

上告審における口頭弁論の意義

波 多 野 雅 子

目 次

- 一 はじめに
- 二 上告審の手続構造・役割論
- 三 口頭弁論の構造・目的あるいは役割論
- 四 上告審と口頭弁論の関係
- 五 上告審における口頭弁論の理論的位置付けと意義
- 六 おわりに

一 は じ め に

平成 11 年から進められてきた司法制度改革の一環として、民事訴訟を国民に利用しやすく、分かりやすいものとするを目的として、「民事訴訟法等の一部を改正する法律」（平成 15 年法律第 108 号）が平成 15 年 7 月 9 日に成立し、平成 16 年 4 月 1 日から施行されている。この改正は、平成 8 年の民事訴訟法大改正（平成 8 年 6 月 26 日法律第 109 号平成 10 年 1 月 1 日から施行）この現行民事訴訟法が旧民事訴訟法を改正する際に目指した改正目標は「民事訴訟を国民に利用しやすく、分かりやすいものとし、訴訟手続の規律を現在の社会の要請に適った適切なものとする」（改正要綱試案補足説明 1 頁）を更に推し進めたものといえる。この平成 15 年改正の背景にあるものは、近年の科学技術の革新、社会・経済関係の高度化・国際化に伴って、民事紛争のなかでも、争点が多岐にわたるような複雑なものやその解決のために専門的な知見

を要するものが増加の一途をたどっており、それらの紛争を原因とする民事裁判においては、なお手続の遅滞を生じていることが少なくないといった指摘や、簡易裁判所における少額訴訟手続（民訴368条以下）が利用される件数の著しい増加等により、⁽¹⁾ 簡易裁判所の機能をより充実させるべきとする指摘があり、このような民事裁判の現状を踏まえて、平成13年6月12日に取りまとめられた司法制度改革審議会意見において、民事裁判の充実・迅速化や専門訴訟への対応の強化のための方策など民事訴訟法等の改正についての提言がなされたとのことである。⁽²⁾

このように平成8年に端を発した民事訴訟手続の改正は、その後の司法改革（政府の司法制度改革審議会が2001年6月に提出した意見書を基本としており、⁽³⁾ すでに、下級裁判所裁判官に指名されるべき人を選ぶ諮問委員会が設立され（2003年5月）、裁判の迅速化に関する法律（全裁判の第一審の訴訟手続について2年以内の終局を目標として、これを支える制度および体制整備を企図する）の施行（2003年7月）、非常勤裁判官制度の開始（2004年1月）、判事補及び検事の弁護士職務経験に関する法律の制定（2005年4月）、⁽⁴⁾ 外国弁護士による法律事務の取扱いに関する特別措置法において、外国弁護士の共同事業に規制が緩和されることも開始された（2005年4月）。また、刑事関係についても、改正刑事訴訟法（2005年11月までに公判前整理手続開始、2006年11月までに公的保護を容疑者段階まで拡大、2009年5月までに検察審査会が2回「起訴相当」と議決した場合は、必ず起訴することとし、現在検察官が独占している起訴の裁量権（国家訴迫主義（刑訴247条）、起訴便宜主義（刑訴248条））を緩和すること。裁判員制度が開始されること）が漸次施行され、着々と司法制度改革が推進されつつあるというのが、現在の日本の司法制度の現況である。

その司法制度改革の一環として、前記平成15年民事訴訟法改正が施行されたのである。具体的には、次のような内容である。①裁判所は、審理すべき事項が多数であり又は錯綜しているなど事件が複雑であることその他の事情によ

り、その適正かつ迅速な審理を行うため必要があると認められるときは、当事者双方と協議して、その結果を踏まえて審理の計画を定めなければならないこと（計画審理 民訴 147 条の 2・147 条の 3）。②当事者が訴訟における主張又は立証を準備するために必要であることが明らかな事項・証拠を早期の段階で入手できることが可能となるように、訴えの提起前においても証拠収集ができる制度を設け、証拠収集手続の拡充を図ったこと（当事者照会制度、文書送付嘱託、調査の嘱託、専門的意見の陳述、執行官による現況調査 民訴 132 条の 2～132 条の 9）。③争点もしくは証拠の整理または訴訟手続の進行に関し必要な事項の協議をするに当たり、訴訟関係を明瞭にし、または訴訟手続の円滑な進行を図るために必要があるときは、当事者の意見を聴いて、専門的な知見に基づく説明を聴くために専門委員を訴訟手続に関与させることができるとする専門委員制度を創設したこと（民訴 92 条の 2～92 条の 7 医療過誤や建築紛争のような専門性が高い訴訟類型の場合に、医師や建築家が専門委員として参加することが可能となる）^⑤ ④鑑定手続が改善されたこと（民訴 215 条～216 条）。この趣旨は、専門家が学識経験に基づいて意見を陳述するという鑑定手続の性質によりふさわしいものとするため、鑑定人は、当事者等からの質問に先立ち、まず鑑定事項について意見を述べることにするとともに、証人尋問の規定が鑑定人に対する質問についてどのように準用されるのかを具体的に明らかにするなど鑑定人に対する質問の手続（例えば、質問の順序等）を整備している^⑥ ⑤知的財産権関係訴訟のうち、特許権等に関する訴えの管轄について、東京地方裁判所、大阪地方裁判所の専属管轄とし、その控訴事件については東京高等裁判所の専属管轄としたこと（民訴 6 条）。また、意匠権等に関する訴えの管轄は、通常の管轄裁判所（民訴 4 条・5 条）のほかに、東京地方裁判所、大阪地方裁判所にも訴えを提起することができることとしたこと（民訴 6 条の 2）。⑥少額訴訟が適用される事件の訴額の上限額を 30 万円から 60 万円に引き上げ（民訴 368 条）、また和解に代わる決定制度を新設し（民訴 275 条の 2）、簡易裁判所の機能の充実を図ったこと^⑦

この他、人事訴訟法が施行され（2004年4月）、離婚訴訟は家庭裁判所の専属管轄となり（人訴4条）、家庭裁判所における審理または和解勧誘に参与員制度が導入された⁽⁸⁾。

そして、このような一連の司法改革の動きは、「充実した審理を迅速に行うこと」という基本的視座の下に今後も着実に推し進められていくことは想像に難くない。当然のことながら、適正で迅速な裁判の在りようが、訴訟当事者のみならず、潜在的民事訴訟利用者たる国民にとっても望ましい司法改革・民事訴訟改革であるならば、取り立てて問題とすべきものではない。ただ、このような連綿と続く民事訴訟改革のなかで、筆者が最も懸念していることは「審理の迅速性」に余りに重きを置きすぎると、そのことが逆に訴訟当事者の権利や審理の充足感を損ねることに繋がることになりはしないかということである。改正が全て改善ということではなく、場合によっては改悪になりうることは、ここで改めて顕示するまでもない。この問題提起はすでに拙稿「口頭弁論の意義に関する試論」（『札幌学院法学』第19号第2号1頁以下）において投げかけ、かつ考究に努力した問題である。すなわち「現行の民事訴訟手続のあり方が訴訟当事者を含めて国民にとって分かりやすい、可視的裁判過程を提示するものであるのか。一般国民の民事司法への関与の仕方を能動的にさせる訴訟構造をもちえているのであろうか」（前出拙稿4～5頁）。その疑問から分析を試みたのが、口頭弁論の実態と今後の民事訴訟の構造の変容の問題であった。その問題の詳細は前記拙稿に譲るとして、骨子は口頭弁論の結果陳述、弁論準備手続の結果陳述が実質的に形骸化し、その一方で「陳述書」の多用化が進むなかで、口頭弁論は今後どのように変容しうするのか、それが訴訟当事者にとって、また潜在的民事訴訟利用者たる国民一般にとって望ましいあり方なのかを検討したものである。その際、口頭弁論の基本構造（概念、沿革史、口頭弁論審理に関する基本原則）を概観し、特に「陳述書」に関する議論の動向・理論的問題に焦点を絞り、⁽⁹⁾「陳述書」の存在を既成事実として認知していくことで直接主義を完全な骨抜き状態にすべきではないことを理論付けたものであ

る。今の時代に肝要なことは、口頭弁論の支柱たる口頭主義、直接主義、公開主義の再生・活性化（民事訴訟手続の透明化）を図ることであり、それにより訴訟当事者の権利の醸成過程の適正化・公正化に寄与することのみならず、国民一般の要請でもあると結論付けたものである。

前述のように、今や「審理の迅速性」が司法における最も重要な問題とされているのである。そのことは否定し難いことではあるが、「裁判所からではなく、訴訟当事者（潜在的民事訴訟利用者たる国民も含めて）から見た民事訴訟審理・手続の適正・公平・公正」という観点をも蔑ろにすべきことではない。この両者の調整・兼合いは実務上口で言うほど簡単なことではないであろう。しかしながら、「審理の迅速性」、すなわち早期に紛争を解決することのみを重視するならば、必ずしも民事訴訟という紛争解決手段によらなくとも、他に種々の紛争解決機関（例えば、交通事故紛争処理センター、国民生活センター等のような Alternative Dispute Resolution（略称 ADR）のような裁判外紛争解決制度があり、狭義の ADR として訴訟手続以外の紛争解決諸制度（調停、裁判上の和解、仲裁等⁽¹⁰⁾）が現に存在していることは国民に遍く知れ渡っていることである。そのような多種多様な、しかも時として金銭・時間が掛かるといわれる民事訴訟（事案によっては、この欠陥が該当しないケースもありうるし、平成 10 年から実施されている少額訴訟（民訴 368 条以下）のように一期日審理の原則（民訴 370 条）、証拠調べの対象を即時に取り調べることに限定すること（民訴 371 条）、反訴の禁止（民訴 369 条）、控訴の禁止（民訴 377 条）等の諸原則により金銭・時間の掛からない訴訟実態が顕証されているものもある。）を国民は何故利用するのか。しかも、その利用件数は増加の一途を辿っている⁽¹¹⁾ 筆者の基本的視座は民事訴訟と裁判外紛争解決諸制度との関係性を、「民事紛争解決のための横並び構造」として位置付けるものである⁽¹²⁾ しかし、今後も ADR の隆盛化は留まることはないと予測される昨今において、民事訴訟と ADR（ADR 基本法「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（平成 16 年 12 月 1 日法律第 151 号）成立）⁽¹³⁾ との大きな違いは、ADR の審

理方式が非公開であり（当然、これが持つ紛争当事者のメリットはある）、紛争当事者以外の第三者は紛争の実態を垣間見ることすら出来ない現状にあるということであり、そのことは、紛争解決基準が公開されることはなく、内部に資料として留まるということである。民事紛争に巻き込まれた当事者がADRを利用するのではなく、民事訴訟という公開の場での審判を求めるとき、一体何を重視しているのであろうか。この場合、当事者間の民事紛争を法律による判断基準を明示化したうえでの公正な解決を望むと同時に、自ら提起した訴訟上の請求が裁判所に判断されていく過程のなかで、紛争当事者にとって審判内容における実質面、審判手続における形式面とも十分に手続の保障がなされ、紛争当事者が納得した状態で判決が出されているのか（この場合、判決に至ることなく、両当事者が訴訟上の請求について和解をする場合も、その実態に両訴訟当事者の納得性があることも同様である。「和解の弊害」ということが問題とされることがあるが、訴訟上和解をする場合に、はたして紛争当事者が真に納得したうえで和解調書が作成されているかは疑問であろう⁽¹⁴⁾）従来から、和解勧試のもつ弊害が説かれてはいたが、紛争当事者にとっては、裁判所の明確な判断基準が欲しいと希求したところで、裁判所側から「和解内容と判決内容とは大差ない」と指摘されるならば、自己の意に反して、否応なく和解案を吞まざるを得ないというのが実態ではないか。従来は、裁判官が紛争当事者を和解期日か争点整理手続のなかで、法廷外の準備室か裁判官室に呼び出し、和解が行われるのが通常であった。その際、紛争当事者を個々に、交互に呼び出し、別々に説得をしていくのが一般的である。この形態は、双方の本音の部分聞き出すことが可能であるとするメリットはあったであろうが、今は、むしろ、双方を同時に対席させる形態（対席和解）が増えているといわれる。事件ごとに、事案内容・紛争当事者の資質等の様々なファクターが交錯するであろうから、どちらの和解形態が良いとは一概には言えないが、双方の言い分を同時にすり合わせていくことで、紛争当事者の納得性が高まるのではないかという点を考慮するならば、対席和解形態の方がベターなのではないかと

予測する。)ということも度外視することは不可避免なことではないのか。

そのような視点から民事訴訟を考察していくならば、民事訴訟における「審理の迅速性」のみならず、「訴訟当事者にとっての適正・公平・公正」を含有する民事訴訟手続でなければならない。このような視点に拘泥しすぎることは、全ての事項が迅速性・効率性・実効性といったメルクマールが先行し、尊ばれる時代・社会にあっては逆行することになる見解かもしれない。しかしながら、スローであれ、民事訴訟手続自体が可視的に明瞭であること、民事訴訟手続の透明化を重視することは、座視しないことは、最終的には国民に信頼される紛争解決制度のひとつ、いや牙城を死守することになるのである。

本稿はそのような意図のもとに執筆した前記拙稿「口頭弁論の意義に関する試論」(『札幌学院法学』第19巻第2号)の続編と位置付けることができる。すなわち、上告審の審理は書面が中心であるが(その意味で、下級審の事実審に対して法律審と呼ばれるのだが)、口頭弁論が開かれる場合もある。この口頭弁論の開閉の判断基準がはたして明確・明瞭なものなのか。上告審は原則として最終審である以上、上告する両当事者にとって十分に適正に手続保障がなされているのか、上告する両当事者が真に納得のいく民事手続となっているのかに焦点を当て考察するのが本稿の目的である。

二 上告審の手続構造・役割論

上告とは、通常、未確定の第二審の終局判決の当否を審理し裁判する審級をいい、上告審は、敗訴当事者が原判決の法令違背を理由として、法律審たる上告審にその取消し・変更を求める不服申立てをいう(例外として、飛躍上告の合意がなされた場合(民訴281条1項但書や、第一審裁判所が高等裁判所になる場合)のように第一審の終局判決の当否を争う不服申立ての場合がある。民訴311条2項)。裁判所が事件について審判する場合に、事実審とは法律問題と事実問題の双方について審理の対象とする審級のことをいい、事実審がした裁判について法律問題についてのみ審判しうる場合、すなわち、原審の手続

や判断に違法の点があるか否かについてのみ判断しうる事実上の上級審が法律審ということになる。第一審・第二審が事実審であり（民訴297条・156条）、上告審が法律審となる（民訴312条）。控訴審が一審との関係で続審であり、かつ事実審であるのに対して、上告審の目的は、控訴審までに収集された事実や証拠に基づいて控訴審の行った法律判断を審査することである。ゆえに、法律審は事実審による適法に確定した事実拘束されるということになる（民訴321条1項）。なお、民事訴訟法第325条第3項後段の「事実上の判断」とは、職権調査事項について上告審のなした事実上の判断（民訴322条）だけを指すものであり、本案に関する事実上の判断は含まれない（最判昭和36年11月28日民集15巻10号2593頁、最判昭和43年3月19日民集22巻3号648頁）。すなわち、法律審たる上告審には事実認定の権限はなく、また自由心証主義（民訴246条）との関係で、事実審の認定そのものには原則として法令違反の問題も生じないのであり、上告裁判所は原審の事実認定に拘束される（民訴321条）ということが前提としてある。

上告審の目的・役割をどのようなものと考えらるべきかということに関しては議論があるが、ひとつには法律審による法令の解釈・適用の統一の実現であるとする見解（法統一説）、もうひとつには、原審の誤判を発見し、これを取消し・変更して当事者に救済を与えるという、上訴人の利益保護に重点を置いた見解（権利保護説）がある（その他に民事訴訟制度の目的と関連付けて考察するならば、通説は紛争解決説であるから、上訴制度の目的を「権利の保護」や「法令の統一」としてみるのではなく、「紛争の適正な解決」にあるとする見解もある。林屋礼二「上訴制度の目的」三ヶ月章・青山善充編『民事訴訟法の争点〔新版〕』⁽¹⁵⁾）。どちらを上告制度の目的・役割として重要視すべきかに関して、学説上は必ずしも明確化されているわけではないが、後述するように平成8年民事訴訟法改正において導入された諸制度を勘案するならば、上告審の目的・役割の位置付けは前者に置かれていると考えたほうが論理的には筋道が立つし、法統一説が多数説といえるであろう。すなわち、同じ上訴審でも、訴

訟当事者の権利保護は控訴審までになされており、上告審は控訴審とは異なっており、法令の解釈・適用の統一に重点が置かれた制度であると考ええるということであろう。しかし、学説上は後者の「当事者救済機能」に上告制度の目的・役割に力点を置く説もかなり有力といえる（例えば、伊藤眞「上告審における当事者救済機能—上告目的論への一視点—」ジュリスト 591 号 83 頁以下、伊藤眞教授の言説は次のように明確である。「上告制度の第一次目的は、誤った原判決について当事者に救済を与えるところにある。もちろん、上告審が法律審であり、特に、唯一の最上級裁判所である最高裁判所が上告審となるときには、法令解釈の統一も上告制度の目的と認められるが、これは第二次的目的と考えられる」と。『民事訴訟法 [第3版]』（有斐閣 2004 年）654 頁。また、新堂幸司教授も、「上告は、控訴に比べて、はじめから制限された不完全な上訴であるが、やはり、不当な裁判から不利益を受ける当事者を救済することを第一の目的とした制度と理解すべきである。…法令の解釈適用の統一という作用は、あくまでも、当事者による上告の提起または上告受理申立てを介してのみ考えられるものであり、上告審手続の開始そのものが当事者の意思と出費によるものである以上、当事者の具体的救済を無視した法令解釈の統一作用をなすべきではない。」『新民事訴訟法 第二版』（弘文堂 2003 年 傍点引用者）779 頁⁽¹⁶⁾ この見解については、具体的事件にとって重要な問題は、結局、判決の結論に影響を及ぼす法令違反と同一になり、最高裁の負担が旧法下と大して変わらなくなるのではないかと、との疑問が生じるとしながらも、民事訴訟法第 325 条第 2 項を根拠として、具体的事件にとって重要な法令違反で判決に影響を及ぼしうるものも、上告審に服させるのが望ましいとする見解もある。高田昌宏「44 上告」鈴木重勝・上田徹一郎編『基本問題セミナー 民事訴訟法』（一粒社 1998 年）423 頁。山本和彦教授は、上告審は当事者のイニシアティブによって開始されることから、制度の主要なサービス対象は上告人であり、サービス目的はその利益の救済であり、上告制度の付随的目的として法解釈適用の統一があると「当事者の権利保護」と「法令の解釈・適用の統一」に主従

の関係をもたせる（「上訴制度の目的」青山善充・伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』288頁）。上田徹一郎教授も、当事者の申立てによって上告審が事件自体の再審査を行う点では、わが国の上告制度は明白に当事者の権利保護を目的とした制度であるということがいえるとする。小室＝賀集＝松本＝加藤編『新民事訴訟法3 基本法コンメンタール』（日本評論社 2003年）49頁）。かたや、法令の解釈適用の統一という点が上告制度の目的と根拠付けて、将来に向かって一般的に法律解釈の確定統一のために必要な事項と解する見解（河野正憲「上告審手続の審理構造」法曹時報48巻9号1873頁）とが対立している。しかしながら、このように、この法令の解釈・適用の統一と当事者の保護とのどちらかを第一目的として優位性をつけるというのではなく、「当事者救済目的」と「法統一目的」の両目的を掲げて上告審が設置されたのだから、制度上は、二つの目的の関係を主従ではなく、対等ないし両立し得るものとして考えるのが合理的とする見解もある。鈴木重勝「当事者救済としての上訴制度」『講座民事訴訟⑦』（弘文堂 1985年）1頁以下、同旨のものとして、大須賀虔「上訴制度の目的」『講座民事訴訟⑦』（弘文堂 1985年）37頁以下。

前述のような学説状況にあるものの、平成8年に制定された民事訴訟法（平成8年法律第109号 平成10年1月1日施行）において、最高裁判所に対する上訴制度の改革として、上告審たる最高裁に対する上告の制限規定が置かれた。すなわち、上告理由を憲法違反（民訴312条1項）と絶対的上告理由（民訴312条2項）に限定したのである。そして、法令違反による通常の上告提起手続による上告は認められず（ただし、民訴325条2項）、上告受理申立制度を導入し、「最高裁判所は、原判決に最高裁判所の判例と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」について、裁量的に、決定で事件を受理することができるとした（民訴318条）。すなわち、上告提起手続と上告受理申立手続との二つに峻別したのである。この制度を新設した背景には、憲法判断および法令解釈の統一という重大な職責を担う最高裁判所が、実質的に上告理由のない夥しい上告事件の処理に忙殺さ

れ、この状態を等閑視出来ない状況下にあったことが重要であり、⁽¹⁷⁾ 本来の機能を十分に果たすことが出来なくなった現況が放置できない状態にあったとされている。⁽¹⁸⁾ そういう観点から上告提起手続と上告受理手続との峻別策が取られたとするならば、この憲法判断や法令解釈の統一という最高裁判所にとって重要な職責を果たすことの重要性（憲法 81 条・77 条）を重視した点が上告審、特に最高裁判所の位置付けとして重んじられたということになろうか。

すなわち、上告審の負担（司法統計上の上告受理件数の増加もさることながら、竹下守夫教授は、複数の元最高裁判所裁判官が、在官時代を回顧して、真に最高裁判所の判断に値する事件を十分な時間をかけて審判しうるようにする必要のあることや負担過重のためにそのような事件に集中することが出来ないもどかしさを語っている点、また、近年、社会的・法律的に重要な事件についても、法律上の必要がなければ、口頭弁論を開くことも大法廷で審判することなくなっている事実が、これを裏書するとされると指摘されている（竹下守夫「最高裁判所に対する上訴制度（上）」NBL 575 号 41 頁）という点からするならば、最高裁判所の取り扱う事件数の軽減が平成 8 年民事訴訟法の大改正のバックボーンにあったことは確実であろう。

最高裁判所に対する上訴制度改革の方向として、「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」（1993 年 12 月法務省民事局参事官室公表）の「第 13 上訴」の「四 最高裁判所に対する上訴制度」において、ひとつには最高裁判所に対する上告につき、いわゆる許可上告または裁量上告の制度を導入し、最高裁判所の負担軽減を図ることと、もうひとつは、最高裁判所に対する抗告については、従来の特別抗告のほか、許可抗告または裁量抗告を認めることが示されていたが、その一方で最高裁判所の機構改革の方向も模索されていた。しかし、後者の問題については、時間とお金の問題が関係してくることになり、その問題が大きかったのか、平成 8 年民事訴訟法改正は前者の方向を採用したのである。この点について、竹下守夫教授は、最高裁判所に対する上告事件の破棄率が 2 パーセント以下であるという事実を考えると、最高裁判所の負担過重は、裁判

官数の不足によるというよりは、理由のない上告の無制限な流入のためとみるのが合理的であり、現時点でとるべき解決策は無意味な上告の制限をめざすべきであって、それをしないで、時間と費用のかかる最高裁判所の機構改革の道を選ぼうとしても、一般国民の理解を得ることはできないと指摘している。⁽¹⁹⁾ しかしながら、裁判官数を欧米のそれと比較してみるならば、日本における裁判官不足は歴然としているのである。例えば、アメリカの裁判官数 31,044 人・対人口 10 万比 11.24、イギリスの裁判官数 3,593 人・対人口比 6.82、ドイツの裁判官数 20,920 人・対人口比 25.46、フランスの裁判官数 5,005 人・対人口比 8.55 であるのに対して、日本の裁判官数は 2,243 人（簡裁判事を含めた数は 3,049 人）であり、対人口比は 1.77 と低率なのである。⁽²⁰⁾ しかし、この裁判官数の低さは何を意味するのか。裁判所関係予算（司法予算）は昭和 25 年から平成 17 年に至るまで、国家予算はそれこそ確実に増大しているにもかかわらず、裁判所関係予算は下がる一方で、昭和 25 年以降、国家予算の 1 % を超えたことはない。司法の独立を守るために、裁判所法第 83 条は裁判所の経費を独立して国の予算に計上しなければならないとし、財政法第 19 条は、内閣は裁判所の歳出見積を減額した場合において、その詳細を歳入歳出予算に付記するとともに、国会が裁判所に係る歳出額を修正する場合における必要な財源についても明記しなければならないとしている。しかし、最高裁判所が昭和 25 年、昭和 27 年、昭和 35 年の 3 回ほど、この権限を行使しようとしたが、事前に内閣との話し合いが付き、実際に行使された例はないといわれている。

しかし、この問題は、最高裁判所の裁判官数のみから問題にアプローチするのではなく、上記で述べたごとく下級審も含めた裁判官数を視野に入れて問題を考究すべきではあるまいか。すなわち、上告事件の破棄率が 2 % というのならば、もし残り 98 % の上告事件に問題があるとするならば、下級審の段階で適正・公正・公平な審理がなされて、訴訟当事者がその判決に納得するならば、再度、時間とお金のかかる上告審へ持つて行くこともないのではなかろうか。そのことは、下級審までの段階で多くの裁判官の配置がなされることで、

個々の事件が十分に審理・判断されることと無関係ではなく、単に最高裁判所の負担過重は裁判官不足によるものではないと論断するには疎略すぎではないであろうか。

この平成8年の民事訴訟法改正のなかで、民事訴訟法第319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、上告を棄却することができる。」と規定する。すなわち、本来、民事訴訟において、判決をするためには口頭弁論を経なければならないのが原則となっている（民訴87条1項）。しかし、民事訴訟法第319条は、上告審の判決を下す場合には、「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。」とし、口頭主義の例外（民訴87条3項）を認めたものである。上告審の審理は、職権調査事項を除き（民訴322条 職権調査事項に関する事実の確定は、民訴321条1項の規定（原判決の確定した事実の拘束）にかかわらず、上告審を拘束することはないので、上告審は自らその認定をし直すことができる。最高裁が上告審の職権調査事項として採り扱った事例として、裁判権（最判昭和25年7月5日民集4巻7号264頁）、専属管轄（最判昭和42年7月21日民集21巻6号1663頁）、訴えの利益（最判昭和47年7月20日民集26巻6号1210頁、最判平成3年2月5日裁集民162号85頁、最判平成3年3月28日裁集民162号267頁、最判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）、訴えの適否（最判平成4年1月23日民集46巻1号1頁）、出訴期間の遵守（最判昭和35年9月22日民集14巻11号2282頁）、控訴期間の遵守（最判昭和43年4月26日民集22巻4号1055頁）等がある。）、上告理由書における不服の申立てがあった限度においてのみ、原判決の当否につき審理し判決をする（民訴320条）。すなわち、上告審においても、請求については処分権主義が基盤となっているし、主張についても弁論主義が適用されるということである。

上告審は、主として原判決の憲法その他の法令違反の有無を審判する法律審であり（民訴312条・318条1項）、原則として、原判決が適法に確定した事

実に拘束されて（民訴321条）、その確定した事実に基づき裁判をする。そして、上告人（上告受理申立人も含めて）提出の上告状、上告理由書その他の書面を審理することにより民訴法第316条1項各号に該当すると認められるときは、決定で、上告を却下することができる（民訴317条1項 上告の適法要件は、原裁判所においても審査するが、原裁判所では明白な欠缺がある場合に限って上告を却下するだけであり（民訴316条1項）、また、原裁判所が適法要件の不存在を看過してしまうこともある。原裁判所が看過して事件を送付してきても適法な点が確定されるわけではないから、上告審において二重のチェック機能がなされるということである。なお、旧民事訴訟法では判決で上告を却下するものと規定されていたが（旧民訴399条ノ3）、現行民事訴訟法では決定で却下できるということに改められた。旧民事訴訟法では、上告却下の判決を言渡す場合も、あらかじめ言渡期日を指定し、当事者に告知するとともに、これと呼び出す必要があるという見解もあるが（兼子一／松浦馨・新堂幸司・竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂 1986年）1223頁〔松浦馨〕）、この手続にかかる無駄な時間を節約することで、最高裁判所の負担を軽減したものと解される。なお、上告受理申立てが民訴法第318条5項の準用される民訴法第316条1項により却下されることなく最高裁判所に送付された場合、民訴法第317条の規定は上告受理の申立てには適用がなく、また準用もされていないので、最高裁判所は上告不受理の決定をすることになる）。

上告裁判所である最高裁判所は、上告状、上告理由書、答弁書等から、明らかに民事訴訟法第312条1項（憲法違反）・2項（絶対的上告理由）の事由に該当しないとの判断に達した場合には、決定で上告棄却をすることができるのであるが（民訴317条2項）、この場合でも、上告裁判所である最高裁判所は、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるときは、原判決を破棄して、民事訴訟法第326条の場合を除き、事件を原裁判所に差し戻し、またはこれと同等の他の裁判所に移送することができる（民訴325条2項）。

前述の手続は書面審理により行われる。上告審は書面審理が原則である。ゆ

えに、書面審理の結果、上告に理由があると判明した場合には口頭弁論を開く必要があるが、逆に、上告に理由がないと判明した場合には、特に口頭弁論を開く必要はないということになる。はたして、そのことは瑣末なことであり、論じるに値しない程の問題であろうか。現行民事訴訟法が上告審の手続構造・目的を法令の解釈適用の統一という礎石に置いたため、上告審（主として最高裁判所）の負担過重を軽減するという目的の前に、訴訟当事者の上告審における権利保護・救済機能は大幅に後退したと筆者自身は看做しているが、それ自体穿ちすぎであろうか。また、「訴訟経済」という言葉の前に一蹴されるべきものなのであろうか。上告審の手続構造自体が法令の解釈適用の統一という重責ある目的に収斂し、それは、反面審理の迅速性のもとに多くの訴訟当事者にとっては重要であるかもしれない諸手続・原則を形骸化・隠蔽化する構造を作り出したともいえる。前述の平成8年民事訴訟法改正のなかで結実した上告審の手続構造によって、上告審における口頭弁論の位置付けがどのように変容させられる可能性を秘めているのか、次の「三 口頭弁論の構造・目的あるいは役割」を叙述したのちに、論究の対象としていきたい。

三 口頭弁論の構造・目的あるいは役割論

口頭弁論とは、受訴裁判所が定めた期日に当事者双方を対席させて、口頭で本案の申立ておよび攻撃防御方法の提出、訴訟についての本案の申立ておよび攻撃防御方法の提出、その他の陳述をすることをいい、広義においては、このことと結合してなされる裁判所の訴訟指揮、証拠調べおよび判決の言渡しをも含めた審理方式ないし審理手続を意味する。口頭弁論の基本構造に関しては、民事訴訟法第87条に「当事者は、訴訟について、裁判所において口頭弁論をしなければならない。ただし、決定で完結すべき事件については、裁判所が、口頭弁論をすべきか否かを定める。2 前項ただし書の規定により口頭弁論をしない場合には、裁判所は、当事者を審尋することができる。3 前二項の規定は、特別の定めがある場合には、適用しない。」と規定し、民事訴訟におい

ては、口頭弁論に現れた事実主張や証拠のみが裁判の資料として判決の基礎になるものであり、口頭弁論が訴訟の審理原則であることを明規している。この民事訴訟法第87条第1項は、判決で裁判すべき場合、すなわち訴えまたは上訴に対して裁判をするには必ず口頭弁論を開かなければならない旨を規定しているのである（必要的口頭弁論）。この必要的口頭弁論においては、原則として口頭の陳述のみが判決の基礎となり、書面上の陳述は特別の規定のない限り採用されない（例えば、訴状等の陳述の擬制（民訴158条）、続行期日における陳述の擬制（民訴277条））。

かたや、決定手続に関しては、口頭弁論を開くか否かは裁判所の裁量事項である（民訴87条1項但書 任意的口頭弁論）。訴訟手続に関する付随的事項（管轄の決定（民訴10条）、除斥・忌避の決定（民訴25条）、義務承継人の訴訟引受け（民訴50条）、呼出費用の予納がない場合（民訴141条 この場合、期日の呼出費用は訴訟を進行させるために必要なものであり、その支払いを原告が懈怠するという場合、このことにより被告の地位の不安定さ、原告による訴訟引延策に利用されるという観点からである。）等）については迅速的な処理をなすことが要請されるため、任意的口頭弁論とされ、口頭弁論を開くかどうかを裁判所の裁量に委ねるかたちとなっている。決定手続では判決手続と異なり書面審理が原則であるから、口頭弁論は書面審理の補充的な役割を果たすことになる。この決定手続で口頭弁論を開かずに書面審理をする場合には、裁判所は裁量で当事者を審尋することができる（民訴87条2項）。ただし、審尋が要求される場合もある（民訴20条2項・199条1項・223条2項等。審尋の許されない場合として、民訴386条、民執145条2項参照）。

このような民事訴訟法規定からみるならば、わが国の民事訴訟は口頭審理による口頭弁論が審理の原則であるが、様々な観点から書面主義の採用が認められている現状にあることは周知の事実であり、むしろ例外的とされていた審理方式が拡大の一途を辿っていることは、いまさら言うべき必要もないほどに民事訴訟における実態である。しかしながら、飽くまでも民事訴訟における基本

原則の第一に重要なものは口頭審理主義なのである（口頭弁論審理に関する基本原則は弁論および証拠調べを口頭で行う建前である口頭主義のほかに、当事者の弁論の聴取や証拠調べを事件について判決をする裁判官自身が行うという直接主義（民訴 249 条）、訴訟の審理・裁判を一般に公開された法廷において行うという公開主義（憲 82 条）、訴訟の審理において、公平の観点から原告、被告当事者双方にその主張を述べる機会を平等に与えるという双方審尋主義があるが、これら諸原則の詳細また口頭弁論の沿革史については、拙稿「口頭弁論の意義に関する試論」『札幌学院法学』第 19 巻第 2 号 17 頁以下参照のこと）。

口頭主義というのは、審理における当事者および裁判所の行為、特に弁論および証拠調べを口頭でする原則であり、書面（審理）主義に対応する。近代では、ナポレオン法典の一つであるフランス民事訴訟法典以来、口頭主義に帰したといわれている現行民事訴訟法は口頭主義を原則としているが、この原則を採用している理由として、次のような長所が考えられる。すなわち、陳述が新鮮で印象力が強い点、裁判官と関係人とが直面していることから、その場で発問できるため内容が理解しやすい点、不必要な陳述は捨象でき、争点を発見し、明確にすることが容易である点、審理が活気を呈するという点等である。しかし、その反面、口頭の陳述や聴取には脱落のおそれがある点、複雑な事実関係を口頭で説明することは技術を要するために素人には難しい点、突然の説明を聞く相手方や裁判所にとっては、その場では了解しがたく、その結果を正確に整理記憶することが容易ではないという点等である。

そのような口頭弁論が有する短所を、次のように、書面主義が様々な局面から補完しているというのが現行民事訴訟の実態である。

第一に、審理の基礎となる訴訟行為については書面が要求されている。例えば、訴えの提起（民訴 133 条 1 項）、訴えの変更（民訴 143 条 2 項）、請求の追加（民訴 144 条 3 項）、中間確認の訴え（民訴 145 条 2 項）、反訴（民訴 146 条）、訴えの取下げ（民訴 261 条 3 項）、控訴（民訴 186 条 1 項）、控訴の取下げ（民訴 292 条 2 項）、上告（民訴 314 条 1 項）等がある。第二に、口頭弁論期日の

事実および法律上の主張について、口頭で陳述されると審理が混乱するおそれがあるので、それを審理するために書面の提出が求められる。例えば、準備書面（民訴161条1項）、上告理由書（民訴315条1項）がある。第三に、口頭弁論期日が継続される場合に、審理の結果を記憶することが困難になるので、口頭陳述の結果を保存するために口頭弁論調書（民訴160条）や証拠調べ調書（民訴規78条）が作成されなければならない。第四に、訴訟当事者に確実に裁判の内容を明らかにして、それに対する上訴など上級審による下級審の裁判を可能にするために、判決書を作成し（民訴253条）、あるいは口頭弁論調書の記載でそれを明確にすることにより（民訴規67条）、審級制度の目的を達成する必要がある。

前述のように、書面が口頭主義の補完としての役割をもつと同時に、民事訴訟の効率化のためにも書面が利用されているという面も看過することはできない。すなわち、口頭弁論においては、次のような場合に書面を利用することにより、訴訟手続の効率化・簡易化が図られている。例えば、書面尋問により、証人や鑑定人が遠隔地に居住していたり、病気等の理由により出頭が困難な場合に、当事者に異議がないときは、裁判所は、証人の尋問に代わる書面の提出をさせることができる（民訴205条）。また、当事者双方が裁判所に出頭することなく書面の提出・交換により争点および証拠の整理をする場合、当事者が遠隔の地に居住している等の出頭が困難な場合に、当事者の負担軽減を図ると共に、早期の争点整理を可能とするために、当事者の意見を聴いて行われる書面による準備手続がある（民訴175条）。その他に、必要的口頭弁論の基本原則たる口頭弁論を貫徹すると、最初にすべき口頭弁論期日に原告が欠席をするとう頭陳述がなく、訴訟手続を開始することができなくなり、訴訟促進ないし出席当事者の利益を害することになるため、口頭主義の不都合性に対する措置が採られる。すなわち、最初の口頭弁論期日において一方当事者が欠席した場合は、欠席者が提出した訴状その他の準備書面等の内容につきこれを陳述したものとみなし（民訴158条 陳述の擬制）、出席当事者の準備書面にに基づく弁

論とつき合わせて審理を進めることにする。ただし、口頭主義の形骸化を生じさせないため、続行期日には陳述の擬制は働かないし（ただし、簡易裁判所は出頭にかかる費用・時間等を考慮して、続行期日においても陳述の擬制を認める。民訴 277 条）、当事者双方の欠席の場合も同様である。

しかし、口頭弁論を開いて当事者に攻撃防御方法の機会を与えなくとも不当とはいえない場合には、書面審理をなしうるとされている。例えば、担保不提供の訴え却下判決（民訴 78 条）、訴えが不適法で瑕疵の補正が不可能な場合の訴え却下判決（民訴 140 条）、変更判決（民訴 256 条 2 項）、控訴が不適法で瑕疵の補正が不可能な場合の控訴却下判決（民訴 290 条）、上告状などにつき書面審理の結果、上告理由がないと認められる場合の上告棄却判決（民訴 319 条）、手形・小切手訴訟における異議が不適法で瑕疵の補正が不可能な場合の異議却下判決（民訴 359 条）、少額訴訟における異議却下判決（民訴 378 条 2 項）等である。

以上のように、現行民事訴訟法下では口頭主義を原則としているが、様々な領域で口頭主義のもつ欠陥を補完するため、また、訴訟手続の効率的な運用を行うために書面主義が採用されているのが現状・実態なのである。そのなかにあつて、本稿では、前述の「口頭弁論を開いて当事者に攻撃防御方法の機会を与えなくとも不当とはいえない場合」の一例としての民事訴訟法第 319 条が明規している「上告裁判所が、上告状、上告理由書、答弁書等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。」という規定のもつ意味と問題が密接に関係してくることになる。すなわち、上告裁判所が上告を理由がないと認めるとき、はたしてその判断基準が明確・適切なものであり得るのか。また、口頭弁論を開くことなく上告棄却をすることが、はたして訴訟当事者にとって最良の手続の在りようなのか、その他、このような措置の仕方が裁判所の裁量事項としても、一体裁判所の裁量領域とはどこまでなのか等について、以下において考察を進めていくこととする。

四 上告審と口頭弁論の関係

この問題を考究するに際し、最高裁平成14年12月17日判決（平成13（行ツ）205号、同（行ヒ）202号、特別土地保有税に関する更正請求否認処分取消等請求事件）裁判所時報1330号1頁、判例時報1812号76頁、判例タイムズ1115号162頁）の事案、最高裁判所の判断を参考材料とし、そのなかから本稿の問題点について考察を加えてみたいと思う（本件判例評釈として、宇野聡『私法判例リマックス 28 2004〈上〉』130頁以下）。

1. 事案の概要

本件は、訴外会社Aから買受けた土地について、平成11年9月21日付けで、平成4年度から平成10年度までの間7年間にわたりXが特別土地保有税を申告納付してきた。ところが、その後、訴外会社AとXとの間の本件土地売買契約が詐害行為を理由として取消された。このことにより、Xは土地の取得及び所有の原因となった本件土地の売買契約が詐害行為として取消されたことにより、本件土地の取得及び土地の所有が、契約時点に遡及して土地所有権の取得の効果が消滅したとして、地方税法第20条の9の3第2項1号（筆者注：「その申告、更正又は決定に係る課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に関する訴えについての判決（判決と同一の効力を有する和解その他の行為を含む。）により、その事実が当該計算の基礎としたところと異なることが確定したとき。その確定した日の翌日から起算して2月以内））に基づき、本件土地に関する各年度の特別土地保有税の標準額、納付すべき額のいずれも零円とする旨の更正の各請求を平成11年8月25日付けでした。

これに対して、京都市長Yは、Xによるこの各請求に対し、そのいずれも更正すべき理由がない旨を平成11年9月21日付けで各否認処分をしたため、XはYを相手として本件各処分の取消しを求める訴えを京都地方裁判所に提起したという事案である。

第一審（京都地判平成12年9月29日）

Xの請求を棄却したが、その理由として特別土地保有税は土地の取得及び所有の事実自体に着目して課せられるものであり、その課税要件である本件土地の取得及び所有の事実は、詐害行為取消権の行使によって影響を受けるわけではないとした。Xは大阪高等裁判所に控訴した。

第二審（大阪高判平成13年4月12日）

控訴審において、Xは、本件土地保有税のうち、平成7年度から平成11年度までに掛かる本件各処分の取消しを求める訴えを予備的に追加提起した。控訴審は、予備的請求を含めて、Xの請求を全部棄却する本案判決をしたが、「特別土地保有税の目的及び性格からすると、同税は土地の取得及び所有の事実自体に着目して課せられるものであるというべきである。…土地を買い受けて所有し、特別土地保有税の課税要件である『取得』及び『所有』の要件を具備した者が、その後売主の債権者から債権者取消権の行使を受けて、売買契約が詐害行為として取り消されたとしても、それは、債務者の責任財産の保全目的の限度で、当該詐害行為取消権を行使した債権者と受益者又は転得者との関係で、相対的に無効ならしめるにとどまり、債権者と受益者、受益者と転得者との間の法律関係に何ら影響を及ぼさないものである。すなわち、債務者の財産としてその債権者が右不動産に対して強制執行できる状態になるのは、取消の効果が発生した後であって、右の売買が行われた事実及びその後の土地の所有の事実自体が消失するものではない。そうすると、このような場合は、特別土地保有税の課税要件は、右の債権者取消権の行使の効果によって影響を受けないというべきである。…京都市が前件訴訟を提起して、その勝訴判決が確定したことで、YがXに対して、平成4年度ないし平成10年度の本件土地につき、特別土地保有税を賦課することは、何ら矛盾するものではないことは、前判示から明らかである。その他本件全証拠を精査し、控訴人X主張の仮処分が執行されたことを考慮しても、被控訴人Yの本件否認処分が信義則に違反すると認めることはできない。」とした。

Xは、第一に、原判決は、債権者前件の訴訟においてX敗訴（京都市との

関係では、Xの本件土地所有権が遡及的に否定された）の場合には、本件土地に関する特別土地保有税は、当初（平成4年度）からの課税分、もしくは、少なくとも前件訴訟を提起したより後（平成7年度以降）の課税分は、その課税根拠を欠くに至ったと言わざるを得ず、本件否認処分の、その全部もしくは一部は違法であり、当該処分は取り消されるべきものである。第二に、原判決は、債権者取消権の取り消しの効果は相対的であり、Yとの関係で取り消されたとしても、Xの土地の取得および所有の事実が消えるものではないから、本件特別土地保有税の賦課は違法ではないと形式論を述べているだけで、Xの本件土地所有権を否定しながらXの本件土地所有権を前提に課税するというYの矛盾する行動について具体的理由を示さないまま「矛盾しない」とか「信義則に違反しない」と結論づけ、著しく正義に反しており、原判決は理由が付されておらず、しかも、地方税法585条1項の重要な事項についての解釈を誤った違法なものとして、民事訴訟法第318条第1項に基づき上告受理の申立てをした。

2. 判 旨

最高裁は、Xの申立てのうち、以下のように主位的請求に関しては上告を棄却し、予備的請求に関しては主位的請求と重複するもの（民訴142条）として、不適法却下とした。

最高裁は、上告受理申立て理由については、「特別土地保有税は、土地又はその取得に対し、当該土地の所有者又は取得者に課されるものであるところ、土地の取得に対するものは、いわゆる流通税に属し、土地の移転の事実自体に着目して課されるものであり、土地に対するものは、いわゆる財産税に属し、取得に引き続いて土地を所有している事実自体に着目して課されるものであって、いずれも土地の取得者又は所有者がその土地を使用、収益、処分することにより得られるであろう利益に着目して課されるものではない。以上によれば、地方税法585条1項にいう土地の取得とは、所有権の移転の形式により土地を取得するすべてを含み、取得の原因となった法律行為が取消し、解除等により覆されたかどうかにかかわらず、その経過的事実に則してとらえた土地

所有権取得の事実をいうものと解するのが相当であり、土地の所有についても同様に解するのが相当である。本件においては、土地の取得原因である売買契約が詐害行為として取り消されているところ、詐害行為取消しの効果は相対的であって、取消訴訟の当事者間においてのみ当該売買契約を無効とするにとどまり、売主と買主との間では当該売買契約は依然として有効に存在する上、取消しがされたということによって、当該土地の所有権が買主に移転し買主が当該土地を取得し引き続いて所有していた経過的事実そのものがなくなるものではない。したがって、土地の取得の原因となった行為が詐害行為として取り消されたことは、当該土地の取得及びその所有に対して課された特別土地保有税の課税要件を失わせることになるものではないというべきである。」(傍点引用者)と判断した。

また、職権によって、「上告人は、被上告人が平成11年9月21日付けでした上告人の平成4年度から同10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、上記主位の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142条)、却下すべきものである。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出来ないものである。このような訴えについては、民訴法140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313条、297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。」(傍点

引用者)

3. 小括一問題点

本判決は実体法上の問題として、地方税法第585条1項にいう「土地の取得」の意義が問題となり（この意義との関係で、特別土地保有税の課税について、遡及的に課税すべきか否かという問題が関係してくる。その際に、詐害行為の取消の効果もどの見解に最高裁判所が立つかも露呈してくる）、民事訴訟手続上は、職権で行われた諸問題の分析が必要となってくる。

まず実体法上の問題として、特別土地保有税（土地又はその取得に対し、当該土地所在の市町村において、当該土地の所有者または取得者に課されるものである。地方税法第585条）ちなみに特別土地保有税が、土地投機の抑制を目的とするものであることを考慮して、有効利用に供される土地その他一定の土地については、非課税ないし免除の規定があり（地方税法586条・587条・601条～603条の3、附則31条の2）、例えば、地域対策・住宅対策・産業対策等、各種の政策的観点から、一定の用途に供される土地またはその取得は非課税の取扱を受けており、土地がこれらの用途に供されるまでの間は、一定の期間に限り、納税義務は免除される。また、土地が一定の恒久的な利用に供される建物・構築物または施設の敷地に使われる場合も、一定の条件のもとに納税義務は免除されることになっている。さらに、土地が近い将来に前述の目的に使われる見込みである場合にも、いったん徴収を猶予した後、現実にその目的に使われた場合には、納税義務を免除することとされている。なお、平成3年の税制改正で、大都市圏における土地投機を抑制し、さらに大都市圏における土地の有効利用ないし供給を促進するために、遊休土地に対する特別土地保有税が創設された（地方税法621条以下）⁽²¹⁾の課税要件の意義を明確にした初めての最高裁判決であり、土地の取得原因である法律行為が取り消し等により無効になっても、特別土地保有税の課税要件には影響を及ぼさないという課税説の見解を明確に打ち出した重要な判例と言われている（土地の取得原因をなす法律行為、例えば、契約が意思表示の瑕疵、詐害行為等により取り消さ

れた場合、当該取消しにより、その所有権取得の効果は遡及的に消滅するというのが通説である。しかし、この場合において、税法上の観点からするならば、特別土地保有税の課税について、学説は遡及して課税できないとする非課税説（金子宏『租税法 第10版』（弘文堂 2005年）516頁）と遡及して課税できるとする課税説（前川尚美・臼井守・小川徳治『地方税－各論Ⅰ－現代地方自治全集⑨』（ぎょうせい 1978年）391頁とに分かれている）。非課税説は、取消しの効力の面を重視して、取消しにより、土地所有権の移転の効果は当初から生じなかったものとなるから、同税の課税要件は、無効の場合と同様に、取得に対するものもそれに続く所有に対するものも、いずれも最初からその要件を充足していなかったと解釈する見解である。もう一方の課税説は、取消しの効力は法的効果を消滅させるだけであって、法律行為の存在までもなかったことにするものではなく、土地所有権がいったんは移転した事実およびその後土地を不確定的であっても有効に所有していた事実自体は、たとえ一時的であったにせよ、取消しによって影響を受けるものではなく、その事実自体は残り、課税され、ただ、取消しの効果として従前の所有者に不動産が復帰するときは、本来の所有権が確認されるにすぎず、この場合は課税対象とならないとする。

なお、本件でも債権者取消権（詐害行為取消権 民424条）の問題が判旨にあらわれているが、その存在理由そのものについて理論的な論争が存在している。第一に、一般債権者の債権の引当となる責任財産を保全し、債権者平等の原則のもとで強制執行するための準備制度と考え、責任財産から逸出した財産を債務者のもとに取り戻し、その後これを差し押さえて、債権者平等の原則に則って配当するという手続に載せることを制度の目的とする。その際に、受益者・転得者を相手とする取消判決によって、実体法上の権利関係はそのまま、逸出した財産の「責任」のみが債務者のもとに復帰するとする説（責任説）。取消訴訟が取消債権者に優先弁済を得させる制度であると理解し、取消の効果は取消債権者と相手方（受益者または転得者）との間で生じさせれば十分とす

る（相対的効力）。そして、金銭・物の取戻しの場合に、債権者は価格賠償を選択できるとし、また、受益者・転得者も現物による返還請求に対して価格賠償を主張することが出来るとする説（優先弁済肯定説）との対立である。⁽²²⁾

債権者取消権の法的効果については、判例は「転得者がある場合に、受益者に対して取消権を行使して賠償を求めるか、転得者に対して取消権を行使して直接返還を求めるかは、債権者の自由であり、債権者取消権は、転得者または受益者に対して訴えを提起すれば足り、債務者を相手方にする必要はない」（大連判明治44年3月24日民録17輯117頁）と相対的無効説の見解をとり、債務者には当事者適格がないとする見解に立つ（同旨 最判平成13年11月16日裁判集民203号459頁）。本判決も相対的無効説の見解に立脚していることを斟酌して、その観点からするならば土地の取得およびその所有を実質的な側面から見ていくよりも、経過的事実の側面から形式的に捉えることに重点が置かれることになるのは当然のことであろう。なお、債権者取消訴訟の法的性質をどのように構成するかについては、債務者の行った法律行為を絶対的に取り消すことを目的とするという観点から、債務者・受益者・転得者全員を相手に取消のみを請求すべきという立場に立ち、目的物の返還は、取消後に生じた債務者の返還請求権を債権者が代位行使することとする見解（形成権説）と、取消訴訟は、逸出した財産を取り返すことを目的としており、取消はその前提に過ぎないという観点から、財産を有する受益者や転得者のみを相手に財産の返還を請求すべきとする見解（請求権説）とがあり、判例の立場は、両説の特色を併せ持った折衷説といわれているが、⁽²³⁾ 本判決も「詐害行為取消しの効果は相対的である」とし、先例を踏襲する立場を明瞭にしているという点においては、特に新しい判断を下したわけではない。

この事案に関する最高裁判所の判断において、民事訴訟手続上の論点とすべき問題は三点ある。第一点は、本事案において主位的請求と予備的請求が重複し、民事訴訟法第142条の重複訴訟禁止規定に抵触するの否か。第二点は、民事訴訟法第140条（口頭弁論を経ない訴えの却下）は上告審にも準用される

ので（民訴 313 条・297 条），上告審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出来るのか。第三点は，民事訴訟法第 140 条・313 条・297 条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のか。以上 3 点が問題点として考察対象となる。

第一の論点について。前記主位的請求に係る訴え（Y が平成 11 年 9 月 21 日付けでした X の平成 4 年度から平成 10 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取消しを求める訴え）と前記予備的請求に係る訴え（平成 7 年度から平成 10 年度までに係る前記各処分取消しを求める訴え）との関係について，原審は予備的請求を棄却した。民事訴訟法第 142 条の二重訴訟の禁止の制度趣旨（すなわち，同一事件について二重の応訴を強いられる被告の負担の回避，裁判所における重複する審理による訴訟経済上の負担軽減，同一事件についての判決内容の矛盾抵触の回避）からするならば，裁判所ですでに紛争当事者間における特定の訴訟物に関して訴訟係属が生じている場合には，同一当事者間では同一事件につき重複して別訴での審理を行うことは認められない。本件については，各処分取消しを求める年度にずれがあるものの，二重訴訟禁止に該当するか否かの判断基準たる当事者の同一性，事件の同一性の観点からするならば，二重訴訟に該当することになる。二重訴訟に該当するか否かについては，被告側が抗弁を出す必要はなく，裁判所の職権調査事項である。本来ならば，原審（控訴審）において，不適法な訴えとして却下すべきものであった事案である。しかし，原審（控訴審）は予備的請求を棄却した。その点において，原審（控訴審）は判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があったといえる。その点についての最高裁の判断は間違っているわけではない。

第二の論点について。訴えが不適法でその不備を補正することができないときは，裁判所は，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（民訴 140 条）。本来判決は口頭弁論に基づいてなすのが原則であるが（民訴 87 条

1項)、民事訴訟法第140条は、その例外的規定である。すなわち、本案に係らない訴訟要件を欠く不適法な訴えで、その不備が補正できないものについては(例えば、不備の補正が可能か否かは個々の具体的事情により異なりうるが、裁判権のないものに対する訴え、当事者能力の欠缺、非選定当事者を当事者とした訴え、不変期間である出訴期間を徒過した訴え(民201条、商280条ノ15、行訴14条)などが該当すると考えられている。被告に訴訟能力の欠缺がある場合に、裁判所が原告に対し期間を定めて補正をすることを命令したが、その期間経過後に至っても原告が被告の訴訟能力を補正しなかった事案で、民事訴訟法第202条(現行140条)の規定に準じ、口頭弁論を経ないで原告の訴えを却下した判決として千葉地判昭和59年12月18日判タ549号231頁⁽²⁴⁾この事案について、判例タイムズ解説者は、このような場合、将来補正する余地があるから、民訴法202条(現行140条)の適用はなく、口頭弁論を必ず開いたうえ、判決で却下しなければならないと解されている(菊井＝村松・全訂民訴 271頁、齊藤・注解民訴(1)294頁)から、本判決は、原告側の怠慢を厳しく咎めて本件訴えを却下したものであるが、口頭弁論を経ないで判決した点に疑問が残るとする。)、口頭弁論を経ないで、訴え却下の判決をすることができる。民事訴訟法第140条の趣旨は、訴えが不適法で不備が補正することが出来ないものについて民事訴訟の原則としての口頭弁論を開くことは、審理の迅速化に反することであり、口頭弁論を経なくとも訴訟当事者の手続上の適正さに欠けることはないということである。しかし、この場合は、訴訟要件の欠缺およびその補正不可能性が明白な場合に限られ、原則的には訴状自体から明白な場合を指すとされる(兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』(弘文堂 1986年)702頁[竹下守夫] 竹下守夫教授は、訴訟要件の欠缺に疑いがあり、事実調査の必要があれば、口頭弁論を開いて調査すべきとする。その観点からして、東京高判昭和46年5月21日高民24巻2号1が、口頭弁論に基づかずに、弁護士法72条に違反した訴えであるとし、本件は不適法でその欠缺は補正し得ない、としているのには疑義があるとする。同

書 703 頁)。

補正が可能な不備について原告に補正を命じたがこれに応じない場合には、民事訴訟法第 140 条の「補正することができない不備」に包含されるか否かについては、結果的に補正不可能として却下すべきとする見解（兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂 1986 年）702 頁 [竹下守夫]，齊藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二『注解民事訴訟法 第二版 (5)』（第一法規出版 1991 年）164 頁 [小室直人＝渡部吉隆＝齊藤秀夫]）がある一方、印紙額を明示しない追貼命令に従わなくても、直ちに欠缺補正不能な訴えとはいえないとする事例もあり（札幌高判昭和 37 年 12 月 18 日下級民集 13 卷 12 号 2512 頁。東京地判平成 4 年 8 月 11 日判タ 797 号 285 頁のように、商法 267 条の株主代表訴訟の規定に基づき、株主等が 470 億 7,500 万円を株式会社に連帯して支払うよう求める訴えを提起した際に、本件を財産権上の請求とし、請求が認容された場合に会社が受ける利益が訴えをもって主張する利益に当る。すなわち、それは請求金額であり、その手数料は 2 億 3,538 万 2,600 円であるのかかわらず、原告等が納めた手数料は 8,200 円に過ぎないとして原告ら訴訟代理人に補正命令を送達したが、同命令の送達の日から 3 週間以内に不足額を納付しなかったとして、本件訴えは不適法却下としたものがある。この株主代表訴訟における訴額の問題については、法改正され、株主代表訴訟において訴えをもって主張する利益は非財産権上の請求と看做されることになった。商法 267 条 5 項）、必ずしも見解が一致しているわけではない。

問題となるケースとして以下のような事例がある。①訴え提起後、原告自身が所在不明になったため原告への期日呼出ができなくなった場合に、民事訴訟法第 140 条による却下判決をした事例（東京地判昭和 44 年 5 月 7 日判時 565 号 74 頁）②最初の被告への訴状送達と期日呼出しはできたものの、その後、被告の住所が不明になり、裁判所も原告に被告住所の補正を命じたがこれに応じず、公示送達の申立てをするでもなかったような場合に、民事訴訟法第 140 条による却下判決をした事例（東京地判昭和 52 年 2 月 17 日判時 862 号 50 頁）。

畑郁夫教授は①の事案については、「職権により公示送達をして（110Ⅱ），口頭弁論を開き，本案判決をする方法もなくはないが，いかにも形式的にすぎる感がある。不熱心原告に対する措置としてはやむをえないものと考える。」とし，②の事案については，「前述のような事案が8年以上も続いたという異常なもののようにあり，この判示も是認できる（同旨，兼子ほか・条解703頁〔竹下〕）」⁽²⁵⁾といわれる。確かに，②の事案については，8年以上という期間の長さを判断要素に加味するならば是認せざるを得ない事案と言わざるを得ないが（同じように，訴状提出後10年を経て訴状送達のほかは訴訟手続が進行せず，しかも，原告が訴訟遂行に対して真摯に努力し協力することもしないような訴訟遂行の意思のない被告が287人いる共有物分割請求訴訟について，欠缺を補正できない不適法な訴えに該るとして却下された事案。青森地判昭和59年12月18日判時1154号131頁），①の事案については，必ずしもそうとは言えないのではなかろうか。畑郁夫教授は「形式的にすぎる」と言われるが，民事訴訟手続上は，やはり職権によって公示送達的方式を採った上で，本案判決をすべきではないだろうか。何故ならば，この手続を踏むのにそれほどの時間を要することはないであろうし，何よりも「形式的すぎ」ようが，まず訴訟当事者に訴訟手続に関与する機会を取り敢えず与えるという観点を重視すべきであろう。民事訴訟手続のもつ「迅速的・効率的運営」を度外視すべきではないが，「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。⁽²⁶⁾

民事訴訟法第140条による訴え却下判決も，言渡しによって告知すべきであり（民訴250条），そのためには言渡期日を指定して，両当事者を呼び出すべきとする学説が多数説である（兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂 1986年）704頁〔竹下守夫〕，斉藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二『注解民事訴訟法⁽⁵⁾』（第一法規出版 1991年）165頁〔小室直人＝渡部吉隆＝斉藤秀夫〕）が，その理由として，旧民事訴訟法第202条には，もとは，その2項に判決言渡前に原告を審尋することを要するとする規定があったが，その規定が削除された（昭和29年法127）ので，原告に陳述

の機会を与えるために、言渡期日の告知は必要であると解されている。しかし、判例は、口頭弁論を経ないで判決ができる場合には、言渡期日を指定する必要があるが、呼出手続をとらなくてもよいとする（最判昭和33年5月16日民集12巻7号1034頁，最判昭和44年2月27日民集23巻2号497頁）。この点について、畑郁夫教授は、当事者権の実質的保障に格別欠けるところもないこと、民事訴訟法第244条の趣旨等を勘案して、実際問題として、判例の立場を強く非難すべき実質的理由もないとする（小室直人＝賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『新民事訴訟法2 基本法コンメンタール』（日本評論社 1998年）34頁〔畑郁夫〕）が、確かに「強く非難すべき実質的理由」というほどの問題ではないが、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。

以上のような民事訴訟法第140条の理論状況にあるが、本件のような上告審の場合に、この条文が準用されるので（民訴313条・297条）、上告審たる最高裁判所は口頭弁論を経ないで、「補正することができない不備」として、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かということが問題となる。すなわち、予備的請求が「補正することができない不備」であるか否か、また、予備的請求の適法性の問題と関係してくることになる。前述のように、裁判権のないものに対する訴えのように、そもそもその本質からして「補正することができない不備」であったとしても、そのような訴訟要件の欠缺およびその補正不可能性が明白な場合に限られ、原則的には訴状自体から明白な場合を意図するのである。訴訟要件の疑義について疑いがあれば、事実調査をする必要があるのであり、そのためには口頭弁論を開いて調査すべきということになる（兼子一／松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂 1986年）703頁〔竹下守夫〕）。本件のような場合、予備的請求に係る訴えの民事訴訟法第142条との関係における適法性から考察していくと、理論的には、その

不備は補正できないことが訴状の内容自体から明白な場合と判断することができうるであろうから、その適法性について絶対に口頭弁論を開いて、当事者に陳述をさせる機会を与えることまで必要であると言い切ることは困難な事案かもしれない。事案自体は、口頭弁論を開かなければ当事者に十分に主張させたことにはならず、「予備的請求は補正できない不備」に該当すると裁判所が判断したことに違法があるとはいえない。

しかし、それでもなお、この最高裁判所の採った手続上の措置に疑問が残る。一つには、「訴えが不適法でその不備を補正することができないとき」について、本質的に補正が不可能である場合として例示される場合、例えば、前述の出訴期間・上訴期間の徒過のように期間経過といった客観的事実は明確に判断ができるが、裁判権の不存在、当事者能力の欠缺等は、第一に「訴えが不適法でその不備を補正することができないとき」ということが訴状自体から明確に判断できる訴訟要件の欠缺に該当するののか、事案によっては書面のみでは判断できない場合もありうると思われる。そう考えると、口頭弁論を経ないで、判決で訴えを却下できるとする、その前提たる「訴えが不適法でその不備を補正することができないとき」という判断基準自体が必ずしも明確で、不動のものとする考えかたそのものを見直すことが必要ではないかと思われる。また、そのように「口頭弁論を経ないで、判決で訴えを却下できる」という前提要件の再考・組み直しを企図するならば、当然のことながら、補正が可能な不備について原告に補正を命じたが、これに応じない場合も、将来補正する余地が残されているのであり、また、原告が補正に応じない場合に、それ相応の事由を抱え込んでいる事案もあるのである。例えば、前記の東京地判平成4年8月11日判タ285頁の事案では、裁判所が原告側に手数料の不足分2億3,537万4,400円を追加して納付するように補正命令をした。しかし、原告が考える訴額に関する手数料としての訴えをもって主張する利益の算定基準と裁判所が考える算定基準とが食い違っているのであるから、原告が手数料の追加納付の補正命令に応じなかったのは、それなりの正当事由があるからである。それを、

補正命令に応じなかったとして、訴えを不適法却下した裁判所の判断自体が再考されるべき事例である。この場合は、裁判所は、手続上口頭弁論を開いて、原告が補正命令に応じない理由を問いたすべきであった。このような裁判所の手続上の措置自体が裁判所の専横性をうかがわせしめる。このような場合も含めて、「原告の不熱心な訴訟追行自体に対する咎めとしての措置」として、「補正することができない不備」のなかに含ましめることは早計というほかない。

このように、民事訴訟法第140条自体が明規する「訴えが不適法でその不備を補正することができない」という文言のもつ判断基準の曖昧さ・不確定さを思料するならば、この条文が上告審にも準用されるという規定（民訴313条・297条）のみを論拠として、上告審においても、「訴えが不適法でその不備を補正することができない」ときは、裁判所は、口頭弁論を経ないで判決で訴えを却下できるという論理構成自体の組み立て方の脆弱さを物語るということになりはしないであろうか。本件では、上告人の予備的請求の適法性が民事訴訟法第142条との関係で問題となった事案であるが、上告人側に訴訟代理人がついているにもかかわらずなされたものである。そうであるということは、上告人側にそれなりの理由があったと考えるのは穿ちすぎであろうか。理論的に考えれば、予備的請求の不適法性が明確だということをもって、上告審が「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」とし、民事訴訟法第140条が上告審にも準用される（民訴313条・297条）ことにより、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としたことに関して、全く異論がないとはいえないのではないか。

第三の論点について。前記の第二の論点とも関連してくるが、最高裁判所は民事訴訟法第140条・313条・297条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できるかと解するのが相当とする、その判断の妥当性である。手続的にいうならば、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（民訴319条）のであり、この場合は、原判決が維持されることとなる。逆に、民事訴訟法第319条の反対解釈、民事訴訟法第87条1項・3項の解釈からするならば、上告状、上告理由書、答弁書等の書面からして上告に理由がある、もしくは上告に理由がないとは判断することができない場合には、口頭弁論を経て、すなわち口頭弁論を開いて審理を行うことが必要となるということである。その結果、上告に理由がないとなれば、上告は棄却され、上告に理由があるということになれば、原判決が破棄されることになる。すなわち、原判決を破棄する判決をするためには、口頭弁論を開く必要があるということである。しかしながら、本件において、最高裁判所は、民事訴訟法第140条が「訴えが不適法でその不備を補正することができないときは、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。」（傍点引用者）という規定が上告審にも準用されることから（民訴313条・297条）、原告がなした予備的請求に係る訴えがこのような訴えに該当すると考えるのであれば、口頭弁論を経ることなく訴えを却下することができるということである。しかし、最高裁判所は、原審は予備的請求の部分は不適法な訴えであることを看過したのであるから、この問題を外して、民事訴訟法第140条の準用規定（民訴313条・297条）のみで予備的請求に係る訴えは「不適法でその不備を補正することができない」として、口頭弁論を経ないで却下するとしたものである。しかし、上告審たる最高裁判所はこの旨の判決をするのみでは明らかに手続上の瑕疵があるのではないか。すなわち、原判決が予備的請求に係る訴えは不適法である点を看過したのであるから、その誤った判断を破棄する民事訴訟手続が必要であることは不可避の事項ということになるであろう。その点をずらせて、「民事訴訟法第140条・313条・297条の規定に照らせば、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。」（傍点引用者）、としたことにまったく問題はないのか。すなわち、民事訴訟法第140条に規定するような「補

正することが不可能な不適法な訴え」を上告審が却下する場合に、原審のこのような判決を破棄する必要があるときは、口頭弁論を経たうえで行うというのが、手続上の本筋ではないか。しかしながら、このような場合でも、上告審はこの口頭弁論を経ないで訴えを却下することができると認めたのであり、この点を認めた最高裁判所としては初めての判断である。なお、この最高裁判所の判断により、理論的には、このような判決手続が上告審のみならず、控訴審においても適用できると解することが可能となる。この点について、宇野聡教授は、控訴審が第一審判決を取消す場合にも民事訴訟法第 140 条適用に関する同じ問題が生じてくるが、控訴審が、口頭弁論を開くことなく原判決を取消し、訴え却下の自判をすることは許されないとする。その理由として、控訴審手続においては、必要的口頭弁論の原則が行われているし（民訴法 87 条 1 項）、次の諸理由から、必要的口頭弁論の例外を認めるべきではないとする。すなわち、必要的口頭弁論の原則の例外を定める民事訴訟法第 319 条に相当する規定がないこと。法律審である上告審におけるよりも事実審である控訴審における口頭弁論の重要性が高いと考えられること。上告および上告受理の理由が制限されているため、事件が控訴審で終了する可能性が高いことなどである。⁽²⁷⁾しかし、この最高裁判所の判断を是認することは、ますます口頭弁論を経なくとも審判できるとする事項・領域を拡げて行くことに繋がることになる。果たして、これで民事訴訟手続上まったく問題がないと言い切れるのか。

原判決破棄の場合における口頭弁論の必要性・意義等については従来、特に疑問が呈されることはなかったとのことであるが、このような場合の判例および学説における口頭弁論の必要性についての理由付けは特に積極的なものではなく、民事訴訟法第 319 条の例外から必要的口頭弁論の原則（民訴 87 条 1 項）に戻るということ以上のものはないとのことである。⁽²⁸⁾はたして、このような簡略化された手続で訴訟当事者に対する権利保護・救済は果たされていると解してよいものか。その問題を次の「五 上告審における口頭弁論の理論的位置付けと意義」の箇所でも、更に論を進めることとしたい。

五 上告審における口頭弁論の理論的位置付けと意義

法律審たる上告審においては、事実審のように裁判所の事実認定が中心となるわけではないので、事実審のように口頭弁論が開かれることはない。そのことは、前記「四 上告審と口頭弁論の関係」でも考察してきたように、さらに口頭弁論を開かなくとも民事訴訟手続上問題がないとされる最高裁判決が出されたことにより、上告審のみならず、控訴審までその解釈が適用されることが予測され、口頭弁論を経なくともよい事案が拡大されることを予兆させる。

しかし、原則として、書面主義である法律審としての上告審においても、訴訟当事者や潜在的訴訟利用者たる国民にとって可視性・透明性のある風通しのよい審理体系が生み出せないものか。すなわち、上告審においても口頭弁論をより手続のなかに交錯させていくことの必要性を論理的に展開してみたい。

上告審の制度目的については、すでに「二 上告審の手続構造・役割論」の箇所で叙述済みであるが、その主眼を、やはり訴訟当事者の権利保護、当事者救済機能が主たるものと位置づけることが必要であると思料する。そして、法令の解釈適用の統一は飽くまでも副次的・二次的な目的に過ぎない考える。特に、高等裁判所が上告審の場合は、八つの高等裁判所があるゆえ、法令の解釈適用の統一ということを制度目的の第一に位置づけることは、論理的根拠としては弱すぎる。それでは、最高裁判所が上告審となった場合は別個に考えて、第一次目的が法令の解釈適用の統一であり、第二次目的が訴訟当事者の権利保護、当事者救済機能となると解するべきか。いや、そうではあるまい。この上告審の目的の捉えかたは、結局のところ各研究者の訴訟観に帰着することになるだろうが、訴訟当事者の観点から裁判所へのアプローチを考察すべきである。なぜならば、裁判所の存在の前に紛争に巻き込まれ、紛争の解決ならびに自分たちの権利保護や救済をもとめる当事者たちの存在があるのである。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っての納得性・道筋をきちんと説明する責任（アカウンタビリティ）⁽²⁹⁾ 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状を知らない者の無謀かつ無責任な要請なのであろうか。

すでに平成8年の民事訴訟法改正において、最高裁判所に対する上訴制度の改革が上げられたが、その主たる事由は、憲法判断や法令解釈の統一という重大な職責を担う最高裁判所が、実質的に理由のない夥しい上告事件の処理に忙殺され、本来の機能を十分には果たすことができていない現状を看過することができないという点が大きかったとされる。⁽³⁰⁾ そして、上告審の負担過重軽減措置は採られている。それは、上告提起手続（民訴312条）と上告受理申立手続（民訴318条）が峻別されたことである。すなわち、最高裁判所に対する上告の理由として、憲法違反と絶対的上告理由に限定された（民訴312条）ことと同時に上告受理制度が導入され、原判決に最高裁判所の判例等と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、決定で、上告審として事件を受け入れるか否かについて最高裁判所の裁量に委ねられることとなった（民訴318条 裁量上告）。また、高等裁判所の決定・命令に対しても、当該高等裁判所が許可したときに限り、最高裁判所に抗告することができるとする許可抗告制度が導入され（民訴337条 許可抗告）、⁽³¹⁾ 旧民事訴訟法時代に決定・命令の判断が特別上告を除き高等裁判所で終了し、法令解釈の不統一状況にあった点に改正がなされたため、その分、最高裁判所への門戸が開かれ、最高裁判所への間口が広がったといえる。

最高裁判所による「上告受理制度」（民訴318条）についての導入趣旨については前述したとおりであるが、最高裁判所に対する上告を制限し、最高裁判所の負担軽減を図ることが企図されたものである。その過程においては、戦後改革の一環として、司法制度の改革が本格的になされ、昭和22年に現行の裁判所法が制定された（昭和22年4月16日法律第59号 昭和22年5月3日施行）。この裁判所法が制定されることにより、最上級審たる大審院は最高裁判

所に変更された。また、旧憲法下においては行政裁判制度が採用され行政裁判所の設置が規定されていたが（旧憲法 61 条）、現行憲法においては行政裁判制度は廃止された結果、行政事件に関する裁判も司法裁判所の権限とされることになり、最高裁判所は民事事件や刑事事件と同様に、行政事件に関しても最上級裁判所としての管轄にはいることとなった。また、その一方で、最高裁判所の裁判官の人数は 15 名と激減した（裁判所法 5 条 1 項・3 項）。そこで、この 15 名というわずかな裁判官数では最高裁判所がなすべき事件処理をなすことは困難という旨の指摘が GHQ の方からなされたということである。⁽³²⁾ この指摘のもと、裁判所法と同時に「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急措置に関する法律」により、従前は簡易裁判所（区裁判所）事件の上告事件の管轄を有していた大審院から管轄裁判所を高等裁判所に変更した。この件は、昭和 23 年の民事訴訟法改正によって民事訴訟法に組み入れられた。その後、民事訴訟事件における最高裁判所に対する上告を制限する「最高裁判所における民事上告事件の審判の特例に関する法律」が時限立法として制定・施行されたが、同法は昭和 29 年に失効した。この年、民事訴訟法の改正により民事訴訟法の若干の変更はされたものの、最高裁判所に対する民事上告の規律は元にもどることになった。その後、特に民事訴訟法の改正等の手当てがなされないまま、最高裁判所が民事事件の過重負担に苦しむことになったといわれている。⁽³³⁾

そのような歴史的経緯を踏まえたうえでの平成 8 年民事訴訟法改正において、上告審、主として、最高裁判所の負担軽減の処置が図られたとされる。

このような、歴史的問題を勘案しても、そのことと上告審における訴訟当事者の手続保障の必要性の問題とをすり替えてはならない。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、形式的であっても、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トビリティではないか。むしろ、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の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。上告審は原則として最終審なのであり、訴訟当事者にとっては自己自身の主張を裁判所に聞いてもらえる、最後に残された可能性をもつ審級なのである。法律審、書面審理が主となるとはいえ、訴訟当事者にとっては紛争解決制度のなかの最後に争うことのできる機会なのであり、その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。

また、口頭弁論を経ないで判決ができる場合であっても、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。確かに、上告審の受理件数等の負担過重を度外視することは出来ないが、本稿の「四 上告審と口頭弁論の関係」の箇所で叙述したように、上告審手続の“簡略化”は、場合によっては、その背景に潜在的な裁判所側の権威的、官僚機構的行動様式が意識下に刷り込まれていることが全くないとはいえないのではなかろうか。これは何も上告審（法律審・書面主義）に限定されることなく、従前の裁判所機構のなかで醸成されてきた裁判官たる者の意識、裁判官に対する評価基準（いわゆる事件処理件数の多いものが優秀であるとする）により連綿と創り出されてきたものであり、その仕組自体を今日明日というスパンで改革・改善することは不可能に近いことではないかと筆者自身は考えている。それが刷り込まれた裁判所・裁判官において“民事手続の迅速性＝手続の簡略化”の名のもとに、どこかで、何かがすり替えられているのではないかという感がして、筆者はこの拙稿の「四 上告審と口頭弁論の関係」のところで引用した最高裁判所平成14年判決が最終的にとった手続のあり様に、疑義を唱えざるを得ないのである。⁽³⁴⁾

本拙稿の論点になる上告審（主として最高裁判所）の法律審（書面審理）と

しての性質のあり方・負担軽減の問題から、口頭弁論の開閉（必要的か任意的か）を論じるのではなく、特に、「上告審の負担軽減」と「訴訟当事者にとって口頭弁論で審理されるべき実体的手続的利益」の調整・衡量を考える場合には、どのように行うのが訴訟当事者にとってより適切・妥当なものとなりうるのかという観点からの理論の組み換えを行うべきである。「上告審の負担軽減」が現実には司法予算上困難であるということを論拠として、その問題から目を反らせていくことで、肝心の民事訴訟手続を利用している者の利益を封殺すべきではない。飽くまでも、平成8年の民事訴訟法改正において最高裁判所に対する上告制限の導入は最高裁判所の負担軽減策として対症療法的に必要であったとしても、⁽³⁵⁾ 上告審の負担軽減の問題は、平成8年民事訴訟法改正における日本弁護士連合会の意見書に見られるごとく、⁽³⁶⁾ 最高裁判所の機構の改革によってなされるべきで、訴訟当事者の実質的権利を侵害することにもなりかねない（本稿で取り扱った問題は、上告審手続のなかでも極小の問題かもしれないが）形での民事訴訟手続の形成・形骸化を推進すべきではあるまい。また、竹下守夫教授が指摘されていたように、最高裁判所の負担過重の原因が理由のない上告事件の大量流入であるならば、⁽³⁷⁾ まず、控訴審の段階で、当事者が十分に納得するような審理過程、訴訟指揮の仕方により、ある程度上告を抑え、実質的に上告審の負担過重を抑え込むことは可能ではないのか。要は、制度を担うものは、結局「人」なのであり、最高裁判所の機構改革を漸次進めると同時に、「訴訟当事者の観点に立った手続運営」をしなければ、すなわち、そのような観点に立ちうる裁判所の在りようを構築していかなければ、何ら抜本的な改革にはなり得ないと思われる。

やはり、第一に、上告審において、被上告人の利益保護（迅速な救済）や相手方の上訴によって訴訟が遅延せしめられるという訴訟経済上の問題を度外視することは不適當であるといつて、上告審制度の存在意義を「法令の解釈・適応の統一」は主目的ではなく、やはり、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。

六 お わ り に

民事訴訟の一番重要とされる場所は、訴訟上の請求の当否の判断がなされる事実審ではある。訴訟当事者にとっては法律要件の構成要件に該当する「事実」があるか否かが、勝敗の分岐点となる。その点からして、当然のことながら、従来から民事訴訟手続の論議の中心は事実審の抱える問題に集中してきている。そのことは、事実審までで、事実の認定のみならず、法律上の論点も同時に審理されてくるという手続上の問題も含むことに起因していることも否めない。そこで、実質的には最終審である上告審は書面によって主として法律問題を取り扱うという手続構造になっているのである。

しかし、前述してきたように、筆者自身は、上告審のなかに口頭弁論をより密接に交錯させる論を展開したいと考えているのである。その論拠とするところは、書面審理のもつ密室性である（これ自体、それでは上告審以外の事実審において全くないといえるのかという疑問は残ろう。この問題については、拙稿「口頭弁論の意義に関する試論」『札幌学院法学』第19巻第1号1頁以下参照のこと）。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。その分、上告審の負担が増え、平成8年の民事訴訟法改正で行った上告審制度の改正の意味が没却されるという反論は、少なくとも訴訟当事者側の納得性を得る理論としては極めて説得力にかけると言わざるを得ない。「上告審の負担軽減」と「訴訟当事者の権利の保障」を調整し、衡量すべきではない。「上告審の負担軽減」の問題は、国家予算に占める裁判所関係費用の増加に伴い是正されるべきとするのが本筋ではないのか。確かに、平成17年度予算政府案の裁判所費用は3兆24,983百万円で、対前年比3%増であり、裁判所職員の増員（裁

判官は52人から75人、裁判所書記官は52人から65人）が予算額に計上されているが、その額は国家予算全体からするならば、微々たるものである。この「微々たる額」の是正へむけて国家予算の問題を論じることと、訴訟当事者の手続保障の問題とを交錯すべきではない。それこそ、本末転倒としか言いようのない論理展開である。

昨今の座談会で気になった言葉がある。それは、訴訟当事者と裁判所との役割分担が変化してきているとの発言「新民訴法制定の際には、当事者主義をできるだけ進めていこう、そのためのいろいろな手段もつくってある。…裁判はやがて当事者主義で全部動いていくのではないかという理想を描いたんですが、実際やってみると、これは河清を俟つというようなものではないかという気がしてきました。…ドイツの裁判官がなぜここまで日本の裁判官はするのかという気持を持つのは当然ではないか、世界の中でも珍しいのではないかと思うわけです。でも、なかなかこの状態を脱しきれないというのが実状です」という言葉のもつ意味は何なのであろうか(『座談会 民事訴訟の新展開[上]』判例タイムズ1153号38~40頁〔福田剛久発言〕。それに対して、裁判所の側が突き放し、当事者の方に任せるという方向性を山本和彦教授は指摘する(同座談会40頁)。ここでは、確かに同座談会においての鈴木利廣弁護士が発言する裁判所の描く将来的な訴訟像が大事である(同書41頁)と思われるが、それは、裁判所内部での裁判官の訴訟観によっても異なりうる。それが、裁判官の釈明の仕方にも現れてくる。拙稿「民事訴訟における釈明の役割」『札幌学院法学』第20巻第2号71頁以下参照)。結局のところ、訴訟の形式面・技術面にのみ捉われてしまうと、見失ってしまうものがある、それが何かが人によって、すなわち、裁判官によって異なってくれば、訴訟当事者の欲しているものに気が付かないということであらうか。

口頭弁論の開閉は、裁判所の審理対象の明確化の企図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。その点を加味し

たうえて、上告審における口頭弁論の持つ意味を考察していかないと、肝要な点を看過していくのではないかという思いがしてならない。昨今の司法制度改革等に見る社会の動向は、“迅速化・効率化”のスローガンのもとに「効率化の優先」が図られ、推進されてきている。しかし、訴訟当事者という人間そのものの大事さを再考する視点を再度考え直す必要があるのではないか。何か大事なものを意識的に、無意識的に、どこかで滑り落ちさせていく議論が優先されているような気がしてならない。その点から、問題のアプローチをしていくべきではなかろうか。

注

- (1) 平成10年度の利用件数は8,348件、平成15年度は18,117件。実に、6年間で2.2倍に増大しているのである。最高裁判所事務総局編『司法統計年報Ⅰ 民事・行政編 平成15年』。
- (2) 小野瀬厚＝武智克典『一問一答 平成15年改正民事訴訟法』(商事法務 2004年)6頁。
- (3) 改革内容の詳細についてはジュリスト1028号185頁以下参照。
- (4) この法律の第1条において、「内外の社会経済情勢の変化に伴い、司法の果たすべき役割がより重要なものとなり、司法に対する多様かつ広範な国民の要請にこたえることのできる広くかつ高い識見を備えた裁判官及び検察官が求められていることにかんがみ、…経験多様化のための方策の一環として、一定期間その官を離れ、弁護士となってその職務を経験するために必要な措置を講ずることにより、判事補及び検事が弁護士としての職務を経験することを通じて、裁判官及び検察官としての能力及び資質の一層の向上並びにその職務の一層の充実を図ることを目的とする」とあるが、この目的自体に法曹一元的な考えが導入されているといえよう。
- (5) この点に関しては、民事訴訟の原則は当事者主義であり、本来は専門情報も当事者が訴訟に持ち込まなければならないはずなのに、裁判所の方から専門委員の発言という形で専門情報を訴訟に持ち込むことができるのかという問題で、弁論主義との関係を整理していく必要があるとの指摘もなされている。『座談会 民事訴訟の新展開 [上]』判例タイムズ1153号25頁[福田剛久発言]。
- (6) 小野瀬＝武智・前掲注(2)59頁。
- (7) 平成15年民事訴訟法一部改正の概要については以下の文献参照。『特集 民訴法改正・人訴法制定』自由と正義54巻7号、『特集 平成15年民事訴訟法改正』ジュリスト1252号、小林秀之編『Q&A 平成15年改正民事訴訟法の要点』(新日本法規 2004年)、小野

瀬厚「民事訴訟法等の一部を改正する法律の概要(1)～(3)」NBL 760号・769号・771号等。

- (8) 明治31年に制定された人事訴訟手続法(明治31年法律第13号)に代わり平成15年に制定された人事訴訟法(平成15年法律第109号)において改正された主要点は、①人事訴訟(離婚訴訟、認知訴訟等)の第一審の管轄を地方裁判所から家庭裁判所に移管するとともに、これと密接に関連する損害賠償訴訟も家庭裁判所で当該人事訴訟とあわせて審理することができるとしたこと(人訴4条・8条)。②離婚訴訟等における子の監護者の指定、養育費、財産分与の定め等の附帯処分や親権者の指定(人訴32条)についての裁判をするに当たり、家庭裁判所調査官による事実の調査を利用することが出来るとしたことにより(人訴34条)、家庭裁判所調査官制度の拡充を図ったこと。③人事訴訟の家庭裁判所への移管に伴い、人事訴訟の審理および裁判に国民の良識を反映させるため、国民の中から選任された参与員の関与を求め、その意見を聴くことができたこと(人訴9条～11条)。④当事者尋問等について憲法が定める範囲内において公開停止の要件および手続を明確に規定し(人訴22条)、訴訟上の和解により離婚または離縁をすることができるようにしたこと(人訴37条・44条)。⑤片仮名・文語体の表記が平仮名・口語体に改正されたこと(小野瀬厚＝岡健太郎『一問一答 新しい人事訴訟制度－新法・新規則の解説』(商事法務 2004年))。この他、人事訴訟法改正については、高橋宏志＝高田裕成編「新しい人事訴訟法と家庭裁判所実務」ジュリスト1259号、小野瀬厚「人事訴訟法の概要(1)(2)」NBL 768号・769号、同「特集 第156回国会主要成立法律(3)」ジュリスト1253号等参照。

人事訴訟法制定により、明治31年に制定されて以来大幅な改正が行われていなかった人事訴訟手続法が、やっと100年振りに大改正がなされたわけである。筆者はすでにこの人事訴訟手続法が内包する問題に視点を合わせ、家族関係・形態の変容(従来の“家族”という概念の崩壊)、家族形態と家族法、戸籍法との乖離のなかで進むべき方向としての“個”という視点(個人単位化と家族の中立性原則の確立)という社会学的考察をしたうえで、人事訴訟手続法における弁論主義不適用原則の緩和化、職権探知主義の後退、対世効の見直しを提言してきた(拙稿「人事訴訟手続法再考ー“個”の時代からの展望ー」『大阪経済法科大学法學論集』第43号217頁以下)。そのなかで、筆者は家事紛争について家庭裁判所の加重負担等を踏まえ、家庭裁判所への移管よりも地方裁判所との連携を緊密にして二元主義の煩雑さをクリアーしていく途を構築していくしかないとして、家庭裁判所へ移管することに対しては否定的視座から、前記拙稿において論を展開した。すなわち、家庭に関する紛争を家庭の安寧を維持する理念のもとに処理するものとする観点ではなく、家族に関する私的権利義務関係が紛争の対象であると構成していき、人事訴訟における当事者自治の領域の拡大化と責任強化を人事訴訟手続法改正の支柱とすべきものと論じたものである。残念ながら、前記の筆者の基本的視座は改正された人事訴訟法には投影されてはいないが、弁論主義不適用原則の緩和(特に、離婚訴訟、離縁訴訟における訴訟上の和解、請求の放棄・認諾)は若干人事訴訟法第37条のなかに結実化しているが(この

問題についても、筆者は、すでに拙稿「訴訟上の和解概念の検討—人事訴訟における和解の可否の検討を通して—」『大阪経済法科大学法學論集』第24号において、人事訴訟においても和解を肯定すべき点を明確に打ち出していた。), 原則として、採用されなかった。この点について、手続の問題として、ほかの人事訴訟と併合されているときに、離婚、離縁についてだけ弁論主義を採用することになると、他の人事訴訟との関係はどうなるかという問題があったとの指摘がある(高橋宏志=高田裕成編「新しい人事訴訟法と家庭裁判所実務」ジュリスト1259頁61頁[小野瀬厚発言]。これに対して、高橋宏志教授は、その点は難しいことは難しいが、損害賠償との併合があるわけだから同じではないかという議論は出てくる。離婚、離縁に関して弁論主義というのは、それに賛成するかどうかは別として、理論的には決して変な議論ではないと発言されている(同書61頁)。至言である。) また、職権探知主義は原則としては存続することとなったが、人事訴訟手続法に存続した離婚訴訟における片面的職権探知(人事訴訟手続法14条)は人事訴訟法では外された(同法20条)。しかしながら、筆者の依って立つ基本的視座「個」の時代を迎え、「個」の時代への移り変わりの中に生きるわれわれにとっての夫婦、親子といった人の身分関係をどう位置付けるか」という見解からするならば、平成15年人事訴訟法の内容は必ずしも満足のいくものではない。この問題については、いつか別稿として見解を再度展開したいと考えている。

- (9) 陳述書が、相手方当事者の有する情報の収集方法として、最近非常に重要性をもっており、陳述書があるからこそ集中証拠調べが可能になっているという事実を認めざるを得ない現状にあるとのことである(『座談会』・前掲注(5)13頁[福田剛久発言])。また、陳述書の問題については、かつて、その活用により書面審理になっていき訴訟が形骸化するという危惧(筆者自身もその見解に立っている)から大論争が起きたが、実務は陳述書を活用するという方向に動いてきているということである。例えば、医療訴訟では、陳述書である程度情報開示した上で、ポイントを絞って集中証拠調べをやる必要があり、それを陳述書なしでやると、前提事実を聞いていって次の質問にいく前に時間が来たり等、結局集中証拠調べができないということになりかねないとの発言もなされている。『座談会』・前掲注(5)13頁[鈴木利廣]。このように、実務においては陳述書の存在はもはや不可欠の確固たる存在を占めているようであるが、それでもなお、裁判官は陳述書によりどのように心証形成を行うのかといった不安、陳述書に書かれていることすべてについて尋問がなされるわけではなく、その場合、陳述書を出した相手方の反対尋問権は確実に保障されるのか等の理論的疑問を払拭することは難しい。筆者自身は、「陳述書は実務上有益である」とする便宜的観点のみから、この問題はすでに解決されていると簡単に論断すべきではないのではないかとの思いを断ち切れない。それでは、この問題をどう判断すべきかについては、拙稿「口頭弁論の意義に関する試論」『札幌学院法学』第19号第2号1頁以下参照のこと。この陳述書の現状について、「未だに準備書面を書きなぞったような陳述書が提出されることが多く、弁護士に陳述書の作成改善のための試みはみられない。」

〔『第75回日本民事訴訟法学会大会次第』(2005年5月21日・22日)22頁〔山浦善樹〕〕
ということは、陳述書自体が未だに問題を孕んでいながら、実務上既成事実化したということであり、再考の余地があるのではないか。

- (10) 旧民事訴訟法第七編公示催告手続、同法第八編仲裁手続は平成8年民事訴訟法改正の際に全く改正されることもなく、「公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律」という形で明治23年に制定された法律がそのまま残されていた。それが司法制度改革審議会意見書を受けて、やっと仲裁法(平成15年法律第138号)として平成15年8月1日制定、平成16年4月から施行されることとなった。なお、公示催告手続については、そのまま「公示催告手続ニ関スル法律」として残存することとなった。従来の仲裁手続は明治23年に制定されたもので、規定自体が時代遅れとなっており実際に使い難いということが問題視されていた。早期の改正が望まれていたものであるが、国連国際商取引法委員会(アンシトラル模範法 UNCITRAL Model Law on International Arbitrations)の国際商事仲裁に関する模範法をベースにしたものといわれている。この模範法は、1985年に採択されたが、これは1976年に採択されたアンシトラル仲裁規則、および外国仲裁判断の承認および執行に関するニューヨーク条約との整合性を考慮しながら検討されたものだといわれている。出井直樹＝宮岡孝之『Q&A 新仲裁法解説』(三省堂 2004年)15頁。
- (11) 民事通常訴訟(地裁)の新受件数は1950年は6万件余りであったが、2000年には、その2.5倍に増加している。
- (12) 基本的視座については、拙稿「裁判と裁判外紛争解決制度との関係ー西独・オーストリーとの比較法的考察からみた我が国の将来的展望ー」判例タイムズ619号20頁以下参照。
- (13) 第161回国会においてこの法律が可決され、平成16年12月1日に公布された。平成19年5月31日までの政令で定める日に施行されることになっている(ADR法附則第1条)。具体的には、「裁判外紛争解決手続」を「訴訟手続によらずに民事上の紛争の解決をしようとする紛争の当事者のため、公正な第三者が関与して、その解決を図る手続をいう」とし、裁判外紛争解決手続の基本理念・国の責務を定めるとともに、民間事業者の行う裁判外紛争解決手続の業務に関しその業務の適正さを確保するための一定の要件に適合していることを法務大臣が認証する制度を設けている(ADR法5条以下)。ADR法第5条の認証を受け、同法第6条の認証基準に適合し、かつ、当該業務を行うのに必要な知識及び能力並びに経理的基礎を有すると法務大臣が認めたときは、その認証紛争解決事業者は、弁護士または弁護士法人でなくとも、報酬を得て和解の仲介業務を行うことができることになる。この認証を受けた民間事業者の和解の仲介の業務については、時効の中断(同法25条)、訴訟手続の中止(同法26条)という特別の効果が発生することになる。
- (14) 例えば、最近の耳目を引く事件として、「青色発光ダイオード訴訟」がある。この事案では、青色発光ダイオードの発明の対価をめぐる、米カリフォルニア大学サンタバーバラ校教授の中村修二教授がかつての勤務先である日亜化学工業を相手に約200億円の支払いを求めて訴訟を起こした。しかし控訴審において和解勧告がなされ、2005年1月11日

の控訴審で、結局発明対価等が6億857万円、それに遅延損害金2億3,534万円を含めて、合計8億4,391万円を同社が支払うという形で、訴訟は終了した。しかし、中村教授は明確に「和解に納得していない」と言っている。和解勧告の内容と判決がほぼ同じということで、和解勧告に応じたとのことであるが、この例は、訴訟当事者は判決か和解かを自由に、自主的な判断のもとに選択できるということではなく、種々の社会的・心理的・経済的要因が複雑に絡み合っただけで和解を選択せざるをえないという事案も少なくないという証左であろう。

- (15) 歴史的に見て、上訴制度自体はローマ時代以降に誕生したとされる。すなわち、ゲルマン古代の裁判は、実質的には神による裁判として、神に対する絶対的服従の観念を基礎とするものであったので、その裁判に対して当事者が不服を申し立てるという上訴制度が生まれる余地はなかったとされる。この神判の時代を脱し、かつ、国家権力が確立して、国家の裁判機関が完備し、裁判機関の間に上級・下級の関係が成立し、裁判が人間によってなされるようになると、裁判官の裁判に対して、その過ちを主張し、その裁判官に対して指揮権をもつ者に不服申立てをすることが認められるようになったという。林屋礼二「上訴制度の歴史—ローマを中心に—」『小室直人=小山昇先生還暦記念 裁判と上訴上』(有斐閣 昭和55年)1頁以下。
- (16) 新堂幸司教授は、上告受理申立てについても、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反がある場合には、当然に原判決を破棄すべきであり、破棄しない裁量があると解すべきではないとする。『新民事訴訟法 第二版』779頁(弘文堂 2003年)。山本克己教授も、上告受理の理由のなかには、当事者の利益保護という観点を勘案して、個々の具体的事件の解決にとって重要な問題も含まれるとする。「最高裁判所による上告受理及び最高裁判所に対する許可抗告」ジュリスト1098号86頁。
- (17) 平成15年の司法統計によれば、平成9年度は民事事件の新受件総数3,901件が平成15年度は5,958件になっており、1.5倍の増加である。そのなかで、上告件数は2,470件から1,983件に減少したものの、あらたに導入された上告受理件数は民事訴訟法改正後に平成10年度は661件であったものが、平成15年度には2,101件に増加している。民事・行政事件の総数からするならば、平成9年度の4,268件から平成15年度は6,854件に増加しており、1.6倍になっている。最高裁判所事務総局編『司法統計年報Ⅰ 民事・行政編 平成16年』
- (18) 中野貞一郎『解説 新民事訴訟法』(有斐閣1997年)9頁。
- (19) 竹下守夫「最高裁判所に対する上訴制度(上)」NBL575号41頁。同様のことは、既に随分昔から指摘されてはいた。三ヶ月章博士は昭和52年の司法統計の結果から、最高裁判所の処理をした民事上告事件の総数のうち94%は書面審理のみで理由無しとして棄却されており、その結果からすると、法令解釈の統一にも役に立たず、上告人の権利の保護にもならず貴重な司法エネルギーを空費しつつ相手方が自己の権利の実現の遷延を甘受せしめられただけに終わった事件が9割をはるかに超えると指摘していた。「上訴制度の目的」

- 『小室直人・小山昇先生還暦記念 裁判と上訴 上』（有斐閣 昭和55年）245頁。
- (20) 中野貞一郎『民事裁判入門〔第2版補訂版〕』（有斐閣 2005年）35頁。
- (21) 金子宏『租税法〔第10版〕』（弘文堂 2005年）418頁。
- (22) 内田貴『民法Ⅲ〔第2版〕 債権総論・担保物権』（東京大学出版会 2004年）297頁以下。
- (23) 内田貴・前掲注（22）315頁以下。
- (24) 竹下守夫教授はこのような場合に原告の訴訟を長年月放置した怠慢に責めがあり、このような場合は訴えの利益が欠缺し、その補正をしえないことが明らかなものとして、本条（民訴法140条：引用者注）により訴えを却下しうとする。
- (25) 小室直人・賀集唱・松本博之・加藤新太郎編『基本法コンメンタール 新民事訴訟法2』（日本評論社 1998年）34頁〔畑郁夫〕。
- (26) 池田辰夫「不熱心訴訟進行原告に対する帰責法理の展開」『大阪大学法学部三十周年記念論文集』337頁。
- (27) 宇野聡「判例批評」私法判例リマックス28（2004〈上〉）131頁。
- (28) 宇野聡・前掲（27）131頁。
- (29) この言葉は、もともと会計用語から発生した用語とされ、通常、アカウンタビリティ（accountability）は会計責任と訳されているが、アカウンタビリティとは、本来、企業内のすべての財産の保全もしくは管理を、適切に遂行する会計上の責任をいう（『第5版 神戸大学会計学辞典〔改訂増補版〕』（同文館 2001年）6頁〔高松和雄〕）。この言葉は、本来はこのような企業会計上の言葉であるが、最近では、この意味を広く解して、官公庁や地方自治体の納税者に対する説明義務、あるいは医師の患者に対する説明義務など、あるものとの関係性に端を発して起こりうる説明責任に対して、アカウンタビリティという言葉を使うことがある。
- (30) 中野貞一郎『解説新民事訴訟法』（有斐閣 1997年）9頁。
- (31) 最決平成10年7月13日判時1651号54頁、裁判集民事189号111頁において、許可抗告制度（民訴337条）が抗告許可申立ての対象とされる裁判に法令の解釈に関する重要な事項が含まれるか否かの判断を高等裁判所にさせることは、憲法第31条・32条違反の適正手続きによる裁判を受けることを侵害するものであるとする原告人の主張に対して、最高裁判所は、下級裁判所のした裁判に対して最高裁判所抗告を許すか否かは、審級制度の問題であって、憲法第81条の規定するところを除いてこれをすべて立法の適宜に定めるところに委ねていると解すべきことは、当裁判所の判例とするところとし、憲法第31条・32条に違反するものではないとした。平成8年民事訴訟法改正後、この上告制限に関する憲法との関係について最高裁判所が判断したものとして、少額訴訟において異議後の判決に対する不服申立てができないとする民事訴訟法第380条第1項の規定を合憲としたもの（最判平成12年3月17日判時1708号119頁、裁判集民事197号69頁）、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由とした最高裁判所に上告することを認

めない上告理由制限を合憲としたもの（最判平成13年2月13日判時1745号94頁，判タ1058号96頁，裁判集民事201号95頁）この判例評釈として石渡哲「私法判例リマークス2002〈上〉」134頁以下。この評釈のなかで，石渡教授は判旨自体は特に問題はないとするが，上告制限規定の違憲主張は適法な上告理由であるが，上告裁判所は判断の理由を判示するべきであり，本件において理由を示した措置は正しかったとする。）がある。

- (32) 内藤頼博『司法研究報告書八輯10号・終戦後の司法制度改革の経過（第二分冊）』（司法研修所 1959年）526～529頁。
- (33) 関根小郷「民事上告制度の改革」法曹時報2巻6号（1950年）所収，同「上告手続に関連する民事訴訟法の改正等について」法曹時報6巻6号（1954年）所収。
- (34) 秋山賢三『裁判官はなぜ誤るのか』（岩波新書 2003年）。この点について，元裁判官であった秋山賢三弁護士は，自らの裁判官としての体験に基づき日本の裁判所の現実，裁判官の仕事振りや生活が綴られている。そのなかで，印象的なのは，民事事件に関しては，現実の「取引実務」の動きや被疑者・被告人の置かれている姿そのものを，自らは検証したことがないままに審理し，判決を書くという「キャリアシステム司法」で働く裁判官の現実（同書6頁），また，事件処理件数イコール実務能力という裁判官への見方があるなかで，多くの事件数（民事事件を常時一人当たり平均250～300件を担当とのこと）を処理していくには，ひたすら「加重労働」を積み重ねる路線か，あるいは「手抜き」「省力化」路線しかないと言い切っていることである（同書21～25頁）。そして，肝要なのは，裁判の運営がもつ，「一に適正」「二に迅速」という目的が，「適正」は管理者にとって簡単に判断が出来ないが，「迅速」は事件処理表などの統計資料からすぐに判明できるため，「迅速」自体が自己目的化してしまった場合，事件当事者の納得や当該事件の特殊性を踏まえた「きちんとした事件処理」というものが視野の外になってしまう可能性があるという指摘である（同書27頁）。その実態と現在の裁判官像を作り上げるのに，最高裁判所が寄与したことである。すなわち，裁判官に対して，市民との同一性の側面を強調して裁判官の一市民としての自由を保障する方向ではなく，従前と同じく裁判官に国民の上に立つ者としての「エリート意識」を鼓吹し，むしろ国民とは隔絶した特権官僚としての意識を醸成することに意を用いてきたのであり，わが国の裁判官は「市民である」ことよりも「役人である」ことを優先させる考え方と組織による統制下にあり続けたとする。そのことが，最高裁にとって統制されやすい「体制順応型裁判官」を大量に創出しかねないとする（同書35頁）。この裁判官の潜在的意識化にある特権階級意識が紛争当事者の審理・手続に悪影響をおよぼすことがありうる点について，すでに筆者は「裁判官忌避制度再考—訴訟当事者の視点による手続的公正—」『札幌学院法学』第19巻第1号53頁・注(44)参照。法曹一元が必要とされる所以であるが，「判事補及び検事の弁護士職務経験に関する法律」が第159回国会（2004年）で成立した。この法律により，判事補や検事はその職務執行について，裁判所外の現状を理解してもらい，その職務執行に民意（法律の知識に限定されずそれを前提としながらも広がりのある柔らかな考え方）を反映させる方策という意味に

において、このような制度を設けた制度趣旨とされる。石川明「〔弁護士職務経験法〕について思う」判例タイムズ 1173号 76頁。この法律の解説として、笠井正俊「裁判官制度改革の理論的評価と今後の展望」ジュリスト 1272号 41頁以下参照。笠井教授は今回の裁判官制度改革（下級裁判所裁判官指名諮問委員会の設置等も含めて）は多様な経験を有する質の高い裁判官を多数任用し、かつ、人事の透明性・客観性を増して個々の裁判官が能力を発揮できるようにする方向のものとして、期待がもてる内容のものとなっているとする。

(35) 山本克己「最高裁判所による上告受理及び最高裁判所に対する許可抗告」ジュリスト 1098号 91頁。

(36) 『『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する意見書』（1992年）。

(37) 竹下守夫・前掲注（19）41頁。

*本稿は、2005年度に交付を受けた松山大学特別研究助成による研究成果の一部である。