

民事訴訟法第三一九条について

——最高裁判所と口頭弁論——

坂 原 正 夫

一 はじめに

- 1 加藤修教授の立法者意思説
- 2 最高裁判所と口頭弁論
- 3 参考文献

二 民事訴訟法第三一九条の立法理由

- 1 草案の修正
 - 2 修正理由の探求
 - 3 オーストリア民事訴訟法第五〇九条との関係
 - 4 立法者の意思
- ## 三 学説の検討

四 私見の展開

- 1 形式説（口頭弁論必要説）
 - 2 実質説（口頭弁論不要説）
 - 1 形式説批判への反論
 - 2 口頭弁論の内容
 - 3 その他の問題
- ## 五 おわりに
- 1 私見のまとめ
 - 2 期日外積明の問題点

一 はじめに

1 加藤修教授の立法者意思説

加藤教授は本誌に掲載された「商法における立法者の意思」という論文において、法解釈方法論における立法者意思説の正当性を強調された(本誌七三巻二号一頁以下〔平一二〕)。その理由について、教授は次のように述べられた。

「民主制度が定着した社会においては、民の声、国民の意思が立法者の意思として法という形式で定立されるからこそ、それがその社会において効力を有するものと解される。国民主権という理念もそのように解して初めて実現される。法の目的も、民の声、国民の意思に基づいた立法者の意思を示している法の中にこそ求められる。」(三頁)。

立法者意思説に対峙する法意思説に対しては、教授は、「一見すると柔軟で機能的のようにも解されるが、他方において、その場の都合による時流迎合となる恣意的解釈を許容することにもなる。」(三頁)と厳しく批判する。そして今日、法の解釈において立法者意思説を採用する意味について、「国民主権の民主制度のもとで、法の目的を法の中にもとめ、時流迎合となりかねない恣意的解釈を原理的に排除しようとする必要があるからである。」(一一頁)とされる。

教授のこのような見解は、今日において法を解釈する場合に重要である。なぜならば、「具体的な局面における法解釈では、事は、……単純ではないし、また、牧歌的でもない。事態は複雑であるし、更に、種々の法原則と法原則に裏づけられた諸価値が錯綜している」(三頁)からである。「法学方法論に対する明確な態度決定がな

ければ、羅針盤あるいはそれに類する機器を有しない航海になりかねない。」(三頁)。

このような教授の法学方法論は今日における正しい法解釈の方法を示すものであり、正に法の解釈はこのようなものでなければならぬ。しかし、立法者意思説の最大の問題点は、どのようにして立法者の意思を把握することができるかである。立法者意思説を支持したとしても、立法者意思が把握できなければ、個別具体的な場面で法を解釈することはできないからである。ところが立法者意思を探索することは簡単ではない。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。

「具体的な法律解釈問題について、立法者の意思を探索するといっても、……一筋縄ではゆかない。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。」(一〇頁)。

このような加藤教授の法解釈方法論は、法解釈の場面において、「羅針盤あるいはそれに類する機器」の役割を果たすことは明らかである。より具体的に言うならば、教授の法解釈方法論から我々は次のようなことを学ばなければならない。第一に、立法者の意思に基づく法の解釈がその内容の正当性を保障し、立法者の意思の探求が法の解釈において重要であるという認識である。第二に、多様な法の解釈が存在する場合には、その中から唯一の正しい解釈を選択するために、立法者の意思を基準にした法の目的の考察である。第三に、立法者の意思が

不明な場合でも可能な限りその把握に努め、立法者の意思を推測し仮説として提示する勇氣である。さらにこれをまとめると、第四に、法の解釈において立法者の意思が分かる場合は、それによって法解釈は展開すべきであるということである。

さて本稿は加藤教授の法解釈方法論についてこのように理解し、それに基づいて民事訴訟法第三一九条について、立法者意思説に基づく法の解釈を行うものである。⁽¹⁾すなわち、私見の結論を述べれば、第一に、民訴法三一九条については、その立法者の意思は把握できるということである。第二に、立法者の意思の内容は、現在の判例理論や学説の多くが説く内容とは異なるということである。これらのことから導かれることは、最高裁判所と口頭弁論に関する現在の判例理論や学説の多数説の見解は、誤った法の解釈を行っているということである。

2 最高裁判所と口頭弁論

民訴法三一九条は次のような規定である。「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。」この規定を反対に解釈すれば、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ことになる。このようなことを主張する見解もあるが、これは少数説である。⁽²⁾判例と通説は、上告棄却以外でも口頭弁論を必要としないで判決をする場合があることを認めるものである。⁽³⁾これは、訴訟の迅速な解決と効率性を重視した見解である。このように民訴法三一九条や上告審の口頭弁論をめぐることは、多様な見解が主張されているが、これらの中に立法者の意思について言及したものはないように思う。

そこで本稿では民訴法三一九条について立法者意思説によって考え、上告審の口頭弁論をめぐる問題を考えてみよう⁽⁴⁾と思う。ところで以前このような問題意識によって私は判例研究を行い、本誌に発表したことがある⁽⁵⁾。し

たがって本稿はその後の判例や文献とその時に参照できなかった文献等を参考にして、判例研究での私見を論文として再構成したものである。その意味で、判例研究で展開した私見の再度の主張であり、基本的には私見の変更はない。もっとも私の判例研究に対しては一部の判例研究において批判がなされたので、本稿はその反論の意味もある。

3 参考文献

本稿を執筆する際に参照した判例と文献は次のとおりである。掲載の順序は、判例は裁判の年月日順であり、文献は編著者の氏名の五十音順である。これらを本稿で引用する場合は、略号・略称で表記する。

判例は丸中数字、判例研究は執筆者の姓と丸中数字、論文は執筆者の姓とB、体系書・注釈書は編著者の姓とCである。立法資料全集(D)と立法資料の解説(E)は、ゴチックで示した略称を利用する。

法文や文献の引用に際しては、原則として原文のいわゆる旧字体の漢字は常用漢字に改めた。正確に把握する必要がある場合は原典を参照していただきたい。なお片仮名表記や送り仮名等は原文のままとしたが、原文の促音は小文字にした。

A 判例と判例研究

- ① 最二小判平成八年五月三十一日民集五〇卷六号一三六〇頁は、当事者の死亡を理由に原判決を破棄して、訴訟の終了を宣言した。

太田幸夫・判例タイムズ九四五号三六八頁以下(平九)、桑原勇進・法学教室一九七号一二八頁以下(平九)、山本浩三・民商法雑誌一一六巻三号四六七頁以下(平九)、綿引万里子・最高裁時の判例I公法編(ジュリスト増刊)一

○二頁以下(平一五)、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(平一一)。

② 第三小判平成一四年二月一七日判例時報一八二七六頁・判例タイムズ一一五号一六二頁は、原判決を破棄して、民訴法一四〇条によって訴えを却下した。最高裁が重複訴訟であると判断したからである。

今村隆・ジュリスト一二六二号一七三頁以下(平一六)、岩崎政明・判例評論五三八号六頁以下(平一五)、宇野聡・私法判例リマックス二八号一三〇頁以下(平一六)、川嶋四郎・法学セミナー五九四号一八頁(平一六)、山田二郎・判例地方自治二九号一一二頁以下(平一五)。

③ 第一小判平成一五年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、控訴審判決後に訴えの利益が消滅したために、原判決を破棄して訴えを却下した。事業認定の取消しを求める訴訟中に当該事業認定の効力が失効したことによる。

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(平一七)、井上典之・民商法雑誌一三〇巻六号一一七八頁以下(平一六)、大浜啓吉・判例評論五五六号二頁以下(平一七)、宍戸常寿・ジュリスト一二六九号二二頁以下(平一六)、田村達久・法学セミナー五九九号一一九頁(平一六)。

④ 第三小判平成一七年九月二七日判例時報一九一〇九六頁・判例タイムズ一一九二号二四七頁は、控訴審判決後に訴えの利益が消滅したために、原判決を破棄して訴えを却下した。衆議院議員選挙を無効とする判決を求める訴えを最高裁大法定で審理中に衆議院が解散されたからである。

梶哲教・民商法雑誌一三四巻四・五号六九三頁以下(平一八)。

⑤ 第二小判平成一八年九月四日判例時報一九四八号八一頁・判例タイムズ一二二三号一二二頁は、上告審において当事者の死亡を理由に、原判決を破棄して訴訟の終了を宣言した。

石田秀博・受験新報六七四号二〇頁以下(平一九)、岡田幸宏・民商法雑誌一三六巻三三三六頁以下(平一九)、笠井正俊・法学セミナー増刊速報判例解説一卷一五五頁以下(平一九)、坂原正夫・本誌八〇巻七号一六八頁以下(平一九)、濱崎録・法政研究七五巻一四九頁以下(平二〇)、和田吉弘・法学セミナー六二七号一一九頁(平一

九)。

⑥ 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、原判決に明白な違法(民訴法三一二条二項一号違反)があると判断して、原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。すなわち、原判決に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捺印していた。このことが最高裁において判明した事件である。

加波眞一・民商法雑誌一三六巻六号七四二頁(平一九)、勅使川原和彦・私法判例リマックス三六号一三〇頁以下(平二〇)、和田吉弘・法学セミナー六三二号二二頁(平一九)。

⑦ 最三小判平成一九年三月二七日民集六一巻二七七一頁は、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、原判決を破棄して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。これはいわゆる光華寮事件についての最高裁判決である。

安達栄司・法の支配一四八号七四頁以下(平二〇)、安藤仁介・民商法雑誌一三七巻六号五五〇頁以下(平二〇)、植木俊哉・ジュリスト一三五四号三〇六頁以下(平二〇)、大谷良雄・時の法令一八二八号五七頁以下、一八三〇号六六頁以下(平二二)、岡田幸宏・法学セミナー増刊速報判例解説二巻一五七頁以下(平二〇)、小田滋「光華寮訴訟顛末記」国際法外交雑誌一〇七巻三三六七頁以下(平二〇)、小原将照・本誌八一巻一八頁以下(平二〇)、川嶋四郎・法学セミナー六四二号一一六頁(平二〇)、絹川泰毅・ジュリスト一三八一九五頁以下(平二二)、同・法曹時報六一巻八号一三三頁以下(平二二)、中谷和弘「近隣国・地域との関係をめぐる最近の国内判例」法学教室三三六号一三四頁以下、その一三七頁以下(平二〇)、長谷川俊明・国際商事法務三五巻一〇号一三四頁(平一九)、古田啓昌「光華寮事件最高裁判決批評―民事訴訟法及び国際民事訴訟法の観点から―」慶應法学一二号(慶應義塾創立一五〇年記念号下巻)二七頁以下(平二二)、村上正子・ジュリスト一三五四号一三八頁以下(平二〇)、森川伸吾・別冊判例タイムズ二二二号二七六頁以下(平二〇)、横溝大・判例評論五八八号三三頁以下(平二〇)、和田吉弘・法学セミナー六三三号一一七頁(平一九)。

⑧ 最三小判平成一九年五月二九日判例時報一九七八号七頁・判例タイムズ一二四八号一一七頁は、一部の請求について不適法でその不備を補正することができないとして、原判決を破棄して控訴棄却の自判をした。これはいわゆる横田基地騒音公害訴訟の最高裁判決である。

安西明子・私法判例リマックス三七号一二二頁以下(平二〇〇)、笠井正俊・ジュリスト一三五四号一四〇頁以下(平二〇〇)、川嶋四郎・法学セミナー六三三号一二二頁(平一九)、野村秀敏・民商法雑誌一三七卷四・五号四七七頁以下(平二〇〇)、山本和彦・判例評論五九二号二頁以下(平二〇〇)、我妻学・法律のひろば六一卷四号六六頁以下(平二〇〇)、渡辺森児・本誌八一卷四号一〇四頁以下(平二〇〇)。

B 論 文

遠藤功「上告審の審理と裁判について」金沢法学四一卷二号二九七頁以下(平一一)

春日偉知郎「口頭弁論の意義と必要性」伊藤眞・山本和彦編『民事訴訟法の争点』(ジュリスト増刊、新・法学の争点シリーズ4)一五六頁以下(平一一)

加藤修「商法における立法者の意思」本誌七三卷二号一頁以下(平一一)

河野正憲「上告審手続の審理構造―最高裁判所による法の統一と創造―」法曹時報四八卷九号一八二五頁以下(平八)

河野正憲「口頭弁論の必要性和その活性化」吉村徳重先生古稀記念論文集『弁論と証拠調べの理論と実践』一九四頁以下(法律文化社、平一四) ※引用に際しては「河野・B」で表記

堤龍弥「審理方式としての口頭弁論」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』二八三頁以下(有斐閣、平一四)

中島弘雅「口頭主義の原則と口頭弁論の在り方」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』三一頁以下(有斐閣、平一四)

根岸毅「法解釈と政治」本誌五九卷八号一頁以下(昭六一)

波多野雅子「上告審における口頭弁論の意義」松山大学論集一七卷四号八七頁以下（平一七）※引用に際しては「波多野・B」で表記

波多野雅子「口頭弁論の意義に関する試論」同『訴訟当事者からみた民事訴訟』一二〇頁以下（法律文化社、平一八、初出は平一五）

山本和彦「当事者主義的訴訟運営の在り方とその基盤整備について」民事訴訟雑誌五五号六〇頁以下（平二二）

C 体系書・注釈書

伊藤眞『民事訴訟法「第三版三訂版」』六七五頁（有斐閣、平二〇）

上田徹一郎『民事訴訟法「第六版」』六〇二頁（法学書院、平二二）

梅本吉彦『民事訴訟法「第四版」』一〇六七頁（信山社、平二二）

賀集唱「松本博之」加藤新太郎編『基本法コンメンタール・民事訴訟法3「第三版」』八二頁以下（田中豊）（日本評論社、平二〇）

河野正憲『民事訴訟法』八三一頁以下（有斐閣、平二二）

新堂幸司『新民事訴訟法「第四版」』八七四頁注（1）（弘文堂、平二〇）

中野貞一郎「松浦馨」鈴木正裕編『新民事訴訟法「第二版補訂二版」』六二九頁注（11）（上野泰男）（有斐閣、平二〇）

松本博之「上野泰男」『民事訴訟法「第五版」』三三六頁以下（松本博之）（弘文堂、平二〇）

松本博之「上野泰男」『民事訴訟法「第五版」』七四八頁（上野泰男）（弘文堂、平二〇）

D 立法資料全集

松本博之「河野正憲」徳田和幸編著『民事訴訟法（大正改正編）（1）』日本立法資料全集一〇巻（信山社、平五）松本ほ

か・立法資料全集一〇巻

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(信山社、平五) 松本ほ

か・立法資料全集一一巻

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(信山社、平五) 松本ほ

か・立法資料全集一二巻

松本博之「河野正憲」徳田和幸編著『民事訴訟法〔大正改正編〕(4)』日本立法資料全集一三巻(信山社、平五) 松本ほ

か・立法資料全集一三巻

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)

松本ほか・総索引

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〕(1)』日本立法資料全集四三巻(信山社、平六) 松

本ほか・立法資料全集四三巻

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(信山社、平七) 松

本ほか・立法資料全集四六巻

E 立法資料の解説

坂原正夫「民事訴訟法第七三条の沿革と訴訟終了宣言(二)」本誌九号一九頁以下(平一一) 坂原・沿革(二)

松本博之「民事訴訟法〔大正一五年〕改正の経過」松本ほか・立法資料全集一〇巻一頁以下 松本・経過(二)

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・立法資料全集一一巻一頁以下 松本・経過(二)

松本博之「民事訴訟法〔明治三六年度法典調査会案〕の成立」松本ほか・立法資料全集四三巻一頁以下 松本・成立

松本博之「民事訴訟改正調査委員會議事速記録について」松本ほか・立法資料全集一二巻三頁以下 松本・速記録

(1) 以下本稿では民事訴訟法は、見出し以外は単に「民訴法」と表記する。同様に、他の法律名、判例の表記、雑誌名等も一般に使用されている例による。また条名も見出し以外は「第」を省略する。

(2) 本稿では形式説（口頭弁論必要説）と表記する見解であり、三二においてその内容を報告し、問題点を考察する。
(3) 本稿では実質説（口頭弁論不要説）と表記する見解である。判例の状況については、参考文献Aに記載してある。学説の状況については、三二においてその内容を報告し、問題点を検討する。

(4) 立法者の意思を重視した法の解釈は、私にとって今回が初めてではない。「黙示による中間確認の訴えの理論」は立法者意思を重視した見解である（拙著『民事訴訟法における既判力の研究』一二二頁以下〔慶應義塾大学法学研究會叢書、平五、初出は昭五五〕）。当時は法解釈方法論を意識することなく、法の解釈にとつて立法者の意思が重要であると考えていた。なおこのような方法については厳しい批判がなされ、それに対しては反論を行ったが、法解釈方法論としての反論ではなかった（前掲書一六五頁以下）。

なお立法者意思が重要な役割を果たした例として、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國議會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國議會で削除された。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されている（中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義（第二版補訂二版）』一一七頁注（13）〔坂原正夫〕〔有斐閣、平二〇〕）。

(5) 拙稿「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（最二小判平成一八年九月四日判例タイムズ一二二三号一二三頁、判例時報一九四八号八一頁）」本誌八〇巻七号一六八頁以下（平一九）。この判例研究は、本稿では坂原・⑤のことである。

二 民事訴訟法第三一九条の立法理由

民訴法三一九条の立法理由については、従来、様々なことが言われてきた。その意味で本稿が初めて民訴法三一九条の立法理由について考察するものではない。しかし、私見が従来の見解に満足しないのは、それらは立法者の意思ではないと考えるからである。歴史的資料に基づいた見解の場合は一見するとその内容は立法者の意思のように思えるが、利用した資料が十分でないように思う。⁽⁶⁾ すなわち、それらは左記の2・3・4について考察していない。歴史的資料に基づかないで立法理由を述べる見解があるが、それは自らの見解を述べたものであり、それを立法者の意思として考えることはできない。換言すれば、自らの見解を客観的な資料で論証していない。⁽⁷⁾ そこで以下では従来の資料とは別の資料によつて立法者の意思を探索し、それによつて民訴法三一九条の意味を明らかにしようとするものである。すなわち、次のような立法に至る経過から、立法者意思を把握すべきであると考ええる。

1 草案の修正

民訴法三一九条の前身である旧民訴法四〇一条の草案は、民事訴訟法改正調査委員会に最初に提出された段階では、今のような規定ではなかった。大正五年九月から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の「第一案・決議案」⁽⁸⁾は、左記のように、「上告審は書面だけで審理できる」というものであった。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・議場用」⁽⁹⁾は、左記のように「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。そしてこの「第二案・議場用」が旧民訴法四〇一条に結実したのである。

第一案・決議案第三百七十一條

「上告裁判所カ上告狀、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經シテ判決ヲ為スコトヲ得」

第二案・議場用第三百八十一條

「上告裁判所カ上告狀、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經シテ判決ヲ以テ上告ヲ棄却スルコトヲ得」

この間の経緯を詳しく述べれば、次のようになる。「第一案・決議案三七一條」はそのままの内容で、「起草委員会案三八一條」⁽¹⁰⁾、「第一案・議案三八一條」⁽¹¹⁾と引き継がれた。しかし、これは前述したように規定の内容が修正されて、「第二案・議場用三八一條」⁽¹³⁾となった。この内容はそのまま、「第三案三九〇條」⁽¹²⁾に引き継がれた。それはさらに「第四案四〇一條」⁽¹³⁾となった。これは条名と内容を変えることなく「第五案・議會提出四〇一條」⁽¹⁴⁾になり、改正案として帝國議會に提出された。議會では第五案がそのまま認められて、旧民訴法四〇一條となり、それが今日の三一九條に至った。⁽¹⁵⁾

2 修正理由の探求

なぜ「第二案・議場用」において修正がなされたのかというと、私は、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する。そしてそれが民訴法三一九條の立法理由で

はないかと考える。⁽¹⁶⁾ 委員会での議論を左記に掲載するが、重要な点は松本義正委員と岩田宙造委員とのやりとりである。岩田委員は草案の趣旨を説明した松岡委員に対して、「提案された案では答弁書を提出させないで、被上告人に不利な判決をすることができるようになるのか。」と質問している。

これに対して松岡委員は、「原判決が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。」と答えている。さらに岩田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、裁判所の意見によって被上告人に答弁書を提出させないで、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、如何に顕著であつても、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。」⁽¹⁷⁾

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。結論的に言うならば、民訴法三一九条は被上告人の手続保障の規定であり、口頭弁論で弁論する権利を認めたものである。なおこの議論に先立ってなされた質疑応答にも注目すべきである。松岡委員は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も述べている。これに対して、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することを願っている。⁽¹⁸⁾

○松岡義正君 此本案の三百八十一条は之は新設の条文でありまして〔一〕此上告状其他の書類だけで裁判を為すに熟した場合に於ても口頭弁論を経て判決をしなければならぬと云ふことになりますと、之は實際上不経済でありますか

ら、そこで斯様な場合は書面審理主義の形を取りまして口頭弁論を経ずして裁判することが出来る、斯う云ふやうにしたいのであります、而して之と同時に現行法に於きましては陳述期日と云ふものがありまして四百三十九条に規定する所であります、此陳述期日と云ふものは之は廃した方が宜からうと云ふことで、それを廃してさうしてさう云ふときは口頭弁論を経ずして判決をすると云ふことにしたのであります、……

○岩田宙造君 此三百八十一条に關することではありますが、今度は陳述期日を御廃しになつて居りますが、或は裁判所の方で相手方の答弁書の提出を命ぜられるに当り前の上告理由に付いて或は釈明を求めて見たいと云ふやうな場合には矢張り呼んで聴くと云ふことは出来る趣旨でありませうか、さう云ふことは全然ない趣旨でありませうか、口頭弁論を開くか、然らざれば書面のみでやる、どつちかでなければならぬことになるのでありませうか。

○松岡義正君 此案では此上告理由書が出てさうしてそれが聴いて見なければならぬと云ふやうなことは実は想像して居ない、上告理由書があればそれが分るものであると云ふ前提になつて居ります、それですから實際のやり方として此上告理由書と云ふものが或は余り抜けて居て分らぬと云ふやうなことであれば之は其弁護士に注意することも出来るだらうと思ふ、案としてはさう云ふ場合にはどうするかと云ふことは極めて居ない。

○岩田宙造君 實際は如何でありませうか、上告の理由は分るとしても上告に關連して事實關係を明かにする場合が無論あるでありませう、さう云ふ時には裁判所で当事者と呼んで説明を命ぜられる方が非常に便利だと云ふことがあるかと思はれる、上告の趣旨は分つて居るが、原審に於ける關係を当事者に聞いて見れば直ぐ分ると云ふことがないとも限らないやうに思はれる、之は一つ御考を願ひます。

○岩田宙造君 三百八十一条に關連する御尋ねですが、之は答弁書を提出しない場合にも上告狀並に上告理由書に依つて裁判所に於ては無論判決はあることになるのでせうね、若しさうであるとすると答弁書を提出させずに被上告人に不利な判決をすることが出来ることになるのでありますか。

○松岡義正君 被上告人に不利益な判決の「を」答弁書を提出し「させ」ないでさせ「す」と云ふ趣旨ではない、答弁書を相手方に出すことを命ずると云ふ場合は何であるかと云ふと「」之は上告が理由ありと見た場合に被上告人に対して答弁書の提出を命ずることがある、それでありますから上告理由書等で以て上告の理由がないと云ふことになりさへすれば答弁書を差出すことを命じないで直ぐ棄却してしまふ。

○岩田宙造君 此文字の上から云ふと先づ答弁書の提出を命ずる迄もなく、命じて見ても上告の理由を覆す余地のない上告の理由の有力であつて頗る緊切なるものには答弁書を提出せしめずにやる……

○松岡義正君 さうですが、原判決が違法であると云ふことが明かで答弁書を提出せしめる必要がない時……

○岩田宙造君 さう認めた時は答弁書を提出せしめずに原判決を破毀することが出来さうに見えますが、どうです。

○松岡義正君 さう云ふ場合には答弁言の必要はないと思ひます。

○岩田宙造君 それも出来ること、云ふことになるのですな。

○松岡義正君 さうなる。

○岩田宙造君 さうであるとは極めて顕著な場合はそれで宜いやうですが、それが出来るとなると何処迄顕著であるとしてやるかと云ふ境界ははっきりしないことになりますから、裁判所の何時でも意見に依つて答弁書を提出させずに被上告人に不利益な判決が出来るやうになつては事実当事者は満足しない場合があると思ふ、それで之は必らず一応は答弁を聴くと云ふことになつた方が宜くはないでせうか、訴訟を一方の片言丈け聴いて、如何に顕著なりとも、相手方に弁明を与へずに不利益な判決をするに云ふことは穏やかでないやうに思はれる……

〔速記中止〕

3 オーストリア民事訴訟法第五〇九条との関係

当初の原案である「第一案・決議案」は1で述べたように、大正五年（一九一六年）九月から九年一〇月にかけて作成されたといわれている。そうであるならば、この草案は明治二八年（一八九五年）八月一日に公布（発

布) された最新のオーストリア民事訴訟法典を参考にしたと思われる。なぜならばオーストリア民事訴訟法典は「第一案・決議案」に先立って、その翻訳が明治四四年(一九一一年)に印刷されているからである。その五〇九条は次のような規定である。⁽¹⁹⁾

澳国民事訴訟法(一八九五年八月一日発布) 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

旧民訴法四〇一条(現行三一九条)の当初の原案である「第一案・決議案」とオーストリア民訴法五〇九条とを比べてみると、上告審は原則として口頭弁論を経ないで判決をすることができるという点において、両者は内容的に類似している。問題は例外的に口頭弁論を必要とする場合である。オーストリア民訴法は裁判所の裁量にその判断を委ねている。これに対して日本民訴法の場合は、「裁判ヲ為スニ熟スルモノト認ムルトキ」が口頭弁論を経ないで判決ができる要件としているから、オーストリア民訴法と異なっているように見える。しかし、口頭弁論が必要なのは、「裁判をするに至らない場合」ということになるし、この判断は裁判所が行うことになる

から、日本法でも裁判所が裁量によって口頭弁論を経るか否かを判断することになる。結局のところ、日本民法の当初の原案である「第一案・決議案三七一条」とオーストリア民法五〇九条とは規定の仕方や文言に違いがあるにしても、基本原理や規範の内容は同じと思われる。

ところでオーストリア民法五〇九条の立法理由は、上告審で書面だけで審理をする場合には、被上告人の手続保障が重要であると述べている。²⁰⁾これはオーストリア民法五〇九条二項の運用に際して考慮すべきことを示したものであり、口頭弁論を開催するか否かを決める際の判断基準と思われる。そうであるならば、日本民法でも「第一案・決議案三七一条」のような条文であっても、その運用に際しては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ということである。

考えるべき問題は、日本法ではそのような「第一案・決議案三七一条」が「第二案・議場用三八一条」に修正されたということである。法解釈方法論において立法者意思説に従うのであれば、この意味を考えて現時点での評価を加えて、現行法の解釈において生かさなければならない。これについては、次のように考えるべきである。第一に、日本法は上告審の裁判の原則がいわば裁判所の裁量による書面審理主義から、限定的な書面審理主義に修正されたということである。第二に、「第二案・議場用三八一条」が口頭弁論を経る必要のない場合を上告棄却と限定したことは、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である。なぜならば、オーストリア民法五〇九条二項は上告審において口頭弁論を開くか否かについては個別具体的な状況に応じて上告審に判断を委ねたが、「第二案・議場用三八一条」はそのような規定の仕方をしなかったからである。

なおこのオーストリア民法五〇九条は、原則として現在においてもそのまま適用している。²¹⁾

オーストリア民事訴訟法第五〇九条

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ない。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。

4 立法者の意思

このような立法の経緯や当時の状況を総合して立法者の意思を考えるならば、立法者は「第二条・議場用三八一条」によって上告審において口頭弁論を経ない場合を制限的に規定したということが分かる。また「第二条・議場用三八一条」はオーストリア民訴法五〇九条と規定の仕方を異にしても、出発点において書面審理主義はオーストリア民訴法に倣ったものであると解するならば、「第二条・議場用三八一条」の根底にはオーストリア民訴法五〇九条の立法理由が生きていると解すべきである。すなわち、上告審の裁判手続において被上告人の手続保障を考慮する必要がある、原判決を破棄する場合は口頭弁論を開いて意見を聴取すべきであり、そうでないと被上告人に対して不意打ちになるという認識を有することが重要である。⁽²²⁾このように考えるのであれば、民訴法三一九条を根拠にして上告審において口頭弁論を経ない場合を拡張するような解釈をすることは、立法者の意思に反する。また立法者の考えやその判断の合理性を探索し理解することなく、単に「民訴法三一九条の規定の趣

「旨に照らして」というような言葉を利用して、自らの見解を法の内容とすべきではない。

(6) 河野教授は民訴法三一九条について、「原判決で有利な判決を得ていた当事者の言い分を聞くための口頭弁論という点にその意味が転化している」(B二二三頁)と的確に指摘しておられる。しかし、それに関係して引用しているのは、大正一五年の民事訴訟法のいわゆる立法理由書である(B二二三頁注(35))。それによれば、民訴法三一九条の前身の旧民訴法四〇一条の立法理由は、単に「本条ハ上告審ニ於ケル書面審理ノ規定ナリトス」である。なおいわゆる立法理由書とは、司法省編纂『民事訴訟法中改正法律案理由書』(清水書店、昭四)のことであり、松本ほか・立法資料全集一三卷〔資料六三九〕一四七頁以下に収められている。

勅使川原教授は、「ドイツ法がついに果たせなかった必要的口頭弁論の原則からの離脱を、大正一五年の改正で一举に果たしている。」(⑥一三三頁)と述べ、その一例として旧民訴法四〇一条(現行三一九条)を挙げる。そして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での松岡義正委員の発言を引用される(⑥一三三頁)。しかし、この発言は1の「第一案・決議案」について述べたものであり、その後修正されて法律になった旧民訴法四〇一条についてのものではない。私見はこの案がその後修正されたことを重視するものであり、そこに立法者の意思があると考ええる。

(7) 民訴法三一九条の立法趣旨(立法理由)については、次のような見解が表明されている。立法者の意思ではなく、それぞれが自らの法の解釈を示したものであり、それだけ三一九条の立法趣旨(立法理由)は多様である。

加波教授は、三一九条に関して次のように述べられる。「現行法では職権による特別破棄が認められた結果、破棄の場合に要求される口頭弁論は、手続保障上、その場合の不意打ちの判決を防止するための役割が重視されることになったと解される……ので、できるだけ当事者の納得を得られる手続を目指すという現行法への改正趣旨の点から、当然瑕疵のような場合であっても、当事者から主張されていない破棄事由を職権で認容する場合には、口頭弁論を経る必要があると考える。当該瑕疵は、……確かに一般的には、あえて口頭弁論での対論の対象にすべき必要性に乏しいといわれているが、事案によつては、絶対的上告理由に該当するのか、単なる『判決正本作成上の瑕疵』にすぎないものか、精査すべきものもあり得るので……、その点からも、やはり、破棄する以上は、一度は争点として当事者

に討論の機会を与えるべき必要性があろう。」(⑥七四五頁。当該瑕疵とは、⑥事件で原判決破棄の理由になった重大な瑕疵のことである)。なお加波教授は、⑥事件の解決策としては、破棄差戻ではなく破棄自判すべきであると説いている(⑥七四五頁)。

ところで濱崎准教授は、現行法の改正の趣旨から、次のような主張を展開する。「最高裁の審理負担の軽減を図り、憲法審査や法令解釈の統一といった目的を実現するという改正趣旨を考慮して」、当事者の手続保障が十分に図られる場合には、口頭弁論を要しないと解すべきである(⑤一五四頁)。さらに当事者の負担や訴訟促進等を考慮して柔軟な対応が必要であるとして、⑥については肯定される(⑤一五六頁以下)。すなわち、濱崎准教授は現行法の改正の趣旨を強調されても、加波教授とは力点の置く箇所が違出し、⑥についての賛否の結論も異にする。両者とも立法の趣旨を根拠にするが、それは立法者意思ではなく、自己の見解の表明である。

伊藤教授は、三一九条に関して次のように述べている。「上告を認容するときには、口頭弁論を開くことが必要である。これは、原判決破棄という裁判の重大性を考慮して、口頭主義によって当事者に対する手続保障を図る趣旨である。」(C六七五頁)。問題は上告を認容する以外で原判決破棄する場合である。原判決破棄という裁判の重大性を考慮するならば、上告を認容する場合に限定されないのではないかと思う。

(8)「第一案・決議案」とは、「民事訴訟法改正起草委員会決議案(第一案)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四七六)一〇一頁以下のことである。本条は一三五頁に掲載されている。この草案は大正五年九月から九年一〇月までの間に、「起案会・決定案」に順次修正を加えて作成したものである。この草案については松本・経過(二)一三頁以下に説明がある。この草案の成立過程やその有する意味については、坂原・沿革(二)三二頁以下で略述したことがある。

なお「起案会・決定案」とは、「民事訴訟法改正起案会決定案(四一〇条まで)(起草委員会議案)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四七五)五六頁以下のことである。この草案については松本・経過(二)一三頁に説明がある。この草案の成立過程やその有する意味については、坂原・沿革(二)三〇頁以下で略述したことがある。

(9)「第二案・議場用」とは、「民事訴訟法改正案(第二案)」松本ほか・立法資料全集一一卷(資料四八一)二四一頁以下のことである。本条は二七七頁に掲載されている。大正一四年四月二三日の委員総会に配布したものであり、

松本・経過 (二) 一五頁以下に説明がある。なおこの草案の成立過程については、坂原・沿革 (二) 三六頁で略述したことがある。

(10) 「起草委員会案」とは、「民事訴訟法改正案(起草委員会案)」松本ほか・立法資料全集一一卷〔資料四七八〕一四三頁以下のことである。本条は一七七頁に掲載されている。この草案については松本・経過 (二) 一四頁に説明がある。なおこの草案の成立過程については、坂原・沿革 (二) 三六頁で略述したことがある。

(11) 「第一案・議案」とは、「民事訴訟法改正案(第一案・議案)」松本ほか・立法資料全集一一卷〔資料四七九〕一八〇頁以下のことである。本条は二一四頁以下に掲載されている。この草案は民事訴訟法改正調査委員会の委員総会に提出され審議の対象になったもので、松本・経過 (二) 一四頁以下に説明がある。なおこの草案の成立過程については、坂原・沿革 (二) 三六頁で略述したことがある。

(12) 「第三案」とは、「民事訴訟法案(第三案)(大正一三年九月)」松本ほか・立法資料全集一一卷〔資料四八二〕二八一頁以下のことである。本条は三二二頁に掲載されている。この草案は起草委員会において再審議に基づき作成されたもので、委員総会に提出された。委員総会では大正一四年四月から七月まで審議された。松本・経過 (二) 一六頁に説明がある。なおこの草案の成立過程については、坂原・沿革 (二) 三六頁以下で略述したことがある。

(13) 「第四案」とは、「改正民事訴訟法案(第四案)(大正一四年一〇月印刷)」松本ほか・立法資料全集一一卷〔資料四九九〕三五八頁以下のことである。本条は三九四頁に掲載されている。この草案は起草委員会の修正決議と委員総会の審議結果に基づき「第二案・議場用」と「第三案」を修正して、大正一四年一〇月一五日に完成した民事訴訟法改正調査委員会の改正案である。松本・経過 (二) 一八頁に説明がある。なおこの草案の成立過程については、坂原・沿革 (二) 三七頁で略述したことがある。

(14) 「第五案・議会提出」とは、「民事訴訟法中改正法律案(議会提出・第五案)」松本ほか・立法資料全集一一卷〔資料五〇〇〕三九九頁以下のことである。本条は四三七頁に掲載されている。この草案は法制局が作成し、大正一五年二月一二日第五一回帝国議会に提出されたものである。松本・経過 (二) 一八頁以下に説明がある。なおこの草案の成立過程については、坂原・沿革 (二) 三七頁で略述したことがある。

(15) いわゆる旧民事訴訟法とは、大正一五年(一九二六年)四月二四日に法律第六一号として公布され、昭和四年

(一九二九年)一〇月一日施行された「民事訴訟法中改正法律」による民事訴訟法である。平成八年(一九九六年)六月二六日に法律第一〇九号として公布され、平成一〇年(一九九八年)一月一日施行された「民事訴訟法」がこれに替わる。松本ほか・立法資料全集では「民事訴訟法中改正法律(大正一五年四月二四日法律第六一号)正文」という表題が付されて、一一巻〔資料五六八〕四九六頁以下、一四巻四五一頁以下(再録)に収められている。

(16) 「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)」松本ほか・立法資料全集一二巻〔資料六二〇〕四二七頁以下。

(17) 民事訴訟法改正調査委員会議事速記録・前掲注(16)四二八頁。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。

(18) 民事訴訟法改正調査委員会議事速記録・前掲注(16)四二六頁以下。

(19) 「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)」松本ほか編・立法資料全集四六巻〔関連資料三〕一二二頁以下。本条は二二二頁に掲載されている。

(20) オーストリア民法五〇九条は政府草案五二九条に基づくものであるが、その理由の大半は次のようなものである(Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civildprozessordnung), Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen, I. Band, 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、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 Zivilprozessgesetzen, Bd.4, 2.Aufl., Wien, 2005, S.557f.)。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。

(21) 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）。第一項と第二項については、民事訴訟法典現代語化研究会『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）に翻訳が掲載されている。この本では旧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。オーストリアの現在の民事訴訟法の条文に（ドイツ）は、Klauser / Kodek, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung, 16. Aufl., Wien, 2006, S.1383で確認した。

なお第三項の冒頭は「第五〇三条第一項第一号及び第二号」と訳されている。しかし、二三の冒頭に挙げた明治四四年の翻訳では「第五百三条第一号及び第二号」である。つまり、この訳では「第一項」という文言がない。原文にも第一項という文言はないし、五〇三条には第二項がないから、五〇三条の訳においては第一項という文言は不要である。

(22) このようなことは立法者の意思を歴史的な資料によって探求しなくとも、法文を素直に読めば分かることなのかもしれない。河野教授は、民訴法三一九条について次のように述べている。「上告審では原判決を破棄するか否かを判断するために口頭弁論を開くのではないという点にこの規定の特色がある。ここでの口頭弁論の機能は、原判決が破棄されることから、それによって不利益を受ける、原判決で有利な判決を得ていた当事者の言い分を聞くための口頭弁論という点にその意味が転化しているといえる。」（B二二三頁）。

さらに教授は次のように述べている。「上告審の審査対象が法律問題に限定され、書面審理が原則だとするならば、原判決を破棄する場合であっても、口頭弁論を当然には開く必要はないことになる。」（B二二四頁）。正にこのような見解に基づいていたのが当初の原案の「第一案・決議案三七一条」であると思う。ところが、これが教授が民訴法三一九条について指摘しているような内容を持った「第二案・議場用三八一条」に変更され、現行民訴法三一九条に引き継がれたのである。

三 学説の検討

私見によれば、立法者の意思は二において考察したように、上告審は上告棄却以外の判決、例えば原判決を破棄する場合は口頭弁論を開催する必要があるというものである。したがって、このことから帰結されることは、民訴法三一九条はこのように解釈すべきであるということになる。これが私見であり、最高裁判所が口頭弁論を開くか否かを決める場合は、これを基準にして考えるべきである。ところがこのような立法者意思説による問題解決方法は、現時点においては判例も学説も採用していない。その結果、この問題に関しては様々な観点から様々な意見が主張されていて、民訴法三一九条の解釈においても、口頭弁論の運用論においても、口頭弁論を開催すべきか否かに関して大方のコンセンサスが見られない。法意思説からすれば当然の事態なのかもしれない。加藤教授は法意思説（客観説）について次のように述べているが、これはこの問題について多様な意見が展開している事態にそのまま通用する。

「言語法則の許容する範囲で、世の中の新傾向・新思想を斟酌・加味しつつ、論理を展開し、法を認識しようということになる。従って、法の目的というものも、法の言語的表現と矛盾しない限り、法の外に求めても良いこととなる。更に、この立場では、法の言語的表現には、一定の幅があるため、その幅の範囲では、複数の法解釈が成立し得ることになる。数ある法解釈の中で、通説、最上位裁判所の判断、強力な行政権限を有する官庁の見解が、最終的には、世の中に受け入れられることとなる。」（B二頁）。

ここで重要なことは、法意思説ではこのように様々な見解が対立している状況をどのように解消していくのか

ということである。それぞれの主張を検討して、総合的に判断して一番優れている見解を選択するのか、あるいはそれらとは別の独自の見解を明らかにするのかということである。このような作業は立法者意思説では不要であるが、しかし、高見の見物をしているだけでは問題は一方向に解決されないし、生産的ではない。そこで前記の立法者意思説によれば「上告棄却以外の判決は口頭弁論が必要である」ということになるので、この見解の可否を検討してみよう。実質的に考えることになるので、いわば同じ土俵に上がることである。その結果、この見解が妥当性を持ち、他の説と比べて遜色がなければ、法解釈方法論として立法者意思説を採用しなくても、この見解は一般的に通用することになる。換言すれば、これは立法者が選択した判断の妥当性の追求でもある。

1 形式説（口頭弁論必要説）

波多野教授は、上告審において口頭弁論は原則として開かなければならないと主張される⁽²³⁾。この見解は口頭弁論を開くか否かを個別具体的に実質的に判断するのではなく、形式的に判断するので、形式説と命名することができる⁽²⁴⁾。教授の見解は法意思説に基づくものではあるが、立法者の意思に相応するものであり、結論的に私見と同じ立場である。しかし、教授の形式説には次のような疑問がある。

第一に、教授の見解は訴訟の運用論なのか、それとも法解釈論なのかが必ずしも明らかではない。なぜならば立論の根拠として条文の根拠が挙げられていないし、条文の解釈の操作によって立論がなされていないからである。確かに論文において条文が引用されている箇所があるが、しかし、その条文の解釈について述べられていない。例えば、教授は次のような見解を述べている。「まず、訴えが不適法でその不備が補正できないときに該当するとして口頭弁論を経ないで判決ができる場合であっても、前述したように、その判断基準自体が必ずしも明確であるとはいえないのであり、このような場合であっても、上告人に意見陳述の機会をせめて与えるべきでは

ないか。」(B一〇七頁)。これは訴訟の運用論と思われるが、上告審において口頭弁論を行うべしとの見解もこのような立論でなされている。すなわち、「すくなくとも、上告審は上告を認容して原判決を破棄する場合には、形式的であつても、口頭弁論を開くことが不可欠である。確かに、上告審で三度目の審理になることにより、たとえその必要性がないときでも、最低限、上告審は原判決を変更することの合理的理由を述べるためには、両当事者を審尋して、意見の陳述をさせ、場合によつては証拠提出の機会を保障すべきではないのか。そのうえで判断を下すのが裁判所としてのアカウンタビリティではないか。」(B一〇四頁以下)。

教授が上告審が口頭弁論を行うことを法の解釈論として述べたものでなければ、私見は三一九条の解釈として主張したのであるから、この点において教授の見解と私見とは異なる。

第二に、教授が立論の根拠とした法原則は分かりづらい。根拠とされる法原則を明確にすることは、口頭弁論を開くか否かを判断する基準になるから、重要である。ところが教授は最高裁判所が口頭弁論を行うのは、当事者の手続保障のためと述べる一方で、他方において、権利保護のためであるとも述べている。⁽²⁵⁾あるいはこれらは厳密に区別して考える必要はなく、当事者を重視することからの当然の帰結なのかもしれない。⁽²⁶⁾そうであるからこそ個々の民事訴訟法の条文の上位に位置すると考えられているこれらの法原則を挙げることによって、立論において法律の条文を挙げる必要がないと考えたのかもしれない。しかし、それならば、これらの法原則が依拠する憲法なり法律の条文を挙げて、より詳しく説明すべきであり、それぞれの相互の関係についても言及すべきであるように思う。さらに、そのようなことを根拠として挙げるのであれば、口頭弁論を不要と規定している民法一四〇条や三一九条とこれらの原則との関係についても、論じるべきである。

第三に、教授の裁判所の説明責任という見解も分かりづらい。裁判所の説明責任という考え方が教授のこの論文において一番重要なキーワードであると思う。⁽²⁷⁾教授はこの点について、次のように述べている。「裁判所とい

う国家が設営している制度が紛争解決手段の一つに過ぎないとしても、その手段を求めてきた人たちに裁判所の判断内容の納得性をもたせるのみならず、民事訴訟手続のもつ訴訟当事者にとつての納得性・道筋をきちんと説明する責任（アカウンタビリティ）が裁判所側、それも最高裁判所にもあると結論付けることは、負担過重気味の最高裁判所に対して実情を知らない者の無謀かつ無責任な要請なのであるか。」（B一〇二頁以下）。そして口頭弁論がこれに應えるものであると教授は理解するようである。⁽²⁸⁾

民事訴訟手続がこのような責任を有しているとの見解の可否は別にしても、問題は裁判所にこのような責任があるという法的な根拠や説明責任の具体的な内容が述べられていないことである。法律の規定なくして、裁判所に一定の行為を義務付けることができるのかという疑問と、口頭弁論を開催するだけでこの責任が果たせることになるのかという疑問が生じる。さらには、説明責任として口頭弁論が必要であると主張するならば、上告を棄却する場合においても、口頭弁論を開くべきであるということにはならないのかという疑問もある。

第四に、上告審において口頭弁論を不要とする場合についての教授の説明は分かりづらい。常に口頭弁論を行うべきなのか、それとも一定の場合には例外的に口頭弁論を経ることなく判決をすることを認めるのかということである。もし後者の場合であれば、具体的にはどのような場合なのかということである。なぜならば、教授は、「訴訟要件の不備が絶対的に補正不可能な場合に例外的に口頭弁論を開く必要はないと位置付け（る）」（B一〇五頁）と述べているからである（「」は筆者の加筆）。しかし、他方では、「すくなくとも、上告審は上告を認容して原判決を破棄する場合には、形式的であっても、口頭弁論を開くことが不可欠である。」と述べている（B一〇四頁）。前者について言えば、絶対的に補正不可能な場合と、そうでない場合はどのように区別するのかという疑問が生じる。後者については、上告審が上告について判断することなく、原判決を破棄する場合はどうなのかという疑問が生じる。

第五に、教授の説明において、口頭弁論を開かなくとも、当事者の意見を裁判所が審尋すればよいと理解できる説明があるが、その意味が分かりづらい。そのことと、口頭弁論の必要性を形式的に判断するという「形式的保障性」との整合性が理解しにくいからである。教授は上告審の審理に関して、第一の問題点を指摘した際に引用した文章を繰り返すことになるが、次のように述べている。「確かに、上告審で三度目の審理になることにより、たとえその必要性がないときでも、最低限、上告審は原判決を変更することの合理的理由を述べるためには、両当事者を審尋して、意見の陳述をさせ、場合によっては証拠提出の機会を保障すべきではないのか。そのうえで判断を下すのが裁判所としてのアカウンタビリティではないか。」(B一〇四頁以下)。

この説明は分かりづらい。上告審での証拠提出の機会を保障するということは、上告審において事実について審理をすべきであるという主張なのか不明である。裁判所が「原判決を変更することの合理的理由を述べる」とことが指摘されているが、それは判決において行うことのように思われる。しかし、裁判所の説明責任を強調するのであれば、判決においてではなくて、判決する前に裁判所の見解を当事者に説明して意見を求めるべきではないかと思う。さらに「最低限」が前記のような裁判所の審尋であるならば、裁判所は口頭弁論を開くことなく、単に審尋することですみであるように思う。そもそも原則として上告審が口頭弁論を開くのであれば、審尋する必要はないから、このような説明は不要ではないかと思う。

このように教授の説明を理解するならば、口頭弁論は審尋によって代替できるということであり、それは当事者の手続が保障されればよいから、口頭弁論の代替を認める立場である。しかし、このような説明は、「形式的保障性」を重視する教授の見解や形式説とは相容れないように思う。

2 実質説（口頭弁論不要説）

上告審において口頭弁論を開く必要がない場合について民訴法三一九条が規定しているが、上告審において民訴法一四〇条が準用される場合も口頭弁論を開く必要はない。問題はこれ以外にも、口頭弁論を経ない裁判ができる場合があるかということである。この問題に対して口頭弁論を開く必要性が認められない場合は、前記の条文に関係なく口頭弁論を経る必要はないと考える見解がある。必要性は実質的に判断せざるをえないから、この見解を実質説と表記することができる。²⁹⁾

例えば、原判決を破棄する上告審の裁判である。上告審において訴訟が終了したために裁判所が訴訟の終了を宣言する場合⁽⁵⁾、訴えの利益が消滅したので訴えを却下する場合⁽³⁾⁽⁴⁾、その前提として上告審が原判決を破棄する必要がある。この場合の原判決破棄の判決は単なる手続的・技術的なものにすぎないと考えれば、本案の判決が口頭弁論を経る必要がない以上、それに伴って原判決を破棄する判決も当然に口頭弁論は必要ないということになる。これに対して原判決を破棄することは原判決の効力を失効させることであり、それによって被告人は不利益を受けることになるから、破棄の理由に関係なく、常に口頭弁論を開いて被上告人の意見を聴くべきであるとの意見が考えられる。しかし、それならば被上告人にとって口頭弁論を開かなくても不利益でなければ、口頭弁論を開く必要はないとの反論もあろう。このように様々な意見があるが、口頭弁論を経るか否かは事件に関する実質的な判断に依存することになる。

そこで問題なのはこれ以外の場合も含めて、口頭弁論を経るか否かをいかなる基準で決めるかである。実質説は口頭弁論が当事者の手続保障や裁判の正当性確保のために重要な役割を果たしていることを十分に認識しながらも、裁判の効率性を重視して意味のない口頭弁論は不要であるとする見解である。すなわち、口頭弁論の必要性和裁判の効率性との調和を個々の状況に応じて追求していこうとする見解である。法は正義を希求するもので

あり、常に実質的な平等を目指すことを考えると、この見解の主張は説得力がある。判例は実質説であり、学説もこの説が通説である。⁽³¹⁾しかし、実質説には次のような問題点がある。

第一に、口頭弁論を経ないことに關して、実質説は法律上の根拠が不十分である。当事者の手続への参加を保障し、裁判の内容が正当であることを保障するのが口頭弁論手続であり、そして民訴法第一編総則第八七条において当事者の口頭弁論を規定していることを考えると、口頭弁論を省略するためには法律による明文の規定と、合理的な理由が必要である。ところが実質説は、口頭弁論を不要とする規定を拡張的に解釈することによって法律上の根拠としている。例えば⑤⑥⑦は、その根拠として、「民訴法三一九条と一四〇条（同法三二三条及び二九七条により上告審に準用）の趣旨に照らして」と説いている。⁽³²⁾あるいは②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（民訴法三二三条、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、口頭弁論を経ないことができる」と解するのが相当である。」⁽³³⁾としている。

これは正に例外規定の一般化であり、例外規定は拡張してはならないとする法の原則に反する。⁽³⁴⁾民訴法は三一九条で、「上告裁判所は、……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」と例外を規定したのであるから、これ以外の裁判をする場合は、口頭弁論を必要とすると解するのが素直な解釈である。そうでないと、裁判における口頭弁論の原則と、口頭弁論の重要性が失われるであろう。

第二に、実質説が説く裁判において口頭弁論を経るか否かを定める基準は曖昧である。例えば、判例の場合は、第一の問題点を指摘した箇所ですべてたように、「民訴法三一九条と一四〇条（同法三二三条及び二九七条により上

告審に準用)の趣旨に照らして」(⑤⑥⑦)とか、「これらの規定の趣旨に照らせば」(②⑧)。なお③④も同じ立場ということ根拠にしている。⁽³⁵⁾これは根拠であるとともに判断基準であるが、これだけでは不十分である。規定の趣旨という言葉、それ自体が曖昧であるからである。しかも、一・二で述べたように、規定の趣旨は立法者の意思によって決めるのか、それとも立法の意思によって決めるのか、後者の場合はさらに具体的には何によって決めるのかという問題があり、いずれにしても客観的な基準としては十分ではない。

そこでこの場合の基準として、職権調査事項に関する裁判ということが考えられる。⑦は口頭弁論を経ないことの法的な根拠として職権探知事項であることを挙げ、⑤を引用するからである。口頭弁論が必要なのは本案についての裁判であり、職権調査事項についての裁判は当事者の意見に左右されることはないし、職権探知資料の収集に関しても裁判所独自に行うことも可能な場合もある。そうであるならば、判断手続において口頭弁論によって当事者を関与させる必要はないと考えるのは当然かもしれない。⁽³⁶⁾さらに裁判所の専権事項という点に注目すれば、裁判所の法的な判断に伴う事項に関する裁判では、口頭弁論は必要ないということも導き出されるかもしれない。

しかし、このような考えに対しては、学説は懐疑的である。⁽³⁷⁾この問題は裁判内容について当事者を納得させることができるか否かということでもあるから、単に職権を強調しただけでは当事者が満足するとは思えないからである。学説が懐疑的になるのは当然である。それでは学説の基準の設定はどうであろうか。⁽³⁸⁾例えば、濱崎准教授は、次のように述べている。「当該事項が職権調査事項であること、……当事者に意見陳述の機会を与える必要が非常に低いこと(例えば、当事者間で争点となっていない場合や単なる手続的瑕疵のために原判決を破棄し、審理が差し戻される場合)」(⑤一五七頁)。あるいは勅使川原教授は⑥について、次のように述べている。「本件のように、解釈上も争いなく記録上明らかに原判決破棄になるべきケースにおいては、口頭弁論の必要性を仮に認める

にしてもそれこそ形式的な意味でしかなく、いずれにしても、結論は是認されよう。」(⑥一三三頁)。

確かにこのような条件であれば、口頭弁論手続を省略されても当事者の不満は少ないかもしれない。しかし、次のような疑問がある。両教授の見解は単に表現の違いなのか、それとも具体的な場面において差異が生じるのか。さらには、基準はこれらだけで十分なのか、それ以外にもさらに別の基準が必要なのか、このような基準で具体的な事件を適切に処理することができるのか等である。なぜならば、これらの基準とは別に、裁判所は口頭弁論を経る必要はないと判断する場合は慎重な対応が必要であるとの見解が有力に主張されているからである³⁹⁾。もっとも慎重な判断が必要ということは統一的な基準を設定することなく、個別的に判断すべきであるという主張なのかもしれない。しかし、そうすると、その判断基準は不明確であり、手続の透明性という点において問題がある。裁判所が適切に判断したか否かは簡単に検証できないし、当事者にとって事前に予測することは困難であるからである。基準の明確化は今後の問題であるにしても、また客観的な基準を模索して様々な見解が主張されていることは評価できるにしても、前記のような基準だけでは実質的な内容の曖昧さを払拭することはできない。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ぬし、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。そのために口頭弁論を必要としない場合は、より厳密な要件を明らかにする必要がある。当事者の裁判を受ける権利を制約する以上、基準は明確でなければならないし、実質論のもつ曖昧さは極力排除する必要がある。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掛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。破棄判決の場合是一律に口頭弁論を行う必要があるということは、決して単なる形式論ではない。

第三に、実質説は口頭弁論を経ないことによって訴訟経済や手続の簡素化を考えているが、そのことは妥当性

を欠くように思う。上告審が原判決を破棄する場合、その原因は原判決がなされた以降に原判決が基礎とした事実とは異なった新たな事情が発生したか、あるいは裁判所が原審とは法的判断を異にしたためである。ということは、このような事態に対しては上告審は第一審と同じような状況にあるといえる。事件が三回審理されることはいえ、実質的には新たな状況に関しては初めて裁判がなされる事態である。そのような場合に口頭弁論を開かないで処理してよいのかということである。確かにこのような場合であっても、口頭弁論を経ることなく裁判してよい場合が存在するかもしれない。例えば、判例の事例では集団訴訟において原告団の一部が死亡した場合である(⑤)。この場合は口頭弁論を開く必要はないと考えられる。当事者もそのことに反対しないし、誰も異論がないようにも思えるからである。そこで、このような場合に限定して口頭弁論を開く必要はないという見解は説得力がある。しかし、新たな事態の発生によって原判決を破棄する場合は、その前に当事者とともに新たな事態を確認して、処理手続について当事者と認識を共有することは、原審とは異なった新たな裁判であることを考慮すると、必要があるように思う。例えば、加波教授は⑥に対して、勅使川原教授とは反対に、「当事者から主張されていない破棄事由を職権で認容する場合には、口頭弁論を経る必要があるものと考ええる。当該瑕疵は、前述のように、確かに一般的には、あえて口頭弁論での対論の対象にすべき必要性に乏しいといわれているが、事案によっては、絶対的上告理由に該当するのか、単なる『判決正本作成上の瑕疵』にすぎないものか、精査すべきものもあり得るので……、その点からも、やはり、破棄する以上は、一度は争点として当事者に対論の機会を与えるべき必要性がある。」と述べている(⑥七四五頁)。同感である。

このように考えるのは、口頭弁論において当事者の意見を聴かないで裁判所だけで判断してよいのか、口頭弁論を経ない手続は当事者の口頭弁論で意見を述べる権利の侵害ではないかとの思いが根底にあるからである。確かに裁判においても訴訟経済や効率性という視点は重要であるが、しかし、口頭弁論で当事者が意見陳述する権

利を保障する方がより尊重されるべきである。なぜならば、後者は憲法に淵源を有する訴訟法の原理に基づくが、前者はそうではないからである。

(23) 波多野・B八七頁以下。波多野教授の見解は私見と同じような主張であるにもかかわらず、坂原・⑤においてこの見解を参照しなかったのは、私の文献の見落としであった。濱崎准教授の判例研究を読んで、波多野教授の論文の存在を知ったのである（濱崎・⑤一五八頁注（5））。そこでこのような先行研究があるにもかかわらず、本稿において同じような見解を主張することの意味を説明する必要があるように思う。このような理由から、1においては波多野説の問題点を明らかにし、立法者意思説か否かという点以外に、波多野説と私見との違いを考えてみた。

なお濱崎准教授は、波多野教授の見解や私見のように形式的・画一的に考えることについて、次のように批判している。「口頭弁論を開くことは適切ではないであろう。また、最高裁の審理負担の軽減を図り、憲法審査や法令解釈の統一といった目的を実現するという改正趣旨を考慮しても、(一)の立場には賛成できない。」(⑤一五四頁。(一)は筆者の加筆)。

(24) 濱崎准教授はこの見解について、⑤についての判例研究において、「形式的であっても原則に戻って口頭弁論を開くべきであるとして解釈による例外の余地を認めない説」(⑤一五四頁)と紹介し、文献として波多野・Bと坂原・⑤を挙げている(⑤一五八頁注(10))。なお波多野教授は形式性について、次のように述べている。「本質的なことは、形式的保障性の持つ意味ではないだろうか。実際上は訴訟当事者にとって不利益がないということを予測して問題を対処していくと、場合によってはそれが大きな手続的欠陥を持ちうることを決して看過すべきではない、と筆者は考える。」(B九七頁)。ただし、「大きな手続的欠陥を持ちうる」とは、具体的にはどのようなことなのかの説明はない。

ところで濱崎准教授がこれ以外の学説として、次の二つの学説を挙げている(⑤一五四頁)。一つは、職権調査事項であることをおもな根拠として口頭弁論を経ないで判決を行うことを正当化しうるとする説であり(後注(31)の第二説)、もう一つは、事件を差し戻す場合には原判決の内容が変更される可能性があることを重視し、当事者の手

続保障の観点から、この場合には口頭弁論を開くべきとする説である(同・第三説)。なお②について研究した宇野教授は当時の学説の状況について、「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(②一三一頁)。つまり、この問題は最近になって議論されるようになったということである。

(25) 波多野教授はこの論文の中で、状況に応じていろいろと述べているが、そのことがかえって分かりづらい。一方において教授は、「訴訟当事者の審問請求権等の正当な手続保障の問題を軽んじるべきではないのではないか。」(B一〇五頁)と述べている。他方においては上告審制度について、「自分の意思で上告してくる上告人の保護・権利救済を主目的とした構造をもつものとして、そのなかでの口頭弁論というものの位置付けを考えるべきではないのか。」(B二〇六頁以下)とされる。私見は原判決を破棄される場合の被上告人の利益を強調するので(二の4)、この点においても波多野教授の見解と立場を異にする。

(26) 波多野教授は、『まず、当事者を大事にする』という視座を捨象すべきではあるまい。(B九六頁)と指摘している。さらに次のようにも主張される。「口頭弁論の開閉は、裁判所の審理対象の明確化の企画のもとにのみ存在しているのではない。訴訟当事者に十分に主張させ、立証させ、納得のいく手続が行われているという保障を与える意味をも包摂するのである。」(B一〇八頁)。

(27) 濱崎准教授は波多野説について、「裁判所の説明責任という観点から『本質的なことは、形式的保障性』の持つ意味』であるとして、形式的であれ、口頭弁論を開くことを必要とする。」とまとめている(⑤一五八頁注(7))。

(28) 波多野教授はアカウンタビリティの説明に続けて、次のように述べているからである。「訴訟要件の不備が絶対的に補正不可能な場合に例外的に口頭弁論を開く必要はないと位置付け、本来的には、原則的に口頭弁論を開く形で手続構造を基底に据えて、上告審に置ける口頭弁論の位置付け、占める在りようを、理論的な枠組みを再確認、再構築するなかで、その構造自体を堅固なものに形成していくことが重要である。」(B一〇五頁)。

(29) 笠井教授は⑤について、「形式論はともかくとして、当事者に口頭弁論の機会を保障する実質的な意味がないと上告審が判断する場合には、訴訟経済上の妥当性という観点から、口頭弁論を開く必要がないとしたものと解される。」と述べている(⑤一五七頁)。

(30) 「判例研究における判例の認識について」 最高裁判所が上告棄却以外で口頭弁論を経ないで判決をした裁判例と

判決理由の中で、そのことについて意識的に論じている裁判例は、一の3Aに挙げている(①～⑧)。なお宇野教授は②について、「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。」と述べている(②二三頁)。

さてこれらの判例を単なる個々の裁判例として見るだけではなく、一連の判例として一般的な原則を抽出し、判例理論として全体的・総合的に把握することが重要である。それによって判例としての意味を持つことになるからである。そのような理由から、①から⑥までの判例を個別に分析し、そのうえで判例理論として、次のようにまとめたことがある(坂原・⑤一七七頁以下)。判例によれば、上告審は訴え却下判決ないし訴訟終了宣言判決の前提として原判決を破棄する場合には、口頭弁論を経る必要はないということになる。さらに、このことは口頭弁論を開くか否かについては、その必要性を実質的に見て判断するということもある。それは判例が迅速で効率的な訴訟の運営を考えているからである。したがって、判例が実質的な判断を行う際に留意している点は、口頭弁論を開くことが訴訟経済に反すること、口頭弁論を行わなくても当事者の利益を害することはないことではないかと思う。

このような判例についての見解は私見独自のものではなく、最近では同様なことが述べられている。例えば、石田教授は②⑤を敷衍化して、「上告審が原判決を破棄するときでも、当事者の弁論機会を保障する必要性がなく、口頭弁論を経ることがかえって訴訟経済に反すると考えられる場合には、明文規定がなくとも、口頭弁論を経る必要がないとの判例理論を導き出せるであろう。」と述べている(⑤二二頁)。あるいは山本教授は⑧の判例研究であるが、従来の判例(②～⑦)を挙げ、「判例(特に近時のもの)は、実質的に議論の余地がない(口頭弁論を開いても結論の変わる余地がない)ことをそのような取扱いの理由としているように思われ、また仮に口頭弁論を開いても、当事者は裁判所の抱えている問題点を知るべくもないので、適切な弁論ができず、時間の無駄になるとの配慮もあるように思われる。」(⑧八頁)と指摘している。さらに濱崎准教授は、次のように付言している。「当事者の利益が害されるおそれの有無は、その事項が職権調査事項であり、当事者に資料提出や意見陳述の機会を与えたとしても裁判所の判断に変更が生じる可能性があるか否かによって判断されると解される。」(⑤一五五頁)。

〔体系書・注釈書における判例の認識について〕(五十音順) 伊藤教授は②⑤⑥⑦を挙げて(C六七五頁注(92))、

口頭弁論を開く理由について、「上告を認容するときには、口頭弁論を開くことが必要である。これは、原判決破棄という裁判の重大性を考慮して、口頭主義によって当事者に対する手続保障を図る趣旨である。」(C六七五頁)と述べている。上田教授は⑤⑥を挙げる(C六〇二頁)。上野教授は②⑤⑥を挙げて、次のように述べている。「このような取扱いは、上告審の負担軽減の要請に叶うことは明らかであるが、どのような手続を経て事実関係が明らかになったのかを問うところに手続法固有の意味があるとすれば、例外的取扱いが認められる範囲については、上告審における口頭弁論の意義に立ち戻って検討する必要がある(同旨、宇野聡・リマークス二八号一三〇頁・一三二頁)。」(中野ほか編・C六二九頁注(11)、松本Ⅱ上野・C七四八頁。なお同旨の文献とは、本稿の宇野・②のことである)。梅本教授は②⑤⑥⑦を挙げ、次の判例についても言及する。「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)を受けた場合でも、受継手続(新四四二条二項(破六九条))を経ることなく、上告棄却の判決をできる(最判(三小)平成九・九・九判時一六二四号九六頁)。」(C一〇六七頁)。河野教授は②⑤を挙げて(C八三一頁注(48))、「控訴審判決が破棄されることから、控訴審で勝訴した当事者の言い分を聞いたうえで判決をする必要があるからである。しかし、その結果として、書面審査の結果得られた原判決破棄という仮の結果を確認する点に、口頭弁論の意義があるかのような取扱いになっている。しかし、この場合に限定せずにより広く口頭弁論を開くべきである。最高裁判決が持つ判例の先例としての意義が判決理由の持つ説得力にかかっていることから、法律問題に関しても口頭弁論により当事者の法律問題に関する意見を聴くことが重要であり、口頭主義の持つ機能を考慮すべきである(河野正憲「口頭弁論の必要性とその活性化」吉村・古稀一九四頁、二二三頁)。」(C八三一頁以下。引用文献は本稿の河野・Bのことである)。新堂博士は②⑤⑥⑦を挙げて、「弁論を開く必要もなく訴訟経済上の理由からも肯定されるべきである。」と、評価する(C八七四頁注(1))。田中弁護士は②⑤⑦を挙げる(賀集ほか・C八二頁)。松本教授は②④⑤⑥⑦を挙げる(松本Ⅱ上野・C三二七頁注(1))。

(31) 上告審と口頭弁論の問題に関して、宇野教授は平成一六年に刊行された②に関する判例研究において、「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(②一三二頁)。平成一九年の拙稿執筆時でも同様な状況であった(坂原・⑤一八七頁注(2))。しかし、最近では判例研究において議論されるようになったし、体系書等においても判例を詳しく引用するようになったが(前注(30)参照)、このような事情を反映して、学説を整理

して分類している文献は少なく、現時点では濱崎准教授のものしか見ることができなかった。

濱崎准教授は学説について、次のように三つに分類している（⑤一五四頁）。第一説は形式的であつても口頭弁論を開くべきであるとする説（波多野・B、坂原・⑤）、第二説は職権調査事項であることを根拠として、口頭弁論を経なくてよいとする説（笠井・⑤）、第三説は事件を差し戻す場合に原判決の内容が変更される可能性を重視して、口頭弁論を開くべきであるとする説（加波・⑥）。なお本稿の表示によれば、第一説が形式説、第二説・第三説が実質説である。

（32）⑦は⑤を引用し、その根拠としている。

（33）⑧は②を引用している。③④は口頭弁論を経ないで判決をする根拠として条文の引用はないが、訴えが不適法でその補正ができないことを理由にしている。このような場合は原審判決の破棄は当然に口頭弁論を経ないでできると解しているからであろう。

（34）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原則である。この点について、柴田光蔵『法律ラテン語格言辞典』六八頁（玄文社、昭六〇）によって、次のような法諺を紹介したことがある（坂原・⑤一九四頁注（24））。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、原則を確認する。」（Nicolaus Everardi, Loci Arg. Leg. 9, II.）②「Exceptio probat regulam de rebus non exceptis. 例外は例外とされていない事柄にかなする原則を証明する。」（II 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」との冷やかなコメントを付しているものもある（Liebs, Dellef, Lateinische Rechtsregeln und Rechtspruchwörter, München, 1982, S. 65）。

（35）引用した文言は②によるものであるが、⑧は②を引用している。③④は注（33）で述べたように条文の引用はないが、この立場を当然の前提にしているように思う。

(36) ⑦は職権探知事項であることを根拠にしている。しかし、単にそれだけではないようである。絹川調査官は次のような説明をしている。「必要に応じて職権で判断資料を収集すれば足りることであり、資料収集の結果、当事者の代表権を失っていると判断した者から口頭弁論で意見を聞くことには意味がないことから、本判決は、口頭弁論を経ることなく原判決を破棄したものと考えられる。」(⑦曹時二六三九頁、⑦ジュリ九七頁)。しかし、これに対して、「そのように判断された者であっても、その判断を争う機会を保障する必要があるとは必ずしもいえない」(笠井・⑤一五八頁注(3))という批判がある。

(37) 例えば、岡田教授は次のように問題点を指摘している。『職権探知事項に当たる中断事由が存在すること』の確認が、民訴法三一九条および一四〇条の規定の趣旨に照らして、必ずしも口頭弁論を経る必要なしとするかについては疑問が残る。民訴法三一九条および一四〇条は、口頭弁論を経ても判決内容に影響が出ない場合について、訴訟促進の観点から、当事者に対する口頭弁論の保障を後退させたものといえるが、職権探知と、口頭弁論を経ても判決内容に影響が出ないということは直接に結びつくものではないからである。」(⑦一六〇頁)。あるいは瀧崎准教授は、「職権調査事項であることのみをもって口頭弁論を不要としてしまうと、当事者の手続保障が十分に図られない場合が生じる。」と指摘している(⑤一五五頁)。

川嶋教授は職権探知に関して、⑦の判断に対して次のように説いている。「職権探知の含意は、当事者の主張なくして裁判所が取り上げることができることであり、この場合でも不意打ち防止の要請は基本的に妥当し、取り上げた結果を当事者にフィードバックする手続保障は、原則的に不可欠であると考えられる。職権調査事項についても基本的に同様な手続配慮が必要になる」。そして口頭弁論を開かないことに関しては、「当事者を含んだ法的対論の機会を縮小させ、ひいては、手続の可視性・活用可能性あるいは参加観といった過程志向的な価値を切りつめる可能性はらんだものとして疑問を感じる。」とされる。「仮に原審までで実質的に弁論がなされていたとしても、……明示的な上告審レベルでの法的対論の保障、すなわち口頭弁論の機会も、……手続的には保障されてもよかったのではと思われる。」(⑦一一六頁)。

これに対して笠井教授は、⑤は首肯し⑦については反対しないが、しかし、無条件で賛成しているのではなく、かなり慎重である。「職権探知主義が妥当する事項であっても、本来は、裁判所が収集した資料について当事者の意見

を聴くべきだと解されることからすると（人訴二〇条後段、行訴二四条ただし書参照。……）、上告審で破棄差戻しのために口頭弁論を経ないことを正当化するためには、職権調査事項に係る事由であつて、かつ、当事者に弁論の機会を与えても判断を覆すような資料が現れることはない」と判断できるほどに、上告審が職権探知義務を十分に履行したことに確信を持っていることが必要となろう。」（⑤一五八頁）。

（38） 学説の状況については前注（31）において、濱崎准教授の整理と分類を紹介した。

（39） 上告審が口頭弁論を経ないで判決することに對して、慎重な判断や運用が必要であることを指摘している文献は少なくない（宇野・②一三一頁、川嶋・②一一八頁、濱崎・⑤一五七頁、和田・⑥一二二頁等）。具体的に挙げれば、小原准教授は、「民訴法一四〇条」の趣旨に基づかないのであれば、民訴法三一九条の趣旨だけで口頭弁論を経ない原判決破棄差し戻しの例外を認めることについては慎重に判断すべきであろう。」と述べている（⑦一三〇頁。「」は筆者の加筆）。さらに波多野教授は、「手続自体を慎重のうえにも慎重を重ねておいて問題になることはない。」と強調される（B一〇五頁）。

あるいは梶教授は④に関して、次のように述べて被上告人が不利益でない視点を指摘している。「判断の基礎となる事実が公知の事実かどうか、その事実によつて訴訟要件の不充足が帰結されるか否か、その補充の余地が残されていないかどうか等について微妙な場合も考えられ、判断の慎重を期すためには安易に口頭弁論を省略すべきではあるまい。本件を含め口頭弁論を省略した裁判例は結論が請求棄却から却下に変更された点で共通しており、原判決を破棄するといえ被上告人＝被告側の勝訴となる限りで大変わりないものであったことは留意されてよいと思われる。」（④六九七頁）。

岡田教授は⑤に関して、次のように指摘する。「上告審における口頭弁論の必要性を『民訴法三一九条及び一四〇条の趣旨に照ら』して実質的に判断していくという方法は、今後もしも引き続き用いられるであろう。確かに、上告審の審理促進という点からは、絶対的にこれを否定すべきとは考えない。しかし、明文のない例外を認めるわけなので、その適用には一層の慎重さが要求されよう。……単純に先例に追従して口頭弁論なしで原判決を破棄するのではなく、それぞれの事案ごとに、口頭弁論を開く必要性の有無を慎重に審査すべきではなからうか。」（⑤三七二頁）。

四 私見の展開

形式説と実質説のそれぞれの問題点を考察したが、両者を比較していずれが妥当するかを考える必要がある。その結果、実質説は支持することはできない。上告審で口頭弁論を開かないことが合理的で妥当するとは限らないし、口頭弁論を開くことが訴訟の遅延につながることもないからである。もちろん形式説にも問題があるから、形式説を支持すると表明しただけで済むことではない。形式説の問題点を克服し、形式説を補強する必要がある。

1 形式説批判への反論

濱崎准教授は形式説に対して、次のように批判する。「口頭弁論を開かなくても、実質的に当事者の利益を損なうおそれがないということが明白である場合にまで口頭弁論を開くことは適切ではないであろう。また、最高裁の審理負担の軽減を図り、憲法審査や法令解釈の統一といった目的を実現するという改正趣旨を考慮しても、「形式説」の立場には賛成できない。」(⑤一五四頁。〔〕は筆者の加筆)。その理由は、「訴訟経済や上告審の審理促進とのバランスを図る意味でも、当事者の手続保障が十分に図られる場合には、口頭弁論を要しないと解すべき」である(⑤一五四頁)。形式説に対する批判として述べたものではないが、次のようにも述べている。「審理を差し戻す場合には原則通り口頭弁論を開くことを要するとすれば、……単なる手続の瑕疵により補正が不可能であるような事例のように、訴訟経済を重視する視点を後退させてまで口頭弁論を開くことの意義が見出しにくい事例も含まれうる。」からである(⑤一五六頁)。そして結論として、「当事者の負担や審理の促進等を考慮した柔軟な判断が必要であろう。……口頭弁論を開いたとしても当事者の主張によって裁判所の判断が覆される可

能性が低いことが明らかな場合には、口頭弁論に代えて審尋を行うことも、当事者の手続保障と訴訟経済のバランスをとる方法のひとつであろうか。」と述べている（⑤一五六頁以下）。

この批判は、第一に、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ような場合は、口頭弁論を開くだけ無駄であり意味がないという批判である。もっともな批判ではあるが、当事者の意見を聴いて裁判所の判断が変更する場合がないとは断言できないし、とにかく当事者が口頭弁論で意見陳述することで満足する場合もある。当事者が満足すれば、それでよいのではないかと思う。⁽⁴⁰⁾仮に当事者が口頭弁論は必要がないと思うのであれば、指定された期日に欠席すればよい。職権進行主義であるとはいえ、弁論主義が基本原則である以上、口頭弁論での意見陳述をするかしないかは、当事者が決めるべき問題である。口頭弁論を開かないで、当事者の選択権を奪うべきではない。

これに対して、次のような反論が考えられる。上告審は当事者が指摘しない原審の判断のミスを見付けて判断を是正することがあるが（①②⑥等）、このような場合は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当事者の意見を聴かなくても当事者にとっても不利益なことは何もない。しかし、原判決によって有利な判断を得た者にとっては、その裁判が覆されることはその理由に関係なく大きな不利益である。何らかの言い分があるはずであるから、裁判所は自らの見解を示して当事者の意見を聴くべきである。単に判決の理由に事情を記載するだけでは、裁判所の職責を十分に果たしたことはない。口頭弁論を開いて当事者に説明し、当事者が意見を表明する機会を設ければ、後からの裁判所に対する非難や批判を遮断させることができるから、合理的である。

第二に、この批判は当事者に対して手続保障が十分であったことを前提にしている、口頭弁論は当事者にとっても余計なことであるということである。しかし、原判決後に新たな事情が発生したことを考慮するならば、直

ちにそのように断定できることでもない。⁽⁴¹⁾ なぜならば、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、上告審に至るまでに当事者は事件に関して十分に主張・立証する手続を保障されていたと考えられる。しかし、上告審において新たな事態が発生した場合は事前に下級審におけるような十分な手続保障はないし、上訴制度による事後的な手続保障もない。上告審といえども、正に第一審手続と同じようなものである。なお民訴法三一九条は上告棄却の場合に口頭弁論を経る必要がないと規定しているが、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考えられず、被上告人の手続保障は無用であると考えることができ。

第三に、この批判は裁判所の判断に間違いはないことを前提にしているが、常にそのように断言できるか疑問である。そのような自信を持つことは必要であるし、結構なことである。しかし、最高裁の判断であっても人間の判断であるから、その判断に誤りがあるかもしれない。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(①②⑥等)、このことは裁判所の判断にはどのような場面でも誤る可能性があることを示している。そうであれば、そのようなことを前提に制度や手続を考えるべきである。口頭弁論を経ないことを容認した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。ところが上告審の場合は、原則として再審事由に該当しない限り、その判断を是正することができない点が問題である。このような制度であるならば、口頭弁論を開いて当事者に手続関与の機会を与え、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。また手続に当事者を参加させることによって、当事者に裁判に対する責任を分担させるべきでないかと思う。要するに、裁判(判決)は口頭弁論を経ることによって、判断内容の正当性に関して当事者と責任を分担すべきである。⁽⁴²⁾

第四に、濱崎准教授は口頭弁論に代わる簡易な方法として審尋という方法を提案している。確かに、審尋によ

って当事者の意見や考えを聴くことはできる。しかし、口頭弁論は単に意見を聴取するための手続ではない。口頭弁論は対論であり、対論を通して裁判の内容を形成していく手続である。それゆえに、口頭弁論が裁判に必要であるし、裁判の正当性を担保するものである。⁽⁴³⁾ 審尋を積み重ねても、それは当事者の意見を知ることにはなっても裁判内容を担保するものにはならない。他の国の民事訴訟法が口頭弁論に固執するのは、このようなことが理由ではないかと思う。⁽⁴⁴⁾ もちろん、単に口頭弁論を開いただけでは意味がないから、対論を充実させるためには、場合によって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も必要である。いずれにしても、先ず口頭弁論を開くことが重要で、そのうえで対論が充実するように工夫すべきである。

第五に、形式説では訴訟遅延が生じると批判するが、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の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。口頭弁論を開かないことによって上告審の負担は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。口頭弁論を開かないことは、前述のようにそれ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、上告理由を認めないで原判決を破棄するような事例は、決して頻繁に起こるわけではない。数のうえでは少ないから、制度全体からみた場合にも、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。したがって口頭弁論を不要とするのではなく、口頭弁論手続を改良して手続の簡素化と効率化を考えるべきである。これが訴訟手続の王道である。

2 口頭弁論の内容

上告審において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。⁽⁴⁵⁾ そのため

には場合によっては口頭弁論の前に裁判所は自らの考えを当事者に説明して、当事者の意見を求めるべきである。その方法としては、例えば、期日外の釈明が考えられる（民訴法三二三条・二九七条による一四九条の準用⁽⁴⁶⁾）。あるいは民訴法三二三条・二九七条によって民事訴訟法第二編第三章第三節が規定する「争点及び証拠の準備手続」の利用も考えられる。あるいは事前に準備書面の提出（民訴法一六二条）を求めることも可能であると思う。さらには進行協議期日の利用も考えられる（民訴規則一八六条による九五条の準用）。

このような方法で上告審は口頭弁論の前に当事者の見解を聴くべきであるが、訴訟経済を強調するのであれば、次のような方法も考えられる。極端な意見とは思うが、当事者の意見は考慮に値するものではないと考えられる場合、口頭弁論を開かなくても当事者に異論がないと思われる場合は、当事者の意見を聴くために期日を設けてわざわざ口頭弁論期日を開く必要はない。この場合は、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⁽⁴⁷⁾。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と裁判所の間の文書の交換で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、当事者の意見を衡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。透明性の高い手続によって裁判の内容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。そうであるならば、形だけの口頭弁論を行うことになっても、それによって裁判内容の正当性を担保することが重要である⁽⁴⁸⁾。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⁽⁴⁹⁾。

このようなことから、従来の裁判例においても、③を除いて、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。③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。この場合は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⁽⁵⁰⁾。

3 その他の問題

ところで⑤は、上告審で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、⑤の訴訟終了宣言は通常の裁判と異なるから、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、三一九条と一四〇条との関係が問題になる。すなわち、上告審で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あるか、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。これらの問題については次のように考える（坂原・⑤一八五頁以下）。

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。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。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、一四〇条が適用されるからといって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なことである。一四〇条によ

る簡易迅速な処理ができなくなるが、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、三一九条は上告審手続の規定であるから、三一九条の適用を優先すべきである。

(40) 勅使川原教授は、カタルシス機能と表現する。そしてそれが認められる場合を詳細に分析される(⑥一三三頁)。しかし、あらゆる場合に口頭弁論が必要であると主張されるわけではない。教授は⑥について、「口頭弁論の必要性を仮に認めるにしてもそれこそ形式的な意味でしかなく、いずれにしても、結論は是認されよう。」と述べている(⑥一三三頁)。

(41) 安藤教授は⑦について、「口頭弁論を経る必要」の判断の妥当性をどのように確保するのか、疑問がないわけではない」と指摘する(⑦五七一頁)。河野教授は、「一見従来の見解によれば不適法な訴えとみうる場合でも、事件との関連でこのような伝統的な觀念自体を見直すことが求められている」から、「訴えの適法性について積極的に口頭弁論がなされることが必要な場合もありうる」として、安易に訴えを不適法と判断することがないようにと警告している(B二二三頁)。

(42) このような立場から、弁論主義の内容の理解を見直すべきであると主張したことがある(拙稿「弁論主義・試論」白川和雄先生古稀記念『民事紛争をめぐる法的諸問題』一四八頁以下(信山社、平一一)。そこにおいて弁論主義について、「判決内容形成関与権」として構成すべきであると提唱した。

そもそも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、一方的な判断内容の押しつけである。確かに当事者に保障されている手続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。そこで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。

もともとそうであるならば、口頭弁論を開かなくても当事者に書面を提出させれば済むから、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、そのようなことを義務付ける規定が民訴法や民訴規則にない

以上、裁判所に当事者の意見を聴くことを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。

ところで裁判所の専権事項である法的な判断に関して、山本教授は⑧の判例研究において次のように述べている。「特に上告審の場合は、それが当事者にとっては最後の攻撃防御の機会であり、法律問題についても十分な手続保障を図る必要があると思われる。本件のような場合（第一審でも民訴法一四〇条の適用対象となるような場合）は確かに同条との均衡上、口頭弁論を必要に開催するまでの必要はないと思われるが、裁判所は（必要があればむしろ自己の問題意識を明示しながら）積極的に口頭弁論を開く運用が望ましいのではなからうか」（⑧八頁）。さらに⑧における裁判所の対応については、次のようにも述べている。「裁判官の意見が大きく分かれるような事案について口頭弁論を開かないで最終判断がなされることにはやはり違和感を払拭できない。……職権調査事項だからといって当事者の意見を聴かなくても本当によいのであろうか。上告審における口頭弁論（法的討論）を活性化することが考えられてもよいように思われる。」（⑧八頁）。

（43） 対論の重要性について、伊東乾名誉教授は『対論方式』によれば、発言できる者が、発言を封じられることはないのです。ですから『対論方式』は個人の『尊厳』に相応しいと言わなければなりません。」と述べている（『法学の底の底 幸福論、友への手紙』一三二頁（慈学社、平一八））。

なおドイツ憲法一〇三条一項が規定する審問請求権は、裁判において国民に対して口頭弁論という形式を保障したものでないとい一般に解されている。しかし、それだからといって口頭弁論が軽視されてよいということにはならない。河野教授はロルフ・シュトルナー教授の論文について、「訴訟手続における審理について、口頭弁論のもつ公正さの観点、民事訴訟手続における当事者の地位、特にその人間としての尊厳などから口頭弁論の重要性を説く見解」として評価し、「従来、合目的性の観点のみから口頭弁論の意義を理解するのが一般であったが、これに反省を迫り、公開制との密接な関連のもとで公正な手続と口頭弁論の平等・対等な手続的性格を強調する意味で、これはきわめて重要な指摘であろう。」（B二〇九頁）と述べている。

（44） 例えば、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いいたい。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からである（民事訴訟法典現代語化研究会『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））。

ところで勅使川原教授はドイツの口頭弁論の省略に関する論争を詳論して、次のようにドイツの状況をまとめている。「賛否両論の応酬の末、口頭弁論の必要性を主張する側が立法的には支配した。口頭主義の後退は、一九五〇年のドイツ民訴法改正で、総則編……に、両当事者の同意により口頭弁論を省略できる規定が加えられ、これが上告審にも適用されるものとなった程度であった。不適法な上告についての口頭弁論の要否に関しては、上告理由書提出強制と相まって、一九〇五年に口頭弁論を経ないで決定を以て却下できる規定が設けられた。なお、我が国と異なり、第一審における不適法な訴えについて、口頭弁論を経ないで判決で却下できるとする我が国民訴法一四〇条のような規定は、現在に至るまでついに立法化をみていない。」（⑥一三二頁以下）。

なお勅使川原教授は、最近のドイツの上訴制度の改正に関して詳細な研究を発表された（勅使川原和彦『民事訴訟法理論と「時間」的価値』三八頁以下〔成文堂、平二二〕）。それによれば（二一〇頁以下、一一八頁以下）、上告審と口頭弁論に関しては、ドイツでは法の改正はなかったようである。

（45）私見は、裁判において口頭弁論という手続は不要であるというのであれば、立法によって具体的に規定すべきであるというものである。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。そうなると解釈論として、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。

（46）⑦においては、裁判長により期日外釈明がなされた。これによって当事者にとって手続が保障されたから、判決は不意打ちでなかったと主張されている（絹川・⑦曹時二六三九頁、同・⑦ジュリ九七頁）。しかし、期日外釈明がなされたとしても、当事者と裁判所がそれと回答とを確認したうえで、さらに意見を述べるためにも口頭弁論は開催すべきである。

(47) あるいは裁判所が原判決を破棄して訴訟の終了を宣言する場合や訴えを却下する場合に、当事者に異論がない場合は口頭弁論を開催しなくてもよいとも考えられる。口頭弁論とは当事者が口頭弁論において自らの意見を主張する権利を保障したものであるが、当事者は自らの権利を放棄する自由は有していると考えられるからである。

しかし、通説は認めない。すなわち、「法律上、口頭弁論が必要的であるときは、両当事者の合意により、口頭弁論を排して、書面審理による判決を求めることはできない（ドイツ民訴法二二八条二項は、これを許す）」（竹下守夫ほか編『注釈民事訴訟法(3)』八五頁〔竹下守夫〕〔有斐閣、平五〕）。なおドイツの状況について河野教授は、次のように述べている。「ドイツ民事訴訟法二二八条二項は、裁判所は当事者の合意があれば、訴訟状態に顕著な変更がある場合に撤回ができるという留保があるが、口頭弁論をなさずに判決することを承認している。……この場合には訴訟手続は、書面手続となる。口頭主義が今日放棄可能な原則であると考えられていること、またその瑕疵は責問せずに弁論することと治癒が可能だと考えられていることに基づく。」（B二一五頁）。

(48) 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。しかし法はこの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。

(49) 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がある点を指摘し、その考量の必要性を指摘している（②一三二頁）。さらに今後の問題として、次のように述べている。「上告審において、口頭弁論が当事者にとつ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。」（②一三二頁）

(50) ドイツの訴訟終了宣言の制度はドイツ民訴法九一条aが規定する双方的訴訟終了宣言と、法律に規定がない一方的訴訟終了宣言とから成り立っている。前者については、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(二)(二・完)本誌七九卷八号一頁以下、九号二七頁以下(平一八)が詳論している。後者については、拙稿「ドイツ民事訴訟法における一方的訴訟終了宣言について(二)(二)(三)(四・完)本誌八一巻七号一頁以下、八号一頁以下、九号一頁以下、一〇号二頁以下(平二〇)が詳論している。

五 おわりに

加藤修教授の立法者意思説に導かれて、民訴法三一九条の内容を考えてみた。立法者意思説は民主主義国家の法の解釈に相応しく、「国民主権という理念もそのように解して初めて実現される」(加藤・B三頁)からである。⁽⁵¹⁾しかし、過去の時代の立法者意思は、そのままでは現代に通用しないと思う。法が適用される社会状況が大いに異なっているからである。したがって法の解釈には、立法者の意思を忖度しその真意を解釈して、常に現代の問題状況に適合するように、法の目的や正義の理念によって立法者意思の内容に新たな活力と生命を与えることが必要である。その限りにおいて解釈者の主体性が問われることになる。⁽⁵²⁾さて本稿を締め括るに際して、私見をまとめるとともに(一)、口頭弁論の代替手続の問題点を指摘しておきたい(二)。

1 私見のまとめ

本稿での私見をまとめると、次のようになる。法の解釈は加藤教授と同様に、立法者意思説により行うべきである(一)。そこで民訴法三一九条についての立法者の意思を探索すると、立法者がこの規定に込めたものは、上告審は上告棄却以外の裁判は口頭弁論を開いて行うということが分かる。なぜならば、当初は上告審の審理は書面審理で行うとしていたのを、上告棄却の場合に限定したからである。そしてそのような修正がなされたのは、

当初の案に対して委員会の審議において、委員から次のような問題が提起されたからである。上告人の提出した書面だけで判断すると、被上告人の利益は考慮されなくなるし、書面だけで簡単に上告審が判断できる場合と、そうでない場合の区別は、実際は曖昧である（二）。

立法者のこのような見解は、上告審が口頭弁論を必要としない裁判を形式的に把握するので、形式説と表記することができる。立法者意思によれば、三一九条は形式説によって解釈すべきである。しかし、立法者意思説を採用しなくても、形式説が妥当することを検証する必要がある。単に解釈方法論だけで議論すると、不毛な議論になる可能性が高いからである。それを避けるためには同じ土俵で議論することが必要であり、立法者意思である形式説それ自体の合理性と妥当性を論証する必要がある。そのためには形式説とそれ以外の説のそれぞれの問題点を比較したうえで、総合的に判断して、いずれが妥当な見解であるかの結論を得ることである。そこで先ず形式説を説いている学説を見てみると、その説く内容や根拠は必ずしも明快ではない。しかし、そのような問題点はあるが、それが形式説の致命的な欠点ということではない（三一）。

それでは判例・通説は上告審の裁判と口頭弁論との関係をどのように考えているのかというと、それは形式説ではない。判例・通説は上告審が口頭弁論を経ることなく判決ができるのは口頭弁論を開いても無意味な場合であり、それを実質的に考察して判断しようとする。いかなる基準を設定するかで論者によって異なるが、問題を実質的に考察して解決しようとするので、この説を実質説と表記することができる。判例・通説はこのように実質説であるが、実質説は例外的な規定（民訴法一四〇条・三一九条）を拡張し一般化するものであり、原則規定（民訴法八九条）を軽視する点で問題がある。また実質的な基準設定は可能であるにしても、抽象的な基準では有用性の点で疑問が残る。さらに訴訟経済を重視して単に口頭弁論が開かれるだけでは無駄であると考えるが、口頭弁論が持っている機能は訴訟経済だけでは割り切れないものがある（三二）。

形式説には次のような問題がある。口頭弁論を開いても裁判の内容に影響を与えることができないのであれば、裁判所にとつても当事者にとつても時間の無駄であり、形だけの口頭弁論は無意味である。しかし、口頭弁論が有用であるか否かは当事者が決めることである。当事者が手続保障を得たか否かは簡単に判断できることでもない。裁判所の判断に当事者が参加して、裁判内容に対しても、当事者は裁判所とともに責任を分担すべきである。口頭弁論を経たからといって当該訴訟において訴訟遅延が問題になるとは思えないし、上告審の大部分が上告棄却である現状を考えると、口頭弁論を開くことによって司法制度として問題になるとは思えない。比較法的にも、口頭弁論を重視する国が多い。訴訟経済を重視するのであれば、口頭弁論手続の簡易化を考えるべきである。対論構造である口頭弁論は、審尋手続の積み重ねで代替できない(四)。

2 期日外釈明の問題点

口頭弁論は他の方法によって代替することができるのであろうか。この設問に対して肯定するならば、口頭弁論を経ないで判決をしても問題はないことになる。具体的な事案として⑦を取り上げて、代替手続の当否を考えてみよう。⑦は口頭弁論を開かなかったことについて手続的に問題はないとしているが、当事者の手続保障や不意打ちという観点での批判が少なくないからである。⁽³³⁾

この点に関しては、絹川調査官は次のように反論する。「第三小法廷は、裁判長において、本判決に先立ち、双方に対して、Xの訴訟追行が代表権のある者によってなされたといえるか否かについて、上告理由書の提出期間に匹敵する五〇日弱の準備期間を設けて、更に追加すべき意見がある場合には提出するよう、期日外釈明の手続(民訴法二四九条一項、民訴規則六三条一項)を執っているところ、双方とも、これを受けて回答書等を提出しているから、本判決については、口頭弁論を経なかったとしても、不意打ち的にされたものということ

はできないであろう。念のため付言しておく。」(⑦曹時二六三九頁、同趣旨は⑦ジュリ九七頁)。さらに「上告理由書提出期限後の上告理由補充書兼反論書やこれに対する反論の書面においても、実質的な議論は既に相当程度なされているところでもある。」と述べている(⑦曹時二六四一頁注(17))。

このような代替手続に関しては、古田教授は基本的には賛成している。「新聞報道によれば、最高裁は、本件最高裁判決に先立って、平成一九年一月、……当事者双方に意見を求めたとのことであり、最高裁が何ら当事者の意見を聞かなかったわけではない……。したがって、上告審が中断事由の存在を確認して原判決を破棄する場合には、書面・審尋その他の裁判所が適当と考える方法で当事者の意見を聞けば足り、あえて口頭弁論において当事者の意見を聞く必要性はない。したがって、最高裁が口頭弁論を開かなかったこと自体は不当ではないと言える(ただし、最高裁の意見照会の内容が新聞報道の通りだったとすると、その照会事項と本件最高裁判決の判示事項とは必ずしも噛み合っておらず、照会内容の適切性は別途問題となり得る。)」(⑦四一頁以下)。

しかし、⑦事件における期日外釈明という代替手続には疑問がある。この事件の事件番号が昭和六二年(オ)第六八五号であることと、原判決が大阪高裁昭和六二年二月二六日判決であることを考えるからである。このことは、⑦の上告審における審理は異常なものがある。期日外釈明に関しては、次のように実施されたようである(小田・⑦七七頁以下)。平成三年一月二日に「再反論書」が提出されたのを最後に一五年余りが経過したが、平成一九年一月二二日に、突然、裁判長より期日外釈明がなされた。回答期限は三月九日であった。被告側は提出期限の三カ月延期を求めたが、裁判所はこれを拒否して、三月二七日に判決をした。一五年の間放置されていた事件に対して、通常の事件処理の期間を基準にして回答期限を決めたのは、回答期限があまりにも短いように思う。なぜならば、回答を求められた当事者は他の仕事をしていると思うので、いきなりこの事件だけに専念できるとは思えないからである。さらに一五年の歳月が経ったことを考えると、事件をとりまく法律状況は大いに

変化していることも容易に想像できるからである。事件を一五年以上も放置した裁判所が、被上告人側の延期願いを認めなかったのは不当のように思えるし、急いで判決をする理由も分らない。担当裁判長は裁判官として、「絶えず、『何故そうなのか』を問いつつ、そうした結論になった理由をできるだけわかりやすく説明するように心がけながら、裁判に臨みたい」と思っておられるようであるが（最高裁のホームページ参照）、残念なことに⑦の判断内容にしても訴訟指揮に関しても、被上告人側は大いに不満を持っているようである（小田・⑦七七頁以下）。したがって、被上告人側の立場に立てば、「不意打ち的にされたものということではできないであろう」とか、「実質的な議論は既に相当程度なされているところでもある」とは言えないのではないかと思う。確かに当事者の手続保障という観点から見ると、絹川調査官の説明はもつともなように思える。しかし、それは通常な経過をたどった上告事件の場合に言えることであって、⑦事件のような場合には該当しないように思う。それは判断を形成してしまった裁判官の立場であって、当事者を納得させるという手続的な配慮は不十分であったように思える。被上告人側が⑦に対して批判を展開しているが（小田・⑦七八頁以下）、当然のように思う。そもそも事件がこのような経過をたどった以上は、審理を再開する場合は一度、口頭弁論を開いて当事者の意見を聴くべきであった。ところで期日外釈明に関して、次のような疑問がある。⑦で期日外釈明をしなかった場合、上告審の手続に問題は生じたのか。急に裁判所が期日外釈明をせざるをえなくなったのは、そうしないと手続的に問題を感じたからか。そうであるならば、その釈明は裁量ではなくて義務的なものであったのか。期日外釈明をすれば、当事者の手続は保障されたり、不意打ちにならないといえるのか。そもそも期日外釈明は口頭弁論を開いて釈明する必要はないことであって、後で口頭弁論を開く必要があるのではないか。口頭弁論において当事者と裁判所は一同に会して釈明の内容等を確認し、裁判所の釈明とそれに対する相手方の回答について当事者は意見を述べるべきではないか。そうでなければ、釈明が適切に行われたか分からないのではないか。期日外釈明は平成八年の民事

訴訟法によって新たに認められた制度である。それまで認められなかったのは、訴訟審理の衡平さという点で手続の透明性に欠けると考えられていたからではないか。そこで導入に際して相手方への配慮が規定されたが（民法一四九条四項）、立法趣旨を徹底させるためには、口頭弁論を開いて釈明事項に関して当事者に対論する機会を与える必要があるのではないか。

このように、⑦の期日外釈明という方法には多くの疑問を感じざるをえない。このことは、期日外釈明は運用を誤ると、場合によっては、裁判に対する不信感を増大させる危険性を胚胎していることを示している。今日のように価値観の多様化の時代にあつては、裁判内容の正当性は当事者が自らの権利として裁判の手続と内容の両方に参加することによって獲得すべきであり、それは口頭弁論を開くことで達成できるのではないかと思う。口頭弁論の代用手続は実質的に当事者に手続を保障すればよいことであるが、そのような一般論的命題は正しくても、運用の基準は裁判官の裁量に依存していることから、個別具体的な運営において、裁判官によっては判断が異なる可能性がある点で問題である。ここに実質論の危険性を見ることが出来る。実質論では統一的な基準を設定することは困難であるし、具体的な場面では基準の適用をめぐる争いが生じる可能性が多い。例えば通説が弁論主義違反を不意打ちか否かで判断しないのも、既判力の基準時後に取消権行使を認めないのも、実質論の危うさが理由ではないかと思う。このように考えると、愚直にも常に口頭弁論を開いて当事者権を保護する方が、個々に慎重な判断で口頭弁論を開くか否かを決めるよりも合理的である。さらに口頭弁論を必要としない判決を広く認めることによって危惧されることは、それが当事者権の縮小につながることである。それは官から民へという時代の流れに逆行する。社会が成熟した段階においては裁判も当事者が主導する形でなされるべきであり、裁判所は前から一歩後退すべきである。裁判はあくまでも口頭弁論において裁判所と当事者とが対論することによって形成されるべきであり、そのようなことによって判断の正当性を担保すべきである。

(51) 政治学者である根岸毅名誉教授は法解釈について、立法者意思説の正当性を次のように述べている。「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ぬ。……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説明する形で行なわれる場合にのみ実現される。」(B二八頁)。

(52) 伊東名誉教授は立法者意思説ではなく、法解釈において解釈者の主観を重視する見解を主張される(伊東・前掲注43(一八〇頁以下))。しかし、単に立法者意思を軽視しているのではない。立法者意思は解釈者の主體的な判断によつて初めて意味を持つてくると主張される。「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せん。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、最後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ものではありません。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」。なお教授はこのような視点に立つて、実定法は暫定法であつて真正法規範ではないとの見解を展開される(一七三頁以下)。

ところで法の解釈における立法者意思説をめぐつて展開された故・津田利治名誉教授と伊東名誉教授との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。

(53) 職権探知事項だけを理由にして口頭弁論を開かないことについて疑念を述べている文献については、前注(37)で述べた。なお職権探知事項ではなく裁判所の法的判断に関するものではあるが、裁判所の専権事項であるという共通点に注目すれば、前注(42)において引用した⑧事件についての山本教授の見解も同様な主張である。

本稿研究については、平成二二年度の「慶應義塾学事振興資金」による研究補助を受けた。資金の運営に関係した方々に謝意を表する。