

〔民集未登載最高裁判事例研究 五八〕

合議体の裁判官の一名が代わったが従前の口頭弁論の結果が陳述されないままされた原判決に民法三二二条二項一号に規定する事由が存在するとされた事例

年金額減額処分取消等請求事件

令和七年七月二〇日最高裁第一小法廷判決（令和七年（行ツ）第一二五号）（裁判所時報一八六七号四頁）

〔事 実〕

本件に関する本案は、国民年金法上の老齢基礎年金並びに厚生年金保険法上の老齢厚生年金及び遺族厚生年金の受給者であるXらが、年金の額を減額する旨を定めた平成二四年改正法は、憲法一三条、二五条及び二九条、社会権規約（社会的、経済的および文化的権利に関する国際規約）並びにILO一〇二号条約（社会保障の最低基準に関する条約）に違反しており、いずれも無効であるから、平成二四年改正法及び平成二五年政令に基づいて厚生労働大臣（Y）がしたXらの年金額を減額する旨の改定処分は違法であるなどと主張して、同処分の取消しを求めるとともに、同処分をしたY（国の職員）の行為により損害を被ったとして、国家賠償法一条一項

に基づき慰謝料の支払いを求めた事案である。

一審（東京地判令和四年七月二七日・判例集未登載・LEXDB文献番号25607065）は、Xらの処分の取消しを求める部分を却下し、その他の請求を棄却した。これに対して、Xらが控訴。原審（東京高裁令和六年六月六日・判例集未登載）の詳細は、判旨も含め不明であるが、原審判決に対して上告がなされたのが本件である。

〔判 旨〕

破棄差戻し

「職権をもって調査すると、記録によれば、原審の第一回及び第二回口頭弁論期日において控訴状の陳述その他の実質

的弁論がされた上、第三回口頭弁論期日において合議体の裁判官の一名が代わったが、従前の口頭弁論の結果が陳述されないまま、第四回口頭弁論期日において弁論が終結され、上記の交代後の裁判官によって原判決がされた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(最高裁昭和三三年一月四日第三小法廷判決・民集一二卷一五号三二四七頁及び最高裁昭和四三年一月二六日第三小法廷判決・裁判集民事九三号四九一頁参照)。

なお、上告裁判所は、上記のような理由により原判決を破棄する場合には、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(最高裁平成一九年一月一六日第三小法廷判決・裁判集民事二二三号一頁参照)。」

〔評 釈〕

結論に賛成するが判旨に疑問が残る

一 本判決の意義

本判決で問題となったのは、次の二点である。一つは、

裁判官の交代があったにもかかわらず民訴法二四九条二項に定める「従前の弁論の結果の陳述」がなかったことにより、同条一項に定める「基本たる口頭弁論」に関与した裁判官による判決がなされなかった違反があり、同違反は、民訴法三一二条二項一号に定める「法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと」に該当するか、という点である。もう一つは、上告審が、原判決を破棄する場合に、必ず口頭弁論を開かなければならないか、という点である。本判決中に引用されているように、これら二つの問題ともすでに最高裁の見解は示され判例理論としては確立されており、それゆえ本判決は従来の見解に従ったものでしかない。

しかしながら、後述するように前者の問題については、学説より有力な批判が展開されているだけでなく、民訴法二四九条一項および二項に関する判例・通説の解釈には曖昧な部分が存在する。また、後者の問題についても、最高裁が原判決を破棄するに際して口頭弁論を開く必要がないと判断した事案が多く存在し、原判決を破棄するに際して口頭弁論を開かないことについて、学説から個別の事案に関してあるいは総括的見地から複数の批判が示されている。これら二つの問題に対する学説からの批判が踏まえて、あらためて従来の判例を詳細に検討すると、後述するよう

に本判決は先例として新たな判断を示したものではないが、事案としては従来の先例になかったものである。その意味では、事例判断として新たな先例としての意義があると考えられる。

以下では、前者の問題、後者の問題の順に従来の判例、学説を検討した上で、本判決の批評を行うとともに若干の考察を試みることにする。⁽¹⁾

二 弁論の更新と直接主義違反

1 判例・通説の見解

まず、判例・通説が、弁論の更新と直接主義違反についてどのように解しているのかを概観する。直接主義とは、事実認定のための弁論の聴取や証拠の取り調べを受訴裁判所の裁判官自身が行う原則であり、他の者が審理した結果に基づいて裁判官が事実認定を行う間接主義と対立するものとされる。⁽²⁾そして、民訴法二四九条一項は「判決は、その基本たる口頭弁論に關与した裁判官がする。」と定め、直接主義を示す規定であるとされる。⁽³⁾この規定に反し「基本たる口頭弁論」に關与していなかった裁判官が判決をすることがあれば、それは直接主義違反であり、民訴法三一二条二項一号に定める「法律に従って判決裁判所を構成し

なかったこと」に該当すると解されている。⁽⁴⁾

さて、最初の口頭弁論から判決の内容の確定に至るまで、受訴裁判所の構成に変更がなければ、直接主義の要請を満たしており、特に問題とされることはない。しかしながら、受訴裁判所の裁判官が、転任・退職・病気等により交代せざるを得ない場合が生じることは避けられない。⁽⁵⁾このような場合に、直接主義を厳格に適用すると、従前の訴訟手続をすべて最初からやり直すことになるが、それでは訴訟経済に反し、また当事者にとっても迷惑になる。加えて、従前にされた口頭弁論や証拠調べの効力を失わせる理由もない。そこで、民訴法二四九条二項は、裁判官が審理途中で交代した場合であっても、最初から手続を全部やり直すのではなく、「従前の口頭弁論の結果を」当事者に陳述させることで、審理のやり直しを必要とせず、形式的にはあるものの直接主義を維持することとしている。⁽⁶⁾これを「弁論の更新」と呼んでいる。⁽⁷⁾

以上のように、直接主義を示し、かつ形式的にせよそれを維持する規定が置かれているが、裁判官の交代により受訴裁判所の構成が変更されたにもかかわらず、当事者が「従前の口頭弁論の結果」を陳述していない、すなわち「弁論の更新」を懈怠する状況が発生する。そこで問題と

なるのが、「弁論の更新」を懈怠した状況で判決がなされた場合の取扱いである。

判例・通説の見解は、交代後の裁判官は従前の口頭弁論に関与していないことになるから、当該裁判官が判決をした場合は、「基本たる口頭弁論」に関与しなかった裁判官による判決として民訴法二四九条一項に違反すると解している。⁽⁸⁾その上で、民訴法三一二条二項一号に定める「法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと」とは、基本として裁判所法の定めに従って判決裁判所を構成しなかった場合がこれに該当するが、それに加えて民訴法二四九条一項にいう「基本たる口頭弁論」に関与した裁判官によって判決がなされなかった場合も該当すると解している。⁽¹⁰⁾

2 判例・通説への批判と有力説

(1) 批判の根拠

このような判例・通説の見解に対しては、旧民訴法⁽¹¹⁾の頃より学説から批判がなされている。その批判の根拠としてあげられているのが、次の二点である。第一に、「弁論の更新」の実態（実務）が、「従前の口頭弁論の結果を陳述する」と当事者が述べる形式、あるいは「従前の通り口頭弁論の結果を陳述しますか」という裁判長（裁判官）の問

いかけに対して「しかるべく」あるいは「そう願います」と当事者が応える形式でなされるだけであり、実質的には直接主義を放棄した制度であって、これを怠ると絶対的上告理由・再審事由とすることが不当に重い結果であることや、本来の民訴法二四九条一項違反との権衡を失するという点である。⁽¹²⁾第二に、敗訴当事者が「弁論の更新」の懈怠を口頭弁論調書で探し、これを奇貨として上告を行い、原判決を破棄させる行為がなされており、訴訟の引き延ばし手段として利用されているという点である。⁽¹³⁾

そして、このような二つの根拠を前提として、「弁論の更新」の懈怠を理由とする原判決の破棄差戻しを回避すべく、絶対的上告理由に該当するが破棄差戻しの対象とならない、あるいはそもそも絶対的上告理由に該当しないと見る見解が主張されることとなった。

(2) 有力説の主張

まず、「弁論の更新」を懈怠した場合は責問権放棄の対象となるとする見解⁽¹⁴⁾（責問権放棄説）がある。この見解は、従前の結果の陳述は、法律の規定上不可欠であるが、その欠缺は責問権の放棄によって治癒しうるものであり、裁判官の交代があったにもかかわらず、当事者が自ら訴訟の結果を陳述せず、そのまま弁論を続行するような場合は責問

権を放棄したものの（民訴九〇条）として扱うと主張する。

民訴法二四九条二項が、当事者の義務として規定されていることから考えると、責問権の放棄対象になるように見える。しかしながら、判例・通説は、直接主義は強行規定（公益規定）であり、民訴法二四九条一項違反について責問権の放棄対象とはならない、と解しており、この見解を否定する立場である。¹⁵⁾

次に、民訴法二四九条一項違反と同条二項違反を分けて考え、「弁論の更新」を懈怠した場合は後者の場合であり、これは弁論主義違反になると解する見解（弁論主義違反説）がある。この見解は、民訴法二四九条二項が要請しているのは、交代した新裁判官に対して、当事者が従前の口頭弁論の結果を陳述すること、すなわち訴訟資料および証拠資料を提供することであって、それは弁論主義に基づくものであるとする。それゆえ、「弁論の更新」を懈怠した場合は弁論主義違反であり、絶対的上告理由や再審事由に該当しないと主張する。¹⁷⁾「弁論の更新」の懈怠を直接主義違反から切り離れた点が評価されているが、訴訟資料の提出は、裁判官の交代によって当然になかったことにはならないし、交代前になされた自白も交代後もそのまま効力が持続する、すなわち「弁論の更新」の有無に左右されるも

のではない、という点で、民訴法二四九条二項が弁論主義の実現を要請する規定ではない、と批判される。¹⁹⁾

また、「弁論の更新」に関する規定（民訴二四九条二項、旧民訴一八七条二項）が立法された時点（大正一五年民訴法改正）まで遡り、それ以前の判例・学説の解釈、立法時の議論などを総合的に考察した結果、民訴法二四九条一項に定める「基本となる口頭弁論」を判決に最も近い「最終口頭弁論」の意味であると解し、審理の途中で裁判官が交代し「弁論の更新」が懈怠されたとしても何ら法令に反するものではないと解する見解（最終口頭弁論限定説）がある。確かに、わが国で最初に制定された民事訴訟法には、

「弁論の更新」に該当する規定（民訴二四九条二項、旧民訴一八九条二項）は存在しておらず、大正一五年改正で初めて定められたものであり、その理由もこの見解が指摘するように、実務でなされていた運用を立法化しただけである²⁰⁾。しかも、大正一五年改正前の大審院は、「基本たる口頭弁論」を「判決に接した、すなわち最終口頭弁論」期日のみと解していたことも明らかである。²²⁾

なお、近時は、直接主義の形骸化を指摘し、「弁論の更新」の懈怠によって絶対的上告理由・再審事由に該当するという不当に重い効果をもたらしていると批判するととも

に、民訴法二四九条一項の定める「基本たる口頭弁論」を大審院判例に従い「最終口頭弁論」と解した上で、訴訟の途中で裁判官が交代した場合は同条二項の定める「弁論の更新」の有無に関する問題として捉え、「弁論の更新」の懈怠は、それが訴訟に付加する手続に過ぎない、あるいは交代後の裁判官に意見を表明する機会の保障であつて絶対的上告理由・再審事由に該当しないと解する見解（上告理由・再審事由由非該当説）も主張されている。²³ これら両説については、以下の考察でその問題を検討する。

3 考察

(1) 検討の前提として

直接主義違反が問題となる事案においては、口頭弁論調書に記載されている裁判官と判決の署名押印した裁判官を比較して検証することが常である。その場合、次の二つの点を前提としている。まず、判決裁判官が署名押印できない場合にはその旨を判決書に記載することになっている（民訴規一五五条二項、旧民訴一九一条三項）ことから、判例は、判決原本に裁判官の署名押印（捺印）がある場合反証がない限り、その裁判官によって作成されたものと解している。⁽²⁴⁾次に、口頭弁論の方式に関する規定の遵守につ

いは、口頭弁論調書により証明されることと定められている（民訴一六〇条四項）。それゆえ、直接主義違反を審理するに際しては、口頭弁論調書と判決書を資料として書面審理を行うことになる。

（２）考察の視点

本判決を検討するために、考察の視点として次の二つを挙げる。一つは、「弁論の更新」の懈怠という問題と直接主義違反を考えるためには、民訴法二四九条一項にいう「基本たる口頭弁論」が何か、という点を明らかにする必要がある。もう一つは、本判決から大審院まで遡ると直接主義違反として原判決を破棄した大審院・最高裁判例は数多く見られ、それら事案における弁論の進行と判旨の内容を詳細に分析することで、各判例における直接主義違反を類型化することができる。旧民訴法以来の判例・学説を分析すると、この二つの視点が、旧法以来続く「弁論の更新」の懈怠による直接主義違反という問題の検討および本判決の考察に有益であると考ええる。

①「基本たる口頭弁論」の意味

大審院の頃より「基本たる口頭弁論」の解釈について学説は、二つの見解に分かれていた。一つは、判決に接する口頭弁論、すなわち最終口頭弁論のことを指すと解す

る見解⁽²⁵⁾であり、もう一つは、最初の口頭弁論から最終口頭弁論までのすべてを指すと解する見解⁽²⁶⁾である。後述する大審院判例の影響や大正一五年改正の影響も考慮しなければならぬが、前者の見解が多数説であるといえる。ところで、大正一五年改正後、より限定すれば昭和二三年一部改正、および現行法への改正後で見ると、多くの基本書でこの点は明確に述べられていない。コンメンタールの記述によると、現行法下でも、民訴法二四九条一項にいう「基本たる口頭弁論」は、最終口頭弁論を指すと明示する見解が多く、最初の口頭弁論から最終口頭弁論までのすべてを指すと明示する見解は少数である⁽²⁷⁾。これらを見ると、最初に述べた判例・通説の見解とされるものは、民訴法二四九条一項にいう「基本たる口頭弁論」が何を指し、「弁論の更新」を懈怠したことにより、なぜ「基本たる口頭弁論」に關与していないことになるのか、という点について、明確な解釈を示していない状況にある。

このような学説の状況に対して、大審院は、明治三三年判決等において「基本となる口頭弁論」とは判決に接する口頭弁論、すなわち最終口頭弁論であると明言している。しかし、大正一五年改正により、民訴法二四九条二項（旧民訴一八九条二項）の「弁論の更新」に関する規定が制定

されたことから、そのような大審院の理解がそのまま妥当するのかわかについて疑問が示されている⁽²⁸⁾。その疑問を表すように、大正一五年改正後の直接主義違反の大審院判例を見ると、この解釈のリーディングケースたる明治三三年判決等を引用したのを見ることはできなかったが、裁判官の交代（更迭）後に従前の弁論の結果を陳述していないと認定し、「基本たる口頭弁論」に關与していない裁判官による判決として違法であると述べ、原判決を破棄し差し戻した⁽³⁰⁾ものや、判決書に署名捺印した裁判官と口頭弁論調書の最終口頭弁論時の裁判体の構成裁判官を比較して、それが異なると認定した上で、基本たる口頭弁論に臨席していない判事によってなされた判決として違法であると述べ、原判決を破棄し差し戻した⁽³¹⁾ものもある。

最高裁になってからの判例を見るとその傾向は特に変わらず、「基本たる口頭弁論」が何かを明確に述べたものは見られず、また明治三三年判決等を引用するものも見られなかった。ただし、事案における口頭弁論の進行と判旨の内容を詳細に分析すると、いくつかの類型に分けることが可能であった。そこで、以下では、判例の類型化を試みることをとする。

② 事案の類型化

直接主義違反が問題となった判例について、大審院（明治三三年判決等）から本判決までの各事案を分析すると、大きく次の四つの類型に分けることができる。第一に、本件と同様、同一審級内での審理の途中で裁判官が交代した場合である（Ⅰ型）⁽³²⁾。この類型は、口頭弁論調書に記載された最終口頭弁論の裁判官と判決書の裁判官は一致していることから、上級審（大審院・最高裁）が当事者による上告理由で裁判官の交代の事実と弁論の更新の懈怠を指摘されている、あるいは職権で口頭弁論調書をチェックし、弁論の更新の懈怠を発見していると思われる。

第二に、最終口頭弁論終結後に裁判官の交代があった場合である（Ⅱ型）⁽³³⁾。この場合、交代した裁判官が判決の言渡しのみに関わるのであれば特に問題はない⁽³⁴⁾。しかしながら、この類型は、口頭弁論調書に記載された最終口頭弁論の裁判官と判決書の裁判官は一致していないため、明らかに民訴法二四九条一項に定める「基本たる口頭弁論」に関与していない裁判官による判決となる。

第三に、控訴審における第一審口頭弁論の結果（民訴二九六条二項）を陳述しなかった場合である（Ⅲ型）⁽³⁵⁾。「弁論の更新」の懈怠という意味では、これも直接主義違反とし

て問題となり、事件数として多くはないものの、控訴審の口頭弁論調書の記載に、第一審の口頭弁論の結果を陳述した旨の記載がない場合が該当する。

そして、第四として、口頭弁論調書の改ざんとみなされる場合がある（Ⅳ型）⁽³⁶⁾。この類型は他の類型と異なり違法性の実質が単なる手続ミスに留まらない。裁判所書記官による口頭弁論調書の更正（民訴一六〇条の二）であれば特に問題はないが、当事者からの指摘および反証によって、更正とはいえないとして改ざんとみなされている事案である。

（3）本判決の検討と考察

以上を踏まえて本判決を検討すると、従来の判例に従った判旨ではあるものの、その内容については、従前の最高裁が検討しなかった民訴法二四九条一項の条文解釈のあいまいさが残るものであると考える。Ⅱ型の事案であれば、口頭弁論調書に記載されている裁判官と判決書の裁判官が異なることから、直ちに民訴法二四九条一項違反を導くことができる。ここでは、「基本たる口頭弁論」が何を指しているのか、という解釈上の問題は影響せず、また「弁論の更新」の懈怠についても取り上げる必要がないからである。これに対して、Ⅰ型の事案の場合、学説で主張

されているように、「弁論の更新」を懈怠したことは、民訴法二四九条二項違反となるのか、それとも二四九条一項違反となるのか、という点をまず検討する必要がある。少なくとも大正一五年改正以降の判例で民訴法二四九条二項違反を述べるものは存在しなかった。したがって、民訴法二四九条一項違反として直接主義違反を導くことになるが、「弁論の更新」を懈怠したことが、どのような論理で民訴法二四九条一項違反に繋がるのかを明らかにする必要がある。そのためには、まず「その基本たる口頭弁論」が何を指しているのか、そして民訴法二四九条二項が定める「弁論の更新」は、同条一項との関係でどのような役割を果たしているのかを明らかにする必要がある。これらの点について、判例が言及しているものをみることができなかった。本判決もこれらの点に言及していないことは明らかである。少なくとも、有力な学説が述べるように「その基本たる口頭弁論」を最終口頭弁論と見なし、民訴法二四九条二項違反を直接主義と分ける見解の方が、論理としては確立できていると思われる。

しかしながら、私見としては、有力な学説が述べる民訴法二四九条一項違反と二項違反を分けることには賛成したい。そもそも、民訴法二四九条二項は裁判所に課された

義務ではなく、当事者に課された義務であるが、従前の弁論において訴訟資料になったものが、裁判官の交代により当然に失効するものではないことを考えると、すでに訴訟資料になったものを報告する行為であると考える⁽³⁷⁾。それゆえ、「弁論の更新」を懈怠した責任は当事者にあるが、それを公益性の強い問題として原判決を破棄するのはバランスを欠いた措置である、と評価されるのも当然である。他方で、直接主義がわが国の民事訴訟手続において重要な原理原則であることを否定することはできないとともに、審理の途中における裁判官の交代を皆無にすることも不可能を強いることになる。これらを合わせ考えると、「弁論の更新」による直接主義の補完機能というものが民訴法二四九条二項の制度趣旨であり、それを前提とすると、民訴法二四九条一項と二項を分離してそれぞれの違反を考える見解には賛同しがたく、同条二項は同条一項を補完する存在として、一体として把握すべきものであると考える。それゆえ、「弁論の更新」の懈怠は、民訴法二四九条二項による補完を欠いた同条一項違反と考えるべきことになる。

では、民訴法二四九条一項が定める「基本となる口頭弁論」とは何を指すのか。「弁論の更新」が直接主義の補完機能を担っていることを前提とすると、その帰結は最初の

口頭弁論から最終口頭弁論のすべてを指す、ということになる。と考える。少なくとも「判決に接した最終口頭弁論のみ」と解するのであれば、I型の類型のように、口頭弁論調書における最終口頭弁論の裁判官と判決書の裁判官が一致している場合には、「弁論の更新」による補完はその必要性を欠くからである。⁽³⁹⁾

したがって、本判決およびそれが引用する従来の判例は、その理由に不備が多くあり疑問ではあるが、「弁論の更新」を懈怠したことが民訴法二四九条一項に違反し、それが同一三一二条二項一号に該当するとした結論については賛成するものである。なお、付言するが、立法としての「弁論の更新」について、根本的問題があると考ええる。現在の実務において、その懈怠により直接主義が補完されなくなる事態につながり、絶対的上告理由に該当する状況を踏まえる、当事者の義務ではなく、それは裁判所の義務であるべきと考える。また、従来の弁論において訴訟資料になったものが、裁判官の交代により当然に失効せず、「弁論の更新」は報告行為であると解されること、および実務においても交代した裁判官の主導により弁論の更新が行われていることも踏まえると、裁判所の義務とする方が、直接主義を補完する制度として首尾一貫していると考ええる。

三 最高裁（上告審）による原判決破棄と口頭弁論の要否

1 上告審と口頭弁論

判決は、本来、口頭弁論を経た上で言い渡すのが原則である（民訴八七条二項）。しかしながら、上告審は法律審であり事後審であることから、上告状、上告理由書、答弁書その他の書類を審理することにより、上告理由がないと判明することがある。このような場合には、あえて口頭弁論を開く必要はなく、訴訟経済ないし上告審の負担軽減の観点から例外的に口頭弁論を経ないで上告を棄却することが認められている（民訴三一九条）⁽⁴⁰⁾。その反対解釈として、上告に理由があり原判決を破棄する場合には、口頭弁論を開く必要があるとするのが一般的な解釈であった。⁽⁴¹⁾

ところが、原判決を破棄する場合に、例外的に口頭弁論を開く必要がない旨を判示した①最三小判平成一四年一月一七日判時一八一二号七六頁⁽⁴²⁾（以下「平成一四年判決」という）が登場し、それに続くかのように口頭弁論を開かないで原判決を破棄する判例が複数登場している。

2 平成一四年判決の理論とその後の判例

そもそも民訴法一四〇条は、第一審について、訴えが不適法でその不備を補正できない場合、口頭弁論を経ないで、

訴えを却下することができると定めており、この規定は上告審にも準用されている（民訴三一三条、二九七条）。それゆえ、上告審においても、口頭弁論を経ないで訴えを却下する判決をすることはできることになる。

平成一四年判決は、原判決が棄却した請求に係る訴えが不適法でその不備を補正できないものである場合に、「これらの規定の趣旨に照らせば、このような場合について、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」と判示した。平成一四年判決の評釈でも、上告審において口頭弁論を開かないことは例外的な場合に限るべきであるとする慎重論も示されていた。⁽⁴³⁾

しかし、その後、最高裁は口頭弁論を開かない対象事案を拡大することになる。⁽⁴⁴⁾②最一小判平成一五年一二月四日判時一八四八号六六頁は、訴えの利益が消滅したことを理由として口頭弁論を開かずに原判決を破棄して訴えを却下した。⁽⁴⁵⁾③最三小判平成一七年九月二七日判時一九一一号九六頁も、訴えの利益が消滅したことを理由として、口頭弁論を開かずに原判決を破棄し訴えを却下した。⁽⁴⁶⁾④最二小判平成一八年九月四日判時一九四八号八一頁は、上告審において当事者が死亡したことを理由として、口頭弁論を開か

ずに原判決を破棄し訴訟の終了を宣言した。⁽⁴⁸⁾⑤最三小判平成一九年一月一六日判時一九五九号二九頁は、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ことが民訴法三一三条二項一号に規定する事由にあたる⁽⁴⁹⁾として、口頭弁論を開かずに原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。本判決が引用している判例である。⑥最三小判平成一九年三月二七日民集六一巻二七号七一頁（光華寮訴訟⁽⁴⁹⁾）は、職権探知事項にあたる中断事由が存在することを確認して、口頭弁論を開かずに原判決を破棄、第一審判決を取消し、事件を第一審に差し戻した。⁽⁵⁰⁾⑦最三小判平成一九年五月二九日判時一九七八号七頁（横田基地訴訟⁽⁵⁰⁾）は、請求の一部について補正できない不備があるとして、口頭弁論を開かずに原判決を破棄し控訴棄却の自判をした。なお、この判決には、補足意見・反対意見が付されている。⁽⁵¹⁾⑧最三小判平成二二年三月一六日民集六四巻二四九八頁は、原審が固有必要的共同訴訟であるにもかかわらずそれを見落として矛盾する判決がされた場合に、口頭弁論を開くことなく原判決を破棄し、第一審判決の一部を取り消した上で自判した。⁽⁵²⁾⑨最一小判平成二八年一二月八日判時二三二五号三七頁（厚木基地訴訟⁽⁵²⁾）は、請求の一部について不適法でその不備を補正することができないことを理由に、

口頭弁論を開くことなく、原判決の一部を破棄した上で自判するとともに、当事者の数名について原審口頭弁論終結後または原判決言渡し後に死亡したことを理由として、口頭弁論を開くことなく原判決を破棄し訴訟の終了を宣言した。なお、この判決には補足意見が付されている。

3 学説

このような最高裁の対象事案の拡大に対しては、個別の事案に対する意見・批判はもとより、総合的な検討に基づく意見・批判が様々出されている。学説として集約できるものではないが、その方向性を踏まえると、次のように分けることができる。第一は、現行法の定めから無限定に口頭弁論を経ない原判決を破棄することはできないが、法律審である上告審の性格、最高裁判所の負担軽減を踏まえ、口頭弁論を開くことに意味のない場合や口頭弁論を開いても判断が変わる余地がない場合には、口頭弁論を経ることなく破棄判決できると解する立場である⁽⁵⁴⁾。この立場は、判例の方向性について肯定的といえる。

第二は、判例の方向性にやや否定的であり、裁判所の判断が変わる余地が明らかになく、当事者を害することもない場合という例外的な場合にのみ、口頭弁論を経ないで原

判決を破棄できるとする立場である⁽⁵⁵⁾。この立場は、法的見解が分かれる余地がある場合⁽⁶⁾や補足意見、反対意見が出された場合⁽⁷⁾には口頭弁論を経ない原判決の破棄に懐疑的である。

そして、第三は、判例の方向性を否定するものであり、上告審の手続において被上告人の手続保障を考慮すべきであり、口頭弁論を開かない原判決破棄は被上告人にとって不意打ちになると指摘して、あるいは民訴法三一九条および一四〇条の規定の趣旨は、申立て前の当事者の法的地位に変更をもたらすものではない点に正当化根拠があることから、原判決破棄はその正当化根拠を欠くことになる⁽⁵⁶⁾と指摘して、原判決を破棄する場合には口頭弁論を経るべきであると⁽⁵⁶⁾する立場である。

4 検討

(一) 前提として

本判決の検討の前提として、次の二点を挙げておく。一つは、民訴法三一二条二項一号に該当する同二四九条一項違反の事案は、前述したⅠ～Ⅳ型のすべてが対象となるものであるが、Ⅳ型のみは、検討の対象外とする。その理由は、調書改ざんなどの事実は上告人からの上告理由で主張

されないと、口頭弁論調書だけで判別できない事項であること、またこの類型は、様々な証拠等を検討しなければ真実を発見することが難しい場合も多いことを併せ考えると、Ⅳ型の事案は、口頭弁論を開いた上で原判決を破棄すべきである、という結論に最高裁も異論がないと考えるからである。

もう一つは、現在の判例実務の状況である。先行評釈でも指摘されているように、平成一四年判決以後に限定して調査をしても、民訴法二四九条一項に違反し同三一二条二項一号に該当する事由があるとして原判決を破棄したものをいくつも見るができる。定期的に生じる瑕疵かもしれないが、前述した類型で分けると本判決以外はすべてⅡ型に該当する。その意味では、本判決はⅠ型に該当する事案において、口頭弁論を開くことなく原判決を破棄した初めての最高裁判決であると評価できる。

(2) 考察

原判決を破棄する場合に口頭弁論を経るべきことは当然である。それは、原判決の結果で有利な地位を得ている当事者（被上告人）に対する手続保障の観点から考えると、上告審の手続で簡単に無視することはできないものと考えられる。他方で、最高裁の負担軽減や訴訟経済の見地も、実務

における運用上の問題として無視できないものである。その均衡を図った上で、口頭弁論を経ない原判決を破棄する余地を認めるのであれば、判断が変わる余地が明らかになく、当事者を害することもない場合に、例外的に口頭弁論を経ずに原判決を破棄することを認める、と解するのが妥当であると考ええる。

二で論じた直接主義違反も含めて原判決の破棄を考えると、前述したように、民訴法三一二条二項一号に該当するのは、裁判所法などの規定に反して判決裁判所を構成した場合と、同二四九条一項に定める直接主義に違反した場合である。前者については、公益性が極めて高いものであり、当事者の訴訟対象である本案の存否とは別異のレベルにあるものと考えられる。それゆえ、判断が変わる余地があつてはならないとともに、当事者の本案に対する利害とも関係がないものと思われるので、口頭弁論を経ずに原判決を破棄することに問題はなないと考える。

後者については、ⅠⅡⅢ型すべてに共通するのは、民訴法二四九条一項に定める「基本たる口頭弁論」に関与していない裁判官により判決がなされた場合であつて、それは「弁論の更新」により補完可能なものである。そして、「口頭弁論の形骸化」で示されるように、裁判官と当事者間で

形式的に完結できる手続でしかない。実務上の取扱いを踏まえると、「裁判所側の軽微な事務処理ミス」であるが「その不備を補完できないもの」と評しうるものである。前者と比してきわめて軽微な事柄であると同時に、判断の変わる余地はなく、当事者の本案に対する利害に影響することもないと思われる。したがって、後者の場合も、口頭弁論を経ずに原判決を破棄することはできると考える。⁵⁸⁾

四 総括として

以上をまとめると、本判決の結論に賛成するが、理由付けには疑問が残る、というものである。民訴法二四九条一項の条文解釈が不明確なままその運用がなされている点には疑問を呈さざるをえないし、同条一項と二項の制度的関係性についても明らかにする必要があると考える。なお、口頭弁論を経ないで原判決を破棄することに違和感がないわけではないが、より根本的に民訴法二四九条二項を当事者の義務としている点に立法的な課題があり、そこが違和感の出発点ではないかと考える。民訴法二四九条一項違反が、裁判所法等の規定違反と並んで、同三一二条二項一号に該当すると考えるのであれば、同二四九条二項に定める直接主義を補完するための義務は裁判所が負うべきとする

のが、制度的に妥当ではないかと考える。

(1) 本判決の評釈として、田代雅彦「判批」新・判解 Watch 民訴法 No.177 がある。

(2) 伊藤眞「民事訴訟法〔第八版〕」(有斐閣、二〇二三)二八九頁、新堂幸司「新民事訴訟法〔第六版〕」(弘文堂、二〇一九)五一九頁、高田裕成「三木浩一」山本克己「山本和彦」注釈民事訴訟法〔第四卷〕(有斐閣、二〇一七)一〇四五頁「山田文」、鈴木正裕「青山善充」(編)「注釈民事訴訟法〔4〕」(有斐閣、一九九七)一二四頁「小林秀之」、斎藤秀夫「小室直人」西村宏一「林家礼二」(編)「注釈民事訴訟法〔第二版〕」(4)「第一法規、一九九二)四一六頁「小室直人」渡部吉隆「斎藤秀夫」、三ヶ月章「民事訴訟法〔法律学全集35〕」(有斐閣、一九五九)三四〇頁など。

(3) 加藤新太郎「松下淳一」(編)『新基本法コンメンタール民事訴訟法2』(日本評論社、二〇一七)一四二頁「内海博俊」、秋山幹男「伊藤眞」加藤新太郎「高田裕成」福田剛久「山本和彦」コンメンタール民事訴訟法V」(日本評論社、二〇一二)一四九頁、兼子一(原著)松浦馨「新堂幸司」竹下守夫「高橋宏志」加藤新太郎「上原敏夫」高田裕成「条解民事訴訟法〔第二版〕」(弘文堂、二〇一一)一三九一頁「竹下守夫」上原敏夫」、高田ほか・前掲註

(2)・第四卷一〇四五頁「山田」、鈴木(正)「青山・前掲註(2)・一二五頁「小林」、齋藤ほか・前掲註(2)・四一五・四一六頁「小室」渡部「齋藤」など。

(4) 三木浩一「笠井正俊」垣内秀介「菱田雄郷」『民事訴訟法(第四版)』(有斐閣、二〇二三) 一四七・一七八頁「笠井正俊」、伊藤・前掲註(2)・二八九頁註(65)、高田ほか・前掲註(2)・第四卷一〇五四頁「山田」、鈴木(正)「青山・前掲註(2)・一三一頁「小林」、齋藤ほか・前掲註(2)・四一八頁「小室」渡部「齋藤」、秋山ほか・前掲註(3)・コンメV一五一頁、兼子(原著)・前掲註(3)・一三九一頁「竹下」上原」など。再審事由(民訴三三八条一項一号)にも同じ定めがあり、これにも該当すると解されている。註(4)記載各文献参照。

(5) 集中証拠調べや審理の迅速化が目指されている現行法下では、そのような状況を減少させることが期待できると考えられるが、ゼロになることはないと思われる。高田ほか・前掲註(2)・第四卷一〇五四頁「山田」、加藤「松下・前掲註(3)・一四三頁「内海」参照。

(6) 伊藤・前掲註(2)・二八九・二九〇頁、新堂・前掲註(2)・五一九・五二〇頁、高田ほか・前掲註(2)・第四卷一〇五五頁「山田」、秋山ほか・前掲註(3)・コンメV一五一・一二二頁、兼子(原著)・前掲註(3)・一三九二頁「竹下」上原」など参照。

(7) なお、弁論の更新の効果について、形成行為説と報告行為説との見解の相違がある。高田ほか・前掲註(2)・第四卷一〇五七・一〇五八頁「山田」、齋藤ほか・前掲註(2)・四二〇頁「小室」渡部「齋藤」参照。

(8) 最三小判昭和三年一月四日民集一二卷一五号三二四七頁(以下「昭和三年判決」という)、最二小判昭和三年九月一八日集民七五号三一五頁、鈴木(正)「青山・前掲註(2)・一三六頁「小林」、三ヶ月・前掲註(2)・三四一頁、秋山ほか・前掲註(3)・コンメV一五六頁、なお、判例・通説は、民訴法二四九条一項は強行規定(公益規定)であり責問権の放棄の対象とならない、とも解している。

(9) 菊井維大「村松俊夫」『全訂民事訴訟法Ⅲ』(日本評論社、一九八六) 二二九・二四〇頁、齋藤秀夫『民事訴訟法概論(新版)』(有斐閣、一九八二) 五七九頁、兼子「『条解民事訴訟法(上)』(弘文堂、一九五五) 九三四頁など。

(10) 最二小判昭和三年一〇月四日民集一一卷一〇号一七〇三頁、昭和三年判決、新堂・前掲註(2)・五二〇頁、高田ほか・前掲註(2)・第四卷一〇五七頁「山田」、齋藤ほか・前掲註(2)・四二〇頁「小室」渡部「齋藤」、秋山ほか・前掲註(3)・コンメV一五六頁、兼子(原著)・前掲註(3)・一三九三・一三九四頁「竹下」上原」など参照。

(11) 現行民事訴訟法(平成八年公布)への改正前の民事訴

- 訴訟(大正一五年改正・昭和三年一部改正)を指す。
- (12) 高田ほか・前掲註(2)・第四卷一〇五五―一〇五八頁「山田」、兼子(原著)・前掲註(3)・一三九四頁「竹下」上原、奈良・後掲註(16)・三二頁、鈴木(重)・後掲註(20)・法セミ三九八号八四頁、同・後掲註(20)・早法一六二頁など。
- (13) 鈴木(重)・後掲註(20)・法セミ三九八号八五、八七頁、同・後掲註(20)・早法一六三頁など。
- (14) 斎藤ほか・前掲註(2)・四二〇頁「小室」渡部「斎藤」。なお、控訴審における「弁論の更新」(民訴二九六条二項)について、それを懈怠した場合は責問権放棄の対象とする見解として、高橋宏志「重点講義民事訴訟法(下)〔第二版補訂版〕」(有斐閣、二〇一四)六二四―六二五頁、鈴木正裕「当事者による『手続結果の陳述』」石田「西原」高木選歴記念論文集刊行委員会編『金融法の課題と展望』(日本評論社、一九九〇)四〇七頁、四四四頁がある。
- (15) 鈴木(重)・後掲註(20)・法セミ三九八号八五頁。
- (16) 奈良次郎「弁論更新の懈怠の効果についての一考察」司法研修所論集五五号二〇頁(一九七五)。
- (17) 旧民訴法における相対的上告理由(旧民訴三九四条)に該当すると解している。同規定は、現行法では高等裁判所にする上告の場合のみ上告理由となる(民訴三一二条三項)。
- (18) 鈴木(重)・後掲註(20)・法セミ三九八号八六頁、同・後掲註(20)・早法一七三―一七四頁。
- (19) 鈴木(重)・後掲註(20)・法セミ三九八号八六頁、同・後掲註(20)・早法一八六―一九〇頁。
- (20) 鈴木重勝「口頭弁論」直接主義と間接主義(その1・その2)―法セミ三九八号八〇頁(一九八八)、同四〇〇号七六頁(一九八八)、同「民事裁判所の構成変更と訴訟審理原則」早法五七卷二号一九九頁(一九八二)。
- (21) 鈴木(重)・前掲註(20)・早法一七五―一七六頁。
- (22) 大判明治三三年二月一七日民録六輯一巻八六頁、同三五年五月二〇日新聞九一号二五頁、同三五年六月二八日民録八輯六卷一頁(以下、これらの判例を合わせて「明治三三年判決等」という)。
- (23) 高田ほか・前掲註(2)・第四卷一〇五八―一〇五九頁「山田」、兼子(原著)・前掲註(3)・一三九三―一三九四頁「竹下」上原。
- (24) 最二小判昭和二五年二月一日民集四卷一二号六五一頁。
- (25) 菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法I〔補訂版〕』(日本評論社、一九九三)一一八七頁、竹野竹三郎「新民訴訟法釈義(中)」(有斐閣、一九三〇)五四七頁、高田ほか・前掲註(2)・第四卷一〇五三頁「山田」、斎藤ほか・前掲註(2)・四一七頁「小室」渡部「斎藤」、秋山は

か・前掲註(3)・コンメV一五〇頁、兼子(原著)・前掲註(3)・一三九頁「竹下Ⅱ上原」など。

(26) 中島弘道『日本民事訴訟法(第一編)』(松華堂書店、

一九三四)七五四頁、鈴木(正)Ⅱ青山・前掲註(2)・一

三〇頁「小林」、兼子・前掲註(9)・四六七四六八頁など。

(27) 前掲註(25)参照。

(28) 前掲註(26)参照。

(29) 鈴木(重)・前掲註(20)・早法二〇一・二二頁によれば裁判官が途中交代し、従前の弁論の結果が陳述されなかった事案において、基本たる口頭弁論に関与しない裁判官の判決として原判決を破棄・差戻している大判昭和五年一月一〇日新聞三二二一号一五頁がその表れであると指摘している。

(30) 大判昭和六年二月五日法律評論二〇卷一八七頁、同一六年七月三日新聞四七一七号二七頁、同年一〇月二二日法学一五五二四頁。

(31) 大判昭和八年五月一〇日民集(大)一二卷一一五六頁。(32) この類型に属するものとして、大審院では明治三三年判決等、前掲註(30)で挙げた三つの判例、前掲註(31)で挙げた判例などがある。最高裁では、最二小判昭和三年九月一八日集民七五号三一五頁、本判決が引用する最二小判昭和三年一月二六日集民九三号四九一頁などがある。なお、本判決が引用する昭和三三年判決も判旨のみで判断

すればこの類型に該当しないわけではない。

(33) この類型に属するものとして、大審院では、大判大正七年五月二九日新聞一四五二号一九頁、同年八月六日新聞一四七二号二四頁、同四年八月一〇日新聞二四七七号九頁、前掲註(31)で挙げた判例などがある。最高裁では、最二小判昭和五年九月一五日民集四卷九号三九五頁、最二小判昭和二年一月二日集民一六号三六七頁、最二小判昭和三年一〇月四日民集一一卷一〇号一七〇三頁、本判決が引用する最二小判平成一九年一月一六日判時一九五九号二九頁などがあり、平成の判例はほとんどがこの類型である。

(34) 大判昭和八年二月三日民集(大)一二卷一一二頁、最二小判昭和二年六月二九日集民四号九四九頁、高田ほか・前掲註(2)・第四卷一〇五三頁「山田」、秋山ほか・前掲註(3)・コンメV一五三頁。

(35) この類型に属するものとして、最三小判昭和四二年三月三日集民八六号四三九頁、最二小判平成二五年七月二二日伊藤正晴Ⅱ上村考由「最高裁民事破棄判決等の実情(上)——平成二五年度——」判時二二二四号三頁、六七頁などがある。

(36) この類型に属するものとして、最二小判昭和四二年一月一六日判時五三四号五五頁、最一小判昭和四八年四月二六日川口富男「最高裁民事破棄判決の実情(1)——昭和四

八年度」判時七三三三頁、五頁などがある。なお、三淵乾太郎「調書改ざん事件」ジュリ一六八号四〇頁(一九五八)によれば、昭和三三年判決もこの類型に該当すると考えられる。

(37) 刑訴法三一五条のように裁判官の交代による公判手続の更新が定められているわけではない。酒巻匡「刑事訴訟法(第三版) (有斐閣、二〇二四) 四八九頁など。

(38) 斎藤ほか・前掲註(2)・四二〇頁「小室」渡部「斎藤」。

(39) むしろ、弁論の再開の必要性と考えるべきであろう。

(40) 秋山幹男「伊藤眞」加藤新太郎「高田裕成」福田剛久「山本和彦」コンメンタール民事訴訟法Ⅵ(日本評論社、二〇一四) 三六五頁、伊藤・前掲註(2)・七九九頁、新堂・前掲註(2)・九五四頁、兼子(原著)・前掲註(3)・一六四一―一六四二頁「松浦馨」加藤新太郎、加藤「松下・前掲註(3)・三〇六頁」瀬戸口壯夫、高橋・前掲註(14)・七三三頁など。ただし、審理の効率化・迅速化だけでは、上告棄却の場合だけを例外的に扱う理由にはならないとして、原判決破棄の場合は、その影響の程度から慎重な手続と当事者への十分な対論の機会保障のため、原則に戻り口頭弁論を必要とするとした趣旨も含むと述べる見解もある。高田裕成「三木浩一」山本克己「山本和彦」注釈民事訴訟法(第五卷)(有斐閣、二〇一五) 三三〇頁「加

波眞一」、坂原正夫「民事訴訟法第三一九条について」法研八二巻二二号一頁(二〇〇九)、四二頁以下参照。

(41) 伊藤・前掲註(2)・七九九頁、新堂・前掲註(2)・九五四頁、兼子(原著)・前掲註(3)・一六四二頁「松浦」加藤、加藤「松下・前掲註(3)・三〇六頁」瀬戸口、高橋・前掲註(14)・七三三頁など。

(42) 本判決の評釈として、川嶋四郎「判批」法セミ五九四号一八頁(二〇〇四)、宇野聡「判批」リマークス二八号一三〇頁(二〇〇四)など。

(43) 宇野・前掲註(42)・一三三頁。

(44) 以下の判例の整理は、坂原・前掲註(40)・六八頁を基礎として、高橋・前掲註(14)・七三九―七四一頁註(一四)、秋山ほか・前掲註(40)・コンメⅥ三六六―三六七頁、高田ほか・前掲註(40)・第五卷三三〇―三三三頁「加波」を参照。

(45) 本判決の評釈として、宍戸常寿「判批」ジュリ臨増一二六九号二二頁、井上典之「判批」民商一三〇巻六号一一七八頁などがある。

(46) 本判決の評釈として、梶哲教「判批」民商一三四巻四二五号六九三頁がある。

(47) 本判決の評釈として、岡田幸宏「判批」民商一三六巻三三三六六頁、坂原正夫「判批」法研八〇巻七号一六八頁、笠井正俊「判批」速報判解(法セミ増刊)一五一五五頁、

濱崎録「判批」法政七五卷一四九頁、和田吉弘「判批」法セミ六二七号一一九頁などがある。

(48) 本判決の評釈として、和田吉弘「判批」法セミ六三一号一二一頁、加波眞一「判批」民商一三六卷六号七四二頁、勅使河原和彦「判批」リマークス三六号一三〇頁がある。

(49) 本判決の評釈等として、川嶋四郎「判批」法セミ六四二号一一六頁、村上正子「判批」ジュリ臨増一三五四号一三八頁、岡田幸宏「判批」速報判解(法セミ増刊)二号一五七頁、拙稿「判批」法研八一巻一号一一八頁、絹川泰毅「判解」曹時六一巻八号一三三頁などがある。

(50) 本判決の評釈として、野村秀敏「判批」民商一三七巻四〇五号四七七頁、山本和彦「判批」判評五九二号一六四頁、渡辺森児「判批」法研八一巻四号一〇四頁、笠井正俊「判批」ジュリ臨増一三五四号一四〇頁、安西明子「判批」リマークス三七号一二二頁などがある。

(51) 本判決の評釈等として、我妻学「判批」法の支配一五九号一〇三頁、川嶋四郎「判批」法セミ六七号一五〇頁、畑瑞穂「判批」リマークス四二号一〇六頁、春日偉知郎「判批」判タ一三四三号四八頁、堀野出「判批」ジュリ臨増一四二〇号一六七頁、渡辺森児「判批」法研八六巻九号六五頁、田中一彦「判批」ジュリ一四二二号一九九頁などがある。

(52) 本判決の評釈として、今津綾子「判批」法教四三九号

一二七頁、春日川路子「判批」民商一五三巻五号七六四頁、川嶋四郎「判批」法セミ七五七号一二二頁、名津井吉裕「判批」リマークス五六号一一〇頁、安西明子「判批」ジュリ臨増一五一八号一二六頁などがある。

(53) ④、⑤では、口頭弁論を開かずに原判決を破棄した点などが、各判例評釈で直接議論されている。また、⑥、⑦、⑧、⑨について挙げた判例評釈の中でも、各事案で中心的な論点ではないものの、口頭弁論を開かないことについて意見・批判を述べるものが複数存在する。

(54) 秋山ほか・前掲註(40)・コンメVI三六七―三六八頁。

(55) 高橋・前掲註(14)・七三二―七三三頁、七三九―七四一頁註(一一四)。

(56) 高田ほか・前掲註(40)・第五巻三三〇頁註(2)、三三二―三三三頁「加波」、坂原・前掲註(40)・一四頁。

(57) 田代・前掲註(1)・二頁参照。

(58) 「判断の変わる余地はないことが明らかである」が、単なる「判決正本作成上の瑕疵」に過ぎないかどうかを精査すべきであるから、やはり口頭弁論を必要とすべきと指摘する見解もある。加波・前掲註(48)・七四二頁。

小原 将照