一六七頁」[高田裕成発言]参照。

また、「相手方に対」する説明義務というのは、文言上は、ZPO二九六条一項で失権を回避するための裁判所に対する「弁明 (Entschuldigungs-) 帰責事由および軽過失の不存在の主張・立証」とも旧法二五五条での準備手続後の失権を回避するための「完結遅延・帰責事由不存在の疎明」とも異なっている。この説明義務が、争点整理手続の結果を反故にするのは相手方に対する信義に反すること、当事者の信義則に由来するものであることは、「相手方の求め」によるという要件、あるいは争点整理手続を完了した場合に控訴審においても引き続き、新たな提出に同じ説明義務が課され続けること(新法二九八条二項)からも明らかである。しかし、この説明義務違背(例えば説明要求に応じない、適切・合理的な説明ができない)についての効果は明記されていない。相手方が、説明義務違背を故意・重過失を立証する資料として用いること(前掲『実践新民事訴訟法』一七四頁は、説明義務の規定によって、一五七条による却下の要件のうち立証困難な相手方の主観的要件を証明する手段・手がかりが与えられた、と評価する)までは、信義則に由来する説明義務の性質からも容易に理解されようが、裁判所により「弁論の全趣旨」として当該提出のマイナス評価がなされるという可能性(小林秀之ほか「座談会・民訴改正要綱・民訴法案をめぐって」判タ九〇三号二六頁「加藤新太郎発言」)については、若干検討の余地がある。

もともとわが国では「弁論の全趣旨」とは口頭弁論に現われた証拠調べの結果以外の一切の資料・模様・状況であると考えられ、その中に攻撃防御方法の提出時期も含まれると解してきた(ドイツでは反対説も有力である。Vgl. *Brehm, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, 1982, S. 149)。そこで、証拠調べの結果より、攻撃防御方法の提出が遅れた経緯という「弁論の全趣旨」を優先することもありうる

という見解が成り立ちうる。そして、そこでは提出が遅れたという経緯そのものを直接的に斟酌しているのではなく、説明義務の不履行・不奏功を、提出が遅れた経緯にある種の帰責性を加重するマイナス要素として勘案しているものと考えられる。ここで、弁論の全趣旨としての証拠価値のマイナス評価を肯定する見解では、遅れた合理的な理由を「相手方に対し」説明する義務とは別に、ないしは併せて、実際上は「裁判所に対し」遅れた提出がいかに重要で決定的であるかを説明しなければならぬという不文の義務を負う、ということにもなりえよう。なぜなら、迅速よりも実体的真実を重視する裁判官が、「提出が遅れた」という経緯を心証に加味してもそうした提出を却下しないのは、提出そのものが決定的かつ重大な場合に限られるはずだからである。ただ、説明義務そのものの性質論とは別に、政策的に、合理的理由のない提出の遅延そのものを、事件全体についてのマイナス点として（前掲『新民事訴訟法と弁護士業務（別冊NBL三九号）』七六頁「山浦善樹」参照）、弁論の全趣旨の中で積極的に勘案することは、本条の趣旨にかなうといえよう。訴訟手続や判決において、訴訟の充実・促進（遅延行為の禁止）を懈怠する当事者の方が、協力的な当事者よりも不利な結果を得る可能性が多い、と見えるような訴訟運営が、裁判所に期待されていると思われるからである（若林信夫「当事者・代理人に起因する訴訟遅延」判タ六〇六号二〇頁、前掲「座談会」判タ九五三号二六頁参照。新法二条により、裁判所にも、訴訟促進義務が考えられうる）。

ところで、新規則一〇二条で、証人等の尋問で使用予定の文書は、「証人等の陳述の信用性を争うための証拠（いわゆる弾劾証拠）」として使用するものを除き、尋問開始の相当期間前までに提出しなければならない旨を規定し、「後出し」こそ効果的である弾劾証拠における「適時」が時間的に遅くなることを容認している。そこで、こ

うした文書等につき、意識的にか無意識的にか「弾劾証拠」の範囲を拡大し、とにかく「弾劾証拠」であることを申し立てて、時機に後れた提出の失権を免れようとするおそれも考えられる（北尾哲郎「適時提出主義」③—弁護士の立場から）小林秀之ほか編『新民事訴訟法大系』二巻四四二頁以下は、弾劾証拠の厳しい選択を説く。この点につき議論するときには留意すべきは、第一に、時機に後れた提出の失権が、旧法時代の実務と違って、適切に運用されていることが前提になるということである。この失権がルーズになっていけば当該提出が「弾劾」証拠であるか否かの評価以前の問題であり、「後出し」証拠の失権の危険があつて初めて、当事者側でそのリスクを勘案した上で、真の「弾劾証拠」を提出しようとする抑制が働くからである。第二に、真の「弾劾証拠」か否かの判断が、「適時」性の判断と絡んでいる点で、問題をやや複雑にする。すなわち、証拠価値としての「弾劾」か否かの評価と、「弾劾」証拠であれば効果的な時点まで遅れて出してもその時点が適時とされうることとの関係である。この点は、外形的に時機に後れた提出と見られる提出については、一応「時機に後れた提出」であるとの推定をした上で、証拠評価の問題として、相手方ではなくまず裁判所に対し、当該提出の証拠価値を主張する必要があるものと解すれば足りよう。裁判所から「弾劾証拠」として提出が認められた後（なお裁判所はこの弾劾証拠に対して反対尋問の機会を用意する方がフェアであろう）で、仮に後れた提出であるとして一六七条等により相手方から説明が求められたとしても、その段階で「弾劾証拠」であつて「時機に後れた」とはいえない旨を説明するならば、弾劾証拠の効果は滅失せずに済むのではないか（もともと、この段階での説明義務違反は、すでに「弾劾」性の認定の後なので弁論の全趣旨にもマイナスの影響を及ぼすことはない）。

なお、争点整理手続の完了までを「適時」と評価し、それ以降の提出は客観的・時間的に「時機に後れた」ものにあたると考えると、多くの場合は、「重過失」も推定されうる（菊井⇨村松・前掲『全訂民事訴訟法Ⅰ』九一〇頁、伊藤眞⇨竹下守夫編『注釈民事訴訟法③』二八〇頁「山本克己執筆」）。そうした場合、相手方に対する説明そのものが（法廷で口頭でなされたり、書面による場合も何らかの形で法廷に顕出される場合には）、「重過失」の推定を覆し一五七条却下を免れるための、裁判所に対する「帰責事由の不存在」の証明という機能をも果たすべきことになるのではないかと考えられる（なお、滝井繁男ほか編『論点新民事訴訟法』二二八頁以下「滝井繁男執筆」は、当事者・代理人「性善説」に立って、争点整理手続の結果に反する攻撃防御方法の提出に対して必ず、相手方は提出が遅れた事情の説明を求め、という前提に立った上で、従ってそのような説明を相手方が求めないときには、重過失推定をすべきではない、と主張される。しかしこうした見解に対しては、第一に、相手方が説明を求めない理由は、遅れた主張そのものの価値としてやむを得ないと考えるときばかりではなく、必ずしも誠実ではない当事者・代理人の個性に依っている場合もあるだろうという疑問、そして第二に、限られた司法リソースの有効活用という公益的側面は当事者間の宥恕的合意により拭い去ることはできないから、客観的・時間的に「時機に後れている」ならば、裁判所が重過失の推定をすることまで止めることはできないはずで、説明義務違背とは別に一五七条の適用を認める限り、当事者間の説明義務の扱いは無関係に、裁判所の一五七条適用に向けた評価を免れる努力をする必要は消えないのではないかという疑問がある。もつとも、きちんと裁判所が代理人と相談しながら協調的に争点整理手続を運営した場合には、その後で卑怯な提出をするということを弁護士は通常やらないという、すでに集中審理を行なっている裁判官の経験談もあり（伊藤眞ほか「民事集中審理の実際」判タ八八六号二一頁以下「園尾隆司、西口元」、要は裁判所と両当事者間できちんとコミュニケーションをとり、フ

エアな手続を形成しているという、プロとしてそれに反しづらいような相互の信頼意識を醸成することが、責任ある実務家に期待されるのである。そのことによって、適時提出主義の趣旨が最も理想的に実現されるのである。

ここで、従前の整理手続の結果に反する攻撃防御方法を提出するに際して、右の説明義務違背（すなわち説明義務の不履行ないし説明の不奏功）が、一五七条にいわゆる故意・重過失により「時機に後れた」ことの判定に寄与する場合、「せっかく協力して行なった争点等の整理手続を無に帰している」という判断が前提となっているはずである。その場合、時機に後れた新たな提出と相容れない範囲で、すでに行なった争点整理手続の時間の分だけ、訴訟の完結が遅延していることになる（この場合、いわゆる絶対的遅延概念によっても相対的遅延概念によっても、事後に提出された攻撃防御方法に関する審理が極めて容易・迅速になされるということでない限り、却下に値する「遅延」であるという評価は免れないであろう）。つまり、説明義務違背が、一五七条にいわゆる故意・重過失の立証資料として用いられ、それが奏功した場合、事実上・論理上の帰結として、特段の事情のない限り「訴訟の完結を遅延させる」という要件を充足する可能性が高いと思われる（なお、前掲「座談会」ジュリ一一一七号一六七頁「竹下守夫発言」、同・一六九頁「伊藤眞発言」参照）。

## 5 控訴審と適時提出主義

ところで、一審での争点等の整理手続後の提出に関する説明義務が、控訴審でも引き続き準用されている（新法二九八条二項）。せっかくやった整理手続の結果を反故にしない、という趣旨は、控訴審でも依然として妥当するか

らである。そこで問題となるのは、一五七条一項を控訴審で適用する場合、「訴訟の完結を遅延させる」ということが、「控訴審自体の結審を先送りしている」ことを意味するのか、「一審二審を通じて手続全体の完結を遅延させている」ことを意味するののか、ということである。とりわけ、この問題は、控訴審の当初で、一審でなされた争点整理手続の結果に反する提出がなされた場合に顕在化する。もちろん「時機に後れた」か否かの判断は、一審二審を通じてなされるというのが判例・通説であるが、控訴審での新たな提出は、一審判決との思惑のズレからやむを得ないものであることも多く(菊井・村松・前掲『全訂民事訴訟法I』九一三頁以下参照)、これをも断ち切りたいのであれば、いわゆる更新権の制限をするほかない。ところが、後述するように、新法は、控訴審での新たな提出につき更新権を制限せずに、三〇一条で最低期間を定め、それに反した場合に「裁判所に対する」説明義務を課すことにしたのである。「一審判決を経た以上は失権(＝更新権の制限)」という枠組みを選択しないのに、一審判決以前の「争点整理手続を経た以上は失権(＝更新権の制限)」という枠組みを採用しないのには、一審判決を認めることに差し支えはないだろうか。これで差し支えないとすれば、場合によっては二九八条二項の説明義務違背を媒介とする一五七条による一種の更新権の制限という可能性が出てくることになる。しかし、更新権の制限という枠組みを採用しなかったという点を重視するならば、二九八条二項違背は、「故意・重過失により時機に後れた」ことこの認定材料にはなっても、一審での説明義務違背の効果の事実上の帰結と違って、訴訟の完結遅延という評価にはつながらず、むしろ、その部分を担うのは、三〇一条一項に違反した場合の三〇一条二項の説明義務である(この説明の結果を一五七条却下に結びつける場合、控訴審単体での完結の遅延が認定されやすくなる)、と考えられるべきである。



前述したように、新法では、控訴審でもう一つの説明義務がある。すなわち、控訴審で裁判長が当事者の意見を聴いた上で攻撃防御方法等の提出をなすべき期間を裁定した場合に、その期間経過後に提出をする場合には、「裁判所に対し」、期間内不提出の理由を説明しなければならぬ、というものである（新法三〇一条二項）。本来、新法の期待通り、当事者の攻撃防御活動が第一審に集約されれば、更新権の制限といった、控訴審における攻撃防御方法の提出そのものの制限の必要性はわずかなものになるが、第一審軽視とみられるような懈怠の防止を間接的にも担保する必要は残るためである。ただ、第一審への手続の集中という趣旨そのもの（提出そのものを許すか許さないか）と、控訴審での新たな提出に関する「裁定期間」という措置（提出を許すことを前提に、提出の期間の制限）とは、訴訟の完結遅延防止という大目標を共通にするだけで、論理的に直接は結びつかないように思われる。やはり控訴審という枠組み単体においても適時提出主義を実質化するために、こうした規定を置いたものと思われる（宇野聡「控訴審における攻撃防御方法の提出」ジュリー一〇九八号八〇頁。三木浩一「適時提出主義」法教一九二号二二頁は、適時提出主義の内実の担保といふ）。

改正法は、第一審と同様、失権主義ではなく裁判所に対する説明義務という緩やかなサンクションで、間接的に裁定期間遵守を期し、また期間経過後の提出を合理化する説明の結果が、時機に後れた提出の却下に際しての裁判所の判断資料となりうる方向を選択した。「裁判長」による裁定期間とはいえ、一方当事者の提出時期について最大の関心と利害を有しており、また有すべきなのは相手方当事者であり、公平を期して、できるかぎり両当事者の共通認識を形成しながら期間を定めるほうが、手続保障に適うし（前掲「座談会」ジュリー一一七号二二七頁）伊

藤真発言」参照）、実効性も確保されよう。その意味で、本条自体は各当事者と裁判所との義務関係を定めたものではあるが、裁判所・両当事者の三者関係でも「信義」意識をもたせ、説明義務以前に期間遵守そのものを期していく運用が、ここでも望ましいと思われる。

※なお、本条二項も、文言上、旧法一三九条二項からの変更はないが、新法一四九条「釈明権」の改正点との関係については、別に予定されている当該箇所解説を参照されたい。

（※前節および本節は、勅使川原「適時提出主義①」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系 第二巻』三八五頁以下を加筆修正したものである）

### 三 旧法・随時提出主義と新法・適時提出主義の相違と実務的評価 （荒木新五）

#### 1 はじめに

攻撃防御方法の提出時期については、一般に「随時提出主義」を定めたものと説かれている旧法一三七条に代えて、「適時提出主義」を定めた新法一五六条の規定が設けられた。これに関する沿革や理論上の説明は、前節までの解説に譲ることとし、ここでは、旧法下の実情（特に訴訟遅延との関係）と、旧法下のいわゆる「随時提出主義」

と新法における「適時提出主義」の差異を中心に、訴訟実務上の若干の感想を記しておきたい。

## 2 旧法「隨時提出主義」の実情

(1) 攻撃防御方法の「小刻み提出」ないし「後出し」批判について

民事訴訟における審理長期化（訴訟遅延）の要因として、当事者が攻撃防御方法を小刻みに提出したり、相当後になって提出することが掲げられ、批判されてきた。

当事者の、不適切な時期における攻撃防御方法の提出が批判されるべきは当然であるが、攻撃防御方法の「小刻み提出」ないし「後出し」そのものは、審理の過程で不可避免的に生じるものであって、ことさら問題にすべきものとはいえない（訴訟の現場において攻撃防御方法の不適切な「小刻み提出」や「後出し」がさほど頻繁になされていたとは思えない）。

旧法下におけるごく一般的な審理の過程としては、周知のとおり、まず数回の口頭弁論期日が開かれ、その間に当事者双方の準備書面と書証のやりとりがなされ、争点が明らかになった時点で人証調べにはいる、という方法がとられていた（このような審理過程そのものについては格別の批判は見当たらないし、新法も大筋では変わるところがない）。そして、口頭弁論期日（争点整理を主目的とする、いわゆる弁論兼和解期日も同様）においては、相手方の主張に対する反論、それに対する再反論、さらにそれに対する再々反論・・・といった当事者の主張（とそれを裏づける書証の提出）が数回にわたって繰り返される（それら、当事者の「主張」は要件事実を中心とする事実の主張にとどまらず、法律の適用解釈に関する「主張」に及ぶことも少なくない）。

あらかじめ相手方の反論を予測することは困難であるし、ある程度予測できたとしても、それに備えて先行的に予備的な主張を提出することは、多くの場合、無駄であるばかりでなく、争点整理を混乱させ、かえって訴訟遅延を招きかねない。書証の提出についても同様である。一方の提出を待つて、他方がその反論をする、という審理（争点整理）過程を前提とする限り、攻撃防御方法の提出が「小刻み」になったり、相手方の主張の「後」になったりすることは避けられないことであるし、それ自体を批判するのは当たらない。

なお、従来、「不適切な時期における攻撃防御方法の提出」として問題とされた典型的なものは、人証調べの後に提出される「新たな主張」であろう。しかし、実際には、人証調べの後の「新たな主張」は、人証調べの結果、従前の主張の維持が困難であることが明らかになったり、より適切な主張をすることが必要となった場合（例えば、本人の使者であると主張されていた証人が本人の代理人としてふるまった旨を証言したことから、新たに代理の主張をする場合など）のように、人証調べの結果に沿った「新たな主張」であることが多く、「新たな主張」のために更に人証調べが必要だという場合がさほど多かったというわけではない。そして、従前の争点整理の段階において予定された人証以外の人証ないし同一人証の再尋問等によって訴訟が遅延するのであれば、このような「新たな主張」を許すことはむしろ適切なことといえよう。

このほか、審理が相当進んだ段階で「新たな主張」が提出される場合として考えられるのは、従前の主張に不明確ながら一応含まれていると解されると解される余地がある場合にこれをより明確な形で主張する場合（例えば、更新拒絶による建物賃貸借の終了を主張していた場合において、解約申入れによる終了を予備的に追加して主張する場合など）や、従

前の主張から当然に予測され、その予測される主張を前提として審理が進められてきたものの、形式的には未だ「主張」がなされていないかつたという場合（例えば、建物賃貸借の解約申入れに正当事由があることを主張していた場合において、立退料提供を申し出て、これを正当事由の一要素として追加主張する場合など）が考えられるが、これらは文字通り、主張ないし争点の「整理」というべきものであつて、訴訟遅延につながる「不適切な時期における提出」と見ることはできない（人証調べの後、弁論終結前に担当裁判官の主導によつて、このような最終的な「争点整理」がなされることも實際上少なくないが、ことさら問題にすべきものとは思われない）。

また、いわゆる本人訴訟の場合はもちろんのこと、弁護士を訴訟代理人として選任している場合であっても、当事者（本人）が当初は重要な主張や重要な書証と考えていなかったものを、後になつてその重要性に思い至つて裁判所に提出（あるいは訴訟代理人に提出して、訴訟代理人から裁判所に提出）することも考えられる（法律家でない当事者本人に、法律家の目から見た場合におけると同様の、当該訴訟における重要性の有無判断は期待できないから、訴訟運営上、ある程度「大目に見る」寛容さが示されたとしても、あなたがち非難されるべきではないだろう）。そのような諸事情から、攻撃防御方法の提出時期が客観的にみて不適切であると考えられる場合には、結局のところ、（訴訟代理人弁護士が選任されている場合には、その弁護士の対応も含めて）当事者の懈怠（過失）の有無によつて却下（旧一三九条）の対象となるか否かが判断されることになる（もつとも、本人訴訟の場合、むしろ、不必要なものをも含めて「何でも」最初に提出する傾向があつて、それが審理促進の妨げになつている側面も否定できない）。

「懈怠」（過失）ではなく「故意」に、不適切な時期に攻撃防御方法を提出する場合も考えられないわけではない。しかし、後述するとおり、当事者本人にとっても訴訟代理人弁護士にとっても、訴訟を遅延させることが何らかの利得ないし利点につながることはほとんど考えられないし、また、不相当に遅い攻撃防御方法の提出が故意の訴訟遅延（引き延ばし）の有力な手段になるとも思えない。そもそも、故意に訴訟遅延を図るような行為は、訴訟上の信義則違反ないし違法行為一般の問題として論じられるべき問題であって、攻撃防御方法の随時提出主義か随時提出主義かという問題とは別次元の問題とすべきである。

(2) 「時機に後れた攻撃防御方法」却下申立ての実情

旧法一三九条は（故意または重過失による）「時機に後れた攻撃防御方法」が訴訟の完結を遅延させることとなるときは、裁判所は申立てまたは職権で却下できるものとし、新法一五七条も同一内容を規定している。

ここにいう「時機」は時間的な観念をも包含した「機会」（チャンス）を意味する語であると考えられるが、訴訟の進行状況に鑑みてある時機に提出することが期待され、その機会が十分に与えられていたという場合がそれにあたると考えてよい。そうすると、新法一五七条にいう「時機」は新法一五六条にいう「訴訟の進行状況に適切ないし適切な時期」とほとんど同義であると解して差し支えない（新法一五六条を理想的な時期における提出を定めた訓示的な規定と解し、新法一五七条にいう「時機に後れた」とはその「適切な時期」をさらに相当遅れた提出をさすと解するのは相当地でない。なお、この点に関する見解の相違については、前節を参照されたい）。

ただ、「適切な時期」に後れた攻撃防御方法の提出であっても、それが訴訟の完結を遅延させるものではない場

合には（例えば、前述したような、従前の不明確な主張を明確化するものとして提出された「新たな主張」や、従前の主張から当然に予測されるいは前提とされていた「新たな主張」の提出など。なお、一五七条二項は、そのような攻撃防御方法の釈明による明確化を予定している）、あえてこれを排除する必要はないし、訴訟遅延が生じるわけでもないのに、当事者の主張を封じるのは適正な裁判とはいえない。

当事者の一方が、相手方の提出した攻撃防御方法について「時機に後れた攻撃防御方法」であるとして却下を求めることは訴訟実務上さほど珍しいことではないが、実際に攻撃防御方法が「却下」される例はそう多くないように思われる。

これに関しては、弁護士の仲間意識からくる「かばい合い」や「明日は我が身」という意識から却下申立てが避けられる「傾向」が論じられることがある（前節の解説もそうした危惧を指摘する）。しかし、対立当事者の弁護士間に「仲間意識」（それ以上に「親友」である場合も少なくない）があるとしても、訴訟の場ではプロとして依頼者の権利のために闘っているのであって、その武器として互いに自己の依頼者に有利な、ありとあらゆる主張を出し合うことについては互いに「遠慮」は全くない（その点では、弁護士の意識は、力士が土俵で相撲をとったり、野球選手がグラウンドで野球の試合をする場合とほとんど変わらないだろう。ここでは「紳士的なプレー」は要求されるものの、遠慮なく、徹底的に闘っても初めから互いに「恨みっこなし」の感覚があるといえる）。実体法上の主張（その中には、相手方弁護士が訴訟前に相手方としてなした諸行為の違法性や無効の主張なども含まれる）によって相手方を「攻撃」している以上、訴訟法上の主張（申立て）をするについて相手方弁護士に「遠慮」することなどありえない。

ただ、本来的な争いは実体法上の主張事実であるから、手続上の問題点を言い立てて、相手方の主張を封じ込めたうえで勝負するよりは、相手方に主張を尽くさせたうえで——いわば、「言わせるだけ言わせて」、そしてこちらもそれに十分反論したうえで——「中身」で勝負した方が（あとくされがなくて？）「すっきりする」と考える弁護士は多いだろうし、依頼者にとってもその方が好都合である場合が少なくないだろう（裁判官としても、当事者の主張を封じ込めて判決するよりも、双方に「言わせるだけ言わせて」判決した方がいいと考える場合が多いのではなからうか）。

さらには、相手方の主張そのものを封じ込めようとするのが、その主張に対する反論が困難であるとの印象を裁判所に与えてしまうのではないかとの危惧もないわけではない（それは、たとえば、取組相手の力士のしめこみの色がルールに反すると言って土俵に上がるのを阻止しようとするれば「ビビっている」と思われはしないかという危惧と同様のものであろう）。

相手方の時機に後れた攻撃防御方法の提出に対して弁護士が却下申立てをすることに必ずしも積極的でないとするれば、（相手方弁護士に対する「遠慮」や「仲間意識」からではなく）このような事情によることが多いのではなからうか。

### (3) 「随時提出主義」と訴訟遅延

新法一五六条に関しては、巷間「旧法一三七条による攻撃防御方法の『随時提出主義』が旧法下の訴訟遅延の大きな要因となっていたことに鑑みて、新法では『適時提出主義』に改められた」と説かれることが多いが、旧法一三七条が審理長期化、訴訟遅延の要因になっていたかどうかについては疑問がある。



(そもそも旧法一三七条が不適切な時期における攻撃防御方法の提出を容認していたものではないことは後述するとおりであるが、そのことはしばらく措くとして) 攻撃防御方法の提出の時期に関連して、訴訟遅延の大きな要因として問題とすべきは、(これらもしばしば指摘されているところであるが) 口頭弁論期日の間隔と口頭弁論期日の空転であろう。すなわち、さまざまな事情から、人証調べに至るまで多数回の口頭弁論期日が一カ月ないし一カ月半の間隔で開かれ、さらにその口頭弁論期日においても一方が準備書面を提出するだけで終わったり(ときには、その期日に提出が約束されていた準備書面について「準備書面が間に合わなかったので次回に・・・」と提出を先延ばししたり)、わずかに二、三人の人証調べが三カ月くらいの間隔で数回の期日をかけて(ときには、一人の人証について数回の期日をかけて)なされるといった、いわゆる「五月雨審理」方式こそが問題なのである。このような弊風を改革するため(民訴法改正の前から、そして改正作業と並行的に)さまざまな試みがなされてきたことは周知のとおりであり、いわゆる「集中審理」方式はその最たるものといえよう。

前述したとおり審理(争点整理)が、主張とそれに対する反論、反論に対する再反論といった過程をとる以上、その反論準備のための、事実調査の期間(法律的な問題点が争われている場合には、判例・学説等の調査検討も当然に必要なとなる)、その書面化のための期間(ここでは、いわゆる口頭主義と書面主義の優劣を論じる余裕がないが、複雑化している現代訴訟においては正確かつ明確な主張のための書面はほとんど不可欠である)は、ある程度必要である。そして、口頭弁論期日の間隔がその必要とされる期間を超えることがやむを得ないという現実があるのであれば、その間に準備書面を直接授受して、さらにその反論の準備を促すといった運用努力は当然に必要なものとなろう。

また、「集中審理」の主たる場面は(数人の)人証調べを一回(一日)で完了するところにあるが、そのための十

分な時間をとることのできる期日を早期に開くことができなければ、結局は「集中審理」も訴訟促進のためにはあまり役には立たないことになろう（それでもなお、真実発見のためには人証調べを一回ですませる方が適切であることとはよく指摘されている通りである）。

このような現状の根底にある要因は、法曹人口の不足、裁判所の設備や補助的職員の不十分さ等、一言で言えば司法のキャパシティ不足といえよう。そして、このような根本問題は旧法一三七条によってもたらされた問題とはいえないし、その改善だけで解決できる問題でもない。旧法一三七条の「随時提出主義」が訴訟遅延の大きな要因であったと考えることは、今日司法がかかえる根本的な重要問題を見失うことがあることをあえて指摘しておくべき。

なお、訴訟の「引き延ばし」に関して言えば、訴訟代理人たる弁護士が当事者本人の意を汲んで故意に「引き延ばし」を図ることが絶対にはないと断言することはできないものの、きわめてまれであらうと思われる。ほとんどの場合、事件が早く解決することは当事者本人にとって利益となることであり、そのことはまた解決を依頼された弁護士自身にとっても利益となることだからである（これは敗訴が予想される訴訟でも同様である。いや敗訴が予想されるのであればなおさらのこと、弁護士としては早く結着させた方が有益であらう）。

もつとも、弁護士が他の事件処理で忙殺されているため、あるいは単なる能力不足のために、予定された時期に準備書面等を提出することができずに口頭弁論期日を空転させたり、あるいは、当該事件について期待される期間内での提出が危ぶまれるために相当先の口頭弁論期日指定を要請したりする例は少なくないと思われる。これも、故意の「引き延ばし」と「同罪」といえなくもないが、このようなことは弁護士だけの問題でもなく、多数の判決

起案をかかえる裁判官が数カ月先の判決言渡期日を指定したり、さらにその期日を職権で度々延期するといった事態も同根の問題といえる（かりに弁護士や裁判官の個人的な能力不足でないとすれば、やはり法曹人口の不足に起因する問題といえよう）。

### 3 旧法は隨時提出主義か

#### (1) 旧法一三七条の「隨時」提出主義について

旧法、新法の各条文の詳細な検討や解釈は、前節の解説に譲るが、旧法一三七条は、理論上の可能な期間（いわば「枠」）として「口頭弁論ノ終結ニ至ル迄」攻撃防御方法を提出できることを定めたものにすぎず、不適切に遅い時期での提出までも当然に許容したものと解することはできない。そのことは、前述の通り、旧法一三九条が不適切に遅い時期において提出された攻撃防御方法を排除できることを定めていることから明らかであろう。

旧法一三七条の定めるところを「隨時提出主義」と呼ぶとしても、その「隨時」は口頭弁論終結までの適切な時期であれば、「隨時」に提出できるというものであつて、不適切に遅い時期であつてもなお「隨時」提出が許されるとする趣旨ではない。旧法一三七条もまた、すなわち旧法一三九条と相まつて、新法一五六条にいう「訴訟の進行状況に應じ適切な時期」の提出を要求していたといえる（その意味では、旧法一三七条を何らの留保なしに「隨時提出主義」と呼ぶことには躊躇を覚える）。

#### (2) 新法一五六条による適時提出主義

新法一五六条は攻撃防御方法の「適時」提出を要求しているが、その前提として、（適時でさえあれば）口頭弁論終結時まで攻撃防御方法の提出ができることを当然の前提としているものである。その意味では旧法一三七条が「口頭弁論ノ終結ニ至ル迄之ヲ提出スルコトヲ得」とする趣旨を含んだ規定であるといえる。

そして前述の通り、旧法下においても攻撃防御方法の適時提出が要求されていたと解すれば、新法一五六条は旧法における表現を改め、かつ、そのことを明文化したにすぎないといえる。新法は適時提出を促すための具体的方策として、さらに適時（時機）に後れたと目される攻撃防御方法の提出に関する説明義務等の規定を置くが、「適時提出主義」そのものは旧法下の制度とは変わるところはないといえるべきであつて、それ自体「改正」と呼ぶには値しない。

とはいえ、新民訴訟法が理念とする訴訟促進の一環として明文を以て「適時」提出を義務づけた意義は無視できないし、旧法下にもまして積極的な運用が図られるべきであろう。

#### 4 おわりに ―新法「適時提出主義」の展望と課題

新法一五六条の定める攻撃防御方法の適時提出主義を旧法下の「随時提出主義」の制度変更と見るかどうかはともかく、「適時」に提出することがより積極的に、より厳しく要求されることになればそれなりに訴訟促進に寄与することにはなるだろう。しかし、いかに適時提出が遵守されたとしても、一方でいわゆる「五月雨審理」方式がとられる場合には適時提出は訴訟促進の点からはほとんど意味を持たなくなるし、より根本的には司法のキャパシティ不足が解消されない限り、やはり慢性的な訴訟遅延は解決されないだろう（もちろん、司法のキャパシティ不足

がすぐに解消されないとしても、法改正や法の運用によって少しでも訴訟促進を図ることが我々法曹の重要な務めではあるが（・・・）。

ただ、訴訟促進のみに熱心なあまり、「適時」提出とその違反に対するサンクシヨンが過度に強調される場合には、「とりあえず何でも提出する」傾向が生じて争点整理をより困難なものとし、かえって訴訟を遅延させる結果になるおそれがある（書証についても、争点と関係ないものはゴミでしかないから、主張に対する相手方の認否を待たないで提出するのは資源の無駄使い、環境破壊というほかない）。

また、事案によっては、一方に証拠ないし資料が偏在していたり、当事者本人の経済的能力の大きな格差から、調査能力や資料収集能力に大きな差異がある場合もあるので、主張（弁論）のための準備期間を形式平等的に振り分けることが不適切であると考えられる場合もあるだろう。諸般の状況を考慮したうえで裁判所が「適時」を判断することが期待される（そのあたりが、新法一五六条・一五七条等の適用解釈というよりは、「運用の妙」というものであろう）。

最後に、訴訟遅延の問題が「根の深い」問題であって新法によっても容易に解決できる問題ではないことを強調したい意図から、あえて新法による「改正」を過小評価するが如き論述をしたが、「適時提出主義」に反対するものではないことはもちろんのこと、一般論としてはより厳しく適時提出を要求するという運用を期待するものであることを付言しておきたい。

## II 口頭弁論調書関係規定の改正

（勅使川原和彦）

（口頭弁論調書）

第一六〇条 裁判所書記官は、口頭弁論について、期日ごとに調書を作成しなければならない。

2 調書の記載について当事者その他の関係人が異議を述べたときは、調書にその旨を記載しなければならない。  
3。

3 口頭弁論の方式に関する規定の遵守は、調書によってのみ証明することができる。ただし、調書が滅失したときは、この限りでない。

（二項につき） 旧一四二条 （文言上の変更は、口語化のみ）

（二項につき） 旧一四六条二項 （文言上の変更は、口語化のみ）

（三項につき） 旧一四七条 （文言上の変更は、口語化のみ）

### 一 口頭弁論調書関係規定の「規則」化

新法では、調書の作成に関する基本的な規定だけを法律に定め（新一六〇条）、あとの調書の具体的な記載事項や

記載方法等については規則化された（その理由は、刑訴規や民執規・民保規など、調書の具体的な記載事項等は「典型的な規則事項」として整理されるものと考えられたからということである。最高裁事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』一四四頁以下参照）。

まず、旧一四三条（口頭弁論調書の形式的記載事項）は、欠席当事者の記載を不要として、新規則六八条に規定された。出席当事者の氏名の記載があれば、欠席者は明らかだからである。

なお、裁判所書記官の「署名捺印（署名押印）」の原則（昭和四六年改正で「記名捺印（記名押印）」も可）も、大量の文書処理とOA化を背景に実務上「記名押印」が原則化していたものを規則上も追認し、「記名押印」と変更された（新規則では、全般的に「記名押印」とされている。前掲『条解民事訴訟規則』三頁以下参照。さらに、裁判長の「捺印」も、刑訴規四六条の表現を参考に、実務上の一般的呼称である「認印」に表現が変更された。その他、「輔佐人」↓「保佐人」、「通事」↓「通訳人」という現代表現化、また、「弁論ノ年月日」↓「弁論の日時」、「弁論ヲ公開セサル場合ニ於テハ其ノ理由」↓「弁論を公開しなかつたときはその旨及びその理由」（傍点筆者）というような、実務運用上の扱いをそのまま規定にうつした変更などがある。

つぎに旧一四四条（口頭弁論調書の実質的記載事項）は、旧二九二条・三四〇条ともども、新規則六七条に規定された。表現の形式的変更はあるが、実質的な変更はない。ただ、少額訴訟においては、新法三七二条一項において、証人の宣誓原則（新法二〇一条一項）の例外として特段の理由を必要とせず証人に宣誓をさせないことがで

き、柔軟な審理を可能ならしめていることから、新規則六七条一項三号が宣誓をさせなかった理由の記載を要求しているにもかかわらず、この理由記載は不要と解されている（前掲『条解民事訴訟規則』一五〇頁）。宣誓させなかった理由の記載を要求しているのは、新法二〇一条二項ないし四項のどの理由で宣誓させなかったのかを明らかにして、後日当該証言の信用性を判断する必要があるが生じた場合の資料とする趣旨であるが、少額訴訟においては、そもそも、宣誓させないことにつき同条二項ないし四項に基づくことは必要とされない、とされているからである。

旧一四五条（書面等の引用添付）は、「録音テープ、ビデオテープ」も引用添付対象に含まれることを明記したうえで、新規則六九条に規定された。

旧一四八条（陳述の速記）は、旧規則九条の二と一体化して、新規則七〇条に規定された。

旧一四九条（他の調書への準用）は、旧規則一二条（審尋の調書等）と合わせて、表現を補正したうえで、新規則七八条（裁判所の審尋等への準用）に規定された。

## 二 調書の記載に代わる録音テープ等への記録

1 ここで、新設された新規則六八条「調書の記載等に代わる録音テープ・ビデオテープ等への記録」について、みておきたい。これは調書作成の負担が、次回期日の指定など審理のあり方に影響することを念頭におきながら、集中証拠調べが実施された場合においては、裁判所も当事者も判決書の作成や次回期日の準備のために、証人等の陳述の記載された調書を使用する必要性が乏しくなるし、そもそも上訴の可能性が低い事件では上訴裁判所が



そのような調書の利用可能性も低いので（前掲『条解民事訴訟規則』一五一頁。他に、公示送達事件がこの制度に適する例として掲げられている）、録音テープ等への記録に委ね、必要な場合にだけ書面にすれば足りるわけである。この点は、すでに新法に至るまでの検討事項・要綱試案の議論の段階で、かなりの時間を要する調書作成が集中的な証拠調べをする際の障害になることが指摘されたうえで、調書記載を不要としても適切に審理・判決ができる場合には、とりえず調書記載に代えて録音テープ等への記録を裁判長が許可できるものとされ、当事者や上訴裁判所の需要を考慮して、その求めがあったときは調書化するものとされていた。これに対する各界からの反応として、反対意見としては、調書に比しての録音テープ等の使い勝手の悪さ、調書の記載内容に対する時宜に合った異議申立が困難になるおそれ、原審から上訴審への記録送付が遅れるおそれなどがあげられていたが、賛成意見が多数であった。新規則も、上記の趣旨通り規定され、また、新法九一条でも、訴訟記録の閲覧の際に、関係人に録音テープ等の複製を許さねばならないとしている。本条一項で、裁判長の許可の際、当事者は意見を述べることができ、これは当事者の同意が許可の要件であるという趣旨ではない。しかし、二項で当事者が書面化の申出をすれば改めて書面化しなければならないのであるから、事実上、当事者の意向は反映されることになる。

ところで、録音テープとビデオテープ（ないし将来的にはCD-ROMやDVDなど）では、画像のあるなしで情報量そのものはかなり違うであろう。この条文が活用される場合でも、原則的にはビデオテープで記録し、音声のみを記録する程度の必要しかない場合にだけ録音テープを使用する、といった運用を期待すべきではなからうか。今後、画像記録が、極めて高画質での記録とその円滑な反復再生を可能とする光磁気型メディアに移行することは確実であり（こうしたメディアへの記録は、ビデオテープ等に「準ずる方法により一定の事項を記録することができる物を

含む」と本条に明記されているので、規定上も可能である）、その場合、紙の記録に比べても、質的に優れ、保存の際のスペース・ユーティリティも著しく向上するから、初期投資さえ適うならば、画像を原則にすることもあながち無理なこととはいえない。

2 この六八条一項により、調書に代えてこれら録音テープ等への記録がなされ、二項によって当事者・上訴裁判所からの要求があつて書面化する場合、二つの細かな問題がある。すなわち、ここでの書面の作成者は誰かという点、改めて作成された書面ともとの録音テープ等への記録とどちらが正規の訴訟記録として扱われるのかという点である。

ちなみにドイツ民法（ZPO）一六〇条aは、「仮の記録（vorläufige Aufzeichnung）」としてテープ等の記憶媒体への録取を認めているので、基本的には、事後的に書面化された調書が、調書としての証明力（ZPO一六五条）を有するとされ、仮の記録そのものは未だ法的な意味での調書ではないとされている（Stein/Jonas/Roth, ZPO 21. Aufl. 1993, Rn. 1 u. 6）。

これと対照的に、わが国の新規則の最高裁監修の解説（前掲『条解民事訴訟規則』一五二頁以下）によれば、立会書記官の異動や調書異議の場合の取り扱いについての問題から、「証人等の陳述を記載した書面は、調書ではなく、録音テープ等の内容を理解するために参考とする説明資料的な書面」であると位置づけられるに至った。すなわち、あくまでドイツのように「とりあえずの」とか「仮の」記録ではなく、あくまで「調書に代えての」、いわば本格的な録音テープ等への記録であつて、こちらが正規の確定的な訴訟記録という扱いになるわけである（それゆ

え、証人等の陳述を記録した録音テープ等は、新規則六九条の「引用添付」の対象にならない、と解釈されることになる。そこで、説明資料にすぎない書面の作成者についても、立会書記官に限られない（その場合には「要領調書」的な記載は不可能になることは承知の上で）とするのである。

これら自体は細かな問題と言えるが、ただ、最高裁監修の解説の通り、当該録音テープ自体が訴訟記録となるとすると、ここで、（たとえ慎重を期していたとしても）機器の不具合や取扱いの不注意など何らかの理由で、録取内容が理解不能だったり不完全だったりした場合、いかなる扱いがなされるのであろうか。こうした場合、録音テープ等への記録は「仮の」記録にすぎないドイツでも、本質的・重要な部分についてそうした瑕疵が生じていた場合には、上告審での再審査の基礎を欠き、判決事実が不完全であるから、上告裁判所は、当該判決を破棄差戻ししなければならぬ、としている（Stein/Jonas/Roth, aaO. Rn. 5）。適正な裁判ということにさら意を注ぐならば、録音テープ等への記録が確定的な訴訟記録とされる日本においては、なおのことドイツと同様の取扱いが要求される、ということにならうか。

### 三 調書の関係人への読み聞かせ等（旧一四六条一項）の廃止

旧法一四六条一項は、口頭弁論期日終了までに当該期日の調書の作成を完了することを前提に、関係人の申立てがあった場合には、調書を読み聞かせ、または閲覧させなければならぬとしていた。この点、新法に至るまでの検討事項・要綱試案の過程で、こうした期日中の調書の作成が実際上極めて困難であること、かつまた関係人の申立ても実務上皆無に近いことが指摘され、この読み聞かせ等を不要とすることが議論されていた（この場合、調書

の記載内容に対する関係人の異議は、当該調書の閲覧等（新法九一条）をして記載内容を覚知したうえで、調書作成後の最初の期日において述べることになる。これに対する各界意見は、賛成が大多数であり、そのまま新法においては、旧一四六条一項が引き継がれない結果となった（二項は新法一六〇条二項にそのまま規定された）。