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

Title	〔民集未登載最高裁民訴事例研究一八〕上告審が判決で訴訟の終了を宣言する前提として原判決を破棄する場合における口頭弁論の要否(平成一八年九月四日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2007
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.80, No.7 (2007. 7) ,p.168- 197
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20070728-0168

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔民集未登載最高裁民訴事例研究 一八〕

上告審が判決で訴訟の終了を宣言する前提として原判決を破棄する場合における口頭弁論の要否

平成一八年九月四日第二小法廷判決（最高裁平成一七年（オ）第一四五一号）臨時総会招集請求事件、判例タイムズ一二二三号一二二頁、判例時報一九四八号八一頁

〔事　実〕

A町内会は地方自治法二六〇条の二により認可を受けた団体である。所属する会員有志一一九名はAの総代（代表者）Yに対して、総代等の任期満了による後任の総代等の選任の決議を目的とする臨時総会の開催を求めて訴えを提起した。Xはこの原告団の一員であったが、この訴訟中にXが死亡したためにXとYの間の訴訟の取扱いが問題になった。これが本件評釈で扱う中心テーマである。Xが死亡したのは控訴審の口頭弁論終結後で控訴審判決言渡し前の平成一七年五月三〇日であったが、Yは一一九名全員を相手に上告及び上告受理の申立てをした。すなわち、Xは被上告人であり、Yは上告人である。

最高裁は、次のような理由から、「原判決中被上告人〔X〕に関する部分を破棄する。本件訴訟は、平成一七年五月三〇日被上告人〔X〕の死亡により終了した。」との判決をした（〔　〕は筆者の加筆）。なお左記の判決文は原文の被上告人はXに、上告人はYと書き替えたものである。

〔判　旨〕

「職権により検討する。本件は、地方自治法二六〇条の二による認可を受けた団体である町内会の会員のうちXを含む一一九名が、同町内会の規約に基づき、同町内会の総代であるYに対し、総代等の任務満了による後任の総代等の選任の決議を目的とする臨時総会を招集することを求めて提起した訴訟の一部である。記録によれば、Xは、原審口頭弁論終結後、原判決言渡し前である平成一七年五月三〇日に死亡したこと及び上記町内会の規約上、会員の死亡は、会員資格の喪失事

由とされていることが明らかであるところ、上記規約によれば、会員たる地位は、当該会員の一身に専属的なものであって相続の対象とはなり得ないものと解されるから、本件訴訟は、Xの死亡により当然に終了したというべきである。

したがって、原判決中Xに関する部分を破棄し、Xの死亡により本件訴訟が終了したことを宣言することとする。なお、訴訟の終了の宣言は、既に訴訟が終了していることを裁判の形式を採って手続上明確にするものにすぎないから、民訴法三一九条及び一四〇条（同法三一三条及び二九七条により上告審に準用）の規定の趣旨に照らし、上告審において判決で訴訟の終了を宣言するに当たり、その前提として原判決を破棄するについては、必ずしも口頭弁論を経る必要はないと解するのが相当である。」

一　はじめに

判旨に反対である。民訴法三一九条は「上告裁判所は、上告状、上告理由書、答弁書その他の書類により、上告を理由がないと認めるときは、口頭弁論を経ないで、判決で、上告を棄却することができる。」と規定している。この規定の反対解釈によれば、上告審の審理では、上告を棄却する以外は口頭弁論を経なければならないということになるが、本判決は上告棄却以外でも、すなわち、訴訟終了宣言を行う前提として原判決を破棄する場合でも、上告審は口頭弁論を経ることなしに判決をすることが許されるということを明らかにしたものである。

ところで、上告審が原判決を破棄する場合に口頭弁論を経ないで判決をすることが許されるということについては、二で見るように既に若干の裁判例があり、本判決が初めての裁判ということではない。[1] その意味からすると、本判決は事例判例ということになるであろう。しかし、単にそれだけの意味しか有していないということではない。本判決と先例とを考察するならば、この問題に関して最高裁が例外事例を拡張的に認めていこうとする動きを見ることができるし、その動きの中に容易に判例理論を読み取ることができるからである。

そこで本評釈では先ず第一に、本判決の判断と先例との関係に注目し、判例の規範的な内容を明らかにしようと思う。そのことは同時に判例の有効範囲を考える一助にもなろう。第二に、そのようにして得られた判例の内容や理論が、妥当性を有しているか否かを考えることにする。第三に、本判決の事案解決の当否を検討する。

なおこの問題についての学説であるが、代表的な体系書や注釈書は判例を肯定的に引用しているだけであって、判

例に批判的な意見は見られない。[2] 判例研究も判例理論の適用の拡張に慎重な対応が必要であると指摘しているが、積極的な問題提起や具体的な提案がなされているということでもない。[3]

二　判例の状況

上告審が上告を棄却する場合でないにもかかわらず、すなわち民訴法三一九条が口頭弁論を経ないでよいと規定している場合でないにもかかわらず、口頭弁論を経ないで原判決を破棄した裁判例は少なくない。本件判例の解説や『判例大系』を参考にして先例を探してみると、次のような裁判例を見ることができる。以下ではこれらの裁判例を概観して、判例理論を考えてみよう。なお本件問題とは反対に上告を棄却する場合であれば、どのような場合でも口頭弁論を経ないでよいのかという問題もある。[4]

1　当事者の死亡による訴訟終了宣言

本件と同じように当事者の死亡を理由にして最高裁が訴訟終了宣言を行った裁判例としては、①最二小判平成八年五月三一日民集五〇巻六号一三六〇頁がある。[5] これは本件判決について判例掲載誌のコメントが、「先例としては、例えば」として紹介しているものである。ところで、①は市長選挙の有効性をめぐる訴訟である。珠洲市長選挙に関して原告ら二二〇〇名は市の選挙管理委員会に異議の申出をしたが、棄却された。そこで原告らは、棄却決定に対して県の選挙管理委員会に審査の申立てをした。県選挙管理委員会は、申立てを棄却する裁決をした。そこで県選挙管理委員会を相手に裁決の取消しを求めたのが、この訴訟であり、原審は裁決を取り消して、選挙は無効と判断した。そこで被告の県選挙管理委員会が上告した。

この事件では原判決は原告四〇名の死亡を看過して、これらの者に対する関係でも請求を認容する判決をした。そこでそれに気付いた①は原判決のこの部分を破棄し、右四〇名の原告と、原判決言渡し前までに死亡した六名の原告の請求に関する部分について、各死亡の日に終了したことを明確にするため、訴訟終了宣言をした。[6] 判決主文は次のようなものである。

「別紙死亡者目録一及び二記載の被上告人らを除くその余の被上告人らに対する本件上告を棄却する。前項に関する上告費用は上告人の負担とする。原判決中別紙死亡者目録一記載の被上告人らの請求に関する部分を破棄する。本件訴訟のうち別紙死亡者目録一及び二記載の被上告人らの請求に関する部分は、右各目録記載の日に右各目録記載の被

上告人らの死亡により終了した。」

訴訟終了宣言を行った理由として、最高裁は次のように説いた。「職権をもって調査するに、記録によれば、別紙死亡者目録一及び二記載の被上告人らは、右各目録記載の日に死亡していることが明らかであるところ、本件訴訟は、被上告人が死亡した場合においてはこれを承継する余地がなく当然に終了するものと解すべきである。そうすると、原判決中、その言渡し前に既に死亡していた死亡者目録一記載の被上告人らの請求に関する部分は、同目録記載の被上告人らの死亡を看過してされたものであるから破棄を免れない。そして、本件訴訟のうち死亡者目録一及び二記載の被上告人らの請求に関する部分は、右各目録記載の死亡の日に終了したことを明確にするため、その旨を宣言することとする。」

この判決は原判決を破棄して原判決の内容の一部を変更しているにもかかわらず、口頭弁論を経なかった手続については何らの説明がない。それは裁判所は当然のことで問題にしていなかったからであると思うが、口頭弁論を開くことが条文に規定されている以上、それと異なる手続を行う場合は、その妥当性や法的な根拠を示す必要がある。そのようなことから口頭弁論を必要としない理由を考えてみると、次のようなことが考えられる。

形式的な理由としては、(a)職権によって調査したことを挙げることができる。当事者の実在の問題は職権調査事項であり、職権によって死亡が確認された以上、口頭弁論を開く必要はないということである。

実質的な理由としては、この事件の特性が考えられる。本件は選挙の無効を争う訴訟において、無効を主張した原告団の中の極一部の者が死亡した場合である。すなわち、(b)当事者がいかなる手続でいかなる主張をしようが、訴訟の終了という結末は動かすことができない。本判決が述べているように、この事件は一身専属的な訴訟であるから訴訟の承継が考えられず、口頭弁論を開くか否かに関係なく、裁判所の結論は既に決まっているのである。さらに、(c)仮に口頭弁論が開かれたとしても、相続人にメリットがあるとは思えない。換言すれば、それ故に訴訟承継はないともいえる。たとえ相続人が訴訟の続行を望んだにしても、被相続人が上告理由書等で主張したこと以上のことは口頭弁論において主張できるとは思えない。相続人にとっても口頭弁論を開くことは、わざわざ呼び出されることになるから迷惑な話である。それでも死亡した原告の訴訟は承継されなければならないと考えたとしても、(d)この訴訟は集団

訴訟の一部であり、口頭弁論を経ないで終了したとしても他の者の訴訟がそれに代わると理解し、その者の手続は保障されると考えることはできる。すなわち、当事者の死亡により訴訟を直ちに終了させたとしても、その者の手続保障が棄損されることにはならない。

あるいは次のようにも考えられる。(e)この事件の場合、原判決が破棄された部分は原判決の極一部にすぎない（約二パーセント）。集団訴訟の大部分が口頭弁論を必要としないで上告棄却をする場合、当事者の死亡を理由に極一部についてだけ口頭弁論を開くことは全く余計なことである。換言すれば、訴訟終了宣言は上告棄却の過程でのいわば付随的なものであり、原判決の破棄を伴うにしても、それは全く手続的な問題である。

したがって、選挙訴訟において当事者が死亡した場合は口頭弁論を経ないで訴訟終了宣言がなされるのは当たり前であり、上告審で訴訟終了宣言のために原判決を破棄するにしても口頭弁論を必要としない。このように考えると、①が判例として紹介されていないのは当然なことであり、同様な裁判例は少なからず存在するのではないかと思う。

このような理由から、この判決が口頭弁論を開かなかったことを正当化することができるが、そもそも当事者の死亡による訴訟終了宣言の場合は、この事案のように選挙無効を求める集団訴訟でなくても（それに限定しないで）、上告審でなくても（民訴法三一九条の適用がなくても）、口頭弁論を経ないでも判決をすることが許されるであろう。[7] なぜならば口頭弁論を経るという手続は当事者に手続参加を保障するものであるから、当事者の利益を損なわないのであれば、口頭弁論という手続は不要であるといえるからである。かくして、上記の様々な理由の中で一番重要なものは、(c)の当事者の利益の問題ということになる。換言すれば、他の理由は付随的なものであり、補強的なものである。

あるいはまた口頭弁論を経ない手続は訴訟の遅延の防止や訴訟の迅速な解決に役立つといわれるが、それは不要な手続をしない結果によるものである。不要な手続か否かは、当事者の手続に参加する権利が棄損されるか否かで判断することになる。正に当事者の手続保障を侵害しないことこそが、口頭弁論という当事者の手続保障のための手続を不要にする合理的な根拠ということになる。

①について、その実質的根拠をこのように考えるならば、そもそも当事者の死亡による訴訟終了の場合に限定する理由もないことになる。換言すれば法規で規定されている上

告棄却以外にも、上告審で口頭弁論を経ないことが許されることになる。

2　民訴法一四〇条による訴えの却下

不適法でその不備を補正することができない訴えは、口頭弁論を経ることなく却下の判決をすることができる（民訴法一四〇条）。この規定は控訴審手続に準用され（民訴法二九七条）、控訴審手続はさらに上告審手続に準用されているから（民訴法三一三条）、上告審でも同様な場合は口頭弁論を経ることなく訴えを却下することができる。そこで本来ならば民訴法一四〇条が適用されて訴えが却下されるべき場合にもかかわらず、原判決が誤って棄却判決をした場合に、上告審は口頭弁論を経ることなく原判決を破棄して訴えを却下できるかという問題がある。これについて積極説を説いたのが、②最三小判平成一四年一二月一七日判例時報一八一二号七六頁、判例タイムズ一一一五号一六二頁である。[8] 判決はその根拠を次のように説いている。

「上告人は、被上告人が平成一一年九月二一日付けでした上告人の平成四年度から同一〇年度までの特別土地保有税に関する各更正の請求には更正をすべき理由がない旨の各処分の取消しを求める訴えに加えて、原審において、同七年度から同一〇年度までに係る上記各処分の取消しを求める訴えを予備的に追加提起した。しかし、上記予備的請求に係る訴えは、上記主位的請求に係る訴えと重複するものであるから、不適法であって（民訴法一四二条）、却下すべきである。これと異なり予備的請求を棄却した原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決中予備的請求を棄却した部分は破棄を免れない。

なお、上告人の予備的請求に係る訴えは、上記のとおり不適法でその不備を補正することができないものである。このような訴えについては、民訴法一四〇条が第一審において口頭弁論を経ないで判決で訴えを却下することができるものと規定しており、この規定は上告審にも準用されている（民訴法三一三条、二九七条）。したがって、当裁判所は、口頭弁論を経ないで上告人の予備的請求に係る訴えを却下する判決をすることができる。そして、これらの規定の趣旨に照らせば、このような場合には、訴えを却下する前提として原判決を破棄する判決も、口頭弁論を経ないですることができると解するのが相当である。」

①では口頭弁論を経ないことについて説明はなかったが、②はその根拠として民訴法一四〇条を挙げた。すなわち、その論理は同条によれば、不適法でその不備を補正することができない訴えは口頭弁論を経ることなく却下の判決を

することができるから、上告審でこの規定を準用して訴えを却下する場合には、そのために原判決を破棄するにしても、口頭弁論を経ないですることができるというものである。訴訟手続において口頭弁論を開く必要がないのは訴訟終了宣言の場合とは限らないし、そもそも民訴法一四〇条は口頭弁論を必要としない場合を規定しているのであるから、①が口頭弁論を経ないで破棄判決を行う以上、②が①と同様に口頭弁論を経ないで原判決を破棄するのは、当然の帰結ともいえる。そしてここで重要なことは、②がこのような根拠を示したことによって、結果的にこのような取扱いが広く認められるようになったことである。なぜならば、②で示された根拠は②に限定されるというものではないから、②に相応する場合やあるいはそれに反しない場合に、それらが②と事例を異にするということだけでは、②と異なる取扱いをすることは説得力を欠き無理であるからである。

②をより一般化すると、事件について口頭弁論を経る必要がないのであれば、上告審が破棄判決をする場合でも口頭弁論を経る必要はないということになるが、これを明らかにしたのが本件判決である。すなわち、①は本件事件の先例であるが、その理由を述べていない。本件判決は②と同様な理由を述べることによって①を②で説明するとともに、②のような見解が拡張されることを明らかにした。要するに本件判決は②と同じ論理であり、本件は正に②の延長線上に位置付けられる。

なお②では本件判決と異なり民訴法三一九条が挙げられていないし、本件判決が②を引用していないから、本件判決と②とは見解を異にすると考えることはできるかもしれない。しかし、②と本件とは事案を異にするから本件判決で②を引用する必要はないし、②が三一九条を引用していないにしても、②は口頭弁論を経ないで原判決を破棄できるとして本件判決と同様に三一九条が適用されない結果を説いているのであるから、②は本件判決と見解を異にするものではない。本件判決は、②に書かれていない「民訴法三一九条の趣旨に照らして」と追加的に述べているが、それは②と異なる意味を持たせるものではなく、単なる表現の問題である。

3　原判決の明白な違法（民訴法三一二条二項一号違反）

本件判決後になるが、③最三小判平成一九年一月一六日判例時報一九五九号二九頁、判例タイムズ一二三三号一六七頁は、上告理由が存在すると判断して原判決を破棄した

判決ではあるが、口頭弁論を開くことはなかった。[9] すなわち、原判決が明白に違法であることが分かった場合、この点に関してさらに審理する必要がないから、口頭弁論は不要という論理である。③は次のように詳論している。

「職権をもって調査すると、記録によれば、原判決には、その基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が判決をした裁判官として署名押印していることが明らかである。そうすると、原判決は、民訴法二四九条一項に違反し、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官によってされたものであり、同法三一二条二項一号に規定する事由が存在する。したがって、上告理由について判断をするまでもなく、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻すのが相当である。

なお、民訴法三一九条及び一四〇条（同法三一三条及び二九七条により上告審に準用）の規定の趣旨に照らせば、上告裁判所は、判決の基本となる口頭弁論に関与していない裁判官が判決をした裁判官として署名押印していることを理由として原判決を破棄し、事件を原審に差し戻す旨の判決をする場合には、必ずしも口頭弁論を経ることを要しないと解するのが相当である。」

注目すべきことは、この事件では民訴法一四〇条が適用される場合ではないにもかかわらず、民訴法三一九条及び一四〇条（同法三一三条及び二九七条により上告審に準用）の規定の趣旨を根拠にしている点である。すなわち、これら規定の趣旨が拡張的に利用されていることである。口頭弁論の要否を単に条文の形式的な解釈によって考えるのではなく、訴訟経済や当事者の利益の観点から実質的に考察していくという判例理論が確立したということを意味するであろう。正に宇野教授が②の判例研究において予想したとおりの展開である。宇野教授は次のように述べている（前掲注(1)一三二頁）。

「本判決〔②〕に示された考え方を敷衍すれば、原判決が明らかに誤っており上告に明らかに理由がある場合には、民訴法三一九条の反対解釈についての例外をひろく認めて、上告審が原判決を破棄または取り消すに際して口頭弁論を開く必要はないと解する余地が生じる。」（〔〕は筆者の加筆）。

4　上告審での訴えの利益の消滅

控訴審判決後に訴えの利益が消滅したために、上告審は訴えを却下することになった。そこで、④最一小判平成一五年一二月四日判例時報一八四八号六六頁、判例タイムズ一一四三号一九七頁は原判決を破棄して訴えを却下したが、

口頭弁論を経ることはなかった。[10]

④のこの問題に関係する判決主文は、次のようなものであった。「原判決中上告人A及び同Bの事業認定（…）の取消請求に関する部分を破棄し、第一審判決中同部分を取り消し、同部分につき本件訴えを却下する。」。その理由は次のようなものである。なお判決は「平成五年六月一六日、…法律上の利益も消滅したもの」と述べているが、これは原審判決が言い渡された後のことである。すなわち、この事件の第一審判決は東京地判昭和五九年七月六日であり、控訴審は東京高判平成四年一〇月二三日である。

「上告人A及び同Bの本件事業認定の取消請求について

職権をもって調査するに、新東京国際空港公団は、平成五年六月一六日、上告人A及び同Bの所有地につき権利取得裁決の申請及び明渡裁決の申立てを取り下げ、上記所有地については、土地収用法二九条一項により本件事業認定の効力が失われるに至ったから、上記上告人両名が本件事業認定の取消しを求める法律上の利益も消滅したものといわざるを得ない。そうすると、上記上告人両名の本件事業認定の取消しを求める訴えは却下すべきであり、同訴えに係る請求につき本案の判断をした原判決は失当であることに帰するから、原判決中同請求に関する部分を破棄し、第一審判決中同部分を取消し、上記訴えを却下すべきである。そして、上記訴えは、不適法でその不備を補正することができないものであるから、当裁判所は、口頭弁論を経ないで上記判決をすることとする。」

④は口頭弁論を経ないことについて理由を述べていない点で、①と同じである。その意味で②③や本件判決のように、口頭弁論を経ないことについて説明している判決とは異なる。④は上告審での訴えの利益の喪失ということであるが、不適法でその不備を補正することができないものであるという点で、②と同じ民訴法一四〇条が適用された事例ということになる。しかし、判決後の事情の変更という点で、②とは異なったものである。

なお④は「訴訟の総費用は上告人らの負担とする。」としているが、この判断に疑問がないわけではない。被告の行為により訴えの利益を消滅させられて訴えが却下されたにもかわらず、訴訟費用を原告に課すというのは妥当性を欠くように思うからである。それにもかかわらず、④が原告に訴訟費用を負担させたのは、原審が訴えに理由がないと判断しているので、それを考慮したからではないかと思う。理由のない訴えであれば敗訴者は原告であるから、た

とえ訴えの利益が消滅して訴えが却下されたにしても、原告に訴訟費用を課すことは妥当であるからである。このように考えると、④の訴訟費用の判断は問題がないことになる。問題はそのような判断に至った手続である。訴えの利益が消滅したから訴えの理由については判断しないとしながら、訴えに理由がないことを根拠に訴訟費用を課したのであれば、矛盾しているように思うからである。この問題を考えるのが、本稿で議論している訴訟終了宣言とは内容的に異なる「ドイツ民訴法に由来する訴訟終了宣言」の問題である。[11]

5　判例理論について

従前の裁判例を概観したが、それぞれの関係は次のようにまとめることができる。①は事案が当事者の死亡による訴訟の終了という点で本件と類似しているから、本件の先例と位置付けることができる。②は上告審で口頭弁論を経ないで裁判することの根拠を述べていて、それが本件判決と同じであるから、本件判決の理由付けに先導的な役割を果たした。③は本件判決以降のものであるが、本件判決が説いた見解の新たな適用例を示すものであり、それは判例理論の拡大を示すものである。④は上告審での事情の変更に伴う訴訟の終了であり、その点を見れば①や本件判決の訴訟終了宣言と同じようなものと解することができるが、上告審が訴えを却下した点に注目すれば②と同じような事案ということになる。

これら一連の判例から分かることは、最高裁の裁判例において上告審が口頭弁論を経ないで破棄判決をすることについて問題にしないものと（①・④）、民訴法三一九条・一四〇条の趣旨を根拠にして正当化するもの（本件判決・②・③）があるということである。対応の仕方はこのように異なるにしても、上告審が口頭弁論を経ないで破棄判決をすることでは一致しているのであるから、判例は民訴法三一九条の反対解釈の例外を広く認めていこうとするものであると理解することができる。[12] 具体的にいうならば、「原判決を破棄するに当たって口頭弁論が必要的であるのは、上告の認容に伴って原判決を破棄する場合であり、訴え却下判決ないし訴訟終了宣言判決の前提として破棄を要する場合は除外されるとする最高裁の立場はほぼ固まった。」（Lexis・前掲注(3)一〇〇頁）ということになろう。

したがって判例によれば、口頭弁論を開くか否かは法律を形式的に適用して考えるのではなく、事案ごとに実質的に見て判断するということである。[13] より具体的にいうならば、口頭弁論を開くことが訴訟経済に反して、口頭弁論を

行わなくても当事者の利益を害することもない場合は、口頭弁論を経ないで原判決を破棄するということができるということである。その結果、「上告審における迅速かつ効率的な事件処理を促進する」（Lexis・前掲注(3)一〇〇頁）ことになるであろう。

ところで、問題はこのような判例の傾向や判例理論に対する学説の評価である。学説は反対していないが、手放しで賛成しているとも思えない。すなわち、学説は前記の判例理論に対しては慎重な運用を望んでいるが（川嶋・前掲注(3)一一八頁）、それは歯止めのないことに対して危惧を感じているからであろう。たとえば、民訴法一四〇条の事例については、「訴訟要件の欠缺の補正不可能性が明白な場合に限定されるべきであろう。」と言われている。[11] あるいは「訴訟終了についての判断が微妙な場合…には、口頭弁論を開くべきであり、本判決も、口頭弁論を経るべき場合があることは否定しない趣旨と解されよう。」（和田・前掲注(3)六二七号一一九頁）との指摘もある。また、「判例にあらわれた事案は、いずれも職権調査により原判決の違法性が判明したケースであり、これら事案を超えて判例の趣旨が妥当するかはなお検討を要する。」（Lexis・前掲注(9)五二頁）という意見もある。

したがって、「必要的口頭弁論の原則の例外を認めるには、慎重な態度を取るべきである。」（和田・前掲注(3)六二七号一一九頁）し、「歯止めの検討が必要になってくる。」（和田・前掲注(3)六三一号）。そして「上告人の主張する上告理由を容れて原判決を破棄する場合においては、被上告人の反論の機会を保障する必要が高く、必要的口頭弁論の原則の制限的な解釈には慎重であることが求められる」（Lexis・前掲注(9)五二頁）ということになる。

三　判例に対する批判的な考察

上告審であっても口頭弁論は開かなければならないが（民訴法八七条一項本文）、開かなくてよい場合を民訴法三一九条は「上告が理由がないと認めるとき」と規定している。そうでない場合は、原則に立ち返って口頭弁論を開かなければならない。これが私見であり、例外として口頭弁論を開かない場合があるとする判例と、それを基本的に支持する学説に対しては反対である。その理由は第一に、判例のような見解は、立法者意思や法文の論理的構造を重視する伝統的な法の解釈方法論からは疑問があるからである。第二に、そのような解釈方法論を離れて結論の妥当性という点から考えても、判例のような結論が適当であるとは思

えないからである。以下にそれぞれについて、その理由を述べることとする。

1　伝統的な法解釈論からの疑問

判例理論が問題なのは、第一に、立法者の意思に反すると考えるからである。もちろん法の解釈において立法者意思の取扱いに関しては議論のあるところである。[15] しかし、それは立法者の意思だけで法の内容を確定するか否かの議論であって、立法者の意思が法解釈に重要な役割を担っていることを否定するものではない。[16] したがって、立法者の意思は法解釈において決定的な意味を有するものではないとの立場に立ったとしても、可能な限り重視すべきである。もっとも、法解釈の場面において立法者の意思は取り上げられることは少ないが、それは立法者の意思を軽視しているからではなく、立法者の意思が明白でないために、法の解釈において反映させることができないからである。[17]

このようなことから立法者の意思を把握することができる場合は、それを法の解釈において最大限尊重すべきである。[18] そこで問題は、本件の民訴法三一九条の場合に立法者の意思は把握できるのかということである。次のような立法に至る経過から肯定すべきあり、立法者意思が把握できる数少ない例の一つとして理解することができる。すなわち民訴法三一九条の前身である旧民訴法四〇一条の最初の草案は、現在のような規定ではなかった。大正五年九月から同九年一〇月にかけて作成されたとされるいわゆる民事訴訟法改正起草委員会決議第一案は、「上告審は書面だけで審理できる」というものであった。[19] ところが大正一四年四月二三日の民事訴訟法改正調査委員会委員総会に配布されたいわゆる第二案は、「書面審理は上告棄却の場合に限定する」であり、この間に修正がなされたことを示している。[20] この第二案がそのまま旧民訴法四〇一条になり、現在の民訴法三一九条に至ったのである。[21]

なぜ修正がなされたのかというと、大正一二年四月一〇日の第四二回民事訴訟法改正調査委員会の議論に影響されたのではないかと推測し、それが民訴法三一九条の立法理由ではないかと考える。[22] どのような議論かというと、大要は次のようなものである。岩田宙造委員は、「提案された案では被上告人に答弁書を提出させないで、不利な判決をすることができることになるのでないか」と質問した。これに対して松岡義正委員は、「原判決が誰が見ても違法であることが明らかである場合は、答弁書の提出を求めないで、破棄することは可能である」と説いている。これに対して、岩田宙造委員は次のような問題を提起している。

「顕著である場合はよいにしても、その境界ははっきりしないし、裁判所の一方的な意見によって被上告人に不利な判決が出来るようになっては当事者は満足しない。必ず一応は答弁を聴くということがよいのではないか。訴訟を一方の片言だけ聴いて如何に顕著であっても、相手方に弁明を与えず不利な判決をするのは穏やかではない」[23]。

この議論と前記の修正案を見てみると、修正案はこの議論に対する解答のように見えてくる。そしてそのように解するならば、民訴法三一九条の合理性が明らかになるし、存在理由が浮かび上がってくる。結論的にいうならば、民訴法三一九条は被上告人の手続保障の規定である。さらに、2の第六で述べることであるが、当初の原案はオーストリア民訴法を模範にしたと思われるので、そのことを考慮すると、原案を修正したということは、オーストリア民訴法のように上告審は口頭弁論を開くか否かについて個別具体的な状況に応じた解釈や運用を判例・学説に委ねるものではないと解することになる。もっとも個々の状況に応じて口頭弁論を開くか否かを実質的に判断しないということは、比較法的な考察をしなくとも、書面審理が許される場合を具体的に規定したことから明らかである。このようなことから本条について拡張的な解釈は立法者の意思に反し、立法論ではないかと思う。この理由から判例理論に賛成できない。

判例理論の第二の問題は、その法解釈の手法は一般の法の解釈方法の原則に反することである。すなわち判例の見解は例外を拡張させる手法であり、例外規定は拡張的に解釈してはならないとする法原則に反する[24]。判例はその根拠として、「民訴法三一九条と一四〇条の趣旨に照らして（本件判決・②・③）と説いているが、民訴法三一九条だけではなく民訴法一四〇条を挙げたということは、民訴法三一九条だけでは根拠にならないということに他ならない。したがって、この意味は両者を併せて口頭弁論を開かなくてよい理由を考えることであり、これこそ正に例外事例の一般化であり、拡張である。考えるべきことは、原則規定である民訴法八七条一項本文の趣旨であり、例外規定の趣旨ではない。「上告が理由がないと認めるとき」を例外にしたのであるから、それ以外がなぜ規定されなかったかという理由を考えるべきである。

2　実質的な理由からの疑問

立法沿革や法解釈の形式論から判例を批判する私見に対しては、判例の基になった裁判例は事案の解決としては適切であり、判例理論の内容は妥当性を有しているという反

論が予想される。しかし、上告審で口頭弁論を開かないことが合理的で実質的に妥当であるとは必ずしもいえない。そのような取扱いには以下のような疑問があるし、口頭弁論を開くことが訴訟の遅延につながることでもない。

第一に、上告審の判断に対する担保が十分でない。判例理論の根底には、次のような考えがあるように思う。口頭弁論が不要なのは本案の問題でなく、職権調査事項の問題であるから、これに関する裁判所の判断は当事者の意見に左右されることはないし、判断手続に当事者を関与させる必要もない。しかし、たとえ最高裁の判断であっても、その判断に誤りがないとは絶対に断言できない。皮肉なことに判例の事案は高等裁判所の判断ミスや手続ミスを明らかにしているが（①②③等）、高裁というプロ中のプロでさえ間違うのである。下級審の判断であれば、上訴によって裁判所の判断を争うことが可能であるから、その意味で当事者に手続保障があると評価することはできる。ところが上告審の場合は、原則として再審でしかその判断を是正することができない点が問題である。通常の場合は上告審は当事者が関与して形成された下級審の判断の当否を検討することであるから、上告に至るまで当事者に十分な手続が保障されていたと考えることは可能であるが、そうでない場合は事前に手続保障がないし、上訴制度による事後的な手続保障もない。このような場合には口頭弁論を開いて、当事者に手続関与の機会を設定して裁判所の判断内容の正当性を担保するのが、一般国民の信頼を得る裁判ではないかと思う。

あるいは上告審は原審の判断のミスを見つけて判断を是正するのであるから、当事者から感謝されることはあっても非難される理由はないし、訴訟経済の観点からも当事者の意見を聞かなくても当事者にとっても利益であるとの反論があるかもしれない。しかし、原判決によって有利な判断を得た者にとっては、裁判所のミスによって（①②③等）、一方的にその判断が覆されるのであるから、言い分があるはずである。また裁判所のミスについては、判決前に口頭弁論において裁判所の説明や謝罪があってもおかしくない。ところが、裁判所はミスについての説明は単に判決の理由で済ましてしまって、説明責任を十分に果たしていない。口頭弁論を開いて当事者が説明し意見を表明する機会を設けて、裁判所に対する非難や批判を遮断させる方が合理的である。なお上告棄却の場合に口頭弁論を経る必要がないのは、上告によって上告人は意見を述べる機会があり、手続は保障されているし、上告が棄却される場合は

そのことによって被上告人が不利になるとは考えられず、被上告人の手続保障は無用であるからである。

第二に、口頭弁論を開かないことは時代の流れに逆行する。手続保障とか、法的対論とか、法的観点指摘義務あるいは説明責任等が主張されている昨今の状況において、裁判所の判断は正しいのであり、当事者の意見は聴く必要はないということは、一方的に判断内容を押しつけることである。確かに当事者に保障されていることは上告理由に関するものであり、職権調査事項ではない。しかし、上告理由に記載されていないことで判決を破棄するのは、当事者にとって不意打ちである。また、裁判所の判断のための資料収集方法の透明性という点でも問題である。当事者の意見を聴いて、そこから必要な資料を獲得するという姿勢が必要である。もっともそうであるならば、口頭弁論を開かなくても当事者から書面によって意見を聞けば済むから、わざわざ口頭弁論を開く必要はないとの反論があるかもしれない。しかし、そのようなことについて定めた規定が民訴法や民訴規則にない以上、裁判所に法的に義務付けることは困難である。また裁判所の裁量や訴訟指揮を根拠に当事者の手続を保障するというのでは、裁判所がそのようなことをしなくても構わないということであり、当事者の手続保障としては十分ではない。

第三に、口頭弁論を開くことが対策を講じなければならないほど上告審の負担を増大させ、訴訟を遅延させることになるとは考えられない。換言すれば、口頭弁論を開かないことは上告審の負担を多少は軽減するにしても、目に見えるほどのものではないということである。つまり、口頭弁論を開かないことは前述のように開かないことによるマイナス面も否定できないのであるから、殊更強調すべきことではない。しかも本件のような事例は決して頻繁に起こるわけではなく、数のうえでは少ないから、制度全体から見た場合にも、そのような少数事件について口頭弁論を経ないことが上告審の負担の軽減に有効であるとは思えない。口頭弁論を開かないことに伴う前述のようなマイナス面があることを考えると、口頭弁論を不要とするのではなく、訴訟経済を考慮した手続保障や、口頭弁論の簡素化の方策を考えるべきであろう。具体的には口頭弁論手続の簡素化と効率化を考えることであり、これが訴訟手続の王道である。

第四に、口頭弁論を開かなくてもよいとする要件が曖昧である。確かに判例の事例ではわざわざ口頭弁論を開く必要はないといえるし、当事者もそのことについて反対をし

ないと思われる。例えば集団訴訟で原告団の一部が死亡した場合であり（本件判決や①）、誰も異論がないような事例である。問題は、常にこのような事例に限定できるかということである。口頭弁論なしに破棄判決ができることについては、その運用は慎重でなければならないし、裁量で恣意的な運用がなされることのないように注意する必要がある。そのためには、口頭弁論を必要としない場合のより厳密な要件が明らかにならなければならない。しかし、そのようなことは簡単なことではない。口頭弁論について具体的な運営指針が提示できないのであれば、たとえ口頭弁論を開くことが余計な手間をかけることになっても、個々の事件ごとに口頭弁論を開くか否かを判断するよりも、一律に口頭弁論を開いた方が合理的である。したがって破棄判決の場合は一律に口頭弁論を行う必要があると説いたとしても、それは決して単なる形式論ではない。

第五に、民訴法三一九条は比較法的に見ると一般的な規定というよりも、特異な規定である。すなわち、規定の内容において普遍性があるとは言いがたい。そうであるならば、いたずらにこの規定は拡張的に解釈されてはならないであろう。なぜ一般的な規定ではなく特異な規定であると断定するのかというと、民訴法三一九条に相当する旧民訴法四〇一条について、各国の民訴法と比較した研究によれば、相当する規定はオーストリア民訴法五〇九条一項二項と韓国民訴法四〇〇条であり、ドイツ民訴法、フランス民訴法、イタリア民訴法、アメリカ合衆国連邦民事訴訟規則はこの種の規定を有していない。[25] もっとも規定がないからといって、それぞれの国において民訴法三一九条のような処理がなされていないとは断定できない。条文に規定がないにしても、実務において判例や学説によって民訴法三一九条のような運用がなされているかもしれないからである。これについては調べていないので、その調査は後日の課題とし、ここでの私見は、単にあくまでも条文参照の結果に基づくものである。

第六に、破棄判決で口頭弁論を開かないということは被上告人に不意打ちになる。上告審で書面審理主義を採るオーストリア民訴法五〇九条の立法理由によれば、被上告人の手続保障が重要であるとしているが、判例理論はこの点の配慮を欠くことになる。なぜオーストリア民訴法五〇九条を持ち出すのかというと、日本民訴法三一九条の源流はオーストリア民訴法五〇九条と推測するからである。[26] その立法理由が強調したことは、被上告人の手続保障である。[27] したがって、民訴法三一九条の解釈においても、可能な限

りオーストリア民訴法五〇九条の立法理由は尊重されるべきである。もっとも口頭弁論を開いても、例えば本件であれば、裁判所が訴訟終了宣言を行うために口頭弁論を開いたというように、口頭弁論を開く理由を述べないならば、当事者は裁判所の判断について口頭弁論において十分に対応できないから、不意打ちの判断を受けることになる。ただ単に口頭弁論を開けばよいということではなく、裁判所の積極的な意見の表明が必要である。そのようなことが望ましいし、そのようなことが求められるが、これは口頭弁論の運用論であり、そのようにしなかったからといって違法とまではいえない。しかし、口頭弁論を充実させるためには口頭弁論が開かれなければ始まらないことである。口頭弁論を開かないということはそのような可能性を全く否定することになるから、民訴法三一九条に規定している場合以外は口頭弁論は開かれなければならない。

もっとも民訴法三一九条はオーストリア民訴法五〇九条と同じではない。それは1で述べたような事情で、オーストリア民訴法五〇九条に類似した原案が修正されたからである。この修正の意味することは、日本法は無条件な書面審理主義ではなく限定的な書面審理主義に変容したということと、限定は明確に規定されているから、個々の事件ごとに民訴法三一九条の適用を考えるものではないということである。このような違いがあるにしても、原則は変わっていないのであるから、日本法でも被上告人の手続保障は最大限考慮されなければならない。

四　私見の展開

このような理由から、本件判決や判例理論に反対である。問題は、私見のように原則として口頭弁論を開くことになると、本件のような場合は口頭弁論を開いて当事者の意見を聴いたところで裁判所の判断が変わることはないから、口頭弁論を開くだけ無駄であり、意味がないのではないかという批判である。もっともな批判ではあるが、当事者の意見を聴いたことによって裁判所の判断が変更することは全くないとは断言できない。すなわち変更の可能性がある以上、口頭弁論は開くべきである。あるいは単に口頭弁論を開いだけでは意味がないから、口頭弁論を充実させるためには、裁判所が積極的に自らの判断を示して当事者の意見を求めることを裁判所に法的に義務付ける必要があるのではないかという意見も考えられる。しかし、それを直接根拠付ける規定がないうえに、仮に法的に義務付けたとしても上告審は最終審であることを考えると、義務違反があ

ってもそれを是正する手続を解釈論として設定することは無理である。要するに現段階では口頭弁論を開く以上の義務付けは困難である。それでは意味がないのかもしれないが、口頭弁論を開くことは判断の正当性を担保するための手続であるから、決して無意味ではないし、審理を充実させる責任は法的な義務ではないにしても、裁判官の職業倫理として当然なことである。したがって裁判官の積極的な活動を期待することは、単なる訴訟制度の利用者の要望ということでもない。

1　口頭弁論の内容

いずれにしても、本件のような場合に、口頭弁論を開かなければならないといっても、単に口頭弁論を開けば済むということではない。訴訟経済や当事者の利便性を考慮して、効率的で合理的な口頭弁論の運営がなされなければならない。[28] 裁判所は判決内容を事前に説明して当事者の意見を求めるべきであるが、その方法は口頭弁論を開く前に準備書面を求めればよいし（民訴法一六二条）、あるいは進行協議期日（民訴規則九五条）の利用も考えられる。このような方法で当事者の見解を把握するが、それが考慮に値するものではない場合、あるいは口頭弁論を開かなくても当事者に異論がない場合は、当事者の意見を聴くためにわざわざ口頭弁論期日を開く必要はないから、判決言渡しの直前に口頭弁論を設定してもよいのではないかと思う。[29] それならば、口頭弁論を開くのは正に形だけであり、口頭弁論を開かなくても当事者から書面の提出を求めれば済むのではないかとの批判があろう。しかし、重要なことは、当事者の意見を公平に裁判所が聴いて判断をするということを目に見える形の手続で行うことである。透明性の高い手続で裁判の正当性を担保するとなると、口頭弁論という方法以外に適切な手続がないように思う。形だけの口頭弁論を行うことになるかもしれないが、[30] これによって当事者の手続保障と裁判所の事件の迅速な処理という要請のバランスがとれるのではないかと思う。[31]

このようなことから、本件事案を含めて二で紹介した従来の裁判例においても、④を除いた①②③は、裁判所の訴訟処理に対して当事者に異論がないと思われるので、このように処理すべきであったと思う。④はこれらの事例とは異質であり、当事者が争うことが予想される。これに対しては、前述のようにドイツ法の訴訟終了宣言の制度に倣って処理すべきであるというのが、年来の私の主張である。

2　その他の問題

ところで本件判決は、上告審において判決で訴訟の終了

を宣言する場合に、その前提として原判決を破棄するのであれば口頭弁論を経ないでも判決をすることができると説き、その理由として裁判の形式を採って手続上明確にするにすぎないことと、民訴法三一三条と二九七条によって準用される一四〇条と三一九条の趣旨に合致することを挙げている。そこで第一に、本件の訴訟終了宣言は通常の裁判と異なるから、民訴法三一九条については特別に考えるべきではないかということが問題になる。第二に、民訴法三一九条と民訴法一四〇条との関係が問題になる。すなわち、上告審で民訴法一四〇条を準用する場合は民訴法三一九条は考慮する必要がないか、あるいは考慮しても適用しないという見解の当否の問題である。

第一の問題であるが、このような見解は否定すべきである。当事者の死亡によって訴訟が終了するか否かは常に必ずしも明確に判断できるとは限らないから、訴訟の終了を宣言すること自体の当否が問題になるであろう。また訴訟の終了が認められたとしても、裁判の形式を採る以上は、裁判についての法規に従うべきであり、訴訟終了宣言であるからといって裁判に関する規定の適用が緩和されるとする根拠はない。[32] 裁判の形式を採って当該紛争を解決する以上、民訴法の法規に従って内容の正当性を担保することが必要である。

第二の問題であるが、このような見解も否定すべきである。民訴法一四〇条と三一九条とはそれぞれ目的が異なるのであるから、別々に考えるべきであって、民訴法一四〇条が適用されるからといって民訴法三一九条を無視してよいことにはならない。あるいは民訴法一四〇条で口頭弁論が不要となるにもかかわらず、その判決をするために原判決を破棄しなければならず、そのことから民訴法三一九条で口頭弁論が必要になるというのは手続の衝突であり、実質的には矛盾していると考えられる。しかし、別々である以上、そのようなことは当然のことである。民訴法一四〇条による簡易迅速な処理ができなくなるが、民訴法一四〇条が控訴審手続や第一審手続の準用であるのに対して、民訴法三一九条は上告審手続の規定であるから、民訴法三一九条の適用を優先すべきである。

五　おわりに

本件については訴訟要件の判断の基準時が問題になる。本件のような事案を考えると、訴訟要件の判断の基準時は、通説の事実審の口頭弁論終結時ではなく、最近の有力説である上告審の審理終結時が基準になるとする説の方が整合

性がある。[33] なお「口頭弁論」という用語は誤訳に基づくものであり、用語としては適切ではなく、「口頭審理」の方が正確ではないかという意見がある。[34] もっともな指摘ではあるが、本稿では問題の民訴法三一九条の文言が口頭弁論であることと、口頭弁論という用語が現時点では一般的なので、口頭弁論という用語を使用した。

研究会では、私見に対しては次のような意見が述べられた。上告審と口頭弁論という一般的なテーマに重点を置くのではなく、事案に即して具体的に論じるべきではないか、口頭弁論と口頭主義の混同をしているのではないか、当事者の手続保障を問題にするのであれば、本件のような場合は口頭弁論手続ではなく書面の交換で済むのではないか、本件の問題は上告審の資料収集方法ではないか。これらの批判はもっともなことなので、可能なかぎり本稿のそれぞれの箇所で解答したつもりである。

（1）宇野聡「上告裁判所が不適法でその不備を補正することができない訴えにつき棄却判決をした原判決を破棄して同訴えを却下する判決をする場合における口頭弁論の要否」私法判例リマークス二八号一三〇頁以下（平一六）は、本文二で②として紹介する裁判例についての判例研究であるが、「原判決を破棄する際に、本判決のように口頭弁論を経なくてよいとする例外を認めるべきかどうかについて述べる裁判例は、少なくとも公表裁判例としては存在しないようである。…本判決は、右のような例外を認めた（おそらく）初めての最高裁判決として位置づけることができる。」（一三一頁）と述べている。本判決はこの②判決に続くものであり、この問題について論じた二番目の最高裁判決として位置付けることができる。

（2）宇野教授は学説の状況について、「また、学説においても、この問題を論じるものは見当たらない。」と述べている（前掲注（1）一三一頁）。宇野教授のこのような認識は現在でもそのまま通用する。その後、学説において状況に大きな変化は見られないからである。すなわち最近の代表的な体系書で見てみると、次のようにまとめることができる。

二の②判決を引用しているのは、伊藤眞『民事訴訟法〔第三版再訂版〕』六七三頁注92（有斐閣、平一八）、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法〔第二版補訂版〕』六〇七頁注11〔上野泰男〕（有斐閣、平一八）、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第四版補正版〕』七〇四頁〔上野泰男〕（弘文堂、平一八）である。なお上田徹一郎『民事訴訟法〔第四版〕』五九三頁（法律文化社、平一六）、梅本吉彦『民事訴訟法〔新版〕』一〇三七頁（信山社、平一八）、新堂幸司『新民事訴訟法〔第三版補正版〕』八四二

頁（弘文堂、平一七）、には判例の引用はない。

ところで注釈書ではどうであろうか。民訴法三一九条が継受した旧四〇一条について大コンメンタールを調べてみると、二で紹介するように裁判例が当時、十分に紹介されていなかったという状況を反映して、鈴木正裕＝鈴木重勝編『注釈民事訴訟法(8)』三一九頁以下〔遠藤賢治〕（有斐閣、平一〇）、斎藤秀夫ほか三名編著『〔第二版〕注解民事訴訟法(9)』五五四頁以下〔小室直人＝東孝行〕（第一法規、平八）等では、この条文の例外問題については論じられていない。なお現行法三一九条について、小室直人ほか三名編『基本法コンメンタール・新民事訴訟法3〔第二版〕』七一頁以下〔田中豊〕（日本評論社、平一五）の記述も同様な状況である。

(3) 本判決の判例研究や判例解説としては、笠井正俊・TKCローライブラリー速報判例解説の民事訴訟法一号一頁以下、和田吉弘・法学セミナー六二七号一一九頁等がある。なお本研究の表題とともに本判決を掲載した雑誌として記載した判例時報、判例タイムズには、本判決についての解説が付されている。本判決は Lexis 判例速報一三号九九頁以下にも解説付きで掲載されている。また民事情報二四三号三五頁以下は判決要旨を掲載し、コメントを付している。ただし判例時報、判例タイムズ、民事情報の解説の内容は、ほぼ同一である。

これら以外にこの問題を論じた判例研究としては、二の②については川嶋四郎・法学セミナー五九四号一一八頁、宇野聡・前掲注(1)一三〇頁以下、③については和田吉弘・法学セミナー六三一号一二一頁等がある。

(4) 最三小判平成九年九月九日判例時報一六二四号九六頁、判例タイムズ九五八号一一四頁は、上告理由書提出期間の経過後の上告人の破産宣告〔破産手続開始決定〕を受けたときであっても、口頭弁論を経ずに上告棄却の判決をすることができると説いている。すなわち、この判決は「上告裁判所は、上告状、上告理由書、答弁書その外の書類により上告を理由なしと認める場合には、上告理由書提出期間の経過後に上告人が破産宣告〔破産手続開始決定〕を受けたときであっても、破産法所定の受継手続を経ることなく、口頭弁論を経ずに上告棄却の判決をすることができるものと解するのが相当である。」と説いているが、これは民訴法三一九条の原則が適用される場面を明らかにした判例である（梅本・前掲注(2)一〇三七頁）。

なお口頭弁論を開く必要がないのは民訴法三一九条の原則が適用されることによるからか、それとも民訴法三一九条の反対解釈の例外に位置付けられることによるからかの問題があるかもしれない（後注(12)参照）。

(5) 判例研究や判例解説としては、太田幸夫・判例タイムズ九四五号三六八頁以下、桑原勇進・法学教室一九七号一

二八頁以下、山本浩三・民商法雑誌一一六巻三号一二七頁以下、綿引万里子・最高裁時の判例1公法編（ジュリスト増刊）一〇二頁以下、同・最高裁判所判例解説民事篇平成八年度（上）四三四頁以下等がある。綿引調査官（当時）以外は、訴訟終了宣言と上告審の口頭弁論の問題については取り上げていない。

(6) 死亡者目録の具体的な人数については、綿引・前掲注(5)解説四五五頁に基づく。

(7) 例えば、東京高判平成元年三月二二日東京民時報四〇巻一～四号二三頁は、「第一審が当事者の死亡を理由に訴訟終了宣言判決をした場合、控訴審が右終了宣言を相当とするときは、口頭弁論を経ないで控訴を棄却すべきものである。」との判決を行っている。判決理由は次のように説いている。

「…したがって、本件訴訟は一審原告が死亡したことにより終了したというべきであり、訴訟が終了したことを手続上明確にするために終了宣言をした原判決は相当であって、本件控訴はいずれも理由がない。

そして、訴訟が当然に終了したと判断される以上、その後の補正によってそれを適法に存続させる余地がないことは明かであるから、その終了宣言判決に対する控訴審がその終了宣言を相当とするときは、相手方に弁論の機会を与える必要はないものとして、不適法な訴えであってその欠缺が補正することができない場合の民訴法二〇二条を類推適用し、口頭弁論を経ないで控訴を棄却することができる、と解すべきである。」

なお右判決は「民訴法二〇二条を類推適用し」と述べているが、民訴法二〇二条とは現行民訴法一四〇条が継受した旧規定である。「類推適用し」とあるのは、旧民訴法二〇二条は当時は第一編総則の第四節「裁判」のところに規定されていたからである。換言すれば、旧民訴法二〇二条は旧民訴法三七八条（現行法二九七条）によって控訴審が準用する第一審の手続規定の中に含まれていなかった。現行法は一四〇条を旧法のように総則ではなく、第一審訴訟手続の中に配置した。

またこの判決の上告審判決は、最二小判平成元年九月二二日判例時報一三五六号一四五頁、判例タイムズ七三四号一〇一頁であり、上告を棄却している。上告審判決の判例研究としては上北武男・民商法雑誌一〇二巻二号二三〇頁以下、納谷肇・判例タイムズ七六二号三四〇頁以下がある。

(8) ②の判例研究や判例解説としては、次のようなものが公刊されている。今村隆・ジュリスト一二六二号一七三頁以下、岩崎政明・判例評論五三八号六頁以下、宇野・前掲注(1)一三〇頁以下、川嶋・前掲注(3)一一八頁、山田二郎・判例地方自治法二三九号一一二頁以下。

本件の問題について論じているのは宇野教授と川嶋教授

であるが、実体法上の問題は取り上げていない。反対に今村教授、岩崎教授、山田教授は実体法上の問題だけを論じている。

(9) ③に関しては判例掲載誌の解説の他に、Lexis 判例速報一七号五一頁以下、和田・前掲注(3)六三一号一二一頁、民事情報二四九号四五頁以下にも解説がある。

(10) ④に関しては次のような判例解説や判例研究があるが、著者が実体法学者のために私見のような観点からの考察はない。浅野博宣・判例セレクト二〇〇四（法学教室二九四号別冊付録）九頁、井上典之・民商法雑誌一三〇巻六号二一六頁以下、大浜啓吉・判例評論五五六号二頁以下、宍戸常寿・ジュリスト一二六九号二二頁以下、田村達久・法学セミナー五九九号一一九頁。

(11) ドイツの訴訟終了宣言の制度についての最新の日本の論文は、拙稿「ドイツ民事訴訟法第九一条 a の双方的訴訟終了宣言について（一）（二・完）」本誌七九巻八号一頁以下、九号二七頁以下（平一八）である。

(12) 例えば、宇野教授は②の判例研究において、「本件〔②〕は、訴えの適法性に関する判断が逆転したケースであるが、本案についての判断が逆転するような場合（明らかに理由のない請求を認容した原判決を上告審が破棄して請求棄却の自判をするような場合）にまで、口頭弁論を不要とする可能性が開かれたと考えることもできる。」と述べている（前掲注(1)一三二頁。なお〔 〕は筆者の加筆）。

なお②については、「上告を理由がないと認めるとき」の解釈として理解しても、②と「同一の帰結を導けたとも考えられなくもない」（川嶋・前掲注(3)一一八頁）との指摘がある。

(13) 笠井教授は本件判決について、「訴訟経済上の実質的な妥当性を考慮した判決と評することができるであろう。」と述べている（前掲注(3)二頁）。

(14) 宇野教授は、②に対して口頭弁論を開いて慎重に判断する必要はないとして、「判旨にいちおうは賛成することができる。」とする（前掲注(1)一三二頁）。「いちおう」としているのは、判旨が拡張されることに危惧されているからである。そこで宇野教授は一四〇条が適用される場合であっても、訴訟要件の欠缺の補正の不可能性が明白な場合に限定されるべきであると説かれる。また事実審である控訴審での口頭弁論の重要性と、上告及び上告受理の理由が制限されていることを考慮して、控訴審での一四〇条による自判の際の口頭弁論は不要とすることには慎重であるべきであり、「少なくとも、現行法のもとでは、必要的口頭弁論の例外を認めるべきではない」とも説かれる。

川嶋教授も同様な趣旨の見解を述べている（川嶋・前掲注(3)一一八頁）。すなわち川嶋教授は「判旨は、本件限

りの事例判決的なものであるが、…一般的な規範定立を行ったものと解することができる」としたうえで、「本件に関する限り判旨の結論は妥当であるとも考えられるが、法一四〇条の趣旨と上訴審の性格から考えると、本件で定立された規範の適用に関しては、…慎重になるべきである」と説いている。そこで教授は一四〇条の想定される事例の外延が必ずしも明確でないことを理由に、訴訟要件の欠缺の補正の不可能性が明白な場合に限定されるべきであると説く。

(15) 法解釈方法論における立法者意思説と法意思説の論争については、加藤修「商法における立法者の意思」本誌七三巻二号一頁以下（平一二）にまとめられている。なお加藤教授は、津田利治名誉教授の立法者意思説を継承する（四頁）。

(16) 伊東乾『法学の底の底―幸福論、友への手紙』一八〇頁以下（慈学社、平一八）は法解釈において解釈者の主観を重視するものであるが、「…立法の目的も、立法者が前提に樹てた利益衡量も、当該法規範の体系上の地位も、すべてが大事な参考資料ではあります。」と述べ、決して立法者意思を軽視しているものではない。もっとも、著者の伊東名誉教授は続けて次のように述べている。「けれども、それが大事な資料になるのは、解釈者の個人的な『自己の価値観』が、最后にこれを綜括するからの話です。客観がそれ自体として大切なのではありません。客観は主観を豊かにする限度において価値を持つのです。」

なお伊東名誉教授はこのような視点に立って、実定法は暫定法であって真正法規範ではないとの主張を展開するのであるが（一七三頁以下）、しかし、実体法は各自の法規範を正しくあらしめるための「掛けがえのない参考資料である」と述べて、実定法を尊重すべきことも強調している（一八二頁）。このことから立法者の意思の法解釈上の意味を考えると、立法者の意思はそれが法の内容を決めるものではないが、法の内容を決める場合の「掛けがえのない参考資料である」ということであろう。

ところで立法者意思説の津田名誉教授とそうでない伊東名誉教授との法解釈をめぐる論争は有名であるが、これについては、慶應義塾大学法学部編『語り継ぐ三田法学の伝統―慶應義塾大学法学部法律学科史―』八頁、三九三頁（慶應義塾大学出版会、平一八）に記述されている。

(17) 立法者意思説を主張される加藤教授は、立法者の意思の探求の困難さとその問題点について、率直に次のように述べている（前掲注(15)一〇頁）。

「具体的な法律解釈問題について、立法者の意思を探究するといっても、右に述べたように一筋縄てはゆかない。条文への沿革解釈や歴史的解釈の方法による接近、利益法学の発想による分析、比較法的方法などとすべてを動員して

も、何が立法者の意思であるかを簡単に明確にし得ない場合も多々あり得る。そのような場合、立法者意思探究者としては、その方法論の妥当性を心の底から信じて、その解釈術を何とか向上させ、一つの仮説としての解釈論を展開し、斯界の批判を待つことが必要となる。法の解釈者の選択した座標軸がゆらぐと、理論的には無限の可能性のある法の外に法の目的を無意識のうちに求めたり、あるいは、一つの法解釈への絞り込みというつらい作業を中断し、一定の幅の中における理論上の無限の可能性に逃避して、『立法者の意思』ではなく、結果的には『法の意思』を恣意的に探究しているのと同様のことになりかねない。ここに、立法者意思探究の最大の問題点が存在すると考えられる。」

(18) 例えば具体的な例として、法定代理権の消滅と相手方の知・不知の問題を挙げることができる。法定代理権の消滅は相手方に通知して初めてその効果が発生すると規定されているが（民訴法三六条一項）、相手方が代理権の消滅を知っていた場合も同様に取り扱うのかという問題である。民訴法三六条一項は旧民訴法五七条一項を引き継いだものであるが、旧民訴法五七条一項は帝国議会に提出された草案では、代理権の消滅を相手方が知っていた場合を除外する旨の「ただし書き」が存在し、知らない場合と区別すべきであるとしていた。ところがこの「ただし書き」は、手続の安定と明確化を理由に帝国議会で削除された。このようなことから、今日では法定代理権の消滅と相手方の知・不知の問題はこの事実を考慮して解釈論が展開している（中野ほか編・前掲注(2)一一六頁注13〔坂原正夫〕）。

なお次のような見解も注目すべきである。前注(16)で述べた津田・伊東論争を政治学の観点から考察した根岸毅名誉教授は、次のように述べている（「法解釈と政治」本誌五九巻八号二八頁〔昭六一〕）。「…民主主義の立場からいえば、公正の意味がなんであれ、法の意味内容の確定―裁判所の判断は法の解釈を通じてこれを行なっているのだが―は、一般国民の意向に沿うものでなければならない。…これは、民主主義が憲法の基本原理であり、かつ、法解釈が立法者の意図という歴史的事実を解明する形で行なわれる場合にのみ実現される。」

(19) 起草委員会決議第一案とは「民事訴訟法改正起草委員会決議案（第一案）」松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(2)』日本立法資料全集一一巻一〇一頁以下〔資料四七六〕（信山社、平五）のことである。これは大正五年九月から同九年一〇月までの間に作成されたものである。

なおこの草案については松本博之「民事訴訟法〔大正一五年〕改正の経過（その二）」松本ほか・前掲書一三頁以下、拙稿「民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言

（二）」本誌七二巻九号三〇頁以下（平一一）等に説明がある。

第一案決議案の三七一条は次のとおりである。なお原文のいわゆる旧字体の漢字は、常用漢字に改めた。以下同じ。

上告裁判所カ上告状、上告理由書、答弁書其他ノ書類ニ基キ裁判ヲ為スニ熟スルモノト認ムルトキハ口頭弁論ヲ経スシテ判決ヲ為スコトヲ得

(20) 第一案決議案の三七一条は起草委員会案の三八一条（松本ほか・前掲注(19)一七七頁〔資料四七八〕）、第一案議案の三八一条（松本ほか・前掲注(19)二一四頁〔資料四七九〕）にそのまま引き継がれたが、第二案の三八一条において次のような修正がなされた（松本ほか・前掲注(19)二七七頁〔資料四八一〕）。

なおこれら諸案については松本・前掲注(19)一四頁以下、拙稿・前掲注(19)三六頁等に説明がある。

第二案の三八一条は次のとおりである。

上告裁判所カ上告状、上告理由書、答弁書其他ノ書類ニ依リ上告ヲ理由ナシト認ムルトキハ口頭弁論ヲ経スシテ判決ヲ以テ上告ヲ棄却スルコトヲ得

(21) 第二案の三八一条は第三案の三九〇条（松本ほか・前掲注(19)三二二頁〔資料四八二〕）、第四案の四〇一条（松本ほか・前掲注(19)三九四頁〔資料四九九〕）、第五案の四〇一条（松本ほか・前掲注(19)四三七頁〔資料五〇〇〕）にそのまま引き継がれ、それが今日の三一九条に至った。

なおこれら諸案については松本・前掲注(19)一六頁以下、拙稿・前掲注(19)三六頁等に説明がある。明治二三年の民訴法以降の各種の草案の一覧とそれぞれの関係については、拙稿「民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言（一）」本誌七二巻八号九頁以下（平一一）にまとめられている。

(22) 「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第四二回（大正一二年四月一〇日）」松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(3)』日本立法資料全集一二巻四二七頁以下〔資料六二〇〕（信山社、平五）。

(23) ここで速記は中止されていて、以後、この問題に関する議論は立法資料全集の記録の中に見ることはできなかった。なお関係資料の検索には、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕（全五巻）総索引』日本立法資料全集一五巻（信山社、平八）を利用した。

ところで本文で紹介した議論に先立って、岩田委員は口頭弁論を開いて当事者の説明を聞いた方が便利ではないかと述べ、このようなことについて一考を願い出ている（速記録・前掲注(22)四二七頁以下）。というのは松岡委員が、草案は上告理由書だけで判断できる場合を前提としているのであり、そうでない場合は考えていないと述べたからである（速記録・前掲注(22)四二六頁以下）。

(24) 例外規定に定められていないことは原則規定を適用す

べしというのが法解釈のルールである。例えば柴田光蔵『法律ラテン語格言辞典』六八頁（玄文社、昭六〇）によれば、次のような法諺が紹介されている（引用に際して長音符は省く）。①「Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. 例外は、例外とされていない事例においては、原則を確証する。（Nicolaus Everardi, Loci Arg. Leg. 9, 1f.）」、②「Exceptio probat regulam de rebus non exceptis. 例外は例外とされていない事柄にかんする原則を証明する。（11 Co.Rep.41a; 3 Term. 722）」、③「Exceptio quoque regulam declarat. 例外も原則を明示する。（Bac. Aph. 17）」。

これらは原則の重要性と例外の拡張を戒めたものではないかと思うが、このような法諺が存在するということは、例外の拡張がしばしばなされたということかもしれない。その意味で単に原則を適用すれば済むということではないのかもしれないし、この問題の難しさを示しているのかもしれない。なお①については、「中世において法の欠缺に直面した場合にかなり疑わしい慰めである」との冷ややかなコメントを付しているものもある（Liebs, Detlef, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, München, 1982, S. 65）。

(25) 民事訴訟法現代語化研究会『各国民事訴訟法参照条文』（日本立法資料全集別巻三四）六五八頁以下〔河野正憲〕（信山社、平七）。なおオーストリア民訴法五〇九条は後注(26)が示すように三項から成り立っているが、この本では日本民訴法四〇一条に相当する規定は第一項と第二項であるとして、第三項を外している。

(26) オーストリア民訴法は、左記の資料が示すように全文の翻訳が明治四四年（一九一一年）に印刷されている。なお引用に際しては、原文の旧字体は常用漢字に改め、丸中数字は項を示すために加筆した。

「澳国民事訴訟法（一八九五年八月一日発布）（明治四四年六月印刷）」松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『民事訴訟法〔明治三六年草案〕(4)』日本立法資料全集四六巻二二一頁〔関連資料3〕（信山社、平七）

第五百九条① 上告裁判所ハ上告ニ付キ予メ口頭弁論ヲ経ルコトナク且公開シタル公廷以外ニ於テ之ヲ裁判ス

② 然レトモ上告裁判所ハ亦各箇ノ場合ニ付キ上告ノ裁判ヲ為スニ必要ナリト見ユルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ上告裁判所ニ於ケル口頭弁論ヲ命スルコトヲ得此口頭弁論ニ付テハ控訴裁判所ニ於ケル口頭弁論ニ付キ定マリタル規定ヲ適用ス

③ 第五百三条第一号及ヒ第二号ニ掲ケタル上告理由ヲ確定スル為メ必要ナル事実ノ調査又ハ証拠調ハ受命判事ニ依リ之ヲ為スコトヲ要ス受命判事ハ其為シタル調査又ハ証拠調ニ関スル記録ヲ直接ニ上告裁判所ニ提出スルコト

ヲ要ス此調査及ヒ証拠調ニハ常ニ当事者ヲ立会ハシム可シ

なおこの規定は、現在においても基本的にはそのまま通用している（Klauser/Kodek, ZPO, 16. Aufl., Wien, 2006, S. 1383）。最近の翻訳は次のようなものである。なお第一項と第二項については、各国民訴法参照条文・前掲注(25)六五八頁に翻訳が掲載されているが、それは左記の翻訳とほぼ同じである。

法務大臣官房司法法制調査部編（青山善充ほか七名訳）『オーストリア民事訴訟法典』（法務資料四五六号）一七四頁（法曹会、平九）

第五〇九条① 上告裁判所は、上告について、非公開の期日において事前の口頭弁論を経ずに裁判する。

② ただし、上告裁判所は、個々の事件において、提起された上告について裁判するために必要と認める場合には、申立てにより又は職権で、上告裁判所における口頭弁論を命ずることもできる。この弁論に関しては、控訴裁判所における口頭弁論についての規定を適用しなければならない。

③ 第五〇三条第一項第一号及び第二号に掲げる上告理由の確定に必要な調査又は証拠調べは、受託裁判官によって行われなければならず、この者は、実施した調査又は証拠調べについての記録を上告裁判所に直接提出しなければならない。この調査及び証拠調べには、当事者を立ち会わせなければならない。

(27) オーストリア民訴法五〇九条は政府草案五二九条に基づくものであるが、その理由は大要次のようなものである（Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprocessordnung), Materialien zu den neuen österreichen Civilprocessgesetzen, Wien, 1897, S. 362）。

「書面審理を採用する理由は効率性、経済性、訴訟の引延し防止である。確かに書面審理は司法原則に反することになるが、当事者の意見を聴かないのではない。すなわち口頭で聴かないだけであり、被上告人の原判決の維持のための意見が文書で裁判所において提出されなければならない。被上告人の主張によって口頭弁論の必要性が明らかになるからである。そのために早期に上告理由書を被上告人に送達することと、被上告人に答弁書の提出が容易になるように規定している。上告理由書と答弁書の内容が十分であることが口頭弁論を不要とすることを正当化するものである。」

このようなことから、最近の注釈書によれば、ほとんど口頭弁論が開かれることはないようである（Fasching (Hrsg.)/Zechner, Kommentar zu den Zivil-

prozeßgesetzen, Bd. 4, 2. Aufl., Wien, 2005, S. 557)。したがって、どのような場合にどのようにして口頭弁論が開かれるのかについては、この大部な注釈書においても具体的な詳しい説明を見ることができなかった。

(28) 私見は解釈論として口頭弁論を開くことを主張するのであるから、本件のような場合に口頭弁論という手続は不要であるというのであれば、立法によって規定すべきであるということになる。しかし、そのような立法の実現性は乏しく立法による解決は期待できない。そうなると簡単な口頭弁論を行う方法を模索するしかないということになる。

(29) あるいは本件の場合、裁判所の終了宣言を行うことについて、当事者に異論がなく口頭弁論を開催しなくてもよいと同意した場合は、口頭弁論を開催しなくてよいと考えることは不可能ではない。

(30) この点については、単なる形式的な手続は効率的ではないとの批判が考えられる。しかし法はかような形式的なことによって口頭弁論手続を支えているのであるから、決して珍しいことではない。例えば、直接主義の要請から弁論の更新の際に、当事者に対して従前の弁論の結果の陳述を求めている（民訴法二四九条二項）。あるいは弁論準備手続と口頭弁論とを結び付けるために、当事者は弁論準備手続の結果を口頭弁論において陳述しなければならない（民訴法一七三条）。これらの陳述はかなり形式的であり、口頭弁論の手続による裁判内容の正当性の担保を支えているものである。したがって、口頭弁論の形式化、形骸化との批判は当たらない。

(31) 宇野教授は、この問題で口頭弁論を開かないことは上告審の負担の軽減がある一方で、当事者の上告審における裁判資料の提出の機会の喪失がある点を指摘し、その考量の必要性を指摘している（宇野・前掲注(3)一三二頁）。さらに今後の問題として、次のようにも述べている。「…上告審において、口頭弁論が当事者にとってどれだけの実質的意義を有するものなのか、また、そもそも上告審における口頭弁論の理論的位置づけ自体について、より深く検討がなされる必要があるように思われる。」（宇野・前掲注(3)一三二頁）。

(32) 訴訟終了宣言に関する文献としては、西中薗浩「破産債権確定の中断中の訴訟への作用―訴訟終了の一態様『訴訟終了宣言』について―」法学研究（北海学園大学）四〇巻四号一一四頁以下（平一七）がある。裁判所書記官の事務手続の観点からのものとしては、志方勝之祐「書記官事務を中心とする訴訟終了事由に関する諸問題の研究」昭和四七年度書記官実務研究一五〇頁以下がある。

当事者の死亡による訴訟の終了と訴訟終了宣言については、上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）』二四五頁〔池田辰夫〕（有斐閣、平四）、鈴木正裕＝青山善充

編『注釈民事訴訟法（4）』五二九頁〔住吉博〕（有斐閣、平九）等が論じている。

なお訴訟終了宣言判決は訴訟判決である（新堂・前掲注(2)五九四頁、伊藤・前掲注(2)四四五頁）。

ところで「訴訟終了宣言」という用語は、最近ではドイツ民事訴訟法九一条aが規定しているDie Erledigung der Hauptsache制度を表示するためにしばしば使用されていることは、注意する必要がある。ドイツのこの制度については、二の4の最後で述べた。

(33) 和田・前掲注(3)六二七号一一九頁。この立場の学説としては上田・前掲注(2)二〇一頁以下、中野ほか編・前掲注(2)四一七頁以下〔松本博之〕、松本＝上野・前掲注(2)二五六頁以下〔松本博之〕等。この他の文献については梅本・前掲注(2)二九九頁が詳しい。

(34) 柏木邦良『既判力の研究 Ⅲ』一〇五頁以下、一五〇頁以下（リンパック有限会社、平一八）。

平成一九年五月三一日脱稿　　坂原　正夫

〔追　記〕いわゆる光華寮事件について、最三小判平成一九年三月二七日判例タイムス一二三八号一八七頁（民集六一巻二号登載予定）は原判決を破棄し、第一審判決を取り消して事件を第一審裁判所に差し戻した。最高裁はこの判決において次のように述べている。「上告審において職権探知事項に当たる中断事由が存在することを確認して原判決を破棄するについては、必すしも口頭弁論を経る必要はないと解するのが相当である（最高裁平成一七年（オ）第一四五一号同一八年九月四日第二小法廷判決・裁判集民事二二一号一頁参照）。」ここで参照を指示された判決が、本件判決である。